



规制法的制度构造与学理分析

王波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为2013年度教育部人文社科研究青年基金项目
“规制法的制度构造与学理分析”（13YJC820074）项目成果



规制法的制度构造与学理分析

王波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

规制法的制度构造与学理分析 / 王波著. —北京:
法律出版社, 2016. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9271 - 3

I. ①规… II. ①王… III. ①法律—研究 IV.
①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 057249 号

规制法的制度构造与学理分析

王波 著

责任编辑 韩满春
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.75 字数 240 千

版本 2016 年 4 月第 1 版

印次 2016 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 郭艳萍

责任印制 陶 松

印刷 固安华明印业有限公司

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9271 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中匡

目 录

导 论 / 001

第一章 规制法的范围与硬核 / 024

第一节 规制的界定与分类 / 025

一、规制的含义 / 026

二、规制与相关概念的辨析 / 033

三、规制手段与相关手段的辨析 / 036

四、规制的分类 / 038

第二节 规制法的含义 / 045

一、国内学者的观点 / 046

二、国外学者的观点 / 048

三、本书的界定 / 050

第三节 规制法的硬核之行为视角:社会性

危害行为 / 056

一、社会性危害行为是规制法的主要规制对象 / 056

二、社会性危害行为的社会背景与规制导向 / 067

三、社会性危害行为规制的必要性解释 / 073

第四节 规制法的硬核之原则视角:主要原则 / 093

一、预防性原则 / 093

二、规制影响评价原则 / 096

第二章 规制法的主体形态:多元主体 / 109

第一节 规制法中主体的类型与关系 / 110

一、规制法中主体的类型 / 110

二、规制法中主体的关系 / 114

第二节 规制机构的特征与设置 / 126

一、规制机构的特征 / 126

二、规制机构的设置 / 129

第三节 规制机构的要素 / 136

一、涉及规制机构要素的几个前提问题 / 136

二、规制机构的要素分解 / 141

第三章 规制法的权义结构:多元的复合型结构 / 149

第一节 规制机构的权义制度构造 / 150

一、规制机构的权力制度构造 / 150

二、规制机构的义务制度构造 / 185

三、规制机构的权义制度的特点 / 187

第二节 被规制者的权义制度构造 / 187

一、被规制者的权利制度构造 / 187

二、被规制者的义务制度构造 / 189

三、被规制者的权义制度的特点 / 190

第三节 受害者及公众的权义制度构造 / 190

一、受害者及公众的权利制度构造 / 190

二、受害者及公众的义务制度构造 / 197

三、受害者与公众的权义制度的特点 / 198

第四章 规制法中的责任:360 度责任 / 200

第一节 360 度责任的内涵阐释 / 202

一、责任的义务主体的视角 / 202	
二、责任的权利主体的视角 / 203	
三、责任的时间维度上的二元结构 / 204	
第二节 360 度责任的制度价值 / 205	
一、对多方法律关系的因应 / 205	
二、对社会性危害行为的因应 / 206	
第三节 360 度责任的制度构造 / 207	
一、规制机构 360 度责任的制度构造 / 207	
二、被规制者 360 度责任的制度构造 / 210	
三、受害者以及公众 360 度责任的制度构造 / 214	
第五章 规制法的实施:多元参与的双重实施 / 218	
第一节 实施构造:公共实施与私人实施 / 219	
一、公共实施 / 220	
二、私人实施 / 223	
三、私人实施对公共实施的补充 / 227	
第二节 实施模式:行政中心模式与司法中心模式 / 231	
一、行政中心模式 / 232	
二、司法中心模式 / 234	
三、行政中心模式下传统诉讼制度的革新 / 235	
第三节 规制法公共实施与私人实施的衔接 / 257	
一、规制法公共实施与私人实施衔接的内涵界定 / 257	
二、规制法公共实施与私人实施的衔接机制 / 258	
结 论 / 266	
参考文献 / 270	
后 记 / 306	

导 论

一、研究背景和研究意义

(一) 研究背景

“市场力量是经济的引擎,现在是,以后也是。没有人企图用中央计划经济来代替市场力量。但是,在这个新的规制时代,政府应该更积极地确保市场力量的功能的发挥。”^{〔1〕}在此过程中,规制不是限制市场力量的发挥,更不是代替市场机制,而是与市场机制之间处于一种不断调整的动态变迁过程。^{〔2〕}

随着科学技术的高速发展,经济全球化和科技全球化不断加剧,传统的工业社会已经向有机整体社会转变。有机整体社会亦即贝克笔下的风险社会,在此社会中,人的行为所致之风险从个体性风

〔1〕 Barak Y. Orbach, The New Regulatory Era-An Introduction, Arizona Legal Studies, Discussion Paper No. 09 - 30, Arizona Law Review, Vol. 51, 2009, p. 573.

〔2〕 周学荣:《政府规制论》,湖北人民出版社 2010 年版,中文摘要。

险向社会性风险转化。“阜阳毒奶粉”、“瘦肉精”等食品安全红灯屡闪,使千百年来以食为天的公众恐慌不断。“联通电信垄断”,使信息时代的电信消费者权益屡被侵犯,然事后责任追究机制明显乏力。从“紫金矿业案”到“渤海漏油案”,环境污染问题不断出现,当下利益与后代利益均受严重损害。限制竞争行为所可能带来的巨大危害并没有为人们所认知,《反垄断法》在中国的适用性依然被人质疑。在此有机整体的风险社会中,这些危害都表现为一种社会性危害或整体性危害,问题日益严重却治理乏力。

目光投向学术界,不管是研究《电信法》《食品安全法》《环境保护法》的学者,还是研究《反垄断法》的学者,法学界的主流依然是一种《民法》主导的思维模式。与此同时,对于现代规制视域下的诸多问题又普遍存在一种公法和行政法的思维。造成这种研究状况的主要原因在于对社会性危害行为及其规制之法的特性的关注与挖掘依然不够。传统公法与《行政法》的研究范式已经难以阐释社会性危害行为规制中的一些关键问题。正如安东尼·奥格斯所言:“迄今为止,我们一直倾向于认为,这个任务不属于一个公法学人,而是属于一个环境法、健康与安全法或者公共事业法方面的专家。”〔1〕

如何对社会性危害行为进行有效规制,把其消解在未然之前,或者在已然之后及时加以遏制?换言之,这类规制之法具有什么特性?法理为何?这就是本书要解决的问题。由于规制法的范围非常广泛,故本书主要以规制法的典型法例即反垄断规制之《反垄断法》社会性规制中的《食品安全法》和《环境法》以及经济性规制中的《电信法》为例,借鉴规制经济学、行政法学、经济法学等研究成果,通过对不同国家法律文本的实证考察以及规制法制度要素的规范分析,对规制法

〔1〕 [英]安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,英文版序。

的法理进行体系性研究。该研究的重要性在于,通过研究有机整体的风险社会下规制法的硬核、主体、权义、责任以及实施的法律特性并对其进行学理分析,为有效遏制社会性危害行为提供法律方面的理论支持,以期控制或消减社会性危害行为带来之现代风险。

本书之“规制”不是一般意义上的法律规制,其仅限于对社会性危害行为的规制,而且由于篇幅所限,刑法的规制也不在本书的范围之内。对具有绵延性、潜伏性、广泛性以及因果关系复杂性和专业性等食品安全危害、环境危害、限制竞争行为等社会性危害行为规制的法律,笔者称其为“规制法”。须知“规制法”只是一个描述性的概念,是一个新的值得关注的研究领域,它不是一个新的学科,更不是一个法律部门。因此,笔者无意挑起学科之争,亦无意对“规制法”是否属于行政法、经济法、社会法等问题进行详细解答。实际上,“规制法”是横跨公法、私法、社会法与经济法的一个研究领域。

(二) 研究意义

1. 理论意义

本书试图从规制的基本理论开始,对前人研究的碎片化进行梳理,借鉴法学和规制经济学的研究成果,对规制的法律特性及其法理进行系统化研究。具言之,经济学者从规制经济学的角度对规制研究较多;法学领域主要是行政法学者和经济法学者对规制进行研究,前者更多地从行政法学的角度对其进行研究,后者更多的是从某一具体法例如《反垄断法》《金融法》《环境法》《食品安全法》《铁路法》等角度对规制进行研究。无疑这些研究对规制法的理论具有积极意义。但是,这些研究都研究了规制法的一部分,忽略了规制法的总的特性,本书旨在构建一种关于规制的法律特性的理论体系。把遏制社会整体性危害的规制性法律冠之以“规制法”以方便笔者的研究,力求建立规制法的理论体系,为法学研究提供新的内容。

2. 现实意义

风险社会下,各种社会性危害行为不断涌现但遏制不力。对“规制法的法理研究”,必将对规制的法律活动提供现实指导,在包括但不限于《食品安全法》《反垄断法》《电信法》与《环境法》等规制法的范围内,立法机构立法、执法机构执法乃至法院在其司法实践或司法解释中都可以借鉴规制法的研究成果。以整体主义理念来看待规制的法律问题,为规制机构的设置提供现实指导,促进规制法多元主体切实承担起规制法中的社会责任,促进《食品安全法》《反垄断法》《环境法》等的有效实施,切实保护消费大众的利益,为社会、经济、环境的整体利益保护提供制度化支持。简言之,通过对规制法的法理研究,以期指导未来的社会性危害行为遏制之实践,进而实现维护公共利益之规制目标。

二、文献综述

由于规制与“规制法”都是一个非常宏大的主题,这为笔者的文献综述带来了极大的挑战。主题的宏大预示笔者既要对该主题的国内外总体研究动态有一个宏观的把握,也要对与本书的切入点密切相关的几个主要问题的国内外研究现状进行述评。在此基础上,本书之论证吸取国内外研究成果,并对目前研究之空白进行填补,唯此方可体现本书研究意义之所在。因此,本综述遵循从“国内外总的研究动态”到“围绕主要问题的研究综述”这样一个行文思路。这或许与传统综述的行文风格不同,但却是对规制法的法理进行体系化研究之必须。

(一) 国内研究动态

较之于盛行十六七世纪的“干预”思想,“规制”制度诞生于19世纪末,其内涵与外延要比“干预”狭小。有趣的是,个人主义传统极其鲜明的美国却成为规制制度最成熟的国家之一。随着国外规制理论

的引入, 规制问题逐渐引起国内学者的关注。从资料的搜集来看, 中文资料主要通过中国知网、上海财经大学与西北政法大学的图书馆获得, 对于以上渠道无法取得的书籍则通过网上购买。国内关于规制研究的著作和文章比较多, 研究成果主要集中在经济学、管理学方面, 法学方面相对比较匮乏, 而且研究主要侧重于对规制的某一方面问题的分析, 缺乏系统而深入的研究。

国内经济学、管理学和法学方面不乏一些研究规制的博士论文, 但是绝大多数是从某一产业或环境、食品安全、反垄断等角度展开论述。有的从电力产业规制的角度, 分析了电力产业规制与竞争的均衡问题, 设计了一些经济学模型, 提出应推进激励性规制, 建立公众参与机制等。^[1] 有的从电信规制的角度, 运用相关价格竞争模型, 对竞争与规制的边界进行了分析, 提出强化规制机构的独立性。^[2] 有的从环境规制的角度, 分析了环境规制与贸易的关系。^[3] 有的从食品安全规制的角度, 提出对食品安全规制中的道德风险的应对之策, 认为

[1] 这方面的博士论文主要有: 张集:《电力市场的市场力规制理论及应用研究》, 华北电力大学博士学位论文, 2007 年 6 月; 唐义德:《电力市场竞争、规制与结构转化》, 湖南大学博士学位论文, 2009 年 5 月; 胡济洲:《电力市场中配、售电环节的竞争与规制》, 华中科技大学博士学位论文, 2006 年 5 月; 杨力俊:《电力市场中市场力规制的策略与方法研究》, 华北电力大学博士学位论文, 2005 年 6 月; 许洁:《转轨期中国电力产业规制研究》, 同济大学博士学位论文, 2006 年 12 月。

[2] 这方面的博士论文主要有: 姜正新:《电信资费规制模式与方法研究》, 吉林大学博士学位论文, 2006 年 6 月; 滕颖:《基于我国电信改革的网络接入规制研究》, 西南交通大学博士学位论文, 2006 年 1 月; 彭英:《我国电信价格规制的理论与实证研究》, 南京航空航天大学博士学位论文, 2007 年 1 月; 陈殷:《中国移动通信市场竞争及规制研究——后进入者视角》, 复旦大学博士学位论文, 2005 年 4 月; 李海波:《我国电信资费规制问题研究》, 西南交通大学博士学位论文, 2006 年 9 月; 宋灵恩:《基于有效竞争的中国电信价格规制研究》, 华中科技大学博士学位论文, 2007 年 10 月。

[3] 这方面的博士论文主要有: 郭庆:《中国企业环境规制环境研究》, 山东大学博士学位论文, 2006 年 9 月; 陆菁:《环境规制与国家贸易的实证研究》, 浙江大学博士学位论文, 2007 年 6 月; 赵红:《环境规制对中国产业绩效影响的实证研究》, 山东大学博士学位论文, 2007 年 6 月; 王玉婧:《环境成本内化、环境规制与贸易和环境的协调》, 湖南大学博士学位论文, 2008 年 9 月。

应该确立单一食品安全规制机构,健全问责制度。^[1] 有的从反垄断规制的角度,就反垄断三大支柱的某一方面的规制进行研究。^[2] 有的从整个自然垄断产业的角度或整个规制的角度,认为自然垄断规制的趋势是引入竞争,但竞争无法替代规制,规制具有必然性和必要性,要通过激励性制度设计解决规制失灵问题。^[3] 由此可见,国内研究规制的博士论文从经济学和管理学方面的研究多些,法学对于规制的研究也常限于对某一部门法的某一方面的论述,缺乏深入、系统的法学研究。

国内经济学、法学等领域研究规制的还有许多其他文献。国内经济学界关于规制研究的著作颇丰,更多的是关于规制的基础理论,包括市场失灵、负外部性、信息偏在、公共利益、规制俘虏、可竞争市场等理论,涉及价格水平规制、进入规制、质量规制、激励性规制等规制类

[1] 这方面的博士论文主要有:张婷婷:《中国食品安全规制改革研究》,辽宁大学博士学位论文,2008年12月;滕月:《食品安全规制研究》,吉林大学博士学位论文,2009年12月;周峰:《基于食品安全的政府规制与农户生产行为研究——以江苏省无公害蔬菜生产为例》,南京农业大学博士学位论文,2008年6月;张涛:《食品安全法律规制研究》,西南政法大学博士学位论文,2005年3月。

[2] 这方面的博士论文主要有:陈清:《中国外资并购政府规制研究》,北京邮电大学博士学位论文,2007年5月;范合君:《中国垄断产业放松规制与机制设计博弈研究》,首都经济贸易大学博士学位论文,2008年6月;罗静:《知识产权许可的反垄断立法规制》,湖南大学博士学位论文,2008年12月;林新:《企业并购与竞争规制》,中国社会科学院研究生院博士学位论文,2001年4月;王长秋:《联合限制竞争行为法律规制研究》,西南政法大学博士学位论文,2007年3月。

[3] 这方面的博士论文主要有:陈富良:《政府规制的均衡分析》,江西财经大学博士学位论文,2002年4月;雷华:《政府规制理论与实证研究——兼论我国图书出版业规制》,西北工业大学博士学位论文,2007年5月;时家贤:《转轨时期中国政府规制改革研究》,辽宁大学博士学位论文,2006年5月;于华阳:《中国自然垄断行业收入规范与规制改革研究》,山东大学博士学位论文,2008年5月;张德昌:《中国自然垄断产业激励性规制改革》,辽宁大学博士学位论文,2006年5月;石涛:《转型时期政府微观规制行为研究》,上海社会科学院博士学位论文,2008年5月;于良春:《自然垄断行业政府规制理论与政策研究》,吉林大学博士学位论文,2004年5月;董理:《自然垄断产业规制改革的国际比较研究》,复旦大学博士学位论文,2006年4月。

型,也研究了规制的成本收益分析理论。^[1] 在国内行政法学的文献中,行政法学者刘恒主编的《公法与政府管制》系列丛书^[2]专门研究公法与政府管制,其跳出行政法学的“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,把政府管制研究作为传统行政法学研究的“替代范式”。这套丛中除了刘恒所著的《行政许可与政府管制》与《典型行业规制研究》外,行政法学者马英娟专门研究政府监管机构,其围绕政府监管机构的界定、设立理由、如何设立、如何监管等问题进行论证;行政法学者周汉华所著的《政府监管与行政法》主要覆盖政府监管、行政法与信息法三个相互关联的领域。此外,行政法学者江必新主编的《行政规制论丛》上刊登了规制的一系列文章。^[3] 行政法学者王名扬荣获国家图书提名奖的《美国行政法》一书中对美国规制机构的描述也颇具借鉴意义。^[4] 特别值得一提的是,行政法学者茅铭晨做出了开创“政府

[1] 曲振涛、杨恺钧:《规制经济学》,复旦大学出版社2006年版;周学荣:《政府规制论》,湖北人民出版社2010年版;席涛:《美国管制:从命令—控制到成本—收益分析》,中国社会科学出版社2006年版;李光德:《经济转型期中国食品安全的社会性管制研究》,经济科学出版社2008年版;王俊豪:《政府管制经济学导论:基本理论及其在政府管制实践中的应用》,商务印书馆2001年版;王俊豪、王岭:《国内管制经济学的发展、理论前沿与热点问题》,载《财经论丛》2010年第6期;王俊豪、高伟娜:《中国电力产业的普遍服务及其管制政策》,载《经济与管理研究》2008年第1期;王俊豪:《垄断性产业管制的几个理论问题》,载《经济理论与经济管理》2008年第5期;王俊豪、沈吉:《发达国家的电信管制机构及其启示》,载《经济管理》2008年第8期;王俊豪:《中国垄断性产业改革对管制机构的需求》,载《财经论丛》2008年第3期;王俊豪:《管制经济学学科建设的若干理论问题——对这一新兴学科的基本诠释》,载《中国行政管理》2007年第8期;《垄断性产业市场结构重组后的分类管制与协调政策——以中国电信、电力产业为例》,载《中国工业经济》2005年第11期。

[2] 该丛书主要包括:马英娟:《政府监管机构研究》,北京大学出版社2007年版;周汉华:《政府监管与行政法》,北京大学出版社2007年版;刘恒:《行政许可与政府管制》,北京大学出版社2007年版;刘恒:《典型行业政府规制研究》,北京大学出版社2007年版。

[3] 江必新:《行政规制论丛》,法律出版社2009年版。

[4] 王名扬:《美国行政法》(上),中国法制出版社2005年版,第171~192页。

管制法学”理论的尝试,^[1]宋华琳编著了《规制研究》并发表了一系列关于规制的文章。^[2]可见,行政法学者对规制的研究进行了很好的尝试,然而尽管其对独立规制机构的研究均有涉及但不够深入,对社会性危害行为之特性挖掘不够,对“规制法”的主体构造中规制机构之外的主体关注不够,而且在“规制法”的实施方面更是缺少对公共实施与私人实施结合与衔接的论证。国内一些经济法学者和环境法学者从《反垄断法》《食品安全法》《环境法》等角度也对规制的某一方面进行了论述,但是这些研究主要限定在具体部门法的领域,^[3]缺少横跨不同部门的体系化的研究。^[4]

国内的这些既有理论对规制法的研究具有一定的借鉴意义。但显而易见,国内没有学者直接以社会性危害行为为主要规制对象,对“规制法”的硬核、主体、权义、责任、实施等特性及其法理进行体系化

[1] 茅铭晨:《政府管制法学原论》,上海财经大学出版社2005年版;茅铭晨:《政府管制法基本问题研究:兼对纺织业政府管制制度的法学考察》,上海财经大学出版社2008年版;茅铭晨:《传统行政法与政府管制法的关系》,载《西南政法大学学报》2005年第3期;茅铭晨:《中美政府管制体制比较研究》,载《浙江学刊》2005年第3期;茅铭晨:《行政文明——对行政法理论基础的再认识》,载《中国法学》2004年第2期;茅铭晨:《政府管制理论研究综述》,载《管理世界》2007年第2期。

[2] 宋华琳、傅蔚冈:《规制研究》(第1辑):《转型时期的社会性规制与法治》,格致出版社2008年版;宋华琳、傅蔚冈:《规制研究》(第2辑),格致出版社2009年版;苏苗罕、宋华琳:《各国药品监管体制比较研究》(续二),载《上海食品药品监管情报研究》2010年第2期;宋华琳:《美国行政法的独立规制机构》,载《清华法学》2010年第6期;宋华琳:《论政府规制与侵权法的交错——以食品规制为例证》,载《比较法研究》2008年第2期;宋华琳:《规则制定过程中的多元角色——以技术标准领域为中心的探讨》,载《浙江学刊》2007年第3期;朱新力、宋华琳:《现代行政法学的建构与政府规制研究的兴起》,载《法律科学》2005年第5期。

[3] 王继军:《市场规制法研究》,人民法院出版社2005年版;宋家贤:《反垄断立法与政府管制》,知识产权出版社2007年版;李国海:《反垄断实施机制研究》,中国方正出版社2006年版;王贵松:《日本食品安全法研究》,中国民主法制出版社2009年版;王蓉:《环境法总论:社会法与公法共治》,法律出版社2010年版;娄耀雄:《电信法》,对外贸易大学出版社2010年版;陈亮:《美国环境诉讼原告适格规则研究》,中国检察出版社2010年版。

[4] 这一观点也得到最早研究规制法的学者的认同。刘水林:《反垄断诉讼的价值定位与制度构建》,载《法学研究》2010年第4期,第71~77页;刘水林:《反垄断法的观念基础和解释方法》,法律出版社2011年版,第132~134页。

的研究。

(二) 国外研究动态

英文资料的搜集渠道主要是国外的法律数据库 Westlaw, HeinOnline 和 LexisNexis, 一部分是通过 Springerlink 获得, 还有一部分是通过图书馆馆藏文献库获得的英文原著。由于作者无法阅读英语之外的其他外国语言文献, 这些语言国家的文献主要来源于一些英文文献中所介绍的二级资料。

一批研究规制的译著成为考察国外规制研究状况的重要参考依据。在这些译著中, 有的从社会学的视角对风险社会的特征进行论述,^[1] 有的从经济学上进行研究,^[2] 有的从公益诉讼的角度进行研究,^[3] 但更多的是从行政法学的角度进行研究,^[4] 带有鲜明的行政法特征。

在国外的名称中直接包含“REGULATION”的博士论文中, 有的

[1] [德] 乌尔里希·贝克:《从工业社会到风险社会(上篇)——关于人类生存、社会结构和生态启蒙等问题的思考》, 王武龙编译, 载《马克思主义与现实》2003年第3期; [德] 乌尔里希·贝克:《风险社会》, 何博闻译, 译林出版社2004年版。

[2] [日] 植草益:《微观规制经济学》, 朱绍文译, 中国发展出版社1992年版; 经济合作与发展组织编:《OECD国家的监管政策——从干预主义到监管治理》, 陈伟译, 法律出版社2006年版; [美] 桑斯坦:《恐惧的规则:超越预防原则》, 王爱民译, 北京大学出版社2011年版。

[3] [美] 约瑟夫·L. 萨克斯:《保卫环境:公民诉讼战略》, 王小钢译, 中国政法大学出版社2011年版。

[4] [英] 奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》, 骆梅英译, 中国人民大学出版社2008年版; [美] 史普博:《管制与市场》, 上海三联书店1999年版; [美] 桑斯坦:《权力革命之后重塑规制国》, 李洪雷译, 中国人民大学出版社2008年版; [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷), 商务印书馆1997年版; [美] 史蒂芬·夏维尔:《损害赔偿责任制或安全规制》, 罗玥译, 载[美] 威特曼编:《法律经济学文献精选》, 苏力等译, 法律出版社2006年版; [美] 科尼利厄斯·M. 克温:《规则制定——政府部门如何制定法规与政策》, 刘璟、张辉、丁洁译, 复旦大学出版社2007年版; [美] 理查德·A. 波斯纳:《反托拉斯法》, 孙秋宁译, 中国政法大学出版社2003年版; [美] 史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》, 李洪雷、宋华琳、苏苗罕、钟瑞华译, 北京大学出版社2008年版。

从具体产业的角度展开论述,^{〔1〕}有的从激励性规制、信息不对称规制等角度展开研究。^{〔2〕}研究者绝大多数为经济学专业的博士生,对“规制法”的研究具有一定的参考意义。

在国外的期刊和英文专著中,学者对于规制基础理论的研究最多;^{〔3〕}有些学者对主张建立规制制度的理论进行了构建,有些学者对主张放松或废除规制的理论进行了研究,有些学者认为规制正在从命令控制型向成本收益型转向等。

国外的这些理论对“规制法”的研究具有一定的借鉴意义。但显而易见,国外也没有学者直接以社会性危害行为为主要规制对象或研究视角,对“规制法”的硬核、主体、权义、责任、实施等特性及其法理进行体系化的研究。

〔1〕 John Ernest Schneider, *The Economic and Institutions of Regulation and Reform in the U. S. Hospital Industry, 1980 - 1996*, PHD dissertation of University of California, Berkeley, Spring 2000; Marco Sorge, *On the Risks Banking And Bank Regulation*, PHD dissertation of Stanford University, June 2003; Steven P. Croley, *Theories of Regulation: Incorporating The Administrative Process*, PHD dissertation of Princeton University, January 1998; Mark Anthony Calabria, *On the Origins of Federal Food and Drug Regulation*, PHD dissertation of George Mason University, Fall 1995; Mauricio Naranjo, *Essays on Financial Regulation*, PHD dissertation of University of California at Berkeley, May 1995.

〔2〕 Hyun-Oh Yoo, *Effects of Incentive Regulation on the Exercise of Market Power In the U. S. Local Telephone Industry*, PHD dissertation of Michigan State University, 1999; Shyam V. Sunder, *Impact of Disclosure Regulation on Information Asymmetry Case of Regulation Fair Disclosure*, PHD dissertation of New York University, August 2002.

〔3〕 Posner, R. A., *Theories of Economic Regulation*, *Bell Journal of Economics*, 5, Autumn, 1974; Baumol, W. J., *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, *American Economic Review*, Vol. 72, 1982, pp. 1 - 15; Hahn, R. W., and John J. A. Hird, *The Cost and Benefits of Regulation: Review and Synthesis*, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 8, 1991, pp. 233 - 278; Peltzmann, S., *Towards a More General Theory of Regulation*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 76, 1919, pp. 211 - 240; Stigler, G. J., *The Theory of Economic Regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, 1971, pp. 3 - 21; Wesley. Magat. *Introduction; Managing the Transition to Deregulation, Law and Contemporary Problems*, 1981; Alfred E Kahn, *The Economics of Regulation on Principles and Institutions*, Cambridge, MA: MIT Press, 1988.

(三) 主要问题的研究综述

1. 关于“规制法”的范围与硬核的研究

由于“规制法”是一个新的概念,几乎没有直接针对“规制法”的范围与硬核的研究。整个综述中主要问题也仅指与本书系密切的问题。

“规制法”的核心是“规制”,国内外的法学^[1]、经济学^[2]对“规制”都有不同的界定与分类,但总体而言并无一个统一的概念。桑斯坦、植草益等国外学者都曾用到过“规制法”的概念,“规制法”的称谓也多次出现在刘水林教授的文章和专著中,与“规制法”相关的概念有“市场规制法”和“政府管制法”,但总体而言,国内外对于“规制法”也没有一个统一的概念。由于本书在第一章界定“规制”与“规制法”的含义时是通过梳理国内外不同观点而总结性地描述出这两个概念,故此处不再赘述。

作为“规制法”中的被规制行为,社会性危害行为是“规制法”法理研究的逻辑起点。国外对社会性危害行为研究的主要有贝克和史蒂芬·夏维尔。贝克认为,现代风险常是不可见和不可逆的,这些新的特质使得人人处于“飞去来器效应”所带来的风险中而无法逃避。^[3] 史蒂芬·夏维尔认为,决定规制规则和责任规则的因素有四

[1] [美]桑斯坦:《权力革命之后 重塑规制国》,李洪雷译,中国人民大学出版社2008年版,第258页;[美]史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷、宋华琳、苏苗罕、钟瑞华译,北京大学出版社2008年版,第10页;[美]史普博:《管制与市场》,余晖等译,上海三联书店1999年版,第34页;茅铭晨:《政府管制法学原论》,上海财经大学出版社2005年版;余晖:《论政府管制与行政改革》,载《中国工业经济》1997年第5期;韩龙:《现代金融法品行的历史考察》,载《江淮论坛》2010年第4期;周林军:《公用事业管制要论》,人民法院出版社2004年版,第26~27页。

[2] P. Selznick, “Focusing Organizational Research on Regulation” in R. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, 1985, p. 363; [日]植草益:《微观规制经济学》,朱绍文译,中国发展出版社1992年版;樊纲:《市场机制与经济效率》,上海三联书店1995年版,第173页;王红玲:《当代西方政府经济理论的演变与借鉴》,中央编译出版社2003年版,第147~148页。

[3] [德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第19页。