

国际经济法论丛

中外反垄断法 实施体制研究

ZHONGWAI FANLONGDUANFA SHISHI TIZHI YANJIU



刘宁元 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D912.290.4

21

2005

中外反垄断法 实施体制研究

ZHONGWAI FANLONGDUANFA SHISHI TIZHI YANJIU



刘宁元 主 编
司平平 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中外反垄断法实施体制研究/刘宁元主编. —北京:北京大学出版社, 2005. 11

(国际经济法论丛)

ISBN 7-301-09976-2

I. 中… II. 刘… III. 反托拉斯法-研究-世界 IV. 912.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第128858号

书 名: 中外反垄断法实施体制研究

著作责任者: 刘宁元 主编

责任编辑: 徐 音 朱 彦 杨丽明 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-09976-2/D·1337

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 21.75印张 367千字

2005年11月第1版 2005年11月第1次印刷

定 价: 32.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

前 言

反垄断法的实施体制是以反垄断法实施机关为本位的机构设置和运作体制。反垄断法的实施与合同法、婚姻法、继承法等传统民法的实施不同。后者主要依赖于人们的自觉遵守和发生纠纷后当事人之间的诉讼；而反垄断法实施的公益性、复杂性、专业性等，要求国家行政序列的专门机关参与其中，并扮演重要角色，即国家在实施反垄断法中有更多的主动性，要动用行政力量实施反垄断法。因此，国家为实施反垄断法而要建立的不仅仅是司法体制，更重要的是要建立行政执法体制。

现代意义上的反垄断法起源于美国，美国也是世界上第一个建立系统反垄断法实施体制的国家。1890年美国国会通过谢尔曼法后，并未立即意识到反垄断法的实施需要行政力量强有力的介入，需要通过建立专门机构实施反垄断法。当时谢尔曼法除授权美国联邦法院管辖反垄断案件外，仅泛泛规定由司法部依法提起诉讼。^①这一反垄断法实施体制的缺陷很快在实际效果中反映出来，在随后十年的时间内，美国的经济集中和垄断化程度非但没有减少，反而大有泛滥成灾的趋势。面对如此情形，美国法律界认识到，反垄断法的实施需要公力的介入，针对违反反垄断法的行为，国家不能抱着“不告不理”的态度，在遵守法律和诉讼之间，有大量的事务需要有行政权力的机构去推动。为此，美国开始了为反垄断法建立专门化实施体制的过程。历时近半个世纪，美国反垄断法实施体制才基本形成，除一些也承担一定反垄断职责的相关部门外，美国司法部反托拉斯司、美国联邦贸易委员会和美国联邦法院构成美国反垄断法实施体制的主体。

美国的反垄断法实施体制对其他国家有极强的示范作用，世界各国的反垄断法实施体制大都参照了美国的模式，即在司法之外建立强大的行政

^① 美国司法部的性质和职能难以与其他国家司法部的性质和职能一一对应。美国司法部虽在行政序列当中，但其职能十分广泛，其中代表国家提起诉讼这一职能相当于其他国家检察机关的职能。故笔者认为，谢尔曼法规定由司法部依法提起诉讼，并未强调司法部的行政执法职能，而是在强调司法部的司法职能。

执法体系。但具体而言,各国的反垄断法实施体制无论在形式和内容上,都存在一定的差异。考查各国反垄断法实施体制的差异,主要表现在以下方面:其一,关于反垄断专门机构的设置。有些国家为反垄断另行设立具有很强独立性的行政执法机构,如日本;有些国家将反垄断执法的行政职能赋予现有行政机构并使其具有相对独立性,如德国。其二,关于反垄断专门机构的形式。目前,各国反垄断专门机构的形式有委员会制和行政长官制两种。其三,关于反垄断行政执法程序。有些国家参照司法审判程序制定严格的反垄断行政执法程序,并赋予反垄断专门机构准司法权,如日本、德国;有些国家仍坚持行政机关执法的灵活性,较少规范反垄断行政执法的程序,如俄罗斯。其四,关于反垄断法院或法庭。有些国家在司法系统中为反垄断案件的审理设置专门的法院或在法院内设置专门法庭,如加拿大、德国;有些国家并不强调反垄断案件审理的特殊性,而是通过一般法院的民庭或经济庭,如同审理普通民事案件或经济案件般审理反垄断案件,如法国、日本。其五,关于行政案件的司法管辖。针对不服反垄断专门机构处罚的案件,一些国家规定了特殊的司法管辖,如日本、韩国,当事人可直接向反垄断专门机构所在地的高等法院提起诉讼;^①其他一些国家则选择了无特殊性的司法管辖,如美国、俄罗斯,一审反垄断行政案件由联邦地区法院管辖。其六,关于行政执法与司法的衔接。就民商事的反垄断案件而言,一些国家在行政执法与司法的衔接上采取了较为松散的形式,当事人可以选择行政执法程序,也可以直接选择司法程序,如美国;另一些国家在行政执法与司法的衔接上采取了更为紧密的形式,未经反垄断专门机构审判,当事人不得直接进入诉讼程序,如日本。其七,关于反垄断案件的仲裁。一些国家正在逐步放宽反垄断案件进入仲裁程序的限制,确认反垄断案件的可仲裁性,如美国;而更多的国家依然将反垄断案件排除在仲裁程序之外,不仅国内反垄断案件无可仲裁性,即使国际反垄断案件也无可仲裁性。以上等等,不一而足。

各国选择互有差异的反垄断法实施体制,不能不说有其内在的原因。在分析这些原因时,下述因素应当考虑:国家结构形式、法律传统、反垄断法制的完善程度、程序公正和实体公正的关系、公正与效率的关系等。分析、比较各国反垄断法实施体制的差异及其原因,对于构建自己国家的反垄断法实施体制,有着十分重要的意义。

自1993年中国将“反垄断法”纳入立法规划至今已十年有二,其间经过

^① 在这些国家,非反垄断性质的其他行政案件,一审管辖法院的等级要低得多。

了起草大纲、论证大纲,起草条文、论证条文,有起有落,有紧有松,现今已送国务院审定,看来颁布之日指日可待了。虽说法律的颁布是构建法治的基础,但法治之目标绝不仅仅是通过颁布法律就可以达到的,建立适合于中国国情的反垄断法实施体制,对于达到市场法治的目标有着无比重要的意义。

中国法学界对于反垄断法的研究已是如火如荼,但专门而系统研究反垄断法实施体制问题的论著还是少之又少。本书以反垄断法实施体制为切入点,重反垄断程序问题而较少涉及反垄断实体问题。本书以绝大部分篇幅论述和比较研究各国反垄断法实施体制,形成如下主要观点:其一,反垄断法实施体制主要是反垄断行政执法体制和反垄断司法体制的有机结合;其二,反垄断司法体制可以借用法院的民事、行政、刑事诉讼体制,而反垄断行政执法体制应当以反垄断法为根据独立建立;其三,反垄断必须建立行政执法体制,并配有强有力的反垄断专门机构;其四,反垄断法实施体制必须重视程序规范,特别是行政执法的程序规范;其五,反垄断法实施体制的建立应当坚持公正政策、公正优先、兼顾效率目标,并体现独立性和权威性原则、多元实施体制原则、实施反垄断法的专家原则、司法作为最后救济手段原则、灵活性原则等;其六,反垄断法实施体制的国际协调不仅是必要的,也是可能的。

本书通过对中国现行体制的研究,提出如下建议:其一,中国反垄断法实施体制的建立应当借鉴其他国家的成功经验,在实施体制中包含司法体制和行政执法体制;其二,中国工商行政管理部门由于种种原因,不适宜作为反垄断法的主管部门;其三,中国反垄断专门机构可称“公平交易委员会”,受国务院直接领导,执法权应当高于其他部委,以便有权处理部委和省级政府的行政垄断行为;其四,建立私人反垄断诉讼机制,鼓励私人针对垄断行为提起民商事诉讼。

CONTENTS 目 录

第一章 中外反垄断法实施体制概论	1
第一节 各国反垄断法实施体制概述	1
第二节 影响反垄断法实施体制运作的推动力量	11
第三节 影响反垄断法实施体制运作的程序	23
第四节 反垄断法实施体制的政策目标和运作原则	40
第二章 美国反垄断法实施体制	50
第一节 美国反垄断法实施体制概述	50
第二节 反垄断法的公共执行机制	52
第三节 反垄断法的私人执行机制	87
第四节 法院的司法机制	100
第五节 国际领域反垄断法实施体制	110
第三章 德国反垄断法实施体制	125
第一节 德国反垄断法实施体制概述	125
第二节 卡特尔当局的程序	129
第三节 法院的诉讼程序	139
第四节 罚金程序	145
第四章 日本反垄断法实施体制	151
第一节 日本反垄断法实施体制概述	151

CONTENTS 目 录

第二节	公正交易委员会	157
第三节	法院及其程序	171
第四节	私人损害赔偿的诉权	174
第五节	违反禁止垄断法的犯罪和公诉权	176
第五章	英国反垄断法实施体制	181
第一节	英国反垄断法实施体制概述	181
第二节	《1998 年竞争法》之前的竞争法 执行体制	192
第三节	《1998 年竞争法》的实施体制	198
第四节	英国反垄断法实施体制的特色	214
第六章	欧共同体反垄断法实施体制	219
第一节	欧共同体反垄断法实施体制概述	219
第二节	欧共同体委员会执行共同体条约 第 81 条和第 82 条的程序	230
第三节	企业合并控制的特殊程序	245
第四节	针对共同体成员国的特别程序	249
第五节	欧共同体竞争法的司法审查程序	254
第六节	成员国竞争主管当局和 国内法院的执行程序	259
第七节	欧共同体反垄断法的域外适用	266
第八节	欧共同体反垄断法实施体制的 最新发展	272

CONTENTS 目 录

第七章 反垄断法域外实施的国际冲突与合作	278
第一节 反垄断法域外实施的国际冲突	278
第二节 国际反垄断法执行的双边合作	283
第三节 建立反垄断法国际执行机制 的努力	296
第八章 中国反垄断法实施体制问题	310
第一节 中国反垄断法的现状	310
第二节 工商行政管理部门在反垄断法 实施体制中的地位	319
第三节 《中华人民共和国反垄断法 (送审稿)》中有关实施体制 的设置	323
第四节 我国反垄断专门机构设置的构想	329
后记	339

第一章 中外反垄断法实施体制概论

第一节 各国反垄断法实施体制概述

一、反垄断法实施体制——内涵和外延

经济的健康运行需要良好的竞争环境,这是市场经济的内在要求。为创造和维持良好的竞争环境,以美国为先导,世界各国纷纷推出反垄断法^①,并通过该法规范市场结构和市场主体的行为。百多年的反垄断实践证明,反垄断法于国家的经济发展有无比重要的作用。而要充分发挥这一作用,达到预期的立法目标,不仅需要一部完善的反垄断法律,还需要一套完善的、行之有效的反垄断法实施体制。本书以研究反垄断法实施体制为核心,这是一个多多少少被法学理论界忽视的主题。迄今为止,反垄断法的研究大都集中在法律规则方面,特别是反垄断的实体法规则方面,而国家有关机构如何实施这些法律规则,实施这些法律规则时所采用的措施、方法和程序等,往往被忽略或者一笔带过。这无论是从理论还是从实践角度来说,均是一种缺憾。本书拟对这一缺憾作些弥补。

(一) 法的实施体制问题

何谓法的实施体制?这是本书首先要界定的内容。

法的实施是指法在社会生活中被人们实际施行。而法的实施体制是指实施法律的有关机构在实施法律过程中的职能划分、组织结构、活动原则、工作内容、运作程序等制度。一般而言,法的实施包含司法和执法两个层面的内容。

司法和执法是两个既有关联又有区别的概念。司法的原始意义应当是掌管和实施法律的活动^②,其中包含了执法的意义。但随着时代的发展和“司法”、“执法”两词的分别运用,特别是受西方宪政制度的影响,其含义有

^① 反垄断法,不同国家在立法体系中使用不同的习惯名称。美国称之为“反托拉斯法”,日本称之为“公平交易法”(又称“禁止垄断法”),德国称之为“卡特尔法”(又称“反限制竞争法”),俄罗斯称之为“限制垄断活动的法律”,更多的国家称之为“竞争法”。

^② 参见1999年版《辞海》第297页对“司法”的注释。

了明显的差别。

现代的司法和执法概念源于西方国家的宪政制度。古希腊时期,亚里士多德倡导将政府权力分为讨论、执行、司法三要素;17世纪,孟德斯鸠在《论法的精神》一书中明确提出,国家权力应分为立法、行政和司法,并主张三权分别由不同机关行使,使三权互相牵制和制约,以保持国家权力的平衡。^①以后大多数资本主义国家都不同程度地按照三权分立(separation of powers)原则建立了国家机构系统,即议会行使立法权,由此形成立法体制;总统或内阁行使行政权,由此形成执法体制;法院行使司法权,由此形成司法体制。由上述不难看出,源于宪政制度的司法和执法隶属于国家的政治结构体制,一般是按照国家机构的不同序列定义的;司法机构实施法律的活动谓之司法(judicature),行政机构实施法律的活动谓之执法(enforcement)。

不同序列的国家机构执行法律的活动有不同的称呼,在实施过程中也有某些差异。首先,司法活动以存在纠纷为前提,该纠纷必须是法律性质的纠纷,司法者只有通过适用法律才能解决该纠纷,故司法的本质内容是解决纠纷;^②执法活动以存在违法为前提,在国家颁布的法律法规中,大量的法律法规依赖行政机构去管理和执行,一旦有人违法,执法者即依法处罚,故执法的本质内容是处罚违法。其次,司法是一种被动实施法律的活动,司法活动的展开需要当事人提起或者发动,司法者从不主动去实施法律;执法原则上是主动实施法律的活动,执法者应当不断地审视自己职责范围内的人和事,一旦发现违法情节,即主动实施法律,处罚违法。再次,司法是一种依法公断活动,司法者居于当事人之间,无论当事人是自然人、法人、国家,司法者均应当不偏不倚,只忠实于法律;执法是执法者单方面代表国家执行公务的活动,因执法而产生的是管理与被管理、支配与被支配关系,执法者是行政执法关系的当事人之一,因行政执法而产生的当事人之间的纠纷,最终依赖司法公断。最后,司法要求严格的程序,在司法活动中,实体公正和程序公正具有相同的价值,违反程序规定的司法行为,无论结论如何,不具有合法性;执法对程序的要求明显较弱,这主要表现在行政执法活动少有程序性规定或者弱化程序不合规定的后果。

司法与执法的差异是事物的一个方面,司法与执法的共性是事物的另

^① 参见《中国大百科全书(法学)》,中国大百科全书出版社1984年版,第499页。

^② 由此意义推论,仲裁应属典型的司法活动。司法机构(法院)与仲裁机构实施法律活动的内容几乎相同,所不同的是,前者属国家机构,后者属非国家机构。

一个方面。首先,司法和执法均是由特定的国家机关及其公职人员按照法定职权实施法律的专门活动,实施主体的职责来自于法律的专门授权,不得转移或替代。其次,司法和执法活动均以国家强制力为后盾,具有国家强制性,任何人不得抗拒,也无法抗拒。再次,虽然程度略有差异,司法和执法活动有着共同的价值观,公共利益、公正、效率等是司法和执法活动共同的价值取向。最后,司法和执法活动遵循的是相同的法律,故两者总体的利益趋向应当是一致的,虽然各自可能有不同的理解和解释。

应当看到,随着历史的发展和国家法制化程度的提高,司法与执法的差异不是在扩大而是在缩小,越来越多的执法权从行政权的系列中分化出来,介于行政权与司法权之间,独树一帜,学者们称其为准司法权。^①准司法权的出现不能不说是社会生活日益复杂化、专业化的结果,泛泛的行政权和司法权的结合已经不能适应这种社会生活的需要。一些专门的行业必须要有专门的法律,而专门的法律必须要由专门的机关来执行。从本质上说,行使准司法权依然是执法活动,但它的程序性要求更高,对法律的尊重更强于对行政长官意志的尊重,还往往具有公断性质。正因为如此,学界有“大司法”和“大执法”的概念。大司法包含执法的含义,而大执法包含司法的含义。

其实,司法和执法的区分更具国家政治结构的意义,而从各自实施法律的内容、功能等方面来说,界线从来就不是泾渭分明的,就如三权分立、各自行使独特职能,历史上就从来不是绝对的。例如,按理只有议会拥有立法权,只有法院拥有司法权,但在各国实践中,行政机关拥有立法权或者司法权,司法机关拥有立法权,立法机关拥有司法权^②的现象可谓比比皆是。三权分立更多地体现为权利的源泉和归宿。正因为如此,为防挂一漏万,本书从实施反垄断法的角度探讨有关的法律问题,不论该问题来自于传统的司法领域还是执法领域。

① 凡不在国家司法序列中而又拥有国家赋予的一定的司法权的机关,通常被称为准司法机关,准司法机关行使的权能被称为准司法权。准司法权具有下述特征:其一,它由专门的机关行使,该机关位于行政序列之中,但它的执法功能大大突出于它的行政功能;其二,它的行使必须有明确的法律规定,遵循严格的法律程序;其三,它能直接影响执法对象的民商事权利,导致这些权利的产生、变更或消灭;其四,它必须接受并且也只接受来自于司法的审查。

② 立法机关拥有司法权的最典型例子当属英国的上议院。英国的上议院为司法的最高审级,只审理内容涉及普遍意义的重大法律问题的上诉案件,其司法权由常设上诉议员行使。

(二) 反垄断法及其实施体制

1. 各国反垄断的基本考虑

具有现代意义的反垄断法产生于 19 世纪后半叶,它是人们在反思如何对待市场经济运行规律的过程中创立和发展起来的。反垄断法是市场经济的必然产物。市场经济的本质是充分的个人、企业自由和市场规律的内在作用,人们相信,这种充分的自由加上内在的市场规律,可以带动经济的发展和社会的进步。^①在这一信念的支配下,市场主体生产(销售)什么、生产(销售)多少、生产(销售)给谁,等等,完全是生产(销售)者自己的事,任何人无权干预;生产(销售)者处理自己分内事的惟一行为标准是追求利润最大化。市场主体很快发现,在市场经济体制下,利润最大化的最好模式是垄断模式。所谓垄断模式是指少数几个人或者企业主导下的市场模式,垄断者有充分的能力控制市场,他们不仅能决定自己的生产或销售条件,也能决定其他市场主体的生产或销售条件,他们可以以尽量小的规模^②、尽量低的成本获取最高的利润。同时,市场主体还发现,市场经济的本质与垄断模式要求的条件正相吻合。可见,自由放任的市场经济理论在给社会带来经济繁荣的同时,也带来了摧毁经济繁荣的垄断力量,“看不见的手”一把将社会推到了垄断的边缘。

市场需要竞争,而竞争是无法自然协调的,自由放任的竞争导致垄断,这是市场经济体制下的必然规律。而这一规律的延伸内容是:在市场经济体制下形成的垄断必须依赖外力的介入才能消除。垄断的经济学理解是市场力量过度集中,它能为生产经营者带来许多好处。它使生产经营者想生产什么就生产什么,生产多少就能卖出去多少;它使生产经营者想给产品定什么价就定什么价,定出来的价格就是理所当然的市场价格;它使生产经营者无需顾忌消费者对产品质量的抱怨,无需顾忌技术进步对生产经营所造成的压力,无需顾忌成本的增加和效率的低下;等等。总之,一旦企业拥有高度集中的市场力量,它就能在市场中为所欲为,任何其他的市场因素难以构成对它的竞争威胁。

① 这一理念往往被冠以“自由放任的市场经济理论”之称,也即亚当·斯密的“看不见的手”的理论。笔者认为,该理论的核心是市场主体自由运用市场规律,反对政府对经济生活的干预。

② 在这里,“尽量小的规模”是一个相对的概念。美国经济学家马歇尔·C. 霍华德认为:在垄断条件下,企业可以按其最低的平均总成本所决定的生产规模来进行生产,从而放弃对业已存在的规模经济的利用。引自《美国反托拉斯法与贸易法规》,中国社会科学出版社 1991 年版,第 68—69 页。

抑制垄断需要外力的介入,即来自于市场外部力量的介入。因为市场内部是一个利益的集合体,各种市场手段是由利益驱动的,来自于市场主体任何一方的利益要求不会以平衡为终点,它只会导致一种垄断力量替代另一种垄断力量。因此,抑制垄断所需的力量必须来自利益集合体之外,这个力量就是国家或政府。国家干预市场经济理论^①萌芽于19世纪末,20世纪以后对各国政治、经济制度发生重大影响,而国家干预市场经济在法律上的重大举措就是反垄断法的制订和实施。

2. 各国反垄断法的基本态势

现代意义上的反垄断立法,始于美国1890年颁布的《谢尔曼法》,至今,已有近一百个国家颁布了反垄断法。主要国家的主要反垄断法如:美国的《谢尔曼法》、《克莱顿法》、《联邦贸易委员会法》;德国的《反对限制竞争法》、《反不正当竞争法》;法国的《公平交易法》;英国的《独占及限制行为调查管制法》、《保护贸易利益法》;加拿大的《企业结合调查法》、《竞争法》;日本的《禁止私人垄断及确保公正交易法》、《不正当竞争防止法》;俄罗斯的《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》;韩国的《限制垄断和公平交易法》、《限制垄断及公平交易法实行令》;匈牙利的《禁止不正当竞争法》;南斯拉夫的《防止不正当竞争和垄断协议法》;波兰的《反垄断法》;罗马尼亚的《制止不正当竞争法》;保加利亚的《保护竞争法》;等等。

20世纪中期以来,反垄断法在国家间产生和发展,日益成为国际法的一个分支。主要的立法性文件有:联合国贸易与发展会议制订的《消除或控制限制性商业惯例法律范本》;欧洲联盟各国缔结的《欧盟条约》第三部分第五编第一章;^②美国与欧洲联盟缔结的《美国政府与欧洲共同体委员会关于它们之间竞争法适用的协定》、《美国政府与欧洲共同体委员会关于在实施它们竞争法中适用积极礼让原则的协定》;等等。

无论是国家的反垄断法,还是国家间的反垄断条约,均以维护、促进市场有效竞争为首要原则,并在这一原则之下,建立起反垄断体制框架。反垄断

^① 该理论认为,市场失衡不是现实生活中偶然的、暂时的现象,而是一种常态。其原因是有效需求(即有购买力的需求)不足。由这种有效需求形成的产品供求失衡和失业,单靠市场机制的自动调节,是不能改变的,而必须由国家对经济生活实行干预。

^② 《欧盟条约》第五编涉及“关于竞争、税收和法律趋同化的共同政策”内容,其第一章为“竞争规则”,也就是人们通常所说的“欧盟竞争法”。该章共10个条文,当前的序列为第81条—第90条。第81条、第82条、第86条、第87条、第88条为实体规定,第83条、第84条、第85条、第89条、第90条为程序规定。其中最重要的条款是第81条和第82条。

断体制框架之一:禁止限制性协议、决议或者共同行为的规则制度。反垄断法的一个特殊目标是防止市场主体采取与其他市场主体订立协议的方法,或者通过旨在排除现存或潜在的竞争对手的共同行动,扭曲竞争过程。因此,对于企业间的横向协议行为,反垄断法均实施严格控制;即使对于企业间的纵向协议行为,反垄断法也加以密切关注,因为在特定的环境中,纵向协议仍可能损害竞争。^① 反垄断体制框架之二:禁止滥用市场支配地位的规则制度。一个或少数几个企业不断增强其经济实力以至足以单方面阻碍竞争的情形是完全可能出现的。对于这种拥有市场支配地位的企业应采用精心设计的反垄断法条款来加以约束,贯彻允许拥有市场支配地位但不得滥用其市场支配地位的原则,鼓励现存的或潜在的竞争对手向市场支配地位挑战。反垄断体制框架之三:控制合并规则制度。企业可能相互合并以便消除它们之间的竞争并人为地造成一种无卓越经济效绩的市场支配地位,一项合并也可能显著地减少竞争者的数目,从而使剩下的企业能很容易地协调其行动。因此,一部完善的反垄断法应当有控制合并的条款,以便防止那些弱化竞争但又不能在其他方面显著提高效能的企业合并。^②

在反垄断体制框架之内是否应当包含反不正当竞争内容,各国立法存在不同体例。一般而言,美国、英国、澳大利亚、加拿大、俄罗斯,以及大部分东欧国家^③采用反垄断法和反不正当竞争法合并立法体例;而日本、德国、意大利、法国、瑞士、韩国等国家采用反垄断和反不正当竞争法分别立法体例。垄断(monopoly)和不正当竞争(unfair competition)既有联系也有区别。从联系方面说,垄断和不正当竞争均危及市场竞争秩序,均对消费者权益产生消极影响;两者可能存在递进关系,不正当竞争行为可能会使竞争环境恶化,导致垄断,故反垄断和反不正当竞争有异曲同工之效;在现实经济生活中,垄断和不正当竞争往往取表面相同的表现方式,如搭售,它既可以纳入不正当竞争的范畴,也可以纳入垄断的范畴。从区别方面说,垄断可能涉及整个产业、行业、市场的布局,十分宏观,而不正当竞争通常涉及具体交易行为,较为微观;垄断总是与行为主体的市场地位相关,拥有市场支配地位

① 相互之间具有竞争关系的企业之间的协议称为横向协议,处于制造或配送过程的不同阶段的企业之间的协议称为纵向协议。

② 参见经济合作组织(OECD):《竞争法的基本框架》“引言”部分。

③ 采用合并立法体例的东欧国家包括:保加利亚、爱沙尼亚、匈牙利、塔吉克斯坦、摩尔多瓦、斯洛文尼亚、乌克兰、乌兹别克斯坦、南斯拉夫等。参阅孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第31页。

的一方欺凌市场地位弱的一方,而不正当竞争总是与行为的欺诈性相关,一方采用不诚实、不道德的方法与对方进行交易;垄断同时具有行为的规定性和状态的规定性,而不正当竞争仅有行为的规定性,无状态的规定性;等等。^①

垄断同时具有行为规定性和状态规定性这一特点,决定了反垄断必须采用结构和行为相结合的方法。结构的方法(the structure approach)指通过市场结构指标的分析决定反垄断措施的方法。结构的方法以结构主义为理论基础,确信“市场结构—市场行为—市场绩效”的理论公式^②,强调市场结构的合理与否对有效竞争的影响,意在通过调整市场结构来维护有效竞争。结构的方法认为,合理的市场结构就是一种使有效竞争能按其设想内在地进行的结构,这种结构通过某些指标来衡量,如达不到这些指标,政府就会出面干预,以完成必要的结构调整。被各国反垄断实践经常用来分析市场结构的指标有:相关市场内的企业规模和数量、市场集中程度、市场准入标准、产品的可替代性、产品运输和信息传播的发达程度等。行为的方法(the conduct approach)指直接根据市场主体的不法行为采取反垄断措施的方法。行为的方法以行为主义为理论基础,确信“不法行为—法律制裁—有效竞争”的理论公式,强调以法律的形式将某些市场行为界定为不法行为,并明令禁止或者抑制,一旦发现市场主体的行为符合法律禁止或抑制的标准,国家就会出面干预,通过制裁不法行为达到维护有效竞争的目标。被各国反垄断实践明令禁止或抑制的不法行为主要有:固定价格、贸易歧视、拒绝交易、划分市场、搭售、合并等。

3. 反垄断法的实施体制

反垄断法的实施体制是以反垄断法实施机关为本位的机构设置和运作体制。至今,反垄断法实施体制主要是各国的国内体制。当然,国家间为实施其反垄断法,也在条约基础上进行了一些合作。这些合作可能是紧密的,如欧盟国家之间;也可能是松散的,如美国和欧盟之间。

反垄断法的实施不同于一般民事法律的实施。一般民事法律,如合同法、侵权行为法、婚姻法、继承法等,主要是依赖社会大众的守法和维权行为,加上司法机关适用法律、解决纠纷的活动予以实施。这类法律的实施并

^① 参见刘宇元等:《国际反垄断法》,上海人民出版社2002年版,第9—11页。

^② 即良好的市场结构带来良好的市场行为,良好的市场结构和市场行为带来良好的市场绩效。

未赋予行政序列的专门机关以专门的职权,国家强制力的介入基本遵循不告不理的原则。故一般民事法律的实施属于法的消极实施,法的消极实施体制无异于一般司法体制。而反垄断法的实施却有所不同,反垄断法实施的公益性、复杂性、专业性等,要求国家赋予行政序列的专门机关参与其中,并扮演重要角色。

笔者赞同对反垄断法的实施体制应当有一个更为开放性的理解。毫无疑问,法院在执行反垄断法过程中扮演重要角色,它是司法权的来源和最后归宿,但绝不能将反垄断法实施体制仅仅理解为法院的设置和运作体制。实施反垄断法的本质内容是“适用法律、解决纠纷或处罚违法”,为实践计,一切与该本质内容密切相关的机构设置、职能划分、组织结构、活动原则、工作内容和程序等,都应属于反垄断法实施体制问题,在反垄断法实施体制的研究范围之内。反垄断法实施体制具有如下特征:

第一,反垄断法实施体制是司法和执法密切结合的体制,行政序列专门机关的执法权在该实施体制中扮演重要角色。目前,世界各国均在行政序列中指定专门机关负责反垄断法的实施,这些行政执法机关拥有广泛的职权,诸如进行反垄断有关法律问题咨询、制订反垄断产业政策和市场行为指南、进行反垄断市场调查、确定行为合法或违法、发布反垄断禁令或救济令、对垄断行为实施处罚、提起反垄断诉讼等。上述职权确保了这些专门机关能够有效地执行反垄断法:它们能够对市场层面或者相当于市场层面的任何垄断情形作出反应;它们不仅有提出建议的权力,也有作出决定的权力。当然,反垄断执法权在多数场合不属最终权力,司法救济始终作为最终的救济手段发挥作用,两者的有机结合不仅是反垄断法实施体制的特色,也是它的要求。

第二,维护国家的竞争政策是建立反垄断法实施体制的出发点和最后归宿,故该体制的运作充分体现了公共利益优先原则。反垄断法是国家干预市场运行的法律,国家干预的目标是维持良好的市场竞争秩序。基本假设是:竞争秩序紊乱、反竞争行为盛行的市场必然存在受害者。但启动反垄断措施、实施反垄断处罚并不以存在或者证明受害者为先决条件。一句名言是:反垄断法旨在保护竞争而非竞争者。^①这就要求反垄断法实施体制应当建立在体现国家的竞争政策而非体现竞争者利益的基础之上,以公共利

^① 正确的理解应当是:在反垄断的思维逻辑中,竞争者的利益只有在有利于竞争秩序的前提下,才能被证明是合法的,在经济生活中,不存在不利于竞争秩序的竞争者的合法利益。