

十 院

—○—~—○二系



序号	姓 名	职 称	单 位	论 文 题 目	刊 物、会 议 名 称	年、卷、期	类 别
1	陈爱江 张鸣胜	副高 副高	101 101	法学教育与司法考试相互关系之探讨	全国法学教育与国家司法考试理论研讨会	2002.01	
2	陈爱江	副高	101	WTO规则与国防科技政策法规的完善	WTO与国防科技理论研讨会	2002.01	
3	郭莉	初级	101	浅论工伤保险法的目的——从工伤保险法历史发展角度的考察	第十届全国经济法理论研讨会	2002.01	
4	贺富永	初级	101	浅析民用航空器的融资租赁合同	江苏航空	2002.00.03	
5	黄建军	中级	101	职工保密义务法律性质研究	南京航空航天大学学报社科版	2002.04.01	
6	李乾贵	副高	101	邓小平行政法制思想研究	法学杂志	2001.00.06	
7	李乾贵	副高	101	《婚姻法》讨论观点综述	法学杂志	2001.00.01	
8	李乾贵	副高	101	邓小平行政法制思想初探	中国行政管理	2001.00.12	H
9	刘耀彬	中级	101	论加入WTO与中国政府的行政公开	南京航空航天大学学报社科版	2002.00.03	
10	刘耀彬	中级	101	夫妻生育权利冲突研究	当代法学	2002.00.11	
11	申国勇	硕士	101	论加强政风建设与提高公务员素质	聊城通讯	2002.00.11	
12	张鸣胜 颜萌 徐茜	副高 本科 本科	101 101 101	WTO与国际科技工业行业管理	WTO与国际科技工业研讨交流	2002.11	
13	张鸣胜	副高	101	反行政垄断的法律思考	学海	2002.00.04	
14	张鸣胜 陈爱江	副高 副高	101 101	关于完善我国产品责任立法的几点思考	南京理工大学学报社会科学版	2002.15.04	
15	栾爽	中级	101	近代中国社会结构转型与契约的法律制度	学术交流	2002.00.06	H
16	栾爽	中级	101	民族精神：法治的文化支撑	南京航空航天大学学报社科版	2002.00.04	
17	栾爽	中级	101	国家契约法与民间契约法——近代中国契约法律文化的历史思考	江西社会科学	2002.00.02	
18	栾爽	中级	101	追寻中的正义——《窦娥冤》的法文化解读	法学天地	2002.00.04	
19	栾爽	中级	101	近代中国契约法律制度邹论	南京航空航天大学学报社科版	2002.00.01	
20	栾爽	中级	101	论法治的文化基础	探索	2002.00.01	H
21	栾爽	中级	101	燃烧的红字——霍桑《红字》的法文化意蕴	法学天地	2002.00.02	

序号	姓 名	职 称	单 位	论 文 题 目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
22	栾爽	中级	101	劳动合同单方解除问题的探讨	劳资纠纷预防与劳动争议 实务研讨会	2002.01	

序号	姓 名	职 称	单 位	论 文 题 目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
1	包明宝	副高	102	农业高新技术产业化的投融资方式探讨	农业技术经济	2002.00.05	H
2	包明宝	副高	102	“拇指原理”与“中国指数”权重确定问题	现代经济探讨	2002.00.04	
3	陈刚	硕士	102	以色列风险投资的发展分析及对我国的启示	管理科学	2002.00.02	
4	陈刚	硕士	102	以色列风险投资的发展分析及对我国的启示	株洲工学院学报	2002.16.05	
5	陈海明 段进东	博士 副高	102 102	灰色—马尔木柯夫模型在股票价格预测中的运用	经济问题	2002.00.08	H
6	陈其霆	初级	102	农业的品质化生存和知识化发展	现代经济探讨	2002.00.07	
7	陈其霆 李宗植	初级 正高	102 102	农民增收问题及解决途径	农业经济	2002.00.09	H
8	程慧	硕士	102	面对WTO：我国商业银行的竞争形势与发展策略	当代经济科学	2002.24.00	H
9	储东兵	硕士	102	市场导向原则在资产管理业务中的运用	南京航空航天大学学报（社会科学版）	2002.04.03	
10	段进东 程强然	副高 硕士	102 102	加入WTO后我国国防科技工业的发展对策	经济纵横	2002.00.增刊	H
11	段进东 朱容琰	副高 硕士	102 102	证券公司技术创新问题之探讨	理论探讨	2002.00.04	H
12	段进东	副高	102	证卷公司网上交易经营战略探析	经济问题探索	2002.00.09	H
13	顾金宏	中级	102	谈商业银行信贷资产内部审计的程序和方法	审计理论与实践	2002.00.02	H
14	黄锦	硕士	102	正确认识经济全球化 坚定社会主义信念	南京社会科学	2002.00.增刊	
15	黄锦	硕士	102	试论我国商业银行的市场营销战略	商业研究	2002.00.11	H
16	黄锦 朱军	硕士 硕士	102 102	试论我国商业银行上市问题	江苏统计	2002.00.03	
17	李东 李宗植	正高 正高	102 102	论新时期我国武器装备动员管理组织结构	南京航空航天大学学报社科版	2002.04.02	
18	李东 段进东	正高 副高	102 102	高技术战争与国外武器装备动员管理体制的改革	南京政治学院学报	2002.18.05	H
19	李志荣 江可申	硕士 正高	102 093	以新思路开发新西部	经济体制改革	2002.00.06	H
20	李宗植	正高	102	民族地区贫困的地缘经济思考	中央民族大学学报哲社版	2002.29.06	H
21	李宗植	正高	102	全面实现小康就要促进区域经济发展	南京航空航天大学学报	2002.04.04	

序号	姓 名	职 称	单 位	论 文 题 目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
22	李宗植	正高	102	对江苏城市化发展的思考	南京航空航天大学学报社科版	2002.04.01	
23	李宗植	正高	102	欧盟区域政策的启示	西北师范大学学报	2002.00.04	H
24	李宗植	正高	102	中小企业技术创新的思考	企业经济	2002.00.03	H
25	刘敏 包明宝	硕士 副高	102 102	关于我国开设股指期货的几点探讨	企业经济	2002.00.08	H
26	吕立志	副高	102	教育创新对江苏省产业结构调整的影响	南京社会科学	2002.17.增刊	
27	吕立志	副高	102	关于在社会主义政治经济学教学中强化“中国特色”的思考	南京航空航天大学学报社科版	2002.04.18	
28	吕立志	副高	102	顺应国际产业调整大趋势，确定江苏产业结构新框架	江苏科技信息	2002.00.00	
29	马杰	正高	102	“断保”忧思与求解	社会保障制度	2002.00.10	
30	马杰	正高	102	试析提前退休问题对我国养老保险制度的影响	全球化条件下劳工与社会保障（两岸三地）研讨会	2002.01	
31	马杰	正高	102	未来20年之路：全面建设小康社会	南京航空航天大学学报	2002.00.04	
32	马杰	正高	102	增税还是减税：WTO与税制改革	涉外税务	2002.00.00	H
33	马杰	正高	102	怎一个“断”字了得：断保现象透析	上海劳动保障	2002.00.16	
34	马杰	正高	102	“六个一”：洒向人间都是情	中国社会保障	2002.00.12	
35	马杰	正高	102	谁给咱爹咱娘一个宽心：中国老人社会保障忧思录	上海劳动保障	2002.00.03	
36	马杰	正高	102	“断保”忧思与求解	中国社会保障	2002.00.07	
37	马杰	正高	102	4050：为弱势群体造饭碗	中国社会保障	2002.00.00	
38	马杰	正高	102	4050：为弱势群体“造”饭碗	新华文摘	2002.00.00	H
39	毛宋平 段进东	博士 副高	102 102	物价变动对会计信息质量的影响实证分析	企业经济	2002.12.00	H
40	史嵘	初级	102	论江苏观光农业开发	市场周刊	2002.11.00	
41	谭清美	博士后	102	区域创新系统的结构与功能研究	科技进步与对策	2002.19.08	H
42	谭清美	博士后	102	关于商业价值源泉的重新探索	现代经济探索	2002.00.08	

序号	姓 名	职 称	单 位	论 文 题 目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
43	谭清美 李宗植	博士后 正高	102 102	新经济与传统经济比较研究	科学管理研究	2002.20.04	H
44	向光胜	本科	102	论江泽民的科技创新思想	江苏教育学院学报社会科学版	2002.18.06	
45	徐建荣 徐强	硕士 正高	102 102	信息时代企业的市场开拓	今日企业	2002.00.08	
46	徐菱涓	中级	102	国外政府在风险投资中的作用可资借鉴	南京航空航天大学学报社科版	2002.00.03	
47	徐菱涓	中级	102	浅议高校大学生创新素质培养途径	南航党建与思想政治工作研究会2000年年会论文集	2001.10	
48	徐菱涓	中级	102	运用强化理论 提高激励效果	江苏航空	2002.00.01	
49	徐菱涓	中级	102	浅论政府在风险投资中的作用	学海	2002.00.03	
50	徐强	正高	102	企业战略管理, 企业面向国际竞争的必要条件	企业经济	2002.00.07	H
51	徐强 肖龙阶	正高 中级	102 102	面向WTO, 构建ERP	工厂管理	2002.00.04	H
52	徐强	正高	102	质疑我国上市公司股东所有制分类法	技术经济与管理研究	2002.00.03	H
53	殷慧菁	硕士	102	加入WTO对中国证券业的影响及对策	商业研究	2002.12.260	H
54	余恩荣	副高	102	“画树”教学法及在素质教育中的功能	黑龙江高教研究	2002.00.02	H
55	张昆 段进东	硕士 副高	102 102	CS战略与顾客满意型企业文化重塑	探索	2002.00.02	H
56	张润君 吴强	博士 中级	102 102	我国农业产业代研究论纲	西北师大学报社科版	2002.39.03	H
57	张文煜	正高	102	不断创新: 邓小平理论生命力的源泉	江淮论坛	2002.00.01	
58	张文煜	正高	102	知己知彼: 企业战略态势分析	企业文化研究	2002.00.03	
59	张文煜	正高	102	兵临城下: 战略致胜时代的到来	企业文化研究	2002.00.01	
60	张文煜	正高	102	“企业核心竞争力”的知识特征与企业文化	企业二次创业与企业文化建设研讨会	2002.01	
61	张文煜	正高	102	“三个代表”的实质是共产党始终代表先进	南京政治学院学报	2002.18.01	H
62	张文煜	正高	102	党的指导思想的新的历史定位	南京航空航天大学学报社科版	2002.04.04	
63	张文煜	正高	102	知识经济与管理创新	江苏行政管理学会年会	2002.01	
64	张文煜	正高	102	以道制胜: 战略管理是企业管理的核心	企业文化研究	2002.00.02	

序号	姓 名	职 称	单 位	论 文 题 目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
65	张恽	硕士	102	试论理工科高校人文社会科学教 学	扬州大学学报自然科学版	2002.05.00	
66	朱军	硕士	102	证券投资基金的约束与激励机制 的再优化	申银万国证券研究	2002.05.总35	

反行政垄断的法律思考

张鸣胜

(南京航空航天大学 南京 210016)

内容提要 面对我国向市场经济体制的转型和加入 WTO,制定以反行政垄断为重要内容的反垄断法已迫在眉睫。然而,什么是行政垄断学术界看法不一,这给反行政垄断的制度设计带来了困难,本文从分析行政垄断的概念入手,指出现行反行政垄断的法律制度存在诸多缺陷,并进一步提出规制行政垄断的法律制度安排。

关键词 行政垄断 经济垄断 政府管制 反垄断法

改革开放以来,虽然国家一向明确反对行政垄断,并陆续颁布了一些行政法规和部门规章,近几年在相关经济立法中也针对行政垄断作了一些规定。但从总体看,现有关于反对行政垄断的法律规定还显得权威不足,措施不力,执行效果不够理想。因此,解剖现行反行政垄断的法律制度,探究规制行政垄断有效途径就显得尤为重要。什么是行政垄断?目前学术界有不同的看法,笔者认为,行政垄断具有广义和狭义的理解。广义的行政垄断是指政府和政府部门运用行政权力所作的限制竞争的行为。狭义的行政垄断是指政府及其所属部门(包括享有行政权的组织)违法行政、限制竞争的行为。它是需要反垄断法规制的行政垄断。

我们所要反的是狭义的行政垄断。它所表现的基本特征主要有以下方面:

(一)行政垄断是一种超经济的垄断

经济垄断是市场运行到一定阶段的产物。企业在市场竞争中,由于内部和外部的双重压力,都

希望市场中取得特殊的地位,即由竞争到生产的集中再到垄断。经济的垄断与市场的竞争相伴而生,正如其他市场经济国家的历史经验所表明,市场经济作为竞争的经济,本身不具备维护公平竞争的机制。相反,企业都想摆脱竞争谋取垄断地位或实施垄断行为。现阶段的中国,这样的垄断已经相当严重。然而,更为严重的是,中国的垄断具有来自政府方面的强大力量,形成了声势浩大的行政垄断。它是一种超经济的垄断。这种垄断的超经济性就在于,它是市场以外的因素或力量引起的垄断,它不同于传统市场经济国家的垄断(经济垄断)。换言之,超经济垄断是由来自于市场以外的、与市场要素及市场运行的自然法则没有直接联系的力量引起的在一定市场上的垄断。例如,在集市贸易中用暴力胁迫等手段欺行霸市;又如利用职权禁止外地企业进入本地市场进行交易。前者是利用个人的体力等方式;后者是利用行政权力达到地方封锁的目的。行政垄断是违法行政的体现和结果,其产生的基础与市场要素及市场运行规律没有直接的联系。

行政垄断的超经济性是以行政权力为后盾,

借助行政权力的权威不正当地干预特定市场上企业间的竞争。对特定市场上的企业来说,它们既不能无视行政垄断的存在,也不能逃避或抗拒行政垄断的强制力量,否则,它们就会受到“国家强制力的制裁”^①,正因如此,行政垄断才是一种制度性的比经济垄断危害更严重、更持久的垄断,它直接影响到我国社会主义市场经济体制的彻底建立以及自由、公平的竞争秩序的形成。

(二)行政垄断的主体是政府及其政府部门(包括享有行政权的组织)

行政垄断是超经济的垄断,但只有行政主体实施的垄断才是行政垄断。这里讲的是行政垄断的主体上的特征。行政垄断的主体,即指行政垄断行为的实施者,或者说是应为行政垄断行为的后果承担责任者。在我国,行政垄断的实施主体是政府和各级政府部门(包括享有行政权的组织)。前者,从国务院到各级地方政府^②;后者,指中央政府部门和地方政府部门。此外,享有行政权的组织是指由于政府或政府部门授权而具有一定的行政权的组织。

这里值得注意的是:其一,行政垄断的主体是否包括中央政府,有的学者认为不包括。^③我们认为,行政垄断的主体只是地方政府是不恰当的。实际上,中央政府的行政垄断即违法从事限制市场竞争的行为也是常见的,如政府采取一些均贫富的政策“拉郎配”,或组建具有一定行政权的垄断公司,或强行联合数家企业形成垄断集团等。其二,行政垄断的主体不能笼统地称为“国家”,因为从国家机关的构成而言,它在行政机关之外还有审判机关和权力机关;还因为应当排除国家的合法垄断^④,以免与国家垄断相混淆。

(三)行政垄断是一种违法行政的行为

一般认为,行政垄断的主观要件是行政权力的滥用。^⑤这在一定程度上指出了行政垄断的违法行政性,但不恰当。笔者主张不用“行政权力滥用”而用“违法行政”更为准确。从行政法的角度看,行政权力滥用,是指有权而滥用权力,它不包括越权。滥用职权,主要表现为自由裁量权的行使上违背法定目的,考虑不当,随意裁量,明显违背常理。^⑥而违法行政,应包括滥用行政权力,它有行政越权、滥用职权、程序违法、内容违法等形式。^⑦无疑,行政权力由各级行政机关行使,这是为宪法所肯定的。但是,政府依法行政,这也是社会主义法治的根本要求之一。换言之,政府和政

府部门对经济生活的适度干预必须依据法定的权限和法定的程序。政府和政府部门干预经济生活的行为违反法定权限、法定程序和明显超过合理的程度,则构成了违法行政。显然,一些学者谈行政权力滥用时,实际上是指的是违法行政。^⑧因此,依法行政和行政垄断的界限是清楚的,政府和政府部门依法维护公平竞争的市场秩序和实施宏观调控措施,是社会主义市场经济发展所必须的,不构成行政垄断,因而是不能加以反对的。我们要制止的是违法行政而实施垄断行为。

(四)行政垄断表现为具体的行政行为和抽象的行政行为

“抽象行政行为”是与“具体行政行为”相对而言的。最高人民法院在有关行政诉讼的司法解释中明确指出:“‘具体行政行为’是国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、政府机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或其他组织,就特定的具体事项,作出的有关公民、法人或其他组织权利义务的单方行为。”而“抽象行政行为”是指行政主体针对广泛不特定的对象设定具有普遍约束力的行为规范的行为。它一般不是针对特定的对象,而是只规定在何种情况下,行政主体和行政相对人的行为规则和权利义务。

行政垄断行为存在大量的具体的行政行为,如指定交易,但很多情况下,它是一抽象的行政行为,即由“政府及其所属部门”以政府规章、命令、决定等形式发布,其内容一般都是指向不特定的市场主体和市场行为。正因为它的抽象性,它比具体的行为具有更大的影响面,对竞争的破坏性就远大于具体的垄断行为或经济垄断。

(五)行政垄断是一种实质性限制竞争的行为

行政垄断必须是对竞争的实质限制。行政垄断的实质性限制,应与经济垄断中的竞争的实质限制作相同理解,即一定交易领域内实质性地限制竞争。所谓“一定交易领域”即成立了竞争关系的市场。所谓“实质性地限制竞争”即“几乎不可能期待有效竞争的状态”。^⑨竞争的阻碍性,应是认定实质限制竞争的标准。

如果违法行政不构成对于垄断的实质限制,那么它只是一般的违法行政而不构成行政垄断;如果没有违法行政而对竞争构成限制仍不属于行政垄断,一般而言,存在高于竞争的价值理由而在法律上允许的限制竞争的行为,它是合法行为。

上述特征是行政垄断概念的基本内涵的具体表现,也是行政垄断区别于一般行政行为和行政垄断的重要方面。

二

基于行政垄断的概念分析,结合对于现行法律制度的考察,笔者认为现行制止行政垄断的法律制度设计存在以下缺陷:

(一)对于这种超经济的,“权力与金钱相结合”的反竞争行为,目前对其规制的法律文件效力层次大多较低,欠缺应有的权威性^⑩。我国目前除了《反不正当竞争法》、《价格法》和《招标投标法》对行政垄断作了一些规定外,绝大部分的规制文件是由国务院及其部委颁布的一些行政性法规、规章和政策性文件,以及各地方立法机关制定的地方法规。法律文件效力层次参差不齐且普遍较低,由于欠缺必要的权威性,这些法律文件的执行也就大打折扣。

(二)行政垄断常表现为抽象行政行为,抽象行政行为目前不属于我国行政复议和行政诉讼的受案范围。虽然《行政复议法》第7条作出对于有关抽象行政行为审查的规定^⑪是积极的。但是,对于抽象行政行为,依照我国《行政诉讼法》第11条、第12条之规定,受害企业或消费者也无法提起行政诉讼;依照《行政复议法》第6条之规定,受害企业或消费者也不能要求行政复议。因此,当行政垄断表现为抽象行政行为时,明知其违法而不能提起行政诉讼或要求行政复议。

(三)行政垄断的主体是掌握权力的特殊主体,而且上下级关系的利益联系十分紧密,现行法律对行政垄断的实施主体的法律责任规定太轻,而且欠缺强有力的监督机制。依照《反不正当竞争法》第30条的规定,“政府及其所属部门”滥用行政权力的法律后果是由“上级机关责令其改正;情节严重的,由同级或上级机关对直接责任人员给予行政处分。”既没有赋予受害企业和消费者提起民事诉讼的权利,也没有赋予受害企业提起行政诉讼的权利,这在法律责任上就显得很不够。如果上级机关对其下级机关滥用行政权力的行为熟视无睹,或者采取大事化小、小事化了的态度,受害者的合法权益就得不到保护,政府滥用行政权力限制竞争的行为也得不到及时的纠正。

(四)行政垄断不同于经济垄断,其势力远大于经济垄断,现有反行政垄断的主管机构设置不

当,使得反行政垄断执法困难重重。我国《反不正当竞争法》所规定的反行政垄断的主管机构同反其他不正当竞争行为的主管机构一样,都是工商行政管理部门。这显然是不妥当的。因为反垄断法与其他法律制度不同,与反不正当竞争法也不同,它的任务不仅是要同大企业集团或者垄断企业限制竞争的行为作斗争,而且还得同政府不法行政限制竞争的行为作斗争。这就要求反垄断的主管机构具有相当大的独立性和足够的权威性。很明显,工商行政管理部门不符合反垄断主管机构的客观要求。实践中,工商行政管理部门不用说查处行政垄断案件,就是查处经济垄断案件,甚至查处不正当竞争案件都屡屡受到各级政府的各种牵制,使得其反行政垄断的查处行为困难重重。

三

我们认为,要有效遏制乃至消除行政垄断行为,必须双管齐下,即“两手抓”。一手抓政治和经济体制的改革,特别是继续推进行政管理体制和政府机构改革,建立廉洁高效、运转协调、行为规范的行政管理体系,推进政府决策的民主化、科学化。按照发展社会主义市场经济的要求,进一步转变政府职能,集中精力搞好宏观调控和创造良好的市场环境,不直接干预企业正常的生产经营活动。只有推进政府工作法制化,依法行政,从严治政,才能使行政垄断成为无源之水,达到减少乃至根除行政垄断的目的。另一手抓反垄断立法,尽快制定反垄断法,并以反行政垄断为重要任务。在未来的反垄断法中对行政垄断的各种形式加以制止,并建立一系列有效的法律制度以实现社会主义市场经济公平自由竞争良好秩序。因此,笔者认为,为有效地制止行政垄断,应做以下方面的努力:

(一)完善行政管理法律制度,重建政府管制体系,保证对行政性垄断进行稳定持续的和强有力的制约。

行政垄断源于权力与市场力量的结合,可称为“权钱联姻”,正是有行政权力的保障,才使行政垄断对市场竞争更具破坏力。要铲除行政垄断,须从源头制止。完善行政法,重建政府管制体系,在行政立法上,须坚持合理性原则,即在管制改革过程中,对政府管制的理由重新加以审定,尽量取消和缩小对微观经济活动的过度干预;须坚持独立性原则,即建立独立于各种利益集团的管制机

构,改变我国目前的行政管制机构存在的政企不分、政事不分、政资不分和政社不分的状况,使行政机构具备独立性,从而在中立的立场上公正执法;须坚持公正性原则,即为防止管制机构在缺乏有效制衡和监督的条件下作出不作为、滥用权力、歧视性执法和违背程序等行政违法行为,建立完善的行政程序制度和外部监督机制,同时最大限度地强制行政机构公开其内部信息和加大行政违法行为的法律责任追究;须坚持高效性原则,即在肯定上述各项原则的前提下,适当增加管制机构的行政资源,同时对现有管制权的重新划分,针对不同的管制要求,或采取纵向集中,或采取横向配置,或采取兼而有之的分权模式;须坚持职权法定原则,即所有的管制权及其执行都必须基于严格的法律规定,运用法律的手段建立政府管理的合理结构。^⑩在这些原则之下,重建政府管制体系,将管制结构的构建与引入市场竞争机制结合起来,以提高行政管制的效率和透明度。

1. 在政府管制的实体法调整和完善过程中。

(1)清查现有的有关政府管制的法律法规,按照行政管制的合理性原则和特定产业的未来市场格局,废除和调整那些不合理的行政审批制度(如竞争性环节的进入和投资审批);(2)在制定和完善各种实体法过程中,为避免“立法谋私”,防止政府与企业结成利益同盟操纵立法,必须改变管制机构主导立法的倾向,建立既反映企业利益又兼顾国家宏观利益的更为公开透明的立法体制;(3)在政企、政资实质性分开的基础上,运用立法的手段和机构的改革的途径将管制权相对集中,以减少各类管制者之间横向和纵向管制权的不合理重叠和交叉,提高行政效率。

2. 在程序法及其运作机制的完善过程中,主要建议有:

(1)为进一步加强人大对国务院及其内阁部门的行政行为的监督力度,建立制度化的立法审查机制;(2)将与行政管制有关的抽象行政行为纳入行政诉讼的受案范围,对行政诉讼法进行必要的修改;(3)特许权的行政审批要大量引入公开听证程序,特许权公开竞标拍卖要建立专门制度,以保证最大的公平;(4)让民众充分享有知情权,须建立政府信息公开制度;(5)在行政法、民法以及刑法之间,构造相互补充的法律救助机制,方便自然人、法人和其他组织维权诉讼。

(二)制定包括反行政垄断在内的统一的反垄

断法典,确保反行政垄断的法律化、制度化。

现代反垄断法从诞生发展到今天已逾百年。虽然反行政垄断在这些市场经济国家不是反垄断法的重要内容,但只要有政府,只要政府还在经济领域行使权力,就有可能产生行政垄断。因此,将行政垄断纳入反垄断法符合反垄断法的价值理念。以反行政垄断为反垄断法的重要内容,实现对行政垄断的有效规制,须着重在以下方面做出努力:

1. 在建立和完善实体法方面,主要建议有:

(1)将行政垄断主要形式一一列举,对主要的行政垄断明确禁止,明确行政垄断的一般构件,并作概括性规定以禁止符合行政垄断构件的其他行政垄断行为;(2)建立严格的行政垄断的法律责任制度,具体明确一定的行政垄断行为的法律责任。即使反垄断法中没有直接规定,也须指引适用有关立法的相应的法律责任条款;(3)要解决好法律冲突问题。如果反垄断法也是全国人大颁布的基本法,那它和电力法、邮政法、航空法等层级上就属于平行的法律,谁的法律效力更高呢?这就可能形成法律冲突问题。怎么能解决呢?必须有全国人大或最高人民法院对此进行司法解释。但是立法者制定反行政垄断的有关条款时,应充分考虑其与相关法律的关系,减少冲突。

2. 在建立和完善程序法方面,主要建议有:

(1)建立具有权威性的准司法性的反垄断主管机构,并赋予其对行政垄断行为发布禁令的权力。目前的反垄断执法机构是国家工商行政部门。我认为,还应该专门成立一个机构,在权威性上高于目前的执法机构。进一步说,就是该执法机构应该直接隶属于全国人大,作为独立的管制机构,而不隶属于其他任何一个部门。“我国可以借鉴国外关于反垄断执法机构的规定和经验,在我国设立由品德高尚、业务精湛的经济学家和法学家占相应比例并能发挥作用的具有高度权威性和独立性的准司法机构来作为反垄断主管机构,使其有权独立地行使对垄断案件的调查、取证、决定并发布禁令。当然,同时应规定对其实施监督的措施。”^⑪(2)解决法律通道问题。梁慧星教授提出司法自治,就是让公民直接起诉。比如春节涨价了,我不起诉你铁道部,起诉我买票的所在分局,法院受理了,之后可能就附带把行政行为给拉出来了,这叫民事附带行政,或者是行政附带民事都可以。^⑫此外,未来的反垄断法典中还应赋予反垄

断主管机构针对行政垄断在特定的条件下提起诉讼的权力,包括建立民事公诉制度。“通过民事公诉制度,授予反垄断执法机构对国有企业、非国有企业乃至国家机关的反竞争行为提起民事诉讼的权(利)力。”^⑩

(3)在未来的反垄断法典中,应建立司法审查制度。在世界贸易组织的有关规则中,包含了司法审查的要求。中国“入世”已承诺了世贸组织有关司法审查的义务。所谓司法审查,是指世界贸易组织要求各成员方在实施有关对外经贸的法律、行政法规、司法判决和行政决定方面,要为当事人提供申请复议和提起诉讼的机会。我国即将出台的反垄断法,也应与国际接轨,建立司法审查制度,这就意味着对“政府及其所属部门”所实行的行政垄断行为(具体的和抽象的),受害的企业和消费者有权提出行政复议,如对行政复议的决定不服,可以依法向人民法院提起诉讼。当然这一制度的建立的同时应对行政复议、行政诉讼法有关规定的修改相协调。^⑪

①钟明钊主编:《竞争法》,法律出版社1997年版,第316页。

②孔祥著:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第824页。

③⑧王保树:《论反垄断法对行政垄断的规制》,《中国社会科学院研究生院学报》1998年第5期;邓保同:《论行政垄断》,《法学评论》1998年第4期。

④这里所称的合法垄断是指由于有高于竞争的价值存在,在一定的条件下法律所允许限制竞争的行为。

⑤⑭黄欣等:《行政垄断与反垄断立法研究》,《中国法学》2001年第3期。

⑥⑦杨解君著:《行政违法论纲》,东南大学出版社1999年版,第180—183、160—190页。

⑨[日]金泽良雄:《经济法》,日本有斐阁1980年版,第176页;

王保树:《论反垄断法对行政垄断的规制》,《中国社会科学院研究生院学报》1998年第5期。

⑩⑬王晓晔著:《竞争法研究》,中国法制出版社1999年版,第7—9页;黄欣等:《行政垄断与反垄断立法研究》,《中国法学》2001年第3期。

⑪《行政复议法》第7条规定,“公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法,在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请:(一)国务院部门的规定;(二)县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;(三)乡、镇人民政府的规定。前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。”

⑫余晖:《“伐垄”伐什么——行政垄断的终结》<http://finance.sina.com.cn>2001年04月25日11:01《中国经济时报》。

⑬史际春:《关于反垄断法概念和对象的两个基本问题》,王晓晔编:《反垄断法与市场经济》,法律出版社1998年版,第59页。

主要参考文献

- 1.曹士兵著:《反垄断法研究》,法律出版社1996年版。
- 2.吕忠梅、刘大洪:《经济法的法学与法经济学分析》,中国检察出版社1998年版。
- 3.沈明荣著:《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,法律出版社2001年版。
- 4.张德林:《论我国现阶段垄断与反垄断》,《经济研究》1996年第6期。
- 5.张淑芳:《行政垄断的成因分析及法律对策》,《法学研究》1999年第4期。
- 6.杨兰品:《中国转型时期垄断问题研究》,《经济评论》1999年第4期。

作者简介:张鸣胜,南京航空航天大学人文与社会科学学院法律系副教授。

〔责任编辑:海文〕

关于完善我国产品责任立法的几点思考

张鸣胜 陈爱江

(南京航空航天大学 人文学院, 江苏 南京 210094)

摘 要: 本文从比较法的角度对我国有关产品责任法中产品的概念、缺陷的概念、产品责任的赔偿范围等问题进行了检讨和研究, 指出了有关立法的一些不足, 借鉴发达国家有关立法的经验并根据我国实际, 提出了相应的立法建议。

关键词: 产品责任; 产品; 产品缺陷; 赔偿

中图分类号: F724 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-2646(2002)04-53-05

产品责任是伴随着现代工业的发展而出现的, 是商品经济发展的产物。在现代社会中, 为了有效地保护广大消费者的权益, 维系社会利益的平衡, 欧美的一些国家率先确立了关于产品责任的法律规范, 诸如美国《统一产品责任示范法》(或称《统一产品责任法》)、欧共体《为协调成员国关于有缺陷的产品的责任的法律、行政规定的指令》(本文简称《共同指令》)。根据《共同指令》, 欧共体成员国纷纷制定了有关产品责任的单行法。我国《民法通则》的制定和实施, 特别是《产品质量法》和《消费者权益保护法》的问世, 有关产品责任的立法在我国已有了令人欣喜的发展。但是, 这与欧美等发达国家日趋完备的产品责任立法现状以及中国消费者权益保护的迫切需要相比, 尚有很大差距和诸多不足。因此, 本文拟从比较法的角度, 就以下几个方面对我国现行的产品责任法律制度进行检讨和研究, 以期对完善我国产品责任立法有所裨益。

一、产品的概念

在产品责任法中, 明确产品概念, 实际上就是确定该法的适用范围。

美国基于有力保护消费者利益的目的, 1979年的《统一产品责任法》对产品的范围作了较宽的规定。实际上, 美国法官的态度倾向于更灵活、更宽松的做法。《统一产品责任法》第102条规定, 产品是指具有任何内在价值, 能够整体或部分地转让, 用于贸易或商销的物品。在美国, 无论是动产还是不动产, 只要具备可转让和商销性的物品都是产品, 但人体组织器官包括血液及其成份不属于产品。还有一些特殊的物品, 如书籍、计算机软件、农产品、电等, 并在具体判例中又有具体做法。美国的“产品”范围还排除了法律另有规定的一些物品如: 高度危险的产品、核产品等。

收稿日期: 2002-04-25

作者简介: 张鸣胜(1963-), 男, 江苏金坛人, 南京航空航天大学人文学院法律系副主任、副教授。

《共同指令》第2条规定,本指令所指的产品是除了初级农产品及猎获品外的所有动产,不论独立存在或附着于其它不动产物体之上,及电器产品均包括在内,但核产品不属此列。《共同指令》同时将初级农产品、猎获产品排除在产品之外。

我国产品责任的立法对产品概论主要在《产品质量法》和《消费者权益保护法》中有所规定。《产品质量法》第2条第2款给产品下了一个定义:产品是指经过加工、制作,用于销售的产品。第3款规定,建筑工程不包括在内。该法第50条规定,军工产品也不包括在产品范围之内。我国《消费者权益保护法》使用的是“商品”一词,商品是用来交换的劳动产品,这里的“商品”与产品责任法中的“产品”当属同一个含义。根据《消费者权益保护法》的规定,产品应界定为:为了生活需要购买、使用的商品。包括动产(如:家电),也包括不动产(如:商品住宅),以及包括农民购买、使用直接用于农业生产的用品(如:化肥、农药等)。

研究、比较欧美产品概念与我国的产品概念的异同,笔者认为,我国在制定统一产品责任法时,关于产品概念,应关注以下问题和建议:

第一,美国《统一产品责任法》将人体组织器官包括血液成份排除在产品范围之外,而《共同指令》将初级农产品、猎获产品排除在产品之外。其确定范围的根据是,这些产品并没有现代工业的加工过程,他们的获得或许是复杂的,但产品本身的品质几乎没有人工的因素加入。它们不具有现代工商产品的特征,因此,不将其列入产品范围。对此,我国产品责任的有关立法没有规定。因此,笔者建议应考虑在产品概念中排除人体组织器官、初级农产品、猎获产品等。

第二,美国《统一产品责任法》和《共同指令》的产品概念都不包括核产品。之所以排除核产品,不是因为核产品的侵害不须给予赔偿,而是要进行特殊的赔偿。一般认为产品责任法中缺陷产品致损依无过错责任原则确定损害赔偿赔偿责任,但核产品致损,则依绝对责任原则确定损害赔偿赔偿责任,即没有任何免责条件,只要是核产品致损,行为人就一定要负损害赔偿赔偿责任。对此,我国法律规定十分含糊,《产品质量法》规定了军工产品不在产品之列,而军工产品与核产品之间是交叉关系,因此,不能认为军工产品完全包含了核产品。由于核产品的特殊性,笔者认为,应当明确地将核产品排除在产品之外,并且在其它有关法律或法规中作特别规定,并以绝对责任原则来确定损害赔偿赔偿责任。

第三,美国《统一产品责任法》的产品既包括动产也包括不动产,而欧共体《共同指令》的产品只包括动产。对此,我国《产品质量法》的规定很不清楚,只指出了将“建筑工程”排除在产品范围之外。而建筑工程是一个尚须进一步明确的概念,并且也不是法律术语。因此,笔者建议不论产品该不该包括动产或不动产,应修正“建筑工程”概念,用“不动产”取而代之。此外,《消费者权益保护法》将私人购买用于消费的住宅纳入产品以内,私人住宅当属“建筑工程”。这样,两法在产品的范围上是否包括“建筑工程”便有不协调之处。笔者认为,制定统一的产品责任法或修订有关立法时应予以协调。

第四,关于出版物中的信息、计算机软件以及电,它们是否属于产品?这已引起美国及欧共体成员国法律界的关注。美国纽约最高法院判决的沃尔特诉鲍威尔案,以及其它的一系列著名判例,对书籍、航空地图等有缺陷的内容造成侵害的,法院均判决被告承担产品缺陷致损的严格责任。尽管美国缺乏有关“软件”的明确判例,但美国的法律界几乎一致认为,计算机软件的缺陷应当通过判定承担严格责任的各项理由是否具备,来判定产品责任是否适用于软件。

二、产品缺陷的概念

《美国侵权法第二次重述》将产品缺陷定义为:产品含有对使用人或消费者人身或财产之不合理的危险。在产品责任较为发达的美国,其判定产品具有缺陷的方法有二:其一,“危险与效用分析”;其二,“消费者预见标准”。根据“危险与效用分析”,法院用公共政策的天平衡量问题,天平的一端是特定的产品设计的危险,另一端是产品的效用。由于革新产品有正当的社会利益和制造业本身的竞争压力,一定程度的风险是不可避免的。因此,砝码应当放在产品设计的“合理安全”这一点上,制造者须为设计缺陷负责。“消费者预见标准”是客观标准,即应根据合理谨慎的消费者使用特定产品的具体情况而定。问题的关键是合理谨慎的消费者以制造商预期的方式使用特定产品时,其应当预见到的安全程度。简言之,前者指通常一般制造人,如果知悉商品有缺陷可能造成消费者损害,仍将商品置于市场销售,此种商品则具有“不合理的危险”;后者为,消费者在通常认识到的安全程度内,合理谨慎使用仍有危险,则此种产品具有“不合理危险”。

欧共体《共同指令》未就产品缺陷作出正面定义,但从反面作了规定。《共同指令》第6条规定,生产者在下列情况下未能提供人们所期待的安全,则认为产品具有缺陷:其一,产品的介绍;其二,使用产品的合理期待;其三,产品置于市场销售。但不能因为后来有较好的产品发售就认为原来的产品有瑕疵(缺陷)。由此可见,《共同指令》主要采取“消费者合理期待或预见”标准。

此外,各国为更好地认定缺陷,一般将产品缺陷的外延分为四类:其一,设计缺陷。指产品设计人的设计方案有违背科学之处而导致整个生产线的产品具有不合理的危险。其二,制造缺陷。指生产者在制造或装配产品的一系列环节中,因质量监控系统的疏忽而导致个别产品异于科学的设计而具备不合理的危险。其三,警示缺陷。又称未作警示说明缺陷,指生产者疏于以适当的方式向消费者说明产品使用的方法和警示危险、防止应注意的事项,因而导致具有合理的危险的产品可能导致危险发生。其四,发展缺陷。又称发展风险,指产品具有当时的科学技术水平难以发现的潜在的不合理的危险。发展风险在美国的多数州可以免责。《共同指令》也将发展缺陷作为免责抗辩的理由。因此,前三种情况是承担产品责任的客观基础,而发展风险通常不归为产品缺陷的范围之内。

我国《产品质量法》第34条规定,产品存在缺陷是指产品存在危及人身、他人财产的不合理危险;产品有保障人体健康、人身、财产安全国家标准、行业标准的,是指不符合该标准。《产品质量法》关于产品缺陷的定义存在一些不足之处:

其一,采取双重标准,会发生标准冲突。《产品质量法》第34条的产品缺陷定义,提供的“不合理危险”标准和“不符合国家、行业标准”要求,这两个要求可衡量的产品情况的范围在外延上是交叉关系,即如果有“国家、行业标准”时,既可以用“不合理危险”来衡量产品是否存在缺陷,又可以用“国家、行业标准”来衡量产品是否存在缺陷。那么,会出现符合国家、行业标准却仍存在不合理危险的情况,这时究竟该如何认定产品是否存在缺陷?!其二,若采用“不合理危险”标准,那么就需要将这一标准具体化,制定或确立更为具体的明确的标准,如美国对设计缺陷采取“危险效用分析”标准,对制造缺陷采用“消费者预见”标准。而我国的“不合理危险”要求较为抽象、笼统,法律没有给予进一步规定,因此,实践中很难操作。其三,若采用国家、行业标准,那么由于标准错误或制定标准违法时,产品缺陷给消费者或使用

者造成损害时,损害由谁来承担赔偿责任?!我国现行有关立法没有作出规定。

因此,笔者认为,在产品缺陷的概念上,我国产品责任法应作如下完善:

第一,借鉴欧美的经验,根据我国消费者权益迫切需要加大力度予以保护的现实,确定产品缺陷一般仅指存在对使用人或消费者人身或财产有不合理的危险。

第二,具体规定是否存在“不合理的危险”时,采取世界上许多国家的通行做法,将产品缺陷进一步分类,根据不同类型确定具体标准或评价因素。如:设计缺陷,采用“危险效用分析”标准,即比较产品的有用性和危险性,综合考察产品的效用性与必要性、危险规避可能性、消费者危险预测的可能性、制造时或预定使用时的技术水平、替代设计的可能性等因素确认是否存在设计缺陷;制造缺陷,根据对合理使用者的预见性进行分析,即已出售的产品其危险程度若超出普通消费者对该产品特性所知常识所能预见的程度,则该产品具有不合理的危险,判断的因素包括产品的性能、质量、成份等;警示缺陷,判断是否存在未警示、说明的缺陷的考察因素有:警示时间、内容合理性、警示方式等。

第三,对某些特殊产品采取国家标准优先的原则,并完善国家赔偿制度。对某些产品加强国家的监控是必要的。国家标准作为衡量产品是否存在缺陷的尺度,这只能是产品责任法的例外,并且产品责任法中可以对此不作具体规定,将它留待《标准化法》等其它法律作出规定,产品责任法中应有“法律另有规定的除外”的文字。从法理而言,贯彻国家标准优先的原则,由于标准的错误或制定法律违法所导致的产品致损,应由国家承担法律责任,这部分内容也应有待有关法律加以规定。

三、产品责任的赔偿范围

产品责任法所规定的损害赔偿的范围大小,体现了该法对消费者利益保护的程度。

美国《统一产品责任法》之损害赔偿的范围较为广泛,包括:(一)财产上的损害,指一切财产上的非利益变动,具体有:补偿性赔偿、惩罚性赔偿和象征性赔偿。(二)人身之损害,指身体或生命所受的损失。(三)经济上的损失,指权利被侵害时,因此导致的经济上的非利益变动。(四)非财产上的损害,指精神上的损害。在美国司法判例中,上述损害赔偿,依具体的案件而获得不同方面的赔偿,并且多数案件中“经济上的损失”不属产品责任赔偿之列,“经济损失”应有当事人之间的合同条款和统一商法典的立法规范,从那里可以得到更好的解决方案。一般来说,美国的司法判例中,非财产损害的赔偿即精神损害赔偿数额很大,往往大于财产损害的赔偿数额,而且美国《统一产品责任法》对之没有限制。美国的做法对消费者权益的保护十分有利。

欧共体《共同指令》所规定的损害赔偿范围与美国的做法有三点不同:第一,在人身损害方面,《共同指令》允许各成员国对精神损害赔偿予以保留,未作强行规定。第二,《共同指令》没有对惩罚性损害赔偿和象征性赔偿作出直接规定。第三,《共同指令》对请求赔偿的数额范围作了限制,如:对于不超过500欧洲货币单位的损害一般不予赔偿,而对于同一产品、同一缺陷所引起的人身伤害或死亡的赔偿总数不得多于7000万欧洲货币单位。尽管《共同指令》对精神损害赔偿、惩罚性损害赔偿和象征性赔偿等给予保留或未作规定,但是,欧共体成员国绝大多数国家都有巨额精神赔偿、惩罚性损害赔偿以及象征性赔偿的立法或者判例。至于数额的限制,立法者为了避免小额诉讼和巨额赔偿所带来的一系列问题,即一方面为减少滥诉;另一方面为考虑生产者利益,实现当事人之间的利益平衡。