

美国史上的 市场与法律

各利益间的
不同交易方式

Law and Markets in United States History

Different Modes
of Bargaining
Among Interests

James Willard Hurst ed.
[美]詹姆斯·威拉德·赫斯特 著

郑达轩 石现明 李健 译
郑达轩 校



法律与政策出版社

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



D971. 222. 9/21

2006

美国史上的 市场与法律

各利益间的
不同交易方式



法律与发展译丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Law and Markets in United States History

Different Modes
of Bargaining
Among Interests

James Willard Hurst ed

[美] 詹姆斯·威拉德·赫斯特 著

郑达轩 石现明 李健 译
郑达轩 校

图书在版编目(CIP)数据

美国史上的市场与法律:各利益间的不同交易方式/[美]赫斯特著;郑达轩,石现明,李健译. —北京:法律出版社,2006.12

(法律与发展译丛)

ISBN 7-5036-6949-7

I. 美… II. ①赫…②郑…③石…④李… III. 法制史—美国 IV. D971.29

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第000217号

© 法律出版社·中国

法律与发展译丛	美国史上的市场与法律	[美]詹姆斯·威	责任编辑 王旭坤
	——各利益间的不同交易方式	拉德·赫斯特 著	装帧设计 乔雪峰

开本 A5

印张 8.25 字数 196 千

版本 2006年12月第1版

印次 2006年12月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6949-7/D·6618

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

中国经历了长达二十六年的经济改革和对外开放。在发展市场经济的过程中,我们愈来愈意识到,一种好的市场经济需要相应的法治环境。近年来,国际法学界对于法律在一国的经济发展中究竟起怎样的作用进行了多国度的比较研究和大规模的讨论。由洪范法律与经济研究所组织翻译的这套《法律与发展译丛》收录了从这一讨论中产生的一批成果。这些经验性的分析和理论成果将有助于我们丰富自己的知识,理解问题的实质,并通过汲取别人的经验找到我们自己的路径。这套书的优点还在于它的多样性和多视角,可以使得很多关注法律和社会经济发展的读者从中受益。

吴敬璠

二零零六年春于北京

序 二

上一世纪 80 年代改革开放一开始就包含两层重要含义，一是经济改革，一是法制建设。进入 90 年代，前者逐渐转向为市场经济，后者逐渐转向为依法治国。市场和法治成为了现今中国改革开放的两个主旋律。改革开放以来法学家研究市场和法治关系的著作论文不少，但主要偏重在两方面：一是论证市场经济需要法律制度来规范，即“市场经济就是法治经济”；另一是论证现代法治的理论应体现市场经济的精神，尤其是“私法的制度和理念亟需更新”。但法律与发展的研究，法学与经济学研究的内在有机结合，法学家和经济学家的结盟仍有极大的欠缺。

2001 年夏天中共中央邀请二十位社会科学家到北戴河休养并座谈如何发展社会科学，我有幸与吴敬琏教授作了进一步交谈，我们都感到当今中国经济学与法学是足以影响国家命运的两个社会科学部门。经济体制改革的深入有赖于政治体制改革的实施及法治的完善，而法治的完善又必须结合到经济各个领域，脱离经济领域改革的丰富，法学将是苍白的。于是吴敬琏教授和我发起设立了上海法律经济研究所（后改为洪范法律与经济研究所）。其中一项工作就是组织学术翻译，翻译的目标也是选择法律与经济相关的一些国外著作，最初定名为“法律与经济译丛”，后更名为“洪范译丛”，两个名称均与我们这个民办的研究所名称相对应。第一批九本书的主题即是“法律与发展”。

早在二十世纪五、六十年代，“法律与发展运动”就已经在第三世界国家经历了一场轰轰烈烈的试验，结果并未达到预期目的。中国

当下的法治建设计划被认为是新一轮“法律与发展运动”的一个部分。这场新的法律与发展运动的成败尚未知晓,中国的改革尚待深化,认识尚有分歧。在此情形下,围绕法律与发展主题去认识和反思中国改革的过去,现在和未来,去认识和借鉴其他国家,尤其是发展中国家实行法律与发展运动的经验和教训,无疑是很有意义的。这九本书的翻译是一项很有价值的工作,它不同于过去大量翻译的法学名著或经济学名著。它属于经济学与法学内在交融宏观研究的著作。这也是一个尝试,但愿它能开启人们的心智,使人们能思考的更深入,视角更多元化,我们就达到了目的。洪范法律与经济研究所仅以此九本书贡献给读者并推荐给读者。

江 平

二零零六年春于北京



法律与发展译丛

法律出版社

LAW PRESS · CHINA

柯迪讲演录

威斯康星大学麦迪逊分校

1981 年 4 月

为了纪念杰出历史学家默尔·柯迪,社会与文化史讲演在威斯康星大学基金会和威斯康星大学麦迪逊分校历史系的支持下,于1976年正式设立。

译校者简介

郑达轩:西南政法大学外语副教授,主要研究领域为国际经济法学,曾翻译过多种法律著述,本人长期从事法律语言和法律翻译的教学与研究。

石现明:西南政法大学 2004 级国际经济法博士生

李 健:西南政法大学 2004 级国际经济法博士生。

致 谢

我特别感谢威斯康星大学历史系的同事们,在他们的盛情邀请下,本人于1981年4月作柯迪讲座,由于有了这些讲稿,今天才会成书。因此能与他人一起,为了纪念默尔·柯迪在过去时代中为促使我们更好了解人类所作贡献的巨大精神财富,和各位共同分享研究成果而感到特别高兴。

本书主题源于本人研究美国历史上经济与社会史时所做的长期研究课题。在这方面,我要感谢社会科学研究会、洛克菲勒基金会以及威斯康星大学对本项工作的大力支持,特别要感谢研究后期 William F. Vilas(威廉·F.维拉斯)信托财产管理人,正是有其支持,本人才能够作为威斯康星大学首席维拉斯法学教授。当然本书并非为上述人或机构唱赞歌。

书中错误或过失概由本人负责。

麦迪逊,威斯康星州

1981年8月

引 言

市场、法律与短缺之挑战

和所有人类一样,美国人也遭遇到短缺对他们生活的限制,无论是在物质生活与服务方面,还是在权力的高低方面,或者是通过其他方式所获得的精神满足等方面,一切社会制度均共同作用,从而克服满足人们生活所面临的短缺问题。但美国人对市场和法律提出了更高、更普遍的要求,从而帮助他们应对客观物质条件和生物条件对他们的限制、应对社会结构和社会进程不健全对于他们的限制。本书各篇文章探讨了美国人如何利用市场程序和法律程序两者的关系来应对短缺所提出的挑战。

第一章主要涉及经营者为了获取利益而进行的货物和服务生产和流通等活动,从而获取经济效率,进而影响到作为一种制度存在和运行的市场等公共政策问题,若以法律观点来看,则是以最低投入换取最大收益。第二章考察利用法律来调节以市场作为检测标准的价值观和以非市场进行

界定的价值观之间的关系。第三章集中比较为达到可比目的而取得市场程序的功效中,调整不同或冲突利益之间的法律程序的独特优点以及限制。

上述区分的目的乃便于组织纷繁复杂材料,现实中上述问题相互重叠交叉,比如说,确定公共政策在多大范围内应给予个人缔约自由的问题就是一例。第一章关注的问题是法律使作为自由市场基本功能所要求的极大个人缔约自由合法化,但与第二章相关的事项,公共政策,同样也须权衡有效的个人缔约自由在多大程度上取决于健康的社会环境并必须适应该社会环境。某种程度上的自由市场自治问题——个人缔约自由——还将我国传统的本文第三章将讨论的短缺资源分配问题中法律程序至关重要的、国家全面实施的权力分离问题考虑在内。为此我们不能将缔约自由称为独立考察的自由市场要素之一。^②

“市场”是一个随手可得、传统的简写形式。复杂的现实中远非该简写形式那么简单。单一的、包罗万象的市场与简单的、标准化的、合理的、为侵权教义所喜爱的谨慎个人一样基本上是不存在的。我国经济发展史向我们展示出诸多市场,但关于各重工业产品市场、消费品流通市场、资本投入市场、劳动力市场、保险、交通以及电力等市场中的商业实践和公共政策市场等不尽相同。^③也就是说,所谓的“市场”之后还有着不仅仅是简单拟制市场的存

① (数字)表示原文页码。

② See Holmes, J., dissenting, in *Lochner v. New York*. 198 U. S. 45. 75 (1905).

③ Cochran and Miller (1943), 273 ~ 97; Fine (1956), 354 ~ 69; Gay and Wolman (1934), 232 ~ 52.

在。有些反映在公共政策中的重要工作特性具有共性。^① 无论是何种形式的市场(the market, the markets), 实际上均为美国社会秩序的重要构成要素。这一点在美国联邦最高法院对于 *Nebbia v. New York* (1934) 一案中的处理更加显而易见。^② 当时萧条的经济使得纽约州的牛奶业雪上加霜, 灾难性的低廉价格使得农民们不再将牛奶送到城市消费者身边, 为此造成农场经济更大的损失, 人民福利受到严重威胁, 于是纽约州立法机关为了从经济和社会方面抑制不断下降的物价, 实施了价格控制手段。但一零售商认为 4 价格调控政策侵犯了他的财产权, 并违反了宪法第十四修正条款正当程序条款中他应享有的自由权。判决过程中, 联邦最高法院没有采取合理性标准, 相反采纳了他们认为属于纽约牛奶市场中一种特殊问题的处理方式, 以支持立法机关所采取的价格调控措施。就这一点来看, 他们的判决反映出市场多样化的现实, 且每一现实均对公共政策提出了各自不同的关注焦点。但 *Nebbia* 一案提出的问题更具有深远意义。在 *Nebbia* 看来, 市场中经销商确定市场物品价格的自由, 从历史和原则上看, 乃所有市场行为得以存在和充满活力的根本因素, 而政策传统制约对价格的法律调控方面只能在历史上看属于具有特殊性质的公用事业领域, 但从历史上看, 牛奶业从来就不属于公共事业领域。根据这种逻辑推断, 纽约州的调控政策违反了正当程序条款, 因为它背离了作为有效社会机制的市场的合理理据。

联邦最高法院同样拒绝了这种攻击性辩论。该法院维护了立

① Hardy (1933), 131; Polanyi (1944), 249 ~ 56; Williams (1951), 136 ~ 51.

② 291 U. S. 502 (1934).

法机关的一般权威,并作出了它认为可以维持适应一般社会环境的市场运行中符合公共利益的合理判决:

正当程序条款中所涉及销售价格问题绝对不会多过它提及到的企业、合同或其他财产事项。然而,人们对于他们可自由确定所制造或销售的货物的价格的思想似乎仍然持续存在。而这一点,无论它是否可以调节生产制造或贸易的其他任何要素,以及可能产生对价格的附加影响,就国家而言,一般也不能直接控制价格本身。然而该观点多年前就已经被否定了。*Munn v. Illinois*, 94, U. S. 113 ……本院因此认为政府为公共利益而行使的对企业的控制权可以得以合理说明。

……隐现于公共利益中的企业不存在任何封闭的种类或阶层。法院适用第五和第十四修正条款的作用在于,确定在某种情况下所出现的情况是否可以证明人们所怀疑的调控手段是政府权力的合理行使,还是导致了武断行为或歧视性行为。^①

在美国,市场交易通常并不掌控在有官方地位或为了官员而作出交易决定的人的手中。的确,市场乃一种服务于社会各种状态的管理手段,市场并不是必然与私人资本主义相联系。20 世纪中叶,社会主义国家为劳动力市场、消费品市场等的发展提供了一些空间,某些情况下还公开地或隐秘地尝试了类似于资本主义架构中交易模式的国有企业之间的交易。^② 19 世纪中叶,美国同样就通常情况下市场交易过程的私有性质表现出极大的例外。该国部分公共领域或通过拍卖方式卖售的州和民族(国家)——作为

① Id.

② Lindblom (1977), 97, 291, 326 ~ 27.

国家代表的州——同样通过讨价还价的方式以低廉的价格获得了在农民家园投入的劳动力,还低价获得了个人承包者对收费公路、运河以及铁路的建设。^①在战争期间以及和平年代,政府拓展了它们的服务活动领域,增加了科技研究的资助,为此政府合同大幅度增加。实际上,在20世纪时,与具有相当重要作用的政府之间的合同关系也得到了极大的发展,^②为此联邦最高法院也抛弃了它们传统认为这种和政府之间的利益关系乃特权而非权利的观念,并根据正当程序条款和法律平等保护的标准给予适当的保护。^③政府全面卷入市场交易的事仍然属于一种例外,但自开国之初到20世纪末,市场之间的交易主要还是个人之间的事。 6

鉴于公共政策已经考虑到市场活动关系适应于一般社会环境的情况,两大关注的领域随之浮出水面。背离市场核心最为明显的莫过于利用法律来培育市场交易所不能检测的价值观,特别是在制定法和根据制定法授权而制定的行政规章制度中,该政策的重点就在于呈现出发展社会收入和成本会计基本原则的形式。^④但是法律干预的这种显赫情况并没有否定适应社会环境的另一种关注——即将惯常自由市场的活力本身作为一种社会秩序体制的关注。正如第一章所述,法律已经以其推动特定个人交易积极发展的活跃方式进入到市场架构之中。但有时,公共政策亦在充满生机和活力以及持续不断的市场中倡导社会利益的情况,远远超出特定交易人特定的关注范围,这一点正如联邦最高法院在分析

① Goodrich (1960), 169 ~ 204, 269 ~ 71; Hurst (1964), 16 ~ 20, 230, 471.

② Rostow (1959), 81, 84 ~ 85, 399 ~ 400.

③ Tribe (1978), 509 ~ 10, 515.

④ Clark (1957), 58 ~ 60; Kapp (1950), 228 ~ 43, 259 ~ 62.

Nebbia v. New York (1934) 一案中表现出的问题一样。^① 法律所作出的促进市场适应社会环境的努力必须包括对非市场价值观念以及整个市场本身体制一致性的社区利益的关注。

即便它们的运行不尽如人意,市场过程是各种不同的甚至冲突利益之间不断磋商、不断调整的过程。相反,法律经常呈现出指令而非交易的态势。^② 指令要素在法律保障非市场价值观不受以市场为导向的有害影响方面总是起到先锋作用。但在很大程度上,以指令方式出现的法律具有误导性,实际上,法律程序提供了
7 通过磋商方式极好地调节利益的方式。除此以外,在我们的法律传统中,法律程序总是作为通过管理交易并经官方程序使之完善的方式合法地促进了社会关系的秩序化。^③ 作为交易方式,市场程序和法律程序表现出各自独特的优缺点。第三章的目的在于将
8 两种体制中影响社会秩序基调和特性的某些特点和缺陷进行比较。

① See nn. 4, 5 and accompanying text, *supra*.

② Cf. Patterson (1953), 86, 127 ~ 28, 147 (jurisprudence theories emphasizing command aspect of law).

③ See Black, J., for the Court, in *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U. S. 127, 144 (1961). Cf. *Chicago & North Western Ry. Co. v. United Transport Union*, 402 U. S. 570, 576 (1971) (existence of agreement between private interests and legislators recognized as part of legislative history).

Contents 目录

致谢 / 1

引言 市场、法律与短缺之挑战 / 1

第一章 法与市场的构成 / 1

 市场优位的公共政策思考 / 2

 市场(有限)的法律自治 / 16

 法律对拓展市场的贡献 / 32

 有利于市场交易的财产法和合同法 / 32

 货币供给 / 38

 联邦制 / 41

 公司 / 46

第二章 社会环境中的市场 / 51

 社会共同价值与个人价值 / 52

 与社会共同价值和个人价值不相称的市场特性 / 55

 利益聚集 / 56

 货币化测算法 / 58

 增量变化的重要性 / 61

 作为权力不平等工具的市场 / 64

 防止市场自我毁灭的公共政策 / 68

 相互性 / 69

商业聚集 / 74

通货紧缩与通货膨胀 / 80

市场测算法之外的收益和成本解释 / 86

第三章 借法律和市场而进行的交易 / 97

命令与协议、垄断与竞争及宪政理想 / 99

效率赋予的合理性：法律特色和市场特色的融合 / 106

服务于社会人道生活所赋予的合理性 / 118

通过磋商确定公共政策：立法机关的中心地位 / 133

磋商形成公共政策的质量 / 148

利益聚集 / 148

货币化测算法 / 153

增量变化 / 154

权力不平等 / 157

参考文献 / 162

索引 / 191

译后记 / 249