

澳大利亚行政性垄断规制 经验及其启示*

——基于“国家竞争政策”的解读

叶高芬

【摘要】行政性垄断即政府限制竞争行为，其对经济和政治危害严重，应该受到规制。澳大利亚的模式在遏制行政性垄断方面最为系统和有效，尤其是其中的竞争审查制度已经成为各国仿效的典范。我国应借鉴澳大利亚的模式，寻求高层充分重视，施行“国家竞争政策”，引入竞争评估机制，设立独立执行机构，以解决目前行政性垄断规制不力的难题。

【关键词】行政性垄断规制 澳大利亚模式 国家竞争政策 竞争审查

【中图分类号】D923.4 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2015)03-0078-06

前言

政府对于市场机制的损害，集中表现为“以行政权力不当干预市场”的行为，即行政性垄断（或政府限制竞争行为）。其实质是将行政权力传导到自由市场，使得市场主体凭借政治力量达到经济上的垄断，既是对市场机制的破坏，还可能诱发政治腐败。行政性垄断普遍存在于世界各个国家和地区。近年来，包括我国在内的各国都在寻求解决的良策。其中，澳大利亚推行“国家竞争政策”有效遏制行政性垄断的经验值得学习和借鉴。

澳大利亚的“国家竞争政策”（National Competition Policy, NCP）于1991年原则上通过，并于1995年开始施行，它致力于排除澳大

利亚各级政府及其部门的限制竞争措施。该“国家竞争政策”包括一系列鼓励改革的改革：其一，竞争法（即1974年《贸易行为法》）的适用对象扩展到所有企业，即不仅禁止私有企业的反竞争行为，政府拥有的企业如果限制竞争亦不能免责。其二，引进“竞争中立”原则，使国有企业在市场竞争中与私营企业处于公平竞争的状态，^①该原则要求政府不得利用其行政

* 本文系2014年度司法部国家法治与法学理论研究项目“竞争评估的理论阐释和制度构建”（项目编号：14SFB20034）的阶段性研究成果。本文感谢澳大利亚竞争和消费者委员会（ACCC）前主席Allan Fels先生的大力指导。

① OECD Guidelines on corporate governance of State-owned Enterprise, Accessed from www.oecd.org/daf/corporateaffairs/soe/guidelines.

权力使国有企业获得比私人企业更多的人为竞争优势。其三，对所有限制竞争的法律法规进行竞争审查和评估，以尽可能减少对竞争的限制和损害。其四，完善国家重要基础设施的第三方使用制度，使市场新进入者能够合理使用国家重要的基础设施（诸如机场、电网、天然气管道和铁路等），从而公平地参与竞争。^①

澳大利亚的“国家竞争政策”模式使澳大利亚成功地培育了高度竞争的市场，建立起了世界上先进的竞争体制，^②使其在经合组织的经济位次从1990年的第十五位跃居2005年的第七位。^③澳大利亚已成为许多国家效仿的典范。本文总结出澳大利亚依托“国家竞争政策”对行政性垄断的规制经验，并寻求对我国的有益启示。

一、澳大利亚规制行政性垄断的经验

（一）彻底的竞争审查

澳大利亚于上个世纪90年代建立起来的“国家竞争政策”，其颇具特色的制度之一是其竞争审查制度。1991年，澳大利亚联邦、各州和各地区的行政长官就下列事项达成了共识：①市场主体不得从事违反社会公共利益的反竞争行为；②所有市场主体的竞争行为应适用这个普遍和统一的竞争规则；③凡称符合社会公共利益的反竞争行为均应该得到一个适当和程序透明的评估，以便审查该行为的公共成本和公共收益的性质和重要程度。这个审查制度包括：审查并废除国家、州际以及地方性的不公平妨碍竞争的法律法规；审查国有企业的组织结构，以判定它们是否阻碍竞争、是否需要重组；甚至审查垄断性行业的价格规制等。其中，对含有限制竞争内容的法律进行的彻底审查在规制行政性垄断方面成效明显。

为了执行国家竞争政策，澳大利亚彻底审查了全国上下含限制竞争内容的法律，各州和地方政府同澳大利亚联邦一起整理出一份包

括上千部法律的目录清单。在1995年之后的六年里，所有法律制度都经过了独立和透明的审查，以判定它们是否会阻碍竞争。如果是，就进一步评估其是否基于社会公共利益的考虑。考虑公众利益时的考量因素及其程度包括：是否与生态可持续发展相关；是否与社会福利和平等相关；是否与经济和地区的就业和投资增长相关；是否与消费者的总体利益相关；是否与资源的有效配置相关等。审查的指导原则是法规不应当限制竞争，除非它被证实：①该项限制竞争的法律带来的公共利益整体上大于成本；同时②法律目标只能通过限制竞争的方式取得。接受竞争审查的法律法规涉及农产品营销、渔业和林业、零售业、交通、通讯、保险和退休金、儿童保健以及赌场等九个领域。^④

通过彻底的竞争审查，澳大利亚废除了不少含有限制竞争内容的法律文件，不仅为培育健康有序的竞争环境扫清了路障，也在相当程度上遏制了政府的不当干预经济行为。

（二）有效的政策设计

澳大利亚的“国家竞争政策”受到国家高层的充分重视与支持。澳大利亚政府进行了有效地政策设计，最值得瞩目的是它的财政激励机制。澳大利亚联邦为各州政府提供了大量资金，条件是它们必须同意进行法制审查与改革，或至少同意通过适当程序推动国家竞争政策。国库几十亿美元就这样分发给了这些州政府。新建立的国家竞争委员会（National Competi-

① OECD 2008, *Economic Survey of Australia 2008*, OECD, Paris.

② 此前，由于国内经济领域缺乏竞争，澳大利亚在OECD（经合组织）的排名由1950年的第五位沦为1990年的第十五位富裕国家。参见 OECD 2005, *Economic Survey of Australia 2005*, OECD, Paris.

③ Source: OECD 2005, based on University of Groningen, GGDC Total Economy Database.

④ Commission, *Productivity, Review of National Competition Policy Reforms*. Productivity Commission Inquiry Report, No. 33, February 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=737883>.

tion Council, NCC) 的作用是评估这些审查工作的履行是否适当。如果履行适当, 州政府就能获得资金; 反之, 就不能获得。^①

作为“国家竞争政策”的配套文件, 澳大利亚出台了一揽子政策, 包括《竞争政策改革法案》, 以及联邦与地方政府间签订的三项协议: 《竞争原则协议》、《行动法协议》和《实现全国竞争政策和处理与竞争支付相关的改革协议》。其中, 《实现全国竞争政策和处理与竞争支付相关的改革协议》规定了改革条件下的联邦和地方的财政分担情况。只要州和大区实行一揽子竞争政策规定的立法检查与改革, 实行电力、燃气、自来水及道路交通领域的相关改革, 联邦政府就向州和区提供竞争支付款。^②

此外, 为了指导立法检查计划, 澳大利亚政府委员会还颁布了一系列文件如《立法检查纲要》和《国家竞争政策立法检查指南》等。前者为每项政府立法检查计划提供扼要的信息, 包括法律的名称、负责该立法的机构和部长、对该立法检查的描述和评论以及检查开始和终止的日期; 后者则提供了进行立法检查的一些实际性的帮助, 如何参加该项计划、如何最佳地辨别某个法律对竞争的限制以及如何评估其成本和收益。^③

澳大利亚政府的政策设计——财政激励机制和具体的检查指导制度有效地促进了“国家竞争政策”的施行, 尤其是强有力的财政激励机制推动了竞争法制改革的进行, 使其在废止和修改含反竞争内容的法律制度方面收到了实质性的成效。^④

(三) 权威的执行机构

澳大利亚执行和管理“国家竞争政策”的机构是澳大利亚竞争和消费者委员会 (Australian Competition and Consumer Commission, ACCC)。ACCC 是一个独立和权威的法定机构。其前身为澳大利亚贸易行为委员会, 根据 1995 年《竞争政策改革法案》的规定与价格监督局

合并, 于 1995 年 11 月成立, 旨在制止不公平竞争行为, 保护消费者的合法权益; 负责对价格实行监督, 它有权对包括政府在内的所有主体的反竞争行为进行管辖和查处。它是实施澳大利亚竞争法律和政策的唯一执行机构, 具有绝对的独立性和权威性。

此外, 作为一个法定的政策咨询机构, 澳大利亚国家竞争委员会 (NCC) 既不制定改革议程, 也不具体执行改革, 但是它监管和评估各州和地区实施“国家竞争政策”的情况。对“国家竞争政策”的全面推行也起了重要的作用。

二、对我国的启示

目前我国经济正经历着两大变迁。第一, 我国经济发展方式正从传统的农业经济转向工业化经济。第二, 正从社会主义计划经济体制转向自由的市场经济体制。尽管体制改革已经相当深广, 但仍然明显残留旧体制的痕迹。即使在开放了的部门或领域, 先前存在的垄断势力往往余威犹存。我国的行政性垄断具有权力寻租典型化、表现形式多样化的特性, 严重制约了市场配置资源作用的发挥, 具有巨大的危害性。出于建立“法治政府”和打造“法治经济”的需要, 对行政性垄断加以规制具有重大的现实需求性。然而, 目前的以“事后矫正”为主要手段的法律规制路径存在弊端, 使得我国的行政性垄断相关规制收效甚微。因此, 有

① Jose, Chris and King, Stephen P. and Samuel, Graeme, An Agenda for Australia's National Competition Policy Inquiry (November 11, 2013). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2353806>.

② 曹红英:《澳大利亚竞争政策改革(一)》,《中国工商管理研究》1999年第5期。

③ 樊瑛:《澳大利亚的国家竞争政策及启示》,《亚太经济》2002年第6期。

④ Fels, Allan (ACCC Chairman) 2000, Trade Practices Act and the Food Sector, presentation to the OUTLOOK 2000 ABARE OUTLOOK CONFERENCE, 2 March, ACCC, Canberra.

必要借鉴澳大利亚的相关经验。

（一）施行国家竞争政策

我国2008年实施的《反垄断法》第4条规定：“国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，完善宏观调控，健全统一、开放、竞争……的市场体系”。“健全统一、开放、竞争……的市场体系”这一目标与禁止滥用行政权力有着潜在的关联性。然而，《反垄断法》的普通措施在排除行政性垄断方面的作用很有限。即使《反垄断法》的效力被认为可以高于政府的限制竞争行为（其实并不可能），这个法律规定也不能普遍适用于政府的行为。例如，卡特尔的规定就不能阻止政府设定最低价格或者标准的反竞争行为，滥用市场支配地位的规定也不能阻止政府立法设定某一行业或者职业资质的准入门槛。

值得一提的是，法定垄断与传统竞争法的联系也不大，因为它们的垄断权超过了竞争法的规定。假如一个行业中只有一家企业，卡特尔或者合并的法律规定也都不管用，因为在没有竞争的情况下，不存在合谋与合并的问题。同样地，假如一个行业没有竞争对手或者法律设置了市场进入的障碍，滥用市场支配地位的法律就没有用武之地。可以说，竞争法禁止反竞争行为的一般规定只适用于经济垄断行为，而不适用于政府实施的限制竞争行为（行政性垄断行为）。这一点，我国与世界各国的情况一样。但是，其他国家的垄断现象与行政权力关联不大，我国的情况则不同。也就是说，我国的很多垄断现象都涉及行政权力。垄断企业既不实施卡特尔行为，也没有滥用市场支配地位，也不进行反竞争的合并，原因很简单：它根本没有竞争对手。此外，对政府反竞争行为进行规制也面临着形形色色的政治挑战。^①

因此，为了应对政府反竞争行为，我们建议借鉴澳大利亚的做法，在我国制定和施行全面、系统的国家竞争政策，以有效减少政府对竞争的不当限制。

（二）引入竞争评估制度

澳大利亚模式最具特色的是它的竞争审查与评估制度。经合组织近年来在其成员国之间推行的竞争评估规则就主要依据了澳大利亚的模式。这一模式的目的在于识别各级政府及其所属部门在各经济领域的限制竞争行为，并采用鼓励竞争的“公共利益标准”对这些行为进行审查与改革。^②

在我国，“妨碍全国统一市场和公平竞争的规定和做法”（以下简称“规定和做法”）已经引起我国高层的充分关注。中国共产党十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出：为建立公平开放透明的市场规则，……，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，……反对地方保护，反对垄断和不正当竞争。2014年6月4日，《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》再次明确提出，要废除妨碍全国统一市场和公平竞争的规定和做法。因此，有必要及时引入竞争评估和审查制度。

在借鉴澳大利亚经验的基础上，我们认为，对我国的“规定和做法”实行竞争评估和审查时应注意几点：首先，评估和审查的范围包括全国性的与地方性的“规定和做法”。其次，评估和审查的对象应扩展，不应仅仅限于“现行规定和做法”，也应包括“拟实施的规定和做法”。^③最后，评估和审查时应以“公共利益”为标准，不符合标准的应予废除或修正。只有在“规定和做法”给社会带来的效益总体大于

① Fels Allan (2009), "Administrative Monopoly-a Comparison of China, Australia, the USA and the EU", Speech to 6th International Conference on Competition Policy and Law, Beijing, 3rd July.

② Commission, Productivity, Review of National Competition Policy Reforms. Productivity Commission Inquiry Report, No. 33, February 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=737883>.

③ 目前，英国、俄罗斯等国家已经将竞争评估适用于“拟实施的规定”。

其对竞争的损害,且除了该限制竞争的方式别无选择的情况下,才可以保持原状。

此外,值得一提的是,对某些“规定和做法”进行竞争评估是有成本的,只有某项“规定和做法”带来的妨碍竞争的后果足够大时,才应展开竞争评估活动。有学者从澳大利亚的竞争审查实践中分析得出:由于行业特征差异,规制总效益大小与规制成本高低之间的关联性并不明显。^①因此,竞争评估时可以适当注意规制成本的控制,避免用过大的成本寻求一般性的规制收益。

(三) 创新行政干预手段

在健康竞争秩序建立过程之中,政府可以发挥适时、适当干预市场的积极作用。这一点在澳大利亚的成功经验中得到验证。我们认为,我国在遏制行政性垄断时,政府可以适当进行行政干预,即推行“国家竞争政策”。但是干预时应创新干预手段。包括两层含义:

第一,应讲究干预手段,避免简单采用强制手段来推行新政策。我们看到,澳大利亚政府在遏制行政性垄断和引入竞争机制的过程中,不是简单地“放手”或强制执行,而是在充分尊重竞争机制和市场规律的前提下,以经济手段配合法律调整,达到干预效果的最优化。我国也可以试行中央对地方的税收倾斜性优惠措施,以鼓励地方政府对“国家竞争政策”的配合,充分调动地方的积极性。

第二,应寻求高层对国家竞争法律和政策实施的充分重视。澳大利亚的“国家竞争政策”之所以被认为是应对行政垄断最有效和最系统的,其中重要因素之一是它获得了政治领导人和立法机构的明确支持。有了高层的支持,澳大利亚模式才能以政治、政策和法律等多项因素的严谨设计为基础,采用财政激励的机制和设计精良的程序,并且能够依靠立法和其他政府行为发展至善。然而,我国《反垄断法》在施行之初似乎就没有得到高层的良好支持,^②因此,这部法律无法像美国和澳大利亚的

竞争法一样,发挥“准宪法”的作用,有效消除地区间限制竞争行为,无力改变“地方保护主义”猖獗的现象。^③此外,很重要的一点是,目前我国还没有支持《反垄断法》的“国家竞争政策”。这些都值得我国的高层政治领导人给予关注。

(四) 设立独立执行机构

我国《反垄断法》第9条规定:国务院设立反垄断委员会,负责组织、协调、指导反垄断工作,履行下列职责:(一)研究拟订有关竞争政策;……(五)国务院规定的其他职责。我们认为,如果在我国施行“国家竞争政策”,国务院反垄断委员会除了拟定颁布国家竞争政策外,还可以依据兜底条款,履行如同澳大利亚国家竞争委员会(NCC)一样的职能,即作为咨询和监管机构。我国尚缺一个独立和权威的执行机构。

澳大利亚1995年就将贸易行为委员会和价格监督局合并为ACCC,ACCC全职成员由澳大利亚总督任命,ACCC只对政府或议会负责。这保证了ACCC的专业性、独立性和权威性,从而保证了“国家竞争政策”执行的有效性。这个经验值得我们借鉴。我们建议合并现有的三家竞争法执法机关,即国家发展改革委员会、国家工商行政管理总局和商务部,^④提升新机构的法律地位保证其独立性与权威性,以期能够有效执行“国家竞争政策”和相关的执法——反垄断执法机关针对行政性垄断行为的执法。

① Simon Corden: “Australia’s National Competition Policy: Possible Implications for Mexico”, Accessed from <http://www.oecd.org/daf/competition/45048033.pdf>.

② Fels Allan (2009), “Administrative Monopoly—a Comparison of China, Australia, the USA and the EU”, Speech to 6th International Conference on Competition Policy and Law, Beijing, 3rd July.

③ 我们认为,我国目前行政性垄断规制面临的最大挑战是地区间限制竞争行为(或称“地方保护主义”)。

④ 我国对行政性垄断的查处职能由国家发展改革委员会和国家工商行政管理总局共同承担,且不论两头执法的效率问题,就两个机构的法律地位来看,都不足以抗衡行政性垄断行为。

实际上，如何有效地否定那些通常被其他地区或政府部门视为“合法”的行为，这同样迫切需要建立一个独立的、权威的竞争执法机构。

结语

澳大利亚的“国家竞争政策”模式，堪称目前世界上最为系统的、最为有效的行政性垄断规制模式。我国存在大量的限制竞争的行政法规和政府行为，尤其是地区间限制竞争行为。它们虽然为我国的《反垄断法》所禁止，但《反垄断法》所设计的措施多是用于规制企业限制竞争行为，这些普通措施难以有效遏制政府的限制竞争行为。考虑到行政性垄断的实质、危害和我国的具体国情，我们需要党和政府高层充分重视这个问题，做出有效的政策设计，并辅以实施措施配套到位。我们建议借鉴澳大利亚的经验，在全国范围内全面施行“国家竞

争政策”，引入竞争评估与审查等制度，以阻止或制约含有损害竞争内容的行政法规或政府行为。

当然，不能否定我国《反垄断法》的重要功能。作为“经济宪法”，《反垄断法》理应承担起规制行政性垄断的大任。因此，我国竞争法律制度的完善也是当前迫切需要解决的问题（此问题将另文探讨）。我们相信，设计精良的“国家竞争政策”（包括高层政治家的充分支持）和不断完善的竞争法制，将有助于我国行政性垄断问题的有效解决。

本文作者：浙江理工大学副教授、硕士生导师、浙江理工大学经济法研究所副所长，中国社会科学院研究生院法学系2011届法学博士
责任编辑：赵俊

The Australian Experience of Regulating Administrative Monopoly and Its Implication to China

——Analysis from the Angle of National Competition Policy

Ye Gao fen

Abstract: Administrative monopolies, which by nature are restrictions of competition by government, harm both the economy and politics seriously, and hence should be well regulated. However the current regulation in China is weak. Highlighted by its mechanism of competition assessment and followed by many countries, the Australian model is the most systematic and efficient one in the world. Based on Australian experience, this paper holds that China should seek high level political support, establish its National Competition Policy, introduce the mechanism of competition assessment and set up an independent enforcement agency.

Keywords: administrative monopoly; Australian model; National Competition Policy; competition assessment