



当代/经济/法/文/丛

中国检察出版社

经济法调整机制研究

韩志红 著

JINGJIFA
HENGJIZHI
YANJIU

D922.290.4
23



当代经济法学文丛

经济法调整机制研究

韩志红 著

中国检察出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

经济法调整机制研究/韩志红著. —北京: 中国检察出版社, 2005
ISBN 7 - 80185 - 464 - 0

I. 经… II. 韩… III. 经济法 - 研究 - 中国 IV. D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 105395 号

经济法调整机制研究

韩志红 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 9. 625 印张

字 数: 251 千字

版 次: 2005 年 11 月第一版 2005 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 464 - 0/D · 1439

定 价: 24. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

· 作者简介 ·



韩志红

天津师范大学法学院教授、中国法学会经济法学研究会常务理事。主要从事经济法学、公益诉讼制度、知识产权法学等方面的研究与教学工作。作为中国研究公益诉讼的第一人，其代表作有《新型诉讼——经济公益诉讼的理论和实践》（法律出版社1999年出版）。数年来，在《法学》、《法学杂志》、《经济理论与经济管理》、《天津社会科学》、《南开学报》、《法商研究》、《天津师范大学学报》、《知识产权》、《法学论坛》等核心刊物发表了数十篇学术论文，其中多篇论文被中国人民大学报刊复印资料转载。

· 内容简介 ·

本书是以作者提出的新型经济法理论体系为框架展开论述经济法调整机制的。作者按照法律形式的不同，重新构筑了经济法的理论体系，并对经济法的两大部门——国家干预经济法和国家参与经济法以及两大部门法分别包括的市场规制法、经济调节法、国家作为私权主体的参与法和国家作为公权主体的参与法四个组成部分按照先分后总的思路，进行了不同调整机制的研究，剖析了它们特殊的法律关系主体、客体、权利（权力）义务、责任和诉讼程序。希望这一研究能为经济法学科的发展贡献出作者的绵薄之力，最终为社会正义的实现尽到一个学者应尽的义务。

序：关于法律调整机制

一、什么是法律调整机制

（一）法律调整的含义

“调整”一词在汉语中通常是指对既存事物的重新调配或者安排，如调整经济结构、调整预算、调整计划等。法律意义上的调整在我国成为法律术语，渊源于前苏联的法学著作，它的基本涵义是指法律对人的行为或社会关系进行影响。^①

法律调整至少应当包括两个方面的基本含义：一是强调法律调整的目的。法律调整的目的，简单说是通过对人的行为施加影响，从而建立起相应的法律秩序；二是强调法律调整的手段。法律调整的手段，简单说是通过建立法律关系、设置法律责任及其法律责任的追究程序，把人们的行为纳入可操作的轨道。薛克鹏博士讲：将普通的社会关系上升为法律关系并予以保护的过程也就是法律对社会关系调整的过程。所谓法律对社会关系的调整，就是立法者将原始的社会关系上升为法律关系，用法律关系代替原始的社会关系，从而建立起所谓的法律秩序，具体包括主体、主体行为方式、客体以及引起该关系形成和变动的客观事实等要素的法律化。^②

① 参见李昌麒主编：《经济法学》，中国政法大学出版社2002年版，第42页。

② 参见薛克鹏：《经济法定义》，中国法制出版社2003年版，第236页。

(二) 法律调整机制的含义

“机制”一词来源于古希腊文“mechare”，原意为工具、机械，即人们为达到一定目的设计的装置。该词最早在工程学中使用，指的是工具之机器的构造方式和工作原理，也就是指运动体的构成要素的相互联系及其对运动的进行所起的作用。自从19世纪“人是机器”的观念流行开来，这个词被运用到生理学和医学中，用以表示生物机体的各个器官如何有机地结合在一起，通过它们各自的变化和它们之间的相互作用，产生特定的机能。^①

机制引入社会科学领域，一般是指一个工作系统的构成要素和构成要素的相互关系及其对系统运动的进行所起的作用，尤指该系统中构成要素之间相互作用的过程和方式。^②

关于法律调整机制，法理界学对其定义有宽窄的不同。

狭义的法律调整机制，一般仅仅是指法律的调整方式（或方法）。如杨宗科先生认为法律机制是符合利益规律、正义规律的法律调整方式。从本质上讲，法律机制是手段，是方法，它服务的目的是法律的本质和法律的价值。法律机制实质上是法律价值的体现方式和实现手段。透过法律机制，可以发现法律对人的意义，可以发现人与法律的关系。^③

按照杨宗科先生对法律调整机制的理解，法律调整机制是“桥”或“船”，是法律要达到的理想彼岸的路径或途径；没有“桥”、“船”或“路”，达到理想彼岸只是空想。从这个意义上说法律调整机制实质上是法律价值的体现方式和实

① 参见宋瑞兰：“论法律调整机制”，载《法律科学》1998年第5期。

② 参见韩志红、陈卉、张逢太：《中国市场经济运行法律调控机制研究》，天津社会科学院出版社2001年版，第30页。

③ 参见杨宗科：《法律机制论》，西北大学出版社2000年版，第201页。

现手段是有道理的。孙国华先生也讲过：“法律调整机制是用来保证对社会关系实现有效法律影响的各种法律手段的整个系统。”^①

广义的法律调整机制，指法律规范作用于事实世界的根据、原理、程序和方式等。谢晖先生讲：我们知道，法律只是一种通过文字而构织的规则，这种规则何以能够将千变万化、丰富多彩的事实世界纳入其麾下？事实世界何以要受制于法律规范的调整？这就需要从法律调整机制视角进行探讨。所谓法律调整机制是指法律规范作用于事实世界的根据、原理、程序和方式等。事实对法律的顺从，乃是通过法律调整机制而实现的。关于它们之间的关系，谢先生的观点是：法律调整的根据和原理是从本体意义上对法律调整机制的解释和说明；法律调整的程序和方式则是从技术操作意义上对法律调整机制的解释和说明。他说：本体性的解释和说明尽管是重要的，但如果它不能搭架在方法性的解释和说明之上，可能只是空洞的，并且最终也是缺乏实践意义的（对法律而言，实践属性是其根本生命所在）。因此，关注法律调整机制中的程序和方式，对于已然存在的法律而言，也许就显得更为重要和必要。^②应当说，谢晖先生关于法律调整机制的论述更为全面，笔者力图在本书中全面阐述经济法的调整机制，但由于能力有限，主要将重点放在“程序和方式”方面。

二、研究法律调整机制的意义

（一）法律调整机制是法的三要素之一

法的要素（或称法的模式）是法理学的一个基本问题，

^① 孙国华：《法理学》，中国人民大学出版社1999年版，第232页。

^② 参见谢晖：“论法律调整”，载《山东大学学报》2003年第5期。

由于法学研究的向度不同,学者们对于法律的构成要素的理解也有差异。法哲学的研究者往往把正义观念作为法的构成要素之一。^①法解释学往往把规则作为法的基本要素,而法社会学则往往把秩序或法律效果作为法的构成要素。根据张文显先生的研究,在当代西方法理学中流行的法的要素理论有庞德的“律令—技术—理想”论,哈特为代表的分析法学的“规则”论,以及德沃金的“规则—政策—原则”论。^②

中国学者杨宗科的观点同庞德非常相似。杨宗科先生认为:法律是一个目的系统,是人类社会所创造的为实现利益、追求正义的社会行为进行建构的功能体系。目标、机制、律令是法律的三个基本要素。^③法律目标,是由社会发展的规律所要求的人们希望法律调整所达到的社会状态。它与法的价值、法的目的、法的精神等概念含义相当,或者说是同一问题的不同表达方式,^④相当于庞德所提出的法的要素中的“理想”成分。可以说,法律目标涵盖了从法的制定到施行、从法律现象到法的本质所体现的目的、功能与效应的所有目标。法律机制是符合利益规律、正义规律的法律调整方式,相当于庞德所提出的“技术”。律令,是指规则、原则、概念等要

① 严存生认为,法是一种特殊的价值观念及其实现系统。法有三个构成要素:法的观念层次、规则层次和秩序层次,它们分别属于法的精神、法的形式和法的结果。参见《论法与正义》,陕西人民出版社1997年版,第206页。李步云和汪永清也认为,法的要素有法的精神、法的内容、法的形式。参见《中国立法的基本理论和制度》,中国法制出版社1998年版,第3页。

② 参见张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第61页。

③ 参见杨宗科:《法律机制论》,西北大学出版社2000年版,第201页。

④ 沈宗灵认为,法的价值、法的精神、法的目的等是意思相同或相近的概念。参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社1999年版。郭道晖在研究法律目的时,认为目的价值和法的价值是一致的。参见郭道晖总主编:《当代中国立法》,中国民主法制出版社1998年版,第61页。

素构成的实在法体系。法律的三个要素之间是一种动态的有机联系，律令是本体，目标是方向，机制是从本体走向目标的方式和过程。^①

（二）法律调整机制是区分法域和法律部门的重要标准

关于划分法律部门的标准，法学界比较一致的看法是法律所调整的社会关系。法律调整的社会关系的性质和种类的不同是划分部门法的首要的、第一位的标准。但是单靠利用法律调整的社会关系的种类和领域来划分法律部门，不能全部解决法律部门划分的问题，也就是说，对于一些法律很难按社会关系予以划分，例如刑事法律，按照社会关系类别，就无法将它列入哪一个法律部门。这就需要找出划分法律部门的补充标准。近些年来，法理界提出不同的法律调整机制应当是划分部门法的第二位标准。^② 这一观点的提出有重要意义。

沈宗灵先生讲：“法律调整机制是指包括整个法律调整系统的结构、功能、各个组成部分之间的关系以及发生作用的过程和方式。”^③ 关于法律调整机制的内容，沈宗灵先生讲：“在划分法律部门时，我们不仅要注意到法律所调整的客观的社会关系领域，而且也应该注意到作为人类主体对于社会关系的法律调整机制，包括法律调整的方法，法律关系主体权利义务确定的方式和方法，权利的确定性程度和权利主体的自主性程度，法律事实的选择，法律关系各方主体的地位和性质，保障权利的途径和手段，等等。仅仅利用法律所调整

① 参见杨宗科：《法律机制论》，西北大学出版社 2000 年版，第 201 页。

② 参见沈宗灵：《法理学》，北京大学出版社 1999 年版，第 384 页。

③ 参见沈宗灵：《法理学》，北京大学出版社 1999 年版，第 384 页。

的社会关系领域做标准来划分法律部门显然是不够的，还要综合利用法律调整机制的多个标准。”^①

既然法律调整机制是法的三要素之一，法律调整机制是区分法域和法律部门的重要标准，因此，有必要研究经济法的调整机制，这不仅对厘清经济法与民法、行政法等部门法的关系有重要意义，更重要的是对经济法权利义务的实现有决定性的作用。

三、经济法调整机制研究的基本思路

（一）研究经济法法律关系三要素

1. 经济法法律关系的主体

法学界公认：法律关系主体是法律关系的参加者，即在法律关系中一定权利的享有者和一定义务的承担者。学习、了解法律关系主体有重要意义。谢晖教授认为：主体原本是一个哲学上的概念。在法律关系理论中引入主体概念，主要不是探究主体之本性，也不是为了探究主体与客体之间的关系，而是为了探讨在法律关系中，权利义务、财产与行为等究竟因为谁（主体）而被分配、处理。一般认为，法律关系主体“是指法律关系中依法享受权利和承担义务的人或组织”。这一定义固然不错，但其在实践中往往更易指向具体的微观的法律关系，为了更全面地表述法律关系主体，我们认为，凡是在法律调整下的享有权利、承担义务的人（包括自然人、法人和其他组织）都是法律关系主体。可见，法律关系主体之形成，有两个前提，一是有客观存在的主体；二是客观存在的主体受到法律的调整。其结果是使主体置于法律

^① 参见沈宗灵：《法理学》，北京大学出版社1999年版，第384页、第385页。

调整下所形成的法律关系之中。主体既是法律关系产生的出发点，又是该法律关系的最终归宿。法律关系中权利义务的分配或约定都既是主体所为，也是为主体所为。同时，主体也是法律关系的最活跃的因素。不了解主体，就不能深入地了解法律关系，就会在实践中形成只见关系、而不见人的局面。

主体是法律关系构成的基本要素，当然也是经济法律关系构成的基本要素。“经济法的调整对象是具有社会性的经济关系，即直接涉及或影响社会或公众重大利益的经济关系。”^①这样一种新型社会经济关系的出现决定了必然会有新型法律关系主体的出现，经济法权利（权力）、义务和责任一定为新型法律关系主体所分配和承担。笔者在本书提出：“社会”和“国家”是经济法法律关系的两个重要拟制主体，这种拟制完全是为了调整具有社会性的经济关系、合理分配权利义务的需要。

法律关系主体的不同，直接决定了法律关系保护方法的不同。薛克鹏博士认为：“社会是由众多复杂社会关系构成的体系，每一类社会关系由于在主体构成、双方地位以及公平需求方面都存在较大差异，因此上升为法律关系和保护的方法也不相同。”^②可见，发现新型法律关系主体有多么重要的作用。新型社会关系在主体构成、双方地位以及公平需求方面与传统社会关系的差异，决定了会出现新型法律关系和保护的新方法，即新型法律部门。例如，社会化大生产使社会

① 王源扩：“法律部门划分理论再探讨”，载《安徽大学法学评论》2001年第1卷，第115页。

② 薛克鹏：《经济法定义》，中国法制出版社2003年版，第236页。

出现了弱势群体和强势主体,为确保弱势群体的利益,实现社会公平,出现了倾斜保护弱势群体社会权利的特殊法律部门。

2. 经济法法律关系的客体

客体也是一个哲学概念,是与主体相对应的概念。其内涵指不依主体的意志为转移的客观现象。把客体概念引入法学中,是因为客体与主体一样,是法律关系的构成要素。法律关系客体是指法律关系主体之权利和义务所指向的对象。一种客观存在能否成为法律关系客体,最关键和最后的因素是是否受法律调整,凡受法律调整的客观存在的物、行为、非物质财富均为法律关系客体或可以成为法律关系的客体。

法律关系客体的分类问题,在学术界尚有歧义。一般认为,法律关系客体分为三类,即物、非物质财富和行为。经济法法律关系客体的特征是这些客体在现代社会呈现出的社会性特点。社会性的财产(即国有资产或公有财产)以及社会性的行为是经济法法律关系的重要客体,因为经济法法律关系客体的社会性特点,决定了经济法主体权利义务以及权利救济方法的特点。因为客体的不同导致了权利内容的设计不同。^① 权利的特点、内容以及救济方法归根结底是由权利保护对象的特点决定的。^②

3. 经济法法律关系的内容

法律关系的内容是权利义务。谢晖教授指出:法学的全部要旨,在于对权利和义务关系问题的破解;法律的全部要旨,在于按何种原则、何种方式对权利和义务进行分配;而

① 参见朱谢群、郑成思:“也论知识产权”,载《科技与法律》2003年第2期。

② 参见张玉敏:《知识产权法学》,中国检察出版社2002年版,第18页。

法律关系的全部要旨，在于依法分析法律所调整的社会关系中的权利义务实现和存在的状况。所谓法律调整，实质上就是通过或借助法律对主体间权利义务进行分配。^①

经济法的权利和义务同客体一样，具有社会性的特点，经济法权利主体拥有的权利可以称之为“社会权”；经济法义务主体的义务是对社会的义务，而不是对特定主体的义务；经济法权力主体的权力是为实现经济法权利主体的“社会权”而设置。因为经济法的权利和义务具有社会性的特点，因此，经济法责任主体的法律责任是对社会的责任；法律责任追究的司法程序应当主要适用公益诉讼程序。

（二）研究经济法的法律责任和追究法律责任适用的程序

1. 研究经济法的法律责任

法律责任是指行为人因违反法律规定承担的对自己不利的后果。孙笑侠教授讲，法律责任可被定义为：因破坏法律上的功利关系和道义关系而产生的法律上的补偿和惩罚的不利后果。^② 法律责任的设计同违法行为是否造成社会危害性和社会危害性的大小有关。如果只是私人主体之间存在的“你失我得”以及损益补偿等问题，就首先应运用民商法等私法手段来解决。如果违法行为给诸多的私人主体乃至整个社会秩序造成损害，运用私法无法解决这些问题，或者私法手段解决的运行成本过大，就需要考虑其他公法的参与。^③ 经济法法律责任和特殊程序规则的出现应当是基于此。

因为经济法的调整对象从抽象看是个体与社会的关系，

① 参见谢晖：“论法律关系”，载2004年6月8日 <http://www.dastu.com>。

② 孙笑侠：“公、私法责任分析——论功利性补偿与道义性惩罚”，载《法学》1995年第3期。

③ 参见张守文：“经济法责任理论之拓补”，载《中国法学》2003年第4期。

因此,经济法责任的最大特点是个体对社会的责任。个体对社会法律责任的设置应当考虑实现三种功能:一是赔偿的功能。即使社会受害人遭受的损失获得相应的补偿。二是制裁的功能。通过给不法行为人强加更重的“违法成本”来制裁社会上的不法行为,从而达到制裁的效果。三是遏制的功能。通过惩罚性的法律责任对加害人以及社会一般人产生遏制作用。遏制是指确定一个样板,使他人从该样板中吸取教训而不再从事此行为。经济法的法律责任必须有足够的威慑力,如果违法者并没有承担他们应当承担的法律责任,那么,会使所有的守法者心理失衡,使越来越多的人走上违法犯罪的道路。

2. 研究追究经济法法律责任适用的程序

确定和追究法律责任必须通过一定的合法程序。梅夏英教授认为,程序规则的不同是区分法律部门的标准之一。他指出:“刑法与民法的分类是基于程序规则和调整手段不同而建立的。”^①因此,研究经济法法律适用的特殊程序规则不仅对经济法的实施有重要的保障作用,而且对确立经济法的独立法律部门地位有重要意义。

我国法理学和各部门法学几乎都坚持这样一条金科玉律,法律部门划分的标准是其所调整的社会关系的性质以及由此决定的法律调整方法。^②因此谈部门法的调整对象,一定是要谈其调整的社会关系的性质。但如果我们要问法律调整的社会关系的性质是如何决定的问题,好似就找不到具有说服力

① 梅夏英:“当代财产权的公法与私法定位分析(上)”,载《人大法律评论》2001年第1辑。

② 参见《大百科全书·法学》“法的体系”条中对“法的部门”的阐述,中国大百科全书出版社1984年版,第84~85页。

的答案了。王源扩教授曾经讲过：何为社会关系的“性质”？迄今为止，除了依靠与法律调整方法有关的特征之外，似乎还没有其他清晰的说明。例如，民法的调整方法以平等等价和任意性为特征，行政法的调整方法以命令服从为特征，而在教科书中，这些特征反过来又都被用以说明被调整的有关社会关系的性质。说到底，这不过是一种毫无意义的循环论证。^① 结果，“由社会关系的性质决定的调整方法”这一所谓辅助标准，反而成了实际上的主要标准。这一点从下述事实中也可以看出，即某种社会关系，在一个时期仅由民法调整，在另一个时期却可能行政法和刑法也予以调整。我国刑法的频繁修订和行政法规的变幻无穷与朝令夕改是最好的例证。很难符合逻辑地证明，同一种社会关系，因着某个法律部门的将要对其调整或不调整，其性质也会相应地变化，而这些法律部门的地位，反过来又建立在这一社会关系的与法律调整方法有关的特殊性质之上。^② 因此，更多地关注“社会权利”和“社会利益”的特殊程序规则和调整手段在一定意义上具有决定性。

笔者认为，法律调整的对象如果按照主体是否特定，并从根本上^③分类，可能只需要分成两大类社会关系，一类是单个人间的现存的、在一定情况下是正常的经济关系。^④ 这种关

① 参见史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社1998年版，第17~18页。

② 参见王源扩：“法律部门划分理论再探讨”，载《安徽大学法学评论》2001年第1卷，第107页。

③ 本原在哲学上是指世界的来源和存在的根据。原义是开始，又译为始基。亚里士多德认为，一切存在物都由本原构成，一切存在物都从其中产生，最后又复归于它。本书讲的本原性是指经济法存在的根据，经济法本体论的研究应当关注此问题。

④ 参见《马克思恩格斯全集》第4卷，人民出版社1972年版，第76页。

系的特点是原子化个体与原子化个体的关系，即特定私权主体与特定私权主体的关系；一类是特定私权主体与“社会”（或称为特定社会群体）之间的关系。法律部门的划分似乎并没有太多考虑到上述两种本原性的社会关系，而是更多地关注到采用何种程序规则和调整手段调整社会关系。凡是采取“刑事制裁”手段的，不论调整何种关系都归入了刑法，通过刑事诉讼法追究违法者的法律责任；凡是采取“民事制裁”手段的都归入了民法，通过民事诉讼法追究侵权者、违约者的法律责任；凡是采取“行政管理”手段的都归入了行政法，通过行政程序法进行社会管理，并追究违反行政管理者的行政法律责任。我国目前法院的民事审判庭、刑事审判庭和行政审判庭显然就是按照程序规则性质的不同进行设置的。这样看来，法律部门的划分是“基于程序规则和调整手段不同而建立的”^①还是有一定的说服力的。

梅夏英教授使用法律形式的概念概括这种分类标准。他的说法是：依据法律的目的将法律划分为公法和私法具有很大困难，法律体系作为一个有机的统一体，其目的实际上是统一的。因此，只能从法律形式方面进行分类。值得一提的是，法学上的诸多分类基本上是在对法律形式进行具体分析的基础上建立起来的。如刑法与民法的分类是基于程序规则和调整手段不同而建立的，行政法与民法的区别则建立于两者调整的社会关系主体和规则不同这一前提之上，而这些均可归于法律形式上的不同。^②

① 梅夏英：“当代财产权的公法与私法定位分析（上）”，载《人大法律评论》2001年第1辑。

② 参见梅夏英：“当代财产权的公法与私法定位分析（上）”，载《人大法律评论》2001年第1辑。