

ON CHINA'S

李志强
著

ANTI-
MONOPOLY LAW

中国反垄断立法
与执法评述

AND ITS ENFORCEMENT

本书是近年来比较少见的对中国反垄断法相关法律和实践作出有创见性研究和评论的著作，内容涵盖垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中和反垄断调查等，突出以中国的法律规定和执法实践为主展开分析评述，欧美理论和实践仅以必要为限有所涉及。

本书对《反垄断法》施行十余年来的二十多个代表性案例进行了评述，既有司法诉讼、行政执法案件，也包括经营者集中审查案例。

李志强

法学博士，毕业于对外经济贸易大学法学院。职业生涯从律师开始，后进入商务部公平贸易局（现贸易救济局）工作，负责协调组织和应对国外反倾销调查，并代表中国政府对外进行贸易摩擦磋商与谈判。2008年商务部反垄断局组建后加入反垄断局，负责经营者集中审查、相关规章制度的起草拟定等工作，其间曾赴美国联邦贸易委员会竞争局交流工作。现任通用电气（中国）资深法律顾问。

中国反垄断立法 与执法评述

ON CHINA'S
ANTI-MONOPOLY LAW
AND ITS ENFORCEMENT

李志强 著

序

回溯《反垄断法》实施以来短短十余年的历史，2013年和2018年发生的重大事件大抵可以被视为两个有重要意义的里程碑。2013年前后，经过五年时间的“厉兵秣马”，国家发改委和国家工商总局的反垄断执法工作开始进入一个新阶段，以“利乐案”“高通案”为代表的反垄断调查声势浩大，影响深远。这改变了商务部的经营者集中审查“一枝独秀”的执法局面，“三驾马车”的执法开始并驾齐驱。2018年，既出乎意料又在情理之中的三大执法机构合并，消除了机构和职能的重叠冲突，充实整合了执法力量，无疑开启了中国反垄断事业的新篇章。

过去四十年间，中国由一个贫困落后的中央计划经济体转变为世界第二大且仍在快速发展的社会主义市场经济体，这一事实对中国本身和世界都产生了巨大而深远的影响。与快速发展的中国经济相一致，中国反垄断法的立法和执法同样呈现不均衡性和迭代发展的鲜明特点：最“原始初级”的核心卡特尔与最新科技发展引发的算法合谋等问题交织出现；执法机构在特定问题上的研究和认识已“单兵突进”，同时一些制度性和基础性问题的理论和实践仍存在很大空白。随着执法的深入和认识的提高，《反垄断法》在指导执法实践上显得越来越力不从心，通过执法机构的修修补补已经无法满足实际需要，修法工作已正式提上议事日程。

在这些背景下，本书的主题——有关《反垄断法》修改和执法工作改进的探讨显得恰逢其时。本书有理论性的探讨，如对立法目的、豁免和适用除外制度的阐释，更多的则是针对执法实践中的问题展开的分析和讨论。特别值得一提的是，在阐述自己观点时，作者对典型的行政执法案件和司法诉讼案件作出了自己的点评，且以建设性的批评意见为主。虽然与

作者的观点不尽一致，不过我还是非常欣喜地看到本书有不少令人耳目一新的、颇有见地的观点，因此当作者请我为书作序时我便欣然应允了。

当然，一定意义上讲，为本书作序也算“义不容辞”。志强是我的第一个硕士研究生，也是第一批博士生之一。他曾是一名执业律师，后进入执法机构成为中国第一批反垄断执法官员，现在跨国公司做 in-house counsel。独特的职业履历为他提供了难得的视角，使他能从执法者、被执法者、内部和外部律师等不同的维度全面而深入地审视问题，最终形成了这部著作。我愿意向读者推荐这部著作。

对外经济贸易大学法学院教授、
国务院反垄断委员会专家咨询组成员

黄 勇

2019年7月

内容摘要

本书致力于对《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)颁行以来制定实施的法律法规、实践中形成的惯例做法以及行政和司法机构的反垄断执法实践进行系统性的分析和评论,并在此基础上提出改进建议。虽然涵盖了反垄断法的主要内容,但本书并未面面俱到,逐一介绍,而是有选择性地对相关理论和执法实践进行分析和评述。本书共对24个案例进行了评述,包括司法诉讼案6件、行政执法调查案8件、经营者集中审查案10件。第一章总则主要讨论了反垄断法的立法目的和适用除外制度。笔者认为“保护消费者利益”是反垄断法的主要立法目的,同时还应将“维护统一开放的市场体系”纳入立法目标,但维护社会公共利益不应当是反垄断法的立法目的。作者以相关案例对此进行了深入阐释。反垄断法的适用除外和豁免是不同的两个概念。在分析了适用除外的原因及价值取向后,作者归纳了反垄断法适用除外的发展趋势并提出相应的政策建议。第二章讨论了垄断协议相关问题。在讨论横向垄断协议的构成要件及反竞争效果时,作者对相关案例判决提出了不同意见。在总结了纵向限制协议的促进竞争和限制竞争效果,梳理了行政和司法执法机构对纵向垄断协议认定上的差异和冲突后,笔者提出了自己的见解和政策建议,并对三个相关案例进行了评述。不景气卡特尔豁免和出口卡特尔豁免制度有害无益,作者认为应予废除。本章最后对宽大制度提出了三点评述意见。第三章对滥用市场支配地位的理论 and 实践进行了阐述评论。本章逐一分析了中国反垄断法认定市场支配地位的各项因素并归纳了最高人民法院在案例中确立的相关原则,并分别对超高定价、拒绝交易、限定交易、搭售和差别待遇的确认因素与抗辩理由进行了阐述。本章最后,作者在总结分析

欧盟立法和实践经验的基础上，以中国相关案件为例证，阐释了共同滥用市场支配地位理论上难以克服的缺陷和执法实践中的瑕疵，并建议废除此项制度。第四章和第五章分别对经营者集中审查的实体性和程序性问题进行了分析评论。第四章将经营者集中审查考虑的因素分为确认性因素和抵消性因素，以相关案例阐释了横向集中的单边效应和协调效应。此后，作者通过对非横向集中的原料封锁、客户封锁和传导效应的分析来说明其反竞争效果远小于横向集中，因而对非横向集中的执法应更为慎重。合营企业是集中审查的一个特殊问题，在对欧美做法、中国执法现状和存在的问题梳理分析后，作者提出了合营审查的几点政策建议。第四章最后通过相关案例对经营者集中的救济制度进行了分析评论。对于经营者集中审查的程序性问题，第五章重点评论了申报前商谈、附条件批准的相关问题、撤回并重新申报以及经营者集中的调查等四方面问题，并针对现行制度与做法的不足提出了政策建议。第六章讨论了反垄断调查中执法机构与相关方的权利和义务，并对目前的执法现状提出改进建议。最后对承诺制度的特点和适用范围进行了评述。

作为曾经的律师、执法官员及现从事反垄断工作的法律顾问，笔者力图从独特的视角审视和评述中国反垄断施行十余年来的法律法规和执法实践，以期对未来法律的修改和执法工作的改进贡献绵薄之力。

Abstract

This book is devoted to systematic and thorough comments on China's anti-trust laws, regulations, and common practices as well as the enforcement conducted by both administrative regulators and judicial courts since Antimonopoly Law entered into effect in 2008 and then make recommendations on solving those identified issues. Totally there are 24 case comments in this book, including analysis to 6 judgments decided by the courts, 8 non-merger decisions and 10 merger decisions made by China's antitrust regulators. First part of Chapter 1 explores the legislative intent of Antimonopoly Law (AML). The author argues consumer protection shall be AML's primary legislative intent and "to maintain a uniform and open market" should also be added as a secondary intent. Meanwhile, protection of public interest shall NOT be listed as a goal to be achieved by AML since it is too vague and too easily being distorted by the interest group. The second part of this Chapter elaborates the exceptions to the general application of antitrust law, concludes several development trends of these exceptions and then provide author's policy recommendations. Chapter 2 deals with monopoly agreement. When elaborating cartel's essential elements and its anticompetitive effects, the author explains why he is in disagreement with the judge in an influential ruling. In determining what constitute an illegal Resale Price Maintenance (RPM), China's courts conspicuously differ with the anti-trust regulator. The author makes a thorough assessment to the pro-competitive and anticompetitive effect of RPM before reaching his conclusion and coming up with his policy recommendations. The author then proposes depression cartel and

export cartel shall NOT be exempted by AML with an aim to prevent market distortion. Chapter 3 elaborates both the determinative elements and justifications of AML's abusing dominance conducts, including overpricing, refusal to deal, exclusive contracts, tying, and discriminative treatment. After reviewing EU's unsuccessful enforcement and arguing the inherent logic error of its concept, the author suggests collective dominance is of little value. Chapter 4 and 5 respectively deal with certain substantive and procedural issues of merger review. All elements to be taken into consideration in merger review are categorized as ones either confirming or rebutting anticompetitive effects. Case comments are provided to illustrate unilateral effect and coordinative effect. By setting a high bar for identifying the anticompetitive effects of a non – horizontal merger, the author argues the regulator shall be more cautious in handling non – horizontal mergers. Joint venture (JV) is a special issue dealing both with merger review and cartel investigation. The author identifies certain insufficiencies and deficiencies in China's antitrust enforcement of JV and offers his proposals. A couple of case comments are given in this chapter to explore the ways to improve effectiveness of a remedy imposed upon merger parties. Chapter 5 mainly deals with four procedural issues, including pre – notification consultation, conditional approval process, filing withdrawal, and investigation in a merger review. Some drawbacks are identified in each of these four issues and the improvement suggestions are given accordingly. Chapter 6 focuses on investigation against alleged anticompetitive conduct, mainly dealing with the rights and obligations for regulator and interested parties and briefly talking about the commitment proposed by the investigated party to end an investigation.

The author, used to be a lawyer, antitrust enforcer and currently an in – house antitrust counsel, tries to make comments on China's antitrust legislation and enforcement based on his own experience and understanding, with an aim to make a contribution to on – going enforcement improvement and upcoming AML revamp.

目 录

第一章 总则	1
第一节 反垄断法的立法目的探究	1
一 维护社会公共利益不应是反垄断法的立法目的	1
二 维护统一开放的市场体系应成为立法目的	10
第二节 反垄断法的适用除外	16
一 反垄断法的适用除外与豁免是两个概念	16
二 反垄断法适用除外的原因及价值取向	20
三 结论和建议	29
第二章 垄断协议	37
第一节 横向垄断协议的构成要件	37
一 具有竞争关系的经营者及协助其达成协议的参与者	38
二 一致行为	49
三 意思联络	50
四 相关案例评述：安徽信雅达等三家密码器企业垄断协 议案	56
第二节 横向垄断协议的排除、限制竞争效果	59
一 横向垄断协议推定具有排除、限制竞争效果	59
二 相关案例评述：深圳有害生物防治协会垄断纠纷案	62
第三节 纵向垄断协议的法律适用和政策建议	67
一 执法机关对纵向垄断协议的不同立场和实践做法	69
二 核心争议及各自理由	72
三 维持最低转售价格的净效果评估是对纵向垄断协议进行	

价值判断的基础	74
四 结论与政策建议	82
五 相关案例评述	86
第四节 垄断协议的豁免	94
一 豁免的条件和理由	94
二 中欧豁免条件的区别	95
三 应当废除不景气卡特尔豁免	96
四 出口卡特尔不应豁免	98
第五节 宽大制度	101
一 确定性是宽大制度有效实施的前提	102
二 应对胁迫者和组织者区别对待	104
三 宽大制度不适用于纵向垄断协议	105
第三章 滥用市场支配地位	108
第一节 认定市场支配地位的因素	108
一 《反垄断法》规定的滥用认定因素存在不足之处	109
二 认定市场支配地位的因素的重新界定	111
第二节 最高人民法院确立的相关原则	118
一 界定相关市场非滥用市场支配地位案件之必要前提	118
二 认定市场支配地位的任一因素均非决定性的	119
三 判断是否滥用的最终标准是行为的竞争效果	119
四 非法搭售行为的构成要件及搭售对竞争的影响	119
五 举证责任的分担原则	120
第三节 超高定价	120
一 欧美等对超高定价规制的不同立场	121
二 超高定价规制的“共识”	123
三 超高定价的判定方法及其各自不足	123
四 中国的法律规定和执法实践：高通案、异烟肼案评述	124
第四节 拒绝交易	129
一 欧盟的经验	129

二	美国的司法实践与执法机构立场	133
三	中国的选择	135
第五节	限定交易	140
一	限定交易的类型	140
二	限定交易的反竞争效果	141
三	限定交易的抗辩理由	142
四	相关案例评述：利乐滥用市场支配地位案（之一）	145
第六节	搭售	151
一	搭售产品独立性的认定	152
二	搭售的类型	155
三	搭售对竞争的损害	155
四	搭售的抗辩理由	156
五	相关案例评述：利乐滥用市场支配地位案（之二）	159
第七节	差别待遇	161
第八节	共同滥用市场支配地位	163
一	欧盟共同滥用市场支配地位的起源、确立与发展	163
二	对共同支配地位和共同滥用的质疑	169
三	中国反垄断法下共同滥用	173
第四章	经营者集中（上）实体性问题评述	182
第一节	横向经营者集中审查的确认性因素	183
一	市场份额	184
二	市场集中度	188
第二节	横向经营者集中的反竞争效果	190
一	单边效应	191
二	协调效应	199
第三节	横向经营者集中审查的抵消性因素	204
一	买方力量	204
二	市场进入	206
三	经济效率	209

四	相关案例评述·····	212
第四节	非横向经营者集中·····	218
一	非横向集中的反竞争效果通常小于横向集中·····	219
二	纵向集中的反竞争效果·····	220
三	混合集中的反竞争效果·····	222
第五节	合营企业的反垄断规制·····	229
一	合营与合营企业·····	229
二	反垄断法为何关注合营企业·····	231
三	欧盟对合营企业的反垄断规制·····	231
四	美国对合营企业的反垄断规制·····	234
五	中国对合营企业的反垄断规制·····	237
六	相关案例评述：P3 案 ·····	240
第六节	经营者集中的救济制度·····	243
一	结构性剥离是最有效、最重要的救济方式：评辉瑞/ 惠氏案·····	243
二	产能剥离具有创造性，但适用范围有限： 评三菱丽阳公司/璐彩特案 ·····	247
三	皇冠宝石规则有助于降低资产剥离失败风险： 评三菱丽阳公司/璐彩特案 ·····	251
四	救济措施需要与反竞争效果的严重程度相适应： 评陶氏/杜邦案 ·····	252
第五章	经营者集中（下）程序性问题评述 ·····	257
第一节	申报前商谈·····	257
一	申报前商谈的目的和涉及的难点问题——控制权的 取得·····	257
二	申报前商谈的现状与问题·····	259
三	政策建议·····	259
第二节	附条件批准的经营者集中相关问题评述·····	260
一	在确认竞争问题和救济条件商谈中增加执法透明度·····	261

二	附加的限制性条件应避免对价格、供应量等作出直接限定	264
三	附加的限制性条件应当与确认的竞争问题相一致	265
四	违反限制性条件的法律责任	266
第三节	撤回并重新申报之弊端及修法建议	268
一	现状及形成原因	269
二	权宜之计的弊端	270
三	修法建议	271
第四节	经营者集中的反垄断调查	274
一	集中调查不同于集中审查	274
二	经营者集中调查的现实意义	275
第六章	反垄断调查	277
第一节	反垄断调查中执法机构与相关方的权利和义务	279
一	反垄断调查的法律依据	280
二	立案	281
三	执法机构进入自然人住所进行调查的权力及其限制	285
四	查封、扣押相关证据须符合《行政强制法》	286
五	相关利害关系方配合调查之义务及“无罪推定”原则	286
六	相关利害关系方的知情权和申辩权	288
七	听证制度	293
八	相关利害关系方对反垄断调查寻求法律救济的权利	295
第二节	承诺制度	296
一	承诺制度及其特点	297
二	承诺制度的适用范围	299
参考文献		302
后 记		305

Contents

Chapter 1 General Provisions / 1

- 1 An Exploration of Antimonopoly Law (AML) Legislative Intent / 1
 - 1.1 Protection of Public Interests shall NOT be AML's Legislative Intent / 1
 - 1.2 Add Maintaining a Uniform and Open Market as AML's Legislative Intent / 10
- 2 Exceptions of Antitrust Law's General Application / 16
 - 2.1 Exception is Different from Exemption / 16
 - 2.2 Exception; Causes and Value Orientation / 20
 - 2.3 Conclusions and Suggestions / 29

Chapter 2 Monopoly Agreement / 37

- 1 Essential Conditions for a Horizontal Monopoly Agreement / 37
 - 1.1 Competitor and Facilitator / 38
 - 1.2 Uniform Conducts / 49
 - 1.3 Joint Intention Liaison / 50
 - 1.4 Case Comment: Anhui Bank Cipher Cartel / 56
- 2 Cartel's Eliminating/Restricting Competition Effect / 59
 - 2.1 Eliminating/Restricting Competition Effect / 59
 - 2.2 Case Comment: Hui' erxun v. Shenzhen Pest Management Association / 62

- 3 Resale Price Maintenance (RPM) : Law Application and Policy Proposal / 67
 - 3.1 Courts and Regulators Divides over RPM / 69
 - 3.2 Core Issue in Debate / 72
 - 3.3 Net Effect Test / 74
 - 3.4 Conclusions and Recommendations / 82
 - 3.5 Case Comments / 86
 - 4 Exemption of Monopoly Agreement / 94
 - 4.1 Conditions and Causes for Antitrust Exemptions / 94
 - 4.2 Differences Between China and EU on Exemption / 95
 - 4.3 Exemption for Stagnant Economy should be Abolished / 96
 - 4.4 Export Cartel shall NOT be Exempted / 98
 - 5 Leniency Program / 101
 - 5.1 Certainty Provided by Regulator: Precondition for an Effective Leniency Program / 102
 - 5.2 Treat Coercer Differently from Organizer / 104
 - 5.3 Leniency Program not Applied to RPM / 105
- Chapter 3 Abuse of a Dominant Position / 108**
- 1 Factors of Determining a Dominant Position / 108
 - 1.1 Factors Stipulated by AML and Their Defects / 109
 - 1.2 Redefine the composing factors of a dominant position / 111
 - 2 Principles Established by China's Supreme Court / 118
 - 2.1 Defining a Relevant Market NOT a Precondition for Confirming Dominance Abusing / 118
 - 2.2 No Factor is Decisive / 119
 - 2.3 Ultimate Test: Competitive Effect / 119
 - 2.4 Essential Conditions for an Illegal Tying and Tying's Competitive