

LAW LAW LAW 法学论丛



宪法行政法系列

宪法行政法系列
主编 罗豪才 姜明安

竞争秩序的建构

——行政性限制竞争研究

◆ 袁祝杰 著

北京大学出版社

104
2

法学论丛

AW

宪法行政法系列

国家社会科学基金项目

竞争秩序的建构

——行政性限制竞争研究

袁祝杰 著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

竞争秩序的建构——行政性限制竞争研究/袁祝杰著. —北京:北京大学出版社, 2003. 7

(法学论丛)

ISBN 7-301-06414-4

I. 竞… II. 袁… III. 行政法-研究-中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 057492 号

书 名: 竞争秩序的建构——行政性限制竞争研究

著作责任者: 袁祝杰 著

责任编辑: 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-06414-4/D · 0757

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 高新特激光照排中心 62637627

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 6.75 印张 190 千字

2003 年 7 月第 1 版 2003 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 12.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

内 容 提 要

本书的研究旨在提出并论证这样一个基本命题:行政行为的恰当定位是建立和保障竞争秩序的关键。为此,作者分析了几种主要的竞争理论,认为:在现代社会,我国建立竞争秩序的理论基础是可竞争论。依据这一理论,本书对行政行为与竞争秩序之间的逻辑关系进行了深入探讨。

对基本命题的论证有以下五章组成:

第一章提出命题和命题的分析框架。在市场经济条件下,国家对竞争机制进行保护不仅在于保障某个或某些市场是可竞争的市场,而且在于保障国民经济系统是竞争的系统,即保障竞争机制成为经济生活中基本的、主导的运行机制。以可竞争论为指导建立的竞争法制有助于这一重大课题的解决。

第二章对行政性限制竞争作一全景式的展现。主要立足于中国,比较系统地分析了行政性限制竞争得以产生和持续存在的复杂的社会、政治、经济、文化原因。对此,笔者从三个角度进行阐释:市场失效、体制转型和产业发展、实证理论。

第三章分析行政性限制竞争行为对竞争机制的侵损。表现在:对竞争的市场条件的侵损,即缩小了市场规模或阻碍市场规模的扩展;对竞争的制度条件的侵损和破坏,包括财产权制度和竞争法制度。在此基础上,还对行政性限制竞争造成的经济后果给予了概括。

第四章论证限制特定竞争自由是对竞争系统的保障。首先提出行政性限制竞争的正当化根据,然后分析均衡交易信息的制度和强制性规则能够促进市场规模扩展、保障国民经济系统的竞争性。

第五章阐述制约行政权的制度安排。建议从立法和司法两个方面完善制约行政权的制度,健全反垄断法禁止行政性限制竞争行为的制度规则,建立行政执法和司法审查两种反垄断法的实施机制。

关键词: 行政性限制竞争, 可竞争论 竞争秩序 竞争法制

Abstract

This book aims at studying and expounding the basic proposition that the proper positioning of administrative acts is the key to establishing and maintaining the order of competition. For this purpose, the author analyses some major competition theories and holds that, in the modern society, the theoretical basis for establishing the order of competition is the Feasible Competition Theory, according to which the author makes a deep study of the logical relationship between the administrative acts and the order of competition.

The demonstration of the above mentioned basis proposition consists of five parts:

In Part I, the author puts forward the proposition and the framework of analysis. Under the conditions of market economy, in order to protect the competition mechanisms, the State shall not only ensure that a market or some markets are competitive markets, it shall also ensure that the national economic system is one of competition, namely, ensuring that the competition mechanisms to be the basic and leading mechanisms of operation. The legal system established on the basis of the Feasible Competition Theory, shall be conducive to the solution of this important proportion.

Part II presents a panorama of the administratively restrictive practices, taking the case of China an example for systematic analysis of the social, political, economic and cultural reasons why the administratively restrictive practices have come into being. To achieve this goal, the author makes an exposition from three perspectives: market failure, transformation of system and development of industry, as well as the positive theory.

Part III is an analysis of the injuries done by the administrative acts to the mechanisms of competition. To be specific, they are: the injuries done to the market conditions of competition by reducing the scale of market or obstructing the expansion of the market scale; the injuries and destructions done to the legal conditions of competition, including the system of property rights and the legal system of competition. In this chapter, the economic consequences resulting from administratively restrictive competition practices are summarized.

In Part IV the author tries to demonstrate that the restriction of certain freedoms of competition is a guarantee of the competition system. First, the author puts forward the conditions for legitimizing the administratively restrictive competition, and then goes on to expound that a system for balancing transaction information can help promote the expansion of the market scale and ensure the competitiveness of the national economic system.

Part V is an exposition of the institutional design for regulating the administrative power, arguing, both from the legislative and judicial perspectives, that we should perfect the system for regulating administrative powers and perfect the rules of the antitrust law for banning administratively restrictive competition practices and for establishing two antitrust enforcement mechanisms — administrative enforcement and judicial review.

Keywords: administratively restrictive practices, theory of feasible competition, order of competition, legal system of competition.

总 序

20 世纪已经过去,21 世纪已经来临。

21 世纪的法制将进入较健全、成熟的行政法时代。

中世纪和中世纪以前,人类法制长期处在刑法时代。刑法时代法制的主要特征是:刑法在整个法律体系中占主导地位;法由少数统治者(主要是君主)制定;法的功能主要是治民,维持统治秩序。中世纪以后,法制逐步进入民法时代。民法时代法制的主要特征是:民商法在整个法律体系中占主导地位;法主要由代议机关制定;法的重要功能是调整社会经济关系,维持商品经济、市场经济的秩序(当然,其目的或目的之一也在于维持统治秩序)。20 世纪,人类法制开始进入行政法时代。行政法时代法制的主要特征是:行政法在整个法律体系中占重要地位;法在人民通过各种形式、各种途径直接参与的前提下由代议机关(人民代表机关)制定,但行政机关通过授权和固有的规章制定权越来越多地实际行使立法权;法的重要功能之一是为人民直接参与行使国家权力、直接参与国家管理、直接参与对国家权力行使的监督提供运作程序和保障的规范机制,调整 and 平衡人民与政府、政府与社会以及公民、法人和其他各种组织、各种利益集团之间的关系。

人类法制在 20 世纪开始进入行政法时代,这是就世界法制发展的总体进程而言的。如果分别考察各个国家的法制发展水平,则有的国家目前仍处在刑法时代,更多的国家尚处在民法时代,已进入行政法时代的国家只是少数。

中国在 20 世纪 80 年代以后,刑法、民商法、行政法均开始发展,但直到 90 年代,市场经济体制才开始建立,民商法才算真正有了在法律系统中起主导作用的环境,中国法制可以认为进入了民法时代。至于行政法,中国虽然已经有了若干部可以称得上法典的大法,如《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国国家赔偿法》、《中

华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国行政监察法》和即将出台的《中华人民共和国行政复议法》等,但离行政法时代却还有相当的距离。因为行政法时代意味着民主、法治达到了较为发达的水平:民主已由代表制民主发展到参与制民主,法治已由依法治国、依法行政发展到法治国家、法治行政,法治标准已由实体法标准扩展到程序法标准,由量的标准(有法可依)扩展到质的标准(可依的法是良法)。而现在,我们还没有完全解决代表制民主、依法治国、依法行政、有法可依,有实体法可依的较为传统的民主、法治问题,对于参与制民主、法治国家、法治行政、制定完善的程序法,增进法的民主性、科学性(所谓“良法”)等现代民主、法治问题,我们就更还未找到较完满的解决方案,甚至没有太多的时间和精力来考虑和研究解决此类问题的完满方案。虽然我们现在在发展传统民主、法治的同时,也在逐步发展现代民主、法治,但这种发展远还没有达到一个转折点:由民法时代进入到行政法时代,或者说还远没有达到健全、成熟的行政法时代。

西方国家的法制,从一个时代过渡到另一个时代,通常经过几个世纪。我国的情况不同:我国法制的历史比西方国家久远得多,但我国的刑法时代延续得太长太长,以致民法时代到来时,西方国家已进入行政法时代了。我们不能等民法时代结束再自然地步入行政法时代。我国的市场经济形成比西方国家晚得多,但其发展却要快得多。商品经济、市场经济的形成必然导致民法法制,市场经济的发展必然导致行政法法制。所以我国的行政法时代将紧接着民法时代到来。为迎接行政法时代的到来,我们已经做了大量的工作:其一,推进经济和政治体制的改革,使我国尽快形成行政法法制的土壤和环境;其二,加强行政法的立法,为建立民主、法治国家提供形式条件;其三,改进行政法的执法和司法,促进行政法由法制变成法治,由静态变成动态;其四,加强法制、法治的宣传、普及,提高国民的行政法意识,为建立民主、法治国家提供实质条件;其五,开展行政法研究,为健全、完善行政法制、法治提供理论指导,为行政法时代的法制、法治绘制蓝图。

第五项工作——行政法的研究工作,我们做了,但做得还很不

够;我们的研究还缺乏广度,在宏观上,未能对行政法治整个系统工程进行通盘的、全面的考察,在微观上,未能对行政法治的各个具体环节、具体制度进行逐一剖析;我们的研究还缺乏深度,在基本理论上,尚未形成能全面、深刻解释、说明整个行政法制、法治体系,能作为指导行政法时代法制、法治建设理论基础的完善的学说,尽管有控权论、管理论、平衡论等学说先后问世,而且平衡论获得越来越广泛的社会认同,但该学说很多方面仍还有待完善;在对行政法制、法治实践的研究上,我们对行政立法、行政执法、行政法制监督、行政救济、行政诉讼等行政法运作实践中提出的大量问题,其中有不少尚未能给予深刻、精辟的阐释,为实践提供有价值的科学的解决方案,尽管近年来行政法学在实证研究上取得了进展,有若干专著问世,但总体上仍是很不够的。

为了满足行政法制、法治发展实践对理论的需要,我们准备在10年到20年的时间里陆续向社会推出一套现代行政法理论专著系列。这套理论专著系列有下述特点:

其一,著作者均为取得法学博士学位的年轻学者(或博士生导师、硕士生导师)。这些学者学识渊博,思想敏锐,具有很强的开拓精神和创新意识。

其二,著作内容涉及的均是现代行政法的较深层次的理论问题。对这些问题的研究和解决关系到行政法学的发展前景,关系到行政法制的性质和行政法治的进程,关系到行政法时代蓝图的绘制及其近期、中期、远期实施方案的设计。很显然,这些研究、探讨既具有重要的理论意义,又具有很强的实践价值。

其三,著作者采用的研究方法是综合性的。首先,他们运用哲学的方法,从本体论和方法论的角度探讨行政法、行政法制、行政法治是什么,可能是什么,应该是什么和从什么角度、以什么手段、用什么方法求得结论的问题;其次,他们运用政治学的方法,对行政法治与民主政体、权力分配与权力制约、人民参与与行政效率、公民权利与政府权力的关系进行探讨,力争打破行政法学与政治学的严格界线;再次,他们还运用社会学的方法,对非国家机关的社会组织、社会团体的公权力性质、范围、行使方式,以及国家权力向社会转移的形式、

途径和法律在这种转移过程中的作用等问题进行研究,赋予行政法学以更广阔的视野;此外,他们也运用比较法学的方法,对世界各国的行政法制、行政法治进行横向比较,对民法时代、不成熟的行政法时代、成熟的行政法时代条件下的行政法制、行政法治进行纵向比较,通过比较获得规律性的认识。

当然,我们的这项工程才刚刚开始。我们没有经验,在运作过程中难免会发生这样那样的问题,能否实现我们预期的目标,还有待我们各位作者和组织、编辑、出版者的努力。我们希望,并且力争以第一流的成果奉献读者,奉献给新世纪、新的千年。

姜明安

1999年12月

目 录

导论	(1)
一、问题的提出	(1)
二、研究现状	(4)
三、本书的命题与论证路径	(9)
四、基本概念及本书的限定	(15)
第一章 建立竞争秩序的理论基础	(21)
一、竞争的意义	(21)
(一) 作为帮助解决知识问题手段的竞争	(21)
(二) 竞争系统的意义	(23)
二、传统竞争理论评析	(24)
三、可竞争论的理论来源	(33)
四、市场开放是竞争的内在要求	(43)
(一) 市场进入对竞争、经济绩效、竞争秩序的影响	(43)
(二) 自然垄断产业的可竞争性分析	(45)
(三) 对垄断的重新认识	(52)
(四) 替代竞争挑战政府规制	(54)
五、可竞争论是现代竞争法制的理论基础	(56)
第二章 行政性限制竞争的产生	(62)
一、基于市场失效的限制竞争	(62)
二、“转型、发展”与限制竞争	(67)
(一) 体制转型与限制竞争	(70)
(二) 产业发展与限制竞争	(71)
三、实证理论分析	(77)
(一) 实证理论假定	(77)
(二) 公共选择的悖论	(80)
(三) 公共选择的异化	(82)

(四) 法律制度的缺陷	(91)
(五) 限制竞争立法目标的虚置	(93)
第三章 行政性限制竞争对竞争机制的侵损	(99)
一、行政性限制竞争行为的限界	(99)
二、对竞争的制度条件的侵损	(104)
(一) 对财产权制度的侵损	(104)
(二) 对竞争法的侵损	(117)
三、对竞争的市场条件的侵损	(127)
第四章 限制特定竞争自由对竞争系统的保障	(131)
一、行政性限制竞争的正当化根据	(131)
(一) 效率论	(132)
(二) 节减交易费用理论	(138)
二、均衡交易信息促进市场规模扩展	(145)
(一) 信息不对称阻碍交易	(145)
(二) 均衡信息的制度安排	(147)
(三) 均衡信息论对可竞争理论的意义	(152)
三、立法规制扩展市场规模	(154)
第五章 法制对行政性限制竞争行为的消解	(157)
一、经济行政立法权的限定	(158)
二、反垄断法的制度设计	(162)
(一) 反垄断法规制行政性限制竞争行为的 必要性分析	(162)
(二) 反垄断法对行政性限制竞争行为的规制 及其实施机制	(172)
(三) 行政性限制竞争行为的法律后果	(175)
三、司法制度的完善	(176)
(一) 司法审查制度的完善	(176)
(二) 司法解释的立法功能	(182)
结论	(190)
参考文献	(193)
后记	(203)

导 论

本书为什么运用可竞争理论对行政性限制竞争进行分析？本书的核心命题及论证路径是什么？这是导论所要解决的主要问题。对它们及附带问题的回答、解释和说明被安排为如下四部分内容：问题的提出、研究现状、本书的命题与论证路径、基本概念及本书的限定。

一、问题的提出

中国自改革开放以来在经济上取得了令世人瞩目的巨大成就。这种经济发展的原因一般被认为是经济体制由计划经济向市场经济的转变。在这一过程中，产业组织和市场结构的竞争性不断强化，政府越来越减少对企业的直接干预，而更着重于构建市场经济的竞争秩序。^①

2001年诺贝尔经济学奖获得者、曾任世界银行首席经济学家的约瑟夫·斯蒂格利茨以中国和俄罗斯的改革经验为例，分析了竞争对于市场经济的重要性。他指出，中国经济改革成功的经验在于扩大竞争的范围，而并没有将国有企业直截了当地私有化，俄罗斯改革失败的主要（根本）原因是实行了大规模的私有化，但并没有竭力促进竞争，与中国的经验正好相反。^②将上述竞争促进经济发展的观点与国内外其他关于中国渐进改革成功的经验之分析进行比较，可以发现，前者揭示了市场化改革和市场经济成功的一般规律，更具有说服力。

① 中国社会科学院工业经济研究所课题组即持此观点。参见金碚执笔的论文——《中国工业的制度创新、组织变迁和政策调整》，载《中国工业经济》1998年第5期；该文为《中国工业发展报告1998》的总论。

② 约瑟夫·斯蒂格利茨：《促进规制与竞争政策：以网络产业为例》，载张昕竹主编：《中国规制与竞争：理论和政策》，社会科学文献出版社2000年版。

虽然中国经济在市场化改革的二十多年来取得了巨大进步,但是,我们仍然不能说中国的改革没有缺陷、中国已经是市场经济国家、市场经济制度已经建立。那么,中国的市场经济体制建设存在的根本问题是什么呢?制约今后中国经济持续快速发展的关键因素是什么呢?

这是两个互为关联的或者说就是一个问题,其答案是中国存在大量的限制竞争的法律制度,以及限制竞争的具体行政行为。也就是说,在中国除了存在大量的歧视现象,导致不公平竞争问题外,还存在过多的自然垄断部门和限制竞争部门,限制竞争部门又包括限制价格竞争的部门以及对市场准入、提升竞争实力等方面进行限制的部门。^①行政性限制竞争对中国的经济增长造成的负面影响是巨大的。据张维迎教授粗略估算,“把大部分管制取消,中国国民生产总值可以提高30%,腐败减少50%”^②。诸多行政性限制竞争现象的存在,影响了市场自发秩序的生长;尤其是不正当的限制竞争的制度安排(它们可能还是多变的)和任意的具体行政行为对市场秩序造成了极大的冲击。这可以用自然科学的混沌理论在市场经济秩序中的应用进行说明。该理论认为:即使是一个变量的微小变化都会产生难以预测的巨大负效应,它们随后会演变为对整个系统的重大冲击(混沌

^① 据皮纯协教授等人的实证研究,行政机关立法经常各自为战,规范内容与形式不相协调的混乱现象非常严重;国务院各部门之间与地方政府之间利用行政立法权,在行政执法领域争夺地盘、扩充势力、重复立法,致使规章打架现象屡见不鲜;在经济行政管理实践中,以权谋私、权钱交易、贪污受贿、欺行霸市等破坏市场经济正常运行的行为得不到有效的预防和迅速严厉的制裁。参见皮纯协、朱韶斌:《社会主义市场经济条件下的行政立法》,载《行政法学研究》1994年第1期,第16—17页。

据统计,1990—1996年的立法(含法律、行政法规)中,以管理为主要内容的占总数的70%,而监督权力的立法仅占1.9%。参见孙莉:《关于改革与法的内在精神的若干思考》,载《中国法学》1996年第6期,第17、18页。

^② 张维迎:《要像戒毒一样戒掉管制》,2000年7月17日《证券时报》。

政府对竞争自由进行限制在世界上是一个普遍现象。20世纪80年代以来,席卷全球的放松规制运动间接地验证了这一判断。放松规制、促进竞争的一个主要起因就是这些限制竞争自由的措施抑制了经济增长,造成了消费者福利损失。以美国为例,据估计,因私人垄断而造成的福利损失不到国民生产总值的1%,而自从第二次世界大战结束以来(至20世纪80年代中期),政府为了控制资源的分布和收入的分配所采取的计划(包括市场规制)至少使国民生产总值下降了25%。转引自路易斯·德阿莱希:《市场如何缓解稀缺》,载V.奥斯特罗姆编:《制度分析与发展的反思》,商务印书馆1992年版,第277页。

理论)。同样的分析方法可以解释在极其复杂、不断变化的经济生活中的各种不确定或偏离常规的行动。因此,人类在经济活动中的相互交往要极大地依赖于人们可以信赖的、相当规律的行为模式。如果这些行为模式受到随意性行政行为、政策的搅扰,就会出现预料不到的负效应,它们会使精确的计划产出成为不可能,使经济系统运转失灵。相反,协调复杂的经济活动需要具备关于人际交往的一般的、抽象的、稳定的、适应性的规则——简言之,需要制度。^① 这些制度主要包括两类:依靠市场自发形成的非正式制度和法律这样的正式制度。竞争制度就是市场秩序(秩序是制度型塑的秩序)的必不可少的制度,它包括两个方面:市场竞争形成的自发制度和促进、维护竞争的法律制度。

竞争制度是市场经济中经济制度的基石。一个国家竞争制度所追求的目标一般包括以下四个方面:^②

其一,建立一种竞争秩序,以保护经济自由。

其二,维护竞争秩序,以促进经济效率和技术、经济进步。

其三,提供一个公平竞争的平坦的运动场,包括禁止欺骗性的做法、胁迫、强求、勒索,以及禁止通过政府补贴获得不公平的优势。

其四,保持分散的供给结构,因为中小企业被认为是民主社会的支柱。

由此可见,竞争制度是一个国家基本的、主要的经济制度,它不仅深深地影响着经济生活,甚至有力地影响着社会、政治、文化领域。

^① 参见柯武刚、史漫飞:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第22—23页。

混沌理论的形象表述是“蝴蝶效应”。1979年12月,在华盛顿召开的美国科学促进大会上,爱德华·洛伦茨指出:一只蝴蝶在巴西扇动翅膀可能会在德克萨斯引起龙卷风。用混沌学的语言表述就是:一个混沌系统具有将很小的微观扰动放大为宏观行为的能力。或者说,一个细微的变化通过某种非线性的反馈系统可能会引发始料不及的、影响巨大的后果。参见张宇燕:《经济发展与制度选择》,中国人民大学出版社1992年版,第278—284页。

^② Manfred Neuman, *Competition policy: history, theory and practice*; Edward Elgar Publishing Limited, 2001, p. 1.

经济学上习惯使用“竞争政策”的概念,本书中如果没有特殊说明,笔者用“竞争制度”来表示国家制定并实施的保障竞争和竞争秩序的法律制度。

就竞争制度的经济意义来讲,由于它包含着比所有制——一个国家经济制度的基础——更为广泛的内容,常常能够改变要素所有制的运行方式和运行结果,所以,与社会的经济绩效关系甚重。^① 围绕我国竞争制度的建立,如何判别行政行为为限制竞争自由的正当性?以什么理论来指导竞争法制的建设?是仍需进一步研究的非常关键的两个问题。

二、研究现状

由于我国已经加入 WTO,竞争制度的建设完善势必需要考虑 WTO 的相关规则以及面临的复杂的国际经济环境。因此,有必要放在国际学术背景中对上述两个相互关联问题的研究成果作一介绍。

从笔者有限的阅读范围来看,现代经济学对于政府规制的研究已有比较成熟的研究成果。经济学者认为,政府规制^②是为了解决市场失灵,而导致市场失灵主要有三个因素:信息不对称、外部性和市场势力。^③ 笔者认为,对市场势力的规制是竞争法的任务。外部性问题比较复杂,在经济学中是一个具有一般性的概念,同时也是一个含义并不确定的概念。^④ 据笔者的理解,外部性根源于人们之间的相互

① A. 爱伦·斯密德通过《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》一书的论证,表明了这样的观点:“经济制度的设计比起生产要素所有制的选择包含着更广泛的内容,因为那些所有制以外的制度常常能改变要素所有制的运行结果。”参见〔美〕A. 爱伦·斯密德:《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》,黄祖辉等译,上海三联书店、上海人民出版社 1999 年版,“中文版序言”第 4 页。

经济绩效应包括经济自由、效率和经济增长三个方面。参见《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》,第 35—358 页。

② 经济学中的规制(regulation)是指:政府利用法律法规对其统治下的经济主体的活动和行为进行影响、干预及限制,亦即政府规制(government regulation)。规制作为政府干预经济的一种形式区别于宏观调控,是对微观经济行为的干预和制约。在中国,regulation 有规制和管制两种译法,规制似乎更适合市场经济条件下政府对经济的管理活动。参见李琦:《政府规制及其改革》,载《中国社会科学季刊》1999 年秋季号总第 27 期,第 155 页。

③ 张维迎:《信息、管制与中国电信业的改革》,载张维迎:《财产权、政府与信誉》,三联书店 2001 年版,第 64—70 页。

④ 参见盛洪:《外部性问题和制度创新》,载《管理世界》1995 年第 2 期。

联系和利益冲突,是个体自身利益与他人利益冲突的表现形式。一个人行使或谋求权利的一个理由是制造外部效果,使自己而不是冲突方的利益得到满足。人是社会中的人,人们(包括人们自愿组成的企业等社会组织)之间是普遍联系的,所以,个人的任何行为几乎都存在着外部性(因此,讨论外部性需要先确定一个范围)。政府要解决的是比较严重的负外部性问题。解决外部性的方法有两种。一是通过配置权利,由当事人通过谈判将外部性内部化,称为市场交易的方式。这种方式还以法院判决为后盾,即在当事人就赔偿额达不成合约或不履行合约的情况下由法院进行裁决并强制执行。二是在交易费用太高无法通过市场解决的情况下,由政府予以直接规制,即强制性地规定产生负外部性的主体必须做什么或不得做什么。例如,政府在解决烟尘妨害时,可能颁布可以采用或不许采用的生产方法(例如:应安置防烟尘设备或不得燃烧某种煤或油),或者明确规定特定区域的特定经营范围。^① 基于外部性的政府规制,比较普遍的观点是指第二种规制方式,主要适用的领域是影响人类生存健康的一些产业部门。^② 由于这种规制目的的无可置疑的正当性(虽然有些规制方式存在疑问),在讨论限制竞争的经济性规制时,一般不将其包括在内。

信息不对称是经济活动中固有的、很难克服的问题,它对市场交易构成了结构性障碍,直接影响到一个产业(市场)的兴衰,并由于产业之间的相互联系——建立在分工与专业化之上的所有产业必然是相互联系、相互影响的,一个产业也会对整个经济系统产生程度不同的影响(被称为“产业外部性”)。对于信息不对称产生的市场失效,需要政府规制,尤其是可能对国民经济系统产生严重的负面影响的市

① 参见〔美〕科斯:《社会成本问题》,载〔美〕科斯等著:《财产权利与制度变迁——财产权学派与新制度学派译文集》,三联书店上海分店、上海人民出版社1994年版,第22页。

② 革新经济学家认为,外部性的原因在于市场的技术失灵,因而是集体和政府行动的一种正当理由。产生外部性的最普遍的例证是污染。他们进而认为,社会存在许多类似的、市场无能为力的外部性影响。但保守派和古典的自由学派则认为,这种情况并不多,即使人们普遍引用的污染问题也常常可以通过市场的完善和扩张来解决。参见〔美〕A. 爱伦·斯密德:《财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考》,黄祖辉等译,上海三联书店、上海人民出版社1999年版,第13页。