

理想与现实中的中国反垄断法

——写在《反垄断法》实施五年之际

王先林*

目次

- 一、艰难的出台：千呼万唤与充满争议
- 二、五年的实施：强烈期待与差强人意
 - (一) 对反垄断法实施的期待和对其实施效果评价的分歧
 - (二) 我国反垄断法前五年实施的总体情况
- 三、未来的展望：充满挑战与谨慎乐观
 - (一) 解决与《反垄断法》的协调和配套立法问题
 - (二) 完善我国的反垄断执法体制和执法程序
 - (三) 加强和改进我国的反垄断司法并实现其与行政执法的协调
 - (四) 培育和发展我国的竞争文化，促进政府和经营者自觉遵守反垄断法

关键词 反垄断法 理想与现实 法的制定与实施

备受国内外关注的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称“《反垄断法》”)在2007年8月30日通过,自2008年8月1日正式实施,到2013年已经进入实施的第五个年头了。站在这样一个时间节点上,以理想与现实为主题来回顾我国《反垄断法》制定和实施的大致情况并展望其未来,是一件虽有困难但有意义的工作。本文拟就此作一尝试,不揣浅陋,以抛砖引玉,并期待我国《反垄断法》的制度完善和有效实施。

* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。本文是作者主持的2010年度国家社科基金项目“垄断行业反垄断规制体系研究”(批准号10BFX067)中期成果的一部分。

一、艰难的出台:千呼万唤与充满争议

一般认为,以维护自由公平竞争秩序和经济发展活力为己任的反垄断法^[1]是现代各国发展市场经济所不可缺少的,是现代经济法的核心,甚至被一些国家视为“经济宪法”、“市场经济的基石”、“自由企业大宪章”等。“反垄断法是高级的市场经济之法。”^[2]这是因为竞争是市场经济的基本特征和内在要素,市场经济在本质上是竞争性经济,竞争是市场经济最基本的运行机制,而市场本身并不能保证竞争的自由和公平,因此制定和实施反垄断法是现代市场经济条件下国家调节经济的重要方式和职能之一。虽然垄断和反垄断的思想和相关制度的萌芽可以追溯到两千多年前的古希腊奴隶社会和中国封建社会初期,但是现代意义上的反垄断法一般公认是以1890年美国《谢尔曼法》为产生标志的。在此后的一百多年的时间里,反垄断法律制度在世界各国得到普遍的建立和发展。在早期,反垄断法主要集中在发达市场经济国家,成为这些国家保障和促进经济发展的重要政策法律工具。近二三十年来,越来越多的发展中国家也制定和实施了反垄断法,以保障和推动经济的改革和发展。1995年大约有30个国家,如今有120多个国家制定了新的竞争法或者修改了原有的竞争法,还有几个国家准备制定竞争法。^[3]

由于反垄断法以市场经济为其存在的基础,而我国在实行计划经济时期否定、排斥市场竞争,因而没有反垄断法产生的土壤。只有在实行以市场为取向的经济体制改革以来,随着市场竞争机制的引入并发挥越来越重要的作用,我国才相应地产生了从法律上反对垄断、保护竞争的要求,并逐步形成了若干反垄断法律规范。早在1980年10月,国务院就颁布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》,首次提出了反垄断的任务。此后,国家有关法规、法规性文件和规章中又对相应领域内的反垄断问题做了一些规定。以1992年党的十四大确立建立社会主义市场经济体制的改革目标为标志,我国的经济体制改革进入了一个新的阶段,市场竞争机制的地位和作用更为重要,从法律上反对垄断、保护竞争的要求也更为迫切。相应地,在新的基础上也出现了相关的反垄断法律规范。1993年12月1日实施的《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称“《反不正当竞争法》”),其第二章规定的11种应予禁止的不正当竞争行为中就有5种行为属于垄断行为。其他法律如《价格法》、《招标投标法》和《对外贸易法》以及有关行政法规和规章也规定了若干反垄断的内容。

但是,原有的反垄断法律规范零散、不完善,不能适应我国社会主义市场经济进一步发展的需要,迫切需要制定一部统一的和比较完善的反垄断法。这既是现代市场经济的客观需要,也是我国现实情况的迫切需要。反垄断法所维护的是竞争自由,完善的是有效竞争的市场结构,制止的是排除、限制竞争的行为,其对于维护我国的竞争秩序、促进经济发展可以发挥积极的作用。同时,反垄断法的作用不仅表现在通过实际的执行消除已有的非法垄断上,而且还表现在通过潜在的威慑防止产生新的非法垄断上。从长远来看,这后者还是主要的和根本的。正如米尔顿·弗里

[1] 反垄断法在不同的国家或者地区有着不同的称谓。例如,在美国一般称为反托拉斯法;德国的相关立法称为反限制竞争法,又通称卡特法;欧盟和一些成员国称为竞争法(此即狭义上的竞争法);还有叫公平交易法、管制限制性商业行为法等。有关国际组织通常将竞争法与反垄断法通用。

[2] 史际春:《〈反垄断法〉与社会主义市场经济》,载《法学家》2008年第1期。

[3] See, Pradeep S. Mehta, “Why we must bust those air cargo cartels”, at <http://www.financialexpress.com/news/why-we-must-bust-those-air-cargo-cartels/718212/0>, last access 2013-03-03. 最近两年,又有一些国家和地区制定或者修订了竞争法。例如,香港立法会于2012年6月正式通过了《竞争条例》。

德曼所指出的：“反托拉斯法的主要贡献是通过间接作用体现出来的，而不是通过它们的直接执行来反映的。”凯维思(Caves)也认为“反托拉斯法的存在和实施与其说是针对被告发的少数人，不如说是对没有被发现的其他人的行为起到更大的预防作用”。〔4〕此外，对于我国这样一个由计划经济体制向市场经济体制转轨的国家来说，制定和实施反垄断法除了具有维护竞争自由和保护消费者利益的一般作用外，还具有促进经济体制转轨和完善市场结构的特殊作用。这些当然都是应然状态下反垄断法所具有的功能，也是各方面对我国反垄断法寄予的厚望和期待。

事实上，在《反垄断法》出台前的很长一段时间里，我国现实经济生活中就面临着严重的垄断问题，除了经济体制转轨过程中尤为突出的行政性垄断外，纯粹由市场而产生的经济性垄断也有日益明显之势，对经营者和消费者的损害、对市场竞争秩序的危害也越来越明显。因而，在我国制定反垄断法的呼声也非常高涨。经营者和消费者期望反垄断法能够限制公用企业滥用独占地位、行政权力非法限制竞争以及市场主体之间达成卡特尔协议以联合限制产量、划分市场、固定价格等限制正常竞争的行为。例如，针对美国的微软垄断案，当时国内业界就曾感叹国内法律的空白使微软可以拿起有利于微软的知识产权保护法来保护自己的利益，而消费群体和竞争群体却无法对微软的行为提出任何有效的质疑。微软中国公司总经理高群耀之所以敢说美国对微软的判决“对中国没有影响”，正是看到了“你手中没有武器”。〔5〕众多学者更是从理论分析和现实需要上论证我国尽快制定反垄断法的必要性和紧迫性，并提出了相应的立法建议。〔6〕

但是，我国反垄断法的出台之路却非常坎坷，可以说经历了一个非常漫长曲折的过程。自20世纪80年代起，随着我国以市场为取向的改革的深入，关于我国应当制定反垄断法的呼声就日渐高涨，但由于种种原因，直到2007年8月30日我国才出台了《反垄断法》，前后相距达二十年。即使是从1993年《反不正当竞争法》出台算起，也有十四年的时间。因此，说中国反垄断法的出台是“千呼万唤始出来”、“二十年磨一剑”似乎并不过分。这种状况的形成有着多方面的原因。首先是经济体制方面的原因。我国长期以来实行高度集中的计划经济体制，不存在真正意义上的市场，企业也不是市场主体，而只是政府机构的附属物，因而企业之间也没有严格意义上的市场竞争，也就不需要反垄断法。因此，以市场为取向的经济体制改革的进程决定了市场竞争机制发挥作用的程度，也就决定了需要以维护市场竞争机制为己任的反垄断法的紧迫程度。在我国的经济体制改革尚没有进入到一定的阶段时，对反垄断法的内在需求也就难以充分显现出来。其次是观念方面的原因。一些似是而非甚至明显错误的观念在很大程度上影响了我国反垄断立法的进程。例如，有人基于对反垄断法与规模经济之间关系的不正确理解而担心制定反垄断法会妨碍国家鼓励企业合并、将企业做大做强的政策，从而不利于组建一批经济上的“航空母舰”，不利于增强我国企业的国际竞争力，不利于实现规模经济效益。有的更明确指出，我国目前的企业规模不是大了，而是小了。这种观念必然就是反对我国制定反垄断法，至少是不主张现在就出台反垄断法。再次是利益博弈的原因。虽然从总体上讲反垄断法有很多积极的意义，但是并不是任何人在任何时候都喜欢反垄断法的。实际上，一些既得利益集团的不支持甚至阻挠也在一定程度上延缓了我国反垄断法的出台。特别是一些垄断行业既是国有企业，也有管理权力，可以通过多种方式表达其利益诉

〔4〕 转引自吴汉洪：《西方寡头市场理论与中国市场竞争立法》，经济科学出版社1998年版，第97页。

〔5〕 参见段永朝：《微软判决对中国的影响》，载《光明日报》2000年5月17日。

〔6〕 例如王晓晔：《入世与中国反垄断法的制定》，载《法学研究》2003年第2期；王晓晔：《竞争法与经济发展》，载《环球法律评论》2003年第1期；王先林：《借鉴国外有益经验，制定符合我国需要的反垄断法》，载《中国软科学》2000年第1期；王为农：《关于我国反垄断立法的再思考》，载《中国法学》2004年第3期。

求,或者反对这部法律的制定,或者主张本行业在反垄断法中得到豁免。同时,多个部门从自身利益出发争取反垄断的执法权也在一定程度上拖延了我国反垄断法出台的时间。最后是理论分歧的原因。无论是在经济学界还是在法学界,无论是在国外还是在国内,对于反垄断法是否有存在的合理性这一根本问题以及一些具体的制度设计都有着不同的认识,甚至严重分歧。即使在今天,一些受自由派经济学家影响的学者仍然对反垄断法持强烈的批评和排斥的态度。^{〔7〕}对某个具体制度(如行政性垄断规制制度等)是否需要纳入以及其制度设计也存在很多争议。^{〔8〕}这也在一定程度上影响了决策者在我国推动反垄断法的决心,至少是延缓了该法的出台。

我国《反垄断法》在巨大的争议声中最终于2007年8月30日出台了。虽然该法由全国人大常委会以150票赞成、2票弃权(另有1人未按表决器)通过,但是该法内容的合理性和规制力度与人们原先的期待还是有较大差距的。例如,对于反垄断执法机构没有直接加以明确,而只是规定“国务院规定的承担反垄断执法职责的机构(以下统称国务院反垄断执法机构)依照本法规定,负责反垄断执法工作”,而不是学者所普遍津津乐道的由反垄断法直接创设“一个独立、统一和权威的反垄断执法机构”,后来国务院规定的反垄断执法机构竟多达三个;对于管制性产业的监管机构与反垄断执法机构之间的关系,虽然该法在最后通过时删去了原来草案附则中有关行业监管部门在各自监管行业执行反垄断法的规定,但是这个问题本身并不明确,为未来在这些领域的反垄断执法留下了隐患;对于行政性垄断问题,虽然仍然保留了专章规定,但是对滥用行政权力排除、限制竞争行为的调查和责任追究却相对于《反不正当竞争法》的规定没有明显进步,效果难以乐观;对于法律责任,原先的草案中分别规定了行政责任、民事责任和刑事责任,但最后通过时却删除了刑事责任,大大降低了该法对卡特尔等行为的威慑力;对于该法在特殊领域的适用问题,其第7条的规定没有必要,并且容易引起不必要的误解,甚至被一些国企利用来作为其故意不依法从事经营行为的借口;对于反垄断执法程序,该法规定非常笼统,缺少确保程序正当性的一些基本要素;对于弥补反垄断行政执法资源不足的反垄断民事诉讼几乎没作规定,更不谈在当事人举证和法院认定证据等方面的具体规则,相关的实践只有期待最高人民法院的司法解释,而这往往又有司法越权的嫌疑。

以上情况表明,我国反垄断法出台时的现实情况与之前人们对理想化的反垄断法的期待之间有了较大的距离。这既表明立法就是一个各方面利益相互博弈、相互协调的过程,也体现了任何法律都不能超越于特定国家特定时期现实的经济社会条件所施加的制约。

二、五年的实施:强烈期待与差强人意

(一) 对反垄断法实施的期待和对其实施效果评价的分歧

尽管我国《反垄断法》是在争议声中艰难出台的,其制度内容也与理想中的状态有较大的差距,但是人们仍然对该法的实施充满了强烈的期待。这种期待是多方面的,特别是期盼该法的实施能够打破一些行业的国企垄断地位,促进民营企业进入这些行业,并促使原有垄断行业改进服

〔7〕 例如薛兆丰:《商业无边界:反垄断法的经济学革命》,法律出版社2008年版。该书除了正文的论述对反垄断法及其具体制度提出批评外,还在封底引用了多位著名学者批评美国反托拉斯法的论述。例如,米尔顿·弗里德曼说:“反垄断法的害处远远大于好处,所以最好干脆废除它”;R. H. 科斯说:“我被反垄断法烦透了。假如价格涨了,它就说是‘垄断性定价’;价格跌了,它就说是‘掠夺性定价’;价格不变,它就说是‘合谋性定价’。”

〔8〕 参见王先林:《〈反垄断法〉的若干主要争论》,载《检察风云》2007年第22期。

务,降低价格^[9];期盼该法的实施能够限制跨国公司在中国境内实施的垄断行为或者在境外实施但对境内市场竞争产生排除、限制影响的垄断行为,促进境内外企业的公平竞争;期盼该法的实施能够约束行政机关和法律、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,为各类市场主体提供公平竞争的环境。

应该说,这些期待大多是合理的,是反垄断法实施的题中应有之义,也是判断反垄断法实施是否实现其目标的标准。但是,也有一些期待过于理想化或者超出了我国《反垄断法》所规定的范围。其中,期盼我国《反垄断法》能打破铁路、烟草、食盐等领域的垄断局面实际上是这部法律实施所不能承受之重,因为反垄断法并不反对垄断地位或者市场支配地位本身,而且我国《反垄断法》第7条还专门规定“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,国家对其经营者的合法经营活动予以保护”,因此这主要是国家的产业政策或者其他经济政策所解决的问题,需要通过深化垄断行业改革来解决;期待通过反垄断法的实施能让中石化、中石油降低成品油价和国家电网降低电价等也是不切实际的,因为这些产品或者服务目前是实行国家定价的,不是经营者自主的市场定价行为,因此执行这种国家定价行为本身也不受反垄断法调整。^[10]

不管怎样,我国反垄断法的实施就是在这样的强烈期待中艰难起步,在摸索中前行。在该法实施将近五周年之际,不同的人站在不同的角度对其实施的效果有不同的回答,可谓见仁见智。一些人对我 国反垄断法实施的情况感到满意,认为我国反垄断法实施取得了比较好的预期效果;^[11]而另一些人则对我 国反垄断法的实施情况感到失望,希望我国反垄断法能够阳刚起来。^[12]正如《每日经济新闻》的一篇评论文章指出的:“5年前,国家出台了反垄断法,起初给人们很高期望,以为有了这把‘尚方宝剑’,经济领域中的种种垄断现象能够得以减少。但反垄断法几年实施下来的结果,让人们失望,这把剑几乎一直裹在剑鞘里,最多也就是打了几只兔子。”^[13]即使是对于2013年2月贵州省物价局和四川省发展和改革委员会(以下简称发改委)对茅台和五粮液两个白酒企业开出中国反垄断执法史上最大罚单(4.49亿元)的案件,各方面的看法也不尽一致。有的认为这标志着中国反垄断执法正在提速,或将真正成为我国反垄断部门“剑指老虎”的开始;而有的则认为在这种没有必要的案子上面耗费许多人力物力,如果用到其他涉及国计民生的商品上面,会对增进国民福利有用得多。^[14]还有媒体认为,有许多民众对国家发改委这次反垄断处罚不满意,主要有两个原因:一是相比欧美国家,中国在反垄断处罚上力度太小;二是认为,中国白酒企业多达数千家,行业竞争较激烈,而茅台和五粮液算是奢侈品,并不是民众消费的必需品,仅仅处罚贵州茅台和四川五粮液两家企业,有避重就轻之嫌。因为目前中国反垄断最迫切的领域应该是事关民生的必需品,包括中石油、中石化这两桶油、自来水、中国移动、中国联通、中国电信、银行业,甚至包括铁路等令民众“刻骨铭心”的垄断行业,因此希望其反垄断的大刀,挥得更快些,更猛些,

[9] 例如,在我国《反垄断法》通过后,一些媒体反映了不少百姓呼声,期盼该法的实施能够降低与民生直接相关的油价、电价和火车票价等。

[10] 虽然进行价格调控和反价格垄断行为都是国家发改委的职能,但是在其内部也是由不同的部门即价格和价格监督检查与反垄断局分别承担的。

[11] 例如,可参见蒋安杰:《2012中国反垄断民事诉讼突出证据制度》,载《法制日报》2012年5月9日第12版。

[12] 例如,可参见王亦君:《威慑垄断行为还是“镜花水月”——公民起诉垄断企业举证难》,载《中国青年报》2012年5月13日第3版。

[13] 参见邓聿文:《反垄断既要敢打老虎又要精准》,载《每日经济新闻》2013年1月18日第8版。

[14] 参见《中国式反垄断引争议,交叉执法强化部门利益之争》,载《新京报》2013年2月27日B06版。

砍向那些备受消费者诟病的电信、银行、石油等垄断行业。^[15]

由此看来,对我国反垄断法在头五年的实施情况做一个全面、客观、公允的评价确实是不容易的。这除了观察角度和评判立场的差异外,还有一个重要的客观原因。这主要表现在,反垄断法实施的方式和途径有多种,既涉及专门的行政执法即反垄断法的公共实施,也涉及当事人的民事诉讼即反垄断法的私人实施;进一步说,反垄断法的实施不仅体现为反垄断行政执法和反垄断司法,而且还表现为经营者和行政主体自觉遵守反垄断法。而在我国,一方面,相关的反垄断执法机构有多个(至少3个),每个机构的执法特点和进展情况是不一致的,难以进行总体的概括和总结;另一方面,人民法院受理的反垄断民事诉讼数量有限,有的还很不典型,并且到目前为止还鲜见原告胜诉的案件。至于有关主体自觉守法的情形,则更是难以对其做出准确的评估和判断的。但是,这并不妨碍我们在进行必要的梳理和分析后得出大致的结论来。对此,笔者的基本结论是:平淡开局,差强人意,即既没有完全实现人们所期盼的目标,但也不像某些人所说的那样令人失望,可以说初步实现了反垄断法的目标。

(二) 我国反垄断法前五年实施的总体情况

自2008年8月以来,国务院反垄断委员会和三家执法机构先后出台了一系列配套法规、规章和指南,这在一定程度上使得《反垄断法》确立的反垄断制度进一步明确化、具体化,增强了制度的针对性和可操作性。同时,三家执法机构积极稳妥地开展了相关的反垄断执法工作,在案件办理中不断积累执法经验,完善执法机制,使反垄断法由冰冷的书面制度逐步走向了生动的执法实践。^[16] 人民法院也依法受理了反垄断民事诉讼案件,特别是2012年5月8日发布的《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2012]5号)对我国反垄断民事诉讼的开展有积极的促进作用。以下是三家机构和人民法院开展反垄断执法和司法工作的大致情况。

根据国务院的“三定”方案,商务部在反垄断执法中的职责是对当事人依照法定标准主动申报的经营者集中案件进行反垄断审查,其在实施反垄断法中的作用主要体现在防止出现具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中,具体的职能机构是其反垄断局。2008年《反垄断法》实施以来,到2012年底,商务部共收到经营者集中案件642件,立案585件,审结540件。在审结案件中,无条件批准了523件,占了96.9%,附条件批准的16件^[17],禁止的只有1件^[18]。其中,2012

[15] 参见傅光云:《反垄断大刀要砍得更猛些》,载《国际金融报》2013年2月20日第1版。

[16] 国务院反垄断委员会专家咨询组主任张穹同志的评价。参见前注[11],蒋安杰文。

[17] 统计的截止时间是2013年2月底。这16个案件分别是2008年11月18日附条件批准英博集团公司收购AB公司案;2009年4月24日附条件批准日本三菱丽阳公司收购璐彩特国际公司案;2009年9月28日附条件批准美国通用汽车有限公司收购美国德尔福公司案;2009年9月28日附条件批准美国辉瑞公司收购美国惠氏公司案;2009年10月30日附条件批准松下公司收购三洋公司案;2010年8月13日附条件批准诺华股份公司收购爱尔康公司案;2011年6月2日附条件批准乌拉尔开放型股份公司吸收合并谢尔维尼特开放型股份公司案;2011年10月31日附条件批准佩内洛普有限责任公司收购萨维奥纺织机械股份有限公司案;2011年11月10日附条件批准通用电气(中国)有限公司与中国神华煤制油化工有限公司设立合营企业案;2011年12月12日附条件批准希捷科技公司收购三星电子有限公司硬盘驱动器业务案;2012年2月9日附条件批准汉高香港与天德化工组建合营企业经营者集中案;2012年3月2日附条件批准西部数据收购日立存储经营者集中案;2012年5月19日附条件批准谷歌收购摩托罗拉移动经营者集中案;2012年6月15日附条件批准联合技术收购里得里奇经营者集中案;2012年8月14日附条件批准沃尔玛公司收购纽海控股33.6%股权经营者集中案;2012年12月6日附条件批准安谋公司、捷德公司和金雅拓公司组建合营企业的经营者集中案。

[18] 即2009年3月18日禁止可口可乐公司收购中国汇源公司案。

年商务部共收到经营者集中申报 207 件,立案 188 件,审结 164 件,数量基本与 2011 年持平,在审结的案件中,附条件批准 6 件,无条件批准 158 件,无条件批准的案件占总案件额的 96.3%,没有禁止案件。商务部反垄断局的工作透明度也在逐步加强,除了依照《反垄断法》第 30 条的规定将禁止经营者集中的决定或者对经营者集中附加限制性条件的决定及时向社会公布之外,还公开了无条件批准案件的统计信息。其中,2012 年 11 月 16 日公布了 2008 年 8 月 1 日至 2012 年 9 月 30 日审结的 458 件无条件批准案件的统计信息,公开内容包括案件名称、参与集中的经营者等。今后还将按季度汇总公开无条件批准案件相关信息。对于有媒体报道称商务部反垄断审查不透明的问题,商务部新闻发言人沈丹阳表示,这种评论纯属空穴来风,与事实不符。商务部做出的案件决定得到了申报企业的认可和尊重,执法工作得到了社会的广泛认可和积极评价,商务部已经成为全球最重要的执法机构之一。^[19] 目前,商务部在进行经营者集中审查方面受到国内外关注的主要有两个方面:一是到目前为止被禁止和附加限制条件批准的均属外国经营者,并且有些案件是同时接受美欧执法机构审查的,但是审查的结论相差较大,这引起了国外媒体和业界关于中国反垄断法是否专门针对外国企业的猜测和议论;二是所谓的“国企傲慢”问题,因为类似联通、网通的未经过法定经营者集中申报和审查的中央企业合并案并不是个例。^[20]

国家发改委在反垄断执法方面的主要职责是查处价格垄断行为,其职能机构原先是价格监督检查司,自 2011 年 7 月起设立了价格监督检查与反垄断局,并且增加了人员编制(大部分用于充实部分地方的反价格垄断执法机构),并且其对省级相应的机构采取概括或者整体的授权。国家发改委和地方反价格垄断执法机构前三年的执法力度并不大,虽然也调查和处理了一些案件,但是所公布的几起案件多数是认为其违反了《价格法》和《反垄断法》,并且也主要是依据《价格法》和《价格违法行为行政处罚规定》进行处罚的,^[21]很少有完全是依据《反垄断法》进行认定并处理的,并且涉案企业都是中小企业,罚款的数额也很有限。这也难免给人一种中国反垄断执法“只打苍蝇,不打老虎”的印象。但是,自 2011 年底以来,国家发改委的反价格垄断执法的力度有了明显的加强,处理的大案要案逐渐增多,有几起案件引起了广泛关注。一是在 2011 年 11 月 9 日通过中央电视台公开披露对中国电信和中国联通涉嫌在宽带接入领域实行价格歧视的行为进行调查,而中国电信和中国联通于 12 月 2 日同时发布声明称,两公司根据相关法律规定,向发改委提交了整改方案和中止调查的申请,并将认真对有关问题进行整改。本案目前尚没有最后结果,公众对此案的期待比较高。二是 2011 年 11 月中旬,国家发改委价格监督检查与反垄断局向山东潍坊顺通医药有限公司和潍坊市华新医药贸易有限公司开出巨额罚单。由于二者控制复方利血平原料,强迫下游生产企业抬高投标价格,严重破坏了国家药品价格招投标制度,依据反垄断法规定,国家发改委价格监督检查与反垄断局责令两公司立即停止违法行为,解除与盐酸异丙嗪生产企业签订的销售协议;分别对两公司没收违法所得并处罚款总计 687.7 万元和 15.26 万元。^[22] 此案为首起价格垄断重罚案。三是 2012 年上半年,在国家发改委价格监督检查与反垄断局的指导下,广东省物价

[19] 资料来源于 2013 年 3 月 19 日中国新闻网,《商务部 3 月 19 日例行新闻发布会实录(全文)》,见 http://big5.chinanews.com:89/cj/2013/03-19/4656303_2.shtml,最后访问时间 2013-03-23。

[20] 王毕强:《商务部官员证实联通网通合并涉嫌违法》,载《经济观察报》2009 年 5 月 4 日第 1 版。

[21] 例如,2010 年 3 月公布的广西米粉串通涨价案,2010 年 4 月公布的厦门餐具消毒行业串通涨价案,2011 年 1 月公布的富阳市造纸行业协会垄断协议案。均可参见国家发改委网站相应时间段发布的信息。

[22] 具体情况可参见《两医药公司垄断复方利血平原料药受到严厉处罚》,载国家发改委价格监督检查与反垄断局网站,见 http://jjs.ndrc.gov.cn/fjgld/t20120306_465386.htm,最后访问时间 2013-03-20。

局对海砂联盟牵头企业广东宝海砂石有限公司、东莞江海贸易有限公司以及联盟内的主要获利企业深圳东海世纪信息咨询有限公司实施了行政处罚,总计罚款 75.92 万元。其中,对主动提供部分重要证据的广东宝海砂石有限公司,依据《反垄断法》第 46 条第二款规定,按照 50% 幅度减轻罚款,处上年度销售额 5% 的罚款 14.53 万元;对东莞江海贸易有限公司、深圳东海世纪信息咨询有限公司处上年度销售额 10% 的罚款,分别为 13.45 万元、47.94 万元。同时,对参加海砂联盟的其他企业进行了提醒告诫。通过反垄断执法,广东省内的海砂联盟迅速瓦解,海砂价格合理回归,确保了港珠澳大桥填方工程的顺利开展。四是 2013 年初,国家发改委价格监督检查与反垄断局和贵州省物价局、四川省发改委对茅台、五粮液控制其经销商的销售最低价的行为进行了检查,并且由贵州省物价局和四川省发改委分别对茅台和五粮液从轻罚款 2.47 亿元和 2.02 亿元,所罚金额是上年度两家酒企销售额的 1%。^[23] 此外,2013 年 1 月中旬国家发改委还公布了对六家境外企业实施液晶面板价格垄断的处罚决定,依法责令涉案企业退还国内彩电企业多付价款 1.72 亿元,没收 3675 万元,罚款 1.44 亿元,经济制裁总金额 3.53 亿元。其中,三星 1.01 亿元, LG 1.18 亿元,奇美 9441 万元,友达 2189 万元,中华映管 1620 万元,瀚宇彩晶 24 万元。^[24] 虽然这个处罚是依据《价格法》(涉案的行为发生在我国《反垄断法》实施之前),但是该行为的性质是典型的价格垄断行为,执法机构也是我国的反价格垄断机构。

国家工商总局在反垄断执法中的职责是进行除价格垄断行为以外的垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除、限制竞争的反垄断执法,并且对省级机构的反垄断执法采取个案授权。五年来,国家工商总局及其授权的省级工商局也受理和调查了不少相关的案件,截止 2012 年底,国家工商总局已授权 10 个省(市)工商局对 18 起垄断案件开展立案查处工作,其中 8 起授权案件已经下达处罚决定。从垄断案件类型看,18 起案件中除 1 起是滥用市场支配地位案件外,其余 17 起均为垄断协议案件;从案件涉及的领域看,授权案件涉及建筑材料、建设工程检测、二手车交易、保险、电信、旅游、燃气、家具等领域,其中近 1/3 集中在建材行业;从案件涉及的违法主体看,既有一般性行业经营者,也有特殊行业经营者以及行业协会。在查办的垄断案件中,江苏省工商局 2009 年查处的连云港混凝土行业垄断协议案,是我国适用《反垄断法》对垄断行为做出行政处罚的第一案。2012 年,辽宁省工商局查处的水泥行业垄断协议案涉案企业多,影响面广,处罚金额高达 1637 万元;湖南省工商局查处的车辆保险垄断协议系列案是全国保险行业首个垄断案件。此外,广东省工商局适用《反垄断法》,制止了地方政府滥用行政权力排除、限制竞争行为,这是我国第一个适用《反垄断法》依法制止滥用行政权力排除、限制竞争的案例。^[25]

虽然我国《反垄断法》只是在第 50 条规定垄断行为的民事责任时间间接地确认了反垄断民事诉讼这一反垄断法实施方式,但是在我国反垄断法实施的初期,一些法院受理的反垄断民事诉讼案件常常成为社会关注的热点,不时激起人们的兴趣,仿佛民事诉讼成了我国目前反垄断法实施的主要方式。特别是 2009 年的唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司案和 2012 年 4 月第一次庭审、2013 年 3 月 28 日做出一审判决的北京奇虎科技有限公司诉腾讯计算机

[23] 参见《茅台五粮液已全额缴纳 4.49 亿元价格垄断罚单》,载新华网,2013 年 3 月 14 日。见 http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-03/14/c_115027627.htm,最后访问时间 2013-03-20。

[24] 参见《六家境外企业实施液晶面板价格垄断被依法查处》,载国家发改委价格监督检查与反垄断局网站。见 http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20130117_523203.htm,最后访问时间 2013-03-20。

[25] 参见《工商系统立案查办一批垄断案件》,载《中国工商报》2013 年 1 月 4 日。

(深圳)有限公司案,更是引起了媒体和社会的高度关注。但是,我国目前的反垄断民事诉讼的实际情况是不够理想的,甚至在某种程度上让那些期待我国反垄断法通过司法发挥威力的人们失望。从数据上来看,自2008年8月1日至2012年底,全国地方法院共受理反垄断民事一审案件约有120件,但审结案件中原告胜诉的案件极少。这既与原告对反垄断法和反垄断民事诉讼的相关知识掌握不多有关,又与垄断纠纷案中原告取证和证明垄断行为较为困难有关。^[26] 不过,2012年以来,一些大的垄断纠纷案件也引起了人们的关注。例如,2012年4月18日北京奇虎科技有限公司(以下称“360”)针对腾讯科技(深圳)公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司(以下合称“腾讯”)的反垄断诉讼在广东省高级人民法院进行公开审理,一年半前沸沸扬扬的“3Q大战”再次进入公众的视野。360称腾讯在“3Q大战”期间滥用其即时通讯工具QQ的市场支配地位,强制用户卸载已安装的360软件,属垄断行为。360诉请法院判令腾讯停止涉案滥用市场支配地位的行为,要求腾讯赔偿经济损失1.5亿元,并公开赔礼道歉。腾讯则请求法院驳回360全部诉讼请求。目前的一审判决驳回了原告的全部诉讼请求。此次庭审备受瞩目,影响已超过两家企业的纠纷本身:中国互联网领域是否存在垄断,中国互联网下一步如何发展,已日益成为各界关注的热点。^[27] 又如,2013年2月深圳市中级人民法院做出一审判决的华为公司与美国一公司的垄断纠纷案,可能是我国反垄断法实施以来原告全面胜诉和被告为国外公司的第一个案件,但是该判决的合理性和准确性还值得深入研讨。但不管怎样,这些案件进一步唤起了人们对我国反垄断司法的期待。

反垄断法的实施不仅仅体现在行政执法或者法院审判中的所谓“案件”或者“有形的”实施上,而且更多地体现在广大经营者的守法行为中,后者实际上是反垄断法实施的更普遍、成本更低因而是更理想的方式。因此,在当前看待我国反垄断法实施状况时,不仅要看到反垄断执法机构调查和处理了多少涉嫌垄断行为和法院判决了多少垄断纠纷案件的被告败诉,而且也应当看到反垄断执法机构在反垄断法的宣传普及和竞争倡导方面做了哪些工作,有多少经营者和行政主体在实际的经济活动中已经按照《反垄断法》的相关制度规则行事,特别是主动改变了以前实施的可能与这些规则不一致的做法。从这个角度来看,前述我国目前的反垄断行政执法机构和法院受理和处理的反垄断案件就远不是我国反垄断法实施的全部情况。在评价我们的反垄断法实施状况时,还必须将全社会遵守反垄断法的情况考虑在内,尤其是要将那些在反垄断执法机构进行反垄断法宣传普及和竞争倡导之后自觉守法的情况考虑在内,尽管这方面难以进行精确的统计或者评估。一个不可忽视的因素是,在我国《反垄断法》2008年8月1日实施前后,不少企业(包括跨国公司)主动修改了其原来的文件、合同中有可能与该法的规则相违背的内容,遵守反垄断法已经成为越来越多的企业进行合规管理的一个重要方面。当然,我们也要看到,一些国有垄断企业在《反垄断法》实施后似乎并未完全按照该法的规则行事,这引起了公众的关注和不满。

总体来看,虽然我国反垄断法的实施状况与当初人们对其的期待相比存在较大的差距,但是该法还是初步发挥了其规范市场竞争行为,维护自由公平的市场竞争秩序方面的积极作用。至少可以说,制定和实施这样的反垄断法有比没有好,早比迟好。同时,在评判我国反垄断法前几年的

[26] 最高人民法院新闻发言人在《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》新闻发布会上提供的材料。参见《法制日报》2012年5月9日第5版。

[27] 参见张意轩、吴冰、王燕:《互联网界规模最大的反垄断案 18日广州开庭,360诉腾讯索赔1.5亿元》,载《人民日报》2012年4月19日;《深圳“3Q大战”一审判决,腾讯胜诉》,载新华网,2013年3月28日。见 http://news.xinhuanet.com/video/2013-03/28/c_124516546.htm,最后访问时间 2013-03-29。

实施效果时还需要考虑到一个特殊的因素,那就是我国反垄断法在实施伊始就遇到了席卷全球的金融危机,而金融危机等特殊时期一般是不利于反垄断法的严格实施的。^{〔28〕}

三、未来的展望:充满挑战与谨慎乐观

面对我国反垄断法律制度及其实施的现状,我们需要总结经验,正视差距,分析原因,并有针对性地采取措施,以进一步完善立法,强化法律的实施,真正实现反垄断法的目标。在这一过程中,机遇与挑战并存,我们无疑会遇到各种阻力,但基于我国经济法的发展要求和各国反垄断法的发展趋势,对我国反垄断法的未来也是可以抱有信心的,或者说是可以谨慎乐观的。今后我国反垄断法在完善立法、加强执法、改进司法和严格守法等方面都需要也必将会得到进一步的发展。

(一) 解决与《反垄断法》的协调和配套立法问题

随着《反不正当竞争法》和《反垄断法》的相继出台,我国的竞争立法已经现实地走上了反垄断与反不正当竞争分别立法的道路。《反不正当竞争法》中除了具体规定6种比较典型的不正当竞争行为外,还规定了5种从性质上看应该属于反垄断法调整的行为,包括公用企业滥用独占地位、行政垄断、掠夺性定价、非法搭售、串通投标。现在《反垄断法》对这些垄断行为做出了更明确、更完整和更合乎逻辑的规定。例如,《反垄断法》第17条第2项和第5项分别规定的掠夺性定价和搭售是需要以行为主体具有市场支配地位为前提的,而在《反不正当竞争法》第11条和12条分别规定的掠夺性定价和搭售则没有规定这样一个前提,因而在实践中就难以操作或者容易出现不合理的情形。这就面临着同样的行为究竟应适用哪个法律的尴尬。为解决两法之间的协调问题,急需对《反不正当竞争法》做出修订,将现有涉及反垄断的内容删去,使得修订后的《反不正当竞争法》只调整狭义上的不正当竞争行为,从而使得以维护诚实信用原则和其他公认的商业道德为己任的《反不正当竞争法》与以维护竞争自由公平和经济活力为己任的《反垄断法》之间保持内在的协调,共同形成我国的竞争法体系。本来,修订《反不正当竞争法》与制定《反垄断法》应同时进行,在这种理想状态未能实现的情况下,两者协调的工作也不应拖得太久。

虽然《反垄断法》的制定和实施确立了我国反垄断法、甚至整个竞争法的基本框架,但是该法的一些制度还存在不完善的问题(特别是执法机构和执法程序制度),而且很多制度的规定是原则性条款,在实践中不易操作。由于制度本身的不完善基本上不是技术性问题,而是经过长期争论后的政策选择,因此短期内做出根本改变的可能性不是很大。而比较现实、也比较急迫的则是要对现有制度切实加以实施,这就需要及时制定配套的行政法规、规章和司法解释,增强该法的可操作性。高层次的立法解决反垄断法的基本制度框架,具体操作主要依靠相关配套立法,这也是很多国家和地区的通行做法。因此,结合《反垄断法》实施中提出的新问题,国务院、国务院反垄断委员会、相关执法机构应当依照各自的职权制定配套的行政法规和规章,最高人民法院也需要发布相关的司法解释,以切实保证我国反垄断法的有效实施,维护自由公平的市场竞争秩序。目前,我国在这方面已经有了初步的配套立法体系,主要是2008年8月公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》,2009年5月公布的《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》,以及商务部

〔28〕 当然,在这次金融危机期间,主要国家和地区的反垄断执法不仅没有受到削弱,反而还有所加强。这与在以往的金融或者经济危机期间的情况有所不同。

发布或者联合发布的6个规章,^[29]国家工商总局发布的5个规章,^[30]国家发改委发布的2个规章,^[31]最高人民法院发布的1个司法解释。^[32]但是,这些尚不能完全满足实际的需要,有必要进一步制定和发布相关的反垄断法规、规章、指南和司法解释,以利于我国反垄断法律制度的有效实施。例如,就《反垄断法》在知识产权领域实施的问题来说,这涉及对该法第55条规定的准确理解和正确适用,需要由国务院反垄断委员会发布相关的指南或者由国务院反垄断执法机构单独或者联合发布规章来加以解决。^[33]此外,《反垄断法》在银行、保险、电力、铁路、民航、电信、石油等公用事业领域以及互联网、计算机软件等新兴经济领域的适用,也都面临着很多需要明确的问题,需要相应的规章或者指南来加以细化。

(二) 完善我国的反垄断执法体制和执法程序

对反垄断执法机构的规定一直是我国制定反垄断法过程中的重点和难点问题,备受各方关注。《反垄断法》最后规定了所谓的“双层次多机构”的执法体制,即国务院设立反垄断委员会,负责组织、协调、指导反垄断工作,并规定了其履行相应的职责,同时,国务院规定的承担反垄断执法职责的机构(统称国务院反垄断执法机构)依照该法规定,负责反垄断执法工作,国务院反垄断执法机构根据工作需要,可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构,依照该法规定负责有关反垄断执法工作。根据2008年国务院有关机构的“三定”方案,国家工商总局、国家发改委和商务部分别负责相关的反垄断执法工作。其中,国家工商总局负责垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除、限制竞争的反垄断执法(价格垄断行为除外)等方面的工作,^[34]国家发改委依法查处价格垄断行为,商务部依法对经营者集中行为进行反垄断审查。^[35]这样的反垄断执法体制当然有其多方面的形成原因,但是其无疑会带来许多问题,反垄断法的有效实施面临着挑战。首先,国务院反垄断委员会主要是一个协调性的机构,本身不负责具体的执法工作,其在反垄断法实施中的作用就有限。更重要的是,按照这样的架构,具体的反垄断执法工作将由现有的多家机构承担,这必然会影响到反垄断执法工作的集中统一进行,而相互之间的争权或推诿则在所难免。^[36]虽然《反垄断法》建立的国务院反垄断委员会在目前难以发挥执行反垄断法的实质性作用,但是在存在多家执法机构的情况下,该委员会的协调作用也是很重要的,特别是它为今后的改革预留了空间。从根本和长远出

[29] 即2009年7月发布的《金融业经营者集中申报营业额计算办法》(中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会和中国保险监督管理委员会联合发布),2009年11月发布的《经营者集中申报办法》和《经营者集中审查办法》,2010年7月发布的《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》,2011年8月发布的《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》,2011年12月发布的《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》。

[30] 即2009年7月发布的《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为程序规定》和《查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》,2010年12月发布的《禁止垄断协议行为的规定》、《禁止滥用市场支配地位行为的规定》和《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定》。

[31] 即2010年12月发布的《反价格垄断规定》和《反价格垄断行政执法程序规定》。

[32] 即2012年5月发布的《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》。

[33] 实际上,自2009年以来,国家工商总局就委托有关专家草拟了有关指南和规章。到2013年3月为止,《关于知识产权领域反垄断执法的指南》一共草拟了5稿,《工商行政管理机关禁止滥用知识产权排除、限制竞争的规定》一共草拟了7稿。

[34] 同时还负责依法查处不正当竞争、商业贿赂、走私贩私等经济违法行为。

[35] 同时还负责指导企业在国外的反垄断应诉工作,开展多双边竞争政策交流与合作。

[36] 不过,笔者近期通过观察意识到,这样的反垄断执法体制也许有一个客观的好处,就是三个反垄断执法机构之间,尤其是国家发改委和国家工商总局之间,在反垄断执法上也会存在相互竞争的问题,即一家在反垄断执法取得进展会对另一家产生无形的压力,从而在一定程度上会强化我国的反垄断执法。

发,我国还是需要建立一个统一的、独立的、权威的反垄断执法机构。可以考虑将来在进一步的机构改革时,将现有相关部门如国家工商总局、商务部、国家发改委中与反垄断执法有关的内部机构统一并入国务院反垄断委员会,从而将该委员会改造成为一个统一的执法机构。期待这一天不会太遥远。

同时,在管制性行业实施反垄断法时还需要处理好相关的行业监管机构与反垄断执法机构之间的关系。在这方面,各个国家和地区的做法不尽一致,有的以行业监管机构为主,有的以反垄断执法机构为主,但多数还是两者分工合作,发展的趋势是越来越强调反垄断执法机构统一实施反垄断法,包括在那些设立专门监管机构的行业。还有些国家和地区将行业监管放在反垄断执法机构之内。例如,欧共体委员会竞争总局除了负责执行条约第 81 条和第 82 条、^[37]企业合并控制以及国家援助政策外,还负责在电信、能源、银行、保险、传媒等产业的监管任务;澳大利亚和新西兰也没有负责电信、电力等行业监管的专门机构,这些产业同其他产业一样,监管它们的权力已交给了反垄断执法机构。^[38]笔者认为,我国有关管制性行业的垄断行为不应由行业监管机构直接进行认定和处理,而应由反垄断执法机构统一进行认定和处理,只是其在认定这些行为时应适当考虑行业监管机构的意见。这样有利于保证反垄断法的有效和统一的实施。如果反垄断执法机构的职权被各个行业监管机构所分解,那么反垄断法在各个行业的实施就会呈现出差异性,不利于反垄断法的统一实施。即使考虑到这些行业的特殊性,行业监管机构也可以参与各自行业内的反垄断执法,但是不应排除反垄断执法机构在这些行业的执法,并且真正实现它们之间权限的合理划分和实施过程中的协调合作。

反垄断执法程序制度是反垄断法律制度中不可缺少的组成部分。《反垄断法》第六章专门规定了对涉嫌垄断行为的调查,确立了垄断案件调查的基本程序制度,在《反垄断法》其他部分的制度中也有与调查程序直接相关的内容。由于《反垄断法》规定的程序规则相对比较简单,而程序规则与公正和效率等基本法律价值的实现直接相关,也涉及反垄断执法机构具体行政行为的合法性问题,因此需要对有关垄断案件调查的程序规则进一步进行细化。这方面,三家反垄断执法机构已经出台了一些比较细化的程序规则,如商务部发布的《经营者集中申报办法》和《经营者集中审查办法》,国家发改委发布的《反价格垄断行政执法程序规定》,国家工商总局发布的《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为程序规定》和《查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》。但是,这些程序规则存在层级不高和相互不够协调的问题,后者尤为严重。例如,国家发改委对省级价格主管部门反价格垄断执法的授权采取概括或者整体授权模式,而国家工商总局对省级工商行政管理部门反垄断执法的授权采取个案授权模式。又如,这两个反垄断执法机构对主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据的经营者在进行宽大处理时的具体规则也不一致。这种不一致显然也是存在多个反垄断执法机构造成的弊端之一。因此,今后需要通过法律或者行政法规的形式来加强和细化我国反垄断执法程序的统一规则。

我国反垄断执法程序制度的完善还需要加强程序法律规定的内在品质。也就是说,我国反垄断执法程序应当具备正当程序的基本要求。所谓正当程序的基本要求,包括程序的中立性、程序的参与性和程序的公开性。^[39]符合这些要求的正当程序可以通过行政相对方、潜在利害关系人的参与和监督,对行政权力的行使进行控制,同时可以通过行政相对方、潜在利害关系人参与行政执法决定的制定,使行政执法决定最终符合立法宗旨和社会公共利益。我国目前的反垄断执法程序在这些方面都存在不足。一方面,由于执法程序缺乏角色和功能分立的设置,导致执法决定的做

[37] 现在分别是《欧洲联盟运行条约》第 101 条和第 102 条。

[38] 参见于立、吴绪亮著:《产业组织与反垄断法》,东北财经大学出版社 2008 年版,第 164 页。

[39] 参见周佑勇:《行政法的正当程序原则》,载《中国社会科学》2004 年第 4 期。

出机构缺乏中立性的问题;另一方面,由于缺乏程序的参与性和公开性,行政相对人和潜在的受到执法结果影响的法律主体,无法参与程序表达意见并影响执法决定,也难以对执法决定起到监督和控制的作用。因此,我国反垄断执法机构的执法程序自身的纠错功能弱化,而对于错误的执法决定无法在决定做出之前加以纠正,往往需要通过上级行政机构或者司法审查来予以纠正。为此,我国反垄断执法程序制度需要进行相应的完善。

首先,是通过设立角色和功能分化的部门,加强执法决定程序的中立性。鉴于我国的机构设置缺乏分权的传统,^[40]设立纵贯式的分立和制衡机构缺乏现实基础,我们可以注重加强机构内部的职能部门的分立和中性。例如,在商务部反垄断局内部设置分立的审查部门,专职负责申报案件的审查和调查,并形成有关申报案件的处理的初步意见。而在审查部门之外,另行设立分立的裁决部门,专职负责听证和裁决,做出执法决定。

其次,加强程序的参与性和公开性。例如,对于商务部反垄断局的执法程序,不仅仅是在决定做出之后,将决定的内容事后公开,而是采取在决定做出之前,最大程度上地向社会公众公开。公开的内容包括:(1)建议的决定内容,例如限制性条件的具体内容;(2)商务部反垄断局对经营者集中所产生竞争影响的评估;(3)相关公众参与的具体程序。通过程序和信息上的提供,保障社会公众和潜在的利益受决定影响的法律主体能够真正参与决定的做出程序。不仅可以通过公众对程序的参与和监督,保障执法决定的正确性,也可以在一定程度上,通过程序吸收公众对错误决定的不满,从而减少行政复议和行政诉讼的发生。

此外,反垄断执法机构在重视正式的调查程序外,也应重视非正式调查程序的利用。这对增强经营者对自己市场行为合法性的预见性,预防非法垄断行为的发生和继续,提高经营者的守法意识,具有重要的意义。在我国反垄断法实施的初期阶段,通过受理经营者的咨询、自愿提请的审查以及磋商和劝告等非正式程序更具有特别的意义。这对反垄断执法机构提出了新的更高的要求,需要其增强服务意识。这项工作做好了,不仅有利于反垄断法的实施,维护市场竞争秩序,而且也有利于改变反垄断执法机构只是经营者“天敌”(单纯处罚者)的形象,其同样可以成为经营者的朋友。

(三) 加强和改进我国的反垄断司法并实现其与行政执法的协调

在我国反垄断法的实施中,专门的反垄断执法机构无疑是处于主导地位的。一方面,反垄断执法机构具有其独特的优势,如拥有专门的执法人员和法定的执法权限,在调查取证的过程中有国家强制力的支持,因此相对于私人提起民事诉讼而言,专门机构的行政执法可能更为高效,也更有保障;另一方面,我国又是一个行政权力十分强大的国家,我国《反垄断法》中的基本制度也主要是围绕专门机构的行政执法来设计的。与之形成鲜明对照的是,该法在反垄断法的私人实施方面仅在第50条笼统规定:“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。”但是,这并不是说作为反垄断法私人实施的反垄断民事诉讼不重要或者可有可无,相反,是具有重要的意义和作用的:首先,垄断行为的受害人身处相关行业,对反竞争行为比反垄断执法机构更敏感、更熟悉,且他们与垄断行为有着切身的利害关系,允许其直接提起民事诉讼能够充分发挥社会公众的积极性,弥补专门行政执法力量的不足,节约行政成本,提升反垄断法的实施水平;其次,允许利害关系人直接提起民事诉讼可以弥补反垄断执法机构本身的局限性。政府的能力总是有限的,它只可能对一小部分垄断行为进行查处。由于反垄断执法机构通常更关注整体的竞争秩序和社会利益,因此有可能忽视对受害人个体利益的保护。通过反垄断民事诉讼,受害者的合法权益可以得到应有的保护。此外,通过反垄断民事诉讼,还可以对专门机构的反垄断执法活动起到一定的

[40] 参见季卫东:《程序比较论》,载《比较法研究》1993年第1期。

制约作用,并可以推动我国市场竞争文化的形成和发展。

从我国反垄断法实施的实际情况来看,反垄断民事诉讼似乎比行政执法更受到关注,特别是几起影响比较大的案件的判决都引起了媒体和社会的广泛关注和热烈讨论。这一方面扩大了我国反垄断司法的地位和社会影响,另一方面也对加强我国的反垄断司法工作提出了更高的要求。为此,我国的反垄断司法工作在现有基础上还需要进一步加强和改进。首先,设立专门的审判机构,统一审理反垄断案件。从理论上来说,反垄断案件也存在民事、行政和刑事三种类型。我们目前尚没有发生因对反垄断执法机构的处理决定不服而提请的行政诉讼案件,我国《反垄断法》也没有规定垄断行为本身的刑事责任,因此我国目前的反垄断诉讼主要表现为民事诉讼,并且反垄断民事诉讼案件由法院知识产权审判庭负责审理。这种情况在我国反垄断法实施初期有其一定的合理性和必然性,但是,将来完全有可能发生行政诉讼,也不排除今后增加垄断行为刑事责任的可能,因此从长远来看,这种状况是不适应未来发展需要的。鉴于反垄断案件今后越来越多,也不限于单一的民事诉讼,而且多数的反垄断诉讼与知识产权没有关系,因此可以考虑将反垄断诉讼从知识产权审判庭中分离出来,由专门设立的竞争或者反垄断审判庭来审理,或者恢复以前的经济审判庭来审理,并实行更为集中的案件管辖制度,以保证这类专业性非常强的案件的审理质量和统一标准。其次,进一步加强反垄断的司法解释工作,并且实行反垄断的案例指导制度。由于目前的《反垄断法》对反垄断诉讼的问题均没有具体规定,因此相关具体规则需要通过司法解释来明确。虽然2012年5月最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》明确了起诉、案件受理、管辖、举证责任分配、诉讼证据、民事责任及诉讼时效等基本问题,建立了我国反垄断民事诉讼的基本框架,但是反垄断诉讼中还有很多问题需要进一步明确,因此这方面的司法解释工作需要继续进行。同时,在最高人民法院已经开展的案例指导工作中,也要关注和适时启动反垄断方面的案例指导,以帮助各地法院正确审理反垄断案件。此外,加强法官的反垄断专业能力建设,尤其是提升反垄断经济学理论素养,也是一个非常重要的任务。

在我国私人提起的反垄断民事诉讼与专门机构的反垄断行政执法相配合的反垄断法实施二元机制的背景下,行政执法和司法的协调与合作就是一个很现实也很重要的问题。为此,需要建立行政执法机构和法院之间的协调合作机制。由于反垄断法具有明显的专业性、政策性和政府干预性的特征,因此对垄断行为的认定是很复杂的,尤其是在相关市场的界定、市场支配地位的认定、涉嫌垄断行为是否存在合理的理由等方面需要运用大量的经济分析方法。这对私人诉讼的原告及其律师和法院来说都是比较困难的事情。虽然反垄断执法机构也面临同样的问题,但是相对来说,这样的专门执法机构有较强专业力量的支持,其对相关政策的理解也更为透彻,因此其对垄断行为的违法裁决一般应该得到法院的尊重,这也会给予潜在的私人原告以信息和信心。当然,从法律上来说法院仍然有权依法审查反垄断执法机构的决定,而且反垄断执法机构也需要尊重法院的相关判决,行政执法裁决在当事人不服的情况下还要接受法院的司法审查。同时,建立反垄断执法机构参与反垄断民事诉讼的制度,以利于反垄断执法机构代表公共利益表达其对相关竞争政策和具体专业问题的意见,供法院参考。

(四) 培育和发展我国的竞争文化,促进政府和经营者自觉遵守反垄断法

反垄断法不仅是一个制度问题,而且也是一个文化问题。反垄断法实施的理想情形是经营者和政府都能自觉遵守反垄断法,从而将纸上的条文变成实际的行动。这固然需要相应的行政执法和司法来保障,但是在全社会大力培育和发展竞争文化也是不可缺少的。由于我国的传统文化是不大讲竞争的,而更加强调所谓的“和谐”和“协调”,这往往使得经营者对于固定价格等违反反垄断法的行为缺乏一种文化上和道德上的排斥心理,政府也缺乏维护竞争的自觉性和责任意识。在

国外经营者非常隐秘的卡特尔行为(垄断协议)在我国往往是公开进行的;像微软、英特尔等真正的行业垄断者对自己的垄断地位避之唯恐不及,而我们的一些还算不上垄断地位的企业却居然宣布要“进入垄断”或者大肆宣传自己的市场占有率全国第一;政府的经济政策也是更加重视产业政策,而不是竞争政策,甚至推行某种形式的反竞争政策。当然,这种情况与长期没有反垄断法或者没有严格实施反垄断法是互为因果的。

一般来说,竞争文化是全社会形成的维护竞争机制、尊重竞争规则的一种共识和氛围。竞争文化的培育和发展涉及很多方面,诸如消费者的观念、经营者的行为和政府的职能定位等都会直接或者间接地作用于竞争文化的形成。其中,作为市场竞争最重要参与者的经营者和作为市场竞争秩序维护者的政府在竞争文化的形成中负有主要的责任。经营者应当具有竞争法律意识,主动承担自由市场的竞争压力及其后果,注重自身的竞争能力建设,避免动辄就向主管机构寻求帮助甚至庇护,更不应从事那些反竞争的行为;而政府既要维护好经营者之间的市场竞争秩序,更要自己带头尊重竞争规则,尊重市场机制的基础性调节作用,而不能人为制造不公平的市场竞争环境。而要做到这一点,在全社会形成良好的竞争文化,除了经营者和政府本身的自律外,也需要有外部的促进作用,特别是需要开展反垄断法的宣传普及和竞争倡导活动。

反垄断法的宣传普及对于提高民众和经营者的反垄断法律意识,培育全社会的竞争文化具有非常重要的意义。很多国家和地区的反垄断执法机构非常重视利用各种媒体宣传普及反垄断法,一些国家(如新加坡)的反垄断执法机构还将反垄断法的基本知识制作成非常生动有趣的卡通或者动画节目在电视上播放,提醒经营者在市场竞争中要遵守基本的反垄断法律规则,效果非常好。近年来我国的相关反垄断执法机构也重视通过出版宣传手册、组织有奖比赛和报道典型案例等方式进行反垄断法知识的宣传普及。当然,严格和公正的反垄断行政执法和司法活动本身具有重要的警示和教育功能,也是培育和发展竞争文化的一种重要方式。

竞争倡导在我国目前还是一个相对比较新的概念。所谓竞争倡导,是指竞争主管机构实施的除执法以外所有改善竞争环境的行为。^[41] 这些行为主要包括两类:其一,针对法律、政策的制定机构和管制机构,以促进立法及管制以有利于竞争的方式设计、执行;其二,针对所有社会成员,以提升其对竞争益处和竞争政策在促进和保护竞争中的作用的认知。例如,针对立法机构提出有利于竞争的立法建议,针对管制机构提出取消(修改)不合理限制竞争之管制措施的建议,发布指导企业行为的指南等。反垄断执法机构除了负责执行反垄断法外,还需要承担倡导竞争的任务,这也是实施反垄断法的一个重要方式。国际经验表明,竞争倡导有利于促进执法;转型经济国家竞争机构需要在反垄断法制定、实施的初期,给予倡导优先于执法的地位。^[42] 对此,我国已有学者进行了专门的研究,认为反垄断执法针对私人限制竞争,竞争倡导关注政府干预限制竞争的风险,分析各国竞争倡导的制度路径,借鉴其成功经验并结合我国现实诉求,我国竞争倡导制度构建的重点在于引入立法优先咨询制度、推动准入管制的放松、逐步缩减反垄断除外适用范围、健全对管制的竞争评估、帮助企业进行合规制度建设,以形成多样化的倡导工具。^[43]

总之,我国反垄断法的未来发展任重道远,这有赖于从立法到执法和司法、从制度到文化、从政府到民间全方位的共同努力。

(责任编辑:李迎捷)

[41] International Competition Network(ICN), *Advocacy and Competition Policy*, 2002, p. i.

[42] ICN, *Advocacy and Competition Policy*, 2002, p. iii.

[43] 参见张占江:《竞争倡导研究》,载《法学研究》2010年第5期。