



JiNan
University

暨南大学
法学文库

郭宗杰 著

行政性垄断之 问题与规制



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



JiNan
University

暨南大学
法学文库

行政性垄断之 问题与规制

郭宗杰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政性垄断之问题与规制/郭宗杰著. —北京:法律出版社,2007.7
(暨南大学法学文库)
ISBN 978-7-5036-7668-0

I. 行… II. 郭… III. ①行政法—研究—中国
②国家干预—市场经济学—研究—中国
IV. D922.104 F123.16

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 134977 号

法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧 刘 辉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2007 年 7 月第 1 版

印张/7.5 字数/197 千
印次/2007 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939738

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7668-0

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



郭宗杰 1970 年 9 月生于河南方城，法学博士，暨南大学法学院副教授、硕士研究生导师、经济法教研室主任，兼职执业律师。主要从事经济法的教学和研究工作，主持、参与厅局级、省部级科研课题 7 项，参与编写《宏观调控法研究》、《经济法学》等论著和高等学校法学教材 10 部，并在《武汉大学学报》、《法律科学》等刊物上发表学术论文 20 余篇。



对行政性垄断问题的讨论多以论文形式出现，系统深入的著述并不多见，本书正是对行政性垄断相关问题予以独辟蹊径的研究的专著。

本书创造性地提出行政性垄断是行政主体没有法律依据而利用行政权力实施限制正常市场竞争的行为的概念，并以此为基础以六章的内容，分别讨论了行政性垄断的基本概念、成因、危害、规制的理论与实践以及中国行政性垄断规制的内容、法律责任设置、执法机构和执法程序等问题。本书的亮点在于其观点新颖，论述系统，在行政性垄断的研究框架内首次引入民法基本原则作为理论分析工具，因此在理论和实践两个领域都具有不同寻常的意义。

序 言

行政性垄断问题是我国法学界近年比较关注的一个热点问题。这一方面是由于行政性垄断在中国长期以来确实已经泛滥成灾,另一方面也是由于国家立法机关一直在进行立法方面的探索和设计。理论是现实的反映,因此,关注行政性垄断自然成为学者们的学术使命和研究动力。本书在一定程度上是这种关注和努力的继续,并力图通过研究为立法上解决这一问题提供理论支持和可操作的具体建议。

全书共六章。第一章对行政性垄断的概念和构成问题进行了探讨。目前关于行政性垄断的界定有广义说和狭义说两种。广义说认为行政性垄断是包括电力、邮政、通讯、铁路、民航等所有有政府背景支持的,能够从行政权力的运作中获得竞争优势的垄断;狭义说则认为行政性垄断仅仅限于地区封锁、部门壁垒、强制交易等行政权力直接干预市场竞争造成的垄断。本书界定的行政性垄断不包括电力、邮政、铁路等以国家有关法律明确规定的垄断,但又不限于地区封锁和部门贸易壁垒,而把最高国家行政机关——国务院的行为,也包括在实行政性垄断的范围中。对于法律明确规定的垄断,如电力、邮政等,虽然没有列入行政性垄断直接规制的范围,但认为应将其作为一种特殊的垄断形式,通过在反垄断法中设置相应条款加以适当规制。同时,关于行政性垄断概念的具体表述,笔者没有采用目前广为采用的属于“行政机关滥用权力”的观点,认为这种表述理论上不清晰,操作上不可行,因此提出行政性垄断是“行政主体没有法律依据而利用行政权力实施的限制正常市场竞争的行为”。以此界定为基础,本章对行政性垄断的构成要件进行了分析,认为行政性垄断的构成应包括主体要件(行政主体)、行为要件(没有法律依据的行政权力行为)、后果要件(对正常竞

争造成实质性的限制)三个方面。另外,本章还对行政性垄断的一般表现形式及其与经济性垄断、自然垄断、国家垄断以及国家特许的垄断、国有企业的垄断等的区别进行了简单阐述。

第二章就行政性垄断的一般成因及其在中国的特殊表现进行了分析。笔者通过对现代经济学相关理论的研究和对行政权力性质的分析,提出行政权力的私人化和市场主体的趋利性之双向互动,是行政性垄断产生的一般根据。这为各个国家不同程度地存在行政性垄断现象提供了共通的理论解释。同时,该章重点分析了中国行政性垄断之所以较为严重的特殊历史、文化和现实根源,认为中国历史上形成的全能政府和家国同构的行政文化传统为行政权力的肆意扩张提供了行政意识基础;国家权力和社会经济的紧密结合以及建国后经济发展的阶段性、不平衡性和政府主导性特征为行政性垄断的存在提供了“经济合理性”依据;而市民社会和政治国家制衡机制的缺失则为行政权力的失范提供了另一层面的解释。同时,本章还首次在行政性垄断的研究框架内引入民法基本原则作为理论分析工具,对中国行政性垄断的成因和危害进行了专门的探讨。这和学界通常把平等、自治、公平等民法理念与反垄断法完全对立的观点不同。笔者认为,传统民法基本原则强调的平等、自治、公平等理念,实际上是形式理性和实质理性的统一。而学界以前过于关注其形式理性,从而忽视了其实质理性,因此当然地认为,随着现代社会化大生产的出现,应当对传统民法的平等、自治、公平等理念进行修正。而在笔者看来,应当修正的不是这些理念或者原则本身,而是学界自身认识的局限。以平等、自治、公平等民法基本原则的实质内涵,即实质上的平等、自治和公平而论,反行政性垄断和民法基本原则所蕴涵的理念有着根本上的同源性。由此,笔者揭示了中国行政性垄断泛滥的最根本原因:缺乏民法最基本的平等、自治、公平理念支持的社会意识基础,因而没有形成有效的制约公权力的公民意识和制度架构,使行政权力肆无忌惮地侵入私的经济领域,从而导致行政性垄断肆意横生。

第三章集中于行政性垄断危害问题的讨论。关于行政性垄断的危害,学界一般从经济发展和政治体制进程等方面进行探讨。本章则主

要从行政性垄断与经济民主化、世贸组织规则、民法基本原则理念等现代价值目标和制度模式的关系出发进行分析,认为行政性垄断不但有损经济效率,减损社会福利,还与以上诸多现代社会价值目标相背离。例如,经济民主要求在宏观上实现机会均等、分配公平、规则公平,在微观上实现生产者、消费者和经济管理者之间的协作与利益平衡等,但行政性垄断则无疑与这些要求相抵触;又如,世贸组织规则强调贸易的非歧视原则和制度运作上的开放与透明,但行政性垄断以其公然的利益保护倾向和明显的封闭运行模式,构成对世贸组织原则的严重背离;再如,民法基本原则强调平等、自治、公平,而行政性垄断毫无疑问是对这些价值目标的肆意侵袭。由此,笔者揭示了必须规制行政性垄断的内在根据。

第四章以比较的方法研究了中外关于行政性垄断规制途径的现实选择及具体实践,并对中国未来规制行政性垄断的路径选择进行了探析。笔者认为,对行政性垄断的规制途径很多,但通过反垄断法的规制是一种必然而现实的选择。在关于国外反行政性垄断的法律实践方面,笔者主要对以俄罗斯及乌克兰为代表的经济转轨国家和以美国及欧盟为代表的发达国家有关反行政性垄断的法律实践进行了考察。笔者认为,转轨国家关于行政性垄断的法律实践,特别是其关于行政性垄断的界定和分类等,为我们提供了值得借鉴的丰富经验。关于发达国家的行政性垄断问题,笔者通过对现有有关资料和理论的综合分析,提出发达国家不是不存在行政性垄断,而是由于其发展阶段、私权意识、法律传统等诸多方面的特殊原因,使其现实生活中行政性垄断虽然存在但并不普遍,反行政性垄断的法律虽然存在但并不明显或者说并没有专门以我们所知悉的“行政性垄断”这样的概念来加以突显。另外,本章还对我国现行有关反行政性垄断的法律法规进行了分析整理,提出了现有立法在体系和制度模式上存在的诸多问题,同时也对我国未来关于反行政性垄断的立法模式和立法体例进行了初步探讨。笔者认为,在反垄断法关于行政性垄断的规制方面,我国应当采用俄罗斯的“统一立法、分别列举”、“统一定义、分别主体”的立法技术,这样既可以增强人们对行政性垄断经济危害性的认同,又清晰具体,易于执法

操作。

第五章和第六章在充分借鉴国外现有立法成果,并吸取中国现有反行政性垄断立法经验的基础上,对中国反垄断法规制行政性垄断的具体内容、法律责任、机构设置、执法程序等进行了论证并提出了相应的立法设想。如关于行政性垄断的定义,认为应当在“分别主体”的前提下,将行政性垄断和经济性垄断一并界定,同时恰当处理法律定义和学理定义的不同;关于行政性垄断的法律表现形式,认为应当采用以行为性质而非以主体类别对行政性垄断进行分类的立法表述设想;同时,对反垄断法在反经济性垄断和行政性垄断的同时,如何处理介于其间的自然垄断、国家垄断、国家特许经营等所谓特殊行业和领域的垄断问题也提出了建议。在法律责任方面,笔者首次提出了行政主体的国家责任和实施行政性垄断的市场主体的民事责任问题,并强调行政主体负责人和直接责任人承担法律责任对于规制行政性垄断的重要意义。在反行政性垄断执法机构的设置上,笔者主张设立一个独立、权威、高规格的专门机构。在执法机构的职权授予上,笔者参照前面设计的行政性垄断行为,以事后查处和预先防范相结合为目标,大胆、详细地设计了针对性突出、操作性较强的职权架构,同时也对适应反行政性垄断需要的特殊执法程序进行了必要的讨论并提出了自己的建议。特别是针对2006年全国人大常委会已经一读讨论的《中华人民共和国反垄断法(草案)》的相关条款,结合自己的研究成果,提出了相应的修改和立法意见,希望这些意见能够对推动反垄断法立法,促进相关立法内容更为科学化、规范化以及更具操作性等起到一定的积极作用。

目 录

引言	1
第一章 行政性垄断基本概念的展开	5
第一节 行政性垄断概念的来源及界定	5
一、垄断概念的一般解释	5
二、行政性垄断的语义分析与具体界定	9
第二节 行政性垄断的构成与基本形态	18
一、行政性垄断的构成问题	18
二、行政性垄断的基本形态分析	30
第三节 与行政性垄断概念相关的问题分析	35
一、行政性垄断的“行为”与“状态”之辨	35
二、行政性垄断的违法性界说	37
三、行政性垄断与相关概念的关系分析	38
第二章 行政性垄断的成因及其在中国的特殊表现	46
第一节 行政性垄断存在的一般成因之分析	46
一、行政性垄断成因的一般解释	46
二、中国行政性垄断存在的特殊根源概说	49
第二节 行政性垄断与中国传统行政文化	52
一、行政文化的含义和功能	52
二、行政性垄断的产生符合中国传统行政文化的必然逻辑	56
第三节 行政性垄断与经济发展背景	59
一、行政性垄断与中国经济发展的历史传统	59
二、行政性垄断与中国经济发展的现实环境	63

2 目 录

第四节 从市民社会与政治国家理论出发的考察·····	71
一、市民社会与政治国家含义的一般解读·····	72
二、市民社会与政治国家关系理论的历史考察·····	74
三、市民社会传统的缺失和政治国家功能的错位与行政 性垄断的产生·····	78
第五节 行政性垄断与民法基本原则理念的缺失·····	81
一、对行政性垄断与民法基本原则的理性研析·····	81
二、民法基本原则理念存在和发展的历史背景·····	83
三、中国缺乏民法基本原则理念生成的经济基础和法 律传统·····	87
四、民法基本原则理念的缺失是行政性垄断泛滥的深层 意识根源·····	90
第三章 行政性垄断对理性价值的悖反·····	94
第一节 对行政性垄断危害问题的一般考察·····	94
一、关于行政性垄断危害问题的不同解读·····	94
二、全面分析行政性垄断危害问题的新路径·····	98
第二节 行政性垄断与经济民主化的矛盾·····	100
一、经济民主的基本内涵与价值目标·····	100
二、实现经济民主制度安排的内在结构·····	104
三、行政性垄断与经济民主化要求的根本矛盾·····	109
第三节 行政性垄断与世贸组织规则的冲突·····	113
一、行政性垄断和世贸组织非歧视原则的冲突·····	113
二、行政性垄断和世贸组织透明度原则的冲突·····	118
第四节 行政性垄断对民法基本原则的背离·····	121
一、行政性垄断对民事主体平等原则的背离·····	122
二、行政性垄断对意思自治原则的背离·····	125
三、行政性垄断对公平原则的背离·····	128
第四章 行政性垄断规制的理论与法律实践·····	131
第一节 行政性垄断规制的路径选择·····	131
一、行政性垄断规制路径的一般选择·····	131

二、各种规制观点的简要评析及中国规制行政性垄断的 应然选择	135
第二节 转轨国家反行政性垄断的法律实践	140
一、俄罗斯规制行政性垄断的法律实践	140
二、乌克兰反行政性垄断的法律实践	144
第三节 发达国家(国际组织)反行政性垄断的法律实践	147
一、美国反行政性垄断的法律实践	147
二、欧盟反行政性垄断的法律实践	150
第四节 中国反行政性垄断的法律实践	154
一、我国有关反行政性垄断的立法	154
二、我国现行反行政性垄断的执法机制	159
三、我国现行反行政性垄断立法和执法机制的缺陷分析	161
第五节 中国未来反行政性垄断立法体例之选择	162
一、反行政性垄断立法体例概说	162
二、国外反行政性垄断的立法体例选择	163
三、我国反行政性垄断立法体例之选择	166
第五章 中国行政性垄断规制的内容及法律责任设置	170
第一节 行政性垄断的规制内容	170
一、关于行政性垄断的法律定义问题	170
二、关于行政性垄断行为的具体列举	176
三、反行政性垄断与特殊行业和领域的垄断问题	179
第二节 根治行政性垄断的法律责任设置	187
一、行政性垄断的特殊性对法律责任设定的特殊需要	187
二、适应行政性垄断规制要求的法律责任制度构造	192
第六章 中国行政性垄断规制的执法机构和执法程序	198
第一节 反行政性垄断执法机构的具体设计	198
一、反垄断法执法机构的一般设计	198
二、我国反行政性垄断执法机构的设计	203
第二节 反行政性垄断的执法程序设计	207
一、国外反垄断执法程序的一般考察	207

4 目 录

二、我国现行反行政性垄断的执法程序及其重新设计	212
主要参考文献	216
后记	224

引 言

一、研究状况

垄断问题是竞争法研究的一个重要问题,垄断一般分为经济垄断、自然垄断、国家垄断和行政性垄断。对前三者的研究,西方市场经济国家有关理论已经非常发达,但是行政性垄断是一个特殊的问题,在西方国家虽偶有提及,由于实践上的缺乏,因此往往被忽略。在经济转轨国家,如俄罗斯及其他中东欧国家,立法和理论研究对行政性垄断均有涉及,但由于这些国家历史、文化、经济发展规模和水平等与我国有一定的差异,因此,其有关研究只能给我们提供一些借鉴。

反观我国,由于行政性垄断在日常生活中的普遍存在及其本身对经济发展和社会进步造成的严重危害,使其成为近年来我国反垄断法研究的一个重要问题。同时,经济学界也从经济学角度对行政性垄断的有关问题多有论及。在这些论述中,关于行政性垄断的概念、表现形式、产生原因、规制措施及其在我国反垄断立法中的地位等都有了一定的研究基础。但是,从总体来看,较深入的系统研究并不多,而单篇研究论文由于篇幅问题,一般停留在概念界定、表现形式列举、形成原因简析等层面,研究深度和论述广度远远不够;虽然已经有个别专著出版,但由于研究角度和研究方法等方面的原因,也很难对有关行政性垄断的所有问题做出全面解释。特别是对行政性垄断本质特征的认识,现有研究专著和论文从总体来看仍较为模糊,因而使得对行政性垄断的研究在成因分析、形式列举、规制措施、责任设置等方面都还存在一些没有解决的问题。关于反垄断法如何对行政性垄断进行规制的系统研究,目前更是少有涉及。而所有这些,都为进一步研究行政性垄断问题留下了广阔的学术空间。

二、研究意义

(一) 理论意义

由于行政性垄断是我国反垄断法律制度的重要内容,而现有研究成果又在诸多方面存在不足甚至完全没有涉及,因此,笔者力图通过本课题的研究,特别从与一般经济性垄断对比的角度,就行政性垄断的本质、成因、外在表现、规制措施等提出一系列研究结论,以完善我国现有关于行政性垄断的研究成果,丰富反垄断法的理论构成。同时,笔者在对行政性垄断理论研究的方法上也力图有一定的创新,如不是从体制改革的短期实践来分析行政性垄断的成因,而是采取跨时空的研究方法,立足于中国几千年的历史长河形成的行政文化传统和经济运行模式,去推演行政性垄断的深层根源;不仅仅从国内和转轨国家去分析行政性垄断的现状,更从欧盟经济一体化的进程当中竞争法的宗旨和作用出发,去推演行政性垄断在未来中国和世界法制实践中的角色转换等。

(二) 实践意义

1. 就立法方面而言,目前我国正在抓紧制定反垄断法,而反垄断法的重要内容之一便是如何规制行政性垄断。通过本选题的研究,笔者试图为我国的反垄断立法中有关行政性垄断的规制方法,如体例设置、内容安排、执法机构、责任形式、保障措施等提供有一定的理论支持的立法建议。

2. 就执法方面而言,通过本选题的研究,力图全面揭示行政性垄断的本质、成因和表现,拓宽对行政性垄断外延认识的广度,挖掘对行政性垄断本质认识的深度,从而为执法工作提供理论借鉴。

3. 就守法方面而言,通过对行政性垄断全方位的认识和推演,提高人们,特别是行政性垄断的潜在实施者对这一问题的认识,自觉地避免在经济运行和权力运作过程中出现相应违法行为。

总之,笔者期望通过自己的理论研究和现实的实践推动,为消除或者至少减轻行政性垄断对我国经济发展和社会进步产生的不良影响发挥一定的积极作用。

三、研究重点及理论创新

本书将进一步重点讨论行政性垄断的概念问题,厘清行政性垄断与相关概念的区别与联系,并从我国历史文化传统、经济发展历史、地区发展差异和有关经济学理论等诸多方面深入分析行政性垄断的成因。比较俄罗斯、乌克兰等经济转轨国家行政性垄断理论研究、立法和执法实践的利弊得失,分析美国和欧盟相关的理论、立法和判例对我国有关行政性垄断理论研究和立法规制的重大意义。在此基础上,研究规制行政性垄断的立法体例选择、具体规制形式、执法机构设置和责任承担方式等问题,以对正在制定的《反垄断法》如何规制行政性垄断提供立法建议。

在以上重点研究的问题中,以下几个方面的研究目前尚未被广泛认知:

1. 行政性垄断的传统界定和分类方法对于立法和执法上的规制具有诸多的不确定性,因此本书提出了以主体、行为和后果为要件来界定行政性垄断,并以行为性质而非行为主体对其进行立法分类的观点。

2. 对于行政性垄断成因和危害的分析,学界一般停留在经济体制和政治体制等方面,而本书则从行政权力性质和经济利益互动的角度分析行政性垄断的一般成因,并力图从行政文化传统、经济发展背景、市民社会和政治权力的相互作用的角度,为寻求中国行政性垄断的特殊成因提供解释。本书还首次在行政性垄断的研究中引入民法基本原则作为分析工具,为打通传统公私法研究的脱节提供了新的视角。另外,行政性垄断表现为行政权力的滥用,因此,学者多从行政机关的角度认识和论述行政性垄断问题。但是,实际上行政性垄断往往是行政机关和有关经济组织共同行为的结果,而且大多情况下,正是由于有关经济组织极力为行政机关供“租”,才导致行政性垄断措施的出台实施。因此,行政性垄断不是一个单纯的行政行为,故而本书尝试从行政机关和经济组织的结合角度为认识和规制行政性垄断提供解释。

3. 本书对于国外的行政性垄断现象进行了分析,而且在分析角度和分析方法上都有新的尝试,努力在现有资料中寻求普遍的逻辑联系,

并为我国的相关立法提供有价值的参照依据。

4. 本书对我国反垄断法如何规制行政性垄断进行了论证和设计:首先,在立法体例上,提出反垄断法对行政性垄断的规制必须考虑行政性垄断自身的特点,对经济垄断和行政性垄断的规制应该体现“一体立法,分别规制”的指导思想。其次,在对行政性垄断的界定和形式列举上,注意操作性,以法律执行为目的进行界定,以行为性质为依据进行列举。再次,在机构设置上,我国的反垄断机构不仅应是一个独立、权威、带有行政立法和准司法职能的机构,同时还应进一步强化其对最高行政机关的决策咨询职能,赋予其超然的绝对权威地位,关注其在对行政性垄断责任追究方面的法律地位和功能。同时在责任承担形式上,必须考虑行政性垄断的特点,摆脱单一责任形式,确立“行政机关和经济组织责任分立、行政主体和直接责任人责任分立”的双重责任承担范式,即“行政机关以承担行政责任为主,经济组织以承担经济责任为主;行政主体承担名誉责任为主,直接责任人承担身份责任为主”,从而达到责任追究的目的,彻底遏制行政性垄断泛滥的局面。最后,在执法程序上也要适应反行政性垄断的执法需要进行恰当安排。

需要说明的是,在本书体例安排和内容侧重上,考虑到学位论文写作的初衷,没有追求体系的完美,而只考虑观点论证本身的需要。由此在体系方面可能存在一些欠缺,如基于现有的相应研究成果已经较为丰富的考虑,本书没有就人们普遍关注的经济和政治体制等在行政性垄断形成方面的作用进行深入的分析,对于行政性垄断的现实表现形态也只是简单提及。同时由于资料掌握和运用方面的局限,国外相关的立法和司法实践的介绍也并不全面。对于这些缺失,只有期待在以后的工作中进行补正了。