

论反垄断执法协商的程序约束*

游 钰**

内容提要: 反垄断执法协商是一种有助于提高执法效率的制度安排。对反垄断执法协商进行程序约束有利于保障相对人参与、防止反垄断执法权滥用和维护社会公共利益。反垄断执法协商程序约束的基本要求是保持协商进程的透明性、程序参与的充分性和纠纷处置的有效性。我国《反垄断法》确立了经营者承诺制度,但该制度存在披露规则缺失、程序参与缺乏保障、纠纷解决程序不明等不足。为了完善我国反垄断执法承诺制度,我国应当建立强制性的信息披露制度、承诺评论制度,同时健全纠纷解决机制。

关键词: 反垄断法 执法协商 承诺 程序

由于垄断的复杂性,垄断案件的调查、分析、判断和处理过程往往漫长而困难。为了提高执法效率,协商和解成为反垄断执法机构处置垄断案件的重要方式。在美国,司法部反托拉斯局主持调查的很多案件都通过协商和解方式解决,“那些导致了诉讼的反托拉斯民事调查,大多都以合意判决(consent decrees)形式终结。”^①而据美国律师协会(ABA)的推测,超过60%的反托拉斯争议是通过合意判决的方式解决的。^②在欧洲,反垄断执法协商制度(承诺制度)也得以广泛确立并在相关国家(地区)得到不同程度地应用。例如,从2005年至2007年,欧盟委员会通过反垄断执法协商程序(承诺制度)处理的案件为8件,法国为20件,意大利为10件,德国则为2件。^③我国《反垄断法》第45条借鉴国外反垄断执法协商制度,确立了经营者承诺制度。2011年11月,国家发改委通过中央电视台公布了其正在调查中国电信和中国联通涉嫌价格垄断的案件,引起了社会的广泛关注。此后,中国电信和中国联通提交整改方案,申请中止调查。但是,该案件的后续处理情况并未向社会公开。据媒体报道,国家发改委相关负责人表示该案件尚未结案。^④这是我国《反垄断法》实施后适用经营者承诺制度处理并受到广泛关注的第一个大案件。纵观该案件至今的发展,承诺申请的提出、承诺申请的具体内容及其评估、执法机构的态度和决定、承诺履行的状况等情况显得扑朔迷离,鲜有官方正式说明,坊间则猜测不断,议论纷纷。该案件的处理突显了我国反垄断执法协商制度在程序上缺失,这种状况不利于发挥执法协商制度的积极作用,甚至可能因此损害反垄断执法的权威性。有鉴于此,本文拟围绕反垄断执法协商的程序约束展开探讨。

一、反垄断执法协商程序约束的价值

反垄断执法协商是反垄断执法机构与相对人就垄断事实的认定、涉嫌违法行为的停止、竞争恢复措施的采取等事项进行沟通、协商并力求达成和解协议的活动。反垄断执法协商的内涵和运作方式在各国存在差异,例如,就和解协议的形式而言,美国采取合意判决或同意令的形式,而欧盟则采取承诺决定的形式。各国

* 本文受厦门大学基础创新科研基金(中央高校基本科研业务费专项资金)资助项目“反垄断执法规范化问题研究”(项目编号:2011221019)以及国家社科基金项目“公用事业反垄断利益冲突与协调研究”(项目编号:11BFX057)的资助。

** 厦门大学法学院副教授,法学博士。

① [美]赫伯特·霍温坎普《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第649页。

② See Richard A. Epstein, Antitrust consent decrees in theory and practice: why less is more, The AEI Press 2007, p. 1.

③ See Alberto Pera, Michele Carpagano, The law and practice of commitment decisions: a comparative analysis, European Competition Law Review, 2008, 29(12) p. 669.

④ 参见郎朗《发改委宽带反垄断调查尚未结案》,载《21世纪经济报道》2012年12月12日,第20版。

反垄断执法协商的最大特色和共同点在于将契约精神引入反垄断执法过程,使反垄断执法机构与相对人可以通过协商这种较为温和的方式快速处置有关垄断案件,从而提高反垄断执法效率。对反垄断执法协商进行程序约束可以确保反垄断执法协商遵循法治的轨道,防止执法协商背离反垄断法的精神。

(一) 保障相对人有效参与

参与执法过程是反垄断执法相对人的重要程序权利,也是其维护自身利益的重要保障。反垄断执法协商作为相对人参与度很高的一种案件处理方式,相对人在协商中甚至获得了与反垄断执法机构相对平等的地位。基于反垄断执法协商中的契约精神,相对人可以基于自身利益与反垄断执法机构展开协商、对话、妥协,并最终达成和解协议。虽然和解协议通常包含相对人停止涉嫌违法行为、采取竞争恢复措施等不利内容,但这是相对人自愿接受和可预期的结果,它可以减轻冗长的反垄断执法过程给相对人造成的负担,并使相对人免受无法预期的制裁。这种相对人可接受的执法协商结果并不是自动取得的,它以相对人有效参与执法协商为基础。但从实际情况看,相对人有效参与执法协商并非易事。在反垄断执法协商过程中,尽管相对人可以以相对平等的地位与反垄断执法机构展开协商,但是,相对人在参与协商过程中无法回避其与反垄断执法机构在实际地位、权力、手段等方面的巨大差别,相对人与反垄断执法机构之间的执法协商也无法与普通商业领域中两个公司之间的商业磋商相提并论。反垄断执法机构在垄断案件调查和处理过程中拥有广泛的权力和主动的地位,对执法协商程序启动、和解措施确定以及和解协议达成具有巨大的甚至是决定性的影响力。从这个意义上讲,反垄断执法协商依然是由反垄断执法机构主导的程序,这在欧盟等采用承诺决定程序的国家和地区表现地更为明显。但是,既然反垄断执法协商是体现契约精神的执法活动,相对人就应有充分参与协商的机会,否则契约精神将荡然无存,而反垄断执法协商也将丧失其应有的特色。相对人有效参与执法协商是以完善的程序制度为基础的,对反垄断执法协商进行程序约束有利于保障相对人的参与权利,使反垄断执法协商真正体现契约精神,有效提高反垄断执法效率。

(二) 防止反垄断执法权滥用

反垄断执法机构拥有广泛的权力和巨大的自由裁量权,在反垄断执法协商领域,它往往有权决定是否启动执法协商程序、有权对和解措施进行评估、有权接受承诺和同意达成和解协议、有权恢复反垄断调查,等等。然而,权力的存在和运行总是伴随着滥用和恣意,诚如孟德斯鸠所言“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”^⑤反垄断执法权也不例外。反垄断执法机构在反垄断执法协商过程中也可能出现武断、恣意、以权谋私、“暗箱操作”等行为,这将阻碍反垄断执法协商制度正常发挥作用,也将损害反垄断执法的权威性。例如,为了追求执法效率,反垄断执法机构可能会利用其权力和地位强迫相对人接受和解协议以迅速结案。又如,反垄断执法机构可能在协商过程中强迫相对人接受过于繁重的义务或苛刻的和解条件,以协商之名行强制之实,相对人无法与反垄断执法机构真正展开协商、对话并维护其利益,和解协议成为反垄断执法机构单方意志的体现而非双方的合意的体现。对此,欧洲初审法院在 Alrosa 案审理中指出,委员会虽然拥有巨大的自由裁量权,但是,委员会不能要求当事人提出比它根据 1/2003 号条例第 7 条采取的补偿措施负担更重的承诺,不管委员会作出何种决定都必须遵循比例原则。^⑥为了防止反垄断执法权的滥用,有必要从实体和程序两个方面对反垄断执法协商过程中反垄断执法权的运用进行约束。不过,由于反垄断执法弹性极大,反垄断执法机构拥有巨大的自由裁量权,垄断性质的认定、损害的评估、竞争恢复措施的采取、是否通过和解协议或承诺决定处理案件等诸多问题都属于反垄断执法自由裁量权的范围,而相关权力的运用原则上受到尊重,因此,从实体方面对反垄断执法权进行约束难度很大。但是,程序约束可以发挥独特作用。有的学者认为,程序控权可以使“程序运行中出现的问题容易被及时发现并予以纠正,将权力运行可能造成的危害限制在萌芽状态。”^⑦对反垄断执法协商进行程序约束则可以从程序上有效防止反垄断执法权的滥用。完善的反垄断执法协商程序有利于保障反垄断执法相对人的程序权利并以此抗衡反垄断执法机构的执法权,有利于增加案件处理的透明度从而使第三人和社会公众能够了解和监督反垄断执法协商活动,

⑤ 孟德斯鸠《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

⑥ 参见前注③,Alberto Pera文。

⑦ 汪进元、汪新胜《程序控权论》载《法学评论》2004年第4期。

有利于确保司法权对反垄断执法协商的监督。从这个意义上讲,对反垄断执法协商进行程序约束具有更加突出的意义。

(三) 促进社会公共利益维护

从形式上看,反垄断执法协商是反垄断执法机构与相对人通过沟通、协商的方法处置特定垄断案件的活动。然而,案件的处置不仅牵涉到反垄断执法机构和相对人双方的利益,还可能涉及相关市场的竞争者、交易相对人、消费者乃至社会公众的利益。所有相关利益都应当在反垄断执法协商过程中得到体现和适当的保护,其中,社会公共利益的保护尤其应当受到关注。从理论上讲,反垄断执法机构作为公权力的代表应当在执法协商过程中维护社会公共利益,但是,反垄断执法机构在执法过程中可能存在自身利益,也可能存在能力不足、判断失误等各种情况,这使得反垄断执法机构有可能不能充分代表和维护社会公共利益。例如,反垄断执法机构可能因为过分追求效率希望尽早结案而忽视了案件处置措施的合理性;反垄断执法机构可能对和解措施对社会公共利益和第三人利益的消极影响估计不足;反垄断执法机构相关人员由于腐败而在协商中过分迁就相对人利益,等等。如果出现上述情况,社会公共利益将无法在反垄断执法协商过程中得到很好的维护。由于反垄断执法协商是由反垄断执法机构和相对人双方参与完成的过程,社会公共利益很可能出现代表者缺位的情况。为了防止社会公共利益和第三人利益在反垄断执法协商过程中受到侵害,有必要对反垄断执法协商进行严格的程序约束,程序约束的核心在于公开、参与和监督。有的学者认为“为使主体间利益能够得到平衡保护,一方面须在实体上强调和解双方权利义务体系的制衡性,维持执法者与企业之间固有的张力;另一方面,应更多地采取程序性约束的途径,和解程序的进行不仅需要第三人的参与,也须接受社会公众的评论。”^⑧从反垄断实践看,国外反垄断执法协商过程往往伴随着公开、参与和监督程序。例如,美国规定司法部与相对人达成的和解协议应当公开,允许第三人和社会公众进行评论,还要求法官审查和解协议是否符合公共利益。

二、反垄断执法协商程序约束的基本要求

对反垄断执法协商进行程序约束就是要从程序制度上确保反垄断执法协商遵循法治的轨道,防止反垄断执法协商背离反垄断法的基本精神,从而发挥反垄断执法协商的积极作用。为此,反垄断执法协商在程序上应当高度透明,防止“暗箱操作”,保障各方充分参与,满足各方的利益关切,同时建立有效的纠纷解决机制,保障执法协商顺利运行。

(一) 协商进程的透明性

公开、透明的协商进程是各方了解、参与、监督反垄断执法协商活动的重要基础,因此,保持协商进程的透明性是对反垄断执法协商进行程序约束的最基本要求。透明性应当贯穿于反垄断执法协商的各个阶段。第一,执法协商启动程序透明。执法协商程序启动主体、执法协商启动条件等应当事先公开。在具体垄断案件处理中,反垄断执法协商程序一旦启动,反垄断执法机构应当以适当方式公布,使举报人、利益相关方、社会公众及时了解相关信息。第二,执法协商内容透明。为了能够以和解协议方式处置垄断案件,反垄断执法机构与相对人在执法协商过程中往往要进行反复沟通、磋商、让步和妥协。由于垄断案件的处置事关各方利益,还关系到反垄断法基本目标的实现,因此,反垄断执法协商的内容特别是拟采取的和解措施应当公开,以利于第三人和社会公众了解、参与和监督。从国外反垄断实践情况看,美国、欧盟等国家和地区都确立了强制性的协商内容披露程序。例如,在美国,司法部必须对拟达成的和解协议出具《竞争影响评估书》并刊登在联邦公报上,阐明和解协议的内容及其对相关市场竞争的影响,以利于社会公众了解、评论和监督。在欧盟,反垄断执法协商中经营者的承诺措施会刊登在欧盟官方公报中,第三方可以就此向欧盟委员会提交书面评论。第三,执法协商结果透明。反垄断执法协商是否最终达成和解协议或导致反垄断执法机构作出相关决定(如承诺决定)、具体和解方案、和解方案是否得到履行、是否终结调查程序或重启执法程序等相关信息应当通过一定的方式予以公开。这样,第三人和社会公众可以了解相关案件的进展。公开、透明的协商进程将使“暗箱操作”的可能性大大降低,可以减少或消除社会公众对于执法协商损害法律公正性的质疑,从而充分发挥反垄断执法协商的积极作用。当然,协商进程的透明性并不意味着反垄断执法协商的所有细节都

^⑧ 焦海涛《反垄断执法和解中的利益平衡》载《西南政法大学学报》2007年第2期。

应予以公开,除了法律明确规定的披露内容外,反垄断执法机构有权自主决定披露的内容、时间、方式,而对于反垄断调查和协商过程中所了解到的相对人的商业秘密,反垄断执法机构应予保护。

(二) 程序参与的充分性

反垄断执法协商牵涉的利益面广,反垄断执法机构、相对人、有利害关系的第三人、社会公众等相关主体均应有权以适当方式参与反垄断执法协商,从而使反垄断执法协商在实现其目的的同时有效兼顾各方利益。反垄断执法机构主导反垄断执法过程并在执法中拥有广泛的权力,因此,反垄断执法机构参与执法协商并无任何障碍。考虑到反垄断执法机构与相对人在地位、权力等方面的巨大差别,反垄断执法机构可能利用自身的地位和权力强制相对人接受不利于其利益的和解方案,以协商之名行强制之实,这将使契约精神荡然无存,有悖于执法协商的精神。因此,在对反垄断执法协商进行程序约束的过程中,需要着重保障相对人参与协商的有效性、充分性。反垄断执法协商是反垄断执法与契约精神糅合的产物,反垄断执法相对人有权在反垄断执法协商过程中充分表达意见,与反垄断执法机构共同商讨、决定有关案件的具体和解方案。与案件处理有利害关系的第三人以及社会公众虽然并不直接参与执法协商,但他们应当有参与反垄断执法协商程序的适当机会,有权表达意见和利益诉求,而相关意见和利益诉求应当成为影响和解方案和案件最终处理的重要因素。这对于反垄断执法协商兼顾各方利益(如社会公共利益)以及防止执法协商背离反垄断法目标具有重要意义,也受到了各国的广泛重视。例如,在美国,任何人有权对刊载于联邦公报上的反托拉斯合意判决(consent decree)草案发表评论,对于任何书面评论,美国司法部应予回应。从实践情况看,并非所有案件都会吸引公众参与,许多案件的合意判决程序中并无公众参与评论,但某些案件会吸引公众参与。在AT&T案中,法院收到了评论超过600份,相关评论长达8000页以上。^⑨

(三) 纠纷处置的有效性

反垄断执法协商虽然是一种较为温和的案件处置方式,但在反垄断执法协商过程中依然可能产生各种各样的争议和纠纷。例如,第三人对和解协议内容持有异议,或者,反垄断执法机构和相对人对协议内容理解不同而产生争议,或者,一方因条件变化主张变更或者废除和解协议,等等。为了确保反垄断执法协商顺利运行,必须建立有效的纠纷解决机制,其核心内容是明确反垄断执法协商相关纠纷的可诉性以及确立法院在纠纷解决中的作用。反垄断执法协商的具体运作方式在各国并不相同,性质颇为复杂。在美国,司法部在民事诉讼程序中与相对人展开协商所达成的和解协议(即合意判决 consent decree)是在法院主持和监督下达成的。美国最高法院认为合意判决同时具有合同行为和司法行为的特征。^⑩对于合意判决,当事人可以寻求通过诉讼加以变更或终止。例如,在美国诉柯达公司案中,当事人寻求终止反托拉斯合意判决,而在美国诉西部电器公司案中,当事人则寻求修改合意判决。^⑪对于美国联邦贸易委员会在反垄断执法过程中与相对人达成的同意令(consent order),如果存在有关争议,当事人也可以寻求司法救济。欧盟的反垄断执法协商机制与美国存在不同,欧盟委员会与相对人就垄断案件的处理展开协商并作出承诺决定完全属于执法过程的一部分,并不牵涉到法院。根据欧共体理事会1/2003号条例第9条的有关规定,委员会接受企业提出的承诺,应作出相关决定使该承诺对企业产生拘束力。如果事实基础发生实质性改变或相关企业违反承诺或承诺决定建立在当事人提供的不完整、错误或误导性的信息基础之上,欧盟委员会可以重启程序。因此,在欧盟,委员会的承诺决定是和解协议的外在形式,有关条例并未对有关承诺决定的程序事项包括诉讼程序作出详细规定。有的学者认为,依照《欧共体条约》的有关规定,“一个承诺决定,如同其他决定一样,任何一个直接和个别相关的公司可以依据条约第230条提起诉讼。”^⑫从实践情况看,欧盟委员会的承诺决定接受欧洲普通法院(原欧洲初审法院)和欧洲法院司法审查,法院在诉讼程序中处理有关纠纷。由于反垄断

^⑨ See Mark Furse, The decision to commit: some pointers from the US, *European Competition Law Review* 2004, 25(1), p. 9.

^⑩ Jed Goldfarb, Keeping Rufo in its Cell: the Modification of Antitrust Consent Decrees after *Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail*, 72 *New York University Law Review*, June, 1997, p. 631.

^⑪ Ibid, p. 626.

^⑫ John Temple Lang, Commitment decisions under Regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision, *European Competition Law Review* 2003, 24(8), p. 350.

执法是一个复杂的专业性活动,法院通常尊重反垄断执法机构的执法权和自由裁量权,而是否同意达成和解协议或作出承诺决定一般被视为属于反垄断执法机构自由裁量权的范围,因此,当事人通过诉讼寻求变更或终止和解协议或相关决定,难度较大。第三人对反垄断执法和解协议或有关承诺决定持有异议是否可以提起诉讼存在一定争议。在欧洲,“主导性观点认为第三人拥有上诉权。”^⑬而在一些国家,第三人的上诉权在法律中得以明确规定。例如,英国《企业法》第17条对具有利害关系的第三人的上诉权做了明确规定。^⑭在美国,美国最高法院在1967年的El Paso案中认可了第三人对合意判决的干预权利,不过,由于各种限制,第三人的努力多数以失败告终。^⑮

三、我国反垄断执法协商程序约束现状及不足

我国《反垄断法》第45条确立了经营者承诺制度,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涉嫌垄断行为后果的,反垄断执法机构可以决定中止调查,经营者履行承诺的,反垄断执法机构可以决定终止调查。如果存在不履行承诺等情形,反垄断执法机构恢复调查。《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》、《反价格垄断行政执法程序规定》等执法规章对中止调查申请的形式、应载明的事项以及中止调查决定书应载明的事项等内容作了进一步规定。与国外反垄断执法协商制度相比,我国的经营者承诺制度在程序上有其自身的特点:第一,反垄断执法机构的相关决定是执法协商结果的最终体现。虽然承诺制度吸收了契约精神,允许经营者与反垄断执法机构之间就案件处理展开沟通、协商,但从形式上看,具有约束力的法律文件是反垄断执法机构的单方决定,而非协商双方达成的和解协议,相关决定从性质上说属于行政合同(行政契约)的范畴。第二,反垄断执法机构在承诺制度实施中居于主动和支配性的地位。尽管经营者可以自行提交中止调查申请书,反垄断执法机构也可以就承诺的具体内容与被调查的经营者进行沟通和协商,但是,是否接受承诺并作出中止调查的决定完全由反垄断执法机构决定。即使反垄断执法机构决定中止调查,经营者也履行了承诺,但是否导致案件终结并不确定,《反垄断法》规定反垄断执法机构“可以”决定终止调查,而非必然终止调查。而如果出现经营者未履行承诺、情况发生重大变化、经营者提供的信息不完整、不正确或者具有误导性等情形,反垄断执法机构应当恢复调查。《反垄断法》规定的恢复调查的情形均存在较大弹性并由反垄断执法机构单方决定。因此,我国的经营者承诺制度在程序上是由反垄断执法机构主导的,经营者的参与程度相对较低,契约精神体现地并不充分。

《反垄断法》及相关执法规章虽然对承诺制度实施的程序作出了基本规定,但是,相关程序规则比较粗略,无法有效保障各方参与,也不能有效回应社会公众对于防止执法权滥用和维护社会公共利益的关切。国家发改委在中国电信和中国联通涉嫌价格垄断案中适用承诺制度所引起的广泛关注和巨大争议在一定程度上暴露出我国反垄断执法协商程序约束的不足。

(一) 执法协商披露规则缺失

反垄断执法协商事关多方利益,并可能引起公众对于公共利益维护、法律公正性实现以及执法权滥用等问题的关注。为了满足社会关切,对执法协商活动进行公开是各国普遍的做法。《反垄断法》第45条笼统规定了经营者承诺制度,但并未涉及承诺制度实施过程中的信息披露和公开问题,《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》、《反价格垄断行政执法程序规定》等执法规章也未对信息披露和公开问题作出具体规定。从既有的少量实践来看,我国反垄断执法机构(如国家发改委)对其开展的反垄断执法协商活动通过接受采访、会议发言等形式进行了一定的披露,但是,这些披露并非正式的、制度性的披露,具有较大的随意性。在国家发改委调查的中国电信和中国联通涉嫌价格垄断案中,被调查的经营者曾经提出中止调查的申请,但是,有关申请内容以及国家发改委是否正式接受承诺并作出中止调查决定等情节均未正式披露,无法从国家发改委官方出版物或网站上获取相关信息。由于《反垄断法》及配套规章并无关于

^⑬ Miguel Sousa Ferro, Committing to commitment decisions – unanswered questions on Article 9 decisions, European Competition Law Review 2005, 26(8), p. 458.

^⑭ 参见李国海著《英国竞争法研究》,法律出版社2008年版,第274页。

^⑮ 参见[美]菲利普·阿瑞达、路易斯·卡普洛《反垄断法精析:难点与案例》,中信出版社2003年英文影印版,第65页。

承诺制度实施公开的程序规定,国家发改委的做法并无明显违法之处,但这显然无法满足社会公众对于该案调查进展及承诺制度适用情况的关注,不利于社会公众对案件处理实施监督。

(二) 程序参与缺乏保障

反垄断执法协商的重要特色在于在执法过程中引入契约精神,因此,沟通、协商、妥协并达成解决方案是其重要特点。由于垄断案件的处理事关各方利益,反垄断执法协商过程需要由各方共同参与完成。除了反垄断执法机构外,相对人是直接参与协商的重要主体,而与案件有利害关系的第三人乃至社会公众则应以对案件发表评论和提交意见等方式参与其中。目前,我国《反垄断法》及配套执法规章仅对被调查的经营者提交中止调查申请书的有关程序问题作出规定,但对于被调查的经营者如何参与承诺制度的实施过程并未作出规定,例如,相对人是否可以与反垄断执法机构展开协商,是否有权面见反垄断执法机构负责人并陈述意见,等等。我国现有的经营者承诺制度对第三人及社会公众的参与无任何规定,第三人及社会公众没有机会对有关承诺制度的实施发表正式意见,相关意见也无法成为反垄断执法机构作出决定的参考因素。而为可能受到不利影响的当事人提供表达意见和为自己利益辩护的机会应当是权力行使过程中达到“最低限度的公正”的程序要素之一。^{①⑥} 意见表达和利益辩护机会的缺失是我国经营者承诺制度程序约束方面的重大缺憾,这不利于维护有关当事人的利益和社会公共利益,也不利于发挥有关当事人和社会公众对反垄断执法协商的监督作用。

(三) 纠纷处理程序不明

《反垄断法》并未对经营者承诺实施过程中的纠纷处理作出特别规定。依照《反垄断法》第53条第2款的有关规定,经营者可以对反垄断执法机构的有关决定申请行政复议或者提起行政诉讼。但是,经营者承诺制度实施过程中产生的许多纠纷应当如何处理存在不明之处。第一,作出承诺的经营者依照中止调查决定书履行承诺,反垄断执法机构未及时终止调查程序或重启调查程序,经营者是否可以起诉寻求司法救济?根据《反垄断法》的有关规定,经营者履行承诺的,反垄断执法机构可以终止调查。由于《反垄断法》赋予反垄断执法机构自主决定的权力,即便经营者已经履行承诺,反垄断执法机构依然有权出于其他考虑决定不终止调查或重启调查程序。这对于经营者而言可能并不公平,也似乎有违执法协商中的契约精神,经营者是否有权获得司法救济需要加以明确。第二,第三人特别是与相关案件存在利害关系的第三人是否有权对反垄断执法机构接受承诺作出的中止调查或终止调查的决定提起诉讼?尽管相关决定是反垄断执法机构针对被调查的经营者作出的,但是,相关决定可能对相关市场竞争产生重要影响,也可能对被调查的经营者的竞争对手、交易相对人产生重要影响,从理论上讲,相关主体应当有权提起诉讼。但是,《反垄断法》、《行政诉讼法》等法律中均未明确规定,这可能使第三人在维护权益时遭遇程序缺失的处境。此外,反垄断执法机构接受承诺并作出中止调查的决定后,作出承诺的相对人是否可以基于市场环境变化因素提起诉讼要求变更或者终止相关决定,这在既有的程序制度中并无任何规定。

四、完善我国反垄断执法协商程序约束的对策

为了使反垄断执法协商适应我国反垄断实践的需要,充分发挥其提高执法效率的优点,有效克服其可能存在的弊端,我国应当从程序上不断完善经营者承诺制度,加强反垄断执法协商的程序约束。

(一) 确立强制性披露规则,提高执法协商透明度

为了便于相对人、第三人以及社会公众了解、参与、监督反垄断执法,避免反垄断执法协商过程中可能出现的“暗箱操作”等违背法律目的的情形,反垄断执法协商过程应当保持高度透明。我国的行政程序法制尚不健全,《反垄断法》及配套规章也没有对执法协商的信息披露作出专门规定,这使得反垄断执法协商的信息披露缺乏可供遵循的强制性规则,信息披露较为随意,透明度不高。本文认为,我国应当确立强制性的披露规则,大力提高反垄断执法协商的透明度。首先,反垄断执法协商的启动程序应当公开。我国目前只规定了在反垄断调查过程中,经营者可以提出承诺,并申请中止调查。但是,许多相关问题并未明确,例如,承诺制度是否适用于所有案件,执法协商是否可以在案件调查的任何阶段启动,等等。由于适用执法协商处置案件并不以查清案件事实和认定行为性质为前提,和解方案或承诺措施是否恰当缺乏可靠依据,有可能损害法

^{①⑥} 参见王锡梓《正当法律程序与“最低限度的公正”——基于行政程序角度之考察》,载《法学评论》2002年第2期。

律的公正性。如果已经查清或者很快能够查清案件事实并进行确定性,反垄断执法机构应当依照法律规定进行查处而非通过执法协商处置案件。例如,在欧洲,“欧洲初审法院(CFI)已经明确,委员会在以下两种情况下不能做出承诺决定:第一,反托拉斯程序即将完成并将证实一个企业已经违反了竞争法;第二,不能证明违法行为已经发生。”^{①⑦}另外,某些性质或后果特别严重的行为,虽然调查难度可能较大,反垄断执法机构仍应查清案件并依法处理,不宜贪图便利而适用执法协商方式处理。我国反垄断执法机构应当制定并公布经营者承诺程序启动的相关细则,增强承诺程序启动的透明度。其次,建立承诺申请及竞争评估文件的公开制度。经营者提出的承诺申请包含了经营者拟采取的竞争恢复措施,反垄断执法机构应当对此进行竞争评估,承诺申请和竞争评估应当刊载于反垄断执法机构的公报、官方网站,以便社会公众了解和监督。再次,建立有关承诺决定的公开制度。反垄断执法机构接受承诺作出中止调查决定以及承诺决定履行后作出终止调查的决定应当公开,相关决定应当包含较为详细的理由说明。当然,反垄断执法协商过程中的信息披露应当兼顾保护经营者的商业秘密。

(二) 建立承诺评论制度,促进程序参与

承诺的提出与接受不仅关系事关反垄断执法相对人和反垄断执法机构,还可能涉及第三人和社会公众的利益,承诺决定的实施以及中止反垄断调查也会对相关市场竞争产生影响。因此,经营者提出承诺申请后,反垄断执法机构应当作出竞争评估,着重对承诺措施对相关市场竞争的影响作出客观评价,对于承诺措施和反垄断执法机构的竞争评估,第三人和社会公众有权了解并进行评论,这是第三人和社会公众参与反垄断执法协商程序并进行监督的重要途径。“由社会公众对和解发表意见,不仅有利于执法机关判断和解的合理性和适法性,也体现了执法参与,更为重要的是,能使社会公众对和解进行监督制约,防止执法腐败。”^{①⑧}目前,我国的经营者承诺制度并未明确反垄断执法机构应当作出竞争评估以及第三人或社会公众有权对相关承诺和评估进行评论,这是我国执法协商程序的重大缺憾,应当尽快改进。具体而言,经营者的承诺措施和反垄断执法机构的竞争评估文件应当公开并设定一定期限(如60天)允许有利害关系的第三人和社会公众对相关文件进行评论,反垄断执法机构对于相关评论特别是书面的评论应当进行汇总,把相关评论作为最终决定是否接受承诺并中止调查的重要依据。对于书面评论,反垄断执法机构应当根据情况进行概括或个别的反馈。评论的反馈程序有利于确保相关评论在承诺制度实施中发挥有效作用,这也是监督反垄断执法机构的重要措施。如果有关案件影响巨大,反垄断执法机构可以通过听证会的形式听取第三人和社会公众关于承诺申请和竞争评估的意见。

(三) 健全纠纷解决机制,完善执法协商的司法审查

在我国反垄断法实施体制和司法体制下,法院并不直接介入反垄断执法协商过程,但是,法院可以在实施外部监督和解决纠纷方面发挥重要作用。《反垄断法》、《行政诉讼法》等相关法律均缺乏关于经营者承诺制度实施过程中相关纠纷解决的专门规定。因此,完善立法和健全纠纷解决机制极为必要。考虑到修订法律所面临的困难,目前较为可行的办法是由最高人民法院出台有关反垄断审判的司法解释,明确反垄断执法协商过程中有关纠纷的处理规则。本文认为,考虑到定纷止争和司法监督的需要,法院应当及时受理反垄断执法协商过程中产生的各种纠纷。具体而言,有利害关系的第三人对于反垄断执法机构接受承诺申请作出中止或终止调查的决定持有异议而提起诉讼,或者,有利害关系的第三人认为反垄断执法机构违反法定程序作出有关承诺决定,法院应予以受理。作出承诺的经营者对于反垄断执法机构恢复调查持有异议或者由于市场环境变化而寻求变更承诺措施而提起诉讼,法院也应予以受理。为了防止“滥诉”和节约司法资源,对于无利害关系的第三人提起的诉讼,法院不予受理。基于司法权与行政权的不同分工以及反垄断执法所具有的高度专业性,法院在有关承诺案件的审理中应当充分尊重反垄断行政执法权。由于承诺申请的接受以及中止或终止调查决定的作出是反垄断执法机构行使执法权和自由裁量权的重要体现,法院在案件审理中一般只进行低强度的审查,但是,对于反垄断执法机构违反法定程序作出承诺决定,法院应进行高强度的审查。

(责任编辑:冯 果)

^{①⑦} 前注③,Alberto Pera文。

^{①⑧} 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。