

中国电信、中国联通 涉嫌垄断案的再思考

王晓晔*

目次

- 一、电信和联通是否在中国宽带入网市场占支配地位
- 二、中国电信和中国联通是否存在滥用行为
 - (一) 价格歧视
 - (二) 价格挤压问题
- 三、被告企业应当承担的法律后果
- 四、关于承诺的思考
 - (一) 被调查企业提出了“承诺”
 - (二) 反垄断执法机关接受了中止调查的申请
 - (三) 关于中国《反垄断法》第 45 条“承诺”的思考
- 五、结束语

关键词 电信 联通 宽带 反垄断

2011 年 11 月 9 日央视《新闻 30 分》报道,国家发展和改革委员会(下文简称国家发改委)针对中国电信和中国联通涉嫌在中国宽带入网市场的垄断行为正在展开调查。^{〔1〕} 反垄断执法机关对这个案件的基本看法是,中国电信和中国联通利用宽带入网市场的支配地位,对竞争对手收取高额的人网费,严重影响了宽带入网市场的公平竞争。如果此案证据确凿事实成立,依据《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第 47 条的规定,违法企业得被处以上一年度营业额 1%-10%的罚款,这两个企业有可能遭受数亿至数十亿的罚款。^{〔2〕} 央视这一新闻报道已经过去一年多

* 湖南大学教授,国务院反垄断委员会专家咨询组成员。本文纯属作者个人观点。

〔1〕 参见 2011 年 11 月 9 日 12:28 CCTV《新闻 30 分》视频:发改委调查中电信和联通宽带垄断问题,见 <http://video.sina.com.cn/p/tech/t/v/2011-11-09/122861555091.html>,最后访问时间 2013-01-21。

〔2〕 同上。

了。这期间除了被调查企业向国家发改委递交了中止调查的申请并且承诺进行整改外,案件尚无重大进展。^{〔3〕} 2012年底国务院反垄断委员会专家咨询组召开的“中国竞争政策论坛”上,国家发改委价格监督检查与反垄断局负责人谈及这个案件时说,“电信、联通两家提交了整改报告,并在互联互通方面取得了较大的进步,但这不意味已经结案,发改委反垄断局前几天还给双方发去了函件,要求其继续保持”。他还说,国家发改委对这一案件的调查得到了国内外的高度肯定,发改委反垄断局“不是杀鸡给猴看,而是打老虎、办大案,办案才是硬道理”。^{〔4〕} 这个表态说明反垄断执法机关不会让这个案件轻而易举地不了了之。这里我想结合欧盟的德国电信案,谈谈对这个案件的看法。毫无疑问,本案中涉嫌垄断的中国电信和中国联通都是中国电信业的大企业,这个案件在性质上涉及滥用市场支配地位。作为滥用性的案件,本文讨论以下几个问题:第一,中国电信和中国联通是否在中国宽带入网市场占支配地位;第二,如果占支配地位,它们在宽带入网市场的价格行为是否构成滥用,违反《反垄断法》;第三,如果违反《反垄断法》,两企业应当承担什么法律责任;第四,尽管本案中接受承诺的解决方案已经明朗,本文还要讨论这个案子是否应当接受承诺。最后是本文的结论。中国电信和中国联通案是中国反垄断执法机关针对国有大企业进行认真调查的第一案。这个案件最大的引人之处是,它不仅检验了中国《反垄断法》对国有大企业的效力,而且也是检验中国经济体制的试金石。

一、电信和联通是否在中国宽带入网市场占支配地位

认定企业是否占市场支配地位,其前提条件是界定相关市场。本案中相关市场的相关服务无疑是宽带入网,或者被称为互联网接入服务(internet service provider,以下简称ISP)。因为提供入网宽带的企业是在提供一种基础设施,即提供与线路相关的电信设施,提供互联网接入服务的企业具有自然垄断性,而且相关地域市场是全国性的。中国电信和中国联通是否在互联网接入服务(ISP)市场占支配地位,人们有不同的观点。一种观点是,中国有很多ISP,即除了涉案的两家企业,还有互联网骨干网经营企业包括中国移动、中国铁通以及中国教育和科研计算机网网络中心等,此外还有转租的增值电信企业,如长城宽带、歌华等。因为有众多企业开展竞争,中国电信和中国联通不占市场支配地位。^{〔5〕} 另一观点是,中国宽带入网市场尽管有众多ISP开展竞争,但它们之间的竞争不在同一水平上。中国电信和中国联通是强势ISP,其他ISP是通过批发中国电信和中国联通的宽带才能进入互连网络和向其用户提供互联网服务,因此,中国电信和中国联通在中国的宽带入网市场占支配地位。

我认为,中国电信和中国联通在本案中占市场支配地位毋庸置疑。因为根据国家发展改革委价格监督检查和反垄断局所掌握的数据,中国95%的互联网国际出口宽带、90%的宽带互联网接入用户和99%的互联网内容服务经营者都是从中国电信和中国联通进行宽带接入,中国电信

〔3〕 中国电信承诺,五年内公众用户上网单位带宽价格下降35%左右;中国联通承诺,积极配合其他骨干网运营商,进一步提升互联网互联互通质量,进一步下调公众用户上网单位带宽资费水平。见 <http://ccnews.people.com.cn/GB/17403802.html>,最后访问时间2013-01-21。

〔4〕 《发改委称宽带反垄断案未结案:电信联通仍遭监督》,载新浪科技,2012年12月11日,见 <http://tech.sina.com.cn/t/2012-12-11/01507873729.shtml>,最后访问时间2013-01-21。

〔5〕 参见晓雅、杨扬:《混淆视听,误导公众?——驳央视对电信、联通涉嫌价格垄断的报道》,载《人民邮电报》2011年11月11日第1版。

和中国联通在中国 ISP 市场上构成双寡头垄断。不仅如此,考虑到中国电信和中国联通各自在中国南部和北部提供宽带入网服务,它们的宽带基础设施基本相互独立,互联互通程度不高,它们也可在各自地域范围被视为垄断性企业。据 2011 年 11 月 9 日央视《新闻 30 分》的报道,中国电信和中国联通之间的直连宽带为 261.5 G,仅占两公司拥有国际出口宽带 1 078 G 的 24.3%;从互联的质量看,两公司 2011 年 1-9 月互联时延为 87.7-131.3 ms,丢包率 0.2%-1.9%,均不符合原信息产业部《互联网骨干网间互联服务暂行规定》时延不得高于 85 ms、丢包率不得超过 1%的要求。^[6]这说明,中国电信和中国联通二者之间未实现充分的互联互通。这种情况下,本案中的相关市场相当程度上也是区域性的,即两家电信企业在各自相关地域市场几乎占百分之百的份额,从而可被视为两个垄断性的企业。

二、中国电信和中国联通是否存在滥用行为

根据 2011 年 11 月 9 日央视《新闻 30 分》,反垄断执法机关基本查明,被调查企业涉嫌违反《反垄断法》的行为主要是价格歧视。^[7]然而,本案中涉嫌垄断的行为除了价格歧视,还有价格挤压。

(一) 价格歧视

国家发改委认为,中国电信和中国联通对有竞争关系和没有竞争关系的 ISP 给出了不同的宽带入网价,即与有竞争关系的中国移动、中国铁通等大型 ISP 的交易条件是 100 万/G.月,而且这些交易须经集团的审批,并且须在北京、上海、广州的指定点进行接入;对一些没有竞争的中小型 ISP 的接入条件是 20-30 万/G.月。

对反垄断执法机关的这一指控,有人用 100 平方米房子的房价在北京和上海可以相差 40 万作比喻。他们说,这些不同的价格是因为受市场调节,所以合理合法。还有学者提出,企业的价格行为必须考虑机会成本,即必须考虑利润,因此这两个企业的价格行为是合法的。然而,我认为,这里不仅要考虑企业的自由定价权,更要考虑市场竞争秩序的问题。

在市场经济条件下,企业一般都有自由定价的权利。然而,如果企业占市场支配地位,它们的市场行为包括某些情况下的价格行为就必须受《反垄断法》的管制。这是因为当企业占市场支配地位,其一方面容易凭借其市场势力剥削消费者,另一方面也容易凭借其市场势力排除限制竞争,妨碍其他企业进入市场,它们在《反垄断法》中就会受到特别的管制。这也即是说,当企业占市场支配地位,也即是当其交易对手在市场上没有选择权的情况下,它们的市场交易行为不能一概适用合同自由原则,也不能一味考虑机会成本。中国《反垄断法》的第三章就是关于禁止“滥用市场支配地位”的规定。其他国家和地区的《反垄断法》也有相似规定,如欧盟委员会依据欧盟竞争法的规定,在 2004 年认定微软公司滥用市场支配地位,^[8]在 2009 年认定英特尔公司滥用市场支配地位,^[9]并对这些企业的违法行为做出了相应的处罚。

[6] 据 2011 年 11 月 9 日 12:28 CCTV《新闻 30 分》视频的报道,这些数据来自国家工业和信息化部。

[7] 参见前注[1]。视频中,国家发改委价格监督检查与反垄断局副局长李青指出,“在互联网接入这个市场上,中国电信和中国联通合在一起占有三分之二以上的市场份额,肯定是有市场支配地位的。在这种情况下,它们就是利用这种市场支配地位,对于跟自己有关竞争的竞争对手,它们给出高价,而对于没有竞争关系的企业,它们给出的价格就要优惠一些,这个在反垄断法上叫做价格歧视”。

[8] <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/microsoft/index.html>, last access 2013-01-21.

[9] <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/intel.html>, last access 2013-01-21.

当然,占市场支配地位的企业有权为其各种限制竞争行为做辩护。本案中,中国电信和中国联通可以对其在宽带入网市场存在的“批量大价高和批量小价低”的情况,通过举证说明其正当性。然而,因为占市场支配企业的价格歧视会严重损害市场竞争,它们所要证明的合理性和正当性必须是重大的,且有实质性的意义。如果有证据证明,企业为维护自己在互联网接入市场的支配地位和竞争优势而对竞争对手采取不利的价格条件,排除、限制竞争的意图十分明显,这个价格歧视可被认定是滥用行为。

国家发改委价格监督检查和反垄断局曾对北京光环新网数字技术有限公司、北京首信网创网络信息服务有限责任公司、北京电信通电信工程有限公司、北京互联网络科技有限公司和中电飞华电力线通信技术有限公司等5家ISP做过调查,它们都在多个城市有中国电信、中国联通和中国教育网的网络接入点,是宽带接入市场的二级运营商,其中最大的企业是北京电信通电信工程有限公司。据调查,该企业从中国联通获得宽带的批发价是150万/G.月,远远高出其他公司与中国联通的交易价20-30万/G.月。尽管北京电信通电信工程有限公司与中国联通交易的宽带批发价奇高,但它不能从中国联通多获得几个G的宽带容量,被告知的理由就是它与北京联通存在竞争关系。^[10]这说明,中国联通对竞争对手收取高价的行为不是出于经济核算或者经济效益,而是出于限制竞争的目的。

(二) 价格挤压问题

本案中,即便中国电信和中国联通的宽带批发采取了统一价格,这个价格仍可能违反《反垄断法》。因为在中国电信和中国联通既做宽带批发又做宽带零售的情况下,即当它们对自己客户可以直接提供互联网的服务时,如果其宽带批发价大大地高于零售价,那些通过批发宽带而提供互联网服务的ISP就完全没有利润空间,从而不得不退出市场竞争。本案中,中国电信和中国联通给ICP网站用户的接入价一般是10万元/G.月,甚至低至3-5万元/G.月,给与其有竞争关系的ISP一般是20-30万元/G.月,有些甚至达到150万/G.月,其结果就是绝大多数的ISP被迫退出市场,从而导致中国电信和中国联通在中国南部和北部形成对ISP最终用户独家垄断的局面,导致消费者没有选择互联网服务的权利。北京邮电大学阚凯力教授曾向媒体说明中国电信和中国联通在作为骨干网运营商的同时又发展自己的宽带用户存在的问题。他说,中国电信和中国联通给自己的大客户例如银行的宽带“零售价”只是一些中小型ISP的宽带“批发价”的几分之一,这使得宽带的批发价高于零售价;迫于成本压力,一些二级运营商无法通过降价与电信和联通开展竞争,这样两家骨干网运营商就可以达到垄断市场的目的。^[11]

在竞争法中,如果占市场支配地位的企业通过批发和零售同时在上下游两个市场开展经营活动,其高批发价和低零售价挤压了下游市场与其相竞争企业的利润空间,排除、限制竞争,这样的价格行为被称为“价格挤压”(Margin Squeeze)。2003年5月,欧盟委员会对德国电信(DT)做出决定,认定DT的价格挤压行为是滥用市场支配地位,违反欧共同体条约第82条。这是一个涉及宽带入网价的案件,其背景是DT作为德国电信网络基础设施(该案中的上游市场)的垄断者,同时参与电信下游市场的竞争,向最终消费者提供模拟电话、ISDN、ADSL以及其他各种电信服务。在这个案件中,尽管DT也对竞争对手开放宽带网络,但其宽带批发价大大高于零售价,即高于DT对自己直接用户收取的价格,其结果就是宽带批发商在与DT竞争的下游市场不能抵销成本。

[10] 钟晶晶:《发改委否认宽带垄断案和解,称已获得核心证据》,载《新京报》2011年11月22日B03版。

[11] 同上。

这即是说，宽带批发商从其客户收取的费用（由于存在竞争，这个费用不得高于 DT 向其直接客户收取的零售价）减去向 DT 支付的宽带批发价，其所得是一个负数，DT 从而被指控存在价格挤压。^[12]

DT 向欧洲初审法院申诉，要求法院推翻委员会的决定，其理由是它作为被监管的企业，不能避免其批发价和零售价之间存在价格挤压。法院的观点是，尽管 DT 的宽带批发和宽带零售存在政府监管，但在宽带零售方面，政府只规定了最高限价。这也即是说，DT 在遵守政府价格监管的同时，它在宽带零售价方面有一定的自主权。法院认为，在该案中，DT 完全可以通过提高零售价的方式避免价格挤压，但它偏偏滥用自己的定价权，制定了一个大大低于最高限价的零售价，从而导致对宽带批发商的“价格挤压”。法院还认为，价格挤压是排除竞争，而且排除竞争的意图非常明显，以至于欧盟委员会不需要举证证明。^[13]

上述德国电信案与中国电信和中国联通在中国宽带入网市场涉嫌垄断的案情非常相似。两个案件的不同之处只是，DT 的宽带批发价是德国电信监管机构规定的，DT 与其直接客户交易的零售价是由德国电信监管机构规定了最高限价；而中国的电信监管机构只是对中国电信和中国联通规定了宽带批发的最高限价。这即是说，与德国电信一案相比，中国电信和中国联通在宽带入网定价方面比德国电信一案的 DT 有更大的自主权。欧盟法院的判决指出，德国电信的宽带批发和宽带零售受到政府监管的事实不能解除它必须遵守欧共体条约第 82 条的义务。即在这个案件中，尽管德国电信的宽带定价依据监管机构的规定是合法的，即批发价是一个固定价格，零售价没有超过最高限价，但是这个价格挤压严重地排除、限制竞争，这个行为就是违法的。法院判决还指出，如果监管机构要求企业限制竞争，企业对其限制竞争的行为没有责任；然而，如果法律予以被监管企业一定的自由裁量权，即它们一定程度上可自主决策，这些企业就不能从竞争法得到豁免。在该案中，德国电信本来可以通过提高宽带上网（ADSL）的零售价来避免价格挤压，但它没有这样做。这种情况下，德国电信违反欧共体竞争法的行为就不能以“国家行为”或者“政府监管”为由而得到豁免。^[14]

三、被告企业应当承担的法律后果

宽带是互联网服务市场竞争的平台，宽带进入已成为竞争法的一个热点问题。中国电信和中国联通一案能否在中国反垄断执法中成为一个具有里程碑意义的案件，这取决于执法机关的最后决定。如果执法机关经过调查，没有发现被调查企业的违法证据，案件当然应当不了了之。然而，如果执法机关认定中国电信和中国联通违反了《反垄断法》，这个案件就不能不了了之。道理很简单，这个案子是涉及国有大企业的第一案，它不仅对国有大企业有很大影响，对在华跨国公司有很大影响，而且在国际上也有很大影响。

如果反垄断执法机关经过调查，认定中国电信和中国联通在宽带入网市场排除、限制竞争，它有权依据《反垄断法》第 47 条，责令企业停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额 1% 以上和 10% 以下的罚款。根据《反垄断法》第 49 条，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，

[12] Commission Decision of 21 May 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579—Deutsche Telekom) OJ 2003, L 263/9.

[13] Case T-271/03, Deutsche Telekom v Commission, Judgment of 10 April 2008.

[14] Ibid.

应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。一般来说,执法机关罚款的金额应当与案件的违法程度成正比,而在考虑案件违法程度时,应当考虑违法的具体情况、企业的规模、企业在违法活动中的责任以及它们与反垄断执法机关合作的态度等很多方面。反垄断执法机关决定罚款金额时,还应考虑当前的罚款对今后案件的影响。例如,世界上很多国家或者地区的《反垄断法》规定了对违法者可处上一营业年度市场销售额 10% 以下的罚款,但事实上还没有任何国家或地区对违法企业的罚款金额达到了 10% 的标准,因为它们必须考虑今后可能出现更为严重的违法情况。

当然,反垄断执法机构也应考虑各种可能减轻行政处罚的情况。我国《行政处罚法》第 27 条规定,当事人有下列情形之一的,应当依法从轻或者减轻行政处罚:主动消除或者减轻违法行为危害后果的;受他人胁迫有违法行为的;配合行政机关查处违法行为有立功表现的;其他依法从轻或者减轻行政处罚的。第 27 条还规定,违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,不予行政处罚。本案中涉嫌违法的行为在性质上无论如何都不能算作“轻微”,也并非“没有造成危害后果”,因为中国电信和中国联通 2010 年 8 月进行的“清理违规宽带接入”^[15]活动,曾导致铁通、广电等很多用户被断网。此外,这一涉嫌违法行为的时间也不算短,即便从 2010 年 8 月起算,它历经的时间也有一年多。

我认为,本案的特殊情况是,它涉及的电信业是一个被监管的行业,即中国电信和中国联通的宽带接入价格一定程度受到政府的监管。因为存在价格监管,被监管的企业很容易产生误解,以为它们的价格行为只要不违反行业监管就是合法的。欧盟委员会在德国电信案中考虑到了德国电信的宽带批发价和宽带零售价受到德国政府监管的事实,从而将政府监管作为一个减轻责任的条件,对德国电信的罚款减少了 10%,即从应当收取的 1400 万欧元减至 1260 万欧元。

根据中国反垄断执法机关掌握的信息,中国电信在互联网接入方面的收入一年大约 500 亿,中国联通大约不足 300 亿。^[16] 这种情况下,这个案件最后如果违法事实成立,证据确凿,两个企业共计应被罚款的金额是 8-80 亿元。考虑到中国反垄断执法时间不长,中国企业尤其是国有企业的反垄断意识不强,加上两个企业都是被政府监管的企业,借鉴欧盟委员会和欧盟法院在德国电信一案的执法经验,违法者应被处以上一营业年度市场销售额 1% 以下的罚款。

中国学界很多人认为,对国有企业进行罚款没有必要,也没有用,因为这无异于一个人把他的钱从左口袋取出放进右口袋。我认为这种观点不正确。诚然,中国的国有企业不是“现代企业制度”意义上的企业,因为它们与政府的关系和民营企业不一样,例如可以从政府得到很多优惠待遇,包括财政补贴;^[17]但是,现在的国有企业和经济体制改革前的国有企业也不一样,因为它们一定程度实现了“所有权”和“经营权”相分离,不再是计划经济时代的“国家机关”或者“国家工厂”。2008 年颁布的《企业国有资产法》规定,“国家出资企业对其动产、不动产和其他财产依照法律、行政法规以及企业章程享有占有、使用、收益和处分的权利。国家出资企业依法享有的经营自主权和其他合法权益受法律保护”。^[18] 这就确认了国有企业的法人财产权包括物权。2007 年 12 月,

[15] 参见刘方远:《中国电信清理宽带接入潜规则:铁通广电受影响》,载《21 世纪经济报道》2010 年 9 月 6 日第 21 版。

[16] 见前注[1]。

[17] 参见天则经济研究所报告《国有企业的性质、表现与改革》,见 <http://www.china-review.com/eat.asp?id=27374>,最后访问时间 2013-01-21。

[18] 2008 年《企业国有资产法》第 16 条。

财政部和国资委发布的《中央企业国有资本收益收取管理暂行办法》的第9条还规定了国有独资企业上交国家年度净利润的比例：资源型的国企上交10%；一般竞争性的国企上交5%；军工、转制科研院所国企暂缓3年上交或者免交。^[19]这不仅明确了国家股东有向国有企业收取利润的权利，而且也明确了国有企业的营利性，这有助于增强国有企业的活力和竞争力，有助于推动国有企业建立以市场为导向的“现代企业制度”。此外，根据国资委2009年底发布的《中央企业负责人经营业绩考核暂行办法》^[20]，中央企业高管人员的薪酬与企业的经济增长值直接挂钩。依据上述法律法规，国有企业因违法行为而被征收罚款，这对企业不是一个无所谓的问题，更不是一个把钱放在左口袋还是右口袋的简单问题。因为国有企业受到罚款不仅会影响企业形象，同时也会影响企业利润，进而影响企业员工的收入包括企业高管人员和一般人员的收入，这对企业会起到“惩前毖后”的作用，对企业有威慑力。

当然，对于违反《反垄断法》的案件，罚款不是最终目的。在中国电信和中国联通一案，人们更为关心的是涉嫌违法的企业如何改正或者消除它们的价格歧视和价格挤压行为，即《反垄断法》第47条规定的“停止违法行为”。这即是说，中国电信和中国联通必须采取措施，切实解决它们因“价格歧视”和“价格挤压”而产生的排除、限制竞争的问题。

四、关于承诺的思考

（一）被调查企业提出了“承诺”

在中国电信和中国联通涉嫌垄断一案，有学者和律师提出，该案可以依据《反垄断法》，通过被调查企业做出承诺的方式来解决。^[21]《反垄断法》第45条规定，“对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。反垄断执法机构决定中止调查的，应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查。有下列情形之一的，反垄断执法机构应当恢复调查：（1）经营者未履行承诺的；（2）做出中止调查决定所依据的事实发生重大变化的；（3）中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息做出的”。

也许得到了学者或律师们的“点拨”，也许因为学习《反垄断法》得到了启示，中国电信和中国联通于2011年12月2日向国家发改委提出了整改和要求“中止”调查的申请。中国电信在其官方网站发布的声明中指出，“中国电信集团公司高度重视并积极主动配合国家发展和改革委员会的调查工作，认真学习了《中华人民共和国反垄断法》等相关法律法规，并对有关价格行为进行了全面自查。通过自查，发现中国电信集团公司与其他骨干网运营商之间的互联互通质量未完全达到相关主管部门的要求，没有实现充分互联互通。同时，在向互联网服务提供商提供专线接入业务方面，价格管理不到位，价格差异较大”。中国电信向国家发改委提交的整改方案有以下四个内容：（1）将尽快与中国联通、中国铁通等骨干网运营商进行扩容；（2）降低与中国铁通的直联价格，

[19] 2007年财政部和国资委发布的《中央企业国有资本收益收取管理暂行办法》第9条。

[20] 国务院国有资产监督管理委员会2009年12月28日发布的《中央企业负责人经营业绩考核暂行办法》，见 http://www.gov.cn/flfg/2010-01/22/content_1517096.htm，最后访问时间2013-01-21。

[21] 参见博客中国的报道：《反垄断观点大交锋》，见 <http://zt.blogchina.com/2011zt/telecomyt/>，最后访问时间2013-01-21。

进一步提升互联互通质量,实现充分互联互通;(3)将进一步规范互联网专线接入资费管理,按照市场规则公平交易,并梳理现有协议,适当降低资费标准;(4)将大幅提升光纤接入普及率和宽带接入速率,五年内公众用户上网单位带宽价格下降35%左右,并立即着手实施。社会各界对中国电信和中国联通的整改方案普遍持欢迎态度,因为考虑到中国当前的宽带上网速度和价格,这些整改方案对消费者无疑是好消息。^[22]

(二) 反垄断执法机关接受了中止调查的申请

据悉,中国电信和中国联通于2011年12月2日向国家发改委提出整改方案和“中止”调查的申请后,国家发改委价格监督检查与反垄断局当天通过媒体向社会予以了证实,并告知其将根据《反垄断法》的相关规定,对两个申请进行审查。^[23]2012年3月13日在国家工商总局消费者权益保护局等主办的座谈会上,国家发改委反垄断局的领导披露,中国电信与中国联通完成了100G的互联带宽扩容,^[24]且承诺进一步降低消费者的上网资费;中国联通进一步承诺:“2012年底,公众用户4兆及以上速率带宽普及率达到50%以上。”^[25]2012年3月28日,国家发改委副主任彭森向媒体表示,对中国电信和中国联通的反垄断调查是一次很好的《反垄断法》的宣传和教育,他希望政府机关、国有企业和其他企业都能从中吸取经验教训,坚持守法经营,促进公平竞争。他还透露,“目前两家企业已经制定了整改方案,并有所行动”。^[26]这方面的最新信息就是本文开始时指出的,国家发改委反垄断局许昆林局长披露,“电信、联通两家提交了整改报告,并在互联互通方面取得了较大的进步,但这不意味已经结案,发改委反垄断局前几天还给双方发去了函件,要求其继续保持”。^[27]国家发改委反垄断执法官员们上述一系列表态说明,中国电信和中国联通案适用了中国《反垄断法》第45条,即执法机关接受了被调查企业的承诺。此外,这一系列表态也告知社会,中国电信和中国联通的整改方案正在按计划实施。

(三) 关于中国《反垄断法》第45条“承诺”的思考

尽管中国电信和中国联通一案将通过接受被调查者的承诺来解决,但这个案件是否应当通过承诺来解决的讨论还可以继续进行。我曾在2011年12月撰文表示,我不赞成本案通过接受承诺的方式来解决。^[28]时隔一年后,我仍然坚持这个观点。理由如下。

[22] 根据国家信息化专家委员会的报告,截至2010年,中国宽带上网的平均速率位列全球第71位,不及美国、英国、日本等三十几个经济合作组织国家平均水平的十分之一。但是,平均一兆每秒的接入费用是发达国家平均水平的3-4倍。参见周宏仁主编:《中国信息化形势分析与预测的报告(2011)》,社会科学文献出版社2011年版。转引自前注[1]视频。

[23] 冯雅:《发改委证实已收到电信联通整改方案与中止调查申请》,载中国广播网,2012年12月2日,见 http://www.cnr.cn/jingji/dujia/201112/t20111202_508869822.shtml,最后访问时间2013-01-21。

[24] 中国电信与中国联通完成100G的互联带宽扩容应属于整改方案的内容,因反垄断调查前,两公司原计划只扩容10G带宽。参见钟晶晶:《发改委披露电信反垄断调查进展》,载《新京报》2012年3月15日B01版。据报道,截止2012年2月,北京电信宣布首批家庭宽带免费提速工程已全部完成,提速后北京电信家庭宽带速率全部达到2M及以上;从2012年2月起,北京联通开始全网宽带免费提速,用户宽带速率将至少提升一档。见网易科技网站相关报道:《北京电信宣布完成首批家庭宽带免费翻倍提速》,见 <http://tech.163.com/12/0219/22/7QLLGN0I000915BE.html>,最后访问时间2013-01-21。

[25] 《彭森谈电信联通反垄断案:一次很好的反垄断法宣传和教育的》,载财经网,2012年3月29日,见 <http://industry.caijing.com.cn/2012-03-29/111783042.html>,最后访问时间2013-01-21。

[26] 同上。

[27] 参见前注[4]。

[28] 王晓晔:《中国宽带入网市场竞争案的主要法律问题》,载《价格理论与实践》2011年第12期。

1. 本案性质上不应当接受“承诺”

中国《反垄断法》第45条关于承诺的规定，完全是借鉴了欧盟竞争法的相关规定。^[29] 这也即是说，接受承诺是反垄断执法机关和当事人双方一致同意的解决反竞争问题的方式。即当反垄断执法机关对企业的反竞争行为启动调查时，如果相关企业同意校正自己的行为，承诺放弃某种行为，或者使市场结构恢复原状，如果执法机关认为企业的承诺可以消除它认为企业行为会给市场竞争带来损害的担忧，它可以做出接受企业承诺的决定。接受承诺的决定有两个法律后果，一是对企业来说，承诺有法律约束力；二是对反垄断执法机关来说，它得放弃以往在这种情况下做出“违法行为”的认定，且不能再对这个行为进行制裁包括做出罚款的决定。承诺如果发生在企业合并的审查中，执法机关可以对合并做出附条件的批准。

承诺是一种解决问题的特殊方式，没有专门的程序。就执法机关来说，它一般采取三个步骤：(1) 对一个行为启动程序；(2) 根据已经有的判断，通告企业的行为存在令人担忧的限制竞争问题，且应说明企业的什么行为存在什么法律问题；(3) 做出决定，决定的最重要内容是，根据企业的承诺，对企业的相关行为不再进行考虑。反垄断执法机关接受承诺的决定中一般有时间限制，其长短取决于案件的具体情形，但这个时间应当足以消除反垄断执法机关对该行为反竞争后果的担忧。决定中的时间过后，如果反垄断执法机关仍然存在担忧，它可以延长这个时间。

《反垄断法》之所以规定“承诺”可以作为一种解决问题的方式，其主要原因是有些反垄断案件花费的时间和费用巨大，但案件的违法性并不十分明显。例如，欧共体委员会从1991年开始调查Irish Ice Cream一案，花费了7年时间才做出了违法的认定。然而被告不服，1998年到欧共体初审法院起诉，要求撤销委员会的决定。欧共体初审法院2005年做出了维持委员会的决定的判决。^[30] 这说明，《反垄断法》需要一种快速解决问题的机制，即它不必要对某些案件进行详细调查，也不需要对这些案件进行准确性，只是根据当事人的承诺就可以结束案件。这样的机制对企业和反垄断执法都是好事：一是可节约时间；二是可节约诉讼成本，“承诺”制度就是应这种需求而产生。

可以想见，在执法机关基本认定存在违法行为的情况下，被调查企业一般都渴望通过“承诺”解决案件。因为这不仅可以快速解决某些事实的、经济评估的或者法律的争议，而且在这种情况下，执法机关不能认定涉案企业的行为是违法的，企业不仅可以避免其形象受到损坏，不会被征收罚款，而且因限制竞争行为受到损害的企业也没有机会依据执法机关的违法认定要求损害赔偿，这在经济上的好处是巨大的。这种情况下，人们就应当考虑，反垄断执法机关在什么情况下可以接受当事人的承诺，什么情况下不能接受承诺。

一般来说，反垄断执法机关应当衡量，通过接受承诺早日终止违法行为和由此节约的费用和时间等方面的好处是否大于因做出违法决定而产生的好处，例如伸张法律正义、谴责违法行为、体现《反垄断法》的威慑力、要求违法者返还不当得利、制裁违法者、推进民事损害赔偿等等。欧共体

[29] 欧共体理事会2003年第1号条例第9条规定，“委员会打算做出制止违法行为的决定时，如果相关企业做出承诺可以解除委员会对之初步判断中所表明之忧，委员会可做出决定使这些承诺对企业具有约束力。这个决定可适用于某个特定期间，其结论是委员会再没有理由对之采取行动。委员会可基于请求或根据自己的调查，在下列情况下重新启动程序：(a) 据以做出决定的事实有实质性的变化，(b) 企业违背其承诺，或者(c) 决定是基于当事人提供的不完整、错误或者误导性的信息而做出的”。

[30] Ice Cream Judgment-CFI Upholds Commission Decision, <http://www.thefreelibrary.com/Ice+Cream+Judgment+-+CFI+Upholds+Commission+Decision.-a0121510408>, last access 2013-01-21.

委员会第1/2003号条例第13个鉴于条款规定：“承诺决定不适宜于委员会打算进行罚款的案件。”^[31]这即是提醒委员会，不要因为接受承诺而损害了欧盟竞争法在制裁违法行为方面应起的作用。卡特尔案件一般不能接受承诺，严重的滥用市场支配地位的行为也不应当通过接受承诺的方式来解决，因为过度的承诺会损坏《反垄断法》的效力，损坏反垄断执法的威慑力。

就中国电信和中国联通一案来说，正如本文前面指出的，反垄断执法机关已经进行过调查，且掌握了被调查者违法行为的确切证据；另一方面，鉴于中国电信和中国联通在中国宽带入网市场的垄断地位，它们的限制竞争不仅有着明显的违法性，而且对相关企业已经造成了严重损害。^[32]这即是说，这个案子在性质上不宜通过接受承诺的方式来结案。换句话说，接受承诺的解决方案对这个案子存在以下不合理之处：第一，在案子基本查明的情况下，接受承诺不会降低执法机关对案件调查的成本和费用；第二，在案件的违法性可以认定的情况下，执法机关不能对案件做出违法认定，不能谴责违法行为，不能制裁违法者，不能推进反垄断民事诉讼，受害人得不到民事损害赔偿；第三，被调查企业的“承诺”没有提供明确和有力的措施，以消除因滥用行为对社会和其他企业造成的损害。中国电信2011年12月2日的整改声明使用的措辞是“尽快与…扩容”、“降低与…直联价格”、“进一步提升互联互通质量”、“进一步规范…接入资费管理”、“适当降低资费标准”等等，这些承诺的内容太粗糙，太不明确，反垄断执法机关难以对这些整改方案实施监督和检查。这即是说，反垄断执法机关即便接受被调查企业的承诺，这个承诺也得符合一定的条件。反垄断执法机关不应当在当事人没有诚意的情况下和被告企业进行和解。

2. 接受“承诺”会损害《反垄断法》的效力和权威

中国《反垄断法》自2008年8月1日生效以来，中国电信和中国联通案是第一起涉及国有垄断企业的案件。^[33]如果这个案子能够按照《反垄断法》的规定认真查处，这不仅可以显示《反垄断法》的权威，显示《反垄断法》执法机关的权威，而且可以体现中国“依法治国”方面的进步。

相反，如果这个案子不能按照《反垄断法》认真予以解决，它就会产生负面的影响：首先，这样的处理可能会给国有大企业传递一个错误信号：即案件一旦涉及它们，反垄断执法机关得“从轻发落”，得设法保护它们。特别是在涉及滥用市场支配地位的案件，执法机关得接受它们的承诺，从而不得认定它们的违法行为，不得对它们征收罚款，它们也不用对受害人承担损害赔偿。例如在这个案件中，有律师质问反垄断执法机关：如果《反垄断法》严惩这两个国有大企业，它将来如何对待其他国有大企业？如果国有大企业被列入《反垄断法》惩罚名单，中国的国有经济何在？^[34]显然，按照这个观点，国有企业需要保护，《反垄断法》对国有企业得给予特殊待遇。然而，随之的一个问题是，如果《反垄断法》对国有大企业采取特殊方式，它如何应对其他类型和其他所有制企业的限制竞争？《反垄断法》是一个市场竞争规则，如果这个规则只适用于非国有企业，国家的市场竞争秩序何在？国家如何依法治国？中国政府如何在国际社会督促其他国家承认中国的市场经

[31] 参见《欧共体理事会关于执行欧共体条约第81和82条竞争规则的1/2003号条例》第13个鉴于条款。

[32] 参见前注[15]。

[33] 中国《反垄断法》实施以来，曾有几起涉及国有大企业的案件，但大多不了了之。如2009年中航信[TravelSky (a SOE controlling the distribution of air tickets in the domestic market)]涉嫌操纵机票涨价的案件。参见王毕强、刘伟勋：《涉操纵机票涨价，发改委调查中航信》，载《经济观察报》2009年5月18日第25版。

[34] See, Joy Shaw, “Landmark China antitrust settlement opposed by adviser”, available at Financial Times Website: <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/9faeda3e-37ce-11e1-9fb0-00144feabdc0.html#axzz2E9HsFvLE>, last access 2013-01-21.

济地位？

出于上述考虑，我不赞成中国《反垄断法》和反垄断执法机关对待中国电信和中国联通一案采取软约束。我特别赞成国家发改委副主任彭森先生的观点，即中国电信和中国联通的反垄断调查应当是一次《反垄断法》的宣传和教育，特别是使政府机关、国有企业和其他企业从中吸取经验教训，坚持守法经营，促进公平竞争。我非常欣赏国家发改委反垄断局许昆林局长对待《反垄断法》和反垄断执法的态度：反垄断执法是要“打老虎，办大案，办案才是硬道理”。的确，没有严格执法，《反垄断法》就不可能有效力、有权威，反垄断执法也不会有公信力。

五、结束语

本案最终的结果看来就是执法机关接受被调查企业的承诺。但我认为，这不是执法机关的本意，而是在当前的体制下，执法机关承受了太多不该承受的压力。^[35] 特别是因为中国反垄断执法机关的地位还不够高、独立性还不够强、权威不够大，它的执法工作不可避免地会受到各种干扰，特别是来自上级部门和其他政府部门的干扰，甚至还受到社会舆论的影响。中国反垄断执法当前存在不能对案件独立裁决的问题是很正常的，因为中国毕竟是一个从计划经济向市场经济转型的国家，国企还在不同程度上受到政府的保护。另一方面，中国《反垄断法》实施不足5年，执法队伍非常年青，加上《反垄断法》本身存在很多不完善的地方，例如第45条没有明确规定反垄断执法机关接受被调查企业承诺的条件，这就使案件存在非常大的不确定性。

中国电信中国联通案是中国反垄断执法机关迄今对国有大企业涉嫌垄断行为进行了认真调查的第一案。这个调查足以说明，中国《反垄断法》对待国有大企业不是一只没有牙齿的老虎，从而大大提升了国家发展改革委员会反垄断执法机关的地位。这个调查事实上也富有成效，因为即便中国电信和中国联通向反垄断执法机关提出的整改方案尚未得到社会认可，但它们过去那种肆无忌惮地排除、限制竞争的行为有所收敛，宽带入网市场的竞争有了改善，消费者得到了一定好处。更重要的是，这个案件也给国际社会传递了一个信号：在不断深化以市场为导向的经济体制改革的进程中，中国《反垄断法》执法的明天更美好。

（责任编辑：李迎捷）

[35] 反垄断执法机关显然不愿意本案通过“承诺”来解决。2011年12月，国内媒体沸沸扬扬报道中国联通和中国电信的反垄断调查案可能中止的时候，国家发改委反垄断执法机关的有关负责人表示，反垄断局在加紧对案件进行调查，而且获得了详细证据，证明联通公司对与其有竞争关系的企业采取了价格歧视政策。参见前注[10]。