

中国反垄断法

理论、实践与国际比较

万江 著

第二版



CHINA COMPETITION LAW

THEORY, PRACTICE & COMPARATIVE LAW

SECOND EDITION

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国反垄断法

理论、实践与国际比较

万江 著

第二版



CHINA COMPETITION LAW

THEORY, PRACTICE & COMPARATIVE LAW

SECOND EDITION

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国反垄断法：理论、实践与国际比较 / 万江著.
—2 版. —北京：中国法制出版社，2017. 4
ISBN 978 - 7 - 5093 - 8467 - 1

I. ①中… II. ①万… 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 (2017) 第 076998 号

责任编辑 张 津 (zj2007011567@163.com)

封面设计 蒋 怡

中国反垄断法：理论、实践与国际比较

ZHONGGUO FANLONGDUAN FA: LILUN、SHIJIAN YU GUOJI BIJIAO

著者/万江

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/730 毫米 × 1030 毫米 16 开

版次/2017 年 6 月第 1 版

印张/24.5 字数/386 千

2017 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8467 - 1

定价：75.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：66033393

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：66053217

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010 - 66032926)

献给我的母亲文芝兰女士。

第二版修订小记

这么短的时间内就做出修订，应该向读者道歉。但是此书初版印本因为各种原因，错字衍文以及脱夺倒转的文字语句，几乎数不甚数，我既不愿求全责备于人，也并非过尽在我，愧对读者，内疚实深。因此本书初版付梓后不久，我就着手进行修订，并且希望能尽快完成。虽然本次修订看似仅仅增加了三万余字的内容，但是我相信读者读到的将是与第一版不同的一本“新书”。作为一本专业学术类书，初版实质上是由公文报告、研究论文、翻译底稿拼凑而成的，在行文的用语风格上不够统一，一些翻译稿件未经充分修饰改写，文字逻辑叠床架屋、回寰反复。本次修订首先对初版的文字做了一次全面彻底的整理，改写了那些似是而非的遣词造句，同义反复的语句和佶屈聱牙的文字尽可能都删去了。大量的段落几乎是全文改写，作者希望本版修订能够令读者读起来更加轻松而容易，同时作者也尽最大努力对初版中的文字错误做了订正。另外，本书修订也力求反映最新的实务、学术和国际反垄断领域的最新信息和发展，对于诸如公平竞争审查制度、最新的反垄断指南起草情况、中国执法机构的执法活动以及美国、欧盟等的一系列案件的最新进展（如苹果公司爱尔兰避税案、在线酒店预订网络平价条款案、制药企业的反向给付系列案等）等都有追踪更新，相关资料均更新至2016年末，作者也期望本书能跟上时代变化，常修常新。当然，本书引用的文件信息、案例资料均来自公开渠道，个别涉及企业或个人隐私的信息也做了加密处理，如有不妥，敬请读者见谅。

最后，作者感谢中国法制出版社的张津女士，她作为本书的责任编辑也做了大量辛苦的工作。

自序

中国《反垄断法》于2007年颁布，2008年正式生效实施，而中国的反垄断执法活动很快就引起国际反垄断界的关注，尤其是近年以来中国的反垄断机构查处了一系列反垄断案件，极大地提升了中国《反垄断法》的权威性，也提升了中国反垄断执法机构的声誉，中国已经俨然成为继美国、欧盟之后的第三大反垄断管辖法域。尽管如此，中国的《反垄断法》仍属于“年轻”的法律，所谓“年轻”，不仅是《反垄断法》的颁布时间较晚，更体现在《反垄断法》在中国的社会认知度不高，全社会的竞争意识还没有真正树立起来；中国的反垄断执法机构也属于“年轻”的机构，所谓“年轻”，不仅是中国的反垄断机构的组建时间较晚，更体现在中国的反垄断执法实践经验还不足，执法案例相对不多，执法人员数量有限，也更加年轻。

于2010年博士毕业后，我进入国家发改委从事反垄断执法工作，期间参与和见证了一些反垄断案件的查处，算是积累了一些反垄断执法的实践经验。与此同时，我作为中国反垄断机构的代表，也曾多次被委派参加一系列的国际会议或研讨会、培训班，尤其是2013年2月至7月期间，我受委派赴欧盟竞争总司及爱尔兰竞争局实习工作，使我对欧盟竞争法及其执法情况有了更直观的认识。

在参与执法的过程中，难免会遇到法律明文规定之外的难题，我曾试图从现有的理论研究成果中寻找答案，但遗憾的是，由于大部分疑问都来自《反垄断法》执法现场的实务操作性问题，现有的理论研究很少涉及到。另一方面，在与国际同行的交流过程中，也发现中国的《反垄断法》立法和实施过程中，采取的一些做法和思维方式与通行的国际反垄断理论还有差异，其中固然有一部分是中国的法律体系和行政体制所造成的，但还有一部分则是对反垄断理论的误解或者认识不够所造成的。每当在工作中或与国际同行的交流过程中发现一时难以找到答案的疑问时，我

就会把它们记录下来，注明疑问的来源和难解之处，如果事后有了新的思路或发现新的材料，就把它写下来，如此数年下来，竟然汇集了不少，有一些疑问在之后解决了，有一些疑问仍然难解，还有一些疑问恐怕限于当下的现实难以解决，但这促使我决定把这些疑问汇集成一本书，对于那些我认为已经解决的疑问，可以供大家检验，对于那些难以解决的问题，也在本书中提出来，供大家讨论。

本书涉及的主要内容都来自于反垄断法实施过程中产生的问题，在对这些问题的讨论中，大量地借鉴和引用了欧盟竞争法和美国反托拉斯法的规范和理论，并分析了美国、欧盟及中国在面对同一问题时所采取类似或不同的意见，例如对于横向垄断协议的合理分析原则、纵向价格垄断协议的监管态度，以及对各项滥用市场支配地位行为的分析方式等很多方面，中、美、欧都存在一定的差异，本书并不试图完全比较出不同意见的高下，只是希望尽可能将三方对不同问题的认识完整还原的提出来，供更多的人讨论，同时也尝试澄清一些误解。本书在体例上分为十一个部分，绪论部分主要列举了一些当前关于反垄断法的常识，这些基本的看法是我们讨论反垄断问题的基础。第一章关于反垄断法在中国的适用问题，主要围绕反垄断法与产业政策的冲突协调、与其他相关法律的衔接适用问题展开讨论，最后一节就中国当下对于反垄断法的基本态度做了总结，并对反垄断法在中国的未来适用前景做了大胆的预测。第二章至第六章，分别就横向垄断协议、纵向垄断协议、滥用市场支配地位行为、滥用知识产权行为等反垄断法的核心实体问题展开论述，其中包括了来自于反垄断法实施过程中的困惑、美国和欧盟的成文法、判例法相关指南和理论成果，并结合中国当下的反垄断执法和司法案例进行分析讨论，在每一章的最后，还就个别具有代表性的实务问题进行了专题讨论，这些讨论未必有清晰的结论，更主要的还是希望借助于本章中论述的分析方法和分析路径，对实务问题进行分析实验。第七、八章主要论述了反垄断法中的程序性问题，这也是当前中国反垄断法实施过程中面临问题最多的领域，对于那些反垄断法制度所特有的宽大机制、和解措施、罚款计算等，一方面存在认识不准确的问题，另一方面也面临如何与中国当下的整个法律体系和行政执法、司法监督体制融合的问题。第九章是关于当前国际上有代表性的反垄断管辖区的法律实施体制的论述，中国的反垄断体制仍在发展过程之中，未来还存在改革的多种可能性，相信这部分国际比较能够为未来的变革提供一些有益的参考。在本书的最后部分，围绕所讨论的问题，就《反垄断法》的修订提出了一些意见，也算是本书结论的一部分。

本书得以出版，首先需要感谢我的诸位同事，反垄断事业是所有从事反垄断工作的人们的共同的事业，正是由于大家的共同努力，才使得中国的反垄断事业呈现出欣欣向荣、方兴未艾的面貌。同时还需要感谢中国青年政治学院的韩伟博士、英国鸿鹄律师事务所合伙人周照峰博士，他们在百忙中通读了本书的初稿，并提出了大量非常有价值的修改建议。感谢王晓晔教授、盛杰民教授、黄勇教授、时建中教授、王先林教授等诸位学界前辈，在各个场合中向诸位老师的请益收获，对本书的最终成章大有裨益。另外，还要感谢我的博士生导师李曙光教授、硕士导师冯果教授，他们给予我的学术训练是促成本书的基石。最后，要感谢我的家人，尤其是我的太太沈刘红女士，一直以来她对任何决定都给予无条件支持，没有她的鼓励和帮助，也不可能有本书的出版。

2015 年秋于北京月坛南街 38 号

目 录

绪论 关于反垄断法的几个常识

- 一、垄断、反垄断法概念与反垄断经济学的发展历史与现状 1
- 二、现代反垄断法主要以美国反托拉斯法与欧盟竞争法两大
体系为代表 7
- 三、中国的《反垄断法》更多借鉴了欧盟竞争法的内容 10
- 四、反垄断和解制度是现代反垄断法的特征之一 15
- 五、现代反垄断法仍面临大量的适用除外领域 16

第一章 反垄断法在中国适用的现实与前景

- 第一节 竞争政策与产业政策的冲突与协调 20
 - 一、反垄断法的适用除外 22
 - 二、产业政策对竞争秩序的影响 24
 - 三、产业政策对竞争政策实施的影响 26
- 第二节 《反垄断法》与相关法律的竞合适用与衔接 28
 - 一、《反垄断法》与《反不正当竞争法》、《价格法》的竞合适用 28
 - 二、《反垄断法》与《行政处罚法》的衔接 36
 - 三、《反垄断法》与《侵权责任法》的衔接 38
 - 四、《反垄断法》与《消费者权益保护法》的衔接 40
- 第三节 《反垄断法》在中国当下的价值和适用前景 41

第二章 横向垄断协议

- 第一节 横向垄断协议的主体——经营者 47

一、经营者的概念	48
二、经营者之间应当具有竞争关系	49
三、经营者之间应当相互独立	49
第二节 横向垄断协议的形式	52
第三节 横向垄断协议的豁免	61
一、美国反托拉斯法关于垄断协议的合理分析原则	61
二、《欧盟运行条约》第 101 (3) 条关于垄断协议的豁免适用	63
三、美国与欧盟对垄断协议的豁免分析殊途同归	68
四、中国《反垄断法》的垄断协议豁免分析	69
专题附论：银行卡市场的竞争分析	74

第三章 纵向价格垄断协议

第一节 纵向价格垄断协议的构成要件	81
一、美国反托拉斯法与欧盟竞争法中纵向价格垄断协议的构成要件	81
二、代理协议不属于纵向协议	84
三、中国《反垄断法》中纵向价格垄断协议的构成要件	85
第二节 纵向价格垄断协议的竞争性与反竞争性	88
一、纵向价格垄断协议对竞争的危害	88
二、纵向价格垄断协议可能带来的经济效率	90
第三节 中国涉及纵向协议的反垄断实践评述	92
专题附论：价格关联协议及其在中国酒店在线预订市场上的竞争分析	104

第四章 滥用市场支配地位行为

第一节 市场支配地位的认定与推定	116
一、相关市场的界定	116
二、市场支配地位的认定与推定	120
第二节 剥削性行为	125
一、过高定价行为	126

二、价格歧视行为	130
第三节 排挤性行为	131
一、掠夺性定价行为	133
二、搭售行为	136
三、拒绝交易行为	140
四、限定交易行为	143
专题附论一：对奇虎诉腾讯公司案的评论	146
专题附论二：寡头垄断市场经营者行为的取向分析	150

第五章 经营者集中反垄断审查

第一节 经营者集中申报及审查程序	155
一、申报前商谈	155
二、申报	157
三、立案	159
四、审查	159
五、做出审查决定	165
第二节 经营者集中申报和审查的各项制度	167
一、经营者集中申报制度	167
二、简易审查程序	175
三、结构性救济与行为性救济措施	177
四、对未依法申报的经营者集中的监督措施	190
第三节 经营者集中的竞争分析	191
一、横向合并（竞争者之间的合并）的竞争分析	191
二、纵向与跨行业合并（非竞争者合并）的竞争分析	195
三、中国经营者集中审查中竞争分析的实证考察	197

第六章 反垄断法与知识产权滥用

第一节 知识产权行为涉及的相关市场	203
-------------------------	-----

第二节 知识产权行为的一般性竞争分析	205
一、知识产权行为的竞争分析框架	205
二、具体知识产权行为的竞争分析	208
第三节 知识产权行为最新反垄断热点问题	216
一、标准必要专利许可	216
二、反向给付行为 (Reverse payment)	224
三、专利流氓 (PAE)	228
专题附论：中国滥用知识产权反垄断案件的评述	230
一、关于本案的相关市场界定	236
二、关于高通公司的一系列滥用行为	238
三、关于本案的处理措施	239

第七章 反垄断案件调查处理程序

第一节 反垄断案件的调查处理程序	241
一、案件的启动	241
二、立案	243
三、实施调查	244
四、内部案件审理审查并向当事人做出行政处罚事先告知	245
五、当事人提出陈述、申辩或听证	245
六、做出行政处罚决定	246
第二节 反垄断调查处理过程中各方的权利义务与责任	247
一、授权与管辖	247
二、反垄断执法机构职权和义务	249
三、被调查人的权利和义务	250

第八章 垄断行为的救济与惩罚措施

第一节 法律责任——没收违法所得并处罚款	253
一、欧盟、美国等国家和地区的救济措施及罚款确定方式	253

二、中国关于经济惩罚的现行规定及实践做法	261
三、关于实施反垄断罚款原则的建议	264
第二节 承诺和解——中止调查	266
一、欧盟的承诺和解 (commitments) 制度	266
二、美国的反垄断和解制度	268
三、中国现行的承诺制度的规定及实践做法	269
四、关于完善经营者承诺和解制度的意见和建议	274
第三节 宽大制度	275
一、美国的宽大制度	276
二、欧盟的宽大制度	278
三、中国宽大制度的现行规定及实践做法	281
四、关于完善宽大制度的意见和建议	283

第九章 各国反垄断法实施体制及其发展趋势

第一节 各国反垄断法实施体制概述	288
一、美国	288
二、欧盟	292
三、德国	294
四、英国	295
五、法国	296
六、意大利	297
七、加拿大	298
八、澳大利亚	299
九、日本	301
十、韩国	302
十一、俄罗斯	303
十二、印度	303
十三、巴西	304
第二节 各国反垄断执法体制的比较分析及其发展趋势	321

- 一、单一机构模式与多元机构模式 321
- 二、行政执法主导模式与司法裁判主导模式 322
- 三、单纯职能模式与混合职能模式 323
- 四、现代反垄断执法体制的发展趋势 324
- 第三节 中国反垄断法实施体制现状及评述 326
 - 一、中国现行的反垄断法实施体制 326
 - 二、近年来反垄断法实施的基本情况 328
 - 三、关于当下反垄断实施体制的评述 329

第十章 中国《反垄断法》修改建议

- 《反垄断法》修订的必要性 331
- 《反垄断法》修订的原则和方向 332
- 《反垄断法》修订的具体内容建议 333
- 《反垄断法》（修订建议稿）对照表及简要修改意见 339
- 《反垄断法》（修订建议稿）清稿及修订说明 360

参考资料目录

- 一、中文资料 371
- 二、英文 373

绪论

关于反垄断法的几个常识

一、垄断、反垄断法概念与反垄断经济学的发展历史与现状

(一) 垄断

“垄断”一词是舶来语，源于英文中的“Mono - poly”，最初是指英国王室授予的“独占权”，即通过特许状授予或出售的独家垄断权。“mono - ”指“唯一”，“- poly”具有“存在”“有”的含义，因此将“mono - poly”译为“独占”恐怕是更为贴切的。英文中还有“duo - poly”“oligo - poly”“poly - poly”等词，其中“duo - ”“oligo - ”“poly - ”分别有“双”“少数”“多数”的含义，相应的 duo - poly 被译为“双寡头垄断”、oligo - poly 被译为“寡头垄断”，“poly - poly”则有“多头垄断”的意思。如今，一般意义上的“垄断”、法律上的“垄断”和经济学上的“垄断”的含义都有不同程度的差别。如果说针对独占企业的敌意催生了早期的反垄断法，那么反垄断法发展到今天其宗旨已经从“反对独占”演变为“维护竞争”，人们已经普遍认识到单纯的摧毁或拆解垄断性大企业并不符合市场经济的基本规律，限制垄断企业对竞争秩序的破坏或者说禁止和惩处破坏竞争的行为如卡特尔等才是“反垄断法”的真实价值。因此，当今世界上绝大部分国家或地区都将“反垄断法”命名为“反限制竞争法”或“竞争法”。

(二) 反垄断法

在美国，反垄断法被称为反托拉斯法（anti - trust law）。“托拉斯”（trust）本意为“信托”，源于美孚标准石油公司的律师根据股东表决权信托理论创造的一种信托方法：几个公司的股东将自己持有的股票转交至一组受托人手中，然后各自得到证书，据以从统一管理的公司收益中分得红利。“Trust”这个标签很快被用于所

有的企业联合。^① 19 世纪末,托拉斯这一组织形式逐渐蔓延到燃油、烟草等行业。由于传统的普通法无力对这种新型企业组织形式及其行为实施有效的监管,直接促使了美国反托拉斯成文法的诞生。如今,美国的反托拉斯成文法主要包括了 1890 年的《谢尔曼法》、1914 年的《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》等。其中,《谢尔曼法》的原名为《保护商业和贸易不受非法限制和垄断损害的法案》(*An Act to Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies*),共 7 条,核心是第 1、2 条,第 1 条针对合谋行为,第 2 条针对垄断或谋求垄断的行为(也就是滥用市场支配地位行为)。这样的体系对现代各国反垄断法产生了深远影响。^②

在欧洲,反垄断法更多地被称为竞争法,经过半个多世纪的发展,如今已经形成了不同于美国的欧盟竞争法体系。1957 年欧洲经济共同体成立,并正式签订《罗马条约》(即《欧共体条约》),其中的第 85、86 条成为欧洲竞争法最初的蓝本,分别针对垄断协议(包括横向协议和纵向协议)和滥用市场支配地位行为做了规定,并由欧共体委员会下设的第四总司(竞争总司)负责实施。1992 年《马斯特里赫特条约》生效,欧盟实质上取代了欧共体。1997 年《阿姆斯特丹条约》签署,原《罗马条约》中关于竞争法的第 85、86 条调整为第 81、82 条。2009 年《里斯本条约》(即《欧盟运行条约》)签订生效,条约中的竞争法部分仍延续了原《罗马条约》的内容,成为推动欧洲市场一体化的重要工具。^③

① 见 Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870 - 1960*, at 80 - 85 (1992), 转引自 Ernest Gellhorn, William E. Kovacic, Stephen Calkins 著,任勇等译:《反垄断法与经济学(第 5 版)》,法律出版社 2009 年版,第 15 页。

② 《谢尔曼法》第 1、2 条原文如下:

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10, 000, 000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350, 000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10, 000, 000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350, 000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

③ 2009 年 12 月《里斯本条约》生效,原《欧共体条约》(*Treaty of EC*)变更为《欧盟运行条约》(*Treaty on Functioning of the EU*),原《欧共体条约》第 81、82 及 86 条调整为《欧盟运行条约》第 101、102 和 106 条。本书中除原文引用外,统一都使用《欧盟运行条约》的条文号。

以美国反托拉斯法和欧盟竞争法为蓝本，当今世界上绝大部分国家的反垄断法的核心内容都包括了“反卡特尔”和“限制垄断企业的反竞争行为”两大制度，再加上以预防垄断为目标的“经营者集中反垄断审查”制度，共同构成了当代反垄断实体法的三大支柱。

（三）经济学家对“反垄断法”的质疑与反垄断经济学的发展

包括科斯在内的不少著名经济学家对于反垄断的必要性都提出过质疑。科斯关于反垄断说过的一句话，曾被反复提起：Ronald Coase said he had gotten tired of anti-trust because when the prices went up the judges said it was monopoly, when the prices went down they said it was predatory pricing, and when they stayed the same they said it was tacit collusion.^①（科斯说他被反垄断法烦透了，因为当价格上涨了，法官就说是“垄断定价”；当价格下跌了，他们就说是“掠夺定价”；当价格不变，他们就说是“串通定价”）。中国经济学家张维迎也对反垄断法提出了质疑，他认为反垄断法之所以荒唐，是因为它建立在传统经济学关于“竞争”和“垄断”的错误定义上。根据传统经济学的定义，“完全竞争”就是无数个厂商生产完全相同的产品，并以完全相同的价格销售。只要不满足这个条件，就存在着所谓的“垄断”（包括独占、寡头和垄断竞争），就会带来效率损失。传统经济学把竞争和垄断完全搞混了，它把没有竞争当作“完全竞争”，把真正的竞争当作“垄断”。张维迎教授认为真正的垄断是政府通过法律和政策对竞争实施限制。政府动用强力（法律和政策）来为一个或多个企业保留全部市场或一部分市场时，垄断就产生了。如用法律或行政手段限制行业准入，发放许可配额，给予专营权，在不同企业之间进行税收、信贷、补贴等方面的歧视，都会带来垄断。这是真正应该反的垄断。^②

以上观点充分反映了经济学家对反垄断法的质疑态度。然而，发轫于美国反垄断经济学对反垄断法及反垄断政策做出了全面的审视和研究，对反垄断政策有着深刻影响，同时，其本身也在不断发展演化，先后形成了哈佛学派、芝加哥学派、后芝加哥学派等理论流派。

1933年，经济学家爱德华·张伯伦发表的《垄断竞争理论》和琼·罗宾逊发表的《不完全竞争经济学》被视为反垄断经济学的发轫之作。张伯伦强调竞争的不

① 见 William Landes, “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Econ at Chicago”, *JLE* (1981)。

② 见张维迎：《经济学的垄断概念是错误的 反的是真的竞争》，载2013年12月9日《经济观察报》。