



上海政法学院学术文库
环境资源法学丛书

PATH OF PROTECTING COMPETITION
AND ITS IMPLEMENTATION ISSUES

丁茂中 著

竞争维护的路径及其实施问题

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



上海市高原学科法学环境资源法建设项目 资助
上海政法学院学术文库·环境资源法学丛书

丁茂中 著

竞争维护的路径及其实施问题

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

竞争维护的路径及其实施问题 / 丁茂中著. —北京:
中国法制出版社, 2017. 12

(上海政法学院学术文库. 环境资源法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9150 - 1

I. ①竞… II. ①丁… III. ①反不正当竞争 - 经济法
- 研究 - 中国 IV. ①D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 299717 号

策划编辑 陈 兴 (cx_legal@163.com)

责任编辑 陈 兴 李小草

封面设计 蒋 怡

竞争维护的路径及其实施问题

JINGZHENG WEIHU DE LUJING JI QI SHISHI WENTI

著/丁茂中

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/640 毫米×960 毫米 16 开

版次/2017 年 12 月第 1 版

印张/19.75 字数/226 千

2017 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9150 - 1

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66010405

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

“环境资源法学丛书”

总 序

我校环境法学科在“十一五”期间被上海市教委列为重点学科，在上海市教委的资助下出版了系列学术著作和教材。在“十二五”开局之年，经专家评审，上海市教委批准，我校环境法学科被列入上海高等教育内涵建设“085”工程建设项目，建设周期五年，包括环境法重点学科建设项目和城市环境安全知识创新平台建设项目两个子项目。2012年，我校环境法学科被列入上海市高校一流学科（上海市重点学科）法学建设规划项目，建设周期五年。该学科以环境资源法理论和实践为总体建设方略，注重与相关学科的交叉与融合，下设环境保护法、自然资源法、能源法、海洋法、环境健康法、灾害防治法、循环经济法、国际环境法、房地产法、环境资源经济（金融）法、环境资源行政法、环境资源犯罪、环境社会学、生态哲学14个方向。根据总体建设方略，该学科在“十二五”期间，成果形式除课题和论文外，计划出版系列环境法专著和教材。期盼学术界同仁和广大读者提出批评和建议，帮助我们把这套丛书出好。

王文革

2013年1月

前 言

2013年11月9日至12日在北京召开的中国共产党第十八届三中全会开创性地提出“发挥市场在资源配置中的决定性作用”，这是社会主义市场经济理论的重大创新，为我国深化经济体制改革指明了方向。会议《公报》明确指出：经济体制改革是全面深化改革的重点，核心问题是处理好政府和市场的关系，使市场在资源配置中起决定性作用和更好地发挥政府作用；建设统一开放、竞争有序的市场体系，是使市场在资源配置中起决定性作用的基础；必须加快形成企业自主经营、公平竞争，消费者自由选择、自主消费，商品和要素自由流动、平等交换的现代市场体系，着力清除市场壁垒，提高资源配置效率和公平性。在此次全会第二次全体会议上，习近平总书记着力强调，“制定出一个好文件，只是万里长征走完了第一步，关键还在于落实文件，真正把全会精神转化成改造现实世界的强大力量。”因此，如何确保政府、企业等社会各界求真务实地发挥市场在资源配置中的决定性作用成为我们当前迫切需要攻克的重大社会课题之一。

竞争是市场的灵魂，这点被各种经济学理论奉为至高无上的“圣谕”。市场能够有效配置资源、形成兼容的激励机制的根本原因在于通过竞争形成的价格能够反映供求状况（即资源的稀缺程度），只有通过公平竞争才能形成这个价格信号，从而才能实现市场所有的作用机制。因此，要充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，

就必须切实有效地采取各种措施保护市场竞争机制，即建设统一开放、竞争有序的市场体系。诚如著名经济学家吴敬琏教授在 2013 年 8 月 1 日由国务院反垄断委员会专家咨询组主办、对外经济贸易大学竞争法中心承办的“中国竞争政策论坛——转型中的竞争政策”上作嘉宾讲演之时所言：建设统一开放、竞争有序的市场体系是一项系统性工程，这还需要改革顶层设计、政府职能转变、竞争文化培育等其他多方面的协作方可完成。

故作者尝试从竞争文化、竞争执法、竞争合规、竞争政策、竞争推进等角度来探讨维护市场公平竞争的应然路径及它们在各自实施过程中遇到的一些问题，希望对推动我国反垄断执法和市场经济的稳健发展有所裨益。

丁茂中

上海松江大学城

2017 年 10 月

目录 Contents

前 言	1
第一章 竞争文化	1
第一节 “360 与 QQ 案件” 凸显我国竞争文化缺失	1
一、持续攻防：多种不正当竞争行为/1	
二、巅峰对决：滥用市场支配地位行为/6	
三、姗姗来迟：竞争执法机构的相对滞后反应/11	
第二节 竞争文化的基本范畴、内容体系与社会价值	16
一、竞争文化的基本范畴厘定/16	
二、竞争文化的内容体系勾勒/20	
三、竞争文化的社会价值分析/29	
第三节 竞争文化的培育与反垄断法实施环境的改善	37
一、发达国家竞争文化的培育路径/37	
二、我国竞争文化的培育路径设计/45	
三、我国反垄断法实施环境的展望/50	
第二章 竞争执法	52
第一节 反垄断执法的移植与本土化	52
一、反垄断执法移植的必要性/52	
二、反垄断执法移植的盲从症/56	
三、反垄断执法本土化的缘由/60	

四、反垄断执法本土化的误区/66	
五、反垄断执法本土化的路径/70	
第二节 相关市场界定的国际化比较	72
一、相关市场界定的方法比较/73	
二、相关市场界定的维度比较/78	
三、相关市场界定的权衡因素比较/81	
四、结语/86	
第三节 维持转售价格的违法认定困境及出路	87
一、适用本身违法原则的困境/88	
二、适用合理原则的困境/92	
三、适用豁免制度的困境/96	
四、适法分野派生的困境/100	
五、当前困境的出路/105	
六、结语/109	
第四节 专利高价许可的反垄断规制法律问题	110
一、必要性之争：中美知识产权反垄断考察/110	
二、关注重点：标准必要专利及其纵向交易/115	
三、认定标准：排除或者限制市场公平竞争/120	
四、结语/125	
第五节 滥用市场支配地位“初犯”的从减免	125
一、滥用市场支配地位“初犯”的从减免问题之 法律缘起/126	
二、滥用市场支配地位“初犯”的从减免问题之 现实影响/128	

三、滥用市场支配地位“初犯”的从减免问题之 适用情形/131	
四、滥用市场支配地位“初犯”的从减免问题之 操作路径/134	
五、结语/136	
第三章 竞争合规	137
第一节 企业竞争合规政府指引模式	137
一、法律性指引的调整方式/138	
二、规范性指引的立法体例/142	
三、专项性指引的阐述文法/145	
四、中国指引模式选择建议/149	
第二节 欧盟企业竞争合规指引机制	153
一、遵守欧洲的竞争规则：公司的义务/153	
二、公司违规的代价/154	
三、遵守欧盟竞争规则/157	
四、如何确保公司合规/160	
第三节 英国企业竞争合规指引机制	166
一、竞争合规的理念培育/166	
二、竞争合规的体系组织/169	
三、竞争合规的知识支持/174	
四、竞争合规的信息反馈/179	
第四节 行政行为的竞争合规制度研究	182
一、建立需求：促进政府与市场耦合/183	
二、推进路径：赏罚助管四维一体化/188	
三、实施标准：实质审查加合理原则/196	

四、操作方法：竞争评估的系统规程/201

五、结语/208

第四章 竞争政策 209

第一节 反垄断法的目标选择及其功能优化问题 209

一、反垄断法目标选择的争论与主张/209

二、反垄断法的功能分析/211

三、美国与欧盟在目标选择上的发展趋势/213

四、反垄断法的目标性质分析/215

五、反垄断法的功能优化/217

六、我国的立法选择和执法及其司法启示/220

第二节 反垄断法与产业政策的同向性互动发展 222

一、反垄断法与产业政策的本体同向性分析/223

二、反垄断法与产业政策在运行上的异向性分析/227

三、反垄断法与产业政策在运行上的协调路径/230

四、中国反垄断法与产业政策在运行上的协调/233

五、反垄断法与产业政策的互动发展/236

第三节 反垄断法促进企业规模化经营实现路径 240

一、优化禁止滥用市场支配地位制度：鼓励企业规模化经营/241

二、放宽经营者集中控制制度：支持企业规模化经营/248

三、强化禁止垄断协议制度：引导企业规模化经营/254

第五章 竞争推进 263

第一节 产业政策的竞争评估 263

一、产业政策竞争评估的责任主体/263

二、产业政策竞争评估的参与模式/268	
三、产业政策竞争评估的基本流程/272	
四、产业政策竞争评估的操作方法/276	
五、结语/280	
第二节 竞争中立政策的引入	281
一、研究缘由：推进改革与保障安全/282	
二、政策定位：政府角色与应然使命/287	
三、政策内容：行为准则与适用除外/291	
四、政策实施：贯彻路径与推进模式/298	
五、结语/303	
后 记	304

第一章 竞争文化

第一节 “360 与 QQ 案件” 凸显 我国竞争文化缺失

自 2010 年 2 月以来，我国互联网世界的纷争可谓是连绵不绝，360 与 QQ 则是其中的主角，两者之间纷争的长期持续与不断升级制造了震动当前整个中国社会的“360 与 QQ 事件”。^① 此次事件深刻而又全面地折射出竞争文化在我国的缺失问题。因为在一个健康的竞争文化中，经营者从事各种市场行为至少应当遵守相应的竞争法律制度；在维护竞争秩序使命的驱动下，竞争执法机构往往会及时地采取各种措施消除和预防市场活动中出现的各种不良竞争行为。但是在“360 与 QQ 事件”中，我们看到的却是经营者为了竞争取胜的需要而不断实施各种有针对性地攻击竞争对手的不正当竞争行为、垄断行为以及竞争执法机构对这些不良竞争行为相对滞后的反应。

一、持续攻防：多种不正当竞争行为

从 2010 年年初到 10 月底，在短短的 10 个月时间里，360 与 QQ 为了争夺市场，相互之间通过不正当竞争手段有针对性地进行了一次攻防：一是 QQ 诱导推广 QQ 医生。2010 年春节前后，QQ 选择在

^① 360 对应的法律主体为北京奇虎科技有限公司，QQ 对应的法律主体为深圳市腾讯计算机系统有限公司。

二、三线和更低级别的城市推广 QQ 医生安全软件。QQ 通过提示用户进行升级，诱骗用户安装 QQ 医生。二是 360 警告 QQ 医生打补丁。2010 年 2 月，用户在使用 QQ 医生打补丁时，360 会弹出以下一个对话框：“经 360 安全中心和 Windows Update 认证，您的系统不需要安装此漏洞补丁。安装后不会带来好处，还会浪费系统资源，并且有可能导致系统异常！建议您不要安装此补丁，并使用 360 漏洞修复进行精确扫描！”三是 QQ 医生自动升级为电脑管家。^① 2010 年 6 月，QQ 将旧版 QQ 软件管理和 QQ 医生自动升级为 QQ 电脑管家。QQ 电脑管家 4.0 Beta1 版本不仅集成了 QQ 医生和 QQ 软件管理，而且增加了云查杀木马、清理插件等核心功能。四是 360 推出隐私保护器。2010 年 9 月，360 推出隐私保护器。启动 360 隐私保护器后，其显示“本工具将监督并记录其他软件对您电脑内隐私文件的窥视”，并在 5 分钟内检测出多个文件或目录被 QQ 查看过，并将建议用户将 360 隐私保护器“一直开着，实时进行检测”。五是 QQ 报道 360 涉黄和拦截 360 隐私保护器下载。2010 年 9 月，QQ 在科技频道发布《360 浏览器涉嫌借色情网站推广遭公安立案调查》一文。QQ 文章称，360 安全卫士董事长周鸿祎投资的一款播放软件快播涉嫌联合 360 浏览器推广色情网站获取利益，并引述知情人士消息称，快播、360 浏览器已经以涉嫌借助色情网站推广，被深圳公安取证调查。与此同时，QQ 还采取诸多措施拦截 360 隐私保护器的下载。^②六是 360 推出扣扣保镖。2010 年 10 月，360 推出名为“扣扣保镖”的软件，公开宣布要屏蔽 QQ 主界面广告，卸载和 QQ 一同安装的 QQ 影音、QQ 音乐等 QQ 周边软件。

① QQ 通过诱导方式推广 QQ 医生和将 QQ 医生自动升级为电脑管家，目的都是与 360 争抢用户。

② 例如，QQ 电脑管家刚刚做了升级，升级后，使用 IE 浏览器，访问 360 隐私保护器的下载链接，会提示“此网站危害您的系统安全”。360 安全浏览器访问不受影响。

从上述所列的 360 与 QQ 相互竞争的过程来看,笔者认为,任何一方实施的行为都违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》),构成多种不正当竞争行为。

首先是误导宣传行为。“误导宣传行为即引人误解的宣传行为,通常也被称为虚假宣传行为。”^①我国《反不正当竞争法》第 8 条第 1 款明确规定,经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。在 360 与 QQ 从 2010 年年初到 10 月间各自所实施的行为中,QQ 诱导推广 QQ 医生、360 警告 QQ 医生打补丁行为都构成误导宣传行为。

在 QQ 诱导推广 QQ 医生过程中,作为网络聊天的经营者,QQ 通过网络将 QQ 医生表述成为 QQ 软件先前其他产品的升级版,并通过 QQ 软件升级窗口的升级提示,在用户不明真相的情况下诱骗用户将 QQ 医生安装到电脑客户端。但是事实上,QQ 医生是 QQ 新推出的一款独立的电脑安全管理软件,与所谓需要升级的产品没有任何的直接关联。

在 360 警告 QQ 医生打补丁中,360 对 QQ 医生所建议打入的补丁一概性地作出否定的提示存在误导用户问题。在 360 否定 QQ 医生提示需要打入的补丁中,有些补丁并不是可有可无的。如补丁 KB971657,微软在公告中强调,未打补丁者可能遭受远程攻击。360 针对 QQ 医生打补丁的风险提示不仅容易误导用户对独立第三方所发布的补丁产品的重要性的认识,而且很容易诱导用户对 QQ 医生功能作出不利的误判。从技术上来看,360 完全可以在自己扫描漏洞时给用户作出提示,而不需在 QQ 医生工作界面进行。

其次是商业诋毁行为。“商业诋毁行为是指经营者自己或利用他

^① 倪振峰编著:《竞争法案例教程》,复旦大学出版社 2005 年版,第 98 页。

人，通过捏造、散布虚伪事实等不正当手段，侵害竞争对手商誉的行为。”^①我国《反不正当竞争法》第11条规定，经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。在360与QQ从2010年年初到10月间各自所实施的行为中，360推出隐私保护器、QQ报道360涉黄和拦截360隐私保护器下载均涉及到商业诋毁行为。

360在推出隐私保护器“第一版”时，该软件仅针对覆盖面最大的腾讯QQ软件。针对QQ，360公司总裁齐向东称，健康的软件应该行为不越界，聊天工具可以调用操作系统公共系统资源，但不应在用户不知情的情况下访问个人信息。“而QQ扫描的文件和账号安全并没有直接关系，且专门瞄准腾讯竞争产品和用户的隐私信息。”^②由于任何一款安全软件包括360安全卫士在为用户提供服务时，都需要扫描用户硬盘；在没有对“隐私信息”范畴作出具有公信力界定和没有以证据形式详细列出QQ扫描内容的情况下，360单方公开将QQ调用数据的所有行为都定性为“可疑”或者“偷窥隐私”的做法至少在一定程度上构成商业诋毁行为，因为QQ调用数据的行为至少有一部分是正常的，如检查可执行文件，它是所有杀毒软件通用的技术。

在QQ报道360涉黄和拦截360隐私保护器下载中，QQ也存在针对360实施的商业诋毁行为。在QQ报道360涉黄中，QQ发文所称的“360浏览器涉嫌借色情网站推广遭公安立案调查”一事，经过核查，系QQ捏造的虚假事实，包括深圳公安在内的公安系统并没有因任何涉黄问题对360进行调查。在QQ拦截360隐私保护器下载中，在360隐私保护器的下载网址根本不会危害用户系统安全的

① 种明钊主编：《竞争法》，法律出版社2008年版，第135页。

② 廖庆升：《360和腾讯陷隐私之争 网络安全市场亟待规范》，载《通信信息报》2010年10月14日第A13版。

情况下,QQ 通过网络散布“此网站危害您的系统安全”信息。QQ 的上述两个行为都在不同程度上直接损害了竞争对手 360 的商誉。

再次是无名不正当竞争行为。我国《反不正当竞争法》第 2 条第 1 款和第 2 款规定,经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。^① 如果这两款构成反不正当竞争法上的“一般条款”,则 QQ 医生自动升级为电脑管家和 360 推出扣扣保镖在性质上都属于不正当竞争行为。

由于竞争行为固有“损人利己”的特性,即使是正当的竞争行为亦然。对于发生损害的竞争行为的正当与否,首先要按照《反不正当竞争法》第 2 条第 1 款规定的“自愿、平等、公平、诚信的原则”以及“法律和商业道德”进行判断,而对其损害性的判断也只能看是否存在该条第 2 款规定的扰乱市场竞争秩序,损害经营者或者消费者的合法权益^②。

在 QQ 医生自动升级为电脑管家中,QQ 在没有告知用户和得到用户许可的情况下,擅自在用户电脑上安装其开发的电脑管家。“整个安装过程都是在后台静默完成,用户只能在安装完成后才知道。为此大批网友叫苦不迭,纷纷谴责腾讯‘太流氓’。”^③ QQ 的这种行为严重违背了“自愿”和“公平”原则,有悖于“法律和商业道德”。根据中国互联网协会的规定,“在未明确提示用户或未经用户许可的情

① 有关我国《反不正当竞争法》第 2 条的性质,有的人认为应当理解为“一般条款”,有的人认为不属于“一般条款”。

② 孔祥俊、刘泽宇、武建英编:《反不正当竞争法原理·规则·案例》,清华大学出版社 2006 年版,第 10~11 页。

③ 《腾讯 QQ 医生“死灰复燃”电脑管家不请自来》, http://news.xinhuanet.com/tech/2010-09/25/c_12604596.htm, 访问日期:2014 年 11 月 4 日。

况下，在用户计算机或其他终端上安装运行，侵犯用户合法权益的软件”属于恶意软件（流氓软件）。QQ 的这种行为直接损害了广大消费者的合法权益，扰乱了互联网安全软件市场的正常竞争秩序。

360 推出的扣扣保镖对 QQ 进行了精确打击，一系列的设计不仅去除了广告，还可以关闭 QQ 宠物、QQ 秀、QQ 游戏等几乎所有的增值收入渠道。这种做法显然有失公平，直接损害了其他经营者“QQ”的合法权益。

二、巅峰对决：滥用市场支配地位行为

2010 年 11 月 3 日，360 与 QQ 之间的纷争达到了整个事件的顶峰。QQ 发出了一份《致广大 QQ 用户的一封信》（业内称之为“绝杀令”），要求用户在 QQ 与 360 之间作出选择，凡是装有 360 软件的电脑将停止运行 QQ 软件。

（一）QQ “绝杀令”性质的反垄断法分析

《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）第 17 条规定，禁止具有市场支配地位的经营者从事滥用市场支配地位的行为，包括“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”。笔者认为，QQ 的“绝杀令”违反了此项规定，构成我国《反垄断法》禁止的滥用市场支配地位行为——限定交易行为，具体分析如下：

1. 案件的相关市场。“只有通过相关市场的界定，才可知晓在一个市场上到底有多少竞争者，他们各自的市场份额有多大，进而才能判断涉嫌违法企业究竟能在多大程度上正在行使或者将来可能行使其市场支配力，从而使其行为具有或者产生限制竞争的违法性效果。”^①

^① 王先林：《论反垄断法实施中的相关市场界定》，载《法律科学》2008 年第 1 期。