

行政性垄断中经营者责任缺位的反思

张晨颖*

摘要 行政性垄断通常兼有行政性和经济性,现有反垄断法律制度关注到它的行政性,而忽略了其经济性,进而导致参与行政性垄断经营者责任的“整体缺位+转化例外”的问题。经营者作为行政权力作用于市场的支点,参与垄断的主观态度不同。由此,以行政性垄断的类型化为基础,将经营者参与行政性垄断的行为构建为样态谱系,用以确定经营者的可责性。但在现有制度下,通过解释论的方法无法弥补这一法律漏洞,亦无法实现对违法经营者的有效惩处。未来在《反垄断法》修正时应当将“经营者参与行政性垄断”作为独立的违法行为,并且根据经营者参与样态的不同区别其法律责任,只有如此才能够全面、有效地预防和制止行政性垄断行为。

关键词 行政性垄断 经济性垄断 主观样态 经营者责任 制度构建

一、问题的提出

2018年6月19日,国家市场监督管理总局办公厅发函纠正了内蒙古自治区公安厅滥用行政权力排除、限制竞争的行为,公布了该自治区公安厅指定金丰公司统一负责全区印章治安管理信息系统的升级改造和整合联网、向全区所有的刻章企业供应符合国家有关技术标准的章材和芯片等主要违法事实,对相关行为的性质和造成的排除、限制竞争效果进行了系统的分析,其后对内蒙古公安厅提出了一系列整改建议。^{〔1〕}

* 清华大学法学院副教授。

〔1〕 参见《市场监管总局办公厅关于建议纠正内蒙古自治区公安厅滥用行政权力排除限制竞争有关行为的函》,网址 http://samr.saic.gov.cn/xw/yw/wjfb/201806/t20180622_274726.html,最后访问日期:2018年7月15日。

根据已经公开的信息,对于被限定作为交易对象的金丰公司是因为什么原因获得公安机关的青睐,以及它是否参与了该行政性垄断行为的策划、是否因为行政机关的指定交易行为直接或者间接提高价格、是否承担了法律责任等信息,均付之阙如。国家市场监督管理总局办公厅依据《反垄断法》第 51 条第 1 款“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”的规定对违法行为通过发函予以纠正,^{〔2〕}且根据该法第七章法律责任的规定,行政性垄断行为的违法主体并不包括经营者,因而执法机构无法对金丰公司追究行政责任。

本案并非个例,笔者统计了《反垄断法》施行以来,各级反垄断执法机构通过公开渠道公布的相关案例,违反第五章(第 32 至第 37 条,共计 6 个条款)“滥用行政权力、排除限制竞争”的案件共计 68 起,其中以违反第 32 条的案件数最高,共计 47 起;违反第 35 条的案件为零。具体违反有关条款的案件数、所占比例如表 1 所示。^{〔3〕}

表 1 2008 年 8 月 1 日—2018 年 7 月 31 日行政性垄断执法情况

	第 32 条	第 33 条	第 34 条	第 35 条	第 36 条	第 37 条	总计
案件数	48	7	4	0	4	5	68
百分比	71%	10%	6%	0	6%	7%	100%

在全部行政性垄断案件中,相关经营者被给予行政处罚的案件只有两起,分别是:云南通讯管理局案、^{〔4〕}武威市道路运输管理局案,^{〔5〕}均为依据《反垄断法》第 36 条认定的经营者被强制违法的案件,武威案涉案经营者通过另案给予行政处罚。^{〔6〕}与此同时,其它三起违反该

〔2〕《反垄断法》第 51 条:“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滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。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。法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的,依照其规定。”

〔3〕该数据参考了时建中、戴龙、焦海涛主编:《反垄断法行政执法典型案例分析与解读(2008—2018)》,中国政法大学出版社 2018 年版,第 533 页。另外根据原发改委、工商总局反垄断执法机构公告增加了深圳教育局行政性垄断案(参见 http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201612/t20161229_833278.html,最后访问日期:2018 年 7 月 15 日)和武威市道路运输管理局行政性垄断案(参见 <http://www.gsdr.gov.cn/content/2015-11-24/33514.html>,最后访问日期:2018 年 7 月 20 日)。同时,笔者对认为该书中乌海市住房和城乡建设委员会行政性垄断案件更适合被划归至第 32 条限定交易的案件;北京市住建委纠正混凝土行业管理中行政性垄断案实为违反第 36 条的案件,因此进行了调整。

〔4〕云南通讯管理局案,参见 http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/201506/t20150602_694801.html,最后访问日期:2018 年 7 月 20 日。

〔5〕武威市道路运输管理局行政性垄断案参见前注〔3〕。

〔6〕甘肃省发展和改革委员会行政处罚决定书【2015】25 号至 46 号。

法第36条的行政性垄断案件中,涉案经营者未被处罚,^[7]也未阐明原因;而违反该法第五章其他条文的行政性垄断案件中,没有任何涉案经营者受到了处罚。由此不免产生疑问:

第一,在违反该法第32、33、34、35、37条的行政性垄断案件中,^[8]经营者充当怎样的角色?发挥怎样的作用?其行为是否损害竞争法法益?相对于第36条“被强制”从事垄断行为,经营者在前述各条中的主观过错、实施的客观危害行为、可责性是否更强?第二,同样被认定违反第36条的情形下,经营者的法律责任应当如何认定?与之相应的判断标准有哪些?第三,在行政性垄断中,经营者的违法行为如何认定?是像武威案通过《反垄断法》第13条,即经济性垄断的思路进行认定;还是基于行政性垄断的特殊性,适用其它的认定标准?

上述问题在现行法律制度、执法层面均没有得到答案。《反垄断法》着眼于“保护市场公平竞争”,其中第1条规定的立法目的对“行政性垄断”的立法和法律执行具有基础性的指导作用。排除、限制竞争的行为既可能源发于市场内部,也有可能来自于市场外部行政权力的滥用。那些源于行政权力的垄断行为,通过直接或者间接的方式作用于市场、造成反竞争后果,而其作用的支点就是参与垄断的经营者。因此,在行政性垄断案件中,构建经营者的法律责任制度是透视并规制行政性垄断必不可少的一环。^[9]

二、经营者责任的缺位

从行政法的角度看,行政性垄断包括非法的抽象行政法律行为和具体行政法律行为。所谓“参与行政性垄断行为的经营者”不是行政相对人,亦非受到行政性垄断侵害的经营者,也不

[7] 这些案件分别是:上海市交通委黄浦江游览行业管理行政性垄断案(参见 http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201612/t20161229_833277.html,最后访问日期:2018年7月20日)、北京市住建委混凝土行业行政垄断性案(参见 http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201612/t20161229_833276.html,最后访问日期:2018年7月20日)、见前注[3]深圳教育局中小学生服装横向案。

[8] 第33、34、35条中的受益经营者可能是特定的,也可能是不特定的。以限制外地商品进入为例,如果本地生产相关商品的只有一个经营者,此时就是特定的。但特定、不特定并不影响对经营者法律责任的讨论:如后文论述,经营者是否承担法律责任取决于经营者的主观态度和客观行为。即便经营者不特定,它在主观上具有积极参与、片面参与的动机,客观上实施了相应的行为,也具有应责性;相反,即使是特定经营者亦有可能不构成违法。

[9] 行政性垄断的治理是一项系统工程,行政性垄断还可能涉及经营者行贿、行政机关权力人员受贿等刑法问题,不同法律在行政性垄断治理问题上应协调配合。这里可能存在两种情况:其一,既涉及行政性垄断也涉及刑事犯罪的,行政处罚和刑事处罚并举。在刑法上,“违背公平、公正原则,在经济、组织人事管理等活动中,为他人谋取竞争优势或提供不确定利益的,都应当认定为受贿人为他人谋取不正当利益。”参见周光权:“论受贿罪的情节——基于最新司法解释的分析”,《政治与法律》2016年第8期,第33页。即便如此,由于二者法益不同,各自所解决的问题也不同。在刑事责任之外,《反垄断法》对破坏竞争秩序的行为也需要进行违法认定、处罚。其二,只涉及行政性垄断而不构成犯罪的,此时只按照行政性垄断进行处罚。比如地方政府出于促进本地产业发展的动机,限定使用本地商品或排斥外地商品,此时即为单纯的行政性垄断行为。据笔者的实践经验,此种情况更为常见。

是行政性垄断的决策主体,而是客观参与行政性垄断行为的做出或实施的经营者的。目前对参与行政性垄断经营者所应承担的责任问题之研究尚处空白。

(一)经营者责任理论的空缺

笔者对当前文献进行了检索和梳理,发现与“参与行政性垄断经营者责任”具有一定关联性的文献集中在以下两类:一是对“行政性公司”的研究;二是对行政性垄断类型划分的研究。然而这两类研究都没有触及问题的关键。

首先,针对参与行政性垄断行为的市场主体,既有研究的对象主要是“行政性公司”。20世纪八十年代至九十年代,在我国曾一度涌现出各种被授权担负行业管理职能,以及其他挂靠在某些行政机关而受特别优惠的“行政性公司”和后来的“翻牌公司”,^[10]这种类型曾经是行政性垄断的典型。从形式上看,这种类型也是公司(市场主体)参与行政性垄断的行为,但是与本文研究的“参与行政性垄断行为的经营者的”是截然不同的概念。“行政性公司”的本质体现在该经营者与行政权力之间的关系上。“行政性公司”是由企业主管部门或地方政府支持组建的,既有行政管理权又有企业经营权,它的实质在于“政企不分”,依仗着特殊的地位和优势,限制竞争、实施垄断。^[11]而参与行政性垄断行为的经营者的不具备行政权力行使者的身份。随着市场经济体制的建立和逐步完善,市场和行政权力之间的界限愈加清晰,国务院出台了《关于进一步清理整顿公司的决定》和《国务院关于设立全民所有制公司审批权限的通知》等一系列规定,要求“经营权和行政权严格分开”,行政性公司基本已经退出历史舞台。可以说,行政性公司的研究已经不再具有时代价值。

其次,根据行政性垄断行为中是否有经营者的参与或介入,有学者提出了“单一型”和“混合型”行政性垄断的类型划分:前者没有市场主体的介入,只有行政主体单方故意实施垄断行为,后者则行政主体与市场主体存在共谋,共同实施垄断行为,并且进一步指出“后者在现实情况中更为突出”。^[12]上述类型划分指出纯粹由行政机关和公共组织策划实施的行政性垄断与存在市场主体参与共谋的行政性垄断之间的差异,印证了行政性垄断既存在“适格主体”,也可以存在“参与者”。这一研究美中不足的是,“单一型”“混合型”的分类仅关注到了“共谋”,但经营者除了扮演“共谋”角色之外还可能以其他的多种样态参与行政性垄断的实施;^[13]而且,参与样态不同应当对应不同的行政责任应责性。

前述研究观察到了行政性垄断行为的做出和实施中经营者的作用,但是对于该类经营者是否应当承担、如何承担法律责任的问题并没有涉及。

(二)经营者责任的“整体缺位+转化例外”

当前《反垄断法》对行政性垄断的规定体现在总则第8条和分则第五章。第8条奠定了该

[10] 参见漆多俊:“中国反垄断立法问题研究”,《法学评论》1997年第4期,第54—58页。

[11] 参见王存学:“试论我国制定反垄断法的必要性和紧迫性”,《现代法学》1994年第4期,第63—66页。

[12] 参见顾全:“行政性垄断行为的可诉性与诉讼安排”,《法律适用》2012年第9期,第93—96页。

[13] 如下文所述,客观上参与了行政性垄断行为的经营者的,根据其与行政主体之间的关系,除“积极共谋样态”外,还可能是“片面配合样态”“放任参与样态”“反抗失格样态”“反抗合格样态”和“完全被动样态”。

法规制行政性垄断的基本框架,即“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”(主体)、“滥用行政权力”(行为)和“排除、限制竞争”(后果)三个方面的要件;第五章则是在上述框架内对“滥用行政权力”和“排除、限制竞争”的具体行为模式的列举式细化规定。

在第五章共6个条文规定的各种行政性垄断中,经营者均具有参与其中的主观和客观空间,例如作为第32条“限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品”中被限定的交易对象、作为第33条至第35条地域垄断行为中受益的本地企业、作为第36条被强制“从事本法规定的垄断行为”的经营者、作为第37条“含有排除、限制竞争内容的规定”的受益主体等等。

1. 行政性垄断的两类区分

为本文目的,笔者将上述《反垄断法》第五章规定的各个类型行政性垄断行为分为“强制从事垄断行为类型”(以第36条规定的“强制从事垄断行为”为代表的行为类型)和“其他行政性垄断行为类型”(除“强制从事垄断行为类型”以外的“限定交易”“地域垄断”和“部分抽象行政性垄断”)两类进行分析。^[14]二者之间最本质的差异是行政行为的直接作用对象不同(如图1所示):

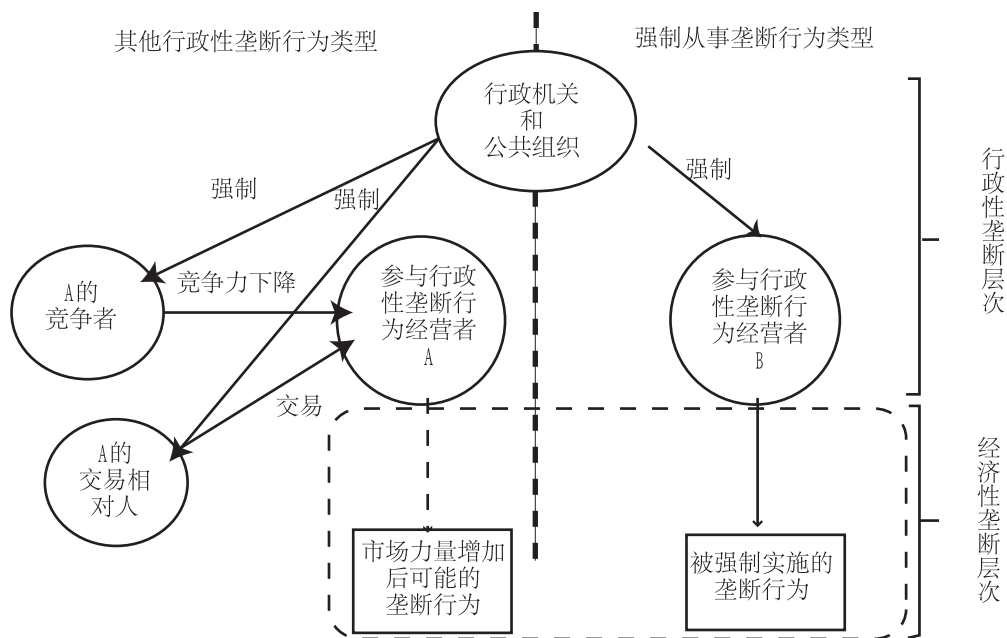


图1 两大类垄断行为类型行为结构和层次图

[14] 在进行分类时,第32条至第36条的分类较为明确,但是第37条需要分情况来看:因为抽象行政法律行为可能独立作为一种行政性垄断行为认定(如潍坊市住房和城乡建设局等联合发布的【2016】14号文存在涉嫌滥用行政权力排除、限制竞争问题。参见 <http://www.sdwj.gov.cn/ggfw/jcfx/gzdt/01/173394.shtml>,最后访问日期:2018年7月15日),也可能与第32-35条或者第36条一并作为处罚的法律依据。但从2008年至今的全部案件来看,没有个案同时违反第36、37条。

在“强制从事垄断行为”项下,经营者是作为行政法律行为的直接作用对象而被强制从事垄断行为的;而在“其他行政性垄断行为类型”项下,本文所讨论的相关经营者并非行政法律行为的直接作用对象,也没有受到强制从事垄断行为的压力。相反,由于行政力量的多种“限定”行为,使得经营者拥有市场优势或者局部的垄断地位,从而在交易中胜出。

从这个基本差别出发,两类行为类型下经营者的主观态度、客观行为存在较为明显的分化。

2.“整体缺位+转化例外”的阐明

通过区分两类行政性垄断行为,笔者意图说明现有《反垄断法》法律框架对相关经营者的法律责任是“整体缺位”的;仅“强制从事垄断行为类型”的经营者的法律责任(包括行政责任)在现有框架内有章可循,即“转化例外”。

具体而言,根据《反垄断法》第3条的规定,^[15]“垄断行为”的外延是清晰、明确的,并分别对应第二至第四章的分则诸条款,对“经营者从事垄断行为”的法律义务、法律责任形式和严厉程度,以及相应的程序性问题做出了系统性的规定。第36条禁止经营者在行政权力强制下从事“本法规定的垄断行为”,此处既指向“垄断行为”,自然就将经营者的合法性认定问题转化成在反垄断法现有框架下,经营者达成垄断协议、滥用市场支配地位或实施具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中所对应的法律义务违反和行政责任认定的问题。^[16]“云南省通信管理局违反《反垄断法》滥用行政权力排除限制竞争案”等执法案例中的行为定性和处罚证明了这一观点。^[17]又如前文所述武威市机动车维修企业案中,在行政机关被认定行政性垄断以外,涉案的22个企业分别被执法机构处罚,所依据的是《反垄断法》第13条第1项“横向价格垄断”,这样的处理方法与纯粹的经济性垄断别无二致。《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定》第5条也侧面证明了转化例外的存在。^[18]

根据现行法律,经营者参与“其他行政性垄断行为”的情形难以转化成可以单独认定的经济性垄断行为,因此只能在“第8条+第五章”的框架内认定和课以法律责任。然而,现有的行政性垄断框架下所有的行为主体均局限于行政机关和公共组织而忽视了参与垄断行为的

[15] 第3条:“本法规定的垄断行为包括:①经营者达成垄断协议;②经营者滥用市场支配地位行为;③具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。”

[16] 实践中经营者被强制违法的行为(即行政性垄断行为根据《反垄断法》第36条认定)仅限于被强制实施横向垄断。但逻辑上亦有可能被强制滥用市场支配地位、被强制非法实施集中。

[17] 根据国家发展和改革委员会网站公告,“云南省发展改革委依法对参与垄断协议的四家电信运营商进行了处罚。其中,对参与达成并实施垄断协议的中国移动通信集团云南分公司、中国电信股份有限公司云南分公司、中国联合网络通信有限公司云南分公司,处以上一年度相关市场销售额2%的罚款;对参与达成但未实施垄断协议的中国铁通集团有限公司云南分公司,处以20万元罚款。”见前注[4]。

[18] 第5条:“经营者不得从事下列行为:①以行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织的行政限定为由,达成、实施垄断协议和滥用市场支配地位;②以行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织的行政授权为由,达成、实施垄断协议和滥用市场支配地位;③以依据行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织制定、发布的行政规定为由,达成、实施垄断协议和滥用市场支配地位。”

经营者,追究其法律责任(包括行政责任)并无依据。

3. 责任结构的缺位

“整体缺位”不仅是主体缺位,还包括现有规定下行政性垄断的责任结构的缺位。“第8条+第五章”仅规制行政主体的行为,根据《反垄断法》第51条,相关责任有二:其一是针对行政机关或公共组织,责任形式为“由上级机关责令改正”;其二是针对行政机关或公共组织中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员,责任形式为“依法给予处分”。

违反行政责任可以分为内部行政责任和外部行政责任。上述两类责任都是行政机关以及内部人员在行政体系下应当承担的责任,是内部责任。而参与行政性垄断行为的经营者不处于行政机关内部,即使需要承担行政责任,也无法适用“上级机关责令改正”、行政处分(例如警告、记过等形式)等责任形式。因此,目前的制度在责任结构上无法制裁行政性垄断的参与者。

由此可见,现行《反垄断法》对行政性垄断的认定规则无法涵盖经营者参与行政性垄断的行为,同时对行政性垄断设定的责任形式也无法适用于该类经营者。对这类经营者的处罚无法在法解释框架内实现,必须从制度构建上予以突破。

(三) 执法实践对“整体缺位+转化例外”的印证

笔者考察了近年来执法机构公开的全部行政性垄断案件,发现除了前述两起因违反《反垄断法》第36条,被“强制从事垄断行为”的经营者按照相应经济性垄断规则(即《反垄断法》第46条)受到了行政处罚外,其他经营者都没有受到追究,这印证了“整体缺位+转化例外”的问题。

1. 经营者因参与“强制从事垄断行为”被处罚

以“云南省通信管理局滥用行政权力排除限制竞争”一案为例,云南省通信管理局牵头组织中国移动通信集团云南分公司、中国电信股份有限公司云南分公司、中国联合网络通信有限公司云南分公司和中国铁通集团有限公司云南分公司多次会议协商,于2009年底达成《云南基础电信运营企业规范各类赠送活动的协议》。云南省发改委认为,云南省通讯管理局牵头对赠送等活动进行约定,以及后来下发整改通知书的行为构成了“强制”的手段,其所要求的争议解决规则维持了电信运营商的垄断协议,损害了电信运营商之间的竞争、影响了彼此之间的竞争动力,导致价格上升,影响消费者福利。最终认定云南省通信管理局的做法属于第36条所列“滥用行政权力,强制经营者从事本法规定的垄断行为”。该案中,“对参与达成并实施垄断协议的”各经营者也根据《反垄断法》第46条给予行政处罚。

再以“武威市道路运输管理局滥用行政权力排除、限制竞争”案为例,对行政机关强制经营者达成和实施垄断协议的行为,甘肃发改委发函建议纠正,^[19]参与达成并实施垄断协议的22家公司,则被另案处理;执法机构责令其停止违法行为,并对各家公司处以2013年度车辆二级维护收入额比例不等的罚款。

[19] 武威市道路运输管理局行政性垄断案,见前注[3]。

同时亦有反例。比如在深圳市教育局、^[20]上海市交通委两案中,^[21]涉案经营者均没有受到处罚。特别是在深圳市教育局一案中,行政机关的行为被认定同时违反了《反垄断法》第34条和第36条。两个案件中的行政机关均组织、引导相关企业达成固定价格的垄断协议,而涉案经营者却没有被处罚,这与武威、云南案件呈鲜明对比。

2. 经营者参与“其他行政性垄断行为”无处罚实例

在42起“其他行政性垄断行为类型”的案例中,没有一例对经营者进行了处罚。与行政处罚有些许关联关系的只有浙江丽水市政府行政性垄断案。2013年至2017年间,浙江省丽水市政府先后多次出台规范性文件,对200万以下房建、市政工程政府性投资小额项目工程量清单、招标控制价审核工程咨询主体和办法做出相关规定。但实际上,市住建局工程造价管理机构,即丽水市建设工程造价管理处一直委托(指定)丽水市造价协会进行该市行政区域内所有工程量清单和招标控制价审核的工程咨询工作。浙江省物价局经过调查,认为该行为排除了相关市场其他具备资质的经营者参与公平竞争,违反了《反垄断法》第32条和第37条的规定,属于滥用行政权力排除、限制竞争的行为。在该案处理结果的公告信息中,记载“丽水市造价协会已将招标控制价审核项目费用结余共计138.95137万元全部上交丽水市财政”。从“项目费用结余”的款项科目和“上交丽水市财政”的收款方式来看,该笔款项不是反垄断执法中的没收违法所得或处以行政罚款,并非让其承担行政责任;况且本案涉及的是“造价协会”,而非经营者。综上,该案和本文所探讨的经营者责任相去甚远。

(四)整体缺位的深层原因

至此,行政性垄断中经营者责任“整体缺位+转化例外”已经全面呈现。我们不禁追问:为何立法中存在这样的漏洞?《反垄断法》立法时机械化地借用行政法的思路是问题的关键。

行政性垄断兼具行政性和经济性,这里的“经济性”指的是行政性垄断只有通过市场中介才能最终排除限制竞争,而经营者就是当中的市场中介。传统行政法仅关注行政行为,很少关注此外的经济性后果。不仅立法如此,学界主流观点也如是,代表性的观点诸如“行政性垄断与经济性垄断的区别非常明显,而根本区别在于前者是行政权力不当干预市场竞争所造成的,后者则是市场竞争发展的自然后果”,^[22]过度割裂了行政性垄断和经济性垄断的联系。也正因此,立法者更容易将行政性垄断立法的目的设定在规范行政机关的行为上,而忽视了对经营者行为的规制,从而全面预防和制止行政性垄断行为。

从行政法角度出发理解行政性垄断,只能看到其“抽象和具体的行政法律行为”和“行政权力滥用”的行政性,而不能从本质上看到《反垄断法》所关注的“排除、限制竞争”的经济性。这就说明了为什么当前《反垄断法》只关注行政主体的行为,而忽视了经营者责任。正是由于这种对行政性垄断仅停留在“行政性”层面理解的表面化和片面化,从根本上导致了立法对于参与其中的经营者的违法性和法律责任规定的缺位,最终导致行政性垄断的规制体系顾此失彼。

[20] 深圳教育局行政性垄断案,见前注[3]。

[21] 上海市交通委黄浦江游览行业行政性垄断案,见前注[7]。

[22] 邓志松:《论行政垄断的成因、特点及法律规制》,法律出版社2017年版,第16页。

三、经营者应责性和可责性的证成

判断某一行为在特定法律上是否具有应责性,最关键的是从实体法的层面判断该行为是否会造成特定的法益损害,以及为了预防和制止该法益损害是否需要进一步设定相应的法律责任。

(一)经营者在行政性垄断竞争损害机制中的客观作用与主观动机

经营者是否具有应责性,应当考察经营者是否损害了《反垄断法》所保护的法益,及其在反竞争机制中所处的地位。当下行政性垄断的复杂性就体现在行政权力与市场行为交织在一起,导致行政性垄断和经济性垄断之间存在紧密联系,从而无法将两者以截然二分的态度对待。

1. 经营者是排除限制竞争的“入口”

行政性垄断的直接表现就是行政权力的滥用。主流观点认为,行政性垄断与经济性垄断的重要区别在于垄断力形成的原因力不同。行政性垄断不是在市场竞争中形成的,而是在市场竞争之外形成的,是那种不能作为商品、不能参与市场竞争的行政权力介入市场竞争的结果,^[23]是一种外生于市场经济的垄断形态,是行政权力渗透到微观经济生活中的一种超经济的垄断。^[24]它通过行政权力强行介入市场竞争形成行政性垄断,与市场要素及市场运行自然法则并无直接联系,这是它与经济性垄断的重要区别之一。^[25]

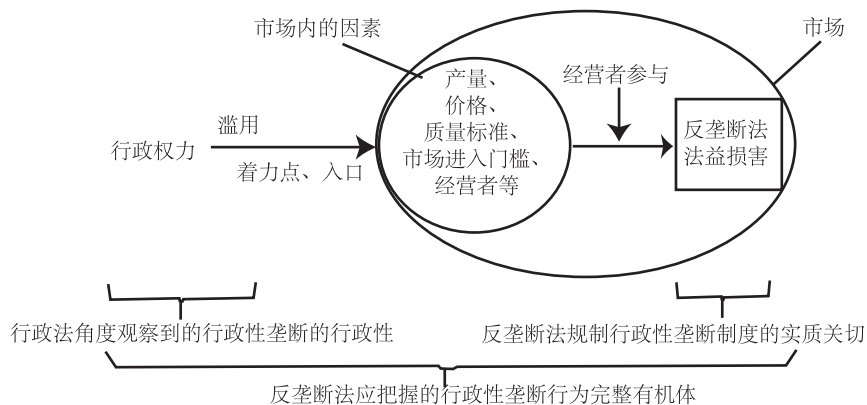


图2 行政性垄断损害发生机制原理图

[23] 参见田檬檬：“反行政垄断初探”，《河北法学》2004年第10期，第123—126页。

[24] 参见付蓉、张莉：“关于行政垄断若干基本理论问题新探”，《河北法学》2003年第3期，第114—116页。

[25] 参见沈悦志：“反行政性垄断探析”，《山东法学》1998年第4期，第10—13页。

行政权力尽管强大,本身却并不能直接产生竞争损害,它必须借助某些市场工具才能实现排除、限制竞争的目的。如图2所示,处于市场之外的、“不能参与市场竞争”的行政权力如果要作用于市场竞争机制,必须不同程度地借助于产量、价格、质量标准等市场工具作为着力点才能对市场发生影响。但无论行政权力想改变什么,最终都要落实到经营者具体的生产、经营与竞争行为中。由此可见,经营者是行政权力所欲想达到的干预市场效果之中的关键一环。即,经营者对行政性垄断行为的参与,为行政权力干预市场提供了“入口”。

就限定交易类型(第32条)而言,行政权力限定潜在交易对象只能与特定经营者进行交易,对于前者来说,该被限定经营者的商品与市场上其他同类商品之间出现了人为造成的不可替代性。此时,被限定的一个或多个经营者的商品构成独立的相关商品市场,导致潜在交易对象的选择权受限,同时可能伴随价格上升、质量下降、抑制创新动力、效率下降等一系列竞争损害情形。在这个链条中,被限定的经营者是行政权力在市场中发挥作用的着力点、跳板,甚至还可能成为行政权力的“代理人”“共谋者”。

地域垄断类型(第33条至第35条)和部分抽象行政性垄断类型(部分第37条)的机制与限定交易类型基本相同。以禁止外地商品进入为例,看似只是行政机关主导,但反竞争机制必须通过排斥外地商品、购买本地经营者的商品实现。此时,本地经营者也起到了“入口”的作用。和第32条有所区别的是,第33条至第35条中参与的经营者可能不特定、也可能特定,这不影响经营者的“入口”作用。

就“强制从事垄断行为类型”而言,“经营者从事本法规定的垄断行为”(被强制)产生排除限制竞争的后果,应作为一个单独认定的经济性垄断行为进行处理,而且该类行为的竞争损害也主要来源于这一“经济性垄断”行为的部分。此时,经营者不仅是行政权力干预市场的入口,而且是损害的直接造成者。

如前所述,行政性垄断是行政性与经济性的合体,《反垄断法》应当把握的核心并非其行政权力滥用的外在形式,而是其排除、限制竞争的内在本质。为有效规制竞争行为,实现公平正义,在讨论行政性垄断的问题时,必须将视野扩展到市场因素内在的运作机制中。而经营者在其中扮演的角色是构成其应责性的基础所在。

2. 经营者参与行政性垄断的主观状态和利益动机

经营者在主观上参与行政性垄断的动机,是对经营者的应责性论证的必要条件。

首先,需要区分经营者对行政性垄断行为的发生是否知情。以行政性垄断行为的“做出”为分界点,将其区分为准备、做出和做出后的实际执行三个阶段。如果经营者在三个阶段对于行政性垄断的存在均不知情,则客观上可能被行政机关或公共组织作为进入市场、影响市场竞争的“支点”,经营者并无主观驱动,则不存在违法的主观过错。此时,若不以“过错”作为违法构成要件,势必导致客观归责,不能实现行政处罚教育和预防违法行为发生的目的,^[26]因而

[26] 参见江必新:“论应受行政处罚行为的构成要件”,《法律适用》1996年第6期,第3—6页。

缺乏追究该类经营者法律责任的必要条件。^[27]

其次,需要区分经营者在知情的情况下对于行政性垄断所持的态度。不论是行政性垄断行为做出前、后的任何阶段,如果经营者在知情的情况下参与,均难以否认存在利益动机,初步可以分为“期望”或“抗拒”两类主观态度。“期望”态度是指出于趋利性的利益动机,即参与行政性垄断行为可能为其带来的经济利益等各项好处,经营者积极参与、促成其具体实施;“抗拒”态度是指经营者出于避害性的利益动机抗拒行政性垄断行为的做出和实施,但是迫于对行政主体施加打击报复或其他不利影响的恐惧,而配合行政机关实施。

一方面,因为参与“其他行政性垄断行为”的经营者不是行政法律行为的直接作用对象(例如限定交易行为中被限定作为交易对象的经营者并不受到强制,受到强制的是经营者的交易相对人),因而其并不承受强制从事特定行为(作为)的压力,所以只要经营者不积极推动、维持行政性垄断,一般不需要存在“抗拒”态度。这种情况下虽然它客观上仍然作为行政权力进入市场的“支点”,但只要经营者没有和行政主体积极共谋或者片面配合,就不能认定经营者主观上存在过错。所以参与“其他行政性垄断行为”的经营者之主观方面主要对应于“期望”态度。另一方面,因为“强制从事垄断行为”中的经营者是作为行政法律行为的作用对象而直接被强制的,此时经营者主要是“抗拒”的态度,例外情形下存在“期望”的态度。譬如,经营者希望与其他经营者达成垄断协议,^[28]但是出于市场力量有限、号召力不足或加强垄断协议稳定性的考虑,需借助行政机关的行政行为来达到目的,这种情形下该经营者参与行政性垄断行为在主观上即为“期望”态度。此时,所谓“强制”很可能成为经营者意欲免除或者减轻法律责任的借口。

其三,在具体执法中如何判断经营者的主观状态。要求行政机关在案件中证明行为人的主观的状态是一件相当无效率的事情。“无效率则无行政”,这就要求制度设计必须纳入效率考量;然而我们又不能因为只追求效率而忽视个案的公平正义。因此,恰当的做法是根据行为类型的不同采用过错推定:只要行为人有违反法定义务的事实存在,反垄断执法机关就可以推定义务违反者主观上具有过错;除非有(来自经营者或其他方面的)充分的反证,否则不能免除其法律责任。^[29]在经营者是否知情的问题上,可以采用以下规则:在“强制从事垄断行为”情形

[27] 关于主观过错是否为行政处罚的构成要件,笔者观察到行政法学界存在一些不同的声音。较有说服力的观点是,有学者基于对境内外立法、理论和案例的研究,且援引全国人大常委会法工委的解释“只有构成行政违法才可对行为人给予行政处罚;而行政违法的构成必须具备违法行为的主体、主观方面、客体、客观方面等四个要件。违法的主观方面,就是行为人对其所实施的违反行政管理秩序的行为及其后果的故意或者过失的心理状态。虽然客观上实施了违反行政管理秩序的行为,但是,如果在主观上不存在实施违法行为的故意或者过失,就不具备需要给予行政处罚的主观要件”,得出了我国的行政处罚归责原则为主观过错归责原则,适用原则为主观过错推定原则的观点。参见李孝猛:“主观过错与行政处罚归责原则:学说与实践”,《华东政法大学学报》2007年第6期,第30—36页。

[28] 为逻辑的周延性,理论上讲,除垄断协议外还可能的情况是经营者希望从事滥用市场支配地位、“具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”,但一方面相对于被强制达成协议,此两种违法行为难度更高,另外在主观要件上的分析思路是一致的,故不另外展开。

[29] 参见江必新,见前注[26],第3—6页。

下,经营者既然已经受到强制,则几乎不能认定为经营者处于不知情的状态;而在其他行政性垄断情形下,应当推定经营者不知情,换言之,不适用推定原则,直至有证据表明经营者事先或事中收到了通知、公告或者参加了讨论。而经营者所持态度,也应当根据其行为表现进行分析判断。例如经营者积极参与并“献计献策”;作为本地经营者在获知“地域垄断”行为后积极宣传,或者明确声明不参与甚至是向反垄断执法机构或行政主体的上级机关报告,都是认定其主观态度的重要证据;除非存在更加充分的相反证据。

经营者客观参与行政性垄断行为的知情状态、主观态度的不同与其主观恶性的高低有关。在其应责性和行政处罚的严厉程度上应当有所体现。

(二)经营者参与行政性垄断行为“三总六分样态谱系”的提出

在考察了经营者参与行政性垄断的客观和主观情况之后,以行政性垄断行为的“强制从事垄断行为”和“其他行政性垄断行为”二分类型出发,结合经营者的主观状态及其与行政机关的关系,本文提出经营者参与行政性垄断的样态谱系模型(如图3所示)。其中,经营者的主观恶性由高到低进行排列,同时,基于经营者在行为结构中的角色不同,各样态在二分类型下的可适用性和表现形式也不同。

图3所示的各细分样态中,“积极共谋样态”和“片面配合样态”里经营者具有“期望”的主观态度,统称为“积极参与类样态”;“放任参与样态”“反抗失格样态”和“反抗合格样态”中,经营者均受到强制,统称为“受强制类样态”;外加当然不违法的“完全被动样态”,形成总体上的三大类样态。

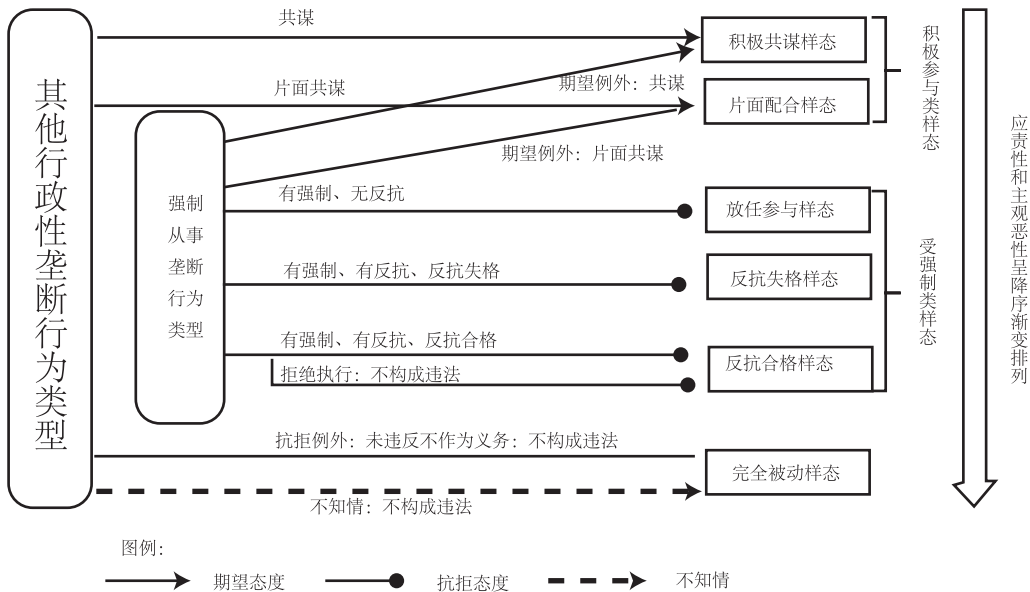


图3 经营者参与行政性垄断行为样态谱系关系图

1. 积极共谋样态

这种样态主要存在于其他行政性垄断类型项下,特定经营者为了排挤竞争对手、攫取经济利益,与行政机关或公共组织共谋实施的情形下。共谋发生的时间并不限于行政性垄断行为做出之前,其后经营者积极参与、完善实施的行为也应属于该样态。除此之外,也可能发生在“强制从事垄断行为类型”下经营者通过与行政机关或公共组织共谋,由后者做出“具有强制性”的行政法律行为或者外观,“强制”前者与其他经营者达成垄断协议的情况。

2. 片面配合样态

所谓“片面”,类似于刑法上“片面共犯”的概念,指的是经营者与行政机关或公共组织没有相互沟通,仅经营者单方面具有配合实施行政性垄断行为之故意的情况。较之“积极共谋样态”,经营者在“犯意”形成中未发挥作用,但在知悉行政性垄断行为后,“顺水推舟”地推动其实施,故意扩大竞争损害,借机攫取利益,这是片面配合样态和积极共谋样态最主要的差别。

例如,在第32条至第35条及第37条项下,虽未经过共谋,但经营者在得知自己被行政机关指定为交易对象,或得知歧视或禁止外地经营者进入市场的行政性垄断后,以此作为市场宣传的噱头积极维护行政性垄断行为,甚至对违反上述要求的市场主体进行举报。或者,在“强制从事垄断行为”项下,当得知行政机关做出强制经营者达成垄断协议的决定后,以此为基础积极推动具体垄断协议的达成和实施。

3. 放任参与样态

放任参与样态,指经营者明知自己参与行政性垄断,具有一定作为的义务而未履行该等义务,尽管没有“期望”态度的行为表现,但也完全不存在反抗行为,从而顺应行政主体要求的样态。

要构成放任必须以具有作为义务为前提。这里的作为义务是指经营者应当明知自己的行为和最终损害后果之间的关系,因此面对行政机关的强制,应当采取合理的行为反抗,以抵消反竞争后果。作为的方式可以是举报、保留证据、拒绝执行等等。借用刑法学的一般理论,经营者的先行行为具有义务违反性,^[30]在此种情形下,经营者已然违反法律实施经济垄断行为,造成了市场损害,理应采取相应措施减损;或者即将实施,应当采取措施避免违法损害后果发生。完全未履行作为义务,或者表面敷衍实际未履行的,构成放任样态;完全履行的,构成抗拒合格样态;而不完全履行的,则构成抗拒失格样态。需要说明的是,该样态仅存在于“强制从事垄断行为”类型下;“其他行政性垄断行为”中经营者并不是受强制从事特定行为的对象,相应地并不存在作为义务,不属于该样态的范畴。

4. 反抗失格样态

反抗失格样态是放任参与样态与反抗合格样态的中间态,是指经营者主观上具有“抗拒”态度,采取了反抗措施,没有放任结果的发生,但是反抗行为没有达到合格标准,因此竞争法法益损害仍部分归咎于该经营者的主观过错。经营者具有一定应责性的状态,系作为义务未完全履行。

[30] 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第117页。

5. 反抗合格样态

反抗合格样态是指经营者从事的反抗行为达到了合格标准,因此即使存在竞争法法益损害,也不能归咎于该经营者,经营者不具有应责性的状态。

在参与样态谱系中,从放任参与样态到反抗合格样态,均是专门对应于“强制从事垄断行为”的,因其反抗的程度不同而导致应责性和行政责任的严厉程度不同。因此,对于这三类样态的区分,最重要的是在“强制性”和“反抗合格”上设置明确、可执行的判断标准。

6. 完全被动样态

完全被动样态,是指经营者主观上对于行政性垄断行为不知情或不具有作为义务的样态。经营者要承担法律责任,需要以一定的决策自由为前提,^[31]因而即使其相关行为在发生过程和损害结果中客观上发挥了作用,但是并不具有应责性。被“强制从事垄断行为”的经营者,因“强制”的含义即包括经营者知情,该类经营者不属于完全被动样态的范畴。

(三) 经营者责任的理论基础

基于对经营者参与行政性垄断行为的样态、主观状态和其在法益损害产生过程中所发挥的客观作用的考察,我们需要进一步论证相关经营者承担法律责任的正当性。具体而言,主要从以下三个角度展开:^[32]

1. 法理学角度的合理性

法律责任是由违法行为引起的。任何一次违法行为都是对法律所保护的利益、社会关系和社会秩序的侵害和破坏。一方面,根据道义责任论的观点,行为人如果根据自由的意志决定实施某种违法行为,对所造成的法益损害就应当承担法律后果;另一方面,国家追究违法者的过错并设定新的强制性义务的目的,就在于敦促、强制法律责任主体履行义务,补偿被侵害的利益,恢复被破坏的法律关系和法律秩序。

由此,经营者在具有主观过错的情况下参与行政性垄断行为,与行政主体共同侵害《反垄断法》所保护的利益、社会关系和社会秩序,具备承担法律责任的实质性要素。基于责任法定原则,《反垄断法》应当在法律规范和逻辑结构中对这类行为的否定性法律后果进行预先规定,使法律责任与违法行为相适应,从而实现预防和制止垄断行为的目标。

2. 法经济学角度的必要性

根据法经济学的观点,“人们总是理性地最大化其满足度”。^[33]因此,只有当遵守法律比

[31] 参见张占江:“管制领域反垄断执法的基本考量维度及其适用”,《法商研究》2015年第6期,第131页。

[32] 同理于贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》中阐述的刑事责任和预防、制止犯罪的效果之间的关系,法律责任的威慑性取决于“严厉性、确定性和及时性”三个方面,但是囿于本文讨论的是反垄断法中相关经营者行政责任的实体法立法问题,确定性和及时性的问题不在主题之内,故而将讨论范围局限于探讨行政责任设置的应责性和严厉性问题。参见(意)贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2005年版,第69—74页。

[33] (美)理查德·A·波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第442页。

不遵守法律能给自己带来更大的好处或者更小的坏处时,人们才会愿意去遵守法律。〔34〕

经营者是追求利益最大化的理性人,获利是经营者参与行政性垄断的重要因素。而“法律通过使从事违法行为变得成本高昂来阻止违法行为。”〔35〕如果该思路成立,只要违法代价足够大,经营者无利可图就会自觉不参与行政性垄断。设定法律责任的目的就是增大行为人的违法成本,使违法成本总和大于违法收益,从而使行为人不因违法行为而获利。〔36〕因此,对参与行政性垄断的经营者,根据其不同样态下具体的主观态度和利益动机,科学设置相应的法律责任是必要的。

3. 部门法角度的兼容性

在考虑是否应当设定法律责任时,反垄断法律体系的完整性与融洽性是不可忽略的因素。作为由国家制定的社会规范,法具有指引、评价、预测、教育和强制等规范作用。〔37〕《反垄断法》亦如是。前文已经充分论证了经营者不同样态下参与行政性垄断行为对市场造成的损害,而且很多情况下损害程度不弱于经济性垄断,举轻以明重,参与的经营者也应当被处罚。在《反垄断法》内部参照经济性垄断法律责任的规则,对这类行为设置法律责任,符合《反垄断法》的立法宗旨和法律规范的体系性。

在一些国家的反垄断法制度中,经营者服从政府的行为通常是免责的,其代表为美国。美国最高法院甚至不承认经营者与政府官员之间合谋,排除、限制竞争的行为违反反垄断法,当然也不会追究经营者责任。〔38〕需要指出,中美两国在政治结构、发展历史上存在巨大的差异,美国排除经营者责任的方式在中国万不可取。其一,美国自建国以来就是市场经济国家,国家对经济的干预权限较少,而中国则经历了长久的计划经济时期,政府一直以来过度干预经济,这使得行政性垄断在中国更有管制的必要;其二,美国最高法院认为,政府官员听取私主体的意见,反映私主体的利益诉求是理所当然的。在美国各种利益集团随处可见,它们通过游说、宣传、诉讼等形式影响民主过程,这是美国政治的特色,〔39〕这与我国国情有着本质不同。由此看来,对美国不设定经营者责任的做法不应当照搬照抄。

四、经营者责任制度构建中的具体问题及完善思路

(一) 积极参与类样态中经营者责任制度的构建

与积极参与类样态关联的行政性垄断行为,主要是“其他行政性垄断行为”,具体包括限定

〔34〕 参见(英)霍布斯著:《论公民》,应星、冯克利译,贵州人民出版社2003年版,第53页。

〔35〕 (美)理查德·A·波斯纳著:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第313页。

〔36〕 参见应乙、顾梅:“论后果模式与法律遵循——基于法经济分析的视角”,《法学》2001年第9期,第67—70页。

〔37〕 参见沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第67页。

〔38〕 See *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, 499 U.S. 365 (1991).

〔39〕 参见(美)詹姆斯·麦格雷戈·伯恩斯等:《民治政府——美国政府与政治》,吴爱明等译,中国人民大学出版社2007年版,第144—171页。

交易、地域垄断、部分抽象行政性垄断行为(除强制从事垄断行为内容)。此外,相对较少的情况还有强制达成和实施垄断协议。^[40]

积极参与类样态包括积极共谋样态和片面配合样态,二者的共性在于主观上对行政性垄断行为抱有“期望”态度,客观上积极配合、促进行政性垄断行为实施;不同之处在于是否通过与行政机关或公共组织共谋,形成了共同的“犯意”。这两种样态下经营者的主观恶性极强,在没收不当得利之外还应当给予行政罚款。

首先,经营者在主观上应当具备“期望”的态度。期望的态度可以直接证明,比如经营者有关负责人曾经公开发表的言论就可以作为主观期望的证据;也可以通过客观的行为反推。很多情况下经营者的“主观状态”难以把握。“对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域”。^[41] 客观反推是一个有效的解决措施。如果经营者积极推动了行政性垄断行为的做出和实施,包括经营者参与该等行为的谋划、在实际执行中宣传和促进其实施效果等,都可以推定其主观状态。

其次,经营者应当具备客观上的参与行为。对经营者是否“参与共谋”的行为认定,取决于经营者是否为单方面的配合,经营者参与共谋既可以是行为做出前的参与(甚至是主要策划者),也可以是行为做出后的加入。需要说明的是,配合和积极推动并不是对立关系,积极推动是配合的高级样态。

再次,经营者从事的行为与行政机关的行政性垄断行为应当处于同一意图范围内。假设行政机关在其辖区内仅限定三家经营者提供商品,这构成行政性垄断;此后,该三家经营者进一步达成价格协议并实施。行政机关的限定行为并无使企业之间达成垄断协议的意图,因此上述垄断协议超出行政性垄断的意图范围,不是“参与行政性垄断行为”,而应当被单独认定为经济垄断行为。

(二)受强制类样态中经营者责任制度的构建

受强制类样态的行政性垄断行为,包括第36条规定的情形以及含有强制从事垄断行为内容的抽象行政行为,即第37条规定的情形。其中包括放任参与样态、反抗失格样态和反抗合格样态,三者的共性在于均受到了行政机关或公共组织的“强制”从事垄断行为,不同之处在于是否进行了反抗,以及反抗的程度。

1.“强制”的认定标准

在现行法下,判断“强制”的存在是判断该类垄断行为参与者责任的关键,其核心是经营者是否具有“可供取舍的可能性”。只有当一个人本来能够做其他行动的时候,他才能对他所做的行动负有道德责任。换言之,“一个人为了能够对自己的行为承担道德责任,他就必须(在到达那个行为的某个相关点上)具有某种类型的可供取舍的可能性,这是一个基本的、广泛的假

[40] 强制达成和实施垄断协议的行为模式下,与行政机关或公共组织积极共谋或片面配合的经营者应属积极参与类样态,其他经营者应属受强制类样态。

[41] (德)马克思、恩格斯著:《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第16—17页。

设。这个基本观念被概括在‘可供取舍的可能性原则’中,它的各种版本都要求道德责任要伴随着可供取舍的可能性的出现。”〔42〕如果经营者不服从行政主体的要求,将会面临严重的利益损害,此时经营者就不具备可供取舍的可能性,应当认定强制的存在。

在认定强制时,应当结合具体的案件事实和证据。只要证据能够支持经营者没有“可供取舍的可能性”,即便某些非强制性的行政行为——比如行政指导也可以构成强制。从实践角度考察,行政机关处于天然的强势地位,行政指导会对行政相对方产生一定程度的精神、心理压力或自上而下的驱使。压力不仅是心理上的,如果不服从行政指导,经营者可能会被“穿小鞋”,在长期和政府交往的过程中处于不利的地位。特别是行政机关针对特定相对人做出的具体行政指导,无论自愿与否,相对人往往都会接受。故而经营者服从行政指导也不是完全出于自觉自愿。承认部分行政指导的事实强制性,既是对行政实践的尊重,更体现了对行政指导予以规范化和可救济性的必要。〔43〕在一般情况下,因为行政行为以国家强制力作为后盾,具有直接支配行政相对人的力量,行政相对人必须接受并服从行政权力的支配,其强制性较容易证明。〔44〕由此可见,此处的“强制”不是形式上的强制,而是实质上的强制。

此外,“强制”应当做更为实质的解释。如图3所表示,经营者不仅可能被迫从事违法行为,还可能主动与行政主体共谋,此时其行为比被迫更为恶劣,应当受到更严厉的惩罚。鉴于我国《反垄断法》没有规定经营者与行政主体共谋的法律条款,如果不存在“强制”而经营者从事相关垄断行为,应当根据《反垄断法》第二章、第三章的规则进行分析,判断是否构成一般经济性垄断;存在“强制”的,还需要对“反抗合格”做进一步的判断。

2.“反抗合格”的认定标准

无强制则无所谓反抗。当“强制”存在时,“是否存在反抗”和“反抗是否合格”,是受强制类样态内部的划分标准。

反抗行为是经营者就行政性垄断予以“抗拒”的主观态度的外在行为表现。因而,反抗行为应当符合有意抵制“强制从事垄断行为”的要求,使垄断行为不达成、不实施、不继续实施或者不能按照所要求的标准实施,从而减轻或避免对竞争法法益的侵害。

首先,反抗行为应当体现为对“强制从事垄断行为”的要求有抵制的意愿,做出拒绝执行、抗拒执行或消极执行的行为;其次,应当体现出为制止行政性垄断行为做出必要的努力。包括保留可以用于查处该类违法行为的相关证据、进行匿名或实名举报等;此外,还可以表现为其他延缓、减轻、中断或阻止违法后果的行为。

就“反抗合格”的标准而言,拒绝执行当然构成“反抗合格”,且不构成违法;除此之外的情

〔42〕 (美)哈里·法兰克福:“可供取舍的可能性与道德责任”、(美)约翰·马丁·费尔希:“法兰克福式例子与半相容论”,载徐向东编:《自由意志与道德责任》,江苏人民出版社2006年版,第359、392页。转引自张明楷:“期待可能性理论的梳理”,《法学研究》2009年第1期,第60—77页。

〔43〕 参见孙晋、蒋蔚:“行政指导型垄断的若干基本问题”,《法学杂志》2017年第4期,第40—47页。

〔44〕 参见杨建顺著:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社2007年版,第143页。

形,其必要条件是经营者在被强制状态下,主动选择了违法程度最低、损害最轻的行为方式,以及其他可以酌定的情节。

(三)经营者责任制度立法完善的基本思路

根据责任法定原则,任何法律责任必须由法律规范作出预先规定,否则即无从认定和课处法律责任,行政责任也不例外。但在现有规定下,除了实践中“强制从事垄断行为”能够转化为经济性垄断以外,经营者参与“其他行政性垄断行为”没有被处罚的案例。如何解决此问题,有解释论和立法论两种方案。

1.解释论视角下的困境

如图1所示,行政性垄断和经济垄断处于两个不同层次,现有制度框架下对经营者参与的垄断行为只能从经济垄断层次寻求规则进行救济。

即使我们可以通过行政权力造就的壁垒,解决相关市场以及支配力的认定问题,但在此之外,经营者的“滥用行为”认定是另一个困难。比如,当行政机关限定使用某经营者的商品后,经营者并没有变更交易条件(如提高价格、搭售等等)使之于己有利,而仅是宣传推广其“被指定”的身份,从而提高销量、增加收入和利润。此时,经营者因未实施《反垄断法》第17条有关滥用市场支配地位的行为而不违法;另一方面,经营者因构成“片面配合”而具有应责性。故,通过经济性垄断的技术解决行政性垄断的问题出现了悖论。

所以通过解释论路径不能有效解决当下“制度缺失”的问题,必须通过制度突破的方式,将其作为独立的违法行为类型。这样一方面能够保持我国《反垄断法》中“垄断行为”的纯粹性,即经济性垄断;另一方面也避免了与“强制从事垄断行为”中的“垄断行为”形成概念逻辑上的混乱。

2.“积极参与类样态”的禁止性和惩罚性规定

体系上,应当在第8条和第五章设立对经营者参与“其他行政性垄断行为”的禁止性规定,明确规定该类行为构成《反垄断法》下的违法行为,并在第七章配套设置相应的法律责任。

在禁止性规定的设立上,应当对经营者参与“其他行政性垄断”行为进行明确的法律表述,具体表述方式上体现以下特征:第一,参与了行政性垄断行为的做出或实施;第二,具有主观过错;第三,不构成本法第二章、第三章规定的“垄断行为”(或“构成垄断行为的,适用本法的相应规定。”)。其中,经营者是处于积极共谋样态还是片面配合样态,既应当全面涵盖,又应加以必要的区分,明确二者主观恶性和客观行为模式的区别。

关于行政责任的设置,主要有两个方面的问题:第一,作为新型违法行为,行政责任形式如何确定。在现行《反垄断法》下,经营者可能承担行政责任的情况有两大类,一类是从事垄断行为,另一类是根据第42条负有配合调查义务的经营者拒绝履行该等义务,二者在“第一性义务”的性质和所属层级上不同。经营者参与行政性垄断的行为,与第一类情况具有一致性,因此从有效预防和制止竞争损害的“目的性”和“有效性”两个角度出发,现行《反垄断法》第46、第47条相关的行政责任均适合作为参照,具体可以包括停止违法行为、没收违法所得和罚款。第二,如何区分行政责任。参考《反垄断法》第49条对经济性垄断处罚的考虑因素,应当将损害后果、损害发生过程和结果中经营者的主观恶性、经营者的作用、违法行为持续时间等均纳

入进来。此外,为了降低共谋结构的稳定性,也可以参照垄断协议宽大制度,规定积极共谋样态下,经营者“主动向反垄断执法机构报告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”。

3.“受强制类样态”的法律责任制度补充

对于受强制类样态下的经营者,基于“转化为经济性垄断行为”的思路,其行政责任制度的完善不涉及新设禁止性规定,仅需要从法律责任予以确定和执行的实践角度,关注法律责任的等级、证明责任的分配及违法所得处理三个问题。

(1)受强制类样态的法律责任级差。“放任参与样态”中,经营者不采取任何有效措施、放任损害的发生,具有较高的应责性,在行政责任的水平上,应等同于一般的经济垄断行为。

“反抗失格样态”中,经营者采取一定的积极措施减轻损害或其发生的可能性,应责性相应降低,但是并未达到足以免责的程度,因此在行政责任的水平上,应比照一般的经济性垄断行为从轻或减轻处罚。

“反抗合格样态”中,经营者已经采取了能力范围内全部的积极措施,竞争损害即便产生也不能归咎于经营者的主观过错,因而不具有应责性。拒绝执行的,不应认定构成垄断;其他“反抗合格样态”的,应当“不赦其罪,只赦其罚”,通过“免予处罚决定书”,认定其行为违反《反垄断法》、构成垄断,责令停止违法行为、没收违法所得,但免予行政处罚。

(2)完善证明责任的分配制度。被强制经营者行政责任的确定,主要在于证明是否有“强制”、是否存在“反抗”、是否“反抗合格”。相关事项在行政执法中的“证明责任”分配问题,一定程度上涉及状态推定,前文已论述其证明规则。行政执法不同于诉讼之处在于反向证据并非必然来自经营者,行政机关依职权调查等取得的证据足以推翻推定的,亦符合效力规定。

考虑到经济性垄断和行政性垄断结合的案件中,经营者可能会把强制作为抗辩、甚至狡辩的理由,所以通常情况下,应当由经营者承担举证责任,即由经营者证明“强制”的存在。否则,不能免除经济性垄断的法律责任。

关于存在“反抗”及“反抗合格”的证明责任,由于该等事由是经营者作为抗辩理由提出的,同时实践中相关经营者对该类证据的取得和控制也具有明显便利的条件,原则上应当由经营者证明。

(3)受强制类样态下经营者违法所得的处理。如前所述,经营者在受强制类样态下,除拒绝执行的情况既不构成违法、也不涉及违法所得问题外,其它的垄断行为只是在应责性上有所不同,在违法性认定上并无差异。根据“任何人不得从其违法行为中获利”的法律基本理念,经营者的违法所得应当予以没收,“违法所得”的计算方法,与一般经济性垄断行为无异。

五、余 论

通过对十年来我国反垄断法的执法、司法实践进行考察,行政执法以及行政责任是制裁垄断行为最重要的手段。故本文以经营者的行政责任为核心的论证思路、逻辑同样适用于对经营者民事责任的分析。上文探讨了在“积极参与类样态”和“受强制类样态”下,经营者取得的

超额利润应当作为违法所得被没收,同时被罚款(反抗合格样态除外)。与之相应,受害人有权依据《反垄断法》第 50 条对经营者提起民事诉讼。^[45] 为了责任体系的完整性,我们还需要思考一个问题:在“完全被动样态”下,经营者的行为不构成违法,但是在客观上完全被动地、因行政性垄断行为获得了更多利润,对此应当如何处理?

有学者认为,行政性垄断行为获利者自身可能并无违法行为,因而不是责任主体。然而其因行政性垄断行为所获得的利益并无正当理由,还会给其他竞争者或消费者造成损失,因此这一部分利益应当返还。^[46] 笔者认为,由于不存在反垄断意义上的违法性,这一部分利益不应当以行政责任的形式、作为违法所得被没收。其“返还”的方式,可以由原告依据《民法总则》第 150 条和第 151 条的规定,主张相关合同构成“可撤销民事行为”来实现。

Abstract: Administrative monopoly is a hybrid monopoly form with both administrative and economic nature. The existing China's Anti-monopoly Law regime noticed the administrative nature of administrative monopoly but ignored its economic nature, which results in the problem of the “overall absence” of liability of business operators participating in the administrative monopoly and “the transformation exception” under some limited circumstances. As the fulcrum through which the administrative power affects the markets, the business operators have different subjective states when participating in monopoly behaviors. The different subjective states, combined with the different categories of the administrative monopoly, form pedigrees and modes to determine the accountability. However, under the existing legal system, amending the loophole through interpreting the existing law is not effective. Therefore, business operators which violate the law are not always punished. In the future, the amendments of China's Anti-monopoly Law should treat the operators' participation in the administrative monopoly as an independent illegal conduct, and impose different legal liabilities according to the different modes of the operators' participation. Only in this way can the administrative monopoly be comprehensively and effectively prevented and deterred.

Key Words: Administrative Monopoly; Economic Monopoly; Subjective State; Operator Liability; Construction of Legal System

(学术编辑:邓 峰)

(技术编辑:许一君)

[45] 《反垄断法》第 50 条: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。由于经营者在主观、客观层面的差异,民事责任亦相应而异,因为并非本文重点,此处不予论证。

[46] 参见孙晋:“我国《反垄断法》法律责任制度的缺失及其完善”,《法律适用》2009 年第 11 期,第 39—44,49 页。