



贸易和发展理事会  
贸易和发展委员会  
竞争法和竞争政策问题政府间专家组  
第十六届会议  
2017年7月5日至7日，日内瓦  
临时议程项目3  
工作方案，包括有关竞争法和竞争政策的  
能力建设和技术援助

## 《竞争法范本》(2017年)——第二章修订稿\*

\* 本文件是《竞争法范本》(2017年)第二章修订(对 TD/RBP/CONF.7/L.2 号文件的修订)的讨论稿，未经正式编辑。



## 《竞争法范本》(2017年)——第二章

### 定义和适用范围

#### 一. 定义

(a) “企业”是指从事商业活动的，不论是私人或国家创办、控制的商行、合伙公司、公司、有限公司、联盟和其他法人，包括它们的分支机构、子公司、联属公司或直接、间接受它们控制的其他实体。

(b) “市场支配地位”是指一家企业单独或连同少数其他企业控制某一种或某一类商品或服务的相关市场。

(c) “并购”是指两家或多家企业之间，通过法律行动，在法律上统一本来是分别控制的资产的所有权。此类情况包括买进、集中型合资企业和其他对控制权的收购，如互兼董事职位。

(d) “相关市场”是指卖方和买方交换商品时所处的一般条件，意味着确定有关界限，以认清竞争有可能受到限制的卖方集团和买方集团。它要求勾勒出有关产品的轮廓和地理界限，在此范围内，特定商品类别以及卖方集团和买方集团相互作用，决定价格和产量。它应当包括所有合理的替代产品或服务，乃至所有相邻竞争者，如果限制和滥用行为大大抬高价格，消费者可在短期内转向此类替代产品或服务，或相邻竞争者。

#### 二. 适用范围

(a) 适用于上述定义所指一切企业在商品、服务或知识产权方面的所有商业协定、行动或交易。

(b) 适用于以企业所有人、经理或雇员的私人身份批准、从事或协助执行法律禁止的限制性商业做法的所有自然人。

(c) 不适用于国家自身或地方政府的主权行为，以及国家或地方政府或在授权范围内行事的政府机构迫使或监督企业或自然人采取的行动。

## 对第二章的评注和现行法律的不同方针

### 一. 定义

#### 导言

1. 大多数竞争法都包含定义部分。有些竞争法先列出各项定义，其中载有法律中使用的若干术语；另一些竞争法只是在法律实际使用某术语的部分列出该术语的定义。后者会出现这样这一个问题：该定义是否只适用于所在章节，还是也须用来理解法律的其余部分。这一问题要根据具体法律制度的解释规则来回答。
2. 定义应便利对法律的解读，并防止出现概念混淆或产生歧义。为此，定义往往给出对术语的使用而言必不可少的要素，因为术语在一般使用过程中可能会含义不明确或有多种含义。定义还可能赋予某一术语以不同于其普通用法的含义，例如，扩大或缩小该术语在法律意义上的含义。
3. 在拟定一部竞争法时，立法机构应考虑到，定义应确保执法机构按照立法机构的意图适用法律。然而，定义过多或过于严格，也会限制主管机构根据普遍的社会或经济状况的需要，扩大或缩小法律适用范围的灵活性和能力。另外，还存在这样一种风险，即对一个概念进行界定可能会导致以暗示(或默认)方式确立例外或豁免。
4. 拟定法律定义的一个常用方法，是使用源自裁决惯例的定义，这样往往含义明确，不会引起判例法上可能推翻整个立法意图的棘手的其他理解。恪守普遍接受的原则，意味着定义已经受住时间的考验，并很可能经得起法庭上的质疑。此外，很可能出现的情况是，如果一项定义已经过试验和检验，即经受住了较为成熟的竞争制度的案例法的考验，那么建立时间较短的竞争法制度就更愿意采纳该定义。
5. 在这方面，建立时间较短的竞争法制度可受益于较完善的竞争法制度所拟定的定义，因为随着时间的推移，这些定义已证明非常有用。例如，巴巴多斯与牙买加相比，牙买加的竞争法制度可视为较为成熟、显然也是建立时间较长的制度。牙买加法律中“企业”一词的定义将“受雇用、或担任公司主管或秘书或以其中任一身份行事的人[……]”排除在法律适用范围之外。因而，巴巴多斯的法律在界定企业时，也将机构的“雇员”或“官员”排除在法律适用范围之外。<sup>1</sup>
6. 在这种背景下，一些较新的竞争法制度，如巴巴多斯、印度、牙买加和尼日利亚等国的制度，界定的术语似乎比大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国和欧洲联盟(欧盟)等较成熟的机构更多，也就不足为奇了，因为前者能够利用从后者的裁决惯例中产生的定义。

<sup>1</sup> 见《牙买加公平竞争法》(1993 年第 9 号法律)起始部分和《巴巴多斯公平竞争法》(2002-19, CAP.326C)所载“企业”的定义。

7. 此外，由于国际上努力推广和发展竞争法执行方面的最佳做法(国际竞争网络在这方面做出了努力)，以及贸发会议和经济合作与发展组织等国际组织推动开展经验交流，因此，不同法律给出的定义往往具有相似性，也绝非巧合。

8. 在法律改革困难且漫长的辖区，竞争法概念和术语的定义可能不会被列入必须正式颁布的法律，而是可能在机构准则、公告和讨论文件中公布。例如，载于《里斯本条约》<sup>2</sup>的欧洲竞争法修正案须得到欧盟所有成员国的同意才能通过；载于理事会规章的竞争条款修正案须获得特定多数同意方能通过，而这可能是一个极具政治性和漫长的过程。因此，大量定义和竞争法概念是在欧盟委员会颁布的条例和公告中提出的。

9. 先在准则和讨论文件中公布定义和竞争法概念，不失为一种在着手进行法律改革之前对这些定义和概念进行检验的方法。不过，应当指出，在准则、公告等文件中提出的术语定义，并不具有法律所载术语定义的权威性。

### 《竞争法范本》规定的定义

10. 《竞争法范本》(《范本》)第二章第一条列出了竞争法通常载有的一些定义。不过，需要强调的是，所列定义并非详尽无遗。相反，读者在看过之后可能会有以下疑问：为何与一般的竞争法相比，《范本》给出的定义如此之少。世界各国竞争法中常见的许多定义，例如，“子公司”或“联属公司”以及“协议”等术语，并未收入《范本》的定义部分。

11. 《范本》列出的定义较少，是因为该范本是经协商一致起草的。但凡会遭到哪怕是一个成员国反对的内容，都未列入《范本》。给出定义的术语具有某种共性。例如，《范本》中列出的术语是由多个竞争法机构商定的术语；人们可以找到在几乎所有竞争法中都将得到界定的典型术语——无论措辞是否相同，我们都能够确定所涉及的是同一概念。例如，在了解到的几乎所有法律中，我们都看到这样一项定义，法律中关于从事经济活动、有时是国家行动的实体的实质性条款都基于该定义。

(a) “企业”是指从事商业活动的，不论是私人或国家创办、控制的商行、合伙公司、公司、有限公司、联盟和其他法人，包括它们的分支机构、子公司、联属公司或直接、间接受它们控制的其他实体。

12. 竞争法一般适用于《范本》第二章第一条(a)款所述的一整类不同的经营者。为避免在法律的实质性条款中重复这一整类经营者，大致界定/明确法律的适用对象至关重要。界定竞争法的适用对象须慎之又慎，因为这会限制法律的主体适用范围。

13. 可以看到几种不同的方针。如前所述，某些竞争法制度没有规定法律适用对象的法定定义，而是在执法机构的裁决惯例的基础上逐步确定一个适当的定义，见以下欧盟的例子。

<sup>2</sup> 《欧洲联盟运作条约》。

14. 立法机关选择竞争法适用对象的法定定义时，应考虑到以下因素。仅仅列出受竞争法管辖的所有类型的经营者，无法对新形式的经济实体灵活地适用该法，因为在静态定义获得通过时，新形式的经济实体可能还没出现。因此，界定竞争法的适用对象似乎应具有一定的灵活性，例如，规定该法的适用对象应具备哪些基本特征。《竞争法范本》便是采用了这一方针，它在界定企业这一竞争法的适用对象时，侧重从事商业活动这一点。

## 现行法律的不同方针——法律适用对象的定义

### 国家

#### 未规定法律适用对象的法定定义的竞争法

欧盟 欧盟竞争法的适用对象是“企业”。例如，见《欧洲联盟运作条约》第 101 和第 102 条，这两项条款禁止“企业”间的反竞争协议、决定和协同行为，还禁止占支配地位的“企业”滥用其支配地位。不过，欧盟竞争法并没有规定“企业”一词的法定定义。

随着时间的推移，欧洲判例法确立了对企业概念的职能上的理解。据此，“每一从事经济活动的实体，无论其法律地位及筹资方式”如何<sup>3</sup>，均被视为须受欧盟竞争法约束的企业。

#### 规定了法律适用对象的法定定义的竞争法

巴西 巴西《竞争法》规定，“本法适用于个人或公法或私法的法律实体，以及任何实体或个人的联盟，不论是事实上、还是法律上的，甚至是临时性的，也不论是否注册，即使在法定垄断系统下从事商业活动的，也不例外。”<sup>4</sup>

秘鲁 在秘鲁，《竞争法》“适用于在市场上供应或购买产品或服务或其联署公司、合伙人或成员开展这类活动的自然人或法人、商业联盟、自主财产或其他公司，不论公有或私有，不论是否国有，也不论是否具有营利性质。本法还适用于上述实体行使行政、管理或代表职能的人，前提是他们参与了相关行政犯罪的计划、执行或实施。”<sup>5</sup>

印度尼西亚 印度尼西亚《竞争法》的适用对象是所有经营者，经营者被定义为“在印度尼西亚共和国管辖范围内作为法律实体注册、开业、设立或从事活动的任何个人或经营实体，不论此种个人或经营实体是单独，还是依据协议共同开展经济领域的各种商业活动。”<sup>6</sup>

印度 印度 2002 年《竞争法》将“企业”定义为：“个人或政府部门，目前或一向从事任何与商品或货物的生产、储存、供应、经销、购买或控制有关，或与提供任何形式的服务有关的活动，或从事与投资或收购、持有、担保或买卖任何其他法人团体的股份、债券或其他有价证券业务有关的活动，此类活动或直接、或通过其一个或多个单位或部门或子公司进行，无论此单位或部门

<sup>3</sup> 欧洲联盟法院案件，C-41/90，Höfner 和 Elser 诉马可罗特伦有限公司[1991] E.C.R. I-1979。

<sup>4</sup> 2011 年 11 月 30 日第 12.529 号法律，第 31 条。

<sup>5</sup> 批准《压制反竞争行为法》的法令，2008 年第 1034 号法令，第 2 条。

<sup>6</sup> 印度尼西亚共和国第 5 号法律，1999 年，《禁止垄断做法和不公平商业竞争》，第 1 条第 5 款。

## 国家

	或子公司与企业设在同一地方，还是设在其他地方，但不包括政府行使其主权职能的活动，例如中央政府各部门处理原子能、货币、国防和空间事务的各项活动。” <sup>7</sup>
乌克兰	在乌克兰，“经济实体”是指参与生产、销售或购买产品和从事其他经济活动的法人(不论其组织和法律形式或其所有权如何)或自然人，包括对其他法人或自然人实施控制的个人；以及经济实体集团，如果其中某个实体或若干实体对他人实施控制。国家权力机关、地方自治机构、行政机关以及经济管理和控制机关如参与生产、销售和购买产品或从事其他经济活动，也应视为经济实体。 <sup>8</sup>
亚美尼亚	亚美尼亚《竞争法》规定：“经济实体、国家机关及其官员的行动或做法，凡导致或可能导致限制、防止和禁止竞争或不公正竞争行为的(法律另有规定的除外)，以及可能损害消费者权利的，适用本法”；见 2000 年《亚美尼亚共和国保护经济竞争法》第 2 条第 1 款，2011 年 4 月 12 日第 HO-137-N 号法对其进行了修订。
大韩民国	韩国《竞争法》适用于所有企业，包括为“企业家”的利益行事的雇员、官员或代理人。在对该法进行修订(第 2 条第 1 款)的过程中，取消了对农业、渔业、林业和矿业的免责。 <sup>9</sup>
赞比亚	赞比亚《竞争法》适用于赞比亚境内进行的或在赞比亚境内产生影响的所有经济活动，法律另有规定的除外。 <sup>10</sup> 只要国家在对其他企业开放的市场上，为货物的生产、供应或经销，或任何服务的提供从事贸易或商业活动，则该法对国家具有约束力。 <sup>11</sup> 赞比亚《竞争法》第 2 条第 1 款将“企业”定义为“从事商业活动的商行、合伙公司、合资企业、公司、有限公司、联盟和其他法人，包括它们的分支机构、子公司、联属公司或直接、间接受它们控制的其他实体。”

(b) “市场支配地位”是指一家企业单独或连同少数其他企业控制某一种或某一类商品或服务的相关市场。

15. “市场支配地位”的定义以《原则和规则》B(i)(2)节为基础。当今大多数竞争法都会提到支配地位/支配力或强大的市场力。这两个词往往可以换用，可定义为企业具备的经济实力，这种经济实力通过赋予企业在相当大程度上独立于竞

<sup>7</sup> 2002 年印度《竞争法》，2003 年第 12 号法律，第 2 节。

<sup>8</sup> 乌克兰《保护经济竞争法》，2001 年 1 月 11 日，第 2210-III 号，第 1 条。

<sup>9</sup> 《垄断监管和公平贸易法》(大韩民国)，第 3320 号法律，1980 年 12 月 31 日，第 2 条第 1 款。

<sup>10</sup> 2010 年《竞争和消费者保护法》，2010 年第 24 号法律，第 3 条第 1 款。

<sup>11</sup> 2010 年《赞比亚竞争和消费者保护法》，2010 年第 24 号法律，第 3 条第 2 款。



争对手、客户乃至消费者而行事的能力，使企业能够阻止相关市场的有效竞争。在这种情况下，所涉公司能够始终将价格维持在竞争状况下的价格之上，持续盈利。关于对这一问题的进一步说明，见《竞争法范本》第四章评注。

16. 对竞争法兼并管制条款的范围而言，界定应受竞争管理机构控制的交易类型至关重要。《竞争法范本》选择将“并购”定义为将受到兼并管制的交易。不过，应注意到，为兼并控制目的所使用的术语，不同竞争法制度之间存在很大差异。详见《竞争法范本》第六章评注。

(c) “并购”是指两家或更多企业之间，通过法律行动，在法律上统一本来是分别控制的资产的所有权。此类情况包括买进、集中型合资企业和其他对控制权的收购，如互兼董事职位。

(d) “相关市场”是指卖方和买方交换商品时所依据的一般条件，意味着确定有关界限，以认清竞争有可能受到限制的卖方集团和买方集团。它要求勾勒出有关产品的轮廓和地理界限，在此范围内，特定商品类别以及卖方集团和买方集团相互作用，决定价格和产量。它应当包括所有合理的替代产品或服务，乃至所有相邻竞争者，如果限制和滥用行为大大抬高价格，消费者可在短期内转向此类替代产品或服务，或相邻竞争者。

## 市场定义的依据

17. 竞争法关注的一个主要问题是市场力。市场力可以告诉评估者有关一家公司的许多情况，包括该公司是否有能力提高价格，限制选择和产量，进而对消费者的福祉产生不利影响。市场力还可使一家公司处在一种将竞争对手排除在市场之外的地位，从而影响市场竞争水平。因此，鉴于有必要确立市场力，以检验一家公司不受制约地在市场上行事的能力，首先必须弄清楚：什么是市场，谁是这一市场的参与者(买方、卖方、最终客户)，以及该市场的消费者可购买哪些商品和替代产品。认清相关市场，或按照竞争法的措辞——界定相关市场，有助于评估者“界定公司间的竞争范围”，<sup>12</sup> 以及“确定竞争领域并能够明确市场参与者和衡量市场份额和市场集中度”。<sup>13</sup>

18. 从各机构界定市场力的不同努力中发现的一个要点是，界定相关市场不是最终结局；而是开启用来检验市场竞争水平的其他竞争法工具的钥匙。例如，就兼并来说，通过界定相关市场，可以对兼并后市场可能面临的竞争水平进行检验。在滥用支配地位的情况下，通过界定相关市场，可以对一家公司不受约束地

<sup>12</sup> 欧盟委员会关于为《共同体竞争法》之目的规定相关市场定义的说明，O.J. 1997 C372/5, [1998] 4 CMLR 177。

<sup>13</sup> 美国联邦委员会和美国司法部关于横向兼并的联合修订准则草案，2010年4月20日公布供公众评论。见 <http://www.ftc.gov/os/2010/04/100420hmg.pdf>。

在市场上行事的能力进行评估；在反竞争协议的情况下，通过界定相关市场，可以检验所涉协议是否能够限制竞争。因此，界定相关市场可使评估者得以运用“市场力”、“实际竞争领域”、“市场规模”、“产品市场”、“市场的地域界限”以及“集中度”等概念。

### 市场定义方法

19. 如上所述，相关市场构成了实际竞争的环境。为界定相关市场之目的，贸发会议《竞争法范本》第二章第一条(d)款要求确定相关竞争活动的具体产品，以及竞争活动的地域范围。对相关产品市场和地域市场进行区分，是普遍接受的做法。确定相关市场这两个方面的标准是基于需求侧的可替代性这一概念。

### 相关产品市场

20. 为了确定相关产品市场，有必要确定所涉产品从需求侧角度来看，是否为可替代产品。实际上，在确定相关产品/服务市场时采用了两项相互关联、互为补充的检验标准，即合理互换性和需求交叉弹性。采用第一项标准时一般考虑两个因素，即产品的最终用途在本质上是否与其替代品相同，或物理特性(或技术特征)是否足够类似，使顾客能够轻易转用另一产品。采用需求交叉弹性标准时，价格因素极为重要。它涉及一种商品价格一定比例的增长带来另一种商品需求量一定比例增加的问题。在交叉弹性大的市场中，一种产品价格略有增长，顾客即会转而使用另一产品，这说明所涉产品在同一市场内竞争，而交叉弹性小即说明所涉产品处于不同的市场。

21. 换言之，需要考虑这样一个问题：在待考察的产品和区域内，假定某产品的价格小幅(5-10%)但长期相对增长，该产品的消费者是否会转而使用现有替代品。这一测试被称为假定垄断者测试或 SSNIP 测试(非临时性的幅度不大但有意义的价格上涨)。

22. 例如，要确定苹果和梨是否属于同一相关产品市场，竞争管理机构就必须评估，若苹果价格上涨 5%且长期上涨，消费者是否会不买苹果，转而购买梨。如果结论是消费者确实会放弃苹果而转而购买梨，那么苹果和梨就属于同一相关产品市场。但如果结论是，尽管苹果价格上涨，消费者仍会继续购买苹果，那么构成相关产品市场的就只有苹果。

23. 虽然需求侧的可替代性是界定相关市场的首要标准，但在某些情况下，竞争管理机构还必须对供给侧的可替代性作出评估。当消费者不认为某些产品是替代品，而生产者可以很容易地转为生产这些产品作为替代品时，就出现了供给侧的可替代性。例如，消费者可能不把气泡水和非气泡水视为替代产品。然而，生产者可以根据需求或价格的变化迅速实现转产。因此，相关市场应界定为既包括气泡水，也包括非气泡水。

### 相关地域市场

24. 地域市场是在确定相关市场时必须考虑的第二个要素。广义的定义是某一产品或服务出售者活动的区域。也可以定义为某一产品或服务的出售者可无严重



障碍地经营的地区。<sup>14</sup> 相关地域市场可以是区域市场、国内市场或整个国际市场。在区域层面，相关市场可以是一个城镇、甚至其中某些地区，也可以是一个城镇群、一个省或联邦州，或由多个省/联邦州组成的一个区域。

25. 相关地域市场的定义也是以需求侧的考虑因素为基础。相关地域市场是理性消费者或买方通常满足其需求的地区。例如，界定零售杂货市场的地域范围时可以问这样一个问题：如果附近超市的价格上涨 5%且长期上涨，消费者是否将转向另一个区的超市购物？

26. 确定相关地域市场所涉多个因素，包括运输成本导致的价格劣势、获得商品或服务的不方便程度、消费者可获得的选择以及企业的运作水平。

### 现行法律的不同方针——相关市场的定义

#### 国家

中国 在中国，根据《中华人民共和国反垄断法》第十二条，相关市场“是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围或地域范围”。

此外，根据反垄断委员会颁布的《关于相关市场界定的指南》第三条，“相关市场”涉及知识产权时也考虑时间或创新因素。

印度 印度 2002 年《竞争法》第 2 节(r, s 和 t)对相关市场的定义如下：

(r) “相关市场”是指委员会根据相关产品市场或相关地域市场或根据这两者确定的市场；

(s) “相关地域市场”是指这样一个市场，其涵盖的区域中，供应商品或提供服务，或商品或服务的需求方面的竞争条件是高度同一的，可与邻近区域的竞争条件相区分；

(t) “相关产品市场”是指这样一个市场，该市场中的所有产品或服务，因产品或服务的特点、价格和用途[……]，被消费者视为可交换或可替代的。关于“相关产品市场”，印度《竞争法》考虑到了下列因素(第 19 节第(7)款)：

- a. 商品的物理特性或最终用途；
- b. 商品或服务的价格；
- c. 消费者偏好；
- d. 不包括机构内部生产；
- e. 存在专业生产商；
- f. 工业产品分类。

在确定“相关地域市场”时，印度《竞争法》考虑到了下列因素(见第 19 节第(6)款)：

- a. 监管性贸易壁垒；

<sup>14</sup> 生产者可能遵照反竞争协议避免在特定地区经营，但这不是狭义地定义地域市场的理由(联合国政府转交评论)。

---

 国家
 

---

- b. 当地规格要求;
- c. 国家采购政策;
- d. 适当的经销设施;
- e. 运输成本;
- f. 语言;
- g. 消费者偏好;
- h. 安全或稳定的供应或快捷的售后服务。

哈萨克斯坦 《哈萨克斯坦共和国竞争法》(2008年12月25日第112-IV号法律)第6条第14款规定,“商品市场”是指基于消费者购买商品的经济、地域和技术机会确定的商品或可替代商品的交易范围。”

此外,第6条第3款规定,可替代商品是指“功能、用途、质量、技术特征、价格等指标具有可比性、因而消费者在消费(生产)过程中可相互替代的一类商品。”

乌克兰 2001年1月11日《乌克兰保护经济竞争法》,第2210-III号法律,第1条。

“产品的市场(产品市场)”是指在一定时期和一定区域内既有需求也有供给的某一产品(可相互替代的产品)的流通领域。

---

## 二. 适用范围

(a) 适用于上述定义所指一切企业在商品、服务或知识产权方面的所有商业协定、行动或交易。

(b) 适用于以企业所有人、经理或雇员的私人身份批准、从事或协助执行法律禁止的限制性商业做法的所有自然人。

(c) 不适用于国家自身或地方政府的主权行为,以及国家或地方政府或在授权范围内行事的政府机构迫使或监督企业或自然人采取的行动。

## 导言

27. 《竞争法范本》就竞争法拟定方面的最佳做法提供指导,表明竞争法应具有普遍适用性,即适用于所有行业、协议和从事商品和服务的商业交换的实体。然而,对竞争法的普遍适用性加以限制,的确可能有一些经济、法律、有时是政治上的原因,也正是这些原因决定了竞争法的适用范围。

28. 竞争法的范围通常是特定历史和文化背景下的政策以及政府确定的(有时也受利益集团或其他政策制定者左右)经济目标的产物。执法过程中遇到的各种挑战让竞争法不断发展。下文讨论的问题可左右竞争法的范围。

29. 政策制定者和立法机关如何规范某经济部门,取决于对政府体制的适当运作抱有的政治理念。例如,人们发现,有必要确保多元性和言论多样性——正常运转的民主社会的标志,是美国在传媒业过度集中问题上持反托拉斯立场的主要

结果之一。<sup>15</sup> 因此，在 1970 年代，在许多“双市场报业城镇”的第二种声音有消失之虞时，通过了《报业保护法》。通过该法律是为了使几家报社的某些联合经营活动免受反托拉斯审查，从而保护陷入经济困境的小城镇报业。<sup>16</sup>

30. 在许多区域，地理、经济、人口和政治因素共同影响、指导和形成了该区域的竞争法和竞争政策。

31. 关于这一点，有关加勒比共同体区域竞争法的条约——经修订的《查瓜拉马斯条约》，很能说明问题。鉴于加勒比共同体是一个“主权国家共同体”，因此起草条约规定时，允许每个成员国根据各自经济发展水平的需要，对某些类别的经济活动限制或划定竞争法的范围。<sup>17</sup>

32. 竞争法最初颁布时，其规定看起来较为宽泛，然而，在具体经济领域经过实践检验后，司法机关就会对法律进行澄清或由立法者作出修订，以回应特殊利益集团或商界人士的游说努力。例如，在 1970 年代，加拿大的竞争法不适用于服务部门、商业银行、专业机构或航空公司。在美国也同样如此，在 1970 年代，至少有 16 个不同领域不受美国反托拉斯法审查，包括保险、运输、能源和职业棒球。在欧洲，保险业直到前不久还享有豁免，最初为两项个别豁免，后来为相当宽泛的集体豁免，二者均在 1990 年代制定，以满足保险业的“特殊”性质导致的“进一步合作需要”。<sup>18</sup> 作为一般程序，立法机关在制定豁免条款时，通常会与受相关法律影响的部门的利益攸关方进行大量磋商，也会与消费者保护团体进行磋商。此外，虽然游说可以促使立法机关或政策制定者审查和缩小法律的适用范围，但针对不断变化的经济状况开展的游说和反游说，对于推动立法者对给予各部门和各类经济活动的豁免范围进行审查，的确也起到一定的作用。

33. 许多竞争法制度在确立时，并未明确今后将如何发展。在大多数情况下，法律不断发展的过程，就是判例法以实例说明法律提出的诸多挑战，立法机关作出反应，以纠正法律起草时的任何错误或错误判断的过程。有时，最初以某种方式适用和执行法律所使用的制度，后来被许多利益攸关方视为过时；许多判断上的错误，随着时间的推移才显露出来。

34. 例如，40 年来，欧盟委员会一直对《欧共同体条约》第 81 条第 1 款意义上的协议实行申报确认制度。<sup>19</sup> 根据 1962 年通过次级立法建立的一项制度，原《欧共同体条约》第 81 条第 1 款意义上的当事方达成的协议，除非向欧盟委员会申报，并根据原《欧共同体条约》第 81 条第 3 款得到豁免，否则无效，法院不能强制执行。由于委员会拥有准予豁免的唯一专属权，再加上公司经济地位脆弱——不知道协议是否可予以执行，提交委员会的协议数量也大得离谱。1962 至 1968 年期间，提交委员会的协议有 36,000 多项，导致委员会资源极度紧张，其监督

<sup>15</sup> 德国和联合王国竞争法的拟定同样受这一因素的影响。

<sup>16</sup> 见贸发会议(2002 年)。《竞争法的适用：豁免和例外》。UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25。

<sup>17</sup> 见经修订的《查瓜拉马斯条约》第八章，该条约建立了加勒比共同市场和加共体单一市场和经济体。

<sup>18</sup> [http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial\\_services/insurance.html](http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance.html)。

<sup>19</sup> 现《欧洲联盟运作条约》第 101 条。

和执行工作重点有所偏移，致使许多有害的违法行为未引起欧盟委员会的注意。不过，该制度仍然有不少优点，它给欧洲共同体带来了统一性、确定性和一种“竞争文化”。尽管如此，委员会仍于 1999 年通过了关于欧洲共同体竞争法规则现代化的《白皮书》，以实例说明了赋予委员会以强制执行原《欧共体条约》第 81 条的唯一专属权的申报确认制度带来的许多问题。《白皮书》还着重指出了应对该制度进行的改革和修正。欧盟的《现代化条例》摒弃了由委员会个别确认的做法，采纳了《白皮书》中的观点。<sup>20</sup> 欧盟现在针对第 81 条所指协议实行的分散化执行制度和法律豁免制度，可以说是 40 年的尝试和失败换来的成果。

35. 适用范围也决定了竞争法在多大程度上适用于国家的反竞争行为和措施。国家在市场中的作用对竞争有很大影响。当然，国家干预有合理的理由，例如实现重要的公共目标（例如设定劳动和环境标准，或确保普遍获得公共物品和服务）和纠正市场失灵。然而，在大多数发达国家以及许多经济转型国家和发展中国家，人们逐渐意识到不公正或过度的国家约束有潜在的负面影响。特别是在发展中国家和经济转型国家，国家的约束，而不是私人约束，可能是面临的最大的竞争挑战。<sup>21</sup>

### 适用范围的不同层面

36. 确定竞争法适用范围的不同因素包括：谁是竞争法的适用对象(主体适用范围)？竞争法涉及的主题事项是什么，例如是商业活动，而不是非营利活动和国家的主权行为(客体适用范围)？竞争法在何处适用(地域适用范围)？竞争法何时适用(时间适用范围)？涉及区域竞争法制度时，还会出现区域竞争法与国家竞争法管辖权的相互关系问题。

### 主体适用范围

37. 如上所述，竞争法的主体适用范围取决于对该法适用对象的定义。许多国家竞争法的一个共同主题，似乎是相关活动在市场中的影响，而不是行为方是法律实体、公共机构还是自然人。因此，需要确定行为方是否参与了“经济活动”、“商品和服务的商业交换”或“营利”活动，而不是确定其法律地位、所有权或供资情况。在未注册企业——例如在非正规部门——的活动对经济具有重要意义的情况下，这一点显得尤为重要。

38. 此外，《竞争法范本》表明竞争法应适用于“以企业所有人、经理或雇员的私人身份批准、从事或协助执行法律禁止的宪制性商业管理的所有自然人”。欧洲竞争法采用了同一方针，即自然人如果在商品或服务市场上属于独立的经济行为方，可划定为没有注册为个人公司的“企业”。<sup>22</sup> 律师、医生和建筑师据此被划定为欧洲竞争法意义上的“企业”。

<sup>20</sup> 关于《欧共体条约》第 85 和第 86 条实施规则现代化的《白皮书》，委员会第 99/027 号方案，COM(99)101 最后方案，1999 年 4 月 28 日。

<sup>21</sup> See Fox E & Healey D, ‘When the State Harms Competition – The Role for Competition Law’ (2014) 79 Antitrust L. J. 769.

<sup>22</sup> 例如，见欧洲联盟法院意大利海关代理案，C-35/96，委员会诉意大利[1998] E.C.R. I-3851。

39. 《范本》还澄清了适用范围，以排除有权进行监管的地方政府的主权行为，并保护个人在政府迫使或监督下实施的行为。但应指出，在《原则和规则》B(7)节中，以及在制定了现代竞争法的大多数国家中，竞争法既对私营企业，也对国有企业适用。《原则和规则》的规定适用于所有企业，无论参与交易、行为或做法的当事方是谁。<sup>23</sup> 《原则和规则》第 B(i)3 节将“企业”定义为“从事商业活动的，不论是私人或国家创办、控制的商行、合伙公司、公司、有限公司、联盟和其他法人，包括它们的分支机构、子公司、联属公司或直接、间接受它们控制的其他实体”。目前的大多数竞争法涵盖国有企业的经济活动。<sup>24</sup> 如《原则和规则》所述，适用范围的主要决定因素是企业——不论私有还是国有——是否从事商业活动。巴西和秘鲁的竞争法明确规定，竞争法适用于所有个人以及公共或私人实体。经合组织准则规定：“国有企业凭借其优势地位，可能会竞争产生不利影响，因此，应当在符合国有企业公共服务责任的情况下，最大限度地确保国有企业受到与私营企业类似的竞争监管。”<sup>25</sup> 不过，在某些情况下，例如提供一般公共服务或处于战略部门（如邮政、能源、医疗等）的国有企业，可以不服从竞争规则。例如，欧盟将国防和空中交通管制排除在外。《肯尼亚竞争法》第 5(1)节规定，该法适用于“从事交易的所有人，包括政府、国有企业和地方当局”。<sup>26</sup> 西班牙《竞争法》第 4 条第 2 款规定，对行使行政权力而造成的、或由于公共机关或国有企业的行为造成的限制竞争情况，全面适用该法，除非所涉行为是由于适用某项法律造成的。在阿尔及利亚，竞争法的适用范围覆盖政府机关在行使官方权力或完成公务目标之外的行为。

40. 然而，即使竞争法适用，与私营企业竞争的国有企业因其政府背景而具有竞争优势，导致价格不能充分反映资源成本。另一方面，国有企业可能处于比私营企业不利的地位，因为它们承担更大的问责义务和公共服务义务，管理上的自主权较小。为确保国有企业与私营企业竞争环境的公平，越来越多的国家，包括一些发展中国家，都采取了竞争中立原则。<sup>27</sup> “竞争中立是指经济市场中运营的任何实体都不具有竞争优势或竞争劣势的情况。”<sup>28</sup> 有效的治理、提高决策的独立性、问责和披露，以及对所有企业平等地适用竞争法是确保国有和私营企业公平竞争的一些途径。在澳大利亚，国家和地方一级有指导方针，协助管理人员执行具有竞争中立性质的财务和治理框架。澳大利亚政府竞争中立投诉处设有

<sup>23</sup> 见贸发会议(2000 年)。《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》。第 B(7) 节。TD/RBP/CONF/10/Rev.2。

<sup>24</sup> 见贸发会议(2015 年)。《竞争法与国家：竞争法对反竞争国家行为和措施的禁止》(第二卷)。UNCTAD/DITC/CLP/2015/6。

<sup>25</sup> 经合组织(2009 年)。关于国有企业与竞争中立原则的政策圆桌会议。DAF/COMP(2009)37: 9。

<sup>26</sup> 见《竞争法》，2010 年第 12 号法律。

<sup>27</sup> 见贸发会议(2014 年)。《竞争中立及其在部分发展中国家的运用》。UNCTAD/DITC/CLP/2014/Misc.1。

<sup>28</sup> OECD (2012). *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business*:15。



投诉机制，负责受理投诉，开展调查，并就政府对政府企业适用竞争中立原则提供咨询。<sup>29</sup>

### 客体适用范围

41. 竞争规则旨在防止可影响一系列经济活动的有害商业惯例，不论哪个部门或行业。因此，各类活动，包括体育、广播、国际电汇、软件开发和市场营销、电信网络接入和邮政邮递服务，均受竞争法约束。对于这些经济活动和所有部门，实施竞争法的目的是防止反竞争协议、滥用市场地位的垄断行为、反竞争的兼并，以及甚至于公开限制或国家限制竞争的行为。<sup>30</sup>

42. 就国家对竞争的限制而言，国家干预市场或有合理理由。如上所述，国家需要能够出于公共利益进行规范。因此，《竞争示范法》规定，竞争法“不适用于国家自身或地方政府的主权行为，以及国家或地方政府或在授权范围内行事的政府机构迫使或监督企业或自然人采取的行动。”

43. 事实上，一些竞争法规定，实施反竞争行为的市场行为方可主张国家行为抗辩，声称其行为是国家造成的或受国家保护。这样，国家就能够请私人当事方提供公共服务。例如，在塞尔维亚和土耳其，即便国家只是鼓励所涉行为，也可提出这一抗辩。相比之下，在其他较成熟的司法管辖区，该抗辩适用范围较小。显然，适用范围小对市场比对国家有利。在欧盟，所涉行为系国内法要求时，适用国家行为抗辩，但如果私人当事方具备采取有竞争力的行动的自主权，则国家鼓励反竞争行为就不得作为辩护理由。<sup>31</sup> 在美国，如果国家实行了允许反竞争行为的明确政策并对反竞争行为进行积极监督，则可以适用国家行为抗辩。<sup>32</sup>

44. 国家或地方政府本身扭曲竞争的行为往往被视为立法和政治事务，不属于竞争法范畴。例如，印度《竞争法》第2节明确将政府的主权职能排除在外。不过，印度政府的铁路运营被视为经营企业而不是政府的主权职能。<sup>33</sup> 一些司法管辖区，尤其是欧盟，依靠事后补救应对反竞争的国家措施，例如要求公共部门的企业停止对竞争不利的行动。<sup>34</sup> 此外，在中国和俄罗斯联邦等许多竞争法机制较新的国家，竞争法涵盖更广泛的反竞争国家措施。各种国家措施——例如授予某些实体专营权或特权，扭曲竞争法律或法规，限制商品流通和任意的政府采购，以及其他滥用行政权力的行为——现已成为一些国家竞争法的关注重点。这也反映了上文提到的，人们日益认识到国家在市场中的作用。

<sup>29</sup> OECD (2014). *Competitive Neutrality: National Practices in Partner and Accession Countries*. DAF/CA/SOPP92013)1/FINAL: 10.

<sup>30</sup> Whish R & Bailey D (2015). *Competition Law*. Oxford University Press (8th ed.): 3.

<sup>31</sup> 第 T-513/93 号案，*Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali* 诉委员会[2000] E.C.R. II-01807.

<sup>32</sup> 例如，见北卡罗来纳州牙医考试委员会诉联邦贸易委员会，135 S. Ct. 1101 (2015)。

<sup>33</sup> 印度联盟诉印度竞争委员会，W.P.(C) No. 993/2011 (2012)，第 27 段。

<sup>34</sup> 见《欧洲联盟运作条约》第 106 条。



## 现行法律的不同方针——禁止反竞争国家措施<sup>35</sup>

### 授予国有企业专营权或特权

欧盟 就国有企业而言，欧盟成员国不得采取任何违反《条约》竞争条款的措施。

具体而言，根据《欧洲联盟运作条约》第 106 条第 1 款，就国有企业和成员国授予特殊或专营权的企业而言，成员国不得颁布或实施任何违反《条约》所载规定的措施，特别是违反第 18 条和第 101 至 109 条（不歧视和竞争规则）所载规定的措施。

立陶宛 《立陶宛共和国竞争法》(1999 年 3 月 23 日第 VIII-1099 号法律，经 2012 年 3 月 22 日第 XI-1937 号法律修订)第 4 条第 2 款禁止政府机关授予特权或歧视任何经济实体或其集团：

“禁止政府机关通过这样的法案或其他决定，即授予特权或歧视任何经济实体或其集团，导致或可能导致在相关市场竞争的经济实体处于不同的竞争条件，除非竞争条件的差异因遵守立陶宛共和国法律的规定而无法避免。”

### 政府采购

俄罗斯联邦 《联邦保护竞争法》(2006 年 7 月 26 日第 135-FZ 号法律，2011 年修订)第 17 条禁止招标和授标过程中的反竞争做法和程序：

“1. 禁止导致或可能导致在招标和征求商品报价(下称询价)过程中防止、限制或消除竞争的行为，包括：

[……]

2. 通过提供信息等，为一个或多个竞标方参与招标和询价创造有利条件，联邦法律另有规定的除外；

[……]

3. [……]禁止通过在标书中列入技术和功能上与招标或询价主题——商品、工程、服务的提供、执行、交付——无关的生产结构(商品、工程、服务)，限制竞争。”

### 商品的自由流通

中国 中国《反垄断法》明文禁止行政机关和其他公共部门限制商品进入市场或对外地商品实施歧视。

具体而言，第三十三条规定，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不得滥用行政权力，实施下列行为，妨碍商品在地区之间的自由流通：

(1) 对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准，或者规定歧视性价格；

(2) 对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准，或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施，限制外地商品进入本地市场；

(3) 采取专门针对外地商品的行政许可，限制外地商品进入本

<sup>35</sup> 见贸发会议(2015 年)(脚注 24)。

---

 授予国有企业专营权或特权
 

---

地市场；

(4) 设置关卡或者采取其他手段，阻碍外地商品进入或者本地商品运出；

(5) 妨碍商品在地区之间自由流通的其他行为。

根据《反垄断法》制定的《反价格垄断规定》(2011 年，国家发展和改革委员会)第 30 条也强调了上述禁止事项。

哈萨克斯坦 《哈萨克斯坦》竞争法将“商品自由流通和自由的经济活动”视为其目的之一，禁止妨碍贸易的国家行动：

“本法的宗旨是在哈萨克斯坦共和国保护竞争，为商品市场的有效运作创造条件，确保经济空间的一致性、商品自由流通和自由的经济活动。”

(第 1 条第 2 款)

此外，第 33 条规定：

“国家机关的反竞争行为，例如通过导致或可能导致限制或消除竞争或侵犯消费者合法权利的法案或决定、书面或口头指令、缔结有这种效果的条约或采取有这种效果的其他行动，除非是哈萨克斯坦共和国法律所要求的，否则一律禁止，并根据哈萨克斯坦共和国法律规定的程序视为完全或部分无效，

[……]

2. 下列行为应视为国家机关的反竞争行为，包括：

[……]

(3) 设置关于商品自由流通的禁令或限制，以及对市场实体出售商品权利设置其他限制；

[……]

(8) 限制商品实体进入、退出或移出商品市场。”

### 滥用政府权力

中国 中国《反垄断法》禁止行政机关和法律、法规授权的组织实施反歧视做法。应指出，中国的竞争管理机构没有执法权；它们可向违法者的上级机关提出建议，由上级机关责令改正。相关规定如下：

“第三十二条 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不得滥用行政权力，限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。

第三十四条 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不得滥用行政权力，以设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式，排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动。

第三十五条 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不得滥用行政权力，采取与本地经营者不平等待遇等方式，排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构。

---

---

## 授予国有企业专营权或特权

---

第三十六条 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不得滥用行政权力，强制经营者从事本法规定的垄断行为。

第三十七条 行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定。”

乌克兰

乌克兰《竞争法》禁止国家、地方机关和行政机关采取某些可能防止、消除、限制或扭曲竞争的做法。

第 15 条规定：

“1. 国家权力机关、地方自治机构、行政机关以及经济管理和控制机关(机构或官员)颁布的任何法案(决定、命令、指示、法规等)、作出的书面或口头指示、缔结的协议或任何行为或不作为，凡导致或可能导致防止、消除、限制或扭曲竞争的，应视为国家权力机关、地方自治机构、行政机关以及经济管理和控制机关的反竞争行为。

2. 具体而言，国家权力机关、地方自治机构、行政机关以及经济管理和控制机关的下列行为应视为反竞争行为：

- 禁止或防止在任何活动领域建立新企业或以其他组织形式进行创业，对开展某些活动以及生产、购买或销售某些类型的产品设置限制；[……]”

第 17 条规定：

“国家权力机关、地方自治机构、行政机关以及经济管理和控制机关(机构或官员)的这类行为或不作为，凡导致经济实体、国家权力机关、地方自治机构、行政机关以及经济管理和控制机关违反保护经济竞争法、为实施这类违法行为创造条件或将这类违法行为合法化的，一律禁止。”

立陶宛

立陶宛《竞争法》第 4 条规定，公共行政机关在开展与规范经济活动有关的工作时，有义务确保公平竞争。

## 竞争管理机构质疑国家反竞争行为和措施的权力

西班牙

根据西班牙《竞争法》，国家竞争管理委员会有权要求行政机关纠正其行为，如果行政机关没有做出令人满意的反应，国家竞争管理委员会有权对其采取司法行动。

《竞争法》(2007 年 7 月 3 日第 15/2007 号法律，2007 年 7 月 4 日第 159 号《政府公报》)第 12 条第 3 款规定：

“国家竞争管理委员会有权就阻碍市场有效竞争的行政法律和法规向有关司法机关提起诉讼。”

墨西哥

墨西哥竞争管理委员会可就政府机关的方案和政策发布不具有约束力的意见。2014 年《联邦经济竞争法》第 12 条规定：

“委员会有权：

[……]

十二 酌情或应联邦行政部门要求，直接或通过秘书处，或应利益攸关方要求，就调整政府机关依照适用法律实施的、对自由

---

---

 授予国有企业专营权或特权
 

---

竞争进程和经济竞争可能产生负面影响的方案和政策发表意见，意见不具有约束力。意见必须公布；

[……]”

---

45. 如上所述，普遍的主张是，所有从事商业活动的实体，以及所有行业和部门，均应以统一和非歧视的方式进行竞争。这样做的主要原因有两个。其一，增进法律适用方面的一致性和可预见性，并且由于以统一、公平和非歧视的方式适用法律，可预见性可产生信任与问责，从而使公民对执法机构产生信任。其二，经济活动的相互依赖性将确保一个市场中的普遍竞争动态对另一市场，比如说，对价格或产出造成影响，或是因为提供的商品或服务可相互替代或互为补充，或是因为商品或服务构成另一市场的生产性投入。即使两个市场的资源没有明显关联，某一市场的扭曲也会产生连锁反应，比如，许多经济部门因劳动力或资本的竞争能力不同而受到影响。法律统一适用，将可以在法律对经济的影响方面产生均衡的结果。<sup>36</sup>

46. 尽管如此，立法机关仍有可能有一些与竞争法的目标相冲突的优先事项，无论是经济发展目标、进口管制、针对当地农业部门的特殊经济优惠，还是对外国公司投资的政策限制。对于其中一些优先事项，立法机关往往会在竞争法中作出例外或豁免规定。总体而言，限制竞争法的客体适用范围所使用的两个方法，彼此可以区分。

47. 具体而言，某些类型的商业做法/协议可以不受竞争法约束。例如，一些辖区不对出口卡特尔适用竞争法，前提是它们在短期不会对国内经济构成危害。但应指出，从长远来看，出口卡特尔可能会对国内行业竞争产生不利影响，而且从全球范围来看，它们无疑是不可取的。特定类型的协议不仅可以不受竞争法约束，竞争主管机构通过的次级立法也会给予豁免，如欧洲竞争法作出的集体豁免规定。此外，一些竞争法也制定了与知识产权有关的具体管理规定。然而，几乎所有反托拉斯法都把技术许可证作为“协议”处理，对它们进行审查，确定其是否像任何其他协议一样，也有限制或滥用行为，除非国家给予发明人的合法独占权可证明一些限制的合理性，而这些限制在其它情况下是不可接受的。

48. 在有些国家，行使知识产权引发了竞争问题。鉴于行使版权、专利权和商标权所引起的竞争问题，西班牙、联合王国和欧洲联盟认为有必要制定知识产权在竞争方面的具体规则。美国也通过了有关指导原则，以帮助企业预测执行机构是否会将某种做法视为反竞争行为。下表列出了关于知识产权与竞争法之间相互关系的一些规定。

#### 现行法律的不同方针——竞争法与知识产权之间的相互关系

---

##### 国家

---

加拿大 加拿大《竞争法》第 79 节第(5)款指出，“就本节而言，一项行为，若只是为了行使《版权法》、《工业品外观设计法》、《集成电路布图设

<sup>36</sup> 见贸发会议(2002年)。《竞争法的适用：豁免和例外》。UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25:5。

国家	
中国	中国《反垄断法》第五十五条规定，“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规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。”
牙买加	《牙买加公平竞争法》第 3 节 c 款指出，“签订的协议，凡就任何版权、专利或商标所规定的权利或通过其获得的现有权利的使用、许可或转让作出规定的”，不适用本法。
印度	<p>印度 2007 年《竞争法修正案》第 3 节第(5)款(有关协议、滥用支配地位和兼并的禁止规定的条款)指出，这些条款的任何规定不得限制一个人制止侵权行为或设定条件，以保护其根据下列法律所享有之权利的权利：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 1957 年《版权法》(1957 年第 14 号法)；</li> <li>(b) 1970 年《专利法》(1970 年第 39 号法)；</li> <li>(c) 1958 年《商标和商品标识法》(1958 年第 43 号法)或 1999 年《商标法》(1999 年第 47 号法)；</li> <li>(d) 1999 年《商品地理标注(注册和保护)法》(1999 年第 48 号法)；</li> <li>(e) 2000 年《设计法》(2000 年第 16 号法)；</li> <li>(f) 2000 年《半导体集成电路布图设计法》(2000 年第 37 号法)。</li> </ul>
以色列	<p>在以色列 1988 年《限制性贸易惯例法》中，某些知识产权协议被视为非限制性协议。规定(第 3 节)如下：</p> <p>“含有限制性条款、且所有这些条款均与使用下列资产相关的安排：专利、服务商标、商标、版权、表演者权利或开发者权利，但须符合以下两个条件：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>“(a) 安排由上述资产的持有人与上述资产使用权获取方共同订立；</li> <li>“(b) 如上述资产须依法进行登记，已按规定登记。”</li> </ul>
乌克兰	<p>乌克兰《保护经济竞争法》就与知识产权有关的协同行为作出了特别豁免规定：</p> <p>第 9 条规定：</p> <p>“以协议方式限制权利受让方经济活动的知识产权转让协议或关于授予知识产权使用权的协议，不适用本法第 6 条，除非这些限制超出知识产权实体的合法权利的范围。</p> <p>“2. 与受让权利范围、知识产权对象许可使用的有效期和有效区域有关的限制，即与活动类型、使用范围、最低生产数量有关的那些限制，应视为未超出本条第 1 部分所述权利的范围。”</p>

49. 其次，特定行业部门也可获得豁免。农业部门常常免于适用竞争法。某些类别的经济活动，包括劳动和运输部门，免受反托拉斯法审查。此外，受到特别

监管的工业部门也可能免于适用一般竞争法。网络行业，如能源、水务和电信等部门，属于这一类。但应指出，一些国家对受管制行业实行完全豁免，不适用竞争法，而有些国家则将竞争法作为部门条例的补充。贸发会议《竞争法范本》第七章评注更加详细地论述了竞争法与部门监管条例之间的关系。

## 现行法律的不同方针——享有豁免的行业部门

### 国家

中国	根据中华人民共和国《反垄断法》第五十六条，农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同行为，不适用本法。
牙买加和巴巴多斯	关于劳务政策，牙买加和巴巴多斯的法律规定，“代表雇员确定雇用条款和条件的集体谈判”不受竞争法管辖； <sup>37</sup>  关于这两项法律，需要指出的另一要点是，豁免条款具有非静态性质，这似乎为日后对“部长下令宣布予以积极解决的此种类其它业务或活动”给予豁免和例外处理留有余地(见有关立法第 3 节(h)款)。
以色列	关于农业和交通部门，以色列《限制性贸易惯例法》对下列情形作出豁免规定：  一 协议含有与水果、蔬菜、农作物、牛奶、蛋类、家禽、牛、鱼、蜂蜜等国内农产品有关的限制性规定(见第 3 节第(4)款)。  一 协议涉及限制国际空运或海运，或海陆空联运，但有关方应为海运或空运承运人或由交通部长批准的国际海运或空运承运人协会(见第 7 节)。
加拿大	关于金融和运输部门，加拿大《竞争法》第 90.1(9)条规定：  “法庭不得根据第 90.1(1)条 <sup>38</sup> 就以下协议或安排下达命令：  (a) 第 49(3)条定义的联邦金融机构之间的协议或安排，且财政部长已向委员确认(一) 协议或安排各当事方的名称，(二) 财政部长出于财政政策的目的，要求作出该协议或安排，或对其予以批准；  (b) 根据《银行法》、《信用合作社法》、《保险公司法》或《信托和贷款公司法》构成兼并或拟议兼并的协议或安排，且财政部长已向委员确认(一) 协议或安排各当事方的名称，(二) 财政部长认为，考虑到上述法律可能施加的任何条款和条件，该兼并符合或将会符合公众利益；  (c) 构成加拿大《交通法》第 53.2(7)条批准的兼并或拟议兼并的协议或安排，且交通部长已向委员确认了协议或安排各当事方的名称。”

<sup>37</sup> 《牙买加公平竞争法》，1993 年第 9 号法律，以及《巴巴多斯公平竞争法》，2002-19, CAP.326C, 第 3 节。

<sup>38</sup> 第 90.1(1)条规定，如经委员提出申请后，法庭认定，两个或两个以上竞争对手之间的协议或安排——不论是现有的还是拟议的协议或安排——严重阻碍或削弱、或有可能严重阻碍或削弱市场竞争，则法庭可下令(a) 禁止任何人——不论是否协议或安排的当事方——根据协议或安排采取任何行动；或(b) 要求任何人——不论是否协议或安排的当事方——经该人及委员同意后，采取任何其他行动。”



## 地域适用范围

50. 在法律内容的制定上，立法机关拥有立法权，但法律的地域适用范围需遵守国际公法的限制。根据国际公法的原则，普遍认可国家对下列行为行使管辖权：(a) 在该国境内发生的行为(属地原则)；或(b) 本国公民的行为，包括根据该国的公司/企业法设立或注册的公司的活动(国籍原则)。但在竞争法领域，如今人们普遍接受的是，属地原则不妨碍一国对源于其它国家、但在本国领土内产生影响的行为行使管辖权(竞争法的域外适用)。这意味着一国可以对外国公司间的兼并以及在境外进行、但对本国内相关产品价格水平产生影响的卡特尔活动适用其竞争法。

51. 除了国际公法的这些规则(以及诸如欧盟的共同体竞争机制下的区域竞争法原则)之外，不存在任何国际公认的规范性管辖权规则。因此，一国可以在何种程度上对在国外发生的行为适用本国竞争法，纯粹是受国际公法原则限制的国内法问题。这意味着国家也可以决定不在域外适用其竞争法。

## 现行法律的不同方针——地域适用范围

### 国家

美国 在美国诉美国铝业公司案中，美国提出“效应”论，首次在域外适用本国的反托拉斯法。<sup>39</sup> 后来因《对外贸易反托拉斯改进法》的出台，这一学说有所弱化。《改进法》适用于出口贸易，对确立域外适用《谢尔曼法》的管辖权至关重要。根据这项法律，如果出口贸易在下列任一方面产生了“直接、实质性且可以合理预见的影响”，则美国法院将对该出口贸易拥有管辖权：

(a) 国内商业，例如，域外活动或所涉外资协议导致美国国内价格上涨；或

(b) 美国公司的出口贸易或商业，例如，活动或协议限制美国出口品进入某一特定市场(见 15 U.S.C 第 6a 节)。

欧盟 欧盟没有任何涉及对非欧盟公司域外适用欧盟竞争法的监管文书。不过，欧盟竞争法的域外适用是毫无疑问的，因为有大量判例法表明，该法可以适用于非欧盟的活动或公司。在欧盟，似乎已发展出三项独立的原则：

(a) “经济实体”论，允许对控制了其欧盟子公司行为的非欧盟母公司行使管辖权。<sup>40</sup>

(b) “实施”论，如果协议在欧盟内部实施且对成员国之间的贸易产生影响，则允许欧盟对欧盟外部订立的协议行使管辖权。<sup>41</sup>

(c) “效应”论，虽然不是欧洲联盟法院的既定学说，但显然已成为委员会常用的学说。<sup>42</sup> 根据这一学说，欧洲共同体对在欧盟内部产生影响的域外活动拥有管辖权。

<sup>39</sup> 美国诉美国铝业公司案，148 F.2d 416，第 443-45 页(2d Cir. 1945)。

<sup>40</sup> 欧盟法院第 48/69 号案，帝国化学工业有限公司诉委员会[1972] E.C.R. 619，第 64 段；欧盟法院第 6/72 号案，Europemballage 公司和大陆制罐公司诉委员会[1973] E.C.R. 219，第 15 段。

<sup>41</sup> 欧盟法院第 89、104、114、116、117 和 125 至 129/85 号联合案件，粗枝云杉纸浆材案，A. Ahlström Osakeyhtiö 及其他公司诉委员会[1988] E.C.R. 5193，第 16-18 段。

---

 国家
 

---

德国	德国《禁止限制竞争法》第 130 节第(2)款规定，该法适用于在其适用范围内产生影响的所有限制竞争行为，即使这些限制行为产生于该法的适用范围之外。
新加坡	新加坡在本国立法中明文规定了竞争法的域外效力。  新加坡 2004 年《竞争法》第 33 节第(1)款将竞争法的适用范围扩大到在新加坡境外或由境外当事方订立的协议或进行的活动。
印度	印度 2002 年《竞争法》第 32 节涉及在印度境外发生的、对印度境内的竞争产生影响的行为。垄断和限制性贸易惯例委员会有权对境外达成的协议或合并及相关各方以及在境外滥用其市场支配地位的企业进行调查和下达命令。只要协议、支配地位或合并对印度相关市场上的竞争产生或可能产生明显的不利影响，委员会即可行使管辖权。
马来西亚	根据 2010 年《竞争法》第 3 条第 1 款，该法适用于马来西亚境内和境外(见第 2 款所述情况)开展的任何商业活动。  关于该法在马来西亚境外的适用，第 2 款规定，在马来西亚境外进行的、对马来西亚境内任何市场的竞争产生影响的任何商业活动，适用该法。

---

## 时间适用范围

52. 法律的时间适用范围被定义为一项法律可适用的时期。从政策角度来看，与竞争法的适用时间有关的核心问题是一种新制度的生效。将需要结合政府的总体举措，评估法律是否应立即生效，还是应在生效前有一个准备、教育和一般过渡期。普通民众、尤其是企业可以在过渡期内熟悉新的法律制度，了解将会对他们的经济活动产生怎样的影响。一般来说，逐步实施一项法律可使用的法律起草方法包括：限制或延迟法律或法律中各项条款的普遍适用性的过渡性条款、保留条款、废除条款、“日落”条款和其他工具。

53. 例如，经修订的《查瓜拉马斯条约》第八章列举了加勒比共同体的《竞争政策和消费者保护法》，并明确指出，为确保一致性和遵守经修订的《条约》，在更宽泛的立法领域，每个成员国必须有一个准备期和规则过渡阶段。《条约》包含多项指导成员国采取执行措施的条款，例如第 170 条第 1 款(b)项。该条款规定，各成员国应：

“采取必要的立法措施，确保一致性和遵守竞争规则，并对企业的反竞争行为予以处罚；“规定传播相关信息，便利消费者做出选择；

“制定和保持机构安排和行政程序，以执行竞争法；

“采取有效措施，确保其他成员国的公民有机会诉诸主管执法机关，包括在公平、透明和非歧视的基础上诉诸法庭。”

---

<sup>42</sup> 例如，见 1969 年 7 月 24 日委员会决定中的法官意见，*Dyestuffs*, O.J.1969 L195/11, 第 28 段。另见关于《条约》第 81 和 82 条所载“对贸易的影响”概念的指南，O.J.2004 C101/81。

54. 在其它方面，为了判断这些规则如何与竞争法制度相抵触或提供补充，在通过竞争法之前，应对现有监管制度和正在形成的新监管制度进行一般审计和审查。

### 区域竞争法与国家竞争法在管辖上的相互关系

55. 除了成员国本国的竞争法以外，一些区域组织和超国家组织也通过了竞争规则。由此产生的问题是：哪些情形受区域竞争规则的约束？哪些情形受国家竞争法的约束？此外，为了防止管辖上的冲突，必须明确界定区域和国家竞争管理机构各自的执法权限。

56. 不同区域组织就这两个问题所采取的方针有所不同。

### 现行法律的不同方针——区域和国家竞争规则的适用范围

#### 区域组织

**欧洲联盟** 当所涉行为可能影响成员国之间的贸易时，直接对欧盟所有成员国适用《欧洲竞争法》的实质性条款，例如，见2002年12月16日关于实施《条约》第81和82条规定的竞争规则的第1/2003号(欧盟)理事会条例，以及2004年1月20日关于控制企业集中的第139/2004号(欧盟)理事会条例。

“欧盟层面”的标准对于界定欧盟委员会作为欧盟竞争法执法机构的权限也至关重要。如果反竞争行为未达到欧盟层面，则属于国家竞争管理机构的权限范围。如达到欧盟层面，欧盟委员会和国家竞争管理机构拥有并行管辖权。委员会关于竞争管理机构网络内合作的公告，规定了这种情况下行使管辖权的若干原则。在兼并控制领域，欧盟委员会对达到欧盟层面的企业集中拥有专属管辖权。

**中非经济与货币共同体(中非经共体)<sup>43</sup>** 与欧盟模式类似，中非经共体的竞争法适用于影响成员国之间贸易的反竞争做法。竞争监督局——包括执行秘书处和区域竞争委员会——对共同体法律的执行情况进行监督。

**东部和南部非洲共同市场(东南非共市)<sup>44</sup>** 东南非共市部长理事会于2004年12月通过了《竞争条例和规则》(《条例》)。

东南非共市鼓励成员国制定国内竞争法。区域法处理影响共同市场的跨界竞争问题。在这方面，东南非共市的竞争制度与欧盟类似。东南非共市《条例》涵盖兼并和收购，以及包括滥用支配地位在内的反竞争商业行为。《条例》还涉及消费者保护，这一点与一般的区域/共同体竞争规则有所不同。

东南非共市《条例》规定设置两个执行竞争条款的机构，即东南非共市竞争委员会和委员会主席团。

关于权限的划分，委员会在竞争案件中相对于国家竞争管理机构具有超国家地位。委员会收到要求调查成员国内发生的反竞争行为的申请时，可采用各种方式处理。委员会

<sup>43</sup> 见贸发会议秘书处的报告：《共同体与国家竞争主管机构之间在竞争规则的适用方面的职能分配》，2008年5月23日，TD/B/COM.2/CLP/69。

<sup>44</sup> 同上。

---

 区域组织
 

---

可命令有关企业采取特定行动。如果在规定时限内企业没有照做，委员会可向有关国家法院申请发布适当的命令。

安第斯共同体<sup>45</sup>

2005 年 3 月，安第斯共同体批准了第 608 号决定——保护和促进共同体内竞争的规则，该规则适用于反竞争做法和滥用支配地位。第 608 号决定第 5 条涵盖：

(a) 在一个或多个成员国境内发生或造成影响的反竞争做法，不包括仅在一国内发生或造成影响的做法；

(b) 源自非共同体国家，对两个或两个以上共同体成员国造成影响的反竞争做法。

这意味着共同体法律仅适用于涉及两个或两个以上国家的案件。国家竞争管理机构对所有其他案件拥有管辖权。

安第斯共同体秘书处是共同体的调查机构。区域主管机构和指定国家主管机构在安第斯共同体的监督下共同开展调查。保护自由竞争委员会是安第斯共同体的裁决机构，由成员国的高级别代表组成。安第斯共同体法院是共同体的司法机构。

国家和共同体的机构共同拥有管辖权。在没有竞争法的成员国，由指定主管机构负责执行共同体法律。多民族玻利维亚国和厄瓜多尔没有竞争法，因此适用第 608 号决定。多民族玻利维亚国的贸易和出口部以及厄瓜多尔的工业与竞争部为指定主管机构。

---



---

<sup>45</sup> 同上。