

从威慑到合规指引

反垄断法实施的新趋势

喻 玲*

摘 要 获取合规承诺是反垄断救济体系的核心,但以惩罚为支撑的简单威慑不能够帮助反垄断执法机构实现上述目标。在反垄断执法实践中,各执法机构普遍采取引导企业自主建立反垄断合规制度的方法来克服威慑陷阱,合规指引已经成为反垄断法实施的一大趋势。反垄断合规制度可以帮助执法机构获取足够的合规承诺,也可以帮助企业预防反垄断法律风险,具有经济上的合理性。“有效”是反垄断合规指引建设的基本目标,制裁与执法、知识、自主合规制度是其倚重的三大支柱。在竞争文化薄弱的中国,执法机构要顺利引领企业建立反垄断合规制度,必须在大力推进竞争文化建设的基础上着力营造积极的政治环境、提升公众对执法公平性的感知、提高执法行为的透明性与确定性。

关键词 反垄断 简单威慑 威慑陷阱 合规指引 有效 竞争文化

近年来,许多反垄断执法机构已经注意到,仅仅倚重简单威慑、通过事后的法律救济体系根本不可能换取足够的企业合规承诺(compliance commitment),也根本不可能建立一个自由、公平的竞争环境。^{〔1〕}不能获取足够的企业合规承诺的情形,被学者称之为“威慑陷阱”(deterrence trap)。^{〔2〕}为克服威慑陷阱,反垄断法实施的实践中出现了一种新的趋势——反

* 江西财经大学法学院副教授。本文系国家社科基金项目“反垄断法规制的国外典型案例梳理研究”(编号:11BFX054)的阶段性成果之一。本文写作过程中,蒋岩波教授、蒋悟真教授、李剑博士以及罗昌瀚博士对文章的修改提出了诸多富有启发性的意见,谨致十分的谢意。当然,文章责任由作者承担。

〔1〕 See KFTC, *KFTC Annual Report 2011*, p.108.

〔2〕 See Christine Parker, “The ‘Compliance’ Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement”, 40 *Law & Society Review*, 591(2006).

垄断执法机构多“利用自己对竞争法规范的深刻理解及执法经验的积累,制定企业合规的一般制度框架(示范程序)”,^[3]供企业选择,以引导企业建立自己的反垄断合规制度,即通过合规指引(compliance guidance)来换取足够的合规承诺。

自我国《反垄断法》颁布、实施以来,理论界与实务界都热衷于对反垄断执法问题尤其是个案事后救济问题的讨论,而有关如何帮助企业预防、控制反垄断法律风险的研究却鲜有问津。事实上,反垄断领域的一分预防胜过十分救济,营造一个科学的反垄断法律风险控制系统并“确保法律以合理的成本获得合理地遵循”,^[4]是各国企业预防反垄断法律风险最基本的工具。^[5]有鉴于此,笔者将对反垄断合规制度建立的经济学基础与各国实施反垄断合规制度的经验进行剖析,以期正确理解和把握反垄断合规指引运行的共同规律,并揭示其对建立健全我国反垄断合规指引制度所具有的借鉴意义。

一、缘起:反垄断执法遭遇威慑陷阱

2010年12月,欧盟在认定“液晶面板价格上涨,损害了消费者利益”的基础上对三星等六个LCD面板巨头开出总计6.48亿欧元的罚单。^[6]2012年,LCD面板巨头台湾友达光电被法院处以5亿美元罚金,两名前高管被判入狱3年并分别处以20万美元罚金。加上2008年,美国对韩国LG、日本夏普和中华映管3家企业的罚金5.85亿美元,美国对LCD面板卡特尔案共计开出罚单10.85亿美元。^[7]在1995年以前,美国单个反垄断案件平均罚金低于50万美元,但是在1995年以后,这个数字不断攀升,^[8]美国司法部的统计数据表明近10年来,美国单个反垄断案件平均罚金大多数高于500万美金(详见表1)。^[9]各国反垄断执法实践也不断表明,无论是单个案件罚金还是年罚金总额都是“没有最高,只有更高”。总体来说,在反

[3] 参见张占江:“竞争倡导研究”,《法学研究》2010年第5期。

[4] (美)理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,页313。

[5] See John H. Shenefield & Irwin M. Stelzer, *The Antitrust Laws: A Primer*, American Enterprise Institute Press, 2004, p. 137. And see ACCC, *Corporate Trade Practices Compliance Programs: Compliance Guide*, 2005, p. iv.

[6] European Commission, “Antitrust: Commission Fines Six LCD Panel Producers € 648 Million for Price Fixing Cartel, 39309 - LCD”, Aug. 12, 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1685_en.htm.

[7] USDOJ, “Taiwan-Based AU Optonics Corporation Sentenced to Pay \$ 500 Million Criminal Fine for Role in LCD Price-Fixing Conspiracy”, Sep. 20, 2012, <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/September/12-at-1140.html>.

[8] See Paul R. Taylor & Robert Jr. Hauberg, *Sentencing Guidelines in Antitrust: A Practitioner's Handbook*, American Bar Association, 1999, pp. 95-96.

[9] 本表根据美国司法部2012年发布的公共文件整理,详见USDOJ, “Division Update 2012: Criminal Program”, <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2012/criminal-program.html>.

垄断法实施之初,各国(地区)大多通过事后救济(主要是罚金)来实现制裁与威慑的目的。^[10]这种“事先在非合规行为之上贴上一个违法价格标签,当违法行为产生,法律实施者遵循既定的规则,让不合规者按照既定的价格买单,而不管该价格是否合理以及该价格是否足以让不合规者感受到被惩罚的苦痛”的威慑方法被学者称之为“简单威慑”(Simple deterrence)^[11]

表 1 2001—2011 年美国司法部反垄断案件罚金一览

年 度	案件数量 (单位:起)	年罚金总数 (单位:百万美元)	单个案件罚金平均 (单位:百万美元)
2001	44	280	6.36
2002	33	75	2.27
2003	41	107	2.61
2004	42	350	8.33
2005	32	338	10.56
2006	34	473	13.91
2007	40	630	15.75
2008	54	701	12.98
2009	72	1000	13.89
2010	60	555	9.25
2011	90	524	5.82

“威慑是由可合理预见(也让人不舒服)的惩罚及参与违法活动的高发现率共同组成”。^[12]美国前司法部反托拉斯局(AD)负责人唐纳德·贝克先生以 1890 年至今美国司法部执法的卡特尔案件为研究对象,^[13]澳大利亚帕克(Parker)教授以 1997 年至 2003 年澳大利亚竞争和消费者委员会(ACCC)执法的卡特尔案件为研究对象的反垄断执法实证研究^[14]均表明,采取简单威慑的方式,至少有如下弊端:①违法成本过低。近年来,各国

[10] See Donald I. Baker, “The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging”, 69 *George Washington Law Review*, 693—694(2001).

[11] Christine Parker, *Supra* note[2], pp. 591—612.

[12] Donald I. Baker, *Supra* note[10], pp.693—694.

[13] *Ibid*, p.693.

[14] Christine Parker, *Supra* note[2], pp. 591—612.

反垄断执法机构频频开出天价罚单,以期通过增加违法成本使违法成本高昂以阻止违法行为发生。但“极少有证据表明,惩罚会超过违法收益,尤其是考虑到并不是所有的案件都会被追诉”。^[15] ②案件发现率低。垄断违法行为、竞争不合规与我们的生活如影相随,但更令整个反垄断执法机构困扰的难题是这类行为被发现的几率很低。以“最严重的反竞争行为——卡特尔”^[16]为例,欧盟卡特尔的发现率大约为12.9%—13.3%,美国卡特尔的发现率大约为13%—17%;通讯领域卡特尔发生率高达84%,但该行业却位列卡特尔发现率最低的领域之一;卡特尔发生率最高的民用工程领域(89%)也没有列入卡特尔发现率最高的领域之一。^[17] ④威慑再犯效果欠佳。“一个救济体系的基本目标是威慑人们不敢违反法律”。^[18] 企业及其员工对相关法律规范的自愿遵循(即自愿作出合规承诺)是反垄断法律的最优威慑结果,然而,合规不是理所当然的事情,一项关于合规行为的调查就表明,即便如同警察告知停止某危害行为的指令被违反率都高达33%。^[19] 加之,依赖简单的威慑,企业很难直接感受到规制行为的道德力量,对企业过度的惩罚会损害无辜的雇员和债权人的利益,^[20] 因此,企业往往不会做出合规承诺。总之,以罚金为主的简单威慑很难产生最优威慑效果,刑罚的增加也根本不是解决垄断犯罪问题之道,^[21] 依靠简单威慑让企业及其员工主动地遵守反垄断法律规定无异于痴人说梦。^[22]

二、威慑陷阱的克服:反垄断合规制度的经济学分析

不容否认的是,现代各国反垄断执法机构的主要工作方式已经由“反垄断执法为主”向“竞争推进(competition advocacy)为主”转向。新的立法、推进措施以及对正在发生的

[15] Paul R. Taylor & Robert Jr. Hauberg, *Supra* note[8], pp. 95—96. 事实上,在1993年前,反垄断执法机构做出的实际罚单数额很小。以澳大利亚为例,实际对企业开具的罚金是6.5万澳元,远远低于法定最高额25万澳元的标准。See David Round, “An Empirical Analysis of Price-Fixing Penalties in Australia from 1974 to 1999: Have Australia’s Corporate Colluders Been Corralled?”, 8 *Competition & Consumer Law J.*, 83—124 (2000).

[16] OECD, Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels, 2001, p.20.

[17] See Paul A. Grout Structural & Silvia Sonderegger, *Structural Approaches to Cartel Detection*, in Claus—Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu(eds.), *European Competition Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, 2007, p. 112.

[18] 理查德·A·波斯纳,见前注[4],页313.

[19] See Tom R. Tyler & Yuen J. Huo, *Trust in the Law: Encouraging Public Cooperation with the Police and Courts* (Russell Sage Foundation Series on Trust), Russell Sage Foundation Publications, 2002, p. 5.

[20] See John C. Coffee, Jr., “‘No Soul to Damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, 79 *Michigan Law Review*, 386—459(1981).

[21] See Milton Handler, “Inevitability of Risk Taking”, 44 *Antitrust L.J.*, 377—385(1975).

[22] Christine Parker, *Supra* note[2], pp. 591—612.

竞争问题的处理都是适应这种变化的结果。^[23] 其中,立法优先咨询、改善准入管制、管制的竞争评估等是针对法律、政策的制定机构和管制机构的主要推进措施,而竞争宣传与反垄断合规指引则是针对所有社会成员的主要推进措施。^[24] 而反垄断合规指引制度契合了“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”^[25]的道理,因此,许多反垄断执法机构将引导企业建立反垄断合规制度视为对执法资源的有效节约而大力推崇。如澳大利亚竞争与消费者委员会(ACCC)认为,反垄断合规指引制度是其不可或缺的规制工具之一,法国反垄断监管机构竞争事务监察总署(Autorite de la Concurrence)认为反垄断合规指引制度是其一项宝贵的资产。^[26]

(一)反垄断执法机构与企业合规博弈分析

现代经济学主要借助博弈论来研究企业是否应当建立反垄断合规制度。博弈论的基本思想是博弈方之间的互动过程导致均衡,即博弈的任何一方在制定自己的策略时,都要考虑到自己的行为给对方带来的影响。经过双方的互动推理过程,均衡一旦形成,就具有一定的稳定性,即在对方不改变现有策略的前提下,一方的单独改变是要遭受损失的。出于自利的考虑,双方就都没有首先背离均衡的动机。为了使反垄断合规制度具有长期稳定的效果,我们可以借鉴这种博弈的思维方式。

假设在某一特定行业背景下, $P(V)$ 为企业采取某种经营行为 $A(\text{Action})$ 时涉嫌垄断违规的先验概率。对应地, $P(\bar{V})=1-P(V)$ 。于是,企业面临两种犯错误的概率:错误 I:企业采取了过于保守的经营策略。这意味着企业面对合法的盈利机会,为完全避免反垄断制裁而没有采取行动,这种情形发生的条件概率为 $P(\bar{A}|\bar{V})$;错误 II:企业采用了过于激进的策略。虽然获利,但是也面临反垄断执法机构的制裁,其条件概率为 $P(A|V)$ 。

在与执法机构的博弈中,企业是否选择竞争行为合规是一个典型的权衡(trade-off)问题。对企业而言,它有两种策略来改善决策自己的境遇:一是采取加强决策的可靠性,这需要更多的财力投入(如咨询、审计等,这也意味着成本的增加),从而同时降低错误 I、错误 II 发生的概率。另一种是重构决策过程,改变分权式的决策模式,加强决策的集权程度。这样会提高犯错误 I 的概率,即 $P(\bar{A}|\bar{V})$ 会上升,但是同时会降低犯错误 II 的概率,即 $P(A|V)$ 会下降。对企业而言,在成本既定的情况下,它往往选择后一种策略。即企业不可能同时避免上述两种错误,必须在收益和成本之间寻找平衡。在这种互动格

[23] See ICN, *Assessment of ICN Members' Requirements and Recommendations on Further ICN Work on Competition Advocacy*, 2009, pp. 22–24.

[24] 张占江,见前注[3]。

[25] See Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 *The Journal of Political Economy*, 169–217 (1968).

[26] See International Chamber of Commerce, *Promoting Antitrust Compliance: the Various Approaches of National Antitrust Authorities*, 2011, pp. 1–3.

局下,执法机构执法行为的正确率和精准度就成为左右企业策略选择的重要因素。^{〔27〕}特别是在企业面临被反垄断执法机构处罚的风险时,执法机构的错误判断会使事情变得更糟糕。

而同样地,反垄断执法机构在选择是否行动(用S表示)时也会犯以上两种类型的错误:错误I(过于保守):有害的竞争行为逃脱了反垄断制裁(“漏杀”),条件概率为 $P(\bar{S}|A, V)$ 。错误II(过于激进):执法机构将合理的商业行为误读为垄断行为(“错杀”),条件概率为 $P(S|A, \bar{V})$ 。比较而言,错杀比漏杀危害性更大,因为即使产生漏杀的错误,如果时间够长,这种错误也会通过市场竞争而被消除;另一方面,由误杀的错误造成的损失往往难以逆转且误杀会损伤整个社会的竞争环境,所以,反垄断执法机构当慎重执法以避免“误杀”。^{〔28〕}

在执法机构追求社会利益的假设下,反垄断执法机构也面临和企业相同的问题,即必须在执法资源有限这一约束条件下追求社会收益的最大化。因此,反垄断执法机构也面临成本和社会收益之间的权衡。显然,在有限的执法资源之下,执法机构执法的案件数量与执法正确率之间存在负相关关系。类似地,一方面,如果反垄断执法机构增加自己的执法资源投入,可以同时提高执法的正确率并增加执法的数量。另外一方面,在执法资源不变的前提下,要提高执法案件的正确率,就要降低执法案件的数量,这会提高漏杀的概率;而加大执法数量则会导致执法力量的分散,可能引起误杀的概率提高。^{〔29〕}

最终的企业—执法机构的联合博弈均衡告诉我们,如果执法机构希望在减少垄断违法行为的同时不伤害企业健康的竞争进取行为,那么,就需要一个一揽子的整体制度设计,即在反垄断执法机构提高违法成本并降低“漏杀”错误发生率的同时,必须降低“错杀”的可能性。^{〔30〕}这就意味着:①对企业而言,如果可能,企业应该增加投入增强决策的可靠性,这可以帮助企业在提高企业的效率的同时避免反垄断法律风险。②如果企业不能够增加投入,只要执法机构有稳定的执法声誉,企业可以通过改造企业内部决策过程的方法来控制错误I、错误II发生的概率,控制自身的反垄断法律风险。因此,良好的执法声誉可以增强反垄断执法的确定性,进而提高整个反垄断执法的绩效。③对执法机构而言,如果要呵护执法声誉,要么必须加大执法投入,要么必须减少执法案件的数量以降低“错杀”的概率,而真正能够减少执法案件数量的条件是有足够多的企业做出合规承诺。由是观之,执法机构积极进行竞争推进,引导企业及其员工主动地遵守反垄断法律规定的反垄断合规制度,在全社会营造良好的合规文化氛围不失为一个合理的策略选择。事实上,执法实践也证明,有效的反垄断合规制度是预防与发现垄断行为的利器,反

〔27〕 See Alan R. Beckenstein & H. Landis Gabel, “The Economics of Antitrust Compliance,” 52 *Southern Economic Journal*, 673—692(1986).

〔28〕 See Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, 63 *Tex. L. Rev.*, 1—87(1984).

〔29〕 Alan R. Beckenstein & H. Landis Gabel, *Supra* note〔27〕, p. 685.

〔30〕 Alan R. Beckenstein & H. Landis Gabel, *Supra* note〔27〕, p. 692.

垄断法实施绩效的优良多要归因于企业及个人的主动合规。^{〔31〕}

(二)企业建立反垄断合规制度的成本—收益分析

反垄断合规指引的产生主要是反垄断执法机构为克服简单威慑带来的威慑陷阱问题而根据规制实践需求不断调整规制策略的结果。但是,仅仅依靠执法机构的指引,不可能构建一个科学的合规承诺获取体系,也根本不足以激励企业耗费一定资源建立反垄断合规制度,尤其是在反垄断案件的发现率偏低的情况下。现实情况是,制定反垄断合规制度的企业越来越多。如,在日本,截止2010年12月,超过3000人的企业中,已经有97.8%建立了反垄断合规制度,1.7%的企业正在研究制定反垄断合规制度。从行业分布来看,金融保险业已经有93.6%建立了反垄断合规制度,2.1%的企业正在研究制定反垄断合规制度;^{〔32〕}在韩国,自2001年反垄断合规制度实施以来,截止2010年12月,实施了反垄断合规制度的企业数量已经从最初的13家稳步增加到372家(具体增长幅度见表2)。那么,我们应该如何来解释企业的制定反垄断合规制度的策略选择呢?

表2 2001—2010年韩国企业制定反垄断合规制度一览^{〔33〕}

年 度	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
总 数	13	56	101	173	232	268	323	337	266	372
新增数	13	43	45	72	59	36	55	14	29	6

第一,成本分析。尽管反垄断案件的发现率偏低,但是一旦案发,这种高昂的代价不仅企业难以承受,而且实无必要,因为这种法律风险可以通过投入一定的人力、物力,建立一个有效的反垄断合规制度而避免。如前文所述,如果企业增加投入增强决策的可靠性,可以帮助企业同时克服错误Ⅰ与错误Ⅱ,对企业而言,这种投入主要是通过建设反垄断合规制度、营造合规文化的成本。当然,后者也需要成本的投入,这种成本由直接成本与机会成本两部分构成。直接成本包括反垄断合规制度的制定成本、培训员工的所耗费的成本、实施审计或者其他改正行为所需的成本;而机会成本则主要是指在合规制度下企业必须放弃的可能招致反垄断法律风险的交易机会。^{〔34〕}

第二,收益分析。企业建立反垄断合规制度可以减少错误Ⅰ与错误Ⅱ,收益也非常明显。尽管建立反垄断合规制度需要企业投入,但是企业因此而获得的收益也是颇丰,这种收益包括

〔31〕 See CB, *Corporate Compliance Programs*, 2010, p.18.

〔32〕 See Consumer Affairs Agency, *Consumer Affairs Agency Report*, 2010.

〔33〕 KFTC, *Supra* note〔1〕, p.109.

〔34〕 See Theodore L. Banks & Frederick Z. Banks, *Corporate Legal Compliance Handbook*, Aspen Law & Business, 2007, pp.1-3, 1-4.

“潜在的不利后果避免”与“潜在的优势”两部分(详见表3)。

表3 企业建立反垄断合规制度收益一览^{〔35〕}

潜在的不利后果避免	潜在的优势
高达企业营业额10%的罚金	帮助企业及时发现、终止、报告反垄断违法行为
由违法或者犯罪导致的名誉损失 ^{〔36〕} (包括企业和个人)	帮助企业员工识别交易对手,降低与之交易而招致反垄断法律风险的概率
剥夺董事资格 ^{〔37〕}	具有自然辩解的效果(如果企业制定了有效的反垄断合规制度,法庭、陪审团或者政府就会认为,企业缺乏主观故意,垄断行为不成立 ^{〔38〕})
刑事责任,包括监禁刑(卡特尔案件)	在反垄断刑事案件的定罪量刑中,有效的反垄断合规制度是一个法定的从宽处罚情节;不具备完备的合规制度则被视作企业不诚信的标记 ^{〔39〕}
由于配合执法机构调查而支付的时间、精力等成本	视具体情节,有效的合规制度可以帮助企业获得至少10%,最多100%罚金的减少 ^{〔40〕}
合同的无效(卡特尔案件)	
诉讼成本(包括执法机构发动的行政诉讼、刑事诉讼以及受害人发动的民事诉讼)	

由上表可知,企业制定有效的反垄断合规制度收益是综合的,且当企业遭遇反垄断诉讼之时,有效的反垄断合规制度带给企业的收益更加明显。诚然,企业反垄断合规的成本不能够用传统的、精确的成本—收益的会计方法来计算。看似通过比对企业历来发生的罚款数额、诉讼费用与企业实施合规制度之后发生的罚款数额、诉讼费用就可以计算出制定、实施、遵守反垄断合规制度的收益。事实上,这些数字很难量化。究其原因在于,一是究竟哪些金额是制定、实施、遵守反垄断合规制度的收益,很难证明;二是由于竞争行为合规给那些没有被调查、被起

〔35〕 本表主要根据英国公平交易局(OFT)发布的反垄断合规指南制作。See OFT, *How Your Business Can Achieve Compliance with Competition Law*, OFT 1341, June 2011, pp. 5—7.

〔36〕 较之于上游生产者而言,终端销售者由于声誉贬损带来的损失会更大。See EC, *Compliance Matters: What Companies Can Do Better to Respect EU Competition Rules*, November 2011.

〔37〕 如英国专门制订了《竞争案件中剥夺董事资格的规定》。See OFT, *Director Disqualification Orders in Competition Cases*, OFT 510, 2010.

〔38〕 See *Dri—Wal, Inc. v. Fireboard Corp.*, 1970 Trade Case, (CCH) P 73,155 (N.D. Cal, 1970).

〔39〕 如在 Gypsum 案中,当被告面临因为固定价格而可能因为本身违法行为而极有可能获刑之时,美国最高法院考虑到被告有良好的反垄断合规制度,且“厂商交换价格信息后,并没有订定一个高于竞争水平的价格,也没有对市场竞争造成不利的影响,因此,其并不具反垄断法上的非难性”而判处被告无罪。See *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U. S. 422 (1978).

〔40〕 在制订了反垄断宽恕制度(leniency program)的国家,如果企业通过合规制度发现并且向执法机构报告了违法行为,那么企业还有可能成为“合格告密者”(whistle blower),获得法律责任的减轻,甚至免除。如 OFT 就曾因为被告具备“真正的、有效的合规制度”,而给予了 Arriva、FirstGroup 以及 Hasbro 等几家公司10%的惩罚减免。See Mark Furse & Susan Nash, *The Cartel Offence*, Hart Publishing, 2004, p. 119.

诉的企业所节约的费用难以计算,因为企业逃脱被调查、被起诉的厄运的因素是不确定的;三是罚金、自由刑、给私人原告的民事赔偿金等不同类型的处罚方式与企业付出成本该如何转换没有定论;四是有效的合规制度给企业及其员工带来的收益是综合性质的,它很难与企业投入的成本直接转化。这种成本—收益分析结果的不确定性,桎梏了那些习惯于运用传统的成本—收益分析方法来做策略选择的企业的步伐,因此,当其他企业已经通过完成“没有合规——有效合规”的转变而大获收益之时,这些企业尚沉溺在抱怨建立反垄断合规制度会增加其运营成本,准备一意孤行拒绝建立该制度之中。有鉴于此,英国公平交易局(OFT)、韩国公平交易委员会(KFTC)等执法机构开始在大力宣传“建立有效的反垄断合规制度收益远大于成本”^[41]的同时,采取“附条件强制”的方法,要求企业建立反垄断合规制度。如OFT要求企业与其缔结和解协议的时候,必须同时递交反垄断合规制度。美国司法部(DOJ)在企业与其缔结和解协议的时候,通常都会要求被告制定反垄断合规制度;州政府在发动反垄断诉讼的时候,通常也会把被告制定反垄断合规制度作为和解或者适用缓刑的前提条件。^[42]加拿大、澳大利亚、韩国等国家(地区)也多有类似规定。在现代市场经济国家,企业制定反垄断合规制度已不可避免。实践也证明,较之于严格的反垄断执法,合规制度的建立将企业从避免惩罚的层面提升到主动合规的层面;合规制度对于建立市场友好型、主动防御型的软法体系助推作用明显,这些都有利于保有市场竞争活力,而这恰恰是反垄断法的立法宗旨所在。^[43]

三、反垄断合规指引的实证考察:以“有效”为核心

引导企业建立反垄断合规制度形成合规文化,克服威慑陷阱以换取足够的合规承诺是各国(地区)反垄断执法机构共同的愿望。从1997年加拿大竞争局(CB)制定世界上第一个企业反垄断合规制度指南至今,世界主要国家(地区)的反垄断执法机构也纷纷根据对本国的国情、法律历史传统、竞争文化等因素的综合考量,选择了不同的方式引导企业建立合规制度。对这些典型国家(地区)反垄断合规制度的实施状况与具体制度设计进行分析、总结,有助于揭示反垄断合规制度的规则基础,亦有助于为我国提供借鉴。

(一)反垄断合规指引制度的角色定位

法律是一种社会事实,社会上大多数人之所以服从法律,是出于习惯而不是因为强制,哪怕强制力是保证人们服从法律的最重要影响因素。^[44]在反垄断法领域的典型案例是,在绝大多数国家当前的社会伦理标准中,人们对作为垄断行为万恶之首的价格卡特尔评价是无可非议,^[45]因此,在这些国家,即便将价格卡特尔纳入犯罪圈,这些行为常常由于欠缺与社会、

[41] OFT, *Supra* note[35], pp.5—7.

[42] See Julian O. von Kalinowski, “Antitrust Counseling and Litigation Techniques,” 5 *Matthew Bender*, § 5.02(2006).

[43] KFTC, *Supra* note[1], pp.108—110.

[44] 参见付池斌:《现实主义法学》,法律出版社2005年版,页45。

[45] See Maurice E. Stucke, “Morality and Antitrust”, 46 *Colum. Bus. L. Rev.*, 540—544(2006).

伦理和道德标准的一致性,导致法条虚置,或者判决被搁置。譬如在《谢尔曼法》颁布以后的70多年里,美国对垄断罪的处罚一直只是名义上的,因为司法部提起的反垄断诉讼大多是民事赔偿案件,法院一般也不愿意对个人判处监禁,而较多地使用罚金,或判处社区服务。^[46]人们对服从竞争法律的习惯主要来自社会公众对竞争益处的认知、对与竞争相关的商业规则和法律制度的尊重,即社会公众的竞争文化水平。^[47]不改变公众对竞争的偏见、不提升社会整体竞争文化水平,那么反垄断执法必然事倍功半。竞争性市场并不仅仅是由正式制度支撑,竞争推进(包括反垄断合规指引)与竞争执法是构建和加强竞争文化的两大支柱,对执法机构而言,通过引导企业建立反垄断合规制度,当在确保企业及其员工主动合规的前提下,使社会公众能够较为清晰地理解竞争及其益处的内容,为反垄断执法机构坚定地执行反垄断法律提供舆论支持,也给企图进行垄断和限制竞争的企业施加舆论压力。^[48]对企业作而言,建设反垄断合规制度当在确保企业不因过于保守而饱受错误I之苦的前提下,致力于培养企业合规文化。

事实上,OFT、ACCC、KFTC、日本公平交易委员会(JFTC)等主要反垄断执法机构都以培育合规文化为核心,以培养有效竞争、公平竞争、公开竞争的市场为目标,引导企业建立反垄断合规制度。ACCC调查发现,企业合规的内在化、体制化大致经历“承诺合规——合规技术化——合规惯例化”三个阶段(详见图1)。在承诺合规阶段,主要是反垄断执法机构引导企业挖掘合规意愿、分配合规资源。在合规技术化阶段,企业吸收内外部专家成立专门负责反垄断合规事务的反垄断合规小组并制定相关制度。在合规惯例化阶段,合规成为企业的行为方式;合规制度被视为企业目标不可或缺的部分;合规行为有确定的奖励预期,不合规行为被阻止和处罚。值得一提的是,ACCC还发现,一旦企业达到“合规惯例化”阶段,鲜有企业退回不合规老路的现象发生。^[49]

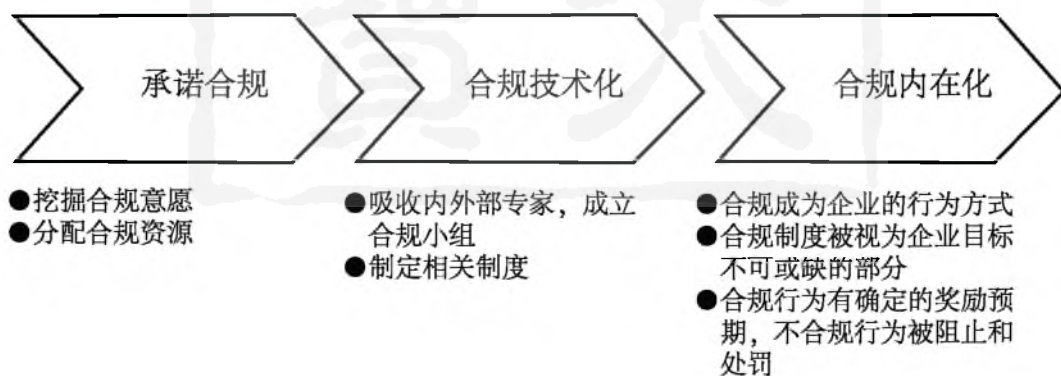


图1 企业反垄断合规制度建设三阶段

[46] Paul R. Taylor & Robert Jr. Hauberg, *Supra* note[10], pp. 95—96.

[47] 参见徐士英:《竞争法新论》,北京大学出版社2006年版,页288。

[48] Gary S. Becker, *Supra* note[25], pp. 169—217.

[49] See ACCC, *Corporate Trade Practices and Compliance Programmes*, 2005, p. V.

(二) 反垄断合规指引的“三大支柱”

各国(地区)反垄断合规制度无不强调对制度“有效(effective)”的价值判断,“有效”是结果导向,对执掌反垄断法律的机构而言,引导企业建立反垄断合规制度真正的价值不是帮助企业逃脱法律制裁,“有效”暗含执法机构克服威慑陷阱换取了足够的合规承诺;对企业来说,反垄断合规制度不是他们垄断行为的庇护伞,“有效”意味着反垄断合规制度切实帮助企业预防反垄断法律风险、摆脱了反垄断法律制裁的噩梦。执法机构往往倚重制裁与执法、知识与培训、企业自主的合规制度建设“三大支柱”来引导企业建立反垄断合规制度。^[50]“三大支柱”内在的逻辑在于:通过制裁与执法获取适度的威慑;通过提供反垄断法律知识(培训、指南与信息服务等)来克服反垄断法律知识不足;通过鼓励企业主动建立合规制度培育合规文化。执法机构通过三者交互作用换取足够的合规承诺、实现最优威慑(详见图2)。

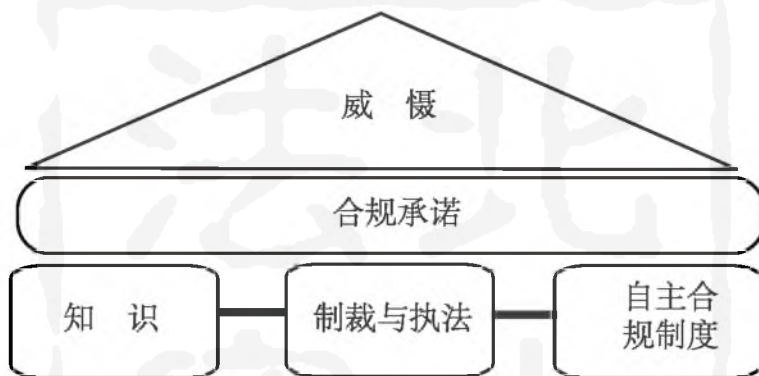


图2 反垄断合规制度的“三大支柱”^[51]

1. 制裁与执法

在反垄断法中,威慑是一个极其重要的概念。威慑是反托拉斯法最优先,甚至可能是唯一的目标。无论是美国的刑事制裁、欧盟的行政罚款,还是其他国家的反垄断法制裁手段,其主要目的均在于构筑一个有效的威慑体系。^[52]尽管制裁与执法行动不能够带来最适威慑,但是制裁与执法是反垄断法最适威慑实现的必要条件。美国司法部的经验在于,必须依赖“严厉制裁”及“挖掘当事人对被发现的畏惧感”增强依赖制裁与执法的威慑力。

第一,严厉制裁。在反垄断法实施领域,严厉制裁意味着必须将垄断行为(主要是价格卡特行行为)纳入犯罪圈。只有将价格卡特行等垄断行为当成一种犯罪,才能创设一个有效的反垄断法律制度来打击垄断行为,这是各国反垄断执法机构的共同认识。通常而言,“即使行为

[50] 如 OFT 和 CB。See OFT, *The Impact of Competition Interventions on Compliance and Deterrence*, OFT 1391, 2011, p. 8.

[51] 本图根据 OFT 调查报告制作。ACCC, *Supra* note[49], p.8.

[52] 参见王健:“威慑理念下的反垄断法刑事制裁制度——兼评〈中华人民共和国反垄断法(修改稿)〉相关规定”,《法商研究》2006 年第 1 期。

侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法。可能的话,采取其他社会统制手段才是理想的。”^{〔53〕}在将某种行为纳入犯罪圈之时,只有在其他社会统制手段不充分时,或者其他社会统制手段(如私刑)过于强烈、有代之以刑罚的必要时,才能将其设定成犯罪行为。反垄断执法的实践不断表明,民事制裁以及行政制裁(在反垄断领域主要是金钱制裁)对于垄断行为尤其是对于价格卡特尔行为的制裁具有明显的不充足性,要增强反垄断法的威慑力还需要刑罚尤其是自由刑的辅助。这种不充足性主要表现为:对于无力支付损害赔偿金的人或者有足够的金钱支付损害赔偿金的违法行为人,威慑效应可能很低,甚至为零;危害后果与制裁力度不匹配;^{〔54〕}许多企业承担了对个人的经济制裁从而减轻了经济制裁的威慑作用等。^{〔55〕}“由于卡特尔违法行为造成的危害巨大,对其提起刑事诉讼是美国司法部反托拉斯局的首要任务”,^{〔56〕}在美国司法部的引导下,加拿大、澳大利亚、英国、爱尔兰等国纷纷将垄断行为尤其是价格卡特尔行为纳入犯罪圈,自由刑的施加开始变得十分普遍。^{〔57〕}

第二,挖掘当事人对被发现的畏惧感。如果当事人认为不存在垄断违法行为被执法机构发现的可能性,那么再严厉的处罚都不足以阻止他们的违法行为。唯有当事人意识到可能遭受的处罚大于违法收益,且当事人对执法机构有强烈的执法预期,当事人才可能因为畏惧被发现而主动放弃违法行为。因此,执法机构拥有良好的执法声誉且政策具有透明性、确定性是十分必要的。^①良好的执法声誉。这意味着执法机构不“漏杀”,更不“错杀”,社会公众对执法行为有确定的公平感知,当事人对违法行为被发现有强烈的畏惧感。为此,执法机构必须致力于树立严格的执法环境和保有严格的执法记录。如为避免存在漏网之鱼,美国司法部在展开卡特尔调查时,都会对卡特尔组织进行压迫式搜索(Cartel Profiling)及滚动调查(从一个市场通过各种各样的联结点转向另一个市场进行调查。这些联结点覆盖同一公司的不同产品、同一产品的不同公司、类似产品、执行官所经营的不同公司等)。^②政策必须具有透明性、确定性。如果执法机构提供的行为规范多变的话,就不能使人们形成稳定的预期,从本质上讲这是产权的破坏。当企业没有稳定的预期的时候,是不可能讲声誉的、容易被短期利益左右;当企业没有积极性讲声誉的时候,法律就失去了声誉基础;当法律没有了声誉基础,法律能起的作用是非常有限的。^{〔58〕}透明、确定是非常重要的,在有关条件和案件结果非常清晰的情况下,企业

〔53〕 (日)平野龙一:《刑法总论》,有斐阁1972年版,页47。

〔54〕 比较同样是财产犯罪的价格卡特尔与盗窃罪:后者是财产占有的转移,对整个社会而言,没有财产损失;前者不仅受害对象多、数额巨大,而且会给社会造成福利净损失,因为卡特尔成员永远不能够获得超过甚至等于公众所遭受的损害,因此,对整个社会而言,卡特尔行为的社会危害性会更大。See Dau-Schmidt K., “Sentencing Antitrust Offenders: Reconciling Economic Theory with Legal Theory”, 75 *William Mitchell Law Review*, 75-76(1993).

〔55〕 USDOJ, *Supra* note〔9〕.

〔56〕 See Antitrust Division of U.S.D.O.J., Antitrust Enforcement and the Consumer, http://www.usdoj.gov/atr/public/div_stats/211491.htm.

〔57〕 如英国在《2002年企业法》中将卡特尔纳入犯罪圈,该法规定,任何人,只要他不诚实地从事核心卡特尔行为,可能被判处最高5年的监禁和/或不受限制的罚金。

〔58〕 参见张维迎:“法律制度的声誉基础”,《经济研究》2002年第1期。

更愿意采取合理的措施来避免反垄断法律风险,如卡特尔成员采取告密措施换取法律责任的免除或者减轻。^[59]为增强政策的透明性、确定性,美国在1993年修订《企业宽恕制度策》之时增设了自动豁免(automatic amnesty)制度,规定当涉案企业在反托拉斯局调查前主动报告违法行为,并符合法定条件之时,将自动获得免于刑事起诉的优惠,反托拉斯局不得行使自由裁量权。英国OFT紧随其后,也增加了“附条件豁免”的相关制度。一直以来,OFT都特别强调政策的透明性、确定性,在2010年,OFT还专门颁布了《竞争案件中剥夺董事资格的规定》详细阐释了法院可以颁发剥夺董事资格令的条件与程序。

2. 知识

OFT曾发起一项关于反垄断合规与威慑关系的调查。调查结果显示:①仅有57%的大企业与35%的小企业认为自己具有相当程度的反垄断法律知识。②85%的大企业与73%的小企业声称导致他们触犯反垄断法律的最主要因素是反垄断法律知识的缺乏。③反垄断法律知识的缺乏与反垄断法律风险呈正相关关系,并且反垄断法律知识的缺乏会损害反垄断法律实施的威慑效果。^[60]反垄断法律知识与对反垄断合规重要性的感知是帮助企业识别法律风险、评估法律风险、及时采取有效方法减少反垄断法律风险最有效的手段。增强企业及其员工的反垄断法律知识、开展反垄断合规知识培训实有必要。实践中,各执法机构都成立了专门的培训部门以保证企业内各个级别可能从事反竞争法行为的员工能够持续接受反垄断合规培训。在美国,司法部反托拉斯局(AD)执行办公室的培训组就是专司培训之职的机构。^[61]培训技巧包括:①培训对象。企业内各个级别可能从事反竞争法行为的员工,但是不同级别的培训对象所接受的培训内容应该不同。加拿大竞争局(CB)推荐的技巧是,尽早对所有雇员进行合规重要性及预期效果培训;对高管及员工进行在特定情况下应该如何认识及处理合规事宜的培训。^[62]②培训的内容。培训的内容必须通俗化、专门化。通俗化是指要让所有没有法律专业背景的员工都能够清晰明白。专门化源自企业所处行业、企业规模、市场定位、潜在的反垄断法律风险的千差万别。反垄断执法机构很难提供一个放之四海皆准的模板为企业进行反垄断合规培训所用。为提高合规培训的针对性,执法机构往往只提供一个合规制度建设框架(包括反垄断法的基本概念、典型的垄断行为、反垄断法律规范及其构成、垄断行为可能导致的处罚、发现垄断违法行为应该如何处理等),可以为(Dos)和不可以为(Don'ts)的具体事项,则应提倡由行业协会制作行业反垄断合规制度模板或者由企业根据自己的特点自行制作填充。以力拓公司的合规制度为例,该公司是矿业巨头,矿业市场结构为寡头垄断型。在寡头垄断的市场条件下,由于竞争者数目少,寡头容易合作,也容易招致

[59] See OECD, *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD Publishing, 2002, pp. 21–23.

[60] OFT, *Supra* note[50], pp. 9–10.

[61] 参见美国司法部反托拉斯局:《美国反托拉斯手册》,文学国、黄晋等译,知识产权出版社2012年版,页3。

[62] CB, *Supra* note[31], p. 9.

价格卡特尔的嫌疑,价格卡特尔是力拓公司最容易触碰的红线。为避免没有必要的反垄断调查或者诉讼,力拓公司的合规培训中特别强调如何处理与竞争者的关系,这包括信息共享、与竞争者联系、与竞争者建立合资企业、行业会议、标准化流程、垂直配置与市场支配地位、规范执行、举报违规情况等。^[63] ③培训的形式。与培训内容专门性相适应,执法机构一般也不规定企业必须采取何种形式进行培训,而是赋予企业较大的自主权,让其根据自身特点选择行之有效的形式。召开小型研讨会、制定合规手册、运用电子邮件信息、在线培训等皆可。如果一定说执法机构对培训的形式有要求的话,那就是企业必须根据企业业务内容不同、员工职位不同为其提供恰当的、持续的(可以定期,也可以不定期的)合规培训。培训结束,企业必须在法定期间内(如澳大利亚是14天)向执法机构递交培训部门开具的培训合格证书。④培训效果的评估。公司合规官应该定期对合规培训的有效性进行评估。评估的方法之一就是定期测试雇员对公司合规政策及程序的知悉情况,以便决定是否应该更新或者修改该制度。⑤培训记录的保存。在每次结束培训之后,企业应该记录培训时间、地点、方式、内容并让员工签名,这些都可以成为企业证明自己已经尽力实施合规制度的证据。^[64]

另外,OFT的调查显示“持续的高调的执行”是社会公众获取相关知识的途径之一^[65],借助新闻媒体加强对执法案件的公开报导及通过多形式的竞争宣传,提高公众对“竞争有益经济”观念的理解与支持也是非常必要的。^[66] 这方面的杰出代表是巴西司法部经济法律局(SDE)。为推广反垄断合规制度,SDE投入了大量人财物进行竞争宣传,如由巴西总统与其他国家执法机构管理层亲自参与“反卡特尔日”活动;在巴西8个机场派发50万份宣传材料来宣传竞争文化;在巴西的四个重要周刊发起反垄断合规推进活动等。^[67]

3. 自主合规制度

企业自主建立反垄断合规制度是企业做出合规承诺的主要表现形式。多数反垄断执法机构推荐企业参照OFT的“企业四步合规法”(详见图3)来完成这项工作。“企业四步合规法”的运行原理在于:企业及其员工必须能够识别反垄断法律风险(如企业是不是在相关市场内具有市场支配地位?在投标中与竞争者是否谈论了价格?),然后才能在此基础上准确评估法律风险(企业与竞争者一致的行为是不是会构成卡特尔?这种卡特尔是否可以被豁免?), (如果不能被豁免)企业则要思考如何控制法律风险(停止该交易或者向执法机构报告),而以上三个步骤都建立在企业开展内部审计的基础上。依此“企业合规四步法”,企业自主建立合规制度必须关注以下问题:

[63] 参见力拓:《反垄断规范及指导性说明》,2009年11月, http://www.riotinto.com/documents/Antitrust_standards_and_guidance_notes_Chinese.pdf, (访问日期:2010年3月6日)。

[64] See ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Compliance: Perspectives and Resources for Corporate Counselors*, ABA Publishing, 2005, pp. 64—69.

[65] OFT, *Supra* note[50], p. 8.

[66] See ICN, *Advocacy and Competition Policy*, 2002, p. 1.

[67] ICN, *Supra* note[23], p. 3.

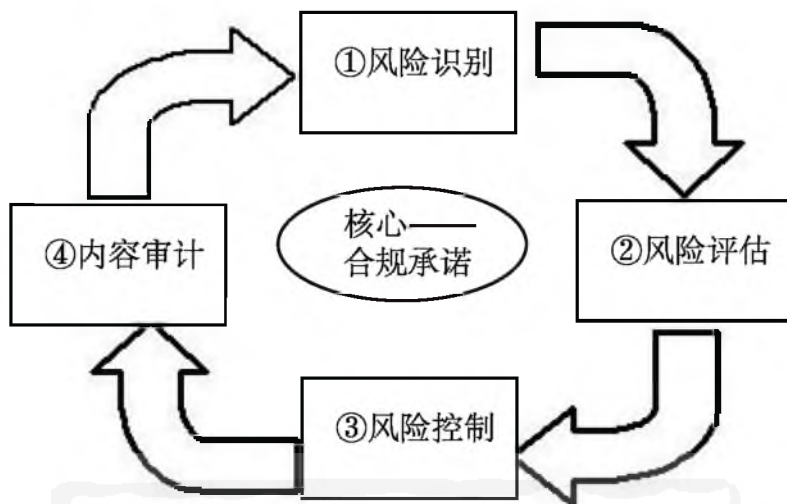


图3 企业四步合规法

第一，合规制度正式化。企业制定正式的合规制度除了具有宣示管理层意欲采取有效的、系统的管理制度以确保企业合规的效果，还可以向员工传达企业把合规承诺视为企业战略目标之一的意图，从而大大提升合规制度的可靠性。无论是OFT的上述调查，还是JFTC以东京证券交易所上市公司为样本开展的合规制度实施效果变化调查皆显示制定合规制度、成立合规部门与获得企业管理层支持是反垄断合规制度有效的基本条件。^{〔68〕}易言之，是否制定合规制度、成立合规部门与获得企业管理层支持是执法机构评价企业是否具有正式合规制度的主要考量因素。

①制定合规制度。根据企业的规模、所处行业的竞争状况等，反垄断执法机构对企业合规制度的繁简普遍要求不一。ACCC将其分为四个级别，并分别为这四个级别提供了模板。其中，级别1最为简单，级别4最为复杂。如级别1仅要求企业的董事必须参加反垄断合规培训；但是级别4则要求企业必须确保所有的董事、高管、雇员、代理商都必须接受定期的（至少一年一次）、真实的合规培训。小企业只需满足级别1或者级别2要求的内容即可，大企业则需满足级别3或者级别4要求的内容。^{〔69〕}

②成立合规部门。除了级别1，级别2、3、4都要求企业必须指定专人担任合规官（合规小组）；级别3、4还要求企业聘任专家担任合规顾问。执法机构通常要求企业在成立一段时间内（级别3、4要求2个月），必须指定合规官。合规官专司合规制度的修订、实施之职，通常由董事担任、直接向首席执行官负责。

③获得企业管理层支持。其他董事会成员和高管在反垄断合规制度中都是独立的角色，合规官的存在并不

〔68〕 See JFTC, *Annual Report 2009*, pp. 16–18.

〔69〕 级别1至级别4的具体内容，详见ACCC, *Trade Practices Compliance Program Annexure A, Level 1 To Level 4*, 2005.

意味他们不再负有任何反垄断合规职责。^{〔70〕}对于负有勤勉义务,在管理企业事务过程中必须运用自己的知识、经验、技能为公司利益服务的管理层而言,准确识别、评估、减少反垄断法律风险,在培育企业合规文化中发挥显著作用,是其不可推卸的职责。另一方面,企业管理层的支持是影响反垄断合规制度有效运行的最重要因素。^{〔71〕}只有获得管理层的支持,合规制度的实施才能够有足够的资源保证和充足的时间投入。从这个层面来说,企业合规文化始于管理层,合规制度得到企业管理层的支持是确保合规制度有效的最基本条件。执法机构评估企业管理层的子因素包括:企业管理层是否清晰地表明合规制度是企业的基本政策之一;企业管理层是否明确表示他将遵守该制度;企业管理层应该向董事会报告所有合规事宜;企业管理层每年应该做出风险评估以便更好地确定合规优先事项;企业管理层必须明确他们在企业合规制度中的领导地位并对此负责。当然,培训、监督、报告等具体职责可以委托给合规官或者合规小组来负责。不管企业的规模或者可供合规使用的资源为何,合规官或者合规小组成员必须具有独立性、专业性、足够授权、财务支持以及对企业有足够的了解。^{〔72〕}

第二,开展内部审计。对于企业来说,建立反垄断定期审计制度就像人要定期做身体检查一样重要。^①审计的主体。由于许多国家的律师享有“律师—当事人保密特权”,所以律师最适合胜任此项工作。当然,反垄断审计是由外部律师,还是外部律师、内部律师都可以为之,不同国家有不同规定。在欧盟该特权仅授予外部律师,企业内部律师没有此项权利;^{〔73〕}在美国和加拿大,除非企业内部律师在公司还担任了高管职务,否则此项权利也会授予企业内部律师。^{〔74〕}②审计的方式与重点。审计方式可能包括突击检查保留的文件、电子邮件和电话记录;审计的重点主要是放在对价格、产量、计划、市场研究官员和文件。美国司法部详细列举了反垄断审计时候应该注意的“红旗”(red flags),包括:行业协会的行为、与竞争者的交易行为(尤其是定期交易的行为)、非正常且稳定的市场份额、不报姓名或者虚报姓名的通话、突然的价格增长、公司保存的竞争者报价的文件。^{〔75〕}③审计报告及处理。律师审计结束后必须将审计结果报告给公司的总法律顾问,总法律顾问将决定是否要召开特别的研讨会来解决审计过程中发现的问题,尤其是发现的新问题。^{〔76〕}

〔70〕 ACCC, *Supra* note〔49〕, p. 13.

〔71〕 OFT, *Supra* note〔50〕, pp. 98—100.

〔72〕 CB, *Supra* note〔31〕, pp. 7—8.

〔73〕 Case 155/1979, *AM&S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 1575.

〔74〕 Julian Joshua, “Antitrust Compliance Programmes For Multinational Companies”, 20 *International Financial Law Review*, 65—69(2001).

〔75〕 William J. Kolasky, *Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective*, Speech given to Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute San Francisco, 12 July 2002, .

〔76〕 理查德·A·波斯纳,见前注〔4〕,页143。

第三,报告制度。报告制度有二,一是企业内部合规投诉的处理;二是企业及其员工向执法机构报告。执法机构往往要求企业合规制度中必须明确指出企业合规官(合规小组)的基本信息、举报方法(包括电话号码、传真号码、电子邮箱等)以及当合规官(合规小组)收到报告后的处理程序。为激励员工举报不合规行为,执法机构还提倡企业实行匿名举报制度、保密制度、内部宽恕制度等来处理企业内部合规投诉。同时,执法机构在合规指南中会明确列出举报热线(包括免费电话号码、传真号码、电子邮箱以及网站)、办公地点、合规负责人等信息便于企业及其员工报告违法行为。

(三)小结

通过以上分析可知,尽管每一个国家的反垄断执法机构在引导企业制定反垄断合规制度的工作方法、工作重点千差万别,但是他们之间仍然存在许多共同之处。这些共同之处恰反映了反垄断合规指引的国际趋势:①对市场与竞争价值的认可是各国实施反垄断法的基本前提。执法机构耗费大量的人、财、物着力推进反垄断合规制度的目的在于,通过惩罚与执法、传播合规知识、引导企业自主建立反垄断合规制度,换取企业合规承诺,实现最适威慑,并最终推进合规文化、竞争文化在国内的建设。②从“自愿向附条件强制”制定反垄断合规制度转向。一般而言,是否制定反垄断合规制度的选择权在企业手中,但是越来越多的企业,在反垄断调查期间或者和解期间,被明确要求制定与实施反垄断合规制度,如美国、加拿大、南非等。附条件强制制定反垄断合规制度成为企业反垄断合规制度发展的重要动因。③“有效”是CB、OFT等主要执法机构开展反垄断合规指引的基本诉求,OFT“企业四步合规法”为企业合规工作的展开提供了清晰的思路。

四、反垄断合规指引成长的外部环境:中国的问题与制度建设

在消费者团结和信任社(CUTs)发起的一项对肯尼亚、坦桑尼亚、赞比亚、南非、斯里兰卡、印度、巴基斯坦等七国竞争文化与竞争法实施情况的调查中也表明,转轨经济国家与发展中国家的竞争文化与发达国家的竞争文化水平不在一个水平面。^{〔77〕} 竞争文化主要是指人们对竞争的观念和意识。人们对竞争的观念和意识受到包括社会文化、经济经验和个体背景、信仰在内的各种因素的影响。^{〔78〕} 良好的竞争文化不仅能够有效地推动一个国家市场竞争法律制度的建立与完善,更可以促进经济的发展与社会全面进步。“在缺乏竞争文化的国家,人们往往把形式化自由竞争(所谓弱肉强食原理的自由竞争)当作‘自由竞争’中的竞争,他们没有理解规制垄断、维护竞争秩序的意义。”^{〔79〕} 亚洲国家普遍缺乏竞争文化,但在长期奉行儒家和

〔77〕 See CUTS, *A Study of Competition Regimes of Seven Developing Countries of Africa and Asia under the 7-Up Project*, 2003, p. 10.

〔78〕 Maurice E. Stucke, *Supra* note〔45〕, pp.460—470.

〔79〕 (日)丹宗晓信、伊从宽:《经济法总论》,吉田庆子译,中国法制出版社2009年版,页139。

合文化的日本,本国文化和西方竞争文化和谐共生的事例表明竞争文化是可以培育的。^[80]而在竞争文化薄弱的中国,反垄断执法机构的首要任务是纠正公众对竞争的偏见、增强公众对竞争机制的文化认同。唯其如此,才能保证竞争机制的价值被广受认可,而竞争机制本身是否广受推崇将是反垄断合规指引成功实施的最为关键的因素。^[81]

(一)着力营造积极的政治环境

积极的政治环境是反垄断合规制度指引工作展开的前提条件。在缺乏外部政治力量支持的地方容易出现合规陷阱(Compliance Trap),^[82]即企业因为合规而过于保守而丧失交易机会(错误I),所以争取外部政治力量的支持也是反垄断执法机构必须解决的问题。韩国、墨西哥、匈牙利等国反垄断执法机构享有立法优先咨询权(prior consultation),其他机构在制定涉及竞争问题的规则(政策)时,需要事前咨询或听取他们的意见,以最大限度确保竞争不被不当扭曲;美国反托拉斯局享有在某些情形下相关机构必须考虑其意见的权力。^[83]这些对其他机构享有的约束性权力,实际上加强了反垄断执法机构谈判的能力,是反垄断执法机构赢得更广泛的政治支持的筹码。对中国反垄断执法机构而言,其拥有的竞争推进工具多不具有约束力,这非常不利于反垄断执法机构推进其规制策略。因此,与其他政府机构的沟通,增加这些机构对竞争益处的认知,采用执法行为以外的竞争推进工具改变竞争执法机构的境遇、争取更多的具有约束性的竞争推进工具,是改善反垄断合规制度运行的外部环境的主要路径之一。

(二)提升公众对执法公平性的感知

良好的执法声誉可以增强反垄断执法的确定性,可以提高整个反垄断执法的绩效,而企业缺乏公平性感知则会桎梏企业主动合规的步伐。在反垄断执法实践中,具有特殊影响力的利益集团,通过贿赂执法人员等寻租活动,使执法者被“俘虏”并参与分享垄断利润的案例绝非凤毛麟角。如作为行业主管机构的美国联邦通讯委员会(FCC)被媒体巨头俘获,实施所谓的“企业社会主义”(corporate socialism)政策。该政策在形式上加强了企业卡特尔的运行,其结果是消费者税负加重、小企业更穷、新的竞争者无法进入,创新被扼杀、消费者的选择更少。^[84]由于反垄断执法机构必须经常调查涉案企业,难免会涉及企业的商业秘密或者真实信息,为维护公众对其公平性的感知,澳大利亚 ACCC 制定了严格的程序来识别和恰当管理任何可能产生的利益冲突。2012年,ACCC 再一次修订了《委员会成员和准成员行为准则》。该准则规

[80] 参见徐士英、应品广:“竞争文化的培育和发展——从日本竞争主管机关竞争执法、竞争推进谈起”,《江苏大学学报(社会科学版)》2011年第5期。

[81] Rughvir (Shyam) Khemani, Competition Policy and Economic Development, <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:WBn7l7AlEakJ:internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc414.pdf+competition%2Bculture&hl=en&sig=AHIEtbSbgDpTt1gjifqLeZbupX6afBGnAg>.

[82] Christine Parker, *Supra* note[2], pp. 591—612.

[83] ICN, *Supra* note[23], p.21.

[84] See Hannibal Travis, “Of Blogs, eBooks, and Broadband: Access to Digital Media as a First Amendment Right”, 35 *Hofstra Law Review*, 1519—1582(2007).

定:①ACCC的任何成员及雇员每年必须书面声明其实际存在的、显而易见或者是潜在的利益冲突。这份声明必须获得综合办公室负责人的许可且必须保存在信息中心,以确保ACCC的委员会成员与准成员参与其有利害关系的案件的执法工作。②ACCC的委员会成员与准成员必须每年递交一份个人利益声明,详细阐述配偶的职业位置。③ACCC的委员会成员与准成员不得收受礼物或者接受邀请。如果存在此种情况必须向委员会说明。〔85〕

在当下中国,反垄断法实施仅仅5年,反垄断执法机构公布的案件及人民法院已经审结的反垄断案件为数不多,但是透过这些为数不多的案件,如缺乏对优势地位传导过程分析的可口可乐并购汇源公司案、“拍了苍蝇没有打老虎”的电信门案件、〔86〕没有相关市场界定过程的人人公司诉百度案、〔87〕相关市场界定匪夷所思的奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案等,〔88〕我们仍可以发现,我国反垄断执法机构已然走出“躺在匣中睡眠”的境遇,〔89〕积极执法、司法的愿望蠢蠢欲动。在执法机构、司法机构竞争执法律人才与竞争法律知识储备不足的背景下,对中国反垄断法律实施机构而言,犯“错杀”错误的可能性更大。避免“错杀”是维护执法声誉、提升公众公平感知,是改善反垄断合规制度运行的外部环境的主要路径之二。为此,反垄断执法机构必须着力竞争宣传,提升整个社会的竞争文化水平,使企业及公众明白执法机构正在实施的规制政策不是不公平的,执法机构行使权力的程序是公正的且其动机值得信任,〔90〕以避免由于企业对规制行为不公平感知的偏见而对合规制度的推进造成没有必要的、长期的负面影响。

(三)提高执法行为的透明性、确定性

执法机构必须关注政策的透明性、确定性。可以采取的措施包括:①积极为企业提供可用的合规指南。企业需要获知的反垄断合规内容不尽相同,英国、澳大利亚、加拿大等国分别为大企业与中小企业提供了不同版本的反垄断合规指南,美国执法机构则提倡由行业协会为企业提供可用的合规制度模板。在中国,垄断行为、反垄断法律制度还与中国许多企业相距较远,因此,执法机构可以借鉴ACCC、JFTC早期的做法,亲自为企业或者行业协会制定合规制度操刀或者挖掘充当政府与企业的桥梁和纽带的行业协会的潜能,鼓励行业协会通过制定行业合规指南、协助成员举办合规教育培训、协助成员了解法律修改的动态等来帮助企业建立有效的合规制度。②颁发“合规证书”、建立合规激励制度。这是来自巴西和韩国的经验。为激励企业自主建立反垄断合规制度,巴西第14/2004号条例规定,对符合法定标准的条件的企业,SDE可以为其颁发“合规证书”。“合规证书”可以证明持证企业具备正式的反垄断合规制

〔85〕 See ACCC, *ACCC annual report 2011-12, Part 4: Management and Accountability*, p. 169.

〔86〕 指发改委对中国联通、中国电信的执法。参见吴敬琏:“建议邮电报和央视搞电视辩论”,载《羊城晚报》2011年11月12日,第A2版。

〔87〕 详见北京市高级人民法院(2010)高民终字第489号民事判决书。

〔88〕 详见广东省高级人民法院(2011)粤高法民三初字第2号民事判决书。

〔89〕 参见马宏建:“(反垄断法)实施14个月忧中见喜”,<http://theory.people.com.cn/GB/10417274.html>.

〔90〕 Tom R. Tyler & Yuen J. Huo, *Supra* note〔19〕, pp. 5-7.

度且企业管理层倡导反垄断合规文化。^{〔91〕} 韩国 KFTC 在 2006 年建立了一个评分体系来考察企业合规制度,对符合一定条件的企业颁予“合规证书”。评价因素包括:合规制度的结构性要素、运营型要素、持续性维持要素是否形成均衡体系、企业自上而下是否形成自主合规的文化等。对于获得 AAA 级别的企业,KFTC 明确给予 20% 以内的责任减轻且免受 KFTC 主动调查 2 年,对于 AA 级别企业给予 15% 以内的责任减轻且免受 KFTC 主动调查 1.5 年,对于 A 级别企业给予 10% 以内的责任减轻且免受 KFTC 主动调查 1 年。^{〔92〕} 对于正在逐步建立反垄断合规制度的中国而言,借鉴具有类似竞争文化成长路径的韩国的经验,明确“合规证书”获取与取消的资格条件与程序、详细规定各个级别企业的优惠幅度都是必要的。

五、结 语

“在市场社会,竞争无时不涉,无地不涉,无事不涉,无人不涉”。^{〔93〕} 作为“获致繁荣和保证繁荣的最有效的手段”,^{〔94〕} 竞争在给企业带来机遇的同时,也给企业埋下了反垄断风险“祸根”。企业要在激烈的市场竞争中求得生存与发展,要在各种风险中立于不败之地,它就必须制定有效的反垄断合规制度并确保其有效实施。合规制度的能量释放是缓慢的,它与一国的竞争文化水平息息相关。在中国这个市场经济体制运行时间不长的国度,年轻的“反垄断法”在实施过程中尚未展现出它应有的价值。要改变这种状况,反垄断执法机构除了秉公执法,还需着力竞争推进,让公众感受竞争的益处,引领企业主动建立有效的反垄断合规制度。当然,合规的价值一旦被发现,那么,它将作为企业所推崇的基础价值而深深烙印在企业文化中。有效合规绝对不是反垄断合规指引的终点,有效合规最后必定走向超越合规。

(责任编辑:邓 峰)

〔91〕 See *Brazilian Law* (Ordinance No. 14/2004).

〔92〕 See KFTC, *Fair Trade Compliance Program*, 2006, pp.5-6.

〔93〕 邱本:“论市场竞争法的基础”,《中国法学》2003 年第 4 期。

〔94〕 (德)路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,祝世康、穆家骥译,商务印书馆 1983 年版,页 10。