

第一章 经济法^[1]的起源

从汉穆拉比法典^[2]（其中包括有关利益和工资的规定）到有关实施法国最近一个计划^[3]的条款，我们的社会对作为明确而又绝对必需之现实的“经济法”有了长期的体会。因为，人们很快就会理解到，法律秩序既对现有经济制度有影响，又受现有经济制度的影响。一定的经济制度要和谐运转，就要有一些使占有和使用生产要素^[4]、产品或服务得到保证的法规。从相反的意义上说，任何法律秩序对它所限制、制约或规范的经济制度都有影响，既有受到欢迎的影响，也有不受欢迎的影响。不过，对这种相互影响的认识，只是到了最近才通过具体的研究课题和教学课题的形式表现出来。因为，“经济法”作为一个独立部门被提出来，还是近几年的事。

但是，应当指出，从 18 世纪起，法国重农学派^[5]尼古拉·博多（Nicolas Baudeau, 1730—1792 年）在其名为《经济哲学初步入门，或文明状态分析》的著作（1771 年）中，就使用了“经济法规”这一概念。这位

作者认为：“无与伦比、永恒不变、普遍存在……神圣而重要的”经济法规，属于自然法^[6]，而且制约着“经济社会”；经济社会“建立在三种‘技艺’即社会技艺、生产技艺和非生产技艺的基础上。这三种‘技艺’与弗朗索瓦·魁奈所区分的三个阶级——有产阶级、农业生产者组成的生产阶级、工商业者组成的非生产阶级——是一致的。

虽然现在已不再采用这种看法，但博多却领会了任何经济活动都受“经济宪法”^[7]制约的这个首要真理（后又为德国的学说所深化）。

大约一个世纪以后，皮埃尔·约瑟夫·蒲鲁东^[8]（P. J. Proudhon, 1809—1865 年）发表了名为《论工人阶级的政治能力》的著作（1865 年）。他在这部著作中提出和使用“经济法”这一概念，看来在法国也是首创。蒲鲁东认为，法律应该通过“普遍和解”的途径解决社会生活的矛盾。但是，不改组社会，“普遍和解”就无法实现——而且，构成新社会组织基础的，就是“经济法”。因为，公法^[9]（droit public）和私法^[10]（droit privé）都无助于实现这一目标：一个会造成政府过多地限制经济自由的危险，另一个则无法影响经济活动的全部结构。因此，社会组织将建立在“作为政治法和民法之补充和必然结果的经济法”的基础上。

这样,经济法就成为‘公正原则应用于政治经济学……,〔成为〕相互关系条例’^[11]。

经济法应该是在参加经济活动的各集团之间达成协议之初形成的。其目的在于维护社会正义。

蒲鲁东的豁达大度的观点虽然纯属空想,但仍然是对经济法学说的贡献,因而使这种学说发展到了今天这样的地步。经济法关于公法和私法传统分类的观点也是如此。同样,参加经济活动的集团之间的协议和章程,显然预示着构成今日经济法特征的‘协商经济’的出现^[12]。

尤其是在德国,经济法概念已成为许多系统研究的对象。

德国作者 R. 皮彭布罗克在一部长达 250 多页的著作中,看来透彻地研究了这个概念直至第一次世界大战的历史^[13]。给人以强烈印象的是,德国的思想家们对法学和经济学相互关系的问题很感兴趣 因此“经济法”概念今天在这个国家得到很大发展,而且成为近半个世纪以来的研究和教学内容,是不足为奇的。

不过,对德国法学家是经济法先驱的看法,应该有所保留。在德国普遍接受的用以表示本书所研究的法律规则的词组,是“*Wirtschaftsrecht*”,意即经济的法 *droit de l'économie*”^[14]。

但是，“经济的法”和“经济法”（*droit économique*）之间的区别并非无关紧要。“经济的法”这一概念主要是描述性的，可以表示适用于经济活动的性质相当不同的全部法律规则。相反，“经济法”这一概念显然较能说明性质，而且像我们将要看到的那样，它所强调的乃是使法律规则发生变化的跨部门结合的前景。从起因看，这部著作本身就是跨部门结合和呼吁深化的结果。

第二章 法律与经济的 相互依存关系

在开始分析经济法的时候，应该从理论上明确法律与经济相互关系的性质。

一方面,经济问题先于法律出现 从这个意义上说，法律应该为经济只是其中一个方面的现实生活服务。但是，另一方面，要是认为法律是“经济的女仆”，那就错了 因为,法律规则表达了经济必须服从的某些要求。

我们首先要谈一谈,在市场经济的范围内,法律在哪些方面为经济服务。

一、法律为经济服务

L. 罗宾斯^[15] 在一部重要论著中明确指出了经济学的目的：规定特定的稀少资金的合理用途，以便将特定的价值分成等级。^[16]

从这种概念出发，经济学力图详细说明经济活

动相对既定目的达到最高效率的条件。发现这些规则是为了消费者、生产者和集体。从消费者方面看，重要的是选择各种可以获得的商品（即比其他任何可能得到的商品更为人喜爱的全部商品）的最佳组合。从生产者方面看，应该选择最有效的技术改造过程，把各种要素的数量和所生产商品的数量结合起来，以便以最小的成本获得最大的满足（利润）。最后，从集体方面看，必须使稀少的资源发挥出最大的社会效益。

对我们的研究工作来说，上述分析的重要结论不在于经济学得出了一般都可以接受的最优标准。

因为“福利经济学^[17]”的任何主张都不是没有引起争论的，或许与技术效率有关的主张除外。正如 C. 亚伯拉罕和 A. 托马斯所写的“不涉及对的一定看法，就谈不上最优状态；即使在经济学上，也是如此”^[18]。

核心问题倒是，从有限制地规定的市场条件、制约因素和精心确定的、一般可以用货币衡量的目标出发，经济学家能够精确地从有效行为中引申出必要而充分的条件。这时，法律的作用在一定程度上就是允许甚至鼓励采取这种行为。

1. 经济制度的存在和运转。——在资源稀少又

要在各种需要之间进行分配^[19],从而使集体得到最大满足的情况下,法律规则首先是要建立使人类活动达到这种目的的适当制度。更具体地说,我们的市场经济必须有保证其充分发展的最佳法律制度。在有效的市场经济制度存在所必需的法律规则条文中,有一些是值得一提的。

(1)一般说来,一笔财产只是由于有人对之享有权利才有经济效益,或者说,一件东西只是由于有人对之享有权利才变成财产。因此,一定形式的所有权就是交换的基础。因为,这种所有权赋予商品或服务控制权,因而使购得的事实和支配的事实之间存在一种关系。它保证在一定程度上排除他人使用的可能性。此外,它还包括被转让或被交换的权利^[20]。所有权的排他性原则和可让予性原则越严格,这笔财产的市价就会越来越高。说到底,真正的财产不是物,而是权利本身。

就一笔财产而言,使用权完全掌握在所有者手中与使用权由数目不能确定的使用者分享相比,在前一种情况下市价较高。此外,所有者越有权阻止不如他有权使用的人取得这笔财产和只卖给出价最高即考虑更好地利用这笔财产的人,这笔财产的市价就越高。因此,商品或服务的市价随所有权保障程度上升而上升,就是寻求能够保证类似保障或有

利于使用权过渡到所有权之法律制度的重大动力。或许就是根据这种观点，才制订了民法第 544 条和旨在保证商品自由流通的规定：禁止绝对不可让与性条款，禁止签订永远共有的协议，禁止替代（民法第 896 条），禁止创设第 543 条规定之外的物权。

（2）市场经济的另一个基础，乃是合同规定的自由。这种自由反映了立法过程的分权，正如经济决策的分权一样。因为，按照民法第 1134 条，依法形成的协议对签订协议者起法律作用。

市场关系不取决于社会地位，而取决于双方签订合同的法律程序：销售合同、贷款合同、劳工合同^{〔21〕}……根据这类合同的安排，法律制度起加快或限制经济活动的作用。

“按照法律方法有利于或不利于比如说赊销，按照制造商向用户企业交付电子商品时是出售、出租实物或设备，资金流动会出现不同情况：受到限制或加快流动。这样，从法律—经济角度进行的分析，就很可能说明布尔公司按法国法律办事所遇到的困难。同样，租赁合同所采用的新的法律方法，加快了許多法国企业的经济进展。▶^{〔22〕}因此，市场运转的一个必要条件（但不够），就是债务和债权法。

（3）承袭责任制也是对市场经济范围的保证。这种主张可以从债务法和商法的一条基本规则中得

到说明：无论谁负有债务，必须用其全部资产——动产或不动产，现在的和将来的——履行还债的义务；债务人的资产是其债权人常见的质权^[23]。法国经济制度的法律秩序就是这样把参加者和市场联系起来的。

法国经济除上述法律基础外，还有维持自身运转所必需的一定数量的规定。尤其是竞争法。国家的任务是反对串通一气，反对限制性的做法，反对垄断行为，以便维持竞争价格^[24]制度。因此，有效的竞争不仅不会与“自由放任”^[25]同时存在，反而要求政府保持警惕，避免其自行破坏：务必使企业保持竞争，不要因相互争斗而毁灭，从而造成垄断地位。自相矛盾的是，既要相互争斗，又要禁止最终获胜。

同样，首先旨在保护消费者不致因轻信而受害的一些法律规则，可以促进市场的透明性；这指的是规定生产者必须向公众提供有关供应销售之产品的价格、数量和质量的情况。

从以上的论述可以看出，为了保证市场关系的存在和维护其作用，法律制度就要对经济关系作出安排。这方面的安排不能局限于上面谈到的几个问题，而必须遍及普遍相互依存原则所制约的全部经济生活。货币与信贷、专利、私人财产、合同规定的自由、承袭责任，对实现忠实体现物以稀为贵的价格

制度都有决定作用。也就是这一点使 M. 阿莱断言：“名副其实的改革，就是改革我国经济的法律框架。”^[26]

2. 法律规则的效力。——虽然这样制订出来的法律规则应当为经济制度服务，但也要注意它本身的效力。

法律规定在市场经济中的效力，是开始被人们认真研究的一个难题。

例如，各方承担的风险以及执行合同的交易费和管理费，都因交易合同类型而异。在选定所要达到的目标后，就要对最大限度或最小限度实现这一目标的合同型式进行选择。

对于在经济振兴时期旨在促进加快折旧的税收制度，应该分析其效应大小和期限。

旨在影响支付习惯以减少使用钞票和促进赊欠买卖（代表货币）的法律规定，应该考虑到对货币流通量可能产生的效应。

更一般地说，一项有效的经济政策应该在法律上有所安排，使利用这项政策来实现充分使用资源、稳定价格或加快国民产值增长时尽可能少受法律秩序规定的限制所妨碍。

政府决策和议会表决之间相距时间过长、监督

控制过多、预算平衡原则过严和权限分配不当，都可能对预算政策或货币政策的效率有决定性影响的障碍。

此外，从法律管理本身看，还有稀少资金分配的整个问题。这些资金是否得到了恰当的分配？是不是在许多方面——无论是程序安排，还是刑罚制度——反而存在浪费？

对现行法律制度和司法制度各个组成部分给集体造成的费用和带来的好处进行对比分析，或许能使符合效率要求的改革得以进行。因为、法律及其制订和管理，是许多资产中与取得其他资产相竞争的一些“资产”。国家决策就是一个例证：国家为资金有限所迫，不得不在增加法官和法院的数量与增加国民教育预算之间作出抉择。如果同意提高教育水平会使犯罪行为逐渐减少，因而会使对司法组织方面的需求逐渐减少，那么问题就变得复杂了。

另一种说明问题的方式，就是承认消灭经济运转中的缺陷意味着在制订和实施法律方面付出代价。这时，应该得到法律规则通过减少或消灭缺陷所提供的净利，即法律规则带来的预期全部收益和预期全部费用之差。只有在集体获得的净利大于（或等于）在别处利用法律耗费的那些资金所获得的净利时，重视效率才会要求运用法律规则。

虽然进行这种计算肯定不大容易，但每天都仍然不言明地提出类似的选择：任何集体所关心的，都是更好地了解它为各种服务以及经过选择后放弃的各种方案所付出的代价！由于在实施法律和检查法律实施情况方面使用日益讲究的方法，对司法界的投资明显增多，经济领域对司法界的态度就越迫切^[27]。此外，在这个领域没有效率，会对整个经济产生影响：比如，作者想到了程序规则不恰当对国家经济生活的影响。

如果想到 18 世纪和 19 世纪贝卡里亚^[28]和 J. 边沁^[29]力求将经济核算的概念应用于犯罪学，上述态度就不像看起来那样具有革命性。G. 贝克尔不久前在一篇论文中论述反对违法行为的最佳政策的条件时，重新采用了同样的分析方法^[30]。这篇论文导致确定违法行为的代价和边际收益之间的平衡点；超过了这个平衡点，“犯罪就不再为罪犯带来好处”！

二、法律超越经济

竞争价格制度所实现的经济效率，有一些不足之处。一方面，经济效率的某些方面不为市场机制正确理解。另一方面，严格意义上的经济效率不重

视作为法律规则和审慎判决之基础或论据的某些标准和某些制约因素：如果把它们结合起来，就可以得出一种全面得多和正确得多的效率概念。

1. 市场经济的失败。——某些现象，如不可分性、集体商品^[31]、外部效应^[32]、厌恶风险等，是市场经济的特征，但不是单由竞争自动造成的。

经济学家不能因此只限于对比现实世界的“无效率”和“逻辑上可能存在的”没有上述现象的世界的效率。相反，经济学家应该承认我们现在这种经济的基本数据，并把这些数据归入其效率概念。经济分析在这些方面不是去进行条件之一纯属空想的比较，而是对比可供选择的一些制度，以便确定最适合实际经济问题的法律规则。而且，在这条道路上，经济分析还会与法学家的研究结合起来。在法律可起重大作用的这些现象中，作者要扼要地说明某些现象。

(1)第一个问题是规模经济^[33]问题 在越来越多的工业中，产量或销售量越大，单位成本^[34]就越低。于是，生产单位和销售单位会大幅度增加，以至于占领很大一部分市场。由此导致的结果，可能是大量小单位之间的竞争消失和垄断地位诞生：价格不再是完全竞争^[35]条件下的价格，因此经济效率不

再得到保证。

这时,可以用法律规则进行干预,或采用价格法规的形式,或采用税收和补贴制度的形式,或通过国家占有,使企业“仿佛”在存在完全竞争的条件下得到管理。这样,法律规则就弥补了市场经济的缺陷。

(2) 另一个现象则是集体商品和劳务现象。集体商品和劳务可以满足集体需要,但不适合于私人生产和买卖。立法机构要使用对新法案的动议权并通过制订规章制度,来发展私人决策可能无视的这个部门。

集体商品和劳务的性质,不取决于集体商品和劳务的生产者,而取决于集体商品和劳务的自然特征:按照其自然特征,集体商品和劳务的消费必然是由好几个经济代理人同时同量地实现的。享受没有被污染的空气或享受警察的保护就是如此。这种商品和劳务不会引起与市场经济的交换相类似的自愿交换,因为每个公民都知道自己消费商品或劳务在很大程度上与自己对商品或劳务构成的贡献无关。此外,不让没有出力的人享用这种商品,是不可能的(或者说,是要付出太大代价的)。所以,就这种集体商品而言,没有能够保证实现最佳产量^[36]的市场,因为消费者不必在这样的市场上表示自己的爱好,以获得这种商品。由于很难估计对集体商品的需求

量，其供给量要靠制度发挥作用来确定。

(3) 由此引出了外部效应问题，即个别经济活动对环境的影响：这是企业由于生产对空气和水造成污染，或者情况相反，由于能够保证周围居民幸福昌盛而面临的全部问题。于是，私人成本和效益与社会成本和效益^[37]便不一致，而且被竞争自由发挥作用实现的最优状态所无视。法律规则又一次要在这些外部效应“内部化”方面起决定作用。

首先一个实例就是修改法律（从准许变为禁止，或从禁止变为准许），作为提高福利的手段。米香提供的一个简单情况，可以使人理解这一点^[38]。假定现行法律“A”准许在某个地点建造住房。某乙想在这个地方建造住房，尽管选中的位置会妨碍邻居某甲的视野。再假定在现行法律“A”的范围内，某甲准备最多出 2.5 万法郎，让某乙改变主意，另选地点。相反，某乙至少要 2.8 万法郎才改变主意。由此可知，在现行法律“A”的条件下，最满意的结果必然是某乙建造住房，因为他对这个决定的要价（2.8 万法郎）高于某甲的出价。现在假定现行法律为“B”，这项法律禁止在上述地点建造住房。在此情况下，某乙为获得撤销禁令而准备付给某甲的最高数额为 2.3 万法郎，而某甲可以接受的最低数额为 3 万法郎。由此可知，在禁止性法律“B”的条件下、

最满意的结果必然是某乙不建造住房。因此，最满意的结果是因法律而异的。

有关数据概括在下表中^[39]：

	法律“ A”	法律“ B”
某甲	25000	—30000
某乙	—28000	23000

通过上述简化的说明，可以证明法律对可能达到的福利水平有直接影响。

另一个实例是 H. 德姆塞茨研究的产权实例^[40]。在个人之间实行不同的产权分配，可以使态度发生变化，尤其是可以减少某些不利的效应。使邻近居民区空气遭到污染但在会计上并不考虑，因此使邻近居民不得不支出费用的企业，就属于这种情况。从它拥有这些房屋之时起，它反而会关心反对类似的效应。

因此，无论是一般修改法律，还是在个人之间重新分配一定的权利，看来都可以把法律规定视为一种直接提高经济制度的效率，进而直接提高社会福利的最少花费的手段。

(4) 另一个限制以经济最优状态著称，它源于经济最优状态不关心收入分配^[41] 因为，这种最优状态告诉我们，资源在持有者之间任何一定的分配，开始时不可能得到更多的东西。因此，经济的有效状

态是可以与严重的社会不公正并存的。

一般说来，市场不能解决分配公正的问题。

在措施不限于改善某些人的状况而不损害任何人（帕累托最优状态），但对某些人造成有害后果的情况下，收入分配很不平等的危险便增大了。即使假设类似的措施可以腾出足够的资源，“从理论上说”可以在保持社会得到净利的同时，使受损者获得补偿，也很少见到自动给受损者以补偿。无论是国际贸易情况发生变化的影响，还是一般价格水平发生变化的影响，这种补偿在纯自由企业制度^[42]下都是很少自动提供的。

因此，法律制度必须通过税收规定、补贴和社会保险发挥作用，保证分配的公正^[43]。

此外，某些经济学家最近还认识到，解决经济效率的办法不可能在不顾现行法律的情况下确定下来。因为，实现解决效率问题的最佳办法，看来要取决于现有的收入分配。在收入分配本身随法规而变化的情况下，不论税收、价格管理或公共开支^[44]，可以实现的最佳解决办法最终要取决于法规。萨缪尔森^[45]特别强调，通过市场在各种用途之间分配可自由使用的资源的决定，是因收入分配不同而变化的，也就是说，是随购买力在个人之间进行的分配而变化的。资源分配和收入分配不能逐次解决，而应同