

法学理论

关于行政性垄断的反垄断法律定义与具体规制

郭宗杰

(暨南大学 法学院, 广东 广州 510632)

[作者简介] 郭宗杰(1970-), 男, 河南方城人, 暨南大学法学院讲师, 法学博士, 主要从事经济法和商法研究。

[摘要] 中国正在制定的反垄断法应当对行政性垄断的内容予以规制。有关立法内容可以从对行政性垄断的法律定义和对相应行为的具体表现形式的列举规制两个方面展开。行政性垄断的法律定义应当借鉴俄罗斯等国家的有关立法经验, 以综合定义的模式, 在正确区别法律定义与逻辑定义和法理定义的基础上展开。行政性垄断行为的具体列举, 应当排除按主体划分行为的传统分类方法, 而是以行为的性质为标准, 结合行为主体、形式、后果等要素, 做出简洁、明确的规定。

[关键词] 反垄断法; 行政性垄断; 立法

[中图分类号] D913 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)02-0225-05

行政性垄断是一种严重的限制竞争行为, 中国目前正在制定的反垄断法应当对行政性垄断的有关内容加以规定, 这已经成为学界和实践界的共识。但是, 反垄断法如何规定行政性垄断, 却一直存在争议。笔者认为, 反垄断法关于行政性垄断的具体规定, 主要涉及两个基本问题, 其一, 如何界定行政性垄断, 即如何在反垄断法中给行政性垄断规定一个法律定义; 其二, 如何对行政性垄断作出具体规制, 即如何在反垄断法中列举行政性垄断的具体表现形式。本文将围绕这两个问题进行论证。

一、关于行政性垄断的法律定义

(一) 法律定义的一般属性及其对行政性垄断法律界定的意义

法律定义不同于一般意义上的定义, 而是专指法律文本中出现的对法律概念的界定。法律定义是法律思维的细胞, 通常的法律文件都是由四个要素组成, 即法律定义、法律原则、法律规范和法律技术性规定^[1] (第 41-43 页), 而法律定义则在其中具有最为基础的作用, 其他内容都离不开对法律定义的理解和运用。关于法律定义在法律中的作用, 英国著名的法学家哈特曾经说过: “...定义一般要做两件事情, 一件事情是通过提供一个代号或公式来把被定义的词转换成其他易懂的用语; 另一件事情是通过揭示该词所涉及的事物的特征 (既包括此事物与同类事物的共有特征, 也包括使之与其他种类事物区别开来的特征) 来划定它的范围。”^[2] (第 15 页) 也即通过法律定义的运用, 一方面可以明确法律概念的内涵, 另一方面还可以明确法律概念的外延。这样才能使法律的运用者真正把握法律定义所要指向的内容。

法律定义作为定义, 当然具有许多普通逻辑定义的性质或特点, 但由于法律本身的特殊性, 作为一般定义方法在法律领域中运用从而形成的法律定义, 必然会具有一些与普通定义不同的属性。这些不同的属性主要表现在: (1) 从法律定义的形成过程来看, 它体现了立法者对定义本身的主观认知。一般定义是人们通过感知外部事物, 获得感性认识, 并运用比较、分析、综合、概括、抽象等方法, 使感性认识升华为理性认识, 逐步认识到事物的本质属性, 在头脑中形成事物的定义, 并借助语言表达出来。在这个过程中舍弃了对象的非本质属性, 故定义是反映对象本质属性的思维形式。但法律定义并非是人们对于客观对象认识以后对其本质属性在头脑中自然形成的反映, 而是立法者主观上人为的规定。是基

于立法者的立法意图、设想或者规范意旨,将调整对象的各种特征进行分析、比较、综合、抽象、概括并加以取舍,对那些能适应调整要求的,又具有区别性、决定性意义的特征规定下来,纳入法律体系,成为根本性的法律特征,从而形成法律定义。因此,法律定义的概念和人们日常理解的同一概念往往并非完全一致,它只体现立法者的主观认识和立法规范的目的需要。(2)从法律定义的界定方法看,它更多的强调语词定义的运用。一般情况下对一个概念进行界定时,有两种主要方法,即真实定义法和语词定义法。真实定义力求反映事物的全部本质属性,较多的运用抽象、深奥的语言词汇;语词定义则是指语词使用者根据需要对某个词语规定一个新的意义。法律定义由于行为规范的操作性需要,常用语词定义的方法,以简洁的语言表明其对界定概念的属性的认识。语词定义方法较之一般逻辑定义方法,更为清晰、明确,对外延的把握更为准确。(3)从法律定义的效果看,具有法律强制的效力。法律定义的内容直接包含在法律条文之中,成为法律条文的一部分,所以法律定义具有法律条文的效用,与法律一样,也都是国家意志的体现,具有强制性和权威性。这一特点也是法律定义与一般定义最为显著的区别。

在注意到法律定义与一般定义存在上述的显著区别时,也应当注意到上述区别很多情况下在法律定义和法理定义的关系方面同样适用。所谓法理定义即是指学术界关于法律概念的解释。同一个术语可能既存在法律概念,也存在法理概念,但二者往往并不完全等同。这可能既反映了理论和实践的差别,也反映了学者和立法者对同一问题不同的立场和判断,当然有时也可能纯粹是出于立法技术等因素的考虑。但在很多情况下,二者并不是矛盾的,法理定义对法律定义往往具有前瞻性的指导意义,当然有时二者也会出现完全重合的情形。

法律定义的上述属性,对反垄断法中行政性垄断的法律界定,无疑具有基础性的指导作用。其一,行政性垄断的法律定义必须考虑现阶段反垄断法规范行政性垄断行为的立法目的。反垄断法规范行政性垄断行为的目的,在于通过反垄断法的执行,消除市场上经由行政权力形成的不平等的竞争局面,创造公平、有序的竞争环境,因此,从这个意义上讲,一切有害于竞争的行政性权力的运用都应被行政性垄断的定义所涵盖。但与此同时,竞争法对竞争秩序的维护并不是单纯出于对竞争者的保护,而必须关注竞争背后的经济效率问题,这已经成为目前世界范围内反垄断法发展的新的共同价值取向。从这个角度出发,出于提高我国企业国际竞争力等因素的考虑,对于行政权力为提高民族工业而进行的适当经济干预,在企业自愿并有助于提升整体经济效率的前提下,应当通过适当途径予以支持。其二,反垄断法对行政性垄断的界定并不必然是现实生活中人们对行政性垄断在头脑中的一般反映,而只需体现立法者的规制意旨。现实生活中人们理解的行政性垄断,几乎凡指一切和行政权力有关的限制或者可能限制竞争的行为,而由于经济全球化的发展,时至今日,“在全球性市场竞争中,在私营企业和国有企业的背后都不难见到政府的身影”^[3](第 55 页)。如果把所有涉及政府行政权力介入的经济活动都作为行政性垄断看待,显然和现实经济生活的发展需要和趋势构成严重对立。其三,行政性垄断的法律界定必须清晰、明确,具有内容和外延两方面的可把握性特征。行政性垄断的界定范围必须考虑其法律操作中的可执行性。这就要求对行政性垄断的定义所概括的外延所及之行为,必须有适当的限度,这个限度就表现为对定义所涵盖的范围既应当规制,也能够通过设置相关严格的执法机构、执法程序、法律责任制度等保证实现相应的规制措施。不能再使之成为仅具宣示性意义的立法。其四,考虑到法律定义与法理定义的关系,在反垄断法对行政性垄断下定义时,应当考虑法学上关于行政性垄断的理性认识,认真处理好行政性垄断的法理概念和法律定义的关系,尽可能的发挥法理研究对法学实践的指导作用。

(二)国外反垄断法关于行政性垄断法律界定的一般考察

国外反垄断法有关行政性垄断的规定最有代表性的应属经济转轨国家如俄罗斯、乌克兰等。俄罗斯是典型的经济转轨国家,并且它和我国经济发展的历程有极大的共通之外,如都经历过长期的高度集中的计划经济时期,都实行了以市场化为主导的经济改革措施,都存在包括国营经济、私营经济、个体经济、混合制经济等多种经济成份长期并存的经济利益划分格局,国营经济在国民经济发展中都仍然占据主导地位等。而且即使在今天,俄罗斯的国营经济经营活动仍然是主要的经营活动,某些种类的经营活动仍然只能属于国家经营活动的范围。由于俄罗斯的经济改革采取的是休克疗法,实行了快速的私有化改造,经济发展进程出现了急剧的波动。加之内外环境不稳定,市场体系不完善、企业间真正的自由联系渠道不畅通,而且行政权力的习惯作用仍然存在,所以基于部门、地区、企业、私人之间的经济利益不平衡而产生的行政权力对经济活动的不当干预在俄罗斯大量存在。因此,在实行市场化改造中制定的俄罗斯联邦《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》(以下简称俄联邦反垄断法),对严重破坏市场竞争秩序的行政性垄断行为作出了全面、严厉而且相当明确的规定。而其关于行政性垄断的界定则是其一大特点。

俄罗斯反垄断法对于垄断活动的界定,包括经济性垄断和行政性垄断两方面的内容。而其中所指的行政性垄断,是指联邦行政权力机构及联邦各部门的行政权力机构、各市政当局,所从事的与反垄断法规相抵触的行动,以及会趋向阻止、限制和排除竞争的行动。该法关于行政性垄断的界定可以分解为以下两方面内容:(1)行政性垄断的主体:根据该法

第4条规定,行政性垄断的主体为行政权力机关,具体包括:俄罗斯联邦、联邦下属各共和国、自治区、州的国家与地方行政机关,区和市所设的行政权力与市场管理部门,以及社会组织和团体的管理部门。联盟、协会和商会,以及企业跨部门、跨地区成立的完全履行管理职能的其他联合机构,也都属于可以实施行政性垄断行为的主体范围。由此可见,俄罗斯关于行政性垄断的主体规定的范围相当广泛,基本上可以涵盖行政主体的全部内容。(2)行政性垄断行为的本质属性:根据该条规定,行政性垄断是指行政权力机关实施的与垄断法规相抵触的行动,以及会趋向阻止、限制和排除竞争的行动。从该条的规定来看,第一种“与垄断法规相抵触的行为”应当是直接违反了反垄断法禁止性规定的行为,至于具体的行为表现,该法第7-9条有相应的规定。而第二种行为,从语义解释的角度来分析,应当还包括本法没有直接明确规定或者列举出来,但行政权力机关的行为本身导致或者可能导致阻止、限制和排除竞争的行动。由此可见,俄罗斯关于行政性垄断定义的规定本身具有明显的开放性,即不限于该法已经明确列举的行为,而只要行政机关的行为没有法律依据并具有明显的阻止、限制和排除竞争的属性。所以,对第二类行为的规定比行为本身更具有法理价值和立法属性。因为它非常直接的表明,行政权力机关采取的任何旨在限制、阻止或排除竞争的行为都受到反垄断法的约束和调整。

关于行政性垄断的反垄断法禁止,另一个有代表性的国家是乌克兰。乌克兰于1992年2月颁布了《禁止垄断和企业活动中不正当竞争行为法》(下简称乌克兰反垄断法)^[4](第10-13页)。同样作为脱胎于高度计划经济体制而向完全市场经济体制迈进的经济转轨国家,乌克兰的经济转轨过程与俄罗斯存在相同的困境,因此,行政性垄断问题历史的成为其市场化进程的重大障碍。为打破行政性垄断,乌克兰反垄断法在重点扫除经济性垄断的同时,对有关行政性垄断的内容也作了相应规定。但乌克兰对行政性垄断的界定与俄罗斯不同,其反垄断法关于行政性垄断规定的表述是以“监管歧视”的名义进行。所谓的监管歧视,是指造成特定企业商业经营不利的官方行为,这些行为包括政府机关或官员实施或颁布的法令、法规和其他条例。

(三)中国反垄断法关于行政性垄断法律定义的具体设计

我国目前正在制定反垄断法,在该法中对有关行政性垄断的内容加以规定,已经成为学界和实践界的共识。但涉及具体的规制方法,首先就面临着一个如何对行政性垄断下一个法律定义的问题。根据法律定义的一般要求,并参考各有关国家已有的立法例,通过综合比较分析,笔者认为,俄罗斯关于行政性垄断的定义模式,对我国反垄断法对行政性垄断的定义有重要参考意义^[5](第8-10页)。俄罗斯关于行政性垄断和经济垄断一并在反垄断法上界定成一个综合性垄断的概念,一方面,明确揭示了行政性垄断反竞争的经济本质,为反垄断法规制行政性垄断提供了理论依据;另一方面,也使人们在观念上把行政性垄断和经济垄断等量齐观,将二者的违法主体——经济实体和行政机关,置于同样的法律地位,从而有效地回避了一些学者根本不承认行政性垄断的特殊性,而坚持要求将两种垄断在主体上同等对待的理论分歧。因此,此一看似简单的法律定义实际上解决了很多理论问题。笔者认为,在我国反垄断法对于行政性垄断的法律定义中,在对有关表述作出对应修改的前提下,应当考虑采取俄罗斯的定义模式,即我国反垄断法应当将两种垄断——经济垄断和行政性垄断,一并界定为:“垄断行为是指经营者或政府(含中央政府)及政府各部门所从事的与反垄断法规相抵触的行动,以及没有法律、行政法规依据采取的趋向阻止、限制和排除竞争的行动。”

上述界定与学理上一般将行政性垄断定义为“行政主体没有法律行政法规依据,利用行政权力,采取的限制正常市场竞争的活动”有所不同。这些不同,一方面是法理定义和法律定义的必然区别,另一方面并不表明行政性垄断的法理界定和法律定义毫无联系。二者之间的关系主要表现在:第一,两者所及行政性垄断的主体均包括中央国家行政机构;第二,法律定义以“政府及其所属部门”代替法理定义“行政主体”的表述,是基于照顾公众认知习惯的考虑,但对于非行政机关的其他行政主体利用行政权力限制竞争的行为并非毫不涉及,而可以以补充条款的形式,在附则中或者其他适当的地方以“参照执行”等相应表述予以追及。而且除其他行政主体之外,也应当将同样带有公权力属性的一些垄断,如党的机关、司法机关、军队、妇联、共青团等所实施的一些垄断行为的规制问题与对非行政机关的行政主体的垄断行为同样处理。否则这些垄断将成为反垄断法的一个盲区而仍无规制的法律依据,但其现实危害性同样不容忽视。第三,俄罗斯将违反反垄断法和其他一切因为行政权力的行使趋向限制竞争的行为都予以禁止,当前还不符合我国以国有经济为主体的经济现实。众所周知,我国有相当多的法律规定了利用行政权力造成的行政性垄断,使之成为合法的国家垄断或者所谓的国家垄断专营等^[6](第54-58页),反垄断法的出台不可能使这些现象立即消除。因此,对于有法律依据限制竞争的行为应当予以排除适用。当然,这些垄断有很多是对市场经济发展有害的垄断,笔者也不认为都应该予以纵容。对于如何消除有法律依据但实际上又有害于经济发展的所谓国家垄断或者国家特许专营等,可以通过其他立法形式加以规定。

二、关于行政性垄断行为的具体规制

在对行政性垄断作出适当的法律界定后,如何对其作出具体规制,即如何对其具体表现形式在反垄断法中加以详细

规制,以增强法律的执行性,便成为反垄断立法应当重点关注的另一问题。而关于行政性垄断的具体规制,不同国家有不同的立法例,我国学者对此问题也有不同的看法。

(一)我国关于行政性垄断具体规制的一般理论

对行政性垄断的具体规制,一般围绕其具体表现形式展开。而我国行政性垄断的具体表现,一般认为主要有两种形式,即行业垄断和地区垄断^[6](第 54-58 页)。行业垄断是指经济行业部门的政府主管机关运用其合法拥有的投资权、资源管理权、财政权、企业管理权等,限制或阻止其他行业部门的经营者或本行业部门内其他经营者从事某种经营活动,使其所支持的企业实现垄断和限制竞争。地区垄断是指地方政府行政机关滥用行政权力,搞地区封锁、地方保护主义,限制和阻止本地区以外的经营者进入本地区市场,参与公平竞争。其手段包括对外地的经营者或其商品拒办经营执照,或随意没收、罚款,限制或禁止本地或外地的原材料和商品出入本辖区,对外地经营者采取其他各种歧视措施等。

除以上最为典型的形态之外,较多的学者认为行政性垄断还有如下一些主要类型:(1)政府限定交易,即政府和政府部门滥用行政权力,限定他人购买(使用)其指定的经营者的商品(服务、劳务)等,限制其他经营者进行正常的经营活动。政府限定交易一般包括直接限定和间接限定,前者指政府以明确指令等公开的形式提出直接的交易要求,后者是指政府通过限定经营者的选择范围从而达到迫使经营者与其希望的交易对象进行交易的目的。(2)设立行政公司,即政府和政府部门滥用行政权力,设立在一定行业具有统治功能的公司,这些公司往往既兼具经营和管理职能,又兼具企业法人和行政管理职能,因此往往利用其拥有的行政职能为经营行为服务,从而导致行政性垄断。

另外,有学者还提出了另外一些行政性垄断形式,如(1)政府设置退出壁垒。即在电力、煤气和自来水供应等基础设施产业中,由于企业所提供的产品和服务是人民生活的必需品,政府不允许企业随意退出产业。(2)行政部门干涉企业联合行为,即一些经济主管部门或地方政府,利用行政权力,对企业联合进行若明若暗的干涉。这些部门常以“规范”“引导”的名义,将企业组成集团,限制竞争;或动用财政、税收、信贷项目的行政审批等权力,强制企业联合或阻挠企业自主联合等^[7](第 102 页)。

(二)国外反垄断法规制的行政性垄断行为的比较分析

已如前述,美国反垄断法和欧共体竞争法并没有关于行政性垄断行为的明确规定,所以我们还是考察转轨国家,特别是我们应当主要借鉴的俄罗斯、乌克兰等转轨国家反垄断法对行政性垄断的规制法例。

有关俄罗斯联邦反垄断法关于行政性垄断的具体形式的规定,主要包括:(1)限制竞争的法令、决策和行动;(2)可能限制竞争的机构设置和权力授予;(3)限制竞争的协议(协同行动);(4)行政机关官员参与企业经济性活动。其中每一项又都有更细致全面的列举规定。乌克兰关于行政性垄断的表现形式的各种列举,主要包括:(1)出于限制竞争的目的,禁止某个经济领域建立新企业或企业的其他组织形式,以及限制某种活动或者某种产品的生产;(2)强迫企业加入某联合体、康采恩、跨行业或地区以及其他的企业集团,或者强迫企业订立优惠合同,承担向某些消费集团提供价格便宜的商品;(3)做出可导致市场垄断地位的由中央分配商品的决议;(4)发布禁止在共和国某个地区销售来自其他地区商品的命令;(5)向个别企业提供税收或其他方面的减免,由此使它们相对其他企业取得优势地位,导致一定商品市场的垄断化;(6)限制企业购买或者销售商品的权利;(7)对个别企业或者企业集团发布禁令或者限制。此外,乌克兰反垄断法第 6 条还禁止最终导致违反该条规定的国家机关委托管理权的行为,即如国家机关委托有关主体实施上述行为,同样构成违法。但是,以国家安全、国防和其他公共利益的理由可以豁免适用第 6 条。

比较而言,俄罗斯、乌克兰等国家反垄断法的相关规定在以下几个方面值得我们借鉴:(1)从行政性垄断的行为性质出发进行列举,而非我国学者在研究时侧重于从主体出发进行列举。如将行政性垄断行为划分为“法令、决策和行动”,“机构设置”“协议(协同行动)”,只是在第 4 类上涉及行政官员作为个人主体参与企业经营问题。这与我国将行政性垄断以地方政府、政府部门、行政性公司等主体标准划分行为的特点显著不同。(2)关于通过机构设置、官员个人参与经济活动属于行政性垄断行为的规定,在我国目前还没有专门研究涉及此类问题,但这并不意味着我国不存在此类问题,实际上,以种种正当名义设置机构来限制竞争的事例不胜枚举,如著名的郑州“馒头办”就是个明显例子。另外,我国行政官员参与经济活动更不鲜见,各级政府官员同时兼任任本地或所属行业的国有大中型企业董事长等高级职务早已经习以为常。对于此类现象,学界没有引起足够重视,反垄断法如果仍然不予相关规制,则所谓的“官商垄断”将很难根治。(3)反垄断法明确规定“法令”等规范性文件造成的行政性垄断问题,再次提醒我们,对于行政性垄断的规制如果不追根溯源,处理政令甚至规章等抽象行政行为,则永远无法实现反行政性垄断保护竞争秩序的立法目的。

(三)我国反垄断法对行政性垄断行为的具体规制

反垄断法对于行政性垄断行为的具体规制,是保证相关规定可操作性的重要一环。而我国关于行政性垄断的前述传统分类,由于大多是从行为的主体而非行为的性质出发进行划分,往往存在交叉重叠现象,因此有时对于同一行为,是

属于地区封锁还是属于行业垄断等,存在争议。这对于立法而言,显然不具有操作价值。为实现立法明确、简洁、具体的要求,应当借鉴俄罗斯等转轨国家反垄断法关于行政性垄断列举的分类技术,即(1)以行为性质而非以主体分类为标准,如行为是具体的,还是抽象的;是行政机关的,还是行政机关工作人员的等,并结合传统分类中的积极因素,将行政性垄断的具体表现进行理论分类,以此为基础,再进一步细化各类具体行政性垄断行为的表现形式;(2)规定包括国务院规范性文件、部门规章、地方政府规章等在内的以政策、法令等形式出现的,本身违反反垄断法或没有适当的法律、行政法规依据而限制竞争的一切抽象性行政行为为行政性垄断行为,予以明确的立法禁止。同时,考虑到我国目前的实际情况,应当将法律和行政法规允许存在的带有行政权力影响色彩的垄断现象适当保留,并通过赋予反垄断执法机关相应的审查权(如年度审查建议权)等,对之加以适当约束并逐步缩减其范围和影响,直至最终取消。(3)禁止随意设立限制或者可能限制竞争的行政机构,或者对相关机构或有关社会组织授予限制或者可能限制竞争的行政权力。尤其应明确限制通过设置带有行政职能的行业协会等限制竞争。(4)禁止行政官员从事企业经济活动,从而彻底消灭所谓的“红顶商人”现象,还市场以纯粹的私域空间。

根据以上原则,运用一定的立法技术,在反垄断法中有关行政性垄断的两个基本问题的规定,就呈现出既有一般禁止(如关于行政性垄断的法律界定),又有具体规范(如关于行政性垄断行为的详细列举)的立法模式。采用这样的立法手段,相信可以全面规制现行的行政性垄断行为,如果再附之以有效的法律责任和执行机制,足以通过反垄断法有效的解决行政性垄断问题。

[参 考 文 献]

- [1] 魏凤荣. 试论法律概念的特征[J]. 当代法学, 2001, (10).
- [2] [英]哈 特. 法律的概念[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1996.
- [3] 王晓晔. 市场经济与反垄断法[M]. 北京:法律出版社, 1998.
- [4] 王晓晔. 竞争法研究[M]. 北京:中国法制出版社, 1999.
- [5] 郭宗杰. 一体立法与分别规制——论中国反行政性垄断的立法体例[J]. 暨南学报, 2005, (1).
- [6] 漆多俊. 中国反垄断立法问题研究[J]. 法学评论, 1997, (4).
- [7] 齐春雷. 试论我国的行政垄断及其法律规制[J]. 合肥工业大学学报, 2003, (4).

(责任编辑 车 英)

Definition and Presentation of Administrative Monopoly in Anti-monopoly Law of China

GUO Zong-jie

(Jinan University Law School, Guangzhou 510632, Guangdong, China)

Biography: GUO Zong-jie (1970-), male, Doctor, Lecturer, Jinan University Law School, majoring in economic law.

Abstract: The definition and presentation of administrative monopoly are two basic problems in China, s legislation of anti-monopoly law. About the definition, may be learn something from the Russia legislation, give a integrative definition which include economic and administrative monopoly; about the presentation, may be adopt a new classification, which take the nature of the behave as a criterion, but not the standard of main body of tradition classify.

Key words: Anti-monopoly Law; administrative monopoly; legislation