

反垄断法承诺制度的功能解释 ——从我国实践案例切入

A Study of the Functions of Commitment Procedure in Anti-monopoly Law

焦海涛

JIAO Hai-tao

【摘要】 2011年末曝光的中国电信、中国联通涉嫌垄断案是我国执法机构援引《反垄断法》中的经营者承诺制度处理的第一个案件。该案适用承诺制度遭受了较多批评,但从现实层面看,该案的调查活动已陷入僵局,除承诺制度外似乎没有更好的处理方式。承诺制度能够很好地应对可能遭遇的执法难题。执法缺口与执法困境是常见的两种反垄断执法难题,其形成的主要原因是垄断行为识别难度高、无充足执法资源的匹配以及反垄断法规则的操作性弱。承诺制度在克服反垄断执法难题上有三大功能:通过“便利执法”来提升效率;通过“模糊执法”来应对违法性判断的不确定;通过“温和执法”来化解冲突。承诺制度并非适用得越多越好,通常只有在反垄断执法存在缺口或困境时,其适用才有正当性,因此在反垄断执法中,成为常态的正式调查的一种有益补充。

【关键词】 反垄断法承诺制度 反垄断法执法难题 承诺制度功能

【中图分类号】 DF414 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2016) 06-0061-14

Abstract: The case of China Telecom and China Unicom investigated by NDRC is the first case applying the commitment procedure in China's AML. Most people think that NDRC should not make a commitment decision in this case, but in fact the investigation activities in this case have stalled, thus commitment procedure seems to be a better way to resolve the problem. This is one of the advantages of commitment procedure, which is able to deal with the law enforcement difficulties in practice. Generally speaking, law enforcement dilemma and law enforcement gap are two typical difficulties in anti-monopoly law enforcement. The factors lead to law enforcement difficulties usually include: the ambiguity of monopoly behaviors, the lack of law enforcement resources and the uncertainty of anti-monopoly rules. There are many ways to resolve the difficulties; commitment procedure sometimes is a proper way in certain situations. In general, as a reconciliation mechanism, the commitment procedure has three functions: law enforcement efficiency promotion, avoidance of the identification of monopoly behaviors and silence on whether there was or still is a breach of the law. At the same time, we should also be recognized that the possible risks should be taken into consideration when the law enforcement agencies decide to make the commitment offered by the undertakings concerned binding.

Key words: The commitment procedure in AML Enforcement difficulties of AML The functions of commitment procedure

【收稿日期】 2016-06-22

【作者简介】 焦海涛,男,1982年3月生,中国政法大学博士后流动站研究人员,安徽大学法学院副教授,研究方向为竞争法、经济法理论。

一、我国反垄断法承诺制度实践

反垄断法承诺制度,是指在反垄断执法机构调查垄断案件时,如果被调查的市场主体向执法机构做出停止、修正或从事特定行为的承诺,执法机构认为市场主体的承诺足以消除涉嫌垄断行为的消极影响,则可接受该承诺并据此做出决定,要求市场主体履行其承诺,从而结束案件调查程序的垄断行为处理方式。

承诺制度是反垄断法实施中的一项特别制度,与通过正式调查确定垄断行为责任的执法方式相比,其独特属性表现在:第一,承诺制度本质上是一种执法机构与涉嫌垄断行为之间的和解机制;第二,承诺制度是一种简便的执法方式,适用承诺制度时,执法机构不需要再进行详细的调查活动;^[1]第三,执法机构做出承诺决定时,对相对人行为是否违法通常保持沉默。^[2]

作为一种便利的和解机制,承诺制度的主要优势在于节约执法资源,提升执法效率,所以在欧美竞争法实践中使用较为频繁,并影响到大多数国家。我国《反垄断法》第45条也规定了承诺制度。但对相对人行为是否违法保持沉默,也就意味着相对人不会受到处罚,所以在有些案件中适用承诺制度可能会放纵违法行为,降低反垄断法威慑力。^①

我国实践中援引经营者承诺制度处理的第一个案件可能就是如此。根据负责监管价格垄断行为的国家发展和改革委员会2011年底的披露,中国电信、中国联通涉嫌滥用其在互联网接入市场上的支配地位,对有竞争关系的和没有竞争关系的互联网服务提供商(ISP)给出了不同的宽带入网价格条件。案件曝光几日后,两家企业向

国家发改委提交了中止反垄断调查的申请,承诺整改,后者接受了其申请。本案一经曝光即成为热点案件,民众期望反垄断法能对垄断性国企有所作为,但以承诺方式结案意味着执法机构不会再对本案进行调查,不会认定两家企业违法,也不会有处罚发生,所以民众对这种“不了了之”的处理方式批评较多。学界的声量基本也是批评。^②但问题是,为什么大家都认为本案不宜以承诺方式了结,执法机构却“一意孤行”?

随着媒体披露的信息增多,情况明朗起来。原来,并非执法机构不想调查,在案件调查中,国家发改委的态度、决心一直比较明确,但也因此“承受了太多不该承受的压力”。^[3]一个细节是,国家发改委对两家企业的调查一直是严格保密的,在得出初步调查结论后,国家发改委就有关情况还征求过国务院法制办、最高人民法院和工信部的意见,会上各部门意见分歧较大。之后,国家发改委在未知会其他部门的情况下,通过央视披露了案件调查情况。可以想见,如果其他部门对国家发改委的调查结论持支持态度,国家发改委也不会选择这种让“相关各部委除了感到吃惊,还有些尴尬”^[4]的方式,来向全社会披露这一原本被要求保密并仍处于调查阶段的要案。^③

可见,国家发改委最终选择适用承诺制度乃不得已而为之。从应然层面看,本案应当彻底调查,但从操作层面看,本案陷入了“进退两难”的僵局——执法机构的调查活动因遭遇其他部门的阻力实际上已无法继续,但放弃执法显然也于法不合。这种情况下,选择适用承诺制度,尽管很无奈,理论上也不该,但的确是一种能够迅速解决现实问题的处理方式。这恰是承诺制度的优势之一,它能够很好地应对反垄断执法中可能遭

① 关于反垄断法承诺制度适用风险的分析,可参见焦海涛:《电信、联通垄断案中承诺的消极效应》,《法学》2012年第3期,第32页。

② 对本案的相关评述可参见王晓晔:《中国电信、中国联通涉嫌垄断案的再思考》,《交大法学》2013年第2期,第5-15页;时建中:《对反价格垄断行政执法机制和体制的延伸思考》,《中国物价》2013年第11期,第20-25页;焦海涛:《电信、联通垄断案中承诺的消极效应》,《法学》2012年第3期,第31-37页。

③ 还有一个细节可以反映国家发改委处理此案时承受的压力。国家发改委在央视披露此案之后,2011年11月11日,工信部下属的《人民邮电报》以《混淆视听误导公众——驳央视对电信、联通涉嫌价格垄断的报道》一文,用“基本概念厘清了吗”、“垄断事实查明了吗”、“全球行情吃准了吗”、“新闻素养丢掉了吗”四问央视报道,认为央视的报道片面,与事实严重不符。

遇的执法难题。

除中国电信、中国联通垄断案外,根据新闻报道及官方公告,我国实践中还有多起适用了承诺制度的案件,能够找到详细资料的案件大概有以下几起:(1)2011年11月,浙江省工商局对慈溪市建设工程检测协会涉嫌组织本行业经营者达成划分市场协议的行为做出中止调查决定,并于2013年3月做出终止调查决定;^[5](2)2014年5月,国家发改委对美国IDC公司借助标准必要专利实施的滥用市场支配地位案做出了中止调查决定;^[6](3)2014年6月,国家工商总局对北京盛开公司在销售巴西世界杯门票过程中,涉嫌利用独家代理商的优势地位搭售巴西当地酒店住宿、交通以及旅游服务的垄断行为做出了中止调查决定,^[7]并于2014年12月24日对本案做出终止调查决定;^[8](4)2015年5月,宁夏回族自治区工商局对中国铁通、中国联通、中国电信宁夏分公司涉嫌滥用市场支配地位,在经营普通宽带业务中,不同程度地要求用户必须安装固定电话的垄断行为做出了中止调查决定;^[9-11](5)2015年9月,内蒙古自治区工商局对中国移动内蒙古分公司涉嫌垄断的“手机上网套餐流量月末清零”行为做出了中止调查决定;^[12](6)2015年10月,内蒙古自治区工商局对中国联通内蒙古分公司涉嫌垄断的宽带业务与手机业务及手机终端销售业务捆绑销售,及将宽带与手机(固话)业务费用相关联的行为做出了中止调查决定。^[13]

上述案件适用承诺制度基本未受学界批评,因为不论从实践还是理论上看,承诺制度在这几起案件中的适用基本都是没有问题的。IDC案的涉案行为实际上也较恶劣,不仅包括不公平高价,还有搭售、附加不合理交易条件等,按理不应以承诺方式结案,但本案在调查之前,中国企业华为已在法院起诉IDC,调查进行之中,IDC败诉的二审判决已经做出,IDC实际上已不可以再实施滥用行为。所以,当IDC公司积极配合调查,与华为就专利许可费和其他条款达成和解协议,并表示将参照对华为公司的许可条件与中国其他企业进行专利许可谈判时,执法机构已没有必要再对本案进行调查,中止调查显然是一个更经济、更理性的选择。其他几起案件都是工商部

门处理的,涉案行为都是非价格方面的,根据国家工商行政管理总局的竞争执法公告的披露,这些行为的危害性都不大,且涉案企业在调查中态度较好,主动提出承诺并整改,所提整改措施也较为全面、有效,鉴于此,以承诺方式结案也不失为一种节约执法成本的选择。

从上文对我国承诺制度实践的描述看,该制度主要基于两个原因而被执法机构选择:一是节约执法资源;二是解决执法困境。相对实践中的垄断行为来说,执法资源总是匮乏的。这反映了反垄断执法中常见的一个难题即“执法缺口”。反垄断执法中常见的另一个难题“执法困境”有多种表现形式,中国电信、中国联通案表现出来的执法阻力是典型表现。

本文的中心就在于解释承诺制度在解决反垄断执法难题上的功能,基本逻辑是:先论述反垄断执法中的两大难题,并分析难题的产生原因,再解释为什么承诺制度在解决这些难题上有时更具优势,最后对承诺制度的功能做出总结,同时指出承诺制度的适用边界。

二、反垄断法的执法难题

(一) 执法缺口

执法缺口指理论上应当执法,也具有执法可能性,实际上却没有执法的情况。执法缺口通常与执法不力、执法缺位具有类似含义,指的是一种“法律更多但秩序更少”^[14]的现实状态。在执法具有必要性与可能性的情况下,执法缺口的产生通常因为执法机构怠职。但在反垄断法中,情况有时比较复杂,执法缺口既可能因执法机构怠职产生,也可能是执法机构的无奈选择。一般来说,反垄断法的执法缺口在下列两种情况下会发生:

第一,执法机构未发现违法行为。如果违法行为在调查中很容易就能被发现,但执法机构未进行调查,致使违法行为未被发现,就会产生执法缺口。如果违法行为具有特殊性,即便执法机构通过调查也难以发现,则这类案件就不具有执法的可能性,不能认为是执法不到位,而是一种无法执法的情况,属于后文所说的执法困境。也就是说,存在执法缺口的案件应当具

有执法的可能性。在可能性存在的情况下,如果执法机构未将这种可能转化为现实,就会发生执法缺口。通常情况下,执法机构的调查程序可能因相关主体的举报或告发而启动,也可能因执法机构主动发现违法嫌疑而启动,但在反垄断法的执行中,一个客观事实是,现实中的垄断行为种类繁多、数量庞大,无论是通过举报、告发,还是执法机构主动发现,都无法将所有的垄断行为纳入调查程序之中,大量的垄断行为都将得不到有效追究。换言之,很多垄断违法案件虽然具有执法的可能性,甚至是一些非常简单的案件,但因为数量太大,难免存在执法缺口。这种执法缺口的产生,不一定是执法机构怠职,不能一概而论。

第二,执法机构发现违法行为后主动放弃执法。如果违法行为已进入执法机构视野,则在有执法条件的情况下,执法机构应当执法,但执法机构仍可能基于各种原因而主动放弃执法,从而产生执法缺口。可能的原因有:一是执法机构被相对人“俘获”;二是执法机构判断失误,放过了本属违法的垄断行为;三是垄断行为过于轻微,执法虽有可能,但收效较小,执法机构基于经济合理性的考虑而放弃了执法。第一种执法缺口在所有法律的执行中都可能存在,不是反垄断法上的特殊问题,对此,可通过追究执法机构及其工作人员的法律或政治责任来解决。第二种执法缺口的解决,主要依赖于提升执法机构的专业能力。第三种执法缺口的产生虽有经济上的合理性,但会伤及法律权威,因为反垄断法的执行是一种公权行为,对明知违法的行为仅因为执法效果不明显而放弃执法,实际上就是对违法行为的放纵,可能会产生道德风险。这一问题的解决,固然可要求执法机构不论案件大小一律执法,但这不是最好的方式,因为这样会限制有限的执法资源的合理分配。以承诺制度来处理这些轻微案件,恰能以较小的执法投入换取较好的执法效果。

(二) 执法困境

执法困境即执法活动陷入进退两难,主要指法律规定在现实中难以落实的状态,也即理论上应当执法,但实际上却无法执法的情况。它不同于执法缺口,执法陷入两难,多意味着执法机构

无能为力,很多情况下不具有执法的可能性。造成执法困境的原因比较复杂,通常都不是执法机构怠职,而是受客观条件限制。所谓进退两难,通常是指执法机构继续执法的话,要么难以推进、陷入僵局,要么难以取得执法实效,或带来巨大的执法成本浪费,而执法机构不执法的话,又与法律规定不符,要么损害法律权威,要么损害执法机构权威。因此,在执法陷入进退两难之时,难以通过追究执法机构责任来改变现状,也很难要求执法机构加强执法。通常,我们只能改变法律规定,或改变法律的执行方式。

就反垄断法来说,在下列几种情况下,执法可能会陷入两难:

第一,违法垄断行为确实存在,但执法机构无法通过调查掌握充分的证据,即在现有的能力、资源、手段下,这类行为不大具有执法的可能性。这种情况的发生,多因行为的隐蔽性太强,即使耗费巨大的人力、物力进行调查,也难以认定。例如,垄断违法行为具有合法的外在形式,或行为稍纵即逝。在反垄断法领域,如果行为人刻意隐瞒自身行为,执法机构可能会无能为力。这不仅因为市场上的垄断行为数量太多,更是因为垄断行为都具有较强的专业性,反垄断执法活动必须依赖于一些准确的信息,且需要市场主体的配合。对这类垄断行为,因执法机构不具有执法能力,不论规定多严厉的处罚措施也是难以避免的,也就是说,严厉执法并不是对付这类行为的有效途径。理论上,我们可以通过提高执法机构的执法能力来解决这类问题,如增强执法机构的专业性、加大执法机构的执法权限等。但这些措施在短时期内难以实现,所以,另一个路径可能就是,在法律中规定较多的激励措施,以诱导的方式鼓励市场主体与执法机构配合。宽大制度、承诺制度即具有这类功能。

第二,违法与否难以定论或行为属性不明确。惩罚垄断行为必须先进行定性,既要确认行为的违法与否,也要确认违法行为的具体属性。但在反垄断执法中,这种认定有时是困难的。由于反垄断法规则具有高度抽象性,垄断行为的认定标准弹性较大,而现实中垄断行为的形式又十分复杂,确认行为的违法与否并非简单的“非此

即彼”的工作；加上大多垄断行为的经济效果具有不确定性，消极后果与积极后果可能同时存在，行为人很容易就能据此进行抗辩。即便某种行为的限制竞争效果是确定的，其究竟属于哪种具体的垄断行为，执法机构也可能较为困惑，尤其面对层出不穷的新型垄断行为，执法活动将面临更大挑战。在这种情况下，如果一味要求执法机构依法而为，可能是“强人所难”。在没有任何更好处理方式的情况下，执法机构基于上述担忧的存在，即便已掌握初步证据，也可能会选择及早抽身，将精力集中于那些容易调查的垄断案件之中。

第三，针对垄断违法行为的执法成本过大。有些垄断行为虽然具有执法的可能性，但如果将这种可能性转化为现实，就需要付出巨大的代价，这时就需要考虑是否应当继续执法。这种情况下，虽然通过调查可以认定某些违法行为存在，但因为调查的成本过高，执法结果可能不经济，甚至执法会变得不再有意义，也即执法投入巨大而收效甚微。这时，是否继续调查就是一个两难。调查不是一个理性决策，而不调查又与法律规定及执法机构的职责不符。

第四，执法活动遭遇难以排除的阻力。有些案件的案情并不复杂，行为性质也较清楚，执法机构也有执法的决心，但可能因为客观上存在某些阻力，执法活动陷入了僵局。前述的中国电信、中国联通垄断案就属这类案件。执法机构本身地位所限，因此这是我国反垄断执法中难以避免的问题。不仅在面对垄断性行业时如是，在面对某些行政垄断行为时亦如是。克服这种困境的理想方式固然是反垄断执法机构改造，但在我国现行体制下，这是条漫漫长途。权宜之计是改变执法方式，承诺制度恰为这类案件的执法提供了转圜余地。

第五，执法活动不能获得人们的普遍认同。当人们对法律规定本身存在质疑，或对执法方式存有抵触，执法活动也可能会陷入两难。前者主要指法律规定背离了人们的普遍观念，与社会公认的行为准则不符，例如反垄断法明显偏向某一类企业如国有企业，这时，尽管法律规定是明确的，但这类规范的执行会使人们感到不满，引发抵触情绪，长久下去还可能产生道德风险。在这

种情况下，执法机构有时干脆选择不执法，即法律规定成了摆设。例如，日本《禁止垄断法》规定应当禁止或限制“垄断状态”，但这一规定在现实中几乎不曾适用过，以致有人嘲笑其为“不开刃的宝刀”。^[15]事实上，这样做也不合理，因为法律规定代表了国家立场，规定得不到执行会伤害法律以及政府的权威。此外，即便法律规定是合理的，但如果法律的执行方式不合理，也可能导致执法陷入两难，例如，执法方式过于严厉、不留情面，以致产生“暴力抗法”等执法冲突。

三、执法难题的形成原因

（一）垄断行为的识别难度高

反垄断执法中，执法机构要想惩罚违法者，必须进行垄断行为的识别，这是先决条件。在一个完整的执法程序中，垄断行为的识别通常包括以下内容：一是行为确认，即确认是否存在垄断行为；二是如果存在的话，属于哪种性质的垄断行为；三是行为人的抗辩理由能否成立，垄断行为能否得到豁免；四是应当采取怎样的法律救济措施。这一过程中，任何一个方面出错，都可能侵害相关主体利益，甚至影响反垄断执法实效。现实情况是，因为垄断行为具有较强的复杂性，对执法机构来说，这种识别很多时候非常困难。尤其在执法机构的专业性、权威性还不足时，垄断行为识别常常是其难以胜任的工作。

垄断行为识别的高难度，至少表现在以下几个方面：

第一，垄断行为的专业性加大了行为识别的难度。垄断行为的识别不仅仅是一个单纯的法律问题，因为它可能发生在市场经济的任何领域，而很多领域都具有较强的专业性，这使得垄断行为的识别，仅依靠反垄断法规定的行为要件远远不够。例如，在知识产权领域，不仅垄断行为的性质很难认定，行为的效果更加复杂，而且，反垄断法的规定是否均可适用于知识产权行为，反垄断法的适用是否会造成法律冲突等等，这些问题对反垄断法的执行提出了严重的挑战，单靠反垄断法的执法机构，有时难以胜任这样的工作。

又如,一些新经济领域如软件制造、通信服务、互联网行业等,这些领域的垄断行为非常复杂,尤其体现为技术性非常明显,垄断行为的识别离不开对一些技术问题的认定,这无疑大大增加了反垄断执法的难度。

第二,垄断行为识别必须与国家的相关法律制度或经济政策相衔接。在一国法律体系中,反垄断法不是孤立的,也不具有至上性,反垄断法的实施离不开其他法律制度的配合,也需要与其他法律制度甚至经济制度或经济政策相衔接。^[16]从微观角度看,反垄断不仅仅是法律问题,更重要的是市场运行问题;从宏观角度看,反垄断法的实施与国家的宏观经济发展相关,与国家经济发展阶段相联系。这就要求,反垄断法的执法机构在进行垄断判断时,必须站在一个更高、更广阔的角度去思考问题,而不能仅局限于反垄断法的条文规定。在这方面,尤其重要的是如何协调反垄断法与产业政策及其他公共政策之间的关系。

第三,垄断行为的成因复杂多样,不同垄断行为具有不同的经济效果,反垄断法的执行中应当能做到区别对待。从规范层面看,反垄断法对垄断行为的规定往往是模糊的,行为的构成要件难以从法律条文中找到,这要求执法机构在实践中必须进行裁量,以确定行为的有无及行为的性质。从客观现实看,有些垄断行为的形成可能具有合理原因,其经济效果也多半具有双重性,对这类垄断行为,不能采用“一刀切”的做法简单了事,而应当结合各种因素进行综合判断,以确定是否惩罚以及惩罚的方式与力度等。

第四,作为一种经济现象,垄断行为识别需要大量的数据支持,而执法机构获取数据的能力非常有限。市场主体的垄断行为涉及价格、数量、营业额、市场份额等各种数据,尤其在进行市场支配地位认定时,数据是关键,离开这些数据,垄断判断将变得障碍重重。这些数据大多掌握在市场主体手中,尽管理论上执法机构可以通过执法调查获取这些数据,但调查的成本往往较大,且所获取的数据是否准确、充分也难以评估。

第五,在现代社会,市场主体的组织形式与

行为方式越发严密,垄断行为往往与其他行为相混合,这使得垄断行为识别的难度大大增强。一方面,垄断行为可能与非垄断行为相结合,违法行为可能以合法行为为表象,执法机构进行垄断判断,必须能够拨开迷雾、排除干扰;另一方面,不同的垄断行为之间也可能相互渗透,各种垄断行为之间的界限变得模糊,甚至一种垄断行为可能同时或在不同时期具有不同的行为性质,垄断判断不再是“非此即彼”的简单推理过程。

第六,垄断行为具有较强的动态性,这对反垄断法的执法方式提出较高要求。垄断行为的动态性不仅体现在与行为相关的各种数据的变动不居上,还体现在行为自身上:一是垄断行为的违法性有时是暂时的,即经过一定时期后,行为人可能主动修正了违法行为,或者垄断违法行为遭到破坏,如垄断协议因参与人违反而不攻自破,这种情况之下,事后追查是否必要姑且不论,单是追查难度,执法机构能否胜任也具有不确定性;二是垄断行为的性质发生转化,即由一种垄断行为转化为另一种垄断行为,这时的行为性质认定与处罚措施设定,都可能存在一个适当性或合理性的问题。

第七,垄断违法行为比其他领域的违法行为具有更高的隐蔽性,执法机构获得违法行为的证据十分不易。在反垄断法领域,垄断行为人不仅具有隐匿行为的积极性,也具有隐匿行为的可能性。垄断行为的专业性、严密性等特征为市场主体隐匿自身行为提供了极大的方便。市场主体这样做的结果是,要么执法机构无法发现违法行为而难以执法,违法行为得不到追究,要么是执法机构为了调查违法行为的证据而耗费巨大的人力、物力与财力,执法活动变得不再经济。我们看到,正因为垄断调查的不易,在反垄断法领域,案件的执法周期常以年计,结果是执法双方均心力交瘁、不堪重负。

第八,很多情况下,垄断行为的认定需要市场主体的配合,但市场主体配合执法的动力不足。反垄断执法既需要垄断行为人的配合,也需要其他相关市场主体的配合。相关主体的配合一般容易些,而行为人的配合则较难实现。因为执法机构认定垄断行为的主要目的是为了惩罚违法

行为人,在没有充分激励时,行为人不会主动配合执法机构。尽管有时法律会规定,行为人负有配合执法调查的义务,但无论是执法机构还是其他相关主体,都无法有效审查行为人的配合是否真实、充分,是否还有所隐瞒,甚至是否存在误导,因而在现实中,行为人的配合义务常流于形式,行为人的不配合并不会遭受实质性的惩罚后果。

(二) 无充足执法资源的匹配

在反垄断执法中,相对于普遍存在的潜在违法行为来说,人力、物力匮乏是各国反垄断执法机构面临的共同难题。即便在美国,“联邦反托拉斯执法机构——司法部和联邦贸易委员会——的资源只限于国会每年的拨款,而从潜在的反托拉斯诉讼的全体来看,对反托拉斯机构的拨款是吝啬的”^[17]。

再者,根源于垄断行为的专业性、隐蔽性、动态性、不确定性等特征,垄断行为的识别是一个非常复杂的判断过程,通常情况下,法要解决的问题越复杂,法律的运行成本就越高。反垄断执法要想取得实效,一方面必须加大执法资源投入,另一方面还必须增强反垄断执法的专业性。很多国家的反垄断执法机构就是整合了多领域专业人士的专门性机构,这是一个世界趋势;除此之外,在具体案件的执法过程中,面对专业问题,还有可能需要特别委托专门机构,这也需要执法成本。而且,伴随着经济运行模式的细化,各种形式不一的垄断违法行为也渗入了经济的各个层次与领域,甚至与政府机关存在着千丝万缕的联系,这无疑也会大大增加反垄断法的执法成本。尤其在经济转型国家,执法机构所承担的任务不仅可能遭遇企业的抵制,更有来自同级或上级政府机关的压力,执法实效的取得必须以投入大量的执法资源为代价。^[18]

从结果看,反垄断执法是一种公权行为,不论是否达到禁止垄断违法行为之目的,执法机构本身均不能从中获利,立法上并不存在弥补执法机构所投入资源的优先受偿权,因此,相对于私

人可从损害赔偿诉讼中获得赔偿的私人实施机制来说,执法机构的公共执法可能存在经济动力不足的问题。尽管理论上执行法律是反垄断执法机构不可推卸的职责,但在经济动力不足,而现有资源又不足以应付所有垄断行为的情况下,执法机构就很可能怠职,或者出现“选择性执法”的现象。

在执法资源有限的情况下,“选择性执法”有时是一种无奈之举,属于一种执法策略。“选择性执法”在反垄断法领域普遍存在,即便在反垄断法异常发达的美国,执法机构在选择反托拉斯案件时也非常挑剔。“由于受制于预算约束,反托拉斯执法机构提起的案件远远少于按照目前对反托拉斯成文法的解释它们能够胜诉的案件,……它们通常……圈定一批较为严重的反托拉斯违法行为,并把自己的执法活动限定在这些行为上。”^[17]而且,通过对执法资源的合理分配,“选择性执法”也有可能提高执法资源的使用效率,进而提高执法实效。但另一方面,“选择性执法”也不可避免地带来了一些必须解决的难题,例如,“选择性执法”实际上是执法机构对某些违法行为“睁一只眼、闭一只眼”,这会带来对违法行为的放纵,长久下去还会产生道德风险;“选择性执法”还会造成相对人之间的不公平,甚至产生执法机构与某些相对人之间的“共谋”,形成执法腐败。^①

(三) 反垄断法规范的操作性弱

法律规范的操作性越强,执法活动就越方便。基于执法便利的考虑,执法机构都希望法律规范尽量具体,但这和反垄断法本身的特征不符。各国立法机构为了增强反垄断法对现实问题的回应性,基本确立的是一种包容性极强的规范,这些规范的操作性较差,但却具有较大的弹性空间,以使现实中层出不穷、变化多端的垄断行为都囊括其中。以伯克利学派代表人物诺内特与塞尔兹尼克所概括的三种法律类型来看,反垄断法属于典型的“回应型法”(re-

^① 关于“选择性执法”可能产生的问题,可参见焦海涛:《论“促进型”经济法的优越性》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2010年第4期,第151-152页。

sponsive law)。^①与传统私法等“自治型法”注重规范的完整性、明确性、严密性、一致性不同,反垄断法更加关注实质问题的解决,关注法律规范适应现实的能力,从而“自治型法”规范所固有的形式特征在很多反垄断法规范中逐渐被舍弃了。在规范内容、规范构成,以及规范的作用方式等方面,反垄断法都具有明显的抽象性与动态性。

1. 反垄断法规范的抽象性

反垄断法规范的抽象性,是指反垄断法规范在内容构成以及作用方式等方面,不同于直接指导具体行为、具有确定适用范围、设定明确行为模式的规则性规范,而是针对某类行为或问题,提供一种大致可确定的、范围较大的、具体内容须依客观情境而选择的行为框架。如果我们从规范内容的具体化角度,将法律规范分为规则性规范与标准性规范的话,反垄断法中的很多法律规范都具有抽象性,都是标准性规范,即提供的只是一个标准而非具体规则。^[19]

反垄断法规范的抽象性主要表现在两个方面:

第一,规范内容的不确定性。反垄断法规范所设定的行为模式通常不是很明确或很具体,^[20]因而其适用不是一目了然的,其适用条件或适用后果均需要根据特定情况或特定对象加以解释。对执法机构来说,规范内容的不确定性主要体现为哪类行为应当明确禁止,哪类行为可以适当放宽,并不能简单从法律规范本身找到答案。从反垄断法的适用角度看,规范内容的不确定性主要体现为“合理原则”适用范围的扩大,从而很多垄断行为是否应当禁止需要经过复杂的经济判断。

第二,概念含义的非特定化。反垄断法中的很多概念,其含义具有不确定性,在不同时期、不同场合,同一概念所指代的具体含义可能存在一定的差异。概念的具体含义,在适用中往往需要解释。概念含义的非特定化,一方面增强了反垄断法规范的包容性,使得有限的法律规范可以适用于更多的现实之中,但另一方面,也使得反

垄断法的执法活动变得更加困难,对执法机构来说是一种更高的挑战。

反垄断法规范的抽象性或标准性,主要由垄断行为的复杂性决定。规则性规范的适用范围由于是确定的,它必须以对适用对象的准确性为前提,而反垄断法所规制的垄断行为,性质复杂,类型化难度高,在立法层面,将所有的反垄断法实体规则都以具体规则形式体现出来难度较大。各国反垄断法实体规则都有一个共同点,就是所禁止或限制的垄断行为都具有一定的包容性,在法律适用上都具有一定的可解释空间,也即说,反垄断法实体规则所指向的对象很可能是模糊的,需要在现实中根据具体情况加以解释、推理从而确定。

2. 反垄断法规范的动态性

反垄断法规范的动态性,主要表现在反垄断法实体规则的相对不稳定性上。随着反垄断法的发展,反垄断法中的很多实体规则不断进行着更新,对同一种垄断行为,不同时期的规制态度不同,因而具体规则也就有所差异。尤其是经济分析方法在反垄断执法中的运用,使得反垄断法的实体规则在应用于具体问题时不断地被解释、被超越,甚至完全被改变。此外,随着新的垄断行为出现,或者旧的垄断行为发生变异,新的反垄断法实体规则也可能随之出现,这也使得反垄断法规范看上去不具有法的一贯稳定性。

反垄断法规范的动态性主要与其调整对象及作用领域决定。反垄断法产生的经济基础在于市场竞争机制失灵,反垄断法必须作用于市场领域,致力于解决竞争的不自由、不公平问题,而市场经济形势是随时变化的,这决定了反垄断法的适用范围与作用方式,必须根据经济现实的发展变化而及时做出反应和调整,反垄断法具体规则的内容因而也就有了较大的变动性。

反垄断法规范的动态性也与反垄断法的政策性相关。国家的经济政策尤其是其中的竞争政策对反垄断法具有重要影响,反垄断法有时甚至与竞争政策具有相同的含义。政府运用竞

^① 有关法律三种类型的论述,参见[美]P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版。

争政策去进行调控、规制经济问题的意图，很可能会渗透到反垄断法中，反垄断法的很多内容就是确立、宣扬国家的竞争政策。政策一般具有针对性、变动性的特点，有时还具有阶段性的特点，这无疑会对反垄断法规范的稳定性产生一定的削弱作用。竞争政策与反垄断法所要解决的经济问题、运用的经济手段以及追求的经济目标等方面的相通性甚至一致性，也使得灵活多变的竞争政策很容易就能对反垄断法产生影响。

此外，随着人们认识能力的不断提高，对垄断问题的看法也会发生改变，进而相关反垄断法律制度也需随之变易。早期反垄断法的规定比较严厉，垄断行为的性质也规定得较为明确，人们不会认为垄断行为还有可能产生积极效果，因而反垄断法的适用也比较简单，对大多垄断行为都采用“本身违法”原则。但随着经济现实的发展变化，垄断行为变得日趋复杂，人们逐渐认识到了很多垄断行为都同时具有积极与消极的双重效果，早期反垄断法的简单规定开始变得难以适应经济现实的需要。由此，有些法律规范的内容逐渐被修订，而有些法律规范的含义则在反垄断法的实施中被改变。在此基础上，大多国家都不再将法律规范的确定性作为反垄断法立法的基本要求，反垄断立法需要做的只是宣布一般规则，规则的具体含义、适用范围等，可留给执法机构在具体案件中进行确定。

由于反垄断法应对的是具体的、复杂的经济问题，规范的动态性是其适应现实需要的必然反应，是反垄断法得以保持其生命力的关键所在。但对执法机构来说，规则的相对不稳定性无疑会给执法活动带来难题。一方面是现实中的垄断行为形态多样、种类各异，另一方面是法律层面的标准模糊、含义不清，执法机构可能因此产生漫无标准之感，对如何执法深感困惑。尽管法律赋予了执法机构进行法律推理或自由裁量的权力，但如何保证推理的妥当性、合目的性，如何保证裁量的科学性、正当性，执法机构自身可能很难把握。因存在各种担心，如果执法机构的能力有限，反垄断执法活动可能就会有所迟疑甚至陷入僵局。

四、作为执法难题克服路径的承诺制度

（一）克服执法难题的基本路径

反垄断法执法难题的表现方式及产生原因不同，克服路径也会有所差异。从行为表现看，执法缺口实际上是一种执法不力、执法不到位，或称“执法折扣”；执法困境则是执法活动陷入两难——要么因法律规则或执法机构受到公然挑战而致法律或执法机构的权威受到侵蚀，要么因动用各种途径和资源执行法律而使法律运行的经济与社会成本变得异常巨大、难以承受。从结果看，执法缺口与执法困境都是法律规则得不到有效执行，但在执法缺口中，人们对执法活动本身并无怀疑，都认为应当执法，而执法困境则比较复杂，可能是法律规则本身存在问题，或者法律规则没有问题的情况下，执法活动因难以发现违法行为、成本过高或受到公然排斥而不具有现实可能性。所以，解决执法缺口问题的策略一般是明确的，即可以动用各种有效资源强化执法。但执法困境一般难以通过强化执法来解决，因为一方面，很多时候执法的可能性不具备，或者执法成本巨大，越是加强执法，就越可能耗费巨大代价，而执法收效甚微；另一方面，当相关主体对法律规则或执法活动缺乏足够认同时，强化执法不仅会导致巨大的直接和间接成本，还可能增加相对人对执法机构的不信任感，甚至引起公权机构之间的冲突，如中国电信、中国联通垄断案中表现的那样。

事实上，对于反垄断执法缺口问题，尽管理论上可以通过强化执法来解决，但这种解决方式在实践中也可能会遭遇障碍。原因在于前文所述的垄断行为识别的高难度及反垄断执法资源的有限性。强化执法必然意味着更多的执法资源投入，而垄断行为识别的高难度又会增加执法成本，这样一来，本就非常有限的执法资源更是“捉襟见肘”。

如果着眼于反垄断法执法难题的产生原因及其表现，我们就可以找到三种克服执法难题的基本路径：一是法律规则改造；二是执法能力提升；三是执法方式变更。如果人们对法律规则的

不认同源于规则的不合理,自然可以通过规则改造的方式来恢复人们对法律的信心,例如,反垄断法上的各种不合理规定应予废除,应扩大反垄断法的适用范围等。同时,反垄断法的执法难题也可能产生于执法机构的“心有余而力不足”,即执法活动受到诸多条件的束缚,如执法能力不足、执法手段有限、执法资源匮乏或遭遇执法阻力,针对这一问题,我们一方面可以提升执法机构的执法能力,如设置独立而专业的执法机构、增加执法资源配备等,另一方面可以创设一种相对节约执法资源、对抗程度有所减弱的执法方式。

相对于执法方式变更,执法能力提升可谓一种治本之策,但这一举措的真正实现,依赖各种体制、制度及资源的配备,是一种长久之计,较难满足解决执法困境的现实需要。所以,执法方式变更尽管更像一种权宜之计,但也不失为一种有效方式。在现代反垄断法上,能够克服上述执法难题的反垄断法实施方式有多种,如宽大政策、举报制度、私人诉讼制度等,承诺制度也是一种运用广泛、成效显著的新型执法方式。

(二) 承诺制度的有效性

承诺制度对反垄断执法难题的克服,主要表现在以下几个方面:

1. 适用承诺制度时,执法机构无需对垄断行为进行性质认定,从而避免了垄断行为识别难度对反垄断执法的影响。

在允许适用承诺制度的场合下,通常情况是,执法机构无需对涉嫌违法的垄断行为进行详细调查,更无需准确性,只要在掌握了市场主体违法的初步证据时,向其提出承诺建议或接受市场主体的承诺申请即可。对执法机构来说,接受承诺的目的就是为了免去调查程序,提高执法效率,如果对某一种垄断行为已经完成了调查,掌握了充分证据,则再接受承诺已经意义不大,所以,现实中通过承诺制度结案的垄断案件,通常都会发生于执法机构的初步调查阶段。通过接

受承诺,执法机构可以中止调查程序,市场主体做出承诺并履行后,调查程序完全终止,案件处理程序结束。在这一过程中,执法机构不需对垄断行为的性质进行准确认定,在承诺决定中也不会对垄断行为是否违法进行认定。所以在承诺制度适用中,垄断行为的性质认定程序被免去了,这对执法机构来说,无疑是一种至关重要的解脱。

2. 适用承诺制度能够简化繁琐的调查程序,从而大大节约执法资源,并在一定程度上解决“选择性执法”问题。

对执法机构来说,适用承诺制度的最大优势在于节约执法成本。有学者认为,适用承诺制度的首要目的就在于程序效率(procedural economy)^[21]在承诺了结的案件中,执法机构几乎不需要进行执法投入,通过接受相对人承诺,调查活动便告中止(终止),执法活动由此变得非常简单、便利。调查程序简化的直接结果是所耗费的执法资源缩减,与正式调查^①相比,适用承诺制度所节约的人力、物力、时间等资源都相当可观。这样一来,一方面,单个案件的执法成本减少了;另一方面,通过承诺制度节约的执法资源,还可以用于更多垄断案件的处理。所以总体而言,承诺制度的适用能够使得有限的执法资源得到更好的分配,在执法资源既定的情况下,更多的垄断案件能够得到处理。

由于执法资源不足是造成反垄断执法难题的重要原因之一,承诺制度的适用在一定程度上能够解决反垄断法的执法难题,尤其是执法缺口问题。通常,对一些不太重要、危害性不太明显的垄断案件,执法机构可以以承诺方式结案,由此节省下来的资源,可以应用于对那些具有典型意义的、违法性明显、危害性较大的垄断案件的正式调查。这样做有利于形成重点突出的执法策略,能够提高执法资源的使用效率。

此外,通过执法资源节约,承诺制度一定程

^① 在欧盟竞争法中,人们习惯将与承诺决定相对应的通过严格调查活动来解决垄断问题的程序称为正式调查(formal proceedings)。参见 MEMO/13/189。但实际上,承诺决定也是一种正式的调查程序。之所以有这种称谓,主要是因为第 1/2003 号条例正式确立承诺决定制度之前,实践中也以和解方式来处理垄断问题,只不过没有明确的规范依据,所以惯称“非正式和解”,而在第 1/2003 号条例之中,这种非正式的和解机制完全被“正式化”了,但基于习惯,以正式性与非正式性来区分严格调查程序与承诺决定制度也不会造成人们误解。

度上也能够缓和“选择性执法”的难题。一方面,承诺制度使得有限的执法资源可以处理更多的垄断案件,由此,被放弃执法的案件就会更少,执法机构有时就无需对案件进行挑剔的选择;另一方面,由于适用承诺制度时不需要大费周章地进行执法调查,不需要进行行为性质认定,执法机构在垄断行为识别难易、执法投入能否取得收效等方面的顾虑很大程度上被免除,从而使得它们更愿意将原本准备放弃的案件重新予以处理。

3. 承诺制度不要求法律规则的精确适用,从而使得法律规范的抽象性与动态性不再是个难题。

在反垄断法的正式调查中,规范的抽象性与动态性可能是个问题,因为正式调查具有严厉性、精确性的特点,而在实体法上,执法机构的这种执法活动可能找不到明确的规范支持,由此,执法活动可能因缺少一致标准而产生空间及时间上的冲突,最终影响执法的统一性与权威性。虽然从另一个角度看,规范的抽象性与动态性也可以为执法活动提供便利,但通常情况是,执法机构往往希望法律规则越具体越好,而且,法律规范越是不明确,就越对执法机构的能力提出更高要求。所以,在一方面要求精确执法,另一方面法律规范又不精确的情况下,执法活动可能会陷入困境。

具体来说,法律规范的抽象性与动态性给正式执法带来的不利影响至少表现在三个方面,而这些影响在承诺制度上基本不复存在。

第一,规范的抽象性与动态性可能导致违法判断的不确定性,即一种垄断行为是否违法,难以从法律规范层面找到确定且可行的答案。正式执法调查的有效展开须以行为违法性的确定为前提,查明某一行为违法与否需要大费周章,而反垄断立法不一定能提供违法判断的具体标准,在不确定的定义下,行为违法与否往往仅在“一线之间”。事实也证明,很多垄断行为的违法与否不是立法的结果,而是执法的结果。因此,只要市场主体自愿停止或修正违法垄断行为,并承诺消除行为的消极影响,执法机构完全可以省去吃力却并不一定讨好的违法判断及行为性质认定,这种“模糊执法”在不确定规则下可能效果更加

明显。

第二,在不确定规则的指导下进行强制性执法,有可能会带来效率损失。“考虑到被禁止行为在定义上的不确定性,以及对具体行为适用该定义的不确定性,严厉的惩罚也许会阻止处于禁止边缘的合法行为。它们也许导致潜在的被告过于回避他意图进入的区域。这是反托拉斯法领域中一个特别严重的问题,因为有效率行为跟无效率行为之间的界线常常是模糊的。”^[17](P314-315)

第三,规范的抽象性与动态性可能使得传统执法方式的实际效果大打折扣。因为长时期调查的结果可能是无法获得市场主体违法的充分证据,或其违法行为或状态一俟调查结束已不复存在,这时,惩罚不再是最现实或最妥当的方式,而执法机构为此支付的代价却成了“沉没成本”。有时,即便证实市场主体违法,因其造成的危害已成既定事实,很可能还不如当初通过承诺来消除违法行为并免除处罚来得划算。

可见,如果一味强调反垄断执法的强制性,在反垄断规范具有抽象性与动态性的情况下,结果不仅可能带来法律效力减损,降低法律实效,还可能形成对本应促进或鼓励的行为的抑制。因此,在很多情况下,应当允许法律规则的模糊适用,允许抛开行为性质认定的“模糊执法”。在承诺制度中,尽管某些行为在规范层面不一定是合法的,甚至应当是禁止的,但法律同时赋予了市场主体一个承诺的机会,因此,这些法律规则的适用就可能是模糊的、可变通的,规范内容的不确定性及概念含义的非特定化都不再是个问题,因为并不涉及行为的性质认定,自然就无需担心无法认定时可能导致的不良后果。

4. 承诺制度能够大大提高市场主体合作的积极性,有利于在执法双方之间形成良性的合作关系,减少对抗属性,从而保障反垄断执法更能取得实效。

选取一种恰当的方式来处理执法机构与市场主体之间的关系,在反垄断法上十分重要。过于严厉的执法方式并不利于执法实效的取得,因为包括反垄断法在内的经济法,其执法不同于传统公法的一个重要区别在于,被执法者(市场主

体)合作或对抗的策略选择直接关系到执法实效能否以及多大程度上取得。随着经济活动日趋复杂,市场主体的行为方式越发走向严密,在这种情况下,市场主体行为的违法性很容易被其专业行为掩盖,如果执法过程中缺少市场主体的配合或市场主体故意对抗执法行为,在有限的执法资源的束缚下,执法活动无疑变得困难重重。更为重要的是,反垄断执法中还会面临大量的专业性信息,这些信息既是认定市场主体行为性质的主要依据,也是执法机构与市场主体之间展开博弈的基础。而在信息的占有及识别上,双方能力存在差异,市场主体很容易基于其专业性、便利性而对这些信息予以隐蔽或处理,执法机构获取这些信息则需要付出高昂的成本。因此,有效的执法活动不仅需要执法机构的主动执法,也需要市场主体的配合与合作。

在鼓励市场主体与执法机构合作方面,承诺制度具有独特优势:

第一,对市场主体来说,适用承诺制度的结果是免除惩罚,因而相比于严格执法,这种结果更容易获得市场主体的认同。不论是正式调查还是承诺制度,目的都是为了消除垄断行为的危害性,只要能够实现这一目的,执法方式有时不必过分限制。在正式调查的场合下,市场主体一般不会轻易就范,除非执法机构掌握了充分证据,而获取证据会耗费巨大的执法成本,因而,如果过分强调执法的严厉性,很多垄断违法行为将得不到有效追究。在承诺制度适用中,由于不用担心会遭受惩罚,在初步证据的威慑下,市场主体就可能倾向于与执法机构合作,结果是执法调查程序大大缩减,垄断违法行为又能得到有效遏制。

第二,在承诺制度中,市场主体提供相关信息的主动性与积极性更高,所提供的信息也更为准确与充分。在承诺制度的适用中,市场主体与执法机构的合作主要体现在,市场主体主动做出停止、修正或从事特定行为的承诺,这时,执法机构需要评估市场主体的承诺是否适当、充分,而做出评估的基础是市场主体实施相关行为的各种信息。这些信息一部分来源于执法机构的调查,更多的来源于市场主体的主动提供。如果市场主体提供的信息准确且充

分,则适合的承诺就能带来免于处罚的效果;相反,如果市场主体提供的信息是不准确、不充分或者误导性的,则即便执法机构已经基于这些信息中止了调查程序,也可重新开始调查,以严格程序确定市场主体的法律责任。而且很多情况下,一旦市场主体有违诚信,执法机构不但不允许其就同一行为再次做出承诺,也可能因对其信誉产生怀疑而对后续的承诺申请持谨慎态度。在这些条件的诱导和威慑之下,市场主体往往具有提供准确、充分信息的激励。与承诺制度不同的是,在正式调查中,尽管法律往往也会规定被调查者具有如实提供信息的义务,但这种规定是强制性的,因而可能增强市场主体的抵触情绪。在市场主体拒不提供信息的情况下,执法机构虽然可以对其进行惩罚,但由于市场主体不提供相关信息,执法机构就很难认定其行为违法,故市场主体不仅具有不提供信息的激励,还可能提供一些错误的、虚假的信息来误导执法机构,并逃避法律惩罚。

5. 在反垄断执法机构独立性不足的国家,作为一种权宜之计,承诺制度还能调和执法机构与其他公权机构之间的冲突。

在反垄断法的实施中,如何处理反垄断与行业监管的关系是一个较为棘手的问题,尤其在经济转型国家,行业监管在很长时期内还具有相当的普遍性,这时,只有一个强有力的反垄断执法机构,才有可能将反垄断法的规则推行到经济生活的每个角落,以体现其“经济宪法”或市场经济一般法的属性。但现实往往是,市场经济越充分的国家,反垄断执法机构的独立性与权威性越强,越需要以反垄断法来助推经济市场化的国家,反垄断执法机构的地位反而越弱。我国情况就是如此。一旦反垄断执法机构的独立性与权威性不足,其在执法中就容易受到行业监管部门的干涉,中国电信、中国联通案就是一个典型例子,这时,不论执法理据多么充分,现实层面的执法活动也可能陷入两难。在短期内改造执法机构的可能性较小的情况下,只能寄望于一种缓和的执法方式来调和公权机构之间的冲突。承诺制度的适用,尽管可能实属无奈,但不失为一个解决现实问题的方式。

由于执法机构的权威性不足,针对行政垄断问题的执法也可能陷入困境。根据我国反垄断法,执法机构并无针对行政垄断的实质执法权,只有建议其上级机关处理的权利。如果其上级机关不予处理,或者行政垄断行为的实施人与反垄断执法机构处于同一层级时,执法机构基本无可奈何。这时,也可考虑选择承诺制度,以较温和的方式来处理问题。当然,行政垄断属于违法性明显、情节恶劣的垄断行为,本不应以承诺制度来“不了了之”,但相比执法机构的建议权,承诺制度的效果更加明显,所以,作为一种权宜之计,承诺制度的适用也可视为一个理性选择。

五、承诺制度功能总结及适用边界

(一) 承诺制度功能总结

通过解释传统反垄断执法方式所面临的执法缺口与执法困境等难题,可作为证明承诺制度正当性的一种途径。根据前文分析,承诺制度的功能可总结为以下三个方面:

1. 通过“便利执法”来提升效率。第一,适用承诺制度能大大节约执法资源,这不仅提高了单次执法效率,节省的执法资源还可用于其他案件的调查处理,故对整体上提升反垄断执法实效也有重要作用;第二,承诺制度的适用消除了执法机构的执法成本顾虑和行为认定顾虑,故特别适合用来处理那些违法行为亟需制止而被调查的垄断行为又难以查清或调查成本过高的案件,而这类案件在正式调查程序中很容易被执法机构人为地放弃;第三,对执法机构来说,做出承诺决定比做出最终的违法决定所费时间通常要短得多,这对那些需要及时制止的垄断行为极为便利,也使承诺制度更能适应那些新兴而快速发展的市场;^[22]第四,承诺制度的适用能使执法机构更早地获得案件处理结果,而通常情况下,发现违法行为与对违法行为予以处理之间的时间间隔越短,就越能使市场主体感受到反垄断法的威慑力。^[23]

2. 通过“模糊执法”来解决难题。第一,承诺制度一定程度上可以解决因反垄断法规则的模糊性而导致执法机构执法常感执法活动“漫无

标准”的困惑,为那些不确定性的垄断案件提供了很好的解决方式;第二,承诺制度的“模糊执法”属性非常适合于处理一些法律依据尚不明确的新型案件。在欧盟竞争法中,欧盟委员会就认为,在新型案件中,以及企业行为是否违法存有疑问时,接受企业承诺就是一种较为合适的处理方式。^{[1](P672)}早在欧盟第1/2003号条例规定承诺决定制度之前,委员会就已经用非正式的和解制度来处理新兴行业的案件了,1984年的IBM案^[24]就是这方面的典型案例。第1/2003号条例实施之后,委员会在2011年IBM的另一个案件中也接受了其承诺。^[25]

3. 通过“温和执法”来化解冲突。第一,适用承诺制度时,执法机构不会做出违法认定,这既不会对企业形象造成负面影响,也避免企业在损害赔偿诉讼中陷入被动地位。第二,作为一种和解机制,^[26]承诺制度的适用充分尊重了市场主体的独立意志,这既是一种权利保障,也是一种人格尊重;第三,承诺制度的适用较为温和,它能激励市场主体主动纠正自身行为,促进执法机构与市场主体之间的良性共存;第四,当反垄断执法机构与其他公权机构之间存在冲突时,适用承诺制度能够化解这种“硬碰硬”的权力冲突所带来的执法阻力,有利于反垄断执法取得实质性进展。

(二) 承诺制度的适用边界

论证承诺制度的适用优势并不在于说明承诺制度适用得越多越好,恰恰相反,本文之所以以反垄断执法难题为出发点来解释承诺制度的功能,就是为了说明,只有在反垄断执法存在执法缺口或执法困境时,承诺制度的适用才具有正当性。也就是说,反垄断执法的常态应当是正式调查,承诺制度在反垄断执法体系中只能处于补充地位。

承诺制度的补充地位体现在两个方面:第一,在正式调查难以为继时,可以选择适用承诺制度。这时,除承诺制度之外没有更好的方式,尽管适用承诺制度可能被批评为“不了了之”,但至少可以通过承诺来消除垄断行为的消极影响。第二,正式调查成本过大而收效甚微时,也可考虑适用承诺制度。这是从节约执法资源的角度考虑的。在反垄断执法资源普遍匮乏的背景

下,效率因素一定程度上可以正当化执法机构对承诺制度的适用。基于此,那些垄断情节简单、危害不大的案件,以及调查垄断成本过高的案件,就可以承诺方式结案。

总之,强调承诺制度有其适用优势,并不意味着承诺制度的适用没有边界。承诺制度的适用边界,既有实体方面的范围限制,也有程序方面的严格约束。一方面,除前述两种情况之外,承诺制度一般是不宜适用的,尤其是违法性严重的

案件、典型案件以及较为复杂的案件,一般慎用承诺制度,因为在这些案件中适用承诺制度尽管可能带来执法资源的节约,却以损害其他更大价值为代价,如反垄断法威慑力的丧失;^[27]另一方面,即便可以适用承诺制度,在制度适用过程中,执法机构与相对人也需接受各种严格的程序约束,以确保利害关系人利益和公共利益能够得到有效维护。^[28]

参考文献

- [1] Alberto Pera, Michele Carpanano. The law and practice of commitment decisions: a comparative analysis [J]. E. C. L. R. 2008, 29 (12): 670.
- [2] John Temple Lang. Commitment decisions under Regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision [J]. E. C. L. R. 2003, 24 (8): 347.
- [3] 王晓晔. 中国电信、中国联通涉嫌垄断案的再思考 [J]. 交大法学, 2013 (2): 15.
- [4] 刘菊花. 记者还原“中国反垄断第一案”实质: 好一路神仙剑法 [EB/OL]. [2016-06-22]. http://news.xinhuanet.com/fortune/2011-11/11/c_111161540.htm.
- [5] 国家工商行政管理总局竞争执法公告 2013 年第 10 号 [A].
- [6] 周玲. 中国官方中止调查 IDC 垄断案 [N]. 东方早报, 2014-05-23.
- [7] 国家工商行政管理总局竞争执法公告 2014 年第 14 号 [A].
- [8] 国家工商行政管理总局竞争执法公告 2015 年第 1 号 [A].
- [9] 国家工商行政管理总局竞争执法公告 2015 年第 4 号 [A].
- [10] 国家工商行政管理总局竞争执法公告 2015 年第 5 号 [A].
- [11] 国家工商行政管理总局竞争执法公告 2015 年第 6 号 [A].
- [12] 国家工商行政管理总局竞争执法公告 2015 年第 8 号 [A].
- [13] 国家工商行政管理总局竞争执法公告 2015 年第 10 号 [A].
- [14] [美] 埃里克森. 无需法律的秩序 [M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 354.
- [15] [日] 根岸哲, 舟田正之. 日本禁止垄断法概论 [M]. 王为农, 陈杰, 译. 第 3 版. 北京: 中国法制出版社, 2007: 127.
- [16] 李剑. 反垄断法那的价值取向 [J]. 法制与社会发展, 2008 (1): 13.
- [17] [美] 理查德·A·波斯纳. 反托拉斯法 [M]. 孙秋宁, 译. 第 2 版. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 324.
- [18] 焦海涛. 论现代反垄断法的程序依赖性 [J]. 现代法学, 2008 (1): 52.
- [19] 潘丹丹. 反垄断法不确定性的意义研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2015: 50.
- [20] 金善明. 反垄断法实施的逻辑前提: 解释及其反思 [J]. 法学评论, 2013 (5): 17.
- [21] Nagy, CsongorIstván. Commitments as surrogates of civil redress in competition law: the Hungarian perspective [J]. E. C. L. R. 2012, 33 (11): 532.
- [22] C. J. Cook. Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9, 29 (2) [R]. World Comp. 2006: 212.
- [23] Wouter P. J. Wils. The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principle [EB/OL]. [2016-06-22]. p. 12. <http://ssrn.com/abstract=1135627>.
- [24] Case IV/30. 849-IBM personal computer, OJ [1984] L 118/24.
- [25] Case COMP/39. 692-IBM Maintenance services, OJ [2012] C 18/6.
- [26] 焦海涛. 经营者承诺制度的和解本质 [J]. 安徽大学法律评论, 2011, 2: 41-49.
- [27] 焦海涛. 反垄断法承诺制度的适用范围研究 [J]. 法商研究, 2013 (2): 78-89.
- [28] 焦海涛. 反垄断法承诺制度适用的程序控制 [J]. 法学家, 2013 (1): 81-97.

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)