



引用格式:王霞,刘珊.我国反垄断法律责任规制的困境与出路[J].郑州轻工业学院学报(社会科学版),2016,17(2):51-57.

中图分类号:D922.94 文献标识码:A

DOI:10.3969/j.issn.1009-3729.2016.02.008

文章编号:1009-3729(2016)02-0051-07

# 我国反垄断法律责任规制的困境与出路

## The dilemma and way out of the regulation of anti-monopoly legal liability in China

王霞,刘珊

WANG Xia, LIU Shan

湘潭大学 法学院, 湖南 湘潭 411105

**摘要:** 目前我国的反垄断司法与执法深陷“越是反垄断,越是垄断不断”的困境,其根源在于以罚治恶的法治观众念根深蒂固,重惩罚、轻激励的法制模式不适应现代社会的需要,资本逐利性与经济人自利性的暗合破坏市场的自在逻辑。为保障市场经济稳健运行,有必要坚持严惩与奖励并举,进而从“不敢垄断,不想垄断,不能垄断”之维,探索破解反垄断法律责任规制困境的新路径,从根本上确保各经济主体有序参与市场竞争。其一,应适当提高违法成本,引进最为严厉的刑事责任,健全反垄断惩罚性法律制度,以保障“不敢垄断”。其二,基于经济人的自利性和资本的逐利性,应构建以人性本善为预设、以奖扬善为旨要、以同创共享为内核的反垄断奖励法律制度,以实现“不想垄断”。其三,应设置相应的反垄断法律责任体系评估机制,培育公民的反垄断法制意识,以确保“不能垄断”。

### 关键词:

法律责任体系;  
奖励法律制度;  
惩罚法律制度;  
刑事责任;  
经济人

收稿日期:2015-08-07

基金项目:湖南省教育厅人文社会科学项目(15C1333)

作者简介:王霞(1977—),女,湖南省岳阳市人,湘潭大学副教授,博士,主要研究方向:经济法、财税法。

反垄断法能否发挥实效,很大程度上取决于其是否拥有一套行之有效的法律责任制度并能够真正付诸实施。<sup>[1]</sup>建立健全反垄断法律责任体系,是推进我国反垄断法制建设的关键环节。学界以往对此的研究大多着眼于行为者的民事责任、行政责任、刑事责任的补充或细化,至于完善路径则倾向于运用制裁手段,鲜有提及奖励性法律制度,在具体的法律条文中也仅粗略地规定了适用于行政垄断协议行为的宽恕政策。鉴于此,本文拟在分析我国反垄断法律责任规制失灵这一现实困境及其内在动因的基础上,以平衡惩罚与奖励为视角,从经济人的“不敢垄断,不想垄断,不能垄断”之维,探索破解我国反垄断法律责任规制困境的新路径,以期为重构我国反垄断法律责任体系贡献绵薄之力。

## 一、我国反垄断法律责任规制的现实困境

通过考察我国的反垄断司法、执法现状可以发现,我国反垄断法律责任规制体系存在以下三个方面的问题。

### 1. 反垄断法律责任惩罚力度不够

考察我国《反垄断法》关于法律责任的具体规定,可以发现,传统的反垄断法律责任仅仅规定了追究当事人的民事责任和行政责任,没有规定追究当事人的刑事责任这一最后防线。一般而言,理性经济人在实施垄断行为之前往往会习惯性地权衡行动成本与预期收益,倘若成本过高,他们通常会放弃这种行为,转而选择更为经济高效的方式。例如,国家上调燃油税和公路费,必定会使得购置私家车的成本上升,这在一定程度上能够抑制理性经济人的购车欲望。同理,对于垄断者而言,公法上的责任仅仅是行政罚款,并不危及其人身权利、政治权利等,如此的惩罚力度所产生的违法成本显然是不高的,并不能促使垄断者放弃实施能为其带

来高额利润的垄断行为,更别说有效抑制垄断者牟取高额垄断利润的欲望。

### 2. 反垄断奖励性法律制度长期缺失

基于突破反垄断司法与执法困境的需要,美国司法部反托拉斯局于1978年创制了一项瓦解垄断协议的制度——宽恕制度。该制度缘于“坦白从宽,抗拒从严”的传统执法理念,旨在激励垄断者与执法机关合作,以换取减责或免责。宽恕制度以减免垄断协议参与者的公法责任为诱因,对最早一个或几个报告者实施宽恕,将反垄断法处罚手段的威慑效应从外部引入内部,在违法行为者之间形成了一种内在威慑力。<sup>[2]</sup>虽然我国《反垄断法》第46条第二款已明确了带有奖励性制度特征的宽恕政策——“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的,反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚”——但必须有严厉的制裁措施与之配套实施,才能激励垄断者在权衡成本与效益的得失后选择于己更有利的坦白和举报。内部若无人检举揭发,宽恕政策无法起到作用,甚至会放任该垄断行为,进而反向侵蚀市场经济的信任基础。此外,减轻民事赔偿数额虽可以提高宽恕申请的积极性,却有侵犯私人受害者损害赔偿请求权之嫌。<sup>[3]</sup>可见,我国现行的宽恕政策亟待完善。

### 3. 反垄断法律责任体系功能日益减弱

反垄断法律责任体系是对垄断行为予以制裁的法律准绳,它不仅关系到反垄断法作为一个法律整体是否完备,而且极大影响着反垄断法的具体实施及其效用的充分实现。在《反垄断法》出台前,我国的反垄断法律责任零星分散在《反不正当竞争法》《价格法》等规则中,并没有形成完整的反垄断法律责任制度。直至2007年第十届全国人大常委会第二十九次会议通过《中华人民共和国反垄断法》,

才标志着我国反垄断法律责任体系的初步建立。但《反垄断法》的颁布施行并不意味着我国反垄断法律责任体系已足够成熟完善,其中涉及垄断责任的法律条文还不完备,且大多只是概括性的规定,亟待根据法律实践予以补充和细化。

## 二、我国反垄断法律责任规制失灵的内在原因

### 1. 以罚治恶的法治观念根深蒂固

自古以来,我国的法律多是以禁止性规定形式出现,重在以严刑峻法制裁一切违法行为。在我国,以罚治恶的观念根深蒂固,法即惩罚深深地烙在人们的心里,人们习惯性地躲避法律,很难信任法律的公正性、救济性,法律信仰亦难以形成,最终导致整个社会的法律意识普遍不强。应当明确,法律是惩恶扬善的社会控制工具,其激励功能与惩罚功能同等重要。<sup>[5]</sup> 以往的研究多着眼于法即惩罚,很少注意到奖励的积极作用。法律具有反向惩罚和正向激励的双重功效,根据法理学一般原理,法律规范创造了两种法律后果:一种是传统意义上的否定式后果,其主要体现为惩罚;另一种是肯定式后果,即通过正向的促进、奖励等行为来弘扬法律所追求的社会价值。<sup>[6]</sup> 换言之,传统意义上的以罚治恶已不能有效地遏制现代社会的竞争违法行为,以奖扬善理应成为市场经济体制下维护社会公平正义的主流法治观念。

### 2. 重惩罚、轻激励的法制模式不适应现代社会的需要

由于深受传统法的影响,我国目前的反垄断法律责任采用了重惩罚、轻激励的法哲学和立法例。然而,传统的立法例基于农业生产和自然经济,尚未考虑资本经济要素的影响,忽视了一切市场主体与生俱来的自利特性,很容易陷入“越是惩罚,越是罚不尽”的泥潭。诚然,

在个体生产经营的小农经济时代,传统的惩罚性法制模式足以应付当时的社会问题,但现代新型经济法律关系亟需运用新的奖励性法治思维和法治观念予以调整。考察我国反垄断执法现状可以发现,与相对完善的惩罚机制相比,奖励机制成了一种不起实际作用的陪衬。带有激励性质的纯粹、单一的宽恕政策,与惩罚性赔偿等强制性制裁措施相比也呈现出严重的失衡状态。正是如此倾斜的法制模式使得反垄断法律责任规制无法获得新的突破。根据法经济学的观点,有效的法律实施应该用最低的惩罚和执法成本来形成威慑。<sup>[7]</sup> 因此要想走出反垄断法律责任规制的现实困境,必须改变重惩罚、轻激励的法制模式,加强反垄断奖励机制建设。

### 3. 资本逐利性与经济人自利性的暗合破坏市场的自在逻辑

马克思曾指出:“资本来到世间,从头到脚,每个毛孔都滴着血和肮脏的东西。”<sup>[8]</sup> 不可否认,资本的逐利性,以及经济人的自利性和有限理性,滋养了人的“性本恶”。市场的有限资源只有由劣势一方向优势一方流动,方能实现其最优配置,资本的逐利性或者说剥削性与经济人的自利性的暗合,造就了人的“性本恶”的现实生存土壤,而资本的逐利本能则表现为效用最大化和资本增殖的终极追求。诚如我国著名经济学家张维迎<sup>[9]</sup>所言,市场的真正逻辑在于,只有每个人的权利和自由得到充分尊重,才可以通过使他人变得幸福从而使自己获得幸福。但资本的逐利性和经济人的有限理性必然会破坏这一美好的自在逻辑,而我国反垄断立法目前并没有关注到这一点,对市场逻辑缺乏正确认知,其立法必定是有缺陷的。

## 三、重构我国反垄断法律责任体系的致思路向

根据18世纪美国经济学家的一项重大理

论发现:现代经济学以经济人为假设,而经济人假设的核心命题是,只要有适当的制度与法律架构,经济人在市场上追求自身利益的行为会无意识地推动社会的整体利益,使得整体增量持续增加。可见,市场经济建设并非依靠单一的“人性善”便能从容应对,必须辅之以制度的约束。我国现行的反垄断法律责任体系本身存在诸多问题,其完善路径不应只单纯围绕传统的民事、行政、刑事责任不断地改进。倘若根基是错的,那么修正比不修正的危害会更大。有“经济宪法”之称的竞争法,在市场经济建设中的地位举足轻重,反垄断法律责任体系的重构则变得越发迫切。客观地说,社会学法学和现实主义法学的真正计划,在于回应型法。<sup>[10]</sup>面对“越是反垄断,越是垄断不断”的现实困境,反垄断法律责任体系的重构正是对反垄断法律责任规制需求的积极回应。因此,有必要探索反垄断法律责任规制的新路径,以奖励制度引导人的自利性,即尊重追求自身利益是驱策人的经济行为的根本动机这一内在规律,尊重市场内在逻辑和资本的逐利性,使经济人“不敢垄断,不想垄断,不能垄断”。

反垄断法法律责任形式的选择、力度的强弱都关系到反垄断法的实施效果。<sup>[11]</sup>借鉴法律激励的原理,其理论预设大致可以划分为两个致思路向,即“成本—效益”的致思路向和“需要—动机”的致思路向<sup>[12]</sup>,前者注重对人的行为的外在激励,后者注重对人的行为的内在激励。根据这两个致思路向,重构我国反垄断法律责任体系必须坚持严惩与奖励并举,健全奖励法律制度,完善惩罚性法律制度。惩罚性法律制度,即法律的逆向激励,旨在降低或防止某种违法行为的发生,通过法律工具为其配置相应的惩罚性义务;奖励性法律制度,即法律的正向激励,旨在鼓励或倡导某种行为的发生,通过法律途径为其配置相应的奖励性权利。进而言

之,既应在《反垄断法》中明确规定严厉的刑事责任和民事责任的多倍赔偿制度,同时又有必要完善以宽恕政策为主的反垄断奖励法律制度,做到真正意义上的宽严相济,坚持“以罚治恶,以奖扬善”的法治观念,打造惩罚性法律制度与奖励性法律制度并存的现代法制结构,构建完整的反垄断法律责任体系,从根本上实现反垄断法治化,确保市场经济持续稳健运行。

#### 四、重构我国反垄断法律责任体系的具体路径

随着“互联网+”时代的到来,现代的生产、经营模式日新月异,垄断者的垄断行为、垄断方式也呈现出不同态势,使得传统的反垄断法律责任体系功能日益减弱,以罚治恶的法治观念无法从根本上破解反垄断法律责任规制困境。同时,由于垄断协议具有隐秘性,一般很难举证证明垄断协议的存在。例如,在美国,受反托拉斯法的严厉打击,公开的、明目张胆的垄断协议转入地下。很多共谋垄断行为并没有表现为有文字表述的协议,彼此间更多的是心照不宣地履行协议与合作。<sup>[4]</sup>诸多垄断“新常态”对我国反垄断法律责任体系的完善提出了更高的要求。

一个完整的法律责任体系,必定是严惩与奖励并存,从“不敢垄断、不想垄断、不能垄断”之维应对现实生活中的各种反垄断法律责任问题。越是发达的市场经济体制国家,其经济刑法越是详备。因此,我国的反垄断法律责任体系中有必要增加刑事责任,同时引进民事多倍赔偿制度,以提高违法成本;同时,应充分利用理性经济人的特性,构建反垄断奖励法律制度,以“善用其效,尽享其能”为行动纲领,进而从内部瓦解垄断行为,提高反垄断执法效率。

##### 1. 健全反垄断惩罚性法律制度

垄断行为具有可责性、应刑罚性、无可避免性。<sup>[13]</sup>刑事责任是有效制止垄断行为、维护市

市场竞争秩序、保障反垄断目标实现的有力举措。因此,反垄断法律责任首先应重点发挥其威慑功能,即建立一个合理的威慑体系以把违法行为发生的几率降至一个非常低的水平。<sup>[14]</sup>

考察我国现行《反垄断法》并未发现其有刑事责任的规定,也就是说,即使是严重的典型核心卡特尔行为,也不会受到刑罚制裁。垄断者所实施的垄断行为是经济人的自利本性及其资本的最大效用原则和增殖原则使然,其在选择垄断还是不垄断前必定是经过全面的成本—效益分析的。从理论上讲,当垄断所获的利益与垄断的违法成本是1:1或更小时,垄断就极有可能发生;而当违法成本远远高于垄断收益时,垄断者必然会放弃垄断行为。换句话说,如果违法成本低于垄断收益,那么垄断者的理性经济人本质会驱使其选择实施垄断。一个救济体系的基本目标是威慑人们不敢违反法律。<sup>[15]</sup>因此,要想破解反垄断法律责任规制困境,必须设置严格的刑事责任,健全传统意义上的反垄断惩罚性法律制度,提高垄断的违法成本。

当然,基于反垄断法的谦抑性,我国在反垄断法律责任体系中引入刑事责任时,一方面必须严格限定刑事责任的适用范围,只能针对特定的核心卡特尔适用刑事责任;另一方面必须考虑其刑罚制裁的最后手段性、范围的明确限定性,不能滥用刑罚制裁措施。此外,在追究此类垄断行为的刑事责任时,不仅应追究单位团体的法律责任,还必须同时追究个人责任,以此威慑潜在的违法行为人,促使经济人考虑违法垄断所带来的严重后果,从而达到“不敢垄断”的目的。

## 2. 构建反垄断奖励性法律制度

法律的最终目标在于预防和制裁违法行为,而非惩罚,而实施惩罚的直接目的是为了增加违法者的违法成本,使其不敢再危害社会,同时警示他人。反垄断法的立法原意亦应如此。

尽管通过严厉的惩罚机制能从成本—效益的致思路向迫使垄断者不敢垄断,从而遏制垄断行为,但绝不能盲目地强调严惩垄断行为,而应当运用更为经济、更为人性化的方式在确保实现经济可持续发展的同时,维护诸如诚实守信之类的社会主义核心价值观,其理由是全部法律的创造者,每条法律规则的产生都源于一定的目的,即一种实际的动机。<sup>[16]</sup>构建反垄断奖励制度的目标则旨在发动消费者、经营者共同参与反核心卡特尔行为,并且保障凡是参与反垄断的主体都能从中获得收益。现代社会得以生存的一个根本基石是,承认追求自身利益是人身上最强大的动力,只有遵循这一动力,个人才会为社会的共同繁荣作出最大的贡献。<sup>[17]</sup>因此,根治反垄断的最佳良药是遵循市场逻辑和资本逻辑,发挥资本的效用原则和增殖原则,充分利用经济人的特性,以奖扬善,以此引导理性经济人,使其竭力为市场经济服务。市场逐利的根源在于经济发展的有限性和资本的有限性,反垄断应当从经济增量的发展着手,当剩余价值增加了,各经济主体可分享的价值多了,且有完善的分配机制,大家自然不会贸然从事垄断行为。

为克服现行宽恕制度的缺陷,审慎推进反垄断奖励制度的构建,应当以人性本善为预设,以以奖扬善为旨要,以同创共享为内核,促使形成反垄断的内在机制,倒逼市场参与者依法主张权利,以及政府等公法主体依法行使权力。同时,应坚持“以罚治恶,以奖扬善”的法治理念,重构理性经济人的行为模式,吸引一切力量参与到反垄断之中来。需要一动机的致思路向之所以能确保经济人“不想垄断”,不是因为惩罚太重会倒逼垄断者坦白,而是因为获得奖励的收益会更大、更长久。垄断有风险,而共同协作、有序参与竞争,则有稳定的可预期的红利分享,因此从内部瓦解垄断协议,激励告发,奖励

良性竞争,可提高反垄断执法效率。事实上,违法成本提高了,守法收益便变得直观可感,当守法的增量利益大于违法收益,大家就会自觉守法,最终实现经济人内在的“不想垄断”。

### 3. 建立反垄断法律责任体系评估机制

在市场经济环境中,每一个理性的竞争活动参与者的终极目标都是获取竞争优势以获得最大化的利润,因此他们之间必然会存在着激烈的市场竞争。<sup>[18]</sup>因此,应坚持严惩与奖励并存,以确保经济人“不敢垄断,不想垄断”。进一步说,从经济人“不能垄断”之维破解反垄断法律责任规制困境,则必须依靠监督、评价等外在机制的建立健全。换言之,判断一个法律责任体系是否真正行之有效,必然要建立配套的绩效评估机制。如果反垄断法律责任制度存在问题,不能有效维护当前的竞争秩序,则应当及时进行相应的调整。不可否认,当今社会已经进入大数据时代,大数据挖掘技术和分析技术可谓占据了市场竞争的比较优势。因此,一方面可以广泛运用大数据分析技术,预测经济人的行为模式,借此制定与之相适应的法律责任,以降低法律责任制度运行成本;另一方面,可利用大数据技术,增加法律责任制度运行的追踪服务。

毋庸置疑,程序规范之治乃现代法制的真谛,倘若没有程序规范,法治必将沦为强权腐败的工具。因此,反垄断法律责任体系评价机制的建立健全应当设计配套的程序规范。比方说,如果在一个协议中一个成员背叛协议,可以获得比遵守协议更大的利益,那么在卡特尔组织中,经营者作为一个理性的经济人就会倾向于背叛协议以获得自身的更大利益。<sup>[19]</sup>既然经济人的自利性不可消解,那么强化制度建设和加强监督管理,确保经济人不能垄断,就必须依赖于完备的法律责任体系。任何事物总是不可避免地存在时代局限性,因此笔者所坚持重构的反垄断法律责任体系,必定是可监督、可评

估、可修正的法律责任体系。

### 4. 培育公民的反垄断法制意识

可持续发展一直被视作我国经济社会发展的重要课题,而人们积极追求的可持续发展的最佳策略,即是在集体的最优决策中实现个人的最优决策,最终达成自然生态、政治生态和经济生态和谐的共识。处在经济全球化、全球市场化、市场竞争化、竞争法制化的新时代,培育公民的反垄断法制意识,有助于建设有序竞争生态,维护自由开放公平的竞争秩序,实现竞争法制化。值得反思的是,通过不断的竞争和交换,每一种资源最终都会出卖给出价最高者,即投入最有效的利用,实现所谓的帕累托最优。也就是说,社会资源分配的任何调整,都不可能增进任何人的福利,而同时又不会减少其他人的福利。<sup>[20]</sup>事实证明,经济人的有限理性和资本的逐利性,往往会激化恶性竞争。唯有更新法制观念,强化法制意识,才有可能为我国实现从人治到法治的转变提供思想基础,最终实现我国市场竞争的法制化、现代化。

思维是行动的先导。通过强化市场参与主体的反垄断法制意识,以重塑理性经济人的行为模式,可以促进我国反垄断法的有效实施。经济人从思想和行动上积极重视反垄断法律建设,各类市场主体都依法有序参与市场竞争,对于整个市场环境而言实乃一种显著贡献。重塑理性经济人的行为模式必须明确一个定位,即经济主体应当是也必须是德性社会人和理性经济人的二重性身份统一体。正如亚历山大·索泽恩斯所言,只有当个人做事是出于所有人的利益时,人类的救赎才能实现。随着合作化大生产趋势日益加强,以及经济法主体行为自身的放大效应,坚持整体主义和利益均衡原则,是探讨反垄断法制、竞争法治问题所必须坚持的立场。

## 五、结语

探索回应型法已成为现代法律理论的一个

持续不断的关注点。<sup>[21]</sup>过去的立法思维总是习惯性地落入以罚治恶的窠臼,但良好的市场竞争秩序并不是单靠惩罚性赔偿和强制力的威慑即可实现的。因此,有必要创新视角,以人性本善为预设,以奖励促进良性竞争,让更具利益因子的奖励机制引导更多理性经济人有序参与市场竞争。责任制度是反垄断条文设计与法律适用的桥梁,科学可行的责任制度,可保障反垄断实体规范的遵守、实施,可监督其适用程序的公正、透明。<sup>[14]</sup>破解反垄断法律责任规制困境,提高反垄断执法效率,应坚持整体主义和利益均衡原则,打破“重惩罚、轻激励”的法制结构,强化“以罚治恶、以奖扬善”的法制观念,让每一个市场主体有理由相信其他主体都会参与反垄断合作,消除竞争者之间达成的“垄断足够安全且有利可图”的顽固信念,形成一种有序参与市场竞争的法制意识,进而重塑理性经济人的行为模式,以此确保从“不敢垄断,不想垄断,不能垄断”之维建立反垄断法律责任体系的认知坐标,重构富有中国特色的反垄断法律责任体系。

#### 参考文献:

- [1] 郑鹏程,肖小梅.如何完善反垄断法律责任制度[N].光明日报,2014-05-31(05).
- [2] 李友勇.我国反垄断法宽恕制度探微[J].安徽理工大学学报(社会科学版),2012(1):30.
- [3] 时建中,侯文婷.我国反垄断法宽恕制度的完善[J].中国价格监管与反垄断,2014(4):9.
- [4] 吴玉岭.契约自由的滥用与规制:美国反托拉斯法中的垄断协议[M].南京:江苏人民出版社,2007:154.
- [5] 胡元聪.我国法律激励的类型化分析[J].法商研究,2013(4):36
- [6] 汪习根,滕锐.论区域发展权法律激励机制的构建[J].中南民族大学学报(人文社会科学

版),2011(2):113.

- [7] 唐要家.反垄断经济学:理论与政策[M].北京:中国社会科学出版社,2008:280.
- [8] 马克思.资本论[M].2版.北京:人民出版社,2004:871.
- [9] 张维迎.市场的逻辑与中国的变革[J].探索与争鸣,2011(2):8.
- [10] 诺内特,塞尔兹尼克.转变中的法律与社会[M].张志铭,译.北京:中国政法大学出版社,2002:115.
- [11] 孙晋.我国《反垄断法》法律责任制度的缺失及其完善[J].法律适用,2009(11):40.
- [12] 丰霏.论法律制度激励功能的分析模式[J].北方法学,2010(4):108.
- [13] 郑鹏程.反垄断法专题研究[M].北京:法律出版社,2008:237.
- [14] 丁国峰.我国反垄断法律责任体系的完善和适用[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2012(2):143.
- [15] 理查德,波斯纳.反托拉斯法[M].孙秋宁,译.北京:中国政法大学出版社,2003:313.
- [16] 博登海默.法理学——法哲学及其方法论[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004:115-116.
- [17] 张树义.纠纷的行政解决机制研究:以行政裁决为中心[M].北京:中国政法大学出版社,2006:8-9.
- [18] 萨缪尔森,诺德豪斯.微观经济学[M].萧琛,译.北京:华夏出版社,1993:20.
- [19] 傅军,张颖.反垄断与竞争政策:经济理论、国际经验及对中国的启示[M].北京:北京大学出版社,2004:97.
- [20] 王先林.竞争法学[M].北京:中国人民大学出版社,2009:9.
- [21] 诺内特,塞尔兹尼克.转变中的法律与社会[M].张志铭,译.北京:中国政法大学出版社,2002:73.