



#### 论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

#### 论文精粹

 

## 方林:金融危机背景下的公私法转化及其消长规律——以2008年金融危机为视角

发表于: 2012-06-17 09:47 点击: 193

**【内容提要】**资本主义市场经济及为个人利益最大化而追逐微观效率,必然导致公法大规模私法化。无节制地追逐个人私利和微观效率,必将导致缺乏宏观效率而产生私法公法化要求。资本主义社会公私法之间相互转化的不断“轮回”的消长规律是由资本主义生产方式的社会化大生产与资本主义私有制之间的固有矛盾所决定的。

**【关键词】**金融危机/公法私法化/私法公法化/消长规律

源于美国、席卷全球、重创世界经济的2008年金融危机正逐渐淡出人们的视野,世界正在讨论后危机时代的发展,然而,危机所造成的深刻创伤却尚未抚平,其留下的诸多问题仍亟待研究者们深入研究和分析。深入探讨和研究此次金融危机所暴露出的各种问题,探究其产生的真实的政治、经济、法律制度等原因,全面总结金融危机带来的经验和教训,对我们预防金融危机的再次发生、减少金融危机带来的损失,具有重大的理论意义和现实意义。本文力图避开现有研究的规范制度局限,尝试从法理学、法哲学高度就2008年美国金融危机及其后危机应对中表现出来的公法私法化与私法公法化趋势作一理论上的探讨与考量。

### 一、2008年金融危机产生原因的简要分析

对于究竟什么原因导致了造成深重灾难的2008年全球性金融危机的爆发至今仍未达成共识,甚至有人认为“我们根本不相信现今的世界上谁可以说清楚本次危机的‘真实原因’……”<sup>①</sup>不过,笔者以为,弄清楚此次金融危机产生的主要原因既可能也必要,没有达成共识并不意味着没有研究清楚此次金融危机产生的真实原因。众多研究者、评论家、政治家和企业家等从政治、经济、文化、历史、法律、制度和人性等角度探讨了2008年全球性金融危机的产生原因,归纳起来,主要有以下四种观点:

1. 造成此次全球金融危机的原因是人性的根本错误和缺陷所致。美国金融家理查德·比特纳在《贪婪、欺诈和无知——美国次贷危机的真相》中认为,人性中的贪婪、欺诈和无知是导致次贷危机并席卷全球的原因。<sup>②</sup>金融危机发生后,许多人认为,“引发经济萧条的深层原因之一可能是人性的错误——或许是一类由人类认知心理中的某些含混因素(quirks)预置于人脑中的错误——或者性格缺陷,例如‘贪婪’。”<sup>③</sup>确实,金融危机发生前后华尔街的金融公司和金融寡头们表现出了强烈的利益贪婪性,极尽欺诈之能事。然而,如果说是人性的自私、贪婪导致了此次金融危机,那么,为何奴隶社会和封建社会中的人性却没有产生这样的结果?抽象的人性论无助于找到金融危机产生的真正原因,应该去追溯制约和表现这种贪婪和自私的现实的 political 条件 and 经济条件。

2. 信用危机是此次金融危机的根源。美国左派经济学家保罗·克鲁格曼2008年2月15日在《纽约时报》上发表了题为《信用危机》的专栏文章,保罗·克鲁格曼在该文中指出,由于拍卖利率证券市场的存在,最终导致信用危机从而引发此次金融危机。<sup>④</sup>国内有学者认为,由于信用过度扩张,商业信用和银行信用遭到破坏,大量存款从银行提出,大批银行倒闭,商业信用需要减少,借贷资本的需要大大超过供给,利息率急剧上升。在风险面前,大家都抱着明哲保身的态度,谁也不愿意对谁施以援手,最终导致信用体系的崩溃。<sup>⑤</sup>香港经济学家郎咸平认为,“次贷危机的真正原因来自信托责任的破产。”<sup>⑥</sup>然而,实际上金融危机产生于银行倒闭等信用危机只是金融危机的外在表现和表层原因。

3. 金融危机的根源在于新自由主义的资本主义政策。美国学者大卫·科茨指出,导致这次金融危机的深层次原因是新自由主义的资本主义的政策失败。<sup>⑦</sup>毫无疑问,新自由主义的资本主义政策是此次金融危机的原因之一,并在其中起到了推波助澜的作用,但新自由主义的资本主义政策并不是此次金融危机的深层次原因和根本原因,如果没有资本的逐利本性、产业资本的无限扩张和有效需求的不足等资本主义私有制的固有矛盾,则新自由主义的资本主义政策难以产生

这种灾难性后果。而且，大卫·科茨在探讨新自由主义的资本主义政策为何更容易导致金融危机的原因时，仍然绕回到其他学者提出的金融监管问题上来了。与此相反，奥地利学派的代表人物罗斯巴德则认为，商业周期和经济萧条的原因是政府的货币性等干预。<sup>⑧</sup>这种极端观点与历史事实相悖，亦不顾凯恩斯所说的“在长期中，我们都将死去”的长期等待市场均衡的严重后果。事实上，此次金融危机正是放任经济体制下经济活动正常运行的结果<sup>⑨</sup>，而主要不是政府干预所导致。

4. 金融危机源于金融监管的缺失和失灵。“错就错在‘大萧条’之后建立起来的金融监管体系分崩离析。”<sup>⑩</sup>“假如没有美国政府针对金融业实施的大规模去规则化政策，以及对既有规则和监管的放松，那么当前的这一切根本就不会发生。”<sup>(11)</sup>2008年联合国代表大会上，联合国秘书长、法国总统和德国总理等群起批评美国因“监管不力”导致波及全球的金融危机。<sup>(12)</sup>保罗·克鲁格曼在《萧条经济学的回归和2008年经济危机》中则认为，危机的主要诱因是美国的“影子银行系统”等金融机构从未受到监管。<sup>(13)</sup>美国法学家波斯纳也认为危机的主要原因是政府监管不力。<sup>(14)</sup>

其实，金融监管不力只是金融危机产生的直接原因，而不是根本原因。法律和制度的监管缺失与失灵等金融监管不力确实是此次金融危机产生的原因，多数法学界学者亦持此观点。如有法学研究者指出，只适用于实物经济形态的法律因不适用于虚拟形态的经济而使得法律在金融监管中失效，进而最终酿成金融危机和金融海啸。<sup>(15)</sup>亦有学者认为，美国住房按揭贷款的低首付率、资产证券化的过度发展、贷款资质要求的降低、金融监管的低透明度和国际金融法制的强制力不足等是此次金融危机全面爆发的法律原因。<sup>(16)</sup>

然而，虽然信息不透明和政府监管缺位是金融危机的原因之一，格林斯潘及美联储等亦因此而饱受指责，但它只是金融危机发生的直接原因和表层原因，并不是金融危机爆发并蔓延至全球的深层次的根本原因。美国历史上经历过多次经济危机和金融危机，历次危机积累的教训非常多，亦有众多经济学家(其中不乏诺贝尔经济学奖获得者)为白宫出谋划策，如果说金融危机的根本原因是金融监管不力的话，那么金融危机早已被根除。<sup>(17)</sup>金融危机的根本原因不是金融监管也非金融监管所能解决，严厉的金融监管本身只可能减缓金融危机及其危害。

此次金融危机的真实根源在于资本主义社会化大生产和生产资料私有制之间的固有的、不可克服的矛盾的激化，其表现主要是追逐利润最大化的资本主义导致生产无限的扩大化趋势与广大劳动人民有支付能力的需求相对缩小导致的相对过剩，如房地产领域的生产过剩，<sup>(18)</sup>而新自由主义的资本主义政策的监管缺位和不力则加快、加剧了此次金融危机的爆发。

## 二、金融危机背景下的公法私法化

公法是用集中的方法调整社会关系的法律规范的总称，私法是用任意的的方法调整社会关系的法律规范的总称。<sup>(19)</sup>2008年金融危机的产生和发展对法律产生了深远的影响，从法理层面思考其产生和发展进程，我们可以清晰地看到其中的公法私法化现象。

### 1. 金融监管不力中的公法私法化。

金融监管不力是美国2007年次贷危机引发世界金融危机的直接原因，甚至有人认为，如果没有美国政府对金融业的大规模去规则化，并放松既有的监管，金融危机根本不会发生。<sup>(20)</sup>毫无疑问，金融监管的去规则化确实提早和加剧了金融危机的发生。这种以去规则化和放松既有监管规则实施为主的金融监管不力在法理上表现为公法的私法化。

美国金融监管法体系包括联邦金融监管法和州金融监管法。联邦金融监管法体系主要由相关机构法(如1913年制定的《联邦储备法》以及后来的《银行控股公司法》)、金融行业发展法(如《格拉斯—斯蒂格尔法案》、《1999年金融服务法》)和监管机构根据各自职责范围制定的部门监管规章构成。此外，美国各州亦制定了各自的银行监管法规和保险监管法规。由此看来，美国在经过历次经济危机和金融危机的沉重打击后建立起了比较严密的金融监管法律体系。

然而，在新时期金融衍生品“创新”层出不穷的同时，美国金融监管法律体系不但没有跟进创新，而且原有的金融监管法律体系还不断地被突破。从20世纪80年代起，逐渐忘记了经济危机伤痛的美国加速了放松金融监管的历程。1983年，美国解除了对金融机构的利率管制，并于90年代进一步加快步伐，于1994年通过了解除跨州经营和设立分支机构限制的《瑞格尔—尼尔法案》，1999年，美国废除了1933年颁布的金融管制法，即《格拉斯—斯蒂格尔法案》(Glass-Steagall Banking Act，也称《1933年银行法》)，代之以经过了20多年争论的《金融服务现代化法案》(又称《格朗—利奇金融服务现代化法案》(Gramm-Leach Financial Services Modernization Act))，从而彻底结束了对银行、证券和保险业分业经营和严格分业监管的局面，建立了金融业混业经营模式，成为20世纪末金融自由化的重大事件。这种放松金融业监管的做法实际上是推行了金融自由化，坚持资本追逐利润的“自由”理念，追求微观效率最大化，让政府权力这种集中的管制手段从金融业退出或弱化，其在法律形式上的表现即是废除或减少公法或公法因素对金融业的监管，而代之以意思自治的私法。2003年，美国芝加哥大学教授、1996年诺贝尔经济学奖获得者罗伯特·卢卡斯在美国经济学年会的主席发言中欣喜若狂地宣布，经济萧条问题已经解决。2004年，前普林斯顿大学教授、后被任命为美联储主席的伯南克也在演讲中指出，“现代宏观经济政策已经解决了商业周期问题，或者更准确地说，商业周期问题大体上已经解决了……”<sup>(21)</sup>因此，美国解除金融管制，放松金融监管，“让看不见的手”发挥自我约束、自我监管作用自然是顺理成章的了。由此，金融业的公法私法化趋势不可避免。

众所周知，美国此次金融危机始自房地产次级贷款危机。由于金融杠杆的撬动作用，次级贷款市场总值高达60万亿美元，是美国国民生产总值的4倍。然而，如此规模庞大的次级贷款几乎完全不受金融法的监管，其主要表现为次贷定价机制不透明而随意定价、对次贷至少高达20~30倍的金融操作杠杆不加限制、对无任何贷款资质要求的所谓忍者贷款（无收入、无工作、无资产的贷款）不加约束等。在次贷高度发展时，格林斯潘主管的美联储不但未加监管、制约，而且持续实行低利率政策，纵容次贷。

这种金融业监管法的私法化之自由程度更体现在金融监管法如何对待保罗·克鲁格曼所说的“影子银行系统”上。(22)所谓“影子银行系统”是指有银行存贷等实质业务而无银行之名者。例如1984年雷曼兄弟公司设计的拍卖利率证券，在这种金融安排中，借款机构通过拍卖利率证券来筹款可以绕过对银行的监管约束，也不必支付因监管产生的费用。(23)这个非银行金融系统包括拍卖利率证券、资产支持商业票据、结构化投资工具、可选择偿还债券和活期可变利率票据、对冲基金等，形成了庞大的资金规模，但是几乎从未受到金融监管。(24)

## 2. 新自由主义思潮深刻影响了公法私法化。

金融监管不力背后的政策原因是美国新自由主义对政府政策的影响，这股主张“管得最少的政府才是最好的政府”的思潮大大削弱了政府与国家金融业等经济生活的监管介入，金融领域的公法私法化势所必然。

在美国，保守主义运动(又称新自由主义)根深蒂固，尽管1929年的经济危机对美国的沉重打击最终确立了罗斯福新政，但是美国的保守主义势力一直蠢蠢欲动地希望彻底废除罗斯福新政确立起来的国家干预经济的政策。随着20世纪70年代两次深重的经济危机的冲击，整个西方国家的经济陷入了长期“滞涨”，凯恩斯主义也未提出有效的政策主张，在这种条件下以哈耶克为代表的新自由主义应运而生。在新自由主义思想的指导下，美联储长期信奉“最少的监管就是最好的监管”的信条，美联储主席格林斯潘主张“由市场监管比由政府监管更为有效”，“金融衍生产品的最佳监管者是市场参与者们自己，而不是政府的机构和法规。”(25)这种新自由主义的监管理论实质上就是企图放弃对公权力的金融监管，从而造成国家对金融业的监管缺失。有研究者认为，金融危机发生前美国的金融监管不力很大程度上是由于金融业已从分业经营发展为混业经营却仍然采取分业监管造成的。(26)然而，实际上混业经营的合法化正是新自由主义政策在金融业的一种具体体现，也正是这种混业经营模式大大削弱了公法手段对金融业的监督与管制。

20世纪末苏东巨变、社会主义运动遭受重大挫折是新自由主义在全球范围内得势的国际政治环境。苏东巨变后，这些国家留下了巨大的意识形态真空，迫切需要一种新的思想理论来整合社会，新自由主义抓住时机乘虚而入。1989年，由美国牵头炮制的所谓“华盛顿共识”正是新自由主义的一整套政策措施。“华盛顿共识”鼓吹经济私有化、市场化、自由化等新自由主义的经济理论，主张彻底取消政府对经济社会生活的干预和管制，在这种情况下，含有国家集中干预和管制色彩的公法自然是首当其冲的废除目标(例如汇率和外汇管制法等)。可以认为，此次美国爆发严重的金融危机既是“华盛顿共识”继俄罗斯经济社会危机、拉丁美洲金融危机、亚洲金融危机后的再次失败，更是新自由主义理论的再次失败。(27)

## 三、金融危机对策中的私法公法化

金融危机发生后，世界各国纷纷出台各种应对政策，美国亦采取了多种措施应对金融危机。如果说有哪个词能把所有的对策归纳起来，那就是国家干预，或“社会主义性质”的经济措施。(28)如果从法理的角度考察，应对此次金融危机在法律上采取的是国家干预的公法，把原来仅由私法调整或法律不予调整的问题纳入了公法的调整范围。

### 1. 经济刺激方案中的私法公法化因素。

金融危机发生后，各国首先想到的是迅速出台经济刺激方案：既有直接救市的措施，也采取财税货币政策等，其中很多措施均以法律之公法形式出现，深刻影响了原有的金融贷款、税收、投资等法律，表现出明显的私法公法化趋势。2007年12月，在次贷危机日益恶化的形势下，美国政府出台了《抵押贷款债务减免的税收豁免法案》，既对房屋所有人住房按揭贷款予以减免，又对其实行税收豁免，以增强房屋所有人的债务偿还能力。2008年3月13日，美国总统布什签署了总额约为1680亿美元的一揽子经济刺激法案，希望通过该法案增加退税，促进消费和投资，从而避免经济出现衰退。2008年10月，美国政府提出《2008年紧急经济稳定法案》，并获得国会两院表决通过，以应对狂风暴雨式的金融危机，直接在原来属于私法管辖的美国经济社会生活中嵌入国家集中干预的公法手段。奥巴马上台后，美国政府于2009年2月签署了总额达7870亿美元的《美国恢复与再投资法案》的经济刺激计划，同时连续降息至0~0.25%区间，美联储还于2009年3月18日宣布购买最多3000亿美元长期国债和1.25万亿美元抵押贷款证券。2008年9月18日全球六大央行发表联合声明，通过与美联储签署掉期协议，联合向短期信贷市场注资2470亿美元，这是在美元短期融资市场压力持续上涨情况下连续两日注资1200亿美元的美联储不得不与其他央行掉期货币，并在全球范围内扩大美元注资规模。

此外，世界各国应对2008年金融危机所采取的经济刺激方案均体现出私法公法化。日本启动了约相当于GDP3%的1700亿美元经济刺激计划，并发行了44万亿日元新债；2009年12月8日，日本再度推出24.4万亿日元经济刺激方案。欧盟于2008年11月26日出台了一项总额达2000亿欧元的大规模经济刺激计划，内含扩大公共开支、减税和降息等三大举措，试图为成员国携手拯救实体经济提供统一框架。德国于2008年11月宣布了总额为320亿欧元的第一个经济刺激计

划；2009年1月12日，德国再次通过为期两年的500亿欧元的经济刺激计划，德国总理默克尔连任后又推出了包括削减240亿欧元的所得税、降低营业税和提高家庭福利等经济计划。英国政府于2008年12月1日起推出总额达200亿英镑、以降低增值税(VAT，从17.5%下调至15%)为核心的一揽子经济刺激计划，并从2011年起提高高收入人群个人所得税。中国则在2008年底公布了4万亿元人民币的经济刺激计划，与此同时，中国各大型商业银行相继采取了史无前例的巨额放贷行动，还实行刺激消费的各项政策，如各省、区、市大量发放消费券、实行汽车下乡补贴等。加拿大于2009年1月推出了为期两年、耗资400亿加元的刺激经济计划。所有这些刺激措施虽然有些不是采取法律形式，但亦无非是用国家的强力干预来应对金融危机，在私法中加入公法因素。

### 2. 强化金融监管中的私法公法化。

金融监管不力虽然不是此次金融危机的根本原因，但却是直接原因，其在法律形式上表现为金融业、房地产等领域的公法私法化趋势。金融危机发生后，美国政府金融监管部门饱受指责，加强金融监管、强化政府与国家对社会生活的干预势所必然，从而在法律上出现私法公法化趋势。实际上，正如前文所述，对原有监管法实施的松懈、对虚拟经济的监管真空、金融衍生品的随意定价、随意提高金融杠杆和降低贷款资质等均迫切需要公权力的介入，予以限制和规范，金融业的运行不能过于甚至完全私法化、自由化。

在次贷危机和金融危机暴露出美国严重的金融监管缺陷后，2008年3月31日，美国财政部公布了《现代金融监管构架改革蓝图》(Blueprint for a Modernized Financial Regulatory Structure)，提出对美国金融市场实施全面监管，提高国际监管标准，并改进国际合作，以更好地管理金融风险。2009年6月17日，美国总统奥巴马公布了自20世纪30年代大萧条以来金融改革最彻底的“金融白皮书”，该白皮书包括金融机构监管、金融市场监管、消费者权益保护、危机处置和国际金融监管合作等五个方面，该白皮书提出的金融监管改革方案将大力加强国家干预，把监管触角伸向金融市场的各个角落，并大力扩大美联储权限以控制金融的系统性风险。一旦这些金融体制改革得以实现，原来的私法将会大大加强国家集中干预的力度，从而大大促进私法的公法化。然而，美国的新自由主义势力深厚，势力雄厚的资本不可能放弃其市场权力，“金融白皮书”不可能很顺利地获得国会通过。2010年4月26日，奥巴马在“金融白皮书”中提出的金融监管改革方案以57票赞成、41票反对而未能够获得国会通过，直至2010年7月15日，美国参议院才以60票赞成，39票反对在最终表决中通过了金融监管改革法案。实际上，金融危机中和危机后一定时期内加大国家对经济社会生活的干预是美国历次经济危机的必然措施。

### 3. 国有化等措施中的私法公法化因素。

美国应对金融危机的措施还包括实施国有化。“两房”即房利美(联邦国民抵押贷款协会)与房地美(联邦住房贷款抵押公司)，是带有政府性质的住房贷款抵押融资公司，原是美国政府为解决公民住房问题而组织的国有住房贷款公司，后被私有化，但仍享受很多优惠政策。随着次贷危机愈演愈烈，2008年7月，“两房”股价比上年狂跌90%，陷入困境，于2008年9月7日被美国政府接管。另一被美国政府国有化的代表是美国国际集团公司。美国国际集团(American International Group，简称AIG)是全球市值最大的国际性保险公司，业务遍及全球130多个国家与地区，是世界保险和金融服务的领导者。2008年9月，美联储正式宣布将向美国国际集团(AIG)提供850亿美元的过渡性贷款，美国政府因此而持有AIG79.7%的股份，将其大部分国有化。2009年2月，花旗集团亦与美国政府达成股权转让协议，政府将按照1:1的比例，将其持有的部分优先股转换为普通股，使美国政府在花旗集团中的持股比例上升到36%而成为花旗集团的最大股东，这实际上意味着花旗集团已被国有化。尽管接管“两房”等不是立法制定公法或直接在现有私法中加入国家集中干预的公法因素，但是这扩大了国家干预经济和社会生活的范围，在整体上有了一定的私法公法化因素和趋势。

除此之外，美国政府还采取了一些其他的应对金融危机的措施，充分发挥了国家对经济社会生活的集中干预作用，也表现出一定程度的私法公法化趋势。例如，2008年7月15日，美国证券交易委员会(SEC)直接以法令形式紧急发布了禁止卖空19家金融公司股票“禁空令”，以求遏制美国股市的极度恐慌，暂时缓解了股市暴跌。2009年7月28日，美国证券交易委员会决定将一项禁止裸卖空的临时性法令延伸为永久性有效。显然，美国政府的一些做法是一种赤裸裸的私法公法化行为。

## 四、金融危机背景下的公法私法化与私法公法化原因探析

综上，从金融危机的视角来考察，金融危机产生前后存在着大量的公法私法化和私法公法化现象，公法与私法相互转化的两种相反现象和趋势交替出现。从理论上分析产生这种现象的原因是非常有意义和有价值的课题。下面笔者尝试从马克思主义法经济学角度对此作一简要分析。

### 1. 资本主义市场经济及为个人利益最大化而追逐微观效率，必然导致公法大规模私法化。

资本主义市场经济是公法大规模私法化的根本动力。资本主义经济是以产权私有和商品交换自由为前提的商品经济和市场经济，这种经济形态以平等主体间的商品市场交换为基础，特别强调交换主体间的意思自治。在资本主义生产方式确立为社会的基本经济制度后的自由资本主义时期实行完全自由化政策，资本对经济利益的追逐使得国家变成资本的“守夜人”，主张“大社会、小政府”和“管得最少的政府是最好的政府”，限制国家和公共权力对经济社会生活的干预。随着这种私有化和经济自由化思潮在经济、社会生活和意识形态领域占主导地位，社会经历了“从身份到契约”的

转变,自由、平等、民主、人权确立为法律的基本原则,意思自治和确保意思自治为法律的心理理念。在此形势下,必然导致社会生活中公法相对于私法的减少,原来用公法调整的问题更多的以私法来调整,民商法在社会生活中的地位亦日益凸显,公法私法化非常明显。可见,要求公法私法化是资本主义生产方式和意识形态的必然要求,资本主义市场经济条件下的私有化与商品交换自由化是公法大规模私法化的根本动力。

追求个人利益最大化的经济人亦要求削弱国家对经济社会的集中干预,建立私法化的社会,作为资本人格化的经济人是资本主义社会公法私法化的力量源泉。经济人假设的提出有其合理性的一面,其实质是资本特性的人格化。资本主义生产的制度前提是私有制,然而,这种建立在社会化大生产基础上的以商品生产和市场交换为基本制度的私有制与历史上奴隶社会和封建社会的自给自足的私有制有着极大的不同。在这种物质生活条件和社会经济关系的制约下,西方经济学提出了作为其理论前提和基础的经济人假设。资本主义商品生产的根本目的是通过商品交换获取利润,正是这种资本的逐利性在西方经济学里被归纳为利益最大化原则,由于任何资本对最大化利益的追逐必须通过人来实现,这种资本的利益最大化又进一步被西方经济学归纳为经济人。(29)经济人迷信自由竞争市场的永恒力量,认为这是完美的经济制度。为了追逐最大化的个人利益、实现最大化的个体微观效率,(30)经济人这个逐利资本人格化的承担者自然充当了积极反对国家权力对资本权力和自由进行集中干预与约束的力量,要求国家和政府作为资本的“守夜人”,对社会经济生活实行自由放任的政策。

此次美国次贷危机与金融危机发生前追逐个人利益与微观效率最大化的金融公司与政府中的新自由主义势力等推动的反监管和去规则化运动证明了以上论述。反对国家干预、主张自由放任一直是新自由主义(或保守主义)的目标。20世纪70年代,美国经济陷入严重的滞胀,主张国家适当干预的凯恩斯主义束手无策,这给美国新自由主义势力提供了一个极好的复兴机会。里根总统上台后,自由放任主义加大了对国家干预的侵蚀力度。经过1929年经济危机的沉重打击,美国国会制定了一系列金融法律构筑起了一张金融安全之网。但是,新自由主义势力长期以来寻求解除经济管制、推进私有化与经济自由化,“这些人把监管限制与政府安全保障体系视为眼中钉。”(31)因此,新自由主义得势后,“在过去的25年里,‘新政’建立的金融保障体制不断遭到侵蚀。”(32)正是在这种背景下,美国废除了一些重要的监管法律,放松执行既有的监管法律,从金融业和其他经济生活中大量撤出国家权力的集中干预和调节,把金融业的发展寄托于私法,这使得美国金融监管体系漏洞百出,最终直接导致了次贷危机和金融危机的爆发。

2. 无节制地追逐个人私利和微观效率,必将导致缺乏宏观效率而产生私法公法化要求。

在西方经济学和法经济学里,经济人的个人利益最大化表现为私人效率最大化。在资本主义自由市场经济条件下,提供商品与服务的企业等(如金融业)是市场的核心主体。所有参与市场竞争的主体均希望在竞争中获胜,获取个人利益的最大化和效率的最大化,西方经济学和法经济学中的效率(或成本与效益分析)正是分析和衡量这种最大化利益和效率的工具。然而,尽管帕累托最优把效率定义为有人得到好处的同时无人因此而受损,似乎关注社会的宏观效率,但是,由于方法论个体主义的经济人利益最大化诉求追逐的是个人利益最大化(或个人效用最大化)和帕累托最优缺乏实际操作性,这使得西方经济学在实际操作中所作的效率分析一般都是个体的微观效率分析。下面要讨论的问题是,微观上有效率不一定意味着宏观上也有效率。

市场竞争实行优胜劣汰、适者生存的“丛林”竞争法则,市场主体为了在竞争中胜出,不仅需要集中更多的生产资金、引进先进的管理经验和生产技术、充分把握市场行情和降低生产成本等,更需要进行合理的市场战略规划和制定充分的管理计划。例如世界500强企业“沃尔玛”集团表面上仅仅是采用产销一体化的物流配送体制,而实质上却是通过对生产部门严格的订货管理来有计划地调节生产与销售的一种新信息技术控制下的计划市场模式的托拉斯形态。(33)

然而,市场主体内部的有组织性和有计划性只是为了追逐私人利益的最大化和微观效率的最大化。为了追逐最大限度的利润,实现私人利益和效率最大化,资本主义市场经济总是千方百计占领市场、扩大市场,想方设法地进行投机。各私有者市场主体从逐利出发扩大再生产,形成整个社会生产的无计划和无政府状态,造成国民经济比例严重失调和生产过剩(例如此次金融危机引起的消费领域特别是房地产领域的生产过剩),从而产生破坏力极大的周期性经济危机或金融危机,造成社会资源的巨大浪费。西方经济学和主流法经济学常常用无数的数学模型来论证资本主义自由市场经济的高效率性,资本主义市场经济在人类历史上确实创造了无数的财富,推动了社会的巨大发展。但是在经济危机和金融危机发生后,商品积压、工厂大量倒闭或停产半停产、银行破产、工人失业,社会经济长期处于萧条状态,社会整体陷入混乱,宏观上毫无效率,导致了社会资源的巨大浪费和破坏。可见,正是因为这种市场主体无节制地追逐私人利益最大化和微观效率的最大化,才导致了这种社会整体宏观上的无效率,产生了经济危机和金融危机。当代资本主义已经发展到国际金融垄断阶段,资本的贪婪性和投机性变本加厉,金融危机频频发生。

但是,一旦资本的私人利益和微观效率最大化的贪婪性频频导致金融危机,从而危害到资本主义制度本身,资本主义社会必将产生管制市场和资本的治理理念和模式,凯恩斯主义等经济理论亦应运而生,否则,金融危机就将不仅仅是“资本主义的一次失败”,而将会是资本主义制度的灭亡。(34)金融危机发生后,加强国家对市场和资本的管制体现在法律上即是在私法领域加强国家集中干预,私法公法化成为必然。在资本主义发展到国际金融垄断阶段的条件下,金融

危机发生后不但国内将加强金融监管法体系，出现大量的私法公法化现象，国际社会也将加强国际金融监管的协调与协作，从而强化国际金融法的公法性质。

#### 五、公私法相互转化的消长规律及金融危机后公私法相互转化趋势的展望

综上所述，深入考察2008年金融危机，可以发现，金融危机前后大量存在公法私法化与私法公法化相互转化两种相反趋势的法律现象：在金融危机前产生危机的原因中存在大量的公法私法化现象，在危机发生后的对策中存在大量的私法公法化现象。深入研究这两种相反的法律现象，可以发现这并不是偶然产生的：金融危机前的公法私法化产生的原因在于市场经济主体无节制地追逐私人利益和微观效率最大化，金融危机后的私法公法化产生的原因则在于市场经济主体无节制地追逐私人利益和微观效率最大化导致国民经济整体严重失衡，并进而产生金融危机，造成社会资源的重大浪费，宏观上无效率，国家和社会因此不得不对经济和社会生活进行一定的管制和调节。这种看似偶然的、杂乱的公私法相互转化现象隐含和反映着社会发展的内在规律。需要指出的是，影响公私法相互转化、消长的原因无疑有很多，而本文探讨的公私法相互转化并不是分析所有情形下的公私法相互转化、消长现象及其规律，而仅仅研究金融危机背景下所表现出来的公私法现象转化及其消长规律。

进一步深入研究可以发现，在资本主义市场经济社会里存在着一个更深刻的公法私法化与私法公法化消长的规律：即公法私法化—私法公法化—公法私法化—私法公法化的不断循环的消长规律。

正如前文所论及的那样，一旦个人资本的的利益和效率最大化的贪婪性导致严重的金融危机，从而危害到资本主义制度本身，资本主义社会必将产生如凯恩斯主义那样的管制市场和资本的治理理念和模式，从而产生私法公法化趋势。但是，问题是，资本主义私有制基础上的市场经济并没有在金融危机发生后自动灭亡，市场仍然是所谓资源配置的基础手段，一旦社会经济形势好转一段时间，资本主义产生于市场和资本内在需要的反对国家监管的自由放任即自由主义必将重新复活，对市场和资本自由放任的社会治理理念和模式亦将重新出现，此时，将再现公法私法化趋势，而且在经济社会自由放任发展到一定程度，经济危机将再次产生，历史亦将重演。这样，在资本主义发展史上，由于经济上危机—缓解—危机—缓解的交替出现，社会治理上相应出现了管制—自由放任—管制—自由放任的交替现象，资本主义法制则相应地出现公法私法化—私法公法化—公法私法化—私法公法化的交替现象。这种公私法的逐渐相互转化在资本主义市场经济发展史上不断反复出现，形成了一个明显的消长规律，对此可用图表形式简要归纳如下(见表1)：

从上述公私法相互转化的消长规律可知，资本主义社会的公私法相互转化至今并未终结，展望未来可以发现，随着金融危机的缓解，美国等资本主义国家必将再次出现类似金融危机前的公法私法化趋势。

那么，是什么原因决定了资本主义社会公私法之间相互转化的不断“轮回”的消长规律呢？简言之，这是由资本主义生产方式的社会化大生产与资本主义私有制之间的固有矛盾所决定的。资本主义市场经济是高度的社会化大生产经济，需要社会各方面的高度协作与规划，但是，资本主义私有制决定了其只能在企业内部而不可能在整个社会范围内实现高度协作与规划(亦即追逐个体利益与微观效率最大化)，而市场这只“看不见的手”又只能在一定程度和范围内实现这种协作，于是，这种社会化大生产与资本主义私有制之间的矛盾就外化为企业内部的有组织性与整个社会经济的无政府状态的矛盾。这种整个社会经济的无政府状态发展到一定程度，私人利益和微观效率的最大化必将导致社会利益和宏观效率的极小化，进而经济严重失衡，导致危机。

只有解决资本主义市场经济反复产生的不全面(片面、微观)、不协调(结构畸形)、不可持续的经济失衡的危机，才能解决公法私法化与私法公法化的这段“轮回”的消长，而且只有消灭资本主义私有制，才能消除由于资本主义私有制与社会化大生产的固有矛盾而反复形成的社会经济的不全面(片面、微观)、不协调(结构畸形)、不可持续的现象。在建设中国特色社会主义的历史进程中，中国共产党提出的经济社会自然全面、协调、可持续发展的科学发展观既是治疗资本主义金融危机的良药，也是解决公法私法化与私法公法化不断“轮回”消长的灵丹妙药。

注释：

①李铁峰：《金融危机的前世今生》[M]，北京，清华大学出版社，2009年，第178页。

②(美)理查德·比特纳著，《贪婪、欺诈和无知——美国次贷危机的真相》[M]，覃扬眉、丁颖颖译，北京，中信出版社，2008年，标题。

③⑨(14)(34)理查德·波斯纳：《资本主义的失败——零八危机与经济萧条的降临》[M]，北京，北京大学出版社，2009年，第61页，第159页，第83页，序言。

④Paul Krugman, "A Crisis of Faith," New York Times, The web site: <http://www.nytimes.com/2008/02/15/opinion/15krugman.html>.

⑤《当代金融危机的根本原因是信用危机》[EB/OL]. <http://www.creding.com/xyyj/market/20080922/093344.shtml>.

⑥⑩《直击华尔街风暴——26位名家谈金融危机》[M]，北京，中国大百科全书出版社，2009年，第148页，第81页。

⑦(27)(美)大卫·科茨:《美国此次金融危机的根本原因是新自由主义的资本主义》[J],《红旗文稿》2008年第13期,第32页。

⑧(美)默里·罗斯巴德著,《美国大萧条》[M],谢华育译,上海,上海人民出版社,2009年,第24页。

(11)(20)(美)约翰·塔伯特,《大拯救——金融瘟疫席卷全球,如何自救》[M],喻海翔译,北京,东方出版社,2009年,第4页。

(12)袁原:《美国因金融监管不力等在联大成众矢之的》,《北京日报》2008年9月26日。

(13)(21)(22)(23)(24)(美)保罗·克鲁格曼,《萧条经济学的回归和2008年经济危机》(新版)[M],刘波译,北京,中信出版社,2009年,第162页,第2页,第157页,第158页,第162页。

(15)吴志攀:《华尔街金融危机中的法律问题》[J],《法学》2008年第12期,第29页。

(16)黄尚杰:《浅析美国次贷危机中的法律缺失及对我国的启示》[J],《法制与经济》(下旬刊)2009年第7期,第8~9页。

(17)(18)李慎明:《美元霸权与经济危机》(上册)[M],社会科学文献出版社,2009年,第162页,第36页。

(19)孙国华、杨思斌:《公私法的划分与法的内在结构》[J],《法制与社会发展》2004年第4期,第104页。

(25)邢会强:《论金融危机与金融监管》

[EB/OL].<http://www.financialservicelaw.com.cn/article/default.asp?id=196>.

(26)陈柳钦:《金融危机背景下美国金融监管构架改革剖析》[J],《湖北经济学院学报》2009年第5期,第50页。

(28)汤闯新说“只有‘社会主义’经济措施才能救美国”,而实际上这是一种国家资本主义的行为。参见《美国的秘密——美国资本集团玩弄世界经济的秘密》,文汇出版社,2009年,第160页、第167页。

(29)西方经济学中通常认为经济人是完全理性的,本文不赞同此意义上的资本人格化的经济人。

(30)本文在金融危机视角的公法私法化与私法公法化的原因分析中,提出微观效率与宏观效率的分析框架。微观效率是指单个个体的、局部的效率,就是说从单个个体和局部来分析是否有效率。与此相对的是宏观效率,它强调的是社会的、整体的效率,从全社会和整体角度分析是否有效率。本文在实质意义上常把效率和效益混用。

(31)(32)(美)保罗·克鲁格曼,《美国怎么办?》[M],刘波译,北京,中信出版社,2008年,序言。

(33)何新:《何新论金融危机与中国经济》[M],北京,华龄出版社,2009年,第162页。

(35)表格同一行前后项之间是逻辑上的纵向发展关系,每一列的上下项之间则是横向上的因果关联关系。原载于《新疆社科论坛》2011年第5期

