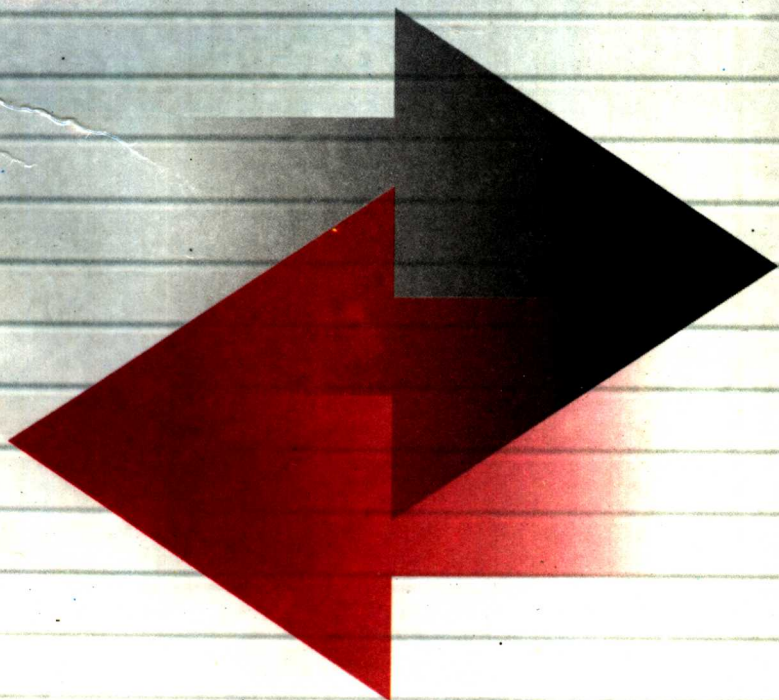


吉林大学
跨世纪法学
研究文库

反垄断法 理论与实践探索

张瑞萍 著



吉林大学出版社

反垄断法理论与实践探索

张瑞萍 著

吉林大学出版社

反垄断法理论与实践探索

张瑞萍 著

责任编辑、责任校对：丛立群

封面设计：张沐沅

吉林大学出版社出版
(长春市东中华路 31 号)

吉林大学出版社发行
吉林农业大学印刷厂印刷

开本：850×1168 毫米 1/32

1998 年 7 月第 1 版

印张：9.25

1998 年 7 月第 1 次印刷

字数：202 千字

印数：1—1 000 册

ISBN 7-5601-2144-6/D·358

定价：12.50 元

序

反垄断法是一门比较特殊的部门法，特殊到在谈到反垄断法时，必须首先明确你所谈论的是什么样的反垄断法，你的反垄断法是不是“反托拉斯法”、“卡特尔法”、“禁止垄断和限制竞争法”、“公平交易法”或“反不正当竞争法”；是仅仅涉及制止不当垄断问题，还是也讨论不正当竞争问题。我这里所谈的是“大”反垄断法，是以垄断行为、其他限制竞争行为和不正当竞争行为为约束对象的反垄断法；从立法体例上看，即是日本的《关于禁止私人垄断及确保公正交易的法律》、韩国的《限制垄断及公平交易法》、匈牙利的《禁止不正当竞争法》这类反垄断法。

如果说简单商品经济孕育了民法，那么反垄断法则是发达的市场经济的产物。也许给反垄断法冠以“经济宪法”的称谓并不准确，但这一称谓至少表明反垄断法在市场经济体制下的重要作用。我国正在建立有中国特色的市场经济体制，但既然是走市场经济的道路，就需要遵循市场经济的规律，就需要订立市场经济的规则，就需要有反垄断法。我国已将反垄断法的一部分（反不正当竞争法）先行推出，其他部分也正在履行其立法历程。中国学者在十几年前就开始呼唤中国的反垄断法的出台，这也许并不表明他们多么具有预见性，或许他们只是作了一个简单的推理。

由于多年从事经济法的教学和研究工作，对国外反垄断

法的资料有过一些了解,对我国的反垄断立法问题也作过一些思考,这本小册子就是这些资料和思考的综合。如果问到本书的特色,我想可以列出以下几点:

第一,尽管本书内容属于专题性研究,但对于反垄断法体系中各方面的重要问题均有涉及。对于垄断行为、协议限制竞争行为、其他形式的限制竞争行为及不正当竞争行为的法律约束问题,本书都作了认真的探讨。在对外国、特别是西方发达国家的反垄断立法、司法实践进行介绍的同时,也都尽量予以评析。

第二,就某些反垄断法的基本理论问题,本书提出了自己的观点。例如,对于学术界一致赞同的将垄断控制制度划分为结构主义类型和行为主义类型的观点,作者提出了相反的意见;对学术界将行政垄断列为反垄断法的约束对象的一致呼声,作者也提出了不同的看法;对于反垄断法对规模经济的积极影响,作者也提出了新的论证意见。

第三,对我国现存反垄断立法中的某些缺陷(至少作者是这样认为),本书也进行了评述;对未来的反垄断立法的模式、基本制度和重要规则的确立,作者也提出了若干设想。

反垄断法是一门博大精深的学问,以作者之学识与经验来全面探讨反垄断法理论问题,确感力不从心,但作者仍不揣冒昧地推出此书,以期就教于学界的同仁。

作 者

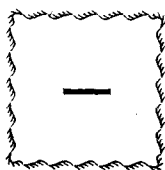
1998年6月于长春

目 录

一、反垄断法的社会基础及其作用	1
(一) 反垄断法的产生	1
(二) 反垄断法的社会基础	5
(三) 反垄断法的社会作用	13
二、对我国反垄断法的立法宗旨和立法模式的思考	18
(一) 反垄断法与规模经济	18
(二) 结构主义与行为主义	26
(三) 分别立法与合并立法	33
三、辨识垄断	41
(一) 垄断的一般定义	41
(二) 垄断状态与垄断行为	44
(三) 自然生成的垄断	46
(四) 合理原则	47
(五) 我国反垄断法所应指向的垄断	50
四、关于行政垄断的若干思考	53
(一) 究竟什么是“行政垄断”	53
(二) 行政垄断应一概被禁止吗	57
(三) 如何对行政垄断进行法律规制	62

五、对滥用市场支配地位的若干分析·····	68
(一)何为市场支配地位·····	68
(二)何为市场支配地位的滥用·····	72
(三)我国如何面对市场支配地位的滥用·····	78
六、企业合并的反垄断法控制·····	80
(一)企业合并及其对市场的消极影响·····	80
(二)西方发达国家对企业合并的反垄断法控制·····	85
(三)我国企业合并的反垄断法控制·····	101
七、对协议行为的反垄断法约束·····	110
(一)反垄断法意义上的协议行为·····	110
(二)对竞争者之间的协议的反垄断法约束·····	115
(三)对其他限制竞争的协议的反垄断法约束·····	129
八、对其他限制竞争行为的反垄断法约束·····	147
(一)其他限制竞争行为的确定·····	147
(二)价格差别安排·····	149
(三)联锁董事·····	157
九、对不正当竞争行为的反垄断法约束·····	161
(一)反垄断法上的不正当竞争行为·····	161
(二)假冒注册商标行为·····	166
(三)仿冒知名商品的名称、包装、装潢 及冒用标志和产地的行为·····	171
(四)侵犯商业秘密行为·····	177

(五)虚假的广告宣传·····	184
(六)对商业行为及对合同关系的干涉·····	187
十、对外经济交往中的反垄断问题·····	194
(一)产业安全的反垄断法保障·····	195
(二)对技术引进中的限制性商业行为的规制·····	202
(三)中外合资企业与一方合营者的竞争关系·····	215
(四)平行进口与不当商业限制·····	218
十一、反垄断法与知识产权法的关系·····	227
(一)不同的途径与一致的目标·····	227
(二)反垄断法与知识产权法的协调·····	231
(三)知识产权滥用及其反垄断法控制·····	236
十二、反垄断法的适用·····	243
(一)反垄断法的实施机构·····	243
(二)反垄断法的适用领域·····	256
(三)反垄断法的域外适用·····	266



反垄断法的社会基础及其作用

在当代各国的法律体系中通常都存在着这样一类规范，这些规范以强行法的形式要求社会上的各种经济组织在其生产经营活动中不得做出某种有碍正当竞争的行为，这组规范通常被称为反垄断法、反托拉斯法或反不正当竞争法。反垄断法可以说是旨在禁止或限制包括垄断在内的各种限制竞争行为和不正当竞争行为的法律规范的统称。

商品经济得以发展的基本动力是商品生产者和经营者之间的竞争。竞争促使商品的生产者和经营者们尽量采用新的技术、降低生产成本、减少流通环节、降低商品售价，从而使生产率得到提高、商品经济得以发展。然而并不是每个商品生产者和经营者都情愿按照同一法则参加商品经济中的竞争。经常有个别成员利用某种手段扰乱正常的竞争秩序，使竞争对手处于不利的地位，甚至会使某一领域完全消除竞争，由个别的商品生产者或经营者左右某种产品的生产、销售和这一行业的再投资。具有这类效果的行为即为限制竞争行为和不正当竞争行为。

在各种限制竞争行为和不正当竞争行为中，垄断

(monopoly) 是危害性最大的一种。所谓垄断, 也称独占, 通常是指企业独占或近似独占市场, 以攫取高额利润。从商品经济发展的历史顺序看, 自由竞争必然导致生产集中, 而生产集中发展到一定阶段时, 少数企业就会有能力独自或联合对市场实行垄断。

除垄断之外, 还有许多其他形式的限制竞争行为和不正当竞争行为, 如搭卖、价格歧视、联合拒绝交易等。这些行为虽然通常不能左右某一经济领域的生产和流通, 但也破坏了正常的竞争秩序, 损害了其他竞争者的利益和消费者的利益, 因此也受到反垄断法的禁止或限制。

(一) 反垄断法的产生

通常认为现代意义上的反垄断法起源于美国。美国国会于 1890 年制定的《谢尔曼法》(Sherman Act of 1890) 被认为是世界上第一部现代意义上的反垄断法。在此之前, 虽然也有反垄断方面的立法, 但都是零散的, 缺乏完整的立法宗旨。而美国的《谢尔曼法》则是第一次以专门的、成文的立法来比较全面地规定反垄断问题。

19 世纪末期, 随着资本主义生产方式的发展, 各种形式的垄断组织已在欧、美资本主义国家大量出现, 而美国则更可被称为托拉斯之国, 在燃料油、糖、威士忌等领域出现了大量的托拉斯组织。这些托拉斯组织凭借其雄厚的经济实力, 采取控制原料来源及对某些商品的购买、运输及销售价格和其他条件做出有利于自己的规定等做法, 谋取高额利润; 同时, 它们又相互间以各种协议来固定价格、瓜分市场, 进而控制某一领域的生产和销售。垄断组织的这些做

法，加重了对广大工人的剥削，损害了许多中、小资本家的利益，更使农民深受其苦。美国当时的农民所面临的状况是：一方面农产品的价格不断下跌，而另一方面，他们所需要的工业制品的价格确因垄断组织的把持而居高不下。于是，“全国农民联合会”、“全国反垄断、低运费联盟”等组织在社会各阶层的支持下，不断地向政府施加影响，要求政府对垄断组织采取一定的限制措施。在这种情况下，美国国会于1890年通过了参议员约翰·谢尔曼（John Sherman）提出的“保护贸易与商业不受非法限制与垄断的危害”的法案，这就是《谢尔曼法》。

《谢尔曼法》的规定简短而具有概括性，其核心内容体现为两条规定，一是宣布任何旨在限制州际或与其他国家的贸易的合同、以托拉斯等形式出现的组合或此种密谋为非法；二是规定任何人垄断或试图垄断或与他人联合或密谋垄断州际贸易或与其他国家的贸易的任何一部分者，将被视为犯罪。尽管《谢尔曼法》的规定十分简短，但却具有非常重要的意义。首先，它一般地宣布限制和禁止州际及与他国贸易的行为为非法，从而可扼制此类行为的发生，而不必像以前那样待这类行为发生后再依据普通法认定其无效并给受害人以救济；其次，该法宣布限制和垄断州际和与他国贸易的行为为非法，但并未具体规定此类行为的表现形式，也就是说，行为的方式在这里是无关紧要的，只要其具有限制或垄断州际贸易或与他国贸易的性质，就在禁止之列。这就为今后的补充立法和法官断案留下了较大的空间，便于对付以各种形式出现的限制竞争的行为。

但是，在《谢尔曼法》制定后的一段时间里，该法的实施情况并不理想，法院在最初的案件的审理过程中有意无意

地对被指控的企业采取了较为宽容的态度，托拉斯组织迅速发展的情形并未得到有效扼制，据统计，1904年美国的318个工业托拉斯中有236个是在1898年之后成立的。^①这种情况20世纪初才开始得到转变。在这一时期，与《谢尔曼法》相关的判例法得到了发展，反垄断法的实施得到人们的密切关注。1914年，美国国会又先后通过了《克莱顿法》（Clayton Act）和联邦贸易委员会法（Federal Trade Commission Act）。《克莱顿法》是对《谢尔曼法》的补充，该法明文禁止几种限制性行为，即使这些行为没有实际产生限制贸易或垄断的后果；联邦贸易委员会法则是要建立一个联邦贸易委员会，以执行《克莱顿法》和对商业活动进行日常监督。30年代之后，特别是第二次世界大战结束之后，美国的《反垄断法》又出现了新的发展，其突出表现是有关的判例法不断完善。

美国的《反垄断法》对其他西方国家的影响很大，许多西方发达国家都先后制定了自己的反垄断法。日本的《反垄断法》制定于1947年；法国的《反垄断法》制定于1953年；联邦德国的反卡特尔法制定于1957年；英国也有1964年制定的转售价格法、1965年制定的关于垄断与企业合并法等法规。发展中国家的反垄断立法发展得比较迟缓，但随着对外经济交往的发展，特别是为了在引进外资和技术过程中免受外国投资者和技术供方的种种限制，也制定了若干有关限制性商业行为的法规，这些法规也属反垄断法的范围。可以说，反垄断法是现代国家干预和管理社会经济生活的必要手段，特别是在市场经济体制下，当企业并不直接隶属于

^① 转引自曹天站主编：《现代竞争法的理论与实践》，30页，北京，法律出版社，1993。

政府时，政府更要通过反垄断法来约束企业的行为。

（二）反垄断法的社会基础

反垄断法于 19 世末在比较发达的资本主义国家出现并不是一种偶然的历史现象，而是有其深刻的社会基础。19 世纪末正是资本主义社会从自由竞争过渡到垄断时期，反垄断法是资本主义国家力图解决由于资本垄断而带来的各种社会矛盾的一个手段。

列宁曾经深刻地指出：“资本主义最典型的特点之一，就是工业蓬勃发展，生产集中于愈来愈大的企业的过程进行的非常迅速。”^① 商品的生产者和经营者为了获取更多的利润和应付对手的竞争，需要不断地进行资本积累，扩大生产规模。在自由竞争中，大企业显然占据优势，因为它们能广泛地采用新技术、新设备，施行分工和生产专业化，并易于取得银行的信贷支持等。凭借这些优势，大的企业可以在竞争中排挤和吞并中小企业，使自己的资本愈积愈多，而资本的增多又增强了它们在竞争中的优势。在 19 世纪的最后 30 年间，科学技术有了很大的发展，新的炼钢法的采用、新型发动机的推广、电力的应用和化学方法的采用，使资本主义社会的生产力获得了空前的发展，而股份公司这种企业组织形式的广泛流行更加速了生产集中的过程。“集中发展到一定阶段，可以说就自然而然地走向垄断。”^② 因为在生产集中达到一定程度之后，在各经济领域中，中小企业的作用就

^① 列宁：《帝国主义是资本主义的最高阶段》，《列宁全集》第 2 卷，739 页。北京，人民出版社，1990。

^② 同上，740 页。

变得微乎其微了，每一部门的生产和销售市场都在很大程度上受控于若干个企业。这时，少数企业为获取高额利润和避免在竞争中两败俱伤，就比较容易达成协议或结成某种组合；中小企业难以同这些大企业竞争，因而不得不受其支配；并且，由于现有的资本雄厚的大企业已占据了大部分销售市场，要建立与其竞争的新企业也已十分困难，这样，各经济领域中便纷纷出现了垄断状态。

垄断组织的最简单的形式是短期价格协定，参加协定的企业在一定时期内要按照协定规定的价格销售其产品。发达的垄断组织则有卡特尔、辛迪加、托拉斯和康采恩多种形式。卡特尔是生产同类商品的企业为了垄断商品销售市场、获取高额垄断利润而结成的一种同盟，但参加者在生产经营方面和法律地位上仍保持自己的独立性。辛迪加是企业就共同销售商品和采购原料而结成的组织，参加者虽仍保持自己独立的法律地位，但已丧失了商业上的独立性，其商品销售和原料采购都由总机构统一办理。托拉斯则是更高一级的垄断组织形式，它由许多生产同类商品的企业或产品有密切关系的企业合并组成。参加托拉斯的企业完全丧失独立的法律主体资格，原企业主仅成为托拉斯的股东，托拉斯的活动由董事会操纵。康采恩是最复杂的一种垄断组织形式，它通常是由不同经济部门的许多企业联合组成。参加康采恩的企业虽然保持自己的独立地位，但通常受康采恩中最大的企业或企业集团通过参与制而进行的控制。

垄断虽然不能消除竞争，但垄断时期的竞争与垄断形成之前的竞争有很大的不同。首先，在自由竞争时期，参加竞争的是为数众多的分散的企业，每个竞争者对市场的影响都是十分有限的；而在垄断时期，参加竞争的主要是为数不多

的大的垄断组织，它们可凭借其雄厚的经济实力及其对生产和销售的控制左右市场；其次，在自由竞争时期，竞争者们的竞争手段主要是改进技术、提高劳动生产率，通过降低自己的产品的价格来击败竞争对手，巩固自己的地位；而垄断出现之后，竞争的手段主要是对原料、技术、价格、信贷、交通运输、熟练劳动力等有关生产和销售的各种条件的控制。于是，垄断的出现必然造成对资本主义商品经济的竞争机制的破坏，激化原有的社会矛盾并产生新的矛盾。资本主义国家最初的反垄断法正是在这种经济条件下出现的。

二战结束之后，在西方各主要国家，生产和资本的集中、垄断都有了新的发展，大的垄断企业不断增多，规模更加庞大。在美国，资产额超过十亿美元的大工业公司，1970年为107个，1985年已增至260个；资产额超过100亿美元的特大工业公司，1970年仅为两家，1985年已增至30家。在这种情况下，各西方国家一方面无法、也不会改变资本主义商品经济的生产和资本集中与垄断的发展趋势，另一方面又不能无限制地放任垄断势力的发展，以至窒息商品生产和交换中的竞争，使各种社会矛盾更加激化，于是，反垄断法就成为西方国家平衡各方面利益的有效工具。各国可根据各时期的不同情况以反垄断法来划定允许的垄断和不允许的垄断、以及允许的竞争方式与不允许的竞争方式之间的界线，从而对资本主义商品经济的发展有所制约。半个多世纪以来，在各主要西方国家纷纷出现了有关反垄断问题的各种立法，正表明了这些国家面对垄断势力的不断发展，为平衡竞争与垄断之间的关系而必须采取这样一种国家政策。日本1947年制定的《关于禁止私人垄断和确保公平交易的法律》的第一条规定“本法的目的是通过禁止私人垄断、不正当地

限制交易和不公平的交易方式，防止事业支配力量过分集中，排除用联合、协定等方式对生产、销售、价格和技术不正当的限制以及其他一切对事业活动的不当的约束，从而促进公平和自由的竞争，发挥事业者的创造性、繁荣事业活动、提高雇佣和国民收入的实际水平，以确保一般消费者的利益，同时促进国民经济民主地健康地发展”。这条规定可以说已自觉或不自觉地揭示了西方国家制定反垄断法的社会基础或社会条件。

以反垄断法来扼制垄断和其他形式的限制竞争和不正当竞争行为，反映了西方发达国家的经济民主思想。资产阶级革命为人类社会带来的进步之一，就是民主思想的普及和一定程度上的实现。资产阶级所推崇的民主主要有两方面的含义：一是资产阶级的参政，并以代议制、三权分立等代替旧的政治形式，此为政治民主；二是打破对资本的发展、劳动力的转移和商品流通的限制，承认商品生产和交换的自由，此为经济民主。资产阶级所追求的政治民主，随着资产阶级政权的建立而基本上得到实现并不断加以完善；而资产阶级所追求的经济民主却在 19 世纪末期受到垄断资本的严峻挑战。资产阶级的经济民主简单说来即是经商的自由和竞争的自由，而垄断资本的出现则大大限制了这些自由。在垄断资本主义阶段，由于垄断组织对生产领域和销售市场的占据与分割，堵塞了许多投资的渠道，人们已不能自由地进入市场，同这些垄断组织自由竞争对绝大多数企业来说已是不可能的事情，在这种情况下，资产阶级的经济民主的旗帜又被举了起来。美国《谢尔曼法》的倡导者——参议员谢尔曼即曾明确地说过，如果我们不能容忍政治上的君王，我们也同样不能容忍任何生活的必需品的生产、运输和销售方面的君

王。^① 美国总统罗斯福在其 1938 年提交给国会的反垄断咨文中也曾明确指出，为确保政治和经济两方面的民主，必须排除经济力量的集中，活跃竞争。许多国家的反垄断法中的条文也清楚地表明以经济民主作为立法的指导思想之一，如日本的《关于禁止私人垄断和确保公平交易的法律》即规定：“本法的目的是通过禁止私人垄断、不正当地限制交易和不公平的交易方法，防止事业支配力量过分集中，……促进国民经济民主地健康地发展。”事实上，二战结束以来各国的反垄断法都贯穿着经济民主的思想。立法者的意图都是通过限制生产和资本的过度集中，使市场向多数企业开放，并使企业在竞争中免受各种不正当的限制。

反垄断法在西方发达国家出现的另一方面的社会基础是这些国家的国家机器的强化。资本主义社会从自由竞争走向垄断时期也正是资本主义国家机器日趋完备的时期。在这一时期，资本主义国家的政府，特别是中央政府的权力迅速扩张，从社会秩序的维护者转向社会经济活动的干预者和管理者。以美国为例，自 19 世纪末起，国家机器便日益强化，特别是联邦政府的权力日益集中。究其原因，一方面是由于自美国内战以来，联邦与各州之间的权力有了新的分配。通过南北战争中北方的胜利和之后的几次宪法的修改，各州的权力在法律上和事实上受到了限制，中央对各州所处的最高地位得到了真正的确立。同时，通过宪法的几次更加民主化的修改（如修正案第十四条规定，各州不得制定或强制执行剥夺联邦公民特权或特许的任何法律；非依正当的法律手续，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；对于在其管辖范

^① A. D. Neale & D. G. Goyder, *The Antitrust Laws of the U. S. A.*, Cambridge University Press, 1980, p16.