

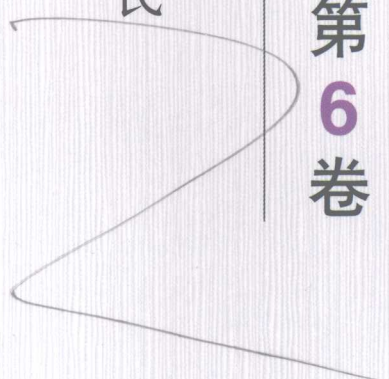
经济法

研究

第6卷

■ 主编 杨紫烜

■ 本卷执行主编 盛杰民



ECONOMICS



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



《经济法研究》实行匿名审稿制

经济法研究

第6卷

主 编 杨紫烜

副主编 盛杰民 张守文

本卷执行主编 盛杰民



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

经济法研究·第6卷/杨紫烜主编. —北京:北京大学出版社, 2008.7

ISBN 978 - 7 - 301 - 13998 - 1

I. 经… II. 杨… III. 经济法 - 研究 - 中国 - 文集
IV. D922.290.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 095533 号

书 名: 经济法研究(第6卷)

著作责任者: 杨紫烜 主编

责任编辑: 蔡素芬 邹记东

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13998 - 1/D · 2085

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 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

850 毫米 × 1168 毫米 32 开本 12.25 印张 326 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 24.00 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

北京大学《经济法研究》编委会

(以姓氏拼音为序)

卞耀武	海 闻	李昌麒
刘 伟	盛杰民	王保树
吴志攀	肖乾刚	杨紫烜
张守文	张维迎	

编 前 语

在我国反垄断立法的 20 年酝酿、13 载论争进程中,学界始终是重要的推动力量之一。从草案的初步形成到其后的日臻完善,无论形式或内容,都渗透着学者们的努力。立法过程充满艰辛,其间争议重重、波折不断,学界的努力却自始至终、从未间歇。从 1987 年国务院法制局成立反垄断法起草小组开始,到 2007 年 8 月底反垄断法终获通过,20 年的立法磨练见证了中国市场经济的艰难转型,也表达了国家与国民同树“经济宪法”权威的决心。

法律规范虽然刚刚出台,我国的反垄断工作却由来已久。十多年前的反不正当竞争法,已对某些垄断行为作出了规定,其后的法律法规亦对我国现实中的大多垄断行为有所涉及。反垄断工作之所以成效有限,主要原因也许不在于法律规定缺位,而是执法或司法实效甚微。因为对于反垄断法来说,最重要的不是法律文本,而是法律的实施。反垄断法的重要特征之一是抽象性、原则性,规范本身无法对复杂的经济现实作出详细而周密规定,更多的问题只能留由执法者去解决,甚至立法者所能做的全部工作只是宣布一般规则。在我国反垄断法出台后的较长时期内,如何保证已有规则悉数践行,以及制定配套规范体系,将是我国反垄断立法与实施中的最主要问题与难点。

正因为如此,在 2006 年的黄山会议(第七届经济法前沿理论研讨会,议题为“中国反垄断法立法问题研究”)的基础上,2007 年的澳门会议(第八届经济法前沿理论研讨会)将研讨议题定为“反垄断法的实施问题”。此次会议由北京大学经济法研究所、澳门检察律政学会和澳门经济法律学会联合主办,与会学者内地与澳门并存,所涉内容经验与教训互现,为我国未来反垄断法制的实施提出了良好的

构想。

为了更好地体现会议的“前沿性、实证性、可行性、争鸣性”，本卷《经济法研究》特设“反垄断法实施专题”栏目，精选会议论文佳作，希望不仅在理论上，也在实践上为我国反垄断法的有效实施作出尝试性努力。需特别说明的是，会议于2007年3月28日至29日在澳门特别行政区召开，此时我国的反垄断法草案刚经立法机关首次审议，因此会议的文本依据是一审稿，学者论文也以该草案为基础。虽然于反垄断法已获通过之时仍“常谈”草案，确有“过时”之嫌，但罗马城并非一日而建，我国反垄断立法背后的利益交织、草案文本的几度删减以及立法进度的多次宕跌，也非偶然或反垄断立法所独有。反垄断法的多舛命运，以及相伴这一命运的争辩或妥协，的确值得立法者与学者们时时铭记。当然，立法始终是一个利益博弈的过程，而学者的立场必须时时保持中立。在反垄断立法过程中，我们可以清晰地看到学者们努力的足迹，以及这种努力在已通过的反垄断法中的踪影。因此，在会议论文的选择上，我们并未将时效性作为唯一考量因素，而是强调实质重于形式。

开篇是由北京大学经济法学博士生李志刚整理的前沿理论研讨会综述，全面且详略得当地对争议问题与共识进行了梳理，不仅对澳门地区竞争法概况与特殊问题予以介绍，更重点总结了对内地反垄断法的立法完善和实施问题的相关研讨。

王先林、李平、徐士英与荣中华的三篇文章，是对反垄断法中具体制度与相关理论问题的讨论。在反垄断法的三大实体制度之中，相关市场的界定虽难独立成项，但它却是建立各类主要制度的基础，也是反垄断法实施必须先予解决的问题。相关市场在反垄断法中的特殊性体现在事实认定重于立法规定，因而其技术性 with 政策性明显，实践中也须综合考虑多种情势相机而定，这就使得确定相关市场范围时的考虑因素显得至关重要。基于此，《论反垄断法实施中的相关市场界定》重点对界定相关产品市场与相关地理市场的考虑因素及界定方法作了详细论述。《垄断协议认定问题探析》一文以反垄断法

草案一审稿为基础,认为垄断协议的认定可以分为事实认定和法律认定两种,认定方法上本身违法原则居于首位,而合理原则的启用则属于被动认定机制(需要当事人主动证明);文章还提出,对垄断协议的认定,不必拘于民法关于协议的要求;而对垄断协议的豁免设置,应考虑协议目的、后果及对消费者权益的影响等因素,认定程序既有主动申请也有事后发现予以认定,不同的认定程序对例外豁免的最终确定权产生不同影响。《相对市场优势地位理论研究》着眼于目前学界比较关注的相对优势理论,对该制度的确立持肯定态度,并认为相对市场优势地位不同于市场支配地位;在总结国外规制实践的基础上,提出认定相对优势地位的基础——依赖性,随后对其表现形式与规制方法进行了详细论述。

吴宏伟与金善明、王兴运与杨森以及齐虹丽的三篇文章,是对我国反垄断法适用除外制度的探索。《论反垄断法适用除外制度的价值目标》在厘清反垄断法适用除外制度的概念之后,认为反垄断法适用除外制度的基本价值目标是有序竞争,根本价值目标则是社会整体利益。《变与不变:谈反垄断法适用除外的两种类型》分析了反垄断法适用除外制度的适用范围,将其适用范围分成“权利性垄断”和“政策性垄断”两类,认为对“权利性垄断”的反垄断法规制重点,应当放在对权利滥用的控制上;而对“政策性垄断”的反垄断法规制重点,应当放在对不当垄断政策性行为的控制上。《不景气卡特尔适用除外制度的作用与经济学法学的分析》从日本1999年全面废止不景气卡特尔适用除外制度来看这一制度的作用与界限,并运用经济学与法学的分析方法来讨论我国反垄断法相关适用除外制度的基本架构,在指出设立不景气卡特尔适用除外制度的必要性之余,强调不景气卡特尔的适用除外制度在立法上必须规定严格的要件,在法律运用上必须与限制性解释相联系。

对反垄断执法机构设置的关注则体现在张瑞萍和赵玲的两篇文章之中。《反垄断机构设置理念分析》从应然的角度提出理念的重要性,理念在很大程度上制约着反垄断机构的设置,影响到机构的设置

模式与权限;反垄断机构的设置应当依照公正与效率的基本理念,具有独立性、专业性、协调性与权威性。《对反垄断执法机构设置的若干思考》则着眼于实然的制度设计,认为“双重构架”的机构模式体现的依然是反垄断法的行政控制、多头执法和部门利益之争,我国宜设立独立的反垄断执法机构,并实现反垄断法的司法控制。

何金明的《反垄断法在澳门特区之体现与制定》介绍了澳门地区垄断现状及反垄断立法构想。文章认为,随着澳门地区的经济发展,市场上将不可避免地出现不同种类及层次的垄断局面,立法上应将控制的垄断行为限定为滥用垄断的行为,具体包括三种:由企业透过市场行业性质作出的垄断行为、由行政手段所作出的企业性质的垄断行为以及由企业透过经济策略作出的垄断行为。此外,反垄断法之立法形式、基本原则、适用除外、冲突制度及域外适用,以及救济程序等,也是未来澳门反垄断法的强化空间。立法进程上,澳门尚处于起步阶段,现阶段应开始立法咨询工作,并可借鉴内地十多年的反垄断立法经验。

方小敏等其后的七篇文章,是对反垄断法实施中具体问题的探讨。《欧共同体竞争法的私人实施制度及其对我们的启示》一文,以他山之石为基,提炼出竞争法私人实施机制的理论基础与有效性,呼吁建立以激励机制为核心的竞争法私人实施机制;《反垄断法的文本特征及其对反垄断法实施的要求与影响》一文,立论于反垄断法实施与反垄断法文本之间的关系,指出反垄断法的实施是一个文本与现实存在物之间的互相甚至反复映射过程,再从文本的语词、语句与语篇特征入手,探讨了反垄断法的文本特征对反垄断法实施的要求与影响;《美国的反垄断司法及其对我国的几点启示》认为,我国应借鉴美国的反垄断的司法经验,在反垄断立法中应建立国家诉讼机制,确立人民检察院在反垄断执法和司法中的地位,人民法院应增设专门的反垄断法庭审理反垄断案件;《从微软案件始末看美国反垄断法的实施》采用实证分析的方法,通过微软案件始末,具体描述了美国反垄断法实施的几大特点,以期为我国反垄断立法与实施提供借鉴作用;

《竞争公益诉讼论》一文,对竞争公益诉讼的产生、根据及具体制度予以分析,指出我国应当建立竞争公益诉讼制度,并在诉权主体、诉讼程序、证据规则、胜诉奖励等方面对该制度作出了具体设计;《宪政分权与行政性垄断规制——美国“州行为法则”评析》则对美国反垄断法中的“州行为法则”的来龙去脉进行了梳理,从宪政的角度来观察我国行政性垄断的规制,并提出了建议;《反垄断法与反倾销法的协调发展》一文,首先概括了反垄断法与反倾销法发生规制上重叠或适用上协调的具体情形,再对两法的关系予以合理定位,探索了二者协调发展的路径,从制度与政策的双重层面提出了协调二者的总体设想。

除研讨会论文外,本卷还设立了“研究生论坛”栏目,精选了经济法学博士或硕士研究生的优秀论文,对经济法相关制度中的前沿问题予以条分缕析的研讨。《论公司法中的“程序正义”》一文,视域集中于公司法中的程序规范,采用程序正义的理念,重点触及股东大会议事规则,指出其在保护中小股东的合法权益、衡平股份平等与股东平等、践程序正义理念等方面的作用;《公司法变迁背景下的企业社会责任》一文,将企业社会责任这一重要论题,置于公司法变迁的背景之下,指出企业社会责任包括了经济责任、法律责任、道德责任和慈善责任在内的四个层次内涵,而随着公司国家化进程和公司权力的膨胀,公司法在理念上正经历着从权力到责任的变迁,在此前提下,公司法在形式规范体系上呈现出光谱化的特征,对企业社会责任的解读就必须结合社会发展、企业组织和法律等多个方面;在汽车消费信贷保证保险于20世纪末迅速发展直至后来被叫停的背景之下,有关车贷险的性质和运作原理的认识一直歧见纷呈,基于此,《论汽车消费信贷保证保险的性质》一文对国内学术界和实务界关于汽车消费信贷保证保险性质的不同认识进行了梳理,并分析了产生性质争议的原因,最后提出了车贷险不具有保险性的结论;汤洁茵博士的论文《商品提货权融资业务的法律分析》选取商业银行贸易融资业务中商品提货权进行权利质押的融资方式为分析对象,对该融资方式

的基本业务操作及其法律关系进行分析,并对其所涉及的当事人的风险分担问题进行了深入细致的考察;税收立法受到人们越来越多的关注,而税法的民主化和私法化的发展趋势也越来越明显,夏启明博士的论文《论纳税人的税收立法参与权》,从立法听证会的角度阐述了纳税人立法参与权的重要问题。

《经济法研究》重在研究经济法领域中的前沿问题,旨在反映经济法理论研究的最新动态,不限于理论或制度,也不限于内核或边缘,前沿性、前瞻性、思辨性、探索性是其重要特征。我国经济法自发端以来,逐渐从初期的分歧与论争走向聚合与大同,但众多论题历久弥新,新形势亦会催生新课题。于此背景下,《经济法研究》的选编自难不加取舍、面面俱到,而只能取舍有度、以点及面,甚至“以偏概全”,因此,我们不仅欢迎各界达人惠赐稿件,也期望所有读者批评建言。

目 录

反垄断法实施专题	
3	第八届经济法前沿理论研讨会综述 ——“反垄断法的实施问题” 李志刚 整理
22	论反垄断法实施中的相关市场界定 王先林
40	垄断协议认定问题探析 李平
54	相对市场优势地位理论研究 徐士英 荣中华
70	论反垄断法适用除外制度的价值目标 ——兼评我国《反垄断法(草案)》相关条款 吴宏伟 金善明
86	变与不变:谈反垄断法适用除外的两种类型 王兴运 杨森

99	不景气卡特尔适用除外制度的作用与经济学法学的分析	
	——从日本全面废止不景气卡特尔谈起	齐虹丽
117	反垄断机构设置理念分析	张瑞萍
132	对反垄断执法机构设置的若干思考	
	——评《反垄断法》草案有关反垄断执法机构的规定	赵玲
144	反垄断法在澳门特区之体现与制定	何金明
156	欧共体竞争法的私人实施制度及其对我们的启示	
		方小敏
178	反垄断法的文本特征及其对反垄断法实施的要求与影响	刘光华
194	美国的反垄断司法及其对我国的几点启示	蒋岩波
210	从微软案件始末看美国反垄断法的实施	韩志红
232	竞争公益诉讼论	王显勇
253	宪政分权与行政性垄断规制	
	——美国“州行为法则”评析	叶卫平
264	反垄断法与反倾销法的协调发展	徐妍

研究生论坛

275	论公司法中的“程序正义”	
	——以股东大会议事规则为例	许家庆
292	公司法变迁背景下的企业社会责任	
	——兼谈《公司法》第5条的理解与适用	雷驰
311	论汽车消费信贷保证保险的性质	彭鹏
348	商品提货权融资业务的法律分析	汤洁茵
364	论纳税人的税收立法参与权	
	——以个人所得税改革听证会为视角	夏启明

反垄断法实施专题



第八届经济法前沿理论研讨会综述

——“反垄断法的实施问题”

李志刚 整理

由北京大学经济法研究所、澳门检察律政学会、澳门经济法律学会联合主办的第八届经济法前沿理论研讨会,于2007年3月28日至29日在澳门特别行政区召开。本次会议的主题是“反垄断法的实施问题”。来自祖国内地各重点高校、国家机关、出版界和澳门特区相关研究机构的近四十位代表出席了本次会议。与会专家、学者紧密围绕反垄断法的立法完善以及后续的实施问题,展开了极具针对性、前瞻性和有思辨性、探索性的研讨。

本届会议在黄山前沿理论研讨会共识的基础上,进一步发掘问题、理性思考,为未来反垄断法制的实施提出了良好的构想,整个会议体现出鲜明的“前沿性、实证性、可行性、争鸣性”的特色(出自徐士英教授和黄勇教授对会议的总结)。

第一部分 开幕式致词

会议开幕式上,北京大学经济法研究所所长盛杰民教授、澳门经济法律学会会长柯庆耀先生和澳门特别行政区检察长何超明先生先后致词。

盛杰民教授指出,经济法前沿理论研讨会已经成为经济法学界

的年度高端精英会议,成为理论先行的轻骑兵。他建议专家们可就反垄断法的具体执行、与各类政策之间的协调等问题深入展开讨论。他认为澳门的竞争立法具备了较好的现实经济基础,在博彩业逐渐引入外资竞争和多元化经营的基础上,逐渐成为“竞争的样板”。但是在竞争烈度增加的基础上,也出现了无序竞争,同时传统的管制行业或独占/寡占垄断行业,也面临如何放开竞争的问题,因此本次研讨的成果对于澳门未来的竞争立法,也会有一定的参考价值。盛教授还特别感谢澳门特区联合主办方的巨大支持和细致工作,感谢各位代表的积极参与和支持。

柯庆耀先生认为,澳门经济的国际化发展以及产业竞争的现实发展,需要良性的竞争机制和竞争法制来保障,以促进竞争的公平和良性发展。本次会议具有很高的沟通和交流价值,定会对实践有促进。

何超明先生认为,澳门地区在晚近的三十年内,经济法律实现了跨越式发展;同时本次会议为澳门学术史翻开了新的一页,是在澳门本土第一次就某一学科的焦点问题集中进行探讨的全国性学术会议,希望能对澳门和全国的法制实践有所推动。何先生认为,理论和实践是相互推动的,两者需要紧密结合。澳门特别行政区的法律在回归八年的历程中,发展很快,发挥了推动社会和经济成长的功能。他特别希望,与会专家能就规模经济与竞争、法律的定位、具体的制度管理等问题,对澳门的法律实践提出某些有针对性的对策和咨询建议。

开幕式之后,会议进入正式研讨。

第二部分 澳门特区学者的主题报告

一、澳门竞争立法概况

澳门特区检察律政学会的王瑕女士,对澳门特区的反垄断立法概况和前瞻问题进行了介绍。她用比较分析的方法,对澳门竞争立

法的体例、基本内容、豁免规定、法律责任、执法主体等内容进行了介绍;同时针对现有立法的不足、规定的可操作性问题、立法内容不到位等进行了剖析。

(一) 澳门竞争立法概况

就立法体例而言,各国主要有三种模式:将反垄断法和反不正当竞争法合并立法、分别立法以及判例法与成文法并存。澳门并没有单行的竞争法典或者法规,而是采用在商法典中设置一般规定与对博彩业和电信业等特殊行业特别管制相结合的方式。

就基本内容而言,各国立法一般包括禁止限制竞争的协定、禁止滥用独占地位与控制谋求垄断的并购三大类。澳门商法典中规定了四种垄断行为受到禁止:其一,违法经营、损害本地区利益的竞争行为;其二,禁止限制竞争的协议或者行为;其三,专营企业应平等、非歧视地对待客户;其四,不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本价格或者取得价格销售商品(规定在商法典第十章的不正当竞争行为中)。博彩业经营法增设了滥用独占地位行为(第4条),而电信纲要法则在此基础上增加了交叉补贴(不正当手段吸引顾客)等行为方式,并对市场主导地位的认定提出了5条判断依据。

《澳门商法典》第154条(合同限制)的规定,类似于某种豁免适用,规定如果企业主之间的协议具备如下条件的,具有法律效力:在法定限制内竞争并且不损害本地区利益;书面形式;协定限于某一业务/地区;若未规定存续期或者订立期限过长,有效期默示为5年。

就法律责任而言,澳门商法典规定了行为人应承担停止违法行为与损害赔偿的民事责任;电信纲要法规定了罚款、中止或者废止牌照的行政责任;博彩业经营法规定了原则性的行政、民事、刑事责任条款。

澳门地区法律没有规定反垄断的执法机构。澳门商法典规定了受害人、利害关系人有权提起诉讼。

(二) 值得注意的某些特殊问题

其一,现有立法体制限制竞争法的发展。澳门立法属于商法典