



中国青年政治学院
学术著作出版基金资助

【当代法律科学文库】

核心卡特尔规制制度研究

Regulating Hard Core Cartels

金美蓉 著



对外经济贸易大学出版社
University of International Business and Economics Press

【当代法律科学文库】

核心卡特尔规制制度研究

Regulating Hard Core Cartels

金美蓉 著



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

图书在版编目 (CIP) 数据

核心卡特尔规制制度研究 / 金美蓉著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2009
(当代法律科学文库)
ISBN 978-7-81134-344-1

I. 核… II. 金… III. 反托拉斯法 - 研究 IV.
D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 031802 号

© 2009 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

核心卡特尔规制制度研究

金美蓉 著

责任编辑: 毛飞琴

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 155mm × 230mm 17.25 印张 222 千字

2009 年 4 月北京第 1 版 2009 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-344-1

印数: 0 001 - 2 000 册 定价: 29.00 元

出版说明

改革开放三十年，随着我国法制化进程的加速发展和法律制度的不断完善，我国的法学研究也呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面，各种学术观点和派别不断涌现。

对外经济贸易大学出版社出版发行《当代法律科学文库》酝酿已久。我们编辑出版该文库的宗旨，就是要为法学研究者和工作者提供交流平台，为现实中的法制实践提供理论依据。

《当代法律科学文库》的选题是开放性的。不管是具有全局性、前瞻性和战略性的法制课题，还是只选取部门法学基础理论视角，或切入法制热点难点问题，只要对法学理论和法制建设有新观察、新分析和新思考，我们愿意为作者搭建出版平台，让这些研究成果呈现给学界、呈现给世人、呈现给社会。我们坚信，这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注，一定会对我国的法制建设起到推动和促进作用。

我们的联系方式：北京市朝阳区惠新东街10号对外经济贸易大学出版社文法事业部，邮编：100029；联系电话：010 - 64494120；电子邮箱：zhangjie@uibep.com。



“核心卡特尔”一词，源于经合组织 1998 年《关于打击核心卡特尔的有效行动建议》（以下简称《建议》），根据该《建议》，核心卡特尔是指竞争者之间达成的反竞争协议、协同行为或安排，包括固定价格、串通投标、限制产量、制定配额，通过划分消费者、供应商、地域或商业渠道等方式分享或分割市场。

这一概念的提出是源于国际社会为打击国际卡特尔而加强相关国内法制并展开国际合作的需要。20 世纪 90 年代起，在经济全球化浪潮的推动下，卡特尔国际化趋势日益明显，为了获得巨额垄断利润，卡特尔不再局限于某个国家或地区，而是在全球范围内展开共谋，不仅对各国相关产业和消费者造成巨大损害，还严重破坏了国际竞争秩序和国际贸易。

对国际卡特尔的有效规制主要取决于两个方面，一方面是涉案国国内竞争法的有效规制；另一方面是涉案国在相关领域的有效合作，两者缺一不可。虽然国际卡特尔具有跨国因素，但无论是主体、行为还是产生的影响归根结底还是涉及到具体的某个国家，因此必然应由受到影响的国家首先对其予以国内法上的管制。但如果各相关国家在国内法规制方面差别过大、效果悬殊，那么不仅无法有效打击国际卡特尔，国际合作的基本条件和前提也很难具备，因此各国国内法规制的整体水平提高是十分重要的。同时，正因为跨国因素的存在，无论是违法行为的揭露、调查，还是其后案件的审理和处罚，必然涉及诸多涉外信息、证据

和实施措施,如果没有相关的国际合作,案件的侦破和审理就会困难重重,在相当程度上影响国内法规制的有效性,因此很多国家迫切希望展开国际合作。无论是整体加强各国的国内法制,还是展开有效的国际合作,对规制对象的统一认识是必不可少的。在经合组织提出“核心卡特尔”这一概念之前,虽然各发达国家竞争法一直将卡特尔作为规制的重要内容,但对于卡特尔的内涵和外延、认定标准、适用除外等方面仍存在较大差异。为了在全球范围内统一严厉打击的对象和目标,经合组织在考察各国相关制度的基础上提出了“核心卡特尔”的概念。从这种意义上说,“核心卡特尔”是国际社会对应予严厉打击的卡特尔行为的共识,也是各国公认的最严重的卡特尔行为。核心卡特尔概念的提出对各国相关国内法制建设和国际合作的开展产生了广泛影响,很快成为各国理论和实践中经常使用的术语,很多国家在立法和官方文件中借鉴了这一概念,并在相关制度建设和国际合作中加强了对核心卡特尔的打击力度。

虽然我国学术界长期以来一直关注卡特尔法律制度的研究,2007年8月1日颁布的《反垄断法》对“垄断协议”也进行了较为系统、全面的规范,但“核心卡特尔”与通常意义上的“卡特尔”或我国反垄断法中的“垄断协议”既有联系又有区别,总体上核心卡特尔法律制度根植于卡特尔法律制度,但无论在国内法规制还是在国际法规制领域,其内涵、外延、适用原则、法律责任及与其相关的实施措施等诸多方面都有其特殊之处。由于核心卡特尔的严重社会危害性及各国对其认识上拥有较多共识,经合组织一直大力推动各国在该领域展开国际合作,WTO也将核心卡特尔区别于其他类型的卡特尔行为,并将其纳入基本竞争议题的框架当中。因此,无论从国内法规制还是从国际合作的角度看,对核心卡特尔进行专门性、系统性研究都是非常必要的。然而,国内学界专门针对核心卡特尔的系统研究还相当缺乏,对于核心卡特尔规制制度中占重要地位的处罚制度、宽大方案、国际合作

等问题缺少深入研究,即使是国内学界研究较多的认定问题也存在一些研究的空白,如母子公司作为行为主体能否构成共谋等。

从 20 世纪 90 年代开始,各主要发达国家对核心卡特尔案件的起诉和制裁明显增加,这些案件涉及化学、金属、纸类产品、运输、服务等多个行业,受其影响的市场年销售额超过 300 亿美元。发达国家普遍采用宽大方案积极展开调查、大幅度提高处罚力度,并积极展开相关领域的国际合作。反观国内,虽然长期以来核心卡特尔对我国相关产业和消费者已经产生严重危害,但由于特殊的社会经济发展背景,社会各界一直对核心卡特尔的危害性没有充分认识,相关立法和司法实践严重缺乏和滞后,不仅无法对国内的核心卡特尔行为进行有效的管制,也无法积极参与到国际规则的制订和国际合作中去。《反垄断法》的颁布意味着我国反垄断法律制度建设将进入新的历史时期,随着 2008 年 8 月 1 日该法正式实施,如何有效执法、如何采取合理的实施措施已成为我国反垄断研究的重要课题。结合这一历史契机和发展趋势,对核心卡特尔执法、实施措施中起到关键作用的一系列问题(如“协同行为”的认定、获得宽大的条件、宽大的方式、处罚幅度的确定、国际合作中的信息交换等)进行深入研究具有重要的现实意义。

本书在内容选择方面并不力图面面俱到或大而全,而主要着眼于国内学界相关研究的薄弱和空白领域。由于核心卡特尔规制制度与卡特尔法律制度关系紧密,其中关于适用除外、域外适用、行业协会等方面的内容已经有较多著述,因此尽管这些内容也是核心卡特尔法律制度的重要组成部分,但本书没有涉及或深入探讨。本书着力从与实践密切相关的专题展开理论研究,其中较具特色的内容包括:

(1) 梳理并澄清了核心卡特尔与卡特尔、国际卡特尔、出口卡特尔、进口卡特尔、联合限制竞争行为、垄断协议等诸多竞争法学术语之间的关系和脉络,从而在竞争法规制的各类行为中对

核心卡特尔予以较为清晰的定位。

(2) 突破卡特尔存在条件的传统分析,通过具体案例探讨了核心卡特尔产生、存在的自身条件,即核心卡特尔内部的监督机制和惩罚机制。这一问题的研究和结论对竞争执法机构揭露、调查和认定核心卡特尔行为具有启示和借鉴作用。

(3) 专门探讨了全球化背景下国际核心卡特尔对发展中国家的特殊危害性。

(4) 根据欧盟、美国的司法实践深入研究了母子公司之间的行为能否构成核心卡特尔。笔者通过对大量案例的分析和研究,理清了欧盟和美国不同时期解决这一问题的理论依据、法院态度的细微变化,并在此基础上总结出解决这一问题的一般性规律,同时就一些悬而未决的问题进行了探讨。

(5) 针对国内学界有观点认为核心卡特尔就是本身违法的卡特尔,笔者通过考察美国、欧盟等国家和地区在行为认定中的具体实践,提出核心卡特尔由于其严重社会危害性,在很多国家通常被认为是本身违法的,但由于各国制度上的差异,事实上有些国家或地区仍通过行为效果的考察来对核心卡特尔行为加以认定,即使是欧美等国对本身违法原则的适用也并非绝对,因此笔者指出不应将核心卡特尔与本身违法的卡特尔完全等同起来。

(6) 关于核心卡特尔处罚问题,首先阐明了处罚的主要目的是威慑,从而为相关制度的研究和构建明确了评判标准。突破国内学界通常采用的分类方法(即民事责任、行政责任和刑事责任),按照处罚方式分类,系统研究了经济处罚和刑事监禁。深入研究了确定核心卡特尔处罚金额的具体步骤和方法,并分析了欧盟2006年《根据1/2003号条例第23条第2款a项确定罚款的方法指南》带来的新变化等。

(7) 系统、深入地研究了核心卡特尔规制制度中最具特色的制度——宽大方案。在考察各国宽大方案的基础上对宽大的涵义、分类等问题进行深入分析,总结出宽大的内容和方式,提炼

出申请者获得宽大的必要条件，并详细分析了宽大方案与民事损害赔偿之诉的关系。

（8）系统、全面地研究了核心卡特尔的国际法规制，包括打击核心卡特尔的国际合作形式和相关国际合作中的核心问题——信息交换。

（9）对我国核心卡特尔法律规制制度的发展完善提出建设性意见，包括核心卡特尔的认定、我国宽大方案的构建和开展相关的国际合作等。



第一章 核心卡特尔概述	(1)
第一节 核心卡特尔的界定	(1)
第二节 核心卡特尔的经济学分析	(16)
第三节 核心卡特尔的危害性	(28)
第二章 核心卡特尔的一般国内法规制——认定与处罚 ...	(37)
第一节 核心卡特尔的国内法制概况	(37)
第二节 核心卡特尔的认定	(41)
第三节 核心卡特尔的处罚	(83)
第三章 核心卡特尔的特殊国内法规制——宽大方案	(110)
第一节 宽大方案概述	(110)
第二节 宽大方案的内容	(123)
第三节 宽大方案与民事损害赔偿之诉的关系	(161)
第四章 核心卡特尔的国际法规制	(184)
第一节 打击核心卡特尔的国际合作形式	(187)
第二节 核心卡特尔国际法规制中的核心问题——信息 交换	(205)
第五章 我国核心卡特尔规制制度的完善	(214)
第一节 我国核心卡特尔规制制度现状	(214)

第二节 关于进一步完善我国核心卡特尔规制制度的	
建议	(222)
结语	(241)
参考文献	(242)

第一章 核心卡特尔概述

第一节 核心卡特尔的界定

对核心卡特尔的界定是本书论述的逻辑起点,从名称上直观地看,“核心卡特尔”一词似乎源于“卡特尔”,那么什么是“卡特尔”?“核心卡特尔”与“卡特尔”又是怎样的关系呢?为了回答这些问题,本书首先对卡特尔的概念进行探讨。

一、卡特尔的概念和理论类属

(一) 卡特尔的概念

“卡特尔”一词,在英文和法文中被称为“Cartel”,德文中则被叫做“Kartell”。现代意义上的“卡特尔”最初用于表示中止敌对(Suspension of Hostilities)或竞争^[1],对此,1919年版的《政治经济词典》指出,“在国际法上,卡特尔是指交战者交换或赎回俘虏的协议……‘Kartell’一词现在经常被德国经济学家用于表示托拉斯(Trust),即在竞争的商人之间关于限制生产或缓解极度竞争的协议;在1889年它被用于表示保守党和自由党之间为了共同抵御王朝而中止敌对”^[2]。依据这一解释,卡特

[1] Christopher Harding and Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford University Press, 2003, p12.

[2] *Dictionary of Political Economy (Volume 1)*, London, 1919, p229, 转引自: Christopher Harding and Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford University Press, 2003, p12 - 13.

尔表示存在自然竞争或敌对关系的主体之间为了实现某种共同目的或利益而同意暂时停止竞争或敌对。目前,作为一种社会经济现象,卡特尔一般被认为是“独立公司或个人为了对某种或某类商品的产销施加某种形式的限制性或垄断性影响而组织的联盟”〔1〕。在法学领域,人们通常认为卡特尔是“产品生产者为了控制产量、销售和价格,及获得特定产业或商品领域的垄断而共同组成的联合”〔2〕,是竞争法律制度规范的一种行为或组织。

从各国立法来看,“卡特尔”并不是典型的立法术语,即使是在被称为“卡特尔国家”的德国〔3〕,作为规范卡特尔基本法的《反对限制竞争法》中也仅仅是在第3条的标题中使用了“Cartel”一词,但并未直接对“卡特尔”进行明确界定〔4〕。目前,在竞争法〔5〕中直接使用“卡特尔”一词并对其明确界定的国家极为少见,多数国家是在立法中对联合限制竞争行为〔6〕作

〔1〕 不列颠百科全书(国际中文版):3卷。北京:中国大百科全书出版社,2002:468。

〔2〕 Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Co., 1979, p195。

〔3〕 卡特尔最早在1857年出现于德国,随后得到了迅速发展,成为当时德国全部经济生活的基础,德国也因此被称为卡特尔国家,同时,德国也是最早制定“卡特尔法”(即现在的《反对限制竞争法》)的国家。参见:中国大百科全书(精华版):3卷。北京:中国大百科全书出版社,2002:2133;国家工商行政管理局条法司.现代竞争法的理论与实践.北京:法律出版社,1993:16。

〔4〕 Act Against Restraints of Competition (July 1st, 2005), § 3. 德国的《反对限制竞争法》经过第七次修订后,于2005年7月1日实施,经过此次修改,其第一编第一章的标题由原来的“卡特尔协议、卡特尔决议及联合一致的行为”改为“限制竞争的协议、决定和协同行为(Agreements, Decisions and Concerted Practices Restricting Competition)”。

〔5〕 此处的竞争法主要指对垄断和限制竞争行为(包括卡特尔在内)予以规制的基本实体法,如美国的《谢尔曼法》、《克莱顿法》,欧盟的《欧共体条约》,德国的《反对限制竞争法》,英国的《1998年竞争法》(Competition Act 1998),加拿大的《竞争法》等。

〔6〕 关于联合限制竞争行为的解释及其与卡特尔行为的关系,参见下文。

出一般性的规定,如美国的《谢尔曼法》第1条规定“限制各州之间或与外国之间的贸易或商业的任何契约、以托拉斯或其他形式的联合或共谋是非法的”^[1];《欧共同体条约》第81条第1款规定“所有影响成员国之间贸易,并以妨碍、限制或扭曲共同市场内竞争为目的或产生此效果的企业之间的协议、企业联合组织的决议和协同行为,应被视为与共同市场不相容而被禁止”^[2];德国《反对限制竞争法》第1条规定“以妨碍、限制或扭曲竞争为目的或产生此效果的企业之间的协议、企业联合组织的决议和协同行为应被禁止”等。从内容上看,这些规定都是对联合限制竞争行为的一般性禁止,也就是说,被禁止的行为中既包括横向行为也包括了纵向行为。同时,尽管这些立法都是规制卡特尔的重要立法依据,但并未对“卡特尔”予以明确界定。

尽管很多国家在规范卡特尔的基本实体法中没有界定卡特尔,实践中却大量使用这一术语,并在官方文献和相关的法律、政策文件中对卡特尔作出了明确解释。如新西兰商业委员会颁布的《卡特尔行为宽大政策》规定,“卡特尔是违反《1986年商业法案》(Commerce Act 1986)第二部分的竞争者之间的安排。卡特尔行为包括:固定价格、排斥竞争者、串通投标、操纵投标、生产或销售配额和分享市场”^[3];欧盟《委员会关于卡特尔案件中免除和减少罚金的通告》^[4]规定,“卡特尔是两个以上的竞争者之间旨在协调其市场上的竞争行为和(或)通过固定购买或销售价格或其他贸易条件、分配生产或销售份额、包括串通投标在

[1] The Sherman Antitrust Act (1890), 15 U. S. C. A., § 1.

[2] Traité CE, art 81, § 1.

[3] Commerce Commission of New Zealand, Leniency Policy For Cartel Conduct (November 2004), § 3.

[4] La Commission Européenne, Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (2006/C 298/11), Journal officiel de l'Union européenne C298/17, 8. 12. 2006.

内的划分市场、限制进口或出口和（或）对其他竞争的反竞争行为来影响相关竞争环境的协议和（或）一致行动。这些做法是欧共条约第 81 条规定的违法行为中最为严重的”；印度《2002 年竞争法规范的卡特尔》中规定，卡特尔是企业间关于价格、产品（包括商品和服务）或消费者的避免竞争的协议^[1]。

实践中，各国竞争机构和国际组织对“卡特尔”的认识非常相近，如德国联邦卡特尔局认为，“卡特尔是竞争者之间关于价格、配额、分配地理市场或消费者群体的协议”^[2]；澳大利亚竞争和消费者委员会认为，“卡特尔通常被认为是两个以上竞争的商业主体之间固定价格、包括串通投标或分配消费者在内的划分市场和（或）划分生产或销售配额的行为”^[3]；欧盟委员会认为，“卡特尔是竞争者之间达成的固定或提高价格、通过限定其销售或生产能力来限制供应，并（或）划分市场或消费者的非法的秘密协议”^[4]或“卡特尔是企业间为了限制竞争和获得对市场更有效的控制而达成的协议，该协议表现为多种形式，但主要是关于销售价格或该价格的提高、限制销售或生产能力、分配市场或消费者，以及关于产品或服务销售的其他商业条件的共谋”^[5]；世界贸易组织贸易与竞争互动工作组认为，“‘卡特尔’是指本应相互竞争的企业之间为了固定价格、减少产量、分配市场或参

[1] Competition Commission of India, Cartels Under The Competition Act, 2002, p1.

[2] Bundeskartellamt website, available at http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/GeneralInformation/faq_e/faq_5w3DnavidW268.php (26. 7. 2007).

[3] Australian Competition and Consumer Commission website, available at <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/694995/fromItemId/605003> (26. 7. 2007).

[4] European Commission, DG Competition website, available at http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/overview/index_en.html (26. 7. 2007).

[5] European Commission, Competition: Commission Action Against Cartels-Questions and Answers, MEMO/05/454, Brussels, 30 November 2005, p1.

与串通投标而达成的协议”^{〔1〕}等。

结合理论与实践人们对卡特尔的认识,卡特尔一般是指两个以上实际或潜在的竞争者之间关于价格、市场、消费者和(或)产品的具有削弱竞争的目的或效果的安排或其他形式的协作^{〔2〕}。

(二) 卡特尔在理论上的类属

所谓卡特尔在理论上的类属,指的是理论上卡特尔应属于竞争法规范的哪一类行为。一般而言,竞争法规范的行为可以分为两大类,一类是垄断和限制竞争行为,另一类是不正当竞争行为。垄断和限制竞争行为一般是指,经营者通过订立协议、滥用经济优势或企业集中等方式形成垄断地位、妨碍和削弱市场竞争的行为。不正当竞争行为一般是指,经营者采用欺骗、利诱以及其他违背诚实信用和公平竞争商业惯例的手段从事市场交易的行为^{〔3〕}。这两类行为的共性在于都会削弱和损害市场上正常、有益的竞争,其差异则在于:不正当竞争行为侵犯的往往是具体、个别生产经营者的财产权和人身权,其违背的是诚实信用、公平竞争、善良风俗等传统的商事惯例和民法原则,是商事领域的竞争超出正常竞争所允许限度的一种表现,这种限度是由某一社会的一般商业道德和法律规范所决定的;而垄断和限制竞争行为则是导致某一经济领域、甚至整个相关市场陷于缺乏竞争的状态,这种缺乏竞争的状态可能对经济有害,也可能有利,需要对相关市场、经济状况和社会环境进行动态、宏观的考察和权衡,因而与一国在某一时期的经济发展要求及相应的产业政策、竞争政策

〔1〕 WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, Provisions On Hardcore Cartels (Background Note by the Secretariat), WT/WGTCP/W/191, 20 June 2002, § 3, p2.

〔2〕 Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, Kluwer Law International, 2005, p385.

〔3〕 国家工商行政管理局条法司. 现代竞争法的理论与实践. 北京: 法律出版社, 1993: 17.

有着密切联系，而同商业道德没有什么关系。虽然也有学者将竞争法规范的行为分为三类，即垄断行为、限制竞争行为和不正当竞争行为，但无论是从行为的过程和结果^{〔1〕}，还是从各国的立法体例^{〔2〕}来看，垄断和限制竞争行为没有明显的区别，实践中对其区别对待的意义也不大^{〔3〕}。

理论上，垄断和限制竞争行为又可以分为三类，即联合限制竞争行为、滥用市场优势地位行为和企业集中。所谓联合限制竞争行为^{〔4〕}，一般是指两个以上存在竞争关系的企业之间旨在限制竞争的协议、决议和协同行为等。滥用市场优势地位行为，是指市场上具有竞争优势的企业不合理地利用其市场支配力，限制市场竞争的行为。企业集中是指企业之间为了获得市场的垄断地位而进行的合并、兼并、收购、联营等。这三种行为的共性在于：其目的都是为了获得或巩固市场上的垄断地位和竞争优势，而在客观方面却都限制、妨碍、扭曲和损害了竞争。这三种行为的差异主要体现在：

（1）主体方面。联合限制竞争行为的主体一般是在市场中不具备市场支配力的存在竞争关系的企业，数量上通常不少于两个^{〔5〕}，且主体之间往往存在较为激烈的竞争，多数情况下为寡头垄断的市场结构，其目的在于获得垄断地位和竞争优势；滥用市场优势地位行为的主体则主要为单个的在市场上或某些交易中已经具备垄断力和支配力的企业，该企业在市场上或某些交易中往往没有激烈的竞争压力，其目的在于巩固其垄断地位和竞争优势；企业集中的主体一般为两个以上存在竞争关系的企业，这些企业中的一部分或全部在市场中可能已经具备支配力——其集中

〔1〕 垄断的扩张过程和垄断后形成的独占和控制结果，都是对竞争的限制；而限制竞争的行为也都具有垄断的性质。

〔2〕 多数国家的立法都未将垄断行为和限制竞争行为进行严格区分。

〔3〕 史济春：《探究经济法和法互动的真谛》，北京：法律出版社，2002：406-414。

〔4〕 又被称为“限制竞争协议”或“垄断协议”。

〔5〕 特殊情况下，联合限制竞争行为的主体可能为一个，如行业协会。