

中俄反垄断法比较研究

郭学兰

【内容提要】 中国与俄罗斯经济交往的深入发展使得研究两国在反垄断法律规制方面的异同成为日益紧迫的课题。虽然中俄不同的国情决定了两国反垄断法在立法模式、立法目的、法律适用上各具特色,但在许多问题上仍有一定共性,存在相互借鉴的空间。尤其是针对作为转型经济国家中的特殊问题——行政性垄断的规制,两国反垄断法各自的侧重点不同,但都对此予以高度重视。俄罗斯反垄断法甚至对此作了专门规定,规制范围相应扩大,认定标准更加细致。

【关键词】 立法目的 适用范围 立法模式 规制

【作者简介】 郭学兰,伊犁师范学院法政学院副教授,中国政法大学民商经济法学院博士生。

反垄断规制的目的在于禁止垄断和其他限制竞争的行为,维护竞争的市场秩序,保护消费者合法权益。保护竞争能够维护经济民主,促进市场经济健康发展。随着中国与俄罗斯经济交往的日益深入,有必要研究两国在反垄断规制方面的异同,为市场主体的决策和行为提供相关的参考。

一 中俄反垄断立法目的和适用范围

中国反垄断立法和俄罗斯反垄断立法在立法目的和适用范围方面既有相似之处,又各具特色。

(一) 立法目的

立法目的是立法的起点,其贯彻于立法、执法、司法过程之中。反垄断法的立法目的是反垄断法规则和活动的出发点,是反垄断执法与司法的指导原则和基本标准。《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《中国反垄断法》)和

《俄联邦商品市场竞争与限制垄断活动法》(以下简称《俄罗斯反垄断法》)的第1条均规定了各自的立法目的。

1. 《中国反垄断法》的立法目的考察

《中国反垄断法》的立法目的可以分为下列层次:

第一,预防和制止垄断行为。对垄断行为的“预防”,体现为事先控制,如经营者集中的事先申报制度就是一种较为典型的预防措施;对垄断行为的制止,属于事中和事后控制,体现为对垄断行为的责任追究。有关垄断行为的法律责任制度,《中国反垄断法》集中规定了“制止”的具体措施^①。

第二,保护市场公平竞争。竞争法保护的是竞争而不是竞争者^②,公平的市场竞争秩序是反垄断法的重要目标。公平竞争秩序的建立,可保证经营者在市场竞争中享有均等的竞争机会,使高效率的企业在竞争中发展壮大,消费者和整个经济体系因此均将获益^③。

第三,提高经济运行效率。经济效率也是反垄断法追求的重要目标之一,而经济效率的提高则有赖于竞争机制的维护。

第四,维护消费者利益和社会公共利益。在市场经济条件下,消费者总是处于弱者地位,各种形式的垄断利润都会最终转嫁给消费者;而《中国反垄断法》对垄断行为的规制是以社会公共利益为出发点和目的,符合中国社会主义市场经济的发展要求。

第五,促进社会主义市场经济健康发展。中国共产党十六大报告指出:“在更大程度上发挥市场在资源配置中的基础性作用,健全统一、开放、竞争、有序的现代市场体系……打破行业垄断和地区封锁,促进商品和生产要素在全国市场自由流动。”由此,《中国反垄断法》确立促进社会主义市场经济健康发展的立法目的具有深刻的现实意义和历史意义。

2. 《俄罗斯反垄断法》的立法目的考察

《俄罗斯反垄断法》的立法目的可以分为下列层次:

第一,预防和终止市场垄断、不正当竞争行为和行政性垄断。首先,《俄罗斯反垄断法》是一部广义的竞争法,内容既包括反垄断,又包括反不正当竞争行为,不同于中国的分立式立法体例(中国分立反垄断法和反不正当竞争

^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年版,第1页。

^② [英]奥利佛·布莱克:《反垄断的哲学基础》,东北财经大学出版社2010年版,第50~51页。

^③ 同^①,第2页。

法)。其次,《俄罗斯反垄断法》也规制行政性垄断,预防和终止联邦行政机构、俄联邦主体行政机构、地方行政机构及其他被授予上述行政机构职责或权力的机构或组织的限制竞争的行为。

第二,在俄联邦境内提供统一的市场经济环境,保障商品自由流通,支持竞争,并为商品市场的有效运行创造环境。这是保护市场竞争和提高经济效率的综合表述,与中国的相关表述有异曲同工之妙。

3. 两国立法目的之比较

《中国反垄断法》和《俄罗斯反垄断法》都明确提出要预防和制止垄断行为和行政性垄断。但是,由于俄罗斯采取合并立法的缘故,其反垄断立法将不正当竞争行为也纳入调整范围。值得一提的是,俄罗斯将行政性垄断的行为主体作了列举式立法,规定了六类主体:联邦行政机构、俄联邦主体行政机构、地方行政机构、法律授权或受委托的权力机构或组织、联邦立法机构之外的各地方立法机构以及政府预算外基金组织和俄联邦中央银行。这是非常细致的立法,为执法部门提供了界定行政性垄断行为主体的明确依据。

中国明确把维护消费者利益纳入《中国反垄断法》的立法目的之中,而《俄罗斯反垄断法》并未将消费者利益在其立法目的中予以体现。保护消费者利益是反垄断法应有之意,否则经济效率目标也会受到很大影响。正是基于消费者利益与经济效率之间相互影响的关系,美国芝加哥学派甚至将两者等同起来,并提出反垄断法的唯一宗旨就是实现消费者福利最大化^①。另外,社会公共利益也是《中国反垄断法》立法目的之一,但“国外反垄断法明确将其作为重要立法目的的情况并不多见”^②,俄罗斯也未将公共利益纳入立法表述中。由于社会公共利益通常是各个国家和地区垄断行为的豁免理由,所以有必要在立法、执法和司法中厘清其内涵和外延,防止滥用社会公共利益的名义从事垄断行为。

(二) 适用范围

法律的适用范围也就是法律的效力范围,包括时间效力范围、空间效力范围和对象效力范围^③。《中国反垄断法》和《俄罗斯反垄断法》都规定了其适用范围。

^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 年版,第 7~8 页。

^② 同^①,第 8 页。

^③ 张文显:《法理学》,法律出版社 2007 年版,第 145 页。

1. 《中国反垄断法》的适用范围

《中国反垄断法》第2条规定:中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为,适用本法;中华人民共和国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制影响的,适用本法。由此可见,《中国反垄断法》不仅具有域内效力,而且在一定条件下也具有域外效力。反垄断法的域外适用非常重要,因为在缺乏反垄断法域外适用的情况下,一国市场内的竞争可能会受到来自国外限制竞争的影响,反垄断法所要保护的自由和公平竞争就会成为空话^①。

《中国反垄断法》域外适用借鉴了美国反托拉斯法中的“效果原则”(Effect Doctrine)。依据这一原则,发生在美国境外且与美国反托拉斯法相抵触的任何行为,不管行为者的国籍,也不管行为的场所,只要该行为对美国市场竞争能产生限制影响的,美国法院对之就有管辖权^②。

另外,虽然第2条明确的只是《中国反垄断法》的空间效力范围,但并不意味着本法忽略了对象效力范围和时间效力范围。在对象效力范围方面,由《中国反垄断法》第12条对“经营者”的定义可以得知,《中国反垄断法》适用于自然人、法人和其他组织,且不限国籍^③。在时间效力范围方面,《中国反垄断法》第57条规定了反垄断法的施行日期。

2. 《俄罗斯反垄断法》的适用范围

《俄罗斯反垄断法》第2条规定:本法在俄联邦全境有效。本法适用于影响俄联邦商品市场竞争的各种关系,包括俄罗斯和外国的法人、联邦行政机构、俄联邦主体行政机构和地方行政机构及其他被授予上述行政机构职能或权力的机构或组织,包括个人企业及自然人。本法适用于上述主体在俄联邦领土之外导致或可能导致对俄联邦市场竞争产生限制或其他负面效应的活动或协议。本法不适用于以排他性权利为依据的法律关系,但下列协议除外:该协议的签订目的在于限制竞争或者可能以不正当竞争而获得、使用以及侵犯知识产权的排他性权利。与金融服务市场中的垄断活动和不正当竞争有关的行为,如不影响商品市场中的竞争,由俄联邦的其他法规调整。

首先,在空间效力范围上,《俄罗斯反垄断法》的规定提纲挈领。《俄罗斯反垄断法》也同样兼具域内效力与域外效力。

^① 王晓晔:《中华人民共和国反垄断法详解》,知识产权出版社2008年版,第12页。

^② 王晓晔:《效果原则——美国反托拉斯法的域外适用》,《国际贸易》2002年第1期。

^③ 值得一提的是,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从事垄断经营活动或从事行政性垄断行为的,也应当属于《中国反垄断法》管辖范围。

其次,在对象效力范围上,《俄罗斯反垄断法》的规定具体明确。简而言之,《俄罗斯反垄断法》适用于俄联邦行政机构和被授予行政机构职能的机构或组织以及包括个人企业在内的自然人、法人。

再次,在时间效力范围上,《俄罗斯反垄断法》是从 1992 年开始生效的,后来于 2006 年及 2012 年的修订并不影响其生效时间,但修订的部分内容则于修订后开始生效。

二 中俄反垄断立法模式、机构设置及其职能

(一) 立法模式

在竞争立法模式上,俄罗斯将反垄断和反不正当竞争行为合并立法,制定统一的反垄断法;从内容上看,《俄罗斯反垄断法》明文规定了应予禁止的 5 种不正当竞争行为。而中国于 1993 年制定《中华人民共和国反不正当竞争法》^①,时隔 14 年后于 2007 年制定《中国反垄断法》,则表明中国采用分立立法模式。合并立法关注的是不正当竞争行为与垄断行为的联系;分立立法看重的是不正当竞争行为与垄断行为的区别。从反垄断法和反不正当竞争法所规范竞争行为的特点看,一个主要规范限制竞争行为,另一个主要规范不正当竞争行为。从其目的看,一个是促进自由竞争,防止竞争不足;另一个则要促进公平竞争,避免竞争过度。依此,两部法确有较大不同之处。然而从立法的目的和作用看,特别是与促进竞争、保护竞争秩序相联系,两者则具有重要的同一性。反垄断法规范市场竞争之自由,反不正当竞争法规范市场竞争之公平。两者显然又是一个问题的两个方面,相辅相成,难以偏废。一般说来,先立法国家多采取分立立法模式,如德国、日本、瑞士和韩国等;后立法国家多采取合并立法模式,如匈牙利、保加利亚、俄罗斯和中国台湾省等^②。

反不正当竞争法和反垄断法的合并与分立不仅仅是立法形式上的表现,还有其深层次的原因。一国采取怎样的竞争立法模式由各国特定的政治、经济和历史等国情所决定。俄罗斯作为一个由计划经济向市场经济转型的国

^① 从调整范围看,《中华人民共和国反不正当竞争法》全面调整不正当竞争行为,部分调整垄断行为。该法规定了 11 种“不正当竞争行为”(第 5~15 条)。而按照分立立法,依其性质属于不正当竞争行为的仅有 6 种(第 5、8、9、10、13、14 条),另外 5 种属于垄断行为。

^② 刘继峰:《俄罗斯反垄断法立法特色与借鉴》, <http://jingzhengfa.fyfc.cn/art/256274.htm>

家,其经济法承担着双重任务——既要弥补市场缺陷,又要发展国家经济。作为经济法重要组成部分的市场竞争法在俄罗斯也相应地承担着双重任务——实行市场经济既要考虑市场结构的形成与变化,实行自由竞争,还必须建立正常的市场秩序,也就是说,既要求反垄断又要求反不正当竞争^①。所以,俄罗斯采用了合并立法模式。中国的立法大多基于现实实践的需求。在实行市场经济和经济转型的初期,社会上的竞争秩序较为混乱,不正当竞争行为频发。所以,依据现实的需要,中国于1993年经济转型初期制定了《中华人民共和国反不正当竞争法》;而反垄断法的实施需要相对成熟的市场经济条件,故《中国反垄断法》出台较晚。这在客观上促成中国采取了分立立法模式。

反垄断与反不正当竞争分立立法或合并立法,孰优孰劣,不能简单下结论。从发展中国家和地区的角度出发,合并立法有助于其在推行市场经济之际认识竞争法对确立竞争机制、实施竞争政策、防止垄断及制止不正当竞争行为的重要作用;同时,合并立法能减少程序,节省时间和财力。然而,法律调整的范围宽,则操作难度相对要大一些。况且,反垄断依其性质要求行政主管部门应高度统一,而不正当竞争行为的行政执法却要求有一定的普遍性,如何进行良好的协调也是一个值得考虑的问题。

(二) 机构设置

《俄罗斯反垄断法》规定:反垄断法遵守的国家监督和反垄断活动以及不正当竞争和其他限制竞争活动的预防和终止由反垄断机构负责执行。《俄罗斯反垄断法》的执法和行政裁决机构是俄联邦反垄断政策和企业扶持部(后改为俄联邦反垄断局)。该部的负责人由俄联邦政府总理提名,并由俄联邦总统任免。联邦反垄断机构可建立地方代表机构,在其权限之内向地方代表机构授权。地方代表机构从属于联邦反垄断机构,并在联邦反垄断机构所制定条例的基础上依照俄联邦法律开展各项活动。俄联邦反垄断政策和企业扶持部包括总部和71个分支机构,在反垄断职能上是垂直的,总部和各分支机构按各自职责分别承担反垄断任务。总部下设交通领域反垄断行为部门、价格委员会、保护中小企业反垄断部门、法规局、商品流通市场反垄断部门、保护消费者权益委员会、反广告垄断部门、反证券交易市场垄断部门、国际关系部门、信息技术部、财务人事等保障部门^②。中国的反垄断机构设置体现

^① 王学政:《对竞争立法模式的比较研究》,《中国法学》1997年第5期。

^② 黄晓权、夏明:《论俄罗斯反垄断法及其特点》,《湖南医科大学学报(社会科学版)》2004年第1期。

在《中国反垄断法》第 9 条和第 10 条。第 9 条规定:国务院设立反垄断委员会,负责组织、协调、指导反垄断工作。第 10 条规定:国务院规定的承担反垄断执法职责的机构(以下统称国务院反垄断执法机构)依照本法规定,负责反垄断执法工作。国务院反垄断执法机构根据工作需要,可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构,依照本法规定负责有关反垄断执法工作。具体地说,中国的反垄断机构设置为:首先,国务院设立反垄断工作协调机构——反垄断委员会;其次,反垄断执法工作由国家发展与改革委员会、国家工商总局和商务部共同承担。商务部下设的反垄断局负责对经营者集中审查,国家发展与改革委员会下设的价格监督检查司负责与价格有关的垄断行为,国家工商总局下设的反垄断与不正当竞争执法局负责其他的反垄断执法工作。很明显,中国的反垄断执法采取了“多层次多机构”的体制。坦率地讲,这是一种过分迁就现存体制的制度选择。这种执法体制必然表现为“分权式”的执法模式,在执法过程中不无可能出现竞相执法与相互推诿并存的情形,令人担忧^①。这种多机构执法的模式能否满足中国反垄断执法工作的需要,尚未定论。

反垄断法在市场经济运行和发展中具有特别重要的地位和作用。反垄断机构的良好设置是保障反垄断法有效执行的必要条件。从世界范围考察,为确保反垄断法目标的实现,各国都对反垄断执法机构的设置予以高度重视。各国的精心设计形成了目前虽然各具特色但又基本相似的反垄断执法机构设置模式。概括起来,反垄断机构的设置具有如下共性:第一,独立性。由于反垄断法与国家的宏观经济政策和社会整体利益直接相关,反垄断法的实施需要具有相当独立性的执法机构。从发达国家的情况可以看出,独立性并不意味着反垄断执法机构的唯一性,必要时可以设置多个反垄断执法机构,明确相互之间的职责和权限划分,建立工作中的相互协调机制^②。所谓独立性,首先意味着该机构目标明确、相对单一;其次要求该机构的反垄断执法活动高度专业,不受非相关行政机构、政治权力和利益集团的干预。第二,高权威性^③。由于足以实施垄断行为的企业一般都是在市场上具有超强优势地位的大企业或企业集团,它们不仅具有雄厚的经济实力,其势力甚至渗透到国家的权力机关,足以影响甚至左右国家的经济政策。因此,反垄断执法机构必须具有足够的威慑

^① 时建中:《我国反垄断法的特色制度、亮点制度及重大不足》,《法学家》2008 年第 1 期。

^② 史际春:《反垄断法理解与适用》,中国法制出版社 2007 年版,第 267 页。

^③ 赵赞扬:《论我国反垄断机构的设置——对现行设计方案的质疑》,《河南商业高等专科学校学报》2007 年第 6 期。

力。各国普遍赋予反垄断执法机构很高的规格和广泛的权力。例如,在设置规格方面,美国联邦贸易委员会的5名委员须由国会推荐和批准,由总统任命;日本公正交易委员会的委员长和委员由首相提名并须经国会同意,委员长的任免还须获得天皇认可。在享有权力方面,美国、日本和德国的反垄断执法机构往往都集行政执法权、准司法权和准立法权于一身,不仅直接负责案件的行政执法,而且还可以享有一定程度的规则制定权,更设计了一套类似于法院审理案件的程序,对垄断案件进行独立的审理,并作出裁决。第三,组成人员的专业性。组成人员的专业性是确保反垄断执法高效性的基础。反垄断执法除了须确立市场经济理念、把握好竞争政策与其他经济政策和政治形势的关系外,还要求从技术层面细致地分析市场及竞争状况,以恰当地处理具体而复杂的个案。反垄断执法在很大程度上是一种技术性、事务性的工作,反垄断专门执法机构必须由具有专业知识和经验的人员组成,才能有效地实施反垄断法^①。例如,美国联邦贸易委员会就是一个更为专业的执行机关,以弥补司法部执行反托拉斯法的不足:“设置该机构的目的是希望其能够具有法律、经济和商业的专业知识,比司法部更独立自主、积极主动地提供商业指导原则,以确认和制止刚刚发生的托拉斯问题。”^②

由此可以看出,反垄断执法有效性重点不在于双层次多机构的中国模式或双层次单机构的俄罗斯模式,而在于保障反垄断机构的独立性、权威性和专业性。总体来说,中俄两国在反垄断机构的设置方面都存在不足。首先,独立性不是口号,而应该落到实处。其次,在权威性方面,俄罗斯的做法与中国相比具有先进之处:俄联邦反垄断局的负责人由俄联邦政府总理提名,并由俄联邦总统任免,所以反垄断执法机构的权威性较高;而中国具体从事反垄断工作的机构只是三大部委下设的司局,一个司局级的部门负责人很难在部委利益的冲突中保持权威和中立。最后,在组成人员的专业性方面,中国国务院反垄断委员会专家咨询组由经济学和法学等方面的21位专家共同组成,以保障中国反垄断机构的专业性;但是在具体的执法机构中,如国家发展与改革委员会和商务部的反垄断执法机构中,专家的配备就稍显不足。所以,中俄两国都须要为完善反垄断执法机构的设置付出努力。

(三) 机构职能

国际上公认的反垄断工作的三大组成部分是垄断协议、滥用市场支配地

^① 史际春:《反垄断法理解与适用》,中国法制出版社2007年版,第267页。

^② 孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第710页。

位和经营者集中。中俄两国的反垄断工作都加入了具有国情特色的行政性垄断。《俄罗斯反垄断法》赋予反垄断执法机构的权力有:发布指令权;行政处罚权;调查检查权;就有关违反反垄断法的事项向普通法院或者商事法院递交申请,对适用和违反反垄断法有关的案件审查时参加普通法院或商事法院的会议;发布市场调查结论,与其他机构实行资源信息共享;开展国际合作交流;建议权:就竞争发展问题向相应的联邦机构递交建议书等。而《中国反垄断法》对反垄断执法机构的权力没有予以明确的规定,仅对涉嫌垄断行为的调查及法律责任明确了部分权力,如调查检查权、行政处罚权、建议权。

反垄断执法机构为履行其反对垄断、维护市场竞争秩序和市场经济活力的职责,就必须拥有相应的权力。世界各国反垄断执法机构拥有的权力不尽相同,但大体上包括:第一,调查检查权。反垄断执法机构为履行其职能,对市场竞争参与者的行为是否违反反垄断法的规定进行调查了解和检查监督,是其最基本的权力。第二,审核批准权。这主要涉及那些对企业间兼并、控股等方面的协议(或决议)进行调查并作出批准或不批准协议(或决议)的权力以及审查被控股企业的限制竞争行为是否构成法定豁免或例外的权力。这一权力的行使有较大的弹性,反垄断执法机构的自由裁量余地较大。第三,行政处罚权。反垄断执法机构在依法经调查确认行为人构成违反反垄断法的情况下,依法对违法者施加行政制裁措施,如罚款、没收非法所得、责令停止生产经营、宣布垄断协议无效等。这是反垄断执法机构的一种制裁性权力。第四,行政强制措施权。为保障各项职权的行使和职能的实现,应赋予反垄断执法机构在特定情况下采取行政强制措施的权力,如查封、扣押等。第五,行政裁决权。这是反垄断执法机构对垄断违法行为引起的民事损害赔偿进行裁决的权力,是其作为行政执法机关所享有的一种准司法权。这是现代社会行政日趋专门化以及复杂社会关系需要强大行政力量的结果。尤其是反垄断案件专业性强,行政裁决更有优势。对于垄断造成的民事侵权损害赔偿,许多国家通常也是采用行政和司法两种手段进行调整和处理的。行政裁决作为一种行政决定,具有执行性,但不具有终局性。第六,规章制定权。反垄断执法机构应有权在反垄断法规定的范围内制定行政规章,以具体实施反垄断法,指导和规范市场主体竞争行为。这可以称为反垄断执法机构的准立法权^①。当然,为了规制行政性垄断,须要增加参与决策权和建议权。

^① 王先林:《关于中国反垄断执法机构的设置与职责问题的探讨》,《中国行政管理》2000年第8期。

据此,《俄罗斯反垄断法》基本上规定了反垄断执法机构的权力。相对来说,《中国反垄断法》对反垄断执法机构的权力规定就不太明确。《中国反垄断法》可借鉴外国经验,明文规定反垄断执法机构的权力,赋予其行政执法权、准立法权和准司法权,以促进中国反垄断执法工作的有效展开。

三 限制竞争行为规制

(一) 滥用市场支配地位规制

企业拥有市场支配地位本身并不违反反垄断法,但企业滥用市场支配地位的行为会受到各国反垄断法的规制。认定一个企业是否滥用市场支配地位,首先要界定该企业是否具有市场支配地位,然后再界定该企业是否实施了滥用市场支配地位的行为。

1. 市场支配地位的认定

中俄两国法律都对市场支配地位的概念作了清晰界定。除了强调对控制商品价格、数量或者其他交易条件的决定性影响和限制竞争者进入市场外,《俄罗斯反垄断法》还认定有能力把其他经营主体排挤出商品市场的情形。对比中俄两国法律关于“市场支配地位”的认定标准,可以发现两国都以市场份额标准为主要标准,其他标准为辅助标准。但是,《中国反垄断法》的规定相对简单,即第18条规定了认定依据,第19条规定了份额标准。而俄罗斯的具体认定标准要复杂得多:

第一,对单个经营主体的认定标准:对市场份额占50%以上的经营主体,采用绝对标准;对市场份额占35%~50%的经营主体,以市场集中度指标推定其拥有市场支配地位;而对市场份额低于35%的经营主体,原则上推定其不拥有市场支配地位,除非符合其他标准(辅助标准)。其他辅助标准与《中国反垄断法》第18条的认定依据略有不同,主要包括决定性影响、市场进入障碍、产品差异性和产品需求弹性。

第二,对多个经营主体的认定标准:首先,与中国的区分方法不同(《中国反垄断法》将多个经营主体区分为2个、3个经营主体),俄罗斯将多个经营主体区分为3个以内、5个以内经营主体;其次,在规定总计份额分别超过50%、70%的标准后,还同时要求任一个经营主体所占份额都要超过此外的其他经营主体;再次,以8%份额设定了“安全港”,与中国10%份额的标准略有不同;最后,在市场份额之外明确规定了同时须要满足的其他标准,这一点与中国以份额标准为单一标准明显不同。

第三,规定自然垄断企业具有市场支配地位。

第四,由俄罗斯联邦政府制定对金融机构(信贷机构除外)市场支配地位的认定标准。

2. 滥用市场支配地位行为的认定

对于滥用市场支配地位行为,中俄两国法律都进行了列举式规定。《中国反垄断法》第 17 条列举了低于成本销售、拒绝交易、强制交易、搭售和价格歧视等 6 种行为。《俄罗斯反垄断法》也作出了相似规定,但还有一些明显的区别:

第一,列举了 10 种行为,但并没有《中国反垄断法》的兜底条款。

第二,对于价格滥用行为规定更为详细。这主要体现在以下几个方面:首先,规定了制定、维持商品垄断高价或垄断低价以及“违反法规规定的定价制度”的行为。垄断高价行为类似于中国“以不公平的高价销售商品”的行为,垄断低价行为类似于中国“无正当理由,以低于成本的价格销售商品”的行为,但是在专门概念中对商品垄断高价和商品垄断低价作出了非常详细的规定,包括两个概念的定义、制定商品垄断高价或低价的方式以及不能被认为是商品垄断高价或低价的情形。其次,除了规定直接影响价格的行为,还规定了间接影响价格的行为,如“从流通中回撤商品,并导致商品价格上涨”的行为以及在商品仍有市场需求或商品预订价格仍可使该商品生产获利的条件下不合理地减少或停止生产该商品的行为。最后,对金融机构制定不合理的过高或过低的金融服务价格进行了专门规定。

第三,对于滥用市场支配地位行为“没有正当理由”的前提条件规定更加充实。例如,拒绝交易的不合理情形是“在有生产和供货条件时,以及在联邦法律、俄联邦总统、俄联邦政府、授权联邦执行权力机构制定的法规或司法裁决没有明确规定的情况下,经济上或技术上都不合理”。

第四,虽没有规定强制交易行为,但对搭售行为和附加不合理条件的行为表述略有不同,如“向客户强加对其不利或与合同标的无关的合同条款”。

第五,规定了其他滥用市场支配地位行为,如“制定歧视性经营条件”和“阻碍其他经营主体进入或退出商品市场”的行为。

(二) 限制竞争协议规制

限制竞争协议,又称垄断协议,是指具有排除、限制竞争效果的协议、决议或协同行为,包括横向垄断协议(即卡特尔)和纵向限制竞争协议。

1. 横向垄断协议

横向垄断协议,即卡特尔成员通过在价格、数量、地域或其他方面订立协

议或作出决议或以其他协同行为垄断市场而获取垄断利益。横向垄断协议限制竞争,损害消费者利益,出现较早且受到各国反垄断法的严格规制。《俄罗斯反垄断法》界定的横向垄断协议包括书面和口头协议以及协同行为。

第一,中俄两国法律对横向垄断协议类型的规定存在明显的差别:中国法律从垄断协议的行为来规定,而俄罗斯法律从垄断协议导致或可能导致的后果来界定。总的来说,俄罗斯法律对横向垄断协议类型规定更为详细,增加了中国法律没有规定的某些类型。例如,“固定价格”在《俄罗斯反垄断法》中被表述为“固定或维持价格、折扣、加价和销售加价”。《俄罗斯反垄断法》还规定了附加不合理合同条款、价格歧视、停产或减产和阻碍市场进入等类型。

第二,关于协同行为的规定是《俄罗斯反垄断法》的一大亮点。《俄罗斯反垄断法》以专条对经营主体的协同行为进行了界定。2008年6月30日,俄罗斯联邦最高仲裁法院公布了《关于仲裁法院适用反垄断法有关问题的解释》。该解释细化了包括协同行为在内的仲裁法院审理反垄断案件的相关规则,其中规定行为一致性是认定协同行为的关键。所谓行为一致性包括两种情形:一是经营主体事先知道这种行为;二是经营主体行为相对一致或相对同步,但缺乏客观理由^①。

2. 纵向限制竞争协议

纵向限制竞争协议是指处于不同商品流通过程中的上下游企业之间的协议。纵向限制竞争协议对竞争的影响与横向垄断协议有很大差别。对于纵向限制竞争协议并没有普遍接受的经济理论,因而中俄两国法律对于纵向限制竞争协议的规制有较大的区别。

第一,《俄罗斯反垄断法》所称“垂直协议”即为纵向限制竞争协议,与《中国反垄断法》第14条规定的纵向价格协议不同。它在规定了导致或可能导致制定商品转售价格之外,还规定了一种排他性销售类型,即商品销售方要求采购方不得销售存在竞争关系的其他经营主体的商品。

第二,专门规定了“垂直协议”的合规性。《俄罗斯反垄断法》规定:如果协议属于商业租赁合同,则允许书面形式的“垂直协议”(金融机构间“垂直协议”除外);如果协议各方在任一商品市场的份额不超过20%,则允许经营主体间存在“垂直协议”(金融机构间“垂直协议”除外)。除了在反垄断法中有专条规定外,俄罗斯还于2009年7月制定《企业间协议合规条件》,规定了

^① 刘继峰:《俄罗斯反垄断法“协同行为”认定标准的创新和借鉴》,《法商研究》2011年第3期。

企业纵向协议的一般例外条款。

3. 限制竞争协议的审核监督制度^①

2007 年 10 月,俄联邦反垄断局制定《对经营主体限制竞争协议的监督工作细则》,规定了对限制竞争协议的国家监督制度、监督标准和方法。这种事前申请机制与中国对于垄断协议的事后惩罚机制具有明显区别。

事前申请机制是对限制竞争协议的国家监督,也是对垄断协议的一种规制方式:由企业向有审核权的反垄断执法机构提交协议反垄断审核申请,由反垄断执法机构在一定的期限内根据法定程序审核企业提交的相关资料和信息,确定协议是否可能导致限制竞争并作出决议。俄罗斯对限制竞争协议的国家监督制度详细规定了反垄断执法机构对企业协议的审核权限、企业提交协议反垄断审核申请的方式、企业须向反垄断执法机构提交的资料、信息及其格式、反垄断执法机构的审核程序和标准等。

四 行政性垄断规制

行政垄断是转型经济国家中的特殊问题,而中俄两国在这个问题上却有一定的共性。《俄罗斯反垄断法》对于行政垄断以专门章节进行规制。同样,《中国反垄断法》第 32~37 条也规制了行政垄断行为。仅从条款数目上看或与《俄罗斯反垄断法》的相应内容相比,《中国反垄断法》有关行政垄断的规定所占篇幅要更多一点。但经比较,《中国反垄断法》对于行政垄断的规制还存在许多不完善之处,仍有向《俄罗斯反垄断法》借鉴学习的空间。

(一) 垄断行为主体

《俄罗斯反垄断法》对于违法主体的表述都是“联邦执行权力机构、俄联邦主体权力机构、地方自治机构、其他履行上述机构职能的机构和组织”,归纳起来,包括联邦行政机构、联邦主体和地方行政机构、法律授权或委托的权力机构或组织。表面上看,这与《中国反垄断法》相关表述并无大异。但值得注意的是,《俄罗斯反垄断法》不仅规制行政垄断行为,法规也是其规制对象。这样,行政垄断违法者的范围就扩大到除联邦立法机关、各司法机关、最高联邦行政机关之外的所有权力主体及享有行政权力的主体^②。

《中国反垄断法》规定了两类行政垄断的违法主体:行政机关和法律法规

^① 李福川:《俄罗斯反垄断政策》,社会科学文献出版社 2010 年版,第 171~178 页。

^② 刘继峰:《俄罗斯反垄断法规制行政垄断之借鉴》,《环球法律评论》2010 年第 2 期。

授权的具有管理公共事务职能的组织。该法第37条规定：“行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定。”根据该规定，行政机关中有权作出抽象行政行为的也可能成为违法主体。与《俄罗斯反垄断法》相比，《中国反垄断法》对于行政立法机关的规制远远不够详细，第37条仅将“行政主体”作为违法主体过于概括化。如果对于此类违法主体不能作出更加明确的规定，其制定的具有垄断性的法规规章只能通过立法来调整，很可能达不到消除其反竞争危害的效果。

此外，修订后的《俄罗斯反垄断法》将政府预算外基金组织以及俄罗斯联邦中央银行纳入行政垄断的违法主体范围。因为俄罗斯联邦中央银行是独立于联邦、联邦主体国家权力机关和地方自治机关的，因此有必要对其垄断行为作出特别规定。而中国人民银行隶属于中国国务院，是中央行政机关，可以适用现有《中国反垄断法》关于行政垄断的规定，无须再单独列出。由此也可以看出，由于各国政治和经济体制不同，在反垄断法的学习和借鉴上应有所甄别，取其精华，而非全盘移植。

（二）垄断行为类型

《中国反垄断法》第32~37条列举了6种行政垄断行为，它们分别是：强制限定交易、地区封锁、排斥或限制外地经营者参加本地的招投标、排斥或限制外地经营者在本地投资、强制从事经济性垄断的行为和抽象的限制竞争的行政行为。而《俄罗斯反垄断法》禁止的内容共7种：限制某行业新建经营主体，对部分经营活动或对部分商品的生产作出禁止性或限制性规定；不合理地阻碍经营主体的经营活动，包括在俄联邦法律规定之外对经营主体提出的要求；对商品在俄联邦自由流通制定禁止性规定或实施实际限制措施，限制经营主体的销售权、采购权以及限制商品的采购和交易；指令经营主体向指定采购者（订货者）优先供货或优先签订合同；规定或限制商品购买方对供货方的选择；向经营主体提供优先获得信息的机会；提供国家和地方特惠时违反《俄罗斯反垄断法》的相关规定。

从以上规定可以看出，中俄两国的反垄断法列举行政垄断行为的具体表现形式虽有相似之处，但各自的侧重点不同。总体来说，两国的反垄断法都以列举方式界定具体的行政垄断行为，但《俄罗斯反垄断法》关于行政垄断的内容比《中国反垄断法》更为丰富。例如，中国仅对排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构加以规制，而俄罗斯则对一切阻碍或限制经营主体的新建、经营活动及商品生产的行为加以规制。当然，中国立法与当时中国地方保护主义严重不无关系，因此只对排斥或者限制外地经营者的行为

加以特别规制。可以认为,《中国反垄断法》规定的 6 种行政垄断行为具有一定的局限性;而《俄罗斯反垄断法》的相关规定具有相当的开放度,规制范围相应扩大。

另外,《俄罗斯反垄断法》关于行政垄断的规制同时针对行为和法规,其具体的表现形式可界定为具体行政垄断行为和抽象行政垄断行为。这样的立法模式无疑是比较清晰且完善的。《中国反垄断法》第 32~36 条仅针对具体行政垄断行为,而用第 37 条“行政机关不得滥用行政权力,制定含有排除、限制竞争内容的规定”涵盖所有抽象行政垄断行为,未免过于概括,缺乏可操作性。当前,中国的地区封锁、行业垄断等行政垄断样态常常是通过发布命令和决议等方式实现的。很多具体行政垄断行为的实施也往往是以抽象行政行为作为其依据的^①。

关于地区封锁,《俄罗斯反垄断法》第 8 条中仅有一项提及,并未再细分。在中国,地区封锁是一种典型的行政垄断行为,其严重程度与中国的政治体制和行政区划方式、财政管理体制、国有资产管理体制和产业政策等都有很大的关系,是中国现阶段须要着重规制的行为^②。基于其国家现状,俄罗斯对于招投标领域的行政垄断行为有更加细致的分类和界定。中国招投标领域的行政垄断并不是不须要加强规制,恰恰相反,实践中关于招投标的行政垄断行为层出不穷。而《中国反垄断法》仅仅对排斥或限制外地经营者参加本地招投标活动的行为作了规定,显然具有局限性。但值得注意的是,中国有专门的《中华人民共和国招标投标法》,《中华人民共和国反不正当竞争法》也对串通招投标予以规制。因此,《中国反垄断法》的修改和完善须要注意与立法体系中其他相关法律法规的协调和配合,避免浪费立法资源。

(三) 垄断行为的认定标准

相比之下,《俄罗斯反垄断法》对于行政垄断行为的认定标准更加细致,适用于具体行为时能够更加准确地判定是否属于行政垄断,不会出现无法可依的法律空白。

《俄罗斯反垄断法》对认定标准的表述是“导致或可能导致禁止、限制、排除竞争”。这说明《俄罗斯反垄断法》对行政垄断的认定不仅包括实际产

^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 年版,第 377 页。

^② 陈甦主编:《科学发展观与法制建设》,社会科学文献出版社 2006 年版,第 156~170 页。

生限制、排除竞争效果的情形,还包括可能限制或消除竞争的情形。而《中国反垄断法》并没有类似的表述。《中国反垄断法》对于行政垄断的规制仅包括实质性排除、限制竞争这一标准,不包括可能标准。而可能标准作为一种预防性的调控手段,无疑能增大《中国反垄断法》的威慑力。因此,《中国反垄断法》不仅要实质性垄断行为加以规制,也须要对可能造成限制或消除竞争效果的危险状态加以防范。

另外,中国认定行政垄断行为主要指的是“作为”的形式,关于“不作为”的形式仅在第34条提及“……不依法发布信息……”。而实践中,“不作为”形式的行政垄断是很常见的,如拒绝给予执业执照或牌照以阻止市场进入的情形;而俄罗斯立法中明确规定行政垄断规制的对象是“法规和行为”。关于法规作为抽象行政行为的规制,上面已经提到了。也就是说,《俄罗斯反垄断法》规制的行政垄断行为包括“作为”和“不作为”两种,这使法律适用变得清晰简便,而不用根据实际情况再推断或者解释。

五 对经营者集中的监督和控制

(一) 概述

经营者集中本是经济主体自身的自主行为,适度集中有利于节约交易成本,发挥规模经济作用,提高集中参与者的竞争力。但经营者集中,特别是商业组织之间的过度集中会导致市场结构的变化;当市场结构变化引起市场支配地位形成或加强时,极有可能限制竞争,降低效率。因此,由国家通过立法对经营者集中行为进行适度干预和监督是保证市场竞争、防止限制竞争的有效途径。

“《俄罗斯反垄断法》中的‘经营者集中’就是指市场集中,对经营者集中实行监督和调节,是为了影响市场结构,防止过度经营者集中和不合理的垄断,防止出现恶性竞争和企业过强的市场支配地位。”^①

长期以来,俄罗斯一直重视市场经济的培育和发展,对经营者集中的国家监督制度经过若干次修订,使其在俄罗斯竞争法体系中的地位发生质的改变,与世界范围内一般竞争法体系中的相关规定保持一致。依据相对比较完善的经营集中制度,俄罗斯联邦反垄断执法机构已经相继处理了“谷歌”向“Rambler”传媒公司收购“ZAO Begun”案、“甲骨文”收购“Sun”案等。

^① 李福川:《俄罗斯反垄断政策》,社会科学文献出版社2010年版,第99页。

(二) 俄罗斯调节监督经营者集中的主要特征

与其对行政垄断规制的典型性及其他国家和地区对经营者集中进行调节和监督的先进性相比,《俄罗斯反垄断法》对经营者集中的相关规定不是特别引人注目。但与中国现行反垄断法体系中的相关规定相比,它具有以下特征:

1. 将非商业组织的经营者集中行为纳入反垄断法规制的范围。“在俄罗斯,‘非商业组织’类似于中国的民间组织,是一种公民社会组织,具有行业性、群体性和志愿性,如工会、行业协会等。特别是苏联解体之后,这类组织为应对休克式疗法带来的危机得到迅速发展,门类齐全,覆盖广泛。”^①非商业组织在俄罗斯国家运行体系中占有重要地位。俄罗斯把这类组织纳入经营者集中的管辖范围自然是题中之意。《中国反垄断法》第 12 条规定,经营者集中调整的行为主体是经营者,包括自然人、法人和其他组织,但限定在从事商品生产、经营或者提供服务的目的范围内。按照一般理解,这种界定是不包括非商业组织的。中俄两国法律规定的差异主要源于中俄经济组织形态上的差异。

2. 对取得控制权行为与施加决定性影响行为的区分。《俄罗斯反垄断法》对取得控制权的设立和合并行为与施加决定性影响的交易行为作了区分,并在各自项下详细列举。该法从行为形式(并购、合并、设立)、资产状况等角度将须要事先报批的 5 种行为规定为取得控制权行为;而从交易标的(股份、资产和权利)、资产价值、资本份额、支配权比例等角度将须要事先报批的 8 种行为规定为施加决定性影响的行为。对此,《中国反垄断法》仅在第 20 条笼统地予以规定,商务部后期颁布的《经营者集中申报办法》和《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》中亦未作出严格区分和具体规定。事实上,取得控制权的行为和施加决定性影响的行为对竞争的影响程度是有所区别的,作出这种区分既有必要,也更科学。

3. 对报批事项和报备事项的严格区分。报批事项是指集中行为须经反垄断执法机构审查批准后方能实施;报备事项是指满足一定条件的集中行为在集中后的法定期限内须报反垄断执法机构备案。这两种案件的区分主要是根据集中的行为性质、各自规模大小、不同的交易标的及份额而导致不同程度的竞争影响作出的。《俄罗斯反垄断法》对这两种行为作出了严格区分。“对经营者集中的事先监督,主要体现在对企业交易的事先监督,通过资产交易的报批制度,由反垄断机构作出事先审议。”^②这是一种事前控制机制。相

^① 黄立第:《20 世纪中俄民间组织的合作与中俄关系》,《俄罗斯研究》2009 年第 4 期。

^② 李福川:《俄罗斯反垄断政策》,社会科学文献出版社 2010 年版,第 109 页。

比之下,报备制度仅是一种事后监督机制。同时,值得注意的是,“并购或者资产交易的报备人,有权在交易前向反垄断机构提出报批申请”;并购或者资产“交易后向反垄断机构报备,且并购或资产交易已经或者可能导致限制竞争的,报备人必须按照反垄断执法机构在报备审议后作出的指令增加保护竞争的措施”^①。由此可见,《俄罗斯反垄断法》意义上的报批和报备制度并无完全界限:报备制度可以根据行为人的意愿转化为报批制度,同时报备制度的事后监督措施折射出报批制度的内涵。这种事前与事后监督相结合的监督调节方式对于减轻反垄断执法机构的执法负担,集中精力处理大案要案,发挥着极大的促进作用。相比而言,中国目前的经营者集中案件一刀切,缺乏报备制度的过渡。这也是导致负责审查经营者集中的商务部不堪重负的原因之一。

4. 对经营者集中的监督与国家调节相结合。对经营者集中的监督体现了国家竞争政策的导向作用,国家对经济的调节是国家产业政策实施的一种方式。“经营者集中领域完全可以利用反垄断法实现竞争政策和产业政策的互动发展。”^②俄罗斯在通过对经营者集中实行监督从而服务于国家经济调节的路径方面值得中国学习借鉴。在行为人向反垄断机构报批、报备交易后,通过对这些事项的统计分析,俄罗斯可掌握各行业的现状和变化情况,如集中度、结构比和资产负债等数据。一方面,可根据这些数据进一步明确反垄断法对经营者集中的规定;另一方面,这些数据可以反映出各行业的所有制结构、资金的主要走向和企业的创新性等,从而为国家制定产业政策提供科学依据,也为通过反垄断法贯彻产业政策奠定基础。

与中国对经营者集中由反垄断法笼统规定和部门规章指导零散结合的法规体系现状相比,俄罗斯的经营集中制度在其法律位阶、体系完整性方面也是值得中国学习和借鉴的。经营者集中制度法律位阶的提升能很好地提高执法机构和反垄断法的权威性,方便反垄断法的后期实施;完整的体系和丰富的内容可提升法律的确定性,使执法机构能更方便执法,行为人亦可以准确预见自己行为的后果。

(责任编辑:高德平)

^① 李福川:《俄罗斯反垄断政策》,社会科学文献出版社2010年版,第114页。

^② 冯果、王伟:《再论竞争政策和产业政策调和机制的构建——从企业合并控制的视角看我国反垄断法的改进》,《南都学坛:南阳师范学院人文社会科学学报》2010年第4期。