

反垄断法实施的逻辑前提:解释及其反思^{*}

金善明^{**}

内容提要:《反垄断法》颁布后,文本的制度供给与垄断规制的法治需求之间的紧张关系需要通过解释予以缓解和消弭,解释是反垄断法实施的逻辑前提。囿于我国法律解释体制和实践,我国理论上虽有立法、司法和行政解释之分却仅有反垄断司法解释和行政解释之实践。但由于我国反垄断司法解释和行政解释呈现为以解释代立法的普遍性规范,易导致权力集中和滥权且不利于当事人的权利救济,因而亟需从解释思维、解释目标和解释逻辑等方面推进反垄断法解释的合理化。

关键词:反垄断法解释 垄断规制 司法解释 行政解释 市场竞争

随着社会主义法律体系的形成,“准确理解和有效实施法律就成为法治建设的重要任务”。^①法律实施与法律解释是密不可分的,没有谁会否认法律实施需要法律解释。^②“反垄断法的实施作为反垄断法所确立的制度规则在社会经济生活中得以实现的活动,是反垄断法律规范通过一系列制度和机制从‘书本上的法’转化为‘行动中的法’的过程”,^③因而也必然以解释为前提。然而,我国《反垄断法》实施虽五年有余,但有关解释方面的研究国内学者却鲜有问津。^④实践中,为了回应或应对《反垄断法》实施中可能遇到的问题或矛盾,我国反垄断执法者先后在各自管辖范围内出台了相应规定,试图通过细化、明确《反垄断法》中相关概念与规范而有效实施《反垄断法》,进而力求“预防和制止垄断,保护市场公平竞争”。但这些规定是否就是对我国《反垄断法》所进行的解释,或者说从法律解释学角度来审视,这些规定是否为反垄断执法者对《反垄断法》具体应用中的问题所作的解释?这值得从法律解释学角度对其进行剖析并对我国反垄断法解释机制进行反思,以期对我国反垄断法解释的进一步完善提供反哺。

一、反垄断法解释的必要性:文本与市场

反垄断法是市场经济国家的基本法律制度,其任务就是“防止市场上出现垄断,以及对合法产生的垄断企业进行监督,防止它们滥用市场优势地位。”^⑤这一使命须通过以文本形式呈现的法律规范来予以承载和实现,但文本仅是法律规范的载体而无法自觉执行法律规范,反垄断法的使命须在实施中得以践行。具体实施中,反垄断法文本在市场垄断问题面前却会显得蹩脚甚至束手无策,文本之于使命可谓心有余而力不足——文本的抽象、市场的多变,如何将市场中的垄断行为或案件涵摄于文本上的规范之中,则需要执法者

* 本文系国家社会科学基金青年项目“反垄断法法益立体保护研究”(项目号:12CFX074)和中国社会科学院创新工程2013年度项目“市场经济法治问题研究”的阶段性成果。

** 法学博士、中国社会科学院法学研究所助理研究员。

① 陈甦《体系前研究到体系后研究的范式转型》,载《法学研究》2011年第5期。

② 参见张志铭《中国的法律解释体制》,载《中国社会科学》1997年第2期。

③ 王先林《我国反垄断法实施的基本机制及其效果——兼论以垄断行业作为反垄断法实施的突破口》,载《法学评论》2012年第5期。

④ 至少通过中国期刊网关键词搜索未获得反垄断法或竞争法解释方面的文章或论文。但《反垄断法》颁布不久,国内不少学者便先后对《反垄断法》作出解读,并出版了诸如《〈中华人民共和国反垄断法〉条文说明、立法理由及相关规定》、《中华人民共和国反垄断法详解》、《反垄断法:法典释评与学理探源》、《反垄断法理解与适用》等注释性著作,但这些著作有一个共同点就是对《反垄断法》进行逐条解读而未能就中国《反垄断法》实施中的具体应用问题作相应的分析,也未从法律解释学角度对反垄断法进行体系化的解释而仅是对《反垄断法》条文进行注释。

⑤ 王晓晔《反垄断法律制度》,载王晓晔著《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第7页。

对反垄断法规范能够予以准确理解和合理适用。而能够消解文本与市场之间距离的媒介正是解释,“解释是一个过程或方法,通过解释,使一个否则就会不确定的规则与这些案件相关联,并因此被赋予具体的含义。”^⑥由于我国仍处于转型期,静态的《反垄断法》文本与动态的市场垄断行为之间同样存有距离,需通过解释来解决和满足有效规制垄断行为的法治需求,主要表现为:

1. 文本的模糊性和不确定性需要解释。“模糊性以及因模糊性而产生的不确定性是法律的基本特征。”^⑦但法律是实践性的而非止于文本,文本的模糊时常导致具体实施中法律规范的不确定性,即“当一个法律问题或者一个如何将法律适用于事实的问题没有任何唯一正确答案的时候,法律即是不确定的。”^⑧严格来说,模糊性和不确定性不是一回事:前者是法律文本本身特征或法律规范表达的特征,后者则是指法律适用中的特征。文本的模糊一般会引发法律适用的不确定性,因而对规范的解释就显得非常重要而有必要。作为市场经济之高级法,^⑨反垄断法也同样存有模糊性与不确定性的困扰,“各国在称呼反垄断法时往往加上‘政策’一词来表示这种不确定性,这是其他部门法所不曾有的。”^⑩我国《反垄断法》更甚,因其“只有57个条文,可能是全世界篇幅最小的反垄断法典,”^⑪亦不可避免地存有模糊性和适用中的不确定性,具体表现在三个方面:(1) 反垄断法文本的原则性。针对我国市场情形和垄断现状,我国反垄断立法不仅要制止传统意义上的三大经济性垄断,更要制止具中国特色的行政性垄断,因而在借鉴和吸收域外反垄断立法制度与经验的基础上拓宽了我国反垄断法的规制范畴。而且,由于我国缺乏反垄断的立法经验和法治传统,对于反垄断可能引发的社会经济效果尚不能完全估清。因此,我国《反垄断法》选择了较为原则的立法模式,“粗线条立法是我国《反垄断法》的特点之一。”^⑫随之而来的副产品便是,我国《反垄断法》文本规范为在极其有限的篇幅内容纳尽可能多的规制对象而使得条文规范简约而原则,为具体实施留下了解释的空间;(2) 反垄断立法用语的局限性。“一切法律规范都必须以作为‘法律语句’的语句形式表达出来”,“只有通过语言,才能表达、记载、解释和发展法。”^⑬但恰如海德格尔所言,“世界的存在是不可表达的,语言永远也不能表达世界的本来面目。”^⑭以语言为唯一载体的法律由于语言本身和人的认识能力的有限性,亦难逃这一规律,即并不能直接反应客观世界的本来面目。作为遵循市场运行规律、保护市场竞争的反垄断法囿于其规范语言而无法对市场中的垄断行为或问题作事先或全局的预设,具体实施中难免凸显规范语言的局限性;(3) 文本所载立法宗旨的抽象性。立法宗旨是立法所要达到的政策目标,是法律制度设计的指导思想,不仅对理解具体法律条文有重要意义,在执法过程中,对不同案件的处理上也有指导意义。^⑮我国《反垄断法》第1条虽明确其立法宗旨为“保护市场公平竞争”、“维护消费者利益和社会公共利益”等,但随之而起的问题是效率价值与公平价值如何协调、“社会公共利益”如何理解、“社会主义市场经济”应该作怎样的定位等,因而中国《反垄断法》的目标争议不仅表现在公平价值与效率价值的关系处理,更在于理论和实践中如何对“社会公共利益”和“社会主义市场经济”的概念内涵作进一步界定。^⑯

2. 反垄断“中国问题”的解决需要解释。反垄断是中国新近经济体制改革后市场经济建设中所兴起的一个热点话题。1992年中共十四大确立建设社会主义市场经济的改革目标前,我国实行的是计划经济体

⑥ [美]马丁·斯通《聚焦法律:法律解释不是什么?》,载[美]安德雷·马默主编《法律与解释》,张卓明、徐宗立译,法律出版社2006年版,第10页。

⑦ [英]帝莫西·A·O·恩迪科特著《法律中的模糊性》程朝阳译,北京大学出版社2010年版,第1页。

⑧ 前注⑦,[英]帝莫西·A·O·恩迪科特著书,第13页。

⑨ 参见史际春《〈反垄断法〉与社会主义市场经济》,载《法学家》2008年第1期。

⑩ 沈敏荣《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,法律出版社2001年版,第71页。

⑪ 时建中主编《反垄断法——法典释评与学理探源》,中国人民大学出版社2008年版,前言(代序),第9页。

⑫ 时建中《我国〈反垄断法〉的特色制度、亮点制度及重大不足》,载《法学家》2008年第1期。

⑬ [德]伯恩·魏德士《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第73页。

⑭ 转引自刘放桐等编《现代西方哲学(修订本)》(下册),人民出版社1986年版,第592页。

⑮ 参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室编《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第1页。

⑯ 参见叶卫平《反垄断法价值问题研究》,北京大学出版社2012年版,第3页。

制,竞争或垄断对于经济建设来说是个盲区或者说整个经济就是垄断的而无竞争,充其量也只是社会主义生产建设中的“比赛”。但1992年以后,尤其是1993年修宪时将“社会主义市场经济”入宪并明确“国家实行社会主义市场经济”,竞争及其规范方才进入国家立法视野。同时,“自1990年代以来,在全球化背景下,中国法律改革出现新的趋势,为了适应国内的需要和回应全球化的挑战,中国当代的法律移植进入一个新的阶段。”^{①⑦}竞争立法正是在这样的背景下启动并持续,直至2007年《反垄断法》的出台。由于我国反垄断立法在借鉴域外制度与经验时,“并不限于通常而言的理论参考和制度借鉴,还有更为常见而为通常研究所忽略的‘场景借用’。”^{①⑧}我国反垄断立法中的域外经验借鉴片面聚焦于域外反垄断法实施的效果而忽略了反垄断法实施获得良好效果所需的前提“场景”,只注重制度的移植而忽略了本土市场及其运行的制度、法治环境等场景因素。所以,反垄断立法过程中,无论政府官员抑或坊间学者虽不断越洋取经但最终带回的仅是制度文本,而无法取回反垄断之真经(或“精”),因而难免会呈现移植建构的以文本表述的反垄断法与急速转型的以竞争展现的市场实际之间存在着规范效力与市场接纳的紧张状态。因此,《反垄断法》颁布实施甫始最为重要的法治需求便是尽快有序消解这种紧张状态,使反垄断法更能契合我国市场运行实际,更为有机地融入我国日常经济生活之中。这就要求“纸张上的法律或许可以是外国的法律,但法的实践注定只能是中国的实践。”^{①⑨}研究反垄断中国问题或者运用反垄断法预防和制止中国市场经济运行中的垄断问题成为中国反垄断法实施的初衷之所在,但其前提是如何正确地对待和解释文本形式的反垄断法规范。作为文本的反垄断法与外国反垄断法并无太大或实质性差异,但其所赖以运行的市场经济环境、国家制度、传统文化以及主流思想等方面的不同着实客观存在。因而,如何使具有普遍性或国际性的反垄断法文本在中国落地生根并成长,这须接地气、需要解释,通过解释使反垄断法精神能够在中国市场经济运行中得以落实并为中国市场经济服务。

3. 市场经济体制改革的深化需要解释。随着经济体制改革的推进,我国经济发展的市场化程度不断提高,市场在资源配置中的基础性作用日益增强。在发达市场经济国家,由于市场在长期自然演进中不断成熟并形成了一套以商业惯例和法律为基础的相对完善的游戏规则,政府对经济活动的干预不仅必须以促进和保护市场为前提和基础,而且受到严格的法律约束。然而,我国目前经济仍处于转轨之中,“政府与市场的关系要复杂得多,并且始终存在价值判断和理论上的分歧”;^{②⑩}同时,“政府职能转变、要素市场建设、垄断行业改革、城乡统筹发展、收入分配关系调整等领域的改革仍处于攻坚阶段。”^{②⑪}这需要进一步推进经济体制改革,“经济体制改革的核心问题是处理好政府和市场的关系,必须更加尊重市场规律,更好发挥政府作用。”^{②⑫}按现代政治经济学理论来说,国家须依法调适政府与市场的关系,以反垄断法应对和处置市场运行中限制和束缚竞争的行为。但反垄断法在规约我国市场经济建设进程中的垄断行为时,通常处于这样的尴尬境地:一方面,我国处于转型期市场形势瞬息万变、垄断行为也千变万化,静态的反垄断法文本难以满足动态的市场垄断行为规制需求。事实上,“即使是在一个比较静态的社会中,也不可能创造出能预料到一切可能的争议并预先加以解决的永恒不变的规则。在现代更谈不到这种被冻结的法律制度了:当人类关系每天都在改变,事业就决不可能有持久不变的法律关系,只有流动的、弹性的、或有限度确定性的法律制度,才能适应这种人类关系,否则社会就会受束缚。”^{②⑬}反垄断法所规制的市场现实亦是如此而非变动不居,需要通过解释在维护法律稳定的基础上应对万变的垄断问题;另一方面,由于市场经济生活纷繁复杂,反垄断法概念或规范无法

^{①⑦} 高鸿钧《法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向》,载《中国社会科学》2007年第4期。

^{①⑧} 前注① 陈甦文。在该文中,作者指出,“场景借用”是指一个具体法律所要规范的情形在我国社会中还没有发生过,我们根据别的国家或地区已发生过的社会生活场景,推测在我国也会发生同样的社会生活场景,因而就此社会生活场景抽离出具有法律意义的假定情形,再有针对性地制定相应的法律规范。

^{①⑨} 江伟、单国军、徐卉《1997年民事诉讼法学研究的回顾与展望》,载《法学家》1998年第1期。

^{②⑩} 杨启先、石小敏等著《中国经济体制改革基本理论》,中国人民大学出版社2008年版,第106页。

^{②⑪} 李铁映《中国的改革——纪念改革开放30周年》,载前注② 杨启先、石小敏等著书,序言,第12页。

^{②⑫} 胡锦涛《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》,人民日报出版社2012年版,第21页。

^{②⑬} 沈宗灵《现代西方法律哲学》,法律出版社1983年版,第99页。

事无巨细地覆盖现实经济生活的方方面面,“以某一特定的社会关系为前提作出的法律规定,在多大程度上可适用于与其不同的社会关系也是个问题。”²⁴反垄断法具体实施时亦大抵如此。反垄断法文本所提供的规范供给不足,难以有效应对或满足市场运行中规制垄断行为的需求,需要或者促使执法者通过解释来合理地处置市场中的垄断行为或案件。与此同时,由于市场和竞争愈来愈国际化,企业的限制和反竞争行为也愈来愈国际化,这些行为的经济影响很容易跨越国界而不受一国法律束缚或限制,因此为了避免和规制跨国性的垄断行为对我国市场的影响,亦亟需我国反垄断执法者对反垄断法进行合理的解释和实施。

萨维尼曾指出,“法律自制定公布之时起,即逐渐与时代脱节。”²⁵我国《反垄断法》颁布后,因文本抽象而缺乏可操作性、立法时注重域外经验引进和研究而忽视本土问题和特色、经济转型中垄断规制的需求变化与文本相对静态的矛盾等因素的存在,同样隐藏着法律实施需要解释的一般规律。解释成为我国《反垄断法》能否有效实施并实现其立法宗旨的关键环节,市场经济法治建设需要反垄断法解释,没有合理的反垄断法解释就不能有效实施反垄断法、更不能有效实现反垄断法目标和法治建设目标。

二、反垄断法解释的界定: 概念与实践

反垄断法解释是解决《反垄断法》文本的规范供给与规制垄断的法治需求之间矛盾的前置性法律技术,“法律不是摆在那儿供历史性地理解,而是要通过被解释变得更具体地有效,”²⁶正是说明解释之于法律适用的重要性,因为“法律应用的大部分就是在解释法律与事实。”²⁷但法律的解释不是游离于国家法治机制约束之外而任由执法者或研究者凭兴而作,因为在中国当前语境下法律解释不是一个发现和解释法律意义的过程,而只是一个界定权力的过程。“把法律解释单列为一种权力,并在不同的国家机关之间对这种权力进行分配,构成了当代中国的法律解释体制。”²⁸我国开展法治建设时间虽不长,但实行法律解释制度的历史却不短。自1954年《宪法》第31条规定全国人大常委会解释法律、1955年全国人大常委会通过的《关于解释法律问题的决议》起至今,我国基本形成了以《宪法》、《立法法》、《人民法院组织法》以及1981年全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》为主要框架的法律解释体制。作为《反垄断法》实施的逻辑前提,反垄断法解释亦必然在此体制下进行并受该体制约束。依据该体制,反垄断法解释理论上可分为立法解释、司法解释和行政解释三类。

1. 立法解释,即立法机关对法律条文意义的说明。我国立法解释权属于全国人大常委会。当法律条文本身需要进一步明确界限或作补充规定时,或者最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧时,由全国人大常委会或报请全国人大常委会进行解释。虽然我国宪法和法律对全国人大常委会的立法解释权作了明确规定,但立法解释制度从确立至今,极少颁布立法解释性文件,基本上没有发挥其应有的作用。²⁹因此,对于新近颁布的《反垄断法》来说,仅有出台立法解释的理论可能性,但从实践经验来看全国人大常委会对《反垄断法》作解释性规范的几率微乎其微。原因在于:一方面,立法机关对于既有法律存在的诸如不够详细、不便执行等问题,不若执法机构或法院有直观感受,对于哪些问题需要进一步解释并不十分清楚。且通过执法和司法实践将问题反馈回立法机构并寻求立法解释的机制尚未建立,而实际发挥立法解释(或立法)功能的司法解释和行政解释的实践又使得立法解释以及建立寻求立法解释的反馈机制显得多余;另一方面,立法机关享有修订法律的权力,因而不一定非要通过正式解释来解决界限不明确的问题或作进一步补充规定。当立法内容跟不上实际需要时,立法机关可以通过修订而不是扩充解释的途径解决问题。因此,我国法律体系基本形成后,立法机关的工作重心亦应由先前的立法转向修法,通过修法及时回应市场情势的发展变化,以便于执法和司法工作的开展。

2. 司法解释,即最高人民法院针对法院审判工作中具体适用法律、法令的问题所作的解释。我国《法院

²⁴ [日]川岛武宜《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第245页。

²⁵ 转引自徐国栋《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1996年版,第150页。

²⁶ Gadamer, Hans-Georg: Truth and Method, New York: Cross Roads, 2d. Rev ed., 1984, p275. 转引自郑戈《法律解释的社会构造》,载梁治平编《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第65页。

²⁷ 陈金钊《法律解释学——权利(权力)的张扬与方法的制约》,中国人民大学出版社2011年版,第2页。

²⁸ 前注②,张志铭文。

²⁹ 参见陶凯元《中国法律解释制度现状之剖析》,载《法律科学》1999年第6期。

组织法》明确司法解释权属于最高人民法院。在立法不足时期,最高人民法院的大量文件直接弥补了空缺;当下立法日趋完善,司法解释几乎成了立法的“伴生品”。^{③①}《反垄断法》出台后也面临同样命运,“尽早出台相关司法解释,尽快明确受理和审理垄断民事纠纷案件的规则,为人民法院充分发挥审判职能、正确适用法律提供指导,成为一项紧迫的工作任务。”^{③②}最高人民法院依据《反垄断法》第50条并结合《民事诉讼法》、《侵权责任法》和《合同法》等相关规定出台了《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》(以下简称《垄断司法解释》),对起诉、案件受理、管辖、举证责任分配、诉讼证据、民事责任及诉讼时效等问题予以界定和明确。这将在一定程度上便于当事人依据《反垄断法》第50条提起垄断民事诉讼请求,因为“垄断民事案件通常疑难复杂,经济与法律问题相互交织,专业性很强,对企业和行业均有重大影响,而反垄断法的一些规定具有较强的原则性和抽象性,涉及人民法院的操作条款相对比较简单。”^{③③}因而,《垄断司法解释》出台后很多学者和媒体觉得该司法解释犹如一剂强心针,为我国长期积压的垄断民事纠纷解决提供有效的路径。^{③④}事实果真如此?即便如此,该解释有没有越俎代庖之嫌,抑或是否存有限制了某些受害人提起诉讼的权利等问题?其实,值得反思。

3. 行政解释,即行政机关对有关法律规范如何具体应用所作的解释。依据《关于加强法律解释工作的决议》规定,行政解释通常包括两种情形:一是不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及其主管部门进行解释;二是凡属于地方性法规如何具体应用的问题,由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释。由于《反垄断法》第10条明确我国反垄断执法机构为国务院规定的承担反垄断执法职责的机构,省级人民政府相应的机构则应国务院反垄断执法机构授权后方可执行《反垄断法》,因而享有《反垄断法》行政解释权的只能是国务院反垄断执法机构。《反垄断法》本身亦为国务院反垄断执法机构解释《反垄断法》预留了空间。国务院反垄断执法机构依此分别在各自管辖范围内出台了名称中带有“规定”、“办法”等字样的有关非价格垄断、价格垄断和经营者集中等方面的规范性文件。这些文件该如何定性,是有关反垄断法的行政解释还是有关反垄断方面的行政立法?仅从称谓而不看内容难以区分,因为目前有关行政解释的形式、名称等方面的内容尚缺乏规范,在实践中又极少采用司法解释常用的诸如“对××的解释”或“解答”等称谓。但可否依据《规章制度程序条例》相关规定将这些规范性文件认定为“部门规章”?^{③⑤}对此,不能依名称而予以简单认定,应结合文件内容进行实质性判断。因为行政立法和行政解释所产生的理论效果与实际影响是不同的:(1)行政立法权由宪法加以规定,行政解释权则是由全国人大常委会决议予以确认的;(2)行政立法属于我国正式法律渊源之一,其中,行政法规是司法审判的依据,部门规章是司法审判的参照。行政解释虽然属于法律的正式解释之一,但没有任何立法或全国人大决议规定其对司法审判具有约束力;(3)行政立法是否符合宪法或上位法由全国人大常委会审定,而行政解释是否符合立法原意或其法律依据由谁审定尚不明确。因此,有关反垄断执法机构颁布的规范性文件属于行政解释还是行政立法,直接关系到其适用场景、合法性审查以及救济等方面的考量。目前,这种不清不楚或者既然出台就此认定为部门规章的做法,表面上看有利于明确《反垄断法》、规制市场垄断,实质上存有违反现代法治精神之危险,应引起警惕。

反垄断法解释按照逻辑演绎应有立法解释、司法解释和行政解释之分,但由于我国立法解释基本处于休眠状态而很少被动用,故目前仅有司法解释和行政解释之实践。由于法律解释旨在解决法律具体应用中的问题,因而法律解释与法律实施机制紧密相连。我国反垄断法实施机制采取了“行政模式”,^{③⑥}即反垄断执法

^{③①} 以商事司法解释为例,自2004年以来,每一重要的商事单行法颁布后几乎在一年之内与之配套的司法解释即已陆续出台。司法实践对司法解释的渴求愈来愈强烈,以至每当一部新法律颁布后,似乎没有相关司法解释就不能有效适用法律。参见陈甦《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,载《法学研究》2012年第2期。

^{③②} 孙军工《〈垄断司法解释〉出台背景》,载《法人》2012年第6期。

^{③③} 前注^{③①}孙军工文。

^{③④} 参见《反垄断司法解释:回归理性维权》,载《光明日报》2012年6月7日第5版。

^{③⑤} 事实上,当前无论学界抑或实务界都当然地认为这些规范性文件是部门规章,大抵原因是以各部委的名义审议通过的。但笔者认为,不能依据文件颁布的名称和单位进行简单认定,而须结合文件的内容进行审视。

^{③⑥} 参见王晓晔《我国反垄断执法机构的几个问题》,载《东岳论丛》2007年第1期。

机构不仅有权对垄断案件进行调查和审理,而且有权像法官那样对案件作出裁决,包括在违法行为人不执行裁决时有权实施行政处罚;当事人对反垄断执法机构的裁决不服的,有权向法院提起诉讼。同时,当事人因垄断行为受损的,可以向法院提起诉讼获得救济。基于此,反垄断执法机构与法院依各自职权对《反垄断法》进行解读并颁布相应的解释文本,但也引发了诸如解释本身正当与否即以解释代立法是否抹煞了立法、解释与执法之间的边界,以及如何协调行政解释和司法解释之间的冲突与矛盾等难题,因而值得从法理层面和实践角度进行推敲。

三、中国语境下反垄断法解释的检讨: 依据与范畴

当法律解释渐已成为一种习惯,甚至成为国家立法的重要补充抑或没有法律解释就无法适用法律时,应该值得反思。作为市场经济基础性法律规范,《反垄断法》13年磨一剑而出台后却须依靠行政解释抑或司法解释方能得以实施,其中法律本身的原因自然应该予以探寻和矫正。当然,在法短期内不能得以修善而依赖解释予以实施的情形下,更应将目光流转于文本与解释之间,对既有解释进行解剖和检讨。

1. 解释操作的体制性困扰。在现行法律解释体制之下,我国反垄断法解释实际有行政解释和司法解释两类,其目的在于:一方面为经营者提供明确的规范以预测和矫正自身市场竞争行为,另一方面为反垄断执法者处置案件提供更为明确的依据。这种解释表面上看确实能够在一定程度上明确法律适用中某些概念或规范的含义、满足法律适用的实际需求,却使执法者僭越了其法治意义上的职能,有执法者任意之危险同时也侵蚀了立法权与执法权分离并制衡的原理。严格意义上来说,这不能算是一个“解释”的过程,因为解释的实质是使“意义”呈现,而无论反垄断行政解释还是反垄断司法解释,都是一种创制或试图创制新规则的活动,在这种活动中,法律规则或者说人的理性不断扩大其疆域,将其原先所未及的与反垄断法有关的事实纳入其中。这是典型的“立法中心主义”倾向表现,简单地将法治等同于“有法可依”,认为只要有了法律就能解决问题。因而,实践中,反垄断执法者不是基于现代法治理念理解、发掘并适用反垄断法,而是企图以自己的理解或自身执法的方便制造相关规范并美其名曰“法律解释”,这有违现代法治精神:一方面,由于行政机关在我国政体中居于特殊地位,国务院反垄断执法机构也不例外。国务院反垄断执法机构不仅享有解释和执行《反垄断法》的权力,而且具有反垄断行政立法的职能;另一方面,反垄断司法解释在力图构造中国反垄断民事诉讼框架的同时型塑当事人的权利义务,且不说这一解释质量如何,但从解释权限角度来说便有越权解释之嫌,在很大程度上代替了立法机关的立法功能。可见,无论是反垄断执法机构还是法院都是集反垄断立法、解释与执法(司法)等职能于一身。显然,这与现代国家法治精神、权力制衡理念相悖,在反垄断法实施中易诱发两种后果:一是反垄断执法者权力扩张和滥用,当事人救济无门或救济无效,反垄断执法者集立法权、解释权和执法权于一身,对当事人作出的裁决自是其“一条龙”服务的结果,从而使得当事人的救济效用降低甚至为零;二是反垄断行政解释和司法解释各自为政,易引发两执法者之间争抢地盘,且涉及如何协调两执法者之间关系等问题却无法作出有效解释。因此,这从客观上要求国家须对这种解释体制进行改革,但其改革路径并不在于反垄断法规范本身而在于国家立法机制的改善和立法质量的提高,尽量减少法律解释的预留窗口。

2. 预设性解释思维的泛化。反垄断法是矫正和维护市场竞争的基本法律,在西方国家已有百余年历史。但在中国,反垄断法则是21世纪的事,其形成和发展与我国经济体制改革紧密相连。“在计划经济条件下,制定和颁布反垄断法是不可想象的事情。在社会主义市场经济体制下,因为市场机制和竞争机制在我国配置资源中同样发挥基础性的作用,是发展国民经济的根本手段,反垄断法在我国就有着极其重要的地位,是我国的经济宪法。”^④但因我国缺乏竞争文化传统,^⑤且我国市场经济建设起步较晚,因而我国反垄断立法“在很多方面借鉴了竞争政策发达国家和地区的先进经验,特别是借鉴了美国法和欧洲法的经验”,^⑥反垄断法解释亦是如此。由于我国反垄断法实施不久,对我国市场运行中垄断行为或问题的认识不充分、解决经验不

^④ 王晓晔《反垄断法与我国经济体制改革》,载《东方法学》2009年第3期。

^⑤ 参见黄勇、江山《反垄断法实施的文化维度论纲——以竞争文化、诉讼文化与权利文化为中心》,载《江西社会科学》2008年第3期。

^⑥ 前注^④王晓晔文。

足,而我国法律解释通常是事先性的、具有普遍适用性的规范,因而在对《反垄断法》作解释时必然要以域外经验为借鉴,即假借域外反垄断法实施中所遇问题或矛盾作为我国反垄断法解释的场景。反垄断执法者事先通过制定事无巨细的普遍性规范,以场景假想为依托试图穷尽反垄断法实施中所有能遇到的问题或矛盾,从而提前消解实施中可能会面临的反垄断疑难杂症。这看似是未雨绸缪、事先设定规范,其实质是法治机械主义的体现。即执法者只是法律的奴仆,其任务不外乎真实地宣示法律的“意义”以及权威的解说,就如同基督徒对待《圣经》原文及托马斯·阿奎那等权威的基督教神学家的解说一样。³⁹虽然基于市场经济的通性和一般规律,对我国《反垄断法》作国际化或欧美化的解释有助于预测我国反垄断法实施中可能遇到的问题并提供解决思路,但忽视了中国反垄断法的实施须解决的是中国市场经济运行中的垄断行为或问题。这种问题预设性的解释思维,导致我国反垄断法解释呈现这样的状况:一是反垄断法解释的西化,由于缺乏实践经验,且具体操作时未能紧密结合中国实际,如针对相关市场界定所作的指南基本是欧盟相关市场界定指南的简化版,因而结果便是只是多了个法律文本而已;二是反垄断法解释的虚化,反垄断法解释未能对《反垄断法》适用中的核心概念和关键规范予以具体化,仍有诸多空对空式的概念演绎和逻辑推演,如第15条中的“不会严重限制”、第17条中的“正当理由”、第28条中的“有利影响明显大于不利影响”和“社会公共利益”等关键概念依旧是模糊、虚置的;三是反垄断法解释的简单化,从所出台的解释文本来看与《反垄断法》条文重复较多,很多基本是原文照搬,毫无解释之意。这是因为我国反垄断规制的法治需求所倾向的解释受《反垄断法》某些条文定格的限制而无法作出符合现实需求的解释规范,因而只好以照搬既有条文而简单了事。反垄断法解释是反垄断法有效实施的关键,但预设性解释的泛化或绝对化隐藏着很多瓦解法治的危险,其中最主要的便是可能淡化法律的规范作用,因而反垄断法解释不能不慎重且应尊重和满足中国反垄断实践。

3. 解释范畴的边界模糊。“解释存在于法律自身之中,存在于一般知识之中。”⁴⁰解释就是把不清楚的说清楚,这实际上是说,解释是一种文本与解释者之间的沟通性言说,但不是所有的文本都是需要解释的。针对我国《反垄断法》解释的实践,如下三方面问题值得进一步厘清:(1)《反垄断法》是反垄断法解释的对象还是依据?法律解释通常有三要素即解释者、解释依据和解释对象,解释者在进行解释时总会面临两难选择,即一方面规则是解释的依据,法律人必须根据法律进行思维,另一方面法律词语的模糊性和不确定性等因素,又使得法律文本成为解释的对象。反垄断法因其自身的专业性和技术性而须解释后方能得以有效实施,在对其进行解释过程中,虽有《反垄断法》之外的规范因素影响解释者思维但不能改变解释对象即《反垄断法》;同时,反垄断法解释者必须基于我国经济体制即经济政策等因素考虑对《反垄断法》进行解释,但又不能超越《反垄断法》作出越权解释;(2)反垄断法解释是进一步明确《反垄断法》界限或对其作补充规定还是对具体应用中的问题进行解释?谁有权?这实际是在明确反垄断法解释对象的基础上进一步明确解释权的运行范畴。反垄断法解释理论上包括立法、司法和行政三类解释,但因由立法机关通过解释进一步明确《反垄断法》中某些规范的界限或对其作补充规定的路径在现实中处于休眠状态,实际只有司法和行政解释两类。而我国反垄断司法和行政解释事实上呈现为执法者代立法机关对《反垄断法》中某些规范作进一步明确或对其作补充规定而体现出立法解释的功能,从而实际导致执法者集立法、解释与执法(司法)三权于一身,有悖于现代法治精神。因此,应将反垄断法解释复归于原本意义上的解释,即针对《反垄断法》具体应用中的问题进行明确和补充,以防权力集中而诱发滥权;(3)反垄断执法机构和法院所作出的裁决是否具有指导作用?反垄断法最早起源于英美法系,因而其判例对后世反垄断法实施产生深远影响,如至今仍具举足轻重作用的“合理原则”和“本身违法原则”就是美国法院在反托拉斯案件审理中形成的。因此,依据借鉴域外经验而制定的《反垄断法》所作出的裁决是否可同英美法系反垄断执法机构作出的判例一样具有普遍规范性效力?依我国当前法律实施的实践看,答案是否定的。因为我国基本上属于成文法系,判例不若法律具有普遍规范性,充其量仅具有案例指导作用;但从长远来看,基于反垄断法自身的特性,应认可或赋予反垄断裁决以判例作用,因为反垄断法本身的模糊性和不确定性可通过具体裁决予以具体化、明确化,实际是一种

³⁹ 参见胡玉鸿《尊重法律:司法解释的首要原则》,载《华东政法大学学报》2010年第1期。

⁴⁰ [德]萨维尼、格林《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,法律出版社2008年版,第7页。

动态的解释,有利于实施《反垄断法》。

反垄断法解释是我国《反垄断法》实施的重要步骤,但因我国反垄断法解释囿于现行法律解释体制而呈现为以解释权代替立法权的解释机制,相应的执法者亦集立法权、解释权和执法(司法)权于一身。这种所谓“解释”已经超越了原本意义上的法律解释,即由执法者在法律具体应用中作出解释的初衷而演化为执法者自身造法行为。在此过程中,解释者为自身执法(司法)便宜,但因缺乏反垄断实践经验,而存有假想垄断问题或照搬域外制度之实,导致反垄断法解释脱离“中国问题”,使得反垄断法解释弱化,未能有效或真正解释《反垄断法》。基于此,应以本土化思维推进我国反垄断法解释合理化程度。

四、反垄断法解释的合理化: 思维与路径

我国反垄断法解释的现状与我国经济体制转型和法治理念缺失直接相关联: 经济体制处于转型期,使得反垄断法不仅担负规制市场垄断行为的传统职责更肩负培育和推进我国市场经济体制建设的使命,使得我国《反垄断法》较西方国家反垄断法具有更重的历史担当,因而解释者为了达致上述目标任务而促使反垄断法解释泛化。而且,长久以来缺乏有效法治机制的约束与监督,从而诱发反垄断法解释任意化。为矫正和引导我国反垄断法解释现状、促使其合理化,应从以下几方面着手予以改进和推动:

1. 解释思维转型。反垄断法有效实施的前提在于反垄断法得以合理解释,其关键在于对反垄断法的认识。国内学者习惯基于学科或部门法划分的思维将反垄断法归属于经济法,但经济法又该如何认识,这是个中国式的问题。将反垄断法归属于颇具争议的经济法之下进行类型化研究,难免会束缚反垄断法的研究视野和解释思维,因而从法治建设的图景角度来说,应跳出学科或部门法划分的传统思维或学术“圈地”来认识、省察反垄断法。正如某些学者所言“反垄断法是市场经济发展到高级阶段的法”,其所要解决的问题是经济运行中限制竞争的问题。因而,从以问题为研究导向的角度来看,反垄断法的核心任务就是矫正市场中被损害或受到威胁的竞争并对其予以保护。在这其中,反垄断法的效用是直接的亦是工具性的,但若发挥反垄断法的这种工具性作用,需要的却不仅仅是文本形式的反垄断法规范,而更需要良好的法治机制和环境——宪政民主下产权保护制度、契约自由制度以及良性的司法体系。基于此,反观反垄断法的目的和功能就简单而明了了,反垄断法就是依据健全的法治机制来预防和制止垄断、保护市场竞争,而不应过度地赋予反垄断法利益保护承载,否则其保护竞争的使命将被冲淡甚至抹煞,从而影响反垄断法规范的理解、解释和实施。事实上,当下中国市场运行中竞争问题或所谓的垄断绝非仅由反垄断法所能为,这是反垄断法解释思维须予以转变的现实要求,即反垄断法执法者须合理地对待反垄断法——既不要过高地宣传和估计反垄断法的作用,但也不要轻视或者忽略反垄断法的功能。客观对待反垄断法是合理解释《反垄断法》的理性前提,因为中国实施反垄断法的真正场景尚未筹备好。尽管“中国特色社会主义法律体系已经形成”,^①但并不意味着中国已成为法治国,法律实施的体制和机制尚有待进一步理顺。在此情景下,反垄断法解释思维亦必须实事求是地予以转型——减缩执法者以解释代立法的解释权范畴,将反垄断法解释还原为执法者在具体应用《反垄断法》过程中针对具体问题所作的解释,即反垄断法解释应由宏大抽象转为具体实用,便于《反垄断法》的有效实施。

2. 解释目标定位。解释的目的在于把不清楚的东西说清楚,法律需要解释的最直接原因在于: 法律是一种抽象的规则体系。但解释中,解释者意图时常与立法者原意发生不一致的情形,这就牵涉到法律解释目标的问题。历史地看,法律解释目标学理上典型的有“主观说”和“客观说”两种观点: 前者认为,法律解释的目标在于通过法律条文本身体和有关立法文献探知立法原意; 后者则认为,法律一经制定就与立法者分离,成为一种客观存在,因此,法律解释的目标并不在于探求立法者在立法时的意思,而在于探求存在于法律内部或法律自身的合理意思,并使这种合理意思适应社会的发展变化。“反垄断法作为维护社会主义市场经济秩序和市场竞争秩序的基本法律制度,是我国经济体制改革的产物; 另一方面,反垄断法作为维护市场机制和竞争机制不可或缺的法律制度,它的颁布和执行也有利于深化我国的经济体制改革和推动政治体制改革。”^②反垄断法解释目标究竟何在——是探求原意还是探寻合理意思? 这就要求对法律解释进行反思,法

^① 吴邦国《在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话》载《中国人大杂志》2011年第2期。

^② 前注^①,王晓晔文。

律解释是法律实施的一个基本前提,从受法律规范者的角度看,在一般情况下,法律解释只能假定立法原意已经体现在法律条文之中,假定法律条文本身的合理含义与该条文的立法原意是吻合的,如果不是这样,而是在人们对法律条文的通常理解之外去寻找和肯定该条文的“立法原意”,那就等于是在要求人们做不可能做到的事,从而违背基本的法治精神。因此,从这个意义上来说,反垄断法解释旨在通过明确《反垄断法》规范而实现矫正和保护市场竞争的目标。即反垄断法解释必须依据《反垄断法》进行,其直接目标在于明确《反垄断法》规范内涵,最终目标在于实现《反垄断法》的立法宗旨。这实际要求我国反垄断法解释者应理解解释目标是在遵循立法初衷的基础上对规范内容作解释而非以立法代替解释,或曰以解释之名行立法之实。

3. 解释逻辑更新。逻辑是思维的规律,是帮助我们达到理解的工具。逻辑恰当与否攸关法律解释合理与否,因而法律解释逻辑是法治思维下解释者合理探寻规范内涵的路径体现。由于我国现行法律解释体制的约束和反垄断法实践经验的缺乏,我国反垄断法解释具有浓重的立法色彩,解释者习惯于普遍性规范的制定而较少采取规范与案例结合的方式对《反垄断法》进行解释和适用,因而解释者在对《反垄断法》进行解释时很大程度上以场景假想(或域外场景移植)、问题预设等方式对解释提出要求或目标。这样的结果是,《反垄断法》条文解释空泛化而难以解决现实中的垄断问题,从而陷入一种怪圈——反垄断执法者认为我国反垄断法制度供给不足,并以此为借口进一步以立法代解释扩张自身解释权能,而事实上这对于反垄断法实施于事无补。因此,随着我国法律体系的建成和反垄断法实施的推进,应更新《反垄断法》解释逻辑,进一步改善我国反垄断法甚至整个法律解释体制:(1)从长远来看,应改变现行法治机制,将以解释权形式体现的立法权归还于立法机关,真正实现立法、执法分离并由司法予以制衡。为此,立法机关的工作重心应由立法转向修法。反垄断法的不明确、有待弥补的地方,应通过修正案的方式予以完善,而逐渐减少甚至杜绝执法者“立法式”的解释出现,将反垄断法解释归位于反垄断法适用中具体应用问题的解释;(2)短期内不能或难以改变现行法治机制的情况下,则应对反垄断法解释机制进行改善,特别是反垄断法的行政解释进行规范和约束,提升行政解释的解释者级别,以尽量减少行政解释的混乱和冲突。通过转变反垄断法解释思维、明确解释目标和任务,结合我国市场运行中限制竞争状况并及时总结反垄断法实施中的经验与教训,不断探寻反垄断法解释的正当性和合理性,推动反垄断法解释合理化,从而实现有效实施《反垄断法》的目标。

结语

《反垄断法》颁布后,因文本制度供给与市场规范需求之间存有矛盾即场景预设式的立法难以满足规制垄断行为的实际需求,需要通过解释来予以明确和弥补。“解释是法律得以实现、运用以及应对挑战的机制。”^{④③}解释是所有法律适用的前提,反垄断法也不例外。“法学家和法官们再也不能把法律原则抽象地予以哲理化了。他们必须把他们的工作同实际和观察挂起钩来。这把法学家和法官拉出了象牙之塔,迫使他们看看现实中的法律,而不是到法律本本的字里行间去研究。”^{④④}反垄断法解释就是要求将文本规范与限制竞争问题结合起来探求反垄断法适用之道,我国反垄断法解释有待从法律解释学角度对其进行审视和考量。按照现代法治精神对我国反垄断法甚至整个法律解释体制进行检讨和改造,明确反垄断执法者的权限,做到立法、解释、执法与监督之间有制约、有救济,减少甚或杜绝本本主义式的解释。(责任编辑:冯果)

^{④③} 前注^{②⑦} 陈金钊书,第133页。

^{④④} [澳]维拉曼特著《法律导论》张智仁、周伟文译,上海人民出版社2003年版,第126页。