

“十二五”国家重点规划出版图书



中国法学学术丛书

# 对政府规制的 规制

——市场统一法律制度研究



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



中国法学学术丛书

# 对政府规制的 规制

郑鹏程 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

对政府规制的规制:市场统一法律制度研究 / 郑鹏程著. —北京:法律出版社, 2012  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2763 - 0

I. ①对… II. ①郑… III. ①统一市场—法律—研究  
IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 229777 号

对政府规制的规制

——市场统一法律制度研究

郑鹏程 著

责任编辑 钱小红

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 2 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 16.75 字数 364 千

印次 2012 年 2 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2763 - 0

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 前 言

经济学家普遍认为,人类社会可资利用的资源总是有限的,而人类的需求或欲望却是无限的,解决资源有限性与人类欲望无限性之间的矛盾的有效办法,就是通过市场实现稀缺资源的配置。而近代资本主义经济发展的历史也提供了如下重要的经验事实:那些曾经拥有广阔市场的国家,往往也是当时世界上最强大、最富有的国家,至少是当时最强大、最富有的国家之一,因此,那些国内市场狭小的国家,欲竭尽其全力甚至不惜通过发动战争来不断扩展其海外殖民地;那些曾经崇尚计划、否定市场的国家纷纷将计划经济体制改革为市场经济体制;那些在地域上具有毗邻关系的国家积极建立区域性贸易同盟;那些曾经在 GATT 大门之外徘徊,甚至反对建立国际贸易组织的国家纷纷加入 GATT (WTO),为建立一个全球性市场而在不懈努力。总之,建立

一个统一的市场,是一个国家、一个地区甚至全人类所追求的伟大目标,因为它不仅有助于改善人类的总体福利,而且有助于政治稳定和人类和平。

然而,要建立、维护一个统一的市场并非易事。虽然对于那些国土面积狭小的国家来说,不管是建立统一市场,还是维护市场统一,都不会有太大的困难和阻力,因为其中央政府很容易发觉、监督、处罚地方政府的市场分裂行径,但是,如果是一个大国或国际经济组织,其建立内部统一市场之努力就不可能一蹴而就,也不可能一劳永逸。作为当今世界头号经济大国也是经济强国的美国,在建国初期就着手打击地方保护主义,其与市场分割势力的斗争已经进行了200余年,但迄今仍不能肯定地说美国就已经消灭了地方保护主义,因为就在2007年,美国联邦最高法院还审理了一起地方保护主义案件。<sup>〔1〕</sup>欧洲人为了建立欧洲内部统一市场奋斗了50余年,虽然其所取得的成绩确实令世人瞩目,但成员国采取的贸易保护措施及相互之间关于贸易保护主义的指责或指控从未间断。目前,欧盟成员国之间的技术性贸易壁垒仍然存在。自1948年关贸总协定生效之日起,国际社会就致力于“取消国际贸易中的歧视待遇”,以达到“扩大世界资源的充分利用以及发展商品生产和交换”等目的,但迄今为止关贸总协定及其后继者WTO所取得的成绩与其所标明的目标相比,相差甚远,而且目前每一种消除贸易壁垒的新的尝试和努力都遇到了重重困难。自墨西哥坎昆会议无疾而终之后,新一轮WTO多哈多边贸易谈判毫无进展。所有这些事实都向我们表明,对

---

〔1〕 2007年,联邦最高法院在鄂乃德和赫基马固体废物案中对地方保护主义案件作出判决。See, *United Haulers Association, Inc., et al. v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority et.*, Decided April 30, No. 05 - 1345 (2007).

于一个大国或一个国际组织来说,建立、维护一个统一的市场,是一项长期而十分艰难的任务。

市场统一任务之所以长期而艰巨,是因为市场统一进程中作为个体利益的成员利益与作为整体利益的共同体利益既相辅相成又相互冲突,是因为作为实现稀缺资源最优配置这一目标的两种必不可少的手段或者说两种制度,即政治性分权与经济性统一之间存在内在的不可根除的悖论。

任何一个共同体都是由若干个成员单位,如享有主权的国家、享有主权的州或享有自主权、自治权的地方政府组成的。在这个共同体中,构成共同体的成员一方面必须依据法律或契约承担建立、维护共同体统一市场的义务;另一方面必须增进其辖区范围内居民或选民的福利,为其辖区内选民或居民的利益负责。从长远观点来看,共同体利益与成员利益具有一致性,因为,不管一个共同体是国家,还是区域性国际组织,抑或是 WTO 这样的国际经济组织,其统一内部市场,实现资源帕累托最优配置的目的,都必须通过其成员的共同配合及其成员所辖区域内居民在自由、开放的市场中的公平竞争才能实现。没有共同体成员及其成员所辖区域内居民这些独立利益主体的参与,市场统一的作用就不可能得到充分、有效的发挥。从此角度考察,成员利益的最大化就成为共同体利益最大化的一个前提条件。反过来考察,共同体市场范围越广阔,市场统一程度越高,共同体所掌控的有限资源的最优配置的可能性或者说共同体成员整体福利最大化的可能性也就越大,其成员最大化自身利益的机会也就越多。共同体利益与成员利益的这种相辅相成性,为作为独立个体的成员加入各种经济共同体并受共同体的管辖或约束提供了激励性基础。这正是政治性分权与经济性统一能够有机结

合的根源。

但是,共同体利益的最大化必须借助其成员之手来实现这一机制,或者说市场统一目的之实现,必须依靠政治性分权这一机制来实现。内在包含着一对无法调和的矛盾。由于共同体利益的最大化必须通过各成员利益之最大化,即必须通过共同体成员间的竞争才能实现,所以,不管一个共同体对其内部市场统一的重要性强调到何种高度,它都必须首先承认并尽力保护其成员及其成员所辖范围内各类机构的独立利益主体地位。在一个统一的市场内,作为独立的利益主体,共同体各成员之间必须像共同体所期望的那样,为其辖区范围内各个独立的利益主体居民或企业争取有利的交易条件而展开竞争。但共同体成员所采用的竞争手段、方法与其居民或企业所采用的竞争手段、方法有很大的不同:企业常用的竞争手段是价格,即通过优质低价策略争取市场份额;而共同体成员不管是享有主权的成员国还是成员州,抑或是不享主权的地方政府常用的竞争手段是包括法律在内的各种制度,即通过制度创新来保护、提升其辖区范围内居民或企业的竞争优势。由于成员国用以竞争的制度主要是调整经济关系的,或与经济关系密切相关,所以,这种法律制度具有建构性、易变性、关联性等非经济性法律制度所不曾具有的一些特征。所谓建构性,即经济法律规范不是一种自生自发的秩序,而是一种经人为设计而确立的法律秩序。“我们必须抓住经济法律不是由自然创造的,而是人类制定的这一事实。”<sup>〔1〕</sup>尽管经济法律规范的制定必须遵循客观经济规律这种客观法,但由于人类只具有有限的知性,对客观法的把握总具有滞后性,因此,对经由人为

---

〔1〕 [美]孙斯坦:《自由市场与社会正义》,金朝武等译,中国政法大学出版社2002年版,第307页。

设计而确立的经济法律秩序是否符合客观法的要求,并不存在先验的、十分精确的评价标准,不管是法律上的,还是经济上的。譬如,为了应对金融危机,各国出台了包括减税在内的许多援助措施,但这些援助措施是否能取得预期的效果,会不会对经济产生负面影响,如果没有达到预期效果,立法者与执法者应否承担及承担什么法律责任,这是在经济上与法律上都无法回答的问题。经济法规范的易变性,是指经济法律制度总体上不如民事法律制度、刑事法律制度等那样稳定。“一个国家的民法典可以百年不变,而经济法不可能如此。”〔1〕由于经济活动总是周而复始地发生周期性变易,因此经济法律上的权利、义务、权力、责任的设置,也总是随着国际、国内经济形势之变化及执政当局经济政策的变化而频繁变化。所谓关联性,是指经济法律制度的发展变化会引起商品、土地、资本、劳动力等生产要素供给与需求的变化。有学者指出,制度也是生产力,“制度是经济增长的关键”。〔2〕由于在现代市场经济条件下,经济法律制度同商品、土地、资本、劳动力一样成为生产力要素,因而经济法律制度的颁布、修订或废除很容易引起经济上的连锁反应。正因为经济法律制度与经济活动密切相关,因而制定与实施经济法律规范的活动就成为一种类似生产产品的经济活动,同时也正因为经济法律规范具有建构性、多变性、关联性等特征,所以,经济法规范的制定与实施不仅容易改变成员单位内部的利益结构,而且会对集体的其他成员带来显著的负外部效应,即对他人带来不能用市场

---

〔1〕 谢怀栻:《台湾经济法》,中国广播电视出版社1993年版,第7页。

〔2〕 [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第8页。

交易衡量的不利影响。<sup>〔1〕</sup>例如,欧共体的农业补贴制度和农产品关税制度,就损害了包括美国在内的 WTO 其他成员方的利益;欧共体以及其他发达国家使用的 ISO14000 环境管理体系,对我国的中药企业产生了不利影响。

从传统法律观点来考察,一个共同体成员制定的具有外部性影响的立法不受除其自身之外的其他成员力量的约束,未经其同意,也不受共同体的约束,因为它是成员享有的主权或自主权之体现。但从经济观点来看,“阻碍贸易的法律,不论是关于对外贸易或是国内贸易,不论是关于货币或其他商品,都不是使一个民族富裕、使货币和资本充裕的要素”。<sup>〔2〕</sup>缘于此,不管是在哪一个共同体,都会努力消除这种阻碍贸易的法律。

我国是一个大国,国土面积与美国相当,是欧共体(432 万平方公里)的 2 倍多,但长期以来我国既没有市场观念,也不承认作为政治共同体组成部分的各级地方政府的独立主体地位。虽然毛泽东曾在 1957 年强调要“在巩固中央统一领导的前提下,扩大一点地方的权力,给地方更多的独立性”,<sup>〔3〕</sup>但这种主张并没有在当时上升为法律,所以长期以来我国并不存在大国所特有的市场分割与市场统一问题。基于对不承认地方利益、不承认市场经济教训的深刻体悟,改革开放以后,中央政府不但承认了地方利益的合法性、接受了市场经济观念,而且将地方利益、市场经济理念写入了宪法。1982

---

〔1〕 郑鹏程:“论经济法制定与实施的外部性及其内在化”,载《中国法学》2003 年第 5 期。

〔2〕 [英]达德利·诺思:《贸易论》,桑伍译,商务印书馆 1982 年版,第 113~119 页。

〔3〕 毛泽东:“论十大关系”,载《毛泽东选集》(第五卷),人民出版社 1977 年版,第 267 页。

年宪法关于“中央与地方应有职权划分”的规定及1993年宪法修正案关于“国家实行社会主义市场经济”的规定,奠定了中国现代化建设快速发展的法律基础,同时也产生了政治性分权与经济性统一的制度性悖论。

于是,我国开始出现了市场分割问题,并且随着经济体制改革的深入而愈演愈烈。2000年左右,有经济学者对我国市场分割的程度进行了测度和比较,认为中国省际间的贸易障碍比一些国家如美国或加拿大内部各地区之间的贸易障碍更严重,中国各省更接近于欧共体国家之间或美国与加拿大之间的情况,省际边界仍像一个统一的国家的国界一样阻碍着与外界贸易往来,并认为中国国内市场有走向“非一体化”的危险。<sup>[1]</sup>

2001年,国务院出台了打击地方保护主义的法律文件《关于禁止在市场经济中实施地区封锁的规定》,2003年国务院18号文件明确将房地产业作为国民经济的支柱产业。由于房地产业带动了几十个产业的发展,并且房地产业受土地制约的程度高,流动性差,受外部性竞争的压力不大,同时,房地产的发展也给政府带来了大量的财政收入(土地财政)。因此,在2003年到2007年上半年,地方保护主义有所收敛。然而,好景不长,2007年下半年,国际金融危机对我国的经济包括房地产业造成了冲击,此时,地方保护主义有所抬头。在一些省份应对金融危机、促进经济增长的救市方案中,不约而同、或明或暗地都含有将本地产品与外来产品区别对待、优先促销本地产品的内容,有的方案载明“鼓励在基础设施建设中使用本地企业生产的设备和建材”;有的规定政府采购“在同等条件

---

[1] [法]Sandra PONCET:“中国市场正在走向‘非一体化’——中国国内和国际市场一体化程度的比较分析”,载《世界经济文汇》2002年第1期。

下,原则上优先购买本地产品”;有的则在“家电下乡”中对购买本地产品给予特别优惠或补贴……凡此种种,不一而足。<sup>〔1〕</sup> 这些情况表明,尽管我国的中央政府具有高度的权威性,尽管中国的地方政府不同于美国的州政府,更不同于欧共体的成员国,不属于主权单位,但是我国仍难以避免大国统一市场中遇到的难题。

在相当长时期内,我国仍将实行单一制国家结构形式,尽管我们时不时地为地方保护等市场分割势力所困扰,但改革开放所取得的巨大成就告知我们,不能再回到原来大一统的集权主义时代。我们不能因为地方分权产生了地方保护主义而否定地方分权,正如不能将婴儿与洗澡水一起倒掉一样。作为现今唯一没有实行联邦制的大国,中央政府下放权力,促进地方竞争应该成为一种必然选择,也是我国将来政治体制改革的基本方向。有地方竞争,就必须承认地方利益和保护地方利益,而不能否定或指责地方利益。当然,地方保护主义与地方利益总是如影随形,而且会在某一特定时期,表现得特别活跃和突出。所以,在我国,打击市场分割势力是一项长期而艰巨的任务。

目前,在世界金融危机冲击下,各国的贸易保护主义势力不断抬头。中央政府果断决定,把扩大内需作为拉动经济增长的动力,这种决策是理性的、长久的。德国历史学派经济学家李斯特曾经指出,“国内市场比外国市场更大得多、更稳定、更可靠和更有利可图”,“在工业发展到先进阶段的国家,国内贸易远远比对外贸易重要得多”。<sup>〔2〕</sup> “一国的国外市场尽管极为繁荣,但是它的国内市场

---

〔1〕 “在金融危机及扩大内需保增长的保护下一些地方的保护主义开始重新抬头”,载《21世纪经济报道》2009年2月17日。

〔2〕 [德]弗里德里希·李斯特:《政治经济学的自然体系》,杨春学译,商务印书馆1997年版,第41~106页。

对它的重要性却十倍于国外市场……向海外追求财富虽然重要,还有比这个更加重要十倍的是对国内市场的培育与保卫”。<sup>〔1〕</sup> 所以,为了培育和保卫国内市场,必须加快促进国内市场统一的力度。

如何促进市场统一,国内学者其中主要是经济学者和法学学者从不同的角度、运用不同的方法进行了探索和研究。这些研究成果所提出的建议,用一句总括性的话来说,就是必须深化我国的政治经济体制改革。具体的观点包括转变政府职能、明确政府与企业的关系;合理划分中央与地方政府的事权与财权,实行财政联邦主义;完善财政转移支付制度;完善中央对地方官员的考核制度;完善反垄断立法规制市场分割行为;发挥司法能动性,由司法机关对地方保护主义行为进行个案裁决,间接规制市场分割行为,等等。这些建议具有很强的针对性,对促进市场统一具有非常重要、非常积极的意义。如果中央政府能够真正积极地采纳上述建议,则我国的市场统一度将会有很大的提高。不过,学术界提出的有些建议措施,它们本身就是一个需要独立解决,而且短时间内可能难以解决的体制问题,本身还需要其他许多配套措施的支撑,譬如,政府职能的转变、司法能动性的发挥本身就是一个系统工程,这些建议对促进市场统一只具有间接的指导意义。

本书主要运用比较研究的方法,对美国、欧共体统一市场之经验进行历史考察,以期寻找出可资我国借鉴之经验。笔者认为,市场分割是经济性统一与政治性分权之宪法安排必然会产生经济问题,因此,宪法必须就如何解决因其自身原因产生的问题作出制度安排,且这种制度安排应当以禁止歧视为核心内容。全书除前言、

---

〔1〕〔德〕弗里德里希·李斯特:《政治经济学的国民体系》,陈万煦译,商务印书馆1961年版,第118~162页。

附录外,共分三章。第一章考察了美国规制地方保护主义的立法与法律适用,指出美国自建国以来,就存在严重的地方保护主义;为了保护经济自由、维护国家的统一和繁荣,美国制定了商业条款、特权与豁免权条款、反垄断法等对地方保护主义进行规制,其中商业条款和反垄断法发挥了重要作用;为了平衡国家实施联邦竞争政策之利益与州行使主权之利益,联邦最高法院创立了市场参与者例外、州行为例外等原则,豁免了州和地方政府反垄断法上的责任。第二章是对欧共体促进市场统一的经验的探讨。为了促进欧洲统一市场的建立,《欧共体条约》制定了竞争规则和自由流动规则,对成员国制定的不利于统一市场建立的政府干预措施如授予公用企业独占权、给予国家援助、制定歧视性贸易措施、对私人破坏竞争的行为不作为等进行规制。在欧共体法院的有力保障下,这两套规则在推动欧洲一体化进程中发挥了重要作用,特别是竞争规则,因其具有中立、开放之品格成为规范经济和政治关系、促进共同体市场统一的核心手段和发动机。第三章是关于中国市场统一制度之评价及重构建议,指出市场统一是我国一项长期而艰巨的任务,财政性分权、改革地方官员考核机制等难以解决大国中政治性分权与经济性统一这一制度悖论必将产生的市场分割顽疾;自由流动规则、竞争规则是克服市场分割、维护市场统一之基本规范;中央应从战略高度重视两类规则之构造,在宪法中增设自由流动条款;扩大竞争规则适用于政府行为的范围。

# 目 录

## 前 言/1

## 第一章 美国对地方保护主义的法律规制/1

### 一、导论/1

### 二、隐性商业条款对地方保护主义的规制/9

#### (一) 隐性商业条款的缘起/10

#### (二) 司法机关适用隐性商业条款规制地方保护主义的主要方法/14

#### (三) 本地优先法令与市场参与者例外/25

#### (四) 隐性商业条款与宪法第 21 修正案/32

#### (五) 隐性商业条款的扩张与限制/39

### 三、反垄断法对地方保护主义的规制/47

#### (一) 反垄断法对州行为的适用/48

#### (二) 第 11 修正案对州政府责任的豁免/62

#### (三) 反垄断法对地方政府的适用/66

#### (四) 反垄断法对诉愿行为的适用问题/71

四、特权与豁免权条款对州际商业歧视的规制/83

五、小结/86

**第二章 欧共体法对国家规制的规制/91**

一、导论/91

二、第 81 条、第 82 条对公共机构及成员国的适用/95

(一) 欧共体竞争法中的企业/96

(二) 国家行为抗辩/100

三、第 86 条对成员国及其公用企业的适用/106

(一) 禁止成员国制定或实施违反共同体竞争规则的措施/107

(二) 公共任务除外/113

(三) 委员会为实施第 86 条可以采取的措施/120

四、关于国家援助的规定/126

(一) 国家援助概念的界定/129

(二) 国家援助制度的适用除外/131

(三) 国家援助制度中的程序规则/135

(四) 非法国家援助的返回/138

(五) 救济措施/141

五、自由流动规则/150

(一) 从反歧视到消除所有不必要的限制/151

(二) 第 28 条对成员国不作为行为的适用/155

(三) 欧共体理事会的指令/158

(四) 自由流动规则与竞争规则的合并使用/160

六、欧共体委员会与成员国法院的平行管辖权/161

七、小结/165

**第三章 中国市场统一基本制度之构建/169**

一、导论/169

## 二、现行统一市场法律制度述评/176

### (一) 现行市场统一之立法规定/177

### (二) 现行市场统一立法之缺陷/181

## 三、统一市场是一项长期而艰巨的任务/186

## 四、对几种学术观点的评析/189

### (一) 分权观/189

### (二) 地方官员考核机制改革观/194

### (三) 反垄断法规制观/196

### (四) 司法调节观/198

## 五、统一市场需要建立新的制度维护中央权威/200

### (一) 商品、劳务、资本、服务自由流动规则/204

### (二) 竞争规则/217

## 六、自由流动规则与竞争规则的实施/257

### (一) 中央政府应当承担起实施自由流动规则与竞争规则的责任/257

### (二) 自由流动规则与竞争规则的实施以和解、行政调解或行政劝告为主/259

### (三) 公民、经营者在自由流动规则与竞争规则实施中的主体资格/262

## 七、竞争文化的培育/262

## 附：典型案例/268

### 一、帕克诉布朗/268

### 二、东部铁路公司总裁大会诉罗尔汽车公司/287

### 三、拉法耶特等诉路易斯安那电力照明有限公司/301

### 四、哥伦比亚市诉欧姆尼户外广告有限责任公司/337

### 五、加利福尼亚州酒品交易商协会诉米德凯尔/362

### 六、迪安牛奶公司诉麦迪逊市/375

### 七、休格斯诉亚历山大废品公司/384

### 八、刘易斯诉投资者管理有限公司/410

九、美国诉莫里森/430

十、Merci convenzionali porto di Genova SpA 诉 Siderurgica Gabrielli  
SpA. /471

十一、欧共同体委员会与法国政府诉雷德布洛克赛马有限公司/478

十二、欧共同体委员会诉法国/488

十三、意大利手表业联盟（CIF）诉意大利竞争与市场管理局/499

后 记/517