

中国反垄断法

理论、实践与国际比较

万江 著



CHINA COMPETITION LAW

theory, practice & comparative law

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国反垄断法

理论、实践与国际比较

万江 著



CHINA COMPETITION LAW
theory, practice & comparative law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国反垄断法：理论、实践与国际比较 / 万江著.
—北京：中国法制出版社，2015. 8
ISBN 978 - 7 - 5093 - 6612 - 7

I. ①中… II. ①万… III. ①反垄断法 - 研究 -
中国 IV. ①D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 186075 号

策划编辑 刘 峰 (52jm. cn@163. com)

责任编辑 张 津 (zj2007011567@163. com)

封面设计 周黎明

中国反垄断法——理论、实践与国际比较

ZHONGGUO FANLONGDUAN FA——LILUN、SHIJIAN YU GUOJI BIJIAO

著者/万江

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/730 毫米×1030 毫米 16

版次/2015 年 10 月第 1 版

印张/22.25 字数/280 千

2015 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6612 - 7

定价：68.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66033393

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：66053217

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010 - 66032926)

自序

中国2007年颁布《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》），2008年正式生效实施，而中国的反垄断执法活动很快就引起国际反垄断界的关注，尤其是近年以来中国的反垄断机构查处了一系列反垄断案件，极大地提升了中国《反垄断法》的权威性，也提升了中国反垄断执法机构的声誉，中国已经俨然成为继美国、欧盟之后的第三大反垄断管辖法域。尽管如此，中国的《反垄断法》仍属于“年轻的”法律，所谓“年轻”，不仅是《反垄断法》的颁布时间较晚，更体现在《反垄断法》在中国的社会认知度不高，全社会的竞争意识还没有真正树立起来；中国的反垄断执法机构也属于“年轻的”机构，所谓“年轻”，不仅是中国的反垄断机构的组建时间较晚，更体现在中国的反垄断执法实践经验还不足，执法案例相对不多，执法人员数量有限，也更加年轻。

2010年博士毕业后，我进入国家发改委从事反垄断执法工作，期间参与和见证了一些反垄断案件的查处，算是积累了一些反垄断执法的实践经验。与此同时，我作为中国反垄断机构的代表，也曾多次被委派参加一系列的国际会议或研讨会、培训班，尤其是2013年2月至7月期间，我受委派赴欧盟竞争总司及爱尔兰竞争局实习工作，使我对欧盟竞争法及其执法情况有了更直观的认识。

在参与执法的过程中，难免会遇到法律明文规定之外的难题，我曾试图从现有的理论研究成果中寻找答案，但遗憾的是，由于大部分疑问都来自《反垄断法》执法现场的实务操作性问题，现有的理论研究很少涉及到。另一方面，在与国际同行的交流过程中，也发现中国的《反垄断法》立法和实施过程中，采取的一些做法和思维方式与通行的国际反垄断理论还有差异，其中固然有一部分是中国的法律体系和政府体制所造成的，但还有一部分则是对反垄断理论的误解或者认识不够所造成

的。每当在工作中或与国际同行的交流过程中发现一时难以找到答案的疑问时，我就会把它们记录下来，注明疑问的来源和难解之处，如果事后有了新的思路或发现新的材料，就把它写下来，如此数年下来，竟然汇集了不少，有一些疑问在之后解决了，有一些疑问仍然难解，还有一些疑问恐怕限于当下的现实难以解决，但这促使我决定把这些疑问汇集成一本书，对于那些我认为已经解决的疑问，可以供大家检验，对于那些难以解决的问题，也在本书中提出来，供大家讨论。

本书涉及的主要内容都来自于反垄断法实施过程中产生的问题，在对这些问题的讨论中，大量的借鉴和引用了欧盟竞争法和美国反托拉斯法的规范和理论，并分析了美国、欧盟及中国在面对同一问题是所采取的类似或不同的意见，例如对于横向垄断协议的合理分析原则、纵向价格垄断协议的监管态度以及对各项滥用市场支配地位行为的分析方式等很多方面，中、美、欧都存在一定的差异，本书并不试图完全比较出不同意见的高下，只是希望尽可能将三方对不同问题的认识完整还原地提出来，供更多的人讨论，同时也尝试澄清一些误解。

本书在体例上分为十一个部分，绪论部分主要列举了一些当前关于反垄断法的常识，这些基本的看法是我们讨论反垄断问题的基础。第一章关于反垄断法在中国的适用问题，主要围绕反垄断法与产业政策的冲突协调、与其他相关法律的衔接适用问题展开讨论，最后一节就中国当下对于反垄断法的基本态度做了总结，并对反垄断法在中国的未来适用前景做了大胆的预测。第二章至第六章，分别就横向垄断协议、纵向垄断协议、滥用市场支配地位行为、滥用知识产权行为等反垄断法的核心实体问题展开论述，其中包括了来自于反垄断法实施过程中的困惑、美国和欧盟的成文法、判例法相关指南和理论成果，并结合中国当下的反垄断执法和司法案例进行分析讨论，在每一章的最后，还就个别具有代表性的实务问题进行了专题讨论，这些讨论未必有清晰的结论，更主要的还是希望借助于本章中论述的分析方法和分析路径，对实务问题进行分析实验。第七、八章主要论述了反垄断法中的程序性问题，这也是当前中国反垄断法实施过程中面临问题最多的领域，对于那些反垄断法制度所特有宽大机制、和解措施、罚款计算等，一方面存在认识不准确的问题，另一方面也面临如何与中国当下的整个法律体系和行政执法、司法监督体制融合的问题。第九章是关于当前国际上有代表性的反垄断管辖区的法律实施体制的论述，中国的反垄断体制仍在发展过程之中，未来还存在改革的多种可能性，相信这部分国际比较能够为未来的变革提供一些有益的参考。在本书的最后部分，围绕

所讨论的问题，就《反垄断法》的修订提出了一些意见，也算是本书结论的一部分。

本书得以出版，首先需要感谢我的诸位同事，反垄断事业是所有从事反垄断工作的人们的共同的事业，正是由于大家的共同努力，才使得中国的反垄断事业呈现出欣欣向荣、方兴未艾的面貌。同时还需要感谢中国科学院大学的韩伟博士、英国鵝鵝律师事务所合伙人周照峰博士，他们在百忙中通读了本书的初稿，并提出了大量非常有价值的修改建议。最后，要感谢我的家人，尤其是我的太太沈刘红女士，一直以来她对我的任何决定都给予无条件支持，没有她的鼓励和帮助，也不可能有本书的出版。

《中国反垄断法》读者意见反馈表

读者基本情况	姓 名		性 别	
	年 龄		职业/职务	
	电 话 (增值服务必填)		Email (增值服务必填)	
	工作单位			
	购书时间		购书价格	
	购书地点			
	读者建议意见			

请将此页寄回本社，以便您获取增补文件的电子版。
邮寄地址：北京西单横二条华恒大厦六层
邮编：100031 联系人：张津（zj2007011567@163.com）

目 录

绪论 关于反垄断法的几个常识

- 一、垄断、反垄断法与反垄断经济学的概念 1
- 二、现代反垄断法主要以美国反托拉斯法与欧盟竞争法两大体系为代表 6
- 三、中国的《反垄断法》更多借鉴了欧盟竞争法的内容 9
- 四、反垄断和解制度是现代反垄断法的特征之一 14
- 五、反垄断法还面临大量的适用除外领域 15

第一章 反垄断法在中国的现实与前景

- 第一节 竞争政策与产业政策的冲突与协调 18
 - 一、反垄断法中的适用除外制度 20
 - 二、产业政策对竞争秩序的影响 22
 - 三、产业政策对竞争政策实施的影响 24
- 第二节 《反垄断法》与相关法律的竞合适用与衔接 26
 - 一、《反垄断法》与《反不正当竞争法》《价格法》的竞合适用 26
 - 二、《反垄断法》与《行政处罚法》的衔接 34
 - 三、《反垄断法》与《侵权责任法》的衔接 36
 - 四、《反垄断法》与《消费者权益保护法》的衔接 38
- 第三节 《反垄断法》在中国当下的价值和适用前景 39

第二章 横向垄断协议

- 第一节 横向垄断协议的主体——经营者 43

一、经营者的概念	44
二、经营者之间应当具有竞争关系	45
三、经营者之间应当相互独立	45
第二节 横向垄断协议的形式——协议、决定及协同行为	48
第三节 横向垄断协议的豁免	56
一、美国反托拉斯法关于垄断协议的合理分析原则	57
二、《欧盟运行条约》第 101（3）条关于垄断协议的豁免适用	59
三、美国与欧盟对垄断协议的豁免分析殊途同归	64
四、中国《反垄断法》的垄断协议豁免分析	64
专题附论：银行卡市场的竞争分析	69
一、中国的支付服务与银行卡市场	69
二、线下支付与网络支付的区别	69
三、现行网络支付的定价模式及其竞争分析	70
四、美国、欧盟和中国关于银行卡市场的竞争政策	72
 第三章 纵向价格垄断协议 	
第一节 纵向价格协议的竞争性与反竞争性	75
一、纵向价格协议对竞争的危害	75
二、纵向价格协议可能带来的经济效率	77
第二节 纵向价格协议的构成要件	79
一、美国反托拉斯法与欧盟竞争法中纵向价格协议的构成要件	79
二、代理协议不属于纵向协议	82
三、中国《反垄断法》的纵向价格协议的构成要件	83
第三节 关于中国的纵向价格协议反垄断实践的评述	85
专题附论：价格关联协议及其在中国酒店在线预订市场上的竞争分析	92
一、价格关联协议的形态及其竞争影响	92
二、美国与欧盟对价格关联协议的监管态度	95
三、中国酒店在线预订市场上价格关联协议的竞争分析	97

第四章 滥用市场支配地位行为

第一节 市场支配地位的认定与推定 103

一、相关市场的界定 103

二、市场支配地位的认定与推定 106

第二节 剥削性行为 112

一、过高定价 112

二、价格歧视 115

第三节 排挤性行为 117

一、掠夺性定价 118

二、搭售 121

三、拒绝交易 125

四、限定交易 128

专题附论：对奇虎诉腾讯公司案的评论 129

第五章 经营者集中反垄断审查

第一节 经营者集中申报及审查程序 134

一、申报前商谈 134

二、申报 136

三、立案 138

四、审查 138

五、做出审查决定 144

第二节 经营者集中申报和审查的各项制度 146

一、经营者申报制度 146

二、简易审查程序 154

三、结构性救济与行为性救济措施 156

四、对未依法申报的经营者集中的监督措施 168

第三节 经营者集中的竞争分析 168

- 一、横向合并（竞争者之间的合并）的竞争分析 169
- 二、纵向与跨行业合并（非竞争者合并）的竞争分析 173
- 三、中国经营者集中审查中竞争分析的实证考察 175

第六章 反垄断法与知识产权问题

- 第一节 知识产权行为涉及的相关市场 181
- 第二节 知识产权行为的一般性竞争分析 183
 - 一、知识产权行为的竞争分析框架 183
 - 二、具体知识产权行为的竞争问题分析 186
- 第三节 知识产权行为最新反垄断热点问题 193
 - 一、标准必要专利许可 193
 - 二、反向给付行为（Reverse payment） 202
 - 三、专利流氓（PAE） 205
- 第四节 中国滥用知识产权反垄断案件的评述 207

第七章 反垄断案件调查处理程序

- 第一节 反垄断案件的调查处理程序 213
 - 一、案件的启动 213
 - 二、立案 215
 - 三、实施调查 216
 - 四、内部案件审理审查并向当事人做出行政处罚事先告知 216
 - 五、当事人提出陈述、申辩或听证 217
 - 六、做出行政处罚决定 217
- 第二节 反垄断调查处理过程中各方的权利义务与责任 218
 - 一、授权与管辖 218
 - 二、反垄断执法机构职权和义务 220
 - 三、被调查人的权利和义务 222

第八章 垄断行为的救济与惩罚措施

第一节 法律责任——没收违法所得并处罚款	225
一、欧盟、美国等国家和地区的救济措施及罚款确定方式	225
二、中国关于经济惩罚的现行规定及实践做法	233
三、关于实施反垄断罚款原则的建议	236
第二节 承诺和解——中止调查	238
一、欧盟的承诺和解（commitments）制度	238
二、美国的反垄断和解制度	239
三、中国现行的承诺制度的规定及实践做法	241
四、关于完善经营者承诺和解制度的意见和建议	245
第三节 宽大制度	246
一、美国的宽大制度	247
二、欧盟的宽大制度	250
三、中国宽大制度的现行规定及实践做法	253
四、关于完善宽大制度的意见和建议	254

第九章 各国反垄断法实施体制及其发展趋势

第一节 各国反垄断实施体制概述	258
一、美国	258
二、欧盟	262
三、德国	264
四、英国	265
五、法国	266
六、意大利	267
七、加拿大	268
八、澳大利亚	269
九、日本	271

十、韩国	272
十一、俄罗斯	273
十二、印度	273
十三、巴西	274
第二节 各国反垄断执法体制的比较分析及其发展趋势	289
一、单一机构模式与多元机构模式	289
二、行政执法主导模式与司法裁判主导模式	290
三、单纯职能模式与混合职能模式	291
四、现代反垄断执法体制的发展趋势	292
第三节 中国反垄断法实施体制现状及评述	294

第十章 《反垄断法》修改建议

《反垄断法》修订的必要性及修订的原则与方向	298
《反垄断法》（修订建议稿）对照表及简要修改意见	303
《反垄断法》（修订建议稿）清稿及修改说明	324

参考资料目录

一、中文资料	335
二、英文	337

绪论

关于反垄断法的几个常识

一、垄断、反垄断法与反垄断经济学的概念

（一）垄断

“垄断”一词是舶来语，源于英文中的“Mono - poly”，最早是指英国王室授予的“独占权”，即通过特许状授予和出售的独家垄断权。“mono - ”指“唯一”，“- poly”具有“存在”“有”的含义，因此将“mono - poly”译为“独占”更为贴切。英文中还有“duo - poly”“oligo - poly”“poly - poly”等词，其中“duo - ”“oligo - ”“poly - ”分别有“双”“少数”“多数”的含义，相应的 duo - poly 被译为“双寡头垄断”，oligo - poly 被译为“寡头垄断”，“poly - poly”则有“多头垄断”之意。如今，一般意义的“垄断”、法律上的“垄断”和经济学上的“垄断”含义都有不同程度的差别。

（二）反垄断法

在美国，反垄断法被称作反托拉斯法（Anti - trust Law）。“托拉斯（Trust）”本意为“信托”，源于美孚标准石油公司的律师根据股东表决权信托理论创造的一种信托方法：几个公司的股东将自己持有的股票转交至一组受托人手中，然后各自得到证书，据以从统一管理的公司收益中分得红利。“Trust”这个标签很快被用于所有企业联合。^① 19 世纪末，托拉斯这一组织形式逐渐蔓延到燃油、烟草等行业。由于传统普通法无力对这种新型企业组织形式及其行为实施有效的监管，直接促使

^① 见 Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870 - 1960*, at 80 - 85 (1992), 转引自 Ernest Gellhorn, William E. Kovacic, Stephen Calkins: 《反垄断法与经济学（第 5 版）》，任勇等译，法律出版社 2009 年 7 月版，第 15 页。

美国反托拉斯成文法的诞生。如今,美国的反托拉斯成文法主要包括 1890 年的《谢尔曼法》、1914 年的《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》等。其中,《谢尔曼法》的原名为《保护商业和贸易不受非法限制和垄断损害的法案》(An Act to Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies),共 7 条,核心是第 1、2 条,第 1 条针对合谋行为,第 2 条针对垄断或谋求垄断之行为,通常被视作针对滥用市场支配地位行为。这样的体系对现代各国反垄断法产生了深远影响。^①

在欧洲,反垄断法更多被称作竞争法,经过半个多世纪的发展,如今已经形成了不同于美国的欧盟竞争法体系。1957 年欧洲经济共同体成立,并正式签订《罗马条约》(即《欧共体条约》),其中的第 81、82 条成为欧洲竞争法最初的蓝本,分别针对垄断协议(包括横向协议和纵向协议)和滥用市场支配地位行为做了规定,并由欧共体委员会下设的竞争总司负责实施欧共体竞争法。1992 年《马斯特里赫特条约》生效,欧盟实质上取代了欧共体。2009 年《里斯本条约》(即《欧盟运行条约》)签订生效,条约中的竞争法部分仍延续了原《罗马条约》的内容,没有实质性改动,成为推动欧洲市场一体化的重要工具。^②

(三) 经济学家对“反垄断法”的质疑与反垄断经济学的发展

对于反垄断的必要性,包括科斯在内的不少著名经济学家都提出过质疑。科斯关于反垄断说过的一句话,曾被反复提起: Ronald Coase said he had gotten tired of anti-trust because when the prices went up the judges said it was monopoly, when the prices went down they said it was predatory pricing, and when they stayed the same they

① 《谢尔曼法》第 1、2 条原文如下:

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding MYM10, 000, 000 if a corporation, or, if any other person, MYM350, 000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding MYM10, 000, 000 if a corporation, or, if any other person, MYM350, 000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

② 2009 年 12 月《里斯本条约》生效,原《欧共体条约》(Treaty of EC)变更为《欧盟运行条约》(Treaty on Functioning of the EU),原《欧共体条约》第 81、82 及 86 条调整为《欧盟运行条约》第 101、102 和 106 条。本书中除原文引用外,统一都使用《欧盟运行条约》的条文号。

said it was tacit collusion. ① (科斯说他被反垄断法烦透了, 因为当价格上涨了, 法官就说是“垄断定价”; 当价格下跌了, 他们就说是“掠夺定价”; 当价格不变, 他们就说是“串通定价”)。中国经济学家张维迎也对反垄断法提出了质疑, 他认为反垄断法之所以荒唐, 是因为它建立在传统经济学关于“竞争”和“垄断”的错误定义上。根据传统经济学的定义, “完全竞争”就是无数个厂商生产完全相同的产品, 并以完全相同的价格销售。只要不满足这个条件, 就存在着所谓的“垄断”(包括独占、寡头和垄断竞争), 就会带来效率损失。传统经济学把竞争和垄断完全搞混了, 它把没有竞争当做“完全竞争”, 把真正的竞争当做“垄断”。真正的垄断是政府通过法律和政策对竞争实施限制。政府动用强力(法律和政策)来为一个或多个企业保留全部市场或一部分市场时, 垄断就产生了。如用法律或行政手段限制行业准入, 发放许可配额, 给予专营权, 在不同企业之间进行税收、信贷、补贴等方面的歧视, 都会带来垄断。这是真正应该反的垄断。②

以上观点充分反映了经济学家对反垄断法及其相关政策的质疑态度。然而, 发源于美国的反垄断经济学对反垄断法及反垄断政策做出了全面审视和研究, 对反垄断政策产生了深刻影响, 同时, 其本身也在不断发展中, 先后形成了哈佛学派、芝加哥学派、后芝加哥学派等理论流派。

1933年, 经济学家爱德华·张伯伦发表的《垄断竞争理论》和琼·罗宾逊发表的《不完全竞争经济学》成为反垄断经济学的发轫之作。张伯伦强调竞争的不完全性, 只有不断地进行反托拉斯监管才能维持脆弱的竞争。正是在这一理念的影响下, 1940年经济学家克拉克提出了影响深远的“有效竞争”概念。③

从20世纪30年代到60年代, 以哈佛大学为中心, 以特纳(Donald Turner)、阿里达(Phillip Areeda)、大法官布雷耶(Breyer)、克拉克(J. M. Clark)、贝恩(Joe S. Bain)等为代表所进行的研究, 建立并逐步形成了比较完整的产业组织理论体系。1959年贝恩出版《产业组织》一书, 成为产业组织理论的集大成者, 同年经济学家凯森(C. Kaysen)和法学家特纳(D. F. Turner)合作出版的《反托拉斯政策》成为当时最重要的反托拉斯经济学著作。基于这套理论体系的反垄断经济学

① 见 William Landes, “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Econ at Chicago”, *JLE* (1981)。

② 见张维迎: “经济学的垄断概念是错误的 反的是真的竞争”, 载2013年12月9日《经济观察报》。

③ 见 Herbert Hovenkamp: 《联邦反托拉斯政策》, 许光耀等译, 法律出版社2009年12月版, 第65页。

被称作“哈佛学派”。哈佛学派最重要的贡献是建立了“结构——行为——绩效”(S-C-P)分析框架。在这个分析框架中,结构、行为、绩效存在因果关系,即市场结构决定企业行为,而企业行为决定市场运行的绩效。因此,为了获得理想的市场绩效,最重要的是通过公共政策直接改善不合理的市场结构。由于哈佛学派将市场结构作为产业组织理论的分析重点,因此又被称为“结构主义学派”。贝恩的干涉主义理论建立在三个重要的经济学前提上:第一,多数市场上的规模经济并不是很巨大,只有在少数产业上,规模经济才会要求集中度达到真正反竞争的水平。因此,许多产业的企业之大,集中度之高,超过了实现最佳产出效率所必需的程度。第二,新企业进入壁垒很高,而且支配企业很容易对其进行操纵。第三,在集中度相对低一些的市场上,也开始出现与寡头垄断相伴生的不竞争的行为(垄断定价)。这些观点的综合结果是,反托拉斯政策很关注降低寡头垄断市场的集中度,并在某种程度上,关注保护小企业不受大企业压制。其背后的理论根据通常是,如果存在数量众多的小企业,而不是只有少量大企业,则价格会更低。^①

20世纪70年代,以芝加哥大学为中心,斯蒂格勒(V. Stigeler)、德姆塞茨(H. Demsetz)、博克(R. Bork)、波斯纳(R. Posner)、伊斯特布鲁克(Frank H. Easterbrook)为代表,在对美国反托拉斯政策的分析和与哈佛学派的论战中,提出了独自の竞争理论和公共政策主张,形成了“芝加哥学派”产业组织理论,并逐步取得了主流地位,对80年代里根、布什政府时期的反托拉斯政策和规制政策的转变影响很大。1968年斯蒂格勒的《产业组织》和1971年波斯纳的《反托拉斯法》为该学派的代表作。芝加哥学派主要的观点有以下十点^②: (1) 经济效果应成为反托拉斯法的唯一目标; (2) 多数市场是竞争性的,即使其中销售商的数量并不多; (3) 如果存在垄断,它会自我纠正; (4) 市场进入的“自然”壁垒更多是想象的,而不是真实的; (5) 规模经济比经济学家们所曾相信的更普遍; (6) 对一个企业来说,当上、下游企业的行为都是竞争性的时,其自身利润最大。因此,几乎所有的纵向一体化——包括转售价格维持以及纵向非价格限制——都是有效率的; (7) 企业是追求利润最大化的; (8) 反托拉斯的实施,应当对效率的行为予以宽容和鼓励,只有当行为非效率时,才予以禁止; (9) 即使市场是不完全的,有可能产生反竞争的效果,政府干预也只有当其能够改善市场状况时才是正当的,而

① 见前引《联邦反托拉斯政策》,第65-66页。

② 见前引《联邦反托拉斯政策》,第66-68页。