

王
伟◎著



LEGAL LOGIC AND MECHANISMS FOR
MARKET REGULATION

市场监管的法治逻辑与制度机理

——以商事制度改革为背景的分析

版社 LAW PRESS · CHINA

王
伟
◎
著

LEGAL LOGIC AND MECHANISMS FOR
MARKET REGULATION

市场监管的法治逻辑与制度机理

——以商事制度改革为背景的分析

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

市场监管的法治逻辑与制度机理:以商事制度改革为背景的分析 / 王伟著. —北京:法律出版社, 2016.10

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0147 - 5

I. ①市… II. ①王… III. ①市场监管—法规—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 247658 号

市场监管的法治逻辑与制度机理
——以商事制度改革为背景的分析
王 伟 著

策划编辑 韦钦平
责任编辑 夏旭日
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.375 字数 235千

版本 2016年12月第1版

印次 2016年12月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第三分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 王沁陶

责任印制 沙 磊

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0147 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



前 言

一、本书的源起：于清风掠燕之间亮眼启智

中央党校位于北京海淀区的大有庄。毫无疑问，大有之称谓有吉祥如意之寓。大有庄原名“穷八家”。乾隆年间，高宗弘历偶然路过知晓此村，认为在御园之东北出现“穷八家”极为不雅，当即赐名“大有庄”，寄托了对幸福吉祥的美好愿望。或者是因为暗示效应，“大有”也给这里的人们带来了好运。作为中央党校的一名教师，这本书当然与这大有庄有割裂不断的渊源。自2005年博士后出站到中央党校工作，已然跨越了十一载时光。中央党校雅致幽静的校园，是个适合静心养性、沉淀思考的地方。那亭台楼阁环绕着掠燕湖开阔、清雅，是校园里最宜人的风光之一。偶尔散步于校园，最爱从幽暗的竹林缓缓穿过。及至跨过亮眼桥，豁然开朗，掠燕湖最灵秀的景致也扑面而来。每每此时，我就感慨，从曲径通幽之处，到达柳暗花明之所，是一个让人最为欢欣愉悦的过程，人的思考或灵感的触发，又何尝不是这样的过程呢！手头的这本书，原本就源于我

在党校教学期间的一些思考。在本书即将付梓之际,回想起这本书的由来,自然就联想到了校园这诸多的美景,头脑中忽然冒出了“于清风掠燕之间亮眼启智”这个句子,也忽然就有了一丝快意和满足。于是,索性把它作为序言的标题,也算是我对这本书的由来一个初步介绍吧!

这的确是一本来源于教学的专著。中央党校作为思想库和智库,是培训党的高级领导干部的最高学府。党校的学员都有着丰富的从政经验,他们以学员的身份来党校学习,也带来了源源不断的思想资源。近年来,我在中央党校讲授市场经济的法治化运行,尤其关注市场监管的问题,并与众多的学员们有过多次的思想碰撞。这些学员对市场监管独到的认识、体验和实践,他们对市场监管理念的深入思考,让我能够有机会不断汲取营养来充盈自己的思想。我很庆幸,在当前全面深化改革的背景下,自己刚好处在商事制度改革从启动到深入的进程中,我与党校学员的交流也越来越多地集中在这个话题。由此,我也萌发了撰写一本市场监管法治方面专著的想法。其间,国家工商总局企业监管局委托我们承担的《〈企业信息公示暂行条例〉立法后评估》课题,也给了我一个极好的学习机会,让我有机会更多地去关注跟踪最新的监管法治动向。之后,三十多万字的课题报告上报中央深改组参阅,作为课题负责人,这既是对我的一种莫大激励,也让我对本书的写作更加充满热情和信心。

以我个人的观察和理解,当前中国正在轰轰烈烈开展的商事制度改革,乃是中国市场经济发展过程中的自我完善和自我更新,改革的基本目标就是要放开政府对市场的过于严格的管制。我国的市场经济体制从计划经济体制演变而来,由于政治、经济、文化传统等方面的因素以及路径依赖、发展阶段等诸多原因,政府在市场经济中习惯于以“有形之手”控制市场主体的行为,体现了政府对市场慈父般的关怀。在政府“严厉”的目光中,市场有太多调皮捣蛋的坏

孩子,必须对他们的不良行为加以严格约束和控制。而政府似乎又充满了悲悯之心,目光所及之处,市场和社会到处都是弱者,需要政府去关心去保护。于是,在种种良好愿望的驱动之下,政府不断强化对市场的管制。当然,在改革开放之初,我国也曾经历了一段相对自由的时期,也有很多人怀念20世纪80年代相对自由的时代。那时候,我国改革开放刚刚拉开帷幕,政府没有太多的思想束缚,非常开明,放手让市场发挥作用,让民众去追逐利益,人们发现自由之所在,也就是创造之所在,活力之所在。当然,市场天然是有弱点的,市场运行所产生的种种问题和矛盾不断困扰着善良的人们,市场主体的投机取巧、尔虞我诈、掺杂使假等问题的存在,使得市场秩序混乱、消费者利益受到损害、食品药品不安全。市场的这些缺陷,使得政府不断地去尝试采取更多的、更严厉的管制手段。然而,政府也并非圣人、完人,基于其自身的缺陷,仅仅凭借其行政力量,并非当然能够解决好市场失灵的问题。一个公认的事实是,普遍的管制也同样带来了普遍的活力不足,市场和社会的创新和追逐利益的积极性被大大地压抑。近年来,国家在不断地进行改革,其核心目标就是要处理好政府和市场的关系。特别是党的十八大以来,我们对政府和市场的关系重新进行了审视和定位,提出了市场是资源配置的决定性力量的论断。中央提出要实现大众创新、大众创业,就是要让社会和市场更加充满活力。当前正在开展的商事制度改革,首先要改的就是政府过于严苛的管制,体现为放松市场准入的条件,降低市场准入的门槛,在此基础上,加强事中事后监管以及社会监督。由此,我们正在从过去的命令型国家、全面管制型国家悄然转向监管型国家。在具体实现机制方面,我们通过对公司法进行修改,降低设立公司的门槛,从注册资本实缴制改为认缴制,从年检制改为年报制,大大释放了社会活力;我们所采取的负面清单、权力清单、责任清单等机制,就是要通过清单的形式,廓清公权力和私权利的边界;我们所实行的强制信息公示、信用约束等制度,就是力图缓

和市场经济信息不对称的状况,对市场主体施加以信息披露为基础的信用约束机制。而在实践层面,上海自贸区改革、浙江行政审批制度改革等地方实践,为我们树立了政府与市场关系的样板。

当前商事制度改革的丰富实践,给法学研究提供了丰富的素材,也提供了更多想象和作为的空间。实际上,我们传统的市场监管法治理念研究,由于受制于立法及实践,总体上仍然是偏于保守的,更多的是对现实的解读,少有自我超越和突破。如果对照当前丰富多彩的市场监管实践,蓦然之间,我们发现市场监管法治的理论已经被现实远远抛在了后面。而与此同时,市场监管实践则显得过于超前,远远走在了立法之前,甚至有可能偏离法治轨道,出现重大改革于法无据的问题。由此,市场监管改革也同样需要法治理念的更新以及更加充分的法治保障与支持。在推进商事制度改革中,政府应当自觉遵守法治精神,遵循法治原则,运用法治思维和法治方式来推动改革、深化改革。李克强总理反复强调要牢固确立“法无授权不可为、法无禁止皆可为、法定职责必须为”的法治原则,发挥市场在资源配置中的决定性作用,为我们提出了市场监管法治的基本准则。市场监管的法治理念和法治实践需要与时俱进,需要不断地创新和更新,才能为我们当前蓬勃发展的改革实践奠定法治理念基础。毫无疑问,在当前的商事制度改革背景之下,如何将改革以及由此所产生的监管问题纳入法治化的轨道,的确是当代法学研究的一个重大课题。这也是我撰写本书的又一个缘由。

当然,驾驭这样一个宏大艰深的主体,于我而言,多少有些勉为其难。然而,作为法学研究者,摆弄文字是当然的使命。马克斯·韦伯在其名著《学术与政治》一书中,就“以学术为业”这一主题发表了他精彩的见解。他一再申明,科学最主要的功能就是可以使人做到“头脑的清明”。以我浅薄的认识和理解,“以学术为业”所需要的那种高大的境界自然是我所难以企及的。但是,作为党校的一名学者,借着对这一主题的研究,或许可以启发一下自己,反映一下自己

的所思所想吧!

基于这样的考虑,本书试图结合当前商事制度改革这一炙手可热的话题,就市场监管法治化的基本逻辑和路径构造问题,阐发自己某些还不算成熟的认识。

二、论证逻辑:政府与个体、社会关系的再定位

基于商事制度改革的背景,笔者在撰写本书时,主要着眼于在商事制度改革过程中出现的与传统的市场监管大为不同的机制,并试图从法治的角度,对其学理逻辑进行分析。笔者认为,商事制度改革的主线有两条:一是确立平等自由的企业制度,并以此发挥市场在资源配置中的决定性作用;二是构建新型监管制度体系,并以此实现从命令型国家向监管型国家的转变。商事制度改革背景下所产生的新型监管体制,之所以可以被称为“新”,主要是因为其较好地平衡了公与私、政府与市场、政府与社会之间的关系。由此,个人、社会、市场与政府能够各就其位,各自在不同领域发挥作用。而政府也不再是一个万能的智者,它承认自身的不足,并切实地借助于个人、社会、市场的力量来促进经济社会的可持续发展,提高政府监管的效率和有效性。因此,商事制度改革背景下的新型市场监管体制,具有不同于传统监管体制的逻辑。在本书中,笔者重点关注的是以下八个方面的理念和逻辑:

(一) 市场主体的自我责任

传统的市场监管,强调国家的责任,政府重视以命令和强制的方式进行市场监管,而轻视市场主体在市场交易中所应承担的责任。在新型的监管体制之下,政府的准入管制被极大地放松,这就意味着政府不再为企业的行为进行信用背书,而更加注重市场主体的自我责任,从而将市场主体塑造成一个个独立、负责、理性的“经济人”。

(二) 市场监管的有效性

在放松准入管制的背景下,准入更加尊重市场主体的

自由营商权,政府难以再通过对市场经济进行全面的事前管制,而达到控制那些有害于经济社会行为的目的。同时,在国有企业改革的背景下,原来对国有企业的特殊监管,也将区分公益性国企和商业性国企而分别实施监管,政府对商业性国有企业的监管,将基于平等原则,而实行与非国有企业同等对待的监管。因此,政府监管更多的是事中和事后监管。这就对政府监管的有效性提出了更高的要求。当前的问题已经不是要不要监管的问题,而是如何有效地解决现实问题。因此,政府基于对社会整体利益的考量,控制市场的有害行为,激励市场主体的行为与国家的政策目标尽量靠近,就成为建设现代监管型国家的内在要求。

(三) 社会共治

传统的市场监管带有非常强烈的行政主导和命令强制的色彩,并不重视社会参与和社会监督。但是,在现代市场经济运行中,由于国家不再以事前的全面管制作为控制市场主体行为的手段,也无法再依赖事前的全面实质性审查对市场主体实施管控。在其事中事后监管过程中,无论政府如何强大,政府监管资源和信息的有限性,都决定了政府在市场监管中往往力不能及。要达到对市场主体的有害性行为进行有效治理的目的,必须以国家治理体系和治理能力现代化的理念为指导,构建一个强有力的社会控制体系,并通过多元化主体和多元化的手段,对市场主体的有害行为进行有效控制。政府只有借助于社会共治才能变得更加有力量,也才能如同古希腊神话中的英雄赫拉克勒斯那样,运用智慧去扫清那“奥吉亚斯的牛圈”。^① 因此,新型市

^① 奥吉亚斯的牛圈,是古希腊的一个神话故事。奥吉亚斯是古希腊西部的一个国王,他有一个极大的牛圈,里面养了2000头牛,30年从未清扫过,十分肮脏。英雄赫拉克勒斯运用他的智慧,在一天之内将“奥吉亚斯的牛圈”打扫得干干净净。他先在牛圈的一端挖了深沟,引来附近的阿尔斐斯河和珀涅俄斯河的河水灌入牛圈,而在另一端开一出口,使河水流经牛圈,借用水力冲洗积粪。这样,他在一夜之间就将肮脏不堪的牛圈打扫干净了。奥吉亚斯的牛圈,也常常用来指代社会积弊或不良风气等。

市场监管体制高度依赖一个多元化的社会控制体系,实现社会共治。

(四) 信息公示

市场经济的有效运行依赖于信息。现代社会是一个高度复杂的系统,科技的发展从某种程度上缓和了信息不对称的难题,但是不可能从根本上消除信息不对称的问题。在现代社会的运行中,私人主体之间进行交易,需要建立相应的信息披露机制。而从整个社会来讲,个体之间的诸多交易信息已经构成了整个市场运行所需信息的一部分,从而形成了公共信息。因此,通过信息机制来缓和信息不对称的问题,强化社会监督,并为市场监管提供有效的信息支撑,成为现代市场经济运行的一个基本特点。由此,信息公示机制成为新型市场监管体制的基础性机制。

(五) 信用约束

在传统的熟人社会之下,依靠社会舆论以及熟人之间的闲言碎语,就可以很好地约束社会个体的行为。但在现代社会,社会已经从熟人社会演变成了陌生人社会,而社会个体也从单位人变成了社会人,整个社会正在经历着“从身份到契约”的伟大历史变迁过程,国家对个人行为的约束力度已经大大减弱。这种社会背景,就给市场主体实施不诚信的交易行为留下了巨大的空间。我们唯有通过建立普遍的社会信用机制,通过信用约束,使社会个体“一处失信,处处受限”,才能有效控制市场主体的有害性行为,而信用机制,也就成为构造新型社会控制体系的关键环节。因此,我们现在的新型市场监管体制,就是以信用为核心的一种社会控制机制。

(六) 安全监管

安全是个人、社会乃至国家存在和发展的基础。在现代市场经济中,控制不安全的因素,是经济社会健康发展的基本保障。没有安全,就没有基本人权和行为自由,就没有经济社会的极大发展。因此,在市场监管中。安全监管的地位更加突出。安全,是一个内

涵和外延都非常丰富的概念。在市场运行中,首先要强调的是消费品的安全。构建消费品安全的监管机制,在市场经济发展中居于重要地位。同时,生产安全、食品与药品安全、生态安全、经济与金融安全等诸多安全,也构成安全监管的必要组成部分。

(七) 价格监管

价格与竞争都是市场经济的基础,价格的竞争是市场经济中最为关键的要素之一。价格首先是由市场主体在意思自治的范围以内,进行约定并作为市场竞争的一个重要手段,因而价格首先是由私法层面的民商法进行调整。对于市场监管者而言,则重在控制价格领域的欺诈、垄断等破坏价格竞争规律的行为。因此,在现代市场经济中对于价格的监管,主要是构建价格信息公示、反价格欺诈、反垄断等行为。与此同时,从公的领域而言,鉴于当前的政府定价、政府价格行政垄断等行为直接关系到社会的整体利益,因而也是实施价格监管的重要领域。

(八) 公有制下的市场监管

在公有制国家和市场经济这两个大的背景之下,政府担负着公共管理的使命和责任,但其同样是市场经济当中的重要参与者。国有企业的运营、政府对自然资源的所有和利用、政府提供公共服务等行为,都直接和公有制相连。因此,在我国公有制的背景之下,必须处理好公有制和市场运行的关系。由此,本书对竞争性国有企业以及政府与社会资本合作等公私融合的机制及其基本法律逻辑进行分析。

三、框架及内容:以基本逻辑和制度机理为着眼点

在本书的具体内容上,全书共分为七章。各章主要内容是:

第一章“市场监管法治理念的阐释”。市场经济的首要法律秩序是私法秩序,这既是市场经济的运行基础,也是市场经济的法治

基础。私法秩序是免于公权力机关强力干预的领域,是市场主体能够自我作为、自我负责的领域。在市场运行的过程中,借助于自我责任、私法自治、社会信任等机制,市场可以良好运行,而不需要公权力的主动介入和干预。但是,基于市场的弱点和缺陷,市场机制可能会受到阻碍而难以发挥作用,并进而妨碍社会整体利益的实现。因此,基于社会整体利益的考量,国家作为社会整体利益的代表,有必要介入市场运行,实施宏观调控或微观管制。同时,本章也试图讨论市场监管应遵循的法治精神,使市场监管高举法治大旗,弘扬法治精神。

第二章“市场监管与社会共治”。在商事制度改革的过程中,放松事前准入、强化事中事后监管的实践,为“监管”一词赋予了新的时代内涵。在发达市场经济体为人们所广泛接受的监管型国家(regulatory state)的理念和逻辑,已经在无意之中被我们的商事制度改革所实践。监管型国家强调的监管的有效性,其显著特征之一就是多元主体参与、多元手段并用的多元共治。

第三章“市场准入机制”。市场准入问题,是在商事制度改革背景下,新型市场监管的逻辑起点。当前的市场准入制度改革,是商事制度改革中最为重要、最受关注的领域之一。在竞争性市场的准入中,政府如何以宽容的态度和立场去对待民众的创业和创新,是构建法治化市场准入机制的核心内容。而在特殊市场准入中,政府的监管权力如何更加有效地配置,服务于民众福祉,也同样是市场监管需要关注的大问题。本章从平等、自由和安全等角度,分别对我国的企业立法模式、一般市场准入、特殊市场准入、专门职业准入四个问题进行了讨论和分析。

第四章“信息与信用监管——以企业为中心的考察”。本章的核心观点是,信息公开、信用约束是现代市场经济运行和市场监管的两大基础。市场经济发展需要克服、缓和信息不对称的缺陷,市场监管也同样如此。当前,发达市场经济国家和地区对采取命令和

强制这类干预强度较大的监管机制较为慎重,而是更加注重采取相对中性、较为温和的监管机制,特别是信息公开、信用机制、激励性监管等方式。由此,信息公示和信用监管成为商事制度改革的核心内容,而这也正是区分新型市场监管与传统监管的一个重要标志。本章力图以中国的商事改革实践为背景,阐述信息、信用与市场监管的内在逻辑关系。

第五章“安全监管”。人类社会有着诸多的价值追求,包括自由、平等、公正等。在诸多的价值观中,安全毫无疑问是最基本的保障。没有最起码的安全,人们所孜孜以求的社会价值就失去了存在的基础。当前,我国处在一个高风险的阶段,针对不特定对象的各种不安全因素不断凸显,社会安全问题较为突出。控制经济社会发展中的有害性因素,促进安全发展,维系着个人、社会和国家的重大利益,理所当然地成为市场监管的重大任务,也是市场监管中必须要守住的底线。本章阐述了安全的价值和法治理念,讨论了质量和标准的安全监管以及消费品安全的法律问题,并进而延伸分析了安全生产、食品药品安全、生态安全、经济金融安全若干重大领域的安全监管问题。

第六章“价格监管”。价格机制是市场机制的核心,商品和服务的价格与每一个市场主体的切身利益紧密相关,因此这一轮商事制度改革中的价格改革与价格监管尤为引人注目。政府在放开绝大部分市场定价权的同时,应加强对市场价格的监管和反垄断执法工作,保护好社会公共利益和消费者的合法权益,为经济社会发展营造良好的价格环境。就竞争性市场而言,政府的价格监管主要是采取价格信息公示、反欺诈和反垄断等手段。同时,对于公用事业企业的价格监管以及政府在经济管理活动中所实施的价格垄断行为的规制等,也是本章所关注的重要内容。

第七章“公私融合与市场监管”。本章分析了国有企业与市场监管、PPP模式与市场监管的问题。公有制之下的市场经济,应当是

在同等的竞争环境之下,不同所有制主体平等竞争的体制。在市场经济,公有制主体同样要尊重市场规律和竞争规律。在当前国有企业分类改革以及政府公共服务市场化的背景之下,公私融合已经成为一种必然的趋势。在这种背景下,市场监管必须关注公私融合,并针对公私融合的趋势更好地定位监管职能,有效配置和行使监管权力。就国有企业而言,应当区分不同国企的性质进行法律调整和分类监管:公益类国企应当定位于特殊企业,实行“一企一法”的法律调整;商业类国企应当按照竞争中性的理念,与其他所有制形态的企业实行平等竞争,为此,应当准确界定人民代表大会、国有资产监管机构、国有企业的关系并将其纳入法治的轨道。就政府而言,在公共服务市场化的背景下,公私融合的 PPP 模式应当实行更加严格的法治,并强化竞争、合同、控权、社会协同、社会监督等方面的监管。

目录 / Contents

第一章 市场监管法治理念的阐释	1
第一节 市场经济的法律基础:私法秩序	2
一、市场经济下构建私法秩序的基本逻辑	3
(一) 自我责任	3
(二) 私法自治	5
(三) 社会信任	7
二、公有制之下的市场经济:私法秩序的构建	10
(一) 对公权力的有效约束	10
(二) 国企运行符合市场经济法治规律	12
第二节 市场监管的法律基础:社会整体利益	13
一、政府与市场的边界划分:法律的可为与不可为	14
二、社会整体利益的若干界定	16
(一) 政府介入市场的目标:经济性目标 VS. 社会性目标	16
(二) 社会整体利益界定的若干情形	18
三、社会性监管	21
(一) 安全	21
(二) 健康	22
(三) 消费者保护	24
(四) 环境保护	24

第三节 市场监管应遵循的法治精神	26
一、市场经济就是法治经济	26
(一) 保护产权	26
(二) 鼓励交易	27
(三) 规制竞争	27
(四) 有效调控	28
(五) 提供公共物品	28
二、市场监管的形式法治要求:法制完备	28
(一) 我国的市场经济法律体系	28
(二) 商事制度改革与市场监管法律体系的变迁	33
三、市场监管的实质法治要求:有效监管	34
四、对“法无授权不可为”观念的反思	35
第二章 市场监管与社会共治	39
第一节 监管型国家与监管现代化	40
一、监管型国家的重塑	40
(一) 现代监管型国家的兴起	40
(二) 现代监管型国家的重塑	43
(三) 中国语境下的监管型国家	45
二、监管型国家与有效监管	46
(一) 监管目标的公共性	47
(二) 监管方式多元化	47
(三) 监管的透明度与问责	50
(四) 监管主体的多元化	51
第二节 社会共治	52
一、国家治理现代化与社会共治	52
(一) 国家治理现代化的内涵与实质	52

(二) 现代市场监管体系与社会共治	54
二、有效监管视阈下的社会控制体系	56
三、第一方控制:以自律为基础的控制	59
四、第二方控制:以合意为基础的控制	61
五、第三方控制:以外力为基础的控制	63
(一) 行业自律	63
(二) 社会监督	64
(三) 政府监管	65
 第三章 市场准入机制	67
第一节 寻求平等对待的企业立法	68
一、企业“身份”立法:非平等对待的法律根源	68
二、确立以平等为基础的企业立法模式	73
(一) 一般性企业立法	74
(二) 特殊企业立法	76
第二节 竞争性市场准入	81
一、竞争性市场准入中的公私关系	81
(一) 行政许可:以全面禁止为前提的严厉管制	81
(二) 行政确认:以商事登记为基础的低强度监管	85
二、商事主体资格与经营资格的分离	86
(一) 证、照关系的变迁与市场准入	86
(二) “先照后证”的法律逻辑	88
(三) “先照后证”与市场监管的变革	90
三、“不再审批”模式:市场监管体制的深刻变革	92
(一) 管制国家的一个外在表现:过多的前置审批	92
(二) “不再审批”模式:一项起源于地方的创新	92