

国际反垄断法

刘宁元 司平平 林燕萍 著

上海人民出版社



本书由上海市汽车工业教育基金会资助出版

国际反垄断法



刘宁元 司平平 林燕萍 著
上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际反垄断法/刘宁元等著.

—上海:上海人民出版社,2002

ISBN 7-208-04292-6

I. 国... II. 刘... III. 反托拉斯法—研究—世界

IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 065101 号

责任编辑 李 卫

封面装帧 陈 楠

国际反垄断法

刘宁元 等著

世纪出版集团

上海人民出版社出版、发行

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

新华书店上海发行所经销 上海天马印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 12.25 插页 5 字数 281,000

2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

印数 1-4,100

ISBN 7-208-04292-6/D·742

定价 22.50 元

作者简介

刘宁元 男，华东政法学院国际法系副教授，硕士研究生导师；华东政法学院国际经济法研究所国际贸易法研究室主任；中国法学会会员，中国国际私法学会理事。常年大学和科研机构从事国际私法和国际经济法研究，反垄断法是作者研究的重要领域之一。自1998年以来，作者出版和发表的专著、参编著作和教材、论文、词典主要有：《国际经济法专论》（国际竞争法篇）、《拍卖法原理与实务》、《国际经济法国际私法》、《WTO与地方行政管理制度研究》、《论国际竞争法的新领域-WTO及其规则》、《属人法的历史和现状》、《辞海》（国际法部分）、《经济大辞典》（法律部分）等。

司平平 男，华东政法学院国际法系副教授，硕士研究生导师；华东政法学院国际经济法研究所国际贸易法研究室副主任。1994-1996年在美国密歇根大学法学院研究国际法、国际贸易法和反垄断法；1999年-2000年作为欧盟-中国学者交流项目访问学者，在英国伦敦大学研究欧盟反垄断法。自1987年以来，发表《国家行为原则及其发展》、《环境保护与国际贸易限制》、《国际法不支持台独》等学术论文多篇，并参与撰写《国际法学》、《中国对外经济贸易法律大词典》、《国际经济法新论（国际反垄断法篇）》等教材、专著和词典。

林燕萍 女，华东政法学院国际法系副教授，硕士研究生导师；华东政法学院图书馆馆长。现为华东政法学院国际法专业博士研究生。曾发表学术论文数十篇，合著、参著四部，主要研究领域为比较法、国际法和反垄断法。

章毓 女，华东政法学院国际法专业硕士研究生。主要研究领域为国际法、国际私法和反垄断法。

引 言

反垄断法,不同国家有不同的习惯名称。美国称之为“反托拉斯法”(Antitrust Law),日本称之为“公平交易法”(又称“禁止垄断法”),德国称之为“卡特尔法”(又称“反限制竞争法”),法国称之为“公平交易法”,俄罗斯称之为“限制垄断活动的法律”,欧洲联盟则习惯称之为“竞争法”(Competition Law)。无论名称如何,各国均认为,反垄断法的基本目的是“改善经济效能,使消费者享受较低的价格、更多的选择和更好的产品质量”^①。

反垄断法产生于各国国内法体系,这一法律部门也是从国内法体系中发展起来的。目前,在各国反垄断法中表述的实体规则主要包括以下方面:(1)对限制竞争协议(横向协议和纵向协议)的规制规则;(2)对滥用市场支配地位的规制规则;(3)对企业合并的规制规则;(4)对不正当竞争行为的规制规则。除此之外,为实施反垄断法,各国还颁布了大量的行政法规和程序性法规,用以确立反垄断执法机构、反垄断执法机构的职权和分工、反垄断执法机构的执法程序等。无论是反垄断法中的实体规则,或者是与实体规则相关的行政法规和程序法规,都应当被认为是反垄断法的有机组成部分,反垄断法是上述规则的总和。

严格地说,国际反垄断法完全不同于各国国内反垄断法,也

^① 参见经济合作组织编写的《竞争法的基本框架》第二部分“引论”。

非各国国内反垄断法的简单综合；国际反垄断法产生于国家间在反垄断领域的合作，国际反垄断法坚实的基础是各国为规范国际竞争秩序而缔结的条约。20 世纪初，国家间开始在反垄断法领域进行合作，国际反垄断法开始萌芽；之后，特别是 20 世纪中期之后，国家间在反垄断法领域的合作明显加强，国际反垄断法已显雏形；1995 年 1 月 1 日，WTO(World Trade Organization, 世界贸易组织)成立，WTO 规则以条约的形式在广泛的经济贸易领域规范了竞争秩序，它为国际反垄断法奠定了基础。反垄断法在国际领域的产生和发展根源于下述原因：其一，市场要素在国家间的流动、相互作用、相互影响，呈现经济全球化的趋势，要求建立国际间的竞争秩序；其二，各国对反垄断法及其主要原则和规则的共识，即维护竞争是发展经济的动力，竞争必须以公平、公正为基础；其三，各国反垄断法的歧义及其反垄断法域外适用所导致的冲突，将破坏国际间的竞争秩序，其结果是国内竞争秩序也难以维持。

我们注意到，历史发展到今天，反垄断法存在着两方面的渊源；其一是国内法渊源，其二是国际法渊源，这是不争的事实。但在实际研究中，学者们均将研究重点放在反垄断法的国内渊源方面，或者说多立足于国内法体系探讨反垄断法的原则和规则，其结果是少有提及“国际反垄断法”这一名称。学者们采用这样的研究方法有其理由。各国国内的反垄断法已经有了较长的发展历史，一些国家，特别是市场经济发达国家，其反垄断法的规则体系是较为完备的；由于各国的社会、经济环境不同，成长于不同国家的反垄断法，在规则设置和规则内容上存在较多差异；相比较而言，反垄断法的国际法渊源较为薄弱，以条约形式表现的反垄断规则在体系上远不能说完备，WTO 规则虽说以维护公平竞争为原则，但 WTO 规则本身并非专门化的反垄断规则。

我们同时注意到,各国经济的相互融合,使经济全球化已经成为不可逆转的趋势;原本局限于一国境内的垄断危害早已威胁到国际经济的健康发展,反垄断法的国际法渊源正是在此背景下产生的。20世纪中期以后,得益于联合国相关组织、经济合作与发展组织(以下简称“经合组织”)、欧洲共同体等一些国际组织的推动,通过国际法渊源表现的反垄断法规则正在接近通过国内法渊源表现的反垄断法规则。因此,就如同研究反垄断法的国内法渊源离不开反垄断法的国际法渊源一样,研究反垄断法的国际法渊源也离不开反垄断法的国内法渊源。学者们已普遍从专门研究某一国的反垄断法,转而开始在“反垄断法”这一总标题下比较研究各国反垄断法。研究方法的转变充分说明:其一,学者们已意识到反垄断法存在共性,这一共性不仅仅表现在反垄断法的国际法渊源方面,也同时表现在反垄断法的国内法渊源方面;其二,着眼于国际经济秩序,反垄断法已难以在国内法体系中表述完全,国际反垄断法作为一个相对独立的学科已经形成。

我们认为,国际反垄断法是隶属于国际经济法的一个相对独立的学科,国际反垄断法的渊源包括国际法和国内法两个方面。有鉴于此,作者在本书中将立足于国际反垄断法的上述两方面渊源进行研究。研究国际反垄断法的国际法渊源,其目的在于通过展现、评价已有的国际规则,进而完善国际规则体系;研究国际反垄断法的国内法渊源,其目的在于通过比较现有的各国国内规则,评价其共性和差异,一方面可以促进国际规则体系的完善,另一方面有益于各国改善其国内规则体系,因为说到底,国际反垄断法的实施,离不开各国国内反垄断法的作用。同时,本书在最后设专章,分析、研究中国的反垄断立法和执法体制,希望能为中国反垄断法制建设尽绵薄之力。

目 录

引言	1
第一章 国际反垄断法概述	1
第一节 反垄断法的基本问题	1
第二节 反垄断法的产生和发展	24
第三节 国际反垄断法	39
第二章 反垄断立法与反垄断执法机构	53
第一节 美国的反托拉斯法及其执法机构	53
第二节 欧盟反垄断立法和执法机构	73
第三节 其他国家的反垄断立法和执法机构	80
第三章 反垄断的两大国际习惯规则	89
第一节 本身违法规则	90
第二节 合理规则	97
第四章 固定价格	105
第一节 固定价格概述	105
第二节 固定价格立法	110
第三节 禁止横向固定价格实践	118
第四节 禁止纵向固定价格实践	125
第五节 协会与固定价格	131
第五章 纵向限制竞争协议	136

第一节	搭售	136
第二节	排他性协议	142
第三节	市场分割	147
第四节	知识产权——垄断与反垄断	152
第六章	贸易歧视	157
第一节	贸易歧视概述	157
第二节	价格歧视	162
第三节	拒绝交易	173
第四节	佣金津贴与推销津贴	180
第七章	企业合并与反垄断法	185
第一节	反垄断法中的企业合并概念	185
第二节	发达国家反垄断法中的企业合并规制	187
第三节	控制企业合并的实质性标准和例外情形	202
第四节	跨国合并对反垄断法的挑战	219
第五节	经济全球化与国际性企业合并规制	236
第八章	对消费者的直接保护	245
第一节	反垄断法与消费者保护	245
第二节	消费者保护法的执行	246
第三节	不正当的广告宣传	251
第四节	不正当的销售做法	258
第五节	欧盟消费者保护法的改革方案	262
第九章	反垄断法中的豁免制度	265
第一节	国家行为豁免	265
第二节	对外贸易豁免	269
第三节	知识产权豁免	278
第四节	自然垄断与反垄断法豁免	287
第十章	国际范围内反垄断法的冲突与合作	293

第一节	国际间反垄断的法律冲突·····	293
第二节	反垄断法方面的双边合作·····	298
第三节	反垄断法的多边合作·····	301
第十一章	WTO 规则与国际反垄断法·····	308
第一节	WTO 框架下的竞争规则·····	309
第二节	WTO 框架内的国际反垄断法方案·····	314
第三节	WTO 规则对国际反垄断法的影响·····	321
第十二章	中国的反垄断制度·····	329
第一节	市场经济体制及反垄断性质的立法·····	329
第二节	不正当竞争行为规制:立法与实践·····	333
第三节	中国的垄断与反垄断问题研究·····	352
主要参考书目·····		379
后记·····		381

第一章 国际反垄断法概述

第一节 反垄断法的基本问题

一、垄断和竞争

垄断和竞争是相对应而存在的概念,因其涉及到反垄断法的立法宗旨和目标,故明确其含义对于理解反垄断法格外重要。

(一) 一般含义

1. 垄断(Monopoly)

何谓垄断?垄断对于市场意味着什么?这里我们先来看看美国反垄断法研究专家马歇尔·C. 霍华德对于“纯粹垄断”的分析。霍华德指出,纯粹垄断是指某企业在市场上取得这样的地位,该企业是市场上的唯一企业,该企业的产品在市场上是独一无二的产品,由于某些实质性障碍的存在,使其他企业无法进入市场,故该企业的需求也就是市场的需求;在此情形下,该企业选择的价格就是市场价格,或者说它完全有能力控制市场价格;能够给该企业带来最大利润的生产规模要比竞争条件下的生产规模更小,但垄断的价格却比竞争的价格更高;由于进入市场的障碍阻止了具有竞争能力的新的生产能力的出现,因此,该企业可以按其最低的平均总成本所决定的生产规模来进行生产,从而放弃对业已存在的规模经济

的利用。^①

当然,纯粹垄断仅是一种理论模式,在现实生活中纯粹垄断极少发生,一般为经济学家认可的垄断是寡头垄断或竞争垄断。寡头垄断或竞争垄断是指,市场上的企业数量十分有限,或者虽然有较多的企业,但在这些企业中,仅有一家或少数几家企业占有较大的市场份额;在此情形下,竞争虽依然存在,但极易被限制、扭曲,握有较大市场份额的企业可以凭借自己的优势地位,各自或结合在一起,对市场或相当于市场层次上的经济运行进行干扰、支配,其目的在于控制市场,获取高额利润。^②如此看来,垄断应当一般定义为市场主体单个地或集体地对市场的支配或控制,它主要由市场内的企业数量和市场份额决定。

2. 竞争和有效竞争

竞争(Competition)是商品经济的产物。虽然在文义上竞争一词是泛指,但本书所称竞争仅指企业间为了特定的市场目的所进行的市场竞争。竞争表现为市场上的多数主体为同一目标所进行的争斗。经济合作与发展组织(OECD)推荐用下述定义解释“竞争”一词:一种过程,在这一过程中,独立地行动于市场中的市场主体相互地限制着对方控制该市场中通行交易条件的能力。^③经济学家通过展现“完全竞争”(Perfect Competition)的条件试图烘托出竞争的一般含义。完全竞争需具备如下条件:(1)大量的卖主和买主;(2)所有卖主都以

^① 参见马歇尔·C·霍华德:《美国反托拉斯法与贸易法规》,中国社会科学出版社1991年版,第68—69页。

^② 张德霖:《竞争与反不正当竞争》,人民日报出版社1994年版,第125—127页。

^③ 参见经济合作与发展组织编写的《竞争法的基本框架》第四部分“定义”。

追求最大经济利润为目标；(3)产品的同类性，即买主所相信的产品相同；(4)无进入市场的限制；(5)每个竞争者都有机会获得完备的市场信息。^①

完全竞争理论勾勒出了完美的竞争模式，但对于社会现实来说，它是过于理想化了。按照完全竞争标准规范市场竞争的设想受到来自理论和实践两方面的指责，不为其不完美，而为其不可能。1940年，美国经济学家克拉克(J. M. Clark)在《美国经济评论》上发表了《关于有效竞争的概念》一文，文中扬弃了完全竞争理论，提出了“有效竞争”(Workable Competition)的理论，即如果一种竞争在经济上是有益的，而且根据市场的现实条件又是可以实现的，那么，这种竞争就是有效竞争。^②有效竞争使竞争一词在反垄断法上有了新的内涵，其意义不在于排斥竞争对市场的作用，而是从实践出发，理智地权衡竞争的静态标准为动态标准。一些学者将此标准概括如下：

结构标准：

- (1) 不存在进入和流动的人为限制；
- (2) 存在对上市产品质量差异的敏感性；
- (3) 交易者的数量符合规模经济的要求；

行为标准：

- (4) 厂商间不互相勾结；
- (5) 厂商不使用排外的、掠夺性的高压手段；
- (6) 推销时不搞欺诈；
- (7) 不存在有害的价格歧视；

① J. H. Agnew *Competition Law* Allen and Unwin Ltd 1985, page 25—26.

② 转引自王晓晔：《企业合并中的反垄断问题》，法律出版社1996年版，第21—22页。

(8) 对抗者对其他人是否会追随他们的价格波动没有完备的信息;

绩效标准:

(9) 利润水平刚好足以酬报创新、效率和投资;

(10) 质量和产量随消费者需求而变化;

(11) 厂商尽其努力引进技术上更优的新产品和新的生产流程;

(12) 没有过度的销售开支;

(13) 每个厂商和生产过程是有效率的;

(14) 最好地满足消费者需求的卖者得到最多的报酬;

(15) 价格的变化不会加剧周期的不稳定。^①

由上述分析可知,垄断的实质在于单方面的控制,而竞争的实质在于相互制约,其作用的对象均为市场,唯有通过市场要素的分析,方能得知是垄断还是竞争。

(二) 竞争主体和垄断主体

竞争主体和垄断主体是反垄断法的适用对象,是反垄断法律关系的构成要素之一。现实生活中,竞争和垄断是相对而言的,竞争产生垄断,垄断限制竞争;同是一个企业,当其行为符合有效竞争的条件时,可称为竞争主体;当其行为超出合理竞争的限度,危及到市场竞争秩序时,可称为垄断主体。因此,抛开行为标准对人们观念的影响,竞争主体和垄断主体是合二而一的,可以统称为反垄断法律关系的主体。

反垄断法律关系的主体在世界各国的法律规定中稍有差异。美国以“人”(Person)一词来表述反垄断法律关系的主体,如谢尔曼法(Sherman Act)的适用对象为“任何人”,无

^① 转引自曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社1996年版,第28—29页。

论是公司还是个人,如果参与了限制州际或国际间的贸易和商业,都将受到法律的制裁。^①日本以“事业者”和“事业者团体”来表述反垄断法律关系的主体。根据《禁止私人垄断及确保公平交易法》规定:事业者指经营商业、工业、金融业等的事业者,以及为事业者的利益而进行活动的干部、从业人员、代理人及其他人;事业者团体指以增进事业者共同利益为主要目的的两个以上的事业者的结合体或联合体。^②德国《反不正当竞争法》和《反限制竞争法》以“行为人”、“企业或企业协会”(Enterprise and Enterprise Association)来表述反垄断法律关系的主体,但法律本身对何谓行为人、企业或企业协会,并未明确界定,而是将具体的解释工作留给了司法部门;根据联邦法官的意见,上述表述意指“长期地、独立地从事商品制造、贸易、商业服务的所有个人和组织”^③。欧盟反垄断法以“企事业者”(Undertakings)一词来表述反垄断法律关系的主体,具体所指“能够对竞争产生任何潜在影响的一切自然人和法人,无论它们具有何种法律特征……包括营利性的,也包括非营利性的,……含个人、商业组织、国有企业、国家(从事特定任务时)……”^④。俄罗斯《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》以“经济实体”来表述反垄断法律关系的主体,经济实体指俄罗斯和外国个人企业家、商业组织及其联合体(联合会或协会)、非营利性组织。^⑤中国台湾以“事业”一词概括反垄断法律关系的主体,其《公

① 参见美国《谢尔曼法》第1条、第2条和《克莱顿法》第1条。

② 参见日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》第2条第1项、第2项。

③ BGH Wu W'EBGH1469'Auto analyzer'(3'22'1967)

④ Competition Law, Richard Whish, Butter Worths, 1985, page 116.

⑤ 参见俄罗斯《关于竞争和在商品市场中限制垄断活动的法律》第4条。

平交易法》规定：事业包括公司、合资或合伙之工商行号、同业公会、其他提供商品或服务人事交易之人或团体。^①经合组织建议以“厂商”一词来表述反垄断法律关系的主体，并将厂商解释为“以任何形式直接或者间接地从事经济活动的自然人或法人、政府机构、合伙组织或者协会”^②。

由此可见，反垄断法律关系的主体在各国反垄断法的规则、制度中是相当广泛的。具有法人地位的公司、企业等是反垄断法律关系的普通主体，其在市场上的每一个行为都可以用反垄断法规定的标准去衡量、制约；自然人，因其从事的与市场竞爭相关的活动而成为反垄断法律关系的主体，许多国家（如美国、日本、俄罗斯等）在反垄断法中直接规定自然人的义务。即使未将自然人的义务直接规定在反垄断法中的国家（如德国），也通过司法实践将反垄断法适用于自然人；反垄断法律关系的主体还包括未取得法人地位的组织 and 团体，如政府部门、行业组织、民间团体等，这些组织和团体因实施了影响市场竞争的行为而必然受到反垄断法的制约。另外，反垄断法律关系的主体不以营利性为先决条件，如各种行业协会、公会，虽属非营利性组织，但因其涉于竞争关系之中并有限制竞争的可能而成为反垄断法律关系的主体。

总之，反垄断法律关系主体的外延十分广泛，除明文规定豁免于反垄断法的管辖，各国反垄断法律制度将所有可能的主体因素一网打尽，其目的在于保护竞争，禁止垄断。

（三）垄断行为和垄断状态

在法律层面上，垄断是行为和状态的规定性。

^① 曹士兵：《反垄断法研究》，第4页。

^② 参见经济合作与发展组织编写的《竞争法的基本框架》第四部分“定义”。

垄断首先是一种行为的规定性。反垄断法关注市场主体的行为,只要该行为的目的是限制竞争,无论行为主体是单个的还是联合的,无论垄断危害已经出现还是将要出现,都将受到法律的制裁。例如,美国谢尔曼法第1条规定:任何契约、以托拉斯形式或其他形式的联合、共谋,用来限制州际间或与外国之间的贸易或商业,是非法的;任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋,是严重犯罪。此处的“签订”、“联合”、“共谋”显然指当事人的行为。又如德国反对限制竞争法第24条对竞争规则进行解释时称:竞争规则,是指那些规范企业在竞争中的行为,以抵制竞争中之有悖正当竞争原则或者有效竞争原则的行为,并鼓励在竞争中形成符合这些原则的行为的规定。^①

垄断是一种行为的规定性的意义在于,垄断大都通过市场主体的行为表现,法律对这些行为均有明确的规定,包括行为的构成、行为的表现形式、对行为的处罚方法、行为的豁免条件等。垄断作为行为的规定性是不言而喻的,这不仅仅在于从理论上说法律是行为的规范,而且在于从实践上说,各国反垄断机构均以垄断行为作为主要打击对象,读者不妨从各国反垄断法的有关条文中信手拈来,处处可见对于行为的规制。在各国反垄断法中涉及垄断的行为有:独占、兼并、股份保有、董事兼任、独家交易、限制转售价格、差别待遇、掠夺性定价、搭售和附加不合理交易条件、强制交易、联合行动,等等。

垄断亦是一种状态的规定性。反垄断法十分关注市场集中程度,认为市场集中程度与竞争是反向伸长的,市场集中程度越低,越有利于展开充分竞争,反之则竞争不复存在或者竞争表现得极不充分;因此,垄断状态实指市场已达到或超过法律所界定

^① 参见经1998年修改的《反对限制竞争法》。