

第九卷

珞珈法学论坛



LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院

本刊顾问：马克昌 李 龙

Wuhan University Press

武汉大学出版社

珞珈法学论坛

第九卷

LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院主办



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

珞珈法学论坛. 第9卷/武汉大学法学院;本刊顾问:马克昌,李龙. —武汉:武汉大学出版社,2010.12

ISBN 978-7-307-08140-6

I. 珞… II. ①武… ②马… ③李… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 170911 号

责任编辑:田红恩

责任校对:黄添生

版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北金海印务有限公司

开本: 787 × 1092 1/16 印张: 15 字数: 359 千字

版次: 2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-08140-6/D · 1037 定价: 36.00 元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

本刊顾问

马克昌

李 龙

主 编

肖永平

副主 编

陈本寒

编 委

(排名不分先后)

江国华

徐亚文

柳正权

陈本寒

宁立志

陈家林

刘学在

李 傲

肖永平

张 辉

杨泽伟

秦天宝

目 录

· 法学专论 ·

论我国《反垄断法》对行政性垄断规定的缺失及其完善	孙 晋 (1)
浅谈中国大陆建设工程价款之优先受偿权	黄阳寿 (17)
也论侵权法在民法中的地位	张善斌 (25)
论夫妻财产制的立法原则	李国庆 (40)
公司负责人之注意义务与经营判断法则	林詮胜 王雅婷 (55)
有担保债权在破产重整中的法律地位分析	陈本寒 陈 英 (63)
国际体系转型背景下国际法的价值与历史使命	杨泽伟 (76)
国际商事仲裁中临时禁令的权限划分	何秋竺 (94)
TRIPS 协议下的公共健康例外和药品的可专利性条款分析	冯洁菡 (105)
国际船舶油污损害赔偿若干问题研究	郭玉军 徐锦堂 (115)

· 海外法学前沿 ·

英国国际私法在 21 世纪的发展	肖永平 (146)
晚近国际人权法若干问题研究	张万洪 丁 鹏 (175)

· 外国法评议 ·

产品生产者的危险防范义务	李承亮 (201)
--------------------	-----------

· 法学教育 ·

关于我国知识产权法学人才培养的现状和建议	邓社民 (223)
----------------------------	-----------

法学专论

论我国《反垄断法》对行政性垄断规定的缺失及其完善

■ 孙晋*

目 录

引言

一、我国《反垄断法》在规制行政性垄断上的制度突破

二、我国《反垄断法》在规制行政性垄断上的制度缺失

三、我国《反垄断法》规制行政性垄断之完善措施

结语

引 言

我国《反垄断法》自2008年8月1日实施以来已有两年，经过初步的实践检验，该法有许多制度设计值得我们反思，行政性垄断规制制度尤其需要我们进行检视和立法完善。

我国现实经济生活中的绝大多数垄断都是行政性垄断，行政性垄断是行政权力干预市场的结果，本质上是行政权力的滥用，是一种行政违法行为。从严格意义上讲，对我国经济造成巨大危害并严重阻碍我国经济体制改革的是行政性垄断而非经济垄断。行政性垄断严重破坏了自由竞争的市场秩序，阻碍了全国统一市场的形成，阻碍了经济的良性运行。因此，必须对行政性垄断进行严格的法律规制，为我国经济和社会发展创造良好的环境。

我国《反垄断法》对行政性垄断进行了专门的规定，在立法上取得了诸多突破，然而由于种种因素的掣肘，《反垄断法》对行政性垄断的规定还存在诸多不足，我们只有不断完善这些不足才能使被称之为“经济宪法”的《反垄断法》发挥其应有的作用。

* 武汉大学法学院副教授，法学硕士。

一、我国《反垄断法》在规制行政性垄断上的制度突破

我国《反垄断法》经过 14 年的立法历程,直到 2007 年 8 月 30 日获得通过,并于 2008 年 8 月 1 日实施。《反垄断法》在限制行政性垄断方面有总则中的第八条、第五章的全部和第七章的第五十一条。尽管这些规定在当前的法律和政治体制中并不一定能完全遏制行政性垄断,但这不仅体现了全国人民反对行政性垄断的利益诉求,也表明了我国《反垄断法》具有规制行政性垄断的功能。《反垄断法》在我国已有法律中首次对行政性垄断作出明确系统的规定,是法治进步的表现,其主要的制度突破体现在以下几个方面:

(一) 在总则中对行政性垄断做了原则性的规定

《反垄断法》总则第 8 条规定:“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不得滥用行政权力,排除、限制竞争。”在总则中作出原则性规定,可以适应现实经济生活中行政性垄断表现形式的多样性与复杂性。现实中行政性垄断行为非常复杂,法律不能一一列举,原则性的规定赋予了反垄断执法机构自由裁量权。对第五章没有明确规定,但又确实属于滥用行政权力排除、限制竞争的行为,就可以依据总则的原则性规定处理,以免挂一漏万。同时,在总则中规定也体现了最高立法机关对规制行政性垄断的重视。

(二) 在分则中列举了行政性垄断的具体表现形式

我国《反垄断法》对行政性垄断的规定采用的是概括加列举的方法,除了总则的原则性规定之外,还在分则中列举几类行政性垄断的具体特征,对其进行全面界定。专章列举行政性垄断的具体表现形式有助于明确其具体外延和外在特征,便于反垄断执法机关运用法律准确判断和辨别行政性垄断行为,增强法律本身的可操作性。《反垄断法》第五章专章共六条对行政性垄断的几种典型表现形式作出规定,包括:

1. 对行政机关指定交易的行为进行规定^①

指定交易,又称强制交易,是指行政机关及其授权组织违背市场经济平等自愿原则,利用国家赋予的行政权力,限定或者变相限定有关单位或个人只能经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品或服务,而排斥其他经营者的商品或服务的行为。^②指定交易在理论上是一种独立的,与地区封锁和部门垄断并列的行政性垄断形式,但在实践层面上,指定交易往往又是地区封锁或部门垄断的方法或手段。行政主体为了地方经济利益或本单位、本部门的利益,通常会指定交易,基本形式有强制出售、强制购买和强制使用三种,被限制的对象既包括经营者也包括消费者。对指定交易行为进行规制,可以维护其他经营者和消费者的利益。

2. 对限制商品自由流通的地区垄断进行列举和限制^③

地区垄断又称横向垄断、块块垄断或地区封锁,是横向的行政区域之间的地方保护主

^① 《反垄断法》第 32 条。

^② 尚明主编:《反垄断法理论与中外案例评析》,北京大学出版社 2008 年版,第 326~327 页。

^③ 《反垄断法》第 33 条。

义，是最典型、最普遍，也是最严重的行政性垄断形态。其主要包括限制进入和限制输出两种形式，其中限制进入最为常见。^①地区垄断阻碍了商品的自由流通和市场竞争，使全国本应统一的市场人为地分割成一个个狭小的地方市场，妨碍资源自由流动和优化配置，危害统一、开放、竞争的市场体系。《反垄断法》第33条对地区垄断做了较详细的规定，同时考虑到在实践中地区垄断的具体情形比较复杂，所以第5款作为兜底条款，以使各种地区垄断行为都能纳入到《反垄断法》的规制范围。

3. 对排斥或限制招投标行为进行限制^②

所谓招投标，是指采购人事先提出货物、工程或服务的采购条件和要求，邀请众多投标人参加投标并按照规定程序从中选择交易对象的一种市场交易行为。^③招投标是一种竞争采购方式，要求公正性、公平性、公开性，使投标人有均等的机会，使招标人有充分的选择机会。因此，招投标机制最具市场经济的特征，是一种规范的市场交易方式，可以实现资源的优化配置。当前，招投标中政府经常滥用行政权力，排斥或限制外地经营者参加本地的招投标活动。这就破坏了招投标中的竞争机制，割裂了全国统一的大市场，具有极大的危害性。

4. 对排斥或限制投资或设立分支机构进行限制^④

在实践中，地方政府为了自己的利益，在某些如稀有资源开发等高收益项目上抱着“肥水不流外人田”的错误观念，利用歧视性的投资政策，实行地方保护，排斥外地经营者在本地投资或设立分支机构，这严重损害了其他经营者的利益，也阻碍了全国统一市场的建立。

5. 对强制经营者从事垄断行为进行限制^⑤

地方政府常常以调整产业结构等为借口推动经营者集中或从事垄断。这违背了市场交易的自愿、公平和等价有偿原则，不但损害了企业的经营自主权，还严重扭曲了市场竞争机制，因此必须对此种行为进行规制。

6. 对行政性垄断行为的制止扩展至抽象行政行为^⑥

由于行政行为是行政性垄断的外部表现，我们借鉴此类方法，将行政性垄断行为分为具体行政性垄断与抽象行政性垄断。

具体行政性垄断是指行政主体针对特定行政相对人，以具体行政行为方式实施的行政性垄断行为。其对象明确、具体；其行为的内容和结果将直接限制特定市场上的竞争，侵害相关主体的权利；具有可诉性。

抽象行政行为是指行政机关制定针对不特定多数人的具有普遍约束力的规范性文件的为。^⑦其对象广泛、不特定；抽象行政性垄断行为依据的规范性文件，可在不特定的长

① 郑鹏程著：《行政垄断的法律控制研究》，北京大学出版社2002年版，第50页。

② 《反垄断法》第34条。

③ 王晓晔主编：《中华人民共和国反垄断法详解》，知识产权出版社2008年版，第200页。

④ 《反垄断法》第35条。

⑤ 《反垄断法》第36条。

⑥ 《反垄断法》第37条。

⑦ 朱维究、王成栋主编：《一般行政法原理》，高等教育出版社2005年版，第311页。

时期内反复适用，主要表现为行政立法行为和制定规范性文件两大类；不具可诉性。^①我国的行政性垄断大多表现为抽象行政性垄断，从表面上看，很多限制竞争行为便有了合法性。造成这种现象的原因主要是我国很多法律、行政法规都把各种规章或规范性文件的制定权授予各个行政部门但却没有有效的监督制约机制，结果是很多行政主体为了本地区、本部门甚至是个人的利益而滥发红头文件来扩大自己的权力，实施行政性垄断行为。由于这种行为的对象具有不特定性且可以反复使用，其危害性比具体的行政性垄断更大，所以应该对其严格制止。^②把抽象行政性垄断行为纳入规制范围，这对我国建立自由公平的市场竞争秩序有着重要的意义，体现了我国经济法具有既要矫正市场失灵又要匡正政府失败的特殊功能。^③

（三）规定了反垄断委员会^④

国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作。这就打破了以往立法中“三不主义”即立法不涉及机构、经费与编制的立法惯例，体现了职权法定的现代法治精神。

大多数国家反垄断法都没有规定类似我国反垄断委员会的机构，而是将该委员会的职责全部赋予反垄断执法机构。在我国存在多家执法机构且在短时期内难以改变的情况下，国家有必要建立反垄断委员会，由这个机构来“负责组织、协调、指导反垄断工作”。^⑤另外，研究拟定有关竞争政策，制定、发布反垄断指南的任务，也只能交给反垄断委员会来完成。

（四）规定了行政性垄断的法律责任

《反垄断法》第51条规定：“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。法律、行政法规对行政机关和法律、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、限制竞争行为的处理另有规定的，依照其规定。”

明确规定行政性垄断责任主体应该承担法律责任，保障反行政性垄断能起到实际效果。

二、我国《反垄断法》在规制行政性垄断上的制度缺失

我国《反垄断法》使对行政性垄断的规制有了明确的法律依据。然而在该法制定过程中，行政性垄断是最具争议的问题，这决定了其最终是各个利益群体之间博弈和妥协的产物。因此，尽管《反垄断法》对禁止行政性垄断作了规定，但仍然存在制度缺失，不

① 应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社1999年版，第185页。

② 段庆宏：《反垄断法：经济宪法奠基》，载《新华月报》2007年第10期。

③ 孙晋：《论经济法基本性格的二重性》，载《法商研究》2001年第1期。

④ 《反垄断法》第9条。

⑤ 张穹著：《反垄断理论研究》，中国法制出版社2007年版，第157页。

足与缺陷具体表现在以下几个方面：

（一）《反垄断法》对行政性垄断的规定有缺陷

1. 对行政性垄断的概念未作规定

《反垄断法》并未使用“行政性垄断”的概念，只是提出“行政机关滥用行政权力排除、限制竞争行为”，这不利于对行政性垄断进行明确的认定。

同时，立法没有对“滥用行政权力”的概念和范围进行界定。对“滥用行政权力”的不同理解直接导致我国对行政性垄断行为的认定不一和认识混乱。

一个普遍观点是，“滥用行政权力”的本质是自由裁量权的滥用，主要表现形式是违背法定目的，明显违背常理，随意裁量，主要适用于对自由裁量行政行为的判断。即滥用行政权力只是众多行政违法状态的一种，指行政主体在权限范围内，不正当的行使行政权力，而违反法定目的的具体行为。^①但这样理解“滥用行政权力”就会仅仅针对自由裁量行政行为而未涵盖违法的羁束行政行为和抽象行政行为。体现在行政性垄断上，就会得出《反垄断法》只能规制行政机关滥用自由裁量权的行政性垄断行为，而对现实中普遍存在的羁束行政行为 and 抽象行政行为引起的行政性垄断则无法规制，这就会缩小《反垄断法》所规制的行政性垄断的范围，直接导致大量存在的抽象行政性垄断游离于法律规制之外。

2. 对国家垄断的保护范围未予明确规定

《反垄断法》第7条规定：“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者的合法经营活动予以保护。”这实际是对国家垄断进行保护。

我国长期实行计划经济，国家对经济活动大包大揽，使人们形成了“政府即国家”的思维定式，认为行政性垄断和国家垄断是一回事。其实，国家垄断依据的是国家政策和国家权力机关制定的法律，符合国家利益和社会公共利益，是合法垄断；行政性垄断无法律依据，所代表的是地方利益、部门利益以及本地区或本部门企业的利益，是非法垄断。^②

出于规模经济效益和国家经济安全的考虑，在一定的行业中实行国家垄断是必要的，但《反垄断法》对国家垄断的保护范围规定不明，这种模糊的界定会使某些国有企业借着国家垄断的名义将行政性垄断的触角延伸至本不应进入的行业或领域，实施行政性垄断行为。^③

3. 忽视了当前普遍存在的逆向歧视问题

立法机关想当然地认为歧视只可能针对外地企业和商品，因此《反垄断法》只规定了禁止对外地企业进行歧视。然而现实中出现了很多逆向歧视现象，即许多地方政府都在大力招商引资，认为“外来和尚会念经”，对外国或外地资本无限青睐，对本地民营中小

① 胡建森主编：《行政违法问题探究》，法律出版社2000年版，第292～293页。

② 孙晋：《反垄断法适用除外制度构建与政策性垄断的合理界定》，载《法学评论》2003年第3期。

③ 朱家贤著：《反垄断立法与政府管制》，知识产权出版社2007年版，第135页。

企业却横加打压。其原因无非是摆脱不了有些官员扭曲的政绩观——外资进入能在短时间内给当地带来大量资金，从而促使当地 GDP 快速上升，而本地中小型民企则难以望其项背。其结果是由于对本国企业、本地企业的逆向歧视而限制甚至排挤了本地的竞争者。《反垄断法》对此一现象的忽略是一大缺陷。

（二）《反垄断法》对反垄断委员会的规定不完善

反垄断委员会主要职责为调查、评估市场竞争状况和制定竞争政策，这对于指导企业的市场行为和全国的反垄断工作具有极其重要的意义，要求反垄断委员会成员必须具备精深的专业知识，具备严格的任职条件。

但我国《反垄断法》对国务院反垄断委员会组成人员的任职条件和工作规则等都没有规定，其结果是由各个反垄断部门部级领导组成委员会，不见一个专家的影子，^① 这样的委员会够权威，却离专业、高效、独立的要求有很大差距。

同时，按照国务院议事协调机构的有关规定，作为协调机构的反垄断委员会没有编制、不是执法机构，缺少实质性的权力，尤其是规则制定权，难以堪当“负责组织、协调、指导反垄断工作”之大任。^②

（三）《反垄断法》对执法机构的规定不完善

1. 我国反垄断执法体制的现状

我国的反垄断执法采取了“多层次多机构”的体制。执法层次为：（1）国务院反垄断委员会；（2）国务院规定的承担反垄断执法职能的机构；（3）经国务院反垄断执法机构授权的省、自治区、直辖市人民政府相应机构。即国务院反垄断委员会负责组织、协调、指导反垄断工作；具体执法由国务院规定的承担反垄断执法职责的机构来进行；省、自治区、直辖市政府依授权设立相应的反垄断执法机构。^③

在具体的执法机构上，根据我国当前与反垄断相关的法律法规，由商务部、国家发改委、国家工商行政管理总局负责《反垄断法》的具体执法工作。此外，反垄断执法机构还可能涉及多个行业监管部门，比如证监会、银监会、保监会等，反垄断执法机构很可能是这种“3+X”的局面。这就不可避免产生诸多弊端。

2. 现行反垄断执法体制的弊端

（1）缺乏独立性。商务部、国家发改委、国家工商行政管理总局和它们的下属机构都是政府的组成部门，根据行政原则，它们都受各级政府的直接领导，对行政机关有很强的依附性。在我国行政性垄断的背后一般都有政府保护地方企业或保护某些大企业的动机，政府和企业关系盘根错节，调查难度很大，如果反垄断执法机构没有相当大的独立性，它就无法同政府部门滥用行政权力限制竞争的行为做斗争，也就无法有效地限制行政

① 按照《国务院办公厅关于国务院反垄断委员会主要职责和组成人员的通知》（国办发〔2008〕104号），2008年12月28日成立了由王岐山副总理挂帅，由商务部、国家发改委、国家工商行政管理总局的主要领导组成的委员会。

② 李国海著：《反垄断实施机制研究》，中国方正出版社2006年版，第62页。

③ 郭宗杰著：《行政性垄断之问题与规制》，法律出版社2007年版，第128页。

性垄断行为。^①

同时，这些执法机构都附属于国务院部委下面，这不仅导致反垄断执法机构的级别不高，权威不大，而且由于其主管部门特别是国家发改委本身就是制定和执行国家宏观经济政策的重要机构，作为其下属机构的反垄断执法机构很难保持其独立性。国家发改委本身就发布过带有行政性垄断性质的法规，如1999年发改委制定的《关于制止低价倾销行为的规定》。更不用说证监会、银监会等机构了。这就难以保证反垄断执法机构能够独立执法和公正执法。

（2）缺乏专业化的执法人员。上述反垄断执法机构的执法人员都是一般的行政管理人員，大多缺少经济学、法学等学科专业知识储备。而行政性垄断一般都很复杂，涉及多方面的知识非专业化的执法人员。必然会出现难以胜任反垄断执法任务的情况。

（3）缺乏明确的权力规定。由于行政性垄断具有强大的行政力量做后盾，反行政性垄断执法机构在规制行政性垄断时必须具有明确的、强大的权力。只有这样，才能使其在规制行政性垄断中有明确的法律依据，同时可以排除行政机关对执法的干扰，真正发挥其作用。但《反垄断法》对反垄断执法机构的权限只规定了检查权、询问权、查阅权、复制权，对其他权力并无明确规定。

（4）缺乏统一协调机制。由于各种利益的制约和立法技术的限制，《反垄断法》对执法机构的现行规定是对现存体制的迁就。多部门分散执法体制必然会造成执法部门之间相互争夺管辖权或相互推诿的情况，出现监管越位、缺位、错位，这就不可避免的会出现责权脱节，执法成本高而效率低的弊端。更严重的是，多头执法会导致衡量标准和执法尺度不统一，违背了市场经济统一规则的要求，影响执法处理结果的公正性。^②

同时，《反垄断法》对反垄断执法机构与行业监管机构的关系未予明确。我国在电信、电力、铁路、石油、银行、证券等关乎于国计民生的行业都设立了主管部门或者监管机构。当这些行业的企业实施行政性垄断时，应运用行业监管的法律还是《反垄断法》，以及是由监管部门还是由反垄断执法部门执法，这在我国反行政性垄断中是个不得不面对的问题。^③

（四）《反垄断法》对行政性垄断的法律责任规定不完善

1. 其他法律法规适用优先原则不合理

根据《反垄断法》第51条第2款规定，一些行政法规的效力将优先于全国人大常委会制定的《反垄断法》，这无疑会削弱该法的权威，影响其实施效果。电信、电力、银行、邮政、铁路等行业都有自己的监管机构或主管部门，如果这些机构都“另有规定”，且效力还高于《反垄断法》，《反垄断法》岂不成了一纸空文？而且我国《反垄断法》中包括众多社会公共利益条款的产业政策的规定，这些内容尽管有其合理性，但也使得企业

① 王健、朱宏文著：《反垄断法——转变中的法律》，社会科学出版社2006年版，第127页。

② 游劝荣主编：《反垄断法比较研究》，人民法院出版社2006年版，第53页。

③ 李国海著：《反垄断法实施机制研究》，中国方正出版社2006年版，第64页。

和政府可以“社会公共利益”为名而主张产业政策优先,甚至行政性垄断之实。^①

2. 对行政性垄断的法律责任规定不完善

《反垄断法》第51条规定行政机关等部门实施排除、限制竞争行为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。该规定存在的问题是,法律对行政性垄断行为只规定了行政责任,与经济垄断行为的法律责任规定不同。

一方面,对经济垄断行为,《反垄断法》规定了行政责任和民事责任,而对行政性垄断只规定了行政责任;另一方面,即使同为行政责任,其具体内容也有不同,对于经济垄断行为的行政制裁以行政处罚为主,而对行政性垄断行为则以行政处分为主。^②行政性垄断在保护部分企业的同时必然会损害另一些相关企业的民事权益,并且还会侵犯消费者的民事权益,当然要承担相应的民事责任。另外,行政性垄断在产生严重的社会危害时就会具有刑事违法性,应受到刑法追究。因此,行政性垄断具有行政、民事和刑事三重违法性,这就决定了行政性垄断责任必须是兼有行政责任、民事责任和刑事责任的综合责任。^③

同时,“责令改正”责任形式在法律实践中难以应用。因为,究竟由谁请求上级机关责令改正,应在多长时间内责令改正,不予改正的法律责任是什么等都缺乏明确的规定。另外,“责令改正”本身并不是制裁,它只是要求违法行为人履行法定义务,纠正违法行为,消除不良后果,恢复原状,因而本质上是教育性而非惩罚性的,一般适用于行政不当和行政程序违法的救济。而行政性垄断明显违反国家法律,属于严重的行政违法行为,不属于行政不当行为,也不是行政程序违法行为,故对行政性垄断适用“责令改正”不恰当。《反垄断法》应规定有权机关应当宣告行政主体行政性垄断行为无效,而不是责令改正。

《反垄断法》对三种经济垄断规定了行政和民事责任,但对行政性垄断仅仅规定了并不是行政制裁措施的“责令改正违法行为”和“行政处分”这两种行政责任,“同罪不同罚”使得《反垄断法》对行政性垄断行为法律责任的规定极不合理。

3. 在对行政性垄断行为制裁主体上,排除了反垄断执法机构的管辖权

《反垄断法》第51条的规定表明,对行政性垄断行为,直接的制裁主体是“上级机关”,反垄断执法机构只有建议权,没有直接处罚或处分权,不能直接作出制裁决定。这将会削弱反垄断执法机构规制行政性垄断行为的能力,不利于该法发挥其应有作用。因为:

首先,政府机关的上下级之间具有较浓的保护情结,经常官官相护。另外,行政性垄断的背后大多存在地方或部门经济利益,很多垄断行为就是在上级的命令或默许下进行的。

其次,由于该条的规定,即使反垄断执法机构提出了建议,上级机关可以按建议行事也可以不按建议行事,因为建议本身并没有强制性。

① 李海涛:《美国行政性垄断管制及其启示——兼评我国〈反垄断法〉关于行政性垄断的规定》,载《东方法学》2008年第3期。

② 王晓晔主编:《中华人民共和国反垄断法详解》,知识产权出版社2008年版,第264页。

③ 王文杰著:《反垄断法的立法与实践经验》,清华大学出版社2004年版,第76页。

最后,一方面,“上级机关”不是一个确定的机关,更不是一个确定的司法机关,如果要授权上级机关纠正下级机关的违法行为,法律上应当就立案、调查、裁决等一系列程序作出规定。另一方面,行政性垄断本身的复杂性决定了其执法具有很强的专业性,需要执法人员有较高的法学及经济学素养,而这些“上级机关”的工作人员一般都缺乏这种素质。^①

4. 没有对行政性垄断受益企业和受益企业的高管规定责任

《反垄断法》没有对行政性垄断受益企业规定单位责任。不对行政性垄断行为的受益企业进行制裁,就使其可以只分享行政性垄断行为的收益而不必承担责任,使其可以无拘无束的实行政治性垄断。《反垄断法》也未将任何一种法律责任延伸至企业高管人员,即行政性垄断的责任主体未包括经营者的董事、经理等高级管理人员和其他直接责任人,他们就会为了高额垄断利益而积极推动本企业实行政治性垄断行为。

对受益企业不规定单位责任,对受益企业高管不追究个人责任,实际上是法律对企业和企业高管实行政治性垄断行为的鼓励和纵容。

(五)《反垄断法》对行政性垄断的司法救济制度规定不完善

在抽象行政性垄断上,根据《行政诉讼法》第12条的规定,^②将抽象行政行为排除在法院的受案范围之外。并且根据《反垄断法》第51条“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”的规定,没有赋予反垄断执法机构直接依法处理抽象行政性垄断行为的权力,反垄断执法机构只能建议实行抽象行政性垄断行为的行政机关或上一级行政机关改变或撤销该行为,而无权直接责令其改变或撤销。所以《反垄断法》对抽象行政性垄断的规定实际上不具可操作性,抽象行政性垄断行为无法得到司法救济。

在具体行政性垄断上,由于我国还没有建立起司法审查制度,即使具体行政性垄断的案件被法院受理,法院也只能宣告该具体行政行为无效或撤销该具体行政行为,而无权对其所依据的命令、指示、批复进行审理。结果是具体行政行为被宣告无效或被撤销后,其所依据的命令、指示、批复仍然有效,行政性垄断有死灰复燃的可能。

同时,《反垄断法》仅规定行政性垄断救济的行政途径,既没有赋予受行政性垄断侵害的企业和消费者提起民事诉讼的权利,也没有赋予他们提起行政诉讼的权利。受害企业和消费者只能通过向上级行政机关检举控告或者信访,提起监督程序,或者借助新闻媒体披露曝光。然而这些方式的救济间接且微弱,远不足以保护他们的合法权益。^③

三、我国《反垄断法》规制行政性垄断之完善措施

(一) 制定完善《反垄断法》的实施细则

我国《反垄断法》仅8章57条,立法粗线条、原则性强、弹性规定多,在具体案件

^① 杨兰品著:《中国行政性垄断问题研究》,经济科学出版社2006年版,第83页。

^② 该条规定为:“对于因行政法规、规章或行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令而提起的诉讼,人民法院不予受理。”

^③ 尚明主编:《反垄断法理论与中外案例评析》,北京大学出版社2008年版,第273页。

的适用中难免会出现理解歧义、界定困难等问题。《反垄断法》执行中的专业性很强，要求法律具有明确性。因此，为了增强法律的实际操作性，需要尽快制定相应的实施细则来对相关法律条文进行细化。只有这样才能从根本上缓解由于《反垄断法》规定得过于原则，从而很多规定不具有实际操作性而导致的执法困境。国家工商行政管理总局发布的于2009年7月1日生效的《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为程序规定》在这一方面迈出了积极的一步，但还远远不够。

同时在制定实施细则时注意与现行的《价格法》和各种行业监管法之间进行协调，修改《反不正当竞争法》，使不同的法律在规制行政性垄断时不致产生冲突。

（二）完善《反垄断法》对行政性垄断内容规定的缺陷

在《反垄断法》对行政性垄断内容的规定上，我们应该从以下几方面加以完善：

1. 明确行政性垄断的概念

《反垄断法》将行政性垄断限定为“滥用行政权力，排除、限制竞争”。这样的规定不能涵盖所有的行政性垄断。应将行政性垄断定义为“通过违法行政行为，排除、限制竞争”。因为“违法行政行为”的内涵要远大于“滥用行政行为”的内涵，可以更全面的规制现实中各种行政性垄断行为。同时，应明确规定这里的“法”应仅限于宪法、法律和行政法规，倘若将其扩大至规章和地方性法规，就可能出现行政主体自设权力以实施垄断的问题。

2. 明确界定“关系国民经济命脉和国家安全”的范围

根据我国的具体国情，应尽量明确只有军工等少数行业才属于“关系国民经济命脉和国家安全”的行业，这些行业实施的行政性垄断受法律保护。并且还要对这些行业受保护的具体范围和程度进行界定，对非法扩展自己垄断范围和程度的行为进行制裁。

3. 明确规定禁止进行逆向歧视

针对现在普遍存在的逆向歧视问题，为了使本地和外地的企业处于平等的竞争地位，维护公平的经济秩序，在《反垄断法》中明确规定地方政府不得对地方企业尤其是地方民营中小企业进行逆向歧视，对逆向歧视行为加以禁止。

（三）完善反垄断委员会的规定

职能决定了反垄断委员会委员绝不是一般人员所能胜任，要求其具备深厚的法学、经济学、管理学等综合专业知识。我们应借鉴国外的相关做法，设立一套严格的人事选拔与资格审查程序，该委员会至少应由法学家和经济学家参与。同时，为使反垄断委员会协调机制真正能发挥作用，需要给予其参与经济政策决策权、发布对具体的行政性垄断禁令权、对违反《反垄断法》的地方性法规的停止执行建议权和提请撤销权等实质性权力。

（四）完善反垄断执法机构的规定

针对我国反垄断执法机构的现状及其弊端，我们在完善反垄断执法机构方面应当坚持：

1. 高度独立性原则

反垄断执法机构执法活动的高度独立性是确保其执法公正性和有效性的前提。

由于垄断特别是行政性垄断背后的行政力量都很大，如果反垄断执法机构不具独立性，反垄断法就不可能得到实行，反行政性垄断的任务也就不可能实现。^①因此在制度设计上应保证执法人员在处理行政性垄断中有独立办案的权力。为保证反垄断执法机构的独立公正，应对执法人员作出任职义务规定，执法人员在任职期间，不得兼任其他国家机关或企事业单位的任何职务或以其他任何方式参与市场交易，以保证执法人员处于超然的独立地位；同时，用制度保障执法人员的权利，非经法定程序和法定事由不得被解职或罢免，以确保人员和机构的独立性；如果发生反垄断执法人员渎职行为，除应当罢免其职务并依法追究其相应责任外，还要终生禁止其再进入反垄断执法队伍。

2. 执法人员专业化原则

《反垄断法》与其他法律的重要区别是其高度原则性和技术性，这决定了反行政性垄断执法本身异常复杂、案件处理结果影响大，这些因素都要求执法人员要具备深厚的专业知识和精湛的业务技术。国外反垄断实践说明反垄断工作绝不是一般行政管理人员所能胜任。我们应加快建设一支高素质的专业反垄断执法队伍来应对我国的行政性垄断。

3. 职权明确原则

只有给反垄断执法机构赋予明确的职权才能使反行政性垄断执法工作落到实处。我国《反垄断法》只规定了检查权、询问权、查阅权、复制权，这些权力在规制经济垄断时就可能不够，对行政性垄断这种有深厚行政背景的垄断就更难进行规制。

鉴于行政性垄断行为的特殊性，借鉴国外的经验，反垄断执法机构应享有以下权力：规章制定权、行政审批权、行政强制措施权（如采取强制停止、强制解散、查封、扣押等）、行政处罚权、行政裁决权、行政处分建议权和移送司法机关处置权。^②此外，针对抽象行政性垄断行为，还要赋予其规章异议权，即规章制度可能导致行政性垄断时应向相应的上级机关或人大常委会提出异议，使违反《反垄断法》的规章得以撤销。

4. 多机构协调原则

鉴于现阶段我国反垄断多头执法的现状，要尽快协调好三个主要的反垄断执法机构即国家工商行政管理总局、发改委和商务部之间的关系。在法律实施中做到执法沟通与信息共享，甚至可以像央行、证监会、银监会和保监会那样设立联席会议制度，保证对同一案件或同类案件的认定和处理结果具有统一性，确保反垄断执法的公平性和权威性。

同时，还要协调好反垄断执法机构和各行业监管机构之间的关系。我国许多行政性垄断行业都有自己的监管机构，若各监管机构在其各自监管的行业内对行政性垄断行为享有排他性管辖权，反垄断执法机构就会成为一个摆设，因为行业监管机构执行反垄断任务时往往站在被监管者的立场上，成为被监管者的“保护伞”。而我国现实中的行政性垄断行为，大多是来自这些被监管的行业。在这个问题上，我们应吸收国外的经验——行业监管机构无权处理反垄断案件。^③

最后，在条件成熟时，建立起统一独立的反垄断执法机构，直属国务院，其人事制度

① 李国海著：《反垄断法实施机制研究》，中国方正出版社2006年版，第103页。

② 游劝荣主编：《反垄断法比较研究》，人民法院出版社2006年版，第98页。

③ 郭宗杰著：《行政性垄断之问题与规制》，法律出版社2007年版，第32页。

和财政制度独立，对地方上的反垄断分支执法机构实行垂直领导。

（五）完善行政性垄断的法律责任体系

1. 统一行政性垄断的法律责任

由于在《反垄断法》颁布之前，有些行业监管部门如银监会、证监会等对本行业的竞争秩序负有监管职责，这些监管部门都制定了自己的部门法，如《电信法》、《航空法》、《电力法》，另外还有已实施的《反不正当竞争法》、《价格法》，这些法律法规对行政性垄断的法律责任与《反垄断法》的规定存在矛盾。^①应该对这些法律法规不符合《反垄断法》的内容进行修改和删除，建立起有效的协调、衔接机制，使行政性垄断的法律责任得到统一。

2. 完善行政性垄断的行政责任制度

首先，要完善行政性垄断主体的行政责任内容。《反垄断法》对行政性垄断主体的行政责任仅仅局限于“由上级机关责令改正”，起不到惩戒作用，其实，还应包括撤销违法行政行为、宣布无效、行政赔偿、行政处分和行政处罚等。其中，撤销违法行为和宣布无效主要是针对抽象行政性垄断行为设置的。

其次，要完善行政性垄断主体的个人责任。行政性垄断行为尽管是以行政机关名义作出的，但其决策者和实施者却是直接负责的主管人员和其他责任人，所以行政性垄断主体的主管人员和其他直接责任人应该承担个人责任。《反垄断法》还应加强行政性垄断主体的个人责任，加大行政处罚力度并增加民事、刑事责任，做到罚当其罪。同时，还应该对个人责任的承担方式、适用条件、责任的实现方式等内容都作出明确规定。^②

3. 完善行政性垄断的民事责任制度

行政性垄断的主体比较特殊，一般是行政机关及其所属部门。按照我国《民法通则》第121条的规定，行政机关同样可以成为民事责任的主体。

从民法角度看，行政性垄断这种行为属于侵犯被限制竞争的经营者的财产权的行为，属于民事侵权范畴。因此，如果行政性垄断行为给公民、法人或其他组织造成了经济损失，就应该承担民事责任。其责任方式，可以按照《民法通则》的规定，包括停止侵害、排斥妨碍、赔偿损失等，其中最重要的是赔偿损失。我们可以借鉴《反不正当竞争法》第20条的规定，^③对行政性垄断损害赔偿的计算方法、赔偿范围以及诉权等问题作出明确的规定。

4. 完善行政性垄断的刑事责任制度

行政性垄断作为一种违法行为，其所造成的社会危害要远大于《刑法》中的一些经济犯罪，因而有必要采取刑罚手段予以制止。并且我国《刑法》第397条规定：“国家机

① 尚明主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉理解与适用》，法律出版社2007年版，第247页。

② 王艳林主编：《竞争法评论》（第1卷），中国政法大学出版社2005年版，第73页。

③ 该规定为：“经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。”