

反垄断法宽恕制度适用行为对象研究

——兼评我国奶粉价格垄断案

毕金平

摘要: 宽恕制度利用违法者之间的紧张利益关系,诱使其竞相告密从而促使垄断协议瓦解。该制度最终旨在威慑垄断违法行为,而这种威慑效果的形成是基于对于违法行为的惩罚而实现的。由于纵向垄断协议不是竞争者间合作关系,其本质上可视为单方行为,且行为危害性和隐蔽程度较弱,加上宽恕制度适用于纵向垄断协议的实施效果不佳,所以反垄断法宽恕制度不宜适用于纵向垄断协议。

关键词: 反垄断法宽恕制度; 适用行为对象; 卡特尔; 纵向垄断协议

中图分类号: D912. 29

文献标识码: A

文章编号: 1001 - 5019(2015)05 - 0125 - 09

基金项目: 国家社科基金一般项目(14BFX177)

作者简介: 毕金平,安徽大学法学院暨经济法制研究中心副教授,博士生导师,安徽大学法学院副院长(安徽合肥 230601)。

一、问题的提出

2013年8月国家发改委公布了对9家内资和外资奶粉企业进行的反垄断调查的结果,这些企业均涉及实施纵向协议垄断行为中的维持转售价格。国家发改委对其中6家企业处以6.7亿元罚款。同时,国家发改委依据反垄断法中宽恕制度的相关规定,给予其余3家企业免除处罚的宽恕待遇。我国反垄断执法机构将宽恕制度适用于纵向协议垄断的执法现状引起了广泛的关注和讨论。事实上,我国2008年实施的反垄断法宽恕制度本质上是一个反垄断侦查工具和手段,其内容为反垄断执法机构以给予行为人宽恕待遇为诱饵,激励其提供参与的垄断违法行为的相关信息和证据,从而达到打击和查处的目的。该制度虽然在美国、欧盟等国家和地区实施成效显著,但是作为一项特殊的垄断行为侦查工具,对其制度设计需要合理

和周延,否则不仅不能打击和查处垄断违法行为,反而会纵容和便利垄断违法行为。本文拟就宽恕制度适用行为对象范围^①,尤其是能否适用纵向垄断协议进行分析和论述,希冀对我国正确有效实施宽恕制度有所裨益。

二、反垄断法宽恕制度运行机理与实施意旨

反垄断法宽恕制度滥觞于美国,是美国司法部在1978年率先采取的,后经1993年修订并于1994年规定了个人宽恕制度,继而该制度产生了显著实效。宽恕制度设计原理就是通过给予宽恕待遇手段使得垄断违法行为人之间产生信任危机,诱使垄断违法行为人之间竞相向反垄断执法机构进行告密,从而在内部瓦解垄断违法行为。事实上,由多个行为人实施的垄断违法行为要长期稳定地存在,行为人间必须相互信任,一是不要作弊,二是不要向执法机构

^① 虽然宽恕制度包括免除公法责任和减轻公法责任,但是该制度核心内容是关于免除公法责任的制度设计,因此如没有特别指出,本文论述的宽恕制度仅指免除公法责任的宽恕制度。

报告。宽恕制度之所以能够扩大违法者间不信任,关键前提在于违法者间是一种竞争者合作关系,这些违法者存在此消彼长的紧张利益关系,他们之间往往存在某种程度的不信任。而宽恕制度能够放大不信任进而阻止垄断违法行为的实和促使既存垄断违法协议瓦解。实践中,为使得告密的收益增加进而增强宽恕制度实效,美国还实施胡萝卜加大棒政策(Carrots and Sticks),即一方面渐进提高告密者的宽恕待遇,同时另一方面不断加重垄断违法行为的法律责任。由于告密收益具有极大诱惑力,加之违法者间是一种此消彼长的利益紧张关系,违法者皆有利用宽恕制度来打击其他竞争者的企图,基于此点,违法者竞相告密情形便会发生,从而宽恕制度得以发挥作用。

宽恕制度实施意旨可以概括为瓦解和威慑垄断违法行为^①。实际上,宽恕制度最终旨在威慑垄断违法行为,而这种威慑效果的形成是基于对于违法行为的惩罚实现的。行为人实施垄断违法行为在于追求超额的经济利益,但是一旦违法成本太大,其将不会实施违法行为。反垄断执法机构之所以给予告密者宽恕待遇,就是获得其提供的信息和证据,利用这些信息和证据能够成功惩罚垄断违法行为。如果仅宽恕而不惩罚,反垄断执法威慑性必定降低,只会纵容垄断违法行为。较为典型的例证就是土耳其宽恕制度实施情况。土耳其引入宽恕制度较晚,该国是2009年才出台的。出台之后的宽恕

制度实施很不成功,这其中重要因素之一就是对于宽恕制度理解有误。反垄断执法机构竟然将“宽恕”理解为“抱歉”(regret)。在此语境中,垄断违法者只要感到抱歉并披露其参与违法行为即可,执法机构对于提供相关信息和证据要求非常之低而且也不重视与告密者的合作,其后果就是虽然执法机构侦查出一批垄断违法行为,但是这些被侦查出的违法行为没有得到相应的惩罚^②。土耳其的宽恕制度确实太“宽恕”了,反垄断执法威慑性不但没有增强反而被降低了。该国宽恕制度实施结果只会纵容和便利了垄断违法行为。宽恕制度的实施有可能减弱反垄断执法的威慑性,而这也是该制度遭受诟病的原因之一^③。所以,为解决此问题,一些国家采取了相关措施^④。其中一项措施是增加违法者的法律责任。譬如在上文提到的美国提高对公司和个人处罚力度,欧盟在实践中也不断提高了对卡特尔的处罚水平^⑤。还有一些国家也增强对垄断违法行为处罚力度,譬如英国在2002年出台的《企业法》中引入刑事制裁手段等。另外一项增强反垄断执法威慑性的重要措施就是缩小宽恕制度适用行为对象和主体对象的范围。因为如果宽恕制度适用范围过于宽泛,那么对于垄断违法行为处罚总体水平和力度必然会降低,因而会削弱反垄断执法威慑性。一些国际组织和国家(地区)在发布号召性或示范性宽恕制度以及本国(地区)宽恕制度时往往限定宽恕制度只适用于秘密或核心

① Neyrinck Norman, Granting Incentives, Deterring Collusion: The Leniency Policy, <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/ieje/fileadmin/IEJE/WP/working-paper-2-2009.pdf>, 2014-05-04.

② Meltem, Turkish Leniency Programme: What Not to Do, <http://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/Akkaya.pdf>, 2014-05-04.

③ OECD, Leniency for Subsequent Applicants, <http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>, 2014-05-04.

④ 增强反垄断执法威慑性措施除了下文提到的之外,还包括增强执法机构的权威、运用多种侦查手段如监听、佛晓突击以及跨国执法机构合作等。

⑤ “卡特尔”一词尽管存在多种含义,但是本文中卡特尔就是指“横向限制竞争行为”,也即我国反垄断法中的“横向垄断协议”,本文对这几个概念不作区分使用。欧盟对卡特尔处罚的法律依据主要是欧盟委员会发布的罚款指南。其最早的罚款指南是1998年发布的,在8年后即2006年欧盟在其基础上为增加反垄断执法的威慑效果并优化相关法制而颁布了新的罚款指南。2006年罚款指南与1998年罚款指南变化主要体现在三个方面,即新的进入费、罚款与违法行为持续时间之间的关系以及对重复违法者罚款的增加。2006年罚款指南在相当程度上提高了罚款的金额,虽然上限仍为10%,但是在基础金额方面却作出了重大改革。根据1998年罚款指南的基础金额最多为0.3亿欧元,而依据2006年罚款指南,对卡特尔罚款的基础金额至少为4.6亿欧元。

卡特尔^① ,而对于其他的卡特尔以及垄断行为不适用。芬兰的竞争局在其发布的《卡特尔案件中适用免除或减轻罚金指南》中明确规定该制度适用于秘密卡特尔,如竞争者间达成或实施的旨在固定价格或交易条件、限定产量、划分市场与顾客以及供货来源的协议或协同行为,而竞争者间达成的其他类型的协议不适用^②。还有一些国家在实施宽恕制度过程中,逐渐排除了对一些垄断行为的适用,譬如捷克原先将宽恕制度适用于纵向垄断协议,但是由于实施效果不理想,后来排除适用此违法行为^③。此外,一般而言,反垄断执法机构在宽恕制度实施中往往排除主要作用者适用,一方面在于确保公平,另一方面原因就是确保反垄断执法具有较强的威慑性。如果垄断违法行为的主要作用者也可以获得宽恕待遇,那么精明的行为人组织或胁迫他人实施违法行为的可能性将会大大增加,这将会便利垄断行为的发生。

从运行机理和实施意旨角度来看,宽恕制度适用行为范围应该限定于卡特尔行为。一方面,因为卡特尔行为就是典型的竞争者合作关系,由于行为人之间存在此消彼长的竞争关系,他们合作共谋关系非常脆弱,所以相较于其他违法行为人间关系而言,他们之间不信任必然较强,行为人利用宽恕制度去告密从而来打击对手可能性较大,因而宽恕制度得以有效实施。另一方面,宽恕制度实施意旨是通过惩罚违法行为人而形成威慑效果。卡特尔是一项由多人共同实施的合谋行为,宽恕制度构建的核心内容就是给予最先告密者免除处罚以获得违法信息和证据,而对于其他的行为人则会给予处罚,尤其对那些没有申请宽恕的人的惩罚往往更是严厉。当然,宽恕制度适用于卡特尔行为的另

一重要原因就是卡特尔具有严重危害性以及实施方式的隐蔽性。世界经合组织的一项调查显示,卡特尔所造成损失比原先认为的要严重,如果对其加以计算的话,其每年所造成的损失大约达到数十亿美元。而价格同谋会导致销售价格平均增长达到10%,产量被减少20%。在一些被调查出的大的案件中,因同谋而导致价格上涨甚至达到30%至50%。卡特尔减少了社会福利,造成了经济分配的低效率,并通过限定产量和价格合谋等手段将消费者财富转移到卡特尔参与者手中^④。尽管卡特尔危害性非常严重,但是对此查处并不容易,因为卡特尔参与者会竭力隐藏其踪迹。例如,经营者在不显眼地方如酒吧间或湖上的游艇里进行密谋;在宾馆登记时,他们不会列出他们雇主的名单,也不与其他密谋者一起用餐;为了掩盖会议内容,采用特殊代号;进行电话联系时宁愿使用公用电话亭电话而不使用办公室电话^⑤。

三、境外反垄断法宽恕制度适用行为对象范围认定

(一) 美国宽恕制度适用行为对象

美国司法部是最先采用宽恕制度的反垄断执法机构。其在发布宽恕制度时,并没有具体明确该制度适用范围,但是根据其制定的附条件公司标准格式宽恕函和附条件个人标准格式宽恕函^⑥中设计的条款来看,美国宽恕制度适用行为就是违犯谢尔曼法第一条规定的垄断违法行为,而这一条规定其实是针对“合谋”的内容即垄断协议。当然,就该条而言,此内容涵盖纵向垄断协议。那么,这是否意味着宽恕制度适用纵向垄断协议呢?事实上,美国实施反垄

^① 在这些国际组织和国家(地区)的宽恕制度适用说明中往往只从危害性或秘密性方面来解释将宽恕制度限定适用核心卡特尔或秘密卡特尔原因。事实上,在笔者看来,除了此原因外,确保反垄断执法具有较强威慑性,也是限定宽恕制度适用范围的重要原因。

^② Finnish Competition Authority, Immunity from and Reduction of Fines in Cartels Cases, <http://www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/Suuntaviivat-2-2011-Leniency-EN.pdf>, 2014-05-04.

^③ The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2010 http://www.hunton.com/files/Publication/3ce510f6-7207-4849-85a4-a9c19daa2a16/Presentation/PublicationAttachment/b7e0de6f-5b11-4be4-a4d4-116397e848a7/Cartels_Leniency_2010_USA.pdf, 2014-05-06.

^④ 毕金平《诱惑、惩罚与威慑——反垄断法中的宽恕制度研究》,北京:法律出版社,2014年,第88页。

^⑤ [美]马歇尔·C·霍华德《美国反托拉斯法与贸易法规》,孙南申译,北京:中国社会科学出版社,1991年,第102页。

^⑥ 此两份函是司法部与宽恕申请者签订的格式合同,该合同主要载明申请者要获得宽恕待遇必须履行的义务。

断法的历史表明,过去90年中固定转售价格均被作为违法行为看待,但对于纵向的价格固定行为的刑事指控几乎是不存在的。从1974年到2003年,美国司法部仅对1起纯粹的纵向固定价格行为发起过刑事调查。同期,司法部对超过1000起的横向固定价格协议发起了刑事调查^①。所以,在美国司法实践中,司法部一般不会对纵向限制竞争行为进行刑事调查,因而,针对刑事责任适用的美国宽恕制度几乎不适用纵向垄断协议。

(二) 美国之外的国家(地区)宽恕制度适用行为对象

受美国成功实施宽恕制度的影响,尤其是美国利用宽恕制度打击一些国际卡特尔之后^②,许多发达国家(地区)以及一些发展中国家(地区)纷纷引入了宽恕制度。截至2010年,全世界至少50个国家(地区)采取宽恕制度^③,其中经济发达国家包括欧盟全部成员国绝大多数实施此制度。从立法规定来看,世界各国关于宽恕制度适用的违法行为范围主要包括仅适用卡特尔行为和既适用卡特尔行为又适用其他反竞争行为两种类型。

第一种类型即宽恕制度仅适用卡特尔行为。这种类型又包括适用所有卡特尔行为和适用部分卡特尔行为两种情况。规定宽恕制度适用所有卡特尔行为的国家最为普遍,包括欧盟及欧盟的一些成员国等国家和地区。欧盟在其2006年发布的宽恕通知即《委员会关于卡特尔案件中免除或减少罚金的通告》中就明确对卡特尔进行了界定“卡特尔是两个或两个以上竞争者为了在市场上协调他们的竞争行为和(或)通过例如固定购买或销售价格或其他交易条件,分配生产或销售配额,分配市场(包括

串通投标或限制进出口)和(或)对其他竞争者实施反竞争行为而达成的协议和(或)协同行为。”从其界定中可以看出,宽恕制度适用于所有的卡特尔行为。第二种情况即宽恕制度适用行为范围仅限于部分卡特尔行为。该种立法规定可见于世界经合组织发布的建议和报告中以及一些国家的宽恕制度中。上文提到世界经合组织多次发布建议和报告呼吁其成员国采取宽恕制度打击作为危害最为严重的几种核心卡特尔,后来巴西和澳大利亚等国完全遵从世界经合组织的建议,明确限定其宽恕制度适用于核心卡特尔。巴西并在其《打击卡特尔:巴西宽恕制度》(*Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program*)中指明卡特尔包括:(一)固定价格,如双方协议直接或间接地固定价格;(二)建立限制或配额输出,如协议限制数量或生产;(三)串通投标:如投标方在提交其投标时串通投标;(四)划分或分割市场^④。澳大利亚在其2009年发布的《宽恕政策释义指南》(*ACCC Immunity Policy Interpretation Guidelines*)中也把适用于宽恕制度的卡特尔行为限定为上述四种行为^⑤。芬兰在其2011年修订的竞争法中及其宽恕制度即《免除卡特尔责任程序》第1条中也指出“反竞争协议中危害最为严重是竞争者间固定价格、串通投标、划分市场等行为,这些通常被称为卡特尔行为。”该国宽恕制度只适用于这几种卡特尔行为^⑥。另外,爱尔兰立法上把核心卡特尔视为一种犯罪行为,对于满足条件的申请者(包括公司和个人)可以获得免除刑事制裁的待遇。

采取第二种类型即宽恕制度既适用卡特尔行为,又适用其他反竞争行为的立法规定的国家不多。加拿大竞争局实施的宽恕制度所适用

① 李剑、唐斐《转售价格维持的违法性与法律规制》,《当代法学》2010年第4期。

② 毕金平《诱惑、惩罚与威慑——反垄断法中的宽恕制度研究》,第37页。

③ United Nations Conference on Trade and Development, *The Use of Leniency Programmes as a Tool for the Enforcement of Competition Law Against Hardcore Cartels in Developing Countries*, http://unctad.org/en/docs/trdbpconf7d4_en.pdf 2014-05-06.

④ Secretariat of Economic Law, Council for Economic Defense, Ministry of Justice, *Fighting Cartels: Brazil's Leniency Program*, <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ34431BE8ITEMID3DAD7B1909B2482EB4A0C2456D06789DPTBRIE.htm> 2014-05-12.

⑤ ACCC immunity policy interpretation guidelines, <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=879795&nodeId=eeb4d51c0be82c9b92549c6edde4a00a&fn=Immunity%20policy%20interpretation%20guidelines.pdf> 2014-05-12.

⑥ The Competition Authority in Ireland, *Cartel Immunity Programme*, <http://www.tca.ie/EnforcingCompetitionLaw/CartelImmunityProgramme/CartelImmunityProgramme.asp>, 2014-05-05.

行为对象是需要承担刑事责任的反竞争行为,既包括固定价格、串通投标等相关卡特尔行为,又包括作出虚假和误导性陈述的反竞争行为等。还有些国家宽恕制度除了适用卡特尔行为之外,还适用纵向垄断协议。波兰宽恕制度一个重要特征就是其不仅适用横向卡特尔行为,还适用于纵向垄断协议^①。类似规定还有罗马尼亚、奥地利和瑞士等国立法。在英国竞争法上,垄断行为的公法责任包括刑事责任和行政责任,对于刑事责任免除的适用对象是横向的卡特尔行为,而对于行政处罚(包括罚款和取消董事任职资格)既适用于横向卡特尔行为,又适用于纵向垄断协议的固定转售价格。因此,在英国对于行政处罚的减免既适用固定价格、串通投标、限制产量、分配市场份额等卡特尔行为,又适用属于纵向垄断协议的维持转售价格。

尽管一些国家在立法中规定了宽恕制度可以适用其他反竞争行为,尤其是纵向垄断协议,但是笔者通过对这些国家宽恕制度实施情况的进一步考察发现,其在纵向垄断协议方面的实施效果并不理想,关于此点下文再详细分析。因此,从世界各国以及一些国际组织机构的立法规定并结合实际运行效果来看,无论是宽恕制度的起源国美国还是后来引入该制度的国家,宽恕制度适用行为对象范围主要包括横向垄断协议即卡特尔。

四、反垄断法宽恕制度 不宜适用纵向垄断协议

纵向垄断协议也称“纵向限制”,是指两个或两个以上在同一产业中处于不同阶段而有买卖关系的经营者(如生产商与批发商、批发商与零售商之间等)限制经营的行为。通常可以将纵向限制分为纵向价格限制和纵向非价格限制。前者限制了产品销售,典型形式是维持转售价格;后者在市场上排斥或封锁了竞争企业,

典型形式是搭售、独家交易以及限制商品销售的地域或顾客^②。在两种纵向限制中,纵向价格限制危害竞争的可能性较大,因而受到更多的关注。结合宽恕制度相关理论和一些国家法制实践,笔者认为宽恕制度不宜适用纵向垄断协议。

第一,违法者间不是竞争者间合作关系。上文提到,宽恕制度运行机理就是利用垄断违法者之间存在不信任,以免除责任为条件获得违法者告密信息和证据。但是纵向垄断协议行为人间不是竞争者合作关系,不存在非常紧张的此消彼长的利益关系,而是一种非常密切的相互依赖关系,上游企业和下游企业互不能缺少,因而他们之间相互信任关系较为牢靠。所以宽恕制度利用行为人间不信任缝隙,去瓦解违法行为的可能性大大降低。

第二,本质上可视为单方行为。反垄断理论认为,纵向垄断协议中的转售价格维持只是原则上具有伤害市场竞争的效果,只有当上游企业对下游经销商的定价具有“约束力”时,它才会受到法律的禁止。因此,“约束力”成为判定转售价格维持协议是否具有有害性和受到禁止的重要依据。这就是说,判定不同类型转售价格维持行为合法与否的关键是看其实施是否包含惩罚性措施。正是转售价格维持协议的约束力和强制性,使其成为便利企业合谋的重要机制,成为伤害社会福利的违法行为,这理应受到法律的严格禁止^③。在纵向垄断协议中必有一方处于优势地位,往往其具有惩罚另一方行为人的能力。譬如生产商通过惩罚或中止协议方式迫使代理商维持转售价格,这样纵向协议才有可能得以达成并实施。通常情况下,在违法的维持转售价格行为中,上游企业必须主动通过譬如威胁停止供货给零售商的方式去处罚那些背离指定价格的下游企业^④。尽管从表面上看维持转售价格是一种合谋行为,但是通过分析其实施情况来看,违法者往往就是居于优

^① Dorothy Hansberry - Biegu, Polish Leniency and Commitment Procedures—Shifting Sands for Applicants, *Competition Law International* no. 5 2009 p. 9.

^② [美]E·吉尔霍恩《反垄断法律与经济》(第四版),北京:中国人民大学出版社2001年,第291页。

^③ 唐要家《转售价格维持的合谋效应与反垄断执法政策》,《财经论丛》2014年第1期。

^④ OECD, Resale Price Maintenance, <http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf> 2014-05-04.

势地位的采用惩罚或威胁措施实施协议的经营,而协议的另一方往往承担较轻法律责任或无需承担责任,他们甚至可能还是受害者^①。因而,从某种意义上,维持转售价格本质上是一种单方行为,尽管采取了协议的形式^②。笔者在上文分析了宽恕制度实施意旨就是通过惩罚违法行为而达到威慑的效果,但是如果宽恕制度适用维持转售价格,由于其违法主体的单一性,对其免除处罚必然会放纵违法行为^③,从而减损反垄断执法威慑性,宽恕制度实施意旨无法实现。

第三,行为危害性和隐蔽程度较弱。一般普遍认为纵向限制总体上而言其危害性要比横向限制小。事实上,纵向垄断协议对于生产的社会化、经济的协调发展还具有一定的积极意义,如保证产品或服务的质量、经营者声誉以及消费者安全,消除搭便车现象,促进售后服务,增强不同品牌的同类商品间的竞争等^④。因此,世界各国对待纵向限制态度要比对横向限制宽容。另外,还由于纵向垄断协议具有自我监管(self-policing)的特征,也使得立法对于此类行为关注不多。横向限制往往是生产或服务可以相互替代产品或服务的同业竞争者达成的协议,而纵向限制是供应商和销售商关于买卖某一特定产品或服务而达成的协议。在水平情况下,任何一公司运用市场力量(譬如提高产品价格)则必然会有利于其竞争者。这样就会存在诱因促使竞争者联合起来实施反竞争行为。而在纵向情况下,一方供应的产品或服务是另一方的买入标的物,这意味着无论是上游企业或下游企业实施市场力量(譬如上游企业提价或下游企业要求降价)则必然会损害另一方的

利益,因而纵向协议中一方可能会去阻止另一方实施市场力量。这被称为纵向协议的自我监管^⑤。当然,如果一方拥有优势地位,那么自我监管功能有可能受到一定限制。事实上,纵向垄断协议往往是具有优势地位的一方借助于协议和相关惩罚措施来达成和实施的,而且该违法行为为受益人往往也是单方的即具有优势地位的一方。譬如在锐邦诉强生案中,强生公司就是通过签订书面《经销合同》来约束锐邦公司的,而锐邦公司并没有从中获益。可以说,大多数非卡特尔活动不是秘密进行的,或者说比较容易被发现,因为除了卡特尔,其他的反竞争协议往往都是白纸黑字地写在合同里。单方垄断行为往往也很难掩藏,因为垄断者排他性的反竞争行为对于受它排斥的竞争者来说是显而易见的^⑥。而卡特尔本质上具有隐蔽性,因为卡特尔所有成员皆会受益于同谋行为,彼此会心照不宣采取非常隐蔽的方式来实施。所以,无论从对市场危害性还是行为的隐蔽程度,纵向垄断协议均弱于卡特尔行为。宽恕制度作为一项特殊的司法交易制度,其适用对象必须具有较高危害性和较强隐蔽性,这样才能确保制度被正确实施,从而不会降低执法的威慑性。

第四,适用于纵向垄断协议的宽恕制度实施效果不佳。上文提到,虽然采取宽恕制度的国家绝大多数仅将其限定适用卡特尔,但是还有一些如罗马尼亚、波兰、英国、奥地利和瑞士等国在立法中也把宽恕制度适用于纵向垄断协议。然而这些国家的实施情况却不理想。在罗马尼亚,尽管该国反垄断执法机构认为纵向垄断协议是“危害非常严重”的,因而其宽恕制度适用此违法行为,但是截至2014年2月该国还

① 此点可以从我国最近处理一些重大纵向协议垄断案件中得到印证。因实施维持转售价格的茅台和五粮液酒厂分别受到贵州省和四川省两省发改委处罚,但是与他们达成协议垄断经销商并没有因此而处罚。另外,在锐邦诉强生纵向垄断案中,上海市高院在(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书中指出锐邦公司既是协议垄断的参与者和实施者,同时又是受害人。

② 时建中《反垄断法—法典释评与学理探源》,北京:中国人民大学出版社,2008年,第172页。

③ 如果一国反垄断法中规定个人承担法律责任,那么对于单一违法主体的违法行为也可以适用个人宽恕制度。即允许违法者行为实施者公司或企业中高级职员例如董事、经理等去申请宽恕,从而可以达到打击违法行为的目的。

④ 王先林《竞争法学》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第241页。

⑤ See Communication from the Commission on the Application of the Community Competition Rules to Vertical Restraints - Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints, COM(98) 544 final, O. J. (1998) C 365/3.

⑥ [美]斯图亚特·M.切姆托勃《应以相同惩罚与救济对待协同行为和单边行为?》,载于王晓晔主编《反垄断法实施中的重大问题》,北京:社会科学文献出版社,2010年,第380页。

没有一起宽恕申请涉及纵向垄断协议。此点受到世界经合组织的批评,其认为适用于纵向垄断协议的宽恕制度把明显毫无争议的有损消费者利益的垄断协议与那些存在争议且在许多情形下至少是良性的垄断协议混为一谈。此种情形会使民众无法清晰地了解罗马尼亚反垄断执法机构把核心卡特尔视为一种独特的违法形态,而这种违法形态需要特殊侦查工具。最终,这会损害公司利用宽恕制度来举报卡特尔的意愿。如果宽恕制度被设计为揭发秘密行为,那么事实上其就不可能适用于明显的纵向垄断协议。同样,该国在利用宽恕制度打击卡特尔方面也没有取得重大突破。宽恕申请者寥寥,每年被公开的新增案件数量不多。还没有一起针对卡特尔案件的刑事裁决,在多数案件中行政处罚额度也较低^①。波兰的宽恕制度实施中出现了一个奇特现象,就是其宽恕申请涉及的垄断行为多数是纵向垄断协议行为。此点是波兰反垄断执法机构没有料想到的,因为该制度原先主要是针对横向限制核心卡特尔行为的。然而从波兰公布的适用纵向协议的情况来看,几乎所有的案件如 PCW 案、ICI 案、IMS Sofa 案、Inco - Veritas 案、Euromark Polska 案中的申请者均未获得免除责任的待遇。因为这些案件中申请者均是发起者(initiator),而根据该国宽恕制度,发起者不能被免除处罚,因而申请者只获得减轻处罚而没有获得免除处罚待遇^②。事实上,波兰还有一些申请者因为其实施纵向垄断协议属于豁免范围而未获得宽恕待遇。例如

Brabork 案件中,一个制造商通过申请宽恕而导致一项反垄断调查,该国反垄断执法机构在调查中发现该制造商通过协议给予其中一个分销商的条件比其他分销商更加优惠。然而,宽恕待遇没有给予申请者,因为后来波兰反垄断执法机构调查发现该项协议属于纵向协议中豁免内容^③。在英国,尽管该国利用宽恕制度打击横向垄断协议方面较为成功,但是其处罚纵向垄断协议案件数量却相当少。实际上,就其查处出的纵向垄断协议来看,这些违法行为往往既涉及横向限制又涉及纵向限制^④。奥地利于 2006 年引入宽恕制度,截至 2012 年底,该国卡特尔法院审理的因宽恕申请者告密的案件,全部是针对卡特尔行为的,没有一项涉及纵向垄断协议案件^⑤。在瑞士,其宽恕制度自 2004 年出台以来实施状况不佳,因为申请宽恕的案件很少^⑥。所以瑞士宽恕制度在适用纵向垄断协议方面的效果也是很理想的。

事实上,正是由于宽恕制度在打击纵向垄断协议方面效果不理想以及对纵向垄断协议认识的变化,有的原先采取此做法的国家后来修改了宽恕制度,排除对纵向垄断协议的适用。例如,捷克最早于 2001 年引入宽恕制度,并将该制度适用于所有纵向垄断协议,但是其实施效果非常不理想,于是 2007 年捷克反垄断执法机构——保护竞争办公室(the office for the protection of competition) 宣布采取新的宽恕制度。新的宽恕制度主要遵从了欧洲竞争网络发布的示范性宽恕制度,即将宽恕制度适用范围缩小

① OECD. Competition Law and Policy in Romania, <http://www.oecd.org/daf/competition/Romania-Competition-Law-Policy-2014-EN.pdf>, 2014-05-04.

② Mateusz Blachucki, Polish Competition Law - Commentary, Case Law and Texts, http://otworzksiazke.pl/images/ksiazki/polish_competition/polish_competition.pdf, 2014-05-04.

③ Dorothy Hansberry - Biegu. Polish leniency and commitment procedures—shifting sands for applicants, *Competition Law International* no. 5 2009, p. 9.

④ Stephen Kinsella OBE, *Vertical Agreements 2012*, London: Published by Law Business Research Ltd 2012, p. 292.

⑤ 这些案件包括 Escalator and elevators 案(该案涉及划分供货对象和固定价格以及交换相关市场信息)、Industrial chemicals 案(涉及划分消费者)、Printing chemicals 案(划分消费者和固定销售价格以及交换相关市场信息)、Plumbing 案(该案涉及划分销售区域)、Freight forwarders 案(该案涉及货运物流行业协会统一定价)、sugar 案(划分市场和消费者)。另外,奥地利反垄断执法机构没有最终的裁判权,垄断案件最终由该国的卡特尔法院(尽管该专业法院被称为“卡特尔法院”) 事实上此法院审理的案件包括纵向协议垄断) 进行审理来裁定违法者的法律责任。

⑥ Pascal G Favre and Jérôme Levrat, Tavernier Tschanz, Cartel Leniency in Switzerland: Overview, http://www.tavernierschanz.com/uploads/publications/Cartel_leniency_in_Switzerland.pdf, 2014-06-03.

为横向垄断协议^①。该新制度在出台后即开始发挥作用,在随后的一段较短时间内就有9起申请宽恕的案例^②。葡萄牙于2006年实施了宽恕制度,但是截至2012年,在6年期间内仅有1例公开被报道的因宽恕申请者告密导致调查的垄断案件。在此情况下,2013年1月,葡萄牙修订了其宽恕制度。修订后的宽恕制度不再适用纵向垄断协议以及其他反竞争行为^③。加拿大原先的宽恕制度适用于纵向垄断协议中的维持转售价格,但是在2009年该国对维持转售价格的法律规制进行了重大修改。受美国联邦最高法院 Leegin 案件的影响,加拿大将一直用刑事制裁手段来处罚维持转售价格行为改变为利用民事手段约束此行为,这意味着只要此行为对竞争未产生负面效果,就允许供应商对其产品设置转售价格^④。由于加拿大的宽恕制度适用于承担刑事责任的反竞争行为,而依据修改后法律,实施维持转售价格无需承担刑事责任,那么这意味着加拿大宽恕制度已排除适用维持转售价格行为。

五、我国反垄断法宽恕制度 适用行为对象的法实践评析

尽管我国2008年开始实施的反垄断法也引入宽恕制度,该法自实施以来已有7个年头,但是并没有出现大量违法者申请宽恕的情形。事实上,就整个反垄断法实施状况而言,与当初

人们对其的期待相比存在较大的差距^⑤,更遑论作为一个反垄断法上具体细微制度的宽恕制度。截至目前,仅有寥寥几个案件适用宽恕制度^⑥。这其中一个值得我们关注的案件就是2013年发生的奶粉价格垄断案。该案件中9家奶粉企业均实施了维持转售价格的纵向垄断协议,国家发改委依据宽恕制度的相关规定对于其中3家企业给予免于处罚的宽恕待遇。我国反垄断法中的宽恕制度集中体现在《反垄断法》第46条第2款,其内容是“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。”^⑦据此,宽恕制度适用行为对象是垄断协议。但是该垄断协议是否包含纵向垄断协议?依据国家发改委官员的理解应该包括纵向垄断协议^⑧。在笔者看来,这种理解并无不当之处,至少我国反垄断法在立法上确实并没有明确禁止宽恕制度适用于纵向垄断协议。因而从执法依据角度来说,国家发改委将宽恕制度适用纵向垄断协议无可厚非,关键在于是否能正确适用宽恕制度,从而确保反垄断执法具有威慑性。

宽恕制度运行机理是利用违法者间的不信任,制造囚徒困境,促使违法者竞相主动向执法机构告密。而本案中涉案的奶粉企业,没有一家是主动报告垄断行为的,都是发改委找上门

① The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2010. http://www.hunton.com/files/Publication/3ce510f6-7207-4849-85a4-a9c19daa2a16/Presentation/PublicationAttachment/b7e0de6f-5b11-4be4-a4d4-116397e848a7/Cartels_Leniency_2010_USA.pdf, 2014-06-03.

② Office for the Protection of Competition, Czech Republic Annual Report 2009, <http://www.uohs.cz/en/404.html>, 2014-06-03.

③ Stefano Berra, Portugal's New Leniency Policy Enacted, http://www.plmj.com/xms/files/noticias_imprensa/2013/JANEIRO_2013/GCR_artigo_RO.pdf, 2014-06-03.

④ Larry Markowitz, McMillan LLP, Montréal, Price Maintenance: The View from Canada, *Distribution Law Commission Newsletter*, no. 1 2010, p. 4.

⑤ 王先林《理想与现实中的中国反垄断法——写在〈反垄断法〉实施五年之际》,《交大法学》2013年第2期。

⑥ 例如2010年广西米粉串通涨价案(涉及15家企业,其中12家被警告,免于处罚);2012年广东海砂价格垄断案(对主动提供信息的宝海公司,按照上一年度销售额的5%处罚;其他垄断参与者则是10%);2013年液晶面板企业横向价格垄断案(友达未遭罚款,仅退还多付款项并没收违法所得);2013年奶粉价格垄断案(9家企业均实施维持转售价格,发改委处罚6家,对其余3家免除处罚);2014年汽车零部件或轴承生产企业横向价格垄断案(12家日企涉及实施横向价格垄断,其中日立汽车系统有限公司和株式会社不二越被免除处罚)等。

⑦ 此外,国家工商管理总局分别于2009年和2010年颁布的《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》和《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》以及国家发改委于2010年颁布的《反价格垄断行政执法程序规定》均涉及宽恕制度。

⑧ 许昆林《宽大政策适用于纵向垄断协议》,《中国经济导报》2013年10月31日,第A03版。

调查后才配合的,严格说都不符合宽大(宽恕)政策的要求^①。本案查处过程恰好说明由于纵向垄断协议中违法主体单一性,在此违法行为中没有形成囚徒困境,违法者没有主动申请宽恕的强烈动机和压力。

实施宽恕制度结果就是告密者得以免除处罚,同时必须有其他人得到严惩。只有如此,才能确保执法具有较强的威慑性。如果仅有宽恕,而没有处罚,只会纵容违法行为。本案中,免除三家涉案企业的罚款不是因为他们揭发参与同谋的违法行为,而是这几家涉案的奶粉企业,只是一块被发改委调查和处理,不属于一个整体的横向垄断案件^②。涉案的三家企业是因报告自己本身违法行为而免责,因为涉案企业均独自对下游经营者进行了不同形式的转售价格维持。自己报告本身实施的违法行为而免责,同时就该反竞争行为没有其他行为人受到处罚,这样结果只能是纵容甚至可能是鼓励纵向垄断协议的发生。当然,也许有人会质疑不是还有其他六家奶粉企业受到处罚了吗?事实上,这些企业受到处罚不是因为免除处罚企业的揭发而引起的,而是因为他们分别独自实施了转售价格维持行为。

就本案来讲,三家企业配合执法机构调查可以作为从轻或减轻处罚情节,但这些企业不应该获得免除处罚的宽恕待遇。尽管我国立法

没有禁止宽恕制度适用纵向垄断协议,但是执法机构应该准确掌握宽恕制度运行机理及其实施意旨,正确适用该制度。当然,可以通过修法的方式,限定宽恕制度适用行为对象范围。但在修法之前,反垄断执法机构应该在适用宽恕制度时候,要多多斟酌和考量。否则,对于我国孱弱的反垄断执法现状,无疑是雪上加霜。上文提到美国宽恕制度适用行为就是违反美国谢尔曼法第一条规定的违法行为,而这一条规定其实是关于“合谋”的内容。就该条内容而言,在内涵上也涵盖纵向垄断协议。但是与我国执法实践不同的是,美国司法部没有对纵向垄断协议适用宽恕制度。后来美国司法部通过发布相关政策,明确了宽恕制度适用对象。

由于宽恕制度是一项非常独特的垄断违法行为侦查工具和手段,包括发源国美国在内的世界上所有采取该制度的国家和地区,可以说无一例外都是通过不断对其程序规则或实体规范进行修正,以及逐步完善该制度发挥作用的外围条件,从而实现有效实施的良好状态。笔者认为我国应该对宽恕制度进行必要修正和完善,就宽恕制度适用行为对象而言,应该将其限定为横向垄断协议。唯有如此,才能确保宽恕制度真正发挥打击和威慑卡特尔的作用,使得反垄断执法威慑性得以增强。当然,该制度有效实施还依赖于一些其他的条件和因素。

责任编辑:徐玲英

^① 谢鹏《“自首”也麻烦 反垄断法的“宽恕”暗道》,《南方周末》2013年9月27日。

^② 谢鹏《“自首”也麻烦 反垄断法的“宽恕”暗道》,《南方周末》2013年9月27日。