

# 论反垄断法解释权的规制

金善明\*

**摘要:** 解释是反垄断法实施中缓解和消弭静态文本的规范供给与动态规制的法治需求之间紧张关系的制度性工具。既有的反垄断法解释生成于执法逻辑的需要, 虽在反垄断实践中确实发挥了积极作用, 但因其权力依据缺乏相应的理论证成与制度支撑, 其结果不仅扰乱了公权力配置秩序、侵蚀了私权利, 更有悖现代法治精神。因此, 对反垄断法解释权的规制应立足解释权配置现状, 从应然和实然两个层面对解释权的理论型构和制度构建作重整性思考, 从重塑运行体制、改进操作路径和完善监督机制等方面来对反垄断法解释权进行定位和规范, 以增强反垄断法文本的张力、实现文本与市场之间的契合。

**关键词:** 反垄断法解释 解释权 文本规范 垄断规制

《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)自实施以来, 在打击垄断、维护竞争方面取得了引人瞩目的成绩, 也即作为书本之法的《反垄断法》在我国市场经济运行之中正不断升华为现实之活法, 文本规范在我国反垄断执法<sup>①</sup>中发挥了不容忽视的作用。但《反垄断法》文本在垄断规制实践中却时常显得整脚甚至束手无策, 文本之于其使命可谓心有余而力不足——文本的抽象、市场的多变, 无不成为反垄断法有效实施的“掣肘”。实践中, 如何将市场中的特定垄断行为或具体案件涵摄于相应的文本规范之中, 便需要执法者能够对《反垄断法》予以准确的理解和合理的运用, 因而解释也就成为反垄断法有效实施的逻辑前提。<sup>②</sup> 为此, 反垄断执法机构在各自管辖范围内就《反垄断法》相关规定先后出台了相应的细化解释, 并将其作为自身执法所不可或缺的规范依据。毋庸置疑, 诸如此类的解释规范在反垄断执法中具有连接和弥合文本规范与垄断行为间空隙的纽带作用, 甚至在某种意义上已超越了文本规范本身的作用和功效。

然而, 在肯定解释规范积极作用的同时, 这样一个问题在理论研究或执法实践中却似乎被忽略了, 即谁有权解释《反垄断法》, 抑或《反垄断法》解释权应由谁享有? 这是《反垄断法》解释操作中不容回避的理论前提和制度基础, 厘清谁有权解释《反垄断法》、如何解释、解释的边界在哪以及如何对其进行规范等问题是合理化解理论障碍、弥合制度间隙的关键。有鉴于此, 笔者拟立足现行解释体制对反垄断法解释权予以省察和审视, 力图从应然和实然两个层面廓清反垄断法解释权的理论范畴并型构其规范机制, 以确保反垄断法解释权生成和运行的正当性、合理性和合法性。

## 一、反垄断法解释权配置的现状考量: 依据与问题

作为后起的反垄断立法国家, 我国采取了简约型的立法模式。<sup>③</sup> 仅 57 个条文的《反垄断法》文本几乎囊括了当今各经济体反垄断法中先进的制度与机制, 但因其文本容量的限制而致文本规范供给与垄断规

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员、法学博士

① 本文拟从广义上来理解和运用“执法”一词, 即与“实施”(Enforcement)同义, 不仅包括公共执法(Public Enforcement), 还包括私人执行(Private Enforcement), 转换至中国反垄断法语境之下亦相应的包含着行政执法和司法诉讼两部分。为行文方便, 下文若无特指, 便不再作进一步区分。

② 参见金善明:《反垄断法实施的逻辑前提: 解释及其反思》, 载《法学评论》2013年第5期, 第16-24页。

③ 参见时建中主编:《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, 前言(代序)第2页。

制需求不相匹配,解释便成为化解这一矛盾或冲突的必要工具。尽管解释在反垄断执法中发挥了不容忽视的作用,但这并不能掩盖对既有的反垄断法解释权是否正当与合理的逻辑拷问与理论追问,既得的执法成效亦并不能当然证明现行解释规范的合理性与合法性。现行的反垄断法解释权格局是否妥当,尚需理论探究与证成。

### (一)解释权配置的依据

解释就是要将应予适用的规范内容尽可能精确化,即解释者将他认为有疑义文字的意义变得可以理解。<sup>①</sup>从学理上来说,法律解释有学理解释与有权解释之分,但从法律适用角度来说则仅指有权解释。有权解释即指由具有法定的法律解释权的国家机关对法律的解释。<sup>②</sup>在《反垄断法》实施中,既已发挥作用的反垄断法解释理应属有权解释,但其解释权依据何在?这貌似是个不言而喻的问题,自《反垄断法》实施以来学术界抑或实务界便关注甚少,但这并不意味着解释本身就是当然合理的,相反解释权的确立与配置是否合理等问题并没有消解,因而不能不引发对其解释成果的合法性反思,并将反垄断法解释权置于整个法治环境中进行梳理与考量,以客观描绘现行反垄断法解释权的谱系。

为明确《反垄断法》规范内涵和法律意义,我国反垄断执法机构自《反垄断法》实施以来先后出台了诸多规范性文件,试图消解文本规范的抽象性和模糊性问题。就既有解释规范来看,《反垄断法》解释主要包括行政解释和司法解释两大类,<sup>③</sup>由四家执法机构在各自管辖范围内分别承担。<sup>④</sup>这种解释权配置谱系与我国反垄断执法模式密切相关。我国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”。<sup>⑤</sup>但这并不排除当事人就反垄断执法机构所作裁定不服或就垄断行为所造成的民事损害请求赔偿向法院提起诉讼,法院亦是《反垄断法》实施中的当然机构,承担反垄断行政诉讼和民事诉讼两大职能。在此执法模式下,反垄断执法机构和法院分别基于各自的执法需要和管辖范围对《反垄断法》文本规范相关内容作出相应解释,应该说是两类机构执行《反垄断法》的前提和必经阶段。

然而,我国反垄断执法机构所作解释呈现出来的结果并非传统意义上理解的法律解释,即将《反垄断法》之精神与要旨蕴含于个案审查处理之中的个别性解释,而是擅长或喜好作宏大抽象式的、具有普遍适用性的规范性解释。<sup>⑥</sup>应该说,执法机构或法院将文本规范基于案件裁判需要而作出的个别性解释,是法律适用中不可避免的论证环节和裁判前提。这从逻辑上来说亦是合理的,无解释便无适用。但我国反垄断执法机构更倾向于作规范性解释,《反垄断法》实施伊始便启动了规范性解释工作。从思维过程和成果形式来看,个别性解释与规范性解释不可混为一谈:前者强调的是具体案件的执法者通过对相关规范内容和法律意义的解释,以便将具体案件事实涵摄于此的过程;而规范性解释则是由享有法定解释权的机构对文本规范中概念和法律意义作统一说明和厘清的过程。显然,个别性解释是法律适用中不可或缺的思维过程,无论中外皆然;规范性解释生成于我国法制不健全的特定历史环境下,渐已成为我国法制体系的一部分。此二者之关键在于,前者是现代国家法治之必然,而后者则具弥补国家立法不足之用意。可见,规

① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第193页。

② 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2003年版,第321页。

③ 参见金善明:《反垄断司法解释的范式与路径》,《环球法律评论》2013年第4期;金善明:《反垄断行政解释的反思与完善》,《法律科学》2014年第1期。

④ 就目前执法配置来说,国家工商总局、国家发改委、商务部和法院共同承担了我国反垄断法实施的职责。相应的,不同执法机构分别就《反垄断法》相关规范作出解释,从而映衬出我国反垄断法解释权配置的谱系。实际上,如此权力配置谱系与反垄断执法模式密切相关。王晓晔研究员在其研究中早就指出:“反垄断执法不管如何组织,也不管如何复杂,它都不外乎两种模式:一种是司法模式,如美国司法部执行《谢尔曼法》的模式;另一种是行政模式,如欧共体委员会执行欧共体竞争法的模式。”王晓晔:《关于我国反垄断执法机构的几个问题》,《东岳论丛》2007年第1期。前一模式中,法院是反垄断法适用的主导力量,解释权依附于司法权成为连接《反垄断法》文本与反垄断司法实践的桥梁,从而暗含于司法权之中,是司法权的一部分;后一模式中,在反垄断法适用中起主导作用的则是行政机关,行政基于其固有的主动性、效率性而成为维护现代市场经济秩序的新宠,但同样需要解释来弥合静态文本与动态垄断之间的间隙,从而使使得行政权中蕴含着解释权。因而,解释权基于反垄断法的需要而分布于行政执法与司法之中,形成行政解释权和司法解释权。

⑤ 王晓晔:《我国反垄断执法机构的几个问题》,《东岳论丛》2007年第1期。

⑥ 参见孙国华:《关于法律解释的概念问题》,《求是学刊》2004年第6期;张志铭:《法律解释概念探微》,《法学研究》1998年第5期。

范性解释实际是执法机构旨在消解规范供给不足而为,因而强调解释权的法定性,反垄断法解释权也概莫能外。

从《反垄断法》解释的操作范式和成果形式来看,反垄断法解释权事实上由国务院反垄断执法机构和最高人民法院两类机构分享并启动,其权力惯性源自于两个维度的制度性规定:一是1981年《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》(以下简称1981年《决议》)。<sup>①</sup>该决议将法律解释细化为立法解释、司法解释和行政解释三类,其中《反垄断法》因其执法模式的设置而关涉后两类解释,即“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释……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,由国务院及主管部门进行解释”。这成为反垄断法解释权创设的制度源泉和启动的法定根据,为行政机关或法院启动解释提供了可能性;另一则是《反垄断法》本身。《反垄断法》因文本规范属性而需在其规制市场垄断行为时由执法机构或法院进行解释,但这一解释权的生成依附于法律实施需要由其实施机构予以解释方能得以实现的操作事实。《反垄断法》分别在第10条、第50条和第53条明确了国务院反垄断执法机构和法院通过公共执行或私人执行等途径实施《反垄断法》,因而对文本规范的解释便成为法律有效实施的重要一环,这也成为相关执法机构启动解释的必要前提和制度依据。因此,从实际操作过程来看,反垄断法解释权并非仅依赖于一部法律简单地予以规定的,而是由不同位阶的规范体系共同推演出,但这仅是某一法律解释生成的宏观生态和制度依据。我国《反垄断法》解释权的生成亦逃离不了这样的宏观制度环境和规范性授权,反垄断法解释规范的最终生成却有赖于对其文本中待明确的规范和法律意义展开官方说明和阐释。

规范性解释是我国法治生活中较为普遍的现象,解释权则是启动和证成其合理性与合法性的基础。享有解释权的执法机构就其管辖范围内的文本规范作具有普遍适用效力的规范性解释,并将其作为在规制垄断行为、处理具体案件时实质上的规范依据,其初衷在于明确《反垄断法》文本中规范内涵与法律意义。

## (二) 解释权配置的困境

规范性解释在《反垄断法》实施中确实发挥了积极作用,不同程度地弥补了文本规范之不足。但因规范性解释之“解释性”不强而“立法”味十足,使得既有解释权的配置与承担在理论上违背现代权力分配之哲学与伦理,更在制度实践中凸显诸如规范冲突、救济缺失等困境。

1. 既有解释权配置有悖现代法治精神。《反垄断法》在我国市场经济运行中渐次地发挥着作用,得益于其文本规范转化为实践之活法,但这一转化离不开解释。然而,与其说我国反垄断法解释权的启动与解释的操作确有1981年《决议》的宏观授权,不如说反垄断法解释权的实际运行沿袭了我国法律解释的习惯与体制。<sup>②</sup>长期以来,由于经济发展水平、立法技术等诸多因素的限制,我国经济立法往往采取“宜粗不宜细”的基本指导思想,因而成文的法律大多呈现出原则而抽象的特点,在实践中不可避免地需要执法者对其进行解释补充以弥补立法之不足。当然,从权力逻辑来说,国务院反垄断执法机构和最高人民法院对《反垄断法》展开解释的依据在于1981年《决议》,但实际上是我国执法者的思维惯性,即国家权力机关出台法律,执法者基于自身执法需要和方便而作相应的普遍性规范解释。这一操作范式和路径表面上看解决了当前反垄断执法中规范供给不足的现实问题,实质上却破坏了现代法治精神,易使反垄断执法机构基

<sup>①</sup> 当然,全国人民代表大会常务委员会早在1955年便通过了《关于解释法律问题的决议》,其中着重就立法解释和司法解释作了相应的规定。1981年《决议》则是1955年决议进一步完善的结果体现,但后者构建了我国法律解释体制,并明确了我国法律解释类型包括立法解释、司法解释和行政解释三类。正是在这种体制之下衍生出解释权。但2000年出台并于2015年修订的《中华人民共和国立法法》提及法律解释权并作了相对明确的规定。显然,《中华人民共和国立法法》中明确的“法律解释权”仅限于1981年《决议》中的“立法解释”,但这是否就意味着从法律层面否定了“司法解释”和“行政解释”呢?因此,这在实际操作中又引发这样一个问题,即1981年《决议》是否失效?当然,学界对此仍有不同看法。

<sup>②</sup> 参见周旺生:《中国现行法律解释制度研究》,《现代法学》2003年第2期。事实上,我国法律解释体制由《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国立法法》以及全国人大常委会相关决议共同构建而成,但具体操作中演变成了“在有关规定十分简略的情况下,各机构如何去行使权力、完成任务,基本上是各行其是……各行其是的结果,导致各机构在解释法律方面的分权所应伴随的合作和制衡无法充分实现”。参见陶凯元:《中国法律解释制度现状之剖析》,《法律科学》1999年第6期。

于自身执法需要和便利而假借解释之名行越权解释甚或解释性“立法”之实。<sup>①</sup>事实上,既有反垄断法解释在现行法律解释体制之下沿袭着传统的解释思维超越了解释之固有初衷,而“升华”为解释性“立法”,其结果是扰乱既有权力配置格局,使得依法行政之原则被架空,有执法肆意之嫌疑。

2. 既有解释权配置导致执法机构权力畸形。反垄断法解释在传统思维和体制中展开和推进,形式上虽有1981年《决议》作为启动依据,而实质上却有违现代法治精神。当前,我国仍处于转型期,经济、政治、社会等体制尚未成熟,执法机构在市场经济运行中为便于执法而依据自身解决问题的需要和假设对《反垄断法》进行解释,这种解释范式已突破了传统解释旨在将抽象文本规范具体化为个案裁判中切实可行的依据和标准之初衷,<sup>②</sup>而蜕变为执法机构权力扩张的窗口。反垄断法解释理由由执法机构将规范文本中概念和法律意义明确和细化并将具体案件涵摄于此,以解决《反垄断法》实施中“具体应用法律、法令的问题”。但执法机构基于自身执法需要而超越个别性解释作规范性解释,实际上肆意将其所享有的解释权边界扩大了,并异化为解释性“立法”甚至就是执法机构的“立法活动”。由于规范性解释在我国定位不明确、抽象行政行为的不可诉和违宪审查的缺陷等障碍客观存在,反垄断执法机构所享有的解释权被滥用而缺乏相应的监督和救济机制,导致畸形的权力出现。近来,甚至出现了所谓的“解释权”竞争或排挤现象,<sup>③</sup>不仅危及反垄断法规范适用的一致性,亦有损《反垄断法》的权威性和法治严肃性。当然,不可否认,既有的反垄断法解释规范在规制垄断、维护竞争方面确实发挥了积极作用,但值得注意的是,不能因为暂时的成效而忽视或无视其不合理之处。

3. 既有解释权配置导致私权不彰。现行法律解释体制下,执法机构的反垄断法解释权表现出了“积极”的一面,越过传统个别性解释之藩篱而以规范性解释弥补立法之不足,从规范体系完善角度来说具有当然的补缺法律空隙之功效。<sup>④</sup>但不容忽视的是,执法机构越权解释的畸形后果,不仅是对法律解释权的僭越,更易扰乱公权力配置秩序、侵蚀私人权利。一方面由于立法性解释权甚或解释性“立法”的出现,破坏了权力制衡的现代政治哲学之底线,在国家权力配置与运行中出现执法机构既是“运动员”又是“裁判员”的局面,从而置市场参与者于弱势地位,难以在现代经济立法或执法中形成有效的博弈或商谈格局,在保障私权效率的基础上激发个体的积极性和创造性,以实现市场经济之初衷。另一方面,在法律解释权的监管机制缺失的同时,私人救济机制亦不健全,致使相关当事人因执法机构解释权的行使或者解释规范而遭受损害或威胁时欲诉无门甚至不敢提出诉求,片面强调公权力在垄断规制中的作用而忽视私权利在市场运行中的积极效用,从而导致私权利在经济运行中效率不彰,有违现代市场经济之精神追求。

反垄断执法机构基于自身执法需要并承袭既有法律解释传统而对《反垄断法》作规范性解释,从制度层面来说具有弥补《反垄断法》文本规范不足之功效,但从权利保护角度来说则存有理论障碍和制度瓶颈,渐而使得现行的解释权陷入现实需求与理论挑战之两难境地。显然,解释权在反垄断实践中得以启动和运行,并不能自证其理论上的合理性和制度上的合法性;相反,权力的规制、权利的保障需要对现行解释权予以反思,将其置于整个理论逻辑与制度体系中检讨与论证,以寻求其立足基础、探索自我完善之路径。

① 尽管也有学者(抑或官员)为解释性“立法”作辩解,认为诸如此类的规范性解释亦是经过“正当程序”而制定出来的,因而不加区别地怀疑其“法律效力是不妥和不恰当的”(参见曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,《中国法学》2006年第3期),但这种当然地认为发生法律效力就是合理的思维并没有把握现代法治的真谛,司法权的独立性是否可以替代立法权的广泛性,是值得商榷的,笼统地肯定不仅简单也显得粗暴,因而笔者并不赞同这种观点。

② 参见张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1992年版,第220页。作者认为,法律解释主要是指在具体的个案的司法裁判过程中与法律适用相联系的一种活动。

③ 如反垄断法实施中,有关知识产权滥用规制一直是反垄断法实施中的重点和难点,但《中华人民共和国反垄断法》本身仅在第55条提及而未作具体规定,因而制定相关指南作为执法机构执法指引成为共识。为此,国家工商总局早在2009年前后就启动《关于知识产权反垄断规制指南》制定工作并数易其稿,最终却因执法机构间的分歧过大等原因而放弃,转而出台了国家工商总局《关于滥用知识产权排除、限制竞争的规定》。但蹊跷的是,近来国家发改委却对外宣称“正式启动”《滥用知识产权反垄断规制指南》的研究起草工作,参见《知识产权反垄断指南将出台》,http://legal.people.com.cn/n/2015/0605/c188502-27108237.html,2015-06-16。表面上看,这是各执法机构根据各自案件管辖范围出台相应的实施细则,乃正常现象;但实则不然,分歧背后暗含着部门权力之博弈甚至对抗。因此,反垄断法解释很难说是立足于市场竞争秩序的维持而仍给人以深陷部门权力和利益之争的窠臼之感。

④ 参见金振豹:《论最高人民法院的抽象司法解释权》,《比较法研究》2010年第2期。

## 二、反垄断法解释权的应然型构：本质与范畴

解释权是法律解释生成的逻辑起点，也是其效力基础。反观《反垄断法》解释之现状，虽实效与困境并存，但权力依据不足、不明确甚至缺位等问题，仍令人深思。

### （一）解释权的本质

法律适用需要解释，是法治语境下不容忽视的命题。没有法律解释，法律适用就无法进行。<sup>①</sup>《反垄断法》的实施也不例外，其文本规范不仅需要被理解，更需要被有效地解释。唯有此，方能成为市场运行中有效规制垄断行为的制度依据和治理工具。法律解释的强制力源于其解释权的法定性，我国法律解释的法定依据源自于1981年《决议》。但该决议并没有提及法律解释权也未明确什么是法律解释权，而是基于改革开放初期法制不健全、法治待兴之实，继而规定相关执法机构在相关法律适用中就其具体法律问题进行解释，以弥补法律本身之不足。但究竟何为法律适用中的“具体法律问题”，亦无相应的明确规定，继而导致实践中产生这样一种困境：执法机构基于自身执法需要而对法律作抽象的规范性解释，而学界通常力主法律解释仅限于法律适用中将抽象文本规范具体化、明确化并将案件事实涵摄于此的个别性解释。这种理论期望与现实操作之间的分歧，表面上是国家制度规定不明确所致，实际上是对法律解释权本质把握不清而引发。

解释权的提出与设置，意在为法律解释的正当性提供理论支撑和寻求制度庇护。法律解释的本质是法律规范与案件事实有效互动的过程，因而法律解释“不限于对法律文本的解释，甚至主要不是对法律文本的解释，而是对事实的法律意蕴的追问”。<sup>②</sup>因为法律的“真实含义不只是隐藏在法条文字中，而且同样隐藏在具体生活事实中”。<sup>③</sup>因此，解释目的在于将不清楚的说清楚道明白，将抽象的文本概念和法律意义具体化、明确化，并将具体案件事实涵摄于其中，从而形成执法判案的依据和标准。这是法律适用中解释的初衷和功能之所在，即从原初意义上来说，法律解释的任务是借助合理的、可控制的过程，以合理的、可预测的方式得出论证的结论，其核心问题是明确法律的真正界限、内容和本意，从而确保在具体案件中正确适用法律。<sup>④</sup>然解释之所以能为之则在于其中蕴含着法定权限，即解释机构须享有启动和开展解释活动的法定权力，或曰解释权。实际上，解释权就是指在执法判案中由执法机构所享有的对文本规范中概念和法律意义进行阐释以便将具体案件事实涵摄于此并作出相应裁判的权力和职责。依此，解释权的作用空间存在于抽象的文本规范与具体的案件事实之间，以使静态规范适用于动态事实之中，因而解释权的设置、启动或运行初衷不在于依据原本抽象的法律文本续造仍具抽象的解释规范，形成“规范-规范”的低效甚或恶性规范制造循环，而在于赋予和保障法律解释的必要性和正当性的同时厘清法律解释的边界、确保其合理性和合法性。

解释权是法律适用中解释操作启动的核心，也是解释规范正当与否的基础。目前，我国尚无解释权的明确规定和相应约束，理论上的探究则主要承袭于欧美法治语境下的法律解释。现代西方法学著作所讲的法律解释，除法律有特别规定外，一般都是指法院（包括宪法法院、行政法院）和法官对法律的解释。<sup>⑤</sup>法官在司法过程中的发现是法官在理解了之后作出的，法官用其所发现的法律去弥补成文法的不足时，实际上是对活的法和成文法进行解释。只有法官能够这样去“发现”，也就意味着法官拥有了对法律的解释权。<sup>⑥</sup>应当说，似乎只有针对个案的具体适用而作出相应的法律解释更符合法律解释学意义上的解释之特质，这在西方各国司法体制中似乎是个客观事实。而在我国目前受现行法律体制所囿，只存在广泛意义

① 参见董焯：《论法律适用中的法律解释权》，《法商研究》1998年第6期。

② 苏力：《解释的难题：对几种法律文本解释的追问》，《中国社会科学》1997年第4期。

③ 张明楷：《从生活事实中发现法》，《法律适用》2004年第6期。

④ 参见[德]汉斯·J.沃尔夫等：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆2003年版，第312页。

⑤ 参见沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社1987年版，第149页。

⑥ 参见魏胜强：《法律解释权研究》，法律出版社2009年版，第21页。

上的抽象的解释。<sup>①</sup> 此番情境之下,法律解释权在中国便不若西方法治语境中特定化的概念,而是泛指有权机构依据法定权限和程序,对文本规范中的概念和法律意义进行解释的权力。这种权力设置与界定的范式是基于我国现行法律解释体制和法律解释操作实践而作出的选择和刻画,因而具有很强的应景性、针对性和实用性,但难逃理论挑战和制度瓶颈。这种境况在我国《反垄断法》解释中亦若隐若现,且因我国反垄断执法模式的特殊性而更反映出这一权力范式的尴尬之处:实践中因规范供给不足而需要解释,现行解释操作却有悖现代法治精神。显然,现实中的解释需求和操作并不能掩盖既有解释权运行的困境并证明其正当性;相反,亟待从理论上对其予以反思与重塑。

对应于反垄断法,解释在其适用中同样发挥着不容忽视的作用,在弥补《反垄断法》文本过于原则抽象所致之不足方面居于重要地位。但因我国法律解释权缺乏传统的运行范式和明确的规范约束而致反垄断法解释规范泛化,甚至溢出文本自身制度范畴,从而异化成执法机构的解释性“立法”。其结果是,诸如此类的解释规范不接地气、缺乏实用性,出现解释权“空转”现象,不仅浪费了有限的公共执法资源,更破坏了法治精神和权力格局。解释权演变成了侵蚀立法权的恶性工具,超越了文本范畴而假想场景启动解释。事实上,解释权启动和运行中,我们是在解释法律,不是制定法律。解释具有依附性,解释不是法律,更不能超越法律。解释权只能存在于特定的场景之中,就作为逻辑判断的大前提文本规范内涵及其法律意义进行情景性的细化,并将作为小前提的案件事实涵摄于此,从而便于作出相应的裁判。这就要求,执法者在具体垄断规制过程中对《反垄断法》作个别性解释,而避免反垄断法解释中俄罗斯“套娃”现象的出现。<sup>②</sup>

## (二)解释权的范畴

就解释的目的来看,法律解释实际是一种具体化的过程。法律只有在同具体的案件事实相结合时才会暴露其缺点。<sup>③</sup> 执法机构基于解释权而启动法律解释,将文本规范中不明确、待解释的概念和法律意义厘清、具体化,以便将相关案件事实涵摄于此,从而作出相应裁判。不难发现,解释权于其中发挥着双层功能:一是启动法律解释操作的依据。法律解释是有权解释,攸关执法判案之合法性与妥适性,因而须依法据理地开展。唯享有解释权的执法主体方有资格启动法律解释并依此执法判案;二是合理解释法律的保障。法律解释旨在明确文本规范中的概念内涵和法律意义,但执法机构时常基于自身执法需要而作出扩大或缩小解释,甚至越权或滥权解释,超越了法律解释的边界。这恰好凸了解释权对解释操作规约的意义之所在,但解释权自身的范畴如何,则需从应然价值和实然规范双重角度进行探寻和型构。

解释权之于《反垄断法》解释的正当性与妥适性同样不容忽视。作为市场经济基础性法律规范,《反垄断法》具有专业性、抽象性和不确定性,注定不同于传统法律。加之,基于“宜粗不宜细”的立法指导思想和简约型立法模式,《反垄断法》自其诞生之日起便不可避免地需要解释。但由于《反垄断法》实施时间不长、经验不足,且囿于解释体制和惯例,执法机构偏好于作抽象的规范性解释,就既有解释实践与规范来看,解释虽在一定程度上缓解规范供给不足之压力但也呈现越权或滥权之实,从理论角度来说造成了解释危机,因而,应从适用场景、权力主体与解释对象的逻辑维度对解释权的范畴予以廓清和型塑:

1. 适用场景。解释权的运行实际是法律解释操作的过程,解释是法律适用的前提和基础。法律适用通常是指国家机关和国家授权的机构组织按照法律的规定运用国家权力,将法律规范运用于具体的对象,用以处理具体问题(事件)的专门活动。<sup>④</sup> 法律适用中,执法机构通过解释将规范具体化并将案件事实涵摄于此,因而解释权具有很强的依附性,离不开法律适用这一运行机制与环境。作为市场经济的基础性法律,反垄断法的有效实施固然离不开市场经济这一体制环境,其天然使命亦在维护市场竞争、提高经济效

① 参见苏晓宏:《司法解释立法化问题研究》,法律出版社 2013 年版,第 21 页。

② 法律解释的目的在于追寻文本规范的内涵和法律意义,但现行法律解释体制之下,法律解释通常蜕变成一种抽象的追求,其成果形式仍体现为需要解释和探寻的规范性解释,从而使得法律解释及其具体体现成为法律解释体系这一俄罗斯“套娃”中一个又一个面貌相同的娃娃,却未曾明确其内涵与外延。

③ 参见魏胜强:《论法律解释权配置的历史演变》,《政法论丛》2013 年第 3 期。

④ 参见朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 410 页。

益。随着公权力对市场的介入和行政国家的崛起,法律适用中行政因素亦不断凸显。<sup>①</sup> 反垄断法突破传统公私法划分的思维僵势,汲取公私融合之理念、采取综合手段矫正和维护市场竞争,各经济体的反垄断法也因此在本规范与修辞表达上呈现出不同程度的趋同性。但具体实施中则因各自经济发展水平、法律文化传统、社会进化程度等差异的客观存在,其文本的理解和解释亦必然呈现相应的差异化,因而要求反垄断法文本的理解和解释应与其所处的具体场景相适应,以免“橘逾淮而枳”的不良效果出现。之所以强调此点,原因在于我国反垄断立法抑或后继的执法无不受欧美反垄断法理论或经验之影响,理论层面的比较分析方法、实践中的制度移植与经验借鉴实乃反垄断实践中的常事,但个中的场景差异却时常因强调市场经济的一般性和反垄断法文本的共通性而被忽略,因此,解释权的启动和运用不能不注意其所处的中国场景,即如何在中国场景中合理解释和运用反垄断法文本,以使其执法达至合目的性和合规律性之初衷。

2. 权力主体。解释是连接文本与市场的桥梁与纽带,亦是维系法律适用合理推进的基础。合理的权力配置是法律解释得以有效开展的保障,但与解释所处的具体适用场域密切相关。由于解释权依附于法律适用而存在于行政执法或司法之中,<sup>②</sup>解释权的启动和运行则依赖于特定场域中的执法机构。反垄断法因其文本规范的原则性、抽象性以及垄断行为的多变性而使解释在其适用中更显必要,解释权因各国执法模式的不同,其承担主体亦有所差异。但无论是司法模式抑或行政模式,法律解释均是执法机构适用法律的操作方法,反垄断法解释效力依赖于执法机构的解释权。唯被赋予解释权,执法机构的解释在法律适用中方有意义。作为解释权的承担者,执法机构在由规范向事实转变过程中,为确保文本内涵和法律意义解释的合目的性、合理性和合法性,需要享有相应的权能。基于作为执法的逻辑前提考虑,解释权的权能创设旨在在执法机构有效理解、阐释和应用文本规范,应在执法权范畴内廓清其边界,但应注意两点:一是应尊重解释权主体或曰执法机构解释活动的相对自主性,即执法机构能够在反垄断法解释操作中结合具体垄断行为明确文本内涵及其所蕴含的价值,以维护市场自由、充分地竞争,而避免或杜绝产业政策、解释性“立法”等因素的影响;二是确保反垄断法解释的相对统一性,即文本规范虽由执法机构结合不同的垄断案件而进行解释、应用,但不能基于自身执法需要而脱离反垄断法的立法宗旨而进行解释性立法、代替既有规范,从而架空反垄断法文本本身。执法机构享有或承担解释权,目的在于更好地实施反垄断法,但解释权之于执法机构在不同的执法模式中所承载的意义则不同:在司法模式中,法院是反垄断执法的主导力量,对反垄断法拥有当然的最终解释权;在行政模式中,反垄断行政执法机构和法院皆是反垄断执法机构,因而存有两者对反垄断法解释不一致的问题,但依据现代法治理念和司法最终裁决作用,法院可以通过司法审查矫正行政执法机构解释的偏差,不仅可以提供个案救济,也可以通过行政解释的合法(宪)性予以审查,否则会让“法治国家陷入形骸化乃至空心化的境地”。<sup>③</sup>

3. 解释对象。解释权的运行标志着反垄断法解释的启动,是将文本规范与规制实践相结合的过程。但在此过程中,以垄断行为为规制对象的反垄断法在适用中因自身的静态和抽象属性而难以有效迎合颇具多样性和多变性的市场垄断行为之规制需求,因而需要通过解释实现文本规范与规制实践的结合,以达到打击垄断、维护竞争的目的。实际上,反垄断法实施中,执法机构面临着法律解释的困境,一方面,《反垄断法》文本规范是其进行解释的依据,执法机构必须依据反垄断法进行思维和执法;另一方面,《反垄断法》

<sup>①</sup> 参见韩春晖:《从“行政国家”到“法治政府”——我国行政法治中的国家形象研究》,《中国法学》2010年第6期。

<sup>②</sup> 对于解释权应否为独立的权力,学界对此有不同的观点。有学者认为,法律解释权在一般意义上被认为是可以与法律实施权或决定权分离的并构成一种独立的权力,在此基础上构建中国的法律解释体制,参见张志铭:《当代中国的法律解释问题研究》,《中国社会科学》1996年第5期;张志铭:《关于中国法律解释体制的思考》,《中国社会科学》1997年第2期。但也有学者认为,法律解释权不应或不宜成为一种独立的权力,否则极易诱发以解释代替立法、执法权对立法权的侵蚀等制度风险,参见陶凯元:《中国法律解释制度现状之剖析》,《法律科学》1999年第6期;陈金钊:《论法律解释权的构成要素》,《政治与法律》2004年第1期。笔者倾向于后者,即不应将解释权从具体执法工作中抽象出来单列为一种权力,而应将其视为执法权不可分离的一部分,真正将法律规范与案件事实相融合地去理解、阐释和运用法律。然而,就中国现行法律解释体制和实践范式来看,其主要集中于最高司法机关或司法机关,因而很难说不是独立的权力。

<sup>③</sup> 宋华琳:《论行政规则对司法的规范效应——以技术标准为中心的初步考察》,《中国法学》2006年第6期。

文本本身语词的原则性和不确定性等因素,又促使其成为解释的对象。反垄断法解释思维的依据和解释操作的对象表面上看都是反垄断法文本,但这实际需从两个不同层面上来审视和把握反垄断法:就解释依据来说,执法机构应基于规范法学的思维模式从应然法层面来理解反垄断法、探寻其真谛,从而为具体阐释和应用文本规范提供理念指南和制度保障;就解释对象来说,执法机构则应依据实证法学的分析范式从实然法层面来审视和把握反垄断法制度规范的内涵与法律意义,以使具体垄断行为能涵摄于此并给予有效规制。应然意义上的反垄断法为执法机构合理解释和适用实然意义上的反垄断法文本规范提供理论支撑和思维范式,矫正解释偏差、促使适用中的文本规范不断接近原初的价值追求,从而达到现代国家创设反垄断法的初衷。但如何将反垄断立法初衷贯彻到具体解释之中,则涉及解释活动是能动性还是谦抑性的问题。能动性意味着执法机构在解释时将可能超越文本规范而追求反垄断立法之应然追求,强调对市场竞争的保护,基于合理性诉求而对市场中垄断行为进行规范分析;而谦抑性则要求执法机构在解释时应忠实于文本规范,须严格遵守文本对垄断行为的违法性予以判断,以避免过度解释、越过文本范畴,从而架空既有规范,使得反垄断立法流于形式。具体解释操作中,市场垄断规制之现实需求则要求执法机构不仅要依据文本规范进行解释以明确规范内涵和法律意义,更要通过解释发掘并实现蕴含于规范之中的理念与目标诉求,以合法、合理规制垄断行为。

徒法不足以自行,适用是法律实现自身目标的必然,但有效适用离不开合理解释。英美法系下,法院和法官掌握法律的解释权,法官解释法律成为一种制度事实,“法官所作出的判例,既创制新的法律原则,也解释法律”。<sup>①</sup>这在反垄断法领域更是如此,本身违法原则、合理原则、关键设施原则等现代反垄断法原理与适用机制无不是在法官执法判案中通过解释塑造而成的。在大陆法系,执法者对法律的解释则并不像英美法系下那么容易,法律适用中通过解释弥补成文法不足,须有法定授权方为有效,因而解释权成为解释操作之前提。前者强调执法者通过解释追求法之应然,而后者则要求执法者须依法解释以明确法之实然。

### 三、反垄断法解释权的实然规范:矫正与救济

解释权从理论型构角度来说旨在法律适用中为文本规范的细化和具体化提供正当性的保障,只是在不同法系背景下其表现形式有所差异而已。英美法系下,解释权暗含于具体的司法实践之中,解释权已升华为法官的行为惯例;而大陆法系下,解释权则囿于成文法之约束,更强调其规范性。反垄断法领域中,解释权冲破了既有法系之思维约束,在关注文本规范向垄断规制转化的范式惯性的同时,亦强调文本意图在执法判案中的体现和贯彻。解释权的获得意味着反垄断法解释和适用的正当性和妥适性;但解释权若不予以规范,抑或解释权本身不受约束,则易致解释泛化,有悖解释权设置之初衷。我国反垄断法解释在事实上进行着,但出现了诸如上文分析的困境,影响着解释的质量同时也干扰反垄断法的有效实施。因而需基于法治一般理论,对反垄断法解释权进行规范和完善,以矫正既有解释规范低效甚至无效现状。当然,这是项系统工程,不仅涉及我国法治整体环境,亦关涉反垄断法文本自身的完善,更牵涉到问题解释的救济。

1. 运行体制的重塑。法律适用离不开解释,而有效的解释需有解释权的保障。由于解释权生成路径不同,其内生环境亦有所差异,但在现代法治国家理念支撑下,权力分立与制衡是共通的逻辑基础。我国宪法明确了国家权力的分工不同和互相制衡,立法、行政和司法从制度层面上分属于不同的国家机构,从而为法律规范的理解、解释和应用营造了现代法治环境。<sup>②</sup>然而,我国长期以来的行政惯性和法治缺失,权力虽有形式分工但执行中仍受制于诸多因素,行政强势、司法不彰,造成法律实施中机构职能的“越位”。这表面上看来是我国长期坚持的“宜粗不宜细”立法原则,致使法治生活中规范供给不足,需要执法机构在

① 潘华仿:《英美法论》,中国政法大学出版社1997年版,第53页。

② 参见陶凯元:《中国法律解释制度现状之剖析》,《法律科学》1999年第6期。

法律适用中进行解释；但其实质是国家机构权力运行之间缺乏有效的监督约束机制，体制不顺、不清的体现，因而在实践中出现解释呈立法化之倾向或立法之实。反垄断法的处境亦不例外，执法机构对简约的《反垄断法》文本作了大量解释，以求弥合文本规范与规制需求之间的间隙，但实际上出现了突破规范原典的情形，导致反垄断法解释权有异化为“立法权”之实之倾向。其结果是，反垄断法解释权逾越了自身权力边界，侵蚀了立法权，在反垄断实践中架空了反垄断法文本规范，易出现反垄断执法机构将自身意志置于立法者意志之上，使反垄断法的效力随执法者而转移，从而损害法律文本自身的可预期性和权威性。

不难看出，在反垄断法领域，其解释权出现了超越文本而侵害立法权的现象。因此，为调整和规范反垄断法解释权，首先须将反垄断法解释所处的法治大环境进行整肃。在此大前提下，依据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）相关规定，明确立法权与执法权之间的界限，力促立法和执法机构在各自职权范围内切实履行各自的职责；立法机构应立足国情、借鉴域外经验，积极履行其立法职责，提供有质量的文本规范，并依据《立法法》和1981年《决议》适时地作相应的立法解释<sup>①</sup>，从而确保法律规范的供给以尽量满足现实需求；执法机构则应遵守依法办事原则，在具体执法中应严格依照法律文本及其立法解释进行解释，不得超越权限而“升级”为立法，对“法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的”，应提请立法机构加以解释。显然，前者强调对“条文本身”作出相应解释，通常指涉“法律的规定需要进一步明确具体含义的”和“法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的”两种情况，旨在解决对于法律“应当作怎样的理解”的问题；而后者则强调对“具体应用法律、法令的问题”作出相应解释，目的在于明确法律“能否作这样的理解”的问题。依此，立法机构与执法机构能够在国家法治框架中廓清各自边界并各司其职，以防执法机构滥用解释权，以解释之名行“立法”之实，扰乱国家法治秩序、损害法治国家形象，从而在此体制环境下规范反垄断法解释权之运行。

2. 操作路径的改进。在理顺立法权与执法权之间关系的大前提下，反垄断法解释权既有的操作路径亦应值得反思与改善。解释权的启动意味着执法机构通过解释将静态的文本规范适用于千变万化的垄断行为规制之中，因而表明解释并非“规范—规范”式的逻辑推衍和抽象表达，而是厘清文本规范内涵和法律意义，以实现其立法宗旨。当下依托场景假借和问题预设而作出的“套娃”式解释难以满足我国当前反垄断实践之需要，解释文本中体现出来的“原文照搬”、“语词替换”等操作方式有悖解释初衷<sup>②</sup>，不仅未明确文本规范内涵和法律意义，浪费了国家有限的立法和执法资源，而且出现“以解释代立法”之乱象，扰乱了国家公权力运行秩序。究其原因，症结在于执法机构缺乏法治意识，即执法机构忽视了国家权力分工和自身权力边界，亦忽视了对文本规范的考量，而着眼于自身执法需要对文本规范展开“解释”。

既有的解释范式使得执法机构的解释僭越了宪法上的权力分工、超出了解释权的边界，其结果不仅没有达到解释预设目标，亦损害了文本的法治权威。执法机构应在现代法治框架下调整解释思维、改善操作机制，将反垄断法解释权回归于执法机构对反垄断实践中的具体问题作回应性解释的权限。这要求执法机构首先需要对反垄断法文本进行评估，以揭示文本规范相对于垄断规制需求之短缺，从而明确解释权的着力点之所在。就规范供给与垄断规制需求间的关系来说，立法者所创设的文本规范总处于“供不应求”的状态，而这种状态在具体执法中通常表现为两种形态：一是文本规范存有结构性缺陷，即反垄断法文本因立法者认识能力等因素的限制而未能涵盖某些规范机制，对市场中新出现的垄断行为缺乏相应的规制约束。在此情形下，执法机构便难以通过解释来“塑造”自身所需要的执法依据，否则便是“无本之木、无源之水”，形成以解释代立法的困境。这需要立法机构进行修法或者依法进行立法解释，以弥补立法之不足；二是文本规范虽有规定但表达模糊、不确定，即受我国长期以来的“宜粗不宜细”立法指导思想的影响和立

① 正如上文所述，《中华人民共和国立法法》尽管在第二章第四节就“法律解释”作了专门规定，但其此处“法律解释”实质为“立法解释”而非一般意义上的法律解释，因而在具体实践中如何调处法律解释内立法机关和执法机构的解释之间关系仍存争论，即《中华人民共和国立法法》出台后1981年《决议》是否还有存在之必要以及如何适用等问题。当然，从法理层面来说，执法机构的法律解释必须服从于立法机关的立法解释即“法律解释”，因为后者等同于相应的文本规范。但现实中，这种现象则变得愈发扑朔迷离了。

② 参见金善明：《反垄断行政解释的反思与完善》，《法律科学》2014年第1期。

法者认知能力的限制,反垄断法文本的规范表达过于原则、抽象而缺乏相应的可操作性,在具体的反垄断执法中存有具体问题有待明确。这也为执法机构进行合理合法的解释提供了规范窗口和制度依据。就我国反垄断法解释来说,首要工作便是结合我国反垄断实践对反垄断法文本作客观评估,以明确需要解释和可解释的规范范畴。依此,执法机构在具体反垄断案件中对反垄断法规范概念和法律意义进行细化和具体化,从而为其执法判案提供标准和依据。

3. 监督机制的完善。私法之下,“无救济,便无权利”昭示着救济对权利保障之重要性;同样,反垄断法实施中,救济机制亦非可有可无之物。无论是就反垄断执法机构的行政裁定还是法院的裁判来说,各国在强调执法(司法)程序正义的同时,更应赋予当事人救济权利以维护自身合法权益。具体而言,当事人不服反垄断行政裁定的,可依法申请行政复议或者提起行政诉讼;不服法院裁判的,可依法提起上诉或申请抗诉。在西方法治国家,法律解释通常即指法官在具体案件中对法律的解释,解释暗含于个案执法之中,通过解释明确规范内涵和法律意义从而为执法判案提供更为细化的法律依据,因而在此背景下,当事人所享有的救济权便包含着对解释权的约束。但我国法律解释囿于特定时代背景和现行法律体制被异化为抽象的规范性解释,即法律解释与具体案件的裁判普遍脱离,它被单列为一种权力,在审判领域,只有最高法院拥有法律解释权。<sup>①</sup> 行政解释亦概莫能外,蜕变为抽象的“行政立法”。这些抽象的解释性活动不若西方法治背景下个案解释,因而我国法律虽赋予当事人对裁判结果不服可以申请行政复议或提起诉讼(上诉)的救济权利,但这一权利并不能触及法律解释。质言之,反垄断法解释处于相对真空状态,缺乏相应的约束机制,而对当事人来说则是缺乏相应的救济机制。

在法律解释即为个案解释的情境下,法律赋予当事人申请行政复议或提起诉讼(上诉)的权利,实际上制约、规范着执法机构的解释操作,同时也为其解释操作活动提供救济途径。但当前我国实践中的法律解释并非《立法法》上的“法律解释”亦非1981年《决议》中对“具体适用中的问题”所作的解释,而“升华”为执法机构所作的规范性解释,具有普遍效力,甚至出现没有相应的法律解释便无法适用该法现象。<sup>②</sup> 反垄断法领域亦是如此,执法机构的解释规范甚至成为其执法活动中“二次解释”<sup>③</sup>的依据,而既有的救济途径不仅不足以为当事人权益提供保障或挽救的机会,亦无法有效规制执法机构的解释活动。因此,在当前我国法律解释体制和范式惯例短期内无法改变或调整的情形下,应立足于我国整个法治机制完善的角度,改善救济途径,以确保解释权的合理运行。具体而言:一方面应加强我国反垄断法执法的司法审查。这意味着不仅要完善我国反垄断法相关的诉讼机制,确保当事人对执法机构的行政裁定或法院的裁判不服,能够申请行政复议或提起诉讼(上诉);而且要继续推动《中华人民共和国行政诉讼法》的修订完善,明确抽象行政行为的可诉性,以确保执法机构规范性解释的合理性和合法性。<sup>④</sup> 另一方面,应切实落实反垄断法解释的合宪性审查制度。通过切实有效地启动合宪性审查机制,对我国尚处于监管空白处的司法解释的合法性和合宪性进行审查和规制,以确保解释、司法与立法的一致性。通过型塑监督机制,试图对我国反垄断行政解释和司法解释进行妥当的规制,并赋予当事人充分的救济权利,以保障自身合法权益、维护市场竞争秩序。

反垄断法需要解释,这是市场经济国家规制垄断行为必需也必经的逻辑环节。执法机构所享有的解释权在不同法治语境下或隐含于反垄断执法机构的个案裁判过程之中或体现为最高执法机构或院所作

① 参见张志铭:《关于中国法律解释体制的思考》,《中国社会科学》1997年第2期。

② 参见陈甦:《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,《法学研究》2012年第2期。

③ 事实上,我国法律适用中较为普遍的现象是,在立法机关出台相应法律之后便迅速地由相应的执法机构在自身管辖范围内出台相应的规范性解释,但这种规范性解释因其适用范围的广泛性和制定场景的预设性等因素束缚而致其在具体案件适用中需要相应的执法机构作进一步的解释。可见,在此进程中,法律适用实际遭遇了两次解释,第一次是依据法律文本本身的规范性解释,第二次是具体案件中对规范性解释的解释,即“二次解释”。

④ 在对1989年的《中华人民共和国行政诉讼法》修订过程中,能否对抽象行政行为提起诉讼自始至终都是学界关注的热点和焦点。但可惜的是,2014年修订通过的《中华人民共和国行政诉讼法》对这一社会诉求和理论渴望并未给予足够的回应。随后的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》也未彻底或真正地解决抽象行政行为可诉性问题。

的规范性解释之上:前者通过个案救济的方式,可以避免执法机构解释的泛化,从而有利于实现反垄断立法之初衷;后者则因缺乏相应的约束机制,无论行政解释抑或司法解释都处于真空状态,是否偏离反垄断立法原意难以评判。因此,我们应从宏观体制分工至微观操作机制进行检讨、反思,并基于法治理念矫正和完善反垄断法解释权运行环境和机制。

#### 四、余论

解释是反垄断法实施的逻辑前提。囿于现行法律解释体制和操作惯例,我国反垄断法解释演变为执法机构基于自身执法需求和便利的逻辑而作出具有普遍适用效力的规范性解释。这虽在一定程度上确实缓解了反垄断立法规范供给不足的紧张情势,但反垄断法解释的现实有用性并不能说明规范性解释的正当性、合理性和合法性。这种有用性不仅有扰乱权力体制分工之可能,更有侵害法治权威之风险,因而这种解释权的设置和运行机制有悖现代法治精神。究其原因,解释权定性不清、运行规范缺失是重要因素。因此,应从权利哲学层面反思和界定解释权属性,基于解释功能而将其视为反垄断执法权的一部分。反垄断法解释权的启动和运行的目的在于解释反垄断法文本,从而使得规范概念和法律意义具体化、明确化,为具体案件裁判提供制度依据和裁定标准,而非创设新的反垄断法规范,从而僭越权力边界。当然,理想的解释权运行范式应是暗含于执法机构的个案执法裁判之中,宏观上受法治思维的规制,微观上则有相应的救济和监督机制作保障。

然而,在当前中国法治生态和解释体制一时难以变更的情形下,反垄断法解释权分散于各执法机构之中并演化成彼此间权力争夺和排挤对抗之恶性现象时,另辟蹊径则成当务之急。在既有文本框架下,可从两个维度展开反垄断法的解释和运用工作:一是充分发挥《反垄断法》第9条关于反垄断委员会“制定、发布反垄断指南”之职责的作用。即反垄断委员会就垄断行为规制发布相应的指南,代替不同执法机构各自出台的规范性解释,以限制反垄断法解释权、减少规范冲突的可能性;二是提高执法机构在具体案件中解释和适用规范的能力。即执法机构应在具体个案中发挥自己的自由裁量权,在文本静态性和市场动态性之间寻求平衡点,增强文本规范的张力,以确保规范适用的合目的性和合规律性。显然,这是一种“次优”选择。在当下,我们应对既有解释权之“任性”进行规范和约束,以减少文本解释的冲突或争议、确保反垄断法工作的有效推进。

责任编辑 翟中鞠