

孔祥俊 / 著

反垄断法

原理

The
Principles
of
Anti-monopoly
Law

中国法制出版社

反垄断法原理

孔祥俊 著

中国法制出版社

孔祥俊 / 著

反垄断法 原理

The
Principles
of
Anti-monopoly
Law

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

反垄断法原理/孔祥俊著. —北京: 中国法制出版社,
2001.6

ISBN 7-80083-803-X

I. 反… II. 孔… III. 反托拉斯法-法的理论-中国
IV. D922.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 037843 号

反垄断法原理

FANLONGDUAN FA YUANLI

著/孔祥俊

经销/新华书店

印刷/河北省三河市新科印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/ 28.5 字数/ 650 千

版次/2001 年 6 月北京第 1 版 2001 年 6 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-803-X/D·768

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价: 51.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

一位法官，可以追求成为引领法学风骚的司法长城，成为在尖端学术领域里耕耘不辍的园丁，成为整个社会得以分享其智慧结晶的鸿儒，成为指路的明灯！

——台湾大学经济系教授 熊秉元

序

曹建明*

反垄断法是规范市场行为、维护竞争秩序的基本法。在许多发达的市场经济国家,反垄断法具有举足轻重的地位,甚至被称为维护经济自由的“经济宪法”,而反垄断的法学和经济学研究,也非常繁荣和发达,反垄断法学在法学学科中也是可以称得上“显学”的学科。二战以来,尤其是近年来,为维护国内的市场竞争和制止跨国的反竞争行为,已有将近 100 个国家制定了反垄断法。而且,近年来随着经济全球化、解除管制和企业民营化的发展,各国之间传统的贸易壁垒日益减少,市场开放程度急剧提高,在国际贸易中竞争法和竞争政策问题又成为引人注目的热点问题,国际社会对发展多边国际竞争规则的呼声也越来越高。随着我国对国际经济贸易参与程度的加深,研究和掌握竞争法和竞争政策的国际动态和国外立法的现状,是非常必要和有益的。

随着我国市场经济的发展和市场竞争的激烈,尤其是加入世贸组织的临近,垄断与反垄断问题已成为社会关注的热点问题。近年来除行业垄断和行政垄断屡禁不止甚至有时还愈演愈烈以外,经济性垄断开始抬头,外国

* 曹建明,最高人民法院副院长,教授,博士生导师。

经营者针对我国市场实施的跨国垄断行为也开始出现。反垄断问题已成为促进我国市场经济体制建立和发展、维护市场竞争秩序的重要问题。我国已陆续有一系列法律法规规定了反垄断条款,立法机关也已提出制定反垄断法。在这种背景下,加强我国反垄断立法、执法和法学研究,既有充分的现实基础,又具有重大的现实意义。

祥俊同志曾是直接从事反不正当竞争和反垄断行政执法的政府官员,近年来又一直致力于竞争法的理论研究,出版了多部理论和实践密切结合的竞争法著作。《反垄断法原理》又是祥俊同志在反垄断法领域取得的新的学术成果。粗读全书,至少可以发现下列特点:一是对反垄断法原理的介绍系统全面,几乎触及所有的反垄断法问题;二是注意了反垄断法的动态研究,力图把握反垄断的国外立法和国际发展的最新动态,特别是比较全面深入地研究了当今世界上最为典型的反垄断立法;三是保持了作者一贯的理论密切联系实际的风格,对现行的反垄断法律规范及其实施问题做了详细的研究,具有很强的操作性,并对我国反垄断立法中的一些问题进行了探讨;四是资料新,使用了大量的一手资料,发挥了作者参与立法、执法和国内外学术交流的优势。我相信,本书的出版对于促进我国竞争法的研究是有积极意义的,对于立法、执法和竞争法教学也有较好的参考价值,故很乐意推荐给大家。

祥俊同志在繁忙的工作之余笔耕不辍,积极探索,不断有新作问世,这是难能可贵的。我希望祥俊同志能够再接再厉,在工作和研究中取得更大的成绩。

前 言

竞争发挥功能不仅要求诸如资金、市场和信息渠道之类的充分的组织与特定的制度……而且首先取决于适当的法律制度的存在,这种法律制度既能维护竞争,又能使其以最有益的方式运行。

——哈耶克,《通向奴役之路》(1974年)

近几年,随着市场竞争的日趋激烈,不正当竞争和市场垄断成为社会关注的热点问题。

纵观国内经济活动,“行业自律”下的停产限产保价、“价格同盟”、联合抵制等商战此起彼伏;用户和消费者对行业性垄断怨声载道,而地区封锁等行政性壁垒屡禁不止、屡清不除。凡此种种,不一而足。1999年岁末,我国新闻媒体评述一年中引人注目的经济现象中,有关反垄断的新闻就很多,诸如:“‘市长’卖烟:……吉林省四平市推销当地吉烟的一把手工程,抽不抽烟都从工资里扣”;“联手操纵:没有证据证明官方操纵了8大彩管厂联产限价事价,完全是民间自主行为,但这就更为可怕——官还是有限的,组织垄断总有人手不够、力不从心的时候,但民是无限的,随时都可以闹一下来对抗市场,比如4月结束的建筑门窗管板材产品及设备(北京)展览会上,‘中国最大的门窗加工设备制造商’济南光明机器有限公司就被同行众兄弟拒绝参展。因为光明公司在1月将

产品降价超过 20%，引起公愤”。^① 垄断事件总是令人关注，说明这些事件对市场经济影响很大。

美国司法部起诉微软公司捆绑销售，联邦贸易委员会审判因特尔公司不公平交易，欧盟委员会查处可口可乐公司垄断行为，反垄断法的大棒不时挥舞，令人目不暇接。我国台湾《工商时报》评出的“世纪末全球十大财经新闻”中，有两件涉及到反垄断法，即“反托拉斯官司缠身，忙坏了盖茨与微软”以及“全球电信业大发烧，结亲家抢市场动作多”。^② 这些问题归结起来都属于竞争法和竞争政策问题。在发达的市场经济国家，竞争法历久弥新，立法不断完善，执法日益加强。

美国经济学家克鲁格曼在其《萧条经济学的回归》中说过一句颇有哲理的话：“在我们的世界中，真正短缺的不是资源，不是美德，而是对现实的理解和把握。”现实已告诉我们，中国制定反垄断法已具备充分的现实基础，不再存在超前的问题。中国的市场经济现实已对反垄断法的出台提出了强烈的呼唤，加入世贸组织（WTO）又为尽快制定反垄断法提供了契机。在第九届全国代表大会第三次会议上，64 名代表提出制定反垄断法的议案，而一些政协委员在同期召开的政协会议上也提出了规制行业垄断的提案，这是对现实需求的最明显的反映和呼唤。李鹏委员长在本次会议所作的人大常委会工作报告中谈到了今后一年全国人大常委会的立法工作，其中指出，“将按照改革和发展的需要，起草反垄断法、反倾销法”。看来，反垄断法的出台也许不再遥远。

① 王安：《大热大冷读九九》，《南方周末》1999 年 12 月 24 日，第 21 版。

② 《再见 1999——细数世纪末全球十大财经大事》，台湾《工商时报》1999 年 2 月 26 日。

二

我们常常将反不正当竞争法和反垄断法合称为竞争法,而在西方国家和国际组织中,竞争法(competition law)通常指反垄断法,竞争政策也是指反垄断政策。不正当竞争行为有时则被称为“不公平贸易行为”(unfair practices)、“不公平竞争行为”(unfair competition)。反垄断法一般属于公法,反不正当竞争法一般属于私法(尤其是侵权行为特别法)。两法确有其区别,前者主要是维护自由竞争的市场结构,后者主要是维护商业伦理和公平竞争。但是,殊途同归,两者的终极目的都是维护健康的市场竞争秩序和保护消费者权益。正是由于终极目的的统一性,一些国家(如澳大利亚)和地区(如我国台湾)将反垄断和反不正当竞争合并立法。我国反不正当竞争法已颁布实施5年多,反垄断法也已列入立法规划。国内外历史经验和活生生的现实告诉我们,发展市场经济必须有健全的竞争立法和强有力的竞争执法,必须培育良好的竞争文化。与轰轰烈烈的经济实践和丰富多彩的竞争素材相比,我们的竞争法制尚不理想,竞争立法已显得苍白无力,捉襟见肘,无法适应调节竞争关系的需要,竞争执法也有待于进一步加强。竞争立法不完善的原因多多,不能把握竞争法的精髓,对竞争法不了解、误解、曲解和有成见、偏见等,都会成为健全竞争法制的绊脚石。

概而言之,反不正当竞争法的精髓是维护商业伦理或者商业道德,反垄断法的精髓是维护竞争自由。

从国外的法律来看,英法国家将“不劳而获”、“不播种而收获”作为其认定不公平竞争行为的基石,大陆法国家将诚实信用作为反不正当竞争法的“帝王原则”或者最基本的原则。无论“不劳而获”、“不播种而收获”还是诚实信用,都具有浓厚的道德色彩。我国反不正当竞争法将公平、诚实信用和遵守商业道德规定为基本原则,其维护商业道德、确立竞争道德规则的精神更是不言而

喻。之所以如此,是因为,反不正当竞争法的根本目的是消除自由竞争的“过火”行为,即其前提是有了自由竞争的舞台和充分的竞争自由,经营者却滥用竞争自由,实施不道德的竞争行为,不正当地损害了竞争对手或者消费者的利益,从而破坏了市场竞争的道德。无论“搭便车”、不劳而获的仿冒他人商业标识行为、吹牛虚夸的虚假宣传行为,还是投机取巧的商业贿赂和其他不正当引诱行为、损人利己的商业诋毁行为,本质上都与良好的商业道德背道而驰。

反垄断法是解决有无竞争问题的,其目的是消除限制竞争的现象,不管是经营者实施的限制竞争的行为,还是使竞争无法展开的市场结构,以此促进竞争自由,或者说使自由竞争得以实现,为自由竞争提供一个舞台。一言以蔽之,反垄断法的精神是维护竞争自由。反垄断法有三根基本支柱,即禁止滥用独占地位、监控购并行为和禁止卡特尔(联合操纵市场行为),前两者旨在维护自由竞争的开放式市场结构,后者旨在排除限制竞争的行为,三者都将维护自由竞争奉为圭臬。按照现代法治的公理,人人都享有充分的自由,但行使自己的自由以不侵犯他人的自由为限界。同理,企业有竞争的自由,但不能妨碍他人的竞争自由,如果通过垄断行为限制或者排斥了他人的竞争自由,就要剥夺其自由。这就是反垄断法维护竞争自由的法治基础和哲学基础。反垄断法与其称为易使人误解的反垄断法,不如称为“维护和促进自由竞争法”或者“竞争法”更符合其本质。

自由竞争可以实现优胜劣汰,优化资源配置,确保市场经济生机勃勃。在优胜劣汰的残酷竞争面前,循规蹈矩者固然为其主流,但通过通谋和购并等瓜分市场、摄取独占地位、限制竞争者也所在多有,竞争的优胜者滥用优势地位而坐享其成者也不鲜见,竞争自由会因此而受到妨碍甚至被葬送。反垄断法的意图就是荡除妨碍自由竞争的这些浊流,还竞争以自由。反垄断法的百年历史证明,它是维护市场自由竞争的利器和大旗。美国最高法院将反托拉斯

法称为“自由企业的大宪章”、“经济自由的宪法”，欧共体将竞争法作为统一欧洲市场的基本政策，就是其极端重要性的真实写照。

但是在我国，虽然反不正当竞争法、价格法等已规定了部分反垄断条款，反垄断法也已列入立法规划，一些有识之士亦大声疾呼尽快出台反垄断法，但许多人对于反垄断法还非常陌生，甚至还只具有饱含误解和偏见的感性认识，并不知道其庐山真面目。例如，有人认为，反垄断法是反对规模经济和大企业的，我国现在正需要形成规模经济和企业的“航空母舰”，正在鼓励企业购并，制定反垄断法不是时候。试问，国际购并风起云涌，反垄断法成为障碍了吗？美国等发达国家一直在坚决地执行反垄断法，其规模经济受影响了吗？反垄断法并不反对企业的规模，而只是反对独占企业滥用独占地位的行为；并不一般性地阻止企业购并，而只是对大型的购并进行监控，在购并对市场竞争的危害超过了其积极效果时才加以反对，而弊大于利的购并本身是规模不经济，对不经济的购并难道没有反对的必要吗？

有人说，反垄断法是在具有经济规模的情况下才需要，我国目前的经济状况还没有这种需求。其实，经济规模从来都是相对的，昨天有昨天的规模经济，今天有今天的规模经济，明天有明天的规模经济，反垄断法的立足点不但不是限制规模经济，反而是促进规模经济的形成，因为规模企业是竞争的优胜者，反垄断法所保护的自由公平竞争环境恰恰是形成经济规模的基础条件。出台反垄断法的条件是否成熟并没有绝对的标准，我国行业垄断和行政垄断极为突出，无序竞争和联合操纵市场等行为粉墨登场、沸沸扬扬，市场竞争秩序比较混乱，都说明出台反垄断法已为时不早。

经济全球化已成为大势，强化竞争立法和竞争执法已成为方兴未艾的国际话题。当今世界已有 100 个左右的国家出台了反垄断法，联合国贸发会议（UNCTAD）、世贸组织（WTO）和经合组织（OECD）等国际组织都在致力于推动竞争法的国际化。发达国家希望发展中国家通过制定反垄断法而提高其市场的开放度和透明

度,为企业进入提供公平的竞争舞台,发展中国家可以通过制定反垄断法而抵抗国际垄断行为,维护经济安全。正在步入经济国际化和加入世贸组织的中国,应该尽快顺应国际潮流,出台反垄断法,既增强国外投资者的信心,又增强国内市场竞争力,并维护经济安全。

三

美国的竞争法制和竞争文化发达较早,其反托拉斯法学和经济学研究都异常发达。欧洲的竞争文化不像美国那样源远流长。欧洲竞争法仅仅是最近一些年才繁荣起来并深入到许多领域的。除市场经济发展较早的英国和荷兰培育竞争经济较早以外,在发展滞后的传统的法国、德国和意大利的体制下,国家保护主义、公共所有的企业、私人企业之间的联合等,充斥于整个经济生活。在法西斯专政的 30 年代,德国和法国的经济采取的是强制联合。二战以后,随着竞争法的地位越来越重要,竞争法学也成为包括西欧国家在内的西方法学学科中的显学。正如英国纽卡斯尔大学竞争法教授 Frazer 在其《垄断、竞争与法律——英国、欧洲和美国对商业活动的管制》一书第一版前言中所指出的,“竞争政策栖居于经济学和法学领地的无人问津区域。具有传统法律学识的法律家可能受到了经济原理的困扰,而经济学家对法学方法论又望而却步。但是,这种状况正在发生巨变;无论在经济学还是法学学位课程中,竞争法和竞争政策都正在占据主流地位(the mainstream subjects)”。“产生这种现象的原因是很多的。经济学和法学日益增多的学术联合促进了在许多政策领域进行交叉训练研究的兴趣。也有许多极好的出版物帮助竞争政策的产生。但是,也许最为重

要的是,竞争政策在整个社会中已占有非常重要的地位”。^①

我国竞争法制还不太发达,反垄断基本法尚无出台,竞争法和竞争政策的研究还处于起步阶段。但是,随着市场经济的发展和反垄断法的制定,竞争法的研究也会越来越重要。诚如中国科学院院士王选教授所说,“我相信有些现在坐冷板凳的人,将来会物以稀为贵。好比我们当年致力于商品化、产业化,当时是‘物稀’,很少人这么干的,时代转变了,我们一下子成为典范”。相信在不久的将来,反垄断法的研究也会如此。

本书是笔者系统介绍和研究反垄断法的一个尝试。由于我国迄今尚无反垄断基本法,本书无法以我国的反垄断法律制度为基本线条进行研究和阐述。本书有三个基本立足点或者特点:

一是采取比较研究的方式研究和介绍反垄断法的基本制度,这样既可以使得对反垄断法原理的介绍具有客观性,又可以反映反垄断法内容的丰富多彩。本书对主要国家和地区的反垄断法基本上都有所介绍和研究,对国际组织的竞争政策和竞争法发展动态也进行了介绍和探讨。比较研究可以客观地展现出各国立法和执法的不同和相同之处,而各国立法和执法差异甚多本身,也要求不能简单地、笼而统之地解说反垄断法原理。本书力图使用最新的资料。如对德国、英国等国家的反垄断法的最新制定和修改情况的介绍,对各国立法和国际动态的介绍,大多来自最新的第一手资料。

二是对我国现行反垄断规范及其实施中的疑难问题进行了研究介绍,具有很强的操作性。特别是,本书结合实践中的疑难问题、典型案例和行政解释等研究现行反垄断制度,这部分内容无疑非常具有特色。

三是对我国反垄断法的制度设计进行了探讨。这也是研究外

^① Tim Frazer, Monopoly, Competition and the Law, Harvester Wheatsheaf(second edition), Preface to the first edition.

国反垄断法制度的重要目的所在。无论制定还是执行反垄断法,都不能不充分借鉴外国的反垄断立法和执法经验,外国的反垄断法立法和判例都可以作为制定和执行我国反垄断法的法理。笔者在执法工作中,已开始借鉴国外反垄断法的法理进行行政解释和指导执法。外国反垄断法法理与国内的立法和执法实际上已开始进行现实的结合。

目 录

序	(1)
前言	(1)
第一章 反垄断法概述	(1)
引言：“在企业变成一头垄断的野猪时，防止它 到处乱撞”	(1)
第一节 反垄断法的概念	(2)
一、纷乱不一的法律部门称谓	(2)
二、反垄断法的概念	(7)
第二节 反垄断法的基本内容	(8)
一、反垄断法的支柱内容	(8)
二、反垄断法基本内容的立法例举	(10)
第三节 竞争法与竞争政策	(11)
一、广义的竞争政策与狭义的竞争政策	(11)
二、积极的竞争政策与消极的竞争政策	(13)
三、竞争政策与反垄断法的关系	(13)
第四节 反垄断法的发展趋向	(14)
一、反垄断法的发展动态	(14)
二、自由放任与国家干预	(14)
三、确定性、可预见性与自由裁量性	(15)
四、从政治性到技术性的转变	(16)
五、经济全球化与竞争执法的国际合作	(18)
第五节 反垄断法的经济宪法意义	(19)
一、“经济宪法”称谓的由来	(19)

2 反垄断法原理

二、反垄断法成为市场经济基本法的内在原因	(23)
三、我国应当确立反垄断法的“经济宪法”地位	(28)
第二章 反垄断法的立法体例	(29)
引言:反垄断法与反不正当竞争法是一回事吗?	(29)
第一节 反垄断法立法体例概述	(29)
第二节 合并立法的立法例	(30)
一、澳大利亚的合并立法	(30)
二、东欧与俄罗斯转轨国家的合并立法	(31)
三、我国台湾地区的合并立法	(33)
第三节 分立立法的立法例	(33)
一、分立立法的两种类型	(33)
二、德国的分立立法	(34)
三、瑞士的分立立法	(35)
四、日本和韩国的分立立法	(37)
五、法国的分立立法	(38)
六、意大利的竞争立法	(39)
第四节 制定法与判例法并存的法律体例	(40)
一、概述	(40)
二、美国的反托拉斯法与不公平交易行为法	(40)
三、英国竞争法与反不正当竞争法	(43)
第五节 反垄断法与反不正当竞争法的区分基础	(43)
一、若干典型的区分观点	(43)
二、反垄断法与反不正当竞争法区分基础的 理论分析	(46)
第六节 我国竞争立法体例简论	(48)
一、我国竞争立法体例的变迁与现状	(48)
二、我国竞争立法体例探讨	(49)
第三章 反垄断法的过去和现在	(52)
引言:反垄断法是由几粒种子发展起来的茂密森林	(52)