

《中华人民共和国反垄断法》解读

反垄断法理论与 中外案例评析

The Theory of
Chinese Anti-Monopoly Law
and Practice

商务部条法司 / 编

尚 明 / 主编



北京大学出版社

D912.290.1/32

2008

《中华人民共和国反垄断法》解读

反垄断法理论与 中外案例评析

商务部条法司 / 编

尚 明 / 主编

编委会成员

尚 明 郭京毅 李成钢 吴振国

尹燕玲 叶 军 朱忠良 董红霞



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法理论与中外案例评析/商务部条法司编,尚明主编. —北京:
北京大学出版社,2008.4

ISBN 978-7-301-13432-0

I. 反… II. ①商… ②尚… III. ①反垄断法—法的理论—研究—
中国 ②反垄断法—案例—分析—中国 IV. D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 021591 号

书 名: 反垄断法理论与中外案例评析

著作责任者: 商务部条法司 编 尚 明 主编

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-13432-0/D · 1997

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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 64754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 31.75 印张 528 千字

2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 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

前言

《中华人民共和国反垄断法》将于2008年8月1日正式实施,这将是
中国法制史上的一件盛事。自始,中国的竞争法体系将得以进一步完善,
以法律方式所订立的市场竞争“游戏规则”将给市场竞争的参与者以确定
的行为规范、可以预见的法律后果和明晰的竞争指引。

反垄断法是保护市场竞争、防范和遏制垄断行为、维持市场竞争秩序
的基本法律。它的出台意味着:具有市场支配地位的经营者不再能够肆
意行事,滥用其市场支配地位;经营者之间所达成的垄断协议将得到法律
的规制;经营者集中所导致的、或者可能导致的限制、排除竞争的负面作
用将被抵消、化解。

反垄断法的颁布是法学界的幸事,也给研究反垄断法的学者提出了一
系列的问题。

首先,由于其特定的立法目的和规制对象的特点,决定了反垄断法规
范具有一定的不确定性,反垄断法律制度会随着市场竞争状况的变化而
发生相应的变动。其次,经济学分析在反垄断法的适用过程中相当重要,
如果不能将微观经济学中的竞争理论与反垄断法规范进行有机结合,则
不可能得到法律适用的正确结果。最后,反垄断法的具体实施必须与相
应的实施细则和配套规定结合,例如经营者集中的具体申报制度、相关市
场认定的指南、与知识产权有关的反垄断规则、经营者集中之后的分拆救
济规定,等等。

同时,反垄断法的实际执行知易行难。仅仅就垄断判断而言,其复杂
性至少表现在以下方面:①作为一种经济现象,垄断认定迫切需要大量
数据支持,尤其是市场支配地位认定,不仅执法者很难获得这些数据,且
这些数据常变动不居。②在现代社会,企业组织形式越发严密,任何垄断

都以精密联合或复杂行为为表象,反垄断执法周期长以年计^①,还需投入大量的人力、物力与财力,而从结果看,不论是否达到垄断禁止之目的,执法机构本身均不能从中获利。^{②③}“反垄断法领域的违法行为比其他领域的违法行为具有更高的隐蔽性,公共实施机构获得违法行为的证据十分不容易”^④,这使得大多垄断行为或得不到有效追究或以昂贵支出为代价。^⑤禁止与惩罚相结合的执法方式,极易造成企业与政府之间的对抗,这种对抗成本相比于被课处重罚往往要小得多,因为反垄断执法的固有缺陷使得违法行为被发现的几率实在太低了。^⑥惩罚通过提高违法成本来阻却违法行为,但很多时候这种思路并不奏效,无论允许违法者证明他的行为收益等于或大于所致损失,或由执法机构(或法院)来证明损失大于收益,都给当事人与执法机构(或法院)造成沉重负担,并且适用中也会错误频出。

也许,反垄断法的颁布并不意味着竞争法研究的成果展现,相反却是一种艰巨、漫长探索的开始。

本书是一本将反垄断法理论与实践进行结合的书籍,力图在反垄断法理论阐释和典型案例评析方面进行创新。具有如下几个特色:

(1) 书中的阐释囊括了《中华人民共和国反垄断法》所规定的重要概念、原理、制度。它忠实于既有法律的规定,又没有完全局限于条文的解释。为了便于读者对法律的把握,书中的章节结构基本上依从了《中华人民共和国反垄断法》的内容顺序。同时,将一些从法律规定中提炼出来的基本原理和重要概念置于书籍的第一章,这样就能够使得读者在开卷之初对于反垄断法框架有一个全面、综合的感受,符合一般读者的阅读习惯。

(2) 由于反垄断法中的许多概念、原理与经济生活密切相关,对于一般读者而言,难以理解。为此,本书精心收集了中外反垄断法案例和判例,以深入浅出的方式对反垄断法进行讲解。许多案例系刚刚发生的,在国内的同类文献中尚未录入。另外,为了与我国的法律实践进行紧密结合,书中对于我国的一些经济事件进行了点评,例如广为国人所关注的凯

① 从美国情况看,通常重大反托拉斯案件诉讼,从起诉至最后判决所需时间不少于三年,且经常超过五年。可参见 A. D. Neale & D. G. Goyder, *The Antitrust Laws of the United States of America*, 3rd ed. Cambridge University Press, 1980, p. 391.

② 正因如此,美国有学者指出,应赋予执法机构一种提起损害赔偿诉讼的优先权。在一个具体案件中,若执法机构未行使该权利,则私人仍可提起三倍损害赔偿诉讼,否则该机构便垄断了执法。可参见[美]理查德·A.波斯纳:《反托拉斯法》(第二版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003版,第325-332页。

③ 李国海:《论反垄断法中的慎刑原则——兼论我国反垄断立法的非刑事化》,载《法商研究》2006年第1期。

雷并购徐工事件等。上述事件并未由反垄断执法机构予以认定,作者的观点纯粹系学理评析,既不是法律适用的定论,也不代表作者对于相关经营者的指摘。

(3) 反垄断法中存在一些疑难、重大问题,例如反垄断法对于行业协会的规制,反垄断法框架中的知识产权行使,反垄断的私人诉讼,等等。对于上述问题,目前国内的研究才刚刚开始,学界尚未形成定论。对此,本书进行了大胆的探索,借鉴美国、欧共体等国家或地区的先进经验,对于我国反垄断法的适用提出了自己的观点。

(4) 注意反垄断法与其他部门法的衔接、配合。反垄断法在中国的实施,应当充分考虑到该法与不正当竞争法、合同法、民法通则、公司法、行政法、刑法等法律的配合和冲突问题。例如,在“经营者集中”一章中,就应当考虑到公司法、证券法、民法通则等关于公司合并的有关规定。

(5) 在《中华人民共和国反垄断法》颁布之前,我国的一些管理部门,如商务部、工商总局、发改委等,已经依据原有的法律、法规、行政规章对于垄断行为进行了相应的规制。人民法院在受理行政案件和民商事案件的过程中,也对于一些涉及垄断的事实进行了审理。总结原有的执法经验,成为本书一个特色。如果我们能够以反垄断法的视角对于上述案件进行重新审视,将有助于更加深刻地理解反垄断法的精髓。

(6) 对于一些既有的案例,本书不仅介绍了反垄断执法机构的处理结论和分析思路,也讲述了作者的不同观点和不同的分析思路,供读者自己进行思考。

(7) 最后,为了方便读者,在本书的末尾将反垄断法有关的主要法律术语的中英文对照表予以列出。

反垄断法的法律实践是如此丰富,反垄断法的理论研究是如此日新月异。尽管作者尽了最大的努力,可仍然无法将最新的研究成果搜罗无遗。就在此书完稿前不久,欧共体委员会于2007年11月28日刚刚颁布了关于企业之间非横向合并的新指南(Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings)。相比之下,《中华人民共和国反垄断法》的配套制度还是一片空白。面对国外反垄断法律建设的新成果和理论研究的突飞猛进,我们更加感受到身上的担子既沉且重。

由于作者才疏学浅和反垄断法理论的博大精深,此书中尚存在许多疏漏之处,希望读者批评指正。

目 录

第一章 反垄断法中的重要概念与原理 /1

第一节 垄断与竞争的界限 /1

- 一、垄断的含义与范围 /1
- 二、反垄断法上的竞争 /14

第二节 反垄断法上的经营者 /23

- 一、经营者的构成要件 /23
- 二、经营者的本质属性 /25

第三节 反垄断法的立法目的 /31

- 一、现代反垄断法立法目的的多元化趋势 /31
- 二、反垄断法上的竞争者利益 /34
- 三、反垄断法上的消费者利益 /40
- 四、反垄断法上的公共利益 /46

第二章 垄断协议的反垄断法规制 /49

第一节 垄断协议的反垄断法规制概述 /49

- 一、垄断协议的界定 /49
- 二、垄断协议的构成要件 /51
- 三、垄断协议的经济效果 /58
- 四、垄断协议的规制原则 /66
- 五、垄断协议的规制实践 /71
- 六、我国法律对垄断协议的规制态度 /73

第二节 横向垄断协议的反垄断法规制 /76

- 一、横向垄断协议的界定 /76

VI 反垄断法理论与中外案例评析

二、横向垄断协议的规制实践 /85

三、固定或变更价格协议 /86

四、限制数量协议 /104

五、划分市场协议 /109

六、限制创新协议 /115

七、联合抵制协议 /117

第三节 纵向垄断协议的反垄断法规制 /123

一、纵向垄断协议的界定 /123

二、纵向垄断协议的经济效果 /125

三、纵向垄断协议的规制实践 /127

四、纵向价格限制的反垄断法规制 /132

五、纵向非价格限制的反垄断法规制 /140

第四节 垄断协议的反垄断法豁免 /148

一、垄断协议的反垄断法豁免概述 /148

二、垄断协议的反垄断法豁免实践 /151

三、我国《反垄断法》对垄断协议的豁免 /154

第三章 滥用市场支配地位的反垄断法规制 /156

第一节 市场支配地位概述 /156

一、市场支配地位分析的作用 /156

二、各国法律对于市场支配地位的规定 /157

三、市场支配地位的分析方法 /159

第二节 相关市场的界定 /162

一、相关市场的概念与作用 /162

二、产品市场 /167

三、地域市场 /177

四、其他相关市场 /183

五、界定相关市场的分析方法 /185

第三节 市场支配地位的认定标准 /191

一、市场份额与相关市场的竞争状况 /192

二、经营者控制销售市场、原材料采购市场的能力 /200

三、经营者的财力和技术条件 /202

四、其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度 /204

五、其他经营者进入相关市场的难易程度 /206

第四节 滥用市场支配地位的表现 /210

一、滥用市场支配地位的含义 /210

二、垄断价格 /211

三、低于成本价销售 /215

四、拒绝交易 /220

五、限定交易 /226

六、搭售与附加不合理交易条件 /230

七、差别待遇 /242

第四章 经营者集中的反垄断法规制 /245

第一节 经营者集中概述 /245

一、经营者集中规制的意义 /245

二、经营者集中的定义 /248

三、经营者集中的具体表现 /251

第二节 经营者集中的申报 /267

一、事前监督制度与事后监督制度 /267

二、经营者集中的申报标准 /269

三、经营者集中的申报豁免 /274

四、申报义务人和违反申报规定的法律后果 /275

五、申报文件、资料 /276

第三节 经营者集中的实体审查标准 /278

一、实体审查标准的争论 /278

二、市场份额及对市场的控制力 /283

三、相关市场的市场集中度 /285

四、对于市场进入、技术进步的影响 /290

五、对于消费者和其他有关经营者的影响 /292

六、经营者集中对国民经济发展的影响 /296

七、反垄断执法机构认定的其他因素 /297

第四节 经营者集中的审查程序 /297

一、经营者集中的初步审查 /297

VII 反垄断法理论与中外案例评析

二、经营者集中的进一步审查 /298

三、经营者集中的豁免 /299

四、经营者集中的救济措施 /306

五、经营者集中与国家安全 /310

第五章 行政垄断的反垄断法规制 /316

第一节 行政垄断的一般分析 /316

一、行政垄断的界定 /316

二、行政垄断的种类 /323

三、行政垄断的成因与危害 /330

第二节 行政垄断的规制理论与实践 /333

一、行政垄断的规制理论 /333

二、行政垄断的规制实践 /337

三、行政垄断规制的基本总结 /348

第三节 我国法律对行政垄断的规制 /351

一、《反垄断法》之前的相关法律规定 /351

二、《反垄断法》对行政垄断的规定 /358

第六章 特殊行为的反垄断法规制 /362

第一节 行业协会的反垄断法规制 /362

一、反垄断法对行业协会的基本态度 /362

二、反垄断法对行业协会的具体规制 /364

三、我国《反垄断法》对行业协会的规制 /369

第二节 知识产权滥用行为的反垄断法规制 /375

一、知识产权保护与反垄断法的总体关系 /375

二、知识产权保护与反垄断法的协调 /378

三、典型知识产权滥用行为的反垄断法规制 /387

四、我国法律对知识产权滥用行为的规制 /404

第三节 相对优势地位的反垄断法规制 /407

一、相对优势地位的界定 /407

二、相对优势地位的理论基础及争论 /409

三、相对优势地位的规制实践 /413

四、相对优势地位的反垄断法地位	/415
五、我国法律对相对优势地位的规定及完善	/418

第七章 反垄断法的实施 /425

第一节 反垄断法的域外效力 /425

一、反垄断法域外效力的含义及依据	/425
二、反垄断法域外效力的产生与发展	/427
三、反垄断法域外效力的冲突及协调	/436
四、我国《反垄断法》对域外效力的规定	/442

第二节 反垄断法实施中的私人诉讼 /444

一、私人在反垄断法实施中的作用	/444
二、反垄断法私人诉讼的产生与发展	/445
三、反垄断法私人诉讼的功能与不足	/447
四、反垄断法私人诉讼的制度保障	/450
五、我国反垄断法的实施机制	/456

第三节 反垄断法实施中的和解制度 /460

一、反垄断法实施中和解的界定	/460
二、反垄断法实施中和解的实践评述	/462
三、反垄断法实施中和解制度的产生原因	/469
四、反垄断法实施中和解制度的利弊之辩	/475
五、“和解悖论”产生原因的归结	/479
六、反垄断法实施中和解的限制与保障	/482

反垄断法律常用术语和缩写翻译 /487

参考书目 /490

后记 /494

第一章 反垄断法中的重要概念与原理

第一节 垄断与竞争的界限

一、垄断的含义与范围

(一) 反垄断法上垄断的基本含义

垄断的概念来自经济学,经济学中的垄断理论是反垄断法对垄断予以规制的重要理论依据。关于垄断的含义,经济学界的认识表现为一个动态、发展的过程,不同的竞争理论对垄断的性质、形态、垄断与竞争的关系、垄断对经济生活与社会福利的影响等方面有着不同的认识与理解。戚聿东教授在考察西方经济学者关于垄断的各种定义后认为,垄断是指“特定经济主体为了特定目的通过构筑市场壁垒从而对目标市场所做的一种排他性控制状态。”^①“排他性控制状态”是经济学界对垄断含义的最基本表述,现代经济学对垄断问题的研究主要侧重于状态方面。

在法学领域,对垄断存在两种不同的理解:

1. 狭义理解,与经济学的理解基本相同,也是从市场结构的角度对垄断加以界定。例如,根据《布莱克法律辞典》的解释,垄断是“赋予某个人或公司或更多的人或公司的一种特权或特别优势,正是由于这种专有权利(或实力)的存在,上述人或公司才能从事一种特别的事业或贸易,制造某种特别的产品或控制某种特殊商品的整个供应规模,垄断是一种市场结构形式,在这种市场结构中,一个或仅仅少数几个人或公司支配着某项产品或某项服务的总供应规模”。

2. 广义理解,包括垄断状态和垄断行为两个方面。(1)垄断状态,即垄断性的市场结构。垄断状态一般形成于合法、公平的竞争过程之中,是公平竞争的结果或规模经济的表现形式。垄断状态尽管客观上可能对经济自由和经济民主造成损害,但主观上并没有故意限制竞争。因此,在各

① 戚聿东:《中国现代垄断经济研究》,经济科学出版社1999年版,第10、11页。

国反垄断立法中,除了日本、美国等少数国家对垄断状态进行规制外,一般不反对垄断状态。即使对垄断状态进行规制的国家,往往也有严格的认定标准和构成要件。例如,日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》(以下简称《禁止垄断法》)对垄断状态进行了严格定义,仅指“在某种商品或商业服务领域内,因市场规模、市场结构的原因产生市场弊害的情形”^①;此外,构成垄断状态还必须具备市场规模、市场结构、市场进入障碍和市场弊害四个要件。^②(2)垄断行为,指获取市场支配力的经营者在一定交易市场故意实施的限制、排斥竞争的行为。美国的垄断化行为、日本的独占行为以及欧共体^③和我国的滥用市场支配地位行为等,都是典型的垄断行为。

由上可知,作为反垄断法规制对象的“垄断”,与经济学对垄断的理解不同。经济学意义上的垄断是结构意义上的垄断,是狭义的垄断概念;而法学意义上的垄断则有狭义和广义之分,狭义理解与经济学对垄断的理解相似,广义理解则认为垄断包括垄断状态和垄断行为两个方面。两者的区分主要表现在:(1)经济学中的垄断是对事实状态的客观描述,一般不进行价值判断;法学上首先将垄断进行合法与否的评价,进而确定如何规制。(2)经济学上的垄断描述的是一种状态,不关注企业的行为;法学中的垄断对行为的关注超过状态。(3)经济学研究垄断问题,主要关注市场集中度(目的是确定市场绩效),较少区分国家垄断和私人垄断;法学在区分国家垄断与私人垄断的基础上,侧重规制私人垄断。(4)经济学研究垄断主要以效率为目标,反对垄断是因为垄断损失了效率,而且这里的效率主要是指市场效率(经济效率);法学关注垄断除了经济效率外,还关注社会公共利益,并考虑公平因素。

正因为经济学与法学对垄断存在不同理解,对同一种行为,两者的态度也可能不同。一方面,某些垄断可能是有效率的,但如果损害市场主体

① 曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社1996年版,第105页。

② [日]根岸哲、舟田正之:《日本禁止垄断法概论》(第三版),王为农、陈杰译,中国法制出版社2007年版,第125、126页。

③ 目前,学界对欧共体竞争法也有称“欧盟竞争法”的,主要理由在于,1993年11月1日《马斯特里赫特条约》生效以后,欧洲联盟正式启动,欧共体的提法应当转化为欧盟。但实际上,欧盟是一个集政治、经济联盟为一体的区域性国际组织,其范围除经济领域的一体化之外,还包括共同安全与外交政策、内政与司法等领域的合作。其中,经济领域的合作主要由欧洲共同体(Communities)来负责,欧共体只是欧盟的一个组成部分。竞争法属于经济领域,因而由欧共体来管辖,“欧共体竞争法”的提法也就更为准确。基于这种考虑,本书在介绍欧共体竞争法时,均不再使用“欧盟”这一概念。当然,由于欧共体属于欧盟范围,且欧盟内部也只有一个欧共体,因此,使用“欧盟竞争法”也不会引起误解。

的自由竞争权或者侵害消费者利益等公共利益,也可能会受到规制,例如自然垄断行业;另一方面,某些符合经济学垄断要件的行为,虽然某种程度上会带来效率损失,但若不属于反垄断法所禁止的垄断行为,则不一定会受到禁止。

只有澄清、体会上述差别,才能够在实践中准确适用反垄断法。当然,反垄断法的具体适用中,也会借助经济分析,但是经济分析必须同法律分析进行有机结合,否则会导致反垄断法适用中的路径错误。

【相关案例】

法国达能公司的垄断之争

法国达能公司1987年进入中国市场。1996年,娃哈哈与达能公司、香港百富勤公司共同出资建立了五家公司,共同生产以“娃哈哈”为商标的包括纯净水、八宝粥等在内的产品。当时,娃哈哈占49%的股份,达能与百富勤加起来占51%。亚洲金融风暴之后,香港百富勤在境外将股权卖给了达能,使达能跃升到了51%的绝对控股地位。当时,达能提出,将“娃哈哈”商标权转让给与其合资的公司,但遭到了国家商标局的拒绝,因此后来双方改签了一份商标使用合同。

双方在合同上签署了如下条款:“中方将来可以使用(娃哈哈)商标在其他产品的生产和销售上,而这些产品项目已提交给娃哈哈与其合营企业的董事会进行考虑……”对此,达能认为,“提交合资公司董事会考虑”是中方使用娃哈哈商标的前提。娃哈哈集团董事长、娃哈哈品牌的主要创始人宗庆后表示,“这一条款简单说,就是娃哈哈要使用自己的商标生产和销售产品,需要经过达能同意或者与其合资”。据此,近十年来,娃哈哈相继又与达能合资建立了39家合资公司,占目前娃哈哈集团公司下属公司总数的39%。

20世纪90年代中后期,伴随着企业实力的迅速增强、产品营销网络的日渐健全和产品形象的深入人心,娃哈哈准备通过规模扩张和跨地区设厂来扩大产能。然而在投资建厂等诸多问题上,达能未能与娃哈哈达成一致意见,双方发生了矛盾。这让宗庆后隐隐约约意识到,与达能的合作可能会限制娃哈哈的发展。于是,1999年,宗庆后和中方决策班子商量决定,由职工集资持股成立的公司出面,建立一批与达能没有合资关系的公司,并使用娃哈哈品牌。这些公司大多建立在西部、对口支援的革命老区、国家贫困区以及三峡库区地区,并取得了良好的经济效益。到2006年,这些公司的总资产已达56亿元,当年利润达10.4亿元。

2007年4月8日,宗庆后现身新浪,将合资双方的纠纷公之于众,表

示对当年签订的商标使用合同追悔莫及,声称“由于当时对商标、品牌的意义认识不清,使得娃哈哈的发展陷入了达能精心设下的圈套”。宗庆后指出,达能公司欲以40亿元人民币的价格收购这些由娃哈哈职工集资持股成立的公司建立的、与达能没有合资关系的公司的51%股权。

达能则进行反击,声称“这完全是个误会”,“收购这件事情有很大误解,所谓‘达能在十年前精心布置圈套’的情况根本就不存在”。达能公司一再重申,娃哈哈集团旗下非合资公司未经允许使用“娃哈哈”标识属于违约行为,并指出,没有人能够改变这样的一个事实:娃哈哈这个品牌属于中国和中国人民。

对于达能行为,民间机构曾上书指责其垄断,呼吁相关部委展开反垄断审查。宗庆后也一再表示,达能的“强行”并购行为已经构成垄断。在新浪网的一项调查中,大部分网民对宗庆后的行为表示支持,并声称达能的收购行为意在垄断中国饮料行业。

就此争执,双方分别在美国加州法院、瑞典斯德哥尔摩国际仲裁庭和浙江杭州仲裁庭提起一系列诉讼与仲裁申请。2007年11月底,双方争执历经8个月后,终于在法国总统萨科齐访华期间重现和谈曙光。双方已在法律层面重回谈判桌,开始进行和解谈判,均表示要“永久性解决争议”。双方当事人的谈判结果,目前尚无公布。

【简要评析】

(一) 本案争议的实质主要在于合同履行,而非是否构成垄断

达能强行收购娃哈哈事件,主要因为对合同规定存在理解差异造成的。从法律角度看,十多年前的商标使用合同已经合法成立并有效,合同双方均应按照合同规定履行义务。有观点认为,根据当初合同约定,“娃哈哈”商标不应许可除娃哈哈达能合资公司外的任何其他公司使用,而其多年后,宗庆后未经许可直接或间接地在合资公司之外设立了三十几家生产娃哈哈产品的企业,并使用“娃哈哈”商标,与合资公司进行竞争,可能已经构成了违约。按照达能的逻辑,合同明确约定了经过双方落款同意的条款,现在执行是非常正常的行为。

在争议之中,宗庆后一再主张,合同对商标使用权的限制条款不合理,合同的签订具有“不平等性”,但实际上需要提供证据加以支持。合同签订的所谓“不平等性”是由当时谈判双方的地位决定的,由于一方处于弱势地位或谈判能力稍弱,可能合同内容的确有失公正,或者当事人对于合同的内容存在重大误解,合同因此可能存在被撤销的情况,但当事人必须在法

定期间内按法定程序行使撤销权,而不是在十年之后才提出合同不合理而主张无效。事实上,如果一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立合同的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。同时,因重大误解或显失公平而订立的合同,当事人一方也有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。但是,撤销权并非没有限制,有下列情形之一的,撤销权消灭:具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内没有行使撤销权;具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

从案件事实来看,宗庆后一直对合同条款不满,但在当时却没有按照法定程序寻求救济。事实上,宗庆后也承认当时在签订合同的时候忽略了有关条款,导致了今天的被动局面。至于达能公司是否构成垄断,当事人一开始并不关心,只是在舆论的引导下,达能公司的垄断之争才引起了人们的注意,而本案的争议实质主要还是合同的履行。

(二) 达能公司是否构成垄断行为需要具体分析

首先,达能并购娃哈哈属于市场竞争的范畴。企业并购可以是竞争的手段,也可以是竞争的结果,并购并非就是垄断。在市场经济中,经营者完全可以通过公平竞争、自愿联合,依法实施集中,从而扩大经营规模,提高市场竞争能力。不论是早已制定反托拉斯法的美国,还是引进反垄断法的后进国家,都不会在法律上禁止企业并购。就本案来说,达能公司遭受垄断指责,主要还不是因为并购限制了竞争,而是因为被并购方涉及所谓的“民族企业”、“民族品牌”。在这一过程中,很多地方政府也参与了对达能公司的声讨,甚至书面公开表态“最终的胜利将属于娃哈哈”、“支持娃哈哈保护民族品牌”。这无疑也转移了人们的视线,实质上的合同之争已被垄断之争、保护民族企业之争遮盖了。

其次,达能是否具有垄断地位的判断,涉及诸多因素,不能一概而论,也不能单纯地看市场份额。主张达能构成垄断的重要依据在于:近几年达能的一系列收购行动,已使得其在中国饮料行业具有了较大的市场份额。^①但事实上,垄断判断极为复杂,不能仅看该企业从事了多少收购行为,而主要应当着眼于该企业对市场的控制能力、其他竞争者对其依赖程

① 根据达能公司提供的数据,截至2007年2月,达能公司与中国企业的合资情况,除了成立娃哈哈合资公司之外,还涉及乐百氏、深圳益力、上海正广和、汇源果汁等诸多中国饮料行业10强企业,同时还与光明乳业、蒙牛乳业等奶业企业成立了合资公司,在这些合资公司中,不少由达能占据控股地位。

度,以及潜在竞争者的进入壁垒等。以饮料行业为例,达能在中国市场面临统一、康师傅、可口可乐、百事可乐等众多强劲对手,很难说对市场具有控制能力。对此,达能亚太区总裁范易谋提出以产品价格稳定作为理由进行垄断指责的抗辩。事实表明,在过去几年中,中国饮用水价格下降一半,达能经济型牛奶饼干的价格也比饼干市场平均价格低不少,这也初步说明达能并不具有控制产品价格的能力。此外,仅仅以达能公司的市场份额为由来主张其具有垄断地位,也是很难成立的。在垄断判断过程中,市场份额的确具有重要地位,但并非决定性因素,因为市场份额的判断除了取决于相关市场的大小之外,还要看竞争对手的市场份额、高市场份额的维持期限等。达能公司在中国除涉足饮料市场外,还有饼干等业务,在计算其市场份额时,也就有必要将不同产品予以区分。据报道,在饮料市场上,达能公司的市场占有率为15%,还面临着其他众多企业的竞争,仅这一数据很难认定其具有垄断地位。

再次,即使达能具有垄断地位,也并不意味着达能违反了反垄断法。反垄断法并不禁止企业取得垄断地位,只是禁止企业滥用其已经取得的垄断地位,因此,反垄断法所反对的其实是垄断行为(限制竞争行为),只要企业没有从事法律所禁止的垄断行为,即使具有垄断地位,也不能认定其违法。现实中,有观点认为某行业中外资企业占有较大市场份额,就认为该行业被外资垄断了,因而呼吁反垄断调查,该判断存在两处误解需要澄清:一是同一行业内的外资企业之间也存在竞争,不应把一个行业所有外资企业加在一起作为一个市场竞争主体作判断;二是即使该行业的市场份额集中于外资企业,也不代表它们实施了垄断行为,判断是否应当适用反垄断法主要看某企业是否运用其优势地位排除或限制竞争。在强调反垄断法保护市场经济的同时,也应当明确,反垄断法并不针对大企业,也不是特别保护小企业,它针对的是企业的限制竞争行为,不论该行为是大企业还是小企业实施的,因为反垄断法保护的是竞争机制,而不是竞争者。

最后,根据六部委《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《规定》),达能是否达到申报标准,还不明确;事实上,即使达到申报标准,也不表示达能的并购行为违法,更不能表明达能从事了垄断行为。关于反垄断审查的标准,《规定》的要求是有下列情形之一:并购一方当事人当年在中国市场营业额超过15亿元人民币;1年内并购国内关联行业的企业累计超过10个;并购一方当事人在中国的市场占有率已经达到20%;并购导致并购一方当事人在中国的市场占有率达到25%。达能是否满足该要件,娃哈哈应当举证证明。即使达能符合法定要件,按规定应