



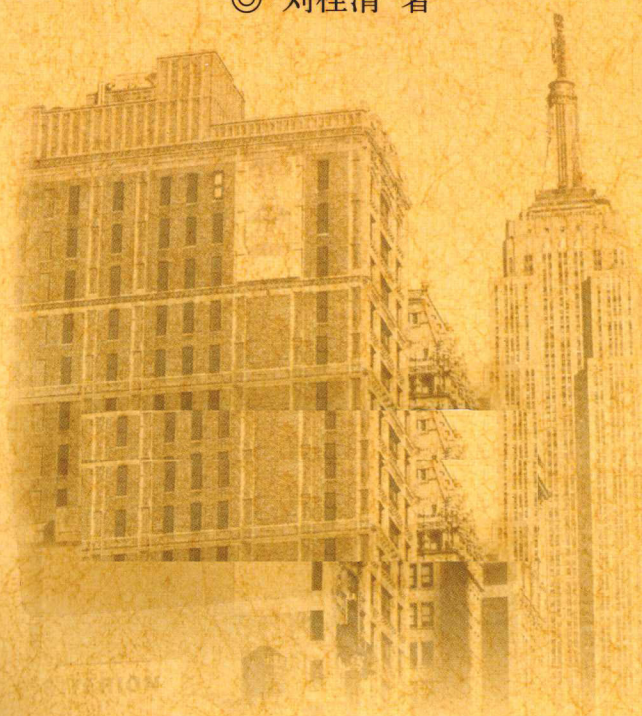
经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

反垄断法中的 产业政策与竞争政策

*The Relation between Competition Policy and
Industrial Policy in Antitrust Law*

◎ 刘桂清 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

反垄断法中的 产业政策与竞争政策

© 刘桂清 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法中的产业政策与竞争政策/刘桂清著. —北京:北京大学出版社, 2010.11

(经济法文库·第2辑)

ISBN 978-7-301-17838-6

I. ①反… II. ①刘… III. ①反托拉斯法-研究-中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第189327号

书 名: 反垄断法中的产业政策与竞争政策

著作责任者: 刘桂清 著

责任编辑: 张兴群 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-17838-6/D·2696

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> 电子邮箱: 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: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 15.25印张 282千字

2010年11月第1版 2010年11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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《经济法文库》总序

我国改革开放三十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字形容。仅从经济立法看,在完善宏观调控方面,我国制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而,应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉、不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

三十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但是,总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法和手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制和监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

CONTENTS 目 录

导言	1
----	---

第一章 产业政策和竞争政策冲突与协调的基本理论	9
第一节 产业政策和竞争政策的一般认识	9
第二节 竞争政策相对于产业政策的优先地位	22
第三节 反垄断法协调产业政策与竞争政策冲突的理论基础和制度安排	43

第二章 反垄断法协调产业政策与竞争政策冲突的基本制度	
——适用除外与适用豁免制度的政策协调机制分析	53
第一节 反垄断法适用除外与适用豁免制度概论	53
第二节 适用除外制度与产业政策	60
第三节 卡特尔豁免制度的政策协调机制	65
第四节 经营者集中控制豁免制度的政策协调机制	82

第三章 反垄断执法机构的政策协调角色	
——从机构设置和权限配置角度展开的研究	102
第一节 产业政策与竞争政策协调理念下反垄断执法机构的合理设置	102
第二节 政策协调理念下反垄断执法机构的权限配置	
(一)——对政策管制行业的竞争执法权	115
第三节 政策协调理念下反垄断执法机构的权限配置	
(二)——反垄断机构能否监督政府产业政策	123

CONTENTS 目 录

第四章 反垄断法实施中竞争政策与产业政策协调的 内在机理和外能动因	138
第一节 反垄断法不确定性的法律解释： 法律实施中实现政策协调的内在机理	138
第二节 利益影响：反垄断法实施中实现政策协调的 外在动因	151
第三节 协调产业政策与竞争政策冲突的特别措施	158
第五章 我国反垄断法协调产业政策与 竞争政策冲突的法律问题	172
第一节 我国产业政策与竞争政策的发展现状	172
第二节 我国产业政策与竞争政策优先地位的宏观思考	188
第三节 我国反垄断法协调产业政策与竞争政策冲突 法律机制的构建和完善	199
余论 产业法的“竞争法化”变革 ——产业政策与竞争政策相互协调的换位思考	211
参考文献	227
后记	237

导 言

(一)

在市场经济国家,政府干预经济都会同时使用产业政策和竞争政策这两类互有关联的重要政策手段。虽然在实现优化配置资源、促进社会经济稳定发展的最终目标方面,产业政策和竞争政策能够相互补充,相互配合,但在干预经济的理念、路径和具体措施等方面,二者也存在诸多差异,甚至是矛盾和冲突。发生矛盾冲突的根本原因在于,竞争政策反对垄断、排除市场竞争障碍,目的在于建立和维护自由公平的市场竞争秩序,是要促进市场机制更充分发挥作用,而产业政策通过政府干预直接促进、扶持或限制某一产业或企业,试图借助行政力量配置社会资源,其实质是要用政府干预代替市场竞争。一般认为,市场经济体制下,当产业政策和竞争政策间存在矛盾冲突时,竞争政策应处于优先地位。然而,竞争政策的优先地位并不意味着在任何情况下,只要产业政策与之发生冲突,就能够简单化地一概舍弃产业政策。在我国,虽然已经实行市场经济体制,但政府对产业政策一直仍是青睐有加,而且也由于我国是一个发展中大国,与发达国家相比,存在着巨大差距,确实需要发挥政府产业政策的引导作用。这样,在坚持竞争政策一般优先地位的前提下,从我国国情出发,从社会公共利益最大化原则出发,竞争政策应兼容产业政策,某些时候,甚或应让位于产业政策。

产业政策与竞争政策之间的这种互动关系,必然会对反垄断法的制定和实施带来影响。反垄断法作为一国竞争政策的核心体现,其存在的根本目的在于维护本国竞争政策并以此保障自由公平的竞争机制能够充分发挥资源配置作用。但事实上,任何一个国家反垄断法的制定与实施都不仅仅纯粹是竞争政策的体现,而是还融合了对产业政策合理诉求的考虑,从而使反垄断法表现出了明显的对产业政策的兼容性。这一点,不论是发达国家还是发展中国家都概莫能

外,不同的只是“兼容”的程度、范围和方式有所差别而已。反垄断法的这种现象,表现在法律规范上,各国普遍存在的对自然垄断行业和政策性垄断行业的适用除外规定,对不景气卡特尔、中小企业合作卡特尔、出口卡特尔、技术联合研发卡特尔等的适用豁免规定,以及在经营者集中控制制度中要求考察集中对技术进步、产业发展影响的规定等,无一不是表明,反垄断法的适用,需要在特定场合或特定情况下,对相关产业政策利益予以充分兼顾。在反垄断法实施中,对产业政策的兼容性更为明显。因为反垄断执法机构一般都隶属于政府序列,其执法活动不可避免会受到“政府利益”的影响。产业政策一般见效快,有利于在较短时期内实现经济快速增长、就业率提高、财政收入增加,从而有利于政局稳定、政府声誉提高,这都体现为政府部门以及官员的政绩,有利于“政府利益”的增进。所以,在反垄断法与产业政策之间,政府本能地具有偏好产业政策的一面,显然,这会促使反垄断机构在执法活动中尽可能兼容产业政策的诉求。从日本 20 世纪 60 年代的第一大钢铁公司八幡制铁与第二大钢铁公司富士制铁合并案,到 20 世纪末期美国最大的民用航空飞机制造企业波音公司与麦道公司的并购案,都是反垄断执法中充分考虑产业政策需要的典型案件。

因此,反垄断法的制定和实施脱离不了与政府产业政策的纠葛是一个客观事实。作为一国竞争政策核心体现的反垄断法,必须妥善处理与产业政策的关系,在坚定维护竞争政策的同时,需要注意吸纳产业政策的合理诉求。这就要求反垄断法建立相应的协调竞争政策与产业政策相互关系的机制,一方面使正当合理的产业政策利益不因竞争政策的存在而受到阻碍,另一方面使竞争政策对产业政策的兼容保持在适当的限度,不会因此而过分迁就产业政策,以至于喧宾夺主,用产业政策压制竞争政策。唯有如此,才能保障竞争政策与产业政策的协调发展。

本质上讲,反垄断法协调产业政策与竞争政策的冲突,最为关键的就是要实现对产业政策的合理兼容,摒弃竞争政策绝对一统天下的思想,在竞争政策优先的一般原则下,为产业政策留下必要的生存和发展空间。这样做并不表明反垄断法对自己基本目标和基本任务的放弃与背叛,而在事实上,这既是促进社会经济发展的现实需要,又有深刻的经济和法律上的理论依据。从经济学角度而言,这反映了对竞争机制作用局限性的理性认识。竞争机制是市场经济资源配置的基本方式,但在特定领域或特定时期,其资源配置效率是低下的。从法理上讲,保障和规范国家干预活动的经济法秉承社会公共利益原则,当产业政策所代表和维护的利益比自由竞争所实现的利益更重要、更急迫时,竞争政策就需要作出一定的让步。

关于产业政策与竞争政策相互关系的协调问题,在我国《反垄断法》尚未颁

布之前,国内经济法学界就对此展开了研究。20 世纪初期,王晓晔教授的《欧共同体竞争法》一书和《竞争政策优先——欧共体的产业政策与竞争政策》一文,介绍了欧共同体产业政策的起源、发展及与竞争政策的矛盾和冲突,并论述了欧共同体竞争政策的优先适用地位。同时期,王为农教授在《企业集中规制基本法理》一书中对美、欧、日产业政策对企业集中规制制度的立法和实施所带来的影响进行了实证研究。此后,又有一些学者发表了相关论文和相关著作,如齐虹丽教授在《法学评论》上发表的《产业政策与竞争政策的关系——中国入世后面临的挑战与日本的经验》、孟雁北博士在《社会科学研究》上发表的《论产业政策与反垄断法的冲突与协调》、林文生博士出版的《竞争政策和产业政策冲突协调制度的法律分析》等。这一时期,经济学界也发表了一些相关理论文章,如林民书教授在《东南学术》上发表的《经济全球化条件下中国的竞争政策与产业政策的选择》、冯晓琦和万军博士在《南开经济研究》上发表的《从产业政策到竞争政策:东亚地区政府干预方式的转型及对中国的启示》等。《反垄断法》颁布后,这一问题仍然在经济法学界的关注视野之中。这时期的研究成果主要有韩立余教授和刘继峰博士先后发表在《法学家》和《宏观经济研究》上的《反垄断法对产业政策的拾遗补缺作用》、《论我国反垄断法中竞争政策与产业政策的协调》等。综观国内现有的关于产业政策与竞争政策关系的文献可以看出,目前的研究内容仍然集中于较为抽象的理论分析,特别是竞争政策和产业政策在宏观层面的优先地位的分析,而在具体制度层面对相互之间的协调机制研究不够,尤其是从反垄断法制定和实施角度研究如何实现竞争政策与产业政策间的协调与兼容更为欠缺。相较而言,国外学者对这一问题的研究则比较具体和深入。如日本 Matsushita 教授在 *The Intersection of Industrial Policy and Competition Policy: the Japanese Experience* (1996) 一文中重点分析了促进技术联合研发的政策和不景气产业重振政策与国家竞争政策的龃龉与协调,美国 Andre Fiebig 教授的 *Crisis Cartels and the Triumph of Industrial Policy over Competition Law in Europe* (1999) 和 Levenstein 教授的 *The Changing International Status of Export Cartel Exemptions* (2005), 则专门对危机卡特尔和出口卡特尔的政策协调功能进行了分析。

受目前国内的研究现状所限制,我国的反垄断立法在此方面也不尽如人意。我们知道,在反垄断执法中,要使反垄断机构对产业政策因素的兼容和考量不是随心所欲、混沌模糊,而是尽可能地纳入制度化的轨道之中,首先在立法上要有相应的制度规范。但是,现行《反垄断法》的一些条款虽然涉及了与产业政策的兼容和协调问题,但相关规定十分粗糙和模糊。例如,为挽救萧条产业,第 15 条规定了不景气卡特尔豁免制度,但豁免是否需要条件、是否需要监督? 是全自动豁免还是需要事先审查批准? 这些都没有规定。如果将此理解为,法无明

文规定即等于这些限制性条件都不需要,那么在具体的案件处理中无疑会走向因产业政策需要而可以完全放弃竞争政策的极端。又如,根据第 27 条规定,反垄断机构在审查经营者集中时,既应当考虑与集中相关的影响市场竞争的内在因素,也要考虑包括产业政策在内的外在因素。考虑内在因素,目的在于判断该项集中是否具有实质性的排除、限制竞争效果,而考虑外在因素,旨在判断集中是否有利于社会公共利益,以最终决定是否予以豁免。但该条是一种混合式的规定,模糊了两个阶段的不同任务,以至于有学者认为会导致反垄断机构在审查经营者集中时,是以竞争政策为导向还是以产业政策为导向产生混乱。

立法上的粗糙和模糊无疑会对法律实践造成负面影响。2008 年 8 月我国《反垄断法》实施以来,适逢国际金融危机开始蔓延,国内发生了许多以克服行业不景气或实施政府产业政策为理由的限制竞争活动,如钢铁、煤炭、有色金属等行业频频进行的联合限产保价^①,国内五大航空公司同时采用新的运价体系而实施的变相联合涨价等^②。2009 年 5 月,又爆出中国联通与中国网通合并已半年有余,但拒不进行反垄断申报,理由就是合并是按照工业和信息化部电信产业改革方案实施的。^③面对这些明显的反竞争行为,我国反垄断主管机构都选择了沉默。这是反垄断执法机构出于对产业政策的协调和兼容考虑所作出的姿态吗?在笔者看来,这种无原则、无条件、无规则的默不作声、糊里糊涂,不是处理两者关系的正确做法,真正的竞争政策对产业政策的协调和兼容应在制度规则内明明白白地展开,而不是不明不白地不了了之。

(二)

产业政策与竞争政策的协调问题是一个庞大的课题,本书的研究只局限于其中的部分内容。

首先,从观察问题的角度来看,对竞争政策与产业政策之间的冲突进行协调,双方都应该有所作为。也就是说,反垄断法在坚定维护竞争政策的同时,在特定情况下要向产业政策作出妥协,或者说要兼容产业政策;另一方面,产业政

① 面对钢铁行业产能过剩、价格下滑的现实,不仅钢铁企业之间联合限产保价,中国钢铁行业协会也在组织钢铁生产企业对热轧板、冷轧板、中厚板等产能严重过剩的品种实行自律性限产措施,工业和信息化部还向全国各省市工业主管部门和各大钢铁企业下发了《关于遏制钢铁行业产量过快增长的紧急通报》,提出对不顾市场需求盲目扩大生产的钢铁企业,要商请商业银行减少或停止贷款。参见邓瑶:《工信部“限产令”:钢铁回暖急刹车?》,载《21 世纪经济报道》2009 年 5 月 12 日。

② 参见杨青:《国内机票今天开始实行新机票折扣率》,载《北京青年报》2009 年 4 月 20 日。

③ 参见《大国企的傲慢与反垄断法的弱势》,载《经济观察报》2009 年 5 月 1 日。

策以及产业法的制定和实施也要尽可能以竞争为导向,建立竞争性的制度规范,采用市场化的保障措施,特别是在受产业政策管制的行业,要打破垄断,努力推进行业的竞争性改革。双方都不能自我封闭,一意孤行。为此,这一问题的研究应从反垄断法和产业政策法两个维度展开,一方面研究反垄断法在制度设计、机构设置和实施体制上应该如何协调与产业政策的冲突,另一方面也从产业政策法的角度研究其应该如何保持与竞争政策的协调一致。但受本书的主题以及作者的学识水平所限,本书研究的主要内容是前者,也就是从反垄断法的角度研究其协调产业政策与竞争政策冲突的基本制度和作用机理,只是在余论部分以管制行业立法为例,论述了产业法的“竞争法化”发展趋向,算是抛砖引玉,希望引起学界对此问题的关注。

其次,竞争政策有广义与狭义之分,在广义上,竞争政策包括放松经济管制、促进竞争自由和市场开放的各项政策,以及那些为保护和促进市场经济中的竞争而采取的行动措施、制定的法规条例等,体现为综合竞争法、含有竞争规则的部门法规或其他由政府所采取的强化市场竞争的政策措施;在狭义上,竞争政策则往往被认为等同于竞争法,主要是指各国反垄断法所体现出的为维护自由公平竞争而对企业间限制竞争、滥用市场支配地位以及损害竞争的企业集中等行为进行规制的一套规则体系。产业政策与竞争政策的协调,既反映在广义层面,也表现在狭义层面。本书的研究,主要立足于狭义层面上的反垄断法协调竞争政策与产业政策冲突的基本制度、机构设置和实施体制问题,同时,有关理论问题的分析又不可避免地在更广义的范围内展开,特别是对主要国家竞争政策与产业政策关系互动演变规律以及优先适用地位的分析。

(三)

本书运用比较分析方法、历史分析方法、经济分析方法、案例分析方法等研究方法,对产业政策与竞争政策间冲突协调关系的基本理论、反垄断法协调产业政策与竞争政策冲突的基本制度、机构设置和权限配置体制以及反垄断法实施中实现政策协调的内在机理和外在动因进行了系统研究,并结合我国反垄断法制度规范以及实施活动的现状,提出了几点有针对性的建议。全书共分五章,内容摘要如下:

产业政策和竞争政策是一国经济政策体系的两个重要组成部分。二者有共同的理论依据,都是政府干预经济以弥补“市场失灵”的产物,而且二者有共同的最终目标,即提高资源配置效率,实现社会经济稳定快速发展。但是,产业政策与竞争政策在干预经济的理念、路径和方法等方面也存在明显的不一致。不

仅竞争政策和产业政策体现的资源配置机制有根本区别,竞争政策的目的是要促进市场机制更充分地发挥作用,产业政策则试图用政府干预代替市场竞争。而且产业政策和竞争政策的矛盾冲突也表现在国家干预经济的具体方式和措施的不同上,例如,政府实施产业政策,往往根据其认知水平人为地选择主导产业和重点企业,并采取财政、税收等各种手段予以保护和扶持,而竞争政策则使市场参与者通过市场竞争实现优胜劣汰,主导产业和重点企业的产生都是通过市场竞争机制实现的自然选择过程;为增强国际竞争力,产业政策鼓励企业兼并,强调规模经济,甚至政府直接出面组建“国家队”,而竞争政策虽然也鼓励企业自由结合,但对可能产生或加强市场垄断势力的企业合并保持着警惕,并采取措施防范实质性损害市场竞争的企业合并发生;为摆脱所谓的“无序竞争”、销量下降、行业大面积亏损,产业政策往往不反对企业联合起来制定行业自律价或限产保价,而竞争政策则对企业联合限制竞争行为持坚决的反对态度,除非法定的例外情况,这类行为都是竞争政策打击的对象,等等。当竞争政策与产业政策之间存在着矛盾冲突时,必须首先明确何者在国家经济政策体系中处于优先地位。对此,各国越来越强调竞争政策对经济发展的意义,很多国家更是明确承认竞争政策相对于产业政策的优先地位。从欧、美、日的竞争政策发展史来看,它们都选择了或正在试图选择竞争政策在国家经济政策体系中的基础和优先地位,虽然各国由于经济发展历程不同而对竞争政策作用的认识有过不同看法,但目前来看,总体发展趋势是一致的。当然,竞争政策的优先地位都是相对的,而非绝对的。对这种优先地位的认识主要看重的是一种理念,是一种基本原则和基本准则层次上的优先,并不是说在任何具体制度上都必须贯彻绝对的自由竞争规则。因此,确立竞争政策的优先地位并不意味着,一旦竞争政策与产业政策发生冲突就一律选择前者而废弃后者。由于竞争政策优先地位的非绝对性,在此前提下,仍然存在竞争政策与产业政策并存但又相互冲突而需要相互协调的问题。也就是说,在制度层面,竞争政策在某些特定情况下需要向产业政策作出妥协,或者说要兼容产业政策。这需要相应的制度设计,也需要相应的实施机制。

在反垄断法框架内,竞争政策对产业政策的兼容和协调是通过多种制度途径进行的。其中,反垄断法适用除外和适用豁免制度本质上就是竞争政策与产业政策冲突协调的产物,是竞争政策向产业政策的让步和妥协。传统上,电力、铁路、自来水、金融、农业等自然垄断行业和政策性垄断行业排除竞争政策的适用,主要由产业政策统辖。但随着经济的发展,特别是政府放松管制改革的日益深入,各国反垄断法适用除外的范围日渐缩小,竞争机制被越来越广泛地引入传统的适用除外领域,从而某一产业完全被排除在反垄断法管辖之外的现象已经

越来越少见了。比较而言,由于豁免制度具有较大的灵活性,可以依据不同产业政策的要求,给予不同的限制行为以豁免,所以一直都是各国法律常采用的实现竞争政策与产业政策协调发展的基本方式。适用豁免制度包括卡特尔豁免和经营者集中反垄断控制豁免两种情况。由于对某一卡特尔行为给予豁免是适用反垄断法的结果,立法中必须明确豁免的条件、豁免的程序以及豁免之后的监督等问题。经营者集中的反垄断控制豁免,是指已经申报审查的企业集中,虽然符合法律规定的禁止标准,但出于某种特定原因,反垄断主管机构网开一面,准予集中进行。很大程度上,这一制度就是为实现提高产业国际竞争力、实现国家整体经济利益、提高产业技术水平等产业政策需要而创设的。

反垄断法能否实现产业政策与竞争政策的协调发展,与反垄断机构的科学设置和其权限的合理配置有密切关系。现实中,发展中国家和经济转型国家多采用由某一政府机构既负责法律执行又参与竞争政策决策这一机构设置模式。这种模式的一个明显优点是,反垄断机构可以参与政府内部相关经济政策以及法律制度制定和改革的讨论,有利于强化政府政策的竞争观念,维护竞争政策在国家经济政策体系中的基础性地位,同时也有利于将竞争政策统一于国家经济政策的总体目标之下,并在充分博弈之后实现与产业政策的沟通协调。然而,采行法律执行与竞争政策职能相统一的机构设置模式,也存在不利之处。因为同一机构兼理竞争政策和法律执行,可能会过多地考虑政策的统一协调,使竞争政策过于迁就产业政策,从而使竞争法的实施疲软、不稳定。所以,这种模式下,仍要强调反垄断机构的独立性。关于反垄断机构的权限配置,主要有两个问题:一是反垄断机构与管制行业的产业监管机构的竞争执法权分配问题,二是是否有必要授予反垄断机构直接处理政府部门反竞争行为的权力问题。对于前者,多数国家采取了一种合作执法机制。由于产业监管机构更看重产业政策的贯彻和实施,将管制性行业的竞争执法权交由反垄断机构和产业监管机构共同行使,既有利于竞争政策得到统一实施,也有利于在沟通协调基础上照顾到特殊行业的特殊需要,从而体现出一定的灵活性。至于后者,之所以提出这个问题,是因为协调产业政策与竞争政策的冲突,不仅要求一国竞争法在秉承竞争政策优先的前提下,出于维护整体经济利益和社会公共利益的考虑,应利用适用除外和适用豁免制度兼顾产业政策,甚至在局部范围内让竞争政策服从产业政策,同时也意味着,政府产业政策应以竞争为导向,充分尊重和发挥市场竞争机制的基础性作用,而不得与竞争政策的基本原理、基本精神和基本制度相违背。然而,现实中,并不是所有的政府产业政策都具有维护整体经济利益和社会公共利益的目的或效果,有些产业政策不仅不具备正当理由,而且还对自由公平竞争秩序造成严重损害。对此类行为,反垄断执法机构应否有权予以调查乃至直接进行处理,是一

个值得思考的问题。

反垄断法对产业政策与竞争政策冲突的协调最终通过法律实施活动得以实现。尽管反垄断机构一般声称其在执法中不会考虑竞争以外的因素,但完全不受其他政策因素特别是产业政策因素影响的反垄断执法是不存在的。众所周知,反垄断法的法律概念、规则、原则以及案件的法律事实都具有显著的不确定性,需要执法者进行法律解释。在法律解释中,选择有利于产业政策的分析参数和经济理论,无疑将会使案件的裁决结果更倾向于符合产业政策的要求。就此而言,反垄断法对产业政策的协调和兼容是内在于法律实施体制的。这里的关键问题是,需要加强反垄断机构的专业知识建设,提高其法律解释能力,同时还要建立相应的专家论证、利害关系人发表意见、论证过程和结果公开等制度,以使案件的处理既兼容产业政策的合理诉求,又不背离竞争政策的基本原则和基本要求。与此同时,反垄断机构的执法活动又不可避免地会在外部受到“政府利益”和产业利益集团的影响。这种情况下,如何将“政府利益”和各种利益集团的影响控制在合理范围内,是十分重要的问题。

协调产业政策与竞争政策的矛盾冲突,实现二者的协同发展,也是我国反垄断法面临的一项重要任务。对此,必须首先确立竞争政策相对于产业政策的一般优先地位。我国虽然还是发展中国家,又是经济转轨国家,面临着繁重的创造竞争和培育市场的任务,但这不能成为否认竞争政策一般优先地位的理由。不过,在竞争政策优先的前提下,出于维护整体经济和社会公共利益的需要,反垄断法在特定时候或特殊场合,也要兼容产业政策,乃至向产业政策作出妥协和让步。为此,我国反垄断法应注意完善适用除外与适用豁免制度,发挥其协调产业政策与竞争政策冲突的基本作用,并要统一反垄断机构的政策协调与法律执行职能,合理配置反垄断权限,以使反垄断机构与产业政策机构能够沟通合作,此外,还要特别注意反垄断法实施机制建设。

第一章 产业政策和竞争政策冲突与协调的基本理论

第一节 产业政策和竞争政策的一般认识

一、产业政策的相关问题

(一) 产业政策的界定

尽管“产业政策”一词频繁出现于报刊以及学术专著之中,但关于产业政策的定义,学术界迄今都没有公认的意见,官方也从未作出过界定。^① 不过,从国内外学者对产业政策的定义来看,可以归纳为两种观点。

一种观点把产业政策的范围界定得比较宽泛,把所有涉及产业发展的政策都归为产业政策,故有学者称之为“宽派”。如产业政策是“与产业有关的一切国家的法令及政策”;产业政策是“影响该国产业结构的所有政策”;产业政策是“政府为了取得在全球的竞争能力,在其国内推行的发展或限制各种产业的行为的总和”,等等。^② 由于这种过宽的产业政策界定可能模糊了产业政策与其他经济政策的界限,不利于对产业政策的专门研究,所以采信这类看法的人并不多。

另外一种观点则对产业政策的目标、作用范围等作出了较为明确的限定,相对而言,较为合理,被称为“窄派”。以下是一些有代表性的定义。如日本学者认为,产业政策“一般以各个产业为具体对象,保护和扶植某些产业,调整和整顿产业组织,其目的是改善资源配置,实现经济稳定与增长,增强国际竞争力,改

^① See Mitsuo Matsushita, *The Intersection of Industrial Policy and Competition: the Japanese Experience*, 72 Chi.-Kent. L. Rev. (1996), 477.

^② 这些主要是国外学者的定义。转引自李贤沛、胡立君主编:《21 世纪初中国的产业政策》,经济管理出版社 2005 年版,第 2 页。

善和保护生态环境等”^①；产业政策是“政府为改变产业间的资源分配和各种产业中私营企业的某种经营活动而采取的政策”^②；产业政策是“政府为了实现某种经济和社会目标而制定的有特定产业指向的政策总和”^③。欧美学者也分别从不同侧面对产业政策进行了定义。如产业政策是“政府为了取得在全球的竞争能力而计划在国内发展或限制各种产业的有关活动的总的概括，……它是对货币政策和财政政策的补充”^④；产业政策是“通过对一国产业部门间资源配置的调整，或者对产业内组织的介入来达到全国性的经济与非经济目标的政策”^⑤。我国学者在研究产业政策问题时，也多对其进行过界定。如产业政策是“政府为了实现某种经济和社会目标而制定的有特定产业指向的政策总和”^⑥，产业政策是“政府将宏观管理深入到社会再生产过程之内，对以市场机制为基础的产业结构、产业技术、产业组织和产业布局进行定向调控，以实现某种经济和社会目标的一系列政策的总和”^⑦。

上述定义虽然具体表述不同，但归纳起来，重点突出了产业政策的以下内涵。一是描述了产业政策的实质，是政府对市场机制的干预，产业政策就是要通过政府的自发活动，改变资源的市场配置方向；二是指出了产业政策有其特定的目标，如实现产业结构的合理化和高级化、实现经济振兴与赶超、增强产业国际竞争力等；三是明确了产业政策的作用范围，主要是产业之间以及产业内部的资源配置。综上，本书认为，产业政策是一国政府为实现特定的经济和社会目标，如实现产业结构调整 and 转换、经济振兴与赶超、增强产业国际竞争力等，以各个产业甚至产业内部的企业为对象所实施的引导、促进、保护、扶持、限制等干预措施的总称。

（二）产业政策的产生和发展

20 世纪 20 至 30 年代的经济大危机，使市场调节机制的缺陷暴露无遗，人们深刻认识到纯粹的自由市场经济体制并不能使社会总需求和总供给自动达到均衡，从而使经济顺利发展，所以需要国家出面对市场进行干预。当然，国家干

① [日]长谷川启之：《经济政策的理论基础》，梁小民、刘朝译，中国法制出版社 1995 年版，第 205 页。

② [日]小宫隆太郎等：《日本的产业政策》，黄晓勇等译，国际文化出版公司 1988 年版，第 5 页。

③ [日]下河边淳、管家茂主编：《现代日本经济事典》，马洪译，中国社会科学出版社 1982 年版，第 192 页。

④ [美]查默斯·约翰逊：《产业政策争论》，美国当代研究所 1984 年版。转引自杨沐：《产业政策研究》，上海三联书店 1989 年版，第 3 页。

⑤ [英]阿伦·休斯：《竞争政策》，载《新帕尔格雷夫经济学大辞典》，经济科学出版社 1996 年版。

⑥ 江小涓：《经济转轨时期的产业政策》，上海三联书店、上海人民出版社 1996 年版，第 8 页。

⑦ 史忠良主编：《产业经济学》，经济管理出版社 2005 年版，第 356 页。