



“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·规制、竞争与公共商事系列

# ‘The Public Interest’ in Regulation



# 规制中的公共利益

[英] 迈克·费恩塔克 (Mike Feintuck) 著

戴 昕 译  
龚 捷 校

 中国人民大学出版社



014059466

D0  
431

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·规制、竞争与公共商事系列



# 规制中的公共利益

[英] 迈克·费恩塔克 (Mike Feintuck)

著

戴 昕 译  
龚 捷 校

D0 / 431

中国人民大学出版社



北航

C1746610



北航

C1746610

## 图书在版编目 (CIP) 数据

规制中的公共利益/[英] 费恩塔克 (Feintuck, M.) 著; 戴昕译. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 7  
(法学译丛. 规制、竞争与公共商事系列)  
ISBN 978-7-300-19029-7

I. ①规… II. ①费…②戴… III. ①利益-研究 IV. ①D0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 141445 号

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·规制、竞争与公共商事系列

规制中的公共利益

[英] 迈克·费恩塔克 (Mike Feintuck) 著

戴 昕 译

龚 捷 校

Guizhi zhong de Gonggong Liyi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫丰华彩印有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2014 年 9 月第 1 版

印 张 23 插页 2

印 次 2014 年 9 月第 1 次印刷

字 数 295 000

定 价 68.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## 译丛序

翻译不仅仅是获得新知的方式，还是一个塑造世界范围内共识的途径。即便是日常交往之中的书信、对话的翻译，也对我们的观念世界的改变、沟通乃至联合有着至为重要的价值。<sup>①</sup>不用说，翻译经典、良好撰写的专著，是藉以迅速地了解思想者对知识的系统思考的重要途径。之于中国，翻译更是学术研究的一个重要知识来源，自魏源以降，至严复为倡，藉由翻译所获得的新知，其对中国的影响，人人皆悉。

中国法律和法学，对于翻译，相比其他学科，可能尤为依赖。今天我们的法律传承，系移植之物。自清末变法承受至今，不过一百多年。从概念到推理，莫不舶来，即便是共和时代，也无非是藉由苏联而学习的大陆法系变种。虽然随着全国性的外语教学，以及开放国门和更多的直接交流，对翻译的依赖程度有所下降，不过严整、系统地将已有的学术成果翻译为中文，其之于学术发展的重要性程度仍然不可小视。其实，各大文明莫不重视翻译，以英美法学为例，其对非英语的，尤其大陆法系，包括拉丁、法德文献的翻译，从古至今，从经典到时令，在全面、完整、准确方面，完全超过我们。今天我们可以非常简单地在英语世界中找到几乎能够想到的任何经典法律文本，甚至包括我们中国的古代典籍。直接交流能力的提高并不能，也不会替代翻译的必要。

一个学科的活力和发展，尽管取决于多种因素——社会、政治、时代，以及不可或缺的人的努力，但作为一种思想产品，没有植根于人类的普遍经验，没有与之共鸣、呼应的知识积累，很

---

<sup>①</sup> See Pascale Casanova, *The World Republic of Letters*, translated by M. B. Debevoise, Harvard University Press, 2004.

难持续。经济法学在 20 世纪 80 年代有过诸多的翻译,从苏联到日本,不断地有学术作品进入,给经济法的发展平添了思想的动力和理论争议上的活力。而之后,除了勇于探索的自我努力之外,仅有零零碎碎的文章、短文翻译进入中国,并无太多的系统知识引入,这在一定程度上成为了学科发展的瓶颈。

这套丛书的翻译,首先是基于这样的考量而组织的。我们将其设定为经济法的核心领域:规制 (regulation),尤其是经济规制,以及与之相关的竞争 (antitrust) 和公共商事 (public business)。在这些领域中近三十年来的学术文献,构成了本套丛书的选择范围。

国际法学界对规制的研究,20 世纪 70 年代是一个重要的分水岭,这当然受到了政治行动、社会思潮的影响。1950—1970 年是规制,尤其是社会规制大幅度增长的年代,其研究成果因此而不断增加;而 20 世纪 80 年代开始的私有化和放松规制,直接影响到了学界的学术兴趣转移。但不可否认的是,70 年代在理论上以规制过失 (regulatory negligence)<sup>①</sup> 的提出为前沿研究的代表,以及以形成教科书为代表的系统化研究<sup>②</sup>,其高度至今仍然未能达到或超越。90 年代之后由国有企业私有化带来的政府职能社会化、市场化,又被称为“新公共管理”(NPM, New Public Management),其间出现的研究大多集中在管理学、行政学等领域,不过主流经济学界反倒是因为法国规制学派的崛起,并且和政治学不断融合,出现了大量的规范和实证分析,成为一个转型。而法学界仍然受制于自身的传统和时代,并未对这些命题作出过多的回应。这间接导致了整体对于规制的研究趋向于薄弱。而最近十多年来重新兴起的研究,尤其是一系列关于规制的学术期刊的

① See Bruce L. R. Smith and D. C. Hague, eds., *The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence versus Control*, New York: St. Martin's Press, 1971.

② See David Boies and Paul R. Verkuil, *Public Control of Business: Cases, Notes, and Questions*, Little, Brown and Company, 1977.



出现,极大地扩充了知识库。但是,反垄断的研究则因为芝加哥学派的影响而呈现出一枝独秀的局面,尽管其中并没有根本的范式突破。而我们的中文学术界则基于社会、政治等原因,仍然停留在这之前的种种思潮之中。这样的学术背景,尤其凸显了这套丛书的意义。

不过,即便大多数学者容易随时代而变动,受制于流行,也仍然存在诸多冷静、客观的学者所从事的独立分析和讨论,并和自己的研究进路相结合。这样,或基于固有理论而延伸,或基于现实变化而应对,研究规制有不同的进路。本套丛书的选择原则则是优先基于第一种情形而进行的,即时间跨越幅度较大,但倾向于独立视角的理论研究。可以说,本套丛书都是规制、竞争和公共商事领域的世界级的学术名著,对理论发展具有重要影响力,并且是研究这一问题不可或缺的标志性的参照书。这包括有基于关系型契约理论而提出的《规制合同》(Regulating Contract);有基于公私划分而探讨当代社会最重要问题的《公共价值与公私之分》(Common Value and the Public-Private Divide);有对规制最核心命题的理论探讨——《规制中的公共利益》(The Public Interest in Regulation);有一般框架式的公认权威总结——《理解规制:理论、战略和实践》(Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice);分别从不同的视角作出的,对公共商事合同的讨论——《新公共合同:规制、回应性及理性》(The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Rationality)和《社会责任:合同治理的公法探析》(Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract);从历史视角探讨规制和政治运动和思想之间关系的名著——《规制政治的转轨》(Regulatory Politics in Transition),以及让我们感到非常兴奋的险些被阴差阳错漏掉的反垄断法名著——《反垄断法悖论:自我交战的政策》(The Antitrust Paradox: A Policy with Itself)。

译事之难,自不待言,尽管追求“信、达、雅”的目标在今日中国似乎是自讨苦吃,不过我们还是在选择译者上设定了标准,

以确保翻译的水准。北京大学法律经济学研究中心在组织本套丛书的翻译中，深知法律语言和概念的鸿沟，故此要求译者必须有双重的背景：第一，取得过至少一个法学学位，无论中外；第二，至少在英语国家或地区学习过一年以上法律或者相关学科。当然，这仅仅是译者的门槛，但令我们兴奋的是，诸多的青年英才，无论从事实务或者研究，均保持了对理论的高度热爱，令我们的翻译阵容非常耀眼。既有如我的同事杨明教授等加盟，也有已完成诸多翻译工作的新生代襄赞，在翻译工作已经成为“公益”事业的时下，不由得令人对“爱智者”的传统增加了若干信心。

这套丛书从开始筹划，到最终杀青，期间延宕颇长。对我们所造成的延误心存愧疚，尤其是原作者、版权商以及译书的出版人——中国人民大学出版社，唯愿翻译的文本质量，以及学界的抬爱，能够补偿些许。同时，感谢北京大学法治研究中心，作为我们长期的合作伙伴，加入了对本丛书翻译的支持。

是为序。

邓峰

北京大学法律经济学研究中心

北京大学法治研究中心

致丽莎：  
十年了？  
谢谢！



## 前 言

本书写作时间主要在过去两年之中，但缘起可追溯到更早。20 世纪 90 年代中期我在赫尔大学（University of Hull）一个教师研讨会的场合里头一次就这个当时正快速发展成为我个人主要学术兴趣的题目发表了一篇论文。而甚至比这更早，从我于 1990 年在谢菲尔德大学（University of Sheffield）开始执教时起，每当课堂上许多问题的答案都似乎指向那个看不见、摸不着的“公共利益”时，我会和我的学生们一样感到不满，并且实际上，我甚至是在鼓励他们对这个答案感到不满。

1999 年我独著了一部关于媒体规制与公共利益的专著，那时我一度觉得自己已经把这个从我的系统里面清掉了。但事后反思，我同意一个好友也是当时同事的看法，即那本书虽然确实就媒体规制讲了许多，但对公共利益所言远远不够。希望这本书能对后一个问题谈得更充分一些。

当然，本书并不试图对公共利益的问题盖棺论定。它的关注点限定在这一概念于规制领域中的适用，并提供了一个独特的——并且我希望是有说服力的——视角去看待它。即使读者对我的论点不能完全信服，我相信至少我也能达成一个退而求其次的目标，即未来他们不会允许对“公共利益”这一概念的使用不受到质疑。我也希望本书能够为将来的研究提供一个框架。

完成任何一项这样的研究总是让作者无可避免地背负对于多方协助的“人情债”。首先，我必须感谢在我 2002 年下半年脱产研究期间帮我代课的法学院的同事们，由此我才能有对本书进行谋篇布局的喘息之机。我同样一定要感谢赫尔大学对我在 2001 年夏天前往华盛顿特区的旅行提供资金支持，让我能够在美国语境中研究有关问题。

除了来自机构方面的支持，我还得到了许多个人的慷慨帮助。赫尔大学大学研究奖学金得主“Ido” Zhongdong Niu 提供了极其宝贵并始终热情、任劳任怨的研究协助，无论是查阅生僻资料，还是在长且无规律可循的参考书目中搜寻有关内容。道格拉斯·路易斯（Douglas Lewis）、阿兰·帕金（Alan Parkin）以及麦克·瓦尔尼（Mike Varney）都花了很多时间阅读本书第一部分的初稿，并提供了学术方面的修改意见，瓦尔尼还为我提供了很多有用的材料。丽莎·怀特豪斯（Lisa Whitehouse）不但为我提供了对公司社会责任方面文献的独到见解，还通读了全书并在不同时期给予了修改意见——深情厚谊无人可比！我也一定要感谢科林·泰勒（Colin Tyler）让我看到其仍在进行之中的关于公民共和主义（civic republicanism）的研究。我还要特别感谢加里·埃德莱斯（Gary Edles），他不仅对第四章提供了细致的修改意见，而且帮助我在华盛顿特区开启了如此众多的机会之门。

我同时也很高兴能有机会感谢许多极其繁忙却仍然同意接受我访谈并为本书提供宝贵背景资料的人们。我在英国通讯办公室（Ofcom）见到了总裁斯蒂芬·卡特（Stephen Carter）和主席大卫·库里（David Currie），在食品标准机构（Foods Standards Agency）见到了法律事务主管大卫·邓利维（David Dunleavy）以及公司秘书长、消费者与国际部主管芭芭拉·理查森（Barbara Richardson）。在华盛顿特区我拜会了联邦通信委员会（Federal Communication Commission）的斯蒂芬·克利茨曼（Stephen Klitzman），维尔纳·李弗·伯恩哈德·麦克弗森与汉德律师事务所（Verner, Liipert, Bernhart, McPherson and Hand）的厄温·克拉斯诺（Erwin Krasnow），进步与自由基金会（Progress and Freedom Foundation）的兰道夫·梅（Randolf May），以及媒体开放项目（Media Access Project）的安德鲁·施瓦茨曼（Andrew Schwartzman）。我向他们所有人致以诚挚谢意。

还要谢谢出版社匿名审稿人的大力肯定，当然也要感谢那些在各类场合以不同形式对未完成的书稿提供意见的人们。

最后，我必须感谢我的家人和朋友，特别是我的父母，以及安娜和丽莎；本书写作期间，我对他（她）们都未能如我所愿尽到应有的关心。

尽管如上他人给予了最大帮助，但本书完稿中难免遗留错漏，文责还当自负。

迈克·费恩塔克

2004 年 4 月

## 目 录

### 第一部分 分析框架

|                         |    |
|-------------------------|----|
| 第一章 如何确定公共利益 .....      | 3  |
| 第二章 迈向公共利益概念的民主视角 ..... | 40 |

### 第二部分 公共利益规制案例研究

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 第三章 规制实践中的公共利益:英国 ..... | 83  |
| 第四章 规制实践中的公共利益:美国 ..... | 154 |
| 第五章 英美比较 .....          | 206 |

### 第三部分 综合与结论

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 第六章 一种融贯的规制中的公共利益概念 ..... | 229 |
| 第七章 公共利益的更广泛适用 .....      | 272 |
| 第八章 总结 .....              | 315 |
| 参考资料 .....                | 327 |
| 索引 .....                  | 342 |

## 第一部分 分析框架





# 第一章

## 如何确定公共利益

### 问题的性质和范围

梅特兰 (Maitland) 将英国宪政话语中的“王权” (the crown) 概念形容为“一块可以随手拿来掩盖无知的遮羞布, 让我们免于探究那些困难的问题”<sup>①</sup>; “公共利益”的概念其实大体也可以被看作如此。不消说, 公共利益的概念常常好像一个空瓶子, 不同时候可以盛进去不同的内容。由于各色人等都试图往瓶子里灌进相互差异的价值, 如果真的“喝”下了瓶中之物, 我们没办法确定喝到的在多大程度上确是自己所期望的。但这样的问题并没妨碍公共利益的概念出现在辩论之中; 无论在规制还是在其他的语境里, 它一直是政治学、法学和经济学日常话语的一个重要部分。下文将要看到, 公共利益概念可以用来作为对行动或动议加以正当化或合法化的手段, 可以作为进行相关论辩的竞技场, 并且也有人说它或许具备某些非常可观的服务于民主价值的潜能, 即使这些潜能大都尚待发掘。尽管这一概念在如此广泛的实际和潜在应用领域被频繁提及, 对其内容又无统一意见, 但令人意外的是, 这一概念的用法和含义极少受到质疑。

然而, 对“公共利益”一词作出哪怕只是稍微超出最肤浅层面的检视, 人们都能看到为这个让人误以为熟悉的概念作出定义其实困难无比。这样的检视会揭示出与这个概念相关的视角和用

<sup>①</sup> Maitland, F. W., *The Constitutional History of England* (Cambridge: Cambridge University Press, 1908), 418.

法如此繁多,并且这个概念本身也不停地到处出现,因此,毫不奇怪地会看到有时在讨论中人们会产生疑问,这个概念到底是一个“目标、程序还是迷思”<sup>②</sup>,或者干脆将它说成是“那个模糊、难以捉摸却压倒一切的考量”<sup>③</sup>。

而当真要对公共利益的概念做哪怕是初步的探讨时,人们马上还会发现关于这个概念的内涵明显不存在一致意见,由此则会怀疑使用这个词是否真能为讨论加入有意义的东西;这又不无道理地使得一些论者认为,“公共利益理论”病入膏肓且无可救药。<sup>④</sup>本书的目标是去理解这个概念是如何被使用的,又可以怎样被使用,并思考构建一种有意义的公共利益概念是否可行,又是否可取。至少,本书的目标是确保当这个概念被使用时,人们能够对其被使用的方式提出质疑和挑战。

本书的第一部分(本章和下一章)试图探讨一些以公共利益之名提出的相互存在竞争关系的论说和主张,并指出这些处理公共利益问题的不同进路各自具有的优势和劣势。总的来说,这一章将指出使用公共利益概念会带来问题,而这些问题可能暗示它应被抛弃;下一章则要思考是否有可能去发现一种潜在强劲并有价值的能够重新注入活力的公共利益概念。

随后,第二部分将通过案例研究来展示公共利益概念当前在英国和美国是如何在针对特定行业的规制之中被使用的,而这些行业看上去构成了个体或群体对现代生活所抱有的期望的核心。其中会特别关注的是对食品供应行业的规制——在经历了疯牛病和口蹄疫事件以及近期转基因食物争议的英国,这个问题仍然具有高度的话题性,而公共健康安全关切与食品生产者和零售商追求利润的目标之间明显有可能存在直接冲突。另一个案例研究则

② Sorauf, F. J., 'The Conceptual Muddle', in Friedrich, C. J. (ed.), *Nomos V: The Public Interest* (New York, N. Y.: Atherton Press, 1962), 183.

③ Justice F. Frankfurter, quoted in Colm, G., 'The Public Interest: Essential Key to Public Policy', in Friedrich (ed.), *Nomos V*, 115.

④ See for example, Schubert, G., 'Is there a Public Interest Theory?', in Friedrich (ed.), *Nomos V*.

是关于对传媒行业特别是广播业的规制；我们可以看到这些规制是如何力求实现处于相关规制当局职权核心的那种或隐含或（如果是美国联邦通讯委员会）明示的公共利益标准的。我也将对通常讨论更多的公用设施领域（供水、供电、电信和交通）的规制做较为简短的评说；在英国，这些领域曾经一度通过公有制的方式去追求实现公共利益，如今，公共利益则体现在对私营行业的规制之中。本书最后几章将对第二部分的比较性发现与第一部分相对抽象的讨论进行综合梳理，目的是就公共利益概念的前景——特别是如何能最好地通过现有或新创的法律制度促进包含在这一概念中的价值——给出一些结论。

公共利益这一概念的性质，其所处的经济学、政治学和法学交叉地带的位置，以及前面提到的对其使用之泛滥，都说明任何对这一概念的严肃探究都必定是在交叉学科语境之中作出的。对这个概念，不同学派的经济学家可能皆有各自看法，法律人也有自己的处理角度，而政治家和政治学家给出的视角可能更加不同。其结果是对基于公共利益提出的主张常常无法进行有意义的比较。<sup>⑤</sup>

因此，尽管本书作者是法律人，但这一研究在性质上与“白纸黑字”的传统法学文本中经常看到的那些研究迥然有别。在那类文本中，对判例和制定法的梳理以及法条解释会被视为终极目标；而本书所作探索的实质是将法学、经济学与政治学的相关论说集结在一起，以此尝试建立一个更好的“三边”视角来考察公共利益概念的语境和运作方式。基于此，本书不会试图就公共利益的概念每一次在制定法或判例中出现的情况和例子进行一个百科全书式的总结，而是要考察这一概念无论在明示还是默示的情况下如何在具体的语境中对规制活动加以指导和影响的。为了达到这一目标，本书中采用的“法律”的定义将在第二章中进行阐释，而现下只需注意本书中所说的法律是广义的，并且应力求避

<sup>⑤</sup> See Mitnick, B. M., *The Political Economy of Regulation: Creating, Designing and Removing Regulatory Forms* (New York, N. Y.: Columbia University Press, 1980), 108.