

反垄断非强制性 执法制度与实践分析

王 炳◎著

本书以“非强制性”为视角，对反垄断法实施中的一些特殊制度进行了研究：一是反垄断接受承诺制度，其中涉及美国的同意判决、同意命令制度，欧盟及其成员国的接受承诺制度，澳大利亚的接受承诺制度，日本的劝告审决和同意审决制度，韩国的劝告纠正违法制度等。二是反垄断指导制度，其中涉及美国的建议制度，欧盟的建议、忧虑函制度，日本的注意、警告制度，韩国的警告制度等。三是反垄断接受咨询制度，其中涉及美国的顾问意见、商业审查函制度，欧盟的非正式指导制度，日本的事前咨询制度等。

The Non-coercive Antitrust Enforcement:
Law and Practice



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

反垄断非强制性 执法制度与实践分析

王 炳◎著

The Non-coercive Antitrust Enforcement:
Law and Practice



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反垄断非强制性执法制度与实践分析 / 王炳著. —

北京:法律出版社,2011.2

ISBN 978-7-5118-1832-4

I. ①反… II. ①王… III. ①反托拉斯法—研究—世界 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 022236 号

反垄断非强制性执法制度与实践分析

王炳著

责任编辑 潘洪兴

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.75 字数 237 千

版本 2011 年 2 月第 1 版

印次 2011 年 2 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1832-4

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

王炳,法学博士,现任教于南京航空航天大学法律系。出版有合著《竞争法学》,发表论文有《反垄断执法和解的制度机理》、《管制行业反垄断执法权配置分析——以管制度为视角》、《试论反垄断对外贸易豁免规则的内在冲突及克服》、《论金融调控权的软性》、《论知识生产难度与知识产权保护成比例原则》等。另外,主持教育部人文社会科学项目、江苏省教育厅哲学社会科学项目等课题4项,参与课题10余项,论文获奖5项。

本书简介

本书以“非强制性”为视角,对反垄断法实施中的一些特殊制度进行了研究:一是反垄断接受承诺制度,其中涉及美国的同意判决、同意命令制度,欧盟及其成员国的接受承诺制度,澳大利亚的接受承诺制度,日本的劝告审决和同意审决制度,韩国的劝告纠正违法制度等。二是反垄断指导制度,其中涉及美国的建议制度,欧盟的建议、忧虑函制度,日本的注意、警告制度,韩国的警告制度等。三是反垄断接受咨询制度,其中涉及美国的顾问意见、商业审查函制度,欧盟的非正式指导制度,日本的事前咨询制度等。

本书具有以下特色:第一,研究视角独特。本书从“非强制性”的视角对反垄断执法中的一些特殊制度进行了分析,这有助于丰富我国的反垄断执法理论。第二,研究视野开阔。本书对主要发达国家或地区以及我国的反垄断非强制性执法制度的生成、实践及规范问题进行了系统分析,这有助于把握该种制度的发展轨迹及走向。第三,研究进路具有特色。本书从反垄断执法的价值和制度需求的追问起论,在分析反垄断强制性执法的制度供给不足的基础上,阐述了反垄断非强制性执法的制度供给问题,进而论述我国反垄断非强制性执法的制度规范与完善问题,论证逻辑缜密。

摘 要

反垄断执法的价值是多层面的,从外在价值看,反垄断执法旨在矫正、预防不法垄断,保护受害人权益,保护和促进自由竞争,以实现自由、效率和公平的法价值;从内在价值看,反垄断执法旨在规范执法机关的行为,保护相对人及其他主体之基本权利,促进执法参与和法律实践,以促进法治状态的形成,最终实现秩序与自由的法价值。为此,反垄断执法具有诸多层次的制度需求,从程序启动看,有主动引发和被动引发之需求;从程序过程看,有对执法机关行为之规范、相对人及其他主体权利保护之需求;从程序终结看,有法律后果之制度需求和裁决执行之制度需求。

显然,反垄断执法制度需要保持供需平衡。从这一角度看,反垄断强制性执法的制度供给存在诸多不足。理由在于,包括调查强制、行政处罚、强制执行、强制审查在内的反垄断强制性执法程序是在行政权的压迫下启动的,行政机关的压迫性命令控制着整个执法过程,相对人及其他主体在程序中处于从属的地位,在法律后果方面主要体现为作出否定性法律评价,并且最终处理结果必须得到执行。这样,反垄断强制性执法就是一种压迫式、命令式、依从式、二元评价性、必然性调整方式,显然,这无法实现反垄断执法制度的供需平衡。

然而,反垄断非强制性执法制度的生成维系了反垄断执法制度的供需平衡。原因在于,包括反垄断接受承诺、反垄断指导以及反垄断接受咨询在内的以非压迫性执法为本质特征的反垄断非强制性执

法的制度供给存在以下优势:在程序启动方面,相对人和执法机关均可引发程序,使得执法程序具有一方主体感应另一方主体开启的特点;在程序过程方面,反垄断非强制性执法表现为执法机关与相对人之间互动性的商谈过程,执法机关与相对人处于平等的关系中;在程序终结方面,反垄断非强制性执法并不强调必须对涉案情事作出合法或违法的二元性评价,而是采取灵活评价或不予评价法律后果的方式,并且最终处理的执行依诸相对人的主观同意为前提,执行具有或然性。综合看来,反垄断非强制性执法实为一种感应式、商谈式、平等式、多元评价性、或然性调整方式,它补救了反垄断强制性执法制度供给的不足,维系了反垄断执法制度的供需平衡。此外,从政治国家层面看,反垄断非强制性执法能体现市民社会与国家之间关系的均衡;从社会学层面看,能体现社会合作,实现社会共生;从哲学层面看,能体现对主体的尊重。这些,都使反垄断非强制性执法制度凸显了许多优势。

不过,为有效实现反垄断执法的价值和提供有效的制度供给,反垄断非强制性执法应置于规范的制度下运行。在对主体的规范方面,反垄断执法机关应有协商权、指导权、评估权及不得滥用职权的义务,相对人有知情权、程序自由权、平等商谈权、获得救济权,具有利害关系的第三人应有知情权、程序参与权、获得救济权;在对适用范围的规范方面,反垄断非强制性执法应有一定的适用范围限制,应保持与反垄断强制性执法之间的疆界;在对意思表示的规范方面,其中意思表示的作出、撤回、撤销、效力等均应合乎理性的规范;在对规范的执行方面,反垄断非强制性执法处理的执行需满足两个前提:一是一个有效的执法行为的存在,二是执法相对人的同意,因此反垄断非强制性执法存在自愿执行与不自愿却执行、合意的自动执行、情事变更以及保障措施问题;在对程序的救济规范方面,由于执法机关和相对人都可能有滥用行为,如执法机关本身无执法权却执法、超越适用范围执法、不正当行使权力,相对人提供信息存在欺诈或故意不履

行承诺等,因此需通过复议、诉讼等途径进行法律救济,具体可根据情形采取宣布已完成的程序或行为无效、要求承担法律后果、重启程序等处理方式。

对我国而言,反垄断非强制性执法制度有其生长的良好土壤。从法律背景和社会背景看,我国当前正处于强调构建程序法、非压迫性法律制度和调适公权力机关与市民社会之间关系的关键时期,反垄断非强制性执法的方式符合我国当前的法律发展趋势,有助于促进社会关系的优善;从文化背景看,反垄断非强制性执法制度与我国传统文化中的“和为贵”、“仁”的思想是内合的;从国际背景看,反垄断法律制度日益走向趋同化,反垄断非强制性执法制度在许多国家或地区得到了采纳,这也表明反垄断非强制性执法制度在我国具有构建的必然性。然而,我国的反垄断非强制性执法制度还处于肇始阶段,接受承诺制度还刚建立,指导制度刚刚萌芽,接受咨询制度还未形成,因此,相关制度还有待完善和建立。显然,这些制度构建对我国经济法执法模式的改革乃至我国法律调整机制的变革都有助益。

关键词:反垄断;非强制性;执法;制度供给;优势;有效性

Abstract

There are multi-layer values in antitrust enforcement. From the substantive law perspective, antitrust enforcement aims to remedy and prevent illegal monopolistic practices, protect rights and interests of the damaged parties, protect and promote freedom of competition, and safeguard the values of freedom, efficiency and equity of law. From the procedural law perspective, antitrust enforcement is to regulate acts of the competition authority, protect the basic rights of the investigated and other parties, boost participation in antitrust enforcement and legal practices, advance the formation of rule of law and stick up for the values of order and freedom of law. Therefore, there are many more demands for legal system in antitrust enforcement, such as demands for active trigger rules and passive trigger rules for procedure outset, rules for regulation of acts of the competition authority and protection of the basic rights of the investigated and other parties for procedure development, and rules for legal consequence and performance of decisions for procedure finalization.

Obviously, the antitrust enforcement system should keep balance of demands and supplies. From this perspective, the supply of the coercive antitrust enforcement system has its insufficiency. The reason is, that the coercive antitrust enforcement procedure including coercive

investigation, administrative punishment, coercive performance and compulsive notification procedures all triggers under the pressure of administrative power, the procedure is controlled by coercive orders of the competition authority in which the investigated and other parties are in the subordinate places, it is opt to make an infringement decision and the decision must be performed. So the coercive antitrust enforcement is an oppressive, mandatory, compliable, dualistic-juridical and inevitable enforcement one and unable to achieve balance of demands and supplies of the antitrust enforcement system.

But the creation of the non-coercive antitrust enforcement system can give a help to sustain this balance. The supply of the non-coercive antitrust enforcement system including commitment decisions, administrative guidance and prior consultation rules in antitrust enforcement and in the nature of non-forcible enforcement, has the following advantages: the investigated and the competition authority may trigger the enforcement procedure respectively so the procedure is an inductive one, the procedure is a consultation process between the competition authority and the investigated thus the two parties have equal legal status in the course of the procedure, this system doesn't stress making a decision between legality and infringement about the investigated matter but give a changeable decision or keep silence about the legal consequence of the investigated matter according to the circumstance, and the performance of the decision is based on the consent of the investigated so that it is a probable one. As a whole, the non-coercive antitrust enforcement system is an inductive, consultable, equal, multi-juridical and probable one, may remedy the disadvantages of the coercive antitrust enforcement system and maintain the balance of demands and supplies of the antitrust enforcement system. Furthermore, the non-coercive antitrust enforcement

system can realize equilibrium of the relationship of the civil community and the government from the politics perspective, advance society cooperation and mutualism from the sociology perspective and embody respect of human being from the philosophy perspective. All these make the non-coercive antitrust enforcement system transcending the traditional antitrust enforcement system.

Nevertheless, the non-coercive antitrust enforcement should be regulated by rational rules for the effectivity of antitrust enforcement and the rules supply. About the subjects rules, the competition authority should have powers to consult, guide and evaluate and assume obligation not to exercise its powers improperly, the investigated have rights to know, accept procedure, consulate equally and relieve, and the third parties have rights to know, participate in procedure and relieve. With regard to the application scope rules, the non-coercive antitrust enforcement should be limited about its application scope and keep its border with the coercive antitrust enforcement. Concerning the intent indication rules, its making, withdrawal, revocation and effect should be rational. In the performance rules of the non-coercive antitrust enforcement, the performance should have two premises, i. e., a valid administrative act and the consent of the investigated, so there are some problems about voluntary performance and performance against the true will of the investigated, and about voluntary performance, change of circumstance and safeguarding measures of commitment decisions. For the remedy rules, because the competition authority and the investigated are likely to abuse the non-coercive antitrust enforcement procedure, such as the competition authority exercising power without legal capacity, going beyond the application scope and exercising power irrationally and the investigated cheating in providing information and

acting contrary to its commitments, it should take measures to remedy through administrative reconsideration procedure, judicial procedure or other channels, i. e. , revoking previous decision or act, reopening procedure or investigating and fixing responsibilities, etc.

For China, there is a suitable circumstance for the non-coercive antitrust enforcement system, because our country is in the key times, from the legal and social background perspectives, for construction of procedure law and non-coercive legal system and adjustment of the relationship between governmental organs and civil society, the thoughts of 'He' and 'Ren' are of much importance in Chinese traditional culture and the antitrust legislation is on the trend of transplantation and unification in the international context. However, Chinese non-coercive antitrust enforcement system is in the inchoation period, in which the commitment decision rules is just enacted, the administrative guidance rules at the beginning of sprouting and prior consultation rules not brought about yet, so relevant rules should be founded and improved. Obviously, these legal constructions will benefit the innovation of Chinese economic law enforcement and the transformation of Chinese legal system.

Key words: Antitrust; Non-coercive; Enforcement; Legal system supply; Advantages; Effectivity

序

反垄断法中的非强制性执法制度是一项比较新的制度。对此,国外已有不少立法、实践和研究。而在国内,因《反垄断法》施行未久,法律规范比较简单,行政执法和法院司法实践案例较少,学术界对这个问题的总体研究也不足、不深。已有的理论研究成果往往忽视对基本理论的探讨,忽视对有关程序问题的分析,研究相对封闭而狭隘。反垄断非强制性执法制度,作为一项契合经济法本质要求、符合中国法治建设大环境、能够有效回应反垄断执法实践诸主体需求的新制度,迫切需要对它进行理论上的深度探讨、比较法上的学习借鉴和实践上的运行指导。就此而言,本书选题的理论价值和实践意义都应予以充分肯定。

本书以反垄断非强制性执法的制度供给问题为中心,以反垄断执法制度的供需平衡为主线,以规范法学的范畴为基本分析工具,依次回答了反垄断非强制性执法制度供给的必要性和优势、反垄断非强制性执法制度供给的有效性以及我国应当如何构建相关制度等问题。本书在分析反垄断执法的价值和制度需求、反垄断强制性执法的制度供给及其不足的基础上,探索了反垄断非强制性执法制度之生成,研究了反垄断非强制性执法制度的优势,分析了对反垄断非强制性执法需进行的制度规范,提出了我国反垄断非强制性执法的制度构建设想与展望。

我认为,本书的主要创新之处有以下几个方面:第一,研究具有

系统性。国内反垄断法学界对于非强制性执法的研究还没有系统性的研究成果,因此这本书可以说开创了该领域系统、深入、完整研究的先河,对推动此领域的学术研究具有明显的贡献。第二,在实体内容方面,提出了不少有新意的观点。如对反垄断非强制性执法理论基础,特别是生成论和价值论的探索;对反垄断非强制性执法制度具有的优势或超越的揭示;反垄断执法除了强制性执法外,还应当或更应当关注非强制性执法制度的构建等。其中,有不少观点是前人尚未提及的。第三,在研究方法方面,本书的比较研究方法贯彻得比较到位,特别是中外比较方面,参考借鉴了大量国外的立法例和司法实践,并将比较研究的方法贯穿在全书的各个重要章节。第四,在资料的挖掘和应用方面,作者付出了很大努力,花费了不少精力用于收集、整理英文资料,并对这些材料进行了很好的提炼和归纳,在全书各重要章节都应用自如,较好地体现了比较经济法研究的特色。

当然,本书对有些问题还可以进一步深入研究。如对于反垄断非强制性执法制度与反垄断强制性执法制度的互动互补问题,反垄断非强制性执法制度的统一适用要件问题,反垄断非强制性执法制度的特质问题等,都可以作进一步斟酌和深入探讨。因此,希望作者今后能在这一研究领域呈现更多的研究成果,也期盼更多的研究者参与开垦这一研究园地!

是为序。

邵建东

2010年12月28日

目 录 / Contents

摘 要	1
Abstract	1
导 论	1
一、问题的提出	1
二、文献梳理及评价	3
三、研究内容及意义	10
四、研究方法与分析进路	12
第一章 反垄断执法的价值和制度需求	16
第一节 基本概念	16
一、反垄断执法	16
二、价值	19
三、制度需求	21
第二节 反垄断执法的价值	23
一、概述	23
二、反垄断执法的外在价值与反垄断执法的工具性	26
三、反垄断执法的内在价值与反垄断执法的程序性	32
四、反垄断执法的外在价值与内在价值的平衡	35
第三节 反垄断执法的制度需求	37

一、外在价值与制度需求	37
二、内在价值与制度需求	40
三、两个方面制度需求之间的关系	41
本章小结	41
第二章 反垄断强制性执法的制度供给及其不足	43
第一节 反垄断强制性执法制度概述	43
一、反垄断强制性执法的概念	43
二、反垄断强制性执法的制度体系	47
第二节 反垄断强制性执法制度之优势	52
一、裁决性调整优势	52
二、及时性调整优势	54
第三节 反垄断强制性执法制度之不足	56
一、依从式调整及其不足	56
二、压迫式调整及其不足	57
三、命令式调整及其不足	58
四、二元评价性调整及其不足	60
五、必然性调整及其不足	61
本章小结	63
第三章 反垄断非强制性执法制度之生成与实践	65
第一节 反垄断非强制性执法制度概述	65
一、反垄断非强制性执法的概念	65
二、反垄断非强制性执法的制度体系	67
三、反垄断非强制性执法制度与相关概念辨析	69
第二节 反垄断接受承诺制度之生成与实践	81
一、美国的同意判决和同意命令制度	81
二、欧盟的接受承诺制度	90
三、德国的接受承诺制度	106

四、法国的接受承诺制度	109
五、英国的接受承诺制度	111
六、欧洲其他国家的接受承诺制度	113
七、澳大利亚的接受承诺制度	114
八、日本的劝告审决和同意审决制度	116
九、韩国的劝告纠正违法制度	119
十、我国台湾地区的附条件措施及行政和解制度	119
第三节 反垄断指导制度之生成与实践	121
一、美国的建议制度	121
二、欧盟的建议和忧虑函制度	122
三、日本的注意和警告制度	124
四、韩国的警告制度	126
五、我国台湾地区的行政指导制度	126
第四节 反垄断接受咨询制度之生成与实践	127
一、美国的顾问意见和商业审查函制度	127
二、欧盟的非正式指导制度	130
三、日本的事前咨询制度	133
本章小结	135
 第四章 反垄断非强制性执法制度之优势	 136
第一节 反垄断非强制性执法制度之优势的法理分析	136
一、平等式调整优势	136
二、感应式调整优势	138
三、商谈式调整优势	141
四、多元评价性调整优势	145
五、或然性调整优势	152
第二节 反垄断非强制性执法制度之优势的其他视角分析	155
一、政治学层面的分析	155
二、社会学层面的分析	157