

JIANGZHENGFA LILUN ZHUAN TI MU JIAN

竞争法理论

专题研究



韩赤风 郑鹏程 蒋安 著

湖南人民出版社

专题研究 竞争法理论

JINGZHENGFA LILUN ZHUANJI YANJIU



韩赤风 郑鹏程 蒋安 著

湖南人民出版社

责任编辑:马明明
装帧设计:胡薇薇

竞争法理论专题研究

韩赤风 郑鹏程 蒋安 著

*

湖南人民出版社出版、发行

(长沙市展览馆路 66 号 邮编:410005)

湖南省新华书店经销 长沙富洲印刷厂印刷

2002 年 12 月第 1 版第 1 次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:9.25

字数:206,000

ISBN7-5438-3246-1
D·496 定价:15.00 元

前 言

本书是我们几位作者近年来研究我国反不正当竞争法与反垄断法的成果。竞争法是维护市场经济良性运行的重要保障法律制度之一，内容涉及市场竞争关系的诸多方面。本书采用主题的形式，着重对竞争法中的某些内容进行研究，实质是作者的一点研究体会。本书共分为四部分。第一部分着重对反垄断立法相关理论问题从法理上进行阐述，对我国反垄断法的政策目标、本质与任务、垄断权、垄断罪及反垄断适用除外制度等进行分析；第二部分是作者结合中国当前行政垄断比较普遍而严重的状况，着重从反垄断法的角度对行政垄断的概念、分类及其规制进行论述，并指出反行政垄断是我国反垄断立法的重要对象；第三部分是作者针对我国自然垄断行业中的垄断行为进行法律与经济分析，结合西方国家自然垄断行业改革的经验，着重对我国电信业、电力业与民航业的反垄断价格的法律问题进行了探讨；第四部分着重研究了广告法中的反不正当竞争问题，对虚假广告的界定与法律责任、违法比较广告的认定与法律责任进行分析。

作者希望通过对上述竞争法有关内容的分析，以期对完善我国竞争立法能有所裨益，至于书中存在的错误与疏漏，诚望各位专家与读者不吝指正。

作 者

目 录

第一部分 反垄断法相关理论

第一章 反垄断法的法理分析·····	(3)
第一节 反垄断法的政策目标·····	(3)
第二节 反垄断法的本质与任务·····	(8)
第二章 反垄断立法的几个基本问题·····	(10)
第一节 垄断权·····	(10)
第二节 反垄断法适用除外制度·····	(19)
第三节 垄断罪·····	(27)

第二部分 行政垄断的法律控制

第一章 行政垄断的概念与分类·····	(43)
第一节 行政垄断的概念·····	(43)
第二节 行政垄断的分类·····	(54)
第二章 行政垄断的双重违法属性·····	(68)
第一节 行政垄断产生的历史背景分析·····	(68)
第二节 行政垄断的违法本质·····	(70)

第三章 反行政垄断悖论及其破解	(80)
第一节 反行政垄断悖论.....	(81)
第二节 反行政垄断悖论之破解.....	(86)
第四章 反垄断法对行政垄断的控制	(90)
第一节 反垄断法应否控制行政垄断.....	(90)
第二节 反垄断法如何控制行政垄断.....	(96)

第三部分 自然垄断行业的法律规制

第一章 自然垄断行业理论概述	(110)
第一节 自然垄断行业含义界定.....	(110)
第二节 自然垄断行业管制与放松管制的争论.....	(113)
第二章 发达国家自然垄断行业的改革及启示	(120)
第一节 改革前各国的经营管理模式.....	(120)
第二节 各国自然垄断行业的改革过程.....	(124)
第三节 西方自然垄断行业改革对我国的启示.....	(132)
第三章 中国自然垄断行业规制改革模式研究	(144)
第一节 推进中国自然垄断行业的发展, 必然需要改 革现行的规制体制.....	(144)
第二节 中国自然垄断行业规制改革的基本模式.....	(146)
第三节 中国自然垄断行业规制改革模式的进一步 分析.....	(149)
第四章 自然垄断行业的法律规制	(156)
第一节 自然垄断行业对法律的需求.....	(156)
第二节 自然垄断行业的法律体系.....	(159)
第三节 从经济学角度分析自然垄断价格的管制权	

.....	(164)
第四节 从实体法角度合理厘定自然垄断价格的管制权.....	(168)
第五节 从程序法角度加强对自然垄断价格的监管.....	(172)
第六节 结语——兼对反自然垄断之法治检讨.....	(178)
第五章 个案分析之一：电信业的法律规制.....	(181)
第一节 我国电信业垄断与竞争的制度变迁.....	(183)
第二节 我国电信业垄断现状及改革路径分析.....	(185)
第三节 我国电信市场新框架.....	(188)
第四节 我国电信业的法律规制.....	(190)
第六章 个案分析之二：电力业的法律规制.....	(197)
第一节 电力业的技术与经济特征.....	(197)
第二节 我国电力业垄断与竞争现状分析.....	(200)
第三节 我国电力业规制的若干问题探讨.....	(203)
第七章 个案分析之三：民航业的法律规制.....	(207)
第一节 我国民航票价现状的评价.....	(207)
第二节 我国民航票价过高的原因分析.....	(209)
第三节 解决我国民航票价问题的思路.....	(213)

第四部分 广告法与反不正当竞争

第一章 虚假广告的界定与法律责任.....	(219)
第一节 概述.....	(219)
第二节 法律调整的界限.....	(222)
第三节 广告宣传的内容.....	(225)

第四节	引人误解的虚假宣传·····	(226)
第五节	法律责任·····	(231)
第六节	法律比较·····	(238)
第七节	完善有关法律的思考·····	(241)
第二章	违法比较广告的认定与法律责任·····	(242)
第一节	概述·····	(242)
第二节	比较广告的概念·····	(244)
第三节	合法比较广告的标准·····	(245)
第四节	违法比较广告的特征·····	(246)
第五节	法律责任·····	(249)
第六节	法律比较·····	(251)
第七节	完善有关法律的思考·····	(253)
第八节	附录·····	(255)

第一部分

反垄断法相关理论

第一章 反垄断法的法理分析

20 世纪 90 年代初期，中国人民理性地选择了市场经济作为我国经济体制改革目标，相应地，相关经济立法得到了加强，都在朝着有利于维护社会主义市场经济体制良性运行的方向努力。被西方市场国家称为“经济宪法”的反垄断法，自 1991 年就被提出起草以来，中国法学界对此进行了可谓殚精竭虑的考古与思辨，10 年的酝酿却仍在千呼万唤之中始不出来，究其原因何在？随着我国市场经济体制改革向纵深方向拓展，加快制定反垄断立法的步伐并尽早出台反垄断法的呼声已日渐高涨。本文对当前理论与实务界存在的一些认识问题亦或是中国加强反垄断立法必须要澄清的一些理论问题将予以剖析^①，以期对我国反垄断立法有所裨益。

第一节 反垄断法的政策目标

市场经济是竞争经济，而垄断直接表现为对竞争的抑制和限

① 近 10 年来，我国学者对于制定反垄断法的重要意义和必要性等问题描述较多，本文并不想简单地重复已被其他学者阐述的理由，因而对反垄断立法的许多问题没有涉及，希望是一种可以理解的疏漏。

制。如果说“有效竞争”^①是正常而健康的市场经济运行所企求的基本范式和必然选择，那么法治维护这一现象并在现实层面得以实现是其必然的要求。因此，垄断在市场经济的理论和法律运行的规范中，呈现的是灰色的中性。反对垄断而不消灭、阻止垄断却又为垄断网开一面，制裁垄断但又倡导垄断，构成垄断映像的多维画面^②。尽管法学界对加强反垄断立法已成为共识，但人们对于反垄断法促进和维护有效竞争所需确立的竞争政策目标，仍缺乏明确的认识，因而也就难以要求竞争法明确竞争起作用的范围方式和程度。其实，竞争是市场经济的灵魂，竞争政策是一国实行市场经济的基本国策，而这一国策必须通过法律的形式予以保障和实施，尽管自20年代以来，我国突出强调了开展市场竞争的重要性和必要性，并且为保持公平竞争于1993年颁布了《反不正当竞争法》。但是，市场竞争问题还远未作为市场经济最基本的问题来对待，竞争政策还未成为一项基本国策，从而也没有把作为这一国策予以法律形式体现的竞争法当作最基本的法律制度来看待。易言之，这或许也就是西方公认反垄断法为“经济宪法”，而在我国虽然理论认同但实际却迟迟难以出台的根本原因之一。

探索和确立反垄断法的政策目标，必须立足于反垄断法从属于经济法的部门法性质进行厘定。经济法根源于国家对经济的自

① 王艳林：《垄断的确立及其方法》，载漆多俊主编：《经济法论丛》第3卷，中国方正出版社2000年版，第341页。

② 有效竞争理论为美国经济学家克拉克首先提出，他认为，完全竞争过去、现在与将来都不存在，应该建立一组判断一个竞争经济可行性的最低限度标准，并于法律上调控是可行的。参见 John. Clark, "Toward a Concept of Workable Competition", American View, Vol, 30 (Jan1940), P. 241.

觉调控与参与，其要义不在如民法般抽象地设定和保障某种权利机制，而需对万变之经济生活及时回应，它的任务是实现一定经济体制和经济政策的要求，从而获得比其他任何法律部门更为显著性的政策性特征^①。基于这个角度，我们认为，中国反垄断法的政策目标的选择应当维护社会整体利益，保护生产者、经营者与消费者并重；促进有效竞争并保障竞争政策与其他社会经济政策的协调，尤其是在反垄断的司法与执法过程中贯彻公平与效率的法律价值理念^②。

反垄断法的政策目标选择因具体国家国情而不同，它受到许多因素的制约。我国在 20 世纪 90 年代初期，经济发展水平不高、市场发育程度低，普遍认为我国自然不完全具备出台反垄断法的条件，如果对企业规模过分限制，将使其无法参与国际市场竞争。因而将反垄断问题的立法暂时搁置，并一直以此作为制约反垄断法出台的重要因素之一。实际上，这种考虑是人们潜意识里忽视了反垄断法的竞争政策目标。尽管反垄断法偏重于保护竞争性的市场结构，基于优化结构、扩大规模经济和增强国际竞争力的考虑，竞争法的效率原则相对公平原则而言，优先关注，但“制定反垄断法的必要性体现在垄断现象的存在而不完全取决于

① 我国学者认为，政策性特征是经济法内在特征的一种反映，从某种意义上而言，经济法亦可称之为经济政策法。参见史际春、邓峰《经济法总论》，法律出版社 1998 年版，第 57～60 页。

② 我国法界对反垄断法的政策目标及其确立依据缺乏应有的关注，目前有代表性的观点，请参见盛杰民：《竞争法在中国：现状及展望》，载杨紫烜主编：《经济法研究》第 1 卷，北京大学出版社 2000 年版，第 287～288 页。

经济发展水平的高低”^①。一些企业通过联合或者行政手段组建企业集团，垄断性的市场结构已出现；外资企业的非法并购和垄断国内市场已开始冒现；企业走向联合限制竞争的现象已不鲜见；行业自律价格现象已初显端倪。所有这些，都必须从竞争政策目标出发来剖析其中的深层次原因。其实，虽然规模经济追求的是经济效率，但企业的优化规模应是在竞争中自然形成的，而不应是在政府的强制干预下被动地兼并、联合和扩张，规模经济应被认为是竞争力作用之结果，而非形成竞争力之原因。因此，根据现阶段我国竞争政策目标，我们应当保护合法的规模经济，同时反垄断法又要严格地规制不法的垄断以及限制不法的垄断与限制竞争行为。与此同时，现代反垄断法应当建立在“有效竞争理论”上，如果没有有效竞争，规模经济所带来的效率极可能为垄断之弊端所抵消，从而不难发现实现规模经济的产业政策与推行中小型企业联合并建立有效竞争是不可分开的。从上述正反两方面情况，不难发现我国反垄断法所追求的竞争政策目标是现实的，其所追求的是具有一定规模经济与竞争活动的兼容即有效竞争。

如果说我国的反垄断立法应建立在“有效竞争”的政策目标基础之上，要追求竞争效率，鼓励规模经济之发展，弱化对垄断状态的规制，同时又要克服垄断的消极影响，避免过度竞争而妨碍规模经济利益和损害公共利益。那么，竞争政策目标的确定不仅是反垄断立法的基本指导思想，同时也是反垄断执法或司法的具体指导原则。因为政策性的另一个重要方面，是经济法执法与

^① 盛杰民：《竞争法在中国现状及展望》，载杨紫烜主编：《经济法研究》第1卷，北京大学出版社2000年版，第287～288页。

司法力度受经济政策的影响很大^①。而反垄断法的执行中，可以利用政策目标指南，根据经济发展情势，确立实际适用反垄断法的重心，从而将全面规制垄断的严厉和实际适用时的宽济结合起来，而不会发生影响规模经济形成和发展的制约^②。如内容大同小异的反垄断法，在美国被执行的力度就比在日、朝等国要严厉得多；而在美国不同时期对反垄断法的执行力度也不一样，美国在 20 世纪五六十年代，风行保护中小企业的意识和政策，反垄断法的执行非常严格，但七八十年代却放弃了对垄断状态的规制而转向对垄断行为的规制，因为追求企业的规模效益是提高国际竞争力的重要途径，也是竞争效率之所在，尤其在晚近，美国的反垄断执法已由“结构主义分析方法”转向“准结构主义”，主要规制滥用优势的垄断行为^③。因此，在目前状况下，鉴于我国普遍存在企业市场规模偏小的情况，我国应当淡化对垄断状态行为的规制，鼓励企业向规模化方向发展，提高企业的国际竞争力。

① 参见史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社，1998 年版，第 59 页。

② 王艳林：《垄断的确立及其方法》，载漆多俊主编：《经济法论丛》第 3 卷，中国方正出版社 2000 年版，第 344 页。

③ 当今世界各国放弃了对垄断状态的规制而转向对垄断行为的规制，因为追求企业的规模效益是提高国际竞争力重要途径，也是竞争效率之所在。参见段钢：《关于我国反垄断立法的构想》，载《政治与法律》2000 年第 6 期。

第二节 反垄断法的本质与任务

我国经济法学者在晚近研究具体的经济法律制度时，基于市场经济的共性，就竞争法的具体相关制度建设，从法律移植角度，对西方竞争法的借鉴性方面谈及较多，但对中国反垄断法的具体本质及其功能方面探索较少，从而较难全面揭示我国反垄断法在现阶段的根本任务。竞争是经济最基本的运行机制，是用以配置资源的基本手段，世界各国的反垄断法在维护各自的市场秩序的经济法律体系中都居于基础性地位。美国是实行自由的资本主义市场经济国家，却是颁布竞争法规制市场行为最早的国家。大陆法系国家，竞争法被公认为是重要的经济法的部门法，被公认为是市场经济条件下国家干预和调控经济的重要工具。但是，我国与其他国家或地区毕竟实行不同性质的市场经济体制，反垄断法的本质和任务有不同的地方，值得我们注意。实行资本主义市场经济且较为发达的国家和地区，竞争法（主要是反垄断法）的起因和任务是基于克服市场经济的固有缺陷，即市场调节经济在配置资源过程中天生存在的垄断、不正当竞争等。一方面，垄断本身妨碍市场的自由与公平竞争；另一方面，追求垄断利润又是资本主义的价值目标。因而，垄断资本阶级必然要在垄断与市场之间找到一个最佳平衡点，实现垄断利润最大化和社会经济可持续发展的双重任务，这便是资本主义竞争法的本质所在。因此，西方资本主义国家，面对国内市场秩序，一般严格地扬起反垄断法大旗，对垄断行为予以规制，尽管有时侵害了垄断资产阶级的利益（如“微软案”），但为了确保市场竞争秩序和兼顾各类相关竞争主体利益，反垄断法的实施应当说是到位的。但是，对

于国际竞争而言，西方资产阶级并不坚定社会整体利益与实质上的平等竞争理念，而推行并强调形式上的公平竞争（坚持以民商法规范为主导的法律秩序），并在实践中通过组建跨国公司和拥有雄厚竞争力的企业与发展中国家的弱势群体在所谓的公平竞争原则下进行交易。从某种程度上而言，西方资本主义国家，尤其是发达资本主义国家（如美国），尽管经济法的研究表面并不受到重视，但经济法思维在协调和维系本国经济发展和提高国际竞争力方面的运用却恰到好处。相反地，我国（指内地）竞争法的起源与任务不像西方市场经济国家，后者是从自由竞争发展到极端，出现了垄断，进而威胁资本主义生产方式正常运行及一系列外部条件的刺激下，对垄断行为的法律规制是被迫采取的防治措施。比较而言，大陆的竞争法是在不断打破计划经济体制下出现的不正当竞争行为逐步展开的，尤其是在走向市场经济过程中不断打破国家垄断，并且在现实中存在大量的行政垄断局面的情况下，反垄断法的目的既要克服行政垄断，又要规制正在日益凸现的经济垄断，其根本任务是为了使社会主义市场经济能健康、稳定、协调发展，兼顾市场与计划调节并保证两种调节手段充分实现，这是我国竞争法的本质所在^①。

^① 参见李建人：《关于经济法本质和当前中国社会主义经济法任务的思考》，载《山西大学学报》1998年第1期。