

国家干预法治化研究

种明钊 主编

卢代富 应飞虎 副主编

Researches on the State Intervention by the Rule of Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家社科基金项目成果

国家干预法治化研究

种明钊 主 编
卢代富 应飞虎 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国家干预法治化研究 / 种明钊主编. —北京:法律出版社, 2009. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0018 - 3

I. 国… II. 种… III. ①国家干预—市场经济—研究—中国 ②社会主义法制—研究—中国 IV. F123.16 D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 186046 号

© 法律出版社·中国

责任编辑 / 张立明

装帧设计 / 乔智炜

出版 / 法律出版社
总发行 / 中国法律图书有限公司
印刷 / 永恒印刷有限公司

编辑统筹 / 法律教育出版分社
经销 / 新华书店
责任印制 / 张宇东

开本 / A5
版本 / 2009 年 10 月第 1 版

印张 / 9 字数 / 242 千
印次 / 2009 年 10 月第 1 次印刷

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

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0018 - 3

定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 国家干预及其法治化的一般理论	1
第一节 市场失灵与国家干预	1
一、市场与市场失灵的表现	1
二、市场失灵的内在机理与缘由	3
三、国家干预	7
第二节 两类不同的干预及本课题的干预概念	14
一、“干预”的词义分析和制度内涵	14
二、初次干预与再次干预	17
三、本课题的干预概念	21
第三节 国家干预法治化的一般理论	22
一、国家干预法治化的必要性	22
二、国家干预法治化的一般原则	25
三、国家干预法治化的目标	28
四、国家干预范围的界定	29
五、干预立法行为的法治化	32
六、国家干预执法行为的规制与优化	40
第二章 国外国家干预及其立法的历史考察	44
第一节 资本原始积累时期的国家干预及其立法	44
一、资本原始积累时期国家干预的基本理论——重商主义	45
二、资本原始积累时期的国家干预政策和立法	46
三、资本原始积累时期的国家干预及其立法的简评	49
第二节 自由竞争资本主义时期的国家干预及其立法	50
一、自由竞争资本主义时期国家干预的理论	50
二、自由竞争资本主义时期国家消极干预的政策	54
三、自由竞争资本主义时期国家干预的立法	58

第三节 垄断资本主义时期国家干预及其立法	60
一、垄断资本主义时期的国家干预理论	61
二、垄断资本主义时期的国家干预立法	62
三、垄断资本主义时期的国家干预及其立法的意义	67
第四节 “混合经济”时期的国家干预及其立法	69
一、“混合经济”时期的国家干预理论	69
二、“混合经济”时期的国家干预立法	72
三、“混合经济”时期的国家干预及其立法的启示	79
第三章 国家干预的主体	81
第一节 国家干预中的政府:规模、结构和能力	81
一、政府规模	81
二、政府结构	90
三、政府能力	94
第二节 制度补充:第三部门干预	102
一、第三部门干预的历史必然性	102
二、第三部门干预的功能	105
三、国家干预与第三部门干预的关系	107
第四章 国家干预与私权	111
第一节 私权与市场制度	111
一、市场制度的私权前提	112
二、私权对市场效率与秩序的影响	113
三、私权的价值:对于干预私权必要性的进一步分析	114
第二节 国家干预与私权的界定及配置	116
一、私权的有效界定、配置与市场效率	116
二、私权主体、客体与范围的确定	117
第三节 国家干预与私权减损	119
一、国家干预与私权限制	120
二、国家干预与量上的私权减损	128
第四节 国家干预与私权保障	130
第五节 国家干预与服务私权	132
一、国家服务私权的路径	132
二、国家服务私权的限度	138

第五章 国家干预法的运行	140
第一节 国家干预法运行的障碍	140
一、过分依赖干预,以权代法.....	140
二、不注重经济民主,轻视程序性法律规定.....	142
三、不注重维护国家干预法的可预测性.....	143
四、干预机构的独立性不强.....	145
五、第三部门的作用尚未充分发挥.....	147
第二节 国家干预法运行的改进	148
一、建立相应的权力控制机制.....	149
二、强化国家干预机构的独立权威.....	152
三、加快社会经济的民主化进程.....	157
四、充分发挥行政司法的作用.....	159
五、正视国家干预法的非强制性.....	162
第三节 对两种观点的反思	166
一、对国家干预法运行的两种观点.....	166
二、司法在国家干预法运行中的限度.....	168
三、公益诉讼的局限及其发展的困难.....	176
第六章 国家干预程序及其法治化	186
第一节 国家干预程序的含义与分类	186
一、国家干预程序的含义.....	186
二、国家干预程序的分类.....	188
第二节 程序在国家干预中的作用	190
一、促进经济民主.....	192
二、保障经济公平.....	194
三、提升干预效率.....	196
第三节 国家干预程序的法治化	199
一、国家干预程序法治化的必要性.....	199
二、英国国家干预程序的法治化.....	201
三、美国国家干预程序的法治化.....	204
第四节 国家干预基本程序制度	209
一、调查制度.....	209
二、听证制度.....	211

三、说明理由制度	214
四、公开制度	215
第五节 我国政府干预程序之法治化	216
一、干预程序法治化之现状与不足	216
二、关于我国干预程序法治化之建议	221
第七章 我国国家干预立法及其完善	224
第一节 国家干预立法的界定	224
一、国家干预立法的定义	225
二、国家干预立法的构成及其缘由	226
第二节 我国国家干预立法的成就	235
一、关于市场主体的组织和行为干预立法	236
二、关于市场秩序调控立法	242
三、关于宏观调控立法	246
四、关于可持续发展保障立法	248
五、关于社会分配立法	250
第三节 我国国家干预立法存在的问题及其解决思路	253
一、关于国家干预权力的界定和配置	253
二、关于国家干预立法及相关制度的缺位	260
三、关于国家干预立法及相关制度安排的失当	270
四、关于国家干预立法体系的紊乱	278
后记	280

第一章 国家干预及其法治化的一般理论

第一节 市场失灵与国家干预

一、市场与市场失灵的表现

研究资源的有效配置是经济学的一项十分重要的任务,经济学通过对资源的稀缺与人类需求的无限之间的矛盾进行调和,通过对人需求的引导和对资源有效利用的促进,来力图实现人与资源之间的和谐关系。为实现资源配置的帕累托最优,各国运用市场和计划两种机制对资源进行配置。经典的计划机制在20世纪的社会主义发展史上已被宣告失败,这种机制在理论上相当富有效率,似乎是一种很先进的制度,但实际上,这种机制对资源配置的有效性依赖于特殊的人的支持,主要表现在两方面:第一,计划的制定有赖于如超级电脑般的超强的完全理性人在信息收集、信息甄别、信息处理等方面的支持;第二,计划的实施有赖于大公无私而非小公大私的超现代人的支持。计划机制如果得不到上述两方面的有效支持,其资源配置功能的发挥将会受到限制,资源配置的低效率甚至负效率将在所难免。事实证明,经典的计划机制对完全理性人和完全道德人的认识和假定是不现实的,从而使预期资源配置效率的发挥受到限制;与此相反,在资源有效利用这一问题上,与现行社会生产力相适应的现实的人是有限理性人和“经济人”,市场机制正是遵循了这一关于人的认知假定和人性假定而进行制度设计,从而产生了比经典计划机制更高的资源利用效率。

市场机制有着比计划机制更长的历史和更广泛的实践。自亚当·斯密的自由竞争理论问世开始,随着市场经济在社会经济生活中主导地位的确立,市场机制在西方国家一直是资源配置的最主要和最基础的手段。市场对资源配置的贡献,主要缘于它符合现实人的客观实际。自由竞争理论创立以来,一直把追求自身利益最大化的“经济人”作为其研究的最基本假设;1975年,西蒙提出了有限理性的理论,从而否定了完全理性人的存在。

正是基于这样的认识和假设,市场机制有着一种与计划机制不同的制度设计:第一,市场机制基于对个人利益实现会导致公共利益实现的认识,尊重个人权利,积极引导个人实现其自身利益。第二,市场机制基于对有限理性人的认识,为了克服有限理性人在信息收集和处理上的局限性,创造了价格机制等,节约了信息成本;市场机制也没有如计划机制一样创设一种负责全社会资源配置的机构。正是这些与计划不同的市场的制度结构,创造了空前的经济奇迹,这种被称为“没有心脏和大脑的东西”,比“有心脏和大脑的东西”有着相对更强的资源配置能力和更高的资源配置效率。

简言之,市场是一种客观的资源组织形式,故在资源配置过程中不存在客观主观化的问题;而计划是一种主观的资源组织形式,在资源配置过程中则存在着主观客观化的难题;市场体制的动力来自于“经济人”的自利,而计划体制的动力则来自于人的公利心以及对权威和权力的服从。因此,与计划体制相比,市场具有相对更高的效率,可以说,没有市场体制,就不会有现今人类的文明。但是,市场体制并不是最优的而是次优的资源配置形式,它只是相对满意的资源配置形式,因为市场体制在运行过程中也存在着一些不尽人意之处,这在经济学上被称为市场失灵。市场失灵的主要表现有:(1)垄断。市场依赖竞争而得以繁荣,但竞争具有否定自身的倾向,因为自由竞争必然会导致垄断,而垄断不仅会抑制竞争,而且还会抑制创新,减损市场效率,损害消费者福利。(2)市场的不普遍。市场通过价格机制发挥其配置资源的功能,凡是价格机制不存在之处,都是市场不普遍存在之处,市场功能的发挥也就无从谈起。如,自然资源领域和环境领域由于得不到市场的“关怀”,一些自然资源处于低价或“无价”状态,经济发展的资源代价和环境代价因此不能被纳入利润计算的范围,由此激励资源的滥用和环境的破坏。(3)信息在量上的不充分和在分布上的不均匀。市场的主要信息流是横向的,虽然价格信号是一种有效的信息,但对每一个市场主体而言,信息总是不充分的,从而影响其作出最佳经济决策;在各主体之间,信息还存在着分布上的不均匀,因为信息的初始分布就不均匀,而信息优势主体为了使信息劣势主体作出有利于他的决策,往往进行不同形式的信息垄断,从而使不均匀的状态得不到改变。(4)外部性问题。外部性是指市场主体不需承担其行为的某些不良后果,或不能获得其行为所导致的某些利益的情形。其中前者被称为负外部性,如环境公害;后者被称为正外部性,如发明创造。负外部性的存在往往强化对不良行为的激励;而正外部性的存在

则会导致对良好行为的激励不足。这两者都会使资源配置偏离帕累托最优。(5)市场运行存在成本。这种成本被称为交易费用,主要指搜寻交易对象的费用、进行交易谈判的费用以及执行交易契约的费用等。这些费用(如企业的巨额广告费支出)都是非生产性的资源耗费,在企业的费用结构中占相当大比例。过高的交易费用会阻碍交易的正常进行,弱化对市场主体主动寻求交易的激励,从而成为资源有效配置的障碍。(6)经济周期。市场经济中存在的经济周期会带来生产力的巨大破坏和资源的严重浪费,使资源的整体利用效率大为降低,从而严重破坏市场效率的形成。

二、市场失灵的内在机理与缘由

在现代市场经济体制下,国家为什么需要对市场进行必要的干预?理论界一般认为,市场失灵不能由市场自身的力量加以克服,因此,需要借助市场以外的力量对市场失灵进行矫正,而这种力量主要就是国家。那么,市场失灵是如何产生的?这当然是一个十分复杂的问题,很多因素促成了市场失灵的产生和凸显。由于市场的运行结果是市场主体共同作用的产物,而市场主体一般都作为“经济人”而存在,市场主体的“经济人”特性对市场失灵有着直接的影响,因此,我们首先需要对“经济人”与市场失灵之间的关联作一分析。

(一)“经济人”行为之假设

作为西方经济学最重要的基本假设,“经济人”理论由亚当·斯密提出后,经过约翰·穆勒、帕累托等几代经济学家的发展得以完善。它是西方经济理论体系赖以建立和理论分析得以展开的逻辑起点,是西方经济学理论大厦的基石。“经济人”理论是对商品经济或市场经济条件下人的行为特征的描述,它反映了自利是世上最不稀缺的资源这一事实,市场机制正是利用了“经济人”的自利特性而成为人类在社会经济领域中的一大发现,市场效率的获得在很大程度上直接导源于“经济人”最大化自身利益的贡献。但市场机制利用“经济人”自利特性不是没有代价的,市场非效率的存在,正是由“经济人”最大化自身利益所致。这后一点却被古典政治经济学所忽视,从而导致了国家对干预的否定。

1. 自身利益最大化

“经济人”在经济行为中总是遵循利益最大化的行为准则。具体言之,消费者追求效用最大化;要素所有者追求收入最大化;厂商追求利润最大化。西方经济学认为,最大化准则是基于对人性的抽象而提出的公理,是人

类行为的基本前提,是对普遍经验事实的概括,无需证明。早在两千多年前,亚里士多德就曾经说过:“凡是属于最多数人的公共事物常常是最少受人照顾的东西,人们关怀着自己的所有,而忽视公共的事物;对于公共的一切,他至多只留心到其中对他个人多少有些相关的事物。”〔1〕而私人自己的事则受到其最大限度的关照。此处所讲的“利益”并非仅仅指物质利益,也并非仅仅指眼前利益。换言之,“经济人”对利益的追求并不仅仅限于物质利益和眼前利益,当社会对人是否遵循法律规范或道德规范有一个正确、及时的评价并使这种评价信息永久存在和在社会各主体间充分传递时,则遵循法律或道德规范可能会是“经济人”作出的必然选择;当有效制度的约束使人觉得选择远期利益比选择眼前利益更有利时,对远期利益的追求可能将会是“经济人”作出的选择。自身利益最大化使“经济人”的行为可以被预期,“我们不知道他要什么,但我们知道,无论他要的是什么,他会不顾一切地以最大化的方式得到它。”〔2〕这种行为的可预期性对科学的国家干预立法和有效执法有着重要的指导作用。

2. 有限理性

新古典经济学没有认识到理性的限度,认为“经济人”具有完全的理性。这种理论过分简单地假定“经济人”拥有最大化自身利益时所需的一切知识;同时,又假定信息的获取是无代价的。事实上,由于受自身认知能力的局限,以及存在着信息收集边际成本递增现象,所以,利益得以最大化的完全信息是不可能的,也是不经济的。正基于此,西蒙提出了“人被认为在主观上追求理性,但只能在有限程度上做到这一点”的有限理性理论。与完全理性相比,有限理性反映了“经济人”在主观上追求理性,但在客观上不具有超理性,强调了“经济人”在接受、储存、检索、传递、处理信息能力上所受到的诸多限制,充分认识到了脑力是一种稀缺资源。最近30多年来,有限理性理论构成了交易成本经济学的认知假设,如何获得最优信息,降低交易成本,从而作出最合理的决策,成了“经济人”行为时面临的主要问题,而这导致了“经济人”对国家干预的需求。

3. 机会主义行为

机会主义行为是一种损人利己的行为。追求最大化利益的“经济人”

〔1〕 [古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第48页。

〔2〕 [英]霍奇逊:《现代制度主义经济学宣言》,北京大学出版社1993年版,第88页。

在具有信息优势的前提下,会有欺诈等损害社会 and 他人利益的行为的可能,而在没有有效制度规制的情形之下,这种可能性会转变为现实性。机会主义行为是“经济人”获得“性本恶”名声的根源之所在,因为机会主义者在最大化自身利益时,往往把主要精力用于分配性的努力上,其行为结果不是增加社会财富,而仅仅是社会财富的不同分配,所以人们常言道,他们并不关注把“蛋糕”做大,而只是力图获得有限“蛋糕”中尽可能大的份额。机会主义行为的存在使国家的干预成为必要。

(二)“经济人”与市场失灵

与计划体制相比,市场经济利用了“经济人”的自利特性进行制度的设计和构建,因而是合乎自然的。正是市场体制顺应了“经济人”的本性,使“经济人”能够在这种体制下自由地追逐利益,实现自身利益的最大化,才使市场本身获得相当高的资源配置效率和运用效率。在经典的计划体制下,微观主体对其自身利益的追求受到限制,不用说追求利益的最大化,就是追求微小的利益也有一些障碍,因而产生资源运用上的低效率和内部管理上的僵化,从而导致了宏观的低效率;政府虽然通过强制性手段维持了一种表面上良好的经济秩序,但这以微观经济主体的低效率为代价。而市场体制则与之完全相反,作为“经济人”的微观主体追求自身利益的权利受到承认并得到激励,因而导致市场体制的高效运作,从而使整个国民经济获得相对较高的效率。这也为我国自1978年以来的经济体制改革的实践,特别是1992年以来实行的社会主义市场经济体制的实践所证实。但是,市场并不总是呈现效率,它也有非效率的一面,事实上,正是“经济人”极端地追求自身利益的最大化导致了市场非效率。简要分析如下:

1. “经济人”与公共产品问题

公共产品问题之所以成为市场缺陷问题之一,是因为市场自身不能充分提供公共产品,而这完全缘于公共产品具有的消费中的非竞争性和非排他性。这会导致公共产品在收费上存在困难,从而诱发“经济人”“搭便车”的心态(让他人去提供,我等着享受吧!)和行为,进而导致私人主体无人愿意提供公共产品的现象。

2. “经济人”与外部性

如前所述,外部性可分为正外部性和负外部性。负外部性是指私人成本小于社会成本,私人收益大于社会收益的情形;正外部性则相反。外部性问题起源于“经济人”对自身利益最大化的关注,其中负外部性是一种损人

利己行为,是“经济人”最大化自身利益的极端形式;正外部性则是一种损己利人行为,当然这种损己并不一定是当事人所愿意的。正外部性和负外部性都会导致资源配置和使用的低效率。

3. “经济人”与信息问题

“经济人”与信息不足问题的关联主要有二:第一,“经济人”的有限理性使完全信息不具有现实性;第二,信息具有公共产品的特性,导致“经济人”在信息提供上产生“搭便车”行为,从而最终使市场对信息的产出不足。“经济人”与信息不对称问题也有相当关联,虽然信息不对称的初始形成并不一定与“经济人”最大化自身利益有关,但信息不对称是“经济人”采取机会主义行为的主要前提,所以,“经济人”会想方设法隐瞒私人信息,或用其他各种手段制造信息不对称的情形。亦即,“经济人”最大化自身利益的动力会成为市场信息充分披露和有效流动的阻力。

4. “经济人”与垄断

垄断得以形成的经济前提是规模报酬递增,但促使垄断形成的动力则是“经济人”的利益最大化。在自由竞争中,在一定的技术条件下,企业为了使利润最大化,一方面通过规模的不断扩大而获得递增利润;另一方面,不断扩大的企业其规模达到垄断程度后,可以获得垄断高额利润。“经济人”为了最大化自身利益会竭力通过垄断的手段实现利润最大化,而完全无视垄断在整体上导致资源运用的低效率、资源分配的低效率以及对消费者造成的福利损失。

5. “经济人”与市场不普遍

市场不普遍的形成与“经济人”的自利特性没有直接关联,但市场不普遍所导致的消极后果却与“经济人”的自利特性有关,这一点往往被忽视。市场不普遍的表象是价格机制的缺位,但其深层次的原因是所有权界定的困难,由于界定有效所有权存在技术上和法律上的困难,所以,客观上只能存在一种公共所有权或者根本不能确立所有权,如大气资源、水资源、海洋资源等。在这种产权制度下,“经济人”的自利特性中的不合理部分就会凸显出来,如果没有有效制度规制,资源的滥用和环境的破坏在所难免。

6. “经济人”与交易费用

市场并不能在无交易费用的世界中运行,合理的交易费用是市场机制正常运行的代价,但正是“经济人”对自身利益最大化的极端追求,促成了市场交易费用增加。这是因为,经济人特性是交易者在信息不对称情形下

所占有的关于交易对方的最大信息,如何没有制度的支持或交易对方的主动提供,交易者在交易时很难了解交易对方是否会采取合作的态度;对交易对方主动提供的信息,也存在是否可信的问题,为了防止自身受害,交易者只能在与对方交易时加强防范,从而增加防御性的支出,这种防御成本在市场交易费用中占了较大比重。

7. “经济人”与贫富悬殊

在市场经济体制下,“经济人”在价值规律和竞争规律的支配下,为了实现自身利益的最大化,在客观上不可避免地会使贫富差距拉大,这同我们所追求的共同富裕的目标相悖。

8. “经济人”与经济周期

在市场经济体制下,经济周期问题是“经济人”个人理性导致集体非理性的结果。这是由于:市场中价格信号的滞后和扭曲影响了“经济人”的决策,造成了总供给与总需求的不一致,最终形成了一种微观有序而宏观无序的现象,它的极端后果就是形式各异的经济危机。

三、国家干预

(一) 干预的历史嬗变

国家干预的历史源远流长。我国古代的《法经》、《秦律》、《唐律》等法典和2000多年前古巴比伦的《汉穆拉比法典》等,都有国家运用公权对经济进行管理的规定。当然,这种公权对私权的介入是零星的、非系统化的、浅层次的。随着经济的发展和整体社会制度的变迁,在资本主义国家建立之初,国家开始对土地、工厂、劳资关系、对外贸易等方面进行直接干预。如,英国1801年的《统一圈地法》、1802年的《学徒健康与道德法案》、1815年的《谷物法》等;但对市场及其主体进行大规模的、系统化的干预则始于19世纪末20世纪初。在这一时期,市场失灵日益严重,尤其是垄断的大规模出现,标志着亚当·斯密古典自由竞争理论的破产,“市场具有自我均衡的功能”及“干预最少的政府是最好的政府”等观点开始被经济学家修正。在立法实践中,美国于1890年颁布《谢尔曼反托拉斯法》,开始对垄断进行规制。其他资本主义国家也相继颁布了相关法律,试图对外部性、公共产品供给不足、垄断、经济周期等市场失灵现象进行克服。因此,国家权力急剧膨胀,公权涉及到了市场的每个角落及市场主体行为的方方面面,国家主动地、系统地对经济进行大规模干预,其广度和深度是以往所不可比拟的。嗣

后的半个世纪里,各国制定的大部分经济法〔1〕带有浓厚的危机对策法或战争统制法的特性,国家对经济实行全方位调控。到20世纪60年代前后,西方一些主要资本主义国家的公权干预经济的法律开始出现嬗变,这种嬗变主要表现为国家基于对自身权力的约束在干预经济时对经济实行有限干预,并且在一定程度上尊重市场及其主体的干预需求,力图寻求干预的最高效率。

早期的经济法产生于市场主体对市场失灵的恐慌和对国家能力的信任,这种恐慌和信任导致了市场对国家干预经济的无限依赖,而正是这种依赖导致了国家权力无限膨胀而没有被约束,这种以法律形式赋予的没有被约束的权力又有相当大的被滥用倾向。在国家干预实践中,当时的资本主义国家内部在一定程度上曾出现了干预目标的非公益性、干预决定的随意性、干预方法的非科学性、干预目的的非效率性及对私权的过度剥夺等消极现象。于是,一些经济学家开始反思国家的作用。公共选择学派的经济学家开始系统地论证相对于市场失灵而言的政府失灵的存在,如,国家的自然垄断地位导致降低配置效率;官僚机构在干预政策的供给方面容易产生X—无效率;官僚机构追求预算最大化;尤其是戈登·塔洛克、安妮·克鲁格等经济学家开始系统化运用经济学方法研究寻租问题,论证市场主体寻租和政府创租的存在导致公共政策偏离社会公共目标。政府的创租行为实质上是运用公权把部分市场主体的资源配置给成功的寻租者,这是民主国家政府的堕落,也是政府失灵的最主要表现之一。经济学家西蒙则指出,由于信息的不充分性、环境的不确定性及人类自身认识能力的有限性,决策者不可能作出最优决定。学者的这些努力,使经济学家和法学家开始认识到政府的有限理性、政府能力具有自身边界、政府失灵具有不可避免性,从而开始反思国家干预的范围、目标、目的及方法等问题。具体而言,在干预范围上开始主张适度干预,保障私权,确立政府与市场之间的和谐;在干预目标上严格追求公共利益;在干预目的上,讲求效率至上原则,克服市场失灵,使市场达到均衡;在干预方法上,讲求科学性、合目的性。这些有关干预的理论和思想对干预实践产生了重大影响。

〔1〕 在我国学界,经济法被视为国家干预经济的法律形式。本书基于这一认知,将“国家干预法”与“经济法”作为具有相同内涵和外延的两个概念对待。在行文中,这两个概念亦存在交替使用的情况。

(二) 两种最主要的干预方式

如前所述,“经济人”理论表明,导致市场高效率的原因也是导致市场非效率的原因。市场机制动力的形成依赖于“经济人”最大化自身利益的动机,市场对资源的有效配置也依赖于“经济人”最大化自身利益的行为。市场的成功正是利用了自利这种丰富的资源,也正是这种对自利的过度依赖和对利他的要求不足,导致了市场的非效率。“经济人”在最大化自身利益的过程中,如果没有制度的有效规制,往往会不择手段,如果他们不能实现收入的最大化,就会力图实现成本的最小化,他们对“搭便车”、转嫁成本、侵权等有一种天生的偏好,他们的本性并不完全追求生产性努力,而会追求分配性努力。所以,正是“经济人”的自利动机和行为成就了市场的效率,同时也带来了市场的非效率。鉴于“经济人”既是市场的动力主体,又是制造市场失灵的主体,对“经济人”进行干预相当必要。但这给为了克服市场失灵的法治带来了—个难题,因为“经济人”的自利动力是经济发展的最强大动力,但不是经济发展的最好动力,而最好的动力则往往不是最强的动力。因此,要使市场获得资源配置的高效率,必须运用各种制度激励“经济人”的自利动机和行为,如康芒斯所说:“如果说支配人类活动的自我利益是蒸汽机的话,那么引导动力的,便是制度这台发动机。”〔1〕没有发动机,则蒸汽机无法运行;无制度激励,则人的行为动力将会严重不足。而为了克服市场失灵,改变市场的非效率状况,就必须对“经济人”的极端自利动机和行为进行抑制,促使“经济人”的行为趋向于与其他“经济人”之间的合作。由于激励与约束之间在较大范围内是一种此消彼长的关系,这常常会使干预者陷入两难困境。为了克服这个难题,干预的制度应该在激励与约束之间进行协调,通过制度激励使“经济人”获得更强大的动力,通过制度约束使“经济人”拥有更良好的行为。制度的这些功能的发挥,使“经济人”的利益最大化成为受约束的最大化和受激励的最大化,从而使市场真正成为既自利又利他的良性机制。简言之,“经济人”为了实现最大化利益,会在各种手段中进行选择,抑或不择手段,也有可能不知如何选择。制度的功能正是激励“经济人”进行选择、约束“经济人”不择手段的选择以及引导“经济人”正确选择。

〔1〕 转引自张宇燕:《经济发展和制度选择》,中国人民大学出版社1999年版,第254页。

1. 对“经济人”的制度约束

(1)对“经济人”制度约束的必要性和方式。市场体制的运行动力来自于“经济人”的自利动机和行为,这种自利动机和行为对公共福利的形成必不可少,但在一定程度上又阻碍了公共福利的形成。因为,“经济人”为了实现自身利益的最大化,会不择手段,从而对其他主体的利益造成损害;“经济人”对私利的追逐还会导致宏观环境的恶化。这就需要制度对这种自利的动力进行匡正,使这种动力不仅在量上最强大,而且在质上也最好。“如果对这些由人类的需要所引发的有害于他人利益的行为不加约束,对人的理性不加张扬,对非理性不加鞭笞,没有善恶是非标准,人类理性就会像‘劣币驱逐良币’一样被非理性驱赶,人类就会陷于无休止的混乱状态,社会也就无法有序地组织起来并按一定的行为规则运行。”^{〔1〕}制度产生的原因也正来源于对各种损人利己行为的刚性制约的需要,亦来源于对人们的合法权益保护的需要。制度通过对“经济人”的行为制约,使各“经济人”对利益追逐的权利互不抵触,促使他们互相合作,从而形成秩序。也就是说,制度的存在使“经济人”的自利行为和动机一定程度上受到限制。正是从这个意义上说,法律的存在是以众多会发生冲突的人为先决条件的,法律通过协调人们的偏好和行为,把“经济人”追求利益最大化的行为限于互利的基础之上,从而使社会存在良好秩序。制度对“经济人”的限制界定了“经济人”的行为选择集,“经济人”的利益最大化行为只有在选择集中才是合法的、合理的,也才会使个人理性与集体理性相一致,使行为既符合自身利益,又符合公共利益。

(2)对“经济人”制度约束的限度。对“经济人”的制度约束是相当必要的,但在市场经济体制下,如果对“经济人”行为的方方面面都进行过度的制约,那么,制度存在的合理性就会受到质疑。对“经济人”的约束有助于良好秩序的形成,但良好秩序并不是我们追求的唯一目标。在市场体制下,自由和秩序应该是社会追求的两大目标,所有制度都不应偏废任何一方。因为自由和秩序存在着冲突,它们之间是一种此消彼长的关系,分别处于两极,过度的自由导致社会的无序;过度的秩序导致自由的彻底被剥夺。所以,作为对私权干预的制度对“经济人”的约束应该有个限度。具体界定时应该考虑三个因素:第一,制度不能要求较多的人在较长时期内牺牲较重要

〔1〕 陈惠雄:《人本经济学原理》,上海财经大学出版社1999年版,第284页。