

基于 Lawler-Porter 综合激励模型的竞争合规制度建构探析

张倬源*

摘要：在竞争合规领域，普遍存在的“威慑陷阱”现象反映了我国传统简单威慑的固有缺陷，有鉴于此，一套能将外部法律规制等效转化为企业合规自觉的激励体系必不可少。在将 Lawler-Porter 综合激励模型引入到我国竞争合规制度领域的过程中，达成“工作绩效”是激励机制的基本目标，立法、执法、司法是法律上的三大主要推进路径。适用严格责任、将合规作为法定量刑情节等立法措施能从外在环境上激发企业的合规努力，合规风险提示、宽恕政策等执法手段在事后奖励方面推进企业合规体系建设，综合认定的司法理念则会进一步增强企业的公平感。通过以 Lawler-Porter 内在逻辑为核心，借鉴海外企业合规的先进经验构建的一套完整循环的竞争合规激励机制，能够从根源上提高企业合规参与度与积极性，从而为推动我国竞争合规制度的不断完善提供参考路径。

关键词：竞争合规 威慑陷阱 Lawler-Porter 综合激励模型 海外经验 体系构建

* 北京师范大学法学院

目录

引言	61
一、企业竞争合规问题的研究背景	61
(一) 针对竞争合规问题的现有学说	61
(二) 针对竞争合规问题的现有立法	62
二、Lawler-Porter 综合激励模型在竞争合规制度中的应用	63
(一) 合规动力不足——普遍存在的“威慑陷阱”现象	63
(二) Lawler-Porter 综合激励模型的引入	64
1. Lawler-Porter 综合激励模型	64
2. 竞争合规激励模型的构建——基于 Lawler-Porter 综合激励模型	66
3. 从经营者出发的努力方向——Effort	67
4. 经营者角色认知——Cog	68
三、激励机制与竞争合规立法——Env	69
(一) 刑法领域	69
1. 刑法领域严格责任的缺乏	69
2. 将合规作为法定量刑情节	70
(二) 竞争法领域	71
四、激励机制与竞争合规执法——R	72
(一) 适用宽恕政策	73
(二) 合规风险提示	74
五、激励机制与竞争合规司法——Equ	74
(一) “竞争关系”与“直接损失”是否必要	74
(二) 小结	75
结语	76

引言

近年来,传统的简单威慑在竞争合规执法领域的弊端逐渐凸显。威慑力度的加大并没有换取足够的企业合规承诺,甚至,关于企业竞争合规问题纠纷的案件数量逐年递增。“十三五”时期,市场监管总局查处市场垄断案 179 件,罚没金额共计 27.6 亿元;^[1]2020 年,各级市场监管部门共查办各类不正当竞争案件 7371 件、罚没金额 4.16 亿元;2022 年,全国依法办结各类垄断案件 187 件,罚没金额 7.84 亿元。^[2]不难看出,互联网背景下我国企业的竞争合规的问题依旧严峻。

为了应对传统简单威慑在执法方面的不足,近年来执法机构大多“通过合规指引换取企业合规承诺”。^[3]反垄断委员会在汽车行业、知识产权、平台经济等多个领域制定反垄断合规指南作为指南性文件;同时,反不正当竞争部际联席会议在 2021 年工作要点中也提出新形势下的不正当竞争行为涌现。^[4]然而,市场经济下市场主体的决策往往来自成本和收益的双向考量,即对违法成本与守法收益的考量,这使得强制性法律法规的适用性有所降低,而企业的内在合规、主动合规的重要性逐渐凸显。有鉴于此,本研究借鉴“激励模型”对企业内生合规动力进行研究,以期寻找我国企业竞争合规制度的现存问题,并基于激励的内在逻辑为企业竞争合规制度的建构提出参考路径。

一、企业竞争合规问题的研究背景

(一) 针对竞争合规问题的现有学说

我国当前在竞争合规领域已经有了诸多研究成果。在行政行为的竞争合规制度研究中,目前主流观点是增强政府与市场的耦合,规范产业政策的公平竞争性审查;在此基础上,有学者提出了责任威慑、名利激励、技能帮扶和社会督促等推进路径及实质审查加合理原则标准。^[5]

在对于竞争合规指南的认定上,现存三种主流的观点。其一,将竞争合规指南视为竞争法的实施细则和行政解释;其二,将竞争合规指南视为竞争法执法政策的表述;其三,将竞争合规指南看做和《竞争法》硬法相对应的“软法”。同时,也有部分学者对上述观点提出了质疑,认为“竞争合规指南应当是竞争主管机构制定和发布的旨在保障其效能并促进竞争政策目标实现的手段,即一种经由机构研发的竞争政策工具”,具体可分置为竞争法执法

^[1] 参见《中国反垄断行政执法年度报告(2020 年)》,第 227 页。

^[2] 参见《中国反垄断行政执法年度报告(2023 年)》,第 161 页。

^[3] 参见喻玲:《从威慑到合规指引 反垄断法实施的新趋势》,载《中外法学》2013 年第 6 期,第 1200 页。

^[4] 《反不正当竞争部际联席会议第一次全体会议在京召开》,载中华人民共和国中央人民政府网 2021 年 5 月 1 日, https://www.gov.cn/xinwen/2021-05/01/content_5604284.htm。

^[5] 参见丁茂中:《行政行为的竞争合规制度研究》,载《现代法学》2017 年第 2 期,第 29 页。

渊源及合规指引的工具。^[6]

在企业竞争合规的动因的研究中,目前普遍受到认可的观点是将其分为外在强制力约束和内生的规范义务感两个部分,同时,大多数学者都赞同“内在义务感”对促进企业自觉自主合规有着更为明显的效果。有学者通过引用英国公平贸易办公室(OFT)的调查结果,即“大多数受访企业认为,反竞争行为对企业造成的潜在声誉损害是其合规的动力”论证了减轻罚款、宽大政策等措施的正向激励效果;^[7]也有学者站在经济学原理的角度,论证反垄断合规制度能够有效克服“威慑陷阱”;^[8]同时,部分学者结合中国国情,指出当前行政监管领域和刑法领域缺乏基本的激励机制,因此企业在合规管理体系方面缺乏实质的动力。^[9]

综上所述,现有研究在行政行为竞争合规、竞争指南定位、激励机制等领域均取得了一定的成果,但在以下两个方面的研究成果尚少:第一,从企业竞争合规的内在动力出发,运用交叉学科的方法,将激励模型运用到法律领域。第二,借助激励机制,将竞争合规立法、执法、司法三个方面有机结合。竞争合规很大程度上依赖企业自觉合规的“内生责任感”,倘若能借鉴综合激励机制的经济学原理建立一套科学可行的竞争合规激励机制,对应对我国当前竞争合规的困境有着一定的指引作用。

(二) 针对竞争合规问题的现有立法

目前我国对企业竞争合规的法律体系,主要以竞争法作为核心,以行政性法规作为扩充性指引。2020年,在整合已有的四部经营者集中部门规章的基础上,市场监管总局出台《经营者集中审查暂行规定》;同年10月,市场监管总局根据实践需要修改《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》的部分条款。截止到2021年11月,我国已制定发布《经营者反垄断合规指南》《关于平台经济领域的反垄断指南》《企业境外反垄断合规指引》等多部指南性文件。

此外,全国各地区市场监督管理局也陆续印发竞争合规指引,据不完全统计,各地已陆续出台了二十多部地方反垄断合规指南或指引。^[10]例如:2020年8月,河北省市场监督管理局发布《河北省经营者反垄断合规指引》;2021年8月,浙江省监督管理局发布《浙江省平台企业竞争合规指引》等等。在近两年各省市集中出台的竞争合规指引中,大多涉及到竞争合规风险识别、风险的应对、竞争合规保障等相关内容。

然而,我国目前企业合规制度的建构尚缺乏系统性,以反垄断领域为例,我国反垄断合规制度体系仍存在缺乏系统性规划、指引的具体内容重复严重等不足,亟须对反垄断合规制

^[6] 参见郝俊淇、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》,载《经济体制改革》2017年第5期,第197页。

^[7] 参见方翔:《竞争合规的理论阐释与中国方案》,载《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2020年第4期,第48页。

^[8] 参见喻玲:《从威慑到合规指引 反垄断法实施的新趋势》,载《中外法学》2013年第6期,第1199页。

^[9] 参见陈瑞华:《论企业合规的中国化问题》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年底3期,第34页。

^[10] 参见孟雁北:《我国反垄断合规制度的演进与展望》,载《中国市场监管研究》2023年第10期,第58页。

度体系建设进行系统规划及顶层设计。^[11]同时,也有学者指出,企业合规制度的落实不能完全依靠法律法规、合规指引这些外力,经营者对合规控制制度必要性的充分认识同样扮演着重要角色。^[12]

二、Lawler-Porter 综合激励模型在竞争合规制度中的应用

(一) 合规动力不足——普遍存在的“威慑陷阱”现象

上世纪八十年代,美国经济学家波斯纳、保罗等曾提出罚款是规制企业竞争合规的最有效和唯一的手段,他们基于基本经济模型进行推理,认为提高罚款能够使得违法者“无利可图”,即“当组织代理人意识到预期犯罪的成本超过其收益时,代理人通常会受到威慑”。^[13]然而实践表明,仅仅依靠简单威慑使得越来越多的反垄断执法落入“威慑陷阱”(deterrence trap)中,换言之,如果潜在的组织犯罪者无力支付罚款,那么他们将不关心罚款的数额;如果潜在的组织犯罪者知道他们的行为不能被处以更高的处罚,他们就不会被威慑,而会继续他们更严重的罪行。^[14]

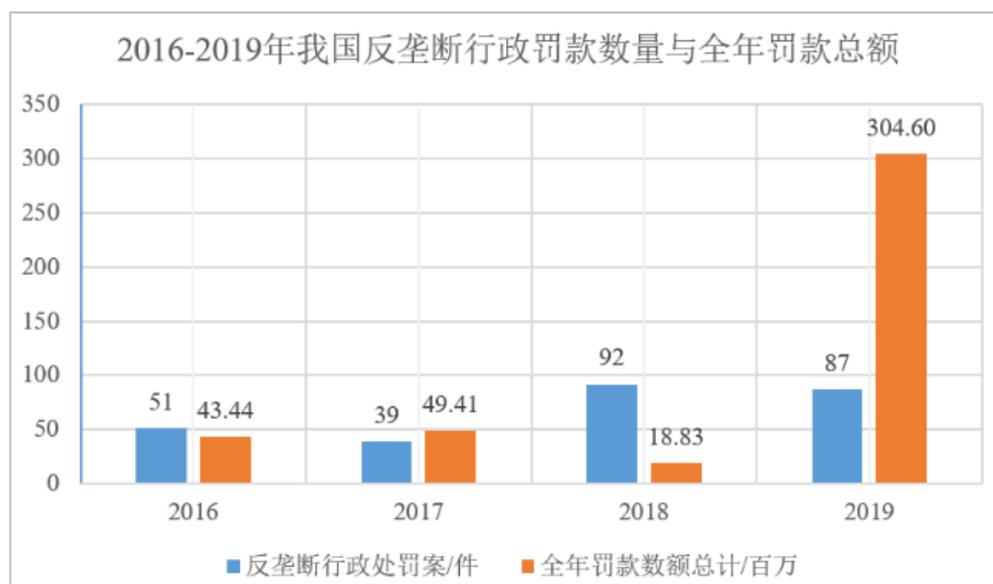


图 1: 我国反垄断行政处罚款数量与全年罚款总额

结合我国司法实践来看,自 2008 年反垄断法颁布以来,我国一直面临着执法力度不断加大,罚款数额不断增加但反垄断行政执法案件数也不断上升的困境。上图为 2016 年至 2019

^[11] 参见孟雁北:《我国反垄断合规制度的演进与展望》,载《中国市场监管研究》2023 年第 10 期,第 57 页。

^[12] 参见杨妮娜:《企业反垄断合规制度:理论基础与制度构建》,载《河南工业大学学报(社会科学版)》2024 年第 1 期,第 115 页。

^[13] Thomas A. Hemphill, Self-regulating industry behavior: Antitrust limitations and trade association codes of conduct, *Journal of Business Ethics*, 1992, p.158.

^[14] Gary S. Green, The "Deterrence Trap" In the Federal Fining of Organizations: A Research Note, *Criminal Justice Policy Review*, 1999, p.548.

年我国反垄断行政执法案件数量同罚款总额的变动情况,^[15]由图可知,2016年至2019年我国反垄断罚款总额呈上升态势,而反垄断案件数量也不断增加。不仅是国内,海外竞争合规执法部门也面临着同样的困境。据学者调查,美国2005年、2006年、2007年三年的反垄断案件数量分别为32起、34起和40起,但其单个案件的罚金平均值却为10.56百万美元、13.91百万美元和15.75百万美元^[16]不难看出,在执法部门传统的简单威慑下,企业的竞争合规问题非但没有得到有效遏制,反而呈现出增加的态势。

在竞争法执法实践中,这种事后救济式的简单威慑存在着以下缺陷:

第一,简单威慑的滞后性。只有当主体的违法行为既已发生,才会被执法部门科处罚金(或其他处罚),而既已发生的行为给社会带来的不良影响已然存在,只能通过事后补救措施来消弭不良后果。相较于企业自觉自主合规,简单威慑具有一定的滞后性。

第二,“被动+威慑”降低企业合规积极性。在绝大多数的简单威慑案例中,科处罚金数额并不低,但企业垄断及不正当竞争行为并没有明显减少。当企业只能在罚金的鞭策下被动守法时,其守法的目的性就会变得单纯——减少处罚,增大收益。作为以盈利为目的的主体,绝大多数的企业会主动衡量违法成本和守法收益的大小,进而做出最优决策。随着企业垄断和不正当竞争手段愈加复杂,借助互联网各大平台作为掩护,其违法行为被发现的几率也并不高,这也就导致很多企业在权衡了违法成本与守法收益后,仍然做出违反竞争法的选择。

第三,简单威慑存在着一定情况下的不公平现象。以“双罚制”为例,在法院认定单位构成犯罪后,对单位科处罚金,对直接责任人员判处刑罚。由于双罚制对单位的处罚一般仅限于财产刑,而我国行政处罚法中对不法企业有“吊销营业执照”等较为严厉的处罚,这也导致刑法严厉程度竟远不及一些行政处罚。这种处罚不公平现象使得法律难以发挥威慑效果,降低法律的公信力并增大企业的违法风险。

总之,缺少激励的简单威慑手段难以于竞争合规领域中立足。想要推动企业及其员工自主合规,一套有效的激励体系必不可少。

(二) Lawler-Porter 综合激励模型的引入

1. Lawler-Porter 综合激励模型

Lawler-Porter 综合激励模型是由美国行为科学家爱德华·劳勒和莱曼·波特于1968年在著作《管理态度和成绩》中正式提出。^[17]波特-劳勒综合激励模型早期应用于企业管理领域,目前,我国也有学者将其引入到中青年干部激励、教学团队绩效评估、家庭医生激励机制的研究等等,但鲜有学者将该模型引入到法学领域。在过去的竞争法执法实践中,企业的外部

[15] 参见《中国反垄断行政执法大数据分析报告(2019年)(2018年)(2017年)》;参见《中国反垄断行政执法大数据分析报告(2008-2015)》。

[16] 参见喻玲:《从威慑到合规指引 反垄断法实施的新趋势》,载《中外法学》2013年第6期,第1201页。

[17] 参加徐旦:《基于 Lawler-Porter 综合激励模型的职业院校教学团队绩效评价》,载《职业技术教育》2015年第22期,第44页。

规制与企业自身产生的内在合规动力往往处于割裂的状态，即外在的竞争法、合规指南虽然一定程度上限制了企业的不合规行为，但并没有等效地转化为企业的合规自觉。有鉴于此，笔者借鉴美国行为科学家爱德华·劳勒和莱曼·波特提出的激励理论，尝试构建竞争合规激励模型。模型的关键点在于，通过完整的激励机制体系的运行，达到外在激励手段能够等效转化为企业自主合规内在动力的效果。

Lawler-Porter 综合激励模型的核心是建立“努力——绩效——奖酬——满意”的良性循环。激励链的各环节相互影响，且彼此呈正相关关系。^[18]努力程度越高，取得的工作绩效就越高，获得的奖励和满足感也就越大。同时，工作绩效会对期望值产生影响，工作绩效越高，个体对于实现目标并获得奖励的期望就越大，期望值和满意产生的效价会推动个体的进一步努力。

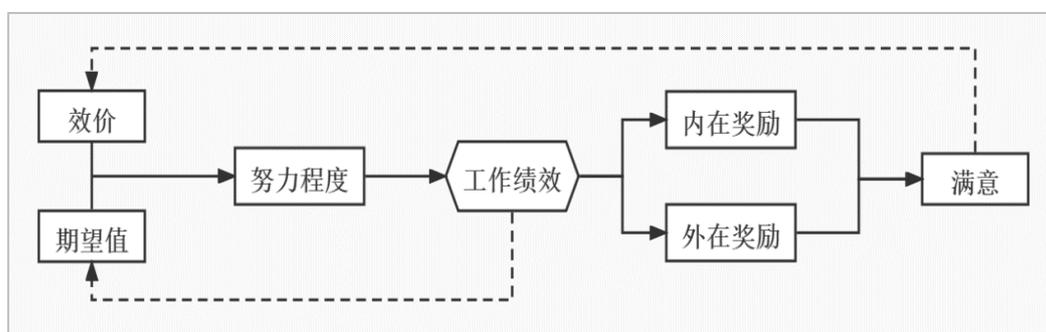


图 2：Lawler-Porter 综合激励模型的核心内容

努力程度与工作绩效并非绝对的因果关系，个体所处环境、个体本身能力以及个体对角色的认知都会对工作绩效产生影响。同样，内在奖励与外在奖励能否达成满意，还受到公平性因素的影响。这里的公平性包含两方面含义：第一，个体所获奖励与其达成工作绩效后对于奖励的预期是否一致，如果实际所获奖励大于预期，则会产生满意，反之，则难以产生满意；第二，与同类型人进行横向比较，个体所获奖励是否公平。

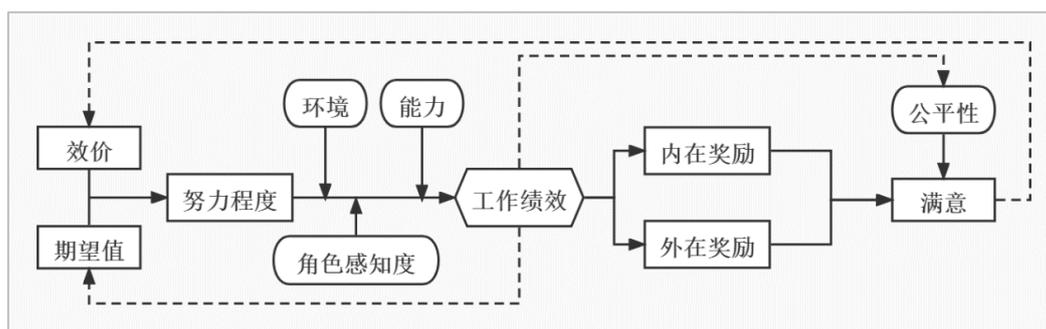


图 3：Lawler-Porter 综合激励模型影响因素

[18] 参见杜学鹏、零春晴等：《我国家庭医生激励机制研究——基于波特—劳勒综合型激励模型》，载《卫生经济研究》2019年第3期，第22页。

2. 竞争合规激励模型的构建——基于 Lawler-Porter 综合激励模型

变量类型	变量名称	变量内容
因变量	工作绩效 (P)	企业竞争合规水平
主要自变量	努力程度 (Eff)	企业为自主合规所付出的努力, 主要是企业内部推进竞争合规的制度安排。
	奖励 (R)	企业因实行合规计划而获得的内在、外在报酬。
	期望值 (E)	企业希望再次得到奖励的概率。
辅助自变量	角色感知度 (Cog)	企业自身角色定位和对竞争合规的认识状况。
	环境 (Env)	企业所面临的竞争合规的法律环境。
	能力 (Ab)	企业目前能够在多大程度上实行合规计划。

表 1: 主要变量解释

变量说明:

- ①工作绩效(P): 企业竞争合规计划建立和执行情况。
- ②努力程度(Eff): 有效的企业竞争合规架构应当包含风险评估、相关政策程序、内部报告渠道、培训和沟通、效能定期评估等多个方面。
- ③奖励(R): 外在奖励主要指政府的合规政策, 如对有合规计划的企业减轻处罚、适用宽大政策、适当的奖励等等; 内在奖励主要是企业执行合规计划后获得规范内部管理、风险规避的成就感, 同时也包括企业因合规所获的良好社会声誉。
- ④期望值(E): 期望值受到企业竞争合规计划执行情况的影响。企业竞争合规计划执行得越好, 企业就会有更大的概率期望得到奖励, 从而会更努力地实现竞争合规。
- ⑤角色感知度(Cog): 认识程度不仅会受到企业以往相关经历的影响, 还会受到政府的合规指引、社会竞争文化等因素的影响。
- ⑥环境(Env): 不同的立法模式、不同的责任类型对企业自主竞争合规有着不同的影响, 本文将对竞争法的赏罚平衡与刑法领域严格责任两大问题进行深入探讨。
- ⑦能力(Ab): 该变量受制于企业采取合规的成本上限、企业已有的竞争合规建设基础等。
- ⑧公平性(Equ): 包含两层含义: 企业所获奖励与其制定合规计划后对于奖励的预期相比较, 是否产生了公平感; 与同类型人进行横向比较, 个体所获奖励是否公平。

该激励模型的假设是盈利法人即为理性经济人。在激励机制中, 企业竞争合规水平(P)作为因变量, 直接对其产生影响的自变量有努力程度(Eff), 奖励(R)和期望值(E)。首先, 努力程度产生工作绩效, 设现阶段为 t_n 即:

$$P_n = \alpha Eff_n$$

同时, 现阶段的企业的努力程度受到两个变量的制约: ①上一阶段(t_{n-1})企业所获奖励

产生的效价，②上一阶段企业工作绩效所产生期望值，即形成一个循环的作用机制：

$$Eff_n = \alpha R_{n-1} + \beta Eff_{n-1}$$

从而可得：

$$P_n = \alpha(\alpha R_{n-1} + \beta Eff_{n-1})$$

当引入模型的影响因素后，角色感知度 (Cog)、环境 (Env) 和能力 (Ab) 会同时作用于工作绩效， ε 为残差项，即：

$$P_n = \alpha Eff_n + \mu_1 Cog_n + \mu_2 Env_n + \mu_3 Ab_n + \varepsilon$$

而公平感 (Equ) 则会作用于满意，即会作用于下一轮企业推动合规建设的努力，同时，公平感也受到现阶段企业工作绩效的制约。即：

$$Equ_n = \gamma P_n$$

$$Eff_n = \alpha R_{n-1} Equ + \beta Eff_{n-1}$$

进而可以推导出竞争合规激励模型的基本公式：

$$P_n = \alpha(\alpha R_{n-1} \gamma P_n + \beta Eff_{n-1}) + \mu_1 Cog_n + \mu_2 Env_n + \mu_3 Ab_n + \varepsilon$$

即：

$$P_n = \frac{\beta Eff_{n-1} + \frac{\mu_1}{\alpha} Cog_n + \frac{\mu_2}{\alpha} Env_n + \frac{\mu_3}{\alpha} Ab_n}{\frac{1}{\alpha} - \alpha R_{n-1} \gamma} + \varepsilon$$

可以看出，现阶段企业竞争合规计划执行情况（工作绩效）受到上一阶段企业的努力程度、获得报酬两变量的制约，也受到现阶段的角色认知、外在法制环境、本身竞争合规能力、公平性四个因素的影响。竞争合规的激励模型作为一种循环机制，同级自变量之间也会产生相互作用。倘若想要从根本上增强经营者竞争合规内在动力，提高经营者竞争合规水平，则需要从努力程度 (Eff)，奖励 (R)，角色认识 (Cog)，环境 (Env)，公平性 (Ab) 等方面来寻找对策，推动竞争合规激励机制的良性循环。

3. 从经营者出发的努力方向——Effort

一个好的竞争合规激励机制，经营者的努力程度直接促成其竞争合规执行情况，而法律扮演着外在推动力的角色作用于企业自身的努力。关于法律的助推效果，在下文中将会有详细论述。经营者制定并执行合规计划的努力作为直接因素，对于最终竞争合规水平起着关键作用，一个好的竞争合规管理体制，应当包含风险评估、必要的政策和程序、内部报告渠道、员工培训与沟通、效能的定期评估等多个方面。^[19]

首先，竞争合规管理体系应当从风险评估开始，通过剖析公司现行政策和控制措施，确保将公司的风险维持在可接受的水平。一旦该公司确实了解其垄断或不正当竞争风险，就应该着手制定必要的政策或程序以控制风险。同时，公司应该构建特定的制度，允许员工或其他第三方（包括竞争对手或合资伙伴）提出有关潜在反垄断或反不正当竞争的问题，通过一

^[19] 参见王叶：《我国企业竞争合规制度之构建》，华东政法大学硕士论文，2013年，第30页。

套行之有效的内部报告制度及时发现违法行为。当然，对于部分行业或企业来说这一组成部分可能相对简单，因为大多数大型企业已经有了针对各种问题的报告渠道，反垄断或反不正当竞争仅仅是其中一种。

其次，需要通过培训与沟通，给员工提供关于什么是或不是违反竞争法的指导，培训的内容应当较为通俗易懂且与员工的日常工作有较大关联。培训在竞争合规架构中尤其重要，因为有一些违反竞争法的行为源于员工错误地认为自己的行为符合公司的最佳利益。员工应接受培训，了解违规行为是什么，在工作中如何发生，以及如果他们认为违规行为已经发生应该怎么做等。

此外，合规计划应随着公司运营而发展，这意味着公司要定期评估计划的运行情况，形成及时的反馈机制。同时，来自公司高层的声音很重要，公司高层管理人员应在行为准则、员工会议和其他信息中强调：公司始终努力遵守法律、公平行事，严格的道德标准应同样适用于反垄断或反不正当竞争问题。

有西方学者认为，“合规计划应受到鼓励，而不是以损害其有效性的方式进行规定”，即应该允许公司自由地根据其行业和商业模式更有效地调整其计划，而不受任何法律或司法机械方法的限制，这种观点在当前中国有一定的借鉴意义。从另一个角度来说，在竞争合规法域，法律不应过多地询问公司是否采用了规定的相对严格的框架，而是更多地去关注公司的行动是否确保了合规的合理努力。

4. 经营者角色认知——Cog

角色认知是 Lawler-Porter 综合激励模型中很关键的一个因素。经营者作为竞争法规制的主要对象，其对于自身的角色认定在构建竞争合规制度中尤为重要。具体而言，经营者的角色认知可以受到以下因素的影响：政府的合规指引、企业已有经历的借鉴、竞争文化的培育等等。就目前的情况来看，我国竞争文化的缺失、行业协会及社会团体的协商引导功能不足是经营者角色认知度不足的主要原因。

竞争文化，即全社会形成的维护竞争机制、尊重竞争规则的一种共识和氛围。^[20]竞争是推动资源有效分配额关键，没有竞争，企业便失去了生存的土壤，社会经济也会停滞不前。在竞争文化下，企业经营产生的效率不会集中于一个企业，同时也会带给消费者更多的选择和更大的福利，进一步推动环境保护和可持续发展。我国有着“以和为贵”的传统，其强调“和谐”的理念对竞争文化有着先天的排斥。但在市场经济中，市场秩序的维护一方面靠竞争法等强制性约束的法规，另一方面也需要市场主体的自律。市场主体的自律依靠正确的竞争意识引导，而正确的竞争意识来自于市场竞争文化环境的培养。只有在社会上大力倡导竞争文化，培养正确的竞争意识，才能有效地建立和完善企业的竞争合规制度。

同时，在竞争合规制度成为我国规制市场竞争措施的大环境下，行业协会与社会团体应

^[20] 参见吴汉洪、刘雅甜：《中国反垄断领域的成就和挑战——纪念中国《反垄断法》实施十周年》，载《东北财经大学学报》2018年第5期，第31页。

当拥有更多的空间来发声，以减少法律强制性手段的干预，推动整个社会自发地引导企业合规竞争。以美国为例，国家贸易协会等行业协会已经很早地承担起市场监管的责任。行业行为准则由三个子准则组成：经济准则、环境准则以及社会政治准则。^[21]尽管在美国也存在行业有效自律的例子，如证券业和美国证券交易委员会（SEC）、广告业和联邦贸易委员会（FTC）等，但由于行业自律面临着经济和法律等障碍，无法被广泛实施。因此，国家贸易协会可以通过制定行业行为准则，成为行业自律的天然工具。美国通过以下两个方法减少法律法规的混乱：第一，请求联邦贸易委员会发布关于颁布和执行行业协会行为准则的行业指南；第二，利用利益相关者方法任命协会道德委员会，从而影响准则的制定和执行。不难看出，行业协会将为有效的非市场监管提供新的机会。

三、激励机制与竞争合规立法——Env

在竞争合规的激励机制中，认识程度（Cog）受制于多方面的因素，包括但不限于政府的合规指引、社会上形成的竞争文化、行业协会和社会团体的引导功能等等。与认识程度共同作用于企业合规努力程度的变量是环境（Env），该变量主要受制于企业所面对的外在法律环境，具体而言可以从刑法和竞争法两方面来探讨。

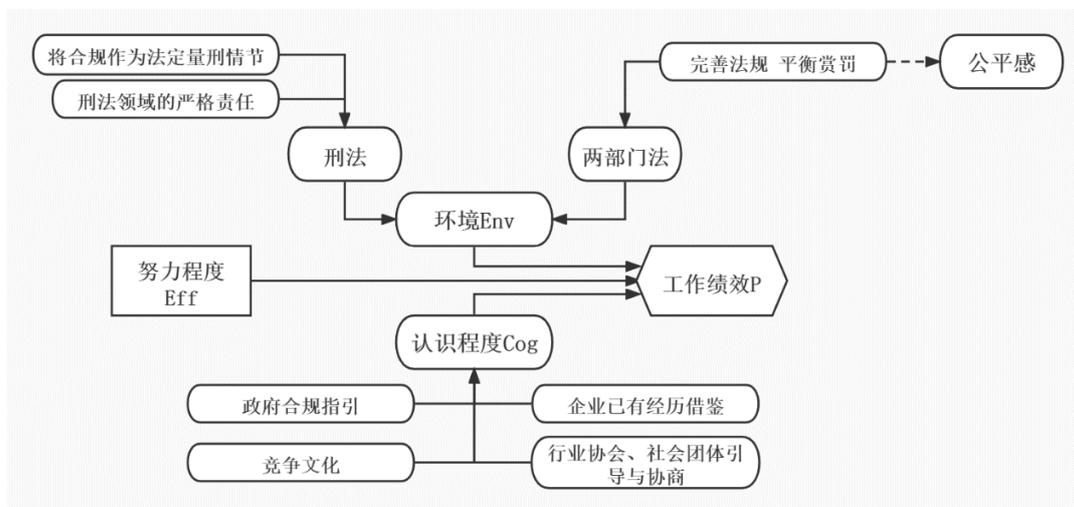


图 4：环境、努力程度与认识程度

（一）刑法领域

1. 刑法领域严格责任的缺乏

刑法领域遵循主客观相统一原则，即行为人要构成犯罪，既要有客观上危害社会行为的发生，也要有主观上的过错或罪过。与之相对应的是严格责任，即只要危害社会的行为已经发生，不管行为人是否存在主观上的过错，都应当追究其刑事责任，英国“商业组织预防腐败失职罪”就是严格责任的一个典例。严格责任具有以下两方面的优势：第一，严格责任与

^[21] Thomas A. Hemphill, Self-regulating industry behavior: Antitrust limitations and trade association codes of conduct, *Journal of Business Ethics*, 1992, p.3.

无罪抗辩是一对“孪生儿”，严格责任制度的确立，在对企业犯罪“严密法网”的同时，也赋予企业通过建立合规计划来进行积极抗辩的权利，从而使得企业具有建立和完善合规计划的强大动力。^[22]换言之，虽然严格责任是一种无罪过责任，但只要企业能够提出有效的免责抗辩，那么企业就无需再承担相应责任。从激励机制的角度来看，企业能够将其实行的合规计划作为抗辩事由，这将会极大地激发企业合规的积极性、主动性。第二，严格责任客观上可以提高司法效率。有学者在环境犯罪的相关研究中指出，我国环境犯罪目前存在刑法条文狭窄、主观故意难以证明、司法效率低下等问题，而严格责任的引入可以将证明主观状态的责任转移到被告人身上，从而降低司法成本，提高司法效率，进而贯彻宽严相济的刑事政策。在竞争法视域下，严格责任的适当引入同样能在一定程度上有效提升司法效率。

虽然严格责任与主客观相统一原则存在冲突，但这不代表严格责任与刑法无法共存。海外早已有将严格责任引入刑法中的范例。英国于 2010 年制定的《反贿赂法》规定，如果与跨国公司 C 有关联的商业组织（子公司等）为了以下的目的而进行贿赂：①为了给 C 公司获得业务或保留业务；②为了 C 公司在其业务中保留优势，同时 C 公司不能证明其采取了“充分的程序”来阻止与 C 有关联的商业组织进行此类贿赂行为，那么 C 公司需要为该商业组织的行为承担责任。该法案完善了针对跨国公司的严格责任。^[23]由于我国刑法领域严格责任的不足，企业难以形成针对严格责任的预警和抗辩体系，因此《反贿赂法》中严格责任的适用，客观上增大了我国跨国公司的经营风险。从另一个角度来看，正是海外竞争合规制度的不断完善使得我国在一些法域不得不随之变化，虽然我国的竞争合规制度建设存在着“被动迎合”的功利主义倾向，但这也是顺应全球化浪潮、保护跨国企业的必举之策。在我国 2017 年《反不正当竞争法》已初步确立严格责任的前提下，将其适当引入刑法领域，以维护法治的统一性，并更好地激励企业自主竞争合规不失为一种好的选择。

2. 将合规作为法定量刑情节

我国当前并未将合规作为法定量刑情节。在反不正当竞争法领域，豁免的情形之一是“经营者有证据证明当事人的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关”，而并没有将企业建立合规机制作为明确的无责任抗辩理由。而在反垄断法中，反垄断执法机构中止调查的条件也仅仅是“被调查者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果”，而并未提及企业竞争合规计划实施情况。2018 年 11 月，最高检发布涉民营企业案件执法司法标准，明确了对企业不起诉的几种情形：①民营企业经审查无犯罪行为或情节显著轻微的；②犯罪情节轻微，可以作出不起诉决定的；③程序用尽后仍然证据不足的；④有重大立功表现的。以上四种情形中未单独将企业的有效合规作为阻却犯罪的法定正当化事由之一。检察机关在刑事追诉活动中，可通过认定企业存在合规有效的情节属于情节轻微，对企

^[22] 参见陈瑞华：《论企业合规的中国化问题》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2020 年底 3 期，第 45 页。

^[23] 参见英国《2010 年英国反贿赂法》(Bribery Act 2010) 第 7 条第一款至第二款。

业作出相对不起诉决定。但是其适用范围相对较窄,仅对企业犯罪行为本身情节轻微的,将合规计划作为社会危害性考察的一个方面,监督的激励力度较小。

合规计划是否应被看作减轻事由,现存两种观点。支持者认为,将合规计划与惩罚减免相结合,能够更好地增加企业合规的动力,推动更多的企业事前合规;反对者则认为,该规定在带来好处的同时,也会给违法者提供一个天衣无缝的“借口”,换言之,欲想实施垄断或不正当竞争的企业同样可以建立一套完整的合规计划,建立计划并不等于实施计划,而实施计划也不意味着有效规避反竞争风险;那些意欲实施违法行为的企业会将合规计划作为挡箭牌,钻法律的“空子”来谋取自身最大利益。同时,“威慑陷阱”现象也表明,简单依靠惩罚已经难以产生威慑,即便建立合规计划有降低惩罚的可能性,也难以给企业带来较大激励;尤其是对于规模较大、资金充足、抗风险能力强且扩张态势明显的企业,激励的效果更不显著。

将合规作为法定量刑情节的反对者忽略了以下两个问题:第一,我国执法机关执法的能动性;第二,不能预防或阻止违法行为的发生,不意味着合规计划无效。首先,执法机关在法律规定外存在执法的能动性,会一定程度上考虑企业竞争合规计划的执行情况,如果企业仅仅建立合规制度框架而未有执行的痕迹,执法机关也会判定其竞争计划执行不足而酌情减少对其的奖励。其次,任何法律的诞生都存在着两面性,只是其对于社会秩序的正面效应大于对部分人群产生的负面效应,就有维系社会秩序稳定的功能;将合规与惩罚相联系,所产生的正面效应不仅是减少对部分企业的惩罚、增加其合规动力,还包括通过给予企业奖励在社会上营造“预防犯罪、发现犯罪和报告犯罪”的良好机制,在社会层面推进竞争合规。

(二) 竞争法领域

在竞争合规的激励模型中,两部门法的建设一方面能够从环境(Env)角度推进企业的合规努力,另一方面也能间接影响企业的公平感,而在激励模型中企业获得的公平感对企业能否产生满足至关重要。目前我国竞争法仍存在“赏”与“罚”不相平衡的状况。以垄断行为中的未依法申报为例,当前未依法申报的认定标准与处罚不匹配,对于经营者的威慑力仍显不足。

在未依法申报的认定方面,参与集中的经营者的营业额需要达到一定门槛,才能向执法机关进行经营者集中申报。但对于大多数企业来说,营业额合计达到100亿元^[24]等标准比较困难。以“携程和去哪儿”案件为例,携程和去哪儿2014年总营收达90亿元,和申报标准的100亿元人民币存在一定的差距,但不能因此排除携程与去哪儿合并后处于在线旅游市场的垄断和支配地位的可能。根据2014年市场调查报告,携程与去哪儿市场份额相加占总市场份额的60%,事实上对于尚未成熟的在线旅游市场来说,携程和去哪儿合并后已经处于

^[24] 根据2008年8月3日公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》,经营者集中达到下列标准之一的,经营者应当事先向国务院商务主管部门申报,未申报的不得实施集中:(一)参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币;(二)参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。

了垄断和支配地位。在未依法进行申报的处罚措施方面,根据《反垄断法》第四十八条的规定,对于相关人员违反了申报的义务,未经反垄断审查就依法实施的非法经营者集中案件,处 50 万元以下的惩戒性罚款。但是由于申报门槛较高,对于两年内营业额累计达到 100 亿元的公司处以 50 万元以下罚款,显然很难能够起到惩戒和威慑的作用。与其他地方的司法管理辖区相比,我国目前违法实施的经营者集中罚款金额偏低,对于存在侥幸心理和尚在观望的企业威慑力有限。

除了竞争法,刑法领域的“双罚制”也存在着赏罚不平衡的状况。在实践中,双罚制对单位的处罚绝大多数是财产刑,这也使得刑法对犯罪单位的处罚远不及某些行政处罚严厉,难以维护法律的权威。综合来说,无论是申报的“高门槛”还是处罚的“低标准”,亦或是双罚制对犯罪企业实施的处罚限度,都是立法上的硬性条款,而这些“硬性要求”在当前互联网时代背景下是否依旧适用,是需要我们加以深思的问题。

四、激励机制与竞争合规执法——R

前一部分所提到的立法手段,可以从环境角度确保企业为竞争合规进行的必要努力,而企业在达成一定的“绩效”以后,是否还会继续推进竞争合规,则更多地受到其工作绩效所带来的“奖励”的激励。奖励可以分为内在奖励(R_1)和外在奖励(R_2)。内在奖励指企业因执行竞争合规计划而产生的内在报酬,如企业能有效规避竞争合规的法律风险、形成规范的内部控制管理体系、获得良好的社会声誉等等;而外在奖励作为一种事后因素,更多地通过竞争合规执法体现出来。只有适当的奖励带来了足够的满足感,企业再次推进竞争合规的动力才会进一步增加。

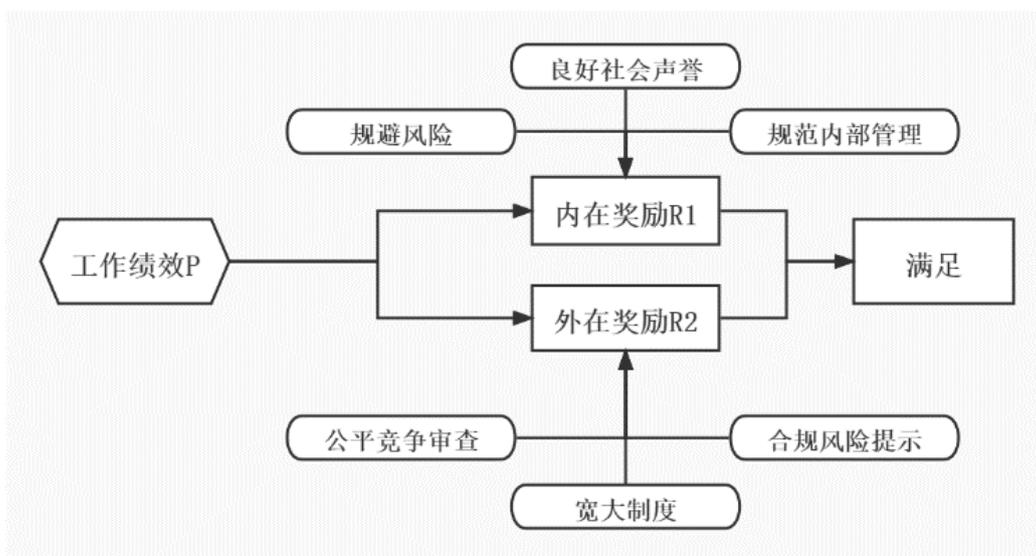


图 5: 外在奖励和内在奖励

尽管我国在行政监管领域已出现合规激励机制的萌芽,使得一些违规企业可以通过提出合规抗辩来换取较为宽大的行政处理,但这种合规激励机制适用范围很小,不具普遍性,同

时，大多数制度仍处于初期阶段，所发挥的激励作用还十分有限。

（一）适用宽恕政策

宽恕政策（Leniency Policy）由美国司法部于 1978 年最早创立，其制度内涵在于更有效地打击核心卡特尔，而制度外观却表现为对违法者的责任豁免。我国《反垄断法》等相关法律亦有关于宽恕政策的相关规定，但由于该政策本身具有不明确性，和部分海外国家相比依旧不成熟，因此实际应用中少有企业申请宽恕的实例。宽恕政策一方面能够发现具有隐蔽性的垄断行为，另一方面也可以给企业减轻竞争违法风险开示一条道路，引导企业自觉遵守行业规范。宽恕政策的应用将会是未来中国行业规制的方向，在建立和完善企业竞争合规制度方面，宽恕政策的作用不容小觑。

宽恕政策在海外有着更为广泛的适用。在韩国，成功的自愿申报制度必须有强有力的制裁、高发现率、透明度和确定性。^[25]目前，韩国的宽恕政策依旧存在一些挑战，如：证据的可获得性低、难以发现国际卡特尔以及非典型卡特尔等。此外，韩国明确规定屡次违反的经营者无法在一定时期内获得宽大处理，与之相对应的是欧盟，即允许屡次违法的经营者获得宽大处理。在印度，《2002 年竞争法》在第 46 条中纳入宽大原则。该法案在宽大处理的性质、范围、方案的适用性、申请程序、保密程序、上诉驳回、撤销等方面均做了相关规定。巴西于 2000 年通过修改法律对卡特尔实行了宽大处理，第一份宽大处理协议于 2003 年签署，到 2009 年，约有 15 份宽大处理协议被签署，至少有 29 名高管被裁定参与卡特尔。2004 年，南非竞争委员会制定了一项宽大方案（2008 年修订），同年收到了该方案下的第一份申请；2009 年，南非对宽大政策进行了修订，提高了申请人获得宽大待遇资格的可预测性，允许口头或“无纸化”申请，并引入了标记系统；截至 2009 年 9 月，共收到 54 份宽大处理申请。金砖四国是新兴市场经济国家的一类代表，与发达国家相比，金砖四国的经济发展模式与我国较为接近，其宽恕政策经验对我国的借鉴意义也相对较大。

纵观各国的宽恕政策，其中有几个方面我国可以借鉴：第一，增加申请的形式，允许口头或“无纸化”申请；第二，引入标记系统；第三，个人可以独立于公司进行申请；第四，申请人必须有足够的证据以确保定罪。

宽大制度的目的在于更有效地打击核心卡特尔，其主要适用范围在反垄断领域，而在反不正当竞争领域，宽大制度却鲜有应用。从狭义上来看，宽大制度是针对核心卡特尔行为的打击，但从广义上讲，宽大制度更多的是对“主动揭发其不法行为的经营者”的一项处罚减免政策，其运行机制在于通过给予处罚减免的“奖励”使得经营者获得竞争合规的“动力”。既然参与垄断的经营者主动向反垄断机构揭发其行为可以获得一定的豁免，那么参与从事反不正当竞争行为的经营者主动汇报其行为后，是否同样也可以获得一定的处罚减免呢？

然而，将一项制度引入到新的领域并非一朝一夕的事情，在将宽大制度与反不正当竞争

^[25] Park Semin, Key Issues and Implications of the Leniency Policy, *The Justice*, 2018, p.18.

法结合的过程中,需要立足于我国的国情与过去的执法实践。我国目前的宽大制度并不成熟,与海外相比存在“无纸化”申请、标记系统、个人独立于公司申请等多个可以完善之处;而要将宽大制度与反不正当竞争法真正结合,则需要更多的磨合与探索。

(二) 合规风险提示

我国企业普遍缺乏合规防范体系。一套完整的合规防范体系应当包括合规风险预防、合规风险识别、合规风险应对与定期评估。合规风险的防范包括:①企业自觉建立的风险防范体系,识别并防范合规风险;②执法部门结合其所能搜集到的市场信息发挥主观能动性,对企业进行一定的风险提示。由于合规防范体系的缺乏,我国企业普遍难以有针对性地发现合规风险,也难以及时采取补救措施。除了企业通过自身努力建立合规防范机制外,执法部门也可以发挥主观能动性帮助企业预防潜在风险,尤其在突发性公共时间期间,合规风险提示对稳定市场秩序有着至关重要的引导作用。例如:2020年4月,我国市场监管总局发布《关于支持疫情防控和复工复产反垄断执法的公告》,引导市场主体在公平竞争的前提下化解风险、复工复产。

合规风险提示虽然在我国部分地区(如:吉林、江苏等)也有应用,但并未在我国形成普及。从另一个角度来说,合规风险提示也反映了执法部门职能的转变。传统的执法部门具有“消极执法”的局限性,即以维护市场竞争环境为目的,被动地打击企业违法行为。上世纪90年代以来,执法机关、各级人民政府和相关行业行政管理局等部门逐渐突破执法工作的局限性,从消极执法到主动执法,从竞争秩序维护者到竞争促进者,从单纯的执法到一边执法一边普法。在当前违法者违法手段层出不穷的时代背景下,执法部门只有突破执法的传统局限性,才能让竞争合规制度在中国大地上生根发芽。

五、激励机制与竞争合规司法——Equ

Lawler-Porter 模型中的公平性更多地体现在司法领域。在黄金假日与携程一案中,黄金假日以“携程在没有经营许可证的情况下从事旅游业务,构成不正当竞争”为由起诉携程,上海市第一中级人民法院在受理本次案件后认为“虽然黄金假日与携程之间有着旅游资讯等方面的同业竞争,但是黄金假日并未就这一行为对其自身所构成的经济损失或直接造成的损害而向法院起诉,因此无法确认携程对其自身构成了非法的不正当竞争”。^[26]2005年,上海市高级人民法院也依法维持了一审判决。^[27]

(一) “竞争关系”与“直接损失”是否必要

在不正当竞争案例的司法判定实践中,和“直接损失”相平行的另一判定原则是“竞争

^[26]北京黄金假日旅行社有限公司诉被告携程计算机技术(上海)有限公司不正当竞争纠纷案,上海市第一中级人民法院(2004)沪一中民五(知)初字第150号民事判决书。

^[27]北京黄金假日旅行社有限公司与携程计算机技术(上海)有限公司不正当竞争纠纷案,上海市高级人民法院(2005)沪高民三(知)终字第36号民事判决书。

关系”，即对双方是否存在竞争关系的判定。若双方存在竞争关系，则在满足其他要件的情况下被告的不正当竞争行为成立；若双方不存在竞争关系，则无法判定被告的不正当竞争行为。那么这种竞争关系的存在和直接损失的发生是否为必要的呢？

在黄金假日与携程的一系列纠纷案件中，携程的竞争行为是否对黄金假日构成“直接损失”成为法院判定该行为性质的重要标准。但就其适用效果来看，是否造成“直接损失”并不一定成为判定被告是否存在不正当竞争行为的先决条件。由于诉讼的证据来自过去既已发生的事实，除非能够证实自己对未来预测的能力，否则不能将这种不确定性的预测作为证据。倘若携程的确存在不正当竞争行为，尽管其在被诉前并未对黄金假日造成实质性的直接损害，但这不能代表被诉后这种实质性的直接损害不发生，而这种损害一旦发生，无论是对黄金假日还是对整个市场竞争环境都无疑是恶劣的影响。然而，截止到诉讼这个时间点，黄金假日并不能证明携程对其造成的直接损害。因此，即使在大部分情况下这种“直接损失”的确必不可少，在一些特定的情况下还是要另当别论。

在湖南电视台与美洁公司一案中，^[28]法官认定被告的行为构成不正当竞争行为，法官在论证的过程中这样解释：“反不正当竞争法不应该局限于某种法定权利的保护，而考虑更多的是市场主体行为的正当性。”该法官的观点具有一定的合理性。以携程和黄金假日为例，认为双方“竞争关系”存在和“直接损失”发生的出发点，是保护黄金假日的法定权利，即某个特定的法定权利；然而，法院能保护黄金假日的法定权利，却难以保护其他潜在受害者们的法定权利，（假设）只要携程的不正当行为存在，那么就不排除其他旅游企业因其不正当竞争行为受到损害和发生经济损失的可能。并且我们有足够的理由认为，这种潜在损害会因为携程的不正当行为持续存在而在一段时间内必定发生，只要时间跨度足够长。在这种情形下，携程与黄金假日的司法判决并没有解决市场上存在的不正当竞争行为问题，不仅会给市场竞争环境造成不良影响，还有违于反不正当竞争法的立法初衷。

倘若法院转变思路，不以“竞争关系”和“直接损失”作为判定的先决条件，而是采用综合的认定模式，更多地考虑市场主体行为的正当性，则能够得出相对客观的判决结果。这不仅规范了具有直接竞争关系的经营者们的竞争秩序，而且优化了整个市场的竞争环境，能够将反不正当竞争法的立法目的最大化。从源头上来说，反不正当竞争法之所以立法，根本上是为了解决市场竞争秩序不规范的问题，因此，法院的判决不能局限于微观上的“硬性条件”，而要更多地从宏观视角出发来综合判断。

（二）小结

纵观法律的发展史，很多司法判决中的“确定性要件”实际上也来自过去的经验，随着大数据时代的到来，我国产业结构、市场竞争环境、市场主体的法制观念等都较过去发生了较大变化，部分“确定性要件”也难免会过时。而新的“确定性要件”从被提出

^[28]湖南电视台娱乐频道、上海天娱传媒有限公司诉广东美洁卫生用品有限公司等在卫生巾上使用“超级女声”电视节目名称不正当竞争纠纷案，湖南省高级人民法院，(2008)湘高法民三终字第47号民事判决书。

到在司法中适用是一个很漫长的过程，在这个漫长的过程中，法院司法的主观能动性就显得尤为重要。因此，在竞争法法域，法院要更多地从市场主体行为的正当性的角度来下定论，社会也要更多地基于客观、综合的立场来理解垄断和不正当竞争。

结语

“十四五”时期我国经济社会多领域改革进入深水区，引导规范市场主体行为成为重点，加之大数据时代下平台经济的发展和新兴产业的出现，各类违法手段层出不穷，相比之下，传统仅仅依靠简单威慑的竞争法执法已难以形成良好的规制效果。竞争合规制度作为企业自觉适应市场竞争环境而遵守的制度，能够有效协助竞争法执法的不断推进。竞争合规制度的关键在于企业自觉，如何有效激发企业自觉、换取企业足够合规承诺将是未来竞争法领域的重要研究课题。

Lawler-Porter 综合激励模型的引入可以作为激发企业内在合规自觉的一种构想。该模型的核心在于形成一套持久循环的激励机制，通过给予竞争法立法、执法、司法在激励机制中相应的“位置”，将三者有机结合以达到企业自主建立和执行合规计划的目的。在刑法立法领域，适用严格责任能够推动企业无罪抗辩，合规作为法定量刑情节可以将合规计划与惩罚减免相结合，二者均能推动企业合规积极性；而在竞争法立法领域，部分法条的“赏罚不平衡”也成为制约企业竞争合规的因素。在执法领域，宽恕政策作为一项“处罚减免”制度，可以适当在反不正当竞争法领域进行推广，以达到和反垄断法执法同样的效果；同时，有效的合规风险提示将会形成良好的引导效果。在司法领域，综合认定的司法理念将进一步增强企业公平认知，进而增强企业满足感并推进其下一次合规努力。诚然，在将 Lawler-Porter 综合激励模型引入竞争合规领域的过程中，会不可避免出现一些适用性问题。只有在参考我国国情的基础上适当引入，在实践中不断加以修正和完善，方能让企业竞争合规在我国生根发芽，我国的市场竞争环境才会越来越好。