

市场管理学

赵新华 冯彦君 董进宇

世界银行法律援助项目法学系列文库
· 经济法系列 ·



吉林大学出版社

世界银行法律援助项目
法学系列文库·经济法系列

市场管理学

赵新华 冯彦君 董进宇

吉林大学出版社

前 言

最早发端于1978年党的十一届三中全会这一历史性的转折点,而与我国改革开放的历史进程、社会主义市场经济的确立与发展同步而行的经济法学,至今已走过了将近二十年的时间。自经济法学诞生伊始,即学派纷起,百家争鸣。对于一个新兴学科来说,应该说这并不是一件坏事,而恰恰是一件大好事;正是在不断的交锋和论辩之中,使经济法理论得到发展,并对我国的经济立法起到极大的促进和推动作用。

时至今日,随着我国社会主义市场经济的确立,早期的基于单一计划经济体制而来的思维模式的束缚,已经逐渐解脱,于是,在经济法的诸多理论问题上,开始有了接近本质的认识,并且基本达成共识。其中,特别具有重要意义的,是以下一些共识,这就是:在市场经济条件下,经济法应以实现宏观调控的目标和保障市场机制的健全为己任;经济法的作用,在于通过政府力量的适当介入和干预,减少和防止市场调节的盲目性与自发性,保证社会经济充满活力而又井然有序地顺利运行。基于这样一种认识,在经济法学的理论体系上,也开始形成了以经济法原理为基础、以宏观调控法和市场管理法为核心内容的基本框架。

在市场经济条件下,市场理所当然地成为人们关注的焦

点。而法律如何对市场发挥作用,换言之,也就是国家如何介入市场,则可能有着完全不同的政策思想,并由此而形成不同的市场管理立法。

在不同的社会发展阶段上,均有国家对市场的介入。例如,有人在研究反垄断法的历史时,就令人惊奇地发现,公元前古罗马颁布的禁止粮行蓄意提高粮价的法律以及公元482年颁布的宪法,其与现代反垄断法规范价格的法律制度几已雷同;而我国《唐律》中所载的“诸买卖不和而较固取者,及更出开闭其限一价,若参市而规自入者杖八十,已赃重者,计利而准盗论”,更是禁止欺行霸市、谋取暴利,对垄断市场者处以杖刑的明确规定。不过,应该说,那只是在那一个时期国家对市场所做的零星的、个别的干预而已。

进入资本主义阶段后,人们崇尚所谓“干涉最少的政府是最好的政府”,在市场经济活动中标榜自由放任主义,让市场自己进行自我调节;但当着市场由于自身调节机制的作用,而几乎导致自我毁灭时,人们才如梦方醒,转而开始求助于“国家之手”来干预市场,通过制定为数可观的市场管理的立法,来调整社会经济的运行。可以说,市场经济的顺利发展,离不开市场管理法这一重要的法律武器。

我国在市场管理的立法方面,可以说是走着一条与其他实行市场经济体制的国家完全不同的发展道路。在相当长的一段时期里,严格的计划经济体制,虽然淹没了市场,但却并没有从法律的链条中抹去市场管理的立法,众多的行政法规指向市场,而其目的则是要把市场管住、管死、管没,使之完全服从计划管理。而改革开放的最初起点,恰恰是以简政放权、开放市场为突破口的。当着经过了一段不太漫长的改革的途程,确立了社会主义市场经济并使之不断臻于完善的时

候,市场的问题又成为令人关注的问题。如果说,打破单一计划经济体制下对市场的封闭,是我国社会主义市场经济得以建立的前提的话,那么,建立健全市场管理的立法,则是我国社会主义市场经济得以健康发展的重要支柱。不过,必须指出的是,市场经济条件下的市场管理法,与先前的计划经济体制下的市场管理法,不可同日而语,乃是全新的、在市场经济体制基础之上的、适应市场经济发展需要的市场管理法。

本书正是基于前述的认识,对我国社会主义市场经济条件下的市场管理法,进行初步的概括与总结而形成的。全书力求体现在《经济法原理》中所提出的基本理论观点,正确表述市场管理法应有的基本内容,以期对我国的经济法理论研究、经济立法以及经济法的实施,尽微薄之力。鉴于学识浅陋,错误及疏漏在所难免,敬希各位读者及学界同仁不吝赐教。

本书第一章、第四章、第五章及第六章,由冯彦君撰写;第二章及第三章由董进宇撰写;第七章、第八章及第九章,由赵新华撰写;此外,王彦明、王福友也参加了部分章节的撰写工作。全书由赵新华统一修改定稿。

作者

1998年2月于吉林大学

目 录

前 言	1
第一章 市场管理法概述	1
第一节 市场管理法的概念	1
第二节 市场管理法的体系和功能	7
第三节 市场管理法的基本原则	15
第二章 反垄断法	22
第一节 反垄断法概述	22
第二节 反垄断法的历史沿革	32
第三节 反垄断法规制的对象	38
第四节 反垄断法关系	45
第五节 反垄断法的适用与适用除外	48
第六节 我国反垄断任务及立法	53
第三章 反不正当竞争法	62
第一节 反不正当竞争法概述	62
第二节 不正当竞争行为的种类	72
第三节 不正当竞争行为的法律规制	80
第四章 消费者权益保护法	85
第一节 消费者权益保护法概述	85
第二节 消费者的法定权利	93

第三节	经营者的法定义务	98
第四节	消费者组织	101
第五节	消费争议的解决	103
第六节	违反消费者权益保护法的法律责任	108
第五章	产品质量法	110
第一节	产品质量法概述	110
第二节	产品质量监督管理制度	115
第三节	产品质量义务与责任	123
第四节	违反产品质量法的行政责任与 刑事责任	131
第六章	广告法	136
第一节	广告法概述	136
第二节	广告准则	139
第三节	广告活动规范	143
第四节	广告的审查	147
第五节	违反广告法的法律责任	150
第七章	证券管理法	153
第一节	证券管理法概述	153
第二节	证券发行	164
第三节	证券交易	174
第四节	证券公司	180
第五节	证券交易所	185
第六节	违反证券管理法的法律责任	190
第八章	房地产管理法	197
第一节	房地产管理法概述	197
第二节	房地产开发用地	202
第三节	房地产开发	208

第四节 房地产交易·····	213
第五节 房地产权属登记·····	228
第九章 无店铺销售管理法·····	236
第一节 无店铺销售管理法概述·····	236
第二节 传销管理·····	241
第三节 邮购管理·····	252

第一章

市场管理法概述

第一节 市场管理法的概念

一、市场与市场管理

发展商品经济不能没有市场,市场是商品经济得以运行的基础。市场实质上是一种交易环境,包括硬件环境和软件环境两个方面。硬件环境是指交易的场所或空间;软件环境是指交易的自由度。人们在日常生活中形成的市场概念,通常只侧重于硬件方面,即只把市场看成是一种交易环境,却往往忽视市场的另一层面即交易自由,从而无法按照交易主体的自由意志和商品经济的自然法则运行时,市场也就事实上不存在了。

商品经济活动的丰富性、广泛性和复杂性,决定了作为商品经济运行基础的市场不可能是单一的,必然要按照客观需要不断健全并渐趋形成体系。一般言之,市场体系应包括消费品市场、生产资料市场、金融市场(包括信贷市场、证券市

场、外汇市场等)、劳动力市场(包括人才市场)、技术市场、信息市场、产权市场(包括房地产市场、知识产权市场等)。与消费品市场比较而言,其他市场都是市场经济主体获得生产经营要素的渠道或途径,从这个意义上可以将它们统称为“要素市场”。在我国,商品经济起步较晚,市场建设虽速度较快但至今尚未形成一个内容完善、运行有序、规则健全的市场体系,要素市场亟待完善。尤其证券市场、劳动力市场和产权市场存在的不足与问题更多。我国市场建设的任务还相当艰巨,应该在充分借鉴国外市场建设成功经验的基础上,结合我国的实际情况加快市场体系建设。

在我国,商品经济建设和市场体制建设都不是自发开始的,而是政府顺应历史规律和时代要求自上而下通过“改革”来启动和推动的。所以,我们不能希望市场体系会自然形成,必须在确保政府理性、政府自律、政府尽责的前提下,由政府作为主角来组织和领导。可以说,有什么样的政府就有什么样的市场体制和市场体系。

市场与自由不可分离,没有自由就没有市场。但自由都是相对的,绝对自由是有害的,是对自由本身的否定。对于人类社会而言,绝对自由缺乏公理性与合法性,是不能存留的。历史经验告诉我们,市场同样离不开必要的规制与管理。市场主体的多元、市场活动的有序、市场竞争的规范、市场关系的安全、市场利益的衡平,都离不开适度的市场规制与管理。如果舍去必要的规制与管理,那么,市场的负面效应——自发性、盲目性、连锁破坏性就会凸显出来,市场经济就会在无序竞争中丧失效率,更失去公平。在此意义上也可以说,“没有规制就没有市场”,其含义是当市场失去了一定的外在力量的约束,导致自由过度,健康有序的市场事实上也就消失

了。在市场经济条件下,这种制约市场的外在力量只能来自政府。政府作为社会公共力量的代表,负有管理市场、规制竞争的神圣职责。政府管理、规制市场的本质是公共权力介入市场生活,对权力滥用予以防范与矫正。历史经验同时告诉我们,权力同样甚至更易于膨胀或被滥用,因此权力行使更需要加以控制。在法治国家,管理、规制市场必须依法进行。这里的“法”即指市场管理法。

二、市场管理法的概念与特征

(一) 市场管理法的概念

市场管理法是调整国家在规制市场的过程中,在政府与市场主体之间所发生的行政管理性经济关系的法律规范的总称。

对此概念可以阐释为以下几点内涵:

第一,市场管理法并不是一个法典化的部门法,也不是集中在一个具体法律文件中的法律规范的总和。市场管理法实质上是介于第一层次部门法和第二层次部门法之间的学理概念。它是法学学者对具有同类功能的经济法律、法规归纳概括的结果,是法学研究抽象化的产物。从这一视角来看,经济法基本上可以高度划分为两大部分,即宏观调控法和市场管理法。市场管理法是随着现代经济法的诞生而出现、发展而繁荣的,它是现代经济法的重要组成部分,其中的某些立法如反垄断法甚至被称为现代经济法的核心或基石。市场管理法充分体现了现代经济法的真谛,即政府干预。

第二,市场管理法实质是社会公共权力介入市场生活,实现对市场主体权利行使进行有效规制的法律机制。从这个意义上说,市场管理法是对民商立法在近现代市场经济生活中

暴露出调整功能不足的弥补与强化。早在 18、19 世纪,自由竞争建构在国家自由放任政策基础上,被奉为经济生活的铁律。在立法调整上,以“私法自治”为原则,恪守“契约自由”,追求“无为而治”。这一时期的市场竞争规则主要来自于作为私法的民商立法。时至 19 世纪末 20 世纪初,市场竞争机制日益受到各种不正当竞争、限制竞争和垄断行为的干扰和阻碍,整个市场竞争遭到破坏而无法顺畅运行。这不仅背离了经济生活效率原则的要求,也破坏了社会生活的公正性。在这样的历史背景下,以美国为代表的垄断资本主义国家纷纷通过立法确立公共权力干预经济生活的合法地位。具体言之,在立法结构上做出了两方面努力:一是在传统民商立法中渗透公法之因素,强调权利不得滥用,确保追求私利的民商行为不违背社会公共利益。二是寻求新的立法措施,制定专门以维护竞争机制为己任的立法,反垄断法和反不正当竞争法先后诞生,其他市场管理立法也逐渐被制定出来,现代意义的经济法部门也由此诞生了。

第三,市场管理法调整政府与市场主体之间的相互对待、彼此联结与制约的经济关系,政府与市场主体为市场管理法的主体。政府是国家的代表、公共权力的行使者,政府管理市场以公共权力而非财产所有权为根据。政府为了充分实现市场管理者的角色,应该保持一种超然的地位。政府不能参与市场竞争,防止“裁判下场踢球”。作为市场管理法一方主体的政府是指各类经济管理部门,包括职能性管理部门和行业性管理部门。从市场经济发展和政府改革的方向来看,强化职能管理而相应弱化行业管理乃大势所趋。市场主体是经济活动的基本单位,是市场竞争的基本细胞,它们以产权为根据,以经济伦理和经济法规为行为规范,追求自身利益最大

化。在市场经济条件下,市场主体主要是指各类经济组织即企业。企业有法人与非法人、公司与非公司之分。在成熟的市场经济生活中,市场主体大都以具有法人资格的公司为主。我国企业的公司化改造,实质就是对市场经济发展所提出的普遍性的主体要求的一种体现和满足。政府在市场管理法律关系中更为关注宏观利益和社会整体利益,市场主体更为关注微观利益和个体利益。通过权利、义务和责任的联结,将追求有别的两类主体统一于同一法律关系中,实现相互制约与协调,这就是市场管理法的作用机制。

(二) 市场管理法的特征

市场管理法作为经济法的一个重要组成部分,与宏观调控法相比较具有以下特征:

第一,市场管理法的调整过程具有很强的直接管理色彩。市场管理法以规制市场主体的经济活动为己任,通过赋予政府权威直接作用于市场主体,将市场主体的行为纳入法制轨道。它并不像宏观调控法那样,以利益杠杆为中介,通过调整和左右利益杠杆间接影响市场主体的行为选择。市场主体为了实现自身利益最大化,倾向于按照政府的意图来选择自己的市场行为。可见,相对于市场主体的行为选择,宏观调控法是一种间接诱导法律机制,在调整社会关系时体现出一定的柔性;而市场管理法则是一种直接干预法律机制,在实现自身调整功能时表现出很强的刚性。市场管理法与宏观调控法密切配合、刚柔相济,现代经济法的调整功能才能充分实现。二者在这方面的区别可表示如下:

市场管理法——国家权力——>市场主体权利(直接作用)。

宏观调控法——国家权力——>利益杠杆——>市场主体

权利(间接影响)。

第二,市场管理法的规范构成多以禁止性规范为主。市场管理法以竞争机制的有效运作、市场秩序的有条不紊为调整目标。如果市场主体都能严格约束自己,合法经营,做到有所为又有所不为,那么市场管理法的调整目标也就基本达到了。但实际情况却并非如此。市场主体在利益动机驱使下,往往突破伦理道德防线,践踏民法原则,积极实施一些有害市场竞争、扰乱市场秩序的行为。市场管理法的任务就是要防止和矫正这些违法行为,促进市场经济健康发展。为此,市场管理法必须凭借国家权力禁止市场主体从事某些行为,为市场主体化定明确的行为禁区,对从事这些违法行为的市场主体给予否定评价并追究法律责任。可见,市场管理法是在市场主体自律不足的前提下施加的一道他律的法律防线。从具体的法律规定看,市场管理法的各个部门法中都规定有大量的禁止性规范,即规定不作为性义务。这些不作为性义务又称消极性义务,通常以“禁止……”、“不得……”为标志。市场管理法通过这些禁止性规范来维护公共利益和他人利益,确保“群己权界”不被侵犯。

第三,市场管理法的调整具有基础性和前提性。市场管理法和宏观调控法都是国家管理和调控经济生活的法律机制,二者互相配合,各有自己的调整侧重点。相比较而言,市场管理法的调整是要建立和维护市场经济运行所必需的基本条件;宏观调控法的调整是要在此基础上贯彻国家的宏观经济意图。如果没有市场管理法对市场机制和市场秩序的维护,宏观调控法的调整就缺乏基础而无从实现。道理很简单,市场竞争遭到破坏,市场秩序混乱不堪,那么任何调控和诱导都会失灵,无济于事。打个比方,市场管理法的作用好像是在

为市场主体指明“雷区”和安全地带。市场主体不能进入雷区,否则会粉身碎骨。但在安全区域却有活动自由,主体有权选择具体的行走路线和行走方式,选择结果都为法律所认可。宏观调控法则好像在主体可以选择的范围内,通过利益杠杆来刺激和诱导主体选择更有利于宏观经济秩序化的道路。由此可见,市场管理法的调整是一次特征,宏观调控法的调整则属二次调整。市场管理法的作用结果是宏观调控法发挥调整功能的前提和基础。

第二节 市场管理法的体系和功能

一、市场管理法的体系

(一)市场管理法体系的概念、划分与形成条件

体系是指由一定组成因素构成的具有内在逻辑关系的统一整体。各个要素在体系之中是有机联系在一起的,并非是相互间的简单叠加。体系应体现出很强的统一性、协调性和互动性。人们借助体系这样一个认识工具来考察事物,目的是要从整体上来把握认识对象,并从整体角度来认识各个部分,以求各部分之间减少或弱化矛盾,达到整体的协调与完美。

市场管理法的体系是指由具有市场管理功能的各个部门立法,按照统一的原则和价值目标建构起来的具有相对独立性的法律有机体。市场管理法若形成了完善的体系,那么在体系中各个部门立法通过互相配合,就可以发挥出“一加一大

于二”的体系调整功能。健全市场管理法的体系是市场经济健康发展的必然要求,也是我国经济法制建设的目标之一。

对市场管理法的体系可以按照不同的标准来划分。从内容和形式的角度可以划分为市场管理法的内容体系和市场管理法的形式体系;从应然和实然的角度可以划分为应然的市场管理法体系和实然的市场管理法体系。下面分别予以阐释:

市场管理法的内容体系反映市场管理法的各制度的内容及其相互关系。市场管理法的形式体系即市场管理法的渊源体系,它反映的是市场管理法规范得以存在和标示的法律文件的组合及其层次性。内容与形式不可分离,内容是形式的生命,形式是内容的载体。从内容和形式角度考察市场管理法的体系,有助于推动市场管理法在内容方面实现完整与协调,在形式方面实现合理与优化。

应然的市场管理法体系着眼于市场经济健康发展所需求的理想化的市场管理法的结构,是价值分析方法在研究市场管理法体系时的具体运用。研究应然的市场管理法体系的意义在于,通过构建应该具有的理想化的体系来评价和检测现实立法,暴露出现实立法的不足和缺陷,明确应该完善的方向,为市场管理法的立法工作提供指导。应然的研究视角赋予法学研究以批判精神,使之具有旺盛的生命力。实然的市场管理法体系着眼于市场管理法的现实立法状况,是对已存的市场管理立法的整体性的梳理和把握,是实证分析方法在研究市场管理法体系时的具体运用。研究实然的市场管理法体系的意义在于,通过准确把握和理解现实立法来促进市场管理法的贯彻实施,充分发挥现实立法的调整功能。可见,应然和实然两个研究视角基本触及了市场管理法制建设的全部

内容,对市场管理法的立法、执法和司法工作都具有重要的理论意义和实践意义。

一般言之,形成科学的市场管理法体系应该具备以下条件:立法工作者的素质较高,具有较高水平的立法理性和立法技术;经济体制建设的目标确定,立法工作的价值取向明确;对本国的经济建设和法制建设的现状把握准确;充分借鉴国外法制建设的成功经验,驾驭了市场经济法制建设的普遍规律;立法工作体现较强的计划性、民主性,并且按照立法程序进行。从这些方面考察,我国市场管理法的体系建设还存在一些障碍,突出问题就是立法素质和立法技术距离现代立法的要求还相差甚远。没有现代的立法工作者,就没有现代的科学的市場管理法体系。同时,我国的立法工作还缺乏必要的计划性,立法顺序和层次混乱。可见加强市场管理法的立法规划工作有着重要的现实意义。

(二)我国市场管理法的体系框架

对我国的市場管理法基本上可以概括为一般市場管理法和具体市場管理法两大方面。一般市場管理法又可分为公平竞争法和保护消费者权益方面的立法;具体市場管理法又可分为要素市場管理法和特殊市場管理法。

1. 公平竞争法

公平竞争法是对反垄断法和反不正当竞争的总称。目前,我国已制定实施了《反不正当竞争法》(1993年9月2日通过,1993年12月1日开始实施),尚未制定有关反垄断的基本立法。从我国目前的经济生活来看,企业规模都比較小,很难形成规模优势,更难于参与国际竞争。在近一段时期继续推行鼓励横向联合与兼并的产业政策实属必要。所以规制规模垄断在我国还不是反垄断法的首要任务。我国现实生活