

Anti-monopol

and

Regulation

Theory

and

Policy

Anti-monopoly

and

Regulation

Theory

and

Policy

反垄断与政府管制： 理论与政策

王俊豪 主编

Anti-monopoly and
Regulation: Theory and Policy



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

Anti-monopoly

nd

regulation

theory

nd

olicy

anti-monopoly

nd

regulation

theory

nd

olicy

反垄断与政府管制： 理论与政策

王俊豪 主编

Anti-monopoly and
Regulation: *Theory and Policy*



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

反垄断与政府管制：理论与政策/王俊豪主编：—北京：经济管理出版社，2009.4

ISBN 978-7-5096-0522-6

I. 反… II. 王… III. ①反托拉斯法—文集②垄断—国家干预—文集 IV. D912.290.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第 053483 号

出版发行：经济管理出版社

北京市海淀区北蜂窝 8 号中雅大厦 11 层

电话：(010)51915602 邮编：100038

印刷：北京银祥印刷厂

经销：新华书店

组稿编辑：陈 力

责任编辑：陈 力 李晓宪

技术编辑：杨国强

责任校对：郭 佳 陈 颖

880mm×1230mm/16

28.5 印张 801 千字

2009 年 5 月第 1 版

2009 年 5 月第 1 次印刷

定价：58.00 元

书号：ISBN 978-7-5096-0522-6

·版权所有 翻印必究·

凡购本社图书，如有印装错误，由本社读者服务部

负责调换。联系地址：北京阜外月坛北小街 2 号

电话：(010)68022974 邮编：100836

前 言

为推动反垄断与政府管制的理论与政策研究，2008年11月14~15日，浙江财经学院、中国工业经济杂志社和山东大学“反垄断与竞争政策研究中心”在浙江财经学院共同举办了“反垄断与政府管制：理论与政策”国际研讨会。来自中国社会科学院、复旦大学、山东大学、中国人民大学、南开大学、上海师范大学、首都经济贸易大学、江西财经大学、东北财经大学、中央财经大学、国家知识产权局和光明日报社等20多家单位的40多位国内学者和来自美国、英国、德国、加拿大、瑞典、荷兰等国家的16位学者共60多位专家、学者参加了会议。会议就“反垄断理论与政策”、“政府管制理论与实践”、“深化垄断行业改革”等议题展开了深入的交流和探讨。

本次会议收到来自国内外的征文80多篇，经过多轮筛选，确定了48篇论文作为大会交流论文。为扩散本次会议的交流成果，将与会专家、学者的思考和观点呈现给各位读者，同时为控制篇幅，我们又在本次会议论文中优选了46篇论文出版成书。需要特别说明的是，在本次国际研讨会上，荷兰马斯特里赫特大学（University of Maastricht）的Michael G. Faure教授和Stefan E. Weishaar教授分别提交了论文“Critical Issues in the Enforcement of the Anti-monopoly Law in China: A Law and Economics Perspective”和“Governmental Distortions of Competition: Public Procurement and State Aid”，美国索尔兹伯里大学（Salisbury University）的E. Tylor Claggett教授提交了“The US Electric Utility Industry”一文。他们还在大会上做了精彩的演讲，但为了便于出版，本书没有将他们的英文论文纳入本书，在此对他们特表歉意。唐要家博士、李云雁博士生对本书的出版也做了大量编辑和校对的工作。

反垄断与政府管制问题是中国在建立与完善社会主义市场经济体制过程中需要认真研究的重大理论和实践问题。本书涉及的内容只是该问题的冰山一角，但我们希望本书的出版能对这一重大问题的深入研究起到一定的促进作用。

目 录

反垄断理论与政策

我国反垄断法与产业政策法的冲突与协调	陈富良 廖 鹏 (3)
反恶性卡特尔的最优宽大政策设计	唐要家 (11)
美国专利池反托拉斯理论研究	董 涛 (19)
主导销售商的抗衡势力及其经济效应	陈志广 (28)
并购申报制度政策效应的实证分析	董维刚 张昕竹 (37)
成本冲击下企业价格串谋识别的博弈分析及模拟	范合君 王文举 (47)
放弃反垄断	
——新奥地利学派垄断思想述评	熊红星 (54)

政府管制理论与实践

中国垄断性产业管制机构的若干问题	王俊豪 (65)
政府转型进程与政府职能的阶段性变化	迟福林 (76)
次贷危机的原因、影响和启示	
——以美国次贷危机为案例谈金融创新与监管	曲振涛 周方召 (80)
略论我国垄断改革的困局与破解思路	鞠立新 (86)
政府规制的供求均衡及其有效性	张会恒 (92)
自然垄断概念的辨析与管制理论及实践问题	陆伟刚 (101)
政府监管的理性选择	
——以“电子监管网事件”为中心的探讨	马英娟 (110)
垄断性行业经营者与员工收入状况的合理性研究	
——垄断部门与竞争部门的差异性考察	侯风云 王 瑜 (121)
自然垄断产业规制过程问题研究	
——基于博弈论的分析视角	马云泽 (130)
垄断性产业管制成本分析	朱晓艳 (136)
规制经济学理论研究与政策实践偏离的若干思考	白让让 (143)
住房价格管制的福利经济学	陈 杰 张兴瑞 (151)
价格听证、消费者参与与公用事业价格管制	刘大伟 (161)



规制俘获中的集体行动与制度安排

——兼论行业协会在规制俘获理论中的影响	吴昌南 (169)
行政垄断租值耗散的理论与实证研究	杨 骞 (179)
资源配置效率微观评价体系实证研究	王孝莹 张丰智 (190)
价格上限管制在中国垄断行业的实施：理论、模型和策略	王建明 (198)

深化垄断行业改革

健全与电力市场化改革相适应的电力监管体制研究	俞燕山 (211)
放松规制：中国垄断行业改革的方向	戚聿东 范合君 (220)
中国电信产业的垄断势力测度	
——基于剩余需求法的实证研究	陈甬军 胡德宝 (234)
城市燃气产业特许经营中接入价格与反垄断问题研究	冯中越 金 雷 (244)
民营经济进入航空运输业的结构性壁垒	
——基于制度间关系的视角	杨永忠 游文城 黎 婧 (251)
中国转型时期行政垄断与政府管制关系研究	杨兰品 (265)
地区性行政垄断、产业受保护程度与产业效率	
——以转型时期中国制造业为例	余东华 (272)
体制转型、财政约束与事业单位垄断形成机制	
——以广电部门为例	周晓艳 高春亮 余 晖 (282)
规制重构中自然垄断性行业经济效率政策建议	
——以中国国家铁路运输业等三个行业为例	吴振球 (298)
电信市场中互联互通管制的有效性研究	
——基于随机试验模型的分析	蔡宏波 王 斌 (312)
财政分权、地方保护主义与电力行业管制效率	吴一平 (326)
石油国内税的价格效应：基于垂直市场结构的研究	孙泽生 宋玉华 (338)
行政垄断下铁路运输业生产效率分析	王会宗 (355)
行业性行政垄断及其效率损失研究	丁启军 (364)
中国电力行业行政性垄断的损失测算	牛 帅 (375)
行政垄断影响下的全要素生产率贡献率的测算	
——以电信行业为例	杨秀玉 (383)
行政垄断对电力产业效率影响的传导机制	
——基于 ISCP 的分析框架	杨淑云 (391)
行政垄断与区域自主创新能力的	
——基于中国省域面板数据的分析	王 青 (398)
转型期中国区域市场分割的形成机制研究	
——以资源性产品市场为例	李 真 (410)
地区行政垄断、技术进步与粗放型经济增长	
——基于我国 1978~2006 年技术进步的实证测算	付 强 (419)



我国资本配置效率的地区差异及其影响因素的实证分析	许开国 (430)
出租车市场价格管制效应的实证检验	
——以上海出租车市场为例	陈明艺 熊红星 (439)

反垄断理论与政策

我国反垄断法与产业政策法的冲突与协调

陈富良 廖 鹏

(江西财经大学 江西南昌 330013)

[摘 要] 反垄断法与产业政策法在实施中发生冲突难以避免, 本文研究的重点是面对反垄断法与产业政策法冲突时到底是以产业政策法还是以反垄断法优先适用, 两者冲突如何协调的问题。本文研究思路是在提出问题和对相关概念进行界定后, 对我国反垄断法与产业政策法的冲突进行法理分析, 接着对两者冲突的本质原因进行探讨, 最后在借鉴国外经验基础上提出我国反垄断法与产业政策法发生冲突时谁优先适用的建议。

[关键词] 反垄断法; 产业政策法; 优先适用; 竞争政策; 产业政策

现代法治的精义在于: 在法律的规范下, 一切国家机关、政党组织、社会团体、企事业单位、公民个人, 既是依法治国的主体, 也是依法治国的客体; 法治体现的是政府依照人民制定的法律治理社会与人民依照法律管理、治理公共事务 (包括政府) 的统一。而所谓的法治经济是指以一系列法律为调节经济生活中各种关系的准绳的经济制度, 是法的特征在经济生活中的具体反映。^[10] 其特征表现在法治经济是权利经济、契约经济、竞争经济、效益经济、开放经济。法治经济的基础是市场经济, 市场经济的正常运行需要建立和保持一个有效的竞争秩序。中国建立和完善社会主义市场经济体制, 同样离不开有效的竞争秩序。

一、问题的提出及相关概念界定

产业政策法是调整基于产业政策而发生的社会关系的法律规范的总称。^[8] 它是宏观调控法中规模最大的一组法规群。关于产业政策法体系的基本结构, 通说认为产业政策法由产业结构法、产业组织法、产业技术法、产业布局法四部分组成。^{[4][6]} 我国现今没有一部成文的产业政策法典, 产业政策法的地位则相对模糊, 在笔者看来产业政策与产业政策法是一个通用的概念。产业政策是国家干预经济

[作者简介] 陈富良 (1964—), 男, 江西萍乡人, 江西财经大学经济学院、江西财经大学规制与竞争研究中心教授, 博士; 廖鹏 (1983—), 男, 湖南长沙人, 江西财经大学硕士研究生。



的工具，体现为政府主管经济的部门所发布的相关政策，理论上属于广义的法律。例如我国的产业政策多以行政法规或部门规章或其他规范性文件的形式出现，在日本由通产省产业政策局发布政令，美国则体现为议会通过的法案或者政府发布的行政法案甚至是零星地表现在一些案例当中。^①由此可见，产业政策虽然是来源于经济学的概念，但却是以法律的形式来体现的，更具体地说是属于“国家干预经济”的经济法体系，产业政策法只不过是将这种隐含的寓意明朗化的一个概念。产业政策要有效实施就必然借助法律的形式，而一旦借用则就不仅是形式上的，而且还必须在立法程序、立法目的等方面都要符合法律的规则。

我国反垄断法于2007年8月十届全国人大常委会第29次会议通过，并于2008年8月1日正式实施。其中第4条规定，国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，加强和完善宏观调控，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系。这说明我国反垄断法虽然毫无疑问应当促进市场竞争，但还必须从国情出发，使这部法律与社会主义市场经济相适应。第5条规定，经营者可以通过公平竞争、自愿联合，依法实施集中，扩大经营规模，提高市场竞争能力。第7条规定，国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者的合法经营活动予以保护，并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控，维护消费者利益，促进技术进步。这些规定都与产业政策息息相关，也说明了我国在制止滥用市场势力损害消费者利益的同时，还鼓励关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域的国有企业做大做强，以提高它们的国际竞争力。

反垄断法是一个国家竞争政策法律化的产物，它和产业政策法的协调本质上就是竞争政策和产业政策的协调问题。从两者的目标和实施效果来分析，反垄断法是从维护竞争性的市场结构出发，禁止企业从事联合限制竞争行为，控制企业的合并行为，不允许具有市场支配地位或优势地位的企业滥用市场优势，但反垄断法对竞争机制的维护可能会影响某些产业竞争力的加强；产业政策法其目的主要是加强产业的竞争力，但产业政策法在增强产业竞争力的同时却没有办法避免市场现存结构的改变和对市场竞争的影响甚至限制；反垄断法所推行的竞争政策是政府将促进经济效率和提升社会福利的任务交给市场规律这只“看不见的手”，自己只负责构建框架来约束限制竞争的行为发生；而产业政策法所推行的产业政策是政府这只“看得见的手”自己来完成任务，强调的不是如何维护有效竞争的市场结构和市场秩序，而是如何实施对特定行业的管理、如何促进特定产业的发展和优化产业结构的优化。所以，反垄断法与产业政策法冲突实际上是难以避免的。

关于反垄断法与产业政策法冲突问题，我们可以从曾经受到过政治影响的波音公司和麦道公司的合并案得到一点启示。美国是世界航空工业大国，但在军用与民用上一直受到俄罗斯和欧盟的全面竞争，在民用飞机上，美国与欧盟的竞争激烈。欧盟数度补贴空中客车，而美国五角大楼则利用巨额的军事订单变相补贴波音，然后双方又以非法补贴的罪名把对手告上世贸组织。最终，美国从国家利益考虑，在1997年允许了波音与麦道的合并。合并前，波音和麦道公司分别是美国航空制造业的老大和老二，居于世界航空制造业的第1位和第3位。合并后波音公司在民用飞机市场上明显成为全球最大的制造商，它独占全球飞机市场65%以上的份额，而且合并后波音公司是美国市场唯一的飞机供应商，占美国国内市场的份额几乎达到百分之百。因此，单从市场结构角度来看，合并后的波音属于垄断企业，明显违反了《反托拉斯法》，但政府对于波音和麦道的合并不但不进行制止，还参与此事促成合并。^[7]

这种产业政策与竞争政策之间的冲突在欧洲市场也曾出现。德国有一个著名的案件，即 Daim-

^① 例如，美国联邦贸易委员会的裁判案例就有一定的产业政策作用。



ler Benz/MBB 合并案。该合并案本来是得到德国政府大力鼓励的，但联邦卡特尔局出于单纯维护市场竞争的理由阻止了该合并，理由是合并将导致一些国防（特别是航空航天业）产品市场上的支配地位。联邦卡特尔局明确表示，它不会考虑任何与竞争无关的因素。根据德国的法律，联邦卡特尔局的决定是合理的。但是最后，德国经济部长批准了这个合并，批准该合并的基本理由在于提高企业的国际竞争力、提升经济组合以及保持高科技人才的发展。这说明竞争政策可能会和国家或地区在特定产业的利益发生冲突，以至于这些产业的企业即便从事甚至是反竞争的行为也会被容忍。^[5] 我国反垄断法于 2008 年 8 月 1 日开始实施，反垄断法在实施时是否也会产生与我国现今产业政策法相冲突之处？面对这些冲突，我们必须思考在反垄断法与产业政策法的关系中，到底以产业政策法优先适用还是以反垄断法优先适用，两者的冲突如何协调的问题。这个问题的研究对于我们有效协调反垄断法与产业政策法的冲突有着非常重要的理论意义和实践意义，也是法治经济时代我国建立有效竞争制度、保护和促进竞争的基础和起点，特别是对于经济社会转型中的我国来说显得尤为重要。

本文研究思路是在提出问题和对相关概念进行界定后，对我国反垄断法与产业政策法的冲突进行法理分析，接着对两者冲突的本质原因进行探讨，最后在借鉴国外经验基础上提出我国反垄断法与产业政策法发生冲突时谁优先适用的建议。

二、我国反垄断法与产业政策法的冲突的法理分析

产业政策法与反垄断法的冲突首先表现在原旨、精神、理念等层面，即产业政策法与反垄断法在各自的立法原旨、立法精神、立法理念上，由于定位和选择的差异，形成了不同程度、不同形式的冲突和矛盾。

1. 反垄断法与产业政策法实施的具体目标定位不同

产业政策法的最终的总体目标与反垄断法的最终目标应该是一致的，都是为了实现社会整体利益最大化，但两者在实现最终目标的过程中选择的具体目标是不同的。产业政策法的目标主要是产业的发展，而反垄断法则看重整个市场竞争机制是否存在和整个市场的发展，尽管整个的市场是由不同产业的市场组成的。因此，产业政策法强调以政府为主导，通过制定各种政策对市场经济加以干预，反垄断法强调以市场为主导，通过禁止限制竞争行为来维持市场的竞争机制。当产业政策法与反垄断法追求的具体目标不同时，就会在价值取向上出现冲突，依据产业政策法做出判断和依据反垄断法做出判断会得出不同的结论性意见。

2. 反垄断法与产业政策法实现其目标的路径不同

市场机制并非任何时候、任何条件下都能充分有效地发挥调节作用，常常会发生“市场失灵”现象，而这种“失灵”主要是由于市场调节机制作用的局限性或存在市场障碍，产业政策中政府公权力介入的领域主要是前者，而反垄断法介入的领域主要是后者。市场调节机制作用的局限性主要表现在两个方面：其一是，任何时候总会存在一些不能进入市场，不能接受市场调节的领域，例如许多公共设施的建设和营运，社会公益事业等；其二是，市场调节功能具有被动性和滞后性。市场调节是一种事后调节，从价格形成、信息反馈到产品生产需要经过一段时间，市场主体往往等到市场上供求严重失调才作出反应，这使得社会经济整体效率受到影响。在这种情形下，政府试图通过制定产业政策来弥补市场机制的局限性。而市场障碍主要是指在自由竞争的前提下，市场主体为了谋求自身利益最大化而试图对竞争进行限制甚至排除，当竞争机制的作用被遏制时，竞争的积极功能也无法发挥，而此



时反垄断法为了维护竞争机制的作用而不得不进行干预。因此我们可以说，在现代市场经济中，产业政策主要是弥补市场机制固有的缺陷，而反垄断法主要是清除市场障碍，二者的重心是不同的。尽管产业政策和反垄断法都反映了政府对经济活动的介入，但介入的路径是不同的，因此不可避免会出现冲突。事实上，反垄断法与产业政策的实施后果也存在相互冲突的情形。

3. 产业政策法与反垄断法法律条文之间存在一些冲突

法律条文之间的对冲有很多种形式，大体上可以分为“显在式”和“潜在式”两种。“显在式”的冲突是指特定的产业政策法条文与反垄断法条文之间发生明显的矛盾和不相容，这种形式的对冲很少，主要发生在新法与旧法、国内法与国际法之间，更多的法律对冲是以“潜在式”出现的，即在一个法律部门的一般性规定之外另行附加例外的规定，典型的是在反垄断法的一般性条文之后缀上若干“适用除外条款”或“排除适用条款”。“二战”以后的日本、20世纪70年代以后的美国、20世纪80年代以后的欧盟，都是这种“潜在式冲突”的典型。比如日本，“‘二战’以后日本政府利用强大的产业政策，如合法化卡特尔、鼓励企业集中以形成大企业集团、限制中小企业发展等，创造了本国经济的腾飞，产业政策压倒一切的政策优势导致日本反垄断法或兼并控制政策在20世纪90年代以前一直处于无足轻重的地位”。^[9]典型表现就是其“禁止垄断法”和“兼并控制法”中众多的“适用除外条款”。总体来看，20世纪90年代以前，整个日本的产业政策法均被置于优先的地位，反垄断法遭到了忽略和牺牲。^[3]同时期的美国和欧盟也大体如此。直到20世纪90年代以后，随着国际经济情势的好转，新自由主义理念重新抬头，以及市场价值的再发现，特别是传统的产业政策优先造成的负面影响越来越严重和突出，反垄断法的价值优位才得到了重申。^[11]从整体上看，产业政策法与反垄断法的冲突在法律条文层面主要表现为产业政策法在法律条文的制定和设置上对反垄断法的挤占。众多的“适用除外条款”构造了一个产业政策独立的领域，反垄断法的价值优位得不到制度化的表达。产业政策法与反垄断法的对冲在中国经济法体系中也表现为产业政策法的优先性，典型的是在反不正当竞争法和反垄断法等反垄断法中规定“国家另有规定的除外”，通过这种“除外条款”，政府的产业意志得到了优先表达。由于这种价值序列的预设，反垄断法在对市场主体的集体竞争意志的维护上功效甚微。行政垄断的泛滥则是中国产业政策法的特色，大量的产业政策及法规构建了行政控制的壁垒，对市场竞争机制造成了人为的隔离，产业政策法与反垄断法之间的法条冲突在很多场合下直接表现为行政垄断性的产业政策与反垄断法之间的“显在式”冲突。

4. 产业政策法的滥用导致恶性循环

现实经济情势也体现了产业政策法与反垄断法之间的矛盾和冲突，这种矛盾和冲突是政府产业政策与市场竞争政策对冲的终极体现，也是法律条文间对冲的直接结果。具体而言，产业政策法与反垄断法的对冲在现实经济生态中往往表现为，由于缺乏一个充分、良性竞争的国内市场基础，加上不适当的目的、战略、措施和制度等多方面的影响导致产业政策法的初始目标落空，而既得利益集团的影响和非经济目标的干扰，又致使相关主体不能或不愿采取及时、有效、根本的对策摆脱困境，只能维持既有的格局不变，进而形成恶性循环。

三、我国反垄断法与产业政策法冲突的成因分析

1. 政府在经济中仍然发挥着主导作用

改革开放以后，传统的计划经济的手段和理念在国民经济的大部分领域都逐渐地退出或者淡出



了,然而在一些我们习惯地称之为“国民经济命脉”的行业比如能源和金融领域,传统的手段特别是传统的理念依然在产生影响。前述产业政策法与反垄断法的诸种形态的对冲在深层次上反映的还是政府对这些行业实施严格的政府管制,国家权力在力度上不肯放手、在结构上不愿变革。转型期经济改革中的政府权力核心特征是“政府主导”。中国经济的改革是政府一手主导的改革,中国经济的转型是政府主导的转型。虽然这并不真地意味着政府的理性是无限的,政府主导的改革和转型是高效的,但笔者还是认为应当发掘这种生态的合理成分,不然下面的对策就会流于空洞和不切实际。“政府主导”不仅是一种官方的决策,还是一种意识形态的产物,这种意识形态根植于政府官员和民众心间,来源于渐进式改革中获得的经验。^[2]从制度的运行层面作成本和效益的经济分析可以更好地理解这一点。由政府主导的渐进式的改革默认了一种社会成本的分配,核心特征是用渐进的方式最小程度地丧失既得利益、最大程度地维持整体的平衡以及在这种平衡基础之上的稳定。改革的发生必须满足这个既定的框架。在这个意义上,国家权力的收缩,“国退民进”等,并不真正代表国有力量的失败,相反,它代表的是国家监控力量的成熟和民间力量的风险承担。随着民间力量的发展,特别是“地方性规则的成熟”,通过渐进的改革,通过有计划、有步骤的“国退民进”,代表国家权力的国有力量才开始退出或者吸纳体制外的力量,实现结构和体制意义上的变革,在石油、天然气这样的能源行业尤其如此。这种模式的发生有着历史的合理性,也许我们可以在经济上论证它的低效甚至无效,但不能否认它对维持前述框架和模式的效用。真正的问题在于,这种合理性必然有一个临界点,在临界点之下,既有的模式会得到不同程度的维系甚至强化,超过临界点则改革的必要性就会日益增强。一旦改革滞后到必要性超过了既有体制和结构的框架,引发的危机就会十分严重。

2. 经济全球化推动我国竞争的国际化

复杂多变的国际经济格局营造的是一个弱肉强食、适者生存的时代,加上在中国政府及民众心间张扬的“崛起”和“复兴”的情结,在社会生活的方方面面都缔造出一种跨越、追赶的思潮和实践。这里尤其值得提出的是,明清以后中国就逐步进入了一个内向而非竞争的时代,近代中国的百年革命和建国以后的历次社会运动却在很大程度上改变了这一传统,虽然这种改变有积极主动的一面,但被动适应的一面也同样不可忽视。问题在于,竞争性的国际环境缔造的竞争性的心理,会以各种方式、在各种程度上与传统的内向而非竞争性的文化传统相冲突。复杂的环境造就复杂的心态,进而导致复杂的行动。对落后的反省和对先进的诉求相杂合造成对现状的不满,而规则的缺失和诉求的非理性相杂合又造成对现状的无奈,在这样一种情势之下,我们可以看到,在经济改革领域普遍流行的是引入体制外因素缓和或化解体制内的矛盾,也就是我们通常说的用增量资产盘活存量资产。尽管以现状和结果为参照我们可以对这种进路作出保留甚至否定的判断,但还是不适宜对这种进路本身作优劣对错的评价,它的发生是复杂的,影响同样也是立体而历时的。问题在于,这种进路在本质上还是一种成本分担的机制。将现在应当承担的成本向过去和将来分流,从体制内向体制外分流。因此关键还是决策部门和监管当局未能找准成本分担的定位,未能实现科学的统筹,加上缺乏科学合理的弱势补偿机制,诸如环境污染、重复建设、区域失衡、破坏式发展、外资的超国民待遇等等都是这些缺陷导致的结果。而我们现在开始提倡“科学发展观”,强调“五个统筹”,强调可持续发展,形式上看是观念的更新和升级,但本质上则是传统的成本分担机制突破了“边界”而不得不作出的改变。

3. 既有制度和利益造成路径依赖

这是一种相当普遍也相当复杂的现象和问题。产业政策法之所以会产生恶性循环,在制度层面很大程度上正是路径依赖的影响。尤其值得警惕的是,路径依赖产生的“租金陷阱”不仅会套牢既有的参与者,还会产生示范效应进而使更多的市场主体加入。比如在石油领域,不仅各级政府以及各个部门和三大寡头(指中石油、中石化、中海油)深陷其中,很多的民营企业也纷纷效尤。不出意外的



话，成品油进出口牌照很快就会和当年的彩电牌照以及现在的手机牌照一样，成为私下交易的对象，而这些现象和行为，都是竞争意志超出竞争理性的体现，竞争理性就这样被市场主体肆意、失范的竞争意志渐进或迅疾地征服。

四、国外基本经验总结与借鉴

从法律的原旨或者目的来说，产业政策法是政府为了达到一定的经济目的而在特定的产业领域实行的一种干预，是国家意志在经济产业领域的体现，通常表现为对特定的领域实行保护、由国有企业或政府机构直接参与产业的经营等，因而往往会产生行政垄断，即在特定的产业只允许个别国有企业进入，不对普通市场主体开放，这样就与反垄断法产生了冲突。因为反垄断法的目的就是最大程度地维护竞争、促进竞争，从这个意义上讲，反垄断法在立法的原旨上与产业政策法或产业政策法存在一种悖论。当然，从世界各国的经济情势来看，产业政策法是非常普遍的，世界各国对国内的特定产业予以扶持、通过一定程度的垄断或卡特尔来增强国际竞争力、参与国际市场竞争的情形并不罕见，这一点表现在反垄断法中的许多“适用除外条款”中，欧盟、美国以及日本均是如此。

1. 日本

日本所采取的是倾斜型产业政策立法模式，主要特点是国家集中必要的资源、资金和技术力量，实现倾斜性投入和扶持，以加快本国主导产业的超常发展，力求以最小的成本、最快的速度，达到缩短同发达国家差距或增强国际竞争优势的目的。^[12]“‘二战’以后日本政府利用强大的产业政策，如合法化卡特尔、鼓励企业集中以形成大企业集团、限制中小企业发展等，创造了本国经济的腾飞，产业政策压倒一切的政策优势导致日本反垄断法或兼并控制政策在 20 世纪 90 年代以前一直处于无足轻重的地位”。^[9]典型表现就是其“禁止垄断法”和“兼并控制法”中众多的“适用除外条款”。总体来看，20 世纪 90 年代以前，整个日本的产业政策法均被置于优先的地位，反垄断法遭到了忽略和牺牲。^[10]同时期的美国和欧盟也大体如此。直到 20 世纪 90 年代以后，随着国际经济情势的好转，新自由主义理念重新抬头，以及市场价值的再发现，特别是传统的产业政策优先造成的负面影响越来越严重和突出，反垄断法的价值优位才得到了重申。^[11]

2. 美国

美国所采取的是竞争型产业政策立法模式，主要特点是倾向于产业组织的法律调整，集中于调整竞争关系与防止垄断方面，强调充分发挥市场的作用，为各类产业创造一种公平竞争的政策环境，使产业结构的调整顺应市场需求结构发展的趋势，让企业在市场机制作用下自觉地进行生产要素的优化组合和更新换代，尽可能不采取强制性的行政手段。^[12]

3. 欧盟

当欧共体产业政策与竞争政策发生冲突时，优先适用欧共体竞争政策。这种优先适用地位是由共同体市场经济制度以及共同体市场平等、自由及共同市场等基本原则所决定的。通过自由竞争实行统一大市场是共同体的初衷，随着国际竞争的加剧，产业政策成为共同体不可缺少的一部分，虽然两者存在一定的矛盾，但协调是主旋律。正因如此，产业政策才有“积极的竞争政策”的美称，其协调表现在：竞争政策处于优先地位，在欧盟产业政策与竞争政策发生冲突时，优先适用竞争政策，仅在特殊情况下适用产业政策。

三种模式在价值取向、制度设置和方法选择上存在的差别是显而易见的，从代表性国家的经济实



践来看，前者虽然在短期内取得了迅速的成效，但在长期利益上收效甚微，甚至产生了很大的负面影响。^[13]

关于中国在解决反垄断法与产业政策法冲突问题上选择哪种模式，我们认为并没有绝对的答案。法律始终是一种本土资源相累积的产物。^[14]特别是产业政策法，在很大程度上具有强烈的本土性，任何一国的产业政策或战略，无不深受本国一时一势具体情况的制约。即便是国际化和趋同化比较明显的反垄断法，在竞争的适用范围等问题上，仍然受到本国经济战略和其他因素的强烈影响。^[1]总之，在解决我国反垄断法与产业政策优先适用选择上，欧盟、美国和日本的模式都具有一定的合理性，但切不可生搬硬套。

五、解决反垄断法与产业政策法冲突问题的建议

反垄断法与产业政策法的冲突要得到有效的解决，最重要和最突出的问题就是依据我国的经济基础即基本国情来确定反垄断法与产业政策法的优先性问题。

在市场经济中，市场始终是资源配置的基础性方式，政府的过多干预只能扭曲市场的价格信号，损害市场的运行效率，破坏市场竞争，最终对整体经济发展水平造成恶劣影响。^[9]西方经济发达国家的发展经验已充分说明了这一点。

在我国市场经济逐步建立之初，市场机制尚未完善，竞争力不足的客观情况下，为促进国民经济快速、健康、稳定地发展，当以社会利益、宏观规划为本位的产业政策法优先，反垄断法发挥辅助作用。

随着市场经济体制改革进一步深入，市场在资源配置中真正起到基础性作用之时，反垄断法应当适时回归其“经济宪法”的地位和功能，保障市场经济的健康良性发展。作为一个经济转型国家，我国首先应当关注转轨市场经济体制存在的种种局限，诸如，法律法规不健全、司法体制不完善、限制竞争行为和行政垄断行为广泛存在等。因此，我国应当积极实施倾斜型产业政策，放松各类不利于经济发展的管制政策，如：加强利用外资等，积极培育良好的市场竞争环境。同时，我国不仅是一个经济转型期国家，更是一个发展中大国。在经济发展中还应当考虑经济安全问题。伴随着改革与开放，我国产业政策内容要适应经济全球化的挑战。因此，我国产业政策法也应当服务于经济安全目的，从经济安全角度和保持赶超能力的长远利益考虑，国家不能放弃对一些基础的、“命脉”性产业的控制权和在某些高新技术产业领域中保持技术赶超的能力。而保持本国企业的竞争力，保持国家经济的可持续发展，则要更多地依赖产业政策法的扶持。

在完全的市场经济体制下，在充分发展的市场经济结构中，竞争政策是处于核心地位的，产业政策只能在坚持竞争政策的基础性作用的前提下才能得以实施。竞争政策与产业政策难免存在着冲突和矛盾，但是由于两者处于基础和补充的不同地位，所以，在此情形下，竞争政策应当优先考虑。例如，欧共体条约第3条提出的在共同体市场建立一个保护竞争不受歪曲的制度较该条提出的其他任务和措施有着优先适用的地位。即是说，在欧共体其他政策与欧共体竞争政策发生冲突时，优先适用欧共体竞争政策。欧共体条约在如此众多的条款中强调保护欧共体市场有效竞争的重大意义，强调成员国和共同体的任何活动都必须与一个开放和自由竞争的市场经济制度相一致，这是因为在市场经济制度下，不受限制的竞争必然会导致垄断，垄断则会窒息和扼杀竞争。

但是，需要指出的是，竞争政策优先的观点是有前提性条件的。对于像中国这样的政府主导型发

展中国家，经济体制尚处于转轨阶段，经济水平和发达国家有很大差距，产业结构不合理也不健全，市场经济体制并未完全建立，产业政策的重要性是不容忽视的。我们不能否认，在一些政府主导型的经济后发展国家（如日本、韩国）中，产业政策曾经发挥了积极而有效的作用。我国近十年来的经济发展经验也表明，符合市场规律的产业政策，确实可能对鼓励我国某些领域的产业迅速发展、调整产业结构的合理化起到有效和积极的作用。所以，在中国目前经济转轨阶段，竞争政策和产业政策二者都是不可或缺的。就其两者之间沟通和协调来看，确保竞争政策优先，能够充分保护市场竞争格局、保障市场对资源配置的基础性作用得以发挥。一方面，产业政策必须在符合竞争政策的前提下才能加以运用，产业政策的制定和实施应当确保对竞争的最小损害原则。另一方面，可以通过对经济效率因素的积极考虑为产业政策与竞争政策相互连通提供渠道。例如，在企业并购的反垄断审查中必须考虑经济效率因素，同时也将国家产业政策纳入考察的范畴，这种考察是一种潜在的调控态度和裁量，旨在避免反垄断法本身的刚性作用和可能引发的外部影响。

竞争是反垄断法的核心价值。竞争首先是反垄断法的秩序观，是反垄断法所要缔造和维护的健康市场秩序的集中概括。^[15]它要求市场主体能够自主决策，以竞争的动力和压力作为长期的激励机制，使市场体现为一种你追我赶的生气勃勃的动态过程。竞争还是反垄断法的效益观。反垄断法秉承经济学上的通说，以竞争模式为理想的模式，认为在有效竞争环境下，自然会导致资源配置的最佳状态，达到社会福利最大化。在立法实践上各国主要反垄断法都明确地宣示以竞争为其保护的对象。中国在解决反垄断法与产业政策法冲突过程中，同时也必须注意与产业政策的协调，为产业政策的制定和实施留下合适的空间，产业政策的制定和实施也应该建立在以反垄断法为主体的竞争制度基础之上，使得产业政策与竞争政策在协调基础上达到其政策目标。

【参考文献】

- [1] Aditi Bagchi: The political economy of merger regulation. the American Journal of Corporation Law, Volume 53, 2005, 1-30.
- [2] Ehud Guttel, Alon Harel: Matching probabilities: the behavioral law and economics of repeated behavior. the University of Chicago Law Review, Volume 72, Fall 2005, Number 4, 1197-1236.
- [3] [日] 丹宗昭信, 厚谷襄儿. 现代经济法入门. 谢次昌译. 北京: 群众出版社, 1985, 163
- [4] 乌尔里希·伊蒙伽. 合并控制在欧洲和德国的新发展. 环球法律评论, 2003 (01)
- [5] 邱本. 宏观调控法论. 北京: 中国工商出版社, 2002
- [6] 卢炯星. 宏观经济法. 厦门: 厦门大学出版社, 2000, 402-403
- [7] 刘伟. 反垄断: 国家利益优先. 经济参考报, 2006.7.22
- [8] 杨紫煊. 经济法. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 1999, 286
- [9] 邱本. 论市场竞争法的基础. 中国法学, 2003 (4): 96-108
- [10] 亓宗宝. 法治经济探析. 山东农业大学学报 (社会科学版), 2006 (2)
- [11] 王晓晔. 竞争政策优先: 欧共体产业政策与竞争政策. 国际贸易, 2001 (10): 78-85
- [12] 王健. 产业政策法若干问题研究. 法律科学, 2002 (1): 118-124
- [13] 史先诚. 兼并政策与产业政策——论竞争政策的优先适用. 南京政治学院学报, 2004 (2): 45-49
- [14] 苏力. 法治及其本土资源. 北京: 中国政法大学出版社, 1996, 18
- [15] 赵万一, 魏静. 论我国反垄断法的价值目标界定及制度架构. 社会科学研究, 2006 (11)