

反垄断执法和解的新定位*

——从附属适用到独立适用

詹馥静

(华南理工大学法治经济与法治社会研究中心,广东广州 510006)

摘要:囿于现有行政规范体系和反垄断刚性执法体系,我国反垄断执法和解只能在有限范围和条件内辅助适用、补充适用。这种附属性定位限缩了制度的适用范围和功能发挥,致使反垄断执法和解逐渐沦为象征性、摆设性的制度选择,进而导致反垄断法实施功能受阻、实施效果有限。我国反垄断执法的管制化发展是反垄断执法和解独立适用的内在动因。和解式执法在竞争日益复杂的数字经济市场和规制僵化的管制领域中拥有广阔的应用前景,基于其自身特性与传统处罚式执法形成了功能互补,填充了刚性执法的空隙,构成反垄断实施体系不可或缺的一部分。新修订的《反垄断法》在推进和解机制的本土化适用上暂未作过多回应。反垄断执法和解的本土践行路径还需要结合其制度属性和应用场域,在规范依据、风险控制 and 法理内核等方面巩固其独立体系地位,进而实现从附属适用到独立适用的根本性迈进。

关键词:反垄断执法和解;经营者承诺;刚性执法;制度定位;独立适用

中图分类号: DF414 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-9512(2023)07-0129-16

DOI: 10.15984/j.cnki.1005-9512.2023.07.007

一、问题的提出

在刚性执法体系越来越难以囊括错综的竞争利益结构的大背景下,以承诺机制为主要手段的反垄断执法和解,^[1]既能满足市场监管的弹性规制需求,又能在刚性执法之外提供多元化的争议解决机制,因此成为各国(地区)反垄断执法体系的重要组成部分。与域外反垄断执法和解的常态化适用不同,我国自反垄断法颁布以来鲜少适用反垄断执法和解(仅二十余起)。^[2]在和解实践上不仅与美国同意令制度适用存在较大差距,与经营者承诺制度的移植法域——欧盟相比,同样相差甚远。对反垄断执法和解的体系定位和逻辑机理缺乏准确把握,是当前反垄断公共执行机制过度依赖以罚款为核心的刚性执法措施的重要原因。

作者简介:詹馥静,华南理工大学法治经济与法治社会研究中心助理研究员、法学博士。

*本文系国家社科基金重点项目“强化反垄断促进平台经济健康发展研究”(项目编号:21AZD017)、国家社科基金一般项目“数字经济竞争法实施难点问题研究”(项目编号:19BFX163)的阶段性成果。

[1] “反垄断执法和解”在我国被称为“经营者承诺制度”。其他国家和地区类似制度的称谓有所不同,比如美国称其为“同意令制度”;欧盟称之为“承诺决定”;澳大利亚称之为“承诺实施制度”,日本谓作“同意审决制度”;我国台湾地区则直接称作“行政和解”。为避免制度称谓不一带来的混淆和误解,本文遵循学术惯例,将以上制度统称为“反垄断执法和解”。

[2] 截至2023年4月,我国反垄断执法中以承诺结案的案件,从公开渠道可获知及考证的共二十五起。其中有十起案件适用中止调查、十一起案件适用终止调查,另外四起案件恢复调查,最终依法作出行政处罚决定。

学界在反垄断执法和解能否于实践中主动适用、优先适用的问题上存有分歧。有的学者认为执法和解只是辅助手段或不得已而为之的实践选择,在整个反垄断执法体系中不具有独立的适用价值和评价地位。^[3]有的学者则主张以承诺机制为核心的执法和解“使得反垄断法弥补了传统行业监管缺位所造成的真空地带,并为后续的‘去管制化’的新型行业监管措施提供了宝贵的执法经验”,应当积极鼓励适用。^[4]理论层面难以达成共识,导致实践中对于同一案件的处理也存在截然不同的两种评价。比如,面对我国反垄断执法实践中援引经营者承诺制度处理的第一例和解案例“中国电信、中国联通滥用市场支配地位案”,反对观点批驳该案主动适用执法和解有失妥当,易于引发额外损失及道德风险,^[5]“接受‘承诺’会损害《反垄断法》的效力和权威”;^[6]持肯定态度的学者则主张,承诺机制因其私人属性可以回避很多疑难问题,国家发改委在该案中的做法应当被鼓励和推广。^[7]

分歧的根源来自不同部门法体系对和解制度属性定位的研究偏差。具体而言,当前的研究,有相当一部分是从行政法规范体系上理解反垄断执法和解的制度定位的。由于行政和解本身具有不确定性和契约弹性空间,各国反垄断执法中包括劝告、磋商、承诺和媒体曝光等非正式方式在内的结案程序,作为行政执法和解在反垄断法实施中的运用,^[8]同样存在诱发反垄断权力机关滥用裁量权的可能性。尽管反垄断执法和解的“灵活性”优势为人所青睐,但在行政法的制度评判标准下,其制度内生性风险也备受诟病。现有研究将关注重点放在化解制度风险的权力制衡与外部监管上,对于和解实践中的一些关键,诸如反垄断执法和解的适用范围和适用前提、经营者承诺制度与反垄断违法认定及中止(终止)调查之间的程序界限、反垄断执法和解在解决新兴领域竞争监管需求上的制度前景等,缺乏深层次讨论。在备受关注的《反垄断法》修订中,立法机关试图将经营者承诺制度的适用范围(主要为核心卡特尔的排除适用)以及承诺履行的时限等已由指南的具体规定纳入法律文本中。^[9]但从修法的最终结果来看,新施行的《反垄断法》第 53 条并未对原法第 45 条的经营者承诺制度做任何补充或修正。修法中的昙花一现也折射出我国反垄断执法和解制度地位的窘迫与尴尬。

客观上,就属性定位而言,已有一部分研究试图跳出行政执法框架,在经济执法领域尤其是反垄断执法领域自身的逻辑体系上向前迈进一步。稍有缺憾的是,目前的研究主要在反垄断刚性执法体系内寻找执法和解的制度定位与应用价值,忽略了和解式执法作为柔性执法模式之一的独立体系定位,及其在迅速响应特定领域市场监管上的制度前景。进而,在具体适用上,要么执着于制度实施的程序和实体限制,要么以主观的价值判断取代客观的规制效果评价,弱化了反垄断执法和解致力于恢复市场竞争状态的特质。总体而言,“目前我国学界讨论承诺机制的成果为数不少,但将其视为反垄

[3] 有观点认为,只有在反垄断执法存在缺口或困境时,适用反垄断执法和解才有正当性。参见焦海涛:《反垄断法承诺制度的功能解释——从我国实践案例切入》,载《财经法学》2016 年第 6 期。也有观点认为,应当根据涉案垄断行为的轻重之分对反垄断执法和解制度的适用范围予以限制。参见王炳:《反垄断执法和解的制度机理》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 2 期。

[4] 参见侯利阳:《大历史视角下的反垄断法与本土化移植》,载《交大法学》2018 年第 4 期。

[5] 参见焦海涛:《电信、联通垄断案中承诺的消极效应》,载《法学》2012 年第 3 期。

[6] 参见王晓晔:《中国电信、中国联通涉嫌垄断案的再思考》,载《交大法学》2013 年第 2 期。

[7] 参见侯利阳:《大历史视角下的反垄断法与本土化移植》,载《交大法学》2018 年第 4 期。

[8] 参见涂怀艳:《行政执法和解初探》,载《法商研究》2008 年第 2 期。

[9] 国家市场监督管理总局曾在 2020 年 1 月 2 日发布的《反垄断法修正草案(征求意见稿)》第 50 条中,对该法第 45 条规定的经营者承诺制度进行了两项补充:其一是“对涉嫌违反本法第十五条第(一)(二)(三)项规定的垄断协议,反垄断执法机构不得中止调查”;其二是“经营者应当在规定的时限内向反垄断执法机构书面报告承诺履行情况”。国务院 2021 年 10 月 19 日提请全国人大常委会审议的《反垄断法(修正草案)》删去了以上补充规定。第十三届全国人大常委会第三十一次会议对修正草案进行初次审议后,一读的《反垄断法修正草案》也未见上述补充内容。

断执法模式的创新并从根本上改变后者的成果暂时还没有”。^[10]

欧美各国的反垄断实践表明,反垄断执法和解对于突破传统刚性执法单向思维、探索反垄断执法方式创新具有重要意义。对比我国,反垄断执法和解的功能定位和作用机理在《反垄断法》实施中并未得到充分认识。其体系定位不清、对其制度属性和运作机理认识不足,导致实践中反垄断执法和解的制度功能被进一步弱化,仅作为刚性执法程序的“副产品”存在,并逐渐沦为一个象征性、摆设性的制度。中国当前处于经济转型的关键时期,新型商业模式层出导致市场变动频繁,要求监管部门在灵活执法的同时加强对特定市场领域监管的广度和深度。^[11]从这一意义上看,合理调适和转变反垄断执法和解的制度定位,不仅有助于跨越现有理论分歧,构建制度适用的共识性基础,还将充分揭示和解机制在不同应用场域的适用价值与时代内涵,推动我国反垄断法实施的体系完善和监管创新。

二、处于附属地位的反垄断执法和解

从最初的渊源和内涵上看,反垄断执法和解承袭了行政和解的制度特征和逻辑机理,是行政执法和解在反垄断领域的子集和具化。而后,和解机制适用于竞争监管的制度前景被进一步发掘,随着反垄断自身实践历程的嬗变,对其制度属性与功能地位的认识也在不断演变和更新之中。

(一)作为行政执法和解的子集

20世纪初,沿袭普通法系辩诉交易的司法传统,美国反垄断执法机关在《谢尔曼法》出台后尝试以和解方式解决反托拉斯案件。最初是在反垄断诉讼案件中试水,司法部(DOJ)反托拉斯局在追究经营者刑事责任时与被调查者达成“同意协议”(Consent Agreement,又称和解协议),经由法院确认形成“同意判决”后结束反垄断调查。^[12]由于适用效果良好,这种本需经司法机关同意的和解机制从诉讼场合逐渐延伸到了反垄断公共执法调查中。负责美国反垄断执法的另一重要部门——联邦贸易委员会(FTC)也开始适用执法和解。FTC可以与被调查者协商,通过签发“同意命令”(Consent Order)结束反垄断调查。以上和解程序在美国统称为“同意令”(Consent Decree)制度。

尽管最初的同意令制度由普通法系的刑事和解传统演变而来,带有一定司法和解性质,但此后欧美反垄断丰富的和解实践印证了和解制度在行政执法领域的生命力。作为反垄断行政监管模式的代表,欧盟委员会借鉴美国的同意令制度,在1984年的IBM案中首次适用了承诺决定。^[13]彼时欧盟还没有任何有关和解程序的制度规定,直到2002年12月第1/2003号条例^[14]第9条^[15]正式引入承

[10] 侯利阳:《大历史视角下的反垄断法与本土化移植》,载《交大法学》2018年第4期。

[11] 参见刘大洪、蒋博涵:《“法”与“术”:数字经济平台市场支配地位之探微》,载《学海》2022年第1期。

[12] 参见赵凯:《美国反垄断法中的和解机制研究》,载《价格理论与实践》2013年第9期。

[13] See Case IV/30.849-IBM Personal Computer, OJ[1984]L 118/24.

[14] 该条例全称为“Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 On the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty”(《关于实施条约第81条和第82条制定的竞争规则的(EC)第1/2003号理事会条例》)。

[15] Art. 9(1) of Reg. 1/2003: “Where the Commission intends to adopt a decision requiring that an infringement be brought to an end and the undertakings concerned offer commitments to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment, the Commission may by decision make those commitments binding on the undertakings. Such a decision may be adopted for a specified period and shall conclude that there are no longer grounds for action by the Commission.” (“如果委员会打算通过一项要求终止侵权行为的决定,而有关承诺表示将解决委员会在其初步评估中向它们表示的关切,委员会可通过决定使这些承诺具有约束力。该决定可在指定期限内通过,并得出认为委员会不再有理理由采取行动的结论。”)

诺决定制度时,欧盟的反垄断执法和解机制才宣告真正建立。以“承诺决定”为核心的执法和解制度,与传统的反垄断行政处罚程序——即第 1/2003 号条例第 7 条确立的“罚款决定”制度,共同构成欧盟竞争执法的两大案件解决机制。^[16]值得注意的是,第 1/2003 号条例虽然是执行欧盟竞争法的程序性框架,但最初规定承诺制度的第 9 条只是一个授权性条款,并不能在具体执法中提供程序规则或具体操作标准。实践中欧盟法院主要援引《欧盟基本权利宪章》和《欧洲人权公约》等条约框架中的基本权利和一般原则,对欧盟委员会作出的承诺决定进行审查。^[17]这些法律原则和基本权利规定也成为欧盟承诺决定制度的重要法源。

反垄断执法和解在被欧盟引进并创新后,迅速得到其他竞争法域的效仿和推广适用,并得以流行于全球。^[18]除了日本的劝告审决或同意审决制度,其他司法辖区的制度内容和称谓都更接近欧盟的承诺决定制度。我国反垄断执法和解也以欧盟模式为蓝本,嫁接于新修订的《反垄断法》第 53 条(原法第 45 条)的“经营者承诺”之上。2008 年《反垄断法》出台后,全国人大法工委指出“承诺制度是反垄断执法机关与被调查的经营者和解的一种重要方式”,^[19]阐明了经营者承诺行政和解的制度内核。

客观来说,行政规范体系内的制度定位为反垄断执法和解的实践应用框定了适用准则,使其在制度诞生之初便能找到实体和程序依托。作为行政执法和解的子集,反垄断执法和解具有前者的一系列特征,比如非正式性、灵活性、平等协商、效率中心和收益导向等,其核心原则、适用条件和程序设置也需遵循上位法“行政程序法”的约束。与此同时,行政执法和解可能衍生的行政裁量权滥用、权力约束不足导致的利益勾兑以及第三人和社会公共利益失衡等问题,使得其制度本身在推行阶段便深陷泥淖。譬如,不少观点主张,为了在源头上减少行政裁量权的滥用,应以行政执法过程中“事实或法律状态不确定、且不确定状态不能查明或非经重大支出不能查明”作为适用前提严格限定反垄断执法和解的适用范围。^[20]具体做法可参考我国台湾地区,将“经依职权调查仍不能确定”作为适用反垄断执法和解的先决条件。^[21]这一做法乍看之下合理,实际上却构成了对执法裁量适用和解程序的极大限制。“和解机关要想适用和解程序,必须先进行充分的执法调查,只有调查不能确定相关事实及法律关系时,方可以和解方式结案。”^[22]和解程序本就是为解决执法资源不足和执法效率低下等问题而诞生的,若需经充分调查且证明调查客观上无法继续才能适用该制度,和解适用的门槛和成本都将大大提高,适用范围也将进一步缩小。

[16] See Wouter P.J. Wils, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, 29 *World Competition* 347(2006).

[17] 比如《欧盟基本权利宪章》第 5 条的相称性原则和辅助性原则、第 16 条经营企业的权利、第 41 条良好管理的权利、第 47 条获得公平裁决的权利、第 48 条无罪推定原则及辩护权等。上述部分权利和原则也规定于《欧洲人权公约》之中。

[18] See Bradford, A., Chilton, A., Linos, K. & Weaver, A., *The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law*, 16 *Journal of Empirical Legal Studies* 762(2019).

[19] 参见全国人大常委会法制工作委员会经济室编:《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2007 年版,第 270 页。

[20] 张红:《破解行政执法和解的难题——基于证券行政执法和解的观察》,载《行政法学研究》2015 年第 2 期。

[21] 我国台湾地区在“行政程序法”第三章以及“行政院”公平交易委员会缔结行政和解契约处理原则中规定,在公平交易委员会依职权无法调查清楚作出垄断行为处罚的法律事实或法律关系的条件下,为了有效解决争端,合理保障各方权益,可以采取和解制度。参见时建中主编《反垄断法——法典释评与学理探源》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 417-423 页。

[22] 焦海涛:《反垄断法承诺制度的适用范围研究》,载《法商研究》2013 年第 2 期。

(二) 作为反垄断刚性执法的补充

和解程序最初是作为执法补充手段或最后救济措施纳入反垄断执法体系的。^[23]早在1962年,欧共体理事会就发布了实施《欧共体条约》第81条、第82条的第一个二级立法文件——第17号条例。该条例赋予欧盟委员会采用“非正式的和解程序”处理垄断案件的程序权力。^[24]在第9条确定之前,欧盟已有不少案件通过“接受承诺”的方式结案,但这些非正式和解实践并没有得到制度上的落实和保障。为此,欧盟在传统行政处罚的刚性程序基础上做了大量探索。和解程序前后经历了消极澄清(Negative Clearance)、豁免申请(Exemption)、豁免意愿书(Exemption Comfort Letter)等诸多制度尝试后,^[25]最终固定为当前的承诺决定程序。此后,欧盟主要成员国如法国、德国和意大利等,相继在本国竞争执法领域推行承诺程序,制度规定与欧盟一脉相承,只是在本土化路径上各国略有差别。比如法国在《商法典》第L464-2-I中纳入承诺程序,随后通过2005-1668号令发布具体的程序性规定。^[26]德国在2005年《反对限制竞争法》修订时增加了32b和解条款,内容上与欧盟第1/2003号条例第9条进行了衔接。意大利则通过承诺制度适用程序通知的颁布引入反垄断执法和解。^[27]

普通法系反垄断和解程序的演变也经历了类似过程。波斯纳曾指出,反托拉斯救济系统的主要目的在于威慑违法。^[28]早期的同意令适用,目的并不在于取代反垄断处罚等常规执法工具,而是通过执法机构与经营者的协商和解节约执法资源,避免冗杂的处理程序,快速形成公共执行决定。表面上这种契约式和解减损了可预期罚款对反垄断违法的威慑力,实际上通过牺牲个别处罚威慑,促进整个社会违法垄断行为的发现概率,反而提高了反垄断法的整体威慑力度。^[29]在最优威慑理论的指引下,和解机制低成本、高效率解决垄断争议的特点,得以与反垄断法的威慑理念相契合,成为刚性执法体系的有益补充。

这种认识一定程度上促成了研究视角的转变。部分学者开始跳出行政法视角理解和把握反垄断执法和解的制度属性,并尝试从反垄断法自身的逻辑体系出发为反垄断执法和解的具体实践找寻应用价值和适用思路。然而,这种认识局限于反垄断刚性执法体系的评价标准,只能从最优威慑角度确定其制度目标和现实价值,实际上仍限缩了反垄断执法和解的适用空间。比如,有观点认为,应当通过传统刚性执法适用的案件类型反向排除不宜使用承诺制度的案件。^[30]具体而言,对违法性严重案件、典型案件(主要为新兴领域的新型案件和有争议案件)以及复杂案件都应当启用正式的执法调查程序。依此观点,对数字经济和发展迅速的技术等新兴市场领域,反垄断执法和解就没有适用空间。

数字经济市场的健康运行,需要精准监管与有效监管作为保障。^[31]欧盟委员会竞争事务副主席 Joaquín Almunia 曾指出:“承诺决定(和解程序)特别适合在数字经济市场采用……在新兴和快速发展的市场中,最重要的是将任何可能的竞争限制扼杀在萌芽状态,从而确保市场和商业环境保

[23] See Niamh Dunne, *Commitment Decisions in EU Competition Law*, 2 *Journal of Competition Law & Economics* 406 (2014).

[24] See Commission's XIVth Report on Competition Policy, 1984, paras 94-95.

[25] 参见刘宁元:《中外反垄断法实施体制研究》,北京大学出版社2005年版,第244页。

[26] 参见王炳:《反垄断非强制性执法制度与实践分析》,法律出版社2011年版,第109页。

[27] Notice Relating to the Implementation Procedure Pursuant to S.14-Ter of Law No.287.

[28] See Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, 2001.

[29] 参见周琳静、殷继国:《误读与澄清:反垄断执法和解制度之本相追问》,载《东北大学学报(社会科学版)》2012年第14期。

[30] 参见焦海涛:《反垄断法承诺制度的适用范围研究》,载《法商研究》2013年第2期。

[31] 胡晓红:《反垄断法视域下我国平台经济领域“守门人”义务之构造》,载《学海》2023年第2期。

持开放和动态。”^[32]基于刚性执法的案件范围直接排除反垄断执法和解在特定行业市场的适用,实际上否定了反垄断执法和解在快速对接新兴市场领域、实现动态监管需求上的独特优势,减少了反垄断法的实施路径和应用场域。换言之,作为刚性执法调查的补充性程序,反垄断执法和解只能在违法情节轻微、调查难以继续或非典型简单案件等情况下适用,客观上无法成为前者的功能替代。

此外,我国反垄断法在执法程序设计上,将经营者承诺制度与中止(终止)调查程序绑在一起。^[33]从程序外观上看,其更加接近正式调查程序的附属选择。实践中,作为中止(终止)调查和恢复调查之间的程序开关,经营者承诺制度逐渐异化为执法机构解决执法缺口或执法困境的权宜之计,或者经营者借以结束调查程序的“免死金牌”。反垄断执法和解因此被视为刚性执法体系的辅助工具或附带性程序选择,难以在实践中独立适用,更遑论在特定市场领域优先适用。

三、附属定位下的反垄断法实施困境

对反垄断执法和解属性定位的认识,直接决定了执法工具的选择与执法资源的分配,进而影响到反垄断法实施的基础构造和整体效能。处于附属性定位的反垄断执法和解,无法回应反垄断实施体系的价值取舍与形式理性构建问题,更难以直接面对和解决中国当前市场监管实践的迫切需要。

(一) 反垄断法实施功能受阻

1. 规制功能单一

对反垄断执法和解体系定位的认识,本质上还涉及反垄断法实施的功能定位以及威慑目标的唯一性评价。传统刚性执法关注制裁、惩罚和威慑,而反垄断执法和解则更加侧重于通过采取补救措施恢复竞争秩序。目标导向的不同直接决定了这两种案件解决机制在具体案件中的适用门槛和评价标准也有所不同。例如,不以违法性认定作为和解适用前提是推行反垄断执法和解制度的竞争法域的基本共识。但实践中,我国执法机构却希冀通过经营者承认违法行为来实现刚性执法的威慑制裁。2009年《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》(以下简称:《工商规定》)发布后,相关负责人在就其有关情况说明时曾明确指出:“经营者承诺制度又称和解制度。该制度旨在通过经营者主动承认违法行为并承诺在执法机关认可的期限内采取具体措施消除后果影响,使垄断行为得到制止……”^[34]在这一思路指导下,江苏省工商局在“吴江华衍水务有限公司滥用市场支配地位”案中,认定当事人“没有认识到自身行为的违法性,坚持辩称其不存在违法行为”,^[35]决定不予适用中止调查。该案最终成为我国不予适用经营者承诺的四起案件之一。^[36]执法机构在执法和解程序中变相要求经营者接受其违法性认定,实际上是将执法和解视为违法制裁的软性处理,

[32] See Joaquín Almunia, *Competition Enforcement in the Knowledge Economy*, in Barry Hawk ed., *International Antitrust Law and Policy: Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, Juris Publ'g, 2012, p.6.

[33] 根据新修订的《反垄断法》第53条规定,执法机构可以通过接受经营者承诺作出中止调查决定,市场主体做出承诺并履行后,执法机构可作出终止调查决定终结案件调查程序。值得一提的是,欧美等法域在和解程序中与经营者达成和解协议(或在接受经营者承诺后作出承诺决定),反垄断调查程序即告终止,而不需要向经营者出具中止(或终止)调查决定。

[34] 《国家工商总局竞争执法局负责人就〈反垄断法〉两个配套规章出台答记者问》, <http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/21/20090609124743.htm>, 2023年4月20日最后访问。

[35] 参见苏工商案[2016]00050号行政处罚决定书。

[36] 另外三起分别是2013年的“湖南永州保险行业协会垄断协议案”、2015年的“高通滥用市场支配地位案”以及2016年的“湖南盐业公司永州分公司滥用市场支配地位案”。

让经营者用过程正义换取结果正义。根本原因在于,执法机构习惯性在单一威慑性目标的功能导向下理解经营者承诺的实施基础,而未能正确把握反垄断执法和解的属性定位与制度目标。这种理解偏差也折射出我国反垄断法实施在功能定位和规制目标设置上的偏狭与滞后。

2. 规制边界模糊

反垄断法在实施的过程中常常面临与行业监管之间的职能划分问题。当垄断行为导致的市场问题发生时,行业监管部门出于管制干预惯性经常介入到市场机制的运作中。这使得两者在许多规制场合牵扯不清,许多本该由竞争监管解决的问题旁落至行业管制。比如2017年数字音乐独家版权争端甚嚣尘上之时,不少声音呼吁市场监管部门对破坏市场秩序的行为进行规制。然而率先介入争议的是国家版权局。作为版权行业主管部门,版权局当时约谈了国内外唱片公司和在线音乐平台,要求腾讯等数字音乐巨头公平合理授权数字音乐,避免进行独家授权。但此举并未消弭有关争议。两年之后,国家市场监督管理总局仍旧启动了针对数字音乐独家授权协议的全行业反垄断调查。腾讯在接受调查后提出承诺方案,该案以中止调查方式结案。^[37]

竞争执法与行业监管的规制边界问题在管制行业的市场监管上更为突出。随着我国市场改革的深入和竞争政策基础性地位的加强,引入竞争成为具有垄断性特征的管制行业市场的首要任务。^[38]竞争必然带来违法垄断等副产品,需要反垄断法的及时干预和调整。但处罚式的执法模式是对已发生的垄断行为予以事后性禁止,市场结构调整等事前监管内容通常不在其涵盖范围内。这使得反垄断法在面临管制行业的市场结构调整等问题时常常捉襟见肘。^[39]反垄断执法和解的经营者承诺机制则可以很好地解决这类问题。承诺方案涉及的市场救济是广泛的,既可以是行为性救济,也可以是结构性救济,要求和解承诺的措施足够明确且经营者能落实执行,足以解决引起竞争关切的市場问题。以欧盟在能源领域的和解承诺方案为例,商定的补救承诺不仅包括向竞争对手保证能源供应等行为性补救措施,还包括剥离能源基础设施等结构性补救措施。^[40]欧美丰富的实践充分证明了和解程序在管制行业的适用效果。反观我国,自《反垄断法》施行以来,执法和解一直停留在附属适用的局面。由于对反垄断执法和解制度属性和功能定位的理解偏差,现实中适用和解的案例本就寥寥,更不用说对监管僵化的管制行业市场主动适用、优先适用了。这一点从国家发改委在“中国电信、中国联通滥用市场支配地位案”中适用经营者承诺所遭遇的各方阻力可见一斑。

(二) 反垄断法实施效果有限

1. 实施成本高昂但成效不足

反垄断法的实施成本很大程度上取决于竞争执法成本。这是因为,识别违法垄断行为本身的难度极高,需要投入大量执法资源。此外,做出反垄断处罚的执法措施程序繁杂,从调查认定到发布处罚决定往往需要承受旷日持久的程序负担。有研究指出,从调查程序开始到正式决定做出,欧盟做出处罚决定的耗时比承诺决定长17%。^[41]相对于处罚式执法的违法性认定和制裁,反垄断执法和解在

[37]《市场监管总局依法对腾讯控股有限公司作出责令解除网络音乐独家版权等处罚》, http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/t20210724_333016.html, 2023年4月20日最后访问。

[38] 参见刘小玄:《中国转轨过程中的企业行为和市场均衡》,载《中国社会科学》2003年第2期。

[39] See Alexandre De Streel, *The Relationship between Competition Law and Sector Specific Regulation: The case of electronic communications*, 53 *Reflète et Perspectives* 47(2008).

[40] See Niamh Dunne, *Commitment Decisions in EU Competition Law*, 2 *Journal of Competition Law & Economics* 406(2014).

[41] See Frederic Jenny, *Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in Context and the Future of Commitment Decisions*, 38 *Fordham Int'l L.J.* 733(2015).

处理反垄断争议上具有高效、便捷、成本低的制度优势。正因如此,域外许多司法辖区都热衷于使用和解机制消除垄断争议,在提高执法效率的同时大幅降低反垄断法实施成本。以美国为例,自 1906 年第一起反托拉斯案件和解结案起,^[42]司法部处理的反托拉斯争议超过 60% 是通过同意令制度解决的。^[43]随后,美国通过这一方式处理反垄断案件的占比迅速攀升,1910 年至 1954 年间升至 73%,1955 年至 1974 年间则达到 93%。^[44]欧盟的承诺决定程序自 2004 年 5 月 1 日实施以来,也有约一半的非核心卡特尔案件以承诺决定方式结案。^[45]相对于欧美积极主动的和解实践,我国反垄断执法和解的实践几乎付之阙如。对传统刚性执法措施的过分倚重,以及对反垄断执法和解的附属适用,总体上拉高了我国反垄断法的实施成本。

此外,过度关注操作层面的规则细化和完善,反而提高了制度适用的实施成本。从制度践行路径上看,欧美关注的是和解程序的实际市场效果,在积极适用和推进执法和解的同时,通过发布执法指南和细化程序标准等方式倒逼和解制度的优化和完善。我国理论和实务层面则更强调制度缺陷及其所导致的监管风险,倾向于先完备制度再推进实践应用。完善的程序设置对于反垄断执法和解制度的规范适用固然必不可少,但规则制定和程序试错同样会增加反垄断实施的社会成本。而从最终的实施成效上看,实施成本的增加显然未能获得相应的实施提升。

2. 执法刚性有余而弹性欠缺

我国《反垄断法》自 2008 年出台以来,一直承担着经济宪法的重要角色。就反垄断执法态势而言,业界一直存在“执法普法论”和“核武器论”两种不同的观点和态度。前者认为“执法是最好的普法”,主张加强反垄断执法监管,通过严格执法恢复市场竞争状态,维护市场竞争秩序。后者则指出,反垄断是核武器而不是常规武器,尤其是对一些新兴领域和创新产业,不应轻易祭出反垄断大旗。

造成上述分歧的主要原因在于,我国当前反垄断执法以刚性执法措施为主,“要么不管要么罚款”的刚性执法模式难以满足不同经济业态灵活弹性的市场监管需求。一方面,在技术快速更迭、商业模式不断更新的新兴业态领域,单一的刚性执法模式在强调威慑力的同时可能伤及市场竞争活力和创新;另一方面,囿于执法成本高、执法资源不足,部分未被调查的垄断行为则可能持续逃逸监管,破坏市场竞争秩序。这种矛盾折射出现有反垄断实施体系刚性有余、弹性欠缺的结构性缺陷。

四、作为独立执法工具的反垄断执法和解

随着反垄断执法需求越发旺盛、经济行为定性愈加复杂,市场监管领域的专业技术性也不断加强。在衔接经济现实中的具体规制需求时,嬗变自行政和解的制度属性通过长期的反垄断实践不断得到修正和调整,促使反垄断执法和解一点点突破形式法治的规范主义立场,并逐渐脱离反垄断刚性执法的初始模式,成为独立的执法工具。

[42]历史上第一起以同意令和解结案的案件是美国 1906 年的“奥迪斯电梯公司案”。See *United States v. Otis Elevator Company*, 1 CCH. Decrees & Judgements in Federal Antitrust Cases 107 (N.D.Cal.1906).

[43] See R. Epstein, *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less is More*, AEI Press, 2007, p.1.

[44] 参见王炳:《反垄断执法和解的制度机理》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 2 期。

[45] See H Schweitzer, *Commitment Decisions under Art 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, EUI Working Papers Law, 2008, p.22.

(一) 内在动因: 中国反垄断执法的管制化发展

现代反垄断执法的不断发展和演化,使得原来简单判断是否违法的执法方式向以提高社会整体福利为目标的管制方式转变。^[46]中国的反垄断执法实践在过去十五年中也大致呈现了管制化的发展历程。反垄断的公共执行从单纯执行法律的执法模式转变为旨在提高社会整体经济福利的管制模式。执法模式主要关注经营者行为是否违背现行法律规范,并以填补违法行为造成的竞争损害为目标施加法律制裁。相比之下,管制模式并不限于是否违法这样具象的问题,而是更强调反垄断执法对市场失灵的矫正、对经营者行为的引导以及如何最大化实现社会经济福利。

2018年,我国将原国家工商行政管理总局、国家发展和改革委员会的价格监督检查与反垄断执法职责,商务部的经营者集中反垄断执法以及国务院反垄断委员会办公室等职责整合,组建了国家市场监督管理总局,统一推进国家反垄断执法。^[47]统一且独立的反垄断执法机构为执法的管制化发展奠定了坚实的基础。随着市场监管工作的深入,我国反垄断执法机构越来越凸显出经济管制者的鲜明特色。反垄断执法机构一方面以发布执法指南、要求经营者合并申报等方式实施事前管制,另一方面采用约谈指导、经营者承诺等手段进行事后监管。这些方式与传统管制中标准设定、信息披露、事前审查和事后谈判等典型管制手段无异,属于“事实上管制”手段。^[48]从欧美等法域的执法实践来看,频繁采用承诺决定或同意判决解决相关争议成为反垄断执法特点转变的主因。^[49]作为管制型执法的重要手段,反垄断执法和解的适用比例与日俱增,应当也必将发展为独立的执法工具。

反垄断执法管制化发展的另一重要变化,是经济学分析和精细化市场调查的增加。我国反垄断执法深受芝加哥学派等经济思潮的影响。近年来,反垄断执法在合理原则分析范式、消费者福利考量标准以及效率导向的竞争损害评估等多重影响下,逐步转向更为复杂化精细化的市场调查。在经济学这种外生性的创新力量融入反垄断执法之后,和解机制的适用便成为反垄断执法机构监管创新的重要动力。一则,垄断违法行为的认定需要结合精确的市场数据才能得出相应结论,客观上增加了反垄断执法机构的行政负担。并且,市场条件的变化也可能使某一时期的违法处罚丧失合法性基础。反垄断执法和解在节约执法资源和成本的同时,可以减少执法不当造成的假阳性错误。二则,经济学分析导向使得反垄断执法成为一种管制调查,而非法律实施调查。^[50]市场调查结果可以帮助预测和分析市场表现是否提高,但不能直接得出当事人是否违法的结论。和解机制的引入恰好迎合了这种管制调查的趋势。相对于对私人主体的违法性认定,反垄断执法和解更关注竞争秩序的稳定性以及市场失灵的具体补救措施。假如纠正市场失灵比惩罚反垄断违规者更符合公共利益,那么承诺决定优先考虑前者而不是后者,在旷日持久的责任程序中是明智的。^[51]

(二) 作用机理: 和解式执法的灵活性和适应性

不同于刚性执法“上令下行”的行政强制执行方式,反垄断执法和解更关注行政机关与当事人的

[46] 李剑:《反垄断私人诉讼困境与反垄断执法的管制化发展》,载《法学研究》2011年第5期。

[47] 参见《中共中央深化党和国家机构改革方案》(2018年3月正式施行)。

[48] First, *Is Antitrust “Law”?*, 10 Antitrust ABA 9-12 (1995). 转引自李剑:《反垄断私人诉讼困境与反垄断执法的管制化发展》,载《法学研究》2011年第5期。

[49] 参见谢佩芬:《行政管制走向下反托拉斯法规手段之研究——以“协议裁决”为中心》,《公平交易季刊》(台北)第13卷第1期。

[50] 李剑:《反垄断私人诉讼困境与反垄断执法的管制化发展》,载《法学研究》2011年第5期。

[51] See Commission Decision, Microsoft (Tying), C (2013) 1210 final.

协商,注重过程控制、执法灵活性以及执法成本等因素。^[52]这种天然的弹性执法构造在原本“硬核”的刚性执法体系中扩展出了更多弹性空间。一方面,由于无需事先做违法性认定,反垄断执法和解可以灵活高效且低成本地介入一些利益主体多元、竞争格局动态多变的市場。既能快速响应市场监管需求,纠正竞争扭曲,又不至于损害竞争活力与市场创新。这使得和解式执法在竞争日益复杂的数字经济市場和规制僵化的管制领域监管中拥有广阔的应用前景。另一方面,承诺机制内嵌的多方协商机制与结构性救济选择使得竞争执法可以延展至管制领域,促进管制行业的竞争活力。事实上,欧美发达国家在经历传统管制行业改革后,便逐渐通过反垄断执法和解的积极性承诺机制实现管制行业的市场监管。^[53]以欧盟的竞争执法实践为例,自 2004 年通过“承诺决定”制度以来,欧盟委员会的和解实践主要集中在三类市場领域。除前述高度活跃的技术市場和数字经济领域,另外两类案件分别是以能源市場为代表的自然垄断行业和涉及金融产品价格管制的金融服务领域。欧盟第 1/2003 号条例第 9 条实施后的十年间,欧盟委员会累计公布了十起针对能源部门的承诺决定。^[54]这类案件的和解承诺旨在促进欧盟自然垄断行业,尤其是能源市場内部的自由竞争,防止在位市場主体尤其是寡头垄断经营者,通过实施策略性的市場进入障碍排挤后进入的市場主体。^[55]金融服务领域的和解承诺实践则通常围绕某些手续费的价格费率展开。^[56]

反垄断执法和解的灵活性和适应性还体现在竞争监管的有效性和持续性上。传统反垄断执法以解决具体情势下的垄断争议和制止违法垄断行为为首要任务,通常是行政执法的一事一理模式,很难就特定行业市場展开长期的、持续性的动态监管。而在和解程序中,竞争执法机构可以根据案件需要决定每个案件后续的监督时间、监督强度等,通过和解协议建立的监督机制长期监管行业市場。^[57]从 1934 年美国司法部启动反垄断诉讼到 2001 年法院签署通过第五版和解协议修正案,^[58]持续七十年之久的和解实践,充分证明了反垄断执法和解作为弹性监管手段的优越性。

新近的执法趋势和理论研究表明,域外竞争执法实践正在突破反垄断威慑理论,以“响应式监管”^[59]

[52] 参见刘进:《法律不确定性视角下的反垄断法实施机制选择》,载《竞争政策研究》2016 年第 2 期。

[53] 参见侯利阳:《平台反垄断的中国抉择:强化反垄断法抑或引入行业规制》,载《比较法研究》2023 年第 1 期。

[54] See Commission Decision, E.On Gas, 2010 O.J. (C 278) 9; Commission Decision, RWE Gas Foreclosure, 2009 O.J. (C 133) 10; Commission Decision, ENI, 2010 O.J. (C 352) 8; Commission Decision, German Electricity Wholesale Market & German Electricity Balancing Market, 2009 O.J. (C 36) 8; Commission Decision, Swedish Interconnectors, 2010 O.J. (C 142) 28; Commission Decision, Distrigaz, 2008 O.J. (C 9) 8; Commission Decision, 2010 O.J. (C 133) 5; Commission Decision, Gaz de France, 2010 O.J. (C 57) 13; Commission Decision, Long Term Electricity Contracts France, 2010 O.J. (C 133) 5; Commission Decision, CEZ, 2013 O.J. (C 251) 4; Commission Decision, Deutsche Bahn I, AT.39731—Deutsche Bahn II and AT.39915—Deutsche Bahn III, 2013 O.J. (C 237) 28.

[55] See Niamh Dunne, *Commitment Decisions in EU Competition Law*, 2 Journal of Competition Law & Economics 406 (2014).

[56] 代表案件有万事达案、标准普尔案和汤森路透仪器代码(RIC)案等。See Commission Decision, Visa MIF, 2011 O.J.; Commission Decision, Standard & Poor's, 2012 O.J. (C 31) 8; Commission Decision, Case COMP/39.654—Reuters Instrument Codes, C (2012) 9635 final (Dec. 20, 2012).

[57] 不同竞争法域在和解协议的后续监督上规定略有不同,但核心都是通过弹性的个案评估机制对经营者履行承诺的情况以及和解协议的实施效果等多方面进行评估。以欧盟的承诺决定程序为例,其第 1/2003 号条例第 9 条明确规定,如果承诺决定所依据的事实发生重大变化,或者有关企业违反其承诺,又或者承诺决定所依据的是当事人提供的不完整、不正确或误导性的信息,则委员会可重新启动执法程序。See Council Regulation (EC) No. 1/2003, 2003 O.J. (L 1) 1, art. 9(2).

[58] See United States v. ASCAP, Dist. Ct., S. D. N. Y. No. E 78-388 (1934); United States v. ASCAP, 1940—1943, Trade Cas. (CCH) ¶ 56,104 (S.D.N.Y.1941); United States v. ASCAP 1950-51 Tr. Cas. (CCH) ¶ 62,595, 63,756 (S.D.N.Y. 1950); United States v. ASCAP, No. 41-1395 (S.D.N.Y.Mar. 16, 2001).

[59] “响应性监管”,是指在不出做严格意义的违法制裁情况下,对市場行为做出迅速、灵敏的反应。See Maria Ioannidou, *Responsive Remodelling of Competition Law Enforcement*, 4 Oxford Journal of Legal Studies 846-877 (2020).

和“恢复性执法”^[60]为目标对不同领域的市场监管和竞争执法进行结构性重塑。^[61] 响应性监管理论内嵌了受影响各方的更多参与,以此作为诱导遵守的机制。这种执法基准能够帮助监管者在短时间内对接市场主体和代表公共利益的第三方,引导各方就市场行为的已有或潜在影响作出竞争测试和相应的补救措施。^[62] 布雷思韦特在此基础上进一步延伸出恢复性执法的属性,从而将执法的过程正义与执法价值和执法结果联系起来。^[63] 反垄断执法和解的灵活性和适应性与“响应性监管”和“恢复性执法”的监管设计不谋而合。其显示了超越传统刚性执法模式重塑和应用和解程序的必要性。换言之,反垄断执法和解的独立适用,使和解机制契合竞争执法趋势与价值导向的制度功能得以上升为反垄断执法的制度前景,进而为现有反垄断法实施的功能补缺和修正指明具体方向。

(三) 体系定位:与传统刚性执法的区别和衔接

对和解式执法过高或者过低的定位都会对反垄断法实施的实际效果产生直接影响。过高的定位,容易架空传统执法调查的适用基础;过低的定位,则无法有效发挥和解机制降低执法成本、拓展反垄断实施体系弹性空间的制度优势。如果摒弃那种非此即彼的思维,从反垄断执法体系的全局去审视传统刚性执法和反垄断执法和解之间的关系,就会获得更宽广的视野从而有全新的思路。

首先,两者共同服务于反垄断执法,没有绝对的地位和效力高低之分。传统刚性执法程序规范、形式固定、权限明确且效力有保障,搭建了反垄断法治体系的基本框架。^[64] 但徒执法刚性不足以自行。在规制领域方面刚性执法的覆盖面有其局限,在实际适用中也存在执法成本高、灵活性不足、过于形式化等问题。而反垄断执法和解基于其灵活性、便捷性、协商性等自身特性与传统刚性执法形成了功能互补,填充了刚性执法的空隙,与刚性执法共同构成反垄断执法体系的重要组成部分。

其次,这两种案件解决机制在促进竞争的一致指向上各自发挥机制优势,互为补充相得益彰。对于严重排除、限制竞争的市场行为,传统刚性执法首当其冲,通过违法性制裁完成规制任务。但在面对监管僵化的市场领域,或是复杂技术叠加新兴商业模式的竞争争议时,反垄断执法和解则应该率先响应优先适用。前者制止当前市场竞争的不当扭曲,后者则着眼整体竞争秩序的长期维护与恢复,侧重于事前预防与事后监督。两种机制各司其职并在特定条件下进行转换,互相支援。如此,既拓展了反垄断法的适用范围,又改善了竞争执法总体的制度环境。

最后,需要澄清的是,并不存在一个泾渭分明的界限可用来区分和解机制或刚性执法适用的案件类型。竞争本身是动态演进的,反垄断实施体系需要根据不同情势选择最佳执法工具。即便在同一个案件中,也需要因应不同规制场合和需求切换解决机制。我国反垄断法在反垄断执法和解的程序机制上设计了中止(终止)调查和恢复调查程序,这成为衔接和解式执法与处罚式执法的关键环节。

[60] “恢复性执法”与“报复性执法”相对,通常被定义为“将与某一特定行为有利害关系的所有各方聚集在一起,共同解决如何处理行为后果及其对未来影响的一个程序”。See F Marshall, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, 4 *European Journal of Criminal Policy and Research* 31, 37(1996).

[61] See H Schweitzer, *Commitment Decisions under Art 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, 22 *EUI Working Papers Law* (2008); F Wagner Von-Papp, *Best and Ever Better Practices in Commitment Procedures after Alrosa: The Dangers of Abandoning the “Struggle for Competition Law”*, 49 *CML Rev* 929(2012); N Dunne, *Commitment Decisions in EU Competition Law*, 10 *Journal of Competition Law & Economics* 399(2014).

[62] See Maria Ioannidou, *Responsive Remodelling of Competition Law Enforcement*, 40 *Oxford Journal of Legal Studies* 846, 846-877 (2020).

[63] See J Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2012, preface. See also R Macrory, *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective*, (November 2006), https://www.regulation.org.uk/library/2006_macrory_report.pdf, p. 69.

[64] 参见罗豪才、周强:《软法研究的多维思考》,载《中国法学》2013年第5期。

和解机制介入后,需要对承诺方案进行事前审核与事后执行监督,如能有效恢复市场竞争秩序,中止调查转为终止调查,否则恢复执法调查,案件转由刚性执法程序处理。制度衔接的功能定位使中止(终止)调查程序在现有反垄断实施体系找到了独特的价值位序与存在意义。

总之,无论是反垄断执法和解还是传统刚性执法,都是反垄断执法体系不可或缺的一部分。既不能简单地把和解机制的出现当作是对刚性执法的补充和辅助,也不能狭隘地认为反垄断执法和解的独立适用是对刚性执法的竞争和替代。反垄断执法的理想状态应该是宽严得当、刚柔并济的,而作为实施手段的执法工具,其前景也必将处罚式执法与和解式执法的协同实施、协力并进。

五、中国反垄断规范语境下的适用推进

经营者承诺制度属于传来而非我国本土生成。对于中国这样一个反垄断执法历史并不长的国家,任何外来的制度理念必然存在一个漫长的中国化、本土化的过程。体系定位的提升只完成了形式理性建构的第一步。要取得实践理性意义上的适用突破,还需要在现行法规范层面重塑反垄断执法和解的适用依据和适用标准,同时构建制度适用的风险控制机制。以解决现实竞争问题为依归,充分发挥制度优势并推进其本土化适用,才是反垄断执法和解作为独立执法工具存在的关键。

(一) 补强实定法层面的规范依据

从实定法规范层面上看,我国反垄断执法和解的相关规定显得粗疏又模糊,既缺乏适用维度和应用场域的清晰界定,也没有适用条件和程序规则的明确限制。^[65]在反垄断执法“三驾马车并行”时期,国家工商总局、发改委和商务部都曾在各自职权范围内,通过相关执法指南对经营者承诺制度的适用和限制进行细化。^[66]然而执法尺度不一以及对经营者承诺制度的理解不同,导致三家执法机构的裁量口径无法完全统一,进而引发实践适用冲突,甚至对执法工作产生误导。表面上,这种适用标准混乱的局面是执法机构分散、执法权能不统一带来的。深层次的原因则是,立法的疏失导致执法层面对反垄断执法和解的内在机理、功能定位和适用维度认识不透彻,难以形成一以贯之的制度共识。

随着我国反垄断统一执法的推进,和解适用混乱的问题在《垄断案件经营者承诺指南》(以下简称:指南)发布施行后得到很大改观。首先,将反垄断执法和解的实体适用范围限定为除固定或变更价格、限制销售数量和分割销售市场等横向垄断协议行为以外的案件。其次,指南摒弃了以行政调查程序为前置条件的适用标准,从事前程序控制的直接制约转向承诺公开、第三人利益保护和公共利益保障等事后配套机制的间接制约。更重要的是,指南弥补了承诺履行与监督上的不足,结合恢复调查程序设置了经营者承诺履行的书面报告义务及其时限。可以说,指南在推进制度适用上向前迈进了一大步。不仅统一了经营者承诺制度的程序控制标准,维护了法律的确信性和可预见性,还吸收先进法域执法经验,明确了反垄断执法和解的实体限定范围,拓展了承诺机制的适用维度和应用场域。

我国《反垄断法》修订过程中曾考虑将指南相关规定吸收至立法中。2020年公布的《反垄断法修正草案(征求意见稿)》第50条明确“对涉嫌违反本法第十五条第(一)(二)(三)项规定的垄断协议”(即前述恶性卡特案)排除适用承诺机制和中止调查程序,同时还规定“经营者应当在规定的

[65]我国《反垄断法》第53条只粗略规定经营者可就执法机构“调查的涉嫌垄断行为”做出承诺,却未明确承诺制度的具体适用范围和适用程序。

[66]具体规定散见于国家工商总局2009年发布的《工商总局规定》、国家发改委2010年发布的《反价格垄断行政执法程序规定》以及国家商务部2009年发布的《经营者集中审查办法》。

时限内向反垄断执法机构书面报告承诺履行情况”。前者表明除了核心卡特尔案件,和解程序几乎可以适用于所有行业及类型的垄断案件;后者则强调,和解机制的核心在于通过经营者承诺的良好履行恢复竞争秩序。换言之,一个以反向排除方式扩张和解机制的应用空间,另一个则以义务履行的不利负担限制承诺机制的泛化滥用。遗憾的是,新法最终没有踏出这关键性的一步。

相对于传统刚性执法从调查程序到处罚决定巨细无遗的立法规定,我国反垄断执法和解除《反垄断法》第53条明确提及承诺制度外,再无其他条款涉及。而作为我国反垄断制度参照蓝本的欧盟第1/2003号条例第9条原则性规定了“承诺决定”程序,还通过该条例的第23条、第24条和第27条明确了承诺决定制度的配套适用程序。加之其他条例、通告和备忘录内容,这些规定共同构成了欧盟承诺和解机制适用的法律依据。对比之下,我国反垄断执法和解的规范依据不仅在形式上过于单薄,内容上也十分粗放。短期内通过执法指南“打补丁式”的查漏补缺进行制度完善,既是实践使然也是无奈之举。如果无法从立法层面提升反垄断执法和解的条文地位,就难以明确其之于反垄断法实施体系的重要意义,也就很难真正消弭当前对于和解机制适用的顾虑和担忧。因此,从长远来看,积极推进反垄断执法和解的实践适用,并在合适时机将相关执法经验吸纳进立法规定中,是完善我国反垄断法实施体系的必由之路。

(二) 构建独立适用的风险控制机制

制度优势与制度风险往往是一体两面、相伴相生的。尽管反垄断执法和解的出现可以有效弥合执法需求与执法供给之间的差距,但我国理论界出于对和解制度的不确定性及其变相激励行政裁量权滥用等内生性制度风险的顾虑,对反垄断执法和解的实践适用天然警惕甚至多加挞伐。碍于执法正当性的缺失,执法实务层面也表现出相对保守甚或消极的执法态度。因此,推进和解制度的独立适用,还需构建相应的风险控制机制,最大程度上降低制度适用可能造成的不利影响。

第一,通过信息公开及公众意见征询机制提高程序透明度。科瓦契奇曾不无忧虑地强调,和解程序一旦得到广泛适用,其面临的最大问题就是难以保障和解过程中的程序透明度。^[67]一方面,和解协议是执法机关与当事人之间协商合意的结果。如果协商过程不公开,或者没有其他程序加以制衡,可能给执法机关的恣意裁量留下空间。另一方面,垄断行为具有典型的负外部性,围绕其形成的承诺方案不仅可能使特定主体权益受损,还可能对公共利益造成损害。^[68]

为了解决程序透明度不足、行政执法权滥用以及第三人利益失衡等问题,美国于1974年出台了《反垄断程序与制裁法》(Antitrust Procedures and Penalties Act)。该法通过严密的信息公开和公众参与制度,从程序和实体两方面加强了和解程序的透明度要求和公共利益保障。此后,美国司法部在2004年发布的《反托拉斯刑事处罚强化与改革法》(Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act)中,再次强调了和解制度的程序性约束和相应的监督机制。指南也借鉴相应制度,在第9条、第14条中分别针对承诺措施以及变更后的承诺措施设置了公开征求意见的程序要求和履行时限。与美国不同的是,我国采取的是选择性公开征求意见方式。是否对外公开及征询公众意见、具体公开哪些内容,均由执法机关根据个案决定,和解协商的过程也不会对外公布。从这点上看,我国和解制度的程序透明度十分有限,未来仍需完善相应的信息公开、公示制度和公众意见征询机制,使和解协商的整个过程、最终结果均置于社会的监督和制约之下。

[67] William Kovacic, *Lesson of Competition Policy Reform In Transition Economics For Us Antitrust Policy*, 74 St. John's L.Rev.361 (2000).

[68] 焦海涛:《反垄断法承诺制度适用的程序控制》,载《法学家》2013年第1期。

第二,通过各类羁束性程序要求增强对经营者的防御权保障。作为一种契约型争议解决机制,平等性和协商性是反垄断执法和解发挥作用的重要前提。然而,执法机关具有天然的优势地位,实践中很容易将其执法权威延伸至和解过程中,形成“监管施压”。为实现程序正义,需有效约束执法机关的权力,保障经营者的各项权利尤其是对抗监管施压的防御权。这种防御权保障主要体现在和解程序的启动需满足自愿性要求和承诺的救济措施需符合比例原则两个方面。

和解程序启动的自愿性,意味着尊重经营者达成和解合作的真实意愿。即使执法机关认为案件更适宜通过和解方式解决,也只能提出和解建议而不得强迫经营者接受和解。在欧盟“电子书案”中,最初的承诺决定只涉及苹果公司和其中四家出版商,而第五家出版商 Penguin 一开始并没有提交承诺的和解意愿。直到后来在另一起 Penguin 收购其他出版商的经营者集中审查中, Penguin 同意根据前述经营者的承诺方案解决有关竞争问题,整起案件才以和解程序告终。^[69]

在和解方案的具体内容上,最初的承诺措施由经营者提出,需充分保障经营者的自主意志。执法机关不得以经营者承认违法为前提做出承诺决定,也不得单方面出具承诺方案要求经营者接受。后续协商过程中,执法机关根据个案具体情况判断承诺措施的可接受性,但审查过程必须满足比例原则的必需性、适当性和均衡性要求。此处的比例原则类似于《欧盟基本权利宪章》中的“相称性原则”(The Principle of Proportionality)。即所采取措施对于达到预期目标是必要的、合宜的,且措施增加的负担与其预期达到的维护竞争目标相称。上述要求可以防止执法机关通过承诺措施向经营者施加超过“修复市场机制、恢复竞争秩序”目标之限的不利负担。

第三,通过承诺履行双向沟通机制实现执行的平等性担保。作为双方协商合作的基础性前提,平等性贯穿和解程序始终。执法机关与经营者处于平等的协商地位,就承诺救济措施展开理性对话、共同促成和解结果。执法机关接受承诺方案作出和解决定之后,和解程序即进入履行承诺的执行阶段。尽管承诺决定与处罚决定一样具有法律约束力,经营者负有向执法机关主动汇报承诺履行情况的法定义务,但完全依赖经营者并不能确保承诺措施履行到位。执法机关可以要求当事人提供有关信息、主动进行调查核实或者成立专门监督机构定期评估承诺措施的履行效果。这种双向沟通机制的好处是,执法机关和当事人均能及时掌握承诺决定的执行情况。一旦承诺措施因特定情况或重大情势变更而无法履行,或者失去履行意义时,双方可依职权或依申请变更承诺措施甚或重启调查程序。

(三) 回归竞争秩序保护的评价标准

反垄断执法和解制度诞生之初就有强烈的实用主义色彩。由于承诺机制(和解协议)自身的契约型构造,反垄断执法和解在强调解决实际问题的同时,难以形成一套相对稳固的适用理论。不少研究按照行政法规范进路,试图以行政法的限权理念和技术支撑型塑其制度构造。尽管从法律位阶上看,反垄断法的实施与行政程序法等上位法的约束之间并不存在冲突,但就规制标准而言,现代行政法对行政行为的审查是实质合法性审查,^[70]而反垄断执法在合法性审查的基础上,还需要审查涉案行为是否“不合理地损害竞争”。“竞争过程本身极为复杂,故对于竞争的把握主要通过经验归纳获得。”^[71]这种经验积累很难通过规范层面的要件归纳一次性概括,只能借助竞争执法的个案裁量渐进式取得。机械性比照行政执法和解的适用标准,虽可以体现控权限权、降低制度风险的合法性评价,却不能兼

[69] See Commission, *Antitrust: Commission Accepts Legally Binding Commitments From Penguin in E-Book Market*, Press Release IP/13/746 of 25 July 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-746_en.htm.

[70] 参见章志远:《行政诉讼实质性解决行政争议理念的生成背景》,载《江淮论坛》2022年第4期。

[71] 张占江:《政府行为竞争中立制度的构造——以反垄断法框架为基础》,载《法学》2018年第6期。

顾反垄断执法对竞争过程的把握。因此,贯穿承诺机制始终的竞争评价标准,不仅体现了对竞争理念的恪守,客观上也拉开了反垄断执法和解与行政执法和解的距离。

“‘保护竞争’的认定范式所确立的利益权衡框架是法律稳定性与适应性的黏合物,将现在与未来巧妙地勾连起来。”^[72]回归竞争秩序保护的适用逻辑,不仅符合反垄断执法和解制度自身的演进脉络,而且拓展了其与刚性执法交织适用共同促进竞争的制度前景。作为一种典型的公权力干预机制,处罚式执法对特定主体排除、限制竞争行为的禁止是建立在实现更普遍竞争自由基础之上的,因此其适用界限必须清晰、明确,以保护竞争秩序之需为限。而反垄断执法和解则是公权力让渡一部分竞争秩序供给问题,交由市场主体在私权自治的范围内自行解决。这种契约型的合作机制以及柔性执法构造内在的谦抑属性,能够更大程度上兼容创新,因而可以延及更多市场领域,覆盖新型市场行为,从而弥补我国反垄断实施体系过于刚性的缺陷。

总之,对反垄断执法和解的理解和适用最终要回归其竞争法属性的拓展上。作为独立执法工具的反垄断执法和解,既需要在形式上摆脱行政规范体系的理论束缚,也需要在实践中解决与刚性执法工具的适用冲突,通过本土化适用的推进加固其法理内核、夯实其制度基础。

六、结 语

我国《反垄断法》自实施甫始一直呈现出规范效力与市场接纳的紧张状态,具体表现为移植建构的以文本表述的反垄断法与急速转型的以竞争展现的市场实际之间的紧张关系。^[73]其修订可以解决部分市场领域规范供给不足的问题,但终究不可能巨细靡遗涵盖经济现实的方方面面。反垄断法实施亟待充实现有执法手段、执法方式以应对瞬息万变的市场形势。反垄断执法和解的灵活性、适应性特征恰好与新时代竞争监管的期望相吻合。欧美丰富的和解实践证明,反垄断执法和解既不是行政执法走进死胡同情况下“不得已而为之”的执法选择,也不是传统刚性执法体系下辅助适用、补充适用的附带性程序选择。相反,对于一些监管需求适配的市场领域,反垄断执法和解应当主动适用、优先适用。客观上,现代反垄断执法的管制化发展决定了反垄断执法和解属性结构的变迁。从附属适用跨越到独立适用,需要解决的不只是和解式执法与传统刚性执法制度定位的形式平等问题,还有理论和实务层面对反垄断执法和解观念认识的突破与更新。从反垄断法实施体系的整体视角看,发掘反垄断执法和解的独立工具价值,既可补缺我国现有反垄断执法体系刚性有余、弹性欠缺的结构性缺陷,又能因应国际新近“响应式监管”及“恢复性执法”的竞争执法趋势,最终实现市场监管与执法模式的双重创新与优化。

(责任编辑:徐澜波)

[72] 张占江:《不正当竞争行为认定范式的嬗变》,载《中外法学》2019年第1期。

[73] 参见金善明:《反垄断法实施的逻辑前提:解释及其反思》,载《法学评论》2013年第5期。

The New Positioning of the Anti-monopoly Law-enforcement Settlement

——From Subsidiary to Independent Application

ZHAN Fujing

Abstract: Due to the current system of administrative norms and the rigid system of anti-trust law enforcement, the anti-monopoly law-enforcement settlement can only be applied in a limited scope and upon limited conditions and in a subsidiary and supplementary manner. Its subsidiary status limits the application scope and function realization of the system, gradually reducing anti-monopoly law-enforcement settlement to a symbolic and just-for-show institutional choice, and thus resulting in the frustrated function realization and limited effect of the implementation of anti-monopoly law. The regulation-oriented development of the anti-monopoly law of China is the internal impetus for the independent application of the anti-monopoly law-enforcement settlement. Law enforcement by means of settlement has broad application prospect in the digital economic market with the increasingly complex competition and the regulatory field with rigid governing, becomes functionally complementary to traditional law enforcement by means of penalty based on its own characteristics, makes up the gap in the rigid law enforcement, and forms an integral part of anti-monopoly implementation system. The newly-amended Anti-monopoly Law has not yet made many responses to the promotion of localized application of settlement mechanism. Regarding the approach to the local application of anti-monopoly law-enforcement settlement, it is necessary to take into account the nature of such system and the application field, consolidate its status as an independent system from aspects of normative foundation, risk control and jurisprudential core, thus realizing the essential advancement from subsidiary application to independent application.

Keywords: Anti-monopoly Law-enforcement Settlement; Operators' Commitment; Rigid Law Enforcement; Institutional Positioning; Independent Application