

政府管制法

政府管制 法学原论

茅铭晨==著



政府管制概述

政府管制法概述

政府管制法三大基本问题

反垄断法概述与基本内容

经济性管制法概述与基本内容

社会性管制法概述与基本内容

政府管制法的运行

美国政府管制的立法、执法与司法

政府管制法的实践

对我国自然垄断产业政府管制改革专题思考



上海财经大学出版社

2005 年浙江省哲学社会科学规划课题研究成果
浙江省社会科学联合会 2004 年课题研究成果
浙江省法学会 2005 年度课题研究成果
本书获浙江财经学院 2005 年学术专著出版资金资助

政府管制法学原论

茅铭晨 著

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

政府管制法学原论/茅铭晨著. —上海:上海财经大学出版社,
2005.8

ISBN 7-81098-455-1/F·410

I. 政… II. 茅… III. 国家干预-法律-研究-中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 092135 号

□责任编辑 刘晓燕

□封面设计 周卫民

ZHENGFU GUANZHI FAXUE YUANLUN

政府管制法学原论

茅铭晨 著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海译文印刷厂印刷

上海葑村装订厂装订

2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

787mm×960mm 1/16 18 印张 323 千字

印数: 0 001—2 000 定价: 28.00 元



茅铭晨，男，浙江杭州人。

浙江财经学院法学院副院长，副教授，浙江大学法学院博士研究生。主要社会兼职：浙江省地方立法专家库成员，浙江省行政法学专业委员会理事，浙江省诉讼法学专业委员会理事，杭州仲裁委员会仲裁员，浙江六和律师事务所律师。在《中国法学》、《政法论坛》、《人大复印资料》、《现代法学》、《税务研究》、《经济体制改革》、《浙江大学学报》、《西南政法大学学报》、《浙江学刊》、《财经论丛》等国家级重要刊物和其他刊物上发表论文数十篇。编、著有《行政法与行政诉讼法概论》、《法治视野下的民营经济》（合著）、《法学概论》、《大学法律基础》（参编）等著作和教材多部。主持浙江省哲学社会科学规划课题、省社联课题、杭州市委市政府重大课题等研究项目10余项，参与浙江省哲学社会科学规划重点课题等研究项目多项。

序

胡建森

很高兴看到我国行政法学界终于有人迈出了系统研究政府管制法的第一步。据我了解,我国法学界对政府管制的专门法律研究,除了一些零星的论文外,至今尚未有专门的著作。因此,茅铭晨撰写的《政府管制法学原论》这部专著的问世,无疑是一件可喜可贺的事情。由是,欣然为其作序。

在工业社会,政府管制是政府的一项重要职能,是政府管理的一个重要方面。行政法学的产生、发展与政府管制有密切的关系。由于美、欧国家进入工业社会较早,工业化程度较高,所以,这些发达国家通常有比较成熟和完善的政府管制制度,其中又以美国为翘楚。美国政府管制经过一百多年的发展,对世界许多国家行政法的理论及行政实践产生了重要影响。我在1998年7月出版的《比较行政法——20国行政法评述》中曾经提到,美国对行政法的最早研究起源于行政独立管制机构。那时,美国行政法学界对行政法的一种主要定义就是认为行政法是规范和控制独立管制机构行为和权力的法。美国最权威的法学辞典之一——《布莱克斯法学辞典》对行政法的解释亦属此类。在美国,自1887年国会制定州际商务法并建立第一个联邦独立行政管制机构——州际商务委员会以来,美国在反垄断管制、经济性管制和社会性管制领域已建立起众多的独立行政管制机构,这些机构是立法机关、司法机关以外的行政机关,但又独立于一般行政机关,是一种集三权(立法权、行政权和司法权)于一身的行政机构。对这些行政机构权力的控制和必要的保障,乃是行政法的一大重要任务。虽然,当今行政法的内容和任务已远远突破了政府管制这个范围,主要涉及政府的一般行政管理活动,但发达国家的政府管制经过改革(主要发生在20世纪七、八十年代)后,并没有被简单地减少或削弱,而是有消有长(在经济性管制有所放松的同时,反垄断管制至少在体制上仍基本维持以往的状况,社会性管制则明显得到了加强)。这说明,政府管制制度的存在具有深刻的经济和社会根源。同时也说明,对政府管制的研究是行政法学的一项“分内”任务。在强调依法行政的时代,政府管制并不是与民主政治相对立的

制度,相反,在法律的规制下,完全可以为民主政治所相容。

然而,长期以来,行政法学界主要围绕政府一般行政管理行为开展研究,对于政府管制这样一种重要而又具有显著特色的政府行为的研究却似乎有所遗忘和轻视。政府管制与政府一般行政管理行为具有个性与共性的关系。对政府一般行政管理行为的法学研究固然为政府管制的法学研究提供了基础,但是无法简单替代对政府管制的法学研究。政府管制法的研究有助于拓展行政法的研究领域,也有利于推进政府管制改革和政府管制的法制化。这是研究政府管制法的意义所在。这部专著所开展的研究被浙江省社科规划办作为“2005年浙江省哲学社会科学规划课题”立项,也说明学界对开展政府管制法研究的鼓励和肯定。

近些年来,我国经济学界对政府管制活动的研究已形成了“研究热”,并产生了一些有影响的研究成果。政府管制经济学正成为经济学的一个热门分支学科。这一现象对行政法学界既是一种鞭策,也是一种启示。

茅铭晨的专著《政府管制法原论》具有以下几个特点:

第一,具有较大的理论研究勇气。目前,法学界对政府管制尚缺乏系统的专门研究。在这样一种条件下开展研究,显然需要很大的理论勇气,也会遇到很大的困难。但是,凡事总有个起头。相信这部专著的出版会对法学界更多的同仁关注或致力于政府管制法的研究产生积极的影响。我认为这是这部专著的价值的一个重要方面。

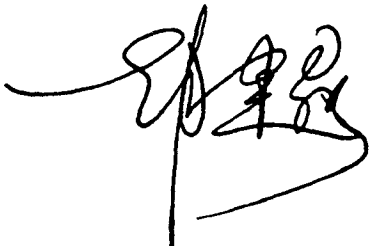
第二,研究比较系统。这部专著从政府管制的概念、特征、领域、简史、机构和体制,政府管制法的定义、调整对象、与相关学科的关系、基本理论、运行和实践作了系统的探讨,基本涉及了政府管制法作为一个学科体系的主要方面。这对形成政府管制法的学科体系是有益的。

第三,对一些问题的研究具有一定的原创性。比如,作者关于政府管制法与行政法的关系的研究,关于政府管制法与经济法的不关系的研究,关于政府管制法与政府管制经济学的关系的研究,关于政府管制法三大基本问题的研究,关于反垄断管制法、经济性管制法、社会性管制法基本内容的研究,关于我国自然垄断产业政府管制改革的专题法学研究等,都涉及法学研究的新领域或新问题。

第四,比较重视理论与实践的结合。作者在开展理论研究的同时,重视考证以美国为代表的政府管制制度,借鉴有关学科的研究成果,开展了对政府管制体制的比较研究,对美国政府管制的立法、执法和司法的较为系统的研究以及对我国政府管制改革若干问题的研究等。这就使得本书的研究能够有的放

矢,理论观点能够得到较为翔实的实证材料的支持。

当然,作为对一个新的学科领域的初猎,必然受到学术基础、研究氛围、资料和经验等条件的限制。本书在一些方面的观点和提法还存在值得商榷之处,对有的问题的研究也有待进一步深化。但是,科学的发展总是有一个从肤浅到深刻、从探索到成熟的过程。我相信,作者在今后的研究中,定会进一步深化现有的研究成果。同时,我也乐意看到有更多的法学界同仁致力于政府管制法的研究,使政府管制法研究结出更多更硕的果实。



2005-6-18

前 言

在写本书正文之前,或许首先需要回答读者势必会提出的以下五个问题^①:

第一,“管制”(regulation)看起来更像是一个舶来品,中国存在政府管制吗?

第二,政府管制是“好”是“坏”?中国需要政府管制吗?

第三,政府管制与政府管理的关系如何?它们之间有什么区别?

第四,政府管制法与行政法的关系如何?在行政法已相当发达的今天,研究政府管制法有何独特的意义?

第五,管制似乎属于经济学研究的领域,法学对其研究的意义何在?

不错,尽管中文早有“管制”这个词,但作为英文 regulation 所包含的词义的“管制”,尤其是作为政府的一类特定活动或政府管理的一种特定制度,却来自于英、美等西方发达市场经济国家。美国被认为是政府管制最为成熟的国家。“尽管这个国家具有最强烈的个人主义、自愿主义、地方主义以及反对政府过于主动的传统,但它却发展出了一套最精致、最广泛的依法管制体系”^②。有鉴于此,本书在借鉴外国经验时集中主要精力以美国的管制实践作为研究的实证背景。后面如无特殊说明,涉外的理论与实践一概来自美国。在美国,政府管制是指依法设立的相对独立的政府管制机构(当然也有少数是综合性的管制机构)根据法律的授权,对被管制者(主要是企业)进行的规范、控制和监督活动。由于该类活动具有明显的制度性,所以,政府管制也可以被认为是政府对企业经济活动进行调控的一种制度。而这一制度存在的合理性解释,则源于所谓的“市场失灵”。

美国人用 administration 表示行政,而用 regulation 表示管制,说明两者

① 当然,作为前言,只能简单回答。详细论证有待在正文中展开。

② Morton Keller, “Regulation of Large Enterprise: The United States Experience in Comparative Perspective”, in *Law and the Formation of the Big Enterprise in the 19th and Early 20th Centuries*, ed. Chandler and Daems (Goettingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979), p. 166.

是具有不同的涵义的。英文 administration 的词义主要是“管理”、“支配”、“执行”、“实施”，以反映公共行政的国家支配力和相对于立法的执行性；而 regulation 的词义主要是“调整”、“调节”，从而力图实现某一调控目标。如果我们把 administration 广义地理解为是对政府功能的概括表述，则 regulation 当然从属于 administration，即 regulation 可以被认为是从属于 administration 的一种特殊活动，因而政府管制法可以被认为是建立在行政法一般理论基础上的一个部门法的分支，由于其具有显著的个性，所以研究政府管制法就显得必要而有意义；同时，regulation 和 administration 这两个词的分别使用也有利于帮助人们认识独立管制机构与其他政府部门之间在职能和管理方法上的区别。

由于体制的不同，人们一般认为中国不存在独立的管制机构。^①相应地，“政府管制”在我国也不是一个传统的经济概念和法律概念。但是，这并不是说事实上中国不存在政府管制的实践。换句话说，政府管制在中国的表现是“无名有实”。在美国，虽然对政府管制的质疑几乎伴随管制历史的始终，尤其是近二三十年来对政府管制的批评日盛，并且在经济领域已有放松管制的种种举措，但整个政府管制体制却并未有取消的迹象，相反，在社会领域，人们看到的是愈演愈烈的政府管制。另一方面，美国的政府管制还被世界很多国家所纷纷效仿。既然在最发达的市场经济国家都需要政府管制这类活动，更不要说正在向社会主义市场经济体制逐步迈进的我国了——市场缺陷使政府管制成为必然。我们对政府管制不能简单地说“坏”，当然，也不能不加分析地一味地说“好”。

政府管制是西方经济学研究的一个热门，被誉为是经济学“最激动人心的领域之一”^②。近年来，我国经济学界对政府管制开展了大量研究，取得了颇丰的研究成果。但是，却鲜见法学界对政府管制有系统而深入的研究，更未见有政府管制法方面的高水平专著。政府管制不仅是政府经济管理活动，而且也是政府法律活动，必然涉及法律问题。在政府管制领域法学研究与经济学研究明显呈“跛”脚状态的情况下，由于缺乏系统而有深度的法学研究，不仅会严重制约政府管制的实践，而且也会制约人们对政府管制现象的认识，甚至波

① 严格地说，这种认识是不准确的。事实上，我国也存在中国证券监督管理委员会、国家安全生产监督管理局等少数相对独立的管制机构。当然，由于国情的不同，中国目前相对独立的管制机构与美国的独立管制机构在性质、地位、体制、职能、权限和管理手段等方面是有明显差异的。

② [美]W·吉帕·维斯库斯等著，陈雨军等译：《反垄断与管制经济学》（原书第三版），机械工业出版社 2004 年版，第 V 页。

及政府管制经济学研究的深度和质量。直面政府管制领域法学研究薄弱的客观现状,作者斗胆将本书取名为《政府管制法学原论》,旨在为该领域的法学研究做些开拓性的工作,起一个抛砖引玉的作用。

目 录

序 胡建森/1

前言/1

第一篇 政府管制法概论

第一章 政府管制概述/3

第一节 政府管制的概念与特征/3

第二节 政府管制领域及简史/12

第三节 政府管制机构及体制/27

第二章 政府管制法概述/38

第一节 政府管制法的概念/38

第二节 政府管制法与相关部门法的关系/48

第三节 政府管制法学与政府管制经济学的关系/53

第四节 创建和研究我国政府管制法学的背景和意义/56

第二篇 政府管制法基本理论

第三章 政府管制法三大基本问题/75

第一节 公平与效率/75

第二节 私人利益、社会利益与公共利益/78

第三节 国家干预、市场竞争与社会自组织/87

第四章 反垄断管制法基本内容/109

第一节 反垄断管制法的调整目标/109

2 政府管制法学原论

第二节 反垄断管制法的基本原则/126

第三节 反垄断管制法的调整方法/133

第五章 经济性管制法基本内容/163

第一节 经济性管制法的调整目标/163

第二节 经济性管制法的基本原则/170

第三节 经济性管制法的调整方法/173

第六章 社会性管制法基本内容/187

第一节 社会性管制法的调整目标/187

第二节 社会性管制法的基本原则/194

第三节 社会性管制法的调整方法/206

第三篇 政府管制法的运行及实践

第七章 政府管制法的运行

——美国政府管制的立法、执法与司法/219

第一节 美国政府管制的立法/219

第二节 美国政府管制的执法主体及其职权/231

第三节 美国政府管制的执法与司法程序/238

第八章 政府管制法的实践

——对我国自然垄断产业政府管制改革的专题思考/248

第一节 放松进入管制是我国自然垄断产业政府管制改革的方向/248

第二节 我国民营企业参与自然垄断产业竞争的法律保障/254

参考文献/269

后记/273

第一篇

政府管制法概论

第一章 政府管制概述

在研究政府管制法前,首先必须了解什么是政府管制,政府管制与政府的一般管理活动相比较有哪些特点,政府管制主要发生在哪些领域,它要解决什么问题,谁在担负管制职能,其管制权力又从何而来。本章将阐述这些问题。

第一节 政府管制的概念与特征

一、政府管制的概念

政府管制是现代社会的一种普遍现象。为了说明管制行为的普遍性,美国在反垄断与管制经济学领域最负盛名的3位专家——哈佛大学的法与经济学教授W·吉帕·维斯库斯、杜克大学的经济学教授约翰·M·弗农和约翰·霍普金斯大学的经济学教授小约瑟夫·E·哈林顿,在他们合著的《反垄断与管制经济学》一书中向人们描述了一个典型的美国工人的一天生活与管制息息相关的例子:

“早晨,这位工人在他那自动定时开启的收音机声中醒来,他所听的电台以及该电台播出的频道都是由联邦通讯委员会管制的。坐下来吃早饭,他看到了食品盒上的标签。标签内容受到联邦贸易委员会、食品与药品管理委员会的严格管制。这一管制的目的是为了避免厂家在早餐食品的健康作用方面误导消费者。压缩罐里的橙汁由于1991年联邦贸易委员会的一项规定,现在已不再标注‘新鲜’字样了。添加在食物中的牛奶也受到多种管制,其中最重要的是来自美国农业部的价格支持(维护奶制品营销秩序)。如果选择在食品中添加水果,那就要了解环境保护署(EPA)对于国内产品农药使用的严格管制。

在上班之前,这位典型的美国工人用目前正卷入反垄断诉讼的微软公司生产的互联网浏览器检查他的电子信箱中的信息。同时,他也许正在拿由

Glaxo Welcome 所生产的处方药品。但是,这个药品即将由更大的公司来生产了。包括史密斯·克莱恩·比彻姆(Smith Kline Beecham)在内的这家大公司预期的合并,并没有引起严重的反垄断问题。

出发去上班,这位工人驾驶着一辆日本产的小轿车,该车由于没有违反任何进口配额而成功地进入了美国市场。由于国家公路交通委员会的广泛的安全规则,该工人在上班途中的安全性比前些年大为增加了。汽车用的燃油对环境的破坏程度也降低了。这是得益于美国交通部的汽油节约标准及环保署的汽油指导标准。

一旦开始工作,这位工人由于职业安全与健康管理条例的规定而免受工作中的许多危险因素的威胁。同时,由于最低工资管制的存在也确保了这位工人在就业过程中不会受到不合理的歧视。

另外,这位工人是按照管制确定的费率来支付电话费的,虽然这些费率日益受到市场力量的影响。如果拜会可以乘坐飞机旅行的商业伙伴,就可知道票价也受到管制变化的很大影响。这些伙伴的安全到达,其部分原因是由于联邦航空管理处持续的警戒以及一旦飞机失事以后的民事责任诉讼所创造的安全激励。

即使当这位工人离开工作岗位,在晚上进行放松和娱乐时,政府管制依然存在。如果他在餐馆吃晚餐,很可能被禁止抽烟,或者被限定只能在抽烟区抽烟。美国消费者产品安全委员会还对许多运动设施负有管制责任,这些体育设施涵盖了从场地、器械到棒球安全帽的广泛领域”。^①

在该例子中,既有本书稍后将要介绍的反垄断管制,又有本书接下来将要介绍的经济性管制和社会性管制。

事实上,生活与管制息息相关的例子在工业和信息社会普遍存在。

那么,在理论上是如何从这些管制现象概括出管制的定义的呢?让我们先来看看以下几个关于政府管制的代表性定义:

“所谓政府管制,就是政府采取的干预行动。它通过修正或控制生产者或消费者的行为,来达到某个特定的目的”,“政府管制可以决定商品的价格,或者对生产什么、生产多少产生影响。在一些特殊的情况下,政府管制甚至能够决定由谁来生产商品或提供劳务以及如何来生产或提供它们”。^②

① [美]W·吉帕·维斯库斯等著,陈雨军等译:《反垄断与管制经济学》(原书第三版),机械工业出版社 2004 年版,第 2~3 页。

② [美]小贾尔斯·伯吉斯著,冯金华译:《管制与反垄断经济学》,上海财经大学出版社 2003 年版,第 4 页。

我国产业组织和政府管制经济学理论领域的专家王俊豪教授在其获第十届孙治方经济科学奖的《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》一书中对“政府管制”下的定义是：“具有法律地位的、相对独立的政府管制者(机构)，依照一定的法规对被管制者(主要是企业)所采取的一系列行政管理与监督行为。”^①

从经济学家对政府管制定义的阐述中，我们可以看出^②政府管制是属于政府管理或行政管理的一类活动。如果我们以是否属于管制作为对政府管理划分的一个标准，那么，可以将政府管理划分为管制性行政管理和非管制性行政管理。非管制性行政管理也就是平常人们谈论的一般行政管理。政府管制与一般行政管理相比具有如下共同之处：

第一，主体都属于行政系统的机关或机构；

第二，对象都属于立法、司法之外的行政事项；

第三，目的都是为了实现政府管理的某种目标；

第四，行为性质都属于行政法上的“行政行为”；

第五，要求都应当依法进行，并受到法律的监督，包括立法监督、行政监督和司法监督。

上述政府管制与一般行政管理的共同点，使得我们有理由把政府管制法作为建立在行政法一般理论基础上的一个部门法的分支来进行研究。

二、政府管制的特征

然而，之所以把政府管制法作为建立在行政法一般理论基础之上的一个部门法的分支来进行研究，除缘于政府管制是属于政府管理或行政管理的一类活动外，更重要的是由于政府管制具有显著的自身特点。与一般行政管理相比，政府管制具有如下特征。

(一)主体的特殊性

政府管制主体是负有管制使命的特殊主体(以下称管制性行政主体。经济学界一般称之为“管制机构”)。而一般行政管理的主体是各级政府、政府职能部门以及法律法规授权其从事某种一般行政管理活动的授权性组织(以下

^① 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，导言第1页。

^② 虽然，政府管制不仅是一种经济现象，也是一种管理和法律现象，但毕竟对政府管制最早研究并研究最为成熟的学科是经济学。因此，经济学对政府管制的研究成果可以为政府管制法的研究提供相当大的帮助。