

反垄断法的完善:定位、定向与定则

张守文*

目次

- 一、问题的提出
- 二、定位:在法律系统中把握反垄断法的完善
- 三、定向:完善反垄断立法的基本方向
- 四、定则:“确定规则”与“规则的确定性”
- 五、结论

摘要 反垄断法的完善是一个持续的过程,需要着重从定位、定向和定则三个维度,明晰其高低、大小和宽严的问题。其中,在定位方面,要处理好上下、左右、前后三类关系,以揭示反垄断法与相关部门法的主从性、协调性和一致性;在定向方面,应明确反垄断法的调整目标、调整范围、基本原则的变易与整体走向;在定则方面,既要在立法上“确定规则”,并力求形成“好的规则”,又要在法治层面提高“规则的确定性”,把握反垄断法治的宽严度。合理的定位、定向与定则,有助于使反垄断法在不断优化的过程中保持高低适度、大小适当和宽严适中。依循上述的“三定”分析路径,不仅有助于推动反垄断法的立法完善和有效实施,也有助于丰富反垄断法乃至整个经济法的立法理论,推进整体法治治理的深化。

关键词 反垄断法 立法完善 定位 定向 定则

一、问题的提出

在国家构建现代化经济体系的过程中,现代市场体系与现代经济体制可谓不可或缺。而欲建立统一开放、竞争有序的现代市场体系,则亟待加强竞争法的法治建设,由此使反垄断法显得日益重要。通过不断完善反垄断制度来推动现代市场体系建设,已成为我国发展市场经济、实现现代化目标的重要路径。

* 张守文,北京大学法学院教授。本文系作者主持的国家社科基金重点项目“新发展理念与经济法制度完善研究”(项目号17AFX023)的阶段性研究成果。

反垄断法的完善是一个持续的过程。早在改革开放之初,我国即认识到商品经济与竞争机制的内在关联,强调鼓励竞争,限制垄断,从而形成了实质意义的反垄断制度^[1]。在“市场经济入宪”的1993年,为了规范影响市场经济发展的垄断行为 and 不正当竞争行为,国家专门出台《反不正当竞争法》,并将反垄断制度嵌入其中^[2]。此后历时十余年,我国才正式制定并实施《反垄断法》,使较为完整的反垄断制度得以确立^[3]。依循上述几个重要时间节点,可以勾勒出我国反垄断制度变迁的基本轨迹。

在上述时间节点中,爆发全球性经济危机的2008年尤其令人瞩目:正是在这一年,我国先后实施了经济法领域具有重大影响的两部法律——《企业所得税法》和《反垄断法》。当时,对于《反垄断法》的定位、目标、调整范围等基本问题曾有大量讨论并达成诸多共识,但“世易时移,变法宜矣”。随着市场化、信息化、全球化的发展,在国家着力全面推进改革和法治的“新时期”,基于新经济发展和复杂的国际国内环境,反垄断立法不仅要在建设现代市场体系方面担负重要使命,还需回应社会各界对优化营商环境、推进竞争中立的期盼和诉求,明确对公平竞争审查制度、竞争政策基础性地位的认知和取舍等问题^[4],由此使修订《反垄断法》的呼声日隆。而如何确定反垄断法在整个法律系统中的方位(即定位),明定其改进方向(即定向),并厘定好具体规则(即定则),无疑是需要着重解决的基本问题,同时,也是完善反垄断立法乃至各类经济立法均需关注的重要维度。

二、定位:在法律系统中把握反垄断法的完善

反垄断法的修改和完善受到广泛重视,与其对发展市场经济的重要性及在法律体系中的重要地位密切相关。在既往研究中,反垄断法常常被视为“经济宪法”,其重要地位自不待言;同时,国内外层出不穷的反垄断大案,更使社会公众倍感反垄断法之重要。此外,数字经济发展及市场经济活动的日益复杂化都需要加强反垄断规制,亦使反垄断法之重要性更加凸显。

从历史发展看,各国的反垄断立法在“二战”后迅速增加,迄今已有130多个国家确立了反垄断制度,从而使其日渐成为保障公平竞争、促进市场经济发展的“标配制度”^[5]。在国际法律协调层面,反垄断制度亦曾多次被重点关注,国际通行的反垄断规则一度几近形成,足见其在国际经济协调与法律制度建构方面之重要,并且,随着市场化、信息化和全球化的发展,其重要性还会被放大。

尽管如此,反垄断法仍无法解决公平竞争乃至市场体系建设的所有问题,对其定位尚需“高低适度”^[6]。毕竟,各个部门法皆有其价值、目标、功能和调整边界,只有各自定位适当,才能各尽所能。因

[1] 1980年10月17日,国务院发布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》,强调“在经济活动中,除国家指定由有关部门和单位专门经营的产品以外,其余的不得进行垄断、搞独家经营。”“开展竞争必须打破地区封锁和部门分割。”这些规定体现了反垄断法的基本精神。

[2] 早在1982年2月国务院发布的《广告管理暂行条例》第9条中就规定,“禁止广告的垄断和不正当的竞争”,这是有关垄断和不正当竞争的较早规定。

[3] 对于反垄断法发展历程及相关问题的分析,可参见黄勇、江山:《“国家—市场”尺度下的反垄断法三十年——迈向“自治—回应”型法》,载《法学论坛》2008年第3期。

[4] 参见孙晋:《新时代确立竞争政策基础性地位的现实意义及其法律实现——兼议〈反垄断法〉的修改》,载《政法论坛》2019年第2期。

[5] 有关现代反垄断法历史变迁的梳理,可参见侯利阳:《大历史视角下的反垄断法与本土化移植》,载《交大法学》2018年第4期。

[6] 与此相关,有学者强调不宜无限放大反垄断法的功能与边界。参见金善明:《〈反垄断法〉文本的优化及其路径选择——以〈反垄断法〉修订为背景》,载《法商研究》2019年第2期。

此,在完善反垄断法的过程中,对其定位不宜过分高估,需要在整体的法律系统中审视其定位,明确其“位阶高低”和基本方位。只有厘清反垄断法与相关制度的上下(位阶高低)、左右(相邻立法)、前后(新旧时序)“三类关系”,并将合理性与合法性的考量贯穿其中,才能明确反垄断法与相关部门法在法律系统中的主从性、协调性和一致性,从而对完善反垄断立法做出更为准确的定位。

(一)上下关系:不同位阶立法的主从性

从上下关系的角度看,反垄断法与宪法的关系至为重要。自我国实行市场经济体制以来,各界对反垄断法的关注日增,这与“反垄断法是经济宪法”或“反垄断法是自由企业的大宪章”的提法直接相关^[7]。随着对反垄断法与经济宪法研究的深入,对上述提法又形成了肯定说、否定说和折中说等诸说^[8]。对此秉持何种观点,会影响反垄断法的理论研究、立法完善和法律实施。

其实,无论基于德国学者欧肯(Eucken)、伯姆(Böhm)等为代表的弗莱堡学派对经济宪法的认识^[9],还是国内学者对经济宪法的一般理解^[10],都不宜简单地将反垄断法等同于经济宪法,因而也有学者认为“反垄断法是经济宪法”的提法只是一种比喻^[11]。如果认同经济宪法是宪法中有关经济内容或经济条款的总称,则应认为经济宪法是宪法的重要组成部分,而不应将宪法中的反垄断条款与具体的反垄断法相等同,即反垄断法与经济宪法并非处于同一层面或位阶。至于有人将预算法称为“经济宪法”,情况亦与此类似。

依据法律位阶理论,经济宪法高于包括反垄断法在内的各类经济法制度。从世界范围看,各国宪法的体例、内容各异,有的国家在宪法中规定有反垄断条款,该条款是其经济宪法的重要组成部分,而其反垄断法只是经济宪法条款的具体化。例如,俄罗斯等国的宪法对反垄断、保障公平竞争等有相关规定,这些国家的反垄断法就是对其宪法规定的具体化^[12]。我国宪法虽未明确规定反垄断的内容,但通过对《宪法》第15条的解释,仍可找到建立反垄断制度的宪法依据。首先,该条第1款规定“国家实行社会主义市场经济”,而实行市场经济就要有竞争,需要依法对排除、限制竞争的行为予以禁止,故应当建立反垄断制度;其次,该条第2款规定“国家加强经济立法”(这是对第1款规定的“实行社会主义市场经济”的回应),而反垄断法作为主要市场经济国家的通行立法,在我国亦应重点推进;最后,该条第3款规定“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”,而市场经济条件下的竞争

[7] 马歇尔法官曾写道:“反托拉斯法,特别是谢尔曼法,总体上是自由企业的宪章。对于保证经济自由以及我们的自由企业体系而言,它们的重要性堪比保护根本的个人自由的《权利法案》。”[美]格伯尔:《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第134页。

[8] 有关反垄断法是否属于经济宪法的不同观点的总结,可参见金善明:《反垄断法的“经济宪法”定位之反思》,载《江西社会科学》2015年第11期。

[9] 弗莱堡学派强调经济宪法是对国民经济生活秩序的整体选择,推动了“经济宪法”以及相关的经济法研究。此外,该学派“在自由中寻求秩序”的思想也影响了欧洲竞争法观念的产生与制度的形成。参见江帆:《竞争法的思想基础与价值共识》,载《现代法学》2019年第2期。

[10] 可参见赵世义:《经济宪法学基本问题》,载《法学研究》2001年第4期;叶必丰:《经济宪法学研究的尝试:分税制决定权的宪法解释》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2007年第6期,等等。

[11] 与此相关,“人们常用政治修辞及带感情色彩的语言去描述反托拉斯法”,并且,“竞争法被视为保护经济宪法的核心工具”。[美]格伯尔:《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第134、188页。

[12] 例如,《俄罗斯联邦宪法》第34条第2项规定“禁止从事以垄断和不正当竞争为目的的经济活动”,而俄罗斯的《关于在商品市场中竞争和限制垄断活动的法律》等反垄断立法则是对宪法规定的落实;《瑞士联邦宪法》第96条规定“联邦得制定法律抵制企业联合对经济或社会造成的损害性结果及其他形式的限制竞争行为”,而瑞士的《关于卡特尔和其他限制竞争的联邦法律》则是对上述宪法规定的具体化。

秩序或市场秩序,当然属于重要的社会经济秩序,尤其应通过反垄断立法加以维护和保障。可见,经由对上述重要的经济宪法条款的系统解释,可以找到我国制定和不断完善反垄断法的宪法理据。据此,反垄断法作为下位法,应当遵从和落实经济宪法的相关规定,确保反垄断立法的合宪性。

在完善反垄断立法的过程中,应明确将其定位于经济宪法之下,即应强调反垄断法是经济宪法的体现或具体化。为此,应当在“经济宪法—经济法—反垄断法”的位阶体系中,确立反垄断立法所需关注的上下关系,即经济宪法作为上位法,其位阶要高于经济法,当然也高于作为经济法子部门法的反垄断法。依此位阶关系,完善反垄断立法既要遵循宪法的相关规定,又要符合经济法的一般原理和原则,在此基础上,才能处理好反垄断法与经济法各部门法之间的左右关系,保障相邻立法的协调性。

(二)左右关系:相邻立法的协调性

在左右关系方面,需关注反垄断立法与同一位阶相邻立法的协调,这涉及反垄断法与其他相邻立法各自的调整范围,并会影响上述立法的系统合力。在诸多左右关系中,以下三类尤为重要。

首先,应重视反垄断法与市场规制法的其他部门法的关系。其中,反垄断法与反不正当竞争法关联最为紧密^[13]。作为竞争法的两个重要组成部分,反垄断法往往被认为旨在构建自由竞争和公平竞争的环境,更强调保障良好的市场竞争环境;而反不正当竞争法则更关注市场主体竞争的正当性,强调竞争行为要符合诚信原则和商业道德。由于对不正当竞争行为的认识有广狭之别,且现实的竞争行为非常复杂,排除、限制竞争的行为亦存在不正当性,因此,对垄断和不正当竞争行为的界分,需要在立法和法律实施过程中不断澄清^[14]。例如,对滥用相对优势地位的行为,是否应由反垄断法或反不正当竞争法乃至其他法律调整,学界有诸多不同观点,这就需要在完善反垄断法的过程中加以明确^[15];同时,对于具有不正当性的竞争行为,能否都由反不正当竞争法规制,也涉及反垄断法的调整范围,需要随着理论和实践发展而不断明晰^[16]。

此外,在市场规制法领域,反垄断法与消费者权益保护法的关系也非常紧密。反垄断法不仅在立法宗旨中强调保护消费者权益,其执法和司法亦呈现重视消费者保护的导向,为此,在完善反垄断立法的过程中,尤其应加强与消费者权益保护法的立法协调^[17]。与此相关联,与消费者保护密切相关的价格法,也涉及价格垄断以及相应的价格规制等问题,同样需注意其与反垄断法之间的立法协调^[18]。

[13] 有关两者关系的探讨非常多,可参见王晓晔:《重要的补充——反不正当竞争法与相邻法的关系》,载《国际贸易》2004年第7期,等等。

[14] 在实行市场经济之初,对于两者的区分更为模糊,于是在立法过程中形成的主流意见是:先将部分典型的垄断行为作为不正当竞争行为规定于《反不正当竞争法》中。参见张穹:《反垄断理论研究》,中国法制出版社2007年版,第74页。

[15] 可参见李剑:《论结构性要素在我国反垄断法中的基础地位——相对优势地位滥用理论之否定》,载《政治与法律》2009年第10期;王晓晔:《论滥用“相对优势地位”的法律规制》,载《现代法学》2016年第5期;龙俊:《滥用相对优势地位的反不正当竞争法规制原理》,载《法律科学》2017年第5期。

[16] 基于两类立法的紧密关联,有学者建议应制定统一的竞争法。参见王艳林:《论反不正当竞争法向统一竞争法修改的取向——兼评〈反不正当竞争法修订草案〉隐含的新冲突》,载《法治研究》2016年第6期。

[17] 有学者认为应通过建立协同保护模式,推动反垄断法对消费者的直接保护。参见陈兵:《现代反垄断法语境中的消费者保护》,载《上海财经大学学报》2013年第5期。

[18] 在《反垄断法》出台前,我国1997年制定的《价格法》第4条就规定,“国家支持和促进公平、公开、合法的市场竞争,维护正常的价格秩序”,足见该法对竞争的关注和强调;此外,该法第14条还规定了经营者不得从事的不正当价格行为(这与1993年制定的《反不正当竞争法》是相互衔接的),包括相互串通,操纵市场价格的行为;为了排挤竞争对手或者独占市场,以低于成本的价格倾销的行为;对具有同等交易条件的经营者实行价格歧视的行为等,而上述行为类型都与反垄断法有关,需要在修改《价格法》和《反垄断法》时进行相应协调。

其次,应关注反垄断法与宏观调控法各部门法的关系。例如,财税法领域的财政补贴、政府采购等特殊制度安排,是否会影响市场主体的公平竞争?竞争中立原则应如何理解或体现^[19]?各个税种立法中的税收优惠、区域性的税收安排是否会限制公平竞争?这些都需要通过反垄断法的理论研究和制度实践做出回答。事实上,财税法与金融法等宏观调控法的其他部门法一样,在公共利益保护方面与反垄断法存在交集,只是各有侧重而已^[20]。在完善反垄断法的过程中,需要协调好与宏观调控领域的关系,以体现反垄断法应有的高度、广度以及相应的包容度。

最后,应特别关注反垄断法与数字经济立法的关系。一方面,数字经济的相关立法往往涉及反垄断的内容,如《电子商务法》第4条、第22条规定,“各级人民政府和有关部门不得采取歧视性的政策措施,不得滥用行政权力排除、限制市场竞争”,电子商务经营者“不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争”,这些规定实质上是电商法中的反垄断法规范,足见两类立法之间的紧密关联。另一方面,数字经济的发展也带来了反垄断法理论、制度方面的诸多新问题,如数据垄断、平台垄断、算法合谋等问题日益受到重视^[21],规范此类新问题的相关规则,亦需在反垄断法的具体完善中加以体现。

反垄断法的立法完善,除需与上述立法加强协调外,还应关注与知识产权法、合同法、公司法等立法的协调问题,对此已有诸多研究^[22],相关成果已体现于大量执法和司法实践中。上述与反垄断法相关的各类立法,尽管其结构和功能各异,所体现的价值和调整目标有别,但都是整体法律体系的重要组成部分,只有保持其内在一致性,才能有效发挥法律系统的整体功能。

(三)前后关系:不同时期立法的一致性

如前所述,实质意义的反垄断法是经由不同历史时期的发展而逐渐形成的,而形式意义的《反垄断法》的制定和实施则具有标志性意义。不同时期形成的反垄断法规范先后相继,构成了反垄断法的体系,加强不同时期、不同法律渊源的规范协调,增进不同时期立法的一致性,同样非常重要。

例如,美国采取分散立法模式,从1890年的《谢尔曼法》开始,通过后续的《克莱顿法》《联邦贸易委员会法》等一系列的立法补充和完善,才形成了较为完整的反垄断法体系^[23]。而我国主要采取集中立法模式,规制垄断的制度主要集中于《反垄断法》,与之配套的行政法规、部门规章等则是对该法的细化或具体化^[24]。尽管我国与美国的立法模式和发展历史不同,但同样涉及不同时期反垄断规范的协调,这样才能使反垄断立法体系更加浑然一体。

此外,由于反垄断法需规制多种特殊主体的竞争行为,因而还要与不同时期形成的特殊制度相协调。诸如专卖制度、公用企业制度等,都会影响反垄断法的实质适用。为此,在完善反垄断法的过程中,

[19] 例如,财政部发布的《关于促进政府采购公平竞争优化营商环境的通知》(财库〔2019〕38号),强调要全面清理政府采购领域妨碍公平竞争的规定和做法,依法保障各类市场主体平等参与政府采购活动的权利。

[20] 与此相关,应强调经济法对相关问题的协同治理。参见姚海放:《论政府补贴法治:产业政策法、财政法和竞争法的协同治理》,载《政治与法律》2017年第12期。

[21] 可参见[英]扎拉奇、[美]斯图克:《算法的陷阱:超级平台、算法垄断与场景欺骗》,余潇译,中信出版集团2018年版;韩伟:《算法合谋反垄断初探——OECD〈算法与合谋〉报告介评(上)》,载《竞争政策研究》2017年第5期。

[22] 相关研究可参见王先林:《反垄断法与创新——兼论反垄断与保护知识产权的协调发展》,载《法学》2016年第12期。

[23] 不同历史时期的立法保持一致性非常重要。例如,美国1936年的《罗宾逊—帕特曼法》力图对《克莱顿法》做出补充和完善,着力解决价格歧视或价格差异问题,但它被认为与其他反托拉斯法存在明显的不一致,严重扭曲了市场主体的遵从行为,以至于执法机构被迫将其搁置。参见[美]霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》(第3版),许光耀等译,法律出版社2009年版,第631页。

[24] 随着2019年9月1日《禁止垄断协议暂行规定》等行政法规的发布,我国已形成以《反垄断法》为核心,由配套行政法规、部门规章等共同构成的较为完备的反垄断制度体系。

需要考虑既有制度安排是否存在合理性,并基于合理原则与法治原则的要求,体现反垄断立法的体系性、规制性和谦抑性,这对于有效发挥反垄断法与相关立法的整体功效更为重要。

例如,我国的专营专卖制度历史悠久,无论是春秋时期管仲提出的“官山海”制度,还是西汉时期桑弘羊推行的盐铁专营制度,都影响深远。在改革开放之初的1983年,我国曾发布《烟草专卖条例》,并于1992年正式实施《烟草专卖法》,这些制度安排均早于专门的反垄断立法,因此,反垄断立法的完善需与确立在先的专卖制度相协调^[25]。此外,在公用企业领域,电力、铁路、邮政、电信等行业的立法均先于专门的反垄断立法。基于公用企业对国计民生的重要影响,上述行业立法往往会设定一些与垄断相关的特殊规定,也需要与反垄断立法相协调^[26]。当然,上述协调已不仅涉及立法上的前后关系,还涉及左右关系。

总之,上述三类关系事关反垄断法的位阶、范围和功能,对此唯有不夸大、不限缩,方能使反垄断法的定位“高低适度”。前面基于三类关系展开的“定位分析”,旨在揭示反垄断法在整个法律体系中与各类相关立法的紧密关联,强调应基于协调的思想,防止立法上的单兵突进,并提升反垄断立法的系统性;同时,也意在通过审视反垄断法及相关立法的历史变迁,强调其历史上的关联性,这对于明确立法的未来走向有重要意义。只有解决好上下关系的主从性、左右关系的协调性、前后关系的一致性,才能对反垄断法的完善做出准确定位,并增进对反垄断法的本体论和发生论的理解。此外,把握上述三类关系及其对应的“三性”,亦有助于分析反垄断法以外的其他各类立法完善问题。

三、定向:完善反垄断立法的基本方向

对于完善反垄断法立法的基本方向,人们通常关注法律的修改是“大改”抑或“小改”。而修改幅度的大小,则与是否涉及基本制度及其变动多少等直接相关。其中,反垄断法的调整目标、调整范围、基本原则等如何确定尤为重要,它们关乎反垄断法目标的多少、范围的宽窄和功能的强弱,标示着立法修改的基本方向,影响着“大改”或“小改”的判断,并最终决定着反垄断法的“大小”和规制方向。

反垄断法修改的大与小,与前述的定位分析直接相关。不同的定位会影响反垄断法所包含制度的多少,以及制度适用范围的广狭。因此,上述定位分析其实已涉及制度的“大小”问题。基于前述的定位认知,结合调整目标、调整范围、基本原则等基本向度,在完善反垄断法方面应着重关注如下三个问题。

第一,有关调整目标的问题。通常,反垄断法被认为涉及多种调整目标或多元价值追求。具体说来,反垄断法的基本目标是通过促进和保障自由竞争,确保竞争机会公平,使竞争机制或整体的市场机制充分发挥作用,从而提高经济效率^[27],维护公平竞争的市场秩序,进而保护消费者利益和社会公共利益。上述目标表明:只有经由“排除竞争限制——推动自由竞争——保障公平竞争”的路径,确保公平交易、公平竞争的秩序,才能实现竞争带来的效率和繁荣,从而提升社会总福利,保障消费者利益和公共利益。由此不难发现,效率、公平、秩序的价值,以及在此基础上对“竞争正义”的追求,都蕴

[25] 相关探讨可参见李剑:《烟草业需要反垄断法吗?——烟草专卖改革的逻辑与路径》,载《当代法学》2013年第5期,等等。

[26] 具体分析可参见张占江:《自然垄断行业的反垄断法适用——以电力行业为例》,载《法学研究》2006年第6期,等等。

[27] 反垄断法尤其关注生产效率和配置效率,其提升有助于实现消费者福利最大化。参见[美]霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》(第3版),许光耀等译,法律出版社2009年版,第80-82页。

含于上述目标中,需要在反垄断立法中加以协调和贯穿。可见,反垄断法的调整目标看似多元分散,并因而凸显其“大”,但其蕴含的基础价值仍是紧密关联的效率、公平和秩序,即通过自由竞争提升效率,通过确保公平竞争来维护市场秩序,并在此基础上实现各类目标。

基于上述对调整目标及其蕴含的多元价值的认知,强调反垄断法侧重于“保护竞争而不是保护竞争者”的观点,得到了较多认可^[28]。据此,只有保障竞争机制或整体市场机制的有效运行,维护公平竞争的市场秩序,才能提升整体经济效率,增进对竞争政策与竞争机制、市场机制关系的理解,明晰竞争正义的价值,从而进一步促进营商环境优化,推动市场经济的健康发展。

第二,有关调整范围的问题。反垄断法要规范相关垄断行为,而垄断行为类型多样,可能发生于境内或域外,并直接影响其调整范围的大小。面对经济全球化带来的错综复杂的情势,应高度重视反垄断法的域外适用问题,并确立相应的域外适用原则和规则^[29],只有依法有理、有据、有节地推进域外适用,才能取得良好的法律实效。

反垄断法需要规制的垄断行为包括企业行为与政府行为、单方行为与多方行为、横向行为与纵向行为等,同时,在上述行为二元划分的基础上,还存在诸多跨界行为^[30]。而在各种行为类型中,经济垄断与行政垄断的分类历来备受瞩目,且行政垄断的特殊性亦被特别强调^[31]。当然,如果依循公共选择理论,将政府视为市场主体,则对经济垄断与行政垄断的规制亦会有诸多共通之处。但无论对行政垄断如何认识,对其在反垄断法中是否规定和如何规定,会直接影响反垄断法调整范围的“大小”和规制方向。

在规制行政垄断方面,公平竞争审查制度往往被认为非常重要。许多学者认为在修改反垄断法的过程中,应将公平竞争审查制度作为解决行政垄断问题的重要制度而纳入其中,但也有学者对此存在不同认识。事实上,在强调和保障公平竞争方面,反垄断法与公平竞争审查制度的精神是一致的,但如果把公平竞争审查制度仅作为反垄断法的一部分,甚至只作为规制行政垄断的制度,则反垄断法可能难承其重亦难容其大。由于公平竞争审查制度适用范围更为广阔,可以贯穿经济法的多个领域,并与经济宪法直接相连,^[32]因此,对公平竞争审查制度亦应适当定位,并在反垄断法中做出恰当规定,否则会影响反垄断法的内在逻辑自洽。

第三,有关基本原则的问题。对于反垄断法的基本原则,学界尚缺少系统研究。通常,学界对本身违法原则和合理原则讨论较多,它们在判断是否构成垄断方面确实非常重要,但能否将其作为“基本原则”,尚可存疑。其实,法定原则、适度原则和绩效原则作为经济法的“三大基本原则”,同样适用于反垄断法,并且,本身违法原则和合理原则只是“三大基本原则”的具体化。

在反垄断法的历史变迁过程中,从强调本身违法原则到引入合理原则表明,对垄断行为的规制不仅要重视合法性(或违法性),也应关注其合理性,尤其应融入经济规律、社会公益的考量以及对相关

[28] 也有学者认为“保护竞争者”和“保护竞争”属于不同层次的价值目标,二者并不矛盾。可参见吴宏伟、谭袁:《保护竞争而不保护竞争者?——对主流反垄断法观点的审视》,载《北方法学》2013年第4期。

[29] 1927年国际常设法院在莲花案(Louis Case)中确立了“客观属地原则”,这是美国确立域外适用的“效果原则”的智识基础。在二十世纪七八十年代,欧洲多国都在立法中肯定了效果原则,但同时也有几十部对抗立法产生。参见[美] 格伯尔:《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第54-63页。

[30] 参见侯利阳:《垄断行为类型化中的跨界行为:以联合抵制为视角》,载《中外法学》2016年第4期。

[31] 有学者认为,行政性垄断在结果上也是一种经济垄断,但其法律规制有许多特殊性,参见漆多俊:《反垄断立法中的行政性垄断问题》,载《时代法学》2006年第2期。

[32] 相关分析可参见张守文:《公平竞争审查制度的经济法解析》,载《政治与法律》2017年第11期。

价值的权衡。例如,在反垄断法所规制的经济垄断行为中,各类行为的危害程度各异,对其如何进行规制的宽严取舍,会影响人们对反垄断规则合理性的认识。因此,对反垄断法的合理性以及相应的谦抑性、包容性的关注和强调^[33],也是未来完善立法需直面的重要问题,它直接影响后面有关反垄断法“宽严”的探讨。

上述有关调整目标、调整范围、基本原则的各类问题,对反垄断法的修改方向有较大影响,应予以重点关注。与此同时,对反垄断法的整体走向亦应把握。从总体上说,反垄断法的制定和实施,都应当有利于促进竞争和发展,并且,不仅应有利于推动一国的经济发展,还应有利于带动全球的经济增长,这也是以往建构国际反垄断规则的努力方向,其中涉及更高层面的效率与公平的协调。

事实上,随着经济全球化的推进,反垄断法对国际经济的影响更为深远,无论是其域外适用,抑或对跨国公司的合并规制,都直接关乎国际经济的发展。因此,在反垄断法不断完善的过程中,应体现协调、开放的理念,既要推动相关国家间反垄断制度的协调,降低国际经济的交易成本,又要保持制度的开放性,体现竞争中立原则^[34],确保对内外主体的平等对待。为此,作为公法的反垄断法应具有谦抑性和包容性,并通过对“法治与发展”关系的有效协调,推动本国经济和世界经济的永续发展和共享发展。这既是完善反垄断法的方向,也是整个经济法需要不断解决的重要问题。

总之,明确反垄断法的完善方向,应从该法的调整目标、范围、原则等方面加以考量。其中,在反垄断法的调整目标方面,应强调通过规范垄断行为,促进公平竞争,从而提升经济效率,保障市场秩序,保护消费者权益和社会公共利益,进而提升社会整体福利;在调整范围方面,应有效界定各类垄断行为,并对违法性突出的各类垄断行为予以重点规制;在相关原则方面,应强调本身违法原则与合理原则的综合运用,并切实关注主体行为的正当理由,全面体现反垄断法的基本价值^[35]。此外,探讨反垄断法的调整目标、范围、原则等问题,不能仅局限于单纯的技术性分析,还应关注反垄断立法的发展方向,并根据经济、社会发展的需要,对其调整范围、规范结构进行相应的扩张或限缩,避免对其“大小”问题做简单化的回答。

四、定则：“确定规则”与“规则的确定性”

反垄断法的完善最终要落在“定则”方面。所谓定则,主要涉及两个方面,一是从立法的角度“确定规则”,即通过确定规范垄断行为以及相关规制行为的规则,解决各类主体无法可依、无规可循的问题,明确各类主体可遵守、可执行的规范;二是从法治的角度提高“规则的确定性”,即不断增进反垄断规则应有的确定性^[36],使相关规则的内容明确、含义确定,易于遵守,便于实施,确保规则基本的稳定性和可预见性。上述两个方面直接影响反垄断法的“宽严”,需要特别关注。

[33] 对于相关具体问题的分析,可参见焦海涛:《论互联网行业反垄断执法的谦抑性——以市场支配地位滥用行为规制为中心》,载《交大法学》2013年第2期,等等。

[34] 按照竞争中立原则的要求,国家经济治理应最大限度地避免限制或扭曲竞争的行为。参见张占江:《政府行为竞争中立制度的构造——以反垄断法框架为基础》,载《法学》2018年第6期。

[35] 对于合理原则的讨论,可参见[美]赫伯特·霍温坎普、兰磊:《论反垄断法上的合理原则》,载《竞争政策研究》2019年第1期。

[36] 在确定性方面,“大多数竞争法律都非常模棱两可”。参见[美]夏皮罗、范里安:《信息规则:网络经济的策略指导》,孟昭莉等译,中国人民大学出版社2017年版,第244页。

(一) 确定规则:力求形成“好的规则”

在“确定规则”方面,反垄断法作为一类法律规范的总称,需要通过确定相应的规则,使其体现出“法”所应有的规范性。由于规则的质量直接影响反垄断法是否属于良法,以及能否据此形成善治,因此,持续形成“好的规则”,是不断完善反垄断立法的重要目标。

形成“好的规则”是所有修法的重点,它寄托着人们对完善立法的希冀和诉求。对于反垄断制度如何完善,学界和实务界曾提出诸多具体建议,涉及对纵向垄断协议的规制、横向联合限制竞争行为的豁免理由、相关市场的界定方法、回应数字经济的规则调整,以及对宽恕制度、调查制度的改进,等等,这对于形成有效的、可执行的“好的规则”尤其有积极意义。

此外,反垄断制度的完善,在大的方面还涉及“政策与法律”的关系,以及更为具体的“竞争政策与反垄断法”的关系^[37]。应当承认,竞争政策的有效实施,会有助于市场机制充分发挥作用,但竞争政策毕竟还是“政策”,不能将其与市场机制相等同,也不应将“市场机制的基础性地位”与“竞争政策的基础性地位”相混淆。与此相关联,是否将“竞争中立原则”融入相关规则,如何体现竞争政策的基础地位,能否将公平竞争审查的原则或制度写入反垄断法,都需要在修改反垄断法时认真讨论,对其如何取舍,会影响反垄断规则能否成为“好的规则”。

与此同时,还应注意促进竞争目标与促进发展目标的内在一致性。倘若简单地将两类目标分别归入竞争政策和产业政策,并将两者对立起来,势必会导致诸多问题^[38]。在整个政策体系中,竞争政策与产业政策等各类经济政策,理应相互协调,并在整体上形成系统合力^[39];同时,经济法作为上述经济政策的法律化,需对各类法律化的经济政策加以协调,并通过保障和促进竞争,推动经济和社会的全面发展。基于上述政策与法律目标的内在一致性,如果对某类行为是否构成垄断行为存疑,即应作“有利于行为人”的从宽解释,这样的规则才能有助于促进竞争,推动市场经济的发展,而由此形成的具有“包容性”的“发展导向型”的反垄断制度,才更符合经济发展的规律和前述的方向。

与此相关联,数字经济的发展已提出诸多挑战,特别是互联网、大数据、人工智能的迅速发展及其对相关经济领域的融入,相关企业的合并、扩张及其巨大外溢性,以及平台功能的不断显现,都使新经济、新业态的企业影响力远超传统企业,导致其经济力或垄断力大幅提升,而传统的相关市场界定规则或整体的反垄断规则却不敷其用^[40],对此需通过反垄断规则的持续完善予以回应。由于在工业革命时代所形成的反垄断规则已难以完全适应信息革命时代的发展要求,因而针对数字经济时代的新问题,应调整反垄断法乃至整体竞争法的相关规则,从而有效完成“确定规则”的任务。

(二) 规则的确定性:法治的基本要求

“好的规则”应具有确定性。不断提升规则的确定性,是完善反垄断法的重要目标。面对充满不确定性的世界,基于市场经济活动中的诸多不确定性,尤其应通过明确行为规则来降低不确定性和相关风险。在反垄断法领域,认定一种行为是否构成垄断,是否具有违法性,应有规则可循。如果相关

[37] 相关探讨可参见史际春、赵忠龙:《竞争政策:经验与文本的交织进化》,载《法学研究》2010年第5期;徐士英:《竞争政策与反垄断法实施》,载《华东政法大学学报》2011年第2期。

[38] 两类政策并非截然对立,其中,竞争政策具有双重作用,既是提升经济福利的引擎,又能限制经济权力的产生,因而是维持市场经济秩序的重要基石。参见[德]诺依曼:《竞争政策——历史、理论及实践》,谷爱俊译,北京大学出版社2003年版,第56页。

[39] 相关分析可参见于良春:《中国的竞争政策与产业政策:作用、关系与协调机制》,载《经济与管理研究》2018年第10期。

[40] 具体讨论可参见许光耀:《互联网产业中双边市场情形下支配地位滥用行为的反垄断法调整——兼评奇虎诉腾讯案》,载《法学评论》2018年第1期;叶明:《互联网行业市场支配地位的认定困境及其破解路径》,载《法商研究》2014年第1期,等等。

规则不明确、不确定,就会使执法机构和司法机关的裁量权过大,甚至可能为其恣意裁夺留下空间,同时,也会使市场主体因对其行为合法性缺少应有的预期,而面临较大的法律遵从风险,这显然不利于市场主体的自由竞争,有悖于法治经济的基本理念,影响市场机制作用的有效发挥。因此,不断提升反垄断法的确定性历来是一个重要问题^[41]。

要提升规则的确定性,就必须把握规律性。只有在反垄断立法中充分体现相应的经济规律,如价值规律、竞争规律等,由此形成的规则才会具有合理性,成为“好的规则”。与此同时,“好的规则”还应简明易行,便于遵从。但在反垄断法实践中,日益复杂的规范、不够明晰的规则所导致的不确定性,却加大了法律实施和遵从的成本以及各类主体的违法风险,影响了反垄断法的可预见性,这显然有悖于法治原则和法治精神。因此,应基于反垄断法规范的复杂性,努力在规则完善过程中切实“化繁为简”^[42],充分体现前述价值和原则,避免纠缠于对某些具体规则的狭隘理解或机械适用,从而有效促进竞争和推动经济发展。

已经确定的规则需经由实践的检验,才能最终认定其是否属于“好的规则”。在我国反垄断法实践中,反垄断执法和司法成绩斐然,但反垄断法的政策性过强,确定性、可预见性不足及由此带来的负面影响,已成为亟待解决的重要问题。在我国市场经济不断发展的今天,反垄断法虽具有突出的“政策性”(这也是各类经济法制度的共同特征),但亦须强调和重申其“法定性”,从而提升其应有的确定性和可预见性^[43]。否则,市场主体就会不知所措、无所适从,甚至会因其担忧触碰反垄断的“红线”而影响自由竞争和经济发展。反垄断法作为经济法的重要部门法,必须真正有助于保障自由、公平的竞争,从而促进经济的发展,使整体经济运行“更经济”,如果所确定的反垄断规则与此相违背,就不是良法,也难以据此实现善治。

此外,伴随着反垄断问题的日益复杂,经济分析方法在执法和司法中的运用愈发重要,甚至有人认为“经济学在反托拉斯中的至高无上的地位已经牢固确立”^[44]。不容否认,经济分析方法对于垄断行为的识别和判断确有重要作用,但亦须正视其局限性^[45],特别是可能带来的执法或司法上的不确定性。因此,通过积累共识并形成相关基本规则,有效解决垄断行为的认定等问题,对于增进反垄断规则的确定性更为重要。

总之,完善反垄断法所需关注的“定则”,涉及“确定规则”与“规则的确定性”两个方面,它们直接影响反垄断法的“宽严”。在确定规则方面,如能体现包容性,形成“好的规则”,则可称之为“宽”;在规则的确定性方面,如规则明确,能够形成稳定的预期,亦可谓之“宽”。反之,严苛的规则,以及缺少确定性的法律实施,即应视为“严”。反垄断法的制定和实施,应当严肃、严格,这样的“严”是应该的,但不能体现经济规律、缺少合理性和确定性的“严”则不足取。从全球范围看,多数国家反垄断法

[41] 与这种不确定性相关联,有学者建议我国应建立温和型的反垄断制度。参见朱慈蕴:《反思反垄断:我国应当建立温和型的反垄断制度》,载《清华法学(哲学社会科学版)》2003年第2期。

[42] 在既往的反垄断执法中,有关滥用市场支配地位的案件更多,但市场支配地位的确定却非常繁杂,如何简化是值得研究的重要问题。相关分析可参见吴汉洪等:《中国反垄断领域的成就和挑战——纪念中国〈反垄断法〉实施十周年》,载《东北财经大学学报》2018年第5期。

[43] 例如,合理原则使得反垄断分析变得复杂而成本高昂,且与法律的规范性存在明显冲突,会产生违反法治原则、削弱威慑效果的后果。参见李剑:《制度成本与规范化的反垄断法——当然违法原则的回归》,载《中外法学》2019年第4期。

[44] [美]克伍卡、怀特:《反托拉斯革命——经济学、竞争与政策》(第6版),林平等译,经济科学出版社2017年版,第5页。

[45] 与此相关,在反垄断法解释中应把握经济学分析的合理限度。参见金善明:《反垄断法解释中经济学分析的限度》,载《环球法律评论》2018年第6期。

的历史都不长,如何针对复杂的市场经济活动进行有效的反垄断识别,做到“宽严相济”,是对治国能力的重要考验。

反垄断法的“宽严”,是一国市场规制强度的集中体现,并因而会影响营商环境^[46]。只有通过反垄断法的不断完善,形成“好的规则”,并提升规则的确定性、可执行性,才能持续降低市场主体的违法风险,并由此激发其投入自由、公平的竞争,发挥市场机制的重要作用。由于上述两个维度的定则,与前述的定位、定向密切相关,涉及反垄断法治建设的核心问题,因而是完善反垄断法需重点强化的领域。

五、结论

反垄断法的完善涉及大量问题,对此可从多个维度展开研讨,其中既包括对某类具体问题的细致分析,也需要对立法修改的整体问题的综合研判。为此,本文选取反垄断法的定位、定向、定则三个维度,探讨了完善反垄断立法所涉及的高低、大小、宽严等问题,并力图对其中蕴含的理论分歧和制度实践问题加以梳理,以期有助于反垄断法乃至整体经济法的不断完善。

基于“历史一系统”的分析框架,本文认为,在定位方面,完善反垄断法需处理好上下、左右、前后三类关系,以明晰反垄断法在法律系统中与相关部门法在位阶上的主从性、相邻立法的协调性以及立法时序上的一致性,从而更好地发挥反垄断法的作用;在定向方面,需明确完善反垄断立法的基本方向,其中,反垄断法的调整目标、调整范围、基本原则等应否调整、如何修改,以及促进竞争与发展的整体走向,都影响着立法修改的基本方向,事关“大改”或“小改”的判断,并最终决定着反垄断法的“大小”;在定则方面,既应从立法的角度“确定规则”,并力求形成“好的规则”,又要从法治的角度提升“规则的确定性”,把握好反垄断法治的宽严度。

上述的定位、定向与定则三个方面,影响着反垄断法的高低、大小、宽严。只有“三定”得当,才能使反垄断法在持续优化过程中保持高低适度、大小适当和宽严适中。上述三个维度不仅适用于分析反垄断立法问题,对整个经济立法乃至各类立法的研究亦具有普适性。由于立法涉及法学理论和制度实践的诸多方面,通过剖析反垄断立法问题,不仅可以揭示经济法立法的诸多共性问题,还可以检验和提炼相关法学理论,因此,本文的前述探讨并非仅限于反垄断立法领域,还涉及反垄断法的本体论、发生论、价值论、规范论等基本理论,也关注了经济宪法和相关部门法层面的问题。如果学界能在上述方面展开更深入的研究,则不仅有助于完善反垄断立法并推动其有效实施,也会有助于丰富经济法的立法理论等基本理论,推进整体法治理论的深化。

(责任编辑:马长山)

[46] 为此,《优化营商环境条例》第21条特别规定:“政府有关部门应当加大反垄断和反不正当竞争执法力度,有效预防和制止市场经济活动中的垄断行为、不正当竞争行为以及滥用行政权力排除、限制竞争的行为,营造公平竞争的市场环境。”