

银行业反垄断规制权的配置与实现

刘乃梁

(重庆大学法学院, 重庆, 400044)

摘要: 规制权的配置与行使构成银行业反垄断规制开展的核心问题。以反垄断法为主的规制权实施既是对国际金融反垄断经验的有效借鉴, 又反映出我国银行业市场化发展的利益诉求。从垄断行为规制出发, 依靠制度建设有效协调权力内部关系, 促成权利与权力的互动是银行业反垄断规制权的行使原则。在竞争评估、竞争执法和司法实施的制度导向下寻求银行业反垄断规制基础、实体和程序等多维度完善是反垄断规制权实现的有效依托。

关键词: 银行业; 反垄断; 规制权; 权力配置; 竞争

中图分类号: DF414

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2018)01-0055-08

伴随利率市场化、存款保险制度出台和多项市场准入放宽^①, 我国银行业市场化进程不断推进, 银行业竞争态势整体向好。但是近年来, 以商业银行乱收费、巨额垄断利润和金融排斥为依托的银行业垄断质疑不绝于耳^②。“作为我国金融体系的主导和金融业的核心”^[1], 银行业垄断往往具有相比于一般行业更大的控制力和延伸力: 放眼国际, 后危机时代如何应对银行业金融机构, 尤其是系统重要性金融机构的“大到不能倒”成为国外金融监管和反垄断规制机构的重要命题之一; 回顾国内, 以金融控股公司为代表的混业经营和产融结合诠释着银行业资本的内外张力。在效率与稳定、垄断与竞争之间, 银行业反垄断规制考验着金融监管机构和反垄断规制机构的智慧: 如何通过垄断破除实现金融民主化和社会化、如何通过银行业市场规制体系变革促进金融市场化进程是我国银行业发展中亟待应对的问题。反垄断规制作为市场竞争的一种常态化机制, 应当在金融市场化的今日得到充分的重视。银行业的特殊行业属性和我国反垄断规制的不成熟现状决定了反垄断规制权应当在不同规制资源和不同规制机构之中进行统筹与整合。如何结合我国银行业和权力实践情况合理配置反垄断规制权, 通过何种制度建设促成规制权的有效实现是本文要着力解决的问题。

一、银行业反垄断规制权的要素配置

规制权作为银行业反垄断规制的核心法律元素,

是建构宏观规制体系的基础。银行业反垄断规制权从本质上来看表现为国家政府主导下的法律实施过程, 因此规制权的权力内涵包含了法律实施内容的诸多方面。在法律不完备性理论之下我们提出我国银行业反垄断规制权的配置思考。

(一) 法律不完备语境下的规制权要素配置

法律不完备性理论认为, “法律因不完备导致自身阻吓作用减弱, 在不同机构之间有效分配剩余立法权和执法权是提高市场监管和规制效率的必然选择”^[2]。我国银行业反垄断正在面临着一种法律不完备的状态: 一方面, 从相关银行业竞争与反垄断条文来看, 《中华人民共和国商业银行法》和《中华人民共和国银行业监督管理法》仅对银行业市场的公平竞争作出原则性规定^③, 银行业反垄断缺乏金融规制框架下的行为指引与实施措施; 另一方面, 即便伴随银行业市场化进程的推进, 《中华人民共和国反垄断法》适用于银行业的障碍逐渐消弭^[3], 但是单纯依靠我国反垄断执法体系难以对银行业市场竞争体系的维护产生实质性影响。因此, 从法律的不完备实际出发, 银行业反垄断规制应当在金融监管机构、反垄断机构和法院之间有效分配规制权。进一步讲, 银行业反垄断规制权也具有了剩余立法和执法的诸多内容要素。

首先, 从立法要素角度来看。依据反垄断规制的一般行业经验, 银行业反垄断规制的立法权行使表现在垄断行为规制前后的规则制定, 在实体和程序两种维度体现出不同的立法追求。一方面, 银行业反垄断规制立法权的实体导向既可以表现为宏观的行业立

收稿日期: 2017-05-17; 修回日期: 2017-07-02

基金项目: 重庆市社会科学规划项目“我国银行业竞争倡导制度研究”(2016BS042)

作者简介: 刘乃梁(1988—), 男, 天津东丽人, 法学博士, 重庆大学法学院讲师, 主要研究方向: 竞争法, 金融法

法,即银行业反垄断规制的行业指南与行为指引,又可以表现为微观的行为立法,即针对特殊类型的垄断行为的立法,例如银行业金融机构价格联盟行为、集体排斥行为的垄断规制规则。另一方面,银行业反垄断规制立法权的程序导向表现为宏观维度的程度立法,即对规制权行使制定相关的程序规则,例如最高人民法院颁布的《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》正是对司法权行使的具体程序规则。同样在银行业反垄断执法过程中也可以出台相关程序性规则,类似程序规则的需求在银行并购规制中表现得极为明显。此外是微观维度的标准立法,即对与垄断规制相关的特殊行为标准进行规定亦是反垄断规制立法权的重要程序导向之一,例如商务部颁布的《金融业经营者集中申报营业额计算办法》正是对银行业金融机构经营者集中行为审查的具体标准。总体而言,作为银行业反垄断规制权组成的立法权是一种下位立法权,它不得与上位法发生冲突,并且立法旨意在于对上位法进行补充解释。此外,这种立法是与银行业反垄断规制权的运作实践相呼应的,从特征上来看,它是一种谨慎的并非常规的规制权运行方式。

其次,从执法要素角度来看。执法是通过主动与被动相结合、事前与事后相结合实现对银行业垄断问题的全面、高效处理。执法权务必源于法律的授权,表现出法定性特征,其权力的运作范围和运作流程一般都有着立法实体与程序的具体规定。与此同时,执法权的法律效力体现在执法结果的强制执行力。从银行业的“严监管”特征来看,银行业反垄断规制权表现为内部衍生与外部新设两种形式:前者即从既有的银行业规制权力体系之中分离形成反垄断执法权;后者则是从行业外部引入反垄断执法权。无论为何,执法权都是银行业反垄断规制的主力军,是确保银行业市场竞争机制的重要工具。执法权是反垄断规制权的重要组成部分,也是法律不完备性理论在金融监管和反垄断领域实践中较为推崇的权力要素。

最后,从司法要素角度来看,司法只能是一种事后的、被动的规制救济手段。从各国司法传统来看,普通法系国家市场经济秩序规制中的司法权往往具有最后裁决的功能,执法与司法存在很大程度的对接,而大陆法系国家的执法与司法是并行的两种规制手段,各自独立性因素的存在也决定了相互之间缺少必要的连接。我国银行业规制发展本身体现出较强的执法倾向,在银行业市场秩序发展的过程中几乎是司法权零参与^④。但是作为一种常规的规制手段,我们仍有必要健全银行业反垄断规制的司法途径,以期实现垄

断规制救济的多元化。

(二) 我国银行业反垄断规制权的配置思路

我国银行业反垄断规制权的实施应当立足于立法、执法和司法等诸多权力涵盖方向,结合我国具体的国情有序推进。具体而言,我们可以从以下几个方面展开思考:第一,执法权是银行业反垄断规制权实施的主要向度。法律不完备理论证成在金融监管和反垄断规制领域,执法是一种优于司法的规制权实现手段^[4]。银行业垄断作为市场经济发展中的一个难题,应当回归市场经济规制思维解决,执法作为一种全面的、直接的规制方式,应当在银行业反垄断规制过程中得到充分的运用。第二,应当不断探索司法权在银行业反垄断规制权中的重要作用。从国外发展经验来看,无论是反垄断一元执法体系还是二元并行体制,司法权作为一种保障在银行业反垄断规制权的实施中发挥着重要的角色。在美国,司法部虽然有权对银行业垄断行为进行调查,但是最终的裁决权在于法院的司法裁判;在英国,竞争上诉法庭作为一种最后的救济机制确保垄断规制的公正。因此,从银行业反垄断规制体系的整体发展来看,司法权与司法体制的完善应当成为我国银行业反垄断规制体系的重要组成部分。就目前而言,执法与司法的直接对接不符合我国银行业垄断问题的规制需求,也不符合我国一贯的行政主导传统。但是司法作为一种可以与执法并行的规制措施,在最高人民法院业已出台垄断行为诉讼解释的前提下,可以对银行业垄断行为的私人诉讼进行相关的制度扶持与保障。并且,可以探索将法院裁判作为执法监督的一种重要制度构成。第三,立法权作为一种法律实施的保障应当得到充分的重视。立法对执法机构明确的规制权赋予是确保银行业反垄断规制体系权威的前提,立法对于规制权及其运行规则的明确为规制机构建立协调机制提供了法律制度保障。我国银行业反垄断规制权应当衍生出具体的规范制定权能,通过相关法律文件的出台提高银行业市场的行为可预测性与执法程序性。

二、银行业反垄断规制权的法律协调

银行业垄断行为从法律的应然涉及来看,不仅仅包括反垄断法和银行业市场监督管理等相关法律,还包括与行为主体、行为形式和行为后果相关的法律。在应然涉及的诸多法律之中,哪些法律抑或哪些部门法可以较为有效地实现银行业规制权运作的社会利益,需要细细揣摩。

（一）银行业垄断行为的法律涉及

银行业垄断行为的法律涉及表现出多层次、多关联的特征。首先，垄断行为因其作用领域——银行业市场的管制属性而当然进入以《商业银行法》和《银行业监督管理法》为代表的金融法视域之中。“作为金融创新的外生变量，金融法理应作为消弭发展成本的调节器”^[5]，《银行业监督管理法》和《商业银行法》均以维护银行业市场竞争为己任，故而银行业监督管理机构也会通过对市场垄断行为的规制来维护银行业市场的秩序稳定。其次，垄断行为的性质决定了其终将受到以《反垄断法》和《中华人民共和国反不正当竞争法》为代表的竞争法关注。竞争法以维护市场经济各个领域的竞争机制为己任，但是竞争法作为一个新兴的法律领域，其适用范围在初期受到了一定程度的限制。在竞争政策与产业政策冲突较为激烈的自然垄断行业和以银行业为代表的政策性垄断行业，竞争法从除外适用、高度豁免逐渐走向可竞争领域的普遍适用。金融行业竞争执法已经成为一种较为普遍的规制趋势。再次，金融消费者作为垄断行为的行为后果承受一方、垄断行为载体的金融市场交易模式的重要一环，理所当然地是消费者权益保护法成为银行业垄断行为应然涉及的法律。消费者权益保护法立足于消费者的弱势地位，银行业市场的专业性与复杂性在加大交易双方信息不对称之时，也加剧了金融消费者的弱势地位，金融消费者角色的认可伴随而来的正是针对性法律保护。复次，作为一种鲜明的垄断行为表现形式，无论在银行业金融机构之间还是金融机构与消费者之间，契约都是一种交易的载体形式，因此规制平等主体之间市场交易契约的合同法成为垄断行为的一个关联法律之一。最后，除竞争法和消费者权益保护法外，还有其他与银行业垄断行为实施相关联的市场秩序规制法律，例如价格法。与价格有关的垄断行为是银行业垄断行为的主要表现形式之一，银行业市场价格调控与价格违法行为规制是价格法的干预核心之一。除以上关联法律之外，当垄断行为具有了一定的社会危害性，这时就会进入刑法的规制视野之中。虽然我国刑法没有明确规定与垄断行为相关的罪名，但是在《反垄断法》草案出台之初，如何落实反垄断法的刑事责任是学者们热议的话题^⑤。近年来，“垄断犯罪”也是学者们重点关注的命题之一^⑥。银行业的重要性决定了垄断行为具备了严重社会危害性的可能，因此刑法也是必须要考虑的关联法律之一。

（二）规制权的利益导向

银行业反垄断规制从宏观而言应当体现出经济法视域下的利益关切。银行业作为市场经济的重要组成

部分，其垄断行为的法律规制已经超越了私法主体之间平等、相对的法律逻辑，而是更多地面向公法、需要适度引入国家干预。由此看来，银行业反垄断规制权的行使一方面是超越私法，即将原有单独的契约关系放置社会整体竞争秩序维护的语境之下进行统筹审视；另一方面是面向公法，即提倡通过公权的介入和规制权的有效实施引导银行业市场告别垄断，走向竞争。除此之外，从根本上讲，具有经济法属性的垄断规制权的一个重要任务在于将垄断行为的社会危害性至少降低到刑法的规制标准之下，从对立面来看，这也说明规制权的行使维护着银行业市场竞争秩序的稳定。

具体而言，银行业反垄断规制权至少包括三方面的利益追求：第一，宏观上的整体秩序利益。规制权的首要目标和宏观目标就在于确保银行业整体秩序的稳定，既不能因垄断行为的规制不力导致市场竞争秩序的破坏，也不能因规制权的实施造成对既有银行业稳定秩序的冲击。银行业的特殊性决定了稳定导向下的秩序追求是规制权行使的一大原则，从某种意义上说也是权力行使的束缚。银行业垄断行为不再是单个或者多个契约关系之中的相对主张，而是对市场秩序产生重要影响的绝对行为。作为一种超越私法的规制权享有，一个最为直接的体现在于对社会利益和整体利益的关切。第二，中观上的竞争效率利益。通过规制权的实施来实现市场竞争秩序维持的一大用意在于银行业市场竞争的出现是金融创新、金融效率和金融发展等金融市场持续进步的动力源头。市场竞争的优胜劣汰规律使得市场主体无不处于竞争的洪潮之中，生存与逐利动机之下的产品和服务创新是银行业市场发展的不竭动力。相比而言，竞争的银行业市场比垄断的银行业市场更具活力，主体结构和商品服务更趋多元化，更容易促进市场效率的提升，为实体经济提供有力的支撑。因此，规制权正是通过垄断行为的预防与治理，实现银行业市场竞争机制的有效运转。第三，微观上的市场主体利益。无论是整体秩序还是竞争效率，规制活动的重心都要回归到微观主体的实际利益。银行业市场活动参与主体众多，从规制权实施的影响来看重点包括市场竞争者和金融消费者两大类，垄断行为的出现不仅破坏了竞争者层面的平等自主经营权的享有，也会对金融消费者的福利造成减损。因此，银行业反垄断规制权从微观而言要落脚于具体的主体利益，确保竞争者公平参与银行业市场活动，消费者能够享有应有的法律权益。

（三）主要国家银行业反垄断规制权的配置模式概览

在各国银行业反垄断规制实践中衍生出关于规制

权不同的配置模式,在这些规制权的配置经验之中,我们可以汲取对我国银行业反垄断规制权运作的诸多有益养分。

首先,美国银行业反垄断规制是较为典型的反垄断执法机构与银行业监管机构二元并行规制体制。

“进行反托拉斯审查时,负责的银行监管机关和司法部考察合并可能产出竞争的国家地域(地理市场)和商业线(产品市场)。”^[6]司法部和联邦贸易委员会作为美国主要的反垄断规制机构,前者具有法定的对反托拉斯案件调查和起诉的权利,后者作为反垄断执法权的主要享有者,具有更大程度的行政、立法以及准司法权力。在美国纷繁复杂的金融市场“双线多头监管”模式之下,货币监理署、美联储和联邦存款保险公司构成了银行业市场监管联邦层面的三驾马车。在银行业垄断案件的处理中,上述与反垄断和银行业监管相关的五家机构都在各自职权范围内具有规制权力。但是本应存在的应然规制权冲突因诸多法律文件和规范性文件的出台而避免,美国银行业反垄断规制呈现出多元有序的特征^⑦。美国银行业反垄断规制集中于银行业并购的反垄断审查,“以谢尔曼法和克莱顿法为代表的反垄断法是行业规制机构审查之时务必适用的法律,在银行并购事宜之外,反垄断执法机构则需要寻求银行业监管机构的相关竞争建议”^[7]。可以说,美国银行业反垄断规制权的配置秉承了其一贯的“分权”思路,执法机构之间的多元参与、协调机制的建立,以及执法和司法的有效对接是其配置模式的主要特点。

其次,欧盟银行业反垄断规制权分配体现出较为典型的一元执法体制,即通过垄断规制执法权的有效运作,实现银行业垄断问题的全面处理。欧盟委员会作为欧盟最主要的竞争执法机构,享有决定、调查、处罚、撤销豁免等多项权力,集立法、执法和司法权能于一身,总揽欧盟地区银行业反垄断事宜。虽然欧盟及其各成员国存在着管理金融市场功能的职能部门,但是金融市场的垄断规制权由竞争执法机构一体享有,统一支配。反垄断执法机构的一元体制有利于从根本上消除执法机构内部的高额协调成本,提高执法效率,并且在最大程度上减少与银行业监管机构之间的协调成本。

再次,英国银行业反垄断规制权配置从本质上也属于二元执法的并行体制,即竞争执法机构与银行业监督管理机构共同协作管理银行业市场的垄断问题。20世纪末期,《竞争法》和《企业法》的相继出台确立了公平贸易局和竞争委员会的英国二元反垄断执法机构体制。公平贸易局享有“调查权、作出临时决定

及最终决定的权力和广泛的处罚权”,而竞争委员会由报告部和上诉部组成,后改组为报告部,“承继了国务大臣负责的有关合并和市场调查事务”^[8]。英国金融市场监管机构主要是金融服务管理局(Financial Service Authority, FSA),其依照《2000年金融服务和市场法》对英国金融市场进行全面监管。在金融危机发生之后的2013年,金融服务管理局被金融行为监管局(Financial Conduct Authority, FCA)和审慎监管局(Prudential Regulation Authority, PRA)所替代,前者承继了金融服务管理局对于银行业垄断行为的规制职能,主要负责银行业、保险与投资业务的监管,并被业界视为“全世界监管最完善、法律执行力最强的金融监管机构,标榜消费者保护、金融市场维护和竞争促进三大职能”^[9]。根据《2000年金融服务和市场法》的相关规定,在涉及与竞争相关的金融业执法之时,竞争委员会、公平贸易局和金融服务管理局是主要的规制机构,竞争委员会重在提供竞争评估建议,而公平贸易局立足以银行业市场消费者福利免受垄断行为的袭扰。“英国行业竞争监管机构与竞争法主管机构之间不存在领导与被领导的关系,但在业务上存在配合和协调的关系”,除此之外,《竞争法》设立了竞争上诉法庭,后经《企业法》发展确立了其“独立专家型审判机构”的规制地位^[8]。

最后,从其国家的发展实践来看,澳大利亚和新西兰因其国内行业属性的统一化,银行业垄断问题与其他行业问题并无实质性区别,由竞争执法机构统一享有垄断规制权。意大利则较为特殊地由银行业监督管理机构——意大利银行单独行使垄断规制权。可以说,从银行业反垄断规制权发展的整体趋势来看,反垄断执法与银行业监督管理的二元执法并行是一个普遍的趋势。

(四) 以反垄断法为主的规制权实施

银行业反垄断规制权虽然涉及法律甚广,但是就规制权实施的可行性和实效性而言,仍需要建立以反垄断法为主的实施体系。究其原因,在于其他法律对于银行业反垄断规制的局限性:首先,合同法中关于契约规定的相对性终究无法满足银行业反垄断规制的整体秩序诉求,单一的合同处理无助于整体市场竞争秩序的架构,并且规制成本极大。其次,垄断问题的出现和长期持续本身即证明了金融法规制的缺位和失位,并且依靠银行业规制机构统领反垄断进程会进入一种制造垄断的人反垄断的“反垄断悖论”,其规制的独立性和权威性大打折扣。从我国银行业实际发展来看,商业银行的“国有属性”使得传统“四大行”虽已完成股份制改造,但仍无法摆脱潜在的行政垄断

质疑。换言之，金融监管机构高准入门槛的设置客观上促成“四大行”的市场优势地位。仰仗金融监管机构的银行业垄断行为规制存在逻辑上的悖论。再次，消费者权益保护法虽为消费者权益的针对性保护法律，但是它无法依托银行业特征和金融消费者特征建构针对性的保护体系。对于一些价格违法行为，消费者权益保护机构可以通过建议、协商乃至支持诉讼等手段维护消费者权益，但是对于深层次的垄断协议、市场支配地位等垄断行为，消费者权益保护部门无法形成有效的规制。因此，消费者权益保护的规制可以成为垄断行为规制的辅助角色，但是不能成为主导角色。复次，竞争法之中，反不正当竞争行为法的规制对象和银行业监督管理法的规制对象大体重合，与反垄断法相比更重行为导向的反不正当竞争法更难在银行业市场寻求规制空间。最后，刑法作为一种最后的保障，虽具有无与伦比的规制强制性，但是刑法规制的出现已经说明银行业垄断行为造成了极大的社会危害性，这也间接地反映出其他法律规制的失灵。

发展以反垄断法为主的银行业反垄断规制权实施，其用意正在于发挥反垄断规制应有的独立性、专业性和权威性：第一，相对于行业规制，反垄断规制作为一种行业外规制具有极强的独立性，充分发挥“局外人”规制的优势，并且可以对银行业潜在的行政垄断行为进行行之有效的规制；第二，反垄断规制以市场竞争秩序建设为己任，对滥用市场支配地位、垄断协议、经营者集中等垄断行为业已形成系统的规制经验，具备可期待的专业性保障；第三，国外的实践发展已经证明，无论何种规制权配置模式，反垄断规制都发挥着或主导或核心的重要作用。反垄断规制的权威性可以通过反垄断规制实践的开展逐步得到银行业和社会的认可。就我国国情而言，以反垄断法为主构建规制权实施的用意正在于建立一种银行业市场化的竞争法推进机制。银行业市场化内嵌了市场竞争机制建设的宏观目标，而反垄断法作为市场经济的“经济宪法”，可以通过垄断行为的预防和规制为银行业市场化进程保驾护航。此外，需要指出的是，反垄断法主导并不意味着反垄断法唯一，规制权的实施仍需要通过规制机构实施协调机制的建立，配合反垄断规制机构对银行业垄断行为的规制任务，也就是说，其落脚点仍就在于协调机制和具体制度的建立。

三、银行业反垄断规制权的制度实现

以反垄断法为主导的银行业反垄断规制体系的确立意味着反垄断规制将承担着更多的规制义务和责

任，这同样意味着银行业垄断的法律规制需要建立在完善的反垄断规制制度基础之上。目前，我国反垄断规制尤其是反垄断执法与司法虽然已有较为充分的规制经验，但是仍不能被认为已经步入执法的成熟期。银行业反垄断规制的及时和有效需要反垄断规制的制度完善和相关金融规制配套制度的完善。一主一辅两方面的制度发展可以成为银行业反垄断规制有效实施的必要支撑。总体而言，这种制度完善表现在基础制度、实体制度和程序制度三个方面，涉及规制数据完善、法律规范明确和法律程序依赖等与银行业反垄断规制开展密切相关的重要环节。

（一）以竞争评估为契机完善银行业反垄断规制的基础制度

2016年6月，国务院发布《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，明确了制定“市场准入、产业发展……经营行为规范等涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措施”的行政机关应当进行公平竞争审查，而具有高度管制属性的银行业自然应当成为公平竞争审查制度运行的高期待领域。银行业的公平竞争审查旨在避免因行政权力滥用而造成的市场竞争机制破坏，事前杜绝行政性垄断行为的发生，实际上银行业的竞争评估远不止于公平竞争审查。

竞争性评估，顾名思义是从市场竞争机制发展出发，运用相关的工具对标的客体进行评测与掌握。竞争性评估的直接意义在于，从市场融资规模占比、产权主体结构、银行业市场规模等相关维度，基于数据的搜集和汇总形成银行业发展的竞争性评测。这是一种金融学意义上的评估，是银行业监督管理部门对银行业市场发展现状掌握的主要途径。竞争性评估的另一层意义在于，“要减少政府对竞争的不合理限制，需要对各项法律制度的竞争影响进行评估”^[10]，这是竞争法意义上的评估概念。我们认为，无论是金融学意义上的评估，还是竞争法意义上的评估，都是银行业市场发展和银行业反垄断规制所需要建立的基础制度。

金融学意义上的银行业市场竞争性评估应由银行业监管机构配合商务部完成，由银行业监管机构提供相关统计和分析数据，由商务部完成对市场的竞争性评估。将评估权力赋予商务部的主要考虑因素在于，单纯市场意义的评估可以为商务部经营者集中审查职权的行使奠定基础，也就是说，金融学意义的评估更有助于发现商务部所需规制的垄断行为的“真相”。更为重要之处在于，对于银行业宏观市场和相关微观领域市场机构的把握有利于对“大到不能倒”难题进

行事前的预防。有学者曾指出,我国应当“参考美国沃尔克规则的标准,限制国有商业银行主要业务的市场份额(存贷款、结算和托管等),要求每家不要超过10%或合计最好不要超过40%以抑制大银行垄断”^[11]。金融危机之后,应对“大到不能倒”难题的做法一是严格经营者集中审查,二是加强监管,对银行业市场保有足够的监控。商务部作为经营者集中审查的专业机构,可以通过事前市场状态监控的方式,与银行业监督管理部门配合,及时了解市场结构变化,预防银行业金融机构“大到不能倒”难题的出现。

竞争法意义上的银行业市场竞争性评估应当是国务院反垄断委员会的法定职能,《反垄断法》第9条第2款规定国务院反垄断委员会具有“组织调查、评估市场总体竞争状况,发布评估报告”的职责。但是就国务院反垄断委员会的运行现状而言,很难从实质上履行这项竞争性评估职能。此外,选择某一家反垄断执法机构作为法律规范的竞争性评估机构也不具有现实可操作性。有学者建议形成一种“以反垄断委员会为主,法律制定机构为辅”的竞争评估机制,即由法律规范指定机构主动提交竞争性评估报告,由反垄断委员会进行最终审查^[12]。我们认为这种方式具有一定的可行性。目前,我国公平竞争审查制度的建构方向是以“自查”为主、以反垄断执法机构在职责范围内的监督和社会监督为辅的运行模式。从银行业市场的具体运作来看,银行业市场的剩余立法权集中于央行和银监会两大监督管理组织,管理机构的单一、绝对与权威为竞争性评估制度的实施带来了一定的便利。在银行业市场法律规范出台之际,应由法律制定机构进行专业、客观的“内部”竞争性评估,并提交国务院反垄断委员会或相关反垄断执法机构进行最后的审查。

(二) 以竞争执法为导向改良银行业反垄断规制的实体制度

银行业反垄断规制实体制度完善的重要方面在于法律制度的完善,以法律制度设计规范银行业反垄断规制权运行既符合金融法治化的发展诉求,又在客观上为银行业市场化提供较为稳定、可靠的制度环境。法律制度完善的核心在于通过法律规范体系的建构实现对银行业反垄断执法过程中诸多不确定性和现实局限性的克服,尤其在规制权冲突、执法权实施较为模糊的领域,形成一种“定纷止争”的效果,最终服务于银行业市场化的发展大局。

一方面,我们应极力促成银行业反垄断法律规范体系的完善。反垄断规制的一个传统在于通过行为指南的发布既引导市场经营者依法实施市场活动,又对

垄断行为的规制细则进行一定程度的明确。一般而言,这种行为指南包括行业导向和特殊垄断行为类型导向两类,银行业作为较为特殊的行业,具有较为特殊的垄断行为特征,应当颁布适应自身发展与反垄断规制的银行业反垄断规制指南。规制指南应当对银行业垄断行为的规制目标、规制方式、责任效果等重要环节进行宏观规定,在明确规制权属的前提下不仅提高了规制效率,也会增加银行业金融机构的行为可预测性。必须指出的是,指南的发布时间可能存在两种情况:一是在规制活动开展之前,规制机构根据类似行业的执法经验和银行业垄断行为的规制预判形成垄断行为规制指南。这种指南的特点在于宏观,主要对规制目标进行明确,对规制权属进行有效的划分,但无法对垄断行为的具体规制进行详尽的立法规定。二是在规制活动开展之后,通过银行业垄断执法活动的经验积累,形成较为系统、较为客观的银行业反垄断规制指南。我们认为,从我国垄断行为的规制现状出发,银行业反垄断规制领域存在诸多的不确定性,而这种不确定性是造成银行业反垄断规制迟迟不能得到实质性开展的重要原因。例如反垄断法能否适用于银行业,反垄断执法机构和银行业监督管理机构之间的关系如何协调,诸如此类的关键性问题都需要通过司法指南进行前置明晰。因此,我们认为,我国有必要立即出台关于银行业反垄断规制的行动指南,主要对法律适用、管辖权、规制目标等关键问题进行明确。在我国银行业反垄断规制实践有了足够的发展经验之后,我们可以通过指南的修订或单一指南的发布形成系统的银行业反垄断法律规范建构。

另一方面,应当加快银行业反垄断规制的量化标准的确定。标准是确保执法过程公开、专业和权威的表现,银行业反垄断规制过程中量化标准的确立表明反垄断执法机构业已对银行业市场垄断行为的特殊性具有一定程度的掌握,并且通过量化标准的明确可以向社会舆论传达一种规制可能性和规制期待性。与此同时,量化标准的确立也可以为银行业市场金融机构的行为提供可靠的指引,增强市场主体行为的可预测性,缓解反垄断执法的不确定性。银行业垄断的主要行为形式都伴随着普遍的量化问题,例如银行业市场滥用市场支配地位行为需要对市场支配地位进行深入的量化界定,明确具体的市场边界与市场规模;银行业并购审查之中需要对市场对象选取、目标市场的规模测算进行分析,最终形成对行为市场竞争性影响的量化。总揽而言,量化问题的核心在于对银行业市场经营者行为的“排斥、限制竞争效果”依照科学、合理的标准进行具体的、微观的市场评估。这种

行为的竞争性评价大体依照产业经济学理论下的“SCP 范式”展开，从市场结构、市场行为和市场绩效着手，在每个维度分别确定若干标准以判断行为是否对市场造成限制、破坏效果。从竞争执法角度来看，垄断行为的量化大体可以从相关市场界定、市场势力衡量和市场效率评估三个方面进行思考。银行业市场垄断行为规制的量化问题当然承继了反垄断规制的一般传统，除此之外，仍有部分领域的量化问题是值得我们关注的，也是值得思考的银行业竞争政策的发展问题。例如银行业主体的产权结构对市场竞争因素的影响，直接与间接融资机构对于市场竞争度的影响等。

（三）以司法实施为突破探索银行业反垄断规制的程序制度

司法程序的完善是构建反垄断规制执法与司法二元规制体系的关键之所在，同时，可以为我国执法与司法的对接创造必要的制度基础。“作为最终裁判者的法院，如何在具体的反垄断案件审理中做好对立法理念和反垄断专业问题的精确把握，以及对司法自由裁量权的恰当运用，是反垄断法是否实现维护市场竞争立法目标的重要保障。”^[13]我们认为，银行业反垄断规制的司法程序完善可以着力于以下三个方面的改造：

第一，证据规则制度的明确。根据最高人民法院司法解释的相关规定，银行业金融机构之间的垄断协议行为适用举证责任倒置规则，此点毋庸置疑。考虑到银行业市场支配地位认定的专业性和复杂性，我们有必要在银行业市场滥用市场支配地位的规制中也建立举证责任倒置制度，或者说模仿举证责任倒置的制度特征，完善相关配套制度。举证责任倒置通过被告一方银行业金融机构的证明责任的加重，实现原被告双方地位的实质平等。但是刻意加剧一方责任会为银行业金融机构带来极大程度的“诉累”，并且在滥诉行为难以避免发生的情况下，反而有影响银行业金融机构正常经营的可能。因此，我们认为，银行业滥用市场支配地位的证明责任分配与其通过举证责任导致加重被告一方责任，不如通过证据支撑制度的完善实现执法为司法的适度服务与支撑。也就是说，原告一方可以申请反垄断执法机构对银行业相关市场的份额进行权威的认定，并且在司法上赋予这一认定结论以法律约束力，通过对原告的证据支持实现原被告双方的诉讼地位实质平等。这种做法也可以确保银行业反垄断诉讼案件的公正与权威。

第二，诉讼发起方式的便利。银行业金融机构垄断行为的后果往往具有较为广泛的波及度，换言之，垄断行为一般都是以群体性的损害后果为共性。这种

群体性损害之于司法程序的难度就在于，一方面在不具备判例传统的中国，个案判决能否适用于同类判决；另一方面，个体诉讼如何对抗强大的银行业垄断体系。问题解决的一个可行方法在于效仿集团诉讼制度，完善我国代表人诉讼制度在银行业反垄断诉讼案件中的适用。集团诉讼制度通过诉讼扩张力的保证，有效地提高了对于垄断行为实施者的法律威慑力，通过集团诉讼代表人的有效选任，实现个人诉讼效果的群体辐射，有利于弱势群体合法权益的有效救济。《中华人民共和国民事诉讼法》虽然规定了代表人诉讼制度，但是在实践层面尤其是银行业反垄断规制层面不具备可操作性，并且不存在相应的配套功能保障，而美国集团诉讼制度的关键在于惩罚性赔偿制度的有效保障。因此，考虑到银行业垄断行为的复杂性和专业性，有必要通过集团诉讼制度的引入实现垄断行为司法救济发起方式的有效完善。

第三，案例指导制度的形成。“案例无所谓典型与非典型，案例也无所谓指导与非指导；任何一个裁判文书都是反思和检讨经验知识的一个鲜活样本，哪怕是一份充斥偏见、谬误与不公的裁判文书，它同样具有批判价值，同样是知识累积和制度演进不可缺失的组成部分。”^[14]案例指导制度的发展动因包括了“‘同案不同判’现实问题的处理、司法自由裁量权的适当限制以及司法实践和理论研究互动的选择等”^[15]。既有民事诉讼案例指导制度的效果在未来银行业反垄断诉讼制度成熟以后可以实现这些预设的制度效果。从目前来看，案例指导制度之于银行业反垄断诉讼而言，还具备着规范诉讼程序、引导原被告双方合法开启诉讼的示范作用。我国目前暂无明确的关于银行业反垄断民事诉讼的司法判决，初始案例的形成在系统评估之后可以成为后续垄断诉讼开展的范本，当然这种范本是程序意义至上而非实体意义至上。换言之，我国的法官队伍需要关于垄断诉讼的一次“模拟法庭”实践以了解垄断诉讼的特殊性。系统、规范的垄断诉讼判决不亚于银行业市场行为司法指南对于主体现实行为的影响效力。

注释：

- ① 例如 2006 年 12 月，银监会发布《关于调整放宽农村地区银行业金融机构准入政策，更好地支持社会主义新农村建设的意见》，按照“低准入、严监管”原则适度放宽农村金融机构的市场准入；2014 年 6 月，央行发布《银行办理结售汇业务管理办法》，放宽结售汇市场准入；2015 年 4 月，国务院印发《关于实施银行卡清算机构准入管理的决定》，对银行业清算机构实施准入管理；2015 年 6 月，银监会发布《关于促进民营银行发展的指导意见》，放宽市场准入，推动民营银行试点

工作。

代表的一系列法律规范和判例明确了并购的管辖。

- ② “近年来, 银行高管巨额薪酬、高利润及乱收费等问题饱受非议, 特别是 2010 年受到全球金融危机和国内宏观调控政策影响, 实体经济发展受到制约, 但银行却利用紧缩之机直接提高或变相提高贷款利率, 收取各种费用, 银行业服务实体经济的作用受到广泛质疑。”(详见胡滨. 中国金融监管报告(2012). 北京: 社会科学文献出版社, 2012 年)
- ③ 《商业银行法》第 9 条规定, “商业银行开展业务, 应当遵守公平竞争的原则, 不得从事不正当竞争”; 《银行业监督管理法》第 3 条第 2 款规定, “银行业监督管理应当保护银行业公平竞争, 提高银行业竞争能力”。
- ④ 2009 年肖某诉重庆建设银行拒绝交易案曾被舆论视为我国“银行业反垄断第一案”, 但本案从案件标的和审理结果来看并非是《反垄断法》意义上的垄断纠纷, 也并未在反垄断司法的意义上实现了问题的有效解决。
- ⑤ 在《反垄断法》酝酿颁布之时, 学者们就对垄断罪和垄断刑事责任进行了广泛的讨论: 郑鹏程指出, “垄断具有严重的社会危害性, 垄断犯罪化既有理论依据, 也有法律依据”。(郑鹏程. 论垄断罪的依据、构成与刑事责任. 河北法学, 2003(2): 87-91); 王健在结合《反垄断法(修改稿)》的基础上指出, “威慑是反垄断法中最优先, 甚至可能是唯一的目标, 反垄断应当强化刑事立法”。(王健. 威慑理念下的反垄断刑事制裁制度. 法商研究, 2006(1): 3-11); 陈小燕、许洁君认为, “应在刑法中增加垄断协议罪、滥用市场支配地位罪、行政垄断罪和拒绝反垄断机构调查罪, 以防止垄断行为破坏市场竞争机制”。(陈小燕, 许洁君. 浅析依法治国视野下的垄断惩治. 当代世界与社会主义, 2009(3): 176-179.)
- ⑥ 例如杨贺男、张平, 蒋岩波、孙浩对垄断行为的犯罪化、入罪问题进行了探讨。(详见杨贺男, 张平. 滥用行政权力排除、限制竞争行为入罪问题分析. 政治与法律, 2010(7): 35-44; 蒋岩波, 孙浩. 垄断行为犯罪化的司法实现. 江西财经大学学报, 2010(4): 117-121); 杜仲霞, 谭袁对反垄断法刑事责任制度进行了细致的分析(详见杜仲霞. 我国反垄断法刑事责任之重构. 法治研究, 2013(5): 51-57; 谭袁. 反垄断法责任制度探讨. 西部法律评论, 2012(4): 22-28.)
- ⑦ 2002 年《清理调查程序的协议备忘录》赋予了司法部调查金融服务、保险、证券市场的权利, 而联邦贸易委员会在金融危机之后逐步加强银行业垄断执法。在美国银行业垄断主要执法领域——银行并购的审查之中, 以《银行并购法》《金融控股公司法》《银行并购竞争评论》《金融服务现代化法》为

参考文献:

- [1] 闫夏秋. 论我国银行业监管模式的转变[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2016(6): 68-75.
- [2] 许成钢. 法律、执法与金融监管——介绍“法律不完备性”理论[J]. 经济社会体制比较, 2001(5): 1-12.
- [3] 刘乃梁. 障碍与释疑: 反垄断法适用于银行业的理论澄清[J]. 北方法学, 2016(6): 110-111.
- [4] 卡塔琳娜·皮斯托, 许成钢. 不完备法律——一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用[J]. 比较, 2001(3): 111-128.
- [5] 宣岷. 金融法重构之社会基础: 金融利益关系系统化运动[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2015(2): 43-52.
- [6] 莉莎·布鲁姆, 杰里·马卡姆. 银行金融服务业务的管制: 案例与资料[M]. 李杏杏, 等译. 北京: 法律出版社, 2006.
- [7] 杨斌. 银行业反垄断主管机构研究[D]. 长沙: 中南大学, 2008.
- [8] 李国海. 英国竞争法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [9] Financial Conduct Authority. What we do[EB/OL]. <http://www.fca.org.uk/about/what>, 2014-08-28/2017-07-02.
- [10] 张占江. 中国法律竞争评估制度的建构[J]. 法学, 2015(4): 67-83.
- [11] 谢平, 邹传伟. 中国金融改革思路: 2013—2020[M]. 北京: 中国金融出版社, 2013.
- [12] 张占江. 中国法律竞争评估制度的建构[J]. 法学, 2015(4): 79-82.
- [13] 蒋岩波, 喻玲. 反垄断司法制度[M]. 北京: 商务印书馆, 2012.
- [14] 谢晓尧. 在经验与制度之间: 不正当竞争司法案例类型化研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [15] 张智全. 案例指导制度, 实现公平正义的有力利器[EB/OL]. <http://www.chinacourt.org/article/detail/2015/06/id/1641218.shtml>, 2015-06-03/2017-07-02.

Allocation and realization of antitrust regulation right of banking

LIU Nailiang

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

Abstract: The disposition and exercise of regulatory power constitute the core issue of the development of antitrust regulation in banking industry. The implementation of the regulatory power which is mainly based on the antitrust law is not only an effective reference to the experience of international financial antitrust, but also reflects the interests of the development of Chinese banking market. It is the exercising principle of antitrust regulation right of banking to start from the regulation of monopolistic behavior, to rely on the system construction to coordinate effectively the internal relations of power, and to promote the interaction between the rights and the power. And seeking the perfection of banking system under the guidance of competition evaluation, competition law enforcement and judicial implementation is an effective support for the realization of the banking regulatory authority.

Key Words: banking; antitrust; regulation right; power allocation; competition

[编辑: 苏慧]