

FANLONGDUAN
FALÜ ZHIDU
YANJIU

四川省社会科学院研究生教材

反垄断法律制度研究

| 郑泰安 郑鉉 等著 |

四川出版集团 四川人民出版社

SICHUAN CHUBAN JITUAN SICHUAN RENMIN CHUBANSHE

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法律制度研究/郑泰安等著. —成都:四川人民出版社, 2008. 9

ISBN 978-7-220-07558-2

I. 反… II. 郑… III. 反托拉斯法—司法制度—研究—中国 IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 153035 号

FANLONGDUAN FALÜ ZHIDU YANJIU

反垄断法律制度研究

郑泰安 郑鋋 等著

责任编辑
封面设计
技术设计
责任校对
责任印制

徐 英
解建华
古 蓉
叶 勇
李 剑 孔凌凌

出版发行
网 址

四川出版集团(成都槐树街2号)
四川人民出版社
<http://www.scpph.com>
<http://www.booksss.com.cn>
E-mail: scrmcbsf@mail.sc.cninfo.net

发行部业务电话
防盗版举报电话

(028)86259459 86259455
(028)86259524

照 排
印 刷
成品尺寸

四川上翔数字制印设计有限公司
四川嘉创印务有限责任公司
185mm×243mm

印 张
字 数
版 次
印 次
书 号
定 价

20
369 千
2008 年 10 月第 1 版
2008 年 10 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-220-07558-2
38.00 元

■ 版权所有·侵权必究

本书若出现印装质量问题,请与我社发行部联系调换
电话:(028)86259624



前言

随着中国经济体制改革确立了建设社会主义市场经济的目标，反垄断法——这个因维护自由、公平和有效的竞争秩序而被誉为“经济宪法”的市场经济基本法律制度，成了中国经济立法的重要内容。与反垄断法密切关联的《反不正当竞争法》于1993年9月2日由第八届全国人大常委会第三次会议通过，这部法律为规范我国在计划经济向市场经济转轨过程中出现的各种迫切需要解决的市场行为规范问题，起到了有针对性的“应急”作用。然而近年来，大量的垄断现象开始对我国不够完善的市场机制形成了冲击，我国先前的有关法律、行政法规中的一些反垄断规定，已经不能适应我国发展社会主义市场经济的需要。同时，随着中国作为独立的经济体在事实上越来越深入地融入了国际经济大环境，国际市场上的垄断行为已经开始并将持续地“传递”和“渗透”到中国的市场经济。因此，有必要尽快制定一部比较系统、全面的反垄断法。

2007年8月30日，备受各界瞩目的反垄断法草案在十届全国人大常委会第二十九次会议上获得通过，并定于2008年8月1日起施行，从而为长达13年的《反垄断法》立法过程画上了圆满的句号。《反垄断法》的颁布体现了市场经济的本质要求，有利于推动行业竞争，促进优化资源配置，保护消费者的利益，不仅是中国法制建设中的一件大事，对建立和完善中国社会主义市场经济法律体系也有着极其重要的意义，是中国经济建设和经济体制改革制度化的里程碑。

《反垄断法》共八章五十七条，对垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、滥用行政权力排除、限制竞争等垄断行为进行了规制，同时还规范了对涉嫌垄断行为的调查及法律责任问题。《反垄断法》的出台进一步推动了对于反垄断法律制度的研究。一方面，在实践中存在对《反垄断法》的认识空白和理解误区，需要通过理论分析加以澄清。另一方面，《反垄断法》目前的规定仍然较为



粗疏,尚待进一步的理论研究对其日后的修订做好铺垫。基于这一原因,我们以《反垄断法》为蓝本,通过历史考察、经济分析、比较研究、实践论证、整体与部分相结合等多种研究方法,对我国反垄断法的基本理论和制度体系进行了较为深入的研究。

本书基本按照《反垄断法》的立法体例来设计章节,便于读者全面理解反垄断法律体系。本书的主要内容包括:反垄断法概述;垄断协议;滥用市场支配地位;经营者集中;行政垄断。其中,在《反垄断法概述》一章还专列一节对《反垄断法》总则中存在的一些特殊问题,如反垄断法的域外适用、反垄断法委员会、反垄断执法机构等问题展开了研究。同时,基于篇幅的考虑,我们将垄断的法律责任融入各种内容,不再单列一章。此外,结合近年来外资并购中的反垄断理论与实践,我们还特别增加了《外资并购中的反垄断》一章,针对外资并购与反垄断的基本问题、我国外资并购政策的历史发展、外资并购中反垄断法律规制比较、我国对外资并购的反垄断法律规制等问题进行了分析。

撰稿的具体分工是:第一章:郑泰安、吕颖洁;第二章:郑泰安、黄丽娟;第三章:郑铤、徐贵勇;第四章:谢春凌;第五章:郑铤、汪虹;第六章:郑铤、郑智杨。



录

· 目 录 ·

前 言·····1

第 1 章 反垄断法概述·····3

1.1 反垄断法的基本问题·····3

1.1.1 垄断的概念·····3

1.1.2 垄断的分类·····8

1.1.3 垄断与竞争·····10

1.1.4 反垄断法与有效竞争·····12

1.1.5 反垄断法与市场经济·····16

1.2 世界各国反垄断法概况·····19

1.2.1 美国反垄断法概况·····19

1.2.2 日本反垄断法概况·····23

1.2.3 欧盟反垄断法概况·····27

1.2.4 世界其他国家反垄断法概况·····31

1.2.5 我国反垄断法概况·····32

1.3 反垄断法价值分析·····36

1.3.1 法的价值及价值取向·····36

1.3.2 反垄断法的法价值·····40

1.4 反垄断法的目标和基本原则·····44

1.4.1 反垄断法的目标·····44

1.4.2 反垄断法的基本准则·····46

1.4.3 反垄断法的基本原则·····48

1.5 反垄断法的几个特别问题·····50

1.5.1 反垄断法的域外适用问题·····50

1.5.2 反垄断法委员会·····51

1.5.3 反垄断执法机构·····53

第 2 章 垄断协议

2.1 垄断协议·····57

2.1.1 垄断协议的概述·····57

2.1.2 垄断协议的司法判断原则·····64

2.1.3 垄断协议的法律规制·····67



	2.2 横向垄断协议·····72
	2.2.1 横向垄断协议概述·····72
	2.2.2 横向垄断协议的法经济学分析·····74
	2.2.3 横向垄断协议的立法概况·····77
	2.2.4 横向垄断协议的类型·····79
	2.3 纵向垄断协议·····90
	2.3.1 纵向垄断协议的概述·····90
	2.3.2 纵向垄断协议的法经济学分析·····91
	2.3.3 纵向垄断协议的立法概况·····93
	2.3.4 纵向垄断协议的类型·····96
	2.4 垄断协议的法律后果·····105
第3章	3.1 滥用市场支配地位概述·····112
滥用市场	3.1.1 滥用市场支配地位的概念及特征·····112
支配地位	3.1.2 滥用市场支配地位的形态·····117
·	3.1.3 市场支配地位的取得·····119
·	3.2 滥用市场支配地位的认定·····122
·	3.2.1 市场支配地位认定的一般理论·····122
·	3.2.2 市场支配地位的认定程序·····124
·	3.2.3 滥用市场支配地位的认定·····134
·	3.3 滥用市场支配地位的表现形式·····136
·	3.3.1 不公平的高价卖出或低价买入·····136
·	3.3.2 无理低价倾销·····141
·	3.3.3 无理拒绝交易·····146
·	3.3.4 无理限制交易对象·····149
·	3.3.5 无理搭售或附加无理交易条件·····150
·	3.3.6 无理差别待遇·····152
·	3.3.7 其他滥用市场支配地位的行为·····156



3.4.1	滥用市场支配地位的法律	157
3.4.1.1	世界部分国家和地区对滥用市场支配地位法律责任的规定	157
3.4.2	我国对滥用市场支配地位法律责任的规定	160
第4章	经营者集中概述	166
4.1	经营者集中概述	166
4.1.1	赞成企业合并的理论	166
4.1.2	持怀疑态度的理论	168
4.1.3	企业集中效应分析与反垄断法规制的理论基础	170
4.2	各国关于经营者集中的反垄断法规制	175
4.2.1	欧盟关于经营者集中的反垄断法规制	175
4.2.2	美国关于经营者集中的反垄断法规制	178
4.2.3	日本关于经营者集中的反垄断法规制	183
4.3	经营者集中的表现形式	186
4.4	经营者集中申报标准与审查	189
4.4.1	经营者集中申报标准与内容	189
4.4.2	经营者集中的审查	191
4.5	经营者集中的豁免	193
4.6	经营者集中的听证	197
4.7	经营者集中的法律责任	198
第5章	行政垄断的概念与特征	202
5.1	行政垄断的概念	202
5.1.1	行政垄断的概念	202
5.1.2	行政垄断的本质与特征	206
5.1.3	行政垄断的分类	212



5.1.4	行政垄断与相关概念的关系	216
5.1.5	行政垄断的典型表现形式	220
5.2	行政垄断与反垄断法的价值	224
5.2.1	行政垄断与经济自由	224
5.2.2	行政垄断与经济效益	228
5.2.3	行政垄断与经济公平	229
5.2.4	行政垄断与经济民主	232
5.2.5	行政垄断对市场经济制度的破坏	234
5.3	反行政垄断的权力配置	235
5.3.1	国外反行政垄断的权力配置	235
5.3.2	我国反行政垄断的权力配置及其相关问题	237
5.3.3	我国反行政垄断的执法权力配置的改革方向	239
5.4	《反垄断法》对行政垄断的规制	243
5.4.1	规制行政垄断的法律体系	243
5.4.2	《反垄断法》是否纳入对行政垄断的规制	244
5.4.3	《反垄断法》有关行政垄断的规定与评价	246
第6章	外资并购中的反垄断基本问题	252
6.1	外资并购的基本问题	252
6.1.1	外资并购的基本问题	252
6.1.2	外资并购与反垄断	255
6.1.3	外资并购中的反垄断基础理论	257
6.1.4	其他外资并购中的反垄断基本问题	261
6.2	我国外资并购政策的历史发展	264
6.2.1	我国外资并购政策发展历史阶段及特点	264

6.2.2	我国现行外资并购法律规范的不足266
6.2.3	现阶段外资并购的政策导向分析.....268
6.3	外资并购中反垄断法律规制比较.....270
6.3.1	美国外资并购的反垄断法律规制.....270
6.3.2	欧盟外资并购的反垄断法律规制.....278
6.3.3	日本外资并购的反垄断法律规制.....284
6.4	我国对外资并购的反垄断法律规制.....292
6.4.1	我国外资并购反垄断规制的立法现状 与不足.....292
6.4.2	我国对外资并购实行反垄断规制的 基本手段.....293
6.4.3	我国外资并购反垄断规制的具体问题 与完善.....296

参考书目

301



第 1 章

反垄断法概述

垄断是市场经济发展到一定阶段的产物。在市场经济中,优胜劣汰适者生存的淘汰机制使得经济力量逐渐集中形成垄断。但是,“从自由竞争中生长起来的垄断并不消除竞争,而是凌驾于竞争之上,与之并存”^①,因竞争而导致的垄断可能会限制市场的竞争,造成社会资源的浪费和个体权利的滥用,从而影响市场的效率。比如,垄断企业滥用市场控制地位,构筑市场进入壁垒,影响价格机制发挥作用,阻碍社会技术进步等。由此,垄断作为一种经济现象日益成为市场经济进一步发展的障碍,对垄断以立法的方式加以规制十分必要。

反垄断法最重要的价值在于恢复被垄断所扭曲的市场竞争体制,从而将社会资源进行优化配置。作为资本主义自由竞争顶峰时期产生的规制性经济法律的典型,反垄断法的价值目标逐渐被各市场经济国家所认识,其因维护市场经济国家自由、公平和有效的竞争秩序而被冠以“经济宪法”的美誉。反垄断法在美国首开先河,以 1890 年《谢尔曼法》的诞生为标志,近百年来已有近百个国家相继制定了反垄断法。

改革开放 30 年来,随着我国经济体制改革的不断深化,社会主义市场经济已经在我国有了长足的发展,随之而来的各种垄断现象也逐渐引起了经济界和法学的关注。近年来,随着经济体制改革的逐步深化,很多深层次的矛盾也在逐步暴露,经济性垄断行为和行政性垄断行为日趋严重,反垄断法的立法进程也作为经济体制改革深化和法制建设中的一件重大事件而令人瞩目。

^① 《列宁选集》(第二卷),人民出版社 1995 年版,第 630 页。

与反垄断法密切关联的反不正当竞争法早在 20 世纪 90 年代即在我国诞生。1993 年 9 月 2 日,我国《反不正当竞争法》由第八届全国人大常委会第三次会议通过,并于同年 12 月 1 日起施行。然而,该法在立法时我国的市场经济刚刚起步,为规范在计划经济向市场经济转轨过程中出现的各种迫切需要解决的市场行为规范问题,《反不正当竞争法》起到了有针对性的“应急”作用。通常而言,完整的竞争法包括《反不正当竞争法》和《反垄断法》,西方国家通行的做法也是将二者合一,但我国在进行《反不正当竞争法》立法时,理论界和实务界对反垄断与发展规模经济诸问题还存在研究不够、认识不清等问题,因此,尽管早在 1987 年国务院法制局就成立了反垄断法起草小组准备制定反垄断法,但反垄断法立法工作未能获得实质性的进展^①,《反不正当竞争法》在有意识地回避对垄断进行法律规制问题的同时,也使许多垄断行为在实践中钻了法律真空的空子。

近年来,大量的垄断现象开始对我国不够完善的市场机制形成了冲击,我国先前的有关法律、行政法规中的一些反垄断规定,已经不能适应我国发展社会主义市场经济的需要,现实开始迫切地需要对法律规制国内垄断行为的实践落后于经济发展的状况进行纠偏。同时,随着中国作为独立的经济体在事实上越来越深入地融入了国际经济大环境,国际市场上的垄断行为已经开始并将持续对中国的市场经济产生深刻的影响,国际垄断现象不可避免地会传递和渗透到国内市场。因此,有必要尽快制定一部比较系统、全面的反垄断法。

反垄断立法先后被纳入第八、九、十届全国人大立法规划,其中,第十届全国人大二次会议进一步明确要尽快制定反垄断法。又经过数年紧张的准备和博弈^②,2007 年 8 月 30 日,备受各界瞩目的反垄断法草案在十届全国人大常委会第二十九次会议上获得通过,并定于 2008 年 8 月 1 日起施行,从而为长达 13 年的《中华人民共和国反垄断法》(下文简称《反垄断法》)立法过程画上了圆满的句号。

《反垄断法》共八章五十七条,对垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、滥用行政权力排除、限制竞争等垄断行为进行了规制,同时还规范了对涉嫌垄断行为的调查及法律责任问题。《反垄断法》的出台体现了市场经济的本质要求,有利于打破基础领域的体制性障碍,推动行业竞争,促进优化资源配置,保

^① 参见周均:《反垄断法新论》,中国政法大学出版社 2006 年版,第 2~3 页。

^② 有观点认为:《反垄断法》这么一部对国民经济具有重大意义的法律,历经 20 年出台仍面临诸多阻碍因素的主要原因“恐怕无外乎以下三条:一是国内一些靠行政权力占据市场垄断地位的企业为了自己的利益,而千方百计地阻挠反垄断法的出台;二是一些已经进入中国市场的跨国公司巨头也在其中推波助澜,靠垄断啤酒、饮料等行业获取高额利润的同时,大肆进行试图垄断中国市场的恶意并购;三是一些行政部门对自己手中所掌握的垄断行业及其高额利润不愿放手,也在一定程度上阻碍了反垄断法出台的进程”。详见《反垄断法出台为何阻力重重》,载《中华工商时报》2006 年 6 月 27 日。



护消费者的利益,且有利于中国经济应对全球化的挑战,在中国市场经济和市场经济法制的发展史上具有里程碑式的意义。^①

本章结合崭新的《反垄断法》和国内外经济学界、法学界对反垄断问题的研究成果展开反垄断法的基本理论问题的探讨。

1.1 反垄断法的基本问题

反垄断法是通过规范垄断和限制竞争行为来调整经营者和经营者联合组织相互竞争关系的法律规范的总和。从这一表述可以看出,垄断和竞争在概念上相互依存,在表现上互为对立,因此,研究反垄断法必须首先从对垄断和竞争的认识入手。

1.1.1 垄断的概念

垄断(Monopoly)的大致意思包括独占、专卖、专利权、独占者等。中文“垄断”一词,在《辞海》中有两层含义:其一是垄断也作“陇断”或“龙断”,意指高而不相连属的土墩子。如《列子·汤问》:“自此冀之南,汉之阴,无陇断焉。”《孟子·公孙丑下》:“有贱丈夫焉,必求龙断而登之,以左右望而罔市利。”意谓商人登高探望,以求易于获取高利的货物,进行交易。后遂引申为把持和独占;其二是指大企业独占生产和市场,以攫取高额垄断利润。^②

通常而言,垄断是作为竞争的对立面而存在的,表现为对竞争的限制或阻碍。而一般的认识是,我们通常所讲的垄断指从资本主义社会开始的经济现象,主要是指在自由竞争中通过内部积累和外部扩张而形成的垄断。不过,垄断并非资本主义社会所特有的经济现象,从本质上看,垄断企图改变市场的常规状态,是随着经济的发展逐渐产生的,几千年前的人类社会就已经关注到这个重要的经济命题。从有文字记载的文献看,亚里士多德的《政治学》第一卷第12章和孟子的《孟子·公孙丑下》就分别记载了时代大致相同的古希腊奴隶社会和中国封建社会初期(战国时期)的典型垄断情形,后者还伴随着政府对垄断行为的管

① 参见《反垄断法出台的意义》,载《经济》2007年第9期。

② 《辞海》,上海辞书出版社1980年版,第1660页。

理。^①此后,以工商业活动的官方垄断即国家垄断为主的中国封建社会的垄断和主要以行会和私人垄断形式出现的西方国家封建社会的垄断都以各自的形式发展。因此,在资本主义社会的现代垄断产生之前就已经有其他形式的垄断存在。而从历史演进的角度分析,资本主义社会的自由竞争也正是在打破各种形式的封建垄断枷锁的基础上才得以充分发展的。

垄断作为一种经济现象,它具有复杂多变的特性。正因为如此,要给垄断下一个确切的定义就显得较为困难。

(一) 经济学上垄断的含义

从经济学的角度给垄断下定义比较困难,因为不同的经济学理论对垄断的认识不同,研究方法也各有差异。虽然垄断作为经济学的核心概念之一,但人们对它的具体理解和概括却并不一致。例如,西方经济学家对垄断下的定义至少包括以下几种类型:其一,国家通过立法或者政策赋予的经济特权。其代表观点由经济学鼻祖亚当·斯密在《国民财富的性质及其成因》中展示出来^②;其二,因产品存在差别,致使产品的生产和销售者获得的市场特权。产业组织理论创始人之一的张伯伦就持此观点^③;其三,由于社会化生产导致的生产和市场高度集中于一个或少数几个企业或个人手中而形成的自然特权,也称自然垄断;其四,由行业内的单一生产者向行业提供单一销售或服务,且并不存在接近的替代品的“一种市场结构”。持这一观点的典型人物是综合经济学派的代表人物萨缪尔森。^④相对而言,这一观点也得到了现代西方经济学者和我国经济学界的广泛使用。

站在经济学的角度,以下对垄断的表述在经济学界得到了一定的认可。这种观点将垄断定义为“特定经济主体为了特定目的通过构筑市场壁垒从而对目标市场所做的一种排他性控制状态”^⑤。此处的“特定经济主体”、“特定目的”、“构筑市场壁垒”、“目标市场”以及“排他性控制”的表述方式具有一定的模糊性,但在另一个侧面也可以在很大程度上扩大垄断所涵盖的内容。

(二) 法学上垄断的含义

对垄断有过深入研究的萨缪尔森曾表示,垄断只停留在经济上的描述性解释,尚不能精确成一个法律概念。^⑥考察世界各个国家和地区的反垄断立法,可

① 汪海波为戚聿东所著《中国现代垄断经济研究》一书所写的序和该书的第21~22页,经济科学出版社1999年版。

② 参见陈秀山:《现代竞争理论与竞争政策》,商务印书馆1997年版,第22~23页。

③ 参见吴汉洪:《西方寡头市场理论与中国市场竞争立法》,经济科学出版社1998年版,第183页。

④ 参见[美]萨缪尔森:《经济学》(上册),胡代光等译,北京经济学院出版社1996年版,第301页。

⑤ 戚聿东:《中国现代垄断经济研究》,经济科学出版社1999年版,第10页。

⑥ 参见[美]萨缪尔森:《经济学》(上册),胡代光等译,北京经济学院出版社1996年版,第310~311页。



以发现各国各地区很少对垄断的概念在法律上做过明确的解释。以美国为例,美国是世界上最早制定了反垄断法的国家,其《谢尔曼法》也在条文中使用了“垄断”一词,但迄今为止美国尚未在立法上对垄断的概念进行进一步明确。而除日本在《禁止私人垄断及确保公平交易法》中界定了“私人垄断”和“垄断状态”之外,其他国家和地区均未对垄断进行明确的立法界定。

然而,这并不阻碍垄断在法学上被学者定义出来。我国的法学研究成果中不乏学者对垄断概念所做的定义,较有代表性的观点包括:垄断是“排斥、限制竞争的各种行为的总称”^①。垄断指“经营者自己或者通过企业兼并等方式,形成对一定市场的独占或控制”^②。垄断是“某一或少数几个企业占据了相关市场的很大份额,从而具有支配市场、特别是市场价格的力量”^③。垄断是指“少数企业、企业集团利用经济优势地位,以协议、共谋或者其他方式,实质性地限制竞争、排斥竞争,从而在一定经济领域内获取高额垄断利润的行为”^④。垄断是“竞争者以单独或联合、协议、协调一致等方式,凭借市场优势或其他行政权力,控制或支配市场,限制和排斥竞争的状态”^⑤。垄断是指“经营者违反法律,单独或者与其他经营者联合,通过滥用市场支配地位或者法律规定的其他方式,在特定市场上排除或者限制竞争,损害其他经营者和消费者的合法权益,违反社会公共利益的行为”^⑥。

需要特别注意的是,我国学者对垄断概念的研究还有一些特殊的观点。例如,“垄断和限制竞争基本上属于同等概念”,“人为地区分垄断和限制竞争在竞争法领域并无实际价值”^⑦。“一方面各国反垄断法对垄断有不同的规制方法,规定了垄断的不同构成要件,这几乎使我们无法对垄断下一个统一的、精确的定义;另一方面克服困难为垄断硬下定义并非绝对不可能,而属不必要”^⑧。“垄断并不以违法为前提”^⑨。

(三)《反垄断法》中垄断的含义

① 种明钊主编:《竞争法》,法律出版社1997年版,第283页。

② 曹天站主编:《现代竞争理论与实践》,法律出版社1993年版,第17页。

③ 张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,吉林大学出版社1998年版,第44页。

④ 金健:《从垄断与不正当竞争的关系看中国竞争立法的有关问题》,载《法学评论》1993年第5期。

⑤ 文海兴、王艳林:《市场秩序的守护神——公平竞争法研究》,贵州人民出版社1995年版,第129页。

⑥ 王学政:《中国反垄断立法应当注意的几个问题》,载王晓晔编:《反垄断法与市场经济》,法律出版社1998年版,第29页。

⑦ 史际春:《遵从竞争的客观要求——中国反垄断法的概念和对象两个基本问题》,载《国际贸易》1998年第4期。

⑧ 曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社1996年版,第2页。

⑨ 张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,吉林大学出版社1998年版,第44页。

在最终确定垄断的法律定义之前,我们有必要先对世界各个国家和地区的反垄断立法所规制的垄断形态考察一番。

从立法来看,世界各个国家和地区的反垄断法并非通用同一名称,而是存在反限制竞争法、反托拉斯法、限制性商业行为法、公平交易法等多种称法。美国对垄断的规定主要体现在《谢尔曼法》的前两条。该法第一条直接针对联合或共谋限制贸易活动,但未明确其具体构成,美国最高法院在长期的审判实践中确定了“本身违法原则”和“合理原则”的法律适用准则。该法第2条约束的对象是垄断化或者图谋垄断化行为,其具体含义则由法院来解释,法院在不同时期分别采取了“结构主义规制”和“行为主义规制”来加以判定。此外,在《克莱顿法》和《鲁宾逊·帕特曼法》等中还分别对企业合并、价格歧视等垄断行为作了限制。因此,在美国反托拉斯的立法和判例中,受到法律规制的垄断大致包括横向限制竞争行为、纵向限制竞争行为、滥用市场优势以及企业合并等具体形态。德国《反限制竞争法》将限制竞争行为确定为卡特尔协议、控制市场的企业或交易中占优势地位的企业滥用优势地位以及企业兼并等。其中,对卡特尔还明确规定了合法的卡特尔形式,对构成垄断状态(优势地位)的市场状态预先作了法律上的明文规定,并强调只有企业滥用垄断状态才构成对反垄断法的违反。日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》第2条第5款将“私人垄断”定义为以单独或者支配其他事业者的事业活动,违反了公共利益并实质性限制了一定交易领域内竞争的行为。该法所指的“私人”指的是与公的垄断相对的即制度上认可的垄断如邮电、水道之外的垄断。由此可以看出,日本法在垄断形式上做了公用垄断和私人垄断的区分,另一方面,将垄断力量的滥用定位为企业间横向限制竞争的协议、共谋和垄断化,从而与美国的《谢尔曼法》中的反垄断条款共享类似的含义。

对这些规定进行梳理可以发现,“虽然各国反垄断法所规制的垄断的侧重点和具体形式不完全相同,但它们的重点一般均不放在市场结构上,而是放在市场行为上,并且主要着眼于其消极后果,因而受到法律禁止或限制的垄断要同时具备危害性和违法性的构成要件。前者是指某种行为或状态导致某一生产或流通领域的竞争受到实质性的限制和损害;后者则是指某种行为或状态违反了法律的明文规定”^①。由此,也决定了反垄断法并不反对所有的垄断(包括状态和行为),更不是一概地反对大企业,而有各自特定的对象或范围,即只是控制、反对那些实质性限制和损害竞争且具有违法性的垄断状态和垄断行为。正如学者所概括的那样:“反垄断法反对的并非一般意义上的大企业,而是任何独占市场的企图;

^① 张守文、于雷:《市场经济与新经济法》,北京大学出版社1993年版,第330页。



它所努力消除的并非简单的企业优势,而是借助该种优势对于竞争机制的扭曲与蹂躏;它所限制的并非企业通过先进的技术、优秀的策略等正当商业行为而获得的市场支配地位及高额利润,而是出于减灭竞争压力、长期轻松获取利润的目的,以非正当的方式对于该地位的维持与滥用;它所保护的并非弱小企业的弱小,而是保护它们获得平等的发展机会。”^①

笔者认为,反垄断法所规制的垄断是指特定主体在经济活动中限制和阻碍竞争的状态或行为,法律所允许和保护合法垄断除外。具体而言,垄断是指企业或其他组织单独或者联合地采取经济的或者非经济的手段,在特定市场实行排他性控制,从而限制或阻碍竞争的状态或行为。它不仅表现为实质性限制竞争的状态(垄断状态),而且更多地或甚至完全表现为各种实质性限制竞争的行为(垄断行为);它可以是单个企业的单独行为,也可以是两个或者两个以上企业之间的联合或者默契行为;它可以是企业或者其他市场经营主体以经济手段追求或滥用垄断地位的行为,即所谓经济性垄断;也可以是非市场经营主体以非经济手段(超经济手段)从事的垄断行为,即所谓的行政性垄断。^②

我国《反垄断法》第3条规定:“本法规定的垄断行为包括:(一)经营者达成垄断协议;(二)经营者滥用市场支配地位;(三)具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。”同时,该法还对合法的垄断和行政垄断进行了确定,分别是第7条“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,国家对其经营者的合法经营活动予以保护,并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控,维护消费者利益,促进技术进步”、第8条“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,排除、限制竞争”,从而完善了由法律确定的垄断形式。

① 王杨:《论反垄断法一般理论及基本制度》,载《中国法学》1997年第2期。

② 在我国法学界研究制定反垄断法的过程中,对行政性垄断的一些问题尚未取得一致意见。例如,许多人都主张应对行政性垄断的行为表现及其法律责任作出专门的规定,但也有学者不同意这样做。当然,这种反对意见并非意味着其主张反垄断法不应规制行政性垄断,而是主张不以主体身份来对垄断行为进行分类,而应按照垄断行为本身的不同形态来进行列举,并认为这样做不是弱化而是强化了对行政性垄断的规制。此外,我国学者原来比较普遍地认为行政性垄断是中国的特色,为中国所独有,但随着认识的深化,越来越多的人认识到行政性垄断不仅存在于中国,在其他转型国家也大量存在,甚至在西方发达市场经济国家也存在,其例证不在少数。

■ 1.1.2 垄断的分类

(一) 经济学上垄断的分类

经济学上的垄断可以进行不同的分类。马克思在《资本论》中提到三种垄断,即自然垄断、偶然垄断和人为垄断。^①有的学者将经济过程中的垄断分为自然的垄断、人为的垄断和必然的垄断三类。^②也有学者将经济学上的垄断分为以下三种类型:一是由生产技术上的规模导致的“自然垄断”(natural monopoly),二是由少数厂商的合谋行为导致的“行为垄断”(behavioral monopoly),三是由政府限制竞争的法令和政策导致的“法定垄断”(statutory monopoly)。其中法定垄断又分为增强效率的和损害效率的两类;增强效率的垄断又可分为:为了实现规模经济(在自然垄断行业)和为了外部经济的内在化(如专利权)两种情况。^③还有的学者从不同角度进行考察并据以对垄断进行更具体的分类。例如:按主体可以分为企业垄断、行会垄断和政府垄断;按性质可以分为经济集中型垄断和行政割据型垄断;按集中程度可以分为完全垄断、双头垄断、双边垄断、寡头垄断和垄断竞争;按组织形式可以分为卡特尔、辛迪加、托拉斯、康采恩以及混合联合公司;按成因可以分为自然垄断和人为垄断;按内容可以分为垄断结构和垄断行为,等等。理论和实践证明,对垄断进行具体的分类是非常必要的,它有助于我们从各个角度和方面深入了解和认识垄断的性质,并区分不同垄断而采取不同的政策取向。^④

(二) 法学视野下垄断的分类

从法学的角度出发,以下三种形式的垄断值得重点关注:

其一,根据垄断的产生源权力性质不同,将垄断分为“经济性垄断”与“行政性垄断”。

所谓“经济性垄断”,即一般意义上的垄断,是指经营者或经营者联合体利用自身的经济优势或者通过经营实体的合并、制定协议等行为限制或排除企业间竞争的行为。经济性垄断虽然产生于竞争导致的资本集中,但是超越法律保护限度的经济性垄断却有悖于我国保持经济活力的要求,妨碍了我国社会主义市场经济体制的建立。

所谓“行政性垄断”,就是指各级地方政府或者主管经济的行政部门出于本

① 戚聿东:《中国现代垄断经济研究》,经济科学出版社1999年版,第10~11页。

② 曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社1996年版,第83~84页。

③ 张维迎、盛洪:《从电信业看中国的反垄断问题》,载《改革》1998年第2期。

④ 参见戚聿东:《中国现代垄断经济研究》,经济科学出版社1999年版,第10~11页。