



YUNNAN DAXUE FAXUE WENKU

云南大学法学文库

杨临宏 主编

反垄断 法律问题研究

周彧 主编

FANLONGDUAN
FALV WENTI
YANJIU

中国社会科学出版社

YUNNAN DAXUE FAXUE WENKU
云南大学法学文库

杨临宏 主编

反垄断法律问题研究

周彧 主编

FANLONGDUAN
FALV WENTI
YANJIU

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

反垄断法律问题研究/周彧主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2007. 9

ISBN 978-7-5004-6407-5

I. 反… II. 周… III. 反托拉斯法-研究
IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 140841 号

策 划 张 林
责任编辑 王 苗
责任校对 李小冰
封面设计 格子工作室
版式设计 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 华审印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2007 年 9 月第 1 版

印 次 2007 年 9 月第 1 次印刷

开 本 880×1230 1/32

印 张 9

插 页 2

字 数 270 千字

定 价 26.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

编辑委员会

主 任 陈云东

副 主 任 杨临宏

委 员 陈云东 杨临宏 陈铁水

郑冬渝 牟 军

丛书总主编 杨临宏

总 序

法之兴废，国运攸关；学之展进，民智必昌。

自启蒙时代以来，法治思想逐渐深入人心，法治之弘扬促进了社会公正与和谐。19世纪末，西法东渐，法治、权利、民主等理念之风吹入我文明古国，经过先贤百余年之不懈努力，建设法治国家之理念终成上下之共识，成为共和国永久之基本国策。以各国经验观之，一国之法治水平与其发达程度相关，法治水平较高的国家或地区，其经济社会发展水平也较高；反之，亦然。而欲提高法治之水平，必然以开展法学研究和教育为前提。

云南大学虽地处西南边陲，然自1931年建立法科，20世纪40年代虽民贫国乱，但法科教育已颇具规模。其时，名师大家云集，鸿篇巨著纷呈，瞿同祖、杨鸿烈、陈盛清、王伯琦等先后执教于此，先进之法治理念、法律知识在国之西南得以广泛传播。50年代初，因国家调整大学之院系，法律系整体并入西南政法学院，云南大学之法科教育即告中断。70年代末，云南大学重建法律系，于1981年恢复招生，自此始，我院以培育人才为根本，以弘扬法治为己任，立足边疆，奋进不懈，旨在振兴法学、育才济世，建设社会主义法治国家。七十多年来，云大法科为国家和社会培养了数以千计的优良人才，声誉日隆，规模益大，层次更高。21世纪以来，云南大学法学院进入了快速发展

期，教学、科研、管理等方面呈现出跨越式的发展态势，学院进一步拓宽了法学研究的视野，提高法学研究的质量，鼓励师生参与法学研究、重视学术交流，欣欣向荣之景象已然成风。

法学研究和法律实践不尽相同，其具有前瞻性和创造性。概而言之，法学教育虽然关注现实问题，但并不拘泥于解决现实问题，更注重法治精神的传播和对法律实践的引导。正是基于此，我院组织出版“云南大学法学文库”。该文库以云南大学法学院师生的著作为选题范围，并由云南大学法学院学术委员会组成编委会，注重选题之前沿性与全新性，审慎选择其中的优秀成果编辑出版。期能够籍该文库之出版，促进云南大学法科研究的水平，激励师生积极参与法学研究，并为繁荣社会主义法学研究尽绵薄之力。

杨临宏

2007年夏于昆明

目 录

第一章 反垄断法概述	(1)
第一节 垄断概述	(1)
第二节 反垄断法	(7)
第二章 知识产权的反垄断	(16)
第一节 知识产权的垄断特征	(16)
第二节 滥用知识产权的垄断行为类型	(20)
第三节 各国对滥用知识产权的相关立法比较	(28)
第四节 我国知识产权反垄断的法律构建	(35)
第三章 商业并购的反垄断	(40)
第一节 商业并购概述	(40)
第二节 各国控制并购的立法	(58)
第三节 我国控制并购的立法	(76)
第四章 特殊行业反垄断	(93)
第一节 公用企业的基本概念分析	(93)
第二节 电力行业垄断经营	(97)
第三节 水行业垄断经营	(115)
第四节 公用企业反垄断的法律构建	(125)

第五章 反行政垄断	(139)
第一节 行政垄断行为的概念及其表现形式.....	(139)
第二节 行政垄断行为的成因及其危害.....	(150)
第三节 对行政垄断的制度规制.....	(155)
第四节 行政垄断与反垄断法.....	(159)
第六章 反垄断适用豁免	(164)
第一节 反垄断适用豁免制度概述.....	(164)
第二节 豁免制度比较分析.....	(169)
第三节 反垄断豁免制度的适用.....	(179)
第七章 反垄断法的实施机制	(187)
第一节 反垄断的执法机构.....	(188)
第二节 反垄断法中的法律责任制度.....	(217)
第八章 国际反垄断法	(239)
第一节 国际反垄断法概述.....	(239)
第二节 国际反垄断的立法实践.....	(248)
第三节 构建国际反垄断法的路径.....	(263)
参考文献	(271)

第一章 反垄断法概述

第一节 垄断概述

一 垄断的基本含义

垄断是市场经济发展到一定阶段的产物。19 世纪末 20 世纪初，社会基本矛盾的运动、生产和资本加速集中，世界主要资本主义国家从自由竞争阶段向垄断阶段过渡，垄断的概念也随之产生。由于各国的经济发展、法律文化、政治需要等不尽相同，对于垄断的概念和含义一直都没有统一的认识，且垄断既有经济学的含义，也有法学上的含义。

（一）经济学意义上的垄断

经济学中垄断的本义指一种市场结构。一般认为，依其集中度，市场结构有四种类型：完全竞争、垄断竞争、寡头竞争（即寡占）和垄断（即独占）。这里，垄断所指的是一种产品只有一个企业的市场结构。也就是美国反垄断法研究专家马歇尔·C. 霍华德分析的“纯粹垄断”。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，该企业是市场上唯一的企业，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，这种垄断仅是一种理论模式，是对垄断的一种非常狭义的理解。从经济学角度讲，垄断是指少数企业凭借其雄厚的经济实力，对生产和市场进行控制，并在一定的市场领域内从实质上限制竞争的一种市场状态。^②也有学者称垄断为“大企业或若干大企业联合起来，控制和操作市场的行为”。^③在垄断的认定上，早期经济学强调市场结构，一个企业只要在市场占有份额，即被认为构成了垄断。这被称为结构主义的垄断概念。现代经济学较为强调市场主体的行为性质，亦即企业除了占有较高的市场份额外，还滥用了这种市场优势，实施了反竞争的行为，才被视作垄断。这被称为行为主义的垄断概念。

垄断有积极和消极两个方面影响。积极影响是指必要的垄断可以保持和促进有效的竞争，如政府对某些不合适竞争或避免过度竞争的领域实行垄断经营；消极影响是指垄断限制和阻碍了有效竞争，窒息经济发展的活力，甚至代替自由竞争，在市场乃至经济生活中起决定性作用。这对经济的破坏作用极大。因此，各国对垄断的研究从经济学扩大到法律上，以此对垄断进行有效的

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 参见刘瑞复主编《中国经济法律百科全书》，中国政法大学出版社1995年版，第764页。

③ 参见李琮主编《世界经济百科辞典》，经济科学出版社1994年版，第11页。

规制。

（二）垄断的法学含义

垄断现象是一种非常复杂的经济和法律现象，且发展非常快，学界的研究难以达成高度共识，并且，世界各国对垄断的法律规制，在角度、方式、层次上也各有不同，没有一种为各国所认同的关于垄断的法律界定。因此，虽然法学和法律文献中，“垄断”一词非常常见，但要形成无可争议的法学定义，还存在一些困难。就连作为世界反垄断法先驱的美国，在一百多年来，无论是联邦最高法院的判例还是国会通过的反垄断法规，从未对这一问题给过一个清晰明确、令人满意的定义和解释。对此，美国联邦储备委员会主席格林斯潘（Alan Greenspan）曾经毫不客气地直言：“这个国家的整套反垄断法规，是混乱和无知的大杂烩。”但无论如何，关于反垄断法的全部研究，都是从法学角度揭示垄断独特属性，都是从不同视角，在不同层次上为形成垄断的法学定义所作的努力。

垄断的法学定义虽不同于垄断的经济学定义，但要以后者为基础。垄断的法学定义，需要揭示并表示需要予以规制的垄断的必要条件，包括实体要件和程序要件；同时，定义还要抽象程度适宜。因此，在这里形成一个可供参考的关于垄断的法学定义：垄断是指市场主体在经济活动中排除或限制公平竞争秩序的行为或状态。换言之，市场主体为追求最大的垄断利益，或滥用政府赋予的权力或其自身已取得的市场支配地位，或利用特许经营权，或与其他经营者合谋，垄断市场或价格，排除其他经营者进入同业市场，从而损害消费者权益，违反公共利益。该定义主要包括两种含义：

第一，垄断是指垄断行为。虽然经济学意义上的垄断既指市场结构也指市场行为，但垄断的法学定义只指市场行为。各国反

垄断立法所关注的垄断已不是或主要不是垄断结构，而是居于垄断地位的经营者或其利益代表所为的垄断行为。美国的《谢尔曼法》、《克莱顿法》、《联邦贸易委员会法》等反垄断法都未直接对“垄断”进行界定，只是对各种具体的垄断行为进行了规制。如《谢尔曼法》第1条规定：“任何人以契约、托拉斯形式或其他形式的联合、共谋，限制州际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。”第2条又规定：“任何人若从事垄断或企图垄断，与他人联合或者合谋，以图实现对州际，或对外贸易或商业的任何部分的垄断，均应被视为犯有重罪。”

第二，垄断是指垄断状态。法学意义上的垄断状态主要是指产生市场弊害的垄断性市场结构等，它是反垄断法所要反对及制裁的现象。如日本《关于禁止私人垄断和确保公正交易的法律》第2条第5款规定：“本法所说的私人垄断，是指事业单独地域或他人的事业结合或合谋，以及采取其他任何方法，排除其他事业人的事业活动或进行支配，从而违反公共利益，在一定交易领域实质上限制竞争。”该法又在第2条第7款对垄断状态做了规定，即垄断状态是指一个事业人的市场占有率超过 $1/2$ ，或者两个事业人的合计市场占有率超过 $3/4$ ；使新办的属于该事业领域的其他事业人感到非常困难；该事业人获得了显著超过政令规定的该种利润率的利润；同一般标准相比，该事业人支付显著过多的销售费和一般管理费。英国关于垄断和限制性商业行为的法律规定：如果一个公司或一起行动的两个以上公司的商品和服务占市场 $1/4$ ，就存在垄断的情势，垄断和合并委员会要对是否存在垄断情势的问题以及当事人的活动是否违反公共利益的问题，向国务大臣提出报告。

二 垄断的分类

为了加深对垄断的认识，我们可以从不同角度对垄断进行分类。

（一）合法垄断与非法垄断

这是以垄断的合法性为标准所做的划分。垄断并非一律违法。其中，国家为了保护整个国民经济的健康发展，在反垄断法中明确规定的不适用反垄断法的垄断行为是合法垄断，即垄断的豁免。合法垄断的范围和种类一般有以下几个方面：特定经济部门垄断；知识产权领域；对外贸易领域；协同组合行为。非法垄断，即反垄断法所禁止的垄断，是指违反法律、法规和社会公共利益，通过合谋性协议安排和协同行动，或者通过滥用经济优势地位，排斥或控制其他经营者正当的活动，在某一生产领域或流通领域实质上限制竞争的行为。非法垄断主要有四种表现形式，即垄断协议、垄断性企业、滥用实力和不公正对待、市场垄断状态。① 垄断协议，即经营同类产品或服务的企业，在共同意思表示的基础上就划分市场、规定产量和价格等方面达成的限制竞争协议，主要表现为卡特尔（Cartel）。② 垄断性企业，即企业和组织依照企业法、合同法、行政命令等规范，采取兼并、合并、控股、相互持股、长期技术合作等方式结合成一个单一的大企业或企业集团，主要表现形式有：托拉斯（Trust）和康采恩（Konzern）。这种经济集中可以提高企业本身和一国的经济竞争实力，也有可能导致市场垄断状态或独占。法律对垄断性企业进行约束的关键在于：该企业是否滥用了其垄断优势。③ 滥用实力和不公正对待，即市场交易一方利用某种优势地位强迫他方接受某种交易条件或单方实施某种行为，从而对交易竞争对手或第三人构成限制竞争的垄断行为，此类行为包括交易和价格方面的不当区别对待、强买强卖、限制转让价格、搭售等。④ 市

场垄断状态，即实际的独占状态，即某一生产领域有一个或少数几个企业控制的状态。

（二）行政性垄断、行业性垄断和经济性垄断

这是依据垄断的成因所作的分类。行政性垄断是行政主体出于利益驱动，滥用行政权力，阻碍、限制或扭曲市场竞争。市场竞争禁止政府或国家以行政或行政权力直接参与或干预市场竞争，或者从财政、行政上扶持本国企业而形成不公平市场竞争，扭曲市场关系。而行政性垄断在我国市场竞争中根深蒂固，其产生具有深刻的政治、经济和社会原因，是在经济体制转轨未能彻底完成背景下，行政主体受不正当利益驱动下的反竞争行为。因此，在一个很长的时间里，我国《反垄断法》最需要反对的是行政性垄断。行业性垄断，是指公用企业和其他依法具有独占地位的经营者实施的强制交易或限制竞争行为，这种垄断在铁路、邮政、水电、电信、航空和金融等服务性领域广泛存在。传统的观点认为，使这些领域的垄断合法化将有益于规模效益的产生，利大于弊，实际上这种认识是错误的。各国立法正在慢慢缩小行业垄断的范围。以德国为例，德国在1998年修订《反对限制竞争法》之前，将能源、经济、银行业和保险业等从禁止卡特尔中予以一般性的豁免，但现在德国正逐步废除国家垄断和取消反限制竞争法中的豁免领域，如铁路垄断已被取消，电信业垄断自1998年1月1日起被全部取消。打破这些行业性垄断对我国经济发展具有重要意义，不仅对于我国履行加入WTO所承诺的开放义务非常必要，而且可以推动这些垄断行业的企业努力降低成本，改善服务质量，改善经营管理，从而有利于提高消费者的福利。经济性垄断，是企业通过市场行为在竞争性行业形成的独家垄断或多家垄断。这种垄断不利于发挥市场机制的作用，容易损害消费者的利益，因而应通过法律手段予以禁止。经济性垄断在

不同国家以及不同阶段的反垄断法中，有时是合法的，有时却被认为是非法而被加以规制。

第二节 反垄断法

一 为何反垄断

具有现代意义的反垄断法产生于 19 世纪后半叶，它是人们在反思如何对待市场经济运行规律的过程中创立和发展起来的。反垄断法是市场经济的必然产物。市场经济的本质是充分的个人、企业自由和市场规律的内在作用，人们相信，这种充分的自由加上内在的市场规律，可以带动经济的发展和市场的进步，这一理念被冠以“自由放任的市场经济理论”之称，也即亚当·斯密的“看不见的手”的理论。在这一信念支配下，市场主体生产（销售）什么、生产（销售）多少、生产（销售）给谁，等等，完全是生产（销售）者自己的事，任何人无权干预；生产（销售）者处理自己内分事的唯一标准是追求利润最大化。市场主体很快发现，在奢侈经济体制下，利润最大化的模式是垄断模式，即少数的个人或者企业主导下的市场模式，垄断者有充分的能力控制市场，他们不仅能决定自己的生产和销售条件，也能决定其他市场主体的生产和销售条件，他们可以以尽量小的规模、尽量低的成本获取最高的利润。同时，市场主体还发现，市场经济的本质与垄断模式要求的条件正相吻合。可见，自由放任的市场经济理论在给市场带来经济繁荣的同时，也带来了摧毁经济繁荣的垄断力量，“看不见的手”一把将社会推到了垄断的边缘，诺贝尔经济学奖得主、曾任世界银行副行长的美国经济学家斯蒂格利茨（Joseph E. Stiglitz）有句名言：“亚当·斯密看不见的手，

就是皇帝的新衣。之所以看不见,是因为本来就不存在。”^① 这个道理很简单,假设最初人为地设置了一个完全公正平等的市场竞争环境,但要不了多久,优胜劣汰的市场规律就将起作用而消灭自由竞争,形成垄断竞争和寡头垄断。换句话说,资本为了谋求最高利润,天生具有垄断的倾向。这样,当“市场失灵”时,政府的适度干预和调控显然具有一定的必要性。

市场需要竞争,而竞争是无法自然协调的,自由放任的竞争导致垄断,这是市场经济体制的必然规律。而这一规律的延伸内容是:在市场经济体制下形成的垄断必须依赖外力的介入才能消除。因为市场内容是一个利益的集合体,各种市场手段是由利益驱动的,来自于市场主体任何一方的利益要求不会以平衡为终点,它只会导致一种垄断力量替代另一种垄断力量。因此,抑制垄断所需的力量必须来自利益集合体之外,这个力量就是国家或政府。特别是自20世纪30年代经济大危机后,主张政府干预的凯恩斯主义对各国政治、经济制度发生重大影响,而国家干预市场经济在法律上的重大举措就是反垄断法的制定和实施。

二 反垄断法的概念

(一) 反垄断法的称谓

目前世界上约有100个国家或地区制定了反垄断法,但从国外法律部门的称谓来看,以禁止垄断行为为目的的反垄断法恰恰很少被直接称为“反垄断法”,而往往有其他各种各样的称谓。除历史形成的特殊称谓外,将反垄断法称为“竞争法”已是一种比较普遍的趋势。

^① 转引自崔之元《“看不见的手”范式的悖论》,经济科学出版社1999年版,第16页。

美国的反垄断法不是一部独立的法律，而是由多部法律构成，其基本法律有三部，除谢尔曼反托拉斯法外，还有 1914 年颁布的克莱顿法和联邦贸易委员会法。

欧盟反垄断法已成为当今世界最有影响力的反垄断法之一，而欧盟的反垄断法则称为欧盟竞争法（EC Competition Law）。

将反垄断法称为竞争法的国家还有很多。例如，加拿大的反垄断法称为“竞争法”（1986 年），墨西哥反垄断法称为“联邦经济竞争法”（1993 年）。

原苏联东欧国家以及发展中国家近年来通过的反垄断法，其称谓也不尽一致。例如，俄罗斯的反垄断法称为“关于竞争及限制市场上的垄断活动的法律”，匈牙利称为“禁止不公平和限制性商业行为法”，塔吉克斯坦称为“限制垄断活动和发展竞争的法律”，印度称为《垄断和限制性贸易行为法》（1969 年制定），巴基斯坦称为《垄断和限制性贸易行为（控制和防止）法令》（1970 年制定），印度尼西亚称为《禁止垄断行为和不公平商业竞争法》。

日本于 1947 年制定了反垄断法，该法全称为《关于禁止私人独占和维护公平交易的法律》，常常被简称为《禁独法》。韩国反垄断法称为《管制垄断和公平交易法》。

澳大利亚的竞争法名称为《贸易行为法》，但其内容包括反垄断、反不正当竞争和消费者保护。

我国台湾地区的《公平交易法》也是以反垄断和反不正当竞争为内容，不是一部单一的反垄断法。

在国际贸易、国际组织和国际会议等国际交往中，竞争法和竞争政策实际上是指反垄断法和反垄断政策，通常不包括反不正当竞争法。

综上所述，由于垄断现象的主要表现不一，立法传统、立法