

大历史视角下的反垄断法与本土化移植

侯利阳*

目次

- 一、引言
- 二、执法目的
 - (一) 产生背景及先天缺陷
 - (二) 保护竞争者
 - (三) 保护竞争
- 三、处罚式的执法模式
 - (一) 本身违法原则
 - (二) 合理原则
 - (三) 经济学理论的法律化
- 四、和解式的执法模式
 - (一) 处罚式执法模式的局限
 - (二) 演变路径
 - (三) 弊端
- 五、本土化移植之困境探析
 - (一) 执法目的不明确
 - (二) 本身违法与合理原则适用模糊
 - (三) 反垄断法与行业监管的立法冲突
- 六、结语及政策建议

摘要 法律移植不仅仅涉及法条的移植,更涉及法学理论的移植。我国的《反垄断法》及其配套法规仅仅移植了他国反垄断法母法的条文,缺乏对于反垄断基础理论的深度移植。这一缺憾不但延缓了法律移植过程中的本土化改造,而且已经开始深入影响我国反垄断的执法进程。通过梳理世界百年来的反垄断执法历程,可总结出现代反垄断法的三次重大演变:从保护竞争者向保护竞争的演变、从本身违法向合理原则的演变、从处罚式的执法模式向和解式的执法模式的演变。以此演变过程为基础,分析了我国目前反垄断实践中的执法困境,并从本土化移植的角度提出了相应的解决方案。

关键词 反垄断法 法律移植 执法模式 历史演变

一、引言

古今中外的法律移植都存在一个长期且又缓慢的过程。虽然有学者认为不存在真正意义上的法律移植,^{〔1〕}但不可否认我国近现代的法制史就是一部西方法律移植史。^{〔2〕}学界一般认为法

* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。本文是国家社科基金项目(14CFX064)的阶段性成果。

〔1〕 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第7~12页;苏力:《变法,法治建设及其本土资源》,载《中外法学》1995年第5期。

〔2〕 参见何勤华:《法的移植与法的本土化》,载《中国法学》2002年第3期;周少元:《二十世纪中国法律变革与法律移植》,载《中外法学》1999年第2期。

律移植存在三个阶段：(1) 详观移植对象；(2) 深析本土的制约性要素；(3) 慎行本土化改造。^{〔3〕}这三个步骤并非截然分立、一蹴而就，而是需要在反复认知中改善并提高，这也是我国诸多法律频繁修改的主要原因之一。^{〔4〕}在此三个步骤之中，第一个步骤尤为重要。若对需要移植的法律的产生背景以及理论梳理研究得不够充分，则后续的本土化改造很容易画虎类犬。时至今日，我国的基础框架性法律已经大体移植完毕，总体上进入深度本土化改造的阶段。反垄断法律移植正是在这个过程之中的重要组成部分。我国对于反垄断法的研究始于20世纪90年代，迄今大约二十年的历史。以2007年我国《反垄断法》颁布为界，这些研究大致可以分为两个阶段：立法前的法律移植可行性研究，以及立法后的本土化研究。但是，第一阶段的研究侧重于对国外反垄断法律条款的简单移植，虽为时代所必需但又失之理论深度；而第二阶段成果集中于具体垄断行为的研究，其成果虽细致入微却又陷于只见树木。尤为重要的是，现有的研究严重缺乏从大历史变迁的角度研究世界反垄断基础理论演变的学术成果，这使得反垄断法律移植从第一步开始就产生了巨大的断裂。这种断裂不仅已经开始影响我国的反垄断执法工作，而且也延缓了反垄断法本土化移植的进程。鉴于这个研究空缺，本文拟截取世界反垄断史上的重要事件，来探讨反垄断法百年来的演变过程；进而，通过梳理反垄断法执法目的变迁和执法模式之演变等基础理论问题，一方面来深度解读我国反垄断执法实践中的困境，另一方面也对我国反垄断法律移植的本土化改造进行思考。

二、执法目的

现代意义上的第一部反垄断法于1890年在美国颁布，此即《谢尔曼反托拉斯法案》(Sherman Antitrust Act, 以下简称《谢尔曼法》)。但是，《谢尔曼法》并没有确立反垄断法的执法目的，这种粗放式的立法模式随着美国经济地位的提高却被其他国家所移植。比如，我国《反垄断法》第1条虽然指出了反垄断法的执法目的，但如果仔细推敲就会发现这些目的跟其他市场规制法律(比如《反不正当竞争法》)的目的高度重合，从而无法从执法目的上划清反垄断法与其他部门法的区别。不过在随后的发展中，我们发现反垄断基础理论的发展却得益于这种开放性的立法模式。这种立法模式使得反垄断执法机构^{〔5〕}可以根据经济发展的不同阶段以及经济理论研究的不断深入为反垄断法“添加”执法目的，从而推动了反垄断法基础理论的革新。

(一) 产生背景及先天缺陷

反垄断法的产生是为了应对19世纪末美国^{〔6〕}和欧洲^{〔7〕}因产量过剩而导致的垄断问题。但在发现该问题之初，欧美国家都企图基于既有的民商事法律体系来解决。比如，在19世纪末20世纪初，欧洲形成了大量的民事特别法；其目的就是为了提高弱者地位、干预合同自由，以期解决垄断带来的问题。^{〔8〕}但是，欧洲的民法学者对这种干预表示怀疑，认为这违背了民法的基本原则，

〔3〕 参见常鹏翱：《异议登记的制度建构：法律移植的微观分析》，载《中国法学》2006年第6期。

〔4〕 参见左为民：《当代中国刑事诉讼法律移植：经验与思考》，载《中外法学》2012年第6期。

〔5〕 本文中的反垄断执法机构采用广义解释，既包含公力执法机构(主管反垄断法执法工作的行政机关)，也包含私力执法机构(即法院)。

〔6〕 Charles Sabel & Jonathan Zeitlin, "Historical Alternatives to Mass Production: Politics, Markets and Technology in Nineteenth-Century Industrialization", 108 *The Past and Present Society* 133(1985).

〔7〕 参见[美]戴维·格伯尔：《二十世纪欧洲的法律与竞争》，冯克利、魏志梅译，中国社会科学出版社2004年版，第89~91页。

〔8〕 参见薛军：《批判民法学的理论建构》，北京大学出版社2012年版，第44~45页。

从长期来看得不偿失。^{〔9〕}与欧洲修订法律的尝试不同,美国的法院则是通过援用传统普通法上处理“限制交易之合同无效”的原则来处理垄断带来的新问题。^{〔10〕}但是,与欧洲学者的观点类似,美国学者也认为这无法解决所有的垄断问题,并呼吁新型法律的出台。^{〔11〕}

《谢尔曼法》在1890年姗姗登场。虽然在此之前美国已经有20个州颁布了禁止垄断的法律规则,但种种迹象表明《谢尔曼法》的出台似乎只是一个偶然事件。首先,没有任何资料表明美国学术界在此之前对反垄断法的立法进行过大规模的讨论。现有的关于《谢尔曼法》的历史资料仅限于当时美国国会上的立法争议,以及参议员谢尔曼本人的论著。^{〔12〕}反而是欧洲学者(以奥地利学派为代表)在19世纪末对垄断问题展开了大规模的研究,但这些研究成果似乎对《谢尔曼法》的出台没有产生任何影响。^{〔13〕}其次,时至今日美国学界对于《谢尔曼法》颁布时的执法目的依然莫衷一是。有学者认为这是为了防止垄断高价并保护分配效率(Allocative efficiency),但分配效率却是在20世纪之后才被正式提出的。^{〔14〕}有学者认为是由于当时多如牛毛的垄断组织严重限制了社会的生产效率;但是实证研究表明在1880—1990年间美国主要的工业产品不但产量得以提高而且价格也在持续下降。^{〔15〕}甚至,还有持阴谋论的学者认为该法的出台是为了保护垄断者的利益。^{〔16〕}再次,《谢尔曼法》的核心条款只有两条:(1)合同以及以托拉斯行为或者其他形式的联合或者共谋,限制州际或者国际贸易的,违反本法;(2)任何人垄断或者企图垄断、或者与他人联合、共谋垄断州际或者国际贸易的,违反本法。这两个条文非常开放,既没有规定垄断行为的类型,也没有指出反垄断的分析方法。

《谢尔曼法》的颁布确实回应了社会需要解决垄断问题的时代需求,但当时的立法者对于反垄断法的内涵和适用实际上缺乏成熟的、系统的思考。因此,很多美国学者就直接指出《谢尔曼法》是普通法,而不是通常意义上所说的可以直接操作的成文法。^{〔17〕}体系松散且又缺乏理论支持的反垄断法自诞生之初,就呈现出跟传统法律迥然不同的发展脉络。传统的调整经济关系的法律以民法为基础,其自立法之初就具备细致入微的调整对象和调整方法。而成立之初的《谢尔曼法》不但对于其执法目的语焉不详,更没有确立起一套完整的分析方法。这样的反垄断法不可能被立即执行,而需要在随后的执行过程中逐步确立执法细则来弥补母法的先天不足。这也是为何我国的反垄断执法机构在《反垄断法》颁布之初的两三年内并没有迅速进入执法环节,而是以颁布执法细

〔9〕 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2004年版,第361~365页。

〔10〕 参见陈兵:《再论美国反托拉斯法生成:以19世纪下半叶规制铁路业垄断问题为线索》,载《经济法研究》2011年卷。

〔11〕 Richard Hofstadter, “What Happened to the Antitrust Movement?”, 30 Rev. in Amer. His. 639 (1965).

〔12〕 Thomas Hazlett, “The Legislative History of the Sherman Act Re-examined”, 30 Econ. Enquiry 263 (1992).

〔13〕 George Stigler, “The Origin of the Sherman Act”, in Thomas Sullivan(eds.), *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years* (New York: Oxford University Press, 1991), p.36.

〔14〕 Tibor de Scitovsky, “A Note on Welfare Proposition in Economics”, 19 Rev. Econ. Stud. 77 (1941).

〔15〕 Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principles and Execution* (Harvard: Harvard University Press, 2008), p.41.

〔16〕 Werner Troesken, “Did the Trusts Want a Federal Antitrust Law? An Event Study of State Antitrust Enforcement and Passage of the Sherman Act”, in Jac Heckelman, John Moorhouse and R. Whaples(eds.), *Public Choice Interpretations of American Economic History* (Boston: Kluwer, 2000), pp.77 - 104.

〔17〕 William Reynolds & Spencer Waller, “Legal Process and the Past of Antitrust”, 48 SMU L. Rev. 1813 (1995).

则作为主要工作任务的深层次原因。^[18]

(二) 保护竞争者

反垄断的执法目的是在随后的具体执法活动中形成的,并且存在一个逐步演变的过程。这个过程大致以20世纪70年代作为分界点。此前的反垄断执法工作主要存在于美国,因此我们也主要以美国的执法情况为基础对这个阶段进行探讨。美国在这个时期的司法案例和立法实践透露出来:早期反垄断法的主要目的在于保护中小竞争者。首先,从司法实践来看,美国最高法院早在1897年的“跨密西西比航运协会案”中就明确指出《谢尔曼法》保护的是“小企业和有能力的公民”。^[19]随后在1911年的“麦尔士医生案”中,美国最高法院确认转售价格维持(Resale price maintenance)为本身违法;^[20]霍恩坎普提出该案的判决缺乏理论支持,其直接目的很有可能是保护小企业。^[21]这种保护竞争者的目的即便在20世纪60年代也没停止。比如,在“布朗鞋案”^[22]和“费城国有银行案”^[23]中,涉案当事人合并后的市场份额均未超过5%。依据既往的判例这种合并一般会被无条件批准,但美国最高法院对这两个案件均判决禁止合并。波斯纳法官认为最高法院的做法就是为了保护小企业。^[24]其次,从美国的立法实践来看,《谢尔曼法》在颁布后的六十年间共经历了三次重要的立法调整,分别是1914年的《克莱顿法案》(Clayton Act)及《联邦贸易委员会法案》(Federal Trade Commission Act)、1936年的《罗宾逊-帕特曼法案》(Robinson-Patman Act)以及1950年的《塞勒-凯福佛法案》(Cellar-Kefauver Act)。大多数学者认为这三部法案均将其立法目的明确定位为保护市场中的小企业。^[25]

此外,在这个阶段经济学对于反垄断执法工作的影响表现并不显著。^[26]但是1930—1960年间流行的“哈佛学派”(Harvard School)为美国在这个阶段保护竞争者的反垄断实践做了很好的注脚。作为古典自由主义经济学的集大成者,哈佛学派把任何偏离完美竞争(Perfect competition)的市场结构视为不竞争的状态,并借此来证明反垄断法的必要性。在此基础上,哈佛学派创造了反垄断历史上著名的S-C-P分析模式(Structure-Conduct-Performance),认为特定的市场结构(Structure)造就特定的垄断行为(Conduct),而这些垄断行为又必然影响市场竞争(Performance)。^[27]哈佛学派的代表性人物贝恩通过实证研究^[28]发现:在20世纪50年代,美国很多行业的集中度都超出了正常

[18] 参见侯利阳:《〈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》,载《交大法学》2013年第2期。

[19] *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897), para. 324.

[20] *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons*, 220 U.S. 373 (1911).

[21] Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice* (New York: West Publishing, 2011), sec. 11.2-3.

[22] *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

[23] *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

[24] Richard Posner, “Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions”, 75 *Columbia L. Rev.* 282 (1975).

[25] Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principles and Execution* (Harvard: Harvard University Press, 2008), p. 42.

[26] William Kovacic & Carl Shapiro, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, 14 *J. of Econ. Perspectives* 49 (2000).

[27] Edward Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem* (Mass: Harvard University Press, 1957) and Joe Bain, *Barriers to New Competition* (Mass: Harvard University Press, 1956), pp. 155-156.

[28] 这些实证研究被其他学者批评存在重大的方法漏洞。Dennis Carlton & Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organization* (4th Edition, Boston: Pearson/Addison Wesley, 2005), pp.246-274.

水平;这不但提高了市场的进入成本,而且限制其他竞争者进入这些市场的可能性。^[29]因此,他认为反垄断应当将其立法目的设置为维持一定数量的竞争者。如此,美国在这个时期把保护竞争者(尤其是小竞争者)作为《谢尔曼法》的执法目的也就不足为奇了。

(三) 保护竞争

对于反垄断法的目的是保护竞争还是保护竞争者的讨论跟其另外一个基础理论命题密切相关,也即反垄断法是保护竞争的结果(Outcome)还是竞争的过程(Process)? 结果论的竞争主义更强调完美竞争中社会资源的优化分配,认为反垄断法应当去实现这种分配结果。结果论竞争主义的理论来源是古典自由主义经济学,或者可以说是哈佛学派,所以他们提倡反垄断法应当以保护竞争者作为执法目的。与之相比,过程论的竞争主义不否认反垄断法应当保护社会资源的优化分配,但却认为该结果应当完全由市场机制来决定;进而,反垄断法的直接目的应当是保护这种市场机制的运行。^[30]而正是过程论竞争主义的产生使得反垄断法的执法目的产生了新的变革。

哈佛学派的观点在 19 世纪 70 年代之后开始受到“芝加哥学派”(Chicago School)^[31]的挑战。芝加哥学派与哈佛学派论战中的主要问题是:保护竞争者是否能使整个社会受益,或者说是否会提高社会福利(Social welfare)。社会福利一词除了包含消费者福利(Consumer welfare)之外,还包含生产者福利(Producer welfare)。值得一提的是,有些芝加哥学派的学者将社会福利与消费者福利混用。比如芝加哥学派的代表性人物罗伯特·博克(Robert Bork)的著名论断是“消费者权益是反垄断法的唯一正当目的”。^[32]但是,其他学者指出:博克的消费者权益实际上就是社会福利。^[33]我国有些学者对此以讹传讹,认为反垄断法的目的是保护消费者福利,从而得出反垄断的目的是保护消费者,^[34]这至少是不全面的。

在这场论战中,两位诺贝尔经济学奖获得者的主要成果——科斯的“交易成本理论”(Transaction costs)和纳什的“博弈论”(Game theory)——为芝加哥学派提供了重要的理论工具。前者认为当交易成本为零时政府的任何管制措施都是没有必要的,市场总会找到社会福利最优的解决方案;^[35]后者则指出寡头垄断依然可以产生近似于完美竞争所能达到的生产效率。^[36]以此为基础,芝加哥学派给予市场自身的纠错能力以充分的信任;认为反垄断法的目的应当是维持市场机制(也即竞争的过程),应当是关注社会福利是否受到损害,而不是个别竞争者或者部分消费者的利益是否受到损害。^[37]芝加哥学派倡导的过程竞争主义在 19 世纪 70 年代之后开始风靡,并

^[29] Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2011), p. 22.

^[30] Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), p.27.

^[31] 芝加哥学派之后又出现了后芝加哥学派(Post-Chicago School)。但是后芝加哥学派并没有从根本上推翻芝加哥学派的观点,只是在若干方面对后者的观点进行了修正。本文认为二者并不存在本质上的区别,因此不对后芝加哥学派进行专门的论述。对于芝加哥学派与后芝加哥学派观点的区别,参见 Michael Jacobs, “An Essay on the Normative Foundation of Antitrust Economics”, 74 N. C. L. Rev. 219 (1995).

^[32] Robert Bork, “The Goals of Antitrust Policy”, 57 Amer. Econ. Rev. 242 (1967).

^[33] Donald Dewey, “Antitrust and Economic Theory: An Uneasy Friendship”, 87 Yale L. J. 1516 (1978).

^[34] 参见徐孟州:《论我国反垄断法的价值与核心价值》,载《法学家》2008年第1期。

^[35] Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 J. L. Econ. 1 (1960).

^[36] Carl Shapiro, “The Theory of Business Strategy”, 20 Rand J. Econ. 125 (1989).

^[37] William Landes, “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, 50 U. Chicago L. Rev. 652 (1983).

被美国官方所接受。^{〔38〕}至此,反垄断法的执法目的最终演变为:(1)反垄断法保护的是竞争,不是竞争者;(2)反垄断法保护的是竞争的过程,不是竞争的结果。这两点在我国《反垄断法》中也有所体现,如其第1条中的“保护市场公平竞争”“提高经济运行效率”“维护消费者利益和社会公共利益”都是对于这两点的体现。但是,我国《反垄断法》对于这些开放性的措辞没有进一步定义,这在很大程度上掩盖了其实质含义。

更为重要的是,芝加哥学派将保护社会福利纳入了反垄断法的分析框架之中,并最终使得反垄断法跟传统的调整经济关系的法律完全分离,形成了自身独特的分析方法。传统的调整经济关系的法律关注的往往是行为及其损害,追求的是局部或者个案的公正,较少直接分析对于整体社会利益的损害。比如,合同法中违约责任的确立仅限于当事人的直接损失,较少涉及对于第三人或者社会的损害。^{〔39〕}又如,刑法中也涉及经济犯罪的内容,但是刑法以对犯罪人进行处罚(报应论)为直接目的,以对社会利益的保护(预防论)为间接目的。^{〔40〕}再比如,反不正当竞争行为也是以相关当事人的损害作为主要计算依据,从而“保障具体交易场合特定当事人的利益平衡”。^{〔41〕}而在芝加哥学派的倡导之下,反垄断法的分析开始着眼于垄断行为对于整体社会的损害。如果垄断行为仅是在局部或者个案中损害其他竞争者或者消费者的权益,但是却提升了整体社会福利,则该行为原则上并不违反反垄断法。这种新型方法的建立使得反垄断法的关注点落脚到了社会利益,因而反垄断法也被视为公法、私法之外的第三类法——社会法。^{〔42〕}

三、处罚式的执法模式

反垄断法的调整对象从广义上来说市场交易行为。但是,规制市场交易的主要任务已经由合同法等为代表的民商事法律来承担。因此,为了不严重影响既有的民商事交易制度,反垄断法只能被视为民商事法律的托底条款,其存在的价值是为了保证其他市场交易规则的有效运行。以私法自治为逻辑基础的民商事法律在立法上采用任意性条款,给予当事人极大的行为自由。民商事法律体系中的任意性条款决定了反垄断法只能采用禁止性规范的立法模式,也即只要不属于反垄断法明确禁止的交易都可以由当事人的意志自治来解决,这也是古典自由经济学所倡导的目标。^{〔43〕}不过,以《谢尔曼法》为代表的反垄断法在其条文中仅仅表示限制竞争的行为应当被禁止,却并没有定义何为限制竞争。这给反垄断的执法工作带来了极大的困扰。从极端角度而言,任何市场行为都能产生限制竞争的效果。比如甲将某物卖给乙,就限制了第三人跟甲交易的可能,从而也可以说该交易限制了第三人以此物进行竞争的可能。百余年来反垄断法实践也可以说是一个寻找反垄断分析方法的过程。具体而言,历史上大致形成了两种分析方法,即“本身违法原则”(Per Se Illegal)与“合理原则”(Rule of Reason),这两种方法共同组成了反垄断法处罚式的执法模式。

(一) 本身违法原则

所谓的本身违法原则不过是传统法律分析的基本逻辑形态,也即行为与后果的简单组合。比

〔38〕 See William Kovacic & Carl Shapiro, *supra* note〔26〕, at 53.

〔39〕 参见王利明:《论合同的相对性》,载《中国法学》1996年第4期。

〔40〕 参见王世洲:《现代刑罚目的理论与中国的选择》,载《法学研究》2003年第3期。

〔41〕 参见王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2009年版,第91页。

〔42〕 参见郑尚元:《社会法的定位和未来》,载《中国法学》2003年第5期。

〔43〕 See George Stigler, *supra* note〔13〕.

如,对于合同关系而言,违约这一事实就意味着违反合同法;又或,对于刑事关系来说,杀人这一行为就代表着要承担刑事责任。虽然各种法律都设置了责任减免或者阻却的事由,但是其执法模式的常态可谓本身违法原则。《谢尔曼法》规定:所有通过合意或者垄断来限制贸易的行为违法;该条款的逻辑思路即是本身违法原则。《谢尔曼法》脱胎于传统普通法中“限制交易之合同无效”的原则。以其立法之时的法律理念而言,采用本身违法原则的立法表述也无可厚非。^[44]但即便没有受到随后芝加哥学派社会福利理论的影响,美国的反垄断执法机构在《谢尔曼法》出台之后就发现并非所有限制竞争的行为均违法。由此,美国最高法院迅速发展出了合理原则来弥补本身违法原则一刀切的情况。而所谓的合理原则是指某些限制竞争的行为存在合理性,因此即便其具有一定的限制竞争的效果,但也可以不认为违法。本身违法和合理原则的区分对于现代反垄断法的意义重大,几乎所有的国家对之都进行了不同形式的移植。比如,欧盟将之称为“目的限制竞争的行为”(对应本身违法)和“效果限制竞争的行为”(对应合理原则)。^[45]再比如,虽然我国《反垄断法》第13条(横向垄断协议)未明确当然违法的存在,但是我国最高人民法院(以下简称“我国最高院”)《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》第7条将证明这些行为不具有限制、排除竞争效果的举证责任分配给了被告,则近乎承认了当然违法的适用。

事实上,关于本身违法和合理原则的区别早已体现在普通法年代中“限制交易之合同无效”的判例之中。普通法时期的英国和美国将二者区分为非附属性的限制(对应本身违法)和附属性的限制(对应合理原则)。^[46]这种区分跟大陆法系民商事法律体系中“损害公共利益之合同无效”的逻辑基础类似。^[47]美国最高法院在1889年的“阿迪斯顿钢管案”中开始援引普通法的这种分类方法,并正式冠以本身违法与合理原则的名称。^[48]该判决书认为如果限制竞争的行为是为了保护该合同的正当利益,则为合理(合理原则);但如果其超越合同所要保护的利益,则被认定为无效(本身违法)。在20世纪上半叶,合理原则的适用范围非常小。当时的执法理念为:基本上所有的垄断行为都适用本身违法原则,只有例外情况中才适用合理原则。^[49]抑或,在20世纪上半叶反垄断处罚式的执法模式为本身违法原则。

本身违法原则代表着传统法律分析方法对于反垄断法的残余影响。在芝加哥学派的影响下,本身违法原则在当代的适用范围开始急速萎缩,但其影响依然存在。比如,世界各国(包括美国、欧盟和我国)依然使用本身违法原则来处理竞争者之间签订的固定价格的协议、限制产量的协议以及分割市场的协议。也有学者质疑本身违法原则在当代存在的合理性;他们认为由于不同市场条件的影响,上述的垄断行为也不总是产生限制竞争的效果。^[50]但是,或许是因为没有任何主流经济学理论来证明这些行为能够提高社会福利,^[51]或许是因为本身违法原则将证明这些行为不具有限制竞争效果的举证责任分配

[44] Robert Bork, “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fix and Market Division”, 74 Yale L. J. 800 (1965).

[45] Richard Whish & David Bailey, *Competition Law* (8th ed., New York: Oxford University Press, 2015), pp.120 - 123.

[46] 参见陈兵:《美国反托拉斯法合理规则的源起——以19世纪下半叶州判例法为中心的考察》,载《法律方法》2011年第1期。

[47] 参见李永军:《合同法》,法律出版社2003年版,第379~383页。

[48] *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

[49] Jesse Markham, “The Per Se Doctrine and the New Rule of Reason”, 22 South. Econ. J. 24 (1955).

[50] Fred Kofmana & Jacques Lawarrée, “A Prisoner’s Dilemma Model of Collusion Deterrence”, 59 J. Public Econ. 117 (1996).

[51] See Jesse Markham, *supra* note[49], at 24.

给垄断者从而方便了反垄断执法机构的调查工作,^[52]时至今日本身违法原则虽然适用范围变小但并未完全消失。不过,本身违法原则已经不复是反垄断的主要分析方法;反垄断的主要分析方法自芝加哥学派兴起之后转化为合理原则,也正是由此反垄断法华丽地实现了与其他部门法分析方法的分离。

(二) 合理原则

本身违法原则只强调垄断行为本身,而不太关注这些行为限制竞争的实际效果。合理原则与之截然不同,其将垄断行为的影响放置于整个社会(或者说相关市场)之中,分析这些行为是否对社会总体福利造成负面影响。虽然在20世纪上半叶合理原则的适用范围非常有限,但在当代合理原则已经开始适用于几乎所有垄断行为的分析之中。^[53]

在20世纪上半段,合理原则的分析从属于传统普通法体系中附属性限制贸易的判例,也大体上沿用传统的法益平衡的分析方法。^[54]在芝加哥学派被引入反垄断分析之前,反垄断法往往被理解为保护经济自由。但是,值得注意的是任何行为都可能限制其他竞争者的经济自由或者竞争,因此传统的法益平衡法往往无法完美地解释何为限制竞争的效果。我们以反垄断法所禁止的拒绝交易为例来进行具体说明。拒绝交易是一种典型的垄断行为,美国和欧盟都有规定,^[55]我国《反垄断法》第17条第3款也将之纳入适用范围之中。该行为的基本表现形式为甲拒绝把某物卖给乙。传统的法益分析无法证明:是甲乙交易的经济自由更为重要(拒绝交易违法),还是甲保留该物的所有权更为重要(拒绝交易合法),抑或甲选择与乙之外的第三方交易更为重要(拒绝交易合法)。其次,这也向我们展示了反垄断法与民商法的交叉与冲突。若甲的行为被认定为拒绝交易,则甲必须把该物卖给乙。如此,这种强迫交易就违背了民商法中的两大基本原则:所有权神圣与合同自由。对于民商法而言,所有权神圣意味着只有所有权人才能实现该物的最大价值;而契约自由则是自由经济不可或缺的因素。依据所有权神圣原则,甲有权不将该物卖给任何人;依据合同自由原则,甲有权拒绝把该物卖给乙。因此对于反垄断法的分析而言,传统的法益分析法一方面具有先天的不确定性,另一方面也无法充分展示反垄断法与其他部门之间的实质区别。这个问题在20世纪70年代芝加哥学派介入之后才得以完美的解决。

拒绝交易作为一种典型的垄断行为不但能精确地描述反垄断跟民商法之间的关系,更能恰当地证明合理原则在当代反垄断中的适用模式。^[56]下面我们依然以拒绝交易为例来说明芝加哥学派对于合理原则的重构。最早的拒绝交易案件可以追溯到1911年美国的“圣路易斯火车终端协会案”,^[57]但是该案并未开创拒绝交易的处理方法。拒绝交易案件的分析框架是在20世纪70年代芝加哥学派成为主流之后才形成的。^[58]不过,在世界范围内最早真正处理拒绝交易的案件没有发生在美国,而是在欧盟。欧盟自1974年的“商业溶剂案”^[59]开始,直至2007年的“微软

[52] 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。

[53] 参见郑鹏程:《美国反垄断法“本身违法”与“合理原则”适用范围探讨》,载《河北法学》2005年第10期。

[54] Alan Meese, “Farewell to the Quick Look: Redefining the Scope and Content of the Rule of Reason”, 68 Antitrust L. J. 461 (2000).

[55] 参见林平、马克斌、王轶群:《反垄断中的必需设施原则:美国和欧盟的经验》,载《东岳论丛》2007年第1期。

[56] Spencer Waller, “Areeda, Epithets, and Essential Facilities”, 2008 Wisc. L. Rev. 359 (2008).

[57] *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383(1911).

[58] Philip Areeda, “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, 58 Antitrust L. J. 841 (1989).

[59] Jointed Cases C-6-7/73, *Commercial Solvents*, [1974] ECR 223.

案”,^[60]最终确立分析拒绝交易的分析方法。美国直到1984年才在“美国电话电报公司案”中正式确立类似于欧盟的分析框架。欧美对于拒绝交易的处理略有不同,但其实质模式区别不大。^[61]我国《反垄断法》已经对欧美关于拒绝交易的做法进行了法律移植。国家工商行政管理总局(以下简称“工商总局”)《禁止滥用市场支配地位行为的规定》第4条规定在分析拒绝交易的事后应当考虑如下因素:“另行投资建设、另行开发建设该设施的可行性、交易相对人有效开展生产经营活动对该设施的依赖程度、该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响等因素。”这些因素实际上提出了三个要求:第一,实施拒绝交易的主体为上游市场的绝对垄断者,因为请求交易的企业既不可能从其他企业那里获取类似产品,也无法自行投资、开发该产品;第二,被拒绝交易的产品为请求交易的企业进行下游生产经营所必需;第三,实施拒绝交易的主体有能力进行交易。这些条件的累加效果是:如果在这种情形下允许垄断者拒绝交易,则该垄断者可以轻易地将之在上游市场的市场力量传导(leverage)到下游市场中;而其他竞争者由于无法获得上游产品,即便他们在下游市场的生产效率高于垄断者,也不得不面临被排挤出下游市场的尴尬局面,从而这种行为造成了社会整体福利的损失。^[62]正是通过这样的安排,合理原则将拒绝交易的个案纳入社会总体福利的分析之中,从而一方面明确了当代反垄断法所保护的是竞争过程,而非竞争结果;另一方面也真正解决了反垄断法与民商法中的所有权神圣和合同自由两大原则之间的冲突。^[63]

(三) 经济学理论的法律化

作为以民商法为代表的经济关系调整法律的有效补充,反垄断法的立法体例不得不采取禁止性规范。在这种立法体例之下,反垄断法原则上不应当禁止任何遵循民商法的市场行为,而只有在例外情形中才予以禁止。反垄断法也正是通过这种禁止性规范来间接地调整市场主体的行为,^[64]从而达到维持市场机制运行的目的。^[65]因其以维持市场机制为首要任务,反垄断法往往被认为是侵害市场机制最轻的法律,^[66]因而也被称为“经济宪法”。^[67]随着芝加哥学派理论的引入,处罚式的执法模式存在一个从本身违法原则向合理原则演变的过程,并最终形成了以合理原则为导向的当代执法模式。

以经济学理论为基础的当代合理原则促使了现代反垄断执法模式的形成,但也使得经济学分析被大量引入到反垄断的执法实践之中。因此,反垄断法律移植不单涉及法律条文和法学理论的移植,而且也涉及经济学理论的法律转化。但是,各种经济学理论都是建立在一系列假设条件之上的,而不同的假设条件使得各个经济学流派的观点、方法存在或多或少的差异。如何在这些差异中选择最为适合的经济学理论并对之进行法律转化成为令反垄断执法机构和学者头痛的国际难题。目前各国法学界对于垄断行为的研究也主要侧重于分析何种经济学理论更为贴近本土发

^[60] Case T-201/04, *Microsoft v. Commission*, [2007] ECR II-3601.

^[61] 参见李剑:《反垄断法中核心设施的界定标准——相关市场的视角》,载《现代法学》2009年第3期。

^[62] David Gerber, “Rethinking the Monopolist’s Duty to Deal: A Legal and Economic Critique of The Doctrine of Essential Facilities”, 74 VA. L. Rev. 1069 (1988).

^[63] Paul Nihoul, Freedom of Choice: The Emergence of a Powerful Concept in European Competition Law, available at <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-3-2012/>.

^[64] Kenneth Elzinga, “The Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts?” 125 U. PENN. L. Rev. 1191 (1977).

^[65] Richard Posner, “Theories of Economic Regulation”, 5 Bell J. Econ. Manag. Sci. 335 (1974).

^[66] Stephen Breyer, “Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace”, 75 Calif. L. Rev. 1005 (1987).

^[67] 参见孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第21页。

展的实际要求,从而基于该理论进行本土化的改造。虽然反垄断执法机构和学者都尽量避免不同经济学理论之间的冲突,但是由于信息的不完全性这种冲突在实际执法中也往往不可避免。^[68]

四、和解式的执法模式

20世纪70年代之后当代反垄断法处罚式的执法模式逐步形成。其后随着经济学研究的深入在细节部分略有更新,但是就基本形态而言再也没有发生革命性的改变。但反垄断执法模式的创新并未因此而停止。如果说反垄断处罚式的执法模式是在经济学这种外生力量的刺激之下而产生的话,那么反垄断执法模式创新的另一股力量却来自其内部。这种内生性的创新力量就是20世纪80年代之后开始风靡全球的承诺机制。目前我国学界讨论承诺机制的成果也为数不少,但将其视为反垄断执法模式的创新并从根本上改变后者的成果暂时还没有。下面本文将讨论承诺机制作为反垄断执法的内生性创新力量是如何拓展反垄断执法模式的。

(一) 处罚式执法模式的局限

反垄断的立法立足于禁止性的规范,也即通过赋予行为人不作为的消极义务来保护市场机制的运行。虽然《谢尔曼法》没有明确这些不作为义务的范围,但从随后反垄断的实践发展来看市场主体的义务范围已经相对明确,大致包括垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中。并且,反垄断法的基本理念是希望通过一次性的处理来恢复市场机制的顺利运行。但是随着市场条件的变化,以消极性义务为基础的处罚式执法模式开始逐渐显现出弊端。大体而言,处罚式的执法模式在当代社会主要面临如下两种矛盾。

1. 执法时间过长与市场创新过速的矛盾

在经济学这种外生性的创新力量融入反垄断执法之后,虽然反垄断法与其他部门法的关系得以厘清,但也带来了一些负面后果。其中最明显的就是经济学分析大大增加了反垄断案件的执法成本,并延长了执法时间。在引入经济学之前,合理原则的分析主要依赖于各种法律利益之间的平衡,其调查分析过程一般不会持续很长时间。但是在经济学引入之后,垄断行为对于竞争的损害必须建立在经济学的一系列条件之上,且需要精确的市场数据对之证明。这在客观上要求反垄断执法机构必须投入更多的执法成本和时间。比如,在20世纪80年代美国反垄断案件进入诉讼阶段的平均审理时间为8个多月;而到了90年代就迅速延长到了近25个月。^[69]再比如,欧盟在进入21世纪之后,对于反垄断案件的平均处理时间(从调查开始到处罚决定书发布)约为51个月。^[70]但在市场创新高速发展的今天,这种持续数年的反垄断执法程序很可能会使得反垄断处罚在新的市场条件下完全失去意义。

欧盟在“微软案”中的处理就凸显了执法时间过长与市场创新过速之间的矛盾。该案的起因是微软在1999年发布的操作系统中植入(搭售)媒体播放器(Windows Media Player)。欧盟委员会于2000年开始调查该行为,其后在2004年做出了违法认定书;^[71]随后,微软向欧盟初审法院

[68] Douglas Ginsburg & Eric Fraser, “The Role of Economic Analysis in Competition Law”, in Robert McEwin (eds.), *Intellectual Property, Competition Law and Economics in Asia* (Oxford: Hart Publishing, 2011), pp.35 - 52.

[69] Daniel Crane, “Optimizing Private Antitrust Enforcement”, 63 *Vanderbilt L. Rev.* 691 (2010).

[70] Kai Hüscherlath, Ulrich Laitenberger & Florian Smuda, *Cartel Enforcement in the European Union: Determinants of the Duration of Investigations*, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2179037>.

[71] Case COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, European Commission Decision of March 24, 2004.

(Court of First Instance)提起上诉,法院于2007年判决支持欧盟委员会的行政处罚。^[72] 该案历经七年有余才宣告结束。在本案中,微软的行为被认为是企图将其在操作系统市场中的支配地位传导到媒体播放器市场,从而限制了竞争。但由于该案审理时间过长,随后的市场呈现了翻天覆地的变化,从而大大降低了该案反垄断处罚的有效性。的确,在2000年左右绝大部分消费者主要依赖个人电脑(或者说微软的操作系统)来播放媒体文件。但是在2004年之后苹果公司的iPod播放器(包括随后的苹果手机及其平板电脑)开始风靡全球,从此媒体播放器的竞争呈现了从个人电脑向智能移动设备的转移。由于这种转型,微软公司在个人电脑操作系统中植入媒体播放器的行为对于实际竞争并未造成太大影响,是否需要反垄断法进行处罚已经不是那么重要了。^[73]

2. 反垄断法与行业管制的矛盾

反垄断法中的消极性的义务虽然能够保证反垄断执法工作不会对经济自由造成过度的限制,但也使得反垄断法在面临市场结构调整的时候捉襟见肘。^[74] 在历史上,对于市场结构的调整往往由行业监管法及其所蕴含的积极性义务来处理。^[75] 但是20世纪70年代之后兴起的芝加哥学派不但革新了反垄断理论,而且也颠覆了传统的行业监管理论。这些学者以“公共选择理论”(Public interest theory)和“捕获论”(Capture theory)为基础,主张传统的行业监管措施应当主动退出市场,将市场监管的任务交给反垄断法。^[76] 芝加哥学派的兴盛使得世界各国在20世纪80年代之后掀起了声势浩大的“去管制化”(Deregulation)^[77]浪潮。

但是,去管制并不意味着不管制。管制行业产生的原因非常复杂,这里面确实涉及垄断的问题,但是深层次原因也有自然垄断、国有企业的先天优势、信息不对称等所造成的市场结构问题。^[78] 反垄断法中的消极性义务从本质上来讲并不适宜于处理市场结构的问题。比如,新西兰在20世纪80年代末决定开放电信业,并将该行业完全交由反垄断法来规制;但是随后十余年的实践证明该措施完全失败,在2001年新西兰最终决定颁布新的电信监管法来解决反垄断法单一化管制失灵的问题。^[79] 由于芝加哥学派理论中对于政府监管的不信任,目前反垄断法在各国都或多或少被赋予了一定行业监管职能。不过,这也给反垄断法提出了一个难题,即如何突破以消极性义务为基础的处罚式执法模式来适应这种变化。

(二) 演变路径

承诺机制在美国被称为 Consent Decrees,在欧盟被称为 Commitment Decisions。承诺机制在《谢尔曼法》中并未被提及,是在执法实践中形成的一种特别程序。承诺机制属于广义的和解程序

^[72] Case T-201/04, *Microsoft v. Commission*, [2007] ECR II-3601.

^[73] Pierre Larouche, “The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation”, 75 *Antitrust L. J.* 933 (2009).

^[74] Alexandre De Streel, “The Relationship between Competition Law and Sector Specific Regulation: The Case of Electronic Communications”, 47 *Reflète et Perspectives* 53 (2008).

^[75] Tony Prosser, “Theorising Utility Regulation”, 62 *Modern L. Rev.* 196 (1999).

^[76] See Richard Posner, *supra* note[65].

^[77] Simon Deakin & Stephen Pratten, “Reinventing the Market? Competition and Regulatory Change in Broadcasting”, 26 *J. L. Soci.* 323 (1999).

^[78] Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice* (New York: Cambridge University Press, 2004), pp.50-125.

^[79] Damien Geradin, Isabel Neto & Michel Kerf, *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: A Close Look at Interconnection*, available at <http://ssrn.com/abstract=886305>.

之一,^[80]其实质内容是在执法过程中^[81]反垄断执法机构认可被调查的经营者所提出的整改条件,从而以不处罚的形式结案。历史上第一例承诺结案的案件是美国1906年的“奥的斯电梯公司案”。^[82]承诺机制具有节约执法资源的优势,^[83]可以保证执法机构迅速结案,因此可以很好地应对前述的执法时间过长与市场创新过速的矛盾。鉴于承诺机制的各种优点,美国在1914年制定的《克莱顿法案》中对之予以立法确认。在20世纪下半叶反垄断法向全世界扩张的过程中,承诺机制也被认为是优秀的反垄断程序机制而被各国(比如欧盟^[84]和我国^[85])所移植。

处罚式的执法模式是通过禁止某些行为来维持市场秩序的运行;而承诺机制则是通过认可当事人提出的行为约束来结案,并且结案并不以当事人终止涉案垄断行为为必要条件。^[86]因此,二者的运行模式存在一定的冲突。承诺机制在其产生之后就开始冲击处罚式的执法模式,这种趋势到了现代更为明显。以美国为例,1890—1940年间承诺结案的比例大致维持在25%左右;^[87]1940—1960年间该比例迅速增长到70%左右;^[88]到了20世纪80年代承诺结案率已经增长到87%;从1990年至今该比例就一直维持在97%左右。^[89]我国也开始出现承诺结案的案件,但多数案件并未最终公开,适合统计的只有经营者集中的案件。^[90]截止到2017年12月,商务部共做出了36个裁决书,只有两起是禁止集中,其余案件均以承诺结案,承诺结案率大致为98.3%。这些数据表明处罚式的执法模式在当代的执法实践中只占据非常有限的一小部分,绝大多数的案件已经采用承诺的形式进行结案。换言之,承诺机制已经反客为主,在过去三十年的发展中开始演变为反垄断的主要执法模式。

承诺机制依据其效果不同可以分为两类:(一)以停止已经发生的垄断行为为核心的承诺(消极性承诺),(二)以规制尚未发生的行为为核心的承诺(积极性承诺)。消极性承诺跟处罚式的执法模式类似,二者均以停止涉案违法行为作为主要目的,也即以施加消极性义务为要件。二者的区别在于消极性承诺案件无须做出复杂的经济分析,同时也没有处罚措施。从实质而言,在消极性承诺中当事人是通过提前承认自己行为的违法来换取反垄断执法机构免于处罚的和解。这种

[80] 参见刘水林:《反垄断实施的协商机制研究》,载《法商研究》2015年第3期。

[81] 由于各国反垄断执法程序的不同,承诺既可以在反垄断行政调查中提出(以欧盟和我国为代表),也可以在反垄断诉讼中提出(以美国为代表)。

[82] *United States v. Otis Elevator Company*, 1 CCH, Decrees & Judgments in Federal Anti-Trust Cases 107 (N.D. Cal. 1906).

[83] Giovanna Massarotto, “The Deterrent and Enunciating Effects Consent Decrees”, 8 J. Compet. L. Econ. 1 (2015).

[84] Council Regulation (EC) No. 1/2003, [2003] O.J. L. 1/1, Article 5 and 9.

[85] 《反垄断法》第45条。

[86] 比如20世纪90年代美国对于微软在操作系统内搭售浏览器的行为进行调查。该案以承诺结案,但是微软未停止该植入行为。参见罗先觉:《美国、欧盟、韩国、日本微软案件比较研究——以软件产业中滥用支配地位的认定和规制为视角》,载《河北法学》2010年第12期。

[87] Maxwell Isenbergh & Seymour Rubin, “Antitrust Enforcement through Consent Decrees”, 53 Harvard L. Rev. 387 (1940).

[88] Charles Phillips, “The Consent Decree in Antitrust Enforcement”, 18 Washington & Lee L. Rev. 42 (1961).

[89] George S. Georgiev, “Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law”, 2007 Utah L. Rev. 999 (2007).

[90] 承诺机制规定在我国《反垄断法》第45条。从该条的内容来看,承诺机制似乎不适用于附条件批准的经营集中,后者在第29条被规定。但是经营者集中的限制性条件从本质上来说跟在其他垄断案件中提出的“承诺”是一样的,因此在本文中笔者将二者视为同一。参见焦海涛:《反垄断法承诺制度的适用范围研究》,载《法商研究》2013年第2期。

形式在 20 世纪上半段被广为使用。^[91] 在我国的执法实践中也已经存在消极性承诺的形态。比如,在 2014 年“北京盛开体育发展有限公司垄断案”中,工商总局在当事人承认违法事实并停止违法行为之后,决定中止调查;并于一年后做出了终止调查不予以处罚的公告。^[92] 消极性承诺并未冲击处罚式的执法模式,而是后者的有效补充。对于处罚式的模式冲击最大的是积极性承诺。处罚式的执法模式是对已经发生的垄断行为进行事后性的禁止(Ex post regulation),这有别于以事先监管(Ex ante regulation)为代表的行业监管法。^[93] 而积极性承诺则是通过当事人对于尚未发生的行为施加积极性义务,从而保证未来的市场机制不会受到损害。这种积极性义务一方面突破了反垄断法事后管制的处罚式执法模式,另一方面也赋予了反垄断法一定程度的行业监管职能。^[94]

积极性承诺的出现主要是为了应对传统管制行业的改革。欧美在经历了 20 世纪 70 年代的金融危机之后,社会大众开始抱怨传统的政府管制。^[95] 同时,芝加哥学派也在理论层面极力呼吁管制行业的去管制化。虽然传统的政府管制在二者的倒逼之下迅速倒台,但新型的管制措施并不能马上出台。于是行业监管开始出现真空期,积极性承诺正是在这种情形下应运而生。^[96] 具有划时代意义的积极性承诺案件是美国 1982 年的“美国电话电报公司案”。^[97] 该案中的承诺使得当时世界最大的电信公司——美国电话电报公司——被分拆,并承担互联互通等一系列积极性义务。而美国的《电信法案》(Telecommunications Act)直到 1996 年才被颁布,该案中的承诺在 80 年代和 90 年代实际上承担了电信行业监管的职能。^[98] 随后美国大部分的承诺案件都可以归类为积极性承诺,并在本质上都是为了实现反垄断法的行业监管职能。^[99]

这种和解式的执法模式也逐步被其他法域所接受和移植。比如,欧盟在 2002 年电信监管法律颁布之前,^[100]也是通过积极性承诺来推进电信行业的改革。^[101] 甚至,在我国的电信行业反垄断案中积极性承诺的案件也已经出现。在 2012 年国家发展与改革委员会(以下简称“国家发改委”)在“电信联通案”中接受中国电信和中国联通的承诺:(1) 尽快与骨干网运营商进行扩容;(2) 降低与其他公司的互联价格,进一步提升互联互通质量;(3) 进一步规范互联网专线接入自费管理,按照市场规则公平交易,适当降低自费标准;(4) 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

[91] Burnham Carter, “The Sherman Antitrust Blackjack”, 52 Amer. Mercury 427 (1941).

[92] 国家工商总局竞争执法公告 2014 年第 14 号;国家工商总局竞争执法公告 2015 年第 1 号。

[93] George Psarakis, “Sector-specific Regulation and Competition Law in the Electronic Communications Sector against the Backdrop of the Internal Market”, 28 Euro. Compet. L. Rev. 456 (2007).

[94] Douglas Melamed, “Antitrust: The New Regulation”, 10 Antitrust 13 (1995).

[95] Geoffrey Owen, *Industrial Policy in Europe since the Second World War: What Has Been Learnt?*, available at: <http://eprints.lse.ac.uk/41902>.

[96] See Niamh Dunne, *supra* note[30], at 69 - 72.

[97] *United States v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (DDC, 1982).

[98] Tim Wu, *The Master Switch: The Rise and the Fall of Information Empires* (New York: Alfred A. Knopf, 2010), pp.248 - 249.

[99] Fred McChesney, “Be True to Your School: Chicago’s Contradictory Views of Antitrust and Regulation”, in Fred McChesney & William Shughart II (eds.), *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective* (Chicago: University of Chicago Press, 1991), p.323.

[100] Laurent Gazaniti & Matthew O’Regan, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law and Regulation* (3rd revised edition, London: Sweet & Maxwell, 2010,) Chapter I.

[101] Pierre Larouche, “EC Competition Law and the Convergence of the Telecommunications and Broadcasting Sectors”, 22 Telecommunications Policy 219 (1998).

位贷款价格下降35%左右。^{〔102〕} 这些承诺的内容大大超出了我国《反垄断法》中规定的法定处罚措施(停止违法行为、没收违法所得、罚款),已经接近或者类似于电信行业监管的内容。

(三) 弊端

和解式的执法模式从结案比例而言已经取代了传统的以处罚为核心的执法模式,其大规模使用是为了应对市场迅速发展与垄断行业改革的双重时代要求。在这个过程中,反垄断法一方面突破了处罚式的执法模式所拘泥的消极性义务,另一方面也发展出一定的行业监管的职能。积极性承诺的出现使得反垄断法弥补了传统行业监管缺位所造成的真空地带,并为后续的“去管制化”的新型行业监管措施提供了宝贵的执法经验。但即便如此,反垄断法也不能被视为行业管制的终极武器,而应当被看作是一种临时性的工具。这其中既有前述新西兰电信改革失败的现实案例,也存在理论支持。学界将在管制行业过度使用反垄断法的弊端总结为如下三点。第一,积极性承诺代表着反垄断执法机构对于市场未来发展的预期。但这种预期的正确与否往往带有很强的主观性以及不确定性,因此可能会产生管制失灵(Regulatory failure)的后果。^{〔103〕} 第二,承诺机制依然属于广义的和解机制之一,具有私人属性,因此当事人承诺的事项可以超越反垄断法的分析框架和法定处罚措施,这增加了反垄断法执法的灵活性;但反垄断执法机构的介入使得承诺机制同时也具有一定的公力属性。^{〔104〕} 公力属性的存在可能会使承诺的内容受到政治因素的干扰。芝加哥学派对于在反垄断执法中掺杂政治性考量往往深恶痛绝,认为这违背了反垄断的立法本意,也即反垄断法应当是对市场机制影响最轻的经济性调控工具。^{〔105〕} 比如,欧盟从20世纪90年代起过度利用反垄断法来实现行业监管职能的做法就被批评是“为了实现政治目的而不恰当地扩展反垄断法的适用范围”。^{〔106〕} 第三,反垄断法在管制行业的扩张造就了其与行业管制法共生共存的法律环境,这可能会使得该行业中的经营者面临遵守其一违背其二的尴尬局面;如果处理不当,则会造成二者的冲突,从而损害社会利益。^{〔107〕}

五、本土化移植之困境探析

我国的《反垄断法》基本仿照美欧的粗线条立法模式,也即简单移植了二者反垄断法母法的内容。但是无论是美国的《谢尔曼法》还是欧盟竞争法中关于垄断行为的规定都不具有直接的可操作性。而这些直接操作的内容都是在实际执法过程中形成的;并且,有些内容已经在成文化的执法细则中体现,但有些则是作为尚未成文的判例或者理论存在。因此,反垄断法律移植不单涉及母法的移植,还涉及执法细则和理论的移植。对于执法细则的移植,我国的权力机构在《反垄断法》出台之后共颁布了二十余部执法细则。虽然这些执法细则几乎涉及了反垄断执法的方方面面,但令人遗憾的是其对反垄断理论的移植尚未形成较大的突破;并且,这种理论移植的缺乏已经开始影响反垄断执法机构的

〔102〕 参见王晓晔:《中国电信、中国联通涉嫌垄断案的再思考》,载《交大法学》2013年第2期。

〔103〕 See George S. Georgiev, *supra* note〔89〕, at 1014.

〔104〕 参见谢佩芬:《行政管制走向下反托拉斯法规规范手段之研究——以“协议裁决”为中心》,载《公平交易季刊》1994年第1期。

〔105〕 Herbert Hovenkamp, “Antitrust and the Regulatory Enterprise”, 2004 *Columbia Bus. L. Rev.* 348 (2004).

〔106〕 Pierre Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications* (London: Hart, 2000), pp. 229 - 230.

〔107〕 Giorgio Monti, “Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law”, 4 *Compet. L. Rev.* 123 (2008).

执法工作。总体而言,理论移植的欠缺使得我国的反垄断执法机构主要面临三种困境:(一)执法目的不明确,(二)本身违法与合理原则适用模糊,(三)反垄断法与行业监管的立法冲突。

(一) 执法目的不明确

目前我国已经步入世界银行定义的中等收入区间,从而面临着突破“中等收入陷阱”(Middle-Income Trap)的压力。^[108] 解决该问题的关键在于通过自主创新使产业向资本密集型、技术和知识密集型转变,实现产业结构的转型升级。^[109] 作为保护竞争的工具,反垄断法在这个转型过程中自然具有重要意义。但即便如此,反垄断执法机构也不能把反垄断法作为保护国内企业的工具。如果运用不当,损害的不仅是竞争,还会给国内企业的长期发展造成障碍。近期我国反垄断执法机构在两个案件中的做法就非常值得反思。

这两个案件一为广东省高级人民法院判决的“华为诉交互数字案”,^[110]一为国家发改委处罚的“高通案”。^[111] 二者的案情极为相似:(一)二者均涉及滥用移动通信技术中的标准必要专利(Standard Essential Patents)的问题;(二)涉案企业(诉讼案中为交互数字公司,行政案中为高通公司)都在移动通信技术领域拥有大量的标准必要专利;(三)涉案企业的授权行为模式高度一致,因此二者分别的涉案行为都涉及其授权模式,包括不合理的许可费率、在许可标准必要专利的时候搭售非标准必要专利、要求被许可人的免费交叉许可等。进而,在这两个案件中涉案行为定性也保持一致。二者都认为:(一)标准必要专利不具有替代性,因此每一个标准必要专利均构成一个相关市场;(二)由于不存在竞争者,专利权人在每一个相关市场都拥有市场支配地位;(三)涉案专利权利人的许可费率不合理,在标准必要专利授权中附带非标准必要专利属于《反垄断法》中的搭售,免费交叉许可属于《反垄断法》中的附加不合理条件。

我国学界对这两起案件中广东高院与发改委的分析基本持肯定态度。^[112] 但是,进一步思考就会发现这两个案件中的分析非常值得商榷。在分析涉案行为是否构成滥用的时候,法院和国家发改委在指出该行为具有排除限制竞争效果的可能性之后,就断定该行为违法,并未提供任何市场数据的支撑。比如,在分析高通公司搭售非标准必要专利时,国家发改委指出,“这使得与当事人持有的非无线标准必要专利具有竞争关系的其他替代性技术失去了参与竞争的机会和可能,严重排除、限制了相关非无线标准必要专利许可市场的竞争,阻碍、抑制了技术创新,最终损害了消费者的利益”;^[113] 随后在没有任何市场数据证明的情况下,就直接得出高通公司行为违法的结论。但是,如前所述任何市场行为都会造成限制竞争的效果,其区别仅在于程度不同而已。具体到上述的搭售行为而言,任何搭售行为都会对搭售品市场的竞争产生阻碍。如果仅以这种理论上的可能性作为诘难的证据的话,那么原告或者国家发改委就无须承担证明滥用行为存在(包含涉案行为具有排除限制竞争效果)的举证责任。这一方面违背了当代反垄断法中对于合理原则的适用要求,另一方面也跟我国最高院《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》第8条规定的举证责任相冲突。该条将证明滥用市场支配地位行为的举证责任分配给了原告。虽然我国最高院的司法解释只适用于反垄断民事诉讼程序,但是相对来说反垄断行政机关也应当参照原告的权利和义务执行。

[108] 参见张德荣:《“中等收入陷阱”发生机理与中国经济增长的阶段性动力》,载《经济研究》2013年第9期。

[109] 参见陈亮:《中国跨越“中等收入陷阱”的开放创新》,载《马克思主义研究》2011年第3期。

[110] (2011)深中法知民初字第858号;(2013)粤高法民三终字第306号。

[111] 发改办价监处罚(2015)1号。

[112] 参见王晓晔:《市场支配地位的认定——对华为诉IDC一案的看法》,载《人民司法》2014年第4期;Shi Jianzhong, “A Review of The Qualcomm Antitrust Case”, 3 China Legal Science 137 - 158(2015).

[113] 发改办价监处罚(2015)1号。

一些学者批评这两个案件的真实目的是为了保护国内竞争者(即国内的移动设备生产商),而让他们能和国际企业竞争。^[114]但即便是基于保护国内移动设备生产商而言,这个目的也可能马上就要落空。我国的移动设备生产商已经开始转型,从纯粹的终端生产逐渐发展到专利开发,并成功登顶到标准必要专利的拥有。比如,目前华为公司在移动通讯4G标准中的标准必要专利的数量已达25%。^[115]反垄断执法不能维持双重标准。如果今后华为公司成为反垄断民事诉讼中的被告或者行政调查程序中的被调查人,这两个案件中的做法反而会成为其他企业攻击华为公司的有利依据。如此,这种执法的后果既不能保护竞争,也不能保护竞争者。究其原因依然是我国的执法机构并没有在思想上明确厘清反垄断法的执法目的。

(二) 本身违法与合理原则适用模糊

处罚式的执法模式主要采用两种方法:本身违法原则与合理原则。从当代反垄断的国际实践来看,合理原则已经成为处罚式执法模式的主要方法,而本身违法原则仅适用于特定类型的垄断行为。不过,各国均将合理原则与本身违法原则的区分纳入理论范畴,而少有在反垄断法或者执法细则中进行成文化的规定。我国《反垄断法》及其配套执法细则在法律移植的过程中也采取了这种模式,也即在成文化的法条之中并未明确何种垄断行为应当适用何种分析方法。这在实践中造成了不同执法机构对于同种垄断行为适用不同分析方法的冲突,严重影响了反垄断执法的一致性。该困境涉及的垄断行为有二:横向固定价格与转售价格维持。

横向固定价格在我国《反垄断法》第13条被规定,其表现形式为竞争者之间对其产品价格达成某种形式的一致。横向固定价格案件在我国已经为数众多。国家发改委及其省级分支机构(以下统称“发改机构”)和几乎所有的法院都将之视为本身违法的行为进行处理,也即证明发生横向固定价格的行为即可认定其违法性。但是,我国《反垄断法》并没有明确要求衡量固定价格的垄断协议必须适用本身违法原则。这导致了在“深圳市有害生物防治协会案”中,深圳市中级人民法院(一审法院)和广东省高级人民法院(二审法院)均将横向固定价格的行为按照合理原则进行处理。^[116]在该案中,法院除了要求原告(上诉人)证明存在横向固定价格的行为之外(原告已经成功证明),还要求证明该行为具有排除限制竞争的效果,从而致使原告败诉。

转售价格维持为我国《反垄断法》第14条所规定,其禁止上下游经营者之间固定商品的转售价格或者限定最低转售价格。发改机构也已经处理了大量的转售价格维持的案件。在这些案件中,发改机构在行政处罚书中并未明确其适用的分析方法。但其分析过程主要涉及违法行为的存在,较少或者根本不涉及该行为是否具有排除限制竞争的负面效果。学界一般认为这些做法暗示了发改机构将转售价格维持视为本身违法的行为进行处理。^[117]但在转售价格维持民事诉讼第一案的“锐邦诉强生案”中,^[118]上海市的法院却采用了合理原则的分析方法,要求原告(上诉人)既要证明垄断行为的存在,还要证明排除限制竞争的效果。^[119]而解决该问题的关键在于通过立法明

^[114] Thomas Horton, “Antitrust or Industrial Protectionism? Emerging International Issues in China’s Anti-Monopoly Law Enforcement Efforts”, 14 Santa Clara J. Int’l L. 109 (2016).

^[115] 参见王康、陈景秋:《4G领域华为专利占比已达25%》,载《中国知识产权报》2015年1月21日,第07版。

^[116] 参见(2011)深中法知民初字第67号民事判决;(2012)粤高法民三终字第155号终审判决书。

^[117] 参见李剑:《中国反垄断法实施中的体系冲突与化解》,载《中国法学》2014年第6期。

^[118] 参见(2010)沪一中民五(知)初字第169号;(2012)沪高民三(知)终字第63号。

^[119] 参见丁茂中:《现行〈反垄断法〉框架下维持转售价格的违法认定困境与出路》,载《当代法学》2015年第5期。

确证明该行为限制竞争效果的举证责任应当由谁来承担。^[120]

(三) 反垄断法与行业监管的立法冲突

我国的经济转型除了面临上述的自主创新的压力之外,还面临着国有企业改革的压力。在国民经济体制中占主导地位的国有经济对于 GDP 的增长具有很强的正相关性。^[121]但是从目前的经济发展来看,我国国有企业生产效率的提高却主要得益于其规模优势和政府赋予的垄断优势。^[122]随着改革进入深水区,倚重国有企业发展经济的弊端开始凸显。这一方面体现在国有垄断行业低于正常水平的利润率,^[123]另一方面体现在行业垄断成为垄断行业职工高收入的第二重要因素(仅次于教育)。^[124]因此,行业垄断成为新时期我国经济发展的主要矛盾之一,这也是习总书记在十九大报告中再次重复十八届三中全会做出“使市场在资源配置中起决定性作用”决定的主要原因之一。作为市场调节工具之一,反垄断法也很自然地被认为国务院认为是打破行业垄断的重要手段。^[125]利用反垄断法来解决垄断行业的问题本无可厚非。但是垄断行业通常存在既有的行业监管法律,反垄断法的介入可能会与这些法律产生立法冲突。^[126]

我国在国家发改委处理的“电信联通案”中已然开始面对这种冲突。该案涉及中国电信和中国联通两家在基础电信业务领域具有垄断经营权利的国有企业;其被调查的行为是二者对于有竞争关系和没有竞争关系的宽带接入商实施不同的价格。发改委经过调查初步认定该行为严重影响市场的竞争;在 2012 年初,两家公司向国家发改委提交承诺申请并被接受,该案最终以承诺方式中止调查。虽然国家发改委没有公开该案的承诺决定书,但学者们认为两家公司的行为极有可能违反我国《反垄断法》所禁止的价格歧视与价格挤压。^[127]但值得注意的是,中国电信和中国联通的价格是依据工业和信息化部《互联网交换中心网间结算办法》^[128]相关规定而制定。如此,就涉及《反垄断法》和部门规章之间的立法冲突:中国电信和中国联通若遵守部门规章,则违反《反垄断法》;若遵守《反垄断法》,则违反部门规章。虽然从立法位阶来说《反垄断法》的法律效力要高于部门规章,但是依据我国《立法法》第 97 条的规定:不适当的部门规章应当由国务院进行改变或者撤销。如果国家发改委在该案中认定行为违法的处罚决定书结案,那么就类似于变相地认定涉案部门规章不适当,从而可能侵犯了国务院的立法权。^[129]所幸国家发改委在该案中最终以承诺的方式进行结案,回避了《反垄断法》和行业监管法律之间的立法冲突。

市场改革的深入意味着我国也会逐步走向其他国家的“去管制化”之路,从而在所有的垄断行业中都引入竞争机制。竞争机制引入的副产品必然是垄断行为。此时,反垄断法应当肩负起一定的市场监管职能。但在这个过程中,反垄断执法机构也应当严防监管失灵以及与行业监管产生立

[120] 参见侯利阳:《转售价格维持的本土化探析:理论冲突、执法异化与路径选择》,载《法学家》2016 年第 6 期。

[121] 参见许召元、张文魁:《国企改革对经济增速的提振效应研究》,载《经济研究》2015 年第 4 期。

[122] 参见牟俊霖:《国有与非国有工业企业生产效率差异研究——基于 2008 年第二次经济普查数据》,载《经济经纬》第 3 期。

[123] 参见刘小玄:《中国转轨过程中的企业行为和市场均衡》,载《中国社会科学》2003 年第 2 期。

[124] 参见岳希明、李实、史泰丽:《垄断行业高收入问题探讨》,载《中国社会科学》2010 年第 3 期。

[125] 《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》,国发(2014)20 号。

[126] 关于立法冲突的相关内容,参见曲耀光:《论我国的立法冲突》,载《中国法学》1995 年第 5 期。

[127] 参见王晓晔:《市场支配地位的认定——对华为诉 IDC 一案的看法》,载《人民司法》2014 年第 4 期。

[128] 信部电(2007)557 号,第 4 条。

[129] Liyang Hou, “When Competition Law Meets Telecom Regulation: The Chinese Context”, 31 Comput. L. Secur. Rev. 689 (2015).

法冲突的局面。承诺机制因其私人属性可以回避很多疑难问题,因此国家发改委在“电信联通案”中的做法应当被鼓励和推广。

六、结语及政策建议

由于种种历史原因,作为世界反垄断法之模板的《谢尔曼法》采用了粗线条的立法模式。这种立法模式既没有明确反垄断法的执法目的,也没有建立反垄断法的分析方法。在成立之初,反垄断法主要依赖古典自由主义经济学和传统的法益平衡法来处理案件。反映到反垄断执法实践上,我们会发现在20世纪前半段反垄断法主要依赖本身违法原则来保护(中小)竞争者。但是70年代后兴起的芝加哥学派将社会福利理论引入反垄断法分析之中。从此,反垄断法的分析不再关注个体的利益,而将视角扩展到了整个市场,由此带来了反垄断法执法目的以及执法模式的双重变革,也即反垄断法应当通过合理原则来保护竞争。不过反垄断法的理论革新并非仅仅建立在经济学理论发展的这种外生性力量之上。管制行业改革所促生的积极性承诺机制赋予了反垄断法一定的行业管制职能,从而拓展了反垄断法的适用范围。

由于这些因素的累加影响,反垄断法律移植注定要比其他部门法的法律移植更为艰难。与其他部门法相比,反垄断法律移植的难点主要有三。第一,粗线条的立法模式使得各国反垄断法的母法缺乏执法目的和分析方法等可直接操作的内容,因此简单移植他国的反垄断法律条文并不能完成移植工作。第二,很多反垄断法执法实践是通过非成文法的形式确立的,这里面既包括法院的判例,也包括行政执法机构未公开的内部执法规则。因此,单单移植他国已经颁布的执法细则也不能说是完全解决了法律移植的第一步工作(即全面观察移植对象),更无从谈及随后的根据本土制约性要素对之进行改造。第三,反垄断法理论的革新主要来自经济学理论变迁这种外生性因素,因此反垄断法律移植不但要体现在法条的移植上面,也要体现在经济学理论的法律化改造和移植上面,但经济学理论流派的差异增加了法律化的难度。

鉴于反垄断法律移植中的难点,以及前述中论及的我国反垄断执法机构在本土化移植中所面临的困境,本文以为今后我国的反垄断执法工作应当主要从如下三个方面进行改进。其一,反垄断执法机构应当明确反垄断法的执法目的是保护竞争,而不是保护竞争者。关于保护竞争,应当从社会福利的角度出发,也即综合性地观察涉案行为是否造成了社会整体福利的损失,而不是仅仅关注于个别竞争者或者部分消费者的损失。其二,执法目的必须通过执法模式才能实现。就执法模式而言,我国目前主要存在的问题在于本身违法与合理原则的适用范围模糊。当代反垄断法主要依赖合理原则来处理垄断问题,但是世界各国依然给本身违法保留了一定的适用空间。从目前我国的执法实践来看,利用本身违法来处理的案件还是占到了多数。因此,解决该问题的关键在于明确本身违法原则的适用范围,从而解决不同执法主体适法不一致的情形。其三,反垄断执法机构应当慎重对待适用合理原则处理的案件。关于这个方面,实践中存在很多问题,而国家发改委在“电信联通案”以及商务部在经营者集中领域所使用的承诺结案的方式应当成为解决这些问题的出发点。反垄断执法机构应当充分利用承诺机制来处理适用合理原则的案件。如此,可以一方面回避合理原则适用困难的问题,另一方面在反垄断法实施之初积累经验为今后更好地处理案件打下坚实的基础。

(责任编辑:黄韬)