



信毅学术文库

从一元到多元

——寡头的反垄断法规制

喻玲 著

復旦大學出版社



信毅学术文库

本书系作者主持的江西省博士后研究人员科研项目择优资助《文化产业的反垄断法规制：以江西省为例》（2014KY29）及国家社科基金项目《反垄断法规制的国外典型案例梳理》（11BFX054）的中期成果。

从一元到多元 ——寡头的反垄断法规制

喻 玲 著

 复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

从一元到多元:寡头的反垄断法规制/喻玲著. —上海:复旦大学出版社,2016.4
(信毅学术文库)

ISBN 978-7-309-12144-5

I. 从… II. 喻… III. 反垄断法-研究 IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 031635 号

从一元到多元:寡头的反垄断法规制

喻玲 著

责任编辑/徐惠平 姜作达

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编:200433

网址:fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853

外埠邮购:86-21-65109143

当纳利(上海)信息技术有限公司

开本 787×960 1/16 印张 15 字数 192 千

2016 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-12144-5/D·796

定价:32.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。

版权所有 侵权必究

总序

Preface

“书籍是人类进步的阶梯。”通过书面记载,语言、文字、图画能够较为完好地保存下来,可以大量印制和快速传播,大大地方便人类的阅读和学习。当下,国家和社会对创新性知识的巨大需求促成了中国学术出版的新一轮繁荣。学术能力已成为当前高校综合服务水平的重要体现,是学校价值追求和人才培养的关键影响因素。

科学合理的学科专业结构、能够引领学科前沿的师资队伍、作为知识载体和传播媒介的优秀作品,是高校作为学术创新主体必备的三大要素。江西财经大学较为科学合理的学科结构和相对优秀的师资队伍,为我校的学术发展与繁荣奠定了坚实的基础。学校教师中教材、学术专著编撰出版活动活跃。

为加强我校学术专著出版管理,淬炼教师学术科研能力,江西财经大学与复旦大学出版社经过充分磋商,达成共识,分批次推出高品质专著系列。为此,我们根据江西财经大学“信敏廉毅”校训精神,将之命名为“信毅学术文库”。前期我们已分批出版了“江西财经大学学术文库”和“江西财经大学博士论文文库”,为打造学术精品,突出江财特色,现将上述两个系列整合汇编为“信毅学术文库”。

本期“信毅学术文库”共选取了9部学术专著予以资助出版。这些学术专著囊括对经济、管理、法律、社会等各方面内容的研究,关注了社会热点论题和有重要研究和参考价值的选题,有一定的学术价值和现实指导意义。专著的作者既有学术领域的资深学者,也有初出茅庐的新聘博士。资深学者学术涵养深厚,且精于写作,他们专著的出版必定能够带来较好的学术影响和社会效益。作为青年学者,

优秀博士学术思维活跃,容易提出新的甚至是有突破性的学术观点,从而成为学术研究或学术讨论的焦点,把他们的学术研究成果编撰成书,其社会效益也不言自明。一般而言,国家级课题项目的研究在专业领域具有较强的创新性,必须达到国内甚至国际的领先水准,基于此,我们也吸纳了部分国家级科研课题项目研究成果。

“信毅学术文库”将分期分批出版问世,我们将严格质量管理,努力提升学术专著水平,力争将“信毅学术文库”打造成业内有影响的高端品牌。“信毅学术文库”的出版,得到了复旦大学出版社的大力支持,对他们的敬业精神和远见卓识,我感到由衷的钦佩。

王 乔

二〇一四年十一月六日

前言

Foreword

从西方主要工业国家的实践看,主要生产部门的市场集中度处于一个不断攀升的趋势,以跨国公司为代表的寡头企业不但在一国经济部门占有绝对优势,而且也成为该国经济竞争力的标志。故而,培育具有较强国际竞争力的大企业大集团,提高一国产业的市场集中度,对该国市场整体运行绩效的提升有着举足轻重的作用。尽管以哈佛学派和芝加哥学派为代表的不同产业组织理论对市场结构、企业行为、市场绩效之间的作用激励、影响因素等存在不同认识,但是“必须借助反垄断法来规范企业行为,限制垄断力量的发展,保持市场适度竞争”,以及“市场结构决定企业行为,企业行为影响市场绩效”是他们普遍的认识。然而,在反垄断法实施过程中,“规范寡头行为”(动作)与“规范的寡头行为”(结果)之差异常常被忽视,“合理的市场结构→规范的企业行为→理想的市场绩效”的逻辑关系被错误地简化为“反垄断法规范企业行为→理想的市场绩效”。于是,在反垄断法发展早期,反垄断法规制效果往往被无限放大,执法机构倚重反垄断法本身(一元模式)完成对寡头的规制。其结果是,有着“总是游走在违法边缘”行为偏好的寡头容易被执法者“错杀”或者“漏杀”,反垄断法的威慑效果不理想。反垄断执法一度成为企业(包括寡头)成长的巨大障碍,进而影响了公众对反垄断法的价值评价。

为克服反垄断规制寡头一元模式存在的弊端,规制者不得不从事前防范、事中监控、事后合理救济等全方位的角度进行制度供给。反垄断立法、执法、司法中大量引入经济、道德、伦理、文化等因素,这些因素相互作用,极大丰富了反垄断法对寡头的规制“工具箱”,一元

模式完成向多元模式的转向。这种转向有着坚实的实践基础,是一个规制者不断平衡社会变动的制度需求过程。这种转向还有着深厚的理论基础,它既体现着作为上层建筑的法律对经济关系变化的回应性,也体现着作为规制方式的反垄断法对不同规制对象、不同行为选择恰当规制工具的回应性。在多元模式生成的“赢者生存”的战争中,规制者在制度供给方面也做了许多艰辛的努力。这些努力,结果喜忧参半。有的制度大获成功,如宽恕制度、合规制度;有的黯然退场,如引入规制替代者制度。从各国反垄断规制寡头制度与实践来看,那些生存下来的制度有着惊人的“趋同性”。

在走向“更好规制(better regulation)”的时代,学习这些经验,努力促成反垄断法规制寡头多元模式在中国的生成,是中国作为后发地区制定反垄断相关法律制度所具有的“后发优势”,也是中国实现“培育有国际竞争力的大企业大集团”战略,提升寡头垄断市场绩效的可行之径。

“我们时代的法律面临着双重需要：首先是需要某些重述，这些重述从先例的荒漠中找出法律的确定性和有序性。这正是法律学科的任务；其次是需要一种哲学，它将调和稳定与进步这两种冲突的主张，并提供一种法律成长的原则。”

——本杰明·内森·卡多佐^①

^① [美] 本杰明·内森·卡多佐著：《法律的成长、法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社 2002 年版，第 4 页。

目 录

Contents

图表目录	1
第一章 导论	1
第一节 研究缘起与目的	1
第二节 相关研究综述	10
第三节 研究思路、内容与方法	17
第四节 创新之处与存在不足	25
第二章 前提：寡头的经济学理论	27
第一节 市场结构一般理论	27
第二节 寡头垄断市场行为	34
第三节 寡头垄断市场绩效	44
第四节 本章小结	52
第三章 动因：一元模式的局限	54
第一节 基本概念的界定	54
第二节 一元模式的实践与局限	62
第三节 一元模式局限产生的原因	74
第四节 本章小结	83
第四章 基石：从一元到多元模式转变的现实与理论基础	86
第一节 转变的时代背景	86

第二节	转变的现实基础	96
第三节	转变的理论基础	108
第四节	本章小结	113
第五章	经验：多元模式的制度与实践	114
第一节	解构多元	114
第二节	反垄断主管机构的执法变革：以宽恕制度 为例	119
第三节	反垄断主管机构的职能拓展：竞争推进制度	138
第四节	其他公共管理机构的配合：垄断税	148
第五节	公众的参与：合规制度	162
第六节	本章小结	171
第六章	实现：多元模式在中国的生成	173
第一节	中国构建多元模式的轨迹	173
第二节	改善竞争环境，着力竞争推进	178
第三节	运用声誉激励，完善宽恕制度	186
第四节	发挥税收再分配功能，开征垄断税	192
第五节	构建合规制度，预防反垄断风险	202
第六节	本章小结	206
参考文献		209

图表目录

图 1-1	2010 年第 1 季度中国市场移动即时通信活跃用户数 市场份额	2
图 1-2	“3Q 大战”走势图示	4
图 1-3	研究路径模型	19
图 2-1	完全竞争的特点	30
图 2-2	寡头垄断市场模型一览	37
图 2-3	弯折的需求曲线模型	38
图 2-4	共谋稳定性的多次博弈分析	42
图 2-5	结构-行为-绩效范式	47
图 4-1	反垄断案件协商结案的流程	93
图 4-2	规制工具金字塔	111
图 5-1	“多元”解构图	117
图 5-2	宽恕制度运行机制	120
图 5-3	反垄断执法与竞争推进关系	142
图 5-4	垄断税的道德逻辑	161
图 6-1	我国最高行业和最低行业的工资比变化一览	193
表 2-1	主要生产部门国际垄断集中率	50
表 2-2	2009—2010 年 LCD 平板电视行业集中率	51
表 3-1	规制分类表 1	57
表 3-2	规制分类表 2	58
表 3-3	各国宽恕制度修订前后的实效	66

表 4-1	反垄断执法特点转变情况	95
表 4-2	1860 年与 1901 年美国工业集中度比较	98
表 5-1	竞争核对清单	146
表 5-2	美国原油暴利税结构	153
表 6-1	2010 年中国 500 强企业前 10 名情况	175
表 6-2	2010 年世界 500 强企业前 10 名情况	176
表 6-3	我国竞争推进的目标详解	180

第一章

导 论

同一行业的人很少集会,即使是为了娱乐或消遣,而他们的谈话内容也总是涉及反对公众的阴谋,或要求提高价格的计划。当然,这种集会不可用任何法律阻止,如果有这样的法律,它要么难以执行,要么就会与自由和正义发生冲突。虽然法律不能阻止同一行业的人有时集合起来,但它也不应该去促成这种集合,更不能够做任何事情,使集合成为必不可少。

——亚当·斯密^①

第一节 研究缘起与目的

一、缘起：从“3Q大战”到“反垄断第一案”

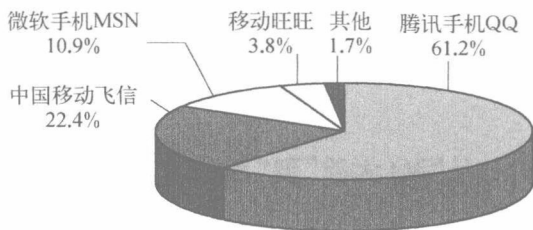
(一) “3Q大战”

深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技(深圳)有限公司(共简称“腾讯公司”)是国内著名的即时通信工具^②(instant

^① [英] 亚当·斯密著：《道德情操论》，蒋自强、钦北愚、朱钟棣、沈凯璋译，商务印书馆 2003 年版，第 100 页。

^② 即时通信工具：指主要功能在于满足人们的即时沟通需求的软件产品，本书所指的即时通信工具主要指基于互联网的即时通信工具。

messaging tools, IM) QQ 的权利人。根据易观国际的统计,截至 2010 年,腾讯公司无论是在普通即时通信工具领域,还是在移动即时通信领域,其活跃用户数^①的市场份额都稳居全国第一。如世资讯(CCW Research)调查结果显示,2010 年第 1 季度中国市场移动即时通信的市场活跃用户数为 1.83 亿,其中腾讯手机 QQ 以 61.2% 的市场份额排名第一,中国移动飞信以 22.4% 的市场份额排名第二,微软手机 MSN 以 10.9% 的市场份额排名第三,移动旺旺以 3.8% 的市场份额排名第四(图 1-1)。而北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司和北京三际无限网络科技有限公司(共简称“360 公司”)是国内著名杀毒软件“360 安全卫士”的权利人。“360 安全卫士”通过永久免费的策略,在很短的时间内,占有了绝大多数安全市场份额,成为继腾讯之后第二大客户端软件。根据 360 公司的统计,目前 4.2 亿中国网民中,首选安装 360 的已超过 3 亿,其他公司的产品在相关市场内难以望其项背^②。尽管两者看似不是同业竞争者,随着 360 公司的壮大,长期独霸桌面端的腾讯也不得不将其视作最重要的竞争对手,并开始展开布局对阵。



数据来源: CCW Research, 2010/5

图 1-1 2010 年第 1 季度中国市场移动即时通信活跃用户数市场份额

① 活跃账户数: 指在一个月內至少登录一次 IM 服务的账户数。

② 360 公司:《360 安全卫士简介》,2010-12-07, http://www.360.cn/weishi/index_intro.html。

2010年9月26日,腾讯公司借QQ客户端强行将客户安装的旧版QQ自动升级为QQ电脑管家,希望借助强行捆绑抢夺安全市场领域的一次布局,“3Q大战”正式爆发。作为报复,9月27日,360公司宣称腾讯QQ会在用户不知情的情况下扫描用户电脑,侵犯用户隐私,并推出能够监测腾讯QQ扫描行为的“360隐私保护器”监控腾讯QQ。对于360的指控,腾讯公司全面予以否认,公开声明QQ安全模块绝没有进行任何用户隐私数据的扫描、监控,更绝对没有上传用户数据,并于10月14日以360公司涉嫌不正当竞争为由,正式起诉360公司,索赔400万元,北京市朝阳区人民法院受理了此案。10月27日,金山、百度、腾讯、傲游、可牛5家公司共同发表《反对360不正当竞争及加强行业自律的联合声明》^①,旨在“揭露360的种种恶行”、倡导同行公平竞争及互联网行业自律、呼吁主管机构介入调查及同行企业“不与360发生任何形式的合作”。10月29日,360公司推出一款名为“扣扣保镖”的安全工具,称该工具可以“阻止QQ强行静默扫描用户硬盘,保护隐私;防止QQ盗号;QQ加速;过滤QQ广告;清理QQ垃圾(含QQ影音、QQ音乐等QQ周边软件),清除冗余和临时文件;全面保护QQ用户的安全”;同日,腾讯公司发表声明,称360“扣扣保镖”为非法外挂,会严重影响QQ软件的安全和完整服务,是一种明目张胆的违法行为,将追究法律责任^②。11月2日,360公司宣布将360“扣扣保镖”代码交给中国信息安全测评中心托管和检测。11月3日,腾讯公司决定将在装有360软件的电脑上停止运行QQ软件,并将QQ安全模块代码交由第三方机构检测;当晚,360版webQQ上线,称将尽力与QQ共存;随后,腾讯公司宣布三项和解条件,要求360卸载“扣扣保镖”,360正式下线“扣扣保镖”。11月4日,360公司决定召回360“扣扣保镖”;深夜,360公司的公告

^① 金山、百度、腾讯、傲游、可牛公司:《反对360不正当竞争及加强行业自律的联合声明》。

^② 腾讯公司:《关于360公司推出非法外挂的严正声明》,2010-12-07, <http://tech.qq.com/a/20101029/000393.htm>。

称,工信部通信保障局和公安部已经介入此事,分别找两家公司问询。在这些部门的强力干预下,QQ 和 360 软件已实现完全兼容。整个事件大致告一段落(图 1-2)。

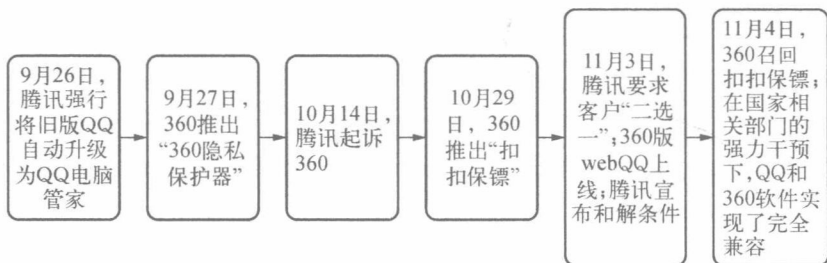


图 1-2 “3Q 大战”走势图示

(二) “反垄断第一案”

2010 年 8 月上旬,中国电信公司下发内部文件,要求下属各省公司对高带宽和专线接入进行清理,清除除骨干核心正常互联互通点外的所有其他运营商和互联单位等的穿透流量接入^①。由于弱势运营商接入价格高昂,清理穿透流量事实上堵死了弱势运营商依靠向第三方企业购买带宽的生存之路。从此次中国电信清理穿透流量开始,联通、铁通、中移动、长城宽带乃至大部分地方广电机构等互联网接入厂商都受到了不同程度的冲击,不但用户投诉、退网量大幅增加,而且用户与运营商之间的矛盾在不断激化。

2011 年 11 月 9 日,据中央电视台(下称“央视”)《新闻 30 分》报

^① 按照工信部规定,目前有两种网间结算方式,一是通过国家交换中心节点互联,其他网络以 1 000 元/兆·月的价格结算;二是各网络与中国电信或联通直接接入,结算费用自行协商。但在实际操作中,中国电信却设立了“黑白名单”,予以差别定价,以高于其他客户的价格向其他的宽带接入厂商(联通、铁通、移动 3 家基础运营商,教育网、长城宽带两家全国性单位,以及中信网络和广电机构所属单位这两家地域性单位等)进行网间结算,以此抬高竞争对手的带宽接入成本。其定价与市场价格之间,价差最高可达数倍甚至数十倍。这些企业为降低运营成本纷纷采取了向第三方企业购买其向中国电信购买的带宽的方式。而第三方企业实际上是通过转手带宽赚取差价。

道,国家发改委价格监督检查与反垄断局(下称“反垄断局”)①证实,2011年2月,该局接到了关于中国电信和中国联通在互联网市场的接入上存在垄断的举报,并立刻对两家企业展开了反垄断调查。调查内容是:在宽带接入及网间结算领域,中国电信、中国联通是否存在利用市场支配地位阻碍影响其他经营者进入相关市场的行为。央视报道明确了两点:(1)中国电信和中国联通两家企业在互联网接入市场上,占有2/3以上的市场份额,具有市场支配地位。如果中国电信和中国联通利用这种市场支配地位,在与自己有竞争关系的企业交易时索要高价,对没有竞争关系的企业给予优惠,那么它们的行为就构成了为反垄断法所禁止的“价格歧视”。(2)如果事实成立,定性准确,两家公司将被处以上一年度营业额的1%—10%的罚款。中国电信一年的营业额大概有500亿元,而中国联通一年的营业额大概不到300亿元②。此后,反垄断局对此再无其他信息公布。

由于该案是我国《反垄断法》实施以来,反垄断执法机构查办的第一件涉及大型国有企业的反垄断案,因此,该案被媒体称为“反垄断第一案”③,进而引起了通信业、IT业界乃至整个社会的广泛关注和热烈讨论。

(三) 两案引发的反垄断法律问题思考

制定过程一波三折、命运多舛的中国《反垄断法》,于2008年8月1日开始正式生效。这部素有“市场经济宪法”之称的法律的使命之一在于,运用法定权力、根据法定程序禁止垄断协议(包括横向和纵向垄断协议)、滥用市场支配地位、经营者集中等三类垄断行为来防止大型国企借其优势地位损害消费者利益。在《反垄断法》公布之

① 发改委价格监督检查与反垄断局是在2011年7月由原来的“国家发改委价格监督检查司”更名而来。

② 佚名:《发改委反垄断调查》,2011-11-11, http://www.chinadaily.com.cn/micro-reading/tech/2011-11-10/content_4322559.html。

③ 蒋跃新:《记者还原“中国反垄断第一案”实质——好一路神仙剑法》,2011-11-14, http://news.xinhuanet.com/2011-11/11/c_111161540.htm。