

反垄断法与 经济现象的 点面透视研究

丁茂中◎著

法律出版社
LAW PRESS CHINA

本书通过点面透视对反垄断法的内在功能问题、垄断行为的竞争
规制问题、反垄断法的权利救济问题、反垄断法的实施环境问题作了
较为深入的研究，对我国竞争法学的理论研究与反垄断法律的实务操
作都具有不同程度的指导价值。

本书通过点面透视对反垄断法的内在功能问
题、垄断行为的竞争规制问题、反垄断法的
权利救济问题、反垄断法的实施环境问题作
了较为深入的研究。对我国竞争法学的理论
研究与反垄断法律的实务操作都具有不同程
度的指导价值。



上海市律师协会文库

D922. 294. 4

51

013051530



上海市律师协会文库

D922. 294. 4
51

反垄断法与 经济现象的 点面透视研究

委员会顾问：郑善和 刘志定
委员会主任：盛智为
委员会执行副主任：黄 琦
委员会副主任：陈乃蔚 邵曙范 钱翔枫 周天平 管建军 万恩标
委员会委员：朱洪超 施培伦 朱树英 傅鼎生 王俊民 史建三
李 诺 刘小禾 王旭峰 陈 东 潘 瑜
编委会学术顾问：倪正茂



丁茂中◎著



北航

C1659120

法律出版社
LAW PRESS CHINA

D922.294.4

51

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法与经济现象的点面透视研究 / 丁茂中著.

—北京:法律出版社, 2013. 5

(上海市律师协会文库)

ISBN 978-7-5118-4753-9

I. ①反… II. ①丁… III. ①反垄断法—研究—中国
IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 056189 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/陶 松

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/9.25 字数/201 千

版本/2013 年 6 月第 1 版

印次/2013 年 6 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 978-7-5118-4753-9 定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1659120

总 序

1912年,中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立,从诞生之日起,上海律师公会即为“匡扶正义、建立法治”的理想奋斗,为推动中国社会的发展和进步留下了弥足珍贵的记忆。百年后的今天,律师业作为上海现代服务业的重要组成部分,越来越受到社会各界的关注。上海律师队伍已经突破一万三千人,国内外经济社会的舞台上都活跃着他们的身影,他们不仅为上海推进“四个中心建设”贡献力量,更为中国推进社会主义法治建设保驾护航。

上海律师在2011年的首届全国公诉人与律师电视辩论大赛中荣获冠军。这与上海律协鼓励律师学术上百家争鸣,引导律师著书立说的一贯传统有着密切的关系。上海律师中也确实有一大批律师在执业实践中坚持研究、总结,醉心于成文、著作。2006年年初,上海律协启动“上海市律师协会文库”的出版工作,至今已经步入第七个年头。已经问世的十七部书籍,汇聚了上海律师的智慧结晶,展示了上海律师行业的精神财富,印证了上海律师在高速发展的物质文明和精神文明中始终立于时代脉络的前沿。

搭建律师思想碰撞之平台,畅通律师信息传播之渠道,铺设律师学问切磋之道路,营造律师形象展示之舞台,创建律师文化交流之大厦,始终是上海律协推动律师业发展的出发点和追求目标,也是广大上海律师共同憧憬的理想之境。

二、放宽经营者集中控制制度,支持企业规模化经营..... 29

三、强化禁止垄断协议制度,引导企业规模化经营..... 34

上海市律师协会

二〇一二年二月

第二章 垄断行为的竞争规制问题研究..... 40

第一节 自然垄断行业的超高定价行为..... 40

一、我国自然垄断行业价格管制失败的原因分析..... 40

目 录

第一章 反垄断法的内在功能问题研究	1
第一节 反垄断法的目标选择与功能优化	1
一、反垄断法目标选择的争论与主张	1
二、反垄断法的功能分析	2
三、美国与欧盟在目标选择上的发展趋势	4
四、反垄断法的目标性质分析	5
五、反垄断法的功能优化	7
六、我国的立法选择和执法及其司法启示	9
第二节 反垄断法与产业政策同向性互动发展	10
一、反垄断法与产业政策的本体同向性分析	11
二、反垄断法与产业政策在运行上的异向性分析	14
三、反垄断法与产业政策在运行上的协调路径	16
四、中国反垄断法与产业政策在运行上的协调	18
五、反垄断法与产业政策的互动发展	20
第三节 反垄断法促进企业规模化经营的实现路径	23
一、优化禁止滥用市场支配地位制度:鼓励企业规模化经营	24
二、放宽经营者集中控制制度:支持企业规模化经营	29
三、强化禁止垄断协议制度:引导企业规模化经营	34
第二章 垄断行为的竞争规制问题研究	40
第一节 自然垄断行业的超高定价行为	40
一、我国自然垄断行业价格管制失败的原因分析	40

2 反垄断法与经济现象的点面透视研究

二、主要国家规制模式与当前发展趋势的考察	42
三、我国政府价格管制与反垄断法规制并行模式的相关问题	44
第二节 企业联合设立公司的行为	48
一、新的法律问题:企业联合设立公司行为是否构成经营者集中	48
二、经营者集中范畴的厘定标准:不同市场主体的结合与不同经济力量的结合	50
三、企业联合设立公司行为的潜在新属性:经营者集中或垄断协议	53
四、中国反垄断法对企业联合设立公司行为的规制:存在问题与完善路径	57
第三节 经营者集中的资产剥离机制	59
一、资产剥离机制的适用优点	59
二、资产剥离机制的适用不足	61
三、我国反垄断法实施中的资产剥离机制	63
第四节 自然垄断行业的行政性垄断行为	65
一、自然垄断行业中行政性垄断现象的述评	66
二、自然垄断行业中行政性垄断的特殊性分析	68
三、自然垄断行业中行政性垄断的反垄断法规制	70
四、自然垄断行业中行政性垄断的综合治理路径	73
第三章 反垄断法的权利救济问题研究	76
第一节 反垄断法的救济机制	76
一、权利救济制度的理论基础——以经济法为视角	76
二、发达国家的权利救济制度——以部分地区国家立法为例	78
三、我国的权利救济制度——以反垄断案件的行政诉讼制度完善为中心	79
第二节 反垄断执法的司法审查标准	83
一、我国现行具体行政行为的司法审查标准	83
二、反垄断执法的司法审查标准需求分析	84
三、反垄断案件中“司法替代行政执法”问题	86

第一章 反垄断法的内在功能问题研究

第一节 反垄断法的目标选择与功能优化

“只有在对‘法律的出发点是什么?’,即对‘何为反垄断法的目标?’的问题作出肯定回答之后,反垄断政策才会变得合理……才可能为反垄断法提供一个内在统一的实体性规则结构。”^①至于反垄断法的目标是什么,无论是在发达国家还是在发展中国家,这一直是个众说纷纭的话题,仁者见仁,智者见智。而反垄断法的立法目标是整个反垄断法律制度设计的根本指导思想,它不仅关系到立法本身,而且直接影响着反垄断的执法和相关方面的司法。因此,科学定位反垄断法的目标尤为重要。

一、反垄断法目标选择的争论与主张

对于反垄断法的目标是什么,或者反垄断法应当选择什么作为立法目标,或者利用反垄断法来实现什么目标这些问题,不同人有着不同的见解和主张。美国是世界上反垄断法律制度最为发达的国家,也是有关反垄断法的立法目标争论最为激烈的国家,它在很大程度上可以视为这个方面的一个典型缩影。

自《谢尔曼法》、《克莱顿法》和《联邦贸易委员会》诞生以来,美国的反托拉斯执法部门、司法部门、经济学家、律师、政党和其他团体就对该法的目标存在很大的争议和不同的主张。早在西奥多·罗斯福时代,共和党内部对于这位“托拉斯爆破手”秉持的“公共福利”理念与做法发生过激烈的争论,并由此引发共和党的分裂。^②第二次世界大战爆发以前,弗兰克林·罗斯福在1938年向国会提交的咨文中则主张:“对经济力量的过度集中置之不顾是对美国民主传统的破坏,是走向了法西斯道路。为了确保政治与经济两个方面的民主,必将被少数人拥有的操纵国家经济生活的权利分散给多数人。垄断力量以及垄断力量的滥用部分或者全部地取消了经济机会均等,是违反经济民主的。所以

① Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978, p. 50.

② 西奥多·罗斯福指出:“有人错误地认为,一切人权同利润相比都是次要的。现在,这样的人必须给那些维护人类福利的人民让步了。每个人拥有的财产都要服从社会的整体权利,按公共福利的要求来规定使用到什么程度。”参见 http://shy.bjcs.gov.cn/jdgz/jdgzDetail.go?lm=tszs&jbshj_id=617763, 2011年3月10日访问。

担负着保障经济民主任务的国家应该以法律为手段,对垄断力量予以有效的控制。”^①大法官沃伦(Warren)在1962年的布朗鞋案中认为:“我们不能认为国会通过保护能够生存下来的、小的、地方性企业而促进竞争的愿望失败了。国会预期到暂时的高成本和高价格可能是保护已经分散的产业和市场的结果。它通过支持分散决定了这些竞争的原因。我们必须作出一个有效的判决。”^②

到20世纪70年代末,美国有关反托拉斯法目标的争论达到了一个顶峰,芝加哥学派与杰斐逊主义就此问题进行了激烈的交锋。芝加哥学派认为,效率是反托拉斯政策唯一的目标。^③“在适者生存法则下效率高的企业的市场占有率的不断扩大才是导致高集中度的出现,打破这些行业结构所造成的效率损失会超过由此带来的任何绩效改进,并且破坏市场机制的有效作用。”^④只有在经济学理性的指导下才能避免将保护竞争和保护竞争者混为一谈,才能使“反托拉斯法退出政治舞台而被纳入科学进程”。^⑤而以苏利文和福克斯为代表的杰斐逊主义激进派则认为:美国反托拉斯的两个重心是政治和社会经济,资源配置效率从来不是反托拉斯法的规范目标,也不是执法的先决条件,只要证明竞争过程受到损害即可。^⑥以霍温坎普为代表的杰斐逊主义温和派则认为:美国反托拉斯的政策目的并不仅仅局限在单一的经济效率范畴,还包括很多非经济效率的政策目标,如保护中小企业。^⑦

从美国发生的争论来看,人们对反垄断法的目标设计主要涉及与竞争有关的四个更高层次的目标,即经济效率、消费者福利、经济民主、社会公共利益。

二、反垄断法的功能分析

作为“经济宪法”,反垄断法的功能是多元化的。它既可以通过市场竞争机制来实现经济效率的提升或者消费者福利的增加,也可以通过市场竞争机制来促进经济民主或者保障社会公共利益。

古典经济学和新古典经济学指出:只有完全竞争市场才能实现资源配置效率的最大化,只有在长期竞争性均衡中才能实现资源的最优配置;在这种均衡

① 关在汉编译:《罗斯福选集》,商务印书馆1982年版,第186~188页。

② Brown Shoe Co. v. U. S., 370 U. S. 294 (1962).

③ 芝加哥学派部分将反垄断法的目标表述为:通过经济效率的最大化来实现消费者福利最大化。

④ Yale Brozen, *Significance of Profit Data for Antitrust Policy*, *Antitrust Bulletin*, 1969, Vol. 14, pp. 119-139.

⑤ Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, pp. 92-94.

⑥ See Fox, Sullivan, *Antitrust Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*, N. Y. U. L. Rev. 936(1987).

⑦ See Herbert Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, West Pub., 1985, p. 80.

下,生产者的边际收益等于边际成本,这是生产者实现了利润最大化,消费者的福利也实现了最大化。尽管现代经济学对完全竞争理论提出了不少批评,指出完全竞争只存在于理论假设中;但是,“任何对完全竞争市场的偏离都会导致效率损失,偏离的程度越强,经济效率的损失程度也就越强”。^①因此,很多国家十分注重通过反垄断法来维护市场的有效竞争,以此来促进经济整体运行效率的最大化。

“竞争对消费者的处境会产生两种效果。第一,直接后果:给消费者提供了选择。第一种效果是源于竞争赋予消费者的选择。它使消费者免于面对一个唯一的企业,从而拥有寻求多个交易者的可能,这些交易者在市场上多多少少还是有一些的。从他们中间,消费者可以选出所提供的商品或服务最合乎自己需要的那个。第二,间接后果:改善供应。按照传统表述,竞争不仅对消费者有直接影响,还对消费者产生间接作用。这种间接作用也和竞争所带来的选择相关。由于选择机制,某个供应者会被消费者选中,其他企业则会被淘汰。于是为了避免被淘汰掉,企业就会试图改进其供应。因此市场上的供应就会逐步改善。”^②

经济民主是民主从政治领域向非政治领域延伸,是市场经济的内在要求。经济民主的核心要义是给予经济主体更多的经济自由和尽可能多的经济平等。弗兰克林·罗斯福通过反垄断法来实现经济民主的设想在第二次世界大战后得到了实践。在德国,希特勒政权垮台后,同盟国于1945年8月签订的《波茨坦协议》认为,德国的垄断组织是发动这种战争的祸根。因此,必须尽可能地消灭因卡特尔、辛迪加、托拉斯等垄断集团的形成造成的过分经济集中,发展市场经济和企业自由竞争。于是在盟军的监督和支持下,以美国反托拉斯法为蓝本制定了德国《反限制竞争法》。在美国对日本军事管制期间,制定了日本《禁止垄断法》,拆散了三菱、三井、住友等财阀,排除经济力量的过度集中。^③

社会公共利益范畴在反垄断法上具有相对较大的弹性空间,理论界一般认为它涵盖但是不限于消费者利益、社会整体经济效率等。^④“此外,推动产业的

① 胡甲庆:《反垄断法的经济逻辑》,厦门大学出版社2007年版,第45页。

② [比]保罗·纽尔:《竞争与法律:权力机构、企业和消费者所处的地位》,刘利译,法律出版社2004年版,第12~13页。

③ 朱宏文、王健:《反垄断法——转变中的法律》,社会科学文献出版社2006年版,第27~28页。

④ 从严格意义上讲,社会公共利益不是和效率、消费者福利或者经济民主并列的目标,它实质上是这些具体目标和其他内容的笼统表述。因此,在下面有关反垄断法目标的性质和反垄断法的功能优化部分,笔者将不再把社会公共利益与这三个目标放在一起讨论。

均衡发展及科学技术的创新,乃至经济民主和环境保护等有时也可能成为反垄断法上整体经济利益的内容。”^①这些内容,反垄断法都可以通过市场竞争机制能够加以实现的。

通过前面对反垄断法的功能分析,我们可以看出,美国相关群体就反垄断法目标选择的主张或者设想都有其存在的道理。

三、美国与欧盟在目标选择上的发展趋势

自20世纪80年代后期以来,美国反托拉斯执法和司法的目标选择逐步趋于明朗与相对的一致,即十分强调经济效率,并以此促进消费者福利增加。

时任里根政府反托拉斯局局长的巴克斯特(William Baxster)指出:“经济效率提供了唯一可行的标准,由此可以发展出可操作的规则,并且这些规则的有效性也能由此得到评判。兼并产生的效率和损失至少从理论上说是可以计算的,经济理论提供了一个事先决定哪些情况下兼并可能会减损效率的基础。而那些社会的和政治的标准就不是这样,没有客观的方式可以评价社会或政治的成本与价值。”^②他的继任鲁尔(Charles Rule)宣称:“反垄断法的语言中没有要保护小商业或原子式分散工业的要求,没有要求对特定的公民群体进行财富再分配,没有要求实现其他确定的政治和社会目标……在模糊的平民主义观念基础上倡导一种减损消费者福利的执行方案,从根本上是违背分权原则的。”^③

在克林顿政府时期,新产业组织理论在美国兴起。新产业组织理论在反垄断法的目标方面有了潜移默化的变化,即由过去的保护消费者利益逐步转移到提高市场效率,在效率优先的前提下兼顾保护消费者利益。一批支持新产业组织理论的经济学家和法律界人士在司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会担任了关键职务,如任助理司法部长的克雷恩、任联邦贸易委员会主席的皮托夫斯基以及在司法部反托拉斯局任首席经济学家的夏皮罗等。他们的许多政策主张得以付诸实践,如在1992年的柯达案中,最高法院首次大篇幅地引用了新产业组织理论进行定性分析。

进入21世纪以来,美国政府在反托拉斯执法与司法这个方面仍然以经济

① 李国海:“反垄断法公共利益理念研究——兼论我国《反垄断法》(草案)中的公共利益条款”,载《法商研究》2007年第4期。

② William Baxster, *Responding to the Reaction: The Draftsman's Review*, in M. Fox and James Halversoned, *Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics*, Chicago: America Bar Association, 1984, pp. 308-321.

③ Charles F. Rule, *Antitrust, Consumers and Small Business*, Speech before the 21st New England Antitrust Conference, 1987.

效率和消费者福利作为核心目标。前财政部长萨默斯(Lawrence H. Summers)在媒体上曾指出:竞争只是手段而不是目的,最终的目标是要有效率。^① 助理总检察长梅杰拉斯(Platt Majoras)在2002年的一场演讲中道:“我们注重竞争的价值,并不是因为其本身就是目的,而是因为它促进了(生产效率和配置效率)两种类型的经济效率。”^②美国在2003年2月12号发布的《反垄断政策目标报告》中指出:应该将效率标准与社会目标分开使用,社会标准一般不应作为“操作标准”被用以裁判和评估具体反垄断案件,因为在讨论反垄断政策目标时,不能忽视终极目标与操作性的执法标准之间的差异。^③ 针对美国当前这种现象,法官波斯纳感慨道:“所有专门从事反垄断法工作的人,无论是立法者、检察官、法官、学者或评论家不仅都同意反垄断法的唯一目标应该是促进经济福利,而且还同意那些用来决定特定的商业行为是否和这一目标一致的经济学基本原则。”^④

将反垄断法的目标定位在提升经济效率并借以实现消费者福利,并不是只有美国采取这种做法,目前,越来越多的国家和地区采取这样的选择。例如,欧盟在1997年弗洛伦茨举行的有关反垄断法目标的专门研讨会最终报告中决定,竞争政策的直接目标应限于经济效率和消费者利益。^⑤ 这种现象的出现并不是偶然的,而是历史的必然,它是由反垄断法的目标性质和反垄断法的功能优化需求所客观决定。

四、反垄断法的目标性质分析

在反垄断法通过市场竞争来追求的内容相对比较明确的目标中,经济效率、消费者利益和经济民主在性质上是有所差异的。

首先,这些目标在性质上存在政治性和经济性之分。尽管经济民主关注的核心是经济自由和经济平等,它的政治属性已经大大淡化;但是从其产生的根源和存在的目的来讲,它仍然以政治属性为主导。“民主”一词起源于政治领域,其产生之初意味着“最高权力应该掌握在人民的多数或者多数人手中”。^⑥

① See Lawrence H. Summers, *Competition Policy in the New Economy*, *Antitrust Law Journal* 2001, Vol. 69, pp. 353 - 358.

② Platt Majoras, *Antitrust Going Global in the 21st Century*, Speech before Ohio Bar Association, Oct. 2002.

③ See Report on Antitrust Policy Objective, February 12, 2003.

④ Richard A. Posner, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2001, preface.

⑤ See Claus Hlerman, Loraine Laudatieds, *European Competition Law Annual 1997; the Objectives of Competition Policy*, 1998, p. 38

⑥ 刘军宁等编:《直接民主和间接民主》,三联书店1998年版,第141页。

“如在经济领域内民主受到排斥,在其他领域内民主会更易于受到限制或排斥。”^①也正是因为如此,苏利文和福克斯曾尖锐地指出,美国反托拉斯法的两大中心之一就是政治的,即对大企业和少数竞争者的不信任,重视市场力量的分散和对弱者的保护。经济效率,无论是指静态的资源配置效率,还是卡尔多—希克斯效率(Kaldor & Hicks)或者动态效率,它在性质上基本上属于经济性内容。经济效率主要考究的是自然资源的使用情况,它一般不将政治资源的内容纳入衡量范畴。无论是从经济学研究相关术语或者数据模型,还是经济效率在实践中的操作来看,它本身通常与政治问题没有多大联系。虽然在有关消费者利益保护问题上,美国早期的反托拉斯法在某种程度上有着平息大众对社会不满情绪的政治意图,但是从消费者利益的内容以及保护方式来看,它基本上还是个经济问题,而不是政治问题。从现代有关消费者权益保护法的内容来看,消费者的利益主要有以下几个方面的内容,即安全权、知情权、自由选择交易权、公平交易权、求偿权、结社权等。这些内容除了结社权内容外,其余的基本跟政治问题难以直接挂上钩。而反垄断法本身并不对消费者的结社权利产生多大的直接影响,而是更多在于产品选择、公平交易和获得赔偿方面产生效果。

其次,在经济性的目标中存在生产性和分配性之分。经济效率的核心内容是投入与产出的比较,它可以借助经济学的投入产出表和投入产出模型来直观表示。经济效率的最为完美的状态就是以最小的投入获得最大的产出。在社会实践中,由于生产技术、管理体制、员工能力等因素的差异,即使相同的资源在不同的主体应用后的产出也是不尽相同的。为了使有限的资源在被使用后能够获得最大的利益,各国政府都想方设法来优化社会资源配置,尽量将社会资源分配到生产效率最好的部门和企业。虽然在这个过程中客观存在对社会财富的分配问题,但是由于这个过程不是以财富最终分配为目的,而且资源的优化配置本身并不必然导致产权的转移。因此,经济效率的基本属性是促进生产以实现“经济蛋糕”总量的增加。保护消费者利益,顾名思义,即强调消费者从社会总福利中的获得。因此,它的分配属性非常明显。消费者和经营者是市场上两大利益博弈的集团,两者之间的利益分配呈现出此消彼长的状态。“只要消费者由于垄断价格额外支付给生产者1美元,消费者状况就会变坏1美元,而生产者状况会以等量变好。垄断利润本身并不代表经济蛋糕的规模缩

① 应克复:《西方民主史》,中国社会科学出版社1997年版,第593页。

小;它仅仅代表生产者的那一块大了,而消费者的那一块小了。”^①由于经营者在综合实力上通常优胜于消费者,所以经营者在和消费者参与社会总福利分配的博弈过程中通常能够获得更多的好处,消费者的获得则相应地被减少。为了保证消费者能够公平地从社会总福利中获得相应的好处,很多国家反垄断法十分强调消费者的利益保护。

五、反垄断法的功能优化

虽然反垄断法通过市场竞争机制可以实现经济效率的提升、可以实现消费者福利的增加、可以促进经济民主的发展,但是由于这些目标在性质上或者存在的目的上是有差异的,所以,它在实现这些目标的客观效果上也是有所不同的。因此,反垄断法在追求这些目标过程中存在一个功能优化问题,即反垄断法应该追求其最为擅长的内容。由于经济效率、消费者福利与经济民主在性质上主要存在经济性和政治性、生产性与分配性之分,因此,有关反垄断法的功能优化问题主要是探究其更擅长于经济功能还是政治功能,在经济性功能方面更擅长是生产功能还是分配功能。

要对“反垄断法更擅长经济功能还是政治功能”这个问题进行分析,首先必须要考究反垄断法功能发挥的领域和功能的载体。从反垄断法功能发挥的领域来看,其主要是市场经济范围内。没有市场经济,反垄断法也就没有存在的必要和立足之地。市场经济作为一种资源的配置方式,它的核心是围绕自然资源来进行,而不是围绕政治权力进行的。在市场竞争中优胜出来的主体可以获得更多的资源,但是这种资源原则上只局限于生产原料、市场份额、利润等,而不包括政治职位、政治权力或者与政治有关的其他内容。所以,即使市场经济可以通过一些途径影响到政治权力分配,但是它对政治权力的配置影响是非常有限的,是否实行市场经济对相关国家的政治制度并不会产生决定的影响。正是因为如此,即使政治制度不同的国家和地区,它们都可以或者愿意推行市场经济。从反垄断法的功能载体来看,它主要是反垄断执法部门。为了保证反垄断法律制度的有效实施,世界上绝大多数国家设立了专门的执法机关,如美国的司法部和联邦贸易委员会、日本的公平交易委员会、德国的卡特尔局等。虽然从国家政治机器运行角度来讲,这些专门执法机关是政治工具之一,但是这些执法机关被赋予的职能却基本上非政治性的,一般只限于对经济运行秩序的维护需要范围内。尽管这些非政治权力对社会发展影响还是比较大的,但是反垄断执法机关在这些法定权限范围内还是很难对一个国家或者地区的政治

① [美]曼昆等:《经济学原理》,梁小民译,机械工业出版社2003年版,第272页。

局面产生决定的影响。从反垄断法功能发挥的领域与载体可以看出:政治功能并不是现代反垄断法的功能主导设计内容,它本身客观上也难以对相关国家或者地区的政治问题产生决定的影响;相对附带的政治功能而言,反垄断更善于是其经济功能。从优化反垄断法的功能角度来讲,经济功能应当优先于政治功能。

制度功能的实现必须借助于一定的载体和手段。反垄断法功能的实现载体主要是反垄断执法机关,从大多数国家实践来看,它的主要职能是维护市场竞争。单纯从这个方面来讲,我们还无法对“反垄断法更擅长生产功能还是分配功能”问题做出科学回答。因此,我们必须进一步分析反垄断法功能的实现手段,即市场竞争。众所周知,市场是一种资源的配置方式,即通过竞争将资源在全社会范围内进行优化配置。如果单纯从这点来讲,反垄断法的功能似乎主要是一种分配功能。但是当进一步考究这种资源配置的根本目的时,我们会发现:虽然进行资源的优化配置带有一定程度上的财富分配色彩,但是它的主要目的不是进行社会财富的最终大分配,而是主要为了使有限的资源能够得到最大化利用,从而生产出更多可以用于社会分配的利益。在市场经济中,资源的占用、使用与所有并不是等同的,非所有权人可以合法的占有、使用所有权人的资源。市场在进行资源配置时,可以将所有权人的资源配置给生产效率更高的非所有权人使用。^① 政府通过市场进行这样资源的临时性转移目的是实现社会资源的最大化利用,促进社会整体财富总量的增长。因此,反垄断法的功能更多是生产性功能。反垄断法的分配功能是极其有限的,它本身也不善于对社会财富的分配。反垄断法的功能主要是依赖于市场竞争实现的,而市场竞争自身往往会导致社会财富分配的失衡。在优胜劣汰的市场规律作用下,社会财富会加速向优势群体的集中,而弱势群体的财富随着经济发展而实质性在不断减损。正是因为市场无法有效实现社会财富分配,政府才通过税收、财政转移等手段进行社会财富的二次分配的。既然反垄断法不擅长对社会财富进行分配,那么,分配功能不应当成为反垄断法的主要功能。而通过前面分析可以看出,反垄断法比较擅长的是以竞争促进生产,即擅长生产功能。从优化功能和追求实际功效角度来讲,反垄断法的经济性功能应当主要定位在生产性功能上面。

反垄断法的功能优化问题很好地解释了当前发生在美国、欧盟和其他发达

^① 例如,通过银行存款和贷款或者通过资本市场融资渠道,市场可以将广大公民的个人闲置资金配置给那些经营能力好的生产型企业。但是这种资源配置本身并不等于财富的分配,因为相关财富的所有权并没有发生转移。

国家有关反垄断执法目标选择的最新发展动态现象,这种做法是一种理性的回归和科学的选择。深刻认识到这一点,对于我国的反垄断执法具有非常重要的启发与指导意义。

六、我国的立法选择和执法及其司法启示

在我国反垄断法立法过程中,有关立法目标选择问题也发生过不小的争论。例如,在2006年6月十届人大常委会二十二次会议第一次审议中,广东、北京和上海建议删除“提高经济运行效率”;广东、广西和安徽建议删除“维护经营者合法权益”;广西和中国政法大学建议删除“维护消费者合法权益”;北京和全国律协建议增加“保护国家利益”。在2007年6月十届人大常委会二十八次会议第二次审议中,南振中委员则建议增加“保护经营者合法权益”,全国人大代表陈舒委员建议删除“提高经济运行效率”。2007年8月30日通过的《反垄断法》第1条规定:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”因此,我国最终选择了保护市场公平竞争、提高经济运行效率、维护消费者利益和社会公共利益作为反垄断立法的目标。

在我国反垄断法的四个目标中,保护市场公平竞争属于功能性目标,它既是反垄断法的目标之一,更是反垄断法所内在具有的基本功能;提高经济运行效率、维护消费者利益与社会公共利益属于结果目标,它们是反垄断法通过对市场竞争机制的维护期望取得的结果。“反垄断法保护市场竞争机制,即维护一种竞争环境,在这一环境中,在价格引导下,通过千百万单个经营者和消费者的分散决策和交互作用,使得资源得到最优化的配置,以提高整体经济效率,造福于全社会成员。”^①由于我国反垄断法将通过竞争机制来实现的更高层次目标定位在提高经济运行效率、维护消费者利益和社会公共利益上面,因此,我国的反垄断执法和相关方面的司法在优化反垄断法的功能问题上主要是考虑生产功能和分配功能。

虽然我国反垄断立法本身并没有对反垄断法的生产功能与分配功能的优化问题直接作出规定,但是从相关的规定内容来看,我国反垄断法本身倾向于生产功能优先。这可以从《反垄断法》第15条中得到有力的佐证。该条规定:“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的,不适用本法第十三条、第十四条的规定:(一)为改进技术、研究开发新产品的;(二)为提高产品质量、

^① 全国人大常委会法制工作委员会经济法室:《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第2页。

降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;(三)为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力的;(四)为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;(五)因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;(六)为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;(七)法律和国务院规定的其他情形。属于前款第一项至第五项情形,不适用本法第十三条、第十四条规定的,经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益。”由于垄断协议通常能够给经营者带去更多的利益和“豁免是反垄断法规定的对适用合理原则的联合限制行为免于制裁的实施程序,也是利益均衡的结果,即从经济效果和对限制竞争的影响进行利益对比,在利大于弊时,对该垄断协议适用反垄断法豁免”。^① 因此,垄断协议的豁免制度在我国反垄断法中的存在充分表明我国反垄断法对生产功能的优先考虑,即反垄断法应当优先考虑如何将“经济蛋糕”做大,在此基础上再合理考虑经营者与消费者对相应增加的社会福利分配问题。

目前,在我国不少人士希望通过反垄断法律制度来打击垄断企业,逐步缩小社会贫富分化问题。这给我国的反垄断执法和相关司法带来了不小影响,相关部门有可能因诸多的社会压力而以此作为执法导向。但是无论是从反垄断法的立法本意还是优化反垄断法功能角度来讲,反垄断法都不应当成为一种以社会财富分配为主导属性的工具。如果强行扭曲反垄断法的功能,则“经济宪法”“双刃剑”的另一面则会毫不留情地“锋芒毕露”。美国在 20 世纪初期和 20 世纪 60~80 年代的社会实践已经充分证明了这一点。^② 因此,我国的反垄断执法和相关司法必须科学地尊重反垄断法的功能优化原则,即主导通过市场竞争机制来实现经济效率,并借此来实现消费者福利的最大化。^③

第二节 反垄断法与产业政策的同向性互动发展

反垄断法与产业政策的关系是一个“老生常谈”的话题,传统观点一般认

① 种明钊:《竞争法》,法律出版社 2008 年版,第 267 页。

② 自西奥多·罗斯福开始上台以后,民粹主义曾经一度在美国泛滥,并催生了很多带有分配性质的法案和执法政策,如《布拉克法案》、《罗宾逊—帕特曼反价格歧视法案》等,这使得美国不少企业陷入几十年的发展低谷,很多企业在国际竞争中被日本企业击败。所以在里根上台以后,美国反托拉斯政策有了根本性的转变,以生产为主导的效率被极度推崇,美国连续掀起了两次合并高潮。

③ 这里是指在不涉及国家安全情况下,如果涉及国家安全问题,则必须以社会公共利益综合内容来加以考虑。