

地方政府、国家法院与市场建设 ——美国经验与中国改革

程金华

(耶鲁大学 法学院, 美国)

摘要: 地方分权具有两面性,体现在地方政府对待本地企业和地方市场的“帮助之手”和对待外地企业和国内统一市场的“攫取之手”。在保证分权激励地方政府改善本地市场环境的同时,应当通过司法的中央集权来着重解决外地企业“进入”本地市场的机制,和当发生跨地贸易纠纷时当事人有规避地方保护主义的“表达”渠道。我们通过对19世纪美国市场建设的历史经验来论证上述理论问题,并阐释其对当代中国改革的现实意义。

关键词: 市场建设; 地方政府; 国家法院; 美国经验; 中国改革

中图分类号: DF11 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-5919(2008)06-0064-11

一、引论:市场建设与“手”的问题

讨论市场的建设,离不开探讨政府在其中扮演的角色。现有的文献,形象地视之为“手”的问题。奉行放任自由主义的政治经济学者,认为市场可以通过“无形之手”进行自我调节,因此做得越少的政府便是越好的政府。奉行干预主义的学者,则针锋相对地提出了“帮助之手”的概念——市场会失灵,因此需要政府的积极干预。

在这个辩论的基础上,从事转型社会研究的理论者,提出了“攫取之手”这个概念。根据转型社会的特殊语境,他们认为政府干预在本质上是个坏东西,很大原因是官员会在动用公权力时中饱私囊。但是,在转型社会中,政府干预又在所难免。所以根据这种理论,正确对待政府与市场关

系是:在短期内,设法发挥政府干预的长处;从长远看,尽可能从制度设计上减少政府干预。这个概念一方面表达了政府与市场关系的应然状态,但同时更为关注现实——市场发展是有语境的。当把市场发展放在一个更大的社会转型和国家建设中去观察,我们不难发现,在市场建设的初级阶段,其他的配套性制度(比如法治和产权制度)通常都不成熟。以市场和产权制度发展为例,尽管一个完善的产权制度对于市场发展至关重要,单是市场发展的地方未必就存在完善的产权制度——市场可能是产权制度发展的原因而不是结果。对于法治建设而言,它又往往离不开政府自上而下的推动作用。此外,通过税收杠杆进行地区再分配以及加大执法力度以反对腐败,都体现了在市场兴起阶段政府干预的必要性。因

收稿日期:2008-03-08

作者简介:程金华,男,江西省上饶市人,美国耶鲁大学法学院法律科学博士(J. S. D.)候选人,华东政法大学经济法律研究院副研究员。

Adam Smith, *The Wealth of Nations*, New York: Knopf: Distributed by Random House, 1991.

Joseph E. Stiglitz, "On the Economic Role of the State", in A. Heertje ed., *The Economic Role of the State*, Oxford: Blackwell, 1989.

Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, *The Grabbing Hand: Government Pathologies and Their Cures*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.

Douglass North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Donald Clarke et al., "The Role of Law in China's Economic Development," in Thomas Rawski and Loren Brandt eds., *China's Great Economic Transformation*, New York: Cambridge University Press, 2008, pp. 375-428.

此,福山强烈呼吁在发展中国家进行“国家建设”的必要性。

但是,当我们为了市场繁荣而强化政府功能时,问题来了:“一个足够强大而有能力保护产权和执行合约的政府,也往往是有足够恣意去侵犯公民财产的政府。”Barry Weingast 把这个现象视为经济体制中的最根本政治悖论。那么,问题是,如何从制度设计上克服这个悖论?换句话说,为了市场的繁荣,我们如何才能有一只多做好事而少干坏事的“手”?

一些政治经济学者试图从中央-地方关系入手来解决这个棘手的问题。他们认为,经济监管权力的存在,或许不是坏事情;但是如果所有的监管权力都掌握在一个人/组织手里,从而导致公权力的垄断状态,那么一定是坏事情。如此,如果政府监管经济的权力是必要之恶的话,那么合理的制度设计是打破监管权力的垄断,并让监管者相互之间进行竞争。这个主张的核心理念是“政府间竞争可以促进善治”。

相应地,联邦制进入论者的视野。联邦制是一种中央同地方政府分享决策权的政治制度。它的最大特点之一是,地方政府在决策中享有受制

度保障的自主性。根据 William H. Riker 的经典描述,联邦制是同时满足如下三个要件的政治制度:(1)至少有两层或者两层以上政府对特定地区的居民有同时的治理权力;(2)上述不同层次的政府至少在一个领域里是互为自主的;(3)这种自主受一定程度的制度保障,因而具备可持续性。据此,Weingast 和钱颖一等人主张,一般的联邦制再满足以下三个制度要件,便会促进市场繁荣和经济发展:(4)地方政府对辖区之内的经济发展事务有首要决策权力;(5)中央政府有责任建设国内统一市场并确保市场要素在地方之间的自由流动;(6)所有政府都面临财政硬约束。他们把这种有利于经济发展的政治制度定义为“市场保护型联邦制”(Market-Preserving Federalism,下文简称市场联邦制)。在经验上,上述主张者用历史上的一些案例来论证他们的理论模型——包括 16-17 世纪的荷兰、17-19 世纪的英格兰、19-20 世纪的美国和改革开放以后的中国。这个概念也得到了其他一些学者直接或者间接的支持。针对中国,林毅夫和刘志强发现财政分权提高了省级人均 GDP 的增长率。

Francis Fukuyama, *State building: governance and world order in the 21st century*, Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 2004.

Barry R. Weingast, “The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 11, No. 1 (Apr., 1995), pp. 1-31.

因为疆域大小差异和历史原因,不同国家的政府层级也不一样。为了分析的方便,本文所指的地方政府一概指中央政府之下的省级政府,比如中国的省和美国的州政府。

参见 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Chicago: University of Chicago Press, 2000, pp. 149-152; Friedrich A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Chicago: University of Chicago Press, 1948; Charles M. Tiebout, “A Pure Theory of Local Expenditures”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 64, No. 5 (Oct., 1956), pp. 416-424; 以及 Wallace E. Oates, “An Essay on Fiscal Federalism”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 37, No. 3 (Sep., 1999), pp. 1120-1149.

参见 Barry R. Weingast, 1995; Yingyi Qian and Barry R. Weingast, “China’s Transition to Markets: Market-Preserving Federalism, Chinese Style”, *Journal of Policy Reform*, 1996, 1, pp. 149-185; Hehui Jin, Yingyi Qian, and Barry R. Weingast, “Regional Decentralization and Fiscal Incentives: Federalism, Chinese Style”, *Journal of Public Economics*, 2005, Vol. 89, pp. 1719-1742; Ronald I. McKinnon, “The Logic of Market-Preserving Federalism”, 83 Va. L. Rev. (1997). 1573.

Barry R. Weingast, 1995, p. 3.

参见 Ronald I. McKinnon, 1997; Pranab Bardhan, “Decentralization of Governance and Development”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 16, No. 4 (Autumn, 2002), pp. 185-205.

Justin Yifu Lin and Zhiqiang Liu, “Fiscal Decentralization and Economic Growth in China”, *Economic Development and Cultural Change*, Vol. 49, No. 1 (Oct., 2000), pp. 1-21.

但是,分权和市场联邦制之下的政府干预是否有利于市场发展这个命题,无论在理论还是经验上都饱受争议。首先,即便是最理想的联邦制,依然存在制度性的缺陷,其中包括:第一,地区间竞争存在负面的外部性,比如一个地方为了增加本地福利而把成本转嫁给其他地区;第二,如果中央政府不进行地区间财政转移,很容易出现地区间的不均衡发展。其次,同笼统谈政府角色一样,地方间竞争要发挥应有的作用,也有语境的问题,也即必须依赖于其他一些制度前提。这些制度前提包括居民和市场要素的可流动性、不存在地区之间的信息不对称以及中央和地方政府的治理能力相当等。但是,在现实中,这些假设往往是不成立的。更为吊诡的是,有些制度前提,往往需要强有力的中央干预才能实现。因此,有学者主张,分权不得当的话,联邦制不但不会增加经济效用,反而会降低经济效用。在经验研究上,一些发现也质疑财政分权促进经济发展的假设。比如,邹恒甫等人对46个国家的研究,主张财政分权在发展中国家对经济发展的负作用。

从这个意义讲,在处理市场建设和政府干预问题上,处处充满陷阱和悖论。一个政策主张和制度设计往往可能在一个环节上起了正面作用,但是在另一个上却起了反作用。因此,在制度设计上,没有一劳永逸的方针,却有通盘考虑的必要性。在本文中,我们着重提醒决策者要注意的是另一个同政府与市场关系和地方分权相关的制度悖论:一个足够自主和强大,能够制定有利于本地市场发展的地方政府,也往往是足够自主和强大,如此能够给国内地区间贸易设置壁垒和其他地区市场发展带来外部性的地方政府。在我们看来,这是地方分权的根本性制度悖论。诚如所谓第二代财政联邦制学者所强调的一样,我们不能假设当政者总是有“为人民服务”的公心。退一步说,即使地方官员在财政分权和责任机制的制约之下有服务于本地经济体的动机和公心,这也可能成

为加害于他地经济体的动机和私心。如果再用“手”来打比方的话,地方政府对市场的干预,往往是一只不公正的“手”,一只厚此薄彼的“手”。

针对这个问题,市场联邦制的作者们已有思考。在理论模型里,他们提到“中央政府有责任建设国内统一市场并确保市场要素在地方之间的自由流动”。但问题是,如何保证中央政府既有这个功能又不过于强大而侵害了地方政府决策的自主和独立?在给定的语境之下,中央政府是否有足够的力量来保证统一市场建设呢?如果不是的话,在市场兴起的阶段,是否有同时进行地方分权和中央集权的必要呢?如果同时进行分权和集权,中央政府是通过行政、立法,还是司法集权来确保国内统一市场的发展?

对这些问题的回答,不仅在理论上有助于我们反思分权/市场联邦制这样一种思路,更在实践上提醒决策者避免过于简单化的制度改革方向。本文的随后部分将通过19世纪美国市场建设的例子来演示上述分权的根本制度悖论;并且,我们将通过经验的描述来证实司法的国家化/中央集权是如何既能克服国内统一市场的壁垒,又避免中央政府的过度干预问题。在文字组织上,我们先描述19世纪美国州政府在市场发展中的双重功能。然后,我们再讨论联邦法院如何通过商法国家化来克服国内统一市场壁垒的。最后,我们会讨论美国研究对于当代中国市场建设的借鉴意义。

二、地方政府与市场建设

上文提到,在理论上,地方间竞争对于市场发展有两面性。一方面,为了增加财政收入和改善本地居民社会福利而展开的竞争,会促使地方政府建设更加保护财产权利和其他有利于市场发展的制度环境。但另一方面,在同样的动机刺激之下,地方政府会对外地的个人或者经济组织施加额外的交易成本。对市场施加这两种作用,都取

Larry Ribstein and Bruce Kobayashi, "Introduction", in Ribstein and Kobayashi eds., *Economics of Federalism*, Northampton, M. A.: Edward Elgar, 2007, pp. xi-xxvii.

Charles M. Tiebout, 1956; Pranab Bardhan, 2002.

Jonathan Rodden and Susan Rose-Ackerman, 1997, "Does Federalism Preserve Markets?" 83 *Va. L. Rev.* (1997), p. 1572.

Hamid Davoodi and Heng-fu Zou, "Fiscal Decentralization and Economic Growth: A Cross-Country Study", *Journal of Urban Economics* 43, 1998, pp. 244 - 257.

Wallace Oates, "Toward a Second-Generation Theory of Fiscal Federalism", *International Tax and Public Finance*, Vol. 12, 2005, pp. 349 - 373.

决于地方政府具有相对独立的经济决策权力。19世纪的美国,正好展示了这种境况:州政府的干预主义以及由此对市场建设产生的两重效应。我们在下文分别讨论。

分权与州政府的积极干预主义

19世纪的美国是典型的分权政体。制定1787年宪法的国父们只把少数同货币政策和州际贸易相关的经济监管权力给了联邦政府,而绝大部分的公共权力则保留在州政府手中。尽管这个宪法架构在内战以后经历了明显的联邦政府扩权阶段,但总体而言,19世纪的美国经济发展是在“小中央、大地方”的架构下进行的。

相对于联邦政府来说是“大”的州政府,在市场干预中,也是强势政府。在经济史领域,最近几十年对19世纪美国政府与市场关系的研究纠正了之前一个认识误区。传统上,人们认为,在19世纪末之前,美国政府奉行了典型的“自由放任主义”,也即政府在经济发展中扮演了所谓的“守夜人”角色。但是,像Oscar Handlin, Louis Hartz, Carter Godrich和Milton Heath等人在二战以后对地区经济的研究发现,几乎所有的州都奉行“干预主义”的政策,以前所谓的“放任自由主义”是不存在的。Robert A. Lively对这些经济史学者的发现归纳为:“公共官员替代了私人企业家成为释放资本能量的主要推手;公共财政而不是私人储蓄是投资的主要来源;社区规划压倒了私人野心成为本地经济的宏大目标。公私混合所有制的企业是推动创新的通行经济组织形式。而且,或为计划者,或为推动者,或为投资者,或为监管者,政府

无处不在。”在法律史领域,学者们也得出了类似的结论。

内战之前,上述“大”而“强”的地方政府对本地市场发展的干预是非常显著的。这主要体现在如下五个方面:第一,几乎每个州政府都把大量的公共财产根据裙带关系分配给个人、团体或下级政府。这些公共财产包括有形和无形的财产利益。这最典型地体现在,政府把公有土地和其他自然资源廉价或者无偿私有化。其次,相关地,州政府赋予个人和团体大量的经济特许和豁免权利。这又典型地体现在赋予本地注册公司特许经营权,帮助少数个人或经济组织垄断本地市场。再次,州政府大量投资于基础设施建设。其中最为典型的是投资入股各种类型的交通运输企业。第四,州当局通过判例法和制定法来定义或者重新定义产权制度,如此以推动“先进生产力”——工业和商业企业的发展。最后,州政府操控传统的税收和警察权力,来左右本地市场发展的环境。

州政府与本地企业:政府干预市场的“多面手”

那么,什么样的个人或者团体从政府干预中得到了什么样的利益?这种利害关系同市场建设存在什么样的关联?当带着这些问题去观察上述干预主义的市场效应之时,我们便发现州政府角色的双重性。

首先,通过公司注册的特定制程序,地方政府把公共利益同本地公司利益捆绑在一起,并通过公共权力来帮助这些企业的发展。由此,我们可以明显地看到政府在干预市场中所提供的“帮助之手”。

美国宪法第一条第八款关于议会权限的规定明确了联邦政府监管经济的权力。同时,尽管宪法没有明确规定州政府的权限,但第十修正案的“保留条款”确定,对于宪法中没有明确授权或者禁止的权力,保留给州政府或者人民行使。

在这里,我们先只探讨作为一个整体的联邦政府。作为整体,美国联邦政府在19世纪对经济的干预是非常微弱的。但是,在联邦政府之内,联邦的司法系统却显现了同行政和立法系统不一样的活跃。我们将在后文着重探讨联邦司法系统对市场的干预。

Robert A. Lively, “The American System: A review article”, *The Business History Review*, Vol. 29, No. 1 (Mar., 1955), pp. 81 - 96.

Robert A. Lively, 1955, p. 81.

James Willard Hurst, *Law and Economic Growth: The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin 1836—1915*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1964; Harry N. Scheiber, “State Law and ‘Industrial Policy’ in American Development, 1790 - 1987”, 75 *Cal. L. Rev.* (1987a), p. 415; Harry N. Scheiber, *Ohio Canal Era: A Case Study of Government and the Economy, 1820—1861*, Athens: Ohio University Press, 1987b.

Harry N. Scheiber, “Federalism and the American Economic Order, pp. 1789 - 1910”, *Law & Society Review*, Vol. 10, No. 1, *Essays in Honor of J. Willard Hurst: Part One*, (Autumn, 1975), pp. 88 - 96.

要分析个中的机制,我们还必须简单说明一下美国公司法制度和公司经济。就美国公司法制度而言,至今为止,它的最大特点之一是受制于分权的宪政架构,批准公司注册的权利原则上保留给州政府行使。从建国到19世纪三四十年代,美国通行的是“特别立法注册制度”(Special Chartering System)。也即,公司必须经所在地的州议会通过一部专门法律才能注册成立。在这种制度之下,由于注册公司真实的或者声称的公共服务性,它们通常会获得州议会所授予的特许权利。这些特许权利包括本地市场部分乃至全部的经营垄断权、减免税收和征收土地的特权。但作为条件,州当局通常保留单方面或者附期限注销该公司的权力,以及新增附加条件的可能性,或者直接入股的权利。因为这种政府与注册公司之间的“你中有我、我中有你”的关系,部分学者索性把当时的公司视为准政府机构而不是私营部门。

在19世纪的上半叶,美国各州的本地市场几乎是在这样一种(地方)政府-企业关系模式下得到发展的。对于注册公司而言,它们至少可以从如下两个方面获得利益。第一,相比较于其他形式经济组织而言,公司这个形式更易于融资。因此,企业家通常把公司注册视为参与市场竞争的有效方式。其次,注册公司可以从政府赋予的特权获取巨额利益。如此,我们不难理解,从该世纪初到1870年的几十年间,注册公司迅速地由端倪状态发展到美国经济的主导组织形式。

但是,地方政府的这种干预,也有巨大的负外

部性。在辖区之内,即使对那些通过注册获取特权的公司来说,这种政府-企业关系也意味着很高的入市门槛。早期的公司注册通常不给予公司永久存续的地位,大部分公司注册人也被剥夺了有限责任。以银行业为例,“许多注册为公司的银行自一开始就举步维艰,因为它们不得不去兑现为了获取注册资格为许下的不合理承诺。”此外,在整体上而言,这种把注册公司视为特权的制度,严重地妨碍了自由竞争的精神。在很大程度上,通过特别立法去注册公司的制度总是伴随着腐败——制度化的腐败。对于政客们而言,通过立法批准公司成立的权力,是他们帮助政治盟友和打击敌对势力的重要武器。在这种制度之下,非公司的经济组织——通常是中小企业——常常处于竞争的劣势状态。由此可见,即便是对于本地的经济组织而言,拥有自主决策权力的地方政府总非提供“帮助之手”。

州政府与外地企业:政府干预市场的“攫取之手”

在分权决策和财政硬约束之下,19世纪美国的州政府帮助本地企业发展和建设本地市场的努力,只是问题的一方面。另一方面,在同样的竞争机制之下,州政府几乎没有例外地提高外地企业进入本州市场的门槛,设置贸易壁垒,如此妨害了美国国内统一市场的发展。州政府在统一市场建设中的负面作用,不仅体现美国当时各州政客、商人和居民在日常生活中“排外主义”的意识形态,更体现在制度安排层面。^⑩

首先,税收是美国州政府用来对付外来企业

Oscar Handlin and Mary F. Handlin, "Origins of the American Business Corporation", *The Journal of Economic History*, Vol. 5, No. 1 (May, 1945), pp. 1 - 23; James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States, 1780 - 1970*, Charlottesville, the University Press of Virginia, 1970, pp. 13 - 57.

Henry N. Butler, "Nineteenth-Century Jurisdictional Competition in the Granting of Corporate Privileges", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1985), pp. 129 - 166.

Oscar Handlin and Mary F. Handlin, 1945, p. 22.

Carter Goddard, 1968, "State in, State Out-A Pattern of Development Policy", *Journal of Economic Issues*, Vol. 2, Iss. 000004, pp. 365 - 383.

Henry N. Butler, 1985, p. 139.

Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*, 2nd Edition, New York: Simon & Schuster, 1985, p. 511.

Henry N. Butler, 1985, p. 139.

F. Ward McCarthy Jr., "The Evolution of the Bank Regulatory Structure: A Reappraisal", *Federal Reserve Bank of Richmond Economic Review*, 1984, Issue Mar/Apr., p. 7.

John Joseph Wallis, "The Concept of Systematic Corruption in American History", in Edward L. Glaeser & Claudia Goldin eds., *Corruption and Reform: Lessons from America's economic history*, p. 43.

⑩ Harry N. Scheiber, "Xenophobia and Parochialism in the History of American Legal Process: from the Jacksonian Era to the Sagebrush Rebellion", *William and Mary Law Review*, Vol. 23 (1981), pp. 625 - 621.

的重要杠杆之一。对外地公司企业征收额外的营业税,是几乎所有州当局的贸易武器。在当时,很多企业坐落在东部或者大城市,但它们的销售网络辐射到全国各地。一些从事贸易的个人,通过代理这些企业,以类似厂家直销的方式在各州从事销售活动。因为这些外来企业或者它们的代理人有明显的比较竞争优势,也因此能够在竞争中战胜本地经营者。对此,一些州当局对他们征收额外税,以扭转本地企业的竞争劣势,甚至驱赶他们。这种税收杠杆也明显地被应运到交通运输行业上去,体现为外地商人到本地经商或者经过本地的“买路钱”。

其次,各州政府除了通过支持本地企业来对本地市场实现实质上的垄断以外,州政府还专门立法规定某种行业本地企业的法理垄断,排除他州企业在本地从事商业活动的可能性。在金融业上,这种排他性尤为明显。例如,一些州对他州公司前来从事金融业务的人员施加刑事处罚。

再次,在内战前夕,在(本州)债务人同(他州)债权人诉讼上,一些州立法机构甚至通过关闭法院或修改相关法律的做法来避免债权人赢得诉讼。一个例子是,在19世纪30年代,阿拉巴马州试图通过一部法律来否认所有本州当事人同外州当事人签订的合同,以保护当地利益。更有甚者,诸如肯塔基州,立法机构专门成立一个新的司法系统来保护本地的债务人利益,同时旧的司法体系还在起作用——同样为了保护本地当事人利益。

又次,在美国建国的时候,建国者们意识到了地方保护主义的危害性和现实性,因此授权联邦法院介入不同州公民之间诉讼的管辖权。这个制度是多元管辖权。然而,为了规避联邦法院利用多元管辖权以介入本地企业同外地企业纠纷的可能性,一些州政府对外地企业附加苛刻的准入门

槛:迫使它们承诺不会到联邦法院起诉或者不许申请移送案件到联邦法院。

最后,19世纪美国的州司法系统在市场建设中的角色,同上面笼统提到的政府角色是一致的。一方面,州司法系统的法官,非常积极地利用法律工具去促进企业和市场的发展。这种角色通常体现在法官如何解释财产权利上——当财产权利不清晰或者有冲突时,法官总是倾向于有利于企业发展和市场建设的解释。然而,在保护外地企业权利上,州的司法系统并不可靠。相反,本地法院只会忠实地执行本地的歧视性法律和政策。这很大程度上是因为州司法系统并不独立于本地利益。州法院的法官,要么是由州的行政当局或者立法机构任命,要么由本州居民选举产生。这两种渠道都不足以让法官独立于地方利益。

综上所述,我们看到地方政府在市场建设中的双重角色。在对待本地企业发展和地方性市场建设方面,19世纪美国的州政府总体上扮演了推动者的角色。而在对待外地企业从事本地业务以及国内共同市场建设上,美国的州政府又扮演了妨碍者的角色。

三、地方竞争与本地市场自由化

上文证实了地方分权的两面性。强势地方政府在为本地市场发展提供便利之时,在两个方面对自由市场发展设置了障碍:通过特别立法注册制度为本地非公司经济组织设置了额外的竞争成本,以及通过全面的经济监管权力为外地经济组织进入本地市场设置额外的竞争成本。那么,美国又是怎样克服这两种经济不自由的?总的说来,一方面,部分因为财政硬约束和地方间竞争,诸州最终在19世纪70年代以后全面取缔了特别立法注册制度,并代之以相对自由的注册制度。但是,地方间竞争并不能解决地方政府歧视外地

Stanley C. Hollander, "Nineteenth Century Antidrummer Legislation in the U. S.", *Business History Review*, XXXVIII, 1964, p. 479; Tony A. Freyer, "The Federal Courts, Localism, and the National Economy, 1865—1900", *Business History Review*, Vol. 53, No. 3 (Autumn, 1979a), pp. 343 - 363.

Harry N. Scheiber, 1981, pp. 647 - 648.

Gerard Card Henderson, *The Position of Foreign Corporations in American Constitutional Law: a contribution to the history and theory of juristic persons in Anglo-American law*, Union, N.J.: Lawbook Exchange, 1999, pp. 101—102.

Tony A. Freyer, *Forums of Order: the Federal Courts and Business in American History*, Greenwich, Conn.: JAI Press, 1979b, p. 11.

Tony A. Freyer, 1979a, p. 350; Tony A. Freyer, 1979b, pp. 104—106; Gerard Carl Henderson, 1999, p. 106.

Harry N. Scheiber, 1987a; Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780—1860*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

企业的问题。相反,国内统一市场的壁垒,只有通过不断自我壮大的联邦司法系统才得以逐步解决。这两个过程几乎是同步进行的,也是互为补充的:地方间竞争帮助克服本地市场的不自由,国家法院的干预克服了国内统一市场的不自由。在这个小节中,我们只讨论前者。

前文提到,在19世纪上半叶,诸州几乎通行利用特别立法来批准公司注册。但早在1811年,纽约州就已经有了一般立法注册制度(General Incorporating System)的实践。所谓的一般立法注册制度,是指由州议会制定法律,规定公司注册的一般性要求。经济组织只要符合这些一般性要求,便可经由当局批准成立为注册公司,而无需专门立法批准。但是,在世纪初,部分由于这种制度更多适用于小型公司和授予注册公司较少的特权,它在现实中影响远远不如特别立法注册制度。当时,它只是作为一种制度雏形初现的。

直到19世纪30年代末的经济萧条以后,一般立法公司注册制度才浮出台面,为越来越多的州所采纳。然而,诸州对新制度的接受,并不意味着马上取缔了旧制度。大约从40年代到70年代末,美国的公司注册制度经历了“双轨制”时代,也即特别和一般立法注册制度同时存在的时代。直到1880年前后,美国几乎所有的州才都以修宪的方式禁止使用特别立法来注册公司。在那以后,一般立法公司注册制度才大行其道。

上述公司注册制度嬗变,对于政府与市场关系和经济发展而言,意义是重大的。特别立法公司注册制度体现了典型的干预主义,而一般立法公司注册制度则反映了政府退却为市场的“守夜人”。其结果是双重的,本地公民有相对平等的机会注册公司,而且公司本身也不再拥有特权。法律史学者James Willard Hurst把这个转变称为“从特权到普遍效用”的革命。

那么问题是,这个革命性转变的原因是什么?大致有二。第一个原因是特许立法公司注册制度

的固有弊端导致日益强烈的反对声音。这个制度至少有如下三个方面的缺点:注册所需的时间和精力成本极高、严重的寻租和腐败和它对自由竞争的损害。这些问题,一直为人们所微词。19世纪30年代末的经济萧条,导致了各州普遍的公共财政危机。在这个背景之下,人们对特许立法公司注册制度的攻击无可复加。在1860至1900年间,几乎没有州的修宪会议不把如何改进公司注册制度以及杜绝滥用批准公司注册权力当作重要议题。在这种强烈的反对声音之下,各州议会都面临着改进公司注册制度的压力。

第二个原因是日益强化的地方间竞争压力。美国的州际竞争,素来有之。建国前后,州与州之间的竞争,尽管在个案上很显著,但对市场建设并没有太显著的全面影响。其原因在于,在1800年前后,美国的经济很大程度上依赖于州内的地方市场发展。当时,绝大部分的公司企业规模较少,多为从事州内业务。因此,在改善公司法制上,尽管存在理论上的州际竞争的压力,事实上诸州还是垄断了本州的政策市场。

但是,这种局面很快有了根本性的改变。第一,随着技术的不断革新和公共运输的快速发展,地区之间的地理边界变得越来越不重要。加上人口的快速增长和国内频繁的人口迁移与拓荒,一个全国性的市场慢慢成长。第二,在内战之前,外州公司在美国宪法中的地位并不清楚。正如前文提到的,外州公司从事本地业务总是面临着政策风险。但是,1869年的Paul v. Virginia案引发了革命性的突破。这个案件的核心问题是,弗吉尼亚州是否可以对外州从事本地保险业务的公司施加诸多限制,而这种措施却不会施加在本州保险公司之上?这显然是一个典型的政策性歧视问题。在判决中,联邦最高法院对州政府干预外地企业的权力从正反两方面予以了回答。首先,最高法院肯定弗吉尼亚州对外地保险公司施加限制的合宪性。其理由是,外地公司不是宪法意义上

Henry N. Butler, 1985, p. 143.

John Joseph Wallis, "Constitutions, Corporations, and Corruption: American States and Constitutional Change, 1842 to 1852", *The Journal of Economic History*, Vol. 65, No. 1 (March, 2005), pp. 211 - 256.

Henry N. Butler, 1985.

James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States*, Clark, N. J.: Lawbook Exchange, 2004, pp. 1780 - 1970.

John Joseph Wallis, 2005.

Lawrence M. Friedman, 1985, p. 511; Henry N. Butler, 1985, p. 149.

Henry N. Butler, 1985, pp. 151 - 152.

的公民,所以不受第十四修正案的保护;同时,也因为出售保险并非是州际贸易,联邦政府无从干涉。但是,在同时,最高法院也明确指出,如果被施加限制的外地公司从事的是州际贸易,那么这种限制便是违宪。这个判决对美国公司法发展的影响是非常显著的:一旦从事州际贸易的权利得到宪法保障,企业便可以选择最佳制度环境的州注册而不影响其从事跨州业务。最后,随着经济的发展,越来越多的企业寻求注册为公司的渠道。对公司征收注册费和营业税,则又成为一项重要的公共财政来源。对于一些没有太多禀赋要素的州来说,通过制度改革来寻求竞争力和额外的收入,又显得尤为重要。19世纪下半叶的新泽西州便是通过改革公司注册制度来改善财政收入的领头羊。

当诸州在公司立法上相互竞争成为现实,而且改善制度有利于提高本州公共财政之时,特别立法公司注册制度相继在各州被一般立法公司注册制度所取代,直到最后被修宪禁止。在19世纪80年代以后,就是否以公司方式参与市场,基本上就取决于个人和经济组织的自我选择了。尽管从事州际贸易还存在这样或者那样的壁垒,就本州而言,人们可以相对自由地参与市场竞争。

上述两个促进公司注册制度变迁的原因是关联而且互补的。人们对特别立法注册的攻击和对市场进入自由的呼吁,是制度变革的需求方面。而在财政硬约束的条件下,诸州政府为了吸引更多的注册公司所进行的改革,又表现了制度变革的供给方面。这两个方面结合起来,印证了 Albert O. Hirschman 的理论:联邦制的一个好处是公民可以通过“用手投票”或者/和“用脚投票”的武器来迫使一个地方政府改善它的政策。在这个意义上讲,美国19世纪公司法的发展部分证实

了市场联邦制的基本原理。

四、国家司法干预与统一市场自由化

然而,地方竞争迫使地方政府改善辖区之内的经济政策,并没有缓解国内统一市场发展的不自由问题。当诸州在致力解决本地市场不自由的问题时,以联邦法院为代表的国家机器也慢慢热身来克服州际贸易的壁垒。在理论上,这个过程可以追溯到美国建国时期。美国国父们,尤其是联邦党人,已经清楚地意识到,过强的地方政治和地方保护主义将是国家利益的敌人。因此,在妥协的前提下,美国宪法授予了联邦政府介入市场的州际贸易条款和联邦法院进行多元管辖的条款。简单说来,前者赋予联邦政府同跨州经济事务相关的任何“必要和合适的”监管权力;后者则是在不排斥州法院管辖权的前提下,赋予联邦法院对跨州诉讼进行管辖以克服司法地方保护主义的权力。但是,只有等到联邦法院事实上取得了违宪审查权力并采取司法积极主义介入经济发展之后,这两个条款才有了现实意义。对于后一个条款而言,联邦法院自身的组织建设不可或缺。在这个意义上讲,19世纪美国为了克服国内统一市场不自由的努力,也是国家(司法)权力扩张的过程和商业法制国家化的过程。对此,我们在下文做些阐释。

首先应当说,美国国内统一市场的发端,同法律制度并没有直接的关联。19世纪初发生的技术革命则是最根本原因。技术发展带来了两个结果。其一,全国性大公司因为技术的发展才有了可能和需求。这又集中体现在铁道发展上。在内战前后,美国铁路的快速发展,导致了大型铁道公司的出现;而运输的便利,使得其他相关的企业迅

Harry G. Henn, *Handbook of the Law of Corporations and other Business Enterprises*, St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1970, p. 19.

Harry G. Henn, 1970, p. 19.

关于新泽西州的财政困境导致该州公司法创新的论述,参见 Harold W. Stoke, “Economic Influence Upon the Corporation Laws of New Jersey”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 38, No. 5 (1930), pp. 551 - 579; 以及 John William Cadman, *The Corporation in New Jersey: business and politics, 1791—1875*, Cambridge: Harvard University Press, 1949. 关于州际竞争如何促进美国公司法改良的论证,请参见 Roberta Romano, “The States as Laboratory: Legal Innovation and State Competition for Corporate Charters”, *23 Yale J. on Reg* (2006). p. 209.

Henry N. Butler, 1985.

Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, MASS: Harvard University Press, 1970.

速地做大。与此相关的是,美国贸易方式发生了根本性的变革。在19世纪初之前,美国的市场是非常地方性的;而从事贸易的人通常是什么都卖但规模小的全能商人。在19世纪初,这种形式的商人逐渐让位给专业化的代理商。第二次转型发生在内战前后:在这个时期,专业化的中间商又逐步让位给专门从事贸易的大型公司企业。而内战之后一直延伸到“罗斯福新政”时期,这些公司内部结构发生了根本性转变,形成了内部结构严密、分工清楚、具有现代公司治理结构的大企业。

伴随着贸易人转变的是贸易规则。在传统的全能商人甚至后来的专业商人时代,贸易物种类相对不多,贸易人圈子也相对不大。在某种意义上讲,这个圈子是个“熟人社会”,因此可以遵循熟人社会的游戏规则:彼此相熟就是信用工具;发生纠纷时,圈子人内部可以解决——商人们有自己人组成、勿需法律人的仲裁法庭。然而,当贸易企业成为国内贸易尤其是州际贸易的主流时,熟人社会规则不再盛行,法院逐渐介入贸易纠纷。

但是,当法院介入州际贸易时,问题随之而来。首先,受到前文所述公司法律制度的限制,外州公司从事州际贸易的资格——尤其是宪法意义上的“美国公民”资格——受到限制。外州的经济组织,在本州从事业务时普遍没有“州民待遇”。因此,在宪法意义上给予所有美国企业以平等保护,是联邦政府亟需解决的市场建设问题。其次,美国各州有自己的法律规则和判例。在发生纠纷时,适用法律是个大问题。基于宪法的授权,联邦法院尽管在程序上对这类纠纷有管辖权,但由于没有“美国统一商业法”,最后还是面临实体规则的选择问题。再次,即便联邦法院有进行多元管辖的权力,但宪法并没有剥夺州法院对同类案件的管辖权。换句话说,宪法只是给了联邦政府介入州际贸易纠纷的可能性,而不是必然性。在现实中,就像我们在前文提到的,州当局会通过种种途径来限制外地当事人到联邦法院寻求救济的可能性。因此,在制度设计上如何保证外地企业选择多元管辖,也是根本性的。

那么上述问题是如何解决的?首先,就公司

从事跨州业务而言,联邦最高法院通过一系列的判例学说逐步地解决了外州企业从事州际贸易的“公民资格”问题,为参与国内统一市场竞争的市场主体提供了宪法意义上的平等保护。在1838年的 *Augusta v. Earle* 案中,最高法院首席大法官 Taney 在附和主流意见中提到,尽管一个公司在注册州之外没有存在的法理基础,但是在没有明示的情况下,州当局不得任意排斥外州公司在本地从事业务的代理人。通过这个案例, Taney 本人试图借用国际法上的“礼让”(Comity)理论来阐释诸州应当尊重外州公司企业的道理。在之后几十年,联邦法院又作了一系列的努力去保护外地公司的宪法地位——尽管立场是不稳定的,保护也是不彻底的。只有等到20世纪初,外地公司的宪法地位才真正从如下两个方面得以落实:(1)最高法院确立了州当局排斥外地公司的违宪条件,其中包括不可以强制外州公司放弃申请移送管辖的权利;以及(2)在一定条件下,外地公司像自然人一样受到第十四修正案正当程序条款的保护。这样,从建国以后大约经历了一个多世纪,美国公司才在参与市场中获得了类似于自然人的“美国公民资格”。就发生州际贸易纠纷的联邦司法管辖问题,其演变也是长期而复杂的。1787年宪法授权联邦法院进行多元管辖权。随后的1789年司法法案对此进行了细化,并确认多元管辖只是选择性而非强制性的。当时,只有对纠纷标的超过500美金的案件,联邦法院才可以动用多元管辖权。这个制度架构在此后的一个世纪,基本没有什么改变——期间,1887年的司法法案把上述标的提高到2000美金。

与此同时,为了配合多元管辖的使用,1789年的司法法案还规定了一种叫“申请移送管辖”(removal)的程序:为了避免地方保护主义,在满足多元管辖规定的前提下,一个在本州法院系统被起诉的他州公民可以申请把这个案件移送到联邦法院进行管辖。此后几十年,尽管一些特别法规对这道程序有了一些补充,但是没有太多的更改。但是,在国家主义的影响下,1867年的地方

Alfred D. Chandler, *The Visible Hand: the managerial revolution in American business*, Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1977.

Tony A. Freyer, 1979b, p. xvii.

Tony A. Freyer, 1979b, pp. 11 - 12.

Gerard Carl Henderson, 1999, pp. 42 - 48.

Gerard Carl Henderson, 1999, p. 111.

偏见法案(The Local Prejudice Act of 1867)对这道程序作了很大扩张:在州法院诉讼的任何一方,只要宣誓可能在州法院得到歧视性的判决,便可以申请移送管辖。这个规定在 1875 年的管辖与移送法案(The Jurisdiction and Removal Act of 1875)更是得到了强化:(1)允许任何一方当事人申请移送;(2)尽管部分当事人为同州公民,但如果真实争议发生在不同州公民之间,便并可申请全案移送;(3)不管当事人身份如何,只要涉及联邦问题,便可申请移送管辖;以及(4)明确联邦地区法院和上诉法院的被申请移送管辖的权力。

在这个制度架构之下,在整个 19 世纪,针对公司企业的多元管辖权和移送管辖权也有了实质性的演变。联邦法官,在整体上,对公司经济是非常友好的,也乐意动用司法权力去帮助经济发展。尽管在建国伊始,公司不拥有自然人一样的公民资格去动用申请移送管辖的权利,但很快这种权利便得到了法理和事实上的承认。这种变化,大约经历了如下几个阶段:在 19 世纪 40 年代,最高法院认定公司可以基于多元管辖到联邦法院进行诉讼的权利。在 70 年代,最高法院在 *Railroad Company v. Harris* 案中认定,联邦法院可以审理涉及辖区以外公司的案件。之后不久,在 1877 年的 *Ex parte Schollenberger* 案中,最高法院又确立了联邦法院审理公司移送管辖案件的原则。这一发展对于公司来说非常关键,因为公司原则上可以在注册州之外的任何地方申请移送管辖。接着,1896 年的 *St. Louis and San Francisco Railway Co. v. James* 案又有了重大发展。在此之前,一些州的立法规定,外地注册公司如果拥有本地股东,则具有本地公民资格。也就是说,在特定州注册的公司可以因为股东的多元性而拥有“多重州民资格”。在各州看来,此举目的是以承认外地公司的本地公民身份,来排斥外地公司动用申请移送管辖权的机会。最高法院在 *James* 案的判决中,杜绝了上述“多重州民资格”的做法,以保证外地

公司行使申请移送管辖的权利的。

在上述诉讼程序改革的同时,就实体法选择而言,1842 年的 *Swift v. Tyson* 案是革命性转变的标志。在本案中,联邦最高法院的所有法官一致认为,美国不仅存在基于普通法基础之上的“统一商业法”,联邦法院在处理案件中可以根据这种统一商业法而不是地方性的法律和判例来处理州际贸易中的纠纷。尽管最高法院的大法官们分别来自支持扩张联邦权力的联邦党人和反对如此的民主党人,他们取得了共识:在国内统一市场建设中,资本和信用的流通依赖于良好的银行系统和统一的商业法律规则。

至此,我们在前文提到的三个问题,基本上已经得到了解决。那么,这些措施对于美国国内统一市场建设的实际效果如何?历史经验显示,其正面影响是显著的。我们可以从两个纬度加以证明。首先,联邦法官总是乐意裁定有地方保护主义倾向的州行政、立法和司法行为无效乃至违宪。其次,外地公司很愿意动用移送管辖请求联邦法院的救济。

现在,我们有必要小结一下。美国宪法在制定伊始,就已经确定了联邦政府针对国内统一市场建设的制度框架。后续的发展是立足于这个制度框架,而又有动态的发展。这首先表现在联邦司法系统的自我扩张,其典型又是联邦最高法院对诸如违宪审查权的“篡夺”。其次,联邦最高法院通过判例来确定“无中生有”的统一商法,如此以规范国内统一市场的交易规则。再次,更为具体的是,联邦法院又通过案例逐步为从事州际贸易的公司赢得在非注册地的执业和诉讼资格。最后,当发生跨州纠纷时,为了消除地方保护主义的弊端,联邦政府通过强化多元管辖权这个制度来为个人和公司企业提供救济的渠道。因为这样,在 19 世纪,美国的商法在法理和司法层面都发生了明显的国家化趋势。这种通过商法国家化的中央集权,为美国的国内统一市场建设提供了重要

William M. Wiecek, "The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863—1875", *The American Journal of Legal History*, Vol. 13, No. 4 (Oct., 1969), pp. 333 - 359.

M.J. Horwitz, 1977.

Edward A. Purcell, Jr., *Litigation and Inequality: Federal Diversity Jurisdiction in Industrial America, 1870—1958*, New York and Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 13 - 27.

Tony A. Freyer, 1979b, p. 86.

Tony A. Freyer, 1979.

Lawrence M. Friedman, "Civil Wrongs: Personal Injury Law in the Late 19th Century", *American Bar Foundation Research Journal*, 1987, pp. 357 - 378; Edward A. Purcell, Jr., 1992, pp. 21 - 22.

的制度保障,也成为地方竞争促进市场发展这个机制的重要补充。

五、小结:美国经验与中国问题

从上文对19世纪美国市场建设经验的分析,我们至少可以得出如下结论。第一,分权是个好东西,但并非完美。分权和竞争对于地方市场建设具有积极面,但市场联邦制的倡导者看到了问题的另一面——地方对于国内统一市场建设具有消极面。第二,联邦政府应当承担监管国内统一市场的功能,但我们不可以简单地假设这种功能的存在。美国最高法院对于市场发展的帮助,是在动态的中央集权过程中得以实现的。正如Wallace Oates所观察到的,分权之所以能够起作用,在很大程度上因为存在一个强有力的中央政府。为了克服分权的黑暗面,在分权框架之内,需要一定程度的中央集权。如果要把这种现象概念化的话,我们不妨称之为“分权架构之下的中央集权”,以区别于前文政治经济学者所倡导的一揽子分权建议,或者另一些主张中央全面再集权的建议。第三,市场发展具有强烈的语境性。19世纪美国的市场建设,伴随着技术的发展,贸易模式的转变,商业组织的变革,以及法治的发展和法院系统的现代化。这些结构性的变迁,有同中央—地方关系直接关联的,也有无关的。因此,就探讨分权是否通过竞争机制来促进经济发展而言,我们需要分析更多的变量因素。

这些19世纪美国市场建设的经验对于进行中的中国市场建设,是有现实意义的——这也是

市场联邦制的理论贡献之一。回顾美国的历史,再细查中国的现实,我们不难发现两者的高度相似性。第一,地方政府在经济发展中的强大功能。这特别体现为政府—企业关系和土地征收政策上——我们不妨称之为“地方政府公司化”。第二,在本地利益驱动之下,地方当局呈现出强烈的保护主义倾向,包括行政性和司法性的保护。就司法的地方保护主义而言,地方政府同企业的关系是一个非常重要的因素。在中国,研究表明,国企更倾向利用其同地方政府的良好关系来赢得本地司法的袒护。地方保护主义是当前中国国内统一市场建设的重大壁垒。而对于依赖国际市场到了极致的中国而言,如何改善国内的统一市场环境则是经济改革的下一重点和难关。

美国的历史告诉我们一个强有力的国家司法系统对于统一市场建设的重要性。这个系统既为州际贸易扫清了壁垒,又相对适可而止地防止因为过度中央集权而损害了地方发展的动力。在很大程度上,这是因为相对于行政和立法机构而言,司法系统是“最不危险的部门”。司法部门因为既不掌握“钱袋”也不掌握“刀剑”,所以为了有效介入市场建设和抵制强势地方保护主义的反弹,它需要在组织上被强化,在归属上被国有化。但因为它的能量相对小,也不易于破坏一个分权的架构,打破经济发展的制度均衡。在中国,为了克服强势地方的保护主义,又不打破它们推动经济发展的动机,可以考虑在建设国家司法系统上下工夫。而美国诸如多元管辖权和申请管辖移送权的制度设计,则可以为中国司法改革提供重要参考。

(下转第83页)

Wallace E. Oates, "Toward A Second-Generation Theory of Fiscal Federalism," *International Tax and Public Finance*, Vol. 12 (2005), p. 364.

通过比较中国和俄罗斯的转型经济,Blanchard和Shleifer曾就地方分权同经济发展的关系得出同样结论:尽管地方分权对于经济发展可以产生重要的激励机制,如果没有特定形式的中央集权,市场建设难以得到保障。参见O. Blanchard and A. Shleifer, 2000, "Federalism with and without Political Centralization: China versus Russia," *MIT Dept. of Economics Working Paper No. 00-15*, February 2000.

关于中国地方政府在经济发展中的功能,请参见Jean C. Oi, "Fiscal Reform and the Economic Foundations of Local State Corporatism in China", *World Politics*, Vol. 45, No. 1 (Oct., 1992), pp. 99-126; Andrew G. Walder, "Local Governments as Industrial Firms: An Organizational Analysis of China's Transitional Economy", *The American Journal of Sociology*, Vol. 101, No. 2 (Sep., 1995), pp. 263-301.

张维迎、柯荣住:《诉讼过程中的逆向选择及其解释——以契约纠纷的基层法院判决书为例的经验研究》,《中国社会科学》2002年第2期。

Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*, New Haven: Yale University Press, 1986.

Corporate Governance in Listed Companies : The Relationship between Central and Local Governments

Peng Bing

(Law School , Peking University , Beijing 100871 , China)

Abstract: The big problem in corporate governance of listed companies in China is majority shareholder 's tunneling. Since the most majority shareholders in China are governments , the problem is different from other countries. It is not only the legal problem , it is also a constitution issue in China , concerned the relationship between central government and local governments. Company Law can 't deal with the problem. We must set up independence judicial system to arbitrate the debates between central and local governments .

Key words: corporate governance ; relationship between central and local governments ; tunneling ; state-owned enterprise

(责任编辑 何 方)

(上接第 74 页)

Local Governments , National Courts , and Market Development : American Historical Lessons and China 's Future Reform

Cheng Jinhua

(Law School , Yale University , USA)

Abstract : This paper reflects the concept of "Market-Preserving Federalism "through scrutinizing the development of American markets in the 19th century. We highlight two sides of the impact of local competition on market development. On one hand , competition have had contributed to the liberalization of state regulatory policies and helped the development of American local markets. However , jurisdictional competition also stands in the way of establishing a healthy national common market. During the early stage of American market development , the national market was not safeguarded until the federal government nationalized American business law through centralizing judicial powers over market development. These American historical lessons might help us reconsider the relationship between intergovernmental framework and economic development in contemporary China and develop reforming polices accordingly.

Key words: regional competition ; market-preserving federalism ; economic function of justice ; federal court

(责任编辑 管 琴)