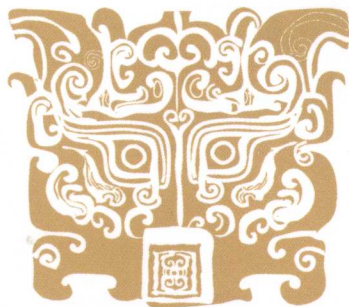




上海政法学院学术文库-行政法学丛书



关保英 黄辉 曹杰 著

行政垄断之行政法规制

XING ZHENG LONG DUAN ZHI XING ZHENG FA GUI ZHI

中国政法大学出版社

上海政法学院学术文库——行政法学丛书

行政垄断之行政法规制

关保英 黄 辉 曹 杰 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政垄断之行政法规制 / 关保英, 黄辉, 曹杰著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2008. 7
ISBN 978-7-5620-3252-6

I. 行... II. ①关... ②黄... ③曹... III. 行政法 - 研究 IV. D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字 (2008) 第113389号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 16.25印张 320千字

2008年7月第1版 2008年7月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3252-6/D·3212

定 价: 30.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

“上海政法学院学术文库”
编 审 委 员 会

主 任：金国华

副主任：闫 立 杨俊一

委 员：(以姓氏笔画为序)

王明华 王 蔚 闫 立 汤啸天

关保英 刘 强 杨俊一 杨 寅

何平立 吴益民 张森年 陈大纲

金国华 倪正茂 章友德

学术文库·总序

中华民族具有悠久的学术文化传统,两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”,其即蕴涵着彰扬学术、探索真理之意。而《中庸》论道:“博学之,审问之,慎思之,明辨之,笃行之”,此则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此,从对世界历史进程的审视与洞察来看,社会发展、科学昌明、思想进步,从来都离不开学术科研成就与力量的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量,而科学研究水平是一所现代大学的重要标志,直接体现了大学的办学水平和综合实力。因此,一个大学的学术氛围,不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研发展,而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。正如英国教育思想家纽曼所言,大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量,它态度自由中立,传授普遍知识,描绘理智疆域,但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会;高等教育发展的核心是学术和人才。因此,大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地,在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学,学院注重内涵建设和综合协调发展,现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训,这既是学校办学理念的集中体现,也是上政学术精神的象征。这一校训,不仅大力倡导复合型人才培养,注重个性特色的充分发挥与自我价值的实现,提供自由选择的

学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进;而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力于对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判,探求科学与人文的交融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院的教师们展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代文学大家曾云:“一代文章万古稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想与智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登学术高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿“上海政法学院学术文库”精神,薪火传承、代代相继!

上海政法学院院长 金国华

2006年9月10日于求实楼

学术文库·行政法学丛书·总序

“行政法学丛书”作为“上海市重点学科(行政法学)”的部分成果,是我们多年来对行政法学哲理、实务等问题所作思考的系统总结。2006年9月,承蒙上海市教委的正确指导和资助,上海政法学院的行政法学学科被批准为“上海市重点学科”。该学科立项后,上海政法学院的领导给予了高度重视,在组织机构、人员配置等方面进行了部署。学科组对该学科的发展进行了整体建设的规划,并得到了院领导的认可和市教委的批准。该学科以行政法理论与实践为总的建设方略,设有行政法基础理论与实务、公共政策与比较公法、科技文化与卫生行政法治等方向。学术著作的撰写和编著是学科建设的重要组成部分,本学科拟在建设期间出版学术专著和规范化的教科书30余部。基于我国行政法基础理论相对薄弱的现实,我们在学术著作的选材上以行政法基本原理、行政法史、比较行政法为主,并兼顾部门行政法中备受社会关注的热点问题,通过系列学术著作和规范化教科书的出版及数年建设使本学科形成自己的特色。希望学术界同仁和广大读者给我们批评建议,帮助我们在这套丛书出好。

关保英

2006年12月

序 言

行政垄断,指行政主体包括行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力所设定的排除、限制市场竞争的行为或状态。我国对行政垄断进行规制可在《反不正当竞争法》和《反垄断法》等部门法中找到某些法律渊源。而这些规制较之于行政垄断之行政法规制或只具有宣示意义或只局限于经济体制层面。而在行政法治和国家权力运行的框架和背景下将行政垄断纳入行政法规制的范畴,通过行政法中规范性和制度性的技术处理,从而实现对行政垄断相关领域和范畴合理有效的限制、对抗和疏通,其理论探讨和实践方向将更具现实意义。

行政垄断起源于人类社会早期,以斯密和李嘉图为代表的古典经济学家在其著作中即有阐述。伴随着经济发展,特别是市场体制的确立与进步,公共选择理论、芝加哥学派、新制度经济学派以及自然垄断理论对行政垄断的认识、反思和规制亦不断增进,使人们对行政垄断的有益探索处于总体提升的状态,这完全符合认识辩证规律与实践逻辑范畴。人们对行政垄断认识的历史根源于行政垄断自身演变和发展历程,因为行政垄断从产生之初就没有离开过人们身边。行政垄断这种凭借行政权力限制、排除竞争从而形成垄断状态和行为的因各国不同程度的共同经历而具有普遍意义。其在成为世界性课题的同时,也给意味着市场生命的竞争规则和秩序以及人们的合法权益带来了不可言喻的无形或有形的破坏,而人们反行政垄断进程的脚步也一直在延续。国外理论界在政府干预经济、自然垄断行业改革、政府反垄断等

方面已有较为成熟的理论成果,发达国家在政府反垄断、自然垄断产业改革等方面也积累了丰富的经验,对我国反行政垄断具有重要的参考价值和借鉴意义。而几千年的专制传统、文化积淀以及长期遭受计划经济体制束缚等特殊因素,使得我国反行政垄断的道路或模式选择在借鉴国外研究成果和实践经验的同时,更应注重本土的探索。

近年来,行政垄断问题已引起学术界高度关注。一方面我国理论界对行政垄断问题的研究不断深入并取得大量研究成果。专家和学者们对我国转型时期行政垄断的表现形式、产生根源和危害,行政垄断与其他相关概念的关系等进行了详细认真的研究,并提出了反行政垄断的对策方案。经济学专家和学者针对自然垄断行业的行政垄断,在电力、电信、邮政等行业设计了引入竞争、打破垄断的可操作性机制;法学界专家和学者就反垄断法的立法、执法、司法机构的设置和其他法律的完善等提出了许多建设性意见。这些研究成果丰富了我国转型时期的经济理论,对制止凭借行政权力破坏市场秩序、限制竞争的行政垄断行为具有积极的推动作用。另一方面,行政垄断问题的研究还停留在较浅层次的理论认识上,与中国现时的改革实践和市场经济建设尚存在差距。从目前已有的文献看,这方面的研究成果尤其是系统全面的研究成果数量还非常有限。学者们对行政垄断的含义、特征、原因和后果、反行政垄断的对策建议等方面还存在不同意见,甚至还存在很大分歧和争议,而且多半局限于行政垄断某一方面的理解与探讨上。在研究深度上,多是就中国转型时期的行政垄断现象进行研究,而没有从政府经济学和国家职能的高度以及经济发展史、制度变迁史的角度深层次研究并全面把握行政垄断的特征和演变规律。

2008年8月1日起施行的《中华人民共和国反垄断法》点燃了人们反垄断、包括反行政垄断的希望。自1994年由商务部负责起草和调研

工作以来,该法案从起草到审议通过历经13年,见证了中国市场经济的转型。这部素有“经济宪法”之称的法律的出台被民众寄予高度期望,其中关于行政垄断的问题也再次引发社会公众的强烈关注。《反垄断法》有利于建立平等竞争的市场环境,普及竞争理念和竞争文化,平衡协调各方利益关系,促进市场经济体制的完善发展。但其中关于行政垄断的规制还存在一定缺陷:其一,立法的内容存在一定的疏漏。该法所列举的六种行政垄断的情形并不能囊括所有的行政垄断形式,而同时为立法列举所遗漏的情形,又不能以该法第3条的规定予以规制,这就造成了立法上的空白。其二,忽视行政垄断规制的体制性因素。在《反垄断法》中对于行政垄断的违法行为只作了禁止性的规定,而没有涉及对避免违法行为出现的行政体制进行根本性的纠正,如此仅涉及垄断的现象和表面,却未从根本上动摇行政垄断存在的根基。其三,忽视了行政垄断规制的行政性质。行政垄断是依靠政府的行政权力形成,并依靠行政组织和行政手段推动的,其危害性远大于一般的经济垄断。因此反行政垄断应以限制行政权、规范行政权为目标,其中至少应是经济性和行政性并举。而《反垄断法》对于行政垄断行为强调更多的是其经济性质而忽视了行政性质。

在此背景下,专家、学者在对《反垄断法》进行充分理解和全面解读的同时,也以此为契机,开始新一轮反行政垄断的理论研究,力图为反行政垄断架构一个更为有力的法律平台和运作模式,这些理论研究既是对《反垄断法》内涵及其精神实质的高度概括和深层延伸,同时又为其不断充实、完善以更有效地规制行政垄断提供理论积淀,而本书的论旨正基于此。

本书的理论价值和实践意义在于:其一,对行政垄断的系统把握。从行政垄断基本概念到成因分析,从行政垄断的类型到行政垄断的行

政权表现,从各国制约行政垄断的经验概括到行政垄断权力、行为、责任等方面的法律对策都进行了较为全面、系统的论述,而目前国内对行政垄断进行全面分析研究的著作相当有限。其二,重新界定行政垄断概念并分析行政垄断与相关概念的关系。国内有关专家和学者对行政垄断的研究和探讨总体倾向于封闭、分散,没有形成充分交流的基本依据和逻辑前提,而新《反垄断法》恰恰对此提出了主题性要求。其三,深刻把握行政垄断的国际和国内、历史和当今的向度。本书对行政垄断的考查、论述既有国际的视野,又注重本土的探索;既有对行政垄断历史演进进行的综合凝练,又有对行政垄断现状及路径进行的全面解读。其四,对行政垄断法律救济进行了有益探索。不同形式行政垄断的成因对社会经济的影响不尽相同,本书在综合考虑各种因素的基础上,从权力、行为、责任等方面对行政垄断的规制提供了法律救济的进路,这是《反垄断法》在行政垄断领域的要义秉承和合理延伸。另外,在研究方法上,注重行政垄断问题的实证分析与规范分析、历史论证与比较论证相结合。同时,对行政垄断相关经济学、法学、政治学等不同学科领域进行了跨学科研究,并借鉴和运用了法学、政治学、历史学等领域的部分研究成果。

本书共八章,第一章旨在通过对“行政垄断是什么”的考察和分析,在我国现实国情和《反垄断法》出台宏观背景和理论框架下探讨行政垄断概念的实质意义,以此为基础展开对行政垄断与相关概念等基本范畴的梳理,并对行政垄断概念进行界定;第二章着重从行政权力滥用和行政权力滥用的滋生土壤两个视角切入,对行政垄断的成因考查,进一步探讨导致行政垄断产生的政府干预主义的行政意识基础、利益配置不合理的社会经济基础、有效法律控制缺失的法制基础和权利义务不对等的社会基础;第三章对行政垄断行政许可、行政指导、行政合同和

行政计划等层面的行政权表现进行归纳,厘定反行政垄断适用重点;第四章通过各国行政法制约行政垄断探索和经验的比较分析与总结,为我国在行政法视野制约行政垄断提供了借鉴路径;第五、六、七、八章则从限制行政垄断权力、限制行政垄断行为、追究行政垄断责任、疏通行政垄断行为等方面提出了规制行政垄断的法律救济,绘就制约行政垄断的理论框架、实践趋向及法治图景。

全书具体分工如下:关保英(上海政法学院教授、博士生导师)撰写第一、二章;黄辉(华东师范大学法学博士研究生)撰写第三至七章;曹杰(华东师范大学法学硕士研究生)撰写第八章。全书由关保英教授统稿、审定。由于知识结构局限和研究深度不足,加之资料所限及时间仓促,理论探索 and 研究的疏漏在所难免,敬请广大读者不吝斧正,为本书完善提供帮助和支持,深远之,为我国反行政垄断进程增添裨益。

作者

2008年4月

| 目 录 |

学术文库·总序	I
学术文库·行政法学丛书·总序	III
序 言	IV
第一章 行政垄断概述	1
一、行政垄断概念的界定 / 1	
二、行政垄断的类型划分 / 9	
三、行政垄断与其他相关概念 / 18	
四、行政垄断与中国行政法治新进路 / 22	
第二章 行政垄断的成因分析	28
一、政府干预主义的行政意识基础 / 28	
二、利益配置不合理的社会经济基础 / 32	
三、有效法律控制缺失的法制基础 / 37	
四、权利义务不对等的社会基础 / 42	
第三章 行政垄断的行政权表现	45
一、行政许可设立的行政垄断 / 45	
二、行政指导设立的行政垄断 / 51	
三、行政合同设立的行政垄断 / 57	
四、行政计划设立的行政垄断 / 63	

第四章 行政垄断行政法制约的比较分析	72
一、行政垄断行政法制约的界定 / 72	
二、行政垄断行政法制约的立法比较分析 / 78	
三、行政垄断行政法制约的机构比较分析 / 89	
四、行政垄断行政法制约的责任比较分析 / 95	
第五章 限制行政垄断权力的法律对策	101
一、限制行政垄断权力的理论基础 / 101	
二、确立行政权的非经济化规则 / 106	
三、确立地方权力的国家权构成化规则 / 112	
四、确立部门权力的行政权分支化规则 / 117	
五、确立行政权市场活动中的良性运行规则 / 121	
第六章 约束行政垄断行为的法律对策	126
一、市场主体资格的行政确认行为程序化 / 126	
二、市场业务行政管理行为有限化 / 131	
三、市场秩序的行政监督行为公开化 / 140	
第七章 追究行政垄断责任的法律对策	150
一、行政垄断责任构成的法律界定 / 150	
二、行政垄断的社会后果 / 154	
三、行政垄断法律责任的现状 / 159	
四、追究行政垄断责任的法律对策 / 162	
第八章 疏通行政垄断行为救济的法律对策	174
一、行政垄断行为立法审查的法律救济 / 174	
二、行政垄断行为司法审查的法律救济 / 183	
三、行政垄断行为行政途径的法律救济 / 188	
四、行政垄断行为制度性的法律救济 / 193	

主要参考文献	199
附 录	203
中华人民共和国反垄断法 / 203	
中华人民共和国反不正当竞争法 / 210	
中华人民共和国价格法 / 214	
中华人民共和国行政诉讼法 / 219	
山东省实施《中华人民共和国反不正当竞争法》办法 / 227	
欧盟竞争法简介 / 233	
美国的反垄断法·谢尔曼法案 / 238	
日本防止不正当竞争法 / 239	

第 1 章

行政垄断概述

一、行政垄断概念的界定

行政垄断是指行政主体包括行政机关或法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织所设定的限制、排斥、妨碍市场竞争的行为或状态。它是国家权力结构中的行政权与经济领域中的垄断相结合而形成的异化的法经济学现象,因行政权的介入,使与之相关的垄断行为或垄断状态具有合法化的形式和規制上的阻却性,因其对民主行政、法治行政的严重危害性而成为理论界所关注的热点问题。行政垄断概念的界定可以从以下四方面展开:

(一) 实施主体的行政性

理论界对行政垄断实施主体的认识不尽一致。有的学者指出:“所谓行政垄断,是相对于经济垄断而言的,指国家经济主管部门和地方政府滥用行政权,排除、限制、妨碍企业之间的合法竞争。”^{〔1〕}行政垄断区别于其他垄断的标志在于其“行政性”。“行政”是理解行政垄断的起点,如果没有行政主体的行政活动,也就没有行政垄断存在的可能性。

1. 规制行政性与给付行政性。规制的行政性是政府规制行政具备的属性,其通过限制公民、法人的权利、自由,或对其施加义务、负担而达到目的的行政活动。在这种行政状态下,政府往往都是以下达命令的方式表现于外,必要时可采取一定的强制措施确保任务的实现。这种规制性主要包括社会规制和经济规制。行政垄断侧重于经济规制,多半表现为政府开列采购目录,将产品分为禁止从外地购进和限制从外地购进,对外产品实施类似于行政许可方式的管理;规定企业采购本地产品的总额,即必须保证本地产品的销售数量,然后才考虑使用外地的产品;以发布文件、规定、通知等形式,明确规定在行政辖区内消费或销售某种产品。给付的行政性是给付行政的应有属性,是指通过给予

〔1〕 王保树:“企业联合与制止垄断”,载《法学研究》1990年第1期。

公民、法人某种利益、权利达到行政目的的行政活动。现代社会随着国家职能的转变,积极主动为公民提供最大的服务与照顾已经成为国家的重要任务。这种行政状态下的表现形式很多,大体可以分为对个人提供特定形式的给付和通过兴建公共设施等形式为社会全体成员提供的给付。例如,政府兴建公共设施(如道路、桥梁、公园、广场等)、兴办公用事业(如兴修水利、举办文化活动等)。行政的给付性从其出发点和落脚点来说都是无可厚非的,但是在其执行过程中,由于利益因素的渗透、行政权力的异化等作用,给行政垄断提供了大量的生长土壤。

2. 行政的强制性和指导性。行政垄断主体之所以具有行政性,在很大程度上来源于其所依托的行政权力的强制性,行政主体通过强制性的方式达到行政目的。在传统行政法上,行政活动大多属于强制行政。例如,在警察行政、税务行政等领域,命令和制裁等强制性手段即被较多使用,行政垄断也多半是行政强制性的产物。与强制性相反,指导性行政则是通过劝导、契约、指导、建议、激励等柔性的非强制性方式达到行政目的的行政活动。正如日本行政法学者盐野宏所言:“行政并不仅是行政行为 and 行政强制执行,而是使用各种各样的手段来实现其目的。……行政,除从前范围内的公法上的方法以外,也使用所谓私法上的手段进行活动。……在现实的行政中,……还存在裁量基准、行政指导、行政计划、行政调查等各种行为和制度。”^{〔1〕}正是行政指导性的非强制性,导致大量行政指导、行政计划、行政合同等行政指导性手段的运用,这些手段同样是以行政权力为载体,行政权强化、异化就会与行政垄断产生必然的关联。例如,在大量的给付行政活动中,信息发布、订立契约、实施指导等都是垄断主体广泛使用、实行政垄断的手段。

3. 据法行政性和自主行政性。根据行政受法律拘束程度的不同,可以把行政分为据法行政和自主行政,据法行政性与自主行政性是二者在行政法上的本质反映。据法行政性是指行政活动不是毫无章法地乱来,而是要受到法律的严格制约。在据法性范围内,垄断主体与行政垄断关联点在于将一些行政性或垄断的规定上升到法律或具有法律效力的层面,通过法律、制度、规章、行政法规的方式为行政垄断披上“合法化外衣”。自主行政性则是行政活动受法律的宽松约束,由于行政活动本身所具有的灵活性和能动性以及法律规则本身的滞后性都决定了酌情裁量在行政活动中占据了重要的地位。裁量意味着行政活动的实施者在行政过程中拥有自由的选择和判断的权力,正如德国行政法学者平特

〔1〕〔日〕盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第36页。