



美国司法部

“摸着石头过河”：关于近十年中国竞争法执法的思考

ROGER P. ALFORD

助理司法部长

反托拉斯局

美国司法部

在

2018 年竞争政策论坛上的讲话

中国北京

2018 年 7 月 31 日

I. 引言

我很高兴今天能与大家一起参加本次会议，我赞赏本次会议的组织者借此机会纪念《中国反垄断法》（“AML”）颁布十周年。去年这个时候，我作为副助理司法部长第一次发表了演讲，我很高兴再次来到中国讨论竞争法执法。助理司法部长 Delrahim 也以个人名义向中国国家市场监督管理总局（“SAMR”）发来了祝贺，很遗憾他无法到场庆祝本次十周年纪念。

毫无疑问，中国的竞争法执法取得了重大进展，特别是近期中国竞争法执法管理机构进行了重组。在 SAMR 内组建的反垄断局将以前三个机构的反托拉斯责任集中到了一起。我与我的经济工作人员核实过，我相信这次三合一合并的赫芬达尔—赫希曼指数（HHI）已从 3,267 升至 10,000，所以确保批准这项举措是一项了不起的成就。我衷心祝贺在 SAMR 内成立反垄断局，并希望该机构能在竞争法执法实践中提高效率 and 有效性。

值此新的开端之际，我认为与你们分享关于中国和美国竞争法执法现状的一些想法并就我们如何携手前行提供一些看法，可能会有帮助。

II. 中国的经济增长和反托拉斯执法

中国有着迷人的古代史和非凡的近代史。随着中国经济的对外开放，过去几十年特别有趣。为了突出中国经济的这些根本性变化，值得了解的是，在 20 世纪 70 年代，许多中国农民是为集体工作的公社农民。¹ 因为每个人从集体获得同样的报酬，所以农民几乎没有努力工作或产生盈余的积极性。²但是在 1978 年，小岗村的一小部分农民同意分田到户，将农作物收成的一部分上交政府和集体，然后保留余粮。³实际上，他们在进行市场经济和自留地试验。这是一个巨大的成功。一年之内，他们取得了粮食大丰收，比过去五年的总和还多。⁴这就是自由市场占主导地位的市场力量。中国领导人称这些早期的农村资本主义试验是“鸟笼经济……足够通风可让市场茁壮成长，却又不会自由到无法加以控制。”⁵

毫无疑问，中国是一个经济持续扩张的经济强国。目前私营经济占中国 GDP 增长的 60%，占新增就业岗位的 90%。⁶但是，国有企业（“SOE”）继续在经济中发挥不相称的作用，“财富”全球 500 强中排名前 20 位的中国公司有 17 家（85%）由中国政府持有多数股权。⁷这些国有企业主导着航空、银行、建筑、能源和电信等关键行业领域。中国经济的这些关键部门尚未完全拥抱自由企业以及与自由市场相关的所有消费者利益。目前的趋势是，实施更刺激经济扩张的产业政策、较少的进口商品和服务市场准入，以及政府对中国产业，特别是由国有企业主导的产业，提供大力支持。⁸

随着司法改革的进行，包括竞争法领域的改革，中国也发生了政治和制度的变革。AML 无疑是从国有经济转向更加市场化经济过程的一部分。众所周知，中国在 1993 年通过《反不正当竞争法》时首次引入了“竞争”这个概念。1997 年通过的《价格法》也依赖竞争原则。起草 AML 的工作真正始于 2002 年，同年中国加入了 WTO。《反垄断法》的起草者曾与包括美国司法部和联邦贸易委员会在内的一些外国竞争管理机构合作，以制定全面的竞争法规——一部经济宪法，该法规于 10 年前生效。

¹ David Kestenbaum & Jacob Goldstein, *The Secret Document that Transformed China*, NPR (2012 年 1 月 20 日), 查看网址: <https://www.npr.org/templates/transcript/transcript.php?storyId=145184551>.

² 同上。

³ 同上。

⁴ 同上。

⁵ EVAN OSNOS, *AGE OF AMBITION: CHASING FORTUNE, TRUTH AND FAITH IN THE NEW CHINA* 13 (2014).

⁶ *China's Private Sector Contributes Greatly to Economic Growth*, CHINA DAILY (2018 年 3 月 6 日), <http://www.chinadaily.com.cn/a/201803/06/WS5a9e7735a3106e7dcc13fef8.html>.

⁷ 《财富》杂志全球 500 强名单 (2018 年) <http://fortune.com/global500/list/>.

⁸ U.S. TRADE REP., 2017 REPORT TO CONGRESS ON CHINA'S WTO COMPLIANCE 6 (2018 年 1 月), <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/China%202017%20WTO%20Report.pdf>.

我们认为 SAMR 内部反垄断局的成立以及 AML 的持续演变是对中国经济发展的有益贡献。

III. 美国在反托拉斯执法方面的经验

《反垄断法》颁布十周年纪念为反思美国在编纂、解释和完善其反托拉斯政策方面的经验提供了一个机会。这一历史证实了反托拉斯理论随着时间的推移而演变，并且改善反托拉斯执法的过程充满了挫折和进步。美国经历的挫折与进步参半，但我们坚信，健全的竞争政策及其执行的好处是值得经历一些起伏的。

中美反托拉斯政策的演变有着相似之处。1890 年，在横向合并越来越多以及从农业经济向工业化经济重大转变的背景下，我们通过了第一部联邦反托拉斯法，即《谢尔曼法案》。1870 年到 1890 年在美国历史上被称为镀金时代，这个时代的特点是大幅经济增长和繁荣，为包括交通、能源和通讯在内的重要经济领域带来了关键的工业进步。迅速的经济扩张和工业化也促成了实际年度 GDP 的增长。⁹此外，在此期间美国人口几乎翻了一番，使得劳动力供应增加，商品和服务需求也相应增加。¹⁰

但一切并不完美。这段时期也受到严重经济衰退的影响。¹¹在当时的美国，人们允许企业组织、协调和集中运营，以降低竞争性定价压力并防止这种所谓的过度竞争。¹²当然，能够控制超强竞争力价格也激励了这些企业。¹³到了 19 世纪 80 年代后期，压制个体经济机遇的行为面临高涨的公众压力，公众对垄断的敌意也加深。¹⁴

正是在这种环境下，第一部美国反托拉斯法（1890 年《谢尔曼法案》）诞生了。该法规包含两个实施部分。第 1 部分禁止不合理限制贸易的合同、联合和阴谋，而第 2 部分规定垄断、企图垄断或合并或共谋垄断属于非法行为。¹⁵

很明显，从早期起《谢尔曼法案》的广义条款至少需要一些限制性原则才能具有管制能力，因此我们花了一个多世纪的时间来制订那些原则。1914 年通过了《克莱顿法案》，作为修正案对《谢尔曼法案》进行了澄清和补充。¹⁶除此之外，《克莱顿法案》禁止反竞争的兼购和连锁董事。在程序上，《克莱顿法案》还要求为达到或超过某些门槛的预期并购发布公告。

多年来，反托拉斯法的解释和执行都有所发展。美国法院和反托拉斯律师已经接受这一原则，即反托拉斯法保护竞争而不是竞争对手。¹⁷但这并不总是很明确。早期美国反托拉斯执法是出于保护小型或低效企业的动机。这一时期也被批评为对公司提出了一种“大即不好”的观点。幸运的是，到了 20 世纪 70 年代，芝加哥经济学院的兴起成为在反托拉斯思想中具有深刻影响的时期，其以经济为中心的方法对美国的反托拉斯和竞争政策产生了重大的积极影响。芝加哥学派强调，反托拉斯裁决的唯一合法目标是保护消费者福利，并应严格应用经济分析来检验反托拉斯法的主张，了解消费者的商业行为。¹⁸以类似的方式，由 Phillip Areeda、Donald Turner 和目前由 Stephen Breyer 法官领导的哈佛学派也将反托拉斯执法与经

⁹ 参见 Wayne D. Collins, *Trusts and the Origins of Antitrust Legislation*, 81 Ford. L. Rev. 2279, 2288 (2013).

¹⁰ 同上。

¹¹ 同上，第 2288-92 页。

¹² 同上，第 2290-92 页。

¹³ 同上。

¹⁴ 同上。

¹⁵ 参见《美国法典》第 15 编第 1-2 部分《谢尔曼反托拉斯法》

¹⁶ 参见《美国法典》第 15 编第 12-27 部分《克莱顿反托拉斯法案》及其修订。

¹⁷ *Brown Shoe Co. 诉美国*, 370 U.S. 294, 320 (1962).

¹⁸ 参见 ROBERT BORK, *THE ANTITRUST PARADOX*, 第 xi 页 (1993).

济效率挂钩，并依赖于经济理论。¹⁹与芝加哥学派一样，哈佛学派不鼓励为了反托拉斯法考虑竞争目标，例如政治权力或保护小企业。²⁰

虽然关于反托拉斯法和政策的争论目前仍在继续，但美国现代反托拉斯法的实施是以激烈的竞争和自由市场最能为消费者和整个经济的利益服务这个一致的观点为前提的。美国最高法院已经确认反托拉斯法的目标是保护竞争，而不是保护竞争对手。²¹这种限制原则规范了反托拉斯法的执行者，避开了更广泛的社会政策目标，这些目标可以通过国会等代表机构更好地解决。相反，这种共识方法倾向于基于证据的评估，即交易或行为是否可能损害或可能已经损害了竞争。关注对竞争的伤害意味着执法决策基于对真实证据的仔细评估 - 业务文件、数据、市场结构和经济分析 - 以确定决策实施对价格、产出、创新、质量和选择的影响。此外，我们在调查中依赖商业激励措施。无论我们关注的是市场力量的运用、抢占客户的能力，还是补救措施的可行性，了解商业激励措施至关重要。这个任务在很多时候相当简单。例如，兼并垄断，除了极少数情况外，本身就是可疑的。但在更多时候，我们的任务颇具挑战。

在所有情况下，执法决策不是基于也不应基于特定经济参与者的利益或旨在推动特定结果。

IV. 未来十年的可能性

在将中国转变为以市场为导向的经济中，邓小平有一句名言，号召中国“摸着石头过河”。²²在 AML 颁布十周年及 SAMR 反垄断局成立之际，现在正是一个反思中国在“过河”后实现有效竞争执法方面逐渐进步的良机。在这个过程中，我将反思我们在过河时的经验，并指出我们沿途摸到的石头。这些建议保证了中国可能以比我们的经历更快的速度向成熟的反托拉斯执法机制迈进。

首先，将执法行动建立在保护竞争的基础上。该标准侧重于分配效率、价格竞争、质量和创新。它让市场经济在中国迅速发展，并推动实现结果。在我们看来，这个标准也是最客观的。它允许竞争管理机构减少对外来价值的关注，更多地关注经济现实和商业激励。公平的概念很难确定，而且过于主观，无法为企业和消费者提供一致、可靠的指导。此外，将公平的概念注入竞争法的执法，会不可避免地将其转变为保护竞争者而非竞争本身的监管。

其次，避免包含政治和社会问题的竞争价值，它也许会导致有可能伤害中国消费者的权衡因素。所有执法机构在处理根深蒂固的利益方面都面临挑战，而且推进国家垄断巨头的风险始终存在。就中国的国情而言，这意味着要避免赋予国有企业特权地位的诱惑。我对上周宣布的 SAMR 对中石油各单位维持转售价格的处罚很感兴趣。²³为了提高 10 亿多中国消费者的生活水平，优先考虑他们的福利和像对待政府不享有利益的公司一样对待国有企业是至关重要的。当然，我们也打算这样做。反托拉斯局不会根据其国籍或所有权结构来区分竞争对手。从事危害美国市场商业活动的任何外国国有企业都不能免于美国反托拉斯法的制裁。²⁴

¹⁹ 参见 William E. Kovacic, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, 2007 《哥伦比亚 商法 评论》 1 (2007).

²⁰ 同上，第 34-35 页。

²¹ 例如，Brown Shoe Co., 370 U.S. 第 320 页（“总体上看，立法历史说明了议会对保护竞争而非竞争者的关切，及其仅在合并可能减轻竞争程度的情况下限制 该等合并的希望。”）。

²² HOW FAR ACROSS THE RIVER?: CHINESE POLICY REFORM AT THE MILLENNIUM (Nicholas Hope et. al. eds.) (2003).

²³ POL' Y & REG. REP., *China's SAMR Announces USD 12.3m Fine Against PetroChina Units for RPM* (2018 年 7 月 27 日), <https://app.parr-global.com/intelligence/view/1718578>.

²⁴ 参见 美国司法部反托拉斯局助理司法部长 Makan Delrahim 在美国驻华大使馆（北京）的讲话“竞争、知识产权和经济繁荣”（2018 年 2 月 1 日），<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-us-embassy-beijing>（“在美国，专利持有人和从事商业活动的国有企业都不能免于遭受反托拉斯法的处罚。如果竞争者一起参与合谋或反竞争行为，我们将针对其动用所有执法工具。”）；美国司法部与

第三，投入资源进行经济分析，以提高成功的可能性。重要的是，SAMR 拥有评估其监管动态经济实践所需的资源。拥有积极主动、受过良好教育且充满活力的员工对于竞争机构履行其职责非常重要，拥有一支经验丰富的经济学家团队来提供支持并洞察竞争影响至关重要。反托拉斯局自 1936 年以来一直有内部经济学家，今天我们的经济分析小组拥有超过 50 名具有博士学位的经济学家。致力于严格经济分析的机构需要雇用并留住合格的经济学家，使他们能够审查案件并向决策者提出独立的建议。此外，律师和员工也受益于基础微观经济理论培训。

第四，执行符合知识产权的竞争法。这意味着竞争法和竞争政策不应该限制合法行使知识产权，或者通过削弱投资激励来扼杀创新。创造一种创新和经济自由的文化至关重要，其默认立场就是：任何未被禁止的即是被允许的。这可使得企业家、投资者和创新者转向你所在的经济体，并将其视为创造的摇篮。

第五，加入国际竞争机构网络。来自世界各地的竞争管理机构定期会面，以分享经验并深入了解竞争执法的最新趋势。这些定期会议有力地塑造了竞争管理机构之间的声誉和关系，并提供有关竞争执法实质和过程的信息。未来十年议程中最重要的项目之一就是使 SAMR 慢慢融入国际组织，如国际竞争网络（“ICN”）。

第六，尊重基本程序公平。在竞争执法方面，程序与实质同等重要。特别是，我们强烈鼓励 SAMR 避免歧视性地执行中国竞争法。正如我先前所讨论的那样²⁵，禁止歧视是法治的核心。ICN 指导原则指出：“竞争管理机构应以一贯、公正的方式执行执法事务，不受政治干预。”²⁶ 如果不这样做，就会导致反托拉斯法执法带有偏见，并产生更广泛的不利经济影响。

同样，对竞争法判决的司法审查是健康的，也是对开放市场和法治抱有信心不可或缺的组成部分。司法审查确保稳定性和可预测性。从执法者的角度来看，我们认为展示自己立场优势的最佳方式是允许外部仲裁员（包括法院）对其进行测试。

当涉及到正当程序时，我们认识到我们之间的多样性，但确认一套共同的做法来追求一种一致的方法来执行反托拉斯法。这反映在 ICN 和经合组织竞争委员会的工作中。在起草多边程序框架（“MFP”）方面，我们也取得了明显的进展。²⁷ 这些谈判于 6 月初在巴黎开始，并持续到了 7 月。MFP 的《巴黎草案》现在是一份更为完整的草案，我们正在与每个竞争管理机构共享，鼓励他们审阅、提供改进建议并加入该计划。我们将于 9 月初邀请世界各地的竞争管理机构前往纽约继续进行 MFP 讨论，我们希望 SAMR 参加。

最后，我们就反垄断法颁布十周年以及中国在制定成熟的竞争政策和执法体系方面作出的努力表示祝贺。我们希望未来继续与 SAMR 进行国际合作，并希望它将继续成为贵国政府内部和世界其他地区有力的竞争倡导者。

联邦贸易委员会《国际执法与合作反托拉斯指南》第 30-31 页（2017），
<https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>.

²⁵ 参见美国司法部反托拉斯局副局长司法部长 Roger Alford，“公共利益的标准和歧视的危险”——在全球系列研讨会：杜塞尔多夫公共利益的考量因素以及德国杜塞尔多夫竞争法（2018 年 5 月 8 日）上的讲话
<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1060791/download>.

²⁶ 国际竞争网络，竞争机构执法中 ICN 程序公平性指导原则（2018 年 3 月），
<http://icn2018delhi.in/images/AEWG-Guiding-Principles-4PF.pdf>.

²⁷ 美国司法部反托拉斯局助理司法部长 Makan Delrahim，“程序的公平性的新思考：反托拉斯执法程序的多边框架”——在华盛顿哥伦比亚特区外交关系委员会的讲话（2018 年 1 月）
<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1067582/download>.