

反垄断政策对产业竞争的 挑战及其应对研究

刘彪文 蒋悟真 喻玲 著



江西高校出版社

反垄断政策对产业竞争的 挑战及其应对研究

刘彪文 蒋悟真 喻玲 著

江西高校出版社

图书在版编目(CIP)数据

反垄断政策对产业竞争的挑战及其应对研究/刘彪文, 蒋悟真, 喻玲著. —南昌: 江西高校出版社, 2010.7

ISBN 978 - 7 - 5493 - 0011 - 2

I. ①反... II. ①刘... ②蒋... ③喻... III. ①反托拉斯法 - 研究 - 中国 ②产业 - 市场竞争 - 研究 - 中国 IV. ①D922.294 ②F121.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010) 第 150288 号

出版发行	江西高校出版社
社 址	江西省南昌市洪都北大道 96 号
邮 政 编 码	330046
总编室电话	(0791) 8504319
销 售 电 话	(0791) 8513417
网 址	www.juacp.com
印 刷	南昌市光华印刷有限责任公司
照 排	江西太元科技有限公司照排部
经 销	各地新华书店
开 本	787mm × 960mm 1/16
印 张	11.5
字 数	187 千字
版 次	2010 年 7 月第 1 版第 1 次印刷
印 数	1 ~ 200 册
书 号	ISBN 978 - 7 - 5493 - 0011 - 2
定 价	20.00 元

赣版权登字 - 07 - 2010 - 100

版权所有 侵权必究

反垄断法实施在深化垄断性行业改革中面临的挑战与应对建议

(代序)

一、反垄断法实施在垄断性行业改革中面临的挑战

《反垄断法》^①实施前后,恰逢国务院连续4年在《关于深化经济体制改革工作的意见》中强调要深化垄断性行业改革之际。较之一般性行业,反垄断法在进入这些长期以来接受行业法、产业政策监管的行业过程中必将遇到一些挑战。这些挑战既来自实践对反垄断法内在相关问题的考验,也来自外部其他经济政策对反垄断法进入形成的阻力。

(一) 反垄断法从来不是“全能选手”

反垄断法与市场作为资源配置基本方式,承载着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以及促进市场经济健康发展等重大职能。但是,反垄断法绝对不是“全能选手”。事实上,至今为止尚未有一个国家将所有的行业、所有行业的业务环节都交给它打理,政府安做“甩手掌柜”,其原因在于:(1)环境保护、消费者保护、质量(技术)安全等事务从来不属于政府可以自由放任的领域,且反垄断法作为一种间接规制的手段,难以承载对上述领域规制的职能。(2)在公共产品和服务领域、信息高度失衡的行业(如律师、医生、演艺和竞技等),竞争机制原本所具有的优胜劣汰的功能大打折扣。对这些行业的规制如果仅仅依靠反垄断法来完成,那么市场上将难以实现有效的产品供应,终将导致消费者福利受到损失。(3)在自然垄断行业,由于其成本具有次可加性,某些环节的垄断不可避免。将这些行业或者环节强行纳入反垄断法规制范围根本无法解决垄断行业

^① 在本书中,《反垄断法》仅指我国在2007年通过、2008年开始实施的《中华人民共和国反垄断法》;反垄断法则与竞争法含义相同,包括所有会对市场竞争关系产生影响的法律规范的总称。而反垄断政策是指规范竞争秩序的经济政策,其涵盖内容除了反垄断法外,还包括其他规范竞争秩序的贸易政策、工业政策等市场政策。详见本书第二章。

资源配置效率低下、分配秩序失衡等备受大众诟病的问题。新西兰政府在1996年开始的对自然垄断行业实施“反垄断法一元化”规制模式的改革失败，是一个很好的例证。

（二）反垄断立法的阙如与不完善

在我国，市场经济的发展既有培育竞争机制的需求，又有产业重组、扩大规模效益的要求，因此，我国反垄断法除了承载发挥维护竞争机制的一般性功能，而且还承载着执行产业政策的特殊功能。对于这样重大的法律，立法条文仅有57条，许多重大的制度都是一笔带过（如宽恕制度、经营者承诺制度）抑或阙如。可以说反垄断立法不仅在法条的可操作性上，而且在数量上都很难能满足实践需要，这可谓是反垄断法实施障碍形成的内伤。

（三）反垄断执法机制不科学

综观西方反垄断执法实践，一个独立而权威的反垄断执法机构是反垄断法得到有效实施的基本条件与前提。然而，我国反垄断执法机构设置既不同于以美国为典型的司法式反垄断执法机构模式，也不同于以德日等为代表的行政式反垄断执法机构模式，而是采取“双层次多机构”的设置模式。这种貌似形成了“三足鼎立”的执法格局，三部门各自分工负责，但实际操作则并非易事，难免有摩擦，而且涉嫌垄断行为往往具有涉及行业广泛、违法主体多样、违法手段方式多样化等特征，从而很难确定应由哪一部门来执行，这些终将影响反垄断执法机构的权威性、独立性和高效性的实现，直接影响反垄断法实施的预期效果。

（四）反垄断司法机制不健全

从国外经验来看，西方国家反垄断法之所以能得到有效实施，除了有独立的行政机构实施反垄断法以外，还有一套完善的司法体制和司法程序，有判例法传统及公益诉讼制度，私人诉讼力量在反垄断法实施过程中高度发达，等等（据统计，在美国，90%的反垄断诉讼案件都是由私人提起的），它们对反垄断法的实施发挥着重要作用。但是，就目前我国反垄断法的相关规定和我国现行的司法体制和司法职能的设置及反垄断司法工作人员的配置而言，反垄断司法机制的作用难以有效发挥。这也可以解释为什么自《反垄断法》实施以来，案件不少、审结不多。

（五）其他经济政策的阻力

尽管反垄断法律制度被西方发达国家称为维护市场经济的“经济宪法”，

在一国经济发展中起着基础性、长效性的作用,但是可以明确的是,在对垄断性行业规制权的争夺赛中,反垄断法绝对不是唯一选手。因为为实现国家经济职能,国家必须对经济进行调节,对市场进行监管,同时还需要提供社会管理和公共服务,这些职能的实现还必须依赖产业政策、贸易政策、外资政策等其他经济政策的实施。鉴于反垄断法在市场经济中具有显著地位,对各行业而言,反垄断法似乎无处不在。可以预测,在深化垄断性行业改革的过程中,垄断性行业的规制权之争在所难免。在这场争夺中,反垄断法、产业政策、贸易自由政策、外资政策等将无一缺席。其中,反垄断法与产业政策的冲突将是重中之重。以自然垄断产业反垄断法(反垄断监管)与产业政策(行业监管)的关系为例,在这一领域,反垄断法的进入很可能意味着过去一直实施的产业政策的结束,二者之间几近于彼此替代、此消彼长的关系。可以想象,在垄断性行业的改革过程中,反垄断法进入的最大阻力必将来自于产业政策的实施。当然,反垄断法与产业政策的冲突的协调也将对反垄断法与其他经济政策冲突的协调产生示范效应。

(六) 社会竞争文化发展不均衡、整体淡薄

“重农抑商”是中国历代封建王朝最基本的经济指导思想。受这一思想的影响,我国直到现阶段整个社会自上而下都没有形成良好的竞争文化。这表现在政府维护市场竞争的意识薄弱、执法机构竞争执法意愿不足、司法机关对垄断等行为的审判力度不够、经营者的竞争意识残缺等方面。当然,我们还应该注意到,在社会整体竞争文化淡薄的背景下,部分地区、部分产业、部分群体的竞争意识显然高于其他地区、其他产业、其他群体。究其原因在于:(1)我国地域辽阔,市场发育程度历来不一。加之我国的改革开放采取的是一种渐进式开发的路径,因此在市场机制的健全程度和市场发育程度上,不仅东西部地区明显存在差异,而且同一地区的城乡之间也存在明显差异。(2)在改革的过程,对于产业的发展我国也采取了渐进式的发展战略。对于一些处于产业链低端、不关乎国计民生的产业,或者产业的全球化整合度高的产业,政府对其开放较多、限制较少;对于一些关乎国计民生的产业,政府还一直将其置于一定的保护之下。同时,尽管外资的进入在一定程度上会加剧产业集中,但其也会迫使相关行业乃至产业的竞争程度得到提升,尤其是成熟的外国资本进入后,其先进的市场理念和竞争意识也会随之影响国内产业。总之,竞争

意识、竞争文化在不同地区、不同产业存在不同程度的差异,异言之,中国在推进竞争文化建设的过程中面临“多条起跑线”,这也给竞争文化建设设置了难度。

二、应对反垄断法实施在垄断性行业改革中面临的挑战的建议

作为一种“舶来品”,反垄断法在中国的实施难以一帆风顺。为避免这一制度因为罹患“实施综合征”在中国夭亡,政府不应该把视角再局限于法律规则的制定,而应该结合经济生活的实践,研究如何协调反垄断法与其他经济政策实施的问题。国家宏观经济目标的实现,必须依赖各项经济政策的协调与配合。反垄断法不是统领其他一切经济政策的上位政策。在实施的过程中,执法机构必须具备大局观念、全局观念,必须以“柔性实施”为指导思想,积极平衡反垄断法与其他产业政策的冲突,从而提升各项经济政策的整体实施效果。

(一) 科学运用反垄断法内在考量机制,合理确定管辖范围

在本质上,反垄断法与产业政策之间的冲突所反映的是意志的冲突,即国家产业意志与市场竞争意志的冲突。国家的产业意志和市场主体的竞争意识都是不可或缺的,在市场经济和社会化大生产条件下都具有合法性与正当性,因此,二者在理论上是可以调和的。对垄断性行业的规制中,反垄断法规制的基础性毋庸置疑,但是,反垄断法不是这场配置权争夺赛中的唯一参赛选手,其自身具有的缺陷也使其不可能完成实现国家经济职能的全部任务。因此,在对垄断性行业规制的过程中,反垄断法应该秉持“有所为,有所不为”的态度,将不适合反垄断法管辖或现阶段不适合反垄断法管辖的事物排除在反垄断法之外。当然,这种排除不具有随意性,主要应该通过适用除外制度、豁免制度等反垄断法内在的考量机制,授权反垄断执法机构或者行业监管机构根据法定程序来完成。这就意味着,《反垄断法》第7条绝对不是国有企业和垄断性行业豁免适用反垄断法的尚方宝剑。

(二) 根据特定领域的实践变化,动态调整产业政策

垄断性行业主要表现为自然垄断行业和国家垄断行业。较之于一般的竞争行业,这些行业竞争水平较差,这就决定了在这些行业内竞争机制发挥作用的局限及其对政府直接干预的诉求。过去,许多国家对这些行业采取“行业

监管排他适用”的规制模式,即对垄断性行业限制竞争问题的规制,不是由反垄断机构适用反垄断法,而是由行业监管机构适用行业法。伴随经济技术条件和市场需求等因素的变化,自然垄断行业逐渐完成了从完全垄断到垄断(业务)与竞争(业务)并存的转型;同时,各国也在不断调整国家垄断行业目录。针对这些变化,产业政策应该作出如下回应:(1)对自然垄断行业而言,应该根据行业竞争水平的变化,决定两种制度在这些行业内的适用范围。其基本思路在于,当行业竞争水平提升,应该实时地将更多的限制竞争问题,尤其是竞争性业务中的限制竞争问题,纳入反垄断法规制范围,同时逐步缩小行业监管制度作用范围。(2)对国家垄断行业而言,应根据国家垄断行业目录的调整,及时进入或者退出相关行业的规制,实现其与反垄断法的完美配合。(3)竞争性业务的界定及国家垄断行业目录皆可在行业法或者反垄断法相关实施指南中进行规定。

(三)以“信息共享,优势互补”为核心,逐步完善反垄断执法机构与行业监管机构的合作机制

传统观点认为,反垄断监管与行业监管机构是相互替代的关系,但近年来各国的垄断行业改革的实践表明,不顾经济发展的水平及行业竞争水平的现状一味强调反垄断监管并不是科学的抉择。一般而言,行业监管具有的专业性、实时性优势是反垄断监管所不能比拟的。在大多数国家的垄断性行业监管实践中,反垄断执法机构与行业监管机构总是分工与合作并存,并且大多数市场经济国家都建立了两类机构的长效合作机制。以电力行业的监管为例,美国联邦贸易委员会(FTC)会在案件裁决之前征求美国(FCC)的意见,同时,FTC会定期向FCC通报其对电力行业一些重大事项(如企业并购)的看法。

(四)充分发挥反垄断委员会的协调功能,优化多元化的执法体制

反垄断委员会的协调职能发挥不足,其原因在于《反垄断法》对其的授权过于原则,权能界定不清。因此,可以在反垄断法的实施指南中进一步明确其具体权能,这应该包括调查权、审核批准权、处罚权、行政强制措施权、行政裁决权和规章制度制定权等。

(五)借鉴知识产权案件审理经验,开展反垄断司法改革

反垄断诉讼案件与知识产权诉讼案件的相似之处都在于,该类案件的专业性很强,处理此类案件需要行业专家、法律专家、经济学专家的参与。我国

法院系统目前的人才储备明显不足。为此,在反垄断司法改革中,不仅可以有专门的反垄断法庭,而且可以借鉴知识产权案件审理的相关经验,实行“行、民、刑三合一”的审判组织模式。

(六) 以建设和谐的竞争文化为目标,积极推进竞争倡导工作

竞争倡导的最终目的就是建设整体和谐的竞争文化,使得社会公众能够较为清晰地理解竞争政策内容,包括竞争给人们的经济生活带来的益处,消除竞争可能给全社会带来的损失。和谐的文化环境可以使竞争倡导工作事半功倍,为此竞争执法机构可以从两方面入手:(1) 与政府经济管理部门进行常规性沟通,积极参与经济政策的制定过程,预防经济政策与竞争政策的冲突。(2) 通过教育宣传,提高公众对竞争的理解,争取公众对正当竞争的支持。(3) 指导各行业建立行业反垄断合规制度,培训企业反垄断合规人员。

目 录

第一章 基本架构

第二章 反垄断政策对产业竞争的挑战

第一节 反垄断政策的界定

第二节 挑战一:特殊的反垄断执法体制

第三节 挑战二:公共利益认定的艰难

第四节 挑战三:反垄断执法方式的变革——以宽恕制度为例

第三章 产业应对反垄断政策挑战的基本理念

第一节 理念之一:国家干预经济权力的有限性

第二节 理念之二:金融危机冲击下,仍需严格反垄断执法

第三节 小结

第四章 产业应对反垄断政策挑战的策略之一:积极协调反垄断政策与产业政策的冲突

第一节 产业政策的界定

第二节 当前经济实践中反垄断政策与产业政策的冲突

第三节 反垄断政策与产业政策功能组合的理论基础

第四节 反垄断政策与产业政策功能组合的基本框架

第五节 反垄断政策与产业政策功能组合的一般制度结构

第五章 产业应对反垄断政策挑战的策略之二:阻绝行政垄断

第一节 行政垄断的概念及其本质

- 第二节 我国行政垄断的特征及成因
- 第三节 反垄断法规制行政垄断的局限性
- 第四节 我国行政垄断有效规制途径

第六章 产业应对反垄断政策挑战的策略之三：对行业监管者的再监管（以食品生产行业为例）

- 第一节 再监管的必要性——监管失灵
- 第二节 行业监管权限配置及行业监管现状剖析
- 第三节 对行业监管者再监管的现状
- 第四节 对行业监管者再监管的改进

附录：图表目录

主要参考文献

后 记

第一章

基本架构

一、主要研究内容

《反垄断法》实施前后,恰逢国务院连续4年在《关于深化经济体制改革工作的意见》中强调要深化垄断性行业改革之际。较之一般性行业,反垄断法在进入这些长期以来接受行业法、产业政策监管的行业过程中必将遇到一些挑战。这些挑战既来自实践对反垄断法内在相关问题的考验,也来自外部其他经济政策对反垄断法进入形成的阻力。这些阻力是中国与其他顺利实施反垄断法的国家对于规制特殊产业、行业中存在的反竞争行为中共同遇到的社会问题或社会需要,即它们之间“共同的起点”,也是本书进行比较研究的起点。在确定研究对象之后,本书从各国竞争法的文本与行业规制实践出发,紧紧围绕中国产业应该如何应对反垄断政策的问题作了客观的、多角度的深入探讨。本书的内容主要包括:引论、正文(共分六章)。

引论主要介绍本书研究的价值、研究的方法及研究的逻辑架构。

第一章 基本架构

简单介绍本书的主要内容、主要研究方法及研究逻辑

架构。这一部分既是本书的概览,也有着导言的功能。

第二章 反垄断政策对产业竞争的挑战

反垄断执法体制已经在中国建立,关于执法体制的探讨应该尘埃落定,再去过多探讨这一问题已经没有现实意义。进一步,为避免反垄断法遭遇“空降”制度,容易因为缺乏本土资源支撑而夭亡的命运,当下我们应该把目光转向产业在竞争中应该如何适应特殊的反垄断执法体制的问题。再者,公共利益是一个十分重要但又非常抽象的概念。没有一个国家的立法能够详细地描述其具体内容或者确定公共利益的相关因素。因此,基于加强反垄断法确定性的需求而着重于公共利益认定的实体标准无异于犹缘木而求鱼也,结果可想而知。公共利益在反垄断法中的实现需要法官在个案中根据具体情况进行具体判断,且需要借助一些程序保障机制来保证个案中公共利益认定结果的公正性。最后,较之于过去的执法方式,反垄断执法方式可谓有着“变革”效果。执法机构总是在效率与公正的追逐中抉择,一些特殊的执法制度应运而生,如宽恕制度、经营者承诺制度。

第三章 产业应对反垄断政策挑战的基本理念

产业应对反垄断政策挑战,首先必须树立正确的理念:(1) 国家干预经济权力的有限性。在2007年美国Stolt-Nielsen案之前,美国司法部(DOJ)的公司赦免政策从来没有受到司法审查,所以,这起案件给生机勃勃的公司赦免诉讼及赦免协议的执行蒙上了阴影。DOJ权力不当的行使不仅受到了告密者的挑战,而且最终被法院否决。在制定反垄断法之后,垄断行为的普遍存在表明政府也会失灵,经济法的任务不仅在于克服市场失灵,还应包括克服政府失灵。DOJ的权力行使应以社会整体利益为前提,同时受到权力来源合法与权力行使程序要合规的控制。契约原理在反垄断法中的应用,表明国家调节对“无限接近正义的”效率的不懈追求。(2) 罗斯福新政是美国经济史上“反危机”的一段神话,但从历史的角度客观考察,这段神话却是一场延长危机的灾难。与罗斯福新政相比,奥巴马政府“反危机”的竞争执法明显要严厉得多。放松竞争执法未必带来市场的繁荣,严格竞争执法未必会扼杀经济的活力,所以经济危机不应该成为放松竞争执法的借口。反危机中的政府不是不应该作为,而是应该在坚持保有竞争性市场的前提下,恰当调整各项政策,同时特别警惕临时性管制措施对市场可能造成的长期影响。唯有在危机中坚持竞争执

法,才能够在恰当调整中稳步前进。

第四章 产业应对反垄断政策挑战的策略之一: 积极协调反垄断政策与产业政策的冲突

竞争是市场的灵魂,反垄断政策是实行市场经济的基本国策。我国市场经济的发展既有培育竞争机制的需求,又有产业重组、扩大规模效益的要求,因此,我国反垄断法要发挥维护竞争机制和执行产业政策的双重功能。反垄断法实施的反垄断政策目标如何与现阶段的产业政策目标相协调,是我国反垄断法实施中面临的一个难题,协调的起因在于冲突之存在。当前经济实践中反垄断政策与产业政策两相冲突的表现有: 政府产业意志对市场竞争意志的压制“适用除外条款”构筑产业政策法统治的“王国”; 产业意志及产业政策的滥用导致恶性循环。二者两相对冲的成因包括: 传统的理念和行为范式在特定产业领域的“监守”; 国际环境的压迫效应与传统的“监守”互相映照和强化,既有制度和利益造成路径依赖,诸多应然制度缺位。冲突的解决路径在于反垄断政策与产业政策功能之组合。反垄断政策与产业政策功能组合的基本框架包括组合的理念、原则、层次和机制四个方面。首先必须要改变单纯的“补”的窠臼,而走向一种“共生”的组合理念。组合的原则应当包括合理区分组合的自发性和建构性,合理区分不同的组合层次,合理区分组合的本土性和普适性。组合应包括理念、规范和现实三个层次。功能组合需要积极适应的机制,包括耦合的组合手段和具体的法治系统。中国经济背景下反垄断政策与产业政策功能组合的一般性制度结构设计应该是序列化、层次化的渐进性制度供给。首先是进一步放开国内竞争市场,放弃目前盛行的管制与审批制度,为更多的市场主体进行投资营造良好的环境。其次是打破市场寡头的垄断结构,同时在一些环节上大胆放开市场以实现局部充分竞争。最后应加快国有寡头的公司治理建设,实现股份化和多元化的改造。

第五章 产业应对反垄断政策挑战的策略之二: 阻绝行政垄断

我国经济转型时期行政垄断根深蒂固,滥用行政权力限制竞争不但是阻碍自由竞争的行为,而且是违反公平竞争的歧视行为,更是一种地方保护主义。实践证明,滥用行政权力限制竞争是危害最持久、最严重的垄断行为,必须加以反对。行政垄断的实质是行政主体出于利益的驱动,滥用行政权力,超出其权限范围将行政权力运用于市场关系中,从而实现行为主体利益的最大

化,它是一种追求利益的行为,行政垄断本质上同样是经济垄断,公权力的介入是垄断力的来源。它会阻碍全国统一大市场的形成,侵蚀经济效率及滋生腐败,败坏社会风气。考虑到中国垄断的独特态势,我国反垄断法第五章设专门一章来研究如何对行政垄断进行规制,这既反映了立法者立足中国国情的务实态度,同时也说明了行政垄断已经成为中国经济发展的毒瘤和中国社会各种问题的症结所在。仅仅依靠反垄断法规制行政垄断的局限性非常明显,因此本书认为应该综合体制改革及法律两方面因素来完成这一重任。首先,应该推进政治经济体制改革。其次,要完善反垄断法,做到应在充分总结本土经验基础上博采众长,制定包括反行政性垄断在内的统一的反垄断法典;建立高度权威性和独立性的具有准司法机构性质的反垄断主管机构,并赋予其对行政性垄断发布禁令的权力;确定严格的法律责任;加强行政垄断的司法审查;必须深入追究行政垄断形成之根由,破解反行政垄断悖论(行政垄断自反悖论)。

第六章 产业应对反垄断政策挑战的策略之三: 对行业监管者的再监管 (以食品生产行业为例)

无论是采取何种产业分类法,国民经济部门总是可以被分解和组合而形成多层次的产业结构。在产业之下还包含着大量的行业。一个行业意味着一个监管部门的存在,由于行业监管部门与行业甚至企业有着千丝万缕的联系,行业监管部门常常沦为行业甚至企业利益的“代言人”,难以起到以保障公共利益为主旨的监管作用。以食品生产行业为例: 食品具有入口特征,生命具有不可回复性,所以对食品安全的监管与其他市场监管的最大不同就在于,食品安全监管要重在预防。食品安全监管存在一系列失灵,这也是食品安全事件频发的原因。食品安全监管权配置的“多头性”,导致了监管过度、监管不足及监管不当现象同时存在。改进监管效果的最优手段不是设立新的监管部门,而是利用和整合现有监管资源。包括: 信息披露,明确监管主体及其职责,加强再监管激励,完善对监管主体的财务及人事监管,以及建立有效的问责机制。

二、主要研究方法

(一) 比较研究的方法

法国比较法学家达维(R. David)认为“世界上存在着大量国家或地区的法律制度,其中有的是相互类似的,有的有很大区别,为此,就可以分出宏观比较(Macro-comparison)与微观比较(Micro-comparison)两种方法或类型。后者研究同一法系(Legal Family)法律,前者则研究相互有很大区别的法律制度。”^①本书对宏观比较的运用主要是在国别比较方面,对微观比较的运用主要是置于具体制度的设计方面。

对于比较研究的可适用范围,笔者认为,法学领域对于概念的界定或者强调往往模糊问题讨论的实质,因此坚持“各种不同的法律制度,只要它们要解决相同的事实问题,即适应相同的法律需要,就是可比较的。所以功能是一切比较法的出发点和基础,也即共同的起点”^②。另一方面,“法律制度并不是静态的,它们是在不断运动的,不断变化的”^③,因此,本书对相关问题的研究不会是静态地考察某一特定时间点上的法律制度,而是除法律条文外,还动态地研究法律的产生、本质、发展、作用(功能)、形式,以至法律的制定和实行等问题。^④

(二) 实证研究的方法

实证研究(Positive Research)与规范研究(Normative Research)相对应,前者分析经济现象“是怎样”,即对经济现象进行描述与解释的方法;后者分析经济现象“应该怎样”,即对经济现象进行价值判断的方法。实证研究的目标被认为是对可以被检验或被驳倒的、以经验为依据的假设的系统表述。本书的一些基本观点是根据各国反垄断法在实施过程中暴露的实际问题及其应对方法的实践检测的基础上得出的,对实证研究的重视是本书的重要特点之一。

研究产业对反垄断政策挑战的应对问题应当采用实证的分析方法和案例

^① See R. David, Comparative Law, Study of, The Encyclopedia Britannica(1977) Vol. 4, P1037. 转引自沈宗灵《比较法学的方法论》,《法制与社会发展》1996年03期。

^② 沈宗灵《比较法学的方法论》,《法制与社会发展》1996年03期。

^③ See L. Friedman, Legal System: A Social Science Perspective, Russell Sage Foundation 1975, P269.

^④ 沈宗灵《法学基础理论》,北京大学出版社1987年版,第1页。

的分析方法。一方面,实证的分析方法不仅本身是经济学分析的一个重要方法,同时它也是法学研究的一个重要分析方法;另一方面,任何法律问题的研究都离不开对典型案例的分析研究,案例分析本身就是法学研究与发展的重要方法。现阶段各国反垄断法的实施都不可能是照抄照搬他国经验,即便为了国际合作的方便,各国反垄断法呈现“趋同”的趋势,各国具体的制度设计差异还是很明显的。这些差异既是对本土资源的利用,也是提升制度实际实施效果现实的必然变通。运用实践的实证分析和典型案例的分析的两种方法,对发生于其他国家的“变通”之术进行分析,更能对我国相应制度的构建提供合理借鉴。

(三) 法经济学的分析方法

“法律的经济分析具有启示性、描述性和规范性三个层面。在启示性层面,它试图展现法律教义和法律制度的潜在统一;在描述性层面,它寻求识别法律教义和法律制度的经济逻辑与作用,以及法律变化的经济原因;在规范性层面上,它为法官和其他政策的制定者提供法律进行管制的最有效方法”^①。本书的研究对法经济学的依赖使其成为本书必不可少的主要工具之一。

三、研究逻辑架构

本书对于反垄断政策对产业竞争的挑战及其应对问题的研究之基本命题在于:在中国,反垄断政策与产业政策是否可以协调、相生?要论证这一命题,需要回答下列问题:(1)中国与其他顺利实施反垄断法的国家,对于规制特殊产业中的反竞争行为有没有共同遇到的社会问题或社会需要,即有没有“共同的起点”? (2)上述国家为解决该问题所采取的法律解决办法及有关的法律规范、程序和制度有哪些? (3)各国所采取的不同解决方案有何理由? (4)各国采取不同解决方案的原因是什么?这些不同解决方案中反应了何种发展趋势? (5)不同的法律解决方案是否符合社会需要? (6)根据确定的社会需要、既定的解决方案的实际影响和所反映的发展趋势,可以合理地对所研究的问题的未来发展作何预测?^②

① 李剑《搭售的经济效果与法律规制》,中国检察出版社2007年版,第23~25页。

② 详细论述请参见[意]卡佩莱蒂《比较法教学与研究:方法与目的》,王宏林译,载于《比较法学的最新动态》,北京大学出版社1993年版,第15~19页。