

Market Economy and
Legal Regulation

市场经济的 法律调控

章谦凡 著

中国法制出版社

市场经济的法律调控

章谦凡 著

中国法制出版社

责任编辑 周明哲

市场经济的法律调控

SHICHANG JINGJI DE FALU TIAOKONG

著者/章谦凡

经销/新华书店

印刷/北京朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168毫米 印张/11.125 字数/271千

版次/1998年10月北京第1版 1999年3月北京第2次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN7-80083-416-6/D·396

(北京西单横二条2号 邮政编码100031) 定价:16.00元

自由主义和民主看起来更像是对手而非同盟；法国革命的三重口号——自由、平等、博爱——所表达的并非一组结合，而是一对矛盾。

豪伯斯鲍姆 (Hobsbawm):

《革命时代 1789~1848》

经济平等和效率之间的冲突是不可避免的。在这个意义上，资本主义和民主真是一对最不相称的混合物。或许正因为如此，它们才彼此需要对方，从而使得平等带上理性、效率兼有博爱。

奥昆 (Okun): 《平等与效率：一大折衷》

对于 19 世纪的资本主义，任何个人都不能严重影响或指导其他个人的行动；他只能为他自己作出决定。因此，这类经济体制的结果在没有任何人的意识或决定之下得以实现；它们是未经计划的集体产物。20 世纪中叶的资本主义则多少带有计划经济的权力与手段；人们至少可以根据对整个社团的可能影响而作出决定。

柏尔 (Berle): 《20 世纪的资本主义革命》

法律根植于文化之中，并在文化的限度内，在一定的时间与场合，它响应特定社会的具体需求……大陆法为了确定性而牺牲灵活性。与此相反，普通法倾向于在两者之间达到一个更为公正的平衡……在传统上，普通法官具有内在的平衡权力；他们能够铸模案件结果来符合事实要求；如果需要，他们可扭曲规则来获得实质上的公正；他们不断解释与再解释，以使法律响应社会变化。

梅里曼 (Merryman): 《大陆法传统》

前 言

自从 1848 年《共产党宣言》发表以来，人们对资本主义和社会主义这两大对立经济体制的争论已经持续了一个半世纪。今天，这场争论似已平息。前苏联与东欧正匆忙引入资本主义市场机制，在经济改革的崎岖山路上经受剧烈振荡。普遍的看法似乎是，只要引入私有制和“自由市场”，保证政府不再插手经济事务，那些经济瘫痪的国家就能够奇迹般地摆脱困境，和它们从前的对手一样获得效率与繁荣。

然而，这种简单化描述忽略了一些显著问题。它非但未能指出实现这种经济和社会转变的必备条件，而且回避了这种转变的目的地本身——资本主义——的准确定义。首先，和社会主义一样，资本主义在今天也是一个含义广泛的概念，泛谈资本主义就掩盖了美国、日本和西欧各国经济在实际运作上的显著差异。其次，就和社会主义并非一定等于贫困一样，资本主义也未必是效率和财富的同义词。诸如巴西和墨西哥这些拉丁美洲国家实行的私有制和市场经济，并未能使其本国人民摆脱饥饿与贫困。难怪一位巴西企业领导人曾说：“我们的商人经常说苏联和东欧的共产主义未能获胜，他们忘记了我们的资本主义也同样是一场可怕的失败。”^{〔1〕}既然私有制和市场经济并不能自动带来繁荣，我们就必须探讨在貌似相同的资本主义体制背后产生不同经济后果的社会和组织结构原因。最后，资本主义的发展道路并不平坦。虽然早期的工业发展给社会带来财富，但财富分配极不均衡，经济发展的代价全部落在社会下层的劳工身上。这在 19 世纪奉行“自由放任”（Laissez Faire）的英国尤其明显。1835 年，托克维尔在访问

曼彻斯特时感叹道：“从这条恶臭的阴沟涌出人类工业的伟大洪流，它滋润着整个世界；在这条污浊的阴沟里流动着纯金。在这里，人性同时获得了最充分和最野蛮的发展；文明在此创造着奇迹，而文明人却几乎变成了野兽。”恩格斯的《英国工人阶级现状》也描述了类似的社会现实。因此，不受约束的“自由资本主义”（Free Capitalism）可能给社会带来巨大代价。

自由资本主义的早期历史，被后起的工业国家作为前车之鉴。为了减少现代经济对人与社会的负面影响，使工业化经由痛苦最小的轨道完成，现代政府有责任在一定程度上干预市场，以保障经济发展的秩序和有利环境。在这方面，先进国家的工业发展经验为我们提供了启示。自由市场和国家干预之间存在着复杂关系。简言之，自由市场和国家干预本身既非天生的灾难，也不见得是包医百病的灵丹妙药。事实上，两者都不能脱离对方而健康生存。市场经济可以带来前古未有的经济效率和财富，也可以瓦解一个社会的秩序，使之永久摇摆于无序混乱和军事专制的两极；同样，政府干预可以稳定和促进市场运作，促进分配平衡，但也可以阻碍市场运行，抑制经济效率，甚至压迫公民的基本政治权利和人身自由。最后，至少西方历史表明，市场经济的稳定与健康发展是以良好的社会与法治秩序为前提。如果立法、执法与司法机构不能有效解决自由经济发展对社会所产生的不良后果，那么社会便不能维持长期稳定和经济活动所假设的人力与社会资本（Social Capital，即人际之间的信任）；而一个缺乏信任、尔虞我诈的社会，不可能产生与维持现代经济所要求的大规模合作行为。因此，对于最佳经济体制问题，我们必须避免任何简单化的假设和感情用事的结论，而应以中性的眼光，冷静地探讨人类经济、政治、法律乃至社会组织的固有属性和相互联系。出于这个目的，我们有必要研究置于各种资本主义旗号之下的不同经济与法律运行机制。

在此，我们可简短总结一下资本主义的发展历史。在1929年以前，自由放任在世界主要工业国家——英国和美国——占主要地位。大萧条（Great Depression）标志着这种地位的结束；市场经济内在的周期性灾难给政治和社会带来巨大冲击。1929年爆发的世界性经济危机冲垮了魏玛政府，使纳粹在德国得以掌权；法西斯主义迅速得势并占领了欧洲大陆。同时，扩展到亚洲的经济危机把日本推上军国主义轨道，因而成为第二次世界大战的内在原因。^[2]有些学者断言，没有大萧条，纳粹势力就不会登台，第二次世界大战就不会发生，战后的全球冷战也就不会存在。

经济危机所带来的后果削弱了“自由市场”哲学的合法性，导致政府对宏观和微观层面上的经济进行政治干预，以期稳定市场运转，并减轻经济振荡对社会的不利影响。在30年代的美国，罗斯福（Franklin D. Roosevelt）总统颁布“新政”（New Deal）纲领，显著扩充了行政部门的权能，增强联邦政府干预经济的能力，从而使美国从自由经济的堡垒发展成“调节国家”的典型。^[3]战争结束后，西欧各国的民主政府通过累进制税收、扩大政府开支和公共福利、参予高峰谈判并规定最低工资及最高增长等手段，对经济进行系统干预。这些发展从根本上修正了经典的“自由资本主义”。由于各国对生产资料的国有化和对市场干预的不同程度，“现代资本主义”一词已不存在一个简单定义。

在战后20年内，资本主义国家的经济经历了迅速恢复和发展。50、60年代被普遍称为“资本主义的黄金时期”（Golden Age of Capitalism）。在宏观层面上，它表现为高增长、低失业和低通胀；在微观层面上，各国采用的凯恩斯主义（Keynesianism）政策使原来对立的劳工和企业主集团达成暂时妥协：不拥有生产资料的劳工同意在修正之后的资本主义经济秩序下进行生产；而生产资料的占有者则同意接受政府对市场和工资实行干预。然而，工业发展延缓了——却并未消除——劳工和企业之间的矛盾。当经

济增长顺利进行之时，“分红协议”易于达成；劳资双方都愿意接受凯恩斯主义的“和平方案”。但是，每当增长停滞之时，妥协就难以形成，“社会和平”（Social Peace）受到威胁。1973年的中东石油危机标志着“资本主义黄金时代”的结束。伴随着增长的停滞，通货膨胀和高失业率持续不下，形成物价指数和失业率同时上涨的“滞涨”（Stagflation）现象。此后，经济复苏缓慢而不得力；凯恩斯主义的宏观微调政策因无力对付危机而逐渐衰落。

在对付70年代的危机过程中，工业发达国家显示出不同能力。原来相对落后的国家——如日本和德国——仍然显示出较为强健的竞争能力。在日本，政府利用工业政策对微观经济进行积极干预；在德国，垄断银行对企业实行有效控制，形成“由银行计划的经济”。具有中央干预传统的法国也依靠行政官僚和企业领导的协商而渡过难关。可是，自由主义的发源地英国却一直被笼罩在萧条的阴影之下，工业实力一蹶不振。撒切尔（Margaret Thatcher）夫人领导保守党上台后，曾试图重归自由放任政策，但这并未能医治英国的经济病根。相反，保守党的经济政策扩大了贫富差距，恶化了业已僵持的劳资关系，从而使得社会合作与政策实施倍加困难。相比之下，在里根总统当政期间，美国在自由主义的招牌下变相实行凯恩斯主义的“债务经济”（Debt Economics），依赖大量日本资金而保持了表面上的繁荣。虽然这暂时挽救了经济衰退，却并未增强企业的竞争实力；相反，由这种政策所造成的巨额贸易逆差，可能成为束缚其经济增长的长期障碍。这些事实表明：在本世纪末的正统社会主义的衰落，并不简单地意味着其对立面——经典资本主义——取得胜利。

当经济增长出现麻烦时，资本主义的前途问题再次成为西方学术界的中心议题。对这一问题的不同答案可被归为三类：一类是维持现行体制——“改良资本主义”（Reformed Capitalism），并保留资本主义的基本特征：私有制和市场经济，但允许政府对经

济实行广泛干预，并通过不断调节和化解社会利益的冲突来维持稳定和持续的经济增长。另一类答案是回归自由放任，把政府的经济干预限于最低程度，并给个人和企业以更多的活动自由。最后一类答案则要求一举解决资本主义生产社会化和私人占有生产工具之间的内在矛盾，并完成向社会主义公有制的根本转变。这种观点并不排斥市场的存在：譬如在法国，相当部分的生产资料归公共所有，但企业主要由私人管理，且产品交换仍然在市场上进行。可以预见，发达国家的经济不会按照一种固定模式发展；在传统和国情的限制范围内，各国将或多或少地遵循其中之一作为其主导模式。

在经济发展受到挑战的同时，这些国家的民主政府也遇到重重困难。一方面，民主政府对经济的广泛干预，使其规模和权力范围不断膨胀，结果是民主政府滋长了官僚病，从而部分失去了民主特征与合法性。另一方面，由于社会集团利益越来越复杂，在处理层出不穷的社会问题中，即使是不断膨胀的民主政府亦显得力不从心，应接不暇。因此，这些政府不但积累了巨额经济赤字，而且也在庞大的“政治赤字”中超负载运转。⁽⁴⁾正如哈伯玛斯(Habermas)在《合法性危机》一书中指出，经济层面的“危机倾向”并未消失，而是转移到国家政治层面的内部结构。为了应付经济危机对政府的挑战，西方学者提出了新的政治和社会组织结构，以适应经济现实的新发展。

市场经济的稳定运行不但需要政府的直接与正面的行政干预，而且在更广的意义上需要国家提供一种良好的社会与法律环境。我们认为，现代化经济行为的方式、动机与后果并不简单局限于狭隘的经济领域本身，而是以必要的法律与社会秩序为前提。显然，如果没有企业法和证券交易法等基本的经济法律，经济运作就不可能正常进行。但根据同样道理，如果一个国家的法律不能适当处理劳资关系、补偿伴随着机器与汽车时代所普遍产生的

社会风险损失、解决经济组织本身所不能解决的环境污染和消费者利益等外差效应 (Externality), 那么整个社会就必然因经济发展所产生的负面效果而处于不稳定状态, 从而给经济发展本身带来不利影响。另外, 政府对解决众多日常社会问题的无能为力, 亦势必将影响其合法性及正面调控经济的能力。在这方面, 我们将看到西方法院的独特作用: 尽管现代议会因各种原因而不能对新的社会问题作出及时反应, 独立运作的司法机构能根据立法精神和形势要求, 及时创造新的法律或调整对法律的解释, 以适合在新的经济状态下的社会普遍需要, 从而为西方政府缓解了民选机构所不能解除的合法性危机。

通过比较“经济合作和发展组织”(以下简称 OECD) 中的 6 个国家——美国、日本、英国、法国、原西德和瑞典——的工业发展历程, 本书试图讨论资本主义市场经济和国家干预、社会组织及司法体系之间的关系。历史告诉我们, 没有那个国家仅因为土地贫瘠或资源匮乏而被注定穷困与动荡的命运; 也没有那个国家能依赖良好的天然环境或幸运的历史机会而长期保持富强。一个民族可以强盛, 亦可以衰落。它的命运最终取决于它所创造的政治、经济、法律和社会机制, 是否能使个人在社团中自由发挥才干而不至于摧毁社团的内聚力; 是否能使社团能有效地约束个体行为而不至于窒息个人自由。因此, 如何避免财富的总体增长导致它在分布上的严重失衡? 如何使政府干预维持经济的稳定和平等, 却不扼杀效率? 市场经济的正常运行要求哪些基本的法律调控? 如何在接受工业现代化和市场经济的前提下, 去处理它们所产生而本身又不能解决的社会问题? 如果立法机构不能及时处理这些问题, 司法机构是否应该及应该如何发挥其特有的作用? 这些问题都是本书考虑的主题。作为初步探讨, 本书的目的并不在于提供任何答案, 而是仅提出问题, 并借鉴先进国家的不同经验与教训, 以引发更为仔细和严格的思考。

本书共分三个部分。第一部分探讨 OECD 国家的经济实绩、政府干预和组织机制，它的重点在于政治、经济和社会组织在微观层面上的相互作用，及其对宏观经济参数的实际影响。第二部分介绍西欧和美国经济的法律秩序，它的重点是立法与行政机构对市场和企业的法律调控。第三部分讨论英美普通法和欧洲大陆法的司法机构对经济的干预作用，其重点在于法院的案例法，即如何创造性地运用司法解释，及时给成文法律赋予新的时代意义，使之不断适应发展中的经济与社会现实。

注 解

- [1] 见 A. Przeworski (泽华斯基), Democracy and Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America《民主与市场》, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1991, p. 188. 并参见该书对拉丁美洲经济的详细讨论。
- [2] 见 M. Burns & P. L. Ralph (伯恩斯与拉尔夫), World Civilizations: From Ancient to Contemporary《世界文明史》, 5th Ed., New York: Norton, 1974, Chs. 38 & 39; Karl Polanyi (普朗尼), The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time《大转变：我们时代的政治与经济渊源》, Boston: Beacon Press, 1944, Ch. 20。
- [3] Regulatory State, 见 T. Lowi (路维), Personal President: Power Invested, Promise Unfulfilled《私人总统》, Ithaca: Cornell University Press, 1985, Chs. 2 & 3。
- [4] 见 M. Crozier, S. Huntington & J. Watanuki (克罗齐、杭廷顿与绵贯让治), The Crisis of Democracy: Report on Governability of Democracies to the Trilateral Commission《民主的危机》, New York: New York University Press, 1975, Ch. 5; J. M. Buchanan & R. E. Wagner (布坎南与瓦格纳), Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes《赤字中的民主》, New York: Academic Press, 1977, Chs. 4 & 5。

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

第一部分 一项对现代民主与资本主义的比较

分析	(1)
----------	-------

第一章 对几个理论问题的回顾

(1)

第一节 经济“健康标准”	(1)
--------------------	-------

第二节 私有制和市场经济	(5)
--------------------	-------

第三节 资本主义和民主政治	(9)
---------------------	-------

第四节 三种政治经济学理论	(11)
---------------------	--------

第二章 社会民主和凯恩斯主义

(20)

第一节 社会民主党和劳工组织的发展	(20)
-------------------------	--------

第二节 凯恩斯主义的兴起和战后工业发展	(23)
---------------------------	--------

第三节 经济危机的起源	(25)
-------------------	--------

第四节 凯恩斯主义的衰落	(30)
--------------------	--------

第三章 国家干预的其他形式：中央计划与工业政策

(38)

第一节 法国的中央计划	(40)
-------------------	--------

第二节 日本的工业政策和企业集团	(44)
------------------------	--------

(一) 工业政策	(49)
----------------	--------

(二) 企业集团	(52)
----------------	--------

第三节 工业政策的运用条件：金融机构的领导 作用	(54)
-----------------------------------	--------

(一) 经济杠杆：银行与企业的关系	(54)
-------------------------	--------

(二) 德国的金融机构与工业联盟	(56)
------------------------	--------

第四章	OECD 各国经济在 80 年代的实绩比较	(64)
第一节	法国：密特朗社会主义实验的教训	(65)
第二节	英国：撒切尔保守主义革命的成败	(68)
第三节	德国：社会市场经济	(72)
第四节	瑞典：福利国家的危机	(81)
第五节	美国：里根“债务经济学”	(84)
第六节	日本：现代工业结构的楷模	(87)
第五章	后工业化的经济与政治发展趋势	(98)
第一节	后工业化的趋势：“以人为中心的生产”	(100)
第二节	民主的困境：合法性危机	(104)
第三节	民主的出路：新合作主义	(107)
总 结		(115)
第二部分	欧美经济的法律秩序	(121)
第六章	美国企业的法律环境	(128)
第一节	美国企业法的基本特点	(130)
第二节	联邦反托拉斯法	(132)
第三节	证券交易法	(137)
第四节	劳资关系法	(142)
第五节	工厂安全、环境保护和消费者保护法	(146)
第七章	欧洲共同体的法律构架	(155)
第一节	概 述	(155)
第二节	竞争政策和市场整合	(159)
	(一) “商标内部”或“平行进口”限制	(161)
	(二) 横向限制与卡特尔	(163)
	(三) 企业合并	(166)
第三节	社会政策	(168)
	(一) 《社会行动纲领》	(170)

(二) 《社会宪章》	(172)
第四节 环境和消费者保护	(177)
(一) 环境保护	(178)
(二) 消费者保护	(182)
第五节 经济与金融联邦	(185)
(一) “欧洲金融系统” (EMS)	(186)
(二) “经济和金融联邦” (EMU)	(188)
第三部分 西方法院对现代经济与社会的作用	(195)
第八章 西方法系的形成特点和“法院制法”的社会作用	(198)
第一节 大陆法与普通法的起源	(198)
第二节 两大法系的比较	(201)
第九章 普通法系的合同法	(205)
第一节 从“契约自由”到“合同之死”	(206)
第二节 第三者受益人规则	(211)
第三节 “禁止否认”	(214)
第四节 “有违良心”法则	(217)
第五节 明文与隐含保障	(219)
第十章 普通法系的民法	(228)
第一节 “无过不咎”抑或无过失责任	(230)
第二节 次品责任：民事疏忽与无过失责任	(233)
第三节 环境污染：利益平衡与否	(237)
第四节 雇主责任与劳动立法	(241)
第十一章 《法国民典》	(249)
第一节 制典运动的历史渊源	(249)
第二节 法国的制典运动	(254)
第三节 法国的司法系统	(258)

第四节	《法国民典》: § 1384 与无过失责任	(261)
第五节	事故保险与“法院制法”	(266)
第十二章	《德国民典》	(273)
第一节	日耳曼的制典运动及其“法院制法”	(273)
	(一)《德国民典》的诞生	(273)
	(二)德国的“法院制法”: BGB § 242 及其“诚实 要求”	(277)
第二节	《德国民典》中的民事责任	(280)
第三节	《德国民典》中的制造商与雇主责任	(283)
	(一) 原告的举证责任	(285)
	(二) 被告的免责证明	(286)
	(三) 雇主的 § 823 (I) 责任	(289)
	(四) 从民事到合同: 雇主的 § 278 责任	(290)
第四节	德国民典中的次品责任	(293)
	(一) BGB § 278 的合同责任	(293)
	(二) 制造商的 § 823 (I) 责任	(294)
	(三) 制造商的 § 831 责任	(296)
	(四) BGB § 831 的改革建议: 走向真正的替代责 任?	(296)
第五节	德国劳工法	(297)
	(一) 个体雇佣合同	(299)
	(二) 集体劳工法	(302)
	(三) 工人理事会 (Betriebsrat)	(305)
	(四) 监督委员会 (Supervisory Board)	(306)
结 语		(317)
本书参考文献		(322)

第一部分

一项对现代民主与资本主义的比较分析

第一章 对几个理论问题的回顾

第一节 经济“健康标准”

简言之，衡量一个国家的经济状况至少有三项标准：生产效率（Efficiency 或 Productivity）、财富分配的平等程度（Equality）、经济活动的稳定性（Stability）。⁽¹⁾首先，一个国家的经济生产应保持合理的效率，以提供充足的物质财富以满足本国人民的需求。效率经常相对于经济发达国家的平均水准而言，其衡量标准是人均生产总值（Per capita GNP）及其增长速率。其次，社会产品应较为均衡地分布于不同阶层的人民，对不平等程度的衡量可采取基尼指数（Gini Index）或其他类似参数，以计算上层和下层人口所具有的收入差值。在此，平等一词的含义并非是强制的绝对平均主义，而是指避免极度的财富集中和贫困的“大致平等”。最后，和以上两点有关，经济活动应保持基本稳定，以使其参与者能够合理预测决策和行动的后果，并据此计划获得最大

经济效益的方案。稳定性可以通过股票市场指数——如美国道琼指数——的波动幅度加以衡量。

显然，以上三项指标并非彼此孤立。要使经济长期高效率地发展，经济活动必须保持一定程度的稳定性，可以想见，极不稳定的经济必然伴随着生产低效率和生产资源的巨大浪费。经济平等原则将有助于社会的和谐与稳定，从而保障知识积累和技术的逐步改善，并促进生产效率的提高。反之，财富分配的过分不平衡则必将威胁现存经济体制的合法性，并影响经济和社会稳定，从而阻碍经济的持续增长。最后，生产效率也将促进经济平等和稳定。一片面包不可能为所有人享有，低下的生产效率造成物资稀缺，使得产品分配的冲突不可避免，从而进一步加剧不平等程度；相反，高效率的生产将提供丰富的物质产品，从而减轻分配层面所面临的压力。同时，大量生产也必然是为大众的生产，它保证每个人至少能够获得最基本的份额以满足生存需要。总体数量的充裕往往表明社会最下层人民的生活有保障，从而有助于维护社会秩序和经济制度的稳定。因此，效率、平等和稳定之间存在着相互促进、相互依存和相互制约的关系。当然，这并非说三项标准之间不存在着冲突。生产效率的提高和社会财富的增长并不能保证收入分配更为平等；相反，工业化初期的历史表明，通过自由市场竞争而产生的高效率往往伴随着财富的巨大集中。⁽²⁷⁾短期的效率亦并不意味着长期的稳定发展；席卷世界市场的1871年金融危机和1929年大萧条，即验证了自由市场内在的不稳定性。经济分配的不平等削弱了社会对现行经济体制的赞同，并引起劳工的频繁罢工，甚至暴力反抗，从而直接影响经济秩序的稳定。反之，强制的经济平等则易于成为效率的敌人。绝对平均主义剥夺个人和企业利润，使劳动者日益丧失工作动机，从而抑制生产技术和效率的提高；其最终结果只能是普遍的贫困和落后，这早已是众所周知的事实。因此，效率、平等和稳定之间存在着复杂的