

金融危机与反垄断法实施

仲 春

(深圳大学 法学院, 深圳 518060)

摘 要: 反垄断法服务于社会发展和社会总体利益, 金融危机下可对其执法松紧进行适当的调整。反垄断法需要进一步细化以赋予执法机构调整执法的灵活性。金融危机下反垄断执法制度性完善需配合相应的惩戒措施。

关键词: 反垄断法 金融危机 调整 坚持

中图分类号: DF414 文献标识码: A DOI 10.3969/j.issn.1001-2397.2010.04.02

2007年底至2009年, 由美国次贷危机引发的金融危机在全球爆发, 世界主要经济体紧急采取了一系列的“救市”措施, 防止危机的进一步恶化与蔓延。这其中包括一系列由政府支持甚至主导推进对部分濒临破产金融机构及企业进行合并。^① 在金融危机的大环境下, 企业合并过程中的反垄断审查要么是走过场, 要么干脆被弃之不用。全球金融危机在向众多企业发出生存挑战的同时, 也促成了新“企业航母”的诞生。欧美国家面对金融危机, 反垄断执法遭到了巨大的挑战。金融危机与反垄断法之间的关系是本文的主要研究对象。虽然中国经济在这次危机中没有受到实质性的伤害, 也没有出现大规模的企业倒闭与重组现象, 由此我国的反垄断执法机构对此并无切身感受。但考虑到经济危机的周期性、经济全球化及我国经济与世界经济的愈加密切关系, 我们有必要未雨绸缪, 建立反垄断法对危机经济的应急措施, 避免出现法律与政府救市政策大规模冲突的危机, 尽力确保政府调整经济危机手段的合法性, 规避执政者的盲目性及短视

带来的危害, 以求经济长远的健康发展。

一、救市与反垄断的终极协调性

这次金融危机中, 不少人, 尤其是危机发源地——美国的诸多学者首先意识到反垄断法遭遇的执法危机: 政府挽救危机企业的许多策略不仅实体上可能与反垄断的精神相悖, 程序上往往也绕过了反垄断法。若仅从反垄断法自身来看, 这种担忧是有道理的。然而当我们将特定法律的实施放置在具体的时空背景下时, 我们将意识到金融危机的巨大破坏性使得我们必须从更高的角度来审视这个问题, 充分理解法律的价值、反垄断法与国家政策的冲突与协调, 而不应拘泥于法条。一般说来, 反垄断法通过禁止垄断协议、滥用市场支配地位以及滥用行政权力排除、限制竞争行为以及预先审查经营者集中行为来确保市场得以自由充分竞争, 提升经济效率, 保护消费者的利益。反垄断主要是对

收稿日期: 2010-01-07

作者简介: 仲春(1978-), 女, 安徽合肥人, 上海交通大学凯原法学院博士研究生, 深圳大学法学院讲师。

^① 例如, 在本次金融危机中, 美国五大投行中除雷曼兄弟因为政府不愿提供支援而破产外, 其他投行均接受了政府的资金援助, 包括在被其他金融机构合并中接受资金援助。其他国家如法国储蓄银行和大众银行的合并也被认为是政府主导促成的结果。法国于2008年10月紧急推出了3600亿欧元的银行业救助计划, 向包括法国储蓄银行和大众银行在内的法国六大银行注资105亿欧元。

正常经济状态下市场行为的监管,其一整套的运作方式及经济分析范式均建立在常态经济模式上。金融危机发生时,金融系统陷入混乱,丧失为经济活动分配资本的功能,支撑反垄断法及政策的原有的经济模型由于模型建立的基础——经济环境的转变而视乎危机影响程度部分或全部丧失其有效性。宏观环境的变化必将影响一系列法律的执行,其中包括反垄断法。生搬硬套原有的法律制度显然是得不偿失的。反垄断法虽然是以消除垄断和其他各种限制竞争行为为目标,但最终却是服务于社会发展和社会总体利益的,因此,反垄断法需要协调好现实目标与终极目标之间的关系,从社会发展与公众利益的角度考虑来设定规则并付诸实施。因此,金融危机下政府采取的市场干预措施与反垄断法实施的终极目标并不冲突,体现在:

(一)金融危机的巨大破坏性使得危机法及政策目标处于高位阶

法的价值是一个多元化的庞大体系,其中包含着不同的价值准则,每一种价值都有自身相对独特性。法律所追求的多重价值之间经常会发生冲突,这种冲突即为法的价值冲突。当法律^①之间发生冲突时,可按照价值位阶原则来确定何种价值予以优先保护。以金融危机中率先面临大规模风险的金融业来说:金融是现代经济的核心,金融机构是金融市场的微观单元。金融机构失败极易引发系统性风险,引发恐慌,造成国民经济生活的无序,从而需要国家耗费巨额资源来调整。稳定的秩序是人类一切活动的必要前提,它构成法律调整的出发点,也是法律所要保护和实现的其他价值基础。各国政府必须将对问题金融机构的处理,提升至维护国家经济安全、政治稳定的高度。因此,在金融系统出现的危机足以摧毁整个经济体系时,快速恢复经济秩序是各国政府的首要任务。当政府的所有精力都集中在实现这一首要目标时,“救市”手段是否会造成新的垄断及其危害性只能日后再考虑了。

(二)反垄断法与政府“救市”措施的协调性——本质上都是政府对市场失灵的干预

这次金融危机的肇始国——美国一直崇尚“市场原教旨主义”。格林斯潘领导时期下的美联储一而再、再而三地单方面为银行松绑,替法律规定作出有利于放松管制的重新解释。^②克林顿时期美国

经济的巨大繁荣使得政府过度信任了市场的竞争和创新能力,小布什政府放任的金融政策进一步增加了金融市场风险。尊重市场经济的规律是正确的,但美投行过度利用经济杠杆不是为了市场经济的健康发展,而是为了牟取私利。政府对市场主体贪婪本性的过度纵容导致了这场危机的爆发。因此,政府不得不重新审视自身的作用,积极采取救市计划。这和反垄断法的理念——政府对市场失灵的适度干预在本质上是协调的。反垄断法及政策的执行与政府的救市措施从本质上来看都是为了缓解市场失灵,都是为了快速恢复经济的正常运行,确保经济的健康发展。政府救市措施从某种程度上也有利于反垄断法的执行,这体现在:

1. 各项救市措施保留了市场存有足够的竞争者,从长远看有利于竞争

金融危机常常是银行或其它大型企业并购的“催化剂”。华尔街五大投资银行的格局在这次金融危机中发生了天翻地覆的变化。除雷曼兄弟破产以及高盛和摩根士丹利转为银行控股公司外,美国第五大投行贝尔斯登公司被美国摩根大通公司以总价约 236 亿美元收购;美林证券被美国银行以总价约 440 亿美元的换股方式收购。其他一些行业如汽车业也进行了大规模的并购和重组。从表象上看,这种大规模的合并和重组不利于反垄断法的执行,因为虽然反垄断法并不反对大企业,但行业经济力量的过度集中为市场力量的不正当行使提供了前提条件。然而,如果政府在金融危机中放任这些机构破产,即使除去资产的浪费以及给社会带来的巨大动荡不提,即使从反垄断的角度来看也未必是合算的。从长远的角度来考虑,政府救

① 这里的法律采取广义定义,国家政策被视为法的非正式渊源。

② 在美国,美联储享有高度独立性。包括总统、国会和法院在内,都不能改变其决策。美国宪法赋予国会发行货币和决定币值的权利,但联邦储备法案规定这一权利由美联储代表国会执行,国会只保持对美联储的监督权。美国国会在 1999 年撤销《格拉斯—斯蒂格尔法》之前,法律规定商业银行不能“主要从事”证券业务,但是没有对“主要业务”作具体定义。美联储在 1986 年将“主要从事”界定为 5%,1987 年格林斯潘上任后界定 10%,1996 年再次将其上升到 25%,这相当于宣告《格拉斯—斯蒂格尔法》在分离银行和证券业务方面是无效的。参见:孙飞、赵文销:《金融风暴启示录[M]》。北京:新世界出版社,2008:85-86。

助、引导合并危机企业保证了市场中在危机过后仍能保有足够的竞争者继续为消费者提供产品和服务。这也是有些国家的反垄断法中规定不景气卡特豁免制度的原因之一,因为不景气卡特被认为是在紧急避难式的不景气情况下对竞争的限制,它的作用在于能够维持竞争主体的存在^[1]。

2. 政府救助危机企业可以保持就业、维护社会稳定,这和反垄断法的目标具有一定的重合性

伴随企业破产的是随之而来的数十万,乃至数百万人员失业。一个危机企业如果得不到政府的资助几乎惟一的出路就是破产。例如,雷曼兄弟因政府不愿意提供援助而无人愿意收购不得不破产。对于同样处于危机中的汽车业来说,通用和克莱斯勒旗下员工人数分别为 4.9 万和 17.7 万,退休职工各为 50 万和 12.5 万。根据美国汽车研究中心估计,每个汽车行业就业岗位带动 7.5 个配件等附属行业岗位,通用和福特公司所影响的就业岗位数量各约为 200 万,克莱斯勒则为 30 多万。这些巨型企业的倒闭会造成社会的动荡。而且没有就业就没有消费,失业将导致经济危机的进一步恶化。目前不少国家在反垄断法中有保护中小企业的规定。诸多中小企业的存在能够促进经济繁荣,促进就业。然而中小企业和这些大型企业是一个彼此依存、动态变化的过程。现阶段保护这些大型企业的稳定就是保证国家整体经济利益,也可以避免下游成千上万中小企业的倒闭,这将为社会的稳定和经济的复苏发挥积极的作用。

(三)合同履行的情势变更等原则给金融危机下反垄断执法带来的启发

人的有限理性决定了法律本身也非万能,人不可能在制定法律时做到百密而无一疏。当出现法律本身没有预先设定的情况时,如何适用法律考验着人类的智慧。一般说来有这样几种方法可供选择:援引最相类似条款,类推适用于特殊的法律事实,从而使法律获得一种自我调适的功能;预留“法律空白”有待事实发生后加以填补;设置灵活机动的法律原则,允许当事人依据具体情况进行法律行为。合同法中的情势变更原则即是如此,它是指合同依法成立后,因不可归责于双方当事人的原因,发生了不可预见的情势变更(战争引发的通货膨胀、能源紧张及金融危机等),致使合同的基础丧失

或动摇,若继续维持合同效力则显失公平,故允许变更或解除合同^[2]。这个原则有利于我们理解反垄断执法的宽紧调适。如果在金融危机的背景下还适用与经济繁荣时期同样严苛的反垄断执法标准,既难以实现,意义也不大。其实反垄断法是政策性较强的法律,其执法目标可适时进行阶段性微观调整。在反垄断实践已有 100 多年历史的美国,纵观 100 多年的反垄断法实施过程,在不同的历史阶段,反垄断政策实施的力度、所遵循的原则存在着明显差别,反垄断法对企业的兼并态度时松时紧。经济形势萧条时放松企业合并和垄断行为的裁定标准促成企业规模变大,经济形势繁荣时相对较为严格,但是有时也会为了增强国家产业竞争力而为巨型企业合并提供支持。

为了维护经济的均衡发展,政府需要适时地调整其经济政策。反垄断法作为经济法的重要组成部分,是政策性较强的法律,因此,在经济危机发生的状态下适时地对反垄断政策进行调整是符合国家经济利益的。反垄断法实施目标与其他部门法的目标相比,具有政策性、阶段性、多元性和冲突性四个特点。反垄断法目标受经济政策的影响,不同时期呈现出不同的内容。反垄断法的制定者和执行者在制定、实施反垄断法过程中所追求的经济、社会、政治等方面的目标是多个的,而不是单一的。尤其现代反垄断法,在促进和保护竞争的同时,还关注是否对社会局部经济利益和社会整体利益有促进作用,那么,反垄断法必然会倾向于保护社会整体利益而对部分垄断行为予以豁免。因此,在金融危机来到时,反垄断法及政策进行必要的调整是符合其立法目的的。

二、反垄断法对危机的结构性呼应

“有法可依、执法必严、违法必究”这种具有中国特色的宣言式口号其实体现了法治社会的基本要求。作为遵守大陆法系成文法传统的中国来说,理念的协调尚停留在法学家的研究案头,真正落实需体现在法条中。我们必须设计这样一些技术性的条款以便既能给反垄断执法适度放松的空间,又赋予执法机构必要时介入的工具,从法律结构上对危机予以呼应。虽然各国政府及专家目前已对这

场金融危机的结束持乐观心态,各方面的数据也似乎表明这场危机即将过去,但是现代社会金融危机的爆发越来越频繁,1990年代以来几乎每两三年就要爆发一次的经济危机告诉我们今天的研究和思考绝对不会是无效劳动。

对反垄断法在金融危机中的适用及执法进行综合研究是一个庞大的课题。限于精力和篇幅,笔者主要选择本次危机中最突出的企业合并问题进行研究。笔者初步考虑有两种性质不同的方式可以赋予反垄断法一定的灵活性来应对类似金融危机这样的突发事件。

(一)第一种是在现有的执法机构上确立一个高层级的机构或官员,在发生法律没有规定的突发情况或法律规定的适用环境明显与现实状况不符的情况下适用该机构或官员发布的个体性指令。现有的法律体系中有一些国家采取了这样的操作办法来解决竞争法与国家政策冲突的问题。例如,在加拿大,财政部长的决策高于竞争局的审查,其竞争法第94条(b)款的规定明确,只要部长证明某项合并是“符合公共利益”的就不能被阻挡;同时,对于一项并未带来竞争问题的合并,如果财政部长证明其不符合公共利益,同样可以予以阻止。德国《反对限制竞争法》规定,出于整体经济和公共利益方面的考虑,联邦经济部长可以批准协议和决议豁免适用《反对限制竞争法》的禁止规定;但部长特许豁免某项卡特,需受到严格的条件限制。某个行业的大多数企业的生存面临某种直接危险的,只有在无法或无法及时采取其他法律上或经济政策上的措施,并且限制竞争足以消除这种危险时,才能进行豁免批准。此项豁免批准只有在特别严重的个别情况下才是合法的^[3]。金融危机显然应当属于这种极个别的严重情况。这种方法的使用是在极其个别的情况下行使的权力而不是一种惯例。这种权力的使用要求政府机构执法具有相当的严谨度、相当的独立性以免被利益集团游说,防止该项公共权力被非公共利用而带来危害竞争、政府机构腐败等多项不利后果。

(二)第二种则是在反垄断法中规定相关的法律原则和条款,由现有的反垄断执法机构在必要时直接予以援用。从国内外立法及研究的情况来看,反垄断的豁免制度能给我们一定的启发。目前学

者主要认为:“豁免制度是反垄断法出于特殊目的的考虑,对某些垄断行业或垄断行为不予追究的制度。从各国反垄断法规定与实践来看,主要包括行业豁免、特定组织和人员的豁免、特定行为的豁免。”^[4]该定义的反垄断豁免制度主要还是一种常态经济下建立在合理原则基础上的反垄断法实施,尚未对金融危机这种特殊时态的反垄断实施纳入制度范围。但这也说明在特殊情况下对企业合并进行适当的豁免是有先例的,我们可以考虑将经济危机的企业合并豁免纳入反垄断豁免制度体系中,可以在进一步完善反垄断豁免制度研究的基础上考虑在非常时期反垄断法的应用豁免。

除豁免制度外,美国和加拿大等国家反垄断法律中规定的“失败公司法则”(the Falling Firm Doctrine)以及“口袋法令”(pocket decree)也可给我们提供借鉴。“失败公司法则”的应用属于实体法上的规定,口袋法令则类似刑法中的缓刑或者取保候审制度,是具体实施程序上的补充。

我们以美国司法部发布的《水平合并指南》(以下简称《指南》)中的有关规定来对“失败公司法则”加以介绍。该法则是对经营失败和即将退出市场资产的专门规定。指南认为,在某些情况下,当被合并企业面临即将到来的经营失败并导致该公司资产将退出相关市场时,这种合并不太可能创造或加强市场势力或是便利这种势力的行使。这种情况下合并后的相关市场表现可能要强于拒绝合并之后该资产离开市场后的市场表现。失败公司法则要求满足下面4个条件:(1)失败公司短期内即将无法履行它的财务义务。(2)“失败公司”无法按照美国破产法第11章的规定成功重组。(3)已经努力地争取合理的替代方法,该方法可在相关市场中保留该公司的有形与无形资产,且比提议的合并对竞争影响要小,但这种努力未成功。该条表述较为拗口,实际意思是被收购企业找不到另外一个确定不会带来反竞争担忧的买家。以金融业为例,由于受到金融监管机构和反垄断执法机构的共同管理,不同政府机构的执法偏好使得他们对买家的偏好不同。基于与竞争无关的原因,金融监管机构偏好更少使用政府保险基金的买家。于是反托拉斯局偏好的买家可能无法获得联邦存款保险公司或者美联储提供的不良贷款担保,从而无法实现其

收购。(4)若无收购,该公司资产将退出相关市场^[5]。《指南》认为,在某些情况下,当合并企业之一经营失败并即将退出相关市场的经营时,这种合并不太可能创造或加强市场势力并便利这种势力的行使。这种情况下合并后的相关市场表现可能要强于拒绝合并而使该资产离开市场后的状况。在这次危机下,反垄断机构完全可以按照失败公司法来审查一些符合条件的兼并。当反托拉斯局认定一个公司符合这4个基本要素的时候,在正常情况下可能被阻止的交易将被批准继续。因此,就这次金融危机下金融机构并购来说,运用“失败公司法”这样的原则性法律适用例外规定可尽量减少执法冲突。

时间的紧迫性是金融危机下反垄断审查必须面对的大难题。在程序上,金融危机的到来使得对审查速度的要求往往超越了执法机构的极限。在美国,一般来说如果涉及较严重的竞争问题,大多数审查需要耗时6-9个月。但这次司法部审查PNC金融服务集团收购美国国民城市银行仅仅用了7周,还包括进行了实质性剥离包的谈判^[6]。当然,在金融危机肆虐时,即使反垄断执法机构极度压缩了审查时限,也无法应对危机的紧迫性。例如,7周对于摩根大通收购贝尔斯登这样可能严重引发竞争问题的案例都太长。然而反垄断审查是一项需综合经济、法律等多学科知识,建立在大量真实数据之上的严肃工作,过度地压缩时间带来的可能是错误的结论,将对经济和社会发展带来更深远的负面作用。这时司法部可以考虑使用“口袋法令”来减轻这种时间紧迫性带来的矛盾。按照该法令,竞争执法机构可以快速批准一项合并交易,如果之后反托拉斯局发现该交易是反竞争的并且需要进行补救,则可以要求合并方进行强制剥离。“口袋法令”的设置理念类似于刑法中的取保候审制度。即当合并不会带来现实性的严重竞争威胁时,可先给企业受限制的合并自由(类似一定程度的人身自由),日后如果发现该问题严重必须采取法律强制手段时,可以再对其加以法律惩罚。2006年,司法部允许在完成调查前米塔尔钢铁公司敌意收购阿赛洛公司。为此,米塔尔公司和反托拉斯局签订了书面协议,协议写明如果反托拉斯局日后调查的结论认为收购实质上带来了竞争的大幅削弱,

它承诺将剥离特定的资产。协议要求米塔尔在反托拉斯局的调查未决前分别持有这些资产。这是应用该法令的一个实例。

(三)除以上两类主要办法外,也可以考虑在执法的细节中做一些调整。如可以考虑将审查金融危机下企业合并的赫芬达尔——赫希曼指数增加的幅度进行一定的放宽。在美国,一般而言要求企业合并后相关市场的赫芬达尔指数增加量不得超过一百,但是在特殊的行业如银行业,该指数增加额度则放宽到200以下。行业的特殊性和时空的特殊性均可纳入执法细节考量、调整的范围。另外,在相关地理和产品市场的界定方面,也可以进行适度地放宽,以适应危机。

最后,反垄断执法进行调整的时间节点也是非常重要的。在查处价格卡特尔等违法行为时,由于是反垄断执法机构主动介入,因此在介入前往往要先判断该卡特尔是否属于危机卡特尔予以适当的豁免。此时反垄断执法机构应选取企业实施该行为的时间点作为依据。对于企业合并而言,由于目前大多数合并审查需要符合条件的企业主动申报,因此可以由企业在申报时主动提出适应金融危机下的法律标准来审查,由审查机构决定是否适用。

我国《反垄断法》实施刚刚一年,要求它做到面面俱到显然是不实际的。目前我国的《反垄断法》和经济危机有联系的规定主要体现在第15条和第28条。反垄断法第15条规定“因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的”经营者协议不适用本法第13条和14条的规定;第28条则将笼统地规定“经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。”因此,随着执法经验的丰富和各方面问题的不断暴露,我们有必要也有能力细化《反垄断法》的理论和实践,可以进行必要的理论创新,充分借鉴合同法的情势变更原则、刑法的缓刑、取保候审制度,解决金融危机中短期目标和长期目标的冲突,时间和效率、安全的冲突。

三、坚持反垄断法执法的长期性

随着时间推移,经济的复苏让人们看到了危机

结束的希望,也促使研究反垄断法的学者及执法人员思考反垄断执法调整的尺度与时间节点把握。如果说调整反垄断法是金融危机来临的权宜之计,那么对反垄断的严格执法则是我们必须长期坚持的,是维护市场经济健康发展的根本。

本文所谓的对坚持反垄断严格执法,意指两个层面。

第一个层面,即严格执行《反垄断法》。垄断的危害童叟皆知,无需过多重复,目前世界上80多个国家已颁布了反垄断法就是对这种危害的共识。基于这种共识,在这次金融危机中,不乏坚定地执行反垄断政策的国家和地区。典型的代表是欧盟。欧盟竞争委员会反垄断专员内莉·克勒斯多次重申竞争政策是应对金融危机的重要途径,其审议英、法等成员国提出的国家援助方案时,无一例外地是从金融反垄断规制角度入手。2008年-2009年3月间虽然欧盟竞争委员会收到的合并案大大减少——约有400多例新的案件,但其介入率持平,并对于收到的案件仍然进行和危机前一样详细的审查。^①当然,严格的竞争执法是欧盟构建欧洲统一市场的重要法律手段,因此它近年来在对相同的案件执行起反垄断法时越来越显示出比美国政府更加强硬的一面。从某种角度来说,这也是欧盟实现其地区经济整体利益最大化的手段之一。而对于市场经济制度实际实施还不到30年,多年的封建专制文化潜移默化在人们观念和生活中的中华民族来说,反垄断法的落实尚有一段坎坷路程。无论是现在民间对执法机构管理价格垄断“只管方便”这种惩戒垄断行为“抓小放大”的讥笑,还是对控制国计民生重要资源的大型国企涨价容易降价难的不满,均反映了我国目前反垄断执法的现实尴尬状况,但却又无法简单地将责任归咎于执法机构不作为。此时,以金融危机为理由随意放松反垄断执法就更加值得我们警惕执政者此举的动机究竟是从国家经济整体利益角度考量还是仅仅是为维护地方利益、行业利益的一个借口。

这次金融危机的发展和竞争与垄断之间的关系是非常复杂的。一方面,金融危机似乎是金融机构之间的过度竞争、人们对所谓“金融创新”的非理性崇拜和资本的贪婪导致的,和垄断无关;另一方面我们也要看到五大信用评级机构的信用评级垄

断掩饰了“次贷”产品的危险性,从某个方面引发了次贷危机的爆发。而美元的垄断地位又使得其他无辜的国家不得不为此次金融危机买单,美国得以无偿地获取他国创造的财富。不过,美国能够较为快速地从这场危机中复苏过来让我们看到美国整体经济基础的强大,这其中长期以来活跃的商业竞争与反垄断的严格执法功不可没。因此中国应当加快发展实体经济,加速打破各行业不合理的垄断,夯实经济基础。

第二个层面,则是结合金融危机的发生以及政府的各项救市措施,探讨相配套的制度来完善政府的救市措施和促进企业严格遵守反垄断法。

虽然学者普遍认为反垄断法现在主要采取的是行为规制的方法,认为反垄断理论的发展已基本摒弃了哈佛学派提出的结构——行为——绩效分析范式,但是合并审查的根本依据还是该范式。与反垄断法更加矛盾的是,金融危机中得到救助的往往是那些“太大而不能倒”的企业。美国AIG事件是当局为稳定金融秩序而不得不采取接管方式进行的救助,也是大而不倒的现实例证。救助后不久,AIG爆发分红事件引起了轩然大波,使世界深思如何才能有效克服危机救助的弊端。那么,金融危机中反垄断政策调整后,会不会被某些不良企业所利用谋取日后进一步的非法利益?如果日后这些公司利用政府的救助措施实行垄断行为,是否应当给予更加严厉的处罚?毕竟,调整不仅包括放松,也包括加大执法力度。大企业在金融危机中由于对社会经济影响的严重性而得到政府的救助,受到政策的恩惠和倾斜。例如这次危机中的金融机构合并,均由政府提供了不同程度的巨额资金援助。如果日后这些企业利用政府使用公共资金提供的救助从事反竞争的行为,可考虑在正常的处罚上承担与其所受援助成比例的惩罚性赔偿。即对得到救助的违法企业的处罚不只是补偿其反竞争行为对其他竞争者和消费者造成的损害,同时也要偿还政府对其就救助的适当费用。我们可以从刑法中的身份犯制度得到启发。刑法制度中犯罪嫌

^① 见2009年3月27日在华盛顿召开的美国律师协会反托拉斯法春季会议执行官圆桌会议上,欧盟竞争委员会反垄断专员内莉·克勒斯发言。

疑人的特定身份既可以构成特定犯罪,也可以成为某些罪名的量刑情节。身份犯予以加重处罚的依据是因为他侵害了所负担的特别的义务。而金融危机中的这些企业在受到政府公共资金的救助后,具有了特定的身份,其社会义务当然高于其他使用自营资金的企业,在均衡其他利益前提下要求其承担高于普通企业的法律责任也是必然的。

危机虽然即将过去,但是它对反垄断法带来的影响是深远的。法律的威严不是体现在文本中而是体现在执法过程中。在全球为之恐慌的时刻还能坚持法律原则,坚持执法者心中正确的执法理念,不为环境所干预是需要莫大的勇气 and 智慧的。从这个角度来说,金融危机中反垄断执法调整简单,依法调整稍难,依法适当调整更难,坚守反垄断执法标准则可能是难上加难了。

四、结论

金融危机来临时反垄断执法进行必要的调整是必要的,这种调整的程度和金融危机影响的深度相适应。一方面,反垄断执法的调整以快速恢复经济正常化为目标;另一方面,这种调整又必须以不过度损害竞争为保障。反垄断执法调整的起点和终点的节点判断则需要经验的累积,在这个动态的过程中经济指标是必要的参考。目前的反垄断法

尚需要进一步细化,引入行政协调制度、初步快速批准制度等来应对危机。反垄断执法的坚持是市场经济繁荣的基础,金融危机这种非常态经济下坚持反垄断执法还意味着政府投入的由全体纳税人承担的救市成本不为少数大企业所滥用,而惩戒制度的完善则可能减少这种滥用的情况。^{JS}

参考文献:

- [1] 齐红丽. 例外与豁免: 中国《反垄断法》适用除外之观察[J]. 法学杂志, 2008, (1).
- [2] 冯玉军. 法律与经济推理 寻求中国问题的解决[M]. 北京: 经济科学出版, 2008.
- [3] 尚明. 反垄断法理论与中外案例评析[M]. 北京大学出版社, 2008: 152-153.
- [4] 张瑞萍. 反垄断法豁免制度变化与趋势分析[G]/王晓晔. 反垄断立法热点问题. 北京: 社会科学文献出版社, 2007: 300-301.
- [5] U. S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, see http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmgl.html
- [6] Jonathon M. Rich and Thomas G. Scriver, DOJ Fast-Track Options Speed Banking Antitrust Reviews, http://www.americanbanker.com/usb_article.html?id=200904241JBLYPJ2, search date 2009-6-19

The Adjustment and Insistence on Anti-monopoly Law in the Financial Crisis

ZHONG Chun

(Law School, Shenzhen University, Shenzhen 518060, China)

Abstract Anti-monopoly law serves the interest of social development and the society as a whole, and its enforcement may be appropriately adjusted in the financial crisis. Anti-monopoly law need to be further refined to give law enforcement agencies sufficient flexibility. Accordingly disciplinary measures could match with a strict anti-monopoly law enforcement.

Key Words Anti-monopoly Law; the financial crisis; adjustment; persist

本文责任编辑: 卢代富