



京师青年教师出版资助基金

JINGSHI QINGNIAN JIAOSHI CHUBAN ZIZHU JIJIN

FANLONGDUAN ZHIDU YU ZHENGFU GUANZHI

反垄断制度与政府管制

张江莉◎著



北京师范大学出版集团

BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP

北京师范大学出版社



京师青年教师出版资助基金

JINGSHI QINGNIAN JIAOSHI CHUBAN ZIZHU JIJIN

FANLONGDUAN ZHIDU YU ZHENGFU GUANZHI

反垄断制度与政府管制

张江莉◎著



北京师范大学出版集团

BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP

北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP) 数据

反垄断制度与政府管制/张江莉著. —北京: 北京师范大学出版社, 2011.1

ISBN 978-7-303-11292-0

I. ①反… II. ①张… III. ①反托拉斯法—研究—中国
②垄断—产业—国家干预—研究—中国 IV. ① D922.290.4
② F121

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 140283 号

营销中心电话 010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>
电子信箱 beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn
北京新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印 刷: 北京京师印务有限公司
经 销: 全国新华书店
开 本: 148 mm × 210 mm
印 张: 11.25
字 数: 235 千字
版 次: 2011 年 1 月第 1 版
印 次: 2011 年 1 月第 1 次印刷
定 价: 25.00 元

策划编辑: 戴 轶 责任编辑: 戴 轶
美术编辑: 毛 佳 装帧设计: 毛 佳
责任校对: 李 菡 责任印制: 李 啸

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

序

我国经济生活中有大量的限制竞争行为与政府管制有关。政府对自由竞争的限制，或出于效率、安全等特定管制目标的需要，或因为不正当的目的而滥用管制之名干预市场。这些管制性措施与反垄断制度的直接目标总是存在一定的对立和分歧。从法律的角度来讲，遵循一定的原则设计相关的具体制度，使得政府管制能够在适当的领域里发挥积极的作用，减少其与反垄断制度之间的冲突，就显得特别重要。反垄断与管制是对立统一的制度体系，两者在基本分权基础上需要进行科学、合理的协调。对于这样一个极具理论和实践价值的论题，学界确实还缺乏细致和深入的研究。张江莉博士的这本书正是致力于这一目标。

对于政府管制行为的合理性，经济学中的各种竞争理论和管制理论有不同阐述。本书作为一本法学著作，其立足点在于如何从法学的视角提出对个案进行判断的原则和要件。本书在参考经济学理论的基础上，充分研究了各国反垄断法律制度和管制法律制度之间的发展演变历程、各国的立法、司法审判详情，探讨二者之间的法律界限和相互调适的原则与制度。本书并没有对具有限制竞争性质的管制措施预设一个正面或者负面的价值，因为对经济进行管制的合理性随着经济生活的变化在不断改变，是不确定的；但是法律的实施需要一个确定的标准和界限。因此，本书通过历史研究和比较研究，抽象出反垄断制度和政府管制制度之间的一般关系、协调这两种制度间关系的原则和具体制度及其要件，对于我国反垄断法实施中的具体

操作具有参考价值。

本书体现的是一种开放的竞争法视角，从竞争的角度来划分国家协调经济的权力体系，探求其源流、演变，进行不同法域之间的比较，从而发现制度间协调的一般规律和关系，总结出具有可操作性的原则、具体制度和要件。这是本书的研究主线。在这一研究框架下，本书还对政府限制竞争、放松管制等现实问题进行分析，将我国经济改革中的很多垄断现象纳入更为宏观和规范化的研讨思路。

本书对反垄断制度和政府管制制度间的关系的讨论，是以大量具体、翔实的原始材料为基础的，例如，对于美国反垄断制度和政府管制制度的发展演变。作者筛选、整理了大量司法判决书进行总结、提炼，这些案件的细节和处理方式对我国具有很好的借鉴作用。张江莉博士曾经在俄罗斯国立莫斯科大学法律系进行过为期一年的访问，因此，对于俄罗斯这样的转型国家的经济法律制度也有比较深入的了解。她从俄罗斯反垄断机构所获得的资料，大量地反映在本书之中。俄罗斯和中国一样从计划经济向市场经济转变，其经济法律制度的经验和教训对中国有特别的意义，这也是国内相关研究所欠缺的。

2008年8月，我国反垄断法正式实施。对于政府管制的反垄断审查问题，我国反垄断法还缺少具体、明确的规定，如何对现有条文进行具有可操作性的解释，是一个重要的理论和实践问题。在我国反垄断法实施的第一天所提起的反垄断诉讼，就是针对国家质检总局的电子监管措施的。尽管法院以“超过法定起诉期限”为由对该案不予受理，但对政府管制措施提出反垄断质疑的案件在我国必将大量涌现，对政府管制的反垄断审查终究不可避免。对于这类案件来讲，本书的研究框架

与分析材料提供了具有启发意义的思路和可供参考的素材。

张江莉博士本科、硕士和博士研究生阶段都就读于北京大学法学院，硕士和博士研究生阶段我是她的导师，本书是以她的博士论文为基础经过多次认真修订而形成的。在跟随我多年的研习过程中，她一直保持着积极、认真的治学态度，并努力追求创新，希望能够从更为基础和宏观的视角，来洞察各种社会现象的经济法本质。本书也正是她多年来努力的结果，无论是写作思路还是写作方法都具有创新性，体现出作者独到的见解和认真的写作态度。她努力向实践学习，勤于研究反垄断法立法与实践中的实际问题；另外，她拓展思路，悉心学习法学以外的学科，尤其在反垄断法学的研习过程中与经济学的研究相结合。我认为这是值得向其他反垄断法领域青年学者推荐的良好研习方法。

我国反垄断法学的持续深入研究寄希望于有理想、有作为的中青年学者。

是为序。

盛杰民

北京大学教授、博士生导师

2010年4月于北京

前 言

一、研究的现状、突破和意义

反垄断法素来被誉为市场经济的“经济宪法”，但是，中国改革开放已三十多年，自中国共产党“十四大”报告明确提出建立市场经济体制也已经有十多年的历史，但我国长期缺乏切实促进竞争的法律制度。早在 1987 年原国务院法制局就成立了《反垄断法》起草小组；1994 年，反垄断法列入了八届全国人大常委会立法规划，1998 年又列入了九届全国人大常委会立法规划；直到 2007 年我国才颁布了《反垄断法》，并于 2008 年 8 月 1 日开始实施。可以说，改革开放三十多年来，反垄断制度在我国市场化的经济改革中所起到的作用是极为有限的。

反垄断法迟迟“出不来”或者“不出来”，很大程度上是因为人们质疑反垄断法在我国现有的经济状况下的意义和价值。因为从西方的反垄断法（尤其是对中国最具影响力的美国）来看，反垄断法所针对的市场主体的垄断在中国尚未形成气候，很多人认为反垄断法即使出台也无用武之地。中国主要的问题在于来自政府行为导致的垄断，这是中国所特有的垄断现象，其他国家的反垄断法都没有这样的内容。对于是否要将相关问题写入反垄断法，一直存在争议。

对于中国特色的“行政性”垄断相关的论述很多，但大同小异，共同的观点是应当反对行政垄断，但对“行政性垄断”的研究存在严重不足，主要体现在以下几个方面：第一，对该问题的研究视角过于狭隘，即将视角仅仅锁定在相关限制竞争行为

的实施者身上，认定相关垄断性行为的根源在于“行政性”，并将关注点仅仅停留在限制竞争的负面影响上，因此难以获取对该问题的本质认知，无法得出建设性的解决方案。^① 第二，研究的思路不够清晰。当前的研究主要遵循的思路是，首先讨论行政性垄断的定义，然后考虑表现形式，接下来对其进行评价，评价的内容包括行政性垄断的影响、应当通过法制规范等。这样思路的逻辑建立在对行政性垄断这一称谓本身及其界定的基础之上，但“行政性垄断”这一称谓本身及其界定的讨论还存在很多问题和争议。第三，各类研究的普遍出发点认为，行政性垄断是我国特有的新事物，因而在对该问题的探讨中，更深层次的理论、相关现象的历史变迁、其他国家和地区的立法与实践都鲜有提及，因此，对该问题的探讨没有被纳入到更为深远的经济发展和法制建设的背景中去。第四，在研究效果上，除了笼统地给予行政垄断否定性评价、积极呼吁反垄断法对之进行规范之外，对该问题的本质、理论基础、权力和权利的源流等并没有涉及，相应地，如何具体地通过反垄断法对该现象进行规范，例如相关的原则、具体的豁免制度、违法构成、违法后果等，尚无系统、深入的研究。

① 自1989年“行政垄断”概念提出伊始，相关研究者便将目标锁定在“行政权”上，这是同当时的经济体制的整体状况有关的。参见魏剑：《论我国的反垄断立法》，载《中外法学》，1989（3）。魏剑指出：“中国的经济管理权历来属于行政权，长期实行行政集中管理的办法促成了政府与企业的‘父子’关系，各企业按行业分类受制于行政的条块分割，各企业在行业内部都是隶属于同一主管部门的兄弟，定价权利集中在上级主管部门。”但是现在的经济背景与当时已经有很大不同，国家对经济的调整也不再以“管理权”为主导，但此后的研究一直遵循该思路和起点，没有从“行政性”中解放出来。

本书正是希望填补这些研究空白，并试图跳出这些旧有概念、思路的窠臼，从更为广阔的视野上探讨相关问题的本质，进一步从法律制度的角度来讨论对相关问题的规范。本书认为，国家对经济的直接规范对市场竞争机制会造成三类结果：

第一类是对竞争基本无影响。例如国家单纯行使对国有企业的管理权，一些程序性的要求如登记备案、对企业行为或产品确定一般标准等。^① 这类行为对市场主体之间的竞争基本上没有什么影响。

第二类是对竞争形成一定的限制或者扭曲。政府行为常常导致市场主体的竞争地位的改变，从而形成对一部分市场主体竞争行为的限制，这包括对市场准入的控制、定价和限价行为，对企业和产品质量确定较高的标准等。

第三类是促进竞争。这主要是通过反垄断措施对原有的垄断性状态予以消除，恢复市场自由竞争的状态。

因此，无论在哪个国家，政府对市场的规制，都应当是既有限制竞争性质(垄断性质)的，又有促进竞争(反对垄断)性质的。关键在于，如何在这两种性质的权力间划分合理的界限，分配其作用的领域，并促进二者相互配合，共同促进经济发展。

因此，本书关注国家促进竞争和国家限制竞争的权力体系之间的互动这一问题，并着重研究这两类权力所附着的制度形态即反垄断制度和管制制度之间的关系，梳理这两种权力体系

① 对一般的登记、备案(而不是审查)或者一般标准的制定，并不会影响相关市场上的企业数量，因为这些要求一般的企业都会达到。只有对企业行为树立较高的标准和审查，才会因企业间的实力不同而对竞争势态造成影响。

的历史演变、比较其在不同国家、法域中的互联互通，以及两种制度交错所产生的具体问题，并将我国法学界长期以来讨论的“政府限制竞争”、“行政垄断”等概念和论题纳入到这一更为基础的研究中去，因为我国的种种行政性垄断行为，实际上正是形成中的、尚不规范的国家管制。

需要指出的是，无论在中国还是在其他国家，“管制”是一个使用非常广泛、内涵很不统一的词。不包括反垄断规制，并且其效果是限制竞争的“管制”是最为狭义、核心的用法。本书正是在这个层面上使用“管制”的。反垄断和管制制度的发展变迁，体现了国家促进竞争和国家限制竞争的权力之间的互动与协调。在这个意义上论述反垄断制度和政府管制的文献较少，并且大部分文献没有直接论述这个问题，只是在分别研究反垄断制度或者谈管制的其他问题时，对对方有零星的涉及。将反垄断和政府管制之间的问题进行系统、专门的研究对于中国至关重要，这有利于更为深刻地认识反垄断法应有的价值和作用，有利于我国政府管制体系的完善和发展，对我国政府规范干预经济的权力有更为明确和清晰的指导。这也正是笔者选择这一研究主题的原因。

二、基本命题和主要内容

讨论反垄断和管制并非仅仅是想梳理二者之间的演变发展，更重要的是要归纳总结并建立规范的、法治化的处理政府促进和限制竞争权力的制度模式，并将中国现存的种种不规范现象纳入到这个轨道中去，使其有更为明确的发展方向和改革目标，并努力向之靠拢。本书的基本命题是：从竞争的视角看，国家对经济之干预可分为促进竞争的权力体系和限制竞争

的权力体系，前者以反垄断制度为代表，后者以国家管制为代表；政府对竞争的促进和限制都不可或缺，关键的问题是如何协调这两种权力，从而将政府限制竞争的负面效应降至最低，进而促进经济的良性发展。

本书的主要内容包括四个部分：

第一部分为“概念、历史和基本理论”，分为三章。

由于管制、垄断等概念在经济学、法学等不同领域具有不同的含义，其用法也多有变化，尤其是“管制”这一用语在不同的背景下具有极为复杂的范畴，因此本书在“基本概念”一章中对各种相关概念进行了梳理，确定各个用语在本书中的含义和关系。本书所采用的“管制”概念与“反垄断”概念是处于同一平台的制度上的概念。

“反垄断制度和政府管制的历史沿革”一章纵向地从历史角度分析了垄断、反垄断和管制之间的关系。在前市场时期，国家管制就是垄断力的来源，国家将某项经营的特权授予特定主体，将经济活动控制在某个领域，控制价格，支持行会，实行地方保护，这些都是最初的国家管制形态。在资本主义上升时期，人民反对垄断就是反对以限制竞争为特征的国家和政府的行为，即反对垄断就是反对管制。19世纪末20世纪初垄断资本主义时期所出现的垄断主要是市场主体所形成的垄断，为了消除垄断的弊端，现代国家发展出维持垄断的行业管制制度和促进竞争的反垄断制度。现代反垄断和管制分别代表了国家促进和限制竞争这两种不同性质的权力体系。而现代管制的出现又重新使限制竞争问题回归到国家行为。

第三章“影响反垄断和管制制度的基本理论”梳理了与这两类权力体系有关的经济理论，即平均成本理论、可竞争理论和

管制的竞争理论。其中，管制的竞争理论又包括自然垄断理论、管制的公共利益理论和管制捕获理论。这些经济理论在很大程度上影响了反垄断制度和政府管制制度之间的互联互通。

第二部分为“比较制度研究”，是进行纵向研究，介绍了三个具有代表意义的国家/地区的反垄断法和管制制度的发展变化。

美国是现代反垄断法和管制制度的发源地，这两种制度在美国也经历了较为明确的两个发展阶段，即反垄断和管制制度的分离阶段和二者互动发展的阶段。在反垄断和管制制度的分离阶段，由于受到平均成本理论的影响，经济领域被划分成较为明确的“竞争领域”和“非竞争领域”，两种法律制度各司其职，互不干扰；随着经济生活和经济理论的发展，反垄断法逐渐扩展到管制领域，并促进了放松管制运动的兴起。

欧盟竞争法在欧洲一体化进程中起到了非常重要的作用，因此在形式和实质上都是一部真正的“经济宪法”。但是欧洲各国在“二战”后经历了“国有化”进程，因此在经济发展中包含三类重要的活动：管理、管制和反垄断。欧洲的反垄断和管制制度的发展夹杂了政府退出管理的经济改革步骤，但从总体上来说，反垄断法对放松管制运动也起到了积极的推动作用。与美国的情况不同的是，欧盟竞争法关注了对成员国政府行为的规范。

俄罗斯与中国都是全球重要的经济转型国家，然而，以自由主义经济理论为基础进行改革的俄罗斯转型模式又与中国有很大不同，其反垄断制度和管制制度的发展变化也与中国和西方市场经济国家有明显差别。例如，俄罗斯经济改革更为重视

反垄断法，并一度忽略了管制制度的建设，但基于现实需要反垄断机构曾经承担了大量管制功能；俄罗斯从计划经济转轨而来，政府常常对经济造成不必要的干预（即不当管制），俄罗斯反垄断法也特地对此问题进行了规定，并在实践中取得了积极的成效。

第三部分为“现代反垄断制度与政府管制的互动”，是进行横向研究，主要包括以下三章。

第七章“反垄断和管制制度的一般关系”指出，反垄断立法与管制立法是一般法和特别法的关系，反垄断和管制是对立统一的制度体系，二者的权力实施范围从总体上看存在此消彼长的过程，二者在基本的分权基础上需要进行有效的协调。

第八章“管制行为的反垄断豁免、审查和责任制度”，主要研究了两类制度体系进行协调所必需的三种重要的具体制度，指出了管制行为的反垄断豁免应当遵循“最小豁免”原则，而管制行为的反垄断审查则应遵循“竞争原则”。管制行为的违法责任包括多种形式。

第九章“反垄断机构和管制机构的相互关系”则考察了反垄断法和管制立法的实施机构在形式与实质权力上的区别和联系，并介绍了在管制政策纳入竞争性目标的今天，两类机构应当如何进行分权和协作。

第四部分“我国反垄断制度与政府管制间关系的相关问题”包括两章。

第十章“中国：转型中的分权与重构”，主要论述了我国经济改革过程中国家协调经济的权力的分流和走向，即从计划体

制下释放出来的计划管理权终究会分化出以反垄断为代表的促进竞争权和以国家管制为标志的限制竞争权。而已经讨论很久的“行政垄断”现象正体现了我国在形成中的国家管制在法治方面的欠缺，以及限制竞争的权力在行使中缺乏约束的状况。发展和完善系统的反垄断制度同时也是一个促进管制制度完善和发展的重要渠道。

第十一章“我国反垄断制度建设的相关建议”指出，我国反垄断制度的完善对于促进两类国家权力的协调具有十分关键的作用，提出我国在进行相关的制度完善时应当考虑的基本原则，并进行了具体制度设计，包括我国当前政府限制竞争行为的反垄断豁免、反垄断违法构成、反垄断违法后果等。本章指出，从国家权力协调的视角来看，我国现行的反垄断立法仍然存在很多不足，例如将“滥用行政权力”作为权力机关违反反垄断法的条件、相关的责任制度等都严重缩减了反垄断法的可实施性。

三、基本研究方法

本书综合运用了多种研究方法，其中比较的研究方法是最重要的方法。诺瓦里斯认为，“一切认识、知识均可溯源于比较”^①。由于我国还不具备真正意义上的反垄断和管制制度，要研究这两种制度及其所代表的不同权力间关系的变迁，很大程度上要依赖其他国家的立法和实践。本书参考了相关英文文献和俄文文献，比较了美国、欧洲、俄罗斯三大法域中反垄断

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，德文第二版序，北京，法律出版社，2003。

和管制制度的变迁。其中，对俄罗斯相关法律制度的研究是本书比较突出的一个贡献。一方面，由于语言的原因，国内几乎没有相关文献可以参考，本书掌握了大量第一手材料，填补了这一空白；另一方面，俄罗斯和中国都是经济转型国家，其法治基础和市场背景十分相似，恰好俄罗斯在反垄断和管制制度建设的进程上与中国相对，因此能够有针对性地为中国提供十分宝贵的经验和教训。

文献分析的方法也是本书采用的方法之一。反垄断制度和管制制度在各国^①的发展形成了丰富的立法和判例。本书参考了相关立法和判例文献，总结和梳理了反垄断和管制制度的相互关系与发展，归纳、整理出一套具体的原则、制度和规律，可以为国内制度发展提供借鉴。

本书还采用了历史的分析方法，除了第一章是明确地以历史沿革来进行论述以外，其实整本书都隐含着反垄断和管制制度以及两类国家权力关系在经济发展过程中的变迁。

最后，尽管本书的关注点在法律制度方面，但也在一定程度上借鉴了经济学的研究成果。竞争法和管制问题本身就属于传统法律经济分析领域，在探究二者及其代表的权力关系时，

^① 本文涉及中国、俄罗斯、美国和欧盟的比较法研究，为了论述方便，文章中统称为“各国”。

法律经济的分析方法也本属于题中之义。^① 例如，本书第二章就指出，经济分析的理论对于反垄断和管制制度间的关系变化具有基础性的影响。

① 波斯纳指出：“法律经济分析有两大分支。较早的可以追溯到亚当·斯密关于商业立法之经济后果的讨论。这些研究一直是今天的法律经济学中的一个重要部分，事实上，就数量而言，是其中最重要的部分。它包括了反对托拉斯法、税法和公司法的研究，公用事业和公共交通的规制，以及国际贸易和其他市场活动的规制。”“另一分支，分析非市场活动之规制法，就其多数而言，都非常晚近。正是这一分支为本书提供了背景……”参见[美]理查德·A·波斯纳：《正义/司法的经济学》，苏力译，4页，北京，中国政法大学出版社，2002。

目 录

第一部分 概念、历史和基本理论

第一章 基本概念解析/1

- 一、管制的复杂含义 2
- 二、垄断和反垄断 9
- 三、反垄断与管制的几种概念关系 12
- 四、本书的界定 13
- 五、其他用语的界定 24

第二章 反垄断制度和政府管制的历史沿革/27

- 一、前市场时代：管制即垄断 27
- 二、自由的兴起和反对管制下的垄断 36
- 三、现代反垄断与管制体系 45
- 四、现代国家干预结构中的反垄断和管制体系 53

第三章 影响反垄断和管制制度的基本理论/54

- 一、平均成本理论 54
- 二、可竞争理论 57
- 三、管制的竞争理论 63

第二部分 比较制度研究

第四章 美国：平衡发展的模式/71

- 一、反垄断和管制体系的分立时期 71
- 二、反垄断与管制体系的互动时期 82