

费肯杰文集

Ausgewählte Werke von Wolfgang Fikentscher

经济法

WIRTSCHAFTSRECHT

第二卷

[德]沃尔夫冈·费肯杰 著
张世明 译



中国民主法制出版社

费肯杰文集
Ausgewählte Werke von Wolfgang Fikentscher

经 济 法

WIRTSCHAFTSRECHT

第 二 卷

[德]沃尔夫冈·费肯杰 著
张世明 译

图书在版编目(CIP)数据

经济法. 第2卷/(德)费肯杰著;张世明译. —北京:
中国民主法制出版社, 2009. 11
ISBN 978-7-80219-659-9

I. 经… II. ①费…②张… III. 经济法—研究 IV.
D912. 29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 199740 号

Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Bd. 2. Deutsches Wirtschaftsrecht,
ISBN 978-3-406-09326-4; © Verlag C. H. Beck, München 1983

本书根据德国贝克出版社 1983 年德文版译出
经版权持有人授权
中国民主法制出版社享有本书中文版专有使用权

书名/经济法(第二卷)

Wirtschaftsrecht

作者/[德]沃尔夫冈·费肯杰 著
张世明 译

出版·发行/中国民主法制出版社
地址/北京市丰台区右安门外玉林里 7 号(100069)
电话/63055022(编辑部) 63057714(发行部)
传真/63056975 63056983
<http://www.npc.gov.cn>
E-mail:/MZfz@263.net
经销/新华书店
开本/16 170 毫米×230 毫米
印张/37.5 字数/782 千字
版本/2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷
印刷/永恒印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-80219-659-9
总定价/160.00 元
出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《经济法》中译本序言

[德] 沃尔夫冈·费肯杰 (Wolfgang Fikentscher)

经济是有关货物或服务制造或销售活动的一个总称。在此所追求的目的形形色色。经济目的确立是开放的。因此,经济以开放的目的进行。在文化人类学上,它们可以分为维系 (Ernährung, subsistence)、代谢 (Ersatzbeschaffung, replacement)、社会 (Gesellschaft, society)、礼仪 (Zeremonien, ceremonials) 和牟利 (Gewinnerzielung, rentseeking)。次要的目的可以是国家认同、产生或确保和平、效率、消费者福利等。由于这种经济的目标开放性,经济没有一个统一的基本思想。

法律乃正义思想的表达。是故,所有法律更是一个目标:正义。相反,经济缺乏一个可比较的普适内在目标。通过自由的,但法律上和道德上被确保的竞争个人牟利用于公共福利这一被许多人所认同的、同时由亚当·斯密(1723—1790年)所提出的社会和自由的建议,只是其中的经济政策目标之一。这在本前言的结尾还会谈及。

如果人们现在将经济 (Wirtschaft) 和法律 (Recht) 两个词放在一起,就形成了经济法 (Wirtschaftsrecht),就产生了经济是正义的还是非正义的问题。这就是此中译本著作的论题。

一个经济过程被评价为正义的还是非正义的,意味着一个评价问题:什么是经济被评价为公正或不公正的评价标准? 存在两种根据使用价值和交换价值在经济上进行评价的方式。据史载,希腊哲学家亚里士多德(公元前384—322年)发现了这两种经济上的评价并使用下面的例子进行描述:如果有人进入市场出售其凉鞋,那么凉鞋将有两种意义上的价值:对于穿鞋者,该凉鞋具有使用价值。使用价值表现为,凉鞋对于其所有人、并且仅仅对于其而言所值几何? 如果销售凉鞋给购买者会对销售者带来一定量的金钱,那么这就是凉鞋的交换价值(用现代的话表述就是:市场价值, der Marktwert)。

这两种价值往往大相径庭。例如,如果卖方成功,凉鞋就叫卖得特别值,反之,诸如因为供过于求,鞋品的价格便颇为低廉。使用价值不能被测量,因此它们也不能按照费用加以把握。交换(市场)价值可以被测量、视读和比较,并可以进入成本计算。



依据使用价值评价的经济因而必须由官方加以规制,在此,价格确定在价格机关和经济财产持有人之间进行,而没有成本控制。人们称现代的这种经济为计划经济、中央管理经济或社会主义经济。以交换价值评价的经济不取决于规定,而是公开的价格和成本比较,取决于市场及其观察。人们所求助的不是行政机关,而是自由的经济市民,具体说至少要有三个(这常常很多)。

因此,以使用价值评价的经济必定是一种独裁,以交换价值评价的经济价值必定是一种自由的民主。以使用价值评价的经济通过官员的前瞻性睿智实现公正的程序和结果。然而,由于以使用价值评价的经济不具有成本控制功能,由此从长远来看,官方确定价格决不能抵偿成本,以使用价值评价的经济便处于因其价格和成本不谐调关系而趋于破产的危险之中(例如,所谓社会主义阵营国家于1989年即是如此)。

通过市场参与者一目了然的参照得以进行的控制成本,以交换价值评价的经济不面临这种危险:实际上,市场参与者由于进一步参与自由市场以赚取利润的主观要求而变为对手,但亦产生了另一种危险。恰恰因为自由,自由民主的自由市场可能被限制(Die freiheitlich – demokratische Marktfreiheit kann man beschränken, und zwar aufgrund der Freiheit)。行政当局可能规定竞争限制,从而限制市场自由。例如,通过国家垄断。市场参与者自身可能达成协议不再以竞争对手呈现。人们建立垄断和其他限制,或利用现有的垄断和限制竞争。总而言之,自由被用来限制自由(Die Freiheit wird dazu benutzt, die Freiheit zu beschränken)。人们称之为自由的悖论。为了持续发挥功能,法律因而必须考虑到自由自相矛盾的可能性。在这个地球的大多数国家中,这是通过反竞争限制法和反不正当竞争法实现的。由于自由自我悖谬特征的实际意义,在这本书中,讨论反竞争限制法和反不正当竞争法的篇幅甚大。

这本书是在当前的经济危机之前写成的,并在这次危机期间翻译而成。这场危机源于不重视自由悖论(die Nichtbeachtung des Freiheitsparadox)。尽管针对美国和英国屡次警告,特别是来自德国,国际经济、包括国际金融业没有在法律上阻止自己和全世界免于建立、利用垄断和其他竞争限制以及不正当商业行为的伤害(例如,通过销售次级贷和评估机构误导性信息)。

全球经济法反对自由悖论应该从何入手?在此,使用价值经济和交换价值经济的区分又变得至关重要。使用价值经济在价值评估和正义性方面仅由两个当事人组成:国家和规范受体(Normadressat)。为了加以确证,政府将指示针对经济市民,垂直地“从上而下”加以贯彻。

交换价值经济至少由三方组成:经济公民和至少两个(但通常更多)对手性的供应者或需求者。为了正确确定,国家无需颁行“自上而下”的规范。毋宁是这三方就此达成一致:支持和反对他们三个(或更多)的法律应该创立。这样就出现了一些特性(当这三方愿意时):从三个变为四个,即三个成员的集合体,这一集合体制定法律。整体大于部分之和,并添加到三个之后,这一增加的是主观权利和义务的第四个载体,因此



和前三个一样在法律上是独立的。因此,形成了集合体、公司、企业单位、添附机构、合作社、合作、单位,或者人们根据各自文化经验随心所欲名之的称谓。成员在此原本服从于诚信、博爱和人道,那么,这三个(或者更多)现在就具有了强制执行彼此间“横向”和相对于集合体“纵向”的权利和义务。存在一个合法的顶部和合法的底部。白马是马。设若用马比喻各种肤色的人,它们之间就会存在着诚信和保护外来暴力的联系纽带。

现在人们可以基于集合体选举一个领导机构(政府),令其及时并有负责义务行事,直至下一届大会。人们拥有一个共同基金组织,其适用于三权分立(受文化的约束各异,例如立法、行政、司法的权力划分,控制或作为公民投票方式的民众公开意见强烈表达),有多数和少数,后者也许在下届大会成为多数,具有针对规范(司法审查)和个别行为的法治国保护。这适用于多数人和少数人之间的谈判妥协而非协商一致。最重要的是:人们可以创设和修改法律,例如反垄断、反竞争限制和反不正当竞争法,法律适用于每个人。因而,它是灵活的,可以对不断变化的情况迅速做出适当反应。但在集合体中,也存在一个法律框架可用于提供对所有人的灵活性状态保护、合法性和可靠性,建立成员之间、他们与权威机关之间的信任。集合体可以架起人类五种基本关系(国家、父子、婚姻、劳动关系、友情)和法律秩序之间的精神桥梁。

这使一个基于集合体的经济强大刚劲。集合体保证必要的横向和纵向的锚定。因此,交换价值社会以其基于集合体的经济法超越单纯双边规定的使用价值社会和仅仅是单纯横向协商社会。使用价值社会以其行政命令的统一意见不能保证成本,因为它们没有比较,共同一致的社会不能投票。一致就是软弱(Einigkeit macht schwach)^[1]。在集合体中使之有力量的是意见表决和相反意见。

由民主集合体创立的法律在其建立和执行中必须考虑到其他的社会重要目标和价值。如果一个人由于健康、家庭、教育或其他原因不具有交换价值经济对手性提供的参与机会从而陷入困境,那么其就需要市场参与者给予的社会支持。正是这样,本书中所描述的市场经济称为社会市场经济。

如果人们因为对手性内在的利润最大化而主张成本外在化的优势,例如,其将工业污水排向河流,那么必须注意最高限额可允许的污染,这也是可以认同的。因此,人们可以将这本书描述的市场称为环境社会市场经济(umweltsoziale Marktwirtschaft)。

保护知识产权和自由竞争之间的权衡必须符合于国家、联盟和国际法律。为保护国际和平,对外经济限制受到关注。只要这种经济自由界限划分存在,就具有法律权衡框架可以使用,例如,反托拉斯法的合理法则(rule of reason)就有许多花样。

以集合体为基础的环境社会市场经济是一种有成效的、“西方的”经济形式,并与

[1] “团结就是力量”在德文中为 Einigkeit macht stark,费肯杰先生在这里反其道而行之。



政治和国家的前提条件密不可分。它植基立足于古希腊概念组织构想(公元前 550—450)和近代启蒙欧洲的平等经济伦理以及对市场自由不合理的政府和私营经济的限制的消极经验。

由此,还该谈一下本书经济理论的出发点。在专注于经济法的法律方面的前几段中,它被缄默地作为基础。如开篇所说,经济不能被归诸于一个贯通性的理念,像法律那样唯正义攸归。这在很大程度上取决于经济学者希望其观点所欲达致的标的:经济史和经济理论的解释、经济有关的预测或警告、经济政策的假设和程序、经济形态的比较、经济心理行为预测等等。古典自由市场经济自从 18 世纪下半叶(亚当·斯密、大卫·李嘉图)建立在经济监视、公正的市场道德和缺乏竞争约束之上。其核心概念是亚当·斯密的“看不见的手(*unsichtbare Hand*)”,即通过个人竞争实现一个与成本相称的供应。一百多年后,经济学家的兴趣从市场行为条件和后果的研究转向所谓的新古典经济学。新古典经济学极适于理想的经济模型的建立及其对现实的计量:边际成本、完全竞争、经济人(*homo oeconomicus*)等等。它即使在今天仍广为流传(科斯、鲁宾费尔德)。奥地利学派(卡尔·门格尔、博姆·巴威克、米塞斯、哈耶克)研究历史的和当前的接近和价值观念。哈佛学派(贝恩、克拉克、鲍莫尔)致力于良好的市场绩效(*performance*)的建立。凯恩斯是赤字开支(*deficit spending*)理论的作者,德国—奥地利—瑞士弗赖堡学派(始于 1933 年)除了被视为经济学家还被视为法学家,和古典自由主义一样建立在自由市场之上,但坚持通过反垄断规范的法律保障。1945 年后的芝加哥学派(波斯纳、弗里德曼)的利益引导概念是效率,其甚至应该依赖于法律。现代趋势追求具有对某些经济市民进行限制的这样的目的指向,例如消费者的福利(*consumer welfare*)。

在这本书中,我自己的观点在经济理论和经济政策上继承了大部分弗赖堡学派及其自由悖论,但是(1)需要明确扩展到社会和环境目标,(2)是一个全球性的推广,并(3)极为尊重和考虑非西方文化及其历史和目标。对新古典主义的模型构想,包括其博弈增补,尽管不是其学术兴趣,但一个规范性经济政策的重要意义也许被断然否定。诸如(所谓的)完全竞争、经济人、效率理想、客观市场和“更为经济的路径”模型作为指导图像因此被放逐了。相反,市场和竞争实际上在经验上被引向现实,成为主观市场,即由竞争者的对手性所决定。这本书所发展的这种经济新指导图像因此在消极方面由作为规范制定者的新古典模型导向的外力确定组成,在积极方面由客观市场和主观市场的区别组成。在主观意义上的市场是以竞争和防止公共的和私人的阻碍及其不公平的法律保护为特征。一个国家选择了环境社会市场经济(而不是使用价值的政治确立),反对一个规范性理解的新古典主义经济学,支持作为成本最小化的主观市场保护,就可以避免新古典主义、哈佛学派和芝加哥学派病态自由的歧途(*illiberale Irrwege*)。它还能从一个危机中走上正道,走向经济自由和社会正义。



对于这本书的译者,中国人民大学教授张世明先生及其合作者,我非常感谢他们的大量工作。我也非常感谢中国民主法制出版社将本书纳入其出版计划。

沃尔夫冈·费肯杰(Wolfgang Fikentscher)

慕尼黑, 2009 年 3 月

德文原版序言

在教科书中经济法的论述给作者和读者造成巨大的困难。首先在于,直到今天尚未被澄清,哪些法律学的分支领域属于经济法。然而,经济法与其他法域的界限勘定仅仅显然是一个概念性问题。其困难的根源还在于两个方面:一方面,法律所涉及到的现象“经济”是一个尚待解决的问题;另一方面,法律所应关怀的经济情况处于异常迅速的流变之中。对这三个问题范围这里仅略加评鹭:

一种广为流播的论著致力于经济法概念的界定(*Abgrenzung des Begriffes*),因为对此要予以考虑的规范范围迄今仍无定论^[1]。由于这种不确定性,导致对每种经济法的概括均诟病其残缺不全(*Unvollständigkeit*)或过于泛滥无归(*Übervollständigkeit*)。重要的是,当人们撰写经济法论著时,呈现出作家式的意趣兴味,而当人们批评经济法论著时,这种批评的尺码又以各自的兴趣为绳墨。系统化和某种程度上指南手册式的意图对于以下的论述是至为决定性的。在此,内容上的目标是叙述法律上的重要规则,即:如果这些规则有关经济发展或经济供给,它们作为与实践相关的指南帮助或法律保护服务于在经济生活中的单个参与者。

首先,对经济法的规范性概念加以界定的困难存在这样的问题:人们应该从哪里获取法规范畴的事实性规定(*sachverhaltliche Bestimmung*)的标准。能否成功地识别出对加以规范的对象“经济”进行界定的“调整利益”(Regelungsinteresse)?路德维希·赖泽尔(*Ludwig Raiser*)提到这种奇怪的背反性,即:经济法的每位教师在教学中都不约而同地趋骛于对这个法域的对象和任务的追寻,而在劳动法这一同样仍相对年轻的学科却大相异趣,虽然鉴于该学科对实践和教学的重要性而对此存在着迫切需要^[2],然而整体概述迄今几乎仍不被鼓励。劳动法作为雇员、雇主及其组织的法律,当它有关保护雇员免受其相对于雇主而言根本上的社会弱势地位的影响时,在某种程度上就具有统一的调整利益。在劳动法相对于民法而建立起来的特殊地位中,人们同时可以认为劳动法的系统性的起点存在于斯。一个众所期许的相似的调整利益,对于经济法来

[1] 施吕普:《何为经济法?》(*Schlupe, W. R., Was ist Wirtschaftsrecht?*),《瓦尔特·胡果七秩华诞纪念文集》,1968,25页以下;赖泽尔:《经济法的对象》(*Raiser, L., Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts*),《商法和经济法杂志》143(1979)338;更多参见第1章。

[2] 赖泽尔,前揭,338。



说尚不得见。然而法域的统一又需取决于尽可能统一的调整利益。对于经济法律本体关怀之根据的追寻更是问题重重。首先绝对不是没有疑问的:除生活事实之外,经济究竟是否有可能是法律调节的事实,如果可能,是否在政治上是合法的。鲁道夫·韦特赫尔特(Rudolf Wiethölter)在这个方向提出了疑义^[3]。如果人们肯定了关于经济的可调性问题,其他的可能性仍悬而未决。这种致力于经济的法律是否仅仅在于以经济中实现宪法的基本价值和普遍法律原则为职任?这样,在经济生活中提供法律保护殆成为宪法的一部分。在这个意义上的经济法只不过是宪法的实现。另一起点似乎在于,分配给这个法律的任务是令当今每个经济政策披上法律形式的大氅并或许以法律手段措诸实践。经济法的这种经济政策思维方式似与宪法实现的理念在原则上大相径庭。第三种可能性是,将宪法实现和经济政策的实施视为经济法的任务。如果人们选择了这种双重性,必须面临在两个出发点之间划定界限的困难。路德维希·赖泽尔致力于将这种可能性作为经济法的可能的主题内容,当时的大多数经济法论著在这方面加以实证^[4]。在此还没有得到一个完美的解决。迄今德国经济法的叙述几乎不具有全面的特征,可能就与这些困难不无关系。它或者是在伴随讲演衍生的有关的而恰有意不完整地保持的概要,或者冗长但或多或少不系统的经济法问题的总结,或者最终以经济政策为导向、让个别领域居于关注的中心所在和首先讨论政治的著作。这便又频添了前面提及的诸多关于“经济法对象”的文本。弗里茨·里特尔(Fritz Rittner)最近出版的教科书给自己设定的任务是,详尽阐明材料并加以系统编排的经济法。但这并不是终结性的著作^[5]。在眼前的这部书中,它企图能够对经济法的领域进行颇为全面的阐述,同时发展出一个令人满意的体系,作为安排和解决经济法问题的依据服务于实践和教学。为实现此目的,对德国经济法、欧洲经济法和国际经济法的处理乃是不容迂回推诿的。将这三个领域按照一个统一的系统加以呈现乍看之下不免令人诧异。

由此涉及到最初提及的第三个困难:缺乏时间上的稳定性(mangelnder zeitlicher Beständigkeit)。德国经济法融入于欧共同体法律,这两者又进一步融入到世界范围的“国际的”经济法是当前正在进行的过程。直到前不久,敢为人先地将德国经济法、欧洲经济法和国际经济法这三个层面加以指南手册式的处理尝试,仍然显得没有多大意义。由于在欧洲范围内,英国是否加入欧共同体在很长时间内难以预料。然而,在英国加入欧共同体条约之前,已经有六个创始国的法律,在某种程度上也存在最初的欧洲经济法。然而没有英国的欧洲可能在经济上是几乎难以想象的,因此欧洲经济法的确立还须取决于英国的加入。通过如今已经实施的英国的加入,已经在国内最大限度直接

[3] 韦特赫尔特(Wiethölter, R.)“经济法”的辞条,见于:格尔利茨主编《法学辞典》[Görlitz (Hrsg.), Handlexikon für Rechtswissenschaft], 慕尼黑, 1972, 531 页以下;详见下文第 1 章注释。

[4] 赖泽尔, 前揭, 参见注释。

[5] 弗里茨·里特尔:《经济法》(Rittner, F., Wirtschaftsrecht), 卡尔斯鲁厄, 1979, 卷 I。



适用的欧洲经济法不仅可以说具有其形式的关联,而且可以说具有某种程度的内部合法性。至于国际经济法,例如在国际卡特尔领域(海因里希·克温施泰因, Heinrich Kronstein)和国际组织领域(汉斯·默勒, Hans Möller)存在个别的草莱开辟,此外,还有早已有之扩展为世界经济法(Wirtschaftsvölkerrecht)的营构尝试。然而,直到几年前,甚至可以说几个月前,更大的关联几乎仍渺然难辨。然而,在这个领域,一个关键的步骤已经完成。随着1980年年初文本被确定和1980年12月5日以联合国在国际贸易中反对竞争限制的指导法典形式的世界范围的竞争法基本原则纲领被通过,使在法学上昭然可见的竞争法的重要基础得以确立。联合国所考虑的新的国际经济秩序是否由此得以迈出关键一步,这尚待观察。法学家无论如何现在也可以在世界经济领域从一般经济法的规则出发了,这些规则作为专门的经济联系分散的和多方面的规制和干预广泛涉及到世界经济的所有分支。在这种程度上,出版包括德国、欧洲和世界在内的一部系统划分的经济法在当前尤为合乎时宜。但在可能影响经济法的关于稳定性和变动性关系的问题的意义上,上述所言甫出而制约立即如声相应矣。

尤金·高德迈(Eugène Gaudemet)在45年前对法国民法典的回顾时指出,当代处于经济生活关系的根本变革之中。在上个世纪前半叶,地产占有是私人生活自我负责的形态及其自由空间的根本基础,而如今却是动产,特别是以债权、证券和股权的形态,承担着生活保障和生活构型的功能^[6]。如今,在一代人以后,尤金·高德迈的论断也似乎显得不再妥帖了:地产的占有和动产都不是自由和自我负责的生活空间形态最重要的基础,当然这并非通常意义上的,但也不是关于发展和供给的经济法上的决定性双重计划意义上的。一方面,地产和动产在发达国家或许是相当充足地存在的,但它们在那里确保不了必要的自由框架和形态框架。另一方面,在发展中国家,充足的私有地产和动产在很大范围内是缺失的,并同时缺乏自由生活形态的可能性。财产所有问题至少在发达国家已经退居次要地位,自由问题变得无所不在。在发达国家,管理和影响措施如今较之地产或动产的拥有更为重要。相反,在发展中国家,经常必须形成适当的财产所有分配基础,并且在“拥有的”(besitzenden)和“非拥有的”(nicht-besitzenden)国家之间的平衡乃是时代的主题。因而,基于各种原因,尤金·高德迈所勾勒的图景在今天的世界组成部分中就不再合适了。由此可见,与经济相关法律问题的刻意叙述面临着被各种形式发展的速度所远远甩在后面的危险。然而什么是经济法符合时代的叙述必须予以考虑的最重要的发展?如果没有完全目为所眩的话,从长时段来看,在20世纪末具有世界意义的最重要的主题是马克思主义和公正经济秩序努力之间的争论。这两个主题紧密相关。虽然马克思主义肯定还涉及到它的政治主张、特别其世界政治主张,但它维护一种经济秩序。然而,在下面考虑的不是政治而是

[6] 尤金·高德迈:《对自1804年以来法国民法典的解释》(Eugène Gaudemet, L'interprétation du Code civil en France depuis 1804),巴塞尔、巴黎,1935,56页以下。



一种公正的经济秩序可能建立的法律问题。

“可能”(könnte)一词应略加说明:在下面的章节将探寻这种公正的经济秩序。现成的答案还没有准备好。本书是在对话中而不是在预先既有的知识类型中加以思考。它与马克思主义的起点由此在方法论上泾渭分明。

文本是以多年的卡特尔法律实践和自1957年以来关于经济法所准备的演讲为基础。它在某种意义上代表着在经济法上三十年工作的总结。对于演讲的听众而言,解释的路径(例如一般经济法和特别经济法的划分以及将宏观管理安排到特殊经济法)和个别细节(诸如在第1章和第19章Ⅱ经济法的定义)已经变得不新鲜了。在以下新鲜的是极力的雕琢完善,以此在体系上也许超越于演讲。将当时的演讲用专著形式记录完成需要数年,加之受到如前所述在欧洲和国际范围之内许多发展的不确定性的影响。于1975—1977年完成的法律方法的拙著[沃尔夫冈·费肯杰:《法律方法比较论》(Fikentscher, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung), 5卷,图宾根,1975—1977],极大地帮助了国际部分的准备。每本书都有其激情,并且即便它假托没有什么,它也具有非常强烈的激情。本书的激情从格言中汲取而言。它希望重申“合法化自由”(legalize freedom)这一在1968年以后某个美国自由主义者为了反对民主的官僚化无意间提出的口号。它也适用于经济:自由必须为被供给的和想要发展的每个人可诉求的权利。在所有的被照料者被分配以最广义的财产权利——“产权”之后,才涉及到自由及其与财产的关系。

对本有益的帮助,要非常诚挚感谢的有舒尔特·楚俄·豪森基金会(die Schultezur-Hausen-Stiftung)、富布赖特委员会(die Fulbright Commission)、慕尼黑大学联谊会、(die Gesellschaft der Freunde der Universität München)、加利福尼亚大学伯克利分校法律系。本书是献给密切关注其问世和不断提供忠告和鼓励的理查德·巴克斯鲍姆(Richard M. Buxbaum)的。视野开阔的关于在经济中司法判决意义的比较研究这一本书“内在的”主题,应归功于他。

对大约自1965年与对法国“计划化”(planification)的研究相关开始对本书技术准备以来的所有帮助,这里也应热忱地表示感谢。其中首先要感谢在共同合作“经济法卡片索引”(Wirtschaftsrechtskartei)岁月中助手们:格哈德·霍夫曼·贝金(Gerhard Hoffmann Becking)博士、格奥尔格·桑德贝格(Georg Sandberger)博士、约阿希姆·特雷克(Joachim Treeck)博士、巩特·托伊布纳(Gunther Teubner)博士(现在是不来梅大学、佛罗伦萨大学的教授)、耶尔格·赖因波特(Jörg Reinbothe)博士、扎比内·罗加恩(Sabine Rojahn)博士夫人、温弗里德·克勒佩尔(Winfried Klöpper)博士、马蒂斯·施瓦茨(Mathias Schwarz)博士、维拉·安·罗特(Wera Ahn-Roth)博士夫人、迈克尔·戈哈德(Michael Gerhardt)博士、迈克尔·比勒尔(Michael Bihler)博士、罗尔夫·萨科(Rolf Sack)博士(现在是曼海姆大学教授)、赫尔穆特·许布纳(Helmut Hübner)先生、汉斯·格雷勒(Hans Grell)先生、奥托·加斯纳(Otto Gaßner)博士、沃尔夫冈·施特劳布



(Wolfgang Straub)先生、阿里斯蒂德·契沃特里斯(Aristide Chiotellis)博士、赖讷·科赫(Rainer Koch)先生、蒂尔·诺依曼(Till Neumann)先生、克里斯托夫·科莱因厄(Christoph Kleiner)先生和其他提供短期帮助的一些人们。奥尔加·特林克勒(Olga Trinkler)夫人、索尼特·耶普法夫(Sontje Pfaff)夫人、乌苏拉·古特施米特(Ursula Gutschmidt)夫人和卡罗拉·格勒尔(Carola Göhlerr)夫人参与了稿件誉印处理工作。对所有和这里未能提及的提供了思想、批评、杂志评论和卡片索引制作等帮助的人们,恳切地表示感谢。

沃尔夫冈·费肯杰
慕尼黑,1982年10月1日

目 录

《经济法》中译本序言	1
德文原版序言	6

第三篇 德国经济法

第十九章 概要、出发点和基本概念、工具	3
一、德国经济法本质和定义	3
二、德国经济法与世界经济法、欧共体的经济法的关系 对外经济法和 国际经济条约作为连接工具	4
1. GATT,特别是第 XXIV 条作为共同的起点	4
2. 单独论述德国经济法的问题	5
3. 德国经济法与世界经济法、欧共体经济法在解决法律冲突方面的关系	6
4. 对外经济法	7
5. 国际经济条约中的德国法(参考)	8
三、德国经济法研究工具	13
四、外国经济法(参考文献选)	21
五、经济政策(参考文献选)	28
第二十章 德国经济法的历史和当代德国经济宪法	30
一、经济和宪法问题	30
1. 问题的提出	30
2. 经济宪法的概念	30
二、历史概要	37
1. 直到近代(在 16 世纪中叶)以前	37
2. 从重商主义到自由贸易(大约 1550—1800)	38
3. 德国自由主义和马克思主义的诞生(1790—1879)	38
4. 从关税保护政策到第一次世界大战(1879—1914)	40
5. 从授权法到魏玛共和国的结束(1914—1933)	40



6. 国家社会主义、战争和战后初期(1933—1948)	41
7. 社会市场经济(1948)	43
三、可能的经济宪法	49
四、经济宪法法和国民经济理论	52
1. 题目的现实性	52
2. 弗赖堡学派,新自由主义	53
3. 作为经济宪法蓝图的“混合经济”概念	64
4. 马克思主义的经济宪法	67
5. 批评:李伯曼改革	69
五、基本法的经济宪法	71
1. 一般特征	71
2. 经济宪法法律的诸项基本原则及其相对于国家和国民的意义	72
3. 在社会法治国的自由和平等	72
4. 基本法的经济宪法体系和可能的冲突,一个概述	73
5. 基本法的经济宪法规范概要	79
6. 经济宪法规范的作用范围和方式	82
7. 作为框架性经济秩序的基本法的经济基本纲领	84
六、德意志民主共和国的经济宪法	85
1. 宪法的基础	85
2. 历史发展	89
3. 经济计划、合同制度和民法	92
4. 民主德国的产权制度(Eigentumsordnung)	96
5. 评价	99
6. 与联邦德国的比较	100
七、在世界经济层面和欧共体的经济宪法	102

A. 一般德国经济法

第二十一章 经济人法	105
一、在经济法中的自然人	105
1. “经济人”的概念	105
2. 职业概述	105
3. 经济人的界定	109
4. 经济人的资格	110
5. 作为企业家的自然人	111



6. 作为自由从业者的自然人	111
二、经济法中的法人	114
1. 权利承担者	114
2. 公司联合和合并	116
3. 合并控制:越权行为、直索、联合控制、拆解和工业重组	117
4. 共同决定	120
5. 社会化和私有化	121
三、一般企业法的问题	122
1. 作为法律概念的企业命题	122
2. 企业作为社会要素(及企业的类形学分析)	125
3. 民法典第 823 条第 1 款中的营业权	128
四、国家作为经济主体	131
1. 欧共体法律系统的不可适用性	131
2. 在生存照顾范围之内的国家经济活动	132
3. 没有行政管理权的国营企业	134
4. 一般经济法、特别是竞争法对于作为经济人的国家的有效性	136
5. 政府委托权利	137
6. 国家参与的特别之处	137
五、经济组织法	138
1. 原则	138
2. 社团组织的经济自治作为国家间接管理	139
3. 自治管理与国家管理的合作	140
4. 协会(Verbandswesen)	140
第二十二章 德国竞争秩序	143
概要	143
第一部分 基 础	143
一、系统化的立足点、法源、工作媒介	143
1. 自由秩序作为一般经济法的部分	143
2. 经济人格权(Das Wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht, WPR)作为经 济自由秩序的核心概念	143
3. 经济政策和法律政策的目标问题	149
4. 在德意志联邦共和国的经济集中状况	151
5. 政治经济政策的宗旨问题	154
6. 经济自由秩序的法律政策目标和保护客体问题(die Schutzgut-Prob- lematik)	163



7. 经济自由秩序的资料概览	168
8. 法律渊源	172
9. 工作媒介	174
二、作为法律概念的自由竞争的发展	192
1. 置身于经济法的历史	192
2. 营业自由作为一般行为自由的组成部分	192
3. 工业产权保护对营业自由的限制	193
4. 不正当竞争法对营业自由的限制	194
5. 已经建立和运行的企业经营的保护	194
6. 通过企业结合限制营业自由	195
三、反竞争限制法的基本概念	203
1. 概要	203
2. 企业家、企业、企业组合	204
3. 竞争(包含效能竞争)	205
4. 市场(用 GWB 第 1 条的表述为:“市场关系”)	220
5. 竞争限制	228
6. 反竞争限制法的适用范围	242
四、反竞争限制法的系统建构	245
1. 系统建议	245
2. 反竞争限制法、欧共体法律和联合国卡特尔行为规范中的竞争限制的体系	248
3. 卡特尔立法的法律政策的可能性	251
4. 反竞争限制法的体系	253
第二部分 竞争限制法各论	254
五、除契约外的通过措施的竞争限制(事实行为、单方的措施、协同行为)	254
1. 概要	254
2. 参与和共同影响行为(Teilnahme-und Mitwirkungshandlungen)	256
3. 抵制(Boycott), GWB 第 26 条第 1 款	258
4. 协同行为, GWB 第 25 条第 1 款	260
5. 在反竞争限制法中的同类的行为	262
六、通过措施的竞争限制:为一个共同的目的合同和决议(=卡特尔)	265
1. GWB 第 1 条的四个构成要件	265
2. 企业和企业组合	266
3. 为一个共同目的的合同或决议	266
4. 通过竞争限制的市场影响(=竞争限制)	271