

论反垄断指南的规范形式与效力实质

江山

【摘要】在反垄断规制中,指南是反垄断法解释的主要文本载体和“更好规制”的重要工具,通过提供一致性的指引、守法示范和裁量约束,有助于促进市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。但中国反垄断指南的规范形式与效力实质一直不尽分明,这影响了反垄断法解释的充分展开,也阻滞了规制可及性、公正性和一贯性的提升,因此必须予以充分释明。在规范形式方面,首先应当确立反垄断指南以垄断行为为中心的完整体系结构,限缩行业、领域指南的扩张化倾向;其次在文本建构上,聚焦内容拓展和文本形塑,充分展开行为类型拓展和标准引入的探索,确立指南有别于法律、法规和部门规章的文体风格与制式。就效力实质而言,无论是在执法机构内部,还是对行政相对人与法院,反垄断指南都无法律上的约束力,但具有不同程度的事实上的约束力。借助反垄断指南更新与案例发展,这种约束力的范围与程度可以得到进一步廓清。

【关键词】反垄断指南;反垄断法;行政规则;类型化;标准适用

【作者简介】江山,对外经济贸易大学法学院教授。

【原文出处】《社会科学》(沪),2023.1.181~192

【基金项目】本文系国家社会科学基金后期资助项目“反垄断法解释研究”(项目编号:20FFXB025)的阶段成果。

引言

在市场规制领域,恰当划分政府与市场的边界是永恒的命题。基于此,世界范围内规制政策的演进,经历了放松规制与重新规制的浪潮,并时有反复。在左右摇摆之间,“更好规制”的理念被提出并逐渐获得了广泛接受,学界不再彷徨于是否需要规制,而是径直切入如何对已有规制安排进行优化的研究。^①在主要法域,“更好规制”的实现都与现代行政指南的推行密切相关。随着20世纪以来政府行政职能边界的普遍扩张,指南被运用到行政的各个方面,展现出非常丰富的功能,主要体现为提升能力建设、充分解释法定权力行使的理由和迅速规范裁量权行使。^②在反垄断规制中,指南亦发挥了成本低、干预度低、信息通达和透明可及等优势,通过提供一致性的指引、守法示范和裁量约束,反垄断指南有助

于促进市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。

在我国,对于指南在反垄断规制中作用的认识尚未提升到应有高度。自2007年我国《反垄断法》颁布以来,国务院反垄断委员会总共只制定了5部实体性指南和3部程序性指南。^③随着2022年8月1日新修订的《反垄断法》正式实施,我国反垄断立法层面的文本优化暂告段落,重心复归法律解释。但反垄断法解释的展开,不仅需要依托完备的法律、法规文本,还有赖于相互补足之部门规章和指南体系的构建。如果将反垄断法规范看作规则与标准的复合体,^④那么,部门规章重在细化规则文本的内容,指南则致力于廓清标准适用的方法与场景。近年来国务院反垄断执法机构制定、更新的大量部门规章,虽然可以很好地承载以规则为中心的规范,却无法充分

演绎以标准为中心的规范。原因在于,部门规章下以规则细化为取向的路径存在固有局限。规则细化固然有益,但若其结果仅导致规则的繁复,又未能实质性消除规制适用的模糊性,所造成的弊端甚至超出标准适用可能带来的不确定性。因此,当今日渐明晰的是,单纯依赖规则的治理难以实现“更好规制”,反垄断法解释应诉诸以标准适用为中心的指南予以补足。通过指南,不仅可以将对垄断行为规范类型的细化扩展至对经验类型的详解,还可以引入针对不同垄断行为的分析标准。晚近学界的研究,在反垄断指南的法律地位、行文体例和语言风格等方面作出了有益的探索,^⑤在此基础上可以更进一步,就体系完善、文本优化和效力勘定等方面对反垄断指南进行更加全面的考察和设计。

一、反垄断指南的体系构造

纵观主要法域的反垄断指南体系,主要涵盖纵向垄断协议、纵向垄断协议、支配地位滥用、横向合并和非横向合并等涉及垄断行为的指南,以知识产权许可反垄断指南为代表的行业、领域指南,以及若干关键程序性指南。^⑥作为一个整体,反垄断指南体系功能的充分发挥,既有赖于体系结构之完整构造,亦取决于体系内部层次之优化。

(一)基础行为性指南分析

不同的垄断行为指南,在类型划分与标准适用上存在差别,在竞争影响分析方面侧重亦有不同,彼此相对独立,又互相补足,共同构成反垄断指南体系的基石。

第一,横向垄断协议指南。该类指南聚焦于分析竞争者之间开展合作的横向协议。主要法域的反垄断指南对企业联营持宽松的规制立场。^⑦究其原因,这些国家认为,对于固定价格、限定产量和划分市场的核心卡特尔,基于其“总是或几乎总是损害竞争”的性质,既无须作类型化展开,也无须进行效果权衡;至于活跃于市场中的各类企业联营,则通常具有提升效率、促进竞争的效果,应将其交由个案评估或集体豁免适用。问题是,经营者横向合作范围广泛、形式丰富,法律对其类型的规定难以做到事无巨细。因此,通过反垄断指南可以提炼横向合作的经验类型,确立合理规则的规制立场和分

析方法(而非不加区分的禁止),并为个案分析提供有益指引。

第二,纵向垄断协议指南。该类指南聚焦于分析经营者与交易相对人之间开展合作的纵向协议。就此,主要法域的规制立场差别明显。美国法在1993年以后再无制定纵向限制指南的尝试。^⑧比较来看,《欧盟运行条约》第101条未就核心限制之外的纵向限制进行类型列举,而是留待集体豁免或个案评估中展开。然而纵向限制的经验类型及其效果相当丰富,即便欧委会出台了《纵向限制集体豁免条例》,相关制度供给仍显不足,这一豁免条例随后通过《纵向限制指南》(2010年版和2020年版)的阐释才得以充分释放其功能。^⑨这一系列指南,对不同类型纵向限制的“品牌内—品牌间”竞争影响均作了详细阐明。该类执法立场的充分表达与有效贯彻,在载体上离不开指南这一开放性文本。

第三,滥用市场支配地位指南。该类指南聚焦于分析处于支配地位的企业实施的排斥性或剥削性滥用行为。美国国内在该领域存在重大观念分歧,^⑩相较而言,欧盟则就相关问题达成了部分共识。《欧盟运行条约》第102条对滥用市场支配地位行为作了初步列举。^⑪欧委会于2009年发布的《滥用市场支配地位指引》,鉴于剥削性滥用行为尚未展现出普遍性,规定“将现阶段的执法优先级放在排斥性行为上,特别是那些基于其经验,似乎最为常见的特定排斥性行为类型”。^⑫于是其执法立场被概括为:“根据判例法,企业具有支配地位本身并不是违法的,其有权展开基于绩效的竞争。然而企业有特别的责任,不允许其行为损害共同市场内真正的非扭曲的竞争。”^⑬在指引中,欧委会尝试引入利益牺牲标准、同等效率竞争者标准,但尚未吸收提高竞争对手成本等重要标准。显然,滥用市场支配地位领域当前积累的经验相对有限,仅局部法域达成了部分共识,但指南确实为竞争性标准的纳入选择提供了检验处所。

第四,横向合并指南。该类指南聚焦于分析竞争者之间合并的竞争影响。美国《横向合并指南》传统悠久,^⑭在《克莱顿法》中,合并审查的标准被概括为“实质性削弱竞争或者倾向于产生垄断”,^⑮但未对

该标准作出进一步阐释。为此,美国《横向合并指南》强调,“执法机构旨在识别和挑战具有竞争损害的合并,与此同时避免不必要地干预那些具有有益竞争影响或者是中性的合并”,^⑩并提出了单边效应、协调效应与封锁效应的细化标准,以资指引。^⑪在欧盟,基于《并购条例》,欧委会必须评估“集中是否将实质性损害共同市场获取重要部分内的有效竞争,尤其是当其产生或增强了支配地位而引起上述损害时”。^⑫问题是,“实质性损害有效竞争”的标准和“支配地位”的概念均需要进一步阐释。欧委会通过《横向合并指南》,^⑬引入了协调效应与非协调效应的标准,以阐释上述概念与标准之间的关系。在合并审查中,随着主要法域逐渐以实质性削弱竞争标准代替支配地位标准,其竞争分析方法也从粗略的结构主义推定转向场景化的标准适用,这一过渡在文本层面也是由指南来承载的。

第五,非横向合并指南。该类指南聚焦于分析经营者与交易相对人或其他非直接竞争者之间合并的竞争影响。美国2020年《纵向合并指南》的重点在于对纵向合并中“实质性削弱竞争或者倾向于产生垄断”的适用进行阐释。^⑭欧盟2008年《非横向合并指南》明确将非横向合并分为纵向合并(涉及供应链不同层级的企业之间的合并)和混合合并(涉及既非横向又非纵向关系的企业之间的合并),并指出,“一般来说,相较于横向合并,非横向合并实质性限制有效竞争的可能性更小”。^⑮为提供指引,该指南将“实质性损害有效竞争”的标准分解为协调效应和非协调效应标准(包括封锁效应、获得商业敏感信息),以更好应对如何在非横向合并语境下进行竞争影响分析的挑战。随着数字市场的发展,近年来大量的并购实践激发了对非横向合并分析的标准适用需求,进而促使该类指南更受关注。

(二)反垄断指南体系层次化

上述行为性指南构成了反垄断指南体系的坚实基础,但反垄断指南体系的构建还需要关注围绕行为性指南制定的、以知识产权许可反垄断指南为代表的行业、领域指南。聚焦当今世界的实体性指南,可以发现:美国就竞争者协作、横向合并、纵向合并和知识产权许可制定了指南;^⑯欧盟就横向合作协

议、纵向限制、滥用市场支配地位、横向合并、非横向合并和技术转让、汽车业等制定了指南;^⑰英国就协议与协同行为、滥用市场支配地位、市场界定、市场力量评估、纵向协议、合并评估、技术转让、管制行业 and 行业协会、职业与自治组织等制定了指南;^⑱日本就私的垄断、销售系统和商业行为、行业协会、合并与收购,以及买方优势地位的滥用、不公平的低价销售、反垄断法下知识产权的行使、标准化和专利池协议、联合研究与开发等诸多行为和领域制定了指南,^⑲韩国则制定了关于市场支配地位滥用、合并审查、卡特尔审查、转售价格维持和知识产权行使等指南。^⑳上述重要法域的指南,无一例外地以垄断行为和知识产权指南作为指南体系的主要构成,只有部分法域制定了管制行业、汽车业、行业协会等其他少数特殊行业和领域指南。

我国实体性指南呈现出重行业、领域,轻垄断行为的特点,虽然专门制定了知识产权领域、汽车业、平台经济领域和原料药领域的指南,但针对三大垄断行为尚未匹配相应指南。上述指南在垄断行为指南缺位的情况下出台,缺乏共同逻辑与经验基础,难掩指南体系的结构性问题。不仅如此,垄断行为指南的缺位可能造成行业、领域指南在指导思想、分析方法上形成外溢性或适用范围扩大化,若不及时调整,或引发反垄断指南的体系紊乱和功能失调。^㉑当然,这也并非一揽子地否认制定行业、领域反垄断指南的必要性。实际上,执法机构在对相关指南的解读中列举了各种原因。^㉒然而,这些行业、领域是否有充分的理由单独制定指南,确实是需要逐一评估的。从“更好规制”的角度,需要厘清的基本问题是:这种做法是否符合比例性原则,相关行业、领域反垄断指南是否确为解决其行业或领域问题所必需,或者说,相关垄断行为指南是否无法解决相关行业、领域的问题?^㉓

以知识产权许可反垄断指南为例,一般而言,该类指南主要分析知识产权许可场景下的典型垄断行为和竞争影响。知识产权可以激励企业对创新进行投资,而竞争则可以给企业施加创新的压力,指南的重心是平衡创新与竞争,聚焦分析知识产权许可过程中将知识产权排他性推移至超出既定范围可能造

成的排除、限制竞争的影响。该类指南的存在并不是因为现有的垄断行为分析框架不敷使用,而是为了贯彻协调创新与竞争目标的规制原则,归纳知识产权许可领域的垄断行为经验类型和分析方法。为此,美国2017年修订的《知识产权许可反托拉斯指南》确立的基本原则是:“对于涉及知识产权的行为与涉及其他形式财产的行为,执法机构适用相同的反托拉斯分析,但会考虑到特定知识产权的具体特性。”^⑧欧盟2014年修订的《技术转让许可指南》,明确“知识产权和欧盟竞争规则……都分享促进消费者福利和有效分配资源这一共同的基本目标”。^⑨要知道,在指南宣示上述规制原则之前,知识产权与反垄断之间的关系并不是如此清晰、确定的。为了将上述规制原则落实到行为分析之中,需要结合知识产权许可活动自身的逻辑和经验去理解指南。一种知识产权许可活动可能涉及一种或几种垄断行为的细分类型,为了更好地分析其竞争影响,指南通常以许可活动为中心来进行经验类型的划分,再将许可活动中涉及的诸多垄断行为一一拆解,分析其对创新与竞争的影响。上述内容由法律、法规和部门规章都无法有效承载,必须通过指南予以完整呈现。若一个指南仅仅是将垄断行为指南的分析框架简单移植到特定的行业、领域,则不仅该行业、领域制定指南的必要性存疑,而且于指南体系结构也是有损害的。

综上所述,层次清晰、上下关联、相互参引的反垄断指南体系结构的形成,必须以垄断行为系列指南作为指南体系的基石,进而制定必要的行业、领域指南以为支撑。当前,中国垄断行为指南的系统制定势在必行,后续重点在于确立垄断行为指南在体系中的“上位指南”地位,限缩行业和领域指南的无规则扩张。具体而言,应当陆续制定关于企业联营、纵向限制、滥用市场支配地位行为、横向并购、非横向并购的反垄断指南。在垄断行为指南足以覆盖的行业、领域,不宜扩大特殊指南的制定。对于已有的行业、领域指南,应当考察其与垄断行为指南的协调、匹配程度,并对知识产权许可反垄断指南等必要性具有充分共识的指南适时作出修订,对经评估不具备必要性的相关指南予以废止。

二、反垄断指南的文本优化

在形成结构化体系的基础上,反垄断指南功能的有效发挥还有赖于成熟的文本建构。为缓解垄断行为规制的复杂性与反垄断法条文的抽象性之间的紧张,更好地归纳提炼垄断行为经验类型,阐明其认定规则和判断标准,指南应在行为类型深化和标准引入上进行内容拓展,通过推动风格转换与制式变迁实现文体形塑。

(一)反垄断指南的内容拓展:类型深化与标准引入

就日益复杂的垄断行为及其在典型行业与领域的适用展开规制方法的阐释是指南的主要任务。指南的一大功用,在于其开放了更多的可能性,或者说制度建构的空间,便于促进“以通达的信息或证据为基础,将专业知识适用于规制问题”。^⑩对于反垄断指南而言,要实现这一点,关键的工作就是对反垄断法中无须纳入或尚未确定纳入的诸多垄断行为的经验进行充分的类型化展开。当前来看,应主要对垄断行为指南和以知识产权许可反垄断指南为代表的行业、领域指南作出类型化拓展,并探索引入相应分析标准,方可实质性地拉近反垄断法与复杂经验世界的距离。

首先,法律、法规与部门规章的局限在于仅能就行为的规范类型进行规定,但指南并不受此限制。指南可以灵活地将实践中普遍出现的经验类型予以归纳并进行场景化的考察,这既有利于法律解释与适用的顺利推进,也无损规范类型的完备性与排他性。主要法域的主体指南无一例外地在类型拓展上做出了多元化的尝试,主要涉及横向垄断协议指南、纵向垄断协议指南和知识产权许可反垄断指南。与对卡特尔严厉禁止的态度不同,主要法域对横向协议中的企业联营持不同程度的认可态度,但是仅持此宽泛的立场是不够的。因为,研发、生产、采购、营销和标准化开展的企业联营活动,由于距离市场商业环节的远近不同,其所引发的竞争关注和需要的规制强度也不尽相同。只有通过类型化,才能区分形式上的企业联营与实质性的企业联营,并根据各类企业联营所处市场环节的不同识别其表现方式与竞争影响,进而予以不同强度的规制。^⑪就纵向垄断

协议指南而言,主要法域对于最低转售价格维持采取相对严厉的规制立场,但对于非价格类纵向限制的规制强度则呈现差异化。例如,欧盟的指南中将对非价格类纵向限制类型细分为:单一品牌或排他性购买、排他性分销/排他性客户划分、排他性供应、选择性分销、特许经营、搭售、进场费、品类管理协议。其中,排他性分销与排他性供应、选择性分销和特许经营应当作为类型化的主要对象,以展开“品牌内—品牌间竞争”的分析。^④至于知识产权许可反垄断指南,其特殊性在于交叉许可和专利池、排他性回售、不质疑条款、排他性许可与销售限制、自产自销限制、搭售与捆绑、不竞争义务等许可活动可能包含一项或多项垄断行为,从而增加了分析的复杂程度。就此一般无须引入新的分析标准,但要展开类型化分析,阐释知识产权较之有形财产更易受侵害而应受保护的具体情形并将其与反竞争影响相权衡。

其次,法律、法规与部门规章囿于文本传统难以引入标准的局限,在指南中可得以弥补。在需要复杂经济学分析的垄断行为指南中,主要法域均不同程度地引入了标准以支撑法律的解释。其中,有的标准是相对成熟且共识较强的,有的标准则仍需要与竞争性标准一道列于指南之中同步接受市场检验。具体来看,基于指南的包容度与灵活性,关键标准在滥用市场支配地位指南、横向合并指南和非横向合并指南中得到相当程度的吸纳并适时更新。当前,滥用市场支配地位指南并未在类型深化上做过

多探索,而是着力于标准引入。其中,主要包括并非广义的权衡标准和消费者福利标准,对标支配地位企业本身的利益牺牲标准、无经济意义标准,以及对标支配地位企业竞争者的合比例性标准、较低效率竞争者标准和提高竞争对手成本标准。^⑤应当考虑,在指南中逐步选择引入有扎实经济学理论支撑和经过相应经验检验的利益牺牲标准、同等效率竞争者标准、提高竞争对手成本标准等。就横向合并指南而言,主要法域有的将之在类型上分为完全并购、部分并购、破产企业并购、买方企业并购、潜在竞争者并购。这些分类自有其价值,但并非合并审查的重心,对协调效应标准、单边效应标准/非协调效应标准的引入才是关键所在。就非横向合并指南而言,目前主要法域将之分为纵向并购、对角并购/混合并购已经具有极高的涵盖度,已无再进行类型深化的必要,重点是要引入协调效应标准和单边效应标准,特别是对后者中封锁效应、获取竞争性敏感信息的考察更是分析的关键(见表1)。

(二)反垄断指南的文体形塑:风格转换与制式变迁

指南制定的过程是一个观念与文本交织进化的过程,指南的类型深化和标准引入,也将带动载体文本的风格转换与制式变迁,反垄断规制的关键,就是要对反垄断法中相对抽象的定义、类型、规则 and 标准作出清晰、一致、翔实的阐述,这仅依赖法律、法规、部门规章的制式和风格是无法实现的,文体的形塑

表1 反垄断指南下的行为类型深化和标准引入		
指南内容	行为类型深化	标准引入
横向合作协议指南	研发型联营、生产型联营、采购型联营、营销型联营和标准化协议	N/A
纵向限制指南	排他性分销/排他性客户划分、排他性供应、选择性分销、特许经营	品牌内竞争标准、品牌间竞争标准
滥用市场支配地位指南	排他性交易(排他性购买与附条件折扣)、掠夺性定价、拒绝交易与价格挤压	利益牺牲标准、同等效率竞争者标准、提高竞争对手成本标准
横向合并指南	完全并购、部分并购、破产企业并购、买方企业并购、潜在竞争者并购	协调效应标准、单边效应标准/非协调效应标准
非横向合并指南	纵向并购、对角并购/混合并购	单边效应标准/非协调效应标准(封锁效应、获取竞争性敏感信息)、协调效应标准
知识产权许可反垄断指南	交叉许可和专利池、排他性回售、不质疑条款、排他性许可与销售限制、自产自销限制、搭售与捆绑、不竞争义务等	N/A

至关重要。指南的文体形塑应与法律、行政法规和部门规章等明确区分,已成为反垄断理论界的共识,并在各主要法域的指南中得到清晰展现。然而,遗憾的是,当前中国反垄断法下的指南,似乎仍然没有摆脱传统法律、法规、部门规章和实施细则等的基本制式。对此,业界的普遍观感是,“反垄断指南仅仅是对反垄断法规则的延伸,很大程度上就只是对反垄断法的‘增字解经’,并呈现出点对点、规定对规定的条文结构,这与反垄断行政法规、部门规章等其他实施细则或行政解释所惯用的‘八股制式’实在毫无分别”。^⑤难道,是既有的法规制定传统阻滞了“以交流性语言阐述”反垄断法问题?若无法突破传统的风格和制式,反垄断指南无非是部门规章的又一个实施细则而已。风格和制式不仅仅是形式上的问题,正所谓“文以载道”,“风格即功能”,要推动反垄断法解释的拓展和“更好规制”的实现,文体的改变必不可少。

所谓文体,就是以最有效的方式讲恰当的事情。^⑥按照语言使用的正式程度进行划分,法律、法规和部门规章应属于“庄重文体”,指南的定位则更接近“商议文体”。^⑦指南无须像立法那样考究文字,使用精确的法律用语,可使用日常用语、非技术用语,规劝、指导等语言,制定起来相对容易且迅捷,有利于提高可读性。^⑧确实,若以立法语言的风格,对标准肯定、简洁凝练、规范严谨、庄重严肃和通俗朴实的要求,则不宜用商榷性、讨论性、建议性以及其它不肯定性的语言文字,不惜篇幅地表达其内容。^⑨也可以认为,立法语言“是一种不完整的、也即‘未完待续’的语言,因为它总是要仰赖用法者能动的填充才能显明自己的规范意图”。^⑩在某种意义上,指南的制定就是用法者对该种“未完待续”的语言的填充,自然要求其有别于立法的文本表达。具体而言,在行文体例上,“反垄断指南一般不采取行政法规和行政规章那样直接规定行为入具体权利义务的方式(多为禁止性规范),而是着重阐明对于相关行为的态度,对其进行反垄断分析的原则和方法等”;^⑪在语言风格上,“反垄断指南通常以交流性语言阐述反垄断法实施中的某一问题,旨在解释反垄断法的具体适用问题,一般不采条目式规定的做

法,常分段式解释说明,或分章式阐明澄清,或以图表清单进行解释,有的还附加问答甚至案例进行指导,形式不拘一格,内容详尽具体”。^⑫由此归纳反垄断指南的文体风格,关键应具有的一种交谈合理性特质。

以知识产权反垄断指南为例,在我国《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》(国反垄发[2019]2号)中,涉及知识产权的搭售的规定指出:“分析涉及知识产权的搭售是否构成滥用市场支配地位行为,可以考虑以下因素:(一)是否违背交易相对人意愿;(二)是否符合交易惯例或者消费习惯;(三)是否无视相关知识产权或者商品的性质差异及相互关系;(四)是否具有合理性和必要性,如为实现技术兼容、产品安全、产品性能等所必不可少的措施等;(五)是否排除、限制其他经营者的交易机会;(六)是否限制消费者的选择权。”相较而言,美国《知识产权许可反托拉斯指南》对相关表述的制式则明显不同:“将对一项或多项知识产权的许可,设定在被许可人购买另外一项知识产权或产品或服务的条件之上,在很多情况下被认为是非法搭售。虽然搭售安排可能会造成反竞争效果,但是这类安排同样也可能带来实质性的效率和促进竞争的效果。在行使自由裁量权时,执法机构会考虑搭售可能造成的反竞争效果和可能归因于搭售的效率。在下列情况下,执法机构可能会对一个搭售安排发起挑战:(1)卖方在结卖品市场具有市场力量;(2)该项安排对于结卖品或搭卖品市场上的竞争产生负面影响;(3)就该项安排所主张的效率没有超过反竞争影响。并且,执法机构不会推定一项专利版权或商业秘密必然使其持有人具有市场力量。”^⑬可见,二者的核心内容相去不远,语言结构和叙述方式却迥然有别。

不难发现,列举式的规定列出了需要考虑因素的条目,尽管正确,但难以直接表明各条目所占权重及其相互关系。实际上,执法机构的态度和分析方法并未借助条目的列举而得以充分传递,仍处于“未完待续”的状态。而当行政法规、部门规章或行政解释所惯用的条目式列举被交谈式的语言结构所取代,叙述方式由中性描述转换为以“执法机构”为主语的阐述,且从正反两个方面使用“会考虑”“可能

会”“不会”等商榷性、讨论性、建议性以及其它不肯定性的语言文字时,作为受众的各级行政机关、行政相对人和法官,可以更有效地从这种合乎理性的“交谈”中获得智识资源。由此,反垄断指南也可以将专业知识更加充分地适用于规制问题,并告知何种信息或证据是重要的,进而在透明和一贯的规制过程中,鼓励形成回应性的市场秩序。

三、反垄断指南的效力勘定

反垄断指南形式的规范化,是其功能释放的前提;而指南是不是最终被接受,则取决于其法律上和事实上的效力。具备规范形式的反垄断指南,效力由其在行政法上的性质所规定。从性质上看,反垄断指南一般被认为属于行政规则。然而在中国法下,作为行政规则的反垄断指南的效力实质仍然有诸多模糊不清和争议未定的地方,有待进一步的考察。

(一)对内约束力:法律与事实

我国行政机关制定的规则分为“行政立法”和“行政规范性文件”。^⑤具体来看,反垄断指南应被归为非立法性规则或者行政规范性文件,无法律约束力而仅具有说服力。因为,立法性规则只要在法律授予的规则制定权范围之内,就可以在法律设定的公民义务之外另行设定义务;而非立法性规则必须是借助法律解释过程可以合理地归为立法机构的方可设定。^⑥此外,我国行政立法与行政规范性文件之间的区分并非严格按照“法律授权”的标准,而是采用“职权+程序”的形式标准,法律授权给非行政法规和规章制定主体制定行政规范性文件不属于行政立法行为。^⑦据此,可以认为,由于反垄断指南的制定主体国务院反垄断委员会并非《立法法》所规定的行政法规和规章制定主体,反垄断指南也就不能借由《反垄断法》授权获得法律上的约束力。

缺乏法律上的约束力,并不意味着反垄断指南没有事实上的约束力。在现代行政法上,“行政机关,尤其是上级对下级如何行使行政权,如何执行法律的指导、指示,基于行政机关的科层制、上下领导关系以及执法考评,会产生类似于法律的效果,具有比较强的拘束力”。^⑧这种事实上的约束力是由指南

本质所决定的,来源于既往法律实施的经验共识并服务于执法的一致性。因为,指南系“针对已发生的、多是常态下的情形,总结以往实践经验,形成惯例,并要求以后遇到同样情形时必须遵行惯例,平等对待”。^⑨成熟指南既以共同经验和理论共识为基础,则行政机关内部上下对其经验和逻辑应有广泛的认同。虽就具体议题不可能全无分歧,但行政科层制下的指导、指示和考评机制会使指南在行政机关内部具有确凿的事效力。

将行政科层制中上级对下级的指导、指示和考评建立在一致性逻辑之上的良好实践,在欧盟法中得到了充分体现。欧委会为了帮助成员国及时和正确地移植、实施和适用欧盟法,发展出包括指南文件、专家组、解释性文件、培训和工作坊等在内的合规促进工具。^⑩在欧盟法下,反垄断指南所做之行政解释不仅面向行政相对人,也面向欧盟内部机构和成员国,贯彻政策制定的理性表达,具有事实上的对内约束力。这一约束力突出表现为,指南可以“制定谁都无法逾越的界限,而且可以要求公开给出背离规则的理由”。^⑪若非如此,行政机关的公信力将丧失。

(二)对外约束力:范围与程度

一般认为,指南是对裁量运行的系统控制,看似是内在性的,很多人也视之为内部规则,但其中的很多内容却显出外在性。^⑫由上可知,这一外溢性的本质,是事实效力的外溢。问题的关键是,该种外在性对谁有约束力?有多大约束力?

第一,反垄断指南对行政相对人不具有法律约束力,但不可避免地在裁量结构的构建中对其形成事实约束力。“指南、手册和裁量基准就是一种‘执法解释’”,“在构建裁量结构的过程中,难免要涉及相对人的行为,或作为裁量考量因素,或作为识别标准,或者希望通过指导相对人活动而形成行政机关和相对人之间的良好互动,无论哪种意图其效果必定会外溢到相对人,对规范相对人的活动也会产生积极的作用”。^⑬反垄断指南旨在通过解释法律起到示范和合规引导作用,在裁量结构的构建中,一般会提出大量针对相对人行为的裁量考量因素、分析方法和判断标准,以协调统一执法机构内部(央地之

间、部门之间)的裁量方法和尺度,并规范执法机构与相对人之间的互动。由此,反垄断指南的效果当然也不可避免地会外溢到相对人,起到规范相对人活动的作用。

进一步,根据指南是否有明确的法律依据,还可以区分对行政相对人约束力的程度。一方面,有明确的法律依据,法律的效力也会自然而然地传输到指南的有关规定中。^⑤另一方面,没有法律规定,为了实践操作而规定的规程,“就效力而言,更应该是指导性质。因为这是经验的累积,是行政机关把良好行政的认识输入了权力运行过程,让执法鲜活运转起来。但是,规程是不断试错之后的归纳,是已知的常态方案,不穷尽所有情形,仍需执法人员斟酌裁量,所以只具有参考效力,不会转化为对相对人的一种法定义务”。^⑥按照这一区分,当前主要法域的反垄断指南大多没有上位法的直接授权,而是为了表明在实践操作中执法机构的态度、标准和优先级,将良好行政的认识输入权力运行过程,其参考效力是事实上的、外溢性的。我国反垄断指南对相对人活动的规范也是通过外溢形成的,仅具有参考价值,所以应重视其说服力的形成与确立。

易言之,行政机关执法态度、标准和优先级的传递,以及良好行政的认识的扩散,要在确立权威性和提升接受度之间找准平衡。从“更好规制”的角度考察,就是要“适用非正式的、低干预度的控制风格,而非陈旧的命令式方法”。^⑦实际上,反垄断指南正是摆脱了规制方式上“陈旧的命令式方法”,代表了一种“非正式的、低干预度的控制风格”。例如,反垄断指南中常常包含将案例抽象化之后的示例性说明,以在具体的市场与行为场景下进行法律适用。这种说明,无疑是非正式的,得出的结论干预度亦较低,但好处在于,执法机构的执法态度、标准和优先级,经由指南以一种深具交谈合理性的叙述方式,得以更加明确地转换为对企业的合规建议。这种认知表达虽为非正式,但又具有权威性,有利于切实提升规制的可预期性。即便行政相对人对法律条文的理解可能存在偏差,只要指南的裁量构建具体到个案场景,也可以在很大程度上消除因法条理解差异而产生误判的可能性。

第二,反垄断指南对法院无法律约束力,但可能经由法院在个案中的肯认形成事实约束力。作为非立法性规则,指南对法院不具有法律约束力自无疑问。而且,在主要法域的反垄断指南中,执法机构通常都作此宣示,指南并不影响法院的判例法适用和法律解释。^⑧这种清晰定位,既是司法与行政互动的良好传统使然,也是“更好规制”取向的产物。实际上,欧盟《更好规制工具箱》就明确指出,欧委会发布的包含对欧盟法解释的指引性文件必须包含免责声明,以明确最终应由欧洲法院对欧盟法进行统一解释。^⑨这一规范表达,确立了指南对外约束力的边界。

当然,即便明确将自身效力定位于参考价值,反垄断指南仍不可避免衍生出一定的外部性。因为,“法院不可能经常性地对这些规则视而不见,这是出于对拥有相当行政管理经验、平日里面对纷繁复杂之社会现实而更了解管制或服务之需的行政官员的尊重,有时也是出于对因事实约束力而遵守这些规则的私人的保护”。^⑩不仅如此,通过司法审查,法院可以间接地肯认指南的审判基准规范效力。由此,“行政机关自身制定的各类原本属于内部适用的行政规则最终成为法院司法审查活动的依据”。^⑪在此,对指南的肯认只是司法审查的一种结果。接下来的问题是,当行政机关或行政相对人遵照指南实施的行为与法律存在出入,应如何解决?当行政机关或行政相对人未遵照指南实施相关行为,又应如何处理?

反垄断指南既已主动宣示其效力边界,那么对于法院而言,问题似乎变得相对简单。可以认为,在对包含反垄断指南在内的行政规则的司法审查中,把握审查中“司法尊重”的程度成为关键。^⑫一般认为,相较于法院对行政法规、规章给予的是“高度尊重”,法院给予其他行政规则的相应为“一般尊重”。^⑬那么,持“一般尊重”的态度又意味着什么呢?一般认为,“一般尊重的立场隐含着较为严格的审查。明显违法或违背上位法精神的不予适用,自是理所当然;缺乏合理性的或其合理性论辩缺乏足够说服力的,法院亦可以依据自己对相关立法或立法精神的理解,对具体问题作出裁判”。^⑭有鉴于此,对反垄断

指南的司法审查,理应同时重点关注上述两种情况,在对“明显违法或违背上位法精神”的司法审查中,把握指南是否明显违法或违背上位法精神,以及指南适用是否明显违反指南本身的精神;在对“缺乏合理性的或其合理性论辩缺乏足够说服力”的司法审查中,考察如何确立合理性及其论辩之说服力的判断标准,以及如何以“一般尊重”囊括反垄断法下标准适用的空间。

以纵向垄断协议规制为例,当前执法机构的不同部门或分支之间,执法机构与法院之间都存在一定程度上的认知分歧。假设未来出台的纵向限制反垄断指南将当前执法机构的立场予以宣示,法院对执法机构指南之“一般尊重”的程度将在司法审查中得到检视。一方面,执法机构对案件的处理明显违法的可能性一般不高,但确实会存在缺乏一贯性的情况。例如,执法机构在茅台/五粮液案、^④奶粉案、^⑤美敦力案^⑥等案件中,逐渐确立了对“品牌内—品牌间竞争影响”的分析标准,但在其他诸多案件中则仍然基于文义解释沿用“禁止+豁免”的分析框架(其在个案中分析和论证的全面程度呈现较大差异)。在这一背景下,若未来指南引入了“品牌内—品牌间竞争影响”标准,对于执法机构未能在个案之中分析“品牌内—品牌间竞争影响”的情形,法院就可以基于其违背了指南本身的精神而予以审查。另一方面,法院在强生案、^⑦格力案^⑧等案件中就如何对基于“品牌内—品牌间竞争影响”的合理规则进行分析,有力地阐述了其立场和方法。^⑨若未来指南中仅简单沿用“禁止+豁免”的分析框架,法院也并非就不能有所作为,而应考察其是否缺乏合理性或其合理性论辩是否具有足够说服力。如果执法机构只是机械适用法律而未能在合理性论辩的说服力上下功夫,其处罚决定仍可能被法院推翻。

结语

行政指南在反垄断领域的广泛适用已成为世界通行实践。中国市场经济体量巨大、市场竞争状况高度动态,反垄断执法经验尚处于积累初期,更待充分发挥反垄断指南的作用。^⑩对内而言,指南是作用于执法机构系统内部不同部门、层级的基础性行政解释文本,在通过解释权力行使理由凝练执法共识

的同时,也规范着行政自由裁量权的行使。对外而言,指南的文体有足够的容量和弹性去实现法律解释信息的充分传递,为守法提供透明可及的一致性指引,并为司法裁判提供参考。为此,在反垄断指南的形式规范上,一方面,应当注重指南体系结构的搭建,确立以垄断行为指南为基础的上位指南层级,并有限地扩展以知识产权许可反垄断指南为典型的特殊行业、领域指南;另一方面,应当注重指南内容的拓展和文体形塑,通过类型深化和标准引入夯实指南的内容,并以具有交谈合理性特质的文体成就指南功能的释放。在此基础上,应当厘清反垄断指南的对内与对外效力,以确立执法、守法和司法的边界。应当明确,反垄断指南不具有法律效力,但在不同程度上能够外溢事实效力。该种事实约束力体现在两个方面:一是行政科层制下的指导、指示和考评机制会使指南在行政机关内部具有确凿的事实效力,二是在裁量构建的互动中对行政相对人形成事实约束力。进一步,反垄断指南还可能经由法院在个案中的肯认形成对法院裁判的事实约束力。由此,通过对反垄断指南规范形式和效力实质的廓清,行政机关、行政相对人和法院的理解将得到更好促进,规制的一贯性和公正性将得以稳步提升,最终一个回应性的市场竞争秩序也将以成本更低、干预度更低的方式实现。

注释:

①例如采取成本最低、干预度最低的方法实现规定目标;以通达的信息或证据为基础,将专业知识适用于规制问题;使规制过程的运作符合透明、可及、公正和一贯性的要求;使用规制体制来鼓励形成一个回应性的、健康的市场。参见罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,宋华琳、李鸽、安永康等译,上海:上海三联书店2017年,第294页。

②参见余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

③实体性指南包括:《关于相关市场界定的指南》(2009),《关于汽车业的反垄断指南》(2019),《关于知识产权领域的反垄断指南》(2019),《关于平台经济领域的反垄断指南》(2021),

《关于原料药领域的反垄断指南》(2021)。程序性指南包括:《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》(2019),《垄断案件经营者承诺指南》(2019),《经营者反垄断合规指南》(2020)。

④江山:《论反垄断法规范中的规则与标准》,《环球法律评论》2021年第3期。

⑤详见王先林:《关于制定我国滥用知识产权反垄断指南的若干思考》,《价格理论与实践》2015年第10期;郝俊淇、谭冰玉:《竞争政策视域下反垄断指南的定位研究——兼及竞争主管机构的塑造》,《经济体制改革》2017年第5期;王炳:《我国反垄断指南的尴尬法律地位与救赎方法》,《政法论丛》2018年第6期。

⑥关键程序性指南主要涉及宽免制度、承诺制度和罚款制度,在此不赘述。

⑦例如,美国2000年版《竞争者之间协作的指南》指出,“竞争者之间的协作通常不仅是良性的,而且是促进竞争的”。FTC & DOJ, "Guideline on Collaboration Among Competitors", FTC Official Website, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/300481/000407ftcdojguidelines.pdf, 2019-12-10。欧盟2011年版《横向合作协议指南》指出,“横向合作协议可能导致实质性的经济收益,特别是当其联合了互补性活动、技能或资产的时候……欧委会在认识到这些横向合作协议可能产生的收益的同时,必须确保有效竞争得到维持”。Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, 2011/C 11/0, paras.3-5。当前,欧委会正在对该指南进行修订。

⑧1985年,美国发布《纵向限制的反垄断指南》,吸收了当时的经济学思想,但忽略了对判例法、执法政策的重述,由此引发持续争议,并于1993年被废除。U.S. DOJ, "Vertical Price Restraints", DOJ Official Website, <https://www.justice.gov/atr/speech/vertical-price-restraints>, 2019-12-25。

⑨在2010年版指南中,欧委会指出,“对于大部分纵向限制而言,只有在一个或多个商业环节缺乏竞争时才会引发竞争关切……通常纵向限制比横向限制损害更小,而且可能提供实质性的效率”。European Commission Guidelines on Vertical Restraints, C(2010)2365, para.6。在2022年版的指南中,欧委会更是强调了其深层原因,即纵向活动的互补性促使经营者与交易相对人之间形成互惠和制约关系。European Commission Guidelines on Vertical Restraints, 2022/C 248/01,

para.10。

⑩美国司法部曾于2008年发布《竞争与垄断:在〈谢尔曼法〉第二条下的单一企业行为》报告,随着政府更迭,该报告2009年被宣布撤回。如此突转,彰显了该领域的重大观念分歧,正式指南的推出遥遥无期。U.S. DOJ, "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of The Sherman Act (2008)", DOJ Official Website, <https://www.justice.gov/archives/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1>, 2020-08-10; U.S. DOJ, "Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law", DOJ Official Website, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>, 2020-08-11。

⑪TFEU第102条所列举的滥用行为包括不公平低价/高价,限制生产、市场和技术发展,差别待遇以及附加不合理交易条件等。"Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union(TFEU)", EU Official Website, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>, 2021-08-11。

⑫Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, COM(2008), para.7。

⑬Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, COM(2008), para.1。

⑭可追溯至1968年,经历了1982年、1984年、1992年、1997年和2010年的多次更新。

⑮The Clayton Act, 15 U.S.C. §18, Section 7。

⑯U.S. DOJ & FTC, "Horizontal Merger Guidelines", DOJ Official Website, <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines>, 2021-08-15。

⑰目前该指南正在进一步修订中。U.S. FTC, "Federal Trade Commission and Justice Department Seek to Strengthen Enforcement Against Illegal Mergers", FTC Official Website, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/01/federal-trade-commission-justice-department-seek-strengthen-enforcement-against-illegal-mergers>, 2021-08-22。

⑱Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, 2004/C 31/03, para.1。

⑲ Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, 2004/C 31/03.

⑳美国早在1984年就发布了首个《纵向合并指南》,但因争议较大其适用并不活跃,基本形同具文。直至2020年,新指南才得以发布。U.S. DOJ & FTC, "Vertical Merger Guidelines (1984)", DOJ Official Website, <https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>, 2021-11-18; U.S. DOJ & FTC, "Vertical Merger Guidelines(2020)", DOJ Official Website, https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf, 2021-11-18。然而,颇具戏剧性的是,新一届政府旋即宣布撤回,并着手制定新版指南以提升干预程度。U.S. DOJ, "Justice Department Issues Statement on the Vertical Merger Guidelines", DOJ Official Website, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-issues-statement-vertical-merger-guidelines>, 2022-03-12; U.S. FTC, "Federal Trade Commission Withdraws Vertical Merger Guidelines and Commentary", FTC Official Website, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/09/federal-trade-commission-withdraws-vertical-merger-guidelines-commentary>, 2022-03-15。

㉑ Guidelines on the Assessment of Non-horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, 2008/C 265/07.

㉒ U.S. FTC, "Guidance Documents", FTC Official Website, <https://www.ftc.gov/enforcement/guidance>, 2022-03-20.

㉓ European Commission, "Compilations of EU Antitrust Legislation", EC Official Website, https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/legislation/compilations-legislation_en, 2022-04-22.

㉔其中,技术转让适用欧盟的指南。UK Government, "UK Guidance and Regulation", UK Government Official Website, <https://www.gov.uk/search/guidance-and-regulation?parent=%2Fbusiness%2Fcompetition-law&topic=f6b0aa9d-2aa6-43ed-b72a-85f22affb506>, 2022-04-27。

㉕ JFTC, "Legislation & Guidelines", JFTC Official Website, http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/antimonopoly_guidelines.html, 2022-04-28.

㉖ "Laws & Guidelines", KFTC Official Website, <http://eng.ftc.go.kr/legalauthority/recentlaw.jsp?pageId=0401>, 2022-04-28.

㉗例如,在《关于汽车业的反垄断指南》中对垄断协议规制展开阐释,在《关于平台经济领域的反垄断指南》中对滥用市场支配地位规制展开阐释,在相关垄断行为指南缺位时,都有可能对指南适用超出汽车业、平台经济领域的特定范围,外溢至其他行业、领域,模糊业界的预期。而《关于原料药领域的反垄断指南》,对于该行业的分析似乎并未超出行为性指南可以覆盖的范围,其存续必要性应当在适用一段时间后进行评估。

㉘例如,知识产权涉及的竞争问题相对复杂;汽车业产业链长,上中下游业务类型多样;平台经济商业模式和竞争生态复杂,涉及范围广,专业性强;原料药领域生产企业数量少、市场集中度高,商业模式复杂多样。参见《〈关于知识产权领域的反垄断指南〉解读》。国家市场监督管理总局官网, https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/202010/t20201030_322783.html, 2022-06-22;《〈关于平台经济领域的反垄断指南〉解读》,国家市场监督管理总局官网, https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/202102/t20210207_325970.html, 2022-06-22。

㉙这就意味着要充分考虑不同层级政府、经营者和公民所需要承担的经济和行政负担,是否与需要达成的目标是相称的。European Commission, "Better Regulation Toolbox", EC Official Website, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox-0_en, 2022-07-05。

㉚ U.S. DOJ & FTC, "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property", FTC Official Website, <https://www.ftc.gov/reports/antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property-proposed-update-1995-guidelines-issued-us>, 2022-07-07.

㉛ Guidelines on the Application of Article 101 Of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements, 2014/C 89/03, para.7.

㉜ 罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,第294页。

㉝ 江山、苏竣:《论企业联营合作创新的反垄断法规制》,《东方法学》2014年第2期。

㉞ European Commission Guidelines on Vertical Restraints, 2022/C 248/01, paras.297-397.

⑤江山:《论反垄断法规范中的规则与标准》,《环球法律评论》2021年第3期。

⑥郝俊淇、谭冰玉:《竞争政策视域下反垄断指南的定位研究——兼及竞争主管机构的塑造》,《经济体制改革》2017年第5期。

⑦刘世生:《什么是文体学》,上海:上海外语教育出版社2016年,第1-2页。

⑧刘世生:《什么是文体学》,第49-50页。

⑨余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

⑩朱力宇、叶传星主编:《立法学》,北京:中国人民大学出版社2015年,第276-279页。

⑪周赞:《立法语言的特点:从描述到分析及证立》,《法制与社会发展》2010年第2期。

⑫王先林:《关于制定我国滥用知识产权反垄断指南的若干思考》,《价格理论与实践》2015年第10期。

⑬王炳:《我国反垄断指南的尴尬法律地位与救赎方法》,《政法论丛》2018年第6期。

⑭U.S. DOJ & FTC, "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property(1995)", FTC Official Website, <https://www.ftc.gov/reports/antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property-proposed-update-1995-guidelines-issued-us, 2022-07-18>. 进一步比较欧盟《技术转让许可指南》中的搭售部分,其特点是分段对搭售的主要限制性效果、可能提升效率的情形与可能促进竞争的情形作出了较为充分阐述(第223段和第224段)。

⑮胡斌:《论“行政制规权”的概念建构与法理阐释》,《政治与法律》2019年第1期。

⑯沈岍:《解析行政规则对司法的约束力——以行政诉讼为论域》,《中外法学》2006年第2期。

⑰周乐军:《行政规范性文件的生成形态及其类型化——基于功能主义的观察》,《法学论坛》2019年第3期。

⑱余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

⑲余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

⑳European Commission, Better Regulation Guidelines, SWD (2021) 305 final, p.38.

㉑凯斯·R. 孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱

平、高建勋译,北京:法律出版社2004年,第35页。

㉒余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

㉓余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

㉔余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

㉕余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

㉖罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,第295页。

㉗如欧盟《横向合作协议指南》指出:“这些指南并不影响欧洲法院关于第101条就横向合作协议的判例法适用。”《横向合并指南》指出:“欧委会对于合并条例就横向合并评估的解释,并不影响欧洲法院或欧洲初审法院对于相关问题作出的解释。”Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, 2011/C 11/01, para.17; Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, 2004/C 31/03, para.7.

㉘"This[……] is intended to assist[citizens and businesses/national authorities] in the application of this[EU legislation]. Only the Court of Justice of the European Union is competent to authoritatively interpret Union law." European Commission, "Better Regulation Toolbox", EC Official Website, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox-0_en, 2022-07-25.

㉙沈岍:《解析行政规则对司法的约束力——以行政诉讼为论域》,《中外法学》2006年第2期。

㉚余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期。

㉛沈岍:《解析行政规则对司法的约束力——以行政诉讼为论域》,《中外法学》2006年第2期。

㉜沈岍:《解析行政规则对司法的约束力——以行政诉讼为论域》,《中外法学》2006年第2期。

㉝沈岍:《解析行政规则对司法的约束力——以行政诉讼为论域》,《中外法学》2006年第2期。

④参见贵州省物价局行政处罚决定书(黔价处[2013]1号),四川省发展和改革委员会行政处罚决定书(川发改价检处[2013]1号)。

⑤参见《合生元等乳粉生产企业违反〈反垄断法〉限制竞争行为共被处罚6.6873亿元》,发改委官网, https://www.ndrc.gov.cn/xwdt/xwfb/201308/t20130807_956179.html?code=&state=123, 2022-07-30。

⑥参见国家发展和改革委员会行政处罚决定书[2016]8号。

⑦参见(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

⑧参见(2015)粤知法商民初字第33号民事判决书。

⑨裕泰案看似一锤定音,实则遗留诸多争议,在此不表。参见兰磊:《最高人民法院之垄断协议分析模式观探微——评裕泰公司与海南省物价局行政处罚纠纷案再审行政裁定书》,《竞争政策研究》2021年第3期。

⑩有学者认为,在中国,规范性文件已由纯粹的政策载体,演变为治国理政的常化工具。参见薛小蕙:《法律—文件共治模式的生成逻辑与规范路径》,《交大法学》2021年第1期。

On the Normative Form and Efficacy Essence of Anti-monopoly Guidelines

Jiang Shan

Abstract: In the anti-monopoly regulation, the guideline is the main text carrier of the anti-monopoly law interpretation and an important tool of "better regulation". By providing coherent guidance, law-abiding demonstration, and constraint of discretion, it is conducive to promoting the market in playing a decisive role in the allocation of resources and the government in playing a better role. However, for a long period of time, the normative form and efficacy essence of China's anti-monopoly guidelines are not quite clear, affecting the full interpretation of anti-monopoly law, and inhibiting the promotion of regulatory accessibility, fairness, and consistency. Thus, it should be fully elaborated. In terms of normative form, a complete structural guideline system centering on monopolistic behavior should be established, and the tendency to expand the industry and field guidelines should be restrained. Secondly, in terms of text construction, it should focus on the content elaboration and the text shaping, fully explore the categories of monopolistic behavior and the introduction of standards, as well as establish the stylistic style and mode that distinguish the guidelines from laws, regulations, and departmental rules. In terms of the efficacy essence, the anti-monopoly guidelines are not legally binding, but have a factual binding effect in varying degrees, both within the anti-monopoly enforcement agencies and to the administrative counterparts and courts. With the facilitation of the anti-monopoly guidelines updates and ease-law development, the scope and extent of the factual binding effect can be further clarified.

Key words: Anti-monopoly Guidelines; Anti-monopoly Law; Administrative Rules; Categorization; Standards Application