

FANLONGDUANFA
SHISHI ZHINAN ZHIDU JIANGOU YANJIU

反垄断法

实施指南制度建构研究

王 炳 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

FANLONGDUANFA
SHISHI ZHINAN ZHIDU JIANGOU YANJIU

反垄断法

实施指南制度建构研究

王 炳 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法实施指南制度建构研究 / 王炳著. —北京: 知识产权出版社, 2019.3
ISBN 978-7-5130-6131-5

I. ①反… II. ①王… III. ①反垄断法—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 038054 号

内容提要

本书是一部探讨反垄断法实施指南基础理论问题的专著。本书剖析了反垄断法实施指南的地位、效力、功能和本质, 分析了反垄断法实施指南制度构建与经济发展方式转变的耦合性, 梳理了典型国家或地区反垄断法实施指南制度的建构历程, 探讨了反垄断法实施指南制度建构理论, 包括框架体系、建构主体、建构周期、建构程序、建构技术、相关关系处理等, 并提出了我国反垄断法实施指南制度建构的对策建议, 包括基本原则、指南体系和建构方法等。本书可作为反垄断法理论研究者、反垄断法实施机关工作人员、反垄断法律师等从业人员以及法学等专业的研究生和本科生等的参考用书。

责任编辑: 许 波

责任印制: 孙婷婷

反垄断法实施指南制度建构研究

王 炳 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

电 话: 010-82004826

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责编电话: 010-82000860 转 8380

发行电话: 010-82000860 转 8101/8029

印 刷: 北京虎彩文化传播有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

版 次: 2019 年 3 月第 1 版

字 数: 168 千字

ISBN 978-7-5130-6131-5

网 址: <http://www.ipph.cn>

<http://www.laichushu.com>

邮 编: 100081

责编邮箱: xubo@cnipr.com

发行传真: 010-82000893/82003279

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 11

印 次: 2019 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

CONTENTS

目 录

导论	1
一、问题的提出	1
二、研究现状及其评价	2
三、研究意义与研究创新	4
四、研究思路与研究方法	5
 第一章 反垄断法实施指南及其本质	7
第一节 反垄断法实施指南的内涵与外延	7
一、反垄断法实施指南的内涵	7
二、反垄断法实施指南的外延	10
第二节 反垄断法实施指南的地位、效力及功能	20
一、反垄断法实施指南的地位	20
二、反垄断法实施指南的效力	23
三、反垄断法实施指南的功能	25
第三节 反垄断法实施指南的本质	29
一、形式理性：非正式法律渊源	29
二、实践理性：正式法律渊源	30



第二章 反垄断法实施指南与经济发展方式转变的耦合性	32
第一节 反垄断法实施指南产生的必然性	32
一、反垄断基本法律的模糊性	32
二、反垄断法实施方式的多元性	34
三、反垄断法实施程序的正义性	37
第二节 反垄断法实施指南的优势	39
一、反垄断法实施指南优势之基本分析	39
二、反垄断法实施指南优势之具体分析	40
第三节 反垄断法实施指南与经济发展方式转变的耦合性	43
一、经济发展方式转变对反垄断法实施指南存在制度需求	43
二、反垄断法实施指南对经济发展方式转变的回应性	45
第三章 国外经济发展方式转变中的反垄断法实施指南体系建构	49
第一节 美国反垄断法实施指南体系建构	49
一、20 世纪六七十年代	49
二、20 世纪 80 年代	51
三、20 世纪 90 年代	53
四、21 世纪以来	56
第二节 欧盟反垄断法实施指南体系建构	61
一、20 世纪	61
二、21 世纪以来	62
第三节 其他国家反垄断法实施指南体系建构	63
一、加拿大	63

二、日本	64
三、澳大利亚	65
四、南非	65
五、巴西	66
 第四章 经济发展方式转变中反垄断法实施指南制度的建构方式	67
第一节 框架体系问题	67
一、一般反垄断法实施指南	67
二、特殊行业反垄断法实施指南	72
第二节 建构规范问题	76
一、建构周期问题	76
二、建构主体问题	78
三、建构程序问题	79
第三节 相关关系处理	83
一、美国反垄断法实施指南与其他法律渊源的关系	83
二、欧盟反垄断法实施指南与其他法律渊源的关系	86
三、我国反垄断法实施指南与其他法律渊源的关系	90
 第五章 经济发展方式转变中反垄断法实施指南制度的建构技术	100
第一节 结构技术	100
一、反垄断法实施指南的一般结构方法	100
二、反垄断法实施指南适用分析部分的结构方法	105
第二节 表达技术	107



一、生活语言的运用	107
二、时代语言的运用	108
三、行业语言的运用	109
四、法律语言的运用	110
第三节 完善技术	111
一、修改与废止	111
二、系统化	123
第六章 我国经济发展方式转变与反垄断法实施指南制度的建构 ..	126
第一节 我国反垄断法实施指南制定情况及其不足	126
一、我国反垄断法实施指南制定情况	126
二、我国反垄断法实施指南制定中存在的问题	135
第二节 我国经济发展方式转变对反垄断法实施指南的 制度需求	142
一、促进经济结构战略性调整方面	142
二、科技创新驱动升级方面	142
三、民生保障改善方面	143
四、资源节约型社会建设方面	144
五、环境友好型社会建设方面	144
六、深化改革开放方面	144
第三节 我国反垄断法实施指南制度构建建议	145
一、因应经济社会发展需要制定统一的反垄断法实施指南体系	145
二、经济发展方式转变视野下的反垄断法实施指南重要内容	146
三、对我国反垄断法实施指南制度构建的具体建议	148

结语	151
参考文献	153
一、外文文献	153
二、中文文献	159
后记	165

导 论

一、问题的提出

自 20 世纪 60 年代以来,为适应经济社会发展需要,主要发达国家或地区积极采用发布反垄断法实施指南(又称反垄断实施指南或反垄断执法指南或反垄断指南, Antitrust Guidelines, Guidance, Statements, Notice, Explanations, Clarification)的方式指导反垄断法的实施。21 世纪以来,这一方式的运用凸显出明显加强的趋势。

我国 2007 年通过的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第 9 条明确赋予国务院反垄断委员会(以下简称“反垄断委员会”)“制定、发布反垄断指南”的权力,将反垄断法实施指南正式纳入我国反垄断法体系中。实践中,反垄断委员会也于 2009 年 5 月发布了《关于相关市场界定的指南》,我国诸多法院也将该指南作为裁判案件的依据。此外,国家发展和改革委员会(以下简称“国家发展改革委”)在其行使反价格垄断职权过程中曾制定了《行业协会价格行为指南》和《商业银行收费行为执法指南》。此外,中华人民共和国商务部(以下简称“商务部”)曾在《反垄断法》出台前于 2007 年 3 月制定了《外国投资者并购境内企业反垄断申报指南》。商务部反垄断局则于 2009 年发布了《关于经营者集中申报的指导意见》,2014 年修订了前述文件并发布了《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》。另外,2017 年 3 月,反垄断委员会办公室也在国家发展改革委、商务部、原国家工商行政管理总局、国家知识产权局 4 家单位草案建议稿的基础上提出了《关于滥用知识产权的反垄断指南(征求意见稿)》,旨在统一解释知识产权领域的反垄断法实施问



题。2018年9月,国家市场监督管理总局发布了《经营者集中反垄断审查办事指南》,对经营者集中申报文件和许可程序进行了解释。可见,反垄断法实施指南在我国反垄断法实施中日益受到重视。

然而,值得反思的是,反垄断法实施指南在一个国家法律体系中处于怎样的法律地位?反垄断法实施指南存在的正当性何在?反垄断法实施指南与经济发展方式转变存在怎样的逻辑关系?从经济发展方式转变的视角看,反垄断法实施指南制度体系应如何建构?对此,学界研究较少,尚未对前述问题进行回应。

因此,本书将以经济发展方式转变为视角,探讨我国反垄断法实施指南体系的构建问题,对反垄断法实施指南的性质、法律效力、功能、构建模式、构建技术等问题进行回答;分析经济发展方式转变与反垄断法实施指南制度体系构建的关系,探讨我国当前的相关制度构建问题,为有关部门制定规则提供参考。这对回应时代要求和促进经济社会发展具有巨大的现实意义。

二、研究现状及其评价

对于反垄断法实施指南,无论是国外学界还是国内学界,相关研究都不够深入。目前,相关研究情况梳理如下。

国外学者关注的内容主要有:一是企业合并的反垄断法实施指南问题。有研究以案例数据阐释了美国1968年、1982年、1992年的3部企业合并指南对反垄断法实施的积极影响,认为企业合并指南反映了整个社会对经济理解的变化(Greene, 2006; Meese, Stafford, 2017)。有分析指出,在经济环境发生变化时,企业合并指南应根据动态竞争理论进行修正(Sidak, Teece, 2009)并不断走向成熟(Becker, 2018)。二是知识产权领域的反垄断法实施指南问题。有研究指出,由于里根政府时期知识产权领域的反垄断法实施基本处于停滞状态,这不利于推动科技创新,因而美国于1995年发布了有关知识产权许可的反垄断法实施指南。尽管反垄断法实施指南无法律效力,但其影响是巨大的(Hayslett III, 1996)。有研究分析了反垄断法实施指南中的产品市场、技术市场和创新市场的界定问题(Aziz, 1995)。但也有研究指出,反垄断法实施指

南不应重点关注相关市场的界定,而应更多关注高新技术领域的市场进入障碍行为,如拒绝许可、交叉许可、打包许可、专利池行为等(Hamilton, 2002)。不过,随着2017年美国有关知识产权许可的反垄断法实施指南的发布,世界各国都在寻求更好的知识产权许可反垄断法实施指南(Schneider, 2017)。三是卫生保健业的反垄断法实施指南问题。有研究指出,20世纪90年代,为推行医疗机构改革,美国发布了多个相关反垄断法实施指南,旨在鼓励而不是损害卫生保健业合法的合作行为(Park, 1997; Monroe et al., 1995),但也有研究对相关指南的功能提出质疑(Bradley, 2013)。有的研究分析了内科医师服务业反垄断法实施指南的具体适用问题(Hirshfeld, 1997)。四是跨国经营的反垄断法实施指南问题。有学者分析了美国关于跨国经营的反垄断法实施指南问题,指出1977年发布《跨国经营反垄断指导意见》是为了使美国的企业放心,反垄断法在国际市场上也同样适用于其他国家的企业,1988年的《跨国经营反垄断实施指南》则阐明了美国反垄断法域外适用的灵活政策,而1995年的《反垄断国际实施与合作指南》则表明了较为严厉的适用态度(Brockbank, 1996)。也有学者指出,日本1991年有关实施禁止垄断法的指南并无实质的意义,其更多是对美国因贸易逆差对于日本禁止垄断法实施不满的政治回应(Thurston, 1993),而2017年美国发布新的反垄断国际实施与合作指南则反映了反垄断法实施中的国家利益保护动机与礼让原则的运用方法问题(Lim, 2017)。五是从软法的角度对反垄断法实施指南的法律效力问题进行了分析(Smyrnova, 2013; Georgieva, 2015)。

在我国,尽管有人提出经济发展方式转变的法治保障问题(孟宪棠, 2012),有人从经济法、行政法、环境法角度进行分析(胡改蓉、陈乃新, 2011; 赵娟, 2004; 李爱年, 2008),甚至也有人指出其中的反垄断法保障问题(邵慧峰, 2011),但并无具体分析,更无以此为角度对反垄断法实施指南相关问题进行分析的研究。不过,有研究分析了反垄断法实施指南的功能与定位问题(郝俊淇、刘维俊, 2015; 郝俊淇、谭冰玉, 2017)。在具体指南规则方面,有研究分析了我国相关市场界定指南的不足之处(郑鹏程、刘长云, 2016)、宽大制度适用指南的问题(蔡书纬, 2016)以及罚款设定指南的问题(蔡书纬, 2016); 分析了



我国企业横向合并指南的制定问题,指出应确立有效竞争的标准,界定相关市场和安全港指数,进而再进行竞争分析(吴汉洪等,2007);分析了我国非横向合并的反垄断法实施指南问题(黄勇,2009);探讨了纵向价格垄断协议执法指南的问题(徐新宇,2018);探讨了我国制定知识产权领域反垄断法实施指南的必要性,提出应依据《反垄断法》的体例制定(王先林,2009;孟雁北,2011;郑鹏程、肖小梅,2013;张雨林,2018);分析了汽车行业反垄断法实施指南的制定问题(卢延纯、苏华,2016)。此外,国内学者还对美国、欧盟、日本的反垄断法实施指南予以了较大关注(张波,2006;王继平、陈甬军,2007;王先林、潘志成,2008;汪先俊,2008;韩伟,2011;吴汉洪、周德发,2012;于连超,2012;仲春、邵小龙,2017;王红霞、臧骞,2017;韩亮、徐明妍,2018)。

总体而言,可对已有研究作以下评价:一是已有的研究注意到了一些反垄断法实施指南的出台与经济社会变化的关系,但未揭示反垄断法实施指南为何能回应经济社会发展变化的根本原因。二是已有研究探讨了一些具体反垄断法实施指南的制定和完善问题,但对反垄断法实施指南建构的基本理论缺乏研究,如建构框架、建构周期、建构主体、建构规范、建构程序、建构技术等,都缺乏系统的分析。三是已有研究的视域主要集中于美国的相关反垄断法实施指南,而其他国家和地区大量的相关反垄断法实施指南未进入已有研究的视野,对我国目前仅有的一部相关市场界定反垄断法实施指南也缺乏深入研究,对其他反垄断法实施指南问题的研究也刚起步。

三、研究意义与研究创新

本书以经济发展方式转变为视角,探讨反垄断法实施指南的基本理论,尤其是其存在的正当性,还包括其建构框架、建构主体、建构周期、建构规范、建构程序、建构技术等,在此基础上探讨中国反垄断法实施指南制度体系的建构问题。总体而言,具体意义如下:

第一,对我国经济发展方式转变的意义。本书将分析经济发展方式转变与反垄断法实施指南制度体系建构的关系,探讨中国当前的相关制度建构问题,

以便为有关部门颁行制度提供参考,这对回应时代要求、促进经济社会发展具有巨大的现实意义。

第二,对反垄断法实施理论的意义。目前,我国学界对反垄断法实施指南问题的研究较少,尚无对其基本理论的研究。本书将探讨反垄断法实施指南的性质、地位、法律效力、功能、建构模式、建构技术等问题,这有助于建立反垄断法实施指南的理论体系,创新研究领域。

第三,对经济法理论的意义。经济法的政策性一直是学界讨论的热点之一,但根本问题并未解决。本书将对反垄断法实施指南与经济发展方式转变的耦合性问题进行分析,将对经济法的特性问题做出有力回应。

第四,对法理学的意义。法律渊源究竟有哪些形式?这一深邃法理仍值得探讨。本书将对反垄断法实施指南与反垄断法正式渊源的同一性问题进行探讨,这将引起我们重新思考法律是什么这一古老命题。

本书的创新主要有:一是将对反垄断法实施指南制度的建构理论进行宏观透视与微观分析,探讨其建构模式和建构技术问题,以期创新这一领域的研究。二是本研究探讨我国经济发展方式转变中的反垄断法实施指南制度的建构问题,这对解决我国现实问题具有较大的解释力。三是本研究论证反垄断法实施指南与经济发展方式转变的耦合性问题,这对回答经济法的政策性有一定的创新意义。

四、研究思路与研究方法

本书的基本思路是:反垄断法实施指南及其本质→反垄断法实施指南与经济发展方式转变的耦合性→国外经济发展方式转变中的反垄断法实施指南制度建构→经济发展方式转变中反垄断法实施指南制度的建构方式→经济发展方式转变中反垄断法实施指南制度的建构技术→我国经济发展方式转变与反垄断法实施指南制度的建构。

本书的研究方法主要有:

一是历史透视的方法。本书对典型国家或地区的反垄断法实施指南体系进



行长时段的历史审视，以探求制度建构规律和经验，并对我国经济发展方式转变进行宏观分析，进而探讨相关制度建构。

二是系统分析的方法。本书采取系统分析的方法对反垄断法实施指南体系建构的整体性及动态性问题进行分析。

三是文本分析的方法。本书对国内外反垄断法实施指南的诸多文本进行分析，以探讨指南建构的技术问题。

四是案例分析的方法。本书对国内外反垄断法实施指南适用中的一些案例进行分析，以探讨指南的功能和本质。

此外，本书还运用了规范分析、比较分析等方法。

第一章 反垄断法实施指南及其本质

第一节 反垄断法实施指南的内涵与外延

一、反垄断法实施指南的内涵

反垄断法实施指南是关于反垄断法实施的解释说明性文件。在国外，反垄断法实施指南通常以指南或指导方针（Guidelines）、指导意见（Guidance）、声明（Statements）、通告（Notice）、危险信号（Red flags）、解释（Explanations or Explanatory Note）、澄清说明（Clarification）、最佳实践（Best Practices）、备忘录（Memorandum）等形式发出。反垄断法实施指南的内在规定性主要体现在以下方面：

第一，从目的看，制定发布反垄断法实施指南是为了解释反垄断法的具体适用方法。通常，一部反垄断法实施指南仅仅解释反垄断法实施中的一个问题，而不是概括解释反垄断法实施涉及的所有问题。从目前的实践看，大多数国家和地区分别就企业合并、垄断协议、知识产权、国际贸易、卫生保健行业等领域的反垄断法实施问题制定发布了指南，目的就是解释在各个领域的反垄断法具体实施方法。例如，美国 2017 年新修订的《知识产权许可反垄断指南》（*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*）第一章中明确指出，该指南旨在阐明司法部和联邦贸易委员会在专利法、著作权法、经营秘密法、技术秘密法保护的知识产权许可领域的反垄断实施政策。美国 2010 年颁布的《横向合并指南》（*Horizontal Merger Guidelines*）第一章中概括描述了企业横向合并的反垄断分析技术、实践和实施政策，其中涉及的法律规定包括《克

莱顿法》第7条,《保护贸易和商业不受非法限制与垄断之害法》(以下简称《谢尔曼法》)第1条和第2条,《联邦贸易委员会法》第1条、第2条和第5条,特别是《克莱顿法》第7条关于“在任何领域或任何活动中,凡是影响国家某一部分商业,并购的效果实质上减少竞争或趋向于导致垄断,都予以禁止”的规定。又如,欧盟2004年《横向合并审查指南》(*Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers*)第6段中指出,该指南解释描述和详细解释欧盟委员会横向合并审查中不断发展的经验,其中的原则将予以适用,但也将通过个案予以发展和再提炼。可见,反垄断法实施指南的制定目的主要在于解释反垄断法的具体适用方法。

第二,从指向看,制定发布反垄断法实施指南主要是为了向市场主体提供明确指引,尤其是为潜在垄断行为人提供指引,具体包括企业等经营者、行政主体和行业协会等。当然,反垄断法实施指南也向消费者等潜在垄断受害人提供指引。更者,反垄断法实施指南对反垄断执法人员、司法机关、律师等也有一定的指引性作用。例如,前述美国《知识产权许可反垄断指南》明确指出,该指南旨在帮助那些希望预测其行为是否是反竞争行为和受指控行为的人,2010年《横向合并指南》则通过增加反垄断执法决定背后的分析过程的透明度,以帮助市场经营领域的主体和反垄断实践人员,也在于帮助法院在横向合并领域解释和适用反垄断法并形成合理的框架。欧盟2004年《关于〈欧洲共同体条约〉第81条和第82条中“对贸易的影响”的指南》(*Guidelines on the Effect on Trade Concept Contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*)第4段指出:该指南阐释了共同体法院解释“对贸易的影响”概念的原则,并阐释了何时一般不可能被认为是影响成员国贸易的有关规则;该指南并不旨在穷尽所有事项,目的是解释相关适用方法以提供指引;尽管该指南对法院和成员国执法机关无法律拘束力,但也旨在为其提供指导。

又如,根据我国反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》第1条,制定该指南是“为了给相关市场界定提供指导,提高国务院反垄断执法机构执法工作的透明度”。不过,该指南也是为反垄断执法机构如原三家执法机构国家发展改革委、原工商总局、商务部等提供指引。国家发展改革委《行业协会价

格行为指南》引言部分也明确指出：“本指南对行业协会从事的有助于行业发展、市场竞争和维护消费者合法权益的价格行为予以鼓励和倡导，对行业协会从事的可能违反《价格法》《反垄断法》《价格违法行为行政处罚规定》等法律法规的价格行为的风险予以提示，对行业协会评估其各类价格行为的合法性给予指引。本指南也可以帮助政府价格主管部门在对行业协会的价格行为进行监管过程中，正确地理解和运用价格、反垄断法律法规。”可见，该指南对市场主体、消费者、行政机关等都提供指引。国家发展改革委办公厅关于《商业银行收费行为执法指南》第4条也明确阐明，该指南是为了“规范价格行政执法工作，合理引导经营者行为”。可见，该指南旨在对经营者和执法人员提供指导。

第三，从内容看，反垄断法实施指南的内容同时涉及反垄断法实施中的实体问题和程序问题。也就是说，反垄断法实体问题和反垄断法程序问题都可能体现在反垄断法实施指南中。因此，反垄断法实施指南可能涉及反垄断法实施的原则、标准等重要的反垄断法实施问题。当然，反垄断法实施指南更多涉及较为具体的反垄断法适用问题。例如，美国2010年《竞争者合作反垄断指南》（*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*）的内容就包括制定指南的目的和定义、分析框架概述、竞争者合作的特殊性、潜在积极竞争影响、潜在反竞争损害、竞争损害评估、本身违法协议、按照合理原则分析的协议、反垄断安全港等内容。美国2017年《反垄断国际实施与合作指南》（*Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation*）的内容则包括引言、相关反垄断法和有关法律、美国反垄断法对涉外商业的适用、对外国管辖权的考量、调查和国际合作等内容。欧盟2006年《关于〈欧盟第1/2003号条例〉第23条第2款（a）的罚款确定方法指南》（*Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed pursuant to Article 23（2）（a） of Regulation 1/2003/EC*）的内容包括罚款的基本数额（销售额的计算和基本罚款数额的确定）、对基本数额的调整（加重情形、减轻情形、为威慑而作具体增加的情形、法定最大数额、宽恕通知和支付能力）、最终考量等。

第四，从制定看，反垄断法实施指南由有权机关制定发布。通常而言，反