



Access to Justice

厦门大学司法制度研究丛书

总主编 齐树洁 陈 斯

司法的维度： 理性、制度与实践

Dimensions of Justice:
Rationality, System, Practice

陈斯 等 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



Access to Justice

厦门大学司法制度研究丛书

总主编 齐树洁 陈 斯

司法的维度： 理性、制度与实践

Dimensions of Justice:
Rationality, System, Practice

陈斯 等 著

撰稿人（以文章先后为序）

陈 斯 麻锦亮 程春华
毛德龙 熊毅军 李红辉
陈晓艳



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

D756.092

07

图书在版编目(CIP)数据

司法的维度:理性、制度与实践/陈斯等著. —厦门:厦门大学出版社
(厦门大学司法制度研究丛书)

ISBN 978-7-5615-4496-9

I. ①司… II. ①陈… III. ①司法制度—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 000356 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

三明市华光印务有限公司印刷

2013 年 4 月第 1 版 2013 年 4 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:18.5 插页:2

字数:325 千字 印数:1~3 000 册

定价:45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学科的发展。近20年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、海峡两岸诉讼制度比较以及司法改革等方面,在法学界产生了较大影响。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生。2001年5月,为适应诉讼法学教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,尽绵薄之力,我发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(Access to Justice)。

本系列第一辑以民事诉讼法为主题,包括《民事程序法》、《民事司法改革研究》、《民事证据法专论》、《仲裁法新论》、《英国证据法》、《ADR原理与实务》(再版改名为《多元化纠纷解决机制》)、《强制执行法》、《破产法研究》等8种,已于2004年6月全部出齐并先后重印或再版。这套书的出版在法学界引起很大的反响,受到专家和读者的好评,并被多所法律院校采用为教材。2002年9月,英国文化委员会和驻华大使馆发来贺信,对《英国证据法》的出版表示祝贺并予以高度评价。2003年,《仲裁法新论》获得厦门市第五次社会科学优秀成果二等奖;《英国证据法》获得福建省第五届社会科学优秀成果三等奖。2004年,《民事程序法》、《英国证据法》同时获得“首届中国优秀法律图书奖”。2006年,《民事程序法》入选普通高等教育“十一五”国家级规划教材。

第二辑在继承第一辑写作风格的基础上,有所发展和创新。为适应我国司法改革的新形势,这一辑以司法制度及其改革为主题,包括《程序正义与司法改革》、《公证制度新论》、《环境纠纷解决机制研究》、《多元化纠纷解决机制原理与实务》、《英国司法制度》、《美国司法制度》、《德国司法制度》、《民事审前程序》、《台港澳民事诉讼制度》、《调解衔接机制理论与实践》等10种,已于2010年6月全部出齐。其中,《程序正义与司法改革》、《公证制度新论》于

2007年同时获得福建省优秀法学成果一等奖,《程序正义与司法改革》、《多元化纠纷解决机制原理与实务》于2008年分别获得厦门市第七次社会科学优秀二等奖和三等奖。

在此基础上,厦门大学法学院诉讼法学科与广东省东莞市第一人民法院合作,决定共同编写“厦门大学司法制度研究丛书”,由我和陈斯院长担任丛书的总主编。本丛书以司法改革、多元化纠纷解决机制为主题,拟编写并出版10种相关著作。

《司法的维度:理性、制度与实践》系新丛书之一种,由陈斯院长、程春华庭长等7位具有多年司法实践经验的博士、法官共同完成。作者以开阔的视野,务实的眼光,从法理学、民商法学、经济法学、诉讼法学等角度论述转型时期的中国司法的理论与实践,并探讨法治中国的未来发展之路。

本丛书的出版得到了厦门市中级人民法院、东莞市中级人民法院、福州市中级人民法院、泉州市中级人民法院、莆田市中级人民法院、漳州市中级人民法院、东莞市第一人民法院、厦门市司法局、厦门仲裁委员会、厦门市公证处、泉州市公证处、北京市天元律师事务所、广东深圳君强律师事务所、福建厦门大道之行律师事务所、厦门大学法学院、厦门大学出版社的鼓励、支持和帮助,在此一并表示衷心的感谢。

尽管作了很大的努力,但由于作者的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识

2013年5月2日

于厦门大学法学院

丛书总序

东莞法院与厦门大学法学院的合作已经有好些年了,除了厦门大学法学院在社会的影响力外,更重要的原因在于齐树洁教授持续不断的推动。齐教授是个非常和善但治学却极为严谨的学者。我们在研究兴趣点上有很多的共通之处,其中最重要的是我们都感到研究法律除了需要扎实的理论功底外,司法实践是法科学生理解法律从而真正进入法律之门的必要途径。而要实现这一点,加强院校与司法实务部门的合作是最便捷也是最为有效的路径。对于长期在审判第一线工作的法官来说,能够在理论上得到提升,从而提高办案水平亦是其最为渴望的事情。显然,与院校交流是一个有效的办法。2009年之前,我们的合作主要是进行课题研究以及指导学生实习,合作出书只是口头上说说,并没有付诸行动。自从我从中级法院调到第一法院工作后,面对着法官们辛勤工作之余撰写的文章,深感其内容丰富且有现实意义,意识到如能将其结集出版可谓善莫大焉。其意义在于,一是可以好好总结。从人均案件量来看,2009年东莞法官人均结案达355件,可以说,东莞的法官几乎是全国最忙的法官,东莞法院极其丰富的案件资源是学术界认识分析探究中国司法或者法律实践最好的素材,其中许多纠纷可能是中国最先碰到的问题,而这些法官的经验确实有必要好好总结。二是为了分享。我希望这些成果能够让全社会尤其是法律职业从业者一起来分享,因为东莞的今天或许是内地很多城市的明天,东莞法官今天面临的问题很有可能就是内地法官或者其他法律工作者明天面临的问题。从这个角度看,将东莞的经验公开实在是多赢的事情。根据齐树洁教授的建议,我们还会组织更多的学者参与撰写这套丛书,使其内容更加充实,既立足当下又面向未来。经验与学术结合、理论与实践互动将是这套丛书的主要特点。

在这套丛书里,对实务问题的研究是一个重点。我们把视角主要放在了东莞,除了因为合作主体的因素,还因为东莞是个非常特殊的地方。

东莞是个全新的城市,但说它“新”并不意味着没有根基,实际上东莞建郡已经有1700多年的历史。近代史的开篇之地便在东莞,史家均认为“虎门销烟”开启了中国近代社会的新篇章,而虎门正是东莞的一个镇。让人们感到东

莞的“新”完全是基于 30 年来的改革开放。由于开放的缘故,东莞顺利承接了国际制造产业的转移,同时也接纳了国际通行的游戏规则,包括尊重规则信守合同的法治准则,市场经济的基本要素在东莞得到了充分的吸收和交融。而市场经济作为法治经济的特点不仅在于主体平等和交易自由,更重要的是重规则和秩序,这些因素既推动了经济的发展,同时也有效地促进了司法权威在东莞的树立。东莞——这个地处南国的边陲小镇,一个长期以农业为立身之本的乡土小城,一个远离中央权力并且缺少自然资源的小地方,居然在 30 年的时间里以年均约 22% 的增长率一举进入中国经济最为发达的城市之列。显然,取得这些成就不可能完全依靠地理条件和社会环境,市场经济法则的建立亦是其中重要原因。也正是因为对司法的信任,人们解决纠纷更多地借助了司法途径,东莞法院的收案于是从早先的每年 1000 多件上升到去年的 12 万件。当然,与此相对应的是人们对司法公正的迫切要求。正是由于有了这一特殊的社会背景,东莞法院的法官们天然地对精研法律有着更高的热情,对如何恪守正义也有着更为深刻的理解和要求。

由于司法本身固有的中立性、终极性等特点,它一直充当着社会矛盾的化解器与社会动荡的减震器,正所谓天下之公器也。司法对社会的极端重要性同样也促成人们对司法机关尤其是对法官的特殊要求。专业性是其最突出的一部分。假设没有专业性的要求,那么法官就完全失去了其特殊性,法官也就无法成为德沃金所言的“法律帝国的王侯”。正是因为这一点,一个学识渊博的法官尤为令人景仰。在学识与经验的结合上,人们对法官的要求恐怕是所有行业中最高的,这点在英美法系国家尤其明显。在那里几乎所有最为杰出的法官无一例外都是优秀的法学家,这些人既是法律的界碑,同时也引领着法律的未来。

所以,我认为,在很大的程度上,学者与法官的追求是非常近似的,在他们的领域里,对专业或者学术的研究是无止境的。学者或者法官的专业学养越深厚,他们对这个领域乃至这个社会的贡献就越大,因为他们的思想可以变成人类共同的财富。

进入新世纪以来,东莞法院一向倡导的“培养专家型法官,打造学习型法院”的建院方针初见成效,法官精英开始显露头角,与院校的交流也日渐增多,东莞法院已经成为国内多家法学院校的研究基地。正是基于这个前提,东莞法院与厦门大学法学院的合作提升到了一个新的层面,我们开始共同享用双方的成果,而且这种共享并不是短期的或者是个别的,如果条件允许,这种合作将是长期的。

实际上,几乎没有人怀疑对法院审理的案件进行总结和分析是法官提高业务水准的重要路径。正是基于这种简单思维,我几乎每年都会将所审理过的案件进行简单的梳理,择其要者作一分析。如今,我又将这一要求作为任务下达给了东莞市第一法院的全体法官,当然,也包括我自己。而所有的这些成果已经成为或者将会成为我们这套丛书的内容。

我一直希望我们的法官也可以成为这样的人,他们既是学者也是法官,他们既精通理论又熟悉实务操作,既了解社情民意又深谙法律精髓,他们既能在象牙塔钻研学问,又可以在尘世间挥洒人生。一句话,他们既可以出世也可以入世。这是何等潇洒的一种精神境界!

基于这种理想的追求,我一直希望成为沟通理论与实务界的桥梁。近年来,中国最顶尖的法学家,包括我们熟知的江平先生、梁慧星、王利明、朱苏力、贺卫方、张卫平、王亚新教授等学者都是通过这座桥梁到了东莞,并在东莞法院播下了法律学术的种子,而那些长期在一线审判的法官们也将他们的司法实践经验馈赠给了学术界。

其实法律本来就是一门实践性的科学,而法官与学术的这种天然密切联系更加加强了东莞法院法官们对法律学术与实务沟通的认识。东莞这个改革开放的前沿地带所面临的前沿问题,迫使东莞的法官必须在学术和经验之中穿行和求索。值得我们欣慰的是,与我们同行的除了司法界的同行外,还有像厦门大学这样的院校,有齐树洁教授这样的学者,他们也在和我们一起穿行一起探索;而我们一起探索共同研究的所有收获都会成为全体法律人乃至全人类的共同财富。

也许,目前我们能够做的就只有这些。不可否认,这一切都还很不完美,然而千里之行,始于足下,由于参与者的真诚和努力,我们有理由为这一点一滴的成就感到骄傲。

陈斯 谨识

2010年4月30日



目 录

不正当竞争之司法规制/陈 斯 1

私法自治视野下的民法违法性问题研究/麻锦亮 61

民事诉讼证明对象之确定/程春华 105

论中国转型期经济法的本质及其特征/毛德龙 166

德沃金、哈特之争的理论意义/熊毅军 209

证据裁判与证据收集

——从案例卷宗出发/李红辉 240

关于诉权配置与拓展的思考

——以反不正当竞争诉讼为视角/陈晓艳 272

不正当竞争之司法规制

陈 斯*



第一节 导论：司法为什么要规制竞争

在对竞争的司法规制展开论述之前，必须界定竞争是什么？尽管似乎所有人对竞争从未提出过任何疑问，但可以肯定的是在不同人的心目中，竞争的含义是有所不同的。关于竞争的语意，各种文字工具书均有类似的解释，如，《汉语大词典》对“竞争”作的解释是：(1)互相争胜。语出《庄子·齐物论》：“有左有右，有伦有义，有分有辩，有竞有争，此之谓八德。”郭象注：“并逐曰竞，对辩曰争。”(2)特指商品生产者为了争取有利的产销条件而进行的相互斗争。^①《辞海》对“竞争”作的解释在一般意义上是相同的，但是从经济学角度来说略有区别，是指“以生产资料私有制为基础的商品经济中，商品生产者为了取得有利的产销条件而进行的相互斗争”^②。由于竞争一词体现了“互相争胜”的

* 陈斯，男，1967年10月生，广东兴宁人。1985年考取中山大学法律系，1989年本科毕业分配到东莞市中级人民法院工作，先后在经济庭、民庭、研究室工作，2005年起任东莞市中级人民法院副院长，2003年获中山大学法律硕士学位，2007年获对外经济贸易大学法学博士学位。2009年调至东莞市第一人民法院工作。现为东莞市第一人民法院党组书记、院长，高级法官，东莞市法官协会副会长，东莞市社科联兼职副主席，中山大学法律经济研究中心兼职副研究员，厦门大学、西南政法大学兼职教授，暨南大学法学院硕士生导师等。自1990年开始在公开刊物上发表文章，至今已经发表各类文章100余篇，其中学术论文20余篇，并有合著《新合同法要义》、《中国区际民事司法协助研究》等。

① 参见《汉语大词典》(第八卷)，汉语大词典出版社1991年版，第402页。

② 《辞海》(缩印本)，上海辞书出版社1980年版，第1788页。

特征,所以,竞争这一词被广泛用于社会生活的各个领域,并被归纳为形形色色、各种各样的竞争类型,如体育竞争、文化竞争、艺术竞争等。《牛津法律大辞典》在解释竞争的概念与含义时指出,“竞争(Competition),指一种与垄断相反的经济形式:就某些特定的货物和劳务而言,存在着大量潜在的供应者和大量潜在的消费者,从而双方之中没有任何人能独自控制货源、价格、或其他市场因素。但是在垄断的情况下,买主只有一个,或只有极少的几个。不管是在竞争的情况下,还是在垄断的情况下,市场的自然运行都会受到影响”^①。《维护公平竞争法》的作者认为,“现代意义的竞争系指商品生产经营者之间,一种互相对立又互相促进的关系,即经济活动中的竞争,通常称商业竞争或市场竞争”^②。也有学者在考察了竞争的经济学、法学意义上的含义后认为,“法学意义上的竞争概念是指两个以上的生产经营者,以谋取有利的生存发展环境和尽量多的利润为目的,以其他利害关系人为对手,所进行的各种商业性行为”^③。还有人认为,“经济学意义上的竞争是指经济主体在市场上为实现自身的经济利益和既定目标而不断进行的角逐过程……因此,竞争表现为参与者之间内有动力、外有压力的持续不断的市场较量过程”^④。

从20世纪末期起,转型时期的中国变得越来越令人难以理解,一方面是经济的持续高速发展,另一方面却是世界观与道德世界的迅速沦陷。现实的中国似乎正处于一种断裂的环节。在人人渴望成功的大背景下,对于财富和权力的拥有与否已经成为衡量人生是否成功的唯一标准。市场经济观念的迅速普及让中国人确信竞争可以让人致富,和谐是人类理想的生存境界,竞争却是现代社会生活的常态,尤其在现今市场经济社会中,竞争已经进入社会经济生活的每一个角落,因此,竞争是否有序则是关乎人类生存环境之最重要的条件。竞争秩序的真正有序主要有赖于竞争环境的公平和自由这两大特性。要使竞争秩序有序除了市场自己本身的纠错能力外,政府干预以及借助司法的介入从而达到规制的目的都是重要方式。但当政府过度介入私法领域导致干预失灵时,借助审判而导入的司法规制手段已经成为竞争得以良性运行并且值得期待的模式,因为“司法是补充立法的唯一合法途径”,而司法本身所具有的实施法律、定分止争、维护正义以及公正性、中立性、终极性等其他国家活动

① 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第190页。

② 吴炯主编:《维护公平竞争法》,中国人事出版社1991年版,第2页。

③ 种明钊主编:《竞争法》,法律出版社2005年版,第8页。

④ 陈秀山:《现代竞争理论与竞争政策》,商务印书馆1997年版,第4页。

不可兼具的特点也是民众期盼司法能够介入竞争的原因。从竞争法的产生和发展的路径考察,司法在规制竞争秩序中有着不可替代的作用。尤其在现今的中国,因道德失范引起的种种背德行为在不断冲击已经极其脆弱的道德秩序的同时,还使得诚实信用等业已成为民事法律基本原则的商业道德面临极大的挑战,这些行为严重妨害了市场竞争秩序的健康有序发展,同时还构成了法律意义的不正当竞争,甚而成为构建和谐社会的障碍。司法如何通过对升华为竞争法基本原则的道德准则加以阐述并成为解决竞争诉讼的依据从而进一步引导竞争也变成了司法的使命。

正是由于竞争法具有独特的道德背景,因此,在司法介入的路径中,基于一般条款的纠纷解决模式在规制不正当竞争行为中有其独特的价值。市场经济作为一种自由经济,其秩序的建构确实存在着大量不以人们意志为转移的规则和制度,而这些规则和制度的生成又与市场竞争中长期形成的道德观念紧密相连,典型如“诚实信用”“公序良俗”等无一不是人类在无数次的市场交易中共同达成的交易规则,在渐进的社会发展过程中,这些交易规则同时又成为人类的道德规则。当这些道德规则上升为法律的基本原则的时候,它们就变成了本文所称的一般条款。

在对不正当竞争的司法规制中,诉讼成为司法介入的主要手段,而一般条款则是法官对不正当竞争行为进行判断的标准和基础。任何行为只有在被证明是不道德之后,方有可能为法律明确禁止,因此,行为的道德合理性,构成了立法禁止与否的逻辑起点。在一般条款下,具体规则是派生性的,是一般条款的具体展现和典型形态,不正当竞争行为并不以法律具体列举的典型形态为已足。即使不存在具体的规则,一种行为只要与公认的道德格格不入,就是不正当的而且必须禁止。在对一般条款的适用中,法官具有不可替代的作用,也正是因为法官的正确诠释才使一般条款在司法审判中大放异彩。

当前,我国的市场经济改革已经进入攻坚阶段,如何通过正确的导向使得竞争秩序得以规范,从而建构公平和自由的竞争秩序已经成为我国理论界关注的焦点。从西方发达国家的发展来看,竞争法的成功与否与该国的竞争秩序有着密切的关联,社会主义市场经济被定位为“在漫无限制的自由与极权之间寻找一条健全的中间道路”,“社会主义市场经济的最高指导思想是经济效率与社会平衡的结合”^①。目前,西方主要发达国家无不把建立健康有序的竞争秩序作为国家的基本经济政策目标予以重视,并以完整、灵活、平稳的执法和司法环

^① [德]路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1996年版,第11页。

节对其实现加以保障。司法通过对个案的审理使得众多的不正当竞争行为在法律性质上得以明确,从而使类似的侵权行为难以再得逞。



第二节 竞争秩序与司法介入

一、竞争与秩序

要实施有效的竞争不能离开秩序,没有秩序的竞争必然是充满血腥和暴力的斗争,因此,合理而有序的竞争秩序是竞争展开的充要条件。根据哈耶克的定义,秩序是指“这样一种事态,其间,无数且各种各样的要素之间的相互关系是极为密切的,所以我们可以从我们对整体中的某个空间部分或某个时间部分所作的了解中学会对其余部分作出正确的预期,或者至少是学会作出颇有希望被证明为正确的预期”^①。哈耶克认为秩序一词往往遭到误解,在相当普遍的程度被解释成某个具有思考能力的心智设计出来的秩序,被理解为这样一种由某人刻意作出的安排。根据这一解释,在社会中,秩序必须以一种命令与服从的关系为基础,或者以整个社会的等级结构为基础。但是,哈耶克指出,存在着两种秩序,一种是人造的秩序,或称外部秩序,即源自系统外部的秩序或安排;另一种为自发秩序,属于内部秩序,即自我生成的或源于系统内部的秩序。^② 自发秩序是人的行为的产物,但不是人为设计的产物。这种秩序处在“自然”和“人为”之间。

在弗赖堡学派代表人物欧肯的学说中,“秩序”(Ordnung)属于其基本概念。秩序在此是指有一定规则的安排。^③

我国由于传统观念的影响,往往把秩序等同于等级(Hierarchy)概念,即等级秩序。但是,有些秩序是非等级秩序,比如哈耶克等人所言的“catalaxy”,即“通功易事秩序”,或译“耦合秩序”。它是指那种在一个市场中由无数单个经济(即企业和家户)间的彼此调适所促成的秩序。这是一种特殊类型

① [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版,第54页。

② [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版,第55页。

③ 左大培:《弗赖堡经济学派研究》,湖南教育出版社1988年版,第24页。

的自发秩序,是市场通过人们在财产法、侵权法和合同法的规则范围内行事而形成的那种自发秩序。^① 哈耶克书中的“catallaxy”一词的出处是在古希腊语里的“Katallatein”一词,它意味着相互交易、为社会或共同体所接纳并因此而化敌为友。^② 它与相互交往和相互接纳相关,因而有别于强加于人。哈耶克把竞争作为发现程序。^③ 那么,竞争到底能够发现什么呢? 它能发现散布在无数人当中的信息和知识。这些知识可以是有关市场的信息和知识,也可以是有关制度的信息和知识。哈耶克也注意到,除了劳动分工之外,还存在着“知识分工”,两者都能带来好处。容易推断,利用“通功易事”往往与利用了“知识分工”和“劳动分工”的好处联系在一起。可以认为,哈耶克的知识分工观点为“catallactics”增添了一种新的维度,即“交换知识和思想”的维度。于是,在演化经济学里,一般认为,大量知识来自“通功易事”,它不仅是指狭义上的产品交换,也是指与他人的相互交往、知识、思想和资产的交换。^④

哈耶克称市场系统的运作可以理解作为一种通功易事秩序的竞赛(the game of catallaxy),这是一种创造财富的竞赛,而不是博弈论里的那种零和博弈(a zero-sum game)。这场竞赛是一场按照规则展开的、并由更高的技艺、力量或好运所决定的竞赛。^⑤

① [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来译,中国大百科全书出版社,2000年版,第189页。该书的资深译者邓正来先生把它译为“耦合秩序”。中国古代哲学家孟子(约公元前372—公元前289)曾经在《孟子》中提及“通功易事”一词,从而指出了自由交换的利益之所在:“子不通功易事,以羨补不足,则农有余粟,女有余布;子如通之,则梓匠轮舆皆得食于子。”所谓“通功易事”,是指“交换”。孟子所强调的无疑是要通过交换剩余的粟和剩余的布,可以互通有无;用多余的物品(“羨”)换取和补充不足的物品,可达致交换者各自处境的改善。这种改善就是当今经济学家所称道的“帕累托改进”。将西方人的概念“catallactics”和中国古代哲人孟子的概念“通功易事”联系在一起的是社科院经济所的韩朝华先生,他在翻译德国柯武刚、史漫飞教授《制度经济学:社会秩序与公共政策》一书时起用了该译名。见柯武刚、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第55页译注。

② [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版,第189页。

③ [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版,第204页。

④ 柯武刚、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第55页。

⑤ [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版,第201页。

从哈耶克的“通功易事秩序”概念,我们不难洞观市场秩序的非等级性、非特权性和互利性。因此,随着我国从计划经济朝着市场经济的转型日益深入,我们的秩序观也应该从等级秩序观朝着非等级秩序观转变。建设“开放型经济”的任务已经纳入我国的国民经济计划。在WTO背景下,我国的竞争秩序应当面向“开放型经济”,不仅要对外开放,而且更要对内开放。这将对我国社会迈向波普尔意义上的开放社会产生深远的影响。^① 为了建立这样一种竞争秩序,我国需要早日推行狭义的竞争法和广义的竞争政策。狭义的竞争法包括反垄断法和反不正当竞争法。^② 广义的竞争政策则涵括了狭义的竞争法,而且囊括了政府可以采取的、旨在促进竞争的所有行动措施,其中也包括了减少管制,政府守法措施等等。^③

从布凯南立宪经济学角度看,应该区分立宪层面和操作层面。其中立宪层面是“对制度进行选择的层次”,相应的选择属于“立宪选择”、“对约束的选择”;操作层面是“在既定制度下进行选择的层次”,相应的选择属于“后立宪选择”、“约束内的选择”^④。对于市场竞争,我们需要建立一种立宪层面的规则体系,来确保一种可达成一致的竞争秩序。在完全竞争的条件下,竞争秩序可以认为是一种自生自发的无须控制的秩序,但从现实性角度看,完全竞争的条件在现实中几乎是不存在的;从创新效率角度看,在完全竞争条件下,每个生产者的经营规模都非常小,没有足够的财力进行技术创新,其结果会减弱市场竞争的功能。^⑤ 在市场经济中应该对产权和竞争并重。如果没有分立的产权制度,即使存在竞争,也可能没有效率,因为企业中经济主体在实现绩效方面缺乏内在激励动力;如果没有竞争,产权就意味着市场权力,垄断者必然不会自行放弃垄断从而收取垄断租金的权力;如果竞争不面向规则,不受制于一种竞争秩序框架,竞争可能导致市场权力的出现和对市场支配地位的滥用。

二、司法介入竞争的外部因素——市场失灵和政府失灵

“双失灵”是对市场失灵和政府失灵的概括称谓,它也是司法介入竞争的

① [英]波普尔·卡尔:《开放社会及其敌人》,陆衡等译,中国社会科学出版社1999年版。

② 王晓晔编:《反垄断法与市场经济》,法律出版社1998年版,第258~259页。

③ Hoeckman, Bernard/Holmes, Peter: Competition Policy, Developing Countries and the WTO, World Bank Paper, April 1999. p. 3.

④ 唐寿宁:《个人选择与投资秩序》,中国社会科学出版社1999年版,第183页。

⑤ 唐寿宁:《个人选择与投资秩序》,中国社会科学出版社1999年版,第178页。

重要外部因素;“双失灵”理论也是一种概括的说法,是人们对以管制经济学为主的众多经济学流派有关市场与政府关系的理论加以概括总结的结果。其核心内容由以下理论思路构成:市场调节—市场失灵—政府管制—政府失灵—市场调节。其实从亚当·斯密起,政府对市场的管制制度就已经是经济学研究的主要内容之一了。由于市场交易存在交易成本以及交易中的信息不完全,所以市场的信息—价格体系不能完全发挥作用,这就是市场失灵。同时,由于信息不对称和规制俘虏现象的存在,政府管制行为的现实效果与理想的管制标准之间也会存在差距,这就是经济学所说的政府失灵。

(一) 市场失灵

1. 何谓市场失灵

基于市场经济在激发人类追求财富的欲望以及推进社会经济发展的巨大作用,现代国家无一不纷纷走向市场经济。但市场并非万能良药,在一定的情况下,市场也会失灵,使资源处于一种非效率、非公正的状态。所谓市场失灵,按照西方经济学家的观点,是指由于许多因素使市场在资源配置方面呈现出低效率运行的一种非理想状态。市场的作用是巨大和不可抗拒的,苏联和东欧国家因拒绝市场而使自己发生剧变和解体,我国由于发展市场而使面临崩溃的经济走向新生和发展,无不表明市场的作用是不能替代的。这是问题的一个方面,然而问题的另一个方面,就是市场也有失灵的时候,这时政府干预就显得必不可少。早期的许多资本主义国家因为奉行凯恩斯的干预主义而渡过了经济危机。

市场失灵为政府进行某种形式的干预提供了空间,或者说,凡是市场可能失灵的地方,都是监管干预的地方,美国著名经济学家斯蒂格利茨将市场失灵归结为公共物品、外部性、垄断尤其是自然垄断等情况。^① 市场失灵是市场经济的普遍规律。斯氏对市场失灵表象的归纳,应该说在基本方面符合所有实行市场经济国家的情况,如果有所不同,最多也是表现形式和程度不同而已。

2. 我国目前市场失灵的具体表现

我国的市场失灵问题必须在我国由计划经济体制向市场经济体制转轨这个过渡期的大的现实背景下来理解。与发达国家不同的是,我国市场化的道路才走了 20 多年。尽管这些年来经济的市场化程度有了较大的提高,例如:

^① 转引自李昌麒:《论市场经济、政府干预和经济法之间的内在联系》,载杨紫烜主编:《经济法研究》第一卷,北京大学出版社 2000 年版,第 69 页。

绝大部分商品的价格已经放开,指令性计划已经取消,国有企业改革正在推进,非国有经济也获得了蓬勃发展,部分发达地区已经初步建立了市场经济体制,但总的来看离真正成熟的市场经济还有很远的距离。市场机制的成熟程度与政府职能的转换紧密联系在一起,通俗地说,就是如何规范“看得见的手”从而让“看不见的手”发挥作用。这主要表现在三个方面:(1)市场主体发育不充分。部分国有企业还不是真正独立的法人实体,民营企业尚没有取得与国有企业完全平等的地位。此外,市场主体行为不理性,常常出现一窝蜂的“羊群效应”,缺乏有头脑、有胆识的真正的企业家。(2)市场秩序不健全。首先,土地基本上归国家所有,还不能进入市场进行流通和交换,资本市场发展严重滞后;其次,行政垄断的存在;再次,市场分割,尤其是城乡二元经济结构所造成的市场分割现象非常严重,价格刚性或受到人为因素的影响而不能反映真实的市场供求;最后,在一些领域,不仅进入壁垒很高,退出壁垒也很高,企业只生不死,资源的自由流动与优化组合受到了极大的影响。(3)市场经济制度或市场规则不健全。市场规则是市场主体参与竞争的游戏规则,它决定了市场主体的行为方式,是靠技术、质量或服务取胜,还是靠欺诈、关系或垄断取胜,对市场主体的行为产生重大影响。我国市场经济制度极不健全,使得市场经济本应具备的“公平竞争”的原则遭到破坏,取而代之的却是“关系经济”、“特权经济”和各种不应存在的“潜规则”,由此出现优不胜、劣不汰的局面。很明显,正是市场发育不足和市场经济的相关制度缺陷使价格规律无法有效地发挥资源配置作用,与其说是“市场失灵”,倒不如说是“市场发育不足”。我们不妨把它看作一种外生性或制度性的“市场失灵”。这是我国经济转轨时期“市场失灵”的特征之一。^①

从市场失灵到国家干预作为经济法一条重要的研究路径,其意义在于指出了国家干预的经济合理性,即恢复效率,但国家干预的疆界是否就由此划定,不作具体分析就笼统概括,进而形成一个固定套路的看法是片面的。我们近乎结论似地接受了经济法的“国家为了克服市场失灵,而制定的调整需要由国家干预的具有全局性和社会公共性的经济关系的法律规范的全称”的概念,但市场失灵本身的精细化分析的欠缺,仍会使我们在面对政府与市场的关系如何、干预的界限多大等进一步的问题时,不是一筹莫展便是盲人摸象,误解理解的事物的局部当作全部。同时,即便政府介入已经成为一种必需的现实

^① 栗勤:《我国经济转轨时期市场失灵的特征与治理》,载《中央财经大学学报》2006年第3期。