

# 我国经营者集中分类分级审查制度的构建

## ——以新《反垄断法》第 37 条为分析对象

段宏磊\*

**摘要:**新修订的《中华人民共和国反垄断法》第 37 条规定了经营者集中分类分级审查制度,这项制度有助于提高审查质量、增进审查效率。当下,我国经营者集中分类分级审查制度的构建存在法律规范粗疏和机构人员配置不健全的双重障碍。未来应当致力于如下改进:首先应当明晰分类分级审查的具体法律标准,明确建立以公共事业、金融服务、数字经济、文化传媒、国有控股为重要门类的审查体系,形成以地方简易程序审查、中央处级简易程序审查、中央处级一般程序审查、中央司级重大程序审查为基本结构的审查层级;其次应深入推进反垄断执法机构改革,一是要对地方反垄断执法机构予以规范化设置,二是要进一步改进和完善反垄断执法二司的机构设置、职权分配和人员配置,三是要配套制定面向各细分领域的反垄断适用指南、市场研究报告、竞争政策报告和执法谅解备忘录。

**关键词:**反垄断法 经营者集中 分类分级审查 反垄断执法机构

### 一、问题的提出

自 2022 年 8 月 1 日起,新修订的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称新《反垄断法》)正式实施,在本次修法中,经营者集中审查的整体流程和实体制度均得到了较大幅度的优化。与对垄断协议、滥用市场支配地位等行为的规制不同,经营者集中审查在整体反垄断规则中具有很强的预防性,它并非在市场竞争行为产生排除、限制竞争后果后所施加的事后补救性规制,而是在事前对可能具有不良影响的经营集中案件进行审查,防止市场结构产生垄断化的倾向。经营者集中审查制度是否完善,将直接决定整体市场竞争秩序是否存在一个健全、牢固的“防火墙”。新《反垄断法》对经营者集中审查整体制度的改进,是我国竞争政策和竞争法治日臻完善的体现。

新《反垄断法》增设第 37 条规定:“国务院反垄断执法机构应当健全经营者集中分类分级审查制度,依法加强对涉及国计民生等重要领域的经营者集中的审查,提高审查质量和效率。”据

\* 湖北经济学院法学院副教授

此,我国正式确立了经营者集中分类分级审查制度。经营者集中分类分级审查制度的构建和实施,可以在审查程序的初始阶段即根据经营者集中所处的经济领域、整体规模、市场影响、潜在风险的不同,为审查者匹配相适应的审查程序与执法资源,这将有效地提高经营者集中审查的科学性、合理性和效率性。<sup>①</sup>

新《反垄断法》第37条在当前阶段仅是一个宣示性规定,该项制度尚未在具体的规范性文件中共予以正式建立。新《反垄断法》于2022年6月24日出台后,国家市场监督管理总局(以下简称“市场监管总局”)随即于6月27日公开了《经营者集中审查规定(征求意见稿)》和《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》,公开向全社会征求意见。但这两部规定并未回应新《反垄断法》第37条的相关内容,未明确经营者集中分类分级审查制度的具体内容与实施机制。在此之后,市场监管总局又于7月15日公布了《市场监管总局关于试点委托开展部分经营者集中案件反垄断审查的公告》(以下简称《公告》),《公告》正式委托北京市、上海市、广东省、重庆市、陕西省5个省(直辖市)市场监督管理部门在新《反垄断法》实施后的未来3年内(2022年8月1日至2025年7月31日)试点实施部分经营者集中案件反垄断审查事项。<sup>②</sup>到目前为止,《公告》是与经营者集中分类分级审查制度最相关的规范依据,但严格来说,授予5个省级市场监督管理部门审查的做法仅是一种对经营者集中审查事项的“分级”,并不涉及所谓审查事项的“分类”;更何况这种“分级”还仅是一种暂时的、试点性质的规则,其未来走向并不完全明朗。

有鉴于此,我们有必要对该项制度开展深入研究,明确其基本内涵、功能定位、制度构成和实施机制等相关内容,以期为该制度的构建奠定法治基础。

## 二、经营者集中分类分级审查制度的内涵与功能

经营者集中分类分级审查制度包含两重要素:分类审查与分级审查。新《反垄断法》第37条并未对两者的具体内涵作出明确的区分。在现代汉语中,“类”和“级”都是对事物进行界分时常用的词汇,“类”是指“许多相似或相同事物的综合”,而“分类”则是指“根据事物的特点分别归类”,它强调的是对事物依性质所做的横向界分;<sup>③</sup>与之相对应地,“级”则用于形容“等级”“年级”“台阶”等事物,不同“级”之间通常具有强度、影响力、行政级别等纵向方面的差别。<sup>④</sup>

分类审查主要进行的是横向的类别细分,即根据经营者集中所处的国民经济行业或领域进行分门别类;而分级审查则主要是对经营者集中进行纵向的级别细分,即根据经营者集中的具体规模、影响力、适用的程序、可能给予的审查待遇等,为其配置与之相适应的行政级别或其他执法资源。在功能定位上,分类审查着重于提高审查质量;而分级审查则着重于提高审查效率。

### (一)经营者集中分类审查与提高审查质量

<sup>①</sup> 参见时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,《中国法律评论》2022年第4期。

<sup>②</sup> 参见《市场监管总局关于试点委托开展部分经营者集中案件反垄断审查的公告》, [https://www.samr.gov.cn/fldes/sjdt/tpxw/202207/t20220713\\_348609.html](https://www.samr.gov.cn/fldes/sjdt/tpxw/202207/t20220713_348609.html), 2022-08-01。

<sup>③</sup> 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年第7版,第382、791页。

<sup>④</sup> 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年第7版,第607页。

相较于对垄断协议、滥用市场支配地位和滥用行政权力排除、限制竞争等行为的规制,经营者集中审查制度体现出较强的事前性、结构性和预防性,与前几类行为的立法倾向于通过界定一个符合构成要件的违法行为来实现对垄断的事后查处相比,经营者集中审查则力图在事前即防止市场竞争结构出现垄断化的风险,进而对市场竞争环境进行预防式的规制。<sup>①</sup>也正是由于经营者集中审查具有这一特征,因此其必然面临一大悖论:要对差异巨大的不同行业或经济领域预先设置一个相对统一的标准体系,这一标准体系既包含经营者集中的申报标准,又包含在具体审查过程中的一系列程序和实体标准。此时,若审查规则难以兼容不同行业、不同经济领域的现实情况,则将有可能出现南橘北枳之差别,从而使经营者集中审查制度失之精准,进而影响审查质量。

其一,在经营者集中的申报问题上,基于不同行业间市场竞争状况的巨大不同,规定相对统一的申报标准可能意味着会使申报门槛呈现出明显的行业差异。这在我国目前主要以营业额为标准的经营者集中申报规则上体现得尤为明显:以营业额为依据的申报标准灵活性不足,忽视了产业经济特征、知识产权、技术创新等不可量化因素对企业市场地位的影响。例如,若处于一般生活用品的零售行业,当参与集中的经营者上一会计年度营业额数量较高时,则排除、限制竞争的可能性就显然较大;但若处于数字经济领域,则由于此类互联网平台企业多采取共享经济运作的模式,因此营业额可能无法真实反映其市场力量;<sup>②</sup>而在银行、保险、证券等金融领域,则可能又针对经营者集中申报时营业额的计算方法存在分歧。<sup>③</sup>

其二,在经营者集中的具体审查过程中,统一的审查程序和审查标准在不同行业经营者集中的适用状况亦有所差别。一些市场竞争比较充分、准入门槛较低、潜在竞争者较多的领域,被禁止集中或附加限制性条件集中的可能性较低;反之,对于涉及国计民生的重要行业的经营者集中现象,则须更为慎重,需要配置更多的审查资源;审查程序也须更为谨慎,被禁止集中或附加限制性条件的可能性较高。在一些特殊情况下,审查经营者集中时所考量的目标亦会有所不同,尽管经济效率通常构成不同国家反垄断法的重要目标,但除此之外,多数国家亦会选择将诸如消费者权益、公共利益等公共目标纳入考量范围。<sup>④</sup>当经营者集中所处领域属于公共事业、自然垄断、社会民生乃至国家安全领域时,审查过程将显然应当提高对非经济效率目标的考虑权重。

因此,通过建立分类审查制度,经营者集中的审查质量得以明显提高:一方面,经营者集中在面对不同行业、不同经济领域时,能够适用与之相匹配的精准规则与程序,这更有利于该项制度的精细化实施;另一方面,在面对关系国计民生乃至国家安全的重点行业、重点领域时,分类审查制度也可以令经营者集中审查更具针对性和前瞻性,更加突出对社会公共利益的评估和考量,也

<sup>①</sup> 参见时建中主编:《反垄断法——法典释评与学理探源》,中国人民大学出版社2008年版,第263页。

<sup>②</sup> 参见邱隽思:《社交型平台企业经营者集中审查标准研究》,《财会月刊》2021年第21期。

<sup>③</sup> 2008年发布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第3条第2款规定:“营业额的计算,应当考虑银行、保险、证券、期货等特殊行业、领域的实际情况,具体办法由国务院反垄断执法机构会同国务院有关部门制定”。2009年,商务部、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会五部门联合出台《金融业经营者集中申报营业额计算办法》,对金融业营业额的计算方法进行了详尽规定。因此,早在《中华人民共和国反垄断法》实施之初,我国的经营者集中审查制度就对不同行业审查标准的差别性有所关注。

<sup>④</sup> 参见张占江:《竞争倡导研究》,《法学研究》2010年第5期。

更有助于预防此类行业潜在的垄断现象。<sup>①</sup>

## (二)经营者集中分级审查与提高审查效率

经营者集中审查资源的优化配置是提高审查效率的前提,这就有必要根据经营者集中的规模、影响、后果等进行适度分级,为之精准匹配差异化的审查资源、程序与制度。

首先,从审查程序的角度看,我国目前的经营者集中审查程序主要分为初步审查和进一步审查两个阶段性程序,而自2014年开始又引入了简易程序。<sup>②</sup>实践中,在严格的审查期限限制下,经营者集中申报案件数量较多、办案人员少的矛盾一直存在,简易程序的适用在简化申报和提高审查效率方面发挥了一定的作用,但并未从根本上化解这一矛盾。不论是初步审查程序还是简易程序,都有助于辅助审查资源向排除、限制竞争效果更大、更有可能禁止集中或附条件批准的案件倾斜,促进审查资源的优化配置。如果能在初步审查、简易审查和进一步审查程序的基础上,设立一整套更为高效的分级审查体系,那么将显著提高审查效率。

其次,从审查结果的角度看,实践中的绝大多数经营者集中案件均无条件审查通过,仅极少数案件被否决或附加限制性条件。这一特征决定了:必须要在预估审查结果的基础上,对审查资源和程序做预先的分级安排,而不能忽视各类案件的不同进行均衡配置,否则将明显影响审查效率。“十三五”期间(2016—2020年),市场监管总局共收到经营者集中申报案件2316件,审结2147件(含往年结转),其中附加限制性条件批准22件,无禁止集中案件,其余2125件案件全部无条件审查通过。<sup>③</sup>2020年,市场监管总局全年共收到经营者集中申报案件520件,审结473件,其中无任何案件被禁止,仅4件附条件批准,其余469件均无条件审查通过;<sup>④</sup>2021年,市场监管总局全年收到的经营者集中申报案件达824件,审结727件,其中仅1件被禁止,4件附条件批准,2件放弃集中,其余均无条件审查通过。<sup>⑤</sup>分级审查的价值即在于:依照经营者集中案件的轻重缓急程度配置不同的执法资源,防止执法资源被耗费在对市场竞争并无实际不良影响、最终也将给予无条件审查通过的案件中,这能切实提高审查效率。

最后,从反垄断执法机构权限配置的角度看,新旧《反垄断法》均规定,国务院反垄断执法机构在工作需要的情况下,可以授权省一级人民政府相应机构负责反垄断执法工作。目前,全国范围内的省、自治区、直辖市市场监管局均设立了反垄断执法机构,均被全国反垄断执法机构授权负责本区域的反垄断执法工作。而在中央反垄断执法机构内部,2021年底设立的国家反垄断局又将我国的反垄断执法权限级别从司局级提升为副部级,并设立竞争政策协调司、反垄断执法一

<sup>①</sup> 参见时建中:《新〈反垄断法〉全面解读》, <https://mp.weixin.qq.com/s/7MLM9MqSxUaLid4k0M3IxA>, 2022-08-01。

<sup>②</sup> 2014年,当时负责经营者集中审查的商务部反垄断局出台了《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》以及《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》,正式确立了经营者集中审查简易程序。而在2018年国务院机构改革后,新成立的国家市场监督管理总局于2020年出台了《经营者集中审查暂行规定》,该规定对此前商务部牵头制定的经营者集中审查规则进行了修正和统合,该规定第17条、第18条亦明确规定了审查的简易程序。

<sup>③</sup> 参见国家市场监督管理总局反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2020)》,第13页, <https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202109/P020210903516952588333.pdf>, 2022-08-01。

<sup>④</sup> 参见国家市场监督管理总局反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2020)》,第41页, <https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202109/P020210903516952588333.pdf>, 2022-08-01。

<sup>⑤</sup> 参见国家反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2021)》,第16页, <https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202206/P020220608430645470953.pdf>, 2022-08-01。

司、反垄断执法二司三个司局级单位分工负责反垄断相关工作。<sup>①</sup> 因此,在反垄断执法实践中,我国广泛存在中央与地方之间、中央各司局级单位之间的执法权配置、分工问题。在此结构下,根据经营者集中涉及的区域范围、对市场竞争可能造成影响的程度等标准予以分级配置,将有利于优化审查资源的配置、提高审查效率。

### 三、构建经营者集中分类分级审查制度的现实障碍

尽管经营者集中分类分级审查制度已经被新《反垄断法》明文规定,但该规定仅具有宣示性质,其将构建该项制度明确规定为国务院反垄断执法机构必须承担的法定责任,但具体于何时构建、如何构建都不明朗。有关分类分级审查的具体标准、实施机制、配套保障等,均欠缺明确、具体的法律规范。在现实中,我国也尚未根据分类分级审查的实际需求,对反垄断机构予以配套设置,分类分级审查制度也尚未进行充分的地方试点。因此,目前该项制度的构建依然存在明显的现实障碍。这主要体现在如下两个方面。

#### (一)法律规范粗疏

目前,针对经营者集中分类分级审查制度的规范粗疏薄弱,除《中共中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》第 22 节和新《反垄断法》第 37 条予以原则性规定外,欠缺真正意义上的具体规定。《经营者集中审查规定(征求意见稿)》和《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》,也均未真正涉及分类分级审查制度的具体规则。而《经营者集中审查规定(征求意见稿)》第 6 条原则上涉及了分类分级审查制度,该条规定:“市场监管总局应当健全经营者集中分类分级审查制度……可以针对涉及国计民生等重要领域的经营者集中,制定具体的审查办法……定期对经营者集中审查制度的实施效果进行评估,提高审查的质量和效率”。这些规定在本质上是对新《反垄断法》第 37 条的重述,并未真正推出任何新的具体规定。从《经营者集中审查规定(征求意见稿)》第 6 条的相关表述中,仅可获知在分类分级审查制度的未来设置中,将突出对“涉及国计民生等重要领域”的经营者集中案件的审查,而该领域具体包含哪些行业范围、如何设置具体的审查办法、除该领域之外是否还存在其他经营者集中审查的分类分级设置等问题,则语焉不详。

到目前为止,《公告》可视为我国在经营者集中审查中央与地方分级层面作出的制度尝试。除《公告》之外,目前并无任何具体的法律或规范性文件涉及经营者集中分类分级审查制度的细致规则或实施方案。概言之,我国有关分类分级审查制度的法律规范较为粗疏,这极可能导致该项制度在新《反垄断法》实施的早期处于缺位状态。

当然,从目前实践中的经营者集中审查法律框架来看,我们也可以捕捉到一些“隐含”于既有制度的与分类分级审查有关的框架性规则,这些规则可能会成为后续建立健全分类分级审查制度的重要参考依据。

首先,在分类审查规则方面,目前的经营者集中审查制度适度突出了一些特殊行业设置单一类别审查规则的重视。这主要包括:(1)金融领域,2009 年商务部会同中国人民银行、中国银

<sup>①</sup> 参见《改革创新开创反垄断工作新局面——访国家市场监督管理总局副局长、国家反垄断局局长、国务院反垄断委员会秘书长甘霖》,《中国价格监管与反垄断》2022 年第 1 期。

行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会出台了《金融业经营者集中申报营业额计算办法》,该办法实质上令金融业经营者集中案件的申报标准区别于一般领域;(2)知识产权、数字经济和原料药领域,国务院反垄断委员会在2019年~2021年间陆续出台《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》,对其经营者集中审查的申报标准、审查考量因素和救济措施等设置了一系列特殊规则。<sup>①</sup>但是,严格来说,这些规则虽然适度突出了其相较于一般领域经营者集中审查的特殊性,但是其整体框架并不具有脱离单一审查制度的独立性。尤其是在知识产权、平台经济和原料药领域中,出台反垄断指南所重点回应的垄断行为多数为垄断协议或滥用市场支配地位行为,对经营者集中审查的规定只是为了确保该领域反垄断指南规则的完整性,予以“捎带”规定的结果,它们难以称得上真正的分类审查制度。在审查实践中,目前,除在国家反垄断局反垄断执法二司单独下设“数字经济审查处”来处理数字经济领域的审查问题外,其他行业和领域均未专门配置独立的审查主体或审查机制。

其次,在分级审查规则方面,目前的经营者集中审查制度在适用简易程序的案件领域实现了向地方反垄断执法机构的试点性下放。综合《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》《经营者集中审查暂行规定》与《公告》相关规定可知:对符合适用简易程序的经营者集中案件,经营者作为简易案件向市场监管总局申报,市场监管总局根据工作需要决定由其自行审查,或决定将符合条件的案件委托北京市、上海市、广东省、重庆市、陕西省这5个省(直辖市)市场监督管理部门在新《反垄断法》实施后的3年内(2022年8月1日至2025年7月31日)进行试点审查。适用简易程序的案件在申报材料、审查程序和时限等方面均存在明显的简化安排。<sup>②</sup>而对非适用简易程序的集中案件,则由市场监管总局依照“初步审查+进一步审查”的一般程序进行。由此可见,目前以简易程序为核心的分级审查在本质上仅涉及中央与地方的分级问题,而不涉及国家反垄断局层面对不同执法司的进一步分级安排;且该规则具有明显的试点性质,对北京市、上海市、广东省、重庆市、陕西省5地审查的具体规则安排,《公告》仅作了粗线条的笼统规定,无法应对试点过程中产生的所有疑难问题。

从目前的情况看,国务院反垄断执法机构有可能尚未针对经营者集中分类分级审查制度的具体框架形成实际意见,相关规则的制定有可能还在研究过程中。未来,不排除市场监管总局会针对该规则单独出台规范性文件,但该规范性文件的形式与内容为何、何时出台等并不明朗。经营者集中分类分级审查的法律规范基础目前仍处于模糊状态。

## (二)机构人员配置不健全

分类分级审查制度本质上是对经营者集中事项依照所处经济领域、行业类别、影响范围等的不同,对其予以类型化的过程,在此基础上,为不同类型的集中案件配置不同层次的执法程序、具

<sup>①</sup> 参见2019年1月4日印发的《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》第20~25条,2021年2月7日印发的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第18~21条,2021年11月15日印发的《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》第23~24条。值得注意的是,除知识产权、平台经济和原料药领域之外,在2019年1月4日,专门适用于汽车业的《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》也得以出台,但该指南并未针对汽车业的经营者集中问题设置任何特殊规则。

<sup>②</sup> 参见张世明:《经营者集中简易案件审查程序评议》,载李帅主编:《人大法律评论》2017年第1期,法律出版社2017年版,第282~319页。

体规则及其他公共资源。不同的执法机构设置会影响反垄断执法的行为模式和执法效果,进而影响整体市场竞争秩序。<sup>①</sup>从这个角度看,必要的执法机构与人员配套设置是经营者集中分类分级审查制度有效实施的重要保障,而我国在这方面显然未做好充分准备。

一方面,从中央与地方的关系看,省一级执法机构仅在国务院反垄断执法机构授权的前提下享有执法权,且其具体人员配备、机构设置等情况并无统一规定。在实践中,有较多省一级反垄断执法机构的在编人员仅以个位数计,难以真正承载繁重的反垄断执法工作。基于立法与体制方面的多方限制,地方反垄断执法机构的积极性不高,这严重影响我国反垄断法的实施效果。<sup>②</sup>就整体而言,我国反垄断执法资源在中央与地方之间尚未形成完善的职权划分与均衡配置。<sup>③</sup>在《公告》委托5地试点经营者集中审查工作后,上述缺憾将有可能进一步放大:依照《公告》之规定,北京市、上海市、广东省、重庆市、陕西省5个省(直辖市)市场监督管理部门承担的是一种类似中国人民银行“大区制”职责的反垄断执法权力,每一机构被委托审查的经营者集中所涉及的相关区域均包含3个以上相关省级行政单位,市场监管总局主要以涉案经营者的住所或相关市场是否在相应区域作为判断是否委托审查的标准。<sup>④</sup>在法律上,上述5地市场监督管理部门连本地区内部的反垄断执法权都不直接具备,只能依靠市场监管总局的委托授权开展执法;而依照《公告》的规定,它们又被要求承担跨越行政区划的经营者集中审查职责,这一职责是否与其既有的省级执法机构设置、人员配备相匹配?在审查过程中,5地市场监督管理部门必然要牵涉到对其他地区市场竞争状况的调查、评估等问题,这又会涉及如何与其他同等级别的省级市场监督管理部门进行沟通、协作和平衡的问题,而这又面临配套机制空白的难题。为了配合上述5地的审查工作,如果其他市场监督管理部门在这一过程中尽职对本区域相关市场进行了相关调查,那么这是否意味着其突破了《公告》要求的试点委托范围,面临越权审查的风险?毕竟,5地市场监督管理部门是受委托承担审查职责,它并非真正意义上的中国人民银行“大区制”分行,后者职责的履行受到充分的法律与体制保障;退一步讲,即便是中国人民银行的“大区制”分行,在实践中也面临着分行与中央政府、总行、地方政府、分支机构和商业银行之间的复杂关系,其职责履行也受到明显的现实牵绊。<sup>⑤</sup>这便引人生疑:在不改变整体反垄断执法体制的前提下,5地市场监督管理部门是否真正具有开展跨行政区域经营者集中审查的实际工作能力?

另一方面,从中央内部机构设置的情况看,目前的经营者集中审查体制尚未根据分类分级的要求进行充分的机构人员分工设置,与域外反垄断较发达的国家或地区相比仍存在一定的差距。例如,美国联邦贸易委员会竞争局根据经营者集中所处经济领域的不同,下设并购一处负责医疗

<sup>①</sup> 参见李剑:《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》,《法学家》2018年第1期。

<sup>②</sup> 参见杨绎、蒋岩波:《反垄断法地方实施制度的完善——基于美国的经验》,《江西社会科学》2017年第10期。

<sup>③</sup> 参见刘英俊:《地方反垄断执法动态平衡的实现机制》,《人民论坛》2020年第25期。

<sup>④</sup> 依照《市场监管总局关于试点委托开展部分经营者集中案件反垄断审查的公告》规定,试点期间,市场监管总局将根据工作需要,将部分符合下列标准之一的适用经营者集中简易程序的案件委托试点省级市场监管部门负责审查:“(1)至少一个申报人住所地在该部门受委托联系的相关区域(以下简称相关区域)的;(2)经营者通过收购股权、资产或者合同等其他方式取得其他经营者的控制权,其他经营者的住所地在相关区域的;(3)经营者新设合营企业,合营企业住所地在相关区域的;(4)经营者集中相关地域市场为区域性市场,且该相关地域市场全部或主要位于相关区域的;(5)市场监管总局委托的其他案件”。

<sup>⑤</sup> 参见何帆、郑联盛:《央行是否需要分行的论证:以美联储经验为参照》,《改革》2005年第8期。

卫生行业,并购二处负责煤矿、化工、娱乐、计算机行业,并购三处负责能源行业,并购四处负责一般消费品、食品、赌场交易等行业。<sup>①</sup> 欧盟竞争总司的情况与之相似,自2004年以后,欧盟对原来主要以违法形态为标准划分的执法部门进行了重组,原专门负责经营者集中审查的合并控制部的职权被分散到以不同经济领域为标准划分的多个执法部门中,如能源与环境司,信息通讯与传媒司,金融服务司,基础工业、制造业和农业司,交通运输、邮政与其他服务司等,由不同的司各自负责本经济领域内的经营者集中审查工作。<sup>②</sup> 美国、欧盟反垄断执法机构设置的实践状况表明,如果没有充分的精细化机构设置,那么分类分级审查制度的构建就“皮之不存,毛将焉附”。在我国,2021年底新成立的国家反垄断局在一定程度上解决了此前人员编制不充分、主管机构级别较低的问题,但目前对其内部机构的设置方案依然较为粗糙,人员配置短缺的问题亦没有得到根本解决。按照目前的设置,反垄断执法二司负责依法对经营者集中进行反垄断审查,二司内部设置多个处,除“数字经济审查处”专司数字经济领域的经营者集中审查外,其他处级机构并无十分严格的审查分类或分级设置。在实际工作中,不同处级机构虽然在主管事项上在一些行业领域有所倾斜,但这并非真正意义上的分类审查,而是基于平衡工作量的要求进行的分工而已,彼此之间也在审查标准、审查程序和其他制度设计上没有差别;从人员配备看,每个处所分配的执法人员也均以个位数计,全体负责经营者集中审查的总人员编制约30人左右,执法人员配置远远不符合经营者集中审查的实际工作量需求。在这种薄弱的反垄断机构人员配置体系下,经营者集中分类分级审查制度难以在真正意义上展开,其实际实施效果可能大打折扣。

#### 四、构建经营者集中分类分级审查制度的具体进路

在新《反垄断法》实施的大背景下,对经营者集中分类分级审查制度的构建要着力解决上文所述“法律规范粗疏”和“机构人员配置不健全”的双重问题。亦即,一方面要通过专门出台部门规章的形式明晰分类分级审查的具体法律标准;另一方面要继续深入推进反垄断执法体制改革,以因应分类分级审查制度对机构分工和人员配置的现实需求。

##### (一)明晰分类分级法律标准

应当尽快通过制定专门部门规章的形式明晰分类分级的具体法律标准。笔者认为,结合当前反垄断的基本法律框架与我国的现实需求,分类分级标准应依照如下逻辑予以构建。

1.关于分类审查标准的构建问题。新《反垄断法》第37条明确了构建分类审查标准的领域为“涉及国计民生等重要领域”,但“涉及国计民生等重要领域”具体包含哪些行业范围,在审查时如何对目标、规则、程序进行调整,则语焉不详。《中共中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》在谈及构建分类分级审查制度时,曾一并谈及“加强对金融、传媒、科技、民生等领域和涉及初创企业、新业态、劳动密集型行业的经营者集中审查,提高审查质量和效率,强化垄断风险识别、预警、防范”。而在新《反垄断法》于2021年第1次审议的版本中,第37条规定的内容为“国务院反垄断执法机构应当依法加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的审查”。后在第2

<sup>①</sup> 参见 <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-competition/inside-bureau-competition>, 2022-08-01.

<sup>②</sup> 参见 [https://ec.europa.eu/dgs/competition/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/dgs/competition/index_en.html), 2022-08-01.

次审议后替换为现行法律规定。上述内容有助于辅助解释在分类审查标准构建时应考量的“国计民生等重要领域”的具体范围。针对这些特殊的行业范围,一方面要注重此类经济领域在整体市场竞争中功能、地位和影响的特殊性;另一方面,也要在审查中进一步关注涉及公共利益、公民福祉、国家安全等方面的非竞争性因素的影响问题。<sup>①</sup>

因此,笔者认为,应当至少针对公共事业、金融服务、数字经济、文化传媒、国有控股等领域设置经营者集中的分类审查框架,每一类别在审查过程中均在一定程度上涉及对申报条件、审查目的、审查标准和审查程序等特殊规则的关注,除上述类别外,其余经济领域的经营者集中案件则均按照一般程序和规则进行。<sup>②</sup> 具体分析如下。

第一,公共事业领域。这主要包括公路、铁路、航空、航运等长途运输服务领域,公交、地铁、出租机动车、垃圾处理等市政服务领域,以及供水、供电、供网、燃气等民生资源服务领域。此类经济领域在评估集中后的未来影响时,除了分析市场竞争效果外,亦要将经营者公共服务能力的变化纳入重要的考量范围,重视分析集中后的经营者是否能面向社会公众实现公共物品的足量、低价、稳定供应,不会出现影响国计民生稳定的社会问题。<sup>③</sup> 在个别情况下,可以通过附加限制性条件的形式,确保经营者集中后不降低公共服务能力。另外,鉴于此类公共事业领域常存在一些专门的政府管制机构,如国家铁路局、国家能源局等,这些政府管制机构会在一定程度上影响到公共事业领域的竞争环境与竞争秩序。<sup>④</sup> 在经营者集中审查过程中,国务院反垄断执法机构要处理好与这些政府管制机构之间的职权分工与合作问题。

第二,金融服务领域。这主要包括银行、证券、保险以及各类其他的金融创新服务领域。一方面,在审查程序上,本领域的反垄断执法机构需要处理好与金融监管执法机构之间的分工协作问题。过往,基于机构分工的考虑,对与金融业相关的市场行为及其监管,反垄断执法机构通常不予干涉,而是更倾向于向中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会等更加专门的监管机构让渡执法权。但从防范金融危机的长远角度看,两类机构对金融业的经营集中行为更适合开展深入的分工与合作,这有利于更好地防止金融业垄断现象扩张。<sup>⑤</sup> 另一方面,在审查标准上,除了《金融业经营者集中申报营业额计算办法》已经落实的金融业特殊的营业额计算方法外,在评估金融服务领域集中的市场竞争效果时,还应着重分析其对金融稳定乃至整体国民经济的传导性影响,防止因过度集中而出现“大而不倒”的现象,避免诱发系统性金融风险。

第三,数字经济领域。在此类经济领域多采取低价乃至免费策略,这导致审查时采取的营业额标准难以真正确定数字经济领域的竞争状况。在数字经济领域,营业额具体应当如何计算,也一直是个难有定论的疑难问题,2021年,我国集中查处了98件数字经济领域未依法申报经营者

<sup>①</sup> 参见孔玲、田军:《浅析非竞争因素在经营者集中反垄断审查中的法律地位》,《法律适用》2013年第4期。

<sup>②</sup> 应该说明的是,对公共事业、金融服务、数字经济、文化传媒、国有控股5大领域所设置的单一审查类别,仅在适用非简易程序时予以单独运行。如果经营者集中案件符合适用简易程序的情形,那么表明该集中对市场竞争的影响是简单明确的,即便其处于上述5大领域,也没有必要设置专门的审查类别予以控制。

<sup>③</sup> 参见刘大洪、刘谋鑫:《〈反垄断法〉修订背景下产业法与竞争法适用关系的制度重构》,《江汉论坛》2021年第10期。

<sup>④</sup> 参见张占江、徐士英:《自然垄断行业反垄断规制模式构建》,《比较法研究》2010年第3期。

<sup>⑤</sup> 参见张雪纯、姜晶晶、唐晓雪:《欧美主要国家金融反垄断立法和执法框架及启示》,《武汉金融》2021年第3期。

集中的案件,<sup>①</sup>这进一步凸显了该领域申报标准不清晰的问题。对此问题,应当制定具体的规则,对数字经济领域的营业额计算方法作出明确规定;除此之外,对未达到申报标准但可能排除、限制竞争的集中案件应由国务院反垄断执法机构主动调查。在审查过程中,须增加对企业是否控制了重要的数字经济必要设施、企业所占据的流量与数据基数、企业合并对互联网生态的整体影响等方面的评估。<sup>②</sup>鉴于目前巨型数字经济平台通过并购扼杀初创互联网企业情形较泛滥,为防止“资本无序扩张”,数字经济领域的经营者集中审查过程应增加对如下竞争影响的评估权重:一是注重评估集中对数字经济创新动力、创新效率的影响;<sup>③</sup>二是注重防范平台企业通过集中产生“双轮垄断”效应,即如果经营者通过并购便利地向其他数字经济领域延伸,从而在多个新领域形成第二轮垄断,威胁整体数字经济竞争生态,<sup>④</sup>那么对此类经营者集中应及时予以制止。

第四,文化传媒领域。这主要包括新闻、出版、广播、电影、电视以及各类新兴互联网社交服务领域。在此类经济领域除了须考量经营者集中的市场竞争效果以外,还需要评估经营者集中对保护多元化声音和公共利益的影响,<sup>⑤</sup>更要遵守我国宪法有关社会主义精神文明建设的相关规定。除此之外,在集中审查过程中,国务院反垄断执法机构也要处理好与国家广播电视总局之间的职权分工与合作问题。在文化传媒业的发展已经呈现出明显的互联网化趋势的大背景下,文化传媒领域经营者集中的审查过程还需要充分兼容上文所述的数字经济领域的审查规则。

第五,国有控股企业领域。国有经济在我国的整体国民经济运行方面发挥着重要的作用,国有经济的主导力量和一系列重要社会功能受我国宪法的保障。<sup>⑥</sup>涉及国有控股企业的经营者集中审查过程除了要遵循竞争秩序和竞争政策的要求外,更要综合考虑其对实施产业政策、维护公共利益等方面的作用。<sup>⑦</sup>因此,此类经济领域在设置经营者集中分类审查制度时,须重点考虑:经营者集中在优化国有经济布局、升级产业结构、避免同业恶性竞争、提高国有资产监管效率、提升规模经济水平、维护国家安全等方面的具体功能,这些功能要与其可能对市场竞争产生的影响予以综合考虑。<sup>⑧</sup>除此之外,在集中审查过程中,也要处理好国务院反垄断执法机构与国务院国有资产监督管理委员会之间的职权分工与合作问题。

2.关于分级审查标准的构建问题。应当在《公告》的基本规定和现有国家反垄断局反垄断执法二处机构和人员配置的基础上,形成以地方简易程序审查、中央处级简易程序审查、中央处级一般程序审查、中央司级重大程序审查为基本结构的4级审查层级。具体而言,按照现行审查程序规定,任何经营者集中案件均须首先向市场监管总局申报,市场监管总局接受申报后,由反垄断执法二司综合处根据如下情形对不同案件进行分级,并为其配置不同程序和规则的审查资源。

<sup>①</sup> 参见国家反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2021)》,第20页, <https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202206/P020220608430645470953.pdf>, 2022-08-01。

<sup>②</sup> 参见段宏磊、沈斌:《互联网经济领域反垄断中的“必要设施理论”研究》,《中国应用法学》2020年第4期。

<sup>③</sup> 参见方翔:《论数字经济时代反垄断法的创新价值目标》,《法学》2021年第12期。

<sup>④</sup> 参见李勇坚、夏杰长:《数字经济背景下超级平台双轮垄断的潜在风险与防范策略》,《改革》2020年第8期。

<sup>⑤</sup> 参见肖叶飞:《传媒产业所有权融合与反垄断规制》,《国际新闻界》2013年第4期。

<sup>⑥</sup> 参见李响:《论国有经济的主导力量定位——〈宪法〉第7条的规范诠释》,《现代法学》2016年第4期。

<sup>⑦</sup> 参见段宏磊:《竞争政策适用于国有企业的限度与法制重构》,《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2021年第2期。

<sup>⑧</sup> 参见孙晋:《论经营者集中审查制度在国有企业并购中的适用》,《华东政法大学学报》2015年第4期。

第一,地方简易程序案件,即依照规定可以授权地方机构审查的简易程序案件。在此类案件中,经营者以简易案件程序申报,反垄断执法二司经审查后认为符合《公告》规定的可委托地方审查的案件情形,并依规定委托特定的地方机构进行审查。未来,可在《公告》规定的基础上,适当扩充可委托地方审查的经营者集中案件情形,进而进一步优化中央与地方的审查资源配置、发挥地方的主观能动性。

第二,中央处级简易程序案件,即市场监管总局反垄断执法二司依照规定自行交由某一处级机构审查的简易程序案件。在此类案件中,经营者以简易案件程序申报后,存在两种情形:一是经审查后认为不符合可委托地方审查的案件类型;二是被委托审查的地方机构依照正当理由与合法程序将相关材料移送市场监管总局后,市场监管总局终止委托的案件。<sup>①</sup>这两类案件均由反垄断执法二司下设处级机构自行依照简易程序进行审查。

第三,中央处级一般程序案件,即市场监管总局反垄断执法二司依照规定交由某一处级机构自行审查的一般程序案件。在此类案件中,经营者以一般程序申报,或以简易程序申报后,经审核不符合适用情形,依然适用一般程序审查。经初步审查后,可判断案件对市场竞争影响比较明确;或有较大可能无条件审查通过;或即便禁止集中或附加限制性条件,案件所涉及的技术性因素也并不复杂、烦琐。此类案件由反垄断执法二司依照内部分工交由特定处级机构自行审查。

第四,中央司级重大程序案件,即由市场监管总局反垄断执法二司统一审查的案件。此类案件在经初步审查后,可判断案件对市场竞争的影响比较复杂、烦琐;或有较大可能给予禁止集中或附加限制性条件,且审查的技术性要求较高;或案件可能对国计民生、国家利益、社会福祉产生较大影响。此类案件所占比例极少,但考虑到其竞争影响,在审查过程中应耗费较多执法资源,并给予重点关注。应直接由市场监管总局反垄断执法二司汇集司内各处人员,共同审查;必要时,可汇集与经营者集中有关的行业主管机构及其他利益相关者,召开联席会议进行共同审查。

## (二)深入推进反垄断执法机构改革

在明确经营者集中分类分级审查制度的具体法律标准之余,还应当配套进行反垄断执法机构的改革,使执法体制适应分类分级审查的现实需求。事实上,2021年底设立的国家反垄断局已经在很大程度上解决了此前反垄断执法机构独立性、统一性、权威性不足的问题,但考虑到分类分级审查的现实需求,未来还应当进行如下3个方面的反垄断执法机构改革。

1.应当仿照国家反垄断局的整体建制,深入推进省一级反垄断执法机构的改革,充实地方执法人力资源和配套保障。在现实中,地方反垄断执法机构配置的人员、编制、机构等具有较大的区域差别性,很多时候难以满足本地反垄断执法的实际需求,普遍存在执法人员不足、执法资源有限的问题。考虑到《公告》已试点将一部分简易程序案件委托地方审查,有必要以此为契机对地方反垄断执法机构的设置和运行予以规范化。建议由国务院反垄断委员会出台规范性文件,仿照国家市场监督管理总局加挂反垄断局牌子的形式,对省一级反垄断执法机构予以充实和改革:各

<sup>①</sup> 依照《市场监管总局关于试点委托开展部分经营者集中案件反垄断审查的公告》的规定,符合下列情形之一的委托案件,试点省级市场监管部门应当及时报市场监管总局,并将相关材料移送市场监管总局,市场监管总局将及时终止委托:“(1)被委托的案件不符合简易案件申报标准的;(2)交易在申报前或在审查决定作出前已经实施,属于违法实施经营者集中的;(3)被委托的案件未达申报标准,且当事方申请撤回申报的;(4)交易已经取消或交易发生重大变化,当事方申请撤回申报的;(5)市场监管总局认为其他应当终止委托的情形”。

省级行政单位的市场监管局均加挂反垄断局牌子,并在此基础上设立与反垄断局工作需求相符的下设机构及其人员编制;依照规定受委托承担经营者集中审查工作的地方反垄断执法机构还有必要适度增设一定的下设机构及人员编制,以符合其承担职责的现实需求。

2.应当进一步改进和完善反垄断执法二司的机构设置及其职权,并匹配相应的人员编制。在我国,反垄断执法二司专职负责经营者集中审查工作,目前该司下设多个处级机构,不同处级机构之间虽然针对不同行业的审查有所偏重,但除专门设立的数字经济审查处以外,并未真正依照分类分级审查体制各自配置审查权限、人员和工作程序。而在上文设计的分类分级审查法律标准中,经营者集中审查过程显然需要多个机构间的相互分工与配合。结合反垄断执法二司当前的机构设置情况,并综合考虑我国经营者集中审查的现实需求,笔者认为,可以下设4个审查处,依照如下逻辑进行审查职责分工:审查一处、审查二处负责除授权地方反垄断执法机构审查以外的所有简易程序案件,以及所有非审查三处、审查四处负责案件范围的所有一般程序审查案件,两个机构之间可根据具体行业的不同进行进一步的分工安排;审查三处负责所有涉及公共事业、金融服务或国有控股企业领域的经营者集中一般程序审查案件;审查四处负责所有涉及数字经济和文化传媒领域的经营者集中一般程序审查案件。之所以对审查三处、审查四处做此种分工,是因为在经营者集中审查实践中,公共事业、金融服务和国有控股企业领域的集中通常呈现出寡头垄断结构,其市场竞争状况具有更多的相似性,且国有控股企业所处领域有较大部分与公共事业或金融服务产业存在重合,在审查过程中均涉及需要与交通运输部、国务院国有资产监督管理委员会、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会等其他国务院部委分工协调的问题;与之相比,数字经济与文化传媒领域的经营者集中审查则更具有内在的关联性,在文化娱乐手段已然充分互联网化、社交化的当下,数字经济领域的集中经常与文化传媒存在一定的交叉性,<sup>①</sup>交由同一个机构同时负责两类审查,符合两类经济领域发展的内在逻辑。在案件的复杂程度较高,以至于可能对国计民生、国家利益、社会福祉产生较大影响时,可以由反垄断执法二司跨越上述4个审查处的分工范围,汇集司内各处人员,共同审查。在完成上述经营者集中审查4个处级机构的设置后,更要扩充配置与其实际工作需要相适应的人员编制,使审查工作名副其实,提高审查的规范性和精准性。

3.应当配套制定面向各细分领域的反垄断适用指南、市场研究报告、竞争政策报告和执法谅解备忘录。伴随着分类分级审查制度的实施,面向不同领域、不同行业、不同市场影响的经营者集中合规规则也将日趋复杂化,此时,为了提高经营者在集中过程中的制度预期,减少其实施集中时的合规成本,必须配套制定面向各细分领域的反垄断适用指南,将相应领域集中时的相关规则予以细致罗列;与此同时,反垄断执法机构也应通过不断出台市场研究报告、竞争政策报告等形式,令公共事业、金融服务、数字经济、文化传媒、国有控股等经济领域的经营者随时了解实施集中时主要面临的竞争环境、潜在风险和主要合规问题,降低守法过程中存在的信息不对称问题。在特殊领域的经营者集中涉及中国证券监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会等其他主管机构职权问题时,集中过程可能需要2个以上执法机构共同分工合作,对此,反垄断执法机构则应与这些机构积极缔结有关经营者集中审查分工问题的谅解备忘录,令经营者免于多头审查带来的集中成本过高、集中不确定性过强等问题。

<sup>①</sup> 参见邱隽思:《社交型平台企业经营者集中审查标准研究》,《财会月刊》2021年第21期。

## 五、结 语

在经济社会迅速发展的当下,反垄断法律制度的不断精进和完善将直接影响一国整体的竞争状况、营商环境和经济发展程度。新《反垄断法》的实施并不会终结此前我们对反垄断制度具体改革走向的相关讨论,而是意味着新一轮制度创新的开始。“是制度使得竞争成为可能,并塑造了其形式和强度。”<sup>①</sup>作为“经济宪法”,《反垄断法》时刻肩负着因应市场竞争环境的变化而不断调适、改进的使命。一系列新创立的法律制度都有待在新《反垄断法》确立的框架下不断完善,经营者集中分类分级审查制度显然是这方面的典型样本。通过对新《反垄断法》第 37 条的分析,我们可以洞见经营者集中分类分级审查制度理想与现实之间的距离,从而管窥未来竞争法治的发展趋势。

本文通过对经营者集中分类分级审查制度有关内涵、功能、现实障碍的整体论述,为我国未来构建该项制度提出了一整套系统对策。希望本文提供的相关改进意见能够切实推动经营者集中分类分级审查制度的完善,进而优化我国整体竞争环境与竞争秩序。

---

**Abstract:** Article 37 of the new Anti - Monopoly Law stipulates the classification and gradation for review system of operator concentrations. The classification for review focuses on promoting the refined development of the antitrust system so as to improve the review quality, and the gradation for review focuses on the optimization allocation of enforcement resources so as to improve the review efficiency. The construction of the classification and gradation for review system of operator concentrations in my country has double obstacles to the foundation of legal specifications and weak institutions. In the future, it should be committed to the following improvements: on the one hand, the specific legal standards should be clarified with the classification system of public utilities, financial services, digital economy, cultural media, and state - owned holding enterprises, and the gradation system of provincial level, department level and bureau level. On the other hand, the supporting reforms of the antitrust law enforcement agency should be further promoted. One is to standardize local antitrust law enforcement agencies, and the other is to further expand the departments of the National Anti - Monopoly Bureau, and the third is to optimize the formulation of anti - monopoly guidelines, market research reports, and competitive policies for various segments.

**Key Words:** Anti - Monopoly Law, operator concentration, classification and gradation for review system, antitrust enforcement agency

---

责任编辑 翟中鞠

---

<sup>①</sup> [美]戴维·格伯尔:《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社 2012 年版,第 3 页。