



南开大学法学院
学术文存

垄断协议的 反垄断法调整

Longduan Xieyi De
FanLongduanfa Tiaozheng

许光耀◇著



人民出版社



南开大学法学院
学术文存

垄断协议的 反垄断法调整

许光耀◇著



人民出版社

责任编辑：姜冬红

图书在版编目(CIP)数据

垄断协议的反垄断法调整/许光耀 著. —北京:人民出版社,
2018.7

ISBN 978-7-01-019065-5

I. ①垄… II. ①许… 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(2018)第 047907 号

垄断协议的反垄断法调整

LONGDUAN XIEYI DE FANLONGDUANFA TIAOZHENG

许光耀 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

天津文林印务有限公司印刷 新华书店经销

2018 年 7 月第 1 版 2018 年 7 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:16.875

字数:408 千字

ISBN 978-7-01-019065-5 定价:48.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

Longduan Xieyi De
FanLongduanfa Tiaozheng

序 言

1997年初在好友冯果同学——即现在著名的冯果教授建议下,确定以反垄断法作为博士论文选题,从那时算起,投身这一学科已超过二十年时间,但真正开始学术生涯是在2002年,我离开了工作十年之久的武汉大学出版社,到中南大学法学院任教,自那时算起,也有十五年多了。三年后调动到湖南大学,2011年5月又到了南开大学。我对自己生活过的每一个城市、每一所学校充满感激,但对于个人的学术成长来说,最难忘怀的是岳麓山下的艰苦岁月,在近十年的时间里差不多可以说一天也没有浪费过,现在似乎终于到了可以有所收获的时候。

由于正式走上学术岗位较迟,内心里一直处于追赶的状态。2003年元旦过后为自己规划了一下未来的道路,打算以五年时间完成一个“三步走”的计划,首先就欧盟、美国反垄断法分别写作一本五六十万字的专著,然后在比较研究基础上梳理中国反垄断法理论体系,并形成一部同等篇幅的综合性著作。开始实施之后立即发现这计划可不轻松,在其每一个操作环节上所遇到的难度都远远超过思想准备,每一天的研究任务都无法按时完成,还有许多关口如蜀道之难,计划的完成不仅遥遥无期,甚至在相当长的时间里根本看不到成功的希望。意志动摇是经常性的,所幸的是终于坚持了下来。回想起来,最关键的考验似乎是在资料的技术性

解读环节,要把成百万字枯燥、冰冷、前言不搭后语的外国法律条文以及飘忽、绕口的外国判例资料分解成尽可能细小的零件进行剖析,再由此得出的零散、破碎且相互矛盾的理解中提炼出逻辑、梳理出脉络最终转化成理论式表达,这一过程中所经历的煎熬至今刻骨铭心。不过随着对专业内容了解的增进,思考能力的增强,就有能力体会到学术的乐趣了。对一手资料进行无微不至的解读是对学术态度的基本考验,沿着这一方向不断追根问底,就能一层层拂开云雾,越来越深入地揭示规则背后的原理,因此这也是积蓄学术功底的最关键环节,是一定要跨过去的,否则只能停留在概念炒作的层面低水平徘徊,是接触不到真知的。

计划在实施的过程中不断增加内容,五年过去时只完成了欧盟法的研究,写作了一个所谓“欧共体竞争法研究丛书三部曲”,从立法、理论与判例研究三方面全方位地完成了欧盟法的系统考察,并依托欧盟法系统呈现出反垄断法都有哪些问题,其基本思维方式与解答方法如何;接下来投入二十八个月翻译了霍温坎普教授的鸿篇巨著《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》,取代了自己原有的美国法写作计划。到2010年初,经过七年多的努力完成了前两步研究计划,终于为比较研究提供了大致牢固的基础,可以开始尝试去梳理我所理解的“中国反垄断法理论体系”。如今又一个七年多过去,分别就垄断协议、支配地位滥用行为以及经营者集中行为完成一本书稿,其中第一本就是本书,第二本已基本定稿,第三本还需要在深度与理论浓度上进一步提升,但总体说来,这个“三步走”的计划历经十五个寒暑终于大致完成了。准确说来,实际花费了十三年多一点,因为其间受林一飞博士与对外经济贸易大学出版社委托,还写作了一本国际私法教材,致使我的反垄断法系统研究中断了整整20个月。这期间一直十分心焦,但我

相信这本书的内容对国际私法学科的推进多少会有一点价值,因而也是不吐不快的;而企图通过这本书来传达的最重要的信息,同样是作者对学术态度,尤其是对资料解读工作重要性的认识。

作为自己所规划的“中国反垄断法理论体系建设丛书三部曲”中的第一本,本书第一稿完成于2011年底,并作为教育部人文社科项目“垄断协议的反垄断法调整”的成果结题,但遗留下一个重要的缺憾,未能为“垄断协议”一词中“垄断”二字的认定提供一个明确的标准。在各国立法上,“垄断协议”被表达为“阻碍”、“限制”、“扭曲”竞争的协议,但始终无法清晰解释如何才能将“扭曲”、“损害”与单纯的“竞争在量上的减少”区分开来,其理论研究中也同样主要着眼于“对竞争的影响”本身来对垄断协议进行定义,未能提供更多的有价值指引。2013年底完成国际私法的写作后,我立即回到这个问题上,而思考的载体则是国内至当时为止所发生的六个转售价格维持案件。这一思考耗去我2014年中近五个月的时间,经历过若干次认识偏差后,决定将垄断协议的定义修正为“对竞争产生排除、限制”,“并由此给当事人带来提高价格的能力”的协议。反垄断法的目的并不是维护竞争,而是阻止经营者通过提高价格的方式来增加利润,从而维护效率的最大化,因此垄断协议的定义也必须以反垄断法的目的为依托,增加这后半句话可以超越对“竞争”二字的纠结,更直接地把握本质;不仅如此,这半句大白话对于增强垄断协议认定过程中的操作性更有直接意义,对于纵向协议来说尤其如此。纵向协议同样必须满足上述定义才能构成垄断协议,接下来面对的第一个问题就是,纵向协议排除、限制了什么人之间的竞争?由于双方当事人之间并无竞争关系,因此所排除、限制的只可能是一方当事人与其竞争者之间的竞争,即两个层面的横向竞争;而在每一个层面上能够带来“提高价

格可能性”的行为又只有两种,即垄断协议与支配地位滥用行为,因此纵向协议仅在有可能服务于其生产商当事人的支配地位滥用行为或垄断协议,或经销商当事人的支配地位滥用行为与垄断协议时,才会构成垄断行为,受反垄断法管辖。根据这一认识,必须把纵向协议的认定与其所服务的垄断协议的认定区分开来,纵向协议本身并不直接构成垄断协议,它只会成为垄断协议的工具,而所有垄断协议都是横向的,但纵向协议可以成为对垄断协议进行推定的依据;纵向协议也可能充当支配地位滥用行为的手段,因此其调整过程也不能局限于垄断协议的分析框架。所有这些心得均大大受益于对上述几个案例的体会,这再一次验证了实践对于理论研究的检验作用与引导作用。

感谢人民出版社承担本书的出版工作,为不辜负厚爱,行将交稿之际又对全文进行最后一次通读,原本打算整理一下文字,不料却整理出意外的收获。在对纵向协议的认识上,传统上十分强调“品牌间竞争”与“品牌内部竞争”的区分,认为横向协议影响品牌间的竞争,而纵向协议主要影响品牌内部的竞争。这一区分是反垄断法上的常识,也是我直接接受的,虽然始终感到这种区分的目标及意义有些模糊,其背后道理的表达也不够敞亮,更何况还有很多纵向协议会影响品牌之间的竞争,因而这一分类也并不严密。如果按照本书关于纵向协议的上述分析方法,将涉嫌行为人作为划分标准,以“生产商之间的竞争”与“经销商之间的竞争”来取代品牌内、外部竞争的分类,或许更有助于增强周延性、逻辑性、透彻性与可操作性:如果当事人的转售价格行为只影响经销商之间的竞争,可以追问是否发生了经销商的支配地位滥用行为或垄断协议;如果影响到了生产商之间的竞争,则应怀疑是否发生了生产商支配地位滥用行为或垄断协议。诸如“轴辐协议”这样的概念只

着眼于行为的外观描述,无力将其中所涉及的不同关系区分开来,因此无法提供解决方法。这一认识的奇特性在于我当时对它全然没有预期,事后回想起来,似乎就像牛顿的苹果一样,一些想法毫无征兆地猛然间闪现出来。这种神奇体验在我的学术经历中还是第一次。以往每取得一点进步都十分艰难,真希望这样的幸运以后能经常光顾。至于这些想法的详细表述及具体的论证过程,敬请关注本书第二章及第五章里相关的内容。与书中其他部分的内容一样,这些观点能否成立,其意义如何,尚需得到实践的检验,也恳请读者提出批评,发送到我的邮箱(xuguangyao2002@163.com),以利于在以后的研究中修正,在此预先表达衷心的感谢。

目 录

第一章 竞争经济学基本原理	(1)
第一节 绪论	(1)
第二节 西方竞争经济学理论回顾	(8)
一、古典经济学派的自由竞争理论	(12)
二、新自由主义与完全竞争理论	(14)
三、垄断竞争理论	(23)
四、有效竞争理论	(25)
五、产业组织理论	(30)
六、芝加哥学派	(32)
七、后芝加哥学派	(36)
八、我国《反垄断法》的相关规定	(41)
第二章 垄断协议的认定	(44)
第一节 垄断协议概述	(44)
第二节 欧盟竞争法对“协议”的证明	(48)
一、协议	(48)
二、行业协会的决议	(50)
三、协同行为	(54)
第三节 美国法的明示通谋	(63)

2 垄断协议的反垄断法调整

一、明示的通谋与默示的通谋	(63)
二、美国法对明示通谋的证明	(64)
第四节 美国反托拉斯法的“默示通谋”	(70)
一、默示通谋概述	(71)
二、波斯纳用于“发现和证明通谋”的 “经济学进路”	(74)
三、霍温坎普的意见	(97)
第五节 “垄断协议”一词中的“垄断”	(105)
一、“垄断”的认定标准	(106)
二、横向协议与纵向协议	(109)
三、横向“垄断”协议的证明	(113)
四、纵向协议构成垄断行为的证明	(127)
第六节 垄断协议的主体	(134)
第七节 关于我国反垄断法相关规定的评析	(138)
一、我国反垄断法关于垄断协议的规定	(138)
二、对于上述规定的评析	(140)

第三章 判定垄断协议违法性的标准

(163)

第一节 美国反托拉斯法判定垄断协议违法性的 规则	(165)
一、适用《谢尔曼法》的早期判例	(166)
二、本身违法规则的确立	(173)
三、合理规则	(178)
四、本身违法规则与合理规则的比较	(184)
五、晚近案件的考察	(187)
六、霍温坎普路线图	(207)

第二节 欧盟竞争法判定垄断协议违法性的规则	(216)
一、第 101 条(1)的内容	(216)
二、第 101 条(3)的内容	(217)
三、第 101 条(1)的适用标准	(218)
四、豁免标准	(220)
五、欧盟法与美国法的比较	(236)
六、欧盟的成批豁免方式	(239)
第三节 我国《反垄断法》的豁免制度	(244)
一、我国《反垄断法》的相关规定	(244)
二、《反垄断法》中关于“一律禁止”的规定	(246)
三、《反垄断法》中关于豁免的规定	(251)
四、关于反垄断分析方法	(258)
第四节 欧盟 GlaxoSmithKline 案评析	(259)
一、基本案情	(259)
二、一般销售条件是否构成“协议”	(262)
三、一般销售条件是否限制竞争	(263)
四、一般销售条件是否符合豁免条件	(269)
第四章 横向协议的反垄断法调整	(272)
第一节 限制性最严重的协议类型	(276)
一、固定价格	(278)
二、产量限制	(294)
三、划分市场	(302)
第二节 研究与开发协议	(307)
一、研究与开发协议概述	(307)
二、研发协议的反垄断分析方法	(311)

三、欧盟委员会《研发协议成批豁免条例》	(322)
第三节 生产协议	(332)
一、生产协议的负面效果	(333)
二、生产协议的效率	(339)
第四节 专业化协议	(340)
一、专业化协议概述	(340)
二、欧盟委员会《专业化协议成批豁免条例》的内容	(344)
第五节 联合购买协议	(348)
一、是否构成垄断协议	(350)
二、是否符合豁免条件	(353)
第六节 联合销售协议	(354)
一、联合销售协议概述	(354)
二、垄断协议的认定	(357)
三、能否得到豁免	(359)
第七节 联合拒绝交易	(360)
一、垄断协议的认定	(361)
二、积极效果与消极效果的具体比较	(364)
三、我国反垄断法关于联合拒绝交易行为的规定	(368)
第五章 纵向协议的反垄断法调整	(372)
第一节 纵向协议的概念	(372)
一、纵向协议的含义	(372)
二、与代理协议的区别	(374)
三、纵向协议一方当事人与其竞争者之间的垄断协议	(377)
四、纵向协议双方当事人之间的垄断协议	(378)
第二节 纵向协议的一般积极效果	(380)

一、解决“搭便车”问题,有利于生产商进入新市场	(381)
二、解决“套牢”问题,保护一方当事人的投资	(383)
三、有利于维护产品的质量,以及经营方式的统一性 ...	(385)
第三节 欧盟委员会 330/2010 号条例	(386)
一、成批豁免的适用范围	(388)
二、市场份额门槛	(396)
三、核心限制	(397)
四、被排除的限制	(398)
五、网络效应	(402)
六、成批豁免的撤销	(402)
第四节 转售价格维持	(404)
一、转售价格维持的定义	(405)
二、美国传统上适用本身违法规则的理由	(417)
三、对适用本身违法规则的反对意见	(422)
四、Leegin 案	(425)
五、合理规则的操作方法	(426)
六、我国《反垄断法》关于转售价格维持的规定	(431)
七、我国已经发生的相关案例的考察	(438)
第五节 排他性销售协议	(454)
一、排他性销售协议的概念	(454)
二、排他性销售协议的反垄断分析	(458)
第六节 排他性购买协议	(463)
一、排他性购买协议与不得竞争限制的概念	(463)
二、排他性购买协议的负面效果及其考察因素	(465)
三、排他性购买协议积极效果的考察因素	(471)
四、排他性购买协议的基本反垄断分析方法	(473)

五、排他性销售限制与排他性购买限制并用	(474)
第七节 选择性销售协议	(475)
一、选择性销售协议的概念及分类	(475)
二、选择性销售协议的反垄断分析方法	(479)
第八节 特许协议	(483)
一、特许协议的概念	(483)
二、特许协议的特点	(485)
三、特许协议的反垄断法分析	(487)
第六章 横向垄断协议宽大制度	(494)
第一节 宽大制度的适用范围	(496)
一、宽大制度只适用于横向垄断协议	(496)
二、对乳粉案中宽大制度适用范围的分析	(499)
第二节 宽大制度的基本内容	(502)
一、申请人:排除“强迫者”	(502)
二、授予宽大待遇的标准	(505)
三、宽大的条件	(517)
四、对申请人的保护	(521)
第三节 宽大升级制度与处罚升级制度	(522)
一、宽大升级制度	(522)
二、处罚升级制度	(523)

第一章 竞争经济学基本原理

第一节 绪 论

经营者的基本经济属性是追求利润最大化,反垄断法并不反对这一点,但反对经营者利用市场力量来实现利润最大化。利润来源于销售额,而销售额=价格 $\times$ 销售量,因而要想实现利润最大化,经营者只能在价格、销售量两个变量上想办法,概括地说,经营者增加利润有两种方式:

1. 通过扩大销售量从而增加总销售额。一般来说,价格与销售量成反对应关系,扩大销售量需要降低产品价格。在正常的市场条件下,假设一种产品定价为1万元时,消费者有能力支付的购买量是2万件,这时生产商的产出应当为2万件;如果产出扩大到3万件,就必须降低价格,否则就会有1万件产品卖不出去。这时降价是对其所有3万件产品一同降价,而不是对前2万件产品保持原价,只对多生产的1万件产品降价,因为这3万件产品是一起推向市场的,市场无法区分哪些属于前2万件,哪些属于新增加的1万件,在存在1万元的价格时,消费者也不会接受2万元的产品。产出越多,价格就要降得越多。在竞争性条件下,各经营者为了取得竞争优势,争取更多的消费者,会把价格降到不能进一步降

低的水平,也就是相当于成本的水平,^①如果想进一步降低价格则必须进一步降低成本,而要降低成本又必须从事必要的创新研发活动。采用这种方式,消费者的需求可以在量上得到充分的满足,在质上不断得到提升,产品价格尽可能低廉,整个社会的创新加速,社会经济向更高的层次发展。这种方式是竞争性条件下的利润最大化方式,也是反垄断法所鼓励的利润最大化方式。

2. 通过提高价格的方式提高利润率。提高价格意味着产出必须减少,否则必定会有部分产品销售不出去,因而经营者必定会将这部分产出压缩,导致社会总产出减少,这使得消费者的需求从量上将得不到充分的满足,却要付出更高的价格,而且由于不必降低成本,因而经营者的研发动力也不充分,没有从事创新活动的强烈需要,妨碍社会经济与技术的进步。因此,这是反垄断法所反对的利润最大化方式。

而对经营者来说刚好相反。经营者追求的是利润,而不是销售额,所以它并不片面追求扩大销售量,因为通过这种方式增加利润十分辛苦,也需要投入大量资本,还要从事研发活动,而这些都是有风险的。将产品价格提高 10%,可能会使利润率增加 100%,^②由于提高价格时产出量减少,还可以减少总成本投入,也免去了从

① 日常生活中,人们往往将成本理解为生产过程所消耗的各种有形及无形财产的成本,即会计上的成本,企业的收入扣除成本即为利润,扣除税收后可以用于分配,股东的股息及红利均属于利润的组成部分。而反垄断分析中采用的是经济学意义上的成本概念,是指按原规模进行下一个轮回的生产所需要的成本,包括原材料等有形财产的成本、技术等无形财产的成本,也包括股东的股息与红利,因为如果股东不能得到这些,下一轮生产过程就无法进行。因此,经营者降价只能降到这个水平,否则无法收回其为这一轮回的生产所作的投入。

② 假设价格为 10 元,利润率是 10%,则利润为 1 元。如果将价格上涨 10%,即上涨到 11 元,则利润为 2 元,比原先增加了一倍。