



经济法文库

Economic Law Library

竞争法新论

Jingzhengfa Xinlun

© 徐士英 等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

竞争法新论

Jingzhengfa Xintun

◎ 徐士英 等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

竞争法新论/徐士英等著. —北京:北京大学出版社, 2006. 5

(经济法文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 10696 - 9

I. 竞… II. 徐… III. 反托拉斯法 - 研究 - 中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 042582 号

书 名: 竞争法新论

著作责任者: 徐士英 等著

责任编辑: 孙丽伟 丁传斌 黄 蔚 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 10696 - 9/D · 1496

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 19.25 印张 356 千字

2006 年 5 月第 1 版 2007 年 4 月第 2 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

二十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。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,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法学院 顾功耘

2005 年国庆节

CONTENTS 目 录

导论	1
----	---

第一章 中国反垄断立法面临的新挑战	11
一、反垄断法的一般理解	11
二、反垄断法产生的理论基础	13
三、反垄断法的新发展	16
四、我国反垄断立法面临的挑战	19

第二章 企业合并的竞争法规制	27
一、企业合并的界定和理解	27
二、对企业合并进行竞争法规制的意义	30
三、我国现行法律对企业合并的规制及其局限	37
四、对我国企业合并竞争法规制的立法思考	39

第三章 维持转售价格的反垄断法规制	53
一、维持转售价格概述	53
二、维持转售价格行为对市场竞争影响	55
三、维持转售价格行为的法律规制	60
四、我国维持转售价格的法律规制	71

第四章 搭售的反垄断法规制	77
一、搭售行为的概念及性质分析	77
二、搭售行为的构成分析	81

CONTENTS 目 录

三、判断搭售行为违法的标准	84
第五章 特许经营的反垄断法规制	89
一、特许经营概述	89
二、特许经营中限制竞争行为分析	92
三、美国和欧盟特许经营反垄断法律规制	96
四、我国特许经营现状及法律规制	102
五、我国特许经营反垄断法规制的立法构想	108
第六章 行业协会的反垄断法规制	114
一、行业协会概述	114
二、行业协会限制竞争的行为	117
三、国外行业协会限制竞争行为的法律规制	122
四、我国行业协会限制竞争行为的法律规制	130
第七章 自然垄断行业的竞争法规制(上)	138
一、自然垄断行业的基本概念分析	138
二、自然垄断行业的传统调整模式及其反思	140
三、各国对传统调整模式的变革理论与实践	143
四、自然垄断行业竞争法规制的发展	146
五、我国自然垄断行业反垄断法规制分析	151
六、我国自然垄断行业竞争法规制的制度设计	154

CONTENTS 目 录

第八章 自然垄断行业的竞争法规制(下)	
——电力行业的实例分析	164
一、电力行业垄断的界定及法律规制概述	164
二、我国电力行业体制改革的破冰之行	168
三、电力行业垄断经营及其存在的问题	171
四、完善我国电力行业垄断经营的法律规制	177
第九章 行政性垄断的法律规制	193
一、行政性垄断概述	193
二、行政性垄断的成因分析	197
三、行政性垄断必须通过反垄断法加以规制	201
四、行政性垄断的法律规制建议	206
第十章 知识产权的竞争法调整	212
一、知识产权保护与反垄断法的冲突与协调	212
二、知识产权领域的竞争法制度比较研究	221
三、竞争法在知识产权领域的适用	228
四、我国知识产权领域内反垄断法律制度的完善	240
第十一章 可持续发展观对竞争规则的影响	246
一、新的发展观对贸易规则的挑战	246
二、国外可持续发展与竞争法协调的立法与实践	250
三、可持续发展对我国竞争法的影响及发展	263

CONTENTS 目 录

第十二章 WTO 竞争政策与我国竞争法制建设	268
一、WTO 竞争政策与基本原则的一致性	268
二、WTO 的竞争政策议题及其谈判	272
三、WTO 竞争政策的提出及发展前景	279
四、WTO 竞争政策谈判的主要内容	281
五、中国对于 WTO 竞争政策的立场和对策	283
参考文献	288
后记	299

导 论

法学理论对于竞争和垄断的理解并不如经济学那样单纯,它涉及国家关于公平、效率、安全、伦理等多元价值目标的实现。一国竞争政策和竞争法律的构架正是这些目标综合平衡的结果,也是国家在其经济基础上形成的竞争文化的具体体现。“构建和谐社会”的中国传统与西方社会首先形成的“竞争文化”并不冲突,它们都是对于经济民主和经济公平的追求。本书在中国反垄断法的制定即将完成时,针对社会主义市场经济发展中一些新型的竞争行为展开讨论,这不仅有利于中国竞争文化的培育,也反映了反垄断法立法过程本身就是在更高层次上构建“和谐社会”的有效途径。

一、竞争文化是现代市场经济的必然产物

竞争,自古就存在于人类社会,古罗马奴隶厮杀的竞技场把竞争展现得淋漓尽致,自由竞争时期垄断资本攫夺剩余劳动的搏杀更是将竞争推上了血腥的巅峰。“尔虞我诈”、“弱肉强食”是 20 世纪以前的竞争留给我们的深刻印象。近百年来,随着人类对自身行为所造成恶果的不断反思,政治家和思想家们对社会发展规律的总结,竞争法律制度建设的勃然兴起,竞争开始上升至文化层面,成为人类文明的重要内容。尽管市场竞争依然激烈无比,但对大众利益的关注、对经济民主的维护、对社会整体效率的追求已经赋予竞争新的内涵,并成为检验竞争是否合法的标准。市场竞争,从最初纯粹的私利争夺中渐渐蜕变,成为推动社会和谐发展的强大动力。

竞争文化,概括地说就是关于市场竞争的一系列思想观念、商业规则和法律制度的总称。在竞争文化的语境里,竞争有特定的含义,它包括竞争行为和竞争机制两个层面的内容。竞争行为是竞争者之间为了追求自身利益的最大化,争夺交易对象和交易机会的持续不断较量的动态行为过程,这种自发性的竞争行

为可能导致的结果是:竞争者在增进自身利益的同时,增进了社会整体利益;^①但是也可能在增进自身利益的同时却损害了社会整体利益。而竞争机制则是影响社会资源配置的一种方式,是把市场主体的竞争行为导向增进社会整体利益这一目标的一种驱动力,它由一系列的制度、规则、规范所组成。^②竞争机制的目标是个体利益的增进与社会整体利益增进的协调。无数事实告诉我们,当市场竞争行为偏离竞争机制时就会损害资源配置的效率和社会整体利益。这就不难理解为什么经济学无比崇尚的市场竞争也可能导致经济发展的停滞甚至倒退。

竞争文化的形成过程实际上就是市场经济走向成熟、竞争法制不断完善的过程。19世纪末期,随着自由资本主义向垄断资本主义过渡,垄断和限制竞争行为的产生不仅严重危及中小企业的生存和发展,侵害消费者的权益,而且极大地损害了竞争机制,使社会经济陷入重重矛盾之中。在缓解和消除垄断及不正当竞争危害的过程中,各国展开了大规模的、持续不断的现代竞争立法活动。当年美国立法者面对企业越来越大、消费者口袋里的钱源源不断流入垄断企业的现象,发出了“不能容忍垄断者主宰社会经济”的呐喊,这既是政治家们对维护民主的呼吁,更是企业家们对公平竞争的渴望。1890年颁布的《谢尔曼法》以形成于17世纪初期英国判例并贯穿整个英美法系的“限制贸易应受谴责”的法律原则^③为基础,进一步确立了规制垄断、维护经济民主的公平竞争文化精神,这是顺应经济发展的必然产物,也是与现代市场经济相适应的文化发展的必然产物。其后几十年,竞争文化在欧洲、亚洲等地的市场经济发展中相继形成。为把竞争对社会的消极影响限制到最小程度,各国都把维护竞争秩序的制度提升到至关重要的地位,它们制定的一系列旨在维护竞争、保护中小企业、创建经济民主和经济自由的法律进一步推动了竞争文化的发展。20世纪70年代以后,发展中国家纷纷进行经济体制的转型和改革,竞争政策作为以维护国际市场公平竞争为目标的制度设计,也已提到国际组织的议事日程。竞争政策的谈判和制定已进入WTO的视野,成为日益受到关注的问题之一。事实上,WTO本身就是竞争文化的典型。^④

在长期缺乏竞争的中国,从经济体制改革开始以来,市场竞争以前所未有的势态在全国范围内展开。由竞争引起的利益争夺随着主体的产权独立而日益激

① 古典经济学理论就是基于这样的判断,得出了应当极力倡导和维护自由竞争的结论。

② 参见徐士英:《竞争法论》,世界图书公司2003年版,第3页。

③ 参见[英]约翰·亚格纽:《竞争法》,徐海等译,南京大学出版社1992年版,第2—6页。

④ 参见孔祥俊:《入世后竞争政策和竞争法制之展望》,http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=10488。

烈,公用企业利用其垄断地位排斥竞争、强制交易,以独占市场利益;联合抵制、限制竞争的行为在行业垄断中频频发生;产业盲目发展带来的恶性竞争使资源利用效率极为低下;跨国公司利用其强大优势在中国市场内大肆称霸获利。不仅如此,在政府之间也形成了一条独特的“利益战线”,画地为牢、封锁市场的现象普遍存在,成为中国市场经济一道别扭的风景线。对于这样的市场竞争状态,必须要把一般的竞争行为过程上升到竞争机制维护的高度,必须要从建设竞争文化的层面解决问题。从2000年开始连续三年全国人大的立法提案中,第001号提案都是关于制定反垄断法的建议。限制垄断市场、呼唤公平竞争,对制度的渴望说到底是对竞争文化的追求。事实上,当中国的体制改革深化到企业民营化、国企市场化、产权大众化、竞争国际化的时候,市场竞争也随之发生了质的转变——从竞争行为向竞争机制转化,从“计划文化”向“竞争文化”转变。^①这正是我们从市场经济初级阶段走向成熟市场经济的标志。

二、竞争文化是构建和谐社会的本质要求

现代竞争文化的内涵可以归结为两点:有效竞争和公平竞争。竞争产生效益,垄断则丧失效益,采用法律手段进行控制就可以减少乃至消除垄断造成的损失,有助于社会整体效率的提高。垄断使强势主体获得全部机会和利益,不控制垄断势力,自由民主权利就会变成一纸空文。运用法律手段限制垄断可以保护弱者、维护公平正义,而这正是我们构建和谐社会的内在要求。和谐社会是人类社会追求的目标。和谐社会并不排斥竞争,相反是在竞争中实现和谐与平衡,是在发展中进行协调。我国传统哲学中历来就有“和而不同”的思想,它揭示了世间万物既互相依存又互相竞争的本质。事物的依存性(即“和”)使事物相辅相成,共生共进;而事物的多样性(即“不同”)又使得事物互争互夺,优胜劣汰。这种有规则的淘汰、有秩序的退出,是社会进步的动力,也是竞争文化的标志。因此,和谐社会应当是一个竞争社会,但这种竞争必须是公平、有效的竞争。

(一) 和谐社会需要实质公平的竞争

传统法律文化以维护形式意义上的公平为目标,因而提供一个大致的框架,对每个市场主体都给予相同的法律地位,赋予每个主体相同的权利义务,以自由地展开竞争。但市场经济中这种形式意义上的公平并不必然保证实质上的公

^① 参见赵心树:《三个代表呼唤三个竞争与三个民主》, <http://www.chinaelections.org/readnews.asp?newsid=%7B73136DF3-6E15-4C60-83E6-975FB2A8490F%7D>, 访问日期:2005年8月6日。

平。例如,实力强大的企业长期通过压低价格,使竞争对手遭受损失,从而独占市场;同行企业联合起来控制商品价格,使消费者蒙受损失;拥有行政权力的机构可以限定经营者必须交易或不交易,使消费者丧失选择的权利。一些实质上具有经济特权的主体任意施为的结果,是竞争机制失效、社会失和。这就表明,法律仅规定形式公平的框架,而不对其中某些特殊主体作出限制,反而使市场主体地位处于实质上的不平等。这种游戏规则的设计已经不能适应社会发展的需要,“赢者全得”的自由竞争激励模式,使“财富效应”对社会产生了负面作用。^①竞争文化的核心理念应以实质上的公平为目标,使市场主体处于实质公平的竞争地位。实质公平原则主要体现在对具备某些特殊条件和能力的主体的行为进行限制,对可能遭受经济特权侵害的主体进行倾斜保护。从形式上看,这些规定对于某些主体是不公平的,但是,法律的这种倾斜性保护有助于限制经营者的不正当行为,使其回复到竞争机制的框架中,这体现了真正的公平和正义。这些限制和保护突破了传统民法以保护权利为本位、重形式而轻实质的倾向,确立了竞争法以保护社会利益为本位,体现实质公平、正义、合理的精神。

(二) 和谐社会需要社会的整体效率

效率是市场竞争的目标。竞争机制的最大效用就在于通过对市场的规制,实现经济效率的提高。但是,只有社会整体效率的提高才是真正的效率提高。现实生活中的市场垄断、地方保护看起来有利于个体的、局部的利益的提高,但是却导致社会整体的低效率;“血拼式竞争”也许成就了个别大市场主体,但是造成社会资源的严重浪费。现代竞争文化倡导的是在提高个体利益的同时增进社会整体利益,为了整体经济效率的提高,有时不得不牺牲某些个体的利益,甚至是从个体的角度来看绝不应该牺牲的、合理获得的利益。例如,一个垄断企业经过长时间的努力竞争,终于获得竞争优势,取得市场独占或准独占地位。但是,该主体的这种独占地位在事实上影响了竞争的存在,从而可能影响社会整体效率的进一步提高。当法律以社会整体效率为由对它的独占地位进行种种限制乃至取消时,就很难同时保证对它的公平。此时效率和公平就处于冲突状态。虽然它是通过努力合法获得优势地位,能够给个体带来利益,却可能被法律介入而轻易取消。然而,对于社会来说,这样的取消往往是必要的。所以,构建和谐社会必须解决效率与公平的冲突,现代竞争文化要求的是基于全社会的考虑,优先选择社会整体效率的提升。

^① 参见仲大军:《解决和谐社会与竞争社会的矛盾冲突》, <http://www.dajun.com.cn/hexie.htm>, 访问日期:2005年8月15日。

总之,竞争文化的内涵与和谐社会的本质是完全一致的,没有成熟的竞争文化,就不可能有和谐社会的建设,反之亦然,社会不和谐,竞争必然是低效的、不公平的。竞争文化在我国的产生和弘扬代表着一个古老民族朝着符合世界潮流的方向走向繁荣。在政治领域营造自由宽松的政治环境,保证各种利益集团公平竞争的同时,竞争文化也为构建和谐社会创造了动力和基础。

三、中国反垄断立法的基础分析:竞争文化的推进器

我国的反垄断成文法的起草始于1994年,从2002年起,进入了实质性的立法程序。^① 反垄断法立法进程加速,标志着我国竞争法体系的建设进入了新阶段,同时也伴随着各种意见的激烈争论。这些争论中提出的问题诸如“反垄断法出台的时机是否成熟”、“中国企业规模的发展与反垄断法是否矛盾”、“中国是否要推动国际竞争规则的制定”等十分重要。事实上,我国经济发展已经到了这样一个阶段:阻碍经济发展的最大“瓶颈”并不是资源的稀缺,而是资源配置的低效率和非优化。^② 垄断价格以及旧体制遗留的垄断性消费条件抑制了消费欲望,民间投资无法跨越垄断性“进入壁垒”,公用企业的国家所有抑制了市场竞争的自由展开。反垄断立法历经近二十年的时间,其间多少次起起落落,反复变化。^③ 从表面上看这是对反垄断法制定的必要性和可行性的质疑,究其实质是反映了我国市场经济发育道路的曲折,同时也反映了我国竞争文化意识的淡薄。因此,对中国反垄断法制定的社会基础的深入剖析,就构成了培育我国竞争文化的重要组成部分。

首先,从法哲学角度看,法律的社会经济基础是法律诞生的前提。在传统的计划经济体制下,由国家和行政力量实施的垄断被认为是合理的、必然的,这种观念的滞留,使人们无法坚决地反对行政性垄断。而当市场经济处于发展初期,由市场力量自发形成的垄断,还不足以严重危害社会经济整体运行,因而,在

① 从2000年开始,每年都有新的法律草案提交专家和有关部门讨论,2004年以后立法节奏明显加快。

② 参见陈准:《“微软”败诉告诉我们什么》, <http://www.hermes.com.cn/jingjihuanjing/2000.04.17.htm>,访问日期:2005年10月16日。

③ 我国真正意义上的反垄断法典立法活动起始于第七届全国人民代表大会期间(1987—1992年)。根据第七届全国人民代表大会的一个规划,一个由国家经贸委和国家工商行政管理局联合组成的反垄断法起草小组正式组建起来。到2002年为止,这个起草小组公布了多个反垄断法的草案。此后,由于国务院机构改革,原来国家经贸委的部分职能并入国家商务部,所以反垄断法的起草工作就主要由商务部继续进行。通过广泛的调研,2004年2月形成送国务院的审议稿。在广泛征求意见后2005年4月、7月又在送审稿的基础上分别进行了修改。

社会整体范围内对垄断危害尚未达成共识,市场主体普遍缺乏良好的竞争素养,人们并不认同公平竞争的规则。不仅市场主体缺乏对公平竞争的信仰,政府本身也不完全理解竞争法的精髓,强大的地方保护就是明证。随着市场经济的进一步发展,尤其是我国加入 WTO 以后,经济运行已经纳入国际经济的轨道。从现实生活中可以观察到,市场竞争日益激烈,以各种方式设置市场进入障碍和限制竞争的行为大量出现,其中尤以地方和行业性力量介入形成的垄断最为普遍,这种行政力量与市场行为结合在一起,使经济遭到条块分割,资源要素无法自由流动,影响了经济效率的进一步提高,成为我国经济民主发展的主要障碍。现阶段民众对垄断行为进行禁止和限制的社会呼声已经变得十分强烈,尤其是对公用企业垄断的不满非常强烈,要求改革、消除垄断、维护社会公共利益和消费者利益已经成为大众呼声。当前垄断和恶性竞争同时存在,它们都需要竞争法的调整。根据各国经验,当法律主动调整尚未酿成社会范围内尖锐矛盾的垄断行为时,往往能够避免社会经济的动荡,减少维护市场秩序的成本;而到垄断行为危害严重时再进行追惩,不仅执法成本巨大,而且可能会影响经济发展的稳定性和连续性。因此,反垄断立法宜早不宜迟,中国已具备反垄断立法的思想条件。

其次,从法学理论角度看,一部法律的出台必须具有理论研究方面的准备,使社会民众普遍接受。被奉为现代经济学之父的诺贝尔经济学奖得主萨缪尔森教授形象地说:“反托拉斯法像一座森林那样,是由几粒种子发展起来的。”从美国 1890 年制定第一部反垄断法《谢尔曼法》至今的一百多年里,反垄断立法犹如星星之火,发展成当今一百多个国家和地区制定此类法律的燎原之势。这些国家和地区既包括欧盟各国以及日本等工业发达国家,也包括拉美等新兴市场化国家以及其他等经济转型国家。这些国家都针对各自国情开展了充分和深入的理论研究,并通过其基本理论和制度进行了有益的“本土化”移植,其研究成果在很大程度上指导了该国的竞争立法。日本、韩国、俄罗斯,包括我国台湾地区,都是在竞争法理论的指导下,经济得到迅猛的发展。这些年来我国竞争法理论研究经历了不断深化的过程。改革初期,竞争法理论的研究比较薄弱,对垄断行为的界定以及行政性垄断是否需要和可以由反垄断法规制等问题,在学界未形成通说。学术理论框架的缺乏对应的只能是有缺憾的法律。但庆幸的是我们一直没有停下研究的步伐,从《反不正当竞争法》颁布至今,十多年来中国竞争法学研究逐渐走向成熟,现在已经可以为《反垄断法》的制定提供足够的理论支持。

再次,从民众的可接受程度来看,20 世纪的国家的曲折历史使我们的经济失去了自然循序演进的机会,经济全球化带来的自由化和贸易一体化又使我们面临国际竞争的压力,我们在跨越式发展中不仅需要关注发展的速度,同时应更

反垄断法要成为一个国家自觉的选择,并相应地通过立法价值反映出来也需要一个过程,我们应该充分利用反垄断立法的广泛讨论来推进中国竞争文化的建设和发展,就如合同法律的讨论推进了诚信文化的建设一样,反垄断法的讨论一定会推动竞争文化的发育。其实,即使是竞争文化相对发达的国家也在投入大量的精力,目的是为了培育一种文化,努力采取措施让人们守法,而不是为了启动司法程序。只有这样,法律制度才有存续和发展的根本基础。^①

本书第一章针对中国的反垄断法即将进入实质性审议阶段中的各种意见,提出反垄断法的制定是为本国的经济发展目标服务的,国内和国际形势决定了我国反垄断法所面临的特殊形势,需要承载更为艰巨的任务。我们不仅要面对西方国家在反垄断领域面临的传统问题,同时还需要面对体制转轨中产生的特殊问题。在分析了我国反垄断法制定的理论和社会基础之后,对我国反垄断法的调整范围的扩大和政策性功能的发挥提出积极的建议。

② 参见〔美〕G. J. 斯蒂格勒：《产业组织和政府管制》，潘振民译，上海人民出版社、上海三联书店1996年版，第3页。

使中小竞争者步履维艰,更会损害消费者的福利,造成社会收入分配的不公平。因此,有些人主张通过反垄断法来阻止能达到此垄断效果的企业合并,以维护经济民主和社会公平。企业合并增进社会利益和损害社会利益的双重作用,受到理论界与企业界的普遍关注。随着我国经济的迅猛发展和国际化程度的不断提高,企业合并已经成为热门话题。国企改革如火如荼、外资并购风起云涌,规模经济效益和市场竞争秩序之间的取舍开始直接影响我国反垄断法的制定。我国的“马歇尔两难”^①客观上要求我们从理论和实践上对企业合并的法律加以研究。我们从企业合并的概念入手,以我国法律规制的发展为线索,对企业合并的反垄断法的控制进行探讨,以期我国经济能在规模效益、竞争秩序和全球竞争中的地位等多元目标之间寻求一定的平衡。

第三章到第五章针对维持转售价格,搭售和特许经营等近年来在我国出现的限制竞争的新现象。作为典型的纵向限制竞争行为,它们与横向限制竞争协议即卡特尔^②相比,无论是在被重视的程度上还是在规制的力度上,都远远逊于后者。虽然学界一般认为纵向限制竞争行为对竞争的影响不如横向限制竞争协议那样直接和显著,但只有优势企业才能进行纵向限制竞争,这与滥用市场支配地位的行为紧密相连。在我国的现实经济生活中对这样的现象的研究逐渐增多,而法学界对此类行为研究并不多见。现行关于纵向限制竞争行为的法律规定也十分简单、零散和笼统,不能构成有力的制约。1997年10月开始的美国司法部诉美国微软公司涉嫌违反反托拉斯法的事件和争议,对于我国在纵向限制竞争行为方面的立法也提出了新的挑战。^③正在制定中的我国《反垄断法》虽然对有关行为作了相关规定,但鉴于各国在规制态度上存在差异,有必要在分析比较国外典型国家做法的基础上,对这些行为进行分析和研究。

第六章是对行业协会问题的考察。随着我国市场经济的发展,行业协会这种历史悠久的民间组织也得到了进一步的发展。虽然由于法律传统和体制的原

① 英国著名经济学家马歇尔根据对大机器工业实践发展的观察,在其著作《经济学原理》中提出了一个命题:社会经济发展可能要长期面临规模效益和竞争效益的两难选择。马歇尔认为,大工业的发展必然带来规模扩大,从而使产品的成本大幅度降低;但规模经济造成的生产集中又极易造成垄断,垄断又会使经济丧失竞争活力。因此,规模经济和垄断是难以分割的,社会要实现规模效益,就得牺牲竞争效益;要实现竞争效益,就得牺牲规模效益。这就是经济学与产业组织理论中著名的“马歇尔两难”。

② 卡特尔,乃法文 *cartel* 或德文 *Kartell* 的音译,至少有三种含义:A. 指多个市场主体旨在控制产品数量、价格、市场等以获得市场垄断地位的一种横向限制竞争行为;B. 指企业间为共同利益通过订立合同成立的一种联合组织;C. 指企业或企业协会为共同的目的所订立的合同以及企业协会的决议。本书是在三种意义上交替使用这一概念的。

③ 美国法院认定是否构成搭售,首先必须确定搭售的两项产品是两个不同的产品,但是对于这一构成要件的判断,可能并不是像法院认为的那么简单,特别当产品涉及高科技产品时如何判断为两项或者单一产品是一个非常具有争议的问题。