

# 论反垄断执法约谈的效力实现及其保障机制

李诗勤

(中国政法大学 法学院, 北京 100088)

**摘要:**行政约谈作为一种柔性执法方式,在反垄断领域常态化监管机制中具有重要地位。反垄断实践中的约谈包括警示性约谈与线索筛查型的调查性约谈,由《反垄断法》第五十五条所调整。由于适用条件模糊、法律后果失当及长效性缺乏等问题,反垄断执法约谈效力实现效果欠佳。本质上,反垄断执法约谈效力实现的根源在于利益导向机制,但不同类型的约谈效力实现的内因存在差异。为完善约谈效力实现的保障机制,应以区分适用警示性约谈和调查性约谈为前提,分别制定优化路径。

**关键词:**反垄断执法约谈;执法效力;效力实现;内在机理;保障机制

中图分类号:D922.1

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2025)02-0052-09

约谈,是指依法行使监管职权的行政主体,为了防止发生违法行为或者核实、了解情况,在约定的时间、地点与有关当事人进行谈话规劝、警示告诫的一种非强制性行政措施。<sup>[1]217</sup>作为新型行政执法方式,约谈已逐渐发展成为各行业各领域不可或缺的规制工具。在反垄断执法实践中,行政约谈作为常态化监管机制的重要组成部分,兼具风险警示和信息收集功能。2023年7月,国家市场监督管理总局(以下简称“市场监管总局”)约谈四家生猪养殖企业,涉事企业即发布联合声明整改,取得积极成效。<sup>①</sup>然而,当前反垄断执法实践中约谈应用泛化、立法规则缺失、规制效果不足等问题突出,亟待通过法治化路径完善相关制度。当前,学界虽对行政约谈的法律属性、功能定位、法理基础和有效性等已有不少探讨,但仍需系统深入研究。<sup>[2-4][5]99-118[6]91-97+150[7]22-29</sup>本文聚焦反垄断执法约谈,通过实践考察与类型化处理,阐释其效力理论基础,剖析作用机理,进而提出保障反垄断执法约谈效力实现的优化路径。<sup>②</sup>

## 一、反垄断执法约谈的现实考察及适用局限

### (一) 反垄断执法约谈的规范基础

首先,反垄断执法约谈在法律体系中已初步形成制度框架。法律上,2022年修订的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)中第五十五条新增反垄断执法约谈制度。部门规章中,2023年市场监管总局颁布实施的《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》第二十四条和第二十五条、《禁止垄断协议规定》第三十六条以及《禁止滥用市场支配地位行为规定》第三十七条进一步细化了约谈内容、程序和方式等。同年10月,市场监管总局出台了《市场监管总局关于印发〈滥用行政权力排除、限制竞争执法约谈工作指引〉的通知》(国市监竞协发〔2023〕93号),针对反垄断执法中的行政性约谈作出具体规定。同年12月,《国务院反垄断反不正当竞争委员会办公室 市场监管总局关于建立反垄断“三书一函”制度的

收稿时间:2024-11-21

作者简介:李诗勤(1998—),女,河南新郑人,中国政法大学法学院博士研究生。

① 谢艺观. 市场监管总局约谈四家生猪养殖企业,涉事企业:立即整改[EB/OL]. [2023-08-01]. <https://www.chinanews.com.cn/cj/2023/08-01/10053298.shtml>.

② 本文探讨的反垄断执法约谈制度仅适用于针对市场主体涉嫌违反《反垄断法》规定进行的约谈,又称外部约谈。在反垄断执法实践中,还存在针对行政主体涉嫌行政性垄断所开展的行政性约谈,又称内部约谈,不属于本文讨论范围。

通知》(双反办发〔2023〕1号)(以下简称《反垄断“三书一函”制度》),详细规定了反垄断执法中“约谈通知书”的适用情形,并对被约谈方逾期未整改、整改不到位或整改后再次出现问题的法律后果作出明确规定。

其次,地方层面,只有少数地方出台了反垄断执法约谈规范,于执法需求而言相对缺失。2023年3月,山西省晋城市市场监督管理局出台《晋城市市场监督管理局行政执法约谈制度(试行)》,系统界定了行政约谈的定义、原则、约谈对象和约谈程序等内容。<sup>①</sup>同年4月,山东省市场监督管理局发布《山东省市场监督管理局关于印发约谈指导工作规定(试行)的通知》(鲁市监法规字〔2023〕4号),对行政约谈的概念、适用情形、程序等方面作出具体规定。同年6月,北京市市场监督管理局颁布《北京市市场监督管理局关于印发行政指导工作规范的通知》(京市监发〔2023〕46号),明确了行政约谈属于行政指导的实施方式,并对其概念和程序作出规定。

综上,现行规范体系仍显体系化不足,现行法律对约谈规定笼统,适用条件、范围及法律后果等规定不够明确,亟需重新阐释约谈功能定位和运作机理,避免因法律性质认识错误影响治理效果。

## (二) 反垄断执法约谈的实践类型

基于2019—2023年反垄断执法年度报告的实证分析(见表1),行政约谈在执法实践中呈现出多重样态。<sup>②</sup> 反垄断执法约谈主要表现为三种情形:其一,作为反垄断合规教育工具,发挥行政指导与合规指引作用。反垄断执法机构既可以约谈相关企业以敦促企业建立合规体系,也可通过经营者约谈进行行政指导与政策宣讲。其二,作为风险警示工具,发挥风险警示和督促提醒作用。其三,作为调查方式,辅助执法机构收集信息与了解情况。

表1 反垄断执法约谈制度实践

| 功能定位    | 实施目的            | 部分相关实例   |
|---------|-----------------|--|
| 反垄断合规教育 | 敦促企业建立合规管理体系    | 辽宁省反垄断执法机构对美团、饿了么等互联网平台进行约谈(2022)  |
|         | 加强反垄断教育,倡导公平竞争  | 浙江省召开全省快递行业涉嫌垄断行为告诫会(2022)<br>上海市反垄断执法机构通过企业约谈等形式进行定向式宣传(2020)   |
| 风险警示    | 风险预防,敦促提醒       | 广西壮族自治区反垄断执法机构通过预防性约谈和惩戒性执法相结合督促运营部门整改正在推广使用机动车驾驶员计时培训管理系统工作中排除、限制竞争行为(2020)<br>市场监管总局约谈四家生猪养殖企业(2023) |
| 信息收集    | 排查或核查企业涉嫌垄断行为线索 | 广西壮族自治区反垄断执法机构采用约谈等方式排查烟草、票务、消费券等领域涉嫌垄断线索(2020)<br>辽宁省反垄断执法机构约谈原料药相关企业以核查原料药垄断线索(2021)                 |
|         | 配合对涉嫌垄断行为案件的调查  | 辽宁省反垄断执法机构约谈相关企业以查办某市燃气公司涉嫌滥用市场支配地位限定交易案(2020)<br>广西壮族自治区反垄断执法机构约谈阿里巴巴、拼多多等5家平台以配合市场监管总局对美团案开展调查(2021) |

根据功能界分标准,反垄断执法约谈可类型化为指导性、警示性和调查性三类。指导性约谈以竞争合规建设为导向,系反垄断执法机构单独或者联合其他部门通过集中或者个别约谈形式开展宣传教育的措施。警示性约谈侧重风险预防,通过对经营者可能存在的垄断行为予以警示告诫,鼓励企业自查自纠。调查性约谈的核心功能为信息收集,既包括排查、核查企业涉嫌垄断行为线索,亦涵盖配合案件调查。需

<sup>①</sup> 晋城市市场监督管理局. 市市场监管局率先出台行政执法约谈制度[EB/OL]. [2023-03-26]. [http://scjgj.jcgov.gov.cn/gzdt/jgzx/202303/t20230330\\_1773487.html](http://scjgj.jcgov.gov.cn/gzdt/jgzx/202303/t20230330_1773487.html).

<sup>②</sup> 以“约谈”为关键词,通过国家反垄断局编写的2019年度至2023年度《中国反垄断执法年度报告》进行全文检索,得出了相关数据。

指明,线索筛查型调查性约谈属于常态化监管,而案件调查型约谈则系执法机构行使调查权,以启动立案程序为前置条件,二者存在根本差异。相应地,依据《反垄断法》第五十五条的立法意旨,执法约谈通过事前识别违法风险和行为矫正,将执法重心前置至风险萌发阶段。适用客体包括存在潜在违法的可能性,但尚不足以构成违法行为,或虽构成违法行为,但依法不予处罚或者免于处罚两种情形。执法约谈作为预防性监管措施,通过风险信息交互机制实现双向治理:一方面,执法机构通过揭示经营者行为风险进行指导,要求其提出改进措施并消除危害后果,预防潜在损失;另一方面,风险信息在反垄断执法机构与市场经营者之间的传递互通,可缓解风险预防与事实认定之间的张力,消解信息不对称带来的负面影响。<sup>[8]</sup>在反垄断领域,消费者与经营者存在天然的信息差,且作为风险源头的经营者通常缺乏自我披露的自觉意识。此时,相较于经营者,行政主体更具“预见能力”,执法机构采用约谈等方式,能够将“预见能力”传递给经营者,以实现预防违法的目的。<sup>[5]104</sup>

对执法机构而言,反垄断执法约谈有助于核实、了解真实情况,判断经营者是否涉嫌垄断行为,并为案件调查提供支持;对经营者而言,在约谈互动中可认知自身行为风险及执法机构态度。基于调查权的案件调查型约谈属强制性调查,合规教育中的指导性约谈属于行政指导,二者均不在《反垄断法》第五十五条规制范围内。本文研究对象仅限于警示性约谈与线索筛查型调查性约谈,指导性约谈及案件调查型约谈不在本文讨论之列。

### (三) 反垄断执法约谈的适用局限

既有研究表明,行政约谈实践中存在应用与效力的双重异化,主要表现为强制化与过度化。<sup>[5]112</sup>当前反垄断执法实践中,约谈效力异化与不足问题日益凸显,主要表现为:

一是执法约谈适用条件模糊导致适用失范。虽然现行约谈规则体系中规定了约谈的程序,但启动条件、适用范围等实体要件仍存立法缺陷。国家层面的《反垄断法》《禁止滥用市场支配地位规定》《禁止垄断协议规定》与地方层面的《山东省市场监督管理局约谈指导工作规定(试行)》,均采用“涉嫌违反本法/规定”的表述,导致约谈启动缺乏客观判断基础。在此情况下,行政机关拥有较大的裁量空间,易有滥用或者肆意行使职权之虞,妨碍反垄断执法约谈制度功能的实现。

二是约谈的法律后果溢出,引发效力异化。约谈作为一种柔性执法方式,本质上不具有强制力,被约谈方享有参与选择权,违反规定不直接导致制裁效果。<sup>①</sup>然而,实践中有规定指出,若被约谈方无故不参与约谈,会间接产生不利的法律后果。例如,2023年《山东省市场监督管理局关于印发约谈指导工作规定(试行)的通知》规定,“行政相对人无正当理由拒不参加约谈指导,或者经约谈指导后仍未消除风险隐患或拒不改正违法行为的,可以作为相关监管领域信用等级评定或者从重处罚的重要参考。”<sup>②</sup>上述规定实质上剥夺了行政相对人程序选择权,使得本不具有强制力的行政约谈产生强制性的法律后果。这不仅模糊了作为柔性执法方式的行政约谈与传统行政行为的界限,也偏离了约谈本身的功能定位,削弱了约谈原有的价值。

三是约谈实施缺乏长效性。实证研究表明,行政检查与约谈虽短期内能够提升平台效果,但受制于政策变动影响而缺乏长效性。<sup>[9]</sup>该研究虽证实了约谈的有效性,但也反映出其效力实现保障机制缺陷,制度层面缺乏事后跟踪反馈机制而影响执法效能持续发挥。

因此,为解决约谈的效力异化与效力不足问题,有必要重新审视约谈的效力实现机制,进一步完善约谈制度,提升执法效能。

## 二、反垄断执法约谈效力实现的运作逻辑与内在机理

实证主义法律效力观下,反垄断执法约谈制度不具实质法律效力。但随着强制力观念的弱化,人们

<sup>①</sup> 需要注意的是,作为柔性执法方式的行政约谈,虽不具有强制性,但并不意味着执法机关对违反约谈规定的行为不能规制。

<sup>②</sup> 《山东省市场监督管理局关于印发约谈指导工作规定(试行)的通知》(鲁市监法规字[2023]4号),第19条第2款。

对法律的服从不再源于法律强制力的威慑,而是基于自我认知形成的内在遵从。反垄断执法约谈制度虽未设定行为罚则,但作为立法机关创设的法律规范,仍具效力。该效力有赖社会实效,核心为利益导向机制。

### (一) 反垄断执法约谈效力实现的运作逻辑

当下,行政约谈的效力实现问题已引发部分学者关注。朱新力和李芹以遵从理论作为行政约谈的理论基础,对行政约谈运行的内在机理作出相应阐释,即在假定企业为“守法公民”的前提下,通过劝服与建议等方式促使企业遵守法律或使其认识到违法行为的严重后果,从而阻止潜在违法行为的发生,进而达成守法目标。<sup>[6]93</sup>王虎将行政约谈定位为风险行政,认为行政约谈是通过协商和沟通形式,将相对人置于相对平等的对话场域,并允许相对人主动参与行政决策,以发挥行政约谈的效用,增强行政决策的合理性。<sup>[7]24</sup>陆洲进一步指出,协商性是行政约谈的本质特征,但行政约谈是一种有限协商,是以一定强制性为基础的协商活动。<sup>[10]112</sup>以上观点各有侧重,从多个视角揭示了行政约谈效力实现的动态过程。

然而,在“软法”的风险规制实践中,促使当事人努力降低风险的原因多样,或是当事人迫于舆论压力,或是出于利害考虑,或是源于公益利他精神的“自愿”,呈现多种缘由。<sup>[11]</sup>究其根本,利益导向机制发挥着作用,当事人的自觉遵从源于物质或精神层面的利益对其行为动机与选择的影响。<sup>[12]</sup>对以风险警示为核心功能的反垄断执法约谈制度而言,因依赖利益导向机制,其效力实现也同样受上述因素影响。但因实践中反垄断执法约谈存在不同类型,不同类型的约谈功能与目的侧重点各异,致使不同因素的作用程度不同。

### (二) 反垄断执法约谈中警示性约谈效力实现的内在机理

警示性约谈的直接目的是防范垄断行为出现,进而促进守法目标的实现。在反垄断实践中,警示性约谈较为典型。例如,2023年9月市场监管总局公布了“市场监管总局依法约谈四家生猪养殖企业”一案。<sup>①</sup>根据案件事实,这四家生猪养殖企业作为市场经营者,联合签署的《互不挖人公约》尚未产生排除、限制竞争的效果,不构成垄断协议,但存在违反法律规定的嫌疑,与《反垄断法》的立法宗旨相悖。在此情形下,反垄断执法机构实施约谈,要求企业立即整改并自查自纠,这在一定程度上预防了垄断行为的发生,起到了警示督促的作用。与此同时,经营者通过自查自纠,主动履行企业主体责任,在确保遵守法律义务的基础上,完善企业合规管理体系,推动守法目标的实现,助力维护市场公平竞争秩序。

为达到警示性约谈的执法目的,行政机关的“天然威慑”与当事人的利益衡量共同确保约谈实施。一方面,反垄断执法约谈由行政机关主导。基于行政主体的权威性及行政机关行使职权的威慑作用,当事人通常参加约谈。简言之,行政约谈是在行政权力背景下发生。另一方面,就其法律性质而言,约谈属于行政指导的表现形式。<sup>[5]108</sup>在日本行政法中,按功能的不同,行政指导可划分为助成性行政指导、规制性行政指导和调整性行政指导。其中,规制性行政指导和调整性行政指导尽管原则上具有是否服从的任意性,但相对人实际难以自由选择。为实现行政目的及行政指导实效性,行政机关以法律权限为背景要求相对人服从行政指导的情形普遍存在。<sup>[13]</sup>警示性约谈呈现类似特征,凸显行政主体威慑作用在约谈效力实现中的作用。

此外,当事人的利益衡量也是其接受约谈的重要内因。在事前阶段,被约谈方基于理性认识已作出判断:一方面认为约谈规范有助于风险预防,避免陷入垄断风险;另一方面认为参加约谈有助于加强与政府的沟通协作,降低负面社会舆论带来的影响。在事中阶段,反垄断执法机构指出问题并要求提出整改措施;经营者会陈述事实、说明理由,并提出改进方案。通过行政机关与被约谈方的坦诚交流,行政机关既能以理服人,又能提升被约谈方对行政机关的信赖感,增强对决策的认同感。据此,被约谈方通过权衡

<sup>①</sup> 市场监管总局. 市场监管总局发布 2023 年民生领域反垄断执法专项行动典型案例(第二批)[EB/OL]. [2023-09-12]. [https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art\\_083fcd6fdfab4b469c7dacc806f51f65.html](https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_083fcd6fdfab4b469c7dacc806f51f65.html).

约谈机制的利弊以及自身的守法成本和违法成本决定是否接受约谈,避免产生更为严重的后果。

### (三) 反垄断执法约谈中调查性约谈效力实现的内在机理

顾名思义,调查性约谈通常发生在排查、核查垄断线索或者配合开展垄断案件的调查过程中,发挥着信息收集功能。其中,立案后为配合调查垄断案件而进行的约谈属于行政调查的范畴,下文所指的调查性约谈(仅指用以排查、核查垄断线索的约谈)即线索筛查型的调查性约谈。分析调查性约谈效力实现的作用机理,需要关注如下问题:一是调查性约谈是否属于行政调查;二是调查性约谈是否属于《反垄断法》第四十七条所规定的调查措施;三是调查性约谈中被约谈方是否负有协助义务。具体分析如下。

首先,调查性约谈不同于行政调查。行政调查样态复杂,定性难度较大。当前,学界对于行政调查的性质判断不一,对行政调查与行政检查之间的关系也存在不同认识。<sup>①</sup> 笔者认同,行政调查是行政主体在行政程序开启之后、行政决定作出之前,为了查明案件事实,依据职权所进行的资料收集、证据调取的活动,行政调查具有附属性、程序性、裁量性以及间接影响权益性的特征。<sup>[14]</sup> 尽管行政调查和调查性约谈在功能上有相似之处,均旨在获取信息资讯,但二者差异显著,其区分关键在于约谈是否具有独立性。尽管学界对行政约谈的理解存在分歧,但在行政约谈是一种独立的行政行为这一点上,基本达成共识。<sup>②</sup> 与行政调查不同,行政约谈并非作出行政决定的前置程序或必经环节。在行政决定作出之前,行政机关均有权决定是否开展约谈,且约谈结束后并不必然产生行政决定。有观点认为,是否具有法律效果是判断行政行为是否独立的关键要素,对法律效果应作适当扩大解释,着重考量一个行为在法律上对当事人的影响力,如此,行政主体也可凭借意志影响相对人与他人之间权利义务关系的稳定性。<sup>[15]</sup> 对于诸如行政指导、行政计划等此类现代行政的手段,随着社会生活的复杂化和行政活动的扩大,这些手段在现实中已经对私人的判断、行政决定造成了极强的影响。<sup>[16]251-252</sup> 就此而言,鉴于反垄断执法机构开展约谈可能影响相对人的权利义务关系的稳定,行政约谈可以视为具备法律效果这一要件,进而成为一种独立的行政行为。同时,行政约谈作为一种新型的规制工具,已在行政执法中被广泛运用,已然肯定了行政约谈自身的独立价值。

其次,调查性约谈与《反垄断法》第四十七条所规定的调查措施存在明显不同。《反垄断法》第四十七条明确列举了反垄断执法机构在调查涉嫌垄断行为时可以采取的调查措施,涵盖检查、查阅、复制被调查的经营者文件资料,查封、扣押相关证据等。值得注意的是,该条文并未设置兜底条款,从法律层面排除了将调查性约谈纳入调查措施范畴解释空间的可能性。此外,本法第五十五条单独规定了反垄断执法约谈,这一立法安排具有双重意义:其一表明约谈不宜直接归类为调查措施;其二说明第五十条和第六十二条关于当事人协助调查义务及法律责任的规定,原则上不适用于执法约谈程序。

最后,调查性约谈的有效实施既要求行政机关依法履职,也要求当事人的主动配合。当涉嫌垄断行为属于执法机构管辖范围,且存在合理调查依据时,反垄断执法机构即应依职权启动调查程序。<sup>[17]26</sup> 但与强制性调查措施不同,被约谈方在调查性约谈中不承担法定的强制性配合义务,特别在约谈可能导向不利行政决定时,必须明确区分约谈参与的法律性质。<sup>[17]28</sup> 在调查程序中,被调查的当事人若不履行协助义务,在法律有特别规定的情况下可能承担法律上的不利后果。<sup>[18]</sup> 在核查或排查垄断线索时,执法机构尚未进入正式的立案调查环节前,不得采用强制执行或者处罚的方式要求当事人履行协助义务。借鉴德国法上的“参与负担”和“参与义务”的概念,在调查性约谈中,当事人参加约谈仅表明其负有“参与负

<sup>①</sup> 关于行政调查的性质主要存在三种不同的学说,包括事实行为说、程序行政行为说和中间行政行为说,行政调查属于事实行为逐渐被多数人认可。关于行政调查与行政检查有两种相反的认识,一种认为行政调查与行政检查应当严格区分,另一种观点则认为应当淡化行政调查与行政检查的区别,二者呈现包含或者并列的关系。参见黄学贤,行政调查及其程序原则[J]. 政治与法律,2015(6):106.

<sup>②</sup> 郑毅认为,行政约谈是一种类独立行政行为,认可行政约谈具有相对的独立价值。参见郑毅,现代行政法视野下的约谈——从价格约谈说起[J]. 行政法学研究,2012(4):53-59. 其他相似观点有:邢鸿飞,吉光,行政约谈刍议[J]. 江海学刊,2014(4):124-130;孟强龙,行政约谈法治化研究[J]. 行政法学研究,2015(6):99-118.

担”。<sup>[17]</sup><sup>29</sup> 此时,当事人协助开展约谈本质上属于相对义务,即相对人在一定情况下享有拒绝协助的权利,其法律后果视具体情况区别对待。因此,当事人主动配合约谈,更多是基于对自身风险与利益的考量,当事人意识到,“服从的习惯在不小的程度上是依靠聪明人意识到,如果它们坚持作为反社会的残余,那么强制力就会适用于他们。”<sup>[19]</sup> 此时,被约谈方协助参与调查性约谈,有助于行政机关查明事实,推动行政执法目的的实现,也彰显了经营者所承担的公共责任。

### 三、反垄断执法约谈效力实现保障机制的完善

基于警示性约谈与调查性约谈在效力实现机理上的差异,应当以类型化适用为前提,以区分警示性约谈与调查性约谈为基础,优化反垄断执法约谈效力实现的保障机制,实现制度效能的最大化。

#### (一) 警示性约谈效力实现保障机制的优化路径

警示性约谈的运行机制通常可以划分为三个阶段:其一为事前准备阶段,涵盖反垄断执法机构决定是否进行约谈,以及通知被约谈方等环节;其二为事中实施阶段,包含反垄断执法机构指出问题、被约谈方陈述说明情况、被约谈方提出改进方案等多个环节;其三为事后监督阶段,针对约谈过程中提出的整改方案,着重关注被约谈方是否按照要求进行了落实整改,并据此判断是否需要采取其他行政执法措施。

##### 1. 明确约谈启动条件并细化事前评估标准

确定警示性约谈启动条件,核心在于精准界定“违反本法规定”的范围,并在行政规则中对相关规定予以细化阐释。在警示性约谈中,认定“违反本法规定”需要考量的因素主要涉及违法行为及情节严重程度两方面。首先,垄断行为主要包括实施垄断协议、滥用市场支配地位以及经营者集中这三种类型,《禁止垄断协议规定》与《禁止滥用市场支配地位行为规定》对如何认定达成垄断协议、滥用市场支配地位及其具体情形均有详细规定,反垄断执法机构可据此判断是否构成违法行为。其次,反垄断执法机构在决定是否实施约谈时,除了对垄断行为认定外,还应当考虑行为的违法程度。警示性约谈旨在风险预防,试图将反垄断执法重心前置到事前规制以避免危害行为发生。一方面,若确认行为属于违法行为且应当予以处罚,应当杜绝“以谈代罚”的情况,严禁对已违法的行为启动约谈程序。另一方面,若行为尚未构成违法行为但确实存在问题,或者虽构成违法行为但依法不予处罚,则可以启动约谈。此外,基于保障规制实效的考虑,是否启动约谈还需通过成本收益分析,对具体个案情况进行具体分析。<sup>[20]</sup>

具言之,事前约谈的评估标准仍需综合考量案件事实情况、潜在危害后果的严重程度及舆论影响程度等因素。基于立法目的解释,警示性约谈主要适用于被约谈方涉嫌存在苗头性、倾向性违法的情形。反垄断“三书一函”制度从舆论影响程度维度细化了约谈适用的具体情形。在立法技术上仍应尝试采用列举方式明确约谈的适用情形。是否开展约谈的决定应当经主要负责人批准后方可实施,同时应制定规范的约谈实施方案,确保约谈有序推进。

##### 2. 加强约谈过程的协商互动

约谈过程中的协商互动,是约谈作为一种新兴规制工具得以广泛应用的立足点。当然,约谈的协商是一种有限协商。<sup>[10]</sup><sup>112</sup> 这是因为,警示性约谈效力的实现依托于行政主体的权威性与当事人的利益衡量,这使得反垄断执法机构和被约谈方难以处于真正平等的地位。为构建兼具效率与程序正义的约谈制度,亟须完善约谈过程中的协商互动机制。

协商对话式的约谈,本质上有有助于打破约谈方与被约谈方之间的信息壁垒,促成双方达成共识。对于反垄断执法机构而言,适时开展约谈可以节省执法资源,推动反垄断执法目标的实现。对于被约谈方而言,行政机关采用这种柔性执法方式,淡化了传统政府权威监管者的色彩,展现出更多协商民主的服务行政理念,进而激发经营者的主动性与内在活力,有助于增强经营者对政府治理的信任、配合和参与。

然而,当前约谈实施程序存在形式化倾向。例如,山东省市场监督管理局印发的《约谈指导工作规定(试行)》第十二条规定了正式约谈流程:约谈方说明约谈指导事由→被约谈方进行陈述→行政机关业务

指导和普法宣传→行政机关发表意见→提出整改要求及时限→被约谈方表态。<sup>①</sup> 尽管行政机关指出被约谈方存在的问题,并进行了针对性的业务指导和普法宣传,但这一过程仅呈现出自上而下的单向信息传递模式,机械化的流程设定并未真正体现约谈的协商特质。相较于传统执法活动,约谈制度应更具商谈色彩。<sup>[21]</sup> 因此,在事中阶段应当构建多轮的交涉过程。反垄断执法机构不仅应当充分、全面、准确地提供信息(特别要对可能涉及的垄断风险予以提示),还需充分听取被约谈方的陈述与申辩。针对整改要求和改进方案,双方应充分交换意见,确保其内容切实可行且具可操作性。即便双方在某些价值判断上未完全一致,程序公开透明与平等参与也有助于约谈的法治化。<sup>[7]28</sup> 此外,反垄断执法机构应当全面、客观、真实、准确地记录约谈情况,经核对无误后由双方签字确认。

### 3. 完善警示性约谈的事后监督

警示性约谈是否产生法律实效,核心在于约谈后的整改执行情况。

首先,行政约谈有别于行政处罚,不具备强制性与制裁性,但具有警示性和责任性。<sup>[1]218</sup> 《禁止垄断协议规定》第三十六条与《禁止滥用市场支配地位行为规定》第三十七条均规定“消除行为后果”,既阐释“责任性”内涵,也为事后监督机制创设提供依据。被约谈方应按要求提出改进措施;若被约谈方拒不整改、整改未达标或未按要求整改,反垄断执法机构可采取其他相应执法措施。行政约谈作为非强制性行政活动,其监督机制设立存在限度。在反垄断执法约谈中,若相对人存在上述不整改行为,执法机构采取的执法措施须与违法情节相匹配。约谈不能替代行政处罚,也不应成为加重或从重处罚的理由。对相对人宜采用信用标准或考核标准追责。<sup>[22]</sup> 例如,反垄断执法机构可将约谈表现纳入信用规制体系,记入信用档案。总之,约谈作为行政指导,“受到这种行政指导的相对方私人即使不遵从该指导,也不会受到某种法上的不利。”<sup>[16]295</sup>

其次,反垄断执法机构有权要求“责令改正”。责令改正适用于违法行为,其功能在于恢复被破坏的法秩序,以维系社会秩序。<sup>[23]</sup> 约谈的“消除行为后果”目标与责令改正目的一致,均旨在恢复法秩序。

最后,需建立警示性约谈的事后评估机制。警示性约谈旨在纠正潜在垄断行为,预防违法发生。在对被约谈方执行情况进行评估后方启动强制措施,系反垄断约谈制度的特征。约谈方通过评估整改落实情况,可督促整改合规并提升约谈实效。事后评估需统筹方式、内容、程序与标准。实践中采用第三方评估与自行评估两种方式。基于成本效益原则,约谈方可自行评估,但须确保公正。具社会影响力的约谈可引入第三方评估,评估内容包括整改时效性、完成度及约谈表现。约谈方在评估中须规范程序、细化标准。建议通过定期回访(如季度复查)强化监督。

### (二)调查性约谈效力实现保障机制的优化路径

调查性约谈以信息收集为主要内容,其效力依赖于行政机关的法定职权与当事人的协力义务,可通过细化程序规则、衔接其他监管措施等方式完善效力保障机制。

#### 1. 细化调查性约谈的程序规范

相较于传统行政调查措施,调查性约谈在反垄断执法中更具程序灵活性。但作为公权力行为,其仍需满足正当程序的基本要求,并通过制度设计确定合理的约谈程序。

具体可从以下三方面进行程序完善:在约谈通知形式上,应采用书面形式通知被约谈方,并为其预留合理准备期限;在约谈通知内容上,须明确载明依据的事实、理由和依据;在约谈方式上,应当提供多样化的约谈方式,如线上约谈等。

#### 2. 合理衔接其他梯次性监管措施

要提升反垄断执法约谈实效,需强化与行政调查、处罚等监管措施的衔接,并加强整改执行跟踪。反

<sup>①</sup> 参见《山东省市场监督管理局关于印发约谈指导工作规定(试行)的通知》(鲁市监法规字[2023]4号),2023年4月26日发布。

垄断执法手段包括行政处罚、约谈提醒、行政指导与规则指引等阶梯式措施,构成常态化监管体系。<sup>①</sup> 约谈作为反垄断领域的柔性执法方式,兼具初步核实企业涉嫌垄断行为的功能。发现垄断行为初步证据的,执法机构应立案调查并依法对违法企业作出行政处罚。此时,调查性约谈可以作为立案调查前置程序,约谈中获得的事实材料可作为立案评估依据,并为后续调查、处理及决定提供基础。应当明确的是,被约谈方受到行政处罚并非是由于违反了约谈规定,而是因其违法行为符合法定的处罚要件。

《国务院关于印发“十四五”市场监管现代化规划的通知》(国发〔2021〕30号)明确要求,“针对不同违法倾向、违法阶段和违法程度,创新和丰富普法宣传、合规指南、行政指导、行业公约、公开承诺、约谈、警告、检查执法等监管手段,实现规范市场行为、降低执法成本、形成执法震慑的综合效果。”<sup>②</sup> 据此,执法机构需统筹柔性执法与刚性执法,通过协同运用阶梯式监管措施,强化约谈制度实效,提升执法效能。

需特别强调的是,警示性约谈与调查性约谈的实施,均需严格落实执法机构及其工作人员的行政责任。“行政机关的一切言行,即使在事实领域,都应当受法律规定和法律原则的约束。”<sup>[24]</sup> 从行政权行使的角度出发,作为法律明文规定的反垄断执法约谈,必然受到法律原则和法律规定的约束。因此,对于反垄断执法机构而言,在约谈条件成就时,须严格遵循职权性规范实施约谈;未履行或不当履行约谈职责的,则构成违法失职。

#### 四、结语

反垄断执法约谈效力实现及其保障机制的核心,在于“如何提升约谈在反垄断执法中的实际效果”。实践中反垄断执法约谈存在三种约谈类型:指导性约谈、警示性约谈与调查性约谈。根据反垄断执法约谈的功能定位与立法目的,仅有警示性约谈以及部分调查性约谈属于《反垄断法》第五十五条调整范畴,为本文的研究对象。现行规则体系存在适用条件模糊、法律后果失当、长效性不足等问题制约着约谈效力的实现。约谈效力实现依赖利益导向机制,警示性约谈基于行政威慑与当事人利益衡量,调查性约谈基于职权行使中的当事人的协力负担。鉴于制度规约的完善是提升政府柔性执法能力的有效途径,故在区分适用警示性约谈和调查性约谈的前提下,针对警示性约谈,应当在事前明确约谈启动的实体要件并细化事前评估标准,在事中加强约谈过程中的协商互动,在事后加强监督;对于调查性约谈,可以通过细化其程序规定,并协同其他监管措施,来完善调查性约谈的效力保障机制。应当承认,反垄断执法机构对行政约谈规范的适用程度以及市场经营者对这一制度的遵从程度,均制约着约谈的有效性。行政约谈的效能实现需遵循合法性原则,通过完善制度规范推动柔性执法规范运行。同时,还应激发市场主体活力,促使市场经营者积极主动改进自身行为,共同提升反垄断执法约谈的制度效能。

#### 参考文献:

- [1] 王翔. 中华人民共和国反垄断法解读[M]. 北京:中国法制出版社,2022.
- [2] 郑毅. 现代行政法视野下的约谈——从价格约谈说起[J]. 行政法学研究,2012(4):53-59.
- [3] 马迅,杨海坤. 行政约谈实效性的保障机制建构——兼论约谈法治化进阶[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版),2017(1):79-87.
- [4] 卢超. 社会性规制中约谈工具的双重角色[J]. 法制与社会发展,2019(1):144-161.
- [5] 孟强龙. 行政约谈法治化研究[J]. 行政法学研究,2015(6).
- [6] 朱新力,李芹. 行政约谈的功能定位与制度建构[J]. 国家行政学院学报,2018(4).
- [7] 王虎. 风险社会中的行政约谈制度:因应、反思与完善[J]. 法商研究,2018(1).

<sup>①</sup> 国新网. 国新办举行“权威部门话开局”系列主题新闻发布会介绍“激发市场活力 夯实高质量发展基础”有关情况图文实录[EB/OL]. [2023-04-13]. [https://www.sac.gov.cn/cms\\_files/filemanager/samr/www/samrnew/xw/xwfbt/202304/t20230413\\_354606.html](https://www.sac.gov.cn/cms_files/filemanager/samr/www/samrnew/xw/xwfbt/202304/t20230413_354606.html).

<sup>②</sup> 《国务院关于印发“十四五”市场监管现代化规划的通知》(国发〔2021〕30号),2022年1月27日发布。

- [8] 江国华,郭奕君.论环保约谈的功能机制及其适用[J].荆楚法学,2024(2):119.
- [9] 刘若玄,樊博.行政检查、行政约谈能提升平台规制的效果吗?——基于网约车平台的“大数据+准实验”研究[J].公共行政评论,2023(3):56.
- [10] 陆洲.行政约谈制度:一种非典型的协商型执法范式[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2022(6).
- [11] 金自宁.风险规制与行政法治[J].法制与社会发展,2012(4):68.
- [12] 江必新.论软法效力——兼论法律效力之本源[J].中外法学,2011(6):1166.
- [13] 盐野宏.行政法总论[M].杨建顺,译.北京:北京大学出版社,2008:134-135.
- [14] 章志远.行政调查初论[J].长春市党校学报,2007(1):79.
- [15] 沈国琴.论行政行为的独立性与竞合性——以行政检查行为为例[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2012(2):51.
- [16] 藤田宙靖.行政法总论·上卷[M].王贵松,译.北京:中国政法大学出版社,2023.
- [17] 余凌云.行政调查的理论与实践[M].北京:中国人民公安大学出版社,2014.
- [18] 程琪.论行政调查中当事人的协助义务[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2020(S1):64.
- [19] 罗斯科·庞德.通过法律的社会控制[M].沈宗灵,译.北京:商务印书馆,2010:19.
- [20] 吕欣欣.反垄断执法约谈的规制反思与效能优化[J].行政法学研究,2025(3):168.
- [21] 叶明,李文博.反垄断监管领域约谈制度研究——基于回应性规制理论的分析[J].竞争政策研究,2023(3):28.
- [22] 冯涛.反垄断执法约谈的规范化续造——兼评《反垄断法》第五十五条[J].中国矿业大学学报(社会科学版),2025(1):156.
- [23] 黄培.行政执法中责令改正的法理特质与行为结构[J].浙江学刊,2019(2):162.
- [24] 哈特穆特·毛雷尔.行政法学总论[M].高家伟,译.北京:北京大学出版社,2000:400-401.

## On the Realization of the Validity of Antitrust Enforcement Interviews and Its Guarantee Mechanisms

LI Shiqin

(School of Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** As a flexible enforcement approach, administrative interviews play an important role in the normalized regulatory mechanism. In the antitrust field, there are cautionary interviews and investigative interviews for clue screening, which are regulated by Article 55 of *The Antitrust Law*. As a result of such problems as ambiguous conditions of application, the imposition of inappropriate legal consequences, and the lack of long-term effectiveness, the validity of antitrust law enforcement interviews has been less than optimal. In essence, the validity of antitrust enforcement interviews is rooted in the benefit-oriented mechanism, but the reasons for the validity of different types of interviews are still different. In order to improve the validity of the antitrust enforcement interviews, we should, on the precondition of distinguishing between the cautionary interviews and investigative interviews, put forward a specific optimization path respectively.

**Key words:** antitrust enforcement interviews; legal validity; the realization of the legal validity; inherent mechanism; guarantee mechanism

(责任编辑:董兴佩)