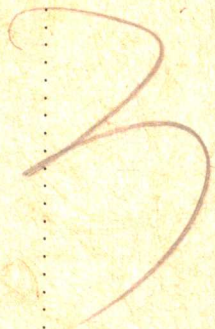


竞争法学原理

刘继峰／著



中国政法大学出版社

D912.290.1

25

2007

竞争法学原理

刘继峰 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

竞争法学原理/刘继峰著. —北京:中国政法大学出版社,2007.2

ISBN 978-7-5620-3032-4

I. 竞... II. 刘... III. 市场竞争-经济法-法的理论
IV. D912.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 023142 号

书 名 竞争法学原理
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 13.125
字 数 325 千字
版 本 2007 年 3 月第 1 版 2007 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3032-4/D·2992
定 价 30.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所



目 录

| | |
|-------------------------|------|
| 导 言 | (1) |
| (一) 研究目的和基础 | (1) |
| (二) 研究的中心内容 | (5) |
| (三) 主要研究方法和论证方法 | (9) |
| 第一章 竞争立法原理 | (11) |
| 一、竞争关系及其法律调整的前提条件 | (11) |
| (一) 竞争关系的基本构成要件 | (12) |
| (二) 竞争的两面性 | (14) |
| (三) 竞争“身份”的嬗变 | (23) |
| (四) 竞争关系法律调整的前提条件 | (28) |
| 二、竞争立法分析 | (33) |
| (一) 竞争法的需要与供给 | (33) |
| (二) 竞争立法的借鉴与整合 | (41) |
| (三) 竞争法的认识与评价 | (56) |
| 三、竞争立法模式 | (74) |
| (一) 分立式立法模式及其特点 | (75) |
| (二) 合并式立法及其特点 | (79) |
| (三) 混合式立法模式及其特点 | (81) |
| (四) 立法内容的格式化 | (82) |



| | |
|-------------------------------|--------------|
| 四、竞争法的修正 | (83) |
| (一) 先竞争立法国家的间断—平衡机制 | (84) |
| (二) 我国竞争立法的统合一应变机制 | (89) |
| 第二章 竞争法的地位 | (97) |
| 一、竞争法的独立性探讨 | (97) |
| (一) 从“边缘”到“中心” | (97) |
| (二) 竞争法律关系的特殊性 | (101) |
| 二、竞争法与有关部门法的关系 | (110) |
| (一) 关系的总特点 | (110) |
| (二) 竞争法和消费者权益保护法的关系 | (116) |
| (三) 竞争法和知识产权法的关系 | (132) |
| (四) 竞争法和公司法的关系 | (158) |
| (五) 竞争法和其他有关部门法的关系 | (168) |
| 三、竞争法的地位 | (175) |
| (一) 学科属性 | (175) |
| (二) 学科中的地位 | (178) |
| 第三章 竞争法的调整机制 | (184) |
| 一、基本调整手段及方式 | (184) |
| (一) 基本调整手段 | (184) |
| (二) 调整方式 | (193) |
| 二、反不正当竞争法的调整机制 | (200) |
| (一) 列举条款的基本调整 | (200) |
| (二) 原则条款的辅助调整和补充调整 | (202) |
| (三) 一般条款扩张调整 | (205) |
| (四) 我国反不正当竞争法控制机制的缺失及补足 | (212) |
| 三、反垄断法的调整机制 | (223) |
| (一) 本身违法原则和合理原则 | (223) |
| (二) 本身违法原则与合理原则的衍生原则 | (236) |



| | |
|--------------------------------|--------------|
| (三) 本身合法原则和违法推定原则 | (253) |
| 四、竞争法调整机制的机理 | (256) |
| (一) 维护竞争秩序 | (257) |
| (二) 维护社会公共利益 | (260) |
| (三) 消费者利益和竞争者利益的协调 | (267) |
| 第四章 竞争法的程序控制及法律责任 | (272) |
| 一、程序启动 | (272) |
| (一) 私人 | (273) |
| (二) 职权机关 | (281) |
| 二、程序运行 | (285) |
| (一) 行政控制模式 | (286) |
| (二) 司法控制模式 | (297) |
| (三) 行政控制和司法控制结合模式 | (302) |
| 三、法律责任 | (311) |
| (一) 竞争法责任的特殊性 | (311) |
| (二) 责任替代 | (319) |
| (三) 责任竞合 | (329) |
| 第五章 经济全球化下竞争法的发展趋势 | |
| 及我国因应 | (340) |
| 一、立法上的总特点及趋势 | (340) |
| (一) 原因分析及表现形式 | (340) |
| (二) 结果分析 | (346) |
| 二、调整范围上的新特点 | (350) |
| (一) 反垄断法适用除外范围缩小 | (350) |
| (二) 发达国家或地区反垄断法的域外适用加强 | (354) |
| 三、调整手段上的新特点 | (358) |
| (一) 国际竞争冲突手段的多元化 | (358) |
| (二) 结构主义的衰落 | (360) |



| | |
|--------------------------------------|-------|
| 四、经济全球化对我国竞争环境的影响及 我国竞争法的回应 | (369) |
| (一) 市场中的特殊垄断问题及对策 | (369) |
| (二) 反不正当竞争法的规范化与执法强化 | (400) |
| 参考文献 | (405) |



导 言

（一）研究目的和基础

在我国，竞争已不是一个新生事物了，每一个人都能感受到因竞争而发生的变化。人们享受到了“来自竞争的繁荣”的同时，也为时常陷入商家设置的反竞争陷阱而烦恼，这都和竞争法有关。事实上，现今人们对民法、婚姻法的知悉程度远远高于竞争法。竞争法不为公众所广泛了解、知悉，主要不是因为立法时间晚和法制宣传的不够，而是法律所拥有的特殊调整功能没有充分发挥出来。其进一步的原因是法制不完善、执法不力。

目前，我国反竞争行为的法律调整主要依《反不正当竞争法》及有关此方面的大量分散、细碎的法规。《反不正当竞争法》的简略条文令许多偏爱形而上学的人感到不值得花费时间研究；而分散、细碎的法规常常令专业人士皓首穷经、案牍劳形。这种立法的不系统也阻碍了经营者合法竞争意识和消费者权益保障意识的形成，并给竞争执法带来了这样那样的问题。法制不完善不仅仅体现在立法分散上，调整范围的狭小、机制不健全等都是问题的关键。

有人言称，在中国，和其他法的执法环境相比较，竞争执法环境是最差的。这种说法未免言过其实，但不正当竞争纠纷和垄断现象大量存在是不争的事实。涉及到执法环境的反竞争行为主要有以下几种情况：一是明显违法的行为不被惩处。即经营主体



的行为触及我国竞争法律规范中明确禁止的规定而未被惩处。这多源于受害者怠于行使其享有的法律救济权，或执法者怠于行使法律赋予的监督权和处罚权。二是涉嫌违法行为不好查处。一些行为处在反不正当竞争法的边缘，按照“规范”来评判该行为不违法，按照“原则”来裁量又缺乏法律依据。例如“范怡文”案件；三是明显不公平行为无法规制。即主体经营行为在现行竞争法律制度中没有相应的规定，但依据竞争法律理论，该行为应当被认定为违法。例如“利乐公司”案件。第二、三种现象产生的原因主要是法律制度不完善。

法律制度和执法上的问题，可以从规范上分析，但更应该进行理论研究。任何一个社会规则的产生都需经由规则的确定、规则解释、规则检验和规则发展的完整过程，法作为一种特殊的社会规则也不例外。这一过程的研究就是对逻辑形式系统关系的研究，即概念、范畴、判断、原则和规律的相互关系的研究。

竞争法制度的历史总体上晚于民商事法、刑法等，竞争法理论的研究离不开几个先立法国家的竞争法律制度史。理论研究无外乎就是制度研究和原理研究。常见的理论研究以下列方式展开：某外国（地区）竞争法制度研究、某个竞争法律制度的中外比较研究、外国（或地区）之间某个竞争法律制度的比较研究、某国的竞争法理论研究、某种竞争制度的一般理论研究、竞争法的基本理论研究等。通常，制度不能没有理论支持，理论也离不开制度铺垫。但是，理论的理论分析和制度的理论分析在研究的范畴、方法、路径和研究的结果上都有很大的差别。本书的研究范畴打破了国家（地区）竞争法律制度的界限，将外国法律和本国法律的类型规则、成文法中和判例法中的类型规则整合起来，运用系统论、比较分析、实证等方法，沿着从历史到现实、从特殊到一般、从外国到本国、从经济基础上层建筑路径，力图建立竞争法的一般理论结构和理论体系。



本书的写作目的可以概括为两个方面：第一，促进学术发展。在我国，由于一些原因竞争法律理论的探讨并不早于该法律制度的诞生。理论发起的时间虽然不是理论成熟的充分条件，但一种理论成熟则需要有充分的理论探讨过程，而这个过程往往需要较长时间。在我国，竞争法的理论研究尚处于起步阶段。一方面只有较少的理论工作者关注此领域；另一方面关注此领域的一些理论工作者集中在外国制度研究的注意力比国内制度多。其实，欧洲国家在此领域的理论研究也同样经历了一个由学术边缘到学术中心的转变。起初，部分人认为，它离政治学太近，难以引起法学家的兴趣；部分法学家认为，它离经济学太近，缺少法学规范性分析的空间。于是，它便成了学术“荒原”。直到20世纪70年代以后，随着更多的人的加入、耕耘，这一领域才渐渐呈现出学术“家园”的色彩。如果也将我国刚刚起步的竞争法的理论研究比作“荒原”的话，其内里深埋着值得充分挖掘的理论资源，每一个从事此类实践工作的人和热爱此领域的理论工作者都有义务为开发这一“富矿”而尽一份力量。第二，促进我国市场经济法治建设。国民经济运行过程中形成的经济关系，包括经济组织关系、经济活动关系、经济竞争关系、经济调控关系、经济管理关系、经济监督关系和涉外经济关系。国民经济运行法是调整这些关系的法律规范的总称。市场经济条件下，法治建设是在各个具体法律规范逐步完善化和科学化的过程中实现的。每一项法律制度的完善都向法治目标迈进了一步。法律制度的完善是理论与实践充分结合的结果，绝大部分理论探讨都来源于实践并反馈给实践。

理论研究证明，任何一门学科的理论的构建都不是该门学科本身能够独立完成的，即对任何一个学科的研究都无法自给自足。进行竞争法基本理论研究，不但需要熟悉竞争法律制度，还需要掌握经济法理论、企业法律制度、法理学、法哲学、社会学、经



济学等相关知识，尽管作者没有系统地学习过上述法学之外的社会学学科，但多年的经济法理论和竞争法学教学、研究工作没有将上述学科置之度外。当然，除了专业知识和基础知识外，还需掌握相应的资料。资料是理论抽象的前提。学术作品建立在对已有的文献成果分析和深入思考的基础上。对已有理论成果了解和掌握的程度往往影响论文的理论性、学术性，甚至影响创新性。

本书所依托的学术资源及理论成果可以概括为以下方面：

首先，外国竞争立法的历史。如同罗马法能够在古罗马产生是由于其特殊的经济背景决定的一样，经济发展的程度既能够在相应的制度上反映出来，也需要制度的保障。美国、德国、法国以及日本、韩国等竞争立法历史虽各具特色，但有一点是相同的，即适于竞争的社会经济结构。正如经典作家所言，不论是政治的立法还是市民的立法，法律只是记载经济关系的要求而已。一些年来，学者在引进先立法国家的制度方面做了很多工作，出版了较多集理论性和实践性兼备的著作。这为本人思路的展开和本书“情节”的展开提供了基本条件。其次，外国法规范和判例。规范会告诉人们“是什么”。多个规范性比较研究，可以发现制度之间的差异，进而需要回答差异产生的原因，即可以通过理论分析得出“为什么”。目前，在我国理论研究成果的特点是，西方竞争法研究的成果多于本国竞争法的理论研究成果，西方理论研究成果又主要集中在美国、欧盟、德国和日本等国的竞争法制度上。最早系统性的研究成果开始于20世纪80年代中期依附在经济法体系中的日本反垄断制度的译著。随后是美国和欧盟竞争法规范性研究和理论性研究。迄今，单独介绍上述先立法的某一国制度或理论的单项研究较少，更多的是选取某种制度进行横向的比较研究，例如，美国和欧盟企业合并法律制度比较研究；日本、美国企业集中规制比较研究；德国、美国企业垄断控制模式比较研究等，或某个制度的纵向研究，例如合理原则研究、适用除外制度研究



等。目前理论研究的不足之处是对后立法国家或地区的制度介绍相对较少，基本理论研究深度不够。再次，我国的竞争法律规范。我国反垄断法虽长期孕育，但并没有取得人们期盼的“瓜熟蒂落”的结果。其过程中引发的争论振聋发聩，并在一时间激发起有关反垄断法探讨的热情。这和反不正当竞争法出台时的清冷形成了鲜明的对比。无疑，在探讨中展现的开阔的思路、多元的视角、相对系统的思想对于理论研究大有助益。当然，“冷”、“热”都只是表面现象，就我国竞争法律制度上引申出的一些问题还没有得到令人满意的结论，例如消费者的地位、不正当竞争行为和侵权行为的关系、适用中的竞合及责任选择等。也许“小”总是容易被忽略。但等反垄断法“来了”以后，中国的竞争法定会在理论体系上“做大做强”。现在的如火如荼的探讨已经开了一个好头。

（二）研究的中心内容

本书在运用上述成果的基础上进行的不是单向研究或单向比较研究，而是综合研究。其特点是跨度大、资料分散。如何做到“形散而神不散”是一件颇具挑战性的工作。进行这样一项大跨度的研究，中心任务是通过材料的分析提炼出制度的总观念、总特点，从而确定制度体系及体系结构。

本书的中心内容可以概括为以下几个方面：

第一，竞争关系和竞争法律关系的关系特性及规律性。竞争具有两面性。竞争的积极一面和消极一面总是相伴相生的，只是在历史上其消极性的一面比积极性的一面迟滞地显露出来。竞争具有创新功能但也伴生着不正当竞争，竞争可以提高个体效率但无法与社会整体效率自发协调。将竞争放到与其产生和发展相关的历史河流中去审视，在西方文明中，它许诺并提供了财富与经济进步；它也改变了财富的分配，动摇共同体的根基，并向道德规范发起挑战。当经济基础发生的变化使生产集中衍生了经营中的非效能竞争、产生了主体间的依附关系时，且当国家社会职能



增加、国家活动方式改变时，竞争关系便成为竞争法律关系了。法律的需要源于社会矛盾，已有法调整之不足源于社会的新矛盾。竞争法是国民经济运行法的一个子系统，服务于国民经济运行。这个子系统有自身的特点。竞争法系统分析，可以定性描述为：封闭性和开放性、稳定性和变动性、纵横网络性和统一性、模糊性与确定性。定量描述为，数量指标的稳定性和变动性、自由裁量性。竞争法的规范性分析，可以将其特点概括为：竞争政策和产业政策相融合、竞争法将成文法与判例法相融合、公法和私法相融合。

竞争法的立法模式包括分立式立法、合并式立法和混合式立法。不管哪一种立法模式，在内容设置上呈现出立法格式化趋势：反竞争行为的范围依概括加列举的方式确定；禁止、限制与适用中的豁免规定相结合；实体法和程序法相结合；民事责任、行政责任、刑事责任相互配合适用。

法律修正是立法的延伸。不同国家立法的修正机制不同，先立法国家的修正机制可以概括为间断平衡机制，我国及其他转型国家反竞争行为修正机制为统合兼应变机制。

第二，竞争法与其他法的关系总特点及地位。法律的独立性应当具备的基本条件是：有属于自己的、与其他学科特别是相邻学科相区别的研究对象和独特的范畴体系。历史上，竞争立法必要性的争论以及初始竞争法的散漫形态模糊了人们对它的身份的认识，其独立性也饱受质疑。当它的调整对象冲出传统观念束缚慢慢浮出水面，逐步被人们所认识和接受时，竞争法便有了独立的身份。竞争法律关系在主体、客体和内容上具有区别于传统法的特殊性，这些特殊性是竞争法独立性的标志。竞争法具有跨部门法属性，与同属于经济法的其他部门法在适用关系上的总特点是竞合性；竞争法在权力（利）、义务结构上具有复合性，其与民法调整的总特点是规制性。竞争法属于经济法，竞争法在经济



法学科中处于核心地位。

第三，竞争法的调整机制。不同法律内嵌的调整手段不同。民法的控制手段是民事法律规范和民法原则。竞争法的调整手段有三种：列举规范、一般条款、法律原则。竞争法融合了多种调整方式，在总体上体现为强制性调整和否定性调整。在具体方法上，又表现为各种手段相互配合、相互协调。反不正当竞争法调整机制即各种调整手段的综合运用及其实现的调整效果。各种手段的综合运用关系表现为，列举条款的基本调整、原则条款的辅助调整、一般条款的扩张调整。我国《反不正当竞争法》缺少一般条款，且原则条款也无法发挥其功能，这使得我国竞争法的控制机制不健全，由此导致了实践中出现的大量的反竞争行为不被规制，或被规制而援引法律不统一。因此，分析这种控制能力的不足并及时解决之是目前我国反不正当竞争法面临的重要课题。反垄断法的调整手段在列举条款原则化、原则条款规则化过程中，产生了两种法律适用机制，即本身违法原则和合理原则、本身合法原则和违法推定原则。此外，基于本身违法原则和合理原则在垄断的“结构—行为”上的运用和“事前—事后”时间上的适用，衍生出了结构主义与行为主义、预防原则与救济原则。这构成了反垄断控制手段的多层次结构及控制系统运行的基础。不管是反不正当竞争法还是反垄断法，任何一种机制的产生和运行都有其内在的原因，促成机制产生和运行的原理便是机理。竞争法的基本出发点是维护竞争秩序，竞争秩序在法益上是一种公共利益，竞争秩序或公共利益以保障消费者利益和竞争者利益方式实现。因此，调整机制的机理便是竞争秩序、公共利益、消费者利益和竞争者利益三者的协调。具体而言，机理可概括为三个有机方面：竞争秩序是控制机制运行的方向、维护社会公共利益是控制机制运行的根本动力、消费者利益和竞争者利益的协调是法律调整发生作用的方式。



第四，竞争法的程序控制及法律责任。程序控制包括程序的启动，程序的选择和责任的承担。程序控制的启动是启动主体及启动方式结合产生的效果。依启动动力不同，可以分为依申请启动程序和依职权启动程序。根据立法赋予行政权范围大小和司法对行政权力的监督紧密程度不同，产生了多种模式：行政模式、司法模式和行政与司法结合模式。竞争法的责任有转用（或准用）责任和特殊责任两种。在转用责任中并非传统的责任类型都适用，惩罚性赔偿责任是竞争法的特殊责任。竞争法中存在一种特殊的权利、义务、责任的混合体——责任替代，它是传统法律责任理论内涵上的扩展，也是一种特殊的预防性控制手段。竞争行为发生的境况和假借的手段多种多样，当竞争法和其他部门法律共同调整同一行为时，产生了竞争法与其他部门法适用上的竞合。竞合时法律责任的选用是法律竞合的核心问题。

第五，经济全球化经济背景下，竞争法律调整的发展趋势可以概括为三个方面：法律规范的模糊性增强、调整范围上肯定性的内容明显的减少、调整手段上表现为国际竞争冲突的解决手段多元化和结构主义衰落。我国的特殊发展过程和现阶段所处的国际大环境，使得企业反竞争行为有特殊的表现形式，进而决定了反垄断法有与其相适应的特殊任务。就垄断方面，存在涉外垄断行为对国内经济的不利影响问题和行政垄断问题。对国内经济的不利影响的涉外垄断行为主要表现为：国际卡特尔垄断我国市场的不利影响问题、跨国公司滥用市场优势地位的问题、处于竞争法边缘的反倾销问题、技术壁垒限制公平贸易问题。上述问题根本的原因是由生产体制决定的竞争机制的落后。解决上述特殊问题，需要同时从经济政策上和反垄断法上着手，需要扶持和抑制。扶持的目标是提升我国企业的创新能力和竞争力；抑制的对象是阻碍我国企业的创新能力和竞争力的有关垄断行为。反不正当竞争法面临着法律规范化与执法强化两方面的问题。



(三) 主要研究方法和论证方法

本书主要采用系统论方法、比较方法和实证方法。

系统论方法能够揭示整体的实质、质的特征和整体固有的特性；揭示整体的构成，诸部分、要素的量和质的特征，以及诸部分、要素的协调、隶属关系；揭示成为整体运动和发展的重要源泉的各个部分、要素的质的多样性和矛盾性；揭示整体的结构，即内部组织和要素的相互关系，同时判明这些要素之所以如此联系、如此相互作用的原因，以及他们在相互作用中恰好构成这一整体，而不是那一整体的原因；揭示整体的功能，即整体的能动性、各个部分的功能，同时判明各部分的功能如何为整体的功能服务；揭示整体和外部环境的联系，其中包括同自身是其要素之一的更大整体的联系。系统论把对象看做一个系统，系统由若干子系统构成，子系统结构分支多，结合复杂、相互联系、相互制约。对反竞争行为法律控制机制研究可以建立在系统论基础上。其涉及到立法的多变性，即体现系统的动态性、静态性、确定性和不确定性的协调；控制工具的多元性及其适用的相互协调，即每一种控制工具都不是孤立存在的，在系统中与他种工具相协调而存在和适用；还涉及程序的复杂性，包括程序主体多元、过程性质复杂、结果多变等。因此，运用系统论的方法，能得以从整体上认识竞争法律制度，构建理论，把握制度和理论的目的、发展方向和细节。

比较方法。本书对有关国家和地区的反竞争行为法律调整进行比较研究。主要进行的是横向和纵向比较研究。横向比较研究中，选取最具代表性国家的反竞争法律制度进行比较；经济学和法学对同一问题的比较分析；外国同类制度相互之间比较和外国与我国的同类制度之间的比较。书中立法、法律调整机制和程序控制等内容都运用了横向比较的方法。这一方法服务于两个基本结论，一是以同种制度并列共同论证某一结论；二是以异种制度



比较进行他种调整类型分析。例如，第五章以中外生产体制的不同步来分析我国竞争立法的特殊功能。纵向比较主要体现在制度的历史与现实发展变化上。竞争法律的发生、发展应当建立在历史发展及历史与现实比较的基础上，如第一章竞争身份的嬗变、第五章结构主义在美、日衰落等。

实证方法。竞争法具有制定法和判例法相融合的特点，这有别于大陆法的其他法律部门。由于语言表述的局限性、立法预见未来的有限性、经济发展的变动性以及制定法本身所固有的不周延性等，成文竞争立法的诸多漏洞需要以一定的方式填补。除了细化成文法这一传统的方法外，具有灵活性的判例法也在逐渐为大陆法所接受用以弥补法律不足。竞争法律规范往往过于原则，尤其是美国法、欧盟法，以往发生的案件对细化法律有特殊的研究价值。在竞争法律制度普遍具有模糊性的情况下，案例是研究问题的重要资源。在本书中对案例的穿插研究，非仅限于英美、欧盟法律制度，对大陆法及我国法案例也多有涉及。实证方法主要运用在以下方面，第一，揭示法律规则的创建。例如，美国的效率原则的产生。第二，揭示立法的不足。例如，我国司法实践对法律规定之外的不正当竞争行为的判决。通过实证分析，得出从“实践”到“理性”法律完善的必要性。第三，揭示法律制度的变化，例如，微软案件和美国标准石油公司案件。