

# 我国垄断入刑刍议

朱正余

(湖南科技大学 期刊社, 湖南 湘潭 411201)

**摘要:**在我国反垄断法中是否规定刑事责任制度,需从2个方面加以考量,一是从刑事立法的角度加以考量的结果,二是从刑事法律适用的角度来加以考量。为了保障反垄断法的有效实施,规定相应的刑事责任条款是必然之选。

**关键词:**反垄断法;刑事立法;法律适用;刑事责任

**中图分类号:**D914      **文献标识码:**A      **文章编号:**1674-5884(2013)12-0126-03

2013年3月28日,中国“互联网反垄断第一案”奇虎360起诉腾讯滥用市场支配地位一案的判决结果在法学界备受关注。法律界人士认为,此次360与腾讯的纠纷本质上是目前中国互联网创新不足、缺乏竞争力的问题,而非竞争过度的结果,因此更需要反垄断法对行业垄断者的滥用市场支配地位进行规制,为新生企业的存活、发展、壮大提供良好的司法环境。尽管我国的反垄断法制定只有几年,但总体过于原则性,对一些细节部分没有进行详细说明这已是不争的事实,应该随着社会经济的快速发展而不断完善。

的确,目前我国的反垄断法已出台并实施,但其中部分规定的不完善,已使得其在反垄断中大打折扣。这其中有一个大家值得关注的问题即反垄断是否需要运用刑事手段的问题,亦即在我国反垄断法中是否要规定垄断行为为犯罪以及对其行为进行刑罚的问题。

关于反垄断法中是否要引进刑事责任制度,在我国法学界有三种观点。一种观点认为不应当规定刑事责任制度,因为垄断行为的社会危害性并不明确,而且反垄断法上的刑事制裁具有高度的替代性,完全可以用罚款来代替;从反垄断法自身来看,其具有模糊性,这使得罪与非罪之间难以界定清楚,如果贸然规定刑事责任,则可能出现滥用刑罚的现象;垄断行为具有隐蔽性,这使得对其刑事责任的追究难以实现,从而减损了刑事处罚的威慑力。另一种观点认为,有必要在反垄断法中规定刑事责任制度。持这种观点的学者从刑法的理论标准出发,对垄断行为进行了分析,从而认为垄断行为具有“应受刑罚性”。同时,通过对发达市场经济国家和地区的反垄断立法与实践进行了考察后,认为刑事责任是实现反垄断法立法宗旨所必不可少的法律手段。此外,我国竞争立法的进一步发展也要求强化刑事责任制度。有些学者还提出了“垄断罪”的概念。第三种观点是上述两种观点的折中,认为虽然应当规定刑事责任,但应当把握一定的度,做到适度的威慑<sup>[1]</sup>。

笔者认为,在我国反垄断法中应否规定刑事责任制度,应该从刑事立法和刑事司法的角度考察。既要在立法中规定反垄断的刑事手段,同时也要在刑事法律适用方面谨慎行事,把握一定的适用度。从刑事立法和刑事法律适用两方面考量反垄断入刑问题之间并不矛盾,也不能混同。

## 一 从刑事立法角度考量

### (一) 从罪刑法定原则角度考量

法无明文规定不为罪和法无明文规定不处罚是罪刑法定原则的基本含义。罪刑法定是我国刑法的基本原则,这不仅在我国刑法学界已成为通说,而且也是1997年修订的刑法的明文规定。刑事立法是否完备,要看它是否对现实发生的犯罪行为有适当的处理依据,看它是否适应和推动经济基础的发展。因此,根据罪刑法定原则的要求,对刑法不断地进行修改补充,使其适应社会生活的需要,应该是罪刑法定原则的应有之义。

“法无明文规定者不为罪,法无明文规定者不处罚”,某种行为是否构成犯罪以及是否追究刑事责任,均需有刑法的明文规定。我国现行的《反垄断法》,没有明确规定垄断犯罪行为,对于何种非法垄断行为构成犯罪,是否符合犯罪构成的一般要件,反垄断法都没有作出规定。由于我国反垄断立法对于何种垄断行为构成犯罪都没有明确的规定,用刑事手段打击垄断犯罪行为就缺乏相应的法律依据,打击垄断犯罪行为变得无法可依。对于目前出现的少数几种经济垄断行为,明知存在着垄断行为,却缺少相应的法律依据来进行规制,这也是司法实践中运用刑事手段规制垄断行为面临的困境。

### (二) 从国际惯例考量

当今世界经济比较发达的国家,如美国、日本,他们都在反垄断法中规定了刑事制裁措施,运用刑事手段来规制

垄断行为。美国是最早运用刑事手段规制垄断行为的国家,最早将刑事制裁运用在垄断法中。1890年的《谢尔曼反托拉斯法》就设定了刑事责任,虽然后来美国陆续颁布了一些反垄断法律,但真正起作用的还是《谢尔曼反托拉斯法》。该法自颁布以来,经过数次修改,才最终形成今天的反垄断法律地位。在数次的修订过程中,修订的主要内容是罚金数额和监禁期限。罚金数额的修订经历了一个由轻到重的过程,如2004年的最新修订规定,将对公司的最高罚金提高到1亿美元,而对个人的最高罚金则提高到100万美元,对个人的监禁期限最长提高到10年。总之,美国对于垄断犯罪行为,逐步加大了打击力度,反垄断的刑事化程度也在日趋提高。

1947年出台的《日本反垄断法律(关于禁止私人垄断及确保公正交易的法律)》,对于反垄断的刑事责任作了明确的规定,这些规定主要体现在第89条至第95条。在日本,《反垄断法》是关于经济交易方面的基本法律,在日本被称为经济宪法。该法集中规定了几种核心的垄断行为,其中尤以私人垄断罪和不当限制交易罪为重,对这两种垄断行为的处罚也比较严厉。日本的反垄断立法经历了数次的修改,对于反垄断的刑事责任则也是逐步加重,这也顺应了反垄断刑事责任发展的必然趋势。

美国和日本反垄断的特点是:对几种核心的垄断犯罪行为采取了“零容忍”的态度,只要这几种垄断犯罪行为一经证实,就可以认定具有垄断犯罪,当事人将会面临法律最严厉制裁。从美日等发达国家运用刑事手段打击垄断犯罪行为来看,其反垄断法的发展历程都是随着社会经济的进一步发展而出现的,其反垄断的刑事化程度也是逐步提高的。我国目前的经济已步入快车道,市场经济体系已初步建立,各种大的经济实体运用垄断操控社会经济的能力已经具备,因此运用刑事手段来对其垄断行为予以打击的时机已经成熟。

### (三)从立法的前瞻性角度考量

立法超前是一种社会客观存在,它是指社会统治阶级通过对社会发展的趋势和规律以及依据自己想要达到的社会秩序的愿望,转化为明确的法律规范,以引导、规范人们行为的活动。在刑事立法中,立法超前应当充分地反映社会未来的发展趋势和未来的犯罪变化特点,从而使其能够适应历史发展的要求,以保证刑事立法的相对稳定性。我国1997年刑法修订中强调了刑事立法的一定程度的超前性,从而使刑法更具预见性,有利于保持刑法的稳定性。例如,刑法对证券犯罪、计算机犯罪、黑社会犯罪的规定,都充分说明了这一点。

虽然现在我国国内的民营企业规模较小,但这些企业迟早是要发展壮大的,我们的法律不能等到他们实力壮大后已形成垄断后才有反垄断。这时如果法律跟不上形势,就可能面临严峻的问题。再说经过多年的发展以及国家政策的扶持,我国许多国有企业发展壮大,已成为市场的领头羊。这些国有企业依仗行政权力和国有垄断地位,有可能成为市场自由竞争的绊脚石。在中国“互联网反垄断第一案”奇虎360起诉腾讯滥用市场支配地位一案中,人们对于腾讯QQ在中国互联网市场的垄断是共识。据了解,腾讯的QQ活跃用户数已达到7.982亿,从市值上看是国内互联网不折不扣的老大。QQ即时通讯软件产品虽然

集合了非即时通讯的其它通讯功能,但该产品在中国即时通讯软件产品市场上,是占据了我国即时通讯软件产品市场的1/2以上的市场份额,QQ即时通讯软件产品是否还有其它的功能,不能改变其占据了我国即时通讯软件产品市场的1/2以上份额的确凿事实。

在我国推行改革开放的政策时,各发达国家的垄断集团已基本形成并且实力强大,它们早已把触角伸向了世界各地,而在他们国内相关的反垄断法律法规已相当完备,垄断的代价相当昂贵。而在经济发展相对落后的国家,反垄断的法律不完备或欠缺,这给了这些垄断集团可乘之机。随着我国改革开放步伐的加快,跨国集团进入我国的步伐也会加快,由于跨国集团本身已积聚大量的资本,因而具有极强的操控市场的能力,极易形成垄断。无论这些跨国集团以何种方式形成垄断,都会对我国经济社会造成不可估量的损失。最典型的有前些年的力拓、必和必拓和巴西淡水河谷联合起来,操控铁矿石的价格使我国的钢铁企业遭受巨大损失,钢铁市场遭到重创。我国面对这样一大群强势的国外企业,只有拿起法律武器予以制裁。如果我们的立法不对其加以规制,势必损害的将是整个市场,破坏的必然是整个中国经济。

### (四)从刑法的威慑角度考量

刑法的威慑作用是其它所有法律无可比拟的。刑法威慑分为刑事法的立法威慑与刑事司法威慑。立法威慑是指国家以立法的形式将罪刑关系确定下来,通过刑法规定犯罪应受刑罚惩罚的行为,并具体列举各种犯罪应当受到的刑罚处罚,这就为全社会提供了一份刑罚价目表,使知法欲犯者望而止步,悬崖勒马<sup>[2]</sup>。刑事司法威慑是指法院对犯罪分子适用刑罚,行刑机关对已判决的罪犯执行刑罚,使意欲犯罪者因目击他人受刑之苦,而从中得到警戒<sup>[2]</sup>。

在反垄断中规定和适用刑事制裁,能够对垄断行为起到很好的威慑作用。非法垄断行为本身具有严重的社会危害性和应受刑罚处罚性,对这种犯罪行为处以刑事责任,能够起到其他责任形式无法替代的威慑作用。在反垄断中运用刑事手段,对于威慑竞争者谨慎行事,制止严重危害社会,情节恶劣的反竞争行为,在任何时候都是必不可少的。“有效的威慑就是要让那些可能从事违法行为的人相信,一旦他们实施了这种行为,则很有可能被抓获并处以严厉的惩罚。在美国,刑事处罚——尤其是针对个人的刑事处罚——被证明是一种十分重要的威慑手段。”<sup>[1]</sup>

### (五)从垄断行为具有的危害性考量

违法行为的严重程度以及是否具有应受刑罚处罚性是判断给予某种行为刑事制裁的主要标准。对于几种核心非法垄断行为如价格垄断以及滥用市场支配地位等,它们既侵害了自由、公平的竞争秩序,破坏了市场经济的自由根基,也危害了中小企业的进一步发展,进而损害了消费者的权益,降低了整个社会的福利水平,最终使整个社会都陷入其中。尤其是当垄断行为发展到一定程度时,垄断行为会危及整个国家利益和社会公共利益。可见,非法垄断行为具有严重的社会危害性。各国反垄断法的目的在于:预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进市场经济的健康发展。因此,非法垄断行为的实施者如果在客观

上已造成或可能造成严重的危害社会、损害竞争机制的结果,主观上又存在故意或过失,达到犯罪的程度,就应受到刑事制裁。

## 二 从刑法适用角度考量

### (一) 从国际惯例考量

虽然刑事处罚是反垄断法制裁手段的重要部分,然而世界各国(地区)在反垄断上运用刑事制裁都是比较谨慎的。目前世界许多国家(地区)在反垄断领域运用刑事制裁都选择了慎刑原则。像美日这样典型的运用刑事手段规制垄断行为的国家,在对待非法垄断行为时都选择了慎刑原则。例如美国,美国的反托拉斯立法虽然规定了较重的刑事制裁,但在实践中对违反反托拉斯法的行为追究刑事责任是慎重的,况且对犯罪行为的惩罚也偏轻,尤其体现在判处监禁方面。据统计,1955~1993年,由美国司法部提起的反托拉斯案件中,共有1036件对公司进行了处罚,有520件对个人处以了监禁,有372件对个人处以了期限不等的监禁。1890~1970年,有19人在监狱里的总服刑期为28个月,平均每人的实际服刑期才90天左右<sup>[3]</sup>。

再比如我们的邻邦日本,对违反《日本禁止垄断法》的反垄断行为,适用也尤为谨慎。自该法制定到1980年代初期,公正交易委员会告发的刑事案件只有1件,那就是1974年的石油卡特尔事件。1974年2月15日,公正交易委员会以违反《日本禁止垄断法》第3条后段及第8条第1款的罪名向检察总长提出刑事告发,指控各石油公司约定提高石油产品价格以及石油联盟限制炼油量。对于后种指控,东京高等法院经过判决宣告无罪;针对前种指控,一直争讼到最高法院。1984年2月24日,日本最高法院作出最终判决,除两家公司以外,其他公司以及董事和职员被判有罪<sup>[3]</sup>。

### (二) 从我国经济发展的迫切性考量

很长时期以来,由于我国具体国情及社会文化等多方面的因素,竞争文化和竞争意识相对缺失。新中国成立以后,由于当时严峻的国际国内形势,我国的经济体制是高度集中的计划经济体制,经济的发展完全依靠行政机关的指令行事,经济发展缺乏竞争。“十一届三中全会”后,我国制定了改革开放的方针政策,计划经济体制逐步被市场经济体制所取代,竞争已逐步取代计划经济时代的指令。随着经济社会的进一步发展,潜藏在人们思想中的竞争意识逐渐被唤醒。而今,随着经济的高速发展,在市场中强大的部分企业具有较强的竞争优势,进一步强化反垄断法律的经济条件日趋成熟。虽然反垄断法的效能也逐渐为大多数人所接受,特别是在反垄断中运用刑事手段已为大众所接受,但在我国经济发展的现阶段,培育更多的市场主体参与竞争发展经济,仍是我国当下的主要任务。

在反垄断法中规定刑事责任并不意味着必须经常适用刑事责任。引入刑事手段是为了保护市场主体的公平

竞争,也是我国目前经济发展的迫切需要。因此,依目前我国的经济现状来看,并不需要强化反垄断法中的刑事责任,况且在我国当前的经济社会中垄断行为不占主流。我国目前只需要在立法中保持其对反垄断行为特有的威慑效果即可,也即给予反垄断行为刑事处罚必要的社会认同即可。

### (三) 从刑罚的谦抑原则考量

刑法是运用刑罚手段来调整一定的社会关系的部门法律,它是统治阶级维护其政治上与经济上的统治的最后法律防线。因此,统治阶级只有在不得已的情况下才能动用刑罚。刑罚的谦抑原则,是指刑法在介入社会生活时,应当尽可能地控制其介入的广度和深度,合理规定刑事处罚的范围与处罚程度<sup>[2]</sup>。虽然我国反垄断法中规定了垄断行为的民事责任、行政责任,但这对于不具有严重社会危害性的垄断行为予以规制足以,然而对于严重的非法垄断行为,必要的刑事处罚还是不可缺少的。

在当前国家安全和多元化发展成为世界发展主流的条件下,经济发展仍是各国的重头戏,刑法在特定条件下保持其谦抑性对社会的发展作用日益显著。反垄断在刑法谦抑原则的指导下,不应肆意扩大刑罚在反垄断中的运用。刑罚本身的特点决定了刑罚的实现代价太大,成本太高,对国家、社会、个人来说都是不愿意看到的。因此,在经济领域特别是垄断领域选择制裁方式,应该坚守刑罚的最后防线作用,只有经行政法、经济法、民商法调整后的行为才能犯罪化。

## 三 结 论

反垄断法是为规制垄断行为而生的法,在反垄断法中是否要引入刑事手段,应视具体情况而定。根据国际趋势以及我国当前经济发展的态势,反垄断中引入刑事责任制度是必然,也是顺应世界经济规律。我国目前的反垄断法未能顺应我国经济发展的现状,未能起到为经济的快速发展保驾护航的作用,给非法垄断行为提供了可乘之机。我国反垄断法忽视了刑事责任存在的必要性,使得反垄断法在实施过程中不能对非法垄断行为进行有效遏制。因此,要想有效反垄断,必须在我国反垄断立法中引入刑事手段。

### 参考文献:

- [1] 谭 袁. 中国反垄断法刑事责任制度研究[J]. 朝阳法律评论, 2012(1).
- [2] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [3] 李国海. 论反垄断法中的慎刑原则[J]. 法商研究, 2006(1).

(责任编辑 谢宜辰)