

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

法律的不确定性
——反垄断法规则分析

UNCERTAINTY OF THE LAW
——STUDIES ON THE RULE OF
THE ANTIMONOPOLY LAW

沈敏荣 著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

法律的不确定性:反垄断法规则分析/沈敏荣著.北京:法律出版社,2000.11

(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)

ISBN 7-5036-3264-X

I. 法… II. 沈… III. 反托拉斯法-研究 IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 75941 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任编辑/陶松

责任校对/何萍

印刷/中国科学院印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/9 字数/215 千

版本/2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414800(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3264-X/D·2982

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

飲余馬於咸池兮
總余轡乎扶桑
折若木以拂日兮
聊逍遙以相羊
前望舒使先驅兮
后飛廉使奔屬
鸞皇為余先戒兮
雷師告余以未具
吾令鳳鳥飛騰兮
繼之以日夜

——題記

内 容 摘 要

法律作为一项对具体的行为进行合法或违法评判的活动,是确定的。但是,它作为规则的总称,却具有许多的不确定性。这在反垄断法表现得尤为明显。反垄断法是市场经济的基本法律,是市场经济法律体系不可缺少的重要组成部分。反垄断法的法律规则具有很大的不确定性,而法律最终是一种行为准则,是确定的,因此,反垄断法中的不确定性因素在个案中其不确定性是必须要被克服的,否则,法律作为指导行为的规则将发挥不了应有的功效。反垄断法规则的不确定性的克服主要是通过三个方面来实现的,一是通过法律的解释,对于本身违法的规定依据一般法律解释方法可以克服其不确定性,而对于含有合理原则的规则,则需要借助于经济学的解释;二是通过专门的竞争管理机构来加以克服;三是通过法院和法官的司法判决。在国际法上,国际反垄断法规则也存在同样的不确定性问题。

具体而言,在体例上本书分为六章。第一章是反垄断法的国别比较。选取了四个有代表性的国家:美、英、德、日。这些国家分别是判例法与成文法系中最具代表性的国家。从比较上来研究反垄断法所具有的规则特点。第二章是探讨反垄断法规则的不确定性。这种性质是反垄断法本身所具有的固有属性。它是有经济本身的原因。反垄断法的不确定性主要表现在违法确认原则、合理原则及反垄断政策的不确定性。新近出现的案件可以说明这种不确定性。第三章是从法律规则本身来研究这种性质。反垄断法规

则所具有的不确定性的特点并非是该部门法所特有的现象和特征,就法律规则这种形式而言,它也是具有不确定性的,只是程度不同而已。探究反垄断法不确定性若脱离开法律这一大的背景,许多问题和原因都是无法弄明白的。反垄断法的特性正是在这一共性的基础上而存在的。第四章讨论反垄断法不确定是如何克服的。毫无疑问,一般法律的解释方法在反垄断法中同样也是适用的,但由于反垄断法对效益的强调,经济分析在克服反垄断法中的作用也是十分巨大的。这使得在反垄断法规则的不确定性的克服中,除法院之外,独立的、专门的竞争管理机构的作用也是十分重要和必要的。另外,经济分析在反垄断法的地位和作用也在本章中作了研究。第五章专门讨论了国际反垄断法规则的特点及与国内反垄断法在调整对象上的不同。在区域国际法上,欧盟竞争法的例子比较突出,对欧盟竞争法的分析可以明了国际反垄断统一法的特点及形成上的困难。反垄断法的域外适用构成了规范国际经济领域的主要法律形式,从而形成了以双边条约为主体的国际反垄断法。但是,国际反垄断的不确定性仍存在,在国际上这方面仍需努力。第六章是关于我国反垄断法。指出在反垄断法上克服法律不确定性的特点及不足,并提出了相应的立法建议。

ABSTRACT

The antimonopoly law is the basic law of Market Economy. The rule of the antimonopoly law has high uncertainty, but the law is the rule of behavior, it's certain, so the uncertainty of the antimonopoly law must be eliminated. Otherwise the law will not have its effect. The uncertainty of the antimonopoly law is eliminated in three ways. One is the interpretation of the rule by the general explanation method, in this way the antimonopoly law can eliminate some uncertainty. But in many cases it should have the aid of the economic interpretation. The second is by a special competition administering organization. The third is by the judgments of the court. The same problem is also existed in the international antimonopoly law.

Specifically, this dissertation is divided into six chapters. Chapter 1 is the comparative study of the antimonopoly law among the four representative countries: US, UK, Germany, Japan. These countries are the representative countries in their common law and continental law systems. By the comparative study we can understand its character. Chapter 2 studies on the uncertainty of the antimonopoly law. This character is inherent nature. It has economic reason. The antimonopoly law's uncertainty mainly manifest the uncertainty of principle of defying the law, reason principle and the

uncertainty of the policy of the antimonopoly law. At last, a case can show this kind of uncertainty. Chapter 3 is about the character of uncertainty of general law. The nature of the antimonopoly law is not it's own character, other law also has some uncertainty. If we neglect this background, many reasons can not be uncovered. The character of the antimonopoly law is based on this common nature. Chapter 4 discusses how the uncertainty of the antimonopoly law is eliminated. Out of question, general elimination way is also used in the antimonopoly law, but in the antimonopoly law efficiency is emphasized, economic analysis is popularly used in the elimination of the uncertainty of antimonopoly law. So, except court, independent competition administer organization is very important. Economic analysis is also discussed in this chapter. Chapter 5 especially considers the character of international antimonopoly law. It is different from the national antimonopoly law. In regional international law, the EU competition law is important. The analysis of EU law can make clear the character of the international antimonopoly unified rule and the deference of its character and difficulties of its formation, Extraterritorial application constitutes the main regulation form, and so multinational treaty is the main form of international law. But the uncertainty of antimonopoly is also existed; effort is needed in this side. Chapter 6 is about the antimonopoly law of our country and provides some suggestions.

序

法律是社会成员普遍遵循的行为规范和准则,法律规则的确定性使法律能够发挥其应有的作用,不断地寻求精确化的表现方式和结论乃是法律追求的目标。同时,我们应清醒地看到,成文法固有的缺陷也导致了法律规则和法律制度存在许多不确定因素,这不能不引起重视。正如德国哲学家伽达默尔在《真理与方法》中所阐述的,“用法律和道德的规则去调整现实生活是不完善的,还需要有创造性,需要判断力,才能正确地把握和评价具体情况。”法律通过不断地自我完善才能克服诸多不确定因素,并日臻完善。

确定性与不确定性是法律内在矛盾的统一体,在不同的法系、不同的部门法中,其表现程度是不同的。了解法律的这种性质,探索解决此类矛盾的规律,是法律工作者应有的职责。在本书中,作者以反垄断法作为法律分析的对象,对法律不确定性作出了大胆的探索。反垄断法的不确定性,既有经济方面的原因,也有法律自身的缺陷。反垄断法是市场经济的基本法之一,在市场经济法律体系架构中是重要的组成部分。我国对外开放和市场经济的发展对反垄断法也提出了更高的要求。近年来,反垄断法律制度方面的研究成果有许多了,主要是制度层面上的研究,通过与西方发达的市场经济国家的反垄断法作比较,分析和反观我国的反垄断立法。本书作者对反垄断法规则作了深入的研究,细化到规则层次,研究规则的特点,对反垄断法的立法、执法、司法以及促进反垄断法的研究都极具启发性。作者从动态分析的视野,多角度地探讨

法律和反垄断法规则的不确定性问题,指出不确定性的表现方式以及克服途径,从一个新的角度阐明了法律的性质。其研究对象不仅限于反垄断法,而且具有整个法律规则的制度背景。

值得重视的是,判例研究对法律规则完善化的作用日见重要。通过解决纠纷,很多判例确定的规则对法律规则的合理性起到实证的作用,能解决纠纷的规则就是很好的规则。对法律规则合法性和合理性的考察,具有同等重要的地位。作者在这方面作了有益的尝试,指出了法律建设的新途径。

发达的法律制度是时代的要求,在经济法领域尤为明显。法律与经济的共同发展要求同时满足法律的稳定性、体系性和经济改革与发展的双重要求,法律的不确定性与不确定性的分析展示了一个更广阔的研究领域。我衷心地希望作者在经济法领域大胆探索,推出更多、更有质量的成果,以期为推动经济法的发展与繁荣作出应有的贡献。

斯为序。



2000年10月26日

目 录

前言	(1)
绪论	(12)
第一章 反垄断法概述	(26)
第一节 美国的反托拉斯法	(26)
第二节 英国的竞争法	(38)
第三节 普通法国家反垄断法的特点	(43)
第四节 德国的《反限制竞争法》	(46)
第五节 日本的反垄断法	(56)
第六节 成文法国家反垄断法的特点	(63)
第七节 普通法国家与成文法国家的反垄断法的比较	(69)
第二章 反垄断法的不确定性	(73)
第一节 反垄断法规则不确定性的经济原因	(73)
第二节 反垄断法违法确认原则的不确定性	(77)
第三节 合理原则的不确定性	(83)
第四节 反垄断法政策的不确定性	(86)
第五节 反垄断法的发展：一个案例的分析	(89)
第三章 法律规则的不确定性及其克服：与反垄断法的比较	(96)
第一节 法律的确定性	(96)
第二节 法律的不确定性	(104)

第三节	法律不确定性的语言原因·····	(109)
第四节	法律不确定性的哲学原因·····	(113)
第五节	法律解释中的主观性的克服·····	(119)
第六节	法律的解释与法律目的·····	(122)
第七节	解释的法律:法律解释的基础·····	(127)
第四章	反垄断法的不确定性的克服·····	(131)
第一节	反垄断法的目的与反垄断法的不确定的克服·····	(131)
第二节	竞争管理机构的作用·····	(133)
第三节	法院的作用·····	(144)
第四节	经济分析在反垄断法中的作用·····	(149)
第五节	法律的经济分析与规则分析·····	(153)
第六节	反垄断法中经济分析的标准·····	(160)
第五章	国际反垄断法规则的分析·····	(180)
第一节	导论·····	(180)
第二节	国际反垄断法的规则·····	(184)
第三节	欧盟(欧共体)竞争法·····	(193)
第四节	反垄断法的域外适用与国际反垄断法·····	(210)
第五节	国际反垄断法不确定性及其克服·····	(224)
第六章	我国反垄断法的立法研究·····	(232)
第一节	我国反垄断法的现状及特点·····	(232)
第二节	制定统一反垄断法的规则原因及立法建议·····	(235)
第三节	我国反垄断法的违法确认原则·····	(239)
第四节	反垄断法与行政垄断·····	(242)
第五节	反垄断法与我国国有企业改革·····	(244)
第六节	实例分析:中国信息产业的垄断与反垄断法·····	(248)
第七节	反垄断法中法官的作用·····	(254)
第八节	国际反垄断法的现状与我国的对策·····	(256)

参考文献.....	(259)
跋.....	(266)
后 记.....	(268)

CONTENTS

PREFACE	(1)
INTRODUCTION	(12)
Chapter 1 Introduction to antimonopoly law	(26)
1.1 Antitrust law of US	(26)
1.2 Competition law of UK	(38)
1.3 Character of the antimonopoly law of common law countries	(43)
1.4 The restrictive competition law of Germany	(46)
1.5 Antimonopoly law of Japan	(56)
1.6 Character of antimonopoly law of formal law	(63)
1.7 Comparative study between the antimonopoly law of common law and Formal law	(69)
Chapter 2 Uncertainty of antimonopoly law	(73)
2.1 Economic reason of the uncertainty of Antimonopoly law	(73)
2.2 Uncertainty of infraction identifying principle of Antimonopoly law	(77)
2.3 Uncertainty of reason doctrine	(83)
2.4 Uncertainty of antimonopoly policy	(86)
2.5 Development of antimonopoly law; analysis of a case	(89)

Chapter 3 Uncertainty of legal rule and its elimination:

comparative to antimonopoly law	(96)
3.1 Certainty of law	(96)
3.2 Uncertainty of law	(104)
3.3 Linguistic reasons of uncertainty of law	(109)
3.4 Philosophy reasons of uncertainty of law	(113)
3.5 Elimination of the subjectiveness of the explanation of law	(119)
3.6 Explanation of law and legal end	(122)
3.7 Explanative law; the base of law explanation	(127)

Chapter 4 Elimination of uncertainty of antimonopoly

law	(131)
4.1 End of antimonopoly law and elimination of uncertainty of law	(131)
4.2 Administration organization of US	(133)
4.3 Effect of court	(144)
4.4 Effect of economic analysis	(149)
4.5 Economic analysis and legal analysis	(153)
4.6 Standard of economic analysis	(160)

Chapter 5 Analysis of the international antimonopoly

law	(180)
5.1 Introduction	(180)
5.2 Rule of the international antimonopoly law	(184)
5.3 Competition law of EU	(193)
5.4 Extraterritorial application of antimonopoly law	(210)
5.5 Uncertainty of the international antimonopoly law and its elimination	(224)

Chapter 6 Legislative analysis of antimonopoly law of

China	(232)
6.1 Present situation and character of antimonopoly law of China	(232)
6.2 Reason of formulating antimonopoly law and legal proposal	(235)
6.3 Infraction identifying principle of antimonopoly law	(239)
6.4 Antimonopoly law and administrative law	(242)
6.5 Antimonopoly law and reform of state-own enterprise	(244)
6.6 Case analysis: antimonopoly law and monopoly in Information industry	(248)
6.7 Effect of judge in antimonopoly law	(254)
6.8 Present situation of the international antimonopoly law and China's countermeasure	(256)
REFERENCE	(259)
POSTSCRIPT	(266)
POSTSCRIPT	(268)

前 言

本书所讨论的是一般意义上的法律与反垄断法的不确定性,但是,仅仅在这个意义上讨论是不足够的。在我国,导致法律不确定性的因素有很多,只有综合地进行理解和采取对策才是有意义的。

我国自改革开放以来,特别是在确立“以法治国”作为我国法制建设的目标以来,法制建设取得了很大的成就。但是,由于我国法制建设时间短,而且传统法律思想的影响很大,这使我国在法制建设过程中出现了不少的困难,这些困难都使法律在适用中加大了不确定性的因素。这都需要我们在法制建设中不断地加以克服,从而使我国的法制不断地完善和发展。

—

首先是传统中法律缺乏正义价值,这种法律思想对我国法制发展的阻碍是巨大的。在我国的法律传统中,法律与正义是分离的,因此,法律与道德之间的关系十分密切,否则,脱离了道德的法律,其合理性、合法性都会产生问题,甚至是不成立。在中国古代传统中,也有与理性、真理、正义相近的概念,那就是“道”。“道者,

万物之始，是非之纪也。”“道者，万物之所然也，万理之所稽也。”^①但在中国的法律传统中，法和道是分离的，其主要原因是中国传统中的“非常道”的思想。

老子在《道德经》上讲：道可道，非常道；名可名，非常名。后人进而认为道是不可道，不可说的。法家代表人物韩非子讲：“夫物之一存一亡，乍死乍生，初盛而后衰者，不可谓常。唯夫与天地之剖判也俱生，至天地之消散也不死不衰者谓‘常’。而常者，无攸易，无定理。无定理，非在于常，是以不可道也。圣人观其玄虚，……强字之曰：道。”“稽万物之理，故不得不化，不得不化，故无常操。”^②道是存在的，但并非用言语能准确地表达，只可意会，不可言传。“非常道”的思想是中国传统文化的核心之一，其他各家思想也是如此。如佛家也讲非常道，认为道是“非诸声闻缘觉所及”。^③又如儒家以“仁”为中心，《论语》中提到“仁”字达 117 处，内涵各异，无一雷同，后人对仁字亦作了不同的阐释。

当然，“非常道”的思想在西方亦是存在，如古罗马法有句著名的法谚：“（市民法上的）任何定义都是危险的。”^④但这种思想始终停留在技术经验的层次上，并未上升为社会的主要哲学思想。“非常道”的思想当然与用语言明确表达的法律规则格格不入，失去理性内涵的法律势必只能在工具意义上来使用，与“势”和“术”相结合。^⑤建国以后，我们并未进行及时的反思，这种传统思想在相当大程度上得到了继承，我们也只是在技术、工具的意义上来使用法律。

失去了正义、理性支持的法律只剩下工具意义上的内容，再若

① 引自《韩非子·解老》。

② 引自《韩非子·解老》。

③ 引自《大般涅槃经·寿命品第一》。

④ 引自周枬：《罗马法原论》上，商务印书馆 1994 年版，第 9 页。

⑤ 参见《韩非子·定法》。