

引文格式: 李胜利, 张一武. 政府采购领域反垄断宽恕制度的引入问题研究——以恶意串通行为发现模式的转化为视角 [J]. 常州大学学报(社会科学版), 2020, 21 (2): 22-30.

# 政府采购领域反垄断宽恕制度的引入问题研究 ——以恶意串通行为发现模式的转化为视角

李胜利, 张一武

**摘 要:** 政府采购领域中, 外部突破模式在恶意串通行为的违法发现上一直收效不佳。通过分析卡特尔的规制历程可以发现, 反垄断宽恕制度的引入具有重要意义。而且, 恶意串通行为与横向垄断协议的统一性, 《中华人民共和国反垄断法》与《中华人民共和国政府采购法》的统一且协调的规制关系, 以及反垄断宽恕制度对于违法行为发现和认定的重要促进作用, 也证成了反垄断宽恕制度的引入具有正当性和必要性。因此, 有必要结合实际在《中华人民共和国政府采购法》中明确反垄断宽恕制度的适用并进行细化。同时, 为保障激励效果的有效实现, 还应加重恶意串通行为的法律责任, 加强外部突破模式的配合作用, 并增大反垄断宽恕制度的确定性。

**关键词:** 政府采购; 恶意串通行为; 反垄断宽恕制度; 内部瓦解模式; 卡特尔

**作者简介:** 李胜利, 法学博士, 安徽大学法学院教授、博士研究生导师; 张一武, 安徽大学法学院硕士研究生。

**基金项目:** 教育部人文社会科学研究规划基金一般项目“政府采购领域中垄断行为的法律规制研究”(14YJA820016); 教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“经济全球化背景下中国反垄断战略研究”(15JZD018)。

**中图分类号:** D922.294 **文献标志码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2020.02.003

## 一、问题的提出: 外部突破模式的违法发现困局

一直以来, 在政府采购活动中, 供应商恶意串通的案件都层出不穷且屡禁不止, 包括限制投标、围标、陪标、轮标、分标、内定中标等多种表现形式<sup>[1]</sup>。恶意串通行为对正常的采购秩序以及财政资金使用的安全、效率具有严重损害, 对其他竞争者的合法权益也会造成实质侵犯, 由此一经证实存在, 违法性认定和依法严惩基本不存在困难。但是, 问题在于, 恶意串通行为的发现和证据获取难度实际上远超于认定和处罚活动, 执法调查和认定处罚的开启和运行都存在严重阻碍。若恶意串通行为具有书面、电子邮件等协议、决定支持, 违法行为的发现和查处相对较为简单, 证据的确实、充分条件较易满足。但大多数恶意串通案件都是基于口头的君子协定、缺乏要约承诺的不完整协议和仅限于信息分享的协同行为, 总是难以被发现, 此类协同行为的隐蔽性和复杂性较高, 违法行为的发现以及有关证据的调取都十分困难, 案件发现概率很不理想<sup>[2]</sup>。

我国政府采购中的违法行为发现方式包括主管机关财政部门主动发现和第三方举报两种, 两种案件发现方式具有共性, 有关证据、资料、信息及其他线索的发掘和获取都是源于对恶意串通

组织的外部突破,即有关证据和线索仅仅是停留在恶意串通组织的外部获取而未能深入其组织内部进行挖掘。这种传统外部突破模式所获取的证据和线索在质量上往往偏低,难以有力支持和保障执法查处工作的启动和开展。同时,对于恶意串通行为,这种外部突破式的发现模式往往还需要耗费大量的资源,但收获效果却不成正比,由此也导致了执法效率低下和违法规制不力等问题,恶意串通的现象日益猖獗。尽管根据违法成本理论,严厉的处罚责任能够补足违法发现的弱势进而抑制违法行为的产生,但一味强调惩罚反会使串通组织更加稳固,违法行为的发现也将遭受更大阻碍。而且,违法行为的发现处于前提性的地位,决定了执法调查和处罚活动的启动,在违法认定和处罚决定基本上不存在难题的情况下,违法查处概率的上升所具有的增益效果更强、实践意义也更大<sup>[3]</sup>。因此,违法行为的发现受阻是一个无法绕开的难题,问题的解决关键在于发现模式的转变。为方便分析和论述,本文所称的恶意串通行为仅指参与竞争的供应商之间达成的协议或其他协同行为,而不包括供应商与采购人、采购代理机构、招标人、招标代理机构等达成的纵向的串通行为。

## 二、卡特尔发现的发展历程及经验借鉴

面对外部突破模式的失败,反垄断法引入了宽恕制度,其所贯彻的内部瓦解模式弥补了传统模式停留外部的缺陷和不足,使违法行为和证据的发现更为深入和彻底。由此,研究和分析内部瓦解模式以及反垄断宽恕制度的发展历程对于解决政府采购中恶意串通行为的发现困局具有重要的借鉴意义。

### (一) 卡特尔发现的演变历程

早期反垄断法的实施也遭受过外部突破模式弊端的严重阻碍,当时的违法发掘和证据获得依靠外部突破,执法机关只能通过获取和分析卡特尔的外部信息来启动调查取证程序。为此,执法机构主要利用现场调查和监听等复合调查技术,并寻求与警察和检察机关的合作<sup>[4]</sup>。尽管如此,事实证明违法发现效果并不明显,证据、线索具有高度的秘密性,而且卡特尔组织内部错综复杂,单纯的现场调查、突袭检查很难有所收获,对卡特尔的进一步调查以及认定、惩处仍受到启动证据不充足的阻碍。据统计,二战后各国只有10%到33%的卡特尔被发现<sup>[5]</sup>。这一比例着实偏低,与卡特尔带来的巨大的超额垄断利润形成鲜明对比,导致当时各国国内卡特尔及国际卡特尔都层出不穷,给市场经济秩序和消费者福利带来了深重的灾难。在当时,对卡特尔已经设置有十分严厉的高额罚款责任,但卡特尔组织反而更加稳固并且同仇敌忾,加之违法发现的不力致使高额罚款常被束之高阁而难以形成有效威慑,惩罚的单向抑制作用宣告失败。

为突破卡特尔发现的困局,美国于1978年引入反垄断宽恕制度,传统的外部突破模式开始发生转变,内部瓦解模式开始重塑卡特尔发现路径<sup>[6]</sup>。反垄断宽恕制度采取的是激励式而非惩罚式的作用路径,执法机关通过允诺主动自首者以罚款责任减免来拉拢卡特尔成员供述违法行为并提供证据、配合执法,进而实现卡特尔发现的高效性和卡特尔组织的有效瓦解和惩治。不同于传统的外在突破模式,反垄断宽恕制度采用的是内部破解模式,通过利诱卡特尔内部成员的反叛破解原本牢固的卡特尔关系,在作用方式上更为直接、深入且彻底。而且,内部成员的反叛能够有效满足启动卡特尔调查的线索和证据要求,也能有效促进和保障调查活动的顺利开展。

事实证明,反垄断宽恕制度和内部瓦解模式收效颇丰,违法发现受阻问题在很大程度上得到改善,各国也开始引入反垄断宽恕制度。根据国际竞争网络(ICN)的问卷调查,50个被调查法域中有35个法域的执法机构适用了宽免制度<sup>[7]</sup>。现今,反垄断宽恕制度在违法发现中的重要地

位已成共识,内部瓦解模式也重塑了卡特尔违法发现的主要特征,现今国际卡特尔的发现大都依赖于反垄断宽恕制度的实施<sup>[8]</sup>。

## (二) 分析及经验借鉴

卡特尔的发现之所以十分困难,原因在于组织的稳定性,卡特尔成员利益一致、相互信任、彼此照应,由此,有关证据、线索具有更强的秘密性和复杂性<sup>[9]</sup>。传统外部突破模式的失败也在于此,其将卡特尔组织及其成员全都推向违法查处工作的对立面,致使卡特尔成员与其组织之间的损益一致关系更加紧密,卡特尔的行为隐蔽性和信息隔绝被加强,卡特尔的发现和证据获取变得更为不易。此外,对于已经形成的卡特尔组织,高额罚款的设置也促进了卡特尔组织的稳定,每个成员都已经触犯法律,一旦违法行为暴露,等待每个参与成员的都将是高额罚款,由此高额罚款将卡特尔成员更加紧密地团结在一起。

相比之下,内部破解模式成功的关键在于抓住并打破了卡特尔组织稳定性的基础——利益一致性。尽管外部突破模式所形成的卡特尔发现概率较低,但是结合高额罚款责任,违法成本仍然十分高昂并且对卡特尔实施者具有较大的威慑效果,而且这种违法成本构成了潜在的利益损失风险。反垄断宽恕制度允许部分卡特尔成员通过主动自首的方式免除部分或全部罚款责任,卡特尔成员拥有合法“逃避”全部或部分处罚的机会,而且这种机会是利益丰厚且十分稀缺的,此时卡特尔内部就出现了止损型的利益冲突,组织的稳定性大大降低。在这种利益冲突之下,卡特尔组织内部形成了“囚徒困境”,基于经济人的自私性和利益最大化的追求,各个卡特尔成员的追求目标不再是整体利益的最大化和最优化,而转向个体利益的最大化,个体利益与整体利益之间的一致性逐渐丧失<sup>[10]</sup>。在符合法定条件的情况下,卡特尔成员将会倾向于寻求执法合作,通过主动曝光卡特尔并提供证据、进行配合等方式获取法律责任的减免,进而实现自身利益的相对增加,卡特尔发现和查处的概率得以有效提升。需要强调的是,罚款责任的严厉程度对反垄断宽恕制度的激励效果形成正向促进,罚款责任越严格则违法者避免处罚的意愿就越强烈<sup>[11]</sup>,卡特尔成员之间的利益冲突也越激烈,卡特尔组织的稳定性也就越差。

## 三、反垄断宽恕制度引入的正当性及必要性分析

政府采购中恶意串通行为的规制现状与卡特尔的规制历史非常相似,外部突破模式的单一作用难以有效应对恶意串通行为的隐蔽性和复杂性,由此有必要引入内部瓦解模式和反垄断宽恕制度。同时,卡特尔就是我国《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)中的横向垄断协议行为,与恶意串通行为具有实质上的统一性,这也奠定了反垄断宽恕制度引入的正当性基础。因此,在政府采购中引入反垄断宽恕制度具有科学性和合理性。

### (一) 正当性分析:恶意串通行为的反竞争性质

根据《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《政府采购法》)第二十六条的规定,公开招标应作为政府采购的主要方式,而公开招标活动顺利开展的关键就在于供应商之间充分竞争,由此公平的竞争秩序和环境尤其重要。而恶意串通行为系部分供应商之间为控制采购活动而达成的协议或协同一致,本质上具有反竞争性质,由此应当纳入《反垄断法》的规制视域内,反垄断宽恕制度的适用具有正当性。

#### 1. 恶意串通行为属于横向垄断协议

《反垄断法》第十三条规定,横向垄断协议,是指具有竞争关系的经营者之间达成的排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。就实施主体而言,恶意串通行为的实施者为同一政府



采购活动中的供应商,彼此之间就政府采购项目的成交具有直接竞争关系。而且,这种竞争关系和竞争秩序的维护对于政府采购活动的顺利开展具有重要意义,这在《政府采购法》的总则、采购程序、法律责任等章节都有体现,由此政府采购中的竞争要求与《反垄断法》基本一致。就实施效果而言,恶意串通行为实际上是供应商之间基于参与竞争的价格、质量、技术方案、成交或中标者等达成一致,而前述内容属于供应商之间进行竞争的主要内容或重要方式,由此恶意串通行为具有明显的排除、限制竞争效果,反竞争性可见一斑。因此,恶意串通行为实质上是横向垄断协议在政府采购领域的具体表现,两者在性质、构成上具有统一性,即恶意串通行为的发现障碍可以从垄断行为的规制经验中寻求突破,反垄断宽恕制度具有适用的正当性。同时,尽管政府采购活动相比《反垄断法》中的市场竞争活动具有范围和效果上的相对受限性,但是横向垄断协议的构成没有相关市场大小和反竞争效果程度的要求。

## 2.《反垄断法》的“一般法”和“总则”地位

在我国,各行业主管法中都不乏垄断行为条款的存在。《政府采购法》也不例外,其中有关恶意串通行为的规定就是针对横向垄断协议的专门条款。而《反垄断法》与《政府采购法》中的垄断行为条款是一般法与特别法之关系<sup>[12]</sup>。因为《反垄断法》规范的是整个市场竞争,适用于所有市场领域,而《政府采购法》中的垄断行为条款则具有行业性,仅可对政府采购行业进行规范。换言之,《政府采购法》中的垄断行为条款是政府采购中横向垄断协议规制的特别法,具有针对性和具体性的特点,而《反垄断法》则属于一般法。因此,《反垄断法》对于政府采购中恶意串通行为的认定和执法规制具有规范、指导和兜底的作用,其所确定的反垄断宽恕制度和内部瓦解模式也并无引入和适用上的制度障碍。需要指出的是,《政府采购法》中的垄断行为条款是恶意串通行为规制的“特别法”,由此在适用上必然具有直接、主导且优先的地位,《政府采购法》的特别安排对《反垄断法》有关规定的适用可以做出创新<sup>[13]</sup>。换言之,对于反垄断宽恕制度的引入,《政府采购法》可以结合执法实践对《反垄断法》的有关规定进行改变和创新,以增强反垄断宽恕制度在政府采购领域的适应性和针对性。此外,相比其他法律中的垄断行为条款,《反垄断法》还具有规范地位上的权威性和专业性,内容上也囊括了反垄断规制的原则、精神、体系、框架和基本要求,具有一般性、概括性和抽象性的特点。因此,若以反垄断法律体系<sup>①</sup>为对象进行分析,《反垄断法》则在反垄断法律体系中居于“总则”地位。“总则”地位的确认除证成《反垄断法》的前述规范、指导和兜底作用外,还揭示了《政府采购法》作为“分则”进行具体细化的必要性和正当性,这也为反垄断宽恕制度的科学引入和具体细化奠定了正当性基础。

## 3. 处罚责任上的印证

针对民事责任和刑事责任,《反垄断法》与《政府采购法》(以下简称为两法)均采用准用性规则的立法模式。而对于行政责任,除处罚种类上的些许差别外,两法对恶意串通行为的行政处罚设置十分相似。《反垄断法》第四十六条和第四十七条规定,实施垄断协议的经营者,由反垄断法执法机构没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。而《政府采购法》第七十七条规定,对于实施恶意串通行为的供应商,由财政部门没收违法所得,并可处以中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。由此可见,两法均采用倍率式的罚款设置模式,但罚款的计算基础和倍率数值有所不同,《政府采购法》设置的罚款相对较轻。究其原因,在政府采购活动中,供应商所实施的恶意串通行为具有作用范围上的限制,不同于《反垄断法》

① 反垄断法律体系是指所有与垄断行为规制有关的法律规范的总和,既包括狭义的反垄断法即《反垄断法》,也包括《政府采购法》《电信法》《电力法》《民用航空法》等其他法律中的垄断行为条款。

所规定的整个相关市场,私人垄断的实际作用空间一般仅限于特定的一次或数次采购活动,由此所产生的竞争影响和危害相对小得多。根据一事不再罚原则的要求,《政府采购法》与《反垄断法》设置的行政处罚责任只能择一适用而不能并行适用。此时,直接依据《反垄断法》进行处罚可能会造成罚款过重,而《政府采购法》设置的罚款模式则更符合过罚相当这一原则的要求。因此,在理论上,《政府采购法》设置的罚款制度能够对恶意串通行为发挥足够的违法惩治和威慑作用。在此意义上,反垄断宽恕制度的激励作用具有较为坚实的责任基础,即反垄断宽恕制度的引入能够有效解决违法发现和查处不力的难题。

## (二) 必要性分析: 反垄断宽恕制度的制度优势

在符合反垄断宽恕制度适用条件的情况下,报告者可以获得因卡特尔行为应当承担的刑事或者民事责任的免除或者减轻。而其他卡特尔成员将承担行政责任、民事责任甚至是刑事责任。因而实行宽恕制度加剧了卡特尔成员之间的信任危机,加速了卡特尔的瓦解,从而抑制垄断协议的形成。在反垄断法中,由于卡特尔行为的高度隐蔽性增加了反垄断执法机构的执法难度。但是宽恕制度的引进将大大减轻执法机构的负担和压力,提高对卡特尔的查处效率<sup>[14]</sup>。宽恕制度之所以受西方各发达国家的青睐,原因也在于此,宽恕制度能够大大缩减执法机构的违法发现成本进而提升执法效率。

### 1. 促进违法案件的曝光

恶意串通行为往往具有高度的隐蔽性,参与各方倾向于采取签订书面协议以外的其他协同方法,由此恶意串通行为的发现具有较大难度<sup>[15]</sup>。而且,不同于一般的横向垄断协议行为,恶意串通行为发生于特定的政府采购活动,而各政府采购活动因采购项目的不同而展现出不同的执法专业性需求,这对于财政部门而言都是巨大的挑战。此外,恶意串通行为的实施内容不仅包括价格要素,项目履行质量、履行时间与方式,技术规划,保证金提交等非价格要素亦可构成供应商恶意串通的内容或方式,由此恶意串通行为的识别更加复杂、专业。对比数量庞大的采购活动及参与竞争的供应商,财政部门很难进行全面且有效的监管,很多案件的查处都具有严重的滞后性,所造成的供应商权益以及社会利益损害都十分突出。另外,在政府采购活动中,竞争者范围相对确定而且数量较小,供应商之间达成串通协议的可能性更大,加之恶意串通行为的隐蔽性和复杂性特点,财政部门的执法压力剧增。

基于此,反垄断宽恕制度的引入能够在很大程度上解决前述难题。严厉的处罚措施是宽恕制度有效性的重要基础,没有这个基础,宽恕制度便难以发挥作用,宽恕制度的价值就难以实现。因此,在严厉的处罚责任的倒逼作用下,反垄断宽恕制度对责任的减免构成了经营者利益的相对增加,由此对部分“意志不坚”的恶意串通者而言,反垄断宽恕制度能够有效激励恶意串通者进行违法曝光和自首<sup>[16]</sup>。需要强调的是,反垄断宽恕制度的适用一般仅针对部分优先者而且存在减免递差,由此自首机会尤其是先顺位自首机会的争取具有非常大的诱惑力,在“囚徒困境”效应的作用下,恶意串通者之间形成利益最大化的争夺,这对于违法曝光概率和效率的提高都十分有益<sup>[17]</sup>。此时,主管机关财政部门的执法模式从外部突破向外部突破与内部瓦解相结合进行转化,恶意串通行为的违法发现途径在主动发现和第三方举报外又增添了违法者主动揭露方式,财政部门的违法发现压力得以缓解,恶意串通行为的发现难题也能在一定程度上得到解决。

### 2. 助力恶意串通行为的认定

在执法监管的重压之下,恶意串通行为更趋隐蔽和复杂,不仅对违法发现造成了巨大阻碍,也加大了财政部门的认定和查处工作的难度。特别是在串通内容、各供应商角色定位、实施情况等都较难为外界获取或者根本不存在现实证据的情况下,证据和信息不充分,进而导致行为定性

难和执法查处工作受阻<sup>[18]</sup>。此外,如前所述,恶意串通的内容和方式丰富多样,非价格恶意串通行为层出不穷,而且不同政府采购活动中的非价格要素都有所不同,由此,财政部门的认定查处工作面临着巨大的专业性挑战。另外,在执法实践中,恶意串通者往往是通过电话或秘密聚会等方式达成默契,很少留下书面材料。因此,尽管有些恶意串通行为多次存在,但由于无法获得有效证据而使财政部门无法有效查处<sup>[19]</sup>。

对此,反垄断宽恕制度的适用具有突破性的意义。《反垄断法》第四十六条第二款规定,反垄断宽恕制度的适用不仅需要自首者揭示存在垄断协议行为的事实,还要求自首者阐述协议达成和实施情况并提供重要证据。通说认为,反垄断宽恕制度的适用还需要自首者履行协助证据调取和案件查处等合作义务,一旦申请者没有履行合作义务,反垄断执法机构将可能撤销免除责任的待遇<sup>[11]</sup>。由此可见,反垄断宽恕制度的引入对于证据的有效搜集和行为的准确定性都具有十分重要的意义,能够大幅度缓解财政部门的查处压力和降低查处难度,提升恶意串通行为的查处效率和规制精度。换言之,反垄断宽恕制度的适用能够在很大程度上解决恶意串通行为执法认定上的取证难、信息不全问题,自首者对执法认定的认可和佐证也能确保违法认定的正确性和科学性。

#### 四、反垄断宽恕制度的立法引入与配套机制

恶意串通行为在规制特点上区别于一般的横向垄断协议,财政部门不仅需要关注价格要素,还需要关注投标条件、项目规划等其他非价格要素,而且任一恶意串通行为都发生于特定的政府采购活动中,因而专业性需求通常不同,由此反垄断宽恕制度的引入和适用,势必要结合《政府采购法》的立法现状和政府采购领域的执法特点进行具体细化和创新,并需要在立法上进行明确。同时,反垄断宽恕制度的引入还需要政府采购领域具有充分的运行基础,严厉的处罚责任和传统外部突破模式的配合是激励作用有效发挥的重要保障,而反垄断宽恕制度的确定性则是避免制度形式化的核心要义,这也是我国现行《反垄断法》以及《政府采购法》在立法和执法上亟须完善的难题,对于反垄断宽恕制度在政府采购领域的科学引入意义重大。

##### (一) 反垄断宽恕制度的立法引入和具体化

《反垄断法》与《政府采购法》均设置有相互独立且自成体系的执法查处及法律责任制度,但反垄断宽恕制度的适用范围却明确限定为《反垄断法》的有关法律责任规定。作为政府采购领域的特别法,《政府采购法》的实施应当居于主导地位,由此,其所设置的执法查处及法律责任制度也应主导恶意串通行为的发现和认定、处罚。而反垄断宽恕制度的适用涉及处罚责任的减免,属于法律责任的裁量内容,由此应当在《政府采购法》中予以明确并应将其规定于法律责任条款中。需要强调的是,目前我国的反垄断宽恕制度仅规定于《反垄断法》第四十六条第二款,国家层面也一直未出台具体的实施意见或指南,由此反垄断宽恕制度本身存在较大的原则性。而且,政府采购活动具有不同于一般市场竞争的规制特点,因此,《政府采购法》在引入过程中需要结合实际情况进行具体细化。具体而言:第一,细化适用条件。在《政府采购法》或其实施条例中,应当明确规定供应商适用反垄断宽恕制度的实质条件,提出履行报告、说明、举证、配合等义务的基本要求,并根据财政部门立案或发现违法与否对前述义务做区别处理。第二,细化顺位减免梯度。立法应当比照欧盟、美国、德国等发达国家或地区的设置经验,根据申请顺位确定不同的减免幅度,并确保不同顺位之间减免幅度相差较大,以加强宽恕制度对先自首者的吸引能力和对恶意串通组织的初步瓦解效果。第三,明确被减免处罚的内涵。不同于《反垄断法》,《政府采购法》设置的法律责任除没收违法所得和罚款外还包括一定年限的资格罚。笔者认为,资格限禁对于供应商而言具有与罚款相



同甚至更高的价值,将资格限禁纳入减免范围能够有效增强激励作用的发挥,政府采购中竞争状况的维护亦能得到保护,由此应当将资格罚纳入处罚的范围之内。第四,明确财政部门的主管地位和有关程序。《政府采购法》的实施由财政部门主管,针对恶意串通行为的反垄断宽恕制度的适用自然也应如此,由此在立法中也应明确以避免权责混乱。第五,还应细化反垄断宽恕制度的申请和接收处理程序,规范财政部门的执法行为和操作流程。

## (二) 加大恶意串通行为的处罚责任

宽恕制度是依靠对告发者刑事处罚和罚金的减免为诱饵,诱使秘密卡特尔成员进行告发的制度,因此,减免待遇越优厚,对秘密卡特尔成员的吸引力就越大,轻微的刑事处罚和低额罚金的减免都无法对秘密卡特尔成员产生足够的吸引力。这就要求反垄断法对秘密卡特尔必须设计严厉的处罚措施,最大限度地加大经营者的违法成本,以增强宽恕制度的威慑效力,以此为基础而构建的宽恕制度才会对秘密卡特尔成员产生足够的吸引力,也才能使宽恕制度最大限度地发挥其作用<sup>[19]</sup>。因此,加大恶意串通行为的违法成本对于反垄断宽恕制度的引入本身也是必要的,而且处罚责任偏低也一直是政府采购领域实践中存在的突出问题<sup>[20]</sup>。比如,频频曝出的“一元标”“一分标”“0元标事件”,使《政府采购法》的罚款规定丧失了应有的威慑力和倒逼作用<sup>[21]</sup>。笔者认为,处罚责任的提升存在内源式和外源式两条路径,前者主要是通过修订《政府采购法》调高处罚标准,而后者则是利用《反垄断法》的高额罚款重塑现行的违法责任体系,两者均可裨益处罚责任的提升而且可以协同发力。就内源式的提高而言,《政府采购法》应当提高罚款的计算比率,并可考虑同时提高资格罚的年限。同时,为避免低价竞争而造成的处罚责任的实质规避,《政府采购法》应当厘清罚款计算基础采购金额的具体内含,在供应商报价、最终成交价之外还应确立市场价、其他供应商平均报价、采购人的预估价等多种采购金额确定标准,以最高值或集中平均值确定采购金额的合理数值。此外,《政府采购法》还应设置定额罚款作为兜底责任条款,以弥补倍率式罚款对计算基础过度依赖的固有缺陷。需要明确的是,《政府采购法》的前述修缮对于反垄断宽恕制度实施需求的满足而言并不充分。原因在于,恶意串通行为相比一般意义上的横向垄断协议具有危害效果上的受限性,根据过罚相当原则,即使是经过修缮和加强的处罚责任也仍然会小于而且远小于《反垄断法》的责任设置。因此,外源式的法律责任的提高就具有了作用空间。如前所述,恶意串通行为属于横向垄断协议在政府采购领域的具体表现,反垄断执法机构可以依据《反垄断法》调查和惩治恶意串通行为。换言之,《反垄断法》处罚责任的引入和结合具有制度基础和正当性。具体而言,在执法实践中,应当加强反垄断执法机构的执法关注,通过增加反垄断执法机构介入执法的案例数量,逐步确立《反垄断法》处罚责任的辅助和常态化地位。财政部门也应加强与反垄断执法机构的执法合作和信息互通,改变《政府采购法》与恶意串通行为单打独斗的现状,形成《政府采购法》与《反垄断法》主辅一致、协同治理、共同发力的规制状态。

## (三) 加强外部突破模式的配合作用

反垄断宽恕制度的设计初衷在于通过牺牲罚款责任的追究来提高执法效率,即反垄断宽恕制度的主要功能在于提高法律责任的追究概率。但是,需要明确的是,这一功能的发挥需要以一定的违法发现概率作为起始和基础,如果外部突破模式本身无法对违法行为形成相对理想的发现概率,反垄断宽恕制度的激励效果就会很难发挥,因为此时法律责任的追究概率偏低,违法成本整体偏小,恶意串通者维持串通状态更有利于利益的最大化。换言之,尽管宽恕制度实施本身有助于违法发现概率的提高,但是这也需要传统模式形成的发现概率作为基础。而且,外部突破模式的发现效果越好,违法行为被动曝光的可能性就越高,恶意串通者选择反垄断宽恕制度的倾向性

就越大,即外部突破模式的运行与反垄断宽恕制度的激励作用具有正相关<sup>[22]</sup>。因此,反垄断宽恕制度激励效果的最大化还需要外部突破模式的有力配合,一方面能够为其提供相对较高的基础发现概率,另一方面也能够对反垄断宽恕制度未能有效发现的部分进行兜底和曝光。具体而言,财政部门应当加大对恶意串通行为的执法查处力度,并不断推进执法能力和执法技术的现代化发展,提高对供应商竞争行为的监管广度和深度。此外,财政部门应当加大对非价格要素的审查,并通过财政部门协作和意见征询机制进行执法资源的整合,以提高执法的专业性。另外,对于外部突破模式的信息的外部获取,财政部门及其他有关部门应当建立政府采购有关信息的交流机制,并拓宽第三方举报渠道和有奖举报制度,以丰富信息来源,为恶意串通行为的外部突破寻求充分的信息资源支持。同时,应当不断加强和深化财政部门与其他执法机关尤其是反垄断执法机构之间的执法合作,促进执法资源和执法优势的进一步整合,在执法机关之间形成执法合力,通过提高外部突破模式运作的资源基础来实现执法发现效率的稳步提升。

#### (四) 提高反垄断宽恕制度的确定性

贝卡利亚曾经提出:“对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性,而是刑罚的确定性。……即使刑罚是有节制的,它的确定性也比联系着一线不受处罚希望的可怕刑罚更令人印象深刻。”<sup>[23]</sup>在处罚责任已经确定的情况下,反垄断宽恕制度的确定性意味着高额罚款减免机会的确定,由此“处罚责任减免的确定性”能够指引违法者得出最优选择。而确定性的丧失将会使反垄断宽恕制度本身的权威性和公信力大打折扣,进而导致制度运行的形式化,美国早期反垄断宽恕制度效果未达预期也是这一原因所致<sup>[24]</sup>。但令人遗憾的是,我国反垄断宽恕制度的建立不过数年,很多运行细节、配套制度都未能建立和明确,尤其是反垄断宽恕制度的确定性问题一直未获解决。然而,反垄断宽恕制度的确定性关乎该制度能否实质有效地运行,由此,确定性的提高对于反垄断宽恕制度的科学引入意义重大。对此,笔者建议,应当比照美国、法国、韩国等多个国家使用的标记制度,在我国确立申请顺位推定机制。在立法明确细化适用反垄断宽恕制度的各项条件的情况下,当申请者已按照规定要求说明情况并提交初步证据及有关申请材料时,执法机关应当随即推定申请者享有反垄断宽恕制度的适用资格并按照其提交申请的时间明确其顺位结果<sup>[25]</sup>。需要强调的是,这里的顺位推定是暂时而非终局性的,财政部门可以凭借自首者的证据提交和补充情况以及执法配合义务履行情况对其顺位进行推翻和调整,但需要及时通知并做出充分解释。针对具体情况需要进一步补充证据材料的,制度应当预设相对充足但不致过长的期限,并允许申请人根据实际情况申请延长,以保障申请人能够搜集并提供充分的证据。整个过程应当尽量减少裁量空间,并加大反垄断执法机构判断、决定的透明度和标准化、规范化。此外,财政部门还应当重视发挥事前沟通和咨询机制的信息搜集和申请诱导作用,以协助恶意串通者选择和适用反垄断宽恕制度,增强反垄断宽恕制度适用上的透明度和明确性<sup>[26]</sup>。具体而言,可以比照欧盟的竞争咨询专线措施,结合我国通信媒介,设置专门的咨询处理渠道,以帮助申请者充分了解宽恕制度适用的有关信息及条件,也有助于执法机构的信息渠道的拓宽。

#### 参考文献:

- [1] 孙宁. 论政府采购中限制竞争行为的法律规制 [D]. 重庆: 西南政法大学, 2017.
- [2] 江山. 大数据语境下卡特尔发现的范式转换 [J]. 当代法学, 2019, 33 (2): 93-102.
- [3] 王健, 朱宏文. 反垄断法实施问题研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2013: 56-62.
- [4] DAVID S E. Colloquium who should be the target of cartel saanctions? [J]. Competition policy international, 2010 (6): 5-6.
- [5] CONNOR J M. Cartel detection and duration worldwide [J]. Social science electronic publishing, 2013, 12 (9): 2-10.
- [6] CONNOR J M. Price-fixing overcharges [DB/OL]. (2014-02-24) [2019-04-18]. <https://ssrn.com/abstract=2400780>.
- [7] Trends and developments in cartel enforcement [DB/OL]. (2010-04-29) [2019-04-18]. <https://www.internationalcompeti->



- tionnetwork. org/portfolio/cartel-enforcement-trends.
- [8] CONNOR J M. Cartel amnesties granted: worldwide whistleblowers [DB/OL]. (2008-10-21) [2019-04-18]. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1285469#references-widget](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1285469#references-widget).
- [9] 王继平, 徐则华. 基于欧盟卡特尔案件的生存分析 [J]. 经济与管理研究, 2017, 38 (12): 63-73.
- [10] 金梦婷. 反垄断法中的宽恕制度研究——基于囚徒困境理论角度 [J]. 吉林工商学院学报, 2017, 33 (2): 99-102.
- [11] 毕金平. 反垄断法中的宽恕制度研究 [D]. 合肥: 安徽大学, 2010.
- [12] 史际春, 肖竹. 《反垄断法》与行业立法、反垄断机构与行业监管机构的关系之比较研究及立法建议 [J]. 政法论丛, 2005 (4): 48-54.
- [13] 汪改丽. 试论反垄断法的谦抑性 [J]. 山西警官高等专科学校学报, 2016, 24 (2): 32-37.
- [14] 雷琼芳. 我国反垄断法之宽恕制度探析 [J]. 中国价格监管与反垄断, 2018 (9): 22-26.
- [15] 王玉辉. 限制竞争协议法律规制研究 [D]. 长沙: 中南大学, 2007.
- [16] 娄丙录. 反垄断法宽恕制度的理论基础与实效保障 [J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2010, 28 (5): 84-92.
- [17] 李友勇. 我国反垄断法宽恕制度探微 [J]. 安徽理工大学学报(社会科学版), 2012, 14 (1): 30-34.
- [18] 王秋良, 刘金娟. 反垄断法宽恕制度实施条件比较 [J]. 东方法学, 2010 (4): 100-107.
- [19] 娄丙录. 论反垄断法之宽恕制度 [J]. 政法论坛, 2009, 27 (3): 117-123.
- [20] 张茂林, 柳劲松. 论我国政府采购法的法律责任 [J]. 行政与法, 2007 (8): 70-72.
- [21] 张琦. “一元标”是违法进行的政府采购 [J]. 招标与投标, 2017 (12): 19-22.
- [22] 王燕. 论核心卡特尔中的宽恕制度及我国《反垄断法》对其规制和完善 [J]. 行政与法, 2009 (7): 103-106.
- [23] 贝卡里亚. 论犯罪与刑罚 [M]. 黄风, 译. 1版. 北京: 中国方正出版社, 2004: 57.
- [24] BINGAMAN A K. Antitrust enforcement: some initial thoughts and actions [EB/OL]. (1993-08-10) [2019-04-18]. <https://www.justice.gov/atr/file/518756/download>.
- [25] 文学国, 孟雁北, 高重迎. 反垄断法执行制度研究 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2011: 211-212.
- [26] 计蓉. 中欧德反垄断法宽恕制度比较研究 [J]. 经济法论丛, 2018 (2): 277-307.

## On the Introduction of the Anti-Monopoly Forgiveness System in the Field of Government Procurement: From the Perspective of the Conversion of Malicious Collusion Discovery Mode

Li Shengli, Zhang Yiwu

**Abstract:** In the field of government procurement, the external breakthrough mode has always been ineffective in the discovery of illegal malicious collusion. By analyzing the regulation course of cartel, it is found that the introduction of anti-monopoly forgiveness system is of great significance. Furthermore, the unity of malicious collusion and horizontal monopoly agreement, the unified and coordinated regulatory relationship between *Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China* and *Government Procurement Law of the People's Republic of China*, and the vital role of the anti-monopoly forgiveness system in the discovery and determination of illegal acts all prove the legitimacy and necessity of the introduction of the anti-monopoly forgiveness system. Therefore, combined with the practice, the application of the anti-monopoly forgiveness system should be defined and refined in *Government Procurement Law of the People's Republic of China*. At the same time, in order to ensure the effective realization of the incentive effects, the legal liability of malicious collusion should be increased, the cooperation of the external breakthrough mode should be strengthened, and the certainty of anti-monopoly forgiveness system should be enhanced.

**Keywords:** government procurement; malicious collusion; anti-monopoly forgiveness system; internal disintegration mode; cartel

(收稿日期: 2019-05-10; 责任编辑: 晏小敏)