

■法理学

自然垄断的规制改革与反垄断法适用 除外的科学构建

孙 晋, 涂汉文

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 孙 晋(1971-)男, 安徽金寨人, 武汉大学法学院法律系讲师, 主要从事经济法学与商法学研究; 涂汉文(1957-), 男, 湖北武汉人, 武汉大学法学院法律系教师, 主要从事诉讼法研究。

[摘 要] 反垄断法是规范市场行为的基本法; 反垄断法适用除外制度是反垄断法的一项重要法律制度。自然垄断行业豁免适用反垄断法是各国的传统, 这由自然垄断行业的本质特征决定的; 科技进步的冲击导致传统垄断行业的系列变迁与新发展, 传统的法律规制方法难以应对和解决新问题, 自然垄断行业在市场中的弊病昭示其不能完全豁免适用反垄断法。借鉴国外相关规制经验, 我国应建立与 WTO 反垄断法相适应的除外制度的科学体系。

[关键词] 反垄断法适用除外(制度); 自然垄断(行业); WTO 规则; 规制

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)05-0602-06

一、反垄断法传统除外领域的自然垄断

自然垄断(natural monopoly)作为经济学概念, 较之法学更为流行。在法学领域里, 作为纯粹学术概念, 并未见诸于具体的法律规范之中, 而是在学理研究层面广泛使用。

自然垄断作为一种较为特殊的经济垄断, 不同于行政垄断, 因为行政垄断是一种超越或者滥用行政权力干预经济的行为, 它具有天然的违法性; 同时, 自然垄断也不同于国家垄断, 国家垄断不仅指某一产品由独家投资和经营, 且法律规定必须由国家一家投资和经营, 禁止其他任何人在该领域再行投资和经营。但是应当注意的是, 自然垄断与国家垄断往往很难区分, 中国和其他一些社会主义国家, 曾经实行计划经济, 国外所称的自然垄断在这种体制下全部演变成了“国家垄断”。目前, 在我国向市场经济转轨的过程中, 情况虽然有所改变, 但我们所称的自然垄断在实质上仍然是以国家垄断为主要特色。自然垄断既不同于行政垄断也不同于国家垄断的技术性本质及其与反垄断法适用除外制度的社会公益价值和效率与公平价值的高度吻合, 使得各国的反垄断法立法纷纷把自然垄断行业作为反垄断法的适用除外领域, 对自然垄断行业的豁免适用反垄断法亦便成为各国反垄断法适用除外制度的主要内容。然而, 适用除外制度安排并非意味着对适用除外领域或行业的完全放纵, 而是在一定限度和范围承认和保护这种垄断权利的同时, 防止和控制其被滥用。我们知道, 世界上没有绝对的权利, 任何一种权利都应在合法正当的范围内行使, 防止和控制权利乃至权力的滥用是法律的一项重要原则。正是基于这样的考虑, 市场经济国家传统上都不约而同地将自然垄断行业作为反垄断法的除外对象。如日本的《禁止私人垄

断法》的第21条(即该法第六章“适用除外”之第1条)规定:“(自然垄断所固有行为)本法规定,不适用于铁路事业、电力事业、煤气事业及其他性质上为当然垄断事业的经营人所实施的其事业所固有的生产、销售或者供应的行为。”德国的《反限制竞争法》在1998年修订前,其能源经济、铁路、电讯业等自然垄断行业也是作为部门豁免为反垄断法所规定。在美国,无论是按照经济学理论的解释,还是依据法学界观点,都承认在交通运输、邮电通讯、电力、能源等自然垄断部门和领域无法形成有效竞争,因而在不同程度上构成了传统的竞争例外范围。

作为反垄断法适用除外的传统领域,对于自然垄断的特殊性,法学界与经济学的认识有一定差异。法学界一般认为自然垄断具有三个特点,即运营目标的公益性、服务渠道的管网性和运行的高投入与规模化。但笔者认为,自然垄断具有如下特征:

(一)经营者取得独占地位的必然性。与其他垄断一样,自然垄断通常是一种独占性的垄断,但不同的是,这种独占地位的取得并非是在竞争的过程中因经济力量的不断集中而形成的,而是特定行业的经营特性所决定的。在自然垄断领域,一旦某一经营者进入这一行业,则按照市场自身的规律对于规模经济和资源有效配置的要求,其他经营者便不会选择再度进入这一领域。这就形成了个别资本(含国家的资本)长期发展,终于在该行业内形成最为典型的独家经营的垄断局面。经营者取得独占地位的必然性决定了自然垄断行业最初进入者的选择具有极为重要的意义。

(二)地域性。地域性是法律上判定垄断与否的一个基本标准,如果离开了地域性,垄断与非垄断的区分都将失去其本来的意义。自然垄断首先必须是一种垄断,因而它同样具有地域性的特征。具体言之,自然垄断必然发生于确定的一定地域之内,即要么是在一国范围内独家经营。要么是在一国的某一个经济区域(如一省或一县等)内独家经营。地域性的特征告诉我们,当两个地域内的垄断产品一旦超越地界,彼此可以进入对方领域时,竞争就将代替垄断,原来意义上的垄断也就不再存在了。

(三)公益性。自然垄断行业一般带有公益性,它往往是为社会公众提供基本生活或生产条件的行业,服务对象广,且所提供的产品和服务往往涉及到一般大众的生存条件和生活质量。自然垄断行业的这一特性,决定经营者提供产品和服务的状况往往会对社会的稳定和安全造成直接的影响。正因为如此,各国对自然垄断行业一般都给予高度的重视,在基本政策方面更多的考虑社会效益,即使追求经济效益,也会使对经济效益的追求服从于社会效益。

(四)消费者或用户的不可选择性。由于在自然垄断行业中,一定市场范围内不存在具有竞争地位的其他经营者,因而,对消费者和用户来说,他往往不能像对待一般的经营者那样,可以根据自己的偏好和意愿对经营者进行选择,只能被动地接受独占经营者提供的产品和服务。由于选择其他经营者的服务不可能或成本过高,所以,即使经营者提出极为苛刻的条件,消费者往往也必须接受,否则,其需求就可能得不到满足。因此,在自然垄断行业中,消费者保护问题便显得尤为突出。

(五)缺乏完全市场化内在动力。自然垄断行业大都属于基础设施和公用事业,如铁路、公路、港口、航空、通信等都是现代工业发展不可或缺的重要基础,而水、电、煤、气等公用事业是维持居民和机构生活和运营所必不可少的基本条件。这些行业往往投资巨大,投资回收周期长,市场发育水平低、私人企业力量有限或者因为私营企业的惟利性的价值取向难以符合国家要求的社会目标,因此,私人投资一般不愿涉及这个领域;同时,由于受社会公共利益的制约,经营行业往往很难获得很高利润回报和在短期内收回投资成本,这使得自然垄断行业缺乏完全市场化的内在动力。

由于自然垄断行业的以上特点,各国在处理自然垄断行业的问题上都极为慎重。就一般而言,出于对公共利益保护的需要,绝大多数国家对于自然垄断行业均实行国有经营的经营方式。而这种方式的采用又会产生一系列的问题,从而使各国政府在对待自然垄断的问题上不可避免的陷入两难境地。对自然垄断的政策改革和合理的法律规制,直接关涉各国反垄断法适用除外制度的科学构建。

二、自然垄断的发展及其困境

自然垄断行业的经营者作为一个经济实体,既要追求一定经济目标,谋求一定利润和效益,又要追求“公共目标”,体现公益性的特点,公众利益要求低价格、高质量。这是一个两难境地,处理不好,要么无法完成经济目标,要么有损公共利益。一切事物总是在不断地发展变化。如果说传统的经济学理论认为自然垄断行业或部门能够从技术上的自然垄断特性以及自然垄断的规模效益之中找到其存在的合理性依据,那么 20 世纪末的信息化革命在全球的兴起、现代科技的巨大进步促进新兴产业不断崛起,传统企业受益于科技发展走向复兴的同时也使得自身遭受巨大的冲击,而自然垄断行业 and 部门首当其冲。现代经济学理论告诉我们,与自然垄断和沉淀成本相关的市场条件不一定具备持久性,被国家管制的企业技术上的自然垄断特性,也会因需求和技术的变化而削弱。社会需求的扩大和科技的发展与运用,市场要求两家甚至更多的企业向社会提供公共产品,另一方面投资运营降低了成本尤其是初始进入市场的成本,资本回收加快,再加上 20 世纪 80 年代以来成长壮大起来的私人资本(这在西方国家是“私有化”的必然结果,在中国则是“改革开放”的重大成就)也急欲叩开自然垄断行业市场准入的大门。所有这些带有全球性的原因,导致自然垄断行业发生了一些新的变化,在世界各国尤其是我国处于一种尴尬的境地,突出表现在以下几个方面:

(一)滥用垄断地位,损害消费者和用户的利益。自然垄断行业通常是一种高度垄断的行业,如果经营者决策者追求自身的经济利益,那么完全可以利用这种垄断地位获得高额的利润。这种利润要么表现为经营决策者迫于财政上的压力收取垄断高价,牟取高额利润;要么用压低物价的方法排斥其他经营者进入市场;要么不惜采用拒绝交易、搭售、歧视等行为对消费者和用户的利益造成严重的损害。

(二)缺乏竞争机制,经营效率普遍低下,规模不经济。由于社会利益和监管制度的约束,自然垄断行业的经营者往往不能获得足够的经营收益进行设备更新和技术改造。加上政府的财政支持有限,因此,大量自然垄断行业仅能维持低效率的运行,甚至造成严重的亏损。同时,自然垄断行业的垄断状态使本行业的经营者缺乏谋求发展的内在动力和外在压力。由于体制和经营机制等方面的原因,其内在的经济扩张动力,与私营企业相比,明显不足。另外,由于没有实际上和潜在的竞争者,它们没有竞争压力,往往不注意加强管理和最大限度节约成本和提高经济效率,导致规模不经济。

(三)普遍依赖财政,政企难分,官僚主义泛滥。出于公共利益的考虑,一些国家对某些自然垄断行业长期给予财政补贴,这一方面造成了自然垄断行业对国家财政的依赖,使某些自然垄断行业成为政府财政的一大包袱;另一方面,对财政的长期依赖又进一步助长了自然垄断行业本来就可能滋生的官僚主义,机构臃肿,人浮于事,程序烦琐,办事拖拉,工作人员态度恶劣,服务质量低下等现象的发生。

自然垄断行业往往表现为国家严格管制,甚至由政府垄断经营,前者如我国的电信、电力;后者如我国的邮政、铁路,这些行业部门滥用市场优势地位的行为表现多种多样,是典型的“政府失效”(Government failure)现象。如何矫正“政府失效”,有学者认为其重要程度甚于匡正“市场失灵”,这也正是我们当前亟须解决的难题。

三、自然垄断的规制改革与反垄断法适用除外的合理界定

依据对自然垄断的传统认识,工业化国家对自然垄断行业的传统规制方法除了国家管制以外,还包括国家财政补贴以及适用特殊的法律加以规制。法律对自然垄断行业的调控主要体现在两个方面,1. 制定有关的单行法,对该自然垄断行业作出特别的规定;2. 对自然垄断行业给予某种程度上的反垄断法适用豁免。这两方面有机结合使得自然垄断行业既有一套行之有效的规范,同时也能兼顾行业的健康发展和消费者权益的保护。有关的单行法及其配套的法令成为政府对该自然垄断行业实施政府管制的

法律依据。就法律规制而言,1.自然垄断行业的反垄断法豁免;2.制定特定行业的专门法;3.实行价格监督;其四,通过制定企业法对企业的经营行为进行控制。从20世纪70年代中叶以来,随着科技、经济、社会的发展,人们对自然垄断行业有了新的认识,传统理论缩小了自然垄断的范围,认为只有平均成本下降时才是自然垄断。由于平均成本下降时一家企业生产越多成本越低,一家企业垄断生产对社会最合算。基于这种理论,凡自然垄断行业,都需要政府管制,把全部生产委托给一家垄断企业。新理论扩大了自然垄断的范围,认为只要一家企业生产全部产品的总成本小于多企业生产的成本之和,不管平均成本是上升还是下降,都是自然垄断。由于平均成本可能上升也可能下降,对自然垄断的管制就不能一概而论了,需要根据自然垄断的强弱、进入市场有无障碍和企业的承受力分别采取不同的管理政策。因而,一些市场经济发达国家在对待自然垄断行业的基本立场和调整对策方面也发生了一些令人瞩目的重大变化,主要表现在:1.放松管制。2.非国有化。3.引入竞争机制,如电讯业。尤其是近年来,在WTO多边贸易体制的作用下,经济全球化日益发展,反垄断法的立法和执法受到普遍重视。美国、德国和日本等国家纷纷对竞争政策和反垄断法作出迎合时代的修改。

反观我国的自然垄断行业,一方面,国家出面禁止或限制国外市场主体以及国内民营资本进入;另一方面又将传统自然垄断行业的核心自然垄断业务和可竞争性业务相混合,没有加以剥离,如在电力、煤气、铁路运输行业,由于管网的限制,其电力设施、煤气输送、铁路铺设运营业务是核心自然垄断业务,而电力和煤气的生产、销售以及铁路客货运输则属于可竞争性业务,应当引入竞争机制建立有效竞争的环境。目前我国的自然垄断行业之所以不效率,很大原因是由于核心自然垄断地位的行业传统上惯于利用垄断优势,对上游和下游的可竞争性业务实行垂直一体化垄断,限制其他市场主体进入竞争。众所周知,“非歧视”是WTO的基本要求,国民待遇原则便是其集中体现,它要求东道国给予外国市场主体同本国市场主体同样的待遇,从而内在的规定了国内外市场主体的平等性。GATT第3条第1款规定,各缔约国应避免使用国内措施来保护国内生产。当前我国已经正式加入WTO,传统自然垄断行业的上述现行运营体制不可避免的会对外国市场主体构成障碍,过渡期一过,国外企业就可以以违背第3条第1款的规定而诉诸WTO争端解决机制。所以,加入WTO后,随着政府管制的放开,传统自然垄断行业必须引入竞争机制,该行业不能完全豁免反垄断法的适用,必须纳入反垄断法的规制视野。特别是我国的电讯业,在加入WTO后,必须认真遵守《全球基本电信贸易协定》,逐步开放国内电信市场,并最终消除国外市场主体的进入障碍。所以,在WTO条件下,借鉴西方国家的成功经验,结合我国的具体国情,对我国自然垄断行业必须进行法律规制,刻不容缓。其基本思路是:

(一)加快对自然垄断行业法律规制的进程,确立自然垄断行业的竞争规则。为此,首先,应当通过立法推进自然垄断行业的改革;其次,应当及时制定反垄断法巩固垄断行业改革的成果;最后,根据改革的预期目标,通过立法为自然垄断行业在新的体制下运行提供行业规则。我国的《反垄断法》呼之欲出,2002年2月26日的征求意见稿也公之于众,草案在作为附则的第8章取消了在过去的草案中保留的对邮政、铁路、电力、煤气、自来水等自然垄断行业的豁免规定。然而这些规定还不足以有效遏制这些行业通过“拒绝互联互通”滥用市场支配地位排挤新的市场进入者与其竞争。所以在草案第3章关于滥用市场支配地位的规制中应当增加“拒绝互联互通”一款。国内著名反垄断法专家王晓晔教授认为,这样的规定一方面可以推动在与网络或者与其他基础设施相关的经济部门引入竞争机制,另一方面也可以保护网络或者基础设施的所有权。涉及网络或者基础设施的竞争主要存在于电信、能源或者铁路等经济部门。这些部门虽然已经制定或者应当制定专门法,例如电信法、电力法、铁路法等,但是反垄断法中禁止“拒绝互联互通”的滥用行为的规定仍会起到非常重要的作用。特别在中国当前经济体制转轨的过程中,电信、电力、铁路等部门的监管机构在一定程度上与这些部门的企业仍然有着千丝万缕的联系。在这种情况下,将反垄断法适用于电信、电力等一些过去被视为自然垄断的行业,这有利于在这些行业引入竞争机制,有利于提高这些行业企业的竞争力。

(二)建立价格管制新体制。由于自然垄断行业外部约束机制缺失,常会制订不合理的价格或形成

价格联盟,所以政府对其价格管制十分必要。然而,我国现行价格管制体制长期存在脱离经济原理,从而价格不能刺激产业经济效率。因此,对现行体制应从以下几个方面加以改革:一是管制价格应具有刺激企业努力降低成本、提高生产效率的功能;二是确定一个适当的管制价格调整周期;三是完善价格听证会制度,建立对价格管制者的社会监督体系。通过上述步骤,建立高效的价格管制体制。

(三)对一些自然垄断行业进行体制改革,实施公司制改造,实行政企分开,打破垄断,引入竞争机制。具体而言,首先,可以在有的行业打破独家或双寡头垄断的局面,又分三种情况,区别对待。一是电力、交通、电信行业,可以在国有经营主体之间开展竞争。如电力行业,2002年3月国家决定设立电力监管委员会(简称电监会)统一履行全国电力监管职责,国务院赋予电监会主要职责有:1.负责全国电力监管工作,建立统一的电力监管体系。2.研究提出电力监管法律法规的制定或修改建议,制定电力监管规章,制定电力市场运行规则。3.参与国家电力发展规划的制定,拟定电力市场设置方案,审定电力市场运营模式和电力调度交易机构设立方案。4.监管电力市场运行,规范电力市场秩序,维护公平竞争;监管输电、供电和非竞争性发电业务。5.参与电力技术、安全、定额和质量标准的制定并监督检查;颁发和管理电力业务许可证,协同环保部门对电力行业执行环保政策、法规和标准进行监督检查。6.根据市场情况,同政府价格主管部门提出调整电价建议;监督检查有关电价;监管各项辅助服务收费标准。这与以往政府对电力的行政管理有着本质区别,电监会将改变原有垄断性的行业管理和以政府行为审批为主要特征的管理体制,以培育和规范市场主体,建立和维护公平的市场秩序为目标,通过制定明确的监管法规和透明的监管程序,遵循依法、独立、开放、透明的原则,依照国家授权,逐步对行业的准入、成本、价格、服务内容和技术、安全、定额、质量、环保、社会普遍服务等,实施统一的、专业化的监管。这种监管制度的特点在于利用竞争机制激发市场主体的活力,提高电力工业的经营效率。它的运行机制是可预见的、依法监管的政府监管行为,以及资源配置中的竞争性机制。监管制度的关键在于对市场准入和价格的监管。从电监会本身的职能来讲,今后应当从推进电力监管法律法规体系建设、区域电力市场建设和电力监管组织体系建设三个方面入手,加快建立我国电力监管新体制。二是民用航空可以有条件地引进多元竞争主体;三是有的行业可以在内部实行竞争。其次,垄断行业有条件地向私人资本和外国资本开放。这主要是指对赢利性的公用事业进行放开,如排水行业、电信行业,应在导入竞争、允许国内外资本平等参与自然垄断行业经营的同时,提升进入该行业的门槛,以限制企业进出的随意性,保证该行业在有序竞争中持续发展,如电力行业,国家电监会2003年6月初发布《关于建立东北区域电力的市场的意见》,意见明确了电力走向市场过程中的竞争主体、上网电价等重要问题,是我国推进区域电力市场的第一个指导性和具有可操作性的意见。年内我国将启动的区域电力市场试点共3个,分别是东北、华东和川渝地区。竞价机组问题是确定市场主体的关键。《意见》规定,取得电力监管机构颁发的电力业务许可证的电力企业,可以成为区域电力市场主体;通过市场准入程序,有资格进入区域电力市场。近期,东北区域区域电力市场对市场主体有序开放,初期参与竞价机构原则上为网内10万千瓦及以上火电机组,随着市场条件的成熟,非竞价机组及逐步进入区域电力市场。对于销售电价,改革的方向是在允许用户自由选择供电商的基础上,由市场决定,初期则由政府确定。

(四)用新的观念界定自然垄断适用除外运用的范围。我们必须摒弃对自然垄断行业进行绝对保护的观念,垄断的除外适用只限于这种垄断的成本低于竞争的成本并能有效满足社会公众利益的情况。科学区分垄断性与非垄断性环节,对自然垄断企业进行垂直分割,细化自然垄断业务,如电力产业分为发电、输电和供电,邮政业务分为三级邮件和快递业务,电信分长途与短途,运输业分路运、货运及客运等,在此基础上依业务不同予以剥离;其次,在细化环节的基础上,区分自然垄断业务与非自然垄断业务而分别成立不存在隶属关系的法人实体,如将电力行业中的输电,邮政中的一级邮件业务,交通运输中的路运以及通讯中的市话与因对固定网络依赖的长话业务等视为自然垄断业务,而这些行业中的其他环节或部门均视为非自然垄断业务,分别设立不同的实体。尤其要注意,自然垄断行业的垄断状态可以予以豁免适用反垄断法,而对滥用市场支配地位或独占地位的行为不予豁免。

[参 考 文 献]

- [1] 曹士兵. 反垄断法研究[M]. 北京:法律出版社, 1996.
- [2] 汤 敏, 茅于軾. 现代经济学前沿专题[M]. 北京:商务印书馆, 1999.
- [3] [美] 理查德·A. 波斯纳. 法律的经济分析[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1992.
- [4] 薛治国. 公用企业垄断模式的非理性成因及立法研究[J]. 当代法学, 2000.
- [5] 孔祥俊. 反垄断法原理[M]. 北京:中国法制出版社, 2001.
- [6] 王晓晔. 竞争法研究[M]. 北京:中国法制出版社, 1999.
- [7] [日] 栗田 诚. 日本反垄断法中的规制改革[J]. 中南法律评论, 2002.
- [8] 赖源河. 公平交易法新论[M]. 台湾:元照出版公司, 北京:中国政法大学出版社, 2002.
- [9] [美] 丹尼尔·F. 史普博. 管制与市场[M]. 上海:三联书店, 上海人民出版社, 1999.
- [10] 陈秀山. 现代竞争理论与竞争政策[M]. 北京:商务印书馆, 1997.
- [11] 孙 晋. 反垄断法适用除外制度研究[M]. 经济法论丛, 2002, (6).

(责任编辑 车 英)

Reform Natural Monopolied Occupation & Build System of Exemption from Application of Anti-monopoly Law

SUN Jin, TU Han-wen

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

Biographies: SUN Jin (1971-), male, Lecturer, Wuhan University Law School, majoring in economic law and commercial law; TU Han-wen (1957-), male, Teacher, Wuhan University Law School, majoring in laws.

Abstract: The Antimonopoly Law is a basic law which regularizes the behaviors of market and maintains the orders of competition; the exemption-from-application-of-antimonopoly-law system is an important legal system of the Antimonopoly Law. That the natural monopoly trades exempt form the application of antimonopoly laws belongs to the traditional system arrangements of various countries, which depend on the essential characteristics of natural monopoly trades; On the impact of the development of science and technology the traditional natural monopoly industry has a series of changes. the changes break through the traditional idea on natural monopoly and bring some new problems at the same time, and the traditional regulation method can't adapt to the new circumstance and solve the new problems. The defects of natural monopoly trades appeared in the market economy also declare that they cannot entirely exempt from the applicable monopoly laws.

Key words: the exemption-from-application-of-antimonopoly-law (system); natural monopoly (trades); WTO regulations; regulation