

CSSCI 来源集刊 2009年下卷 总第十七卷

# 经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊【主编】

## 本辑专题

- ◎ 专论
- ◎ 竞争法
- ◎ 国家投资经营法
- ◎ 宏观调控法
- ◎ 域外法
- ◎ 书评

中国方正出版社

2009 年下卷

# 产 法 从 论

漆多俊 主编

中国  
方正  
出版  
社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

经济法论丛. 第 17 卷/漆多俊主编. —北京: 中国方正出版社, 2009. 12  
ISBN 978 - 7 - 80216 - 583 - 0

I. 经… II. 漆… III. 经济法—中国—文集 IV. D992. 290. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 242509 号

**经济法论丛**

(2009 年下卷·总第十七卷)

漆多俊 主编

---

责任编辑: 康 弘 安乐明

责任校对: 张 蓉

---

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560938 门市部: (010) 66562733

编辑部: (010) 59596602 出版部: (010) 66510958

网址: [www. FZpress. com. cn](http://www.FZpress.com.cn)

责编 E-mail: [anleming@126. com](mailto:anleming@126.com)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京春华腾飞印刷有限责任公司

---

开 本: 889 毫米 × 1194 毫米 1/32

印 张: 14

字 数: 330 千字

版 次: 2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

---

ISBN 978 - 7 - 80216 - 583 - 0

定价: 32.00 元

---

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

## [卷首语]

本卷稿件编辑完成之时，正值国庆 60 周年纪念活动进入高潮，大街上、校园里、小区中，到处红旗招展，电视里各个台都在播放与国庆有关的节目，一派喜庆祥和的景象。走过六十年，尤其是走过改革开放三十年，国家发生了天翻地覆的变化，不仅体现在公路、铁路、高楼等硬件方面，也体现在立法进步、法学发展等软性要素方面。在短短的三十年时间里，中国的经济法和经济法学经历从无到有、从弱小到基本长成的过程，到今天能挺立于国内外法律和法学方阵之中，这不能不说是拜伟大时代所赐。本刊尽管没有为国庆专门组织稿件，但本卷文章的三个特点仍然能够体现出国家发展对国内经济法发展的促进作用，也能够体现出国内经济法学者致力于推动国家法治发展的殷殷情怀：第一，涵盖竞争法、国家投资经营法和宏观调控法，经济法的三大构成都有文章亮相，大致可以构成一个被检阅方阵；第二，本卷论文大多数关心现实问题，尤其关心中国的现实问题；第三，编发的涉外稿件既包含国外学者的论文翻译稿，又包含对外国立法状况的述评，还包括对国外立法的直接翻译，体现了国家的对外开放政策给经济法学研究带来的直接影响。

刘孔中教授和王红霞博士生合作撰写的《电信监管机构建制的类型化研究》一文从大处着手，以类型化的研究手法，梳理了典型国家电信监管机构的组成情况，并对我国电信监管机构改革的理想模式和建构路径给出了建设性意见。李友根教授的《经营场

所安全保障义务研究》以《最高人民法院公报》刊载的相关判例为研究对象，纵向性地研究了我国司法界探索确立安全保障义务的过程，研究结论信实，研究方法新颖。李军波先生的《农村土地承包经营权流转法律制度构建的若干问题研究》侧重于从法理层面研讨革新农村土地承包经营权流转法律制度的基础、技术和路径，李运华博士的《论就业权的生成与演化》从法制史的角度论证就业权生成的必然性及其现实表现，都较有新意。表面上，这四篇文章似乎不具有纯正的经济法意味，但实际上与经济法具有密切的联系，而且探索性色彩十分明显，因此，本卷特设立“专论”一栏来容纳它们。

我国《反垄断法》出台以后，国内竞争法的研究重心持续向相关的具体问题倾斜，我们认为这种倾向值得鼓励，本卷“竞争法”专栏中刊发的五篇论文都体现了这种倾向。王仁富先生的论文《我国行政垄断的可诉性探析》篇幅不长，但探讨的问题具有显著的现实针对性。李剑博士的论文《反垄断法核心设施理论适用中的效果权衡》选取欧共体竞争法实践中的一个著名案例——Magill案来研究核心设施理论的适用问题，以反思的笔触提出适用核心设施理论应该追求的真正效果，既有新意，也有深度。阮赞林教授的论文《论反垄断双边合作协议》梳理了目前国际上已经存在的相关协议，概括了相关协议的基本内容；李胜利教授和钱联莲女士的论文《论我国消法中惩罚性赔偿 responsibility 制度之完善》借鉴境外立法的经验，提出完善我国消法中惩罚性赔偿 responsibility 制度；彭兴庭博士生的论文《微软“黑屏事件”的法律思考》从民法、经济法等诸多法域的角度检视微软公司的“黑屏”做法，这些文章都具有较大的学术价值。

在本刊以往发表的论文中，国家投资经营法的论文所占比例偏低，本卷吸纳了四篇相关论文，并设立“国家投资经营法”专栏，希望有助于改变这种状况。漆思剑博士抽取其博士论文的精华部分，加以补充完善，形成《论国家投资经营法在经济法体系中的地位》一文，值得读者重视。刘光华博士和赵忠龙先生的论文

《转型中国水利工程建设运营法律制度研究》以比较研究和实证研究为基础,给出完善我国水利工程建设运营法律制度的建设性意见;张建文博士的论文《公众用国有财产之公用性实现机制研究》研讨公众用国有财产的公用性实现机制,提出自由使用、许可使用和特许使用等三种基本的实现方式,郭振兰博士生的论文《论我国国有资产监管公益诉讼制度的构建》在反思我国现行国有资产监管体制的诸多弊端的基础上,提出引入公益诉讼制度,以强化国有资产监管,都体现了青年学者勇于探索的学术勇气。

在“宏观调控法”专栏中,刘轶博士翻译的美国学者约翰·沃什的论文《以制度为基础的金融监管方法:第三种金融监管模式》提出,在金融监管领域,除了原则监管模式和规则监管模式以外,形成了一种新的监管模式,即制度监管模式,该文提供的信息和思考方向对于我们在全球金融危机背景下思考如何革新金融监管无疑具有不可低估的指引作用。无独有偶,黎四奇教授的论文《对我国证券监管理念的批判与反思》也以理性的眼光检视了我国证券监管理念,并提出金融监管法创制在理念上必须走一条自律与他律相结合、立法权及司法权与监管分权制衡的多元化路线。柴瑞娟博士的论文《村镇银行支农性制度构建研究》在认可村镇银行的商业属性的同时,主张赋予它们政策属性,即要求它们承担支农职责;叶珊博士生的论文《稳定发展之政策与法律促进研究》在研究经济政策与法律的相互关系的基础上,提出法律对促进经济与社会的稳定发展有着独具的优势,进而提出和论证了“促进型法”的概念。无疑,这两篇论文都具有较显著的学术新意。

王玉辉博士翻译的《欧盟委员会关于卡特尔案件免除和减轻罚款公告》尽管不是最新的文献,但就该文献在世界反垄断法宽免制度立法中的重要性来看,仍然具有较大的资料价值。刘进副教授撰写的《巴西反垄断法执法机制述评》一文,述中有评,述评结合,有助于国内读者了解巴西的反垄断法立法情况。

本卷还刊发了王健教授为邵建东、方小敏等编著的《竞争法学》一书撰写的书评《部门法学著作的新视野：在规范与事实之间展开》，该文既准确地把握住了所评之书的特色，又包含有诸多书评者自己的独特学术见解，在广告性书评充斥坊间的当下，该文的可贵性无须多言，读者们自会体认。

本卷执行主编

2009年10月

## 《经济法论丛》稿约

一、本论丛向海内外诚征各类经济法稿件，包括经济法基础理论及市场规制法、国家投资经营法、宏观引导调控法等方面内容的专论、评论、立法研究、成案研究、域外法与比较法文章或资料信息、书评等。非经济法方面的稿件本论丛一般不予刊登。

二、来稿字数一般控制在 1.5 万至 3 万汉字之间，手抄或打印均可，但最好能提交电子文档。字体务求规范、清晰，引文、资料、数据务必核实。文责自负。

三、自第十四卷开始，以后作者来稿请于文章标题与正文之间标出 200 汉字左右的中文内容摘要；列出 3~4 个关键词。在正文全文后面用英文标出文章题目和内容提要。个人信息请标注于论文首页页下，包括：作者姓名、出生年份、性别、籍贯、工作单位及职称、职务、学位等。

四、国外作者来稿请自行译成中文。有困难者也可投寄外文（英、德、日），由本论丛编辑部代行翻译。

五、凡译文稿，请译者自行解决原作的版权授权问题。

六、注释采当页脚注，同页序号连续。如引用著作，其顺序为：作者，书名，出版社，出版时间，页码；如引用文章，顺序为：作者，论文题目，发表刊物，期（卷）号，页码；如引用外文书刊，请按国际标准注释。

七、来稿请写明作者真实姓名、单位、职称和职务、详细通信地址、邮编、电话或电子邮件信箱。

八、请勿一稿多投。来稿寄出后逾 3 月未收到采用通知，可另行处理。本论丛编辑部一般不退还原稿。

九、编辑部实行匿名审稿制，三审定稿。采用标准重在稿件的学术价值。

来稿请寄：

中国湖南省长沙市岳麓山中南大学法学院《经济法论丛》编辑部

邮 编：410083

编辑部电子邮箱：elawlc@sina.com

联 系 人：张德峰

办 公 电 话：0731 - 8836693

手 机：13808453840

电 子 邮 箱：zhangdefeng68@163.com

# 《经济法论丛》编委会

## 特约编委：

[德] 弗里茨·里特勒 （德国弗莱堡大学教授）

[日] 根岸哲 （日本神户大学教授）

[英] 丹·普兰提斯 （英国牛津大学教授）

漆多俊 （中南大学、武汉大学教授）

徐士英 （华东政法大学教授）

冯 果 （武汉大学教授）

郑友德 （华中科技大学教授）

王先林 （上海交通大学教授）

## 主 编：

漆多俊 （中南大学、武汉大学教授）

## 本卷执行主编：

李国海 （中南大学教授）

## 编辑部办公室主任：

张德峰 （湖南师范大学讲师）

## **Member of Editorial Committee**

### **Contributing Editor**

Fritz Ritter Professor of Law School, Freiburg University, Germany.

Negishi Akira Professor of Law School, Kobe University, Japan.

Dan Prentice Professor of Law School, Oxford University, UK.

Qi Duojun Professor of Law School, Central South University & Wuhan University.

Xu Shiyong Professor of East China University of Political Science and Law.

Feng Guo Professor of Law School, Wuhan University.

Zheng Youde Professor of Law School, Central China University of Science and Technology.

Wang Xianlin Professor of Law School, Shanghai Jiao Tong University.

### **Editor-in-Chief**

Qi Duojun Professor of Law School, Central South University & Wuhan University.

### **Executive Editor**

Li Guohai Professor of Law School, Central South University.

### **Office Director**

Zhang Defeng Instructor of Hunan Normal University.

# CONTENTS

## [ Academic Thesis ]

A Study on the Type of Telecom Regulatory Bodies' Organization

——The Ideal and the Route of the Telecom Regulatory  
Bodies' Organization in China

..... Kung-Chung Liu Wang Hongxia(1)

Research on Obligation for Security Guaranty in Business Sites

——based on the review of precedents in the  
Gazette of the Supreme People's Court

..... Li Yougen(22)

Research on the Construction of the Legal Framework

on the Transfer of the Right to Land Contractual

Management in Rural Area ..... Li Junbo(46)

Study on the Occurrence and Evolvment of

Employment-related Rights ..... Li Yunhua(74)

## [ Competition Law ]

On Judicial Review of Administrative Monopoly

in China ..... Wang Renfu(101)

Effective Balance of Application of Essential Facilities Doctrine

——Rethink The Case of Magill

..... Li Jian(121)

On Bilateral Agreemens of Anti-monopoly Law

..... Ruan Zanlin(139)

On the Improvement of the Punitive Damages System  
of the Consumer Protection Law in China  
..... Li Shengli Qian Lianlian(156)

Juristical Thought about “The Black-screen Event”  
of Microsoft Company ..... Peng Xingting(174)

[ State Investment and Management Law ]

On the Status of State Investment and  
Management Law ..... Qi Sijian(189)

On the Legal Institutions of the Construction and Management  
of Great Hydraulic Engineering in Transitional China  
——Taking Yin-Da-Ru-Qin Project as A case  
..... Liu Guanghua Zhao Zhonglong(217)

Study on Public Using Realization Mechanisms of State  
Property Used by the Public ..... Zhang Jianwen(244)

On the Construction of the Public Interest Litigation System  
for State-owned Property Supervision ..... Guo Zhenlan(264)

[ Macro-Regulation Law ]

Institution-Based Financial Regulation: A Third Paradigm  
John H. Walsh  
..... trans. Liu Yi(275)

Criticism and Reconsideration about Chinese Security  
Supersory Doctrine ..... Li Siqi(314)

On the Construction of Agriculture Supporting System  
of Village Bank ..... Chai Ruijuan(335)

Study of Stable Development Promoted by Law and Policy  
..... Ye Shan(364)

[ Extraterritorial Law ]

- Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of  
Fines in the Cartel Cases ..... tran. Wang Yuhui(389)
- Introduction and Commentary of Enforcement Mechanism of Brazil  
Competition Law ..... Liu Jin(401)

[ Book Reviews ]

- A New Horizon of Works about Branches of Law:Expanding  
Between Rules and Facts  
——Writing for Competition Law by Shao Jiandong,  
Fang Xiaomin, Wang Bing and Tang Jinwei  
..... Wang Jian(419)

## [ 专 论 ]

## 电信监管机构建制的类型化研究

——兼论中国电信监管机构改革的理想与路径

刘孔中\* 王红霞\*\*

**摘 要：**典型国家电信监管机构可以划分为独立型和隶属型两大类型。独立型可细分为委员会式和自主性公共体式，美国和英国分别为其代表。隶属型可细分为部会下总署式和部会下法定机构式。德国和新加坡各自是其典型。电信监管机构的制度设计，凸显如下共同原则：组织设计追求独立性、监管业务趋向融合性，以及建制改革合系统性。中国电信监管体制改革应当立足本土国情借鉴他国经验，中国电信监管机构的理想定位宜仿照德国，建立直接隶属于国务院的部会级独立监管机构，在监管业务范围上将通信传播产业融合在一起；中期目标是借鉴新加坡，逐

\* 刘孔中(1961—)，男，台湾省人，中国台湾中央研究院法律学研究所筹备处研究员、台湾清华大学科技法律研究所教授，德国慕尼黑大学法学博士，曾担任台湾“国家通讯传播委员会”第一届委员。

\*\* 王红霞(1979—)，女，辽宁鞍山人，安徽财经大学法学院讲师，中南大学经济法学博士研究生。

步整合监管权；当前则应着力落实政企分开，增强监管专业性和透明度，为向中期目标迈进、最终实现建制理想而积蓄条件。

**关键词：**监管；监管机构；类型化；独立性；融合性

## 前 言

电信业是关系国民经济命脉和国家安全的关键性产业，在经济和社会发展中发挥着举足轻重的作用。同时，电信业技术复杂，市场参与者众多，一直是世界各国政府管制的难题。近年来，中国电信业发展非常迅速，技术更新极快。但另一方面，电信业仍是国内利益调整最为困难、亟待解决问题最多的一个产业。<sup>①</sup> 理论研究和各国经验均表明，电信业的健康发展尤其仰赖国家调节职能的适当履行和相应法律制度的设计与实施，而监管机构<sup>②</sup>的建制是其中的核心一环。全球来看，电信监管机构改革一直伴随着电信业的发展。尤其是近二十年，世界各国纷纷致力于构建和完善更为独立、专业、权威的监管机构。<sup>③</sup> 中国改革开放以来，电信业监管体制也经历了一系列重大调整，取得了显著进步，但对比全球趋势和电信业自身发展的要求，中国在监管机构建制上还存在诸多不相适应之处，如政企不分、政出多门、监管专业性不足、行动滞后等。本文着重分析世界主要国家电信监管机构的制度设计，将其做类型化研究，并选取各类型与制式之典型代表——美国、英国、德国和新加

① 李勇坚：《建立有效的监管体制：中国电信服务业发展的关键》，载《经济研究参考》2006年第26期。

② “监管机构（Regulatory Bodies）”又可称作规制机构、管制机构、主管机关等。有学者们对其间的差异详细阐释。本文选择“监管机构”这一译法和称谓，主要出于契合当前中国政府官方文件上的用语。同时，为能够最大程度涵盖各国的不同情况从而进行类型化研究，本文所称监管机构，在内涵和外延上均从广义上界定，是指担负国家调节管理国民经济整体或某一行业部门的调节（管理）机关。

③ 1984年，全球电信业监管机构只有少数几个。上世纪90年代起电监机构不断增长。截至2006年，全球电信监管机构的数量已增至148家。各大洲建立独立电信管制机构的国家所占比例分别为，美洲89%、欧洲85%、非洲83%、亚洲56%。

坡四国的监管机构,对其加以系统比较,从中提取电信业良性发展所需之监管机构组织设计基本要素和建制原则,据此检讨中国电信监管机构设计的缺失,探求改革的理想模式及可行的实现路径。

## 一、独立型电信监管机构

世界各国电信业监管机构组织设计各不相同。可以从不同角度做不同的划分。OECD 秘书处将其成员国的监管机构划分为四种类型:部会(ministerial department)、部会下总署(ministerial agency)、独立咨询机构(independent advisory body)以及独立监管机构(independent regulatory authority)。鉴于第一种类型即部会兼行监管职能的情形,以及第三种类型即独立咨询机构的情形,在实践中非常少见<sup>①</sup>,本文依据监管机构与传统行政体制的关系,将电信监管机构划分为独立型和隶属型两大类。所谓独立型,是指电信监管机构在组织外观上独立于传统行政体制。这一类型又可进一步划分为委员会式和自主公共体式。前者的典型是美国联邦通信传播委员会,后者则以英国通信传播办公室为代表。所谓隶属型,是指电信监管机构在组织外观上隶属于传统的行政部会。这种类型亦可再进一步划分为部会下总署式,以及部会下法定机构式。德国联邦网络署,以及新加坡信息通讯发展局与媒体发展局分属此两式。现对两大类型四种制式分别介述如下。

### (一) 管制委员会式——以美国 FCC 为例

联邦通信传播委员会(Federal Communications Commission; FCC)是美国通信传播产业的主管机关。FCC 于 1934 年依《通信法》(Communication Act of 1934)成立,它取代了 1927 年创设的联邦无线电委员会(Federal Radio Commission; FRC),并从州际商

<sup>①</sup> 据 2005 年 OECD 对成员国的调查显示,目前其成员国已成立电信监管机构 32 个。这些机构中,属于部会型的有 1 个、部会下总署型 7 个,独立咨询机构型 1 个,独立监管机构型 23 个。See Stephane Jacobzone, "Independent Regulatory Authorities in OECD Countries: An Overview", on OECD Proceedings of an Expert Meeting in London, UK, 10 - 11 January, 2005, p. 82.