

我国反垄断合规制度的演进与展望

孟雁北

摘要:我国反垄断合规制度建设已初步完成体系构建,且随着制度体系的不断丰富与发展,各方愈来愈关注反垄断合规制度作为专项合规制度的个性特征、可操作性和指引性。但我国反垄断合规制度体系仍存在缺乏系统性规划、指引的具体内容重复严重等不足,亟须对反垄断合规制度体系建设进行系统规划及顶层设计。应将政府端竞争合规制度的构建作为工作重点,在借鉴国际经验的基础上,进一步聚焦反垄断合规指引的个性特征,对反垄断合规激励机制进行更多制度探索。

关键词:企业合规;反垄断合规;制度建设

反垄断执法的最终目的并非惩罚和威慑,而是为了确保经营者能够遵守竞争规则,实现反垄断法追求的价值目标。反垄断合规工作可以增进经营者对《反垄断法》的理解,促进经营者接受反垄断理念并合规经营。对实现反垄断立法目标而言,反垄断合规工作与反垄断执法工作同等重要,都是《反垄断法》实施的重要方式之一。2021年8月中央全面深化改革委员会第二十一次会议审议通过的《关于强化反垄断深入推进公平竞争政策实施的意见》明确要求,“提升企业

公平竞争合规的意识和能力,鼓励和支持企业建立、健全竞争合规的管理体系,强化企业的主体责任,促进形成依法合规、公平竞争的企业文化。”我国《反垄断法》实施十五年以来,反垄断执法机构陆续出台了多部反垄断合规指南、指引,进一步培育了公平竞争文化,维护了市场公平竞争环境,提高了企业反垄断合规意识和风险识别能力,为防范反垄断法律风险、进一步优化营商环境、强化竞争政策实施提供了有力支撑。

作者:孟雁北,中国人民大学法学院教授。

出的“加强数字化建设,提升智慧监管能力和水平”工作要求,重点加强穿透式监管能力建设,积极采取先规划后实施、先重点后一般、先试点后推广的步骤,加快推进重点品种全链条追溯体系和信用监管体系建设,推进各相关业务模块、各有关部门、生产经营单位数据互联互通、融汇应用。加强食品检验检测技术和科研能力建设、食品安全职业检查员队伍建设等。

二是深化食品安全穿透式监管理论研究和实践总结。穿透式监管国内理论成果较少,可借鉴参考的资料有限,应在现有研究基础上,将食品安全穿透式监管理论研究纳入重大课题研究范畴。市场监管部门可组织专家学者和监管人员开展理论研究,深刻阐释食品安全穿透式监管内涵和外延,对实践情况进行客观评估和科学论证,制定具体可行的指导意见或操作

指南,把食品安全穿透式监管的组织实施、监管手段、实施流程等内容具体化、制度化。

三是建立食品安全穿透式监管可持续推进工作机制。应将食品安全穿透式监管常态化纳入全省食品安全年度工作要点,引导各级党委、政府持续加强食品安全穿透式监管的组织实施,强化组织保障。此外,应充分发挥食品行业领域技术机构及专家智库作用,持续组织四川省食品检验研究院、四川省市场监管局食检中心等单位在全省范围内选择重点食品种类、聚焦突出食品安全问题,积极开展食品安全穿透式监管探索。

责任编辑:王琳、张维

一、强化企业合规时代背景下,我国反垄断合规制度体系的构建

建立有效的反垄断合规制度既能帮助企业及其员工避免潜在的不利后果,如避免产生反垄断民事诉讼的法律风险和被反垄断执法机构处罚的风险,同时基于我国《反垄断法》“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”的规定,还可以有效避免企业可能面临的刑事风险,也能给企业带来诸多潜在收益。正因为如此,各司法辖区在不断加强反垄断执法的同时,纷纷采取各种措施大力推动企业反垄断合规工作。美国在20世纪50年代就提出了反垄断合规要求,1997年加拿大竞争局制定了世界上第一个企业反垄断合规制度指南,欧盟也自20世纪90年代开始推动反垄断合规工作,并在2012年专门发布了与反垄断合规有关的手册。我国的反垄断合规制度体系也在不断健全与完善,现已基本构建完成。

第一,在国家层面出台反垄断合规指南或指引基础上,各地陆续出台了二十多部地方反垄断合规指南或指引。2020年9月,国务院反垄断委员会印发《经营者反垄断合规指南》,进一步鼓励经营者培育公平竞争的合规文化,建立反垄断合规管理制度,强化对垄断行为的认识,防范反垄断合规风险,保障经营者持续健康发展,促进我国《反垄断法》的全面实施。2021年11月,市场监管总局发布《企业境外反垄断合规指引》,引导企业建立并执行境外反垄断合规管理制度,增强企业境外经营反垄断合规管理意识,提升境外经营反垄断合规管理水平,防范境外反垄断法律风险。2023年9月,市场监管总局发布《经营者集中反垄断合规指引》,引导经营者落实经营者集中反垄断合规主体责任,提高经营者集中反垄断合规意识和管理水平,促进社会主义市场经济健康发展。与此同时,地方政府也将反垄断合规制度建设作为反垄断工作的重要抓手。据不完全统计,各地已出台二十多部反垄断合规指引,主要包括《北京市反垄断合规指引》《北京市平台经济领域反垄断合规指引》《陕西省建材行业反垄断合规指引》《内蒙古自治区公用企业

反垄断合规指引》《海南省公用企业反垄断合规》《山西省经营者反垄断合规指引》等。

第二,对于反垄断执法机构而言,反垄断合规制度契合了“耗费一定的公共及私人资源来预防和威慑违法行为,探寻一个通过企业主动的合作来促进公平和有效竞争的全新的规制方法实有必要”^①的理念,使推进反垄断合规制度建设成为竞争倡导工作的重要内容。所谓“竞争倡导”,是指反垄断执法机构实施的除执法以外的所有改善竞争环境的行为。尽管我国尚缺乏关于竞争倡导的系统性制度建构,但毋庸置疑的是,我国反垄断执法机构开展了大量竞争倡导活动,并大力加强反垄断合规制度建设。目前,我国经营者违反《反垄断法》的现象比较普遍,问题根源之一就在于经营者缺乏竞争合规意识。同时,反垄断执法机构也逐渐意识到经营者建立反垄断合规体系所能发挥的独特效用,通过制定发布反垄断合规指南或指引,引导企业开展反垄断合规工作,弥补反垄断执法“事后性”的不足,最大限度地保护市场竞争,进一步优化反垄断监管机制,实现反垄断事前、事中、事后的全链条全周期监管,提高反垄断监管的精准度和效能。

第三,对于经营者来讲,反垄断合规是经营者预防和抑制反垄断法律风险最基本的工具之一,甚至可以说,反垄断合规是经营者进行“自我规制”的重要形式。企业合规治理是企业内部为实现依法依规经营所推行的自我管理、自我监督的治理方式。随着企业逐步走向综合化和专业化,监管部门“严刑峻罚”的局限性愈发突出,为有效促进企业依法合规经营,许多国家将企业合规治理转化为政府部门监督和管理企业依法依规经营的一项制度。企业自主推进反垄断合规工作的内在动因主要表现为两方面,一是源于对违法行为被发现和遭受法律制裁的恐惧;二是源于一种内生的规范义务感。理论上讲,这两类动因称为合规的消极基础与合规的积极基础。^②实证研究表明,反垄断合规工作既可以有效减少经营者“非理性”竞争违法行为的发生频率,在一定程度上缓解反垄断执法的压力,节约反垄断执法资源,提高反垄断执法效率,也与

① 喻玲:《从威慑到合规指引 反垄断法实施的新趋势》,《中外法学》,2013年第6期,第1203页。

② May P.J. Compliance Motivations: Affirmative and Negative Bases, Law & Society Review, 2004(38), p41-68.

“反垄断领域的一分预防胜过十分救济”^③的理念相互印证。当然,反垄断合规工作并没有普遍适用的模板,执法机构颁布的反垄断合规制度仅是指引,企业还需要根据自己的商业模式、行业特点等因素量身定制自己的反垄断合规方案。

二、我国反垄断合规制度体系的亮点与不足

我国正在积极推动经营者建立体系化的反垄断合规机制,从竞争文化培育、竞争法律制度培训、高层责任落实、反竞争风险识别与评估、内部发现与制约机制等角度全方位入手,以提升企业的反垄断合规能力。

第一,我国反垄断合规制度体系体现的是大合规理念,通过多种举措推动反垄断合规工作向纵深发展,这也体现了执法机构“软法”治理的思路。除了反垄断执法机构出台大量反垄断合规指南或指引外,我国还通过标准化管理工具,引导经营者提倡竞争合规文化,提高竞争合规管理能力,依法合规有序参与市场竞争、增强竞争力,谋求高质量发展。如2017年12月,《合规管理体系指南》国家标准经原国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会正式批准、发布,这是对国际标准化组织(ISO)在2014年12月发布实施的《合规管理体系指南》(ISO19600)的等同采用。2020年12月,上海市发布我国首个引导企业全方位开展竞争合规建设的推荐性地方标准——《经营者竞争合规指南》地方标准,从企业管理体系的角度为竞争合规的可操作、可实现、可持续提供方法和指引。2022年7月,浙江省发布全国首个互联网平台企业竞争合规的省级地方标准——《互联网平台企业竞争合规管理规范》。2023年9月,湖北省市场监管局发布《经营者竞争行为合规自我审查指南》地方标准,这是我国第一个从企业自律角度,全面体现竞争合规行为规范的省级地方标准,从防止不正当竞争和垄断两个方面给予经营者全面的合规指导。

第二,我国反垄断合规制度愈来愈关注其作为专项合规制度的个性特征。反垄断合规是专项合规,不同的专项合规工作判断依据不同、制度构建不同,推进举措也不尽相同,反垄断合规工作不仅需要从企业

大合规视角出发,系统思考反垄断合规如何与其他专项合规形成合力,也需要重视反垄断合规的个性特征。如当域外管辖权制度成为各司法辖区反垄断法规定中具有共识性的制度安排时,反垄断合规工作就不仅需要企业境内反垄断合规指南,而且还需要企业境外反垄断合规指南。这也是市场监管总局先后出台《经营者反垄断合规指南》《企业境外反垄断合规指引》的原因。再如,我国《反垄断法》是维护市场竞争的法律制度,是否存在“竞争损害”或者“反竞争效应”是认定企业行为是否受到反垄断法规制的构成要件之一,由于竞争损害分析的复杂性、专业性,使得反垄断风险的判断具有一定专业难度、判断结果具有一定不确定性,因此对垄断行为的认定需要遵循个案分析的原则。这使反垄断合规与企业其他合规工作呈现出显著的差异性。

第三,我国反垄断合规制度愈来愈重视可操作性和指引性。如《经营者集中反垄断合规指引》聚焦经营者集中的监管特点及企业合规需求,从合规风险、合规管理、合规保障等方面为企业提供有益参考,并对经营者在从事集中行为时所面临的重点合规风险进行列举,辅之以相关案例予以阐释,帮助企业更好理解投资并购各环节可能面临的合规风险;再如《北京市反垄断合规指引》专章详述了反垄断合规管理制度的“五要素”,通过“示例+分析”模式,既为经营者全面构建反垄断知识体系、完善反垄断合规制度提供了比较明确、系统的指导与参考,也全面梳理了垄断行为的风险识别、防范以及处置方法,及时回应算法领域反垄断问题等热点关注,引导企业依法竞争、合规经营,维护市场竞争秩序,激发经营者创新活力,附录中为经营者提供的反垄断合规方案模板具有较好的指引性和可操作性。

第四,我国现有的反垄断合规制度体系相对缺乏系统性设计和规划,导致各地出台的反垄断合规指引出现了大量具体内容重复的情形,使反垄断合规制度流于形式,无法发挥应有的作用。如国务院反垄断委员会印发了《经营者反垄断合规指南》,而北京市、天津市、河北省、山西省、江苏省、山东省、湖北省也出台

^③ 同前注①,第1200页。

了《经营者反垄断合规指引》，浙江省出台了《企业竞争合规指引》，这些文件在内容上存在大量重复，削弱了反垄断合规指引对经营者的引领作用，浪费了立法执法资源。再如，北京市出台了《平台经济领域反垄断合规指引》，黑龙江省出台了《平台企业反垄断合规指引》，江西省出台了《数字经济领域反垄断合规指引》，浙江省出台了《平台企业竞争合规指引》。从指引的出台时间及内容看，地方出台反垄断合规指引时缺少协调和系统设计。另外，反垄断合规工作因其专业性会产生比较高的合规成本，基于成本考量，经营者进行合规管理的动力会受到限制。目前，我国反垄断合规制度的激励机制略显不足。

三、我国反垄断合规制度体系的优化建议

遵守竞争法律规定是企业的应尽义务，反垄断合规是企业的分内之事，但企业反垄断合规的正外部效应、反垄断的立法目标和反垄断执法机构的职能决定了反垄断执法机构在推进竞争合规工作上必须有所作为，而反垄断合规制度体系建设也需要不断完善。

第一，我国反垄断合规制度体系亟须进行系统规划与顶层设计，不仅需要系统地思考企业“大合规”体系如何与其他专项合规形成合力，还需要重视行业协会和企业参与反垄断合规制度建设的作用。正如世界钢铁协会、世界水泥协会、北美精算学会等都制定了本行业的《反托拉斯合规指南》^④一样，我国反垄断执法机构可在制定《行业协会反垄断合规指引》的同时，引导行业协会对行业进行自律性监管，指导其结合本行业的个性特点，制定本行业的反垄断合规指引。当然，企业也可以在构建企业内部的反垄断合规体系的同时，制定本企业的反垄断合规指引，从而使执法机构、行业协会和企业协同配合，共建反垄断合规制度体系建设。

更为重要的是，我国反垄断合规指南或指引不能再无规划地继续制定、出台，需从国家层面进行统筹规划，找到反垄断合规工作中的共性问题。而各地方则应对出台反垄断合规指引有所克制，尽量对本地方反垄断合规工作中出现的个性问题作出规定，具体内

容大量重复的指南或指引不仅没有制定出台的价值，反而会造成反垄断合规指引林立的乱象，不利于发挥对企业反垄断合规工作的引导、指导作用。

第二，政府竞争合规制度的构建是我国反垄断合规制度体系具有中国特色的创新举措。禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位和控制经营者集中是大多数司法辖区反垄断法的三大支柱制度，彰显的是对作为市场端的企业从事排除、限制竞争行为的规制。我国《反垄断法》除了对上述垄断行为进行规制外，也同样关注对政府端的约束，在总则部分对公平竞争审查制度和制止行政性垄断行为制度作出原则性规定，并以专章的形式对滥用行政权力排除、限制竞争行为予以规制。因此，我国的反垄断执法机构除了要不断推动企业自主开展反垄断合规工作外，还应当肩负起推进行政机关与法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织自主开展竞争合规工作的重任。目前，在我国反垄断合规制度体系的构建中尚没有系统的关于政府竞争合规工作的指南或指引。在我国反垄断合规制度体系的不断完善中，反垄断执法机构应从政府端出发，针对政府采购、财政补贴、税收优惠、产业管制等具体领域，单独或与相关主管部门联合制定出台竞争合规指南或指引，这对于维护市场公平竞争，推进我国统一大市场的建设具有极其重要的作用，也将成为我国反垄断合规制度体系具有创新性和中国特色的举措。

第三，我国反垄断合规制度的完善可借鉴国际经验，进一步聚焦反垄断合规指引的个性特征，如经济合作与发展组织(OECD)提出的“5C”目标，即承诺(Commitment)、文化(Culture)、合规指南和机构(Compliance know-how and organization)、控制点(Controls)及持续监测和改进(Constant monitoring and improvement)。值得关注的是，法国竞争管理局发布的《竞争合规计划框架文件》第三章所列的提高竞争合规制度有效性的“最佳做法”清单，荷兰消费者和市场管理局提出的成功竞争合规应当包含的七项指标，即管理层的合规承诺、对违规行为的解释、员工积极参与并长期接受教育、企业成员参与合规的诚信声明、

^④ 王健：《反垄断合规的体系化构建研究》，《中国市场监管研究》，2022年第10期，第59页。

风险管理、处理违法行为的规则以及及时更新合规方案等做法^⑤。韩国 2006 年开始推行竞争合规等级评价制度,2020 年制定实施了《公平交易合规计划等级评价详细指标评估指南》,共设有 4 个大类、7 个分类,包括 22 个评价指标和 66 个详细测量指标,每一个测量指标包括 A+(100)、A(83.333)、B+(66.667)、B(50.000)、C(33.333)、D(16.667)、F(0)七个评价等级^⑥。我国反垄断执法机构也可以研究探讨建立竞争合规等级评价制度的必要性与可行性。

第四,我国反垄断合规制度建设应对反垄断合规激励机制进行更多制度探索。对于企业合规工作而言,公法上的激励手段通常包括刑法上定罪量刑的从轻处罚机制、不起诉机制、行政和解制度、行政承诺制度等。这些措施不仅可以围绕单位责任建构,还可以围绕个人责任建构,如美国 2002 年出台的《萨班斯法案》,就是通过在企业合规与关键个人责任承担中建立一种关系,促进企业进行合规管理。但如何对经营者建立并实施有效反垄断合规机制的行为予以激励,各国正在探索当中。如为激励企业实施竞争合规,韩国公平交易委员会在 2002 年宣布对模范实施竞争合规的公司减轻罚款,减幅最高可达 20%;2008 年 10 月,韩国颁布《公平交易合规计划和奖励措施条例》,引导企业广泛推进合规计划,并根据其合规建设情况给予不同程度的激励^⑦。意大利《关于根据第 287/90 号法律第 15 条第 1 款确定行政处罚方法的指南》第 23 条规定,通过并遵守适当的、符合欧洲和国家最佳实践的具体合规计划,可以作为从轻处罚因素。但如果仅是通过或制定合规计划,则不应视为从轻因素。特别是如果企业利用反垄断合规制度促进或掩盖违法垄断行为,则应给予加重处罚。^⑧与此同时,对于反垄断合规的激励机制也有学者持反对观点,认为减轻

罚款会错误地激励企业通过反垄断合规来获得罚款“优惠”,而非通过反垄断合规来防止违法行为发生。无论如何,反垄断合规都不应是“纸上计划”,而应是有效的反垄断合规,企业仅建立反垄断合规机制尚不能当然获得减轻罚款等激励,只有符合反垄断执法机构对于有效反垄断合规认定的若干标准和条件,才能获得激励。当下,我国反垄断执法机构可以对反垄断行政处罚制度、行政指导制度、行政约谈制度及行政和解制度进行系统思考,重点关注如何通过行政约谈制度和经营者承诺制度来推动反垄断合规工作,研究探讨经营者承诺制度是否可以有效发挥反垄断合规激励机制的作用、如何发挥等议题。我国《反垄断法》第五十三条^⑨规定了经营者承诺制度,在反垄断案件调查中,被调查的经营者可以作出承诺,采取具体措施消除其行为后果,执法机构可以接受经营者的承诺,决定中止调查或终止调查。经营者承诺制度看似温和甚至可能降低反垄断执法实效,但却可以通过经营者承诺的作出与履行有效实现对市场竞争的维护。我国反垄断执法机构可以在确定经营者承诺制度的适用范围、适用条件、适用程序及承诺内容时,关注并重视企业反垄断合规工作的完善问题,引导企业就反垄断合规工作作出承诺,发挥其自律合规的主体作用。

总之,反垄断合规是企业在公平竞争中实现高质量发展的要求,也是公司现代化治理的重要组成部分。可以期待的是,随着我国反垄断合规制度体系的不断优化,我国反垄断合规工作在维护市场公平竞争、落实竞争政策的基础性地位、优化营商环境、建设全国统一大市场、保障经济高质量发展、完善社会主义市场经济体制等方面将发挥越来越重要的作用。

责任编辑:王琳、杨文

⑤ 方翔:《竞争合规的理论阐释与中国方案》,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》,2020 年第 4 期,第 51-51 页。

⑥ 王先林、曹汇:《反垄断合规评级制度初探》,《中国市场监管研究》,2021 年第 2 期,第 16 页。

⑦ 方翔:《韩国竞争合规评级制度的镜鉴与启示》,《中国物价》,2021 年第 1 期,第 55 页。

⑧ 同前注④,第 61 页。

⑨ 《反垄断法》第五十三条 对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为,被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的,反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。反垄断执法机构决定中止调查的,应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的,反垄断执法机构可以决定终止调查。有下列情形之一的,反垄断执法机构应当恢复调查:(一)经营者未履行承诺的;(二)作出中止调查决定所依据的事实发生重大变化的;(三)中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息作出的。