

“经济权力”视角下反垄断规则的细化

刘继峰

[摘要]从权力本源看市场力量,其本质就是一种特殊的权力,有必要创建“经济权力”概念,借以科学揭示反垄断法律制度中垄断行为的本质属性与运行机制。垄断行为的本质就是因资源占有不平衡而产生的权力对权利的限制。垄断关系是权利和权力的复合,权利关系是垄断关系外在的表现形式,权力关系揭示垄断关系内在的本质属性。基于垄断行为的权力属性的证成,传统以权利来对抗权力的反垄断规制逻辑难以胜任和维护尤其是新经济情形下竞争秩序的需要。进一步细化反垄断法规范、创新规制方法或强化说理,应以经济权力规制为根基,并以经济权力的“三性”为基础细化反垄断的相关规则,包括完善司法救济路径扩大激励性的请求权类型,增加柔性措施强化预防性调整制度,确立垄断协议的豁免标准等,以期为我国《反垄断法》的完善提供有益的指引。

[关键词]经济权力;垄断行为;市场力量;反垄断规则

[作者简介]刘继峰,中国政法大学民商经济法学院副院长,教授,博士生导师,北京 100088

[中图分类号] D912.29 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1004-4434(2021)03-0001-12

权力具有政治属性,在公法中具有核心地位,是法律中被严肃和严谨对待的客体之一。哲学本源上,权力表达的是资源占有的不均衡。在实践中,市场主体间资源的占有很难均衡,由此,哲学意义上的权力不限于行政权力系统范畴之内。在马克思的政治经济学理论中,特别强调“在我们面前有两种权力,一种是财产权力,也就是所有者权力,另一种是政治权力,即国家的权力”^①。在马克思理论中,政治权力以国家形式表现出来,它是社会发展到某一历史阶段的产物,也将随着社会的进一步发展而退出历史舞台。在经济领域中,马克思更强调财富的社会性,“资本不是一种个人力量,而是一种社会力量”^②。不同于哲学和政治经济学,在法律上,资本首先是一种财产权利而不是财产权力,但一定条件下这种财产权利会转化为财产权力,即由个人力量衍化为社会力量。反垄断法所规制的是经济资本的社会力量(市场力量)。形式上垄断行为表现为经营者权利的运用,本质上却是建立在市场力量基础上的权力的滥用。之所以被“反”,是因为权力的社会性扩张存在或可能存在侵害他人合法权益或社会公共利益的风险(危险)。因此,可以借鉴哲学的权力概念和政治经济学上的社会力量的理论,分析各种垄断行为的权力特性及其可能产生的危险,并由此提出细化规制垄断行为的规则和方法。

[基金项目] 国家社会科学基金重点项目“完善权利与权力配置关系及运行制约法律机制研究”(20AZD107)

^①马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第1卷[M].北京:人民出版社,1972:170.

^②马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第1卷[M].北京:人民出版社,1972:266-267.

一、哲学意义上的权力

自古以来,权力是什么没有准确的定义。在现代,关于权力的任何一个定义也都没有获得过普遍的认同,很大程度上这是权力研究视角多元所造成的,即几乎所有社会科学都将“权力”纳入其研究范畴。同时,这恰恰说明了权力具有非凡的知识跨越能力,而这种能力奠定了权力在社会科学中的重要地位。正如阿尔温·托夫勒指出的:“在我们生活的所有方面中,权力是鲜被大家理解而又最为重要的东西之一。”^①既然社会科学学科视角对权力的概念、来源和性质等方面的讨论众说纷纭,言人人殊,不妨跳出学科界限的藩篱,从更为本源的哲学视角对“权力”进行一般性的理解。同时,从权力的本原上把握其含义,对认识权力的本质具有重要意义。

(一)权力的基础与类型

在哲学上,霍布斯将权力定义为“获得未来任何利益的当前手段”^②。罗素则认为,权力是“某些人对他人产生预期效果的能力”^③。从权力概念的元意义出发,权力来自于对资源的控制,因资源类型的不同和控制能力的不同,权力的特性、类型等也不同。一般而言,控制资源意味着拥有权利,但不等于拥有权力。比较关系上的不平等控制才可能形成权力关系。在一般意义上,作为权力来源的“资源”不限于财产,如时间、信用、地位、宗教等都可以生成为权力^④,但并非拥有这些资源就自然具有权力的属性,如每一家企业都拥有一定的资金、技术、厂房,但并不能说它们都拥有权力。由以生成权力的资源既有质上的特性,也有达到一定量的规模要求。前者如政府确立的垄断性经营的主体,后者如在一个在相关商品市场中占有60%比例以上的企业。与非垄断经营的同类设施的经营主体及同一相关市场的其他经营者相比较,垄断存在资源占有上的不平等,这种不平等表现为市场关系地位上的不平等,进而形成了权力。当然,在特定时间条件下的资源不平等关系因条件的暂时性,这种权力具有不稳固的特性。通常法律关注的不是这种临时性的权力,而是相对稳定的权力关系。作为权力生成基础的资源可分为个体资源和集体资源。由此,权力分为个体性权力和集体性权力。个体资源包括个人金钱、声望、社会地位和知识技能等。集体资源可以分为同质性个体资源的集合及服务于共同目标的不同类别资源的整合。比较而言,个体资源的调取很少需要或完全不需要重新部署就可以立即实现,因此,个体资源的流动性较强。集体资源的形成、运用和流转等都存在整合成本,集体资源只有在重新部署或以某种方式动员后才能实施。那么如何才能做到高效率动员呢?根据丹尼斯·朗的见解,组织和团结是两种最重要的整合个体资源的方式。

(二)权力的社会性

权力本身有很多特性,如社会性、抽象性、制约性、针对性等,其中社会性是权力区别于权利的一个重要特性。权力不是一种属性而是一种关系。同时,权力不同于权利,权力揭示的是人与人的关系,权利可以指向物、行为,特殊情况下也可以指向人与人的关系,如监护权。即使权利和权力在内容上都涵摄人与人的关系,但权力的特殊性依旧鲜明:权力描述的是社会关系,而不是家庭关系或家庭外孤立的个人与个人的关系。社会性是权力诸多特性中最为重要的特性,以至于在社会学上,权

^①托夫勒.权力的转移[M].黄锦桂,译.北京:中信出版社,2006:9.

^②HOBBS T. Leviathan[M]. Oxford: Oxford University Press, 1943: 66.

^③RUSSELL B. Polier: a new social analysis[M]. London: George Allen and Unwin, 1938: 25.

^④丹尼斯·朗.权力论[M].陆震纶,郑明哲,译.北京:中国社会科学出版社,2001: 148.

力的替代性语汇是社会“影响”^①。“权力存在于社会的每一个角落,它与人们的利益密切相关,无论人们关心与否,都毫无例外地要与人们发生某些必然的联系。”^②因为权力关系具有非对称性,即一方对另一方具有支配力而不是相反,由此形成权力的社会性影响。

一般而言,权力的社会性影响包括消极的和积极的两个方面。不同社会结构中的人对权力感受的强度、深度和广度是大为不同的,或遭受其害,或深得其利。权力的消极的社会性影响如对他人合法财产进行非法剥夺,积极的社会性影响如对侵害权利或利益的行为的有效制止、对控制社会性危险采取的预防措施等。通常权力的不利社会影响源于权力的滥用。权力何以滥用?按照卢梭的政治理论,权力滥用的原动力是追求利益。权力行使的危险源于利益关系的错位,即混淆了公职人员的个人利益、全体公职人员的集团利益(或部门利益)、社会公共利益之间的界限,形成利益冲突。“在一个完美的立法之下,个别的或个人的意志应该是毫无地位的,政府部门所在的团体意志应该是次要的,公意或者主权的意志应该是主导的,而且是其他意志的唯一规范。但是,按照自然的次序,这些不同的意志越是能集中,就变得越活跃。于是,公意便总是最弱的,团体的意志占第二位,而个别意志则占一切之中的第一位。”^③换言之,公域与私域的利益矛盾、“理性经济人”与“忠实公共人”的角色冲突极容易致使公职人员丧失公共精神,从而导致公共权力的异化、私权与公权的错位。在异化和错位中的“国家公职人员作为‘理性经济人’,其职业特点决定了‘权钱交易’的易致性”^④。

权力运用产生的不利影响可能针对特定主体,也可能针对不特定主体。即使是前者,也会产生关系上的社会连带性。如果说权力和影响是同义语,权力的滥用和权力的不利社会影响则是附加了相同限制性条件的等式。为什么权力滥用会直接产生社会不利影响,这源于权力发生外部影响的特殊内在机制。权力本身内含三个要素:有意性、有效性和潜在性。有意性即通过有意识地设计、规划形成行动方案;有效性即行动方案和方案的落实(计划和结果)之间的可实现性;潜在性是非亲自行使仍不影响计划实现的效应。卡尔·弗里德里希将潜在性发生效应的状况称为“预期反应规则”^⑤。从有效性和潜在性出发,意味着权力内含可控的两个时间段:现在时和将来时。结果的可控性意味着可以通过现在把握未来。当然,权力与权利的最重要区别不在于时间性,而在于具有外部影响的行为结果上。在权力关系中,计划(起点)和目标(终点)之间存在稳定的“预期反应规则”,即权力行为“可以通过指导、强制或者告诫加以改变”^⑥。而在权利关系中,计划和目标之间遵循的是偶然的“预期反应规则”。权力“是一个人或群体改变另一个人或群体行为的能力……这需要行使权力者具有经济、军事、制度、人口、政治、技术、社会或者其他方面的资源”^⑦。建立在经济资源基础上的权力的滥用对他人和社会的影响首先是经济性的,放任这种滥用权力关系,意味着“公共权力向私人组织转移。……与此同时,国家权力为社会权力所取代”^⑧。这种容忍是社会不可承受之重,由此,形成了经济领域中对权力滥用的国家干预,反垄断法便是这种干预的典型形式之一。

①社会学视角下的权力概念,核心词变成了“影响”。见王彦斌.权力与机构:大学组织运行的社会学分析[M].武汉:华中师范大学出版社,2017:72.

②王彦斌.权力与机构:大学组织运行的社会学分析[M].武汉:华中师范大学出版社,2017:63.

③卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,1980:83.

④谢庆奎,佟福玲.政治改革与政府转型[M].北京:社会科学文献出版社,2009:214-215.

⑤FRIEDRICH C J. Constitutional government and politics[M]. New York: Harper and Brothers, 1937: 16-18.

⑥亨廷顿.文明的冲突与世界秩序的重建[M].周琪,刘绯,张立平,等,译.北京:新华出版社,2002:78.

⑦哈贝马斯.公共领域的结构转型[M].曹卫东,王晓珏,刘北城,等,译.上海:学林出版社,1999:171.

⑧WEBER M. Economy and society: an outline of interpretive sociology: volume one[M]. New York: Bedminster Press, 1968:53.

二、反垄断法中的“经济权力”

民法调整平等主体之间的关系,但法律上的平等主体关系不等于现实中的主体平等关系。现实经济关系中资源占有的不平衡常常使法律上的平等主体关系成为制度的理想。从法律角度来看,经济交往关系是否平等取决于主体之间得以建立的法律关系的性质和状态。民法上主体关系的基本前提建立在抽象人格和能力的基础上,平等主体关系更多地表现为权利和义务对等——双方互负权利和义务。民法上的双向权利与义务关系并不能推导出主体间实然的平等关系,市场交易中因资源占有不平等形成了经济权力配置被扭曲的现象大量存在,在一定程度上看,诸多法律是为矫正形式上的不平等,掩盖实质上的不平等而制定的。例如,同样是交易关系,消费者权益保护法建立的基础就是主体间关系的不平等,反垄断法所反对的是拥有不平等市场力量的一方滥用其市场力量的行为。

(一)在反垄断法中创设“经济权力”概念的意义

现代企业具有“一个主体、多重身份”的特性,其既是以利润最大化为目标的经营者,也是保障产品或服务质量的交易人,还是具有内部劳动管理权的一方主体,这形成了现代企业身份上的多重法律关系的叠加。总体而言,企业身份具有自然性和社会性。只讲企业的自然属性,说企业是社会财富的生产者,是经济发展的推动力,用企业的自然性掩盖社会性是片面的。当然,只强调企业的社会性而抹杀其自然性,也是片面的。垄断关系是经营者之间资源不平等关系的典型表现,反垄断法之所以表明鲜明立场——“反”,是因为在竞争领域到处布满经济权力滥用的陷阱。经济领域的权力源自不同形式资源控制的不平等关系。

1.行政权力的资本化。行政权力庇护特定市场主体可以使特定经营者拥有特殊的市场力量和经营机会。从行政主体的角度来看,这首先涉嫌行政权力的滥用。反垄断法不是单纯规制行政违法,而是考察行政违法行为是否产生阻碍或限制公平竞争的效果。形式上,包括行政主体单方实施的限制资源的公平分配和行政主体与经营者联合实施的限制竞争行为。后者如行政主体依职责参与商业活动时,为个别主体创造优越条件参与市场竞争,如给予个别竞争者以秘密信息,减缓个别合同主体的支付要求,以个别竞争者为基础划定产品或服务交易的准入资格条件等。无论如何,权力与资本联姻会使行政权力下的资源传导到经营者身上,借力行政权力的经营者也将拥有特殊的经济权力,进而公共权力的资本化将导致行政失序和市场失序。

2.市场规模。市场规模包括单一主体的市场规模或市场主体间的联合市场规模。在反垄断法上,市场支配地位是一种支配性的权力,主要来自于市场份额、技术和财力等条件,建立在有机的团结(如卡特尔)基础上的资源整合同样可以形成垄断权力。这也是上文所言的个体资源整合后形成的集体资源。承前所述,建立在集体资源之上的权力在形成关系上具有不稳定性,它的产生和维持需要有效的组织和团结,但一旦规模组织体具有稳定性,则会形成稳固的市场力量和具有决定市场交易一般条件的能力。诚然,由于整合成本的存在,决定了不是集团规模越大或成员数量越多,集团权力就越强。因为一方面,成员可能集中部分个体资源形成集团内的小集团,小集团之间可能相互制约或掣肘;另一方面,根据组织理论规则,群体越大,成员个性的差别就越大,要成功达到目的所需要的监督层数量也越多,管理协调的成本也就越高。进言之,决定集团权力大小的核心因素不完全在于参与集团的成员数量,而在于集团所能“有效”管理并控制的整体资源的多少。

3. 市场供求状况。经营者所处的外部供求状况对市场主体间的平等性也有重要影响,由此形成优势地位或劣势地位。在产能过剩的情形下,买方具有相对优势地位;在产能不足的情形下,卖方具有相对优势地位。传统市场中的“进场费”问题和互联网经济中平台“二选一”现象与交易环境紧密相关。此外,特定的时间、地点、交易方式等,也可能使交易一方陷入不利地位,进而产生相对优势地位或劣势地位。

4. 数据资源。相比传统产业,在互联网产业中,数据资源分散化加剧了资源控制的不平等情形。数据经济的资源组合载体是互联网平台。互联网平台力量的构成要素不同于传统资源,数据资源类别多样且诸多资源不具有排他性,如用户信息、点击量等。在阿里巴巴“二选一”案中^①,构成平台经济权力的资源包括商品信息展示、营销推广、搜索、订单处理、物流服务、支付结算、商品评价和售后支持等。由于诸多资源的非排他性,资源的组合空间和组合形态便具有多元性。由此,互联网平台的市场权力需综合认定,如基本数据、下游主体的依赖性和转换成本等是核心判定要素。

5. 其他因素。竞争法保护以产品或服务品质为内容的竞争优势。知识产权是一种垄断性的权利,但不能直接转化为竞争优势。如果没有使用或使用后并无市场绩效,也仅仅体现为知识领域的智慧价值,其竞争价值无法显现。同样,如商品名称权、企业字号权和公民的姓名权等,直接体现的也只是潜在的财产价值。竞争优势的生成需要时间、空间、人力和物力等多方面要素的合力。权利的潜在价值和权利的现实价值之间需要由销售收入、市场占有率、净利润、纳税额和销售区域等为纽带,故在知识性财产的实现价值的基础上才可能生成权力。

以往,权力概念几乎被限定为行政关系中的独有范畴,而经济主体拥有的主要是权利。在经济法学界,一些论著中也有使用“经济权力”“财产权力”等概念描述的情形,但遗憾的是,一种情况是混用“经济权力”和“经济权利”,另一种情况是将“经济权力”指向的是市场管理权或宏观调控权^②——本质上没有脱离行政权力专属这一传统促狭范畴。事实上,行政权力和民事权利关系的简单划分已经不能适应当前市场规制的需要,竞争中经营者的市场力量是后天生成的,是权利社会化以后基于控制资源的差异性显现出来的高于一般权利能力的社会性能力,但它又不是法律赋予经营主体的特权。在反垄断法语境下,不妨将这种市场力量称之为“经济权力”,因为它具有权力本身的支配性和社会性特征。

在反垄断法中创建“经济权力”概念具有多重意义。首先,可以以此揭示市场主体关系的不平等性。表面上,经营中或交易上的行为具有选择性,带有权利的本色,但实质上这种所谓的选择因经济权力的存在而被施加了一定的限制,甚至限制到没有选择机会的程度。其次,可以用来揭示不同类型的垄断行为的内在机理。权力描述的是由潜在到现实的可能性及其效果。以利益最大化为目标,经营中主体的权力越大,权力滥用或被滥用的可能性就越大。再次,为政府介入解决竞争矛盾的适当性上提供理论基础。权利是一种双方选择性的期待利益,是一种利益平衡的结果。经济权力则是一种单方(或联合的多方)可实现的利益。如果另一方具有在利益分配上分散的对抗性,则无须政府介入;如果另一方具有有限的对抗性,则需要政府适度介入;如果另一方完全不具有对抗性,则需要

^①见国家市场监督管理总局行政处罚决定书(国市监处[2021]28号)。

^②经济权力是政府依法行使领导和组织经济建设职能时所享有的一种命令与服从性质的权力。经济权力与经济职权是紧密联系的:经济权力是各种经济职权的集合体,没有经济权力就谈不上经济职权。见陶广峰,《构建与创新:经济法哲学研究》[M].北京:中国检察出版社,2017:60。

政府坚定地介入。最后,为完善反垄断法制度及其规制手段提供说理依据。针对不同类型的经济权力的滥用提供不同的认定标准和手段,才能妥善处理 and 公正对待权力和权利之间的关系。

(二)反垄断法中“经济权力”的特性

将权利所涵摄的资源、信息等进行数量累积构筑成的经济权力是个事实关系,而不是法律关系,这种力量来自于经济领域,但具有极强的社会属性,尤其是对不特定社会主体的不利涉他性。比较来看,反不正当竞争法中经济权力滥用现象明显弱于反垄断法,故有必要在反垄断法场域分析经济权力的特性,并为限制和防范经济权力滥用提供认识基础。反垄断法中的经济权力具有结构性、层次性和发散性等特征。

1.经济权力构成的结构性。反垄断法场域中的经济权力定位于稳定性和持久性上。从资源占有的角度看经济权力,该权力首先具有结构主义的特性,其次才是行为主义的——权力运行过程和行为目标。结构是基础,行为是结构的外在表现。集体性资源首先是一种结构性的资源。个人的能力是有限的,组织通过整合个体的微弱力量,让个体有机会也有能力在组织中获得利益。反垄断法中经济权力的结构性体现在以下方面:一是同质性资源整合。横向经营者集中是资源的内在整合,横向垄断协议是资源的外在整合。因资源的同质性,横向经营者集中和横向垄断协议会产生资源在量上的快速膨胀,进而促成经济权力的形成。在一个资源总量既定的市场上,资源整合将显著改变市场的结构,外部影响首先扩散到同一相关市场的其他主体身上,也会对上下游主体产生一定影响。二是异质性资源整合。行政垄断的实质是行政权力与资本(权利)的不当组合,由此提高了权力运行的潜在性、有效性,也开启了权利向权力转化的过程。行政权力的传导性和渗透性极强,源于行政权力本身包含法律赋予的并被社会认同的强制性。三是补充性资源整合。纵向垄断协议、纵向经营者集中是互补性资源的系统性整合,保障的是生产经营环节的稳定性。混合经营者集中也是补充性的个体资源整合,目的是为了化解居于单一行业的市场风险。

2.经济权力运行的层次性。马克斯·韦伯把权力理解为“在社会关系中参与者……实现自己意志的概率”^①。这个解释指出了权力的社会性和意志性,但边界过于宽泛和模糊,无法准确区分权力与权利之间的关系。在社会关系中实现自己意志的概率越低,权利的色彩越重;概率越高,权力的意义越明显。权力是在社会关系中命令或要求他人实现自己意志的能力。权力的运行模式通常是命令—服从。权力的运行模式是“意志—意志的修正—意志的实现或消除”。对方的接受程度和协助可能性决定目标实现的程度,即概率。按照有意性—潜在性—有效性之间转化的概率不同,可以将反垄断法中的经济权力分为以下几类:一是权力要素之间转化概率最高的,是借力行政权力而形成的经济权力。因为它凭借行政权力的强制性和执行性排除其他竞争者,直接配置市场资源,并由此在经济领域形成资源的非市场化配置。二是同质化的集体性经济权力,这种资源的整合直接增加主体的市场力量,并改变市场集中度,形态为卡特尔。三是市场支配地位。经营者基于横向资源控制优势形成的经济权力,可以控制和胁迫对方作出违反其自由意志的让步。四是相对优势地位,这是 在市场交易中基于纵向资源控制优势而显现的经济权力,典型如纵向垄断协议、传统市场上的“通道费”现象和商业贿赂等。虽然经济权力的大小不等于损害本身,但权力要素间的转换率高低与市场损害大小密切相关,认清经济权力的目标可转换性对认清其社会性危险及其准确采取相应的对策具

^①WEBER M. Economy and Society: an outline of interpretive sociology: volume one[M]. New York: Bedminster Press, 1968:53.

有重要意义。

3.经济权力滥用影响的发散性。经济权力形成以经营者和意志的存在为其前提,它存在于生产经营活动中,但反映的不仅仅是经营者之间的私人关系,更重要的是影响以资源整合为基础的社会关系。诚如“不具有社会性的行政权力是不存在的”^①,同理,不具有社会性的经济权力也是不存在的,这意味着有效地防范这些经济权力的滥用,就必须有一种超越组织体自身的外部社会性评价,否则,就不可能维持竞争秩序的正常运行。反竞争行为产生于滥用经济权力,并将不利影响扩散到相关市场及其他相关主体。“权力容易从合法领域扩大到其他领域,这主要因为作为潜在通用手段的权力地位可以为任何集团、任何个人的目的服务。与权威地位相联系的声望越大,通常得到的物质报酬越高,从而加强了权力溢出特定领域界限的倾向。”^②探讨滥用经济权力的不利影响需要分析权力的指向性,指向性不同,受不利影响的主体范围不同。在传统市场上,经济权力滥用发生的影响是双向的,既波及下游主体,也指向横向主体。行为类型不同,行为的关系主体的影响性质也不同,进而形成了复杂的、受不利影响的主体结构类型:一是直接受害主体,可能是上下游市场主体,如卡特尔行为、横向经营者集中。二是同一经济环节的横向主体(竞争者),如掠夺性定价。三是间接不利影响的主体——不利影响将进一步向外扩散,波及横向或纵向关系主体的外围主体。在影响关系上,可能有利于一方主体,但不利于另一方主体,如掠夺性定价行为,有利于下游主体,但不利于同类竞争者。不同于传统市场,互联网经济以平台为中心,将形成双边市场或多边市场,若拥有经济权力的平台滥用其权力,产生的不利影响发散性更强,形成比传统市场更多维度、多层次的危险结构,不限于横向和纵向扩展,还包括斜向(非横非纵)协同。例如,“二选一”针对的是平台内经营者,但受害主体不限于平台内经营者,还包括另一端的消费者,并可能波及横向关系的竞争者,以及受平台间接效应影响的主体,如广告商、辅助服务商等。

三、基于“经济权力”的反垄断规则的细化

有别于行政权力运用的法律性质——非黑即白的二元性,经济权力运用的法律后果可能存在非黑亦非白的灰色地带。一类经济权力滥用形成的垄断行为具有恒定的破坏性,执法和司法上可以将其推定为本身违法;另一类行为基于产业政策和国民经济的发展需要,具有本身合法的性质。但在这“黑白”两极中间,先由当事人进行抗辩,再确立其行为是合法还是违法。事实上,基于行为影响的多元性、辐射性和价值差异性等,将所有的行为都作二元划分难以适应规制垄断风险(危险)的需要。从经济权力构成要件的角度审视反垄断法,可以为细化反垄断法提供理论基础。

(一)基于“有意性”的垄断行为违法性的认定

经济权力的滥用“不仅周期地消灭一部分产业资本家,而且用一种非常危险的方法来干涉现实生产的权利”^③。以丹尼斯·朗的“权力三性”为基础解读垄断行为,可以为理解反垄断制度提供一些有益的启示。在法律上与“有意”紧密相关的概念是“故意”,刑法意义上的故意包括直接故意和间接故意。反垄断法上对于垄断行为的认定是否需要故意?法律上没有明确规定。通常认为,垄断协议和经营者集中因需要合意,可以认定这两种行为是建立在明知或故意的基础上的。经营者单方从事

^①陈党.政府权力制约论[M].北京:中共中央党校出版社,2004:48.

^②丹尼斯·朗.权力论[M].陆震纶,郑明哲,译.北京:中国社会科学出版社,2001:192.

^③马克思,恩格斯.马克思恩格斯全集:第25卷[M].北京:人民出版社,1972:618.

的滥用市场支配地位行为针对的对象是特定的,也可以认定行为人在主观上存在故意。特殊情况下可以推定经营者的行为存在故意。一种情况是对协同行为的认定。现行规范性文件上,协同行为的认定标准之一是“意思联络”或“信息交流”。基于“联络”和“交流”,可否推定经营者之间在主观上是有意的,尚待确定,因为这只是间接证据。另一种情况是联合滥用市场支配地位行为。尽管没有沟通机制,但对于他人的同类行为予以“跟从”或“默认”,这即使属于故意,也只是一方当事人具有主观故意,但卡特尔要求合意。此外,数字经济背景下,如何认定算法共谋面临新的挑战,挑战之一便是是否需要考查主观状态。一般认为,算法本身是一种技术模式,其是中性和客观的,但是否采用某一算法,经营者会对其他市场主体的适用状况进行评估,对自己使用该种算法可能存在的风险进行预评估和过程性评估。由此,可以推知,单个经营者从事的算法共谋行为在主观上是有意的,行为上是平行的,在无其他证据的情况下,只能以间接故意来推定。和协议型垄断行为不同之处在于,算法共谋的沟通(对方)主体是不确定的,形成的是放射性的认识追踪。不论哪种形式的垄断行为,如果行为的目标能够实现,必然以相关市场中具有一定的市场力量为前提,或者说,拥有在相关市场上决定一般交易条件的能力,即垄断行为具有经济权力基础。因经济权力内含“有意性”,故在判断经济权力滥用是否构成违法时,判定标准上不需要再考查其主观故意状态,也没有必要细分为直接故意、间接故意等。

(二)基于“潜在性”的反垄断法制度完善

潜在性表达的是行为结果的未来可能性。从经济权力滥用的角度,揭示垄断行为具有危害性和危险性。以此为基础,可以从以下方面进一步细化健全反垄断法制度。

1. 司法救济上请求权内容的细化。《反垄断法》第五十条规定:“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。”从该条文规定来看,该条文仅规定了“给他人造成损失的”垄断行为的民事救济措施,但对“未给他人造成损失的”如仅存在有财产损害危险情形的,很难适用。如我国台湾地区“公平交易法”第29条规定,“事业违反本法之规定,致侵害他人权益者,被害人得请求除去之;有侵害之虞者,并得请求防止之”,第30条规定,“事业违反本法之规定,致侵害他人权益者,应负损害赔偿责任”。比较我国《反垄断法》与我国台湾地区“公平交易法”的相关规定,我国《反垄断法》规定的“造成损失”和我国台湾地区“公平交易法”中的“被侵害”,作为法律用语,描述的是两种不同的行为类型和后果状态。“造成损失”应理解为实际财产受损,由此我国《反垄断法》上的“他人”即实际受损人。不同于此,我国台湾地区“公平交易法”第29条和第30条规定的“被侵害”应包括侵害行为所致的两种状态——损害和损害的危险(有侵害之虞者),而“被侵害的他人”则包括损失受害人和损失危险受害人。不同的侵害行为,救济的方式不同。对于受损的侵害,我国台湾地区“公平交易法”规定的救济方式是损害赔偿(即惩罚性赔偿);对于有受损危险之侵害,规定的救济方式是“请求防止之”。根据我国《反垄断法》现行规定,“原告资格—诉求”关系上搭建了一条看似强壮有力而实则只是一条纤细如丝的脆弱的制度链条^①。从司法实践来看,至今几乎没有单独提起“停止侵害”诉讼的案件。究其原因,一方面是现行制度的限定太窄;另一方面是即使开放到“损害危险”,以此为据提起诉讼的动力也是不够的。毕竟,在制度上没有类似于我国台湾地区“公平交易法”规定的包括参加诉讼过程支出的合理费用在内的惩罚性赔偿责任。由此,在我国大陆,有关垄断危险的控制目前

^①刘继峰.我国反垄断私人诉讼制度中的问题及其解决[J].内蒙古大学学报(哲学社会科学版),2009(2):52-56.

主要只能交由行政渠道来解决——民众检举揭发并由反垄断机构介入调查、处理。故有必要增加停止侵害的激励机制,建立类似于我国台湾地区“公平交易法”规定的上述制度。

2. 行政执法上柔性措施的建立。鉴于个体资源的有限性以及基于资本积聚形成的经济权力运行中的危险性大于危害性。大型企业为公众提供丰富、便捷服务的同时,出于商业利益等考虑,也可能在经营中损害良好的竞争秩序,可能的情况有两种:一种是发现时行为尚未达到违法的程度;另一种情况是行为本身处于合法与违法的灰色地带。如此,若执法主体采用停止侵害、罚款等处罚手段,不仅于法无据,而且也有处罚过当之虞,为此有必要通过设计预防性手段对企业加以引导,防止市场失灵的现象继续扩大并及时排除危险,快速恢复良好的竞争秩序。思路和方法是在传统的以强制性手段及事后救济规制手段的基础上,补充性地建立柔性措施,以快速化解经济权力运用中产生的市场不确定性危险。我国现行《反垄断法》柔性措施主要体现在第四十五条规定的承诺制度上。由于承诺制度包含一套复杂的程序(包括监督),现行制度的规定相对原则,执法实践中很少运用这种方法。建议可以设立更加简洁的方法,以适应规制垄断危险行为的现实需要,如实践中被大量采用的简洁方法是约谈,即行政机构采取谈话、听取意见、提供信息等手段,对涉嫌垄断主体提出建议、指导、劝告、要求等,以期对所涉事项中的问题予以纠正或加以预防。约谈契合了社会治理由“反应型”向“预防型”转变的时代任务,内化了服务行政的理念。作为一种柔性的规制手段,我国已经在一些领域开展了约谈实践^①,并呈现逐步扩大的趋势,如《个人信息保护法》《数据安全法》《反食品浪费法》等都将约谈作为一种解决问题的方法。但遗憾的是,我国现行《反垄断法》上并没有规定“约谈”。在数字经济条件下,基于涉嫌数据垄断的行为将更加突出。如果行为主体具有经济权力,从权力的“潜在性”角度来看,放任其则可能产生权力预期的后果。约谈制度可以预防滥用经济权力的市场危险,并防止危险变成损害。因而有必要在反垄断法中设置此制度,授权反垄断执法机构在一定条件下实施约谈,以提高行政治理的效率。同时为了防止滥用约谈制度,需要体系化制定相关内容,包括但不限于适用条件、适用过程和适用结果等(整改评估、未整改的后果等)。

值得关注的是,俄罗斯2012年“第三个反垄断法一揽子计划”中设置了一种类似于约谈但比约谈更为简洁的方法——警告令。警告令的实施目的是预防出现垄断违法行为,警告令的基础是经营主体公布的有关商品市场的经营计划、方案,如果这些计划或方案存在可能导致阻碍、限制竞争的后果。形式上,警告令类似于我国的约谈,但其过程和方式不是双方沟通,而是单方提出要求。警告令也不同于行政法上的警告或价格法上的责令改正,因为它不是一种案件的最终认定结论或处罚形式。依据俄罗斯《竞争保护法》第25条第7款和第39条第1款的规定,警告令的适用条件如下:(1)在程序上发布指令不需要经营主体参加,只需反垄断机构书面提出即可;(2)警告无须利害关系人申请,可以由反垄断机构依职权作出;(3)警告只针对滥用市场支配地位中的非价格垄断行为、不正当竞争行为;(4)作出警告的依据是有关经营主体的经营计划、方案或涉嫌违法的行为(不是已经认定为违法的行为),警告举措适用于反垄断立案和审查之前。如果警告令的内容得以履行,则无须继续立案且无须承担法律责任。2017年2月10日,俄罗斯政府发布了第166号政府令——《有关制作和

^①如2015年国家互联网信息办公室发布的《互联网新闻信息服务单位约谈工作规定》(业界简称为“约谈十条”),当互联网新闻信息服务单位发生严重违法违规情形时,国家互联网信息办公室、地方互联网信息办公室可以约见其相关负责人。之后,相关行业主管部门建立了相关约谈制度,如国家铁路局发布的《铁路专用设备产品质量安全监管约谈暂行办法》、国家能源局发布的《电力安全监管约谈办法》等。

发布禁止违反警告义务要求的法人、个体经营主体不同意、不执行警告的审查、通知的确认规则》，进一步明确涉及警告令的发布和执行程序。

(三)基于“有效性”的反垄断法制度细化

在上述权力的“三性”中，“权力的有效性成为检验权力存在的(核心)标准”^①，之所以如此，是因为权力的“预期反应规则”不同于权利，它包括初始条件——资源的占有和调动能力，过程中的协调机制与威慑性规则，目标的实现性和不予协助的不利后果等。

从权力的有效性角度来看，权力运行从目标拟定到目标实现是线性路径，权力实施的起点即是终点。因此，对于基于权力运用产生的垄断行为的调整，事后救济并不是最佳的方案选择，也难以弥补竞争失序的社会性损失。目前，建立对行为和损害结果具有直接因果性的特殊类型行为的预防性控制措施已成为常规性的调整方法。换言之，对《反垄断法》中一些类型的经济权力滥用实施的反竞争行为无须要求损害结果出现，只要存在危险即可进行规制。正如在1956年美国最高法院的判决中首席法官沃伦所总结的，违反映尔曼法的固定价格是与竞争政策背道而驰的，说它违法的根据并非是不合理性，因为在结论上它早已被推定为不合理的。至于参与者的动机是善意还是恶意，固定价格是通过公开的契约还是较为隐讳的方式达成，参与者是否具有市场控制力，州际商业所受影响的大小或者协议的结果是提高还是降低了价格，都是无关紧要的^②。这种“快刀斩乱麻”式的规则针对的主要是垄断协议。在我国《反垄断法》中，针对垄断协议适用的原则在理论界和实务界还有一定的分歧，在司法界和行政界的认识也不统一，源于对第十五条规定的理解——“属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定”。一种观念认为，这剥离了一些豁免的行为，故认为垄断协议适用本身违法原则；另一种意见则认为，所有的垄断协议都需要看是否“属于下列情形之一”，即经过第十五条的过滤，由此应适用合理原则。有关国家的法律实践经验表明，建立本身违法原则有利于节省案件处理的成本，但这个结论的要求是不得损伤法律的公平性和专业性。因而有必要在现有制度上进一步确立垄断协议行为的法律性质的经济权力标准。

1. 确立本身违法原则的适用范围。两类以集体资源形成的经济力量危害性最大，稳定性最强，应列入本身违法的范围。一是卡特尔。按照奥尔森的集体行动逻辑，以理性的和寻求自我利益的行为为前提，可以逻辑地推理出集团会从自身利益出发采取行动^③。卡特尔是组织起来的集体性资源，在统一行动中有共同的目标和协调手段，获取的共同利益常常以危害社会利益为代价。二是行政垄断行为。行政垄断具有破坏行政秩序和危害竞争秩序的双重危害性。行政权力内含制度化的“特定制裁行为的威慑力”可以顺利将目标的潜在性转化为有效性。实践中，当“行政机关”被指控实施《反垄断法》第三十六条的规定“强制经营者从事本法规定的垄断行为”时，涉事行政机关经常提出的抗辩理由是没有强制，只是“建议”。基于行政权力具有稳定的“预期反应规则”，该“建议”同样具有“特定制裁行为的威慑力”，故不能以此作为抗辩的理由。

2. 建立中小企业卡特尔豁免的经济权力标准。在我国《反垄断法》中，中小企业被称之为“中小经营者”，它不同于《中华人民共和国中小企业促进法》或《中小企业划型标准规定》中的“中小企业”。

^①丹尼斯·朗. 权力论[M]. 陆震纶, 郑明哲, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2001: 6.

^②霍华德. 美国反托拉斯法与贸易法规——典型问题与案例分析[M]. 孙南申, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1991: 79-80.

^③奥尔森. 集体行动的逻辑: 公共物品与集团理论[M]. 陈郁, 郭宇峰, 李崇新, 等, 译. 上海: 三联书店上海分店, 上海人民出版社, 1995: 2.

《反垄断法》第十五条规定了中小企业卡特尔的豁免。中小企业卡特尔是单个中小企业的集合,集合起来的市场力量可能达到改变市场的一般条件的程度,也可能没有。市场力量的大小主要不是由单个中小企业的规模决定的,而是由集合起来的中小企业的力量决定的。因此,中小企业卡特尔豁免需要建立经济力量标准,是否豁免不是由中小企业的身份决定的,而应由卡特尔的整体市场力量的大小决定。如《欧共体条约》第81条第3款规定:“中小企业的合作如果有利于资源及产品配置、技术更新换代、发掘企业潜力、增进社会福利,且未排除市场上的有效竞争,则可以不受反垄断法的限制。”是否排除市场上的有效竞争,欧盟逐渐形成了市场份额标准,即如果达成垄断协议的企业在相关市场上的共同市场份额小于30%,则可认定为该协议未达到排除有效竞争的程度,即对中小企业的垄断协议原则上是豁免的。故是否能够豁免,取决于集合起来的经济权力的大小。

3. 建立纵向垄断协议豁免的经济权力标准。纵向限制竞争行为是否需要考虑经济权力要素?在现行法律实践中,纵向垄断协议案件的处理有抛开市场力量判断标准的倾向。若不考查市场力量,意味着下游主体具有分散性不平等的特性,这是一种抵消性力量。如果没有市场力量,则依据权利自由的规则,由当事人通过自治的方式解决双方的矛盾。笔者认为,有必要建立纵向垄断协议的整体经济权力的标准,并将其作为规制纵向价格垄断协议的前提条件。纵向价格垄断协议能够达成,其基础在于存在市场力量,市场力量既可以来自于供应商,也可以来自于销售商。一般而言,如果销售商只经营单一品牌,则品牌供应商具有市场力量;如果销售商经营多种品牌且销售商成为品牌销售的“主渠道”,则销售商具有市场力量。这里的市场力量是上下游企业交易条件比较中形成的市场优势地位而不是市场支配地位。

同时,基于纵向垄断协议是对单一品牌的限制,只有在被限制产品的市场份额较高时,被侵害的消费者利益才具有“量广”的特性,竞争者进入市场的阻碍才显得更为充分。换言之,只有在供应商环节或购买商环节,或这两个环节都出现一定程度的市场力量时,才会产生品牌间的竞争不足,进而才会引发反垄断法的关注。美国曾在“玩具反斗城”案中认定32%市场份额具备市场优势地位。按照《欧共体关于纵向限制的指南》的规定,如果被调查主体的相关市场份额超过30%,则具有市场优势地位。在我国,不论“五粮液案”处理决定中使用的“市场强势地位”,还是“茅台案”使用的“重要地位”,以及“强生公司案”使用的“很强的市场地位”,虽然表述语言不同,但都将市场力量作为分析行为性质的重要要素,只是由于法律上没有规定具体的标准和适用要求进而无法作相同的表达。

一个国家(地区)的市场发育程度越高,市场的需求越稳定,限制转售价格协议就越有可能产生消极效果^①,这是欧盟对纵向价格垄断协议不适用集体豁免的基本理由。对于我国市场而言,一方面经营者所应用的技术更新迅速,需求也相对活跃,产品品牌更迭相对较快,这使得市场本身消解纵向垄断协议危害性的能力较强;另一方面转型市场又具有脆弱性,放任对纵向垄断协议危害性的监管,将大大伤害市场的信心进而破坏正常的市场秩序。在转型国家中,俄罗斯立法采取了折中的手法,既关注了市场的危害,也顾及了经营者的竞争能力培育,如在纵向价格垄断协议的制度标准上规定了有别于发达市场的方式和标准:设置一个概括性的、相对较低的介入门槛。我国和俄罗斯一样属于市场发育程度有待提高的国家,在完善我国纵向垄断协议制度时,建议吸收俄罗斯反垄断法的立法经验,设置一个基本判定条件(20%的市场份额标准),即达到了这一标准才能进入反垄断法规制

^①《欧共体关于纵向限制的指南》第130段表述了成熟市场的特点及其与纵向垄断协议危害性的关系。

的界域,进而再运用事实证明和效果证明来确定是否应当承担法律责任。

经济权力标准的确立意味着建立纵向垄断协议制度的“安全港”。如果企业不具有经济权力,各方可以通过充分协商优化销售环节来增加利润,这无害于市场竞争。欧盟竞争法中纵向价格垄断协议不设“安全港”,是由欧共体地区市场的差异性和制度的普遍性矛盾所决定的,转型国家市场的单一性,要求与其相适应的制度也应该有别于欧共体。如果一个模糊性的制度规定不能从正面的“什么是”的角度界定清楚,那么从反面的“什么不是”的角度剥离出相关情形也是有意义的。虽然我国《反垄断法》第十五条对于纵向垄断协议何种情况下合法或违法作了原则性的豁免规定,但如果能够从该原则规定中划分出一个确定的合法性区域,将更有利于提升该种行为的司法(执法)效率。

综上所述,垄断行为是以合同方式实施,但属于被异化了的合同。被异化的内容之一是双方或多方之间的关系已不平等;之二是行为的效果不限于当事人之间,可能外溢到其他不特定社会主体。由此,垄断关系是权利和权力的复合,权利关系是垄断关系外在的表现形式,权力关系揭示垄断关系内在的本质属性。垄断行为的本质就是因资源占有不平衡而产生的权力对权利的限制。因追求最大化利润的目标,这种限制不是临时的、偶然的。权利是“离心的”,权力是“向心的”。权力包含稳定的预期反应规则,以权利来对抗权力难以胜任维护竞争秩序的需要。反垄断法具有一定的模糊性,化解模糊性的方法是不断细化制度标准。基于垄断行为的权力属性,进一步细化反垄断法规范、创新规制方法或强化说理,应以权力规制为根基。从权力的“有意性”出发,可以推定行为内涵主观故意;以权力的“潜在性”为中心,可以建立未来行为的现实控制机制;以权力的“有效性”为基础,细化协议行为豁免的权力标准。总之,以往以经济学(要素)投入、法学产出为基本工作流程而建立起的稳定的反垄断分析框架和模式,虽然取得了显著的效果,但这与进一步扩大跨学科理论资源的运用并不相排斥,毕竟垄断问题本身具有高度的辐射性,包括但不限于权力哲学分析都将是多元化认识的有益尝试。

[责任编辑:周 青]