

《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

金 善 明^{*}

摘要:《中华人民共和国反垄断法》自颁布实施以来在打击垄断、维护竞争方面着实发挥了积极作用,但因经济形势变化、简约型立法思维以及法律解释机制局限性等原因使得《中华人民共和国反垄断法》文本在实践中时常呈现出规范供给不足的结构性缺陷,无法有效满足垄断规制的规范诉求。通过对我国反垄断实践进行总结和梳理发现,《中华人民共和国反垄断法》文本存在着诸如语辞表达过于原则、逻辑结构不周延以及规范回应性不足等结构性问题,难以凭借法律解释机制予以弥补或解决,因而适时启动《中华人民共和国反垄断法》修订工作不仅必要而且十分紧迫。修法应当强化竞争政策在我国经济治理中的基础性地位,但不宜无限放大反垄断法的功能与边界,而应维护其纯粹性,尊重立法宗旨并优化相应的制度安排。因此,理顺逻辑、弥补缺陷、消减错位条款等具体举措成为《中华人民共和国反垄断法》文本优化的路径选择,这不仅有利于消弭文本规范的结构性缺陷,而且能够有效回应我国垄断规制的制度需求,从而使得《中华人民共和国反垄断法》文本更好地适应垄断规制需求、促进经济治理效益最优化。

关键词:反垄断法 文本规范 垄断规制 竞争秩序

《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)自2008年实施以来在打击垄断、保护竞争方面取得了积极成效,^①但因文本容量的限制而使得部分制度规范过于原则、缺乏可操作性,文本规范供给与垄断规制需求之间的紧张关系和冲突依然客观存在并随着市场经济改革深化而凸显。文本规范相对于规制实践来说时常处于相对滞后和短缺状态,在不违背现代法治精神的前提下通过运用诸如解释等法律适用技术可以在一定程度上缓和或消解这种不足但非绝对,解释也因此成为反垄断法实施的逻辑前提。^②但解释是有限度的,受制于解释对象的可解释性与现实张力。《反垄断法》文本在规范供给方面呈现出两种情况:一是囿于规范表达而致相关概念或法律意义相对原则或模糊,此时可通过解释细化规范以适用于相关案件之中;二是因主客观因素所致的规范本身结构性缺陷,如由于立法者认识能力或立法技术水平的限制而未能将某一行为予以有效规制,或者立法时某一行为尚未出现,因而无法通过解释予以消解,否则便是逾越法律文本而有违法治之本意。尽管有学者指出,面向反垄断法的下一个十年,达至竞争法定秩序与竞争自然秩序的和谐,克服反垄断法的模糊性及其所带来的不确定性,应当在反垄断法解释上鼎故革新。^③但值得注意的是,《反垄断法》解释权的边界是其文本规范的可解释性,否则一旦越界便可能导致实质上的“无权”解释,因而“解释的尽头便是修法”不无道理。

为了解决反垄断实践中规范供给不足的问题,国务院反垄断执法机构和法院通过出台配套规定或司

^{*} 中国社会科学院法学研究所副研究员

^① 参见《国新办就中国〈反垄断法〉实施十周年有关情况举行新闻发布会》, <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/37601/39282/index.htm>, 2018—11—17;《2008—2018年中国法院反垄断民事诉讼10大案件案情简介》, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-130571.html>, 2018—11—17。

^② 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。

^③ 参见江山:《论反垄断法解释的知识转型与方法重构》,《现代法学》2018年第6期。

法解释的方式来细化《反垄断法》的规范内涵、明确其法律意义,但实际效果与预期目标依然存在有差距,未能有效消解文本规范与垄断规制间的紧张关系。随着经济运行中新模式、新业态和新问题的出现,垄断规制愈发面临着新要求、新任务和新挑战,相应地凸显了规范供给不足的局面,抑制了反垄断法应有功效之发挥。如果不能尽快妥善解决垄断规制的规范需求问题,那么将不仅有损反垄断法的权威,而且有悖打击垄断、保护竞争的反垄断初衷。因此,对《反垄断法》文本进行理性考量和客观评估,梳理并总结相关的制度缺陷与机制问题,尽快启动修法程序来消解《反垄断法》文本中的结构性问题、优化文本规范设计和制度安排,不仅必要也实属必然。

一、文本优化的背景与动因

法律具有稳定性和滞后性的特征,承载着维护市场竞争功能的反垄断法亦不例外。如何以反垄断法有效地规范市场竞争则是门艺术,不仅需要合理的反垄断法实施机制,更需要健全的文本规范体系。健全的反垄断规范体系,对经营者来说,是合理预测自身行为结果的法定标准;对反垄断执法机构来说,是调查、处置涉嫌违法行为的法定依据。实践中,市场运行中的垄断行为不仅形式多样而且瞬息万变,但《反垄断法》文本规范却是相对静止的,因而如何确保反垄断法与时俱进,是我国反垄断实践的前提和基础。

(一)经济演化的规范诉求

市场经济是主要通过市场来配置资源的经济。^① 市场经济的魅力在于市场机制所产生的效率。竞争是市场经济体制的核心机制,是实现市场决定性作用的关键工具,亦是市场经济正常运行的动力源泉。但是,竞争并不能有效地自我维持恒久运行,会因竞争过程的“相互角逐”和竞争结果的“优胜劣汰”而产生马太效应,最终可能导致竞争的消亡。因此,但凡实行市场经济体制的国家都千方百计地通过创制、实施反垄断法来维护、促进市场的竞争性结构和动态过程,以最大限度地释放竞争红利。我国《反垄断法》同样承载着此等功能,其不仅要矫治市场中的垄断行为、维持市场竞争,还要通过实施《反垄断法》来不断推进我国市场经济体制深化改革。当然,这需要反垄断法的制度安排和规范设计与经济规律相匹配,否则在应对经济运行中不断涌现的垄断行为时将显得手足无措。

由于缺乏市场经济传统和反垄断实践,我国反垄断立法工作必然在借鉴、吸收域外制度和经验的基础上展开,不仅要成熟市场经济体反垄断法所规制的经济性垄断行为作为调整对象,还要将体制转型中行政垄断纳入规制范畴。《反垄断法》在颁行后的10余年间,在维护竞争、促进体制转型方面确实发挥了积极作用,但市场并非一成不变,其中的垄断行为更不是照章生成,而是在特定经济形势下经营者基于自身利益考虑而实施的,因而难免会出现文本规范与规制现实相偏离的情形。《反垄断法》出台后,国内外经济形势发生了巨大变化,互联网、大数据、平台等新经济、新模式不断涌现,与此同时,国家经济治理和政策也处于不断调整之中。诸如此类的因素对《反垄断法》实施来说是不得不考虑的重要参数,更是对《反垄断法》文本提出了挑战。因此,《反垄断法》文本在应对或回应新形势下涌现的垄断行为时常显得力不从心,出现规范供给不足甚至规范空白现象。这在客观上要求通过修法来完善反垄断法规范体系,以适应经济治理和经济增长的规范需要。

(二)消弭结构性缺陷的制度需要

市场经济之所以成为现代国家发展国民经济的优先模式,是因为市场这一“看不见的手”对经济活动的调节是客观的、自发的,它就像一架灵巧的机器,对资源进行着高效率的配置。^② 奠定市场经济制度的基石有两个,即个人的能动性和竞争。^③ 但是,竞争在其运行中通常会埋下毁灭自身的种子,即形成所谓竞争悖论,从而影响甚至扼制市场尤其是竞争机制的效率。因此,为克服竞争悖论,市场经济国家通常以

① 参见左大培、裴小革:《世界市场经济概论》,中国社会科学出版社2009年版,第8页。

② 参见顾钰民:《健全现代市场体系》,重庆出版社2009年版,第5页。

③ 参见[德]曼弗里德·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,“中译本序言”。

反垄断法作为维护市场竞争的基本工具,反垄断法也因此成为现代国家维持市场竞争的基础性法律规范。我国确立市场经济体制已是20世纪90年代的事,政府对市场可谓百般呵护,试图寻求和实现市场经济的最优效率。但市场并不总是朝着政府所设想的方向前进,竞争总在市场或政府之中遭到自然或人为的阻却、伤害,因而竞争保护成为我国经济生活的关注点。这为国家对市场经济予以规制提供了正当性,但应控制在合理边界范围内,即在现代法治精神之下依法展开规制活动,以免陷入规制悖论之中。

当下,“我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段,正处在转变发展方式、优化经济结构、转换增长动力的攻关期……着力构建市场机制有效、微观主体有活力、宏观调控有度的经济体制”。^①经济体制改革是重点,其核心要义在于充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,打击垄断、保护竞争。《反垄断法》虽明确“预防和制止垄断行为、保护市场公平竞争”这一立法宗旨并将常见的垄断行为类型化地纳入其规制范畴,但因文本表达过于原则或抽象而致规范适用中难以有效规制垄断行为或回应垄断规制需求。究其原因,大抵有两个方面:一是主观思维的局限性,即反垄断立法囿于“宜粗则粗”的传统立法思维而追求规范的全而广,并依此赋予执法机构通过逻辑推演的方式解释适用反垄断法的权力,以应对多变的垄断行为;二是受制于立法认识能力和政治接受能力,立法机关对反垄断法可能引发的社会经济效果不能完全确定而选择了简约型立法模式,形式上虽解决了垄断规制无法可依的状态,但实质上存有文本规范不明确或者不完善的问题,给反垄断执法工作带来不确定性。例如,作为《反垄断法》之特色的“滥用行政权力排除限制竞争”行为的规制立法,虽在“总则”第8条和第5章从一般要求和具体行为列举两个维度对“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”在市场经济活动中行政权力的行使作出了较为详细的禁止性规定,但可惜的是并未设置相应的“罚则”,从而致使该类行为的规制成为“没有牙的老虎”。《反垄断法》文本中诸如此类的缺陷不一而足,由此形成的文本缺陷是结构性的,无法通过执法机构的解释予以弥补;否则有违现代法治精神之嫌疑,不仅不能弥补文本规范供给不足之缺陷,而且可能诱发执法机构集立法权和执法权于一身、导致执法低效甚至无效等情形,因而须由立法机关基于现状重新梳理和评估文本与市场间的关系、问题与逻辑,以考虑修法完善。

(三)克服解释机制局限性的替代方案

文本规范通常依赖于逻辑推衍来应对瞬息万变的市场行为,但难免出现规范供给不足的尴尬境地,《反垄断法》亦是如此。尽管我国立法机关试图通过原则性立法尽可能地增强《反垄断法》文本规范的生命力,但正处于转型中的中国市场经济因经济形势、科技发展等因素的变化而时常遭遇现行规范难以规制的垄断行为,由此产生了如何有效适用规范的问题。为此,反垄断执法机构通过场景假借、问题预设等方式对《反垄断法》作出规范性解释,以明确《反垄断法》文本中不甚明确的规范内涵或法律意义。^②反垄断实践中,解释在一定程度上虽能够实现上述功能、缓解规范供给不足的情况,但亦会随之产生新的问题,解释质量不高、无法消解规范的结构缺陷,其结果是不仅增加了反垄断执法成本,而且有悖法治精神、有损法治权威,因而解释在反垄断实践中的局限性不断暴露。

我国立法机关试图通过原则性立法与解释操作并用的方式来增强文本规范的张力和可适用性,但反垄断实践中理论瓶颈和制度障碍依然客观存在:一方面执法机构基于自身执法需要而作规范性解释的范式有违现代法治理念与法治精神,破坏了立法权、解释权与执法权之间的分工与制衡;另一方面,文本规范因制定时的主客观因素限制而留有的缺陷,致使执法机构无法通过解释将某些现实行为涵摄于其中,否则便是越权或变相“立法”。因此,我国《反垄断法》因立法时的主观局限性和实施中客观形势变化综合所致的结构性缺陷,难以仅靠解释操作来消解文本规范与垄断规制之间的紧张状态。“解释是一种文本与解释者之间的沟通性言说”,但“解释者总是面临两难选择:一方面规则是解释的依据,法律人必须依据法律进

① 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,载《中国共产党第十九次全国代表大会文件汇编》,人民出版社2017年版,第24页。

② 《中华人民共和国反垄断法》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。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。

行思维;另一方面法律词语的模糊性和不确定性等,又使得法律文本成为解释的对象”。^① 尽管《反垄断法》文本规范既是解释对象也是解释依据,但当垄断行为溢出文本规制范畴或制度框架时,则无法通过解释机制获取有效的规制依据,而须从制度源头寻求依据和解决方案,从而为《反垄断法》修订提供了窗口。

综上所述,我国《反垄断法》实施中所暴露的规范供给不足问题,虽可通过规范性解释得以缓解,但在上位法依据缺失的情形下过度解释将会诱发正当性与合法性问题;若强行为之,则可能是假解释之名、行立法之实的越权行为。因此,我国《反垄断法》实施中规范供给不足问题,应区别对待:对于《反垄断法》文本规范中过于原则或模糊的问题,可以通过解释或指导性案例等方式予以消除或化解;^②而对于文本中制度规范缺位、实施机制缺失和机构设置不合理等问题,即文本规范中的结构性缺陷,不宜也无法通过解释的方式予以消解,应诉诸国家立法机关通过修法予以解决,而非任由执法机构依据自身解决问题的逻辑需要而进行创设性地解释。

二、文本规范的缺陷与类型

反垄断法通常“并不直接鼓励竞争,而是试图借助制裁措施预防和禁止市场运行中的限制竞争行为”,^③因而“从性质和措辞表达上来说是消极的、禁止性的”。^④从规范表达角度来说,垄断行为违法性的认定依据文本规范展开,但《反垄断法》文本所提供的规范能否有效地满足垄断规制或及时回应新型垄断行为的需要,成为是否排除、限制竞争这一实质性判断标准的具体体现和实际应用。从我国反垄断实践来看,既有的文本规范尚难以满足垄断规制的制度需求,其掣肘之处主要表现为以下几个方面:

(一)语辞表达过于原则

“语言之外不存在法。只有通过语言,才能表达、记载、解释和发展法。”^⑤法律以语言为载体,语言表达的好坏直接关系法律质量的高低。原本就以不确定性著称的反垄断法,^⑥对其文本的语辞表达自然考究,但实际操作中各国通常为应对市场中多变的垄断行为而以简约风格制造文本,继而寄希望于执法者的自由裁量。我国《反垄断法》文本因受传统的“宜粗不宜细”立法指导思想之影响和束缚,在应对市场运行中多变的垄断行为时呈现出了制度瓶颈,有悖反垄断法立法之初衷,扼制了反垄断法的应有功能。这种裹挟在文本语辞之中的问题在实践中主要表现为:

1. 语辞表达过于简约,缺乏可操作性。这是《反垄断法》文本中较为普遍的问题,只是表现程度有所差异,部分可以通过解释予以消解,但有些因语辞张力过大而难以通过解释予以弥补,这就需要通过汲取既有执法成果和域外经验借由修法予以完善。例如,《反垄断法》第29条中规定的“限制性条件”究竟如何理解?商务部在借鉴欧美经验的基础上以部门规章的形式明确指出包括“结构性条件”“行为性条件”和“综合性条件”三类,^⑦是否妥当值得商榷。其中,以结构性条件为例,由于结构性条件通常涉及对当事人财产权的处分问题,若无上位法授权而贸然由执法机构的部门规章作出规定,则有触犯《中华人民共和国物权法》相关规定之嫌,因而需要由更具基础性的法律规范来协调解决较为妥当。

2. 概念用语过于笼统,难以确定其内涵和法律意义。不确定法律概念分为两种:一种是内涵不确定,但外延是封闭的;另一种是内涵不确定,而且外延是开放的。^⑧后者通常称为规范性概念,其在《反垄断

① 陈金钊:《法律解释学——权利(权力)的张扬与方法的制约》,中国政法大学出版社2011年版,第97、95页。

② 参见李剑、廖红伟:《论反垄断法规则模糊性的原因》,《当代法学》2010年第5期。

③ D. Fidler, Competition Law and International Relations, 41 International and Comparative Law Quarterly, 563(1992).

④ Harrison First, Antitrust Law in A. Morrison (eds.), Fundamental of American Law, Oxford University Press, 1996; Robert Bork, The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself, Basic Books, 1978, p. 70.

⑤ [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。

⑥ 法律因其语言之模糊性及由此而产生的不确定性是法律的基本特征,参见[英]蒂莫西·A. O. 恩迪科特:《法律中的模糊性》,程朝阳译,北京大学出版社2010年版,第1页。反垄断法则因语言、市场、经济政策等因素而更突显其不确定性,主要表现为概念、规则以及适用原则等方面的不确定性,参见沈敏荣:《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,法律出版社2001年版,第73~89页。

⑦ 参见商务部2009年7月15日审议通过的《经营者集中审查办法》第11条第2款。

⑧ 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1996年版,第292页。

法》文本中多有体现,如第17条的“正当理由”、第28条的“社会公共利益”等概念。实践中,这些概念通过部门规章的方式进行若隐若现的阐释,暂且不论多部门解释引发的解释不统一问题,这些规范性文件实际上并未对相关概念作出有效解释,更多地体现为语义循环或重复,而其概念内涵的解释边界在哪、上位法依据何在依旧不明确,因而也未从根本上消解此类规范概念的适用障碍,亟待从解释依据层面上予以明确。

3. 规范修辞滥用,技术性表达妨碍了规范的有效实施。现代法治中,修辞的功能在于说服,即“法律人运用法律专业知识和语言进行说理和论证的方法。它一方面为法律人进行适当的价值判断提供了一条通道;另一方面又通过对听众的关注和相互说服的方式限制价值判断的恣意性”。^①为了回应社会关切,我国反垄断立法通过修辞方式将“国有企业”经营行为、外资并购的国家安全审查等经济活动或现象纳入文本规范之中,至于此类行为是否应由《反垄断法》调整、如何调整等问题并不明朗,事实上《反垄断法》是否适用于此类行为与文本规范中是否有此类条文规定并无直接关系,而仅是通过修辞方式回应或者应付彼时立法中的政治意志或诉求。但是,实践证明,此类规定不仅给《反垄断法》实施带来挑战甚至徒增困扰,也因超越《反垄断法》功能范畴而有损反垄断法权威和实施效率。

(二)规范间的逻辑不周延

美国大法官霍姆斯强调“法律的生命在于经验而非逻辑”,^②但事实上法律与逻辑须臾不可分离,“法律研究和适用法律均要大量地依靠逻辑”。^③法律蕴含着逻辑,在特定价值追求的指导下法律由逻辑与言辞交织而成,逻辑对规范表达的质量具有重要作用;与此同时,法律实施能够审视和检验规范文本的逻辑合理与否,即规范之间是否相冲突或协调等问题。《反垄断法》在实施中不仅因语辞缺陷而束缚其手脚,亦因逻辑不周延而给《反垄断法》实施带来挑战,其中的逻辑危机主要表现为:

1. 调整范畴与概念内涵之间的张力问题。反垄断法强调“预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争”,“垄断行为”自是其规制对象。^④《反垄断法》第3条明确了“本法规定的垄断行为”的范畴与外延,《反垄断法》第8条被视为我国学理上所称的“行政垄断”方面的原则性规定。从两者逻辑关系来看,第8条规制的“行政垄断”是否属于第3条所界定的“垄断行为”范畴,无论是学术界抑或实务界都存有争议。就其本质来看,两者难以归为一类,两者的行为主体不一致且垄断成因也不尽相同,第8条、第5章并不属于“本法所规定的垄断行为”,因而不适用第6章“对涉嫌垄断行为的调查”。这样的制度设计在实践中易产生反垄断法调整范畴与概念界定不一致的现象,有悖逻辑。之所以如此,其根源在于反垄断法的调整范畴尚未从理论上得到明确,行政垄断尽管随着《反垄断法》出台在文本中得以固定,但制度设计方面并未理顺,即行政垄断是否应由反垄断法调整仍未在理论上得到厘清与证成,因而相应的制度安排亦显得前后不一致、逻辑不周延,实际上也无法有效规制经济转型中的行政垄断这一顽疾。

2. 适用原则与规范解释之间的协调问题。不同国家的反垄断法适用原则从表述上看虽略有不同,但并无本质差异,基本上仍可归纳为本身违法与合理分析两大适用原则。尽管如此,两类原则时常因其适用场景等因素的变化而出现“钟摆”易用的情形,影响文本规范的理解与适用。我国《反垄断法》亦是如此,其文本规范的解释与适用既受制于国内经济情势也继受或承袭着域外因素,其结果是时常出现规范文义与适用范式之间的逻辑混乱与冲突,引发规范设计是否契合《反垄断法》立法初衷之争。例如,转售价格维持行为违法性认定,究竟是仅依据《反垄断法》第14条规定直接作出否定性评价还是应借鉴欧美近来相关适用原则的转变,并结合第13条第2款规定对其是否排除限制竞争作“合理分析”,^⑤仍存有争议。实践中,

① 陈金钊:《法律修辞(学)与法律方法论》,《西部法学评论》2010年第1期。

② 参见[美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第1页。

③ [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社1988年版,第562页。

④ 参见时建中主编:《反垄断法——法典评析与学理探源》,中国人民大学出版社2008年版,第30页。

⑤ 2007年6月28日,美国联邦最高法院在“丽晶案”中认定转售价格维持行为规制应当运用合理原则予以判断。这一判决推翻了美国由1911年“迈尔斯博士案”所确立的对转售价格维持行为适用本身违法原则的判决先例。但实践中关于转售价格维持行为规制适用合理原则的争论并没有停息。See Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877(2007).

行政执法机构与法院之间的裁定不一,引发了文本规范与适用原则之间的逻辑争论。反垄断执法机构偏好于对转售价格维持行为作否定性评价,其依据是《反垄断法》第14条的“禁止”规定;而法院则以该类行为是否具有“排除限制竞争”效果为认定要件,类似于美国反托拉斯实践中的“合理分析”原则,其依据是《反垄断法》第14条所禁止的“垄断协议”依据该法第13条第2款规定是指“排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”。二者孰对孰错、孰优孰劣,莫衷一是,行政执法和司法裁判仍按各自理解和逻辑各行其是,不仅给经营者合规守法带来不确定性,也损害了法律适用的统一性。

3. 实体规范与程序机制之间的匹配问题。反垄断法通常集实体规范与程序机制于一身,唯有合理的程序机制方能保障实体规范的有效实施;否则,再完美的实体规范也只是花瓶。我国《反垄断法》不仅设置了诸如行政调查、行政强制、行政处罚等普通的行政程序,更是引入了诸如宽免、承诺等反垄断特别程序机制。相应地,反垄断执法不仅要遵循《反垄断法》中的程序性规定,还要遵守包含《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)中的实体性规定。由此产生的问题主要有两个方面:一是《反垄断法》对反垄断执法程序的规定过于原则、缺乏可操作性,如上述宽免、承诺等程序机制究竟如何实施语焉不详,给反垄断执法造成困扰;二是《反垄断法》中规定不详或者不周全的程序机制,是否可以通过援引我国相关行政法律规范而弥补反垄断法执法程序方面的不足,仍有争论。其中较为典型的就经营者集中审查,对于当报不报情形的处理,是否可依据《中华人民共和国行政许可法》《行政强制法》或《行政处罚法》对此类行为作出相应的处罚,理论上不统一、实践中未予明确,因而对此类行为的处罚显得刚性不足。与此同时,行政执法与司法裁判之间的关系同样未能明确,因而实践中存有所谓“跟进诉讼”等相关争论,降低了司法权威、增加了法律实施成本。事实上,无论是行政执法抑或诉讼机制,皆因其规范设计的简单与抽象而虚化了程序性机制设置的初衷,从而引发程序与实体难以兼容的制度风险。

(三) 规范的现实回应性不足

反垄断法的重要使命是“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”。^①但市场形势是瞬息万变的,市场垄断行为亦是千变万化,而《反垄断法》文本却是静止的,如何以静态文本应对动态垄断对《反垄断法》文本的现实回应性提出了规范要求,即反垄断执法机构为维护市场竞争,须以有限的文本规范回应市场运行中不断涌现的溢出文本范畴的垄断行为。这是静态文本在动态实践中时常遭遇的尴尬困境,难以有效应对正处于转型期的垄断行为规制需求,主要体现在以下两个方面:

1. 《反垄断法》虽有相应规定但难以有效回应现实中的规制需求。《反垄断法》中部分规范对垄断行为的规制需求无能为力,实体性规范无法对“垄断行为”的违法性作出有效回应或提供规制依据,程序性机制亦难以为反垄断实践活动提供有效的规范保障。前者主要体现为《反垄断法》中错位规制的“行政垄断”相关条款,造成这种消极现象的因素错综复杂,但主要在于“行政垄断”非“反垄断法上之垄断”,从而导致“为赋新词强说愁”式的立法结果并难以有效回应现实中的“垄断规制”需求,不仅无法消解有关行政垄断的担忧,更损及《反垄断法》之权威;后者则主要体现为文本中程序机制的规定过于抽象而徒增其理论上的解释空间,甚至诱发执法机构的“越位”或“错位”解释,虚化了条文规范、架空了文本本身,难以发挥程序之于实体的保障使命。反垄断实践中,诸如宽免、承诺机制的适用混乱抑或私人诉讼之不彰,皆是这一弊病的体现。同时,《反垄断法》对部分垄断行为设置的责任机制处罚力度不足,难以有效应对经济运行中的违法行为。例如,经营者集中当报未报情形,仅凭最高额为50万元的罚款无法得到有效扼制;就行政垄断来说,暂且不论是否应由反垄断法规制,仅就其责任条款的缺失来说就是致命的,也注定《反垄断法》对其规制的效果有限。因此,对此类结构性问题,无法通过解释获得相应的垄断行为违法性认定依据和法定标准,只能通过修法予以解决。

^① 王晓晔:《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第7页。

2.《反垄断法》因自身规范缺失而无法作出相应回应。囿于“宜粗不宜细”“宜短不宜长”“成熟一个制定一个”等立法指导思想,我国《反垄断法》文本规范出现结构性缺陷不足为奇,这种缺陷通常表现为《反垄断法》文本对新涌现的垄断行为规制的规范供给不足。由于现代科技与信息的迅猛发展,市场垄断行为瞬息万变、形态各异,对文本规范的张力与更新提出挑战。生成于传统工业经济情境中的反垄断法在应对伴随着互联网、数据等信息技术发展而产生的垄断行为时面临着更多挑战,以往的垄断规制逻辑、法律适用原则、相关市场界定等理论和制度设计在反垄断实践中时常出现失灵现象,难以契合新经济产业发展的诉求,因而进行相应的制度反思与调整实有必要。这一问题在信息社会中不仅关涉日常生活,更攸关经济社会的进步、国家综合实力的提升,其背后蕴含着竞争与创新等价值追求,因而如何从规范层面协调和处理这一关系,有待通过规范重塑予以消解。就垄断规制的程序机制来说,健全的程序机制是有效落实实体性规范的保障,但既有的程序性规范尚不足以应对现实中实施机制的困境与需求,如对反垄断执法与行业监管间关系的厘定置之不理、^①对反垄断私人诉讼机制的具体设置轻描淡写^②等问题,影响甚至降低了实体性规范的规制力和权威性。因此,从程序和实体两个维度对文本进行完善是反垄断实践深化的规范要求,唯有不断完善的《反垄断法》文本规范方能有效满足反垄断实践需求、消弭规范适用的模糊地带。

反垄断法兼具实体规范和程序机制于一体,两者相互支撑、相互保障,为垄断规制提供制度依据和机制保障。我国《反垄断法》文本在预防和制止垄断行为、维护市场竞争方面确实发挥了积极作用,但文本规范自身存在的结构性缺陷和多变的市场垄断行为对规范适用和产业发展提出了挑战。因此,有必要从实体规范和程序机制两个维度对《反垄断法》文本作制度性考量与审视,梳理和类型化其中的结构性缺陷,为文本修订提供客观依据,以从源头上消解规范供给不足的问题。

三、文本优化的原则

诚如前述,解释机制无法有效弥补文本规范中的结构性缺陷;否则,便有背离法治精神和立法原意之嫌。但为了满足市场运行中垄断规制的现实需要,从根本上解决文本缺陷问题是不可回避的,因而修法成为必由路径。修法不仅肩负着消弭文本缺陷之重任,更要通过完善文本来有效地回应垄断规制的现实需求,以保障竞争在经济增长中的主导性作用。我国目前经济转型和体制完善的改革进程要求《反垄断法》修订必须致力于“建设统一开放、竞争有序的市场体系”,以“使市场在资源配置中起决定性作用,更好发挥政府作用”。因此,修法应秉持体系化思维,立足竞争政策的基础性地位,增强反垄断法目标的规范化和制度化水平,以使反垄断法应有功能得以有效发挥。

(一)强化竞争政策的基础性地位

实行社会主义市场经济,必须将竞争政策作为基础性的经济政策。^③“竞争政策是推动市场经济繁荣发展的重要政策体系”“要以完善社会主义市场经济体制为目标,强化竞争政策在国家政策体系中的基础性地位”。^④我国《反垄断法》在第9条规定国务院反垄断委员会的职责之一是“研究拟订有关竞争政策”,这是我国首次在法律文本中明确导入“竞争政策”的概念,但何为竞争政策以及竞争政策如何在法制层面获得规范化的制度安排似乎并不明确,从而导致实践中“叫得响”“呼声高”的竞争政策似乎并没有获得与政策预期相匹配的实际效果,竞争政策事实上并未能兑现以促进和保护竞争为使命的政策目标和制度功

^① 参见杨东:《论反垄断法与行业监管法的协调关系》,《法学家》2008年第1期。

^② 《中华人民共和国反垄断法》第50条导入了反垄断民事诉讼机制,即“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任”。但至于主体资格、举证责任等内容,反垄断法则未予以明确,因而给反垄断司法实践带来诸多挑战。例如,《中华人民共和国反垄断法》实施后,直至2013年8月1日前,全国法院审结的61起反垄断民事诉讼案件中没有一起原告胜诉,因而引起了学界和社会公众对这一制度的诟病。虽然最高人民法院出台司法解释,对起诉、案件受理、管辖、举证责任分配、诉讼证据、民事责任以及诉讼时效等作了明确规定,但该司法解释对纵向垄断协议举证责任分配、主体资格界定等问题未作充分解释,而且司法解释是否有权规定主体资格、举证责任分配等问题,值得商榷。因而,寄希望于修法进一步细化和明确反垄断民事诉讼程序机制和制度,同时协调好反垄断执法与反垄断民事诉讼之间的关系。

^③ 参见史际春、赵忠龙:《竞争政策:经验与文本的交织进化》,《法学研究》2010年第5期。

^④ 参见《“十三五”市场监管规划》[国发(2017)6号]。

能。究其原因,不难发现,我国竞争政策目前仍孤立地存在于政策文件和法律文本两个维度之中,两者之间未能发生有效的连接和互动,导致政策孤岛效应而无法实现基础性政策应有的功能;竞争政策更多地存在于国家经济治理体系中的政策层面,实践中主要通过以国务院出台的指导性意见和建议为主体的规范性文件,意在対行政机关介入市场、维护竞争作出相应的规约,因而颇具行政内部规则色彩;而作为法律文本中的竞争政策,《反垄断法》仅明确“国务院反垄断委员会”具有“研究拟订”竞争政策的职责,但实践中这一职责的履行并不透明,或许更多地体现在内部会议之中。由此看来,作为国家经济治理体系中的竞争政策与《反垄断法》导入的“竞争政策”之间并未发生实证法意义的联系,因而将竞争政策细化、规范化和法制化成为我国深化经济体制改革不可或缺的内容。

应该说,反垄断法是竞争政策与法制之间的最佳连接点和桥梁,承载着国家经济治理体系中竞争政策法制化的目标追求与工具安排,并表明国家力图通过法治化路径来发挥和保障市场在资源配置中的决定性作用。市场决定资源配置是市场经济的一般规律,市场经济本质上就是市场决定资源配置的经济。^①然而,对正处于转型期的中国来说,市场经济体制依旧是写在政策文件和法律文本中的规范目标,尽管实践中不断推出全面深化的改革战略,但改革进程中市场化的塑造与推进仍离不开政府的作用,因而究竟是产业政策多一点还是竞争政策多一点的争论在我国经济治理和经济增长过程中始终是个问题。事实上,无论是从历史角度来说还是从现实状况来看,产业政策在我国经济治理和经济增长中都占据着重要地位,但随着改革深化而暴露出来的问题与短板却与日俱增,继而逐渐沦为向高质量发展的掣肘之处。与现实出现的尴尬情形相比,不论静态的治理规范抑或不断创新的理论研究,对我国经济治理应更多地运用竞争政策、利用竞争机制优化经济增长质量已经基本达成共识,但在规范通往实践的道路上却无法有效地兑现预期目标。究其根本,政府与市场间的关系貌似明确,实际上却未能有效厘清,在文本规范中强调“宏观调控”,规范适用中遭遇行业监管阻却,行政权力在经济治理中时常以公共利益、产业发展等理由忽视甚至无视竞争机制的存在和作用。其结果不仅导致文本规范内部规制逻辑不一致,使得反垄断法承担其无法承受之重,超越了反垄断法应然功能;与此同时,也会导致规范适用有悖反垄断法原意,而以折中主义来模糊行政权力在经济治理中的边界,则可能抑制甚至扼杀了竞争机制的作用。因此,《反垄断法》理应通过修法从宏观理念层面消解这一障碍,尤其是在宏观调控与竞争机制、竞争政策与其他经济政策等诸如此类充满辩证而又时常紧张的关系之间建立起协调机制,确保竞争优先,为竞争政策的实施提供法治保障。

(二)维护反垄断法的纯粹性

反垄断法对市场经济的重要性不言而喻,但这并不意味着反垄断法无所不能。这一认识对我国经济转型和体制完善来说至关重要,反垄断法自身存有限度,即只能“预防和制止垄断行为”并借此来“保护市场公平竞争”,仅凭反垄断法并不能完全实现经济转型和体制完善这一战略目标。“经济体制改革必须以完善产权制度和要素市场化配置为重点,实现产权有效激励、要素自由流动、价格反应灵活、竞争公平有序、企业优胜劣汰。”^②可见,反垄断法也只是市场经济体制改革的重要一部分但非全部,作为市场经济核心机制的竞争虽有赖于反垄断法的保护,但仅有反垄断法尚不足以保护。这是因为,一方面反垄断法在市场经济体制之下方有生成和适用的可能性,否则便成为市场经济“盛名”之下的“摆饰”而无法发挥任何实际规制效果;另一方面,反垄断法通过禁止性的规范表达对垄断行为作否定性评价,而其作用范畴仅及于“垄断行为”。反垄断法固有的规范品质决定着其规制的质量和效果,但为了维护和确保竞争在经济增长中应有的地位和功能,无论是学者抑或是实务界皆有试图通过修法来对反垄断法予以扩容的想法,在文本规范中导入诸如公平竞争审查、竞争中立等新型制度机制,以对市场竞爭作多维保护。

显然,这种努力背离了反垄断法固有功能。反垄断法的定位是通过事后制裁机制对市场运行中“垄断

① 参见中共中央宣传部:《习近平新时代中国特色社会主义思想三十讲》,学习出版社2018年版,第146页。

② 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,载《中国共产党第十九次全国代表大会文件汇编》,人民出版社2017年版,第27页。

行为”进行矫治,从而达到维护市场竞争、提高经济效率的目标。相应地,排除限制竞争成为认定垄断行为违法性的基本标准,但某一特定垄断行为是否具有违法性、危害性和应受处罚性,则需要结合文本规范和经济学分析予以具体考量。有鉴于此,反垄断法的规范外延应该是相对封闭的,即仅对排除限制竞争的“垄断行为”作禁止性规定,而《反垄断法》文本规范是否需要修订、如何修订,则应围绕如何合理而又有效地规制“垄断行为”来构建和完善相应的规范体系。垄断协议的规范次序和认定标准、滥用行为的规制逻辑和抗辩理由以及经营者集中审查的判断标准和分析框架等无疑应成为《反垄断法》修订的关注点,而对所谓公平竞争审查、竞争中立、竞争倡导等与竞争有关但并非反垄断法意义上的制度机制则不应将其纳入《反垄断法》文本之中,并形成所谓“事先预防—事中监管—事后制裁”的规制体系。此类制度设计和制度安排超越了传统反垄断法的功能范畴,难以通过文本规范获得预期的秩序环境,因而有必要从以下两个方面来维护反垄断法的纯粹性:一是以审慎的态度对待修法中试图以增量的方式导入诸如公平竞争审查、竞争中立等与竞争有关的制度安排,以防溢出传统反垄断法规制范畴,有损法治权威性和一致性;二是要对既有的文本规范中非反垄断法所能达至的制度安排和规范进行删除或修改,如国有企业、国家安全审查等制度,以免其承受不能之重。

(三)尊重立法宗旨并促其制度化

修法是为了确保反垄断法规范体系与时俱进,能够有效应对市场运行中有关垄断规制的需求。修法有助于将反垄断法的目标诉求和价值功能通过健全的规范体系及时地表达出来,并能在具体实施中积极回应现实的垄断规制需要,从而实现现代反垄断法在市场经济生活中的功能和地位。反垄断法是保护市场竞争、维护市场竞争秩序、充分发挥市场在资源配置中的基础性作用的重要法律制度。^① 反垄断法也被称为“自由竞争法”,其价值理念是反对垄断、反对限制竞争、保护企业自由参与市场竞争的权利。^② 但这些良好的目标理念和任务使命,需要通过具体制度与规范来具体化,从而使其获得生命并通过具体执法来确保市场运行的动力与活力。因此,《反垄断法》修订时应注重理念与规范的结合、价值与规则的融通,从而真正发挥反垄断法在市场运行中的作用,具体而言,这些作用表现在以下两个方面:

1. 预防与威慑。市场运行中,垄断的形成往往对竞争和经济效率的损害非常严重,且难以恢复或者恢复成本较高,因而现代国家通常基于反垄断法的威慑力而强调对市场运行中的垄断行为的预防,反垄断法也因此被誉为市场经济生活中的“尚方宝剑”。但反垄断法相应功能的实现依赖于其制度规范的设计与完善,我国《反垄断法》在借鉴和吸纳域外经验的基础上颁布实施,随着法的适用而暴露出文本规范的结构缺陷,无法通过既有的解释机制抑或法内部规范机制予以消解,需要诉诸国家立法机关进行修正,这是市场经济生活中垄断规制的现实需要,同时也是反垄断法对市场运行中的垄断行为的有力回应。因此,在客观评估文本规范的基础上,借由修法完善实体规范、健全程序机制,从而提高经营者市场行为的可预判性、丰富执法机构规制工作的制度依据,将反垄断法的预防功能和威慑力通过文本规范传导给经营者,以增强市场竞争行为的规范性。

2. 矫正与规制。市场的魅力在于竞争,竞争之美在于其效率,但竞争悖论却是客观存在的,因而需要国家以法治思维和法治方式打击垄断、保护竞争。这一使命自然落到反垄断法的肩上,即对市场中已经生成的垄断行为要依法予以打击,矫治垄断行为,维护市场竞争性结构、保护竞争性市场体制。这离不开文本规范的保障,其不仅要为垄断规制提供规范依据,更从程序方面为垄断规制保驾护航。反垄断法通过消极禁止性规定来实现对市场中垄断行为的矫正与规制,但其前提是有法可依,否则“法无明文规定”即为允许。因此,反垄断法“矫正与规制”功能的发挥有赖于文本规范的明示,这从客观上要求反垄断法规范不仅要力争克服其不确定性的固有属性,更要在规范健全、明确的基础上增强其文本适用的张力,以适应垄断规制的现实需要。

① 参见安建主编:《中华人民共和国反垄断法释义》,法律出版社2007年版,第136页。

② 参见王晓晔:《并非权宜之计——完善我国竞争法及竞争机制的思考》,《国际贸易》2003年第10期。

四、文本优化的逻辑与路径

以修法来解决文本规范中的结构性缺陷问题、优化《反垄断法》文本,是消解规范适用障碍、不断深化我国《反垄断法》实施的根本路径。但修法并不是简单的文本变动,而是要融合过往文本解释、制度实践以及现实挑战等多重因素的权利与权力博弈,是不同主体间利益冲突调和的系统性工程和综合过程,故而需要从合目的性和合规性角度来寻求规范安排和路径设计。

(一) 理顺规范逻辑以促进制度安排合理化

法律寻求的是合理性证明的逻辑而不仅仅是或主要不是发现的逻辑。^① 法律通过规范形式将立法宗旨蕴含其中并作为规范适用的价值判断依据,因而“不仅仅是从形式方面去研究概念、判断和推理,而主要是研究其实质内容”。^② 作为“合理性、正当性与合法性高度统一,充分讲‘理’的一种法”,反垄断法不存在当然的合法也没有当然的不法,一切都要接受市场经济的理念及其要求的检验。^③ 反垄断法不仅要为经营者预判行为合法与否提供规范依据、为执法机构认定行为违法与否提供法定标准,更要通过规范为各方判断某一行为是否合乎市场经济的要求提供一种分析的框架或方法。因此,应结合我国垄断规制需求和经验,从以下两个方面进一步理顺和完善《反垄断法》规范逻辑:

1. 力促文本规范的合目的性与合规性统一。《反垄断法》实施的定位应当以“自治—回应”型法为整体目标,在标注“回应型法”目的取向的同时,注重“自治型法”类型下诸要素的能力建设。^④ 实践中逐渐成为“回应型法”的反垄断法,不仅要以规范回应垄断规制的制度需求,更要使文本规范符合经济规律和市场演化之道。因此,对修法的基本要求便是,将《反垄断法》复归于保护市场竞争之法而非陶醉于保护消费者之法,并循此路径完善实体规范及其配套程序;否则,反垄断法将偏离甚至背离其保护竞争之宗旨。因此,修法有助于将反垄断法的目标诉求和价值功能通过健全的规范体系及时地表达出来,并在具体实施中积极回应现实的垄断规制需要。

2. 增强文本规范体系的融洽性。文本规范是执法与守法的依据与标准,其自身质量攸关反垄断法实施的成败。合理的逻辑安排是文本规范有效承载并实现其价值功能的形式保障,《反垄断法》的实施不仅检验着文本规范的逻辑保障效果,亦能检测并反馈文本规范的逻辑漏洞。这要求修法首先需修补具体制度规范与立法宗旨间的偏离,以使文本中所包含的制度、机制能够有效地支撑反垄断法打击垄断、保护竞争的使命;与此同时,需要注意规范设计与适用原则、传统惯例相吻合,以免规范适用与文本所承载的宗旨相去甚远;更要注意完善规范之间的协调性,以增强整个规范体系的融洽性。反垄断法在其原初意义上是规制市场运行中作为私主体的经营者排除、限制竞争的行为,但在我国经济体制转型过程中滥用行政权力排除限制竞争的现象频现且严重影响市场公平竞争,因而成为众矢之的,并为我国反垄断立法所关注且在文本规范中得以体现,即《反垄断法》第8条和第5章。尽管此类规定对行政垄断的规制起到了宣示性作用,但至少在规范逻辑上仍面临着理论和制度的责难,即《反垄断法》调整对象为“垄断行为”,而该法第3条明确指出“垄断行为”的具体类型有垄断协议、滥用行为和经营者集中等3种类型,而《反垄断法》以很大篇幅作出规定的行政垄断是否属于“垄断行为”,至今仍有争论,其结果必然导致规范适用的不一致性,因而需要理顺文本框架逻辑、确保文本规范的概念和法律意义前后一致。

(二) 消弭结构性缺陷以增强规范的执行力

文本规范中的结构性缺陷因缺乏上位法依据而无法通过解释机制得以弥补,因而修法成为文本优化的路径选择,以为规范适用提供健全的制度依据。有鉴于此,文本规范优化依据现实中的问题和挑战应系统展开,具体而言:

① 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第572页。

② 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1991年版,第450页。

③ 参见史际春等:《反垄断法理解与适用》,中国法制出版社2007年版,“序”第2页。

④ 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》,《法学论坛》2008年第3期。

1. 细化概念,减少规范不确定性。由于简约型的反垄断立法思维和反垄断法固有的不确定性,我国《反垄断法》文本对部分核心概念未能作明确规定,给反垄断实践中的规范适用留有较大的自由裁量空间而无法解释;否则,便会诱发“越位”解释抑或“解释性立法”,导致执法机构在解释依据缺失的情形下进行创设性立法。这显然有悖现代法治精神,潜藏着行政权力肆意干预市场竞争的风险。因此,为了避免诸如此类现象的出现,应对诸如“垄断行为”“协同行为”“不公平的高价(低价)”“控制权”以及“决定性影响”等概念的内涵和法律意义在文本规范中予以适当明确,在确保执法机构自由裁量权的同时厘清规范适用的边界。

2. 填补实体规范的空缺,增强垄断规制力度。实体规范旨在为垄断行为违法性的认定提供制度依据和法定标准,因而其设置的疏密关系到行为定性的准确性。针对《反垄断法》文本中存在的结构性缺陷,在客观评估其实施效果和制度缺陷的基础上对其进行改造和完善。例如,第14条中有关非价格性垄断协议构成要件、具体类型等,第17条中“正当理由”的具体情形、第29条“附条件批准”规定的所“附条件”具体要素,第55条“滥用知识产权排除限制竞争”的具体情形和认定标准等现行法律中比较抽象且无法作具体解释的结构性问题,应通过修法的方式予以弥补。针对垄断行为处罚力度不足、行政垄断法律责任缺失的情形,修法应予以关注和跟进,从文本层面增强规范的刚性以及对现实回应的效力。

3. 消解程序机制的缺失与冲突,维护垄断规制的正当性。合理的程序设置是有效规制垄断行为和实现市场正义的制度保障,《反垄断法》中的程序机制经实践检验不仅乏力且不足以应对现实规制需求,因而成为文本规范完善的关注点和着力点。对文本中过于概括或缺失的实施机制,如第50条“反垄断民事诉讼机制”的具体设置和运用条件如何、《反垄断法》所未涉及的行业监管与反垄断执法关系以及社会关注的反垄断执法透明度等问题,应由立法机关以修法的方式进行补充或创制,以弥补文本规范的缺陷,确保反垄断法实施的透明度和正当性。与此同时,针对现行执法模式,应进一步改进反垄断法实施机构的设置,即对第9条和第10条有关国务院反垄断执法机构和国务院反垄断委员会的设置规定进行调整和整合,设立专门章节规定反垄断法实施机构组织形式、职责权限、执法程序以及与其他执法或司法机关的关系等内容,从而为反垄断法的实施塑造强有力的执法主体,以增强反垄断法实施的积极性和可能性。

(三)删减“错位”条款以维护规范的权威性

反垄断法是市场经济国家打击垄断、保护竞争的制度工具和法定依据,其强调以法治思维和法治方式来应对和规制市场垄断行为,规制手段的合法性是文本规范实现规制目标的本质要求。但《反垄断法》文本似乎并没有把守这种理论上的诉求与逻辑,而是以政治性需要和宣示性风格来设计和创设规范条款,致使相关规范条款形同虚设而有损法律权威,因此,通过修法对文本中“错位”条款做减法是推动文本合理化的重要举措:

1. 删除概念理解错位所致的条款。概念是构成规范的基本要素,概念理解准确与否不仅关系到规范构建合理与否,也关系到相关规范的适用效果。行政垄断是否应为反垄断法规制迄今仍充满争议,即便《反垄断法》文本已作了相应规定。行政垄断的行为主体并不同于反垄断法规制行为的主体,前者为享有公权力的行政机关和法律法规授权的具有公共事务管理职能的组织,而后者则为作为私主体的经营者,且导致垄断的原因也迥异,加之罚则中相应的处罚机制缺失,因而难以简单地以反垄断法来规制行政垄断。我国反垄断法的实践也已印证了这一点,通过反垄断法规制行政垄断是低效甚至无效的。此外,外资并购的国家安全审查规定也超越了反垄断法的功能范畴,无法起到类似国外外资投资审查制度的效果,因而亦应从《反垄断法》文本中予以剥离。总而言之,对立法中概念内涵把握不准的情形或条款,理应进行评估和清理,但清理和删除相关条款并不意味着相关行为或现象不应规制,而是应探究其本质予以合规律性地规制,以免反垄断法承受不能之重、有损法律权威。

2. 删除将政策曲解为法制的条款。反垄断法通过消极禁止性规范来规制垄断行为,即通过文本规范明确经营者在市场竞争中哪些不可为,为经营者对自身行为的合法性提供预判依据、为执法机构对经营者行为的违法性认定提供标准,继而实现蕴含在规范之中的政策功能。尽管如此,政策本身并不等同于法

律,任何政策的实施都应纳入法治范畴,依法将经济政策目标追求融入法制之中并通过正当程序予以实现。反垄断法是国家竞争政策的法治体现,竞争政策影响着反垄断法的实施效果,但竞争政策并不能代表经济治理的全部,在经济转型中国家时常偏好于产业政策,甚至以产业政策代替竞争政策,从而导致竞争政策在市场经济运行中的基础性地位不彰,反垄断法实施效果不尽人意。从文本层面来看,《反垄断法》总则中诸如“完善宏观调控”“国有经济”依法经营等条款,虽回应了国家经济生活中的政策关切,但实践中时常被误认为是计划经济体制下的行政干预和长官意志的延续,削弱了市场机制的作用,因而建议适时将其删减,以增强规范的刚性、维护反垄断法应有的权威。

反垄断法是现代国家维护市场竞争的基础性法律规范,理应对垄断行为作出积极回应。当法本身遭遇结构性缺陷而无法通过内部规范化解或者解释机制消解时,应通过启动修法工作予以调整和完善,不断完善垄断规制所需的制度规范,以满足反垄断法对维护市场竞争的规范需求。当然,《反垄断法》文本规范中仍有许多值得检讨和反思的制度机制,需要通过梳理、评估和研究从而给予修正,但无论如何要充分总结和吸收《反垄断法》实施以来的经验与教训,有的放矢,更要高瞻远瞩地启动和开展《反垄断法》修订工作。

五、结论

反垄断法担负着保护竞争和塑造竞争性市场结构、促进经济发展的重要使命。目前,我国正全面推进经济体制深化改革,其核心要义是“处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”。^①我国《反垄断法》自2008年实施以来在实体规范和程序机制等方面暴露了一些不足与欠缺,需要立法机关总结既有的实施经验教训并借鉴域外先进制度与实践,从理念与规范、逻辑与规则等方面予以积极回应并修订、完善相关制度。就反垄断法来说,修法实际是对多变的市场垄断行为规制需求的积极回应,因而理应设法避免由执法机关或法院基于解决自身问题的逻辑需要和场景假设对《反垄断法》作“过度”解释或以解释代替立法的“造法”式解释。因为在法治尚不健全的情况下,当事人既不能对抽象行政行为提起诉讼,也无法提请对最高人民法院司法解释进行司法审查,“过度”解释的结果不仅容易造成执法机构或法院恣意滥权或越权,而且容易侵害当事人合法权益。可见,《反垄断法》解释的尽头便是修法,以修法促进文本规范的完善与实施,是立法机关对《反垄断法》文本规范无法满足垄断规制需求的现实回应,其目的在于通过正当程序完善反垄断法规范体系并依法实现承载于文本规范之中的立法初衷。

责任编辑 翟中鞠

^① 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,载《中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议文件汇编》,人民出版社2013年版,第21页。