



竞争政策与法律文库

黄勇 总主编

# 竞争政策法制化 研究

Juridification of Competition Policy

董笃笃 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



竞争政策与法律文库

黄勇 总主编

专著系列

江山 主编

# 竞争政策法制化 研究

Juridification of Competition Policy

董笃笃 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

竞争政策法制化研究 / 董笃笃著. —北京: 法律出版社, 2017. 1

(竞争政策与法律文库 / 黄勇主编)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0603 - 6

I. ①竞… II. ①董… III. ①反垄断法—研究 IV.  
①D912.294.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 029509 号

竞争政策法制化研究

JINGZHENG ZHENGCE FAZHUIHUA YANJIU

董笃笃 著

策划编辑 沈小英

责任编辑 沈小英 刘晓萌

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 王沁陶

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 13.75

字数 230 千

版本 2017 年 4 月第 1 版

印次 2017 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0603 - 6

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 《竞争政策与法律文库》编委会

编委会主任：黄 勇

编委会委员：（按姓氏笔画排序）

|     |     |     |
|-----|-----|-----|
| 于 立 | 王先林 | 王晓晔 |
| 许光耀 | 刘春田 | 张 平 |
| 吴汉东 | 吴汉洪 | 吴宏伟 |
| 张 穹 | 时建中 | 尚 明 |
| 徐士英 | 盛杰民 | 黄 勇 |
| 黄群慧 | 韩立余 |     |

竟  
始  
擇

爭  
而  
和

献给我的老师吴宏伟教授！

尼采说：十九世纪，上帝死了。

我 说：二十世纪，人类死了。

——木心

## 总 序

时至今日,市场经济成为现代国家经济发展模式的最优选择,已是共识。市场经济是主要通过市场来配置资源的经济运行机制,即经济生活中“生产什么”“如何生产”和“为谁生产”等问题交由市场决定。市场经济条件下,由竞争所形成的资源相对价格承载着某一资源相对于其他资源的稀缺程度信息,而市场参与者依据该信息便可掌握相关市场的竞争态势,并作出相应的资源配置决策,从而大大降低信息成本和交易成本。与此同时,市场参与者不仅要受到竞争约束,而且要受到产权约束,从而极大降低了监督成本。正因如此,市场经济成为一种静态和动态资源配置效率兼具的经济制度。倘若不建立这样的制度,社会资源配置就缺乏可靠的指引,经济资源也就无法得到有效配置。因而市场经济成为各国发展经济的不二选择,我国也不例外。党的十四大确立“建设社会主义市场经济体制”目标、1993年“市场经济”入宪,宣示我国开启了经济建设的新模式。

市场经济要求市场在资源配置中起决定性作用,竞争是市场的核心机制。没有竞争,也就无所谓市场,更遑论市场经济。政策文件、法律文本上的“市场经济”,并不必然意味着市场或竞争能够在现实的资源配置中发挥积极作用。对于尚处于转型期的中国来说,计划经济体制下长官意志、行政命令和对产业政策的深度路径依赖并未完全消除,仍残留在经济政策制定的过程之

中,或隐或显地影响或干扰着经济运行,其典型体现便是坊间所称的“行政垄断”。这不仅戕害市场公平竞争,也损害市场运行效率和政府威信。与此同时,竞争的自我毁灭性在我国市场经济运行中也不可避免。如何有效规制垄断便成为市场经济运行中不可回避的话题。1993年出台的《反不正当竞争法》和2007年颁布的《反垄断法》相继成为我国打击垄断、保护竞争的法制支撑,在矫正竞争扭曲行为、维护市场竞争秩序方面发挥了不容忽视的效用,但在我国改革进入深水区之时面临包括体制、机制在内的诸多束缚和挑战。显然,这已不是反垄断法所能承载之重,需将竞争政策与法律置于中国全面深化改革的时代大背景之下整体考量、全面筹划。

在中国,自古以来改革绝非易事,当代经济改革更是一件宏大的历史叙事。对内改革、对外开放,是30多年来经济建设不变的主题。众所周知,改革就会向旧体制“宣战”,更会触动某些利益集团或群体的“奶酪”,从而使改革困难重重。拿出“壮士断腕”的勇气和魄力,不是套话而是改革浪潮中决策者的真实呼唤与深情呐喊。因此,在经济改革进程中,导入竞争机制,将计划经济体制遗留下来的那只踩住市场“无形之手”的政府“有形之脚”驱离,还以市场经济之应有活力,其难度可想而知!改革尚未完成,法治仍需努力!唯有通过改革,方能不断巩固和强化市场机制,以及竞争在资源配置和国民经济运行中的决定性作用。“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用,必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,完善社会主义市场经济法律制度”,不仅是政策表达,更是经济改革的制度诉求。其核心,是促进市场竞争的政策选择与法律治理问题。对学者来说,是挑战,更是机遇。

在欧美成熟市场经济法域,丰富的反垄断理论学说与实践经验的积累,源自于制度与市场长时期的共同演进。而在中国,反垄断法诞生伊始就面临着浓缩的改革大时代和迭代的经济新潮流,既要夯实制度基础、因应改革变局、又要立足理论前沿、迎接未知未来。为此,与之相关的竞争政策与立法的基础性、系统性和前沿性、开创性的研究都亟待充实。当前,竞争政策与法律所处的宏观环境是动态的。正推进着的全面深化改革战略,不仅从制度层面上不断改变着现行的制度与规范体系,更改变着制度所处的环境,需要研究动态之下的制度把握与应用。唯有宏观把握竞争政策与产业政策作为经济发展政策工具选择的优劣、消长,方能从容布划,为经济改革的路径选择、制度设计和政策制定建言献策。与此同时,反垄断法的不确定性也呼唤理论与实践的深化。这种不确

定性由多种因素促成,既有规范文字的原则抽象,也有垄断行为的千变万化,更有市场情势的瞬息万变。也正是因为这种不确定性,使反垄断法适用极具技术性、专业性,无论是具体实务还是理论探讨,无不需跨领域、跨学科的多角度、多层次深入思考、比较分析、潜心研究,借鉴和汲取域外有益经验,总结和归纳国内反垄断实践之得失。竞争政策与反垄断法不是停留在政策与法律文本的字里行间,而是要落地、生根,在政策实施与法律适用中方能获得生命。脱离实际、远离中国市场竞争的竞争政策与法律研究注定是灰色的。该领域的研究不仅要着眼于竞争政策与反垄断法深层次的理论追寻,更要善于把握现实中的实践需求,如当下的公平竞争审查、执法机制与程序完善、创新与反垄断等问题,深入挖掘、扎实研究,小心求证、谨慎结论。唯有如此,竞争政策与法律研究在中国方可开花、结果。

对外经济贸易大学竞争法中心是为回应我国《反垄断法》制定和实施需求、推动竞争法律与政策研究、加强对外学术交流与合作而成立的校级研究机构。自成立以来,始终以“竞始择,争而和”为情怀,以推动和引领中国竞争法研究为己任,通过举办国际性论坛、系列讲座和提供咨询服务等多种形式,构建良好的学术研究平台,开展前沿性研究、培养竞争法人才,服务国家与社会。百舸争流,奋楫者先。为进一步推动中国竞争政策与法律研究的发展,中心拟举惠园之力、聚全国竞争法同人之智识,组织出版《竞争政策与法律文库》,以共襄中国竞争法治之盛事。《文库》设专著系列、译著系列、案例系列、文集系列,是法律出版社与对外经济贸易大学竞争法中心共同打造的学术品牌。中心将秉持开放包容之胸怀、恪守择优务实之原则,认真对待每一位竞争法志士的优秀作品。期待您的大作!



2016年10月6日

---

\* 对外经济贸易大学竞争法中心主任,教授、博士研究生导师。

## 序

反垄断法从何而来?该为何物?应当去往何处?这是反垄断法研究与实践绕不开的命题。

反垄断法承担着禁止垄断行为和落实国家政策目标的双重任务。如何透过对垄断行为的规制,在法治轨道内切实贯彻国家政策目标,始终是反垄断实践的首要任务与难题。这使反垄断实践不应当也无法“一案一议”式地摸着石头过河,而应当高瞻远瞩地进行顶层设计,在国家政策目标与反垄断具体规则之间架起一座安全合理的桥梁。相对于反垄断个案纠纷的解决,如何将国家政策目标在反垄断法文中得以体现,并在实践中得到落实,是反垄断法研究和实践亟待解决的基础性和前沿性问题。鉴于此,作者以此为研究对象,力图阐明国家政策目标转换过程的基本构成与主导机制,并探究竞争政策法制化的一般原理和规范进路。

眼前的书稿直陈,国家政策目标转换为反垄断法的过程,表面上由法律程序所构成,实质上却由人的行动或价值抉择所构成。该转换过程的理性程度,依赖于人在国家政策目标引导和约束下的积极主动与自我克制。因此,应当对反垄断法承担责任的,不是程序、方法或经济学原理,而是人的行动或价值抉择。

与反垄断具体制度研究相比,这一研究视角和逻辑论证更彰显了作者的睿智和思辨。当下,反垄断法研究对学界来说并不鲜见,可谓汗牛充栋,但乏善可陈!作

者能够突破仅局限于制度层面的技术探讨,力求制度背后的哲学价值及其实践转化,不仅使研究获得深度和厚度,更使文本中的制度充满活力和张力。也正因如此,这一研究成果对反垄断实践的拓展和深化具有举足轻重的作用。

首当其冲的是,应充分认识到,国家竞争政策的直接目标就是实现和维护有序竞争。有序竞争是个体利益与公共利益的统一,竞争损害既体现为市场竞争秩序遭到破坏,也表现为经营者或消费者个体利益遭受损失。反垄断法不仅保护竞争,同样保护竞争者。然而,由于人类能力的有限性,市场竞争与其他国家政策目标将会发生冲突。该冲突的解决无法依靠习惯,只能依赖权威性规则,由国家来确定包括市场竞争在内不同价值目标之间的协调方案。市场竞争并不具备所谓的“自净功能”,市场竞争的有序运行,需要国家履行经济职能。徒法不足以自行,便需要反垄断法的实施!显然,反垄断法的实施,并不仅是行政执法机构或司法机构对私人纠纷的介入,更是对市场竞争秩序的创设和保障。因此,这就要求依据行政执法机构和司法机构各自的优势和不足,结合市场竞争的现状,从落实国家政策目标的角度思考反垄断实施体制,而不应想当然地偏重或轻视其中任何一方。

与之相应,反垄断实践应当强调国家政策目标的引导和约束功能。一方面,反垄断实践应发挥国家政策目标的引导功能。国家政策目标是反垄断法的灵魂,反垄断法是国家政策目标的载体。反垄断法律概念是落实国家政策目标的引导和中介,只有和国家政策目标紧密结合,反垄断法律概念的内涵才能得以澄清。有关违法性构成要件、法律责任承担方式或实施体制的具体争议,只有在国家政策目标的统揽下,才能逐步达成理性共识。另一方面,反垄断实践应正视国家政策目标的约束功能。与其他法律制度相比,反垄断法的独特性在于,通过对排除限制竞争行为的遏制,落实国家政策目标。有序竞争,是反垄断法的根本价值目标;竞争损害,是认定反垄断法意义上行为违法性的基本前提。反垄断法保护经营者和消费者的合法权益,也激励创新并促进经济增长,但该作用的发挥原则上应以证明竞争损害的存在为前提。否则,反垄断法本身将会被滥用。

最重要的是,反垄断实践离不开合理而又健全的人才队伍。反垄断基本法律制度的确立,为反垄断实践提供了最基本的制度保障。与反垄断相配套的立法体系、行政执法体系、司法体系 and 法律服务体系,也相继展开并不断完善。然而,推进反垄断法制建设的核心,是要有合格的反垄断人才做好各项反垄断工作,要有一支有良心、有法律意识的专家队伍将国家政策目标转换为反垄断法。

反垄断基本素养的提升,是反垄断实践的一项基础性工作。

笃笃是我指导的经济法博士,本书是在其博士学位论文的基础上修改而成,体现了他对反垄断实践中的国家政策与经济职能、价值抉择与规范设计都有着深入思考和独特见解。其中虽有些许不足,但瑕不掩瑜,不失为当下反垄断法研究中的一部力作。同时,希望笃笃能以成果出版为契机,不断敦促自己深入相关研究,为反垄断法研究和实践提供更多智力贡献。

吴宏伟

2017年4月9日

---

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| 导 论 .....                        | 1  |
| 第一章 法制化的内涵与构成 .....              | 11 |
| 一、法制化的表象:制定法大量产生的过程 .....        | 12 |
| (一)法制化的发展阶段 .....                | 12 |
| (二)福利国家阶段法制化所面临的困境 .....         | 13 |
| (三)福利国家阶段法制化的困境在市场竞争领域内的表现 ..... | 14 |
| (四)福利国家阶段法制化的再发展与关键难题 .....      | 24 |
| 二、法制化的实质:政治、法律与社会之间的结构性耦合 .....  | 26 |
| (一)法制化的概念与影响 .....               | 26 |
| (二)法制化的应对方案 .....                | 29 |
| (三)法制化关键难题的隐匿与内部构成的缺失 .....      | 31 |
| 三、法制化的核心构成:法律人及其论证 .....         | 36 |
| (一)政治与法律之间的关系 .....              | 36 |
| (二)政治如何转换为法律 .....               | 38 |
| (三)法律人及其论证为何应被视为政治转换为法律的核心 ..... | 41 |
| 四、法制化的内核:法学大规模扩展 .....           | 42 |
| (一)立法与法学的功能与相互关系 .....           | 42 |

|                                     |           |
|-------------------------------------|-----------|
| (二)立法与法学之间的融合 .....                 | 44        |
| (三)法学的基本立场与核心问题 .....               | 45        |
| 五、小结 .....                          | 47        |
| <b>第二章 法制化视野下竞争政策的内涵与形成 .....</b>   | <b>48</b> |
| 一、竞争政策以市场竞争这种价值目标为核心与边界 .....       | 48        |
| (一)将市场竞争视为调整对象的广义的竞争政策 .....        | 50        |
| (二)将市场竞争视为价值目标的狭义的竞争政策 .....        | 53        |
| (三)从广义竞争政策到狭义竞争政策的转换 .....          | 56        |
| 二、作为价值目标的市场竞争的生成 .....              | 61        |
| (一)市场竞争与维护市场竞争之间的关系 .....           | 61        |
| (二)维护市场竞争并非源于人对于外在秩序的认知 .....       | 62        |
| (三)维护市场竞争源自人的行动 .....               | 67        |
| 三、作为价值目标的市场竞争的确立 .....              | 70        |
| (一)市场竞争这种价值目标获得确立的实践意义 .....        | 71        |
| (二)市场竞争这种价值目标的内在独立性 .....           | 76        |
| (三)市场竞争这种价值目标的本质特征 .....            | 82        |
| (四)市场竞争与其他价值目标之间的冲突与协调 .....        | 85        |
| 四、小结 .....                          | 88        |
| <b>第三章 竞争政策法制化中的逻辑分析与理性论辩 .....</b> | <b>90</b> |
| 一、竞争政策法制化中的逻辑分析 .....               | 91        |
| (一)逻辑分析的实践意义与负面影响 .....             | 91        |
| (二)逻辑分析在竞争政策法制化中的负面影响之一 .....       | 97        |
| (三)逻辑分析在竞争政策法制化中的负面影响之二 .....       | 113       |
| (四)逻辑分析在竞争政策法制化中的积极作用 .....         | 117       |
| 二、竞争政策法制化中的程序性理性论辩 .....            | 120       |
| (一)程序性理性论辩的实践意义与不足之处 .....          | 120       |
| (二)程序性理性论辩在竞争政策法制化中的体现与不足 .....     | 122       |
| (三)程序性理性论辩在竞争政策法制化中不足之处的克服 .....    | 126       |
| 三、小结 .....                          | 132       |

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 第四章 竞争政策法制化中的价值权衡 .....             | 134 |
| 一、价值权衡的重要性与表现方式 .....               | 135 |
| (一) 价值权衡的重要性 .....                  | 135 |
| (二) 价值权衡的表现方式 .....                 | 136 |
| (三) 价值权衡的回归 .....                   | 138 |
| 二、竞争政策法制化中价值权衡的特点 .....             | 139 |
| (一) 竞争政策法制化中二阶规则的重要性 .....          | 139 |
| (二) 竞争政策法制化中二阶规则的局限性 .....          | 141 |
| (三) 竞争政策法制化中逻辑分析、理性论辩与价值权衡的综合 ..... | 142 |
| 三、竞争政策法制化中价值权衡的泛化及其克服 .....         | 143 |
| (一) 价值权衡泛化的理论基础与负面影响 .....          | 143 |
| (二) 价值权衡泛化在竞争政策法制化中的负面影响之一 .....    | 144 |
| (三) 价值权衡泛化在竞争政策法制化中的负面影响之二 .....    | 147 |
| (四) 价值权衡泛化的克服 .....                 | 171 |
| 四、小结 .....                          | 183 |
| 结 语 .....                           | 184 |
| 主要参考文献 .....                        | 187 |
| 后 记 .....                           | 198 |

## 导 论

### 一、本书主题:价值目标如何转换为反垄断法

“竞争法起源于竞争的正常运行需要有法律保障,但成就于国家经济职能(国家政策目标)的落实与实现。”<sup>①</sup>本书的任务是,阐明国家政策目标如何转换为反垄断法。鉴于该转换过程也被称为竞争政策法制化,<sup>②</sup>因此,本书同样以揭示竞争政策法制化的内涵与构成为目的。

如上这种强调反垄断法承担着国家经济职能的观点,属于有序竞争论。<sup>③</sup>根据该理论,反垄断法具有政策功能,<sup>④</sup>它不仅应当制止反竞争行为以维护市场竞争机制的正常运行,更应当规范市场竞争以确保市场竞争按照特定价值目标有序进行。<sup>⑤</sup>相对于维护市场竞争机制的正常运行,反垄断法更重要的使命应当是,通过

---

① 吴宏伟:《我国反垄断法与产业政策、竞争政策目标》,载《法学杂志》2005年第2期。

② 参见吴宏伟:《论竞争法的基本原则》,载《法学家》2001年第2期。需说明的是,与竞争政策紧密联系的只是实质意义上的反垄断法,不包括实质意义上的反不正当竞争法、消费者权益保护法等。详细论证可参见本书第二章。

③ 参见吴宏伟著:《竞争法有关问题研究》,中国人民大学出版社2000年版。

④ 参见吴宏伟:《论竞争法的政策功能》,载《中国人民大学学报》2001年第2期。

⑤ 参见吴宏伟:《法益目标:我国〈反垄断法〉实施之灵魂》,载《江西社会科学》2008年第7期。