

“经济宪法”十三年来首修：经营合规要义何在？

本报记者 屈丽丽 北京报道

2021年，素有“经济宪法”之称的《反垄断法》在时隔13年后迎来“大修”。第十三届全国人大常

修订重点

首先要坚持以问题为导向，重点解决数字化进程中制度供给不足的问题，特别是数据和算法所带来的挑战。

对于本次修订的重点，中国政法大学副校长时建中总结为三项内容，即“首先要坚持以问题为导向，重点解决数字化进程中制度供给不足的问题，特别是数据和算法所带来的挑战；其次要解决制度供给不精细的问题；最后是优化处理政府与市场、国内与国际、安全与发展、创新与竞争、监管与反垄断这五对关系”。

值得注意的是，本次修法，不仅将竞争政策基础地位、鼓励创新和公平竞争审查写入总则，同

委第三十一次会议对《反垄断法（修正草案）》进行了审议。2021年10月23日，修正草案向社会公开征求意见，截止日期为2021年11月21日。

时也细化完善反垄断本身的相关制度规则，比如针对平台经济领域，明确规定经营者不得滥用数据、算法、平台规则等实施排除竞争行为。

那么，对企业而言，如何理解技术发展所带来的反垄断问题？如何看待数字经济背后新的制度建构？如何从合规的角度去看待轴辐协议、掐尖收购、自我优待等问题？尤其是当企业拥有的数据和流量超越销售收入和利润指标，进而对产业形成更为隐形的

应该说，在数字经济时代，在国家强调经济的高质量发展和鼓励创新的背景之下，《反垄断法》的本次修订有着不言而喻的重大意义。

影响力和掌控力时，企业又该如何对待“市场支配地位”和“相关市场”的界定问题？

此外，伴随停表制度、执法机构对经营者集中的主动调查权的引入，包括企业利用算法、资本等优势地位排除限制竞争的反垄断风险提升，企业，包括实业和投资机构在内，又该如何对待，如何提早排除风险？

针对上述这些问题，法律界和企业界已围绕反垄断未来监管走向展开思考与讨论。



垄断问题涉及经济社会生活的方方面面，因此，《反垄断法》大修备受关注。

本报资料室/图

修法背景

一般就行政处罚而言，对于新法实施之前的行为，适用的是从旧兼从轻的原则，当然也要看这种行为是否具有可持续性。

《反垄断法》大修备受各方关注，就修订的背景和意义，年利达律师事务所合伙人周越律师告诉《中国经营报》记者，“首先，这主要是因为《反垄断法》实施13年来，执法机构积累了大量的经验，其在实际操作中获取的知识可以对法律本身进行回顾和反哺，比如执法过程中对一些问题的充分了解，可以帮助对程序性的设置进行补充和完善等。”

“其次，随着时代的发展，我

们的经济和市场也有很大的变化，最典型的就是数字经济时代的到来，它的重要性在当年最初进行反垄断制度设计时远没有现在突出，所以需要法律条文进行一些调整。

“再次，在我们的立法体系中，此前通过规范性文件开始生效实施的制度，比如公平竞争审查制度，需要在法律层面对它进行一个确认。”

以垄断协议为例，这次修法

过程中引发关注的一个重要术语叫“轴辐协议”。在周越律师看来，“轴辐协议”的引入，是因为在平台经济时代，垄断协议可能不仅仅是在竞争者之间达成的，它可能也由一些没有竞争关系的人作为轴心，帮助促成这样的协议。但在既往案例中，很难按照现行的《反垄断法》来追究这部分人的法律责任，导致执法遇到一些困难，所以通过修法对它进行确认。

举例来说，一个中介机构，它帮助不同的竞争者之间达成了一个协议，这些竞争者可能都没有见面，只是分别跟中介机构来谈，最后这些竞争者可能会因为垄断协议被罚，但中介机构虽然是行为的源头，却在现行法下难以根据《反垄断法》对其进行处罚。再比如，一个下游经销商公司与不同的上游供应商之间进行串谋，虽然这家经销商扮演了一个非常重要的策划和实施的角

色，但是如果他不是上游市场的竞争者，最后依然没有办法处罚这个公司。

作为一名国际律所的律师，周越也告诉记者，“在遇到上述情况时，不管是《欧盟运作条约》的第101条还是美国的《谢尔曼法》，欧美法律辖区在追究垄断协议的责任时都没有阻碍，因为法律条文本身并没有对竞争关系的限制，只要是在不同经营者之间达成垄断协议，不管是否存在竞

争关系，都会被追究。所以，从立法技术上来看，这可能是我们早期立法时的小瑕疵，因此需要在这次修法时予以澄清。”

对于新法通过之后，过往行为是否会被追溯，周越律师告诉记者，“新法通过之后，是否可以追溯要看法律在这方面有没有特别的规定。一般就行政处罚而言，对于新法实施之前的行为，适用的是从旧兼从轻的原则，当然也要看这种行为是否具有可持续性。”

专访资深反垄断律师周越：企业应以战略高度看待合规问题

本报记者 屈丽丽 北京报道

在《反垄断法》修订将中国

的企业合规经营带入一个新阶段后，企业如何规避自身经营行为中所面临的法律风险，就

成为了一个十分现实的问题。对于这一问题，《中国经营报》记者专访了资深反垄断实践

专家、年利达律师事务所合伙人周越律师，需要说明的是，在年利达律所工作之前，周越律师曾在

中国商务部工作长达8年之久，参与过很多公平贸易调查和相关法规规章的起草工作，这样的经历，

让她可以从政府与市场、国内与国际、监管与合规等多个维度客观分析上述问题。

主动审查和竞争政策的基础性地位

《中国经营报》：众所周知，我国的反垄断监管力量相比欧美国家人数并没有太大的规模，如何保证主动审查能够比较到位？

周越：在反垄断立法过程中强调反垄断监管部门的主动审查，对于将来执法资源的配置会起到很好的引导作用。

当然，如果所有问题都要靠执法机构主动去发现，确实是有难度的，但由于我们还有社会的监督，比

如公众的监督、媒体的监督、其他经营者的监督，这样，如果有问题线索向执法机构进行反映，那么执法机构就可以结合立法明确的主动审查的宗旨，对问题收购进行关注或审查，从而形成一个良性的执法趋势。

相信随着《反垄断法》的普及性越来越高，执法机构也将会获得更多的线索。

《中国经营报》：“反垄断法修正案”提出国家强化竞争政策的基

础性地位，我们知道，竞争本身虽然属于微观经济行为，竞争政策却是国家宏观调控经济的重要方面，而此前国家曾提出“市场对资源配置起基础性作用”，那么，能否请你谈一谈，未来的竞争政策对要素市场的分配会产生哪些重要影响？

周越：我个人认为，无论是竞争政策的基础性地位也好，还是市场对资源配置起基础性作用也好，说到底，就是要尽量保证一个

公平竞争的环境。由此，不管是行政方面的干预，还是大的经营者利用资本力量或者是市场力量的干预，都有可能对竞争进行干扰和扭曲。所以回归竞争政策的基础地位，我认为应该直接指向问题的本质，即到底什么样的资源配置的机制是更为有效的，答案是应该通过公平的市场竞争环境，通过市场来配置是更为有效的，两者其实是很有效的衔接。

企业反垄断合规需提上战略高度

《中国经营报》：更多的评价维度，不仅对执法者来说可能会变得比较复杂，从企业合规的角度来看，是不是也会比较复杂？比如平台参与这么多领域，很多时候又是跨界经营，同时又有市场窗口和市场机会的问题，很多企业会在做大的驱动下“蒙眼狂奔”，先把数据量做上去再说。在某个时点，企业的市场力量可能已经涉及市场垄断的程度了，这时企业如何把握自己的发展边界，如何规制自己的行为？

周越：这确实是一个很好也很重要的问题。在更为复杂的领域，企业如何做好反垄断的自我合规评估，是很多企业在这个时代面临的一个不容回避的重要挑战。企业要想更好地应对这一挑战，我认为可以从以下几个维度进行关注：首先，国家反垄断局和各地的市场监管部门都出台了合规指引，现在我们也有平台经济方面的反垄断指南，给企业提供了一些自己做合规评估的参考。

其次，企业一定要密切关注执法的最新发展，特别是在数字经济领域，国内不断有新的案例出现，可以关注这些案例的司法方向。

再次，企业不仅要关注国内反垄断实践的发展，还应关注全球反垄断实践的发展。因为各个国家的法律虽然会有很大的不同，但竞争法领域却是走在国际化的最前沿，在大的原则上或者执法趋势上，全球各主要执法机构往往都会走向共同潮流或共同的趋势。对企业而言，战略的制定不是着眼一两年，需要更具有前瞻性，所以关注全球反垄断实践的发展，对企业的长期战略是非常重要的。

此外，需要强调的是，合规不能停留在表面的分析，人们有时会基于朴素的道德判断来评价一件事情是不是合法，但这种评价在反垄断领域特别是在滥用市场支配地位方面，往往不太好用。因为巩固和获取更大的市场份额，击退竞

争对手，在大企业认为是理所当然想做的事情，然而恰恰是法律要额外关注的事情。这也是企业在合规中需要注意的问题。

因为反垄断有专业的角度，企业在必要的时候需要请专业的人士，比如经济学家或律师来帮助企业的业务做出合理的评估，以确定本企业相关市场中的地位，对于可能会涉及红线的行为进行及早的介入，对于企业自身的正当理由进行更合理的评估，这些都是非常重要的。

《中国经营报》：你接触的企业来看，他们对企业反垄断合规的重视程度是什么样的？

周越：我认为这几年是有变化的，早几年大家对于反垄断的合规不是说不重视，但相对来说还是比较形式化，可能更浅层次一些，但是随着国家的修法，尤其是一些重拳执法的落地，能看得到企业对于反垄断的重视程度应该是有一个质的提升。

这些质的提升，体现在企业对于反垄断风险的重视程度，举例来说，企业在开展业务行为之前要不要进行反垄断的风险评估，在以前，企业可能不评估，或者评估的时候还是有非常强的倾向性。但现在企业对评估的必要性认识更为充分，也能更为客观地看待这一问题，更为谨慎地对待反垄断的合规风险。

《中国经营报》：哪些行业的企业在反垄断合规这方面会更敏感，更主动呢？

周越：坦率说，我认为当前各行各业都更加关注反垄断合规问题了。比如说，在收购、投资等涉及经营者集中的问题上，会更强调去咨询一下律师，会请律师在需不需要申报问题上进行把关，在签署一些协议或打算开展一些市场行为时会咨询律师是否有反垄断的风险等。

数字经济带来的制度建构和“相关市场”界定问题

《中国经营报》：改革开放40年来，土地、劳动力都曾扮演过重要的生产要素并在竞争中发挥了重要作用，如今，数据成为第五大生产要素，能否具体谈谈竞争政策可能对数据市场分配的影响，以及有可能建构的相关制度？

周越：这是一个非常重要的话题，也是国内反垄断执法的新领域，而且未来会有不断的发展。从竞争法的角度来看，与数据相关的几个重要问题就是它的可获得性，数据如何公平有效地使用，以及避免滥用数据的行为。

这里有两个方面的内涵，一是要能够公平地提供给其他人使用，不能把数据作为一个限制其他人发展的要素。二是它又涉及个人信息保护的问题。对于占有数据的一方，比如一些超大型平台经营者，它们在获得数据之后，在什么样的情况下可以提供给其他的经营者来使用，以及满足什么样的条件来提供给经营者使用，都有待制度的进一步建构。

结合数据安全和个人隐私保护方面的法律法规，接下来重点关注的问题会包括：哪些数据使用行为可能构成滥用数据？在收集和使用的过程当中，对于提供数据方应该有哪些必要的保护，包括

收集和使用数据方式，会不会形成过度收集，会不会通过个人信息、个人数据的不当使用，反而对消费者产生一些具有剥削效应的行为，例如大数据杀熟等。

在制度建构方面，国际上目前广泛讨论的互联互通问题中，有一个数据可移动性的问题，主要是避免所谓的网络效应越来越强。此外还有避免数据滥用的制度，主要是对数据使用过程中反竞争行为的规制。

目前，我国的立法体系中，我们已经有《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》，这些法律从不同的立法边界和立法角度对数据的使用行为进行了规范，由于各有侧重，在执行时需要高度的配合。竞争法也有自己关注的角度和重点领域，比如数据安全，或个人信息保护等内容可能是由相关法律直接规定，而竞争法可能是对那些有支配地位的经营者行为进行规制，来避免对于数据的滥用行为，这里会有一个政策性的配合。

《中国经营报》：13年前，《反垄断法》颁布实施时，很多反垄断行为针对的还是传统的大企业，在确定企业的市场支配地位和相关市场时，与企业的收入利润指标有密切关系，但现在很多企业没有盈利

就能上市，它们更大的影响力在于其拥有的数据和流量，这同样是一种市场的掌控力。当数据变得越来越重要的时候，对这类企业的市场优势如何确定？如何确定“相关市场”？

周越：的确，我们注意到修正草案增加了“具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术、资本优势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”，这反映了修法对当前经济发展过程中新现象、新问题的回应。同时数字经济的飞速发展，也确实对“市场支配地位”和“相关市场”等《反垄断法》关键概念的界定带来了难度，增加了复杂性。

从《反垄断法》的角度来看，我们有两个法律概念，一个是相关市场，一个是市场支配地位，或市场力量。简单说，相关市场指的是评价企业在哪个范围内有没有市场力量，所以要先框定一个范围。所以，我们不会说哪个企业是垄断企业，而是说哪个企业在哪个领域哪个市场有垄断地位，就是从其圈定的范围来说的。

对于市场力量或者市场支配地位的衡量问题，传统企业更常见的是用销售额或销售数量来计算