论我国《反垄断法》对行政垄断的法律规制

任 阳, 崔芬丽

(南京农业大学 法律系, 江苏 南京 210095)

摘要:我国现行的《反垄断法》对行政垄断规制的许多条文在一定程度上都具有很大的进步意义和飞跃的发展,但在我国特殊历史和现实国情的影响下,其规制又有着前所未有的困难,还存在很多不尽如人意的地方。在分析行政垄断的一般理论及其“中国特色”基础上,从行政垄断国际规制经验的比较借鉴中,就《反垄断法》中行政垄断的具体表现形式和法律责任两个方面的相关规定来探讨《反垄断法》的得失,就其可操作性 and 可执行性提出了自己的完善建议,以期更加全面、合理的规制行政性垄断。

关键词:反垄断法;行政垄断;中国特色;法律规制

中图分类号:D922.11 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-5322(2009)04-0044-05

《中华人民共和国反垄断法》已于2007年8月30日由十届全国人民代表大会常务委员会第29次会议审议通过,并从2008年8月1日起开始实施。其中《反垄断法》禁止滥用行政权力限制竞争的规定特别重要,这是因为在我国当前的经济生活中,最严重的限制竞争不是来自企业,而是来自政府。如果说与国际接轨是贯穿中国反垄断法的立法基调,那么,行政垄断写入法律则留下了独具“中国特色”的立法烙印。是否反行政垄断?如何反行政垄断?这始终是我国反垄断法的最大争议点。如今,当中国历史上第一部《反垄断法》呈现在我们面前时,我们首先关注的也自然是其中有关行政垄断的内容。

一、行政垄断的一般理论

1. 行政垄断概念的界定

关于行政垄断的概念,学术界真可谓是仁者见仁,智者见智。最早论述行政性垄断的是1980年10月17日国务院发布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》。其中规定“开展竞争必须打破地区封锁和部门分割。采取行政手段保护落后、抑制先进、妨碍商品正常流通的作法,是不合法的,应当予以废止。”而最早使用“行政垄断”概念的是经济学家胡汝银博士。

王保树教授曾列举了五种不同的行政垄断定义:一是行政垄断是通过行政手段和具有严格等级制的行政组织维持的垄断;二是行政垄断是凭借行政权力形成的垄断;三是行政垄断是指国家经济主管部门和地方政府滥用行政权,排除、限制或妨碍企业之间的合法竞争;四是行政垄断是行政权力加市场力量而形成的特殊垄断;五是行政垄断是指政府及其所属部门滥用行政权力限制正当竞争。上述见解是各从不同的角度观察行政垄断的。第一种见解着眼于维持垄断的主体和手段;第二种见解着眼于行政垄断的依据是行政权力;第三种见解着眼于滥用行政权力和限制合法竞争;第四种见解着眼于行政垄断的形成依据是行政权力加市场力量;第五种见解着眼于行政垄断的实施主体和限制竞争的原因。这些定义都在一定意义上表现出了某些合理性。但是第一、二、四种见解忽视了行政垄断形成中的行政权力滥用;第二、四见解忽视了行政垄断的实施主体^[1];第三种见解中对主体明确为“国家经济主管部门和地方政府”造成外延狭小;第五种见解中如果把“政府”理解为“地方政府”,其所属部门只能是地方政府部门,这样对行政垄断实施主体的表述也欠准确,因为中央政府部门实施行政垄断行为者也不为人们少见。

收稿日期:2009-03-01

作者简介:任阳(1985-),男,河南南阳人,硕士生,研究方向:经济法。

从以上意义来看,在2007年8月30日通过的《中华人民共和国反垄断法》中对行政垄断概念的规定还是比较准确的:行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,排除、限制竞争。

2. 行政垄断的表现形式及其本质

我国由于处在经济体制转变过程中,行政垄断行为主要是计划体制下产生的僵化的市场格局和市场培育过程中因缺乏法律规制产生的限制竞争行为,表现为:(1)地区封锁,即地方政府及其所属部门滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场或限制本地商品流向外地市场。(2)部门垄断,即政府及其所属部门借助经营者和自己存在或曾经存在的隶属关系,滥用行政权力,限制本部门经营者与其他部门经营者的交易。(3)政府设立行政性公司,即政府及其所属部门滥用其权力,设立在一定行业具有统制、管理功能的公司,实质为权利与利益的变相结合。(4)政府限定交易,即政府及其所属部门滥用行政权力,限定他人购买或使用其指定的经营者的商品或服务,限制其他竞争方正当的竞争利益。(5)限制市场准入,即政府及其所属部门违反法律行政法规,滥用行政权力,限制经营者的市场准入,排除限制市场竞争。(6)强制经营者限制竞争,即政府及其所属部门滥用行政权力,强制经营者从事排除或者限制市场竞争的行为^[2]。

显然,上述种种限制竞争行为都不是市场竞争的结果,而是我国现阶段政治体制改革滞后于经济体制改革,政企严重不分和政府继续参与企业经济活动造成的。这些行为中有些是行为人不了解市场经济和市场经济规律,在新的经济体制下继续沿用计划经济体制下的老办法,以行政手段操纵市场,直接参与企业的市场经营活动,有些则是为了实现不正当的地方利益或者部门利益,明知故犯地滥用行政权力。但是不管它们是出于过失,还是故意,其本质是一样的,即行政主体滥用行政权力限制和排斥公平竞争的行为,其以行政权力为要素参与经济活动,使资源配置的效率降低甚至陷于无效,因此是一种兼具经济违法与行政违法双重属性的违法行为^[3]。这些行政性限制竞争行为不仅保护了落后,严重破坏了中国经济社会生活中刚刚培育和发展起来的一点点市场机制,使社会资源不能按照效率的原则进行合理配置,而且由于他们往往是“官商勾结”,在推动价

格上涨中较一般经济性垄断更加有恃无恐,从而在很大程度上引发了社会腐败,损害了政府的形象^[4]。

3. 行政垄断的“中国特色”

垄断是现在社会的常态,各国垄断的形成都具有浓厚的民族特色,如美国以反托拉斯为代表,德国以反卡特尔为代表,日本以反私人的垄断为代表,中国以反行政垄断为特色。中国科学院法学研究所研究员王晓晔将反对行政垄断视为“我国反垄断法的特色”,究其原因在于行政垄断本身的“中国特色”。

在我国,相对于经济性垄断的相对性、非长久性和可替代性,行政性限制竞争所形成的垄断具有绝对性、稳定性和不可替代性,对市场竞争具有更大的危害性^[5]。即使是一些表面上看起来属于自然垄断和经济性垄断的现象,实质也是行政力量的介入或操纵的结果,具有更强的行政合法化和法律合法化,尤其表现为“行政权力”+“垄断企业”的“完美结合”,使其行政垄断的隐蔽性甚于世界上任何国家。与其它垄断形式相比,行政垄断的一个最为显著的特征就是政府部门以规章制度、行政命令的形式维持着这些行业的垄断地位。政府部门的反竞争行为主要表现在以下方面:1)对本不属于自然垄断的行业实行准入限制;2)对不同企业之间实行歧视性对待,特别是对私有企业和非直属企业实行歧视;3)由政府部门出面帮助企业进行卡特尔定价,即由政府部门出面帮助企业确定统一的销售价格,划分销售市场;4)对公共资源实行垄断,用行政手段实行地区间的封锁^[6];5)公用企业行政化现象严重。这样在政府部门的运作下使得行政垄断披着合法的外衣,以“保护”之名,为“反竞争”之实。诚如我国建立“中国特色”的社会主义市场经济具有长期性和曲折性,对行政垄断的规制同样是一个长期而曲折的过程。

二、行政垄断的国际规制

与我国一样,世界上许多国家,包括处于市场经济转型时期,甚至一些市场经济比较发达的国家曾经也存在着行政垄断行为。考察这些国家反行政垄断的立法、执法经验对完善我国规制行政垄断行为是有所裨益的。

1. 处于转型阶段国家的做法

转型国家就是指处于由计划经济向市场经济

过渡时期的国家,俄罗斯反垄断法对行政垄断的规制有极强的针对性,值得我国借鉴。俄罗斯于 1990 年颁布了《关于在商品市场中竞争和限制垄断活动的法律》(即反垄断法),其中对行政垄断的规制相当明确。很明显可以看出,俄罗斯反垄断法主要从行政垄断的主体和行政垄断行为两方面来规制行政垄断。且关于行政垄断行为的规制比较典型,有极强的针对性,体现了经济转轨国家在法律上铲除限制竞争樊篱的愿望。对行政垄断的规制同样也是我国反垄断法的必然构成。另外,俄罗斯反垄断法的适用除外,也体现了转型阶段国家的特点:在规制行政垄断的同时也要豁免合法禁止,保护正当行政权力行使的法律地位。最后,俄罗斯还设置独立的、有权威的反垄断执法机构:反垄断委员会。根据《反垄断法》的规定,反垄断委员会通过宣布地方政府行政垄断行为违法、起诉实施行政垄断的地方政府等执法措施,在制止行政垄断中发挥了积极的作用。

2. 市场经济发达国家的做法

从世界范围来看,不仅处于转型阶段的国家存在行政垄断现象,市场经济发达的国家也存在不同程度的行政垄断。

以欧盟为例,虽然在欧盟竞争法中主要规制的是经济垄断,但也有对行政垄断的规制,且成效明显,对国企及享有特权企业的规制和卓有成效的行政执法模式尤其典型。欧洲的经验说明,在市场经济体制下,公有制与私有制、国有企业与私人企业原则上应处于平等地位,国家应对它们适用相同的竞争规则,一视同仁。

另外,欧盟采取了行政执法的模式,即执行反垄断法的行政机构不仅有权对案件进行调查和审理,而且有权像法官那样对案件做出裁决,包括在被告不执行裁决时有权实施行政制裁。且只有欧共体委员会作为其一元的行政执法机关,确保了执法机关很大的独立性和很高的地位。在我国也应该有这样一个独立的行政机关执行反垄断任务。在对众多案件进行总结的基础上,委员会还可以制定适合欧共体未来发展的竞争政策,以维护市场的有效竞争。我国制定反垄断法也是为了追求很好的守法效果,其对垄断行为规制的有效性也是我们最期望看到的,欧盟的上述做法给我们提供了很好的经验,尤其是其制定法律要求的可预见性是最难能可贵的,也是我国目前现状最缺乏的。

三、我国行政垄断的《反垄断法》规制及其得失

1. 《反垄断法》对行政垄断具体表现形式的规定

《反垄断法》第五章专门对行政垄断的具体表现形式进行了规定。明确禁止实践中较为典型的六类滥用行政权力排除、限制竞争的行为。这六类行为包括:以任何方式限定或者变相限定单位和个人只能经营、购买、使用指定的经营者提供的商品;妨碍商品在地区之间自由流通和充分竞争;以设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式,排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动;以采取同本地经营者不平等待遇等方式,排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构;强制经营者从事本法规定的垄断行为以及制定含有排除、限制竞争内容的规定。这是我国第一次从法律上比较全面地列举了行政垄断的表现形式,甚至包括了界定抽象行政垄断行为,即“行政机关不得制定含有排除和限制竞争为内容的行政法规或规定”,这是一个相当大的进步。

总体来看,这样的列举是比较全面的,因为它不仅从具体的行政垄断行为进行列举,还规定了抽象的行政垄断行为。但是通过与上文的对照我们很容易发现,第五章规定的内容明显不足以规制我国具有典型意义的几类行政性垄断行为,而更多的是规制阻碍商品流通和对经营者造成不公平竞争待遇的行为,侧重于对“地方保护主义”的规制,而对部门垄断和行政性公司规制的缺失,很难达到其规制行政性垄断行为的立法初衷。

2. 《反垄断法》对行政垄断行为法律责任的规定

《反垄断法》第 51 条第 1 款规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。”

该条基本延用了 15 年前《中华人民共和国反不正当竞争法》的规定,依旧由上级部门负责查处,只是增加了反垄断执法机构有向上级机关建议查处的权力。从过去十几年的经验来看,由上级部门负责查处,它们更多是用一种告诫的方

式,因为很多地方的上级部门都是利益分享者,在这种情况下,执法效果就会大打折扣。这样一种责任承担方式对行政垄断没有多少威慑力,反而会在违法成本较小的情况下追求高额的经济利益。另一方面,《反垄断法》第一章第九条规定“国务院设立反垄断委员会,负责组织、协调、指导反垄断工作”,同时第十条规定“国务院规定的承担反垄断执法职责的机构(以下统称国务院反垄断执法机构)依照本法规定,负责反垄断执法工作”,这样就在事实上设置了双层执法机构,且从性质上来说都属于行政机关。这样问题就出来了,如何让一个行政机关去监管另一个行政机关,一个行政机关又如何能监管得了另一个行政机关?这是一个无法调和的尴尬和矛盾。所以从责任规制来看,《反垄断法》对《反不正当竞争法》并无创新和改进,之前的行政垄断责任规定过轻和双层执法机构的问题依然没有解决,同时还存在由此而引发的一系列相关矛盾:管理公共事务职能的组织的上级机关能否公正执法是一个令人感到担心的问题;作为反垄断的专门机构,反垄断执法机构在处理行政垄断行为时的权限却被大大压缩,仅拥有向实施了行政垄断行为的行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织的上级机关提出依法处理建议的权利^[7]。

四、完善我国反行政垄断法律制度的思考

“在行政垄断成为转型中国垄断主要形态的情况下”有效的遏制乃至消除行政垄断行为,是一项紧迫而又艰巨的任务。从对转型阶段国家和市场经济发达国家反行政垄断经验的探索及对我国现行《反垄断法》的解读,有必要从我国的国情出发对反行政垄断法律制度的建设和完善作出应有的思考。

1. 规定统一、独立的反行政垄断的执法机关——有效规制行政垄断的核心

就我国《反垄断法》的行政垄断执法机构设计而言,设立了两个层次的反垄断机构,其一,国务院设立反垄断委员会,该委员会由国务院相关部门负责人以及法学家、经济学专家组成,“负责领导、组织、协调反垄断工作”,但并不具体执法。其二,国务院规定的承担反垄断执法职责的机构,负责具体执法^[8]。这样就很容易造成政策出台和执法效果的脱节。多头执法是人们不愿意看到

的一种安排,不仅仅因为同一功能的多个机构与单一机构相比,执法成本高而效率低,而且我国已经有了反垄断多头执法的反面经验;另一方面,在几个政府部门有权制止限制竞争行为的情况下,它们之间即使不存在管辖权的冲突,实践中有时也很难操作。根据我国宪法和现行行政体制的安排,我国可采取行政执法的模式,首先借鉴欧盟比较完善的行政执法经验,设立一元的行政执法机关——反垄断委员会,这是由反行政垄断的特殊任务决定的,并赋予其较高的行政执法权限,独立执法,不受任何机关和个人的干涉,真正规制行政垄断行为。反垄断委员会在对众多案件进行总结的基础上,制定适合未来发展趋势的反行政垄断政策,从而给各级行政机关和具有管理公共事务职能的组织及企业提供指导,避免不必要的违法行为的发生,以增加法律规制的可预见性;同时,应赋予反垄断委员会参与决策权,即在行政机关制定可能影响自由公平竞争的政策时,反垄断机关有权参与决策,并有权就该政策对竞争的影响进行评价,旨在阻碍限制竞争性文件的出台,以防患于未然。

2. 强化行政垄断的法律责任——规制行政垄断的法律保障

行政垄断之所以屡禁不止,重要原因之一便是法律责任不明确不够严厉。只有建立起严格的责任承担制度,才会触动行政机关及其工作人员的“神经”。既然行政垄断是一种滥用权力限制竞争的违法行为,就应当对其规定严格的民事责任、行政责任甚至刑事责任,这符合我国宪法的规定。对依靠行政性垄断而受益的经营者,采取没收违法所得并处罚款,加大查处力度使得这些经营者不能也不敢通过行政权力的指定而获得非公平竞争的交易机会。特别要强调的是,一定要把组织责任和个人责任分开,从行政垄断的定义可以看出,行政垄断的主体是政府及其所属部门以及授权部门,因此承担责任的主体应是国家机关,公务员个人不能成为责任主体。但行政行为多是由公务员做出的,不对行政后果承担责任就没有较强的责任心,所以在将组织责任和个人责任分开的同时,不能因为单位承担责任就忽视了对个人责任的追究。这一点应该在《反垄断法》中以立法的形式进行确认。

此外,鉴于行政垄断在当前中国根深蒂固的情况,与其做斗争将会是一项艰巨的工程,因此十

有必要发动广大人民群众参与其中。同时为了对制止行政性垄断行为产生更好的效果,可以充分发挥新闻媒体和社会舆论的作用和影响,对于屡次责令不改正的行政垄断行为,可以通过新闻媒体曝光,利用社会舆论监督的力量来制止行政垄断行为。

借用著名国情专家胡鞍钢教授的话来说,“行政垄断是一种赤裸裸的、众目睽睽之下公然进行的掠夺性腐败。”从当前来看,行政垄断的根源是政府职能转变不到位,政府与市场主体的企业仍存在着千丝万缕的关系。所以,从立法上对

政府职能做出科学严格的界定和限制,用法律的力量制约行政权力的过度膨胀,缩小政府机构不合理干预经济的空间,以促进政企分开显得十分必要。可喜的是,作为改革开放以来我国进行的第六次机构改革,选择以“大部门体制”为突破口,拉开了我国新一轮行政管理体制改革的序幕。财政部财科所所长贾康认为,这次改革的重点不同于以往的精简机构,而是要真正实现政府的转型,让政府做好它该做的事^[9]。这一次加快推进政企分开、政资分开、政事分开、政府与市场中介组织分开的“大部制”改革有望给行政权力的归位和行政垄断的法律规制开一个好头!

参考文献:

- [1] 王保树. 论反垄断法对行政垄断的规制[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 1998(5): 49-61.
- [2] 杨紫煊. 经济法[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2006: 214-234.
- [3] 庞锋. 论我国行政垄断的本质、形成原因和治理机制[J]. 湛江师范学院学报, 2006(5): 22-25.
- [4] 王晓晖. 莫以行政权力限制竞争[J]. 企业改革与管理, 1998(7): 29-30.
- [5] 徐士英等. 竞争法新论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 194-195.
- [6] 胡鞍钢, 过勇. 从垄断市场到竞争市场——深刻的社会变革[J]. 改革与理论, 2002(5): 10-13.
- [7] 闫晓阳. 论《反垄断法》对行政垄断的法律规制[J]. 大众科技, 2007(5): 182-183.
- [8] 叶友华. 关于反垄断立法的几个问题[J]. 中央社会主义学院学报, 2007(4): 64-67.
- [9] 薛凯, 秦交锋, 杨一苗. 权威人士解读“大部制”改革[J]. 半月谈, 2008(6): 32-34.

On the Regulations of the Administrative Monopoly in the "anti-monopoly law" in China

REN Yang, CUI Fen-li

(Nanjing Agricultural University, Jiangsu Nanjing 210095, China)

Abstract: The enacting of Chinese current "Anti-monopoly law" can be a sign of great improvements on administrative monopoly regulations. However, with Chinese special historical background and real situations, some difficulties for long-term practices still exist; also those unsatisfied conditions need to be changed. In this article, we analyzed how Chinese administrative monopoly differs from other countries by focusing on the analysis of administrative monopoly theories and comparisons of foreign countries. In addition, we concentrated in two aspects of "Anti-monopoly law" in regulating administrative monopoly, both Specific forms of expression and legal responsibilities, and discussed its gains and losses. Also, in order to get a more reasonable and comprehensive "Anti-monopoly law", we emphasized in its operational and enforceable views and provided some advices to perfect the law.

Keywords: anti-monopoly law; administrative monopoly; Chinese characteristics; legal regulation

(责任编辑:李开玲;校对:丁一)