



西安交通大学研究生教育系列教材

# 市场规制法理论与 实务研究

冯宪芬 编著



科学出版社

D922.294.4  
69

. 014030532

西安交通大学研究生教育系列教材

# 市场规制法理论与实务研究

冯宪芬 编著



科学出版社

北京



北航

C1717318

D922.294.4  
69

## 内 容 简 介

本书根据研究生教育创新的要求,综合应用法哲学、法社会学等理论和比较法、案例分析等研究方法对市场规制法的一般理论及市场规制法中的理论热点、前沿问题进行全面、系统论述。对市场规制法的一般理论按市场规制法的原则、理论基础、国外立法实践及执法模式等进行研究;对市场秩序法中的理论热点和前沿问题,按照市场规制法的内在体系,分反垄断法理论与实务、反不正当竞争法理论与实务、消费者权益保护法理论与实务、产品责任法理论与实务及特别市场规制法理论与实务五个章节进行论述。本书在体例上根据最新理论研究成果和立法动态,按照具体模块进行撰写,并在每章部门法中安排了专题研究和著名案例分析,突出其理论性、前瞻性和实用性。

本书既可作为高等学校法学硕士、法律硕士、工商管理硕士(MBA)、公共管理硕士(MPA)、项目管理工程硕士(MPM)等专业学习市场规制法的教材,也可以作为国家机关、企事业单位人员从事市场经济管理工作的参考书。

### 图书在版编目(CIP)数据

市场规制法理论与实务研究 / 冯宪芬编著. —北京: 科学出版社, 2014. 3

西安交通大学研究生教育系列教材

ISBN 978-7-03-039962-5

I. ①市… II. ①冯… III. ①市场竞争—经济法—研究—中国—研究生—教材 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 040441 号

责任编辑: 张 凯 / 责任校对: 李 莉

责任印制: 阎 磊 / 封面设计: 陈 敬

科学出版社出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

北京市文林印务有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

\*

2014 年 3 月第 一 版 开本: 720×1000 B5

2014 年 3 月第一次印刷 印张: 16 1/4

字数: 327 000

定价: 48.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

## 前 言

《市场规制法理论与实务研究》是西安交通大学研究生教学研究与教学改革的项目成果。市场规制法作为经济学重要的组成部分之一，一直是经济法硕士专业的学位课程之一，目前国内相关著作比较零散。本书对市场规制法的理论和实务应用比较法学、法经济学和法社会学等方法进行了全面、系统的分析，具有自身的特点。其独特性主要体现在以下三个方面。

(1) 理论性。本书全面、系统地论述了市场规制法的一般理论及市场规制法中的理论热点、前沿问题。市场规制法作为经济法的主要组成部分已成为共识，但对市场规制法的基本理论和内部结构仍然在探讨之中，现有成果对市场规制法的基本理论部分仅仅从法学角度进行分析。本书把市场规制纳入整个社会经济制度的系统之中，应用跨学科的方法对市场规制中的法律问题进行研究。对市场规制法的一般理论按市场规制的概念、种类、市场规制法的概念和调整对象，市场规制法的特征及原则、地位及体系，市场规制法的理论基础及国外立法实践与执法模式等进行研究。对市场秩序法中的理论热点和前沿问题，按照市场规制法的内在体系，分反垄断法理论与实务、反不正当竞争法理论与实务、消费者权益保护法理论与实务、产品责任法理论与实务及特别市场规制法理论与实务五个方面进行论述，突出其理论性和系统性。

(2) 新颖性。目前国内外就市场规制法进行全面、系统研究者较少。我们立足于理论界最新动态，对市场规制法中的理论热点和前沿问题进行分析，力求从新的理论、新的实务，全面介绍国内外市场规制法理论研究的最新成果，把握市场规制法理论发展的趋势，使本书在保证理论系统性的同时，充分反映最新的理论成果。在具体内容的安排上，本书根据研究生教育创新的要求，结合最新理论研究成果和立法动态按照具体模块进行撰写，如行政垄断的法律规制、经营者集中的反垄断规制、商业秘密的法律保护、比较广告的法律规制、消费者后悔权和

信息权的法律保护等。而且部分章节对理论热点和前沿问题进行了专题研究。特别市场规制法从当前理论界和实务界比较关注的房地产市场、金融市场、劳动力市场的法律规制进行尝试性的探讨,具有一定的前瞻性。

(3) 实用性。本教材除了在内容上保证其理论性和新颖性以外,还在研究方法上强调了其实用性。首先,在编写体例和结构上进行创新。每章部门法内容按照“一般理论”“具体制度”和“专题研究”的思路编写。其中“一般理论”部分主要对每章节涉及的基本法理进行论述;“具体制度”并未按照法律规定面面俱到,而是根据研究生自主学习的特点,应用比较法学的方法,择其核心制度进行深度探讨,强化理论训练;“专题研究”为学生提供市场规制法中的理论争鸣和学界最新理论前沿,以提高学生分析问题的理论能力。其次,每一专章中对国内外著名案例如可口可乐合并汇源案等按照“案情简介”“争议焦点”及“法理评析”的具体思路进行研究和探讨,以提高学生解决司法实务问题的能力,具有一定的实用价值。

本书共六章,第一章为市场规制法一般理论与实务,第二章为反垄断法理论与实务,第三章为反不正当竞争法理论与实务,第四章为消费者权益保护法理论与实务,第五章为产品责任法理论与实务,第六章为特别市场规制法理论与实务,系统地论述了市场规制法学一般理论和具体制度,突出其理论性和实践性,使之符合法学专业经济法硕士研究生课程教学的需要。本书既可作为高等学校法学、经济学、管理学等专业学习市场规制法的教材,也可以作为国家机关、企事业单位人员从事市场经济管理工作的参考书。

本书由西安交通大学法学院教师独立完成,具体分工执笔如下:西安交通大学法学院冯宪芬教授编写了第一章,第二章的第一节、第二节、第四节,第三章的第一节、第三节、第四节,第四章的第一节、第二节、第五节,第五章和第六章。张冰副教授编写了第二章的第三节;权彦敏博士编写了第二章的专题研究、第四章的第三节;李晓明博士编写了第三章的第二节;王玥博士编写了第四章的第四节。硕士研究生罗文、高晓舒、韩宝云、娄倩、王美云、石磊、张文博分别对第三章的第一节,第四章的第三节、第四节,第五章的第三节、第四节、第五节,第六章的第二节、第三节的部分内容进行了资料的收集和整理。本书最后统一由冯宪芬教授审阅。

由于理论和实践水平有限,书中疏漏、不足之处在所难免,祈望专家、同仁以及广大读者批评指正。

编者

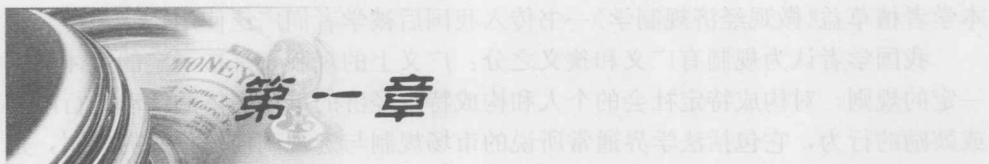
2014年1月

# 目 录

第一章 市场规制法一般理论与实务	1
第一节 市场规制法的一般理论	1
第二节 市场规制法的理论基础	20
第三节 市场规制法的域外比较	21
第四节 市场规制法的执法模式	29
第二章 反垄断法理论与实务	31
第一节 反垄断法的一般理论	31
第二节 行政垄断的反垄断法规制	41
第三节 经营者集中的反垄断法规制	47
第四节 反垄断法豁免制度研究	62
第三章 反不正当竞争法理论与实务	75
第一节 反不正当竞争法的一般理论	75
第二节 商业秘密的法律保护	87
第三节 比较广告中不正当竞争的法律规制	99
第四节 商业混同法律问题研究	108
第四章 消费者权益保护法理论与实务	117
第一节 消费者权益保护法概述	117
第二节 消费者的权利与经营者的义务	120
第三节 消费者后悔权研究	127
第四节 消费者信息权研究	131
第五节 消费纠纷的解决途径与法律责任	139
第五章 产品责任法理论与实务	156
第一节 产品概念的国际比较	156



第二节 产品缺陷认定的国际比较·····	159
第三节 产品责任归责原则的国际比较·····	162
第四节 产品责任抗辩事由的国际比较·····	173
第五节 产品召回法律制度的国际比较·····	180
<b>第六章 特别市场规制法理论与实务</b> ·····	192
第一节 房地产市场的法律规制·····	192
第二节 金融市场的法律规制·····	204
第三节 劳动力市场的法律规制·····	219
<b>参考文献</b> ·····	247



# 第一章

## 市场规制法一般理论与实务

### 第一节 市场规制法的一般理论

#### 一、市场规制的概念和分类

规制一词是由英文 regulation 翻译过来的，意为以法律、规章、政策、制度来约束和规范经济主体的行为<sup>①</sup>，强调通过实施法律和规章制度来约束和规范市场主体及其行为。它是西方发达国家自 20 世纪 30 年代以来反复出现于政府法令和学者著作中的词语。美国社会科学家塞尔兹尼克将规制界定为“公共机构针对社会共同体认为重要的活动所施加的持续且集中的控制”<sup>②</sup>。在《新帕尔格雷夫经济学大词典》中，regulation 被译为管制，英美学者习惯于使用管制。日本学者金泽良雄认为：在广义上，规制涉及消极的权利限制和积极的促进保护两个方面；在狭义上，规制是由一定行为规定了一定的秩序而起到限制的作用。他在《经济法概论》一书中对经济法中的规制问题有专门的论述，他认为“经济法按其本质，应是以国家对经济干预之法为中心而形成的”，“在这里可将这种‘国家的干预’换言为‘规制’一词”<sup>③</sup>。显然，金泽良雄在此是从狭义的角度使用“规制”一词的，以其所论，“国家干预经济之法”就是“国家规制经济之法”。另一位日本学者植草益认为，规制是社会公共机构依照一定的规则对企业的活动进行限制的行为。我国经济法理论中关于规制一词的使用，主要是借鉴日本的经济法著作，日

① 陈富良：《放松规制与强化规制》，上海三联书店，2001 年，第 2 页。

② 转引自安东尼·奥格斯：《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，2009 年，第 1 页。

③ [日]金泽良雄：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社，1985 年，第 45 页。



本学者植草益《微观经济规制学》一书传入我国后被学者们广泛使用。

我国学者认为规制有广义和狭义之分：广义上的规制，是指一定的主体依据一定的规则，对构成特定社会的个人和构成特定经济的市场主体的活动进行限制或鼓励的行为，它包括法学界通常所说的市场规制与宏观调控；狭义的规制，是指没有包括宏观调控的市场规制。经济法经过 30 多年的发展，二分说（即经济法一般包括市场规制法和宏观调控法两部分）已经成为共识，所以经济法学界一般取其狭义。这里的市场规制，是指规制主体以治理“市场失灵”为己任，依法对市场主体的市场进入和退出、价格、数量、质量、投资、财务会计等，进行限制性的控制<sup>①</sup>。

根据所治理的市场问题的内在差异，市场规制大致可以分为以下三类：①经济性规制。它主要是针对在自然垄断和存在严重信息不对称的领域，旨在扭转资源配置低效和不公平利用，对市场主体的进入和退出、价格、服务的数量和质量等有关行为加以规制。它往往表现为纵向的行业规制，典型的如电力规制，电信规制，银行、证券、保险等方面的金融监管。②社会性规制。它主要是针对外部性和信息不对称等市场缺陷，以保障劳动者和消费者的安全、健康、卫生以及保护环境、防止灾害为目的，对物品和服务的质量以及伴随着提供它们而产生的各种活动制定一定的标准，或禁止、限制特定行为的规制。典型的如消费者权益保护、医药管制、生产安全监管、环境保护、资源监管等。③反垄断规制。它主要针对竞争性行业内的垄断和限制竞争行为等，加以防范和规制<sup>②</sup>。但也有学者认为根据所规制市场问题的内在差异，市场规制具体可以分为以下三类：①对市场主体准入的规制。②对退出市场的规制。③对市场主体行为过程的规制。对市场主体准入的规制及对退出市场的规制，主要是针对非价值物品及信息不对称等市场失灵因素作出的限制性行为，主要是一种事前规制行为，是为了保障市场环境的安全性，降低因不安全、无效率主体行为导致的社会资源的浪费及降低事后规制成本，如银行、证券、保险等方面的规制，对市场主体行为过程的规制。它主要针对竞争性行业内的垄断和限制竞争行为等，主要是一种事中规制行为，是为了保障市场环境的有效性，及对市场安全进行进一步保护，如反垄断，反限制竞争、价格、服务的数量和质量等有关行为过程方面的规制<sup>③</sup>。

依规制主体不同，规制分为私的规制和公的规制。前者是指由私人进行的规制，如年长者约束年幼者；后者是指由国家机关、社团组织等社会公共机构对私人以及市

① 王全兴、管斌：《市场规制法的若干基本理论研究》，载法苑精萃委员会编：《中国经济法学研究精萃》，机械工业出版社，2002年，第214页。

② [日]植草益：《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，第19～22页。

③ 郭江吟：《市场规制法基础理论问题研究》，兰州商学院硕士学位论文，2012年，第8页。

场主体行为的规制<sup>①</sup>。但目前在我国,私的规制主体的合法性往往受到质疑。

依规制目的不同,规制分为竞争性规制和保护性规制。前者是指政府机构对特许权或服务权的分配,后者则为通过设立一系列条件以控制私人行为而维护公共利益<sup>②</sup>。

依标准的市场模型,规制分为:直接干预市场配置机制的规制,如价格规制、产业规制和合同规制;通过影响消费者决策从而影响市场均衡的规制,如汽车尾气排放量限制及购买保险条件等;通过干扰企业决策从而影响市场均衡的规制,如产品特征的限制、企业投入物和产出物或生产技术的限制、进入限制、税收和补贴等<sup>③</sup>。

## 二、市场规制法的概念、调整对象及特征

关于市场规制法的概念,国内外的观点并不统一。美国称之为反托拉斯法;英国称之为限制性贸易惯例法和公平贸易法;德国称之为反不正当竞争法和反对限制竞争法;日本称之为不正当竞争法和禁止垄断法等。我国学界的称谓也尚不统一,有学者称其为“市场调控法”<sup>④</sup>;有学者称其为“市场运行法”<sup>⑤</sup>;也有学者称其为“市场障碍排除法”<sup>⑥</sup>;多数学者称其为“市场管理法”<sup>⑦</sup>。我们认为,“管理”一词行政色彩比较浓厚,不能完全反映这类法律规范的本质特点,“规制”之义并不等同于管理、调控和调整,它包含有“规整”“制约”和“使有条理”的含义。规制是表明外部力量对某一事物企图达到一定的状态的矫正设计<sup>⑧</sup>。而且在汉语词汇中,管制很容易使人联想到统制经济和命令经济形式,而规制更接近英文原义,它所强调的是通过实施法律和规章制度来约束和规范市场主体及其行为,故称之为规制更为恰当。正因为这一区别,管制往往被用来描述计划经济体制,规制往往被用来描述市场经济体制<sup>⑨</sup>。规制的发生是以规制对象的偏颇为前提的,正是由于市场自身缺陷以及民商法、行政法对市场经济的调整不力,新的法律规

① [日]植草益:《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,第1页。

② Ripley R, Franklin G. Political Implementation and Bureaucracy. Chicago: Dorsey Press, 1986.

③ 陈富良:《我国经济转轨时期的政府规制》,中国财政经济出版社,2000年,第9~10页。

④ 李昌麒主编:《经济法学》,中国政法大学出版社,1994年,第263页。

⑤ 潘静成、刘文华主编:《中国经济法教程》,中国人民大学出版社,1995年,第2页。

⑥ 漆多俊主编:《经济法学》,武汉大学出版社,1999年,第110页。

⑦ 参见王先林:《论市场管理法的几个基本理论问题》,《中国法学》,1998年第2期;陆介雄:《论市场管理法》,《法学家》,1999年第3期;王峻岩、王保树主编:《市场经济法律导论》,民主法制出版社,1996年,第62页;王克稳:《行政法学视野中的“经济法”》,《中国法学》,1999年第4期。

⑧ 徐士英:《市场秩序规制与竞争法基本理论初探》,《上海社会科学院学术季刊》,1999年第4期。

⑨ 王全兴、管斌:《市场规制法的若干基本理论研究》,载法苑精萃委员会编:《中国经济法学研究精萃》,机械工业出版社,2002年,第214页。

范才得以产生，“市场规制法”这个概念更能精确地反映其所包含的具体法律制度的调整对象、手段及本质。因此，本书采用了“市场规制法”的称谓。

市场规制法，是调整国家对市场进行规制的过程中发生的社会关系的法律规范的总称。其中这些社会关系构成了市场规制法的调整对象。国家对市场进行规制的过程中发生的社会关系主要包括以下两个方面。

(1)市场规制关系。市场规制关系是指规制主体基于“市场失灵”，依法定职权或授权对市场主体的行为进行监管，以维护市场秩序的关系。这种关系具有监管与被监管的不平等性，这是因为这种社会关系并非平等主体之间的社会关系，其中一方参加者是以社会公共管理者的身份出现的政府及经济行政管理机关或授权机构，它对社会关系的调整需要凭借行政权力，这表明市场规制的调整手段具有一定的公法性质。但它与一般行政关系的区别在于其内容具有经济性，这是因为它涉及经济领域和经济生活，其内容是经济性的，强调社会经济秩序协调发展。

(2)受规制的市场关系。受规制的市场关系是指市场主体之间在国家规制市场过程中产生的社会关系。这种关系表象具有平等性，但这种平等关系并不是民商法视野中那种完全的意思自治，而是带有国家意志的被监管的市场关系，它内含了经济法的实质正义原则。民商法天然地追求和体现形式正义，民商法中的平等原则是其典型体现。“平等原则的含义是，参加民事活动的当事人，无论是自然人或者法人，无论其所有制性质，无论其经济实力强弱，其在法律上的地位一律平等，任何一方不得把自己的意志强加给对方，同时法律也对双方提供平等的法律保护。”<sup>①</sup>但民商法所能提供和保障的平等只是起点的平等，不是终点的平等。经济法一般不否定形式上的正义或形式上的平等，但更注重实质正义。经济法的实质正义观主要体现在机会公平和结果公平中。这是因为在现实生活中，经济主体之间的个体差别，致使传统民商法以抽象人格平等为基础的公平体系无法实现，权利行使自由、意思自治成了经济上强者压制弱者的合法理由。市场规制法作为经济法的一个重要组成部分，主要是通过弱势群体进行倾斜保护来体现实质正义原则的。这些被“规制”的社会关系具体包括：①竞争关系，即市场主体在经营中相互争夺市场的社会关系，如经营者之间的关系。②特殊的交易关系，即特殊市场主体之间的商品交换关系，这种交易关系不再单纯是民商事中的交易关系，而是渗透了国家意志的交易关系，如经营者与消费者的关系。③市场中介服务关系，即市场中介主体为交易或竞争主体提供策划、信息、预测、咨询、广告、网络在线等服务的关系。其目的是协助政府规制市场，进而降低交易成本，维护市场秩序。

<sup>①</sup> 梁慧星：《民法总论》，法律出版社，1996年，第42页。

市场规制法主要包括反垄断法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量法等。它是我国经济法体系中的一个重要组成部分。其主要特征包括以下三个方面。

第一，规制目的的特性。市场规制法以治理“市场失灵”为己任，通过国家反垄断、反不正当竞争，通过对市场主体的市场进入与退出以及对产品价格、产品质量等进行限制性的控制，实现对市场竞争的强制性干预，以排除市场障碍，充分发挥市场机制对经济的调节作用，维护合理的市场秩序，保障经济的协调、稳定发展。

第二，规制范围的微观性。市场规制法就其作用而言，虽然也对宏观经济产生影响，但其直接对象是微观经济行为。它通过对市场主体经济行为的刚性约束，促使其实现“理性竞争”。市场规制法直接作用的不是经济总量和经济全局，而是经济活动的某一层面或某一局部，但这种对经济活动某一局部的规制和调适，又是实现经济总量平衡和整体协调的基础。

第三，规制方式的直接性。市场规制法运用许可、禁止、限制等各种手段对市场主体的经济行为进行直接规制，使其对市场要素产生直接影响，这也就使它同那些需要假以经济杠杆来间接影响和调控经济生活的宏观调控法相比更具有刚性特点。

### 三、市场规制法的主体

从法理上讲，市场规制法的主体是指在市场规制中享有一定权利、承担一定义务的组织或个人。目前学界一般根据主体在国家规制关系中所处的基本地位，把市场规制主体分为规制主体与规制受体。规制主体是担负国家对市场经济进行规制职能的国家机关或其授权组织。规制受体是指参与市场活动接受规制的市场主体，但规制主体和规制受体具体包括哪些，目前理论界还存在争议。

有学者认为，经济法的调整对象是公私混合型社会经济关系。公私混合型法律关系是有三方主体参加的社会关系；是既有当事人参与又有关系人介入的社会关系。当事人双方之间的关系是本原性的或被称为第一位的关系，是一种经济关系。当事人与关系人之间的关系则是一种具有管理性的关系，基本不会直接发生财产流转方面的关系。在市场规制法中，“政府”是以关系人的身份介入社会经济活动的，形成一种三角形关系或三维关系。在这三角形关系中，政府处于顶角位置，弱势主体和强势主体双方作为当事人在两边底角。其中关系人又分为经济管理主体和准经济管理主体。经济管理主体主要是指政府（公权主体），政府是经济管理的主体，在市场规制法中承担规制监管强势主体、保护弱势群体的职能。“政府”是市场规制法律关系的主体，但政府只是关系人，因为他只是通过规制强势主体来保障弱势群体权利。因为政府是一个拟制主体，需要代表机构代表政府行



使权力。代表政府的政府机关有立法机关、行政机关和司法机关。准经济管理主体主要是指行业协会和社会中介组织(介于公权主体与私权主体之间的特殊主体)<sup>①</sup>。

也有学者认为,市场规制法的主体由市场规制主体和市场规制受体构成,规制主体包括国家及其政府和存在争议的行业协会;规制受体主要有经营者、经营者的代表者等主体。其中作为规制主体的国家及其政府便不再是一般意义上的国家及其政府,而是作为特定法律关系——市场规制关系中的特定主体——规制主体的角色,相应地具备着作为“规制主体”这一特定范畴应有的信息量,并且享有相应的权利(权力)、承担相应的义务。作为规制受体的经营者的代表者,主要是指行政性垄断的地方政府和各级政府部门、联合限制竞争行为的行业协会<sup>②</sup>。

随着德国学者哈贝马斯提出了“公共领域—经济—国家”的分析框架、美国学者柯亨和阿拉托提出了“市民社会—经济—国家”的分析框架及我国公民社会理论的兴起,三元社会理论逐渐被我国经济法学界所关注,经济法主体制度设计不断突破传统主体的两分法,将代表不同利益群体的社会团体(也称社会中间层主体)确认为一种新型的、第三类经济法主体。与此同时,这种观点也影响到了市场规制主体的划分,从上述对行业协会的争议中可见一斑。但笔者认为,这种所谓第三类中间主体,从其产生和发展的历程来看,确实不同于市场规制主体和一般的规制受体,但从在国家规制关系中所处的基本地位来分析,当国家赋予一定权限时,则可归入国家规制主体,否则就是被规制主体,从其功能来看不外乎国家规制主体与被规制主体的基本定位。

### (一) 规制主体

规制主体是指具体从事市场规制方面的国家机关及授权组织,主要是那些反限制竞争、反不正当竞争和反垄断、维护市场正常的竞争秩序的有关国家机关和授权组织。这是国家排除对自由竞争的妨害、保障市场充分发挥其作用的方式之一。许多国家在这方面设有专门机构,如美国的联邦贸易委员会、德国的联邦卡特尔局等。在我国,这些机关主要包括商务部、国家发展和改革委员会(简称国家发改委)、国家工商行政管理总局(简称国家工商总局)等职能机关和行业部门主管机关。这些机关统称国家经济管理主体。

国家经济管理主体的法律特征<sup>③</sup>主要包括以下几个方面。

#### 1. 地位的法定性

按照法律理论,国家经济管理主体的地位即国家经济管理主体的法律地位,也就是国家经济管理主体的资格和其自身拥有的权限。从广义上讲,国家经济管

① 韩志红、王丹:《关于市场规制法法律关系三要素的思考》,《当代法学论坛》,2006年第1期。

② 肖江平:《论市场规制法的主体》,《云南大学学报(法学版)》,2005年第6期,第9~13页。

③ 黄河主编:《经济法》,中国人民大学出版社,2003年,第76~78页。

理主体的法律地位,还应包括国家经济管理主体的法律性质、职能,以及国家经济管理主体与其他经济法主体的关系等内容。但其核心内容,是国家经济管理主体的资格和其自身拥有的权限<sup>①</sup>。国家经济管理主体地位的法定性,主要表现在两个方面。

(1)主体资格取得的法定性。国家经济管理主体的产生和组成,源于法律的直接规定。在我国,作为国家经济管理主体最主要组成部分的行政机关,是根据《中华人民共和国宪法》(简称《宪法》)、《中华人民共和国国务院组织法》(简称《国务院组织法》)、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(简称《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》)成立的,其组织机构的设置、负责人的任免,也均由这些法律直接规定。此外,需要说明的是,经过国家机关的授权,某些非营利性社会组织和经济组织也可以取得国家经济管理权限,从而成为国家经济管理主体,但是由于国家经济管理属于国家的一项重要经济职能,其牵涉面广,且关系到国家的经济安全,事关国家的根本利益和社会公共利益,因此这种授权也应由法律直接规定,即无论是授权机关,还是被授权单位的授权条件和范围,抑或授权程序,都必须有法律的严格限定。因此,即便是经授权而产生的国家经济管理主体,从某种意义上讲,其主体资格的取得也是源于法律的直接规定。

(2)权限来源与内容的法定性。国家经济管理主体的权限<sup>②</sup>来自宪法、政府组织和其他有关经济法律、法规的直接规定。并且,由于国家经济管理权限的范围决定着企业等其他经济法主体的自主经营权大小,决定着—国自由经营与国家干预关系能得到正确处理。因此,为了使国家经济管理主体行使权力有所依据,避免国家经济管理主体越权干预,保障市场经济体制所要求的自由和自主经营,法律对国家经济管理主体的权限内容也作了明确规定。

## 2. 意志的单方性

国家经济管理主体意志的单方性,主要是针对国家经济管理主体与其管理相对人之间的法律关系而言的。简言之,国家经济管理主体是代表国家从事经济管理活动的,其所行使的经济管理职权来自法律的明确授予。因此,国家经济管理

<sup>①</sup> 杨紫烜主编:《经济法学》,北京大学出版社、高等教育出版社,1999年,第98页。

<sup>②</sup> 有部分学者称之为市场规制权。市场规制权是政府(或称市场规制主体)对微观经济进行干预的权力(王全兴、管斌:《市场规制法的若干基本理论研究》,载法苑精萃委员会编:《中国经济法学研究精萃》,机械工业出版社,2002年,第216页)。有学者认为市场规制权力与行政权力在产生原因方面、调整手段上、救济思维及复杂程度四个方面不同(姚海放:《论市场规制权的行使与问责制的落实》,《中国工商管理研究》,2010年第3期,第17~20页)。也有学者认为,适应现代市场经济的要求,政府的经济职权应重构为宏观调控权、市场规制权和公共投资管理权。其中,市场规制权以其内蕴的调整方法的直接性、调整内容的法定性和调整领域的特定性而自成一体(盛学军、陈开琦:《论市场规制权》,《现代法学》,2007年第4期,第83~90页)。



主体拥有法律赋予的权威，作为管理相对人的经济法律关系主体对国家经济管理主体的意志有服从的义务；国家经济管理主体与管理相对人之间法律关系的形成、变更和终止，也往往是国家经济管理主体单方面的意思表示的结果。这与民事法律关系强调当事人之间法律地位平等、坚持当事人意思自治以及在双方或多方法律行为中奉行意思表示形成了鲜明的对比。当然，应当提及的是，随着“服务政府”“经济民主”等思潮的兴起，近年来各国国家经济管理主体在行使其经济管理职权时，对管理相对人的意志作了较多的考虑，但这不足以从根本上否认国家经济管理活动中管理主体意志的单方性，并且如果在国家经济管理活动中不适当地或过多地注入管理相对人的意志，国家经济管理所预期的目标就将难以达到。

### 3. 构成上的层级性

国家经济管理主体构成上的层级性，是针对国家经济管理主体体系的内部关系而言的。具体而言，国家经济管理主体是由众多拥有国家经济管理权限的单位构成的一个体系。在国家经济管理主体体系内部，存在着明显的层级关系，下级机关与上级机关、被授权组织与授权机关之间呈现出意志上的服从与被服从关系。在我国，国家经济管理主体的基本构成是享有经济管理权限的各级行政机关，作为最高国家行政机关的国务院与各省、自治区、直辖市人民政府之间具有行政隶属关系；省、自治区、直辖市人民政府与下级政府之间具有行政隶属关系。同时，国务院与其职能部门(各部、委、直属局)之间、地方各级政府与其职能部门之间也存在着行政隶属关系。另外，经授权行使国家经济管理权限的特殊形式的企业和其他社会组织，也必须服从授权机关的意志，接受授权机关的指导与监督，服从授权机关的指令，从而成为国家经济管理主体体系中的一种层次<sup>①</sup>。

### 4. 权责的一致性

国家经济管理主体是享有国家经济管理权限的组织。此所谓国家经济管理权限，属于经济权限的范畴，包括国家经济管理职权和国家经济管理职责。与经济职权和经济职责呈现出的关系一样，国家经济管理职权实际上就是国家经济管理职责。换言之，国家经济管理主体享有的国家经济管理职权，既是它们干预社会经济的权力，同时也是它们必须依法履行的责任；它们放弃其享有的国家经济管理职权，也就是怠于履行其承担的国家经济管理职责。这样，国家经济管理职权与国家经济管理职责不仅在主体上，而且在内容上达成了统一。所谓国家经济管理主体权责的一致性，即指国家经济管理主体的国家经济管理职权与国家经济管理职责的这种统一。

<sup>①</sup> 黄河、王兴运：《经济法学》，中国政法大学出版社，2008年，第98页。

## (二) 规制受体

规制受体是指在市场活动中接受规制的相对方, 在市场规制中, 一般是指经营者与消费者这两类主体。

### 1. 经营者

我国市场规制立法中有关经营者的定义主要有:《中华人民共和国反不正当竞争法》(简称《反不正当竞争法》)(1993年)第2条规定, 经营者是指从事商品经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人;《中华人民共和国价格法》(简称《价格法》)(1997年)第2条规定, 经营者是从事生产、经营商品或者提供有偿服务的法人、其他组织和个人;《中华人民共和国反垄断法》(简称《反垄断法》)(2007年)第12条规定, 经营者是从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。《中华人民共和国消费者权益保护法》(简称《消费者权益保护法》)(1993年)对经营者的概念未作解释。《中华人民共和国产品质量法》(简称《产品质量法》)(1995年颁布, 2000年修订)虽较多使用商品生产者、销售者的概念, 但有从事服务经营者一称, 笔者以为, 销售者加上从事服务经营者与经营者的概念并没有太大的差异。《中华人民共和国广告法》(简称《广告法》)(1994年)使用了广告经营者、商品经营者等概念, 但未作解释。1993年颁布、2002年修订的《中华人民共和国农业法》(简称《农业法》)则直接使用了农业生产经营组织的概念, 该法第2条规定其为农村集体经济组织、农民专业合作经济组织、农业企业和其他从事农业生产经营的组织, 即采取列举外延的方式来定义。

这些定义的基本含义相同, 即以营利为目的, 从事商品生产、销售和商业性服务的法人、其他经济组织和个人。这种法定经营者的概念具有共同的特征, 即商法的营利性的内容加上民法主体的外延。这种定义方式过分着眼于民商法的视角, 过于强调营利目的, 并采用“法人、其他经济组织和个人”民法主体的列举, 忽略和抹杀经营者作为经济法主体应承担的经济法的部门属性, 更无法突显其市场规制受体的特性。经济法不同于民商法, 它以社会为本位, 侧重维护社会公共利益, 其进行市场规制的目的在于建立公平的竞争秩序, 所以完全用民商法的视角来定义经济法中的经营者, 显然不能契合经济法的内在品格及现代经济法的实践需求。而且作为市场规制法主体的经营者, 在进行市场行为时理应受到市场规制法的调整, 更应当体现该法的基本原则。市场规制法是为了解决市场主体的个人逐利性与社会公共利益的矛盾而产生的, 后市场经济的理论和现实决定了市场规制必须以充分尊重市场机制的正常运行为前提, 只能以弥补和救济市场失灵为己任。如果某一主体的活动影响到市场竞争, 就应直接纳入市场规制法的调整, 这必将超越商法的视野。市场规制法主体的特殊性在于其主体制度必须以社会本位、实质正义为价值取向。

法学界对经营者的研究，可以分为两个阶段<sup>①</sup>：第一阶段是1993~1997年。这一阶段由于《反不正当竞争法》颁布实施不久，行政执法与司法实践中所暴露与反映的问题，或者尚不普遍，或者尚未引起法学界的足够关注。在这一阶段的研究成果中，学者们基本上停留在对经营者一般内涵与外延的研究，尚未对经营者进行深入的类型化研究。第二阶段则是1997年以后，随着行政执法与司法实践中反映的问题越来越突出，并直接影响到《反不正当竞争法》的实施效果，理论界开始了对经营者的内涵以及外延的类型化研究。关于经营者的概念，主要有两种学说：主体资格说和主体行为说。主体资格说通常从主体资格角度理解经营者，认为只有专门从事商品生产和经营以及营利性服务的具有法定从商资格的主体才能成为法律意义上的经营者，即只有经依法核准登记领取营业执照、具有从事经营活动资格的单位和个人，才能成为经营者<sup>②</sup>。主体行为说从主体行为的角度对经营者进行广义的解释，认为“虽不具有经营资格的经营主体，但参与经营活动而实施不正当竞争时，也认为属于反不正当竞争法上的经营者，企业的职工代表或者代理他人实施经营行为的人、无营业执照而从事经营活动的个人、利用业余时间从事营利性推销活动的个人以及行政机关等都可以归入此类经营者，而不再是经营者的例外”<sup>③</sup>。但主流的观点基本上达成了行为标准的共识。因此，我们应吸收理论界的最新研究成果。

域外法律在相关市场规制立法方面比我国视野宽泛，世界知识产权组织的《反不正当竞争保护示范条款》规定，在工商业活动中违反诚实行为的任何行为或者做法，均构成不正当竞争行为。世界知识产权组织国际局在其注释中指出：工商业活动一词应当在广义上理解，即不仅适用企业提供商品或者服务的活动，特别是此类商品或者服务的买卖，而且包括职业活动，如律师、医生，不管是私人形式还是其他形式。因此，就示范法的目的而言，个人或者企业的活动是否以营利为目的无关紧要的。据此，示范条款及解释明确地指出了竞争法的主体界定原则，即不以营利目的为要件，任何主体只要处于工商业领域且实施了违反诚信原则的竞争行为，即受规制。

美国反托拉斯法中没有“经营者”的概念，《谢尔曼反托拉斯法》（简称《谢尔曼法》）的适用范围为“any person”。根据最高法院判例，美国反托拉斯法中的“any person”具有极为广泛的含义，除了各州认定的自然人、企业、公司、其他组织、市政机关外，还包括各种外国法所规定的商业主体。可见，任何主体，不论是私

<sup>①</sup> 李友根：《论经济法视野中的经营者——基于不正当竞争案判例的整理与研究》，《南京大学学报》，2007年第3期，第55~75页。

<sup>②</sup> 邵建东：《竞争法教程》，知识产权出版社，2003年，第32页。

<sup>③</sup> 孔祥俊：《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社，1998年，第74页。