

反垄断法规制政府行为的理论革新 与实施路径重塑

刘大洪*

摘要:反垄断法有必要对扭曲和限制市场竞争的政府行为进行系统规制,这有助于推进建设全国统一大市场。我国反垄断法早已形成通过反行政性垄断路径规制政府行为的经验基础,并已取得初步成绩,但这一路径忽视了对非属实施行政职权的政府行为的规制,造成反垄断法实践功能的弱化;对行政性垄断类型概括的不充分又进一步限制了其规制效果。对政府行为的规制应当实现从“行政性垄断”到“国家限制竞争”的理论革新;在主体要件范畴上,除规制行政主体之外,还应将地方权力机关和政府主导的市场主体均纳入规制范围;在客观要件范畴上,则应实现对规制垄断行为与垄断状态的兼顾,将职能重合型垄断与职能默示型垄断均纳入规制范围。在此基础上,有必要对反垄断法规制政府行为的实施路径进行系统重塑:适度界定反垄断法的调整范围,明确规制政府行为的事前规制路径;进一步完善竞争审查与竞争倡导制度,优化政府行为的事中规制路径;改进竞争执法与竞争诉讼制度,健全政府行为的事后规制路径。

关键词:反垄断法 政府行为 行政性垄断 国家限制竞争 全国统一大市场

一、问题的提出

2022年3月25日发布的《中共中央 国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》(以下简称《意见》)第24项至26项规定,全国统一大市场的建设应当“破除地方保护和区域壁垒”“清理废除妨碍依法平等准入和退出的规定做法”“持续清理招标采购领域违反统一市场建设的规定和做法”等,这些规定均直指一些我国实践中长期存在、妨碍全国统一大市场建设和运行的不当政府行为。政府作为经济发展的调控者和社会运行的参与者,其能否妥当决策和实施权力,将直接影响市场运行的效率,并决定着民生、发展等公共目标能否妥当实现。全国统一大市场建设命题

* 中南财经政法大学法学院教授

基金项目:司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目(22SFB2008)

的提出,对市场经济环境下如何审慎、妥当、谦抑地履行政府职责提出了更高要求。尤其是对仍处于政府职能转型期的我国来说,政府在实现其经济治理目标的过程中,仍不可避免地产生限制或扭曲市场竞争环境的情形。^①这可能与全国统一大市场建设时所倡导的“打破地方保护和市场分割,打通制约经济循环的关键堵点,促进商品要素资源在更大范围内畅通流动”等精神背离,这些问题亟待进行系统性的解决。

反垄断法作为市场经济运行中的基石性法律制度,对维护整体公平竞争环境、建设全国统一大市场具有提纲挈领的重要作用。^②传统上,反垄断法以规制经营者实施的各类垄断行为为核心要务,但反垄断法并未也不应舍弃对政府行为的规制。政府各类参与、干预或间接影响市场的行为均有可能扰乱市场公平竞争秩序,进而产生排除或限制竞争的后果,反垄断法不应漠视此类行为对市场竞争秩序的损害。在我国,2008年开始实施的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)即以专章对滥用行政权力排除、限制竞争行为进行规制,这构成我国对政府垄断行为进行规制的最重要的法律渊源。此类违法行为在我国反垄断语境中常被称为“行政性垄断”,在2022年《反垄断法》大修之际,相关规制条款还进行了必要的修正与微调。

《反垄断法》的反行政性垄断条款在防范、应对政府行为扰乱市场秩序、排除和限制竞争等方面发挥了重要作用,但时至今日,由不正当的政府行为造成的地方保护、区域壁垒、行业垄断和妨碍市场主体平等准入、营业、退出的现象依然存在,这构成当前全国统一大市场建设的重要障碍。因此,在全面建设全国统一大市场的宏观背景下,有必要对反垄断法规制政府行为的理论基础进行一次系统性地回溯,对反垄断法上的政府行为规制体系进行一次全面的理论革新,并在此基础上重塑反垄断法规制政府行为的实施路径,在真正意义上从制度层面为全国统一大市场的构建奠定竞争秩序基础。

二、通过反行政性垄断路径规制政府行为的经验及局限

在我国,从20世纪80年代将反垄断法纳入立法研讨范畴开始,对反垄断法规制政府行为问题的讨论即长期围绕反行政性垄断问题而展开,这一思路对《反垄断法》上的“滥用行政权力排除、限制竞争”相关法律条款的拟定、理解、实施和改进均产生了直接影响,时至今日仍在国内反垄断法学界发挥着主导作用。2022年修订的《反垄断法》和2023年国家市场监督管理总局出台的《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》也并未改变这一“路径依赖”,而只是在制度设计上进行了微调,使其更符合全国统一大市场建设的时代需求。客观地说,反垄断法通过反行政性垄断路径规制政府行为,是我国在建设具有自身特色的竞争法律制度体系过程中探索出的极具本土特色的创新性制度框架。但是,反行政性垄断路径经验基础的“先天不足”和“后天畸形”,使这一路径存在不可避免的局限性,亟待做出改变。

(一) 反垄断法通过反行政性垄断路径规制政府行为的经验基础

行政性垄断并非我国所独有的现象,而是带有鲜明的转轨经济特色,在与我国国情相类似的

^① 参见张占江:《政府行为竞争中立制度的构造——以反垄断法框架为基础》,《法学》2018年第6期。

^② 参见张守文:《全国统一大市场的基础制度及其构建》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2023年第4期。

一切转轨国家中,都是一个比较普遍甚至严重的社会问题。^①但是,“行政性垄断”一词却具有浓厚的本土性,它是我国学者在改革开放过程中,用来尝试分析和解决政府不正当扭曲、限制市场竞争公平问题时所自发创造并使用的词汇。^②在英语世界虽统一使用“administrative monopoly”称呼“行政性垄断”,但该词汇是个“舶来品”,只用来讨论我国反垄断法的相关问题,即认为只有我国的政府机构通过滥用权力实施的垄断才属于“行政性垄断”的概念范畴。^③亦即尽管行政性垄断所指代的通过政府行为扭曲和限制竞争的现象并非我国所独有,但对“行政性垄断”这一词汇的使用和讨论却是十足的中国语境内的独有现象。

“行政性垄断”一词虽从未正式进入我国与反垄断有关的立法文本,但我国学术界对该词汇内涵、特征、构成要件、规制策略等的讨论主导了《反垄断法》中的政府行为规制条款,并最终形成了以《反垄断法》第5章“滥用行政权力排除、限制竞争”规制条款为主要内容的立法体例。在观念上,我国学术界也多数将“行政性垄断”与立法中的“滥用行政权力排除、限制竞争”的内涵完全等同。自2008年《反垄断法》正式实施以来,这一规制路径虽经历了在执法或修法层面的多次渐进式改进和完善,但从未发生过实质性的改变。我国反垄断法通过反行政性垄断路径规制政府行为的机制已经稳固下来,并形成了如下经验基础:

首先,在立法精神上,我国反垄断法不致力于将全部政府行为均纳入评价范围,而是仅关注一部分与现行法治精神、改革趋势和经济发展需求明显背离的扭曲、限制竞争的行政行为。这便使“滥用行政权力”成为查处此类违法行为的构成要件之首要前提,不具备此类前提的反竞争的政府行为则不属于反垄断法的调整范围。毕竟,与其他政府行为相比,滥用行政权力的反竞争的政府行为即便未被纳入反垄断立法文本中,也与传统行政法的精神和原则相悖,这便从一个侧面解释了为何在《反垄断法》立法研讨过程中会产生经济法学者与行政法学者有关反行政性垄断立法模式的论争。^④换言之,因滥用行政权力而扭曲和限制竞争的行为既与规范和限制公权力的一般法治精神不符,又在我国改革开放进程中表现出了明显妨碍经济发展的缺憾,进而凸显了由《反垄断法》予以规制的必要性,而其他反竞争的政府行为则有意无意地被忽视了。

其次,在立法技术上,我国反垄断法对政府行为的规制是将违法行为的“行政性”与“垄断性”予以兼容的结果,其中行政性——滥用行政权力——是形式条件,而垄断性——排除、限制竞

^① 参见孙晋、李胜利:《竞争法原论》,法律出版社2020年第2版,第133页。

^② 对“行政性垄断”或“行政垄断”概念的使用,最早可追溯至20世纪80年代末的中国经济学界。例如,在1987年即曾有6位学者在《中青年经济论坛》《经济研究参考资料》《贵州财经学院学报》等经济学期刊上讨论和分析行政性垄断问题。进一步的梳理分析,参见石淑华:《行政性垄断的经济分析》,社会科学文献出版社2006年版,第61~62页。在20世纪90年代,反行政性垄断问题才逐渐进入法学学者研究的视野。

^③ See M.Owen, Su Sun, Wentong Zheng, Antitrust in China: The Problem of Incentive Compatibility, 1 (1) Journal of Competition Law and Economics, 123-148(2005).

^④ 在《中华人民共和国反垄断法》颁布前,曾出现过有关反行政性垄断立法模式的论争,论争的焦点是:反行政性垄断问题应当交由反垄断法予以规定还是更适合将其纳入行政法规予以规制?在这次讨论中,经济法学者绝大多数赞成应由反垄断法规定反行政性垄断问题,而行政法学者则反之。最终,赞成反垄断法应当规定反行政性垄断问题的学者占据了主导地位。参见朱崇实主编:《共和国六十年法学论争实录:经济法卷》,厦门大学出版社2009年版,第296~297页。

争——则是实质条件。^①在此基础上,《反垄断法》在具体文本中明确了行政性垄断的行为类型、违法标准、法律责任和规制措施。在立法体例设计上,《反垄断法》除于第1章对反行政性垄断进行原则性规定外,还专门设置第5章对各类滥用行政权力排除、限制竞争的行为进行详尽的列举式规定,这些规定与第2章至第4章的三大经济垄断行为相并列,成为我国反垄断实体制度的重要组成部分,至于针对行政性垄断的调查、法律责任等问题,则在第6章、第7章予以简单规定。2022年修订的《反垄断法》坚持了这一立法体例的整体框架,仅对违法行为类型和法律责任等方面做了微调。

《反垄断法》形成的上述经验体系并非在该法甫一实施即产生十足效果,而是经历了一个渐进式的发展历程:在2014年以前,《反垄断法》的反行政性垄断条款几乎未被正式适用过,所涉案例极少。^②在2014年底,时任国家发改委反垄断执法机构负责人曾在公开场合表示,2015年将重点关注反行政性垄断问题。^③这是我国反行政性垄断的一次重要转折,在这之后,反行政性垄断的执法效果明显提高,尤其是从2017年开始,相关执法案例显著增多。^④在2022年《意见》出台后,国家市场监督管理总局在全国范围内开展了制止滥用行政权力排除、限制竞争执法专项行动。仅在2022年,“国家市场监督管理总局竞争政策协调司”官方网站就分5批次集中公示了合计63件行政性垄断案件。^⑤

(二) 反垄断法通过反行政性垄断路径规制政府行为的局限性

从我国的反垄断法实施实践来看,通过反行政性垄断路径规制政府行为的做法在取得一定成绩的同时,亦存在局限性。一个可直观感受到的现象是,尽管《反垄断法》在立法文本上将行政性垄断与垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三大典型经济垄断相并列,但在该法实施10余年以来,行政性垄断从未构成反垄断执法工作的重点,与其相关的执法资源、典型案例、公众关注度均普遍较低,属于一类十分边缘化的违法行为。作为一个自改革开放以来便备受关注

^① 参见许身健:《行政性垄断的概念构造及立法完善——基于〈反垄断法(修正草案)〉的分析》,《行政法学研究》2022年第3期。

^② 参见戴冠来:《我国〈反垄断法〉反行政性垄断的效果评析》,《中国物价》2013年第12期。

^③ 参见陈静:《发改委反垄断局局长:2015年将主攻行政性垄断》,http://news.sohu.com/20141201/n406563286.shtml,2023-08-01。

^④ 参见李剑:《中国行政性垄断的治理逻辑与现实——从法律治理到行政性治理》,《华东政法大学学报》2020年第6期。

^⑤ 2022年制止滥用行政权力排除、限制竞争执法专项行动案件第一批公示于2022年6月9日,共公示12件行政性垄断案件,参见《2022年制止滥用行政权力排除、限制竞争执法专项行动案件(第一批)》,https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/qlpc/art/2023/art_abcdf27b28e44dab8d1d3ddf24edb6d9.html,2023-08-01;第二批公示于2022年7月29日,共11件案件,参见《2022年制止滥用行政权力排除、限制竞争执法专项行动案件(第二批)》,https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/qlpc/art/2023/art_0c7cb5c791c7400a98b2742029391362.html,2023-08-01;第三批公示于2022年11月18日,共13件案件,参见《2022年制止滥用行政权力排除、限制竞争执法专项行动案件(第三批)》,https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/qlpc/art/2023/art_5d6eee4d35c84ffb_803b0be6970e0632.html,2023-08-01;第四批公示于2022年11月25日,共12件案件,参见《2022年制止滥用行政权力排除、限制竞争执法专项行动案件(第四批)》,https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/qlpc/art/2023/art_80b764c8e2c24d5d9534b1a1a502da0c.html,2023-08-01;第五批公示于2023年1月11日,共15件案件,参见《2022年制止滥用行政权力排除、限制竞争执法专项行动案件(第五批)》,https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/qlpc/art/2023/art_632ec8e460764dc483c12fabcbbe5898.html,2023-08-01。

的社会问题,行政性垄断的治理至今未有根本性的改观,其仍被视为“阻碍全国统一大市场建设的主要现实障碍”。^① 诱发行政性垄断的基础依然存在,《反垄断法》确立的法律治理模式事实上只发挥了极为有限的效果。^② 这种窘境之所以产生,是因为我国反行政性垄断立法存在“先天不足”与“后天畸形”。

首先,通过反行政性垄断路径规制政府行为具有明显的“先天不足”,它使部分政府行为在法外空间运行,是对反垄断法功能的弱化。在逻辑上,“政府”与“行政”是一组具有包含关系的词汇,除行政权力外,其他实施公权力的政府行为亦有可能扭曲和限制竞争,如主权行为、立法行为等。事实上,在我国现行政治经济体制框架下,行政职权的决策和实施过程是受制于同级权力机关的,后者在职权范围和效力位阶上均大于前者。在我国改革开放实践进程中,也确实曾广泛存在以地方人大决议或制定法规的形式扭曲和限制竞争的现象,相较行政主体实施的行为,此类垄断“在效力上通常更难以撼动,在不良影响上通常波及面更广、更难以治理”。^③ 在全国统一大市场建设过程中,如何制约地方权力机关基于自身利益的冲动阻隔企业及其生产要素的跨区域流动,进而防止“使全国本应统一的市场分割为一个个狭小的地方市场”,^④是一个亟待关注的重点问题。在《意见》所提及的全国统一大市场建设应“破除地方保护和区域壁垒”“清理废除妨碍依法平等准入和退出的规定做法”“持续清理招标采购领域违反统一市场建设的规定和做法”等规定中,行政主体所指定和实施的政策措施并非全部,而是还包含一整套由地方权力机关制定的措施,这当中甚至不乏以地方性法规实施的政策,但《反垄断法》则直接豁免了对此类行为的审查。

其次,我国反行政性垄断立法和修法的进程又令这一路径发生了明显的“后天畸形”,它进一步压缩了反垄断法规制的政府行为范围。即便将反垄断法规制的政府行为范围仅局限于滥用行政权力的领域,也可通过完善的立法技术尽可能提高规制的力度与广度。但是,不论是2008年开始实施的原《反垄断法》还是2022年修订的《反垄断法》,对反行政性垄断的规定都难尽如人意。2022年修订的《反垄断法》第5章主要列举了诸如限定交易、不平等待遇、妨碍自由流通、排斥招投标等违法行为,但对这些行为的列举远不能涵盖现实中行政主体滥用行政权力排除、限制竞争的全部类型。例如,所有违法行政性垄断的界定均以“滥用行政权力”为前提,而依照行政法上行政行为的一般原理,除滥用权力外,超越行政权力或行政不作为也均可构成违法行为,也更有可能以此类形式限制竞争。^⑤ 再如,对行政主体与市场主体共同实施垄断的问题,2022年修订的《反垄断法》第44条仅规定了行政主体强制或者变相强制经营者实施垄断的情形,但事实上,除了强制以外,行政主体和市场主体也有可能以共谋、默许、混同等各类复杂的形态实施垄断,这些行为本质上都是行政权力扭曲、限制竞争的直接体现或变相延伸。这种立法现状,使《反垄断法》规制政府行为的实效更加弱化。

① 参见刘永红、唐洋:《全国统一大市场建设背景下破解行政性垄断的法治之道》,《长白学刊》2023年第1期。

② 参见李剑:《中国行政性垄断的治理逻辑与现实——从法律治理到行政性治理》,《华东政法大学学报》2020年第6期。

③ 参见段宏磊:《国家限制竞争的法律规制》,知识产权出版社2021年版,第34页。

④ 参见王晓晔:《反垄断法》,法律出版社2011年版,第288页。

⑤ 参见盛杰民、张江莉:《论〈反垄断法〉中的“滥用行政权力”》,《竞争政策研究》2015年第1期。

三、反垄断法规制政府行为的理论革新

我国反垄断法通过反行政性垄断路径规制政府行为的做法同时存在“先天不足”和“后天畸形”，这不符合建设全国统一大市场的实践需求，亟待进行理论革新。笔者认为，有必要尽快实现从反“行政性垄断”到规制“国家限制竞争”的观念转变。所谓“国家限制竞争”，是指任何直接或间接反映国家公权力意志的主体制定、实施或影响的扭曲和限制市场竞争的行为，而并不仅局限于行政主体。在国外反垄断学术探讨中，“国家限制竞争”可能被表述为“反竞争的公共限制”^①或“政府实施的限制竞争”；^②而在国内，学术界除使用“国家限制竞争”一词外，还有论述称之为“政府反竞争行为”。^③但不同表述之间的旨趣是一致的，即均力图突破所谓行政性垄断概念外延的限制，以更周延的范围指称公权力扭曲、限制竞争的任何行为。

通过研讨国家限制竞争的规制问题，我们可以跳出反行政性垄断规制路径的掣肘，实现反垄断法对政府行为系统、全面、精准的规制，进而为全国统一大市场建设铺平道路。在反行政性垄断的规制路径中，对扰乱、限制竞争的政府行为违法性的认定主要依托于两大构成要件：其一为主体要件，即认定哪些政府主体属于行政性垄断的实施者，在反行政性垄断规制路径中，仅将行政主体纳入该要件；其二为客观要件，即认定哪些具体的政府行为属于行政性垄断的外在客观表现，2022年修订的《反垄断法》主要通过第5章对相关行为类型进行列举。而在从反行政性垄断到规制国家限制竞争的理论转变中，上述主体要件和客观要件都进行了明显的革新。

（一）主体要件范畴的革新

公权力的决策和实施过程是一个“束”，任何政府公权力机关的代表机构或代理人，只要其实施权力的过程牵涉到对市场经济运作过程的管制问题，就都有可能扰乱或限制竞争。^④行政主体仅是这一权力束的实施主体中最主要的政府类型而并非全部。事实上，在2008年《反垄断法》正式实施前，1993年《中华人民共和国反不正当竞争法》对行政性垄断的规定即没有使用“行政主体”或“行政机关与法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”的称谓，而是使用了“政府

^① See Sokol D. Daniel, Limiting Anti-Competitive Government Interventions that Benefit Special Interests, 17 George Mason Law Reviews, 119 (2009).

^② See Michal S. Gal, Inbal Faibish, Six Principles for Limiting Government-Facilitated Restraints on Competition, 44(1) Common Market Law Review, 69 (2007).

^③ 目前，学术界使用“国家限制竞争”这一学术词汇的代表性文献，参见翟巍：《欧盟国家限制竞争行为反垄断规制及对我国启示》，法律出版社2016年版；段宏磊：《国家限制竞争的法律规制》，知识产权出版社2021年版。学术界使用“政府反竞争行为”这一学术词汇的代表性文献，参见张占江：《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》，《上海财经大学学报》2014年第5期；张占江：《论政府反竞争行为的反垄断法规制体系建构》，《法律科学》（西北政法大学学报）2015年第4期；孙晋、王贵：《论政府反竞争行为综合规制的路径建构》，《中南大学学报》（社会科学版）2017年第1期。但是，整体而言，不论是“国家限制竞争”还是“政府反竞争行为”，都仅在极小的范围内得到了国内学术界的应用，这与“行政性垄断”一词得到的普遍认可和使用情况形成了明显的对比。

^④ 参见[美]丹尼尔·F.史普博：《管制与市场》，余晖、何帆、钱佳骏等译，格致出版社2008年版，第801页。

及其所属部门”这一在外延上更为宽松的表述。^① 而从研判“行政性垄断”一词的渊源来看,20世纪80、90年代的经济学者在早期使用该称谓时,亦是将其宽泛地指代任何政府公权力的实施者限制竞争的情形,而非专指行政主体,只不过在《反垄断法》的反行政性垄断立法问题提上研讨日程后,该称谓才渐渐在法学学者研讨语境中被转化为滥用行政权力的扰乱和限制竞争问题。^② 概而言之,行政主体远非国家限制竞争的全部主体范围。

通过研判我国反垄断法实施的现实需求,至少应将如下两类主体纳入反垄断法规制的政府行为范畴。

1. 地方权力机关

在我国现行政治体制中,除行政主体外,权力机关、司法机关、监察机关均是国家公权力的实施者。只不过,基于自身权力属性的缘故,司法机关和监察机关行使权力的过程并不关涉主动的市场经济运作问题,通常不会扰乱或限制竞争。退一步讲,即使司法权、监察权的滥用事实上出现了限制竞争的后果,这一行为也更适宜在宪法所确立的基本政治框架下,通过各级权力机关的监督和问责来实现,而不适宜交由反垄断执法机构予以审查。但是与上述主体相比,地方权力机关实施的限制竞争行为则极有规制必要。相比行政主体通过制定和实施地方政府规章、地方规范性文件的形式实施的垄断,地方权力机关通过出台地方性法规或其他决议排除和限制竞争的行为效力更高、对市场秩序的干扰力度更大。在我国改革开放实践中,基于激励地方自主性的考虑,地方权力机关的上述做法一度被默许,进而衍生出了所谓“地方保护主义”问题。这一现象既在宪法层面违背了我国单一制政体的制度传统、破坏了法制统一,又在经济法层面明显干扰了全国统一大市场的建设,理应受到反垄断法的关注和规制。

2. 受政府主导的市场主体

政府行为既有可能通过政府公权力机关直接实施,也有可能通过投资或控制市场主体的形式间接实施,这常被称为“政府商业活动”。从表面上来看,此类政府商业活动是由企业实施的,如被国家所有或控制的国有企业,或虽非属国家所有但国家通过契约或命令实现控制的民营企业,这些主体在表面上属于市场主体而非政府主体。将此类“国有的、国家控制的或国家影响的企业”行为一概归为市场行为是不妥当的,它们有些虽然套着市场主体的外壳,但是实则以落实政府特定的调控或投资政策为目标,并可能受到政府职权的扶持或优待。^③ 在有些情况下,这种受政府主导的市场主体会获得一些来自政府干预的“净竞争优势”,从而使其得以在与一般市场主体竞争中获得更优地位,这种扭曲竞争的现象有必要受到反垄断法的关注。^④ 在我国,国有企

^① 1993年《中华人民共和国反不正当竞争法》第7条规定:“政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场。”只不过,该规定仍将违法行为局限于“滥用行政权力”的范畴,实质上并未突破行政主体的外延。

^② 事实上,即便到目前,我国经济学者讨论的所谓“行政垄断”或“行政性垄断”问题,也依然并非专指行政主体的垄断,这与法学学者的研讨语境呈现出明显差别。参见段宏磊:《国家限制竞争的法律规制》,知识产权出版社2021年版,第34~36页。

^③ 参见刘大洪:《市场主体规则平等的理论阐释与法律制度构建》,《中国法学》2019年第6期。

^④ See Deborah Healey, *Competitive Neutrality and Its Application in Selected Developing Countries*, at 14-15 UNCTAD Research Partnership Platform Publication Series, 2014.

业不仅数量庞大,而且在市场经济运行和增进公共福祉等方面发挥着重要作用,部分国有企业已在相关市场上具有充实的竞争优势乃至市场支配地位,这一地位的获取既有可能是其依照市场规律正当竞争、优胜劣汰的结果,也有可能是其得益于受到政府的主导、控制和干预进而攫取到超出一般市场主体的优势待遇的结果。如果是后者,那么这种竞争优势待遇本质上就是政府行为的延伸,有必要纳入反垄断法关注和规制的范围。

(二)客观要件范畴的革新

反垄断法规制的政府行为范畴必须尽可能周延,从而涵盖实践中可能扭曲和限制竞争的全部行为范畴,最大限度地减少法外空间。与之相比,当前《反垄断法》对行政性垄断行为类型的列举式规定则极为促狭,呈现出“重动轻静”的现实缺憾。这主要体现为两个方面:(1)重规制动态的垄断行为而轻规制静态的垄断状态,即着重处理扰乱和限制竞争的某类具体政府行为,而轻视规制由于体制或政策环境而造成的垄断状态;(2)重规制积极的垄断作为而轻规制消极的垄断不作为,即强调规制因“滥用行政权力”而出现的垄断,至于政府因消极不作为或默许某种行为而诱致的垄断,则不受关注。而在国家限制竞争行为的规制体系下,反垄断法理应构建“动静结合”的政府行为规制体系,既规制政府实施的具体垄断行为,又关注政府长期存在的垄断状态;既反对因滥用政府权力导致垄断的行为,又重视规制因消极不作为而诱发垄断的情形。依此逻辑,“职能重合型垄断”与“职能默示型垄断”是两类被《反垄断法》忽视但理应受到密切关注的特殊垄断类型。

1. 职能重合型垄断

职能重合型垄断是指政府部门在特定经济领域的公共管理职责与经营职责相互混同,既负责生产、销售等经营活动,又承担该经济领域的管理职权,“运动员”与“裁判员”身份完全合一的垄断形态。^① 由于身份和职能的混同,此类主体得以十分便利地通过行使表面上看起来“合法”的职权,为自身的市场主体身份谋求不正当的优势待遇或额外利益,进而扰乱相关市场的竞争秩序。在极端情况下,其他市场主体甚至有可能完全被排除在相关市场之外,仅由该部门完全独占经营。在我国,职能重合型垄断通常是由相关经济领域市场化改革不充分而依然保留着一定的特许经营或专营专卖制度所致,它是一种由体制性因素产生的垄断状态。例如,至今仍保留专营专卖体制的烟草、食盐等产业,以及由事业单位代行经营与管理职责的福利彩票、体育彩票等产业,均具有典型的职能重合型垄断的特征,此类产业在我国也均属于长期备受市场化改革不够充分之指摘的领域。^② 除此之外,我国也有部分具有职能重合型垄断特征的领域已在市场化改革过程中破解了这一体制性难题,如2002年体制改革后的电力产业、2013年铁道部裁撤后的铁路产业等,此类产业目前已不具备相关特征。^③ 在“运动员”与“裁判员”身份混同的背景下,我国的此类产业经营者通常保持着国家独资或控制的背景,并未经历现代企业制度的洗礼,仍多数保留

^① 参见张远婷:《职能重合型行政性垄断的法律规制——基于我国行业协会与行政机关脱钩改革的社会背景》,《贵州社会科学》2021年第5期。

^② 事实上,自改革开放以来,我国的食盐、烟草、彩票等专营专卖行业均多次因可能启动体制改革而见诸报端,并受到社会公众的普遍关注,然而几乎每次相关改革活动都难有实质性突破。

^③ 参见刘谋鑫:《自然垄断领域产业法与竞争法适用关系的协调研究》,博士学位论文,中南财经政法大学,2022年,第85~87页。

有全民所有制企业的法人形态。^① 国外学者将我国这一特殊的经济组织体制称为“行政性公司”，并将其归结为我国产生行政性垄断的重要原因。^② 然而这一垄断形态并未被《反垄断法》规定，未来此类特殊的垄断应当受到重视。

2. 职能默示型垄断

职能默示型垄断是指政府主体采取了不作为、怠于作为或默许的意思表示，进而与市场主体合谋实施了扰乱或限制竞争的行为。国家实施的限制竞争行为与市场主体实施的限制竞争行为并非完全泾渭分明，在有些情况下，两类主体可能通过复杂的共谋形态共同实施垄断行为。针对这一问题，2022年修订的《反垄断法》第44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，强制或者变相强制经营者从事本法规定的垄断行为”。该规定实际上仅考虑了政府主体强制市场主体实施垄断的情形，而忽略了政府主体与市场主体之间其他更为复杂的共谋状态。事实上，在我国一些受到高度管制的市场中，作为管制主体的政府部门与受管制的市场主体之间存在广泛的共同利益，以至于形成所谓“政企同盟”。^③ 此时，政府主体与市场主体的联合垄断行为通常并不需要前者强制后者实施，而是呈现出一种更为微妙和复杂的默示共谋状态：政府主体仅需要以默许的形式纵容或诱导市场主体实施垄断即可。例如，诱导经营者实施限制竞争行为、对经营者的限制竞争行为怠于表态和禁止乃至出台文件为相应行为的合法性进行背书，等等。这些现象在我国若干改革进程缓慢的受到高度管制的产业中表现得极为明显，^④ 这显著妨碍了全国统一大市场的建设，理应受到关注与规制。

四、反垄断法规制政府行为的实施路径之重塑

依照对国家限制竞争行为在主体范畴与行为范畴的新界定，反垄断法规制政府行为的理论基础将得到显著拓展，不再受限于促狭的反行政性垄断之“路径依赖”。在此背景下，反垄断法规制政府行为的实施路径也要因应新的理论框架予以重塑。过往，反垄断法规制政府行为的实施路径主要是事后补救式的，亦即待一种政府行为被认定归属于2022年修订的《反垄断法》第5章所规定的某一类滥用行政权力排除、限制竞争行为且已然显现出一定的社会危害后果时，通过反垄断主管机构开启竞争执法的形式，对此类行为进行“亡羊补牢”式的制止。这种规制手段通常无力撼动政府行为扰乱和限制竞争的体制基础，令妨碍全国统一大市场建设的政策在“存量”上难有根本性减少，仅能起到遏制“增量”之作用，而新时代的全国统一大市场建设则更加呼唤在制度上应有更加主动、宏观的顶层设计。^⑤ 当然，近年来，《反垄断法》也在一定程度上意识到了这一规制路径存在的问题，进而通过公平竞争审查制度的导入、反垄断主管机构的建制调整等形式

^① 参见黎桦：《民法典时代〈全民所有制工业企业法〉的复兴》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2021年第7期。

^② See Schneider, Jacob S. Administrative Monopoly and China's New Anti-Monopoly Law: Lessons from Europe's State Aid Doctrine, 87 Washington University Law Review, 869(2009).

^③ 参见余晖：《受管制市场里的政企同盟——以中国电信产业为例》，《中国工业经济》2000年第1期。

^④ 参见刘大洪、刘谋鑫：《〈反垄断法〉修订背景下产业法与竞争法适用关系的制度重构》，《江汉论坛》2021年第10期。

^⑤ 参见张守文：《全国统一大市场的基础制度及其构建》，《北京大学学报》（哲学社会科学版）2023年第4期。

对其进行渐进式改革。未来,在上述改革基础上,《反垄断法》有必要形成由“事前规制路径”“事中规制路径”和“事后规制路径”组成的“三位一体”式政府行为规制框架。其中,事前规制是制度基石,它负责在基本立法层面前置性地解决反垄断法规制政府行为的尺度、范畴、理念等原则性问题;事中规制是预防手段,它负责应对政府行为在决策和实施阶段的问题,防范其恶化为有具体危害后果的垄断行为;事后规制是补救措施,它负责在政府行为已然显现出扰乱和限制竞争效果时,及时矫治相应违法行为,防止危害后果进一步扩大。

(一)事前规制路径:适度的反垄断法调整范围之界定

反垄断法理应既关注市场行为又关注政府行为。反垄断法对市场行为的规制通常是普适且刚性的,除了依照合理规则被豁免的市场竞争活动,原则上,任何市场行为都应受到反垄断法的规制;与之相比,反垄断法对政府行为的规制则带有“有所为、有所不为”的旨趣。即便我们强调对政府行为的规制要实现从反行政性垄断到规制国家限制竞争的理论革新,但在后者语境下,也并非要求任何政府行为都完全依照有利竞争的逻辑进行,这是不现实也不可能的。根源在于,促进竞争虽然是市场经济环境下政府的重要义务,但是并非政府公共政策目标的全部;除了促进竞争以外,维护经济公平、确保经济民主、增进社会福祉等均属政府关注的价值目标。重视反垄断法对政府行为的规制并不排斥和反对这些价值目标,恰恰相反,一个理性的反垄断制度架构应当为这些正当政府行为的实施预留宽松的空间。“只要承认人类社会的价值多元性,承认不同人对于竞争诉求的差异性,就必然要承认竞争法价值追求(立法目的)的多元性。尽管某一目的可能会比较突出,它也不可能消灭别的追求。”^①在一些特殊经济领域,适度降低反垄断法对政府行为的审查力度,令政府的产业刺激、产业管制更好地发挥治理市场失灵、实现产业振兴、维护公共利益等方面的作用,是十分必要的,这是对竞争法固有功能的修正和拓展,而非颠覆。^②在立法层面界定适度的反垄断法调整范围,令其对政府行为“有所为、有所不为”,是审慎规制国家限制竞争问题必要的前置性条件。为确保这一目标,主要应从如下两个方面入手:

1.确立清晰、稳固、妥切的反垄断法适用除外范围

一般认为,将某些特殊产业纳入反垄断法适用除外范围,意味着此类产业可能存在突出的市场失灵问题,或存在靠竞争政策难以关照的公共福祉或综合发展问题,需要通过更为直接的政府产业干预政策来实现一些除促进竞争以外的其他公共目标。2022年修订的《反垄断法》第68条、第69条依次规定了知识产权和农业领域的适用除外制度,前者有助于刺激在技术创新、技术发展等领域的政府干预行为;后者则有助于强化政府对农业产业发展的干预力度。然而,这并不意味着这些领域的政府行为完全不适用《反垄断法》,仍有必要划定严格的适用界限,防止过多的政府行为豁免反垄断法的审查。在知识产权领域,国务院反垄断委员会已于2019年出台《关于知识产权领域的反垄断指南》,明晰了相关问题;但农业领域则欠缺相关指南文件,这一现象亟待改进。

农业生产经营活动是市场运行的底层支撑,在全国统一大市场中发挥着基石性的保障作用。农业通常依附于特定的自然条件和地理位置而展开,这使得农业生产者通常对特定的农产品经

^① 兰磊:《论反垄断法多元价值的平衡》,法律出版社2017年版,第22页。

^② 参见刘大洪、刘谋鑫:《〈反垄断法〉修订背景下产业法与竞争法适用关系的制度重构》,《江汉论坛》2021年第10期。

销渠道具有较大的依赖性,如农产品批发商、农产品集贸市场、大型超市等。^① 基于农业生产经营活动的这一特殊性,上游农业生产者及其协同行为豁免在反垄断法调整范围之外,交由政府通过产业政策激励、提高其协同性,进而增强在农产品生产流通活动中的议价能力;而对于下游农产品流通商,原则上仍然需要纳入反垄断法调整范围,防止其利用相对于上游农业生产者的优势地位排除、限制竞争。^② 以此标准审视《反垄断法》第69条的相关规定可以发现,对适用除外的主体“农业生产者及农村经济组织”具体外延的解释,将决定适用除外范围是否仅包含上游农业生产主体的问题。实践中,由于一直缺乏对本条具体实施范围的精细法律解释,一系列仅参与农产品流通活动但并不真实从事农业生产的下游经营者的行为亦被纳入适用除外范围,未给予其必要的反垄断审查。对此问题,未来有必要通过出台“关于农业领域的反垄断指南”的形式,对反垄断法农业适用除外制度的具体范畴予以明确,确保政府行为在有效地实现农业产业发展与公共利益目标的同时,又不妨碍反垄断法在农产品下游经销领域的正当实施。

2. 明确特殊产业领域反垄断法对政府行为的审查权

2022年修订的《反垄断法》第8条对“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”进行了专门规定。依此规定,上述特殊产业基于在公共服务、自然垄断或国家安全等方面的特殊性,在适用反垄断法的同时,仍要遵守严格的政府产业管制规定。实践中,此类特殊产业通常在我国的基础设施建设、公共服务提供、国家安全保障等方面发挥着重要作用。依照《意见》的要求,未来要致力于“打造统一的要素和资源市场”,这依赖于具备较高宏观性、前瞻性的巨额资本的投入,上述特殊产业的大型企业将发挥重要作用,也更加需要政府的精准扶持和干预。然而《反垄断法》第8条并未明确,当上述特殊产业的政府干预行为违反《反垄断法》规定时,是否亦应受反垄断审查。实践中,这些特殊产业的主管机构常通过政府干预对市场主体的竞争行为产生明显影响,而这些影响是有可能扰乱或限制竞争的,甚至属于前述所谓职能重合型垄断或职能默示型垄断的高发地带。囿于政府对此类产业市场主体的严格控制,即使是这些领域经营者自主实施的竞争行为,也有可能是政府行为的变相延伸,而非完全市场化的竞争行为。^③ 这些都有可能构成对建设全国统一大市场的潜在风险。未来可考虑在《反垄断法》第8条增设一款内容,规定:“前款规定行业的法律法规对市场竞争存在特殊规定的,依照其规定;但相应规定排除、限制竞争的,适用本法规定”。除此之外,亦应有针对性地在这些特殊产业出台反垄断法适用的专门指南,进一步明确政府进行产业干预的合法性边界。

3. 完善竞争执法的实体法律依据

有必要进一步修正2022年修订的《反垄断法》第5章的相关规定,令违法行为类型的规定更加周延,从而使针对违法政府行为的竞争执法依据更为充分。一方面,在违法行为的主体范围上,应当将地方权力机关增设为违法行为主体,使其与行政主体共同作为规制对象;同时,如果政府主体以滥用权力、超越权力、不作为、默许或者合谋等各类复杂的意思表示与市场主体联合实

^① See United Nations, Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions, UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25.

^② 参见邱隽思、段宏磊:《中国农业反垄断执法的省思与改进——基于对〈反垄断法〉第56条的再审视》,《学习与实践》2019年第1期。

^③ 参见张占江:《管制领域反垄断执法的基本考量维度及其适用》,《法商研究》2015年第6期。

施了垄断行为,那么应当将此时的政府行为纳入行政性垄断范畴。另一方面,在违法行为的具体表现形式上,应当对上文所述的职能重合型垄断、职能默示型垄断作出明文规定,使实践中的各类政府行为垄断现象均具备查处的明确法律依据,最大可能减少竞争执法的法外空间。

(二)事中规制路径:健全的竞争审查与竞争倡导制度

任何政府行为的实施过程都有一定的程序性和阶段性。反垄断法对政府行为的规制不应仅作用于其在产生具体危害后果的事后补救阶段,也有必要在其决策和实施的全过程中发挥作用。如果一个扰乱和限制竞争的政府行为在真正产生危害后果之前,即因反垄断主管机构的适度参与而及时地识别并终止,那么将能有效地发挥反垄断法在预防垄断方面的作用,真正在体制层面增进全国统一大市场的建设,并产生助力政府职能转变之实效。从国内外反垄断法实施情况来看,这种对政府行为的事中规制主要有两类制度设计:竞争审查与竞争倡导。所谓竞争审查,是指在政府行为的决策阶段对其可能存在的反竞争效果进行评估与审查,若该行为可能不正当地扰乱和限制竞争,则不予出台,或必须调整至符合促进竞争需求后再予出台;^①所谓竞争倡导,则是指在任何政策措施或其他政府行为的实施过程中,由反垄断主管机构所施行的有利于促进和补充反垄断执法、推进竞争政策有效实施、改善竞争环境、推动竞争文化建设的行为。^②在我国,竞争审查早已通过公平竞争审查制度予以落实,而竞争倡导虽在我国没有明确的法律依据,但也早已渗透入我国反垄断主管机构职权运作的实践之中。只不过,这两类事中规制均仍存在一定程度的缺憾,有必要按照如下逻辑予以改进。

1.继续改进和完善公平竞争审查制度

2022年修订的《反垄断法》第5条第2款规定:“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在制定涉及市场主体经济活动的规定时,应当进行公平竞争审查。”在实际实施中,主要依据2022年《公平竞争审查制度实施细则》(以下简称《实施细则》)对竞争审查制度予以落实。未来,《实施细则》仍有必要立足于如下两个方面继续完善:

首先,进一步强化反垄断主管机构对公平竞争审查制度的参与性和强制性。《实施细则》所建立的竞争审查机制主要由政策制定机关自主实施,市场监管局等机构并不能直接参与该制度的实施,而只能通过接受咨询、统筹协调、开展监督等被动、间接的形式参与实施,这一机制在一定程度上会造成公平竞争审查制度的软约束。未来应当提高反垄断主管机构参与、监督同级及下级政府机构实施公平竞争审查的力度,明确规定对省级以上涉及市场主体竞争重大影响的政策措施,必须与同级市场监管局联合开展竞争审查。

其次,进一步优化公平竞争审查制度实施的标准。《实施细则》第13条至第16条对公平竞争审查涉及的市场准入和退出标准、商品和要素自由流动标准、影响生产经营成本标准、影响生产经营行为标准进行了细致规定,然而这些规定都仅涉及对经营者竞争要素的影响,忽视了扰乱竞争的政府行为可能具有的对消费者福利的影响,如政策措施可能影响了消费者选择的多样性、明显造成消费成本的提高,等等。未来有必要增设相应规则,使公平竞争审查的实施标准更为周

^① 参见张占江:《弥补反垄断法行政性垄断规制局限的制度方案——基于反垄断经济分析范式的修正》,《中国价格监管与反垄断》2015年第1期。

^② 广义的竞争倡导还包含对市场主体实施的改善竞争的行为。参见张占江:《竞争倡导研究》,《法学研究》2010年第5期。而本文对竞争倡导的分析仅局限于讨论规制政府行为问题。

延、精细。除此之外,《实施细则》第17条规定的公平竞争审查例外规则亦存在豁免尺度不清晰、不明确的问题,有可能会造成竞争审查实施的“漏网之鱼”。对此问题,可考虑通过出台指南或指导性案例的形式,明晰公平竞争审查例外规则的具体实施标准,防止政府行为以例外规则之幌绕开竞争审查制度的约束。

2. 增进反垄断主管机构的竞争倡导职权

2022年修订的《反垄断法》并未明确规定反垄断主管机构享有竞争倡导职权,但通过第12条规定的“研究拟订有关竞争政策”“组织调查、评估市场总体竞争状况,发布评估报告”“协调反垄断行政执法工作”可间接推导出国务院反垄断委员会享有该项职权。未来,可以借鉴我国近年来推进公平竞争审查制度的经验,专门出台公平竞争倡导实施细则,推动反垄断主管机构相关工作的完善。结合我国国情来看,笔者认为,国务院反垄断委员会至少应推进和发展如下几种形式的竞争倡导:

(1) 针对不恰当的政策措施或地方立法提出有利于促进竞争的改进建议。这实际上是前述公平竞争审查制度的延续,亦即反垄断主管机构对识别出的扰乱或限制竞争的政策措施应有权进一步提出有利于竞争的改进意见,供决策者进行参考。这一竞争倡导职权不应仅局限于行政主体制定政策措施的范畴,还应扩张至任何地方权力机关的地方立法领域。

(2) 为针对特殊产业出具政府干预效果的竞争影响报告及其改进建议。对《反垄断法》第8条规定的若干特殊产业,政府均实施着常态化的产业管制,这些管制措施在实践中均有可能扰乱或限制竞争。对此问题,反垄断主管机构可考虑以年为单位,针对若干重要的特殊产业发布研究报告,出具政府管制的竞争影响分析及其相关改进建议。如此可明显促进相关管制措施向更有利于竞争的方向发展,令竞争友好型的决策实施逻辑融入政府各产业主管部门的决策理念之中。

(3) 为针对国有企业或其他受政府控制的企业出具竞争合规意见。政府可能通过投资或控制企业的形式,由一些市场主体代为实施政府行为,为防止在这一过程中扰乱或限制竞争,可以由反垄断主管机构针对此类企业出具系统性的竞争合规意见,确保相关行为不违背竞争法的基本精神,相关市场主体不因政府控制而获取不正当的竞争优势。近年来,我国重点以“公益类”与“商业类”分类的形式进行国有企业改革,相较更遵循市场竞争逻辑的商业类国有企业,公益类国有企业内置了更多的公共价值目标,也便更有可能因其附带的政府管制或扶持措施而扰乱和限制竞争。^①可见,公益类国有企业更应成为反垄断主管机构实施竞争倡导措施的关注重点。

(三) 事后规制路径:刚性的竞争执法与诉讼制度

事后规制路径是在政府行为已然产生扰乱或限制竞争效果后,通过妥当的竞争执法或竞争诉讼对相应行为进行制止和纠正。其中,竞争执法依赖于反垄断主管机构主动实施的调查或处置措施,而竞争诉讼则由受到政府行为损害的相对人提起行政诉讼实施。在以反行政性垄断为主要路径依赖的现行规制框架下,事后规制路径具备最充实的法律依据和实施经验,只不过其实施效果仍存较多缺憾之处。未来应主要从如下3个方面进行完善:

1. 优化针对政府行为的竞争执法工作程序

^① 参见段宏磊:《竞争政策适用于国有企业的限度与法制重构》,《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2021年第2期。

相较于针对经营者限制竞争行为的执法,针对政府行为的竞争执法呈现出“政府查政府”的独特情势,这便使罚款等惩罚性的执法措施难以实施,而只能依据2022年修订的《反垄断法》第61条采取由上级机关责令改正的做法,反垄断主管机构仅有权向上级机关提出执法建议,而无法直接查处实施违法行为的政府机构。在科层制的政府机构设置逻辑下,反垄断主管机构仅有权对平级政府的下属机关违法行为提出执法建议而不能越级,这便导致我国实践中的行政性垄断查处案件通常只能抵达市一级,而几乎未见针对省级政府部门行政性垄断案件的执法。^①而事实上,越是省一级的政府垄断案件,越有可能在特定行政区域内产生强烈的排除竞争乃至地区封锁后果,越会妨碍全国统一大市场的建设。故此,有必要在加快建设全国统一大市场的精神指导下,由国家层面的反垄断主管机构——国家市场监督管理总局——主动开启反行政性垄断专项执法工作,针对各省级政府的现行政策措施及其他政府行为进行系统性审查,尔后向国务院统一提交执法建议函,进而统一对省级政府机构可能存在的行政性垄断问题进行清理,系统性清除妨碍全国统一大市场建设的不当政府行为。

2. 进一步完善反垄断行政诉讼与行政公益诉讼制度

首先,出台反垄断领域行政诉讼的专门司法解释,为涉及行政性垄断的诉讼程序与实体制度提供更多指引。当前,在反垄断诉讼领域仅有《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》这一专门性司法解释,与民事诉讼相对应的行政诉讼则无专门规定。而在反垄断行政诉讼领域,有超过1/3案件均为反行政性垄断诉讼,^②专门性司法解释的欠缺使此类案件欠缺有效指引,亦提高了行政相对人的维权成本。最高人民法院有必要专门出台相应的司法解释,补足这一空缺。

其次,探索试点反行政性垄断领域的行政公益诉讼制度。公益诉讼制度是近年来我国司法领域的改革重点,2022年修订的《反垄断法》第60条第2款原则性地规定了民事公益诉讼制度,但并未涉及行政公益诉讼问题。鉴于扰乱和限制竞争的政府行为损害了全国统一大市场建设,进而产生了对社会整体公平竞争秩序的损害,这一违法行为的基本属性符合行政公益诉讼的启动原则,在反垄断领域通过试点行政公益诉讼的形式,加强针对此类行为的规制力度,极有必要。一方面,可参考其他领域已然建立的以各级人民检察院为主体实施的公益诉讼制度框架,赋予人民检察院在反行政性垄断领域的行政公益诉讼诉权;另一方面,还可结合反垄断问题的现实需求,赋予一定条件的消费者协会或相关市场行业协会提起反行政性垄断的行政公益诉讼诉权。^③

五、结 语

高效规范、公平竞争、充分开放的全国统一大市场的建设对当前我国的经济工作至关重要。

^① 这一现象能得到现实执法案例的佐证:现行行政性垄断案件由国家市场监督管理总局竞争政策协调司主管,该机构自2018年6月以来(截至2023年8月1日)共在其官方网站上披露了72条合计百余例涉及行政性垄断的案件公告信息,违法主体全部为市级以下行政主体。参见《滥用行政权力排除、限制竞争案件》, <https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/qlpc/index.html>, 2023-08-01。

^② 参见侯利阳:《我国反垄断行政诉讼的困境及因应——基于165份判决书的实证分析》,《法学》2022年第1期。

^③ 参见庞昊、周杨:《反垄断行政公益诉讼的司法实践》,载上海市法学会主编:《上海法学研究》2021年第4卷。

为实现这一目标,必须正确处理好政府与市场的关系,最大限度地杜绝政府行为对市场公平竞争环境的扭曲和限制。通过对政府行为的系统规制,反垄断法理应为全国统一大市场建设夯实法治基础。除了行政性垄断问题之外,其他扭曲和限制竞争的政府行为,在我国反垄断法实施实践中被忽视了,亦有必要受到全面关注。对反垄断法规制政府行为的基本理论进行革新、实施路径予以重塑,是全国统一大市场建设的必由之路。本文对此问题进行了初步探讨,希望有助于理论界与实务界的进一步研究,进而推进相关法律制度的完善。

Abstract: It is necessary to systematically regulate government behaviors that distort and restrict market competition in the anti-monopoly law of PRC, which helps to promote the construction of a unified national market. The anti-monopoly law of PRC has long established an empirical basis for regulating government behavior through the anti administrative monopoly path, and has achieved preliminary results. However, this path ignores the regulation of government behavior that does not belong to the implementation of administrative powers, resulting in the dwarfing of the practical function of the anti-monopoly law of PRC; The insufficient generalization of administrative monopoly types further limits its regulatory effectiveness. The regulation of government behavior should achieve a theoretical extension from “administrative monopoly” to “national restriction of competition”. In the scope of subject requirements, in addition to regulating administrative subjects, local power organs and government led market entities should also be included in the scope of regulation. In terms of objective elements, it is necessary to balance the regulation of monopolistic behavior and monopolistic state, and include both functional overlapping monopolies and intelligent implicit monopolies within the scope of regulation. On this basis, it is necessary to systematically reshape the implementation path of the anti-monopoly law of PRC regulating government behavior. Firstly, it is necessary to moderately define the adjustment scope of the anti-monopoly law of PRC and clarify the empty path of regulating government behavior. Secondly, we need to further improve the system of competition review and advocacy, and optimize the pre-regulatory path of government behavior. Thirdly, it is necessary to improve the competition law enforcement and litigation system, and improve the post-regulation path of government behavior.

Key Words: anti-monopoly law, government behaviors, administrative monopoly, national restrictions on competition, national unified market

责任编辑 翟中鞠