

反垄断法中的公共利益及其实现

蒋悟真*

一、问题的提出

追求和维护公共利益是现代反垄断法的基本价值诉求,对“公共利益”的考量总是被允许超越市场,作为一个合法的反竞争事由存在。^{〔1〕}在反垄断法的语境中,公共利益承载着确定反竞争行为是否适用反垄断法、适用反垄断法的反竞争行为是否可以豁免、不能豁免的反竞争行为的合理性及应受惩罚性等重大功能。这就意味着,在反垄断法的实施中,多重因素决定了反垄断法对公共利益的确定性需求。这些需求主要来自:①为避免公共利益沦为“多数人的暴政”,立法必须明确公共利益的范畴。②尽管现代国家既担当起了保护竞争秩序的职责,也独占了对垄断行为的处罚权,但是随着国家拥有愈来愈大的处罚权,为了避免国家处罚权滥用以及立法中关于公共利益规定的具体制度成为权力寻租的根据,有必要明确个案中公共利益认定的基本内容及程序,^{〔2〕}对这些权力予以适当控制。这就要求国家干预权的行使主体在干预经济运行时,必须获得法律事先的明确授权,合理设定权力行使的范围和正当使用的方式。③由于经济是复杂的,无论从现实还是从发展的眼光看,竞争政策与公共利益或者整体经济利益都存在冲突的可能性,为增强制度的透明度,稳定各方预期也必须明确认定公共利益的方法。^{〔3〕}这也包括公共利益认定机构处理案件时需遵循的案件调查、行政审理和裁决程序。然

* 江西财经大学法学院教授。本文系国家社科基金项目“反垄断法实施问题研究”(项目编号:08CFX031)的阶段性成果。本文写作过程中,邱本教授、喻玲博士、金善明博士对文章的修改提出了诸多富有启发性的意见,谨致十分的谢意。当然,文章责任由作者承担。

〔1〕 See CUTs “Public Interest” Issues in Competition Analysis, CCIER-5-2008

〔2〕 Thomas C. Arthur认为美国联邦最高法院通过 *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 U. S. 553 (1936) 等案的判决中夸大了《谢尔曼法》授予联邦法官的解释权。See Thomas C. Arthur, *Workable Antitrust Law: The Statutory Approach to Antitrust*, 62 *Tulane Law Review*, 1988, pp 1163-1171-1175.

〔3〕 M. Ryan Williams, *Recent Development: The Devil They Know: The DOJ's Flawed Antitrust Leniency Program and Its Curious Pursuit of Stolt-Nielsen*, 85 *N. C. L. Rev.* 974, March 2007.

而,基于对世界主要国家竞争法的文本分析,消费者团结和信任社 (CUTs)认为大多数国家(如美国、英国和南非等国家)在其反垄断法中都有明确的关于保护公共利益的规定,但是都没有关于“公共利益”的定义,甚至没有明确规定公共利益考量因素的范围。^{〔4〕}实践中关于公共利益的认定无章可循的事实则直接导致了在反垄断实践中普遍存在“公共利益”豁免滥用的现象。如1930年代,美国罗斯福政府为应对危机颁布《国家产业复兴法》以公共利益之名,将过去认为非法的价格协议和产量限制协议合法化。再如在Sirius卫星广播公司和XM卫星广播控股公司并购案中,美国联邦通信委员会(FCC)错误地估计了二者合并对竞争的影响,以公共利益为名批准了两大巨头的合并。事实证明,无论是30年代美国政府的错误,还是21世纪美国卫星广播巨头Sirius XM卫星广播公司(SIRI)的出现最终都是由消费者为此类“错误”买单。“在‘公共利益’的庇护下,垄断协议及经营者集中很可能被豁免,消费者福利将被贬损。”^{〔5〕}可见,尽管“公共利益催生了反垄断法”,^{〔6〕}但是在反垄断法的实施中,公共利益在个案中的认定却并非易事,并且如果没有透明的、持续的公共利益认定标准和方法,那么公共利益的认定必将异化为利益集团“罗生门”;如果没有公正的、可操作的程序保障机制,那么个案中公共利益的认定很可能成为专制腐化的病灶、恣意裁判的藏垢之所。

在处于转型时期的中国,由于国有企业性质的特殊性及其长期以来形成的利益影响,如果不能很好界定公共利益,当国有企业的利益与公平竞争发生冲突之时,反垄断法将极有可能成为政府借保护竞争之名行破坏竞争之实的工具,国有企业将成为立法模糊的最大受益者。^{〔7〕}如最重要的盐业专营的理由在于:为了消费者的身体健康,必须让他们食用加碘盐,而为了保证消费者食用加碘盐食盐必须实行“垄断经营”。时至今日,我国碘缺乏的现象大为改观,但有些高水碘地区还在被供应碘盐,食用加碘盐导致了这些地区甲状腺疾病增多。盐业专营究竟是为了保护公共利益,还是为了维持垄断带来的高利润值得深思。由此观之,在中国,合理地界定反垄断法中的公共利益并为其提供实体上、程序上的保护,是我国反垄断法实施过程中一个举足轻重的问题,但我国相关竞争立法中浅尝辄止的规定根本满足不了实现立法宗旨的需要,对公共利益实现相关问题的研究亟待深入。

二、反垄断法立法中的公共利益界定

(一)反垄断立法中公共利益定义的困境

从比较法的角度来看,少有法律对公共利益作明确定义,在反垄断法中亦是如此。在反垄断法中定义公共利益之难的原因,可归纳为三点:第一,从法律外在视角来考察:“公共”的不

〔4〕 See CUTs *supra* note 1.

〔5〕 See Leigh M. Murray, *SiriusMistake: The FCC's Failure to Stop a Merger to Monopoly in Satellite Radio*, 59 *Am. U. L. Rev.* 83, October 2009.

〔6〕 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, Second edition, The Free Press (1993), p. 19.

〔7〕 See Zhengxin Huo, *A Tiger Without Teeth: The Antitrust Law of The People's Republic of China*, 10 *Asian-Pacific L. & Pol'y J.* 32 (2008).

确定性和“利益”的不确定性酝酿了公共利益天生的不确定性。“公共”的不确定性强调公共利益的受益主体是不确定的,“利益”的不确定性来自利益内容的不确定性、利益的多面性,这种不确定性的根本问题在于公共利益的抽象性。^{〔8〕}自古以来,尽管对公共利益的论述可以追溯到柏拉图、亚里士多德、霍布斯等人的著作中,但是公共利益始终争议性地并存在政治、哲学、经济及法律的领域中。在这些领域内,由公共利益的抽象性导致的界定公共利益的困境似乎从未被克服过。^{〔9〕}第二,从法律内在视角来考察:公共利益从来都是开放性的概念,公共利益的内容必然随着动态的国家社会不同情形而有所不同,呈现不确定性与多面性。然而,任何认知论上的定义都有其固有的局限性,且立法者认识能力有限,不可能预见将来的所有事情,即使立法者能预见到将来的一些事情,他也可能由于表现手段有限而不能把它们完全纳入法律规范。易言之,即便立法中能够界定公共利益,这种界定也只能是公共利益接受社会、国家法秩序的价值概念对其进行判断的弹性表征,而不可能客观、完整表达公共利益应有的全部内涵。第三,从反垄断法的起源来考察:“‘确定性’也许并不是法律和司法固有的性质,尤其不是普通法固有的性质。作为反垄断法鼻祖的《谢尔曼法》渊源于普通法”,^{〔10〕}这就可以解释为什么“在世界各国的法律系统中,没有哪一个法律系统能够像反垄断法律系统那样具有不确定性及如此众多的理解和执行歧义”。^{〔11〕}反垄断法中公共利益的定义之难根深蒂固,这就可以解释为什么鲜有立法对其做出定义。退一步而言,即便立法者能给“公共利益”一个明确的定义,公共利益的实现也绝非易事。因为不仅概念过于弥散(diffuse)的公共利益将难以指导行动,而且在市场的外衣下,过于狭隘的公共利益定义会阻碍立法者给本该受到特殊保护的利益以应得的保护。^{〔12〕}

然而,公共利益定义之难并不意味着这道难题无解。事实上,任何法律都不是完备的,在人类放弃被柏拉图称为“最优”的方式——哲王之治,转而求助于异己的、独立于自身的规则体系——法治,来协调社会中的利益冲突之时,人类就已经认识到法律固有的不合目的性、不周延性、模糊性、滞后性等缺陷。由于任何社会都不可能处于一个没有法律规则的“真空”阶段,“服从坏的法律并主张通过合法途径对其加以修改,这要比不服从法律好一些”。^{〔13〕}进一步而言,反垄断法对公共利益的价值追求,也表现为以建立和维护自由、有序的竞争秩序为基本内容。因为良好的自由、公平的市场竞争秩序,最有利于提升消费者的福利,也是实现消费者权益的一般性条件。反垄断法就是通过化解由反竞争行为所引起的经营者与消费者、经营者之间的矛盾冲突,通过对竞争秩序的维护和对资源的优化配置,来促进公共利益。值得一提的是,尽管关于什么类型的竞争秩序最能够在竞争自由与竞争秩序之间谋求一种动态的平衡与一致没有定论,尽管蕴藏在保护竞争或维护竞争秩序之中的根本性价值目标在不同国家、不同

〔8〕 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社 2001年版,页 182-205。

〔9〕 V. Heil, *The Public Interest and Individual Interest*, Basic Books (1970), p. 210

〔10〕 (美)欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦契奇、斯蒂芬·卡尔金斯:《反垄断法与经济学》(第5版),任勇、邓志松、尹建平译,法律出版社 2009年版,页 3。

〔11〕 See CUTs *supra* note 1

〔12〕 Mike Feintuck, *The Public Interest in Regulation*, Oxford University Press (2004), pp. 204-225.

〔13〕 (英)沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988年版,页 519。

时期具有不同的内容和优先性,但是我们可以确定的是反垄断法的根本性价值目标在于通过保护竞争或维护竞争秩序来实现社会整体经济效率和社会实质公平。^[14]因此,即便模糊性、不确定性是反垄断法不可克服的缺陷,但这绝对不能成为人们放弃反垄断立法的理由,也不是人们可以任凭公共利益在反垄断法实施中信马由缰的借口。

(二)公共利益的立法表达方式

公共利益的概念尽管抽象,但绝非飘渺不可及;公共利益概念的罗生门特征只是表象,因为公共利益实际上是价值问题,可以借助思考、讨论、批判及诉诸宪法理念及法理,在不同情况取得某些程度的具体结论。^[15]现代诸多部门法律中都涉及维护公共利益的立法条款,通过正面或反面类型化的列举,或通过概念解析或概念辨析来阐明公共利益的内涵,相关表达方式的制度设计经验值得我国反垄断法借鉴。以域外物权立法中的公共利益概念界定为例,确定公共利益主要有两种方式:一是概括式。即在与土地征用有关的法律法规中仅原则性地规定“只有出于公共利益方可发动土地征用权”,但对到底哪些属于“公共利益”未加以明确界定。如澳大利亚1989年《土地征用法》规定,“公共目的”是指议会拥有权力制定法律来限定的与国家土地有关意图的任何目的。^[16]二是列举式。即在与土地征用有关的法律中详尽地列出在哪些“公共利益”的情况下方能发动征用权,例如日本、韩国等。从立法实践来看,采取列举式立法模式的国家从数量上来说绝对是多数。而列举式立法模式体现的是在认清公共利益定义难的现实情况后,“通过宪法解释、法律解释,不断细化公共利益的内容,建立公共利益类型化制度”^[17]的一种变通,是立法“不抛弃不放弃但要讲究策略”原则的体现。^[18]诚如拉伦茨所言:“当抽象的一般概念及其逻辑体系不足以掌握生活现象或意义脉络的多样表现形态时,大家首先会想到的辅助思考形式是‘类型’。”^[19]进一步而言,列举式的立法模式还可一分为二:①封闭式列举。这种模式下,法律对于“公共利益”作出了详尽的列举。如日本土地征用法和其他法律将符合公共利益的征地范围严格限定在关系国家和民众利益的公益事业项目之内,共包括17类。②开放式列举。在这一模式下,法律既具体列举,又设置兜底条款。例如,我国台湾地区《土地法》第208条规定:“因下列事业的需要可依本法的规定征收私有土地,但征收的范围,应以其事业所必须者为限:国防设施;交通事业;公用事业;水利事业;公共卫生;政府机关、地方自治机关及其他公共建筑;教育、学术及慈善事业;国营事业;其他由政府兴办以公益为目的的事业。”鉴于概括式立法模式与封闭式列举模式都难以承载公共利益的界定问题,笔者认为采取开放式列举界定公共利益的方法更为恰当。惟其如此,才能应对未来社会

[14] 参见吴宏伟、魏炜:“论反垄断法的价值目标”,《法学家》2005年第3期。

[15] 参见陈新民,见前注[8],页206。

[16] See Australia Lands Acquisition Act 1989, Part II-Interpretation, Section 6

[17] 韩大元:“宪法文本中‘公共利益’的规范分析”,《法学论坛》2005年第1期,页9。

[18] 王利明教授认为,从现实需要来看,对公共利益进行类型化,其积极意义至少有四:有利于对公共利益进行更为准确的界定和更为周密的保护;有利于为其他利益形态的保障提供依据;有利于为公权力的正确行使提供指导和规范;有利于司法机关在个案中准确判断公共利益是否存在,有助于法官按照类型化的指引办案,防止向一般条款逃逸。参见王利明:“论征收制度中的公共利益”,《政法论坛》2009年第2期。

[19] (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,页347。

不断发展和新兴事物不断产生的需要,同时也能够使法律具有处理千变万化之法律现象所需要的规范弹性。^[20]因此,对于公共利益的考量,我国未来的反垄断法实施细则仍有必要借鉴上述其他部门法的立法经验。

(三)反垄断法的选择

任何法都是在一定的价值观指引下,以保护某类对象的利益为旨归的。因此,一部法律发展的历史,可以说就是法所保护的对象或保护的利益转换的历史。法律的革命,其实质就是由社会经济条件及价值观念转化而引起的法所保护的对象或利益的巨大变化或转向。分析反垄断法保护对象的转向,可以管窥其与传统私法或当代中国主流法律理论的迥异。^[21]

1. 类型化的中心价值

当“作为请求权、作为法学家使用的利益”和“作为好处、作为经济学家使用的利益”^[22]相区分的时候,在现代社会背景下,有着悠久历史的公共利益理论发生了从法律外抽象的政治理念向法律内具体概念的转向。内在法律视角下的公共利益是作为法律文本中一个具体的法律概念出现的,有着特定的指涉对象。^[23]因此,要对作为利益之一的公共利益进行保护,首先必须确定哪些类型的利益应被认可和保护(受益对象)及利益包含哪些具体内容(尤其是核心内容)。类型不是无缘由的臆想,“在描述事件的属类时,类型学的思考总是维持其与指导性价值观点间的联系,因为所有被考量的特征都取向于这个——促成整体类型的——中心价值,惟有如此,它们‘才具有价值’”。^[24]我们必须承认,每个价值目标,可以形成一个公共利益,而在一个公共利益的标的上,可能存在几个价值标准,不同的价值标准之间的冲突又似乎不可避免。如正义是法的一般价值目标,而我国反垄断法的目标中还蕴含了效率的内容,那么当执法机构认为A和B公司存在垄断协议行为却很难获取证据之时,它是应该赦免“告密者”来获取证据(效率),还是应该等待调查获取证据,以便给从事相同危害行为的A和B公司同样的处罚(正义)?在效率与公平正义之间的取舍该如何进行?是由二者形成两个公益之后,再选择一个最优的公益,而淘汰其他的公共利益?还是应该在不同的价值标准中,选择一个最优考虑的价值标准,而后形成公共利益?^[25]立法的现实告诉我们,答案当然是后者。在各国反垄断法的立法宗旨中,世界各国反垄断立法无论采用概括式还是列举概括式立法模式,也无论其对“公共利益”解释有何不同的角度,但万变不离其宗,归纳起来都是解释“在什么样的条件下可以启动公共利益豁免”,^[26]并且解释的目标是为了保护与增进消费者福利。^[27]如《经济合作组织竞争法的基本框架》规定:“竞争法的基本目的是改善经济效能,以使消费者享受较低的价格、更多的选择和更好的产品质量。”2009年修订的《加拿大竞争法》第1条强调要为消费

[20] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,页301。

[21] 参见刘水林:“反垄断法的挑战——对反垄断法的整体主义解释”,《法学家》2010年第1期。

[22] (美)罗斯科·庞德:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,页23。

[23] 参见倪斐:“论公共利益的现代法律转向”,《政治与法律》2009年第9期。

[24] 拉伦茨,见前注[19],页101。

[25] See Klein, W.: Zum Begriff des öffentlichen Interesses, 1969, S. 72-74.

[26] Mike Feintuck, supra note 11, p. 18.

[27] Robert H. Bork, supra note 6, p. 51.

者提供竞争价格和商品选择。日本 2005 年修订的《禁止私人垄断及确保公平交易法》旨在通过禁止私人垄断等手段以确保一般消费者的福利。2004 年修订的《芬兰竞争法》第 1 条强调,在适用该法时,应对消费者的福利给予特别关注。类似的规定也出现在韩国、南非、新加坡等国家的竞争法中。可以说,对消费者福利的保护,不仅是美国反托拉斯法的主线,而且是多样化的各国反垄断法立法宗旨的契合点。反垄断法上的消费者福利导向已经在世界上的大多数国家和地区获得支持,并成为“公共利益”解释的国际趋势。^[28]

反垄断法中公共利益的内容涉及面广,且很模糊,如节约能源、知识产权保护、自然垄断行业、农业以及保护环境等等。诚然,某些公共利益的内容并非一定直接是(甚或不是)消费者福利本身,对消费者利益的维护也往往不那么直接和明显,^[29]但是,利益的背后最终关心指涉的对象或价值追求的目标却是消费者福利。在现代市场经济活动中,违法的竞争行为对个体利益的损害常常为个体所不知不觉,比如占有市场优势地位的企业进行掠夺性定价,在短期内这是对消费者有利的,但是从长远来看,这种行为不利于消费者获得长期的低价格,所以,基于公共利益的理由应该禁止这种行为。这也证明,反垄断法对市场行为的基本态度——着重于规制或者控制某种行为,防止该种行为超出“公共利益”的限度。

2 类型化的实现方式

公共利益的类型化并不意味着要在反垄断法或者某一部法律中对全部公共利益的类型进行详细列举。因为:①公共利益不仅涉及社会生活的很多领域,且其内涵与外延具有明显的开放性与不确定性。希冀在一部反垄断法中用一个列举涉及公共利益情形的法条来解决界定公共利益的问题是不现实的。如由于垄断协议行为是“最重大的反竞争行为”,^[30]因此在基于公共利益的事由对其可豁免性进行考量时应该较滥用市场支配地位及经营者集中行为的考量更加严格。且反垄断法尚未详细列举对数种垄断行为的豁免事由,当然单凭反垄断法也不能完成这项工作,这就要求在以后的反垄断法实施细则或者相关实施办法中对该问题做出进一步的补充。②公共利益有不同的层次,反垄断法不宜做笼统的规定。公共利益的层次复杂性决定了在法律上对其类型化是困难的,我国反垄断法应该对此尽量做出明确规定,但这并不要

[28] 这里所指的消费者福利,并非指个别的消费者利益。反垄断法保护的重心所指涉的对象是整体的消费者福利,包括所有消费者与经营者共处的自由与公平的竞争秩序、消费者自身利益的增扩等等。其实,反垄断法对行为是否违法以及维护的社会整体或公共利益的判定标准是目的程序式的。台湾学者苏永钦教授指出,“规范市场经济的竞争秩序,不但是一个法律问题,更是一个经济问题。经济现象的掌握,不同于白纸黑字的法律条文。经济运行的力量,本质上就有超出人为法律框架的潜能……故而以追求安定性的法律来规范不断变化的经济现象,本是一项极为困难的任务。正因为如此,立法者往往在制定经济法时,使用的是‘目的程式’(仅表示出立法者意欲追求的目标)而非一般传统法律的‘条件程式’(法律预先规定构成要件及法律效果)。”参见苏永钦:“经济法——已开发国家的任务与难题”,转引自赖源河编著:《公平交易法新论》,中国政法大学出版社、元照出版公司 2002 年版,页 36。大陆学者类似的看法参见刘水林,见前注 [21]。

[29] 反垄断法尽管强调保护消费者利益,但是这种保护与消费者作为个体所对特定的商品与服务享有的权利无关。See Zhengxin Huo, *supra* note 7.

[30] OECD, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, July 2002, <http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf> last visit at July 08, 2009.

求反垄断法本身必须给公共利益一个确定的术语解释,也并不要求反垄断法中需包含涉及公共利益的全部情形。现实的选择是:反垄断法中公共利益的界定应该在与宪法所保护的公民的生存权、安全权、私有财产权等不抵触的情况下,突出以“保护与增进消费者福利”为中心价值而形成反垄断法中的公共利益。并且,反垄断法中公共利益可根据垄断行为的不同特征进而细分为不同的公共利益的具体情形,以此为标准来分析我国反垄断法中公共利益的界定模式。据此,我们可发现,我国《反垄断法》在第 1 条明确规定该法制定的目的之一是要维护公共利益和消费者利益(可以视为概括性条款),在第 7、15、28、55、56 条就采取排除法或列举法对某些垄断协议和行为予以豁免,在第 27 条明确规定了经营者集中审查中有关公共利益界定的类型。可见,我国反垄断立法中关于公共利益界定的方式基本上是概括式与列举式相结合。这种层次分明的类型化,将大大提升反垄断法中公共利益的开放性,使它能紧跟社会发展的步伐、适应具体时势的客观需要。因此,笔者认为,如果说我国反垄断立法中关于公共利益界定存在阙如,那么这种阙如不应由立法模式的不恰当来承担责任,且未来反垄断立法的完善也不应该拘泥于立法模式的选择探讨,而应该立足于如何将垄断协议、经营者集中的公共利益类型科学化,如何补充关于滥用市场支配地位及行政垄断中公共利益类型的规定等具体可操作的问题。

三、反垄断法执法中公共利益的认定

公共利益的概念即便是在类型化之后,仍然存在一定程度的不确定性和模糊性。当然,这种不确定性绝不是意味可以任意扩大行政执法行为合法化的空间,相反,它是对政府行为的严格约束和政府行政水平的考验。在这种条件下,把价值问题转换为程序问题不失为打破僵局的一个明智之举。因为程序所具有的结构开放和过程紧缩的特性,一方面,可以限制行政官吏的裁量权,维持法的稳定性和自我完结性;另一方面,可以使法律系统具有更大的可塑性和适应能力。^[31] 将公共利益的认定纳入程序控制的范畴,首先应该从执法程序的明晰做起。^[32]

(一) 认定的主体:多元下的平等

我国《反垄断法》第 15 条第 1 款第七项则将公共利益认定的权限交给“法律”和国务院,^[33]这样的做法有待商榷。首先,“法律”不是一个客观存在的主体,主体虚化的外衣之下,这项本该属于公众的权力将旁落到客观存在的、狭隘的特定集团手中。其次,国务院是最高的行政机构,代表国家行使执法权力的机构(国家发改委、工商总局、商务部)是其下属机构。在“父爱主义”情节困扰下的行政机构,当“孩子”成为争议一方之时,要求“父亲”来评判并秉持公平,这显然是不切实际的做法。进而言之,由作为纠纷一方当事人的执法机构来充当认定主

[31] 参见季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,中国法制出版社 2004 年版,页 15。

[32] 需指出的是,在现代法治社会,只有立法和司法机关才拥有最终认定什么是公共利益的权力。行政执法机关是要靠行政行为来实现立法和司法机关所认定的公共利益。

[33] 我国《反垄断法》第 15 条第 1 款第 7 项规定指出,具有“法律和国务院规定的其他情形”的垄断协议可以不适用本法第 13 条、第 14 条的规定,即获得豁免。

体也是不科学的,因为这有违“任何人都不能充当自己案件的法官”的自然正义的法则。进一步而言,有学者甚至认为“从各国经验来看,对公共利益的具体判断都是由法院来进行的。由司法机关按照法律所认可的表决程序和表决规则认可公共利益,是大多数国家和地区的通行做法”。^[34]不过,笔者认为,这种在个案中,由法官通过判决来判断公共利益是否可以发动的做法并不意味着法官或者司法机构就是公共利益的认定主体,至少不是唯一的认定主体。其原因在于:①公共利益既然标榜为公共的利益,那就只有作为公共的众人才有判断的权力。任何排斥民众的参与,排斥议会的监督,单纯以行政机关甚至行政领导人个人意志进行的所谓公共利益的判断,都缺乏冠以公共利益之名的正当理由。那种认为民众的愿望可以被“精英”而不是人民参与讨论、投票、决定更容易确定的做法更是无稽之谈。^[35]②公共利益的认定涉及宪法分权问题,该权力的行使贯穿立法、执法、司法的全过程。立法者只能对此做出概括性规定,执法者一般充当组织公共利益具体判断标准的认定的角色(如电价上涨,国家发改委负责组织听证会),当且仅当当事人之间对公共利益的认定产生纠纷和冲突时,法院才介入,对两造各执的理由进行判断,确定争执的问题是否属于公共利益。总之,在公共利益认定的过程中,公众是一个很重要的角色,不仅行政机关难以越俎代庖,司法机关也同样难以用判决裁定代替公众的判断。为保证公众认定公共利益的主体性权利,对公共利益认定最基本的要求是:

1 立法应该明确公众的参与权及参与途径

这可以改变一般公众缺乏对“公共利益”一词的解释权和话语权的状况。按照美国《反托拉斯程序和处罚法》(Tunney法案)规定,协议裁决在生效前60天,必须将其内容公布于《联邦公报》(Federal Register)上接受民众评论,以确定协议是否满足公共利益要求。如在微软案件中,美国司法部收到3万多份评论,其中有1.25万参与者反对协议,1万人表示赞同,9500人并未表示观点。^[36]在美国的司法实践中,法院在确定是否符合公共利益时,一般都会以是否经过民意代表审查作为标准,而极力避免自己另做判断。特别值得注意的是,由于垄断组织不仅运用它们所拥有的经济权力,排除人们通过市场竞争获取物质成功的机会,而且垄断组织凭借他们拥有的巨大财富腐蚀立法程序,以牺牲社会其他成员为代价谋取自身利益。^[37]在我国行政垄断仍很猖獗,许多行政垄断控制的行业无不滥用其所拥有的垄断优势,把为了保证供给而采取的“垄断”变成了企业获得“垄断暴利”和企业员工获得“垄断福利”的工具,严重损害了社会的公共福利。^[38]而一旦行政部门利益与公共利益冲突,政府可能利用各种手段阻碍公众参与、表达意见,包括提高参与成本,设置参与障碍等,或者将公众参与形式化,最终使得竞争秩序遭到破坏。所以,我们既要警惕某些个人利益、部门利益、阶层利益以普遍的公共利益

[34] 参见王轶、关淑芳:“论物权法中的‘公共利益’”,载《判解研究》2007年第2辑。

[35] Richard A. Posner, The Supreme Court 2004 Term: Foreword: A Political Court, 119 *Harv. L. Rev.* 31, 2005.

[36] Joe Wilcox, Microsoft DOJ weak settlement terms, Feb. 28, 2002, <http://news.cnet.com/2100-1001-847355.html>, last visit at July 04, 2009.

[37] David M. Ilkin, The Sherman Act and Balance of Power, 61 *S. Cal L. Rev.*, 1219 (1988).

[38] 参见胡鸿高:“论公共利益的法律界定——从要素解释的路径”,《中国法学》2008年第4期。

面目出现,也要警惕公共权力的膨胀与滥用,还要警惕未经公共性论辩,以简单多数的投票方式用个人利益之和的“众意”代替“公意”。^[39]因此,我国反垄断立法应当明确公众参与公共利益认定的机会和途径,如听证会等形式,从而强调和推崇公共利益价值判断的基础应该从数量判断向质量判断转型。

2 程序应该公开透明

以公共利益为理由豁免一些具有反竞争效果的行为会侵犯一些消费者的合法权利及伤害一些经营者的基本权利。因此,在发动公共利益的过程中必须做到决策和执行全过程的公开透明,依法保障公众及行政相对人的知情权、听证权、陈述权、申辩权、参与决策权等程序权利和民主权利的有效行使,最终保障该发动行为的合法有效。

(二) 认定的方法:以协商为基础

在 2002 年台湾微软案中,面对台湾微软公司提出的行政和解申请,公平交易委员会的基本立场是,和解应以符合公共利益为前提。由于台湾地区《公平交易法》规定的最高罚款金额为 2500 万元,对微软来说吓阻效果不大,而由微软提出包括降价等在内的改善方案,比较符合台湾的公众利益,因此,公平交易委员会同意行政和解。^[40]事实上,美国律师协会的研究表明,至少有 70% 的反托拉斯纠纷是通过协商的方式解决的,^[41]且几乎所有重大的案件都是通过协商和解的方式结案。2009 年,在历经近 8 年的争议之后微软公司也最终与欧盟委员会达成和解。值得一提的是,经营者与执法机构之间的和解(承诺)都是以不违反公共利益为前提的,任何违反公共利益的和解都将归于无效。

在反垄断实践中,以协商为基础的经营者承诺制度在反垄断实践中大行其道的原因在于,实体规则的原则性与不确定性大大减损了反垄断法直接适用的效力,反垄断立法难以对现实中复杂的垄断违法行为作出周密规定。同时,反垄断立法中公共利益的不确定性留下了诸多难题于执法中。如随着新经济时代的来临,反托拉斯执法面临的课题皆比以往来得复杂(如产品周期变短、产业集资、瓜分市场或是因技术垄断而形成独占等)。在严重的不确定性面前,掌管市场交易秩序的反垄断执法机关规范厂商竞争行为时,常常会面临“三难困境”:一是即便其穷尽调查手段也未必能发现事实真相;二是违法事实难以证明的情况;三是即便能够发现与证明违法事实,也不符合成本及效率的要求。因此,在反垄断执法实践中,执法机关除了事前频繁运用非正式手段,让政策利害关系人得以了解最新的政策走向之外,事后则大多以“协商”等温和方式,禁止或调整可能违法的厂商行为,并借此监控厂商未来的一举一动,以维护市场竞争。对执法困境的克服以及由实体到程序的转向,已使现代反垄断法逐渐走向程序化。当前世界各国反垄断法在现代的发展,逐渐表现出由实体制度建构向协商制度建构转变的倾向,垄断判断与惩罚往往只能由执法者通过具体案件加以确定,在某种程度上,反垄断的重心不再是立法问题,而是执法问题。在现代社会各种复杂的利益矛盾冲突中,经营者与执法

[39] 参见沈湘平:“个人利益、普遍利益与公共性批判”,《哲学研究》2008 年第 10 期。

[40] 参见王先林:《WTO 竞争政策与中国反垄断法》,北京大学出版社 2005 年版,页 9。

[41] See R C Clifford Potter Settlement of Claims and Litigation in the US Legal Rules Negotiation Strategies and In-House Guidelines 14 *Int'l Bus. Law.* 51 (1986).

机构之间的协商应建立在对多元主义和社会分化的充分考量之上,其目的在于为多元的社会利益主体表达提供充足的合法性。

就公共利益认定的方式而言,首先要求把协商议题限制在公共利益范围之内,并且“协商强制公民的建议必须以共同的善为依归”。^[42]这就要求,一方面有必要引进该制度以提高反垄断法的执法效率;另一方面为避免执法机构被经营者俘获达成有损于公共利益或者其他利益相关者的和解契约,必须加强对和解契约的缔结过程及内容的监督。例如,以美国为例,一个具体的经营者承诺契约是这样运行的:①由当事双方(执法机构与垄断行为嫌疑人)在平等的基础上订立契约,形成“承诺书”(decree)。该承诺书在生效前,应该公布一段时间(通常为60天),供公众评论。②法院应该对承诺书的内容进行司法审查。在参考公示期间公众的反馈意见及专家意见后做出同意或者否定承诺书的裁决。③如果法院认为该承诺书不符合公共利益,那么当事方可以重新协商或者提出上诉;如果法院认为该承诺书符合公共利益,那么双方当事人可以开始执行该协议。协议裁决的成立并不代表反托拉斯局自此就可高枕无忧,而执行任务才是具体落实的开始。对于当事人履行裁决情况的掌握,才是对相关主管机关执法能力的真正考验。倘若当事人违反裁决中的规定,反托拉斯局将可同时对当事人提起民事与刑事诉讼给予制裁,指控当事人藐视法庭。另外,也可向当事人收取罚金或是将其违反协议裁决、继续从事不当竞争行为期间赚取的利润予以没收。^[43]当然,双方当事人也可以向法院提出修改或者终止该裁决。由于当事人提出申请的动机并非一定是为了维护竞争秩序,这个时候必须提出充分的证据以资证明。也因为如此,由被告主动提出的修正案,大多都会被反托拉斯局驳回。

(三)认定的例外:授予特别介入权

一般来说,因为竞争损害公共利益案件常常是一些占有较大市场份额的企业所实施的行为。但是,在某些特殊的情况下,在市场份额、营业额等方面没有达到立法所规定的最低门槛的企业也可能通过非法竞争做出损害公共利益的行为,如滥用相对优势地位的行为。在这种情况下,通常执法机构不会对该行为的竞争状况做出评估,这也意味着,这些行为难以得到制裁。针对这种特殊情况,英国竞争法规定,国务秘书享有特别干预权。换言之,即便没有竞争状况评估,国务秘书可以根据公共利益的考量禁止该行为。目前只有国家和公共安全已被指定为公共利益的考量因素,但是国务秘书保留通过成文法进一步增加公共利益考量因素的权力。在美国也存在类似规定,反托拉斯局在行政资源有限或是有其它案件等着优先处理的情况下,会主动修正或终止协议裁决中的相关规定,借以分摊有限的机关资源。^[44]即只要反托拉斯局或是当事人认为裁决的规定不合时宜,皆可向法院提出修改或是终止该裁决的请求。特别介入权使得反垄断法对竞争秩序的维护更具有情景性,可以克服立法、执法中的刚性问

[42] (美)詹姆斯·博曼、威廉·雷吉主编:《协商民主:论理性与政治》,陈家刚等译,中央编译出版社2006年版,页8“导言”。

[43] See Max Neiman, *Defending Government: Why Big Government Works*, Prentice Hall Inc. (1999), pp. 57-58.

[44] *Ibid.*, p. 58.

题,因此为众多国家所采纳。在我国,国务院反垄断委员会负责协调反垄断行政执法工作、拟订有关竞争政策、组织调查、评估市场总体竞争状况及发布评估报告。笔者认为,将对基于公共利益的特别介入权授予国务院反垄断委员会,不但可以发挥其调查、评估市场总体竞争状况及发布评估报告的可能,而且可以让其更好地完成协调工作。

四、反垄断法司法中公共利益的保护

“在反垄断法领域,完成立法过程只是一个初步成就,更大的挑战实际上存在于后续的实施过程中。”^[45]因为“停留在立法层面的法律,只是一种纸面或口头的规制,在进入现实生活之前,不管它们如何公正都是没有任何价值的。法律规定的权利义务,只有通过适用于具体案件的司法过程才能‘从精神王国进入现实王国’,真正‘降临尘世’。”^[46]反垄断法中的实体规则纷纷转向,或更新或简化,以执法程序为主要内容的程序规则日渐完善,不仅执法机关的执法权限得以扩张,而且其也获得立法赋予的更大的自由裁量空间,此时,对于反垄断法中公共利益的保护而言,更多的应该将其注意力转移到防止执法权滥用而损害公共利益上。这就不仅要求以严格的法律程序控制执法者的执法活动,还意味着在现代反垄断立法中应该蕴藏着维护公共利益且具有如下内容的司法程序保障及制衡机制。

(一) 反垄断司法审查

对行政权力的监督与制约是现代法治的基本内容和要求,而裁定立法或者行政行为是否违反宪法或者是否违法的司法审查则成为现代司法的精髓。“维护司法审查的权力,对于政府的每一个人来说都是重要的和不可或缺的。没有了它,宪法将不能称为宪法,政府也不能成为政府。”^[47]在美国反托拉斯法的实践中,为避免协商中出现权力滥用、协商超越公共利益范畴的现象, Tunney 法案规定,在法官判决达成和解之前,双方还应跨越两道障碍。一是确定这一过程中各方都光明正大,没有任何影响协议的政治黑箱,包括适当封锁各方的通信和其他事项;二是法官还必须确定和解是否符合公众的利益。如果法官认为和解协议不符合公共意愿,他有义务拒绝协议。美国反托拉斯法中司法审查还根据具体的垄断行为和诉讼材料规定了不同的审查标准。以专家证言为例,美国最高法院在道伯特案件中指出,对专家意见的司法审查基本围绕三个标准展开,即专家证言是否建立在充分的事实基础之上,是否与案件待证事实具有关联性,其研究与经验是否具有相关领域专家的同等水准。如果不能满足上述标准,专家证言将被排除。^[48]在反垄断案件中,被告的行为是否具有促进竞争或反竞争的效果或者被告的垄断行为与原告所遭受的损害结果之间是否具有因果关系等在很大程度上是依赖专家证言来判断的,一旦专家证词被排除,那么案件的结果不言自明。

虽然我国的反垄断法中引入了协商解决机制,但是没有明确规定基于公共利益的个案司

[45] 李国海:《英国竞争法研究》,法律出版社 2008年版,页 4

[46] (德)拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社 1997年版,页 100

[47] Earl Warren, Webster and the Court, Dartmouth College Alumni Magazine, May 19, 1969, p. 34

[48] *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S. 579 (1993).

法审查制度。为确保不发生基于公共利益对实施限制竞争行为人免于处罚或者减轻处罚、协商超越公共利益范畴的现象,应该在反垄断法中规定所有与公共利益相关的个案都应该公布并接受司法审查。法院在保护公共利益中的角色不在于必须辨明某一特定的同意裁决将最有利于服务社会,而在于确保政府在达成同意裁决的过程中没有违反职责及该和解是否在公共利益考量的范围之内。¹⁴⁹² 司法机关将以其中立的地位,对诸种竞争利益冲突作出终局判断。具体而言,可以由法官判断政府的实际行动是否符合公共使用的目的。经过严格的协商程序,司法对公共利益的认定结果,政府应当尊重;相反地,如果没有经过利益相关者各方参与的认定程序(尤其是反行政垄断中,行政执法机关往往受到相关行政垄断势力及部门的影响),法院对公共利益的认定应当予以否认或裁定由执法机关重新启动相关协商性程序。

(二)建立和完善反垄断公益诉讼制度

早在古罗马时期,就已强调/凡市民均可提起0公益诉讼。在现代社会,法律制度更为关注社会的终极价值,司法制度本身正面临深刻的变革。公共利益是各国反垄断法明确保护的利益类型,当其受到损害时法律应能提供直接有效的司法救济。从各国立法和司法实践看,对公共利益的保护有三种不同方式,即行政执法救济方式、民事诉讼救济方式和刑事诉讼救济方式。尽管刑事诉讼一般不直接向当事人提供救济,但可以间接提供救济,因此也将其视为一种救济方式。诉权的授予使得通常由行政执法救济的事项扩大到民事诉讼的领域,这是公众行使公共利益受益权的保障。在印度,垄断和限制性贸易惯例委员会(MRTPC)通过1984年Shyam煤气公司案确定限制贸易惯例(RTPs)只有当它们损害公众利益时才具有可诉性。¹⁵⁰² 而在我国,对公共利益的救济方式偏重于行政执法救济。损害公共利益的行为往往被直接视为破坏社会公共秩序或社会经济秩序的行为,由行政执法机关予以处罚和纠正(情节严重的由检察机关提起刑事公诉)。由此可见,我国在保护公共利益的程序方面,仍然是以特定主体的实体民事权利受到实际损害作为起诉权取得的前提。其缺乏一个能够为社会公众权益提供司法救济的诉讼主体制度,且尚未摆脱传统民事诉讼理论中原告适格理论的影响。

纵观世界各国以及国际竞争立法的发展,民事诉讼主体范围呈现明显扩大趋势。其主要表现为:起诉权主体由个别竞争者、个别消费者扩大到代表公众利益的官员、官方机构以及消费者保护团体、行业联合会和协会等社会团体;由直接、实际受到损害的当事人发展到间接、可能受到损害的当事人。如何在个案中维护公共利益,它已不是执法机构的专属权限,作为公众的众人也具有判断的权力。因此,要建立一项能够有效保护公共利益的司法救济制度,必须将社会公众确定为公共利益(或权利)的主体,扩大起诉权主体范围,并根据损害行为以及诉讼请求等不同情况合理配置起诉权。与此相适应,我国应当建立以维护公共利益为目的的诉讼制度)))民事公诉制度。¹⁵¹² 我国反垄断法中诉权仅仅局限于/经营者实施垄断行为,给他人

1492 U. S. v. *Vulcan Materials Company and Florida Rock Industries*, 1:07-cv-02044 (2008).

1502 本案中,作为Bharat石油有限公司独家经销商的Shyam煤气公司被诉有限竞争行为,如只有在消费者以市场价格两倍的基础上向其购买了煤气灶或者轻便电炉之后,才为消费者提供煤气接入服务。印度垄断和限制性贸易惯例委员会认为该公司损害了公共利益,于是起诉了该公司。

1512 参见简万成:《诉讼主体制度的局限与突破》,《社会公共利益司法救济问题探讨》,5全国法院第十四届学术研讨会62002年第14卷。

造成损失的, 以及对行政复议决定不服的, 可以依法提起行政诉讼的案件相关当事人, 根本不存在公共利益损害司法救济的路径。因此, 笔者建议在反垄断法实施细则中增加相应规定。仍需特别指出的是, 当某一反竞争行为因基于对公共利益考量而予以豁免或者适用除外时, 或者因为达成和解而中止或终止调查时, 可能会对利害关系人造成影响, 因此, 反垄断法必须为第三人权益损失提供一个有效的救济路径。换言之, 应该细化关于公共利益的损害赔偿制度。损害赔偿作为一种制裁方式, 可以给行为人以威慑, 是最好的保护公共利益的方式之一。这方面可以借鉴台湾地区及美国的做法。台湾地区 5 公平交易法 6 在规定 / 公平交易委员会对于违反本法规定, 危害公共利益之情事, 得依检举或职权调查处理 (第 26 条) 的同时规定 / 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 (第 31 条); 而美国则规定, 当国家受到反托拉斯法禁止行为的损害时, 可以由检察官代表国家提起诉讼, 国家可获赔偿实际损失和诉讼费。

五、结 语

诚如美国华盛顿第二巡回上诉法院在 AT&T 案件判决中所言: / 不能为了竞争而随便引入竞争, 也不能为了垄断而鼓励垄断, 通信产业中衡量产业结构的最终尺度是公共利益, 而不是那些事实上靠垄断地位而获利的那些人的私人利益。¹⁵²² 我国反垄断法也从立法宗旨、适用除外制度、豁免制度等多个方面对公共利益予以保护, 且就具体行为而言, 5 反垄断法 6 也在第 15 条第 1 款第四项及第 28 条规定了一些认定公共利益的具体考量因素。但正如上文所分析, 再加上我国反垄断法中原则性规定较多, 可操作性不强, 尤其是实施经验欠缺, 相关反垄断执法机制仍在摸索与建设之中, 因而, 较好地维护和实现公共利益几乎成为了我国反垄断法的不能承受之重。 / 法律的主要作用之一就是调整及调和种种相互冲突的利益, 无论是个人的利益还是社会的利益。这在某种程度上必须通过颁布一些评价各种利益的重要性和提供调整这种利益冲突标准的一般性规则方能实现。¹⁵³² 也正基于此, 欲使公共利益不再仅仅是为保护普通消费者福利而设置的一道虚幻的风景, 欲使公共利益摆脱 / 罗生门 0 式概念的臭名, 欲为公共利益提供实在的保护, 从现实状况而言, 仍需强调在个案中依赖法定的程序、依托其中心价值目标 (保护与增进消费者福利), 并结合反垄断立法中列举的具体垄断行为对其进行综合判断。

1522 *US v. AT & T*, 427 F. Supp. 57, Sec II (DCDC 1976).

1532 (美) 博登海默: 5 法理学、法律哲学与法律方法 6, 邓正来译, 中国政法大学出版社 1999 年版, 页