

救济制度适用于事后调查类垄断案件研究

——兼议新《反垄断法》的遗留问题

郝俊淇

摘要：反垄断救济并非专属于经营者集中控制。针对垄断协议、滥用市场支配地位等事后调查类垄断案件的救济，不是制裁、惩戒或处罚，而是为有效终止违法行为并消除行为对竞争的不利影响所采取的必要措施。制止违法行为、预防违法行为再次发生、恢复市场竞争是事后调查类垄断案件救济的三个核心目标。结构性救济涉及对企业产权的重新分配，旨在削弱企业实施垄断行为的动机和能力，具体包括拆分救济和剥离救济。行为性救济涉及对企业契约自由以及产权行使方式的限制，旨在持续性地规范企业行为以及企业之间的交易关系，具体包括行为救济和绩效救济。结构性救济和行为性救济各具潜在优劣，行为性救济并非当然优先于结构性救济。新修正的《反垄断法》有关法律责任的规定，进一步加深了“重制裁、轻救济”的问题，遗留了适用于垄断协议、滥用市场支配地位的救济制度及其法律依据的体系性缺陷。

关键词：事后调查类垄断案件；制裁；救济；结构性救济；行为性救济

〔中图分类号〕D912.294

〔文献标识码〕A

〔文章编号〕2096-6180 (2022) 05-0057-18

长期以来，理论和实务界言及反垄断救济（antitrust remedy），大多聚焦或限定于适用事前申报的经营者集中控制。^{〔1〕}然而，无论是（反竞争的）经营者集中，还是滥用市场支配地位、垄断协议，本质上都是企业通过单独或联合方式损害市场竞争进而形成、维持、加强垄断势力的手段，因而滥用市场支配地位、垄断协议等涉嫌违法行为的事后查处实际上也应涉及救济问题。如果反垄断执法机构认定了垄断违法行为，却不能找到适当的救济措施解决案件中的竞争问题、消除行为对竞争的不利影响、恢复可行有效的市场竞争条件，不仅前期投入的时间、资源、努力可能成为徒劳之举，而且反垄断执法的价值和反垄断法目标的实现也会受到制约。新修正的《中华人民

〔作者简介〕郝俊淇，法学博士，中国社会科学院法学研究所助理研究员。

〔基金项目〕国家社会科学基金青年项目“新发展阶段资本规范健康发展的经济法保障研究”（项目批准号：22CFX037）。

〔1〕代表性研究成果，参见丁茂中：《经营者集中控制制度中的资产剥离问题研究》，上海社会科学出版社2013年版；韩伟：《经营者集中附条件法律问题研究》，法律出版社2013年版；刘武朝：《经营者集中附加限制性条件制度研究：类型、选择及实施》，中国法制出版社2014年版；叶军：《经营者集中附条件研究：欧美反垄断法律移植和中国本土化经验》，法律出版社2022年版。

共和国反垄断法》(下称《反垄断法》)大幅提升了垄断违法行为的罚款制裁力度和惩戒威慑效果⁽²⁾,但对于垄断协议和滥用市场支配地位的救济制度却未作应有的改进,反垄断执法机构施加救济的法律依据和潜在措施仍仅限于“责令停止违法行为”⁽³⁾。相较于事前经营者集中控制和违法实施经营者集中的救济制度及其法律依据——“禁止经营者集中的决定”“附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件”“责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态”⁽⁴⁾,《反垄断法》对垄断协议和滥用市场支配地位所构建的救济制度怎一个“轻”字了得?有鉴于此,笔者对适用于垄断协议、滥用市场支配地位的反垄断救济的概念内涵、目标定位、基本类型作初步探讨,以期对反垄断法规范的完善和执法实践的改进有所助益。

一、事后调查类垄断案件的“救济”界定

任何事后调查类垄断案件的处理都涉及两个方面的任务,即垄断行为的认定和救济措施的设置。正是由于难以对不公平高价、拒绝交易、纯粹相互依赖的寡头平行定价⁽⁵⁾等行为设计适切的、可管理的救济措施,有人建议不应该用反垄断法调整这些行为。⁽⁶⁾类似的观点认为,“如果没有可行和实际的救济措施,法院或执法机构不应认定企业的行为违法”⁽⁷⁾,以及“如果不能很容易地修复一个东西,这个东西就没有坏”⁽⁸⁾。这些认识模糊了责任标准和救济措施之间的界限。在处理事后调查类垄断案件时,虽然及早考虑适当的救济措施是有益的,但违法行为认定和救济措施设置是两个相对独立的问题,不应混淆。这就好比检察机关不会因为人死不能复活就干脆不起诉杀人者。实际上,行为被认定违法至少为罚款(罚金)、没收违法所得、私人索赔等制裁奠定了基础。那么,这些制裁手段是否就是救济措施?这涉及制裁与救济的关系,以及反垄断救济的内涵问题,有必要予以辨析。

(2) 时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,载《中国法律评论》2022年第4期,第164页以下。

(3) 根据《反垄断法》第56条和第57条的规定,经营者违反本法规定,达成并实施垄断协议/滥用市场支配地位的,“由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”。

(4) 参见《反垄断法》第34条、第35条和第58条。

(5) 对于纯粹相互依赖的寡头平行定价,无论适用滥用共同市场支配地位还是协同行为的规范路径,即便解决了行为定性问题,最终也面临棘手的救济问题。与此相关的探讨,参见时建中:《共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究》,载《中国法学》2020年第2期,第89页以下;江山:《反垄断法上协同行为的规范认定》,载《法商研究》2021年第5期,第187页以下。

(6) “任何法院都不应对其无法解释或充分而合理地监督的案件施加交易责任。当强制准入(compulsory access)要求法院承担监管机构的日常控制时,该问题应被反垄断法视为不可救济。”Phillip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 Antitrust Law Journal 841, 853 (1989).

(7) OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases: National Contributions of United States*, OECD (5 July 2022), <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>, p.178.

(8) Quoted from Per Hellstrom, Frank Maier-Rigaud & Friedrich Wenzel Bulst, *Remedies in European Antitrust Law*, 76 Antitrust Law Journal 43, 49 (2009).

（一）广义的反垄断救济：垄断行为的法律责任方式

在普通法和法律经济学传统中，“法律救济”一词十分常见，一般是指“对侵犯一项权利的预防和矫正”，或者“保护一项权利的行动或诉讼”。^{〔9〕}此即法谚所谓“无救济即无权利”。在宽泛意义上，我们可以将“法律救济”对应于法律规则逻辑结构中的法律后果（违法后果），也就是说，“一个法律规则的效果模式，就是违反这一规则所需承担的法律后果，亦即基于这一规则所能寻求的法律救济”。^{〔10〕}进一步而言，只要一项利益成为法益，比如反垄断法所确认和保护的竞争利益（基础法益）^{〔11〕}以及效率利益、创新利益、消费者利益、社会公共利益等衍生法益^{〔12〕}，就意味着国家必须为之提供相应的法律救济，即如果法益受到侵犯就会产生相应的法律责任。^{〔13〕}所以，广义的法律救济等同于法律责任，即违反第一性法定义务而招致的第二性义务，亦即国家“对违反法定义务、超越法定权利界限或滥用权利的违法行为所作的法律上的否定性评价和谴责，是国家强制违法者作出一定行为或禁止其作出一定行为，从而补救受到侵害的合法权益，恢复被破坏的法律关系（社会关系）和法律秩序（社会秩序）的手段”。^{〔14〕}

在宽泛意义上，我们也可以把反垄断救济视作反垄断法律责任。并且，反垄断救济的可能范围，与反垄断法律责任的实现方式密切相关。^{〔15〕}法律责任根据实现方式的不同，可分为制裁性/报应性/惩罚性法律责任（统称制裁性法律责任）和保护性/补救性/恢复性法律责任（统称保护性法律责任）。^{〔16〕}由此推演，所谓制裁性反垄断救济，是以法律的道义性为基础，通过国家强制力对责任主体实施的以惩罚和威慑为主要内容的法律制裁，如作为民事制裁的损害赔偿，作为行政制裁的罚款、没收违法所得，作为刑事制裁的自由刑、资格刑、罚金刑，等等。^{〔17〕}与之不同，保

〔9〕 Ioannis Lianos, *Competition Law Remedies: In Search of a Theory*, UCL (5 July 2022), https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10045075/1/Lianos_cles_3_2011new.pdf.

〔10〕 凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，载《中国法学》2012年第6期，第6页。

〔11〕 竞争是市场经济的核心机制，是现代国家获得经济增长与繁荣的最有效手段。基于此，可以说竞争利益是反垄断法确认和保护的基础法益。参见金善明：《竞争治理的逻辑体系及其法治化》，载《法制与社会发展》2020年第6期，第105页。

〔12〕 反垄断法通过保护竞争所实现的利益是“结果开放”的。参见〔德〕丹尼尔·茨曼：《处在三岔路口的欧盟竞争政策》，袁嘉译，载王晓晔主编：《反垄断法实施中的重大问题》，社会科学文献出版社2010年版，第6页。

〔13〕 自此也可以说，“无救济则非法益，非法益则无救济”。这些救济可以来自司法也可以来自行政，既包括民事救济也包含刑事制裁，既包含经济补偿也包含行政处罚。Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harvard Law Review 1089, 1090 (1972).

〔14〕 张文显：《法哲学范畴研究》（修订版），中国政法大学出版社2001年版，第127页。

〔15〕 法律责任存在两个层次的问题，即责任关系和责任方式。所谓法律责任实现方式，简称责任方式，是指承担或追究法律责任的具体形式，如刑事处罚、行政处罚、赔偿损失等就是这种责任方式的具体化。参见张文显主编：《法理学》（第3版），法律出版社2007年版，第202页。

〔16〕 法律责任体系的构建必须从惩罚与补救两方面来思考。参见刘水林：《经济法责任体系的二元结构及二重性》，载《政法论坛》2005年第2期，第96页。

〔17〕 国内学者较为重视对制裁性反垄断救济的研究，代表性的研究参见黄勇、刘燕南：《垄断违法行为行政处罚计算标准研究》，载《价格理论与实践》2013年第8期，第26页以下；王健、方翔：《反垄断没收违法所得适用的现实困境与解决思路》，载《竞争政策研究》2018年第1期，第20页以下；金善明：《论垄断行为入罪化的限度》，载《北京工业大学学报（社会科学版）》2017年第6期，第68页以下。

保护性反垄断救济是以法律上的功利性为基础,由责任主体通过作为或不作为的形式主动履行和实现义务,或者由国家强制力作为最终保证、要求责任主体以作为或不作为形式履行和实现义务,进而对反垄断法所确认的法益形成补救或保护。例如,我国《反垄断法》上的“禁止经营者集中的决定”^{〔18〕}“附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件”“责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态”以及“责令停止违法行为”,都属于保护性反垄断救济的范畴。实际上,保护性救济措施的外延宽泛,在责任实现方式上兼具商谈性、自行性、强制性等多重性质。因此有学者认为,不应将法律责任和法律救济的概念等同起来,因为“责任引发法院和反垄断执法机构在救济问题上的自由裁量”。^{〔19〕}然而,这种观点明显混同了法律责任关系和法律责任方式,未意识到责任方式与救济措施的同一性。换言之,为了切实维护反垄断法确认的法益,法律责任关系中的义务可能有多种实现方式,需要反垄断执法机构依法予以细致化确定,少不了基于具体情境的裁量。

(二) 狭义的反垄断救济: 制裁与救济的区分

尽管在理论上可以把罚款、没收违法所得、损害赔偿、罚金刑、自由刑等制裁手段都纳入事后案件反垄断救济的范畴,但从大多数法域的情况看,人们一般将事后案件的反垄断救济作狭义理解和界定,即只包含保护性救济。^{〔20〕}也就是说,“虽然在竞争政策的背景下,救济和制裁这两个词有时可以互换使用,但二者有不同的含义,而这种差异很重要……一般来说,救济是旨在终止违法行为及其反竞争影响,防止其再次发生,并恢复竞争的措施。制裁通常旨在阻止未来的非法行为,赔偿受害者,并迫使违法者返还非法所得”。^{〔21〕}以欧盟竞争法为例来看,欧盟委员会在垄断协议、滥用市场支配地位案件中施加救济的权力源于《欧盟理事会第1/2003号条例》第7条的规定,即“如果委员会根据申诉或主动地查明,确有违反条约第81条或第82条的行为,可以作出决定,要求相关企业和企业协会终止其违法行为。为此,委员会可以对其采取与违法行为相称的,且为有效终止该违法行为所必要的任何行为救济措施或结构救济措施”。^{〔22〕}不同的是,欧盟委员会作出罚款、日罚款等处罚的权力源于该条例第23条和第24条的规定。可见,救济和制裁是彼此相对独立的规范领域。与此同时,欧盟学者一般认为,“救济的目标是有效终止违法行为。

〔18〕 禁止企业集中通过预防市场结构条件的持久性不利变化,限制了企业实施垄断协议、滥用市场支配地位等违法行为的动机和能力,是一种化解竞争问题的长效救济机制。类似的认识,“……在这一种情况下,唯一可行的救济是通过禁令阻止该兼并”。[美]理查德·波斯纳:《反托拉斯法》(第2版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第315页。

〔19〕 Ioannis Lianos, *Competition Law Remedies: In Search of a Theory*, UCL (5 July 2022), https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10045075/1/Lianos_cles_3_2011new.pdf.

〔20〕 不过也有例外,如美国反托拉斯法就采取了广义的救济概念,救济不仅包括罚金刑、自由刑、追缴违法所得等制裁措施,也包括行为性或结构性保护措施。OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases: National Contributions of United States*, OECD (5 July 2022), <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>, p.173-179.

〔21〕 OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases: Background Note*, OECD (5 July 2022), <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>, p.20.

〔22〕 许光耀主编:《欧共体竞争立法》,武汉大学出版社2006年版,第263页。

原则上，罚款不是救济，救济也不是惩罚（制裁），救济不包含任何赔偿或返还（compensation or restitution）。救济是前瞻性的”。^{〔23〕}

考虑国际通行实践以及中国反垄断法无论在实体制度还是实施制度上都大量借鉴了欧盟竞争法的经验，同时考虑救济的本意是补救、恢复、保护受到不法侵害的权利或法益，不是为了惩罚、处罚或警戒相关企业^{〔24〕}，本文采取制裁与救济相互区分的立场，即对事后案件的反垄断救济作狭义理解和界定，亦即救济是为有效终止违法行为并消除行为对竞争的不利影响，由反垄断执法机构责令企业采取的任何必要的行为性或结构性措施。

二、事后调查类垄断案件的救济目标定位

事后调查类垄断案件的救济宗旨是有效终止违法行为并消除行为对竞争的不利影响。该宗旨包含三个维度的目标：一是制止违法行为；二是预防违法行为再次发生；三是恢复市场竞争。

（一）制止违法行为

当滥用市场支配地位或垄断协议得到认定，制止违法行为是一个显而易见且必不可少的救济目标。^{〔25〕}制止违法行为，可以避免竞争利益、效率利益、创新利益、消费者利益、社会公共利益进一步恶化，有助于及时止损。实现这一目标的具体措施（法律责任方式）在各法域有不同的称谓，欧盟竞争法称之为“停止和终止令”（cease and desist order），美国反托拉斯法称之为“禁止性禁令”（prohibitory injunction），中国反垄断法称之为“责令停止违法行为”。其实，这些措施具有某种宣示性色彩。因为反垄断法关于滥用市场支配地位和垄断协议的禁止性规定是自动生效的（self-executing），即使反垄断执法机构没有下达任何救济命令，这些禁止性规定也对每个企业施加了不得从事滥用市场支配地位和垄断协议的义务。换句话说，一旦企业的行为被认定违法，企业本就应该立即停止违法行为，并采取一切必要措施，以遵守这些禁止性规定。^{〔26〕}然而，企业不一定有健全的合规意识、积极的合规意愿、完备的合规资源。由反垄断执法机构责令停止违法行为，并非没有意义，而是可起到明确相关义务和行为规则、督促企业积极整改的作用，还有助于私人向法院提出民事索赔。如果反垄断执法机构确信只要责令停止违法行为就可以有效终止违法行为并消除行为对竞争的不利影响，则没有必要采取其他救济措施。对于大多数垄断协议而言，如果预期罚款等制裁措施足以阻吓违法行为再次发生，情况可能就是这样。

不过，救济的目标仅仅满足于制止违法行为是存在重大缺陷的。首先，在很多情况下，违法

〔23〕 Cyril Ritter, *How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?*, 9 Journal of European Competition Law & Practice 587, 588 (2016) .

〔24〕 Per Hellstrom, Frank Maier-Rigaud & Friedrich Wenzel Bulst, *Remedies in European Antitrust Law*, 76 Antitrust Law Journal 43, 50 (2009).

〔25〕 丁茂中：《垄断行为法律责任条款实施困境的消解》，载《法学》2017年第9期，第158页。

〔26〕 Cyril Ritter, *How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?*, 9 Journal of European Competition Law & Practice 587, 590–591 (2016) .

行为虽已停止,但行为对竞争的不利影响仍存在,企业还应当采取积极行动消除不利影响。其次,即便具有自行合规的义务,但企业未必有充分的意愿和能力将自己的行为调整到符合反垄断法。为了提升反垄断执法实效,有必要向企业制订和阐明其应当切实履行的具体义务以及需要积极采取的措施。最后,就实现预防违法行为再次发生和恢复市场竞争的目标而言,责令停止违法行为往往力所难及。这就好比抓住了一个罪犯,却只告诉他“不要再犯罪了”,这显然是一种无效的刑事政策。

(二) 预防违法行为再次发生

预防和制止垄断行为是反垄断法的两个基础性目标。预防垄断行为不仅体现在事前经营者集中控制、前置式反垄断监管等实体制度中⁽²⁷⁾,也体现在各种行为性和结构性救济制度中。有效终止违法行为,不仅需要及时制止违法行为,通常还需要采取适当的措施预防相同或类似违法行为再次发生。这意味着,救济制度及其具体措施应兼顾以下三方面的考虑。

其一,救济应确保违法行为为无利可图,消除企业继续从事相同或类似违法行为的动机。其实,救济的预防目标和制裁的威慑目标是一体两面的关系。通过对责任主体施加罚款、没收违法所得、损害赔偿、罚金刑、自由刑等制裁,确保企业不能从违法行为中获得任何利益,形成恰如其分的威慑效应,无疑是预防和劝阻相关企业不再从事违法行为的一种有效举措。⁽²⁸⁾ 尽管本文区分了制裁与救济,但制裁也是广义上的救济。⁽²⁹⁾ 虽然其直接目标是惩罚和威慑,但可间接起到特别预防和一般预防的作用,对反垄断法确认的法益具有一定的补救性、恢复性、保护性意义。也就是说,制裁作为一种广义救济,是反垄断法预防机制不可或缺的一部分。

其二,为更好地实现救济的预防目标,需要反垄断执法机构明确企业不得从事的违法行为及其相关特征和细节。因为实施垄断行为有许多策略维度,如价格、数量、质量、创新、交易相对人的选择等,仅仅着眼于某一策略维度制止违法行为,不足以防止企业通过其他策略维度实施类似违法行为。一般而言,对违法行为及其特征和细节的界定越狭窄,替代性策略维度越宽泛,救济措施预防类似违法行为再次发生的可能性就越小;相反,对违法行为及其特征和细节的界定越宽泛,替代性策略维度越狭窄,但救济措施就越可能取代市场竞争而成为代价高昂的管制。例如,在美国司法部诉微软案中,焦点在于微软采取反竞争行为打压第三方提供的网景浏览器。浏览器被视为一种桌面中间件(middleware)⁽³⁰⁾,是新进入者与微软垄断的 Windows 操作系统竞争的重要潜在推动者。该案面临尤其复杂的救济考量,即为了预防微软在将来实施

(27) 时建中、郭江兰:《论平台经济领域前置式反垄断监管》,载《探索与争鸣》2021年第9期,第44页以下。

(28) 王健、方翔:《威慑理念与我国反垄断制裁的有效协调》,载《经贸法律评论》2019年第2期,第113页以下。

(29) 在美国,违法所得追缴、三倍损害赔偿、刑事罚金、监禁等制裁手段,都被视作反垄断救济措施。Einer Elhauge, *Disgorgement as an Antitrust Remedy*, 76 Antitrust Law Journal 79 (2009).

(30) 中间件充当了 Windows 操作系统和运行在该系统上的软件之间的转换层。确保中间件对其所使用的 API 的访问,软件开发就可以为微软的网络浏览器设计软件,并且这些浏览器仍然可以与 Windows 操作系统交互,从而提供了 Windows 操作系统的性能,对其形成了一定的替代效应。

类似反竞争行为，协议互操作的要求只适用于网景浏览器？还是适用于任何桌面中间件？抑或适用于不存在于桌面的潜在中间件（如服务器）？甚至适用于任何提高进入壁垒的反竞争行为？^{〔31〕}

其三，根本性地预防违法行为再次发生，可能需要消除滋生违法行为的结构性诱因。在一些案件中，单纯施加罚款等制裁手段或者采取行为性救济措施，无法削弱企业继续从事类似违法行为的动机和能力，因而有必要采取拆分、剥离等结构性救济措施。也就是说，企业之所以实施滥用市场支配地位、垄断协议等违法行为，根源在于其自身的结构问题和固有的利益冲突，如果不改变其结构，持久和反复的违法行为风险就一直存在。例如，占据电信网、铁路网等“必需设施”的支配企业同时在其他竞争性环节开展经营，往往会对竞争对手实施利润挤压、搭售捆绑、歧视性待遇等滥用市场支配地位行为，解决和预防这种“自动滥用”风险的潜在救济措施是对企业实行拆分，改变其行动激励。又如，在反复发生共谋行为的紧凑型寡头市场，仅仅责令停止违法行为或科处罚款恐怕于事无补，而需要采取能够削弱企业共谋动机和能力的必要措施，如资产剥离、股权剥离、解除人事连锁等，甚至可以通过政府补贴塑造企业之间的非对称结构，以此消除共谋的根本诱因。^{〔32〕}

（三）恢复市场竞争

滥用市场支配地位和垄断协议是企业通过单独或联合方式损害竞争，进而形成、维持、加强垄断势力的违法行为。借助该等行为，企业可以积累规模、范围、网络、数据、流量、技术、资本、产品、服务、生态等方面的强大在位优势，构筑竞争对手难以逾越的进入壁垒，甚至导致极度窒息竞争的市场倾覆（market tipping）。仅仅责令停止违法行为或者采取罚款、没收违法所得等制裁手段，在位企业仍可能继续受益于非法垄断优势。所以，有效终止违法行为并消除其不利影响的关键要义还在于：救济应当直击在位企业的非法垄断优势，恢复被垄断行为破坏的市场竞争条件，即恢复若无违法行为的情况下本应存在的市场竞争状况。恢复市场竞争被认为是反垄断救济的最终目标。^{〔33〕}在美国最高法院看来，仅仅制止反竞争行为是不够的，法院应该“对一个因被告的非法限制而关闭的市场开放竞争”。^{〔34〕}

〔31〕 该案中，法院要求微软公开中间件（针对网络浏览器和服务器）使用的 API，以访问或调用 Windows 操作系统中的相关服务和文档。United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

〔32〕 Michal S. Gal, *Reducing Rivals' Prices: Government-Supported Mavericks as New Solutions for Oligopoly Pricing*, 7 Stanford Journal of Law & Business, and Finance 73 (2001).

〔33〕 Thomas E. Sullivan, *Antitrust Remedies in the U.S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality*, 48 Antitrust Bulletin 377, 424 (2003).

〔34〕 International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392, 401 (1947). 反垄断执法的目的在于“纠偏”，行为违法性认定属于查“偏”，但如果只认定“偏”而不能“纠”，认定过程也就失去了实际意义。参见李鑫：《我国〈反垄断法〉救济措施的缺位与补正》，载《竞争政策研究》2022年第2期，第63页。

恢复性救济措施的直接目标是纠正竞争损害、降低进入壁垒。⁽³⁵⁾ 因此,在不扭曲违法者将来的创新投资和效能竞争激励的前提下,可能有必要在一段合理时间内给予竞争对手相对于违法者的某种优势。例如,可以要求违法者承担向竞争对手提供产品开发、产品分销、市场开拓、信息披露、财务或技术支持等方面的帮助义务⁽³⁶⁾;也可以强制违法者共享其“非法成果”⁽³⁷⁾;还可以剥离经由违法行为取得的数据、技术、知识产权等资产。总之,恢复性救济的显著特点是为竞争对手争取更有利的地位。这意味着,救济措施不局限于责令停止违法行为,而往往采取肯定性的行为措施以及拆分、剥离等结构性分离措施,且这些措施不必与违法行为存在严格意义上的相关性。例如,将反垄断罚款用于发放消费券、间接补贴竞争对手,可以为市场重新注入竞争。⁽³⁸⁾又如,在美国铝业公司案中,法院认为,处置租给铝业公司的国有工厂将恢复“自由独立的私营企业,打击垄断,并增强小型竞争对手的实力”。⁽³⁹⁾为此,法院授权一个特设政府委员会将这些工厂以折扣价卖给了美国铝业公司的竞争对手。

三、事后调查类垄断案件的救济类型

与事前经营者集中控制的救济类型相似⁽⁴⁰⁾,结构性救济和行为性救济是事后调查类垄断案件救济的两种基本类型,二者涵盖不同的具体措施。

(一) 结构性救济

就有效终止违法行为并消除行为对竞争的不利影响而言,结构性救济具有至关重要的作用。一般认为,结构性救济涉及对产权的重新分配和企业行动激励的改变,遵循“彻底切断原则”(clean break principle),不需要在企业之间建立持续的联系,也不需要反垄断执法机构进行旷日持久的监督,是“旨在恢复市场竞争结构的一次性救济措施”。⁽⁴¹⁾类似地,欧盟委员会认为,“结构性救济是通过转让有形或无形资产的产权,包括转让整个业务单元,有效改变市场结构的措施,其不会导致前所有者和新所有者之间的任何持续关系,且在转让完成后,结构性救济不需要任何进一步的监测”。⁽⁴²⁾结构性救济可细分为两种类别,即拆分救济和剥离救济。

(35) “如果垄断者的市场支配地位受到高进入壁垒的保护,任何不试图降低这些壁垒的法令都无法有效恢复竞争,因此注定会失败。” Edward Cavanagh, *Antitrust Remedies Revisited*, 84 Oregon Law Review 147, 202 (2005).

(36) “欧盟委员会甚至可能迫使违法者付钱,为受到其非法行为负面影响的竞争对手提供积极的产品开发支持。” Per Hellstrom, Frank Maier-Rigaud & Friedrich Wenzel Bulst, *Remedies in European Antitrust Law*, 76 Antitrust Law Journal 43, 59 (2009).

(37) 当支配企业的算法优势源于对非法获取的消费者数据的学习和训练时,可以强制要求违法者向竞争对手共享这种算法。Michal S. Gal & Nicolas Petit, *Radical Restorative Remedies for Digital Markets*, 36 Berkeley Technology Law Journal 617 (2021).

(38) Michal S. Gal & Nicolas Petit, *Radical Restorative Remedies for Digital Markets*, 36 Berkeley Technology Law Journal 617 (2021).

(39) U.S. v. Aluminum Co. of America 148 F. (2d) 416, 446 (2d Cir., 1945).

(40) 叶军:《经营者集中反垄断控制限制性条件的比较分析和选择适用》,载《中外法学》2019年第4期,第1095页以下。

(41) ICN Merger Working Group, *Analytical Framework Subgroup, Merger Remedies Review Project*, Report for the fourth ICN annual conference in Bonn, June 2005, p. 7.

(42) OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases: National Contributions of European Commission*, OECD (8 July 2022), <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>, p.186.

1. 拆分救济

拆分救济着眼于改变导致违法行为反复发生的企业结构，旨在矫正企业基于自身结构和固有利益冲突“自动”实施利润挤压、搭售捆绑、歧视性待遇等滥用市场支配地位行为以及寡头相互依赖的平行定价或平行排斥等垄断行为。比如，运营社交媒体、网络购物、资讯搜索等核心平台业务或“中介基础设施”的超级平台，同时在其他竞争性环节开展业务，这种结构本身蕴含着难以调和的利益冲突和难以化解的排除、限制竞争风险，因而有人建议对此类超级平台及其关联业务实行拆分救济。^{〔43〕}从判例法上看，美国的 AT&T 案可被视为拆分救济的典型案。AT&T 公司被指控滥用其在本地交换电信服务市场的支配地位，垄断了电话设备制造和长途电信服务市场。在与政府达成和解后，AT&T 公司同意进行纵向拆分，成立 7 家区域性运营公司，其自身仅保留了长途电话、设备制造和研发部门。^{〔44〕}

除此之外，一些法域的立法也明确授予反垄断执法机构在事后调查类垄断案件中进行拆分救济的权力。例如，《欧盟理事会第 1/2003 号条例》背景引言第 12 段指出，“只有在企业的结构本身导致持久或反复的违法行为的重大风险时，才能对其在违法行为发生前已存在的结构作出相应的改变”。^{〔45〕}又如，日本《禁止私人垄断及确保公平交易法》第 8 条之四规定，“存在垄断状态时，公平交易委员会可以依照第八章第二节规定的程序，命令事业者转让部分营业或采取其他恢复该商品或者服务的竞争所必需的措施”。^{〔46〕}一般来说，拆分救济须满足严格的限定条件，包括但不限于：（1）在企业结构及利益冲突驱使下，多次实施垄断行为；（2）垄断行为给竞争和消费者造成严重负面影响；（3）其他救济措施无法实现等效作用；（4）拆分不会导致企业内部效率重大损失、经营管理难以为继、竞争能力大幅衰退、投资者和劳工等相关者利益明显受损。

2. 剥离救济

与拆分救济不同，剥离救济着眼于改变因违法行为而存在的企业结构。申言之，如果企业并购其他企业的业务、股权、知识产权、专有技术，通过合同取得其他企业的董事会席位、投票表决权，与其他企业共同设立合营企业、委托相同的销售代理，或者基于单方面行为积累了批量数据、客户合同等优势资产，不正当地形成、维持、加强单个企业或两个以上企业作为共同实体的市场支配力，落入禁止滥用市场支配地位或垄断协议制度的调整范围，那么反垄断执法机构可以要求违法者剥离上述有形或无形资产。其实，上述部分行为也可能受到事前经营者集中控制制度的调整，但在实践中，由于相关企业未履行申报义务（反垄断执法机构在当时亦未及时发现），相关行为未达到申报的形式标准，或者虽经过执法机构审查但因审查疏漏、行为定性不确定以及低估行为反竞争影响而错误批准了本应受到禁止或严格限制的行为，此时，通过事后发起滥用市场

〔43〕 Lina M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, 119 Columbia Law Review 973 (2019).

〔44〕 *United States v. AT&T Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982).

〔45〕 许光耀主编：《欧共体竞争立法》，武汉大学出版社 2006 年版，第 257 页。

〔46〕 时建中主编：《三十一国竞争法典》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 162—163 页。

支配地位或垄断协议案件并对相关行为予以查处,有助于弥补前期执法疏漏,恢复市场竞争结构。例如,Facebook在早年收购Instagram、WhatsApp时未受到美国反垄断执法机构的挑战,但最近美国联邦贸易委员会针对Facebook的垄断行为提起诉讼,要求Facebook剥离包括Instagram、WhatsApp在内的相关业务和资产,并采取其他足以恢复竞争的救济措施。⁽⁴⁷⁾

不过,事后调查类垄断案件中的剥离救济并非都是为了弥补事前经营者集中审查的不足。企业单方面采取滥用市场支配地位行为积累相关资产、改变自身结构、巩固其市场地位,也可能面临剥离救济。例如,数字经济领域的某支配企业,通过平台包抄、隐私政策搭售、强制搭便车等违法行为获取的消费者个人数据集,虽构成企业的重要资产和竞争优势,但由于是非法得来的,可能被剥离给符合一定标准的市场主体。此外,著名的美国Standard Oil案正是剥离救济的典型案。Standard Oil公司被控通过间谍、贿赂、歧视性降价等多种手段垄断了炼油市场和成品油销售市场,法院支持政府诉讼,强制将Standard Oil公司的股权剥离给众多子公司的股东,并将这些子公司重组成34个独立公司。⁽⁴⁸⁾

(二) 行为性救济

在一些情形下,行为性救济可能就足以有效终止违法行为并消除其不利影响。不过,与结构性救济的“彻底切断原则”不同,行为性救济不涉及企业产权结构的改变,旨在持续性地规范企业的行为以及企业之间的交易关系。根据欧盟委员会的定义,“行为性救济是迫使有关企业以特定方式采取行动或摒弃特定反竞争行为的措施,且该等措施的遵守情况须被监督和保障”。⁽⁴⁹⁾行为性救济(behavioural remedy)可细分为行为救济(conduct remedy)和绩效救济(performance remedy)。

1. 行为救济

行为救济的形式多样,其中最常见的是“反射”(mirror)违法行为,即责令企业停止违法行为并采取相应的正确行为。例如,垄断协议的救济是保持独立决策并降低先前共谋状态下的价格或提升先前共谋状态下的产量,拒绝交易的救济是提供供应、许可、接入、互联等交易,搭售的救济是保持产品独立销售,忠诚折扣的救济是取消反竞争的折扣计划,限定交易的救济是不再限制客户与竞争对手合作或不再限制用户多归属,歧视性待遇的救济是保持平等对待,等等。

不过,行为救济远不限于“反射”违法行为。在很多情况下,为了实现预防违法行为再次发生和恢复市场竞争的目标,企业还承担着以特定方式采取行动的肯定性义务。例如,在美国和欧盟的微软垄断案中,受到指控的行为主要是微软的搭售行为,但救济措施没有止步于解除捆绑,

(47) Federal Trade Commission v. Facebook, 1:20-cv-03590 CRC (D.D.C. Dec. 9, 2020).

(48) United States v. Standard Oil Co., 173 Fed. 177 (E.D. Mo. 1909); Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 77 (1911).

(49) OECD, Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases: National Contributions of European Commission, OECD (8 July 2022), <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>, p.187.

而进一步要求微软公开其应用程序编程接口（API）和其他与 Windows 互操作的独立软件所需的技术信息。⁽⁵⁰⁾ 涉及肯定性义务的救济措施还有很多，包括但不限于：（1）修订公司治理规则；（2）重新任命董事会成员；（3）完善平台管理规范；（4）对算法进行审计修改；（5）调整业务线或产品线，以及对会计、法务等功能部门予以行为性分离；（6）变更产品设计和性能；（7）在企业之间或企业内部设置数据、信息、人员的防火墙；（8）采取便利客户或用户（包括其信息和数据）在不同企业或平台之间切换（携转）的措施；（9）披露平台、网络、产品、服务、数据等互操作的技术信息或者对互操作标准予以创建、维护和修订；（10）为增强管网设施互联互通的能力进行投资；（11）为竞争对手提供产品开发、产品分销、市场开拓、财务或技术支持等方面的帮助。

2. 绩效救济

行为救济虽然给企业施加了消极和积极的义务，但大体上仍遵循竞争驱动的市场过程原则。不同的是，绩效救济很大程度上跨过了市场过程，直接规定或禁止某种市场结果。这些措施主要涉及对价格、数量、质量、创新等绩效水平的监管。例如，给定一个产品的具体价格或价格区间，指定特定的产量水平，对产品的质量状况或服务的隐私保护水平予以规定，限制投资、研发支出的结构和方向等。毋庸讳言，由于偏离了竞争驱动的市场过程原则，这些措施更像是行业管制机构的监管手段，不太适合作为反垄断执法机构的救济工具。

在华为公司诉 IDC 公司垄断案中，我国法院综合考虑相关许可费的比对、其他公司实际情况、交叉许可情况以及 IDC 公司相关诉讼情况等各因素，认定 IDC 公司就涉案必要专利许可对华为公司的报价构成不公平的过高许可费，并最终确定 0.019% 的许可费率。⁽⁵¹⁾ 这正是一种典型的绩效救济，合理与否仍值得探讨。⁽⁵²⁾ 相比较而言，我国反垄断执法机构处理了不少不公平高价案件⁽⁵³⁾，其救济通常不直接给定具体的绩效水平，而是在责令停止违法行为（不公平高价行为）的基础上，将如何公平合理定价的权限留给企业，因而更贴近于行为救济。例如，在高通公司垄断案中，针对高通公司收取不公平的高价专利许可费行为，我国反垄断执法机构“责令当事人停止滥用市场支配地位的违法行为”，具体要求之一是，“对为在中华人民共和国境内使用而销售的无线通信终端，当事人不得在坚持较高许可费率的同时，以整机批发净售价作为计算无线标准必要专利许可费的基础”。⁽⁵⁴⁾

(50) Erika M. Douglas, *Monopolization Remedies and Data Privacy*, 24 Virginia Journal of Law & Technology 1, 35–36 (2020).

(51) 深圳市中级人民法院民事判决书，（2011）知民初字第 857、858 号；广东省高级人民法院民事判决书，（2013）民三终字第 305、306 号。

(52) 李剑：《标准必要专利许可费确认与事后之明偏见——反思华为诉 IDC 案》，载《中外法学》2017 年第 1 期，第 230 页以下。

(53) 比如高通公司垄断案、葡萄糖酸钙原料药垄断案、异烟肼原料药垄断案、扑尔敏原料药垄断案、湖北燃气公司垄断案等。参见时建中、焦海涛、戴龙主编：《反垄断行政执法：典型案件分析与解读（2008—2018）》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 275—285 页。

(54) 中华人民共和国国家发展和改革委员会行政处罚决定书（发改办价监处罚〔2015〕1 号）。

四、结构性救济和行为性救济比较

结构性救济和行为性救济具有明显差异：前者涉及对企业产权的重新分配和修改，后者涉及对企业契约自由、交易关系以及产权行使方式的限制；前者通常是毕其功于一役的救济，后者往往需要持续、广泛的监督。结构性救济和行为性救济各具潜在的优劣，并无绝对的孰优孰劣的抽象之分。

（一）结构性救济的潜在优劣

结构性救济的核心优势在于，通过拆分、剥离等措施彻底切断违法者与特定资产的联系，改变企业产权结构和相应市场条件，削弱甚至完全消除了企业从事垄断行为的动机和能力，是一种解决竞争问题的长效机制。相较于行为性救济，结构性救济的优势还体现在：正如企业合并和分立是市场内生机理的一部分，企业拆分重组、资产剥离亦是市场配置动态的典型特征，也即是说，结构性救济措施可融于企业激励结构、预期管理和长期战略框架，使企业专注于继续开展市场业务而不必为行为性义务的遵从或调适分散过多精力和资源，因此更符合市场体系的逻辑。正是由于与市场体系运作的相容性，结构性救济措施并非总是难于设计和实施。其一，拆分、剥离不是无偿征收，而是在公平合理的对价基础上将特定资产出售给市场中的适合买方，不仅利用了市场动态并激活了有效竞争，而且避免了由于反垄断执法机构过多、过细地介入企业决策和行动所导致的风险。其二，当企业由相对独立的单元组成时，可以根据其业务线或功能线较容易地实现拆分、剥离，且这种“彻底切断联系”的一次性救济，原则上不需要反垄断执法机构进行持续的跟踪监督^{〔55〕}，因而实施的成本和负担可能更小。其三，经验表明，在市场需求强劲的情况下，结构性救济不仅更容易实施，而且通过重新点燃竞争引起了创新的爆发和相关企业的快速发展，投资者、劳动者也由此获享增长红利。针对 Standard Oil 公司的剥离救济和 AT&T 公司的拆分救济正是这方面的范例。^{〔56〕}其四，如果说“一个救济体系的基本目标是威慑人们不敢违反法律”^{〔57〕}，那么，仅因从事垄断行为可能遭到结构性拆分或剥离的威慑，可能比单纯的罚款制裁更有助于预防违法行为发生。在此意义上，就垄断协议和滥用市场支配地位的有效规制而言，强制结构性分离是“可以不用但不能没有”的兼具保护性和威慑性的救济措施。

拆分、剥离作为救济措施的理由虽然是充分的，但在滥用市场支配地位和垄断协议案件中的实际运用却不多。重要原因在于，结构性救济往往被认为是“一剂猛药”。^{〔58〕}由于涉及对企业产

〔55〕 不过，结构性救济要有效，一般需要违法者承诺不回购剥离的资产或不将拆分的各部分重组为一家企业。即结构性救济一般附加了上述行为性限制条件，因而需要予以一定程度的监督。

〔56〕 Edward Cavanagh, *Antitrust Remedies Revisited*, 84 Oregon Law Review 147, 195–197 (2005).

〔57〕 [美] 理查德·波斯纳：《反托拉斯法》（第2版），孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年版，第313页。

〔58〕 William Kovacic, *Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, 74 Iowa Law Review 1105, 1144–1146 (1989).

权的修改和重构，它比行为性救济更具干预性，贸然实施不仅可能对企业产权造成侵犯、减损市场主体的投资和创新激励，而且对企业的生产效率、经营管理、相关者利益甚至整个产业的发展和国际竞争力也可能带来负面影响。此外，尽管在企业业务线或功能线清晰的情况下，可以较容易地实现资产分割，但如果企业是紧密整合的，决定哪些资产应当被剥离、剥离给谁，无疑会充满争议且旷费时日。而且，由于有能力的适格买家可能不易找到，资产剥离不一定能创造出成功的、可行的新竞争对手。最后，垄断行为的认定通常历经很长时间，短则数月、长则数年，如果行业环境已发生巨变，姗姗来迟的结构性救济措施变得不适合，一旦实施就很难撤销，可能会造成适得其反的不利后果。

（二）行为性救济的潜在优劣

行为性救济的核心优势是备选措施多样。从责令停止违法行为、解除捆绑、终止折扣计划、非歧视对待、提供许可或接入，到修改平台规则或算法、调整业务线、变更产品设计、创建和维护互操作标准、为竞争对手提供帮助支持，再到价格、产量、质量、创新等方面的绩效调节，这些措施构成了形式丰富的行为性救济谱系。并且，行为性救济措施具有实施上的灵活性，可以根据企业和市场的演变作出调整，以适应各种情况。相比较而言，结构性救济措施达不到此般精细度，无法随着行业发展变化作出及时有效的调适，因而可能对企业 and 市场产生粗糙甚至负面的影响。^{〔59〕}

不过，行为性救济的优势也蕴含着自身的对立面，其虽被广泛运用于滥用市场支配地位和垄断协议案件，但并没有获得良好的声誉。其一，行为性救济措施看似丰富多样，但实际效果可能治标不治本，对化解导致竞争问题的结构性诱因要么是隔靴搔痒、要么力所难及。换言之，行为性救济不足以消除企业实施垄断行为的动机和能力，遗留了后顾之忧。其二，行为性救济措施需要反垄断执法机构持续监督甚至广泛干预。例如，要求违法者向竞争对手分享某项资产（网络、平台、数据、知识产权、专有技术等），不仅需要制订和阐明公平、合理、非歧视的交易条件，还要监督当事方的遵守情况，并可能随市场条件变化不断作出调整。即便施加相对简单的网络中立、平台中立、算法中立等非歧视义务，“歧视”的含义也可能经常引发争议，需要不断介入调解。这些费时费力的“全链条”监督，可能使反垄断执法机构难堪重负。其三，行为性救济极易受到企业的策略性规避。如前文所述，实施垄断行为有许多策略维度，行为性救济往往基于某个策略维度限制企业的垄断势力，但垄断势力可以通过其他策略维度驱动违法行为。理论上，行为性救济的设计可以覆盖所有策略维度，但就像波斯纳所言，“如果为了避免阻止被告合法的竞争行为而只在狭窄的范围内发布禁令的话，它就是漏洞百出而没有效果的，如果为了堵住所有可能的漏洞而在宽泛的范围内发布禁令，它又可能妨碍了企业进行合法的竞争”。^{〔60〕}可见，行为性救济可能总

〔59〕救济被视为具有外科手术的效果，能有效解决市场势力上的担忧，而不会破坏相关行为的效率收益。参见李剑：《经营者集中强制申报制度的实效与转变》，载《交大法学》2021年第4期，第77页。

〔60〕〔美〕理查德·波斯纳：《反托拉斯法》（第2版），孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年版，第321页。

是存在“过”或“不及”的问题。

（三）打破行为性救济优先于结构性救济的迷信

坦率而言，如果企业的垄断势力是根深蒂固、强大且持久的，或者企业结构蕴含着固有的利益冲突因而致使其反复实施违法行为，或者违法行为的可能形式复杂多样且难以预测，那么结构性救济的优势更明显。^{〔61〕}但从实际情况看，行为性救济在滥用市场支配地位和垄断协议案件中的运用，比结构性救济普遍得多。例如，欧盟委员会至今没有在垄断协议案件中使用过结构性救济，仅在 Continental Can 案、Gillette 案、ARA 案等个别滥用市场支配地位案件中使用了结构性救济。与此形成鲜明对比的是，在事前并购审查中，欧盟委员会更普遍地接受结构性救济而非行为性救济，“超过 80% 的附条件并购许可涉及结构性救济”。^{〔62〕}对于这种极端不对称的状况，人们大多将其归因于：一方面，“并购控制禁止反竞争的市场结构因而采取结构性救济措施，事后反垄断规则禁止反竞争行为因而采取行为性救济措施”^{〔63〕}，即“拥有市场支配地位并不违法，违法的是滥用行为，因而旨在终止滥用市场支配地位行为的救济措施首先应该是行为方面的”。^{〔64〕}另一方面，《欧盟理事会第 1/2003 号条例》第 7 条指出，“委员会只有在行为性救济措施无法产生与结构性救济措施同样有效的效果，或实施任何同样有效的行为性救济措施会给相关企业造成更为沉重的负担时，才可以采取相应的结构性救济措施”^{〔65〕}，有人据此认为，“1/2003 号条例明确规定了对行为性救济措施的偏好……强烈地假定（在非并购案件中）结构性救济措施是不相称的”。^{〔66〕}

但是，这种实践状况及相应理由是有失偏颇的。其一，反竞争的经营者集中、滥用市场支配地位、垄断协议都是企业形成、维持、加强垄断势力的手段，皆可能造成市场结构的不当变化，同属于“结构性”垄断行为。将滥用市场支配地位、垄断协议视作“纯粹行为”而预设结构性救济与之的不适配性，有悖于结构性要素在反垄断法运用中的基础地位。其二，无论是事前的经营者集中控制，还是事后的滥用市场支配地位和垄断协议查处，就实现预防违法行为和恢复（维护）市场竞争的目标而言，救济都是前瞻性的。因此，不应束缚于“事前行为—事后行为”的思维定式，不假思索地认为事后调查类垄断案件不需要前瞻性救济，也不能武断地说事前审查类垄断案

〔61〕 Thomas E. Sullivan, *The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled*, 86 Minnesota Law Review 565, 609 (2002).

〔62〕 在 2004 年 11 月至 2018 年 12 月，欧盟委员会作出了 254 个附条件允许集中的决定，其中有 212 个案件包含了结构性补救措施，只有 11 个案件仅包含行为性救济措施。Benjamin Lörscher & Frank P. Maier-Rigaud, *On the Consistency of the European Commission's Remedies Practice*, in Damien Gerard & Assimakis Komninou eds., *Remedies in EU Competition Law-Substance, Process and Policy*, Wolters Kluwer, 2020, p.69–71.

〔63〕 Cyril Ritter, *How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?*, 9 Journal of European Competition Law & Practice 587, 596 (2016).

〔64〕 OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases: National Contributions of United Kingdom*, OECD (9 July 2022), <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>, p.167.

〔65〕 许光耀主编：《欧共体竞争立法》，武汉大学出版社 2006 年版，第 263 页。

〔66〕 R. O'Donoghue & J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, p.676, 683.

件所倚重的结构性救济及相关经验无法适用于事后调查类垄断案件。其三，在实践中，企业集中严重妨碍有效竞争但尚未形成市场支配地位，也可能遭到否决或被施加资产剥离等结构性救济。⁽⁶⁷⁾令人费解的是，很多滥用市场支配地位和垄断协议赤裸裸地加强单独市场支配地位或共同市场支配地位，却只面临行为性救济的“轻触治疗”。这种差别对待显然于理无据，且与以经济效果为基础的反垄断法律方法格格不入。其四，《欧盟理事会第 1/2003 号条例》第 7 条的措辞给理论和实务界产生了错误的印象，助长了行为性救济优先于结构性救济的神话。实际上，行为性救济和结构性救济在逻辑上是“等值”的，其选择和运用只受有效原则、必要原则（相称原则）的约束，换言之，二者没有绝对的孰优孰劣的抽象之分。⁽⁶⁸⁾这意味着，调换第 7 条的措辞亦无不可，即“委员会只有在结构性救济措施无法产生与行为性救济措施同样有效的效果，或实施任何同样有效的结构性救济措施会给相关企业造成更为沉重的负担时，才可以采取相应的行为性救济措施”。⁽⁶⁹⁾

在我国，行为性救济受反垄断执法机构偏爱的程度更甚，结构性救济则被有意或无意地遮蔽了。截至 2022 年 7 月，我国反垄断执法机构审结近 4 000 件经营者集中案件，其中依法禁止可口可乐收购汇源、马士基等设立网络中心、虎牙和斗鱼合并 3 个案件，附条件批准微软收购诺基亚、陶氏化学和杜邦合并等 54 个案件。禁止和救济的比例非常低（不足 1.5%），而且在附条件批准案件中，涉及结构性救济的案件不足一半：7 个案件采取了纯粹结构性救济，18 个案件采取了综合性救济，29 个案件采取了纯粹行为性救济。与此同时，在我国反垄断执法机构查处的 740 余件滥用市场支配地位、垄断协议等事后调查类垄断案件中，没有任何一起案件采用过结构性救济。⁽⁷⁰⁾毋庸讳言，在事后调查类垄断案件中全然依靠责令停止违法行为，完全放弃或无权施加涉及肯定性义务的行为性救济、结构性救济，或者仅仅将结构性救济当作行为性救济的辅助，皆难以全面保障反垄断救济目标的实现，也不足以有效实现反垄断执法的价值。

五、余论：新《反垄断法》遗留的救济制度缺陷

综上所述，事后调查类垄断案件的救济不是制裁、惩戒或处罚，而是为制止违法行为、预防违法行为再次发生、恢复市场竞争，即为有效终止违法行为并消除行为对竞争的不利影响所采取

〔67〕《欧盟并购条例》（2004）确立的“严重妨碍有效竞争标准”拓宽了此前“产生或加强市场支配地位标准”的范围，将“非合作寡头垄断”（未达到共同市场支配地位程度的协调效应）也包括在内。参见〔西〕瓦罗纳等：《欧盟企业合并控制制度：法律、经济与实践分析》，叶军、解琳译，法律出版社 2009 年版，第 133-144 页。

〔68〕《欧盟理事会第 1/2003 号条例》背景引言第 12 段的表述更加客观中性，未带有此种误导性，即“委员会有权采取任何行为性救济或结构性救济，只要根据相称原则，它是终止违法行为所必需的”。许光耀主编：《欧共体竞争立法》，武汉大学出版社 2006 年版，第 256 页。

〔69〕Frank P. Maier-Rigaud, *Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law*, in Philip Lowe, Mel Marquis & Giorgio Monti eds., *European Competition Law Annual 2013*, Hart Publishing, 2016, p.207-224.

〔70〕附条件批准集中的案件情况载于国家市场监督管理总局反垄断执法二司网站。《反垄断法》实施以来，反垄断执法机构审结和查处案件的数量，参见林丽鹏：《强化公平竞争政策实施，深化竞争领域国际合作》，载《人民日报》2021 年 11 月 9 日，第 13 版。

的必要措施,包括拆分、剥离等结构性救济措施和责令停止违法行为、履行肯定性义务等行为性救济措施。

由此来看,现行《反垄断法》对垄断协议和滥用市场支配地位法律责任的规定,存在突出的“重制裁、轻救济”问题。根据《反垄断法》的规定,经营者违反本法规定,达成并实施垄断协议/滥用市场支配地位的,“由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”。这里明确了三种法律责任方式,其中罚款、没收违法所得是典型的行政处罚(制裁)⁽⁷¹⁾;责令停止违法行为不属于行政处罚,而属于补救性行政命令⁽⁷²⁾,是反垄断执法机构施加救济的法律依据——极不充分的法律依据。因为,责令停止违法行为是认定行为违法的自然结果,往往只具有及时止损或防止危害后果扩大的作用,对预防违法行为再次发生和恢复市场竞争力所难及。将反垄断执法机构在事后调查类垄断案件施加救济的权力拘束于“责令停止违法行为”,显然无法保障反垄断执法效能。《反垄断法》的修订本是弥补救济制度缺陷的良机,但从新修正的《反垄断法》相关规定来看,“重制裁、轻救济”问题不仅没有得到缓解,反而进一步加深。一方面,垄断协议和滥用市场支配地位的法律责任方式沿袭旧规,救济制度的法律依据未得到任何补充,救济权限仍限于单薄的“责令停止违法行为”;另一方面,制裁的力度大幅提升,如增加“上一年度没有销售额的,处五百万元以下的罚款”“经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的,可以处一百万元以下的罚款”“违反本法规定,情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的,国务院反垄断执法机构可以在本法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下确定具体罚款数额”等规定。姑且不论以罚款为中心的反垄断法律责任模式是否合理,罚款是否起到了应有的威慑效果⁽⁷³⁾,也不论企业是否只是把反垄断罚款当成了做生意的成本⁽⁷⁴⁾,即便承认罚款有助于预防违法行为、使企业不愿或不敢再从事垄断违法行为,但我们必须认识到,罚款、没收违法所得等制裁手段无法从根本上瓦解违法者的非法垄断势力,也不能恢复因垄断行为而受损的市场竞争条件,进而无法对竞争利益、效率利益、创新利益、消费者利益等反垄断法确认的法益形成全面救济和保障。由于缺少施加广泛行为性和结构性救济的法律依据,我国反垄断执法机

(71) 《中华人民共和国行政处罚法》第9条规定:“行政处罚的种类:……(二)罚款、没收违法所得、没收非法财物;……”

(72) 从行政行为的属性上讲,责令停止违法行为、责令改正等责令措施不是行政处罚,而是行政命令,即补救性行政命令,其本质是行政机关将抽象的法律义务转化为适于违法主体的具体义务和行为规范的意思表示。从意思表示的内部结构看,责令停止违法行为是补救性命令的第一层含义,责令恢复原状是补救性命令的第二层含义。参见胡晓军:《论行政命令的型式化控制——以类型理论为基础》,载《政治与法律》2014年第3期,第80页。

(73) 我国反垄断罚款普遍存在威慑不足的问题,参见王健:《我国反垄断罚款威慑不足的制度成因及破解思路》,载《法商研究》2020年第4期,第109页以下。

(74) 在理论上,如果罚款或其他类型的制裁构成完美的威慑,救济就没有必要了。换言之,在制裁成功阻吓了所有垄断行为的世界里,讨论救济措施是多余的。但在现实中,无法做到完美威慑,甚至违法企业每次支付罚款后,威慑都失败了。Per Hellstrom, Frank Maier-Rigaud & Friedrich Wenzel Bulst, *Remedies in European Antitrust Law*, 76 *Antitrust Law Journal* 43, 48 (2009).

构对滥用市场支配地位、垄断协议案件的处理有过度依赖罚款的倾向，而所谓救济却只能在“责令停止违法行为”的狭窄范围内打转。^{〔75〕}这种严重非均衡的规范配置，容易诱致反垄断执法落入“为罚而罚”的威慑陷阱，造成“只罚不改”的局限效果。

鉴于此，有必要借鉴欧盟等法域的经验，将《反垄断法》针对垄断协议和滥用市场支配地位的法律救济方式暨救济法律依据“责令停止违法行为”，适时更正为“责令采取有效终止违法行为并消除行为对竞争不利影响的必要措施”，或更正为“责令停止、改正违法行为以及采取其他必要措施消除违法行为对竞争的不利影响”。这样，不仅夯实和健全了垄断协议、滥用市场支配地位的救济法律依据，而且使垄断协议、滥用市场支配地位、违法实施（反竞争的）经营者集中在法律责任方式上形成相似构造和连贯逻辑。^{〔76〕}此外，这样做也符合行政执法的原理，即对于垄断协议、滥用市场支配地位等违法行为的处理，反垄断执法机构不应“以罚代改、一罚了事、不教而诛”，而应当遵循“首先纠正违法原则”或“首先排除风险原则”^{〔77〕}，一方面责令违法经营者停止违法行为，以防止危害后果产生和持续扩大，另一方面责令违法经营者改正违法行为，以消除危害后果和风险隐患，恢复可行有效的市场竞争条件。一言以蔽之，救济措施在反垄断法律责任体系中具有基础性和首要性，优先于罚款等制裁手段，罚款的轻重多少反而须考虑经营者服从救济命令并消除违法行为后果的情况。这正是新修正的《反垄断法》在有关确定罚款数额应考虑因素的规定中增加“消除违法行为后果的情况”的原因所在。^{〔78〕}

最后须说明的是，本文是对救济制度适用于垄断协议、滥用市场支配地位等事后调查类垄断案件的初步探讨，重在揭示问题并对救济的内涵、目标、类型及规范完善进行阐述；囿于篇幅限制，未对救济措施的设计、实施作更全面深入的分析。其实，针对事后调查类垄断案件救济运行的制度安排，可借鉴经营者集中救济或附加限制性条件的相关成熟做法，将其作为一个相对有效的经验基础，并寻求进一步的调适或改进。

〔75〕《反垄断法》并未授权执法机构采取“责令停止违法行为”之外的救济措施，这就使得执法机构在禁止这些垄断行为时，很难要求当事人额外履行其他积极义务。参见焦海涛：《平台互联互通义务及其实现》，载《探索与争鸣》2022年第3期，第119-120页。

〔76〕针对违法实施经营者集中的法律责任，新修正《反垄断法》第58条规定：“经营者违反本法规定实施集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。”

〔77〕李洪雷主编：《中华人民共和国行政处罚法评注》，中国法制出版社2021年版，第211页。

〔78〕新修正《反垄断法》第59条规定：“对本法第五十六条、第五十七条、第五十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况等因素。”

The Application of Remedy System to Ex-post Monopoly Cases: The New AML'S Remaining Defects

HAO Junqi

Abstract: Antitrust remedy is not exclusive to ex-ante merger control. The remedy for ex-post monopoly cases such as monopoly agreement and abuse of dominant position is not sanction or punishment, but necessary measures to effectively terminate illegal acts and eliminate the adverse effects of such acts on competition. The three core objectives of remedy for ex-post monopoly cases are to stop illegal acts, prevent illegal acts from happening again and restore market competition. Structural remedy involves the redistribution of undertakings' property rights, which aims to weaken the motivation and ability of undertakings to implement monopolistic behavior, including break-up remedy and divestiture remedy. Behavioral remedy involves the restriction of the freedom of contract and the way of exercising property rights, aiming at continuously regulating the behavior of undertakings and the transaction relations between undertakings, including conduct remedy and performance remedy. Structural remedy and behavioral remedy have potential advantages and disadvantages, and behavioral remedy is not necessarily superior to structural remedy. The legal liability provisions of the newly revised Anti-monopoly Law further deepen the problem of "emphasizing sanction and neglecting remedy", and leave systemic defects of remedy system and its legal basis applying to monopoly agreement and abuse of dominant position.

Keywords: Ex-post Monopoly Cases; Sanction; Remedy; Structural Remedy; Behavioral Remedy

（责任编辑：江山 汪友年）