

市场监管 法律问题研究

SHICHANG JIANGUAN FALU WENTI YANJIU

谭玲 主编

- 房地产市场监管
- 劳动力市场监管
- 资金市场监管
- 技术市场监管
- 产品市场监管

中山大学出版社

市场监管法律问题研究

谭 玲 主编

中山大学出版社

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

市场监管法律问题研究/谭玲主编. —广州: 中山大学出版社, 2006. 1
ISBN 7-306-02643-7

I. 市… II. 谭… 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 147785 号

责任编辑: 浩然

封面设计: 方楚涓

责任校对: 曾育林

责任技编: 黄少伟

出版发行: 中山大学出版社

编辑部电话: (020) 84119988, 84113344

发行部电话: (020) 84119988, 84111166

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传真: (020) 84036565

印 刷 者: 广东南海系列印刷公司

经 销 者: 广东新华发行集团

规 格: 787mm × 1092mm 1/16 26 印张 365 千字

版次印次: 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 39.90 元 印数: 1-3000 册

本书如有印装质量问题影响阅读, 请与承印厂联系调换

内 容 提 要

市场监管法律问题的研究，关系到市场经济法律体系构建的科学、完整和效用，它是一国市场经济良性运行的基石。

本书从市场监管导论及房地产市场监管、劳动力市场监管、资金市场监管、技术市场监管和产品市场监管等方面，探讨了市场监管中的热点法律问题，提出了我国现行市场监管存在的问题以及如何解决与完善的建议。本书对进一步规范我国政府市场监管行为提供了理论指导，极具理论与实践意义。

序 言

市场有广义和狭义之分。狭义的市场，是指商品买卖的场所，即发生买卖行为的场所。广义的市场，是指一定区域内商品或劳务等的供给和有支付能力需求间的关系^①。市场是经济机制的组成部分，是与商品生产同时产生的社会生活的调节器。在理论上，商品生产是这样一种经济制度——在这种制度中，“产品是由个别的、单独的生产者生产的，同时每一生产者专门制造某一种产品，因而，为了满足社会需要，就必须在市场上买卖产品，产品因此变成了商品”^②。市场就是这样一种特殊的领域，在这个领域中时刻发生着商品生产和商品交换，也就时刻发生着生产者、经营者和消费者之间的利益冲突和协调。市场是在供求规律、价值规律和竞争规律相互作用下运行的，市场运行的优劣取决于市场秩序的规范。

“秩序”是指人或事物所在的位置，含有整齐守规之意。德国著名经济学家、弗莱堡大学经济学教授瓦尔特·欧肯认为，秩序包含了两层涵义：一是指各种存在过的社会事实，这种秩序是一种历史的客观存在；二是指合乎人和事物本质的客观安排，这种秩序是一种值得追求的合乎某种规范的理想^③。美国学者博登海默认为，秩序“意指在自然界与

① (苏) П·Ф·斯托尔莫夫著：《市场学》，盛杰，胡淑珍，王德根译，中国人民大学出版社1986年版，第2~3页。

② 转引自《列宁全集》(第1卷)，人民出版社1955年版，第77页。

③ 梁小明著：《弗莱堡学派》，武汉大学出版社1996年版，第41页。

社会进程运转中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”^①。尽管上述学者对秩序界定的角度不同，但都表明了秩序是一定的行为范式。而市场秩序，则是属于商品经济的范畴。市场秩序是在特定的时空范围内，市场交易活动中的市场主体在市场规则体系影响下所形成的群体行为状态，反映了市场主体之间的利益关系^②。因此，市场秩序实质上是通过对市场活动中市场主体的群体行为模式来反映市场主体之间的相互关系的，它是一种自发的、联动的秩序，是社会经济秩序的一个子秩序。市场秩序具有两种状态：市场的有序状态和市场的无序状态，市场秩序是市场有序和市场无序的辩证统一体。因此，为了保证市场秩序的有序运作，市场监管是其必然的选择。

何为市场监管呢？关于市场监管的涵义，学界亦存有多种定义。一些学者认为，市场监管是“政府左右及控制市场中公司等市场主体作出决策的行为，以防止私人机构在作出决策时没有充分顾及到公众的利益”^③。还有一些学者认为，市场监管是“由行政机构制定并执行的、直接干预市场配置或间接改变企业和消费者供需决策的一般规则或特殊行为”^④。我们认为，“监管”是监察、督促、管理之意，而市场监管就是对市场秩序的监管，具体而言，是对市场主体在市场规则体系影响下所形成的群体行为状态依法进行的监察、督促和管理活动。传统意义上的市场监管，侧重于带有

① (美) E. 博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，华夏出版社1987年版，第207页。

② 刘根荣著：《市场秩序理论研究》，厦门大学出版社2005年版，第16页。

③ 张昕竹主编：《中国规制与竞争：理论和政策》，社会科学文献出版社2000年版，第25页。

④ 同上。

从属内涵的监察、督促、管束、管制等一系列活动，强调监管者的单一主体作用，强化监管手段的纯强制性，而忽略了被监管者的主观能动性和监管手段的多样性，造成监管者权力异化和监管功能弱化。现代市场经济的发展，赋予了市场监管以新的内涵，即市场监管的目的不再是单纯管制被监管者，而是通过对市场主体在 market 规则体系影响下所形成的群体行为状态依法进行监察、督促和管理，以实现监管者和被监管者双方行为的有序规范。

由此，市场监管的主体是政府，市场监管包含社会性监管和经济性监管。社会性监管是以保障劳动者和消费者的安全、健康、卫生，实施环境保护，防止灾害为目的，以物品和服务的质量及伴随其产生的各种活动而制定的标准，以及为了禁止、限制特定行为而制定的规则。经济性监管是指在自然垄断和信息偏在的领域，为了防止发生资源配置低效并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的监管。市场监管的必要性在于市场失灵下的市场无序的存在。所谓市场失灵，是指由于外部条件缺陷所引起的市场机制在资源配置的某些领域内运作不灵，或者发生内在功能性缺陷。所谓市场无序，是市场主体违背社会共同承认的 market 规则体系所形成的具有非稳定性、不可预见性的群体行为模式^①。市场调节机制的缺陷和失灵，市场无序状态的存在，为政府干预经济活动让出了空间。诚然，政府对市场的监管并不是步步到位，也并不是恰到好处的，政府对市场的监管也存在一定的局限性，例如

^① 刘根荣著：《市场秩序理论研究》，厦门大学出版社 2005 年版，第 22 页。

监管越位、监管缺位、监管不力等等，这就在客观上要求政府这一监管者也要被监管。在打破了“市场万能”的神话和“政府万能”的神话之后，人们面临着这样的两难选择：要市场还是要政府^①？在两者之间简单地作出选择是困难的。“选择越倾向于市场，其体制就会面临更多导致市场缺陷的危险；选择越倾向于非市场，其体制就会面临更多导致非市场缺陷的危险”^②。要走出市场与政府的两难选择，必须在确立市场机制对资源配置的主导地位的同时，通过一定的途径来提高市场监管的效能，以避免或降低政府的介入、干预社会经济运行中的“失败”程度，达到真正弥补市场失灵的效果。

本书从六个专题探讨了市场监管中存在的热点法律问题，基本涵盖了市场监管的主要内容，搭建了市场监管的基本框架。第一章市场监管导论，主要研究市场监管的主体和客体、市场监管的内在张力、市场监管的目标及实现方式、我国市场监管的效果、问题分析以及市场监管中的民法与经济法；第二章房地产市场监管法律问题研究，主要研究了土地出让市场监管、土地划拨市场监管、土地转让市场监管、土地征用监管、土地储备监管和房产市场监管；第三章劳动力市场监管法律问题研究，主要研究了劳动就业服务监管、劳动关系监管、劳动保护监管、劳动保障监管；第四章资金市场监管法律问题研究，主要研究了银行资金市场监管、证券市场监管、民间资金市场监管的问题；第五章技术和信息市场监管法律问题研究，主要研究了技术中介市场的监管、

^① 郭小聪：《走出“政府万能”的误区》，载《华夏》1997年第1期，第78页。

^② (美)查尔斯·沃尔夫著：《市场或政府——权衡两种不完善的选择》，中国发展出版社1994年版，第132页。

技术产权交易市场的监管、网上技术市场的监管问题；第六章产品市场监管法律问题研究，主要研究了产品品质监管、产品价格监管、产品标示监管，以及食品、药品、化妆品、医疗器械、危险化学品等特殊产品的市场监管问题。通过上述六个与人们生命安全、身体健康、私有财产、劳动就业与社会保障、知识产品保护等密切相关的重大问题的研究，提出了我国市场监管存在的问题以及解决和完善的建议，对进一步规范我国政府市场监管行为具有积极的实践意义。

本书在研究方法上，抛弃了现行存在的市场监管就是加大行政管理力度的固有观念，认为这种加强政府管制来规范市场秩序的做法与完善市场监管南辕北辙。正确的方法应当是政府尽量从市场监管中退出，让企业自己主动去追求公平与信誉；提出了政府对市场监管应立足为“有限监管”、“高效监管”的观点，力求为制订市场监管法规提供更加新颖的立法思路。众所周知，健全和完善社会主义市场经济法律体系，是市场经济的必然要求。而市场监管法律问题的研究，关系到市场经济法律体系构建的科学、完整和效用，它是一国市场经济良性运行的基石。鉴于此，我们选择市场监管法律问题进行初步的研究和探讨，具有一定的理论意义和现实意义。

本书由谭玲担任主编并负责全书的修改、统稿和定稿工作。各章节的具体分工为（按撰写章节的先后顺序排列）：谭玲（序言、第六章）；谭冰涛（第一章）；孟庆丰（第二章）；范湘凌（第三章）；余保福（第四章）；何晓平（第五章）。本书在撰写和出版过程中，得到了广东警官学院党委书记陈玉川教授、中山大学出版社叶侨健社长、中山大学出版社总编辑蔡浩然教授的大力支持和热心帮助，在此，我们

致以最诚挚的谢意！鉴于知识和水平的有限，本书如有谬误之处，敬请读者批评指正。

谭 玲

2005年11月20日于广州

目 录

序 言	(I)
第一章 市场监管导论	(1)
一、市场监管的主体和客体	(1)
(一) 市场监管的主体	(1)
(二) 市场监管的客体	(4)
(三) 市场监管的内容	(7)
二、市场监管的内在张力	(10)
(一) 市场监管的必要性	(10)
(二) 政府纠正市场失灵的优势	(13)
(三) 政府监管市场的局限性	(14)
(四) 政府监管缺陷及个案分析	(16)
三、市场监管的目标及实现方式	(18)
(一) 市场监管的目标	(18)
(二) 市场监管的实现方式	(20)
四、市场监管问题分析	(22)
(一) 我国市场监管存在的问题	(22)
(二) 改进我国市场监管的思考	(23)
五、市场监管中的民法与经济法	(27)
(一) 民法在市场监管中的有限性	(27)
(二) 经济法在市场监管中的作用	(29)
(三) 市场监管中经济法的作用机制	(31)
第二章 房地产市场监管法律问题研究	(34)
一、土地市场监管概述	(34)
(一) 我国土地权利结构	(34)
(二) 集体土地所有权的保护	(40)
(三) 土地市场监管存在的问题及其改革	(42)

二、土地征收制度的现状和改革	(47)
(一) 土地征收制度的涵义	(48)
(二) 现阶段我国征地制度存在的问题	(49)
(三) 我国征地制度改革的构想	(52)
三、土地储备市场监管研究 ^①	(56)
(一) 我国土地储备市场概述	(56)
(二) 我国城市土地储备制度运行中的问题	(58)
(三) 土地储备市场监管对策	(60)
四、土地出让和转让市场监管	(64)
(一) 土地使用权出让和转让制度概述	(64)
(二) 土地使用权出让市场的监管	(66)
(三) 土地使用权转让市场的监管	(69)
五、房产市场监管	(72)
(一) 商品房预售存在的问题	(72)
(二) 商品房预售市场的监管	(76)
第三章 劳动力市场监管法律问题研究	(80)
一、劳动力市场监管概述	(80)
(一) 劳动力市场的界定及特征	(81)
(二) 我国劳动力市场的现状分析	(82)
(三) 劳动力市场监管的内涵及定位	(85)
(四) 劳动力市场监管的路径选择	(88)
二、劳动就业服务监管	(90)
(一) 劳动就业服务监管概述	(90)
(二) 职业介绍监管	(94)
(三) 职业培训监管	(99)
三、劳动关系监管	(104)
(一) 劳动关系监管概述	(104)
(二) 劳动合同监管	(114)
(三) 集体合同监管	(121)
(四) 劳动争议监管	(132)

四、劳动保护监管	(139)
(一) 劳动保护监管概述	(139)
(二) 工资监管	(144)
(三) 工作时间监管	(153)
(四) 劳动安全卫生监管	(156)
(五) 社会条款与我国劳动保护制度的完善	(162)
五、劳动保障监管	(165)
(一) 劳动保障监管的界定及功能定位	(166)
(二) 劳动保障监管体制的比较研究	(167)
(三) 社会保险基金筹集监管	(171)
(四) 社会保险基金投资运营监管	(177)
第四章 资金市场监管法律问题研究	(182)
一、资金市场监管概述	(182)
(一) 资金的涵义	(182)
(二) 资金市场监管的必要性	(183)
二、银行资金市场监管	(188)
(一) 银行在资金市场中的功能变迁	(188)
(二) 银行监管目标定位的转换	(189)
(三) 银行监管模式的重构	(192)
(四) 银行市场准入监管	(195)
(五) 银行资金风险监管	(200)
(六) 银行市场退出监管	(215)
三、证券市场监管	(220)
(一) 证券市场监管的涵义及必要性	(220)
(二) 证券市场监管的目标和原则	(222)
(三) 证券市场监管模式的重构	(223)
(四) 证券发行市场监管	(233)
(五) 证券交易市场监管	(237)
四、民间资金市场监管	(242)
(一) 民间资金市场的界定及形成机理	(242)

(二) 我国民间资金市场监管的现状分析	(245)
(三) 民间资金市场监管的基本原则	(245)
(四) 民间资金市场监管的立法完善	(248)
第五章 技术市场监管法律问题研究	(250)
一、技术市场监管概述	(250)
(一) 技术市场的界定及特征	(251)
(二) 我国技术市场的现状分析	(255)
(三) 技术市场监管的目标及基本原则	(258)
(四) 技术市场监管体制的完善	(261)
二、完善技术市场的立法	(263)
(一) 我国技术市场的立法现状	(263)
(二) 我国技术市场立法的完善	(265)
三、技术中介市场监管	(269)
(一) 技术中介的界定	(270)
(二) 我国技术中介的现状评析	(273)
(三) 技术中介市场监管的经济动因及目标定位	(275)
(四) 技术中介市场的立法现状及完善	(280)
(五) 构建多层次技术中介体系和技术中介监管体系	(283)
四、技术产权交易市场监管	(288)
(一) 技术市场融资体系概述	(289)
(二) 技术产权交易市场的定位及功能	(291)
(三) 我国技术产权交易市场的现状评析	(294)
(四) 完善技术产权交易市场监管的对策	(297)
五、网上技术市场监管	(304)
(一) 网上技术市场的界定	(304)
(二) 我国网上技术市场的现状评析	(306)
(三) 网上技术市场的监管对策	(309)
第六章 产品市场监管法律问题研究	(313)
一、产品市场监管的涵义	(313)

(一) 产品市场监管	(313)
(二) 产品市场监管的原则	(318)
二、产品品质监管	(321)
(一) 产品品质监管的涵义及必要性	(321)
(二) 产品品质监管机关及其职责	(324)
(三) 抽查监管和对免检产品的监管	(329)
(四) 标准化管理和质量认证	(331)
(五) 产品召回监管	(339)
三、产品价格监管	(346)
(一) 产品价格的类型	(346)
(二) 价格监管的模式	(348)
(三) 产品价格的监管	(350)
四、产品标识及产品宣传监管	(357)
(一) 产品标识的监管	(357)
(二) 产品宣传的监管	(358)
五、特殊产品监管	(363)
(一) 特殊产品监管的范围和监管机构	(363)
(二) 食品监管	(367)
(三) 药品监管	(373)
(四) 化妆品监管	(384)
(五) 医疗器械监管	(390)
(六) 危险化学品监管	(393)
主要参考文献	(396)

第一章 市场监管导论

“市场监管”是一个使用频率很高的词汇，但要对“市场监管”作出权威性的定义却颇有难度。有学者认为，市场监管是“政府左右及控制市场中公司等市场主体作出决策的行为，以防止私人机构在作出决策时没有充分顾及到公众的利益”^①；也有学者认为，市场监管指的是“由行政机构制定并执行的直接干预市场配置或间接改变企业和消费者供需决策的一般规则或特殊行为”^②。从上述概念中不难看出，市场监管的主体是政府，市场监管的客体是市场，而受到最终影响的主要是企业的行为。故此，研究政府和市场的具体内涵，以及政府监管市场的可能性及必要性是至关重要的。

一、市场监管的主体和客体

（一）市场监管的主体

市场监管的主体是政府。政府有广义的政府和狭义政府。广义的政府，是指在其管辖的范围内制定规则和进行资源分配的机构。国家权力机构，包括立法机关、司法机关、行政机关以及一切公共机关，议会、内阁、总统、法院等都属于广义上的政府。狭义政府，则专指一个政府的中央和地方的行政机关，如外国的内阁、总统、政务院，我国的国务院、地方各级人民政府。

《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）总纲第2条规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通

^① 张昕竹主编：《中国规制与竞争：理论和政策》，社会科学文献出版社2000年版，第25页。

^② 同上。

过各种途径和形式，管理政府事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。”《宪法》同时还规定：“中华人民共和国国务院，即中央人民政府，是最高政府行政机关。地方各级人民政府是地方各级政府权力机关的执行机关，是地方各级政府行政机关。”根据上述法律规定，我国政府的基本含义是仅指除立法、司法以外的政府行政部门，是在狭义上使用的。

政府具有主权性、政治性、强制性、能动性、综合性等基本特点。主权性是指政府行使行政权力时是依照法律规定独立行使的，具有排它性地处理权限范围内事务的最高权力。可以说，主权性是政府的第一显性特征，因为它是一个国家的统治阶级的统治权在政治上和法律上的外在彰显。如果政府不具备此特征，就不能在国内活动和国际交往中贯彻统治阶级的意志，就不能强迫人们遵守它所制定的秩序和颁布的法规和命令等，也就不可能对整个国家实行统一的领导、组织与管理。一般认为，国家有四个基本要素——领土、人口、主权和政府^①，因此，政治性是政府的基本要素，政府作为行政机关，必须执行权力机关制定的法律、法令和一切决议，必须对权力机关负责并报告工作，同时，必须接受权力机关的监督和质询。唯有如此，才能真正体现现代政府不是全能政府，而是责任政府。作为执行机关，政府要真正贯彻权力机关的各项法令、决议及自己制订的各项规定，就必须具备一定的强制力，这就表现为其可借助军队、警察、监狱等暴力工具强迫社会的某一个体或某一部分成员服从其管领。其所拥有的权力的影响对象涉及全体公民，无一例外。政府是国家权力机关的执行机关，但在执行行政令中，政府不是被动的照章办事，还应当积极参与和影响政府的立法和政策的制定。且在现代政府中，政策制定已成为政府活动中的重要内容。政府管理的全部过程，就是充分发挥行政工作人员的创造力，准确把握法律和政策的宏观规定，在执行的过程中，再根据立法机关宏观决定的内在精神，进行行政决策，使政府管理的效能和效率不断得到提高。随着现代社会经济的迅速发展以及

^① 李善岳主编：《中国政府管理概论》，中国人民大学出版社1999年版，第5页。