

北京市重点建设学科项目系列丛书

Shichang Jingzhengfa Yanjiu

市场竞争法研究

刘弓强 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

本书为北京市属高等学校科学
与北京市重点建设

Shichang Jingzhengfa Yanjiu

市场竞争法研究

刘弓强 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

市场竞争法研究/刘弓强著. —北京:法律出版社, 2015.9

(北京市重点建设学科项目系列丛书)

ISBN 978 -7 -5118 -8350 -6

I. ①市… II. ①刘… III. ①市场竞争—法律—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 196292 号

市场竞争法研究

著 者:刘弓强

责任编辑:彭 雨

装帧设计:贾丹丹

责任印制:张建伟

出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

<http://www.lawpress.com.cn/>

编辑统筹 法律职业教育出版分社

经 销 新华书店

总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>

第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843)

重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636)

北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995)

销售专线 010-63939806/9830

数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>

开 本 A5

印 张 7.5

字 数 180 千

版 本 2015 年 10 月第 1 版

印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷

印 刷 北京七彩京通数码快印有限公司

书 号 ISBN 978 -7 -5118 -8350 -6

定 价 24.00 元

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。

如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

内 容 简 介

市场竞争是促使经济发展最为核心的动力,但是,不可忽视的是市场竞争还具有极大的负面效应。在此背景下,如何使市场竞争在法律的轨道上有序地运行,这可以说是当今经济法学最为关注的课题之一。

本书以企业经营与竞争法、经济活动与消费者保护、竞争与知识产权、竞争与国际贸易和投资等为素材,从维护竞争的法、矫正竞争的法以及限制竞争的法这三个方面出发,对经济法这一核心内容通过法解释学以及实证法学的手法进行了系统的分析和研究。同时,考虑到全球经济一体化这一现实,对竞争法的国家间合作与协调也进行了一定的涉猎。本书在上述基础上,从竞争法的角度如何进一步构建我国的经济法学,笔者在此进行了积极、大胆的探讨和尝试。

前 言

市场竞争法不同于具有法典表现形式的刑法、民法等学科,该法学体系可以说是完全依靠理论来进行构建的。正因为市场竞争法有上述的特点,必然引发市场竞争法具体包括哪些法律内容。

笔者在思考上述问题时认为:

市场竞争是促使经济发展,合理配置资源最为有效的方法。维护市场竞争,是市场竞争法最为核心的命题。在此过程中,残酷的市场竞争在给市场带来繁荣的同时,由于信息以及所处市场地位的不对等,如何保护诸如消费者、中小企业等弱势群体,构成了市场竞争法的另一个侧面内容。同时,任何国家在维护市场竞争的同时,都会出于社会、经济安全的考虑以及一些特定行业的自然属性,允许这些特定的行业行使垄断以及限制竞争,此方面又构成了市场竞争法的另一个重要内容。

综上所述,维护竞争的法、矫正竞争的法以及限制竞争的法这三面构成了本书的主线。

此外,考虑到学界普遍所认可的竞争法为经济法的核心内容这一现状,从竞争法的角度如何进一步构建经济法学,笔者在此进行了积极、大胆的尝试。

最后,尽管作者在本书的写作中认真查阅、核实每一资料和数据,但是书中难免出现遗漏和差错,敬祈读者批评指正。

作者

2015 年仲夏

目 录

第一章 维护市场竞争的法律分析	1
第一节 反垄断法的立法目的、法律属性以及框架结构的分析	1
一、反垄断法立法目的的分析	1
二、反垄断法法律属性的分析	3
三、反垄断法框架结构的分析	3
四、反垄断法的适用范围	6
五、垄断行为的法律责任	8
第二节 规制垄断协议的法律问题研究	10
一、垄断协议法律性质的分析	10
二、横向垄断协议	12
三、纵向垄断协议	25
第三节 滥用市场支配地位的法律规制	33
一、滥用市场支配地位法律规制在反垄断法中的位置	33
二、滥用市场支配地位违法性的分析	35
三、滥用市场支配地位行为类型的法律分析	36
第四节 规制经营者集中的法律问题研究	59
一、《反垄断法》规制经营者集中的立法目的	59
二、《反垄断法》规制经营者集中的法律特征	60
三、经营者集中行为类型的法律分析	63

第二章 矫正竞争以及限制竞争的法律分析 68

第一节 矫正竞争的法律分析 68

一、从消费者的角度对产品责任问题的法律思考 68

二、对美国产品责任法的分析 69

三、对欧盟国家产品责任法的分析 74

四、从立法学的角度对我国产品责任法的思考 77

第二节 限制竞争的法律分析 80

一、公用企业 81

二、为实施特定政策目的的企业 82

三、规范垄断行业的国际法律动态分析 84

第三节 行政垄断 90

一、行政垄断行为的类型 91

二、行政垄断行为法律特征的分析 92

第三章 市场竞争法与知识产权和国际贸易 103

第一节 市场竞争法与知识产权 103

一、技术转让的标的和方法的法律分析 103

二、许可证协议的法律分析 107

三、规范知识产权的国际公约 109

四、从竞争法的角度对规范知识产权的法律思考 120

第二节 市场竞争法与国际贸易 125

一、我国规范市场竞争与国际贸易法律制度的分析 125

二、从竞争法的角度对美国贸易保护主义的分析 144

第四章 竞争法与合同法的关联研究 154

- 第一节 大陆法系国家合同产生法律效力的理论基础分析 155
- 第二节 英美法系国家合同产生法律效力的理论基础分析 157
- 第三节 大陆法系国家对意思表示理论的挑战 162
- 第四节 合同的效力与反垄断法 166

第五章 竞争法的国家间协调与合作 169

- 第一节 发展中国家谋求建立实质公平竞争环境的成果以及
所面临的课题 170
- 一、布雷顿森林会议与关贸总协定体制的建立 170
- 二、南北国际经济法原则的确立与发展 171
- 第二节 WTO 与发展中国家 178
- 一、世界贸易组织成立背景的分析 178
- 二、WTO 协定的内容构成 180
- 三、从发展中国家利益的角度对 WTO 的分析 181

第六章 从市场竞争法的角度对构建我国经济法学体系的思考 183

- 第一节 经济法学概念的作用 183
- 第二节 国外经济法学学术主流观点的分析 185
- 一、经济法学概念确立的复杂原因 185
- 二、资本主义国家的经济法学理论 186
- 第三节 对我国经济法学理论研究现状的分析 193
- 一、我国经济法学理论研究的现状 193
- 二、对我国经济法学学说的探讨 194

第四节 构建我国经济法学体系的思考	195
一、对经济法学产生和发展的分析	196
二、我国经济法学的产生与发展	200
三、构建我国经济法学体系的思考	201
四、我国经济法学体系框架的构建	206

附 录	208
-----	-----

附录一 中华人民共和国反垄断法	208
附录二 最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事 纠纷案件应用法律若干问题的规定	221
附录三 国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南	225

第一章 维护市场竞争的法律分析

我国所制定的反垄断法,是一部维护市场竞争的核心法律。

既然讲我国的反垄断法从整体上看是一部维护市场竞争的法,那么,为何要维护市场竞争以及如何维护市场竞争,上述问题构成了分析和研究反垄断法的基本思路。

第一节 反垄断法的立法目的、法律属性以及框架结构的分析

一、反垄断法立法目的的分析

我国反垄断法第一条规定,为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。

从上述法律规定中可以看出,我国反垄断法的主要目的:一是竞争条件的维护;二是经济效率的提高;三是消费者利益的保护。

竞争条件的维护,其含义是通过维护竞争的市场结构以及禁止限制竞争的行为来达到维护竞争这一目的。为此,在反垄断法中,对维护市场竞争结构的具体方法、手段以及禁止的限制竞争行为,从实体以及程序的角度进行了规定。通过竞争条件的维护,促使市场竞争活跃充分,最终达到资源的合理分配、经济效率的提高以及保护消费者的目的。

毫无疑问,经济效率的提高以及消费者利益的保护为反垄断法

的重要目的,但是,在此需要注意的是,上述目的并非为反垄断的直接目的。反垄断法只不过是通过维护竞争条件这一手段,间接地反射性地达到经济效率的提高以及消费者利益的保护这一最终目的的需求。比如说,当某种商品不足时,价格就会上升,价格上升,必然就会对生产该商品的厂商带来超额利润。在市场竞争活跃的情况下,新的厂商便会自然而然地加入其中,增加供给,均衡价格,最终达到资源的合理配置这一理想目标。

在消费者保护与反垄断法的关系这一问题上,国外的学术界存在着以下不同的见解:

1. 消费者的利益从属于国民经济整体的利益,消费者利益的保护不为反垄断法的目的。

2. 反垄断法的目的在于竞争的维护,而消费者保护是作为维护、竞争的结果,反射性地得到保护。

3. 消费者利益的保护为反垄断法主要的立法目的,为达到上述目的,作为其手段的竞争政策在保护消费者利益中比其他的政策更具有优先性。但是,反垄断法上的各项具体规定的立法目的,并非直接为保护消费者利益而设定的。

4. 反垄断法为规制经济从属关系的法律,消费者利益的保护作为反垄断法主要的、直接的立法目的,因此,在解释反垄断法具体规定时,消费者权益保护为该解释的基本原理。^①

综合考虑上述这些观点,笔者认为,经济法学的解释方法不同与民法、刑法等传统学科。上述这些观点对解决法律适用问题能够发挥多大的作用值得怀疑。同时,上述这些观点由于学者所处的角度以及自己价值观的影响,在对反垄断法的立法目的进行思考时,必然

^① [日]官坂富之助、本间重纪、高桥岩和:《现代经济法——日本经济的法律构造》,三省堂1995年版,第65~66页。

会引发不同的看法。上述这些观点,无疑在帮助人们理解反垄断法问题上具有一定的参考价值,但是,过分拘泥于此研究反垄断法,在实践上可以说是得不偿失的。

二、反垄断法法律属性的分析

反垄断法是为克服资本主义阶段市民法中所标榜的形式上的自由、平等所带来的弊端,追求实质意义上的自由、平等而诞生的现代法律。从这点上看,反垄断法具有社会法的色彩。

为对应资本主义的发展,大约在 19 世纪所形成的市民法,以契约自由、过失原则以及私有财产的尊重为其三大法宝。在该法律体系下,维护和促进了资本主义经济的发展。但是,随着资本主义经济发展的深入,暴露出该法律体系难以克服的困难。比如说,具有独立法人人格的厂商间所签订的价格卡特尔协议,在该协议中由于其为具有平等主体地位的当事人,如何订立合同,完全是当事人自己决定的,这完全符合市民法中契约自由的原则。但是,从社会法角度上看,作为经济活动末端的消费者完全被剥夺了选择对方以及决定价格的自由。再比如说,生产商与销售商之间所签订的代理、专卖合同,在该合同中所订立的再销售价格维持行为条款,也是完全行使契约自由的表现。但是,作为弱者的销售商为取得商品的代理或专卖权,不得不放弃自己决定零售价格的条件。因此,从上述中我们可以看出,一方自由的扩大乃至滥用,必然引发另一方自由的缩小,社会法有必要对建立于虚幻基础上的近代市民法进行矫正,这也成为反垄断法的一大重要任务。

三、反垄断法框架结构的分析

我国的反垄断法,除规定程序性的规定以及处罚规定外,作为垄断行为,该法规定了垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中以及

行政垄断这四种行为类型。对于行政垄断问题,由于不是市场经济本身所产生的矛盾,该问题在其他篇幅中另做探讨。

从上述中可以看出,规制垄断协议、滥用市场支配地位以及经营者集中构成了我国反垄断法的基本框架。从维护市场竞争的角度,对上述这些行为类型可以进行以下分类:(1)禁止限制竞争的行为;(2)防范限制竞争条件的行为;(3)对市场结构的规制。

(一)禁止限制竞争的行为

禁止限制竞争行为为我国反垄断法的三大支柱之一。限制竞争行为在反垄断法中的表述是垄断协议。我国反垄断法将垄断协议分类为横向的垄断协议与纵向的垄断协议。其中,横行的垄断协议实际上所指的就是卡特尔,而纵向的垄断协议在现实生活中的主要表现便是转售价格维持行为。我国的反垄断法无论是在规制卡特尔行为还是转售价格维持行为方面,均采取的是本身违法原则,在这点上,我国的立法模式与日本等一些国家不同。

(二)防范限制竞争条件的行为

在我国的反垄断法中规定有滥用市场支配地位这一个独立的章节。滥用市场支配地位一章中所规制的具体行为类型包括:

1. 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品;
2. 没有正当理由,以低于成本的价格销售商品;
3. 没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易;
4. 没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易;
5. 没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件;
6. 没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇;
7. 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的

行为。

上述反垄断法中所规制的这些行为类型,从广义上讲当然也是限制竞争的行为。但是,反垄断法在规制这类行为时,具有以下特点:(1)采取的是合理性原则的规制方法;(2)法律构成要件中的不公平、没有正当理由等规范性要素大量存在。

上述这些行为类型从行为性质上讲,不同于反垄断法中所规定的垄断协议那样所具有的危害性,其在限制竞争方面所表现出的方法也不尽相同。同时,滥用市场支配地位的行为往往只是有可能带来限制竞争的结果,为预防滥用市场支配地位行为限制竞争,包括我国在内的许多国家对此类行为也进行了法律规制。

(三)对市场结构的规制

为维护市场自由竞争的环境,反垄断法对市场结构进行了法律规制。

对市场结构的法律规制,有以下两种方法:

1. 对于已经具有市场支配力的企业通过分割等手段使市场重新回到竞争的环境当中。

2. 通过禁止企业合并、收购等手段防范企业形成市场支配力。我国的反垄断法采取的是第2类情形的方法。

在我国反垄断法中,对以下行为类型进行了规制:

(1)经营者合并;

(2)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;

(3)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的行为。

我国反垄断法在规制方法上采取的是合理性原则。对于经营者集中,我国《反垄断法》第27条规定的具体标准是:

应当考虑下列因素:

1. 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;
 2. 相关市场的市场集中度;
 3. 经营者集中对市场进入、技术进步的影响;
 4. 经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;
 5. 经营者集中对国民经济发展的影响;
- 国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

四、反垄断法的适用范围

在经济法规方面,我国反垄断法首次从立法的角度规定了公法的域外适用(extraterritorial jurisdiction)。从这点上看,反垄断法在公法的域外适用方面具有里程碑的作用。

公法的域外适用,是一个复杂矛盾的法律问题。许多国家出于保护本国产业、发展贸易、维护本国的社会公共利益以及保持国际收支的平衡等目的,对经济活动从公法的角度进行了规范。以我国为例,我国的对外贸易法、海关法、外汇管理条例、进出口商品检验法以及涉外税收法律制度等均属于上述法律的范畴。这些规范在维护本国的利益,保障国际经贸活动的健康发展方面发挥着重要的作用。但是,规范经济活动的国内公法规范,在适用上有一个明显的特点,即一国的公法的适用范围原则上应局限于一国领域内所发生的活动,该属性通常被称为公法的属地适用原则。由该原则在法院的审判活动中必然引导出外国公法不适用的原则。

但是,伴随着经济活动的深入发展,国家仅仅对其境内的活动进行规范,出现了难以实现其本国公法目的现象。比如说,垄断世界某一产品的几个外国厂商,在国外就向我国出口该产品达成价格协议。在此情况下,我国根据国内法规,仅仅对在我国国内的销售行为进行

规范,难以满足保护国内交易公平以及消费者利益的需要。基于上述考虑,在一定的条件下,将本国所制定的公法的适用范围扩大到本国领域之外的,所谓公法的域外适用方法,成了一些国家解决上述问题的一个重要手段。公法的域外适用最多地反映在了美国的反垄断法、贸易法规、证券交易法、环境管理法等法律当中。公法的域外适用,在维护本国的利益方面无疑发挥着积极作用。但是,当公法的域外适用与外国的法律政策发生冲突时,极有可能造成两国关系的恶化。为保护本国的利益,实现公法的立法目的所采用的公法的域外适用,经常会产生与他国立法所管辖的事项相互冲突的问题。在两国利害关系难以协调的情况下,为对抗对方国家公法的域外适用对本国利益的侵害,受害国往往通过对抗立法的方法,以此抗衡他国对本国所产生的不利影响,在此方面,最具有代表性的可以说是英国1980年所制定的通商利益保护法(对抗立法)。在该法律中,为对抗他国的公法的域外适用,采取了诸如禁止本国的当事人向该国提交所要求的文件资料(2条),同时,针对美国反托拉斯法的域外适用,分别规定了拒绝承认和执行外国法院所作出的数倍赔偿的判决(5条)以及本国的当事人在支付上述赔偿金的情况下允许其在本国对超出支付的部分提起诉讼(6条)等。

从上述中可以看出,不当地适用域外适用,还会产生侵害他国主权的严重的后果。因此,对于公法的域外适用,在国际社会尚未达成共识的前提下,许多国家对此采取了较为谨慎的态度。

我国在公法的域外适用问题上,同其他的发展中国家一样,传统的理论对此多持否定的态度。认为公法的域外适用,从其性质上看,是一种法律上的帝国主义。但是,随着我国参与国际经贸活动的深入,该观点在一定程度上得到了改观。这点从我国的刑法中(《刑法》第8条)可以得到验证。在当今的经济形势下,如何解决和对待公法的域外适用问题,必将成为我国研究此问题的一项重要课题。

对于公法的域外适用问题尚未在各国间形成共识的现实背景下,通过国家间所签订的双边条约处理上述矛盾,是目前国际社会所采取的主要方法。

由上述可以看出,我国反垄断法中的公法域外适用的法律规定,一方面反映出我国对面临全球经济一体化的经济形势迫切需要进行法律规范的客观现实;另一方面,如何协调与他国间的经济政策乃至法律则是今后所面临的一个重要的课题。

五、垄断行为的法律责任

我国反垄断法对垄断行为通过行政、刑事以及民事的手段予以了规制。

在行政制裁方面,我国反垄断法规定,反垄断执法机构可以采取诸如停止违法行为、没收违法所得、罚款、撤销登记等制裁措施。

在刑事责任方面,我国《反垄断法》第54条规定,反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予处分。

由上述法律规定可以看出,我国的反垄断法对垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中以及行政垄断行为本身并非予以刑事制裁,而是针对于反垄断执法机构工作人员的违法行为。在这点上,我国的做法不同于美国,而与德国以及日本的立法相同。对于垄断行为本身是通过行政制裁的手段还是刑事制裁的手段进行规制,各国做法不尽相同。美国采取的方法是,垄断行为本身为犯罪,理应受到刑事制裁。对此,德国以及日本则是将该行为定位于行政违法,从行政法的角度予以规制。上述两种不同的规制方法,从总体上讲,从追求法律效率的角度上看,德国以及日本优于美国。对此,从保护人权的角度上看美国则优于前者。其原因在于,对于垄断行为,如果采取行