

我国《反垄断法》修订的几点思考

文/王晓晔

第十三届全国人大常委会已将反垄断法修订列入立法规划，国家市场监管总局当前正就这部法律的修订在社会上征求意见。本文与学术界同仁商榷反垄断法修订中的一些具体问题。

提高竞争政策在反垄断法的地位

反垄断法是一部倡导公平和自由竞争的法律。随着近年来国家明确提出竞争政策是基本经济政策，反垄断法修订一个重要任务应当是提高竞争政策在这部法律中的地位。

（一）关于产业政策的几个条款。反垄断法有多个条款涉及产业政策，特别是第4条中“加强和完善宏观调控”的规定，第5条鼓励“扩大经营规模”的规定，第7条关于“国有经济”的规定。笔者认为，第5条和第7条出于以下理由应当被删除：第一，迄今的反垄断执法中，它们没有适用过；第二，因为与反垄断立法宗旨不协调，它们将来也难以适用；第三，它们不利于推行竞争政策，也不利于公平竞争审查；第四，必要情况下，大国有企业的并购可适用《反垄断法》关于“社会公共利益”的规定，这不仅合情合理，而且可以体现反垄断执法“竞争中立”的原则。《反垄断法》第4条作为制定这部法律的基本原则，应当予以保留。但是，因为反垄断法不是宏观调控法，这个条款中“完善宏观调控”的规定应修改为“坚持竞争政策的基础性地位”，由此提高竞争政策在反垄断执法中的地位，避免和减少产业政策与竞争政策在反垄断执法中的冲突。

（二）引进公平竞争审查制度。2016年以来，我国逐步开始实施公平竞争审查制度。公平竞争审查的目的是避免和减少政府部门出台违反公平竞争原则的规章制度，因此与《反垄断法》禁止行政垄断的规定一样，也是把政府装进制度的笼子里。公平竞争审查在理论上的一个重大意义是，它明确了竞争政策与产业政策之间的关系，即竞争政策居基础性地位，产业政策应接受公平竞争审查。根据这个制度，除非出于国家经济安全、整体经济和社会公共利益的考虑，市场上开展经营活动的企业无论国有企业

还是民营企业，无论中国企业还是外国企业，它们应当公平参与市场竞争，平等地得到法律保护。公平竞争审查与《反垄断法》反对行政垄断规定的不同之处是，后者是对行政性限制竞争的事后审查，前者则是事先防范，即把这种行为遏制在萌芽状态。因此，引入公平竞争审查是对反垄断法的重大发展。

（三）增加“自由竞争”保护。《反垄断法》第1条作为立法宗旨提出了“保护市场公平竞争”。这句话没有错，但是不全面。反垄断和反不正当竞争的理念有差别，后者主要是反对经营者通过不正当手段攫取他人的竞争优势，违反市场交易的诚实信用原则和商业道德；反垄断则是维护市场的竞争性，禁止经营者之间的共谋行为，控制企业间并购活动，禁止滥用市场势力，其最终目的是保护消费者在市场上有选择的权利。因此，反垄断法的价值理念主要是保护自由竞争。也许一提“自由竞争”，就有人想到资本主义的意识形态。其实，法治国家的“自由”是“秩序”，因为任何自由都得以不得损害他人的自由为前提。经济上的自由秩序主要是人们追求自由竞争的权利，因此才需要反对限制竞争，需要制定反垄断法。因此，如果我国《反垄断法》不提保护“自由竞争”，就在竞争法理论上存在问题。退一步说，如果《反垄断法》不保护自由竞争，而只是保护公平竞争，那有什么必要出于同一目的制定一个与《反不正当竞争法》有差异的法律制度？

解决迫切需要解决的问题

修订《反垄断法》，人们会讨论是需要大修、中修，还是小修。但是，不管多大规模，《反垄断法》的修订应采取谨慎的态度，可以不修的就不要修，需要修改的应当是执法中迫切需要解决的问题。

（一）集中申报标准应考虑数字经济。随着数字经济的发展，实践中一个明显问题是经营者集中的申报标准。例如在2016年滴滴并购Uber一案，据说这个并购导致滴滴在我国网约车市场的份额达到90%，即并购后的滴滴易于产生提价动机。但在另一方面，作为网约车平台，滴滴和

Uber的营业额可能没有达到经营者集中申报的标准,甚至因为“烧钱大战”,并购双方均未获利。我国反垄断执法机关目前对互联网市场的并购活动可能采取谨慎包容的态度。但是,考虑到这些并购对我国数字市场竞争的潜在影响不可小觑,修改经营者集中的申报标准应成为《反垄断法》修订的一个迫切任务。

(二)市场支配地位认定考虑互联网特殊性。我国是互联网大国,也是互联网强国。考虑到互联网平台有强大的间接网络效应,考虑到越来越多的企业和消费者购买产品或者服务依赖平台中介,我国反垄断执法应密切关注互联网市场滥用市场势力的问题。特别在电子商务,考虑到平台中介的数量非常有限,考虑到平台中介明显存在网络外部效应和规模经济,平台经营者强制性的“二选一”会构成严重的限制竞争。国家市场监管总局发布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》指出了“认定互联网等新业态经营者具有市场支配地位”的各种因素,这是对《反垄断法》的重要补充和发展。结合我国实践,识别互联网企业的市场势力还应考虑在用户存在多归属需求的情况下,采取强制性手段妨碍他们多归属的情况。

(三)协调行政和法院审理RPM的思路。反垄断行政执法机关依据《反垄断法》第14条禁止过多起涉及纵向限价的RPM行为。但在上海一中院和上海高院审理的北京锐邦诉强生案,尽管法院认定原、被告之间的协议限制了原告转售商品的最低价格,法院仍要求原告提供该协议“具排除限制竞争效果”的证据。深圳中院和广东高院在格力空调一案一致认为家用空调市场的竞争比较充分,被告“限制最低转售价格”不属《反垄断法》第14条禁止的垄断协议。这说明,反垄断行政执法和法院审理RPM的思路不一致。法院系统对RPM适用“合理原则”源于2012年《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》。这里的问题是,最高人民法院有权通过司法解释对《反垄断法》禁止纵向限价协议的规定作出原则性改动吗?我国传统上不是判例法国家,法官没有造法功能,即法院和行政执法都应当依照法律审理案件。在当前行政执法和司法针对RPM的审理存在重大不一致的情况下,无论修订《反垄断法》,还是最高法院修改其2012年发布的反垄断民事诉讼司法解释,这个问题都应当得到解决,以提高法律稳定性,提高当事人对其行为后果的可预期性。

(四)完善承诺制度。2011年调查的中国电信中国联通一案中,执法机关依据《反垄断法》第45条的规定,接受了被调查企业的承诺。接受承诺的后果是,执法机关不得对案件作出“违法”认定,也不得对涉案企业进行制裁。可以想见,在企业存在违法行为的情况下,它们渴望以“承诺”的方式结案,因此法律上应当有一个防止

过度接受承诺的机制。这即是说,尽管执法机关接受承诺方面有自由裁量权,但在作出决定时应当受到约束,也即是应当应衡量几个方面的利益。特别是,应当衡量通过接受承诺节约执法资源的好处是否大于作出违法决定产生的好处,例如伸张正义、谴责违法行为、体现反垄断法威慑力、要求违法者返还不当得利、制裁违法行为、推进民事损害赔偿等。因此,以承诺结案的方式不应当适用于市场竞争损害程度严重的案件,如欧盟理事会第1/2003号条例指出的,“接受承诺的决定不适宜委员会打算处以罚款的案件”。另一方面,执法机关还应考虑接受的承诺能否切实解决被调查企业的反竞争问题,例如,接受承诺应考虑比例原则,即一方面,被调查企业的承诺不应超过其应承诺的程度;另一方面,承诺不能不到位,即达不到解决反竞争问题的效果。

(五)严格法律责任。《反垄断法》在法律责任方面有很多值得完善之处。例如,根据第46条和第47条,经营者违反本法规定,可处上一年度销售额1%以上和10%以下的罚款。其实,执法机关已经在很多案件体会到最低罚款为上一年度销售额1%的规定束缚了它的自由裁量权。第46条和第47条的行政处罚责令停止违法行为和处以行政罚款外,还有没收违法所得的规定。考虑到该法第50条规定了“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任”,考虑到反垄断民事损害赔偿请求的优先权,行政执法机关没收违法所得的规定无论在理论上还是实践中都存在问题。此外,《反垄断法》第48条规定,对违法实施的经营者集中可处50万元以下的罚款。考虑到违法的经营者集中难以通过“拆分”方式予以救济,50万元以下的罚款显得违法成本太低,不具备足够大的法律威慑力。

(六)删除豁免出口卡特尔。《反垄断法》第15条规定,“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,可以不适用该法第13条和第14条的禁止性规定。这说明,我国反垄断法豁免出口卡特尔。《反垄断法》豁免出口卡特尔是基于一个事实,即出口企业在外围经常遭遇不公平的反倾销诉讼,从而有必要协调出口价格,以避免因相互间的价格战导致出口产品的价格过低。然而,不管何种理由,一个法律制度如果一方面豁免出口卡特尔,另一方面禁止进口卡特尔,这本身存在法律冲突。一个不争的事实是,在其他国家的反垄断法与我国反垄断法一样具有域外效力的情况下,豁免出口卡特尔的规定对我国出口企业没有实质性的帮助。我国生产和出口维生素的4家制药企业2005年在美国遭遇了反托拉斯诉讼,被美国法院开出了金额1.62亿美元的罚单用于损害赔偿。不仅如此,《反垄断法》豁免出口卡特尔的规定还可能误导出口企业,让它们以为经本国反垄断法豁免的卡特尔在

外国也是合法的。因此,《反垄断法》应废除豁免出口卡特尔的规定。

(七)修改涉及知识产权的规定。《反垄断法》第55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”。然而,我国法院关于华为诉IDC案的判决以及国家发改委对高通公司的处罚决定表明,专利权人不违反专利法的行为不能保证得到《反垄断法》的豁免。以美国IDC在中国华为公司未支付许可费而使用其专利的情况下到美国法院申请禁令为例,这种行为不违反专利法,但根据《反垄断法》则可能构成滥用市场支配地位。因此,《反垄断法》第55条最好予以删除。德国《反对限制竞争法》原来也有类似规定,但经2005年修订后摒弃了上述规定,且修订后的法律没有提及知识产权这一概念。

不急于引入尚未普遍认可的规定

学术界针对现行《反垄断法》提出了很多修订方案。虽然说任何一个建议都有其合理性,但是一些争议较大、实践中尚未得到检验的,或者很少有案例甚至完全没有案例的规定最好先不放入,因为这不仅会增加立法成本,而且可能给执法机关带来很多不必要的麻烦。

(一)相对优势地位。有学者建议把日本、德国的反垄断法中关于相对优势地位的规定引入我国反垄断法。笔者认为,这个规定不是不合理,但是存在隐患。一方面,相对优势地位在市场交易中普遍存在,例如大型超市与其供货商、生产商与其零售商、汽车生产商与其零配件生产商、快餐店特许权人与被许可人等,可以说几乎所有的合同协议都存在一方更多依赖另一方的问题。另一方面,“滥用优势地位”本身也存在很多不确定因素。例如,什么样的合同当事人拥有“优势地位”?什么样的合同条款可被视为“滥用”?对于不确定性较大的案件,如果政府干预过度,执法效果可能会受到社会质疑。如果因为“相对优势地位”比较容易认定,这种规定便于保护市场交易中处弱势地位的经营者,但是对执法机关来说,专门针对弱方当事人的保护可能有很多难处:第一,这会导致大量合同纠纷进入政府部门,因此需要政府投入相当多的执法资源;第二,纵向协议当事人之间的利益和风险往往是相互的,有时候解释“滥用行为”的成本比较高;第三,政府的有限资源应投入与消费者和社会公共利益相关的案件,因此应当尽量减少属合同纠纷的情况。

(二)算法共谋。随着算法和人工智能成为社会热门话题,有学者建议把禁止算法共谋规定在反垄断法。人们可能有的想法是,如果两个经营者独自运用算法或人工智能设定其产品价格,他们之间没有共谋价格的意图,

但是通过算法的协调或者人工智能的深度学习,其结果是这两个经营者之间实现了价格共谋。但是,这种观点在学术界和实务界存在很大争议。德国著名反垄断经济学家Schwalbe指出,根据经济学和计算机科学文献,算法之间的协调或者合谋相当困难。因此,算法共谋主要是学者的想象,而不是现实中存在的重要问题。美国联邦贸易委员会前执行主席Ohlhausen也发表过类似观点,即应当警惕把人的因素视为人工智能或者机器的因素。这即是说,即便在使用算法或者人工智能的情况下,《反垄断法》仍然应当关注经营者之间的共谋行为。

(三)刑事制裁。有学者提出《反垄断法》引入刑事制裁的两个主要理由:一是其他国家的反垄断法有刑事制裁规定,例如美国《谢尔曼法》第1条和第2条规定了刑事责任;二是刑事制裁对违法者有更大的威慑力。这里需考虑的问题是,第一,绝大多数反垄断法没有规定刑事制裁,尤其是没有关于企业责任人员刑事监禁的规定。例如,欧盟第1/2003号条例规定,委员会依条例作出的罚款决定不具刑法性质。第二,即便有的反垄断法引入了刑事监禁,但是除了美国,真正处以刑事监禁的案例少而又少。第三,反垄断刑事案件的调查、起诉和企业高管的刑事监禁也都需要执法成本,而我国反垄断执法资源非常有限。第四,引入反垄断刑事责任应以反垄断行政处罚和民事责任没有效力或者效力不足为条件,但我国现实经济生活中形形色色的限制竞争不是因为反垄断法律责任不够严厉,很多情况下是因为执法大环境难以做到积极执法、公正执法、公开执法和有效执法。如果反垄断执法不能对各种限制竞争构成实实在在的威慑力,增加刑事监禁的规定也不会在很大程度提高反垄断执法效力。

结束语

随着十多年的反垄断执法,《反垄断法》的修订被提到了议事日程。修订反垄断法还有必要考虑的一个问题是,完善法律制度固然很重要,但是强化反垄断法治尚需要相关的条件。从宏观角度看,国家应进一步深化经济体制改革,理顺政府和企业、政府和市场的关系;从微观角度看,反垄断法作为反对垄断和保护竞争的法律制度,应当有权威、有地位、对违法行为有威慑力,这从而需要国家在执法机关的人力、财力和组织建设诸方面予以大力支持。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,法律就可能徒有其名。因此,除了修订和完善《反垄断法》的文本,我们更需要推进竞争政策在资源配置中的基础性地位,提高反垄断执法的独立性和权威性,做强反垄断执法机构。^⑧

(作者系深圳大学特聘教授;摘自《法学评论》2020年第2期)