

中国与世界： 竞争法发展研究报告 (2016年卷)

A contemporaneous Report
on
the Development
of
Competition Law in China and the World
(2016)

主编◎孙晋 詹昊



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国与世界： 竞争法发展研究报告 (2016年卷)

A contemporaneous Report
on
the Development
of
Competition Law in China and the World
(2016)

主 编◎孙 晋 詹 昊



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国与世界:竞争法发展研究报告.2016年卷/孙晋,詹昊主编.—北京:法律出版社,2017
ISBN 978-7-5197-1400-0

I. ①中… II. ①孙… ②詹… III. ①市场竞争—经济法—研究报告—中国—2016 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第222641号

中国与世界:竞争法发展研究报告(2016年卷)
ZHONGGUO YU SHIJIE:JINGZHENGFA FAZHAN
YANJIU BAOGAO(2016NIAN JUAN)

孙晋 詹昊 主编

策划编辑 刘伟俊
责任编辑 刘伟俊
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 A5
印张 16.25
字数 570千
版本 2017年9月第1版
印次 2017年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978-7-5197-1400-0

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

编委会主任 漆多俊 王晓晔 尚 明

编委会委员 (排名不分先后) :

盛杰民 徐士英 黄 勇 时建中 李 青 桑 林
王先林 许光耀 肖江平 王 健 郑鹏程 李国海
叶 明 孟雁北 李胜利 方小敏 李剑 (上海交通大学)
李 剑 (吉林大学) 郭宗杰

编 辑 (排名不分先后) :

郑艳馨 王玉辉 陈 兵 游 钰 刘桂清 叶高芬
戴 龙 焦海涛 丁茂中 应品广 辜海笑 范长军
李 丽 华 慧 袁 嘉 韩 伟 翟 巍 周 围
南玉梅 钟瑛嫦 王 贵 钟 原 袁 野 宋 迎

主 编: 孙 晋 詹 昊

参编人员: 钟瑛嫦 王 贵 钟 原 袁 野 宋 迎 苗 航
孙凯茜 龚 静 徐则林 尹 强 宁 婧 汪改丽
朱俊超 冯道桢 赵丽琳 袁 武 闵 鑫 芮 昊
祝晓楠 闫晓梦 闵佳凤 方雅蔚 杨光华 王 晶
房颖超 袁 乐

A contemporaneous Report
on
the Development
of
Competition Law in China and the World
(2016)

序 言

中国的经济发展,已经进入由政府引领促进的外向驱动向市场竞争的内在驱动转换暨发展动能转换新阶段。一方面,之前以政府主导资源配置、以产业政策为主要手段的发展模式在当下遭遇了“瓶颈”和局限,政府决策失误连连、地方政府债台高筑、垄断问题层出不穷,作为全球第二大经济体的中国,将如何实现发展动能转换深化经济改革,引发世人关注;另一方面,随着工业化进程的深入,长期困扰中国的产品短缺问题已经得到根本性解决,国民已不再满足于基本的衣食住行需求,而是对传统产品品质、性能的要求和及时充分供给新产品、新服务的需求与日俱增。但当前我国供给侧明显不适应需求端的变化,相反倒是传统产能过剩、产品低端等问题不断压缩着中国经济上升空间,不断积累着中国经济下行压力。在此背景下,党的十八届三中全会首次提出“让市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府的作用”新论断,且在其后被党中央和国务院的多个事关顶层设计的重要文件反复强调。进行供给侧结构性改革和逐步确立竞争政策基础性地位也成为了当今从中央到地方最受热门讨论的词汇,在社会上收获越来越多的共识。而二者实际上都指向了中国基本经济政策从产业政策到竞争政策的变革,以及由政府渐进向市场交接的发展动能转换。

无疑,中国经济政策应如何变革、中国经济发展动能如何转换,是一个十分宏大的话题,它涉及对法律、政治、经济、社会等多种因素的审慎考量和通盘考虑。但当我们把这种考量置于市场经济的范畴中,或者将分析回归到社会主义市场经济的本质中,会发现只有一个正确的路径——确立竞争政策基础性地位,以此优化我国的产业政策。

市场的灵魂在于自由和公平,市场机制的基础在于竞争,市场经济说到底自由公平竞争的经济。哈耶克和弗里德曼共同认识到:“自由竞争体制不仅是人类迄今所能发现的最有效率的资源配置体制,也是唯一能达至参与和实现民主的机制。”而放眼全球,世界经济也正处于深度调整之时,欧、

美、日、澳等发达国家以竞争政策引领和优化产业政策已是大势所趋，即使面对2008年经济危机时也不动摇。具体到我国，供给侧方面的改革并非自去年才开始，其实它伴随改革开放的全过程；同样，对于经济结构性调整也是从数十年前便已被提出并付诸行动。然而，过去的供给侧改革和经济结构调整成效不甚明显，主因恰恰在于缺乏自由、公平的竞争环境。国内企业生产的产品大量积压、无路可销；与之形成强烈对比的，却是汹涌的海外购物潮，大量中国人乐此不疲地“抢购”国外的奢侈品、高科技产品，甚至连奶粉、马桶盖等日用品都能被国人“扫街”，如此矛盾的情形，不能以一句简单的中国产品质量不行来概括。事实上，作为世界工业大国的中国并非没有优秀的民族企业，更不乏能生产高质量产品、提供高品质服务的优秀企业家，但限制竞争行为以及其他不正当竞争手段，使部分没有先进技术、高效管理的企业仍然能够占据大量优质资源、具备垄断优势、把控相关市场、赚得巨额财富，使真正具备竞争力的企业和企业家无法进入相关市场参与竞争，遑论为消费者提供更为优质的产品和服务。

事实上，从党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》首次提出“让市场在资源配置中起决定性作用”新论断，到党中央在2015年《关于推进价格机制改革的若干意见》中第一次明确“要逐步确立竞争政策的基础性地位”，再到2016年国务院出台34号文件提出建立公平竞争审查制度并使其成为实现竞争政策基础性地位的关键举措，竞争政策必将成为我国基础经济政策已是不可逆的发展趋势。

子曰：“愚而好自用；贱而好自专；生乎今之世，反古之道；如此者，灾及其身者也。”显然，中国经济的发展只能“顺势而为”，而非“反古之道”。当下顺势而为，就需要在制度设计上，坚持国际学术视野、坚持比较研究方法，更加完善竞争法治；当下顺势而为，就需要在市场经济发展中，坚持市场机制的决定性作用、坚持竞争政策的基础性地位，更加倡导自由公平竞争。这是我们竞争法共同体的共同面向和集体责任。

武汉大学竞争法与竞争政策研究中心和北京安杰律师事务所通力合作，继《中国竞争法与竞争政策发展研究报告（1980～2015）》出版之后，我们将书名改为《中国与世界：竞争法发展研究报告》，以凸显国际视野和比较视角。本书首先聚焦于过去一年来竞争法与竞争政策的最新发展，记录过去一年来的进步和成绩，立足中国，比较研究的对象涵盖美国、欧盟、日本、韩国、澳大利亚等竞争法治比较发达的国家和地区，也涵盖了OECD、世界贸易组织等具有全球影响力的国际组织。本书将站在客观的立场忠实、

全面记载竞争法治的进步和竞争政策的成长；同时，注重以问题意识为导向，以学术性的观点和批判的视角对竞争法理论、立法、执法、司法以及公平竞争审查等方面存在的不足进行梳理归纳和客观评价。更重要的是，我们不仅致力于将本书打造成为理论交流的平台，更希望其能对竞争法实务具有指导意义。通过对重要案件的深度总结，从实践中发展理论，以理论指导执法司法实践，推动竞争法学界、竞争法执法司法实务界和从事竞争法业务的律师界形成更加紧密的竞争法共同体，形成合力，更加有力地推动我国竞争法事业发展。

当然，由于编者学识有限，本书定有不足或者不妥之处，恭请各位理论学者和实务专家批评指正。同时，我们也诚挚地邀请国内外竞争法同仁继续支持或加盟后续年度白皮书的撰写工作，祈盼在百忙之中赐稿，共同打造好这个平台，合力推动竞争法和竞争政策在我国社会主义市场经济建设中发挥更大的作用。

匆匆数语，是为序。

武汉大学竞争法与竞争政策研究中心主任 孙 晋
北京安杰律师事务所管理合伙人 詹 昊

目 录

第一章 国内外竞争法理论最新发展综述	1
第一节 我国竞争法理论最新发展综述	
.....戴 龙 / 许光耀 / 焦海涛 / 郭宗杰 莫洁玲 / 李胜利	1
第二节 美国竞争法理论最新发展综述(译文)	
..... [美] H. Stephen Harris, Jr.	
..... [美] 李嘉略(Jialue "Charles" Li)	65
第三节 欧盟竞争法理论最新发展综述	翟 巍 92
第四节 德国竞争法理论最新发展综述	翟 巍 117
第五节 日本竞争法理论最新发展综述(译文)	[日] 渡边惠理子 128
第六节 韩国竞争法理论最新发展综述	华 慧 146
第七节 澳大利亚竞争法理论最新发展综述	应品广 155
第二章 竞争法立法最新发展动态	170
第一节 我国(含港台)竞争法立法发展动态	吴 韬 170
第二节 美国竞争法立法发展动态	张 昕 185
第三节 欧盟竞争法立法发展动态	周万里 198
第四节 德国竞争法立法发展动态	袁 嘉 203
第五节 日本竞争法立法发展动态	王玉辉 211
第六节 韩国竞争法立法发展动态	金顺海 225
第七节 澳大利亚竞争法立法发展动态	
.....武汉大学竞争法与竞争政策研究中心	235

第三章 竞争法执法最新发展概述和典型案例	246
第一节 我国竞争执法概况及典型案例	
.....武汉大学竞争法与竞争政策研究中心	246
第二节 美国竞争执法概况及典型案例	张 昕 264
第三节 欧盟竞争执法概况及典型案例	周万里 277
第四节 澳大利亚竞争执法概况及典型案例	
.....武汉大学竞争法与竞争政策研究中心	284
第五节 日本竞争执法概况及典型案例(译文)	[日]渡边惠理子 292
第六节 韩国竞争执法概况及典型案例(译文)	
.....[韩]朴益洙 [韩]金银玉	303
第四章 竞争法司法最新发展概述和典型案例	314
第一节 我国竞争法司法领域最新进展	安杰律师事务所 314
第二节 国外竞争法司法领域最新进展	南玉梅 357
第五章 竞争政策与公平竞争审查制度最新发展	377
第一节 欧盟国家援助规制制度及其最新发展	翟 巍 377
第二节 OECD竞争评估工具及其推广	徐明妍 388
第三节 新加坡竞争影响评估制度及其最新发展	汪改丽 400
第四节 韩国公平交易委员会在规制改革中的作用	
及其现状(译文)	[韩]朴益洙 [韩]金银玉 417
第五节 公平竞争审查制度的比较研究	李 丽 424
第六章 竞争法领域热点问题	438
第一节 知识产权领域反垄断新问题	周 围 438
第二节 互联网行业竞争法新问题	叶 明 陈耿华 452
第三节 经济分析在竞争法领域的适用	辜海笑 462
参考文献	478

Content

Part 1. The Latest Development of Theory of Competition Law in Foreign Countries and China	1
Section 1. The Latest Development of Theory of Competition Law in China	
Long Dai /Guangyao Xu /Haitao Jiao /	
Zongjie Guo, Jieling Mo /Shengli Li	1
Section 2. The Latest Development of Theory of Competition Law in the United States	
H. Stephen Harris, Jr.; Jialue "Charles"	
H. Stephen Harris, Jr.; Jialue "Charles"	65
Section 3. The Latest Development of Theory of Competition Law in EU	
Wei Cui	92
Section 4. The Latest Development of Theory of Competition Law in Germany	
Wei Cui	117
Section 5. The Latest Development of Theory of Competition Law in Japan	
Eriko Watanabe	128
Section 6. The Latest Development of Theory of Competition Law in South Korea	
Hui Hua	146
Section 7. The Latest Development of Theory of Competition Law in Austrilia	
Pinguang Ying	155
Part 2. The Latest Legislation Development of Competition Law	170
Section 1. The Latest Legislation Development of Competition Law in China	
Tao Wu	170

Section 2. The Latest Legislation Development of Competition Law in the United States	Xin Zhang	185
Section 3. The Latest Legislation Development of Competition Law in EU	Wanli Zhou	198
Section 4. The Latest Legislation Development of Competition Law in Germany	Jia Yuan	203
Section 5. The Latest Legislation Development of Competition Law in Japan	Yuhui Wang	211
Section 6. The Latest Legislation Development of Competition Law in Korea	Shunhai Jin	225
Section 7. The Latest Legislation Development of Competition Law in Austrilia	Wuhan University Competition Law&	235
Section 7. The Latest Legislation Development of Competition Law in Austrilia	Competition Policy Research Center	235
Part 3. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases		246
Section 1. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases in China	Wuhan University Competition Law&	246
Section 1. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases in China	Competition Policy Research Center	246
Section 2. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases in the United States	Xin Zhang	264
Section 3. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases in EU	Wanli Zhou	277
Section 4. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases in Austrilia	Wuhan University Competition Law&	284
Section 4. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases in Austrilia	Competition Policy Research Center	284
Section 5. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases in Japan	Eriko Watanabe	292
Section 6. The Latest Enforcement of the Competition Law and Typical Cases in Korea	Ik-Soo Park, Olivia	303

Part.4 The Latest Development of the Administration of Justice of the Competition Law and Typical Cases	314
Section1. The Latest Development of the Administration of Justice of the Competition Law and Typical Cases in China.....	Anjie Law Firm 314
Section 2. The Latest Development of the Administration of Justice of the Competition Law and Typical Cases in Foreign Countries Yumei Nan/Wuhan University Competition Law& Competition Policy Research Center	357
Part 5. The Latest Development of the Competition Policy and the Fair Competition Censorship	377
Section 1. The Latest Development of the State Aid Regulation System of EU Countries	Wei Cui 377
Section 2. Competition Assessment Tool of OECD and Its Promotion	Mingyan Xu 388
Section 3. Evaluation System of the Competition Affects in Singapore and Its Latest Development	Gaili Wang 400
Section 4. The Function of the Korean Fair Trade Commission in the Reform of Regulation and Its Present Situation	Ik-Soo Park, Olivia 417
Section 5. Comparative Research of the Fair Competition Censorship	Li Li 424
Part.6 Hot Topics in Competition Law Area	438
Section 1. New Issues Emerging in Antitrust Involving Ip	Wei Zhou 438
Section 2. The New Competition Law Issues in the internet industry	Ming Ye, Genghua Chen 452
Section 3. The Application of Economic Analysis in Competition Law Area	Haixiao Gu 462
References	478

第一章 国内外竞争法理论最新发展综述

第一节 我国竞争法理论最新发展综述

一、我国垄断协议规制理论最新发展综述

戴 龙*

(一) 引言

竞争法历史发展过程中,垄断协议是受规制历史最为悠久的对象。在市场经济体制下,竞争是实现经济发展和技术进步、提高商品及服务质量、维护消费者利益、提高经济效率的主要手段。经营者为了获取利益最大化,总想尽可能地降低生产经营成本,以低廉的价格和优质的服务来取得消费者的信任,扩大自己的市场份额。在残酷的市场竞争中,那些不能降低成本和提高生产经营效率,而无法满足消费者需求的企业将遭到消费者的抛弃并被市场淘汰。这种优胜劣汰的市场机制是提高生产力水平、促进社会经济发展、激励经营者不断地进行创新的主要动力。但是,激烈的市场竞争也会促使经营者想方设法地躲避竞争。如果经营者之间能就商品或者服务的价格、数量等达成协议,不仅能够避免竞争,而且能够维持高额利润,无疑对经营者具有很大的诱惑力。经营者如果能够与上下游企业达成独家供应或者维持销售价格稳定的协议,同样可以达到规避竞争和获取高额利润的目的。垄断协议规制正是为了防范经营者通过达成此类协议,排除或限制市场竞争,进而保护消费者利益,促进市场健康发展而产生。

我国《反垄断法》第二章对垄断协议的规制做出了相关规定。该章共有四个条款,分别规定了横向垄断协议(第13条)、纵向垄断协议(第14条)、垄断协议的豁免(第15条)以及针对行业协会组织垄断行为的禁止性规定(第

* 作者简介:戴龙,中国政法大学国际法学院副教授,硕士生导师,法学博士。

16条)。《反垄断法》实施以来,特别是自党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》“关于加强市场在资源配置中的决定性作用”号召以来,我国反垄断执法机构强势作为,调查处理了一系列涉及汽车、保险、医药等行业的垄断协议案件,强化了竞争政策的基础性地位,在国内外树立起广泛的影响。我国司法机关也受理审判了一批涉及跨国公司从事垄断行为、触犯我国《反垄断法》的民事诉讼案件。我国学术界围绕反垄断法实施中涌现的大量理论和实践问题,召开各种研讨会、竞争政策论坛和学术沙龙,研究新形势下解决反垄断法执法中存在的问题,提出了相应的意见和建议。下文将从横向垄断协议、纵向垄断协议和垄断协议豁免几个方面来探讨我国竞争法学理论和实务界的最新发展成果。

(二)我国横向垄断协议规制的理论与最新发展

垄断协议可以划分为横向垄断协议和纵向垄断协议。所谓横向垄断协议就是指具有竞争关系的经营者之间为了避免竞争、获取垄断利益而达成的具有排除、限制竞争效果的协议、决定或者其他协调一致的行为。所谓“协议”,一般是指经营者之间达成的书面或口头的合意。“决定”一般是指企业团体或者行业协会订立的具有限制竞争效果的决定,和协议并没有明显的区别。在决定的内容方面,企业团体的章程和组织规则,或以这些规则作出的任何决定或建议,均可视为企业团体的决定。这种决定被认为是“拟制的合意”,即企业团体根据“多数决议”原则所作出的决议。虽然是“多数决议”,但是在执行中却适用于企业团体所有的成员,这种决定对限制竞争的损害效果相当于所有成员之间签订了限制竞争的协议。^[1]在寡头市场上,由于经营者数量有限,各经营者之间对彼此的竞争策略都比较清楚,并不需要通过建立明示的正式协议,只需要采取某种暗示或心照不宣的方式就可以达到共同提高价格、限制产量或销售量等目的。特别是在经营者实力悬殊的情况下,处于第一位的企业即便不与其他竞争对手达成某种形式的协议或决定,也可以单方面地从事某种垄断行为。而其他相对弱势的经营者出于共同的经济利益或者出于害怕第一位企业的打击报复,会自觉地采取和市场第一位企业协调一致的行为。这种“心照不宣”的行为比协议或决定更加隐秘、更加不容易发现,就是《反垄断法》上所说的“协调一致”行为。

国际上关于垄断协议的提法各异。美国《谢尔曼法》第1条规定:任何契约、以托拉斯形式或其他形式的联合或共谋,用来限制州际间或与外国之

[1] 时建中:《反垄断法——法典释评与学理探源》,中国人民大学出版社2008年版,第146页。

间的贸易或商业,是非法的。这里的“契约、联合或共谋”就是指垄断协议。欧盟竞争法(即《里斯本条约》)第101条规定:所有可能影响成员国间的贸易,并以阻碍、限制或扭曲共同市场内的竞争为目的或有此效果的企业间协议、企业协会的决议和协调一致行为,均被视为与共同体市场不相容而被禁止。这里的“协议、决议和协调一致行为”也是指垄断协议。日本《禁止独占法》第3条规定明确禁止经营者进行私人垄断及限制不正当交易,同法第2条规定将“不正当的交易限制”定义为:经营者不论是以合同、协定或其他何种名义,与其他经营者共同决定、维持或上调价格,或对数量、技术、产品、设备、交易对方加以限制等相互间约束或完成事业活动,违反公共利益,在一定的交易领域实质性地限制竞争的行为。这里的“不正当的交易限制”是日本法对垄断协议的描述。^[1]我国《反垄断法》第13条第2款规定:本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。这里的“协议、决定或者其他协同行为”是我国《反垄断法》对垄断协议的表述。

值得一提的是,我国《反垄断法》关于“垄断协议”的定义放在了第13条第2款规定中,而第13条规定在我国《反垄断法》框架下是针对横向垄断协议所作出的规定,以和第14条关于纵向垄断协议的相关规定相区别。由此引发的争议是,《反垄断法》第13条第2款规定针对垄断协议所下的定义是否适用于纵向垄断协议。^[2]一般来说,横向垄断协议主要是在具有横向竞争关系的经营者之间实施,其行为特征体现为经营者之间达成的价格协议、限制生产量或销售量、市场分割或联合抵制交易等协议、决定或协同行为。从达成协议的目的或效果来看,其就是为了排除或限制市场竞争,获取高额垄断利润。纵向垄断协议主要是在具有上下游产业链或产供销关系的不同经济阶段的企业之间达成的协议,其行为特征表现为纵向价格协议(固定转售价格、限定转售最低价格、限定转售最高价格等)和纵向非价格协议(排他性交易、附加条件交易等)。纵向垄断协议虽然也可能具有排除、限制竞争的一面,但更具有打通上下游产业链关系、提高经济效率的一面,其所产生的限制竞争效果不及横向垄断协议那么明显。因此,主要发达国家的竞争法中,都对横向垄断协议进行严格规制,实行诸如“本身违法原则”或者“核心卡特尔”的“从事即违法”的规制立场。而对于纵向垄断协议行为,则因其

[1] 戴龙:《日本反垄断法研究》,中国政法大学出版社2014年版,第46~47页。

[2] 刘继峰:《试析我国〈反垄断法〉垄断协议概念的形式逻辑问题》,载《北京化工大学学报》(社会科学版)2012年第4期。

本身具有提高纵向一体化经营的效率,发达国家现在都依据“合理原则”进行评价,注重对其经济效率和限制竞争的效果进行经济学意义上的分析评估。可见,横向垄断协议和纵向垄断协议在实施主体、行为特征以及限制竞争的效果方面有很大差别。虽然各国的竞争法律并未对横向垄断协议和纵向垄断协议进行不同的定义,但是主要国家在针对横向垄断协议和纵向垄断协议的规制方法和规制立场上都呈现出很大的不同。从我国《反垄断法》第13条规定的立法原意来看,“本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”,应该是涵盖《反垄断法》框架下所有的垄断协议,包括横向垄断协议和纵向垄断协议。^[1]但从严谨的立法技术上看,如果该定义适用于横向垄断协议和纵向垄断协议,至少应该单独列出一条,而不应该放在第13条第2款的规定中,以免发生歧义。

我国《反垄断法》实施8年来,学界关于横向垄断协议规制的理论探讨一直没有中断,实务中也不断有新的涉及横向垄断协议的案件出现。理论上看,我国学界关于横向垄断协议的严重违法性质没有争议,但是对于《反垄断法》关于横向垄断协议的规制立场却存在很大争议。从《反垄断法》第13条第1款的原文来看,我国采取的是“原则性禁止+行为列举”的模式。“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议:(一)固定或者变更商品价格;(二)限制商品的生产数量或者销售数量;(三)分割销售市场或者原材料采购市场;(四)限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品;(五)联合抵制交易;(六)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”根据该规定,经营者从事了上述第(一)至(五)项列举的行为,就构成对于《反垄断法》的横向垄断协议规制的违反。至于第(六)列举的“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”,是一项兜底性条款,目的在于当法律没有列举而在实践中存在某种协议行为需要进行规制时,给反垄断执法机构留下可以将其认定为垄断协议的裁量权。^[2]

“原则性禁止+行为列举”的立法模式使得我国《反垄断法》关于横向垄断协议规制似乎采取了“本身违法”的规制立场。但是,结合《反垄断法》第13条第2款规定的关于垄断协议的概念规定以及第15条关于垄断协议的豁免规定,能够看出,我国《反垄断法》其实并不存在针对横向垄断协议的“本

[1] 参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室编:《〈中华人民共和国反垄断法〉:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第68页。

[2] 到目前为止,我国反垄断执法机构基本上根据《反垄断法》第13条第1款第(一)至(五)项所列举的行为进行执法,尚没有出现依据第(六)项进行认定的案例,在此不予探讨。

身违法”定性,而是整体上采取了运用“合理原则”进行分析,由反垄断执法机构或司法机关根据综合评价进行规制的模式。

首先,《反垄断法》第13条第2款中关于垄断协议的定义明确规定“本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”,已经将“排除、限制竞争”作为法律禁止的垄断协议的前提条件。经营者之间根据各自需要和经济利益达成各种协议,本来是市场经济体制下企业经营自由的表现,其本身并不违法。只有当经营者之间达成的“协议、决定或者其他协同行为”具备“排除、限制竞争”的目的或效果,才有可能构成《反垄断法》第13条规定所禁止的垄断协议。^[1]因此,应当将经营者之间达成的协议等和反垄断法所禁止的垄断协议区分开来。

其次,我国《反垄断法》本身未明确规定对于横向垄断协议是否需要从目的或效果层次上进行不同区分。从国外经验来看,从目的和效果两个层次区分横向垄断协议规制的立场,有助于执法机关节约行政资源、提高执法效率,使其能够根据违法性质严重程度,从目的上即可判断一部分横向垄断协议行为(即欧盟法中的“核心卡特尔”)从事即违法。只有在目的上不足以判断行为是否违法的情况下,才根据垄断协议行为所造成的排除、限制竞争效果进行判断。^[2]我国《反垄断法》在没有明确规定是否从目的和效果层面认定横向协议行为违法性的情况下,至少从立法原意上可以排除单从协议目的即可判断其违法的“本身违法”定性。这同样意味着,即便是对于违法性质非常明显的“核心卡特尔”行为,在我国也需要根据个案情况进行分析,依据其是否具有“排除、限制竞争”的效果进行综合评判。

最后,即便是根据《反垄断法》第13条规定,构成该条列举的横向垄断协议行为,经营者也可以根据《反垄断法》第15条规定的豁免理由进行抗辩。我国《反垄断法》第15条规定列举了多项达成垄断协议但可以不适用第13条和第14条规定的豁免理由,包括:“(一)为改进技术、研究开发新产品的;(二)为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;(三)为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力

[1] 参见赵晓光:《实施反垄断法须把握的原则及注意的问题》,载http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/200808/t20080829_233740.html,2008年12月4日访问。

国务院法制办工商司司长赵晓光先生在《反垄断法》刚开始实施后的一次会议上指出,我国《反垄断法》从我国实际出发,借鉴国际普遍经验,确立了合理分析的原则,对认定垄断行为的标准是实质性排除、限制竞争,即具有排除限制竞争效果的行为才构成垄断行为。

[2] 许光耀:《〈反垄断法〉中垄断协议诸条款之评析》,载《法学杂志》2008年第1期。