

「美」戴维·格伯尔 著

冯克利 魏志梅 译 冯克利 冯兴元 统校

二十世纪欧洲的 法律与竞争

西方现代思想丛书
15

二十世纪欧洲的 法律与竞争

——捍卫普罗米修斯

[美]戴维J. 格伯尔 著

冯克利 魏志梅 译

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

图字: 01 - 2004 - 4150 号

二十世纪欧洲的法律与竞争: 捍卫普罗米修斯/ (美)
格伯尔著; 冯克利, 魏志梅译. —北京: 中国社会科学
出版社, 2004. 8

(西方现代思想丛书; 15)

书名原文: Law and Competition in Twentieth Century
Europe

ISBN 7 - 5004 - 3792 - 7

I. 二… II. ①格… ②冯… ③魏… III. 市场竞
争 - 经济法 - 研究 - 欧洲 - 20 世纪 IV. D950. 229

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 082632 号

责任编辑 王 昊

责任校对 高 路 京 蕾

封面设计 毛国宣

版式设计 王炳图

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010—84029453

传 真 010—84017153

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 鑫鑫装订厂

版 次 2004 年 8 月第 1 版

印 次 2004 年 8 月第 1 次印刷

开 本 850 × 1168 毫米 1/32

印 张 20.5

插 页 2

字 数 506 千字

定 价 38.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

《二十世纪欧洲的法律与竞争》中文版序

樊 纲

记得前几年有一次到英国的一所著名大学去开会，主持开会的是该大学的产业发展与竞争政策研究中心的主任，会议研究的是关于市场条件下发展竞争、反对垄断、促进产业发展的一些议题。在会议间歇，那位研究中心主任，一个专门研究市场经济条件下竞争政策的教授向我谈起了他最近一次与中国的接触。他介绍说：最近我们接待了一个中国代表团，是到我们这里来进修访问，成员都是中国政府高层部门的官员和研究人员，研究发展市场竞争的问题。我们自然要给他们安排一些讲座、准备一些资料；我们讲了很多有关英国竞争政策制定、实施与效果的分析，讲了很多英国当前的保证市场竞争的政策和发展市场经济目前所面临的问题，等等，但发现中国的学员们听讲的时候没有任何反映，而到了提问的时候，提出来的问题跟我们所讲的问题完全不一样，这时我们才恍然大悟，我们所面临的竞争问题和你们所面临的竞争问题是完全不同的一个问题！你们所面临的是在市场经济发展初期如何打破过去的计划体制、发展竞争的问题，而我们所面临的则主要是在市场发展起来之后私人企业做大形成了垄断，这时如何反对垄断、保护和发展竞争的问题！

我想在研究和思考市场竞争、建立保护竞争的法治体系的问题上，深入分析和把握上面所说到的这种差别，对于我们更好地

学习其他国家的经验教训，理解各种已经形成的理论和竞争政策，具有重要的意义。对于一个发达的市场经济国家来讲，他们的主要问题是市场经济经过长期发展，逐步形成了少数在企业的垄断或者是寡头垄断之后，如何保证和促进市场竞争和中小企业的发展，防止个别大企业的垄断或勾结，防止产业的技术落后和停滞，防止消费者福利的下降。而我们中国作为一个发展中国家和体制转轨国家，从过去计划经济、国有经济转过来的时候，我们所面临的主要问题是如何打破原有的国家垄断、行政垄断、国有企业垄断的问题，是民营企业、中小企业的“市场准入”问题，是允许我们的各类新生企业进入某一个行业与国有企业开展竞争的问题，是如何改变过去的政府管制政策允许开展市场竞争的问题。就现在我们的市场经济发达程度来说，我们的许多行业已经有了大量的民营企业参与竞争，但是这些民营企业的发展历史还比较短，又不同程度地受到了传统体制残余的束缚，所以总的说来还比较弱小，还没有形成可以垄断市场的能力与规模，所以从总体上看，西方发达市场经济中现在和过去相当长时期内人们已经深入研究的反垄断问题，在我们这里基本还没有出现。我们和发达国家所面临的问题当中，在目前阶段唯一相似的一个，只是某些大的跨国公司进入中国市场后，由于他们具有巨大的实力，由于他们在资金、技术、人才和市场经验等等方面与我们刚刚发展起来的弱小企业相比，具有巨大的优势，不是处在同一条起跑线上，所以它们往往会构成某种市场上的垄断势力（或具有垄断的倾向），导致某些市场上竞争不够充分。

这样的讨论和分析，就向我们提出了一个问题：我们如何学习和借鉴发达国家的经验和理论？在目前情况下，我们作为一个落后国家和体制转轨国家，要发展市场经济，事实上都在学习西方市场经济的做法、体制和政策。但是这里就有一个学什么的问题。他们现在那些促进竞争、反对垄断、反对托拉斯的政策确实

是我们要学的，特别是将来我们的市场经济发展起来以后要学的；但现在这些东西与我们的现实还有很大的距离（应该说是我们的现实与他们的实践还有很大的距离），学了可以明确未来的发展方向，但不一定现在马上就能用。那么学什么呢？我们现在要学的其实不是他们现在的政策，而是最初他们市场经济刚刚发展起来时所面临的问题和采取的对策。比如早年英国的贵族，对于市场也有很多的产业经营的特权，如何打破这些特权，发展市场竞争？在欧洲，早年也都是一些小企业的时候，如何在市场的充分竞争中获得发展，同时在法律制度上保证兼并重组、优胜劣汰的有序发生？这些正是我们现在所面临的问题。当然，我们还有我们的一些别人不曾遇到过的特殊问题，是西方国家发展历史上所不曾存在的问题，比如我们国有企业、计划经济基础上形成的大量国家垄断、行政垄断的问题，等等。

正是在这个意义上，我们应该意识到，中国市场经济的发展还处在非常早期的阶段，现在市场经济发达的国家的做法，一些政策问题还不是我们的问题。而我们要特别关注的是市场经济发达国家早期发展历史上的各种经验、教训，各种机制、政策和做法，以及市场经济必经的历史发展过程。了解了历史发展过程，不仅为我们现在如何促进市场经济发展提供更好的经验和教训，同时为市场经济发展今后可能遇到的问题做一个思想准备。

我们面前的这本书对中国读者的价值就在于：它讲的主要不是现在西方国家的做法，而讲的是西方国家促进竞争的法律制度是如何形成的，在历史上是如何一步一步走过来的；在出了问题后，有哪些经验教训，在这些经验教训的基础上怎么一步一步地完善法律法规，改进市场经济的各种制度。我想这对于我们中国读者的现实意义要比简单的说英国、美国各国现在是怎么做（“人家怎么怎么好”）的要重要的多、有价值得多、有意义得多。应该说这本书所讲的问题对我们更有现实性，更有相关性。

其实，在一般的意义上，我认为我们研究经济、研究法律的人，在目前阶段更要注重历史的研究，注重研究市场经济发展的历史过程和它的早期阶段，因为我们正处在这一阶段上。我相信这样一本关于竞争法的发展历史的研究著作对于我们结合中国的实际，研究中国目前促进市场竞争的法律体系和政策体系会有很大的帮助，读者会从这些历史的回顾和分析当中汲取有利于我们现在经济发展和体制改革的大量养分。

2004 年 3 月 23 日于北京

《二十世纪欧洲的法律与竞争》中文版序言

王晓晔*

认识格伯尔教授是在 1999 年,是通过德国马普学会外国与国际专利、版权与竞争法研究所 Wolfgang Fikenscher 教授的纪念文集。格伯尔教授献给这个文集的论文题目是:《欧洲竞争法故事中的德国角色》^①。我留学德国虽然多年,但很少看到像格伯尔教授这样突出和集中地介绍德国秩序自由主义的著述。因此很快把这篇论文译为中文,以飨中国读者^②。近年来,因为相同的学术背景,我们在柏林、北京、京都等地多次见面,一起讨论竞争法中的问题。每次见面,我都被他在竞争法领域尤其关于欧洲竞争法的渊博学识所折服。作为美国教授,他对欧洲竞争法的认识和研究水平大大超过了许多欧洲学者。

格伯尔教授 1998 年出版的《二十世纪欧洲的法律与竞争》一书,是他多年潜心研究欧洲竞争法的集大成。在这本书中,他介绍了欧洲竞争法的背景和历史发展,追溯到欧洲竞争法的渊源。他指出,尽管欧洲有些国家仅仅把竞争政策和竞争法视为刺

* 中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师,德国汉堡大学法学博士。

① 见 David J. Gerber, "The European Competition Law Story: Some German Roles", in *Festschrift für Wolfgang Fikenscher*, 1998.

② 见《环球法律评论》2001 年冬季号,第 435—443 页。

激经济复苏的手段，但是欧洲竞争法的思想和理论却根植于第二次世界大战期间在德国倡导新自由主义的一个学派，即以欧肯（Eucken）和伯姆（Böhm）为代表的秩序自由主义学派，或称弗赖堡学派。这个学派的主要观点是，经济自由和自由竞争不仅是一个国家经济繁荣的基础，而且也是国家在政治上维护民主和自由的基础。因此，国家应当建立维护自由竞争的法律制度，并把这个制度提高到国家经济宪法的地位。德国秩序自由主义学派的主要功绩是，它在第二次世界大战后的欧洲复活了经济自由主义，并使这个主义以完全崭新的面貌出现在国际社会。根据秩序自由主义的思想，市场是必要的，然而是不完善的。因此，国家须要建立维护自由竞争的市场秩序，一方面以提高企业的经济效益，另一方面以建立和维护一个和谐的社会秩序，即一个体现社会政策的市场经济秩序。德国1957年颁布的《反对限制竞争法》很大程度上就是德国秩序自由主义的产物。这个法律被视为德国社会市场经济秩序的支柱，对第二次世界大战后德国的经济发展起了极其重要的作用。

德国秩序自由主义对欧共体竞争法的发展也起到关键的作用。欧共体竞争法的任务是排除成员国之间国际贸易的障碍，为建立欧洲统一大市场创造条件。在欧洲经济一体化的过程中，尽管德国秩序自由主义者没有像法国的舒曼（Robert Schuman）或者比利时的斯巴克（Paul - Henri Spaak）那样引人注目，但他们关于建立欧洲统一竞争政策的思想理论却成为欧共体的基石。德国在竞争法领域的经验至今对欧洲起着指导性的作用。德国竞争法中发展的语言如“禁止滥用市场支配地位”已成为欧洲各国乃至世界各国竞争法的普遍用语。德国竞争法中一套严密、丰富甚至有些深奥的分析方法已成为世界各国竞争法的智力库。20世纪90年代以来，随着世界各国经济政策总的导向是私有化、反垄断和减少政府不合理的行政干预，越来越多的国家包括中国

在制定其竞争政策以及竞争法中曾寻求过德国的帮助。

格伯尔教授本人对中国竞争法的发展也予以极大的关注。2002年金秋之际，中国社会科学院法学研究所曾邀请他参加《竞争政策与经济发展》国际研讨会。他的论文是“从欧洲和美国的经验看中国反垄断法的制定”^①。他比较了欧洲竞争法和美国反托拉斯法的背景、特点以及其发展趋势，结合中国的文化和法律传统，提出中国反垄断立法尤其应当借鉴欧洲法律的建议。我感觉，只有像他这样对大西洋两岸的法律有深刻理解的学者才能提出这样的忠告。而且，也只有像他这样有着博大胸怀的美国人，才会建议我们更多地学习欧洲的法律。我很高兴能够借为本书作序的机会再次表达我对他的感谢和敬意，并希望他继续关注中国的竞争立法，与中国学者建立和发展更为密切的学术联系。

① 见《环球法律评论》2003年春季号，第38—43页。

平装本前言

虽然这本书出版尚不足3年，欧洲的竞争法景观中即将发生的种种变化，却要求给这个平装版专门写一篇前言。欧洲委员会已经提出了使欧洲的竞争法体系现代化的建议，故在此后数年里，将会出现有关欧洲未来的竞争法的激烈辩论。在变革得到落实之后，官员、法官、法学家和工商界的决策者，都将参与到这一改革后的系统的运行之中，或是需要理解影响其运行的各种要素。我这篇新前言的主要目的，是突出一下这本著作在两个因素——评价与规范变革以及实施与适应变革——能够发挥的作用。

我在本书的结论中曾经提醒说，竞争法的前景无论如何是不确定的。自从写下这些话后，某些领域的人士已经加强了对这个体系的研讨，这些研讨在1999年导致欧洲委员会提议进行重大变革。从某些方面看，这些批评和提议的时机至关重要。尽管近几年有一些竞争法“专家”和法学家批评这个体系的运行状况，欧盟的竞争法还是取得了令人印象深刻的成果。最突出的就是加大了管制合并条款的执行力度，这消除了人们对它反对重大合并行为的意愿和给予政治支持的怀疑。该委员会在合并案中果断而坚定的立场，作为它的独立性和力量的一个标志，受到了赞扬。此外，1998年至1999年针对纵向限制的实质性法律，证明了它的灵活性和厉行变革的意愿。可见，委员会的决定不是由广大公众对其业绩的不满所推动的，而是因为另一些因素。

一、现代化提案

现代化提案的要点是实施竞争法方式的两项基本变革。一是取消作为欧洲竞争法制度框架的申报制（notification）。这个系统要求，企业在签订因为限制竞争而可能受到《罗马条约》第81条第1款禁止的协议时，要想成为这一禁令的例外，它们必须向委员会申报这一协议^①。未经申报的协议实际上得不到这种特许。另一项关键变化是取消了该委员会批准这种特许的垄断权（第81条第3款）。根据现行法律，只有该委员会能够发布这种特许。自从欧洲法院对第81条第1款作了宽泛解释之后，授权谁来批准特许的问题变得更为重要。

这两项变革会使竞争法在欧洲的执行状况大为改观^②。它们将使这一体系的基本特点发生变化，从事前实施变为事后实施——即法律的实施主要针对既往行为，而不是阻止未来的行为。在实践中，这种变化也许不会像它看上去那样醒目，因为事后实施已经是欧洲委员会的实施行为的重要内容，但这至少代表着该系统运行方式的一项重要变化。

在更根本的层次上，提议中的变革将大大扩展各国竞争管理当局和各国法院在该体系的运行中发挥的作用。各国当局将变成

① 在写完这本书后，《罗马条约》中的第85、86款已经变为第81、82款。我在这篇前言中也相应地使用新的编号。

② 这两项变化都包含在《第17号条例》的修正案中。该条例于1962年实行，目的在于规范欧盟竞争法的程序系统。它们没有要求修订条约本身。

最初的改革方案进行了广泛的公开讨论之后，委员会补充了一条建议，规定在协议对成员国之间的贸易有效时，仅适用欧盟的竞争法。这会进一步强化建议中的系统变革的影响，但在其他方面不会使其发生变化。这一建议遇到了强烈反对，它的前途与前面提到的提案相比更不确定。

主要的执行官员，只服从欧洲委员会的指导，在某些情况下只接受它的最终监督。各国法院将更深入地参与这一体系，因为假如它们获得了让公司不受第 81 条第 1 款的禁令约束的能力，那么这些法院中的私人诉讼的数量很可能大幅增长。

该委员会用三个相互关联的主张来支持这些提案。其一关系到效率。按该委员会的观点，申报程序浪费稀缺资源，因为官员必须审查申报。第二个因素是未来数年欧盟可以预见的扩张。委员会认为，即使今日的状况仍可控制，假如 6 个或 12 个成员国可以加入欧盟，现行的结构也会运转不灵。第三，辅助性原则要求做出分散决策权的努力，只要有可能，就把决策权从布鲁塞尔转移给成员国。

请注意，这一提案让该系统的大部分内容保持原状或变动很 IX 小。例如，变革没有触及实体法；它们完全是制度和程序上的变革。此外，它们对若干重要的行为领域也没有多少直接影响。譬如它们没有改变处理合并的方式。

二、对变革的评估

对这些提案要给予仔细的评估，这不仅是因为竞争法在欧洲一体化中的重要性，也因为它们被普遍视为对欧洲另一些法律领域的未来变革的检验。在这种评估中，该系统的发展历程提供了一个颇具价值的视角和分析工具。它的特殊价值在于，今日欧洲竞争法的核心挑战，在许多方面类似于它在发展过程中所面对的挑战。例如，它必须总是服务于欧洲一体化的事业，欧盟向东欧的扩张使得一体化在未来仍是首要目标。

本书的主要价值在于揭示这个系统的结构和要素。这个系统是对特定问题和现象做出的制度与认知反应的产物。因此，描述它的发展，可以揭示那些继续形塑该系统内部的决策模式、影响

因素和期待。此外，提议中的改革是以过去的经验作为依据，是参照这些经验形成的。

现在我们可以评估其中一些要素了。请注意，在这一背景下，我所说的“欧洲竞争法系统”既指欧盟的法律，也指成员国的法律，因为它们是紧密联系在一起的。系统中的局部变化，会影响到其他部分和它们之间的关系。往往只有通过评估该体系的长期运行，我们才能理解这些“系统效应”。

1. 思想结构

思想的模式与结构，塑造和约束着系统内的行动者的决定。这包括各种观念、价值、偏好和它们的关系格局。它们在发挥作用时往往是作为不明言的假设，只有从其作用的背景中才能揭示它们。

例如，经济学的宪政主义（constitutionalist）思想（尤其是X 德国的秩序自由主义学派）对德国和欧盟的竞争法发展都有影响。它是一个完善而发达的观念系统（idea-system），有自己的一套用语、价值和观念结构。一旦了解了这一思想体系的内容，看到它如何发挥影响，很多晦黯不明的事情就不难理解了。例如，本书的一位评论家说，它在很大程度上解释了德国国内的重要人物和团体对现代化方案的反对。

同样，对竞争法的基本观点，是该系统内的人如何决策的关键。在该系统的发展中，一直存在着两种相互对立的基本观点，并且在无限期的未来它们有可能继续对立。一种观点倾向于把竞争法视为保护私人权利的设计。另一种观点则主要把它理解为公法和行政法的一部分——与调整国家的目标有关。这些观点在根本的方面存在着冲突，并且会影响到具体环境下如何行动的选择。

2. 竞争法的作用

对竞争法作用的认识尤为重要。它们决定着改革的目标：它们正在形塑着对这些提议的回答，并将影响到它们的落实。认识到这些作用及其未来会有什么变化，我们才能够分析建议中的变

革会对该系统的运行产生何种影响。对竞争法作用的预期，对于该系统内的所有决策都至关重要。但是，除非参照它们的发展背景，即使不是不可能，也往往很难理解这些作用。

当然，竞争法的基本作用是保护竞争不受限制。甚至在一个统一的系统内，譬如美国的反托拉斯法，它的意义也经常是不确定的。在欧洲竞争法这种多层次的系统中，不确定性就更多，对于保护竞争意味着什么，这里至少存在着四种基本观点。

一种观点是以经济效率为核心——竞争法应当主要受最优资源配置和财富最大化原则的支配。正如本书所示，这些目标历来是该系统的一部分，但是它们的表述语言有时模糊了它们的内容。要想理解这个系统中的各种要素，既要清楚这些效率目标是如何理解的，也要明白形成这种语言的社会和政治因素。自从20世纪90年代初以来，表达效率关切的语言已经变得更有系统也更为直接了，它们受到了更大的重视。但是这经常掩盖了在其中发挥作用的社会和政治因素，这强化了揭示它们的重要性。

保护竞争的第二个观点集中于经济自由。这里的麻烦在于限制竞争行为对经济活动者的决策机会的约束范围。这种观点是古典自由主义遗产的一部分，它一直是欧洲一体化的一个强大因素^{XI}，并将继续在该系统的许多方面对竞争法决策发挥强大的、尽管有时受到忽视的影响。

第三种观点涉及经济权力的问题^①。按这种观点，竞争法的

① “power” 的通行译法为“权力”、“势力”等。“经济权力”这一译法的原文为“economic power”。根据中国社会科学院法学所竞争法专家王晓晔博士的观点，在竞争法文本中，采用“经济势力”的译法更为确切。在本书中，“power”一词有时独立出现，有时与“political”或者“economic”连用，其话语环境较为复杂。即便对“economic power”全部采用“经济势力”的译法，我们仍然无法在其上下文把单独出现的“power”译为“势力”。为简便起见，全书把涉及“power”的用词通译为“权力”——冯兴元校注。

功能是阻止企业运用其经济权力破坏竞争（有时是政治的或社会的）结构。这一目标经常与特定的德国新自由主义和一般的经济宪政主义思想联系在一起。但是它的影响非常广泛，已经成为该系统的认识和评价工具的一部分。

最后，保护竞争经常被理解为一个减少或消除经济变革与发展障碍的手段。在许多国家（尤其是瑞典）这一目标经常十分突出。目前和未来对减少欧洲经济发展壁垒的强调，很可能会强化它的突出地位。

但是，欧洲的竞争法也要服务于一体化的目标，这一目标在未来岁月里将更加重要。这个目标同保护竞争有关，但两者不是一回事，往往会导致不同的结果。例如，它导致了纵向限制（vertical restraints）采取一种相对限制性的做法，因为这些限制经常被用来按国界分割市场。最近放宽了这些限制，其假设是边界的经济意义已经减少，但是拟议中的欧盟扩张使这一假设又成了问题。

欧洲的竞争法系统有时也追求第三种类型的目标。我把它称为“管制的”目标，因为它力求塑造经济活动的特点，或为政策设想获取信息。例如，申报的规定经常是为了获得有关经济发展的一般和具体的信息，许多系统专门允许决策者在运用竞争法时把保护竞争以外的目标纳入考虑。这些管制性的和政治的目标近年来日趋减少，但对它不可忽视，东扩可能与变化的经济环境一起，使它再次受到重视。

这些目标共同促进着经济和政治的一体化以及过去 40 年里不同寻常的经济发展。但是，建议中的变革在扩大各国官员和法官的作用时，将增加这些目标以及它们的关系的不确定性。“决策者如何理解竞争法的作用？”将成为一个重要问题，对它的回答将大大决定着竞争法的发展方向。答案的质量和有效性将取决于理解这些目标是如何形成的。

3. 工作日程

该系统的不同参与者的工作日程，也像整个系统的目标一样重要。搞清楚谁正在试图做什么，以及不同的工作日程之间的关系，是分析该系统的运行和评价有可能影响到它们的具体变化的关键。这些工作日程常常没有公开，只有通过观察实际做出的决定才能察觉到它们。

欧洲委员会的竞争事务总司（Competition Directorate）的工作日程是这一分析的关键，因为是它提出了现在的提案并引导着落实的动力。它在这方面的决定是对特定状况的反应，所以评价这些状态以及相关的主张和冲突，可以搞清楚欧洲委员会认识到的问题以及对它们的回答。

然而，该系统内的另一些活动家的目标，大大决定着这一现代化提案的未来、它们的实施办法及其影响。例如，欧洲法院必须决定，这些提案是否符合欧盟的条约。两级欧洲法院必须形成与这些提案所引起的大量新问题有关的法律信条。因此，理解法院所扮演的角色，不但是预测它对这种形势的反应形态的手段，也是有助于它的成员做出这些反应的手段。欧洲议会在这个系统中也会扮演更为关键的角色，这种角色也会受到该系统内最近的期待和冲突的形塑。

成员国更多地参与这个经过改造的体系，将会使它们的工作日程更为重要。竞争法往往影响到各国重要的经济和政治利益，促进这些利益的努力会在很多层面展开。作为理事会成员，成员国都将决定是否以及以什么形式通过那些提案，然后它们将处在影响委员会实施决策的位置上。潜在地说更为重要的是它们在自己的机构中的作用。随着这些机构成为该体系中的主角，影响其决策的激励因素和这样做的机会也会相应地增加。

这个过程也可以说明直接受竞争法影响者的工作日程。工商企业的主要目的是降低成本、不确定性和政府对其活动的管制，