

王保树/主编

商事法  
专题研究文库

商事法

# 滥用与规制

——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制

文学国/著



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

王保树/主编

# 滥用与规制

——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制

文学国/著



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

滥用与规制:反垄断法对企业滥用市场优势地位行为  
之规制/文学国著.—北京:法律出版社,2003.6

(商事法学专题研究文库/王保树主编)

ISBN 7-5036-4335-8

I. 滥… II. 文… III. 反托拉斯法—研究  
IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 050885 号

法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书公司  
印刷/北京外文印刷厂

编辑/法学学术出版中心  
经销/新华书店  
责任印制/陶 松

开本/A5  
版本/2003年8月第1版

印张/15.25 字数/376千  
印次/2003年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)  
电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796  
网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)  
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn  
读者热线/010-63939686 传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)  
传真/010-63939777 销售热线/010-63939792  
网址/www.Chinalaw-book.com 010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4335-8/D·4053 定价:30.00元

# 总 序

---

《商事法专题研究文库》是一套大型系列书，入选书目由中国社会科学院法学研究所商事法研究中心和法律出版社共同确定，主要是商事法的专题研究著作。商事法研究中心虽属于并依托中国社会科学院法学研究所，但它是面向社会、开放的研究机构。因此，入选书目的作者不限于中国社会科学院法学研究所的学者，而是包括所内外的商事法学者，主要是中青年商事法学者。

无疑，书店里陈列的各类丛书已不算少。现在，我们也编写丛书之类的大型文库，很有凑“热闹”之嫌。然而，这只是就形式上而言。如就其实质而言，嫌疑就自然解除了。我本人热衷于两大研究领域，一是经济法，一是商事法。前者，需另作讨论。仅就商事法而论，如荀况在《劝学》中所云：“故不登高山，不知天之高也；不临深溪，不知地之厚也；不闻先生之遗言，不知学问之大也。”当我接触商事法的时候，深感如临浩瀚大海一般。从事对它的研究工作，当然要花“锲而不舍”之功，然而一旦略有收获，就会带来无穷的乐趣。就整个学界的商事法研究状况而言，不难发现有许多可喜之处，但也不容乐观。如何进一步繁荣商事法的研究？我以为应着眼于扎扎实实的基础工作，而不是盲目地追求轰动效应。正是从这一意义上考虑，商事法研究中心已着手做三件事：一是编写《商事法文库》，包括一套系统阐述商事法理论的著作；二是编写《商事法论集》，每年出版一卷，及时发表商事法学者的学术论文；

三是编写本专题研究文库,陆续出版商事法学的专著。无疑,这三件事的目的是一致的,都是为了有效地促进学界对商事法的研究,加强商事法学的学科建设。但是,其具体宗旨又有不同。以编写商事法专题研究文库而论,它主要是为了倡导和推动人们对商事法的专题进行深入、系统的研究,从宏观和微观的结合上精心解决商事法各领域的具体理论问题。没有对专题的认真研究,商事法学不可能有雄厚的基础,它也不可能有活力。当然,专题研究要难于教科书的撰写,它需剖析商事法某一具体领域的历史、现状、不同学术观点的争议,尤其须要有作者对该领域的自己的见解,纵然是一两点也好。然而,困难往往是同需要并存的。因此,解决这些困难的必要性是不言而喻的。

本文库不采用“命题作文”的做法,即不是先拟定选题再分配于作者,而是根据商事法研究的现状和发展趋势,选择含有某一领域相对成熟的研究成果(当然,并不要求已成定论)的著作列入本文库。本文库的选题标准是:(1)应是学术著作;(2)须是对商事法专题进行认真研究的论著;(3)须是符合学术规范的著作。选入本文库的著作不限于仅研究中国商事法,可以是商事法的比较研究著作,也可以是某个国别的商事法的专题研究著作。但不论是上述哪一类著作,都应是对商事法前沿课题和重大课题有深入研究的,都须有利于人们对商事法认识的深化,有利于人们对商事法的进一步思考。需要提及的是,经济法专题研究的著作也将依上述标准选入。但是,这并不意味着经济法属于商事法,它正如商事法不属于经济法一样。并且,选入本文库的经济法专题研究著作也应有利于经济法学的学科建设。一俟条件成熟,再另编《经济法专题研究文库》。

本文库的问世得益于中青年商事法学者的积极参与,编入文库的每一部著作都分别渗透着他们的心血。他们对商事法学的贡献,人们是不会忘记的。本文库的出版更得益于法律出版社的积

极支持,当我向该社提出本文库选题的时候,他们立即欣然接受并给予了积极的合作。该社繁荣学术之举,使我和本文库所有作者都为之感动,谨在此表示诚挚的谢意!我衷心欢迎读者阅读本文库的每一部著作,并恳请学界同仁不吝赐教,提出您的宝贵意见。

万事开头难,但良好的开端就是成功的一半。本文库第一本著作的出版就预示着文库的美好未来,我对本文库的前景充满了信心。

王保树

## 序

---

自从中国建立和发展社会主义市场经济以来,经常听到关于建设市场的议论。其实,从根本上说,建设市场就要建立自由、公平的市场竞争秩序。而建立和维护自由、公平的竞争秩序就要制止不正当竞争行为和限制竞争行为。前者,我国有了反不正当竞争法;后者,还需要制定反垄断法(或者反限制竞争法)。其中,许多问题需要进行研究。文学国所著的《滥用与规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》,就是研究和探索反垄断法如何规制滥用市场优势地位行为的专著。由于它的理论价值和实践意义,我愿以寥寥数语作此序。

这部著作从竞争理论切入,系统考察并研究了反垄断法的价值目标、滥用市场优势地位的构成要件及其典型表现,以及规制措施,它给人以系统的理论构造和耳目一新的观念。

按照行为规制主义的思路,反垄断法并不是笼统反对企业占有市场优势地位,而只是反对滥用市场优势地位。无疑,在判断是否“滥用”上需要遵循一定的标准。于此,文学国的著作深入研究了各国反垄断法实践中形成的本身违法原则和合理原则。他认为,本身违法原则虽然节省了司法成本,但可能损害了社会效率;合理原则体现了法律所追求的公平价值,但企业成本的分析又太复杂。因此,他主张将两者综合起来。这种分析,对于以往没有反竞争法律传统而市场经济发展又需要引进反限制竞争法的我国应

该是有意义的。

按照作者的观点,规制市场优势滥用行为的法律制度所追求的法律价值是公平与效率的统一。所以,作者既注意到反垄断法所应实现的公平,主张市场开放,机会均等;又注意反垄断法追求的效率,主张以竞争机制增进社会的效率。这本书还特别论证了自然垄断企业改革的问题,提出“放松规制,引入竞争机制”的思路。这样,规制、竞争、公平、效率就成了支撑这部著作的主要范畴。我们必须注意到,市场经济发展的一个趋势是规制缓和或者放松管制。中国从高度集中的计划经济向社会主义市场经济转变,其转变过程无疑就是一个放松管制的过程。规制缓和或者放松管制了,原来被规制的对象怎么办?惟一的出路就是进入市场参加竞争。由此,反垄断法的适用范围就宽了。虽然,规制缓和和放松管制不是无边的,但毫无疑问的是,伴随着规制缓和或者放松管制,必然是反垄断法的进一步发展。

信息对于生活在市场经济环境的我们太重要了。我曾作为第一读者阅读过本书的基础——博士论文,作者所给予读者的信息的综合性与新颖性是值得信赖的。因此,我特向读者推荐此书。

王保树

于2003年5月12日



# 目 录

---

第一章 反垄断法的经济学解析·····	( 1 )
第一节 引论·····	( 1 )
第二节 价格理论·····	( 3 )
第三节 竞争理论与竞争政策·····	( 12 )
第四节 经济学在反垄断法中的作用·····	( 40 )
第二章 反垄断法的目标和基本原则·····	( 45 )
第一节 引论·····	( 45 )
第二节 反垄断法的目标·····	( 48 )
第三节 反垄断法的基本原则:本身违法原则与合理原则·····	( 58 )
第四节 本身违法原则与合理原则在立法上和执法上的体现·····	( 91 )
第三章 企业·市场优势·滥用·····	( 97 )
第一节 行为主体——企业·····	( 97 )
第二节 市场优势·····	( 108 )
第三节 滥用·····	( 144 )
第四章 超高定价·····	( 152 )
第一节 引论·····	( 152 )
第二节 超高定价的概念及立法概况·····	( 156 )
第三节 自然垄断企业·····	( 161 )

第四节	政府对自然垄断企业超高定价的规制·····	(173)
第五节	放松规制与建立竞争机制·····	(196)
第六节	我国自然垄断企业超高定价的现状、 原因及改革措施·····	(209)
第五章	价格歧视·····	(219)
第一节	引论·····	(219)
第二节	概念辨析·····	(220)
第三节	价格歧视的动机与构成要件·····	(228)
第四节	价格歧视的方法与类型·····	(233)
第五节	价格歧视的法律规制·····	(243)
第六节	价格歧视对竞争的影响·····	(251)
第七节	价格歧视的抗辩·····	(255)
第八节	价格歧视法存废论·····	(262)
第六章	掠夺定价·····	(270)
第一节	引论·····	(270)
第二节	掠夺定价的定义及相关概念的比较·····	(271)
第三节	掠夺定价的法律规制·····	(279)
第四节	掠夺定价的经济分析·····	(289)
第五节	掠夺定价的法律标准·····	(303)
第六节	美国掠夺定价判例法的演变·····	(334)
第七节	掠夺定价的抗辩·····	(350)
第七章	搭售·····	(359)
第一节	搭售的定义及构成要件·····	(359)
第二节	搭售的立法例·····	(364)
第三节	搭售的种类及原因·····	(373)
第四节	杠杆作用理论·····	(383)
第五节	搭售的理论研究与反垄断政策的演变·····	(391)
第六节	搭售的检验标准与步骤·····	(419)

---

第八章 拒绝交易·····	(423)
第一节 引论·····	(423)
第二节 拒绝交易概述·····	(425)
第三节 拒绝交易的类型·····	(433)
第四节 拒绝交易的立法与典型判例·····	(442)
第五节 拒绝进入关键设施·····	(449)
第六节 拒绝许可知识产权·····	(452)
结束语·····	(460)
参考资料·····	(467)

# 第一章 反垄断法的经济学解析

---

## 第一节 引 论

反垄断法最重要的价值目标是促进竞争,竞争的结果是社会资源得以优化配置。人们相信,在竞争的压力下生产者能够充分利用稀缺资源进行生产,并以最低的产品价格满足消费者的需要。根据经济学的观点,竞争可以增加分配效率(消费者通过自由选择满足自己的支付意愿)、生产效率(用稀缺资源生产商品和提供服务)和鼓励进步(通过竞争而获得的创新)来使消费者的福利最大化。现代社会强调竞争的反垄断政策的主要着眼点是增进效率,要把整个社会的这块“蛋糕”做大。培养市场的竞争还得依靠市场机制即自由企业制度。企业如何生产,如何把分配到的资源投入到生产过程中以及如何分销它的产品,这完全是一个市场过程。市场体制就是依赖消费者买什么及买多少企业生产出来的产品,而这些产品是通过竞争的企业以物美价廉的方式提供给消费者的。

由于反垄断法与企业的经济行为如此紧密相关,因此熟练运用经济分析的手段于反垄断法实务,成为法律工作者的必备素质。而经济分析学的历史与美国《谢尔曼法》一样悠久,《谢尔曼法》的制定者们似乎早已经把运用反垄断法时要精通经济学知识是不可避免的原则包含在该法之中了。在该法颁布不久的 19 世纪 90

年代后期,法官霍姆斯就断言:“理性地研究法律,当前的主宰者或许还是‘白纸黑字’的研究者,但未来属于统计学和经济学的研究者。”<sup>①</sup>近20年后,作为霍姆斯的朋友和美国联邦最高法院同事的布兰代斯法官,告诫美国律师协会,培训法律实务工作者应当包括“研究经济学、社会学和政治学这些体现客观事实和现时社会问题的科学。”他引用一位学者的论点来证实自己的观点:“人们很容易接受这样的观点,即一个律师不研究经济学和社会学,就很容易与公众的意见相左而成为不受公众欢迎的人。”<sup>②</sup>

这些告诫给反垄断法的适用增加了与其他法律适用不一样的要求。因为反垄断案例常被各种各样的经济学观点讨论,这些争论围绕着商业行为的经济效果进行非常认真的思考,他们试图为反垄断法的适用建立初始的法律规则和反垄断法的发展展望趋势。今天,微观经济学——研究个体经济单位(如消费者、企业和产业)是如何行为的——已经成为反垄断法律师们娴熟运用的工具,即使在一些案件中聘请了经济专家作为顾问,这也取代不了律师运用经济方法分析案情的责任。法律工作者要胜任反垄断法的法律税务,不仅要熟稔一些传统的经济学概念,诸如竞争、垄断、垄断竞争和寡头垄断,而且还要掌握新的经济学理论,如信息、交易成本、博弈论、可竞争市场理论等。这些理论为我们提供了进行政策分析的切入点,其价值在于有助于我们明晰思想,在纷繁复杂的法律领域里构建概念基础,寻求公平与效率相统一的法律结果。

在本章中,笔者试图用一些经济学的基本原理来阐释反垄断法的经济学基础,这仅仅只是借助作者的一点粗浅的经济学知识。

---

<sup>①</sup> Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law," 10 Harvard Law Review 457 (1897), p. 469.

<sup>②</sup> Louis D. Brandeis, The Living Law, in The Curse of Bigness 316 (Osmond K. Frankel, 1934), p. 325.

本章介绍的主要经济学知识是价格理论与产业组织理论。

## 第二节 价格理论

### 一、成本

成本的存在是因为资源是稀缺的。企业在现实资源约束条件下追求自身利润最大化,因此,企业的生产成本大小决定了企业的所获利润的多少。成本能揭示企业竞争的内在奥秘。

企业作出生产决策时,考虑的是企业将获得多少利润。企业愿意提供的产品数量取决于以下两个因素:一是生产产品不可缺少的资源的价格和生产率;二是产品的市场价格。下面我们开始进入企业的成本迷宫。<sup>①</sup>

#### (一) 成本的界定

按经济学假设,企业的经营目标是利润最大化。因此,在对成本进行界定前,先得对企业所获利润有所了解。一般认为,企业的利润=总收益-总成本。总收益是企业出售其产品所得的收入,总成本是企业购买生产投入所付的支出。因此,企业要获得最大化利润,必须考虑总收益与总成本之间的关系。

#### 1. 机会成本

当企业购买了特定的生产要素时,同时也就意味着它放弃了

---

<sup>①</sup> 以下分析主要参考经济学教科书:[美]曼昆著,梁小民译:《经济学原理》(上册),生活、读书、新知三联书店,北京大学出版社1999年9月北京第1版。[美]坎贝尔·麦克康耐尔、斯坦利·布鲁伊著、陈晓等译:《经济学:原理、问题和政策》(第14版,下),北京大学出版社、科文(香港)出版有限公司2000年9月第1版。[英]杰克·哈维著,冯士新、梁若冰、苏建勇译:《掌握经济学》(第5版),广西师范大学出版社2001年4月第1版。Ernest Gellhorn, 'Antitrust Law and Economics in a nutshell, 4th ed, West Publishing Co. 1994.

其他的生产要素。机会成本是为了得到一种东西而必须放弃的某种东西。上面所言企业总成本,包括生产物品与劳务量的所有机会成本。企业的机会成本可以理解为企业为了将资源从其他生产机会中吸引过来而必须向资源供应者支付的报酬或提供的利润。这些报酬或利润,有的是明显的,称为显性成本,有的是不明显的,称为隐性成本。

显性成本是指为企业提供劳务、原料、燃料及运输服务等资源的企业之外的人所作的货币支出或现金支出,是企业向那些为其提供资源的非企业所有者支付的货币。但企业在进行生产时也利用了自身的成本,即企业也利用了自身的资源。企业所使用的自己拥有的资源的成本称为隐性成本。对企业而言,隐性成本是将自己所拥有的资源用在其他最好的用途上能获得的利润。

### 2. 经济利润与会计利润

显性成本与隐性成本的区别,说明了经济学家与会计师在分析企业经营活动时的重要不同。经济学家在分析成本时包括了所有的机会成本,而会计师常常只计算了显性成本而忽略了隐性成本。因此,经济利润是指总收益减去总成本(显性成本和隐性成本)所得,而会计成本是指总成本(显性成本)减去总收益所得。经济利润小于会计利润。

### 3. 成本的各种衡量

企业的生产成本较为复杂,我们现在根据经济学的一般原理,对企业的生产成本的各种构成与分类进行介绍。

#### (1) 不变成本与可变成本

企业的总成本一般可分为两类:不变成本和可变成本。不变成本是指不随企业的产量变动而变动的成本,如企业厂房的租金、员工的工资等。企业即使没有产出,不变成本仍然存在,但随着企业产量的增加不变成本却不变化。可变成本是随着产量的变动而变动的成本,如生产原料、增加工人的工资等。企业没有产出时,

可变成本为零,产出增加可变成本也增加。

但在实际经济生活中,不变成本与可变成本的区别并非那么明显,两者的不同实质在于时间的长短。当企业经营不景气时,企业的赢利能力降低甚至亏损,这时企业会采取裁减员工的措施,压缩产量。很快地,企业原来所依赖的更多的要素,如企业的管理人员和推销人员开始变成可变要素,如果企业在相当一段时间内经营不见起色,他们也将被解雇。当企业考虑要替换某要素时,该要素就变成了可变要素。当企业黔驴技穷之时,甚至会割腕断臂,连机器设备或厂房都需要更新,原来的不变要素就成了可变要素。

不变成本与可变成本的区别,对分析企业的经营行为有两方面的意义:第一,时间的变化可以导致供给条件的变化。所谓短期是指在一定时期内企业的生产要素中至少有一种是固定的,由于改变固定要素的时间太短,企业不能在这段时间内对其进行调整,因此,在给定的产出条件下,资源不能达到最优配置。但在长期内,企业的所有生产要素都是可以变化的,企业可以根据市场情况的变化灵活地做出反应。第二,在市场环境不断变化的条件下,企业是否考虑继续生产必须要考虑两种成本的区分。在长期内,生产的所有成本要最终得到补偿,企业的生产才能继续。收入大于支出,企业才能营利。但在短期内,企业停产也不能减少不变成本的支出,停产只能节省可变成本,因此,企业只要能够补偿这部分成本,就应该继续生产。任何超出了可变成本的收入都能帮助企业补偿其不变成本。

## (2) 平均成本与边际成本

企业的总成本是不变成本与可变成本之和。平均总成本是总成本除以总产量。因此,企业的平均总成本是平均不变成本与平均可变成本之和,而平均不变成本是不变成本除以产量,无论产量是多少,总不变成本都是一样的,随着产量的增加,不变成本被分摊到越来越多的产品中,意味着平均不变成本随产量的上升而下



降。平均可变成本是可变成本除以产量,当产量随可变资源投入的增加而增加时,平均可变成本先下降,在达到最低点后,开始上升,其图形是一个U字型。当企业增加一单位的产量,所支付的成本是多少呢?这就引入边际成本的概念。边际成本是生产额外一单位产量所引起的总成本的增加。这些成本之间的关系,可以用简单的数学来表示。如果Q代表产量,TC代表总成本,ATC代表平均成本,MC代表边际成本,那么,我们可以得出:

$$ATC = \text{总成本} / \text{产量} = TC / Q$$

以及

$$MC = (\text{总成本变动量}) / (\text{产量变动量}) = \Delta TC / \Delta Q$$

这些公式表明如何从总成本中得出平均成本和边际成本。平均成本与边际成本对于我们将来分析一些企业的滥用市场优势地位行为是非常有用的。

### (3) 短期成本与长期成本

短期是指一段不足以使企业改变工厂的生产能力、但足以改变规模固定工厂资源使用程度的一段时间。企业的生产能力在短期固定不变,但企业可以通过改变劳动力、原材料和其他资源的投入水平来改变其产出。长期是指一段足以使企业能够调整所有资源雇用水平的时期,包括企业生产能力的调整。短期指的是企业规模固定的一段时期,而长期则是指企业规模可变的一段时期。由于企业的许多成本在短期是固定不变的,但在长期是固定可变的,所以,企业的短期成本曲线与长期成本曲线是不同的。

下面解释为什么成本曲线总是成U字型。我们先看短期成本曲线。当企业的产量增加时,分摊在每一单位产品上的成本降低,成本曲线呈下降趋势。平均总成本是平均不变成本与平均可变成本之和,平均不变成本是随着产量的增加总是下降的,平均可变成本由于边际产量递减一般随着产量增加而增加。如,当企业生产水平较低时,平均总成本高是因为不变成本分摊在每一单位