

限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。联合限制竞争可以为参与者稳定获得利润提供市场条件,减轻经营者的生存压力。反垄断法既禁止具有竞争关系的经营者达成特定的垄断协议,又反对经营者与交易相对人达成特定的垄断协议。行业协会不得组织本行业经营者达成前述垄断协议。因此,《反垄断法》禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议:“固定或者变更商品价格、限制商品的生产数量或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场、限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品、联合抵制交易以及国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”同时,禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议:“固定向第三人转售商品的价格、限定向第三人转售商品的最低价格以及国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”

第三,反对具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中,是对经营者通过组织变更方式联合排除、限制竞争的滥用经营权行为的限制。经营者可以通过公平竞争、自愿联合,依法实施集中,扩大经营规模,提高市场竞争能力。经营者通过集中能够占据垄断优势地位,凭借其规模优势或采用先进的生产技术和手段获得较高的利益,从而在竞争中获胜。与达成垄断协议、滥用市场支配地位不尽相同,经营者集中分为合法与非法两种。经营者集中,是指经营者通过合并、收购、委托经营、联营或控制其他经营者

业务或人事等方式,集合经营者经济力,提高市场地位的行为。经营者集中包括下列情形:经营者合并;经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权;经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。经营者集中达到国务院规定的申报标准的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中。

参考文献

- [1] 徐孟洲 叶姗:《经营者论——基于经济法规范与原理的分析》,《现代法学》2007年第5期,第93页
- [2] [德]乌茨·施利斯基:《经济法》,喻文光译,法律出版社,2006年,第166页
- [3] 张守文:《经济法学》,北京大学出版社,2008年,第294页
- [4] [法]路易·若斯兰:《权利相对论》,王伯琦译,中国法制出版社,2006年,第205-216页
- [5] 吴越:《经济宪法学导论——转型中国经济权利与权力之博弈》,法律出版社,2007年,第356页
- [6] 徐孟洲:《论我国反垄断法的价值与核心价值》,《法学家》2008年第1期,第7页
- [7] 张守文、于雷:《市场经济与新经济法》,北京大学出版社,1993年,第359页

反垄断执行中的宽恕政策评估

金善明 (中国人民大学法学院 北京 100872)

现代市场经济条件下,国家通常基于“公平与效率”的价值追求,纷纷制定反垄断法以规范市场竞争行为,反垄断法的有效实施更是市场竞争秩序得以保障的关键环节。作为反垄断法有效实施的一种措施,宽恕政策以减免处罚鼓励卡特尔成员主动投案、揭发他人违法的垄断行为并积极协助反垄断执法机构的执法活动,是市场经济国家反垄断执法活动中发现和打击卡特尔的重要举措。我国制定《反垄断法》时也引进该政策。在此,在探悉宽恕政策基本内涵的

基础上对其作科学合理的评价,并对我国《反垄断法》的相关规定予以分析和完善。

一、反垄断执行中宽恕政策的内涵分析

现代市场经济条件下,诸如固定价格、分割市场以及串通招投标等硬核卡特尔行为,被各国反垄断执法机构和国际经济组织视为对反垄断法的最大践踏。因此,各国反垄断执法机构积极努力地创制各种措施以侦查和追诉那些从本质上来说就很难发现的卡特

尔行为。其中,美国是这一领域的领军者,以能够侦查和追诉各种狡诈的卡特尔行为而著称,其最为重要的成功之处在于其创制了宽恕政策。

(一)宽恕政策的概念简析

通常,宽恕政策是指违法者协作反垄断执法机构的调查活动,从而获得反垄断执法机构对其违法垄断行为免除或减轻处罚的一项制度。宽恕政策的理论基础在于经济学中的“囚徒困境”,每个垄断协议的参与者都担心被其他参与者出卖,而且也不知道何时向反垄断主管机关供认是合适的。在引入宽恕政策后,主动向反垄断主管机关揭发卡特尔或者在反垄断主管机关调查过程中进行合作并提供有关证据材料,则可以获得减轻或者免除处罚,这对于垄断协议的参与者有着巨大的诱惑力,只要有一个参与者供认,那么整个垄断协议就将被瓦解。^[1]

(二)宽恕政策的特征分析

从宽恕政策概念与理论基础的来分析来看,宽恕政策体现了以下几个方面特征:

1.贯彻了反垄断法基本理念

市场经济中,反垄断法是调整市场竞争关系、规范市场竞争秩序、充分发挥市场配置资源基础性作用的重要法律制度。同时,也是市场经济国家调控经济的重要政策工具。^[2]各国制定、实施反垄断法的根本理念和价值目标在于通过维护竞争秩序维护竞争机制、优化资源配置、实现社会福利的持续最大化。^[3]但在具体的反垄断执法活动中经常遇到的一个难题就是现实经济生活中的垄断行为(尤其是卡特尔行为)往往具有很强的隐蔽性。宽恕政策基于“博弈理论”,充分发掘人的趋利性一面,而从堡垒内部攻破卡特尔,继而为反垄断执法机构处理垄断行为提供了便捷。作为一种反垄断执法措施,宽恕政策立足社会整体利益、以市场竞争秩序为重,有效发现和打击违法垄断行为,实际上是贯彻落实反垄断法基本理念的途径之一。

2.适用范围基本为卡特尔

各国反垄断法普遍规制的垄断行为主要有三类,即卡特尔、滥用市场支配地位以及经营者集中。在这些行为中,卡特尔行为的隐蔽性最强、不易被执法机构发现,执法机构自身也难以主动查获或通过第三人取得卡特尔行为的信息或证据材料。若执法机构事必躬亲,单靠自身力量打击卡特尔行为,是很难胜任的,也往往会耗费大量的执法资源和成本。宽恕政策正是针对卡特尔行为的隐蔽性,基于“博弈理论”,从

堡垒内部攻破卡特尔、提高反垄断执法效率。而经营者集中、滥用市场支配地位不像卡特尔行为充满隐蔽性,经营者实施这两类行为时通常比较直观地展露在世人面前或对消费者影响比较大,社会及执法机构容易察觉,且这两类行为的实施者之间不易陷于“囚徒困境”,而使宽恕政策的实施失去了理论基础和现实条件。因此,各国的宽恕政策通常适用于卡特尔行为,方能尽显其应有之功效。

3.以违法者积极协作为前提、以减免责任为代价

宽恕政策的理论基础在于经济学中的“囚徒困境”,它激励卡特尔成员积极主动地向反垄断执法机构报告达成的卡特尔协议、透露卡特尔协议的内幕消息,以便执法机构能够有效的查明、打击该卡特尔行为。但值得注意的是,这种激励机制不是通过道德说教就可以提高卡特尔成员的商业道德觉悟和法律意识而促使其自觉向执法机构供述违法行为的,必须充分利用人的趋利性这一本质使主动报告者能获得实际的好处,从而诱使其主动向执法机构提供有关信息并积极配合执法机构的执法活动。宽恕政策便巧妙地提供了这种激励机制,即通过减免主动报告者责任的方式,鼓励其积极向执法机构提供相关信息或证据材料。由此可见,宽恕政策的真正落实需要两个方面的条件:一是卡特尔行为入必须同执法机构积极主动地配合,二是执法机构需对该行为人的责任进行减免。可见,宽恕政策表面上是一种利用人性弱点来激励违法者为避免自身利益的减损而积极告发他人的规定,但实质上是国家基于社会整体利益,为维护市场竞争机制的正常运行而采取的一种价值取舍。

二、反垄断执行中宽恕政策的效果分析

宽恕政策产生于美国并泛传于欧盟、德国、日本及韩国等市场经济国家,在具体执法活动中发挥了不可忽视的作用。但宽恕政策不是万能的,必须辩证地考察宽恕政策以进一步完善和应用宽恕政策,并提供积极指导作用。

(一)宽恕政策实施的积极效果

根据他国宽恕政策实施历程来看,宽恕政策实施的积极效果主要表现为:

1.便于收集卡特尔的信息或证据

为了有效处罚卡特尔行为,反垄断执法机构须掌握这些行为存在的信息以及证明其违法并予以处罚的证据。一般来说,反垄断执法机构获得有关卡特尔行为的信息和证据材料的途径主要有公权力的直接

介入、强制威胁以及宽恕政策。^[4]较公权力的直接介入、强制威胁而言,宽恕政策有着明显优势;与公权力的直接介入相比,宽恕政策能够获得全面的信息和证据材料,而限于现存的文件材料或其他有形证据材料;与强制威胁相比,宽恕政策可确保获得的信息和证据材料的真实性,因为宽恕申报者若不提供真实可靠的材料、信息,它将失去减免处罚的机会。然而,宽恕政策只是收集有关卡特尔行为信息或证据材料的其他途径的补充而决不是其替代方法。

2. 增加创设和维持卡特尔的难度

在现代市场经济中,创设并维持一个成功的卡特尔需要诸多努力。卡特尔成员须在相互一致的共谋战略上保持行动的协调性,确保卡特尔成员能够共同盈利并合理分配盈利,且需创制监控、奖惩等机制以防相互欺骗。此外,成功的卡特尔还需要一套能够不断解决自身内部矛盾和问题的组织机制。然而,精心设计的宽恕政策却为这些问题的解决增添不易。卡特尔的某一成员很可能为了自身多获利而向反垄断执法机构申请宽恕,进而使得该卡特尔的维系变得较为艰难;同时,这一政策增加了卡特尔的不确定性,从而使得其成员很难达成一致协议、削弱了成员间的信任度、增加卡特尔监控成本。

3. 降低反垄断执法成本

除了在调查阶段具有积极作用外,宽恕政策在裁判阶段也发挥着重要作用,能够有效节约执法成本。就美国司法部而言,其采取的诉辩交易就节约了大量的诉讼费用和执法资源。^[5]目前,欧盟正在考虑引进这一套解决机制,即只要卡特尔行为人承认违法事实、接受合理的罚款,那么欧盟对此案的裁判可不再赘述详细理由,且当事人也不得向欧盟法院提起上诉,从而节省了诉讼费用和执法成本。反垄断执法机构可以利用这些节省出来的资源去调查和惩处更多的违法垄断行为,以提高侦查和惩罚的效率以及增强反垄断法的威慑力。

(二) 宽恕政策实施的消极影响

宽恕政策在其实施过程中表现出很多积极效果,但同时产生了一些消极之处:

1. 易弱化处罚力度

为了奖励卡特尔行为人的协作行为而对其处罚予以减免,必将对反垄断处罚力度产生消极影响,尤其是有损《反垄断法》的威慑力。因此,如何有效设计和应用宽恕政策,以充分发挥宽恕政策的积极作用而避免其消极后果,这是个非常重要的课题。实践中,

执法机构竭力避免不必要的处罚减免,这也正表明宽恕政策的局限性,即仅仅适用于秘密的横向卡特尔,因为这类垄断行为难以查明。

2. 易过度依赖宽恕政策

宽恕政策之所以能够有效发挥积极作用,一个重要前提就是:卡特尔行为人认为,他若不申请宽恕处理,那么他的违法行为很可能被反垄断执法机构发现并予以重惩;或者在诸如卡特尔这样的集体违法行为中,至少某位合谋者会有上述想法。因此,当反垄断执法机构相信宽恕政策能够有效查明并处罚卡特尔行为时,宽恕政策便有了用武之地。反垄断执法机构不断利用宽恕政策成功解决了许多卡特尔案件,但这对于反垄断执法机构来说很容易导致其对宽恕政策的过度依赖。如果反垄断执法机构长期以来仅依靠宽恕政策侦查、追诉违法垄断案件,这也许会导致他们逐渐丧失反垄断能力,或者卡特尔行为人将会怀疑执法机构的反垄断能力。

3. 易产生处罚的不公正

一项制度,尤其当其上升为法律的时候,体现的是一种秩序,目的是给予为数众多却又混乱不堪的人类活动以某些模式和结构,所以其涉及的是社会生活的形式而非实质。^[6]对于拥有法律道德情操的人来说,确保法律及其实施的公正是至关重要的。宽恕政策在实施过程中将会产生两个与此密切相关的问题:一是关于逃避处罚的卡特尔行为人的惩罚不公平问题;二是关于宽恕政策或免责的受益人和其他卡特尔参与人(即因同一卡特尔行为而受完全处罚的人)之间不公正处罚问题。这两个问题在对卡特尔发起人予以免责的案件中显得尤为尖锐,特别是在那些发起人强迫其他卡特尔成员实施侵权行为的案件中。因此,在各国反垄断执法中,强迫其他卡特尔成员实施侵权行为的发起人不得享受宽恕政策,甚至在一些国家非强迫其他卡特尔成员实施侵权行为的唯一发起人亦不得享受该政策。

三、我国宽恕政策暨《反垄断法》第四十六条第二款的评析与完善

我国的《反垄断法》借鉴他国先进执法经验并结合我国市场竞争现状,引进宽恕政策。在此进行简单介评并提出相关建议,以期能有效落实该政策。

(一) 我国《反垄断法》中宽恕政策的介评

宽恕政策作为现代市场经济国家反垄断法实施中一项重要举措,得到了普遍认可和好评。我国在制

定《反垄断法》时考虑到现阶段市场竞争状况,亦借鉴了国外已设置的宽恕政策,并在《反垄断法》第46条第2款作出了规定,即“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的,反垄断执法机构可以酌情减轻或免除对该经营者的处罚”。这将便于我国反垄断执法机构发现和认定垄断协议的达成和实施,也为我国进一步完善宽恕政策体系提供了法律依据。但不难发现,我国《反垄断法》中宽恕政策仍存在不足:

一是关于我国宽恕政策适用对象即报告主体的问题。我国宽恕政策的适用对象为达成垄断协议的经营者,是否所有达成垄断协议的经营者报告后都可以适用宽恕政策?二是关于达成垄断协议的报告者责任减免问题。我国《反垄断法》法律责任处罚力度薄弱、刑事责任缺失,对违法行为人缺乏威慑力,这对违法行为人主动报告缺乏吸引力。此外,若达成垄断协议后,第一个报告者所提供的信息或证据材料不足以完善证明案件,还需要更多的信息或证据材料,那么,第二个甚至第三、四或更多报告者提供了有效信息,他们是否适用宽恕政策,若适用该如何减免责任?三是关于宽恕政策适用程序问题。《反垄断法》关于宽恕政策的规定是非常原则性的且缺乏程序保障。因此,诸如报告人该按什么程序在什么时间内向法定机关进行申报、法定机关在多长时间以内可以予以答复以及法定机关按照什么标准对报告人作多大程度上的责任减免等一系列问题,仍有待明确。

(二)我国《反垄断法》中宽恕政策的完善

我国应借鉴他国宽恕政策研究和实施的先进经验,结合我国市场竞争现状,制定相关实施细则或指南,增强宽恕政策的确定性和透明度,并妥善处理在执法过程中所遇到的问题:

第一,需要明确我国宽恕政策的适用对象,即达成垄断协议后主动报告的经营者但不包括垄断协议的发起人。这是因为发起人本身存有极大过错,若对发起人进行宽恕而减免处罚,可能引发道德危机、引起市场垄断协议泛滥。此外,国外宽恕政策一般也不适用发起人。

第二,需要区分宽恕政策适用的情形,即针对主动报告的经营者多寡、贡献大小等因素而决定是否减免其处罚以及减免程度。如欧盟委员会的宽恕政策规定企业可以享受的处罚减免程度如下:第一个提供重大证据材料的企业减免30%~50%,第二个提供重

大证据材料的企业减免20%~30%,随后提供重大证据材料的企业减免不超过20%;同时,还规定执法机构确定减免处罚程度时应考虑的诸如提交满足条件的证据材料的时间、所提供的证据材料的作用大小等因素。

第三,需要进一步完善我国《反垄断法》法律责任体系。较他国《反垄断法》法律责任而言,我国《反垄断法》法律责任体系还有诸多不足,如刑事责任制度的缺失,对违法行为人缺乏威慑力和吸引力。因此,应完善我国法律责任体系以有效实施宽恕政策。此外,还须进一步明确我国反垄断执法机构、主动报告的程序等制度规范,以使经营者报告有门、报告有道,从而有效地贯彻执行宽恕政策。

四、结 论

作为反垄断执法的重要措施,宽恕政策基于经济学“博弈理论”,以积极告发、主动配合为前提,并以减免处罚为保证,促使达成垄断协议的经营者之间“窝里斗”,从堡垒内部攻破极具隐蔽性的垄断协议行为,从而,有效打击垄断行为、维护市场竞争秩序。因此,宽恕政策是落实和实现反垄断法基本理念和价值目标“有序竞争”的法治举措和制度安排,它历经市场经济国家的历练并不断完善。作为新近反垄断立法国家,我国亦引进了宽恕政策,是法治进步仍有不足。应以《反垄断法》实施为契机,认真分析研究宽恕政策,进一步完善宽恕政策体系,确保有效打击垄断协议行为保障市场竞争秩序。

参考文献

- [1]时建中:《反垄断法——法典释评与学理探源》,中国人民大学出版社,2008年,第435页
- [2]安建:《中华人民共和国反垄断法释义》,法律出版社,2007年,第136页
- [3]吴宏伟 金善明:《社会本位:反垄断法立足之本》,《法学家》2008年第1期
- [4]Wouter P.J. Wils, Leniency in Antitrust Enforcement, Theory and Practice, (2007)30 W.Comp.1, 25~64.
- [5]G.M. Grossman and M.L. Katz, Plea Bargaining and Social Welfare, (1983)73, American Economic Review 749~757.
- [6][美]博登海默:《法理学、法律哲学和法律方法》(邓正来译),中国政法大学出版社,1999年,第251页