



北京律师业务指导丛书

反垄断与 反不正当竞争 法律实务精解

北京市律师协会 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

反垄断与反不正当竞争法律实务精解/北京市律师协会编. —北京:北京大学出版社, 2012. 4

(北京律师业务指导丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 20492 - 4

I. ①反… II. ①北… III. ①反垄断法 - 法律解释 - 中国 ②反不正当竞争 - 经济法 - 法律解释 - 中国 IV. ①D922.290.5 ②D922.294.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 066950 号

书 名: 反垄断与反不正当竞争法律实务精解

著作责任者: 北京市律师协会 编

策 划 编 辑: 曾 健

责 任 编 辑: 陈 康

标 准 书 号: ISBN 978 - 7 - 301 - 20492 - 4/D · 3102

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.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 26.25 印张 480 千字

2012 年 4 月第 1 版 2012 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

丛书总序

第八届北京市律师协会拥有61个专业委员会。在2009年4月至2012年4月的三年任期内,北京律师总人数达到了22300名,律师事务所达到了1600家,北京律师业务涵盖面越来越宽,作用力、影响力越来越大。同时,如何充分发挥专业委员会的业务指导作用,通过制定业务操作指引、撰写业务操作指南、推荐业务示范文本、出版业务指导文丛、提供典型案例分析,指导全行业律师业务,提升律师业务素质水平,增强律师业务能力,防范律师业务风险,保证律师服务质量,严守律师职业操守,均具有重要的现实意义和历史意义。

北京律协业务指导与继续教育委员会统率各专业委员会,在2010年11月27—28日成功举办第二届北京律师论坛并出版了六卷《北京律师论坛》文集之后,又征集了五百余万字的文稿,经过精选,形成了十二卷《北京律师业务指导丛书》,具体包括:

1. 《影视法律实务与操作指南》(传媒与新闻出版法律专业委员会);
2. 《影视合同范本与风险防范》(传媒与新闻出版法律专业委员会);
3. 《反垄断与反不正当竞争法律实务精解》(竞争与反垄断法律专业委员会);
4. 《军事犯罪案件律师辩护指引》(军事法律事务专业委员会);
5. 《医疗纠纷典型案例选编》(医药卫生法律专业委员会);
6. 《民事诉讼典型案例选编》(民事诉讼法专业委员会);
7. 《涉农法律疑难问题与对策分析》(农村法律事务专业委员会);
8. 《婚姻家庭法律疑难问题与典型案例》(婚姻与家庭法律专业委员会);
9. 《刑事辩护疑难问题与典型案例》(刑法专业委员会);
10. 《著作权、专利权疑难问题与典型案例》(著作权法律专业委员会、专利法律专业委员会);
11. 《民事法律实务疑难问题探析》(物权法专业委员会、合同法专业委员会、侵权法专业委员会);
12. 《劳动法疑难问题与典型案例》(劳动与社会保障法律专业委员会)。

2 反垄断与反不正当竞争法律实务精解

《北京律师业务指导丛书》的统一出版,是北京律协业务指导工作的最新尝试。希望这套丛书在律师实务经验交流中,形成独特的品牌,发挥集聚的效应,继而持续做下去,不断总结提高,成为广大律师和其他法律工作者喜爱的法律图书。

北京市律师协会

《北京律师业务指导丛书》编委会

2012年4月6日

前 言

“知之真切笃实处即是行，行之明觉精察处即是知。”

在 2011 年与 2012 年交替之际，来自北京市律师协会竞争与反垄断法律事务专业委员会的 6 位委员历时 6 个月，几易其稿，践行了从知到行，知自从行的落实，完成了这本书的整体初稿。在紧张、辛苦的律师工作之余付出心血和精力，从中品味到思想碰撞的纠结和甘苦自知的乐趣自不必说，集中统稿的那一天结束时，大家相视而笑，但没有人轻松，掩卷而思，肩上依然是压力和责任。

本书分为上下两篇，上篇是“反垄断”法律实务，下篇是“反不正当竞争”法律实务。因为诸多原因，本书也仅能就反垄断与反不正当竞争中所涉及的重点问题、争议问题结合社会热点问题作个表述，以期告诉读者，法律并不玄妙，但法律是重器，用之要慎，使之要强。而法律之剑在手时，挥剑是有规则的，这个规则不是使剑的技巧，而是无形剑气与心灵相应的技能，技巧可以传授，而技能要传授需加上多年历练的心智和感悟。律师不应是技巧的运用者，而应该是技能的实现者。

不管怎么说，“成功不必在我，功力必不唐捐”。律师对反垄断与反不正当竞争的法律实务研究有了一个新的开始，完整和完美是期望不来的，能够引玉才是我们所期待的。太多的光环和荣耀，太多的盲目与背弃，什么都不是我们停止脚步的理由，法律之旅依旧漫长，毕竟春天也即将来临。

本书作者：

绪 论 甄庆贵

第一章 甄庆贵

第二章 谈亚军，其中第一节由甄庆贵、谈亚军共同创作

第三章 魏士廪

2 反垄断与反不正当竞争法律实务精解

第四章 张 兴

第五章 魏士廩

第六章 其中第一节作者为甄庆贵;第二节作者为张凤书

第七章 张 黎

第八章 张凤书

第九章 张 黎

第十章 张 黎

第十一章 张凤书

第十二章 张 黎

第十三章 张凤书

最后,全体作者特别感谢北大出版社蒋浩副总编、曾健编辑给予我们的指导和关注,感谢北京市律师协会业务部张金主任,赵芊芊、郭磊等工作人员给予我们的支持和帮助,感谢家人们给予我们熬灯笔耕的理解和关怀。

张黎

于2012年春节前夕

目录 CONTENTS

1	绪 论
---	-----

上篇 反垄断篇

9	第一章 垄断协议
9	第一节 垄断协议
13	第二节 横向垄断协议
41	第三节 纵向垄断协议
53	第四节 知识产权与垄断
67	第五节 行业协会与垄断
79	第二章 滥用市场支配地位
79	第一节 相关市场
87	第二节 市场支配地位
93	第三节 滥用市场支配地位的行为
153	第三章 经营者集中
153	第一节 申报标准与范围
156	第二节 申报与审查程序
168	第三节 经营者集中之相关市场界定与抗辩分析
175	第四节 审查关注点与反竞争效果评估

192	第五节	集中附加条件实务考察与分析
201	第六节	经营者集中案件的监管与处罚
206	第七节	国家安全审查
225	第四章	滥用行政权力排除、限制竞争
225	第一节	规范与角色
229	第二节	表现与认定
242	第五章	反垄断行政执法
242	第一节	反垄断执法 谁主沉浮
250	第二节	反垄断如何“以小搏大”
256	第三节	执法机关的调查与处罚
266	第四节	反垄断行政执法的基本制度
275	第六章	反垄断法的域外适用与豁免制度
275	第一节	域外适用
286	第二节	豁免制度

下篇 反不正当竞争

303	第七章	仿冒行为
303	第一节	市场知名度
308	第二节	特有的名称、包装、装潢
314	第三节	具体行为与后果
321	第八章	商业贿赂
321	第一节	商业贿赂
326	第二节	商业贿赂的常见表现形式
333	第三节	商业贿赂的罪与罚

337	第九章 虚假宣传
337	第一节 真实与谎言
346	第二节 损害与赔偿
349	第十章 商业秘密
349	第一节 商业秘密
364	第二节 商业秘密协议和法定义务
375	第三节 商业秘密诉讼
380	第十一章 不正当有奖销售
380	第一节 不正当有奖销售的概述
381	第二节 不正当有奖销售的常见表现形式
387	第十二章 商业诋毁
387	第一节 商业诋毁行为与界定
396	第二节 赔礼道歉与赔偿损失
399	第十三章 串通招标投标行为
399	第一节 串通招标投标行为概述
401	第二节 串通投标行为面面观

绪 论

垄断与不正当竞争行为都是市场经营者在市场竞争过程中,违反市场交易秩序、商业道德准则所实施的反竞争行为,是商品经济社会发展过程中产生的经济现象,它们均具有双重损害性,既损害合法经营竞争者的利益,也损害了消费者的合法权益,即公共利益。也正是因为垄断和不正当竞争行为损害了社会公共利益,因此,在反垄断与反不正当竞争执法中,政府始终起着干预市场的作用。

不正当竞争的概念最早出现在法国。1850年,法国通过适用“无正当理由而对他人造成损害必须承担责任”的一般民法原则,推出了“不正当竞争”的概念。根据《法国民法典》第1382条的规定,在商业活动中导致欺诈,或者使人误解,或对此负有责任的行为,可以构成不正当竞争。1896年,德国颁布了《反不正当竞争法》,是世界上最早作为特别法来禁止不正当竞争行为的法律规范。此后,1926年,波兰制定了《制止不正当竞争法》,1931年,瑞典和希腊分别制定了《反不正当竞争法》,日本于1934年颁布了《不正当竞争防止法》,我国于1993年制定了《反不正当竞争法》。

不正当竞争行为有广义和狭义之分。广义的不正当竞争行为包括垄断、不正当竞争行为在内的所有破坏竞争的行为,如匈牙利《禁止不正当竞争法》使用的不正当竞争的概念,就是广义的。狭义的不正当竞争,则是指垄断行为之外的破坏竞争的行为,如德国的《反不正当竞争法》、日本《不正当竞争防止法》等使用的不正当竞争的概念,就是狭义的。有鉴于此,世界各国对反垄断和反不正当竞争立法也分为不同的模式,主要分为三种:

一是分别立法。采用此种立法体例的国家主要有德国、日本等多数以制定法为法律渊源的国家。如德国在制定《反不正当竞争法》的同时,另行制定《反对限制竞争法》;日本的《不正当竞争防止法》颁布后,另行制定了《关于禁止私人垄断和确保公正交易的法律》;韩国也采用此种立法体例。

二是合并立法。采用此种立法体例的主要有加拿大、前南斯拉夫、我国台湾地区等。这些国家和地区将反不正当竞争法律制度和反垄断法律制度规定在一部法律内,如加拿大《竞争法》、前南斯拉夫《防止不正当竞争和垄断协议法》、我国台湾地区“公平交易法”。

三是松散型立法。采用此种立法体例的主要代表为美国、英国等国家。这种立

法介于合并立法与分别立法之间,因其法律体系本身就表现为一系列单项法律、法规,没有合并的可能,但彼此之间又存在必然的联系,形成了一个由众多反垄断法律、法规组成的系统。如美国,作为世界上最早制定反垄断法的国家,由于历史原因,其法律体系除核心法律《谢尔曼法》、《克莱顿法》、《联邦贸易委员会法》和《鲁宾逊—帕特曼法》之外,还有《韦布—波默林法》、联邦贸易委员会的《合并准则》以及司法部制定的《国际反托拉斯指南》及大量的司法判例。

一、我国反垄断法与反不正当竞争法的区别与联系

纵观世界各国立法,无论是合并立法还是单独立法,抑或是松散立法,垄断与不正当竞争既有联系,又有区别。

我国于2007年制定了《反垄断法》,反垄断法是通过规制垄断,使市场保持一种竞争的态势,保证市场上有足够的竞争者,从而保证消费者有选择商品的权利。因此,反垄断法追求的是自由竞争,目的是保障企业在市场上自由参与竞争的权利,提高经济效益,扩大社会福祉,规范整个市场的竞争,因此有学者称反垄断法为“反限制竞争法”。它所保护的是竞争市场而不是竞争者。实际上,反垄断法是从保护市场的角度出发保护竞争者,而不是绝对不保护竞争者,因为市场上如果不存在竞争者,何来竞争市场。从狭义角度讲,反不正当竞争法所反对的不正当竞争,是指企业以仿冒、虚假、诋毁、窃取等不正当手段,利用他人的商誉、攫取他人的竞争优势,其前提条件是市场上存在竞争,目的是维护公平的市场竞争秩序,保护合法经营者和消费者的利益。因此,有学者称反不正当竞争法为“公平竞争法”,它追求的是公平竞争。^① 侧重从保护竞争者的角度,保护竞争市场。

《反垄断法》与《反不正当竞争法》的主要区别表现在以下几个方面:

从主体的权利义务内容上看,反垄断法的主体有依法自由参与竞争和反对垄断的权利,并承担不从事垄断行为的义务;反不正当竞争法的主体则有依法从事正当竞争、抵制不正当竞争的权利,同时承担不从事不正当竞争行为的义务。

从法律所规制的违法行为的行为方式看,垄断主要是经营者以共谋、同谋、联合等行为,控制市场、排斥或限制竞争,以各种形式的垄断协议或垄断组织,设置市场壁垒,阻碍他人进入市场,因此,垄断通常表现为一种合同行为;不正当竞争行为的形式多样,通常表现为违反诚实信用、商业道德的一种侵权行为。

从调整机制上看,由于垄断主要侵害的是公共利益,反垄断法自其诞生之初,

^① 参见王晓晔:《完善竞争法,建立自由和公平的市场竞争秩序》,载《工商行政管理》2004年第5期。

就强调国家或行政机关的主动干预,通过行政程序来制止垄断行为;而无论大陆法系国家还是英美法系国家,对不正当竞争行为,由于其相对于垄断行为而言主要侵害的是私人利益,故此主要是通过私人诉讼来制止不正当竞争行为,采取的是私法救济手段,“不告不理”。

从调整方法与调整力度上看,反垄断法主要是事前管制,如调查市场结构、掌握和公布垄断情况及垄断企业名单、核准卡特尔等,它偏重行政手段但处罚力度很大,最高达销售额的10%,同时辅以民事制裁和刑事制裁手段,主要有结构主义和行为主义两种规制手段(有关结构主义与行为主义的定义与形式请参见本书第五章“反垄断行政执法”);反不正当竞争法主要是在当事人已经实施了不正当竞争行为或该行为已结束之后,才对受害人进行权利救济,是事后规制,其法律责任以民事制裁为主且以实际损害赔偿为原则,辅以行政和刑事制裁手段。

从法的功能角度,反垄断法从宏观和根本上规制市场竞争秩序,有利于实现动态的交易安全,注重的是社会的整体效益和竞争秩序;反不正当竞争法规范的是竞争者具体的竞争行为,它强调对竞争者私权利的保护,保障静态的财产权和人身权,是商事或经济领域的侵权法,是“营业警察法”。

从执法特点看,垄断行为的违法性是反复的,同时反垄断执法所体现的是国家在产业政策上的变化,在不同的经济条件下和不同的时期,对它的适用也不完全一致,因此反垄断执法具有宏观性、政策性和灵活性的特点,如美国在企业合并审查与垄断协议行为判定从“本身违法原则”到“合理原则”的发展;反不正当竞争执法属于微观领域,且由于不正当行为本身违法性原则是永恒的,因此反不正当竞争执法不具有灵活型。

从调整对象上看,反垄断法调整的对象一般是大型垄断企业,从我国《反垄断法》第2条可以看出,只有相当规模的企业才有可能滥用市场支配地位,排除或者限制竞争,而一般的中小企业根本没有资金、技术实力做到这一点;反不正当竞争法的调整对象一般是中小企业,如我国《反不正当竞争法》第2条第3款规定:“本法所称的经营者是指从事商品经营或者盈利性服务的法人、其他经济组织和个人。”这里的经营者就是一般的市场主体,主要包括但不限于中小企业。

从规制标准上看,反垄断法确认垄断或者限制竞争行为时,必须对企业是否具有市场支配力、是否滥用权利、企业合并对市场结构的影响等因素进行考虑,其规制的标准涉及经济、统计等技术因素,如我国《反垄断法》第18条规定,认定经营者具有市场支配地位应当考虑的六个因素,第27条规定的审查经营者集中应当考虑的包括市场份额、相关市场的集中度、经营者进入壁垒等因素;反不正当竞争法确认不正当竞争行为的标准是民法的“诚实信用”原则,如我国《反不正当竞争法》第

2 条第 1 款规定:“经营者在市场交易中,应该遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”

从法律适用范围及适用原则看,反垄断法规定了大量的适用除外制度,豁免了一些本属垄断的行为,如我国《反垄断法》第 7 条规定的,国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业的豁免,第 15 条规定的经营者能够证明所达成的协议属于为改进技术、提高产品质量等七种情形,不适用本法第 13 条(横向垄断协议)、第 14 条(纵向垄断协议)的规定,第 19 条规定的“被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当认定其具有市场支配地位”等;而反不正当竞争法不适用除外制度,所有不正当竞争行为均受规制,如我国《反不正当竞争法》第 3 条规定“各级人民政府应当采取措施,制止不正当竞争行为,为公平竞争创造良好的环境和条件”,该法第 4 条规定:“国家鼓励、支持和保护一切组织和个人对不正当竞争行为进行社会监督。国家机关工作人员不得支持、包庇不正当竞争行为。”

最后一点,我国对反垄断执法与反不正当竞争执行建立了不同的行政执法体制,反垄断法建立了一套新的专门执法机构,如发改委、商务部、工商局,实行双层领导制,反垄断执法机构在国务院反垄断委员会领导下开展工作;反不正当竞争法执法机关为县级以上人民政府工商行政管理部门,为单层机构设置。

二、我国反垄断法与反不正当竞争法的竞合

在宏观经济层面上,一切反竞争行为对经济都是有害的,出于公共政策的原因,都应该予以禁止。在微观经济层面上,不公平竞争行为是对公平竞争的扭曲,应当受到公平竞争者的反对。因为反垄断法与反不正当竞争法同属于竞争法范畴,因此,在宏观层面上的反垄断法与在微观层面的反不正当竞争法,在有些内容上重叠,在适用中有交叉也就在所难免。美国《反托拉斯法》中对垄断和限制竞争的规定就相互交叉,甚至包括了反不正当竞争的一些规定。德国《反对限制竞争法》中也包含了对垄断与限制竞争行为的规定。我国台湾地区 1990 年颁布的“公平交易法”,比较完整地对垄断行为和不正当竞争行为作了规定,成为在一部竞争法典中全面规定各种竞争行为的立法体例的代表。

我国由于《反不正当竞争法》颁布实行的比较早,在 1993 年颁布《反不正当竞争法》的时候,还没有制定《反垄断法》,为了适应经济发展的要求,当时在经济社会中已经出现的一些垄断行为,自然成了反不正当竞争法调整的对象,因而,我国《反不正当竞争法》调整的行为包含了不正当竞争行为和部分垄断行为。如《反不

正当竞争法》第6条规定:“公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者,不得限定他人购买其指定的经营者的商品,以排挤其他经营者的公平竞争。”该条规定的就是反垄断法规定的具有垄断或市场支配地位的企业实施的“滥用市场支配地位”的限制竞争行为。第7条规定:“政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场。”此条规定针对的是“行政垄断行为”,包括部门垄断与地区封锁。第11条规定了禁止低价销售(即“掠夺性定价”);第12条规定禁止搭售或者附加其他不合理条件(反垄断法规定的滥用市场支配地位行为中的“搭售行为”);第15条是对串通投标行为的规制(属于反垄断法规制的“价格垄断协议行为”)。可以看出,我国1993年制定的《反不正当竞争法》中涉及的反垄断的规定,是初步的、零散的。2003年,国家发展和改革委员会发布了《制止价格垄断行为暂行规定》(已被该委员会依据《反垄断法》制定的《反价格垄断规定》取代),从2003年11月1日起正式施行。“暂行规定”规定:禁止经营者之间通过协议、决议或者协调等串通方式操纵市场价格,以及凭借市场优势地位牟取暴利、实行价格倾销和价格歧视,明确规定了价格垄断行为的五种法定类型:一是经营者之间通过协议、决议或者协调等串通方式操纵价格;二是经营者凭借市场支配地位,在向经销商提供商品时强制限定其转售价格;三是经营者凭借市场支配地位,牟取暴利;四是经营者凭借市场支配地位,以排挤、损害竞争对手为目的,以低于成本的价格倾销,或者采取回扣、补贴、赠送等手段变相降价,使商品市场销售价低于商品自身成本;五是经营者凭借市场支配地位,在提供相同商品或者服务时,对条件相同的交易对象在交易价格上实行差别待遇。该“暂时规定”已经具备了反垄断法的雏形。但该暂行规定层级较低,只是部门规章,同时对横向与纵向垄断协议及滥用优势地位中涉及与价格无关的垄断协议行为未予规范,也没有规定涉嫌垄断的经营者集中行为的反垄断规制。而2007年颁布、2008年实施的《反垄断法》,调整的行为则专门针对垄断行为,包括与价格有关与无关的横向、纵向垄断行为、滥用市场支配地位行为、经营者集中行为以及行政垄断,从立法技术和逻辑结构上更加完善和独立,自成体系,体现了立法的科学性。

鉴于两个法律的竞合(当然也有冲突),在法律适用上,对于法律工作者,一般而言,如果出现以上竞合或冲突问题,鉴于两个法律效力层级相同,均由全国人大常委会通过,除了本着新法优于旧法原则外,对于中小企业,应选择适用《反不正当竞争法》,对于规模较大的企业,尤其是具有市场支配地位的企业,可以根据具体情况,选择适用《反垄断法》或《反不正当竞争法》。同时,基于二者的竞合,本书对于

《反不正当竞争法》中有关垄断的内容,如“行政垄断”问题,鉴于在“反垄断篇”中已经阐述的内容,在“反不正当竞争篇”中就不再赘述,同时对于在“反不正当竞争篇”中阐述的内容,如“串通招投标行为”,在“反垄断篇”中也不再赘述。同时,对于《反不正当竞争法》规定的具有独占地位的公有企业的(《反垄断法》规定为“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业及依法实行专营专卖的行业”)的垄断与限制竞争行为,根据公用企业的性质,如是否具有公共管理职能,有的可以归入行政垄断,有的则可以归入滥用市场支配地位部分。



上篇 反垄断篇

