



反垄断法价值 问题研究

The Analysis on
Anti-monopoly Law Values

叶卫平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



反垄断法价值 问题研究

The Analysis on
Anti-monopoly Law Values

叶卫平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法价值问题研究/叶卫平著. —北京:北京大学出版社, 2012. 8

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978 - 7 - 301 - 20333 - 0

I. ①反… II. ①叶… 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(2012)第 197797 号

书 名: 反垄断法价值问题研究

著作责任者: 叶卫平 著

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 20333 - 0/D · 3165

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 1020 毫米 16 开本 14.5 印张 252 千字

2012 年 8 月第 1 版 2012 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

序

市场经济的活力源于竞争。竞争的价值在于其可将信息机制与激励机制加以有机地结合。基于此,如何借国家之力助成一健康有序之竞争秩序,向来是各国经济学与法学界努力的方向。举德国推行得较为成功的社会市场经济模型为例,社会市场经济被定位为“把漫无限制的自由与残酷无情的政府管制两者之间长期存在的矛盾予以解决,从而在绝对自由与极权之间寻找一条健全的中间道路”,“社会市场经济的最高指导思想是经济效率与社会平衡的结合”(路德维希·艾哈德语)。竞争法在德国被赋予了一种组织性立法的理解,所谓建立竞争秩序就是变无组织的市场为有组织的市场,德国经济运行中的市场与社会调节两大机制似乎已经融为一体,国家通过对竞争法的运用将其政策意图渗透影响于市场结构和人们的观念与行动之中。

中国在确立社会主义市场经济的经济改革目标之后,也将依法治国之方略载于修改后的《中华人民共和国宪法》中,这表明建立正常的市场进入、市场竞争和市场交易秩序必将成为中国法治建设的重要课题。改革开放以来,全国人大常委会制定《反不正当竞争法》、《价格法》、《招标投标法》和《反垄断法》等法律,国务院相继发布《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》、《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》、《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》等行政法规,都是中国市场化为导向的经济体制改革法治化的表现。其中 2007 年《反垄断法》的出台,是中国竞争法体系基本完善的标志。竞争法制的完善,不仅在激励市场主体能动性、优化资源配置、促进经济和社会发展等方面将发挥着举足轻重的作用,也是医治国有企业经营效率低下的一剂良方。

不过,我国经济体制改革在取得长足进步的同时,从长远发展看,形势仍不容乐观。这表现在构成社会主义市场经济体制的三个关键环节即市场、企业和政府之间迄今在体制和机制上仍远远协调不起来,整个改革进程与我们要达到的体制目标还有很大的差距。如从市场主体现状及对竞争的影响看,由于历史和体制原因,企业待遇不平等,导致企业之间无法展开公平竞争,国有企业改革严重滞后,体制转轨过程中新的利益群体出现,这些市场主体不

成熟仍是制约竞争正常进行乃至整个经济发展的关键因素;从政府职能行使现状看,政府社会经济管理职能、国有资产管理职能和经营者三位一体的状况没有根本改变,政府还垄断着很大一部分经济社会资源的配置权并直接参与竞争性市场活动,政府行政性垄断作为超经济垄断长期以来没有得到有效的治理,都影响到竞争立法实施的外部环境基础;从市场体系状况看,一方面,各地产业结构布局不合理,规模效益低,重复引进,盲目投资,导致资源极大浪费等现象一直存在,另一方面,生产流通领域中,过度竞争、不正当竞争也大量存在。如何走出当前的制度困境,打破经济体制改革的“僵局”,是需要严肃思考和审慎对待的重大问题。

叶卫平博士《反垄断法价值问题研究》一书,是从价值角度对反垄断法的价值构成所作的梳理、阐发和对中国反垄断立法争议及反垄断法实施困境所作出的深入思考。按照作者的观察,“中国政府之所以一方面进行反垄断立法、规制垄断行为和形塑公平竞争的市场秩序,另一方面又加速国有资本向重点行业和关键领域集中、推动产业重组并延缓反垄断法在国有资本中的实施,从表层看,是由于中国对反垄断法制度移植和竞争秩序建构并没有真正做好准备,以至于在政府与市场的关系处理、竞争政策和产业政策之间的恰当分工等方面出现了自相矛盾的现象。从深层看,《反垄断法》立法目的的含混、法律实施过程中的执行不力、政府公共政策上的进退失据应该被放置在中国经济、社会和制度转型的大背景下,要看到政府消极不作为和政府行为不一致性背后所蕴含着巨大的价值冲突”。基于这一认知,叶卫平博士对中国反垄断立法和法实施过程中价值分歧和价值冲突作出了进一步分析和研究。如作者从政治、经济和社会文化角度对反垄断法制度建设过程中的价值冲突进行了类型化,并在此基础上对价值冲突的消解、价值实现的制度进路等问题提出了意见和建议。从价值角度回应反垄断法制度中的理论与实务问题,特别是从价值角度研究和解释政府机构及官员的行为动机,是反垄断法学术研究的深化。同样难得的是,《反垄断法价值问题研究》一书对反垄断法价值的研讨扎根于不同国家、不同历史时期的反垄断法实证素材,这使得本书对反垄断法价值目标的提炼和对中国反垄断法价值问题的分析及制度建议都有了坚实的事实基础,增添了著作的说服力。

卫平博士是我指导的北京大学法学院 2003 级经济法学专业博士研究生,在校期间,他就对经济法学的理论问题表现出浓厚的学术志趣,选择了反垄断法价值作为博士论文选题。博士毕业以后,又对这一问题保持了长期的关注。《反垄断法价值问题研究》一书是他博士论文及近年来学术研究成果的结晶。当然,由于价值问题向来是法学研究中异常复杂的话题,书中的研

究结论及具体论证都有进一步提升的空间。中国反垄断法实施已近四年,它的价值在这几年内也得到了充分的体现。希望卫平博士能够结合中国反垄断法制度实践,立足于中国的社会现实,做出更多有现实针对性并有前瞻性的研究成果。

盛杰民

2012年4月于北京蓝旗营

目 录 | Contents

导论 / 1

第一篇 价值的一般理论

第一章 价值的一般理论 / 9

- 9 | 一、价值的概念
- 15 | 二、价值冲突和价值共识
- 20 | 三、价值研究方法

第二篇 反垄断法价值体系构造

第二章 反垄断法发生中的价值考量 / 25

- 25 | 一、反垄断法发生原因的实证考察
- 30 | 二、反垄断法发生的政治、经济和社会文化条件
- 37 | 三、反垄断法发生中的主要价值考量

第三章 竞争价值 / 40

- 40 | 一、竞争的概念
- 44 | 二、反垄断法上的竞争和竞争价值

47 | 三、竞争价值的深层内涵

第四章 自由价值 / 55

55 | 一、竞争价值与自由价值的同一性

57 | 二、反垄断法自由价值的内涵

60 | 三、自由价值的基石性地位

第五章 效率价值 / 63

63 | 一、反垄断法效率价值的由来

68 | 二、效率价值对反垄断法价值内涵的拓展
——合作价值的引入

78 | 三、效率价值解释力扩张的理论基础

第六章 公平价值 / 84

84 | 一、反垄断法公平价值的内涵

87 | 二、反垄断法公平价值的争议及制度表现

91 | 三、反垄断法公平价值的形成机理

第七章 实体价值的关联、冲突与统一 / 95

95 | 一、反垄断法实体价值的关联

96 | 二、反垄断法实体价值的冲突

98 | 三、反垄断法实体价值的融合与统一
——以纵向地域限制规制变迁为例

第八章 秩序价值 / 106

106 | 一、秩序价值在反垄断法价值体系中的重要性

107 | 二、反垄断法在法律体系中的地位及其权威性的确立

113 | 三、反垄断法律规则不确定性的“克服”

第三篇 反垄断法价值问题的拓展

第九章 中国建构竞争秩序的制度探索 / 119

- 119 | 一、竞争秩序建构的基本共识
- 127 | 二、竞争法律制度的生成与发展
- 132 | 三、反垄断法的制度内容和实施进展

第十章 价值冲突在反垄断法中的制度表现 / 137

- 137 | 一、行政性垄断的规制困境与问题根源
- 147 | 二、国有企业反垄断法适用中的“差别对待”
- 158 | 三、产业结构调整对反垄断法实施的影响
- 170 | 四、反垄断执法机构在国家公权力体系中的边缘化

第十一章 反垄断法价值冲突的基本类型 / 174

- 174 | 一、政治层面的价值冲突
- 178 | 二、经济层面的价值冲突
- 185 | 三、社会文化层面的价值冲突

第十二章 反垄断法价值冲突的消解 / 190

- 191 | 一、明确反垄断法的价值位阶
- 194 | 二、拓宽价值沟通和协调的渠道
- 196 | 三、培育竞争文化

第十三章 反垄断法价值实现的制度进路 / 198

- 198 | 一、强化行政性垄断规制
- 201 | 二、改革垄断行业
- 203 | 三、协调产业政策与竞争政策
- 206 | 四、完善反垄断法实施机制

结论 / 211

主要参考文献 / 215

后记 / 221

导 论

反垄断法价值是反垄断法学术研究和制度实践中的一个纷繁扰攘的领域,人们对反垄断法的应然价值目标长期以来聚讼纷纭,莫衷一是。在反垄断法产生的母国——美国,芝加哥学派与民粹主义者(Populist)的价值之争延续了近半个世纪,其争论的焦点是反托拉斯法价值仅限于效率,还是应该同时兼容其他价值。主张前一观点的代表人物有波斯纳、伯克以及持近似观点的阿瑞达和特纳;主张后一观点的有霍温坎普、沙利文、施瓦茨等。^① 争论的起因源自于1966年法官伯克在《法和经济学杂志》上发表的一篇名为《谢尔曼法的立法目的和政策》的文章,该文主张:从谢尔曼法的立法资料和立法过程中的论辩情况看,国会的主要目的是通过提升资源配置效率(allocative efficiency)以增进消费者福利。^② 但这一观点的提出正如潘多拉魔盒被打开了一样,一石激起千层浪,反托拉斯法的价值之争也由此展开。

赞成者有之。笃信芝加哥学派学术思想的反托拉斯法学者对伯克的观点作了进一步论证。如阿瑞达、特纳等人认为:相对于高度扩张性的政府管制以及公司国有化而言,竞争是可以接受的对私人经济势力加以约束的社会控制手段;完全竞争能够实现帕累托最优因而也是最有效率的,包括提高生产效率和资源配置效率。^③ 波斯纳对经济学研究路径和效率价值的推崇更是直截了当:效率是反托拉斯法的终极目标,竞争只是一个中间目标;反托拉斯法的唯一目标应当是经济学意义上的效率;如果在垄断比竞争更有效率时,就不必适用反托拉斯法。^④ 这样,在芝加哥学派的反托拉斯分析中,资源配置效率不仅借助竞争目标,而且超越竞争目标获得了压倒性的地位。

反对者亦有之。如民粹主义学者多认为:除效率外,反托拉斯政策还应

① Herbert Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law* (1985), at 41.

② Robert H. Bork, *Legislative Intent and the Policy of Sherman Act*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 9 (Oct., 1966), pp. 7, 16.

③ [美]菲利普·阿瑞达等:《反垄断法精析·难点与案例》(第五版),中信出版社2003年影印版,第3—7页。

④ [美]理查德·A.波斯纳:《反托拉斯法》(第二版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第二版序言及第2、32页。

该考虑其他“竞争性”价值,如一些不能纳入经济分析模型中的价值,或者一些在一定程度上需要牺牲掉经济效率而特别加以保护的价值,包括消费者福利最大化、保护小企业免受较大竞争者的侵害、保护商业轻易进入、关注经济或政治势力的积聚、防止巨型公司非人格化的或其他无耻的行为、鼓励商业行为的公平性、合道德性以及其他可能的目标等。^① 也有学者对伯克的“效率论”提出了激烈批评,认为该观点“与其说是眼见为实的,不如说是心中确信的即是实在的”,并进而主张谢尔曼法的产生是基于分散经济权力、维护自由和良性的竞争、满足消费者的利益诉求和保护竞争过程等多元价值的考虑。^②

在欧洲,反垄断法的价值争议是以另一种面目展开的。在德国,第二次世界大战以后德国社会应该何去何从,德国人作出了自己独立和深入的思考。以经济学家欧肯为代表的弗莱堡学派提出的政策主张是建立竞争秩序。弗莱堡学派所说的竞争秩序不同于此前德国试行过的自由放任和国家集中管理经济的经济秩序,是以货币政策的优先地位、开放的市场、私有制、契约自由、责任、经济政策的衡定性等建立性原则为核心的新型经济秩序。^③ 在弗莱堡学派竞争秩序主张的基础上,艾哈德等德国政治家在1948年6月以货币和经济改革为契机开始了社会市场经济为目标的整体秩序建构^④,德国《反限制竞争法》也最终由此应运而生。该法一开始就是以实现竞争秩序和社会市场经济的制度载体的面目而出现的,所以,在反限制竞争法出现之初,该法的功能和价值就已经被框定,也就不会再引发过多的价值争议。在欧盟,欧共体竞争法是罗马条约核心内容之一。罗马条约的整体构想和条约目标同样框定了欧共体竞争法的价值取向和制度功能。如促进欧洲经济一体化是罗马条约最主要的政策性目标,这一目标因而也成为欧共体竞争法的首要价值目标。在欧共体竞争法施行的数十年间,确实从促进欧洲市场融合的角度极大地推动了欧洲经济一体化的进程。当然,在欧共体竞争法中,也存在一定程度上的价值争议,如更侧重于促进竞争还是保护消费者利益,一直是欧共体竞争法试图协调的价值争议的焦点问题。

中国反垄断法学界多主张价值多元,倾向于把反垄断法的具体价值考量

① Herbert Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law* (1985), at 41, 42.

② John J. Flynn & James F. Ponsoldt, *Legal Reasoning and the Jurisprudence of Vertical Restraints: the Limitations of Neoclassical Economic Analysis in the Resolution of Antitrust Disputes*, 62 N. Y. U. L. Rev. 1135.

③ [德]瓦尔特·欧肯:《经济政策的原则》,李道斌译,世纪出版集团、上海人民出版社2001年版,第277—305页。

④ [德]何梦笔主编:《秩序自由主义》,董靖等译,中国社会科学出版社2002年版,第7页。

放置于价值目标体系中加以考察,也出现了一些有内在竞争性的观点。如对于反垄断法价值目标之间的关系,不同学者各有侧重:一种观点认为竞争法的核心价值是效率,并认为以竞争法为核心的现代经济法之所以能成为与民法并列的调整市场经济关系的主要法律体系,主要在于其获得了观念与现实上的效率依据。^① 这种观点在其他学者处也有类似表述。如有学者在谈及台湾地区“公平交易法”的价值时认为,应该将公平交易法中关于限制竞争的条文,以经济效率作为其主要的价值目标,如果其效率之有无并不明显时,始考量其他次要目标:如保护中小企业、财富分配、消费者利益。^② 一种观点认为中国反垄断立法更应该重视效率以外的其他价值目标。如有学者认为反垄断法的价值不是单一的,而是多元的,并分属不同层次:社会整体效益是反垄断法的根本价值,属于最高层次的价值;竞争秩序是反垄断法的基本价值,属于中间层次的价值;而自由、效率、公平作为竞争秩序的基本价值的细化,是反垄断法的具体价值,属于最低层次的价值;从我国当前经济、政治现状和解决实际问题的需要出发,效率不应当是首要甚至是唯一的价值目标,自由和公平应更受重视。^③ 也有观点倾向于认为反垄断法的价值目标应该多元并重。如有学者认为反垄断法的基本价值就是通过保护竞争或维护竞争秩序来实现实质公平和社会整体效率。^④

2007年8月30日第十届全国人大常委会第二十九次会议通过的《中华人民共和国反垄断法》(下称《反垄断法》)并没有化解或消弭中国反垄断法学术研究中的价值争议,反而将这些价值争议以及争议以外的其他价值考量内化到这部法典之中。如从《反垄断法》第1条立法目的条款看,“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”都是中国《反垄断法》的立法目的,这就产生了效率价值与公平价值如何协调,“社会公共利益”如何理解,“社会主义市场经济”应该作怎样的定位等诸多问题。所以,与美国反托拉斯法相比,中国《反垄断法》的价值争议不仅表现在公平价值与效率价值的关系处理,更在于在理论和实践中如何对“社会公共利益”和“社会主义市场经济”的概念内涵作进一步界定。

① 盛杰民:《竞争法在中国:现状与展望》,载杨紫烜主编:《经济法研究》(第1卷),北京大学出版社2000年版,第268页。

② 赖源河编审:《公平交易法新论》,中国政法大学出版社、元照出版公司2002年版,第35页。

③ 游钰:《反垄断法价值论》,载《法制与社会发展》1998年第6期。

④ 王先林:《知识产权滥用的反垄断问题研究》,载郑成思主编:《知识产权与反垄断法》,法律出版社2001年版,第72页。

《反垄断法》三年多来的实施现状也印证了价值争议的存在及其影响:一方面,《反垄断法》在垄断协议和滥用市场支配地位等方面的行政执法以及国有企业经营者集中控制等方面几乎毫无进展;另一方面,为应对2008年爆发的全球性经济危机,中国政府不仅出台了4万亿元投资的经济刺激计划,还在2009年相继推出了《汽车产业调整和振兴计划》、《钢铁产业调整和振兴计划》、《石化产业调整和振兴规划》、《电子信息产业调整和振兴规划》等一系列“产业结构调整”因应措施,以至于在《反垄断法》实施一周年之际,《新京报》上就发表了一篇名为《〈反垄断法〉实施一年,却无人为它“庆生”》的文章,文章提到:“《反垄断法》实施一年,没有一起成功的、依据该法维护消费者利益的案例。《反垄断法》的‘花瓶’地位,决定了如今无人为它‘庆生’。”^①《反垄断法》在中国真的只是“花瓶”吗?如何理解中国《反垄断法》实施过程中“纸面上的法”与“行动中的法”极度背离的执法、司法现实?如何理解中国政府在反垄断法实施上的“消极不作为”和应对经济危机、进行产业结构调整时的“积极有为”?

笔者认为,中国政府之所以一方面进行反垄断立法、规制垄断行为和形塑公平竞争的市场秩序,另一方面又加速国有资本向重点行业和关键领域集中、推动产业重组并延缓反垄断法在国有资本中的实施,从表层看,是由于中国政府对反垄断法制度移植和竞争秩序建构并没有真正做好准备,以至于在政府与市场的关系处理、竞争政策和产业政策之间的分工等方面出现了自相矛盾的现象。从深层看,《反垄断法》立法目的的含混、法律实施过程中的执行不力、政府公共政策上的进退失据应该被放置在中国经济、社会和制度转型的大背景下,要看到政府“消极不作为”和政府行为不一致性背后所蕴含着巨大的价值冲突。研究中国反垄断立法和法律实施过程中的价值问题,对于价值共识的凝聚,价值分歧的因势利导,反垄断和其他政府干预措施的妥善定位以及相应法律制度的检讨和优化,都是非常必要的,这也是本书的写作初衷。从篇章布局上看,本书共分为“价值的一般理论”、“反垄断法价值体系构造”和“反垄断法价值问题的拓展”三篇内容。

第一篇着重对“价值”一词的语词含义进行梳理,并对价值冲突、价值共识、价值研究方法等问题进行探讨,通过对不同学科中价值研究成果的梳理,旨在为反垄断法的价值研究奠定知识基础。

第二篇是对有成熟反垄断法的国家和地区的反垄断法的价值体系所作

① 刘潇:《〈反垄断法〉实施一年,却无人为它“庆生”》, http://cjb.newssc.org/html/2009-08/15/content_650380.htm, 2011年1月9日访问。

的研究。本部分旨在通过反垄断法的价值体系的形成过程(动态)和基本构成(静态)的研究,对反垄断法的价值体系以及价值实现条件有一个基本的认知。中国进行反垄断法立法和竞争秩序建构的过程,说到底,也是移植西方发达国家法律制度的过程。西方发达国家的制度经验,哪些可以拿来,哪些应该摒弃,不仅仅要对中国的国情有一个基本判断,也要对制度本质、制度实现的内、外部条件有一个清醒的认识。对域外反垄断法律制度的研讨,是分析、研究中国反垄断法价值问题,提出相应制度解决方案的前提。

经世致用,对域外制度经验的研讨,最终要落实到中国的制度实践中来。第三篇将结合中国国情,对中国反垄断法制定和实施过程中的价值问题进行深入研究,并对走出反垄断法价值困境提出有针对性的建议。反垄断法的发生是人类在经济和社会管理过程中所作出的重大制度创造。该项法律制度从一开始所主张的竞争至上,到经济分析方法发展成熟以后对竞争作出的种种限制,这种从激情到理性的转换是西方发达国家反垄断法的价值体系演进的基本历程。在反垄断法向全世界扩散的过程中,由于政治、经济、社会和制度背景的差异,也对此项法律制度不断提出了新的挑战。在世界上最大转型经济体之一的中国,尤其如此。但是反过来看,在中国反垄断立法和实施过程中所发生的种种价值冲突及其后续可能的演变,必将是中国对反垄断法的价值变迁的参与过程,所以本篇就以“反垄断法价值问题的拓展”为题,希望中国的制度实践能够为世界反垄断法制度实践和反垄断法学发展作出自己应有的贡献。

