

# 论行政垄断的危害性 ——兼议行政垄断应受规制的必要性\*

李荣荣

(南京大学法学院,南京 210093)

[摘要] 行政垄断应当受到规制。国家凭借其权力在某些领域实行垄断是合适的,也是必要的,然而若是行政机关凭借其行政权力所产生的垄断则是不合法。首先,从行政垄断的概念来看,其本身就包含着不合法的因素;而我国对于行政垄断的法律规制则相对欠缺,这也是其危害性得以发挥的关键因素;其次,从经济学的角度,以成本收益进行分析,行政垄断的危害也是巨大的。

[关键词] 行政垄断;行政权力;权利本质;成本效益

[中图分类号] D63 [文献标识码] A [文章编号] 1672-0598(2008)04-0070-08

行政垄断,由于成本较低,效益较大,所以行政机关及其他组织将它作为摇钱树和聚宝盆;然而,其对经济的破坏性是显而易见,容易造成地区垄断、行业封锁,阻碍市场作用的正常发挥和经济的正常秩序。由于我国正处于社会主义转型时期,法治体系尚不健全,尤其是责任体系尤为不完善,表现之一就是权多责少、甚至是有权无责,责任的缺失激励了行政垄断的产生。它破坏了法律的平等性、权威性,破坏了法律的民意基础,对于法制建设的危害是巨大的。

因此,无论是从法制建设还是从经济发展的角度,行政垄断的危害性都是迫切的。所以,必须克服这种危害性。而要克服这种危害性,必须寻找到该体制之所以具有危害性的根源。首先,要明确行政垄断的概念,因为从这个概念,我们可以看出其性质上的根本的违法性。其次,要对我国现实的立法状况进行考察与分析,从现实立法中了解到我国法律对行政垄断规制的现状,事实上,可以得出这样一个结论,我国的反行政垄断立法是极其不完善的,这也是为什么行政垄断的危害性得以存在与发挥作用的关键,它也为我们对于反行政垄断的必要性的探讨提供了现实的土壤,最后,从经济学的角度,分析行政垄断的危害性,指出其是应当受到规制的。

## 一、行政垄断的概念——本身所包含的违法性

### (一)关于行政垄断的见解综述

关于行政垄断的概念,目前学界并不存在争议。<sup>[1]</sup>但是它却经历了一个发展阶段。以下是笔者按照时间的先后顺序罗列的几种常见的观点:“是通过行政手段和具有严格等级制度的行政组织维持的垄断”<sup>[2]</sup>;“是指国家经济主管部门和地方政府滥用行政权,排除、限制或妨碍企业之间的合法竞争”<sup>[3]</sup>;“是指政府及其所属部门滥用行政权利限制正当竞争”<sup>[4]</sup>;“是行政权力加市场力量而形成的特殊垄断”<sup>[5]</sup>;“是凭借行政权力而形成的垄断”<sup>[6]</sup>;“对政府凭借公共权力来排除或限制竞争的一种表述”,它“并不以违法为前提”<sup>[7]</sup>是一种滥用行政权力的非法行为,“是因政府支持而妨碍企业自由的非法垄断”<sup>[8]</sup>“是竞争者凭借国家经济主管机关或地方政府滥用行政权力所形成的强大力量或控制性安排,使自己在一定的经济领域内控制或支配市场、限制和排除竞争的状态”<sup>[9]</sup>“是指地方政府、政府经济主管部门或其他政府职能部门或者具有某些政府管理职能的行政性公司,凭借行政权力排斥、限制或妨碍市场竞争的行为”<sup>[10]</sup>“是凭借政府行政机关或其授权的单

\* [收稿日期] 2008-06-07

[作者简介] 李荣荣(1986-),男,汉族,安徽巢湖人,江苏省南京大学法学院硕士研究生,研究方向:比较行政法、部门行政法。

位所拥有的行政权力,滥施行政行为,而使某些企业得以实现垄断和限制竞争的一种状态和行为”;<sup>[11]</sup>“是国家各级行政机关(国务院除外)违法行使职权,排斥、限制、禁止市场竞争,破坏社会主义市场经济竞争关系的行为”<sup>[12]</sup>;“行政垄断是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力排除、限制竞争的行为”<sup>[13]</sup>。

## (二)行政垄断的法律界定

结合反垄断法及相关法律的规定,并借鉴国外的制度实践,笔者认为行政垄断应当符合以下几个要件:

第一、行政垄断行为的主体为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。

“行政机关”指的是政府和政府部门,前者指地方政府;后者指中央政府部门和地方政府部门。<sup>[14]</sup>法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织主要指拥有行政管理权的事业组织和行业行政性公司。行政垄断行为的主体是“行政垄断”区别于“经济垄断”的最显著的特征。经济垄断是以企业、企业集团以及其他形式的经济组织在市场运行过程中实施了排挤或支配控制其他竞争者的行为为基本特征的;行政垄断并非是一般的经济主体所为,而是由特定的非经济主体,即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实施的行为。

第二、行政垄断的行为表现是滥用行政权力,即相应的行为主体滥用其依法享有的行政权力。

行政垄断所凭借的不是一种经济优势,而是一种行政权力优势,即所谓超经济的力量。并且,这种优势是通过对行政权力的滥用表现出来的。这里所说的“滥用”主要包括“不合法”和“不合理”两类。“不合法”包括没有法律授权、超越法律授权、违反法定标准和法律规定等等;而“不合理”则主要是指违反市场规律和政府理性目标。可见,所谓对行政权力的滥用是指“政府及其所属部门违反宪法和法律,不正当和不合理地违法行使行政权力的行为”。<sup>[15]</sup>

第三、行政性垄断行为排除、限制了竞争。

“行政垄断”所产生的直接效果,就是对市场的正常竞争秩序和活动的限制和损害。市场竞争的本质精神在于尊重并依赖市场的统一性、自由性、公正性、竞争性。而行政垄断以行政手段强行配置资源,取代资源的市场配置,在一定的经济领域内长期封锁市场,一惯性地限制了竞争,导致了统一市场被人为分割或形成市场壁垒,使市场机制

的调节作用和配置资源的功能无法有效的发挥,构成了对市场竞争活动的限制、妨碍和排斥,从而破坏了市场经济赖以生存的公正且自由的竞争秩序。<sup>[16]</sup>

笔者认为,行政垄断就是行政机关及法律法规授权的组织滥用行政权力违法行使职权排除、限制竞争的行为。从这一概念可以看出,行政垄断本身就是一个违法行为,其性质的违法性决定了它的危害性。但是,行政机关及其他组织还是愿意冒险,这是为什么,这不能从法律本身找到原因。必须从经济的成本效益角度及法律权责角度进行分析。

## 二、我国反行政垄断法律的现状和缺失

市场经济学要法治。法治建设需要宪法,在当今世界各国,除了英国和 1996 年之前的以色列,都有自己的成文宪法,即使那些专制国家,也会有自己的宪法来掩人耳目;经济建设也同样需要一部这样的法律来维护竞争秩序,这部法律就是《反垄断法》。因此,从某种意义上说,宪法就是“政治领域的反垄断法”,<sup>[17]</sup>而反垄断法则是“经济领域里的宪法”。<sup>[18]</sup>

### (一)立法现状

我国最早规定要反对行政垄断的法规性文件是 1980 年由国务院颁布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行性规定》,该规定首次提出反垄断尤其是反对行政垄断的任务,该《暂行规定》第 3 条明确指出:“……在经济生活中,除国家指定由有关部门和单位专门经营的产品外,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,对本地区生产的原材料必须保证按国家计划调出,不准进行封锁。工业、交通、财贸等有关部门对现行规章制度中妨碍竞争的部分,必须进行修改,以利于开展竞争。采取行政手段保护落后,抑制先进,妨碍商品正常流通的做法,是不合法的,应当予以废止。此后,国务院又以不同的形式颁布了一系列反对行政垄断的法规和文件。如国务院于 1990 年 11 月发布的《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》明确指出,生产企业在完成国家指令性计划产品调拨任务和购销合同后,有权在全国范围内销售产品,工业、商业、物质等部门的企业,有权在全国范围内自己选购所需产品,任何地区和部门都不得设置障碍,进行干涉。2001 年 4 月 21 日,国务院又颁布了《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》,以行政法规的形式,对现实经济生活中存在的各种地区

垄断行为即地区封锁行为,明确规定予以禁止。该《规定》第1条对立法目的作了规定,即:“为了建立和完善全国统一、公平竞争、规范有序的市场体系,禁止市场经济活动中的地区封锁行为,破除地方保护,维护社会主义市场经济秩序,制定本规定。第2条对各级政府及其所属部门消除地区垄断行为的职责作了规定,即:“各级人民政府及其所属部门负有消除地区封锁保护公平竞争的责任,应当为建立和完善全国统一、公平竞争、规范有序的市场体系创造良好的环境和条件。第3条对各种地区垄断即地区封锁行为明令禁止,即:“禁止任何形式的地区封锁行为。禁止任何单位或者个人违反法律、行政法规和国务院的规定,以任何方式阻挠、干预外地产品或者工程建设类服务(以下简称服务)进入本地市场,或者对阻挠、干预外地产品或者服务进入本地市场的行为纵容、包庇,限制公平竞争。”此外,该规定还对地区垄断即地区封锁行为的具体种类、改变和撤销地区封锁的主体及程序对各种具体的地区封锁行为的查处机构及查处程序以及实施地区封锁行为之地方各级政府及其所属部门的主要负责人和直接责任人员的法律责任诸问题也作了明确规定,从而为我国未来反垄断法典对行政垄断的规制奠定了良好的基础。

以上是国务院发布的法规性质以及政策性质的反行政垄断的规范性文件。目前规制行政垄断的法律有1993年的《反不正当竞争法》,1997年的《价格法》,1999年的《招标投标法》,以及今年刚颁布的《反垄断法》。《反不正当竞争法》第7条和第30条把行政垄断行为作为不正当竞争行为进行了十分简略的规定。该法第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。该法第30条规定:“政府及其所属部门违反本法第7条规定,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,或者限制商品在地区之间正常流通的,由上级机关责令改正;情节严重的,由同级或上级机关对直接责任人员给予行政处分。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的,监督检查部门应当没收违法所得,可以根据情节处以违法所得一倍以上二倍以下的罚款。”《价格法》在第23条对政府部门制定垄断性行业的价格的权限和程序进行了规定,以防止政府部门滥用职权制定暴利价格,即:“制

定关系群众切身利益的公用事业价格、公益性服务价格、自然垄断经营的商品价格等政府指导价、政府定价,应当建立听证会制度,由政府价格主管部门主持,征求消费者、经营者和有关方面的意见,论证其必要性、可行性。该法第45条又对地方政府滥用职权擅自定价、调价等行为规定了行政责任,以避免价格歧视等地区垄断行为的发生,即:“地方各级人民政府或者各级人民政府有关部门违反本法规定,超越定价权限和范围擅自制定调整价格或者不执行法定的价格干预措施、紧急措施的,责令改正,并可以通报批评;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分。”《招标投标法》在第6条也对在招标投标活动中的地区垄断与部门垄断明令禁止,即:“依法必须进行招标的项目,其招标投标活动不受地区或者部门的限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标,不得以任何方式非法干涉招标投标活动。”《反垄断法》的规定主要有:第一章第8条,这是对于禁止行政垄断的概括性规定;第五章,即从32-37条单章规定了行政垄断,32条规定行政机关一级授权组织不得限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品,33-35条规定了地区垄断,36条做了一个细致的规定,禁止行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,强制经营者从事本法规定的垄断行为,如果单独理解这一条,可以将其适用于地区垄断和部门垄断,第37条规定了行政机关的义务,即不得滥用行政权力,制定含有排除、限制竞争内容的规定。第七章法律责任的第51条规定了行政垄断的法律责任:第一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滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。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。第二款规定了除外情况,即不使用反垄断的情形,当法律、法规另有规定时从其规定。

## (二)立法缺失

在今年刚颁布的反垄断出台之前,对于行政垄断最重要与最重要的规制主要依靠《反不正当竞争法》。其他多以一些效力等级较低、零散、空泛的行政性法规、规章和政策性文件为主,法律文件效力参差不齐、权威性不足。而在《反垄断法》颁布以后,这种现状得到一定程度的改善,一是将对

行政垄断进行规制的法律位阶提升到基本法的层次,其次,对于行政垄断规定的更为翔实,将行政垄断单独抽列为一章进行规定。

虽然反垄断法的出台在一定程度上改变了反行政垄断的法律依据不足问题,但在之前的规范性文件中所存在的一些问题反垄断法依然没有给予解决。

首先,就是在反行政垄断的实施机构上。《反不正当竞争法》所规定的反行政垄断的主管机构同其他反不正当竞争行为的主管机构一样,都是工商行政管理部门,这显然是不妥当的,反行政垄断同反其他不正当竞争有所区别,它的任务不仅是要同大企业集团或者垄断企业限制竞争的行为作斗争,而且还需要同政府滥用行政权力的行为作斗争,因此,反对行政垄断的主管机构要有一定的独立性与足够的权威性。<sup>[19]</sup>很明显,工商行政管理部门作为反行政垄断的主管机关不符合对反行政垄断进行规制的客观要求,实践中,工商行政管理部门不用说查处行政垄断案件,就是查处经济垄断案件,甚至查处不正当竞争案件都屡屡受到各级政府的掣肘,使得其反行政垄断的查处行为举步维艰。《反垄断法》也一样没有区分反行政垄断和反其他垄断的机构的区别,它将反垄断主管机构的决定权交由国务院具体规定,这虽然对于具体问题具体处理有一定的好处,但是对于国务院部门实施的行政垄断则较难规制。

其次,就是关于行政垄断的法律责任问题。《反不正当竞争法》第 30 条规定政府及其所属部门滥用行政权力的法律后果仅仅是由上级机关责令其改正,情节严重的,由同级或上级机关对直接责任人员给予行政处分;既没有赋予受害企业和消费者提起民事诉讼的权利,也没有赋予受害人提起行政诉讼的权利,“这在法律责任上就显得不够,如果上级机关对其下级机关滥用行政权力的行为熟视无睹,或者采取大事化小、小事化了的态度,受害者的合法权益就得不到保护,政府滥用行政权力限制竞争的行为也得不到及时的纠正。”<sup>[20]</sup>《反垄断法》第 51 条规定的责任也仅仅是由上级机关责令改正,对直接主管人员或其他直接责任人员依法给予行政处分,由法律明确规定的责任也仅仅是这些,而对于这一条的由反垄断执法机构可以向上级机关提出依法处理的建议的规定,我们并不能期待它会在现实中发挥多大的作用,更何况该条第二款还规定了例外情形。本来对行政垄断的主体所给予的处罚力度就极小,又在后面规定了这两点,貌

似是使主体责任加重了,实际上是为主体逃避法律责任提供了路径。

最后,对于行政垄断所包含的部门垄断并没有做规定。所谓的部门垄断就是指政府所属部门为保护本部门的利益,滥用行政权力而实施的排除、限制其他部门企业参与本部门市场竞争的违法行为。由于我国法律并没有规定部门垄断,以至于部门垄断的重要性被忽视了。实际上,部门垄断与地区垄断的危害性一样是非常巨大的。但是它们也有区分的必要:(1)部门垄断的目的在于保护本部门的利益,而地区垄断的目的是保护本地区的利益;(2)部门垄断的结果是导致部门封锁即“条条垄断”,而地区垄断的结果是导致地区封锁即“块块垄断”;(3)部门垄断排斥的是不同部门之间的竞争,而地区垄断排斥的是不同地区之间的竞争;(4)部门垄断的实施者主要是各级政府所属的各管理部门,而地区垄断的实施者则主要是地方各级政府。<sup>[21]</sup>

以上是笔者就我国对行政垄断的现行立法状况进行的综述,可以看出,目前,我国反行政垄断法律规制尚不完善,亟待修改与补充。笔者认为,法律体系的不健全,是行政垄断危害性得以发挥的关键,如果有一个健全的法律体系,能够建立一个完善的执行制度,那么,反行政垄断就有走向法治化的可能性。在我国大力倡导法治建设的背景下,对行政垄断的规制也不应该落后与经济的发展和和谐社会要求人民共享繁荣成果,然而行政垄断却将社会成果以不正当方式给由少部分人所享,这是不公平、也是不公正的。

### 三、行政垄断的经济学分析——成本收益分析

当代经济学研究的中心问题似乎是在资源有限的条件下如何进行选择的问题。因为资源是有限的,经济学假定任何个人或社区必须尽最大的努力去利用他或它所占有的有限资源去充分实现自身的愿望(也许是无穷尽的)。如果人们能以最小的代价创造等量的财富或以相同的代价生产出更多的财富,那么就on应该以这样的方法为之。因此,如何做出选择便成为任何行为的前置至少是同步的程序。

然而世界上最为复杂的莫过于人类的行为,尽管人类行为复杂多变,但万变不离其宗,这个“宗”就是人类的行为规律。在经济学上这个规律即人类对其行为的成本——收益分析。<sup>[22]</sup>行政垄断作

为行政机关及法律、法规授权组织所为的行为,其一样受到成本——收益分析思维的制约。<sup>[23]</sup>

行政垄断的表现形式纷繁复杂,要对其中每一种行为加以分析,不仅十分困难,也不经济;而如果幻想将行政垄断作为一个单一的行为进行分析,这在事实上也是不可能的。<sup>[24]</sup>因此,笔者拟就目前法律上规定较多的地区垄断进行分析。首先要明确地区垄断的概念,然后才有可能进一步对其成本收益进行经济学上的分析。地区垄断就是指某一地区的行政机关以及具有公共事务职能的组织为保护本地企业和经济利益,滥用行政权力而实施的排除、限制外地企业参与本地市场或本地企业参与外地市场竞争的违法行为。<sup>[25]</sup>

### (一) 地区垄断的成本分析

人类行为的成本可以分为内部成本和外部成本。内部成本直接对其本身产生影响,而外部成本则对社会产生影响,该成本主要由社会承担,通过社会分散到公众头上。内部成本主要包括三大成本,即交易成本、机会成本和心理成本;外部成本则主要表现为物质成本,但是也有精神上的成本。

1. 内部成本:人类在追求效用最大化的过程中,一切给他们带来负效用的因素,都要进入其行为的成本函数,人具有随机应变、投机取巧、利用一切机会为自己谋取更大利益的行为倾向。人类行为的成本就来自人的损人利己的机会主义行为,机会主义行为可分为两类:一类是为追求个人利益的时候,“附带地”损害了他人的利益,这类损人利己的特点是由于“技术上的原因”才导致在利己的时候损害了他人,最典型的事例就是污染环境,把自己的成本或费用转嫁给他人,造成所谓的外部效应,对他人带来损失,另一类则纯粹是人为、故意的,纯粹是以损人为手段为自己谋利,是用掩盖真实信息或故意制造虚假信息的方式损人利己,一切商业违约、专利剽窃、偷税漏税、股市上的“内部交易”、偷盗和坑蒙拐骗,等等,都属于这种情况。因此,在市场交易过程中产生了度量,界定和保证产权,(即提供交易条件)的成本,发现交易对象或寻找交易伙伴的成本,了解交易价格和讨价还价的成本,维护交易秩序的成本等。这一切成本都表现为对人的时间、脑力和体力的消耗;对实物形态的各种资源的消耗,以及对货币财富的消耗,总之,所有的交易成本都表现为人力成本、物力成本和财力成本。<sup>[26]</sup>

另外,在交易成本之外还有两类成本,即机会成本和心理成本。

所谓机会成本,就是指在其他条件相同时,把一定的资源用于生产某种产品时所放弃的生产另一种产品的价值,或者是指在其他条件相同时,利用一定的资源获得某种收入时所放弃的另一种收入。假如被放弃的产品价值或收入有许多种的话,其中最高的一种就是它的机会成本。<sup>[27]</sup>

而心理成本,就是指在开放的社会系统中,完成一项任务或达到一个目标所投入的感情与人格。<sup>[28]</sup>例如,采取机会主义行为损人利己要冒受法律制裁,舆论谴责和名誉扫地的风险,以及良心的责备。这些因素引发了心理成本,它是因主体而异的,一个国家法律体系完善以及社会民众法律意识成熟与否在这里对心理成本的高低起了决定的作用,一般来说,拥有完善法律体系及其民众拥有成熟法律意识的国家,机会主义行为和心理成本越高,反之,机会主义行为的心理成本越低,从而在收益相同的情况下,可能出现前者觉得得不偿失而放弃机会主义行为,后者则觉得有利可图而采取机会主义行为的情况。心理成本包括可能法定性成本和道德性成本。机会主义被查处的概率以及发生次数及被惩罚的概率组成法定性成本,这种成本当然并不因为其是法定性的而成为必然的,另外的道德性成本也就是因机会主义行为实施所产生的社会舆论的影响、传统道德等的谴责等。

综上所述,人类行为内部成本函数可表示为  $C_i = C_1 + C_2 + C_3 = f_1(r, w, c) + f_2 + f_3[(p, q, d) + m]$ ,其中  $C_1$  为交易成本,它由所消耗的人力  $r$ 、物力  $w$  和财力  $c$  所决定。 $C_2$  为机会成本,由选择这种产品而放弃另外几种产品中所放弃的最高产品价值或收入。 $C_3$  为心理成本,它由机会主义行为被查处的概率  $p$ 、发生次数  $q$  和惩罚程度  $d$  以及道德成本  $m$  所决定,法律体系完善与否以及民众法律意识成熟与否的影响主要体现在  $C_3$  上,即具有不同价值取向资本的人对  $p$ 、 $d$  和  $m$  的主观评价不同,从而有不同的  $C_3$  和不同的  $C_i$ 。在这里,  $C_1$  和  $C_2$  组成必然成本(固定成本),而  $C_3$  则是其可能成本。

因此,地区垄断的内部成本也可以划分为必然成本( $n$ )和可能成本( $C_p$ )。

(1) 必然成本包括资源成本和机会成本:资源成本即是主体实施行政垄断行为所产生的人力、财力、物力的资源消耗以及在此过程中可能发生的一些损失。主要有寻租成本、政令成本、实施成本等;机会成本又称“择一成本”,即时机损失,也就是因此种选择而造成的对于其他可能性选择所

可能带来利益的放弃。

(2)可能成本也就是心理成本。包括法定成本和道德性成本。法定成本也就是可能被发现的概率乘以发生次数再乘以惩罚程度,即  $p \cdot d \cdot m$ ; 而道德性成本即是由于社会舆论的谴责和贬低所造成的政府和企业信誉的降低。

所以,地区垄断的内部成本  $(C_i) = \text{必然成本}(C_n) + \text{可能成本}(C_p) = \text{交易成本}(C_1) + \text{机会成本}(C_2) + \text{心理成本}(C_3) = [\text{人力成本}(r) + \text{物力成本}(w) + \text{财力成本}(c)] [f_1] + \text{机会成本}[f_2] + [\text{法定成本}(\text{被查处概率} < p > \cdot \text{发生次数} < q > \cdot \text{惩罚程度} < d >) + \text{道德成本}(m)] [f_3]$ 。

2 外部成本:外部成本是由外部效应产生的,是公共物品的一种特殊形式。在公共物品的供给中,只要私人利益和社会利益发生不一致,就会存在着某种外部效应。外部效应是产生于人们决策范围之外的没有想到的结果或者影响,它是随着生产或消费产生的某种副作用。<sup>29</sup>外部效应其实就是成本的外部化,将本应由本人承担的成本转由外部承担。在地区垄断中,就是本应由实施主体承担的成本转嫁到社会公众头上,由公众能承担行政垄断而带来的负面影响。地区垄断的外部成本主要包括以下几点:

(1)行政垄断造成社会福利损失。垄断所产生的高利润将本应由社会掌握的资源吸收进垄断主体手中,而社会财产因此减少,公众必须承担由此而减少的财产,他们所获得的福利将降低。

(2)行政垄断滋生腐败。行政垄断是市场腐败和政治腐败相结合的产物。首先,行政垄断既是政企不分的结果,又是强化政企不分的催化剂;其次,行政垄断在本质上既是一种权钱交易,又是新的权钱交易的发源地;总之,行政垄断的收益率以及行政垄断的泛滥程度均与腐败行为的发生存在着一定的正相关关系。

(3)同业竞争者和消费者的利益损失。在统一的市场格局中,同业竞争者均享有充分的经济自由,可以平等、公正地参与市场竞争。然而,在地区或部门封锁的情况下,非行政垄断企业不仅被排除在行政垄断所占有的市场之外(使市场规律无法发挥作用),且会损失统一市场下应得的部分利润。同时,行政垄断与经济垄断一样,都要损害消费者的利益。如,某地政府以政府文件的形式要求本地消费者及用户只能以某一价格购买本地企业的产品甚至本地某一家企业的产品,就是通过地区封锁来损害当地消费者利益的一个例证。<sup>[30]</sup>据此,

笔者得出的结论是:行政垄断既损害了同业竞争者又损害了消费者的利益。

(4)市场一体化成本。“社会主义市场体系作为具有多层次结构的完整的统一市场,除要求市场体系必须是结构完整、层次合理、内外开放、机制完备之外,还要求整个国内的市场应当是协调统一的”。<sup>[31]</sup>市场一体化的成本表现在多个方面,如消除地方或部门封锁的立法成本、相应的执法成本、各地区或部门之间经济融合的成本(含取消封锁后各地经济相互磨合的成本)以及可能出现的经济和社会震荡的成本等。据此,笔者的结论是:在当今中国经济垄断并不十分突出的情况下,行政垄断是市场一体化的最大障碍,而克服这一障碍的巨大成本将由社会承担。

(5)由于行政垄断而造成的公众对于政府信任度的减少、政府权威性、公信力的下降,即精神成本。这是由于行政垄断而使政府丧失了其对于人民的承诺,政府不再是其原来的样子,他们没有遵守宪法赋予的使命与职责,却妄图通过违法行为来满足一己私利。这极大地损害了人民对于政府的信任,政府的公信力与权威性也因此受到损害。人们不再有任何理由充分的相信政府。

因此,地区垄断的外部成本  $(C_o) = \text{社会福利损失}(C_4) + \text{腐败损失}(C_5) + \text{同业竞争者和消费者利益的利益损失}(C_6) + \text{市场一体化成本}(C_7) + \text{精神成本}(C_8)$ 。

### 3. 地区垄断的总成本(C)

因此,地区垄断的总成本就等于其内部成本加上外部成本的总和。即:

$$C = C_i + C_o = (C_1 + C_2 + C_3) + (C_4 + C_5 + C_6 + C_7 + C_8)$$

### (二) 地区垄断的收益分析

凡是能给人类带来正效用的一切因素都要进入其收益函数。这些因素正是人类行为所追求的对象,如追求生理需要、安全需要、社交需要、尊重需要和自我实现(含利他主义)需要的满足,都能给人自身带来正效用。它们可被分为物质因素与精神因素两大类。<sup>[32]</sup>

与地区垄断成本相对应,地区垄断所产生的收益(R)也有内部收益(R<sub>i</sub>)和外部收益(R<sub>o</sub>)之分,内部收益主要包括物质利益(S)、机会利益(O)、精神利益(M)三大类。外部收益则主要是地区垄断对于这个地区带来的短期利益,比如培植本地企业等等,外部收益不能存在过长的时间,只能短期存在,而如果处理恰当,则极有可能转化为外部

成本。

物质利益即主体通过实施行政垄断所获得的物质上的收益(企业利益、地区利益、个人利益);机会利益主要就是指通过实施行政垄断行为所获得的其他收益,比如受贿、权力寻租等;精神利益就是行政垄断行为给实施主体所带来的精神满足。<sup>[33]</sup>

因此,地区垄断的收益(R)=内部收益(R<sub>i</sub>)+外部收益(R<sub>o</sub>)=f<sub>1</sub>+f(S+O+M)

### (三)地区垄断的成本——收益分析

从以上分析可以看出,地区垄断的成本与收益之对比。虽然没有对成本与收益进行量化比较,但是至少我们可以清晰地看出地区垄断的成本与收益所包含的部分,尤其是外部成本的社会承担对于实施主体的激励作用。

只有在预期成本小于或等于预期收益时,行为主体才有动机去实施该行为。因此,地区垄断的主体之所以有动机去实施地区垄断,就是因为其预期成本要小于等于其预期收益。但是,事实是否如此呢?经过分析,我们可以发现,其成本要远远高于其收益。只是由于实施主体在预算其成本时并没有将社会成本计算入内,而其社会成本却是巨大的,往往要比其内部成本大很多,因此,就出现了预期成本小于预期收益的情况。

这也是行政机关及法律、法规授权的具有公共管理实务职能的组织为什么愿意去实施地区垄断的原因,他们只需要承担内部成本,而社会成本转嫁给整个社会承担,他们并不因此而增加负担。但是,社会成本的转嫁是有害的,尤其是对于整个民族、社会与国家的长远发展来说,外部效应必须得到制止,社会成本必须予以削弱与压缩。

因此,可以看出,行政垄断之所以产生与存在的经济原因乃是由于其成本外部化,实施主体只需要承担其内部成本,表面看来,其成本小于其收益,但是,行政垄断必须得到规制,这是因为,整个社会经济发展成本的计算必须将其外部成本也纳入进来。

综上所述,行政垄断的危害性是巨大的,它必须受到规制。从行政垄断的概念来看,它是行政机关及法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,排除、限制竞争的违法行为;该概念本身就包含这种行为的违法性。其次,从我国现有的立法体系来看,对于反行政垄断的规制是有遗憾的,因此,认识行政垄断危害性的重要性就更值得一提,我们必须切实认识到这个问题的重要性,

才能在实际中去重视它。最后,行政垄断的成本要远远高于其收益,然而由于实施主体只承担了总成本中的一小部分,其余成本却转嫁由社会公众承担,因此,对于实施主体来说,是“有益的”,然而对于社会来说,却是没有任何好处的,所以,行政垄断的危害性更为严重,更有必要加以规制。

### [注释]

- [1] 张淑芳. 行政垄断的成因分析及法律对策 [J]. 法学研究, 1999, (4).
- [2] 胡汝银. 竞争与垄断: 社会主义微观经济分析, [M]. 上海三联出版社, 1988, (6): 48
- [3] 王保树. 企业联合与制止垄断 [J]. 法学研究, 1990, (1).
- [4] 中华人民共和国反不正当竞争法 [Z]. (1993年 9月 2日)第 7条.
- [5] 张德森. 论我国现阶段垄断与反垄断法, [J]. 法学, 1995, (6).
- [6] 胡蔷薇. 我国制定反垄断法势在必行, [J]. 经济研究, 1996, (6).
- [7] 张瑞萍. 关于政垄断的若干思考, [A]. 引自王晓晔: 反垄断法与市场经济 [C]. 法律出版社, 1998 162 - 175.
- [8] 曹士兵. 反垄断法研究, [M]. 法律出版社, 1996 16
- [9] 刘剑文, 崔正军. 竞争法要论, [Z]. 武汉大学出版社, 1996 170
- [10] 钟明钊. 竞争法 [Z]. 法律出版社, 1997 314
- [11] 漆多俊. 中国反垄断立法问题研究, [J]. 法学评论, 1997, (4): 54 - 58
- [12] 郑鹏程. 论行政垄断的概念与特征, [J]. 山西师大学报(社会科学版), 2000, (3).
- [13] 中华人民共和国反垄断法, (2007年 8月 30号)第八条 [Z].
- [14] 王保树. 论反垄断法对行政垄断的规制, [J]. 中国社会科学院研究生院学报, 1998, (5).
- [15] 黄欣, 周昀. 行政垄断与反垄断立法研究 [J]. 中国法学, 2001, (3).
- [16] 欧阳仁根, 钟琴. 反行政性垄断初探 [J]. 江淮论坛, 1999, (6).
- [17] 张千帆. 宪法学导论——原理与应用. [M]. 法制出版社, 2004 73
- [18] 实行市场经济制度的各国, 均将反垄断法视为规范市场秩序、保障公平竞争合促进经济发展的经济基本法, 如反垄断法在美国被称为“自由企业的大宪章”, 在德国被称为“经济宪法”, 在日本被称为“经济法的核心”等等.
- [19] 王晓晔. 依法规范行政性限制竞争行为 [A]. 王晓晔编. 反垄断法与市场经济 [C]. 法律出版社, 1998 152

- [20] 同引 19, 王晓晔书, 152
- [21] 参见种明钊主编. 竞争法, [M] 法律出版社, 1997. 324 - 325.
- [22] 贺卫. 人类行为的成本 - 收益分析假说, [J]. 昆明理工大学学报, 1997, (5).
- [23] 人们的基本行为动机没有什么不同, 都是追求效用最大化, 而人们行为的差异则在于其收益较之成本的差异。行政机关及其他组织一样可以视为经济学上的一个个体, 这个个体同其他任何人一样, 也是具有高度理性的人, 他们在任何行为之前, 至少是在行为过程中, 也会在潜意识里进行成本 - 收益的比较分析。如果这种行为不合算, 他们便不会为之, 否则, 他们会冒任何风险, 最大化自己的收益。因此, 这里所表现出来的, 并不是他们作为这样一个个体与其他个体在具有这种思维上的差异, 二是他们行为的成本 - 收益分析的不同。
- [24] 这个事实在前面依据提到了, 即是它的表现形式是纷繁复杂, 多种多样的, 比如最常见的, 依据方向的不同, 可以将行政垄断分为部门垄断和地区垄断, 依据其他不同的标准, 还可以将行政垄断分为很多不同的种类, 因此, 不可能将他们杂糅于一起, 作为一个单一概念的进行分析, 只能基于对其共同特征的分析,
- 但是各种不同形式所具有的不同特征却无法表现出来。因此, 与其对行政垄断做一个综合分析, 倒不如选择一个具体的表现形式进行个体分析。
- [25] 所谓地区垄断是指某一地区的政府及其所属部门为保护本地企业和经济利益, 滥用行政权力而实施的排除、限制外地企业参与本地市场竞争或本地企业参与外地市场竞争的违法行为。黄欣、周昀. 行政垄断与反垄断立法研究 [J]. 中国法学, 2001, (3).
- [26] 前引 22, 贺卫.
- [27] 王晶, 刘翔. 边际机会成本与自然资源定价浅析, [J]. 环境科学与管理, 2005, (3).
- [28] 李继光, 心理成本和心里收益初探——一个解释人类行为的新视角, [J] 商丘职业技术学院学报, 2003, (2).
- [29] 陈建先, 公共物品理论与政府经济行为定位, [J]. 行政与法, 2004, (03).
- [30] 前引 21, 种明钊书, 349 - 350.
- [31] 赵万一. 中国竞争保护法律制度研究, [M]. 重庆大学出版社, 1996. 179
- [32] 前引 22, 贺卫.
- [33] 胡光志, 王波. 行政垄断及反行政垄断法的经济学分析, [J] 中国法学, 2004, (4).

(责任编辑: 杨 睿)

## Discussion on the Harmfulness of Administrative Monopoly

—And Discuss the Necessity of Administrative Monopoly should be Regulated

LIRong - rong

(School of law Nanjing University Nanjing 2110093)

**Abstract:** It's no doubt that administrative monopoly should be regulated and restricted. It's reasonable and necessary that a country put monopoly into some field by the state power, though it's illegal that monopoly was born by executive power from administrative organ. At the first, from the concept of administrative monopoly, it's conclude illegal factor; though we are short of law and the regulations, in fact, that's the key factor why administrative monopoly's perniciousness could be exert. Secondly, using cost - benefit from economy, the damage of administrative monopoly is enormous. But, we do a little to rule the administrative monopoly, so recognize its perniciousness is urgent and necessary.

**Keywords:** administrative monopoly; executive power; right essence; cost - Benefit