

自然垄断行业的反垄断法适用

——以电力行业为例

张占江*

内容提要:对自然垄断行业豁免适用反垄断法会产生诸多弊端,经济学和反垄断法理论的发展为反垄断法在此类行业的适用提供了充分的依据。但其适用应以“一般适用、例外豁免”及成本效益为原则,在协调统一的前提下,对不同的业务环节采取不同的规制策略。通过科学配置反垄断法执法机构和行业监管机构的权限,明确协调反垄断法和行业立法冲突的规则,可实现反垄断法的有效规制。

关键词:豁免制度 有效竞争 滥用优势地位

我国自然垄断行业打破垄断、引入竞争的改革虽然取得了一定的进展,但垄断问题却依然严重。究其根源,在于反垄断法律规制^{〔1〕}的欠缺。而世界上经济发达国家自然垄断行业的市场化改革之所以取得成功,一个共同的经验正是有效的反垄断法律规制。目前,学界的相关研究多是从经济学的视角出发,在法学方面的成果并不多见。因此,深入研究反垄断法在自然垄断行业如何适用的问题,具有重要的理论和实践意义。

一、反垄断法适用的依据

自然垄断行业所以要适用反垄断法,除了在于传统豁免适用在实践中造成的种种弊端外,还在于经济学及反垄断理论不断的发展和完善的动摇整体豁免适用的理论基础。

(一)反垄断法豁免适用的弊端

在自然垄断行业改革前,各国反垄断法对其的规制普遍采取的是整体豁免适用的范式。这种反垄断法豁免制度,是指对某些特定行业、领域或在特定条件下,允许一定的垄断组织、垄断状态或垄断行为合法存在的法律制度。^{〔2〕}如美国1914年克莱顿法第7条规定:“对于基于下列委员会授权完成的交易,本节不适用:美国民航局、联邦电信委员会、联邦电力委员会、洲际商业委员会、证券交易委员

* 复旦大学信息中心讲师。

〔1〕 这里的反垄断法是广义的概念,是规制自然垄断行业垄断的所有法律规范的总称,包括拟出台的反垄断法,亦包括反不正当竞争法、电力法、价格法等法律和相关法规中的有关法律规范。

〔2〕 规制包括直接规制和间接规制。前者是指政府主管部门(主要是行业监管机构)对自然垄断行业的直接监管;后者是指反垄断法执法机构对自然垄断行业的反垄断法适用。

会、美国海运委员会、农业局。”但随着经济的发展,自然垄断行业整体豁免适用反垄断法导致了法律规制的失败,各种弊端逐渐显现出来,集中体现在三个方面:

1. 反竞争行为肆虐

反垄断法的豁免适用,使得自然垄断行业成为各种反竞争行为滋生的温床。由于缺乏反垄断法规制,垄断经营者经常在垄断业务领域收取较高价格以补贴其在竞争性领域的产品(服务),即所谓交叉补贴,利用垄断地位掠夺消费者和竞争性领域的竞争者,最终损害社会整体利益。而由于对这些行业信息不对称的存在,使得政府在监管中也无法精确地核定成本和定价,致使上述现象愈演愈烈。除此之外,拒绝交易、强制交易、歧视性对待、限制竞争协议等其他各种排斥或限制竞争行为或不正当行为,在反垄断法不作为的纵容下,同样日趋严重。

2. 行业效率低下

整体豁免适用导致了企业内部、甚至整个行业运行的低效率。在豁免适用的法律规制模式下,垄断的经营者不需面临竞争压力,丧失了追求成本最小化、利润最大化的动力,生产的效率下降;具有优势地位的企业,控制产量、操纵价格、降低产品(服务)质量等,致使资源配置效率降低。而国家基于自然垄断行业在国民经济中的基础地位,又不得不给予巨额补贴,维持其稳定运营。最终,造成整个行业陷入低效率恶性循环中,成为制约国家经济发展的瓶颈。

3. 消费者福利损失

在整体豁免适用的情况下,消费者福利损失最直观的体现就是消费者的基本权利得不到保障。首先,消费者基本上没有对产品和服务的选择权。他们很难自由地从不同的供给者那里选择产品;也无法从同一个供给者那里自由挑选产品或服务,因为垄断者通常都会主动侵害消费者的选择权,如强迫消费者接受预先确定的一揽子产品或服务,或者将垄断领域的优势延伸至其他竞争性领域,迫使消费者接受捆绑的产品或服务。其次,消费者的知情权和提起意见的权利,也因为双方的强弱失衡而很难得到实现。

(二) 经济学理论的发展降低了“豁免适用”的经济合理性

经济学理论的发展降低了“豁免适用”这一传统规制模式在经济学上的合理性:首先,自然垄断概念被重新厘定:原来的自然垄断行业可能不再具有自然垄断性;其次,自然垄断的业务边界发生了变化,行业内的业务被细分为自然垄断性业务和非自然垄断性业务。那么,再对各个环节都采取垄断经营这一单一模式显然是不经济的。

1. 自然垄断概念的重新厘定

传统的自然垄断理论认为:如果一种产品或服务的生产由单个厂商完成而成本最小,该产业就是自然垄断产业。^[3]显然,这是建立在规模经济^[4]基础之上的一种认识。但随着现代经济学理论的发展,其认识已经超越了单个产品的阶段:在成本弱增性^[5]的基础上,提出了范围经济^[6]理论,从而对自然垄断进行了重新界定:只有当一个企业生产整个行业产品的成本比两个或两个以上的企业分别生产该产品的总成本更低时,这个行业才是自然垄断性的。^[7]这就意味着,原来的自然垄

[3] 参见[美]W·吉帕·维斯库斯:《反垄断与管制经济学》,陈雨军等译,机械工业出版社2004年版,第195页。

[4] 规模经济是指随着生产规模的扩大,产品和服务的每一单位的平均成本出现下降的现象。参见肖志兴:《自然垄断产业规制改革模式研究》,东北财经大学出版社2003年版,第34页。

[5] 成本弱增性,指的是由一个企业生产全部产品时的成本比分为两家以上生产时的成本还低。参见于良春等:《自然垄断与政府规制》,经济科学出版社2003年版,第6页。

[6] 范围经济是指由于生产产品种类的增加,进行联合生产的平均成本低于进行单独生产的平均成本的趋势。参见前引[4],肖志兴书,第34页。

[7] 参见前引[5],于良春等书,第6页。

断行业可能不再具有自然垄断性。

2. 自然垄断业务边界的变化

经济学对自然垄断概念的重新界定,进一步引起了自然垄断业务边界的变化:传统垄断行业的业务可以细分为自然垄断性业务和非自然垄断性业务。前者就是在新定义下仍具有自然垄断性的那部分业务,后者则是从原行业内分出的竞争业务。以电力行业为例,可细分为发电、售电、输电和配电。前二者是可以竞争的,适合多家竞争,属于非自然垄断的业务领域;^[8]而输电具有自然垄断性,属于自然垄断性业务;配电则比较特殊,虽具有固定资本沉没的特点,但规模经济特点却只是限定在一定的范围内。^[9]从美国的实证资料来看,在20多个城市中有两个电力公司建立了自己的配电网,竞争性地提供电力服务,效率得到了提高。^[10]因此,可以说配电领域是属于有限自然垄断性的业务领域,适度竞争是可以提高效率的。在传统自然垄断行业内分出竞争业务,就是要在这样的业务领域内引入竞争。

(三) 反垄断法理论的完善动摇了“豁免适用”的法理学基础

传统的反垄断法理论基于对自然垄断行业的经济学认识,将其列入豁免适用的范围。但随着反垄断法理论的完善,特别是反垄断法社会整体效益价值目标的确立,对消费者权利保护的日益重视,自身不确定性的存在以及在结构主义模式和行为主义模式之间的平衡,这种整体豁免模式的法理学基础发生了动摇。

1. 反垄断法社会整体效益价值目标的确立

芝加哥学派取代哈佛学派在官方经济学中占据主导地位后,经济效益成为美国反垄断法的首要价值目标。^[11]作为国家竞争政策之体现的反垄断法,将经济效益放在了法律价值取向的最高层次,而远远高于公平正义等其他法律价值准则。^[12]豁免适用模式也从自然垄断行业的经济特性出发,认为采用垄断经营是符合规模经济的要求的,因而也是符合效益要求的。但问题是,这种对经济效益的考虑仅仅是从一个行业的角度出发的,显然具有很大的局限性。自然垄断行业豁免适用反垄断法产生的经济效益远远不能弥补其引发弊端所造成的整个经济的损失。反垄断法的终极价值目标是通过竞争秩序的维护,优化配置资源,实现社会的整体效益。依此目标,凡危害社会整体利益的垄断,反垄断法均应予遏止;反之,凡有一定合理性,对社会整体利益有利的垄断,则应予允许甚至鼓励。^[13]因而,我国反垄断法学界应从追求整体经济效益的价值层面重新考虑,改变整体豁免模式,打破垄断,引入竞争,以提高该行业的产出和效率,进而促进社会效益的提高。

2. 反垄断法对消费者权利的日益重视

传统理论认为反垄断的目的在于维护竞争,维护经济自由,对消费者的保护在其价值体系中并不处于很高的位置。但随着消费者保护运动的兴起,对消费者进行保护在反垄断立法、执法中占有了越来越重要的地位。有学者甚至认为,“‘消费者福利’不仅是反垄断的政策目标之一,更是其核心价值,或者说是终极目标”。^[14]而豁免适用的反垄断法规制模式会给消费者利益带来巨大的损害。因而从保护消费者权利的视角出发,反垄断法学界也对自然垄断行业整体豁免适用的模式做出了反思。

3. 反垄断法自身不确定性的存在

[8] 参见前引[5],于良春等书,第352页。

[9] 同上书,第362页。

[10] 参见谢地:《政府规制经济学》,高等教育出版社2003年版,第41页。

[11] 参见赵万一、魏静:《论我国反垄断法的价值目标和制度架构》,《社会科学研究》2006年第2期。

[12] 参见曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社1996年版,第164页。

[13] 参见史际春、杨子蛟:《反垄断法适用除外制度的理论和实践依据》,《学海》2006年第1期。

[14] 吴玉玲、陈潭:《消费者福利——美国反垄断法的终极目标》,《消费经济》2004年第6期。

相对于其他法律在概念、规则方面的确定性,反垄断法特有自身的相对灵活性。首先,垄断的概念具有不确定性,到目前为止,对垄断的界定还仅仅停留在经济学的范畴内,在法学领域并未形成真正的统一性认识。因为垄断包括结构和行为的双重含义,究竟什么样比例的市场结构是无法容忍的垄断,什么样类型的行为是需要完全禁止的反竞争行为,作为法律概念的确定性完全没有定论。其次,法律原则具有不确定性。确认垄断违法的原则包括本身违法原则和合理原则。依照前者,一些垄断行为只要发生,无需考虑其经济效果,反垄断法即严厉禁止;后者则主张应将其社会或经济的补偿价值与产生的消极影响进行对比,从而确定是否由反垄断法禁止。但要对这样的事实问题做出判断,需要运用大量的经济学方法界定市场、分析影响等,这无疑含有极大的不确定性因素。最后,反垄断政策具有不确定性。作为国家竞争政策、产业政策主要体现的反垄断法,必然会随着全球经济一体化的加强做出适时的反应,从而引起适用范围的变化、规制对象的调整,因为对各种排斥、限制竞争状况和行为的界定均以是否有利于国家竞争政策的目标实施^[15]为前提,而政策具有最大的变动不居性,随着政策的不断调整,规制范围自然要相应变化,有可能为自然垄断行业反垄断法适用提供合法性。同时,规制对象也会不断调整,从而使对自然垄断行业内各种垄断的规制更加具体、科学。

4. 反垄断法在结构主义模式和行为主义模式之间的平衡

从反垄断法的历史和现状来看,对垄断的规制方法有两种:结构主义和行为主义。结构主义是指某一企业规模达到了一定程度,占据了相关市场的一定份额就达到了垄断,将为反垄断法所禁止,采取比较严厉的肢解、拆分企业等方式对其进行规制。行为主义则是指企业具备一定的规模并不必然违反反垄断法,只有企业滥用这种垄断地位才构成违法,责令其停止违法行为和损害赔偿是行为主义的主要规制手段。基于垄断对减少交易成本、促进创新和实现规模经济的积极作用以及动态竞争机制中潜在的竞争对手对在位企业的压力,目前制定反垄断法的国家大多在结构主义和行为主义之间寻求平衡,充分发挥二者的优势,实现适度的市场结构与竞争行为的有机结合。如原先结构主义的典型代表美国,在轰动全球的微软案中也开始了迈向行为主义的步伐。反垄断法开始更加关注限制竞争的行为,而非只是垄断结构本身。

二、反垄断法适用的原则

法律原则的适用能够指导法律解释、法律推理,起着补充法律漏洞、限定自由裁量权合理范围的重要作用。基于反垄断法的不确定性以及自然垄断业务边界的动态性,确定自然垄断行业反垄断法适用的原则,尤为重要。

(一)一般适用,例外豁免原则

豁免制度是整个反垄断法律制度的一个重要组成部分,它旨在通过法律手段保护和促进一定时期内本国特殊领域和行业的发展。就国外相关立法规定来看,早期自然垄断行业因其特殊性,往往是反垄断法豁免的对象之一,但随着改革的深化和全球化的发展,适用除外制度的范围有不断缩小的趋势。^[16] 反垄断法对自然垄断行业的态度发生了变化:从“一般豁免,例外适用”变为“一般适用,例外

[15] 参见吴宏伟:《我国反垄断法与产业政策、竞争政策目标》,《法学杂志》2005年第2期。

[16] 参见前引[13],史际春等文。

豁免”。^[17] 1998年5月修改的德国反限制竞争法几乎完全取消了对电力行业的豁免;2000年日本废止了禁止垄断法第6章第21条对电力等自然垄断行业的适用除外。学者的研究开始强调豁免的有限性、条件性和动态性,“反垄断法豁免的范围不能过宽,尤其不能迁就现实,传统上认为属于自然垄断的行业并非天经地义,要注意科学技术发展带来的新变化,适时地在一些行业打破垄断、引入竞争;反垄断法的豁免并非全面的、绝对的,而是有条件的、相对的。”^[18]

垄断行业具有很高的市场集中度,大多数企业有相当大的市场控制力,本身就是一个实施垄断及限制竞争行为的潜在危险主体,随时可能滥用自己的经济特权。事实上,当前自然垄断行业内的垄断以及限制竞争行为已经成为我国经济领域最为严重的垄断行为。如果反垄断法对其采取“一般豁免”的态度,不仅不能有效制止这些领域的垄断及限制竞争行为,而且会使企业将“一般豁免”的规定当作他们实施这些行为的挡箭牌而更加有恃无恐。因此,应当针对我国现实,并结合国际反垄断立法趋势,对垄断业“一般适用,例外豁免”反垄断法,即原则上未来的反垄断法适用于整个垄断行业,只是对其中自然垄断环节的市场结构予以豁免。这是自然垄断行业适用反垄断法的首要原则。

(二)成本效益原则

社会整体效益是反垄断法的根本价值所在,与之相对应,反垄断法的根本原则就应该是成本效益原则,^[19]即如果在自然垄断行业某业务环节引入竞争需付出的代价高于可能获得的好处或者收益,那么,维持该业务环节的垄断就是必要的。过度的竞争会造成资源的浪费,适度的经济集中和垄断结构可维系企业的经济效益和国际竞争力。因此,运用成本效益的原则,通过对竞争和垄断的利弊考量,把竞争的基本优势与垄断的有限优势结合起来,塑造有效竞争的市场模式,是决定反垄断法适用于自然垄断行业的范围与程度的另一重要原则。

有效竞争是一个由企业适度规模和适度竞争相结合的区域状态。^[20]在有效竞争模式中,垄断与竞争既对立又统一,竞争被视为一种长期激励机制,垄断地位是相对、暂时的,不断地被竞争所打破。^[21]在当代,“有效竞争”的概念越来越多地出现在竞争法之中,如果一种竞争在经济上是有益的,而且根据市场的现实条件又是可以实现的,那么这种竞争就是有效竞争。^[22]德国反限制竞争法的修正就明确主张以有效竞争原则作为思考的主要依据。^[23]当然,在垄断行业真正形成有效竞争并非易事,其不同的业务环节具有强弱不同的垄断性,规模经济和范围经济在具有垄断性的业务环节仍有发挥作用的空间。所以,在垄断行业中,一方面要对可竞争环节引入竞争机制;另一方面要对自然垄断性环节实行垄断市场结构的豁免,通过市场准入限制,控制进入相关市场的企业数量,并要求这些新进入企业与在位企业必须符合经济规模的要求,以避免重复建设与资源的浪费。因此,引入竞争机制后的垄断行业,是垄断与竞争的合理的结合。

简言之,反垄断法在自然垄断行业的适用,不是要垄断还是要竞争的简单选择,而是在现有的技术和市场环境下,在保证稳定和安全供给的前提条件下,“一般适用,例外豁免”,从而寻求垄断和竞争

[17] 发达国家在晚近对公用事业引进竞争机制改革之前,其反垄断法对公用事业原则上是不适用的。当然公用事业引进竞争机制并不等于完全放开竞争,“不同程度的垄断和限制竞争仍是必要的,它由专门法根据不同公用事业的特点和要求做出具体规定。所以对反垄断法来说,公用事业除了一般适用外,尚需例外豁免。”参见史际春、肖竹:《公用事业反垄断若干问题研究——以电信业和电力业的改革为例》,《法商研究》2005年第3期。

[18] 史际春、王先林:《必要的监控手法——中国反垄断法应规定的限制竞争暨垄断行为》,《国际贸易》1998年第12期。

[19] 参见流星:《论我国反垄断法应采取的原则》,《政法论丛》2003年第5期。

[20] 参见王俊豪:《中国基础设施产业政府管制体制改革的若干思考——以英国政府管制体制改革为鉴》,《经济研究》1997年第10期。

[21] 参见前引[13],史际春等文。

[22] See John M Clark, *Towards a Concept of Workable Competition*, *American Economic Review*, 1940, 30(6): 256.

[23] See Dietrich Hoffman, Stefan Schaub, *The German Competition Law*. 105. 转引自前引[12],曹士兵书,第31页。

的动态平衡,并通过“成本效益”的权衡,最大限度地提高社会效益,进行有针对性的制度运行。

三、反垄断法的具体适用

反垄断法在自然垄断行业的具体适用,就是对其各业务环节的垄断状态和垄断行为的具体规制。如上所述,应根据其不同业务领域自然垄断性强弱的不同,采取不同的规制内容和方式:对于垄断性业务领域的企业垄断结构予以豁免,重点规制其反竞争行为;对于竞争性业务领域的企业结构和反竞争行为则要进行严格的规制;^[24]对于兼有一定程度的垄断性和竞争性的业务领域则要对合理垄断市场结构予以豁免,同时对反竞争性行为进行严格的规制。就不同的自然垄断行业业务领域的大概划分,经济学界目前已经取得了较为一致的意见,^[25]这里选取电力行业为例,结合市场经济国家成功改革的实践,进行具体分析。

(一)发电环节滥用市场支配力行为的规制

发电环节是可竞争的业务领域,在电力行业中率先引入了竞争。这样做虽然打破了垄断市场结构,却仍有大量的限制竞争行为存在,突出表现就是具有市场支配力的电力企业通过控制自己的可调容量来影响价格。这是滥用市场支配力的行为,损害了消费者的利益。

形成市场支配力的第一个原因是供应商数量不足。竞争性市场需要有众多卖者,每一个卖者都是价格的接受者。而发电企业数量有限,远远达不到完全竞争的要求。第二个原因是企业规模过大,特别是经过重组形成的国有发电企业往往具有超常的市场规模。它们具有技术、资金的优势,同时抢先占领了市场,拥有足够多的发电机组,在停掉一部可调容的机组后,其他机组发电,提高的价格完全可以弥补限制容量造成的损失,还有盈余。第三个原因是输电阻塞的存在。由于输电系统传输量的约束,任何发电厂商要想把尽可能多的用户纳入自己的供电区域里,都要取决于负荷(需求)和发电的水平以及地理位置,本地所需电力只有在输电损耗可以接受的情况下,才可能来自输电系统覆盖的其他较远的地区。因此,输电阻塞作为主要技术因素限制了电力的自然地理市场范围,这相当于减少了供应商的数目而因此增加了输电约束地区发电厂商市场操纵力。我国目前电网建设相对落后,在特定的市场领域,即使是很小的电厂,也可能具有绝对的市场支配力。第四个原因是关联企业的存在。同电网公司存在密切关系(人事、资金等)的电厂总是更容易抢占市场,获得传输权利,这同样能达到减少供应量、提升价格的效果。

根据反垄断法的规制方法和上述分析的发电企业市场支配力产生原因,并借鉴国外的成功做法,笔者认为反垄断法规制发电企业滥用市场支配力的制度应包括如下内容:

1. 保证市场内有足够多的发电企业。对此,鼓励新企业进入市场无疑是首先的选择。但是,强大的在位企业拥有足够的力量影响市场价格,特别是在其投资已经收回的前提下,它们可能会将市场价格降到新企业的成本以下,令后者不得不望而却步。英国反垄断法的发展历史上就有过这种惨痛的教训。而且新企业的进入往往需要一段时间,甚至是很长的时间,这就意味着单纯依靠新企业自身主动进入并非明智之举。因此我们还应该在减少审批程序、剔除来自竞争对手不当阻力等方面多下功夫。其次,可以拆分现有的发电资产,并且在拆分的同时也控制企业之间的合并。但是,这种选择中涉及的政治和法律问题会比较复杂。最后,可健全相应的退出机制。常常有一些电厂经济性很差,即使不考虑沉没成本,运行起来成本也非常之高,理应为它们健全退出机制,从而为提供廉价电力的新

[24] 所谓严格的规制,并不是说只要企业达到了一定的市场份额就当然得对其适用反垄断法,而是指首先并不豁免对其垄断结构的审查,然后看其是否实施了反竞争行为,从而确定是否适用反垄断法相应的规制措施。

[25] 参见王俊豪:《中国垄断性产业结构重组分类管制与协调政策》,商务印书馆2005年版,第76页。

进入者提供机会。

2. 加快输电网络建设。市场越大,重组和拆分现有电力企业的必要性就越小。但我国输电网络的建设严重滞后于发电市场,输电量限制引起的拥堵缩小了市场的实际规模。为此,一方面应加快输电网络建设,使发电企业有充足的竞价上网机会、参与市场竞争;另一方面应对输电网络进行有效的监管,建立透明和统一的交易规则,使发电企业能够获得无歧视的进入机会。

3. 需求侧响应。所谓需求侧响应,是指需求侧的买方对于电价变化产生的应对措施。在运作良好的商品市场,用户一般会基于市场价格来选择是否消费及消费多少。而电力产品的同质性以及在生产生活中的不可或缺性,却往往使人们误以为买方选择不存在。但事实上,分时计量、分时计费的采用完全可能让买方的自主决策成为可能,在卖方操纵市场价格的时候,买方可以积极应对,甚至说“不”。这种有买方真正参与的市场,使供需趋近平衡,限制了价格上涨,也提高了可靠性。

4. 直接监管。如果上述方法都失败或暂时未能奏效,可以考虑由监管机构直接规制。规制的措施包括:价格上限,即以费用最高的机组的边际成本为准,确定价格的最高限额;利润控制,即限定利润来抑制市场操纵力。

总之,从市场供应侧来讲,最重要的是控制市场操纵力。但是,很难对市场操纵力做出准确的判断,特别是当用电负荷接近系统可调容量以及需求响应较弱的时候,可调容量微小的控制,都可能导致价格剧烈的变化,很难分辨是操纵力在作祟还是真正的缺电。因此,最好的解决方法还是保证电力市场有足够的竞争者,有需求响应以及能够更好地利用输电容量扩大市场规模。

(二)输电环节的垄断结构豁免和行为规制

经过厂网分离后,输电环节由于其自然垄断属性,实行了垄断经营。但电网公司仍然是竞争中的市场主体,法律仅仅是对其垄断的市场结构实行豁免,而对于其限制竞争行为,仍要进行严格规制。换言之,输电环节应适用“结构豁免和行为规制”的反垄断范式。

1. 对输电公司限制竞争行为的规制

输电公司作为市场上的唯一供给者,极易将其市场优势渗透至上下游产业的发电公司和售电公司乃至用户,从而限制或阻碍竞争,为此,对其规制的目的是要实现与发电企业的开放性接入(open access)。

(1)限制竞争协议

限制竞争协议,在德国又称卡特尔,是指企业联合起来影响(遏止或者减少)市场竞争的行为。它包括横向协议和纵向协议两大类。前者是指生产或者销售过程中处于同一阶段的行为者之间的协议,常常表现为固定价格、划分市场、联合抵制等;后者则是指不同生产阶段的企业订立的限制竞争协议或者这方面的行为协调,常常表现为维持转售价格、独家交易、选择性交易等。当至少一方交易当事人在上游或者下游市场具有支配地位时,垂直协议最可能具有危害性(同时在这种情况下,又产生了与滥用支配地位的重合问题)。〔26〕限制竞争协议虽然在某些方面限制了竞争,但同时又在其他方面具有推动竞争的作用。如企业间在同类产品的规格或者型号方面达成的限制竞争的协议,虽然限制了企业在产品的规格和型号方面的竞争活动,但是这种限制有利于企业在产品的质量或者售后服务等方面开展竞争。因此,各国反垄断法不是对所有的限制竞争协议都采取禁止的原则,而是根据它们对竞争的影响程度将其分为两类,一类适用“合理原则”,一类适用“本身违法原则”。凡适用合理原则的限制竞争协议必须经个案审查,根据它们在具体情况下对市场的影响,判断其是否具有违法性。而适用本身违法原则的协议,则不管订立协议的具体情况如何,均被视为违法。

〔26〕 参见孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第455页。

对纵向限制竞争协议的判断一般包括三个要素:第一,是否存在集体行使市场力量,或者上游或下游是否存在市场支配地位;第二,该协议对竞争后果的影响;第三,考量效率收益与对竞争损害的关系。依据这三个要素,输电公司与其控股的发电企业间的关联交易^[27]是典型的纵向限制竞争协议。电网公司掌控发电企业的股份,将掌握垄断权力的电网管理层及职工亦纳入其中,会直接引发关联交易机会。在电力调度中,从哪家企业购电、购多少电、以什么价格购电,电网权力很大。因此,职工持股发电企业完全可能依靠与电网公司的特殊利益纽带,利用纵向限制竞争协议进入市场,谋取垄断利润,进行不公平的竞争。其本质是更为隐蔽的纵向一体化,完全背离了“厂网分开、竞价上网”改革思路的宗旨,将原本由国家、行业获得的垄断利益向少数个人集中。事实上,市场的公平准入问题曾一度被缺电问题所掩盖,但市场供应一旦充分后,手握电网垄断资源的职工持股企业对其他电力生产企业构成的威胁就显现出来,对下一步主辅分离也造成了很大困难,更关乎着未来合理电价形成机制的如期建立。这样的限制竞争协议对竞争的损害是显而易见的,对电力行业的发展毫无益处可言,理应受到反垄断法的严格禁止。在这方面,中华人民共和国反垄断法(送审稿)(以下简称送审稿)借鉴了各国大多采取的“概括+列举”立法体例,在对限制竞争协议行为做出原则性禁止规定的基础上,列举了7种常见的限制竞争协议予以明确禁止,但却没有再设置兜底条款将其他有可能实质性限制竞争或明显损害消费者的行为包括在内。而输电公司与其控股发电企业之间的纵向限制竞争协议,并不属于明确禁止的7种协议之一。于是,在缺乏兜底条款的情况下,人们很难对其进行有效的规制。

(2) 滥用优势地位

滥用优势地位,是指具有任何优势(独占)地位的企业或其他主体利用其优势地位实施的反竞争行为。电力行业内滥用优势地位的行为表现在两个层次上。其一,因自然垄断拥有独占地位的企业,即输电企业和特定范围内的配电企业。其二,已经尽可能引进竞争机制的领域内相对于竞争对手仍具有优势地位的企业,即发电企业。后者前已详论,这里讨论输电企业滥用优势地位的行为。根据“基础设施原理”,^[28]拥有基础设施的企业必须承担特殊的责任和义务:向客户平等开放其设施及互联互通。如果拥有基础设施^[29]的企业不当地拒绝竞争者利用基础设施或以此强加交易条件(如索取不当高价),就构成了对其优势地位的滥用。而事实上,输电企业往往凭借其拥有的输电网络,通过对交易电量、价格及实时调度过程中的某些倾斜来获取不正当利益;或者在交易费用上做文章,如不及时结算发电企业的电费、将用户所欠其费用转嫁给发电企业等;或者拒绝互联互通。

一般来说,反垄断法对滥用优势地位的规制制度包括三项基本内容:首先,界定可能发生滥用行为所存在的市场;其次,确定“优势”的标准或方法;最后,以概括加列举的方式界定滥用优势地位的行为。如德国反限制竞争法第19条就对支配行为主体、支配地位的界定、滥用行为的情形做了详细的规定,其中第4项是1998年修订该法时新增的规定:“占市场支配地位的企业拒绝另一个企业以适当报酬进入自己的网络或其他基础设施,而该另一个企业出于法律上或事实上的事由,非使用他人网络或其他基础设施无法在上游或下游市场上作为支配市场企业的竞争者从事经营活动时,此时市场支配地位企业的拒绝,构成滥用行为;除非市场支配地位企业能够证明这种使用因企业经营方面和其他方面的事由是不可能的或不能合理期待的”。该法第20、21、22等条还对禁止歧视、禁止不公平的阻碍、联合抵制和其他限制性行为及禁止建议等具体滥用行为做出了规定。^[30]我国反不正当竞争法和

[27] 参见《结盟国电,粤电、金元曲线求生,“厂网联盟”正形成》, <http://www.zdxw.com.cn/ttxw/200510310183.htm>, 2005-12-17。

[28] 指拥有基础性网络的运营商们利用其优势地位,要挟、排挤、不当支配或影响竞争对手,以牟取暴利。

[29] 根据欧盟委员会的定义,所谓基础设施,指的是如果没有这些设施,竞争者就无法向其客户提供服务的设施。

[30] 参见前引[26],孔祥俊书,第506页。

《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》有类似规定。送审稿对掠夺性定价、歧视、拒绝供应、搭售或强加不合理的交易条件等滥用行为也明确做出了禁止,并且规定,“如果经营者不进入具有市场支配地位的经营者拥有的网络或者其他基础设施,就不可能与其开展竞争的,具有市场支配地位的经营者不得拒绝其他经营者以合理的价格条件进入其拥有的网络或者其他基础设施。”这些规定对于规制输电企业滥用优势地位是非常必要的,但是尚不够全面,没有对滥用优势地位的行为进行详细分类。

2. 对输电公司垄断市场结构的豁免

输电业务因明显的规模经济和固定成本沉没的特性,实行垄断经营有利于经济效率的提高。输电网络的扩大,会令厂商进入市场的能力和买卖电力的能力大大提高,促进发电、售电领域的竞争;同时,系统自身的稳定性也会因可调容量的增加得到改善;最为重要的是,电力资源可以从过剩的地区供给到需求出现短缺的经济发达地区,促进资源配置效率的提高。因为“竞争虽然是配置资源的最佳方式,但有些市场因其特殊的条件,优化资源配置的机制只有在限制竞争的条件下才能实现。在这种情况下,通过合作实现合理化就比自由竞争更可取”,^[31] 毕竟“效率是反托拉斯的终极目标,竞争只是一个中间目标”。^[32] 基于此,反垄断法不应对输电业务反垄断,还要积极促进电网的扩建以及全国联网的实现。

世界各发达国家和地区都看到了这一点的重要性。如美国通过加州危机对此产生了深刻的认识,于是逐渐开始从州调度(ISO)向区域性输电网组织者的地区调度(RTO)过渡,目的是发展成为全国范围内的输电网运营商(NTO)。同时他们也在进一步研究在北美自由贸易区基础上建立美、加、墨跨国联网。而欧洲 12 国已经进行了大联网,甚至还覆盖了北非的摩洛哥、阿尔及利亚等国,形成了一个 4.1 亿千瓦装机容量的大电网,构成了一个强有力的大范围的竞争平台。反观我国,目前的输电网被分成 13 块之多,彼此互不相联,导致了我国电力体制中电网不充分垄断与电源不充分竞争并存的格局。事实上,我国各地区时差、温差很大,电力资源分布严重不均衡,只有通过全国联网为所有发电企业构造同一的竞争平台,统一竞价上网,才能真正实现全国统一大市场、西电东送、北电南调,进而实现资源优化配置以及整个电力行业的有效竞争。为此,我国反垄断法必须要禁止的是输电公司的限制竞争行为而非其垄断地位本身。

(三) 配电环节垄断结构和行为的一并规制

配电环节^[33]具有不完全相同于输电环节的经济和职能特性,其虽然具有固定成本沉没的特点,又是按用电的密度程度自然形成的,但一味地扩大配电区域并不能取得规模经济效益;相反,当配电区域过大时甚至会出现不经济的现象。^[34] 因此,相对于输电环节,配电领域自然垄断性相对较弱,可以实现一定程度的竞争,如区域间的竞争等。基于此,配电环节的反垄断法规制,应以实现适度垄断结构下的有效竞争为目标,对配电环节的垄断结构和竞争行为一并规制。对此,权衡垄断的利弊与竞争的优劣,各国在改革的时候采取了不同的策略。英国、美国还未实现输、配电分离,但是赋予输电、配电公司独立的法人地位,独立核算,并且正在朝着将二者的分开迈进;欧盟则已经彻底将二者分开,在配电环节引入了竞争。目前,我国输电和配电网络不分,配电端垄断,用户对所需电力服务无选择

[31] 转引自王晓晔:《德国竞争法中的卡特尔制度》,《法学家》1995年第4期。

[32] [美]理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第32页。

[33] 配电环节指在同一个地区或城市范围内,以电压等级比较低、输送容量比较小的线路构成配电网,将输电网输送过来的电能分配到千家万户。配电部门的职能包含:计划、安装、维护电线杆和线路;计量、计费 and 用户服务;如果出现发电短缺,制定用户停电计划。同时,地方配电公司往往拥有自己的发电企业,用户在向其购买标准的电力服务的时候,一并购买配电服务。参见前引[5],于良春等书,第36页。

[34] 参见前引[4],肖志兴书,第36页。

权;输电和配电环节之间存在大量的交叉补贴。同时,配电部门拥有自己的发电企业,又承担着将独立发电厂通过输电网络传输的电能卖给用户的职能,这样的利益冲突,极易导致其利用自身的垄断特点帮助自己的发电企业获得更多的交易机会。

因此,反垄断法的规制应在允许配电公司具备一定的垄断结构的前提下,逐步实现“输配分离—批发竞争—零售竞争”的竞争模式。其中批发竞争,是在发电与电网分离后,输电与配电分开经营;发电竞价上网;输电网放开,并提供有偿的输电服务;配电公司在专营区内向中小用户垄断售电,但配电公司和大用户可获得购电的选择权。在此模式下,配电公司是中小型用户唯一的供应商,但配电公司提供服务的价格将受到严格的管制。而零售竞争,是在配电网放开后,供电专营区取消,用户可以选择供电商,独立零售商准入市场,这就进入了零售市场竞争阶段。这时的价格无需受到太多的管制。

(四)售电环节引入竞争

售电环节,^[35]由于电力零售无需庞大的固定资产投资,进入壁垒不高,所以具有较强的竞争性。为此,售电环节就应打破垄断,实现零售准入(retail access),允许不同的供电商通过地方配电网将电力销售给用户,并最终体现为个体电力用户从众多竞争性电力供应商中选择购电的机会。^[36]与其它商品零售一样,售电企业可以根据自身状况以合理的价格和服务展开竞争,用户可以根据需要选择不同的售电企业以实现效用最大化。通过允许许多竞争性零售商(不仅是配电公司)对发电厂商施加压力,最直接的好处是将获得合理的电力价格。当然这会引发所有小用户的结算成本和培训成本问题,所以零售准入尽管是售电端竞争的发展方向,但对其仍需要谨慎考虑,采取从批发性竞争逐步过渡的方式。

售电环节竞争的基础是透明的现货价格、高效的批发市场。我国直到2005年才开始在吉林试点由大用户直接从发电企业购电。迄今为止,电力终端的绝大多数消费者仍没有选择权。尽管我国2003年7月出台的“电力价格改革方案”规定:销售电价与上网电价联动,但3年过去了,我国电价的形成至今还是按照个别成本审批电价的办法进行管理。用户选择权、透明的现货价格的缺失,从根本上抑制了我国售电领域竞争的引入。同时,零售市场是否存在竞争还取决于是否制定了清晰的、可执行的规则和程序来监督零售商的资格和行为,^[37]以实现保护最终用户利益的根本目的。这些规则通常包括信用证或其他财务协议以及惩罚性约束条款等,以保证零售商在没有支付其用户使用的电能和传输费用之前不会逃逸;还包括对最终用户每小时用电量的计费以及一个科学的结算体系。最后,即使对售电业务引入竞争,仍会有一些不愿意自己做出选择的用户和因为零售商没有提供服务的用户的存在,这时候仍然需要配电公司分别提供默认服务和收容性服务。为了保护用户的利益,防止配电公司滥用垄断优势地位,这种默认服务的价格也必须在严格的监管下制定。

总之,反垄断法要引入竞争打破我国售电领域的垄断,首先要实现输电、配电分离,赋予更多用户购电选择权。其次要逐步放开市场准入,引入独立电力销售商。实施竞价上网,根据用户负荷特性并与上网电价联动,形成竞争性销售电价。这又包括两种:合同销售价格和透明的现货价格。在批发竞争阶段,由大用户和独立发电厂签订合同约定电价,实现配电公司和大用户的竞争。但对于超出预期的需求电量(边际电量)必须使用现货价格,以便产生足够的需求响应,削弱发电厂商的市场操纵力,这是解决用户电量和卖方卖出电量之间不可避免的差额的需要。最后,要制定避免配电公司与其它参加竞争的零售商利益冲突和交叉补贴的行为准则,制定有关零售商的资格、责任和保证金制度的规则。

[35] 售电环节中,各地区的电力零售企业通过交易中心从输、配电企业那里批发买入电能,再转手销售给分散的单个用户。

[36] 目前已经或正在采用此模式的有英国、新西兰、澳大利亚、阿根廷、挪威、瑞典和美国的绝大部分州。

[37] 参见[美]萨莉·亨特:《电力市场竞争》,易立云等译,中信出版社2004年版,第198页。

(五)不同业务环节的反垄断法规制的协调

垄断行业的各业务环节间存在紧密的垂直关系,在一个或少数几个垄断企业实行一体化经营的情况下,各个业务环节的协调成为了企业内部事务。因此,基于业务类型不同进行产业结构重组之后,对不同类型业务环节采取的不同反垄断法规制策略的协调,不仅是物理形态上保证垄断行业整体安全、稳定运行的需要,也是保证反垄断法规制统一性、有效性的基本要求。如发电环节的竞争引入,除了要有足够的发电厂商以外,还需要输电网络的无歧视性接入、需求侧响应。对大部分负荷的分时计量、分时计费,不但是在售电环节引入竞争的基础条件,也是克服配电业务中存在的交叉补贴,促进发电端竞争的有效举措。

就整个自然垄断行业而言,反垄断法协调不同业务环节的不同规制措施主要包括价格制度、网络接入制度、互联制度和普遍服务制度。

1. 竞争价格制度

从价值形态上看,垄断性行业运行链表现为价格运行链,即生产价格——网络输送价格——销售价格。^[38]在垄断行业终端产品的销售价格受政府最高限价约束并最终主要由市场形成的情况下,反垄断法律规范重点规制的是垄断性环节的价格。一方面通过行业立法中的监管性规范建立一种类似竞争的激励、约束性价格形成机制,另一方面通过反垄断法中垄断高价禁止、价格歧视禁止等规范建立事后的救济制度。在不同业务环节的不同经营者间、同一业务环节的多家企业间,通过竞争性的行业价格体系的建立,形成市场化导向的利益协调机制,提高企业和行业的效率,确保稳定运行。

2. 网络接入、互联制度

网络性,是自然垄断行业的一个普遍特征。禁止经营具有自然垄断性网络业务的企业反竞争行为,使网络成为整个行业畅通无阻的公共通道,是协调垄断行业各业务环节的核心。这方面主要包括平等接入和互联互通两项制度。生产领域的企业,必须通过网络传输,才能将产品提供给消费者。如发电企业的电力只有通过电网才能提供给消费者使用;竞争性长途电话,必须接入本地电话网才能满足消费者的通信需求。这就需要禁止网络经营者滥用优势地位拒绝接入或者采用歧视性接入条件,为经营竞争性业务的企业创造平等竞争条件,保障生产与传输领域的顺利联接。由于区域性的网络经营者强弱不同,且受局部利益最大化的驱使,强势企业往往会拒绝互联互通,这显然不利于整个行业生产企业、销售产品间的竞争,损害了消费者利益,最终导致资源配置的低效率。因此,禁止网络企业拒绝交易、拒绝互联互通制度,是确保整个行业高效运行的基础。

3. 普遍服务制度

普遍服务,是指自然垄断行业为广大用户提供普遍的基本服务,即在任何时间和任何地点都应无歧视性地提供用户能够承受的服务的责任和义务。这一问题的关键是资金问题。引入竞争机制以后,这部分明显带有亏损性的业务的成本不能完全由网络公司来负担,而必须建立统一、透明的基金机制:通过法律明确基金的来源(以法律规定行业内所有企业都要按营业额提取的比例、程序等)、普遍服务的范围、以及通过市场竞争机制(如招投标)选择高效使用和管理基金的企业。如果不能协调各个业务环节的企业共同做出贡献,而只是由网络公司承担这项服务,显然很难为网络企业的市场化经营,为生产、销售企业提供公平竞争的平台创造条件。

总之,尽管我们对垄断行业的各个业务环节做了功能上的区分,并根据其垄断性强弱采取了不同的规制制度,但目标却都是在尊重各自物理特性,保证安全、稳定的基础上,实现有效竞争,提高资源配置效率。因此,每个环节的反垄断规制必须相互协调,所制定的规则也必须是相互衔接的。

[38] 参见前引[25],王俊豪书,第98页。

四、反垄断法与行业立法的协调适用

对自然垄断行业的反垄断法规制,既包括反垄断法的适用,又包括行业立法的适用,二者的内容存在一定的交叉。如何协调适用是决定规制有效性的重要因素。为此,必须厘清反垄断法执法机构与行业监管机构的职权配置;明确协调反垄断法与行业立法冲突的规则。

(一) 反垄断法执法机构与行业监管机构权限配置

反垄断法与行业监管的同时适用,必须借助于反垄断法执法机构与行业监管机构在依法行使职权中的协调配合,因此必须科学地配置反垄断机构与行业监管机构的权限。

1. 反垄断法与行业监管同时适用

如同其它类型的垄断一样,自然垄断既属于一个结构范畴,又涉及两种行为——事前诱发性行为与事后引发性行为,前者指导致垄断产生的经济行为,后者则指垄断结构产生后可能引发的经济行为。过去人们对自然垄断行业内的垄断的法律态度主要是出于对事后行为控制和事后结果救济方面的考虑,^[39]而没有较多关注自然垄断行业不合理垄断产生的事前诱发性行为。“尽管并非彼此独立,策略行为常常被有效地分为事前和事后两部分……在两者之间,事后的攻击策略行为被广泛认为更应受到责备”。^[40]

但现在,法律不仅关注市场主体的事中行为方式和事后行为结果,也开始更多地关注其事前行为方式。就自然垄断行业内某个环节的垄断市场结构来说,如果垄断性的市场结构是现实经济技术发展的必然要求,那么对其垄断行为的事前规范就可以比对垄断结构本身的禁止及垄断行为发生后的事后救济更具合理性。这就要求对传统的法律控制方式进行完善:监管和反垄断法适用不应彼此消长替代,相反,应共同构成对自然垄断行业的立体规制体系。监管与反垄断法均可适时和适度适用于自然垄断行业,只是各有侧重:前者是控制性和政策性的,通过法律规范来控制行为的过程,侧重维护事前和事中的市场秩序;后者则是救济性和随机性的,通过法律规制来救济行为的结果,侧重校正事后的市场秩序。

2. 反垄断法执法机构与行业监管机构权限协调

为保证反垄断法执法机构的执法权威性、有效性,同时发挥行业监管机构在掌握行业信息方面的优势及处理行业特殊问题的专业性,原则上应由二者共同管辖自然垄断行业的垄断问题。作为例外,行业监管机关对特定事项享有豁免反垄断法执法机构审查的专有管辖权。

所谓共同管辖,是指反垄断法和行业监管机构在职能和信息方面的协调与交流,当然这种协调需要以制度为保障,并在各个机构独立判断的基础上进行,其程序的进行与权力的行使均必须体现依法行政的要求。如2000生效的英国竞争法第4节中,规定受管制企业在适用该法时,目的事业管制机关与竞争法主管机关——公平交易局拥有“共同执法权”(concurrent enforcing powers)。美国1996年电信法也规定,在电信监管领域除非法律做出明确的除外规定,否则1934年电信法和1996年电信法的任何规则不能改变、削弱或取代反托拉斯法所有条款的适用性。所以美国电信市场的监管,不仅需要电信法,还需要适用谢尔曼法和克莱顿法这些反垄断法。所谓专有管辖,是指行业监管机关对特定事项的监管行为豁免反垄断法执法机构的审查,其中,特定事项是指那些反垄断法未做出一般规定的特殊行业问题。例如“德国电信法关于对终端用户费率的事前管制以及许可证的事前管制制度在

[39] 我国的情况更甚于此。由于自然垄断行业改革前并没有建立科学的监管制度,反垄断制度又非常地不完善,因此实际上仅仅对个别的反竞争行为有过事后救济。

[40] [美]坎贝尔·麦克康奈尔:《经济学:原理、问题和政策》,陈晓译,北京大学出版社2000年版,第841页。

其反对限制竞争法中没有相对应的部分,则根据电信法第 82 条自然就可以得出这样一个结论,RegTP 对此独享管辖权”。〔41〕

共同管辖原则与专有管辖例外的界定,结合了反垄断法执法的权威性和行业监管的专业性优势,避免了权力冲突,是实现反垄断法与行业监管协调适用的最重要的制度保障。

(二)反垄断法与行业立法冲突的协调

反垄断法与行业立法的共同适用还需要对二者相关规定的冲突进行协调。对此,依照我国立法法第 83 条,〔42〕应适用特别法优于一般法、新法优于旧法的原则。

对于自然垄断行业内的垄断来说,反垄断法是普通法,行业立法是特别法。反垄断法主要作用是维护整个市场竞争秩序的公平与自由,是对整个市场中的限制竞争协议、不当合并行为和滥用优势地位行为的规制;行业立法主要作用是维护行业自身的稳定、高效运营状态,是对行业内的各种垄断行为、运行规则等内容的规定。二者在规制对象上存在一定的交叉,后者对这些交叉点垄断行为/状态的规制较之前者更为详细、具体。根据特别法优于一般法的原则,对行业内的垄断行为有行业立法规范条款时,应当优先适用此行业性法律。当然,所谓特别法优于一般法、新法优于旧法,这些法必须是同位法、“由同一机关制定”,否则,就应按照上位法优于下位法的法律效力原则来处理。而行政法规、规章形式的行业规范性文件是拟出台的反垄断法的下位法,并不优先于反垄断法的适用。此外,行业性法律对垄断行为未有规定或规定不明时应当适用反垄断法。

五、相关法律缺陷及立法建议

反垄断法的有效适用是推进自然垄断行业市场化改革,实现有效竞争的关键,为此,必须完善反垄断法律制度体系。借鉴各国改革及立法经验,结合我国改革、立法实践和已有的研究成果,以电力行业为例,笔者提出如下几点粗浅的看法。

(一)在反垄断立法层面

如上所述,反垄断法在自然垄断行业应“一般适用,例外豁免”,在电力行业中,发电、输电企业滥用优势地位的垄断高价、对不同用户的歧视待遇以及拒绝交易的行为;输电、配电业务之间的交叉补贴行为;输电、配电企业之间的纵向限制竞争协议;电力企业之间的不当合并行为等,都应受到反垄断法的严格禁止。但对输电、配电公司的垄断市场结构则应豁免反垄断法的适用。根据发达国家的经验,规范电力行业等具有市场独占地位企业的市场行为的任务通常都是由反垄断法来承担的。〔43〕而迄今为止,我国仅有形式散乱、内容疏漏的零星反垄断制度,专门的反垄断法尚在制定中。从现有送审稿规定来看,要实现自然垄断行业的有效竞争,至少还存在如下需要完善的地方:

首先,豁免适用制度的衔接。各国反垄断立法对适用除外制度的立法模式有三种:(1)专门立法型,即制定单独的反垄断适用除外法。美国采取该模式,韦布-波默林法、凯普-伏尔斯蒂德法、出口贸易公司法、麦克卡兰-费古森法就是作为谢尔曼法的例外法产生的。(2)内含型,即在反垄断法律法规中设立专章或专门条款规定适用除外制度,如德国反限制竞争法第 99 至 103 条就专门规定了适用除外的领域及行为。(3)涉及型,即在其他法律中规定反垄断法的适用除外情形,如日本农业协调

〔41〕 [德]皮蓬布罗克·F·舒斯特:《对立、分立抑或并立——评德国〈反垄断法〉与〈电信法〉》,董一梁译,《比较法研究》2005 年第 1 期。

〔42〕 我国立法法第 83 条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章、特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”

〔43〕 参见王晓晔:《竞争法研究》,中国法制出版社 1999 年版,第 35 页。

组合法、保险业法等法律中的相应条款。我国送审稿关于适用除外制度散见规定于第9、11等若干条文,摒弃了以往专章规定行业整体豁免的做法,改为对符合一定的实质、程序要件的协议及合并行为的豁免。这无疑切合了国际反垄断法领域逐步缩小豁免适用的立法趋势,也体现了对自然垄断行业“一般适用,例外豁免”的原则。为了同这些规定有效地衔接,建议在修改后的行业立法内明确具体豁免的范围。比如修改电力法时,明确促进全国联网,对电网公司和配电公司的垄断市场结构予以豁免,保护合法垄断地位,禁止非法垄断行为。

其次,典型垄断行为的禁止。如上所述,送审稿没有规定禁止限制竞争协议的兜底条款,不利于规制明确列举之外的其他限制竞争协议;没有明确禁止内部业务交叉补贴行为,使得将电力行业内的竞争业务与垄断业务剥离,实现“输配分离”、“主辅分离”,克服内部业务交叉补贴行为失去了最根本的法律支撑;在滥用市场支配地位的规定中没有包括拒绝互联互通,但实际上这正是电网公司滥用市场优势最主要的表现形式之一,这就使得全国联网的实现失去了反垄断法依据。交叉补贴、拒绝互联互通是其他传统自然垄断行业中普遍存在的垄断行为,尽管可以在电力法等各个行业部门法中分别做出规定加以弥补,但这样无疑会增加立法成本,不利于对此类垄断行为的普遍规制。建议对此加以补充。

再次,反垄断法执法机构与行业监管机构的权限配置规范。如上所述,反垄断法执法机构与行业监管机构应以共同管辖为原则,专有管辖为例外。为了限制行业监管部门依据特别法排除反垄断机构的审查权,结合其他学者的研究,本文建议应当在反垄断法中增加规定:全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律中规定有关行政机关对相关行业的反垄断事项拥有监管职权的,该行政机关依该法规定行使职权,制止垄断行为,维护公平和有效竞争。反垄断机构依据反垄断法对上述行业的反垄断事项行使职权。反垄断机构为实施本法而认为必要时,可以听取有关行政机关的意见,也可以要求有关行政机关提供必要的调查和资料。反垄断机构为确保本法规定的行政措施的执行,认为必要时,可以要求有关行政机关提供必要的协助。^[44]

最后,反垄断法与行业立法冲突的协调规范。反垄断法与自然垄断行业立法之间冲突的协调,根本宗旨是保证反垄断法适用范围的权威性,排除行业立法随意否定反垄断法适用的可能。参照相关国家和地区的立法经验,反垄断法中可规定如下条款:全国人民代表大会及其常务委员会通过的其他法律中对具体行业的垄断行为有特别规范的,对具体行业的垄断行为优先适用该法律,但该法律的优先适用以不与反垄断法的立法意旨相冲突为前提。其他法律对具体行业的垄断行为未做规定或规定不明时,适用反垄断法。^[45]

(二)在行业立法层面

已有的自然垄断行业立法及相关法律多是垄断经营的市场结构的产物,规制行业有效竞争的制度严重缺失。为此,相关的行业立法必须从理念和制度上进行重构。

1. 确立促进有效竞争的立法宗旨

现行行业法律规范立法理念多是为了保证国家基础设施的安全,而不是为了规范产业中各主体的行为,缺乏对各种垄断行为的规范和制约。是故,相关行业法律的修改和制定首先应调整立法理念,以打破垄断、引入竞争为宗旨,对此,可在总则中明确,立法目的是要逐步建立统一、开放、竞争、有序的市场。

首先,为打破区域垄断和地方封锁,确保行业立法的权威性、完整性,就需要对行业相关立法的级

[44] 参见史际春,肖竹:《〈反垄断法〉与行政立法、反垄断机构与行业监管机构的关系之比较研究及立法建议》,《政法论丛》2005年第4期。

[45] 同上文。

别做相应调整,提高立法层次,由最高立法机关制定并以基本法律的形式体现,立法权限也仅限于中央层次,禁止各地方通过地方性法规对其所辖范围内的垄断行业企业进行监管,从而在全国范围内建立一个统一实施的法律体系。其次,为了克服部门垄断,要最大限度地防止行业主管部门主导相关立法的倾向,而由人大常委会组织包括政府部门、相关行业的技术专家、法学家、律师、经济学家、企业和消费者代表等在内的专业工作委员会制定法律,提高立法的技术性。

2. 构建实现有效竞争的法律制度

(1) 准入规则

在自然垄断行业引进竞争机制,首先要精心设计一种市场准入控制和有效监管下的合理的市场结构。对需要规模经营的网络业务等,要实行严格的市场准入禁止,维护其垄断地位。对竞争性业务环节,则要就其进入和退出进行激励和引导。如电力建设需要一定的周期,电源建设项目的启动到正式运行往往需要几年的时间,而且投资规模相对较大,为了在竞争性原则的要求下实现经济效率,防止过度进入,就需要每年度发布电源建设总量和电源结构布局以及区域分布信息,引导投资者通过竞争获取建设资格。

(2) 传输服务规则

传输网络往往是唯一的高速公路,具有自然垄断的特性,既要保证其高效、稳定的运行,又要防止其滥用垄断地位,确保所有使用者获得平等接入机会、支付公平的使用价格。因此,在严格监管的前提下,必须制定一套完整的网络传输服务规则,包括接入条件;传输费用、互联互通、系统的扩建和改造规则;安全运行规则;独立的调度规则;结算规则等。

就电力行业而言,还包括具有弱自然垄断性的配电网络,对其规制以实现其适度的垄断结构和有效竞争为目标。即在允许配电公司具备一定垄断结构的前提下,逐步实现输配分离:从独立核算到彻底分开;从批发竞争到零售竞争,实现配电领域的竞争。而且因为配电公司可能拥有竞争性零售商,还必须为其制定避免其滥用垄断优势地位和交叉补贴的行为准则。为了保护用户的利益,还应制定由配电公司为那些不愿意选择供电商的用户提供默认服务的规则。

(3) 零售逐步放开规则

电力等自然垄断行业终端产品的销售环节要引入竞争,但这比一般零售行业复杂得多,需要详细的规则指引。由于全面的零售准入需要设备,更需要时间,因此可以首先建立一个竞争性的批发市场,确定买者(指配电公司和大用户,因为这些买者虽然在数量上仅占小部分,但购电量却占社会总电量的绝大部分),为其分别安装计量和计费设施。过去将成本高的高峰时段电价和成本低低谷时段电价进行平均处理,显然不利于竞争,为了保证产生足够的需求响应,还应对大部分负荷采用分时计量计价,让电价水平真正反映成本的变化。

(4) 竞争性价格形成规则

价格结构扭曲导致的不合理价格水平已经成为影响市场秩序、制约垄断行业发展的重要因素,必须改变传统的价格形成机制:由市场形成竞争性环节产品、服务的价格;对于垄断环节的价格则要进行严格监管,包括合理的价格监管目标、模型的确定,借鉴国外目前较为流行的最高限价的做法;垄断行业终端产品的价格从近期来看应受最高限价的约束,从长远来看仍应由市场机制来形成。竞争性价格体系的形成,可以降低垄断高价、交叉补贴的可能性。

就电力行业而言,必须对电力法中“电价与电费”一章做较大的修改。现行电力法只规定了发电环节电价和销售环节电价,而缺乏输配环节电价,电网经营价格在电价中没有得到合理的价值体现。新的电力法将电价区分为上网电价、输电电价、配电电价和销售电价,首先改变了上网电价和销售电价均由政府审批核准的电价管理模式,在发电环节引入竞争机制,竞价上网,形成市场竞争。其次,对

输电电价,理论上应由三部分构成:输电使用费、联网费和输电接入网费。^[46]第三,对配电电价,在竞争性批发市场模式存在因而具有直供大用户时,可以是配电公司向广大中小用户提供配电服务的价格,但由于此仍属于垄断经营,因此价格应受到政府直接监管,可以采取固定费(合同价格)加变动费(边际增加用电量的价格)的形式。第四,销售电价是大用户、配电公司以及最后的零售准入完全放开的情况下参与选择零售商的中小用户购买电力的价格,它应在上网电价、输电电价、配电电价的基础上形成,并建立与各环节电价联动的机制。

综上所述,自然垄断行业的反垄断法适用,目的既非取消垄断,亦非限制竞争,而是实现垄断和竞争两种经济力量在相关市场上的合理配置;既有对市场结构的调整,也有对市场行为的规范;最终则落脚于有效竞争的实现。这一点对于以电力行业为代表的各自然垄断行业的改革至关重要。

Abstract: There have been many disadvantages arising from exempting natural monopoly industry from application of antitrust law. The development of the theories in economics and antitrust law provides comprehensive practical and theoretical bases for antitrust law application in this industry. However, the application should follow the principle of "general applicability, exemption exception" and "cost effectiveness", applying different business to different strategies on the premise of unity of coordination.

Keywords: exemption system, effective competition, abuse of a dominant position

[46] 输电使用费,主要根据系统的电力损耗和阻塞成本确定,是对短期输电用户收取的短期输电成本。联网费,主要用于长期成本的回收。输电接入网费,主要用于回收输电使用费和联网费没有涵盖的其他获准发生的成本。参见前引[37],萨莉·亨特书,第174页以下。