

反垄断监管预期与“红绿灯”设置:基于经济学的思考

林 平

摘 要:实现反垄断监管的规范性和可预期性,要求提升法律和执法的透明性和可预测性,同时需注重和预判市场对反垄断举措的反应,实现监管机构和市场主体之间的双向可预期。反垄断特有的“效果原则”是对“红绿灯”设置的根本挑战;对市场支配企业行为和经营者集中,只能根据个案情况的竞争效果判定,而不能以行为是否发生来界定。反垄断“精准监管”包含合理选择执法重点与精准评估个案行为两个层次,二者缺一不可。在制度安排上,应当赋予执法机构合理的自由裁量权,以“可信”方式保证执法的独立性。

关键词:反垄断;效果原则;“二层次”精准监管;监管机构独立性

2021年8月30日,中央全面深化改革委员会召开第二十一次会议,审议通过了《关于强化反垄断深入推进公平竞争政策实施的意见》。会议指出,要统筹发展和安全,坚持监管规范和促进发展两手并重,明确规则,划出底线,设置好“红绿灯”。日前召开的全国市场监管系统反垄断工作会议指出,要以规范、透明、可预期的监管,促进宏观经济大盘稳定、推动高质量发展和保护人民群众利益。

如何深刻理解反垄断监管预期和“红绿灯”设置的内涵、相互关系,把握好对执法重点选择和机构设置的具体要求,进一步加强我国反垄断监管的精准化、专业化、理性化?笔者从经济学角度提出一些观点。

一、反垄断执法预期至关重要

反垄断执法威力巨大,许多影响往往是人们观测不到,或是不能全部观测到的。执法中,对企业行为的惩处不仅直接影响该企业的商业决策,也给市场中其他参与者带来警示作用。这当然是法律的初衷,但如果市场对未来监管的预期不准确,企业的反应可能会过激。同时,相关市场中企业行为的调整必定导致其供应商和客户之间供求和交易的变动,从而影响上、下游市场中的资源配置。同其他方面(比如原材料价

格变动、宏观经济调控手段等)的不确定性一样,监管的不确定性会直接影响市场主体的投资和创新行为。再者,倘若一个市场或行业在同一时间段内遭受多个反垄断处罚,执法威力的叠加效应将会以“乘数方式”扩延,如果再与其他不确定因素(如疫情或者国际大环境)一同产生“共振”,就可能对宏观经济产生显著影响。

与普通法系下执法与司法的串联安排不同,在我国行政执法和司法并行的法律体系下,执法威力与宏观经济波动之间不具有“缓冲中间层”,执法效果可以较快地直接传递到实体经济运行中。因此,“以规范、透明、可预期的监管,促进宏观经济大盘稳定”的反垄断监管方针是完全必要和适时的。

建立可预期的反垄断监管,不仅要求提升法律和执法的透明性和可预测性,也要求执法机构进一步强化对市场反应的预期,实现并提升监管机构和市场主体之间的双向可预期性。反垄断执法机构可借鉴宏观经济管理中的“预期管理”理念,这就好比在查处个别违规“参赛者”时,要考虑到对整个相关体育比赛、甚至对相邻赛场参赛者带来的预期和行为变化,因而要重视执法对市场活动的直接和间接影响,以及对市场投资和创新可能带来的“叠加效应”“乘数效应”,并根据对这些市场活动可能变动的预期,选择当下最优监

作者:林平,山东大学讲席教授、山东大学经济学院院长。

管政策和监管措施。^①

另外,与拥有主动调节宏观经济政策目标和强有力调节工具的货币政策、财政政策定位不同,反垄断监管时,监管机构对宏观经济运行的考量,应当是“防范型”,即在执法政策制定、执法重点选择、个案判定、政策宣传等方面,既要注重避免执法对整个经济运行带来过大波动,也不能通过对反垄断监管的骤然放松以刺激经济增长。反垄断不是宏观经济调节的政策手段,在经济发展不同周期和时段,反垄断的主要任务只有一项,即保护市场竞争。

二、法律的“红绿灯”设置功能:避免“一刀切”

反垄断监管的根本性难题是,在大多数情形下(核心卡特尔协议除外),执法机构或法院必须依据企业行为的效果进行执法,即行为的合法性只能根据其对市场的影响,而不能根据行为本身是否发生来确定,这一点可能是反垄断与其他法律领域(如对偷窃、交通违法、知识产权侵权等行为的规制等)之间的一个根本性区别。在其他法律领域中,法律条文就能够划分清楚哪些行为是合法的(绿灯放行)、哪些行为是违法的(红灯禁止),执法机构和法院的工作只是搜集、评估和核实涉案行为的事实依据。而在反垄断法体系中,“红绿灯”设置通常是在执法阶段由执法机构或法院来设定的,法律只能做一般性规定,即对具有或者可能具有排除、限制竞争效果的行为予以禁止,否则放行;执法机构既承担行为是否发生的举证责任,同时也必须证明行为的反竞争效果。

现代经济学中一个分支,即产业经济学,专门研究企业市场中各种竞争策略的诱因和效果。经济学告诉我们,从理论层面,除了赤裸裸的卡特尔协议(固定价格、产量/销售配额、市场分割、竞标串谋)之外,其他任何一种经营者行为,包括滥用市场支配地位和企业兼并,在某些条件下可能是反竞争的,但在另外一些条件下又可能是促进竞争或者是竞争中性的。例如,支配企业用搭售行为将其在搭售产品市场中的市场力量传递到被搭售产品市场中,即所谓的“传导效应”,可能是反竞争的,但有时也可能利于保障产品质

量,从而促进市场竞争。独家交易协议可能会排除竞争者进入市场,但有时候也具有防止竞争对手搭便车的作用,从而有利于提高供应商培训分销代理商、推广其产品的积极性。又如拒绝交易和差别待遇等行为,都可能兼具反竞争效应和促进竞争效应。另外,同一种企业行为可能在市场竞争的一个维度(比如质量竞争或者推广服务方面)促进竞争,但同时另一个维度(比如价格竞争)具有反竞争效果。

与经济学理论一致,各国反垄断法对支配企业行为和经营者集中的合法性,不做“一刀切”式的界定,而只做出原则性规定。如我国《反垄断法》第十七条禁止经营者“没有正当理由,以低于成本的价格销售商品;没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易;没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易;没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件;没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇。”换句话说,对滥用市场支配地位行为的判定和评估时,应当采用“合理推定”原则,而不能采用“本身违法原则”。

三、个案“红绿灯”开关在执法机构之手:应强化经济学分析

除了核心卡特尔之外,反垄断相关法律对具有市场支配地位企业的行为和经营者集中避免采取“一刀切”规则。在实际执法中,个案的“红绿灯”的开关则掌握在执法机构和法院手中,全球竞争法体系大多如此。

具体说,反垄断执法和司法机构基于行为证据进行效果分析。执法机构或者原告提供客观、准确、足够的事实证据以及涉案行为反竞争效果的证据。执法机构基于事实证据和分析证据(包括涉案经营者提供的抗辩理由)等信息,建立相应的竞争损害理论,对涉案行为是否具有排除、限制竞争效果做出认定或判定,并设计合理的救济措施。

但是,反垄断语境中竞争效果的准确涵义到底是什么?这一问题在我国《反垄断法》实施13年之后,仍未得到充分讨论和形成共识。首先,竞争效果既是一

^① 也许有人会问,对个案中反竞争行为处罚时,理应伸张正义,为何要考虑对其他市场经营者活动的影响?这一问题,可在Easterbrook(1984)“误差-成本”框架中找到理论支撑。简单说来,反垄断执法对整个市场活动的影响与监管误差的社会成本直接相关联。

个专业术语,也是一个法律术语。与老百姓理解的公平竞争、有序竞争差异很大。其次,“经营者行为竞争效果”概念的内涵在产业经济学中早已有了共识,即导致社会总福利水平下降的行为即为反竞争行为;反之则为正常的竞争行为。再次,世界上已建立竞争法的130多个国家与地区的竞争法体系,大都采用了所谓的“消费者福利标准”,即将降低消费者福利的行为定义为反竞争行为,反之则为正常的竞争行为。加拿大的竞争法则采用了上述经济学家普遍赞同的“社会总福利标准”。

我国《反垄断法》中关于滥用市场支配地位行为的条款中“没有正当理由”的界定,笔者认为,从经济学角度,就(应该)等价于相关行为导致相关市场中消费者福利/社会总福利下降。如果相关行为不能带来成本的节约和效率的提高,或者带来的效率提高不足以抵消行为带来的负面竞争效果,则该行为就不具备反垄断意义上的“正当理由”。法律中关于经营者集中排除、限制竞争或者可能排除、限制竞争的界定,也是以选定的福利标准为尺度的。

反垄断法体系中的消费者福利概念,与消费者保护法律体系中的消费者权益概念不同。反垄断法旨在保护市场竞争机制,以实现其资源最优配置的功能。在正常的市场竞争中,企业和产品优胜劣汰,效率更高,能提供更加符合消费者偏好、质量更高或价格更低产品的经营者的市场份额不断扩大,这必然伴随着在竞争中落后经营者的市场份额不断缩小,乃至其营业收入不能弥补其必要的生产和营运成本,尽管这些经营者也许仍然有忠诚的消费者。竞争法旨在保护相关市场中消费者的整体福利,这不仅包括涉案企业的消费者,也包括相关市场中其他经营者的消费者的福利;不仅包括当下消费者整体福利,同时也包括未来消费者整体福利。如果经营者行为能够提高整体消费者福利,该行为就是促进竞争的;反之,如果经营者行为损害了消费者整体福利(不是仅仅某些个体消费者利益),该行为就排除、限制了竞争。

与之不同的是,在个案中,消费者权益保护法主要保护案中个体消费者,以防止其遭受经营者的欺诈、误导或其他损害消费者合法权益的伤害。在数字经济时代,面对规模巨大的平台供应商,个体消费者更加处于弱势地位,市场中海量数据及更加严重的信

息不对称降低了经营者误导、欺诈消费者的成本,或致使经营者过分搜集和滥用消费者数据,此类行为属于其他相关法律,如《消费者权益保护法》《电子商务法》《反不正当竞争法》以及《个人信息保护法》规制的对象。

反垄断法与上述相关法律具有互补而非替代关系。若适用反垄断法来规制应该属于其他法律管辖的经营者行为,很可能削弱反垄断本来的功能。

四、精准监管的“二层次”框架:执法重点选择与个案把关

在执法机构资源有限的约束条件下,对反竞争行为的精准监管,应包括(1)执法重点行为类型或行业的选定,以将有限的执法资源用在边际社会福利贡献最大的领域;(2)在个案的分析与判定中,做到精准监管。

首先,鉴于“效果为准”的反垄断执法原则,执法机构往往在限定的时期内事先确定执法重点领域,以提高其执法计划的透明度和可预见性。执法重点领域可以按照违法行为划分,也可按照行业类别划分,或者二者结合。美国最高法院曾明确指出,卡特尔行为是反托拉斯的最终极邪恶。其他法域也通常把打击卡特尔列为执法的首要重点。新加坡和我国香港特别行政区在2004和2015年分别开始实施各自的竞争法,明确公布侦破和处罚卡特尔协议是其首要执法重点。

目前,我国学术界和实务界已经形成共识,反垄断执法要避免“不监管、松监管”与“过度监管、过严监管”两个极端。过去一段时间,反垄断执法在全方位监管的同时,将平台经济领域比较突出的强制性“二选一”行为作为执法重点,充分体现了执法重点领域选择的精准性。

其次,在执法重点行为类型或者行业领域选定之后,下一步需要进一步重视的,是个案中的执法精准性和专业化。在每个执法重点领域,无论是垄断协议、滥用市场支配地位行为,还是排除、限制竞争的经营者集中,在个案的执法中需避免宽松监管与过度监管。

在个案的分析和判定中,经济学分析是反垄断执法所必需的。经济学并不只是简单的“计算工具”,它的重要性在于提供和建立企业行为的竞争损害理论,揭示企业行为促进和减少竞争的渠道和影响幅度,设

计合理的恢复市场竞争原状的救济措施。可以说,经济学分析的应用是反垄断个案中设置好“红绿灯”的必要条件。

在反垄断个案分析中,执法机构同时需要平衡执法第一类误差的社会成本与第二类误差的社会成本。笔者认为,伊斯特布鲁克(Easterbrook,1984)的“误差-成本”极小化框架是实现上述两类误差社会成本最优平衡的科学框架。在“误差-成本”极小化的执法力度水平上,执法力度的进一步提升带来的“错杀”的边际社会成本正好与避免“漏杀”的边际社会成本相抵消,任何高于这一水平的执法力度将导致给定个案中的过度执法,任何低于这一水平的监管则意味着监管力度不足。采用这一框架,可以使对反垄断科学监管问题的讨论从抽象的哲学辨析,转化为一个有具体分析框架的决策理论分析,这也是经济学对反垄断科学监管的贡献。

五、反垄断监管机构的自由裁量权与独立性:信息经济学的启示

各国竞争法执法机构通常都具有法律赋予的自由裁量权,这一自由度体现在执法重点的选择、对涉嫌违法行为的调查、取证和对涉案行为的处罚等各个方面。从学理上讲,可从以下角度理解为什么反垄断执法机构应当具有自由裁量权。

首先,反垄断监管是一项专业性非常强的工作,执法机构人员应基于法律、经济相关学科背景,具备理解市场竞争,以及判定经营者行为竞争效果的专业知识和技能,他人不能代替或者依靠指令来全面主导执法机构工作。其次,从法律设计角度,赋予执法机构自由裁量权常常被视为保证执法机构独立性的一个必要条件,否则独立性无从谈起。再次,从执法资源配置方面,执法机构应当具有相应的自由度来优化自己的执法工作,包括选定执法的重点领域、执法的重点目标、个案裁定的处罚和救济措施设计,以实现有限执法资源的有效配置。当然,反垄断执法机构的自由裁量权不能过大,否则其行为和执法效果会偏离法律的本来目标。

无需赘述,执法机构的相对独立性是保证反垄断有效监管的另一个重要前提。从信息经济学角度来

看,反垄断执法的相对独立性包括两个层次,一是执法工作是否相对独立,二是市场和公众是否认为和相信法律实施是相对独立的。反垄断执法机构既要做到执法相对独立,同时也要市场相信。

由于信息不对称,对于执法机构保持执法的相对独立,市场是看不到和观测不到的。即便执法机构有此决心并做到,但这一事实上属于“私有信息”(private information),外界往往很难观测。由于反垄断执法的专业性、执法机构应有的酌情裁量权和法律条款的弹性(比如1%-10%的法定罚款区间),即便是在执法透明度较高的情形下,市场也不能够完全判断和区分执法机构的真实行为,市场只能通过可观测到的信息,如机构如何设置、人员配置、典型案例等相关信息来推断执法的相对独立性。

当法律中规定有多种目标时,特别是执法机构所从属的政府部门具有多种政策目标时,市场根据观测到的信息对执法机构推断的结果未必完全属实,可能出现市场“误解”执法机构或者是执法机构“有口难辩”的情形。因此,从信息经济学角度来看,执法机构的设置实际上是传递信息的一个重要且“可信”(credible)机制。

2018年国务院机构改革前,我国反垄断行政执法工作分别由商务部、国家发展改革委、原工商总局分别承担。机构改革后,三家执法机构的合并,使反垄断执法职责分别从我国产业政策主管部门和对外经贸监管部门脱离出来,大大提高了我国反垄断执法的统一性和相对独立性。2021年底国家反垄断局的成立,进一步提高了我国反垄断执法的权威性。但在提高相对独立性方面,笔者认为,仍有进一步改善空间。一个更具独立性和权威性的机构,并配置足够数量人员的高质量专业化执法团队,可使我国反垄断监管的可预期性进一步提高。

参考文献:

- 1.Easterbrook, H. Frank. The Limits of Antitrust. Texas Law Review, 1984, vol.63(1).

责任编辑:杨晓红、杨文