

产业经济评论

REVIEW OF INDUSTRIAL ECONOMICS

第5卷 第2辑, 2006年12月 Volume 5 Number 2, December 2006

山东大学经济学院 山东大学产业经济研究所



中国财政经济出版社

产业经济评论

REVIEW OF INDUSTRIAL ECONOMICS

山东大学经济学院 山东大学产业经济研究所

第5卷 第2辑 (总第10辑)

中国财政经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

产业经济评论. 2006 年. 第 5 卷. 第 2 辑/山东大学经济学院, 山东大学产业经济研究所编. —北京: 中国财政经济出版社, 2007. 1

ISBN 978-7-5005-9740-7

I. 产… II. ①山…②山… III. 产业经济学-文集 IV. F062.9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 027729 号

中国财政经济出版社出版

URL: <http://www.cfeph.cn>

E-mail: cfeph@cfeph.cn

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码: 100036

发行处电话: 88190406 财经书店电话: 64033436

北京人卫印刷厂印刷 各地新华书店经销

787×1092 毫米 16 开 13.5 印张 254 000 字

2007 年 1 月第 1 版 2007 年 1 月北京第 1 次印刷

印数: 1—2 000 定价: 26.00 元

ISBN 978-7-5005-9740-7/F·8459

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

主 编：臧旭恒

学术委员会（以汉语拼音为序）

陈甬军（中国人民大学）
陈勇民（美国科罗拉多大学）
樊 纲（国民经济研究所）
冯根福（西安交通大学）
胡 军（暨南大学）
江小涓（国务院研究室）
金 碚（中国社会科学院工业经济研究所）
林 平（香港岭南大学、山东大学）
刘 伟（北京大学）
刘世锦（国务院发展研究中心）
刘志彪（南京大学）
吕 政（中国社会科学院工业经济研究所）
荣朝和（北京交通大学）
史晋川（浙江大学）
宋冬林（吉林大学）
谭国富（美国南加州大学）
王 珺（中山大学）
王俊豪（浙江财经学院）
武常岐（香港科技大学、北京大学）
夏大慰（上海财经大学）
杨瑞龙（中国人民大学）
于 立（东北财经大学）
原毅军（大连理工大学）
臧旭恒（山东大学）
张 军（复旦大学）
张晖明（复旦大学）
张健康（加拿大卡尔顿大学、山东大学）
周立群（南开大学）

编 委 会（以汉语拼音为序）

刘国亮 曲 创 杨风禄 尹 莉 余东华 臧旭恒

目 录

论 文

宽恕政策 (Leniency Program) 与卡特尔的反垄断控制

..... 林 平 马克斌(1)

从中铁快运看运输市场微观结构变化与中间层组织的作用

..... 荣朝和(15)

网络产业单向接入定价理论研究 姜春海 于 立(36)

系统市场中的企业策略性排他行为与反垄断..... 唐要家(67)

促进“自然垄断”产业竞争的思考 张晖明 邓 霆(77)

中国涉海产业类上市公司资本结构与公司绩效实证分析

..... 姜旭朝 张晓燕(88)

网络外部性下的标准博弈

——标准扩散和竞争理论综述..... 鲜于波 梅 琳(99)

消费资本资产定价理论：回顾与评述..... 臧旭恒 王立平(126)

中国工业产业创新水平及影响因素

——面板数据的实证分析..... 吴延兵(155)

论数网融合与电信业的竞争和管制..... 范爱军 刘 青(172)

外部效用、过度竞争与最优管制..... 王秋菲 李 凯(185)

综 述

产业集群与空间经济理论的发展

——第五届产业集群与区域发展国际学术会议综述

..... 金祥荣 项 星(197)

第一届“山东经济学年会”综述 尹 莉(200)

CONTENS

Articles

- Leniency Program and Anti – Cartel Enforcement in China
..... *Lin Ping Ma Kebin* (1)
- The Microstructure and Intermediaries of Transport Market
—— from the Case of China Railway Express *Rong Chaohe* (15)
- Theories of One – way Access Pricing in Network Industries
..... *Jiang Chunhai Yu Li* (36)
- Strategic Exclusive Behaviors in System Market and Antimonopoly
..... *Tang Yaojia* (67)
- Probe into Promoting the Competition Level in Natural Monopoly Industries
..... *Zhang Huiming Deng Ting* (77)
- Empirical Study on Capital Structure and Corporate Performance of Chinese
Listed Marine Industry Firms *Jiang Xuzhao Zhang Xiaoyan* (88)
- Standard Game under Network Externality
——A Survey of Standard Diffusion and Competition
..... *Xian Yubo Mei Lin* (99)
- A Review of the Consumption – based Capital Asset Pricing Theory
..... *Zang Xuheng Wang Liping* (126)
- Innovation in Chinese Industry and Its Influential Factors
——An Empirical Analysis of Panel Data *Wu Yanbing* (155)
- Convergence Among . coms and Telecommunication Competition and
regulation *Fan Aijun Liu Qing* (172)
- Externality、 Excessive Competition and Optimal Regulation
..... *Wang Qiufei Li Kai* (185)

Conference Summary

- The Fifth International Conference on Industry Clustering and Regional
Development 2006 *Jin Xiangrong Xiang Xing* (197)
- The First Shandong Economics Annual Conference *Yin Li* (200)

宽恕政策 (Leniency Program) 与卡特尔 的反垄断控制

林 平 马克斌*

摘 要: 世界各国经验证明, 建立宽恕政策是防止和侦破卡特尔的一个有效手段。有效的宽恕政策必须满足三个基础条件: 严厉的处罚威慑, 强有力的反垄断执法系统, 和宽恕政策的可预见性和透明度。鉴于卡特尔已在中国经济运行中大量出现和它对社会的有害性, 我们建议中央政府尽快建立明确有效的卡特尔宽恕政策, 特别是引入对卡特尔的刑事处罚, 并最好在《反垄断法》立法时同步进行。

关键词: 卡特尔, 宽恕政策, 反垄断, 博弈论

JEL 分类: L41, L12

一、引 言

过去的十五年中, 中国初步建立了顺应市场经济需要的竞争法体系。包括《反不正当竞争法》和《价格法》在内的一系列立法, 加上《反垄断法草案》送到人大常委会讨论, 展示了中国政府在推进市场经济进程和保护市场竞争方面的决心。在这一背景下, 加强对卡特尔 (价格同盟) 这一垄断行为的规制已经成为建立健全中国竞争法律体系、规范市场经济行为的必然要求。

事实上, 在发达国家的竞争法体系中, 反卡特尔一直是反垄断执法最核心的组成部分。按照重要性, 国外竞争法通常将其执法重点从高到低依次分为三个层次^①: 一, 打击卡特尔等横向限制协议; 二, 控制兼并以保障竞争; 三, 制止有可能伤害竞争的企业单边行为, 如滥用市场支配地位等^②。发达国家在对卡特尔的规制中积极应用现代经济学与博弈论的理论成果, 并获得了相当的实践成就。而近十年来, 宽恕政策 (leniency program) 的广泛应用最具代表性。本文旨在就国外宽恕政策的基本概念、经济学依据、具体实施方案、所取得的积极成果等作以简要的介绍。并尝试针对如何建立我国

* 林平: 香港岭南大学经济系、山东大学经济学院, Email: plin@ln.edu.hk; 马克斌: 山东大学经济学院, Email: kebin.ma@gmail.com.

① 见 Pate (2004)。

② 这样的划分有其经济学的理论依据, 因为价格同盟等横向限制协议在任何情况下都不利于社会, 而后两种情况则可能产生对社会有利的影响。

自己的宽恕政策这一问题提出一些看法。

卡特尔或价格同盟是指本应相互竞争的企业在定价和产出方面签订协议,合作提高产品价格谋求垄断利润的行为。因为卡特尔组织提高价格,必然会减少消费量最终造成社会福利的净损失,反垄断法通常将其判定为本身违法(per se illegal),即在任何情况下都是不合法的^①。然而,在反垄断法的严厉禁止下,价格同盟是不可能公开存在的,所以获取其存在的切实证据就十分困难。另一方面,限于自身预算约束,反垄断机构也不可能对所有行业进行调查,使得制裁这一违法行为更加不易^②。即使借助先进的侦察手段和司法许可,也很难获得诸如会议记录、录音录像等有力证据来证明价格同盟的存在。因此,宽恕政策便应运而生,用来引诱卡特尔成员披露其违法协议,为反垄断机构的调查提供证据,并探测潜在的、尚未受怀疑的卡特尔组织。

二、宽恕政策的发展

(一) 定义与历史

宽恕政策的核心内容是反垄断机构在相关法律要求得到满足的条件下^③,将罚金减免授予那些主动坦白参与卡特尔协议、并提供了关于该非法组织的实质性证据的企业。在将卡特尔作为刑事犯罪对待的国家(如:美国,日本等),宽容的内容也包括对违法企业管理者拘禁、罚款等刑事处罚的免除。所有罚金和刑事处罚的减免仅限于该企业的坦白内容所涉及的卡特尔案件,可以是全额免除,也可以是部分免除,视各国具体的法律规定和违法企业自首的先后而定。

早在1978年,美国司法部(DOJ)就建立了世界第一套宽恕政策。然而这一制度的有效运用却是在1993年的大幅度修改以后。新的宽恕政策加强了执法的透明度和授予处罚减免的确定性,并规定如果司法部尚未掌握证据,违法企业在调查开始之后依然可以获得宽容。修改后的宽恕政策在反卡特尔方面产生了强大的推动作用,也为其他国家的立法树立了榜样。效仿美国的模式,欧盟委员会于1996年颁布了第一部宽恕政策,并于2002年进行

① 本身违法的规定是根据了卡特尔必然造成社会福利损失的事实。实际上,在美国只要企业试图结成价格同盟就已经触犯了反垄断法,即便是卡特尔没有成功、没有造成事实上的价格上升和社会福利损失。

② 可以预见,在《反垄断法》建立之后,我国的价格同盟也将转入地下,造成执法的困难。

③ 在授予宽容的其他要求中,一般包括:自首的企业应立即停止参与价格同盟,并与反垄断机构保持完全的合作;在有可能的情况下对所造成的福利损失进行赔偿;自首企业没有价格在价格同盟中起到领导作用或者强迫其他企业参与等。

修改，在加强透明度和确定性的同时，将其宽恕政策在所授予的减免方面变得更加慷慨。日本公平贸易委员会（JFTC）也在2005年4月通过的竞争法修正案中加入了宽恕政策的内容，并于2006年1月开始实行。此外，英国、加拿大、韩国、新加坡等，也纷纷建立了自己的宽恕政策或对原有程序进行修改，使其成为世界性的反卡特尔侦查手段。

（二）比较分析

总体上来说，美国与欧盟的宽恕政策^①比较具有代表性，并在较长时间的实践过程中取得了相当的成果，现通过表1就二者之间的共性和特点作一简要说明。虽然日本的宽恕政策^②立法比较晚，但立法独具特色，在此也列入表中，以期读者对各国宽恕政策的详细规定有一个比较全面的了解。

表1 美国、欧盟、和日本宽恕政策比较

		美国	欧盟	日本
调查开始前的罚金减免	对第一个自首企业	完全免除	完全免除	完全免除
	对随后自首企业	无任何免除	第二名：30%—50% 第三名：20%—30% 再之后的不高于20%	第二名：50% 第三名：30%
调查开始后是否还给予罚金减免	当反垄断机构缺乏相关证据时	对第一个自首者完全免除	对第一个自首者完全免除	只要不超过三家企业获得减免，自首即可获得30%的罚金减免，不论顺序
	当反垄断机构有相关证据时	无任何减免	第一名：30%—50% 第二名：20%—30% 再之后的不高于20%（证据须有新的价值）	
是否免除刑事指控		与罚金一同免除	因欧盟未将卡特尔作为刑事犯罪，故无此规定	除第一个坦白者外，刑事指控不保证被免除
是否有个人行为与企业行为的区分		当公司符合宽容条件时，个人自动获得宽容，不代表公司行为的个人坦白可以获得免除个人刑事处罚	无明确规定	无明确规定
是否有对于证据质量的明确要求		证据至少足以启动调查	（要求随后的自首者） 证据必须有新的实质性价值，并且及时提供	无明确规定

① 美国情况详见 DOJ, 1993。欧盟情况 详见 Official Journal of the European Communities, 2002.

② 详见 JFTC, 2005, pp. 11—12.

通过简略的比较我们可以发现,为了提供足够的自首动机,美日欧三种竞争法体系下的宽恕政策都授予第一个坦白的企业以完全的罚金和(或)刑事责任免除。即使当反垄断机构的卡特尔调查开始后,违法企业依然有机会获得部分的乃至完全的免责。规定的依据在于,调查也可能无法获得足以制裁价格同盟的证据,所以将其成功定罪的概率仍非百分之百。另外鼓励企业坦白将使得该价格同盟尽早瓦解,避免了社会福利损失不必要的继续扩大。

然而在是否将这种免责授予随后自首企业的问题上,几种制度却存在着相当的分歧:美国不给予第一名以后的任何自首企业任何的罚金或刑事责任减免,而欧盟和日本的宽恕政策则对随后自首的企业提供相当的罚金折扣,不论调查是否已经开始。但是相较日本,欧盟对随后的自首者所披露的证据质量有明确的要求。只有那些提供及时、对调查进展有实质性意义,且不在掌握之中的证据才可以换得罚金的减免。

最后,显著不同于美国和日本的是,欧盟没有将价格同盟作为刑事犯罪对待,从而不对参与价格同盟协议签订的企业管理者使用刑事处罚^①。在同一问题上,日本公平贸易委员会则仍然保留对非第一个坦白的坦白者加以刑事处罚的权利。

三、宽恕政策的效果

“在侦破跨国的卡特尔方面,宽恕政策所做的比我们的搜查令、秘密录音录像、FBI 审讯等剩余所有手段加起来还要多”,美国司法部如是说。事实上,这样的成功使得如何推行宽恕政策成为了 2004 年在悉尼举行的国际竞争网络(International Competition Network)研讨会的专门议题。考虑到美国的宽恕政策实施时间最长,现将其作为代表来对宽恕政策的实施效果作以考察。

根据美国司法部的报告,从 1997~2004 年间,司法部总计征收卡特尔罚款 25 亿美元,其中 90% 都离不开宽恕政策提供的信息。仅在 1998~1999 的两年中,宽恕政策提供的线索就导致了远高于 10 亿美元的罚款。具体到申请宽恕政策者的数量,同样惊人,在 1993 年新版宽恕政策颁布后的十几年中,美国司法部平均每个月就收到两起自首,大致计算一下,到 2004 年年底,所收到的宽容申请早已超过 200 例。仅在 2004 年底,司法部调查的 50 多个行业的卡特尔中,就有一半以上是根据这些申请提供的线索发起的^②。

^① 但是欧盟对于价格联盟的罚金显著高于美国。

^② 见 Hammond (2004)。

除此之外，宽恕政策的另一项显著功效还在于直接导致了迄今为止最大的几起跨国卡特尔案件的侦破，如表2所示，美国司法部迄今为止破获的最大的三起跨国价格同盟都利用了宽恕政策提供的线索。

表2 美国司法部迄今为止破获的最大的三起跨国价格联盟

涉案企业（被定罪财政年度）	涉案产品	罚金（美元）	企业所属国家
F. Hoffmann - La Roche Ltd. (1999)	维生素	5 亿	瑞士
BASF AG (1999)		2.25 亿	德国
Takeda Chemical industrie Ltd. (1999)		0.72 亿	日本
SGL Carbon AG (1999)	石墨电极	1.35 亿	德国
Mitsubishi (2001)		1.34 亿	日本
UCAR International Inc. (1998)		1.1 亿	美国
Samsung Semiconductor Inc. (2005)	动态随机存储器	3 亿	韩国
Hynix Semiconductor Inc. (2005)		1.85 亿	韩国
Infineon Technologies AG (2004)		1.6 亿	德国
Elpida Memory Inc. (2006)		0.84 亿	日本

表格内容节选自 Litan and Shapiro (2001), Table 1, 并根据美国司法部公告 (2006) 加以补充。

事实上，另外两起重大的卡特尔犯罪的侦破也间接地获得了宽恕政策的帮助：因赖氨酸和柠檬酸的价格同盟与维生素价格同盟紧密相关^①，宽恕政策为这两案提供了可贵的信息，相关企业最终被美国司法部分别处以总额约1.5亿美元的罚款。这样的成就让美国司法部不无欣喜地称，新的宽恕政策在卡特尔成员间引发了一场奔向法庭的自首竞赛。

与此同时，欧洲的宽恕政策也在反垄断执法中起到了不可替代的作用。自1996年到2002年，在旧的宽恕政策下欧盟委员会共收到80多封宽容申请^②；而在2002年2月到2003年2月新的宽恕政策实施的一年中，欧盟委员会就又收到宽容申请30余件（其中有20多件申请全额免除罚金，剩余的十几件则是申请部分免除）^③。总起来看，从1996到2003年以来的33件反卡特尔判决一共开出了39亿欧元的罚金，其中的20宗调查都是宽恕政策引起的，涉及的总罚金额达26.3亿欧元。2005年11月，英国公平贸易办公室（OFT）也宣布在其2000年建立的宽恕政策以来已经收到了88份自首的申请^④。

① 涉维生素价格同盟案的F. Hoffman - La Roche公司也同时卷入了赖氨酸价格同盟，而Archer Daniels Midland. Co. 则同时卷入了赖氨酸和柠檬酸的价格同盟。

② 见European Commission, 2002.

③ 见Lowe, 2003.

④ 见<http://www.antitrustlawblog.com/highlights-188-international-antitrust-highlights.html>.

四、宽恕政策的博弈论原理：“攻心为上”

宽恕政策在实践中的成功可以说是经济学理论在反垄断领域的胜利。它充分利用了价格同盟作为一种有组织犯罪的内在不稳定性，诱导参与这一非法活动的企业争相自首。

所谓内在不稳定是指在价格同盟的合谋价格下，参与其中的单个企业总有背离协议降低自身价格从而增加利润的动机（正如在“彩电价格联盟”的案例中表现出来的）。因为合谋价格作为一种非法契约得不到法律保障，卡特尔组织往往缺乏合法有力的惩罚机制来防止其成员背离价格协议。惟一可行的惩罚就是在组织中对作弊厂商进行报复（比如发起价格战），而如果没有反复的博弈，就没有报复作弊行为的可能。为此，不稳定性使得价格同盟这样有组织的犯罪要想成功，一个前提就是要反复进行博弈。整个的价格同盟本身就是一个典型的无限次囚徒困境博弈，因此宽恕政策的机理也可以在无限次重复博弈的框架下考虑。一个稳定的价格同盟是参与的企业的子博弈完美均衡，而宽恕政策的引入使得博弈参加者的策略集合中又加入了坦白这一选择并使得各种策略结合所对应的报酬也发生变化。反垄断机构通过设置政策参数，如：法定罚款额度、减免额度、申请减免所应满足的条件，侦察到价格同盟和获得充足证据将其定罪的两个概率等等，使得企业参与价格同盟并拒绝坦白所产生的总利润小于参与同盟并坦白的利润。从而使得继续参与价格同盟不再满足子博弈完美均衡的条件，以达到破坏卡特尔作为均衡解的条件。

如果我们把卡特尔成员之间是否自首的决定看做是无限次重复博弈的框架下每一个时间点的精简的博弈（reduced form），那么，宽恕政策的建立把卡特尔成员引入了另一个囚徒困境：如果其他成员不去自首，如上所述，一个给定的成员就会选择去自首。如果其他成员选择自首的话，一个给定的成员的最优反应也是去自首，并且是抢在其他成员前面自首。这样一来，自首就成为每一个成员的占优策略（dominant strategy），造成各个成员纷纷抢先自首成为这一新的囚徒困境的占优策略均衡。这可以说是典型的“攻心战术”的应用的结果^①。

^① Hammond (2004) 中举用下面一个例子：假设一个卡特尔中的五个成员要召开一个秘密的紧急会议，其中四个成员均已到场，第五个却一直未出现。这时候，到场的四个成员就会心里惶惶不安，担心未出现的成员已去自首。这四个成员中马上也会相互猜疑，担心它们其中有人会马上找机会尽快给执法机关打电话自首。本来友好的四个成员马上变得互不信赖。一个聪明的商人不会相信它的竞争对手会为它的利益着想。

五、宽恕政策在中国的实践前景

（一）宽恕政策的立法基础

简单地说，实行宽恕政策，必须要将卡特尔组织视为非法，这一条件现在正在不断成熟。1998年《价格法》中已经包含了反对价格同盟的精神。其第十四条第一款中明确规定，经营者不得相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者消费者的合法权益。总则亦规定实施市场调节价，即通过市场竞争形成的价格。这些都比较清晰的指明了价格同盟的非法性。

最近中国政府又公布了自己的核心竞争法《反垄断法草案》，并有望在近期内颁布生效。该草案更清晰地把价格同盟列入了违法范畴，将为打击价格同盟提供更加坚实的立法基础。《反垄断法草案》第三条第一款将协定企业间的横向限制性协议明确定义为垄断行为——《反垄断法》的制裁对象。所谓横向限制协议包括：企业联合固定、维持产品价格、限制产量、划分销售和原材料市场份额，以及限制转售价格和投标中的联合舞弊行为。这样的规定比较完整地概括了卡特尔组织的特点和行为，较《价格法》的规定更为详细准确。综上所述，我国建立自身宽恕政策的法律基础在不断成熟，《反垄断法》的建立和实行会使其法律基础更加坚实。

（二）中国的价格同盟

价格同盟在中国早已不是一个新鲜的话题：2000年，彩电企业峰会产生了所谓“彩电联盟”；2001年，上海13家金店达成了每克黄金96元的“黄金价格同盟”；证券佣金放开之后，券商又欲成立“佣金联盟”；2001年，国内24家航空公司续签联营协议，维持“禁折令”，价格同盟层出不穷，为宽恕政策的实施提供了潜在的、广阔的用武之地。然而我国的价格同盟及其所处的社会环境有其自身的特点。具体地说有三条：

首先，整个社会对价格同盟的违法性认识不够，与《反垄断法》和《价格法》的明确规定呈现出鲜明的对比。社会舆论往往认为，结成价格同盟的目的是避免“毁灭性”竞争，为此不可避免的加入了一些包容的态度。举最近的例子来说：2006年1月13号，烟台市区八家乳品企业又订立价格同盟，对巴氏消毒奶的单价统一上浮0.1元，并要求参与的企业按规模上交1万~3万元不等的自律保证金，以期保证价格同盟的实行。这一违反《价格法》的活动就在国内对于反垄断的讨论日益升温的环境下公然进行，丝毫没有遮遮掩掩。反而向地区媒体披露宣传，强调利润过低，说价格同盟

“是市区乳品生产企业走出窘境之必然之举”^①。打着避免恶性竞争和制止倾销的旗号，组成价格同盟的企业往往理直气壮，甚至大肆宣扬，唯恐天下不知，社会舆论对于价格同盟违法性的漠视可见一斑。

与此相联的是，舆论往往认为价格同盟存活率低，不足为患。彩电联盟的屡战屡败加深了这样的看法。似乎价格同盟的低成活率使其不会带来实质的社会福利损失。而事实并非如此，据胡鞍钢 2001 年对于民航业垄断租金^②的计算，大约在 75 亿到 100 亿之间，占 GDP 的 0.1% ~ 0.13%。而这只是众多价格同盟的垄断性行业之一^③。另外，如果把上文提到的国外反垄断机构征收的巨额罚款换个角度来看，就像一枚硬币的正反两面，也正是价格同盟给社会福利带来的巨额损失。可以想见，公开的和未公开的价格同盟的危害相当可观，绝不可坐视不管。

最后，我国有些行业的价格同盟产生于政府的干预。政府出面以行政命令的方式促成企业形成价格同盟，并同时充当了价格同盟的监督者和惩罚者。究其根源，政府依然没有完全脱身出来成为一个旁观者，反而认为行业内的激烈竞争降低产品售价，导致一些国有企业产生大幅度的亏损，致使国有资产流失。出于此类动机，1998 年，国家经贸委印发《关于部分工业产品实行行业自律价格意见》。确定行业平均成本价或最低出厂价，供企业定价参考，结果产生和强化了平板玻璃、农用机械、轿车等 21 种产品的价格同盟。类似的，2001 年，民航总局推出了 4 月 1 日到 10 月 31 日 102 条主要航线的“航线联营”政策（2001 年 4 月又扩展到 156 条）；2000 年 6 月，国家旅游局认可了“特许经营出国旅游旅行社联合体”的十一家旅行社就涉外旅行线路达成最低保护价，并承诺充当监督者和惩罚者的作用。为此，想要解决价格同盟的问题，就避不开行政性的价格垄断。

尽管可能有人会争辩，我国的价格同盟多是出现在行业产能过剩、竞争激烈和外部冲击易造成的大幅亏损的企业中。例如参加“航线联营”的航空公司，缔结的协议在 4 月份到 10 月份，正是民航业的淡季。作为一个固定成本较大的行业，正处于一年中的难关，价格同盟只是为了保证合理的价格和利润而非谋求垄断利润。而笔者认为，惟一合理的价格就是市场的竞争价格，只有如此才能发挥价格合理配置资源的作用，才是尊重市场机制这一“看不见的手”。按照市场经济的运行规律，企业在利润下滑之后，该考虑的是如何增强自身竞争力，如，加强研发、削减成本等，或是依靠市场退出机制转入盈利比较高的行业，而不是首先考虑组成价格同盟，敲消费者的竹

① 见 2006-1-13 烟台晚报。

② 垄断租金 = 消费量 × (垄断价格 - 竞争性价格) + 消费者福利净损失。

③ 除了上文提到的例子和某些行政性垄断形成的价格联盟之外，我们也有理由怀疑在其他一些行业价格同盟的存在。例如，房地产行业，虽然开发商自由定价，而新楼盘的开盘价，都以周边已售或待售的房价作为定价参考。有专家指出，这样的现象不排除开发商串谋提高售价的可能。

枉，让整个社会为补偿其亏损，更不该转向行业主管部门为这样的行为谋求许可。而行业主管部门也要转换思维，亏损出现以后，应该是疏而不是堵，要解决行业的竞争力问题而不是牵头组织价格同盟来把问题暂时控制住。

（三）建立宽恕政策的积极作用

在反垄断法建立之后，我国现在依然在招摇过市的价格同盟必将转入地下，为调查取证造成相当大的困难。而反垄断立法刚刚起步，将来的司法机关难免在执法经验方面有所欠缺，更会加大打击价格同盟的难度。而另一方面，执法机关总是面临着预算约束，从而无法彻底地调查所有可能出现卡特尔的行业。宽恕政策的建立恰恰可以解决这两方面的问题。在自首企业这样的内线的帮助下，反垄断执法机关可以有效地收集各种有力证据，并同时培养自身的执法素质和侦查能力。

六、如何建设有效的宽恕政策

现在各国反垄断执法机关之间基本上有一个共识，那就是，一个有效的宽恕政策必须满足下面三个条件^①：

第一，卡特尔被侦破的可能性足够大。也就是说，执法机关要有足够权力、资源和决心来调查和侦破卡特尔，严格执法，并将卡特尔成员绳之以法。必须要使卡特尔成员感到不来自首的风险很大。

第二，法律对参与卡特尔的惩罚要很严厉。如果法律的制裁不是很严厉，通过自首来得到宽恕处理的吸引力也就不会太大（宽恕政策在美国比在欧盟作用大的主要原因，是美国对卡特尔有刑事惩罚而欧盟则没有）。

第三，宽恕政策的实施要有透明度和确定性。执法机关的执法要一致，让卡特尔成员可以较准确地预测自首以后会怎么样、不自首会怎么样。最重要的，是要让卡特尔成员放心它们自首以后一定会得到宽恕对待。

目前中国政府已经明确了价格同盟的非法性，具备了建立自身宽恕政策的基本前提，而建立一个有效的宽恕政策却远比创立宽恕政策的法律条文要困难得多。具体地说，要让所创建的宽恕政策在反垄断实践中发挥作用，必须在反垄断法立法、执法体系健全的基础之上。

（一）强有力的执法系统

反垄断执法机关要建立良好的执法历史，在企业界树立起自己违法必究、执法必严的诚信和执法高效的威慑力，尽最大可能性地保证价格同盟这样的违法活动被发现和处罚。例如，美国司法部也这方面作出了很大努力，

^① 见 International Competition Network, (2006) 和 Hammond (2004)。

建立了严格执法的信誉。如果没有严格的执法系统,卡特尔成员不来自首的话被抓住的可能性很小,它们就没必要来自首。

笔者认为,在价格执法方面中国政府尚未做到依法办事。例如在黄金价格同盟的案例中^①,价格主管部门仅仅对违法金店进行了行政警告。在包括彩电联盟在内的其他一些案例也是一行指令的方式叫停,没有真正把《价格法》的条文落实在现实中。要建立起良好的执法声誉,就必须要先摆明态度,对于公开的价格同盟依法进行处罚,如此才能做到在竞争法立法上言行一致。如果在《反垄断法》建立之后,对于明目张胆的价格同盟依旧不闻不问,这样即使实行了宽恕政策,也不能起到应有的作用。

另外,要做到违法必究,执法高效,就不得不解决政府在执法中的双重角色问题——政府部门不能具有反垄断执法者与市场活动利益相关者的双重身份。否则就很难在对价格同盟执法时保证必要的公正性。为此,反垄断执法部门最好是独立的司法部门。既可以避免与参与市场竞争的企业丝丝缕缕的利益关系,又避免执法受制于人,处处掣肘。

(二) 有效的惩罚威慑

有效的惩罚威慑主要指提高参与价格同盟的预期成本,即法定的罚金额和坐监的时间。例如,美国对其卡特尔罚款的上限一再提高,1974年将《谢尔曼法案》的最高罚款额由5万美元提高至100万美元,1990年提高到1000万美元,现在卡特尔最高罚款可以高达甚至超过1亿美元。这样一再提高对于卡特尔的罚金上限,目的就是威慑可能的违法企业,使其不敢轻举妄动。美国对卡特尔刑事处罚最高是坐监3年,这一上限在2004年又提高到10年。

我国最近的《反垄断法草案》的第四十五条规定,经营者违反本法有关禁止垄断协议规定的,反垄断机构应当责令其停止违法行为,没收违法所得,并可以根据情节轻重,处上一年度销售额的10%以下的罚款。这些规定对建立中的宽恕政策提供了比较坚实的基础。然而笔者认为,多倍赔偿是更加科学的处罚标准。如加里·贝克尔(1968)的最优惩罚理论所言,立法应考虑用多倍罚款方式来补偿执法疏漏。具体地说,经济违法归根结底是预期收益与预期成本的权衡,而违法的预期成本等于法律规定的惩罚额度与被发现违法的概率的乘积。因为被抓住的概率总是小于一,要让违法的成本超过违法的收益就必须使得法律规定的惩罚额度超过非法所得。这一原则已得到广泛应用,依旧以美国为例,作为补充,《谢尔曼法》规定除1000万美元的罚款额外,司法部有权对参与价格同盟的企业加以非法所得或造成损

^① 尽管当时《价格法》已经生效,并明确规定操纵市场价格应没收违法所得,并可以处以违法所得5倍以下的罚款。

失的三倍的罚款^①。这样的补充比一定的罚款上限更具威慑，也较按上一年度的销售额的10%制定罚款额更科学。实际上，我国《价格法》也规定了除没收非法所得外可以征收1~5倍的罚款。然而这一规定却没有在《反垄断法草案》中得以重申。

对于企业管理者最强有力的威慑，应该说是刑事处罚。如果处罚只限于罚金，一旦预期罚金小于预期收益，违法就变成了一项有利可图的商业活动。对管理者进行刑事处罚就是为了排除上述可能。因为不管多少利润都不能够代替被依法剥夺的自由。正如Hewitt（2004）所提到的，无论违法的企业管理者愿意缴纳多少额外罚款都不能免除其牢狱之灾。刑事处罚的威慑力很大程度上解释了为什么欧洲反价格同盟的成就不及美国，尽管欧盟也同样实行了宽恕政策并设定了更高的罚款金额。事实上，对于管理者的罚款，企业总可以通过各种途径予以补偿，而对于刑事犯罪所留下的污点，企业是无法补偿的。这样的污点所传达的有关管理者道德的负面信息，直接关系到其职业生涯的前途，让其不敢轻易跨越雷池，铤而走险^②。综上所述，刑事处罚提供了罚金无法替代的威慑力，而这一点正在成为各国反垄断机构的共识。以美国为代表，加拿大、韩国、日本等许多国家的反垄断法均对违法管理者追究刑事责任。

此外，笔者认为，刑事处罚更重要的意义在于利用了委托代理关系，提高了对价格同盟的侦测能力。在刑事处罚的威胁下，作为代理人的管理者面临着与企业不同的成本收益。潜在的刑事处罚大大增加了违法管理者的预期成本，却没有增加企业的罚金，使得管理者较企业承担了更大的风险。委托人和代理人利益分歧的直接后果即：当企业参与价格同盟的预期利润为正时，管理者在这一非法活动中的预期收益可能已经变成了负数。故而，即使企业可以从违法的价格同盟中渔利，管理者也可能没有动机让企业参与其中。这样的制度安排正是对委托代理关系的有效运用，大大提高了企业管理者向反垄断当局自首的动机^③。

① 根据这两条规定，截止到2004年底，美国司法部在对46家参与卡特尔的企业征收了高于1000万美金的罚金，其中更是有7家企业被处以了1亿美元以上的罚款。

② 美国司法部发现，一些在欧洲和亚洲市场结成卡特尔的跨国公司一直没敢把价格协议延伸到美国市场，其原因就是惧怕美国的刑事处罚。见Hammond（2004）。

③ 除了对公司的宽恕政策以外，美国还设有个人宽恕政策，以鼓励公司内部员工自首或举报卡特尔。实际上，个人宽恕政策的一个主要作用是，通过公司员工自首的可能性来促使公司本身来自首。由于篇幅限制，这里不作介绍。另外，企业参与价格同盟归根结底是企业管理者的决策。从根本上讲，是管理者追求非法利润从而违背了市场经济的竞争性原则，导致了社会和消费者的损失。企业的违法就是管理者的违法。将企业的违法行为和负有责任的管理者的违法行为割裂开来，把违法的责任全部记到企业名下而不给予管理者一定的惩罚，难免有用“刺人而杀之，曰：非我也，兵也”的荒谬逻辑为其开脱罪责之嫌。这样的安排，于情于理都与反垄断法将价格同盟作为非法行为的精神不合。