

# 中国行政垄断的治理逻辑与现实

## ——从法律治理到行政性治理

李 剑

**【摘 要】**通常认为反垄断法在法律责任设定上的不足使得行政垄断的治理效果不佳。但通过分析行政垄断法律责任的性质以及行政垄断案件的实际效果可以看到,对行政垄断治理效果的理解需要跳出反垄断法的语境,从行政体系的内部逻辑来进行。尽管基于科层体制特征的行政性治理模式存在局限,但这些局限同样也构成了对行政垄断治理的制度性约束条件。因此,基于司法审查以及独立反垄断机构的建议都缺乏可操作性,需要继续遵循行政性体制的逻辑来实现更好的行政垄断治理效果。在这一过程中,完善现有的公平竞争审查制度更具有现实意义。

**【关键词】**行政垄断;法律责任;规范性文件;治理;公平竞争审查

**【作者简介】**李剑,上海交通大学凯原法学院教授,法学博士。

**【原文出处】**《华东政法大学学报》(沪),2020.6.106~122

**【原文出处】**本文系国家社科基金一般项目“中国反垄断法的移植与本土化研究”(项目号18BFX150)的阶段性研究成果。

### 一、背景与问题

行政垄断是渐进转轨国家的特色问题,其产生路径和经济性垄断存在显著的区别。<sup>①</sup>作为转型国家的一员,中国长期的计划经济导致行政权力深度介入市场,严重影响到市场作为资源基本分配机制的作用发挥。因此,要有效约束行政权力的不当干预是社会各界的共识。但行政垄断是否能够通过反垄断法得以规制,在《反垄断法》颁布之前就是学界热烈讨论的议题。支持者通常认为,行政垄断属于行政权力的越权使用,产生了限制市场竞争的效果,作为“经济宪法”的反垄断法必须予以禁止;而且行政垄断形成于传统的计划体制,不可能再用行政手段去消除,而只能依靠反垄断法。<sup>②</sup>反对者则认为,行政垄断从根本上来讲是宪法与宪政的问题,只能通过进一步的政治体制改革来消除,反垄断法对此无能为力;在反垄断法中规制行政垄断无益于反垄断法的制定和完善以及对行政权的控制。<sup>③</sup>这一争议

从20世纪80年代开始,<sup>④</sup>并因分歧较大一度导致《反垄断法》立法中“行政垄断”专章被删除。<sup>⑤</sup>1993年颁布的《反不正当竞争法》<sup>⑥</sup>以及2007年颁布的《反垄断法》虽然最终都包含了规制行政垄断的条款,<sup>⑦</sup>但争论并未因此停止,反而因为条文的具体设置引发了更多的质疑。<sup>⑧</sup>

《反不正当竞争法》和《反垄断法》都在法律责任上对行政垄断和经济性垄断进行了明确区分。对于经济性垄断,如垄断协议和市场支配地位滥用,竞争执法机构可以施加罚款、没收违法所得等处罚。而对于行政垄断行为,竞争执法机构并没有类似的、具有强制力的制裁措施。1993年的《反不正当竞争法》中,实施行政垄断的行政机关只能“由上级机关责令其改正”,或者“情节严重时,由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分”。因为缺少强制性措施,责令改正的效果一直不为学界所认可。<sup>⑨</sup>相比《反不正当竞争法》,2007年的《反垄断法》在行政垄

断的“法律责任”上增加了一个规定,即“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”(以下简称建议权)。<sup>⑩</sup>这一规定在全国人大常委会对反垄断法进行第三次审议时增加,同样表达了最高立法者希望行政垄断行为能够得到有效遏制的愿望。<sup>⑪</sup>但是,建议权仍然没有强制制裁力。大部分学者认为,在行政垄断上,反垄断执法机构的执法管辖权剥离给了“上级机关”,<sup>⑫</sup>而通过上级机关来纠正行政垄断行为对于反“行政垄断”难以产生实际效果。<sup>⑬</sup>

中国的行政垄断治理在此处产生了一个有意思的冲突:一方面,立法者以及相当多的学者认为行政垄断治理非常必要、重要,而竞争法也明文予以了规定;另一方面,法律上却没有赋予竞争执法机构强制制裁的权力。这也导致学界在很大程度上将行政垄断治理的效果与法律责任的设定相关联。完善行政垄断治理的方式因此自然地包含了如何完善法律责任:主张将具体行政行为、抽象行政行为都纳入规制范围中<sup>⑭</sup>、强化行政责任<sup>⑮</sup>、设置刑事责任<sup>⑯</sup>、追究个人责任<sup>⑰</sup>等,来改变当前的责任条文只有宣示性价值的状况。但不同观点则认为,“建议权”给了反垄断法执法机构介入行政性垄断的空间;<sup>⑱</sup>在缺少权力配置的条件下,行政垄断的治理手段会产生他种依赖,在开始阶段会依赖于行政系统内解决或党纪监督,之后依靠法律进行控制。<sup>⑲</sup>

回顾行政垄断三十余年来的争论可以看到,从是否需要将行政垄断纳入反垄断法,到如何在反垄断法框架内完善法律责任来推动行政垄断的治理,相关争议的焦点实现了转换。但是,这一转换以及其包含的前提、逻辑是否合适却值得怀疑。现有的行政权力格局下,对于行政权力的控制无可避免地依赖于现有的政治体制结构,很难通过赋权给反垄断执法机构来实现。<sup>⑳</sup>而且,现有方式并非没有实际的规制效果,中国《反垄断法》实施十余年来处理的行政垄断案件在一定程度上也说明了其有效性。因此,理解中国行政垄断的治理逻辑不能局限于法律责任的“完善”,而需要从法律治理逻辑转换到行政逻辑,理解制度运行的外约束条件,从而设计更符合现实的制度。

## 二、竞争法下治理方式的理论与实效

“行政垄断”这一术语在反垄断法体系下得以构建,因此在讨论行政垄断时往往会自动进入到法律语境中。<sup>㉑</sup>这使得对行政垄断的法律责任的设定自然而然成为核心问题,并将行政垄断治理的有效性与之相关联。而在这一问题上,《反垄断法》中对行政垄断法律责任的规定无疑很难达到学者们的要求。

### (一)行政垄断的法律责任性质

《反不正当竞争法》和《反垄断法》对行政垄断设定了两种法律责任,即责令改正与建议权。不过,究竟由谁请求执法机关责令改正,应在多长时间内责令改正,不予改正的后果等都缺乏明确的规定。<sup>㉒</sup>也就是说,这两种法律责任都缺少制裁性和强制性。而通常认为,只有在公权力的强制作用下实现的权利救济机制才能被视为法律责任。<sup>㉓</sup>因为法律责任是指由违法行为所引起的不利法律后果,它是由特定法律事实所引起的对损害予以补偿、强制履行或接受惩罚的特殊义务,承担或追究法律责任的具体方式,包括惩罚、补偿、强制三种。相比之下,责令改正既不是行政处罚,也不是行政赔偿,更不是行政强制。<sup>㉔</sup>同样地,建议权显而易见地不具有强制制裁效果。虽然建议权是《反垄断法》于2007年颁布时新设的法律责任,但和责令改正具有相同的归属,即建议的目的还是寄望于上级机关来责令改正。通常来说,上级机关要求下级机关改正也需要反垄断执法机关通告违法事实,因此以往的责令改正和新设的建议权在逻辑上具有统一性,只是建议权可能包含更为具体、详细的改正内容。

在强制制裁性缺失的情况下,不管是责令改正还是建议权所能够产生的实际效果受到广泛质疑也就不令人意外。一项对浙江省行政权力清单的实证研究发现,法律规范中含有“责令”表述的行政权力2233项,其中2079项行政处罚权中包含行政责令行为,占全部行政权力的93.10%;但在行政责令行为大量存在于行政处罚权之中的同时,单独适用行政责令行为的比例仅为4.66%。<sup>㉕</sup>这说明,立法者也并不认为其能够产生实际的制裁效果。相比于责令改正,学界对于反垄断法上行政执法机关所拥有的

建议权缺少研究。如果放眼竞争法之外,最典型也被研究得最多的无疑是监察建议和司法建议。其中,监察建议很难说缺少制裁性,因为监察建议是以行政公益诉讼为后盾,<sup>⑳</sup>对行政机关具有一定的威慑力,并能将一部分行政公益诉讼案件通过诉前程序解决,还有节约司法成本的考虑。<sup>㉑</sup>而缺少制裁性的司法建议则被广泛质疑其实效并被认为是加重了法院的负担,<sup>㉒</sup>和反垄断法上的建议权同样不被认可。

现行《反垄断法》的规定使得制止行政垄断行为的主动权转移到了“上级机关”手中。要确保责令改正的有效适用,唯有实施行政性垄断行为的主体的上级机关采纳了来自反垄断执法机关的处理建议。<sup>㉓</sup>在此情况下,上级机关是否有动力去纠正下级的违法行为就成为关键。有学者就认为,在单一制国家中,上下级政府之间的隶属性质以及各个行政机构之间的微妙关系将决定传统反垄断体制的成败,《反不正当竞争法》在这方面的失败就是最好的证明。<sup>㉔</sup>因为根据《反不正当竞争法》的规定,我国工商行政管理部门是执法部门,但其又是各级政府的职能部门,人财物均受制于地方政府,它们的执法工作就不能不受到地方政府的影响。<sup>㉕</sup>还有学者认为,从中国的现实来看,上级部门在下级部门与其他地方企业发生争议时很难保持中立;由上级部门负责查处,它们更多是用一种告诫的方式,因为很多地方的上级部门都是利益分享者,在这种情况下,执法效果就会大打折扣。<sup>㉖</sup>部分案件中也的确反映了这一问题。<sup>㉗</sup>即便不考虑行政机关内部可能存在的相互维护与姑息,上级机关对于复杂的行政垄断进行监管,在执法专业性上也存在很大的疑问。<sup>㉘</sup>此外,责令改正的要求与行政垄断的本质特征及其严重危害也很不相称。<sup>㉙</sup>

因此,有学者认为,依赖于行政机构内部处理的方式导致现实中上级机关主动地对其下级机关滥用行政权力排除、限制竞争的违法行为进行监督和检查的情况并不理想。<sup>㉚</sup>

## (二)行政垄断案件的实际效果

责令改正和建议函因缺乏制裁性,其在治理行政垄断的作用上受到质疑。<sup>㉛</sup>前述的理论性分析具有逻辑上的合理性。但《反不正当竞争法》和《反垄

断法》对于行政垄断所设置的“法律责任”的实际效果是否支持前述结论呢?

讨论行政垄断的文献对于行政垄断规制效果大多是理论性的推导,或者基于个案而得出结论,缺少相对宏观角度的实证支撑。1993年《反不正当竞争法》颁布之后,竞争执法机关实际上也查处了一定数量的案件。根据国家工商行政管理总局的统计,在1995年至2005年间,全国工商系统查处或者协助查处了519件涉及地区封锁、地方保护等行政性限制竞争的案件。<sup>㉜</sup>对于这一结果,部分学者认为这反映了查处不力,<sup>㉝</sup>部分学者则认为反映了对市场秩序的有力保护。<sup>㉞</sup>任何比较都需要构建合理的参照系,单纯依据案件数据其实很难得出有说服力的结论,更何况法律除了实际的救济之外,还有威慑效果。《反垄断法》于2008年实施之后,行政垄断案件查处得到了延续。截止到2018年8月,查处行政垄断案件共183件。<sup>㉟</sup>单从数量来比较,《反不正当竞争法》实施期间对行政垄断的查处力度甚至还更高。但这仍然很难说在反垄断法下行政垄断规制的力度降低了,因为需要更多地分析查处案件的具体情况。<sup>㊱</sup>

由于历史原因,《反不正当竞争法》实施期间查处的行政垄断案件只有执法机构公布的数量统计,案件具体情况基本上无法通过公开渠道获得,更不用说相关行为是否通过上级的责令改正得到了纠正。这导致基于竞争法所进行、治理的实际效果很难评估。进入《反垄断法》时期,这一问题得到了一定程度的解决。截止《反垄断法》实施十周年的2018年8月,在所有查处的183件行政垄断案件中,能够公开查找到的行政垄断案件合计51个,其中发改委查处47个,工商局查处4个。<sup>㊲</sup>尽管和案件总数相比较为有限,但分析这些案件仍然可以得出较为丰富的执法效果上的细节。归纳起来,这些案件体现出以下几个方面特点。

第一,不同执法机构查处和公开的案件数量有显著差异。发改委查处的案件数量更多。根据公开的报道,自2008年《反垄断法》实施到2018年4月,全国工商行政管理机关共制止滥用行政权力排除、限制竞争行为41起。<sup>㊳</sup>考虑到统计时间段上的偏差,发改委查处的案件应该在140个左右,数量上占据了绝

对优势。更有意思的地方在于,公开披露的51个案件中发改委查处的案件为47个,在绝对比例和相对比例上也更高。<sup>⑤</sup>因而通常认为发改委是比工商局更为强势的行政部门。

第二,被查处的行政机关大多是省级以下行政机关。绝大多数案件是反垄断执法机构查处的县、市级行政机关的行政垄断行为,如陕西省物价局查处西安市住房保障和房屋管理局行政垄断案等。<sup>⑥</sup>在51个公开的案件中,只有4个是向同级的政府部门展开的调查,占7.8%。如,江苏省物价局查处的江苏省质监局指定保险中介机构负责全省电梯责任保险经纪服务的案件。<sup>⑦</sup>整体上反映出上级查下级的特点。

第三,查处案件数量从2017年开始显著增加。公布的案件中,2017年之前的案件数量较少。从2008年《反垄断法》实施到2016年年底,8年多一共只有10个案件。<sup>⑧</sup>其中最早的行政垄断案件是2011年7月广东省工商局查处的河源市政府指定交易案。<sup>⑨</sup>在该案中,河源市政府明确指定新时空导航科技有限公司自行筹建的卫星定位汽车行驶监控平台为市级监控平台。从2017年开始,各省的案件数量的增加非常显著。

第四,通过建议函纠正了绝大部分案件中的违法行为。在公开信息的案件中,除个别案件无法找到建议函的结果外,绝大部分案件都得到了被查处机构的积极响应,按照建议函的要求做出了整改。例如,在甘肃省发改委查处的白银市住房和城乡建设局行政垄断案中,<sup>⑩</sup>白银市政府在收到建议函后严肃责成市住房和城乡建设局对滥用行政权力排除、限制竞争的行为进行整改。

需要指出的是,公开的案件只是所有查处的183个案件中的一小部分,因此呈现出的情况和整体的实际情况可能存在偏差。当然,这里首要的疑惑在于:为什么有如此多的案件即便查处了也不公开?<sup>⑪</sup>原因至少包括:立案调查的案件可能没有达到效果,即实施了行政垄断行为的行政机关并没有改变其行为;被查处的行政机关以不公开作为纠正行为的条件并被接受;反垄断执法机关主动以不公开作为条件要求被查处的行政机关纠正行为等。<sup>⑫</sup>这些情况

在一定程度上反映了反垄断执法机构面对不同行政机关进行执法时可能的压力。即便存在这样的偏差,这些案件的查处也说明两个问题。首先,反垄断执法机构主动采用了《反垄断法》所赋予的非强制性手段来介入行政垄断治理。其次,非强制性手段确实产生了实际的约束效果。<sup>⑬</sup>被调查的行政机关及其上级机关会配合反垄断执法机构进行行为纠正。换句话说,建议函虽然没有制裁性,但却产生了“约束性”的效果。因此,实际案件查处情况和学界的普遍否定性看法存在差异。在一些案件中甚至可以看到建议函所产生的特别严厉的结果。例如,在白银市住建局案中,在收到建议函之后,上级机关白银市由市纪委安排派驻该局纪检组对具体负责现场视频监控工作的相关责任人市住建局党组成员、市建管处主任展某、市建管处副主任张某、市建管处安监站站长强某进行了约谈。<sup>⑭</sup>这些个案的效果非常明显,但从法律逻辑的角度来看,这也是让人困惑的部分:没有强制制裁力的建议函何以有如此威力?

这种反差说明,在行政垄断治理中,在法律责任之外有另外的逻辑在统领行政垄断的治理。而且,在《反垄断法》明确将“管辖权”移交上级机构之后而进行的案件“查处”更说明行政垄断治理在当下原本就不是通过“反垄断法”来进行的——虽然表面上是执行《反垄断法》关于行政垄断法律责任的条文。在此情况下,以反垄断法,或者反不正当竞争法下查处的案件数量少来论证治理效果有限本身也就会存在逻辑上的偏差。

### 三、行政性治理方式的逻辑与问题

实际上,上述案件查处结果反映了显著的行政权力运行的特点:行政级别对于案件查处效果有相关性;行政执法机构在行政体系内的权力等级影响到执法效果,甚至影响到案件查处后是否公开。而由于行政垄断更多地被放置在法律语境中考察,也导致对于行政体系的运作方式和行政垄断治理之间的关系被忽视。其中,最为典型的就是很少分析《反不正当竞争法》《反垄断法》之外大量规范性文件<sup>⑮</sup>的效果。但正是这些不断下发的文件体现了行政垄断治理的基本方式。因此,行政垄断治理在这一视角下并非是法律责任虚化的问题,<sup>⑯</sup>而是遵循不同的逻辑

辑来实现治理效果。在这一意义上,查处的各种行政垄断案件也并非反垄断法的功效,<sup>⑤</sup>而是行政性治理方式带来的结果。这对于我们理解行政垄断治理具有重要意义。

### (一)科层制下的逻辑

现代国家的基本组织形式就是科层体制。行政体系的运作首先依赖于科层组织,并借助于科层组织的特点进行运作。而科层组织作为一种特有的组织形式,其基本特点表现为权力关系明确、等级层次有序的组织结构,通过专业化人员(公务员)和正式规章制度来贯彻落实自上而下的政策指令。科层组织与传统组织形式如家庭、氏族以至社团有着明显不同,是现代社会中政治、经济和社会活动的基本组织形式。<sup>⑥</sup>

行政垄断发生于具有公共管理职能的行政组织中,治理方式也必然受到科层组织特性的影响。科层组织中核心的要素是“命令—服从”关系,即基于组织内部纵向支配结构的权威化治理。在这一治理模式中,基于等级层次的特点,决策权威集中在组织高层,并从上自下传递权威性。换言之,决策权威主要体现在其职位的权威性(而非占据职位的人的权威)和其制定的组织规则的权威性上。自然,由组织高层所制定出来的组织规则就具有了最高的权威性(小到企业中的公司章程,大到一个国家中的宪法),并衍生出了不同等级的组织规则。<sup>⑦</sup>当然,这种权威化治理得以执行的关键在于等级和资源的匹配。行政事务上,在推动管理事务进行的过程中,上级机构在一些关键权力上具有控制性地位。如组织人事上的考核、提拔、流动的权力、资源分配上的决定权等。如果下级不按照上级指示行事,那么在人事安排(如撤职),或者资源分配(如项目批准)等方面就会产生相应的不利后果。因此,在科层体制中,上级机构具有很高的权威性,能够推动下级机构按照其意图活动。

基本的科层体制逻辑决定了行政垄断的治理方式。如果法律赋予反垄断执法机构强制性的制裁权力,那么该机构就和科层体制的等级关系存在冲突,权威治理方式就难以进行。在《反垄断法》制定时,国务院法制办主任就认为,从行政体制上看,对于包

括地方各级政府及其相关部门在内的行政机关和公共组织的行为,由同样作为行政机关的反垄断执法机构去处理是不顺的,不符合行政权力运行的基本轨道,很可能将反垄断执法机构置于和各级地方及其有关部门的对立地位,引发行政框架内部的矛盾,实践中也很难行得通。<sup>⑧</sup>立法机构也在《反垄断法》制定时就明确了行政垄断问题“在行政体制内通过加强行政监督,实行严格的行政责任追究制来解决;要进一步深化经济体制改革和行政管理体制改革,转变政府职能,综合治理行政性排除、限制竞争行为。”<sup>⑨</sup>尽管这一观点并没有很好展开,但和科层体制的逻辑具有一致性。因此,在行政垄断治理上,中国借助于行政机关内部控制,以避免反垄断执法机构面对其他行政机关时带来的行政体制内部矛盾。《反垄断法》中规定的责令改正,<sup>⑩</sup>就是一种行政性内部控制机制,<sup>⑪</sup>是中国长期以来通过行政权内部控制行政性垄断的传统的一种延续。<sup>⑫</sup>

既有案件的结果非常清楚地表明了科层组织特点所带来的执法影响。反垄断法执法属于中央事权,其构架的层级较高。在2018年3月机构改革之前,反垄断执法权由商务部、国家发改委和国家工商总局共同享有。为了有效执法,国家发改委对省级发改委进行了普遍授权,国家工商总局对省级工商局进行个案授权。相比于《反不正当竞争法》中将执法机构规定为县级以上工商行政管理部门,省级执法单位在科层体制中占据更高的序列,这会强化其行政地位,提供执法权威。因此,公布的建议函案件中相当部分都是针对省级以下行政机关的行政垄断行为,具有很强的上级机关指导下级机关工作的含义。例如,山东省交通运输厅指定使用北斗货运动态信息平台案<sup>⑬</sup>等都可以看到这一方式。

特别需要注意的是,虽然通常都将反垄断执法机构称为国家发改委、国家工商总局或者市场监管总局,但事实上,反垄断执法仅是这些机构众多职能的一项。从内设机构的级别来看并不高(厅局级),实际存在层级偏低、执法资源缺乏的弱点。<sup>⑭</sup>为了解决这一问题,在部分案件中反垄断执法机构很好地利用了所属机构的科层组织优势。这在国家发改委查处的行政垄断案件中非常典型。例如,在国家发展

改革委查处的蚌埠市卫生计生委案中,<sup>⑥</sup>建议函的发函单位就署名为“国家发展改革委办公厅”,表明处罚是由国家发改委做出。这种机构“整体权威”的借用和科层逻辑一脉相承。

科层体制的运作逻辑不但在反垄断执法中得到体现,在法院推进的司法建议中也同样有类似情况。有学者发现,法院在选择建议函的发送对象时,往往会选择处于行政权末梢的或不那么重要的行政机关或部门作为司法建议对象。这一策略一方面有助于司法建议落到实处,因为这些处于行政权末梢的机关或部门本身在行政系统内部就处于较弱的地位;另一方面有助于法院自身的生存,因为这些处于末梢的行政机关或部门与法院之间不存在或较少存在利益关联,特别是它们对法院的人、财、物几乎没有什么影响。<sup>⑦</sup>那些拥有强大政治能量的政府部门能够抵御来自法院的压力,而较弱的部门则不得不屈从,似乎只要行政机关越弱势,依法行政就越可能得到推进。<sup>⑧</sup>可见,科层体制的作用不仅会对反垄断执法会产生作用,还会影响到行政权力和司法权力之间的关系。

科层体制在大部分时候是有效的,并且在中国得到了强有力的维护。这从中国单一体制不断强化的经验事实中可以得到验证。中国在行政垄断治理上一直以来都依赖于行政体系内的治理方式,并据此逐渐实现了从计划经济向市场经济的转型,构建了有效的市场机制。这一过程是如此有效,以至于大家都忽视了其在整体上所体现出的巨大成效。而这一治理方式最典型的外在表现就是自上而下不断下发的“文件”。对此,可以以《反不正当竞争法》和《反垄断法》的颁布为时间节点来予以呈现。<sup>⑨</sup>

(1)改革开放到《反不正当竞争法》颁布。国家出台了一系列的规范性文件对行政垄断进行治理。<sup>⑩</sup>1980年10月国务院发布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》首次提出了反对行政垄断的任务。<sup>⑪</sup>随后,中共中央、国务院于1984年发布的《关于严禁党政机关和党政干部经商、办企业的决定》、1986年发布的《关于进一步制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定》都强调规范党政机关进行经营活动。1990年国务院《关于打破地区间市场封锁

进一步搞活商品流通的通知》也是针对地区之间市场封锁而导致的商品流通不畅的市场疲软问题。除此之外还包括1991年《国务院关于进一步搞活农产品流通的通知》等。

(2)从《反不正当竞争法》到《反垄断法》颁布之前。1993年的《反不正当竞争法》没有通过规定法律责任而将行政垄断治理明确纳入竞争法体系之中。《反不正当竞争法》颁布实施之后,中央层面仍然不断推出各种规范性文件来反复提及对于行政垄断的治理要求。这一时期的重要文件包括:《中共中央、国务院关于进一步扩大对外开放提高利用外资水平的若干意见》(1998)、《国务院关于深化化肥流通体制改革的通知》(1998)、《国务院关于实施西部大开发若干政策措施的通知》(2001)、《国务院关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》(2001)、《国务院关于整顿和规范市场经济秩序的决定》(2001)、《国务院关于进一步深化棉花流通体制改革的意见》(2001)、《中共中央、国务院关于实施东北地区等老工业基地振兴战略的若干意见》(2003)、《国务院关于加快推进产能过剩行业结构调整的通知》(2006)、《国务院关于加快发展服务业的若干意见》(2007)等。

这些规范性文件中有两个需要特别关注,即2001年的《国务院关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》(以下简称《禁止地区封锁的规定》)和《国务院关于整顿和规范市场经济秩序的决定》(以下简称《整顿市场秩序的决定》)。《禁止地区封锁的规定》不仅原则性禁止所有的地区封锁行为,其第21条、第22条同时较为详细地规定了如何查处地区封锁行为。《整顿市场秩序的决定》则要求建立“全国统一领导,地方政府负责,部门指导协调,各方联合行动”的工作格局,并对如何建立这一工作格局进行了较为细致的规定。<sup>⑫</sup>这两个文件基本上奠定了在行政体系内治理行政垄断的方式。

(3)《反垄断法》颁布至今。在解释2007年颁布的《反垄断法》为什么没有强制性措施来保障行政垄断规制时,全国人大法工委的理由是:在《禁止地区封锁的规定》已经针对每一种行政垄断行为规定了处罚措施,并对处罚机关做了具体规定。<sup>⑬</sup>而《反垄断法》的颁布没有改变通过大量规范性文件来治理



制定反垄断法。其中,反垄断法被认为是最为根本的方式。<sup>⑧</sup>但2007年出台的《反垄断法》无疑打破了这一期望。因此,不理解制度环境的限制而单纯寄望于某一因素的改变带来彻底的变化并不现实。

### (一)延续行政性治理的原因

在法律语境下讨论行政垄断治理时,往往没有考虑为什么在法律规定了行政垄断的同时,却又放弃反垄断法“管辖”的内在原因。实际上,制裁性、强制性的法律责任往往依赖于司法审查以及相对超脱的反垄断执法机构,但这两个关键因素在我国目前都面临非常现实的约束。

#### 1. 司法审查效果的有限性

法律责任的设定也就意味着司法救济的可能。法律责任的强化会增强反垄断执法机构在形式上的执法能力,同时也会因此引入司法权来限制行政权力。但中国目前很多规制事项完全落在司法审查的范畴之外,司法审查的对象也仅限于具体行政行为,而不能及于“抽象行政行为”。<sup>⑨</sup>虽然2014年11月修订的《行政诉讼法》第53条、第64条正式确立了法院对行政规范性文件的附带审查权,并且在此之前,最高人民法院也通过司法解释逐步创设了法院在行政诉讼中对规范性文件的审查规则,但这种对于抽象行政行为的审查权是“附带”的,仍然无法直接审查规范性文件。因此,考虑到影响最为广泛的行政垄断行为都是以规范性文件的方式体现出来,而现有的行政诉讼法本身对于抽象行政行为审查的限制在很大程度上已经排除了对于行政垄断的治理,其可能获得的实效无疑大打折扣。

即便是具体行政行为的审查,法院所起到的作用仍然非常有限。中国的行政诉讼案件非常少,显示出司法权制约行政权的无力。从1992年到2012年,《人民法院案例选》中收录的行政案件(包括一、二审案件)共568件;从1992年到1999年,涉及滥用职权的案件共3件,占总案件的0.52%。<sup>⑩</sup>人民法院在司法实践中极少以“滥用职权”为由对行政裁量权进行司法控制。其次,对于抽象行政行为的附带审查在数量少的同时有效性存在疑问。有学者在研究了《最高人民法院公报》上的附带审查案件后认为,在有限的案件中,法官对于行政规范性文件

实施司法审查的能力不足,而原因在于法院权力组织结构过度科层化、司法权行政化运作等弊端。<sup>⑪</sup>虽然《行政诉讼法》的颁行包含了立法者希冀通过有限的司法审查方式实现以司法权制约、抗衡行政权的美好憧憬,而且封闭对抗型的行政诉讼制度也曾历经了短暂的辉煌,但“强行政、弱司法”的体制格局几乎注定了这种单兵突进式的制度变革会受到挫折。<sup>⑫</sup>

受我国当下司法权处于绝对弱势以及法院财政欠缺有力保障等多方面因素的影响,法院在参与社会管理创新特别是在推动政府行政方式转变的过程中谨小慎微,甚至有时“低三下四”。<sup>⑬</sup>事实上,中国政体的突出特点是以中央政府为中心的一统体制,即中央政府对其广大国土及居住在其上的民众、各个领域和方面有着最高和最终的决定权。<sup>⑭</sup>一统体制对于科层组织的等级性更为强化,并对权威治理方式也会更为依赖。可以说,中国制度环境下,法院在很大程度上已经被整合到了行政体系之中,或者说从一开始就是行政体系的一个环节,缺少制约性的作用也就不足为奇。

#### 2. 独立机构难以独立

如果说因为通常的反垄断执法机构根植并受制于既有的行政体系,从而很难将行政垄断纳入反垄断法的规制范围,那么,通过构建独立而有权威的反垄断执法机构是否就可以解决这一问题?独立的反垄断执法机构在中国反垄断法实施中一直被寄予厚望。<sup>⑮</sup>理论上而言,如果是“独立”的行政垄断执法机构,当然可以超越科层体制下的隶属关系以及地方利益、部门利益,从而更好地实现治理目的。但是,独立执法机构的问题是:到底要独立于谁?如何保证其独立性?这些问题重要而现实,但却很少被清晰阐释。国内学者对反垄断执法机构独立性的看法基本可以分为两类。首先,独立于其他管制机构,即反垄断执法机构与既有的、负有管制职责的政府机关相分离,并超脱其上。管制机关负责对企业的准入、经营和退出进行管制,反垄断执法机构对于企业的不正当竞争和垄断进行管制。<sup>⑯</sup>其次,是独立于其他政府部门,即能够独立地执行国家的反垄断法和竞争政策,不必受其他政府部门的干扰。<sup>⑰</sup>在行政垄断的

语境下,二者具有统一性。但现实中很难实现这一意义上的独立。

美国首创了独立管制机构。美国的独立管制机构指的是相对于总统的独立,也就是从总统所掌握的行政体系当中独立出来。其所依赖的法定机制至少包含下面三种:<sup>⑧</sup>(1)通过两党程序的选任;(2)固定任期;(3)只能以明定的原因罢免成员。这些机构的产生对既有的联邦政府的结构,以及各州和联邦政府的关系、公民和政府的关系等基本理念方面造成了急剧的变化。美国独立管制委员会在性质上属于行政机构,但其法律地位与联邦行政各部不同:在组织系统上,它并不隶属于总统,而是旁绕在总统行政体系之外,完全独立于正规的行政各部,不受总统的直接控制。<sup>⑨</sup>

中国的相关讨论以美国制度为镜鉴,但忽略了在政治体制上的根本性差异。在中国语境下考虑这个问题,如果是强调独立于其他行政机关,那么现有的反垄断执法机构和其他行政机关并没有直接隶属关系,在一定意义上可以说已经实现了独立;但如果是要独立于最高行政长官,对于中国这样中央集权的单一制国家来说则基本没有可能性——特别是考虑到行政垄断还要对抽象行政行为进行审查。可以设想,如果所有的行政机构出台政策都要反垄断执法机关进行细致审查,一方面人力、物力的保障是个问题;另一方面,由于中国的“文件治国”现实,这将意味着反垄断执法机构的权力将极大扩张,这在机构改革后国家市场监督管理总局已经成为超级机构的情况下可能性会显著降低。<sup>⑩</sup>

从司法审查权力以及独立执法机构构建这两个方面的分析可以看到,现实制度存在诸多约束条件。而以增加具有强制性、制裁性的法律责任为核心的治理方案难以突破这些约束条件。对《反垄断法》实施后10年间的行政垄断案件的分析可以看到,没有强制性的建议函执法机关都只能“选择性”发送,案件的调查和处理结果尚且难以做到完全公开、透明,无疑都表明反垄断执法机构在“嵌入”到行政体制之中时面临的各种制约性因素。更现实地说,过于强硬的手段在立法阶段就可以预期会受到强烈的抵制。即便通过,行政体系内部的矛盾也会更多

地集中于反垄断执法机构身上,使其缺少腾挪的空间而处境微妙,大概率导致在实际执法上的退缩。

## (二)行政性治理的推进

如前文所言,在行政垄断治理上通过强化法律责任很难实现限制行政权力的目的,因此转向行政体系内部的治理是既有制度约束下的折中。而在完善这一内部治理上,同样需要遵循中国科层体制下的逻辑来进行。并需要考虑如何克服科层体制中的横向关系、地方利益带来的阻碍。在这一方面,公平竞争审查制度提供了完善的基础。

从对查处的行政垄断案件的梳理中可以看到,《反垄断法》颁布之后很长时间内行政垄断案件不仅数量少,而且大多没有公开。但是从2017年开始,行政垄断案件数量大幅度增加,并有相当数量的案件结果被公开。这一时间点和2016年6月14日国务院发布的《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》(以下简称《公平竞争审查意见》)密切相关。可以说,反垄断执法机构建议函的“威力”正是来自公平竞争审查这一体制内的支撑力量。例如,湖南省工商局发出公平竞争审查首份《行政建议书》,建议长沙市卫计委对《关于加强医院太平间殡葬服务的通知》内容进行自我审查,清理、废止妨碍公平竞争秩序建立的相关规定。<sup>⑪</sup>结合公平竞争审查制度作用的发挥以及科层体制的特性,可以认为行政垄断治理的关键点在于以下几个方面。

### 1. 科层体制内持续的高位推动

科层体制内有严格的等级,高位推动始终是最为基本和最为有效的政策推进方式之一。在中国行政垄断治理的历史中,不断下发的规范性文件就很好地体现了这一点。尽管学界对于行政垄断治理的效果不满意,认为案件查处数量少,但事实上,查处的案件仅仅是这一机制发挥作用的很小方面,更多的问题在文件的下发和执行过程中就得以解决。特别是对照改革开放之初完全没有任何“市场”的存在到如今市场机制的基本建立,能够更为真切地感受到体制内高位推动的效果。类似的是,在当前市场改革进入攻坚阶段下,公平竞争审查制度同样是体制内高位推动的体现,并取得了一定效果。

公平竞争审查制度在国务院层面的规范性文件中最早出现于2015年的《中共中央、国务院关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》<sup>⑤</sup>，在此之后，就大量出现在国务院的规范性文件中。公平竞争审查制度建立的目的是希望规范涉及行政垄断的抽象行政行为，从源头上治理行政垄断。国务院在《公平竞争审查意见》之后，截至2019年4月所发布的公平竞争审查制度相关的规范性文件就多达14件。包括《国务院关于印发降低实体经济企业成本工作方案的通知》(国发[2016]48号)、《国务院关于印发“十三五”国家战略性新兴产业发展规划的通知》(国发[2016]67号)、《国务院关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》(国发[2017]5号)、《国务院关于印发“十三五”市场监管规划的通知》(国发[2017]6号)、《国务院关于印发中国(河南)自由贸易试验区总体方案的通知》(国发[2017]17号)、《国务院关于印发全面深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》(国发[2017]23号)、《国务院批转国家发展改革委关于2017年深化经济体制改革重点工作意见的通知》(国发[2017]27号)等。反垄断执法机构获得了“尚方宝剑”，能够借此获得被处罚机构以及“上级机关”的配合。在未来的行政垄断治理中，可以预见持续的高位推动仍然是现有制度环境中最为有效的方式。

## 2. 行政机构间的协商、合作

依靠行政机构的科层结构进行治理存在问题，其中比较突出的就是没有隶属关系的机构之间难以协作，以及由于地方利益的驱使而造成的抵抗。因此，构建跨部门的协作机构在一定程度上可以打破部门隶属所形成的阻隔。《公平竞争审查意见》颁布之后地方都跟进出台了实施意见。其中一个重要的举措在于建立跨部门的协商机构。例如，上海建立了由市发展改革委、市政府法制办、市商务委、市工商局和市财政局等部门参加的上海市公平竞争审查联席会议(以下简称“联席会议”)，统筹协调全市公平竞争审查工作。<sup>⑥</sup>这些单位中，发改委具有项目审批权力，财政局则掌握有财权，对于地方行政单位具有较强的制约能力。同时，协商机制的构建在加强沟通的同时，可以借力高位推动而形

成的“合法性”，以一种相对更多机构参与的公开方式进行执行。

跨部门的协作机构有利于将各种利益呈现在不同的部门之间从而形成一定的执行压力，并且可以在意见不一致时以集体决策的方式卸掉部分反垄断执法机构可能需要承担的压力。这对于行政垄断治理具有意义。公平竞争审查也提供了协商解决的方式。根据五部门联合印发的《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》第10条规定：“政策制定机关开展公平竞争审查时，对存在较大争议或者部门意见难以协调一致的问题，可以提请同级公平竞争审查联席会议协调。联席会议认为确有必要的，可以根据相关工作规则召开会议进行协调。仍无法协调一致的，由政策制定机关提交上级机关决定。”<sup>⑦</sup>而在该《实施细则(暂行)》第五章“社会监督和责任追究”部分，也延续了既有的行政体制进行内部约束的方式。

## 3. 程序性嵌入和约束

理论上而言，对行政垄断进行规制最常见也是最有效的方式就是行政机关内部的自我控制和司法审查，而这二者的基本共同性在于通过正当程序来控制。<sup>⑧</sup>行政程序是行政权力运行的步骤、顺序、方式、时限等要素的集合。<sup>⑨</sup>而程序性本身和科层体制的照章办事特性相契合。因此，加强行政程序本身的完善就更容易控制行政机构不当干预市场的行为。对于行政垄断而言，抽象性行政垄断的危害远大于具体行政行为。当前的公平竞争审查制度进行了程序性嵌入，以更好地在规范性文件的制订阶段，就通过多方机制的参与，来控制地方、部门借助规范性文件进行行政垄断。例如，在《上海市人民政府关于贯彻〈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〉的实施意见》中，就要求“政策制定机关……应当在政策文件起草说明中，增加公平竞争审查内容，或单独起草公平竞争审查报告。其中，地方性法规议案、政府规章由起草部门进行公平竞争审查，市政府法制办进行法律审查时，一并审核公平竞争审查内容。规范性文件由文件制定机关或主办机关确定的起草部门进行公平竞争审查，政策制定机关负责法制工作的机构进行合法性审查时，一并审核公平竞争审查内容。其他政策措施，由政

策制定机关进行公平竞争审查。以多个部门名义联合制定出台的政策措施,由主办部门进行公平竞争审查。”<sup>⑧</sup>

这三个部分对于行政垄断治理都非常重要,当前的公平竞争审查制度在这些基本方面都有很好地契合。以广东省为例,2018年全省共梳理现行有效的规章、规范性文件和其他政策措施29284件,对含有排除、限制竞争内容的政策措施,废止184件、修订57件;全省共审查增量文件21131份,政策制定机关及时修订了在审查中发现的含有排除限制竞争内容的文件。<sup>⑨</sup>尽管从绝对数量来看废止和修订的数量不高,<sup>⑩</sup>但考虑到规范性文件的影响范围,公平竞争审查的嵌入仍然发挥了不错的作用。

当然,这并不是说公平竞争审查制度就是完美的,现有制度的确在很多方面还有待完善。例如,自我审查激励不足、<sup>⑪</sup>审查程序不具体<sup>⑫</sup>以及审查标准本身的合理性等方面都值得探讨。这里主要想说明的是,公平竞争审查制度应当成为行政垄断治理更为主要的方式,并遵循科层体制的基本逻辑进行制度的完善。虽然现有的公平竞争审查还专门和《反垄断法》的相关条文进行关联,但无疑和反垄断法的治理方式有着不同的逻辑。基于现实制度条件的限制,当前更为合适的方式是在行政性治理体系内完善公平竞争审查。如果将公平竞争审查制度纳入《反垄断法》之中,要么仍然无法设定具有强制性、制裁性的法律责任;要么违背前述逻辑,导致难以更好地治理行政垄断。在近期公布的《〈中华人民共和国反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》中,公平竞争审查制度如前期学者所愿<sup>⑬</sup>进入到《反垄断法》中,但没有强制性的法律责任。<sup>⑭</sup>立法者并没有采纳“强化”行政垄断责任的方式来改变既有的行政垄断治理模式,这也使得公平竞争审查入法的意义不大。

## 五、结语

科林·斯科特教授认为,如果把对规制机构执法活动的应答简单归类为合规、不合规和执行,那么我们可能会忽视被规制者通过与规制空间内规制者或其他主体互动,来重新解释规则、重塑规制体系的可能性。<sup>⑮</sup>对于实践中的规则解释而言,规制者的正式权力与被规制对象的非正式权力之间的互动,或许

比正式的执法过程还要重要。<sup>⑯</sup>这一观点对于行政垄断的治理同样重要。行政垄断治理的本质在于对行政权力的限制,而要实现这一目的在中国的制度环境下很难单纯依靠反垄断法来完成,毕竟反垄断法也不是存在于真空之中。既有的体制结构往往决定了对行政权力限制所能够达到的极限,相关制度的完善只是尽可能地去接近这一极限。但这一过程仍然具有意义。

## 注释:

①参见周其仁:《产权与制度变迁——中国改革的经验研究》(增订本),北京大学出版社2004年版,第283页;于良春、张伟:《中国行业性行政垄断的强度和效率损失研究》,载《经济研究》2010年第3期,第16页。

②相关观点参见张守文、于雷:《市场经济与新经济法》,北京大学出版社1993年版,第357-358页;盛杰民:《竞争法在中国:现状与展望》,载杨紫烜编《经济法研究》(第1卷),科学出版社2000年版,第288页;许光耀:《行政垄断的反垄断法规制》,载《中国法学》2004年第6期,第126页;聂孝红:《“行政垄断”纳入我国〈反垄断法〉的必要性》,载《河北法学》2007年第2期,第83-89页。在《反垄断法》颁布之前,寄望于反垄断法的直接规制是较为主流的观点。

③相关观点参见史际春:《关于中国反垄断法概念和对象的两个基本问题》,载季晓南编:《中国反垄断法研究》,人民法院出版社2001年版,第166页;沈敏荣:《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,法律出版社2001年版,第243页;温观音:《产权与竞争:关于行政垄断的研究》,载《现代法学》2006年第7期,第174页;薛克鹏:《行政垄断的非垄断性及其规制》,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2007年第3期,第9-14页。但这些观点对于如何通过政治体制改革来治理行政垄断并没有深入分析。

④这些争议里面还包含了如何界定行政垄断的不同看法。由于最初对术语内涵理解上的差异,相关理论文献有时将“国家垄断”“行政垄断”“自然垄断”等概念不加区分。尽管在中国现实环境中这些概念有一定的交叉,但现今的学术文献已经对这些概念有严格的区分。限于本文的写作目的,此处不进一步展开。

⑤参见王晓晔:《我国最新反垄断法草案中的若干问题》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2007年第1期,第16页。尽管中国反垄断法学界认为行政垄断具有中国特色,但由于在基本层面的巨大分歧,相关争论并没有深入下去,对于行政垄断的研究更多停留在是否应当规制的阶段,而对于如

何规制的研究并不充分。

⑥1993年的《反不正当竞争法》是反不正当竞争法和反垄断法二法合一的模式。2007年颁布的《反垄断法》对限制竞争行为进行了单独的规定,因此2017年《反不正当竞争法》修订时将其中的反垄断条款予以删除。本文所涉《反不正当竞争法》专指1993年版。此外,由于本文主要研究《反垄断法》实施之后的状况,执法机构在具体分析中主要以“反垄断执法机关”予以指代。

⑦《反不正当竞争法》第7条;《反垄断法》第32-37条。

⑧基于《反垄断法》的质疑参见后文的归纳与论述。

⑨相关观点可参见王晓晔:《依法规范行政性限制竞争行为》,载《法学研究》1998年第3期,第92页;时建中:《我国〈反垄断法〉的特色制度、亮点制度及重大不足》,载《法学家》2008年第1期,第17页。

⑩尽管由竞争执法机关提出处理建议被认为是《反垄断法》新增加的部分,但事实上,“由上级机关责令其改正”的前提是上级机关知道下级机关行为违法,并知道如何要求改正,而行为违法的认定是由竞争执法机关做出的。因此,《反不正当竞争法》中隐含了竞争执法机关“通知”上级机关的权力。

⑪王晓晔:《〈中华人民共和国反垄断法〉析评》,载《法学研究》2008年第4期,第69页。

⑫魏琼:《反垄断行政执法模式的理想与现实》,载《法学》2009年第9期,第111页。

⑬主流观点参见史际春:《〈反垄断法〉与社会主义市场经济》,载《法学家》2008年第1期,第4页;王健:《行政垄断法律责任追究的困境与解决思路》,载《法治论丛》2010年第1期,第10页;吴宏伟、吴长军:《行政垄断的规制与反思》,载《河北法学》2011年第3期,第8页;侯利阳:《〈反垄断法〉不能承受之重:我国反垄断执法五周年回顾与展望》,载《交大法学》2013年第2期,第67页。

⑭参见孙晋:《我国〈反垄断法〉法律责任制度的缺失及其完善》,载《法律适用》2009年第11期,第43页。

⑮参见张占江:《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》,载《上海财经大学学报》2014年第5期。

⑯参见郭宗杰:《多元主体与复合责任——论反垄断法关于行政性垄断的责任设置》,载《武汉大学学报(人文科学版)》2004年第6期,第676-680页;王健:《行政垄断法律责任追究的困境与解决思路》,载《法治论丛》2010年第1期,第15页;杜仲霞:《我国反垄断法刑事责任之重构》,载《法治研究》2013年第5期,第51-57页。

⑰参见王健:《我国行政性垄断法律责任的再造》,载《法学》2019年第6期,第79页。

⑱参见时建中:《我国〈反垄断法〉的特色制度、亮点制度及重大不足》,载《法学家》2008年第1期,第17页。

⑲参见刘继峰:《俄罗斯反垄断法规制行政垄断之借鉴》,载《环球法律评论》2010年第2期,第129页。但该文并没有说明如何依赖于行政系统内解决,以及如何在下一阶段依靠法律实现控制。

⑳这方面最为典型的例子是上海实施的汽车牌照拍卖。商务部部长助理曾表示,上海的汽车牌照拍卖违反了2004年5月1日开始实施的《道路交通安全法》的有关条款。因为按照《道路交通安全法》的规定,除了公安部门之外,任何部门都无权发放行车牌照。但即便如此,上海并没有改变其政策。参见《商务部官员:上海私车牌照拍卖违反道路交通安全法》,来源:<http://www.people.com.cn/GB/qiche/1049/2520507.html>,2020年8月13日访问。

㉑这并不是说行政垄断只有法学在进行研究,而是强调其产生的语境。实际上,经济学、政治学也有相关的研究,但侧重点有很大差异。例如,经济学研究主要是分析行政垄断带来的效率、福利损失等问题。

㉒孙晋:《反垄断法——制度与原理》,武汉大学出版社2010年版,第189页。

㉓只有在公权力的强制作用下实现的权利救济机制才能被视为法律责任,当事人以自治或自愿的方式实现的对受损权利的补偿尚未进入法律责任的层面。参见余军、朱新力:《法律责任概念的形式构造》,载《法学研究》2010年第4期,第161页。

㉔魏琼:《追究行政性垄断法律责任的对策——从“责令改正”谈起》,载《政治与法律》2009年第11期,第66页。

㉕行政责令行为与具体的行政处罚措施相结合,严厉程度由轻到重,形成五种类型,即单独适用(A)、行政处罚的前置程序(B)、与行政处罚选择适用(C)、与行政处罚合并适用(D)、行政处罚的加重条件(E),数量为104项、346项、319项、1088项和222项,比例为4.66%、15.49%、14.29%、48.72%和9.94%。参见郭林将:《行政责令行为的规范分析与制度完善——基于浙江省行政权力清单的梳理》,载《法治研究》2016年第2期,第122页。

㉖《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》第40条。

㉗卢超:《从司法过程到组织激励:行政公益诉讼的中国试验》,载《法商研究》2018年第5期,第27页。

㉘代表性观点参见章志远:《我国行政诉讼司法建议制度之研究》,载《法商研究》2011年第2期,第75页;郑智航:《法院如何参与社会管理创新——以法院司法建议为分析对象》,载《法商研究》2017年第2期,第25页。

②黄学贤、周春华:《行政协助概念评析与重塑》,载《法治论丛》2007年第3期,第83页。

③薛克鹏:《行政垄断的非垄断性及其规制》,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2007年第3期,第11页。

④参见王晓晔:《依法规范行政性限制竞争行为》,载《法学研究》1998年第3期,第92页。

⑤参见王健:《行政垄断法律责任追究的困境与解决思路》,载《法治论丛》2010年第1期,第11页。

⑥在号称行政垄断第一案的国家质检总局案中,相关企业认为“国家质检总局未投入一分钱,便享有中信国检公司30%股份”,导致国家质检总局采用指定和中信国检公司交易的方式实施行政垄断。参见朱彘:《国家质检总局否认行政垄断》,来源: <http://www.caijing.com.cn/2008-08-30/110009326.html>,2020年8月13日访问。

⑦王健:《行政垄断法律责任追究的困境与解决思路》,载《法治论丛》2010年第1期,第11页。

⑧参见黄欣、周昀:《行政垄断与反垄断立法研究》,载《中国法学》2001年第3期,第106页。

⑨参见魏琼:《追究行政性垄断法律责任的对策——从“责令改正”谈起》,载《政治与法律》2009年第11期,第66页。

⑩参见侯利阳:《〈反垄断法〉不能承受之重:我国反垄断执法五周年回顾与展望》,载《交大法学》2013年第2期,第67页。

⑪国家工商行政管理总局公平交易局、中国社会科学院国际法研究中心编著:《反垄断典型案例及中国反垄断执法调查》,法律出版社2007年版,绪论部分。

⑫魏琼:《追究行政性垄断法律责任的对策——从“责令改正”谈起》,载《政治与法律》2009年第11期,第66页。

⑬王晓晔:《〈中华人民共和国反垄断法〉析评》,载《法学研究》2008年第4期,第79页。

⑭甘霖:《在第七届中国竞争政策论坛致开幕词》,来源: <http://www.zggpjz.com/m/view.php?aid=4047>,2020年8月23日访问。

⑮从改革开放至今,总体来讲我国市场机制的完善程度越来越高,因此理论上而言行政垄断行为的数量是逐渐减少的。合理的比较方式应当是行政垄断行为的总体数量和查处比例的对比,但现实中无法有效获得相关数据。但如果考虑到《反垄断法》实施以来,反垄断执法机关查处的垄断协议案件为163件,支配地位滥用案件为54件,合计为217件的话,行政垄断这一单独的类别案件查处183件也并不算少。

⑯时间段的选取除了10周年具有象征性意义外,是考虑到国家市场监督管理总局在《反垄断法》实施10周年的论坛上对查处案件的数量有正式的宣告,数据更为权威。此外,2018年

3月机构改革后,发改委和工商总局的反垄断职能进行了合并,而机构分立时的执法状况能够透露更多关于执法效果的信息。

⑰《全国工商机关十年间制止40多起滥用公权干涉市场竞争行为》, [http://www.xinhuanet.com/2018-04/04/c\\_1122640233.htm](http://www.xinhuanet.com/2018-04/04/c_1122640233.htm),2020年8月17日访问。

⑱但各地工商局的做法更为规范,都使用了建议函。

⑲来源: <http://www.snprice.gov.cn/html/100011/1017106.html>,2020年8月21日访问。

⑳来源: [http://wj.jiangsu.gov.cn/art/2017/9/26/art\\_5996\\_6968379.html](http://wj.jiangsu.gov.cn/art/2017/9/26/art_5996_6968379.html),2020年8月16日访问。

㉑案件从立案、调查到结案有一个时间周期,因此并不能说在2011年前反垄断执法机构没有查处案件。即便考虑了时间因素,2016年之前查处案件数量仍然远少于2016年之后。

㉒来源: [http://www.saic.gov.cn/zt/jg/fldybzjz/201209/t20120918\\_219847.html](http://www.saic.gov.cn/zt/jg/fldybzjz/201209/t20120918_219847.html),2020年8月16日访问。

㉓来源: <http://www.gsdr.gov.cn/content/2017-12/40566.html>,2020年8月21日访问。

㉔根据《反垄断法》第44条的规定,“反垄断执法机构对涉嫌垄断行为调查核实后,认为构成垄断行为的,应当依法作出处理决定,并向社会公布。”由于是“可以”公布,因此执法机构有选择的权力。

㉕比较大可能性是以不公开换取被查处的行政机关配合调查与纠正行为。类似情况的分析参见李剑:《中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服》,载《法学家》2018年第1期,第95页。

㉖在一部分案件中,建议函实际上起到了信息通告的作用。行政机关实施具体行政行为或者出台抽象行政行为时没有考虑《反垄断法》中行政垄断的规定,其目的甚至是“办实事”为出发点。最为典型的国家发改委查处的河北交通厅案。河北省政府因规定“本省客运路桥费半价,歧视外地车”,而成为反垄断法实施六年来首次被涉及、接受调查的省级行政机关。参见陈宁生:《仅靠“建议函”管不住行政垄断》,载《解放日报》2014年9月26日第005版。而该案中河北省交通厅是基于为省内企业办实事而提供优惠措施,没有考虑引发的限制竞争问题。

㉗来源: <http://www.gsdr.gov.cn/content/2018-02-08/40881.html>,2020年8月21日访问。

㉘这里有必要对于行政立法和行政规范性文件进行说明。通常认为,静态意义的行政立法即指行政法规和规章,而规范性文件是指行政主体为实施法律和执行政策,在法定权限内制定的除行政立法以外的决定、命令等普遍性行为规则

的总称,俗称“红头文件”。关于行政立法与规范性文件的区分,理论上存在实体与程序两种标准。以实体区分标准来看,行政立法与规范性文件在实体内容上存在区别,因此如果一项规范性文件规定了行政立法才能规定的内容,那么该项规范性文件就是实质上的行政立法,只不过由于没有通过立法程序而应无效。根据程序区分标准,行政立法与规范性文件在内容上并无实质区别,两者仅在制定程序上有所不同,因此,无论规范性文件规定了什么内容,它都是规范性文件,而不可能是实质的行政立法,也就不需要对其内容是否涉及行政立法进行审查。参见王留一:《论行政立法与行政规范性文件的区分标准》,载《政治与法律》2018年第6期,第115、116页。

⑤王健:《我国行政性垄断法律责任的再造》,载《法学》2019年第6期,第61页。

⑥孟雁北:《我国反垄断法规制行政垄断行为的成效及面临的挑战》,载《中国物价》2013年第10期,第42页。

⑦周雪光:《中国国家治理的制度逻辑:一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第21页。

⑧丁轶:《反科层制治理:国家治理的中国经验》,载《学术界》2016年第11期,第29页。

⑨曹康泰:《中华人民共和国反垄断法解读——理念、制度、机制、措施》,中国法制出版社2007年版,第226页。

⑩全国人大常委会法制工作委员会经济室:《中华人民共和国反垄断法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第322页。

⑪《反垄断法》颁布之前,有关责令改正的诸多规定已大量地出现在反行政性垄断的相关法律、法规的法律责任章节中。包括《反不正当竞争法》第30条在内,还有《价格法》第45条、《招标投标法》第62条等。因各种具体违法行为不同,责令“改正”的方式也是有所不同的,分别表现为停止违法行为、限期拆除、限期纠正违法行为、消除不良后果、限期治理等形式。

⑫叶卫平:《司法审查与行政性垄断规制》,载《法学》2009年第1期,第113页。

⑬魏琼:《追究行政性垄断法律责任的对策——从“责令改正”谈起》,载《政治与法律》2009年第11期,第67页。

⑭发改办价监[2015]501号。

⑮李剑:《中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服》,载《法学家》2018年第1期,第88页。

⑯发改办价监[2015]2175号。

⑰郑智航:《法院如何参与社会管理创新——以法院司法建议为分析对象》,载《法商研究》2017年第2期,第32页。

⑱贺欣:《法院推动的司法创新实践及其意涵》,载《法学家》2012年第5期,第11页。

⑲从中央到地方这类文件数量极其庞大。本文主要梳理的是以中共中央、国务院名义发布,涉及全局性的规范性文件。虽然严格意义上党的系统有别于行政系统,但在中国,党、政相互的嵌入非常深,且党纪处分在行政垄断治理中发挥了重要作用,因此本文不做区分。

⑳行政垄断的表现形式包括地区封锁、强制交易等形式,为简化论述,本文主要以“地区封锁”为例。

㉑《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》指出,“开展竞争必须打破地区封锁和部门分割,任何地区和部门都不准封锁市场,不得禁止外地商品在本地区、本部门销售。”该规定于2001年10月6日失效。

㉒例如,其中要求成立全国整顿和规范市场经济秩序领导小组,并设立办公室(设在国家经贸委)。

㉓参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室:《中华人民共和国反垄断法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第322页。因此,《反垄断法》第51条规定的重点其实是第2款:“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。”

㉔这其中的原因可能在于需要通过不断的“晕涂”来分配相关行政机关的注意力。行政垄断治理工作尽管重要,但地方政府需要处理的各种事项非常多,并不断因为上级的新要求而将资源配置到不同的领域。

㉕王沪生:《从“文件治国”到依法治国》,载《暨南学报(哲学社会科学)》2001年第3期,第37页。

㉖贺东航、孔繁斌:《公共政策执行的中国经验》,载《中国社会科学》2011年第5期,第71页。

㉗贺东航、孔繁斌:《公共政策执行的中国经验》,载《中国社会科学》2011年第5期,第73页。

㉘张湖月:《科层政治和中国〈反垄断法〉》,载《北大法律评论》,第15卷第2辑,第428页。

㉙冯仕政:《中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释》,载《开放时代》2011年第1期,第73-97页;周雪光:《权威体制与有效治理:当代中国国家治理的制度逻辑》,载《开放时代》2011年第1期,第67-85页;周雪光:《运动型治理机制:中国国家治理的制度逻辑再思考》,载《开放时代》2012年第9期,第105-125页。

㉚折晓叶、陈婴婴:《项目制的分级运作机制和治理逻辑——对“项目进村”的社会学案例分析》,载《中国社会科学》2011年第4期,第126-148页;周飞舟:《财政资金的专项化及其问题:兼论项目治国》,载《社会》2012年第1期,第1-37页;渠

敬东:《项目制一种新的国家治理体制》,载《中国社会科学》2012年第5期,第113-130页。

⑫参见曹正汉、薛斌锋、周杰:《中国地方分权的政治约束——基于地铁项目审批制度的论证》,载《社会学研究》2014年第3期,第32页。

⑬参见郑鹏程:《行政垄断的法律控制研究》,西南政法大学2002年博士学位论文,第83页。

⑭陈若英:《超脱或应对——法院与市场规制部门的竞争》,载《北大法律评论》第14卷第1辑,第55页。

⑮李哲范:《论行政裁量权的司法控制——〈行政诉讼法〉第5条、第54条之解读》,载《法制与社会发展》2012年第6期,第67页。

⑯余军、张文:《行政规范性文件司法审查权的实效性考察》,载《法学研究》2016年第2期,第55页。

⑰参见章志远:《我国行政诉讼司法建议制度之研究》,载《法商研究》2011年第2期,第72页。

⑱郑智航:《法院如何参与社会管理创新——以法院司法建议为分析对象》,载《法商研究》2017年第2期,第32页。

⑲周雪光:《中国国家治理的制度逻辑:一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第10页。

⑳参见王晓晔:《我国最新反垄断法草案中的若干问题》,载《东岳论丛》2007年第1期,第15页;邢鸿飞、徐金海:《论独立规制机构:制度成因与法理要件》,载《行政法学研究》2008年第3期,第92-99页。

㉑赵玲:《对反垄断执法机构设置的若干思考——评〈反垄断法〉草案有关反垄断执法机构的规定》,载杨紫烜主编:《经济法研究》(第6卷),北京大学出版社2008年版,第132页。

㉒王晓晔:《我国最新反垄断法草案中的若干问题》,载《东岳论丛》2007年第1期,第15页;闫海:《规制机构的独立性——分权理论框架下的论证》,载《公法研究》2007年第4期,第49-59页。

㉓林欣慧:《独立行政委员会在我国宪法上的合宪性——美国独立管制机构与我国独立行政委员会之比较》,台北大学2007年硕士学位论文,第84页。

㉔李剑:《如何制约反垄断执法机构——反垄断执法机构的独立性与程序性制约机制》,载《南京师范大学学报》2010年第5期,第19页。

㉕即便是不隶属于行政体系的司法系统而言,获得更大的独立性也仍然是在进行中的事项。

⑩彭期刚:《湖南省工商局发出公平竞争审查首份〈行政建议书〉》,来源: [http://www.china.com.cn/legal/2017-04/12/content\\_40605431.htm](http://www.china.com.cn/legal/2017-04/12/content_40605431.htm), 2019年3月25日访问。

⑪在该《意见》的第二部分“营造激励创新的公平竞争环境”中规定,“打破地方保护,清理和废除妨碍全国统一市场的规定和做法,纠正地方政府不当补贴或利用行政权力限制、排除竞争的行为,探索实施公平竞争审查制度。”

⑫参见《上海市人民政府关于贯彻〈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〉的实施意见》,沪府发[2017]11号。

⑬《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》,发改价监[2017]1849号。

⑭参见王柱国:《论行政规制的正当程序控制》,载《法商研究》2014年第3期,第24页。

⑮参见江必新:《行政程序正当性的司法审查》,载《中国社会科学》2012年第7期,第123页。

⑯《上海市人民政府关于贯彻〈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〉的实施意见》,沪府发[2017]11号。

⑰唐珩:《广东发布2018公平竞争审查报告审查增量文件2万余份》,来源: [https://gd.ifeng.com/a/20190129/7193697\\_0.shtml](https://gd.ifeng.com/a/20190129/7193697_0.shtml), 2019年8月4日访问。

⑱从这一数据中其实也可以看出,行政性治理手段在过去30余年中发挥了作用——尽管仍然有提升的巨大空间。

⑲李俊峰:《公平竞争自我审查的困局及其破解》,载《华东政法大学学报》2017年第1期,第121页。

⑳朱静洁:《我国行政性垄断的公平竞争审查规制研究》,载《价格理论与实践》2017年第6期,第45页。

㉑支持在《反垄断法》中明确纳入公平竞争审查制度的学者较多,参见张占江、戚剑英:《反垄断法体系之内的公平竞争审查制度》,载《竞争政策研究》2018年第2期;丁茂中:《论我国行政性垄断行为规范的立法完善》,载《政治与法律》2018年第7期,第136页。

㉒参见《〈中华人民共和国反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》第58条。

㉓[美]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,清华大学出版社2018年版,第47页。

㉔[美]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,清华大学出版社2018年版,第47页。