

Dang dai Jingji fa wen cong

当代经济法文丛

郑曙光 汪海军 著

市场管理法新论

ShiChang GuanLi
Fa
XinLun

中国检察出版社

Dang dai Jingji fa wen cong

当代经济法文丛

郑曙光
汪海军
著

市场管理法新论

ShiChang GuanLi
Fa
XinLun

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

市场管理法新论/郑曙光, 汪海军著. —北京: 中国
检察出版社, 2005
ISBN 7-80185-470-5

I. 市… II. ①郑… ②汪… III. 市场管理-经济
法-研究-中国 IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 108766 号

市场管理法新论

郑曙光 汪海军 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 17.375 印张

字 数: 485 千字

版 次: 2005 年 10 月第一版 2005 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-470-5/D·1445

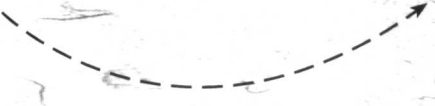
定 价: 38.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

内容提示



市场管理法是经济法的重要组成部分。《市场管理法新论》从系统构建市场管理法的学科体系视角对市场管理主体制度、反垄断与反不正当竞争法、产品质量法、消费者权益保护法、市场准入法、市场退出法、合同监管法、公平交易法、特种市场管理法等方面相关问题进行了较为系统、全面的论述和评判，并对市场管理法在立法、执法与司法实践中的疑难问题作了较为详细的研究。



前言

(一)

市场管理的正当性和必要性在理论与实践上已达成共识。但是如何通过制定市场管理法来实施有效的管理却在现实经济生活中经常性地受到挑战。

2004 年发生的一起起食品质量安全事件至今仍留在公众的记忆中：阜阳劣质奶粉、龙口掺假粉丝、金华敌敌畏火腿、“毒”韭菜、“毒”蘑菇……虽然食品安全监管一直处于多头和分管状态，但任何一家负有相关职责的部门，都毫无例外地背负着公众的厚望，并不时地因这些事件的发生而成为“众矢之的”。食品安全问题的严峻性使这些监管部门成为“高危行业”，质检部门不仅身在其中，而且从 2005 年 3 月 1 日起被加承新职责，原由卫生部门承担的生产加工环节的食品卫生监管职责划归质检部门。食品安全事件出现后，“问责风暴”刮起，但有人质疑，在权责不很明确的情况下如何问责？也有人产生疑问，类似这样的商品质量问题十多年前就已经存在，当年的温州曾以制售假冒伪劣产品蒙羞。有一个在 20 世纪 80 年代流传甚广的故事。一名东北女青年给未婚夫买了一双款式新颖的温州产皮鞋，不料刚穿上 3 天，在结婚筵席上，新郎的皮鞋却开了帮，仔细一瞧，里头塞满的全是马粪纸，愤怒之下，小两口把破鞋用邮包寄给了原温州市市长，质问温州人拿这种劣质皮鞋坑人，当市长

的脸红不红？低劣的温州鞋招致众怒，1987年，5000多双温州生产的劣质鞋在杭州武林广场被付之一炬。事隔十多年了，不是在温州，而是在其他地方，市场上又出现劣质商品，由此有人说，制度的力量是脆弱的，靠制度来管人与管事都是靠不住的。

一项制度的设计要具有内在的说明力、外在的强制力以及自我强化的动力需要有合理性作基础。市场管理法所蕴涵的市场管理制度也应当如此。

当我们面对现实，在着手进行市场管理法所构建的制度要素研究时，常常思考起这样几个问题：

1. 市场管理法究竟是解决市场调节中的失灵还是统率市场行为？

这涉及市场管理法立法目的问题。市场管理作为救济市场经济固有失灵性的必要手段，相对于自由竞争这一市场经济的本位属性而言，它不能不处于非本位的补充性地位。质言之，它不是替代市场调节的基础性作用，而是在充分反映市场调节基础作用的同时，来矫正市场调节中的失灵现象。从这个意义上讲，竞争、规则、主体、权义等市场活动中的基本范畴是研究市场管理法的基础，在理论上进一步厘清的必要。市场管理的功能和价值在于通过对市场良好秩序、适宜环境以及合理结构的保障、维护与恢复，来实现保障、促进市场经济良性发展的社会经济目标，因而，市场管理只是第二位的、辅助性的，市场经济良性发展本身才是第一位的、主体性的。

2. 市场管理法究竟是拓宽自由还是强化秩序？

这涉及市场管理法的立法价值问题。曾有学者指出：“市场主体的精神需要自由，市场主体的行为更需要自由。”^①

① 卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社1999年版，第415页。

诚然，在市场经济条件下，市场主体确实需要呼吸自由的空气，只有营业自由、财产转让自由、契约自由才能最大程度地发挥市场主体的积极性和创造性，才能形成激励机制，从而促进市场的繁荣。但是市场管理实践也使人们意识到，强化秩序对保障自由具有意义。通过立法活动，一方面要给予人们最大限度进行经济活动的自由，另一方面又必须以完善的法律制度确保经济活动的顺利进行。为此，首要的是制定民商法等架构，保障私人交易制度得以有效运作；而后还必须建构另外一种法律规范体系以弥补民商法调整市场交易关系的不足，使民商法应有的作用得以正常发挥。市场主体的个人逐利性与社会公共利益的矛盾性决定了市场管理法在社会经济生活中得以运行的必要性。

3. 市场管理法究竟是权力至上还是权利优先？

这涉及市场管理法的权利本位问题。毫无疑问，代表国家、政府行使市场管理权的行政机构所享有的是权力，而市场主体则需要保障的是权利，市场管理法在价值选择上究竟是选择权力至上还是权利优先，这是市场管理法不得不解决的一个立法本位问题。在中国传统的法律文化中，法律主要是维护国家权力的工具，法律的根本价值在于为国家权力的行使提供正当化或合法化的依据。那么，市场管理法是否也应遵循这样的传统轨迹呢？我们认为，回答应是否定的，市场管理法应当定位为，它既是限权法，也是放权法。就政府权力在市场管理中的定位与作用而言，厉以宁教授曾有一个恰当的比喻。他将市场比作一台搅拌机，政府就是搅拌机的管理者。各种生产要素进入市场这个搅拌机后，市场自发地调节，最终实现资源的有效配置。在这里，政府作为市场这个搅拌机的管理者主要起了三个作用：一是制定市场运作的法律、法规和相关的制度，保证市场正常运作；二是在市场运行发生故障和纠纷的时候，管理者及时地排除故障，依法

处理纠纷；三是政府作为搅拌机的管理者，根据市场情况而调整运作的速度，采取微调措施。通过搅拌机的比喻来看政府在市场管理中的角色，可以答出两个重要的结论：一是搅拌机的管理者不能代替搅拌机的运作，所以政府不能代替市场；二是市场调节是基础性的，凡是市场能解决的问题应由市场来调节，政府只从事市场解决不了的问题。^①

4. 市场管理法究竟是维护公平还是提高效率？

这涉及市场管理法的社会价值问题。在几乎所有的法律部门中，都可以看到公平与效率这两种法律价值之间的冲突，需要立法者在这两者之间保持适度的平衡。它们之间的对立与统一在市场管理法中表现得更加突出。比如，市场准入制度的松紧程度直接影响着市场主体进入市场的成本和难易程度，影响着市场秩序和交易安全，影响着经济效率和活跃程度。经济发展水平、市场和市场主体发育程度、国际参与度、决策者和社会对经济的认识程度、国家干预经济的水平以及政治和民主的灵活度等都是影响市场准入制度的因素。但是从根本上来讲，建立什么样的市场管理制度应该取决于市场安全与经济效益成本之间的平衡点。2004年又是市场管理工作实施深化改革探索的一年。起先是富有创新意义的北京市实施有关登记制度的改革，随之而来的是全国各地工商行政管理部门大胆地进行了以“低门槛”、“少审批”为主线的市场准入制度的探索。业界所称的“法人资格与经营资格的适度分离”、“市场准入”、“市场退出”、“降低资本门槛”一时成为人们议论的焦点问题。似乎给人的感觉是在2004年以后的年度上，市场管理体制创新会有一个更大的突破。

^① 厉以宁：《转型发展理论》，同心出版社1996年版，第176～177页；厉以宁：《国民经济管理》，河北人民出版社1988年版，第413～418页。

一个理性的法律秩序，要求人们按照共同规则自觉地选择合理的行为和控制自己的行为，能够调动人们防止不法行为的能动性。从这个意义上来理解市场管理制度本身，就应当认为，制度的力量不是天生的，而是设计出来的。

(二)

“为天地立心”是古代圣贤的理想，“为市场立法”是现代法学的使命。市场管理法的协调有序发展需要市场管理法的相关理论进行支撑。如何构建市场管理法体系是摆在经济法学工作者面前的一个重要而艰巨的任务。

长期以来，经济学界为市场管理的有效与适度问题进行了有益的探索。经济学界内部长期以来一直存在着自由竞争论和政府干预论的论争，这些论争触及到了各国不同时期有关经济政策，进而也影响到有关市场管理的立法。

从法学史来看，与经济学上自由放任同国家干预的对立相一致，在法学理论中，对于市场管理的认识也一直存在着不同的理解。传统法学一般基于经济自由主义和政治自由主义，普遍不赞成通过立法来对市场行为给予过多的干预，强调坚持市场主体的契约自由原则，甚而将这一原则推向极端化。19世纪末以来，随着法律社会化运动的深入发展，这种局面逐渐发生了改观，国家运用公权力干预社会经济生活，在取得政治上、政策上合理性的同时，也取得了法律上的合理性，进而在法学领域获得了认同，并在此基础上建立起现代经济法学。

迄今，无论就经济学还是法学研究领域而言，关于市场管理问题的理论认识和讨论，已经不是原来的需要不需要、承认不承认的问题，而是如何具体地界定市场管理的尺度、范围、手段、目标乃至立法模式、执法模式及相应的法学定位这些深层次的理论问题。

市场管理法学的研究是有价值的,学者们可以做形而上学的追求;但市场管理法首先务实的,必须体现对现实社会问题的关怀。

我国市场经济的框架主要由 10 个基本要素构成。它们是:(1) 市场基础(多元的所有制结构);(2) 市场主体(自主经营、自负盈亏的企业及个体);(3) 市场体系(消费品市场、要素市场、服务贸易市场等);(4) 市场机制(竞争机制、价格形成机制、优胜劣汰机制);(5) 市场规则(市场主体的运行规则、市场行为规则、政府调控市场规则等);(6) 市场中介(非政府、非企业的、为市场公开、公正、公平交易服务的中介机构);(7) 市场分配(收入的形成机制、激励和约束机制);(8) 市场保障(市场竞争、优胜劣汰条件下的社会保障体系);(9) 市场调控(经济运行中政府运用金融、财政等对市场的宏观调控);(10) 市场对接(中国市场规则与 WTO 规则的对接)。现在这 10 个要素都已具备,但发育程度参差不齐,有些还不稳定,有的尚未成型。我国要实现经济的整体转轨,必须把这 10 个要素打造成发育成熟的强势要素。市场要素就像支撑大厦的支柱一样,只要有一个要素不强,市场经济大厦就会发生倾斜。

面对我国市场经济不断推向纵深发展的现实,我们认为,在市场管理法这一学科框架下,当前急需研究以下问题:

1. 与市场管理法相关的法律范畴的研究。任何法律学科的产生,以及其有效建立与完善,都离不开一系列基本的范畴。如果在市场管理法的研究上,不能概括出该领域的基本范畴,就谈不上对该学科领域的问题已经有了较为深刻的认识,较为深入的理论研究更是无从谈起。法律概念与法律范畴上的失之毫厘会导致在实践操作上的差之千里。对于市场管理法而言,要深入研究其理论,就必须研究作为该理论的

基本构成要素的范畴。由于过去人们往往更注意对反垄断法、反不正当竞争法等具体法律现象的研究，而忽视从市场管理法整体上对共同的原理范畴进行提炼，因而，一定程度上影响了市场管理法学科的发展。为使市场管理法的研究更具有开拓性，有必要对市场管理法中所涉及的一些基本范畴展开研究，如市场管理法中的市场主体范畴、市场行为范畴、市场管理权义范畴、市场交易与市场竞争范畴、市场规制范畴等。

2. 市场管理法调整对象的系统性研究。市场管理法调整政府在对市场活动监管过程中以及市场在配置资源过程中所发生的相关社会关系，它既涉及政府在市场中的地位与作用机理问题，也涉及市场配置资源中的自发性与自律性问题，需要在理论研究时围绕这一主线，较为系统地研究政府在市场管理中的地位，社会中间层组织在市场管理中的地位，市场管理行政执法控制的基本结构，市场管理司法控制模式等问题。

3. 市场管理的制度要素研究。市场管理法内在是否和谐统一，外在是否构成有机统一，重在制度构建本身。我们在研究中发现，市场管理法的制度要素至少应包括以下方面：市场准入制度、市场退出制度、合同监管制度、公平交易制度、产品质量管理制度、消费者权益保障制度、价格管理制度、广告管理制度、商标管理制度、要素市场交易管理制度、市场行政执法制度、市场管理司法控制制度。

4. 市场管理法作用机理的研究。应当看到市场管理的法律机制应该包括主体机制、权利机制、行为机制、责任机制等，而这些机制的构建单凭市场管理法是难以完成的，它需要民商法、经济法、行政法、刑法等相关法律部门共同来加以完成，这是问题的一个方面；问题的另一个方面是法律对市场管理是有局限的，它作为一种社会调节或控制的手段，

难以单独完成并实现社会控制的全部目标，要建立有序的市场秩序，还有赖于包括政治的、道德的、文化的种种手段的综合运用，如果市场管理法在立法体系构建时认识不到这些问题，就难以产生市场管理法作用机理。

基于以上认识，我们认为，在深入进行市场管理法相关理论与制度要素研究的同时，有必要建立一门专门研究市场管理法律制度的学科——市场管理法学，以此来建树基本理论，厘定学科边界，解决我国市场管理中的现实问题。

(三)

本书是对市场管理法学所作的一个初步性、尝试性的探索，旨在尽可能地去反映和触及当前市场管理制度建设中的现状与问题。

与已有的其他相关著述相比，我们试图在以下几个方面有所创新：

一是体系上的创新。本书一改过去著述中将市场管理法学主要是对竞争法、产品质量法、消费者权益保护法、商标广告法进行法律注释的现象，而是从市场管理法的学科体系视角进行构建，筛选出作者认为在目前市场管理法的理论与实务上一些容易被忽视或尚未展开的东西，对其作认真的思考，评判现行理论，分析现行制度，提出自己的观点。书中有关市场准入法、市场退出法、合同监管法、公平交易法、特种市场管理法是现存著作中较少涉及的领域和内容。

二是结构上的创新。从当前的学术发展情况来看，学者们的研究主要侧重于若干个现有的市场管理法的阐述性研究上，对相关制度的介绍、比较、研究的较多，而对市场管理问题的整体性研究相对较少，尤其是这几年，随着市场经济的不断发展，出现了许多新的情况。比如，登记制度的改革，需要我们对市场准入法及市场准入作出认真的研究；再

比如,这几年产生的企业被工商行政管理部门吊销后所出现的大量问题,需要我们对市场退出法问题有一个认真的思考与研究。全书围绕市场管理体系所应着力解决的问题进行论述,以市场管理主体、市场管理对象、市场管理行为为研究上的导入点,注重从经济与法律的互动中阐释市场管理的基本理论,解析市场管理的基本原理,明确市场管理的核心和目的,提炼市场管理的制度要素。

三是论证方法上的创新。著作在方法论的选择上,注重于比较分析法与实证分析法。比较分析法在法学研究上被认为是发现对问题最好的解决办法,由于各国的社会制度、立法传统等存在差异,通过比较分析来寻找差异的根源性问题,并通过比较来进一步思考在法律制度本土化过程中如何重新培植自己所特有的制度问题。实证分析法力求从市场管理状况对立法提出的迫切性要求的路径上开展实证研究,通过实证来检验理论的准确性与适用性。

另外,本书占有的研究素材比较翔实。市场管理法是经济法学领域的核心问题之一,也是目前国内经济法学界关注的一个重点课题。我国经济法学界经过几十年苦苦追寻,已取得相当丰富的研究成果,我们在本书中所列的参考文献,反映出我国在这方面的现有研究成果;在我国,市场管理法实际上是一系列市场管理相关的法律、法规、规章的总和,对于初学者来说,目前我国的市场管理方面究竟颁发了多少法律性文件,它们的内容如何,内在的联系性如何,往往很难作系统地把握。为此,我们将1986~2004年这几年间各级立法机关和政府部门所颁发的法律、法规和规章按一定的结构体系进行了梳理,在本书后面专门作了一个法规索引。

故此,我们将本书取名为《市场管理法新论》。

我们身处宁波这一商业繁荣而富有制度竞争力的城市,时时都会感受到市场活力与市场秩序这两个话题对一个地区

的经济发展是何等的重要。这座城市本身已给了我们以及我们所感兴趣的话题以更多、更深邃的思考。当然，理论品格贵在对于社会经济生活的意义，我们对市场管理法的研究是否会对社会经济生活产生理论价值还有待于实践的检验。

作者谨识

2005年6月于宁波大学法学院

作者简介

郑曙光 男, 1962年出生, 现为宁波大学法学院教授, 硕士生导师。系浙江省地方立法专家库成员, 宁波市人大立法咨询员, 浙江省律协公司法证券法专业委员会副主任委员。研究方向为经济法、商法。近5年来出版学术著作5部, 代表作有: 《公司法若干问题研究》, 《产权交易法》。在学术期刊上发表论文30多篇, 多篇论文被人大复印资料转载。主持国家、省规划重点课题3项, 主持省教育厅、省社联、宁波市人民政府下达的课题10余项, 课题内容涉及公司制改建、企业产权交易、特许权经营、外资并购、市场准入等。科研成果多次获得省市社科优秀成果奖。

汪海军 男, 1968年出生, 现为宁波大学法学院讲师, 兼职律师。教学、研究方向为经济法。近年来主持、参与省市有关经济法方面研究课题3项, 代表作有: 《公司行政侵权研究》。

目 录

1	前 言
1	第一章 市场管理法概述
1	第一节 市场管理法概念与调整对象
1	一、市场管理法概念
2	二、市场管理法产生的必要性和依据
8	三、市场管理法调整对象与我国市场管理立法现状
13	四、市场管理法与市场规则、市场秩序的关系
17	第二节 市场管理法性质和地位
17	一、市场管理法性质
19	二、市场管理法地位
22	第三节 市场管理法体系和特征
22	一、市场管理法体系
23	二、市场管理法特征
25	第四节 市场管理法基本原则与作用
25	一、市场管理法基本原则
29	二、市场管理法作用
31	第五节 市场管理规制手段与责任形式
31	一、市场管理规制手段
33	二、市场管理责任形式

38	第二章 市场管理相关主体制度
38	第一节 市场管理相关主体概述
38	一、市场主体与市场管理主体
41	二、市场管理相关主体的权利与义务
45	三、市场管理相关主体法律制度完善
47	第二节 市场管理主体——经济行政机关
47	一、经济行政机关的概念及其在市场管理中的地位
53	二、经济行政主体在市场管理中应遵循的原则
55	三、建立科学的官员问责制
55	第三节 市场交易主体——投资者、经营者与消费者
55	一、投资者
57	二、经营者
60	三、消费者
64	第四节 市场参与主体——社会中间层组织
64	一、社会中间层组织概念与特征
66	二、社会中间层组织在市场管理中的作用
72	三、社会中间层组织的类型化分析
79	第三章 市场准入法
79	第一节 市场准入法概念与定位
79	一、市场准入制度
81	二、市场准入法
83	第二节 市场主体准入制度
83	一、市场主体批准许可制度
94	二、商事登记制度
98	三、自然垄断行业准入制度
103	四、外资准入制度