

# 《反垄断法（修正草案）》的评析

王晓晔\*

**内容提要：**《反垄断法（修正草案）》从宏观角度强化了竞争政策基础地位，从微观角度强化了数字经济反垄断，增加了“安全港”规则，加重了违法行为行政处罚。草案仍有很多值得商榷和改进之处。法律修订不仅应当“纳新”，还应当删除长期“空置”的条款。从反垄断执法角度看，强化数字经济反垄断是我国当前反垄断执法重点，这方面的修订应考虑迄今国内外执法经验，做到与时俱进。强化反垄断不仅需要修订和完善反垄断法，还应当强化反垄断执法机关。特别在公平竞争审查方面，应增加执法资源，提供相关制度保障。

**关键词：**反垄断法修正草案；竞争政策；数字经济；行政罚款；知识产权

我国《反垄断法》2008 年 8 月生效以来，对维护公平竞争、提高经济运行效率、维护消费者利益和社会公共利益、促进经济高质量的发展发挥了重要作用。随着社会主义市场经济的发展，反垄断法实施中显现出某些条款缺乏灵活性，部分垄断行为处罚不力。为做到与时俱进，强化反垄断和防止资本无序扩张，我国有必要总结国内外反垄断执法经验，对这部法律进行修订和完善。全国人大常委会 2021 年 10 月 23 日完成《反垄断法（修正草案）》（以下简称《修正草案》）首次审议后向社会公开征求意见。笔者就该《修正草案》部分条款发表观点，以期对《修正草案》完善提供参考。本文分三个部分，一是针对学术界基本一致认可的亮点和重点发表观点，这些条款对整部反垄断法有较大影响；二是评析《修正草案》中几个全新的规定，因为它们的理论和现实意义比较大；三是讨论笔者认为反垄断法没有必要继续保留的几个条款。

## 一、《修正草案》的亮点和重点

### （一）强化竞争政策基础地位

#### 1. 修改现行法第四条

《修正草案》最大亮点是现行法第 4 条规定的“国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则…”修改为“国家强化竞争政策基础地位”。这个修改明显是基于国家经济政策，即近年来我国确立了竞争政策在资源配置中的基础性地位，也即是与竞争政策相比，产业政策位于次要地位。例如，2016 年《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》提出，“公平竞争是市场经济的基本原则，是市场机制高效运行的重要基础”<sup>〔1〕</sup>。2018 年年底的中央经济工作会议强调，“强化竞争政策的基础性地位，创造公平竞争的制度环境”。2019 年第十九届四中全会决定再次强调，“强化竞争政策基础地位，落实公平竞争审查制度”。2020 年《中共中

\* 深圳大学特聘教授，博士生导师，法学博士。

〔1〕《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，国发〔2016〕34 号，2016 年 6 月 1 日发布。

央国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》还进一步强调，“完善竞争政策框架，建立健全竞争政策实施机制，强化竞争政策基础地位。”这说明，现行法中“国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则”明显与我国当前的经济政策不协调。依据现行法，当竞争政策和产业政策发生冲突，考虑到与社会主义市场经济相适应，产业政策很可能优先适用。根据《修正草案》“国家强化竞争政策基础地位”，这应当理解为除第7条中“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业”，其他经济领域调节供求和配置资源的基本方式是市场机制和竞争机制。这说明，在《修正草案》总则“强化竞争政策基础地位”的指导方针下，反垄断法通过反对垄断和保护竞争，可以作为市场竞争秩序的守护神，确保竞争机制发挥作用。

## 2. 引入公平竞争审查制度

《修正草案》强化竞争政策基础地位的另一重要方面是将2016年《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》提出的“公平竞争审查制度”引入了反垄断法。《修正草案》第5条规定，“国家建立健全公平竞争审查制度。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在制定涉及市场主体经济活动的规定时，应当进行公平竞争审查。”这就确立了公平竞争审查制度的法律地位，即这个制度从过去一种政策性规定上升为法律，成为政府机关出台涉及市场经营规章制度必须进行的一个法律程序。

“公平竞争审查”与《反垄断法》第五章禁止的“滥用行政权力排除限制竞争”有密切联系。禁止“滥用行政权力排除限制竞争”是针对已经发生的行政垄断行为，其救济方式是事后处罚；公平竞争审查则是针对政府部门制定但尚未实施的规章制度，是尚未发生的行政垄断行为，其救济方式是事先审查。公平竞争审查是我国反垄断行政执法取得的一个重要经验，也是我国反垄断法的重要发展。我国长期处于从计划经济向市场经济转轨的过程中，经济生活中很多限制竞争不是来自企业，而是来自政府部门。这些行政垄断存在的原因除了某些政府官员自身的问题，还在于政府机关出台涉及市场经营活动的规章制度时，没有充分考虑市场公平竞争原则，这种规章制度出台后自然会损害市场竞争，违反反垄断法。2021年国家五部委联合发布的《公平竞争审查制度实施细则》细化了公平竞争审查制度的规定，这有助于指导和督促政府部门在制定各项政策和规章中开展公平竞争审查。<sup>[2]</sup>《反垄断法》引入公平竞争审查使其成为法律制度，有助于我国进一步推动公平竞争审查机制，有助于解决政府对市场的不合理干预。

## 3. 建议增加保护“自由竞争”

《修正草案》中作为反垄断立法宗旨的第一条与现行法一样，仅提及保护市场公平竞争。我国竞争法学界在这方面有近乎一致的观点，即反垄断法不仅保护市场公平竞争，而且保护市场自由竞争。反垄断法和反不正当竞争法虽然都是保护竞争的法律制度，但两者的确有很大不同：反不正当竞争法主要反对经营者通过不正当手段攫取他人的竞争优势，违反市场交易应当遵守的诚实信用原则和商业道德，其价值理念是保护公平竞争；反垄断法则从维护市场的竞争性出发，禁止经营者之间的共谋行为，控制企业间过大规模的并购活动，禁止占市场支配地位的企业滥用市场势力，这些制度保护公平竞争，但其主要目的是反对限制竞争，保护企业自由参与市场竞争的权利，最终目的是保护消费者的自由选择权。<sup>[3]</sup>

如果进一步讨论反不正当竞争法和反垄断法这两种法律制度的关键词“竞争”二字，可以发现这两个“竞争”有不同的涵义。前者如禁止假冒商标或禁止窃取商业秘密，这主要保护“静态”竞争，因为这些行为是侵权行为，侵犯了合法经营者的正当权益；后者如禁止过大规模

[2]《市场监督管理总局等五部门关于印发〈公平竞争审查制度实施细则〉的通知》，国市监反垄规（2021）2号。

[3]参见王晓晔：《反垄断法》，法律出版社2011年版，第25-33页。

的企业并购，主要保护“动态”竞争，因为这里的竞争主要体现为企业间的互动，它们是在互动过程中为自己寻求解决问题的方案。<sup>〔4〕</sup>这正如哈耶克指出的，“凭借这个过程，生产者和经营者的信息得以相互传递，企业的生产能力根据市场需求得到调整，市场势力得到制约，企业的各种利益和决策得到协调。”<sup>〔5〕</sup>正是因为市场经济秩序是以市场主体独立自主制定其生产经营计划为特征，这些分散订立的经营计划是企业竞争和自由参与市场交易的条件下产生的，保护公平和自由竞争就是市场经济制度不可或缺的条件。<sup>〔6〕</sup>这也即是说，反垄断法作为市场经济体制下企业不受限制参与市场竞争的法律保障，它不仅保护市场公平竞争，更重要的是保护市场自由竞争。

## （二）强化平台经济反垄断

### 1. 修订背景

近两年我国明显强化了平台经济领域的反垄断，典型案例是2021年国家市场监督管理总局对阿里<sup>〔7〕</sup>和美团<sup>〔8〕</sup>在电子商务领域实施“二选一”的行为进行了严厉查处。阿里的行政罚款高达182亿元，创下我国迄今行政罚款最高纪录。2020年年底以来，国家市场监督管理总局对90起互联网领域该申报未依法申报的经营者集中做出了顶格处罚，禁止了虎牙和斗鱼的并购，<sup>〔9〕</sup>解除了腾讯公司订立的网络音乐独家版权。<sup>〔10〕</sup>这些案件集中体现了国家强化平台经济反垄断和防止资本无序扩张的态度和决心。2021年2月，国务院反垄断委员会发布《关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称《平台经济领域反垄断指南》），提出要根据平台经济发展状况、发展规律，强化竞争分析和法律论证，不断加强和改进反垄断监管，增强反垄断执法的针对性和科学性。<sup>〔11〕</sup>

我国强化平台经济领域反垄断主要有三方面原因：一是这个领域与民生关系极为密切，特别是社交网络、互联网搜索和电子商务都是提供消费者服务的重要平台，我国网民数量有10亿，数字经济在GDP占比38.6%；<sup>〔12〕</sup>二是互联网平台所处的都是双边市场，基于互联网平台的直接效应、间接效应以及大数据，头部企业已经在平台经济领域形成了巨大的进入壁垒，其结果是这个领域明显存在赢者通吃的现象；<sup>〔13〕</sup>三是强化平台经济反垄断已经成为国际趋势。例如在欧美，鉴于谷歌、脸书、亚马逊和苹果等作为成功的大数字企业，它们导致欧美市场上后来者的竞争空间越来越小，再加上这些企业本能地存在排除限制竞争的问题，欧盟、美国以及其他很多反垄断司法辖区在这个领域强化反垄断的呼声越来越高。<sup>〔14〕</sup>这些情况说明，我国数字经济经过20年的发展，这个领域的反垄断有必要从过去的“审慎包容”改为与其他经济领域的企业一视同仁、

〔4〕Peter Behrens, *The Ordoliberal Concept of 'Abuse' of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU*, <https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788117333/9781788117333.00008.xml>, last visited on 2021-11-15.

〔5〕Friedrich A. von Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: Friedrich A. von Hayek, *Freiburger Studien, Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1969, S. 249.

〔6〕〔德〕E. J. 梅斯特梅克：《经济法》，载《比较法研究》1994年第1期，第86页。

〔7〕国家市场监督管理总局行政处罚决定书，国市监处〔2021〕28号。

〔8〕国家市场监督管理总局行政处罚决定书，国市监处〔2021〕74号。

〔9〕《关于禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案反垄断审查决定的公告》，载国家市场监督管理总局官网，<https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/P020210710327201713322.pdf>。

〔10〕国家市场监督管理总局行政处罚决定书，国市监处〔2021〕67号。

〔11〕《平台经济领域反垄断指南》第3条。

〔12〕中国信息通信院发布的《2021中国数字经济发展白皮书》，我国数字经济规模2020年达到39.2万亿元，占全国GDP的38.6%，位于全球第二。

〔13〕See Majority Staff Report and Recommendations from the House Antitrust Subcommittee, *Investigation of Competition in Digital Markets*, [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf), last visited on 2020-11-10.

〔14〕参见王晓晔：《数字经济反垄断监管的几点思考》，载《法律科学（西北政法学报）》2021年第4期，第53-55页。

平等对待。这种情况下，反垄断法修订就不仅应当考虑数字经济领域的问题，而且还应当把它作为反垄断法修订的重点内容。

尽管学术界认为反垄断法修订应突出数字经济，但就如何修订的观点并不一致。有学者认为，反垄断法应就数字经济做出专章规定。<sup>[15]</sup>但笔者认为并无必要：一是数字经济也是竞争性经济，即便这个领域反垄断非常重要，但并不意味现行反垄断法不能适用这个领域；二是作为新型经济领域，这个领域很多问题我们尚未厘清。例如，很多人认为“算法合谋”是严重问题，识别难度大，反垄断法应在垄断协议部分就“算法共谋”做出专门规定。但是，国际社会也有很多人认为，反垄断法目前没必要就“算法共谋”做专门规定，因为即便冠名“算法共谋”，但其实也是人的行为，而不是机器的行为。<sup>[16]</sup>考虑到反垄断规则应当建立在实证案例的基础上，国际上目前几乎没有案例可以说明“算法共谋”的机器行为，我国反垄断法没有必要做这方面的先行者。

## 2. 禁止滥用行为

《修正草案》没有就数字经济做专章规定，而在滥用市场支配地位的第三章和经营者集中控制的第四章就这方面做出一些补充性规定。这种做法比较现实，因为即便强化数字经济反垄断，但也不能认为互联网大平台凭借高科技取得的垄断地位都是违法的，而应防范它们不合理地排除和限制竞争。另一方面，即便认定数字领域的市场势力应当考虑传统反垄断法的逻辑和理念，但是这方面必须要考虑数字经济的特殊性，如前面提及的网络效应、规模经济和大数据。一百多年的经验证明，反垄断法具有足够大的灵活性可以处理不断出现的新情况。以相关市场界定为例，即便不同经济领域的市场势力有不同的表现，但相关市场界定会随着法学和经济学的不断发展而出现新的理论和新的技术方法。<sup>[17]</sup>

《修正草案》中禁止数字领域滥用行为的规定首先出现在总则部分。总则第10条第1款规定，“国家健全完善反垄断规则制度，充实反垄断监管力量，加强反垄断执法，维护公平竞争秩序。”这可理解为国家强调反垄断立法和执法的方向。同样作为总则性规定，第10条第2款指出，“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”。笔者认为，这里虽然突出了立法者强化数字经济反垄断的态度和决心，但是总则部分应当规定立法目的、调整范围、基本原则等具有统领和指导意义的重要内容，具体的实体法和程序法规范最好不放在这里。另外，第10条第2款与第22条第2款有相似之处，因此，建议删除第10条第2款。

《修正草案》中禁止数字领域滥用行为的第二次规定出现在第22条。该条第1款列举了7种滥用行为；第2款则强调指出，“具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍，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。”考虑到数据、算法、技术等参与市场竞争的因素本质上是中性的，第2款在认定滥用市场支配地位的方面对第1款没有太大的超越。但是，第2款的作用在于它可以审查数字领域占市场支配地位企业所有的“不合理限制”，实践中可以涵盖所有的不合理限制行为。数字经济的确存在不同于传统经济的滥用行为，例如没有正当理由的自我优待、直接或间接妨碍其他企业的经营活动、通过数据的收集和使用为其他企业设置进入障碍等。<sup>[18]</sup>法律上的禁止性规定最好有实际案例做

[15]杨东：《〈反垄断法〉修改可设数字经济专章》，载《经济参考报》2021年3月16日，第8版。

[16]D. Bruce Hoffman, *Competition Policy and the Tech Industry - What's at Stake?* [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1375444/ccia\\_speech\\_final\\_april30.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1375444/ccia_speech_final_april30.pdf), last visited on 2021-12-21.

[17]Viktoria H. S. E. Robertson, *The EU's Attempt at Updating Antitrust Market Definition for the Digital Age*, <https://promarket.org/2020/07/21/the-eus-attempt-at-updating-antitrust-market-definition-for-the-digital-age/>, last visited on 2021-11-10.

[18]German Act against Restraints of Competition (GWB), § 19a, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/), last visited on 2021-11-15.

支撑。例如,欧盟委员会在谷歌比较购物一案认定,谷歌公司凭借其在搜索引擎市场的支配地位,在比较购物服务市场通过自我优待和偏袒其服务产品的行为,轻而易举将其在一个市场的优势地位扩大到相邻市场。<sup>[19]</sup>德国第10次修订后的《反对限制竞争法》也将谷歌这种自我优待行为列为数字企业跨市场的滥用行为,并且规定联邦卡特尔局在这种案件认定滥用市场支配地位行为时,不必要求涉案企业在所有的相关市场都占有支配地位,而是整体上考虑关联市场对市场竞争的重要意义,例如一个企业在几个关联市场从事经营活动以及它在这些市场上进行纵向整合的情况。<sup>[20]</sup>

### 3. 增加市场支配地位的认定因素

笔者认为,考虑到数字经济的特点,《修正草案》第23条应就数字领域认定市场支配地位补充一些特殊因素。德国《反对限制竞争法》最近的两次修订在这方面做了很多补充。例如,在互联网多边市场条件下,应当考虑网络的直接和间接效应,考虑用户使用多种服务的转换成本,考虑平台网络效应产生的规模经济,以及其他企业进入数据的难度和开展创新竞争的压力等。<sup>[21]</sup>此外还提出,要特别考虑平台在多维市场所起的中介作用,即评价一个企业的市场地位时,如果它收集和处理大数据是为了给不同用户群的供给和需求提供中介服务,那就应当特别考虑中介服务的重要性。<sup>[22]</sup>

《平台经济领域反垄断指南》在认定市场支配地位方面也提出很多应考虑的因素。<sup>[23]</sup>《修正草案》应当吸收这些成果,至少应当把网络效应、规模经济、锁定效应、用户转向其他服务的成本等作为认定数字企业占市场支配地位的考虑因素。鉴于数字经济尚属新经济领域,这个领域的竞争不仅涉及法学和经济学知识,而且还涉及计算机科学和很多技术问题。执法机关在认定数字企业的市场地位和分析滥用行为需要不断总结经验,特别是考虑国内外的相关案例。这正如《平台经济领域反垄断指南》正确指出的,“反垄断执法机构将根据平台经济的发展状况、发展规律和自身特点,结合案件具体情况,强化竞争分析和法律论证,不断加强和改进反垄断监管,增强反垄断执法的针对性和科学性。”<sup>[24]</sup>

### 4. 数字经济领域的经营者集中

《修正草案》关于经营者集中的规定也涉及数字经济。《修正草案》第26条第2款是一个全新的条款,“经营者集中未达到国务院规定的申报标准,但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。”在这方面,《国务院关于经营者集中申报标准的规定》和国家市场监督管理总局发布的《经营者集中审查暂行规定》都有类似规定。但是,《修正草案》增加的这个条款可以彰显反垄断执法机关对未达到申报标准但可能具有排除限制竞争效果的经营者集中要加强审查,以减少和避免涉案企业市场销售额不大但并购交易对市场竞争影响很大的情况,例如2016年滴滴和优步的并购交易。<sup>[25]</sup>在实践中,科技巨头热衷于在科技、金融、电商零售和娱乐等领域进行并购活动,被并购的往往是初创企业,它们没有市场销售额或者销售额达不到并购申报标准。因此,这个条款明显有助于强化数字领域的经营者集中控制。

《修正草案》第37条还强调,“应当依法加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的

[19]EU Competition CASE AT.39740 Google Search (Shopping), 27/06/2017.

[20]German Act against Restraints of Competition (GWB), *supra* 18, § 19a.

[21]German Act against Restraints of Competition (GWB), *supra* 18, § 18 (3a).

[22]German Act against Restraints of Competition (GWB), *supra* 18, § 18 (3b).

[23]《平台经济领域反垄断法指南》第11条。

[24]《平台经济领域反垄断法指南》第3条。

[25]《滴滴出行或将收购 Uber 中国,垄断问题引关注》,载搜狐网, <http://news.sohu.com/20160801/n462031324.shtml>.

审查。”这说明，立法者高度重视上述领域的投资和并购活动，避免这些领域因过度集中对人们的日常生活以及金融安全、科技创新造成不利影响。但是，在没有法律特殊规定的情况下，反垄断法普遍适用于所有经济领域。《平台经济领域反垄断指南》也强调，反垄断法坚持对市场主体一视同仁、平等对待。因此，这个强调在个别行业依法加强经营者集中审查的第37条没有存在的必要，因为除了国家授权垄断经营的行业，反垄断法应依法加强对所有经济领域的经营者集中审查。

### （三）加重行政处罚力度

《修正草案》一个明显的亮点和重点是加重了行政处罚力度。这一方面因为反垄断法主要是禁止性规定，应当具有威慑力。另一方面，反垄断案件涉及的经济体量一般比较大，很多案件涉及整个行业或者整个市场，对企业的影响很大。这种情况下，如果反垄断法对违法行为的处罚没有威慑力，就不能起到惩罚违法者、教育广大经营者和实现反垄断立法的目的。《修正草案》加重行政处罚力度表现在三个方面。

#### 1. 加重违法经营者集中的罚款

《修正草案》大幅提高违法实施经营者集中的罚款数额。据统计，截至2020年9月，阿里参与的企业并购531起，腾讯参与的756起。<sup>[26]</sup>即便在企业并购活跃度下降的2019年，腾讯参与的并购121起，阿里81起，百度45起，京东32起，这些并购集中在科技、金融、电商零售和文娱等领域。<sup>[27]</sup>数字领域这么多企业并购没有遭遇反垄断法的挑战，这不能不说反垄断执法在经营者集中控制方面存在问题。另一方面，如果该申报未申报的经营者集中受到的行政罚款仅50万元以下，这个数字对大企业来说微不足道，这种罚款无法产生威慑力。这种情况下，《草案》第58条规定“经营者违反本法规定实施集中…，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款”，这可以说是民心所向，因为它对该申报未申报的经营者集中明显提高了威慑力。

#### 2. 引入个人责任

《修正草案》加大行政处罚的另一重要方面是引入了个人责任。《修正草案》第56条规定，“经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可处100万元以下的罚款。”这个条款是针对卡特尔行为。自美国1890年颁布《谢尔曼法》以来，卡特尔行为被视为严重的犯罪，这种行为除了企业承担责任外，对企业违法行为负有责任的个人不仅可被处以罚金，而且可被处以刑事监禁。<sup>[28]</sup>现在世界各国反垄断立法的趋势是，在垄断协议和滥用支配地位两个方面，除了违法企业承担责任，对企业违法行为负有责任的个人也可以承担责任。德国《反对限制竞争法》第81条第4款和相关的《行政处罚法》规定，对企业故意违法应承担责任的个人可征收100万欧元以下的罚款，对企业过失违法应承担责任的个人可处50万欧元以下的罚款。这里的责任人员主要指公司的董事、高级经理或某些高级雇员。<sup>[29]</sup>在实践中，联邦卡特尔局对个人罚款有超过上述规定的情况。2018年，联邦卡特尔局曾对20个人因违反《反对限制竞争法》处以行政罚款总额200万欧元，人均10万欧元。2014年，联邦卡特尔局共计对81个人处以行政罚款，罚款总额约1000万欧元。<sup>[30]</sup>

[26]《企业布局生态圈：阿里向左，腾讯向右》，载虎嗅网，<https://www.huxiu.com/article/383056.html>，2021年11月15日访问。

[27]《2019年并购报告-互联网巨头出手谨慎了》，载投资界网，<https://m.pedaily.cn/news/451967>，2021年11月15日访问。

[28] Sherman Act 1890, Section 1 (15 U. S. C. A. Sec. 1)

[29] Reed Smith Client Alerts, *Personal liability and competition law around the world*, <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2021/01/personal-liability-and-competition-law-around-the-world>, last visited on 2021-12-16.

[30] Ibid.

### 3. 特别威慑条款

《修正草案》加重行政处罚款的第三个方面是增加了一个特别威慑条款,即第63条规定,“违反本法规定,情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的,反垄断执法机构可以按照本法第56条、第57条、第58条、第62条规定的罚款数额的2倍以上5倍以下处以罚款。”学术界有人认为这个罚款力度太大,其后果可能导致某些企业被罚出市场。笔者认为,为提高反垄断法的威慑力,引入一个特别威慑条款是必要的。但是,考虑到法律的稳定性和可预期性,条款中“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果”的描述可能会因为执法机关的自由裁量权而透明度不足。根据国际经验,这个条款中三个“特别”的规定最好修改为企业就相同行为“受过行政处罚但屡教不改”的违法行为。例如《欧盟罚款指南》规定,“欧盟委员会或者成员国竞争执法机构认定企业违反《欧盟运行条约》第101条或第102条之后,如果企业继续从事或重复相同或相似违法行为,由此认定的违法行为可将基础罚金提高100%。”<sup>[31]</sup>这说明,如果企业首次违法行为的行政处罚款不超过其市场销售额的10%;第二次违法行为行政处罚款的上限应不超过其市场销售额的20%。依据这个规定,即便执法机关在确定罚款金额方面有自由裁量权,但企业对其违法行为的罚款幅度有可预期性。

### 4. 市场销售额计算

2021年,国家市场监管总局对阿里巴巴滥用市场支配地位的行为罚款182亿元,法律依据是“对当事人处以其2019年度中国境内销售额4557.12亿元4%的罚款,计182.28亿元”。<sup>[32]</sup>这里不讨论罚款所占市场销售额的百分比,因为这是执法机关的自由裁量权。但是,作为罚款基数,即作为这个4%分母的市场销售额,应是客观的数字,因为这是一个可以获得的数字。无论行政处罚款还是民事损害赔偿,都应当有合理范围,即因违法行为而受到损害的范围。在反垄断案件,这个范围应指相关市场,包括相关商品市场和相关地域市场。<sup>[33]</sup>

反垄断执法机关征收罚金应当考虑相关产品市场和相关地域市场,这在很多反垄断司法辖区有相关规定。例如。欧盟委员会2006年发布的《关于征收罚款方法的指南》指出,“确定罚款基本金额时,委员会考虑企业在欧洲经济区(EEA)相关地域内,涉及直接侵权或间接侵权产品或服务的价值,通常使用企业上一营业年度参与侵权行为的销售额。”<sup>[34]</sup>英国竞争与市场管理局2018年发布的《因违反竞争法征收适量罚金的指南》也指出,“征收罚金有两个考虑,一是违法行为的程度和威慑的必要性;二是企业的相关销售额。……相关销售额指企业上一营业年度受违法行为影响在相关产品市场和相关地域市场的销售额。”<sup>[35]</sup>这些规定是合理的。因为从相关商品市场的角度看,在企业生产或销售多个商品或者服务的情况下,如果执法机关征收罚款不考虑企业在哪些商品或服务存在违法行为,而是按照企业的总销售额征收罚款,这意味着执法机关对违法企业合法经营的活动也进行了处罚。因为执法机关即便对企业其他领域的经营活动存在质疑,但在未能依据证据做出处罚决定之前,应当将这些经营活动视为合法,合法的经营活动不应当进行行政处罚。

反垄断执法机关征收行政处罚款也应考虑相关地域市场。国家发展和改革委员会2015年关于高通公司的处罚决定书指出,“当事人滥用市场支配地位行为的性质严重,程度较深,持续时间

[31]Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No 1/2003, O.J. [2006] C 210/2, para 28.

[32]国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处〔2021〕28号。

[33]参见《反垄断法》第12条。

[34]Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No 1/2003, *supra* 31, para. 13.

[35]Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty by the Competition and Market Authority of the UK, 18 April 2018, paras 2.3, 2.11.

较长，本机关决定对当事人处 2013 年度在中华人民共和国境内销售额 8% 的罚款，计 60.88 亿元人民币。”<sup>[36]</sup> 国家工商行政管理局 2016 年关于利乐公司的处罚决定书也指出，“对当事人处以 2011 年度在中国大陆相关商品市场销售额 7% 的罚款”。<sup>[37]</sup> 这两个案件说明，即便高通公司和利乐公司的不公平高价行为可能在全球普遍存在，但我国反垄断执法机关的罚款仅针对它们在我国市场上的违法行为。因为一方面，反垄断法是国内法，其任务是保护国内市场的竞争，违法企业在国外国家的违法行为应由其他国家的竞争机关去处理；另一方面，我国反垄断执法机关仅审查和处罚我国境内的违法行为，这可以避免同一违法行为因为多国管辖而出现不必要的双重或者多重处罚的情况。

#### 5. 违法所得计算

针对国家市场监管总局对阿里处以 182 亿元行政罚款的决定，也有人指出这个罚款金额太低了，理由是《反垄断法》明确规定执法机构应“没收违法所得”，但这个案件却没有这样做。其实，执法机关没有在这个案件没收违法所得，这不是一个实质性问题，因为执法机关确定行政罚款幅度时，不仅会考虑违法行为对市场竞争的损害，而且也会考虑企业因违法行为获取的收益以及潜在的收益。《草案》第 59 条第 2 款作为补充性规定指出，“违法所得难以准确计算的，反垄断执法机构应当将违法所得作为确定具体罚款数额时的考虑因素。”

笔者认为，出于以下原因，我国反垄断法没有必要规定“没收违法所得”：第一，反垄断案件基本上都是涉及动态竞争，执法机关计算违法所得往往不像处理盗版侵权案件那么容易；第二，很多案件中确定“违法所得”可能是个非常复杂的问题，执法机关需要获得大量的证据；第三，行政罚款的首要目的就是没收违法企业的不当得利，因此行政罚款一般都可以解决“没收违法所得”的问题；第四，除了行政责任，《修正草案》还规定了民事损害赔偿，即“经营者实施垄断行为给他人造成损失的，应依法承担……赔偿损失等民事责任。”<sup>[38]</sup> 如果反垄断行政执法将“没收违法所得”作为行政救济的重要内容，要求民事损害赔偿的受害人理论上应当从哪里获得“损害赔偿”？出于上述各方面考虑，反垄断法应删除“没收违法所得”的规定。

## 二、对《修正草案》几个新条款的评析

### （一）鼓励创新

《修正草案》第一条作为反垄断立法宗旨，增加了“鼓励创新”。有学者表示赞成，指出这是反垄断法顺应数字经济的需要，即在数字经济背景下，执法部门应从静态效率与价格变化向强调动态效率与鼓励创新转变。但是很多学者对此并不认同，理由是反垄断法通过反垄断和保护竞争，目的是将市场主体置于市场竞争压力之下，而在开放和竞争性市场条件下，企业会努力研发新技术，改进产品和服务，这个过程就是创新。<sup>[39]</sup>

笔者认为，将“鼓励创新”引进法律制度，这表明国家积极鼓励和支持创新的态度。创新可以带来新技术、新产品，其结果不仅有利于企业和消费者，而且也有利于推动新的竞争。然而，“鼓励创新”如果作为反垄断立法的宗旨，考虑到反垄断法直接目的是反对垄断和保护竞争，那就可能出现“保护竞争”和“鼓励创新”哪个目的优先的问题。就保护竞争来说，国家通过《反垄断法》和《反不正当竞争法》建立竞争秩序，执法机关是依据这些法律制度规范企业的市场竞争行为。如果“鼓励创新”成为反垄断立法的直接目的，它也不能仅是口号，而是

[36] 国家发展和改革委员会行政处罚决定书，发改办价监处罚〔2015〕1号。

[37] 国家工商行政管理总局行政处罚决定书，工商竞争案字〔2016〕1号。

[38] 《反垄断法（修正草案）》第60条。

[39] 参见倪泰：《专家热议反垄断法（修正草案）亮点与重点》，载《中国市场监管报》12月11日，第3版。



需要考虑为鼓励创新和提高企业创新能力采取的各种措施。然而,创新的激励机制和创新的能力是两个完全不同的问题。创新能力不仅涉及市场机制和竞争机制,而且还涉及其他很多因素。根据熊彼特的观点,企业创新不仅需要成本,还要承担很大的风险,考虑到创新给消费者带来的巨大福利,政府应当对参与创新的企业(一般是大企业)给予竞争保护。<sup>[40]</sup>此外,为了提高企业的创新能力,政府也可能采取各种各样的产业政策,其结果很可能是企业想方设法申报政府各种各样的财政补贴。鼓励创新的核心制度是知识产权保护,因为在知识产权得不到保护的情况下,任何企业的创新动力都会因为其他人的“搭便车”行为而丧失殆尽。那么,为了鼓励创新,知识产权保护和反垄断应当是什么样的关系?

前面提及的鼓励创新的任何措施都可能遇到如何处理竞争和创新的问题。然而在现实中,人们可能对上述各种措施都有不同评价。站在熊彼特的立场看,垄断企业有更大的创新动力,因为需要通过创新维护其市场地位,也需要通过创新阻止潜在的竞争对手进入市场。<sup>[41]</sup>然而,站在另一立场的人们则可能认为,即便微软、苹果这些占市场主导地位的企业理论上最有创新动力,但事实上还可能处于一种被称为“创新者的困境”,即与面对高强度竞争的企业相比,它们一般没有足够大的动力进行创新,而且还可能成为下一波创新浪潮中的阻力。<sup>[42]</sup>例如,苹果公司前首席执行官乔布斯2004年接受《商业周刊》采访时就说过,“如果你完全没有竞争对手,却还专注自己的产品如何变得更好,这有什么意义?”<sup>[43]</sup>简言之,竞争和创新都是经济活动,两者的确存在联系,但是因为创新能力不等于创新激励,鼓励创新和保护竞争在反垄断法中不能画等号。还有必要指出的是,最能体现“鼓励创新”的法律制度是知识产权法,因为知识产权本身就是对权利人创新活动的回报和鼓励。但是,考虑到知识产权与一般财产权一样,同样具有限制竞争的可能性,知识产权的行使就必然会受到反垄断法的制约。我国《专利法》也规定,“专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为的,为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响的”,国务院专利行政部门根据具备实施条件的单位或者个人的申请,可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。<sup>[44]</sup>这个规定说明,鼓励创新不能损害竞争,因此“鼓励创新”作为反垄断立法宗旨明显存在错误。

还有必要指出,如果以动态竞争和数字经济为由将“鼓励创新”作为反垄断立法宗旨,就更是一个错误。近几年,欧盟和美国为削弱科技巨头的市场主导地位竞相立法。欧盟《数字市场法》针对数字“守门人”事先监管的一个重要内容是限制它们将从不同服务获取的数据整合后使用。<sup>[45]</sup>人人都知道大数据对数字企业非常重要,它不仅有助于企业改进现有的产品和服务,而且有助于开发新的商业机会。但是,为了遏制垄断和推动竞争,《数字市场法》明确禁止数字“守门人”扩大数据收集的规模和范围。数字经济领域的反垄断监管趋势说明,在创新和竞争存在冲突的情况下,反垄断法是把保护竞争作为自己的首要任务,因为市场经济的本质就是通过竞争推动创新 and 经济发展。

[40] See Georgios Petropoulos, *The Relationship between Competition and Innovation: How Important are Firms' Financial Constraints?* <http://www2.aueb.gr/conferences/Crete2015/Papers/Petropoulos.pdf>, last visited on 2021-11-15.

[41] Antonella Laino, *Innovation and Monopoly: The Position of Schumpeter*, [https://mpra.ub.uni-muenchen.de/35321/1/MPRA\\_paper\\_35321.pdf](https://mpra.ub.uni-muenchen.de/35321/1/MPRA_paper_35321.pdf), last visited on 2021-11-15.

[42] Edison Awards, *Does Competition Drive Innovation?* <https://edisonawards.com/news/competition-drive-innovation>, last visited on 2021-11-15.

[43] Paul Belleflamme, *What is the Link between competition and Innovation?* <https://www.ipdigit.eu/2010/09/what-is-the-link-between-competition-and-innovation>, last visited on 2021-11-15.

[44] 《专利法》第48条第2款。

[45] European Commission Proposal for a Regulation on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), Art. 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/>, last visited on 2021-11-15.

## （二）“安全港”

反垄断法禁止垄断协议是以它们具有排除限制竞争的目的或者效果为前提。如果根据实践经验，有些限制竞争的协议对市场竞争的影响不明显，它们可以不受反垄断法的禁止。欧盟竞争法针对限制竞争影响不大的微小量级协议制定了特殊规则，即《宽容通告》。<sup>[46]</sup> 欧盟委员会发布的《宽容通告》指出，“如果依据市场份额标准确定某些协议对竞争没有明显损害，从而不属于《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款的范围，这就可以为低于标准的企业间量级不大的协议提供‘安全港’”。<sup>[47]</sup> “安全港”规则不是说市场份额超过标准的企业间协议肯定违法，而是说这些协议需要个案评估；如果评估的结果说明它们对市场竞争的影响微不足道，它们也不受条约第 101 条第 1 款的禁止。<sup>[48]</sup> 这说明，“安全港”是指满足一定前提条件的协议，即可排除它们存在竞争损害或在无需评估具体市场情况即可认定其合法的规则。

《修正草案》中一个引人注目之处是引入了类似欧盟竞争法中的“安全港”制度。《修正草案》第 19 条规定，“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准的，不适用本法第 16 条、第 17 条、第 18 条的规定，但有证据证明该经营者达成的协议排除、限制竞争的除外”。这个规定与欧盟法一样，也是考虑企业的市场份额，即当协议当事人的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，协议可从上述几个禁止性规定得到豁免。然而，考虑建立“安全港”的目的，这个第 19 条存在很多问题。

第一，这里的“安全港”不安全。前面指出，“安全港”规则是为满足一定条件的限制竞争协议提供反垄断豁免。<sup>[49]</sup> 然而，第 19 条不是一个豁免规则，因为它虽然规定协议当事人的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定标准的，该协议可不适用该条款中的禁止性规定；但同时又指出，“有证据证明经营者达成的协议排除限制竞争的除外。”这说明，“安全港”范围的协议还存在违法的风险。其实，“安全港”规则是建立在实证分析的基础上。即执法机关根据经验，如果它确信某些事实可以说明某个范围的行为不大可能产生严重的竞争损害，那就可以通过建立“安全港”为企业提供执法的透明度，即告知企业符合一定条件的协议不违法。如果“安全港”内的协议仍可能被认定违法，“安全港”就没有足够大的透明度，实践中的作用就不大，因为它不能有效地帮助企业避免和减少违反反垄断法的风险。

第二，根据欧盟法，“安全港”内的协议对市场竞争没有明显损害。基于这个理念，欧盟的《宽容通告》除明确了“安全港”范围内企业的市场份额标准，同时还强调“安全港”规则不适用于其目的是妨碍、限制或扭曲欧洲内部大市场竞争的协议。<sup>[50]</sup> 这个通告还列举了不能适用“安全港”规则的协议类型，特别强调欧盟委员会不得把这个规则适用于竞争者之间直接或间接存在以下目的的协议：（1）确定向第三方销售产品的价格；（2）限制产出或销售数量；（3）分割市场或客户。这些核心卡特尔不能通过“安全港”规则得到好处，就是因为其目的是限制竞争。<sup>[51]</sup> 然而，《修正草案》第 19 条则明确“安全港”规则可适用于《修正草案》第 16 条，而第 16 条所列的协议基本都是核心卡特尔，性质上“本身违法”。即便第 19 条有个“但书”，规定了“有证据证明经营者达成的排除限制竞争的除外”，但它至少给人的印象是，第 16 条规定

[46] European Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition under Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) (2014/C 291/01).

[47] European Commission adopts Revised Safe Harbour Rules for Minor Agreements, [https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03\\_2014/ec\\_minor.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03_2014/ec_minor.pdf), last visited on 2021-11-15.

[48] *Ibid.*

[49] See OECD Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, <https://www.oecd.org/competition/safe-harbours-and-legal-presumptions-in-competition-law.htm>, last visited on 2021-11-15.

[50] EU De Minimis Notice, *Supra* 46, § 2, § § 8-11.

[51] *Supra* 46, § 13.

的核心卡特尔可能得到豁免，这与传统反垄断法的理念背道而驰。

第三，第19条“安全港”规则还适用于《修正草案》第17条禁止的维持转售价格协议，包括固定向第三人转售商品价格的协议和限定向第三人转售商品最低价格的协议。在我国迄今13年的反垄断执法实践中，行政执法和司法审理上述两种协议的理念完全不同：行政执法一般认为它们违法，法院则一般认为它们合法。<sup>[52]</sup>《修正草案》第17条第2款虽然针对第1款的禁止性规定也提出一个但书，即适用第1款禁止性规定的协议如果“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止”，但这毕竟说明，维持转售价格的协议认定合法有很大的难度。然而，如果第19条的“安全港”规则也适用于第17条规定的维持转售价格协议，这些协议认定合法的可能性就大大提高了。然而，欧盟委员会的《宽容通告》明确规定，“安全港”规则不能适用于欧盟竞争法中的核心限制（hardcore restraints）。<sup>[53]</sup>欧盟现行《纵向限制指南》还明确规定，“直接或间接、单独或与其他因素相结合的固定转售价格或者限定最低转售价格的协议，属‘核心限制’，不能适用集体豁免条例，因为它们被推定为违反条约第101条第1款，而且难以满足条约第101条第3款规定的豁免条件。”<sup>[54]</sup>

以上分析说明，我国《反垄断法》引入“安全港”规则是必要的，因为这可以提高反垄断执法透明度，节约执法资源。但是，《草案》第19条关于“安全港”规定有很多问题，一是没有明确进入“安全港”的协议不违法；二是没有明确以损害或扭曲竞争为目的的协议不能进入“安全港”。因此，这个条款还需要认真研究。

### （三）公益诉讼

《修正草案》针对现行法规定的民事责任，补充规定了反垄断民事公益诉讼制度。即《修正草案》第60条第2款规定，“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。”考虑到反垄断民事公益诉讼涉及广大消费者的利益，这个条款是《修正草案》的一个亮点。

违反《反垄断法》造成损害的范围可能非常广泛，既可能给违法者的竞争对手带来损害，也可能给其交易对手带来损害，还可能给一般消费者带来损害。例如，价格卡特尔导致价格上涨，消费者不得不多付价款。理论上，一个限制竞争行为一旦被认定违法，因该行为受到损失的任何人都有权要求损害赔偿。但是，有些国家的法院对反垄断案件损害赔偿请求权的原告资格做出限制性规定。例如，美国法院主要适用“直接购买者原则”，即原告如果不是直接购买者，而是普通消费者，他一般不能依据反托拉斯法获得三倍损害赔偿。<sup>[55]</sup>反垄断法不给普通消费者损害赔偿请求权可能有多种理由，例如受害者个人的损失金额不大，但诉讼成本总体很大，法院难以承受。还有人认为，反垄断法不是不保护消费者，但其保护措施主要不是依靠损害赔偿，而是依靠市场有效竞争。<sup>[56]</sup>另一方面，即便法律规定任何人都向法院请求损害赔偿，但是一般人考虑到赔偿的金额不大，但诉讼成本很大，因此除了律师会提起这种诉讼，普通消费者提起的这种诉讼很少。这种情况下，为了有效惩治违法者，遏制违法行为，切实保护消费者合法权益，我国有必要引入反垄断民事公益诉讼制度。

《修正草案》规定人民检察院可依法向人民法院提起民事公益诉讼。这里可能借鉴了美国

[52]参见王晓晔：《转售价格维持的反垄断规制适用“合理原则”之批判》，载《法商研究》2021年第1期，第40页。

[53]EU De Minimis Notice, *Supra* 46, § 13.

[54]European Commission Guidelines on Vertical Restraints, Section 2.10, [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines\\_vertical\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf), last visited on 2021-11-15.

[55]参见李国海：《反垄断法实施机制研究》，中国方正出版社2006年版，第218-220页。

[56]参见王晓晔：《反垄断法》，法律出版社2011年版，第368页。

《克莱顿法》的经验，即检察机关作为法律监督机关，应当承担消费者权益保护的监督职责。<sup>[57]</sup> 其实，为了积极推动私人诉讼，美国很多反托拉斯案件是依据联邦民事诉讼法提起的反托拉斯私人集团诉讼。<sup>[58]</sup> 受美国法的影响，德国《反对限制竞争法》除了明确任何受害人都有权提起损害赔偿之诉，还特别强调具有法律能力和相关经济利益的行业协会和社会团体可代表涉案受害者向违法者提起损害赔偿之诉。<sup>[59]</sup> 我国消费者组织是以保护消费者权益为宗旨的社会团体。与人民检察院相比，它不仅与普通消费者的经济生活有着更为密切的联系，更容易觉察市场上的垄断行为，而且还拥有更为丰富的反垄断资源包括人力资源。因此，反垄断法应就民事公益诉讼代表资格的规定，增加消费者团体。

### 三、《修正草案》几个应删除的条款

#### （一）豁免出口卡特尔

现行《反垄断法》第15条第1款第6项规定，“为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益”的垄断协议，可不适用该法第13条和第14条的禁止性规定。这即是说，如果一个限制竞争协议是为推动我国出口贸易，它可以从反垄断法得到豁免。《反垄断法》豁免出口卡特尔有其合理性：首先，反垄断法以保护本国市场竞争为目的，出口卡特尔则一般是限制出口商在外国市场上的竞争，从而不会影响到国内市场；第二，我国反垄断法当年规定豁免出口卡特尔，是基于我国出口企业在外国经常遭遇不公平的反倾销诉讼，因此它们有必要协调出口价格，避免因相互间价格战导致出口产品的价格过低。<sup>[60]</sup> 然而，不管出于何种理由，一个法律制度如果豁免本国出口卡特尔，同时又禁止外国进口卡特尔，这本身存在法律冲突。<sup>[61]</sup> 一个不争的事实是，在当今世界上大约140多个国家和地区颁布了反垄断法的情况下，这些反垄断法大多和我国反垄断法一样具有域外适用的效力。<sup>[62]</sup> 在这种情况下，我国反垄断法豁免出口卡特尔的规定对我国出口企业不会有实质性的帮助，因为这种行为虽然不会违反我国反垄断法，但很可能在出口目的地国被视为违反该国的反垄断法。

2005年，我国出口维生素的四家制药企业在美国遭遇了反托拉斯诉讼，且被一家联邦地方法院开出1.62亿美元的罚单用于民事损害赔偿。这个案件经过几轮诉讼，包括联邦最高法院的审理，最后认定我国出口企业胜诉，但其法律依据是“国际礼让”原则。<sup>[63]</sup> 即当我国出口企业不可能同时遵守我国政府的价格管制和美国《谢尔曼法》的情况下，美国法院应当考虑“国际礼让”。鉴于我国2001年底加入了世界贸易组织，我国政府不再可能对企业的出口价格做出强制性规定，或者要求它们限制产量、分割市场。这说明，现行《反垄断法》关于豁免出口卡特尔的规定没有意义。随着我国进一步扩大对外开放和参加国际合作，这个条款在将来也没有适用的机会。还有必要指出的是，这个条款不仅没有适用的机会，而且还可能误导我国出口企业，即误

[57] Clayton Act of 1914, Section 4 (15 U. S. C. A. Sec. 15).

[58] Norton Rose Fulbright, *Antitrust Class Action Update in the US: will the Rules be Changed?* <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/a78a12ef/antitrust-class-action-update-in-the-us-will-the-rules-be-changed>, last visited on 2021-11-15.

[59] German Act against Restraints of Competition (GWB), *supra* 18, § 33.

[60] 参见王晓晔：《欧共体反倾销法与中国的对外贸易》，载《法学研究》1993年第1期，第87-88页。

[61] 参见王晓晔、吴倩兰：《国际卡特尔和中国反垄断法的域外适用》，载《比较法研究》2017年第3期，第132页。

[62] 参见《反垄断法》第2条。

[63] Natalie Cardenas, Lindsey Vaala & Branden Stein, *Had Enough Vitamin C? Second Circuit Dismisses Antitrust Claims Against Chinese Vitamin C Manufacturers Yet Again*, <https://www.velaw.com/insights/had-enough-vitamin-c-second-circuit-dismisses-antitrust-claims-against-chinese-vitamin-c-manufacturers-yet-again/>, last visited on 2021-11-15.

认为经我国反垄断法豁免的卡特尔在国外也是合法的。因此,《反垄断法》应废除现行法豁免出口卡特尔的规定。

## (二) 豁免知识产权

现行法第 55 条和《修正草案》第 68 条规定,“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。”考虑到反垄断法规制知识产权行使的重大意义,如果《修正草案》继续保留这个规定,它至少应当满足两个条件:一是现实中的确存在“合法行使知识产权的行为”不能适用反垄断法的案例;二是学理上可以讲清楚,“依照知识产权法行使知识产权的行为不适用反垄断法。”但是笔者认为,《修正草案》第 68 条没能满足这两个条件。

首先,知识产权权利人合法行使知识产权的行为被反垄断执法机关认定违法的案例在国内外并不罕见。我国最早适用反垄断法审理的知识产权案件是深圳中院和广东高院关于华为公司诉交互数字技术公司一案。<sup>[64]</sup>法院依照我国反垄断法界定了相关市场,认定交互数字公司占市场支配地位,进而认定其过高定价和歧视性定价行为违反《反垄断法》第 17 条。<sup>[65]</sup>国家发展和改革委员会关于高通公司的处罚决定是我国反垄断行政执法机关审理的涉及知识产权的典型案。例。<sup>[66]</sup>执法机关认定高通公司在无线标准必要专利许可市场和基带芯片市场拥有支配地位,且滥用其市场支配地位,包括收取不公平的专利许可费,在必要专利许可中搭售非必要专利,最后依据《反垄断法》对其处 2013 年中国境内市场销售额 8% 的罚款,计 60.88 亿元,创下当年行政处罚款最高纪录。<sup>[67]</sup>欧盟竞争法在知识产权领域也有很多著名案例,例如欧洲法院 1996 年判决的 Magill 案<sup>[68]</sup>和 2004 年判决的 IMS 案<sup>[69]</sup>都涉及著作权强制许可,前者还被称为欧盟竞争法具里程碑意义的判决。德国联邦法院 2004 年判决的 Spundfass 是个涉及行业事实标准的反垄断经典案件。<sup>[70]</sup>当时德国的《反对限制竞争法》明确规定它不适用于合法行使知识产权的行为,且涉案专利权人强调其拒绝许可行为没有违反德国的专利法,但法院明确指出,“知识产权与生俱来的功能是排除模仿,而不是排除替代竞争。”“该案专利权人的垄断地位不是因为其特殊的技术或经济优势,而是源于人为确立的技术标准。由于行业标准的存在,那些想通过技术竞争解决垄断问题并由此实现‘专利法保护的精神和目标’就非常困难,甚至不可能。因此,该案专利权人滥用其垄断地位的行为不仅超出专利法保护的目,而且与德国竞争法保护自由竞争的目的相背离。”<sup>[71]</sup>法院的终审判决是,“即便知识产权法和反垄断法的立法目的有差别,但知识产权法不能成为适用竞争法的障碍。在专利成为行业事实标准的情况下,权利人有义务向竞争对手实施许可。”<sup>[72]</sup>

其次,除了实证研究,规范反垄断法与知识产权的关系还应当考虑国际社会在这方面的立法趋势。美国《谢尔曼法》和《欧盟运行条约》第 101 条和第 102 条都没有涉及知识产权,但美

[64] 深圳市中级人民法院民事判决书(2011)深中法知民初字第 858 号,广东省高级人民法院民事判决书(2013)粤高法民三终字第 306 号。

[65] 同上注。

[66] 见国家发展和改革委员会行政处罚决定书,发改办价监处罚〔2015〕1 号。

[67] 同上注。

[68] Brief Summary of ECJ's Magill Decision, JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 6 April 1995, <http://www.panix.com/~jesse/magill.html>, last visited on 2021-11-20.

[69] Emily Gibson, *European Union: IMS Health: ECJ Rules on Compulsory Licensing*, [www.mondaq.com/uk/copyright/2685-on-compulsory-licensing](http://www.mondaq.com/uk/copyright/2685-on-compulsory-licensing), last visited on 23 Nov. 2021.

[70] 参见王晓晔:《与技术标准相关的知识产权强制许可》,载《当代法学》2008 年第 5 期,第 14-20 页。

[71] BGH, Urt. v. 13. 7. 2004-KZR 40/02, GRUR 2004, 966-Spundfass.

[72] Ibid.

国和欧盟都发布了这方面的反垄断指南。美国 1995 年发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》是这方面最早的指南，它提出美国司法部和联邦贸易委员会审理知识产权案件的三个基本原则：一是知识产权案件与其他形式财产权案件分析思路是一样的；二是执法机关不会推断知识产权等于市场势力；三是执法机关承认知识产权许可有利于企业间生产要素实现互补，从而一般有利于市场竞争。<sup>[73]</sup> 这个指南 2017 年进行过修订，但上述三个基本原则完全没有变化。<sup>[74]</sup> 美国的这个指南毫无疑问对欧盟竞争法产生了重大影响，因为欧盟随之在 1996 年也发布了《技术转让协议适用欧盟运行条约第 101 条第 3 款的条例》<sup>[75]</sup>，该条例 2004 年和 2014 年进行过两次修订。随着条例的发布，欧盟委员会还发布了《技术转让协议指南》，明确指出欧盟委员会处理知识产权法与竞争法关系的两个基本原则：一是知识产权法授予权利人排他权的事实并不意味着知识产权可以从竞争法得到豁免；二是知识产权法与欧盟竞争法没有内在冲突，基本目的一致，即都是推动消费者福利和资源有效配置。<sup>[76]</sup> 根据上述这些规定，人们很难得出“行使知识产权的行为不适用反垄断法”的结论。

需要指出，日本现行《反垄断法》第 21 条可能是世界上为数不多与我国现行《反垄断法》第 55 条相一致的规定。它指出，“本法规定不适用于行使版权法、专利法、实用新型专利、设计法或者商标法的行为。”<sup>[77]</sup> 有德国学者认为，日本法上述规定可能借鉴了德国法的相关规定，因为德国早年的《反对限制竞争法》明确规定，该法仅禁止“超过知识产权保护范围”的许可协议，即知识产权保护范围内的行为可以从该法得到豁免。<sup>[78]</sup> 然而，德国《反对限制竞争法》豁免合法行使知识产权行为的第 17 条和第 18 条经过该法 2005 年的第 7 次修订被删除了。因为，一方面德国《反对限制竞争法》通过修订要实现欧洲化，即原则上不得违背欧盟竞争法；另一方面，德国学术界普遍认为，反垄断法应清晰地保护竞争和保护其他终极目标例如消费者利益、经济效率以及知识产权保护等问题上做出抉择，选择其他目标则可能削弱竞争执法的力度，这对审理涉及知识产权的反垄断案件是不利的。<sup>[79]</sup>

有必要指出的是，日本也有学者指出，日本《反垄断法》第 21 条具有误导性，因为在日本的知识产权行使和在美国、欧洲以及中国一样，不能从日本反垄断法得到豁免。<sup>[80]</sup> 日本公平交易委员会发布的《知识产权反垄断指南》还对日本《反垄断法》第 21 条做出解释。它指出，“如果权利人依据知识产权法，不允许其他企业使用其技术从事研发、生产、销售以及其他任何商业活动（简称‘限制使用技术’），其结果就是技术和产品的竞争因为权利人的拒绝、限制以及其他限制性行为而受到损害。反垄断法应当适用于限制技术的行为，因为竞争政策可以避免技

[73] Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Issued by the U. S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 6, 1995.

[74] Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Issued by the U. S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, January 12, 2017.

[75] Commission Regulation (EC) No. 240/96 of 31 January 1996 on the Application of Article 85 (3) of the Treaty to Certain Categories of Technology Transfer Agreements, 1996 O. J. (L 31) 2, <http://europa.eu.int>, last visited on 2021-11-20.

[76] Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements, OJ C 89, 28.3.2014, para. 7.

[77] Japanese Antimonopoly Act, Art. 21, [https://www.jftc.go.jp/en/policy\\_enforcement/21041301.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/21041301.pdf), last visited on 2021-11-20.

[78] Frank Siegfanz, *Patentlizenzverträge im Japanischen Antimonopolgesetz*, Zeitschrift für Japanisches Recht, Bd. 9 Nr. 17 (2004).

[79] [德] 约瑟夫·德莱克舍：《市场支配地位的滥用与知识产权法》，吴玉岭译，载《环球法律评论》2007 年第 6 期，第 128 页。

[80] Toshiaki Takigawa, *Intellectual Property Licensing and Competition law: Case of Japan in Global Context*, [https://incsoc.net/wp-content/uploads/2018/02/E-Compendium\\_Interface\\_between\\_Competition\\_and\\_Intellectual\\_Property\\_Rights-WCD-2016.pdf](https://incsoc.net/wp-content/uploads/2018/02/E-Compendium_Interface_between_Competition_and_Intellectual_Property_Rights-WCD-2016.pdf), last visited on 2021-11-20.

术和产品的竞争受到偏离知识产权制度意图和目的的限制竞争的负面影响,并由此通过知识产权制度促进竞争。”<sup>[81]</sup>然而,即便这个指南提出反垄断法适用于行使知识产权行为的前提条件是该行为违背“知识产权制度的意图和目的”,<sup>[82]</sup>但因为一般专利权人考虑其行使专利权的行为是否违反反垄断法是依据该法第21条,即考虑其行为是否违反白纸黑字的专利法,而不是考虑其行为是否违反“知识产权制度的意图和目的”,日本《反垄断法》第21条对一般知识产权权利人就具有误导性,因为他们可能高度信任这个条款而不去认真研究反垄断法。<sup>[83]</sup>

今天,我们进入信息技术高度发达的新经济时代,法律上和事实上的各种标准很容易导致知识产权权利人在某些技术市场占支配地位。因此,国家一方面应当保护知识产权,另一方面也应当防止权利人的垄断寻租活动,即为了维护其垄断地位而不合理地排除限制竞争。即便人们过去普遍认为知识产权“本能”地不受竞争法干预,现在则普遍认为知识产权法和竞争法具有相同的目的,即都是推动竞争和创新。因此,知识产权保护不能排斥竞争法的适用。简言之,考虑到现行《反垄断法》第55条关于“行使知识产权行为不适用反垄断法”的规定既没有实证案例的支撑,也没有相关的理论基础,《修正草案》没有必要把这个现在和未来都处于“空置”状态的条款保留下去。

### (三) 设立国务院反垄断委员会

现行《反垄断法》第9条是关于国务院反垄断委员会的设置。它规定,“国务院设立反垄断委员会,负责组织、协调、指导反垄断工作,履行下列职责:(一)研究拟订有关竞争政策;(二)组织调查、评估市场总体竞争状况,发布评估报告;(三)制定、发布反垄断指南;(四)协调反垄断行政执法;(五)国务院规定的其他职责。国务院反垄断委员会的组成和工作规则由国务院规定。”《修正草案》第11条没有任何变化地保留了这个条款。《反垄断法》当年设置国务院反垄断委员会应当是个权宜之计,因为国务院将反垄断行政执法权分割给国家商务部、国家发展和改革委员会和国家工商管理总局三个部级机构,其中没有一个机构在反垄断执法中占主导地位,这就需要一个“负责组织、协调、指导反垄断工作”的机构。然而,随着2018年国家机构改革,国家市场监督管理总局统一行使了反垄断行政执法权。2021年,国家市场监督管理总局下设的反垄断局升级为国家反垄断局。这说明,我国反垄断执法不仅有了统一的行政机构,而且这个机构的地位和权威会随着反垄断法的影响越来越高。从反垄断法实施的情况看,国务院反垄断委员会没有发挥《反垄断法》规定的拟订竞争政策、评估竞争状况等任何职能。即便这个期间以国务院反垄断委员会的名义发布过几个反垄断指南,但这些指南事实上都是反垄断行政执法机关进行推动和制定的,而且考虑到这些指南的专业性,它们出台之前也未必经过国务院反垄断委员会的实质性评估。这说明,反垄断法规定的国务院反垄断委员会事实上长期处于“空转”状态。

考虑到推动竞争政策的重要性和竞争执法的复杂性,国家的确有必要组建一个有能力承担拟定竞争政策、评估市场竞争状况、制定反垄断指南以及协调反垄断执法的机构。德国《反对限制竞争法》专章规定了一个承担上述职能的“垄断委员会”,该委员会的5名委员分别具有国民经济学、企业管理学、社会政策学、技术和经济法方面的知识和经验。鉴于垄断委员会的使命是推动竞争政策,这些委员们应当依据《反对限制竞争法》独立地发表专家意见。<sup>[84]</sup>笔者认为,

[81]Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act, [https://www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/monopoly\\_guidelines\\_files/IPGL\\_Frand.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/monopoly_guidelines_files/IPGL_Frand.pdf), last visited on 2021-11-20.

[82]*Ibid.*

[83]Anderson Mōri & Tomotsune, *Intellectual Property & Antitrust in Japan*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=113318ec-b275-43c0-9308-007a22c16f44>, last visited on 2021-11-20.

[84]German Act against Restraints of Competition (GWB), *supra* 18, Chapter 8.

我国目前即便不能建立类似德国《反对限制竞争法》规定的垄断委员会，但考虑到“国家强化竞争政策基础地位”的重要性和必要性，现行法设置的国务院反垄断委员会应当进行改革，改革的一个重要方面是委员会成员所属单位不应直接参与市场经营活动。

## 余 论

反垄断法的修订非常重要，因为它不仅是对我国过去十多年实施反垄断法的经验总结，更重要的是通过某些条款的修改、完善以及增加新的条款，进一步加强和改进我国反垄断监管，增强反垄断执法的针对性和科学性。因此，这次修订工作作为反垄断法的发展和改革进程中的重要一步，应当和当初的反垄断立法一样，科学、合理，实事求是，一起从实际出发。还要指出，法律修订一般是解决一个历史时期积累且亟待解决的问题，它不可能毕其功于一役，通过一次修订就可以解决所有想要解决的问题。笔者认为，《修正草案》从宏观角度强化了竞争政策的基础性地位，从微观角度强化了数字经济反垄断，增加了“安全港”，加重了违法行为的行政处罚力度，但是这些规定还有很多值得商榷和改进之处。从当前反垄断执法角度看，考虑到互联网平台的市场集中度高，后来者竞争空间很小，强化平台经济领域反垄断应当成为这次反垄断法修订优先考虑的问题，特别是要警惕科技巨头滥用其市场势力排除限制竞争，防止它们通过并购初创企业排除和扭曲互联网市场的竞争。

强化反垄断执法不仅需要与时俱进修订反垄断法，而且应当强化反垄断执法机关。国家反垄断局于2021年11月正式挂牌，这说明随着强化反垄断和防止资本无序扩张，国家有必要进一步提高反垄断法的权威性，提高反垄断执法机关的地位和独立性。然而，如同一天不能盖起一座大厦一样，真正提高反垄断法的权威和执法机关的地位也不是一天可以解决的问题。国家反垄断局正式挂牌虽然说明国家重视反垄断法，但还需要国家对这个机构的组织建设和执法资源等各方面予以大力支持。徒法不足以自行。一部法律再好，如果没有一个有效和有权威的执法机关，法律可能会徒有其名。为了加强反垄断法治，国家不仅需要科学和合理地修订反垄断法，还需要采取措施切实提高反垄断执法机关的独立性和权威性，继续做强和做大这个机构。例如在公平竞争审查方面，考虑到这种审查是政府自己限制自己的权力，实际工作中肯定存在很多困难和阻力，因此完善这项制度不能限于“公平竞争审查”作为一个法律条款引入反垄断法，而是需要这方面增加反垄断执法资源和相关的制度保障。

责任编辑：李 剑