

论政府反竞争行为综合规制的路径建构

孙晋, 王贵

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 政府反竞争行为已成为进一步深化改革的桎梏与“深水区”, 成为全面推进依法治国的阻碍和“绊脚石”, 对于政府反竞争行为的规制乃大势所趋。但是, 不论从宏观上还是微观上来说, 政府反竞争行为由于产生原因的多样性和表现形式的复杂性, 对其规制难度大, 传统的以行政系统内部自我纠偏、以行政控权为中心、以行政性垄断执法为代表的规制模式明显供给不足, 必须拓宽规制政府反竞争行为的视野和路径。可行途径之一就是“综合多元规制模式”, 构建一套以竞争政策为优先、以竞争评估为前置、以竞争中立为标准、以竞争执法司法优化为目标、以竞争文化倡导为辅助的“五位一体”的多层次、多维度、多纵深的规制政府反竞争行为的机制与路径。

关键词: 政府反竞争行为; 竞争政策; 综合规制; 路径建构

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)01-0018-08

一、政府反竞争行为规制路径调整的必要性

政府反竞争行为是以“政府”为代表的公权力机关在其对市场进行调节或者干预过程中, 因公权与私权的不当结合, 而有意或无意地制定、实施的以限制或排除竞争为目的或者在效果上损害竞争机制的行为。当前我国的改革已经到了“攻坚克难”的关键时刻, 规制政府反竞争行为已成当务之急。政府公权力运行中存在的问题^①, 对于我国经济体制改革的顺利开展、社会经济的持续健康发展、民主法治制度的健全均有不利影响, 尤其是政府实施的具有限制、排除竞争效果的反竞争行为对于市场经济体制的影响, 已经成为进一步深化改革的桎梏与“深水区”, 成为全面推进依法治国的阻碍和“绊脚石”。

但是, 至少从宏观和微观两个角度使我们有理由关注政府反竞争行为的规制难度。从宏观上说, 一方面, 整个国家经济体制的改革是由上而下进行的, 政府在体制改革中起着主导性的作用, 一系列的改革政策与措施都是在政府权力运行中得以出台与推动, 行政权力运行对于体制改革的成效具有决定性作用。另一方面, 我国经济体制改革的目标是要彻底改变配置

资源的方式, 即从依赖行政权力运行的人为配置资源, 转变为依靠市场交换和竞争机制来配置资源。政府对于经济权力的运行既是改革的主导、又是改革的对象的特点增加了规制的难度。从微观上说, 如上所述, 政府反竞争行为产生原因复杂, 影响因素多, 互相犬牙交错、难以理清。另外, 政府反竞争行为表现形式多样, 既有故意的, 也有无意的, 既有纵向行业性的, 也有横向地方性的, 既有显性的, 也有隐性的, 既有直接参与的, 也有间接参与的, 既有具体行为, 也有抽象行为等。

针对政府反竞争行为, 应有之义是在行政系统内加以监督和纠偏。但是由于政府反竞争行为产生原因的多样性和表现形式的复杂性, 规制难度大, 无论是从理论上还是实践上, 传统的以行政系统内部自我纠偏、以行政控权为中心、以行政性垄断执法为代表的规制模式明显供给不足, 存在规制效果不确定、易导致对权力过度依赖、缺乏有效的衡量标准、不利于竞争法的统一实施、难以规制隐性的行政权力运作等问题。^[1]因此, 必须拓宽规制政府反竞争行为的视野和路径, 需要从政府反竞争行为的实质影响着眼: 政府反竞争行为的最终后果是以资源配置效率降低为基本特征, 那就以纠正市场运行失灵为目标的方式加以监督和纠偏, 要重视从市场层面寻求根本性的解决路径,

收稿日期: 2016-07-10; 修回日期: 2016-09-07

基金项目: 国家社会科学基金项目“竞争性国有企业改革路径的法律困境和出路”(12BF088); 中国法学会 2015 年度部级研究课题“经济新常态下竞争秩序的司法规制与维护”(CLS(2015)D099)

作者简介: 孙晋(1971-), 男, 安徽六安人, 法学博士, 武汉大学法学院教授, 博士生导师, 主要研究方向: 经济法, 竞争法; 王贵(1991-), 男, 湖北十堰人, 武汉大学法学院经济法专业博士研究生, 主要研究方向: 经济法, 竞争法

同时采用多种方法,制定有针对性的措施,统筹兼顾、综合治理。可行路径之一就是“综合多元规制”,构建一套以竞争政策为优先、以竞争评估为前置、以竞争中立为标准、以竞争执法司法优化为目标、以竞争文化倡导为辅助的“五位一体”的多层次、多维度、多纵深的规制政府反竞争行为的机制与路径。“五位一体”综合规制路径的提出,正是一条从约束行政权力着眼、从维护市场竞争着手的有效路径。

二、确立竞争政策的基础与优先地位

(一) 竞争政策优先对规制政府反竞争行为的重要意义

具体到政府反竞争行为来说,竞争政策主要是对政府经济干预行为的内容和后果是否排斥、限制乃至扭曲市场竞争机制进行甄别、判断和纠正,在过度竞争和竞争不足之间寻求一个平衡,并持续促进经济发展,而政府对市场的过度干预会危害经济的健康发展。由于竞争政策的直接目标是维护市场竞争机制,而政府反竞争行为本质上就是政府在调节和管理经济的过程中过度干预或不当行权时实施限制或扭曲竞争的行为,这就使得竞争政策与政府反竞争行为之间产生交集。但在根本上,竞争政策之所以有“资格”和“能力”规制政府反竞争行为,原因在于竞争政策于市场经济国家经济政策体系中具有基础和优先地位。这种优先地位是由“市场(机制)在资源配置中的决定性作用”所决定的。竞争、供求和价格是市场机制的三大要素。市场决定资源配置,实质就是让供求机制、价格机制和竞争机制等经济规律起决定性作用,而其中最重要的是竞争机制。因为只有通过竞争,才能使价格随供求的变化而波动,价值规律才能发挥作用,从而才能实现优胜劣汰,最终使社会资源得到优化配置。伴随着竞争机制的良好运行,反向遏制政府的反竞争行为。竞争政策的基础和优先地位是十八届三中全会提出“处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的本质要求和题中之意。

从实践上来说,竞争政策的实施也被证明对经济发展有明显的促进作用。澳大利亚推行“国家竞争政策改革项目”后,推动其GDP在一段时间内较高增长,实现了生产力增长率在40年来的最高水平。日本和德国在过去的经济改革实践中,也实现了从倚重产业政策到实施以维护竞争为宗旨的竞争政策的转向,这也是两国经济持续健康发展的重要引擎。^[2]

(二) 竞争政策规制政府反竞争行为的域外考察

通过对美国、欧盟、日本、澳大利亚、俄罗斯、韩国等以竞争政策规制政府经济权力做法的比较研究,可以归纳出以下特点。

一是方式多样。不仅仅局限于竞争法范围内的“硬法”规制,也从纯粹的政策和政治角度对政府限制竞争行为进行“反制”。如澳大利亚1991年的《国家竞争政策》致力于排除各级政府及其部门的限制竞争措施,成效斐然。

二是层次高。在法律规制层面,一些国家不仅制定有竞争法,或明示或默示地对政府限制竞争行为发挥规制作用,而且也通过宪法对政府的限制性行为进行规制。如美国宪法第1条的隐性商业条款、澳大利亚宪法第92条,在法院被赋予执行宪法条款的背景下,这些规定对推动州际之间或地区之间的商贸自由,防止地方保护主义,起到了重要作用。

三是规制对象广泛。不同于我国反垄断法对政府限制竞争行为以“滥用权力”为前提的选择性规制,许多国家更注重结果导向,只要政府行为有损害市场竞争效果的,都在法律反对之列。如乌克兰《保护经济竞争法》第15条规定:“权力机关、地方自治政府机关、行政性经济管理和监管机关作出的任何行为、制作的书面或口头指示、达成的协议或者其他任何作为或者不作为,如果导致或可能导致阻碍、消除、限制或扭曲竞争的后果,将被认为是反竞争行为。”

(三) 我国实施竞争政策规制政府反竞争行为的障碍及其渐进突破

1. 障碍

以竞争政策规制政府经济权力,本质上是要让市场成为经济发展的决定性力量。这是对我国长期存在的政府主导经济发展的体制惯性的一个根本性颠覆,习惯了通过在市场上进行“择优选择”并加以倾力扶持从而彰显政绩的政府部门,会本能地产生抵触性反应。进而言之,习惯了由政府为自己掌舵和时时寻求政府特殊照顾的中国企业,也会非常不适应,甚至当经济出现困难时会责难政府的“漠不关心”,这反过来会为政府出手干预市场竞争提供借口。另外,以竞争政策规制政府经济权力,需要有能够担当此任且发挥主要作用的机构。毫无疑问,竞争主管机构应该在其中扮演重要角色,但我国的反垄断主管机构,不论是级别地位还是规制权限、规制手段等都存在很大欠缺。而且,一个或几个特定的主管竞争政策的机构“凌驾于”其他政府机构之上,也会导致既有的政府内部权力秩序“混乱”,在政治系统内部也会遇到阻力。

2. 渐进式突破

鉴于目前我国存在的机制体制和观念障碍,以竞争政策规制政府经济权力,不可能一蹴而就、全面铺开,而应循序渐进、逐步开展。第一步,在全社会,特别是在政府和企业中普及竞争政策知识,传播和培育竞争文化,使竞争观念深入人心。同时,要在现有框架内加强对行政垄断的查处力度,公布一批典型案例。第二步,在整合现有几家反垄断执法机构力量的基础上,将国务院反垄断委员会改造成权威、专业且相对独立的竞争主管部门,并通过修改反垄断法扩大行政垄断的规制范围,赋予竞争主管机构一定的直接执法权,特别是要将竞争主管机构针对政府部门的竞争倡导职能法定化。第三步,构建竞争政策与其他经济政策的协商机制,其他政策制定时对其竞争效果由政策制定部门向竞争主管机关征询意见。第四步,时机成熟时,在国家层面制定我国的竞争政策纲要,对政府经济干预行为提出全面的竞争导向要求,并同时寻求在宪法条款中明确竞争政策的基础和优先地位。

三、政府反竞争行为的竞争影响评估和审查

对于政府反竞争行为的规制,传统的规制方式是通过严格竞争执法和司法来加以控制,属于一种事后规制措施。在政府反竞争行为产生严重后果时进行救济,此时损害已经发生,并且往往需要长时间的竞争调查,对于等待进入市场的市场主体往往意味着很大的成本。基于此种考虑,在事后规制之外,对政府反竞争行为还需要形成一种预防性的事前规制措施。通过对反竞争行为发生前的审查、评估与制止,从而在根本上阻却行为对竞争的损害作用。事前规制措施与事后规制措施两者并用,互相补充,相辅相成。竞争审查或竞争评估,是指竞争主管机构对公权机关尤其是行业主管机关已制定的或者正在拟定的法律法规或者公共政策,按照竞争与反垄断的理念,进行意见咨询、审查或评估,以辨别其是否具有限制竞争效果并进行相应调整或纠正的制度。^[3]

(一) 域外经验

1. 韩国

韩国《规制垄断与公平交易法》第63条规定,相关行政机关的主管领导在实施制定或者修改含有反竞争因素的规章或批准含有反竞争因素的措施前,如含有固定价格、限制市场进入、限制商业管理、实施不合理的卡特尔等,应先向公平交易委员会(KFTC)征询意见。KFTC认为该规定或措施含有反竞争条款,有

权建议相关行政机关修改上述反竞争条款。以上规定同样适用于未事先向委员会征求意见的规章和措施。同时该法第64条规定,为保证法律的实施,KFTC还有权向其他部门、机关或行业组织征求意见、获取材料,以及进行合作。通过该制度,KFTC于2007—2009年三年间,先后成功预防了82个反竞争法规的出台。另外,该组织也编制《反竞争性法律评估指南》,其中包含审查反竞争法律法规的标准和典型案例,并寄送到所有行政部门,希望各部门在起草阶段就能防止反竞争行为的产生。

另外,除了上述制度之外,KFTC还引入了竞争影响评估制度。2008年底修改的《制定法律法规影响评估指南报告》指出,KFTC应当对各部门制定的或修改的法律进行对竞争潜在影响的评估。评估大概分为两步,初步评估和深入评估。初步评估主要从法律是否限制或削弱供应商的市场进入、竞争力、竞争激励以及消费者的选择范围和获取难度等四个方面。深入评估则主要从相关市场界定、竞争影响分析以及可替代方案等几个方面进行评估。从2009年到2014年10月,KFTC一共对1907件法律法规进行了竞争影响评估,有65件被认为有潜在的限制市场竞争的效果,并建议相关部门采取替代性措施,以防范潜在的反竞争法规损害竞争。^②此外,KFTC还致力于推翻已有的不合理的市场进入,从而使市场形成更有利于竞争的结构。

2. 澳大利亚

根据《竞争原则协议》第5条的规定,澳大利亚政府承诺对已存在的含有竞争限制因素的现行立法进行审查,然后进行相关的改革,并且逐步推动至地区政府立法的审查。《竞争原则协议》第5条第1款规定了竞争审查和改革的指导原则,即立法不能限制竞争,除非限制竞争对整个社会所造成的利益大于损失,且该立法目标必须通过限制竞争的方式才能实现。1996年各级政府都推出了审查时间表,并逐步开展对联邦和地方政府法律、法规和政令的审查和改革工作,涵盖了方方面面。有学者统计,截至2013年,澳大利亚在审查过程中找出约1800件破坏有效竞争的规则,并对其中的85%进行了纠正或者禁止。^③受此影响,澳大利亚近十多年的GDP增速都保持了3%~4%的较高比例,有效地推动了经济增长。^④

澳大利亚不仅对现有的相关限制竞争的法律进行评估,也对将来或者正在拟定的新的立法进行竞争影响评估,逐步形成立法定期评审制度,并会根据产生的竞争影响提出相应建议。

(二) 我国对政府反竞争行为竞争影响评估和审查的现实基础

我国仍然存在着大量“妨碍公平竞争的行政法规、规章以及各种规定和做法”。十八届三中全会通过的《关于全面深化改革若干重大问题的决定》中指出: 清理和废除妨碍全国统一市场和公平竞争的各种规定和做法, 严禁各类违法实行优惠政策行为, 反对地方保护, 反对垄断和不正当竞争。十八届四中全会也指出: 提高立法质量, 防止地方保护和部门利益法制化, 完善规范性文件、重大决策合法性审查机制。尤其是2016年6月14日《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(以下称《意见》)的公布, 标志着我国公平竞争审查制度的正式颁行实施, 为政府反竞争行为的竞争影响评估与审查提供了现实基础和明确依据。

(三) 制度设计

值得欣喜的是《意见》对于我国公平竞争审查制度作出了顶层设计和总括性规定, “是确立竞争政策基础性地位迈出的关键一步, 是维护市场公平竞争的一项重大制度性安排。”^[4]但是, 仍然有待从以下方面完善公平竞争审查的制度设计。

首先, 在条件许可的情况下分阶段、有次序地对业已制定或者实施的政府规范性文件进行清理, 对其中具有限制竞争效果的予以修正或者废除。可以借鉴澳大利亚清理审查已制定法规的做法, 从中央到地方在充分考虑具体国情与实际的情况下制定一个时间表, 逐步推进并开展审查, 各级政府发布年度报告公开审查的进度, 以便监督是否按时对照时间表推进了审查。

其次, 一方面建立意见咨询制度, 行政机关在实施干预市场行为之前, 必须事先通知竞争主管机构, 征求并尊重其竞争评估意见或改正建议。另一方面, 构筑均衡原则指导下的全面竞争评估制度: 初步评估与深入评估相结合。^[5]初步评估用以过滤不需要进行评估的规定和做法。深入评估建立在初步评估的基础之上, 评估深度应与初始程度确立的不利影响成正比, 主要采取量化的指标对竞争限制的成本与收益是否符合比例原则进行审查, 并要求提出损害更小的可替代措施。

再次, 增加竞争评估的透明度和可操作性。为此, 可以根据美国的经验以及OECD出版的《竞争评估工具书》制定发布我国的评估指南, 详细规定竞争主管机构的评估权限、标准、程序和内容。确保相应机构有足够的权限可以对更多限制竞争的法律法规和管制措施进行审查、评估并提出候选政策, 以提升其规制

政府制定、实施法律行为的能力。

最后, 设立政府反竞争行为投诉机制。上述的评估和审查可以预防大部分反竞争的规定和政策, 但是难免百密一疏。为了防止这种情形的发生, 可以借鉴欧盟关于国家援助的投诉机制, 任何人都拥有向竞争主管机关(在我国可由国务院反垄断委员会担任)投诉各部委及各级政府和法律法规授权具有公共管理职能的机构发布的未经过审查却含有排除、限制竞争效果的规定和政策。反垄断委员会接到投诉后, 根据情况决定是否立案, 并展开调查, 若确存在限制竞争效果, 可要求相关制定部门撤销、改正或提出替代性方案。

四、政府干预市场的行为应当以竞争中立为标准

(一) 竞争中立的缘起、概念与不同立场

竞争中立是澳大利亚联邦政府于20世纪90年代在国有企业改革的过程中首次提出的概念。澳大利亚于1993年开始国有企业的公司化改革, 但是此次改革成果并不尽如人意, 国有企业仍然享有源自于政府的诸多优势。^⑤基于此种情形, 澳大利亚政府在1996年就提出并制定了“竞争中立”, 作为其“竞争政策”的重要组成部分, 以更为严厉的措施来尽可能弱化政府行为对竞争的不利影响。^[6]其后澳大利亚进行了一系列改革深入实施竞争中立, 取得了明显效果。后来这一理念和规则逐渐为欧美等发达经济体所认同, 并且在其推动下OECD发布两份报告^⑥来增强对竞争中立的研究。而且美国还将竞争中立加入到TPP谈判中, 明晰要在TPP谈判框架内通过竞争中立来引导或束缚他国国有企业的竞争。这都使得竞争中立完成了从国内规则到国际视角的转变。^[7]

竞争中立大致指国有企业不能因为其国有性质或者所开展的活动而拥有相较于一般私营企业更多的特权或者优势。^⑦换句话说, 政府不能运用其立法权或财政权力使政府的商业活动在与私营企业竞争时获得某些优势。实行竞争中立的目的在于消除国有企业与私营企业之间扭曲的资源分配机制, 为两者创建一个公平的竞争平台。该政策的总体安排是对与国有企业相关的法律法规和行政性文件进行系统的审查, 按照竞争中立的标准进行修改甚至予以废除, 以使国有企业的运营环境尽可能地与私营企业相当。

(二) 作为衡量政府干预市场竞争标准的竞争中立之突破

基于不同发展阶段和不同利益诉求, 不同国家和地区适用竞争中立虽形式不一, 但其促进市场竞争的

本质还是较为一致的。其核心价值取向在于建立公平的市场竞争环境,且其作为衡量一个国家是否具有公平竞争与自由贸易环境的重要尺度已被普遍接受。所以,本部分就是在竞争中立这个核心价值取向的基础上,不仅将竞争中立作为衡量国有企业改革是否促进公平竞争的评判标准,并且将竞争中立这一理念推广到全面评判政府权力干预市场竞争合理与否标准的维度上。因此,就有必要在紧抓竞争中立的价值取向的基础上、在参考国外竞争中立的实践的层面下,探讨是否能够将其推广作为衡量规制政府干预市场竞争的标准,其合理性和可行性如何。另外,在讨论其合理性时,有必要发掘我国本土关于竞争中立的内生资源,如十八届三中全会倡导的建设统一开放、竞争有序的市场体系和发展混合所有制经济等,以更贴近我国实际和国情。

政府权力在干预经济的过程中,会通过直接或者间接介入市场的行为,进而可能偏离其保护竞争机制的职责,产生损害竞争机制的反竞争行为,扭曲公平的竞争环境。尤其是作为一个转型经济国家,我国政府对经济不当干预的最大“副产品”——对市场竞争的限制尤为普遍和严重,甚至形成了制约市场经济发展的体制性障碍。此时就产生了一个问题,即需要在政府运用权力合理干预市场和防止政府滥用行政权力限制和排除竞争之间取得一个平衡。要实现这一平衡,是一个宏观而复杂的问题,既需要考虑不同制度安排下政府影响市场的广度和深度,也需要考虑一个国家内在经济制度的特殊性和历史性。而可行的一个路径就是在以竞争政策为基础和优先的前提下,通过事前对政府运用权力的行为进行竞争评估,事后通过执法和司法规制政府反竞争的行为,并以推进和倡导竞争文化为辅助。而不论事前的评估或者事后的规制,都需要一个标准作为评价政府干预市场行为正当、合理与否的尺度,这个标准就是竞争中立。可见,这里所用的竞争中立,在原有适用到国有企业改革的基础上,范围远远超过其本来的含义,是对竞争中立思想运用的一个突破,并提供一个新视角。

(三) 竞争中立标准之具体展开

1. 竞争中立作为政府行为竞争影响评估的标准之适用

政府行为对于市场的干预与政府职能的发挥存在一个程度的把握问题。如果该干预的没有干预,则会造成市场的混乱和政府的不作为。如果管得过多、过宽则可能会限制市场竞争,阻碍统一大市场的形成,损害市场主体的自主经营权和消费者利益,甚至滋生腐败等,从而消解市场活力,产生一系列反竞争的效

果。因此,政府干预市场的行为必须适度。这就需要事前和事后的双向规制。事前的规制工具就是对政府行为的竞争效果进行评估,而评估的标准则是竞争中立。符合竞争中立要求的,应当评估为政府行为有利于促进市场竞争,反之则不然。具体来说,就是要在竞争中立的视角下,对政府行为竞争影响的评估过程中需要考量哪些因素,如哪些政府行为可以作为竞争中立适用除外情形,以及政府行为是否必要、是否合比例、成本与收益等问题,保证政府在干预市场过程中对于交易机会、经营负担、投资回报等方面保持中立。

2. 竞争中立作为衡量竞争执法、司法适当性的标准之适用

控制政府干预市场竞争行为的适度性,需要事前和事后规制措施共同作用。事前为对政府行为进行竞争性评估,事后则主要依靠严格地实施竞争法,包括行政执法和司法审查。同样,衡量竞争执法和司法的适当性与否也需要以竞争中立作为标准。就竞争执法来说,需要明确哪些政府行为可以豁免适用竞争中立,需要保证竞争执法机关对于同一层级的不同机关之间、不同层级的中央机关和地方机关之间的中立。在对企业的执法过程中,则需要执法机关在执法对象的选择(如国有企业和私营企业之间、外资企业与内资企业、大型企业与中小企业等),执法宽严度,豁免的标准等方面保持中立。就竞争司法来说,同样需要司法机关在受案范围、原告资格、审查标准、审查程序、法律责任等方面保持中立,在公共利益与私人利益的平衡上保持中立。

3. 竞争中立作为评价我国国有企业改革中的标准之适用

竞争中立的本初指向就是评价政府在市场竞争这个层次上是否对国有企业与私营企业平等对待,并且关于这个问题,国外也已经有了不同的立场和实践。具体到我国来说,适用竞争中立评价我国的国企改革问题,需要结合我国的国情、所有制形式、法治环境、经济发展阶段、产业政策等方面进行综合评价。这需要确立竞争中立可以评价的范围,因为竞争中立并非能评价所有国有企业及其所有业务。对于从事公益性业务、掌握国家经济命脉或涉及国计民生的自然垄断业务不适用竞争中立予以评价,对于从事以一般营利为目的的商业性业务都需要适用竞争中立予以评价。但是需要注意的是,这个分类是一个动态的过程,伴随着经济的发展和形势的变化而有所差异。在这个分类予以评价的过程中可以考虑这些因素,包括但不限于:①国有企业提供公共服务和履行社会责任的

特殊性; ②国有企业是否因实施国家产业政策而获得特殊待遇; ③国有企业是国家长远规划发展的组成部分; ④国有企业在确保财政收入方面的功能。

五、优化关于政府反竞争行为的执法与司法

上文已经提到, 关于政府反竞争行为的规制, 除了事前预防外, 事后纠正和救济也是重要的方面。事后进行政府反竞争行为的规范主要集中于竞争法律的执法与司法上。

(一) 执法、司法存在的问题

在执法方面, 主要集中于执法机构设置不合理和法律责任不健全两方面。在执法机构设置上, 我国反垄断执法机关分属于国务院的国家工商总局、国家发改委和商务部三部委, 执法力量分散、执法级别不高, 使得反垄断执法机构很难保持独立性和高效性。尤其是政府反竞争行为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, 政府和企业间的关系盘根错节, 调查难度很大。如果反垄断执法机构没有独立性, 它就无法同政府部门的反竞争行为作斗争, 也就无法有效进行规制。在法律责任设计上的不足, 表现为三个方面: 第一, 反垄断执法机构在发现行政性垄断时只能对实施行为的上级机关提出建议, 这就排斥了反垄断执法机关的直接管辖权, 使得它在处理行政性垄断行为时权限严重不足, 削弱了反垄断机关规制政府反竞争行为的能力。第二, 法律责任承担方式规定不完善, 只规定了行政责任, 缺少民事责任甚至刑事责任。同时, “责令改正”的责任形式在法律实践中尚需进一步细化, 诸如应在多长时间内在责令改正、不予改正后果是什么等。第三, 责任承担主体尚显狭窄, 没有对行政性垄断受益企业规定单位责任, 也未将责任延伸至企业高管人员, 可能使这些企业为了攫取高额利益而反向推动政府反竞争行为的实施。

在司法救济方面, 《行政诉讼法》未修改之前, 其规定不完善之处主要表现在: 由于我国《行政诉讼法》将抽象行政行为排除在法院的受案范围之外, 因此虽然《反垄断法》对抽象行政行为的审查有规定, 但该规定实际上不具有可操作性, 抽象行政性垄断行为无法得到司法救济。同时, 我国《反垄断法》仅在行政体系内部规制行政性垄断行为, 被行政性垄断侵害的企业或者消费者无法提起民事诉讼和行政诉讼。可见, 目前的规定无法完全保护相关主体的合法权益。

(二) 优化执法、司法的途径

关于执法机构的设置问题, 在现有的体制下, 成

本最小且最便捷的途径, 就是在相关法律授权许可下, 通过国务院反垄断委员会将相关执法力量整合, 将该委员会从执法协调机构升级为执法统一、权威更大、层次更高的竞争执法机关。并且, 确立高度独立性原则、执法人员专业化原则、职责明确原则、多机构协调原则, 以更好地促进反垄断执法工作的开展。

如何完善法律责任, 首先应建立行为主体的责任追究机制, 明确行政性垄断的责任, 加大对行政性垄断的制裁力度。为增强处罚建议的权威, 可由整合后的国务院反垄断委员会提出执法建议, 并可逐步赋予反垄断委员会建议的强制力, 从而增强建议的权威性和执行力。针对行政机关实施反竞争行为的法律责任仅是行政系统内的自我监督责任形态, 作用有限, 可设定对“受益者”的罚没违法所得和行政罚款的责任, 有利于阻止相关经营者实施通过对行政特权的依附获取垄断利益的行为。^[8]另外, 反垄断机构可以通过向社会公开的方式追究行政机关的名誉责任, 以形成较强的舆论压力, 遏制政府反竞争行为的实施。除非受政府反竞争行为受益企业的董事、经理等高级管理人员能够证明其已经尽适当的努力阻止企业配合政府实施反竞争行为, 否则企业高管人员对于此种行为都应该承担相应的法律责任。

对于政府反竞争行为的司法救济, 则有必要在新《行政诉讼法》(以下称“新行诉法”)的修改背景下进行探讨。深圳斯维尔科技公司诉广东省教育厅涉嫌行政垄断案由广州中院于2014年6月26日审理, 并一审判决广东省教育厅败诉。作为行政性垄断正式进入诉讼程序的第一案, 其为改进行政性垄断的司法途径提供了实证参考。下面就几个方面介绍新行诉法对于行政性垄断司法审查的影响。^[9]

首先, 新行诉法在第51—52条规定符合该法规定的起诉条件的, 人民法院应当立案; 否则当事人可对不予立案裁定提起上诉, 或者通过向上级机关投诉来保障立案权利。这一系列关于立案登记制的改革, 有利于降低行政性垄断立案的门槛, 减少行政权力对司法的干预。其次, 新行诉法在第12条第1款第8项明确将“认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的”列入受案范围, 这给法院准确判断案件的类型和范围提供了较为清晰的指引, 提高了法院的办案效率。再次, 根据新行诉法第53条的规定, 行政相对人在进行行政诉讼时, 可以一并请求对规范性文件提请法院进行合法性审查。上文提到, 广泛存在的各类规范性文件是政府实施反竞争行为的重要手段, 新法的修改无疑对政府的反竞争行为规制提供了一个新的可行化

方案。最后,新行诉法第3条规定,原则上行政机关的负责人应当出庭参与诉讼,这对于行政机构内部对欲作出行为的合法性审查有一定的促进作用。

六、培育与倡导竞争文化

(一) 我国竞争文化薄弱的原因生成

竞争文化,不是一个具有明确概念和内涵的语词,大致包含了人们业已形成的关于市场、竞争或竞争现象的一系列观念、价值、行为模式、规则乃至法律规范的统称。^[10]从传统来看,我国古代长期以来的封建小农经济生产方式,以自给自足为主,较少产生商品交换,自然也不可能进入商品交换大量存在的商品社会。在传统施政方略上,为了维护统治的稳定和社会的有效控制,统治阶级提倡并实际推动“重农抑商”理念,限制了商业竞争产生和存在的土壤。再次,古代社会治国以礼为主,并渗透到社会的方方面面,其实质是确定一种较为稳固的社会阶层的分级,以此来分配资源与利益。在这种差别有序的格局下,也不太可能产生自由平等的交易关系。这都表明,我国古代不存在竞争文化产生和发育的社会基础和制度土壤。

新中国成立后,很长一段时间内,都是以高度集中的计划经济为主导,资源由国家计划加以分配。改革开放以后,尤其是1992年之后,我国开始社会主义市场经济的建设,引入竞争机制,非公有制企业与国有企业之间、私营企业之间、国有企业之间逐渐开展竞争,伴随着竞争的展开也迎来了20多年的经济高速发展。随着不同主体间竞争意识的增强,竞争文化也开始在我国传播。但是,现阶段的竞争文化还呈现一些不足:一方面,政府在行使公权力过程中维持市场竞争秩序的意识不足,政府部门在规制和调控市场经济过程中,还存在损害市场竞争的行为;另一方面,市场竞争主体也缺乏正当竞争和自由竞争的观念。^[11]

(二) 倡导竞争文化以促进对政府反竞争行为的矫正

竞争文化是社会大众对市场的规律性把握而形成的意识,其在自身形成和发展过程中可以孕育竞争法律制度,而且还能影响竞争立法的内容和具体的制度,并增强立法的科学性,缩减立法成本。竞争文化的培育和倡导,有利于规制政府反竞争行为,促进事前竞争审查和评估的顺利进行,保障竞争执法和司法的有效开展,推动政府和公民形成共同维护市场竞争的守法环境的建设。

从规制政府反竞争方面来说,我国可以通过以下方式建设竞争文化:首先,市场竞争的本质是鼓励公民勇于兴业,企业积极参与市场竞争。只有让市场的参与者丰富起来,市场竞争的活力才能够维持,才能够形成一种内生张力,在有公权力介入竞争时“条件反射”式地形成一种抵制或排斥。其次,竞争主管机关还可以鼓励消费者和中小企业进行正当权益的维护,帮助消费者组织壮大,从而能聚合更多社会力量以对抗政府的反竞争行为。竞争主管机关也可以牵头组织国内学者和专家授课和培训,针对行政机关进行竞争法律知识的普及和宣传工作,并且与相关国家和国际组织进行深入广泛合作,交流规制政府反竞争行为的经验。最后,新闻媒体也应积极发挥舆论监督的作用,对政府反竞争行为适时报道并持续关注,以倒逼相关行政机关自我纠错,督促竞争执法机关及时执法,同时舆论报道本身也会对民众竞争文化的培育和宣传起到良好的推动作用。在社会上培育和倡导竞争文化,要避免“单向进”而要采取“互动进”,避免“突击倡导”主要采取“常态倡导”,进而在全社会形成浓郁的竞争氛围和健康的竞争文化,让广大公民和企业自觉监督和抵制政府的反竞争行为,并帮助政府矫正其反竞争行为。

注释:

- ① 这表现在政府权力设置和分配不尽合理、政府权力运行的法治化程度不高、政府权力运行程序欠缺规范透明、政府权力运行的激励和惩罚机制不完善等方面。可参见颜佳华,李红波.当前我国政府权力运行机制研究综述.湖南社会科学,2007(1):32-35.
- ② See KFTC: Recent Activities in Competition Assessment in Korea, Asia Competition Law Forum, Shang Hai: Asia Competition Association, 2014, p. 25-31.
- ③ See Rod Sims (Chairman of ACCC), Driving Prosperity Through Effective Competition, The Mexico Forum, 8 January, 2013, Mexico City, p. 10.
- ④ See OECD, Competition Assessment Principles, Version 2.0, 2010, p. 32.
- ⑤ Tony Greenwood, David Williamson, Jim Armitage, Gary Rumble & Donald Magarey, Corporatization and privatization of State-owned Enterprises: Some Australia Perspective, 17 Hastings Intl & Comp Law Review, 741, 199. 这种优势主要通过税收减免、融资优惠、交叉补贴、管制优势、政府采购等方式获得,从而扭曲市场竞争秩序。
- ⑥ 这两份报告为: Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options; Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business.
- ⑦ Commonwealth of Australia: Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement.

参考文献:

- [1] 徐士英. 竞争政策视野下行政性垄断行为规制路径新探[J]. 华东政法大学学报, 2015(4): 27-39.
- [2] 徐士英. 竞争政策的功能[J]. 中国价格监管与反垄断, 2016(2): 21-24.
- [3] 张占江. 论政府反竞争行为的反垄断法规制体系[J]. 法律科学, 2015(4): 81-91.
- [4] 赵展慧. 解读公平竞争审查制度: 为行政权力划定 18 个“不得” [EB/OL]. <http://www.chinanews.com/gn/2016/07-08/7931840.shtml>, 2016-07-08.
- [5] 张占江. 政府反竞争行为的反垄断法规制路径研究——基于路径适用的逻辑展开[J]. 上海财经大学学报, 2014, 16(5): 66-74.
- [6] 汤婧. “竞争中立”规则: 国有企业的新挑战[J]. 国际经济合作, 2014(3): 46-51.
- [7] 李晓玉. “竞争中立”规则的新发展及对对中国的影响[J]. 国际问题研究, 2014(2): 129-137.
- [8] 桑林. 行政性垄断的表现形式及其法律规制[J]. 中国工商管理研究, 2007(6): 39-40.
- [9] 黄勇. 新形势下反行政垄断执法与司法: 挑战、思考与展望[J]. 价格理论与实践, 2015(1): 32-34.
- [10] 徐士英. 中国竞争文化的培育与成熟——反垄断法实施的思考[J]. 中国价格监管与反垄断, 2014(5): 8-11.
- [11] 文学国, 孟雁北, 等. 反垄断法执行制度研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2011: 291-292.

On the path construction of the comprehensive regulation of government anti-competitive conduct

SUN Jin, WANG Gui

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: Government anti-competitive conduct has become the shackles and “deep water” zone in further deepening the reform and a deterrent and “stumbling block” to comprehensively promoting the rule of law. But whether from the macro or micro level, due to the diverse causes and complex manifestations, it is difficult to regulate government anti-competitive conduct. Obviously, it is insufficient to turn to the traditional regulating mode, which depends on self-correction and supervision of internal administrative system, centers on its administrative control and is represented as law enforcement of administrative monopoly. We should change our ideas and broaden our horizons to regulate government anti-competitive conduct. One of the feasible ways is “comprehensive multi regulation mode”, which is to build a set of “five in one” multi-level, multi-dimension and multi-depth mechanism in which path can be found to regulate government anti-competitive conduct, including competition policy as a priority, competition assessment as a preposition, competition neutrality as a standard, the optimization of competition law enforcement as a goal, and the advocacy of competition culture as an auxiliary.

Key Words: government anti-competitive conduct; competition policy; multi regulation; path construction

[编辑: 苏慧]