

# 反垄断法社会实施机制的反思与完善

余 彦\*

**摘要:**反垄断法本身的复杂性决定了其实施体系应当具有更为丰富的层次。传统反垄断法二元实施模式存在内在不足且逻辑上无法形成闭环的弊端,有必要在反垄断法实施体系中引入社会实施机制。反垄断法社会实施机制应定位为反垄断法公共实施机制的补充机制、私人实施机制的保障机制,反垄断公益告发制度、反垄断民事公益诉讼制度、反垄断行政公益诉讼制度则构成其主要内核。2022年修订的《中华人民共和国反垄断法》第60条第2款确立了反垄断民事公益诉讼制度,这一修订虽创造性地填补了社会实施机制,但规定仍然单薄,同时既有的反垄断公益告发条款也明显存在局限,反垄断行政公益诉讼制度则整体缺失。因此,要完善我国反垄断法的社会实施机制,就应通过明确反垄断公益告发制度的构成要件、建立激励约束机制来健全反垄断公益告发制度,进一步补强反垄断公益诉讼制度,同时还应协调反垄断行政执法与反垄断公益告发机制、反垄断行政公益诉讼之间的关系,从而增强反垄断法实施体系的合力。

**关键词:**反垄断法 社会实施机制 公益诉讼 公益告发

## 一、问题的提出

2022年6月24日修订的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第60条第2款<sup>①</sup>对反垄断民事公益诉讼制度进行了明确规定,从而塑造了一种新的、迥异于传统行政执法和私人诉讼的反垄断法实施机制,这种实施机制在过往的讨论中被有的学者称为反垄断法的社会实施机制。<sup>②</sup>这一修订再次引发了理论界对我国反垄断法究竟应当确立何种实施模式的探讨。过去理论界根据实施主体和程序的不同,将反垄断法实施类型化为公共实施与私人实施两种模式,前者主要是指由专门反垄断执法机构实施依法调查处理垄断的行政执法行为;后者是指由经

\* 广东外语外贸大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(23ZDA056)

<sup>①</sup> 2022年修订的《中华人民共和国反垄断法》第60条第2款规定:“经营者实施垄断行为,损害社会公共利益的,设区的市级以上人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。”

<sup>②</sup> 赵红梅:《经济法的私人实施与社会实施》,《中国法学》2014年第1期。

营者、消费者等主体就垄断行为进行检举告发或者向人民法院提起民事诉讼来追究民事责任。<sup>①</sup>其中,因公共实施模式更加强调和依赖制度威慑,故一直是我国反垄断法实施的重点。但近年来反垄断法的理论和实践都进一步揭示了传统公共实施和私人实施模式均有其内在的制约因素,无论是其各自实施效果还是体系合力都未达到预期。随着《反垄断法》的修订和实施所传递出的加强反垄断法适用的明确信号,构建更为体系化的反垄断法实施机制就成为当前和今后一个时期的当务之急。如何建立一种既能吸收传统公共实施和私人实施这两类实施模式的优点、又能弥补其缺陷的新实施模式成为摆在立法者面前的迫切任务。相较于2008年《反垄断法》开始施行时理论界对反垄断法公共实施和私人实施机制的研究热度,目前学术界对反垄断法社会实施机制的研讨则显得异常冷清,缺乏深入的分析论证,反垄断法实施体系中的这一“缺口”始终未得到应有的重视。需要从本体上对反垄断法社会实施机制的功能价值、制度定位作出阐释,对反垄断法社会实施机制的现状进行全面反思,并基于制度理性对如何完善我国反垄断法社会实施机制作出有益的探讨。

## 二、反垄断法社会实施机制之逻辑证成

关于何谓法的社会实施,目前理论界尚有不同认识。学者们或是将其界定为社会组织和个人为实现及维护社会权益即集体公益通过行使社会(集体)权利实施法律,其典型形态为提起集团性公益诉讼、消费者“抵制”“罢买”等方式,<sup>②</sup>或是相对独立于国家以外的社会主体如各种社会组织、公众等利用自身的社会资源及手段自主能动地推动法律法规的贯彻实施,<sup>③</sup>或是社会团体或个人联合为了实现法所保护的社会利益而采取的各种社会措施。<sup>④</sup>尽管学者们的界定各有侧重,但法的社会实施指向“法定的主体为实现及维护社会权益即集体公益通过行使社会(集体)权利实施法律”<sup>⑤</sup>这一内核则基本不存在争议。一般来说,法的社会实施既包括诉讼方式也包括非诉讼方式,其中前者以公益诉讼为代表,后者以公益告发为代表。为保持学术讨论的延续性,本文也基本遵循上述界定,将反垄断法社会实施界定为特定主体为维护市场竞争等目标,通过诉讼和非诉讼等方式提升反垄断法适用效果的一种实施模式。这种模式在整体定位上属于反垄断法实施体系的中间地带,其两端分别勾连着代表国家力量的公共实施与代表私人力量的私人实施。实际上,只有在传统反垄断法二元实施结构中补齐社会实施机制,才能真正构建完整的逻辑闭环。反垄断法社会实施机制的“中间地带”属性决定了其外延具有极大的伸缩性,广义上而言由公权机关之外的无利害关系人发起或主导的维权活动都可称为社会实施,<sup>⑥</sup>但其伸缩结构下仍有作为内核的制度构成。从法学的规范视角审视,如何确定其内核制度并进行深入系统的分析就具有重要的价值。从外延上看,反垄断公共实施可分为诉讼与非诉讼两大类型,其中诉讼制度属于典型的法律保留事项,必须严格遵循我国诉讼制度的相关规定。显然,2022年修订的《反垄

① 参见王健:《反垄断法的私人执行:基本原理与外国法制》,法律出版社2008年版,第6~7页。

② 参见赵红梅:《经济法的私人实施与社会实施》,《中国法学》2014年第1期。

③ 参见何伦坤:《劳动法社会实施模式的理论建构及路径选择》,《天津行政学院学报》2017年第3期。

④ 参见甘强:《论经济法的社会实施:源流、特征及其模式》,《江西财经大学学报》2018年第1期。

⑤ 赵红梅:《经济法的私人实施与社会实施》,《中国法学》2014年第1期。

⑥ 参见焦海涛:《消费者权益保护法的社会实施》,《中国工商管理研究》2015年第3期。

断法》新确立的反垄断民事公益诉讼制度是最为典型的代表,因此本文将重点予以分析。同时,虽然《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)确立的行政公益诉讼制度尚未得到《反垄断法》的采纳,但其制度理念与反垄断法民事公益诉讼具有相通性,同样可纳入本文分析的范畴。相比反垄断法社会实施机制中的其他非诉讼方式,公益告发制度因其独特的制度定位及实定法的规范而成为一项重要的具体制度。反垄断公益告发是指垄断实施者的内部人员对该组织实施的垄断行为及相关的事实、证据向有关部门或者社会进行披露的行为。因此,本文基于规范分析的视角,将反垄断社会实施机制的具体分析聚焦于反垄断公益告发、反垄断民事公益诉讼和反垄断行政公益诉讼3项制度,这3项制度也构成反垄断法社会实施体系的核心。

#### (一)将社会实施机制引入反垄断法实施体系的必要性

当前主流理论认为经济法具有“二元结构”体系,随着经济调节活动日益复杂,如监管规范、价格规范、反倾销与反补贴规范等大量被认为具有过渡性、模糊性的规范开始日益增多,这些规范与宏观调控法和市场规制法规范都密切相关,可以称为“二元结构”的“中间地带”。<sup>①</sup> 反垄断法实施体系同样与此类似,无论是通过逻辑推演还是从实践观察都能发现,传统的反垄断法二元实施模式,即以反垄断执法机关为实施主体的公共实施模式与以市场主体为实施主体的私人实施模式无法代表整个反垄断法实施体系,尚存在行政执法和私人诉讼之外的“中间地带”。处于这种“中间地带”的实施模式的核心构造正是反垄断公益诉讼和反垄断公益告发,两者构成反垄断社会实施机制。而之所以强调反垄断法的社会实施机制,主要是因为如下两方面:

##### 1. 反垄断法本身的复杂性决定了其实施体系具有更为丰富的层次

在制度经济学的某些学者看来,法律的实施主体是公共机构还是私人并不重要,选择何种实施模式能够取得效益最大化的问题才具有重要的研究价值。<sup>②</sup> 根据西方国家较为流行的“最优法律理论”,当法律设计得最优时,由法庭来“执法”才是最优的制度,其他机构如专门的政府监管机构都是完全多余的。<sup>③</sup> 但是,根据一些研究垄断问题的经济学家的模式分析,当立法难以在事先给出对垄断违法行为予以认定与追责的明确指示时,反垄断目标应更多地通过指导、协商等更具灵活性和应变性的非正式执法方式来实现。<sup>④</sup> 显然,从当前世界范围内反垄断法的立法文本来看,几乎没有一个国家或者地区的立法能够到达最优立法的标准。受到语言语义“射程”的限制,任何立法都有其不确定性,而在全世界范围内,反垄断法较之传统法律更是表现出尤为突出的不确定性,这是由反垄断法立法语言的模糊性、规制对象的不确定性、法律目标的多元化等特点所决定的。例如,有美国反垄断法学者在梳理《谢尔曼法》实施历史之后发现,对于作为该法案核心概念的“限制贸易”“进行和企图垄断”,其到底意指如何“至今仍然没有答案,遑论达成共识”。<sup>⑤</sup> 这种法律条具体内涵及其揭示规则的高度不确定性,在我国更为明显。早在《反垄断法》出台时就有学者指出其57个条文的篇幅“可能是全世界篇幅最小的反垄断法典”。<sup>⑥</sup> 2022年

① 参见张守文:《经济法体系问题的结构分析》,《政法论坛》2005年第4期。

② 参见夏锦文:《法律实施及其相关概念辨析》,《法学论坛》2003年第6期。

③ 参见刘进:《法律不确定性视角下的反垄断法实施机制选择》,《竞争政策研究》2016年第2期。

④ 参见刘进:《法律不确定性视角下的反垄断法实施机制选择》,《竞争政策研究》2016年第2期。

⑤ See Schmalensee, Richard, Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust, eSapience Center for Competition Policy, 149(2007).

⑥ 参见时建中主编:《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,第9页。

修订的《反垄断法》虽然条文数量增加至70条,但从立法技术来看整体上仍偏于原则性规定。系统的制度才能够保证社会的长期安定,持续促进经济社会的发展。<sup>①</sup>因此,反垄断法天然就要求构建更为丰富的多层次实施体系。

## 2. 传统反垄断法二元实施模式具有内在的不足且逻辑上无法形成闭环体系

《反垄断法》出台前后,不少学者主张在反垄断执法机构之外构建更为多元的实施机制,<sup>②</sup>但立法最终明确了以公共实施为核心、以反垄断民事诉讼为辅助的二元实施结构,并延续了其他立法中关于公众举报的一般规定。受制于执法人员配备不充分、执法易受“俘获”、执法动力不足等因素,公共实施模式效果主要在重大影响性案件中得到展示,大量案件因线索无法进入执法程序而产生明显的“执行缺口”现象。尽管反垄断法的私人实施能在一定程度上弥补执法失灵的不足,却受到垄断问题高度复杂性、私人行动意愿不强、诉讼能力不足等天然限制,自2008年以来我国反垄断民事诉讼案件的数量长期保持在低位。据统计,自2008年《反垄断法》实施以来至2020年,全国各级人民法院受理的各类垄断民事案件不足900件,年均不足75件。<sup>③</sup>事实上,在反垄断法的公共实施与私人实施之间,还存在另一广阔且重要的区域即反垄断法的社会实施,但相关的实施模式尚未得到充分的展示。反垄断法的社会实施模式不仅是法律实施理论本身的有机构成部分,也在反垄断法这个特殊领域中具有重要的功能。面对这些情形,反垄断法要得到很好的执行,就必须在其公共实施与私人实施之间进行有效的衔接,而担负起这种衔接作用的就是社会实施机制。反垄断法社会实施机制的主体是传统二元结构中缺失的公益性社会组织和社会公众,其手段主要是执法和私益诉讼之外的反垄断公益告发和反垄断公益诉讼。当前公共实施模式下的反垄断行政监管及规制措施的实施仍依赖于对垄断经营者内部经营信息的掌握,而囿于执法成本等问题,实践中很多反垄断案件的线索都通过“举报”这一形式获取,从而为反垄断执法提供了有力支持。<sup>④</sup>这也表明,将举报、公益诉讼等手段纳入社会实施体系内能够最大限度地提升反垄断法实施体系的整体成效。2022年修订的《反垄断法》第60条第2款的出台,标志着反垄断法民事公益诉讼制度的正式确立,弥补了长期以来我国反垄断法社会实施体系内核缺失这一不足,对我国反垄断法社会实施机制的构建和完善具有重要意义。

### (二)社会实施机制的定位之一:反垄断法公共实施机制的补充机制

在制度定位上,以反垄断公益告发和公益诉讼为代表的社会实施机制首先构成反垄断法公共实施机制的有益补充。以公益告发这一反垄断法社会实施的重要机制为例,据统计,2021年国家市场监督管理总局充分利用举报线索信息,累计核查涉嫌未依法申报线索千余起,对近200起案件立案调查,对107起未依法申报案件公开作出行政处罚,涉及多个行业、各类市场主体,案

<sup>①</sup> 参见彭中礼:《中国式法治现代化的法理意蕴》,《求索》2023年第3期。

<sup>②</sup> 参见李俊峰:《私人实施反垄断法问题研究》,博士学位论文,华东政法大学,2007年,第49页;刘桂清:《反垄断法实施中的几个重大关系析》,《政法论丛》2007年第3期。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院:《最高法相关负责人就反垄断和反不正当竞争典型案例答记者问》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1712050614622800744&wfr=spider&for=pc>, 2024-01-30。

<sup>④</sup> 例如,2021年“阿里巴巴滥用市场支配地位案”、2022年“中国知网滥用市场支配地位案”等诸多反垄断执法案件,据相关法律文书披露,其线索都来源于举报。

件数量和处罚金额均创历史新高。<sup>①</sup> 当面对组织化的违法行为时,实践中总有人会选择挺身而出揭露黑幕。这些人在理论界被称为告发人或者“吹哨人”。尽管我国过去多部立法中存在关于“检举”“揭发”“举报”的规定,但对其内涵和区别并无界定,从而导致具体适用较为混乱,未能形成科学的制度化体系。相较而言,国外公益告发制度体系较为成熟。例如,美国过去的公益告发制度体系以告发人诉讼为主,但在近 40 年中,这一体系不断扩展,并形成了公益告发立法的 3 次浪潮。<sup>②</sup> 根据国外学者的界定,公益告发是指组织现在的或曾经的成员对组织控制下的非法、不道德或违反规则的行为向能对其采取行动的个人或者组织披露的行为。<sup>③</sup> 在一定程度上,公益告发制度在功能定位上可理解为对已有行政制度的监督形式创新,该机制实际上是为了谋求一个错综复杂的平衡,其中弥漫着私与公之间、雇主事务的保密性与揭发不法这两者各自的合法利益之间等一目了然的紧张气氛。<sup>④</sup> 也正因如此,公益告发制度在立法领域和公共政策领域都受到很大的关注。

之所以反垄断中的公益告发制度十分重要,主要是因为垄断行为的认定本身是一项非常复杂的事情。当前,包括我国在内的大部分国家对垄断的规制都采取“行为主义”分析范式,在该范式下需要综合分析垄断结构、具体行为对市场竞争是否存在限制、排除竞争的影响。因此,无论是在公共实施模式下还是在私人实施模式下,取证难和执法或诉讼的成本高昂都是其面临的最为突出的两大障碍。从理论上讲,由于大多数垄断行为都具有隐蔽性的特征,导致其难以被发现,因此借助市场内部的力量来查获垄断行为具有重要的价值。再加上这类手段往往具有成本低、灵活性强的特点,因而如何强化市场主体的披露意愿就成为反垄断执法机构工作的一大重点。例如,对垄断中最为典型的垄断协议行为,该垄断行为的构成要件之一是双方采取了“一致行动”,然而对客观呈现的联动行为是否意味着当事人之间有基于意思联络的“共谋”,外部人员甚至反垄断执法机构都很难获知。为此,很多国家为保障其反垄断法的实施都设计出了一种宽恕制度,即通过向揭发垄断协议行为并与反垄断执法机构进行合作的垄断协议成员和有关个人提供减免法律责任的宽恕待遇,鼓励和诱导垄断协议成员和有关个人揭发违法垄断协议行为。<sup>⑤</sup>

从理论上而言,反垄断行政公益诉讼更是直接发挥了其对反垄断公共实施的补充功能。所谓行政公益诉讼是指,当特定领域负有监管职责的行政主体实行了违法作为或不作为进而损害了或者有可能损害社会公共利益时,特定当事人为了维护公共利益直接以自身名义向法院提起行政诉讼,要求追究行政主体法律责任的诉讼制度。之所以要在传统行政公益诉讼之外另行构建行政公益诉讼制度,是因为传统行政诉讼要求原告与本诉具有直接利害关系,这在传统点对点结构下的行政法律关系中具有合理性。然而,随着社会化演进过程中行政机关职能的进一步扩张,行政机关的某些具体行为(包括作为和不作为)的影响已经超出具体行政相对人的范围而波及不特定的社会公众,从而形成新的“点对点”辐射结构。此时,当事人一方面囿于直接利害关系

<sup>①</sup> 参见国家市场监督管理总局:《中国反垄断执法年度报告(2021)》, [https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202206/t20220608\\_347582.html](https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202206/t20220608_347582.html), 2023-08-12。

<sup>②</sup> 参见周晓明:《公益告发制度研究》,《中南大学学报》(社会科学版)2015年第2期。

<sup>③</sup> See Near J. P., Miceli M. P., Organizational Dissidence: the Case of Whistle-Blowing, 4 Journal of Business Ethics, 1-16(1985).

<sup>④</sup> 参见李飞:《法律如何面对公益告发?——法理与制度的框架性分析》,《清华法学》2012年第1期。

<sup>⑤</sup> 参见游钰:《反垄断宽恕政策的理论分析与实证考察》,《法律科学》(西北政法大学学报)2008年第4期。

的规定而无法对行政机关产生诉讼约束,另一方面也可能因自利之本性或者诉讼成本考量而缺乏诉讼意愿,若仍将诉权限缩于具体行政相对人则显然无法对行政机关进行强有力的监督,从而放任了社会公共利益受损的发生。也正因为如此,在新一轮司法改革大背景下,行政公益诉讼制度应运而生。反垄断行政公益诉讼的一个重要优势在于,其具有显著的预防功能,即其起诉并不以造成实际损害为要件,而可在具有垄断现实危险时就径行通过诉讼来实现对行政机关不法行为或者不作为的纠正。同时,由于反垄断行政公益诉讼的判决结果具有扩张性,<sup>①</sup>因此一旦人民法院的个案判决对行政机关的行政行为违法性进行了确认,则行政机关不得就该问题作出同样的行政行为,这种制度设计又在很大程度上强化了预防效果。

在反垄断法普遍具有显著不确定性的情况下,以反垄断执法机构为实施主体的公共实施模式在世界范围内都占据了核心地位,我国反垄断法的实施亦是如此。然而公共实施模式的基础假设在于,反垄断执法机构基于充分的“集体理性”或“道德自觉”进行执法,从而履行其通过执法维护社会公共利益的职责。不过,理论和实践都表明“行政失灵”现象不可避免,实践中很多市场竞争关系中的经营者或者消费者在面对垄断经营者的违法行为时都会倾向于选择向反垄断执法机构提出查处请求,但如果后者未能依法履职进行查处或者违法作出不予查处决定,那么不仅损害行政相对人的直接利益,而且对市场竞争秩序这一社会公共利益亦是巨大灾难。此时,有必要允许特定主体直接起诉以维护被损害的社会公共利益。综上,无论是反垄断公益告发制度还是反垄断公益诉讼制度,都对反垄断公共实施机制起到了重要补充作用。

### (三)社会实施机制的定位之二:反垄断法私人实施机制的保障机制

传统反垄断民事诉讼制度是反垄断法私人实施的最主要方式,在该实施模式下,诉讼主体是因违法垄断行为而受到损害的经营者或消费者,诉讼利益主要是“他人”即经营者或消费者的私益,因此理论上可以借助传统民事诉讼方式进行救济。随着社会化的深入,因违法垄断行为而受到损害的利益具有典型的发散性。例如,在“阿里巴巴滥用市场支配地位案”<sup>②</sup>中,虽然从形式上看“二选一”行为只直接损害了单个经营者(商家)的利益,但是考虑到阿里巴巴在网络零售服务平台具有的市场支配地位,该行为的后果所波及的范围已并非平台与单个商家之间“点对点”的范围而是呈现出“点对面”的新特征,电商平台因提供了交易场所这一具有强公共性质的服务而获取了市场管理权,<sup>③</sup>实际上已从整体上妨碍了商品服务和资源要素的自由流通,不仅影响了平台经济创新发展,侵害了平台内不特定商家的合法权益,最终也损害了不特定多数消费者的利益,使其受到巨额反垄断处罚。问题在于,因“二选一”行为而利益受损的单个商家如果要通过传统民事诉讼来救济损害,那么往往又囿于力量悬殊、信息偏在、举证困难等因素而经常败诉或者望而却步。要解决该问题,除了通过立法或者司法解释改进反垄断民事诉讼的证明标准和证据规则、适度降低弱势原告方的举证负担等外,借助民事公益诉讼这种新型诉讼制度也成为一个重要选择。民事公益诉讼制度与反垄断法都具有维护社会公共利益的价值目标。民事公益诉讼作

<sup>①</sup> 参见唐震:《检察机关参与行政公益诉讼的理论与实践问题研究》,博士学位论文,吉林大学,2018年,第17~19页。

<sup>②</sup> 参见《市场监管总局依法对阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出行政处罚》, <https://www.fjwx.gov.cn/dt/20210411/2401746.html>, 2023-08-10。

<sup>③</sup> 参见胡光志、何昊洋:《电商平台私权力的经济法规制》,《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2023年第7期。

为一种“现代型诉讼”，与传统民事诉讼的本质区别在于前者以救济社会公共利益为直接目标。自2012年《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第55条<sup>①</sup>首次规定了民事公益诉讼制度以来，我国先后在《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消费者权益保护法》）、《中华人民共和国环境保护法》（以下简称《环境保护法》）、《中华人民共和国英雄烈士保护法》等多部法律和司法解释中对其进行了补充和完善，并初步构建起了具有中国特色的民事公益诉讼理论体系和制度体系。通过综合考察反垄断制度的价值目标以及民事公益诉讼制度的缘起背景，可以发现民事公益诉讼制度与反垄断法在价值目标上具有高度契合性。无论是反垄断法推崇的促进经济社会发展、保障社会整体利益目标，还是民事公益诉讼制度追求的实现最广大人民群众的合法权益，两者的体系构建、制度内容都不局限在围绕特定主体利益方面，而是从社会公平、秩序稳定的宏观角度考量，实现不特定多数主体的合法权益，或是从整体性视角出发以社会整体利益作为制度发展的价值目标。<sup>②</sup>具体到反垄断领域中，从一般的理性经济人假设出发，我们很难不同意美国学者波斯纳提出的一个论断，即如果交易因成本过高而受到抑制，那么权利应赋予那些最珍视它们的人。<sup>③</sup>因此，在传统公共实施和私人实施都可能存在较高交易成本进而导致行政规制和私益诉讼司法规制存在不足的情况下，构建新的反垄断民事公益诉讼制度体系就尤为必要。基于这些原因，2022年《反垄断法》修订前很多学者都积极建议在新法中增加反垄断公益诉讼制度，最后有部分建议被2022年修订的《反垄断法》第60条第2款采纳，从而确立了具有中国特色的反垄断检察民事公益诉讼制度。

在公益告发制度中，公益告发人诉讼制度是反垄断法私人实施的主要机制。公益告发人诉讼是指公益告发人在先行告发行为没有得到告发受理组织有效回应的情况下，向法院提起的敦促被告发人或告发受理组织履行自身义务的诉讼。告发人诉讼制度起源于英国，并且最初就是应用于环境治理领域。1388年《英国水污染防治法》规定，针对污染水源的告发人可以代表政府起诉并且可以获得一定比例的罚金作为奖赏。<sup>④</sup>但是后来英国废除了告发人诉讼制度。近现代意义上的告发人诉讼复兴于美国，在美国南北战争期间，北方政府饱受军火商欺诈之苦，军队斥巨资买来的武器弹药，在战场上打开往往是满满一箱箱的锯屑。为了确保战争的胜利，时任美国总统林肯决定对这种欺诈行为进行打击，通过签署《虚假请求法》明确了告发人诉讼制度。反垄断告发人诉讼制度在社会发展进步以及自身不断的制度革新中，重新成为告发人诉讼制度中的重要类型之一。告发人诉讼制度之所以能够在经济领域中得以适用，在根本上是因为其与反垄断工作相契合。随着经济法的日益发展，经济治理的重要性被不断提及。经济治理要求治理主体具有广泛性，即治理主体不仅包括国家、政府，还包括企业、非政府组织以及公民个人。在治理过程方面，经济治理强调治理过程应当保证实现公民有效地进行公众参与。<sup>⑤</sup>而以诉讼形式进行的公众参与理应成为经济治理的应有之义。从告发人诉讼的可适用范围来看，美国告发人诉讼已经从防止军火供应商欺诈政府扩展到防止任何针对政府的欺诈资金行为。此外，由于对“虚

<sup>①</sup> 2012年《中华人民共和国民事诉讼法》第55条规定：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”

<sup>②</sup> 参见冯博、杨童：《我国反垄断集体诉讼制度的构建与实施》，《中州学刊》2018年第6期。

<sup>③</sup> 参见[美]理查德·A.波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第30页。

<sup>④</sup> 参见曹明德、刘明明：《论美国告发人诉讼制度及其对我国环境治理的启示》，《河北法学》2010年第11期。

<sup>⑤</sup> 参见罗豪才：《软法与公共治理》，北京大学出版社2006年版，第21页。

假请求”的解释进一步扩大,即虚假请求的对象可以不仅仅是金钱,还可能是作出某种行为、具备某种资格或者享受某种待遇。这就使得公益告发人诉讼的可诉范围进一步扩张到对包括垄断行为在内的一切不当经济行为。

### 三、反垄断法社会实施机制的反思

2022年修订的《反垄断法》第60条第2款确立的反垄断民事公益诉讼制度以及该法第46条延续此前已有的反垄断公益告发制度,对进一步丰富和完善我国反垄断法社会实施机制无疑具有重要的里程碑意义。但是,这种进步仍具有很大的局限性,集中表现在此次立法的完善仅在形式上弥补了反垄断民事公益诉讼制度的缺漏,而未能借助本次修订契机对反垄断行政公益诉讼、反垄断公益告发等进行制度设计和更为完整的制度补充,进而实现公共实施、私人实施和社会实施机制的体系化整合。具体而言,立法对社会实施机制的忽略集中表现在以下3个方面。

#### (一) 反垄断公益告发条款存在局限

我国广义的公益告发制度包括举报、检举和揭发3个部分。本文之所以使用“告发”一词而非我国法律上更多时候使用的“举报”“检举”“控告”,是因为这3个词在我国法律文本和政策语境下似乎使用方式较为随意,缺乏实质性区分。为了保证研究价值的中立性和概念的准确性,使用“告发”无疑更容易与之前比较混乱且宣誓意义有余、可操作性不足的“举报”“检举”“控告”制度区分开来。当然也必须承认,“告发”与“举报”“检举”“控告”存在相当程度的内容一致性,甚至可以认为,广义的“告发”与“举报”“检举”“控告”几乎没有区别。我国目前法律体系中的多部立法都涉及告发制度的相关规定,有学者甚至认为涉及告发的规定有接近10万条的庞大法条群,“可能是我国立法文件中数量最多的一个类别”。<sup>①</sup>但是,这些规定大多停留在抽象规定层面,缺乏进一步具有可操作性的详细规定。在某种程度上,我国各类立法中关于“举报”“检举”“控告”等的规定,似乎更多具有的是一种民主参与的宣示功能。如果缺乏可操作性的实施细则,那么这些条款几乎都难以得到有效适用,甚至有学者认为公益告发制度在我国法律中并未得到正式确认,只是实践中已有相关案例出现。<sup>②</sup>所谓公益告发从字面上理解就是为了公益而进行告发,而告发是指“组织现在的或曾经的成员对组织控制下的非法、不道德或违反规则的行为向能对其采取行动的个人或者组织披露的行为”。<sup>③</sup>

从形式上看,我国反垄断法中实际上不乏公益告发制度的表述。例如,2008年开始施行的《反垄断法》第38条第2款<sup>④</sup>关于反垄断举报之规定延续了我国立法体系内关于鼓励公众举报违法犯罪行为的规定,2022年修订的《反垄断法》则完整保留了该条规定,该法亦成为我国70多

<sup>①</sup> 参见周晓明:《公益告发制度研究》,《中南大学学报》(社会科学版)2015年第2期。

<sup>②</sup> 参见刘梦瑶:《生物安全视野下的公益告发:制度逻辑与本土构造》,《社会科学家》2023年第6期。

<sup>③</sup> Near J. P., Miceli M. P., Organizational Dissidence: the Case of Whistle-Blowing, 4 Journal of Business Ethics, 1-16(1985).

<sup>④</sup> 2008年开始施行的《中华人民共和国反垄断法》第38条第2款规定:“对涉嫌垄断行为,任何单位和个人有权向反垄断执法机构举报。反垄断执法机构应当为举报人保密。”



部明文规定举报制度的立法之一。<sup>①</sup> 为了细化该条款的适用,我国反垄断执法机构还在先后出台的《市场监督管理投诉举报处理暂行办法》《市场监管领域重大违法行为举报奖励暂行办法》中进行了专门规定,山东、河北、南京等省市还纷纷专门就如何在公平竞争领域中建立举报违法制度制定了地方性法规或者文件,从形式外观上看,制度体系确实颇具规模。尤其值得注意的是,2021年《市场监管领域重大违法行为举报奖励暂行办法》规定,对市场监管领域具有较大社会影响严重危害人民群众人身、财产安全的重大违法行为进行举报的,经查证属实结案后可根据奖励等级分别按罚没款5%、3%、1%给予奖励,对无罚没款的案件则设定了不超过100万元上限的奖励标准,且其中明确使用了“内部举报人”的概念,并要求适当提高违法主体内部人员举报的奖励标准。这些规定在很大程度上可以看作举报制度向公益告发制度细化、靠拢的迹象。但是,对主要损害市场自由竞争秩序的垄断行为,其是否构成“严重危害人民群众人身、财产安全”尚存在疑问;即使认为构成“严重危害人民群众人身、财产安全”,从反垄断法实施模式体系化的高度来看,当前规定也很难为反垄断公益告发制度体系的构建提供坚实基础。原因在于,这些制度文件从内容上看仍是从一般化的社会公众举报的角度细化《反垄断法》第38条第2款,仅从奖励方面对内部告发予以特殊规定,且该规定本身同样较为原则,缺乏进一步细化的标准,导致可适用性受限,不利于鼓励告发人进行高风险的“吹哨”行动,难以支撑公益告发制度的进一步健全;同时,从规范文本的效力来看,这些规定亦仅具有部门规章的效力,效力位阶的限制进一步制约了其规范效果。因此,我们也可以说,目前我国反垄断法社会实施机制中公益告发条款仍然处于缺失的状态。

## (二) 反垄断行政公益诉讼条款缺失

在公共利益保护问题上,行政治理一直是最主要的模式,行政法本身就是基于公共利益保护而产生的。在反垄断法所规制的市场公平竞争领域,虽然2008年开始施行的《反垄断法》确立了“公共执法+私人诉讼”的二元模式,但该模式仍然以行政执法为重心。原因在于,垄断行为具有高度的复杂性,如针对传统业态下的垄断协议、滥用市场支配地位以及具有或者可能具有排除、限制竞争的经营者集中类型,立法者又根据每一种类型的具体形态作了进一步区分,从而提升反垄断规制的针对性和有效性。随着近年来平台新业态的迅速扩张,平台经营者在强化其垄断属性的同时,又通过各种复杂的商业布局大大增强了其隐蔽性,如互联网平台的用户多归属性以及交叉补贴等特点,通过对平台经济领域的价格歧视、掠夺性定价和搭售等滥用市场支配地位行为的分析,<sup>②</sup>可以发现这种新的市场特征和垄断行为无疑给私人反垄断诉讼造成了举证能力、诉讼成本方面等重大诉讼障碍,借助私法机制对市场公平竞争秩序予以保护的空間也因此被挤压。就当前和今后一个时期而言,行政治理依然构成维护我国市场竞争秩序的最重要力量。因此,督促行政机关更好地履行其职责可能是更为有效的治理路径。要实现这一目标,除了要靠行政机关的自我约束外,通过司法力量进行外部督促也是十分重要的,显然行政公益诉讼制度就是目前最佳的制度选择。自2015年7月1日全国人大常委会授权最高人民检察院进行公益诉讼试点

<sup>①</sup> 据学者统计,2021年我国就已有70多部立法、30多个部门规章明文规定了“举报”条款。参见潘越:《中国“吹哨人”制度的异化与重构》,《政法学刊》2021年第6期。

<sup>②</sup> 参见王先林:《平台经济领域反垄断问题的复杂性与相关建议》,载王先林主编:《竞争法律和政策评论》(第7卷),法律出版社2021年版,第17页。

工作以来,检察公益诉讼案件的数量开始迎来大增长,尤其是环境、食品药品行政公益诉讼案件数量更是呈现出井喷的态势。各地检察机关纷纷通过发挥法律监督的独特功能,为推动行政治理发挥了重要作用。通过总结试点工作的成功经验,2017年修订的《行政诉讼法》第25条对行政公益诉讼制度进行了明文规定。

2022年修订的《反垄断法》第60条第2款首次确立了我国反垄断民事公益诉讼制度,对维护市场竞争秩序和保护消费者合法权益无疑具有重要意义。然而从反垄断法社会实施机制来看,目前立法仅仅涉及反垄断公益诉讼制度结构中的民事诉讼部分,而反垄断行政公益诉讼条款依然缺失。一方面,在我国行政权力经过长期的计划经济体制已经深度介入市场并在较大程度上干预了市场分配资源这一规律发挥作用。可以说,我国经济性垄断现象是在市场经济转型的大背景下逐步出现的,其或多或少都与行政权存有一定关联,甚至早在《反垄断法》制定时,就有论者指出我国反垄断法的核心就是反行政性垄断。<sup>①</sup>对反垄断执法机构在履行规制经济性垄断行为过程中的违法作为、不作为等现象,当然有必要与其他领域一样予以严格的制度约束,反垄断行政公益诉讼制度理应成为推动反垄断法实施的重要方式。另一方面,从当前我国反垄断法的制度设计来看,立法者对垄断协议、滥用市场支配地位等经济性垄断设定有异常严苛的法律责任,一旦查出甚至可能使企业“倾家荡产”,但对行政垄断行为似乎始终缺乏足够威慑的约束制度。2022年修订的《反垄断法》继续加大了对经济性违法垄断行为的惩处力度,甚至规定最高可处上一年度经营额5倍的巨额惩罚性罚款;对行政性垄断法律责任,则仅在2008年开始施行的《反垄断法》“反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议”这一规定的基础上,增加“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织应当将有关改正情况书面报告上级机关和反垄断执法机构”之规定,对行政机关排除、限制市场竞争行为的规制明显乏力,难以对反垄断执法机构和实施行政性垄断行为的行政机关形成有效的制度性监督和约束。

### (三)反垄断民事公益诉讼条款单薄

过去有学者认为,反垄断法的目的只在于维护有效的公平竞争秩序,但事实上市场本身具有工具性,一切经营的目的都着眼于如何刺激消费者进行消费从而获得利润,维护市场竞争的终极目的就在于保护消费者合法权益。<sup>②</sup>关于消费者利益在反垄断法公共利益构成中的地位,理论界已有不少分析。例如,在美国学术界,“近年来,尤其是芝加哥学派为主导的批评派甚至认为,增进消费者福利是反托拉斯法独一无二的目的”。<sup>③</sup>也有日本学者指出,通过促进公正而且自由的竞争这一手段实现一般消费者利益的保护和国民经济民主的健全发展的目标,《日本禁止垄断法》第1条的目的性规定是在这种关联关系中所构成的规定,因此公共利益概念的内容,应理解为与《日本禁止垄断法》第1条的目的性规定相一致。<sup>④</sup>事实上,无论是我国还是国外一些发达国家,消费者利益都被视为公共利益的重要组成部分。原因在于,现代社会中几乎所有个体都无可避免地被赋予了消费者的角色,消费者权利已经成为现代社会个体的一项基本权利。如果消

① 参见王晓晔:《反垄断法有效实施的几个因素》,《中国经贸导刊》2008年第24期。

② 参见颜运秋:《反垄断法的终极目的及其司法保障》,《时代法学》2005年第6期。

③ 参见孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第182页。

④ 参见李国海:《反垄断公共利益理念研究——兼论〈中华人民共和国反垄断法〉(草案)中的相关条款》,《法商研究》2007年第5期。

费者利益得不到有效保障,那么轻则可能导致相当大范围内的消费者提出控诉从而影响所在地区的稳定,重则可能让全社会都陷入一种生存恐惧。例如,在2008年“三聚氰胺毒奶粉事件”、2018年“长生生物问题疫苗事件”中,劣质奶粉和不合格疫苗流向了全国多个省市,造成了全国范围内婴幼儿家长的恐慌。此时,消费者利益已经并非单纯的私人利益,而是明显具有不特定多数人利益的特征。考虑到当前社会专业化生产的程度,一家生产企业即使占据很小的市场份额,其能够影响的消费者数量也是巨大的;而对经营者而言,由于人员流动性已经成为社会常态,因此其影响的消费者也不再是特定的“老顾客”,而更可能是不特定的消费对象。正是基于这些新的变化,现代的消费者“私益”越来越呈现出明显的公共利益色彩。当然,在进行制度设计时,也应当准确认识到消费者利益及消费者诉讼的二元属性,具体而言就是这类诉讼在有些情况下属于维护私权的民事诉讼,而在有些情况下又是以维护公共利益为目的的民事公益诉讼,应当在制度上予以区别对待。

虽然2012年《民事诉讼法》首次确立了民事公益诉讼制度,此后随着检察公益诉讼制度改革的全面铺开,公益诉讼制度体系已经在我国基本确立;但是在反垄断法领域,立法者对反垄断公益诉讼制度的功能似乎仍存在疑虑。从立法表述来看,2022年修订的《反垄断法》第60条第2款主要规定了反垄断民事公益诉讼的行为要件、结果要件、起诉主体要件3项内容,其中“经营者实施垄断行为”为行为要件,“损害社会公共利益”为结果要件,“设区的市级以上人民检察院”为起诉主体要件。其中最为明显的就是起诉主体范围过于单一。反垄断公益诉讼中的起诉主体与反垄断法保护的利益并无一一对应关系,这种松散的利益格局可能导致相关主体起诉意愿不强。因此,如果立法继续对诉讼主体的资格进行过于严格的限制,那么势必让反垄断民事公益诉讼的开展在源头上就陷入举步维艰的境地。因此,尽可能地合理扩大适格起诉主体范围,最大限度地保障反垄断民事公益诉讼能够被提起的可能性,是该项制度顺利运行的重要环节。然而2022年修订的《反垄断法》仅将诉权赋予设区的市级以上人民检察院,而未能延续2012年《民事诉讼法》、2014年《消费者权益保护法》赋予相关社会组织民事公益诉讼权的规定。此外,尽管相较于社会组织,检察机关提起反垄断民事公益诉讼确实具有诉讼能力和诉讼成本上的天然优势,<sup>①</sup>加上近年来随着我国检察公益诉讼改革的推进,反垄断检察民事公益诉讼可能将进一步常态化。强调检察机关的优势并非意味着应忽略其他主体启动反垄断民事公益诉讼的功能,两者并不是非此即彼的互斥关系。《民事诉讼法》《消费者权益保护法》都明确赋予符合条件的社会组织相应诉权表明立法者对通过社会组织推进相关法律实施的肯定,从实践来看其也取得了较好的成效。例如,在环境公益诉讼领域,仅中华环保联合会一家社会组织在2015年《环境保护法》实施后就单独提起50余件公益诉讼案件,多起案件入选“两高”典型案例。<sup>②</sup>这体现了社会组织通过公益诉讼捍卫社会公共利益的价值。虽然反垄断法的核心功能在于保护市场竞争秩序,但由于竞争秩序不可避免地直接或间接关乎市场创新以及消费者利益,因此在适用2022年修订的《反垄断法》第60条第2款时还有必要准确理解其与其他相关法律中的公益诉讼条款的关系问题。其中尤其需要解释的是该条与2012年《民事诉讼法》第55条、2014年《消费者权益保护法》第47条、

<sup>①</sup> 参见乌兰:《检察公益诉讼程序选择的法经济学省思》,《社会科学家》2023年第5期。

<sup>②</sup> 参见郅建荣:《新环保法实施6年公益诉讼进入蓬勃发展期 环境公益诉讼基本实现对重点地区全覆盖》, [https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/202101/t20210108\\_505790.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/202101/t20210108_505790.shtml), 2023-08-12。

2021年《中华人民共和国个人信息保护法》第70条<sup>①</sup>之间的关系和相关法律的适用问题。

#### 四、反垄断法社会实施机制的完善路径

由于社会实施模式具有不同于传统公共执法、私人诉讼的内在逻辑结构,因此其制度构成主要以公益告发、民事公益诉讼、行政公益诉讼为核心。以2022年反垄断民事公益诉讼制度的确立为标志,我国反垄断法社会实施机制虽然已经取得重大突破,但是在一些关键制度上仍存在重大缺失和不足,亟待完善。

##### (一)健全公益告发制度

在我国本土的制度和文化背景下,构建一套完善的反垄断公益告发制度确实面临着不少挑战。例如,在我国传统文化结构下,告发人往往被视为缺乏道德的“告密者”,从而被其所在的组织体系排斥,不仅可能丢失原有职位而且还可能遭受更为严重的威胁报复。尽管《中华人民共和国宪法》赋予了公民对国家机关和国家机关工作人员的“申诉”“控告”“检举”的权利,2008年开始施行的《反垄断法》第38条第2款也确认了社会公众的举报权,《市场监管领域重大违法行为举报奖励暂行办法》等规章还对举报权作了一定的细化,但这些规定的适用条件、范围都不够清晰,且主要适用于一般公众,并无针对企业内部“告密者”的规定。在今后反垄断法的完善中,有必要从构成要件和激励约束机制两大方面设计反垄断公益告发条款。

##### 1. 关于反垄断公益告发制度的构成要件

首先是主体要件。域外关于是否要限制公益告发人的范围存在一定争议。例如,美国将公益告发人限定为“雇员”,英国则将公益告发人限定为“工人”,2008年南非法律改革委员会发布了针对《告发保护法案》的调查报告,建议将该法案中告发者的范围扩大到“任何正在在工作场所发挥作用或者曾经在工作场所发挥过作用的人”。<sup>②</sup>考虑到经济性垄断行为本身的复杂性,一般社会公众很难知晓垄断信息,应当尽量不对告发人范围作出过多限制,凡是知晓所在组织从事垄断行为有关信息情报的人员,无论其是在职或离职人员,都可向反垄断执法机构或者社会公众披露告发相关信息。

其次是主观要件。因反垄断公益告发制度的目的是维护市场竞争秩序和消费者权益,故有必要对告发人的主观心态作出“公益目的”的限定,如《英国公益披露法》和《日本公益告发者保护法》分别从“善意”和公益目的上对告发人的主观心态作了限定。不过要从正面证明告发人具有善意或者公益目的,也面临着举证的困难,这容易导致冒着巨大风险告发违法行为的告发人陷入被质疑的不利境地。考虑到告发人主观心态的多元性,若过于苛责告发人的告发目的,则不利于鼓励知情者为公益而战。除非行为人具有非法目的且对所告发事实并无内心确信,否则均符合正当的公益告发制度目的。在反垄断公益告发制度中,应当对公益告发的主观要件保持更高的容忍度,即除非行为人基于臆断、捕风捉影的消息且在非法目的驱动下而行动,否则都应当为其提供制度适用空间。

<sup>①</sup> 《中华人民共和国个人信息保护法》第70条规定:“个人信息处理者违反本法规定处理个人信息,侵害众多个人的权益的,人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼。”

<sup>②</sup> 参见刘梦瑶:《生物安全视野下的公益告发:制度逻辑与本土构造》,《社会科学家》2023年第6期。

最后是对对象要件。该要件指的是公益告发可对哪些事实行使告发权。一般来说,行政性垄断行为一般都通过抽象性行政行为作出,本身具有很强的公开性,不存在告发的需要。而对于经济性垄断,只要告发人所告发的信息推动了市场自由竞争秩序和消费者权益的实现,就都值得鼓励,反垄断公益告发的事实既可以包括违反法律、行政法规的犯罪行为和违法行为,也可以包括那些有悖于市场道德、伦理操守的非违法行为。然而考虑到市场竞争本身具有显著的动态性,特别是随着企业形态逐渐由传统实体转向平台,经营模式也往往更为开放和强调创新,一些处于创新探索阶段的企业行为可能在传统市场道德下无法获得积极认可。在此背景下,如果不对告发的对象作出适当限定,那么可能导致告发的不利影响扩大化。笔者认为宜对反垄断公益告发的对象适度收缩,即限定为企业从事非法垄断的违法行为。

## 2. 关于反垄断公益告发制度的激励约束机制

在很大程度上,一套好的激励机制是公益告发制度的重要保障,如何给予告发人相应的奖励也构成域外公益告发立法的重点。反垄断公益告发的激励机制主要包括奖励机制和告发人保护机制两个部分。奖励机制在很大程度上是驱动公益告发制度运行的动力装置,如美国2010年针对华尔街金融改革和消费者权益保护的《多德弗兰克法案》明确规定对提供“原始信息”的告发人,在告发成功且被告发人被判罚金额超过100万美元时,可以获得判罚金额10%至30%不等的奖励。为了避免告发人的身份因领取奖金而被曝光,有的国家还允许告发人成立公司或合伙企业来领取奖赏。<sup>①</sup>当告发的后果可能促使行政机关对相应企业进行罚款时,可以借鉴域外的做法,允许将罚金中的一部分奖励给公益告发者。公益告发人的人身保护机制则主要发挥解除告发人后顾之忧的功能,推动我国举报制度产生更好的运行效果。在反垄断领域,告发人告发的对象往往是具有超强经济实力和社会资源的大型企业实施的违法行为,因此应更加完善告发人的人身保护机制。

在约束机制方面,要避免不法人员以告发之名行诋毁或者干扰企业正常经营秩序之实现象发生,就应当对告发人予以明确的规范约束。首先是应当禁止假借毫无事实依据和捕风捉影的消息并为实现非法目的的对外传播虚假垄断信息的行为,并予以严厉的法律惩罚。由于市场竞争事关整个市场运行秩序,不排除个别人假借“吹哨”而实现非法目的。对于具有绝对恶意且毫无事实根据的过度告发,应当视相应情节分别追究行为人的刑事责任、行政责任和民事责任。另外,告发人不宜直接向反垄断执法机构或者社会公众披露企业涉垄断的行为,较为合理的告发程序是:企业内部人员发现企业可能存在违法垄断行为时,应优先通过企业内部合规部门进行反映和告发,并借助企业内部合规制度予以整改。若内部告发渠道受阻或者无效,则可向反垄断执法机构告发,由后者予以调查处理。考虑到媒体披露对企业经营秩序和信誉具有不可逆的负面影响,只有在前面两种渠道都难以奏效时才宜向媒体机构进行告发。通过这种告发渠道的梯次设计,可尽量在维护市场自由竞争秩序与维护企业合理经营秩序之间达致平衡。

## (二) 补强公益诉讼制度

公益诉讼是我国社会主义法治中一项极具创新意义的制度设计,在国家治理全局中发挥着不可替代的作用。尽管2022年修订的《反垄断法》首次确立了反垄断民事公益诉讼制度,但如前

<sup>①</sup> See Frederick D. Lipman, Whistleblowers: Incentives, Disincentives, and Protection Strategies, John Wiley & Sons, Inc, 2012, p.121.

文所述,其仍过于单薄故有待进一步补强。考虑到反垄断公益诉讼本身具有内在体系性,主要可从立法论和解释论两大路径予以完善。

其一,应当从体系解释出发,通过解释扩大反垄断民事公益诉讼的起诉主体范围。“解释存在于法律自身之中,存在于一般知识之中。”<sup>①</sup>作为市场经济的重要基础性法律规范,具有高度不确定性的反垄断法条款更需要通过解释来得到更好的实施,在法律短期内不能得以修订而依赖解释予以实施的情形下,更应将目光投向文本与解释之间,对既有解释进行剖析和检讨。<sup>②</sup>从2022年修订的《反垄断法》第60条第2款的文字表述来看,其主要规定了反垄断检察民事公益诉讼的行为要件即“经营者实施垄断行为”、结果要件即“损害社会公共利益”、起诉主体要件即“设区的市级以上人民检察院”,其中起诉主体要件需要重点予以解释。虽然2022年修订的《反垄断法》第60条第2款在“设区的市级以上人民检察院”后没有使用“等”,但“可以提起”是完全排斥了其他主体的起诉资格还是给其他主体诉权留下了制度性空间并不明确。2012年《民事诉讼法》第55条对民事公益诉讼的诉讼范围和起诉主体作了一般性规定,其中违法垄断行为在法理和制度上都可归入“侵害众多消费者合法权益等”诉讼范围之列,在这个意义上,2022年修订的《反垄断法》第60条第2款实际上也可视为民事诉讼法的特别条款;同时设区的市级以上检察机关当然也属于“法律规定的机关和有关组织”。而根据2014年《消费者权益保护法》第47条的规定,对侵害众多消费者合法权益的行为,中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会,可以向人民法院提起诉讼。“两高”2018年出台、2020年修正的《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》则明确赋予检察机关在消费者保护领域的民事公益诉讼权,从而突破了2014年《消费者权益保护法》第47条的限定。据此,经营者的联合定价协议、固定服务价格等违法垄断行为,如果损害了众多消费者合法权益,那么省级以上消费者协会和检察机关就都可提起消费者民事公益诉讼。鉴于《反垄断法》与《消费者权益保护法》之间并非一般法与特别法的关系,从体系解释的角度看,当经营者垄断行为导致消费者合法权益遭受损失时,就产生了法条竞合关系,既可以由社会组织或者检察机关根据《消费者权益保护法》提起消费者民事公益诉讼,也可以由检察机关根据2022年修订的《反垄断法》第60条第2款提起反垄断检察民事公益诉讼。如此可拓宽原告范围,从而提升通过民事公益诉讼推进社会实施机制的效果。

其二,应当从立法论出发,明确规定反垄断行政公益诉讼制度。2017年修订的《行政诉讼法》第25条第4款确立了具有中国特色的检察行政公益诉讼制度,结束了我国行政公益诉讼制度长期于法无据的状态。虽然该条仅明确列举了生态环境和资源保护等四大适用领域,但该条中“等”的表述引发了行政公益诉讼能否突破这四大领域的争论。从目前公益诉讼实践以及此后的立法来看,基本上可以确定是从“等外”来理解2017年修订的《行政诉讼法》第25条第4款之

<sup>①</sup> [德]萨维尼、[德]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。

<sup>②</sup> 参见金善明:《反垄断法实施的逻辑前提:解释及其反思》,《法学评论》2013年第5期。

表述。<sup>①</sup> 不过,这种解释路径的前提或者是该领域无专门立法,或者是此后通过立法予以明确规定。遗憾的是,2022年修订的《反垄断法》完全不涉及行政公益诉讼,这表明通过对2017年修订的《行政诉讼法》第25条第4款作“等外”解释来建立反垄断检察行政公益诉讼制度缺乏基础。鉴于行政公益诉讼构成反垄断法社会实施的重要组成部分,有待今后对《反垄断法》进行完善。值得注意的是,反垄断行政公益诉讼主体是否只限定为检察机关。从目前我国检察公益诉讼的蓬勃实践来看,肯定论占据主流。笔者认为,考虑到我国行政机关在维护市场竞争秩序职能上的重要性以及其本身可能实施行政性垄断的可能性,适当放宽行政诉讼的主体资格仍有必要,可考虑将社会组织与检察机关一并纳入起诉主体范围,进而对反垄断执法机构和其他行政机关形成强有力的约束。

### (三)完善衔接条款

反垄断法社会实施机制除了要在机制内部形成自洽的体系构造外,亦要处理好与其他实施机制之间的关系,只有如此才能确保反垄断法的实施手段各有侧重而又殊途同归,并彰显出规制垄断行为的合力。作为反垄断法社会实施机制核心机制的反垄断公益告发、反垄断民事公益诉讼、反垄断行政公益诉讼在很大程度上弥补了传统反垄断法二元实施机制的不足。相对于反垄断法公共执法与私人执法而言,反垄断法社会实施机制是连接公共执法与私人执法的有效桥梁。上述3种机制并非随意的罗列,而是从反垄断法实施体系的整体视角出发所作出的构建努力。更进一步而言,这3种机制分别链接了反垄断法公共实施与私人实施两大模式,进而真正实现了体系之间的贯通。

其一,协调好反垄断行政执法机制与反垄断公益告发机制之间的关系。反垄断公益告发制度是反垄断公共执法的辅助性制度,是链接行政执法与公益诉讼的纽带。如有论者所指出,公益告发制度反映了在组织背景下揭发行为引起的组织成员、组织、社会三个单元之间交错的利益冲突和复杂的权力关系,而我国传统上又恰恰偏好以“权力—命令”为管制模式实施社会管理。<sup>②</sup> 在反垄断法实施体系中,无疑处于优位的是具有专业和行政资源优势的公共实施模式,然而实践中公共实施同样存在信息偏在问题。反垄断公益告发恰恰填补了这种不足,其可通过鼓励相关社会主体披露垄断经营者违法垄断的事实和证据为反垄断执法提供强有力的辅助功能。与此同时,公益告发制度的确立能够显著降低违法垄断事实的传播成本,进而在反垄断法实施体系中发挥润滑功能,消除相关程序的启动障碍。

其二,协调好反垄断行政执法与反垄断行政公益诉讼之间的关系。反垄断行政公益诉讼是

---

<sup>①</sup> 2017年修订的《中华人民共和国行政诉讼法》第25条第4款规定:“人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的,应当向行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的,人民检察院依法向人民法院提起诉讼。”2021年《中华人民共和国军人地位和权益保障法》第62条规定:“侵害军人荣誉、名誉和其他相关合法权益,严重影响军人有效履行职责使命,致使社会公共利益受到损害的,人民检察院可以根据民事诉讼法、行政诉讼法的相关规定提起公益诉讼。”这条规定将检察公益诉讼的领域拓宽至了军人荣誉、名誉等领域,可以反推2017年修订的《中华人民共和国行政诉讼法》第25条第4款的“等外”理解。

<sup>②</sup> 参见王锡锌、章永乐:《我国行政决策模式之转型——从管理主义模式到参与式治理模式》,《法商研究》2010年第5期。

反垄断行政执法的补充性制度。理论上行政诉讼有主观诉讼与客观诉讼之分,前者旨在保护公民法律上的权利和利益,而后者旨在维护社会公共利益以及客观的法律秩序。<sup>①</sup>“行政诉讼肇始于客观之诉,即最初目的主要不在于保护行政相对人的权益,而在于监督和维护行政机关依法行政,这在大陆法系与英美法系国家都是如此。”<sup>②</sup>在《行政诉讼法》架构下,行政诉讼在功能定位上呈现出“抑客扬主”的倾向,注重向主观诉讼维度拓展而忽视了客观诉讼维度,<sup>③</sup>而2017年行政公益诉讼制度的确立可视为对行政诉讼功能的纠偏和补充。具体到反垄断领域,反垄断执法机构不仅承担了查处垄断行为的法定职责,而且本身还有可能成为行政性垄断的实施者,更有必要通过行政公益诉讼监督其履职。

其三,协调好反垄断行政公益诉讼与反垄断民事公益诉讼之间的关系。反垄断民事公益诉讼是反垄断民事私益诉讼的补充性制度。尽管垄断行为的损害后果具有复合性,即其既动摇了作为市场机制根基的自由竞争,也在微观层面损害了竞争企业与个体消费者的私人利益。只依靠私人实施以对受到垄断行为直接侵害的主体进行救济显然存在漏洞,有必要寻找新的补充机制以恢复市场有序竞争、保护社会公共利益,此即反垄断民事公益诉讼制度。鉴于反垄断执法机构负有规制垄断行为的职权,一旦其违法行使职权或者不作为而导致垄断危害显现,则既可由相关主体对违法垄断者提起反垄断民事公益诉讼,也可通过反垄断行政公益诉讼来督促反垄断执法机构依法勤勉履职,由此可能导致诉讼竞合的问题,需要做好衔接。考虑到反垄断行政诉讼涉及国家机关的权威性,且在反垄断民事公益诉讼中人民法院也应及时将违法垄断行为告知反垄断行政执法机构,宜优先进行反垄断民事公益诉讼,只有在满足其他的前置程序后,才能提起反垄断行政公益诉讼。

其四,协调好反垄断公益告发与告发人诉讼之间的关系。公益告发与告发人诉讼联系紧密,而告发人是否将告发事项诉至法院是区分两者的重要标准。因此,法院从接收告发人提交的材料到正式庭审开始前的环节是协调两者关系的重要着力点。告发人在准备提起告发人诉讼时,应当先向法院提交类似案件情况说明性质的材料,法院应当重点做好审查和通知工作。一是为避免滥诉,法院应当审查告发行为所涉事项是否有进入诉讼程序的价值。值得指出的是,这里的审查主要是形式审查,只要告发人提交的证明初步表明在先的内部告发行为没有得到被告发人的回应,抑或作出的回应行为仍然不足以弥补垄断行为造成的损害,就认定可以进入诉讼程序。至于告发人提交的证明材料是否真实,被告发人的不当行为是否有抗辩事由则是诉讼过程要解决的问题。二是法院对被告发人和其他告发处理机关的通知义务。这是在诉讼行将开始前司法机关为促成告发人与被告发人抑或其他告发处理机关达成和解的最后努力。通知既可设定在受理材料后正式立案前,也可设立在立案后庭审开始前。

## 五、结 语

反垄断法作为我国社会主义市场经济的重要基础性法律,其能否得到有效实施对我国市场

<sup>①</sup> 参见林莉红、马立群:《作为客观诉讼的行政公益诉讼》,《行政法学研究》2011年第4期。

<sup>②</sup> 张坤世、欧爱民:《现代行政诉讼制度发展的特点——兼与我国相关制度比较》,《国家行政学院学报》2002年第5期。

<sup>③</sup> 参见刘艺:《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》,《法学研究》2018年第3期。



经济以及法治建设具有重要作用。反垄断法的社会实施机制既是法的实施的应有之义,也是反思我国反垄断法“公共实施+私人实施”二元模式的必然要求。从反垄断法社会实施机制的逻辑体系来看,公益告发、民事公益诉讼、行政公益诉讼占据着核心地位,并与传统反垄断法的二元实施模式存在紧密的关联。虽然目前理论界对其中如反垄断民事公益诉讼制度较为关注,但很少有论者专门从社会实施模式及其体系化的高度进行专门系统的研究,本文的分析于我国反垄断法社会实施机制的构建和完善而言只是初步的尝试,也期待通过理论界更多的关注,共同推动形成反垄断法严密的、完整的、体系化的实施机制。

---

**Abstract:** The complexity of anti-monopoly law determines its implementation system should have multiple levels. The traditional dual implementation model of anti-monopoly law has inherent shortcomings and cannot form a closed loop logically. It is necessary to reshape the social implementation mechanism in the implementation system of anti-monopoly law and position it as a supplementary mechanism for the public implementation mechanism of anti-monopoly law and a guarantee mechanism for private implementation. The anti-monopoly public interest whistle-blowing system, anti-monopoly civil public interest litigation system, and anti-monopoly administrative public interest litigation system constitute its main core. The newly revised Article 60, Paragraph 2 of the Anti Monopoly Law of PRC in 2022 establishes the system of anti-monopoly civil public interest litigation. This revision creatively fills the social implementation mechanism, but the provision is still abstract. At the same time, there are obvious limitations to the existing anti-monopoly public interest whistle-blowing clauses, and the anti-monopoly administrative public interest litigation system is in a state of blankness. Therefore, in order to improve the social implementation mechanism of China's anti-monopoly law, it is necessary to clarify the constituent elements of the anti-monopoly public interest whistle-blowing system, establish incentive and constraint mechanisms to improve the anti-monopoly public interest whistle-blowing system, further strengthen the anti-monopoly public interest litigation system, and coordinate the relationship between anti-monopoly administrative law enforcement, anti-monopoly public interest whistle-blowing mechanism, and anti-monopoly administrative public interest litigation, so as to enhance the synergy of the anti-monopoly law implementation system.

**Key Words:** anti-monopoly law, social implementation mechanism, public interest litigation, public interest whistle-blowing

---