

竞争法律与政策 资讯



二〇二四年 8月刊

上海市律师协会反垄断与反不正当竞争专业委员会

目 录

上海市律师协会
反垄断与反不正当
竞争专业委员会

二〇二四年 8 月刊

新规速递 1

- 《公平竞争审查条例》自 8 月 1 日起施行..... 1
- 《中共中央办公厅国务院办公厅关于完善市场准入制度的意见》印发 5
- 市场监管总局、中央社会工作部、民政部发布《行业协会商会收费行为合规指南》 8
- 市场监管总局就《关于药品领域的反垄断指南（征求意见稿）》公开征求意见 15
- 市场监管总局就《违反〈中华人民共和国反垄断法〉实施经营者集中行政处罚 裁量权基准（征求意见稿）》公开征求意见 31

实务动态..... 37

- 国新办举行“推动高质量发展”系列主题新闻发布会（国家市场监督管理总局）..... 37
- 民生领域反垄断执法专项行动暨执法办案推进座谈会在杭州召开 42
- 2024 年上半年市场监管总局无条件批准经营者集中案件审查情况 43
- 市场监管总局会同中国民航局面向航空运输行业举办反垄断合规讲堂..... 46
- 市场监管总局发布《中国价格监督检查和反不正当竞争执法年度报告（2023）》..... 47

案件概览..... 48

专业研究..... 49

新规速递

《公平竞争审查条例》自 8 月 1 日起施行

《公平竞争审查条例》已经 2024 年 5 月 11 日国务院第 32 次常务会议通过，自 2024 年 8 月 1 日起施行。

《公平竞争审查条例》全文如下：

第一章 总 则

第一条 为了规范公平竞争审查工作，促进市场公平竞争，优化营商环境，建设全国统一大市场，根据《中华人民共和国反垄断法》等法律，制定本条例。

第二条 起草涉及经营者经济活动的法律、行政法规、地方性法规、规章、规范性文件以及具体政策措施（以下统称政策措施），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（以下统称起草单位）应当依照本条例规定开展公平竞争审查。

第三条 公平竞争审查工作坚持中国共产党的领导，贯彻党和国家路线方针政策和决策部署。

国家加强公平竞争审查工作，保障各类经营者依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争。

第四条 国务院建立公平竞争审查协调机制，统筹、协调和指导全国公平竞争审查工作，研究解决公平竞争审查工作中的重大问题，评估全国公平竞争审查工作情况。

第五条 县级以上地方人民政府应当建立健全公平竞争审查工作机制，保障公平竞争审查工作力量，并将公平竞争审查工作经费纳入本级政府预算。

第六条 国务院市场监督管理部门负责指导实施公平竞争审查制度，督促有关部门和地方开展公平竞争审查工作。

县级以上地方人民政府市场监督管理部门负责在本行政区域组织实施公平竞争审查制度。

第七条 县级以上人民政府将公平竞争审查工作情况纳入法治政府建设、优化营商环境等考核评价内容。

第二章 审查标准

第八条 起草单位起草的政策措施，不得含有下列限制或者变相限制市场准入和退出的内容：

- （一）对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等违法设置审批程序；
- （二）违法设置或者授予特许经营权；
- （三）限定经营、购买或者使用特定经营者提供的商品或者服务（以下统称商品）；
- （四）设置不合理或者歧视性的准入、退出条件；
- （五）其他限制或者变相限制市场准入和退出的内容。

第九条 起草单位起草的政策措施，不得含有下列限制商品、要素自由流动的内容：

- （一）限制外地或者进口商品、要素进入本地市场，或者阻碍本地经营者迁出，商品、要素输出；
- （二）排斥、限制、强制或者变相强制外地经营者在本地投资经营或者设立分支机构；
- （三）排斥、限制或者变相限制外地经营者参加本地政府采购、招标投标；
- （四）对外地或者进口商品、要素设置歧视性收费项目、收费标准、价格或者补贴；
- （五）在资质标准、监管执法等方面对外地经营者在本地投资经营设置歧视性要求；
- （六）其他限制商品、要素自由流动的内容。

第十条 起草单位起草的政策措施，没有法律、行政法规依据或者未经国务院批准，不得含有下列影响生产经营成本的内容：

- （一）给予特定经营者税收优惠；
- （二）给予特定经营者选择性、差异化的财政奖励或者补贴；
- （三）给予特定经营者要素获取、行政事业性收费、政府性基金、社会保险费等方面的优惠；
- （四）其他影响生产经营成本的内容。

第十一条 起草单位起草的政策措施，不得含有下列影响生产经营行为的内容：

- （一）强制或者变相强制经营者实施垄断行为，或者为经营者实施垄断行为提供便利条件；

(二) 超越法定权限制定政府指导价、政府定价，为特定经营者提供优惠价格；

(三) 违法干预实行市场调节价的商品、要素的价格水平；

(四) 其他影响生产经营行为的内容。

第十二条 起草单位起草的政策措施，具有或者可能具有排除、限制竞争效果，但符合下列情形之一，且没有对公平竞争影响更小的替代方案，并能够确定合理的实施期限或者终止条件的，可以出台：

(一) 为维护国家安全和发展利益的；

(二) 为促进科学技术进步、增强国家自主创新能力的；

(三) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；

(四) 法律、行政法规规定的其他情形。

第三章 审查机制

第十三条 拟由部门出台的政策措施，由起草单位在起草阶段开展公平竞争审查。

拟由多个部门联合出台的政策措施，由牵头起草单位在起草阶段开展公平竞争审查。

第十四条 拟由县级以上人民政府出台或者提请本级人民代表大会及其常务委员会审议的政策措施，由本级人民政府市场监督管理部门会同起草单位在起草阶段开展公平竞争审查。起草单位应当开展初审，并将政策措施草案和初审意见送市场监督管理部门审查。

第十五条 国家鼓励有条件的地区探索建立跨区域、跨部门的公平竞争审查工作机制。

第十六条 开展公平竞争审查，应当听取有关经营者、行业协会商会等利害关系人关于公平竞争影响的意见。涉及社会公众利益的，应当听取社会公众意见。

第十七条 开展公平竞争审查，应当按照本条例规定的审查标准，在评估对公平竞争影响后，作出审查结论。

适用本条例第十二条规定的，应当在审查结论中详细说明。

第十八条 政策措施未经公平竞争审查，或者经公平竞争审查认为违反本条例第八条至第十一条规定且不符合第十二条规定情形的，不得出台。

第十九条 有关部门和单位、个人对在公平竞争审查过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私，应当依法予以保密。

第四章 监督保障

第二十条 国务院市场监督管理部门强化公平竞争审查工作监督保障，建立健全公平竞争审查抽查、举报处理、督查等机制。

第二十一条 市场监督管理部门建立健全公平竞争审查抽查机制，组织对有关政策措施开展抽查，经核查发现违反本条例规定的，应当督促起草单位进行整改。

市场监督管理部门应当向本级人民政府报告抽查情况，抽查结果可以向社会公开。

第二十二条 对违反本条例规定的政策措施，任何单位和个人可以向市场监督管理部门举报。市场监督管理部门接到举报后，应当及时处理或者转送有关部门处理。

市场监督管理部门应当向社会公开受理举报的电话、信箱或者电子邮件地址。

第二十三条 国务院定期对县级以上地方人民政府公平竞争审查工作机制建设情况、公平竞争审查工作开展情况、举报处理情况等开展督查。国务院市场监督管理部门负责具体实施。

第二十四条 起草单位未依照本条例规定开展公平竞争审查，经市场监督管理部门督促，逾期仍未整改的，上一级市场监督管理部门可以对其负责人进行约谈。

第二十五条 未依照本条例规定开展公平竞争审查，造成严重不良影响的，对起草单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

第五章 附 则

第二十六条 国务院市场监督管理部门根据本条例制定公平竞争审查的具体实施办法。

第二十七条 本条例自 2024 年 8 月 1 日起施行。

发布时间： 2024/06/13

信息来源： 中国政府网

访问链接： https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/202406/content_6957050.htm

《中共中央办公厅国务院办公厅关于完善市场准入制度的意见》

印发

市场准入制度是社会主义市场经济基础制度之一。党的二十届三中全会明确提出，完善市场准入制度，优化新业态新领域市场准入环境。2024 年 8 月 21 日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善市场准入制度的意见》对外发布。

中共中央办公厅国务院办公厅关于完善市场准入制度的意见 (2024 年 8 月 1 日)

市场准入制度是社会主义市场经济基础制度之一，是推动有效市场和有为政府更好结合的关键。为深入贯彻党的二十届三中全会精神，完善市场准入制度，深入破除市场准入壁垒，构建开放透明、规范有序、平等竞争、权责清晰、监管有力的市场准入制度体系，经党中央、国务院同意，现提出如下意见。

一、完善市场准入负面清单管理模式。由法律、行政法规、国务院决定、地方性法规设定的市场准入管理措施，省、自治区、直辖市政府规章依法设定的临时性市场准入管理措施，全部列入全国统一的市场准入负面清单。各类按要求编制的全国层面准入类清单目录和产业政策、投资政策、环境政策、国土空间规划等涉及市场准入的，全部纳入市场准入负面清单管理，各类经营主体可依法平等进入清单之外的领域。严禁在清单之外违规设立准入许可、违规增设准入条件、自行制定市场准入性质的负面清单，或者在实施特许经营、指定经营、检测认证等过程中违规设置准入障碍。市场准入负面清单实行动态调整，清单事项内容、主管部门等向社会全面公开。

二、科学确定市场准入规则。实施宽进严管，放开充分竞争领域准入，大幅减少对经营主体的准入限制。对关系国家安全、国民经济命脉和涉及重大生产力布局、战略性资源开发、重大公共利益的领域，兼顾社会效益和经济效益，依法实施准入管理。对经营自然垄断环节业务企业开展垄断性业务和竞争性业务的范围进行监管，防止有关企业利用垄断优势向上下游竞争性环节延伸或排除、限制上下游竞争性环节的市场竞争。加强金融行业准入监管。前瞻性部署新业态新领域市场准入体系，更好促进新质生产力发展。

三、合理设定市场禁入和许可准入事项。需要实施市场准入管理的领域，确有必要的可依法制定市场禁入的措施，或者采取行政审批和限制经营主体资质、股权比例、经营范围、经营业态、商业模式等许可准入管理办法。对市场禁入事项，政府依法不予审批、核准，不予办理有关手续，坚决查处违法违规进入行为。对许可准入事项，地方各级政府要公开法律法规依据、技术标准、许可要求、办理流程、办理时限，制定市场准入服务规程，由经营主体按照规定的条件和方式合规进入。对未实施市场禁入或许可准入但按照备案管理的事项，不得以备案名义变相设立许可。

四、明确市场准入管理措施调整程序。市场准入管理措施新增或调整前，行业主管部门应按照“谁制定、谁负责”的原则自行开展必要性、安全性、有效性评估，评估通过后，依照法定程序提请制定或修订法律法规规章等。可能造成经济运行突发重大风险的，经报党中央、国务院同意后，可采取临时性市场准入管理措施。

五、加强内外资准入政策协同联动。加强内外资准入政策调整协同，在不减损现有经营主体准入机会的前提下，坚持国民待遇原则。对外资放开准入限制的，对内资同步放开；在不违反国际协定和承诺的前提下，对内资设定准入门槛的，对外资同步适用。鼓励海南自由贸易港、自由贸易试验区等有条件地方探索更加安全、便利、高效的内外资准入协同模式。

六、有序放宽服务业准入限制。对不涉及国家安全、社会稳定，可以依靠市场充分竞争提升供给质量的服务业行业领域逐步取消准入限制。对涉及重要民生领域的教育、卫生、体育等行业，稳妥放宽准入限制，优化养老、托育、助残等行业准入标准。清理不合理的服务业经营主体准入限制，破除跨地区经营行政壁垒，放宽服务业经营主体从事经营活动的资质、股权比例、注册资金、从业人员、营业场所、经营范围等要求，不得在环保、卫生、安保、质检、消防等领域违规设置准入障碍。推动市场准入相关中介服务事项网上公开办理。

七、优化新业态新领域市场准入环境。聚焦深海、航天、航空、生命健康、新型能源、人工智能、自主可信计算、信息安全、智慧轨道交通、现代种业等新业态新领域，按照标准引领、场景开放、市场推动、产业聚集、体系升级的原则和路径，分领域制定优化市场环境实施方案，推动生产要素创新性配置，提高准入效率。用好先进技术应用推进中心和各类科技成果转化等创新平台，畅通产业体系、创新资源、资本要素、应用场景、制度政策等，因地制宜加快发展新质生产力。实施前沿技术领域创新成果应用转化市场准入环境建设行动，率先推动海陆空全空间智能无人体系应用和标准建设，加快构建绿色能

源等领域准入政策体系，积极扩大数字产品市场准入。选取电子信息、计算机科学、深海、航空航天、新能源、新材料、生物医药、量子科技、现代种业等领域，推动重点企业、研究机构等创新单元和有关地方建立相关领域全球前沿科学研究协同模式，积极参与国际市场准入规则 and 标准制定，推动重点领域创新成果便捷高效应用。

八、加大放宽市场准入试点力度。围绕战略性新兴产业、未来产业重点领域和重大生产力布局，以法规政策、技术标准、检测认证、数据体系为抓手，更好促进新技术新产品应用，选择重点地区开展放宽市场准入试点，分批制定和推出放宽市场准入特别措施。抓好已部署的放宽市场准入特别措施落地实施，做好政策评估。实施效果好的地区，可推出新一批特别措施；具备复制推广条件的特别措施，可在更大范围推广应用。

九、抓好市场准入制度落实。全面开展市场准入效能评估，优化指标体系，注重发挥第三方机构作用，确保评估过程公开透明，评估结果客观合理，鼓励地方结合实际加强评估结果应用。对地方违背市场准入制度情况进行排查，发现一起，整改一起，有关情况纳入全国信用信息共享平台和全国城市信用监测范围并向社会通报。建立与市场准入相适应的监管模式，提升市场综合监管能力和水平，推动形成政府监管、企业自觉、行业自律、社会监督的格局。

十、强化组织实施。各地区各有关部门要把思想和行动统一到党中央决策部署上来，完善工作机制，加强组织实施、跟踪评估、总结反馈。重大事项及时向党中央、国务院请示报告。

发布时间： 2024/08/21

信息来源： 中国政府网

访问链接： https://www.gov.cn/zhengce/202408/content_6969717.htm

市场监管总局、中央社会工作部、民政部发布《行业协会商会收费行为合规指南》

为加强行业协会商会收费监管，指导行业协会商会依法合规开展活动，市场监管总局会同中央社会工作部、民政部制定了《行业协会商会收费行为合规指南》，并予以公告。

行业协会商会收费行为合规指南

第一章 总 则

第一条 为进一步规范行业协会商会收费行为，指导行业协会商会依法合规开展活动、提供服务并收费，根据《中华人民共和国价格法》《价格违法行为行政处罚规定》《社会团体登记管理条例》《优化营商环境条例》等法律法规及相关政策规定，制定本指南。

第二条 本指南旨在优化公平竞争市场环境，维护行业协会商会会员及其他经营主体的合法权益，促进行业协会商会规范健康发展。

第三条 本指南所称行业协会商会，是指会员主体为从事相同性质经济活动的单位、同业人员或同地域的经济组织，名称以“行业协会”“协会”“商会”等字样为后缀，在民政部门登记的社会团体法人。

第四条 本指南所称行业协会商会收费，主要指会费、行政事业性收费、经营服务性收费和其他收费。

第五条 行业协会商会开展的各类收费业务应当符合协会章程规定的业务范围，履行章程规定的程序，坚持依法合规、公开透明、平等自愿的基本原则。

依法合规，是指收费行为应当遵循法律法规及相关政策要求。

公开透明，是指充分保障会员及其他服务对象的知情权，公示收费项目和标准。

平等自愿，是指在自愿基础上提供服务，不得强制或者变相强制服务并收费。

第六条 市场监管、社会工作、民政等部门以及各业务主管单位、行业管理部门、相关职能部门按照职责分工，对行业协会商会收费行为进行综合监管。

第七条 行业协会商会应当建立问题反馈机制,对会员反映的收费问题认真开展自查自纠。经营主体和个人也可以通过全国12315平台、各级社会组织投诉举报平台等进行投诉举报。

第八条 行业协会商会应当积极配合监管部门监督检查,及时、准确、完整提供检查所必需的账簿、单据、凭证、文件以及其他资料。

第九条 行业协会商会应当建立健全收费合规体系,了解有关收费政策,对收费项目、收费行为等进行规范,确保符合本指南的要求,防范违法违规收费行为。

第十条 对标准偏高、盈余较多、社会反映较强的收费,鼓励行业协会商会综合考虑服务成本、会员经营状况、承受能力、行业发展水平等因素合理制定收费标准,降低偏高收费。

第十一条 行业协会商会应当在住所、服务场地的醒目位置以及门户网站、微信公众号等公示本协会商会收费项目、收费性质、服务内容、收费标准及依据等信息,便于社会公众获取或了解。

第十二条 行业协会商会应当充分保障服务对象对收费的知情权,在收费前要履行告知义务,不得在标明的费用之外加收费用提供服务,不得收取任何未予标明的费用,不得利用虚假的或者使人误解的价格手段,诱骗服务对象与其进行交易。

第二章 会 费

第十三条 行业协会商会作为社会团体法人,可以按年度向个人会员和单位会员收取会费,用于保障行业协会商会正常运转和为会员提供基本服务项目。列入行业协会商会会费保障的基本服务项目,不得另行向会员收取费用。

第十四条 行业协会商会应当依据章程规定的业务范围、工作成本等因素,结合行业和会员实际,合理确定会费标准和档次,同一会费档次不得细分不同收费标准。

第十五条 行业协会商会制定或者修改会费标准,应当召开会员大会或者会员代表大会,有2/3以上会员或者会员代表出席,并经出席会议或者会员代表1/2以上表决通过,表决采取无记名投票方式进行。自通过会费标准决议之日起30日内,将决议向全体会员公开。

会费标准的额度应当明确,不得实行浮动会费。

第十六条 行业协会商会会费应当专项核算,并按照规定使用财政部或省级财政部门印(监)制的社会团体会费收据。除会费以外,其他收费行为均不得使用社会团体会费收据。

第十七条 行业协会商会应当每年向会员公布会费收支情况，定期接受会员大会或者会员代表大会的审查，并在行业协会商会年检时填报会费收入情况。

第十八条 行业协会商会不得强制或者变相强制经营主体或个人入会并收取会费，不得阻碍会员退会。法律、法规另有规定的，从其规定。

第十九条 行业协会商会总部及分支（代表）机构不得向同一家会员多头重复收取会费。行业协会商会分支（代表）机构不得单独制定会费标准。

行业协会商会不得向非会员经营主体或者个人收取会费。不得采用“收费返成”“抽成”“分成”等方式通过其他组织或个人吸收会员、收取会费。

第三章 行政事业性收费

第二十条 行业协会商会依据法律、行政法规等规定代行政府职能收取的费用，纳入行政事业性收费管理。行政事业性收费项目和标准应当严格履行审批手续。行业协会商会要严格按照发展改革、财政部门的收费政策文件执行，不得擅自增加收费项目、提高收费标准。

第二十一条 行业协会商会收取行政事业性收费，应按财务隶属关系使用财政部门统一监（印）制的行政事业性收费票据。

第二十二条 行业协会商会接受行政机关委托开展相关工作，将行业协会商会服务事项作为行政行为前置条件以及行政机关赋予行业协会商会推荐权、建议权、监督权等，相关工作费用由行政机关承担。

行业协会商会应当向社会公开接受行政机关授权或委托的事项，以及相关办事流程、审查标准、办理时限、行政机关拨经费情况等，严禁借机向经营主体收取费用。

第二十三条 行业协会商会经行政机关授权或委托开展的具有强制性的法定培训，应当采用政府购买服务的方式，由财政经费予以保障。确需收费的，应作为行政事业性收费进行管理。

第二十四条 行业协会商会按照要求承担相关职业资格认定工作的，不得收取除考试费、鉴定费外的其他任何费用。举办职业资格考试的行业协会商会不得组织与考试相关的培训并收取费用。

第四章 经营服务性收费

第二十五条 行业协会商会按照法律法规关于经营者的相关规定和自愿、有偿、质价相符的原则，在章程规定的业务范围内开展信息咨询、培训、评价、展览、销售报刊等服务，行业协会商会等同于经营者，其收费作为经营服务性收费实行市场调节价。

行业协会商会应落实非营利原则，所得收入用于行业协会商会发展、服务等，不得在管理者或者会员之间进行分红。

第二十六条 行业协会商会制定或修改经营服务性收费标准，应当采取合理措施确保有关各方能够充分表达意见，统筹保障会员和服务对象的权益，收费项目和标准应当向社会公开。

行业协会商会收取的具有一定垄断性和强制性的经营服务性收费，应按照合法合理、弥补成本、略有盈余的原则确定收费标准，并经会员（代表）大会或理事会以无记名投票方式表决通过。

第二十七条 行业协会商会不得将自身开展的经营服务性活动转包或委托与行业协会商会负责人、分支（代表）机构负责人有直接利益关系的个人或者组织实施。经营服务性收费应纳入行业协会商会账户，不得由利益相关的个人或经营主体侵占、私分和挪用。

第二十八条 除法律、法规另有规定外，行业协会商会不得强制或者变相强制经营主体参加评比、达标、表彰、培训、考核、考试以及类似活动，不得借前述强制或变相强制的活动向经营主体收费或者变相收费。

第二十九条 行业协会商会不得利用行政权力、行政影响力等强制服务并收费，相关方式包括但不限于：

（一）通过与行政机关联合发文，或者以行政机关会议纪要等方式，强制经营主体或个人接受行业协会商会有偿服务；

（二）利用行政机关委托事项，借机向经营主体收取与委托事项相关的费用；

（三）通过行政机关违规设置行政审批、行政许可事项前置条件等方式，强制经营主体接受服务并收取费用。

（四）利用承担行政委托事项获取的非公开数据、信息等收费。

第三十条 行业协会商会不得捏造、散布本行业、上下游行业涨价信息以及本行业的生产经营成本等上涨信息，直接或间接推动本行业内商品或服务价格过快、过高上涨。

第三十一条 行业协会商会不得组织、引导会员或者本行业的其他经营者在生产自用外，超出正常存储数量或者存储周期，大量囤积市场供应紧张、价格发生异常波动的商品。

第三十二条 行业协会商会应当为同行业的经营主体创造公开、公平的市场环境，充分尊重行业内经营者的自主定价权，不得通过会议、论坛、通知、规则等方式组织行业内经营者相互串通，操纵市场价格。

第三十三条 行业协会商会接受行政机关委托开发建设的电子政务平台，是行政机关为社会提供公共服务的窗口，应免费向经营主体、个人和社会开放。相

关建设、运营、维护等费用由行政机关承担，行业协会商会不得以技术维护费、服务费、电子介质成本费等名义向电子政务平台使用单位收取任何费用。

第三十四条 行业协会商会开展行政审批中介服务，应平等参与中介服务市场竞争。未与行政机关脱钩的行业协会商会，不得开展与业务主管单位所负责行政审批相关的中介服务。

行业协会商会接受行政机关委托开展行政审批技术性服务，相关费用由行政机关承担，不得转嫁给经营主体。

第三十五条 行业协会商会开展咨询服务应当以合同形式约定服务时间、内容、标准、成果，按照服务对象的要求提供专业化、针对性、个性化的服务，并留存服务记录。不得只收费不服务或少服务，不得提供同质化严重、与公开信息高度雷同的非原创性内容。

第三十六条 行业协会商会开展培训活动应当按照弥补成本、略有盈余、自愿参加的原则，紧贴业务工作实际和培训对象需求，制定培训方案，保证培训质量，合理制定收费标准，培训服务和收费要质价相符。

第三十七条 行业协会商会开展专业技术人员继续教育，以修习学时维持证书有效性的，应当明确认可学时的其他方式，不得要求经营主体或个人只接受行业协会商会自身举办的继续教育，不得独家经营、过高收费。

行业协会商会开展继续教育活动，应当在通知公告中向社会公开继续教育的范围、内容、收费项目及标准等情况。

利用现代信息技术开展远程教育，要以培训成本为基础，合理确定收费标准，降低培训对象负担。

第三十八条 行业协会商会举办会展、展览、展销活动应当以促进行业发展、扩大会员影响力、提供对接平台或销售渠道等为目的，不得借助行业影响力或自身优势地位强制收取展位费、宣传推广费等，不得借机举办评比达标表彰活动变相收费。

第三十九条 行业协会商会销售刊物、报纸、书籍等，应根据出版成本、市场需求和当地经济发展水平等因素合理定价，不得以知识产权为名或借助行业影响力等过高定价，不得强制会员付费订购。

编印的内部资料不得刊登广告，不得以工本费、会员费、版面费、服务费等形式收取费用，不得标价、销售或征订发行。

第四十条 行业协会商会以“主办单位”“协办单位”“支持单位”“指导单位”“承办单位”“参与单位”等方式合作开展研讨会论坛活动，要切实履行相关职责，加强活动全过程和重要环节监管，不得仅以挂名方式参与并收取费用。

第四十一条 行业协会商会将自身业务活动委托其他单位承办或者协办的，应当加强指导和监督，不得仅以转包形式赚取差价，不得以任何形式向承办方或协办方收取费用。

第四十二条 行业协会商会组织编制行业标准、团体标准等，所需费用应由行业协会商会承担。参加编制的企事业单位自愿交费的，行业协会商会应当明示收费标准和经费使用情况，所收经费应专款用于标准编制工作，且总额不得高于标准编制实际使用经费。不得以参编费、署名费等方式挂名收费，不得以给予标准号为名收取管理费。

第四十三条 行业协会商会开展资格考评、等级评定、信用评价等活动，应当以实质性考核、检测、鉴定、认证等结果、数据为依据，真实、客观进行评价，不得开展无实质性服务的“买证卖证”活动。

行业协会商会委托第三方机构辅助提供部分服务的，应当严格把关第三方服务质量，不得只收费而规避主体责任。

第四十四条 行业协会商会设立、调整或者变更评比达标表彰项目，应当按照《社会组织评比达标表彰活动管理办法》履行审批程序。

行业协会商会举办评比达标表彰活动应当自行承担全部费用，不得以任何形式向参评单位和个人收取费用，不得在评选前后直接或变相收取各种相关费用，不得将活动委托营利机构主办或承办。

第四十五条 行业协会商会不得向其所属分支机构、代表机构、办事机构收取或变相收取管理费用。

第五章 其他收费

第四十六条 行业协会商会接受捐赠和赞助，应当以自愿为原则，签订协议，约定双方权利义务等。不得以捐赠、赞助名义强行摊派或进行利益输送等不当牟利活动。

第四十七条 行业协会商会开展自律管理，向会员收取自律保证金、押金等，应当专账管理，相关资产及其利息属于会员所有，不得挪作他用。行业协会商会应制定自律管理办法，约定保证金、押金等扣除方式。会员退会或按照约定应当返还时，相关费用应当全额退还。

第六章 违规处理

第四十八条 行业协会商会违反相关规定收取会费的，由民政部门依法依规处理。

第四十九条 行业协会商会违反相关规定收取行政事业性收费的，由市场监管部门按照法律、行政法规、地方性法规以及党中央、国务院有关文件等依法依规处理。

第五十条 行业协会商会违反相关规定收取经营服务性收费的，由市场监管部门按照《中华人民共和国价格法》《价格违法行为行政处罚规定》《优化营商环境条例》以及地方性法规等依法依规处理。

行业协会商会经营服务性收费行为违反其他法律法规的，依据相关规定承担相应的法律责任。

第五十一条 行业协会商会违反相关规定收取其他费用的，由相关部门依照职权依法依规处理。

第五十二条 市场监管部门在行业协会商会收费监督检查中发现党员干部、公职人员涉嫌违纪和职务违法犯罪问题线索的，及时移送有管辖权的纪检监察机关处理。

第七章 附 则

第五十三条 名称以“同业公会”“联合会”“促进会”“学会”“研究会”为后缀，在民政部门登记的社会团体的收费行为，参照本指南。

第五十四条 本指南仅对行业协会商会收费行为合规作出一般性指引，不具强制性。法律法规规章、政策性文件对行业协会商会收费有专门规定的，从其规定。

发布时间： 2024/08/06

信息来源： 市场监管总局网站

访问链接：https://www.samr.gov.cn/zw/zfxxgk/fdzdgknr/jjjzs/art/2024/art_12d8679d6f9e4853b6221ab6300188e3.html

市场监管总局就《关于药品领域的反垄断指南（征求意见稿）》公开 征求意见

为有效预防和制止药品领域垄断行为，促进药品市场公平竞争和规范健康发展，维护消费者利益和社会公共利益，根据《中华人民共和国反垄断法》等法律规定，市场监管总局起草了《关于药品领域的反垄断指南（征求意见稿）》，并于2024年8月9日公布并向社会征求意见。

关于药品领域的反垄断指南（征求意见稿）

第一章 总 则

第一条 目的和依据

为了预防和制止药品领域垄断行为，引导经营者加强反垄断合规，维护药品领域公平竞争市场秩序，鼓励创新，保护消费者利益和社会公共利益，根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）等法律规定，制定本指南。

第二条 相关概念

（一）药品，是指用于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质，包括中药、化学药和生物制品等。本指南所称中药包括中药材、中药饮片、中药提取物、中药配方颗粒和中成药等；化学药包括化学原料药和化学药制剂；生物制品包括预防用生物制品、治疗用生物制品和按生物制品管理的诊断试剂。

（二）化学原料药（以下简称原料药），是指符合药品管理相关法律法规要求、用于生产各类化学药制剂的原材料，是化学药制剂中的有效成份。

（三）化学药制剂，是指符合药品管理相关法律法规要求、直接用于人体疾病防治或者诊断的化学药品。

（四）药品经营者，是指经相关监督管理部门批准，从事药品生产、经营的自然人、法人和非法人组织。境外药品上市许可持有人依法指定的中国境内代理人、从事经营活动的药品研制机构，视同药品经营者。

第三条 基本原则

反垄断执法机构开展药品领域反垄断监管执法坚持以下原则：

（一）保护市场公平竞争。坚持监管规范和促进发展并重，平等对待各类药

品经营者，着力预防和制止药品领域垄断行为，维护市场公平竞争秩序。

（二）维护消费者利益。严厉打击药品领域各种类型的垄断行为，促进药品经营者依法合规经营，保障药品稳定、有效供应，减轻消费者用药负担，维护消费者利益，增进民生福祉。

（三）激发创新发展活力。支持药品经营者创新发展和依法行使知识产权，有效规制滥用知识产权排除、限制竞争行为，鼓励药品研发创新、技术改进和质量提升。

（四）坚持科学高效监管。深入把握药品领域特点和市场竞争规律，强化竞争分析和法律论证，完善反垄断事前事中事后全链条监管，增强执法针对性、科学性、有效性，不断提升监管效能。

（五）持续强化法律威慑。加大药品领域反垄断监管执法力度，对严重破坏市场公平竞争、损害消费者利益或者社会公共利益、妨碍创新发展的垄断行为，依法从重作出处理，促进药品行业规范健康发展。

第四条 药品网络销售的一般规定

从事药品网络销售、提供药品网络交易平台服务的经营者，应当遵守《反垄断法》规定，不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事垄断行为。

第五条 反垄断合规

鼓励和支持药品经营者加强反垄断合规，建立健全反垄断合规管理制度，有效识别潜在和现实的反垄断法律风险，并采取相应的预防和处置措施。

药品领域行业协会应当加强行业自律，通过竞争倡导、合规指引等方式，引导药品经营者依法竞争、合规经营，维护良好市场竞争秩序。

第六条 相关市场界定

界定药品领域相关商品市场和相关地域市场需遵循相关市场界定的基本依据和一般原则，进行替代性分析，同时结合药品领域特点，考虑技术、创新等因素。

（一）相关商品市场

界定药品相关商品市场时，可以综合考虑药品的用途或者功效（适应症或者功能主治）、疗法（给药途径、用药次序等）、产品特性、禁忌和不良反应、医患用药偏好、监管和医保政策等因素进行需求替代分析。当供给替代产生的竞争约束类似于需求替代时，可以同时基于市场进入、生产能力、生产设施改造、技术壁垒等因素进行供给替代分析。

在个案中界定中药所在相关商品市场时，还可以基于药材来源、药材品质、品牌认可度、用药习惯等因素进行需求替代分析，基于专利权保护、商业秘密保

护、中药品种保护、民族医药文化等因素进行供给替代分析。

在个案中界定原料药相关商品市场时,由于原料药对于生产化学药制剂具有特殊作用,一种原料药一般构成单独的相关商品市场,并可能根据具体情况作进一步细分。如果不同品种原料药之间具有紧密替代关系,可能根据具体情况认定多个品种原料药构成同一相关商品市场。

药品供应链涵盖研发、生产、经营等环节,根据个案情形,可以结合经营者所处环节界定相关商品市场。

（二）相关地域市场

界定药品相关地域市场时,可以基于药品生产、经营的相关资质、监管标准以及药品运输、储存等因素进行需求替代或者供给替代分析。

不同国家或者地区关于药品生产、经营的相关资质和监管标准不同。在中国境内生产、经营药品,药品经营者应当符合有关市场准入、生产质量和经营管理工作法律法规要求,进口药品需获得中国相关监督管理部门批准。因此,生产、经营药品的相关地域市场一般界定为中国境内市场。

根据个案情况,在涉及药品研发创新业务时,相关地域市场可能界定为全球市场;在涉及药品零售、配送等环节时,相关地域市场可能界定为中国境内的一定地域范围。

第二章 垄断协议

第七条 整体分析框架

认定药品领域的垄断协议,适用《反垄断法》第二章和《禁止垄断协议规定》。通常情况下,首先认定相关行为是否属于《反垄断法》第十七条、第十八条第一款规定的情形,再分析经营者是否能够证明上述行为符合《反垄断法》规定的不予禁止或者豁免条件。

第八条 固定或者变更药品价格

禁止具有竞争关系的药品经营者就固定或者变更药品价格达成下列垄断协议:

（一）固定或者变更药品出厂价、客户报价等药品销售价格、采购价格或者价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用;

（二）约定采用据以计算药品价格的标准公式、算法、规则等;

（三）限制参与协议的药品经营者的自主定价权,要求联合定价、不得自主降价等;

（四）通过第三方主体（如上下游药品经营者或者信息平台）、行业会议等进行意思联络或者信息沟通,就药品价格协调一致或者作出一致行为;

（五）通过其他方式固定或者变更药品价格。

第九条 限制药品的生产数量或者销售数量

禁止具有竞争关系的药品经营者就限制药品的生产数量或者销售数量达成下列垄断协议：

（一）以联合限制产量、固定产量、停止生产等方式限制药品的生产数量，或者限制特定品种、规格药品的生产数量，或者通过给予具有竞争关系的经营者补偿的方式约定其不生产特定药品或者限制特定药品的生产数量等；

（二）以限制投放量等方式限制药品的销售数量，或者限制特定品种、规格药品的销售数量，或者约定具有竞争关系的经营者不对外销售或者限制其销售数量；

（三）通过其他方式限制药品的生产数量或者销售数量。

第十条 分割销售市场或者原材料采购市场

禁止具有竞争关系的药品经营者就分割销售市场或者原材料采购市场达成下列垄断协议：

（一）分割药品销售地域、市场份额、销售对象、销售收入、销售利润或者销售药品的种类、数量、时间；

（二）分割生产药品的原料、辅料、包装材料、容器等原材料的采购区域、种类、数量、时间或者供应商；

（三）通过其他方式分割药品销售市场或者药品原材料采购市场。

第十一条 限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新药品

禁止具有竞争关系的药品经营者就限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新药品达成下列垄断协议：

（一）限制购买、租赁、使用生产药品的新技术、新工艺、新设备；

（二）限制投资、研发新的药品品种、剂型、用途或者生产药品的新技术、新工艺、新设备；

（三）限制在与联合研发协议无关的领域进行药品相关研发；

（四）限制联合研发完成后在与研发协议有关的领域进行药品相关研发；

（五）通过其他方式限制购买生产药品的新技术、新设备或者限制开发新技术、新药品。

第十二条 联合抵制交易

禁止具有竞争关系的药品经营者就联合抵制交易达成下列垄断协议：

通过拖延、中断与特定经营者的交易或者设置限制性条件等，联合拒绝向特定经营者供应或者销售药品；

（二）联合拒绝采购或者销售特定经营者的药品；

（三）联合限定特定经营者不得与其具有竞争关系的药品经营者进行交易；

（四）通过其他方式联合抵制交易。

第十三条 反向支付协议

被仿制药专利权人与仿制药申请人之间具有实际或者潜在的竞争关系。被仿制药专利权人无正当理由给予或者承诺给予仿制药申请人直接或者间接的利益补偿，仿制药申请人作出不挑战该被仿制药相关专利权的有效性、延迟进入该被仿制药相关市场或者不在特定地域销售仿制药等不竞争承诺的反向支付协议，可能构成《反垄断法》第十七条第二项、第三项、第四项或者第六项禁止的垄断协议。

反垄断执法机构分析反向支付协议是否构成垄断协议，考虑以下因素：

（一）被仿制药专利权人给予仿制药申请人的利益补偿是否明显超出被仿制药专利相关纠纷解决成本且无法作出合理解释；

（二）若仿制药申请人提出专利无效宣告请求，被仿制药专利权因此归于无效的可能性；

（三）协议是否实质延长了被仿制药专利权人的市场独占时间或者阻碍、影响仿制药进入相关市场；

（四）其他排除、限制相关市场竞争的因素。

第十四条 固定转售价格和限定最低转售价格

禁止药品经营者与交易相对人之间达成固定转售药品价格或者限定转售药品最低价格的垄断协议：

通过书面协议、口头约定、调价函、维价通知等形式固定交易相对人向第三人转售药品的价格水平、价格变动幅度等，或者限定最低价格水平、价格变动幅度等；

通过固定或者限定交易相对人利润水平或者折扣、返利、手续费等其他费用间接固定转售药品价格或者限定转售药品的最低价格；

通过其他方式固定转售药品价格或者限定转售药品最低价格。

药品经营者以减少返利或者折扣、收取违约金或者保证金、拒绝供货、解除协议等惩罚措施，或者以给予返利、优先供货、提供支持等奖励措施，对交易相对人进行转售价格限定，以及通过检查交易相对人销售记录和发票、聘请第三方或者借助数据和算法等手段进行价格监测，属于为实施垄断协议而设置的强制、变相强制或者监督措施。

药品经营者与交易相对人达成上述协议的，反垄断执法机构推定协议具有排除、限制竞争效果，构成垄断协议。药品经营者能够证明协议不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。药品经营者证明协议不具有排除、限制竞争效果，需提

供证据证明该协议不会限制品牌内和品牌间竞争且不会产生不利竞争的累积效果，不会产生提高药品价格、减少药品供应、增加药品市场进入难度等后果。

第十五条 不构成垄断协议的情形

药品经营者从事以下行为，一般不构成《反垄断法》第十八条规定的垄断协议：

（一）委托他人代理药品销售业务，并设置销售价格或者其他与代理业务相关的交易条件的；

（二）根据药品集中采购规则，在药品集中采购项目中由药品经营者进行投标和议价，其交易相对人根据该价格向集中采购范围内的终端医疗机构销售药品的；

（三）药品经营者负责药品销售、推广等业务并决定销售价格，其交易相对人仅提供进口、配送、收款、开票、技术支持等辅助服务的。

前款第一项所称代理，指药品经营者不转移药品所有权并自行承担销售风险的代理行为，不包括名为代理实为销售的包销、经销等行为。

第十六条 其他垄断协议

药品经营者达成的协议、决定或者其他协同行为，不属于本指南第八条至第十二条、第十四条所列情形，但有证据证明排除、限制竞争的，应当认定为垄断协议并予以禁止。国务院反垄断执法机构依据《禁止垄断协议规定》第十六条认定前述垄断协议。

药品经营者的下列行为，可能构成《反垄断法》第十八条第一款第三项禁止的垄断协议：

（一）限定交易相对人只能在特定区域、向特定客户或者通过特定渠道销售药品；

（二）与交易相对人达成协议，约定交易相对人在特定的期限和地域内对特定药品进行独家销售；

（三）通过合同规定、返利优惠、低价供应其他产品等方式要求、变相要求或者鼓励交易相对人只能或者主要购买、销售其指定药品。

国务院反垄断执法机构认定药品经营者与交易相对人达成的前款协议构成垄断协议的，会综合考虑协议是否具有排除、限制竞争效果。

第十七条 经营者的组织和实质性帮助行为

经营者的下列行为，可能构成《反垄断法》第十九条禁止的组织、实质性帮助行为：

（一）提供药品网络交易平台服务的经营者或者其他第三方经营者在药品经营者达成或者实施垄断协议过程中，对协议的主体范围、主要内容、履行条件等

具有决定性或者主导作用；

（二）组织、协调或者促成具有竞争关系的药品经营者获得或者交流竞争性敏感信息，进行意思联络，达成或者实施垄断协议；

（三）通过提供价格监测服务，或者利用平台规则、数据和算法等为垄断协议的达成或者实施提供必要的支持、创造关键性的便利条件或者提供其他重要帮助；

（四）通过其他方式组织达成垄断协议或者提供实质性帮助。

第十八条 行业协会的组织行为

药品领域行业协会不得组织药品经营者达成或者实施垄断协议，不得为药品经营者达成或者实施垄断协议提供便利条件。

第十九条 豁免制度

药品经营者主张协议适用《反垄断法》第二十条的，需要提供证据证明协议符合《反垄断法》第二十条、《禁止垄断协议规定》第二十条规定的条件。反垄断执法机构根据个案情况依法作出认定。

药品经营者为了研究开发新的药品品种、剂型、用途或者生产药品的新技术、新工艺、新设备而与他人达成联合研发或者付费由他人研发的协议，涉嫌构成垄断协议的，可以依据《反垄断法》第二十条第一款第一项主张豁免。反垄断执法机构认定上述研发协议是否符合豁免条件时，会综合考虑研发成果的经济与社会效益，协议方之间的关系及其对相关市场的控制力，协议限制竞争的内容、方式和程度，以及协议对完成研发的必要性等因素。

反垄断执法机构认定被调查的协议能够使消费者分享由此产生的利益，可以考虑下列因素：

增加药品品种；

提高药品安全性、有效性、可及性；

缩短药品上市周期；

降低消费者用药负担；

保障突发公共卫生事件时期的药品有效供给。

第三章 滥用市场支配地位

第二十条 整体分析框架

认定药品领域的滥用市场支配地位行为，适用《反垄断法》第三章和《禁止滥用市场支配地位行为规定》。通常情况下，首先需要界定相关市场，认定药品经营者在相关市场是否具有市场支配地位，再结合药品经营者提出的正当理由以及相关行为是否排除、限制竞争，具体分析是否构成滥用市场支配地位行为。

第二十一条 市场支配地位的认定

反垄断执法机构依据《反垄断法》第二十三条、第二十四条的规定，认定或者推定药品经营者具有市场支配地位。反垄断执法机构可以结合药品领域特点，考虑药品经营者拥有专利等知识产权情况、控制药品供应链情况、监管法律法规和政策影响、交易相对人的制衡能力等因素。

认定两个以上的药品经营者具有市场支配地位，还应当考虑药品经营者的行为一致性、市场结构、相关市场透明度、相关药品同质化程度等因素。

第二十二条 不公平高价

禁止具有市场支配地位的药品经营者，以不公平的高价销售药品。分析是否构成上述行为，可以考虑以下因素：

（一）药品的销售价格明显高于其他经营者在相同或者相似市场条件下，销售同种药品或者可比较药品的价格；

（二）药品的销售价格明显高于同一经营者在相同或者相似市场条件下，不同区域销售同种药品或者可比较药品的价格；

（三）药品的销售价格明显高于同一经营者在相同或者相似市场条件下，不同时期销售同种药品或者可比较药品的价格；

（四）在成本基本稳定的情况下，超过正常幅度提高药品销售价格；

（五）在成本增长的情况下，销售药品的提价幅度明显高于成本增长幅度；

（六）通过虚假交易、层层加价等方式，不当推高药品销售价格。

第二十三条 拒绝交易

禁止具有市场支配地位的药品经营者，没有正当理由通过下列方式拒绝与交易相对人进行药品交易：

（一）以缩减药品生产规模、减少药品供货数量等方式，实质性削减与交易相对人的现有交易数量；

（二）以延迟药品供货、停止药品生产等方式，拖延、中断与交易相对人的现有交易；

（三）拒绝与交易相对人进行新的交易；

（四）以虚假自用等方式拒绝与交易相对人进行交易；

（五）以设置高额保证金或者其他严重损害交易相对人利益的限制性条件等方式，变相拒绝与交易相对人进行交易。

具有市场支配地位的原料药经营者，没有正当理由，不得通过拒绝交易，降低原料药市场供应量，提高原料药销售价格，或者通过拒绝交易，排除、限制下游市场竞争，使自身或者特定经营者获得不当竞争优势。

第二十四条 限定交易

禁止具有市场支配地位的药品经营者，没有正当理由从事下列限定交易行为：

（一）限定交易相对人只能向其购买或者销售药品，不得与其他经营者进行交易；

（二）限定交易相对人只能向其指定的经营者购买或者销售药品；

（三）限定交易相对人不得与特定经营者进行交易。

从事上述限定交易行为可以是直接限定，也可以是采取惩罚性措施或者激励性措施等方式变相限定。

第二十五条 搭售

禁止具有市场支配地位的药品经营者，没有正当理由在药品交易中违背交易惯例、使用习惯等，以交易相对人难以选择、更改、拒绝的方式，从事下列组合销售或者捆绑销售行为：

（一）搭售其他药品；

（二）搭售药用辅料、包材、医疗器械等；

（三）搭售其他商品。

第二十六条 附加其他不合理的交易条件

禁止具有市场支配地位的药品经营者，没有正当理由在药品交易中附加以下不合理的交易条件：

（一）对药品采购数量附加不合理的限制；

（二）对药品销售对象、地域、价格、数量等附加不合理的限制；

（三）要求交易相对人交纳不合理的保证金，或者在药品价款之外附加其他不合理费用；

（四）对药品销售的合同期限、支付方式、运输及交付方式等附加不合理的限制；

（五）提供原料药的药品经营者，要求获取交易相对人生产药品的全部或者部分销售权，或者要求交易相对人提供药品销售返利；

（六）附加与交易标的无关的其他不合理交易条件。

第二十七条 差别待遇

禁止具有市场支配地位的药品经营者，没有正当理由对条件相同的交易相对人在交易条件上实行下列差别待遇：

（一）药品的交易价格或者给予的折扣明显不同；

（二）药品的品种、等级等明显不同；

（三）药品交易的付款方式、交付方式等其他影响交易相对人参与市场竞争的条件明显不同。

条件相同是指药品交易相对人之间在交易安全、交易成本、规模和能力、信

用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面不存在实质性影响交易的差别。

第二十八条 其他滥用市场支配地位行为

药品经营者实施以不公平的低价购买商品、以低于成本的价格销售商品以及国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位行为的，依据《反垄断法》第三章和《禁止滥用市场支配地位行为规定》分析。

具有市场支配地位的药品专利权人，通过对已有专利技术方案重新设计，获取新的药品专利权，并采取停止销售、回购等措施，实现原专利药品向新专利药品转换的产品跳转行为，阻碍仿制药企业有效开展竞争的，可能构成《反垄断法》第二十二条第一款第七项禁止的滥用市场支配地位行为。

国务院反垄断执法机构分析产品跳转行为是否构成滥用市场支配地位行为，可以考虑以下因素：

（一）新专利药品是否属于非实质性改进，如仅转换药品剂型、将两种以上的药品组合成新药品，未能显著改进药品的用途或者功效、显著提升药品的安全性等；

（二）原专利药品向新专利药品的转换行为是否阻碍、影响仿制药进入相关市场；

（三）实施原专利药品向新专利药品的转换时，原专利是否接近有效期或者仿制药已计划进入相关市场；

（四）患者、医师的选择范围是否会受到实质性限制；

（五）是否存在正当理由。

第二十九条 分工协作滥用市场支配地位

两个以上的药品经营者分工协作从事药品生产、经营活动并以相互配合的方式滥用市场支配地位的，反垄断执法机构可以结合个案情况，认定上述经营者是实施滥用市场支配地位行为的共同主体。

分析两个以上的药品经营者是否是实施滥用市场支配地位行为的共同主体，可以考虑以下因素：

（一）参与或者控制药品产业链的同一或者不同环节；

（二）共同协商药品的采购、生产或者销售等活动并实行分工；

（三）不同药品经营者的行为对垄断行为的实施不可或缺；

（四）共同获取并分配垄断利润。

第四章 经营者集中

第三十条 整体分析框架

《反垄断法》禁止经营者实施具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营

者集中。药品领域的经营者集中达到《国务院关于经营者集中申报标准的规定》规定的申报标准的,应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报或者申报后未获得批准的不得实施集中。国务院反垄断执法机构依据《反垄断法》和《经营者集中审查规定》,对药品领域的经营者集中进行审查,并对违法实施的经营者集中进行调查处理。

第三十一条 未达申报标准的经营者集中

由于部分药品品种市场规模相对较小或者药品经营者处于早期发展阶段,经营者年度营业额可能没有达到国务院规定的申报标准。药品领域的经营者集中未达到申报标准,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并书面通知经营者。

任何单位和个人发现未达申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中,可以向国务院反垄断执法机构书面反映,并提供相关事实和证据。国务院反垄断执法机构经核查,对有证据证明未达申报标准的经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,依照《经营者集中审查规定》第八条进行处理。

第三十二条 药品经营者依法实施经营者集中的规定

药品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,特别是药品研发创新能力。

第三十三条 药品领域经营者集中的常见类型

药品领域经营者集中包括横向集中、纵向集中和混合集中等。横向经营者集中,是指参与集中的经营者为同一相关市场中的实际或者潜在竞争者的经营者集中。在药品领域,判断涉及潜在竞争者的经营者集中可能需要考察未上市药品包括在研药品等情况。纵向经营者集中,是指分别处于同一供应链的不同层级的经营者之间的集中。在药品领域,纵向经营者集中包括但不限于上游原料药生产企业与下游药品生产企业之间的集中,上游药品研发服务企业与下游药品生产企业之间的集中,上游药品生产企业与下游药品经营企业之间的集中等。混合经营者集中,一般指既不存在横向竞争关系也不存在纵向关系的经营者之间的集中。对药品领域的混合经营者集中,反垄断执法机构重点关注具有相邻或者互补等关系的经营者之间的集中。

第三十四条 涉及知识产权的交易可能构成经营者集中的情形

药品行业属于知识产权密集行业。经营者通过涉及药品知识产权的交易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,可能构成经营者集中。

第三十五条 药品领域经营者集中审查的考量因素

国务院反垄断执法机构审查药品领域的经营者集中，依据《反垄断法》第三十三条和《经营者集中审查规定》第三章有关规定，考察以下因素：

（一）参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力。评估药品经营者对市场的控制力，可以考虑参与集中的药品经营者在相关市场的市场份额、药品的替代程度、控制药品销售市场或者药品原材料采购市场的能力、财力、研发创新能力、药品上市许可资质、拥有专利/专有技术/药品数据等情况、参与或者控制药品产业链的情况等，以及相关市场的市场结构、其他经营者的研发生产能力、下游客户购买能力和转换供应商的能力、潜在竞争者进入的抵消效果等因素；

（二）相关市场的市场集中度，如相关市场的经营者数量及市场份额等因素；

（三）经营者集中对市场进入、技术进步的影响。评估经营者集中对市场进入的影响，可以考虑药品经营者通过控制原料药等生产要素、药品销售和采购渠道、关键技术、关键设施、上市许可资质、药品数据等方式影响药品市场进入的情况，并考虑市场进入的可能性、及时性和充分性。评估经营者集中对技术进步的影响，可以考虑经营者集中对药品研发创新动力和能力、药品研发投入、药品研制技术利用、技术资源整合等方面的影响；

（四）经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响。评估药品领域经营者集中对消费者的影响，可以考虑对药品多样性、安全性、有效性、质量可控性、可及性、稳定供应等方面的影响，以及是否缩短药品上市周期、降低消费者用药负担等其他消费者用药权益方面的影响。评估药品领域经营者集中对其他有关经营者的影响，可以考虑经营者集中对同一相关市场、上下游市场或者关联市场经营者的市场进入、交易机会等竞争条件的影响；

（五）评估药品领域经营者集中的竞争影响，还可以综合考虑集中对国民经济发展的影响、对公共利益的影响、参与集中的经营者是否为濒临破产的企业等因素。

第三十六条 附加限制性条件

对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，国务院反垄断执法机构依据《反垄断法》第三十四条规定作出决定。对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。根据经营者集中交易具体情况，限制性条件可以包括如下种类：

（一）剥离有形资产，知识产权、数据等无形资产或者相关权益（如特定药品业务、在研药品项目、药品研发平台、药品研发数据、药品核心研发团队、药品生产上市许可资质）等结构性条件；

（二）承诺不终止研发项目、保持研发投入、许可关键技术（包括专利、专

有技术或者其他知识产权)、终止排他性或者独占性协议、保持独立运营、开放药品研发平台、共享药品研发数据、保障供应、降低价格等行为性条件;

(三) 结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。

剥离业务一般应当具有在相关市场开展有效竞争所需要的所有要素,包括有形资产、无形资产、股权、关键人员以及客户协议或者供应协议等权益。剥离对象可以是参与集中经营者的子公司、分支机构或者业务部门等。

通常情况下,前述限制性条件方案首先由参与集中的经营者承诺提出,国务院反垄断执法机构对该方案的有效性、可行性和及时性进行评估后,认为能够有效减少集中对竞争产生的不利影响的,以该承诺方案为基础作出附加限制性条件批准决定。

第五章 公平竞争审查和滥用行政权力排除、限制竞争

第三十七条 公平竞争审查

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起草涉及药品领域市场主体经济活动的法律、行政法规、地方性法规、规章、规范性文件以及具体政策措施,应当按照有关规定进行公平竞争审查。

第三十八条 限定交易

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不得滥用行政权力,以明确要求、暗示、拒绝或者拖延行政审批、备案、重复检查、不予接入平台或者网络,限制投标人所在地、所有制形式、组织形式,或者设置不合理的项目库、名录库、备选库、资格库等方式,限定或者变相限定经营、购买、使用特定经营者提供的药品。

第三十九条 通过签订合作协议或者备忘录等方式妨碍药品经营者进入相关市场等

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不得滥用行政权力,通过与经营者签订合作协议、备忘录等方式,妨碍其他药品经营者进入相关市场或者对其他药品经营者实行不平等待遇,排除、限制竞争。

第四十条 妨碍药品在地区之间自由流通

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不得滥用行政权力,对外地药品设定歧视性收费项目、收费标准、价格,采取歧视性技术措施,或者采用专门针对外地药品的行政许可阻碍外地药品进入本地市场,设置关卡或者网络屏蔽等手段,阻碍外地药品进入或者本地药品运出,妨碍药品在地区之间自由流通。

第四十一条 排斥或者限制药品经营者参加招投标等经营活动

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不得滥用行政权力，通过不依法发布信息、设定歧视性资质要求、评审标准，或者设定与实际需要不相适应、与合同履行无关的资格、技术和商务条件等方式，排斥或者限制药品经营者参加招标投标以及其他经营活动。

第四十二条 排斥、限制、强制或者变相强制外地药品经营者在本地投资或者设立分支机构

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不得滥用行政权力，采取与本地药品经营者不平等待遇等方式，排斥、限制、强制或者变相强制外地药品经营者在本地投资或者设立分支机构。

第四十三条 强制或者变相强制药品经营者从事反垄断法规定的垄断行为
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不得滥用行政权力，强制或者变相强制药品经营者从事反垄断法规定的垄断行为。

第四十四条 制定含有排除、限制竞争内容的规定

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不得滥用行政权力，以办法、决定、公告、通知、意见、会议纪要、函件等形式，制定、发布含有排除、限制药品市场竞争内容的规定。

第六章 法律责任的适用

第四十五条 法律责任适用依据

药品领域经营者及相关个人违反《反垄断法》的，反垄断执法机构依据《反垄断法》第七章予以处罚，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

反垄断执法机构调查和处理药品领域违反《反垄断法》的行为时，可以酌情考虑经营者反垄断合规管理制度的建设和实施情况。

第四十六条 不履行配合调查义务的处理

被调查的药品经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人应当配合反垄断执法机构依法履行职责，不得拒绝、阻碍反垄断执法机构的调查。

积极配合调查并主动提供证据材料的，反垄断执法机构可以依法从轻或者减轻处罚。拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，反垄断执法机构确定该经营者从事垄断行为的法律责任时可以依法从重处罚。

第四十七条 组织与实质性帮助行为的法律责任

经营者组织药品经营者达成垄断协议或者为药品经营者达成垄断协议提供实质性帮助的，依据《反垄断法》第五十六条第二款、第五十九条的规定，承担相应的法律责任。

反垄断执法机构在确定经营者组织、提供实质性帮助行为的法律责任时，可以考虑垄断协议的性质与损害后果、该经营者在垄断协议达成与实施中的作用、参与时间、危害程度、主观过错、社会影响等因素。

经营者为药品经营者达成垄断协议提供实质性帮助，情节轻微，并及时消除或者减轻行为危害后果的，反垄断执法机构可以酌情从轻或者减轻对该经营者的处罚。

第四十八条 宽大制度

鼓励达成垄断协议的药品经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据，及时停止实施垄断协议并配合调查。对符合宽大条件的药品经营者，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。组织达成垄断协议或者提供实质性帮助的经营者，以及对达成垄断协议负有个人责任的药品经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员，也可以适用宽大制度。

第四十九条 分工协作滥用市场支配地位的法律責任

两个以上的药品经营者分工协作从事药品生产、经营活动并以相互配合的方式滥用市场支配地位的，均应当依据《反垄断法》第五十七条、第五十九条的规定承担相应的法律责任。

反垄断执法机构确定上述经营者的具体罚款数额，依据个案情况，可以考虑以下因素：

- （一）参与决策的情况；
- （二）相互配合实施违法行为的情节；
- （三）在违法行为中发挥的不同作用；
- （四）垄断利润分配的情况。

第五十条 具有控制关系的经营者滥用市场支配地位的法律責任

参与实施滥用市场支配地位行为的两个以上的药品经营者中，特定经营者对其他经营者具有控制权或者能够施加决定性影响，或者被同一第三方控制或者施加决定性影响的，反垄断执法机构可以将上述参与垄断行为的经营者作为同一当事人，结合个案情况加以处罚。

反垄断执法机构认定是否存在前款规定的具有控制权或者能够施加决定性影响情形，可以考虑药品经营者的股权结构、人员情况、业务决策、财务关系等因素。

第五十一条 从重处罚

药品经营者违反《反垄断法》，存在多次实施垄断行为、人为造成药品供应短缺、造成医保资金重大损失、危害公众健康等情况的，反垄断执法机构可以依法从重处罚。

药品经营者和其他有关单位或者个人违反《反垄断法》，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，国务院反垄断执法机构可以依据《反垄断法》第六十三条的规定，在《反垄断法》第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下确定具体罚款数额。

第五十二条 信用惩戒

药品经营者因违反《反垄断法》规定受到行政处罚的，按照国家有关规定记入信用记录，并通过国家企业信用信息公示系统依法向社会公示。

第五十三条 反垄断执法机构与其他部门的衔接

反垄断执法机构在调查药品领域垄断行为期间发现下列情况，应依法及时作出处置：

（一）药品经营者涉嫌违反药品等行业监管法律、法规的，将问题线索移交行业监督管理部门；

（二）相关单位或者个人涉嫌构成犯罪的，将问题线索移交公安机关；

（三）公职人员涉嫌职务违法、职务犯罪的，将问题线索移交纪检监察机关。

第七章 附 则

第五十四条 适用范围

本指南适用于所有药品领域的经营者及其生产、经营活动；药用辅料、药包材、医药中间体以及药品领域相关服务等适用本指南。

第五十五条 指南的施行

本指南由国务院反垄断反不正当竞争委员会解释，自发布之日起施行。《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》同时废止。

发布时间： 2024/08/09

信息来源： 市场监管总局网站

访问链接：https://www.samr.gov.cn/fldys/sjdt/gzdt/art/2024/art_7f98d9f9593f406e8d4fa3cbe89287a6.html

市场监管总局就《违反〈中华人民共和国反垄断法〉实施经营者集中行政处罚 裁量权基准（征求意见稿）》公开征求意见

2022 年 8 月 1 日，修改后的《中华人民共和国反垄断法》（以下称新《反垄断法》）正式施行。为进一步规范新《反垄断法》实施后违法实施经营者集中行为的处罚，市场监管总局起草了《违反〈中华人民共和国反垄断法〉实施经营者集中行政处罚裁量权基准（征求意见稿）》，并于 2024 年 8 月 16 日公布并向社会征求意见。

违反《中华人民共和国反垄断法》 实施经营者集中行政处罚裁量权基准 （征求意见稿）

第一条 【目的和依据】

为规范对违法实施经营者集中的行政处罚，依据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）《国务院关于经营者集中申报标准的规定》《经营者集中审查规定》《国务院办公厅关于进一步规范行政裁量权基准制定和管理工作的意见》《国务院关于进一步规范和监督罚款设定与实施的指导意见》《关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》等法律、法规、规章和有关规定，制定本基准。

第二条 【适用情形】

违法实施经营者集中主要包括下列行为：

- （一）经营者集中达到申报标准，但未依法事先申报实施经营者集中的；
- （二）经营者集中未达到申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果，且经营者未按国家市场监督管理总局（以下简称市场监管总局）要求申报实施经营者集中的；
- （三）经营者集中申报后，未经批准实施经营者集中的；
- （四）经营者违反附加限制性条件审查决定的；
- （五）经营者违反禁止经营者集中审查决定的。

第三条 【指导原则】

市场监管总局依据《反垄断法》第五十八条、第五十九条、第六十三条对违法实施经营者集中予以处罚。实施行政处罚时，遵循合法、过罚相当、公平公正

公开、处罚和教育相结合、综合裁量等原则，综合考虑违法实施经营者集中行为的事实、性质、情节、当事人主观过错、集中实施时间、是否具有或者可能具有排除限制竞争的效果及其持续时间和消除违法行为后果的情况等因素，确定具体处罚措施和罚款数额。

第四条 【处罚对象】

通过合并方式实施的经营者集中，合并各方均为行政处罚对象；其他情形的经营者集中，取得控制权或者能够施加决定性影响的经营者为行政处罚对象。

第五条 【不具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中行政处罚罚款裁量的步骤】

对于不具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中，市场监管总局确定最终罚款数额的步骤为：

- （一）基于本基准第六条确定初步罚款数额；
- （二）综合考虑本基准第九条、第十条规定的因素，确定最终罚款数额。

第六条 【不具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中的初步罚款数额】

对于不具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中，初步罚款数额为二百五十万元。具有本基准第七条规定情形之一的，初步罚款数额为一百万元；具有本基准第八条规定情形之一的，初步罚款数额为四百万元；既有从轻行政处罚情形又有从重行政处罚情形的，初步罚款数额为二百五十万元。

第七条 【从轻确定初步罚款数额的情形】

经营者能够证明具有下列情形之一的，市场监管总局应当从轻确定初步罚款数额：

- （一）在市场监管总局立案调查后立即采取措施停止实施集中，或消除具有或者可能具有的排除、限制竞争效果的；
- （二）受他人胁迫或者诱骗违法实施经营者集中的；
- （三）在市场监管总局发现前，主动报告违法事实的；
- （四）其他市场监管总局认定依法应当从轻行政处罚的。

第八条 【从重确定初步罚款数额的情形】

经营者违法实施集中有下列情形之一的，市场监管总局可以依法从重确定初步罚款数额：

- （一）教唆、胁迫、诱骗其他经营者违法实施经营者集中的；
- （二）因违法实施经营者集中受到行政处罚，一年内再次发生违法实施集中行为的；
- （三）阻碍或拒不配合行政执法人员依法执行职务或对行政执法人员打击报

复的；

（四）伪造、隐匿、毁灭证据的；

（五）其他市场监管总局认定依法可以从重行政处罚的。

经营者因前款第（三）项、第（四）项行为已被行政处罚的，不再依据该项情形从重确定罚款数额。

第九条 【确定最终罚款数额的下调因素】

经营者能够证明违法实施经营者集中具有下列情形的，市场监管总局可以在初步罚款数额基础上下调罚款数额：

（一）集中后实体尚未运营，或运营后尚未投产，或取得股权、资产或业务后，尚未实际行使控制权的；

（二）首次因违法实施经营者集中受到行政处罚的；

（三）积极配合市场监管总局调查，如实陈述违法事实并主动提供证据材料的；

（四）在市场监管总局作出行政处罚决定前，积极建立或者完善反垄断合规管理制度并实施，能够有效提升经营者集中反垄断合规意识的；

（五）参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额未达到国务院规定的申报标准，且能积极配合调查的；

（六）其他依法可以下调处罚金额的情形。

前款规定的下调情形可以累计，每项下调 10%，累计后的最低罚款数额不低于初步罚款数额的 40%。

符合上述情形但在确定初步罚款数额时已作为从轻情形考虑的，不再依据该项情形下调罚款数额。

【示例 1】经营者 A、B 新设合营企业的交易构成未依法申报违法实施经营者集中，且在市场监管总局发现前主动报告。调查发现，A、B 及其关联公司均为首次违法，且合营企业仍处于项目建设阶段，尚未投产或对外开展业务，集中不具有排除、限制竞争效果。根据上述情况，A、B 具有本基准第七条第（三）项从轻处罚情形，初步罚款数额确定为 100 万元；同时，A、B 具有第九条第（一）项、第（二）项罚款下调情形，在此基础上下调 20%，最终罚款数额为 80 万元。

【示例 2】经营者 A、B、C 新设合营企业的交易构成未依法申报违法实施经营者集中，且在市场监管总局立案调查后立即停止实施集中。调查发现，A、B 营业额达到国务院规定的申报标准，C 未达到申报标准，但积极配合调查。根据上述情况，A、B、C 具有本基准第七条第（一）项从轻处罚情形，初步罚款数额确定为 100 万元；同时，C 具有第九条第（五）项罚款下调情形，在此基础上下调 10%。最终，A、B 的罚款数额为 100 万元，C 为 90 万元。

【示例3】经营者A以增资方式收购B股权的交易构成未依法申报违法实施经营者集中，市场监管总局接到举报后依法开展调查工作。调查发现，交易不具有排除、限制竞争效果，且交易仅完成股权变更登记，A尚未对集中后实体注资或实际行使控制权。上述情形同时符合本基准第七条第（一）款从轻情形和第九条第（一）款罚款下调情形，该行为作为从轻情形考虑，不再据此进行下调，最终罚款数额为100万元。

第十条 【确定最终罚款数额的上调因素】

经营者违法实施集中行为具有下列情形的，市场监管总局可以在初步罚款数额基础上上调罚款数额：

（一）经营者集中未达到申报标准且已实施，具有或者可能具有排除、限制竞争效果，经营者未按市场监管总局书面通知要求申报的；

（二）向市场监管总局提供误导性或者不实材料、信息的；

（三）采取拖延、懈怠、逃避等消极方式不配合市场监管总局调查或不提供证据材料的；

（四）其他可以上调处罚金额的情形。

前款规定的上调情形可以累计，其中具有第（一）项的，上调20%；具有第（二）项至第（四）项的，每项上调10%。

符合上述情形但在确定初步罚款数额时已作为从重情形考虑的，不再依据该项情形上调罚款数额。

【示例4】经营者A收购B股权的交易构成未依法申报违法实施经营者集中，市场监管总局接到举报后依法开展调查工作。调查过程中，A提供误导性证据材料，且采取拖延方式不配合市场监管总局调查，但未构成本基准第八条规定的从重情形。根据上述情况，初步罚款数额确定为250万元；同时，A具有第十条第（二）项、第（三）项罚款上调情形，在此基础上上调20%，最终罚款数额为300万元。

【示例5】经营者A收购B股权的交易未达申报标准，但可能具有排除、限制竞争效果。市场监管总局书面通知A进行申报，A仍未申报而实施集中。调查过程中，A伪造和毁灭证据。根据上述情况，A具有本基准第八条第（四）项从重处罚情形，初步罚款数额确定为400万元；同时，A具有第十条第（一）款罚款上调情形，在此基础上上调20%。A伪造和毁灭证据行为同时符合第十条第（二）项罚款上调因素，但已作为从重情形考虑，不再据此进行上调，最终罚款数额为480万元。

第十一条 【具有或者可能具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中的裁量】

对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中，市场监管总局可以责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前状态，并处上一年度销售额百分之十以下的罚款。

在计算罚款数额时，市场监管总局参照本基准中规定的不具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中行政处罚罚款裁量的步骤，综合考虑集中实施时间，具有或者可能具有排除、限制竞争效果的持续时间和范围，消除违法行为后果的情况等因素，确定最终罚款数额。

第十二条 【最终罚款数额上下限】

对于不具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中，最高罚款数额不超过五百万元。按照本基准第五条计算的罚款金额超过五百万元的，罚款金额确定为五百万元。

对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中，最高罚款数额不超过上一年度销售额的百分之十，最低罚款数额不低于五百万元。按照本基准第十一条第二款计算的罚款金额超过上一年度销售额百分之十的，罚款金额确定为上一年度销售额的百分之十；按照本基准第十一条第二款计算的罚款金额低于五百万元的，罚款金额确定为五百万元。

第十三条 【直接处罚上一年度销售额百分之十的情形】

经营者违法实施集中有下列情形之一的，市场监管总局责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十的罚款：

（一）市场监管总局认为集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果并告知经营者，经营者仍未经批准实施经营者集中的；

（二）经营者违反禁止经营者集中审查决定实施经营者集中的；

（三）其他恶意违法实施经营者集中，且产生排除、限制竞争效果的。

第十四条 【加重罚款】

违法实施经营者集中，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，市场监管总局可以根据《反垄断法》第六十三条，在《反垄断法》第五十八条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下确定具体罚款数额。

第十五条 【不予行政处罚的情形】

经营者违法实施集中，且不具有排除、限制竞争效果，能够证明具有下列情形之一的，可以不予行政处罚：

（一）首次发生违法实施经营者集中行为，且经营者在市场监管总局发现前主动报告，并采取措施恢复到集中前状态的；

（二）能够证明尽到审慎评估义务后因不能预见、不能避免且不能克服的客

观情况导致违法的。

对经营者的违法行为依法不予行政处罚的，市场监管总局对经营者进行教育。

【示例 6】经营者 A、B 新设合营企业的交易构成未依法申报违法实施经营者集中。A、B 在自查中发现该交易涉嫌违法，立即注销合营企业并主动向市场监管总局报告。调查过程中，A、B 均积极配合调查。调查发现，A 及其关联实体为首次违法，B 及其关联实体在一年内因违法实施经营者集中受到行政处罚。在这种情况下，对 A 可以不予行政处罚。B 同时具有从轻处罚和从重处罚情形，初步罚款数额确定为 250 万元；同时，B 具有本基准第九条第（三）项罚款下调情形，在此基础上下调 10%，最终罚款数额为 225 万元。

第十六条 【处罚公开】

2022 年 8 月 1 日后经营者违法实施经营者集中受到行政处罚的，按照国家有关规定计入信用记录，并向社会公示。

第十七条 【法律适用】

本基准适用于 2022 年 8 月 1 日后违法实施的经营集中。本基准施行前已作出处罚决定的，不适用本基准。

第十八条 【调整适用】

在实施行政处罚时，适用本基准行使裁量权可能出现明显不当，或者本基准适用的客观情况发生变化的，市场监管总局可以决定调整适用。

对调整适用的行政处罚裁量权基准，应及时进行修改并公布。

第十九条 【解释与实施】

本基准由市场监管总局解释，自发布之日起实施。

发布时间： 2024/08/16

信息来源： 市场监管总局网站

访问链接：https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/zqyjgg/art/2024/art_18320e90099940b69e85b3b744ae3aff.html

N= 实务动态**国新办举行“推动高质量发展”系列主题新闻发布会（国家市场监督管理总局）**

2024年8月16日上午，国务院新闻办公室举行了“推动高质量发展”系列主题新闻发布会。本场发布会邀请国家市场监督管理总局副局长、国家认证认可监督管理委员会主任蒲淳先生介绍情况。出席发布会的还有国家市场监督管理总局综合规划司负责人王国伟先生，竞争协调司司长周智高先生，质量发展局局长刘三江先生。

涉及公平竞争政策相关内容的图文实录，摘录如下：

国务院新闻办新闻局副局长、新闻发言人 邢慧娜：

女士们、先生们，大家上午好。欢迎出席国务院新闻办新闻发布会。今天我们举行“推动高质量发展”系列主题新闻发布会，我们邀请到国家市场监督管理总局副局长、国家认证认可监督管理委员会主任蒲淳先生介绍情况，并回答大家关心的问题。出席今天发布会的还有国家市场监督管理总局综合规划司负责人王国伟先生，竞争协调司司长周智高先生，质量发展局局长刘三江先生。

现在，先请蒲淳先生介绍情况。

国家市场监督管理总局副局长、国家认证认可监督管理委员会主任 蒲淳：

谢谢主持人。女士们、先生们，各位媒体朋友，大家上午好。很高兴和我的三位同事一起出席今天的新闻发布会，就近年来市场监管支撑高质量发展的情况和大家进行交流。

党的二十大擘画了全面建设社会主义现代化国家的宏伟蓝图，高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务。近年来，市场监管部门坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，完整、准确、全面贯彻新发展理念，更好统筹效率与公平、活力与秩序、发展与安全，努力在服务高质量发展大局中展现市场监管担当作为。成效主要体现在5个方面：

一是市场监管制度规则不断完善。我们着力健全统一的市场监管制度规则，先后推动《市场主体登记管理条例》、新修订《公司法》及其配套规则出台实施，修订《反垄断法》、推动出台《公平竞争审查条例》，推动修订《企业信息公示暂

行条例》，出台《网络反不正当竞争暂行规定》等制度，为不断完善市场经济基础制度提供了有力支撑。

二是经营主体发展质量持续提升。我们着力激发各类经营主体的内生动力和创新活力，建立完善经营主体发展质量评价指标体系，出台市场监管部门促进民营企业发展22条举措，推动企业注销等“一件事”高效办理，精准有效支持个体工商户发展。2023年全国登记在册经营主体达到1.84亿户，企业活跃度同比提高0.69%，退出企业平均寿命延长0.64年。

三是公平竞争市场环境进一步优化。我们深入实施公平竞争政策，不断强化公平竞争审查刚性约束，加强反垄断和反不正当竞争监管执法，切实维护公平竞争市场秩序。公平竞争制度实施以来，全国累计审查的政策措施161.8万件，废止和修订了排除、限制竞争的政策措施9.3万件；今年以来，依法查处垄断协议、滥用市场支配地位案件4件、不正当竞争案件6076件，滥用行政权力排除、限制竞争案件10件，经营者集中新申报标准施行后申报数量同比下降13%，企业投资并购更加便利。调查显示，八成以上的企业对竞争执法专业性感到满意。

四是质量支撑和标准引领作用有效发挥。我们加快完善适配现代化产业体系的质量基础设施，全力推进质量强链专项行动，全面实施标准稳链重大标志性项目，制定以标准提升牵引设备更新和消费品以旧换新行动方案，精准助力设备和消费品更新换代。今年以来，全国共布局质量强链项目628个，标准提升行动部署84项重点国家标准制修订，在能耗能效、家具、燃气器具等领域发布112项国家标准。我们建立健全重点产业质量认证体系，实施加快推进认证认可高水平开放行动，为高质量发展提供有力支撑。截至目前，累计颁发质量认证证书391万张，获证组织突破100万家。我国加入21个合格评定国际组织，对外签署15份多边互认协定和128份双边合作互认协议。

五是市场秩序综合治理取得积极成效。我们着力规范市场监管行政处罚裁量权，有效提升监管执法规范化水平；全面推行消费者投诉信息公示制度、完善召回管理体制机制，市场消费环境进一步优化；建立健全末端发力、终端见效的市场监管领域安全责任体系，“四个安全”风险防控的机制更加健全。今年以来，全系统共查办案件31.5万件，罚没金额17亿元；全国12315平台接收投诉举报咨询同比增长33.7%，为消费者挽回经济损失20.4亿元；实施汽车召回150次、667.8万辆，消费品召回485次、312.9万件。

当前和今后一个时期是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的关键时期。我们将深入贯彻党的二十届三中全会精神，围绕构建高水平社会主义市场经济体制、推动经济高质量发展，一体推进构建全国统一大市场、完善市场经济基础制度、健全因地制宜发展新质生产力体制机制、健全平台经济常态化监

管制度、提升市场综合监管能力和水平等重大改革任务，为以高质量发展全面推进中国式现代化贡献更多市场监管力量。

我先介绍这些。接下来，我和我的同事很高兴回答记者朋友们的提问。谢谢！

.....

封面新闻记者：

党的二十届三中全会通过的《决定》指出，要加强公平竞争审查刚性约束，强化反垄断和反不正当竞争。请问市场监管总局在加强反垄断和反不正当竞争方面开展了哪些工作？谢谢。

蒲淳：这个问题请我的同事周智高回答。

国家市场监督管理总局竞争协调司司长 周智高：

公平竞争是市场经济的核心，也是推动高质量发展的重要保障。近年来，市场监管总局紧扣高质量发展这一首要任务，在规范市场竞争行为上持续发力，切实维护公平竞争市场秩序，主要开展了三方面工作。

一是深化重点领域反垄断监管执法。这两年来，我们连续开展民生领域反垄断执法专项行动，强化医药、建材、汽车、公用事业等民生领域监管执法。2022年以来，查处垄断协议、滥用市场支配地位案件 60 件，罚没金额超过 25 亿元，推动市场竞争秩序稳步向好。同时，深入推进数字经济等领域反垄断常态化监管，依法无条件批准平台企业经营者集中申报案件 48 件。充分发挥重大案件警示示范作用，推动经营者签署行业的自律公约，依法对垄断风险进行提醒敦促，督促指导涉案企业合规整改，推动行业秩序不断优化。

二是做好经营者集中反垄断审查。2022 年以来，我们审结经营者集中案件 1900 余件，附加限制性条件批准先声药业收购托毕西、万华化学收购烟台巨力等 10 起经营者集中案件，依法解除丸红公司收购高鸿公司 100% 股权案等案件的限制性条件，激发企业投资并购活力。同时，实行简易和非简易案件的繁简分流审查机制，我们委托北京等五个省份市场监管部门开展部分经营者集中简易案件反垄断审查，上线经营者集中审查等业务系统，提升案件审查质效。

三是支持指导经营者加强反垄断合规建设。今年 4 月，国务院反垄断反不正当竞争委员会修订发布《经营者反垄断合规指南》，细化具体垄断行为合规风险要点，建立反垄断领域合规激励制度。此外，我们还发布了《经营者集中反垄断合规指引》，举办一系列的反垄断合规系列讲堂，支持和指导经营者加强合规管理。目前，我们正在加快制定《经营者公平竞争合规管理规范》国家标准，积极推动形成企业主动合规、政府有效引导、社会广泛支持的多方共治格局。

正如您刚才提到的，党的二十届三中全会对强化反垄断提出明确要求。下一步，市场监管总局将继续加强和优化反垄断监管执法，更好维护市场秩序、弥补市场失灵，以公平竞争激发全社会内生动力和创新活力，以更大成效推动高质量发展。谢谢。……

红星新闻记者：

党的二十届三中全会提出，要构建全国统一大市场。构建全国统一大市场就需要破除各种封闭的“小市场”、自我的“小循环”。请问，市场监管部门在破除地方保护和市场分割方面有哪些举措？谢谢。

蒲淳：这个问题请我的同事周智高回答。

周智高：

谢谢你的提问。正如您提到的，破除地方保护和市场分割，对加快建设全国统一大市场具有十分重要的意义。近年来，市场监管部门坚持标本兼治、破立并举，坚决破除各种形式的地方保护和市场分割，取得了积极的成效。

首先是更高水平完善公平竞争制度，夯实全国统一大市场建设的法治根基。建设全国统一大市场，必然要求健全统一的公平竞争制度。2022年6月，我国《反垄断法》完成了颁布15年后的首次修改，在法律层面上确立了竞争政策基础地位。今年1月，国务院修订提高了经营者集中申报标准，便利企业投资并购；刚刚过去的8月1日，《公平竞争审查条例》正式施行，从4个方面提出了“19个不得”的明确要求，防止出台排除、限制竞争的政策措施。这些法律法规的制修订工作，为破除地方保护、加快建设全国统一大市场奠定了坚实的制度基础。

其次是更大力度加强监管执法，纠治了一批不当干预市场竞争行为。2022年以来，我们聚焦公用事业等一些重点领域，依法加强滥用行政权力排除、限制竞争监管执法，查处行政性垄断案件122件，同时还组织开展了妨碍统一市场和公平竞争政策措施的集中清理工作，深入实施公平竞争审查制度，加强制度刚性约束，整治了一批限定交易、妨碍商品要素自由流通、排除限制外地经营者等行为，坚决破除各种封闭“小市场”、自我“小循环”。

第三是更深层次凝聚公平竞争社会共识，增强各方面保护和促进公平竞争的行动自觉。从2022年起，我们以“统一大市场 公平竞未来”为主题，每年举办中国公平竞争政策宣传周，发布《中国反垄断执法年度报告》，组织开展公平竞争法律和政策“进机关、进党校、进企业”活动，加大宣传培训力度，大力弘扬公平竞争文化。在这里和各位媒体朋友们报告，今年的中国公平竞争政策宣传

周即将在 9 月份举办，也请新闻媒体继续给予大力支持。

党的二十届三中全会对构建全国统一大市场作出了重要部署，要求加强公平竞争审查刚性约束，清理和废除妨碍全国统一市场和公平竞争的各种规定和做法。下一步，市场监管总局将深入贯彻落实全会精神，在纠治不当市场干预行为上进一步加力提效，为各类经营主体创造更加公平、更有活力的市场环境。谢谢。

发布时间: 2024/08/16

信息来源: 国新网

访问链接: <http://www.scio.gov.cn/live/2024/34450/tw/>

民生领域反垄断执法专项行动暨执法办案推进座谈会在杭州召开

8 月 19 日至 20 日，民生领域反垄断执法专项行动暨执法办案推进座谈会在浙江省杭州市召开。

会议深入学习贯彻党的二十届三中全会精神，总结专项行动成效和经验，分析面临的新形势新任务，部署推进专项行动和反垄断执法办案工作。会议强调，今年以来，市场监管系统纵深推进专项行动取得阶段性进展和成效，要紧紧围绕构建全国统一大市场，切实强化反垄断监管执法，以专项行动为抓手，多措并举进一步加大反垄断执法办案力度，完善反垄断制度规则，推动形成更加公平、更有活力的市场环境，助力经济高质量发展，为推进中国式现代化贡献力量。

市场监管总局反垄断总监，总局相关司局、直属单位以及部分省级市场监管部门有关负责同志参加会议。

发布时间： 2024/08/20

信息来源： 市场监管总局网站

访问链接：https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2024/art_d758b909619146cd8682a818b87732a1.html

2024 年上半年市场监管总局无条件批准经营者集中案件审查情况

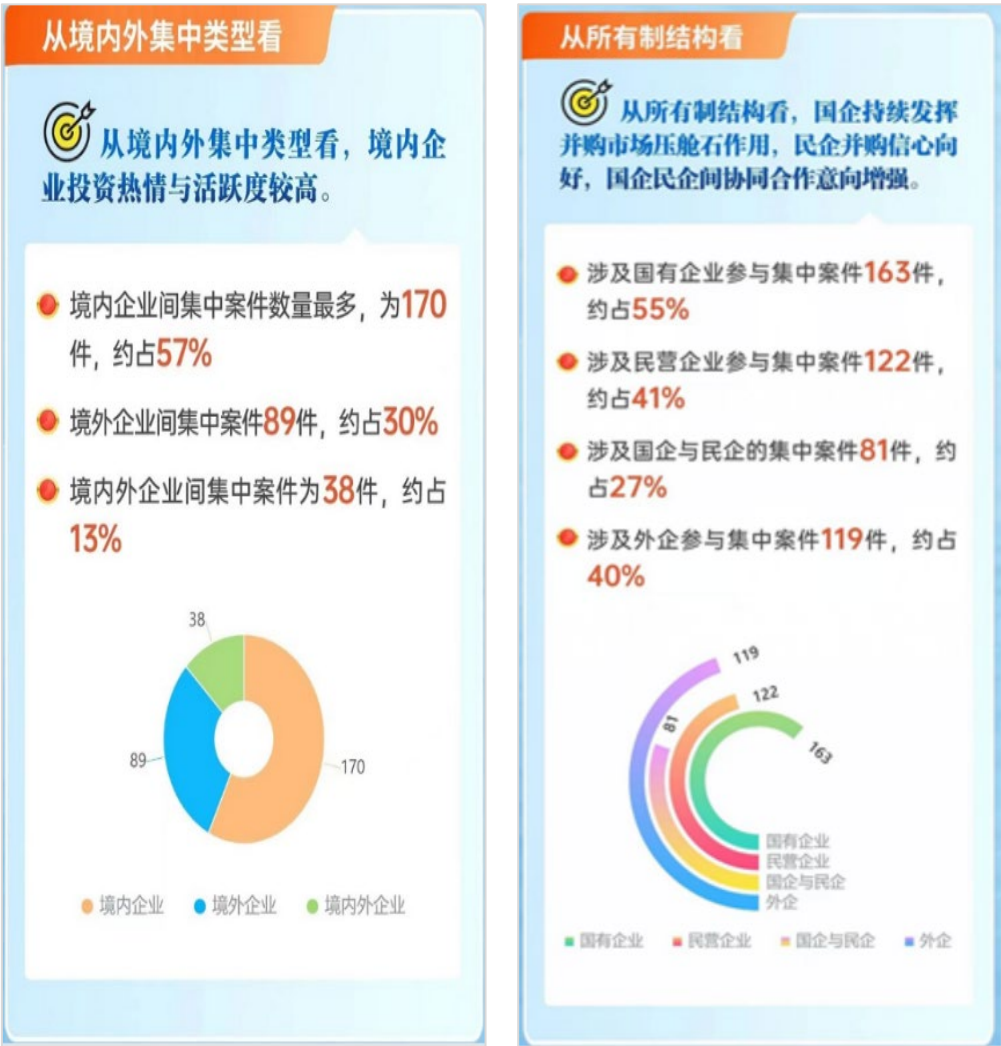
根据市场监管总局反垄断二司指导、中国市场监管报社制作的《一图读懂 | 2024 年上半年市场监管总局 无条件批准经营者集中案件审查情况》显示：

2024 年上半年，市场监管总局审结经营者集中案件 297 件，其中无条件批准 282 件，受理后申报方撤回申报 14 件，附加限制性条件批准 JV 金属株式会社收购拓自达电线株式会社股权案。

总体来看，上半年国民经济延续回升向好态势，国内并购交易较为活跃，国企持续发挥并购市场压舱石作用，民企并购信心向好，实体经济制造业并购交易较多，经营者集中案件具体呈现以下特点：







发布时间: 2024/07/30

信息来源: 市场监管总局网站

访问链接: https://www.samr.gov.cn/xw/tp/art/2024/art_7a2f0aee8929414abe778ffc5446fc05.html

市场监管总局会同中国民航局面向航空运输行业举办反垄断 合规讲堂

8 月 20 日，市场监管总局会同中国民航局在北京举办第四期反垄断合规讲堂，面向航空运输行业开展反垄断合规宣讲。

航空运输业既是国家重要战略产业，在经济发展中发挥着基础性、先导性作用；又是重要民生产业，深刻影响着人民群众的生产生活。有效防范垄断行为的发生、积极营造公平竞争的市场环境，对促进航空运输业规范健康发展、维护广大消费者利益具有重要意义。市场监管总局会同中国民航局举办反垄断合规讲堂，主动上门为航空运输业经营主体宣讲反垄断法律法规，引导其加强反垄断合规建设，精准识别、评估和防范垄断风险，不断增强反垄断合规意识，提升反垄断合规能力，主动服务我国经济社会发展和人民群众航空出行需求。

市场监管总局要求航空运输行业经营主体严格遵守《中华人民共和国反垄断法》等法律规定，依法竞争、合规经营，不断提升生产服务质量，争做市场竞争秩序的维护者、消费者利益的捍卫者和高质量发展的推动者。市场监管总局和中国民航局将加强沟通协调、协同监管，形成保护和促进航空运输行业公平竞争的工作合力，推动压实经营主体反垄断合规主体责任，更好服务构建全国统一大市场，促进经济高质量发展。

市场监管总局、中国民航局相关司局，中国航空运输协会以及有关航空运输企业通过线上线下相结合的方式参加活动。

发布时间： 2024/08/20

信息来源： 市场监管总局网站

访问链接：https://www.samr.gov.cn/fl dys/sjdt/gzdt/art/2024/art_ac0d067df5764f51bbded3848944eb4b.html

市场监管总局发布

《中国价格监督检查和反不正当竞争执法年度报告（2023）》

为全面系统反映 2023 年度全国市场监管部门价格监督检查和反不正当竞争（规范直销与打击传销）执法工作情况，市场监管总局近日发布中英文版《中国价格监督检查和反不正当竞争执法年度报告（2023）》（以下简称《报告》）。此次发布的《报告》主要包括工作综述、价格监管执法、收费监管执法、反不正当竞争执法、规范直销执法、禁止传销执法、地方工作以及大事记等。

《报告》指出，2023 年，全国各地市场监管部门始终秉持“监管为民”理念，围绕稳增长、稳就业、稳物价，扎实做好价格监督检查和反不正当竞争各项工作，有效维护市场秩序，保障群众合法权益，助力经济运行回升向好，维护社会稳定，取得新成效。全年各级市场监管部门共查办涉企收费违法案件 2401 件，罚没金额 4.3 亿元，退还企业金额 21.6 亿元；查办各类不正当竞争案件 12496 件，罚没金额 5.82 亿元。

发布时间： 2024/08/21

信息来源： 市场监管总局网站

访问链接：https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2024/art_78bd70340c7c4ea7aad78930d58e2886.html

N三 案件概览

2024 年 8 月，市场监管总局网站发布了 4 件反垄断行政处罚案件，包括：

案件名称	案件概述	信息来源
大同华润燃气有限公司-滥用市场支配地位案	山西省市场监督管理局于 2021 年 11 月对大同华润燃气有限公司涉嫌滥用市场支配地位行为进行立案调查。2023 年 12 月，山西省市场监督管理局依法对本案作出行政处罚决定。	发布时间：2024/08/02； 访问链接： https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/xzcf/art/2024/art_bc3e06356a064ddd8476a0fef7f40518.html
简阳海天水务有限公司-滥用市场支配地位案	四川省市场监督管理局于 2021 年 6 月对简阳海天水务有限公司涉嫌滥用市场支配地位行为立案调查。2024 年 1 月，四川省市场监督管理局依法对本案作出行政处罚决定。	发布时间：2-24/08/02； 访问链接： https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/xzcf/art/2024/art_a28b30a4f675452f9326e27b53b48048.html
海南昆仑港华燃气有限公司-滥用市场支配地位案	海南省市场监督管理局于 2018 年 12 月对海南昆仑港华燃气有限公司涉嫌滥用市场支配地位行为进行立案调查。2024 年 5 月，海南省市场监督管理局依法对本案作出行政处罚决定。	发布时间：2024/08/02； 访问链接： https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/xzcf/art/2024/art_16ef45a35d5e424e81d9ffee26aeda8f.html
湖南湘西自治州 13 家-机动车检测机构达成并实施垄断协议案	湖南省市场监督管理局于 2022 年 6 月对湘西自治州 13 家机动车检测机构涉嫌达成并实施垄断协议行为依法立案调查。2024 年 7 月，湖南省市场监督管理局依法对湘西自治州 13 家机动车检测机构作出行政处罚决定。	发布时间：2024/08/09； 访问链接： https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/xzcf/art/2024/art_700f42404414487f8e2d83dbcfe8093a.html

N= 专业研究**直播“挖角”不正当竞争司法裁判规则**

作者：林文

华商（上海）律师事务所高级合伙人

上海市律协反垄断与反不正当竞争专业委员会主任

摘要

法院在认定“挖角”行为是否构成不正当竞争时，通常考虑以下几个要件：（1）扰乱了市场竞争秩序；（2）违反了诚实信用原则和商业道德而具有不当性或可责性；（3）损害了消费者的合法权益；（4）损害了其他经营者的合法权益。在实践中，竞争行为必然带来的正常市场波动，仅凭单方利益受损的情况，难以认定构成不正当竞争行为，具体行为的正当与否还需平衡市场各主体的利益和权利。

涉及法条：

《反不正当竞争法》第二条 经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。

本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。

第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：

（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；

（二）误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；

（三）恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；

（四）其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

一、“挖角”行为在直播行业的特殊性

竞争是市场永恒的主题，也是市场发展的动力。优秀的产品与人才都是企业建立竞争优势的核心要素，“挖角”行为本身即是一种对人才的竞争。而在一些新兴行业中，人才本身甚至已经成为企业的产品，比如时下直播行业最为抢手的主播。

擅自使用他人签约主播资源，虽然与传统行业中企业人才的挖角与跳槽有些类似，但又有本质不同。法院认为传统行业中的挖角和跳槽行为，将通过影响企业产品和服务的品质而最终降低企业竞争力，导致客户流失。

传统行业中，人力资源虽是企业竞争的核心要素，但企业真正参与市场竞争的是产品，竞争的目标是产品的竞争力和市场占有率，企业人才即使流失到竞争对手处，也并不直接导致该企业产品的竞争力和市场占有率下降，加之商业秘密、专利等法律法规的保护，竞争对手也无法直接获得流失人才所掌握的代表原企业竞争优势的技术和经营资源。而网络直播行业的竞争，实际上就是平台主播资源的竞争。

竞争受到法律的规制，企业不能以不正当的方式方法去进行“竞争”，因为这种所谓的竞争并不能使得公共利益增加，相反，会使得公共利益受损，所以在法律层面有必要对不正当竞争的行为进行必要的规制。本文将通过此类“挖角”不正当竞争案件，探析《反不正当竞争法》原则条款认定新型不正当竞争行为的适用边界。

二、《反不正当竞争法》在“挖角”行为中的适用

从《反不正当竞争法》第十二条的角度分析，该条款规制的对象是利用网络从事生产经营活动的经营者，规制的行为方式是技术手段所引发的不正当竞争行为。挖角平台以高额报酬等吸引主播跳槽并签署服务协议，其挖角方式与传统挖角行为类似，但并非依靠互联网技术手段得以实现。因此，直播平台挖角行为不符合《反不正当竞争法》第十二条的行为模式从而无法适用“互联网条款”进行规制。只能借助《反不正当竞争法》一般条款对其进行规制。

我国《反不正当竞争法》采取“原则条款+行为列举”的立法模式，第二条第一款和第二款共同构成认定新型不正当竞争行为的原则条款。根据 2022 年 3 月 20 日实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第一条，“经营者扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费

者合法权益，且属于违反反不正当竞争法第二章及专利法、商标法、著作权法等规定之外情形的”，法院可以适用第二条原则条款予以认定。《反不正当竞争法》的原则条款，创造了“挖角”行为与不正当竞争连接的可能性。

三、“挖角”行为构成不正当竞争与否的裁判原则

（一）经典案例中的裁判规则

为避免不适当干预而阻碍市场自由竞争，“海带配额案”【案号：最高人民法院（2009）民申字第1065号】确立了构成不正当竞争的原则依据，也即：（1）法律对该种竞争行为未作出特别规定；（2）其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；（3）该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者可责性。

2017年《反不正当竞争法》第二条第二款将原规定中的“公认的商业道德”修改为“商业道德”，使其在字面上既可以包括既存商业道德的情形，又可以包括法官认定（或者创制）的商业道德的情形。从实践的角度，首先，在有公认的商业道德可资依据时，应当依据公认的商业道德判断竞争行为的正当性。其次，在新市场和新产业等缺乏公认商业道德的领域，法官需要根据法律精神、市场需求等（尤其是根据《反不正当竞争法》的价值取向），创制性地确定可资遵循的市场道德准则，再据此判断竞争行为的正当性。因此商业道德在立法上实现了由判断（依据既有的诚实商业惯例进行判断）到塑造（根据法官的意志进行标准创设，法官是标准创制者）的转变。不过从目前的司法实践来看，删除“公认”和保留“公认”并无实际不同，多数案件的裁判仍然是认为“公认的商业道德”。

在厚大公司与瑞达公司不正当竞争纠纷案【北京知识产权法院（2021）京73民终2969号】，信念互动公司与热手公司等不正当竞争纠纷案【北京知识产权法院（2020）京73民终1501号】，以及开迅公司诉李某、虎牙公司不正当竞争纠纷案【浙江省高级人民法院（2020）浙民终515号】中，法院皆裁判不构成不正当竞争。从裁判规则来看，各法院最终认可适用原则条款规制“挖角”行为，应当论证满足以下构成要件：（1）“挖角”行为扰乱了市场竞争秩序；（2）“挖角”行为违反了诚实信用原则和商业道德而具有不当性或可责性；（3）“挖角”行为损害了消费者的合法权益；（4）“挖角”行为损害了其他经营者的合法权益。

案例对比		
案例	斗鱼与全民 TV 不正当竞争案	七月网公司与龙曦传媒公司不正当竞争案
案件区别	主播于合同履行期间内跳槽	两主播终止履行合同，未解除情况下入股其他经纪公司
法条依据	《反不正当竞争法》第二条	《反不正当竞争法》第二条
认定条款与因素	1993 年《反不正当竞争法》第一款与第二款结合：（1）商业道德：（行业效率、经营者、消费者、竞争秩序）；（2）网络直播行业竞争特点	2017 年《反不正当竞争法》第一款第二款：（1）商业道德（市场效率）；（2）经营者、消费者、竞争秩序
是否构成不正当竞争	构成	不构成
判决主要区别之处	（1）商业道德：未促进行业效率的提升，行为违反网络直播行业公认的商业道德；（2）消费者：无序竞争可能导致投入的减少和行业发展的减缓，消费者的利益最终将受到损害	（1）商业道德：体现商业伦理市场效率的要求，符合商业实际和市场精神；（2）消费者：可能加剧竞争，提高消费者福祉

在“全民 TV 游戏直播”案中，武汉中院通过综合考虑以下因素判断是否有违商业道德，即考虑被诉行为：（1）对行业效率的影响；（2）对竞争对手的损害程度；（3）对竞争秩序及行业发展的影响；（4）对消费者福利的影响，最终认定该案构成不正当竞争。

法院认为《反不正当竞争法》不是追求一般社会意义上的公平，而是效率基础上的公平，因此，商业伦理标准必须以市场效率为基础和目标。若竞争行为虽然损害了其他竞争者利益，但符合商业实际，促进了商业模式创新，提升了行业效率，增进了消费者福利，则应摒弃完全诉诸于主观的道德判断，认可竞争的正当性；反之，若竞争行为既损害了其他竞争者利益，又无法促进市场效率，反而扰乱了公平竞争市场秩序，有损行业发展，则应归于可责性的不正当竞争行列。

（二）单凭他人法益受损，难以认定不正当

司法介入规制市场竞争行为的基本要求是，以自由竞争为原则，以反不正当竞争法的规制为例外，对于其他部门法未规制的行为，反不正当竞争法应保持谦

抑性。

由于市场竞争行为本来就具有强烈的逐利性，竞争的结果往往是他人利益受损，因此，单凭其他经营者的法益受损，难以对行为是否构成不正当竞争作出准确判断。

由于竞争的开放性、复杂性和多变性，对于被控不正当竞争行为的不正当性，原告不能因一种长期维持的商业交易机会被他人突然夺走即推定他人采取了不正当手段；行为的不正当性或可责性，应当是基于经营者对公认商业道德和诚实信用原则的违反。

（三）正常的市场波动，未必扰乱市场秩序

对于“挖角”行为而言，由于市场竞争的结果是优胜劣汰，如果经营者遵守竞争规则，依靠自身的优势资源，达到吸引人才集聚的作用，即使破坏既有的竞争优势，原则上也属于竞争自由的范畴，例外的情况下才构成不正当竞争。对于正常市场竞争行为引发的行业波动，反不正当竞争法应予以容忍。

（四）正当与否应平衡竞争自由与劳动权、生存权

在“海带配额案”中，最高人民法院就充分考虑了马达庆的劳动权与经营者的竞争自由之间的平衡。法院的裁定指出，在没有法定和约定的竞业限制义务的情况下，企业职工通常具有择业自由，哪怕是为其原单位的竞争对手服务，削弱了原单位的竞争优势，也不宜认定为不正当竞争。

最高法专门从基本权利保护的角度作出了分析，强调“劳动力或者说人才的流动也是市场竞争的必然要求和重要方面，人才流动或者说“职工跳槽”后与原企业争夺商业机会，可以有效地形成和促进竞争”。在直播平台挖角类案件中，能否从劳动权这一基本权利角度考虑主播的利益，能否充分认识到人才流动的价值，成为了此类案件裁判的关键。在“斗鱼案”中，主播仅是被作为企业间争夺的一种资源，主播更换平台被认为只是工作地点的变化，作用并无不同，不会增加消费者选择，从而认定挖角构成不正当竞争。

但到了“虎牙案”【浙江省高级人民法院（2020）浙民终 515 号民事判决书】，法院的裁判站在了维护人身自由、保障人才自由流动的高度，拒绝认定类似行为不构成不正当竞争。法院指出，主播在与平台合作期间所积累的知识、经验和技能构成其人格的组成部分，法律并不能禁止主播运用自身的知识、经验和技能在其他平台进行直播。法院特别强调，主播知识、经验和技能在一个新环境下完全可能有更充分展示，为消费者带来更好的体验。

在另一起健身教练跳槽案件中，法院表达了类似的观点。法院指出，劳动者在工作中掌握和积累的知识、经验和技能，除属于单位的商业秘密的情形外，构成其人格的组成部分，劳动者在离职后有自主利用的自由。作为健身教练，在工

作过程中通过学习、培训、实践等方式掌握和积累的知识、经验和技能，除属于原服务企业的商业秘密的情形外，是其自身能力积累的体现，属于员工内化的人格组成部分。员工离职并跳槽，运用自己在原单位学习到的知识、经验与技能服务于竞争对手是其权利和自由。