



竞争政策与法律文库

黄勇 总主编

论反垄断法 多元价值的平衡

Balancing Values in Antitrust Law

兰磊 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

论反垄断法 多元价值的平衡

Balancing Values in Antitrust Law

兰磊 著



法律出版社

LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论反垄断法多元价值的平衡 / 兰磊著. —北京:
法律出版社, 2017

ISBN 978-7-5197-1185-6

I. ①论… II. ①兰… 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179391号

论反垄断法多元价值的平衡

LUN FANLONGDUANFA DUOYUAN JIAZHI
DE PINGHENG

兰磊 著

策划编辑 沈小英

责任编辑 沈小英 刘晓明

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 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 17.5

字数 307千

版本 2017年6月第1版

印次 2017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)

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

上海分公司 / 021-62071639/1636

西安分公司 / 029-85330678

深圳分公司 / 0755-83072995



书号: ISBN 978-7-5197-1185-6

定价: 63.00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

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”等问题主要交由市场决定。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模式。倘若不建立这样的模式,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,宣告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,计划经济的一些习惯,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”。这不仅损害市场公平

竞争,也损害市场运行效率。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避免的话题。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篇章。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,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、迎接未来挑战。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,无不需要跨领域、跨学科

的多角度、多层次深入思考、比较分析、潜心研究,借鉴和吸取域外有益经验,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。该机构自成立以来,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。“竞争政策与法律文库”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创立的学术品牌。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。

第一章 导 论	1
一、本书的研究主题	1
二、本问题的国内研究现状	4
三、本书的研究对象界定	6
四、本书的创新点	8
(一)理论与实践相结合,使抽象研究与具体实践相统一	8
(二)主要采用司法导向的研究视角	9
(三)从现象到本质,把握事物发展的内在规律	11
五、本书的结构	11
六、关键术语解析	12
(一)竞争	12
(二)利益、目的、价值、原则	14
(三)多元目的	21
(四)平衡	23
第二章 竞争的独立价值地位	25
一、价值的诞生及其意义——以竞争为例	25
二、两种反垄断分析进路对竞争的价值地位持有不同观点	30

(一) 义务论和功利论的区分	30
(二) 法律经济学运动对法律义务论的冲击	32
(三) 功利论和义务论的竞争概念区分	34
三、重塑竞争的独立价值地位: 竞争的社会重要性	35
(一) 竞争能够提高企业和整体经济的效率	36
(二) 竞争能够提高劳动生产率和本国企业的国际竞争力	38
(三) 竞争能够带来人的自由, 实现竞争自由和消费自由	40
(四) 竞争具有广泛的政治效益	43
四、竞争价值在反垄断法多元目的体系中的地位	43
(一) 义务论—功利论二分法对竞争损害和竞争效益界定的影响	43
(二) 义务论竞争是认定竞争损害必不可少的要件	45
(三) 义务论竞争也可以构成竞争损害的抗辩事由	49
第三章 多元价值的平衡工具	51
一、价值平衡的基本理念	51
(一) 协调价值冲突的多元论方法: 价值平衡	51
(二) 价值平衡采用去情景化—再情景化的两步分析法	55
二、价值平衡的方法论: 阿列克西的原则平衡理论	62
(一) 原则理论	62
(二) 冲突原则定律	63
(三) 平衡定律和权重公式	66
三、原则平衡理论的一个结构化形态: 比例原则	73
(一) 比例原则的主要内容	73
(二) 原则理论视角下的比例原则含义解读	76
(三) 比例原则的公法意义	80
(四) 比例原则在公法之外的广泛应用	83
第四章 反垄断法多元价值平衡的表现形态	93
一、原则平衡理论在反垄断法上的适用性	93
二、比例原则在反垄断法领域的应用类型	95
(一) 作为实质标准的比例原则与作为审查标准的比例原则	95
(二) 比例原则在反垄断法领域的四种具体应用方式	99

三、平衡理论在协调反垄断法价值冲突中的应用分析	105
(一)反垄断法上价值平衡的整体框架	105
(二)比例原则在反垄断法平衡分析中的表现形态	113
四、反垄断法上的基本平衡工具——合理原则	117
(一)合理原则在反垄断法平衡分析中的广泛应用	117
(二)合理原则的适用实践	121
(三)合理原则的结构化	123
第五章 反垄断法多元价值平衡中的两个要素分析	129
一、反竞争效果	129
(一)初步反竞争效果和净反竞争效果的区分	129
(二)立法目的决定反竞争效果的外延	131
(三)义务论—功利论二分法视角下的反竞争效果	136
二、促进竞争效果	144
(一)义务论—功利论二分法视角下的促进竞争效果	144
(二)反垄断法上三类抵消性利益的含义	147
第六章 平衡理论在垄断行为判断标准中的应用	158
一、平衡理论在经营者集中审查标准中的应用	158
(一)美国经营者集中审查标准中的平衡	159
(二)欧盟经营者集中审查标准中的平衡	161
二、平衡理论在垄断协议判断标准中的应用	166
(一)美国垄断协议判断标准中的平衡	166
(二)欧盟垄断协议判断标准中的平衡	169
三、平衡理论在滥用市场支配地位行为判断标准中的应用	189
(一)美国排斥竞争行为判断标准中的平衡	190
(二)欧盟滥用行为判断标准中的平衡	193
第七章 我国《反垄断法》的立法目的解释与平衡	203
一、认真对待《反垄断法》的基本法地位	203
二、高度重视我国《反垄断法》的目的建设	206
三、立足国情科学解释我国《反垄断法》的立法目的	210

(一) 反垄断法的立法目的是具体时空条件的反映	211
(二) 《反垄断法》是构建和谐社会这一社会事业的组成部分	213
(三) 《反垄断法》是我国经济体制改革顶层设计的实施方案之一	216
(四) 我国《反垄断法》的立法目的含义	219
四、以立法目的指导我国《反垄断法》相关条款的解释	224
(一) 竞争与其他立法目的之间的平衡	224
(二) 竞争政策与其他公共政策的平衡	227
(三) 竞争与竞争的平衡	229
(四) 不同类型的平衡应适用不同的判断标准	232
五、我国现有司法实践没有严格把握各类平衡的适用条件	232
结 语	239
附录1 法律文件简称及重点法条	242
附录2 欧盟竞争法相关术语说明	247
参考文献	248
致 谢	263
出版后记	265

第一章 导 论

一、本书的研究主题

本书以反垄断法上的一个根本性问题——立法目的——为研究主题。

考察一部法律的立法目的(政策目的)具有重要的意义,尤其对于反垄断法。博克教授在他的经典著作《反托拉斯法悖论》中对此有如下精辟论述。

除非我们能确切地回答一个问题,否则无法做到反托拉斯法政策的理性化:该法是干什么用的,即它的目的是什么?所有其他问题均取决于我们对这一问题的回答……只有在目的问题得到解决后,才有可能形成一套连贯的实体规则。^①

波兰戴维·米亚什克(Dawid Miasik)博士更是把很多人对反垄断法的困惑,归结为立法目的问题。

虽然反垄断法的核心规则保持不变,但它们的适用却顺时而易。同样的条文、同样的语义结构却以非常不同的方式理解和适用,这怎么可能?同样的行为,先是被视为反竞争,之后被视为促进竞争,而现在又受到谨慎的对待,这怎么可以?这些问题,包括许多其

^① See Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York, Free Press, 1993, p.50.

他问题的答案关键在于竞争法的目的。它们影响着如何将书本上的法转化为行动中的法。这是竞争法的目的,而非由其法律条文决定哪些行为应予禁止,哪些行为应予允许,以及一项行为如何及何时得到批准。目的的不同,还导致了不同法律体系中相同或高度相似的规则适用的不同。^①

这种把差异完全归结为立法目的的观点尽管不免有绝对化之嫌,但立法目的确实是其中极为重要的一个因素。

立法目的研究,不但对反垄断法规范的发展具有重要意义,而且对反垄断法的研究也意义重大。虽然竞争能够带来各种效益,但竞争也是件令人难受的事情,不受约束的竞争还会给社会造成破坏。因此,我们不是简单地追求竞争,而是为了实现其他目的而追求竞争。竞争与这些目的之间是手段与目的的关系。正如斯塔克教授指出:

如果竞争不是目的,而是实现其他目的的更为有效(或者民主)的方式,它意味着三个方面的内容:第一,必须有一个或多个终极目的,还可以有其他中间目的;第二,必须在头脑中有一种竞争形式,以及该竞争观念如何以及在什么情况下会促进或者阻碍该终极目的;第三,必须理解正式法律制度和非正式制度如何促进该竞争观念。^②

从斯塔克教授的这一论述我们可以看到,竞争法研究的任务为以下几个方面。

第一,查明竞争法的终极目的是什么?要回答这一问题,我们应该从询问“人类活动的最高追求是什么”着手。但由于竞争不能实现或者不能有效实现人类的所有追求,这一步只能查明竞争法可能的目的,因此,还需要结合第二步的竞争机制考察,才能正确地确定人类的哪些追求可以是竞争法的立法目的。需要指出的是,本书认为终极目的并不是指在中间目的之上、永远优先于中间目的得以适用的目的,所谓的“终极目的”只是表示它(们)是通过中间目的间接实现的目的。

^① See Dawid Miasik, “Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner—a Study of the Goals of Polish Antitrust Law”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 1(1), 2008, p.34.

^② Maurice E. Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, August 3, 2011, p.55. Accessed March 13, 2016. <http://ssrn.com/abstract=1904686>.

第二,考察竞争表现为什么样的形式?竞争绝不是只有单一的面孔,它是多样的、多面孔的。它表现为权力中心(决策中心)的分散、竞争者之间的对抗、知识的发现过程等;还可以表现为价格、产量、质量、品种、服务、创新等方面的竞争。不同形式的竞争可以分别带给我们追求的哪些可能目的?竞争法目的确定不是随心所欲的,而是受到竞争机制的制约。

第三,通过考察可能目的与竞争形式之间的对接情况,决定竞争法的立法目的,以及可取的竞争形式。人们所确定的目的、计划,虽然有主观需要的成分,但它绝不是主观想象的东西。它应该建立在客观手段所允许的范围内。^①同样,竞争机制的塑造和利用要围绕立法目的展开。“手段,不是自我规定的东西,它的规定性、职能,是以其所要实现的目的为依据的。”^②因此,只有当某些竞争形式与某些可能立法目的对接起来时,我们才能说这种可能目的可作为竞争法的立法目的,这种竞争形式是可取的。相反,如果某种人类追求没有任何一种竞争形式与其对接,它就不应该成为反垄断法的目的,因为反垄断法利用自己的机制——竞争——无法(有效地)做到这一点。相反,如果某种竞争形式没有任何一种人类追求与其对接,即只能实现坏的结果而不会带来好的结果,这种竞争形式就是不可取的。从中可以看出,对于竞争法目的的考察离不开对竞争概念、表现形式及其运作机制和条件的考察。

第四,通过一定的制度设计来保护、促进那些能够实现竞争法立法目的的竞争形式,制裁和阻止那些阻碍实现竞争法立法目的的竞争形式。正如道格拉斯·诺斯指出:“游戏如何进行取决于政治结构(正式规则,包括政府制定的法律规则)、非正式制度约束(社会规范和传统)以及执行特点。”^③游戏规则决定经济中的机会范围,影响参与主体的行为动机,正确设计的规则能够引导参与者从事有利于促进反垄断法立法目的的竞争,并避免阻碍立法目的的竞争。^④“法律制度(包括反垄断法)和非正式的伦理、道德和社会规范,在促进公平竞争和威慑不公平竞争的限度内,有助于实现总体福祉。”^⑤

竞争政策的任务,就是考虑如何设计和利用这些正式和非正式的制度去促

① 参见聂凤峻:《论目的与手段的相互关系》,载《文史哲》1998年第6期。

② 同上。

③ See Douglass C. North, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005, p.52.

④ See Maurice E. Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, August 3, 2011, pp.57–58. Accessed March 13, 2016. <http://ssrn.com/abstract=1904686>.

⑤ Ibid., p.58.

进有益的竞争、阻止有害的竞争。“竞争政策”是一个广泛的概念,包含影响竞争如何在经济中运作以及如何作用于经济的所有政府政策,包括行业性监管、税收政策、资本市场政策、知识产权、贸易政策以及反垄断法。从表现形式上来看,这些政策可表现为正式的法律,也可表现为其他正式和非正式的措施。^①竞争法只是其中的一部分,体现为以竞争为规制对象的正式法律制度。

立法目的,尤其是多元目的,高度依赖丰富的法律技术。只有在规则形成层面上对不同目的进行权衡,并通过这些法律技术将其固化到容易实施的法律规则之中,立法目的才能得到贯彻,同时又能避免过大的不确定性和自由裁量权。

二、本问题的国内研究现状

在该领域现有中文著作一部,即《反垄断法价值问题研究》。^②

通过长期跟踪中国知网收录的文献,截至2017年4月20日,检索到大量与“反垄断法+立法目的”“反垄断法+立法价值”“反垄断法+立法宗旨”“反垄断法+目标”“反垄断法价值”等关键词相关的论文。另外,通过阅读文献进一步发现一些未包含在前述检索结果内的论文。这些文献包括博士学位论文1篇,硕士学位论文19篇,期刊论文90余篇。表1仅列出了相关博士和硕士学位论文。

表1 中国知网收录的相关学位论文(截至2017年4月20日)

序号	文献标题	来源	发表时间	作者
1	反垄断法的价值研究	西南政法大学(硕士)	2002年	潘登
2	论保护消费者是竞争法的核心目标	华东政法大学(硕士)	2004年	沈路
3	反垄断法的价值研究	山西大学(硕士)	2004年	李静
4	论我国反垄断法的价值目标及其实现	安徽大学(硕士)	2005年	葛宜云
5	反垄断法的价值目标及其体现	湘潭大学(硕士)	2006年	周婷
6	反垄断法立法价值的冲突与选择	吉林大学(博士)	2007年	李剑
7	反垄断法宗旨研究	华东政法大学(硕士)	2007年	丁茂中
8	论我国反垄断法的目标选择	上海交通大学(硕士)	2007年	陈贺明

① See Albert A. Foer, “The Civil Liberties and Competition Policy: A Personal Essay Dedicated to John J. Flynn”, 2012, p.1 n.3. Accessed November 1, 2016. <http://www.antitrustinstitute.org/content/13th-annual-conference-civil-liberties-and-competition-policy>.

② 参见叶卫平:《反垄断法价值问题研究》,北京大学出版社2012年版。

续表

序号	文献标题	来源	发表时间	作者
9	论消费者利益在反垄断法中的功能	中国政法大学(硕士)	2007年	周燕
10	我国反垄断法的价值取向研究	东北财经大学(硕士)	2007年	孙彩
11	公平·秩序·效率	华中师范大学(硕士)	2007年	洪娟
12	竞争政策目标的国际比较研究	厦门大学(硕士)	2009年	郑芸
13	反垄断法多元价值及其冲突协调原则探究	华侨大学(硕士)	2009年	蔡炳福
14	我国反垄断法的价值研究	南京航空航天大学(硕士)	2009年	李荣胜
15	论反垄断法的政策目标	郑州大学(硕士)	2009年	陈东明
16	反垄断法之消费者权益保护目的及其实现	中国政法大学(硕士)	2010年	余小林
17	美国知识产权反垄断法政策目标研究	复旦大学(硕士)	2010年	李祖军
18	论我国反垄断法的目的	上海交通大学(硕士)	2011年	王芳
19	反垄断法立法目的研究	中国社会科学院研究生院(硕士)	2013年	王树理
20	竞争的理想图景—我国竞争法立法出发点研究	浙江工业大学(硕士)	2014年	陈韵

现有国内研究存在如下问题。

第一, 尽管我国学者对于立法目的(价值)的研究热情很高, 但仍存在忽视立法目的落实方式的相关研究。在前述大量文献中, 除少数几篇硕士学位论文^①和几篇期刊论文谈及立法目的的落实外,^②基本没有具体深入探讨落实问题,^③大多只是在抽象层面上考察应然或者实然立法目的(价值)。

① 大多数只是重复了卓泽渊教授《法的价值论》第14~16章的内容, 并结合反垄断法稍加评论。

② 但讨论的内容事实上是反垄断法如何实施的问题, 而非反垄断立法目的如何落实的问题。如何治中:《论反垄断法目的与实施机制》, 载《金陵法律评论》2007年第2期; 饶粤红:《我国反垄断法关于保护公平竞争的目标研究》, 载《社会科学家》2008年第5期; 颜运秋:《反垄断法的终极目的及其司法保障》, 载《时代法学》2005年第6期。

③ 仅有一篇硕士论文试图从这一角度展开研究, 参见蔡炳福:《反垄断法多元价值及其冲突协调原则探究》, 华侨大学2009年硕士学位论文。但该文主要使用传统的目的性价值与工具性价值理论作为其方法论工具, 具有很大的局限性和抽象性, 仍然只是在宏观层面上进行探讨, 没有具体到如何平衡与落实的问题。