



李 沫 / 著

激励型监管研究

以行政法学为视角

On Incentive F

Administrative Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学研究青年基金项目
《服务行政视野下的激励型监管程序立法研究》（11YJC820059）



湖南省哲学社会科学基金一般项目
《激励型监管法制化研究——以服务行政为视角》（2010YBA235）

李 沫 / 著

激励型监管研究

以行政法学为视角

On Incentive Regulation In the Perspective of Administrative Law



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

激励型监管研究:以行政法学为视角 / 李沫著. —北京:
法律出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4441 - 5

I. ①激… II. ①李… III. ①监管制度—研究—中国
IV. ①D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 002514 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/8.375 字数/207 千

版本/2013 年 4 月第 1 版

印次/2013 年 4 月第 1 次印刷

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 - 4441 - 5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

收到李沫博士书稿时,正值党的十八大胜利闭幕。十八大报告提出深化行政体制改革,建设服务型政府,创新行政管理方式,而李沫博士的书稿正好同这一精神一致。从世界范围来看,激励型监管实质上是服务行政、民主行政的产物,是一种克服传统命令控制型监管方式诸多弊端、提高行政效率和体现行政人文精神的一种行政活动方式。对于具有浓厚命令控制色彩监管传统的中国,在从计划经济、权力经济向市场经济和法治经济转型的过程中,确立和推行激励型监管无疑具有重要意义。

对激励型监管系统的研究最初出现在经济学和管理学,也就是说,关于激励型监管的话语权最初并不在行政法学界。李沫博士以行政法学的视角,对激励型监管的行政法基础、行政法原则、行政程序等问题展开较为系统的研究,就此来看,她的研究拓展了行政法学的研究视域,也是她对行政法学研究的一种贡献。同时,诚如她在导论中所言,研究激励型监管的目的在于以法律的方式促进这种

行政活动方式在中国普遍确立和推行,她认为,中国当前尤其需要用激励型监管来克服命令控制型监管这一传统行政监管方式的弊端,从而提升行政监管的绩效。这种对中国行政法治的责任感是值得赞许的。

从行政法学的视角对激励型监管展开研究时,激励型监管的法律问题相对于一般行政行为法律问题的特殊性,是本书应当揭示并展示给读者的重要内容。本书从激励型监管法的基本原则入手,将它的特殊性一一展现:法律保留原则是行政法的一项基本原则,但激励型监管由于其授益性(当然从其他角度看也可能具有侵益性),法律保留应当有限适用,因而激励型监管的立法体制也应具备一定的特殊性;信赖利益保护原则是行政法的又一基本原则,对具有授益性的激励型监管具有特殊的适用价值,激励型监管若不能贯彻该原则,激励可能蜕变为政府的空头许诺,而行政相对人的权利受损,会反过来损害人们对政府的信赖,因此对激励型监管应当设置严格的程序,一旦实施便不得随意撤销、废止和变更;比例原则传统上主要适用于侵益行政,但是,激励型监管却必须遵循该原则,包括妥当性原则、必要性原则和均衡原则,这是保障激励型监管效果所必需的;正当法律程序原则传统上也仅适用于侵益行政,但是,激励型监管的授益性只是相对的,从其他角度来看,激励型监管也可能具有侵益性,因此,正当法律程序原则在激励型监管中仍有适用余地及必要。

行政程序是行政法学的核心内容,从行政法学的视角研究激励型监管,必然要对激励型监管法律程序进行论述。本书以激励型监管法的基本原则为指导,对如何构建和完善我国激励型监管的程序进行了设计,包括激励型监管的撤销、废止和变更程序,激励型监管适度之保障程序,激励型监管的法律责任与权利救济等,并且对激励型监管的程序立法做了初步的构想。同时,李沫博士意识到了激励型监管的弊端,如激励型监管的投入问题、权力“寻租”问题、政府干预市场产生的腐败和无效率问题等,在本书中相应地进行了对策设计。整体而言,本书论点清晰,论证合理,逻辑自洽,文笔细腻,

值得肯定。

激励型监管的确立和推行已是潮流所趋。一种监管方式在法律上的确立离不开扎实的理论研究的支撑,而这是一个庞大的工程,即使仅从行政法学的视角看,也需要对包括行政主体、行政立法、行政行为、行政程序、行政救济等在内的各种问题展开系统性的研究,就此而言,李沫博士的研究只是一个良好的开端,其可行性也需要实践的检验和评价。但是,从国内的相关研究情况看,李沫博士毕竟迈开了可喜的第一步,我乐意将它推荐给读者,不论是作为他们研究的基础,还是作为批判的对象。

是为序。

江必新
二〇一二年三月

目 录

导论	1
一、关于几个概念的说明	1
二、问题的提出、背景和选题	4
三、国内外研究现状	6
四、研究的基本框架	15
 第一章 激励型监管的产生与界定	18
第一节 西方行政监管的历程与趋势	
——以英美国家为例	18
一、市场失灵与行政监管的产生	19
二、行政监管受到的批评与放松监管	22
三、行政监管的改革及其趋势	23
第二节 激励型监管的内涵	31
一、激励型监管的经济学解读	31
二、激励型监管的行政法学语境分析	34
三、激励型监管的定义	41

第三节 激励型监管与相关概念辨析	42
一、激励型监管与协商性监管	42
二、激励型监管与其他相关概念的比较	48
第二章 激励型监管的法理分析	53
第一节 激励型监管与民主行政	53
一、激励型监管是民主行政的产物	54
二、激励型监管本身是一种民主行政	56
第二节 激励型监管与服务行政	57
一、服务行政及其与给付行政、授益行政的关系	57
二、激励型监管属于服务行政的范畴	60
三、激励型监管与服务行政的理念和价值取向一致	61
第三节 现代行政法学中的制约与激励机制理论	66
一、制约与激励是现代行政法的应有之义	66
二、激励机制的不断强化是行政法的重要发展趋势	67
第四节 激励型监管的失灵与行政法治	69
一、激励型监管实体法的失灵	69
二、激励型监管程序法的失灵	71
第三章 我国行政监管改革与激励型监管的选择	74
第一节 我国行政监管的总体特征及其改革探索	75
一、我国行政监管的总体特征	76
二、我国行政监管的改革探索	79
第二节 激励型监管的正当性与我国的选择	81
一、伦理学的趋利人性论	81
二、行为科学的需求层次与期望理论	83
三、经济学的效率原则	84
四、行政管理学的新公共服务理论	86

五、对激励型监管认识误区的澄清	87
第三节 我国激励型监管确立的立法要求	91
一、法治行政、民主行政、服务行政与激励型监管立法	92
二、激励型监管的普遍确立与激励型监管立法	92
三、激励型监管弊端的克服与激励型监管立法	94
第四章 激励型监管法的基本原则	99
第一节 依法行政与法律保留原则	100
一、服务行政与法律保留原则关系诸观点	100
二、法律保留原则在激励型监管中应有限适用	105
第二节 信赖保护原则	111
一、信赖保护原则及其对激励型监管的意义	111
二、信赖保护原则对激励型监管的要求	114
第三节 比例原则	117
一、比例原则的含义及其传统的适用对象	117
二、比例原则在激励型监管中的适用	119
三、比例原则在激励型监管法中的体现	122
第四节 正当程序原则	125
一、正当程序的内涵	125
二、正当程序在激励型监管中的适用	127
三、正当程序对激励型监管的意义	130
第五章 激励型监管的实体立法	133
第一节 域外激励型监管实体立法介评	133
一、激励型监管的适用范围	134
二、激励型监管的立法特色	138
三、经济激励的法定方式	140
第二节 我国激励型监管实体立法的现状	147

一、经济性监管领域的激励型监管实体立法	147
二、社会性监管领域的激励型监管实体立法	149
三、我国激励型监管实体立法的问题剖析	154
第三节 我国激励型监管实体立法的完善建议	157
一、避免激励不足与激励过度	157
二、继续放松监管	159
三、保障激励型监管的经费	160
四、协调激励型监管立法	162
五、适度拓展激励型监管的适用范围	163
六、细化激励型监管实体立法	165
七、科学确定激励型监管实体立法的立法体制和形式	166
第六章 激励型监管的程序立法	169
第一节 激励型监管实施的法律形式与启动程序	170
一、激励型监管实施的法律形式	170
二、激励型监管程序的启动与行政主体的积极义务	173
第二节 激励型监管的撤销、废止和变更程序	176
一、可以适用的现行法律及其局限	176
二、激励型监管的撤销、废止与信赖保护原则	180
三、激励型监管的变更与信赖保护原则	183
四、信赖利益保护的条件与方式	184
第三节 激励型监管适度的保障程序	186
一、单方行政行为适度的保障——以自由裁量权的 控制为中心	187
二、行政合同行为适度的保障	201
第四节 激励型监管程序立法构想	202
一、激励型监管程序立法的主体	202
二、激励型监管程序立法中的公众参与	203

三、激励型监管程序立法的内容设计	204
第七章 激励型监管的权利救济与法律责任	210
第一节 激励型监管的权利救济	210
一、激励型监管中享有救济权的利害关系人范围	211
二、激励型监管相对人和利害关系人的程序权利及其救济	212
三、相对人信赖利益的认定标准	216
第二节 单方激励型监管中的法律责任	218
一、激励型监管主体的法律责任	218
二、相对人的法律责任	223
第三节 行政合同中监管主体的法律责任	225
一、行政合同及其与私法契约的关系	225
二、激励型监管主体的违约行为及其法律责任	228
三、激励型监管主体的缔约过失责任	231
第四节 激励型监管权利救济和法律责任立法构想	233
参考文献	236
后记	254

导 论

本书主要从行政法学的视角对激励型监管展开研究,根本目的在于推动激励型监管在我国普遍确立并保障其有效实施;“普遍确立”源于我国行政监管的特殊传统、当前的改革要求以及激励型监管具有的一些优点;“有效实施”则意味着激励型监管需要相应的制度设计和立法支撑。希望本研究对我国行政监管的实践与改革有所裨益。

一、关于几个概念的说明

(一)“监管”、“管制”和“规制”

在汉语中,监管、管制、规制的含义有所区别。根据《现代汉语词典(修订本)》的解释,“管制”指强制管理、强制性的管理、对罪犯或坏分子施行强制管束;“规制”指规则和制度、(建筑物的)规模形制;“监管”指监视管理。^①显然,根据词义解释,“管制”一词具

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆1996年版,第466页、第474页、第614页。

有强制性,因而不能涵盖现代市场经济、民主政治和服务行政趋势下的非强制性行政活动方式;“规制”一词在我国当前的使用还不太普遍,且其内容也极为宽泛,有些语境中其还带有强制性,如“反垄断规制”;而“监管”意指保持一定距离(arm's length relationship)的监督和管理,其既可以为强制性,也可以为非强制性。因此,本研究使用“监管”一词。但在英语中,监管、管制、规制这三个词都译自“regulation”,三种译法都不为错。因此本书中又将“监管”同“管制”、“规制”作为同一层面的意思进行理解。同时,对于本书所引用文献中使用的“管制”、“规制”,不改变其表述;另外,也遵循一些习惯的用法,如西方国家的放松管制、日本的激励性规制等。

(二) 经济性监管与社会性监管

根据范围,行政监管可以分为两类:经济性监管和社会性监管。在经济学上,按照萨缪尔森的解释:经济管制(economic regulation)指的是对价格、市场进入和退出条件、特殊行业的服务标准的控制。显而易见的例子包括公用设施管制(电话、电力、天然气、供水)以及其他的产业管制(运输、金融、电台、电视台)。社会管制(social regulation)用来保护环境以及劳工和消费者的健康和安全的有关规定可用以矫正经济活动所引起的各种派生后果和外部性问题。明显的例子有:净化空气、净化水源、实现核安全、保证药物和交通安全等活动计划。^① 植草益和奥格斯的解释也大体相

^① [美] 保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯著:《经济学》(第16版),萧琛等译,华夏出版社1999年版,第246页。

同。^①虽然本书从行政法学视角进行研究,且法学对“监管”的解释也不同于经济学的解释,但在社会性监管和经济性监管的范围上,本研究同经济学上的解释并无二致。^②

(三)“激励型监管”、“服务行政”、“给付行政”和“授益行政”

激励型监管作为具体行政行为属于服务行政、给付行政和授益行政的范畴。在当前行政法学界,服务行政、给付行政和授益行政被认为具有本质上的一致性,并可以互换使用。^③由于“授益行政”的提法相对来说较少,而“服务行政”的提法在我国越来越普遍,且有学者也认为“服务行政”比“给付行政”的提法更为妥当,^④因此,本书一

① 植草益指出:经济性规制就是指在自然垄断和存在信息偏在领域的规制,主要为了防止发生资源配置低效和确保利用者的公平利用,政府机关用法律权限,通过许可和认可等手段,对企业的进入和退出、价格、服务的数量和质量、投资、财务会计等有关行为加以规制。社会性规制是以确保国民生命安全、防止灾害、防止公害和保护环境为目的的规制,都是与对付经济活动中发生的外部性(特别是“外部不经济”、提供“公共性物品、准公共性物品”)有关的政策。参见[日]植草益著:《微观规制经济学》,朱绍文、胡欣欣等译校,中国发展出版社1992年版,第27页、第281页。奥格斯认为:社会性规制,是指如安全与健康、环境保护、消费者保护等领域的规制;经济学规制调整的是比社会性规制范围更小的活动,它主要适用于具有垄断倾向的产业。参见[英]安东尼·奥格斯著:《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,第5页。

② 马英娟教授也从监管机构的角度对两者的范围进行了界定,同经济学上的大致相同:经济性监管机构是指使用准入许可、价格上限、产品和服务标准等经济控制工具,对特定产业的活动实施广泛监管的机构,其主要目的在于改进不完备市场的经济效率;如电力监管机构、电信监管机构、证券监管机构等。社会性监管机构是指承担社会性监管职能,对健康、安全、环境等伴随经济活动而产生的社会问题进行监管的机构,其主要目的在于增进社会正义;如环境监管机构、工作场所安全和健康监管机构、消费品安全监管机构等。参见马英娟著:《政府监管机构研究》,北京大学出版社2007年版,第45页。

③ 杨海坤、章志远著:《中国行政法基本理论研究》,北京大学出版社2004年版,第12页;翁岳生编:《行政法》(上),台湾元照出版有限公司2006年版,第23页;[韩]金东熙著:《行政法I》(第9版),赵峰译,中国人民大学出版社2008年版,第13页;等等。

④ 陈新民著:《行政法学总论》(修订八版),台湾三民书局股份有限公司2005年版,第53页。

般也使用“服务行政”的提法,除非文献引用时基于不得改变原有表述的考虑。

二、问题的提出、背景和选题

西方国家的行政监管基本上遵循“监管—放松监管—监管改革”的规律,其当前有关监管的讨论主要是关于如何进行改革。不过,现在大多数入已经意识到,放松监特别是民营化并非行政监管改革绝对有效的途径,因为在现代国家,行政监管是不可能全部取消的——即使在堪称自由主义典范的美国,“今天,没有一位美国人能真正想象生活在一个不存在政府管制的社会里的情况将会怎样。政府管制是有序社会普遍的要求,这一要求会引起政府管制的增加。在任何缺乏国家管制的社会里,所有的人都会理性地得出结论:一个社会将处于永无休止的混乱状态”。“绝大部分观察者预测,在可预见的未来,我们能期望众多领域日益增加管制和重新管制。因为在通讯业、运输业、安全业和金融业已经出现了让人心惊胆战且公开化的非管制失败。”^①——在此前提下,寻求有效的监管方法似乎更为必要。

在此过程中,以追求监管效率和公正的西方行政监管的形式正在不断创新且非强制性监管日益受到重视,总的趋势集中表现为从传统命令控制型监管手段到非强制的多元行政活动方式的转变。在这一转变过程中,各国解决管制中存在的问题的基本思路是以放松管制为基础,建构激励性管制。^② 据此,作为克服传统命令控制型监管方式导致的“管制疲劳”,并适应现代行政民主、效率和人文关怀理念的激励型监管方式得以普遍推行——“正在出现的一种完全不同的对于管制疲劳的回应是对经济激励制度的利用”,“经济激励是现有的管理与预算局行政过程的符合逻辑的发展。它不是运用经济手

① [美]肯尼思·F.沃伦著:《政治体制中的行政法》(第3版),王丛虎等译,中国人民大学出版社2005年版,第127~128页、第141页。

② 陈富良著:《政府对商业企业的规制研究》,经济管理出版社1999年版,第102页。

段来规范命令型的管制,而是取消命令型的管制,并为了管制的目的而运用经济工具重构市场本身。不要误解——这不是放松管制的自由放任。”^①值得指出的是,对行政监管问题的研究也是西方公法学界的课题,正如奥格斯在其《规制:法律形式与经济学理论》一书的序言中指出,“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的专家。而我的观点是,这种专家主义阻碍了,而不是便利了,所要求的法律框架的评估性分析。”^②

在我国,由于受20世纪50~70年代严格计划经济的影响,当前行政监管的总体特征仍然表现为监管的供给过剩且命令控制色彩浓厚,这种行政监管存在弊端是毋庸置疑的。不过,随着自20世纪七八十年代以来经济体制改革的不断推进以及民主政治的逐渐兴起,我国也在不断进行行政监管的改革探索,包括放松监管和对监管手段、方法的探索和创新。近些年来,我国行政法学界对此也给予了极大的关注。本书正是在此背景下展开对我国行政监管方式选择的探索研究。

本书认为,在各种各样的监管方式中,激励型监管方式正是我国当前行政监管改革背景下的理性选择。从西方国家的实践可以看出,激励型监管是克服传统命令控制型监管的有效方式,考虑到我国传统行政监管的特点(供给过剩和命令控制色彩浓厚^③),我国也需要通过激励型监管实现对传统行政监管的分化、瓦解和重构,从而提高监管实效、增进社会福祉和体现行政法的时代精神。实际上,激励型监管具有明显的正当性,且并不具有人们所想象的诸如投入成本

① [美]L. B. 斯图尔特:“二十一世纪的行政法”,苏苗罕译,载《环球法律评论》2004年夏季号。

② [英]安东尼·奥格斯著:《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。

③ 关于我国传统行政监管特点的论述见第三章第一节“我国行政监管的总体特征及其改革探索”。

高、导致资源配置低效等弊端,反之,它能减少监管成本,并能带来更大的社会收益和更多的财政收入。随着民主政治和市场经济的发展以及服务行政的兴起,在我国普遍确立、推行激励型监管是必要的。当然,我国选择激励型监管绝不意味着完全排斥传统命令控制型监管,传统监管也有自身的优势,激励型监管不能,也无须全盘取代传统命令控制型监管。

激励型监管本身并非完美无缺,像所有的行政监管一样,激励型监管也会失灵,对其失灵的克服需要通过制度设计和立法支持来实现。与此同时,法治国家的建设和依法行政的要求都对作为行政行为的激励型监管提出了法制化要求,包括实体立法和程序立法上的要求。事实上,激励型监管法制化的意义远远超出了依法行政的范围,其既可以保障行政权的合法运行,也可以保障相对人和相关当事人的合法权益,最终保障激励型监管目标的顺利实现。在我国,由于激励型监管方式尚未普遍确立,激励型监管立法是促使其尽快普遍确立和推广的有效方式。虽然我国有关激励型监管的实体立法已开始出现,但也存在不少问题;另外,关于激励型监管的程序立法基本付之阙如。在此背景下,分析激励型监管在我国的确立、推广,并对其法制化相关问题进行研究实属必要之举。

三、国内外研究现状

(一) 国外研究现状与水平

1. 关于激励理论的研究

激励理论产生于经济学对委托代理理论的研究,委托人和代理人目标函数的不一致和信息的不对称分布成为导致激励问题的两个基本的因素,由此形成了激励问题中的两个基本现象:道德风险(委托人无法观察代理人的行为,又称隐匿行动)和逆向选择(委托人无法获知代理人所拥有的关于成本或价值的私人信息,又称隐匿信息)。激励问题就是研究在这两种情形下,如何通过机制的设计来优化资源的配置。委托—代理理论最早的模型化分析是由威尔逊