

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



Research on Hot Issues of
Enforcement of China's Anti-monopoly Law

中国反垄断法实施 热点问题研究

王先林 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



Research on Hot Issues of
Enforcement of China's Anti-monopoly Law

中国反垄断法实施 热点问题研究

王先林 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国反垄断法实施热点问题研究 / 王先林主编. —
北京:法律出版社,2011.11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2717 - 3

I. ①中… II. ①王… 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(2011)第 224109 号

中国反垄断法实施热点问题研究

编辑统筹 法律应用出版社

责任印制 陶 松

责任编辑 聂 颖

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 25.25

字数 425 千

版本 2011 年 12 月第 1 版

印次 2011 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2717 - 3

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书著者

主 编:王先林

副主编:李 剑

张占江

撰稿人(以撰写章节先后为序):

王先林(法学博士,上海交通大学法学院教授、博士生导师、副院长,竞争法律与政策研究中心主任,国务院反垄断委员会专家咨询组成员)

李 剑(法学博士,上海交通大学法学院副教授,竞争法律与政策研究中心副主任)

张占江(上海交通大学法学院博士生)

潘志成(法学博士,上海汇业律师事务所律师、反垄断法律事务中心主任,上海交通大学竞争法律与竞争政策研究中心兼职研究员)

毕金平(法学博士,安徽大学法学院副教授)

丁国峰(法学博士,昆明理工大学法学院讲师)

杜仲霞(安徽大学法学院博士生,安徽财经大学法学院副教授)

仲 春(上海交通大学法学院博士生,深圳大学法学院讲师)

应当如何看待我国反垄断法的实施现状

——代前言

研究我国反垄断法的实施,其涉及的问题无疑是方方面面的,从宏观到微观,从理论到制度。但其中一个非常实际的问题是无法回避的,这就是如何看待我国反垄断法目前的实施状况。

我国《反垄断法》从2008年8月1日起开始实施,至今已整整3年了。3年来,有关反垄断机构依据其职能分工,在各自领域开展了实施反垄断法的工作。其中,作为我国3家反垄断执法机构之一的商务部,其职能是对当事人依照法定标准主动申报的经营者集中案件进行反垄断审查,其在实施反垄断法中的作用主要体现在防止出现具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。3年来,商务部受理的经营者集中申报超过了300件,绝大多数已经审理完毕,其中只有1个被禁止,7个被附条件批准,其余都是被批准。这里受到关注的除了被禁止和附条件批准的均属外国经营者外,主要就是所谓的“国企傲慢”,因为类似联通、网通的未经过法定经营者集中申报和审查的中央企业合并案并不是个例。对于负责查处价格垄断行为的国家发改委及其授权的省级机构来说,目前公布的几起案件都是认为其违反了《价格法》和《反垄断法》并主要是依据《价格法》和《价格违法行为行政处罚规定》进行处罚的,似乎还没有哪个案件完全是依据《反垄断法》进行认定并处理的。负责垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争的反垄断执法(价格垄断行为除外)的国家工商总局及其授权的省级机构也受理和调查了不少相关的案件,但目前正式公布的依据《反垄断法》进行处罚的案件似乎还只有一起,即连云港市建筑材料和建筑机械行业协会混凝土委员会组织预拌混凝土企业联合制定分割市场和固定价格协议案;另有一起首例依据《反垄断法》建议、纠正地方政府滥用行政权力排除、限制竞争行为案件,即广东省某市政府在强制推广汽车GPS工作中的行政行为涉嫌滥用行政权力排除、限制竞争。这与公众感受到的身边形形色色的垄断行为

似乎有较大的反差。而我国《反垄断法》并没有特别规定的反垄断民事诉讼,则经常成为社会的热点,不时激起人们的兴趣,仿佛这是我国目前反垄断法实施的主要方式。自2008年8月1日至2010年年底,全国地方法院共受理垄断民事一审案件43件,审结29件,但到目前为止尚没有一起真正意义上原告胜诉的案件,这似乎又在某种程度上让那些期待我国《反垄断法》通过司法发挥威力的人们失望。

那么,究竟应当如何看待我国反垄断法实施3年来的效果呢?对此,不同的人站在不同的角度肯定有不同的回答,可谓见仁见智。我们认为,这个问题应当理性地、历史地和全面地来看。

理性地看待我国反垄断法的实施效果,意味着我们首先要审视人们对于反垄断法实施效果的期待是否属于反垄断法本身所能解决的。在我国《反垄断法》通过前后,一些媒体反映了不少百姓呼声,期盼该法的实施能够打破国企在一些行业的垄断地位,促使垄断行业降价。这就需要作出客观的、具体的分析。反垄断法确实是反对垄断、维护和促进竞争的,但其并非能解决所有的垄断问题。垄断分为垄断状态和垄断行为。对于垄断状态(地位),虽然反垄断法的很多规定与之有关,但是垄断状态本身一般是不违法的。我国《反垄断法》第7条还专门规定“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”。该法所规定的制裁措施也没有分拆具有垄断地位企业的规定。因此,期盼我国《反垄断法》能打破铁路、烟草、食盐等领域的垄断局面实际上是这部法律实施所不能承受之重,因为这主要是国家的产业政策或者其他经济政策所解决的问题。对于垄断行为,这是反垄断法所直接规制的对象,而且一般对此作出明确规定。我国《反垄断法》第3条明确规定的垄断行为包括经营者达成垄断协议、经营者滥用市场支配地位以及具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中3类。这对诸如经营者单独或者共谋实施垄断高价等行为有制约作用,但是指望通过反垄断法的实施能让中石化和国家电网等垄断国企降价也是不切实际的,因为这些产品或者服务是实行国家定价的,不是经营者自主的市场定价行为,并且执行这种国家定价行为本身也不受反垄断法调整,也就不存在实施反垄断法是否达到了这个效果的问题。再者,即使是《反垄断法》现有的规定,也还有一个规定本身不够完善(特别是执法机构和执法程序制度)和不够具体(可操作性不强)的问题。

历史地看待我国反垄断法的实施效果,意味着我们也要从历史过程和历史背景来认识反垄断法的实施效果。与很多法律制度、特别是民事法律制度相比,反垄断法属于新兴的、甚至有些“另类”的法律制度,有学者称之为“高级的市场

经济的法”,其实施往往受到特定的社会环境、经济形势等因素的影响。事实上,很多国家的反垄断法也都不是一开始就得到严格实施的。例如,被公认为世界上第一部成文反垄断法的1890年美国《谢尔曼法》到颁布20年后的1910年才开始得到严格的实施;日本在美国占领下于1947年制定的《禁止垄断法》也是直到颁布20多年后的20世纪70年代才得到比较严格的实施。这虽然不是说我国《反垄断法》也要等到一二十年后才能得到真正实施,但是这至少说明在该法实施刚满3年的时候来全面评价它还时尚早。而且,我国《反垄断法》开始实施的2008年8月正好遇到了席卷全球的金融危机,而金融危机等特殊时期一般是不利于反垄断法的严格实施的。因为在金融危机背景下,为了稳定和振兴经济,维护社会公共利益,反垄断法往往需要作出某些调整,至少要将这种金融危机作为其实施的客观环境和现实的经济背景。此外,我国目前社会的竞争文化也是不利于反垄断法有效实施的一个因素。我国的传统文化是不大讲竞争的,而更加强调所谓的“和谐”和“协调”,这使经营者对于固定价格等违反反垄断法的行为缺乏一种文化上和道德上的排斥心理。这也就不难解释为何在国外经营者非常隐秘的卡特尔行为(垄断协议)在我国往往是公开进行的;也不难理解像微软、英特尔等真正的行业垄断者对自己的垄断地位避之唯恐不及,而我国的一些还算不上垄断地位的企业却居然宣布要“进入垄断”或者大肆宣传自己的市场占有率全国第一!当然,这种情况与长期没有反垄断法或者没有严格实施反垄断法是互为因果的。因此,反垄断法的有效实施不仅仅是法律的、经济的问题,而且同时是社会的、文化的问题。

全面地看待我国反垄断法的实施效果,意味着我们更需要从各个不同的视角来看待反垄断法的实施,而不仅仅看其“有形”的实施。反垄断法的实施有多种方式,主要包括守法、行政执法和司法。由于行政执法和司法是由专门的国家公权力机关行使法定权力的活动,而且反垄断行政执法和司法一般涉及的都是影响比较大的案件,是相对“有形的”法的实施方式,因而它们更容易受到感知和关注。其中,相对于专门的反垄断执法机构依法调查处理垄断行为所进行的行政执法的所谓公共实施来说,由有关主体就垄断行为追究民事责任而依法向法院提起的民事诉讼也就是所谓的私人实施。但是,反垄断法的实施不仅仅体现在行政执法或者法院审判中的所谓“案件”上,而是更多地体现在广大经营者的守法行为中,这后者实际上是反垄断法实施的更普遍、成本更低因而是更理想的方式。而且,即使是反垄断执法机构的工作,其实施反垄断法也不仅仅表现在具体的行政执法上,还表现在进行反垄断法的宣传普及和进行竞争倡导上。因此,在当前看待我国反垄断法实施状况时,不仅要看到反垄断执法机构调查和处理了多少涉嫌垄断行为和法院判决了多少垄断纠纷案件的被告败诉;而且也应

当看到反垄断执法机构在反垄断法的宣传普及和竞争倡导方面做了哪些工作,有多少经营者和行政主体在实际的经济活动中已经按照《反垄断法》的相关制度规则行事,特别是主动改变了以前实施的与这些规则不一致的做法。从这个角度来看,前述我国目前的反垄断行政执法机构和法院受理和处理的反垄断案件情况就远不是我国反垄断法实施的全部情况。在评价我们反垄断法实施状况时,还必须将全社会遵守反垄断法的情况考虑在内,尤其是要将那些反垄断执法机构在进行反垄断法宣传普及和竞争倡导之后自觉守法的情况考虑在内。一个不可忽视的因素是:一方面,在我国《反垄断法》2008年8月1日实施前后,不少企业(包括跨国公司)主动修改了其原来的文件、合同中有可能与该法的规则相违背的内容;另一方面,一些国有垄断企业在《反垄断法》实施后似乎并未完全按照该法的规则行事,引起了公众的关注和不满。

总体说来,我国反垄断法已经初步发挥了其规范市场竞争行为、维护自由公平的市场竞争秩序的作用,但是与当初人们对其的期待相比仍然有较大的差距。这种差距既有期待超出实际的情况,也有实施本身不够理想的情况。因此,我们对今后反垄断法的实施既要充满信心,也要看到存在的困难和面临的挑战,并为此共同努力。

王先林

2011年8月1日

目 录

应当如何看待我国反垄断法的实施现状——代前言

I

上 篇

第一章 反垄断法及其实施的基本问题	3
一、反垄断法的基本性质和政策目标	3
(一) 反垄断法的基本含义和制度框架	3
(二) 反垄断法的基本作用和性质	5
(三) 反垄断法的政策性和政策目标	7
二、我国反垄断法制定的背景和主要争论	11
(一) 我国反垄断法制定的背景和意义	11
(二) 我国反垄断法制定过程中的若干主要争论	14
三、反垄断法实施的意义和基本方式	17
(一) 反垄断法实施的含义和意义	17
(二) 反垄断法实施的途径和方式	19
(三) 反垄断法的公共实施与私人实施	22
四、反垄断法实施中的相关市场界定	26
(一) 相关市场界定与反垄断法的实施	26
(二) 相关商品市场界定的基本分析框架	30
(三) 相关地域市场界定的基本分析框架	33
(四) 用假定垄断者测试界定相关市场	36
五、反垄断法实施中的基本分析方法	37
(一) 本身违法规则与合理规则的性质	38
(二) 本身违法规则与合理规则的利弊	39
(三) 本身违法规则与合理规则的关系	40

(四) 本身违法规则与合理规则的适用	41
第二章 反垄断法实施中的政策法律协调	43
一、反垄断法与产业政策的协调	43
(一) 产业政策的界定与反垄断法的定位	43
(二) 产业政策与反垄断法的有效性和局限性	48
(三) 反垄断法与产业政策协调的主要路径	51
二、反垄断法与贸易政策的协调	55
(一) 贸易政策的基本含义与目标选择	55
(二) 反垄断法与自由贸易政策的冲突	57
(三) 反垄断法与自由贸易政策的协调	59
三、反垄断法与反不正当竞争法的协调	63
(一) 反垄断法与反不正当竞争法的关系	63
(二) 反垄断法与反不正当竞争法的冲突与协调	65
四、反垄断法与价格法的协调	70
(一) 反垄断法与价格法的关系	70
(二) 反垄断法与价格法的冲突与协调	73
第三章 反垄断法实施中的竞争倡导	78
一、竞争倡导的意义	79
(一) 促进和补充反垄断执法	79
(二) 促进竞争政策有效实施	81
(三) 推动竞争文化的建设	82
二、对所倡导竞争的界定	83
(一) 政府适当干预下的竞争	83
(二) 反垄断主管机构主导干预下的竞争	86
(三) 实现多元目标的竞争	88
(四) 界定竞争的政策含义	90
三、竞争倡导的制度路径	91
(一) 立法优先咨询	91
(二) 改善准入管制	93
(三) 管制的竞争评估	94
(四) 企业合规指引	96
(五) 诉讼协助	97

四、竞争倡导的有效性评估	98
(一)影响竞争倡导效果的因素	99
(二)评估竞争倡导效果的标准	101
(三)进行竞争倡导评估的方式	101
(四)典型竞争倡导评估的范例	102
五、我国竞争倡导制度的构建	104
(一)倡导目标的确定	104
(二)倡导内容的构建	106
(三)倡导工具的选择	108
(四)倡导与执法关系的处理	108
 第四章 反垄断法实施中经济学方法的应用	 110
一、经济学分析在反垄断法实施中的意义	110
二、应用例证之一:双边市场下的相关市场界定	114
(一)百度案的判决理由及存在的问题	114
(二)搜索引擎平台的双边市场特性	117
(三)百度案中相关市场的界定	120
(四)百度案的进一步说明	124
三、应用例证之二:相对优势地位滥用理论之否定	128
(一)作为反垄断法基础的 SCP 范式及其与相对优势地位理论的差异	129
(二)相对优势地位滥用理论的弊端	134
四、应用例证之三:专利强制许可的限制	141
(一)《专利法》第 48 条第 2 款适用的问题	141
(二)以核心设施理论限制强制许可的适用范围	147

中 篇

第五章 反垄断执法机构与反垄断裁决程序	159
一、反垄断执法机构的独立性与程序控制	160
(一)反垄断执法机构独立性的内涵	160
(二)反垄断执法机构的程序性控制	165
二、反垄断司法裁决程序	171
(一)美国早期反托拉斯法案件和司法诉讼裁决程序	174
(二)司法诉讼裁决程序的局限	177

(三) 司法诉讼裁决程序的演变	179
三、反垄断准司法裁决程序与行政认定裁决程序	185
(一) 反垄断准司法程序	186
(二) 反垄断行政认定裁决程序	194
第六章 反垄断执法中的宽恕制度	202
一、反垄断法中的宽恕制度之缘起	202
(一) 反垄断法中的宽恕制度基本思想的萌芽	202
(二) 反垄断法中的宽恕制度的诞生背景——美国严格实施反垄断法时期	203
(三) 反垄断法中的宽恕制度的规则来源——辩诉交易	206
二、反垄断法中宽恕制度的适用条件	207
(一) 公司宽恕制度的适用条件	208
(二) 个人宽恕制度的适用条件	217
三、反垄断法宽恕制度实施中的影响因素	219
(一) 宽恕规则之透明度和确定性	219
(二) 反垄断法律责任之严厉性	222
(三) 卡特尔被查处概率	224
四、我国反垄断法中宽恕制度的问题与对策	227
(一) 我国反垄断法中的宽恕制度之立法检讨	227
(二) 我国反垄断法中的宽恕制度之实施困境	230
(三) 我国反垄断法中的宽恕制度有效实施之建议	232
第七章 反垄断法的私人实施	236
一、反垄断法私人实施的一般分析	236
(一) 反垄断法私人实施的界定	236
(二) 反垄断法私人实施的理论基础	237
(三) 反垄断法私人实施的积极作用	239
(四) 反垄断法私人实施与公共实施的协调	241
二、反垄断法私人实施的比较考察	244
(一) 美国反垄断法私人实施的立法与实践	244
(二) 欧共体反垄断法私人实施的立法与实践	245
(三) 日本反垄断法私人实施的立法与实践	247
(四) 我国台湾地区反垄断法私人实施的立法与实践	248
(五) 简要比较与启示	250

三、我国反垄断法私人实施的现状与制度完善	252
(一)我国反垄断法私人实施的现状	252
(二)我国反垄断法私人实施的制度完善	256
第八章 反垄断法的域外适用	263
一、反垄断法域外适用的一般分析	263
(一)反垄断法域外适用的现实意义	263
(二)反垄断法域外适用的法理基础	264
(三)反垄断法域外适用的主要行为	266
(四)反垄断法域外适用的国际冲突和协调	267
二、反垄断法域外适用的比较考察	273
(一)美国反托拉斯法的域外适用制度	273
(二)欧共体竞争法的域外适用制度	277
(三)其他国家反垄断法的域外适用制度	279
(四)简要比较与启示	281
三、我国反垄断法域外适用制度的现状和完善	282
(一)我国反垄断法域外适用制度的确立和实施现状	282
(二)我国反垄断法域外适用制度的完善	284

下 篇

第九章 反垄断法在自然垄断行业的实施	289
一、自然垄断行业反垄断法实施的难题	290
(一)自然垄断性业务动态边界的存在	290
(二)自然垄断行业内竞争的复杂性	292
(三)反垄断法在自然垄断行业实施的难题	294
二、限制竞争案件的管辖权配置	295
(一)经验总结:各种管辖权配置模式的适用维度	295
(二)理论分析:相关因素对管辖权配置的影响	301
(三)制度设想:我国相关限制竞争案件的管辖权配置	307
三、限制竞争案件管辖权的协调	312
(一)协调的目标	313
(二)协调的障碍	315
(三)协调的路径	317

(四) 我国相关制度的构建	319
第十章 反垄断法在互联网行业的实施	323
一、互联网行业的相关市场界定	323
(一) 互联网行业需求替代角度的市场界定	324
(二) 互联网行业供给替代角度的市场界定	329
(三) 互联网行业相关地域市场界定的问题	331
(四) 关于互联网行业相关市场界定的建议	332
二、互联网行业的滥用市场地位行为规制	340
(一) “3Q大战”——“二选一”背后的限制交易与拒绝交易	340
(二) 竞价排名	344
三、对互联网经营者并购行为的监管	351
(一) 与并购相关的互联网经营者竞争核心要素分析	352
(二) 并购对互联网创新的影响	353
(三) 基于竞争核心要素的互联网并购审查	355
第十一章 反垄断法在知识产权领域的实施	360
一、反垄断法在知识产权领域实施的复杂性和敏感性	360
二、我国反垄断法在知识产权领域实施需要明确的若干基本问题	362
(一) 关于保护知识产权与执行反垄断法的关系	362
(二) 关于滥用知识产权与排除、限制竞争的关系	363
(三) 关于知识产权与市场支配地位的关系	365
三、我国反垄断法在知识产权领域实施的基本分析框架与典型行为分析	367
(一) 我国反垄断法在知识产权领域实施的基本分析框架	367
(二) 依据我国反垄断法对若干典型行使知识产权行为的初步分析	369
四、制定我国知识产权领域反垄断执法指南的初步尝试	372
(一) 制定我国知识产权领域反垄断执法指南的依据和背景	372
(二) 制定我国知识产权领域反垄断执法指南的主要任务和方式	373
(三) 我国知识产权领域反垄断执法指南建议稿的起草情况	374
附录 关于知识产权领域反垄断执法的指南(学者建议稿)	378
后 记	389

上 篇

反垄断法及其实施的基本问题

反垄断法实施中的政策法律协调

反垄断法实施中的竞争倡导

反垄断法实施中经济学方法的应用



第一章

反垄断法及其实施的基本问题

一、反垄断法的基本性质和政策目标

(一) 反垄断法的基本含义和制度框架

反垄断法是反对限制竞争、维护自由公平竞争秩序和经济活力的一类法律规范的通称。反垄断法在不同的国家或者地区有着不同的称谓。例如,在美国一般称为反托拉斯法;德国的相关立法称为反限制竞争法,又通称卡特尔法;欧共体和一些成员国称为竞争法(此即狭义上的竞争法);还有叫公平交易法、管制限制性商业行为法等。虽然名称各异,但它们所规制的对象是大致相同的,即各种垄断或者限制竞争的行为。当然,在不同的称谓和立法体例下,其所包含的内容可能不完全相同,如我国台湾地区的“公平交易法”就同时包括了反垄断法和反不正当竞争法两部分内容。

“反垄断法是高级的市场经济之法。”^{〔1〕}虽然垄断和反垄断的思想及相关制度的萌芽可以追溯到两千多年的古希腊奴隶社会和中国封建社会初期,但是现代意义上的反垄断法一般公认为是以 1890 年美国的《谢尔曼法》为产生标志的。在此后的一百多年的时间里,反垄断法律制度在世界各国得到普遍的建立和发展。在早期,反垄断法主要集中在发达市场经济国家,成为这些国家保障和促进经济发展的重要政策法律工具。近二三十年来,越来越多的发展中国家也制定和实施了反垄断法,以保障和推动经济的改革和发展。1995 年大约有 30

〔1〕 史际春:“《反垄断法》与社会主义市场经济”,载《法学家》2008 年第 1 期。