

竞争性国企市场支配地位取得 与滥用以及规制的特殊性*

孙 晋**

内容摘要:对国有企业垄断行为的规制一直是我国反垄断法的法益目标和题中应有之意。竞争性国企作为具有市场优势的经营者,在激烈的市场竞争环境中,极易滥用其市场支配地位,给市场竞争造成严重抑制和破坏,损害消费者、其他市场竞争者的合法权益。因此,对于竞争性国企滥用市场支配地位的规制,成为当下反垄断法学研究的重要课题以及反垄断法执法的重要任务。竞争性国企市场支配地位的取得及其滥用的特殊性决定了法律规制也有其特殊性,为了使其滥用市场支配地位行为得到更有效、更科学的规制,需要对其市场支配地位的取得、滥用及其法律规制的特殊性进行详细梳理和深入研究,为合理规制竞争性国企滥用市场支配地位的反垄断执法实践提供有针对性的理论支持。

关键词:竞争性国企 市场支配地位 滥用 规制 特殊性

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2016.01.007

一、竞争性国企的最大现实问题是容易滥用其市场支配地位

竞争性国有企业(以下简称国企)与公益型国有企业二元分置与分类监管是新时期国企改革的方向,是国企改革的阶段性产物与过渡性制度安排,^①回顾三十多年的国企改革历程可以发现,我国国企改革具有探索性和渐进性,在原有的社会制度基础上,分阶段、不冒进、一步步稳扎稳打地逐步深化,国有企业渐进式改革路径是以前更是将来国企改革应该遵从的路径选择。^②“十二五”时期,国企改革进入新的阶段,2013年11月12日中国共产党十八届三中全会通过的《关于全面深化改革若干重大问题的决定》强调,“准确界定不同国有企业功能”,体现出从企业的实际出发分类推动改革的理念,一类是具有公益性质的国有企业,另一类则是竞争性国有企业。^③国企退出竞争性领域和环节(以下统称为竞争性领域)是符合国企存在价值和方向的,但必须遵循循序渐进的原则。国企在竞争性领域阶段性的存在有利于行业发展和经济发展的实际,可以带动竞争性领域的全面发展,当竞争性领域发展到市场成熟阶段,国企再退出竞争性领域,既不造成经济社会的动荡又保证国有资产保值。^④国企最终完全退出竞争性领域是市场经济发展的目标、市场决定资源配置的应有之义和市场经济成熟的标志,但这必将经历一个长期的过渡时期。对竞争性国企的定位是国企改革新方向制定的重要前提,也是竞争性国企在市场竞争中公平竞争、接受竞争法规制的首要之义。

一般认为,竞争性国有企业是指在竞争性领域存在并以平等竞争者身份与其它所有制企业开展竞争的

* 本文系2012年度国家社科基金项目《竞争性国有企业改革路径的法律困境和出路》(批准号12BFX088)阶段性研究成果;国家2011计划司法文明协同创新部分研究成果。

** 武汉大学法学院教授、博士生导师,武汉大学竞争法与竞争政策研究中心主任,法学博士。

① 参见孙晋:《中国企业法律制度的演进与变革》,中国社会科学出版社2011年版,第280—282页。

② 参见张卓元、郑海航:《中国国有企业改革30年回顾与展望》,人民出版社2008年版,第57页。

③ 2015年9月,中共中央国务院《关于深化国有企业改革的指导意见》将国有企业分为商业类和公益类,以“商业类国有企业”代替之前的“竞争性国有企业”。本人认为,商业是与工业、农业等并列的概念,与公益这个概念缺乏对应性。准确地讲,与公益对应的应该是私益,私益的实现主要通过以营利为目的的经营活动完成,营利又主要通过竞争予以实现,所以,把营利型企业称作竞争性企业,其主要内涵是一致的。故本文继续沿用“竞争性国有企业”这一概念。

④ 参见闫长乐、张永泽:《国有企业改革与发展研究》,中国经济出版社2012年版,第25页。

国有企业。除了资产的国有属性,它最重要以及最突出的属性即它的可竞争性,作为同民营企业具有平等法律地位的市场主体,平等地参与市场竞争,公平地受到监管部门的监管。^⑤与它相对的是公益性国有企业,即具有自然垄断性、涉及国家安全以及提供重要的公共产品和服务的国有企业,只具有公益性、或者以公益性为其主要经营目的。笔者认为竞争性领域与公益性领域的区分应从自然垄断属性的有无与民营经济的进入与否来界定。自然垄断属性是指基于市场的自然条件而产生的垄断,^⑥有自然垄断属性的领域提供的多是人们日常生活必需的公共产品和公共服务,加上自然垄断属性的效率限制和网络、基础设施的限制,利益最大化的民营经济没有能力或不愿意进入这些领域,这就需要公益性国企进入,不以盈利为目的地为国家和公众提供这种稀缺性公共产品和服务,这是政府有形之手弥补市场失灵的主要载体和表现,也是政府投资和经营职责所在,还是社会主义制度优越性的体现。

此外,厘清竞争性国企与公用企业的关系对于准确定位竞争性国企也至关重要。公用企业是指为公众提供日常生活所必须的产品和服务的企业。^⑦传统的观点是,公用企业是具有自然垄断属性领域的企业,但是一个领域中的自然垄断属性不是绝对的,随着经济的发展和科技的进步,一个领域的自然垄断属性会随之减弱直至消失,当经济发展科技进步到一定阶段,展开公平竞争成了这个公共领域最有经济效率以及有利于公众得到优质产品和服务的最佳运作方式。^⑧这就决定了公用企业是与竞争性国企、公益性国企都存在交集的概念。

我国经济转轨和市场经济体制最终确立的长期性,决定了国有企业改革的持久性,从而决定了竞争性国企将在竞争性领域(行业)长期存在的客观性。竞争性国企布局及运营于竞争性领域的最大现实法律问题就是垄断与限制竞争问题,尤以滥用市场支配地位行为为甚。市场支配地位亦可称之为市场优势、垄断力量,一般是指企业在市场上因取得诸如市场份额、技术、资源、资金等优势而不受其他企业竞争的影响与威胁,并能在竞争中不依赖于任何其他企业操纵市场产品的价格与供应的市场地位。^⑨国有企业尤其中央企业具有市场支配地位毋庸置疑,电信、银行、石油、铁路等中央企业近年来滥用市场支配地位限制竞争的做法屡见不鲜,对市场竞争造成损害,限制了民营企业的发展空间,并最终损害了广大消费者的权益。^⑩所以,在过渡阶段竞争性国企最终退出竞争性领域即退出市场之前,利用反垄断法规范其经营行为,防止、制止其滥用市场支配地位限制竞争,成为当务之急。竞争性国企毕竟不同于一般的市场主体(经营者),它的市场支配地位之取得、市场支配地位之滥用都有其特殊性,这就必然要求反垄断法在识别判定竞争性国企市场支配地位以及规制其滥用市场支配地位时也要对症下药。

二、竞争性国企取得市场支配地位之特殊性

(一)竞争性国企取得市场支配地位具有非市场性

1.竞争性国企取得市场支配地位具有非市场性偏好

在市场竞争机制固有的调节机能下,市场调节的结果应该是优胜劣汰,这种状态下市场主体凭借着成立后的运作经营,通过经济积累、结构调整等方式使自身财力、经营规模、市场占有率等步步提升,最终在相关市场中取得了市场支配地位。^⑪循序渐进取得市场支配地位的过程以市场准入为起点。

市场支配地位的市场性获取方式是在市场竞争中逐步通过市场对资源优胜劣汰的配置而取得的。但是竞争性国企却往往通过非市场性的方式直接取得市场支配地位,不需要经营过程中的经济积累过程,竞争性国企取得市场支配地位的非市场性方式主要有:通过国家投资直接获取,即国家直接投入雄厚的资金,便直接获取市场支配地位;通过国家政策直接获取,即国家政策直接设置规制权力、市场进入壁垒等内容阻隔其他市场主体进入相关产业,给予竞争性国企政策偏向,直接划予竞争性国企关键基础设施的掌控权;通过特

^⑤ 参见罗新宇主编:《国有企业分类及分类监管》,上海交通大学出版社2014年版,第48、59页。

^⑥ 参见前注④,闫长乐、张永泽书,第4页。

^⑦ 参见郑艳馨:《我国公用企业垄断力滥用之法律规制》,法律出版社2012年版,第12—14页。

^⑧ 参见孙晋:《自然垄断的规制改革与反垄断法适用除外的科学构建》,载《武汉大学学报》(社会科学版)2003年第5期。

^⑨ 参见李小明:《滥用市场支配地位法律规制研究》,知识产权出版社2008年版,第14页。

^⑩ 近年来最为典型的莫过于石油企业对民营加油站的“断油事件”和中国电信中国联通的“断网事件”。

^⑪ 参见孙晋主编:《现代经济法学》,武汉大学出版社2014年版,第147页。

许经营权直接获取,即直接关系社会公共利益和涉及有限公共资源配置的行业,国企根据法律法规获得政府行政主管部门的许可,^⑫获得了网络和基础设施的独家使用权,主导需要依靠该网络与基础设施经营的下游行业市场。^⑬

2.竞争性国企取得市场支配地位具有非市场性

按照竞争性国企涉及的经营行业是始终属于竞争性领域、还是由于科学技术的发展使该领域的自然垄断属性减弱直至消失从而使该领域具有竞争性这个标准,笔者把竞争性国企大致分为两类:前一类是先天竞争性国企,后一类属后天竞争性国企。竞争性国企的设立是国家投资行为的一种,先天竞争性国企从企业成立之初便处于竞争性领域,同领域中竞争者较多,其他企业在该领域已有立足和发展,使得竞争性国企在该领域中一经成立即取得市场支配地位的可能性较小,竞争性国企取得市场支配地位采用的方式同其他市场主体相同。然而由于我国经济体制改革以及政府职能的转变,先天竞争性国企的数量只会越来越少,国家直接参与市场的手会抽出来,^⑭现阶段已有较强竞争性以及良性竞争环境的领域即市场较为成熟领域,国家不应该投资于其中,而是让市场自主发挥其资源配置和优胜劣汰的作用。再者,我国大部分国企产生于我国经济实力薄弱、大力发展经济生产的困难时期,该时期所设立的国企大多数存在于关乎国家经济命脉的行业以及提供公共基础设施的领域当中,国家于此集中投资,很少会设立先天竞争性国企。由此可知,竞争性国企中,更多以及更容易获得市场支配地位的企业是后天竞争性国企,因此,在此主要探讨后天竞争性国企市场支配地位的获取方式。

后天竞争性国企所处的领域在其成立之初具有浓厚的自然垄断属性,在科技和经济不发达时期,由于技术障碍、资金门槛高以及盈利周期性过长等原因导致普通市场主体如民营企业没有能力也没有意愿进入,在当时只有凭借国家的投资和经营才能保证该行业的公共产品和服务供给以满足社会发展和人民生活需要。但是随着科学技术迅猛发展,国民经济实力显著增强,后天竞争性国企所处行业的技术进入壁垒以及资金进入壁垒逐渐消失,^⑮该领域内不再只限于国企这种市场主体,民营企业也开始进入这些领域,竞争性国企之间、民营企业之间、竞争性国企与民营企业之间都展开较为全面的竞争,比如现阶段的基础电信运营行业中的宽带运营领域,已经不再是只有中国联通和中国电信两家国企经营,中国移动、铁通等国企也涉入竞争,鹏博士、盛大等民营宽带企业也在竞争中求发展,该领域的自然垄断属性已完全消弭,激烈竞争性凸显。^⑯在这些领域中,后天竞争性国企与其他市场主体展开竞争,但是国企往往已然具有了市场支配地位。

后天竞争性国企市场支配地位的取得方式很特殊的方面就是后天竞争性国企市场支配地位不是通过竞争优势发展壮大而取得,而是在其产生伊始便与生俱来。因为后天竞争性国企一诞生便掌握着该领域的关键性、基础性设施以及网络,并且拥有雄厚的资金和庞大的规模,在经营过程中,仅有其本身或者行政计划划定的其他地域内的少数几个国企在进行该领域的生产经营活动,市场即处于完全垄断或者寡头垄断状态。而在一段时期后,该领域的自然垄断属性因科技进步和经济发展而破除,其他市场主体进入该领域与后天竞争性国企共同开展生产经营活动,这时,后天竞争性国企虽然不再是寡头垄断,但是由于其仍然掌握着该领域的关键性、基础性设施,并且从诞生之初即有的雄厚经济实力,再经过长时间的运营,经济实力与企业规模只会有更大的提升。则此时,尽管其他市场主体进入该领域与后天竞争性国企同台竞争,但是其经济实力和规模与之相比不可同日而语。后天竞争性国企在其经营领域与之竞争的企业所有制种类丰富以及数量增多时,其市场支配地位也会随之平移到该领域具有竞争性时期,且不会轻易消失,这也就从侧面决定了其他市场主体进入该领域市场后具有受到后天竞争性国企市场支配地位滥用和竞争压制的可能性,近些年我国民营企业在进入后天竞争性国企所主导的领域或行业时屡遭“玻璃门”、“弹簧门”和“旋转门”现象,即为例证。

^⑫ 参见赵豫新、刘文献:《市场支配地位的类型化分析》,载《理论界》2006年第7期。

^⑬ Richard Whish: *Competition Law*, Butterworths, London, 2001, Chapter 17, p. 611.

^⑭ 参见王晓晔主编:《反垄断法实施中的重大问题》,社会科学文献出版社2010年版,第323页。

^⑮ 参见漆多俊:《经济法基础理论》,法律出版社2008年版,第203页。

^⑯ 参见孙晋、李胜利著:《竞争法原论》,武汉大学出版社2011年版,第107页。

(二) 竞争性国企取得市场支配地位具有行政性

如上文所分析的那样,竞争性国企市场支配地位的获取往往具有非市场性,较多依靠行政资源支持,即实现这种无需长期经济积累即具有市场支配地位的本质是行政性的。不论是先天竞争性国企还是后天竞争性国企,由国家投资设立,本与政府有着千丝万缕的利益勾连。真正依靠自身生产经营优势通过竞争获得市场支配地位的竞争性国企为数不多,在社会主义公有制条件下和计划经济思维影响下,诸多国企凭借着行政权力的安排和干预轻易获得了市场支配地位,因此行政性垄断显然是我国国企市场支配地位最主要的成因。^{①7} 很多后天竞争性国企在计划经济时代即已成立,那时其所在行业的自然垄断属性仍没有破除,按照政府经济计划,由政府运用行政命令、行政许可等行政方式直接授予后天竞争性国企在该领域的垄断经营权利以及对该领域核心设施和网络的独家使用权利,^{①8} 并且政府主管机关运用行政权力保障这些企业的垄断经营以及对核心设施和网络的独家掌控,凭借着行政权力授权以及袒护企业当然地获得了市场支配地位。而当该行业的自然垄断属性破除后,民营企业进入该行业市场,对于核心设施和网络的掌控权并不会随自然垄断属性的破除而即时破除,对于核心设施和网络的使用许可,相关行政主管部门对于符合条件的其他市场主体可以在完成行政程序后对其发放,但是面对审查前置门槛,大多数市场主体无法达到申请行政许可的标准。竞争性国企当初便获得了许可,亦不可能因为该领域自然垄断属性的消失而将所有行政许可收回,重新按法律程序申请许可。依据“管制俘虏理论”,利益相关性使行业主管部门在行业各种市场主体并存时,从部门利益出发,国企大量地“租用”行政权力为经营活动服务,^{①9} 在行使行政职能的外表下对竞争性国企核心设施以及网络的支配力加以巩固,或者用增加繁杂的申请审批程序等方式变相增加核心设施以及网络使用许可的申请成本,使得可以与竞争性国企共同使用核心设施以及网络、与其站在同一竞争起跑线上的其他市场主体少之又少。加之,竞争性国企往往存在获得土地使用权以及融资上更为便利的条件,根据“马太效应”,^{②0} 强者愈强,轻易地便使竞争性国企获得市场支配地位并得以维持这种市场优势。

此外,在应然层面,竞争性国企应该在成立后与其他市场主体站在相同的起跑线上,但实然层面却是,当下我国国家投资制度的不完善加之国企治理结构没有完全改革到位,仍在不同程度上存在政企不分现象,竞争性国企的经营很容易让政府借国家作为股东之名进行干预,各种利益纽带的连接以及追求部门利益、行业利益、集团利益乃至政绩的驱使,^{②1} 政府常常利用行政权力随意大量增加对竞争性国企的投资以及任意提供其他有利于企业发展的条件,这就使竞争性国企的综合实力不必然与企业经营管理的成功与否相联系,只是通过政府的行为便使企业做大做强,政府“有形之手”在资源配置中的决定性和任意性(长官意志),压制或剥夺了其他市场主体的发展空间和竞争机会,很难在市场竞争中与竞争性国企平等竞争,竞争性国企的市场支配地位也就随着竞争者落败以及政府继续支持而逐步巩固和扩大。

(三) 竞争性国企取得市场支配地位具有传导扩张性

竞争性国企分为先天竞争性国企以及后天竞争性国企,这种分类是按照领域而不是按照行业来划分的。由于科学技术的高速发展以及经济实力的增强,专业化程度提高,社会分工越来越细,很多时候一个行业内多个环节多个领域会呈现出不同的属性,比如铁路运输行业,铁道等基础设施、铁路网络的建设领域因为要避免其重复规划重复建设以及本身存在高技术性和高投资性而具有自然垄断属性,应该实行垄断经营;火车的客货运营以及火车票的销售环节却不具有自然垄断属性,^{②2} 民间资本完全有能力也有强烈意愿进入,并且市场竞争的开展会带来资源优化配置、增加消费者福利等正效应。^{②3} 也就是说,一个行业中有的环节(领域)会具有自然垄断属性而有的环节(领域)却不具有自然垄断属性而应该开展竞争。由于过去专业区分度不

^{①7} 参见孙晋:《反垄断法:制度与原理》,武汉大学出版社2010年版,第90页。

^{①8} 参见王晓晔:《滥用市场支配地位问题研究》,社会科学文献出版社2010年版,第191页。

^{①9} 参见陶晴:《中国国有企业利益整合》,中共中央党校出版社2005年版,第117页。

^{②0} 马太效应(Matthew Effect),指强者愈强、弱者愈弱的现象,广泛应用于社会心理学、教育、金融以及科学等众多领域。其名字来自圣经《新约·马太福音》中的一则寓言:“凡有的,还要加给他叫他多余;没有的,连他所有的也要夺过来”。

^{②1} 参见前注^{①9},陶晴书,第39页。

^{②2} 参见李晓蓉:《市场界定与反托拉斯政策研究》,南京大学出版社2010年版,第179页。

^{②3} 参见[德]路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1983年版,第20—21页。

强,很多国企囊括了整个行业各个领域的经营活动,出现了一个国企既经营行业内具有自然垄断性质的领域又经营具有竞争性的领域,根据十八届三中全会关于国企改革的精神以及对国企改革新方向的指引,国企将向竞争性和公益性两种定位改革,势必通过对这类国企进行纵向分拆等方式,^②将其分拆成经营自然垄断性领域的公益性国企和经营竞争性领域的竞争性国企。该方式确实将竞争性国企完全置于竞争性领域,但是其与自然垄断性领域的公益性国企本为一家,公益性国企在自然垄断性领域的垄断地位很容易传导到竞争性领域的竞争性国企身上,公益性国企往往处于其上游领域,会给处于下游经营的竞争性国企带来优于其他经营者的种种便利与优惠,易使竞争性国企在竞争性领域内受到市场支配力的传导快速获得市场支配地位。

三、竞争性国企市场支配地位滥用行为之特殊性

竞争性国企因其性质、产生方式、经营发展、市场支配地位的取得等方面与其他市场主体不尽相同,为了维持和扩大其市场支配地位,排挤和限制竞争对手,破坏市场有序合理的竞争,竞争性国企市场支配地位滥用就显现出与其他市场主体相比较更为突出的特殊性,这些特殊性具体表现如下:

(一)滥用行为易具有协同性

竞争性国企市场支配地位滥用行为易具有协同性是指,竞争性国企市场支配地位的滥用容易采取经过统一协调后一致的行为,共同滥用市场支配地位以达到排斥竞争、获取垄断利润的共同目的。^③竞争性国企应该是相关市场竞争中的平等市场主体,在市场中与所有竞争对手展开公平竞争。但是由于竞争性国企是国家投资产生的,新时期在向竞争性国企和公益性国企分类改革过程中,为了在应该引入竞争的垄断行业中引入竞争机制,政府一般偏向采取拆分重组原有垄断国企的方法,将企业进行横向拆分或者纵向拆分。^④很多竞争性国企即是拆分的产物。拆分后在同一个经营领域中以及在同一行业经营不同业务的不同领域中,存在了多个竞争性国企,这些竞争性国企具有相同的前身或背景相同,存在着很多的共通性,管理层之间可能以前即为共事关系,这些条件使得他们很容易达成共识和信任,在经营决策活动中易于进行协同。竞争性国企其前身的雄厚垄断实力,虽然分散到多个竞争性国企上,但是其分散后的实力仍然强过很多民营企业,几个竞争性国企仍然掌握着较多的市场份额、关键设施和网络的使用,这些国企可能单独或者共同拥有市场支配地位。在激烈的市场竞争中,竞争性国企由于都具有在竞争中取得优胜、获取垄断利润这些相同的内在动因,^⑤加之竞争性国企之前相同的背景以及因过去的密切关系而产生的信任感,它们常会“站在同一战线”,采用协同行为滥用市场支配地位。这样一来,竞争性国企的滥用市场支配地位行为做出后会在相关市场中起到更大、更显著的排斥和挤压其他市场主体的作用,也可能会一同对行业主管部门施加压力,使行业主管部门实施利于竞争性国企而不利于其他市场主体的管制政策。

另外,不止竞争性国企之间会自发地采取协同滥用市场支配地位的行为,政府相关部门由于部门利益、地方利益的驱使,也会推动竞争性国企协同滥用行为的实施。虽然政企分开使得政府部门没有干预竞争性国企经营决策的权力,但是作为国有企业,其与政府有着千丝万缕的联系,政府部门在管理活动中予以竞争性国企的优惠与庇护,是竞争性国企市场竞争中的优势。政府部门可能为了相关领域效益的提高、地方经济的发展以及积累政绩等原因,以建议等非直接参与管理的方式推动或者促使具有市场支配地位的竞争性国企采取协同滥用的行为,达到其追求的效果。

因此,竞争性国企市场支配地位的滥用出于对相同背景的认同以及政府的推动,容易采取具有协同性的共同滥用市场支配地位的行为以达到排斥竞争、获取垄断利润的共同目的。

(二)滥用行为因行为对象性质易具有倾向性

不论是剥削性滥用行为中的拒绝交易行为、歧视行为、强制交易行为还是排他性滥用行为中的独家交易行为、附条件交易行为、拒绝使用关键设施的行为,具有市场支配地位的竞争性国企在实施这些行为时,都可能根据行为对象企业为何种所有制性质的因素,来决定是否对这个竞争者或者交易相对人实施拒绝交易、歧

^② 参见前注②,张卓元、郑海航书,第170页。

^③ 参见戴龙:《滥用市场支配地位的规制研究》,中国人民大学出版社2012年版,第126页。

^④ 参见前注②,张卓元、郑海航书,第171页。

^⑤ 参见前注①,孙晋书,第6页。

视、强制交易、独家交易、附条件交易以及拒绝使用关键设施的滥用市场支配地位的行为。这种倾向性多表现为倾向于对非国企竞争者或者交易相对人采取上述行为。也就是说,竞争性国企市场支配地位的滥用行为常常会因行为对象性质的不同而具有倾向性,更多地倾向于打压民营企业、凭借其市场支配地位给民营企业制造市场障碍。

虽然市场主体之间关系的理想状况是无差别地相互对待,但是所有制形式的不同不可避免划分了不同的企业阵营——国企阵营与非国企阵营,这会成为竞争性国企是否滥用市场支配地位行为的一个前置考虑因素。竞争性国企之间、竞争性国企与公益性国企之间有着相同的所有制形式,都是国家投资产生,又都有着使国家资产保值增值的共同经济目标,这些都夯实了国企阵营链,使得他们有“家人”情节而选择对外排斥挤压。其他非国有阵营的企业则会更多地成为竞争性国企滥用市场支配地位行为的实施对象,遭到具有市场支配地位的竞争性国企旨在迫使其退出市场的排斥和打压。加之,国企运营国有资产,其企业效益比之非国企与地方财政、区域经济的关联性更强,政府、行业主管部门为了自身的部门利益、^②地区利益也可能变相鼓励国企之间“和谐竞争”,保证国企整体竞争力,而对非国企经营者则进行高强度的打压,以提高国企经济实力和市场支配力。

所以,竞争性国企市场支配地位的滥用常会根据国企阵营与非国企阵营的划分,存在对国企不实施滥用市场支配地位行为而对非国企实施滥用市场支配地位行为迫使其退出市场竞争的倾向性。

(三) 滥用行为易具有合法表现性

竞争性国企市场支配地位的滥用可能以合法的外在表现来实施,具有较强的隐蔽性,不易察觉与规制。短期内,由于体制上与历史上的原因,以及改革不彻底,竞争性国企客观上会存在没有完全切断与行政部门利益链条的问题,部分竞争性国企可能还会承担着实施国家产业政策等行政功能,^③这些问题的解决不是一蹴而就的,而需要通过长期综合的体制改革来实现,这也就肯定了竞争性国企去行政化还需要更多更久的努力。^④

现阶段,竞争性国企为了其自身的发展以及经济利益的追逐,仍会利用与行政部门的利益链条来为其谋得及维持市场支配地位,更甚者,竞争性国企市场支配地位滥用行为会更多地隐蔽在国家政策、行政命令等合法形式之后,其会利用对于行政部门的影响力以及政府部门对于部门利益、地区利益的追逐,促使行政部门做出有利于竞争性国企滥用市场支配地位的规定和命令,使其滥用行为隐藏在合法的行政管理形式之后。

另外,在竞争性国企掌握市场支配地位的领域多是存在行业主管部门监管的领域,行业监管部门在行业利益驱使下,为了行业的壮大,会帮助竞争性国企滥用市场支配地位抑制相关市场内的竞争以取得短期内行业效益提高以及行业经济发展,在行业监管部门的庇护下,竞争性国企的滥用行为会不易察觉或者呈现出合法状态,对受害相对人合法权益的维护造成巨大的障碍。例如,2013年以来沸沸扬扬的“腾讯将被工信部责令对微信收费”事件,可能是迫于舆论等各方面的压力最终没有收费,但是背后隐藏着的是中国移动、中国联通、中国电信对于工信部决策的重大影响力,只因微信对移动运营商短信、语音业务垄断状况的巨大冲击,即对相关行政部门施加压力以责令微信收费来打压竞争对手,若是成功,必将挫败微信的竞争力,稳定三大运营商的市场支配地位,这也就会成为合法行政外衣下竞争性国企滥用市场支配地位的典型案例。

(四) 滥用行为的形式易具有偏好性

在众多的市场支配地位滥用行为形式中,竞争性国企对于滥用行为形式的使用有一定的偏好,竞争性国企更多的偏好于采用价格垄断、拒绝交易以及拒绝使用关键设施行为。

在我国现实生活中,某些公用领域引入了民营资本,市场需要靠公平竞争进行资源配置,存在很多竞争性国企,价格垄断行为在竞争性国企市场支配地位的滥用中最为常见,其价格垄断行为主要表现为超高定价,直接损害交易相对人利益的行为。尽管公用领域竞争性国企提供的产品和服务在价格上受到政府的监督甚至由政府直接定价,但是出于近些年来企业不断膨胀的盈利冲动,它们仍然会借助各种机会,在不受政

^② 参见前注^①,陶晴书,第118页。

^③ 参见宾雪花:《产业政策法与反垄断法之协调制度研究》,中南大学博士论文,2011年,第121页。

^④ 参见前注^②,戴龙书,第203页。

府价格管制或政府价格管制不是很严或者疏于管制的领域,设法为自己牟取不正当的经济利益,如我国电信领域的收费以及民航业的收费与其他国家相比偏高即多少有此因素存在。^①因此竞争性国企对于价格垄断行为有行为偏好。

竞争性国企亦偏好于拒绝交易以及拒绝使用关键设施行为的使用。竞争性国企为了维持市场支配地位,排挤竞争对手,为潜在竞争者设置市场进入障碍,往往会偏向于拒绝向买方供应它在生产某种产品时所需要的某种生产原料,也会拒绝新的或者潜在的买方的供货请求,或者为了将自己的支配地位从原装设备市场扩张到零部件或服务市场等。^②具有市场支配地位的竞争性国企为了排斥在上、下游与其竞争的竞争对手,不向其提供相关原材料或者封锁销售网络,排除或者限制上、下游竞争企业的经营活动。并且竞争性国企其自身经济实力以及科技实力的强大以及有国家的投资融资的优先支持,常常掌握着其他企业已经产生依赖性关系的必要产品技术以及信息,为其排挤竞争对手以及潜在竞争对手提供便利。竞争性国企由于历史的、政策性的原因,掌握着相关领域中的关键设施,从而凭借这些优势不与其竞争对手进行网络共享,在基础设施和网络设施的使用和建设方面对新进入市场的竞争者多方刁难,设置各种限制条件,抬高使用成本,对竞争者造成毁灭性打击。

(五)滥用行为因企业规模一般较大故更具破坏性

竞争性国企由于国家投资拥有雄厚的经济实力,加之对相关领域关键设施的掌握以及体制、政策上取得的优势地位,其实力和规模往往较为强大,并且在竞争性国企没有彻底去行政化的情况下,竞争性国企的势力依然壮大,常常以“管理者”身份压制竞争,对资源具有绝对支配权力,谋求自身利益最大化。在市场竞争中,竞争性国企利用其市场支配地位力求一家独大,这就必然导致其滥用行为针对的市场竞争者众多、涉及的范围较广,滥用行为也就具有较大的侵害规模,导致其行为严重损害其他市场竞争者的利益,对消费者的合法权益具有较大的破坏性。无论是2011年中国电信中国联通对带宽和专线接入进行价格垄断以及“斩断流量”清理的行为还是2013年中石油陕西销售分公司打压众多第三方民营运输公司的行为,都是竞争性国企大规模实施滥用市场支配地位的行为、严重破坏竞争秩序并损害竞争者和广大消费者权益的有力证例。^③综上所述可以看出,竞争性国企滥用市场支配地位行为因行为的规模和范围一般较大,对市场竞争秩序、对竞争者和消费者的利益产生极大的破坏,既不利于相关领域技术创新和提升该产业国际竞争力,也影响了国家整体经济的稳健发展。

四、竞争性国企市场支配地位滥用法律判断之特殊性

竞争性国企市场支配地位滥用的法律判断,一般按照法律规定的四个条件因素逐一进行判断,但在判断中仍然具有其特殊性。

(一)相关市场判断的特殊性

企业经营活动总是在一定的市场范围内进行,经营者从事的各种各样的竞争行为也总是在一定市场内针对特定经营者或者消费者而实施的。脱离一定的市场范围,经营者的竞争行为以及其行为效果都无法予以评价。相关市场是滥用市场支配行为的认定基准,在判定企业行为是否是市场支配地位滥用行为之前,即应首先确定是否有可能发生滥用行为的相关市场存在。^④

在所有判定市场支配地位的滥用行为时,相关市场的界定都有同样重要的地位,它是判定竞争性国企市场支配力的影响范围的重要考查依据,易言之,是判定竞争性国企市场支配力大小的重要前提。在具有市场

^① 参见王晓晔:《公用企业滥用优势地位行为的法律管制》,载《法学杂志》2005年第1期。

^② 参见王晓晔:《中华人民共和国反垄断法详解》,知识产权出版社2008年版,第144页。

^③ 中国电信中国联通“斩断流量”行为使得众多民营竞争者缺失了赖以生存的关键设施陷入用户大量退网的经营困境,经济实力遭到重创,亦使得上万网络用户没法正常使用网络,严重侵害消费者的合法权益。中石油陕西销售分公司打压众多第三方民营运输公司实施41倍之差的差别定价导致众多民营车运营者利润极低,生存空间被严重挤压,尽管2013年11月底300辆油罐车出现了罢工,数百名为其服务的成品油运输槽罐车民营车主要求取消内外有别的歧视性政策,至今仍没有恢复其平等竞争的权利。

^④ 参见[美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,许光耀等译,法律出版社2009年版,第87页。

支配地位的竞争性国企中,大多数是处于公用竞争性领域的国企,往往掌握了广泛的销售和服务网络,对基础设施和网络长期使用更是加大了其市场支配地位存在的可能性。因此对于竞争性国企相关市场的认定也因为其多出现在公用领域而侧重于相关地域市场认定。早期存在的这些竞争性国企所在的公用领域因自然垄断性的存在,基于基础设施和网络建设的限制,一般在一个地区内国家只投资成立一家国企垄断该区域内的经营,通过划分地域市场的方式避免和减少因公用企业相互竞争而导致的成本增加和效益低下。由于这个历史的原因,这些公用领域自然垄断属性破除后,民营企业进入市场,竞争性国企与之展开竞争,多个竞争性国企仍然处于分割地域市场的状况,处于市场支配地位的竞争性国企由于其一系列优势会在原先划定的地域市场内实施反竞争的滥用行为。因此,对竞争性国企市场支配地位滥用的相关市场的法律判断上面更依赖对相关地域市场的判定。

(二)市场支配地位判断的特殊性

虽然《反垄断法》第17条对市场支配地位做了规定,但判断经营者是否具有市场支配地位仍然是一个非常复杂的问题,各国立法和司法实践都将市场份额作为判断的主要依据。我国同样确立了以市场份额为主要依据的对市场支配地位的推定方法,加之其他因素如相关市场的竞争状况、行为实施者控制销售市场或者原材料采购市场的能力、行为实施者的财力和技术条件、其他经营者对行为实施者在交易上的依赖程度、其他经营者进入相关市场的难易程度等,来综合判断行为实施者市场支配地位是否存在。而对竞争性国企市场支配地位的判定方面,在认定市场份额后,更应重在对竞争性国企在相关市场较之其他经营者优势地位的考察。所谓优势地位,重在强调竞争性国企那些由于体制、历史遗留、改革不完善等种种原因而给竞争性国企提供的优于其他经营者的地位。^⑤比如竞争性国企改革不完善,政企分离中去行政化不够彻底,与行业主管部门有密切利益链接,竞争性国企与其他经营者在接受同样的管理时会有各种优惠待遇,对于一些特别许可审批或者审查会比其他经营者有较为宽松的标准,这些皆可视为竞争性国企的优势地位。

(三)市场支配地位滥用行为判断的特殊性

要断定某个经营者是否存在滥用市场支配地位行为,该经营者必须在现实中确实实施了滥用市场支配地位的行为,支配地位与滥用行为之间存在因果关系。

对竞争性国企滥用市场支配地位行为的判断上,与一般的滥用市场支配地位行为法律判断不同的是,应该首先将其行为性质认定清楚,因为竞争性国企滥用市场支配地位的行为可能本质是行政性垄断行为,若是行政垄断行为则应该按照行政垄断行为的规制制度对该行为进行规制。判定中分析,如果具有市场支配地位的竞争性国企从事滥用市场支配地位行为并不是由其自身的意志决定,而是受到相关政府部门的指示,或者是履行相关政府部门的政策和决策,那么其滥用行为的性质就转化为政府实施的行政性的限制竞争行为;^⑥相反,如果具有市场支配地位的竞争性国企并没有受到相关政府部门的授权或者指示,纯粹是为了自身经济利益,利用市场支配地位从事限制、排除竞争行为的话,应当认定为滥用该市场支配地位的行为。这个判断在竞争性国企市场支配地位滥用行为判断中具有先行地位。

此外,竞争性国企滥用市场支配地位的行为可能通过对相关政府部门施加影响力,将滥用行为掩盖在合法的行政命令、行政政策之下,使滥用行为具有合法外衣极具隐蔽性,由此可知在判断竞争性国企滥用市场支配地位行为时还必须剥开这层合法外衣,判定掩盖这种行为的行政命令和行政政策是否以合法正当的理由和方式存在以及竞争性国企是否有利用影响力推动其产生和存在的情况。

(四)滥用行为目的及后果判断的特殊性

在判定经营者是否实施了市场支配地位滥用行为时,行为实施者实施滥用市场支配地位行为的主观目的和实际产生的后果也是必须考量的重要因素。对滥用市场支配地位行为合理性的排查,是反向证明行为实施者具有破坏竞争的目的存在的不可或缺的方式。

对竞争性国企滥用市场支配地位行为进行判断时,应该综合考虑:其滥用行为是否减少了本应存在的竞争;其滥用行为是否对其他经营者的公平交易权与自主交易权造成了损害;是否损害了用户或者消费者自主

^⑤ 参见前注⑦,郑艳馨书,第48页。

^⑥ 参见前注⑦,戴龙书,第55页。

选择权、知悉真情权和交易公平权这些合法权益。因为竞争性国企极可能仗着经济实力雄厚、掌握着基础性决定性的资源和设施以及政府的庇护而不顾消费者权益肆意开展滥用市场支配地位的行为,而消费者与竞争性国企力量对比悬殊,常常在权益遭受侵害后投诉无门无法使合法诉求得以满足,并且侵害结果极易被掩盖,因此对于消费者合法权益侵害后果的判定对于竞争性国企滥用市场支配地位行为的判断尤为重要。

此外,由于其行为具有很强的隐蔽性,并且作为主观性的判断,不易得出具体证据。但是竞争性国企作为国有企业,与其他经营者不同的是,它把部分利润(2015 年上调后约 10%—15%)上交国家,竞争性国企会利用这个旗号,对外打着依法经营服务国家和社会大众的口号,给外界造成其没有因滥用行为获得高额垄断利润目的的假象,这就给目的的判定增加了难度。实际上,它将大部分垄断利润留下来,一部分作为公共积累,各种名目私分的也不在少数。因此,在判断竞争性国企是否具有通过市场支配地位滥用行为获取高额垄断利润的行为时,不能单纯看其财务报表所显示的盈利率的多寡,^⑤还应该对其内部利润分配制度是否合理进行考查,生产成本与劳动力成本比值的合理性以及其对社会生产、效益的实际贡献与其所获得的利润比值的合理性这些因素进行考量。

五、竞争性国企市场支配地位滥用法律规制之特殊性

(一)规制主体的特殊性问题

我国《反垄断法》形成了由国家发改委和工商总局共同承担垄断协议、滥用市场支配地位以及行政性限制竞争行为规制的执法模式。对竞争性国企市场支配地位滥用的规制,人为地将其滥用市场支配地位的行为拆分为价格垄断行为和非价格垄断行为,分别由发改委和工商总局负责执法,因此将不可避免地引发针对某一个滥用行为必须先决定由哪个部门执法的问题。尤其是竞争性国企市场支配地位滥用行为,往往混合采用价格手段和非价格手段,这种执法分工体制和执法方式,不具备执法效率或者效果上的合理性,并且增加了对竞争性国企滥用市场支配地位执法的复杂性和不确定性,^⑥加之竞争性国企自身的复杂性、与行政机构利益的关联性,很容易带来两大执法机构围绕对其滥用市场支配地位执法产生争夺执法权限或者互相推诿执法责任、形成执法套利等诸多严重后果。此外,两个执法机构执法方式不同,受理执法的速度也不同,工商总局实行个案授权,省级以下工商行政管理部门没有直接处理自己辖区滥用市场支配地位案件,而省级政府价格部门对于辖区内滥用市场支配地位可以直接进行执法,不利于执法工作的协调与合作。

另外,竞争性国企掌握市场支配地位的领域多为公用领域,存在行业监管部门的管制,对于市场支配地位滥用的发生,则会存在行业监管部门以及反垄断执法部门的双重管制,协调不佳容易造成执法效率低下、执法空白以及重复执法等问题,这样就需要行业监管部门发挥其熟悉行业内市场状况的优势,配合反垄断执法部门的执法工作,从旁协助配合,要求机构之间的信息交流与行动配合,^⑦形成以反垄断执法机构执法为主,行业监管部门配合协助的执法模式,提高对竞争性国企滥用市场支配地位规制的执法效率以及进行公正合法的执法程序。

(二)法律责任的特殊性问题

根据《反垄断法》第七章第 47 和第 50 条的规定,市场支配地位滥用的行为人需承担民事责任和行政责任。对于民事责任的追究,《反垄断法》仅在第 50 条规定“经营者实施垄断行为给他人造成损失的,依法承担民事责任。”该规定高度抽象和概括,追究违反《反垄断法》民事责任有赖于最高人民法院 2012 年出台的相关司法解释。由于竞争性国企往往实力强大,并且与政府行政部门因为利益纠葛而有着千丝万缕的联系,使得竞争性国企对于消费者往往是肆意傲慢的态度,权益受到侵害的消费者、其他竞争者较难获得有效的救济。以行政责任为主的责任追究制度,不利于权益受损相对人得到应得的损害赔偿,竞争性国企市场支配地位滥用的法律责任制度设计上,需要将民事责任的追究摆在更为重要的位置,而且考虑到竞争性国企市场支配地位滥用往往与行政权力的不当行使有着千丝万缕的关联,还应该在民事责任主体上增加行政垄断主体,明确

^⑤ 参见前注^⑤,郑艳馨书,第 54 页。

^⑥ 参见前注^⑤,戴龙书,第 187 页。

^⑦ 参见史际春:《反垄断法理解与适用》,中国法制出版社 2007 年版,第 300 页。

共同实施滥用市场支配地位行为的行政主体承担民事赔偿责任,规定相应的国家赔偿制度。^④

在民事责任的追究制度上,由于竞争性国企市场支配地位滥用的行为更多的具有隐蔽性以及协同性,被诉的垄断行为人和受害者常常存在信息不对称,要求一般民众对于相关市场进行界定,对竞争性国企具有市场支配地位进行举证往往非常困难,因此对于竞争性国企滥用市场支配地位的民事诉讼,人民法院应该根据市场结构和竞争状况对竞争性国企在相关市场内具有支配地位进行认定,给予被告提出相反证据推翻的权利,举证责任倒置,^⑤以保障合法权利受损的消费者与其他竞争者得到有效的公力救济。另外,将民事责任与行政责任并重,可以弥补反垄断行政执法机构执法的滞后与纰漏,提起民事诉讼的方式可以使滥用行为更及时地得以发现和规制,私人诉讼与公共实施并行发展才能产生很大的威慑力,^⑥防止因竞争性国企的国企身份而对其滥用行为网开一面的情况发生。此外,竞争性国企市场支配地位滥用行为作为隐蔽性垄断行为其造成的社会损失有明显的“涟漪效应”,^⑦造成的社会损失不易确定,单一的实际损害赔偿并不能激发受害者特别是广大消费者对滥用行为的揭发与穷追不舍,^⑧在我国反垄断民事责任制度中导入惩罚性损害赔偿对于竞争性国企市场支配地位滥用行为的规制有很强的必要性。考虑适度执法与最具威慑力的平衡,^⑨可引进美国的胜诉酬金制度、集体诉讼制度等激励机制来完善。^⑩

就滥用市场支配地位行政责任的追究,我国《反垄断法》规定了较为严厉的行政处罚标准,“责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款”。罚款数额看似比欧盟竞争法的罚款更为严厉,但是存在实际操作与理论的差别,实际中要清晰地界定违法期间并计算其违法所得对于复杂和隐蔽的竞争性国企的滥用市场支配地位的行为实属不易。因此在对于竞争性国企滥用市场支配地位的行政处罚中,可以如欧盟委员会,直接根据其年度销售额进行罚款更有利于反垄断执法机构执法效率的提高以及对行为人的处罚和震慑。这种威慑性的经济利益调节方法对于势力强大的竞争性国企既合理又符合正义,它会使滥用市场支配地位的竞争性国企得不偿失,人类的理性选择和正义的法律责任设置迫使其不再从事违法行为。^⑪

Abstract: Monopoly regulation of state-owned enterprises has always been the legal interest and meaning of anti-monopoly law in our country. In the fierce market competition environment, competitive state-owned enterprises as the operators with market advantage are likely to abuse its dominant market position, and bring severe suppression and destruction to the market competition, impair the legitimate rights and interests of consumers and other market competitors. Therefore, the regulation of abuse of dominant market position of the competitive state-owned enterprises have become the important subject of anti-monopoly law study as well as an important task of anti-monopoly law enforcement. The particularity of the acquisition of market dominant position of state-owned enterprises and their abuse determines that the legal regulation also has its particularity, in order to make their abuse of dominant market position behaviors get more effective and scientific regulation, it needs to make a detailed summary and in-depth research of its acquisition and abuse of dominant market position, also the particularity of its legal regulation, to provide theoretical support for anti-monopoly law enforcement which aimed at properly regulating market dominant position of competitive state-owned enterprises.

Key Words: Competitive State-Owned Enterprises; Dominant Market Position; Abuse; Regulation; Particularity

(责任编辑:冯 果)

^④ 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。

^⑤ 参见蒋岩波、喻玲:《反垄断司法制度》,商务印书馆2012年版,第222页。

^⑥ 参见方小敏:《竞争法视野中的欧洲法律统一》,中国大百科全书出版社2010年版,第250页。

^⑦ 参见郑鹏程:《反垄断法私人实施之难题及其克服:一个前瞻性探讨》,载《法学家》2010年第3期。

^⑧ 参见丁国锋:《反垄断法律责任制度研究》,法律出版社2012年版,第367页。

^⑨ 参见李俊峰:《垄断损害赔偿倍率问题研究——简论我国反垄断法草案的相关制度选择》,载《比较法研究》2007年第4期。

^⑩ 参见前注^④,丁国锋书,第370页。

^⑪ 参见李国海:《反垄断法实施机制研究》,中国方正出版社2006年版,第196页。