

精准实施反垄断法 助力构建高水平社会主义市场经济体制

——北京托毕西药业有限公司诉国家市场监督管理总局反垄断其他行政行为纠纷案评析

◇ 时建中

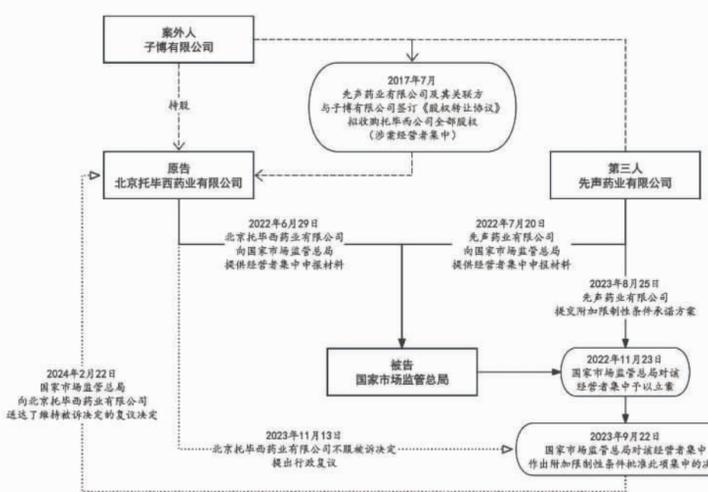
知产论衡



时建中，中国政法大学副校长、教授、博士生导师，教育部哲学社会科学实验室——中国政法大学数据法治实验室主任、数据法治研究院院长、竞争法研究中心主任，兼任国务院反垄断专家咨询组组长、国家数据专家咨询委员会委员、中国科学技术法学会常务副会长、中国法学会经济法研究会副会长、中国市场监督管理学会副会长。作为国家院法制办反垄断法审查修改专家小组专家，参加反垄断法的立法工作。荣获中国“宪法的精神 法治的力量——2022年度法治人物”。

案件概况

国家市场监督管理总局先后收到北京托毕西药业有限公司、先声药业有限公司自主提交的先声药业有限公司收购北京托毕西药业有限公司股权案经营者集中申报材料。国家市场监督管理总局审查评估后认为，涉案集中未达到申报标准，但对中国境内巴曲酶注射液市场可能具有排除、限制竞争效果。鉴于先声药业有限公司提交的附加限制性条件承诺方案可以有效减少涉案集中对竞争的不利影响，符合我国反垄断法等相关法律法规关于附条件批准的情形，故决定附加限制性条件批准涉案集中。北京托毕西药业有限公司不服，申请行政复议。国家市场监督管理总局作出复议决定，维持前述决定。北京托毕西药业有限公司仍不服，向北京知识产权法院起诉。北京知识产权法院审理后认为，经评估，涉案承诺方案具有有效性、可行性、及时性，能够有效减少集中对竞争产生的不利影响，被诉决定及复议决定正确。遂判决：驳回托毕西药业有限公司的诉讼请求。宣判后，各方当事人均未上诉，现判决已生效。



案件法律关系简图

情形，即不适用反垄断法第二十六条第一款规定；另一方面，本案所涉申报是相关企业主动自愿申报，并非基于市场监管总局的“要求”，形式上不完全符合该条第二款的相关规定。本案所涉集中的特殊性，对反垄断法提出了更高要求；本案所涉反垄断审查决定的特殊性，又对反垄断行政诉讼提出了更高要求。法院认为，尽管申报是基于当事人的自愿，若有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，市场监管总局仍应依反垄断法的相关规定进行审查，并可以依法作出包括附加限制性条件批准决定在内的相应审查决定。应当承认，针对此类非典型垄断案件，法院判决体现了“竞争效果优先”的精神，维护了市场监管总局对不完全具备形式要件的反垄断案件进行实质审查的做法，符合反垄断立法的宗旨，具有填补空白的意义。

二、本案判决关于经营者集中审查反垄断行政诉讼中适格原告的释法分析，必将产生正向反馈的法治效应

法院认为，市场监管总局针对经营者集中作出的审查决定，在性质上属于行政许可。判断原告是否具有诉的利益，是反垄断行政诉讼首先需要解决的问题。判断原告是否具有诉的利益主要依据有：一是行政诉讼法第二十五条第一款，即行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼；二是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第六十九条第一款第八项，即行政行为对其合法权益明显不产生实际影响的，已经立案的，应当裁定驳回起诉。

依据前述规定，针对经营者集中反垄断审查的不同结果，法院进一步阐释了不同情况下判断诉的利益的标准：第一，如果审查决定对经营者集中申报作出不予禁止的决定，那么该具体行政行为并未变更或增加申报人基于集中协议享有和承担的权利义务，未影响各申报人的合法权益，因此各申报人均无提起行政诉讼的诉的利益；第二，如果作出的是禁止的决定或者附加限制性条件批准的决定，那么该具体行政行为或者否定了集中协议创设的权利义务关系，或者对集中后的申报人施加了法定义务，影响到申报人的合法权益，故相应申报人具有提起行政诉讼的诉的利益。

作为经营者集中反垄断审查行政诉讼第一案，法院在本案判决中细化的前述判断标准，是对行政诉讼法所规定的行政诉讼原告资格集中审查反垄断行政诉讼适格原告的解释分析，对于反垄断的执法和司法，均将产生正向反馈的法治效应：不仅对经营者集中反垄断审查行政诉讼具有示范价值，而且对于经营者集中反垄断审查工作也有指导意义。

三、本案判决对经营者集中反垄断审查决定与集中协议之间的关系等复杂问题所作分析与澄清，既有理论意义也有实践价值

本案系行政诉讼，针对的是反垄断法对经营者集中依法作出的审查决

定。反垄断法机构作出审查决定所依据的事实基础亦即审查的主要内容，则是经营者之间的集中交易。审查决定对于经营者的集中协议有何影响，即经营者集中审查决定与集中协议之间的关系为何？这既是一个理论性很强的实践问题，也是一个实践性很强的理论问题。对于这一问题的认识和处理，直接关系到基于行政诉讼法第四十七条判断相关主体是否构成经营者集中反垄断审查决定的重大利害关系人，相关主体是否享有被告知听证的权利。

就经营者集中而言，集中协议的法律效力首先依据协议所涉相关法律法规进行判断，例如民法典、公司法等。达到申报标准的集中、未达到申报标准但反垄断法机构要求申报的集中、未达到申报标准但申报义务人自愿申报且反垄断法机构立案受理的集中，经审查，若被禁止，则集中协议无效；若附加限制性条件，集中协议有效，但协议须依所附限制性条件予以履行。具体到本案，集中协议即本案所涉《股权转让协议》，其主体分别为托毕西的股东子博有限公司和先声药业，主体之间系民事法律关系。对于该项集中，为了减少集中对竞争产生不利影响，市场监管总局审查决定附加限制性条件，即行政许可，义务主体限于先声药业和集中后的托毕西，不影响集中协议的效力，不影响子博有限公司与先声药业之间基于集中协议所设立的权利义务关系。

本案判决首先明确了经营者集中审查决定与集中协议之间的独立性，厘清了本案所涉行政法律关系与民事法律关系，进而分类说明审查决定对集中协议的影响、审查决定约束的义务主体范围，有效解决了行政许可程序中利害关系人的界定难题，并为反垄断行政执法的程序合法性提供了必要的司法指引。

四、本案判决认同经营者集中审查主要解决因集中而产生的竞争问题，夯实了经营者集中反垄断审查执法与司法衔接的法治基础

基于反垄断法实施以来在经营者集中反垄断审查的实践经验，并借鉴国际通行做法，市场监管总局发布的《横向经营者集中审查指引》第三条第一款规定：“反垄断法机构支持经营者依法实施集中。对于不具有排除、限制竞争效果的经营者集中，反垄断法机构将依法予以批准。对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，反垄断法机构将依法予以禁止或者附加限制性条件批准。”该条第二款特别指出：“前款所称经营者集中中具有或者可能具有排除、限制竞争效果，是指由集中带来的竞争问题。”换言之，集中前已经存在的竞争问题，或者表现为垄断协议，或者表现为滥用市场支配地位，均有相应的制度和调查处罚机制。因此，经营者集中反垄断审查主要聚焦集中带来的竞争问题。在本案判决中，法院明确指出，“经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果”指的是“由集中本身带来的竞争问题”。反垄断法机构与司法机构在这一重要问题上形成了共识，符合法理且与长期以来的审查实践一致，夯实了经营者集中反垄断审查和司法衔接的法治基础，能够产生稳预期、利长远的法治效果。

本案判决认同经营者集中审查主要解决因集中而产生的竞争问题，有助于与世界主要反垄断司法辖区的通行做法接轨。例如，欧盟委员会在《欧盟合并条例》框架下，为解决合并控制中的竞争问题而制定的《关于救济措施的通知》规定：“如果一项经营者集中会引发竞争方面的问题，并且可能明显对有效竞争造成阻碍……为了解决竞争问题，集中的当事人可以尝试通过调整该集中解决竞争问题，并获得批准。”在经营者集中审查的实践中，欧盟委员会也在贯彻着这一原则。与世界主要反垄断司法辖区的通行做法接轨，不仅展现了我国反垄断审查方法论的科学性，而且是打造法治化、国际化营商环境的必要之举。

五、经营者集中是市场配置资源的重要机制，经营者集中审查制度不是企业做大做强的法律障碍

如何正确处理政府和市场的关系，是我国社会主义市场经济体制改革的核心问题。构建高水平社会主义市场经济体制，就要充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用。反垄断法律制度是促进有效市场和有为政府更好结合的重要法治方式。经营者集中是市场配置资源的重要机制，经营者集中审查制度是处理政府与市场关系的重要机制：一方面，允许经营者依法实施集中；另一方面，通过事先审查机制，保护市场公平竞争。我国经营者集中制度具有以下特点：第一，从制度内容角度分析，并非所有的经营者集中均须经过反垄断审查。只有达到国务院规定的申报标准的，才须事先申报；第二，从制度演进角度分析，与2008年相比较，2024年修订的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》确定的申报标准有了大幅度的提高；第三，从审查实践角度分析，自反垄断法施行以来，已审结经营者集中案件6000余件，其中附加限制性条件批准的经营者集中仅60余件，被禁止的集中仅3件；第四，从制度实施的目标分析，经营者集中反垄断审查绝不能理解为“审查即禁止”。因此，经营者集中的反垄断审查不是经营者集中的否决机制，而是保障公平竞争、预防性保护机制。

在本案中，法院不仅支持了市场监管总局体系化理解和适用反垄断法相关规定的观点，而且，在判决中进一步强调，对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，市场监管总局并非当然直接禁止。只有经评估，认为参与集中的经营者提出的承诺方案不能有效减少集中对竞争产生的不利影响时，市场监管总局才应作出禁止经营者集中的决定。因此，本案的判决，有助于全面准确理解经营者集中审查制度的目的和内容，有助于实现审查制度应有的法治效果和经济效果。

总之，反垄断行政诉讼是反垄断法的法治校验。行政诉讼监督反垄断法的合法性与正当性的过程，是反垄断法与司法互动的最佳过程。夯实反垄断法与司法衔接的法治基础，有助于为构建高水平社会主义市场经济体制提供法治保障。通过本案，可以观察反垄断行政诉讼与反垄断法的互动踪影。本案判决在实体标准厘清、程序规则细化、国际规则衔接等方面具有多维示范价值，形成的裁判规则和审查逻辑，必将为反垄断法和司法带来积极正向的法治效应。

相关法条：

反垄断法第二十五条 经营者集中是指下列情形：

- (一) 经营者合并；
- (二) 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；
- (三) 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

第二十六条 经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。

经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报。

《横向经营者集中审查指引》(国市监反执二发〔2024〕113号)第三条 反垄断法机构支持经营者依法实施集中。对于不具有排除、限制竞争效果的经营者集中，反垄断法机构将依法予以批准。对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，反垄断法机构将依法予以禁止或者附加限制性条件批准。

前款所称经营者集中中具有或者可能具有排除、限制竞争效果，是指由集中带来的竞争问题。

《经营者集中审查规定》(国家市场监督管理总局令第67号)第二条第一款 国家市场监督管理总局(以下简称市场监管总局)负责经营者集中反垄断审查工作，并对违法实施的经营者集中进行查处。

第三条 经营者可以通过公平竞争、自愿联合，依法实施集中，扩大经营规模，提高市场竞争能力。

近日，中国应用法学研究所组织举办“数字经济时代广告平台的法律责任”研讨会，与会专家围绕数字经济背景下广告平台的法律责任，特别是搜索广告中关键词隐性使用的法律问题进行了深入交流。现将会议研讨情况综述如下：

一、互联网广告中关键词隐性使用的商业现状

互联网广告业务在数字经济中占据重要地位，其中搜索广告作为广告平台的重要组成部分，实现了广告的高效投放和精准触达。这一模式不仅在全球范围内稳定运行逾20年，更在中国市场展现出蓬勃的生命力。以2023年为例，中国数字营销总规模达11385亿元，其中，搜索广告作为广告业主营收入的重要组成部分，占比约为35%。关键词隐性使用，简而言之，即广告主在搜索引擎后台将竞争对手的商标或商品名称设置为关键词，当用户搜索该关键词时，广告主的广告链接会优先出现在搜索结果中，但广告标题和描述中并不直接展示该关键词。这种模式在电商平台、APP商店以及短视频平台等广泛存在，成为互联网科技企业的重要收入来源。关键词隐性使用模式不仅为我国广告主提供了精准触达潜在客户的渠道，也为广告平台带来了可观的经济收益。

参会产业界专家认为，商业领域关键词隐性使用的出现，是技术发展推动的必然结果，这种模式符合广告业的基本原理，也满足了广告主在数字经济时代的营销需求。随着互联网时代用户信息需求的日益多元化，关键词隐性使用模式能够提供更多相关品牌的信息，满足用户在搜索过程中的比较和选择需求。此外，关键词隐性使用模式为中小企业提供了一个低成本的营销渠道，使其能够在与大品牌的竞争中获得更多展示机会，同时有助于维护市场竞争的多元化和活力，防止大品牌对市场的垄断。

二、关键词隐性使用面临的挑战与争议

关键词隐性使用广告模式在实际应用过程中也面临着诸多挑战。一方面，一些广告主滥用这一模式，通过购买竞争对手的关键词进行恶意点击或诱导消费者；另一方面，一些消费者因为搜索结果中的广告链接而产生混淆误认，导致购买决策的错误。因此，在法律规制上应

关键词隐性使用的现状、争议与法律规制

——“数字经济时代广告平台的法律责任”研讨会综述

◇ 钟 莉

当充分考虑其合理性和必要性，平衡各方利益，促进广告产业的健康发展。

对于关键词隐性使用是否涉及商标侵权以及不正当竞争，与会专家对此存在一定争议。部分专家认为，行为人为通过设置他人商标作为关键词，利用该商标的市场声誉吸引消费者注意力和流量，一定程度上损害了商标权人的商业利益，构成不正当竞争及商标侵权。也有专家认为，在判断关键词隐性使用是否构成商标侵权时，应当充分考虑是否构成混淆以及考虑利益平衡原则，不宜一刀切地作出判断。

三、反不正当竞争法相关条款的适用

部分专家认为，反不正当竞争法中与隐性使用相关的条款为第六条以及第二条（一般条款），虽然第六条规制的是混淆行为，而隐性搜索在展示搜索结果时如实施了实际提供服务的内容和经营者，因此难以直接适用该条款进行规制。在本次反不正当竞争法修订草案有关混淆的条款中虽有相关规定，但最终该条款能否保留仍具有不确定性。

除混淆条款外，实践中，经常适用的是反不正当竞争法的一般条款。部分与会专家对此提出质疑，认为一般条款作为反不正当竞争法的兜底条款应具有谦抑性，其适用应具有严格的边界和条件。在关键词隐性使用案件中，需要考虑广告主的意图、行为方式、损害后果以及消费者的认知情况等要素进行综合判断。

四、利益平衡原则在关键词隐性使用法律规制中的应用

在关键词隐性使用的法律规制中，利益平衡原则是一个不可忽视的重要因素。与会专家普遍认为，在规制关键词隐性使用时，需要充分考虑平台、在先经营者、在后经营者和消费者等多方利益，实现各方利益的平衡和协调。

一方面，平台作为广告发布和传播的重要载体，应当承担相应的审核和管理责任。平台应当建立健全关键词审核机制，加强对广告主使用关键词的监管，防止关键词隐性使用的滥用和误导消费者。同时，平台应当努力为消费者提供公平、透明的竞争环境，促进广告市场的健康发展。另一方面，消费者作为市场的重要主体和最终受益者，其利益应当得到充分保障。在规制关键词隐性使用时，应当充分考虑消费者的知情权和选择权，防止其因关键词隐性使用而产生混淆误认和购买决策的错误。

此外，鉴于互联网行业具有快速变化和创新发展特点，隐性搜索作为其中的一种商业模式，具有一定的合理性和必要性，在判断隐性搜索是否违反商业道德时，还应充分考虑互联网行业的特殊性和发展规律。而随着数字经济的不断发展和技术的不断进步，关键词隐性使用模式也将不断变化和发展，法律法规的完善需要充分考虑技术发展带来的新挑战，在进行司法判断时应当结合技术发展和互联网行业的特点，综合考量给予合理的法律规制。

(作者单位：中国应用法学研究所)