

《反垄断法》不能承受之重

——我国反垄断执法五周年回顾与展望

侯利阳*

目次

- 一、《反垄断法》实施细则
 - (一) 我国反垄断相关机构
 - (二) 执法细则
- 二、《反垄断法》执行现状及问题
 - (一) 工商总局执法工作
 - (二) 发改委执法工作
 - (三) 工商总局和发改委执法工作中的问题
 - (四) 商务部执法工作及问题
 - (五) 反垄断私力执行工作及问题
- 三、《反垄断法》执行差强人意的深层次原因
 - (一) 公力执法资源有限
 - (二) 反垄断执法机构跟行业监管机构之间缺乏协调
 - (三) 社会各界缺乏对《反垄断法》的充分理解
- 四、对未来《反垄断法》执法优先选择的一些建议
 - (一) 垄断协议
 - (二) 滥用市场支配地位
 - (三) 经营者集中
 - (四) 行政垄断和行业监管
 - (五) 继续加强执法能力

关键词 反垄断 执行 优先选择

* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目(项目号: 12YJC820037)的阶段性成果。作者感谢上海交通大学凯原法学院李剑老师为本文初稿提出的宝贵意见,但文中所有的错误都由作者承担。

《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)于2007年8月30日通过,并于2008年8月1日开始实施,距今已近五年。作为一门新兴的法律学科,《反垄断法》无论是从其立法历程还是从其执行现状而言,都充满着坎坷。本文拟从我国反垄断法的执行现状入手,对之做简单评价,然后分析该现状后的内在原因,最后对我国反垄断执法机构未来的执法工作提出自己的建议。

一、《反垄断法》实施细则

一般认为现代反垄断法始自1890年的美国《谢尔曼法》,此后世界各国基本上承继了《谢尔曼法》的立法模式。其主要特点在于反垄断法的母法基本上都采用原则性的条款。选择这种立法模式一方面是因为历史因素,另外一方面也是因为反垄断法所涉及的分析太过于复杂,于母法中对分析方法进行固化,反而会限制反垄断法的执法。具体而言,对于反垄断法所禁止的各种行为而言,除了极少数的适用“本身违法”的行为之外,基本上都适用“合理原则”。也即,只要行为人能够证明其行为具备合理性,反垄断法则对之不予禁止。由于反垄断法这种粗犷的立法模式,反垄断法母法本身并不具备很强的可操作性。为了弥补这种立法时所遗留的不确定性,各国都在母法之外颁布大量实施细则对反垄断法予以补充。因此,衡量一个国家反垄断法执法优劣的关键往往不在于反垄断法母法,而在其实施细则。^[1]下面对我国《反垄断法》生效之后的实施细则进行简单介绍。

(一) 我国反垄断相关机构

我国《反垄断法》制定之后,设置反垄断执法机构的工作却相对滞后。^[2]直至2008年3月21日,国务院才根据第十一届全国人民代表大会第一次会议的决议发布《国务院关于机构设置的通知》,^[3]确定国家发展与改革委员会(以下简称“发改委”)、国家工商总局(以下简称“工商总局”)、商务部为反垄断法的执法机构。其中,发改委负责价格垄断行为,^[4]工商总局负责非价格相关的垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权利排除限制竞争行为,^[5]商务部负责审查经营者集中行为。^[6]这基本沿袭了我国历史上反垄断执法工作分工的格局,^[7]而没有出现很多学者所期望的

[1] 关于实施细则(或者执法细则),本文采取扩张性解释,也即对于反垄断的执法工作产生一定影响的法律文件均被认定为实施细则。基于这种解释,本文中的实施细则既包括所谓的“硬法”(具有法律约束力),也包括“软法”(不具有严格意义的法律约束力)。具体而言,反垄断相关机构的内部工作指导性规则也包含在本文的讨论范围之内。

[2] 其滞后的主要原因可能为发改委、工商总局、商务部三家争相充当反垄断法执法主管机关。参见王晓晔:《关于我国反垄断执法机构的几个问题》,载《东岳论丛》2007年1月。

[3] 《国务院关于机构设置的通知》,国发〔2008〕11号,2008年3月21日,见http://www.gov.cn/zwggk/2008-04/24/content_953471.htm,最后访问时间2013-03-27。

[4] 《国家发展和改革委员会主要职责内设机构和人员编制规定》,见http://www.sdpc.gov.cn/gzdt/t20080821_231802.htm,最后访问时间2013-03-27。

[5] 《商务部主要职责内设机构和人员编制规定》,见<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/ae/ai/200808/20080805739577.html>,最后访问时间2013-03-27。

[6] 《工商总局主要职责内设机构和人员编制规定》,见http://www.gov.cn/gzdt/2008-07/26/content_1056531.htm,最后访问时间2013-03-27。

[7] 张炳生:《论我国反垄断执法机构的设置——对现行设计方案的质疑》,载《法律科学》2005年第2期。

设置一个单独的反垄断执法主管机构的构想。^{〔8〕}

其次,根据《反垄断法》第 9 条的规定,国务院在反垄断执法机构之外还要设立反垄断委员会,以负责组织、协调、指导反垄断工作。国务院于 2008 年 7 月 28 日发布《国务院办公厅关于国务院反垄断委员会主要职责和组成人员的通知》,^{〔9〕}正式组建反垄断委员会。

反垄断委员会和反垄断执法机构都有权发布反垄断执法细则,其中反垄断委员会制定的细则称为“指南”,而反垄断执法机构颁发的细则一般称为“规定”。另外,根据《中华人民共和国立法法》第 56 条的规定,国务院也有权为执行《反垄断法》的需要制定“规定”。以上主体所制定的细则又可归类为行政执法细则。但是,《反垄断法》的执行不但来自于行政主体,也可来自私人主体。对于后者而言,主要是指私人通过向人民法院起诉的方式执行《反垄断法》的相关条款。因此,人民法院在《反垄断法》的执行中也起着至关重要的作用。根据《中华人民共和国法院组织法》第 33 条的规定,最高人民法院可以对在法院审判工作中如何具体应用法律、法令的问题制定司法解释。这些司法解释虽然从严格意义上讲不属于反垄断法执法细则的范畴,但是在实践操作中也与行政执法存在千丝万缕的联系。因此,本文也将之归类到执法细则之中。

这样,在我国拥有制定《反垄断法》执法细则权力的机构共有六个:国务院、最高人民法院、反垄断委员会、发改委、工商总局、商务部。

表 1 《反垄断法》涉及的主要机构

机 构	具体部门	职 能	地方部门	授权性质
反垄断委员会		协调、制定执法细则,无执法权		
发改委	价格监督检查与反垄断局	涉及价格的垄断协议、滥用、行政垄断	省级物价部门或者发改委	一般授权
工商总局	反垄断与反不正当竞争执法局	非价格相关的垄断协议、滥用、行政垄断	省级工商部门	特殊授权
商务部	反垄断局	经营者集中		
人民法院	中级以上人民法院知识产权庭	反垄断民事诉讼		

（二）执法细则

《反垄断法》在我国属于最年轻的一个法律部门,因此可以预见其实施细则的制定工作存在相当大的难度。从实际情况来看,实施细则颁布的难度甚至超过了预期。虽然国务院于 2008 年 8 月 3 日(即《反垄断法》生效实施之后两天)迅速发布了《国务院关于经营者集中申报标准的规定》^{〔10〕},但是在其后近 10 个月的时间内其他的实施细则则完全处于空白状态。一直到 2009 年 5 月反垄断委员会发布《关于相关市场界定的指南》^{〔11〕}之后,其他机构的实施细则才陆续出台。这虽然主要是因为我国确立反垄断执法机构过晚所致,但是从另外一个方面也说明相关机构对于《反垄断法》的执法工作没有进行充分的前期准备。自 2009 年中开始,《反垄断法》实施细则的颁布进入稳步增长期。在随后的三年多时间内,发改委、工商总局、商务部、最高人民法院陆续发布了 14 部实施细则。其中,商务部 6 部,工商总局 5 部,发改委 2 部,最高人民法院 1 部。目前《反垄断法》实施细则

〔8〕 王先林:《关于中国反垄断执法机构的设置与职责问题的探讨》,载《中国行政管理》2000 年第 8 期;周昉:《关于反垄断主管机构的比较研究》,载《比较法研究》2002 年第 4 期。

〔9〕 《关于国务院反垄断委员会主要职责和组成人员的通知》,国办发〔2008〕104 号,2008 年 7 月 28 日。

〔10〕 《国务院关于经营者集中申报标准的规定》,中华人民共和国国务院令 第 529 号,2008 年 8 月 3 日。

〔11〕 《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》,2009 年 5 月 24 日。

的具体情况如下表所示。

表 2 《反垄断法》实施细则
(截止于 2013 年 2 月)

发布时间	生效日期	颁发部门	实施细则名称	涉及内容
2008-08-03	同时	国务院	关于经营者集中申报标准的规定	经营者集中
2009-05-24	同时	反垄断委员会	关于相关市场界定的指南	相关市场
2009-05-26	2009-07-01	工商总局	制止滥用行政权力排除、限制竞争行为程序规定	行政垄断
2009-05-26	2009-07-01	工商总局	查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定	垄断协议＋滥用
2009-07-15	2009-08-14	商务部	金融业经营者集中申报营业额计算办法	经营者集中
2009-07-15	2010-01-01	商务部	经营者集中审查办法	经营者集中
2009-11-21	2010-01-01	商务部	经营者集中申报办法	经营者集中
2010-07-05	同时	商务部	关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定	经营者集中
2010-12-29	2011-02-01	发改委	反价格垄断规定	垄断协议＋滥用
2010-12-29	2011-02-01	发改委	反价格垄断行政执法程序规定	垄断协议＋滥用
2010-12-31	2011-02-01	工商总局	禁止垄断协议行为的规定	垄断协议
2010-12-31	2011-02-01	工商总局	禁止滥用市场支配地位行为的规定	滥用
2010-12-31	2011-02-01	工商总局	制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定	滥用
2011-08-29	2011-09-05	商务部	关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定	经营者集中
2011-12-30	2012-02-01	商务部	未依法申报经营者集中调查处理暂行办法	经营者集中
2012-05-03	2012-06-01	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	私力执行

另外,其他实施细则也正在积极筹划之中。工商总局于 2012 年 8 月 14 日在“反垄断法实施前沿问题国际研讨会”上发布了《关于知识产权领域反垄断执法的指南》(草案第五稿)。^[12] 但是该实施细则的最终颁布时间和形式依然不详。此外,商务部正在积极筹备《经营者集中附加限制性条件的规定》和《关于经营者集中案件适用简易程序的规定》,预计于 2013 年颁布。^[13]

二、《反垄断法》执行现状及问题

《反垄断法》的执行从主体上进行区分,可以分为公力执行(public enforcement)和私力执行(private enforcement)。前者指反垄断执法机构(即发改委、工商总局、商务部)查处限制竞争的行为,后者指私个体针对实施限制竞争行为的个体向法院提起诉讼。下面以此四个主体实施《反垄断法》的情况对执行现状进行简单描述,并对其中的问题进行探讨。

[12] 符颖:《反垄断法实施前沿问题国际研讨会成功召开》,见 <http://cclp.sjtu.edu.cn/article/?NewsID=3270>,最后访问时间 2013-03-27。

[13] 商务部新闻办公室:《商务部召开“2012 年反垄断工作进展”专题新闻发布会》,2012 年 12 月 28 日,见 <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/slfw/201212/20121208504842.shtml>,最后访问时间 2013-03-27。

(一) 工商总局执法工作

工商总局负责审查非价格垄断的垄断协议、滥用市场支配地位、行政垄断等行为。虽然《反垄断法》于 2008 年才生效,但是工商总局查处垄断行为的工作可以追溯到 1999 年。其执法领域已经从查处公用企业和依法具有独占地位经营者限制竞争行为以及地区封锁等行为,逐渐扩展到对垄断协议限制竞争行为查处、对跨国公司滥用市场优势地位限制竞争行为开展调查以及对外资并购实行反垄断审查备案等方面,基本上涵盖了《反垄断法》中规制的垄断行为。^{〔14〕}

《反垄断法》实施以来,工商总局及其下属地方工商部门积极投入执法工作。截至 2012 年底,工商总局已经授权 10 个省市工商局对 18 起垄断案件开展了立案查处工作,其中有 8 起授权案件已经下达了处罚决定。从垄断案件类型看,18 起案件中,除 1 件是滥用市场支配地位案,其余 17 件均为垄断协议案件,其中包括 4 起口头协议案。^{〔15〕}

但是由于《反垄断法》对于工商总局执法工作的透明度并没有类似于经营者集中案件中的硬性规定,因此工商机关并没有公开上述 8 起处罚决定书。根据笔者掌握的材料,目前通过新闻渠道可以了解的案件只有 7 起,见下表。

表 3 工商机关处理垄断案件一览(2008-2012)

时 间	处理机关	案件名称	案件内容	其 他
2010-08	江苏省工商局	连云港混凝土行业垄断协议案 ^{〔16〕}	固定价格、分割销售市场	我国适用《反垄断法》对垄断行为做出行政处罚的第一案
2010	江西省工商局	泰和县液化石油气企业垄断协议案 ^{〔17〕}	分割销售市场	口头协议
2011	广东省工商局	某市政府滥用行政权力强制推广卫星定位汽车行驶记录仪案 ^{〔18〕}	滥用行政权力制定购买特定商品	第一起适用《反垄断法》依法制止滥用行政权力、排除、限制竞争的案例
2011-07	辽宁省工商局	某水泥行业协会组织十余家成员企业协议垄断经营案 ^{〔19〕}	限定产量、固定价格	第一起案件当事人提起行政复议的案例,辽宁省政府维持了该处罚决定,当事人没有再提起行政诉讼
2012-01	河南省工商局	安阳市二手车市场垄断协议案 ^{〔20〕}	划分市场、限定价格	查处二手车市场垄断行为的第一案

〔14〕 崔维纲、于建强、悠游:《工商部门执行〈反垄断法〉具有优势》,载《中国工商报》2007 年 11 月 14 日 A1 版。其《反垄断法》实施之前的执法行为可参见:周萍:《破除市场垄断,倡导公平竞争——全国工商机关反垄断执法综述》,载 2008 年 9 月 17 日《中国工商报》A1 版。

〔15〕 沈静文:《工商总局对 18 起垄断案件立案,8 起已下达处罚决定》,载中国广播网,2012 年 12 月 28 日,见 http://china.cnr.cn/gdgg/201212/t20121228_511667857.shtml,最后访问时间 2013-03-27。

〔16〕 《江苏省连云港混凝土行业垄断协议案》,载国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局网站,2013 年 2 月 19 日,见 http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdjz/dxal/201302/t20130219_133370.html,最后访问时间 2013-03-27。

〔17〕 《江西省泰和县液化石油气企业垄断协议案》,载国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局网站,2013 年 2 月 19 日,见 http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdjz/dxal/201302/t20130219_133369.html,最后访问时间 2013-03-27。

〔18〕 周萍、潘传龙:《〈反垄断法〉剑指地方政府排除限制竞争——广东省工商局调查滥用行政权力排除、限制竞争案纪实》,载《中国工商报》2011 年 7 月 27 日 B1 版。

〔19〕 《辽宁省某行业协会组织十余家成员企业协议垄断经营案》,载国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局网站,2013 年 2 月 19 日,见 http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdjz/dxal/201302/t20130219_133368.html,最后访问时间 2013-03-27。

〔20〕 倪泰、李春喜:《磨砺精兵护公平——河南省工商机关查处全国首起二手车市场垄断案纪实》,载《中国工商报》2012 年 8 月 30 日 A1 版。

(续表)

时 间	处理 机关	案件名称	案件内容	其 他
2012	湖南省 工商局	车辆保险垄断协议系列案 ^{〔21〕}	划分市场	全国保险行业首件垄断案件
2012-11	浙江省 工商局	江山混凝土企业垄断案 ^{〔22〕}	划分市场、固定 价格	口头协议

（二）发改委执法工作

发改委负责审查价格垄断行为。根据发改委价格监督检查与反垄断局局长许昆林近期接受新闻采访的报告,自2008年8月《反垄断法》施行至今4年多时间里,发改委价格监督检查与反垄断局对49起价格垄断案件开展了调查,对其中20起案件做出了行政处罚决定。但是跟工商机关执法情况类似,《反垄断法》对发改委执法的透明度也没有明确的规定,因此发改委并没有公开这20个行政处罚决定书。

根据笔者搜集到的资料,发改委及其省级地方部门公开的案件只有6个,见下表。

表 4 发改委处理垄断案件一览(2008-2013)

时 间	处理 机关	案件名称	主要内容	其 他
2010	湖北省 物价局	武昌盐业分公司强制搭 售案 ^{〔23〕}	该案涉及武昌盐业分公司滥用其盐业 专营地位(市场支配地位)在盐业批发 的时候搭售洗衣粉的行为	
2010	广东省 物价局	深圳市有害生物防治协会涉 嫌价格垄断案 ^{〔24〕}	该案涉及深圳市有害生物防治协会组 织会员单位签订协议固定对有害生物 防治业务的最低报价的行为	但发改委仅对该案的立案进 行了报道,并没有谈及后续 的处罚情况 ^{〔25〕}
2011	发改委	两医药公司垄断复方利血平 原料药案 ^{〔26〕}	该案涉及两家医药经销商固定价格、 划分市场的行为	
2012	广东省 物价局	海砂价格垄断案 ^{〔27〕}	该案涉及海砂开采企业结成联盟、统 一提高海砂开采资源费的价格垄断	在本案中首次运用“宽恕”制 度对主动提供重要证据的当 事人减轻处罚

〔21〕 夏雨:《湖南工商立案调查新车保险垄断经营》,载《中国工商报》2012年6月6日B1版。

〔22〕 《浙江省江山混凝土企业垄断案件》,载国家工商总局反垄断与反不正当竞争执法局网站,2013年2月19日,见 http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdzjz/dxal/201302/t20130219_133367.html,最后访问时间 2013-03-27。

〔23〕 《湖北省物价局依法查处武昌盐业分公司强制搭售案件》,载发改委网站,2010年11月15日,见 http://www.ndrc.gov.cn/jggj/zhdt/t20101115_380425.htm,最后访问时间 2013-03-27。

〔24〕 《广东省物价局曝光 2010 年十宗价格违法典型案件》,载发改委网站,2011 年 2 月 23 日,见 http://www.ndrc.gov.cn/jggj/zhdt/t20110223_396358.htm,最后访问时间 2013-03-27。

〔25〕 根据该案后来的发展情况来看,广东省物价局似乎并未对该案做出最终行政裁决。后来,深圳市惠尔讯科技有限公司作为受害的消费者于 2011 年对深圳市有害生物防治协会提起了反垄断民事诉讼。这表明深圳市有害生物防治协会的行为依然没有被相关部门处理。此案经过了深圳市中级人民法院一审【2011 年 9 月 19 日(2011)深中法知民初字第 67 号民事判决】和广东省高级人民法院二审【2012 年 12 月 12 日(2012)粤高法民三终字第 155 号】。两审法院都判决深圳市有害生物防治协会的行为不违反《反垄断法》的相关规定。该判决会在下文进行详细论述,在此不做赘述。

〔26〕 《两医药公司垄断复方利血平原料药受到严厉处罚》,载发改委网站,2011 年 11 月 14 日,见 http://www.sdpc.gov.cn/xwfb/t20111114_444330.htm,最后访问时间 2013-03-27。

〔27〕 《广东查处海砂价格垄断案件,确保国家重点工程建设顺利进行》,载发改委网站,2012 年 10 月 26 日,见 http://www.sdpc.gov.cn/zjgx/t20121026_510843.htm,最后访问时间 2013-03-27。

(续表)

时 间	处理机关	案件名称	主要内容	其 他
2013	贵州省物价局	茅台限定转售价格案 ^[28]	该案涉及茅台公司限定经销商向第三人销售茅台酒的最低价格	罚款高达 2.47 亿,创下《反垄断法》实施之后罚款之最
2013	四川省发改委	五粮液限定转售价格案 ^[29]	该案涉及五粮液公司限定经销商向第三人销售五粮液白酒的最低价格	罚款高达 2.02 亿

有一点值得注意的是,发改委虽然已经做出了 20 多个行政处罚书,但是有些案件处罚的主要依据却是《价格法》,比如“浙江省富阳市造纸行业协会组织经营者达成价格垄断协议案”^[30]和“湖北省十堰市豆制品加工大户串通涨价案”^[31]。从一般法律效力的角度来说,《反垄断法》的适用要优先于《价格法》的适用。^[32] 物价部门这种优先适用《价格法》的做法显示了其对于运用《反垄断法》尚缺乏信心。此外,发改委新近对于“六家境外企业实施液晶面板价格垄断案”的处罚决定也是依据《价格法》做出,但是此案的不同点在于其处罚的行为发生于 2001 年至 2006 年,那时《反垄断法》尚未颁布,因此不具有溯及既往的效果。^[33]

(三) 工商总局和发改委执法工作中的问题

由于工商总局和发改委的执法工作存在一定的交叉性,所以通常将二者的执法工作放在一起评议,因此下文也将学界对于二者执法工作的批评进行综合论述。对于工商总局和发改委执法工作的批评主要集中在以下几点。

首先,在《反垄断法》出台之际,社会各界对于利用《反垄断法》制裁国企的垄断行为抱以厚望。根据新浪网的调查,54.5%的受调查者认为《反垄断法》的出台影响最大的群体是国有企业。^[34] 但是,根据上述可查到的工商总局和发改委的执法案件来看,目前二者的工作重心还只是中小企业的“串通涨价”等“小打小闹”行为,而不是垄断行业尤其是国企垄断行业的行为,有学者甚至戏称之为“中国式的反垄断”。^[35]

其次,在《反垄断法》生效之初,甚至反垄断执法机构的官员都认为《反垄断法》将会成为打击行政垄断的利器。^[36] 但是有学者早已指出由于《反垄断法》缺乏对于行政垄断的实质性处罚措施,

[28] 贵州物价局关于“茅台价格垄断罚款”公告(2013 年第 1 号),2013 年 2 月 22 日,见 <http://www.cfda.com.cn/newsdetail.aspx?id=61047>,最后访问时间 2013-03-27。

[29] 四川省发展和改革委员会:《五粮液公司实施价格垄断被处罚 2.02 亿元》,2012 年 2 月 22 日,见 <http://www.scdrc.gov.cn/dir25/159074.htm>,最后访问时间 2013-03-27。

[30] 《浙江省富阳市造纸行业协会组织经营者达成价格垄断协议受到严厉处罚》,载发改委网站,见 http://www.ndrc.gov.cn/xwfb/t20110104_389456.htm,最后访问时间 2013-03-27。

[31] 《湖北省物价局曝光 9 起价格违法案件》,载发改委网站,2012 年 5 月 25 日,见 http://www.sdpc.gov.cn/zjgx/t20120525_481706.htm,最后访问时间 2013-03-27。

[32] 李常青、万江:《〈价格法〉与〈反垄断法〉的竞合与选择适用问题研究》,载《中国价格监督检查》2012 年第 12 期。

[33] 《六家境外企业实施液晶面板价格垄断被依法查处》,载发改委网站,2013 年 1 月 4 日,见 http://www.ndrc.gov.cn/xwfb/t20130104_521958.htm,最后访问时间 2013-03-27。

[34] 新浪财经与《国企》杂志:《〈反垄断法〉调查问卷》,载新浪网,2007 年 8 月 16 日,见 <http://finance.sina.com.cn/roll/20070816/11333888695.shtml>,最后访问时间 2013-03-27。

[35] 赵伟:《中国式反垄断》,载《浙江经济》2011 年第 3 期。

[36] 《〈反垄断法〉严厉打击行政垄断,滥用权力者要承担法律责任》,载新华网,2008 年 12 月 5 日,见 http://news.xinhuanet.com/politics/2008-12/05/content_10460133.htm,最后访问时间 2013-03-27。

《反垄断法》对于行政垄断就像是“没有牙齿的老虎”。^[37] 事实证明,在《反垄断法》执法五年期间,虽然工商机关曾经处理过“某市政府滥用行政权力强制推广卫星定位汽车行驶记录仪案”,但是行政垄断一直没有成为《反垄断法》执行的核心。

再次,学界对于《反垄断法》执行的诟病也在于反垄断法跟行业监管法的关系不明。^[38] 我国由于经济体制等历史原因,很多行业目前依然由政府主导,而反垄断法跟行业监管法的关系不清则会降低《反垄断法》执行的效力。这一点在发改委的“电信、联通涉嫌垄断案”中得到了具体的表现。该案最终并没有以行政处罚决定书的形式结案,而是以两个公司“承诺”的方式结案。有学者指出该案并不适合以“承诺”方式结案。在当前反垄断法跟行业监管法关系不清的情况下,发改委承受了太多不该承受的压力,其执法工作受到了各种干扰,特别是来自上级部门和其他政府部门的干扰。^[39] 这给《反垄断法》的执行带来很大的不确定性。关于此案后文会有详细论述,在此不作赘述。

(四) 商务部执法工作及问题

商务部负责审查经营者集中案件。根据《反垄断法》第 21 条的规定,经营者集中实行事先申报制度。这一点与其他两个反垄断执法机构(发改委和工商总局)的工作性质有所区别,后者采取的是事后审查制度。因此,商务部在案件受理方面具有无可比拟的优势。这一点在商务部受理的案件数量上得以集中体现。截至 2012 年底,商务部共受理经营者集中案件 528 件,其中附条件批准案件 16 起,禁止实施集中案件 1 起,其他案件大部分为无条件批准,少量案件立案之后撤回。

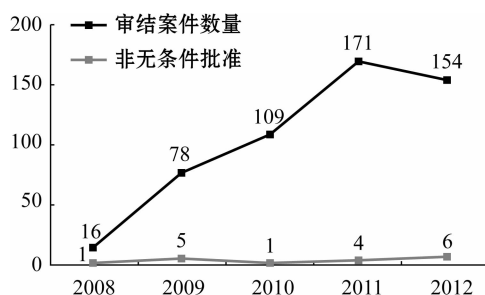


图 1 商务部历年受理案件情况(2008-2012)^[40]

注:非无条件批准案件包括附条件批准案件和禁止实施集中案件

在工作透明度方面,由于《反垄断法》对于经营者集中案件的特殊要求,^[41]因此商务部在自己的官方网站上及时报告了上述 16 件附条件批准的决定和 1 件禁止决定。另外,商务部也给自身加码,继续提供工作的执法透明度,公开了 2012 年 9 月 30 日之前审结的 458 件无条件批准案件的统计信息(虽然仅提供了参与集中的经营者的名称),^[42]并承诺今后以一个季度为周期公开类似信

[37] 王晓晔:《反垄断法实施面临四大瓶颈》,载《财经》年刊《2008:战略与预测》,内容简介见 <http://www.caijing.com.cn/2007-12-06/100040501.html>,最后访问时间 2013-03-27。

[38] 时建中:《我国〈反垄断法〉的特色制度、亮点制度及重大不足》,载《法学家》2008 年第 1 期。

[39] 王晓晔:《中国电信、中国联通涉嫌垄断案的思考》,载《交大法学》2013 年第 2 期。

[40] 资料来源,商务部网站。

[41] 《反垄断法》第 30 条规定:国务院反垄断执法机构应当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。

[42] 《经营者集中反垄断审查无条件批准案件信息统计情况》,载商务部反垄断局网站,2012 年 11 月 16 日,见 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/zcfb/201211/20121108437868.shtml>,最后访问时间 2013-03-27。

息。由于商务部公开的无条件批准案件仅提供了参与集中的经营者的名称,笔者无法进一步对这些案件进行分析。下面笔者仅对商务部做出的 17 个公开决定进行分析。

表 5 商务部非无条件批准案件一览及与欧美相关案件之简单比较(2008-2012)〔43〕

首次提交 申请时间	立案时间	审结时间	案件名称	主要集 中类型	救济方式	欧美审理情况
2008-09-10	2008-10-27	2008-11-18	英博收购百威案	水平集中	行为救济	美国无条件批准
2008-09-18	2008-11-20	2009-03-18	可口可乐收购汇源案	混合集中	禁止	
2008-12-22	2009-01-20	2009-04-24	三菱丽阳收购璐彩特案	水平集中	结构救济	欧盟无条件批准
2008-08-18	2008-08-31	2009-09-28	通用汽车收购德尔福案	垂直集中	行为救济	欧盟无条件批准
2009-06-09	2009-06-15	2009-09-29	辉瑞收购惠氏案	水平集中	结构救济	欧盟制定结构救济
2009-01-21	2009-04-30	2009-10-30	松下收购三洋案	水平集中	结构救济	欧盟制定结构救济
2010-04-20	同时	2010-08-13	诺华收购爱尔康案	水平集中	行为救济	欧盟制定结构救济
2011-03-14	同时	2011-06-02	乌拉尔合并谢尔维尼特案	水平集中	行为救济	
2011-07-14	2011-09-05	2011-10-31	佩内洛普收购萨维奥案	水平集中	行为救济	
2011-04-13	2011-05-16	2011-11-10	通用电气与中国神华设立合 营企业案	垂直集中	行为救济	
2011-05-19	2011-06-13	2011-12-12	希捷收购三星硬盘案	水平集中	结构救济〔44〕	欧盟无条件批准
2011-08-08	2011-09-26	2012-02-09	汉高与天德组建合营企业案	垂直集中	行为救济	
2011-04-02	2011-05-10	2012-03-02	西部数据收购日立存储案	水平集中	结构救济〔45〕	欧盟无条件批准
2011-09-30	2011-11-21	2012-05-19	谷歌收购摩托罗拉案	垂直集中	行为救济	美国和欧盟都无条 件批准
2011-12-12	同时	2012-06-15	联合技术收购古德里奇案	水平集中	结构救济	
2011-12-16	2012-02-16	2012-08-13	沃尔玛收购纽海控股案	垂直集中	行为救济	
2012-05-04	2012-06-28	2012-12-06	安谋、捷德和金雅拓组建合 营企业案	垂直集中	行为救济	

通过上表我们可以看出商务部审理的 17 个案件中可能存在以下问题。

第一,虽然商务部一直在提高自身审理案件的透明度,但是我们也可以看出时至今日商务部审理案件的透明度依然需要改进。这主要表现在当事人提交申请材料的时间和商务部立案调查的时间延时上。在这 17 个案件中,只有两个案件中的当事人一次提交申请材料成功。而在其他案件中,立案时间拖后一两个月的情形非常多。甚至在“松下收购三洋案”中,二者之间的时差长达三个月零九天。另外,在“西部数据收购日立存储案”中,我们甚至看到一个奇怪的现象:当事人于 2011 年 4 月 2 日提交申报,商务部在 2011 年 5 月 10 日开始立案调查,然后在几乎六个月之后

〔43〕 商务部已经公开所有案件的决定书,见 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/>,最后访问时间 2013-03-27。

〔44〕 该案中的结构救济不同于一般的结构救济。一般的结构救济是将被合并公司的一部分分离,由第三方购买。而本案中的结构救济则是要求被合并的公司在合并后账户独立,并在人事管理上跟收购公司保持一定独立性,这一般被称为“functional separation”(功能性分离)。

〔45〕 功能性分离的结构救济,见前注〔44〕。

(商务部审理经营者集中案件的最长时限),即2011年11月1日,西部数据以案件事实发生重大变更为由申请撤回申报;然后又在六天后重新提交申请,商务部随即立案调查。此时审查时限重新开始计算。最后,商务部在四个月做出最终裁决。该案历时长达十一个多月,创下经营者集中案件审理时间之最。商务部对于西部数据撤回申报的原因语焉不详。此间种种情形很让人怀疑是商务部跟当事人博弈的结果。上述事实一方面说明商务部对于申请材料要求的公开程度很不到位;另外,这也不得不让人怀疑商务部以这种不透明的状况来达到变相延长审理时限的目的。

第二,这17个案件有的涉及国外企业之间的集中,有的涉及国外企业和国内企业之间的集中,但是没有一起案件涉及国内企业之间的集中。根据商务部“无条件批准经营者集中案件列表”,国内企业集中申报的案件不在少数,但是所有的国内企业集中案件都获得了无条件批准。此外,唯一的一起禁止性决定(即“可口可乐合并汇源案”)涉及的是一家国际企业(可口可乐公司)收购一个国内企业(汇源果汁^[46])。这种现象招致了一些学者的非议,他们认为商务部没有平等对待国际经营者和国内经营者。^[47]

第三,在这17个案件中,有9个同时也在欧盟或者美国受审。通过对比我们可以发现,商务部的决定和欧盟或者美国的决定大相径庭。具体而言,在其中6个案件中(即英博收购百威案、三菱丽阳收购璐彩特案、通用汽车收购德尔福案、希捷收购三星硬盘案、西部数据收购日立存储案、谷歌收购摩托罗拉案),商务部做出了附条件批准的决定,而欧盟或者美国则做出了无条件批准的决定。此外,在其他的3个案件中(辉瑞收购惠氏案、松下收购三洋案、诺华收购爱尔康案),虽然欧盟和商务部都做出了附条件批准的决定,但是二者的内容却大有区别。

比如,在“通用汽车收购德尔福”一案中,^[48]商务部认定“通用汽车在全球和中国汽车市场的领先地位,以及德尔福在全球和中国汽车零部件市场的领先地位和增长态势”,从而裁定此项集中可能具有排除、限制竞争的效果。但是,有三点情形可能会影响商务部此项决定书的合理性。第一,通用汽车虽然是我国最大的商用车和乘用车制造商,但是其市场份额只有10%左右。^[49]第二,德尔福公司在汽车零配件市场的确具有一定的市场优势,但是其市场份额在所有相关的产品市场中均为不超过30%,并且没有显示出远远超越其他竞争者的优势地位。更为重要的是第三点,德尔福公司和通用汽车相继于2008年和2009年在美国申请破产,该项合并正是基于破产重组而产生。^[50]因此,虽然笔者并不支持完全跟随欧美的做法,但是作为一个新近成立反垄断机构的国家如此特立独行,却不由不使得笔者蹙眉。

(五) 反垄断私力执行工作及问题

自《反垄断法》生效以来,法院已经受理了大量的反垄断民事诉讼案件。最高人民法院并于

[46] 关于汇源果汁是否属于中国企业尚存在争议。这一方面是因为汇源果汁2005年在境外(开曼群岛)注册成立,另外一方面也是因为2007年汇源果汁在香港联交所挂牌上市。但是,从汇源果汁的实体经营区域以及中国国内民众认可的角度而言,本文将汇源果汁定性为中国企业。

[47] Markus Masseli, “The Application of Chinese Competition Law to Foreign Mergers: Lessons from the Draft New Guidelines”, 3(1) Journal of European Competition Law & Practice (2012), 102-109.

[48] 商务部公告2009年第76号,“通用汽车拟收购德尔福案”,见 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200909/20090906540211.shtml>,最后访问时间2013-03-27。

[49] 俞凌琳:《叶永明谋划2015,上海通用进入扩张期》,载《21世纪经济报道》2012年05月16日第23版。

[50] 欧盟委员会在其对“通用汽车收购德尔福案”的裁决书中指出在欧洲经济区范围内德尔福在其所涉足的相关市场中的市场份额均不超过30%。参见欧盟委员会对二者合并的裁决,Case No COMP/M. 5588-General Motors/Delphi Steering II, 13/08/2009。

2012年5月3日发布了《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》以指导各地法院的审判工作。^[51]截至2012年上半年,全国法院共受理反垄断民事诉讼案件107起,共审结57起。每年的具体案件数量如下图所示:

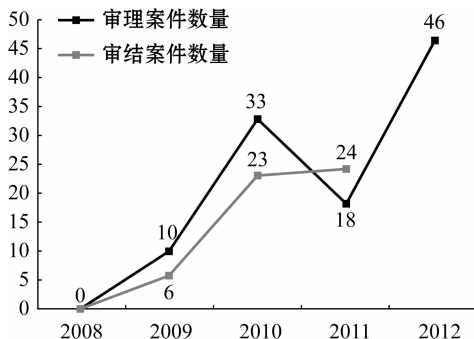


图2 反垄断民事诉讼案件数量(2008-2012)^[52]

最高人民法院知识产权审判庭副庭长金克胜法官分析了法院受理反垄断民事诉讼的几个特点。他指出,近五年来法院受理案件经历着一系列转变:第一,法律从业人士作为原告起诉的试探性案件、追求轰动效应的案件开始减少,而受害者为维护自身权益起诉的案件逐渐增多;第二,诉求象征性赔偿或小额赔偿的案件减少,而诉请大数额赔偿的案件开始增多。他还指出虽然法院受理的案件既有滥用市场支配地位的案件,又有垄断协议的案件,但是滥用市场支配地位的案件从数量上占优。^[53]另外,笔者发现反垄断民事诉讼的案件数量远远大于反垄断执法机构立案调查的案件数量。结合反垄断执法机构的执法现实(即滥用市场支配地位的案件数量很低),笔者认为这显示了反垄断执法机构的执法工作并没有达到民众的预期。

但是法院是否成为实现民众对于《反垄断法》预期的有效补充呢?笔者经过调查发现虽然审结了57起案件,但是反垄断民事诉讼中的原告,也即是受害者,几乎从来没有胜诉过。^[54]这种几乎为零的胜诉率很难证明法院已经成为反垄断执法机构执行《反垄断法》的有效补充。同时,笔者也注意到很多人士对于反垄断私力执行的现状甚至是非常失望的。^[55]

三、《反垄断法》执行差强人意的深层次原因

根据上文的分析,《反垄断法》的执行,无论是公力执行还是私力执行,都存在相当大的问题。甚至可以说,《反垄断法》在其生效后的五年基本没有实现其颁布之初民众对其的殷切期

[51] 侯利阳:《个人虽可起诉,反垄断仍然任重道远》,载《东方早报》2012年5月9日,见 <http://www.dfdaily.com/html/63/2012/5/9/788713.shtml>,最后访问时间 2013-03-27。

[52] 金克胜:《2012年中国竞争政策与法律年会报告》,见 http://www.mofcom.gov.cn/article/zt_jzzcflnh/lanmutwo/201301/20130100003559.shtml,最后访问时间 2013-03-27。

[53] 同上。

[54] 孙维晨:《我国三年来反垄断民事一审案件原告无一胜诉》,载《中国经济周刊》2012年第20期,见 <http://www.ceweekly.cn/html/Article/2012052158293821450.html>,最后访问时间 2013-03-27。另外,笔者也发现了一起反垄断民事诉讼中原告胜诉的案件,但是该案正在上诉过程中,因此最终结果尚不明朗,因此不算在内。

[55] 天则经济研究所:《〈反垄断法〉缘何难以执行》,载《中国改革》2010年第12期,见 <http://finance.ifeng.com/opinion/zjgc/20101201/2985111.shtml>,最后访问时间 2013-03-27。

望。那么,就产生了这么一个问题:为什么《反垄断法》的执法效果如此乏善可陈?下面,笔者从三个方面分析《反垄断法》执法效果不佳的深层次原因,也即扣合本文的主题:《反垄断法》不能承受之重。

(一) 公力执法资源有限

《反垄断法》的执法工作非常复杂,一个案件的解决往往需要三方面的人才:法律人才、产业技术人才、经济分析人才。首先,反垄断案件是一个法律案件,其具体分析需要法律专业的人士进行。其次,几乎所有的反垄断案件都需要分析其中涉及的垄断行为对于相关市场的影响。一个相关市场可以理解为一个行业。反垄断案件的解决要求执法者或者法院对于该行业具体运行有深入的了解。因此,反垄断执法需要对于该产业具有深厚工作经验的人士的支持。最后,《反垄断法》中所涉及的垄断行为对于相关市场的影响需要通过经济学的分析加以具体论证,这方面的工作必须由经济学界的人士进行。因此,一个反垄断执法机构的良性运行需要大量的人才进行支持,从世界各国的经验来看每一个反垄断机构的规模都非常庞大。下面笔者对于中美欧三个国家或地区的反垄断机构的人数进行一个简单比较。

表 6 中美欧反垄断执法机构人数对比

	美国司法部反垄断局	美国公平贸易局	欧盟委员会竞争局	中国 ^[56]	
人数	790 ^[57]	1 131 ^[58]	943 ^[59]	总数	≈430
				工商总局	>30
				发改委	>20
				商务部	>30
				地方分支机构	≈250 ^[60]

从上表我们可以看出,我国反垄断执法机构的办案人员数量远远小于美国和欧洲对应机构的人数。具体而言,美国(司法部反垄断局和公平贸易局之和)是我们的 4.5 倍;欧盟是我们的 2.2 倍^[61]。另外,美国反垄断执法时间已逾百年,欧盟也超过半个世纪,而我国的反垄断执法机构则是在过去五年逐步建立的。因此,我国反垄断执法机构在执法过程的人才储备捉襟见肘,而其执法效果不佳的局面则不难理解了。

[56] 各执法部门并没有公开的信息可循,笔者的数据截取时间大致为 2012 年左右。

[57] 数据截取时间为 2011 年 4 月,载 U. S. Department of Justice, “2011 Contingency Plan”, 见 <http://www.justice.gov/jmd/publications/2011-doj-contingency-plan.pdf>, 最后访问时间 2013-03-27。

[58] 数据截取时间为 2011 年 11 月,载 Wikipedia, “Federal Trade Commission”, 见 http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Trade_Commission#Bureau_of_Consumer_Protection, 最后访问时间 2013-03-27。

[59] 数据截取日期为 2011 年 12 月,载欧盟委员会竞争局 2011 年年度报告附件, 见 http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/aar/doc/comp_aar_2011_annexes.pdf, 最后访问时间 2013-03-27。

[60] 工商总局和发改委都授权省级分支机构执行《反垄断法》,因此各省的分支机构也都相应成立了反垄断处(名称不一)。根据笔者掌握的信息,省级反垄断处的编制一般在 3-5 人左右。笔者取平均数 4 人,我国大陆地区共有 31 个省、自治区、直辖市。因此,工商总局和发改委的地方分支机构的编制总数大约在 250 人左右。此外,工商总局反垄断与反不正当竞争执法局反垄断法律指导处处长杨洁在 2012 年 8 月杭州举办的“反垄断法实施前沿问题国际研讨会”通报工商总局将会增加 200 个新的编制用于加强地方反垄断部门的工作,但是她并没有指出新的编制将会在何时具体落实。因此笔者在此对之不予考虑。

[61] 如果考虑到欧盟各成员国也同时设置竞争执法机构,那么这个最终数据可能和美国对我国比值类似,甚至更高。

(二) 反垄断执法机构跟行业监管机构之间缺乏协调

前文已经指出,民众对于《反垄断法》执行最大的期待在于治理国有垄断行业限制竞争的行为。民众对于比如电信、石油、铁路等行业的高价尤为不满,因此希望《反垄断法》能够对现有状况进行一定程度的调整。不过,虽然我国学者一致认为《反垄断法》当然适用于垄断行业,^[62]但是《反垄断法》本身对是否适用国有垄断行业语焉不详,尤为重要的是,其对反垄断执法机构跟行业监管机构之间的协调没有进行任何说明。此外,《反垄断法》是否可以直接介入监管机构的行为,是个非常复杂的问题。该问题即使在反垄断发达的国家,例如美国和欧盟,依然存在争议。争议的焦点在于反垄断执法机构对于特殊行业的运行情况并不了解,这时贸然执行反垄断法可能会违反监管机构根据行业特点制定的一些行业监管措施,从而阻碍该行业的发展。^[63]这一点在发改委“电信、联通涉嫌垄断案”中表现得尤为明显。

2011年11月,发改委收到举报开始调查中国电信、中国联通涉嫌价格垄断。调查的主要内容是,中国电信、中国联通在宽带接入及网间结算领域是否利用自身具有的市场支配地位阻碍影响其他经营者进入市场等行为。该案主要涉及的滥用行为是,中国电信和中国联通对有竞争关系和没有竞争关系的宽带接入商给出了不同的宽带入网价,即与有竞争关系的中国移动、中国铁通等大型宽带接入商的交易条件是1000元/兆字节/月,而且这些交易须经集团的审批,并且指定在北京、上海、广州的指定点进行接入;对一些没有竞争关系的中小型宽带接入商的接入条件是200—300元/兆字节/月。发改委经过调查初步认定该行为严重影响了宽带接入市场的竞争结构。在调查进行至2013年3月份时,发改委经过审查中国电信和中国联通联合提出的申请,接受了二者整改其定价行为的承诺,决定中止反垄断调查。中国联通明确承诺,到2012年底公众用户4兆及以上速率带宽普及率达到50%以上;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。虽然目前该案仍在调查之中,但是可以确定的是发改委大致认可中国电信和中国联通的定价行为为滥用市场支配地位的行为,具体而言是一种价格歧视的滥用行为。

但是,如果深入剖析该案的相关事实,则会发现一些微乎其妙的细节,而这些细节与发改委的初步结论出现相互排斥的情形。“电信、联通涉嫌垄断案”的起源是宽带运营商之间为实现网间数据交换而进行的互联互通。互联互通不仅不是免费的,而且其价格受到中华人民共和国工业和信息化部(以下简称“工信部”)的管制。根据工信部的规定,“中国电信、中国网通对等互联、互不结算;其余骨干网运营单位之间对等互联、互不结算;与中国电信或中国网通互联的企业,向中国电信或中国网通单向支付结算费用,非对称互联”。^[64]非对称互联的价格为《互联网交换中心网间结算办法》(以下简称《结算办法》)按照带宽固定。具体而言,其他运营商向中国电信或者中国联通支付1000元/兆字节/月的价格。^[65]

我们可以把宽带运营商之间的互联互通界定为批发市场。各个运营商在实现互联互通之后,就可以向终端用户提供宽带接入服务,这个市场笔者称之为零售市场。零售价格一般也以

[62] 孟雁北:《我国〈反垄断法〉之于垄断行业适用范围问题研究》,载《法学家》2012年第6期。

[63] Liyang Hou, *Competition Law and Regulation in the EU Electronic Communications Sector: A comparative legal approach* (Kluwer Law International: the Netherlands, 2012), pp. 36-37.

[64] 丁珂:《中国互联网骨干网市场问题分析与政策建议》,载《广东通信技术》2007年第6期。

[65] 《互联网交换中心网间结算办法》(信部电[2007]557号),2007年11月30日,见 <http://www.miit.gov.cn/n11293472/n11505629/n11506554/n11517270/n11919388/n11919927/12037003.html>,最后访问时间 2013-03-27。

带宽作为定价单位。^{〔66〕}在零售市场上,中国电信、中国联通每兆字节/月的价格远远低于《结算办法》中的价格。同样的带宽,其价格甚至可以为《结算办法》价格的五分之一。^{〔67〕}因为二者价格的巨大差异,一些宽带运营商在零售市场上(也即从某些终端客户手中,其并不具备经营宽带接入业务的资质)购买带宽,然后再投入批发市场上进行零售。后来,中国电信和中国联通发现了此类行为并进行了清理,这导致了很多宽带运营商的用户无法访问互联网,从而导致了此案的产生。^{〔68〕}

因此,这个案件其实源于某些宽带运营商的违规操作,从而被中国电信和中国联通纠正的行为。然而,这种行为被发改委认为是价格歧视,也即中国电信和中国联通在批发市场(针对宽带运营商)和零售市场(针对终端用户)制定不同的价格。我们先不纠缠于工信部制定的法规是否合理,但就目前规定来看,那些终端用户(比如网吧)没有资质再次转让自己“租用”的带宽,因此中国电信和中国联通的行为是依据行业监管机构(工信部)法规的合法行为。目前该案以承诺形式结案,但是假设发改委对于中国电信和中国联通制定惩罚措施,则是变相地认定《结算办法》非法。《反垄断法》是否具备这种宪法审查职能,笔者持怀疑态度。

另外,从《反垄断法》本身来说,批发市场和零售市场是两个不同的市场,二者之间的价格不具有可比性,因此价格之间的差异性不能简单地被认定为价格歧视的直接证据。其次,虽然中国电信和中国联通的零售价格低于批发价格的行为有可能涉嫌价格挤压(price squeeze),^{〔69〕}但是在认定价格挤压的时候,我们并不能简单比较批发市场上的1兆带宽的价格和零售市场上的1兆带宽的价格。这是为什么呢?我们必须看到宽带接入零售市场上一个常见的经营策略,也即宽带运营商一般都超额提供带宽。换句话说,批发市场上的1兆带宽一般都是由零售市场上的多个用户共享的。进而言之,批发市场上的1兆带宽往往是冠以1兆带宽的名义卖给零售市场上的多个终端用户。这也就是为什么零售市场上的终端用户在下载的时候只有在特殊情况下才能达到宽带运营商所承诺的带宽,换句话说终端用户在正常使用的情况下是不可能达到这些带宽的。因此,我们在分析是否存在价格挤压的时候,要具体看宽带运营商利用批发市场上获得的带宽究竟销售给了多少个终端用户。如果他们能够从中盈利,则中国电信、中国联通的行为不能被认定为价格挤压。我们应该看到,中国电信和中国联通执行此项“歧视性”的定价已有数年,如果按照正常的逻辑推理来看,批发市场上的宽带经营商早就应该被排挤出零售市场之外了。但是从目前的市场状况来看,还是有大量的宽带接入商活跃在零售市场上的,比如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公司、北京电信通电信工程有限公司、北京互联互通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等。

最后,该案除涉及反垄断执法机构和工信部之间的冲突外,还涉及其他部委(具体而言是指原国家广播电影电视总局,以下简称广电总局)的博弈行为。在发改委宣布对此案立案调查之当日,广电总局下属单位中央电视台即在《新闻30分》节目中予以报道。并由此引发了中央电视台跟工

〔66〕 有时也以带宽结合流量的方式作为定价单位。

〔67〕 阚凯力:《电信联通垄断宽带,应增加骨干网运营商》,载新浪科技网,2011年11月14日,见 <http://tech.sina.com.cn/t/2011-11-14/18526317966.shtml>,最后访问时间 2013-03-27。

〔68〕 刘方远:《清理宽带接入,中国电信念紧箍咒》,载《21世纪经济报道》2010年9月6日第21版。

〔69〕 价格挤压也即拥有市场支配地位的经营者在上游市场提高价格或者在下游市场降低价格,使得竞争者无法盈利的限制竞争的行为。See, Liyang Hou, “Some Aspects of Price Squeeze within the EU: a case-law analysis”, 32(5) European Competition Law Review (2011), 250-257.

信部下属单位《人民邮电报》之间的争论。^[70] 其实,广电总局早在此案接受发改委调查之前就曾炮轰宽带市场的垄断行为。^[71] 那么为何广电总局也会涉及此事? 其主要原因在于广电总局监管的电视网络由于三网融合的发展也开始进入宽带市场,比如歌华有线和天威视讯。但是由于历史原因互联网国际互联一直被工信部监管的电信运营商所垄断,根据《结算办法》电视宽带运营商必须一直支付互联费用。这样广电总局监管单位宽带业务的发展就一直受制于工信部监管的单位。如果认识到这一点,那么广电部门在此案中的激烈反应也就不足为奇了。此案以承诺形式结案是否跟各部委的博弈相关,因为缺乏进一步的资料支撑,在此不做论述。

从这个案件中笔者得出结论:《反垄断法》对于垄断行业的调整是一个长期而复杂的过程,其中不仅涉及《反垄断法》和多个行业监管法规之间的立法协调,而且也涉及多个部委之间具体的执法协调。这就需要反垄断执法机构能够深入了解垄断行业的具体运行情况,只有在综合各种信息进行分析之后才能对垄断行业的运行做出通盘的考虑。而这并不像民众对《反垄断法》的理解那样简单。

(三) 社会各界缺乏对《反垄断法》的充分理解

《反垄断法》在我国属于一个新兴的法律部门,其适用跟传统的部门法有很大的区别,其分析涉及大量的经济学知识,因此社会各界对于《反垄断法》的内涵尚缺乏充分的认识。这会延缓甚至阻碍《反垄断法》的执行进程。下面以两个反垄断民事诉讼案件为例对此情况进行简单说明。

第一起案件发生在 2009 年,由北京书生电子公司(以下简称书生公司)发起,诉盛大文学滥用市场支配地位。大致案情如下:自 2008 年 5 月开始,读书吧网站(由书生公司运营)发表某作者的作品《星辰变后传》;而《星辰变》的著作权则由盛大文学所属的上海玄霆娱乐公司所拥有。后盛大文学向《星辰变后传》的作者发出警告,其作者于 2009 年 1 月 1 日在起点中文网上发表致歉声明,并从即日起立即停止未经授权作品《星辰变后传》的继续创作。书生公司由此认为起点中文网的运营者的行为属于滥用市场支配地位中的限定交易的行为,遂提起反垄断诉讼。该案于 2009 年 10 月 23 日上午在上海市一中院一审宣判,法院认定被告盛大文学未构成滥用市场地位,不属于垄断,对书生公司的诉请不予支持。^[72] 但是,仔细研究本案的案情之后,会发现该案是原告书生公司明显侵犯著作权在先,却反而控诉盛大文学滥用市场支配地位。根据《反垄断法》第 55 条的规定:“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法”。也即,即使是拥有市场支配地位的经营者,依然有权利通过各种合法的手段来维护自身知识产权所带来的各项权益。然而书生公司却以此为由提起反垄断民事诉讼,则是对于《反垄断法》缺乏最基本的了解。

第二起案件发生在 2012 年,由深圳市惠尔讯科技有限公司(以下简称“惠尔讯”)发起,诉深圳市有害生物防治协会涉嫌垄断协议。大致案情如下:深圳市有害生物防治协会组织其会员单位签订《自律协议》,规定会员单位报价低于除“四害”消杀服务收费标准及其他相关收费标准的 80% 以

[70] 上官兰雪:《央视“年终大戏”:电信联通垄断案》,载《南方周末》2011 年 11 月 22 日,见 <http://www.infzm.com/content/64801>,最后访问时间 2013-03-27。

[71] 《广电总局炮轰宽带市场垄断:广电缺席成主因》,载腾讯网,2009 年 12 月 10 日,见 <http://tech.qq.com/a/20091211/000180.htm>,最后访问时间 2013-03-27。

[72] 王文嫣:《读吧网状告盛大文学垄断,被驳回诉讼请求》,载《每日经济新闻》2009 年 10 月 28 日,见 <http://www.techweb.com.cn/news/2009-10-28/455275.shtml>,最后访问时间 2013-03-27。

下者,视为不正当竞争行为。惠尔讯为某会员单位的客户,其与该会员单位签订的合同价格低于《自律协议》的标准,该合同招致了深圳市有害生物防治协会的处罚。惠尔讯因此提起反垄断民事诉讼。该案先后经深圳市中级法院和广东省高院审理,均判决惠尔讯败诉。^[73] 该案属于典型的《反垄断法》第13条第一款中的行业协议组织的“具有竞争关系的经营者固定或者变更商品价格”(学界称之为“横向固定价格”)的行为。虽然,学界对于我国垄断协议的分析是适用“本身违法原则”(Per Se Illegal Rule)还是“合理原则”(Rule of Reason)尚存在争议,^[74]但是此类案件无论是在欧盟还是在美国,都属于“赤裸裸”的限制竞争的行为(Hardcore Restrictions),一般遵循“本身违法原则”,一经发现立即处罚,不问其是否具备合理因素。但令人匪夷所思的是,广东省高院在上诉判决书中声称该《自律协议》并未产生排除、限制竞争的效果,其主要依据是:

“2011年7月29日涉及除‘四害’经营范围的企业有838家,深圳市有害生物防治协会有会员单位271家,签订《自律公约》的只有187家,从签订《自律公约》服务企业的数量上看,签订《自律公约》的187家企业,仅占838家中22.31%,且除深圳市有害生物防治协会之外,深圳市另有深圳市南山区有害生物防治协会为提供同类服务的行业协会,可见,深圳市有害生物防治协会与其271户会员在深圳市除‘四害’消杀服务市场的影响力是有限的。”^[75]

据此,法院做出判决“深圳市有害生物防治协会与其会员签订的《自律公约》不属于垄断协议”。这明显是法院对于“横向固定价格”的分析方法缺乏最基本的了解所致。从这两个案件中我们可以看到民众,甚至是一些专业人士如法院的工作人员,都不了解《反垄断法》一些最基本的常识。我们怎么可能在这样的环境下对《反垄断法》的执法工作寄以过高的期望呢?

四、对未来《反垄断法》执法优先选择的一些建议

笔者以为上述三种情形在短期内(至少未来五年内)不可能得到根本性的改善,因此我们亦无须对《反垄断法》执法效果未达预期的情形过于苛责。基于这种假设,反垄断执法机构在未来的执法过程必须做到有所为有所不为,合理分配执法资源,这就涉及执法优先选择的问题。即使在反垄断发达国家,其执法机构也不可能毫无选择地处理所有的限制竞争问题,他们也是有选择地执行其反垄断条文。比如,欧盟委员会就多次做出关于执法优先选择的说明。^[76] 此外,早有学者指出新近颁发反垄断法的国家要尽量制定一个简单的执行框架,将精力放到一些重要的案件中。^[77] 因此,确定优先选择执法领域势必成为我国反垄断执法机构以后的工作重点,需要及早决定。

[73] 广东省高级人民法院民事判决书,惠尔讯诉深圳市有害生物防治协会,(2012)粤高法民三终字第155号。

[74] 参见许光耀:《“合理原则”及其立法模式比较》,载《法学评论》2005年第2期;郑鹏程:《论“本身违法”与“合理法则”——缘起、使用范围、发展趋势与性质探究》,载王艳林主编:《竞争法评论》(第1卷),中国政法大学出版社2005年版,第75~77页。

[75] 见前注[73]。

[76] Alexander Italianer(现欧盟委员会竞争局局长),“EU priorities and competition enforcement”, presented in “Institute for European and International Affairs”, 25 March 2011, available at http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_03_en.pdf,最后访问时间2013-03-27。

[77] James Langenfeld and Marsha Blitzer, “Is Competition Policy the Last Thing Central and Eastern Europe Need?” 6(3) American University International Law Review (1991), 347-398.

我国学者对于《反垄断法》执法优先选择的问题尚没有进行过详细的论证,因此笔者研读了一些国外学者对于反垄断在新兴国家执法的研究成果,希望在此基础上对研究我国的情形加以借鉴。反垄断在新兴国家的执法问题原先并没有得到学界的关注,其具体研究主要在前苏联解体之后东欧国家陆续接受西方反垄断法框架之后才得以逐渐展开。这些研究大致可以分为两个阶段:在第一阶段主要是经济学者利用经济学的方法从理论上分析西方的竞争理论如何应用于新兴国家;在第二阶段由于很多新兴国家的反垄断法已经执行了一段时间,学者开始利用第一阶段的成果之某一地域^[78]或者某一类垄断行为^[79]的执法工作进行实证研究。因为第二阶段的成果不好简单加以利用,笔者下面仅结合第一阶段学者的相关成果对我国《反垄断法》执行优先权的问题根据限制竞争行为的不同种类进行一些简单论证。

在论述之前,笔者必须声明以下的建议仅适用于反垄断公力执行,而不涉及法院的执法工作。法院由于其受理案件的被动性以及“民事诉讼以追求生效裁决为结果”^[80]的特性,所以必须对原告提起的任何类型的案件(只要符合民事诉讼法的相关规定)给出裁决。因此,对于法院的建议是继续加强对于《反垄断法》执法的培训工作。^[81]

(一) 垄断协议

垄断协议可以分为两类:横向垄断协议(竞争者之间签订的限制竞争协议)和纵向垄断协议(非竞争者之间签订的限制竞争协议)。对于横向垄断协议来说,全世界几乎所有的国家的操作区别不大。我国《反垄断法》中所列举的几类横向垄断协议(固定价格、限制生产、分割市场、联合抵制等)都被其他国家认定为“赤裸裸”的限制竞争行为,也成为反垄断执法的核心内容。因此,我国的反垄断执法机构在未来的执法工作中也必须将其作为执法工作的重点。但是对于纵向垄断协议则争议颇大。芝加哥学派倾向于将反垄断所禁止的垄断协议限定为横向协议,而不是纵向协议。^[82] 因为纵向协议总有这样或者那样的促进竞争的效果。因此笔者不建议反垄断执法机构将纵向垄断协议作为其工作的核心。

但是,有一点需要指出,固定或者限定转售价格可以按照横向垄断协议的处理方法,从而成为反垄断执法机构的工作重心之一。原因有二。其一,固定或者限定转售价格在欧盟也被视为“赤裸裸”的限制竞争,从而适用本身违法原则。^[83] 其二,将固定或者限定转售价格作为“赤裸裸”的限制竞争行为可以成为处罚以口头或者默认形式形成的横向垄断协议的有效补充。比如最近的“茅台、五粮液固定转售价格案”中,虽然贵州省和四川省发改委利用“固定转售价格”对二者进行处罚,但是茅台公司和五粮液公司同时要求其经销商不得低于指定价格进行销售的行为不得不令人

[78] Eg., Aleksandra Khimich, Marc Ivaldi and Frédéric Jenny, “Measuring the Economic Effects of Cartels in Developing Countries”, presented in 7th annual Competition & Regulation Meeting, 2nd September 2011, more information of this project can be found at <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/ResearchPartnership/Measuring-the-Economic-Effects-of-Cartels-in-Developing-Countries.aspx>, last access 2013-03-27.

[79] Eg., Paolo Buccirossi, Lorenzo Ciari, Tomaso Duso, Giancarlo Spagnolo, Cristiana Vitale, “Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment”, The Review of Economics and Statistics, July 2012.

[80] 王福华:《民事诉讼法学》,清华大学出版社 2012 年版,第 9~10 页。

[81] 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。

[82] Paul E. Godek, “A Chicago-school approach to antitrust for developing economies”, 43 The Antitrust Bulletin (1998), 261-274.

[83] European Commission, Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community, OJ C 368, 22. 12. 2001.

怀疑二者之间是否已经达成了某种共识。然而如果这种共识不是以书面形式达成,反垄断执法机构也很难提供证据予以证明。但是固定转售价格则非常容易进行证明。因此,利用固定转售价格处理这种案件则会大大提高反垄断执法机构的执法效率。^[84]

(二) 滥用市场支配地位

我国跟其他的新兴国家一样都处于经济体制的转型期,其主要特点在于政府开始逐渐放松行业管制。在这个过程中,原有的国有垄断公司跟其他民营公司大量并存。由于原有经济体制的遗留问题,民众能够感知到的最大的滥用市场支配问题主要是超高定价(excessive pricing)。但是,如果贸然使用反垄断法对超高定价进行调整,则会出现反垄断执法机构变为价格制定者的情况。^[85] 考虑到超高定价的复杂性,即使美国也未禁止超高定价,因此不建议反垄断执法机构过早介入超高定价的执法工作中。此外,滥用市场支配地位的分析非常复杂,尤其对于某种滥用行为的合理性分析方面即使是学界也存在争议。滥用和非滥用之间的界限非常模糊。虽然反垄断的目的在于保护有效率的竞争,不在于保护无效率的竞争者,但是,波斯纳也承认即便是在美国大部分的滥用案件都是被无效率的竞争者提起或者其目的是为了保护无效率的竞争者。^[86] 因此,笔者并不赞成反垄断执法机构在未来几年内将精力放到滥用市场支配地位的案件中。

(三) 经营者集中

经营者集中案件分为横向集中(竞争者之间的集中)和非横向集中(非竞争者之间的集中)。对于横向集中,反垄断机构审查的重点应当是集中后是否会增加竞争者之间的合谋。^[87] 从这一点来说,商务部做的还是不错,商务部所有的结构救济都发生在横向集中案件中,其目的就是增加集中后的竞争者,从而降低竞争者之间合谋的发生。对于纵向集中来说其工作的重心应该在于审查集中的竞争者一方是否拥有上下游经营者不能绕开的必需设施。^[88] 在这一点,商务部做的也非常不错。比如,在“谷歌合并摩托罗拉案”中商务部分析的重点就在于如何保护国内手机制造商不受谷歌公司安卓操作系统的影响,从而要求谷歌公司承诺不会封闭其操作系统。^[89] 值得注意的是,商务部的执法工作跟发改委和工商总局相比存在一定优势。商务部审查的很多案件也在欧美的反垄断执法机构进行审查。通过跟他们的交流,商务部可以修正自己的裁定,而工商总局和发改委在这方面则缺乏同行的经验交流。目前商务部公布的17个附条件批准或者禁止的决定书中有9个都同时在欧美受审,这保证了商务部能够跟外国同行进行充分的经验交流。这种情况应当继续保持,从而才能逐步提高自己的执法能力。

[84] David Stallibrass, “Hidden inconsistencies: the use of Western economic assumptions in Chinese antitrust”, presented in Shanghai Jiao Tong University, 7th March 2013.

[85] Eleanor M. Fox, “Antitrust, Economic Development and Poverty: The Other Path”, in UNCTAD, *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development prospects* (2008), also available at <http://ssrn.com/abstract=1002637>, last access 2013-03-27.

[86] Richard Posner, “100 Years of Antitrust”, *Wall Street Journal*, June 29, 1990, at A12.

[87] Patrick Rey, “Competition Policy and Economic Development”, Mimeo, Institut d’Economie Industrielle, Université des Sciences Sociales, Toulouse, France, 1997.

[88] 同上。

[89] 商务部公告2012年第25号,《关于附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动经营者集中反垄断审查决定的公告》,2012-05-19,见 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/zcfb/201205/20120508134324.shtml>,最后访问时间 2013-03-27。

(四) 行政垄断和行业监管

虽然有很多学者支持新兴国家利用反垄断法打击行政机构和国有企业破坏市场竞争的行为,^[90]但是笔者并不建议我国的反垄断机构在未来几年将此作为工作重点。这主要基于以下两个方面的考虑。第一、我国《反垄断法》并未规定行政垄断的制裁措施,早有学者指出这种方式使得《反垄断法》成为“没有牙齿的老虎”。因此,对于行政垄断反垄断执法机构更多应该是一种协调的工作,这需要政府部门(尤其是国务院)作为一种媒介进行。单单依靠反垄断执法机构的力量很难实现预期的执法效果,这从“电信、联通案”中也可以略知一二。其次,对于行业监管来说,其与《反垄断法》的磨合是一个长期而反复的过程。对于有效执法而言,反垄断机构需要的不仅仅是跟国有垄断行业作战的信心,更重要的是要具备对具体垄断行业业务深入了解的知识储备。如果凭借对于《反垄断法》一些简单的理解从而贸然进入行业监管领域,不仅会引起跟监管机构不必要的冲突,更会影响《反垄断法》的有效执行。关于这一点,笔者在“电信、联通案”中已经进行分析,在此不作赘述。

(五) 继续加强执法能力

最后,目前我国反垄断执法机构的执法力量还处于相对薄弱的状态。根据国外学者对于新兴国家执行反垄断的建议来看,在未来几年我国反垄断执法机构的首要任务在于加强自身的执法力量。^[91] 反垄断执法机构力量的增强不仅表现在执法人员数量的增加,更重要的是其执法人员要加强自身的培训,提高对于《反垄断法》条文的理解。其次,在政府层面应当给予反垄断执法机构足够的执法独立资格。再次,反垄断执法机构也必须加强自身工作透明度的建设。目前商务部在透明度方面是三个反垄断执法机构中做得最好的。但是其也存在一些问题,比如经营者集中申报材料的内容规定得不够详细,没有详细公布无条件批准案件的案情,等等。对于其他两个部门(发改委和工商总局)来说,建议公布每一个行政决定书的全文。再次,反垄断律师(尤其是公司内部的反垄断法务部)的建设工作也不容忽视。律师或者公司法务部会在第一时间指出公司行为中限制竞争的问题。他们被认为是提高《反垄断法》地位和促进竞争文化发展的一支决定性力量。^[92]

(责任编辑:李迎捷)

[90] James Langenfeld and Marsha W. Blitzer, *supra* note [77], 347-398.

[91] Louise du Plessis, Judd Lurie, and Amy van Buuren, “Competition Legislation and Policy—is it necessary in a developing economy?” paper presented in Fifth Annual Competition Law, Economics and Policy Conference, 4 & 5 October 2011.

[92] Mark Dutz and R. Shyam Khemani, *Competition Law & Policy: Challenges in South Asia*, The World Bank (2007), 28-29.