

文章编号: 1674 - 5205(2014)01-0080-(009)

反垄断行政解释的反思与完善

金善明

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

〔摘要〕 行政解释是我国反垄断执法机构适用《反垄断法》的逻辑前提和工具选择,承载着消弭文本规范与垄断规制间紧张状态的功能。但由于我国现行法律解释体制束缚和反垄断执法经验不足,实际操作中反垄断执法机构通常以原文照搬、语词替换等方式简单处理,进而诱发解释规范低效或无效、同一条文解释不统一、效力位阶不明确等问题,致使行政解释规范虚化或泛化,难以发挥其预期效用。为矫正行政解释中存在的问题、提高行政解释规范的质量,结合我国当前反垄断执法水平和市场经济现状,从积极重塑解释机制、转变解释方式、增设解释监督机制等方面着手,优化我国反垄断行政解释机制和体制、增强解释规范的自恰性和合理性。

〔关键词〕 反垄断行政解释; 法律解释; 垄断规制; 市场竞争

Abstract: Administrative interpretation, which concerns the logical premise where Anti-Monopoly Enforcement Agencies of China implement Anti-Monopoly Law properly, plays an important role in eliminating the tension between the regulation rules in books and the monopoly regulation in practice. However, being confined to the existing system of legal interpretation and few experience of antimonopoly enforcement in China, the agencies usually make the interpretation of Anti-Monopoly Law just in the simple way of copying the original articles or replacing some words of the articles with others and so on, so that the provisions of administrative interpretation seems to be grammaticalized or generalized, which is hard to achieve the expectations. In order to resolve or settle the problems during the interpretation, and improve the provisions of administrative interpretation, it is necessary to optimize the legal interpretation system of Anti-Monopoly Law and strengthen the rationality of interpretation provisions from the perspective of reshaping the interpretative mechanism, transferring the interpretative method and creating the interpretation supervision mechanism.

Key Words: administrative interpretation of anti-monopoly law; legal interpretation; monopoly regulation; market competition

中图分类号: DF411 文献标识码: A

法律必须经由解释,始能适用。⁽¹⁾¹²⁵作为市场经济之高级法,⁽²⁾反垄断法是合理性、正当性与合法性高度统一并充分讲“理”之法,但其法条难以直接套用于实际案例而只是为判断某一行为是否合乎市场经济要求提供一种分析框架或方法,因而解释之于反垄断法适用尤显必要。我国现行法律解释体制下,反垄断执法模式^①促使行政解释成为《反垄断法》适用的逻辑前提和工具选择。与发达市场经济国家相比,我国反垄断法实践经验不足,而且经济生活又具有多样性、多变性、复杂性的特点,反垄断执法与行政解释

更是须臾不可分离,反垄断执法机构在《反垄断法》适用中对法的理解和解释发挥着不可或缺的作用:“一方面斟酌法律之目的,另一方面斟酌具体状况,就个案寻求最妥当的答案”。⁽³⁾²³¹我国反垄断执法机构在《反垄断法》实施伊始便积极通过各种形式和方法对《反垄断法》作相应解读和解释,试图细化、明确

^① 《反垄断法》确立了目前的“双层次、三合一”执法模式,即反垄断委员会与反垄断执法机构两个层次,国家工商总局、商务部与发改委三家行政机关共同执行反垄断法。参见李剑《如何制约反垄断执法机构——反垄断执法机构的独立性与程序性制约机制》,载《南京师大学报(社会科学版)》,2010年第5期,第18页;时建中主编:《反垄断法——法典释评与学理探源》,中国人民大学出版社2008年版,第110页。从实际来看,我国反垄断法采取了行政执法模式,即“执行反垄断法的行政机构不仅有权对案件进行调查和审理,而且有权像法官那样对案件做出裁决,包括在被告不执行裁决时有权实施行政制裁”,“这些行政机关在反垄断法的执行中同时充当了检察官和法官的双重角色”。参见王晓晔《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第403页。

收稿日期: 2012 - 05 - 22

基金项目: 国家社会科学基金青年项目(12CFX074)“反垄断法法益立体保护研究”

作者简介: 金善明(1980—),男,安徽天长人,法学博士,中国社会科学院法学研究所助理研究员。

文本规范的内涵和法律意义。但由于我国反垄断执法机构依“规范—规范”式的惯性思维对《反垄断法》予以解释,实际并未解决反垄断执法中规范不明确或不确定的问题,也即未达至反垄断行政解释之目标。因此,本文拟基于我国市场经济发展水平和反垄断执法情况,对既有的反垄断行政解释进行检讨与反思,并力求从多维度优化我国反垄断行政解释机制,进一步推进反垄断行政解释的合理化,从而明确《反垄断法》规范的内涵和意义,确保《反垄断法》得以有效实施。

一、反垄断执法的逻辑起点:行政解释

解释对反垄断法适用来说至关重要,承载着消弭文本规范与垄断规制间紧张状态的功能。我国《反垄断法》实施虽五年有余,但有关反垄断法解释方面的研究却显得单薄,不仅未能明确需解释什么,更未阐明如何解释等问题。而实践中,我国反垄断执法机构亦未曾停止过对《反垄断法》进行解读或解释,因而需从理论上对反垄断执法机构的《反垄断法》解释活动予以剖析和廓清,同时更需明确执法中所应解释的范畴。

(一) 行政解释:连接文本与市场的纽带

现代社会里,伴随国家调控管理职能的加强,越来越多的法都直接面向行政机关或者由他们负责实施,行政机关的大量解释也是必然的。⁽⁴⁾²⁷² 反垄断法是保护市场竞争、维护市场竞争秩序、充分发挥市场配置资源基础性作用的重要法律制度,也是市场经济国家调控经济的重要政策工具。⁽⁵⁾¹³⁶ 国家藉由反垄断法“预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争”,旨在提高经济效率的同时能够促进社会福利的最大化。基于传统的部门设置和权力分配,我国《反垄断法》创设了现行的反垄断执法模式,以期完成并实现上述目的,因而行政机关对《反垄断法》予以解释便成为反垄断执法工作的重要环节。

反垄断行政解释,顾名思义,就是指享有解释权的行政机关依法对《反垄断法》所作的解释。法律是被解释而理解,被理解而适用,被适用而存在的。⁽⁶⁾ 基于执法模式的不同,反垄断法的解释方式和机制也各异。在采取反垄断司法模式的美国,国会“把如何解释法律禁止范围这一关键性权力交给了联邦法院”,⁽⁷⁾³⁹ 即“基于但不限于先前普通法的一般目的,联邦法院可以创造出联邦反垄断普通法”;⁽⁷⁾²⁵ 而在采取行政执法模式的国家,则由反垄断行政执法机关对反垄断法作预设性的规范性解释并依据积累的执法经验进行适时修订,以细化和完善反垄断法体系。

在行政执法模式之下,无论欧盟抑或日本、韩国等市场经济国家,皆通过反垄断执法机构出台相应的规则对反垄断法文本作先验性或经验性的规范解释。

我国反垄断立法在借鉴和吸收具有相似法系渊源的欧盟、日本等反垄断法制度与实践经验的基础上,沿袭了《反垄断法》出台前的权力格局和执法机制,继而创设了现行的执法模式,行政成为反垄断法实施的关键力量。“解释是行政必不可少的部分,因为行政资源中的语言内涵经常是模糊的、不确定的或抽象的。行政机关的首长与职员为工作便利,必须弥补这些漏洞,解决这些不确定性因素,以及减少抽象而尽量具体化。”⁽⁸⁾ 反垄断法涉及的范围相当广,内容相当多,概念的定义和行为或结构的违法性难以确定。⁽⁹⁾⁷³ 因此,当行政与反垄断相结合时便催生和发展了反垄断行政解释,在法治框架下行政解释则成为市场经济国家开展反垄断执法工作的逻辑前提和关键环节。

在我国,反垄断行政解释理论上包括两种情形:一是享有解释权的行政机关对具体应用《反垄断法》问题所作的具有普遍约束力的规范性解释,其主要依据是1981年全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》相关规定,即国务院及其主管部门对不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题所进行的解释;二是享有反垄断执法权的行政机关在具体执法中就具体垄断案件对《反垄断法》所进行的个别性解释,这种解释法律上并无明确规定,却是反垄断执法中执法机关理解和掌握法律规范并将案件事实涵摄于法律规范的具体保障。前者通常被称为规范性解释,后者则被称为个别性解释,反垄断行政解释从广义上来说包括规范性解释和个别性解释,而狭义上仅为规范性解释。反垄断执法实践中,我国反垄断执法机构所进行的个别性解释很大程度上是依赖于规范性解释所作的二次解释,或者说,我国反垄断执法工作实际是依据反垄断行政规范性解释来适用《反垄断法》并对垄断案件作出的相应裁判。因此,在现行法律解释体制和法治语境下,我国反垄断行政解释实际是指狭义层面上的规范性解释。

而实际执法中,规范性解释又易与行政立法相混淆。“由于行政解释的形式、名称等方面缺乏规范,在实践中又极少采用司法解释常用的‘对XXXX的解释’或‘解答’一类称谓,因而单纯通过名称而不看内容,很难鉴别行政解释与行政立法。”⁽¹⁰⁾ 行政立法成为现代国家法治生活的重要组成部分,是“一种具有立法特征的行政活动……(现代社会)议会不得

不将涉及各种具体事务的广泛立法权授予行政机关,而其自身仅限于提供一个或多或少具有永久性的法律框架”。⁽¹¹⁾⁸⁴⁷可见,两者的区别在于是依法律授权而制定还是对法律规范的内涵或概念进行解释。就《反垄断法》来说,国务院及其反垄断执法机构为使其得以有效实施而作出相应的解释性规范,尽管其名称与行政法规、部门规章相似,但从性质与内容来看仍应属于反垄断行政解释而非行政立法,因为这些规定旨在对《反垄断法》相关规范中的名词、术语、概念以及相关逻辑等内容作出相应的解释,以消除文本规范本身的模糊性和不确定性,便于执法。

反垄断攸关市场经济运行中竞争格局和竞争环境的维系,反垄断构建的法治化则是实现这一使命的保障。反垄断法文本自身属性以及文本与事实间的距离,要求反垄断执法机构在执法中能够正确、合理地把握文本规范的内涵和法律意义,反垄断行政解释恰是这一过程的表现机制。我国《反垄断法》不仅依传统规制了经济性垄断,而且根据中国特色规制了行政性垄断,更容纳了域外先进的反垄断执法机制,从而凸显了文本规范的原则性和抽象性亦缺乏可操作性,因而解释之于我国反垄断执法愈显重要。反垄断行政解释的生成与运行不仅是我国《反垄断法》赋予反垄断执法机构的权力,更是现代行政国家在经济社会发展中所应承担的职责。

(二) 行政解释的范畴: 规范与事实之间

反垄断行政解释作为现代行政国家有效执行反垄断法的前置性条件,实践中不仅要求反垄断执法机构解释反垄断法时须契合特定场景,更要求反垄断执法机构明确解释对象、把握解释权的边界,以厘清反垄断法文本内涵、消弭文本规范与垄断规制间的紧张状态。“解释就是阐述含义的过程,理解和表达文本含义的一个重要而且基本途径就是将其变得明确而具体。”⁽¹²⁾¹⁹⁸法律解释所直接针对的法律文本或法律条文,是狭义的法律解释对象,而法律条文与各种相关的语境材料一道构成广义的解释对象。⁽¹³⁾但由于相关语境材料并非法律组成部分,不具有法律效力而只是解释时的参考资料,因此法律解释对象不包括这些语境材料。就反垄断法而言,其行政解释的对象便是《反垄断法》文本,即反垄断行政解释需解决的是反垄断执法中反垄断法文本模糊、不确定的问题。依据我国《反垄断法》文本和市场经济现状来看,反垄断执法机构应就以下内容予以着重关注和解释:

1. 《反垄断法》规范内涵。法律文本是法律规范的载体和体现,法律解释就是发掘和明确文本规范的内涵和法律意义。由于我国反垄断立法“选择了较

为原则性的立法模式”,⁽¹⁴⁾¹同时为能够及时应对瞬息万变的市场垄断行为,《反垄断法》文本修辞呈现出抽象性、模糊性甚至不确定性。因此,反垄断执法中判断是否构成垄断行为等关键问题时,《反垄断法》文本的规范供给便显得捉襟见肘,难以满足执法需求,从而为反垄断法解释预留了制度空间。就我国《反垄断法》规制对象和文本特质来看,需要进一步明确和解释的概念和规范内涵包括:(1)立法宗旨中宏观而抽象的用语有待通过解释予以具体化,如第1条所关涉的“社会公共利益”如何解释、及其与第28条中所提及的“社会公共利益”内涵与外延是否一致等问题需要予以明确;(2)所规制的垄断行为界定标准不明确,如第13条中所规定的“协同行为”应如何界定即其构成要件是什么、第17条中所提及的“正当理由”具体包括哪些情形或者说如何判定、经营者集中规制方面所涉及的“控制权”内涵和外延等问题,皆需通过解释予以进一步明确和细化,以增强其可操作性。

2. 《反垄断法》内部逻辑。反垄断法是遵循逻辑的法,在其适用中强调价值、规范与事实的逻辑一致性。但因反垄断法的文本宽泛、语言模糊易引发反垄断执法中的逻辑不周甚至不一致,因而需通过解释对文本中所蕴含的逻辑关系进行厘定和解释。就我国《反垄断法》文本来讲,反垄断执法中有待通过行政解释予以厘清和确定的逻辑关系主要包括:(1)立法宗旨中所蕴含的利益保护逻辑关系不明确,即反垄断执法中竞争者利益、消费者利益和社会公共利益之间的价值次序、效率与公平之间先后次序等优先关系有待明确和协调;(2)规制范畴的界定,即第8条所规定的“行政垄断”是否属于《反垄断法》所规制的垄断行为,其与第3条关系如何,以及对涉嫌“行政垄断”的调查是否适用第六章所规定的程序;(3)适用原则的不明确,即反垄断执法机构对涉嫌垄断行为采用什么原则予以规制和处罚,即合理原则或本身违法原则的选择适用问题,如第14条所规定的“纵向垄断协议”是否可通过适用第15条的规定而引申出我国《反垄断法》对“纵向垄断协议”的规制采取合理原则等诸如此类的问题。事实上,反垄断执法机构在厘清规范内涵的基础上欲更准确地适用法律,理顺规范内部逻辑关系则愈发显得重要。

3. 文本规范与垄断事实的关系。《反垄断法》因简约型立法而呈现出不可避免的原则性与抽象性,从宏观上看虽能涵盖概念层面的垄断行为,但实际上无法应对现实市场中层出不穷的垄断行为,因而需由反垄断执法机构对《反垄断法》适用于垄断规制时作进

一步阐释,以化解和弥合规范文本因自身的模糊性以及适用于垄断事实过程中所产生的制度供给不足而导致的冲突或空隙。法治原则要求人们根据法律进行思考,但事实的特殊性总是要求人们从实际出发来解释法律的意义。法律文本是用语言表达的,文本构成了对解释者理解过程的约束,无视这种约束就是对法治的反叛,因而反垄断法文本和现代法治理念要求执法机构必须在尊重市场机制的基础上合理解释反垄断法。在文本规范供给不足而垄断行为需要规制时,反垄断执法机构通过对《反垄断法》的解释以明确文本规范内涵、发现法律意义并形成相应的反垄断行政解释,便成为反垄断执法的关键环节。

“立法是有位阶的,执法是有层级的。要将具有高度普遍性、抽象性、原则性的法律规范适用于特定时间、特定场合的特定人、特定事,必须有一个将法律规范具体化、特定化的过程。”⁽¹⁵⁾¹⁶就《反垄断法》来说,这个过程就是行政解释,通过行政解释将《反垄断法》细化,从而使得文本中所蕴含的概念与法律意义得以呈现,为反垄断执法提供规范准备和制度依据。

二、对反垄断行政解释的检讨:问题与原因

反垄断执法中,行政解释在反垄断法文本与垄断行为规制间发挥着桥梁作用,为文本的细化和适用提供制度准备与规范素材。我国反垄断法因其简约型立法而致条文概括且抽象,反垄断执法机构在《反垄断法》实施伊始便着手对其进行了大量解释。这些解释在反垄断执法中效果如何,值得从制度和理论层面进行检讨和反思。

(一) 行政解释的实践:形式与问题

我国反垄断法只有 57 条,内容非常原则。⁽¹⁶⁾但从制度外延角度来看,《反垄断法》可规制市场运行中所出现的各类垄断行为,而从具体操作层面来说制度供给则难符现实之需。因而,《反垄断法》颁布后,探寻文本规范的内涵和法律意义便成为反垄断执法机构的首要工作,国家工商总局、国家发改委和商务部分享反垄断执法权并在各自管辖范围内依据自身执法逻辑需要先后对《反垄断法》中非价格垄断、价格垄断以及经营者集中三类行为(这与我国《反垄断法》内部结构并不完全一致)的相关规定作先验性的解释。

依我国既有的行政解释实践来看,反垄断执法机构分别从实体和程序两个层面就《反垄断法》具体应用中的问题作出规范性解释并形成相应的规范性文件,主要体现在三个方面:(1)非价格垄断方面,国家

工商局先后出台了《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》、《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》、《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定》、《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》和《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为程序规定》等 5 部规范;(2)价格垄断方面,国家发改委出台了《反价格垄断规定》和《反价格垄断行政执法程序规定》等 2 部规范;(3)经营者集中规制方面,商务部则先后出台了《经营者集中申报办法》、《经营者集中审查办法》、《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》、《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》和《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》等 5 部规范。三家执法机构在各自管辖范围内依据《反垄断法》作出相应的解释,虽一定程度上缓解了文本与事实间的紧张状态,但通过文本比对和实践检验发现,仍存有诸多问题,主要表现为:

1. 行政解释的低效率甚至无效率。反垄断行政解释原本为了解决规范模糊或不确定性问题,但因先验性思维和解释文本的虚化不仅降低了《反垄断法》自身的权威性而且增加了无谓的解释成本和执法成本。例如,《反价格垄断规定》是国家发改委就《反垄断法》中关涉价格垄断方面的规定所作的实体性解释,全文共 29 个条文(详见表一),但仅以原文照搬和语词替换两种方式所作的解释条款就达到 20 个,而剩下的 9 个条款中除去 2 个解释权归属和废止条款外便是以“规范-规范”的解释方式展开的条款,且主要集中在对“协同行为”、“正当理由”等概念的抽象描述,而实际可操作性仍须由反垄断执法机构的自由裁量得以实现和维系。因此,从解释文本来看,所谓行政解释基本是重复或简单替换《反垄断法》文本中的词汇,并无实质性的解释规范出现却假以解释之名予以公布并实施,在实际执法中行政解释的作用和效果究竟如何仍值得期待和检验^①。

^① 如对于负责查处价格垄断行为的国家发改委及其授权的省级机构来说,目前公布的几起案件都是认为其违反了《价格法》和《反垄断法》,并主要是依据《价格法》和《价格违法行为行政处罚规定》进行处罚的,似乎还没有哪个案件完全是依据《反垄断法》认定并处理的;负责垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争的反垄断执法(价格垄断行为除外)的国家工商总局及其授权的省级机构也受理和调查了不少相关的案件,但目前正式公布的依据《反垄断法》进行处罚的案件似乎还只有一起,参见王先林主编《中国反垄断法实施热点问题研究》,法律出版社 2011 年版,代前言第 1 页。

表一:《反价格垄断规定》比对

	规定条文(29条)	对应法条	所占比例
原文照搬 (5+1/3条)	第4条、第8条、第17条第1款、第18条、第19条、第20条	第7条、第14条、第17条第2款、第18条、第19条、第33条(一)	18.39%
语词替换 (14条)	第1条、第2条、第3条、第5条、第10条、第15条、第16条、第21条、第22条、第23条、第24条、第25条、第26条、第27条	第1条、第2条、第3条、第13条第2款、第15条第1款、第17条(五)、第17条(六)、第36条、第37条、第46条、第47条、第49条、第51条、第52条、第55条、第56条	48.27%
语义解释 (7+2/3条)	第6条、第7条、第9条、第11条、第12条、第13条、第14条、第17条第2、3款	第13条第2款、第13条第1款、第16条、第17条(一)、第17条(二)、第17条(三)、第17条(四)、第17条第2款	26.44%
解释权归属 (1条)	第28条	——	3.45%
废止条款 (1条)	第29条	——	3.45%

2. 同一文本规范的解释差异客观存在。囿于我国反垄断执法权的配置,《反垄断法》规制对象除了经营者集中外皆由国家发改委和工商总局两机构分别从价格和非价格两个领域予以执行。依此执法模式,我国反垄断行政解释权也因执法权的分散而归属于相应的执法机构,从而使得同一条文由不同执法机构从价格与非价格角度作割裂解释而导致相同的概念或规范表达的解释不同。《反垄断法》中有关垄断协议、滥用市场支配地位和行政垄断等行为的规

分别由国家发改委和工商总局从价格和非价格角度作出各自的解释,其中引人关注的概念或规范便因解释机构的不同而有所差异。如《反垄断法》第13条中所规定的“协同行为”、第46条所设置的“宽免制度”等界定和适用范围在《反价格垄断规定》和《禁止垄断协议行为的规定》中的解释不尽相同,实践中是否引发冲突,同样值得关注和思考。

3. 解释规范本身存有不确定性。法律未经应用,就不会有真实的而非想象的解释问题出现。⁽¹⁷⁾我国没有反垄断传统亦鲜有反垄断执法实践,对《反垄断法》的认识通常是先验性或借鉴性的,有关其行政解释更是如此。反垄断执法机构例行公事式地对《反垄断法》作“规范-规范”式解释时亦仅能尽其所能地照搬原文或对原文进行语词替换,而非基于实践需要对《反垄断法》进行经验性或回应型的解释。“正当理由”作为判定是否构成滥用市场支配地位行为的关键术语,在《反垄断法》第17条中仅简单提及,《反价格垄断规定》和《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》对此作了相应的解释,但其修辞和用语同样抽象而缺乏可操作性。如后一规定第8条指出判定是否构成“正当理由”,应当综合考虑下列因素:(一)有关行为是否为经营者给予自身正常经营活动及正常效益而采取;(二)有关行为对经济运行效率、社会公共利益及经济发展的影响”。这一解释,相较于法本身的规范而言又有多少明确性,同样值得期待。可见,反垄断执法机构虽相继出台了解释性规范,但实际执法中仍难以达到预期效应,因而值得我国实务界或学界的注意和反省。

4. 行政解释规范效力不明确。反垄断执法机构通过对《反垄断法》的解释以明确文本规范内涵和发现法律意义,在反垄断执法中不仅有利于进一步明确反垄断执法的依据和裁判标准,而且有利于为相关当事人提供明确的行为准则和行动指南。这是反垄断行政解释的应然追求,但在实际中行政解释处于何种地位,即在现行法律体系之下是否具有法律效力以及相应位阶如何,则关涉反垄断执法机构的权力范围和当事人权利保障与救济。就我国法律体系和现行解释体制来说,行政解释的效力如何并未明确或并无法律明确规定,因而实践中行政机关时常会无限扩张自己的规制范围,借解释法律的名义,创制新的规范而侵犯相对人的合法权益,亦极大地冲击着法治行政。反垄断行政解释也存在同样风险,反垄断执法机构基于自身解决问题的逻辑需要而对《反垄断法》作扩张或限制解释,超越或违背文本承载范畴。因此,在法治原则下,为确保反垄断行政解释的妥当性和自恰

性,不仅需要反垄断执法机构进一步提升自身解释能力和水平,更需完善反垄断行政解释机制、增加解释监督,以确保行政解释的质量。

由于我国《反垄断法》文本规范的原则性和抽象性,反垄断执法机构对其作相应的解释便成为《反垄断法》得以有效实施的重要环节。但三家执法机构在各自管辖范围内对《反垄断法》予以解释,不仅人为地割裂了《反垄断法》的完整性和一致性,更因以原文照搬、语词替换等简单操作方式导致反垄断行政解释的重复性和低效性,因而不能不引发我们对既有行政解释的规范文本和实践予以检讨和反思。

(二) 对既有问题的成因追寻

作为反垄断执法活动的前置性条件,行政解释成为《反垄断法》出台后反垄断执法机构工作的首要内容。这些解释规范在反垄断执法中确实发挥了积极作用,尤其是商务部所作的相关解释规定或办法为我国经营者集中规制细化了规则、提供了相关依据,缓解了文本与市场间的紧张关系,但如上所述其所存问题亦是显而易见的。因此,为进一步推进我国行政解释的合理性,从理论和制度层面对上述问题的成因予以探究实乃必要:

1. 解释目标不明确。法律之解释者,乃澄清法律之疑义,以期适用正确之谓。⁽¹⁸⁾⁶⁷解释原初目的在于细化和明确规范内涵,将《反垄断法》所蕴含和承载的使命通过解释得以精细化、明朗化,从而为反垄断执法活动提供明确的规范依据。但从既有解释规范来看,反垄断执法机构更多地通过原文照搬、语词替换等方式对《反垄断法》文本作简单重复而导致执法资源浪费、解释效率低下等问题。例如,作为各国反垄断法重要规制对象的“纵向垄断协议”体现在我国《反垄断法》第14条之中,由于第14条并未明确其界定标准和适用原则而在执法中需要进一步予以明确,但国家发改委从价格反垄断执法角度对其所作的解释却让人忍俊不禁——直接将《反垄断法》第14条规定原封不动地搬到其所颁布的《反价格垄断规定》之中(该规定第8条),既未明确文本规范所承载的内涵更未明确有关纵向垄断协议规制的适用原则,因而也未达到反垄断行政解释之初衷。当然诸如此类的解释方法和规范并非独此一处,这实际是模糊甚至忽视了行政解释的初衷之所在,退化成为“为了解释而解释”而忘乎了“为什么要解释以及解释什么”的问题,迷失了解释目标、解释规范自身也显得乏力。

2. 解释场景假借。凡法律均须解释,盖法律用语多取诸日常生活,须加阐明;不确定之法律概念,须加具体化;法规之冲突,更须加以调和。⁽¹⁾¹²⁵特定场景是

有效解释法律的基础,解释是消解特定场景下文本规范与规制需要间冲突的逻辑工具。我国虽在1992年就已确立社会主义市场经济体制发展目标,但直至2007年《反垄断法》出台,我国政治经济体制仍处于转型之中,不仅竞争机制尚未在市场经济体制下得以完全确立和充分应用,而且市场经济法治亟待进一步推进,因而《反垄断法》解释和适用缺乏相应的体制环境和制度保证。同时,由于我国反垄断传统缺失、反垄断执法经验不足,难以为《反垄断法》解释提供充分而健全的信息。因此,反垄断执法机构在对《反垄断法》作具有普遍适用效力的规范性解释时,通常以场景假借或移植为依托试图穷尽我国反垄断执法中可能遇到的场景,以期消解反垄断执法中文本与市场间的距离。例如,我国《反垄断法》第45条所规定的“承诺制度”和第46条所规定的“宽免制度”是反垄断法适用中较为先进的实施机制,对反垄断执法工作刚起步的中国来说更是如此,因而在具体执法中不仅要借鉴域外经验更要结合中国实际,但既有解释规范似乎更多地借鉴域外如何运用此类机制而并未针对中国当前是否需要以及如何适用好这些实施机制等问题作出有效解释。当然,这种问题预设性的解释思维本无可厚非,但忽视了反垄断执法需解决的是“中国”市场运行中的垄断问题,导致文本及其解释游离于我国垄断规制和反垄断执法需要,则需要具有解释权的机构予以注意和改进。

3. 以解释代立法。《反垄断法》简约而抽象的修辞表达,不仅不利于当事人预测自身竞争行为或权利救济,也不利于反垄断执法机构的执法活动,因而客观上需要执法机构对其进行解释同时也为解释预留了制度空间。实践中,反垄断执法机构往往基于各自执法便利的逻辑需要而以“规范-规范”式的解释路径探求和发现文本规范的内涵和法律意义,并形成先验性的规范性解释。这些解释规范虽一定程度上有助于缓解或消除文本规范与垄断规制间的紧张状态,却使反垄断执法机构僭越了现代法治意义上的职能边界同时也侵蚀了立法权、解释权与行政权分离并制衡的原理。严格来说,这不是“解释”,因为解释的目的在于使法律规范所蕴含的内涵和法律意义呈现,而反垄断执法机构的“解释”活动实际在创制或试图创制新规则,继而演变成了执法机构的“立法式”解释活动。这形式上为反垄断行政解释而实为反垄断立法,诱发了反垄断执法机构集立法、解释与行政等职能于一身,显然与现代国家法治精神、权力制衡理念相悖,更导致执法机构权力扩张或滥用、当事人救济无门或无效。

反垄断行政解释原初目的在于明确法律规范内涵和发现法律意义,但因解释目的不明确、解释场景缺失而促使执法机构在借鉴和吸收域外制度与经验的基础上作出先验性的规范性解释,但实际已演变成了执法机构的“立法活动”,因而这不仅有违现代法治精神而且有悖于国家职能分工与制衡理念。因此,在我国反垄断执法尚离不开行政解释的情势下,应针对当前反垄断行政解释中存有的问题和不足进行检讨与反思,以寻求进一步优化反垄断行政解释的机制与路径。

三、反垄断行政解释的优化:思维与路径

反垄断法是深化我国经济体制改革的推进器。⁽¹⁹⁾目前,我国政治经济仍处于转型之中,政府与市场、企业之间的关系有待进一步厘清,加之我国《反垄断法》过于原则以及反垄断传统缺失等问题的客观存在,《反垄断法》的有效实施尚离不开反垄断执法机构的解释。因此,为确保我国反垄断执法的有效开展,有待从以下几方面有针对性地探求反垄断行政解释优化的维度和路径、推进解释规范的合理性。

(一) 解释机制的重塑。基于我国反垄断执法模式和反垄断执法权分配的特殊性,行政解释由三家执法机构依据我国法律适用传统和各自推理动因而启动,并由此生成相应的解释规范。恰如上文分析,解释规范本身存有诸多问题,因而亟待通过改善相关机制从而力促行政解释的自恰性和高效性:1. 尽快统一反垄断执法机构,确保行政解释的整体性,“法律的整体性解释是法律解释的根本原则”。⁽²⁰⁾通过机构的整合保证解释规范出自同一部门,避免同一规范因解释主体的不同而导致解释规范的差异,从而消除执法上的争论;2. 应针对市场经济运行中“中国反垄断问题”予以解释。“一个社会的法律的全部合法性最终必须而且只能基于这个社会的认可,而不是任何外国的做法或抽象的原则。”⁽²¹⁾²⁹⁸法律解释也是如此,作为维护中国市场竞争的反垄断法解释自然应立足“中国”市场经济运行中垄断行为对法律规范进行解释,而非基于自身逻辑推理或场景假借生成解释;3. 逐渐导入案例指导制度。案例指导制度虽是我国推行不久的“具有我国特色的判例制度”,⁽²²⁾将其导入反垄断法领域旨在逐步形成“法律—行政解释—案例指导规则”多元规则体系,从而将宏观抽象规则在典型案例中得以诠释并予以示范,以明确《反垄断法》文本规范的内涵和法律意义。依此,力求完善反垄断行政解释机制,确保反垄断行政解释自身的统一性以及反垄断法的一致性,在明确反垄断法文本规

范的基础上有效实施反垄断法。

(二) 解释方式的转型。“社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在‘法律’的前面的。我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处,但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。”⁽²³⁾¹⁵解释成为文本规范应对瞬息万变的垄断行为的有效机制,反垄断执法机构更多地习惯于依赖具有普遍规范性的解释进行执法。但因我国反垄断行政解释生成于反垄断执法机构自身逻辑推理而非执法经验需求,继而导致“规范—规范”式的解释规范虚化或泛化,在实际执法中并未能发挥解释功能。如《反价格垄断规定》对《反垄断法》第14条解释的做法,不仅造成执法资源浪费,在实际案件中更是显得蹩脚^①。针对当前解释机制和解释规范,反垄断执法机构在作规范性解释前应对现行反垄断法律规范进行评估,以确定对某项规定进行解释的必要性和可行性,从而避免“为了解释而解释”的现象出现;与此同时,反垄断执法机构亦应转变自身解释思维,将当前宏大抽象式的规范性解释更多(或逐渐)地转向将宏观要旨体现在个案审查处理之中的个别性解释。“一个法律术语只有在它适用于特定案件中的事实时才有意义。意义在适用中获得生命。抽象地确定法定术语的意义就是在学究活动中绕圈子。只有当我们把如此确定的意义适用于手头的案件时,此法才真正得到解释。”⁽²⁴⁾⁶⁰⁵因此,反垄断行政解释应逐渐由普遍性的立法式解释转为个案中的具体法律应用问题的解释,将当前以规范性解释呈现的“立法”归还于权力机关,将反垄断行政解释复归于反垄断执法机构在处理个案中对反垄断法规范内涵和法律意义的阐释和追求,逐渐减少和杜绝执法机构以解释代立法现象的出现,确保反垄断行政解释的恰当性、提高反垄断执法的合理性。

(三) 解释监督的确立。随着行政国家的崛起,行政实现了对社会从“摇篮”到“坟墓”的全面干预^②,法律实施中行政解释的兴起和运用是现代行政发达的体现。由于我国历史上长期是一个行政权力

^① 《反垄断法》第14条就纵向垄断协议作出了规定,《反价格垄断规定》则将第14条内容原封不动地照搬至第8条,除了搬运之外毫无解释之意;而在2013年“五粮液”和“茅台”规定全国经销商向第三人转售的最低价格案中,四川和贵州省发改委依据《反垄断法》第14条规定对“五粮液”和“茅台”分别处罚2.02亿元和2.47亿元的罚单,在实务界和学界引起轩然大波,即维持转售价格是否可以适用合理原则存有诸多争议,因为我国《反垄断法》自身规定并未明确,而且随后的《反价格垄断规定》亦未明确。

^② More details see Lief H. Carter & Christine B. Harrington, Administrative Law and Politics, Addison Wesley Longman, Inc., 2000.

支配的国家,对政府理性的信仰浓厚。市场经济建设中,行政依然发挥着不容忽视的作用,我国反垄断执法由政府主导并由执法机构作相应的行政解释便是对市场现实需求的回应。但行政解释虽有创制的制度依据却缺乏相应的监督机制,加之我国司法权在行政权威面前显得极为谦抑^①,行政解释往往披着抽象行政行为的外衣而逃避司法机关的审查。反垄断行政解释处于监督的盲区之中,实际操作中易诱发执法机构的扩权或擅权、当事人陷入救济无效或无门的境地,因而亟待在现代法治理念下确立和完善司法对行政解释的监督和矫正。但“最令人困惑的问题之一乃为如何确定行政机关和法院在规制法律的解释中的不同角色”:⁽²⁵⁾美国司法实践主张“对行政机关政策决定的审查程序是要受到限制的”^②;而德国学者则认为,“在审理案件过程中,法院可以全面审查行政机关的法律解释,法院的法律解释是决定性的,尤其是最高法院解释具有最终的法律效力(解释特权)”。⁽²⁶⁾³¹²⁻³¹³就有效保障当事人权益和市场秩序角度来说,行政解释应接受司法监督,以免执法机构以解释之法行立法之实而侵害当事人权益、替代市场功能,违背《反垄断法》实施初衷和泯灭市场经济优势。因此,在统一执法机构的基础上,由该执法机构出台反垄断法解释规则,同时应修法赋予抽象行政行为以可诉性,以使行政解释规范接受法院的司法审查,从而保障反垄断行政解释的合法性、合宪性和合理性。

行政解释是现行反垄断执法模式下《反垄断法》得以有效实施不可或缺的组成部分,但因反垄断传统的缺失和既有司法机制的束缚,反垄断行政解释为执法机构独享而缺乏相应的监督机制,易滋生专权或滥权倾向、损害当事人利益和扰乱竞争秩序。因此,客观上要求在提高反垄断执法机构自身解释水平的同时,⁽²⁷⁾更应完善反垄断行政解释体系和机制,接受司法监督,以维护反垄断行政解释与《反垄断法》之间

的完整性和一致性、实现反垄断之初衷。

结语:对待行政解释的态度

由于我国反垄断立法的简约性,行政解释仍是我国当前反垄断执法不可或缺的逻辑工具,以消弭执法中文本规范的供给不足与垄断规制的制度需求之间的矛盾。但因我国反垄断执法经验的不足和其他体制、机制方面的因素,我国反垄断行政解释尚待完善。依据我国当前经济法治水平和现行解释体制,⁽²⁸⁾应有条不紊地优化反垄断行政解释体制和机制,即:1. 对我国目前分散的反垄断执法权进行整合,以统合反垄断行政解释权;2. 积极调整既有解释方式——将当前宏大抽象式的规范性解释转变为将宏观要旨蕴含在个案审查处理之中的个别性解释;3. 创设行政解释的监督机制,赋予抽象行政行为以可塑性,使得行政解释能够接受司法审查的监督。当然,推进行政解释的优化和完善是项系统而复杂的工程,不仅要求对反垄断法适用体制和机制进行改善,更有待于整个法治环境和制度水平的提高,因而并非一蹴而就之事。因此,反垄断执法中,应逐渐地将行政解释由先验性的规范性解释回归于反垄断执法机构在《反垄断法》应用中对具体问题的解释,将具有普遍性的问题通过修法的方式予以解决,从而逐渐减少甚至杜绝行政立法性解释的存在。当然,这需要一个过程。在当前反垄断执法尚离不开行政解释的情形下,“我们应当防止行政机关不遵循解释规则的话语强权,警惕它们以政治需要、领导讲话为依据的从法律以外的视角进行的法律政策学解释,让行政解释回归其本来的位置”。⁽²⁹⁾

^① 参见最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》。

^② Pauly v. Bethenergy Mines, Inc., 111 S. Ct. 2534 (1991).

参 考 文 献

- (1) 王泽鉴. 民法实例研习、基础理论 (M). 台北: 三民书局, 1987.
- (2) 史际春. 《反垄断法》与社会主义市场经济 (J). 法学家, 2008 (1): 1-6.
- (3) 林锡尧. 行政法要义 (M). 台北: 三民书局, 1998.
- (4) Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein & Matthew I. Spitzer. Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases (M). New York: Aspen Publisher Inc., 2002.
- (5) 安建. 中华人民共和国反垄断法释义 (M). 北京: 法律出版社, 2007.
- (6) 陈兴良. 法的解释与解释的法 (J). 法律科学, 1997 (4): 23-32.
- (7) Ernest Gellhorn, William E. Kovacic, Stephen Calins. Antitrust Law and Economics (M). Minnesota: Thomson West, 2004.
- (8) Michael Asimow. Non-legislative Rulemaking and Regulatory Reform (J). 1985 Duke Law Journal, Vol. 1985: 381-426.

- (9) 沈敏荣. 法律的不确定性——反垄断法规则分析 (M). 北京: 法律出版社 2001.
- (10) 陶凯元. 中国法律解释制度现状之剖析 (J). 法律科学, 1999 (6): 29-37.
- (11) H. W. R. Wade. Administrative Law (M). Oxford: Clarendon Press, 1989.
- (12) [美] 欧文·费斯. 如法所能 (M). 师帅, 译. 北京: 中国政法大学出版社 2008.
- (13) 张志铭. 法律解释原理(上) (J). 国家检察官学院学报 2007 (6): 50-61.
- (14) 时建中. 反垄断法——法典释评与学理探源 (M). 北京: 中国人民大学出版社 2008.
- (15) 姜明安. 行政执法研究 (M). 北京: 北京大学出版社 2004.
- (16) 王晓晔. 《中华人民共和国反垄断法》评析 (J). 法学研究 2008 (4): 68-82.
- (17) 张志铭. 关于中国法律解释体制的思考 (J). 中国社会科学, 1997 (2): 100-117.
- (18) 袁坤祥. 法学绪论 (M). 台北: 三民书局, 1980.
- (19) 王晓晔. 反垄断法与我国经济体制改革 (J). 东方法学 2009 (3): 74-87.
- (20) 沈敏荣. 论法律的解释 (J). 求索 2000 (1): 49-54.
- (21) 苏力. 道路通向城市——转型中国的法治 (M). 北京: 法律出版社 2004.
- (22) 陈兴良. 案例指导制度的规范考察 (J). 法学评论 2012 (3): 117-127.
- (23) [英] 梅因. 古代法 (M). 沈景一, 译. 北京: 商务印书馆, 1959.
- (24) [美] 唐纳德·施瓦茨. 行政法 (M). 徐炳, 译. 北京: 群众出版社, 1986.
- (25) Cynthia R. Farina. Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State (J). 89 Columbia Law Review 1989 NO. 3: 450-462.
- (26) [德] 汉斯·J·沃尔夫 等. 行政法(第一卷) (M). 高家伟, 译. 北京: 商务印书馆 2003.
- (27) 郭宗杰. 反垄断法上的协同行为研究 (J). 暨南学报(哲学社会科学版) 2011 (6): 10-16.
- (28) 吴志宏. 我国反垄断法立法后评估体系的构建 (J). 社会科学家 2011 (12): 80-83.
- (29) 赵德铸. 关于行政解释的几个问题 (J). 山东社会科学 2011 (10): 85-87.

(本文责任编辑 涂永前)