

# 乔治梅森大学安东尼·斯卡利亚法学院全球反垄断协会

## 对中国《反不正当竞争法》（修订草案）的评述

2017年3月19日

本文旨在对中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会（“人大常委会”）于2017年2月26日就《反不正当竞争法》（修订草案）公开征求意见作出回应。我们基于对反垄断法和经济法等领域的丰富经验和专业知识作出如下评论：<sup>1</sup>

首先，我们赞赏人大常委会删除第六条关于滥用相对优势地位的条款。就当前的征求意见稿而言，我们建议对于中国反垄断法所规制行为相关的所有条款都予以删除。正如中国在第六轮中美战略与经济对话中认可的，“竞争政策的目标是为提高消费者福利和经济效率，而不是为促进个别竞争者或个别产业，执行双方各自的相关竞争法律应当公平、客观、透明和非歧视。”<sup>2</sup>反不正当竞争法的实施应当与上述竞争政策的目标相一致，并与反垄断法相一致。

尤其是，我们强烈建议完全删去草案第11条（“经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品，不得附加其他不合理的条件”），因为对这一行为的规制已经包含在反垄断法第17条第5款的规定中。或者，至少应将第11条修改得更加以效果为基础，即搭售行为仅在以下情形中被认定为违法：（1）经营者在搭售商品之一的领域内拥有足以在市场上限制交易的市场地位；以及（2）对竞争的不利后果大于有利后果。这样的规定与反垄断法第17条第5款相一致，提供了一个仅针对拥有市场支配地位的经营者的有效规制方法。<sup>3</sup>

正如以下第二部分所述，搭售是普遍存在的，并且基于各种原因被大量的经营者广泛使用。<sup>4</sup>大量实例表明，搭售“对买方、卖方或双方有显著利好，很容易即可以从生产规模

---

<sup>1</sup>乔治梅森大学安东尼·斯卡利亚法学院（斯卡利亚法学院）分部之一全球反垄断协会（GAI）是一个领先的经济教学研究国际平台，其专注于全球各地的竞争机构和法院面临的关键反垄断问题的法律和经济分析。大学教授（经济学博士）约书亚 D（Joshua D. Wright）是该协会常务董事和前美国联邦贸易委员。Koren W. Wong-Ervin 是该协会董事，斯卡利亚法学院兼职教授，美国联邦贸易委员会前任知识产权和国际反垄断顾问。法学教授道格拉斯 H. 金斯伯格（Douglas H. Ginsburg）是美国哥伦比亚地区巡回上诉法院高级法官，美国司法部反垄断部门的前助理总检察长。布鲁斯 H. 小林（Bruce H. Kobayashi）是研究和教师发展副院长，法学教授、经济学博士，协会的资深学者和创始董事。

<sup>2</sup>美国财政部新闻发布会，第六轮中美战略与经济对话具体成果清单——经济对话（2014年7月11日），参见链接 <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl2563.aspx>。

<sup>3</sup>《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下列滥用市场支配地位的行为：（五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件”，

<http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300045909.shtml>。

<sup>4</sup>参见 Bruce H. Kobayashi, *经济学是否为经营者搭售商品提供了可靠的指引：一个经济学文献的调查研究*，1 J. COMP. L. & ECON. 4, 707-08 (2005)（下称“Kobayashi”）；并参见 THOMAS T. NAGLE & REED K. HOLDEN, *THE STRATEGY AND*

经济、降低交易和信息成本理论来解释”。<sup>5</sup>这些利好包括：消费者享受更低的价格、方便经营者进入新的市场、减少生产者和他们经销商之间发生冲突的诱因、缓解销售者搭便车行为以及其他代理问题。<sup>6</sup>事实上，“搭售可以起到同等提高效率的垂直控制效果，这一效果已经在经济学文献中的捆绑、独家交易和其他形式的垂直限制中被认可”。<sup>7</sup>

损害竞争和导致反竞争后果的潜在可能性，仅在搭售行为被一个具备在其搭售产品之一的领域中拥有一定市场控制力的经营者实施时才会产生。正如美国最高法院所阐述的，“捆绑销售并非天然地阻碍竞争”，<sup>8</sup>并且“一个购买者‘被迫’购买他向另一个销售者都不愿意购买的产品”也并不意味着“对竞争有不利影响”。<sup>9</sup>相反，要达到损害竞争的结果，搭售必须对其他销售者有排他的效果，因为搭售阻碍购买者用其他销售者的产品来替代搭售行为中的一个或多个产品，并达到了使这些产品在市场竞争中受到损害的程度。<sup>10</sup>此外，由于搭售被拥有或者不拥有市场控制力的经营者广泛用于促进竞争，认定或推定搭售违法可能会产生许多第一类（假阳性）错误，正如美国最高法院所阐述的，“这成本巨大，因为其正好打击了反垄断法意图保护的行为”。<sup>11</sup>

### I. 反不正当竞争法下对“不正当”的认定应与一般竞争法原则相一致

不正当竞争已经成为世界各地反垄断机构日益关注的重点，也引发了一系列不正当竞争法与传统反垄断法之间的难题。在许多竞争政策、制度中，二者之间的差异可能产生紧张关系甚至冲突。传统的反垄断法对经营者之间的事后结果不进行规制，只约束那些损害竞争并且不具备促进竞争效果的实施行为，而传统的反垄断法旨在保护竞争过程而不是从微观层面上管理市场结果。相反，在一些效率比促进竞争更有价值的情况下，反不正当竞争法也会选择禁止此种实施行为，这种风险应当避免。避免这种风险的一种方法是将不正

---

TACTICS OF PRICING: 对盈利性决策的指引，第三版 (Prentice Hall 2002); David S. Evans & Michael Salinger, 为什么经营者采取搭售和捆绑销售? 来自竞争市场的证据和捆绑销售相关法律的启示, 22 YALE J. ON REG. 37 (2005); Stefan Stremersch & Gerard J. Tellis, 商品与价格的战略性搭售: 对市场的全新分析, 66 J. MKT'G 55 (2002) (下称“Stremersch & Tellis”)

<sup>5</sup> Kobayashi 脚注 4 第 708 页; 并参见 Stremersch & Tellis, 脚注 1 第 70 页; David S. Evans & A. Jorge Padilla, 为测试单方行为来设计反垄断规则: 一种新的芝加哥学派方法, 72 U. CHI. L. REV. 27 (2005).

<sup>6</sup> Kobayashi, 脚注 4 第 708 页; 并参见 Bruce H. Kobayashi, 关于搭售的两个故事: 对搭售优惠适用反垄断法的含义, 乔治梅森大学法律与经济学工作报告, No 05-27 (2005).

<sup>7</sup> Kobayashi, 参见脚注 4 第 708 页。

<sup>8</sup> *Jefferson Parish 县第二医院诉 Hyde*, 466 U.S. 2, 25 (1984).

<sup>9</sup> 同上, 第 16 页。

<sup>10</sup> 参见 Alden F. Abbott & Joshua D. Wright, 捆绑销售安排和排他性交易的反垄断分析, 7 (2009), [https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working\\_papers/08-37%20Antitrust%20Analysis%20of%20Tying.pdf](https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/08-37%20Antitrust%20Analysis%20of%20Tying.pdf) [下称“Abbott & Wright”]。

<sup>11</sup> *Verizon Commc'ns 股份有限公司诉 Curtis V. Trinko 律师事务所*, 540 U.S. 398, 414 (2004) (已省略内部引文)。

当竞争法限制在传统反垄断法尚未涵盖的范围之内。另一种方法是将长期以来适用于传统反垄断法的原则同样适用于反不正当竞争法。

从经济学的角度上看，“不正当”没有一个公认的定义。但是，对于反不正当竞争法和反垄断法的关系，存在两种对立的观点。第一种观点认为，反不正当竞争法是对反垄断措施的补充，并且与反垄断法采取的经济方法相一致。在这种观点下，不正当行为的责任和反垄断法并不冲突，还以填补空白的方式对传统反垄断法进行了补充，进而保障竞争活动。据此，正当与否取决于是否设置了壁垒，排除竞争对手的竞争机会以及其他与传统反垄断法中基于效果方法相一致的因素。这就要求所谓的商业行为已经对竞争活动造成了实质上的损害。

第二种观点认为，反不正当竞争法和反垄断法互为代替，不正当行为的责任不受经济原则的制约。该方法通过评估双方的相对地位和交易结果来控制谈判争议或价格本身。这将导致创新等促进竞争的行为受到漠视，而消费者本可以受益于这些行为。关键是它没有考虑到对竞争活动的影响，从而破坏了基于效果的竞争法制度的目标。

对于任何政府机构而言，认识这两种观点的区别都是一项艰巨的任务。在长达 100 年的历史中，美国联邦贸易委员会（FTC）一直采取第二种观点中的方式来评估竞争中的不正当行为；而现在得到公认的是，在不受竞争法原则限制的情况下对不正当行为进行评估可能会对消费者造成不良后果。<sup>12</sup>因此，FTC 在 2015 年 FTC 反不正当竞争法声明中采用了一种统一的方式来处理竞争中的不正当行为，该方法包含了第二种不正当行为分析方式，将正当性评估与基础的传统反垄断政策相联系。<sup>13</sup>该声明明确指出，在执行第 5 节“竞争的不正当行为”规定时，FTC 将遵循三个原则：（1）提高消费者福利（美国反垄断法判例中所公认的福利）；（2）权衡该行为对竞争过程造成的损害与利益，并以此作为评价该行为的依据；（3）如果美国反垄断法足以解决争议，则不适用反不正当竞争法第 5 条。

---

<sup>12</sup> 参见 William E. Kovacic & Marc Winerman, 竞争政策和联邦贸易委员会法第五部分的适用, 76 ANTITRUST L.J. 929, 940-43 (2010) (“联邦贸易委员会记录在案的，涉及超出其他反垄断法内涵的适用第五部分的上诉案件是毫无启示作用的。”)；Joshua D. Wright, Comm’r, Fed. Trade Comm’n, 你的日程如何？在全美律师协会春季会议 6-7 上的讲话（2013 年 4 月 11 日），[http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/whats-youragenda/130411abaspringmtg.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/whats-youragenda/130411abaspringmtg.pdf) (“毫无意外，Kovacic & Winerman 推断‘联邦贸易委员会法第五部分相关经验是一堆毫无希望的记录’”)。

<sup>13</sup> 联邦贸易委员会，联邦贸易委员会法下的关于“竞争的不正当行为”执行原则的声明（2015 年 8 月 13 日），[https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/735201/150813section5enforcement.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf)。

将不正当行为与反垄断原则联系到一起，确保了指导竞争法的原则在应用时是一致的。通过关注基于效果的方法，反垄断机构根据对竞争产生的损害和竞争效率来评估竞争行为。

## II. 第 11 条（涉及搭售的规定）应当被全部删除，或至少需要修订以采用基于效果的方法

首先，区分纯搭售和混合搭售是很重要的。纯搭售是指经营者只提供搭售商品而不提供单个商品，混合搭售是指经营者既提供搭售商品也提供单个商品。因此，如果卖方提供单个商品，则该行为属于混合搭售，对消费者不具有强制性。

搭售行为不仅在实践中广泛存在，而且在经营者不具有显著市场控制力的市场中十分常见的。在竞争市场中，“搭售的推定解释”是指生产规模经济或降低交易成本和信息成本，这有利于卖方、买方或双方。<sup>14</sup>对经营者而言，为消费者提供更多的选择可能需要很高的成本；而假如消费者收益低于为了提供更多选择而增加的成本，则消费者的收益反而受损。例如，一个具有 1000 个专利的公司，专利许可组合的数量可能有  $10^{301}$  个。<sup>15</sup>因此，禁止搭售会导致成本显著增加，比如在一项大型投资项目中，专利持有者和实施者不得不对每一项专利分别进行协商和授权，从而导致交易成本大幅增加（即使不是成本高昂的话）。

这些促进竞争的方式同样也适用于具有显著市场控制力的经营者。但在这种情况下，搭售有可能会损害竞争并导致阻碍竞争的后果。具有市场控制力是损害竞争的必要条件，但不是充分条件。若卖方不具有搭售产品之一的市场控制力，卖方就无法强制买方购买其搭售的产品，因为买方可以轻松地从其他卖方处购买到搭售的商品。即使如此，正如最高法院解释的那样，“买方被迫”购买一件他本来不会从另一个卖方那里购买的产品“并不意味着”对竞争会有不利影响。<sup>16</sup>相反，只有在买方从其他卖方无法购买到搭售的产品，导致对其他卖方产生排斥效应时，才能称作搭售妨害了竞争。<sup>17</sup>

虽然有经济学文献表明，具有市场控制力的卖方从事搭售行为可能会损害竞争，但是“它没有提供一种可靠的方法来评估潜在的损害是否会超过从中获取的好处”。<sup>18</sup>因此，

---

<sup>14</sup> Kobayashi, 脚注 4 第 708 页。

<sup>15</sup> 参见 Anne Layne-Farrar & Michael A. Salinger, *对合理、无歧视专利的搭售*, 第 11 页, (2015 年 6 月), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2585528](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2585528).

<sup>16</sup> *Jefferson Parish*, 466 U.S. 第 16 页。

<sup>17</sup> Abbott & Wright, 脚注 10 第 7 页。

<sup>18</sup> Kobayashi, 脚注 4 第 707 页。

将搭售认定或推定为违法，可能会不恰当地否决或阻碍有效的商业习惯，从而导致巨额支出。

基于这些理由，我们强烈建议人大常委会删掉第 11 条的规定，或至少采用类似于反垄断法第 17 条中考虑市场控制力的基于效果的方式。

### **III. 结论**

我们很高兴有机会发表评述，并乐意就任何人大常委会可能对本评述产生的问题作出回应。