B₆ 法注

责任编辑 徐慧 E-mail:xuadaly@126.com

为强化反垄断提供科学合理的制度保障

——《中华人民共和国反垄断法 (修正草案)》简析

王先林

□ 《反垄断法》实施 13 年多来虽成效显著, 但仍需要根据该法实施以来

□ 此次《草案》在竞争政策、数字经济、垄断协议制度、经营者集中制度、

所反映出的突出问题相应地调整和完善相关的制度规则; 并通过及时修

法回应数字经济竞争的特点提出的新挑战,将竞争政策的基础地位以及

行政性垄断、对涉嫌垄断行为的调查及法律责任方面都有不少亮点,如

提高了部分垄断行为的法律责任并实行"双罚制",同时拟建立反垄断

《草案》虽已在最大程度上凝聚了各方的共识,但还有一些方面可进一

步关注和改进。建议在共同市场支配地位的认定上进行必要的明确:对

于实践中已经表现出来的突出问题和现有的相关规章、指南比较成熟的

规则,可以适当提炼一些到《反垄断法》,以增强法律规制的效果和可

10月19日,第十三届全国人大常委会第三十一次会议对《中华人民共和国反垄断法(修正革案)》(下称《革案》)进行了首次审议,并于10月23日公布《草案》并公开征求意见。这标志着《中华人民共和国反垄断法》(下称《及垄断法》)在实施13年多之后的首次修改进入最后的关键阶段。虽然目前的《草案》在最终通过时会有这样或者那样的变化,但是该版本是在各方多年努力的基础上形成的,无疑体现了我国在"强化反垄断"的新形势下形成的共识。本文规就《反垄断法》修改的背景和意义、《草案》的主要亮点和需要进一步关注和改进的问题进行简要的分析。

《反垄断法》修改的背景和意义

明确《反垄断法》在实施了13年多之 后首次修改的背景,有利于理解《草案》的 相关内容及其意义。

首先,也是最直接的,就是《反垄断法》实施 13 年多来虽然取得了非常明显的成效,但同时也反映出一些问题,而其中的一些问题就是由反垄断法本身的制度规则不明确、不完善带来的,因此需要根据该法实施以来所反映出的突出问题相应地调整和完善,为在新形势下强化反垄断提供更加明确的法律依据和更加有力的制度保障。

其次,最近十多年来,我国的数字经济 在迅猛发展的过程中对《反垄断法》的适用 带来了一些新的挑战与复杂影响,因此需要 通过及时修法回应数字经济竞争的特点带来 的新挑战,对相关的反垄断规则进行明确和 必要的调整,以规范数字经济特别是平台经 济的发展。

最后,2015年以来,竞争政策的基础 地位以及公平竞争审查制度越来越受到重 视,但到目前为止仅停留在政策层面,因此 需要将其上升到法律的高度,得到具有稳定 性和权威性的法律的确认和保障,进而以 《反垄断法》为核心构建我国广义上的竞争 政策体系。

《草案》的主要亮点

《草案》中涉及修改和增加的内容较 多,这里就其中主要亮点简要解读。

一是在竞争政策方面。《草案》在总则明确了"国家强化竞争政策基础地位",并新增"国家建立健全公平竞争审查制度"的规定。竞争政策是市场经济条件下的一项基本的经济政策,近年来在我国越来越受到重视,但在强调依法治国、建设社会主义法治国家的背景下,竞争政策的基础地位仅有政策文件的确认是不够的。

《草案》拟在总则现有的第四条中增加 竞争政策基础地位的规定非常必要。公平竞 争审查制度是竞争政策基础地位实现的重要 抓手,涉及对政府权力本身的限制,必然会 遇到许多困难和阻力,这就需要有权威的法 律依据,既予以严格规范,也提供有力保 障。因此《草案》拟新增"国家建立健全公 平竞争审查制度",这是完全必要且恰当的。

二是在数字经济方面。《草案》不仅在 总则部分的第十条中新增"经营者不得滥用 数据和算法、技术、资本优势以及平台规则 等排除、限制竞争"这一原则规定,而且在 滥用市场支配地位部分的第二十二条新增 "具有市场支配地位的经营者利用数据和算 法、技术以及平台规则设置障碍,对其他经 营者进行不合理限制的,属于前款规定的滥 用市场支配地位的行为"的规定。这方面的 修改方案显然是为了直接回应数字经济发展 提出的挑战,是完全必要的。

随着数字经济的发展,互联网、大数据、算法与共谋的结合已催生出"数字化卡特尔"这一更为隐蔽的新型垄断协议形式,大数据和人工智能等也使得平台企业实施"大数据杀熟"等相关的滥用市场支配地位

行为。当然,无论是数据和算法、技术、资本优势,还是平台规则,其涉及排除、限制竞争的行为都需要在反垄断法的制度框架(垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集

公平竞争审查制度上升到法律的高度。

民事公益诉讼制度和垄断的刑事责任制度等。

三是在垄断协议制度方面。在第二章"垄断协议"部分,《草案》不仅规定了覆盖全章的"垄断协议"的定义,明确对于转售价格维持的处理思路,而且还新增"轴辐协议"和"安全港"的制度。《草案》第十八条增加规定"经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议,这有利于克服目前横向协议与纵向协议的"二分法"的缺陷,有效规制那些组织帮助型的垄断协议。

新增的第十九条规定参与垄断协议的经营者如果可以证明其市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准,除非有证据表明这些协议构成排除、限制竞争的后果,否则可以不必追究。这就给垄断协议的参与者提供了一个"安全港",有利于在执法资源有限的情况下做到"抓大放小",并为中小经营者提供行为合法性的预期。

四是在经营者集中制度方面。《草案》 不仅强调了对部分未达到申报标准但可能产生排除、限制竞争的集中进行调查,而且建立经营者集中审查期限"停钟"制度,并特别指出了重点审查的领域。目前关于经营者集中审查期限的规定有三十日加九十日的期限和六十日的延长期限,虽然在正常情况下基本能够满足执法机构的办案需要,但是在实践中存在一些特殊的情形,如果没有中止计算经营者集中的审查期限的规定,就会导致审查工作难以在原有期限内有效完成,进一步加剧执法资源不足的问题,因此增设"停钟"制度就可以有效解决这个问题。

《草案》新增的第三十七条规定,国务院反垄断机构应当加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的审查。这意味着虽然反垄断执法(包括经营者集中审查)应当是常态化和全方位的,但是在执法资源有限的情况下必然会有所侧重,因此对涉及国计民生、经济安全、科技创新或者意识形态等重要甚至关键领域的经营者集中加强反垄断审查,是强化反垄断和防止资本无序扩张的必要之举。

五是在行政性垄断方面。《草案》在第 五章"滥用行政权力排除、限制竞争"部分 新增的第四十条规定, "行政机关和法律、 法规授权的具有管理公共事务职能的组织不 得滥用行政权力,通过与经营者签订合作协 议、备忘录等方式,妨碍其他经营者进入相 关市场,或者对其他经营者实行不平等待 遇,排除、限制竞争"。这主要是针对一些 地方出现的新型行政性垄断行为,即通过招 标、特许经营等方式与某些企业签订合作协 议来指定特定企业经营某些业务,而排除其 他企业进入市场的可能。从表面上看,这种 行为并不是通过行政命令实现的, 因此很难 归入现行《反垄断法》规制的范围,但其在 本质上仍然是一种行政性垄断行为,这一补 充规定有利于堵上现有规则的漏洞。

六是在对涉嫌垄断行为的调查方面。《草案》在第六章新增的第五十四条规定,"反垄断执法机构依法对滥用行政权力排除、限制竞争的行为进行调查,有关单位或者个人应当配合,如实提供相关文件、材料,说明有关情况"。这主要是为了减少反垄断执法机构在调查行政垄断案件时的障碍,为反垄断执法机构要求涉案部门进行配合、提供资料时提供明确的法律依据。

新增的第五十五条规定, "经营者、行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织实施排除、限制竞争行为的,反垄断执法机构可以对其法定代表人或者负责人进行约谈,要求其采取措施进行整改"。这显然有利于提高行政性垄断规制制度的法律约束力和反垄断执法机构的权威性。

七是在法律责任方面。 《草案》在第七章 的修改内容很多,但主要体现在大幅度提高部 分垄断行为的法律责任并实行"双罚制",同 时拟建立反垄断民事公益诉讼制度和垄断的刑 事责任制度。目前的《反垄断法》在尚未实施 所达成的垄断协议以及违法实施经营者集中方 面的处罚力度明显不足,这次修法拟提高部分 垄断行为的罚款数额,是为了威慑和预防这类 违法行为,以增强反垄断法强制力和权威性 而且,处罚对象还将涵盖个人,即对垄断协议 这种严重垄断行为实施"双罚制",不仅处罚 单位,而且处罚相关负责人。这样规定的威慑 效果要大很多,因为如果仅仅处罚单位,对企 业高管的震慑往往是不够的,而同时处罚个 人,效果就会明显不一样。

《草案》第六十条第二款还增加规定,"经营者实施垄断行为,侵害社会公共利益的,人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。"这对于解决经营者或消费者单独提起反垄断诉讼存在的举证困难、成本过高、赔偿激励不足以及反垄断执法机构的人力有限等困难,促进执法司法双轨并行,更快更有效地维护市场竞争秩序具有重要的意义。此外,《草案》第六十条增加规定:"违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。"这意味着今后可能在修订刑法时增加部分严重垄断行为只承担行政责任和民事责任而没有刑事责任的情况。

需要进一步关注和改进的问题

《反垄断法》的修改完善涉及的问题很多,牵涉各方的利益,受到广泛的关注,也存在很多不同的看法。这既涉及总体思路上是大修、中修还是小修,也涉及具体制度规则的合理设计。反垄断法的专业性本来就很强,涉及具体问题时更是见仁见智,各国的具体做法也各异,因此修法中存在不少复杂的问题需要仔细斟酌和权衡。《草案》虽然已经在最大程度上凝聚了各方的共识,体现了新形势下"强化反垄断"的迫切要求,但是也还有一些方面需要进一步关注和改进。这里试举几点供参考。

第一,《草案》在第一条立法宗旨中增加了"鼓励创新"的目标,虽然总体上是必要的、合理的,但是具体表述还有待进一步推敲。不同于知识产权法通过赋予权利人一定期

间的独占权来直接激励创新("胡萝卜"),反垄断法则是通过规制垄断行为、维护竞争机制来促进创新("大棒"),因此如果在《反垄断法》的宗旨中引入创新的价值目标,那么建议不要表述为"鼓励创新",而适宜表述为"促进创新"。同时,借鉴《中国人民银行法》第三条"货币政策目标是保持货币币值的稳定,并以此促进经济增长"的立法技术,建议《反垄断法》第一条表述为:"为了预防和出企业的,保护市场公平竞争,并以此促进创新,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展。则完本法"

第二、《草案》第十七条在保留对于垄断协议"原则禁止,例外豁免"的既有认定原则下,新增纵向协议的抗辩理由,即"经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止"。考虑到纵向协议通常发生在单个品牌的上下游之间,主要竞争影响体现在品牌内竞争层面,《草案》的这一规定有其必要性和合理性。但是,目前的规定仅限于"前款第一项和第二项规定的协议",而没有涵盖第三项和第二项规定的协议",而没有涵盖第三项和第二项规定的协议",而没有涵盖第三项"国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议",并不合适。实际上,举重以明轻,在法条明确规定以外认定的"其他垄断协议"更应该给予行为人抗辩的机会。

第三,在滥用市场支配地位方面,《草案》仅明确了在涉及利用数据和算法、技术以及平台规则设置障碍时可认定滥用市场支配地位行为,但缺少其他方面必要的增补。建议在共同市场支配地位的认定上进行必要的明确,一是将单一市场支配地位与共同市场支配地位分开表述;二是明确共同市场支配地位的适用条件,即"两个经营者作为整体在相关市场的市场份额合计达到三分之二的,或者三个经营者作为整体在相关市场的市场份额合计达到三分之二的,并且这些经营者之间不存在实质上的竞争时,可以推定这些经营者拥有市场支配地位"

第四,在经营者集中方面,除了《草案》已经增加的内容外,建议再进行必要的增补:一是明确将新设合营企业规定为经营者集中的一种形式;二是明确规定控制的含义,即"经营者以持续经营为目的直接或者间接、单独或者共同地、在法律或者事实上对其他经营者的商业运营行使或者有权行使占有、管理或者影响";三是明确在审查经营者集中应当考虑的因素中明确增加经营者集中对技术进步和创新的影响。

《草案》在法律责任方面也还有讲 -步改进之处。如对垄断协议和滥用市场支配 地位行为都是规定"由反垄断执法机构责令停 止违法行为,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"。但 是,"上一年度销售额"具体所指范围也不明确, 过大或者过小就会导致威慑过度或者不足;同 时,这里的罚款不仅有上限"百分之十以下" 而且还有下限"百分之一以上",显得缺乏必 要灵活性,难以适应对一些轻微违法行为处罚 的实际需要。为此,建议将上一年度销售额明 确界定为"上一年度相关市场的销售额",这 样既符合反垄断法的内在逻辑, 也更为公平合 理;同时,删除"上一年度销售额百分之一以 上"的处罚比例下限,以更加适应实际中不同 的情形, 主要是避免对轻微违法行为罚款数量 过大而难以适用或者威慑过度的问题。

此外,目前的《草案》涉及数字经济方面的规定非常原则、笼统。虽然反垄断法本身只能确定一些大的原则框架,有些具体问题需要今后通过相关的反垄断规章或者指南等细化性的规则去解决,但是对于实践中已经表现出来的突出问题和现有的相关规章、指南比较成熟的规则,可以适当提炼一些精当的条文,增加到《反垄断法》,以增强法律规制的效果和可操作性。

(作者系上海交通大学特聘教授、竞争法律与政策研究中心主任, 国务院反垄断委员会专家咨询组成员, 中国法学会经济法学研究会副会长, 上海市法学会竞争法研究会会长)