

Public Law and
Government Regulation
公法与政府管制丛书 | 丛书主编：刘 恒

Government Regulation and
Administrative Law

政府监管 与行政法

周汉华 著

1
北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Government Regulation and
Administrative Law

政府监管 与行政法

周汉华 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

政府监管与行政法/周汉华著. —北京:北京大学出版社, 2007. 1

(公法与政府管制丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 11403 - 2

I. 政… II. 周… III. ① 国家干预 - 研究 - 中国 ② 行政法 - 研究 - 中国 IV. D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 155233 号

书 名: 政府监管与行政法

著作责任者: 周汉华 著

责任编辑: 刘桂真

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 11403 - 2/D · 1653

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm × 980mm 16 开本 24.25 印张 350 千字

2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《公法与政府管制》丛书总序

政府管制是否为公法学研究提供了替代性范式,是一个富有争议性的问题,而无论争议是否有结果以及争议的结果如何,政府管制作作为一种研究范式为公法学的研究注入了新的活力,提供了新的概念、术语、研究方法和技巧,这是难以否定的。

经济学家较早地关注和研究政府管制现象,他们通过创设价格管制、进入和退出管制等管制术语来解释市场失灵的现象,为传统经济学研究拓宽了领域。而后,政治学、社会学等学科也加入了研究行列,探求从政府管制中寻找新的研究资源。相对而言,公法学对政府管制的关注起步较晚,因为传统的研究资源基本上已经足够,公法学家们并没有迫切感到术语的缺乏和解释的乏力,按照科恩在《科学革命的结构》中的描述,这时处于一种“范式稳定”的阶段。而随着社会经济的发展,政府必须处理大量社会问题,如贫富分化、环境污染、失业救济、交通整治等等,随之而来的必然是行政权力的扩张和行政职能的增加,这种情况在西方发达国家出现在19世纪末20世纪初,在中国则出现于20世纪八九十年代。这就使得公法学,特别是行政法学不得不转移研究重点,将政治、政策、法律等系统变量纳入研究范围,这时候传统公法学研究范式的不足就开始显现了,它们无法解释研究过程中出现的许多新问题和诸多“异常现象”,这种“范式危机”的出现迫使公法学家们不得不去探寻新的“替代性范式”,政府管制研究范式便应运而生。按照美国研究政府管制的行政法学家约瑟夫·P.托梅恩教授和西德尼·A.夏皮罗教授的说法,政府管制研究范式可以对诸如管制国家的目标和目的、完善治理的构成条件、新公共议程的内容、官僚政府公共美德的构成条件等传统公法领域所不能解答的问题提供清晰而有解释力的答案。^①

^① 参见〔美〕约瑟夫·P.托梅恩、西德尼·A.夏皮罗:《分析政府规制》,苏苗罕译,载方流芳主编:《法大评论》第3卷,中国政法大学出版社2004年版。

2 政府监管与行政法

国内公法学界近年来也开始重视政府管制,一批中青年学者以极大的热情自觉地由政府管制角度来研究公法问题,各种译著、论文、著作逐步推出,以政府管制为主题的学术会议也相继召开,如2005年11月中山大学法学院主办了“政府管制与行政许可学术研讨会”(本丛书《行政许可与政府管制》一书即此次会议的成果),2006年5月在厦门大学举行了“政府管制与人权保障学术研讨会”等。

《公法与政府管制》是目前国内专门以公法和政府管制研究为主题内容的系列丛书,我们试图使丛书具有以下特色:

首先,是对现有相关研究成果进行阶段性总结。虽然近年来我国公法学界对政府管制的研究已渐趋热烈,但基本上还处于跟踪国外学术发展的水平,现有成果也多以国外该领域研究的译著或介绍为主,独创性的理论研究成果时有显现,但尚不多见。这种情况既与原有的研究资源和基础有关,也与整个社会背景有关。是以本丛书尽量选择在目前国内政府管制研究方面具有代表性、创见性的公法学著作,以期对目前积累的研究成果作一个阶段性的总结。

其次,为公法学研究拓宽视野。我国传统的学科划分将公法学分割为宪法学、行政法学等部门学科。而我们认为,公法学研究应该具有更加广阔的视野,不应进行简单分割。本丛书立足公法研究而不限于行政法研究的范畴,即是考虑到公法学研究领域整合的需要。而国内公法学,特别是行政法学的研究范围,基本上还囿于行政法基础理论、行政行为、行政程序和行政救济等传统领域,政府管制等新兴领域的研究基础还比较薄弱。对有望成为替代性范式的政府管制研究来说,我们必须拓宽学术视域,予以足够关注,以使学术更好地服务于社会实践,同时也顺应世界公法学领域研究的发展趋势。

最后,为今后政府管制研究提供一个交流平台。《公法与政府管制》丛书将瞄准本领域的前沿性研究成果,逐步出版一系列著作。本丛书的出版将秉持兼容并蓄的态度,我们希望这是一个开放性的平台,期待与同行们在此进行交流与合作,共同推动我国公法学的研究与发展。

是为序。

丛书主编:刘 恒

2006年11月29日于广州康乐园

前言

本书汇集了我近几年来已经公开发表的一些研究成果,可以算是一个法律人对监管制度研究的阶段性总结。为便于读者阅读,也为了给那些支持、帮助或关注过我的人一个交代,我想首先对本书的内容以及自己近年来研究的心路历程作些简单的说明。

本书由四个部分组成,主要覆盖三个相互联系的领域,即政府监管、行政法与信息法。书中收集的许多文章在最初公开发表时因为各种原因作了删改,这次全部都予以恢复。文章包括三大类,第一类是学术论文,如对《行政许可法》、政府监管制度改革以及反垄断执法机构设置的研究等;第二类是课题研究报告,包括向相关部门提出的政策建议,如个人信息保护法、电力监管制度建设、烟草专卖制度改革、行政复议制度司法化研究等;第三类是在报刊上刊登的时政性文章,如对政府机构改革、听证会制度、信息公开制度的评论等。当然,我个人始终认为,任何分类都是相对的,尤其像法学这样的实证学科,许多情况下正是因为我们过去贴标签式的分类已经阻碍了学科的发展,降低了学者(以及政府官员)解决问题的能力。所以,我衷心希望读者在阅读本书的时候能够忘记这种分类。

从1986年进入中国社会科学院研究生院攻读硕士研究生开始,我就选择了行政法专业作为自己的研究方向,并一直致力于行政法学研究。然而,随着社会观察的深入和研究工作的开展,我逐渐感觉到国内行政法学研究面临的许多问题,如研究选题陈旧,研究范围狭窄,研究方法落后,无法与其他学科对话以及无法解决实践提出来的问题等。因此,从20世纪90年代初开始,我就大量阅读英文行政法著述,并坚持定期到北京图书馆查阅当月英文宪法、行政法与法学理论新书,由此初步接触到行政法与政府管制理论的一些前沿研究成

2 政府监管与行政法

果。90年代中,我有机会到美国密歇根大学法学院做两年访问学者,进一步获得了接触前沿问题、资料与学者的机会。

当然,能够真正开始参与到对我国监管制度的实务研究,是因为一系列的机会使然。大约是在2001年初,原国务院体改办组织国内有关政府部门、学术机构和部分企业,启动了基础设施产业政府监管制度研究课题(该课题研究最后出版的成果是国内第一次系统地对监管制度进行深入研究的结果)。经课题组主要专家余晖先生的举荐,我有机会参与到课题组中,承担政府监管权力配置的研究。在合作过程中,我不但有幸结识了张昕竹、高世楫、俞燕山、刘树杰等一批志同道合的好朋友,也更加坚定了从行政法角度研究政府监管制度的决心。后来,在审批制度改革、电信法、电力监管、银行卡、信息化、反垄断等领域,我和这些朋友一直有良好的合作,建立了深厚的友谊。在天则经济研究所成立公用事业研究中心以后的头两年,我又有机会结识盛洪、曹远征等经济学家和一批行业管理方面的专家,在公用事业民营化以及监管体制设计方面进行了一些有益的探索。

2001年中,国务院法制办开始集中起草行政许可法。在汪永清先生和李岳德先生的邀请下,我作为唯一的局外人参加到起草组,参与日常起草工作。记得他们当时曾经对我说过,类似我这样以专家身份深度参与法律的起草,在国务院法制办还是第一次,因此,我至今仍然非常感谢他们的信任和为我提供的机会。尽管当时因为家人生病等客观原因没能在两个月的集中起草时间里每天都坚持参与,但这一次的经历使我有机会近距离观察我国法律的实际起草过程,也为我后来参与国务院审批制度改革领导小组办公室的专家咨询工作奠定了基础。

我从事信息法学研究应该说有更大的偶然性。大约在1997年底,为增加对法律实务的了解,也为了证明自己具备解决实际问题的能力,我当时正在北京君合律师事务所从事兼职律师工作。一天,经法学所陈泽宪教授的介绍,后来成为朋友的国家保密局法规处郭杰处长、宗建文副处长专门到法学所拜访我,希望邀请我担任《保密法》修改专家组顾问。由于当时律师事务所工作非常忙,加之自己不愿意“涉密”(记得当时国家保密局的两位局长一位姓毛,一位姓沈),所以非常坚决地回绝了两位处长。他们走后不久,宗建文先生又专门打电

话到律师事务所,向我作了两点解释:一是国家保密局只是政策制定机关,本身并不涉密,不必担心;二是《保密法》修改必然涉及保密与信息公开的关系,作为一个行政法学者应该会对后者有兴趣。宗先生的解释,不但打消了我担任顾问的顾虑,也第一次使我对信息公开问题萌生了兴趣。1998年下半年,我利用在挪威奥斯陆大学做访问学者的机会,开始比较系统地对国外信息公开与保密法制进行资料收集和研究工作。2000年初,法学研究所组织了国内第一个信息公开制度研究课题组,邀请了许多政府部门和学术单位的同仁参与研究,由我担任负责人。2002年中,在时任中国法学会常务副会长孙琬钟先生和国家保密局副局长王善祺先生的大力支持和积极奔走之下,经我倡议并经信息产业部法规司李国斌先生、国务院信息办政策规划组欧阳武先生、公安部法制局柯良栋先生、国家安全部办公室张菁女士、国家保密局郭杰先生的共同努力,我们发起成立了中国法学会信息法学研究会。

与此同时,2001年,中央重组了国家信息化领导小组,并在2001年底、2002年初召集了一系列专家座谈会,为即将成立的国家信息化专家咨询委员会遴选专家。在国务院信息办欧阳武先生的帮助下,我有机会参加了2002年1月的一次专家座谈会,并在会上就信息化与信息公开制度的关系作了发言。很久以后我才知道,我的那次发言受到了当时在场的吴敬琏老师的赞许,并向负责专家委筹建工作的刘鹤先生大力举荐我担任专家。后来,我分别从几个朋友那里知道,我在信息公开法律制度、行政许可法以及监管制度研究方面的工作,也多次受到吴敬琏老师的夸奖。吴老师的学术与人品,一直是我可望而不可即的楷模,能够得到吴老师的肯定,可以说是对自己从事学术研究的莫大鞭策与鼓励。从2002年初国家信息化专家咨询委员会成立至今,我连续担任了三届国家信息化专家咨询委员会的委员,有机会对国家信息化政策与法律的制定提供咨询意见。在此期间,在国务院信息办杨学山先生和秦海先生的大力支持下,我先后受托起草了《政府信息公开条例》和《个人信息保护法》(专家建议稿),对推动国家信息化立法起到了一定的作用。

通过近几年的学术活动,我日益强烈地感觉到,政府监管、行政法与信息法实际上是有很强内在关联性的领域,相互之间不可分割。然

4 政府监管与行政法

而,不论是在行政法学还是在其他学科,类似政府监管制度或者信息化这样的问题,一直都属于前沿问题,或者属于传统学科的边缘领域。一方面,从事这类新问题的研究,由于没有太多的框框,相对容易取得突破,边际效益很大。例如,记得刚开始信息公开法律制度研究的时候,国内相关的研究成果非常少,我和法学所的张明杰教授以及课题组其他成员一起,几乎是从界定基本概念开始,在许多方面做了许多奠基性的工作。今天,当看到各方面谈论信息公开已经成为一种时尚的时候,作为先行者和亲历者,我们的独特感受可能是其他人无法体会的。但是,另一方面,刚开始从事这些新问题的研究,确实需要承受一定的压力,可能不会马上被本学科同仁承认,可能很长时间都难以找到自己的学术定位。在这里,我要特别提及上海交大的朱芒教授、浙江大学的朱新力教授、中山大学的刘恒教授、北京大学的陈端洪教授以及南开大学的宋华琳博士等一批行政法学界的朋友和同事。我们之间的共同兴趣以及相互之间的鼓励和支持,包括我们轮流召集的几次学术研讨会,都使我有一种学术家园的感觉。

由于监管制度研究带有很强的实务性,少不了要与政府机关、学术界、企业界、基金会或者传媒等各个方面接触。我觉得,通过这种接触和互动,既结交了许多朋友,也为自己的研究工作提供了难得的素材和机会。因此,整理出版本书时,除了上面提到的各位以外,还要感谢的人实在太多,无法在这里一一列举他们的名字。为此,只能在每篇文章后面注明其原始出处,既帮助读者了解每篇文章写作的背景,也再一次表达对那些曾经支持、帮助过我以及与我共同工作过的各位的由衷敬意与谢意。

2006年10月5日于北京

目 录

前言 1

政府监管制度研究

监管制度的法律基础 3

对我国反垄断法执法模式的思考 34

对设立反垄断委员会的利弊分析 38

监管部门缘何又成“救火队”

——专访中国社会科学院法学研究所研究员周汉华 41

如何进一步完善独立监管制度 48

事故的成本 51

银广夏造假、证券当局监管与民事欺诈诉讼 56

违法制裁手段多样性的制度思考 61

确立我国电信管制边界的几个问题 64

对电信法的十点建议 74

监管机构行政程序研究

——以电力行业为例 92

审批制度改革与《行政许可法》

审批制度改革中采用拍卖方式面临的问题 109

谈企业登记制度改革的目标及互联审批制的有关问题

——访中国社会科学院行政法学专家周汉华 118

烟草行业建立与市场经济体制相适应

的审批制度研究报告 128

2 政府监管与行政法

- 《行政许可法》中的几大问题 147
- 《行政许可法》:观念创新与实践挑战 160
- 进一步实施《行政许可法》的政策建议 202
- 政策出台的时机与形式 213
- 十字路口的行政许可法 216

法治政府与行政法

- 修宪与释宪 223
- 社会分工与立法
 - 对机构改革的一点建言 227
- 市场经济立法的中国特色 231
- 政府制度设计应贯彻立法精神
 - 行政法专家周汉华谈政府管制与行政许可 236
- 分拆司法 241
- 《行政诉讼法》修改中检察权的定位 244
- 我国行政复议制度的司法化改革方向 250
- 又见价格听证会 271
- 我理想中的民航价格改革听证会
 - 对我国听证会制度发展方向的若干思考 274
- 机构改革与法制建设
 - 对“大部制”的不同看法 279
- 行政改革应首先创新推进机制 282
- 机构与法律 286
- 关注新一轮政府机构改革 289
- 信用与法律 300
- 2001年:中国法治的春天 315
- 关注政府行为:这一年如何回应WTO? 318
- 建立系统应急机制对付突发事件
 - 访中国社科院法学研究所宪法行政法研究室主任周汉华 323

信息化法律问题

信息公开与历史和解

——写在《政府信息公开条例》制定之际 333

关于完善我国政府信息公开推进体制的政策建议 337

突发事件与媒体规制

——从立法技术角度评论《突发事件应对法(草案)》

第 57 条的不足 341

中国入世文件应该怎样公开 344

为午夜行动喝彩

——从外经贸部网上公布入世文件说起 348

从 SARS 危机反思我国政府信息资源管理制度 352

对《个人信息保护法》(专家建议稿)若干问题的说明 356

政府监管制度研究

监管制度的法律基础

经过近些年的改革,尤其是一些新设立的监管机构的实际运作,监管制度研究在我国已经不再纯粹是个理论问题,也是一个现实问题。本文针对我国监管实践中所提出来的一些突出问题,试图从理论与实践结合的角度作出初步的分析与回答。

一、独立监管与大部制的关系

进一步推进行政管理体制改革,提高政府管理的效率与有效性,建设服务型政府,已经被党中央、国务院确立为下一步改革的重点。在一些讨论中,一些人认为大部制可以提高政府效率,减少部门之间的相互扯皮,应该是下一步行政改革的方向。^①甚至对于各个部门(包括已经设立的监管机构)如何合并、重组都有不同版本的方案在流传。

应该承认,部门设立过多,部门之间缺少配合与协调一直是我们管理制度上的一个老大难问题。尤其是随着改革的深入,利益部门化有加剧之势,对于改革的推进已经造成了现实的阻碍,甚至成为改革的瓶颈。因此,加强中央政府决策的有效性与可执行性,打破部门政治的制约,应该是下一步改革的一个政策目标。为实现此目标,对现有部门进行科学的合并或重组,甚至采用某些大部制的做法,都可以在考虑范围之内。然而,在进行制度设计时必须首先认识清楚大部制本身的准确含义、它所要求的制度条件以及它与独立监管制度之间的关系,不能因为采用大部制而否定独立监管制度的意义,更不能再陷入到政府机构的简单分分合合之中。

1. 发达国家政府改革的基本情况

从20世纪70年代末、80年代初以来,为舒缓财政压力,提高政府

^① 可见高小平、沈荣华:《推进行政管理体制改革的回顾总结与前瞻思路》,载《中国行政管理》2006年第1期,第9页。

4 政府监管与行政法

管理效率,加强政府的可问责性,实现专业化行政管理,发达国家纷纷进行了大规模的行政改革,并取得了非常好的成效。这场改革的目的是重新界定政府与市场的关系,让市场在资源配置中发挥更大的作用,降低政府管理与社会成本,提高政府公共服务的水平,增强国家的竞争力。由于这场改革的涉及面非常广泛,不仅仅是政府机构的调整,因此,国际上普遍将其称为管制改革或规制改革。^①

管制改革涉及的领域较多,如放松政府干预,提高管制的质量,增加法律的可执行性,增加管制机构的透明度与责任,向地方政府下放更多权力,采用公私合作体制,政府职能社会化,引入政府干预的成本效益分析,在政府管理中引入绩效管理制度,建立独立管制机构,建立不同管制机构之间的信息共享与合作机制等。因此,机构的变化与分分合合,只是这种改革的一种表现形式或一个方面。管制改革与提高政府绩效是目的,政府机构调整只是实现管制改革目的的一种手段。从这个角度来看,如果将政府机构改革(尤其是实行大部制)定位为行政体制改革的目标,则有本末倒置之嫌,是对国际社会经验的一种误解和误读。

2. 发达国家政府机构改革的基本情况

在发达国家,政府部门的数量及结构随时都有可能发生变化,尤其是新当选的政府会调整内阁的结构与政府部门的数量。总体上看,经合组织国家政府部门的规模和数量从上世纪50年代开始增长很快,进入80年代中期以后稳定下来,在某些经济领域甚至出现下降。今天,大部分经合组织国家的内阁组成部门在15—20个之间,规模应该说很小。^② 经合组织的研究成果提出,内阁组成部门的规模究竟是大还是小,各有利弊,取决于政府的职能、机构运作的制度背景、管理的目标以及组织文化等诸多因素。既不能简单地说大内阁好,也不能简单地说小内阁好。一般而言,小型组织有利于集中目标和明确责

^① 可见 Robert W. Hahn, *Reviving Regulatory Reform: A Global Perspective*, Chapter 2 (2000). OECD, *Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance*, 9 (2002).

^② 可见左然:《国外中央政府机构设置研究》, <http://theory.people.com.cn/GB/49150/49152/4288673.html>.

任,缺陷是缺少代表性;大型组织有利于规模经济和协调部门之间的关系,缺陷是外部问题内部化。^①

在发达国家,传统上核心政府由行政部门所组成,实行部长负责制,其活动最终对国会或者总统负责。与之相适应,也建立了一整套监督与管理制度。^②近二十年来,在管制改革浪潮中,这种政府组织结构发生了很大的变化,出现了所谓的“分散化公共治理”模式,即在传统的政府部门内部或者外部(at arm's length),建立带有相对独立性的执行机构(agency)或独立管制机构(regulator),它们独立履行法律赋予的职责,不受政府部门首长或者其他政治势力的影响。这种变革,被视为是发达国家政府机构改革中最为重要的变化。^③这些独立机构在组织、法律地位以及独立的程度等方面都存在一定的差异,有的仍然设在部门内部,但有管理上的独立性,通过与部门签订合同的方式进行管理,提供公共服务;有的则设在政府部门外部(尤其是公用事业领域以及基础设施行业),作为独立管制机构设立,独立行使法律赋予的职权。在有些国家,这些独立机构具有独立法律地位;在有些国家,它们仍然只是政府机构的组成部分,不享有独立的法律地位。但是,它们在三个方面区别于传统的政府部门:第一是不同于传统部门的治理结构,第二是不同于传统部门的财政与人事控制机制,第三是它们所享有的管理独立性。在许多经合组织国家,这种独立机构在财政支出和雇员人数方面都已经占到中央政府部门的50%—75%。例如,在

① OECD, *Modernising Government: The Way forward*, Chapter 4 (2005).

② 这种体制的优点是:“建立和保持长的行为链以及几乎不受限制的‘结构重复能力’;高度的‘事务计划安全’;因分工而实现的高效性;高层领导人决定的垄断性;在稳定行政机构中凭借其明确的等级和精确的任务分配而达到的有效的可监督性和可指挥性;以及各个行政机关相对简单的协调和通过共同的上级领导的决定调解权限之争”。埃贝哈德·施密特·阿斯曼等著、乌尔海希·巴迪斯编选:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第125页。

③ 可见经济合作与发展组织:《分散化的公共治理:代理机构、权力主体和其他政府实体》,中信出版社2004年版。对于信息时代社会结构转型的描述以及深层次原因的分析,可见如,Thomas L. Friedman, *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*, Chapter 2 (2005)。对于我国准政府组织行使公共权力的案例研究,可见沈岩编:《谁还在行使权力:准政府组织个案研究》,清华大学出版社2003年版。