

论《反垄断法（修正草案）》中的四大争议问题

侯利阳¹

【摘要】我国《反垄断法》自 2007 年颁行以后迎来了首次大修。修法吸收了多年以来的执法经验，回应了实践中出现的问题，修补了法律条文中原则、方法、规定等方面的漏洞。但目前的修正草案中仍有许多待完善之处。具体有四：第一，转售价格维持在行政和司法实践上一直并行着两套不同的分析方法，建议对此作出回应，明确该行为排除限制效果的举证责任承担者；第二，集中审查新增的“中止审查期限”制度与延长审查期限制度存在交叉，建议删除“新情况、新事实”的法定情形；第三，反垄断罚款中的加重处罚制度过于严厉，缺乏国际经验的支持，建议删除；第四，垄断行为的刑事责任不宜全面开展，应当将之明确限缩为本身违法的垄断行为。

【关键词】 反垄断法 转售价格维持 中止审查 法律责任

【中图分类号】 D922.29 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1004-518X (2022) 04-0152-12

我国是反垄断立法和执法相对后进的国家。国际反垄断的历史从 1890 年美国《谢尔曼反托拉斯法案》算起已有 132 年；而我国的《反垄断法》自 2007 年 8 月生效至今只有不到 15 年的历程。但在这短短十余年的执法中，我国在反垄断领域取得了举世瞩目的成绩。

截止到 2020 年初，我国行政执法部门共审查反垄断案件 4224 件，包括垄断协议案件 198 件、滥用市场支配地位案件 70 件，行政垄断案件 258 件，经营者集中案件 3698 件。¹我国在反垄断执法细则的制定方面也取得了骄人的成绩。在过去的十几年间我国共颁布了 30 多部执法细则，现行有效的有 23 部，^[1]极大地弥补了《反垄断法》条文粗犷的内在缺陷。^[2]

经济规模的连续扩容与执法水平的持续提升使得我国已然成为仅次于美国和欧盟的第三大反垄断法域。基于过去十余年的反垄断执法和立法经验，我国在 2019 年启动了《反垄断法》的修订工作。期间，2020 年 1 月 31 日市场监管总局发布了《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》（以下简称《修订案》）。²

此后全国人大常委会法律委员会在 2021 年 10 月 19 日向全国人大常委会提交《〈反垄断法〉修正草案（公开征求意见稿）》（以下简称《修正案》）³进行初次审议。《修正案》在《修订案》的基础上，结合公开征求的意见，对《反垄断法》进行了全方位的完善。《修正案》的出台代表着我国《反垄断法》修订工作即将完工。鉴此，本文拟对《修正案》中的相关问题进行研究与评述，希望为新《反垄断法》的最终颁布提供参考。

一、《反垄断法》修订总览

《修正案》对现行《反垄断法》进行了大刀阔斧的改革，共涉及 34 个现行条文，其中新增条文有 13 个，将《反垄断法》从既有的 57 条扩充为 70 条（表 1）。在此次修订中，除了“附则”一章未有任何变化外，其余七章都有不同程度的修订。从新增条文数量来看，“垄断协议”与“法律责任”两章新增条文最多，均为 3 条；“滥用市场支配地位”一章没有任何新增条文。

从修订条文数量来看，“法律责任”一章被修订的条文最多，为 11 条；“滥用市场支配地位”一章被修订的条文最少，只

¹作者简介：侯利阳，上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师。（上海 200030）

基金项目：上海市哲学社会科学规划课题“我国反垄断法实施机制的国际比较研究”（2021BFX010）

有 1 条。不同章节条文修订的数量变化基本反映了我国《反垄断法》的执法特征。垄断行为的法律责任是目前执法中最为模糊的领域，^[3]至今也未有执法细则的出台，因此也成为此次修订中最受关注的部分。而滥用市场支配地位行为虽然在实践中最惹人关注，也是罚款数额最高的执法领域，⁴但案件数量是所有垄断行为类型中最少的，因此也成为此次修订中相对最不受重视的领域。

表 1《反垄断法》各章修订情况一览表

章节	名称	原条文数	新增条文数	修订条文数
第一章	总则	12	2	6
第二章	垄断协议	4	3	4
第三章	滥用市场支配地位	3	0	1
第四章	经营者集中	12	2	4
第五章	滥用行为权力排除限制竞争	6	1	5
第六章	对涉嫌垄断行为的调查	8	2	3
第七章	法律责任	9	3	11
第八章	附则	3	0	0
	合计	57	13	34

从修订内容来看，此次的《修正案》共包含四种类型的条文修订：原则重申、表述细化、实质性修订、技术性修订（表 2）。技术性修订是基于条文编号变化而产生的修订，共计 3 条，在此笔者不做赘述。原则重申主要是指在执法细则中形成的执法原则在《反垄断法》中的再次明确。原则重申的内容共计 6 条，涉及五方面的内容。这些修订不涉及反垄断的具体执法工作。比如第 1 条的修订中增加了《反垄断法》“鼓励创新”的目的。

该目的此前虽未在《反垄断法》中明文体现，但早已被多个执法细则明确引入。⁵第 4 条与新增第 5 条中“公平竞争审查”则是将已经执行多年但一直处于国务院规章层面的公平竞争审查制度⁶上升为法律。新增第 10 条再次重申中央“强化反垄断”的基本国策。考虑到我国在 2018 年改变了“三家分立”的执法构造，^[4]将反垄断行政执法权统一至市场监督管理部门，第 12 条则是将之在《反垄断法》中明确。而新增第 37 条则要求执法机构加强在民生、金融、科技、媒体等领域的经营者集中审查。

表 2《反垄断法》条文修订情况一览表

类别	总数（条）	主要内容	涉及《修正案》的具体条文
----	-------	------	--------------

原则重申	6	1. 鼓励创新	1
		2. 公平竞争审查	4 ~ 5
		3. 加强反垄断执法	10
		4. 明确执法机构	12
		5. 加强特定行业的集中审查	37
表述细化	14	1. 经营者的定义	14
		2. 平台垄断行为	22
		3. 经营者集中的主动审查	26
		4. 行政垄断执法细化	40、42 ~ 45、61
		5. 反垄断调查程序	49、54 ~ 55、64、66
实质性修订	11	1. 转售价格维持的举证责任	17
		2. 垄断协议的“帮助犯”	18
		3. 垄断协议的“安全港”	19
		4. 中止审查期限	32
		5. 反垄断罚款	56、58 ~ 59、62、63
		6. 反垄断公益诉讼	60
		7. 垄断行为的刑事责任	67
技术性修订	3	条文编号变更	20、30、65

表述细化与原则重申的作用类似，主要是将一些执法过程中形成的成熟做法上升至法律层面，对既有的执法体系未做任何改变。表述细化的内容共计 14 条，涉及五方面的内容。其中，第 14 条主要是配合《反不正当竞争法》的修订，更新了经营者的定义，将原先的表述“其他组织”修改为“非法人组织”。第 22 条借鉴了《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》中的相关措辞，增加了禁止平台垄断行为的内容。第 26 条吸收了既有经营者集中审查的实践经验⁷，增加了执法机构对未达到审查标准的经营者集中实施主动审查的规定。行政垄断一章中的修订则是为了与公平竞争审查中的相关表述保持一致⁸，并无

实质内容的增删。

实质性修订是此次《修正案》的亮点，是对既有反垄断执法体系的实质性变更，也是下文研究的重点。实质性修订的内容共计 11 条，涉及七个方面的内容。其中，非常值得称道的实质性修订有三。

第一，新增第 18 条规定：“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提供实质性帮助。”现行《反垄断法》仅对直接参与垄断协议的经营者与行业协会做了禁止性规定，但在实践中出现一些所谓的“帮助犯”主体。这些主体并非相关行业的经营者，只是负责协调、联络其他经营者达成并实施垄断协议。由于《反垄断法》未对这些主体的法律责任予以明确规定，从而呈现执法困难的问题。不过，对于垄断协议行为中的“帮助犯”按照参与主体进行处罚是国际惯例⁹，因此该修订弥补了现行《反垄断法》中的漏洞。

第二，新增第 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，不适用本法第十六条、第十七条、第十八条的规定，但有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外。”该修订在学术上被称为垄断协议的“安全港”。^[5]虽然任何垄断协议都或多或少地具有排除限制竞争的效果，但市场份额较低的主体签订的垄断协议对于竞争机制不会产生较大的影响，因此世界各国对于垄断协议都有“安全港”的规定。^[6]我国已经在两个具体行业（知识产权领域¹⁰、汽车业¹¹）的反垄断执法中设置了“安全港”制度。此次修订将“安全港”规定进行了全行业的拓展，为提升垄断协议的透明执法奠定了良好的基础。

第三，第 60 条新增规定：“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。”反垄断分析的复杂性使得反垄断民事诉讼中原告负担的举证责任非常重。反映到实践中，我国的反垄断民事诉讼最为突出的问题是缺乏跟随诉讼。^[7]跟随诉讼是指受害主体在反垄断执法机构认定垄断行为违法之后提起的反垄断民事诉讼。原则上反垄断行政处罚决定书可以极大地减轻受害主体承担的举证责任。虽然我国的行政执法机构已经就垄断协议、滥用行为、行政垄断执法 526 个案件，但罕有竞争者或者消费者在行政执法之后针对垄断者提起反垄断民事诉讼。这无异于降低了垄断主体的违法成本，更不利于《反垄断法》的普法工作。因此，我国多有学者建议将公益诉讼引入到反垄断救济机制之中。^[8]《修正案》赋予检察院提起反垄断公益诉讼的权力是对学界多年诉求的妥善回应。

但实质性修订的其他四项内容则存在重大争议，这包括：其一，转售价格维持竞争效果的举证责任；其二，集中审查中的“中止审查期限”；其三，反垄断处罚责任加重；其四，垄断行为的刑事责任。笔者主要针对这四项修订进行深入研究。

二、转售价格维持的举证责任

《修正案》第 17 条新增规定：“对前款第一项和第二项规定的协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。”该规定中的“前款第一项和第二项”是指固定向第三人转售商品的价格和限定向第三人转售商品的最低价格的行为，此二项在学界被统称为转售价格维持。转售价格维持是我国执法实践中数量较多的垄断协议类型，也是引发争议最大的垄断行为类型。

导致该争议的主要原因是：我国的行政执法机构与司法机构长久以来在认定转售价格维持是否违法的分析方法上存在重大差异。行政执法机构在发现该行为后，往往不会详细分析该行为的排除限制效果，而是直接认定违法，该分析方法被称为“本身违法”；与之相比，司法机构则要求原告应当就该行为的排除限制竞争效果承担举证责任，这一分析方法被称为“合理原则”。

^[9]

该问题曾在“裕泰诉海南省物价局案”（以下简称“裕泰案”）¹²中提呈最高人民法院（以下简称“最高院”）审议，但最高院的最终裁决却非常暧昧，未真正解决该问题。该案为行政执法案件。执法主体海南省物价局按照行政执法机构所持本身违法

的分析方法，认定行政相对人裕泰公司实施了转售价格维持的行为。裕泰在后续的行政诉讼中请求法院援用司法机构的合理原则进行处理。

对此，最高院首先认为转售价格维持“是较为典型的纵向垄断协议，往往具有限制竞争和促进竞争的双面效应”，应当“综合考虑协议所涉及的市场具体情况、协议实施前后的市场变化情况、协议的性质和后果等因素之后对垄断协议进行判断”。在此，最高院似乎否定了本身违法的分析方法。

但最高院又认为：“在当前的市场体制环境和反垄断执法处于初期阶段的情况下，如果要求反垄断执法机构在实践中对纵向垄断协议都进行全面调查和复杂的经济分析，以确定其对竞争秩序的影响，将极大增加执法成本，降低执法效率，不能满足当前我国反垄断执法工作的需要。”因此，最高院又肯定了执法机构可以基于本土国情采用本身违法的变通性做法。不过紧接着最高院又指出：在民事诉讼中，法院必须要审查垄断协议是否具有排除、限制竞争的效果，因此司法机构的做法也无不当。如此，最高院实际上认可了执法机构与司法机构可以就转售价格维持按照不同的分析方法处理。

但是，就同一法律条文同时采用两种分析方法与依法治国的基本原则相抵触。笔者认为解决该问题的关键是明确举证责任的分配。转售价格维持的证成包含三个法律要件：其一，实施了转售价格维持行为；其二，具有排除限制竞争效果；其三，不具有《反垄断法》规定的例外情形。第一个和第三个要件的举证责任分配都很明确，前者由行政执法机构（或原告）承担，后者由行政相对人（或被告）承担¹³，产生争议的是第二个要件的举证责任承担主体。而《修正案》对此的回应仅仅是“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止”。

《反垄断法》第13条已经将垄断协议（包括转售价格维持）定义为“排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”。因此，只有具有排除限制竞争效果的转售价格维持才是违法的。若经营者能够证明其转售价格维持行为不具有排除限制竞争效果，那么该行为就不属于垄断协议的范畴，更不涉及是否应当被禁止的情形。因此，《修正案》第17条的新增内容属于对现行第13条规定的同义反复，既没有提供实质性的内容，也没有回应实践中的问题。

效率价值是程序正义的具体体现，其要求是以合理的运行成本保障执法决定正确。因此，妥善的垄断行为分析方法应当在经济分析的准确性和立法规则的明确性之间寻求平衡。决策理论（decision theory）认为法律体系应尽量降低错误成本和执行成本。但二者呈现此消彼长的关系，最佳方案在于取得两个机制共同效率最大化的“平衡点”。这主要体现为法律推定规则与举证责任的制度设计。

推定规则反映了在特定事实下可能产生的后果及其法律责任的承担，以此让执法部门在特定情形下免于繁杂的经济分析，以期在“平衡点”的范围内降低执法成本和错误风险。^{[10] (P48-49)}关于转售价格维持的分析方法，世界各国主要存在两种通行模式：一种是以美国为代表的合理原则，一种是以欧盟为代表的本身违法。^[11]我国学界也同时存在支持二者的观点。^{[12] [13]}因此，我国选择哪条道路并无本质上的优劣，但这并不意味着我们可以同时选择二者。鉴于此，笔者认为《修正案》第17条应当修订为：对前款第一项和第二项规定的协议，“国务院反垄断执法机构或经营者”应当证明其“具有或者不具有”排除、限制竞争效果。至于究竟由哪个主体承担举证责任则是立法抉择的问题，对此笔者不做最终结论。

三、集中审查中的“中止审查期限”

《修正案》新增第32条：“有下列情形之一的，国务院反垄断执法机构可以决定中止计算经营者集中的审查期限。”该规定来源于欧盟在经营者集中审查中的相关实践，也被称为“停钟”制度（Stop the Clock）。¹⁴经营者集中审查与其他垄断行为的处理有着重大差异：其他垄断行为的处理均为事后审查，即在垄断行为发生之后才进行处罚；而经营者集中审查属于事先审查，即在集中行为发生之前进行处理。^[14]由于该审查的前置性，经营者集中审查都规定了严格的审查期限。

我国《反垄断法》的集中审查分为初步审查与进一步审查两个阶段，其中进一步审查阶段因法定情形可以延长。但无论发生何种情形集中审查的时间累计不得超过 180 个自然日。¹⁵ 我国的经营者集中审查长期以来存在申报案件数量大与执法人员少的矛盾，^[15] 为此，我国设立了简易程序¹⁶ 以及事先磋商程序¹⁷ 来缓解该矛盾。虽然这两项举措在实践中起到了加速经营者集中审查的正面效果，但并没有从根本上解决该矛盾。

“中止审查期限”制度是在特殊情况下允许执法机构中止计算审查期限，帮助其集中有限的执法资源处理更为复杂的案件。为此，《修正案》中为执法机构提供了三种可以实施“中止审查期限”的法定情形。但这些法定情形与延长审查的法定情形存在较大的交叉（表 3）。延长审查发生在经营者集中审查中的进一步审查阶段；若发生法定情形，则执法机构最长可以获得 60 个自然日的延长期限。中止审查期限制度是比延长审查更为严厉的制度，若与延长审查的法定情形难以区分，则我国可能会出现执法机构将原本应当延长审查的集中案件转变为中止计算审查期限，因此需要分析二者在措辞方面是否存在严格区分的情形。

表 3 中止审查期限与延长审查法定情形的对比

编号	中止审查期限	延长审查
1	经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行	经营者同意延长审查期限的
2	出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，需要进行核实	经营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的
3	对经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意	经营者申报后有关情况发生重大变化的

从表 3 可以得知，中止审查期限制度与延长审查制度各有三种法定情形。其中，仅有中止审查期限的法定情形三与延长审查的法定情形一存在非常清晰的边界。其他两种情形都有一定的相似性，需要进一步分析。首先，中止审查期限的法定情形一“未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行”，与延长审查法定情形二“经营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的”措施近似。

但中止审查期限要求未提交的信息必须要达到导致审查工作无法进行的程度，而延长审查则只需要提交的信息不准确即可。因此，二者虽然表达内容具有相似性，但对信息相关度方面的要求存在较大的差异，可以明确区分。其次，中止审查期限的法定情形二“具有重大影响的新情况、新事实”，与延长审查法定情形三“经营者申报后有关情况发生重大变化的”仅存在表述上的细微差异，我们无法将二者决然分开。

鉴于《修正案》中的上述问题，有必要对中止审查期限制度的创始法域欧盟的相关制度进行研究。欧盟在《合并规定》（简称 EUMR）中对该制度的实施仅提供了一种法定情形：当欧盟委员会要求申报方提供相关信息，申报方因为自己的原因未在规定时间内提供信息，欧盟委员会可以在“例外情形”（Exceptionally）下中止计算审查期。并且，欧盟委员会不得无限期中止计算审查期限，而只能中止从请求提供信息的规定时间届满至申报方最终提供相关信息之间的这段时间。¹⁸

根据该规定，欧盟委员会只能在“例外情形”中采取该举措；换言之，申报方超过规定时限不提供信息也不能自动进入中止审查期。根据欧盟法院的判决，“例外情形”是指申报方在规定时限内未提供集中审查所需要的“必要信息”（Necessary

Information)。¹⁹ 从这里我们可看出，欧盟对于中止审查期限的实施非常慎重。

欧盟中止审查期限的法定情形与《修正案》中的法定情形二基本相同。笔者认为可以保留法定情形二。除此之外，依据中止审查期限条款的规定，我国将多出两种法定情形。首先，法定情形三涉及“经营者集中附加的限制性条件”。附加限制性条件是经营者集中审查最为复杂的内容，尤其在特别复杂的案件中会耗费执法机构很多精力。^[16]

该法定情形同时还增加了经申报方“同意”的要求。因此，笔者认为在此情形下中止计算时限不会对申报方造成过度的限制；若申报方认为不妥，也可以表示不同意。其次，法定情形二涉及审查中出现的新情况。笔者认为若这些新情况的出现可以归咎于申报方，则中止计算也无不可；但若是客观市场条件发生变化，且并非申报方主观可以控制，那么由申报方承担由此带来的后果，则会产生责任过重的风险。笔者认为可以删除第二种法定情形，保留第一种和第三种法定情形。

四、反垄断罚款

反垄断罚款是此次《反垄断法》修订中的重点内容。这些修订共涉及五个条文，是此次修订中涉及条文数量最多的主题。这些修订既有对执法过程中已有问题的回应，也有新增内容。笔者对这些修订逐一进行评述。

首先，《修正案》第 56 条共作出了三项修订。第一，提高垄断协议主体的罚款额度。现行《反垄断法》对于垄断协议主体的罚款有两项规定：一是处以上一年度销售额 1%~10% 的罚款；二是尚未实施垄断协议的，处 50 万元（文中若未特别标明，其货币单位一律为人民币）以下的罚款。《修正案》对于第一项规定没有做更改，但是将第二项中罚款额度从 50 万元提高到 300 万元。提高罚款数额是对我国经济发展水平提升的回应，意在增加垄断行为的违法成本。实践中垄断协议参与者的市场影响力越来越大，50 万元的限额早已不能对市场主体产生足够的威慑力。

第二，《修正案》新增规定：垄断协议参与人上一年度没有销售额的，处 500 万元以下的罚款。该新增修订让人感觉比较难理解。上一年度没有销售额只有两种情形：一是垄断协议达成但未实施，因此没有销售行为和销售额；二是垄断协议达成并实施，但仅在上一年度没有执行，因此没有销售额。对于第一种情形，应当参照“尚未实施的垄断协议”进行处理，即处以 300 万元以下的罚款。对于第二种情形，若仅上一年度没有执行，则意味着垄断协议行为的中止；应当往前追溯到垄断协议执行的最后一个年度，并按照 1%~10% 进行处罚。因此，笔者认为此新增条款不具有可执行的意义，建议删除。

第三，对行业协会的罚款额度提升到 300 万元。现行《反垄断法》对行业协会的处罚限额为 50 万元。这可能是考虑到行业协会一般不参与生产经营，其“销售额”只有会员费，不足以支撑高额的反垄断罚款。但在实践中发现有些行业协会也参与生产经营，并且销售额很高。²⁰ 该项修订有利于执法机构按照客观市场现实进行执法。

其次，《修正案》第 58 条提高了对于应当申报但未申报的经营者集中的法律责任。我国的经营者集中实行强制申报，即满足申报标准的集中必须主动申报。现行《反垄断法》对于未申报而实施集中的法律责任有二：采取必要措施恢复到集中前的状态以及 50 万元以下的罚款。这两个法律责任存在惩罚力度断层的问题。我国对于经营者集中的申报标准是按照营业额进行计算的，标准为全球营业额超过 100 亿元或者中国境内营业额超过 20 亿元。²¹ 一方面，此等规模的企业合并，单“分手费”就可达千万级别。若“恢复到集中前的状态”，则实际经济损失会几十倍于 50 万元的罚金。因此，我国的执法机构在过往实践中从未适用过“恢复原状”的处罚方式。另一方面，50 万元的处罚限额对于大规模企业的合并又难以起到警示效果，实践中成功“抢跑”带来的利益诱惑要远大于 50 万元的罚款，因此有必要将处罚额度提高到可以产生威慑力的水平。

对此，《修正案》区分了两种不同性质的未申报集中。对于具有或者可能具有排除限制竞争效果的未申报集中，处上一年度销售额 10% 以下的罚款；对于不具有排除限制竞争效果的未申报集中，处 500 万元以下的罚款。按照垄断协议与滥用行为的处罚标准对性质恶劣的未申报集中进行处罚是国际惯例。²² 笔者对之也表示赞同，但笔者认为第一种未申报集中的表述“具有或者可

能具有排除、限制竞争效果”存在问题。经营者集中是事先审查，这意味着对经营者集中的任何审查和评估都只是预判。因此，经营者集中的审查结论只能是集中后可能具有排除限制竞争的效果，不可能会出现一定会产生排除限制竞争效果的认定。因此，应当删除“具有”的表述，修改为“可能具有排除、限制竞争效果”。

再次，《修正案》第 59 条新增规定：“……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。”现行《反垄断法》在第 46 条和第 47 条主要规定了三种法律责任：“停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额 1%~10% 的罚款。”该规定中“并”字意味着这三种法律责任必须同时实施。但在所有垄断案件中都实施没收违法所得存在很多问题。第一，有些垄断行为（比如低于成本销售、拒绝交易）不会产生违法所得。第二，反垄断罚款以上一年度销售额中的浮动比例为计算方式，这种处罚方式已经将没收违法所得考虑在内。^[17]第三，实践中已多次出现违法所得难以准确计算，最终没有没收违法所得的案件。^[18]因此，我国有学者建议删除没收违法所得的硬性要求，将之作为确定罚款数额的考虑因素。

不过，笔者不赞同完全取消没收违法所得的观点，而支持《修正案》中的规定。我国在执法实践中已经出现只按照上一年度的销售额不足以真正处罚涉案违法行为的案件，此即“上海海基业垄断协议案”。²³涉案主体上海海基业公司实施垄断行为长达五年，被处罚没收违法所得 1985.5 万元及 2014 年度销售额 8% 的罚款 7.6 万元。

根据罚款金额我们可以推算出上海海基业 2014 年的销售额约为 95 万元；但根据违法所得来看，其年均销售额为 397 万元，二者相差了四倍多。从这两个数据我们可以得知，当事人应当是在实施垄断协议初期获得了巨大收益，但随着时间的推移收益开始快速递减，从而导致实施垄断行为的最后一年销售额极低的现象。该案凸显了以上一年度销售额作为罚款基准的逻辑漏洞——假定涉案经营者每年度的销售额大致持平。因此，若不保留没收违法所得的规定，此类案件中的垄断行为将难以受到公正的处罚。

《修正案》第 62 条加强了反垄断程序性罚款的力度。对于在反垄断调查中影响执法机构工作进程的行为（如拒不提供信息、提供虚假信息、隐匿销毁证据等行为），现行《反垄断法》规定对个人最高可处 10 万元、单位最高可处 100 万元的罚款。《修正案》将对个人罚款的最高限额提升为 50 万元，对单位的处罚限额提升为上一年度销售额的 1%。该修订应当是参考了欧盟对于影响反垄断调查的程序性处罚。²⁴笔者也认为既有的处罚额度较低，难以起到应有的警示效果，因此对该修订也表示赞同。

最后，《修正案》第 63 条对反垄断罚款作出了最为重大的修订，即对于“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的”垄断行为，可以按照前述罚款限额的两倍以上五倍以下进行处罚。换言之，对垄断协议、滥用行为、经营者集中最高可处以上一年度营业额 50% 的罚款；对于程序性违法事项最高可以处上一年度营业额 5% 的罚款。

这种加重处罚的方式是《修正案》首创。我国反垄断罚款的方式来源于欧盟。欧盟竞争法不存在任何类似的加重处罚条款。即便在世界反垄断历史上罚款数额排名第一的欧盟“谷歌安卓案”中，欧盟还是按照正常的罚款限额对谷歌处以 43.4 亿欧元罚款（约折合人民币 311 亿元），约为谷歌 2017 年度销售额的 4.4%。²⁵而美国并无以销售额为比例的反垄断罚款方式。美国反垄断罚款的最高限额为一亿美元；此外，按照美国联邦行政处罚法，对于情节严重的违法行为可额外征收垄断主体违法所得两倍以下的罚款。²⁶

目前，美国反垄断罚款数额最高的案件为 2017 年的“花旗银行案”，罚金为 9.25 亿美元（约折合人民币 58.5 亿元）。²⁷我国反垄断最高处罚金额发生在“阿里巴巴案”，为 182.28 亿元，远超美国。但美国《谢尔曼反托拉斯法案》的威慑力并未因罚款金额不高而被经营者无视；因此，我国无须通过提高罚款数额的方式提升《反垄断法》的威慑力。此外，我国的反垄断罚款中的销售额采用的是“全口径”标准销售额，而不是与垄断行为相关的销售额。²⁸这种以“全口径”销售额为计算基础的处罚方式本身就带有加重处罚的色彩。鉴于此，笔者认为我国不宜再引入加重处罚的规定，建议在新《反垄断法》中删除《修正案》第 63 条。

五、垄断行为的刑事责任

法律责任一旦与刑法接轨就意味着威慑性层面的重大突破。若说《修正案》第 63 条已然大大加重垄断主体的法律责任，那么新增第 67 条的规定则更甚。该条规定：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”现行《反垄断法》也有关于刑事责任的规定，但仅限于阻碍反垄断调查的行为²⁹与反垄断执法机构工作人员滥用职权的行为³⁰。此二者均为程序性的刑事责任，不涉及实施垄断行为本身应当承担的实体性刑事责任。《修正案》第 67 条的内容非常暧昧。该条将其他条文中的刑事责任完全吸收。这意味着《修正案》依然认可程序性行为可能导致刑事责任。笔者对此没有异议。但该条引发的新问题是垄断行为是否会导致实体性刑事责任。在此我们首先需要明确的是，现行《刑法》中并无垄断行为导致刑事责任的相关规定。根据“罪刑法定”的基本原则，即便《修正案》第 67 条最终被通过，在《刑法》修订之前也无法得到实施。鉴于此条款引发了国内外的广泛关注，下文就垄断行为可能引发的实体性刑事责任进行研究。

我国的垄断行为共有四类：垄断协议、滥用行为、经营者集中、行政垄断。首先，笔者认为应当排除经营者集中的刑事责任。经营者集中是事先审查的垄断行为。我国实行经营者集中的事先强制申报制度。在经营者申请集中申报之时尚未实施集中，因此也不会对竞争机制造成任何实质性的损害。经营者集中的审查决定也只能是评价该集中是否有可能排除限制竞争。这种预测性的结论不足以导致申报方承担刑事责任。若对经营者集中的申报方施加刑事责任，则会造成寒蝉效应——鉴于刑事责任的过度威慑，经营者可能会大幅减少甚至完全放弃企业合并。此外，国际上也没有对经营者集中施以刑事责任的先例。

其次，笔者认为对于行政垄断也没有必要设置单独的刑事责任。行政垄断是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力排除限制竞争的行为。在实施此类行为时，直接负责的主管人员和其他直接责任人员涉嫌的具体行为主要是滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊等。若造成重大影响，运用现行《刑法》中的相关罪名即可处理，无须在《反垄断法》中作出特殊规定。

那么剩下的问题就是能否对垄断协议和滥用行为施加刑事责任。刑事责任可以分为主刑与附加刑。原则上垄断行为不涉及政治活动，没有政治权利刑的适用空间。而纯粹的财产刑与行政处罚没有本质差异。那么《修正案》第 67 条中的终极疑问在于能否对垄断行为实施者（即实施主体的高级管理人员）施加人身刑。鉴于我国从未对垄断行为施加过刑事责任，有必要对国际层面的处理方式进行比较研究。根据经济与合作组织的统计，全世界对垄断行为施加刑事责任的国家不多，共有 38 个（约占反垄断法域总数的三成^[19]），如美国、英国、澳大利亚、日本等。^[20]并且，这些国家只针对本身违法的垄断行为规定刑事责任，具体行为仅包括固定价格、限制产出、分割市场、串通投标这四类。不难看出，国际实践对垄断行为刑事责任的范围限定非常严格，行为类型也都非常明确。因此，我国若要进行反垄断法与刑法的接轨，也应当严格限制在上述行为中，^[21]通过立法释明仅对这些特定的垄断行为增加实体性刑事责任，其他垄断行为适用行政处罚即可。

六、结语

我们应当借助此次《反垄断法》全面修订的机遇加速我国比肩欧美反垄断执法的进程。总体而言，《修正案》对现行《反垄断法》进行了查漏补缺，吸收了多年以来的执法经验，回应了实践中出现的问题，修补了法律条文中原则、方法、规定等方面的漏洞，但仍存在一些痼疾和缺乏可落实性的规定。笔者选取四个争议较大且具有代表性的问题进行评议并提出完善建议，分别为转售价格维持的举证责任、集中审查的“中止审查期限”制度、反垄断罚款中的加重处罚制度以及垄断行为的刑事责任。

笔者认为，以合理原则和本身违法为代表的原则之争长久以来一直存在于我国转售价格维持案件的处理之中，其症结为究竟应当由何者承担举证不利的责任。就此问题的争议曾蔓延至最高院，但是囿于法治环境和经济社会条件，该问题至今没有定论，致使两种原则并行的扭曲局面延续至今。笔者认为选择本身违法或者合理原则并无本质上的优劣之分，但我们应尽快结束两套体系并存的局面。“中止审查期限”是此次修订新增的内容。该制度源于欧盟经营者集中审查的实践经验。但如何与我国既有延长审查期限实现互补是目前修法中的主要问题。通过对修法文义的梳理，笔者认为这两种制度在表述上的区别还未达到显

著性的程度,经过综合分析后,建议删除“新情况、新事实”的法定情形,只保留第一种和第三种法定情形。加重行政处罚处罚的修订是为了回应社会经济发展水平提高而采取的强化威慑力的惩罚措施。但该制度过于严厉,缺乏国际经验的支持,笔者建议删除。此外,我们可以对垄断行为施加刑事责任,但应当将之明确限缩为本身违法的垄断行为,与国际实践保持一致。

对一个部门法的全面修订是一项宏大的工程,涉及学理的逻辑建设和制度的具体实现。在反垄断规则的语境下,我们还需要充分考虑经济行为的复杂性和关联性。反垄断的核心要求是处理好市场与政府的关系。在合理强化市场干预的大背景下,《反垄断法》的修订应当援用法治建设方法,进行系统性的查漏补缺,使具体垄断行为的分析原则、分析框架具有连贯性和体系性,如此才能最终贯彻落实党中央、国务院关于强化反垄断和防止资本无序扩张的战略部署。

参考文献:

- [1]侯利阳.我国反垄断行政诉讼的困境及因应——基于 165 份判决书的实证分析[J].法学,2022, (1).
- [2]游钰.论反垄断执法的司法审查[J].中国法学,2013, (6).
- [3]王健.垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究[J].法学,2014, (3).
- [4]侯利阳.《反垄断法》不能承受之重——我国反垄断执法五周年回顾与展望[J].交大法学,2013, (2).
- [5]王先林.论我国垄断协议规制制度的实施与完善——以《反垄断法》修订为视角[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2020, (1).
- [6]焦海涛.纵向非价格垄断协议的反垄断法规制:困境与出路[J].现代法学,2019, (4).
- [7]李剑.中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服[J].法学家,2018, (1).
- [8]陈云良.反垄断民事公益诉讼:消费者遭受垄断损害的救济之路[J].现代法学,2018, (5).
- [9]张骏.法经济学视阈下转售价格维持反垄断法实施的理想路径选择——兼论我国《反垄断法》的相关修订[J].法学评论,2020, (4).
- [10]时建中.《中华人民共和国反垄断法》专家修改建议稿及详细说明[M].北京:中国政法大学出版社,2020.
- [11]侯利阳.转售价格维持的本土化探析:理论冲突、执法异化与路径选择[J].法学家,2016, (6).
- [12]李剑.中国反垄断法实施中的体系冲突与化解[J].中国法学,2014, (6).
- [13]兰磊.转售价格维持违法推定之批判[J].清华法学,2016, (2).
- [14]侯利阳.垄断行为类型化中的跨界行为:以联合抵制为视角[J].中外法学,2016, (4).
- [15]李剑.经营者集中强制申报制度的实效与转变[J].交大法学,2021, (4).

[16]叶军. 经营者集中反垄断控制限制性条件的比较分析和选择适用[J]. 中外法学, 2019, (4).

[17]王健, 方翔. 反垄断没收违法所得适用的现实困境与解决思路[J]. 竞争政策研究, 2018, (1).

[18]冯博. 没收违法所得与罚款在反垄断执法中的组合适用[J]. 法商研究, 2018, (3).

[19]Anu Bradford, Adam S. Chilton, Christopher Megaw and Nathaniel Sokol, "Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets". Journal of Empirical Studies, 2019, 16(2):411-443.

[20]OECD, "Sanctions in Antitrust Cases", DAF/COMP/GF(2016)14, 2018. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)14/en/pdf).

[21]蒋岩波, 黄娟. 卡特尔行为反垄断法与刑法的协同规制[J]. 江西社会科学, 2020, (10).

注释:

1 搜狐网 https://www.sohu.com/a/337639925_161795; 大成反垄断实务评论网 <http://www.yidianzixun.com/article/OLEj08UZ>; 吴振国《致力公平竞争服务改革发展——2019年反垄断工作综述》(《中国价格监管与反垄断》2020年第3期)。

2 市场监管总局就《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》公开征求意见的公告, 网址 https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202001/t20200102_310120.html。

3 新华社每日电讯《反垄断法修正草案首次提请审议》, 网址 http://www.news.cn/mrdx/2021-10/20/c_1310257334.htm。

4 《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处[2021]28号)。

5 《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》第1条;《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》第1条;《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第1条。

6 《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)。

7 《经营者集中审查暂行规定》第6条。

8 《公平竞争审查制度实施细则》(国市监反垄规[2021]2号)。

9 比如欧盟对此就有明确的案例可供参考, 参见 C-194/14 P, AC-Treuhand AG v European Commission, ECLI:EU:C:2015:717。

10 《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》第13条;《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》第5条。

11 《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》第4条。

12 最高人民法院（2018）最高法行申 4675 号行政裁定书。

13 《反垄断法》第 15 条。

14 European Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 23/1, 29.1.2004, Article 10(4).

15 《反垄断法》第 25 条和第 26 条。

16 《经营者集中审查暂行规定》第 17 条。

17 《经营者集中审查暂行规定》第 32 条。

18 European Commission, “Competition:Merger control procedures”, https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-02/merger_control_procedures_en.pdf.

19 Case T-310/01, DEP-Schneider Electric v Commission, ECLI:EU:T:2002:254, para. 106.

20 比如在“广东粤超诉广东省足协案”中，广东省足协被最高院认定为适格的垄断主体。参见中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2015）民申字第 2313 号。我国足协深度参与足球比赛的组织与经营工作，具有较高的营业收入。

21 《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第 3 条。

22 European Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 23/1, 29.1.2004, Article 14(2).

23 《安徽省市场监督管理局行政处罚决定书》（皖工商公处字[2016]1 号）。

24 European Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, Article 23.

25 Case AT. 40099, Google Android, 18/07/2018.

26 US Federal Trade Commission, “The Antitrust Laws” (2022), <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>.

27 US Department of Justice, “Sherman Act Violations Resulting in Criminal Fines&Penalties of\$10 Million or More” (2022), <https://www.justice.gov/atr/sherman-act-violations-yielding-corporate-fine-10-million-or-more>.

28 比如在“阿里巴巴二选一”案中，涉案的相关市场被界定为“网络零售平台服务”。原则上阿里巴巴“二选一”的行为仅危害了网络零售平台服务市场的竞争，对阿里巴巴所经营的其他业务没有直接影响。但在进行处罚的时候，执法机构以阿里巴巴 2019 年的“全口径”营业额作为计算基础，未扣除与涉案垄断行为无关的其他业务。参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》（国市监处[2021]28 号）。

29 《反垄断法》第 52 条。

30 《反垄断法》第 54 条。