

第一章 理解法律与商法



本章学习要点

- ◇ 制度、法律与道德
- ◇ “商”之法律体系
- ◇ 批判性思考
- ◇ 理论主线：市场与政府、效率与公平

第一节 制度与法律

一、制度

1. 制度的构成

如果世界上只有一个人，就没有必要存在社会制度。各色人的聚集形成了社会。所谓社会，就是多人、多群体构成的集合体。社会成员有相互或共同的利益，但也存在利益冲突和诸多方面的差异。由于利益冲突和文化、观念、价值取向等的不同，人、组织、群体、民族等社会主体彼此之间存在着冲突。于是，协调各方冲突关系的社会行为规则的出现就成为必然。诺斯指出：“制度是社会中的游戏规则。或者更正规些的说法是，制度是人为设计的形成人与人之间互动关系的约束。”^①这些约束性质的规则，包括正式约束和非正式约束。前者如宪法、法律、法规和合同等，后者如道德准则、行为标准、文化价值、传统习惯等。

上述规则构成了制度的核心部分。但是，如果要对制度作广义的完整理解，除了分析规则，还要引入“组织”这个概念。组织与规则是互动的甚至是交织的关系。组织往往是规则的产物，如依据法律规则而设立的组织机构；同时，组织又是规则的产生、

^① 诺斯为新制度经济学的代表人物，于1993年获诺贝尔经济学奖。Douglas. C. North. Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990:3

修改和实施机构，如立法机构制定和修改法律以及法院实施法律等。对规则之内容的分析是对制度静态的观察，而从组织角度分析则可以动态地理解制度，即规则是如何产生、变化和实施的。^①因此可以说，规则是静态的规定，组织是动态的运作，如图 1-1 所示。

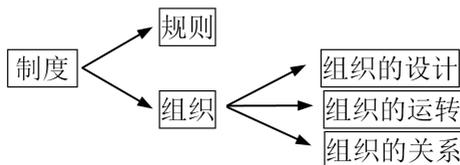


图 1-1 制度的构成

2. 制度的作用

制度的作用应着重在资源分配的公平与效率，具体有三方面。

(1) 协调社会的利益冲突。通过制度安排，争议各方可以达成解决方案。争议产生摩擦成本，浪费社会资源，合理的制度安排有助于有效解决争议，减少争议成本。因此，制度被称为社会机制运作的“润滑剂”。但是如果制度设计不当，则产生反作用。

(2) 促进资源的合理配置。人与人之间既有冲突，又有分工合作。分工合作可选择不同方式，这实际上涉及资源的不同配置。分工意味着专业化，即每人各展所长，让资源流到能最大发挥其效用的人那里；合作则是不同社会职能的有效组合。制度安排可促进专业化的个人或组织之间的有效配合，从而促进经济增长。

(3) 尽量减少交易的成本。人与人之间的交易不是没有成本的。与交易有关的成本被称为交易成本 (Transaction Cost)，发生在交易过程中的每个阶段。以商业活动为例，交易过程通常为：搜寻 谈判 缔约 实施 争议。

每个阶段相应发生的交易成本包括以下几种。

- 搜寻成本。即搜寻交易标的、交易对象、交易价格以及其他相关信息的成本。
- 谈判成本。即双方讨价还价、协商各种交易条件以求达成一致而花费的成本。
- 缔约成本。即准备、起草、完成交易双方应遵从的合同或允诺而花费的成本。
- 实施成本。即监督、督促、约束对方依据合同的约定实施合同而花费的成本。
- 争议成本。即发生对方违约、解释有争议等争端时为了解决争议而花费的成本。

^① 拉坦 (Vernon W. Ruttan) 认为从研究制度的创新或发展的目的来看，制度概念包括组织的定义。他指出：“人们常常将制度与组织区分开来。一种制度通常被定义为一套行为规则，它们被用于支配特定的行为模式与相互关系。一种组织则一般被看作是一个决策单位——一个家庭，一个企业，一个局——由它来实施对资源的控制。就我们的目的而言，这是一种没有差别的区分。一个组织（如一个家庭或一个企业）所接受的外界给定的行为规则是另一组织的决定或传统的产物，如有组织的劳工，一个国家的法院体制或一种宗教信仰。”参见（美）V. W. 拉坦：《诱致性制度变迁理论：财产权利与制度变迁：产权学派与新制度学派译文集》，刘守英等译，上海：上海三联书店，上海人民出版社，1994。

合理的制度安排应尽量减少交易成本，从而提高交易效率。同时，是否能提高交易效率，也是评价制度有效性的重要标准。例如，律师制度的出现就有助于减少上述五类成本，因为律师可以帮助客户查证和比较交易对象（减少搜寻成本）、参与谈判并促成交易（减少谈判成本）、起草和修改合同文本（减少缔约成本）、提醒和督促交易对方及时履行合同（减少实施成本）以及发生争端时帮助协商乃至代理进行仲裁或诉讼（减少争议成本）。

当然，利用制度也是有成本的，如要支付律师费以及与律师沟通协商要花费时间等。但是，只要利用制度花费的成本小于所节省的交易成本，则制度的利用就是促进了效率。如果针对同一交易，A国的律师制度所带来的效率提高大于B国的律师制度，则可以说A国律师制度比B国律师制度更为有效。

例释 诺斯和托马斯以荷兰在17世纪的崛起为例论述了制度对经济发展的重要性，指出：作为自然资源非常有限的小国，荷兰的成功不是依靠自然的恩赐，而是“发展了比其对手有效的经济组织”。例如，在节省交易费用方面，交易中心不断转向规模更大的市场有利于减少搜寻费用，而对日常大量进行的交易的交易条件的标准化有助于减少谈判成本，政府公证人制度则有助于减少实施费用和争议解决的花费。^①

3. 宏观层面的制度安排和微观层面的制度安排

分工合作模式是多层次的，既有微观的组织设计，也有宏观的结构安排，局部的合作可能只是整体中的专业化部分，专业化的组织本身也可能是一个合作体。因此，制度设计在不同层面由不同主体进行。这就需要对不同制度安排之间的关系进行分析。

根据制度安排的主体可把制度安排分为两类：一类是微观层面的制度安排，即个体或组织独自或联合进行的制度安排，是自发地在市场交易中形成的，如个体联合形成企业（如注册公司）、企业内部的组织结构和制度规定（如制定员工奖惩规定）、企业之间交易的安排（如两个企业达成买卖合同）、企业之间联合的安排（如组成企业协会并制定协会规章）等；另一类是宏观层面的制度安排，即国家或政府机构进行的制度安排。该制度安排着眼于经济结构和社会发展的总体，具有普遍适用性，法律及相关的组织机构安排等是其主要内容。

微观层面的制度安排是市场主体的创新活动，目的在于扩大各自利益并协调彼此之间的关系。而宏观层面制度安排的作用有两个：一是当市场主体之间无法解决争议或解决争议的成本太大时，通过统一的宏观层面的制度安排来减少摩擦成本或争议解决成本，如法院作为国家提供的制度安排即有此方面的作用。二是解决每个经济主体

^①（美）道格拉斯·诺斯，罗伯特·托马斯：《西方世界的兴起》，厉以平，蔡磊译，北京：华夏出版社，1999

追求利益最大化时彼此在经济或非经济方面产生的利益冲突。当然这些冲突可以经由微观层面的制度安排来解决，但是微观层面局部有效的制度安排并不一定意味着总体有效率，因此需要宏观层面的制度安排以促进总体经济效率。

例释 假如 A 和 B 是竞争对手，互相杀价竞争。他们觉得如此恶斗下去很可能两败俱伤，于是就联合起来定价。他们之间的联合定价协议（微观层面的制度安排）协调了两人之间的利益冲突，却损害了竞争，也不利于消费者，对社会经济发展的总体效率不利。因此，国家出台反垄断法（宏观层面的制度安排）来禁止这种价格同盟行为。

宏观层面的制度安排体现的是国家和政府的力量，而微观层面的制度安排则是市场主体的自主行为，双方互相影响。国家在进行制度安排时，应尊重微观层面的主体的作用。只有当微观主体不能解决自身问题或解决的成本过大时，或者损害社会经济发展和社会公共利益时，才有宏观层面的制度安排的必要。在第八章有关合同自由和合同正义的关系部分，将典型说明两类制度安排之间的关系。合同自由原则是尊重交易当事人微观层面的自主安排，但在特定情况下，国家可依据合同正义原则对该自主安排进行干预。当然，干预应非常慎重，否则将构成政府对市场的不正当干预。

二、制度创新

1. 什么是制度创新

制度一旦形成，即具有稳定性。社会是复杂多变的，而制度的变动却不灵活，于是社会变革的需要和相对稳定的制度之间产生了矛盾。

当社会要变革、要发展时，必须先对已有的制度进行改革，即制度创新。制度创新是一个动态的过程，是指对制度构成因素进行变革，包括规则的变动和组织机构的变动，目的是通过对规则和组织机构做出调整，以回应社会发展的需要。

2. 保守的和积极的制度创新

制度创新可分为保守的和积极的两类。保守的创新是对社会变革需要进行被动的回应，而积极的创新则具有前瞻性，在顺应社会变革趋势的前提下主动积极地进行变革。

西方发达国家由于制度总体框架成熟，制度创新往往是被动地回应社会发展的需要，进行局部调整。而对于急需促进社会进步和经济发展的发展中国家来说，由于旧的制度无法满足社会经济发展的需要，往往借鉴先行国家的经验，从根本上进行制度创新和改革，其创新是全面的、激进的。从根本上改革旧制度并建立新制度，是一个转轨的过程。目前很多国家处于这一过程中，如中国和拉美国家等，其经济制度由原来中央控制的计划经济向市场经济转变。

3. 制度创新的路径依赖

制度创新并不容易。对于破旧立新的国家来说，要克服的一个瓶颈是“路径依赖”（Path Dependence）效应。

路径依赖的思想源于物理学和数学中的混沌理论（Chaos Theory）。所谓混沌系统，是指对初始条件极度敏感的非线性动力系统，一些小的并不重要的事件或因素却会产生巨大的影响，导致运行过程以及结果上的巨大改变。1961年，美国气象学家洛伦茨（Edward Lorenz）在用计算机模拟实验气象预报时发现：初始输入值的细微变化却导致了整个系统运行的巨大变化。他把这种对初始条件敏感依赖的混沌状态形象地称为“蝴蝶效应”（Butterfly Effect）：在巴西的一只蝴蝶扇扇翅膀，会在美国的德克萨斯州掀起龙卷风。

混沌理论启发了经济学家，从而衍生出经济学中的路径依赖理论。1989年，美国学者保罗·大卫发表论文讲述了“QWERTY”的故事。^①“QWERTY”是目前人们使用的计算机键盘，字母排列有三行，第一行从左至右字母的排列依次为“QWERTYUIOP”。这种键盘在19世纪60年代出现。60余年后，德沃拉克（Dvorak）发明了新的字母排列的键盘。该键盘被专家认为可以大大加快打字速度，美国海军所做的实验也证明了这一点。但是直到现在，被普遍采用的还是那个发明在前的被认为效率相对低的键盘。这个故事说明了在技术创新演进过程中的路径依赖效应：并不总是更先进的或是目前最先进的技术被应用。同样，在制度演进过程中也存在路径依赖效应：备受批评的不良制度长期存在却没有被改变或改变很小、很缓慢，或者现有的制度依然沿着原来不良制度的路径继续向前演进。无论是技术演进还是制度演进中的路径依赖，其共同性在于技术或制度在向前发展的过程中会不断自我强化，时间越长，强化效果或路径依赖效果就越明显。

专题案例 1-1 给出了路径依赖效应的例子。可以发现，路径依赖所形成或积淀的成本是制约制度改变或创新的一个重要因素。这也提醒了制度的安排者，制度安排需谨慎为之，否则实施后一旦发生问题，要想克服非常困难，改变的成本或代价会很大。



专题案例 1-1 无间道

很久很久以前，有两个城市：A 城和 B 城。两个城市之间没有路，非常不方便。很多人都想，如果有条路，那该多好。就把这条大家梦想的路取名叫“无间道”吧。

如果两个城市之间是一马平川，最好的方案就是“无间道”是两个城市之间的直线。

^① David, P. A. Clio and the economics of QWERTY. American Economic Review, 1985 (75) :332-337

但现实并非这样。两城之间有一大片尚未开发的森林，地形复杂，狼出虎伏。这实在让修路的政府和企业头疼。光是勘探就不知要花多少时间和金钱。老百姓可等不及了，尤其是那些“求利若渴”的商人们，怎会让森林挡住他们的致富之路呢？

鲁迅说：“其实地上本没有路，走的人多了，也便成了路。”（出自《故乡》）A城就有一个商人，在利益的驱动下，勇敢地穿越森林，向B城进发。为了安全，他走的路线尽量绕开虎窟狼穴。对于那些泥沼深渊，他也是能避则避。就这样，他摸索出了一条自己的路线。显然，这条路不是一条直线，可谓蜿蜒曲折，但却是比较安全的。

很快，越来越多的人知道了这条路线。于是道路上的草被踩平，挡着路的树也被清除，一条蜿蜒的但越来越宽敞的“无间道”初显轮廓。

“无间道”继续在发展。由于走的人越来越多，开始有人修修这里，修修那里，让它越来越像条路。在路的两边，开始有人搭起棚子，为路人提供饮料和食品。再后来，路越修越好，而路边也出现了很多的商店、饭店、旅馆、修车点，甚至还出现了工厂。越来越多的人开始定居在路的两边，以路为生，居民区在扩大。由于路对大家越来越重要，于是就不断集资修路。最终，“无间道”被修得又宽又好。

但是，“无间道”是一条曲折蜿蜒的路，人们渐渐发现走这条路的确是太绕了。怎么办？再修一条路？这时，时间已经过去了很多年，“无间道”已经不只是一条路了。虽然想修路的政府或企业此时已经有能力勘探出路线，也有足够的钱来修路，但是却迟迟没有修一条新的笔直的“无间道”。

这个故事告诉了我们路径依赖效应：最初一个商人偶然的或不经意的路线选择，现在已成为联系A城和B城的重要纽带。这个选择不是最好的，但是要改变它却很难。

思考

现实中还能找出哪些路径依赖的例子？我国的制度变革过程中有没有路径依赖的例子？根据上述故事带给你的启示，分析：在制度变迁和创新过程中要注意什么以避免或减少路径依赖效应。

（编写参考：（美）马克·罗伊·法与经济学中的混沌理论与进化理论·历咏译·经济社会体制比较，2003（1））

三、法律与道德

1. 三类规则：习惯、道德与法律

在制度的两个构成要素中，规则是核心。组织机构的建立和运行，也有赖于规则的设定。对规则的一个通常理解是，规则是规范个人、组织、群体等社会主体之间关

系的行为准则。如果把视野放宽到国际社会，政府、国家之间的关系也需要行为准则的协调，国际法就承担了这一任务。

约束人们行为的规则有三类：习惯、道德与法律。从历史的角度看，习惯最先产生，接着由习惯先后分离出法律和道德。^①

2. 习惯

作为行为规则的习惯，也可称为惯例（Custom），指习惯性做法，是传统延续下来的做法。其延续性和传统性，即长时间连续不断地被遵循，并不是习惯产生约束力的唯一原因。有的习惯的确只是一种惯常做法，如某些风俗；而有的习惯之所以得以延续，往往有其合理性的存在。这些合理性可以追溯至其起源来理解，可以是文化观念、价值理念或理想。具有合理性内涵的规则具有价值判断的力量，成为行为规范中最为有力的部分。

根据是否具有伦理方面的价值来判断其内涵，可以把习惯分为无价值判断的习惯和有价值判断的习惯，法律和道德主要是从后者中分离出来的。

3. 法律和道德

法律与道德都对人的行为有约束力，但性质不同。对于一国范围而言，法律是由国家制定或认可的、具有强制性约束力的规则。所谓强制性约束力，是指规则的实施有国家机构的保障，由国家的力量来促使规则效力的发挥。而道德则是约束人的内在良心，其实施依赖于行为人的自觉以及社会舆论的压力，没有国家强制力量的介入。

那为什么有的习惯规则上升为法律，有的习惯规则却成为道德呢？

法律既然是由国家强制力量保证的，那么必然对一个国家或社会的影响非常普遍和重要。由此，法律规则一是应该具有普遍认同性，即争议相对较小；二是应该具有重要影响性，即对社会整体的影响和重要性相对较大。而有些道德规则也有普遍认同性，虽然相对重要性没有法律规则那么大，但如果也由国家力量来促进实施，则可以为社会带来更大的好处。但为什么没能上升为法律呢？

由此引出第三个区分的因素，即立法和司法成本问题。资源是稀缺的，这是人类利益冲突产生的根本原因。立法和司法资源也是稀缺的。当有限的立法和司法资源面对非常庞杂的规则时，既然不能实施所有应该实施的规则，那就从中筛选出产出效应最大的部分，即实施后对社会的影响和重要性相对较大的规则。

4. 法律与道德的演变

要以动态的视角来观察法律和道德的演变。值得注意的是，随着社会的发展和变革，

^①（德）拉德布鲁赫：法学导论，米健，朱林译，北京：中国大百科全书出版社，1997

法律和道德的分界也在发生变化。如先前的法律可能沦为道德，而先前的道德也可能上升为法律。有些法律或道德甚至有可能从人的行为规则范畴中消失。这些变化都源于社会发展过程中人对价值观念及其重要性的理解发生了变化，由此导致不同规则的重要性发生了变化。

例释 例如，通奸行为，在清朝是施以刑罚的，如今在我国普遍认为是道德问题。再如在古代，纳妾不仅不是法律问题，在道德方面对其也批评不多。而如今，法律规定的是一夫一妻制，禁止重婚，同时反对一夫多妻的观点在道德上也已得到普遍认同。

四、法律规则的内容

1. 权利与义务

法律规则可以分为最基本的两类：权利和义务。权利是规定法律主体可以行为或可以不行为的规则，义务则是规定法律主体必须行为或禁止行为的规则。权利是一种选择权，义务则不可选择。因此权利可以放弃，但义务不可以放弃。

2. 权利和义务的相对性

一个主体的权利，也意味着其他主体有不得侵害其权利的义务。一个人的义务，也是相关的其他主体主张权利的依据。例如，法律规定了公民的人格权，那么其他人，包括国家机关，都不能非法侵害其人身健康和尊严。再如，依据所达成的合同，A 有支付 B 货款的义务，也就意味着 B 有要求 A 支付货款的权利。

3. 法律责任

如果一个人侵害他人的权利，或者一个人违背了其法律义务，则应依法承担责任。义务的违反如果是民事领域，则应承担民事责任；如果是刑事领域，即构成犯罪，则应承担刑事责任。在两类责任之外还有一种责任，即相关的国家行政机构可以依法对义务人予以行政处罚，如罚款、吊销营业执照、没收和销毁违法产品等，此为承担行政责任。

4. 权力

法律上的主体包括人、组织、机构和代表国家的政府机关等。它们之间的往来可以分为两类关系：一类是横向的关系，即主体之间没有管理与被管理的关系，而是平等民事主体之间的交往，如人与人之间的市场交易活动；另一类是纵向的关系，即主体之间有纵向的管理和被管理的关系，发生在履行管理职能的政府机构和被管理的个

人和组织之间。政府机构的管理权力的取得和行使由法律规定。

权力来源于人民的授权。国家是属于全体人民大众的，但由于不可能每个人都参与社会管理，因此人民通过选举等程序选出代表组成国家机构来进行管理。权力的授权人是人民，代表人民行使权力的是国家机关。^①当多数人的权力由少数人行使的时候，就存在着一种危险，即少数人利用所掌控的权力来为自己或少数利益团体谋私利，从而侵害了人民的整体利益。因此法律在规范权力问题时，应非常慎重。一是权力不可过分集中。权力一般分为立法、司法和行政三类，由不同机关行使。在我国，立法机构是人民代表大会，为最高权力机构；司法机构是法院和检察院；而行政机构则是各级政府部门。二是对权力范围的规定应该清晰明确，任意裁量的权力不可过大。三是对权力行使的程序应作合理的规定，以保障权力行使的循规蹈矩。

例释 孟德斯鸠指出：“一切有权力的人容易滥用权力，这是万古不易的一条经验，有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^②詹姆斯·麦迪逊指出：“如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治者，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。”^③

因此，法律规则的基本内容是公民和组织的权利和义务。责任是侵害他人权利或违背自身义务的法律后果。由公民和组织的义务又对应引申出国家机关的权力。既然权力有侵害人民利益的隐患，不可不作清晰的界定和程序上的限制，以防止权力的滥用并促使权力达到其正当目的，即保障公民合法权利不受侵害和充分行使。

法律规则没有作规定时留出的空白，应属于权利，而非权力。

五、法律体系

法律体系是指一个国家法律规则的形成、构成以及实施三个方面的制度体系。

1. 法律规则的形成

法律规则有三个来源：一是成文法的制定，即立法机关制定法规、条例或法典；二是国家对某些惯例的认可，从而使之具有法律的约束力；三是法官的判决也可成为法律。

^① 《中华人民共和国宪法》第2条规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。”

^② （法）孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，北京：商务印书馆，1961：154

^③ （美）汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，北京：商务印书馆，1989：264

就第三个来源而言，各国态度不同。全球大致可以分为两大法系：一是大陆法系，代表国家有法国、德国等，法律规则的主体是成文法，法官的判决一般不是法律，但法官对法律的解释和阐述有一定的权威性。我国属于此法系。二是英美法系，代表国家有英国和美国，法官的判决具有法律效力，又称判例法。另外也有立法机关的成文法制定。

2. 法律规则的构成

可以从两个方面来审视：一是看法律规则所调整的关系，由此法律规则可分为公法和私法两类；二是看法律规则是规定实体的权利义务还是有关程序问题，由此分为实体法和程序法。而宪法，则是在整个法律体系中居于基础地位的根本大法。^①

(1) 宪法。宪法是万法之基础，在国家法律体系中效力最高，其他法律都不得与其相抵触。宪法规定了人民的根本权利，是私法的基础；还规定了国家机关的构成和权力范围，是公法的基础；不仅有实体性权利和权力等内容的规定，还涉及对法律程序的规定，是程序法的基础。

(2) 公法。公法涉及的是社会利益，有关国家机关和被管理的个体之间的关系。包括以下几种。

刑法。刑法规定犯罪行为以及相应的制裁措施。犯罪行为对社会的秩序和人民的权益危害很大，须予以严厉制裁和强效执法进行遏止。同时也要看到，如果刑事执法机关权力行使偏差，会对无辜的人造成极大伤害，因此在现代刑法理念中，对刑事执法的权力予以分割，使侦查、批捕和审判等权力分离，并通过程序的限制来达到制约的目的。同时规定了“罪刑法定”、“罪刑相适应”和“疑罪从无”等根本原则。

行政法。行政法是有有关国家和地方政府机构组成、设立以及行使管理权限的法律。与刑法一样，界定行政机关权力的范围、明确权力行使的程序以及加强对权力行使的监督等非常重要。

(3) 私法。私法主要是民法，是有关民事主体之间的横向交易或交往关系的法律规则。民事主体主要包括个人、法人或非法人组织等。民法主要包括以下法律。

有关民事权利的法律。民事权利主要包括四类：以所有权为核心的物权、人身权、知识产权，以及依法律或合同而取得的债权。

合同法。合同反映了民事主体之间的交往或交易关系。法律保护合同当事人自由地表达意志、达成合同，这是对合同自由原则的尊重。同时考虑到在现实的交易过程中的确存在不公平的现象，法律也应予以适当的干预，如撤销显失公平的合同。

^① 孙笑侠认为：“宪法是公法的传统观念应当给予否定”，宪法“既不属于私法，也不属于公法”。童之伟认为：宪法应当是“与私法、公法对称的一个单独类型，即根本法”。转引自谢维雁：《公、私法的划分与宪政》，《公法评论网》（<http://www.gongfa.com/>）

有关婚姻、家庭、遗嘱和继承的法律。国家对此均有专门立法予以规定。

（4）实体法与程序法。有关实体性的权利和义务的规定可归于实体法之列。与之相对应，程序法是有关法律救济程序以及国家权力行使程序的法律。无论是民事主体寻求法律救济，还是国家机关主动行使管理权力，都涉及国家权力的行使问题。如前文所述，由于有必要制约权力的滥用，因此程序的约束非常重要。程序的作用有三方面：规范权力、制约权力以及督促权力的正当行使。

一个法治国家，对程序的重视甚至超过实体法。的确，程序的公平不一定能保证结果的完全公平，但程序的不公平则意味着权力越轨，是对民众权利的最大威胁。

我国要建设法治国家，从某种意义上来说，是从原来的“重实体、轻程序”转向“重视程序正义”的过程。

例释 英国有句古老的法律格言：“正义不仅应当得到实现，而且应以人们能够看得见的方式得到实现（Justice must not only be done, but must be seen to be done）。”美国宪法第5和第14修正案规定：“非经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”联合国《公民权利和政治权利公约》第9条规定：“除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”

3. 法律规则的实施

有关法律规则实施的组织体系，称为司法体系。其中，法院是审判机关，对民事、刑事、行政等案件作出判决；检察院是犯罪的公诉机关；公安机关为司法辅助机关，负责社会治安以及犯罪的侦查审讯。

在司法体系中，法院居于核心地位。一方面，法院接受权利人的诉求，听取原、被告双方意见，作出判决；另一方面，法官在审理案件的过程中对法律制度做出的理解和解释也在影响法律规则的实施。即使在成文法国家，由于法律规则不可能穷尽一切细节，故为解释和运用法律留下了空间，此为法官的任意裁量权。在法官行使任意裁量权时，立场中立与否以及是否通晓法律精髓，直接影响着判决的质量，也对法律进步产生正或负的影响。因此，法官的素质和保证法官中立的制度设计非常关键。

法官是中立的裁判者，应秉承良心、通晓并尊重法律、客观理性，立足公平，关注社会发展，以求真的态度和严密的分析作出公正的判决。所谓中立，最关键的一点就是做到抵御住社会方方面面的影响，尤其是行政权力的干预，以事实为依据，以法律为准绳。在公民权利与国家机关滥用权力之间的对抗中，法院是最后的防线。如果这条防线也被权力攻破，则社会难免堕入腐败的深渊。

例释 哈耶尼（Evan Haynes）指出：“对正义的实现而言，操作法律的人的质量比其操作的法律的内容更为重要。”培根（Francis Bacon）指出：“犯罪好比污染水流，

不公正司法好比污染源，因此，一次不公正的司法甚于十次犯罪。”^①

六、中国的法律体系

进入 20 世纪 80 年代，我国领导机构在“实事求是”的思想指导下，积极反思以往的政策错误，对外开放，对内改革。改革方面，以市场化为核心的经济体制改革和以法治为核心的政治体制改革同步进行。

1. 法律规则的形成

在法律规则的形成方面，我国随大陆法系传统，属于成文法国家，不承认判决为法律。但值得注意的是，我国的最高人民法院（以下简称最高法院）有对法律的解释权，其发布的司法解释和指导审判的意见为下级法院所遵从，因此这些文件有一定的法律效力。另外，最高法院的判决对于下级法院同类案件的审理有指导作用。

在我国，以下机构有立法权，但权限不同，相应产生的文件名称也不同。

（1）全国人民代表大会及其常务委员会（以下人民代表大会简称人大，常务委员会简称常委会）。行使国家立法权，产生的法律文件为“法律”。

（2）国务院。为执行法律的需要、依据全国人大及其常委会的授权或在国务院行政管理职权范围内制定“行政法规”。

（3）地方人大及其常委会。省、自治区、直辖市以及较大的市的人大及其常委会可以根据本行政区域的具体情况和实际需要制定“地方法规”。^②

（4）国务院直属机构。其包括各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，在各自的权限范围内制定“部门规章”。

（5）地方政府。省、自治区、直辖市和较大的市的政府，可制定“地方政府规章”。

宪法具有最高法律效力，上述五种法律文件都不得与之相抵触。全国人大及其常委会制定的“法律”高于其他四类法律文件。国务院制定的“行政法规”的效力高于“地方法规”、“部门规章”和“地方政府规章”。而“地方法规”的效力高于“地方政府规章”。

2. 法律规则的构成

在法律规则的构成方面，我国的立法基本覆盖了法律的各个领域。而且，法律制度的改革一直朝着民主和法治的目标迈进。以下是对我国主要立法的简要介绍。

（1）宪法。我国的根本大法，在法律制度体系中居于最高地位。下层的法律法规

^① 陈柏新·监督制度的几点思考·东方法眼网（<http://www.dffy.com>）

^② 较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

的制定不得与其原则、精神和规定相悖。现行的《宪法》于1982年通过，为我国的第四部宪法。之后又在1988年、1993年、1999年和2004年进行了四次修改。1993年的修改正式规定了“社会主义市场经济”，而2004年的修改则将“公民的合法的私有财产不受侵犯”以及“国家尊重和保障人权”写进了宪法。

（2）刑法。《刑法》在1979年通过以后，在1997年进行了一次全面修改。这次修改旨在体现当代的刑法思想，进步很大。“罪刑法定”等原则得以确立。^①

（3）行政法。主要法律有《行政复议法》、《行政处罚法》、《国家赔偿法》、《治安管理处罚法》和《行政许可法》等。

（4）民商事法律。总则性的法律为《民法通则》。经济主体方面有《公司法》、《个人独资企业法》、《合伙企业法》以及有关外商投资企业的法律等；合同领域有《合同法》；财产权利方面有《物权法》；在知识产权方面主要有《专利法》、《商标法》和《著作权法》；保护弱势交易主体方面有《消费者权益保护法》、《产品质量法》、《劳动法》和《劳动合同法》等。

（5）经济管理法律。在税收、计划、价格、审计等方面均有专门立法。行业监管方面有《保险法》、《人民银行法》、《商业银行法》和《证券法》等；促进就业方面有《就业促进法》；质量监管方面有《产品质量法》；而在竞争方面有《反不正当竞争法》和《反垄断法》；对外资的促进则体现在有关外商投资企业的法规和条例中。

（6）程序法方面。国家基本法律有《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》、《行政诉讼法》、《仲裁法》及《劳动争议调解仲裁法》。

3. 法律规则的实施

我国的审判机关为最高人民法院和各级地方法院，实行两审终审制。检察院负责批捕和公诉工作，而公安局则负责侦查和审讯。近年来，有关公检法系统的改革措施不断出台，总的方向是限制公权力的滥用和促进司法独立与司法公正。

这些改革主要集中在以下三个方面：一是提高公检法队伍人员的素质。对于法官和检察官的任职门槛从学历、考试等方面提高要求。二是严格执法程序以及强化对执法人员的纪律要求和法律责任。三是在保证办案质量的同时，提高司法效率。

虽然我国司法体系的现状并不令人满意，但是从无到有、从差到好的转变毕竟需要一个过程。可以预见的是，随着我国公民权利意识的提高和法治进程的加速，司法体系的改革也将更加深入。

^① 《刑法》第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”由此，“有罪类推”被废除。另外，我国全国性立法机构制定的法律的全称应在具体法律名字前加上“中华人民共和国”字样，如《中华人民共和国刑法》，这里列举的法律名称是简化形式，下面章节也作如此省略。



专题案例 1-2 复转军人进法院

贺卫方：复转军人不应进法院

1998年初，学者贺卫方在《南方周末》发文反对复转军人进法院，引起巨大反响。

贺卫方用医生来类比法官，指出：这两个职业都是人命关天。只不过“医生是把将死的人往活里救，法官则经常是把个大活人往阎王那里送”。刑事案件之外，虽不直接关系人命，但也涉及当事人的重要法律权利。而且，相比医生，法官的失误对社会有更大影响，因为司法官员行为本身在“表达着正义的风纪”，“司法机关的行为是否正当，直接关系到人们对他们所在国家的政治制度的评价，影响到一国社会风尚的趋向”。“为什么长期以来总是理所当然地把每年从军队复员转业的许多人员安置到法院中？为什么不要求医院安置他们？”他认为，虽然国家有责任妥善安置复转军人，但是“复转军人不应当成为法官，除非他们从前受过系统的法律教育，并且符合法官任职的其他要求。”他还认为应提高法官任职的门槛。“与其把不合格的人员放进来之后再费尽力气进行学历教育方面的补课，何不一开始就把门槛垫高，只接受那些受过大学法律教育的优秀毕业生做法官？”

曹瑞林：复转军人缘何不能进法院

不久，曹瑞林在《中国国防报》发文以激烈的措辞反驳贺卫方。

曹文指出：“文革”结束后，一度被砸烂的公检法系统得以恢复。复转军人是根据党中央指示被充实到公检法系统工作。几十年里，他们“为我国政法机关的建立、恢复和发展，立下了汗马功劳”。如今在建设已有所成效的时候，“否定他们为此作出的历史贡献，甚至把他们说成是法院的‘包袱’，令人心寒”。另外，军人的文化教育程度也在不断提高，“大专以上文化程度干部占了相当大的比例”。很多军人在军队就从事法官、检察官和保卫工作，具有相应的业务素质，“转业后为什么不能当法官”？而且军人参加律师资格考试，“及格率均高于全国平均水平”，“这些经过严格的法律专业训练的考生，转业到地方，为什么不可以当法官、检察官和律师”？

另外，“与其他行业、部门相比，军人经历更是一笔无形的财富。加上他们刻苦学习，锐意进取，顽强拼搏的精神和实践，完全可以成长为一名称职的人民法官”。

我国法官任职资格的变革

1995年出台的《法官法》（第9条）对法官学历和工作经验方面的要求为“高等院校法律专业毕业或者高等院校非法律专业毕业具有法律专业知识，工作满二年的，

或者获得法律专业学士学位，工作满一年的；获得法律专业硕士学位、法律专业博士学位的，可以不受上述工作年限的限制”。

2001年修改后的《法官法》的相关要求为“高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满二年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满三年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满一年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满二年”。但是，如果适用上述“学历条件确有困难的地方，经最高人民法院审核确定，在一定期限内，可以将担任法官的学历条件放宽为高等院校法律专业专科毕业”。另外，对于初任法官提出了参加国家司法考试的要求。

思考

你觉得目前我国法官的任职资格是否还有修改完善的必要？如果是，如何修改？非法律专业毕业的学生也可参加司法考试并进入法院工作，你觉得是否合适？江门市人民检察院副检察长赵菊花认为，应禁止非法律专业人员报考司法考试。一是他们挤占了有限的法律专业资源，二是很多人通过短期强化考过，但长时期内不懂得如何办案。对她的观点，你是支持还是反对？除了法官的专业性外，至少同样重要的问题还有法官的独立性如何保障？

（编写参考：贺卫方．复转军人进法院．南方周末，1998-01-02；曹瑞林．复转军人缘何不能进法院．中国国防报，1998-02-10；周虎城．司法队伍就应专业化精英化．南方日报，2007-03-15）

第二节 商人及其法律环境

一、正确理解“商”和“商人”

商事活动是指有关商业交易或经济往来。人与人之间的交易活动形成了“市场”，所谓市场，就是交易的发生环境，可以是有形的，也可以是无形的。市场中的交易促进了资源的有效配置，有助于提高经济效率。

法律上的“人”包括自然人，主要是公民，以及法律上拟制的人，主要是法人实体，如公司。因此对商人的理解应为从事经济活动的民事主体，包括个人、各种法人或非法人组织。

在英文中，对应“商”的有两个单词：commerce 和 business。commerce 一般指买卖等交易活动，而 business 则意义更为广泛。在经济学中，business 一般指法律所认可的在市场中提供货物或服务的有组织的实体，即经济活动中的供给单位，与 firm（公司）和 enterprise（企业）的意思相近。更广泛的含义还可指业务相同或相似企业组成行业或部门（Market Sector）。最广泛的理解可将企业等的所有经济活动都包括在内。^①由此可见，广义上对“商”的理解和分析，应以从事商事或经济活动的主体为起点展开，涉及该主体的设立、对内管理、对外交易和相关的政府监管或干预等方面。

二、商法——商人的法律环境

商法是有关从事商事或经济活动的民事主体的法律。由于商事活动主要是民事主体之间的交易行为，因此商法主要是私法性质。长期的市场交易过程中形成了大量的习惯或惯例，商法中的根本原则和主要法律规则（如契约自由、诚实信用等）多来自于长期的商人自治所形成的惯例。国家对于市场和商事活动一般以不干预为基本原则，此谓市场自由。商人自治与市场经济中的市场自由原则是一脉相承的。

自由市场经济主张“个人主义”，但并不意味着对它毫无约束。市场并非万能的，很多时候市场存在着“失灵”问题，如信息的不对称、垄断、公共产品的提供、外部效应等。为纠正市场失灵，国家权力会介入市场，如纠正垄断问题、强制信息披露、经营公共事业、制约负外部性等。

基于市场失灵的调节是最低程度的国家干预。除此之外，不少国家，尤其是后起的新兴工业化国家以及发展中国家，都在积极主动地通过法律政策等制度工具来影响经济。最突出的表现如下：一是对重要行业的控制和监管，这些行业往往对国家经济的整体安全和发展有重要意义，如能源、金融、电信、公共交通等；二是以积极的产业政策来促进经济发展，如鼓励外资引进、扶持战略行业、保护幼稚产业等。国家基于社会整体利益对市场的干预的范围在扩大，由最低程度的干预扩展为对经济的宏观管理。这些国家干预和管理经济的活动主要表现为各种相关法律政策的实施，可统称为有关经济管理活动的法律，即经济法。

传统的私法意义上的商法与现代的公法意义上的经济法并不是泾渭分明的，很多内容互相关联，互相渗透。不少学者对商法和经济法的划分大伤脑筋，本教材对此争论不作阐述，立足于学生学习本课程是为将来所从事的（或正在从事的）商事或经济活动做必要的准备，因此不拘泥于传统的学科分野之争，而是着重于对经济主体所

^① <http://en.wikipedia.org/wiki/Business>

应了解的相关理论、重要规则以及案例做分析和阐述。

本教材的写作是围绕从事经济活动的市场主体——商人——展开，分析市场主体的法律环境。显然，影响商事主体行为的法律不仅包括私法性质的规定，也包括公法性质的经济管理的法律。由于篇幅所限，本教材所阐述的商法体系仍以私法内容为主，另包括一部分国家干预合同自由和市场自由的内容。对于宏观经济管理方面的法律法规，则不涉及。

第三节 商法的学习

一、商法的重要性

对于法学专业的学生来说，商法是法学学科的重要组成部分，缺少它，知识体系便不完整。但对于经济或管理专业的学生来说，其重要性何在？

对经济或管理专业的学生来说，课程的实用性更受到重视。其中，MBA 或 EMBA 学生多以创业和职业经理人为职业目标，选择课程尤其注重学以致用。在国内和国外的很多商学院或经济管理学院，商法或类似课程已被列为本科、MBA 和 EMBA 项目的核心或必修课程。这一事实足以说明商法对企业经营管理的重要性。

商法课程之所以对经济管理专业很重要，正是由于任何企业的经营活动都要受到法律环境的制约，任何企业决策都要在法律划定的框架内进行。在当今强调法治的社会，法律对于企业决策的影响力日渐增大。因此，商法课程也被称为“企业的法律环境”。

学习商法之后，一个学生可以达到如下目标。

- 了解你的法律义务。法律义务是法律设定的法律界限，逾越它意味着法律风险的产生。对法律义务的了解可以避免或减少法律风险的发生。
- 了解你的法律权利。权利是选择的自由，是带来利益的机会。行使权利必须先了解它。对于一个有企业家意识的人来说，放弃利益机会是不明智的。作为公民，不了解和积极主张自己的权利，也不是法治社会中的一个合格公民。
- 了解你的竞争对手。法律为竞争设立了衡量标准。另外，你所具有的权利和义务，竞争对手也具有。学习商法可以帮你预测或评价竞争对手的决策和行为。
- 了解你的利益相关者的权利。企业的利益相关者包括股东、债权人、消费者、企业员工等，了解他们的权益和企业的相应义务可帮你作出合法而合理的决策。

尤其是消费者和员工（劳动者），法律给予特殊保护，在消费者中建立良好的声誉和通过保护劳动者建设企业文化是企业竞争的重要策略。

- 了解你自己。了解你作为公民、企业员工、经理人或企业家时的权利和义务。

二、学习批判性思考

商法是一门实用性的学科，这毋庸置疑。通过商法的学习，可以了解法律规则，以及由案例分析了解社会，尝试解决现实问题。学习法律还可以带给你更多的收获，最需要提示的一点就是学会思考。

孔子云：“学而不思则罔。”思维的训练，其重要性要远超过知识的记忆。而且，只有思维活跃，才能系统深入地理解知识。如果没有适当的思考，知识的增多有时带来的是大脑的混乱。无论是做律师、法官，还是做经理、企业家，思维的逻辑性与缜密性、开拓性与创新性是成就事业的重要因素。

法律是最具逻辑性的学科，通过对立法和判决的研读可以让人分辨事实、抓住重心、有理有据地进行分析。同时又直面现实，分析时可以引发对社会问题的深层次思考。

近年来，在西方国家，大学教育对思维训练的重视已超过知识的传授。一个非常流行的词汇是“批判性思考”（Critical Thinking）。根据 Robert Ennis 的定义，批判性思考是指“合理的、有深度的思考，重心是决定要相信什么或要做什么”。^①这个定义强调了批判性思考的两个重要因素：一是思考的理性和深入；二是在思考的基础上进行决策。但怎样做到深入和理性？又怎样进行决策呢？

批判性思考应该有以下过程。

（1）收集和筛选信息。相关的事实和信息有哪些？哪些是有用的，哪些是没有用的？对有用的信息，要依其重要性进行归类排序。

（2）发现问题和争议。争议的焦点是什么？对问题的认识有哪些相互争议的观点，其各自的依据又是什么？

（3）寻找分析的标准和依据。可以是理论、学说、信念，也可以是习惯或规则。

（4）理解分析的标准和依据。分析标准往往比较抽象，对其中的术语和原则应作

^① 关于批判性思考的定义非常多，这里选用的这个定义比较简单也比较通行。另外，Edward Glaser 给出的定义更完整一些，他认为批判性思考是一种对相关问题或主题的深思熟虑的态度，对逻辑推理方法的知晓，掌握对逻辑推理方法应用的技能。批判性思考要求对信仰或所相信的知识进行持续不断的检视，检视其依据以及由其得出的结论。其实批判性思考强调的是长时间的全面、深入、理性的思考，早在古希腊时期，苏格拉底等人的学说中就有反映。在美国，John Dewey 在 20 世纪初倡导批判性思考，他被誉为“现代批判性思考之父”。Alec Fisher . Critical Thinking: An Introduction. Cambridge University Press, 2001: 1~5

怎样的解释和理解？

（5）确定分析的标准和依据。结合相关事实筛选出重要的标准和依据。标准和依据之间如何互相补充以做总体把握？如果互相冲突，如何平衡？

（6）尝试得出结论。如果不能得出结论或结论不具说服力，请继续往下进行。

（7）分析影响决策的原因。是缺乏相关事实或信息，缺乏分析标准和依据，还是对分析标准和依据的理解不透彻？

（8）根据找出的原因回溯到相应阶段，重新进行思考和分析。如果得出了结论，批判性思考的过程到此为止吗？不，请继续。

（9）不断反思。时势变迁，对理论和规则的认识也在变化。思考最忌讳两点：一是盲目信从已有的结论或观点；二是对一时得出的结论，在时间变化后，仍然僵硬坚持。所以，要敢于怀疑，不盲从。要不断反思自己，反思已得出的结论，将反思的习惯持续不断地保持下去。勇于质疑、小心求证、常想常新，这就是所谓的批判性思维。

批判性思维并不是脱离知识基础的空想，而是搜集、筛选、反思、创新知识的过程，实际上是有效组合知识与思维的学习方法。

学习法律切忌只“以法论法”。法律是一个开放的学科，很多立法和判决的理由来自于其他学科的分析，有哲学、政治学、经济学等学科的理论作为依据。商法涉及的是市场交易等经济活动，因此与经济学理论的关系更为密切。经济管理专业的学生在学习商法时，千万不要割离已经学过的经济学和管理学的知识；法学专业的学生要学好商法，建议适当补充一些经济学知识。

一个有创新精神的学生，应积极寻找立法背后的理论依据，结合事实来深入理解法律和案例，并进而大胆怀疑和反思有关的理论和现有的立法与判决，通过批判性思考，不断进行批评，提出问题，并尝试提出改进的建议。

三、理解商法的理论主线

商事主体之间的关系有交易和竞争两类。一方面，每个主体都有进行交易和竞争的权利；另一方面，其行为又要受到相关义务规定的制约以及相应政府部门的管理。因此，在商法的立法和实践中，存在着如何解决私权利与公权力之间冲突的问题。扩张权利即扩张经济活动的自由，扩张权力即扩张经济干预和管理以限制市场的自由，两者是此消彼长的关系。这一矛盾即为市场和政府的关系。解决这一矛盾也就为理解商法中权利以及权力的界限提供了理论依据。这是理解商法的第一条理论主线。

不仅权利与权力之间存在矛盾，不同主体的权利之间也有冲突。在资源稀缺的社会，利益冲突在所难免。冲突直接反映为争端和诉讼。考虑到立法和司法资源的有限性，

法律不可能规范所有争议。哪些争端应进入法律领域，哪些争端应留给道德来规范？制定法律规则时如何划分权利与权力、不同主体的权利之间的界限？在面对抽象的规则时，法官如何正确理解规则并作出合理的判决？这需要对立法背后的理论因素予以掌握。任何法律，包括商法，都以公平为第一要义，可以说公平是法律的灵魂。与此同时，法律和判决又有其社会影响，不是只适用于一个案件，需考虑对社会的整体影响，也就是所谓社会政策的考虑。在经济方面，个体的商业自由与整体的经济福利之间难免存在冲突，由此引出学习商法的第二条理论主线：效率与公平。

下面分别阐述市场与政府、效率与公平。

四、市场与政府

1. 自利与利益冲突

经济学的首要假定是经济人，经济人是“自利”的。对这个假定没有必要进行价值判断，这只是一个事实的陈述。虽然不是所有人都这样，但毕竟“自利”是人类最根本的特性。

自利的人追求自身利益的最大化，稀缺的资源由此更加稀缺。经济人彼此进行交易，对手之间进行竞争，形成市场。市场的内涵一是“交换”或“交易”，二是竞争。在交易和竞争中每个人都想最大程度地占有资源，由此产生利益冲突。

2. 市场失灵

在市场中，影响市场主体决策的是价格信号。每个人都随价格信号的指引来投资、生产和消费，资源的配置也由此趋向优化，即资源流向最能产生效益的部门或企业。在完全竞争的情况下，市场主体无法影响市场价格，市场的进入和退出也能迅速实现，资源的配置可达到最优状态。

但完全竞争只是理论模型，它有四个前提假定，即充分的信息、给定的价格、同质的产品、无障碍的市场进出，这些假定在现实世界的市场中不可能完全实现。因此现实的市场往往偏离最优状态，即发生市场失灵。

市场失灵有四种情况：一是垄断，即某个或某些市场主体影响或控制市场价格；二是信息的不对称和不充分，即有关交易的信息不真实、不完全或不对称，从而影响市场主体的决策；三是公共物品（如国防、道路、指示牌等）的供给为社会所需要，但因为在消费上不具有排他性，所以没有哪个企业愿意生产，造成供给上的缺乏；四是外部效应，市场主体的生产和消费本身产生对外部的负面影响，自己不承担成本却影响社会的总体福利，典型例子是污染。

3. 对市场失灵的国家干预

对上述市场失灵的情况需政府介入，如限制垄断、增加信息、公共物品供给以及制约外部效应。四个方面的干预都在相关法律中得以体现，这里依次给出四个立法的例子来对应四种干预情况：反垄断法、欺诈导致合同可撤销、部分公用事业由政府控制或建设、对知识产权的保护。

政府纠正市场失灵以促进市场趋向完全竞争的方向，从而优化资源配置，即提高效率。这是政府最基本的对经济的干预形式，也是政府的一个重要职能。

4. 政府其他三项干预经济的职能

政府的另一个经济方面的职能是管理经济，主要包括收入再分配、稳定经济以及产业政策三项职能。再分配通过税收、社会福利等手段来扶助弱势群体，其目标是正义，但再分配的范围有限，如果过度则影响效率。稳定经济是在宏观经济发生异常波动时，通过货币政策（如降低存款准备金率）和财政政策（如扩大基建投入）进行调整。一旦经济运行正常，则政府介入要减少干预并退出。^①而产业政策是对产业予以区别对待，相应进行监管、扶持、保护、促进等，从而达到总体经济发展的目标。

5. 政府的经济职能与商事立法

在政府的四项经济职能中，前三项的干预程度有限，要么是范围有限，如收入再分配；要么是被动的暂时应对，如纠正市场失灵和稳定经济，一旦异常情况消失，则退出市场。而产业政策则体现了对经济的主动积极和长期的干预。发达国家的政府职能一般仅限于前三种，而产业政策工具在发展中国家使用最为频繁。

政府的经济职能，如图 1-2 所示。

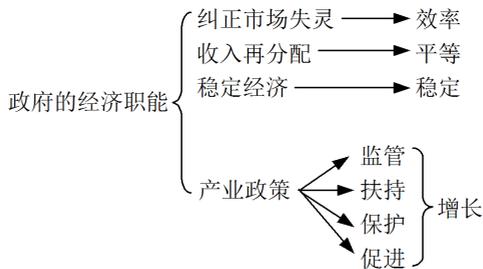


图 1-2 政府的经济职能

发展中国家为了加速经济发展，政府频繁使用产业政策工具，这种经济促进模式

^① 萨缪尔森等总结了美国政府的三项职能为效率、平等和稳定，由此他称美国经济为混合经济。Paul A. Samuelson, William D. Nordhaus. Economics. 12th. Edition. McGraw-Hill Inc., 1985: 47~51

可称为“政府主导”。一方面，的确有不少成功的例子，如东亚和东南亚国家 20 世纪 60 年代到 20 世纪 90 年代经济的飞速发展，被誉为“东亚奇迹”。但另一方面，经济干预就是权力的扩张，权力向市场扩张得越深，市场本身的作用就会受到抑制，市场机制会受到破坏。20 世纪 90 年代以来，不少亚洲国家经济衰退，金融风险的抵御能力差，从而引发对政府主导模式的反思：是不是政府的手伸得太长了？

由此，在进行商事或经济方面的立法时，一个重要任务就是合理界定政府干预与市场自由的边界，并且通过限制政府权力来抑制其负面效应。无论怎样界定，都要尊重一个大前提：在市场经济中，市场的作用要放在首位。另外，需要对市场的作用与不足、政府的作用和不足有全面的了解，不可偏颇一隅。如果上述任务能够很好地完成，则在发挥政府作用和保护市场效率方面就能达到平衡。

限制政府权力也是一个法治进步的过程。政府权力的设定来自法律，对其权力的限制也是通过理性的立法和严格的司法来达到。这需要保障立法机构和司法机构本身的中立，并切实提高立法者和司法者的“法律素质”。

我国是处于转轨时期的发展中国家，需要加快经济发展的步伐。从计划经济向市场经济的转轨是建立和完善市场经济的过程，是政府权力逐渐从市场中撤出的过程，政府权力的受限也正是法治进步的过程。因此经济体制和政治体制的转轨是同步进行的。对于经济转轨，一方面，要克服传统的陈旧制度的束缚，大力改革；另一方面，由于转轨过程尚未完成，不可简单地模仿和移植西方国家的某些先进制度，否则可能会因过于超前而“水土不服”。



专题案例 1-3 政府主导的制度创新及其弊端

制度创新的主体有个人、个人之间自愿形成的合作团体和国家机构。创新活动也因主体的区别在三个层次上展开。前两个层次的创新为主体在微观层面的创新，可称为自律性制度的创新；最后一层次的创新则是宏观管理层面上的制度创新，为国家管理制度的创新，包括政府决策与国家法律的创新。因时、因地、因需要不同，微观层面的创新与宏观层面的创新各有先后，相互作用关系不同，形成不同的制度创新结构。

在发展中国家的发展过程中，政府在制度创新方面起着无可比拟的重要作用。许多国家将政府置于创新的核心地位，这种发展模式称为政府主导。在政府主导模式下，宏观制度创新的主体——国家机关——的职能与权力集中于政府，立法机构将相关法律（主要是经济法律）的立法权转于政府，政府还取得了准司法的执法权，集决策、立法、执法于一身。此为政府主导的主要表现。政府主导使政府摆脱了既定法律制度的束缚，减少了决策、立法的环节，有利于改革急需的新制度的出台；而且政府有一定的执法权，加速了

制度的推行与实施。但是，政府主导地位也有可能引起不良的连锁反应，扭曲整个系统的合理运作和制度创新过程，这一点在市场发展中表现得尤为明显。主要体现在以下几方面。

第一，政府立法权的集中导致立法单一，层次不明，结构混乱。因为政府的行政属性决定了其行为的“短期性”，即力求短期政绩的出现，法规多集中于刺激性、鼓励性的规定；或为维持市场的暂时太平景象，出台强有力的市场管制措施，直接干预市场主体的行为。立法结构的失衡，不利于市场的健全发展。

第二，政府对于市场固有的管理职能过于强化。在政府主导模式中，这一管理职能得以强化，管理范围从市场准入的批准、市场风险的预防和遏制到事后补救，政府的管理无处不在。政府不仅是市场的管理者，还是市场的保护者。管理不仅没有趋向宏观、间接、外部管理的目标，还朝相反的方向运作，从而扭曲了市场运行机制。

第三，缺少对政府行为的制约，导致政府职权滥用，大量“寻租行为”与“黑幕交易”产生。一方面造成市场主体间竞争的不公平，扭曲市场竞争；另一方面，官商结合进一步阻碍政府对市场职能的合理化转变。

第四，法律沦为政府推行其政策的工具。一方面，政策的多变导致法律的多变；另一方面，立法形式混乱，法规与决定、指令区分不清，不仅折损法律的权威性，导致市场短期行为增多，而且法律透明度差，与法治经济的宗旨不符。

第五，政府对于市场的介入应随着市场的发展由多变少，由强减弱，即在推动市场发展的同时，逐步指导和协助市场建立起自律制度，以形成自我约束的市场机制。但在政府主导模式中，政府的干预呈增多增强趋势，政府权威凌驾于法律权威，市场行为决定于政府行为，市场越来越难以脱离政府而独立运行。宏观制度创新未带动微观制度创新，制度创新过程的扭曲导致创新结果的偏颇。

思考

如何发挥政府主导的“利”而抑制可能发生的“弊”？你有什么合理建议？

五、效率与公平

世界上如果只有一个人，那就没有公平的问题。因此公平涉及的是人们在资源分享上的关系。这里的资源应作广义理解，泛指一切能带来收益的物品及权益。

资源的稀缺引发两个问题：一是如何有效地配置资源以及尽可能大地增加产出，即如何把蛋糕做大，这是“效率”的问题；二是资源及产出等如何分配，即如何分蛋糕，这涉及“公平”的问题。

1. 何为效率

在经济学中，“效率”一词被用来描述资源被最大程度利用的状态，包括“生产效率”

和“配置效率”两种情况。所谓生产效率指用最小的成本来达到最大的产出。如果在不影响产出的前提下成本还有降低的空间，则未达到效率。所谓配置效率，是指资源的配置达到一种状态，在这种状态下，如果要使某人的状况变好，则必须使他人的状况变差，即资源的配置没有可以改善的余地。如果还有可以改进的余地，即在不使他人的状况变差的情况下，某人的状况还可以改善，则未达到效率。因此，所谓效率就是最大化地有效配置和利用资源，以达到最大化的产出。

例释 如果在不使一方福利受损的情况下，还可继续提高另一方的福利，则存在资源配置效率改进的空间，此谓帕累托改进。如果不存在改进空间了，则配置达到最优，此谓帕累托最优。帕累托是意大利经济学家。

2. 何为公平

一说到法律，就想到公平，公平是法律的灵魂。“法”的左边为“水”，取“法平如水”之意。但什么是公平？它涉及人们被对待的方式。由于社会是人类的集合体，人们的待遇就互相有比较，公平正是被用来阐释人与人之间在待遇方面的关系。如何分配有限的资源，包括生产、产出、权利、公共物品等的分配和分享，这就是公平要回答的问题。这种关系可以是理想化的描述，如把公平理解成平均的分配，类似于“各尽所能、各取所需”的状况，或换言之，要最大程度达到结果的平等。但这样的理解没有现实可行性，也不见得真正公平。现实中对公平的理解更多地集中在“机会公平”，即每个人有同等的机会获取利益，但能否获取利益以及获取多少利益，取决于他的能力或实力。在机会公平的状态下，人与人之间的竞争成为社会发展的动力。竞争促使资源的配置流向最有效使用该资源的人那里，从而实现效率。由此可见，机会公平与效率是相协调的，也是现实的制度选择。

3. 如何达到机会公平

问题的讨论还没有结束，如何达到机会的公平？机会的公平要完全靠市场自身的运作来实现是不太可能的。原因有两个：一是人并非生而平等，在现实竞争中，很多导致失败的因素并非个人原因。要完全靠自己的力量实现机会平等，本身就是一种不公平。二是在竞争过程中，不公平竞争手段的行使会促使竞争趋向恶化。如果市场本身解决不了这些问题，就需要国家力量的介入。因此，法律制度的设计就是从上述两个方面着手，尽量地保证最大程度的机会公平。对前一个方面问题的解决，主要反映在社会保障等扶助弱者的法律制度上，如社会保障制度用以保证每个人的基本生活和医疗需要。当一个人失业的时候，可以领取失业金，也可以参加政府的一些培训项目，以获得帮助尽快找到新的工作。对第二个方面的问题，则是反垄断和反不正当竞争的

领域，要通过规范市场行为来保障公平和有效率的竞争环境。需要注意的是，虽然上述问题的产生是竞争过程固有的或必然会发生的，但不能因此否定竞争的作用而以计划取而代之，回到“命令经济”的状态下。对机会公平的法律保证应仅限于减少竞争所产生的“副作用”，来协助竞争发挥其进一步促进效率的作用。

对“效率和公平”的理解不能进而演变为先和后的关系，即不能类比为“先做大蛋糕，后分蛋糕”，做大蛋糕和分蛋糕是可以同时进行的。法律对机会公平的保障，是因为现实固有的机会不公平制约了效率的发挥，因此保障机会公平恰恰是为竞争作用的有效发挥拓展空间。与此同时，如果超出了“机会公平”的范畴，步入“结果公平”，则制约了竞争作用的发挥。因此，虽然做大蛋糕和分蛋糕是同时进行的，但分蛋糕只能在“机会公平”的约束下分，以不制约竞争发挥作用为前提。如果不问生产人的贡献，一律平分蛋糕，在某种意义上固然是美好的理想，但并不现实，实质上是在盲目追求结果平等，在一定意义上也是一种不公平。这样，人与人之间没有了竞争关系，无论贡献多大，结果都一样，那么谁都不愿意贡献，最后就是没有蛋糕吃。

例释 我国在20世纪50年代推行农村集体化运动，消灭了农民对土地的个人产权，建立人民公社的集体所有制。农业生产统一组织，分配则基于劳动。这最终导致从1959年后的农业产出逐年下滑的恶果。

4. 机会公平与效率的界限

尽管如此，在现实的制度设计上，仍有难题存在，即如何清晰地划分机会公平和效率的界限。如前所述，在不恶化其他人的状况下，如果还有继续改进的空间，则还没达到效率；如果没有改进的空间，则达到效率。进行纯理论的分析是没有问题的，但现实中存在的大量情况是，效率的确有改进的空间，但必须要恶化某些人的状况。改进的收益大于恶化的成本，因此总的效率有可以改进的空间。如果恶化的成本和改进的收益可以被准确地计算出来，那就不妨以收益来补偿恶化的损失，但现实的复杂性恰恰在于它很难计算。这类问题往往发生在社会整体利益与个体或局部利益的冲突上，或者多数人与少数人的冲突上。例如，某政府要修一条路，这条路是交通要道，修好之后会大大促进当地经济的发展，但修路先要拆除所选路址上的房屋，怎么计算出道路所带来的收益？怎么计算出被拆房屋的“合理”价值？这是决定修路是否有效率的前提，也是决定修路后给予房屋主人多少补偿的基础。这里可以概括出划分机会公平与效率界限所涉及的两个问题。

第一，要不要为效率而折损现有的机会公平，即改变房屋主人的房屋权属？

第二，如果改变的话，改变的范围是多大，即要拆除多少房屋？

第三，如果改变，应当怎样补偿以及补偿多少才能使权益（机会）被折损的人恢

复到原有水平的机会公平上去？

当整体与局部、集体与个人、多数与少数之间的利益发生冲突时，往往有政府权力的介入，由此引入第四方面的问题或忧虑。

第四，政府权力的不正当介入会如何阻碍机会公平的实现？

权力前进一步，个人的机会就少一分，如果政府权力偏向一方，则出现不公平的状况，而这种不公平反过来又会带来无效率的结果。例如，政府机构帮助大企业来征地拆房，并且压低应给的补偿。如此情况下，权利被折损意味着机会公平没有实现。权利人如果能获得合理补偿，可以进而有更多的产出，因此竞争机制在另一方面被抑制。

5. 程序公平

在此，对机会公平涉及的问题进行总结，一是机会的确立、获得与实现；二是在自由竞争中机会的失去及其补偿问题；三是机会被政府权力强制剥夺而失去及其补偿的问题。对三个方面问题的解决，程序公平是关键。

程序公平即为通过怎样的程序设计来约束权力的行使和保障权利的实现，主要包括三个方面的内容：一是合理划分权利与权利、权利与权力的界限，以确定权利的范围和内容，另外还应划分权力与权力的界限，通过权力分割来预先限制权力的滥用；二是在机会因市场竞争而失去时，合理确定社会保障、社会扶助的内容和范围，以促进机会的再获得和再利用，要以不损害竞争的作用为前提；三是针对机会被强制剥夺的情况，严格限定权力介入的前提条件，并规定合理的补偿机制。这种情况下，由于有权力介入权利、政府介入市场的问题，因此更要慎重对待和严格限制。

总之，制度设计要保证权利人获得合理评价、合理决定以及合理补偿，需要通过制度设计来约束政府权力的滥用，约束强势群体力量的滥用，保证每个人有同样的法律地位，可以获得充分的申诉渠道以及中立而专业的裁决。达到这种目的的制度设计即为体现程序公平。



专题案例 1-4 拆迁农民“脱富致贫”

近年来，在农村和城市由于拆迁问题引发的群众上访数量增多，有些上访人甚至做出了过激的举动。这不仅引起中央政府的重视，也引发学术界对此问题的讨论。

拆迁，就是收回交给个人使用的土地，拆掉个人所有的房屋，移出地方来，另作他用，如修路、建工业区或大学城等，目的是发展当地经济或其他事业。

经济发展关乎整体利益，而拆迁只涉及少数人，为多数人牺牲少数人利益似乎是一个“正当”理由。但对问题的分析远远不止这么简单。下面看一个“拆迁”的案例。

在大风景区乐山和峨眉山之间有一条公路。2001年，当地政府决定沿此路修建“绿色旅游通道”。之后的两年内，绿色通道两边的1100多户农民的房屋先后被拆除。

2003年某天，四川省人大代表张世昌走访了一些拆迁户，拆迁农民的生活之差让他吃惊。拆迁之前，很多农民的生活堪称小康，但拆迁后，他们“失地、失业、失家园”，住所破烂不堪，生活困顿。

房屋和土地是重要的资源，它们原来在拆迁农民手里。如果有这样一个方案，农民既没有失去房屋土地，绿色通道又能建好，这样的改进是有效率的，也是最理想的结果。但现实是土地资源只能得此失彼。拆迁是通过政府行为强制进行资源再配置，将土地资源转为新的用途——发展旅游。

拆迁有得有失，“得”是新的产出，这是效率的一面；“失”是农民手中资源的失去，即机会的失去。当“得”必须以“失”为代价时，机会公平有被折损的危险。

首先要决定的是拆迁是否有促进效率的可能。假定新的资源配置方案比原来的配置能带来更多的产出，而新增加的收益又能补偿拆迁带来的损失。得大于失，总量上有产出增加。这是当地政府希望得到的结论。

既然机会公平受到折损，那么应该如何弥补？接下来要决定补偿的问题。补偿的方式和数额要能使机会被折损的人回复到原来的水平。

更重要的问题是作出上述决定的程序。是否有专家论证？农民是否有发言和与政府协商的机会？如果不满意政府的决定，农民是否有申诉的渠道？程序是否公平直接决定了结论是否合理，同样，程序的公平与否直接决定了拆迁方案的实施能否达到其原先设定的目的。

绿色通道到底能带来多少收益，无法得出确切数字。至于补偿，当地政府一方面给予开发商优惠条件，另一方面压低对农民的补偿数额。有的农民拿到的补偿款，还不够当初室内装修时地面铺瓷砖的价。有的镇政府提供安置房出售，但对于很多农民来说，价格远远超过补偿款。在很多农民还没有安置好的情况下，当地政府就进行了强制拆迁。

没有资料显示决定拆迁和补偿的程序怎样。但从实施拆迁的过程来看，仍可看出程序公平的缺失。国家有针对城市房屋拆迁的规定，但有关农村房屋拆迁的规定尚严重缺乏。在拆迁手续还不完善、农民安置条件尚不具备时，当地政府就进行拆迁。农民的唯一申诉渠道就是写信反映意见或上访，但很多时候都得不到反馈或解决。

不妨思考一下，上述的拆迁问题如何决定和实施才能最大程度地协调好效率与公平？如果你是当地政府官员，你会如何评估、决策和实施该拆迁？既然不合理的拆迁已经发生，应采取怎样的措施进行补救？

（编写参考：曹勇．拆迁农民“脱富致贫”，四川14名人大常委拍案而起．南方周末，2004-05-20）



1. 推荐阅读

试分析法律在制度中的地位 and 重要性。并继续思考：法律对于发展市场经济有何作用？有观点认为，市场经济是法治经济。你赞同吗？要注意的是区分“法治”与“法制”。有兴趣拓展思考的同学，推荐阅读：钱颖一．市场与法治．经济社会体制比较，2000（3）。网络搜索可获得该文章。

法官是法律的解释和实施者，法官以及法院制度的质量影响着法律实施的效果和公平正义的实现程度。推荐阅读：苏力．送法下乡：中国基层司法制度研究．北京：中国政法大学出版社，2000。

我国法治社会的发展，就是一个公权力不断缩减、私权利相应扩张的过程。推荐阅读：夏勇．走向权利的时代：中国公民权利发展研究．北京：中国政法大学出版社，2000。

2. 问题解决

区分公法与私法、实体法与程序法的意义是什么？为什么程序很重要？对于“程序优于实体”的观点，你是否赞同？理由是什么？对于程序公正有一经典的例子：两个孩子分蛋糕，无论让谁分都难免不公平。于是一个孩子来切，另一个孩子先选。从这个例子，你获得什么启发？以下是一个现实问题需要你来解决：某法学院博导招博士研究生，初试唯一合格的学生系外校考生，在面试中被淘汰；而被录取的学生均系本校学生，初试不合格，破格给予面试机会。但该博导认为，笔试招收博士生存在重大弊端，因此应扩大导师的自主招生权。另外，面试应有三个教授，但一个教授迟到，没有提问和聆听该外校考生。对此，该博导的回答是，他和另一个在场的考官都不同意录取该学生，因此，根据少数服从多数的原则，即使该迟到教授同意录取也并不影响面试成绩的确定。

问题：假设你是该大学的校长，被淘汰的学生投诉到你这里，你会如何回应？

3. 制度改革

英美法系的“法官造法”有何利弊？你认为我国是否应引入这样的制度，让法官可以造法？如果反对，反对的理由是什么？如果支持，请分析引入的必要性和可行性，以及如何引入，是否需结合我国现实情况进行适当的改变或调整？

4. 观点争鸣

2004年6月，教育部下发通知，原则上不允许高校学生自行在校外租房居住。对

极少数确有特殊情况在校外租房居住的学生，要经本人和家长双方签字报学校备案。^①该“禁租令”一出，即引发热烈讨论。一年后，教育部在新的通知中取消了该禁租令。

对于禁租令，支持和反对的意见都有，不妨从“政府与市场”的角度思考一下。可就以下立场组织辩论。

正方：支持禁租令

反方：反对禁租令

5. 法官判案

教材提到了区分法律与道德的三个因素。结合这三个因素思考一下，为什么要区分法律与道德？对下面这个社会关注的事件所反映出来的婚外情（或婚外通奸行为）问题，法律是否应予以严格禁止和惩罚？或者，其只是一个道德问题？如果你是一个可以“法官造法”的，或完全可以只根据自己理解的正义公平理念来判案的法官，你会对该丈夫和第三者作出怎样的判决？

2007年10月，姜女士得知和她相恋5年并结婚两年的丈夫与其同事有婚外情。随后，其丈夫离家分居。在之后的两个多月里，姜女士一直试图寻求解释和挽救婚姻，但未能如愿。同时，她把两个多月里的经历和心情诉诸于博客。12月27日，她在博客上写下最后留言，向这个“华丽又肮脏的世界”告别，吞服大量安眠药自杀。获救后，于12月29日，从24楼跳下，结束了自己年轻的生命。事件曝光后，很多愤怒的网民大力声讨和谴责其丈夫与第三者，力图为其伸张正义。很多网民认为在婚外情或婚外通奸问题上，法律“死了”。^②

6. 网络搜索

搜索关键词——史上最牛钉子户

请收集资料进行独立研究，分析：双方发生冲突的原因是什么？房屋主人引以对抗政府的宪法原则是什么？该宪法原则如何理解？该宪法原则如何细化成用以处理拆迁中利益冲突各方关系的具体规则？

^① 相关规定为：“原则上不允许学生自行在校外租房居住。对已在校外租房的学生，应要求其搬回校内住宿；对极少数坚持在校外租房的学生，要向他们耐心说明可能产生的后果和个人应承担的责任，并逐一登记，建立报告和承诺制度，说明租房的原因、房屋详细地址、联系方式，承诺加强人身和财产安全的自我保护，经本人与家长双方签字报学校备案。”教育部《关于切实加强高校学生住宿管理的通知》教社政[2004]6号

^② 姜女士家人为其建立的纪念网站：<http://orionchris.cn>。要说明的是，相关事实引自媒体报道以及当事者及其家人叙述，并不能保证其完全的真实性，这里使用只是为学术讨论铺垫一个现实氛围。另外，法律不是对婚外通奸行为完全没有规定。《婚姻法》规定了“夫妻应当互相忠实”。还规定，有配偶者与他人同居而导致离婚的，无过错方有权要求损害赔偿。这些规定实际上约束范围很窄，制约力也很有限。