

乔治梅森大学法学院全球反垄断学会

关于中国《反垄断法》修改意见调查问卷的评述

2015年12月10日

本评述旨在回应中国政法大学（CUPL）关于《反垄断法》修改意见的调查问卷。我们感谢能有这样的机会并且赞扬中国政法大学对于评估反垄断法可能的修改的透明度。我们基于广泛的经验和在反垄断法和经济学上的专业知识提交本评述意见。¹

本评述回应调查问卷中与以下内容有关的问题：总则；纵向限制；市场支配地位的定义；以不公平的“高价”销售商品或者以不公平的“低价”购买商品；拒绝交易；联合支配；经营者集中(或者兼并和收购)；滥用市场支配地位；罚款；没收；关于第55条中将《反垄断法》适用于知识产权的规定。

第一章 总则（问题1-4）

正如中国近期中美战略与经济对话第六次会议中认可，“竞争政策的目标是促进消费者福利和经济效率，而非保护个体竞争者或者产业。”

¹ 乔治梅森大学法学院全球反垄断学会（GAI）是国际领先的对于全球竞争法执法机构和法院面对的关键反垄断问题进行法律和经济分析的研究和教育平台。法学教授 Joshua D. Wright, Ph.D. (经济学博士), 是全球反垄断学会的执行董事和美国联邦贸易委员会前任委员。Koren W. Wong-Ervin 是全球反垄断学会的执行董事和美国联邦贸易委员会知识产权与国际反垄断事务前任顾问。法学教授 Douglas H. Ginsburg 是美国哥伦比亚地区上诉法院高级法官, 全球反垄断学会国际顾问团主席和美国司法部反垄断局前任助理检察长。法学教授 Bruce H. Kobayashi, Ph.D. (经济学博士), 是全球反垄断学会高级学者和创始董事。

反垄断执法应当公平、客观、透明和无歧视。”² 为了反垄断法与最近的承诺保持一致，我们诚挚地建议反垄断法第一条修改如下：

为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争不受扭曲，提高经济运行效率，促进消费者福利，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。

同样地，我们也诚挚地建议第四条修改如下：

国家制定和实施与促进消费者福利和效率社会主义市场经济相适应的竞争规则，完善宏观调控，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系。

经验表明，健康并且不受扭曲的竞争通过促进增长、刺激创新和加速资源有效分配在整体上对消费者和社会带来产生实质性的好处。此外，相关经验还揭示，竞争法规和政策的目标在专注于竞争和消费者福利之时最有效，而非试图同时达成多个可能互相冲突的目标之时。

事实上，在具有竞争性国内市场的经济体中，往往人均收入有更高，且增长水平更快，³并且竞争性更强产业中生产率增长更快。⁴ 国内市场竞争有利于产

² 中美战略与经济对话第六次会议美国情况说明书 (2014 年 7 月 11 日)，来源：

<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/j12563.aspx>.

³ 参见例如，R.S. Khemani, *Competition Policy and Promotion of Investment, Economic Growth and Poverty Alleviation in Least Developed Countries*, FIAS, Occasional 第 19 页第 3 行 (2007); World Bank, *Global Economic Prospects and the Developing Countries* (2003).

⁴ OECD, *Factsheet on How Competition Policy Affects Macro-Economic Outcomes* 4-5 (Oct. 2014)，来源：

<http://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf> (collecting studies); 参见，S. Nickell, *Competition and Corporate Performance*, 104 J. OF POLITICAL ECON. 4, 724 (1996) (最具竞争性的公司生产率增长率比最不具竞争性公司高 3.8-4.6%); P. Buccirossi et al, *Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment*, Review of 95 ECON. & STATISTICS 4, 1324 (2013) (一份对于 12 个 OECD 国家 22 个行业的研究将竞争政策的质量和生产率结合在一起，发现

生具有更高效率和生产的，能够更好适应国际市场的公司，从而促进经济增长和生活水平。⁵ 竞争性市场同样促进社会创新。⁶ “市场机制通过经济刺激实现效益和满足消费者需求，即为实现效益和满足消费者需求的公司提供更高的回报。”该机制显然以更有力地方式推动创新。而对于在高新技术领域的寡头垄断企业，这实际上关系着其是否能生存。任由竞争对手在创新产品和进程中超越自己的公司面临着被淘汰的风险。⁷

例如，McKinsey 全球学会针对 13 个国家经济表现的研究进一步支持了上述论断。⁸ McKinsey 调查支持经济学家的一致观点，即生产率在经济发展中起到关键作用，企业间是否有不受扭曲的竞争对于生产率至关重要。当竞争被扭曲时，那些不能满足对于消费者以有竞争力的价格购买产品需求的企业没有压力进行改进或者退出市场。因此，整个经济的竞争程度就会变得更少。投资乏力、工作稀缺、商品服务更加昂贵，消费者需要花费使得垄断者获益，而非用来改善自身的生活。

另外，在竞争分析中使用非竞争因素会产生一系列问题，例如在不同市场之间平衡竞争与非竞争因素，以及平衡效率与公平因素；考量公共政策因素可能损害消费者福利；可能损害反垄断执法透明度和可预测性；竞争执法官员在衡量非

在经济改革中（英国）大概生产率增长的五分之一可以归功于竞争政策的改善。); C.T. Hsieh & P.J. Klenow, *Misallocation and Manufacturing TFP in China and India*, 124 THE QUARTERLY J. OF ECON. 4, 1403 (2009) (在不做技术改良的情况下通过更多的竞争，在中国和印度可以生产率增长 50% 以上。).

⁵ 参见同上第 11 页 (collecting studies); 参见 J.M. Arnold et al., *Regulation, Resource Reallocation and Productivity Growth*, EUROPEAN INVESTMENT BANK PAPERS 16(1), 90 (2011) (生产率增长大多由生产率低的公司向高的公司重新分配。) [以下简称 Arnold et al.].

⁶ 美国司法部反垄断局助理检察长的讲话 R. Hewitt Pate, *Promoting Economic Growth and Innovation* (2004 年 7 月 1 日), 来源: <http://www.justice.gov/atr/speech/promoting-economic-growth-through-competition-and-innovation>.

⁷ WILLIAM J. BAUMOL, *THE FREE-MARKET INNOVATION MACHINE* 第 10 页 (Princeton Univ. Press 2002) [以下简称 Baumol].

⁸ 参见例如, William Lewis, *THE POWER OF PRODUCTIVITY: WEALTH, POVERTY, AND THE THREAT TO GLOBAL STABILITY* (2004) 第 13 页.

竞争因素上缺乏专业能力等。⁹ 事实上，美国在试图利用反垄断法服务大杂烩式社会和政治目标有一系列失败经验，很多明显反竞争的倾向，例如保护小商户而非更有效率的竞争对手，导致了美国反垄断法在促进竞争和消费者福利上的失败。直到 70 年代，美国最高法院将美国反垄断法的重心由混杂的经济、社会、政治目标转向了单一的经济目标。¹⁰

最后，第七条相关部分规定，“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者的合法经营活动予以保护”。我们诚挚地建议删除该条，或者至少修改，使得除却中华人民共和国宪法第七条对国有企业给予的保护（“国家保障国有经济的巩固和发展”，例如“社会主义全民所有制经济”）之外，并不免于反垄断法的规制。“对于国家垄断企业适用反垄断法不意味着挑战这些企业的宪法权利，而是限制该权利的行使，例如限制滥用国家赋予的垄断地位。”¹¹

仅仅基于其国有企业地位，而非更好的表现或者效率，给予其相对于其私有竞争对手的特权和豁免，扭曲了国有和私有竞争对手之间的竞争。¹² 另外，整体而言，国有企业不如私有企业高效，因为其不像私有企业主要由利润驱动，国有企业可能有很多其他包括就业、社会目标或者财富分配的目标。要求国有企业

⁹ 参见 Keynote Address by FTC Chairwoman Edith Ramirez, “Core Competition Agency Principles: Lessons Learned at the FTC” 第二页 (2014 年 5 月 22 日), 来源:

http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/314151/140522abachinakeynote.pdf; 参见 Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg, *The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice*, 81 FORDHAM L.R. 2405 (2013) [以下简称 Wright & Ginsburg]; Koren W. Wong-Ervin, *The Importance of Procedural Fairness and of Focusing Solely on Competition Factors in Competition Analysis*, ABA INTERNATIONAL ANTITRUST BULLETIN (2014 年 8 月), 来源: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-ervin_-_procedural_fairness_-_aug_2014.pdf.

¹⁰ Wright & Ginsburg, *supra* note 9 第 2405-06 页.

¹¹ Yong Huang, *Pursuing the Second Best: The History, Momentum, and Remaining Issues of China's Anti-Monopoly Law*, 75 ANTITRUST L.J. 117, 128 (2008) [以下简称 Yong Huang].

¹² 参见例如, OECD Policy Roundtables, *State Owned Enterprises and the Principle of Competition Neutrality* 第 25 页 (2009), 来源: <http://www.oecd.org/daf/competition/46734249.pdf> [以下简称 OECD Paper].

实现上述非市场目标成本高昂，可能显著影响其在市场上的表现并不必要地增加实现上述目标的成本。¹³ 国有企业相对于私有企业，易于产生代理人问题。由于与私有公司及其股东之间的关系不同，针对国有企业管理者的激励措施与一般公众更加不一致。¹⁴ 因此，在私有企业中决策比在国有企业中更直接有效，这样的决策结果也更可靠。¹⁵ 事实上，国有企业的管理者不太可能由于表现不好而被开除，并且国家更有可能为管理不善的国有企业而不是私有企业提供资金支持。¹⁶

第二章 垄断协议—纵向限制（问题5-6）

我们诚挚地建议反垄断法增加规制纵向限制的特别条款，该条款应当明确地认可大部分纵向限制是促进竞争的或者良性的，并且应当基于合理原则进行分析，或者基于效果方法，即仅当任何造成的反竞争的损害超越了促进竞争的效果时才应认定限制行为违反反垄断法。我们同时也建议在该条款中对于没有市场支配地位企业的纵向限制行为设置安全港条款。

经济学研究表明纵向限制（包括纵向地域限制、维持转售价格、排他交易、客户忠诚度折扣、捆绑销售或者其他相关商业实践）很少损害竞争，而是常常通过降低价格、增加需求、和 / 或创造更有效的销售渠道来使消费者获益。¹⁷ 正

¹³ 同上，第 28 页。

¹⁴ 同上，第 29 页（省略内部引用）。

¹⁵ 同上，第 29 页。

¹⁶ 同上，第 30 页（collecting cites）。

¹⁷ 参见例如，James C. Cooper et al., *Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference*, 23 Int'l J. Indus. Org. 639, 658 (2005)（尽管“一些研究发现与促进竞争和反竞争效果一致的证据……没有研究表明找到例证说明纵向限制可能损害竞争”，并且，“在大多数研究中，纵向限制有显著的促进竞争的效果。”）[以下简称 Cooper et al.]; Daniel O'Brien, *The Antitrust Treatment of Vertical Restraints: Beyond the Possibility Theorems in The Pros and Cons of Vertical Restraints* 40, 72-73 (2008)（“文献中基本不支持纵向限制被用于反竞争理由的观点，纵向限制在大部分情况下都是不限制竞争的。”）；Bruce H. Kobayashi, *Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic*

如美国联邦贸易委员会经济局局长解释到，“当生产者选择施以 [纵向] 限制，不仅仅使他们自身获利，同时也使消费者能够享受到更高质量的商品和服务。”

18

为了评价纵向限制的竞争性效果，反垄断分析必须将有纵向限制的情形（可被观察到的）和没有限制的情形（通常是不可被观察到的）进行比较。分析的关键因素是合理地阐明“与真实世界相反”（即没有纵向限制）的情形。经济分析以此基本对比工具为竞争法执法机构和法院提供分析。总体来说，针对上述不可被观察的情形，有以下两种方式可以进行推断。第一，如果在一个“自然实验”中，在模拟限制性效果以及其他可能影响价格、产出或者其他可能设置为恒定变量之后，则可以通过比较控制组（没有限制的情形）和实验组（有限制的情形）估算出限制性的竞争性效果。第二，当不能直接测量时，可以通过公司竞争理论中的经济学模型推导出限制的竞争性效果。

然而，在纵向限制的情况下主要依赖理论模型推导竞争效果存在一个重大难题，就是损害福利的纵向限制条件通常同样是促进消费者福利的条件。例如，在纵向整合中提高价格通常需要市场控制力量；但是在这些条件下的纵向整合通常也会消除双重边际化现象¹⁹，从而促进竞争，在整体上提高产出、降低价格和促进消费者福利。从关于纵向限制竞争效果的经济学研究中活动的结论（其通常是促进竞争的），单独依赖于理论模型推导竞争损害，通常是不足以满足原告（或

Literature, 1 J. COMP. LAW & ECON. 4, 707 (2005); Benjamin Klein, *Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding*, 76 ANTITRUST L.J. 2, 431 (2009).

¹⁸ Francine Lafontaine & Margaret Slade, *Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy in Handbook of Antitrust Economics* 391 (Paolo Buccirossi ed., 2008).

¹⁹ 双边化，也就是连续垄断问题，指当两个在不同纵向供应链等级的公司独自设定价格（或者数量）给互补商品或者服务。结果是两个公司在边际成本上加价，无谓损失发了两次。一种避免无谓损失的方式是纵向整合两家公司。

者政府) 承担的在证明特定限制是反竞争方面的举证责任。²⁰

第三章 滥用市场支配地位——收取“不公平高价”或以“不公平低价”购买，拒绝交易以及联合支配（问题 1-3）

首先，我们诚挚地建议对第 17 条中市场支配地位的定义进行修改，阐明只有当企业能够在相当长的一段时间内将市场定价维持在竞争水平之上或将市场产出维持在竞争水平之下，并且还保持盈利时，才认定其具有市场支配地位。

值得注意的是，美国已将对市场定义和市场力量的关注转移到对竞争效果关注。尤其是美国竞争机构快速地将其注意力从根据市场份额来预测企业的市场地位或抬价的可能性，转移到对激励和竞争效果的直接考量，这在 2010 年横向兼并指南中得到体现。反垄断分析中的这一转变与现代经济学的研究成果相一致，这在涉及知识产权的情况中尤其重要；知识产权权利人可能需要相对较高的利润空间（高于边际成本的价格）来回收他们的前期投资，并补偿与知识产权的创造及商业化有关的实质风险。在这些行业中，远高于他们的低边际成本甚至零边际成本的定价在竞争性市场上司空见惯。换句话说，在这种行业中，为给予创造知识产权所必需的高投资回报率，本质上要求高于边际成本的定价。²¹与此相关，市场之间的界限在涉及知识产权的高科技市场上并不分明。仅根据企业的高市场份额或其做出远高于边际成本的定价的能力来推断该企业具有市场支配地位常常会出错。

²⁰ 参见 Cooper et al, *supra* note 15. For a discussion of the proper analysis of tying arrangements and exclusive dealing, 参见 Alden F. Abbott & Joshua D. Wright, *Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing* in THE LAW AND ECONOMICS OF ANTITRUST (Keith Hylton ed., Edward Elgar Publishing Ltd. 2009); for loyalty discounts, 参见 Derek W. Moore & Joshua D. Wright, *Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing*, 22 GEORGE MASON L.R. 5, 1205 (2015); Benjamin Klein, *Exclusive Dealing As Competition For Distribution "On The Merits,"* 12 GEO. MASON. L.REV. 1, 119 (2003); Kevin M. Murphy & Benjamin Klein, *Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution*, 75 ANTITRUST L.J. 2, 433 (2008).

²¹ Benjamin Klein & John Shepard Wiley, Jr., *Competitive Price Discrimination As An Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal*, 70 Antitrust L.J. 3, 599 (2003).

关于第 17 条第 1 款中禁止以“不公平高价”出售或以“不公平低价”购买产品的规定，我们诚挚地建议完全删去这一条款，或者至少对涉及知识产权的情况做出例外规定。

对价格进行管制有惩罚激烈竞争的风险。总体而言，竞争政策不应禁止企业对其商品或服务设定其认为能够获得最大利润的价格。正如我们在第一章评述中解释的，市场通过激励机制和灵活适应不断变化的市场情况以及消费者偏好的能力来达到运行效率。能够以适应性和创新性来满足消费者需求的企业以高经济收益的方式来获得回报。政府强制定价必然不如市场价格那么灵活。因此，过分高于或低于市场水平的强制定价会导致资源错配，减缓激励政策的有效性，减少对创新的激励并扭曲市场。²² 经济学家深谙价格变化反映供求状况的规律，他们也以此在市场、生产率和增长力间的因果关系中探索。“价格合理地在经济学模型的核心部分扮演着重要角色：作为信息和市场之间的纽带，价格是一般均衡理论中至关重要的变量”。²³ 大多数市场都是竞争性的，垄断也倾向于自我纠正。但即使市场并不是竞争性的，价格管制的成本也可能高于其收益。²⁴ 事实上，涉及过高定价的案件对竞争机构而言在考量标准、数据分析以及合适救济的设计和执行方面被认为是最为困难和复杂的案件。这些困难导致第一类（假阴性）错误和第二类（假阳性）错误的实质性风险。

在美国，企业可以单方面自主定价或私下协商价格，甚至一个垄断企业可以设定它对其商品或服务能够收取的最高价格，而这也正是对促进创新和经济增长的高风险企业行为的回馈。²⁵ 正如美国最高法院在 *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 中解释的：

仅仅拥有市场垄断地位，以及相应的制定垄断性价格，不仅是合法的；

²² 参见 F.A. Hayek, *Competition as a Discovery Procedure*, 5 *The Quarterly Journal of Austrian Economics* 3, 13 (2002).

²³ Baumol, *supra* note 5 第 15 页.

²⁴ 参见 Gal(2004:335).

²⁵ 参见 *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

这还是自由市场体系中的一个重要成分。收取垄断性价格的机会——至少在短时间内——是首先将“商业头脑”吸引过来的；它使得人们愿意冒险来获得产品创新和经济增长。为了保护创新激励政策，垄断地位并不会被认定为违法，除非它还伴随着某个反竞争因素。²⁶

在涉及知识产权的情形中更是如此；国家创造并保护知识产权的目的恰恰是引导人们进行高风险高成本的投资。为了获得创新和竞争保护之间的平衡，垄断性定价只有在其是非法行为导致的结果时才应被认定为违法。

此外，正如上文讨论的，经济学揭示，信息缺失尤其会导致难以界定“公平”价格。事实上，由于知识产权许可没有可供比较的边际成本，并且各知识产权之间的巨大差异本身就导致很难进行价格比对，因此评定与知识产权许可有关的“公平”定价就显得尤为困难。对知识产权定价施以过分严苛限制的风险在于，创新行为的回报会减少，消费者也会难以享受创新带来的益处。有了这样的限制，知识产权权利人在判断其许可行为是否触犯反垄断法时会面临巨大的不确定性。

此外，为了判断某个具体的定价是否过高或不合理，竞争机构需要计算一个合理的价格作为基准，与涉嫌过高的价格进行比对。根据我们的经验，竞争机构一般并无计算费率的完善能力，该任务最好还是由市场完成，或者万不得已时，落在法院头上。²⁷

涉及到第 17 条第 3 款中关于禁止具有支配地位的企业“无正当理由拒绝与相对方交易”的规定，我们诚挚地建议将此条款修改为限制在针对为产生或维持垄断地位目的的拒绝交易行为。如果没有这样的限制，第 17 条第 3 款可能被理解为对企业之间的交易施加反垄断责任，这过于介入企业间的具体交易，并要求法院和机构给出复杂的补救措施，而这样的救济措施可能伴随着对竞争和消费者带

²⁶ 同上。

²⁷ 关于由法院来设定费率的困难之处的讨论，参见 Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin, Methodologies For Calculating FRAND Damages, Law360 (Oct. 8-10, 2014), 访问链接 https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-ervin_-_methodologies_for_calculating_frand_damages.pdf.

来弊大于利的实质性风险。关于这些风险，美国最高法院在 *United States v. Colgate & Co* 一案中解释道，“不以产生或维持垄断地位为目的的行为，[美国反托拉斯法]不会限制[卖方]的长期以来享有的，独立决定其与谁进行交易的权利”。²⁸正如法院近期在 *Trinko* 一案中解释的一样，这一规则背后的原理包含着“强制共享的不确定性，以及对单个企业的反竞争行为予以认定和补救的困难”。²⁹

尽管某企业的竞争者可能非常希望在其商品中使用某个特定的产品或技术，但实际上，很少有缺少这种产品或技术就无法参与市场竞争的情形。事实上，那些支持强制共享的人往往低估了一个意志坚定的对手在绕开该上述产品或技术的竞争能力，而这种竞争最终使消费者受益。这一点尤其适用于快速发展的技术领域，技术发展和市场发展为企业绕过竞争者的产品或知识产权提供了大量机会。考虑到这些因素，美国最高法院阐明，法院在认定垄断者有权利选择交易相对方这个一般规则的例外时，应当格外谨慎。³⁰

美国的相关实践表明，如果发明人付出了努力，但获得的收益却因不得不与他人共享技术或产品而受到损害，那么潜在发明人将不愿意为发明而进行研发投入。相反，如果经营者知道他们可以轻易获得其他企业的技术或产品，他们进行创新的动力就会减少，转而对他人的高风险高投入的研究成果采取搭便车行为的动机就会增强。³¹ 强制要求经营者与竞争者进行交易可能会阻碍创新，长此以往损害消费者利益。

关于第 19 条中关于依市场份额推定支配地位的规定，我们诚挚地建议完全删除此条款。特别地，第 19 条第 1 款规定，如果一个企业拥有大于 50% 的份额，它将被推定为具有市场支配地位。更重要的是，这种基于市场份额的推定会妨碍对特定问题进行更加严谨的基于效果的经济分析，这一规定易于应用，但缺乏分析中应有的精确形式。进一步地，美国方面的经验表明，以 50% 的市场份额来

²⁸ 250 U.S. 300, 307 (1919). 参见 *Trinko*, 540 U.S. 第 408 页。

²⁹ 540 U.S. 第 408 页。

³⁰ 参见同上。

³¹ 参见同上。

推定企业具有垄断性地位是远远不够的，甚至于当一个企业拥有更高市场份额（比如 60% 或 70% 以上）时，企业是否拥有市场支配地位还是一个应当进行个案分析的事实认定问题。这种分析包括对市场准入门槛、进行跨界竞争可能性以及高市场份额的持久性的考量，这样才能判定企业是否真正具有在相当长的一段时间内将定价维持在竞争水平之上并将产出维持在竞争水平之下，并且还保持盈利的能力。

第 2 款和第 3 款规定了推定联合支配。这种推定对竞争的负面作用可能大于其带来的促进作用。例如，市场上第二大和第三大的企业常常处于能够与市场领导者相抗衡的最佳位置，但如果把他们认定为支配性地位，可能会阻碍他们与市场领导者激烈竞争。因此，我们诚挚地建议完全删除此两款规定，或者至少将其修改为类似欧盟委员会的做法，要求企业联合垄断并采取一致行动时才认定其具有支配地位。

第四章 经营者集中

我们诚挚地建议将第 20 条中关于经营者集中的定义修改为“控制其他经营者”和“通过合同等方式.....施加决定性影响的能力”。

我们诚挚地建议将第 21 条中设定的合并前强制审查程序规定修改为，基于在中国的销售量或资产量等客观量化的标准，如果一项交易与中国没有实质性纽带关系，就可以适用例外规定。正如国际竞争网络（ICN）推荐的，在交易中双方以上之间的活动或要求的经营行为所限定的管辖范围内，“除非交易有可能产生明显、直接、即时的经济效果，否则不应发出通知”。³² 这些修改为股东提供交易的透明度和可预测性，使商务部（MOFCOM）能够聚焦于最有可能引发潜在竞争关切的交易，并避免支出不必要的交易成本，以及浪费难以获得执法收益的行政资源。

³² 参见 ICN, Recommended Practices for Merger Notification Procedures, 访问链接 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.

第 5 款规定在判定是否准予某一经营者集中时“应当”考虑的因素之一是“经营者集中对国民经济发展的影响”。与此相似，第 28 条的相关部分规定，当经营者集中导致或可能导致排除或限制竞争时，如果经营者能够证明“集中符合社会公共利益”，那么商务部可以禁止该集中。根据第一章中关于运用非竞争性因素的讨论，我们诚挚地建议删除此款规定。

第五章 滥用行政权力排除、限制竞争

第五章规定了禁止了行政机关制定可能排除或限制竞争的法规。但是，“第 51 条的规定增加了一个可能减损该主要条款明晰度的规定”³³：

行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构应向有关上级机关提出依法处理的建议。

这一规定存在问题，“上级机关”可以是任何类型的机构，可能缺乏认定某一具体行为是否排除或限制竞争的专业能力和经验。更多地，大量行政机关对反垄断法的理解五花八门，可能做出互相冲突的决定，为企业带来高成本的混淆后果及不确定性。此外，“对上级机关来说，要在其下级机关与非国有企业或来自其他领域的竞争者之间保持中立态度是很难的”。³⁴ 因此，我们诚挚地建议完全删除此款规定，反垄断机构应当被允许对行政机关的垄断行为采取反垄断执法措施，包括发布责任调查结果，要求停止违法行为，没收违法所得，以及/或收取相关罚款。

关于该话题，有必要讨论管制经济学相关内容，即规制俘虏理论和公共选择理论。管制经济学的理论基础在于对可定义的市场失灵行为(例如资源分配不当)

³³ Yong Huang, *supra* note 11 第 149 页。

³⁴ 同上。

进行管制，这在特定行业中可能是必要的。当然，除了借助管制以外，还有很多解决问题的办法，包括私人秩序。正确定义市场失灵对经济意义上的监管来说是必要条件，但不是充分条件。一旦认定市场失灵，提出的规制解决方案自身必须经得起严谨的经济学成本收益分析的考验，这也是要考虑的因素之一。³⁵

20 世纪 50 年代起，经济学家开始对实践中的管制措施是否与经济学理论基础相一致提出质疑。结论是显而易见的。例如，1974 年 Richard Posner（现任美国第七巡回上诉法院法官）谈论到，“一些由经济学家完成的长达十五年的理论和实证研究已经表明管制与垄断性市场架构的正外部性或负外部性并非正相关”。

36

经济学家还提出了强有力的证据来证明管制常常惠及生产商并伤害消费者。³⁷在垄断性行业，证据表明管制并未解决资源配置和生产效率之间的冲突，也没有使价格维持在垄断水平以下。在更加竞争化的行业里，证据表明管制让价格高于成本价且阻止新的企业进入市场，从而扭曲竞争。近期的一项研究发现，实质性地放开反竞争性的管制（一个标准差）会带来超过 1% 的生产率增长，从长远来看，至少会将生产率提升 10%。³⁸此外，因为市场参与者为影响管制进行寻租付出的成本甚至远远超出了建立准入门槛带来的净损失。只要能够利用政府来获得垄断地位，相关主体就会设法夺取从生产到再分配的资源。

至于监管者的动机，诺贝尔经济学奖得主 James Buchanan 和 Gordon Tullock 创造了公共选择经济学来解释为什么立法者和监管者会采取这种并不必然惠及主要消费者群体的方式。公共选择经济学家谈论到三个关于监管的重要因素：（1）监管性法规对财富进行再分配；（2）立法者对权位的渴望驱动其行为，即立法

³⁵ 参见 Remarks of U.S. Federal Trade Commissioner Joshua D. Wright, Regulation in High-Tech Markets: Public Choice, Regulatory Capture, and the FTC (April 2, 2015), 访问链接 https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/634631/150402clemsom.pdf.

³⁶ 参见 Richard A. Posner, Theories of Economic Regulation, 5 Bell. J. Econ. & Mgmt. Sci 335, 336 (1974).

³⁷ 参见 William A. Jordan, Producer Protection, Prior Market Structure, and the Effects of Government Regulation, 15 J.L. & Econ. 151 (1972).

³⁸ Arnold et al., supra note 5.

是为了最大化其政策支持者；（3）利益集团通过提供政策性支持来换得于己有利的法律来参与竞争。综合考虑这些因素，“随之而来的通常结果就是监管可能会朝向偏袒那些互相之间组织配合得更好的利益集团.....并且从于己有利的法律中获益更多。从而，有明确诉求的小利益团体通过会比诉求不明确的大利益团体受重视”。³⁹ 规制俘虏的相关概念，规制俘虏理论认为，监管是“应行业对监管的需求（换句话说，立法机关被行业俘虏）而产生的，或者随着时间的推移监管机构逐渐被行业控制（换句话说，监管者被行业俘虏）”。⁴⁰

公共选择和监管经济学对监管常常有利于生产者而非消费者这一事实提供了见解。公共选择经济学，监管经济学，以及美国的监管历史都为现代监管者提供了前车之鉴。首先，公共管制对消费者尤其不利，而对竞争机构是非常有价值的目标。其次，监管者和竞争执法者应当尽其所能，尤其是具有巨大威慑潜力的竞争执法，来打击贸易限制。第三，通过设定一个强有力但仍然可反驳机会的推定机制，来规范关于相对于新进入者偏袒已有企业，或者接受一些心怀不满的公司通过竞争机构举报其对手的监管行为。

第七章 法律责任—罚款和没收

第四十七条规定，“经营者违反本法规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。”我们诚挚地建议对此条做如下修改：（1）删除关于没收或者最小罚款的要求；（2）明确将“销售额”限制为相关产品的获得的直接销售额和中国境内受到违法行为影响的地域市场；并且（3）说明反垄断执法机构的没收措施仅限于竞争者之间的直接的价格固定协议，或者在单边行为的情况下，仅适用于处于垄断地位的公司行为缺乏正当合理事由之时。

第三项修改的意义确保，对于那些某些情况下有效且使消费者获益，而在另

³⁹ W. Kip Viscusi et al., *Economics of Regulation and Antitrust* at 382 (4th ed. 2005).

⁴⁰ 同上，379-380.

外情况下损害竞争和消费者的行为(例如具有市场力量的公司施加的纵向限制),竞争执法者能够区分,并不阻碍那些有效的、对消费者有益的行为。⁴¹ 涉及纵向限制问题中最难的部分就是区分反竞争和促进竞争的行为,而后者不合适适用没收措施。

第八章 附则一第55条 反垄断法对知识产权的适用(问题5)

我们诚挚地建议第 55 条修改如下:

经营者依照有关包含排他权的知识产权的法律、行政法规固定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。本条不设立独立的知识产权滥用违法行为。仅当违反本法第 13、14 条时,该行为才会被认定为违反本法。

经济学文献表明知识产权(其核心特征就是排他权)鼓励创新、创意和原创成果。⁴² 它们同样通过定义产权保护范围和降低交易成本促进知识产权的销售和许可,并且提供激励以发展替代技术、改进或者其他衍生使用。

假设在知识产权缺乏可执行性的情况下转让创意可以进一步认识到知识产权的激励作用。创意的转让需要向潜在的买家披露其内容,在缺乏法律保护的情况下,潜在的买家在知晓该创意之后,并没有动力去购买或获得许可。

⁴¹ Remarks of U.S. Federal Trade Commissioner Joshua D. Wright, *The Federal Trade Commission and Monetary Remedies* (July 19, 2013), 来源:

https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/federal-trade-commission-monetary-remedies/130719monetaryremedies.pdf.

⁴² 参见 Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, *Intellectual Property and Standard Setting* in the ABA HANDBOOK ON THE ANTITRUST ASPECTS OF STANDARD SETTING 1, 2 (2010) (citing William M. Landes & Richard A. Posner, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (2003)) [以下简称 Kobayashi & Wright]; Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 YALE L.J. 1742 (2007).

经济学文献也关注在促进激励和保障使用⁴³二者之间该如何达到最佳平衡的问题。因为对发明和作品的使用是非排他性的，当一个公司使用某个知识产权时，不会阻碍另一公司使用该知识产权的能力。另一个公司使用一项已有知识产权的成本为零。因此，单纯从静态效率的观点而言，应当将知识产权向每个有需求的公司（或消费者）提供。但很明显这种做法会对创新造成强烈的抑制，损害因改良商业模式而带来社会效益的动态效率，虽然静态效率可能会在短期内增加消费者福利，但经济学已经揭示，动态效率才是对消费者福利⁴⁴，包括从创新中获得的社会效益，更长远的推动力。

在权利人已经进行投资，付出竞争性的努力，并成功做出突破性的发明之后。征用该创新成果并在市场中让其他主体使用变得很有诱惑性。然而，这样做会损害竞争、创新和消费者。如果政府太过介入干涉，征用创新和动态竞争带来的成果，会减弱预见到类似干预的潜在创新者对发明创造进行风险性投资的动力。同样地，如果法律对于滥用知识产权行为的认定是不确定的或无法预测的（例如，禁止知识产权人收取“不公平的高价”），也会减弱潜在发明者从事创新的动力。

结论

我们再次感激提出评述的机会，并且很愿意回应任何中国政法大学提出相关问题。

⁴³ Kobayashi & Wright, *supra* note 42.

⁴⁴ Robert Solow 因发现财富增长主要来源于创新，而非现有财产的边际改进的研究成果获得了诺贝尔经济学奖。参见 Press Release (Oct. 21, 1987), 来源: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1987/press.html.