

反垄断法实施

问题研究

FANLONGDUANFA SHISHI WENTI YANJIU

王 健 朱宏文 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

浙江理工大学法学文库
浙江理工大学学术专著出版资金资助 (2)
高层次人才队伍建设经费资助
浙江理工大学哲学社会科学科研攀登计划

反垄断法实施

问题研究

FANLONGDUANFA SHISHI WENTI YANJIU

王 健 朱宏文 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法实施问题研究 / 王健, 朱宏文著. —北京:
法律出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5411 - 7

I. ①反… II. ①王…②朱… III. ①反垄断法—法的
实施—研究—中国 IV. ①D922. 294. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第222195号



反垄断法实施问题研究

王健 朱宏文 著

策划编辑 刘伟俊
责任编辑 刘伟俊
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.125 字数 272千

印次 2013年10月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5411-7

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内 容 摘 要

根据发动主体的不同,反垄断法的实施可以分为执法机关的公力实施和私人当事人的私人实施(主要通过法院)两种方式。我国反垄断法已经实施5年时间,但整体实施效果并不理想,特别是在特殊行业和领域的实施与社会公众对反垄断法的期待有着很大的距离。因此,如何进一步优化我国反垄断法的实施制度,以及强化反垄断法在特殊行业和领域的实施将是今后一段时间急需研究和解决的问题。

在反垄断法公力实施方面,我们着重研究了反垄断执法机关权力配置、准司法权以及反垄断刑事制裁制度三大热点问题。权力共享制和权力独享制是反垄断执法机关权力配置的两种模式,各有利弊。其中,权力独享制代表了未来的发展方向。面对理想和现实的冲突,我国反垄断法选择了权力共享制,但该模式存在着先天不足的毛病,由此引发了实践中的怪现象,同时实际执法主体的独立性也令人担忧。在近期,我们应通过建立有效的协调机制以及在制度上改善实际执法主体的独立性来优化权力共享制。而要完全解决权力共享制中存在的问题则只能期待远期的解决方案,这也是一种最优解决方案,即改造国务院反垄断委员会,并通过它来整合目前分散的反垄断行政执法权,从而最终过渡到权力独享制模式。不少国家的反垄断执法机关具有“三权合一”的特点,同时享有行政权、准立法权和准司法权。具有准司法权的反垄断执法机关一般是委员会制的执法

机关,有着专门化的审判组织和司法化的审理程序,其行政裁决具有一审判决效力,事实认定对法院有约束力。目前,我国反垄断执法机关虽然配置了准立法权,但实际上不享有准司法权,是一个“二权合一”的反垄断执法机关。而缺失准司法权不利于公正调查处理案件。当国务院反垄断委员会改造成统一行使反垄断行政执法权的主管机关以后,赋予其准司法权是非常必要的,但还应进行相应的制度改革。威慑是反垄断法中最优先,甚至可能是唯一的目标。反垄断法应强化刑事立法,以实现有效的威慑,但我们不应“神化”反垄断法的刑事规定,反垄断法的刑事化应有其限度,否则会形成过度的威慑。为此,我们必须设计科学合理的反垄断刑事制裁制度,以达到最优化的威慑效果。《反垄断法》国务院修改稿和全国人大一审稿有关反垄断法刑事制裁的规定有其局限性,最终通过的《反垄断法》没有规定垄断行为的刑事责任问题更是一种倒退。我国在未来修改《反垄断法》时,应明确规定追究本身违法的核心卡特尔行为和行政垄断行为的刑事责任。同时,为了强化反垄断刑事制裁的威慑效果,我们应在立法中规定两罚原则,追究个人和公司的双重刑事责任。同时,应像其他国家一样在法律中规定告密者的刑事宽恕政策。至于刑事制裁措施的选择,我们应优先适用罚金,但罚金不能完全代替监禁。对于那些社会危害性很大的严重垄断犯罪行为,动用监禁进行制裁是必须的。

在反垄断法私人实施方面,我们研究了反垄断法私人实施的模式及我国的选择、我国反垄断法私人实施的类型和法律规定、我国反垄断法私人实施的实践和发展措施等理论和实践问题。世界各国对待反垄断法私人实施的态度有所不同。美国自始至终积极支持反垄断法私人实施,并且独创3倍损害赔偿制度加以激励,我们称之为“金钱激励模式”;欧盟及其成员国一开始忽视反垄断法私人实施的价值和作用,但自20世纪90年代末期特别是21世纪以来态度发生

了明显变化,现正在全面推进反垄断法私人实施制度,我们称之为“全面促进模式”;加拿大和日本在推进反垄断法私人实施时态度非常谨慎,它们没有全面开放反垄断法私人实施,对反垄断法私人实施进行了分类管理和控制,或者对反垄断法私人实施附加了一些限制性条件,我们称之为“有限开放模式”。我国应选择全面促进模式为主、适当金钱激励为辅的模式。私人参与反垄断法的实施主要有两种途径:一是向反垄断执法机关举报,二是直接提起反垄断诉讼。从反垄断法的百年实践情况来看,反垄断私人诉讼对于全面激活反垄断法的有效实施发挥了重要的作用。在我国,私人可以提起反垄断民事诉讼和反垄断行政诉讼。《反垄断法》制定后,最高人民法院于2009年正式启动了反垄断民事诉讼司法解释的起草工作。2012年5月4日,最高人民法院正式颁布《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》,共16条。该司法解释对受案范围、诉讼方式、管辖制度、合并审理、举证责任、专家参与诉讼、救济方式、诉讼时效等问题作了较为详细的规定,初步构建了我国反垄断民事诉讼制度体系。反垄断法私人实施在我国已经取得一定的成就,但也存在着案件类型单一、成功率不高、诉讼方式比较单一、后继诉讼缺失等诸多不足之处,目前呈现出如下两大发展态势:反垄断公益诉讼逐步减少,反垄断私益诉讼显著增加;诉请象征性赔偿或者小额赔偿的案件逐渐减少,诉请较大数额赔偿的案件增多^{*}。为了进一步发展我国反垄断法私人实施,必须树立反垄断法私人实施优先理念。在落实具体的发展措施时,应充分考虑反垄断法的特殊性,在扩大原告范围、激励私人实施、增强私人实施成功可能性、促进更为全面的私人实施、提高私人实施的信心和决心、减轻私人实施的风险六个方面作出适应性的制度安排。

鉴于我国反垄断法在垄断行业和一些特殊领域实施过程所遇到的阻力和困境,我们选择了部分社会关注度比较高的行业,例如石

油、电信、医药以及一些较为特殊的领域,例如新经济、出口卡特尔、行政垄断等问题进行了较为深入的研究。我国成品油市场存在着“油价涨多跌少”、“油荒和产能过剩共生”、“亏损与盈利共舞”三大怪相,其背后深层原因均与垄断有着密切的关系。以反垄断法为视角进行分析和判断,油荒和炼油亏损不过是推动成品油价格上涨的借口,意在获得垄断高价,而油价涨多跌少意在维持垄断高价。油荒的背后存在着各种垄断行为,炼油亏损则是垄断企业内部定价人为造成的,基本上与垄断行为无关,而油价涨多跌少中可能隐藏着性质严重的垄断行为。另外,成品油市场中行政垄断行为仍然非常严重。为了实现成品油市场的公平竞争,应采取下列措施:反垄断法对成品油市场的一般适用和优先适用、调查成品油市场总体竞争状况、动态监控成品油市场的垄断行为、推进成品油市场的反垄断执法和鼓励成品油市场的反垄断私人诉讼。电信、电视、互联网三网融合是大势所趋。三网融合促进了相关市场的竞争,但也对现行的法律秩序造成了很大的冲击。许多国家为了迎接三网融合的挑战,采取了卓有成效的法律变革措施,不仅对通信行业的法律规范进行了整合,而且非常强调法律调控方式的转变,即越来越重视竞争法在三网融合中的影响和作用。我国反垄断法在三网融合进程也应扮演重要角色,但应谨慎加以适用,并且制定具体的指南。此外,在相关市场的界定和垄断行为的认定上,应紧密结合三网融合的特点,更有针对性地适用反垄断法。当前,医疗体制的矛盾集中体现在群众反映强烈的“看病难、看病贵”问题上,而群众“看病难、看病贵”又源于药价虚高问题。可以说,能否把虚高的药价切实降低下来,达到老百姓能够承受的程度,是检验医改是否取得成功的标准和关键所在。政府虽然已经采取了一些改革措施,但效果并不明显。关于药价虚高的原因,主要有独家代理,层层加价说和大型国有医院终端垄断说。我们认为,“独家代理”并不必然导致垄断,它是药价虚高的表象,大型国有医院

终端垄断是造成药价虚高的真正原因。对此,反垄断执法机构应积极介入药价虚高问题,同时私人当事人应主动执行反垄断法,遏制虚高的药价。

新经济的新特点深刻地影响了企业的竞争环境和竞争行为,同时对现有的竞争规则和反垄断法也造成了很大的冲击。反垄断法在新经济时代仍有其存在价值,但反垄断法也要适应新的经济形势作出适当的调整、修正和发展。在新经济的冲击下,反垄断法的规制原则、规制重心、政策目标等均悄然发生了变化。我们应充分考虑新经济所带来的新的事实情况和新的问题,谨慎适用反垄断法,反垄断规则应同变化的环境相适应。世界上大多数国家或明或暗地豁免出口卡特尔,认为出口卡特尔可以帮助中小企业克服对外贸易障碍,减少过高的出口成本和抵制外国的买方卡特尔,并将之视为豁免出口卡特尔的正当理由。然而,很多学者对其存在的正当性提出了质疑,还有一些国家对影响该国利益的外国出口卡特尔进行了打击。面对理论和实践的挑战,20世纪90年代以来,一些国家的反垄断法在对待出口卡特尔豁免的态度上发生了微妙的变化,出口卡特尔的实践也发生了明显的变动,但法律和实践的变化不能当然推出废除出口卡特尔豁免成为一种趋势,出口卡特尔仍然有其存在的价值。出口卡特尔有着效率、公平和秩序价值,我们应严厉打击那些背离价值的出口卡特尔,对于那些有利于价值实现的出口卡特尔则持宽容态度。我国出口贸易的现实情况表明,出口卡特尔有其存在的必要性,但也存在着一些问题,我国反垄断法应明确规定豁免出口卡特尔,树立全球福利观,强化对出口卡特尔豁免的登记和管理,采用一种新型的混合型豁免判断标准,同时也应规定对外国出口卡特尔的调查和控制制度。行政垄断具有很大的危害性,为我国反垄断法所明令禁止。但目前无论是司法机关还是行政机关,其对行政垄断法律责任的追究并不十分积极,结果导致追究行政垄断法律责任陷入了困境,影响

了行政垄断的规制效果。面对这种困境,我国司法机关和反垄断执法机关应积极行动起来,以开放和公开的思维,充分运用现有的反垄断法和其他相关法律,主动承担起行政垄断法律责任追究的重任,这是目前最为可行的替代方案。从长远来看,我们应以威慑理念为指导重构行政垄断法律责任,这是解决责任追究困境的根本出路。

目 录

上篇 反垄断法实施制度的理论和实践

第一章 反垄断法公力实施制度的理论和实践	3
第一节 反垄断执法机关的权力配置模式	3
一、反垄断执法机关权力配置模式考察	4
二、我国反垄断执法机关权力配置模式的问题及解决方案	13
第二节 反垄断执法机关的准司法权	25
一、“三权合一”的反垄断执法机关	26
二、准司法权的内在要求	29
三、准司法权的外在效力	33
四、我国反垄断执法机关应导入准司法权	36
第三节 威慑理念下的反垄断法刑事制裁制度	43
一、刑事化模式与非刑事化模式	43
二、刑事化的目的——有效威慑	47
三、刑事化的限度——防止过度威慑	52
四、刑事化的应用——最适威慑	54
五、我国反垄断立法进程中的刑事化规定	62
第二章 反垄断法私人实施制度的理论和实践	67
第一节 反垄断法私人实施的模式及我国的选择	67

2 | 反垄断法实施问题研究

一、金钱激励模式	67
二、全面促进模式	69
三、有限开放模式	71
四、我国的选择：采用全面促进模式为主，适当金钱激励为辅的模式	74
第二节 我国反垄断法私人实施的类型和法律规定	79
一、我国反垄断法私人实施的类型	79
二、反垄断民事诉讼的相关法律规定	80
第三节 我国反垄断法私人实施的实践和发展措施	90
一、我国反垄断法私人实施的实践及评价	90
二、发展我国反垄断法私人实施的理念和措施	97

下篇 特殊行业和领域的反垄断法适用

第三章 特殊行业的反垄断法实施	111
第一节 成品油市场的反垄断法规制	111
一、成品油市场的怪相和垄断真相	111
二、我国成品油市场的发展态势：从管制到竞争	114
三、成品油市场中的垄断行为：反垄断法的分析与判断	122
四、实现成品油市场的公平竞争：反垄断法的治理方略	134
第二节 三网融合、法律变革与反垄断法的实施	146
一、三网融合及其对现有法律秩序的冲击	147
二、三网融合引发法律变革	151
三、我国反垄断法的实施如何应对三网融合的挑战	158
第三节 治理药价虚高的反垄断法对策	170
一、引言：药价虚高之现象	170
二、药价虚高原因分析	172

三、药价虚高的反垄断法分析思路	174
四、药价虚高的反垄断法解决思路	185
第四章 特殊领域的反垄断法实施	192
第一节 新经济的冲击与反垄断法的发展	192
一、新经济的新特点	192
二、新经济的冲击与反垄断法存在价值的论争	199
三、新经济时代反垄断法的发展	203
第二节 出口卡特尔规制的理性分析	216
一、出口卡特尔的法律地位	217
二、出口卡特尔豁免的正当理由	224
三、挑战出口卡特尔豁免的正当性	230
四、出口卡特尔的价值	242
五、我国反垄断法应如何对待出口卡特尔?	251
第三节 行政垄断法律责任追究的困境与解决思路	265
一、行政垄断法律责任追究的困境	266
二、以开放和公开的思维解决责任追究的困境——当前的替代方案	270
三、以威慑理念为指导重构行政垄断法律责任——解决责任追究困境的根本出路	276
参考文献	283
后记	310

上篇

反垄断法实施制度的理论和实践

第一章 反垄断法公力实施制度的理论和实践

第一节 反垄断执法机关的权力配置模式

放眼全球主要国家,反垄断行政执法权的配置有两种模式——“权力共享制”和“权力独享制”。权力共享制是指由多个执法机关共同享有反垄断行政执法权的模式,权力独享制是指由单一执法机关享有反垄断行政执法权的模式。前者以美国、英国等国家为代表,其中美国的反垄断执法机关为“司法部反托拉斯局”和“联邦贸易委员会”,英国则有“公平贸易办公室”和“竞争委员会”;后者以日本和德国为代表,其中日本的反垄断执法机关是“公正交易委员会”,德国则为“联邦卡特尔局”。在我国反垄断立法过程中,学者们普遍推崇权力独享制,但反垄断法最终却采纳了权力共享制。从运行情况来看,该模式在实践中存在着诸多问题。据我们考察,“权力共享制”和“权力独享制”的形成是特定历史条件下由多种因素所决定的,其中现实需求和传统影响起到了关键的作用。这两种模式各有利弊。相比而言,权力独享制代表了未来的发展方向。在近阶段,也许优化权力共享制是一种较佳的解决方案。但从长远来看,我们应通过国务院反垄断委员会来整合目前分散的反垄断行政执法权,从而完成向权力独享制的过渡。

一、反垄断执法机关权力配置模式考察

(一) 权力共享制

1. 权力共享制形成的原因

作为反垄断法的发源地,美国的权力共享制形成过程在现实需求方面更加突出。1890年颁布的《谢尔曼法》赋予美国司法部执行反托拉斯法的权力,但该法在通过之初不仅没有得到有效执行,反而出现了美国历史上最大规模的企业合并和垄断浪潮,以至于引起了整个社会新的不满和矛盾,如何将法律真正付诸执行成为亟须解决的问题。在这种情况下,美国国会于1903年2月11日通过了加速法令(Expedition Act),规定优先处理巡回法院中依据《谢尔曼法》及《州际商务法》起诉的案件。2月14日,美国司法部设立了专门的反托拉斯执行机构——反托拉斯局。^①由此可见,美国主要反托拉斯法《谢尔曼法》于制定之初,并未考虑在反托拉斯局外,成立专责的行政主管机关,但由于在《谢尔曼法》后续执行过程中美国民众认为法规不足,对于司法部执法的决心也颇有微词,再加上美国联邦最高法院于1911年标准石油公司(Standard Oil)一案中宣示了“合理原则”(rule of reason),立法者认为有必要就反托拉斯事项,设立一永久性的行政机关,以就市场竞争行为的“合理”与否,提供较为明确的判断准则,于是在1914年通过了《联邦贸易委员会法》,设置了一个新的执法机关——联邦贸易委员会。^②按照学者们的分析,美国国会设立联邦贸易委员会出于两个目的,其中最主要的目的是保证执法机关忠实于国会的竞争政策选择,第二个目的是促进反垄断政策的发展

① 刘宁元主编:《中外反垄断法实施体制研究》,北京大学出版社2005年版,第53页。

② 廖义男等:《公平交易法注释研究系列(三)》,“台湾公平交易委员会”1994年委托研究报告,第11页。

和执行。^① 希望该执行机构能具有法律、经济、商业等方面的专业知识,并且比联邦司法部更独立、积极、主动地向商界提供指导原则,以便尽早确认及制止托拉斯的出现,另外也希望通过制定特殊的行政程序以确保法律执行的成效。^② 美国双机构的权力共享制反垄断执法模式还深受其法律传统的影响。权力分立和权力制约一直是美国的法律传统之一和其所推崇的法律精神,权力的分立和制约不仅体现在立法权、司法权与执法权的分离和制约,同时也体现在同种性质权力的分立和制约上。双机构的反垄断执法模式便是此种法律传统和法律精神的反应,“在反垄断法的执行上引入平行式二元主管机构的设置模式迎合了美国社会对分权体制的狂热的追崇心态”^③。

与美国一样,英国也采权力共享制的反垄断执法模式,但其形成更多的是传统影响的结果,同时现实需求也在不断促进反垄断执法机构的改进和发展。在很长一段时期,英国竞争法一直按照自己的传统和思维在发展,其反垄断执法机关主要有公平贸易局长与垄断和兼并委员会,但执法效果并不佳。1998年,英国颁布《竞争法》,设立了竞争委员会,取代了原有的垄断和兼并委员会,并建立了竞争委员会上诉法庭。同时,赋予了公平贸易局长更大的调查权力,确立了公平贸易局长在反垄断法执行中的核心地位,这与“英国在行政运作上历来有较强烈的经济管制色彩”^④是一脉相承的,也是为了迫切解决其面临的原有竞争法律软弱、漏洞较多等问题,并借此将竞争政策纳入到主流经济政策当中,以提高国家整体竞争实力。^⑤ 为了使英国

① [美]欧内斯特·盖尔霍恩等:《反垄断法与经济学》(第5版),任勇等译,法律出版社2009年版,第31页。

② 李国海:《反垄断法实施机制研究》,中国方正出版社2006年版,第50页。

③ 李国海:《反垄断法实施机制研究》,中国方正出版社2006年版,第56页。

④ 刘宁元主编:《中外反垄断法实施体制研究》,北京大学出版社2005年版,第191页。

⑤ 孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第93~95页。