



华东政法大学竞争法与竞争政策丛书

丛书主编：徐士英

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治视角下的竞争政策

Competition Policy under the Rule of Law Perspective

应品广 / 著

不在竞争政策的框架内理解竞争法，就不能洞悉竞争法本身的局限及其改良方向；不在法治的视角审视竞争政策，就很难把握作为经济政策重要组成部分的竞争政策是否符合民主法治的需要。本书以「从法治环境看竞争政策」和「用法治理念分析竞争政策」为两大视角，分析了竞争政策的产生、目标、实施和推进，呼吁学界抛弃不切实际的「理想主义」，考虑如何在特定法治环境下最大化地实现竞争政策的公共价值；同时，鼓励执法者抛弃过于僵化的「现实主义」，考虑如何通过关注竞争政策的公共价值和提升自身能力引导法治环境的渐进式改变。

014037986

D912.294.4
04

政法大学竞争法与竞争政策丛书

丛书主编：徐士英

法治视角下的竞争政策

Competition Policy under the Rule of Law Perspective

应品广 / 著



D912.294.4
04



北航

C1723646


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治视角下的竞争政策 / 应品广著. —北京: 法律出版社, 2013. 12
(华东政法大学竞争法与竞争政策丛书 / 徐士英主编)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5826 - 9

I. ①法… II. ①应… III. ①市场竞争—经济法—研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 313250 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何敏

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

印刷/北京七彩京通数码快印有限公司

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

经销/新华书店

责任印制/张建伟

开本/720毫米×960毫米 1/16

版本/2013年12月第1版

印张/18 字数/304千

印次/2013年12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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5826 - 9

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1723646

本书由上海市教育委员会重点学科建设项目国际法学（J51103）资助出版
本书是高水平特色法学学科建设与人才培养工程（085工程）的阶段性成果
本项目研究得到英特尔（中国）有限公司的资助



政府与市场的关系

——经济体制改革的核心问题(总序)

从1992年党的十四大报告确立我国建立社会主义市场经济的经济体制改革目标,至今已经过去了整整三十年时间。在这三十年时间里,我国已经基本建立了社会主义市场经济体制。但是,完善这一体制的任务仍然十分艰巨,很多严峻的问题有待解决。2012年,中国共产党的十八大报告中明确提出:“经济体制改革的核心问题是处理好政府和市场的关系”,这一论断,一针见血地把新一轮改革的目标直指经济体制本身。在大多数经济资源的配置已经由市场起基础性作用的进程中,政府是有力推动,还是消极影响,甚至不当阻碍,已经成为直接左右经济体制改革能否成功的核心问题。

竞争是市场经济体制的核心机制,处理好政府与市场之间的关系,讲到底就是在多大程度上、多宽范围内依赖竞争机制实现资源的配置。尽管我国绝大多数的竞争性领域都已经对非国有经济开放,但看得见、进不去的“玻璃门”现象仍然广泛存在。在巨型国企轮番“攻城略地”的背后,政府支持的影子若隐若现。有关“国进民退”引发的争议如同当年外商投资企业“超国民待遇”的争议一样,借助行政权力限制市场竞争的现象,成为社会公众的普遍担忧。这种现象的产生,究其实质,关键在于尚未真正建立一个公平竞争的市场环境。毫无疑问,要创造公平有序的市场竞争环境,必须要明确制定和有效实施全面的竞争政策。这里所指的有效的竞争政策不仅要对市场中的限制竞争行为予以规制,同时也要对政府的限制竞争行为予以防范。多年来,我国经济的发展主要依靠的是政府主导的方式。具有明显产业政策性质的普遍实行的经济政策,被认为是保障经济高速增长的法宝,即使改革开放至今,这一模式仍被引以为豪,而忽视了竞争政策在一个市场经济体制中极为重要和核心的作用。随着市场经济发展的进一步深入,体制问题以其不同于改革初期的特殊与复杂的形式被再次摆到了我们的面前。如何制定我国的竞争政策,能否有效协调竞争政策与其他经济政策的关系,

创造有利于经济持续发展的竞争环境,已经成为检验处理好政府与市场的关系的核心标准,也关系到改革的成败。

关于“竞争政策”的含义,大多数国家将其界定为“为维持和发展竞争性市场机制所采取的各种公共措施”,包括专门限制市场垄断的反垄断法律制度(狭义的竞争政策含义),以及其他一系列鼓励竞争、推进竞争的行业法律制度 and 经济政策。由于各国国情和体制的差异,对于竞争政策的理解和侧重也就各不相同。发达国家大多从广义的竞争政策出发,确立清晰的阶段性竞争政策目标,再聚焦到狭义竞争政策即竞争法的实施。与此相对应,发达国家的竞争政策研究除了关注法律实施标准和规则的不断精细化之外,还广泛关注执法之外影响政府决策和体制改革的一系列“竞争推进”措施。而发展中国家和转型经济国家的普遍做法则是通过竞争立法及其实施,逐步实现广义的竞争政策的全面推行。换言之,这些国家基本上以竞争执法为主导,试图通过广泛且严格的竞争执法提升竞争政策理念的社会共识,并带动本国竞争文化的发展。由于这些国家普遍缺乏竞争理念的传统,政府管制较强,并在市场经济和竞争文化相对不够成熟的条件下实施法律,其有关竞争政策的研究更加注重本国国情,也更加重视政府主导的其他经济政策和社会政策对于竞争政策的影响。但是不管怎样,在竞争政策的框架下研究竞争法实施的思路已成为当今国际竞争法学界的共识。

从竞争政策的内涵来看,我国以打破垄断,建立竞争性经济体制为目标的改革本身就是竞争政策实施的具体体现,尽管以前并没有明晰的竞争政策的概念。而在2008年施行的《反垄断法》中,更是第一次以立法的形式明确规定,国务院成立反垄断委员会,其首要职责就是“研究拟定有关竞争政策”(《反垄断法》第9条),这对于我国建设现代化市场经济体制更是具有战略性推进的重要意义。在经济全球化不断加剧、国际竞争问题备受关注的现实背景下,我国《反垄断法》已经实施五周年之际,认真考虑如何从中国的问题出发,认识竞争政策的重要地位,建立竞争政策的体系,充分发挥竞争政策的功能,深入研究中国竞争政策实施存在的问题及未来努力的方向,已经成为我国包括法学、经济学在内的社会科学研究的重要课题。

由于竞争法律制度及其理念源于西方发达国家,我国的《反垄断法》是一个典型的移植法,因此大多数的前期研究着力于引进和介绍西方理论、制度与案例。这对于我国的立法具有重要的推动作用。但是,在研究中较少的“中国意识”,导致对中国竞争政策实施的历史及其对经济发展的巨大作用、当前的实施现状以及将来实施可能遭遇的困难和阻力关注不够;另外,由于“竞争政策”是在《反垄断法》中予以规定的,也使得人们倾向于将竞争

政策仅作狭义理解,认为竞争政策等同于“竞争法律”,忽视了对于经济转型中的国家,法律实施之外的体制改革和竞争推进,是竞争政策更为重要的组成部分。实际上,我国《反垄断法》的条文本身及其实施情况都因经济的转轨性而呈现出了明显个性,使得《反垄断法》的实施不仅关乎反垄断法本身,还关乎一系列法律和体制改革的系统工程。在这种形势下,如果缺乏明确的竞争政策理论指导和清晰的竞争政策目标,不仅《反垄断法》的实施会增加不确定性,其他经济法律和政策对竞争问题的规制也难以形成合力,甚至自相矛盾。这将严重影响竞争政策实施的效力,进而影响市场经济的持续发展。因此,单纯的对法律条文的解析和规范化分析,已经不能从根本上解决我国经济竞争所面临的瓶颈问题,对《反垄断法》的认识也已经不能仅仅局限于法律制度本身,而应该上升到“竞争政策”的高度加以透视。

《反垄断法》实施以来,反垄断执法和司法机构在细化规则和积累经验方面已经作出了巨大努力,并取得了有目共睹的成就。但是,中国当前所面临的经济和社会环境,国内和国际的形势决定了我国竞争政策需要承载更为艰巨的任务,注定了竞争政策必须更加注重竞争法律实施之外的意义。这是因为:

其一,当前国内的市场垄断很大程度上已经是自然垄断、行政垄断、国企垄断和市场垄断的耦合体,相互交织难以区分,单纯依靠反垄断法无法对其形成有效规制。其二,垄断行业问题的复杂性,尤其是来自政府限制竞争行为的干扰、所有制结构问题以及经济危机等多种因素,使得垄断行业改革遭遇瓶颈,需要另觅良策。其三,加入 WTO 后竞争政策越来越与其他经济和社会政策(如产业政策、贸易政策和环境政策等)发生冲突,在“后转型时期”需要建立政策协调的长效机制。其四,更为重要的是,我国一直以来缺乏对竞争政策的明晰认知,无论是政界还是学界,都还没有充分意识到以“竞争政策”来统领经济发展的重要意义,市场经济体制改革的实践与竞争政策的理论长期分离,以致某些经济改革的实践与竞争政策的方向出现偏差,甚至背道而驰的现象。因此,除了竞争法律的有效实施之外,还特别需要全力推进垄断行业的改革,大力普及竞争理念,全面加强针对社会公众和政府部门的竞争宣传,有效建立行政立法的竞争咨询和竞争审查等,为市场经济的健康发展创造良好环境,引导市场经济体制渐进式的变革。而这一切,正是实施竞争政策范畴内的的重要内容。从 2012 年开始,在国务院反垄断委员会指导下,我国已经成功举办了两届“中国竞争政策论坛”。这充分表明,竞争政策在整个经济体制改革中逐渐得到重视,并开始实质性地影响反垄断法的实施。

本丛书试图结合中国经济体制改革的历史阶段性和国情本土性,以竞争政策目标为导向,以反垄断法为抓手,以竞争推进为路径,努力构建符合中国特色的竞争政策体系,并对竞争政策制定和实施中的重点和难点问题展开分析和论证。由于“竞争政策”涉及的内容极为庞大,其中每一个问题的展开都犹如打开一扇窗户,看到一片海洋一样,难以做到面面俱到;同时,中国的竞争政策研究也正处于发展进程中,尚无众多具体案例和实施过程可供全面探讨;更由于我们的学识条件所限,在很多问题的把握上感到力不从心,难以深入。因此,本套丛书研究的深度和广度十分有限。本丛书的出版只是期待引发更多的探索和研究,希望能够为推动我国竞争政策发展和竞争文化的传播作出努力。

华东政法大学竞争法研究所

徐士英

2013年8月20日于上海苏州河畔

《华东政法大学竞争法与竞争政策丛书》

总 序

2007年反垄断法的颁布是中国经济政策制定史上的一个重大发展。虽然它不可能使国内外的经营者们都为之欢呼雀跃,但却使一贯以来严于持续监管的人们感到了某种担忧。反垄断法会在经济运行较为有效的时期扼杀企业和企业家精神的发展吗?中国能否在控制价格垄断行为时获得像阿凡达那样的神力呢?大家都在拭目以待。

在任何关于中国竞争法意义的讨论中,建立社会主义市场经济体及其实现路径的政府决定是决不能忽视的。中国正在逐渐由一种混合经济取代传统的指令经济,所以,可以想象,经营者们对于政府及国有企业在经济运行中扮演什么角色还不是十分清晰。鉴于这种情况,现在出版这一套丛书来研究上述问题显然是正当其时。

我得承认,对于中国竞争政策问题的其他综合性研究成果,我了解得并不充分,但无论如何,本项研究是启动的路径之一。与一般的感知不同,本研究并不是简单地将竞争政策归结为仅仅是颁布和实施一部竞争法,而是将其置于市场和社会发展进程的更为广阔的政策框架中加以研究。它确定地指出,随着反垄断法的实施,中央和各级政府的政策需要进行调整,以实现社会主义市场经济的均衡发展。既然中央政府已经作出制定反垄断法的重要决策,那么,经济政策的制定者们也将理所当然地迅速转向研究本丛书所涉及的内容。

本研究提出了关于竞争的各个层面的问题,都是需要我们认真对待的。不仅竞争主管机构和政府部门,而且各类行业管理部门,以及所有的利益相关者都需要考虑和研究。这项研究的一个重要方面就是它非常关注复杂的垄断行为,尤其是来自政府的限制竞争行为,以及所有制结构问题带来的垄断行业的改革进程及其影响。

本研究将视野聚焦于中国竞争政策的实施与各类机构功能的转变。包

括竞争执法机构、各个层面的管理机构 and 行业监管机构。竞争政策的实施将会对政府机构提出更高的要求,要使所有的利益相关者都能够明白竞争及其规则,更好地开展竞争宣传和普及工作。利益相关者除了政府和监管机构之外,还包括学术界、媒体、工会、民间的社会组织,以及民众,尤其是消费群体。因此,加强所有的利益相关者关于竞争方面的能力建设就变得至关重要。

本丛书适合在经济政策方面饶有兴趣的读者,尤其是对于那些在探讨中国竞争政策方面怀有特别兴趣的读者,会更有帮助。

我必须对丛书的主编徐教授表达我的敬意。她为本套丛书的研究与出版,为努力培育在这一领域中的新生一代,为推动与弘扬竞争理念在中国民众中的普及贡献了其整个学术生涯。徐教授坚持不懈地在中国和 international 的竞争法研究领域中作出努力,尤其是数年来持续参与联合国贸发会议的政府间专家组会议,在竞争政策的讨论中贡献她的才华。

哈桑·卡卡亚
联合国贸易与发展会议
竞争与消费者政策局

Preface

The adoption of the Anti-monopoly law in China in 2007 was a major development in the history of economic policy making in the country. It did not cheer up many in the business as economist at home or abroad. The spectre of a continued regulator worried business. Would it not stifle the growth of entrepreneurship and business when the economy producing good economic results? Will China not get a new avatar of the Price Control and Monopolies act?

In any discussion on the usefulness of a competition law in China, the evolutionary approach which the Government adopted in establishing a socialist market economy cannot be ignored. Expectedly so, as the command economy is being gradually replaced by a mixed economy, Business is still unclear as what role the state and State Owned enterprises play in the economy. Given this context, there could be no more appropriate time for this volume to be published.

As a matter of fact I am not aware of any other academic study that has given such a comprehensive treatment to the issue of competition policy in China. It is a path braking project. Contrary to popular perception, the study does not treat competition policy as just adoption and implementation of a competition law, but looks at the broader policy framework where competition is encouraged as a market and social process. This rightly points out the along with the implementation of the Anti-monopoly Act, government policies need to be appropriately tuned at the central and state levels to achieve a balanced socialist market economy. The government at the centre has made anti-monopoly law a serious policy issue, therefore one hops that policy makers will take this volume as seriously as it deserves to be taken.

The study brings out the various dimensions of competition issues, which need to be taken seriously, not only by the competition authority and the government, but also by different sector regulators, and all stakeholders. An important aspect of this study is that it has looked at the complexity of monopoly industries, especially the interference from the government restricting competition as well as the issues of ownership structure that hamper the reform of monopoly industries.

As rightly articulated in the study, the competition policy in China would require that various institutions function properly, and these include, the competition agencies, the various branches of government at the centre and regional levels along with sectoral regulators. This would require better accountability of all such bodies, which can only become possible if all stakeholders are aware of the relevant issues, hence the emphasis on advocacy. The stakeholders include, in addition to governments and regulators, people in academia, media, labor unions and the civil society organizations, particularly the consumer groups. It is thus critical to build the capacity of all stakeholders.

The volume would be useful to all those who are interested in economic policies, in general, and in China's approach to competition policy, in particular.

I must also confess my deep admiration for Professor Xu, the author of this volume, for devoting her entire academic life to this topic and her crusade for training new generation of lawyers in this field and for her crusade in pushing the system to work in favor of the common people in China. Prof Xu is exceptionally gifted and works both in China and international fora, including the United Nations, where she contributes regularly to the UNCTAD Intergovernmental Group of Experts on Competition Policy and contributes her talent and knowledge. Thanks.

Hassan Qaaya

目 录

导言 / 1

- 一、研究缘起和意义 / 1
- 二、相关研究述评 / 4
- 三、研究思路和方法 / 16
- 四、创新之处和存在不足 / 17

第一章 法治视角下竞争政策分析的逻辑和框架 / 19

第一节 问题与思路 / 19

第二节 法治视角下竞争政策分析的基本逻辑 / 21

- 一、竞争政策:作为一个分析对象 / 21
- 二、法治:作为一个分析视角 / 22
- 三、法治视角下竞争政策分析的基本思路 / 24

第三节 法治视角下竞争政策分析的几个重要维度 / 31

- 一、竞争政策与法治的基本关系 / 31
- 二、反垄断法与“经济宪法” / 34
- 三、竞争政策与宪法 / 37
- 四、竞争政策与经济自由 / 40
- 五、竞争政策与经济民主 / 42

第四节 法治视角下竞争政策分析的基本框架 / 44

第五节 本章小结 / 46

第二章 竞争政策产生与运行的政治逻辑 / 47

第一节 问题与思路 / 47

第二节 反垄断法的出台动力:“政治解释”的视角 / 48

- 一、导致反垄断法产生的“两组动力” / 48

二、“两组动力”的政治解释 / 50

三、基本结论 / 58

第三节 反垄断法的运行轨迹:偏离与回归 / 59

一、反垄断法实施的钟摆式运行轨迹:以美国为例 / 59

二、钟摆式运行轨迹的解释:多种可能性分析 / 66

三、基本结论 / 75

第四节 竞争政策产生与运行背后的逻辑理路 / 77

一、竞争政策的“政治博弈”理论及其分析模型 / 77

二、“政治博弈”理论对反垄断法产生与运行的解释 / 80

三、政治博弈理论的解释力问题 / 88

第五节 本章小结 / 91

第三章 法治视角下竞争政策的目标选择 / 94

第一节 问题与思路 / 94

第二节 竞争政策目标的学理解释 / 96

一、一元论的“效率主义” / 96

二、多元论的“公共利益主义” / 100

三、终极目标论的“消费者主义” / 102

第三节 竞争政策目标的官方立场 / 106

一、竞争政策目标定位的普遍多元化趋势 / 106

二、竞争政策目标解释的消费者主义倾向 / 108

三、竞争政策目标选择的表面趋同与内部分歧 / 111

第四节 竞争政策目标之争的法理解读 / 116

一、学理解释与官方立场:抵牾及其缘由 / 116

二、法治视角下的目标之争:多元主体的利益反映 / 117

三、法治视角下的目标选择:“公共利益”的阶段性解读 / 120

四、基本结论 / 123

第五节 本章小结 / 125

第四章 法治视角下竞争政策的实施机制 / 127

第一节 问题与思路 / 127

第二节 竞争政策的中央实施与地方实施:纵向分权的视角 / 129

一、“全国性”竞争政策的“地方化”现象:应然与实然的冲突 / 129

二、竞争政策纵向分权的不同模式:行政与司法 / 137

三、竞争政策实施纵向分权模式的解释:授权环境的视角 / 142

四、竞争政策地方化的法治约束:制约与激励 / 147

第三节 竞争政策的公共执行与私人执行:横向分权的视角 / 151

一、公共执行与私人执行:被忽略的分权功能 / 151

二、公共执行内部的分权机制:机构多元与手段多样 / 154

三、公共执行与私人执行的分权机制:效力差异与功能互补 / 157

四、竞争政策横向分权机制的优化:针对中国问题的思考 / 163

第四节 本章小结 / 170

第五章 法治视角下竞争政策的实施难点 / 173

第一节 问题与思路 / 173

第二节 竞争政策与政府反竞争行为:基本权利的视角 / 177

一、政府反竞争行为的界定:公权力与私权利的结合 / 177

二、政府反竞争行为的产生:市场经济与请愿权利 / 179

三、政府反竞争行为的认定:标准与方法 / 185

四、政府反竞争行为的规范:事前措施与事后措施 / 194

第三节 竞争政策与国有企业:经济自由和经济民主的视角 / 204

一、国有企业的基本定位及其竞争优势 / 204

二、宪法中的国有经济条款及其解释 / 209

三、国有企业的反垄断法适用及其局限 / 211

四、针对国有企业的竞争中立政策及其制度架构 / 217

第四节 本章小结 / 222

第六章 法治视角下竞争政策的推进进路 / 224

第一节 问题与思路 / 224

第二节 竞争推进的逻辑和思路 / 226

一、竞争推进的缘起和意义 / 226

二、竞争推进的目标和对象 / 228

三、竞争推进的方法和策略 / 230

第三节 竞争推进的文化土壤和制约因素 / 235

一、竞争推进面临的国别和文化差异 / 235

二、竞争推进面临的现实制约因素 / 236

三、不同授权环境下的竞争推进模式选择 / 238

第四节 中国竞争推进的前景分析 / 241

一、中国竞争政策的授权环境分析 / 242

二、中国竞争政策的实施能力分析 / 246

三、中国竞争推进的实施现状分析 / 250

四、中国竞争推进的实施策略分析 / 253

第五节 本章小结 / 256

结语 / 258

参考文献 / 262

导 言

一、研究缘起和意义

在法治视角下对竞争政策展开分析,首先始于对中国《反垄断法》实施三年多来所取得的成就和所遭遇的阻力的一系列思考。在三年多的时间里,国务院反垄断委员会、三大执法部门(国家发展和改革委员会、国家工商行政管理总局和商务部)和司法机关各自或者联合出台了一系列的实施性规定,处理了一系列案件,用极短的时间完成了西方国家几十年乃至上百年来完成的工作。然而,《反垄断法》出台伊始被寄予的厚望和期待,在这段时间里也渐渐冷却和淡化。执法和司法机关的大量“不作为”抑或“不敢作为”,不仅深刻地反映出了我国反垄断执法和司法机关在法律实施的经验上亟待加强,更反映出了反垄断法实施所遭遇的阻力已经不仅仅是法律规则上的一般性困难,而是诸如行政垄断、垄断行业改革、国企改革、行政思维以及司法体制等特殊性问题。实际上,如果我们将反垄断法实施遭遇的困难和阻力概括为技术性障碍和体制性障碍两大类,可以发现,前者是我国反垄断执法和司法机关当前正在努力攻克的对象,而后者才是我国反垄断法有效实施真正的难题所在。前者如参与集中的经营者的认定标准、反竞争影响的评估标准、原被告资格的确定及举证责任分配等,借助于立法的完善和执法经验的积累将会得到逐步解决;而后者如政企关系、体制改革的方向和措施、政府主导型经济发展模式等,却会反过来影响反垄断法实施规则的具体制定、执法机关之间的权限配置和反垄断法的目标定位,使得一般性的困难在其外部大环境下变得越发复杂。在此意义上,反垄断法的有效实施已经不是单纯的法律本身的问题,而是与更广泛意义上“竞争政策”及其所属的政治和经济环境息息相关。在这种形势下,对行政垄断、自然垄断和经济垄断的规制就成为关乎一系列法律和体制改革的系统工程,不可能单纯依靠对某一种性质的垄断进行规制就能够达到效果;对反垄断法实施问题