

美国律师公会反托拉斯法部、知识产权部和国际法部（“三部门”）对中华人民共和国反垄断法 2005 年 4 月 8 日修改草案的部分条款的修改建议*

（本修改建议是对三部门于 2005 年 5 月 19 日提交给中国对外经济贸易合作部吴振国先生的共同建议的进一步补充）

美国律师公会反托拉斯法部、知识产权部和国际法部（以下合称“三部门”）藉此机会对中华人民共和国反垄断法 2005 年 4 月 8 日修改草案的部分条款提供进一步修改建议，以此补充三部门在 2005 年 5 月 19 日所提交的对中华人民共和国所拟议的反垄断法的共同建议（“2005 年 5 月共同建议”）。本文所陈述之内容代表了三部门的共同观点，但未经美国律师公会之会员代表大会或理事会的批准，因此不应被视为代表美国律师公会的政策。

作为 2005 年 5 月共同建议的补充，本建议将对如何修改共同建议提供更为具体的解释说明。¹

第二章 禁止垄断协议

第八条 禁止垄断协议

我们建议对第八条作以下修改：

1. 在第一段落中，我们建议采用“严重性”标准以确定垄断，从而与美国和欧盟反垄断法所运用的反垄断协议界定标准更加一致。按照这一标准，只有那些

* 参与拟定本修改建议的工作组成员包括：Michael E. Burke, Nathan G. Bush, Yee Wah Chin, H. Stephen Harris, Jr., William J. Kolasky, and Abbott B. Lipsky, Jr.

¹ 在本建议中，三部门并未对 2005 年 5 月共同建议中所讨论的每项条款作修改说明。这是因为考虑到 2005 年 5 月共同建议中对某些条款所建议的修改不需要具体范例，而某些条款，例如第 16 条，第 18 条，已建议被删除，另外一些条款，例如第 45 条，恰当的修改可能会牵涉许多其他法律法规。

消除或严重限制相关市场竞争的协议才会被禁止，而任何两个经营者之间的正当竞争不至于被消除或限制。

2. 在第二段落中，我们建议此段落应清楚说明所列举的各类协议将被假定会消除或严重限制竞争。这一说明不但与美国和欧盟反垄断法一致，而且据我们理解，也是法律起草者的意图所在。

3. 在第二段落中，我们还建议将假定非法协议的范围限制为实际或者潜在竞争者之间的水平协议，但维持转售价格的协议不包括在内。对于维持转售价格的协议，我们建议将假定的非法性限制为设定最低转售价格，而非最高转售价格。同样，这将与美国和欧盟反垄断法一致。

4. 我们建议删除对出版行业中转售价格维持的豁免，因为我们认为通常应该避免针对具体行业的豁免。

第八条（禁止垄断协议）

[禁止]经营者之间在相关市场内达成[旨在]很可能具有或实际上具有排除、限制竞争效果的协议、决定或者其他协同一致的行为（协议、决定或者其他协同一致的行为以下统称为“协议”）应非法。

就第一段落而言，下列协议应假定为具有消除或严重限制相关市场竞争的可能或实际效果，除非协议有助于经济资源的统一利用以实现第九条规定的目的：²

A.在潜在或现实的竞争者之间就其有竞争性的产品或市场达成下列协议：

（一）统一确定、维持或者变更商品价格的；

²但是，请参见 2005 年 5 月共同建议 12 页关于第 9 条的建议。第 9 条应修改以便就一个具体协议，可在破坏竞争的可能性与潜在利益之间求得平衡，第 9 条（2）款应删除。第 9 条（4）款应作澄清并规定如果协议对中国境内市场的竞争有不利影响，则不适用本款。

- (二) 限制商品的生产或者销售数量的；
- (三) 分割销售市场或者原材料采购市场的；
- (四) 限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品的；
- (五) 联合抵制交易的；或
[限制转售价格的]
- (六) 串通招投标的；或

B. 一家或多家卖方与买方之间达成设定最低转售价格的协议。

经营者协议涉及的商品在协议有效期内，在相关市场所占份额不超过十分之一的，不适用[前款]本条规定。

~~[出版物发行、销售过程中限制转售价格的行为不适用第一款规定。]~~

第三章 禁止滥用市场支配地位

第 15 条 市场支配地位的推定

我们建议以另一种方式定义第 15 条，此方式与现在拟定的条款有如下差异：

1. 我们建议删除如下推定：任何拥有一半市场份额的经营者具有市场支配地位。相反，我们建议包含如下推定：市场份额少于一半的公司不可被推定有市场支配地位。我们相信这与美国和欧盟的反垄断法更为一致。

2. 我们更为清楚地表述了依据什么事实可以推定一个公司具有市场支配地位，即小的竞争者不会具备能力和动力去限制处于支配地位的公司对其市场影响力的运用。这是美国反垄断法下使用的推定原则。美国法庭将市场影响力定义为

提高价格或排除竞争者的能力。³ 正如最近某个美国法庭所述，“评估市场竞争力的决定因素不是市场份额，而是维持市场份额的能力。” *United States v. Dentsply Intern., Inc.*, 399 F.3d 181, 187 (3d Cir. 2005), <http://www.ca3.uscourts.gov/opinarch/034097p.pdf> .

3. 与 2003 年 7 月和 2005 年 5 月的共同建议⁴ 一致，我们建议删除包含联合支配概念的第二段。美国法没有联合支配的概念，而此概念在欧盟法第 82 条下也很少被引用。

4. 如果国务院决定保留联合支配的概念，我们建议增加一个附加的要求，即要推定经营者具有联合支配的市场地位，经营者必须“通过合同、组织结构或者经济上的联系相结合，以至于它们在市场上采取相同的行为”。欧盟法对联合支配也有这样的要求，包含此要求有必要清楚阐明仅凭集中市场中的有意平行行为并不足以认定联合支配的存在。这一要求是非常必要的，因为如果没有它，第三章的应用会过于广泛，有可能阻碍只有少数参与者的市场中的合法竞争行为。

第十五条 (市场支配地位的推定)

如果一个经营者在相关市场的占有率达到二分之一以上，而小竞争者们不具备足够能力和动力去限制该经营者对市场影响力 (定义见第十三条)⁵的运用 (考虑第十四条中规定的因素)⁶，则可推定该经营者

³ 参见 *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966),

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=384&page=563>

⁴ 参照 2003 年 7 月共同建议 11-12 页；2005 年 5 月共同建议 15-16 页。

⁵ 请参见 2005 年 5 月共同建议 14-15 页关于第 13 条的建议，提议第 13 条作修改，将“一个或者几个”改成“一个”，读作：“本法所称市场支配地位，是指一个经营者具有决定、维持或者变更相关市场内商品价格、数量或者其他交易条件，排除或限制竞争的能力。”

⁶ 请参见 2005 年 5 月共同建议 14-15 页关于第 14 条的建议，提议下列因素应明确包括在第 14 条中：(a)其他公司进入市场或扩大产出的能力；(b)竞争者们在市场中重新定位的能力，以及(c)买方对抗力的存在。此外，时间因素也应包括在第 14 条中。最后，第 14 条(iv)、(v)款应删除。

具有市场支配地位。在相关市场拥有市场份额不足一半的经营者不具有市场支配地位。

[市场占有率居前两位的两个经营者，其共同市场占有率达到三分之二以上的，或市场占有率居前三位的三个经营者（每一个经营者占有十分之一以上的市场），其共同市场占有率达到四分之三以上的，如果他们通过合同性、结构性或其它经济纽带联合起来以在市场上采取一致行为，则可被推定居于市场支配地位。]

第 20 条 独家交易、强制交易

因为独家交易有可能是为了合理提高效率，三部门建议增加“无合理商业原因”⁷。我们还增加“严重”一词，因为除非这种交易方式对竞争有严重的负面影响，否则不应被禁止。另外，根据 2005 年 5 月共同建议中所述原因⁸，我们建议删除“与其他经营者”的限制用语。

第二十条（独家交易、强制交易）

具有市场支配地位的经营者，如果没有合法的商业理由能够使提高效率或消费者福利的程度超过对竞争的消除或限制，不得有要求其他经营者只销售自己的商品，不销售其他经营者的商品或者限定他人购买其指定经营者的商品等独家交易或者强制交易的行为，排除或者严重限制[其他经营者的]竞争。

第 22 条 拒绝进入网络

三部门重申 2005 年 5 月共同建议中的若干观点：此条款可能被用来强制一个竞争者进入另一个竞争者基础设施而导致潜在的有害效果，此条款有必要包含具

⁷ 2003 年 7 月共同建议第 19-20 页；2005 年 5 月共同建议第 19 页。

⁸ 2005 年 5 月共同建议第 19 页。

体标准以限制其应用⁹。为解决 2005 年 5 月共同建议中提到的这些问题，三部门建议以如下方式定义第 22 条：

第二十二条（拒绝进入网络）

不要求具有市场支配地位的经营者（“市场支配地位经营者”），如第十三条之定义¹⁰，接纳其他经营者进入其拥有的网络或者其他基础设施，除非要求进入的经营者能够证明：(1)对进入要求的拒绝将几乎完全扼杀相关市场上的竞争；(2)网络或其他基础设施由市场支配地位经营者拥有或完全控制；(3)要求接入的经营者在合理或现实可行的情况下不能复制网络或者其他基础设施，或在进入网络或者其他基础设施方面没有别的合理选择；(4)经营者已要求进入但市场支配地位经营者拒绝其进入网络或其他基础设施；(5)市场地位经营者能够现实可行地使经营者进入其网络或其他基础设施；(6)经营者愿意并且能够为进入网络或其他基础设施支付公平市场价格给市场支配地位经营者。“网络”指用实物设施进行内部联接的系统，如电话或铁路系统。“其他基础设施”指其它实物设施，如桥梁和隧道。

第四章 经营者集中

第 24 条申报的标准及销售额等的计算

我们建议从两个方面修改第 24 条中的第一方案，以符合 ICN 对兼并申报的实践指导中的申报标准。首先，建议删除市场份额标准。这一修改使第 24 条符合 ICN 实践指导中的主张，即鉴于主观市场份额标准在实践中应用的困难，不建议使用该标准。其次，增改第（1）节，规定至少两个交易方在中国境内的资产或者上一年度销售额超过 30 亿元人民币。这一改变使第 24 条符合 ICN 实践指导中的主张，即除非至少两个交易方在申报辖区内拥有资产或者上一年度销售额，否则不需

⁹ 2005 年 5 月共同建议第 20 页。

¹⁰ 参见上文对第 13 条的注释 5。

要申报。我们还建议反垄断主管机构有权根据经济发展水平和市场状况提高申报标准。

第二十四条（申报的标准及销售额等的计算）

经营者集中有下列情形之一的，应当事先向国务院反垄断主管机构申报：

（一）集中的交易额超过 3 亿元人民币，并且参与集中的经营者在世界范围内的资产或者上一年度总销售额超过 50 亿元人民币，至少一个经营者在中国境内的资产或者上一年度销售额超过 30 亿元人民币并且至少另外一个经营者在中国境内的资产或者上一年度销售额超过 3 亿元人民币；或

（二）在中国境内的集中的交易额超过 5 亿元人民币的；

~~（三）参与集中的一方当事人在中国境内相关市场上的占有率已达到 20% 以上的；~~

~~（四）集中将导致参与集中的一方当事人在中国境内相关市场上的占有率达到 25% 以上的。~~

计算第一款规定的销售额或者资产总额[及市场份额]时，应当将与该经营者[具有]控制及共同受之控制[或者从属关系]的经营者的销售额、资产总额以及市场份额一并计算。

国务院反垄断主管机构应有权根据经济发展和市场情况阶段性地提高本条中的标准。

第 26 条 集中申报应备文件

我们建议对第 26 条作如下修改以符合 ICN 实践指导：为减轻申报方初次申报时材料提供的负担，不必提供反垄断主管机构决定是否需要作进一步实质性第二阶段审查并非必需的材料。

第二十六条（集中申报应备文件）

经营者根据第二十四条、第二十五条规定向国务院反垄断主管机构提请集中的批准，应当提交下列文件：

- （一）申请书；
- （二）经营者的基本情况；
- （三）经营者上一会计年度的财务会计报告及营业报告；
- （四）经营者的相关商品的生产或者经营成本、销售价格及产量等资料和销售，以人民币和如果适用的话，以单位计算；
- （五）实施集中对相关市场竞争的影响、国民经济和社会公共利益的影响；
- （六）经营者集中的理由；
- （七）预定集中的日期；
- （八）国务院反垄断主管机构规定的其他文件。

在本条中，“相关商品”应指经营者出售的竞争性商品；“相关市场”应指商品和（商品出售的）区域市场（如第四条所定义）。

第 27 条 等待期间

我们建议对第 27 条作两个修改以符合 ICN 实践指导。第一，我们建议将等待期由 45 个工作日缩短为国际上通用的 30 个日历日。第二，我们建议授权给反垄断主管机构，一旦该机构认定交易不会引起严重竞争问题，该机构可以提前终止等待期。同样，这与国际通行的实践标准一致。根据那些与交易无直接关系的国家的审查经验，缺少此授权条款可能延误交易。

第二十七条（等待期间）

自国务院反垄断主管机构收到经营者按照本法第二十六条规定提交的申报资料之日起，经营者在~~[45 个工作日]~~30 个日历日内不得实施集中。

国务院反垄断主管机构在~~[45个工作日]~~30个日历日内未作出进一步审查决定的，经营者可以实施集中。

如果国务院反垄断主管机构认定申报的交易不会引起重大反垄断问题，其可随时终止等待期间。

第 29 条 实质审查

我们对第 29 条的修改建议包括：将第一段中的“45”改成“30”以和我们对第 27 条的修改建议一致，明确规定第二等待期间的延期以日历日计算，明确规定第二等待期间可以加延 90 个日历日或延期最长不超过 180 个日历日，明确规定第三段中三种情形中的任何一种足以使第二等待期间延期。尽管与工作日相比，采用日历日制可能缩短实际等待期，但是这样将使等待期与许多其他法律辖区一致。

第二十九条 (实质审查)

国务院反垄断主管机构认为有必要对经营者集中作进一步审查的，应当自收到经营者提交的申报资料之日起~~[45个工作日]~~30个日历日内以书面形式通知申报经营者。

国务院反垄断主管机构应当自作出进一步审查决定之日起 90 个~~[工作]~~日历日内作出批准集中或者禁止集中的决定，并可以在批准决定中附加限制性条件。

有下列情形之一的，国务院反垄断主管机构可以延长第二款规定的时限，但最长不得超过~~[180工作]~~再一个 90 个日历日：

- (一) 经申报经营者同意再延长期间的；
- (二) 经营者申报的材料不准确、需进一步核实的；
- (三) 经营者申报后出现其他重大情况的。

第 30 条 禁止集中的情形

我们建议对第 30 条作技术性更正以更符合我们在第 8 条中所建议的垄断协议非法性标准。另外，如果我们对第 15 条删除联合支配概念的建议被采纳，我们建议将第 30 条中的“并且”改为“或者可能”，这样可能禁止那些会严重限制竞争但不形成具有市场支配地位的个体的经营者集中情形。这正是目前美国和欧盟法所执行的标准。¹¹

第三十条 (禁止集中的情形)

经营者的集中可能产生或者加强市场支配地位，~~{并且}~~ (或可能) 排除或者实质性地限制相关市场竞争的，国务院反垄断主管机构应当作出禁止集中的决定。但是，经营者集中能够证明对国民经济发展和社会公共利益~~[确]~~有重大利益的，国务院反垄断主管机构可以作出批准集中的决定。

第 31 条 征求意见

我们建议在第 31 条增加一段以明确说明如果没有材料提供者的书面同意，反垄断主管机构不可以向行业主管部门透露受第 41 条所保护的商业秘密。

第三十一条 (征求意见)

国务院反垄断主管机构作出批准或者禁止集中的决定，应当在作出决定前征求有关行业主管部门的意见。

未经提供保密信息方的事先书面同意或未按第四十一条规定进行通知，国务院反垄断主管机构在征求意见时不得向任何行业主管部门披露第四十一条所保护的任何保密信息。

¹¹ 反之，如果我们对第 15 条的建议不被采纳，那么我们建议保留“并且”，这样只有那些导致消除或严重限制相关市场竞争的交易才会被禁止。

第 31A 条 实施

我们建议在第 31 条之后增加一条来诠释第 4 章中的实施问题。新增的这一条将要求反垄断主管部门在本法颁布的一年内制定第四章的实施条例，而且直到实施条例颁布以后，第四章才能生效。当合并前申报最早提出时，美国和欧盟都曾使用过此办法。新增的这一条也明确指出，当第四章生效时，第四章会取代《外国投资者并购境内企业暂行规定》中的第 19-22 条。

第三十一 A 条（实施）

自本法施行之日起一年内，国务院反垄断法主管机构应颁布其认定为实施本第四章规定所必要的法规。在该些法规颁布并生效前至少 6 个月应公布法规草案向公众征求意见。本第四章项下的要求在上述法规颁布生效前不具效力。

2003 年 1 月 2 日由对外经济贸易合作部第 1 次部务会议审议通过的《外国投资者并购境内企业暂行规定》第 19-22 条在本法第四章生效后不再具有任何效力。

第 5 章 禁止行政性垄断

第 5 条（政府责任）和第 5 章（禁止行政性垄断）的基本意旨是重要而有益的。然而，这些条款在某些方面可以进一步完善明晰。

任何基于竞争市场原则的社会时常也会需要采用与竞争原则相抵触冲突的规定或其他政府行为。尽管竞争准则有时候不得不让位于其他公共政策，对于这些与竞争相矛盾的政策所作的孰先孰后，孰轻孰重的权衡决策应该公开透明，并且决策产生的体制架构应允许公众和政府解释任何可能造成的对竞争原则的背离。通过这样一个透明的过程提供明确的体制上的可靠性，将有助于公开考量相对于自由竞争的某些例外的价值，从而使任何权衡折衷更为人所知，以有助于保证竞争过程的益处只会在最小程度上被限制或牺牲，以满足必需的合法及意外公共政策目的。我

们坚信要求一个透明的决策过程也会提高在竞争和其他最终所选择目标之间做出妥协决定的政治合法性。

如果在实施与竞争冲突的管制行为时对可能导致的经济及其它方面的影响缺乏恰当的考虑，竞争法的标准会被轻易规避，而竞争法的根本目的也就无谓牺牲了。这是从长期以来很多其他国家在竞争法执行和其他管制机制相互作用方面所积累的广泛经验中得到的明确无可否认的教训。

因此，为了保证反垄断法下的竞争保护不会在缺乏恰当考虑和明确对后果承担责任的情况下被不必要牺牲或妥协，三部门敦促对第 5 条和第 5 章的以下各个方面予以澄清。第一，任何豁免，免除或对本法例外的权力要求，如果没有在本法中具体明确说明，应不予承认。第二，本法应明确适用于政府的各级职能机构。第三，对任何豁免，免除或对本法例外的权力要求合理性的最终裁定权应授予反垄断机构主管机构，同时受制于本法规定的适当法律审查。

参照如下建议，以上每一条加强条款可以直接加入第 5 条：

第五条（政府的责任）

各级人民政府及其所属部门应当采取措施，为公平竞争创造良好的环境和条件。由政府实体部分或全部拥有的经营者所得到的特别利益不能构成公共社会利益普遍受益的证明。

未经全国性立法的特别或明确授权，对反垄断法的免除、例外或豁免不得视为有效。

反垄断法应当适用于所有政府机关、机构和官员，所有由政府实体或政府部门全部或部分拥有的经营者以及所有其他经营者。

反垄断主管机构是唯一决定任何对反垄断法的免除或例外或豁免是否有效的机构。该等决定应受法律可能规定的合适司法审查的约束。

第 5 章的四项具体条款运用了关于政府机关及所属部门不恰当反竞争行为的两个基本概念：“滥用”（第 32-34 条）和“违反法律和行政法规”（第 35 条）。其中包含的原则是相同的：如果政府机关的“滥用”和“违反法律和行政法规”的行为造成具体条款中所述后果，此行为应被禁止。这些后果包括：限定他人买卖其指定的商品或者指定的供货商的商品（第 32 条），限制经营者的市场准入，或者商品在区域间的自由流动（第 33 条），强制从事反垄断法所禁止的行为（第 34 条），以及妨碍建立和完善“全国统一、规范有序的市场体系，损害公平竞争的环境”¹²（第 35 条）。

与之而来的问题是，哪种情形应被认为是“滥用”或“违反法律和行政法规”¹³。可以想见，政府从属部门在限制竞争会声明他们的行为符合对其权力的合法运用，从而使其行为产生被禁止的反竞争效果，同时避免了被标示为“滥用”或“违反法律和行政法规”。

因此，三部门建议的“滥用”或“违反法律和行政法规”的概念应和以上提到的透明和体制可靠性的原则挂钩：只有在法律具体明确准许的情况下，某些允许背离反垄断法的法规才能被视为有效。例如，第 5 章的 35 条后应附加如下一条：

第三十五 A 条（“滥用”和“违反法律和法规”）

在本第五章中，“滥用”和“违反法律和法规”应包括造成对反垄断法的免除、例外、豁免或其他减免，或鼓励、授权或以其他方式强制进行与本法规定不符的任意的任何政府行为，并且该等行为未经全国性立法具体和明确的授权。

¹² 银号中的内容可能造成一些含糊不明，以至于反垄断法的实施不能最好达到本法的根本目的。诸如“统一、规范”，“公平竞争的环境”等未定义的用语应考虑明确其意或删除。参照 2003 年 7 月共同建议 7-10 页；2005 年 5 月共同建议 26-28 页。

¹³ 2005 年 5 月共同建议 26-28 页。

或者，第 32-34 条中的禁止行为可以进一步明确，合并到一条来具体定义禁止行为，删除“滥用”一词，如下所示：

第三十二 (-三十四条) (行政垄断行为)

任何政府、政府机关或政府雇员不得通过正式或非正式使用行政权力来(1)要求经营者或个人从其指定的经营者处购买商品；(2)限制经营者的商品进入市场或限制商品在地区之间的自由流通；或(3)强制经营者从事本法禁止的其他行为。与本法第五十五条一致，本条不适用于依照其他法律的授权采取的政府行为，。

在这种方式下，国务院反垄断主管机构将 (1) 确定被投诉的行政行为是否导致上述三种反竞争效果中的任何一种，以及 (2) 确定被投诉行为是否“符合其他法律的具体许可”。第二步直接着眼于在政府部门行政权力的法律依据和目的。这种方式可以避免不太明确的“滥用”概念，而同样诠释了禁止“滥用行政权力”。

与之类似，第 35 条也可以通过以下方式进一步加强，即规定除非经其他法律明确许可，所有反竞争行为应被禁止：

第三十五条 (普遍适用的行政行为)

任何政府、政府机关或政府雇员不得颁布法规限制或排除竞争，其目的或效果会阻碍一个统一有序的全国性市场和竞争环境的生成。与本法第五十五条一致，本条不适用于依照其他法律的授权采取的政府行为。

在这种方式下，国务院反垄断主管机构将 (1) 确定被投诉的法规是否限制或排除了竞争，(2) 确定被投诉的法规的目的或实际效果违背竞争，以及 (3) 确定被投诉法规是否“符合其他法律的具体许可”。这样第三步直接着眼于在政府部门新立法规的法律依据和目的。

第六章 反垄断主管机构

第 36 条 反垄断机构的设置

本法律草案的执行也可涉及中国加入 WTO 的承诺¹⁴。GATT、GATS 和 TRIPS 协定中的非歧视和国民待遇提供了针对所有（国内和国外）参与经济竞争者的透明和统一的竞争法执行（或不执行）标准。我们建议进一步增加条文以保障本法律的执行与以上承诺一致，符合并补充第五章对行政垄断的禁止，尤其是对第 33 条中地区封锁的禁止。

三部门还建议授权国务院反垄断主管机构及其地方分支机构呼吁竞争，因为这些机构深知创造市场竞争并不是反垄断主管机构单凭自身力量，哪怕加上遍布全国的分支机构可达成的目标。我们深信创造市场竞争需要相当的基础设施，还有其它政府机构和全社会的共同支持。¹⁵

第三十六条（反垄断机构的设置[及职责]）

国务院[设立]反垄断主管机构应当对所有经营者（无论中外）统一实施本法，除非有全国性立法对特别行为或特别经营者的豁免，并且反垄断机构应履行下列职责：

- （一）制定有关反垄断的政策和规章来实施本法，这些法规应当规定反垄断机构在履行职责时应遵循的程序；反垄断机构在制定和颁布政策和规章时应遵循第三十六 A 和 B 规定的程序；
- （二）受理并审查本法规定的有关反垄断事项；
- （三）依法裁决[对]反垄断案件[进行调查、处理]；
- （四）调查、评估市场竞争状况；
- （五）与国外反垄断主管机关和国际组织进行交流合作，负责有关竞争的多双边国际协定谈判；

¹⁴ 参照 2003 年 7 月共同建议 28-29 页。

¹⁵ 参照 2003 年 7 月共同建议 26-27；2005 年 5 月共同建议 28-29 页。

- (六) 处理与本法有关的其他事项；
- (七) 向其他政府实体宣传竞争政策和目标，并就本法和竞争政策教育公众。

第 36A-36E 条

2005 年 4 月 8 日的修改草案在几个重要的行政程序方面未作说明。三部门建议，建立同反垄断机构制定法规的权力相关的通知和评价程序，将会提高这些条规的质量，使反垄断机构得以利用国内外的专业经验，建立大众对反垄断机构运作能力的信任。¹⁶ 此外，既然反垄断机构引进和实施的法规将影响到外资企业，那么就可涉及中国 WTO 加入议定书的第 2(C)条，而第 2(C)条要求，对于影响外资企业的行政举措应该有通知和进行评价的机会。WTO 加入议定书似乎还要求中国政府有关部门发布官方公报。因此我们建议增加以下五个新条文（可在第 36 条之后）。

第三十六 A 条（反垄断机构制定法规的程序）

反垄断主管机构在执行本法第三十六条(一)项下的职责时，应于不迟于反垄断机构第一次考虑该法规之前三十（30）日在反垄断主管机构的公报和反垄断主管机构的网站上公布拟进行法规制定的公告。该等公告应包括(1)公共法规制定过程的时间、地点以及性质声明；(2)法规据其拟定的法律基础；以及(3)拟定法规的条款或内容或对涉及主题和问题的描述。

在本条要求的公告之后，反垄断主管机构应提供机会给利害关系方，使他们能够通过提交书面数据、观点或论据的方式（有或无口头陈述的机会）参与法规制定。反垄断主管机构在考虑提交的各项事宜后应将其基本观点和目的进行综合，并包含在最后制定的法规中。

反垄断主管机构不迟于正式生效日前 30 天应公布法规内容。

¹⁶ 参照 2003 年 7 月共同建议 27-29 页；2005 年 5 月共同建议 28-30 页。

第三十六 B 条（公开会议）

反垄断主管机构召开的法规制定会议应开放给公众观察，除非主管机构明确裁定并在公告中宣布这不符合公共社会利益。反垄断主管机构应在会议前至少一周发布通知，指明时间、地点、会议的主题、是否向公众开放，以及主管机构指定负责答复有关会议信息询问的官员的姓名和联系方式。

第三十六 C 条（反垄断机构信息披露）

反垄断主管机构应在其网站上公布并保留如下信息：(1)利害关系人可通过其获得信息、提交材料或提出要求或获知决定的中央和地方机构的地点、人员和方式；(2)程序规定、格式文件或可以领取格式文件的地点，以及所有文件、报告或测试的范围和内容指南；(3)由法律授权通过的具有普遍适用性的法规内容，以及由主管机构制定和通过的一般政策陈述或对普遍适用性的解释；(4)最终意见，包括共同意见和不同意见，以及案件审查中作出的命令；(5)任何主管机构已采用但未公布的政策陈述和解释；(6)对公众（中的一员）有影响的行政人员手册和对工作人员的指令；(7)如本条其他部分规定的发放给个人或经营者的材料，由于其标的物的性质，主管机构的决定已成为或可能成为后续有大致同样材料的请求目标；以及(8)本条第（7）款档案记录的一般索引。

经任何人或经营者依照本条提交书面要求，反垄断主管机构应向其提供所掌握的任何信息，但下列信息除外：

（a）从个人或经营者处获知的商业秘密和特许或保密的商业或财务信息；

（b）由国务院制定的规范特别授权并经根据该等规范作适当鉴别确定为国防或外交之需要而保密的；

(c) 只与主管机构的内部人事规章和实务有关的；

(d) 人事医疗档案及类似档案，对该等档案的披露将明显构成对个人隐私的不当侵犯；或

(e) 为法律实施的目的编辑的信息或材料，但范围仅限于该等信息或材料的出示(一)有合理预期会干扰实施程序，(二)将剥夺个人或经营者受到公平审判或公正裁判的权利，(三)有合理预期会构成对个人隐私的不当侵犯，(四)有合理预期会泄露对保密信息来源的认定，包括基于保密提供信息的政府机构或外国机构或政府或任何私人实体或个人，或(五)有合理预期会对任何个人的生命或人身安全构成威胁。

依据本条提出任何请求时，对所寻求的信息应进行合理描述。反垄断主管机构按照利害关系人要求的格式或形式提供档案（如果反垄断机构能够很方便地复制出该格式或形式的档案）。为本条的目的，反垄断机构应尽合理努力，以可复制的格式或形式保留档案。

为贯彻本条规定，反垄断机构应依据通知和收到的公众意见颁布法规，规定本条项下的请求所适用的费率表，并制定决定收费减免的程序和指南。收费应限制在只收取查找文件、复制和审核的费用并定出合理标准。

反垄断主管机构在收到任何该等请求二十（20）个日历日内应决定是否接受请求并立即将其决定通知提出请求的利害关系人，告知理由并且如果决定为不接受请求，告知利害关系人有第四十四条项下向中级人民法院提起上诉的权利。前句规定的时限可通过给提出请求的利害关系人书面通知的方式延长不超过十（10）个工作日。

在为避免明显不当侵犯个人隐私或损害为（a）至（e）款的豁免规定所保护的利益的范围内，反垄断主管机构可将其公布的或公众可接触的意见、政策陈述、解释、人员手册、指示或本条第（7）款中提到的材料复制中能够确定身份的细节删除。但对每一情形的理由说明或

删除应作充分的书面解释，并且删除的程度应在公布的或公众可接触的文件中指出，除非作这种指明将损害为的本条第（a）至（e）的豁免规定所保护的利益，这也是删除的依据所在。如果技术上可行，删除的程度应在材料上删除的地方标明。

反垄断机构对不是另一政府实体的利害关系人可依据、使用或援引对公众（中的一员）有影响的最终裁定、意见、政策陈述、解释或人员手册或指令以作先例，但必须是(A)如本条之规定已被录入索引并且已公布或公众可接触，或(B)其内容确实已及时告知该利害关系人。

第三十六 D 条（非利害关系人）

利害关系人不得代表主管机构参与任何调查或参与任何由反垄断主管机构承担的行动或程序的决策进程。

第三十六 E 条（对制裁和实体性法规的限制）

除反垄断主管机构授予权限或经法律授权外，不得实施制裁或颁布实体性法规或命令。

第 37 条 派出机构

三部门建议在第 37 章增加条文以阐明省级地方分支机构的具体职能，以保障反垄断法能在全中国范围内得到统一有效的实施。

第三十七条（派出机构）

国务院反垄断主管机构可以在省、自治区、直辖市设立派出机构。国务院反垄断主管机构对派出机构实行统一领导和管理。

国务院反垄断主管机构的派出机构[在]不受当地政府的法规和规章的约束，只受国务院反垄断主管机构的授权及其制定的程序的约束[范围内，履行反垄断职责]。

第 38 条 反垄断主管机构的调查职权

三部门建议增加条文，比如象 2004 年 7 月 1 日生效的行政许可法中对行政许可的限制,为反垄断主管机构的检查权力设定限制，规定反垄断主管机构封存或扣押物品或证据应得到人民法院的授权。申请人民法院授权的要求可以保障正确的程序得到落实，并且保障国务院反垄断主管机构已为该等重大举措提供足够的依据。最后，我们建议反垄断主管机构的检查由两个或两个以上非利害关系人进行，以保障反垄断局行为的合法性。

第三十八条 (反垄断主管机构的调查职权)

反垄断主管机构实施反垄断调查，有权依法采取下列措施：

- (一) 对经营者的住所、营业场所或者其他场所进行实地调查；调查必须由主管机构两个或两个以上非利害关系的雇员实施；
- (二) 要求被调查的经营者、利害关系方或者其他有关经营者、单位和个人提供相关材料和信息；
- (三) 根据人民法院的授权，检查、复制、摘抄、查封或者扣押相关证据；
- (四) 查询经营者的银行账户；
- (五) 根据人民法院的授权，查封经营者经营场所。

第 39 条 相对方义务

三部门建议增加条文以保障向反垄断主管机构提供材料的各方可以保留材料副本，并阐明提交文件的过程应与行政诉讼法第 43 条所规定的行政诉讼文件制作时限相一致。

第三十九条 (相对方义务)

被调查的经营者、利害关系方或者其他有关经营者、单位和个人应当配合反垄断主管机构实施反垄断调查，如实陈述意见、提供相关材料和信息。

反垄断主管机构只能要求为其履行本法第三十六条中规定的职责所必要的材料和信息。反垄断主管机构要求提供相关材料和信息的，应当明确提供材料的范围、内容和期限 (与行政诉讼法第 43 条规定的期限一致) 。所有要求应以书面方式提出。

被强制提交数据或证据的一方有权保留复印件或抄本。

第 40 条 调查笔录

三部门建议增加条文以说明调查的书面记录应符合行政许可法的要求。

第四十条 (调查笔录)

反垄断主管机构工作人员实施调查时，应当出示证明其身份的有效证件，并制作调查笔录。该等笔录应符合行政许可法中针对该等记录规定的要求。

第四十一条 (保密义务)

三部门建议增加条文说明哪些数据要进行保密处理。

第四十一条 (保密义务)

反垄断主管机构及其工作人员对其在反垄断调查中知悉的、经提供材料和信息之人认定为保密的材料和信息[商业秘密]负有保密义务。如果反垄断主管机构决定材料和信息被指定为保密是不适当的或其因任何原因被要求披露该等材料或信息，主管机构应将决定书面通知给提供该等材料和信息之人，并且就披露该等材料和信息之事向原提供之人提供至少七 (7) 个日历日的通知。

第 42 条 陈述与申辩

三部门建议反垄断法明确允许非国家评估部门的专家也能参与相关调查，尽管行政诉讼法第 35 条可能将“专家”限制为国家评估部门工作人员。我们还建议，除了提交陈述和申辩的权利，被调查方应有权请求公开听审。三部门建议，如行政许可法下的规定，相关方应有权在任何听审前 7 个日历日内接到听审通知。最后，三部门建议使第 42 条与行政诉讼法第 26，27 条一致，以允许在很大程度上类似的案例可以合并，而且任何合格的第三方介入者可以参与听审。

第四十二条 (陈述与申辩)

反垄断主管机构在依照本法进行反垄断调查过程中，应当给予被调查的经营者、利害关系人陈述意见和提出申辩的机会。他们有权提交案件材料，使用口头或文件证据进行抗辩，提交驳斥证据，为全面揭示事实真相进行必要的对质。这些证据可包括非为政府雇用的专家的意见。

反垄断主管机构应当充分听取被调查的经营者、利害关系人的意见，对其提出的事实、理由和证据，应当进行复核。

当事人如果书面要求，反垄断主管机构在调查中应召集公开听证来考虑证据。在公开听证举行前至少七 (7) 个日历日书面通知所有利害关系方，并且所有利害关系方应有机会提交证据，进行陈述和申辩。

公开听证程序应保留书面记录并公布。与行政诉讼法第 26 和 27 条一致，反垄断主管机构可将大体相似案件合并听证并允许有资格的第三方调停人参与听证。

被强制亲自去见反垄断主管机构的当事人或其代表有请律师陪伴、代表或向律师咨询的权利，或如果经主管机关同意，可请其他有资格的代表陪伴、代表或向其咨询。在反垄断机构举行的程序中，当事人有权亲自参加或请律师或其他有资格的代表参加或由其陪同参加。

第 43 条 决定的公告

三部门建议说明决定受制于某些与行政诉讼法下对决定的规定具有可比性的规定。具体而言，决定应以书面形式及时提供，并附以解释，以此获得透明过程的种种裨益。而且，我们建议说明决定作出的时间表与行政诉讼法第 38 条具有可比性。

我们同时建议以与行政诉讼法第 8 条意图一致的方式，将何种决定被公告以及决定的传播方式予以具体说明，这样可以保障中国遵守其在加入 WTO 议定书的第 2(C)条所作的承诺，即为所有可能影响中国贸易体制的司法和行政决定提供适当的外文版。

第四十三条 (决定的公告)

反垄断机关应以书面方式作出决定，并在决定中包含理由说明。如果决定的依据包括保密信息，则根据第三十六 (三) 条规定，应在决定的公示版本中指出这一因素并且不披露该信息。除第四章项下对集中的调查决定 (在第四章规定的时限内颁布决定) 之外，其他决定应在调查开始后 45 个日历日内作出 (可延长 15 个日历日)。该等决定可包括一项将调查延长一段具体时间 (不超过一年) 的决定。

反垄断主管机构依照本法作出的决定，自决定作出之日起生效 (主管机构决定在司法审查期间推迟生效日的除外)，并予以在主管机构

的官方公报和网站上以中英文进行公告，该等决定的两种文本均为有效。决定作出之日起十（10）个日历日内应公告。

第 44 条 行政复议及司法审查

三部门建议采用适当条文，以保证中国加入 WTO 议定书的第 2(D)条对某些行政行为提供司法复议的规定得到遵守，而且与行政诉讼法第 57 条下人民法院应在案件提交的三个月以内对具体的行政诉讼做出决定的规定一致。我们还建议增加条文说明反垄断主管机构执行其决定的权力。

我们建议规定中级人民法院应对主管机构决定的上诉过程发布意见，首先可以用草案的方式使得公众有足够的机会发表意见，加以完善¹⁷，同时中级人民法院建立专门庭来专门处理反垄断法下的事务¹⁸。三部门相信在人民法院架构下建立这样的专门庭与行政诉讼法第 3 条的意图一致，也与目前人民法院在听审设计外方的知识产权相关争议所运用的方法一致。

三部门建议增加条文说明在上诉期间反垄断主管机构的决定可以延缓执行，这是因为在某些情形下，如果反垄断主管机构的决定再上诉同时已经执行，那么即使上诉成功，也已经意义不大。

第四十四条（行政复议及司法审查及强制执行）

{经营者、利害关系人对}反垄断主管机构作出的决定{不服的}对之不利的一方在主管机关的决定公布 30 天内有权要求司法审查，或可以向反垄断主管机构所在地中级人民法院提{起行政诉讼}出司法审查要求。

依据本法和反垄断主管机构的最终决定可复审的任何行为受本条规定的司法审查的约束。中级人民法院可责令推迟主管机构任何决定的生效，等待其进行复审裁决。

¹⁷ 参见 2003 年 7 月共同建议 27-28 页；2005 年 5 月共同建议 29-30 页。

¹⁸ 参见 2003 年 7 月共同建议 27-28 页；2005 年 5 月共同建议 29-30 页。

如果一方，包括政府机关、机构或官员未能在反垄断主管机构设定的期限内服从决定，反垄断主管机构在期满后三十天之内可向中级人民法院申请强制执行主管机构的决定并就未服从主管机关的决定征收罚款。

中级人民法院应设立一个部门考虑所有对反垄断主管机构决定的上诉请求以及所有反垄断主管机构强制执行其决定的申请。中级人民法院在本法生效之日起一年内应颁布处理对反垄断主管机构决定的上诉的意见，该意见应首先在本法生效之日起六个月内以草案形式公布，利害关系人及机构可就此提交建议。

中级人民法院在上诉申请提交后三（3）个月内应公布裁决。为进行裁决所需及公布裁决时，中级人民法院应决定与反垄断主管机构的行为相关的所有法律问题。中级人民法院可：(1)强制反垄断主管机构或任何其他当事人执行被其不合理耽误的行动；(2)对不服从反垄断主管机构的合法决定的行为征收罚款；以及(3)如果发现反垄断主管机构的任何行动、裁决和结论因(i)武断、任意妄为、滥用自由裁量权或未遵循本法的规定；(ii)与宪法权利、权力、特权或豁免相冲突；(iii)超越法定权限、授权或限制，或缺乏法定权利依据；或(iv)未遵守本法的程序要求而不合法，则可撤销这些行动、裁决和结论。

除中级人民法院发现反垄断主管机构的行动或决定为武断、任意妄为、滥用自由裁量权、或以其它方式未遵循本法的规定，与宪法权利、权力、特权或豁免相冲突，超越法定权限、授权或限制、或缺乏法定权利依据，或未能遵守本法的程序要求之外，法院应决定反垄断主管机构的行动或决定是合法的并应强制执行该行动或决定。

第七章 法律责任

第 46 条 对垄断协议的处罚

美国司法部不会刑事起诉违反反垄断法的行为，除非该行为构成所谓的核心性本位行为，例如水平定价，掠夺性竞标，水平市场划分，水平消费者划分等，而且通过这些共谋行为所攫取的暴利足以证明这些行为有必要被严重惩处。¹⁹ 如果第 8 条不会如所建议的那样修改，²⁰ 那么三部门担心某些通常被认为不足以引起刑事制裁的行为会被施与刑事处罚。所以，假设第 8 条会如所建议的那样修改，三部门建议用如下增改的第 46 条取代现行草案：

第四十六条（对垄断协议的处罚）

如果有违反本法相关条款的垄断协议存在，反垄断主管机构应命令有关经营者停止并终结该等行为，宣布垄断协议无效，并可处以人民币十万至一千万的罚款，但无论如何罚款不得超过受罚的经营者上一年度在相关市场销售额的 10%。如果垄断协议构成了第八（一）条列举的协议之一²¹，则其构成刑事犯罪，应当依法追究相应的刑事责任。

第 47 条 对滥用市场支配地位行为的处罚

基于以上所述原因，三部门建议删除第 47 条的最后一句关于对滥用市场支配地位进行刑事起诉的规定。

¹⁹ 参照 2005 年 5 月共同建议 30-31 页。另参阅 Scott D. Hammond, “An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program,” ABA Midwinter Leadership Meeting (Kona, Hawaii, January 10, 2005), <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.htm>.

²⁰ 参照以上第 8 条修改建议。

²¹ 参照以上第 8 条修改建议。

第 48 条 对违反本法规定的经营者集中的处罚

如 2005 年 5 月共同建议中所述，²² 三部门认为第 48 条中对于未申报集中，未经批准实施集中，或者未履行反垄断主管机构关于集中所要求的责任等行为的制裁过于严厉。所以，三部门建议对第 48 条作如下修改，以代替现行草案：

第四十八条（对非经授权的经营者集中的处罚）

对本法要求申报经营者集中时未能进行申报的经营者处以人民币十万元至一百万的罚款，但无论如何罚款不得超过该经营者销售额的 10%。如果经营者未获本法要求的批准而进行集中的，反垄断主管机构可宣布该集中无效，并责令相关经营者采取必要措施尽可能地恢复至集中发生以前的各个经营者分别独立的状态。在决定是否要责令采取上述步骤时，反垄断主管机构应考虑未进行申报或按恰当步骤进行的集中是否属于第三十条项下禁止的范围，如果不是，则不应该责令经营者恢复原状，在这种情况下，反垄断主管机构应代之以对未能进行申报或错误地进行集中的每个经营者处以上文所述范围之内内的罚款。

如果经营者未能按照反垄断主管机构在上一段落规定的办法行事，反垄断主管机构可责令该经营者停营在中国全部或部分地区的业务。

第 8 章 附 则

第 55 条 合法行为的不适用

如 2005 年 5 月共同建议中所述²³，第 55 条的现行草案有可能导致所有体其他法律优先与反垄断法，尽管那不是本法起草者的初衷。为避免这一结果严重削弱反垄断法的有效性，三部门建议如下措词来替代现行草案：

²² 参照 2005 年 5 月共同建议第 31 页

²³ 参照 2005 年 5 月共同建议 33-34 页。

第五十五条（合法行为的不适用）

本法适用于根据其他法律和法规的行为，本法或其他全国立法明确豁免该行为不适用本法的除外。

第 56 条 知识产权的适用除外

如 2005 年 5 月共同建议中所述²⁴，“其他保护知识产权的法律”应恢复以保障条约权利和有关知识产权的法规不因反垄断法而无效。此外，“滥用”一词应予以定义，此保障其他一些不被所列知识产权法律所涵盖的行为，例如仅仅是单方面拒绝许可执照而没有附加反竞争行为，也没有形成或维持市场影响力的目标或效果，不构成对反垄断法的违反。所以，三部门建议用如下条文代替现行草案：

第五十六条（知识产权的适用除外）

本法不适用于根据专利法、商标法、著作权法和其他保护知识产权的法律规定行使权利的行为。滥用知识产权的行为可受本法的约束，但该行为必须是违反了本法其他条款的规定，并且单方行使排斥权的行为不构成滥用，除非(1)拒绝是在违反本法相关条款的基础上进行的，以及(2)拒绝的目的是为造成或维持垄断²⁵。

结 束 语

三部门希望此文作为 2005 年 5 月共同建议的补充能对草案的修改完善有所帮助。我们将非常乐意回答任何与共同建议或本补充文件的问题，并提供任何可能有用的额外意见和材料。

²⁴ 参照 2005 年 5 月共同建议 34-35 页。

²⁵ 参见 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919), <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=250&page=300>, 以及 2005 年 5 月共同建议 19-20 页。

2005年7月29日