

垄断违法性的价值判断与我国制度完善

杨武松

(厦门大学 法学院 厦门 361005/贵州师范大学 法学院 贵阳 550001)

摘要: 欧美反垄断法的延展史已证明,垄断违法性的实质认定从规范的确立到司法案例的裁判都具有极端重要性。中国反垄断法有目的性规范却缺乏恰当的价值规范与适当的价值判断路径,使我国反垄断法在垄断违法性认定上存在诸多缺陷,不利于现代经济治理的开展。因此,改变反垄断法的价值规范构成,拓宽反垄断的司法路径,完善垄断责任有效性,是实现我国竞争法制度转型的主要路径。

关键词: 垄断; 垄断违法性; 实质性认定

中图分类号: D912.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-733X(2014)06-0100-07

To perfect the value judgment of the illegal monopoly and Chinese system

YANG Wu-song

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China; Law School, Guizhou Normal University, Guiyang 550001, China)

Abstract: It has been proved from the extended history of Europe and the United States antitrust law that the value judgment from the standard to establish judicial cases referee has extreme importance. Chinese anti-monopoly law has the purpose specification, but lack the proper value standard and the appropriate value judgment path, so as to make our anti-monopoly law have many defects in the monopoly illegal identification, which is not conducive to the development of modern economic governance. Therefore, the value of changes of anti-monopoly law broadens the judicial path of anti-monopoly, perfects monopoly responsibility effectiveness, and it is the main path of transformation of China's competition law system.

Key words: monopoly; illegal monopoly; substantive identification

在法治经济体系里,垄断具有违法性已成为一种共识。在何种立场和方法上确保对垄断违法性有效认定,并控制因市场不确定性而新出现的行为,这是当下最值得思考的问题。考察竞争法一百多年发展史,为什么欧美各国(尤其是美国)反垄断法未经多大修改就能够适应新经济的发展,应对市场不确定性所带来的挑战而不陷入困境?答案是:从立法之初到反垄断的执法与司法实践都存在价值判断,诠释价值维度对垄断违法性作实质认定。欧美等国从来都没有单独进行反垄断的事实判断,而是在“本身违法、合理原则与市场结构”等事实判断背后大量运用价值判断推动反垄断法的适用性与有效性,司法案例尤其明显。从谢尔曼法案出台到一系列司法案例的裁

判,都存在价值判断,甚至于主导欧美等国反垄断法的质量提升,延展反垄断法的适用效力。

垄断违法性的实质认定“意在以讨论事实判断问题得出的结论为前提,依据特定的价值取向,决定生活世界中哪些类型的利益关系适合采用民法手段进行协调,并依据特定的价值取向对相应的利益关系作出妥当的安排。”^[1]“在价值多元的社会,价值判断对于弥补形式逻辑的不足、确定妥当的裁判结论尤为重要。”^[2]⁵⁵⁶“其实,任何法律规范都内含价值判断的需求。”^[3]从立法和司法领域探究垄断违法性的实质性认定,包含两项内容:一是基于历史视角梳理垄断违法性实质认定的存在;二是基于现实视角探讨中国反垄断法关于垄断违法性认定所存在的问题。国外立法与司

收稿日期:2014-10-08

基金项目:2013年度国家软科学研究计划重大公开招标项目“国有资产管理对科技成果转化影响研究”(2013GXS4D122)阶段性成果之一。

作者简介:杨武松(1978-),男,贵州天柱人,厦门大学法学院博士研究生,贵州师范大学法学院副教授。研究方向:经济法。

法过程中垄断违法性实质认定的历史梳理,对现实问题的解决具有先验性借鉴作用,而现实的价值考量,则是反垄断法在现代经济治理过程中考究竞争与垄断较量而作出的一种制度性回应。本文拟围绕这一逻辑思维展开论述,诠释垄断违法性实质认定历史脉络以及从现实情境中探视中国反垄断法的制度转型。

一、立法过程中的垄断违法性实质认定

(一) 反垄断立法之初的价值考量

新康德主义学者拉德布鲁赫认为“法哲学必须探索各种价值,在各种价值的基础上,某一种实在的法制显示出是公正的或者不公正的,是正确的法或者不正确的法”。^{[4]59}要求实在法从立法之初就有正确的法的价值意义。阿图尔·考夫曼进而指出“法规范所指涉的生活关系其本身乃是一种本身已经组构过的事实,因其涉及人与人之间的关系,因此其本身已内含一定的意义”。^{[5]519ff}“‘当为’与‘实存’,或‘价值’与‘事实’并非两个截然分割的个别领域,在规范‘制定’之前,两者已相互联结,彼此相关,思考时两者须互相‘适应’”。^{[6]15}法律行为的价值评价与规范意义的确认在立法之初已获得了关注。对垄断违法性认定而言,谢尔曼等立法倡导者是否在此前对该问题已经有所认识?答案是肯定的。

“1966年法官伯克在《法和经济学杂志》上发表的一篇名为《谢尔曼法的立法目的和政策》的文章,该文主张:从谢尔曼法的立法资料和立法过程中的论辩情况看,国会的主要目的是通过提升资源配置效率(allocative efficiency)以增进消费者福利。”^[7]美国历史学家鲁道夫·佩里茨在其《1890年〈谢尔曼反托拉斯法〉——更为活跃开放的美国经济体制》一文,回忆了当年谢尔曼在美国国会与垄断财团代表们的论证。钢铁巨头安德鲁·卡内基(Andrew Carnegie)认为,“这种资本积聚、规模增加是不可抗拒的趋势……无法阻止。”新闻记者林肯·斯蒂芬斯(Lincoln Steffens)也认为,“托拉斯是在我们的社会与经济条件下,自然、不可避免的趋势,没有人能用武力、用法律阻止它们。”^[8]但是谢尔曼结合当时的现实环境,直击垄断现实弊端,指出“民心骚动,担心这些问题会扰乱社会秩序,而其中威胁最大的莫过于……资本集中在大型联盟手中……国会可以独自应对它们,如果我们不愿或无法解决这个问题,那么很快每一种产品都会有托拉斯,每一种日常生活必需品都会有人来操纵定价。”^[8]对谢尔

曼及其支持者来说,自由竞争意味着不受私营经济强权的主宰,意味着自由市场需要有对垄断和卡特尔集团的法律限制以及保障相似的经济制约,主张“如果我们不能忍受作为政治权力的皇帝,我们也不能忍受统治我们各种生活必需品的生产、运输和销售的皇帝。我们不能屈服于一个皇帝,我们也不能屈服于以势力阻碍竞争和固定各种商品价格的贸易大亨”^[9]。洛克菲勒等巨头们相信不受政府监管的竞争,要求没有制约的绝对自由。其价值标准是顺乎自由经济的天然发展,大企业吞并小企业,进行资源的积聚。这与古典经济学的理论相符,与达尔文进化论具有本质性的契合。但是,人不是物体,而是主人。我们在社会发展中早已脱下了原始社会时期动物的外衣。讲究竞争,但必须符合市场经济发展的价值判断,必须保证人的主体性存在。谢尔曼等人在对竞争阴暗面进行事实判断的基础上,同时告诉国会制定反垄断法对于政府、经济发展秩序的维持、公众利益保障所具有的价值。因此,鲁道夫·佩里茨在总结谢尔曼法案被国会批准的理由时说“在1890年,基于大规模产业变革引起的社会担忧,基于对垄断和卡特尔可能威胁自由市场的经济担忧,基于对托拉斯可能当道的国家中的基本‘公民自由’的政治担忧,促使国会通过了《谢尔曼反托拉斯法》。”^[8]“社会稳定、自由竞争秩序、公民权利保障”等一系列超越法律规范的价值维度被先行考虑,从而推动反垄断法的出台。

反垄断立法初期的价值考量,在欧洲大陆地区同样存在。戴维·格伯尔在论述自由、法律与竞争的法律维度时,指出形成于中世纪晚期对罗马法研究的共同法则的传统具有三条规范^{[10]41}:一是公正价格的规范;二是价格是经济公正的标注与指标;三是公正价格的规范可以用法律得到落实。“公正价格的规范”在欧洲人的法律意识中牢固地建立起“市场交易要遵守公正观”的信念,而评估市场交易是否遵守这项传统的第一要素是看它是否符合“公正价格的规范”。^{[11]255-270}该价值维度被欧陆地区各级政府采用为立法基础,法院也在司法中适用。

19世纪末期到20世纪初期,欧洲“经济学家与法学家普遍关注到卡特尔问题,也使政党不得不对它予以正视。德国的经济学家逐渐支配了有关卡特尔和卡特尔法的思考。法学界基本上接受了这些经济学家提供的卡特尔观点,而没有像他们可以做到的那样,以契约公平之类的法学范畴

作为基础,发展出一种评价卡特尔现象的框架。”^[12]经济学家的思考是看制度是否适应时代与环境,能够产生经济效益,给社会带来财富,而不管财富是否集中于垄断者手中。从这个角度看,欧洲地区的卡特尔基本是一种合理的制度。这也代表了统治精英的保守主义思想:关于自身政治、经济与社会意义的维护。但是此后卡特尔滥用经济权力的现象越来越严重,引起了法学家对该问题的思考。经过一系列会议讨论,在奥地利法学家科莱因的倡导与说服下,1902年和1904年德语法学家大会,达成了消除卡特尔滥用权力的观点。“法学家大会认为,从卡特尔过程和卡特尔的行为中出现的问题,首先要用行政决策和经济立法加以管理。它认为,针对过度的、经济上不公正的提价,尤其是给经济上处于劣势的人造成严重侵害的提价,迅速而有效的保护是必要的。”^{[10][125]}此后,对经济权力滥用的规范控制,一直成为德国、法国、比利时等国行政管制的核心目标。1930年,伦敦世界经济大会形成伦敦决议。立场是“卡特尔、托拉斯和其他类似的联合组织,是经济生活中的自然现象,对它不可能采取彻底否决的态度。但是,鉴于这些联合组织有可能对公共利益和国家利益造成损害,对它们进行控制是必要的。这种控制不应当采取干涉经济生活、影响其正常发展的方式。而应建立对可能的滥用权力行为进行监督并防止这种行为的机制。”^{[13][33-34]}伦敦决议确立了一些基本原则,如保护自由竞争、控制经济权力滥用、考量公共利益和国家利益等超越形式规范之上的价值维度,很大程度上影响着后来欧共体竞争法的立法思想与政府决策。

(二) 法律文本的反映

法律文本是反映事实与价值关系的核心路径,法律规范亦体现立法之初所衡量的价值。

美国反垄断法采用梳理形式规范的方式明确被限制的行为,打理“本身违法”和“合理原则”适用的形式规范,并在执法与司法中释放规范的价值。如1914年《克莱顿法案》是关于“竞争效率的经济学考虑”而实施的更加坚决的反托拉斯法。“经济效率”被作为价值评价对客观现实进行了规范意义上的法律构建与分析,哪怕后来芝加哥学派 Lester G. Telser、Rey、Tirole 等人极力论证转售价格维持行为的合理性,但依然被纳入垄断违法性认定的范畴内,因为通过市场实证调查发现,它确实在弱化竞争。1936年《罗伯逊——

帕特曼法案》是对《克莱顿反托拉斯法》第2条的修正,其目的是禁止削弱竞争或导致市场垄断的价格歧视等新行为,是对此前的反托拉斯法的价值评价与规范意义的延续与拓展。1938年《惠勒——李法案》修改了《联邦贸易委员会法》第5条,规定不正当或欺骗性行为也属违法,其目的是限制那些直接损害消费者利益的商业行为,消费者权益获得了肯定。1950年《赛勒——凯弗维尔法》和1980年《反托拉斯诉讼程序改进法》对《联邦贸易委员会法》第7条作出修正,加强了反垄断法的程序价值及其规范意义。另外,罗斯福“新政”时期的法律和措施不仅丰富了反托拉斯法的理论和实践,关键是加强了国家对市场经济的干预,“国家介入”获得支持,成为此后世界各国反垄断行政保护正当性的一大论点。

欧洲反垄断法以法、德两国最为完备。法国早在1810年《法国刑法典》第419条就规定了市场操控行为为犯罪的规则,被视为延续共同法则的传统反价格控制的典型。运用私法与刑法来对付价格控制等垄断行为相当长一段时间内一直成为欧洲国家用来关爱自由竞争的手段,这符合他们一贯遵守契约公正的价值理念。德国反垄断立法主要表现为《反限制竞争法》。该法采用列举形式规范的方法诠释价值维度,对于企业合并、分割市场等垄断行为均进行了明确规定,重点是设置限制滥用经济权力的规范,保护自由经济秩序,并通过诉讼程序进行价值判断。此外,欧共体法律规则也对垄断给予了必要的限制与规范,《欧洲共同体条约》对欧洲地区竞争法的内容进行了丰富并在欧共体范围内予以实施,保障欧共体范围内反垄断执法与司法的统一性。

与欧美国家形式规范的确立一样,我国反垄断法关于立法价值维度的确立,采用了概述方法在法律文本的总则部分进行归纳。如我国《反垄断法》第1条规定“为了预防和制止垄断行为,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,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”在目的性价值规范下,各种类型的垄断行为的界定都是为这些目的性价值维度服务,并要求反垄断裁判反映此类价值考量。

二、垄断违法性实质认定的司法态度

美国法院具有很强的司法能动性,基于规范诠释法律价值,根据社会经济需求进行新的法律纳新或创造都是它们的司法职能。美国法院审理反垄断案件时,不是简单地援引法律规

范处理法律问题,关键是对案件事实的形成与规范意义进行价值判断,推动国家法律进步或改革。从美国各种类型的反垄断案例以及相关原则的形成看,每一项价值维度的效力形成都离不开法院的影子。如发生在美国铁路业垄断的两起案子都因法院对反垄断法的价值判断而胜诉。第一例案件是发生在1896年的“美国诉密苏里货运协会”(United States v. Trans - Missouri Freight Association)案。在该案中,美国政府宣布对一个由18家成员组成的铁路行业卡特尔集团提出起诉。最高法院基于只有竞争才能带来合理的价格的认识,认定“资本联合”有可能“挤垮小本经营者的生意以及在那里从业毕生的堂正的谋生者”,裁决卡特尔的做法属于非法。此后,美联邦最高法院再次明确地肯定了《谢尔曼法》,一致宣布所有联合定价为非法“我们可以毫不怀疑……无论它们设定的价格多么合理,无论它们得面对多么大的竞争,无论它们多么有必要通过联合协议来约束自己,以不至于因进行不明智的竞争而导致经济上的自我毁灭——[均应予以禁止],因为它们……使公众无法享有自由竞争带来的好处。”^[8]另一案是由于公开联合固定价格的卡特尔被前一个案子认定明确属于非法,铁路业者转而以合并作为避免相互间竞争的手段。美国政府提出了检验谢尔曼法案的第二桩具有里程碑意义的诉案,即解散北方证券信托公司(Northern Securities Trust)案。1904年,最高法院以多数票肯定了政府解散铁路托拉斯的行动。最高法院多数派坚持认为,自由竞争要求对市场受到的冲击予以注意。法院宣布“这类合并的存在本身以及控股公司作为受托人所获得的权力,对国会有意承认和保护并且也是公众有权保护的商业自由构成威胁与限制。如果不打破这种合并,那么公众原可基于普通竞争法而自然得到的所有那些优势……将会丧失。”^[8]因为“合并”是新型行为,此前的反垄断法律规范不可能提前规制,如果美国法院依据反垄断法形式规范作事实判断,根本无法找到具体的适用规则,会放任“合并”垄断。但是,美国法院从公众权益与商业自由竞争的维度对反垄断法进行了价值诠释,从而肯定反垄断法对该案新型垄断行为的适用力,确认其违法。

上述两案都具有价值判断的适用,并确认“自由竞争秩序、公众权益保护”等价值维度。“美国法院在执行反垄断法方面有许多重要的判决,例如,1962年的Brown Shoe案,1967年的

Schwinn案,1974年的General Dynamics案,1977年的Sylvania案,1986年的Matsushita案和1992年的Kodak案等。通过这些案例可以清楚地看到,美国反垄断法的执行在不同年代呈现出不同的画面。^[9]例如,在1962年的Brown Shoe一案判决中,美国联邦最高法院裁定,两个企业的合并只要共同占有5%的市场份额,就构成垄断。在1977年Sylvania一案裁判中,注重经济分析在美国法院中被大量沿用,由此开启了反垄断案件司法裁决的一种新的价值判断。20世纪90年代微软案是新经济时代价值考量的典型案例。美国华盛顿特区联邦地方法院裁定,微软通过对英特尔(Intel)、苹果电脑(Apple Computer)等公司进行恫吓,使这些公司不推出有潜力挑战微软视窗软件的产品,从而保持微软的主宰地位,构成垄断。欧洲各地法庭也裁定,微软非法垄断个人电脑操作系统。但是,与早期标准石油诉讼等案不同的是,微软没有被强制解散,而是被裁决停止其歧视性的定价及有关产品使用机会的政策,并公开有关个人电脑操作系统视窗的基本必需信息,以使竞争对手在市场上展开更有效和自由的竞争。美国法院与欧洲法院保持了一致的判决,不是他们的反垄断法规范具有一致性,而是他们结合新技术信息时代竞争效益的价值考量具有一致性。他们共同认为维持微软的形态,要求其开放技术与价格,更有利于信息时代社会经济发展,这才是最优的资源配置与利益均衡,体现了法院的睿智。

在欧洲,《欧洲共同体条约》还借助委员会在与欧洲法院合作过程中“倾向于遵守欧洲法院的领导,利用法院的象征性地位以及它相对有利政治压力的处境。”^{[10]441}使欧洲地区反垄断法司法话语权越来越重,尤其是欧洲法院对《欧洲共同体条约》第85条与86条关于市场滥用与影响贸易等规范意义的诠释,对垄断违法性做极大限度的实质性认定,影响力较大。

我国实行司法援引标准化且能动主义较为弱化的司法体制,法院对反垄断案件只能根据垄断客观事实的描述,从形式上援引与适用法律规范作出裁决,不能对其作实质性的解释与评价,无法适用超越法律之上的公正原则裁判案件、考量公正。因此,近年的“3Q大战”与上海强生案,司法审判对垄断违法性认定持事实判断的态度。但是,“3Q大战”最初阶段,工信部要求两家通讯商合作,确保公众用户的利益。说明,我国反垄断案件的行政程序已经开始注意价值衡量,并据此要

求实务部门考虑对垄断违法性做实质性认定。

三、垄断违法性实质认定在我国反垄断法的构造

(一) 我国反垄断法认定垄断违法性的缺陷

在中国,基本围绕事实判断的三大规则讨论垄断违法性认定的问题。如3Q大战一审时,广东高院以自由裁量的方式,从产品的使用范围等方面审查市场占有率,认定腾讯不具有垄断地位。广东高院的做法具有美国反垄断司法的形式特点,但其就规范内的事实性问题进行审查与适用形式规范作出裁判,很难让另一方当事人相信其裁判的自治性与合理的可接受性。如果法院的裁判厘清事实,并诠释规范意义或考量价值维度而作出裁决,其有效性或许不同。最高院二审时,五个争议焦点也都是基于事实判断而厘清。但是从3Q大战之前的处理看,工信部要求两家通讯商合作,确保公众用户的利益,说明一个问题:事实判断之外,价值考虑在我国不正当竞争与垄断案中已经出现。可以预见,未来中国反垄断司法审判如果能够进行价值考虑,从现代经济治理的角度对垄断违法性进行实质性认定,不仅能够解决司法裁判结论的自治性与合理性问题,也能够最大限度为社会公众所接受,这有利于维系中国现代经济的发展。然而,现阶段要求中国法院诠释规范意义与反垄断法的价值维度裁判反垄断案件,有不少的困难:一是我国司法体制所限;二是我国缺乏价值判断的先例;三是我国现行反垄断法与司法解释关于垄断违法性认定的价值规范存在一定的缺陷,等等。

1. 目的性规范取代价值维度。哲学上目的与价值维度是两个不同的概念。目的是指行为主体根据自身的需要,凭借意识与观念,预先设想的行为目标或结果。价值判断“是以某一选定的标准衡量人、事物和状态,通常是指某一特定客体对于主体有无价值、有什么价值、有多大价值的判断。”^{[14][54]}目的是引导出主体行为的目标或结果假设,价值维度是衡量客体对主体的价值反映标准。我国《反垄断法》第1条引领着反垄断法后续条文的设置,貌似设定了“经济效率、消费者利益、公共利益、社会主义市场经济”等价值规范。但是从规范的语义分析看,“为了预防和制止垄断行为……而制定本法”属目的语义表述,将所有的价值维度变成了反垄断立法的目的。我国反垄断法在该目的规范的引领下,采用列举的方式对垄断行为进行了简要的描述,并作出了事实性的

垄断违法性界定规范。这意味我国反垄断法没有实质性的价值规范存在,就算有也是目的与价值的混淆。这种混淆很可能将垄断视为一种必然,看成是自然生成的产物,属于值得质疑的立法表述。因为“将所有事情都视为必然是错误的,因为这样忽略了事情的目的、秩序和背后的最终原因。”^[15]

2. 垄断违法性认定的司法管辖空间有限。2008年,我国《反垄断法》设置反垄断行政程序,2012年6月1日《垄断司法解释》的实施,开始出现司法程序。但是从反垄断法与司法解释的规则看,行政反垄断占据主导,而司法反垄断控制有限,具有三个制度性的遗憾:一是司法解释限定了反垄断民事诉讼的范围,即限定为因垄断被实际侵害的案件,那些没有直接被侵害利益的公民、法人被排除在外;二是形成司法豁免。《垄断司法解释》第9条规定,“被诉垄断行为属于公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者的滥用市场支配地位的,人民法院可以根据市场结构和竞争状况的具体情况,认定被告在相关市场内具有支配地位,但有相反证据足以推翻的除外。”该规定否定了公用企业等在市场中的垄断行为,在司法上对其形成了豁免;三是司法解释仅规定停止侵害与赔偿的责任追究方式,并没有和行政反垄断程序结合起来。会形成民事诉讼里的垄断违法性被确认,但是行政反垄断机构不关注的情况发生。中国反垄断民事诉讼第一案——强生公司被诉案件就是典型案例。法院依反垄断法判决强生公司违反反垄断法规定导致原告受损,承担赔偿责任,停止侵权行为。但是,我国反垄断行政机构却没有随即跟进,强生公司的垄断行为并没有得到有效性的责任追究,甚至于一直放任其发生,这具有社会危害性。而且,目前司法解释的规定只能解决个体权益受损,而对于反垄断法价值维度的诠释则无益。法院无权进行反垄断法的价值诠释,对于价值维度多元化的反垄断法而言,意义有限。

3. 注重经济效益运行,垄断责任有效性认定不足。“垄断的公法责任力度不足”^[16]是我国反垄断法责任有效性的一个典型缺点。从我国《反垄断法》第七章“法律责任”的设置条文看,对于市场竞争秩序中垄断行为主体的责任追究仅有一种方式:行政处罚(其中又以罚款为主要方式)。罚款对于弱势有产者而言,确实具有很强的威慑力。但对于强势资本者而言,财产罚根本无法消减垄断的经济诱惑,尤其是我国大型国有企业,财

产罚处置的资产是国家公共财产,不属于管理者个人私有,财产罚不过是在国家的左右口袋换一个位置罢了,根本无法形成法律效力上的威慑,不具有实质性的意义(当然,有人会说影响企业高层的考核。但高官考核与企业市场行为具有本质性的不同,不能混同)。反观近年来发生在我国大型国有企业身上的垄断案件,巨额罚款作出后,被罚款国有企业依然在该领域内具有绝对的霸主地位,依然实施着实质性的垄断行为。从法理与规范层面看,这是立法之初忽略责任有效性的必然结果。经济效益是反垄断法价值判断的维度,但不能排除违法行为责任有效性的规范设计与运行,这是检验事实与价值契合的重要内容。从垄断的危害性看,罚款等行政处罚只是追求其责任的方式之一,并不能完全代表责任有效承担,这很可能放纵大资产者的垄断行为。如果反垄断法仅有关于垄断行为事实的界定以及经济效益的价值追求,却忽略了经济平等对待与公正性的保障,则反垄断将处于无效的尴尬地位。

(二) 垄断违法性实质认定在我国反垄断法的构造

我国反垄断法与国际反垄断法具有很大差距,基于事实判断与价值判断契合的观点,我国反垄断法关于垄断违法性的实质认定可从以下方面予以完善:

1. 革新立法技术,将目的性规范改为价值规范。为司法与行政领域反垄断开展价值判断提供依据。其具体径路:一是在界定垄断行为的条文前置价值判断的维度,为反垄断的行政执法和司法裁判提供对应的价值规范;二是在总则里直接以列举加抽象概述相结合的方式价值维度的规范立法,供执法与司法进行具体的价值诠释。如直接列举我国反垄断法的社会主义市场经济秩序、国家利益与公众利益、公序良俗等价值维度,将其作为反垄断立法的基础;三是学习美国反垄断法,直接删除形式目的规范,将一切符合国家利益和民众利益的价值判断都交付法院裁决。当然,第三种径路看似没有形式上的价值规范,其实无所不能,不管社会发展到何种程度,不管发生什么类型的反垄断案件,只要与国家利益有关的垄断行为,在其法院管辖下,均能够依据价值维度进行事实分析、规范分析与经济分析,都能够进行有效的利益平衡。当然,要做到这一点,公正地作出反垄断司法裁决,需要法官具有高超的司法智慧和技能。个人以为,应该相信我国法院的审判能

力,相信这些年来法官积累的知识足够应付现实中的不确定性,准确诠释我国反垄断法的价值维度。

2. 放宽反垄断司法权限,由法院最大限度地诠释反垄断法的价值维度。“实体规则的原则性与不确定性大大减损了其直接适用的效力,反垄断法已难以对现实中纷繁复杂的垄断违法行为作出周密规定,立法者所能做的全部事情只是宣布一般原则,垄断判断与惩罚只能由执法者在具体的案件中加以确定,反垄断的核心不再是立法问题,而是执法问题。”^[17]目前,我国反垄断案件不断,但一直以行政执法为主导。尽管2012年出台了司法解释,设置了司法反垄断程序,但如前所述,其空间有限。为此,不防拓宽反垄断司法权限,将反垄断法赋予行政执法机构的权力,最大限度地交付司法机关行使,如解散垄断公司的裁决、追究垄断机构的刑事责任等直接处罚权。许光耀教授《欧共体竞争法经典判例研究》(2008)一书,明确反映了这样一种观点:《反垄断法》具有一定程度的抽象性与原则性,如果不进行系统的判例研究,案件的审理将是理不清头绪的。使反垄断法具体化,司法路径是必不可少的程序。由于司法体制的问题,我国属于非案例国家,法官无法通过案例创造新的规则。但是,我国近年大力推行具有中国特色的案例指导制度,却值得大力发展。其最大的价值功效就是在案件事实的形成与责任有效性的归纳上,能够在前例案件中进行较好的价值判断,能够最大限度地彰显我国市场经济的价值维度,保证反垄断在司法程序中实现价值最优化。该路径无需对司法体制进行改革,在现行体制下即可完成,是最经济的方法。目前,紧要工作一是赋予法院反垄断更大的司法管辖权,这是开展司法反垄断程序的起点;二是抓紧对我国境内反垄断案例进行汇编。由于目前没有司法程序,建议在行政反垄断案例的基础上,选择最能体现我国市场经济价值维度的案例进行分析,并形成案例指导汇编。

3. 完善责任有效性制度,加强垄断责任的力度。责任有效性是指违法行为主体承担与其违法行为相适应的法律责任,一般包含民事责任、刑事责任、行政责任,缺乏任何一种责任都不能体现责任有效性。从国际反垄断法的形式规范与司法案例看,责任有效性的规范设置已经成为垄断违法性认定的实质性后果反映,也是反垄断法重要的价值体现。美国《谢尔曼法案》,不仅对垄断行为

主体实施民事处罚,还在第1条与第2条规定“任何限制州际间或与外国之间的贸易或商业的契约,以托拉斯形式或其它形式的联合,或共谋,都是非法的。任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋,将构成重罪;任何人垄断或企图垄断,或与他人联合、共谋垄断州际间或与外国间的商业和贸易,将构成重罪。处三年以下监禁的刑罚”。欧共体范围内以德国为例,德国《反限制竞争法》第82条也同样规定了刑事处罚的程序规则。说明,反垄断法追求责任有效性而不是责任有限性。完善路径有三:首先,将刑事责任纳入反垄断法的体系内,将其作为反垄断实践追究刑事责任的依据。包含但不限于以下内容:(1)反垄断法明确规定垄断构成犯罪;(2)明确反垄断移交司法追究刑责的程序;(3)刑法经济犯罪规则里增加垄断犯罪规范,明确具体刑期。其次,必须改变财产罚为主的责任追究方式,丰富和完善行政处罚的形式,如对于外国企业在中国实施垄断行为,可予以贸易制裁等。最后,将反垄断法与反不正当竞争法结合起来进行竞争法上的规制,作更具体的民事责任承担形式。如滥用市场支配地位案件,其他经营者不只是获得损害赔偿,更重要的是在市场秩序经营权利的维持。因此,可增加市场退出、企业分割等责任形式。

四、结语

德姆塞茨·哈罗德认为“竞争是多维的,混合竞争将成为未来市场经济的一种竞争形态。”^[18]现代经济治理实质上就是一种混合形态下的经济制度体系构造,存在多元的价值型构。法治经济体系内的垄断违法性认定从来都没有交付给事实判断独立承担,从价值层面对垄断违法性作实质认定始终存在。通过一系列反垄断案例的价值分析及其适用,“秩序自由、公正原则、经济效益、公共利益、国民权利”等已成各国反垄断法的基本价值维度。这些价值维度既可以共存于反垄断法之中,也可以散见于反垄断的其他泛滥规范,甚至于司法裁决之中。当然,从国际反垄断的角度看,不同价值维度之间的优位选择以及除外适用等规则的存在均不可避免。因此,有学者指出“社会公平价值标准高于竞争公平价值标准是反垄断法适用除外制度产生和存在的基础。二者的冲突并不是不可调和的,只有发生实质性冲突时,社会公平价值才优先适用,反之,竞争公平价值应当在经济法领域中得以顺利实现。”^[19]

多元化的价值判断要超越法律之上,在对现

在经济体系下实现混合竞争形态下有效认定垄断违法性,既要客观事实进行法律评价,同时还要在立法中融入形式规范,在执法、司法过程中体现规范意义,推动制度运作,须通过六个指标实现:一是形式规范的客观存在;二是有解决反垄断程序;三是责任有效性的完善;四是经济效益运行的考虑;五是超越法律之上的原则存在;六是注意不同的时间、空间与情景。因此,要求我们重视立法之初的价值考量和司法态度,通过对时代特征与经济环境的事实判断与价值考量,使反垄断法的执行在不同年代以不同的形态呈现,解决规范确定性与市场不确定性的冲突,并提升反垄断法质量。这是中国反垄断法制度完善与经济转型必须作出的选择。

参考文献:

- [1]王轶.民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景[J].中国社会科学,2004(6).
- [2]王利明.法学方法论[M].北京:中国人民大学出版社,2011.
- [3]周光权.价值判断与中国刑法学知识转型[J].中国社会科学,2013(4).
- [4][德]H.科殷.法哲学[M].林荣远,译.北京:华夏出版社,2002.
- [5]Kaufmann. Analogie und “Natur der Sache” [M]. Aufl. 1982.
- [6][德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003.
- [7]叶卫平.反垄断法的价值构造[J].中国法学,2012(3).
- [8]Rudolph J. R. Peritz. The Sherman Anti-Trust Act of 1890: A more dynamic and open American economic system[J]. the U. S. Department of State publication Historians on America 2008(3).
- [9]王晓晔.紧盯国际卡特尔:美国反托拉斯法及其新发展[J].国际贸易,2002(3).
- [10][美]戴维J.格伯尔.二十世纪欧洲的法律与竞争——捍卫普罗米修斯[M].冯克利,魏志梅,译.北京:中国社会科学出版社,2004.
- [11]Reinhard Zimmermann. The law of Obligation: Roman Foundations of the Civil Law Tradition[M]. Capetown, 1990.
- [12]Fritz Blaich. Die Anfänge der deutschen Antihartell politik zwischen 1897 und 1914 [N]. 21 Jahrbuch für Sozialwissenschaft, 1970(127).
- [13]Union Interparlementaire, Compte Rendu.
- [14][德]魏德士.法理学[M].丁晓春,等,译.北京:法律出版社,2003.
- [15]Aristotle. De Partibus Animalium (On the Parts of Animals), V. 8, 789a8 - b15.
- [16]李俊峰.反垄断法从宽处理制度及其中国化[J].现代法学,2008(2).
- [17]焦海涛.论现代反垄断法的程序性依赖[J].现代法学,2008(1).
- [18]Demsetz, Harold. How many cheers for antitrust's 100 years? Economic Inquiry Publisher: Western Economic Association International Audience: Academic Format: Magazine/Journal, April, 1992 Source Volume: v30 Source Issue: n2.
- [19]谢国旺.论国际反垄断法适用除外制度的价值取向[J].河北法学,2011(10).

责任编辑 孙智 英文审校 孟俊一