

# 论垄断行为入罪化的限度

金善明

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

**摘要:** 反垄断法是垄断行为规制的制度性工具,其实施效果取决于责任体系的合理设置;《反垄断法》针对垄断行为已经设置民事和行政责任但并没有刑事责任的规定,因而是否应将垄断行为入罪化,一直是中国反垄断立法和执法中的争议点,责任设置应与法益保护需求相应适应;通过对《反垄断法》责任机制进行评估发现,既有的责任规范能够形成有效的威慑力,并对垄断行为予以有效规制,因而没有必要导入刑事责任制度。

**关键词:** 垄断行为; 入罪化; 谦抑性; 立体刑法学

**中图分类号:** D922.29; D924

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1671-0398(2017)06-0068-07

## 一、垄断行为规制刑事化与否之争

市场经济是现代国家发展国民经济优先采用的体制与模式,通过竞争不断激发市场参与者的积极性和创造性,从而带来较其他经济体制与模式更高的绩效。竞争是市场经济的核心机制,也是市场经济正常运行的动力源泉,但竞争既非天然存在也非当然永恒,“竞争往往会埋下毁灭自身的种子”。竞争具有其脆弱的一面,时常因人为或客观因素而消失在市场之中。如经营者为了避免“两败俱伤”而与其他经营者联合,消极抵制竞争;抑或经营者因自身经营有方而在某一行业或领域内独占鳌头,并滥用这种地位抑制竞争、侵害消费者利益。此类行为通常被称为垄断行为,市场运行中并不鲜见,对竞争机制能否正常发挥作用存在着直接威胁或潜在风险。因此,市场经济国家通常对此给予充分的法治关注,反垄断法便成为近百来市场经济国家规制垄断行为的基础性法律和制度工具。

也正是因为此,反垄断法被赋予了诸如经济宪法、自由企业的大宪章等各种美誉,以强调其在市场经济中的地位和作用。尽管这在学理上仍有诸多争论,但反垄断法被视为垄断行为的重要规制工具是没有问题的,其力量源泉在于反垄断法所包含的责任机制具有巨大的威慑力。当然,也因各国(或地区)情况的差异,反垄断法责任设置也有所区别,其中值得关注的便是是否导入刑事责任。放眼全球,

从制度构建角度来说,反垄断法对垄断行为是否给予刑事责任制裁主要有两类规范设计:一是如美国《谢尔曼法》将罚金和自由刑作为其责任机制之一;二是如欧盟竞争法主要以罚款为主的制度设计而不涉及刑事责任。这两种不同类型的责任设置,在中国反垄断立法过程中以及后来的《反垄断法》实施中都引发了一个争论。即反垄断法对垄断行为进行规制和制裁时是否应设置刑事责任。

对此,国内学术界形成了两种观点。一种观点主张我国反垄断法应导入刑事责任,其原因在于非法垄断行为直接侵害自由、公平的有效竞争秩序,破坏市场经济的自由根基,进而损害国家利益、整体经济利益和社会公共利益,具有“应刑罚性”<sup>[1]</sup>。另一种观点则通过考察主要国家(或地区)反垄断立法中的责任设置情况后指出,慎刑原则是各国(或地区)反垄断法在刑事制裁运用上所共同遵循的一项原则。这既是刑法谦抑性原则反垄断法上的具体反映,也是反垄断法本身特性所决定的,相应地,反垄断法应实行非刑事化<sup>[2]</sup>。在这些观点争论中,慎刑主张在学术研讨中似乎并没有占据主流,随着我国反垄断立法进程的推进,更多的学者强调威慑对于垄断规制的重要性,反垄断法制裁手段就在于构筑一个有效的威慑体系,而威慑被认为是刑罚的主要目的,因而引入刑事制裁是构筑反垄断法有效威慑体系的关键要素<sup>[3]</sup>。

不过,也有学者指出,在反垄断法中导入刑事制

收稿日期: 2017-09-10

作者简介: 金善明(1980—),男,安徽天长人,中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士

裁,应该有其适用边界,即只能适用于那些对市场竞  
争具有致命性打击的垄断行为,仅对固定价格、划分  
市场、串通投标等卡特尔进行严厉制裁、追究刑事责  
任<sup>[4]</sup>。也就是说,即便构成垄断行为但因不同的垄  
断行为所产生的经济影响以及对市场竞争的损害程  
度也会有所不同,因而在垄断行为规制刑事化的主  
张中也呈现出了相应的差异化,即要求仅对最严重  
的损害竞争行为如核心卡特尔设置刑事责任而非所  
有的垄断行为皆设置刑事责任。这也折射出,尽管  
反垄断法强调威慑力,但慎刑仍是不可忽视的原则,  
只是主张中国垄断行为规制非刑事化是最彻底的  
“慎刑”<sup>[2]</sup>。值得注意的是,主张慎刑原则并不意  
味着对垄断行为规制不课以严厉处罚,而是要求结  
合特定国情并依据反垄断法自身属性采取对症下药  
的方法来合理规制垄断行为。

我国2007年颁布的《反垄断法》最终采用了彻  
底的慎刑原则,即没有针对垄断行为设置刑事责任,  
却设置了严厉的罚款制度<sup>①</sup>。然而,有关垄断行为  
规制刑事化的主张并没有因此消失,《反垄断法》实  
施后,仍有学者也有实务工作者主张,针对我国日益  
猖獗的垄断行为,《反垄断法》应导入垄断行为的刑  
事责任,将垄断行为入罪化<sup>②[5-6]</sup>。毫无疑问,在经  
济转型期,我国市场运行中各式垄断行为层出不穷,  
对市场竞争确实造成了扭曲和伤害,但是否应该导  
入刑事责任抑或将垄断行为入罪化,不能仅凭一时  
感情而用事,而应更多地挖掘制度背后的应然追求。  
当前,《反垄断法》开始启动修改研究工作,对垄断  
行为规制是否应刑事化予以深入研究,探究其是否  
应入罪化,其限度何在,不仅恰逢其时,更是理论回  
应现实的客观诉求。

## 二、垄断行为的法益侵害与责任设置

竞争在市场经济运行中具有举足轻重的作用,  
不仅能够激励市场参与者积极改善自身管理、加强  
研发、促进创新,更是在此基础上能够提高经济运行  
效率,增加社会总福利,赋予消费者更多的选择权。  
但市场经济运行中,垄断行为时常对竞争造成不必  
要的干扰和扭曲,破坏市场经济正常运行所需的市

场结构和秩序环境,实际上造成了不经济的后果,其  
行为也具备了一定的社会危害性。此时,垄断行为  
也就成了国家法律关注的对象,其缘由在于不恰当  
的行为可能造成了法益侵害。法益侵害是传统刑法  
上的概念,刑法的目的在于保障行为规范的效力,而  
行为规范的目的则在于保护法益<sup>[7]</sup>。但法益侵害  
现象并不仅仅发生于刑法领域,市场经济运行中的  
垄断行为对相关法益也可能造成不可避免的损害。  
这就首先要理解现代法治演化的一般规律,其中蕴  
含着法治资源和工具的一般化,尤其是对日益复杂  
的经济规制更需要从法治整体角度进行把握和  
完善。

随着法治日趋现代化,局限于某一法律部门的  
概念范畴逐渐展现出超越原属部门概念范畴的倾  
向,而溢出成长为整个法治体系中更具一般属性的  
哲学基础和法治资源。法益概念虽起源于刑法之  
中,但法所保护的利益这一法治一般现象并非为刑  
法所独有,整个法律体系中相关法都应有自身的保  
护利益。因此,特定的法律应与相应的法益相对应,  
但这种保护的利益受不同的法所保护的程  
度可能所有差异,其最大的差异主要体现在调整手  
段和制裁方式。传统的囿于法律部门划分之下的调  
整手段和制裁方式主要分为民事、行政和刑事三类,  
与之相对应的责任形式则是民事责任、行政责任和  
刑事责任。随着法治资源一般化,诸如此类的法治  
工具不再与传统的法律部门成一一对应关系,在规  
制实践中更多地根据规制对象和规制诉求而被不  
同程度地予以运用。这一法治演化路径在垄断行  
为规制中得到了最直观的体现和贯彻。

垄断行为是竞争运行中不可避免的市场现象,  
这是由于竞争是兼具相互角逐的过程和优胜劣汰  
的结果于一体的市场机制,经营者身处市场竞争之  
中时刻面临着来自竞争对手的压力,因而千方百计  
地想在市场运行中获得竞争优势或避免竞争,其结  
果也就是有意或无意地去实施垄断行为而规避竞  
争。这一行为的结果便是改变了市场结构和秩序环  
境,抑制甚至是扼杀了竞争,从而为国家依据反垄  
断法发起垄断行为规制提供了正当

① 《反垄断法》针对垄断协议和滥用市场支配地位两类行为设置了较为严厉的罚款制度。即如果经营者实施了这两类行为,依据其行为性质、程度和持续的时间等因素,即可考虑“责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”。参见《反垄断法》第46、47条。

② 如有学者指出,我国“应当顺应世界潮流,将严重的垄断行为予以犯罪化”;也有人代表指出,“对情节严重的不正当竞争行为和垄断行为进行刑事惩戒”。

性。反垄断法是现代市场经济建设进程中至关重要的法律规范,应保护市场经济运行中的有序竞争之所需而生,以营造和保护良性有序的竞争格局和竞争环境为核心内容,其法益主要表现为由竞争者利益、国家利益以及社会公共利益等所构筑的利益保护体系<sup>[8]</sup>。可见,反垄断法如同传统的刑法一样也拥有自我保护的法益,而且从结构体系上来看,反垄断法所保护的法益更为立体,从“个体—国家”的二元利益保护格局演化为“个体—社会—国家”三维利益保护系统,调整手段和制裁方式也发生了相应的变化,即突破法律部门划分下的公私分立的调整思维,以民事、行政和刑事等责任和手段并用的法治一般工具来规制垄断行为,以起到标本兼治的目的。

然而,在经济社会化背景下,规制手段的多元化、综合化、规范化并不意味着各国(或地区)在实际规制中所采用的手段就应趋同化、统一化,而是应根据各自情形采取具体问题具体分析的方法来思考和解决问题。在讨论垄断行为规制,尤其是在构建我国反垄断法制度体系时,大多数学者都偏好于比较分析方法,从相对发达的市场经济体借鉴和吸收其反垄断制度和经验。虽然这对我国反垄断法制度的建立和完善具有重要意义,但若不加甄别,那么移植或借鉴的结果很可能便是“橘逾淮而枳”,不仅达不到预期目的,反而带来效率减损。

就我国反垄断法研究和制度借鉴中最常接触的美国反托拉斯法和欧盟竞争法来说,两者在责任设置方面就颇具不同。首先,在民事责任方面,美国反托拉斯法更多地是强调三倍损害赔偿,明显严于欧盟的一般民事责任;其次,欧盟竞争法更多地强调罚款,而美国反托拉斯法并没有严格的概念与之相对应但存有罚金制度;还有,就是欧盟竞争法中没有明确的刑事责任制度,而美国反托拉斯法则不仅规定实施托拉斯行为的任何人要承担罚金,而且对其中的相关自然人追究罚金或自由刑的刑事责任。不过,由于所处法系不同、法治文化差异等因素影响,以及美国与欧盟的组织机构之间根本区别,各自的反垄断法所设置的责任机制有所区别也在所难免。值得注意的是,两大经济体的反垄断法责任设置差异,也或多或少地影响着我国反垄断立法中有关垄断行为规制的责任设置,或者在一定程度上引起了学理上的争论。我国反垄断立法究竟应采取何种模式或思

路,2007年,全国人大常委会通过的《反垄断法》已经给出答案,即针对垄断行为,《反垄断法》并没有设置刑事责任。

由于《反垄断法》没有设置刑事责任,有关垄断行为规制是否应刑事化的争论也没有停息。至于为什么没有设置刑事责任,从官方途径来说不得而知,事实上,学术研究也少有涉及。但从与之相关的文献中可知一二的是,我国反垄断立法以欧盟竞争法为蓝本<sup>[9]</sup>,由于欧盟竞争法没有规定刑事责任,所以《反垄断法》中也没有刑事责任的设置。毫无疑问,这不是《反垄断法》不设置刑事责任的决定性因素。因为两个经济体的情况不同,其中最明显的差异便是欧盟不是一个现代政治意义上的国家而是国家的结合体,因而不具有主权属性的刑事责任设置和处置能力。而中国则不同,从主权角度不存在设置障碍,但依然没有设置刑事责任却设置了类似于欧盟的罚款制度,即“上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”。这一制度在后来的反垄断法实践中确实起到了威慑作用,但现实中有关于刑事责任的呼声并没有远去。那么,《反垄断法》究竟该不该设置刑事责任尚需要研究,但首先应对《反垄断法》既有的责任机制能否提供有效的规制和威慑力进行合理评估。

### 三、《反垄断法》责任规范的评估

垄断行为通常会产生排除、限制竞争的效果,继而扼杀了市场竞争的动力和创新,造成效率减损、福利下降,因此备受各经济体关注并通过反垄断法予以严格规制。《反垄断法》对此设置了民事和行政责任,但无论学界还是实务界仍有导入刑事责任主张的呼声。《反垄断法》是否应将垄断行为作入罪处理,首先应对我国既有的责任机制能否有效规制垄断行为作合理评估后,再行讨论其入罪化的必要性或正当性。

#### (一) 反垄断民事责任的规范效果

民事责任是指有民法规定的对民事违法行为人所采取的一种以恢复被损害的权利为目的并与一定的民事制裁措施相联系的国家强制形式<sup>[10]</sup>。民事责任是侵权损害的最初和最基本的救济手段。反垄断民事责任的范畴并不若普通民事责任那般宽泛,主要有两种类型:排除侵害及损害赔偿。《反垄断法》第50条虽没有直接规定“民事损害赔偿”,但指出经营者应“依法承担民事责任”。

由于《反垄断法》本身并没有对民事责任形式作进一步细化,而垄断行为作为侵权行为之一种,因而并不能排除《民法通则》、《侵权责任法》等法律中所涉民事责任的一般规定之适用。《反垄断法》民事责任不仅包括赔偿损失,还应包括停止侵害、消除危险等形式<sup>[11]</sup>。损害赔偿被认为是《反垄断法》中最主要的民事责任形式,这不仅是因为损害赔偿责任是最为常见、最普遍适用的民事责任,而且是因为垄断行为不论是对具体的经营者的侵害,还是对社会公共利益的侵害,都会在一定范围内造成他人利益的损失,都应当通过承担损害赔偿的方式进行弥补。

《反垄断法》所规定的损害赔偿实质上是实际损害赔偿,主要是强调违法行为者实施垄断行为给受害者造成损失,而对其实际造成的损失进行赔偿,该损失包括直接损失和可得利益损失两部分。实际损害赔偿制度的补偿性显得严重不足,并不具有预防和威慑垄断行为的功能。也正是因为此,有学者主张,我国反垄断民事责任应引入惩罚性赔偿制度,其目的在于遏制、阻却违法垄断行为的再次发生,营造一个自由公平竞争的市场交易环境,提供市场交易效率,促进社会财富总量的增长<sup>[12]109-110</sup>。但也有学者分析指出,《消费者权益保护法》已经引入了双倍损害赔偿制度,在考虑到固定价格、限制产出或者分割市场等恶性卡特尔对消费者利益的动机,《反垄断法》对恶性卡特尔的成员企业不应当排除它们承担双倍损害赔偿责任的可能性<sup>[13]</sup>。

由此可知,尽管《反垄断法》没有导入惩罚性赔偿制度,但对恶性卡特尔行为并不排除依据《消费者权益保护法》所规定的“双倍损害赔偿制度”予以处罚。当然能否作如此推定或扩张性解释,值得商榷,但无论如何这种初衷是好的,对垄断行为给予严厉打击。毫无疑问,在行政执法不彰或者偏好运动式执法的情形下,惩罚性赔偿确实能够激励受害当事人积极行使自身诉权,客观上也能够有效地遏制垄断行为、保护市场竞争。

## (二) 反垄断行政责任的威慑力

竞争时常因多种因素而被排除、限制或扭曲,相应地,矫正被扭曲的竞争、维护市场竞争仅靠民事责任难以有效实现这一目标。民事责任意味着,被扭曲的市场竞争仅在当事人通过维护自身利益之诉而实现竞争秩序的恢复与保护之客观效果,但私人诉讼或执行并不能彻底解决市场竞争的限制或排除问题。被扭曲的竞争通常依赖于公权力的介入而得以

矫治或恢复,从而在公益和私益之间寻求平衡并协调两者之间的矛盾与冲突。反垄断执法机构提供权利救济、追究违法行为责任,必须以反垄断法规定的行政责任为制度前提和执法依据;否则,便可能因有悖现代行政法所强调的“依法行政”原则而致使反垄断行政执法失去存在的意义。

垄断行为已超出了传统的民法调整范围,民事法律责任已不能完全确定垄断行为的违法性质,侵权赔偿的民事责任形式也不能有效的规制和排除垄断以及保障市场机制正常运转,需要国家运用综合的法律手段积极干预经济生活。在反垄断法中设定行政法律责任极为必要以此弥补民事法律责任规制垄断行为的不足<sup>[14]</sup>。反垄断行政责任制度是指经营者、竞争者以及反垄断执行机构等有责主体,违反反垄断法规定,所应承担的否定性的、强制性的行政制裁后果<sup>[12]158</sup>。行政责任更多地意味着行政执法机构依法对行政相对人抑或垄断行为实施者课以诸如罚款等制裁措施,使其承担不利益。反垄断行政责任的形式多样,具体主要表现为行为责任、财产责任、人身责任和资格责任等<sup>[15]</sup>。但行政责任在一国反垄断法实施中究竟以何种形式呈现,与其所采用的执法体制和模式以及其所处的制度环境、文化传统、经济社会发展程度等因素不无关系。但罚款被认为是各国(地区)反垄断法运用得最普遍、最有利于形成有效威慑的手段。世界上几乎所有国家(地区)的反垄断法都规定了行政罚款这种制裁手段<sup>[16]178-188</sup>。《反垄断法》第46条至48条均规定罚款这一行政责任承担方式,罚款成为《反垄断法》实施后执法机构最常用的、也最为严厉的执法措施。实践中,罚款除具有适度威慑作用外,还兼有宣传《反垄断法》和提高经营者竞争意识的目的,因而行政处罚应适度为宜<sup>[17]</sup>。由于罚款在行政责任中具有重要位置,而且《反垄断法》所设置的罚款阈值是“上一年度销售额百分之一以上百分之十以下”,是个极具威慑力的额度。反垄断法本身的不确定性,也加剧了行政罚款的威慑力。

目前,《反垄断法》关于罚款的规定不够量化,罚款数额缺乏细化的计算标准,罚款幅度的裁量因素较为抽象,没收违法所得与罚款之间的关系失调。为此,我国制定《反垄断行政罚款指南》具有迫切的必要性,同时可以考虑废除《反垄断法》关于“销售额1%”的罚款下限规定<sup>[18]</sup>。从执法程序角度来说,相关部门通过指南或部门规章细化行政罚款抑或行政责任的实施细节,不仅是必要的,也是法治所

需要的。这样,既能增强制度的透明性,也能增强当事人对自身经营行为的可预测性。制度的本身并不是仅仅为了威慑,其目的在于通过威慑而能有效地预防和制止垄断行为。因此,在不断强调反垄断责任制度威慑力的同时,我国更应增强对行政相对人的保护,为其提供有效的救济保障措施。这是防止行政执法误伤经营者、挫伤其竞争积极性的制度保障,也是约束政府过度介入市场的有效机制。

#### 四、对垄断行为犯罪化的警惕

反垄断法中导入刑事制裁并不是普遍现象,并非所有国家(地区)都设置了刑事责任。由于刑法的谦抑性,对垄断行为是否应设置最严厉的威慑手段即刑罚制裁,是个颇具争议的话题。尽管《反垄断法》并未就垄断行为设置相关刑事责任<sup>①</sup>,但垄断行为严重破坏了正常的市场环境和竞争秩序,无法通过竞争激发市场参与者的积极性和创造性,降低了经济运行效率,因而应对垄断行为严惩不贷。相应地,有关将垄断行为入罪化的主张也就不足为奇了。

然而,反垄断刑事化模式或非刑事化模式的形成,有赖于特定的社会背景和时代环境。至于一国究竟是采取刑事化模式还是非刑事化模式,并不能简单一概而论,而应根据其经济发展程度、文化传统以及法治体系等因素综合考量。我国反垄断立法过程中,不少学者主张导入刑事责任,以应对日益猖獗的垄断行为,甚至指出,在反垄断法中设置(甚至强化)刑事责任是各国反垄断的通行做法<sup>[1]</sup>。其理由在于,非法垄断行为直接侵害自由、公平的有效竞争秩序,破坏市场经济的自由根基,进而损害国家利益、整体经济利益和社会公共利益具有“应刑罚性”。也有学者在主张导入反垄断刑事责任的同时指出,不应“神化”反垄断的刑事规定,反垄断的刑事化应有其限度,其措施、手段的运用应进行科学合理的安排,以达到最佳的威慑效果<sup>[3]</sup>。这也与其他学者通过比较研究和实证考察得出结论基本趋同,即各国(地区)反垄断法对于刑事制裁的运用是比较谨慎的,在反垄断法领域存在一项慎刑

原则<sup>[16]162</sup>。

《反垄断法》没有设置刑事责任,但并未终止有关垄断行为刑罚化的讨论,即仍有学者认为,“应当顺应世界潮流,将严重的垄断行为予以犯罪化”<sup>[19]</sup>。《反垄断法》中尚没有真正意义上针对垄断行为本身的刑事责任条款,而基于国内实践中出现的大量社会现实,以及国外纵向、横向经验的考察比较,在我国设定反垄断法刑事责任的必要性、可行性、紧迫性日益凸显<sup>[20]</sup>。对此,也有学者认为,我国反垄断法的规制之道应当紧扣特殊的经济和社会背景,紧扣公私融合的时代属性,实现《反垄断法》与行业和产业立法、反垄断机构与行业监管机构的协调配合。在此基础上,如果能够建立健全、必要的诉讼程序和机制,那么在《反垄断法》中针对垄断行为规定刑事责任的确可以增强《反垄断法》的威慑力和规制力<sup>[21]</sup>。当然,这在一定程度上体现了“慎刑原则”,但刑事责任并非万能,慎刑原则并不能抹杀其谦抑性,更不能忽视适用刑事责任国家的制度环境和执法体制。刑事责任在反垄断法中的导入和适用,主要体现为“双罚制”。即对单位课以罚金、对主要负责人或行为人处以有期徒刑等刑罚。

任何一项制度的导入,都应以现实需求为依据。我国垄断行为规制是否导入刑事责任,或者将垄断行为入罪化,应以《反垄断法》责任规范能否满足垄断行为规制需求为底线。也就是说,倘若《反垄断法》既有的责任机制难以适应当前垄断行为规制需要,那么导入新的责任机制便显得必要。上述有关《反垄断法》既有责任规范评估已经表明,平等主体之间因垄断行为而产生的损害可以通过《反垄断法》第50条的民事责任机制获得救济;如果业已发生的垄断行为造成的损害面大,难以通过私人执行对市场秩序和竞争机制予以矫治和保护,那么就应考虑反垄断行政执法,也就是行政责任尤其是罚款能否有效扼制违法行为、恢复竞争秩序。《反垄断法》所设置的“上一年度销售额百分之一以上百分之十以下”罚款阈值,无论是从制度层面还是执法实践来说,都已经形成了巨大威慑。至于在实践中,

① 尽管我国《刑法》第223条对串通招标投标行为课以刑罚,并依照该法第231条规定对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照相关规定处罚。由于新《刑法》颁布于1997年,正值我国确立市场经济建设目标之后的转型期,各类工程建设项目招投标行为层出不穷,严重损害了经济建设的市场秩序和效率,因而成为刑法规制对象。而串通招标投标行为,从行为要件分析来看,属于2007年《反垄断法》所规制的横向垄断协议之一种,也正是因为基于此,才有部分垄断行为具有刑事责任规制之说。但从《反垄断法》角度来说并没有为垄断行为设置刑事责任。

垄断行为依旧络绎不绝、甚至日益猖獗,则并非法律责任严厉性不足的问题;相反,在很大程度上是执法实践本身的问题。即是否积极执法、公正执法、公开执法等,从而形成实实在在的执法威慑力,而非仅是法律文本上的“威慑”。

不难理解,在司法主导模式下刑事责任存在的必要性和可操作性,而在行政主导的中国反垄断执法体制下,具有较为严厉的行政责任机制,尤其是行政处罚制度存在的情况下,导入所谓刑事责任益处或其运行效果并不见得就好。因为,责任机制的设置,旨在形成相应的威慑力,以预防和制止垄断行为的发生。唯有责任处罚适度,方能有利于经营者竞争积极性的发挥;否则,并不能有效激发经营者的创新精神。就《反垄断法》责任机制的设置来看,笔者并不倾向于导入所谓刑事责任,因为在法技术不成熟、裁量空间较大的情况下,刑事责任所产生的不利影响有可能大于其不利影响,继而挫伤经营者的竞争积极性,导致市场运行的非效率或无效率。何况实践已经证明,上述所分析的民事责任和行政责任,对我国市场运行中的垄断行为已经能够给予严厉的处罚和合理的矫治,而无须矫枉过正。因为过严的责任处罚,未必能够达到维护和促进市场竞争的效果,相反可能因噎废食而严重扼制或损害经营者的竞争积极性,有悖初衷——背离了通过反垄断法矫治和维护市场竞争的目的。尤其是,我国当前仍处于全面深化改革的阶段,宽松的市场环境对于经营者的企业家精神的激发具有不忽视的激励作用,过于严苛的刑事责任无疑将扼杀了本就稀缺的企业家精神和创新精神,最后损害的还是经济效率。因此,尽管垄断行为对市场竞争有着明显或潜在的损害,刑法仍应对其保持足够的谦抑性,现有规范下最佳

路径便是严格执法、公正司法,从而通过公权力介入或司法救济而维持市场竞争秩序。

## 五、结语

垄断行为规制在现代经济生活中无疑是项系统工程,反垄断法本身的不确定性和经济形势的多变性亦增加了规制的难度。加之,垄断行为对市场竞争的致命危害性,因而各经济体反垄断法都赋予了执法机构严厉的制裁措施,以形成有效的威慑力。但有效的威慑力并不意味着就一定要采取犯罪化方式和措施来予以规制。并非愈是严厉的处罚就愈能取得预期效果,垄断行为的规制应依据现代规制逻辑有自身的边界和限度。当既有责任机制,已经形成了有效的威慑体系,那么按照立体刑法学的构建理论<sup>①</sup>[22]来说,就没有必要再行构建或增加新的执法机制。否则,就是不经济,徒增规制成本而没有获得相对应的收益,有悖经济效率原则。何况,自20世纪五六十年代以来,西方国家普遍兴起一股非犯罪化的思潮,要求刑事立法缩小刑法的处罚范围,而以保护公共安全与秩序所必须或者“不得已”为限度<sup>[23]</sup>。犯罪化规制的目的在于防止违法行为的发生,提高和维护经济运行效率,更多地追求的是价值理性,而非基于实用主义价值观肆意地扩张规制工具和增添责任机制。垄断行为规制旨在通过反垄断法矫治和维护市场竞争,提高经济运行效率。若是单纯地增添规制工具和责任承担方式,而没有获得相应的预期效果,显然有悖规制初衷。因此,我国针对当前市场中垄断行为规制诉求,应以《反垄断法》规制措施和责任方式用尽为最大原则,充分发挥民事责任和行政责任在垄断行为规制中的作用,从而实现预防和制止垄断行为、保护市场竞争的目的。

## 参考文献:

- [1] 邵建东. 我国反垄断法应当设置刑事制裁制度[J]. 南京大学学报(哲学社会科学版), 2004(4): 14-19.
- [2] 李国海. 论反垄断法中的慎刑原则——兼论我国反垄断立法的非刑事化[J]. 法商研究, 2006(1): 12-16.
- [3] 王健. 威慑理念下的反垄断法刑事制裁制度——兼评《中华人民共和国反垄断法(修改稿)》的相关规定[J]. 法商研究, 2006(1): 3-11.
- [4] 郑鹏程. 美国反垄断刑事政策及其对我国反垄断立法的启示[J]. 甘肃政法学院学报, 2006(5): 95-100.
- [5] 胡剑波. 垄断犯罪立法研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2013: 43.
- [6] 梁峡林, 刘健. 在甘全国人大代表建议: 垄断行为情节严重应进行刑事惩戒[N]. 兰州晨报, 2012-03-14 (A05).
- [7] 乌尔斯·金德霍伊泽尔. 法益保护与规范效力的保障[J]. 陈璇, 译. 中外法学, 2015(2): 548-559.
- [8] 金善明. 反垄断法法益研究: 范式与路径[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2013: 119.

① 有学者指出,“立体刑法学”有两个理论基础:一是系统论和普遍联系的哲学基础,二是刑法效益的经济学基础。

- [9] 李剑. 中国反垄断法实施中的体系冲突与化解[J]. 中国法学, 2014(6): 138-153.
- [10] 余能斌, 马俊驹. 现代民法学[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1995: 659.
- [11] 刘迎霜. 浅析我国反垄断法中的民事责任[J]. 南京社会科学, 2009(1): 107-108.
- [12] 丁国峰. 反垄断法律责任制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- [13] 王晓晔. 反垄断法[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 376.
- [14] 曹海晶. 论反垄断法中行政法律责任的设定[J]. 华中师范大学学报(哲社版), 1995(3): 19-23.
- [15] 史际春. 反垄断法理解与使用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007: 314.
- [16] 李国海. 反垄断法实施机制研究[M]. 北京: 中国方正出版社, 2006.
- [17] 黄勇, 刘燕南. 垄断违法行为行政罚款计算标准研究[J]. 价格理论与实践, 2013(8): 27-28.
- [18] 袁嘉, 郝俊淇. 国际反垄断行政处罚款制度评析及其对我国的启示[J]. 价格理论与实践, 2015(5): 26-29.
- [19] 胡剑波. 垄断犯罪立法研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2013: 43.
- [20] 荣国权, 郑巍纬. 我国反垄断法刑事责任罪名的设定分析[J]. 中国刑事杂志, 2011(3): 67-70.
- [21] 冯辉. 刑事责任、有效规制与反垄断法实施[J]. 华东政法大学学报, 2011(2): 117-121.
- [22] 刘仁文. 构建我国立体刑法学的思考[J]. 东方法学, 2009(5): 3-12.
- [23] 于改之. 我国当前刑事立法中的犯罪化与非犯罪化——严重脱逸社会相当性理论之提倡[J]. 法学家, 2007(4): 54-63.

## On the Limits of Criminalizing the Monopolistic Conducts in China

JIN Shanming

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

**Abstract:** Antimonopoly law is the institutional tool of regulating the monopolistic conducts, whose effects depend on establishing the reasonable responsibility system. As we know, Anti-Monopoly Law has set up the civil and administrative responsibilities but doesn't stipulate the criminal responsibility. Therefore, whether to criminalize the monopolistic conducts in China is the dispute points in the middle of antimonopoly legislation and enforcement for a long time. Theoretically speaking, the responsibility system should adapt to the demands of the legal interest protection. Based on the assessment of the responsibility mechanisms in Antimonopoly Law of China, the existing responsibility provisions have produced the powerful deterrent against the monopolistic practices actually, so it is unnecessary to introduce the criminal responsibility mechanism to the Law.

**Key words:** monopolistic conducts; criminalization; the modesty principle; three-dimensional criminal law

(责任编辑 冯 蓉)