

上海交通大学竞争法律与政策研究中心
上海市法学会竞争法研究会

编辑出版

Competition Law and Policy Review 竞争法律与政策评论

第2卷

2016年

王先林 主 编



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

上海交通大学竞争法律与政策研究中心
上海市法学会竞争法研究会 编辑出版

Competition Law and Policy Review
竞争法律与政策评论

第2卷

2016年

王先林 主 编



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

本卷共设置 6 个栏目及学术动态介绍。本卷特别聚焦公平竞争审查制度,专门设置了“热点问题笔谈”和“热点问题探讨”两个子栏目,邀请 9 位法学和经济学专家就此发表了自己的看法并专门进行了探讨。“学术专论”栏目包括《中国关于滥用知识产权反垄断规制制度的建立和发展》、《中国反垄断私人诉讼中市场支配地位推定制度的地位》、《社会市场经济与〈基本法〉》、《效果分析在滥用市场支配地位案中之必要——奇虎 360 诉腾讯案会是改变中国反垄断法规的一个契机吗?》四篇专题论文;“学位论文选登”栏目选用了《美国联邦反托拉斯执法的司法审查强度问题研究》一文;“案例研究”栏目发表了《过滤互联网视频广告是否构成不正当竞争》一文;“研究咨询报告”栏目刊登了《中国反垄断行政执法大数据分析报告(2008—2015)》;“域外文献选译”栏目选登了《巴基斯坦当代竞争法概述》和《日本关于知识产权利用的反垄断法指南(经 2016 年修订)》。

图书在版编目(CIP)数据

竞争法律与政策评论. 2016 / 王先林主编. —上海:

上海交通大学出版社, 2016

ISBN 978-7-313-15861-1

I. ①竞… II. ①王… III. ①反不正当竞争—经济法—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 224772 号

竞争法律与政策评论

第 2 卷 2016 年

主 编: 王先林

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

出 版 人: 韩建民

印 制: 上海宝山译文印刷厂

开 本: 710 mm×1000 mm 1/16

字 数: 387 千字

版 次: 2016 年 10 月第 1 版

书 号: ISBN 978-7-313-15861-1/D

定 价: 58.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021-64071208

经 销: 全国新华书店

印 张: 22.5

印 次: 2016 年 10 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 021-56482128

编辑委员会

(按姓氏笔画为序)

于 左	王仁荣	王先林	王晓晔	王 健
方小敏	叶 明	宁立志	李 剑	李胜利
许光耀	乔 岳	时建中	林 平	林燕萍
郑鹏程	孟雁北	侯利阳	徐士英	黄 勇

主 任 王 晓 晔

主 编 王 先 林

本卷执行主编 李 剑

编辑部秘书 袁 波

卷 首 语

在李剑教授和侯利阳教授等的精心策划和各位作者的大力支持下,《竞争法律与政策评论》(以下简称“《评论》”)第二卷的审稿编辑任务已经完成,本卷所载的大作很快就要面世了。

本卷共设置 7 个栏目。本卷特别聚焦公平竞争审查制度,为此设置了“热点问题笔谈”和“热点问题探讨”两个子栏目。在“热点问题笔谈”子栏目,7 位法学和经济学专家分别就此发表了自己的看法:王晓晔教授呼吁推动公平竞争审查,大力遏制行政垄断;徐士英教授认为公平竞争审查制度是市场经济走向成熟的重大举措;何振宇副教授等分析了公平竞争审查制度对消除地方市场分割的影响;张占江副教授探讨了公平竞争审查制度的原理;应品广副研究员指出公平竞争审查制度是中国竞争政策的重大创新;袁嘉博士总结了对地方性立法进行公平竞争审查的难点问题。在“热点问题探讨”子栏目,王健教授和丁茂中副教授分别以“我国公平竞争审查制度的特点及优化建议”和“中国(上海)自由贸易试验区竞争中立政策的推进检视”为题,对公平竞争审查制度进行了专门探讨。在“学术专论”栏目,发表了 4 篇论文,分别是王先林教授的“中国关于滥用知识产权反垄断规制制度的建立和发展”,侯利阳教授、Félix E. Mezzanotte 助理教授的“中国反垄断私人诉讼中市场支配地位推定制度的地位”,汉斯·卡尔·尼佩岱教授的“社会市场经济与《基本法》”,Adrian Emch 律师的“效果分析在滥用市场支配地位案中之必要——奇虎 360 诉腾讯案会是改变中国反垄断法规的一个契机吗?”。在“学位论文选登”栏目,发表了洪莹莹博士的论文“美国联邦反托拉斯执法的司法审查强度问题研究”。在“案例研究”栏目,发表了张瀛舟同学的

“过滤互联网视频广告是否构成不正当竞争”一文。在“研究咨询报告”栏目,发表了林文、甘蜜律师的“中国反垄断行政执法大数据分析报告(2008—2015)”。在“域外文献选译”栏目发表了两篇国外文献,分别是博士后 Farrukh Nawaz Kayani 的“巴基斯坦当代竞争法概述”和博士生孙海萍翻译的“日本关于知识产权利用的反垄断法指南(经 2016 年修订)”。在“学术动态”栏目,刊登了 2016 年 7 月 9 日在上海召开的反垄断与知识产权国际研讨会综述和上海交通大学竞争法律与政策研究中心近期动态(2015 年 12 月—2016 年 7 月)。

我们衷心感谢国内外专家学者的大力支持和无私帮助。我们希望在学界同仁的共同支持和帮助下,《评论》能够真正办成一份有特色、有影响的连续性、专业性的学术出版物。值得欣慰的是,《评论》第一卷的 12 篇文章于 2016 年 6 月全部被“中国知网”全文收录上线,正式成为“中国知网”的文献来源辑刊。今后出版的各卷在出版后所有文章的全文都可很快在该数据库中检索和下载。

本卷的出版继续得到了百威英博(中国)有限公司的赞助,并得到了上海高校智库内涵建设计划的支持,主办方对此表示诚挚的感谢!

王先林

2016 年 8 月 8 日

目 录

本卷聚焦：公平竞争审查制度

热点问题笔谈：公平竞争审查制度	• 3 •
推动公平竞争审查 大力遏制行政垄断	王晓晔 • 3 •
市场经济走向成熟的重大举措：浅论公平竞争审查制度	徐士英 • 7 •
地方市场分割与公平竞争审查制度	何振宇 周亚莹 • 11 •
公平竞争审查制度原理	张占江 • 15 •
公平竞争审查制度：中国竞争政策的重大创新	应品广 • 18 •
对地方性立法进行公平竞争审查的难点问题	袁 嘉 • 22 •
热点问题探讨	• 27 •
我国公平竞争审查制度的特点及优化建议	王 健 • 27 •
中国(上海)自由贸易试验区竞争中立政策的推进检视	丁茂中 • 36 •

学 术 专 论

中国关于滥用知识产权反垄断规制制度的建立和发展	王先林 • 53 •
中国反垄断私人诉讼中市场支配地位推定制度的地位	
侯利阳 Félix E. Mezzanotte 著 王继荣 译	• 70 •
社会主义市场经济与《基本法》 汉斯·卡尔·尼佩岱 著 金枫梁 译	• 92 •
效果分析在滥用市场支配地位案中之必要——奇虎 360 诉腾讯案会 是改变中国反垄断法规的一个契机吗？	
Adrian Emch 著 谭 森 译	• 114 •

学位论文选登

- 美国联邦反托拉斯执法的司法审查强度问题研究 洪莹莹 • 139 •

案例研究

- 过滤互联网视频广告是否构成不正当竞争
——猎豹浏览器案浅析 张瀛舟 • 167 •

研究咨询报告

- 中国反垄断行政执法大数据分析报告(2008—2015)
林文甘蜜 • 197 •

域外文献选译

- 巴基斯坦当代竞争法概述
Farrukh Nawaz Kayani 著 胡逸译 • 295 •
日本关于知识产权利用的反垄断法指南(经 2016 年修订)
孙海萍译 • 306 •

学术动态

- 滥用知识产权反垄断规制中创新与竞争的平衡
——反垄断与知识产权国际研讨会综述 袁波 • 333 •
上海交通大学竞争法律与政策研究中心近期动态
(2015 年 12 月—2016 年 7 月) • 341 •
《竞争法律与政策评论》约稿函 • 347 •

CONTENTS

TABLE OF CONTENTS

Focus on Popular Issues: Fair Competition Assessment	• 3 •
Promoting on Fair Competition Assessment to Restrain Administrative Monopoly	<i>Xiaoye WANG</i> • 3 •
A Significant Measure to Suggest Matured Market Economy: On Fair Competition Assessment	<i>Shiying XU</i> • 7 •
Local Market Segmentation and Fair Competition Assessment	<i>Zhenyu HE, Yaying ZHOU</i> • 11 •
Fundamental Theory of Fair Competition Assessment	<i>Zhanjiang ZHANG</i> • 15 •
Fair Competition Assessment: The Significant Institution Innovation of Competition Policy	<i>Pinguang Ying</i> • 18 •
The Complex in Fair Competition Assessment on Local Legislations	<i>Jia YUAN</i> • 22 •
Comments on Popular Issues	• 27 •
The Advantages of China's Fair Competition Assessment and Suggestions for Optimization	<i>Jian WANG</i> • 27 •
Review on the Development of Competition Neutrality Policy in China (Shanghai) Free Trade Zone	<i>Maozhong DING</i> • 36 •

Articles

The Establishment and Development of China's Regulation on IP Abuse	<i>Xianlin WANG</i> • 53 •
The Role of Presumptions of Market Dominance in Civil	• 1 •

Litigation in China	<i>Liyang HOU, Félix E. MEZZANOTTE</i>	• 70 •
Social Market Economy and Fundamental Law	<i>Hans Carl NIPPERDEY</i>	• 92 •
Effects Analysis in Abuse of Dominance Cases in China: Is Qihoo 360 v Tencent a Game-Changer?	<i>Adrian EMCH</i>	• 114 •

Dissertation

Intensity of Judicial Review on U. S. Federal Antitrust Law
Enforcemnt Yingying HONG • 139 •

Case Study

Yingzhou ZHANG • 167 •

Consultation Report

A Big Data Analysis on China's Anti-Monopoly Administrative
Enforcement (2008—2015) *Wen LIN, Mi GAN* • 197 •

Translation of Chosen Literature

A General Introduction to Contemporary Pakistan Competition Law	<i>Farrukh Nawaz KAYANI</i>	• 295 •
Guidelines for the Use of Intellectual Property under Japan's Antimonopoly Act	<i>Haipin SUN</i>	• 306 •

News

The Balance of Innovation and Competition in Anti-monopoly Regulation
on IP Abuse; Roundup from the International Conference on Anti-
monopoly Law and IP *Bo YUAN* • 333 •

Recent Activities of SJTU Center for Comptition Law and
Policy(December, 2015 — July, 2016) • 341 •

Call for Paper for Competition Law and Policy • 347 •

■ 本卷聚集：公平竞争审查制度

推动公平竞争审查 大力遏制行政垄断

王晓晔*

国务院近日印发的《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(以下简称“《意见》”)指出:“公平竞争是市场经济的基本原则,是市场机制高效运行的重要基础。随着经济体制改革不断深化,全国统一市场基本形成,公平竞争环境逐步建立。但同时也要看到,地方保护、区域封锁、行业壁垒、企业垄断、违法给予优惠政策或减损市场主体利益等不符合建设全国统一市场和公平竞争的现象仍然存在。”为此,《意见》提出,为规范政府有关行为,防止出台排除、限制竞争的政策措施,逐步清理废除妨碍全国统一市场和公平竞争的规定和做法,我国需要在市场体系建设中建立公平竞争审查制度。这说明,《意见》出台的目的在于进一步遏制政府及其所属部门排除限制竞争的行为,也即是进一步遏制行政垄断。

我国现行法律法规中,反对行政垄断最重要的法律是2007年颁布的《中华人民共和国反垄断法》。该法第8条规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,排除、限制竞争。”该法第五章还列举了滥用行政权力排除限制竞争的各种表现。为了进一步深化我国经济体制改革,尽快建立全国统一的市场体系和公平竞争的环境,国务院《意见》就反对行政垄断在其内容上和程度上大大超越和发展了我国的《反垄断法》。例如,《意见》

* 王晓晔,湖南大学特聘教授,中国社会科学院研究员,国务院反垄断委员会专家咨询组成员。

中公平竞争审查的内容不仅包括“商品和要素自由流动”的标准,也即是不合理的地方保护和进出口限制,而且还提出市场准入和退出标准,包括是否设置了不合理和歧视性的市场准入和退出条件,是否未经公平竞争授予某些企业特许经营权,是否对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等设置了审批程序,不合理地为企业的市场准入设置了障碍,等等。鉴于我国迄今还存在各类市场主体不能平等使用生产要素和不能公平参与竞争的状况,《意见》还提出了影响生产经营成本的标准,例如是否违法给予特定经营者优惠政策,安排财政支出是否存在与企业缴纳的税收或非税收入挂钩,是否违法地免除特定经营者需缴纳的社会保险费用,是否违法地要求经营者提供或者扣留经营者各类保证金,等等。这些内容广泛的公平竞争审查说明,除非出于国家经济安全、整体经济利益和社会公共利益的考虑,在我国市场上开展经营活动的各类企业,不管它们是国有企业还是民营企业,也不管它们是中国企业还是外国企业,应当能够公平地参与市场竞争,平等地得到法律的保护。

国务院出台《意见》的意义重大,影响深远。这个《意见》说明,竞争政策在我国资源配置中开始逐步发挥决定性的作用,竞争政策在我国各项经济政策中逐步成为最重要的经济政策。在这种情况下,国家必须高度重视行政垄断问题,这一方面是因为市场竞争机制与政府的行政手段相比是配置资源更好的方式,因为只有要在市场竞争的压力下,企业才会努力降低价格,改善产品质量,改善服务,改善经营管理,这从企业的角度看是提高了经济效率和市场竞争力,从社会的角度看是优化配置了资源,从消费者的角度看是提高了社会福利。另一方面,是因为我国当前仍然处于经济体制转轨的过程中,经济生活中的限制竞争不仅仅来自企业,相反,行政性限制竞争对市场竞争影响的程度、范围等方面都大大超过企业的限制竞争。《意见》指出了行政性限制竞争的各种表现,但它们本质上都是一样的,即偏爱个别企业,排斥其他企业;或者偏爱个别地区,排斥其他地区,从而对市场经济条件下本来有着平等地位的市场主体实施不平等的待遇。滥用行政权力限制竞争的后果是保护落后,妨碍市场的自由和公平竞争,妨碍建立统一、开放和竞争的大市场,导致“优”不能胜,“劣”不能汰,社会资源得不到合理和有效的配置。因此,建立公平竞争审查制度是我国当前一项非常重要的经济政策。

公平竞争审查需要一个推进审查的组织机构。《意见》指出,审查的方式是以政策制定机关的自我审查为主,即经审查认为不具有排除、限制竞争效果的,可以实施;具有排除、限制竞争效果的,应当不予出台,或调整至符合相关要求后

出台；没有进行公平竞争审查的，不得出台；制定政策措施及开展公平竞争审查应当听取利害关系人的意见，或者向社会公开征求意见；有关政策措施出台后，要按照《政府信息公开条例》要求向社会公开，等等。因为公平竞争审查是一个长期的重要工作，而且是一项非常复杂的工作，政策制定机关在进行自我审查的过程中难免会有一些疑难问题或者认识不清的问题，特别当一个问题既涉及竞争政策，又涉及产业政策的情况下，或者国家目前仍然存在不同法律制度不协调的情况下，政策制定机关势必需要得到相关组织机构的指导和帮助。《意见》提出，国家发展改革委、国务院法制办、商务部、工商总局要会同有关部门，抓紧研究起草公平竞争审查实施细则，进一步细化公平竞争审查的内容、程序、方法，指导政策制定机关开展公平竞争审查和相关政策措施清理废除工作，保障公平竞争审查制度有序实施，这说明反垄断执法机关在推动和实施公平竞争审查和规范政府行政性限制竞争方面发挥重要作用。

其实，为了规范政府不合理的限制竞争行为，我国不仅有必要在政府部门引入公平竞争审查的制度，而且还有必要修改我国《反垄断法》中关于行政垄断的规定。根据该法第51条，“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。”这个条款的主要问题是，它把规制行政垄断的任务主要交给了违法机关的上级机关。因为这里的“上级机关”不是一个确定的机关，更不是一个确定的行政执法机关，这些机关的工作人员势必不会有很强的反垄断意识和竞争意识，即他们不可能把执行反垄断法视为自己的使命。特别是在各级政府机关的上下级关系很多是朋友或者熟人关系。这种情况下，上级机关在处理其下级机关与第三人包括消费者或者来自其他地区的经营者的争议时，往往不容易做到中立和公正。行政垄断方面的争议很多还涉及部门利益或者地方利益，有些利益不仅能够给“下级机关”带来经济方面的好处，而且也能够给“上级机关”带来经济方面的好处。这种情况下，上级机关更不容易做到中立和公正，也不会主动关注和处理这方面的案件。为了有效制止行政性限制竞争行为，我国应当借鉴欧盟竞争法和俄罗斯反垄断法的经验，即授权国家竞争执法机构一并处理行政垄断案件。当然，反垄断行政执法机关能否被授权处理行政垄断案件，一个重要的条件是我国应当有一个统一的反垄断行政执法机关。我国反垄断法一个重大缺陷是其管辖权分为国家发展和改革委员会、商务部和国家工商行政管理总局三个部门，三足鼎立的反

垄断行政执法的致命弱点是,真正执行反垄断法的机构均隶属国务院部委下面,级别不够高,权威不够大。为了更好地发挥反垄断法应有的效力,为了更有效地规范市场竞争秩序,国务院应早下决心,尽早将三个反垄断行政执法机构整合为一个统一的机构。

市场经济走向成熟的重大举措： 浅论公平竞争审查制度

徐士英*

一、规制行政性垄断的制度创新

我国《反垄断法》中关于行政性垄断规制的内容,是关于反垄断法意义的讨论中最为引人注目的。法律中禁止行政机关制定限制竞争的行政规定,首次突破了对政策制定行为进行规制的旧传统,这表明《反垄断法》并不是简单的一部法律,而已经是在更为广阔的国家竞争政策的层面加以规范的。但是《反垄断法》实施至今,关于滥用行政权力排除限制竞争的行政性垄断案件查处还是十分困难〔1〕。作为一种事后救济方式,反垄断执法只能在行政性垄断已经发生的情况下,以隔靴抓痒的方式在行政系统内部“建议纠正”。即便行政性垄断行为可能被纠正,但其对市场已经产生的影响和损害却很难得到完全消除。制度设计的无奈与缺陷暴露了规制政府经济权力运行的短板。传统的“控权”路径又往往事与愿违,〔2〕限制

* 徐士英,华东政法大学教授、竞争法研究所主任,浙江理工大学特聘教授,国家工商总局市场监管专家委员会委员。

〔1〕“行政性垄断”是我国学界和实务界对于“滥用行政权力排除限制竞争行为”约定俗成的称呼,笔者为行文方便直接采用此名称。根据我国《反垄断法》第8条和第五章规定的内容,完整的提法应该是“行政机关和法律、行政法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力排除限制竞争的行为。”

〔2〕参见李洪雷:《中国行政法(学)的发展趋势——兼评“新行政法”的兴起》,《行政法学研究》2014年第1期。