

宾雪花◎著

CHANYEZHENGCEFA YUFANLONGDUANFAZHIXIETIAOZHIDUYANJIU

产业政策法与反垄断法之 协调制度研究

中国社会科学出版社

宾雪花◎著

CHANYEZHENGCEFA YU FANLONGDUAN FAZHIXIETIAOZHIDUYANJIU

产业政策法与反垄断法之 协调制度研究

图书在版编目 (CIP) 数据

产业政策法与反垄断法之协调制度研究 / 宾雪花著. —北京:
中国社会科学出版社, 2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5161 - 3312 - 5

I. ①产… II. ①宾… III. ①产业政策—研究—中国②反垄
断法—研究—中国 IV. ①F121②D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 229386 号



出版人 赵剑英
责任编辑 张 林
特约编辑 蓝中华 全太顺
责任校对 韩海超
责任印制 戴 宽

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 三河市君旺印装厂
版 次 2013 年 12 月第 1 版
印 次 2013 年 12 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32
印 张 8.625
插 页 2
字 数 217 千字
定 价 48.00 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联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

序 言

产业政策与竞争政策是现代国家调节经济的两种方式。产业政策法与反垄断法分属于经济法体系的两个基本构成，前者属于宏观引导调控法，后者属于竞争法（市场规制法）。

在市场经济和法治国家，其产业政策遵循市场规律，只是在某些市场机制难以发挥作用的领域（社会资本不愿进入而投资不足，或投资过于膨胀的行业），才由国家出面运用财税、金融等手段予以促进或制约其发展。并且，国家的这些调控措施是受到预先制定的法律（产业政策法）的严格规制的。但即便如此，这些国家的产业政策和产业政策法有时也会背离市场规律，产生妨碍市场机制运行和扭曲经济结构的不良后果。这是因为存在“政府失灵”问题。

产业政策“政府失灵”诸多表现之一是其限制自由竞争，妨害市场机制自发的调节作用，同国家竞争政策，特别是反垄断政策发生冲突，同样，产业政策法同反垄断法也会发生冲突。在市场经济和法治国家，尽管该两种政策都尊重市场规律，并都受到法律规制，但该两种政策和两种政策法的价值取向毕竟各有所侧重：反垄断法更注重自由和公平；产业政策法则往往侧重于效率。由此难免造成了追求“规模效率”等目标而忽视和放纵垄断。职此之故，这些国家不仅在立法时注意处理两法之间的关

系，让其能够衔接和协调，实践中也需要建立两法的冲突协调机制。

在市场经济和法治尚不够完善，并且有着行政权力为中心传统的中国，该两种政策和法律之间的问题就更为复杂。在这里，人们为了追求经济快速发展而将“效率”放在优先地位，十分青睐经济力集中和“打造航空母舰”，纵容和培育垄断，忽视垄断所带来的限制竞争和不公平等弊端。更由于几乎所有大型垄断行业和公司都具有公权力色彩，或就是由权贵们实际控制着。权贵资本家们在贪婪地汲取财富的同时也影响着国家的公共决策和法律，因此形成竞争政策和反垄断法在这里不能受到应有重视和难以切实实行，而产业政策却备受推崇的局面。加之这里产业政策的法治化程度不高，政府法规和部门规章居多，权力行使排斥法律规制，当政者可以借口市场变化随意作出调整，使得本来稳定性较差的产业政策容易偏离其应有轨迹，违背公平竞争原则，同反垄断法发生冲突。

由此可见，在当前我国要妥善处理产业政策、产业政策法同竞争政策、反垄断法之间的关系，存在着两个层面的问题：一个是法律问题；另一个则是法外的问题，即国家经济、政治体制改革的问题。法律问题既包括对产业政策法治化程度的提升，对立法目标、价值的正确定位和其他立法与实施制度的完善，也包括对反垄断法地位的提升和对立法与实施的完善。而要切实做到这些，更深层次的问题在于大力推进国家经济、政治体制改革。舍此，法律问题是无法得到根本性解决的。

宾雪花博士的专著《产业政策法与反垄断法之协调制度研究》其选题具有重要的理论价值和现实意义。对此进行全面、系统、深入和比较到位的专题研究的，在国内并不多见。作者运用“国家调节说”经济法基础理论，把产业政策、产业政策法

同竞争政策、反垄断法之间在概念、宗旨、价值、原则、地位以及立法和实施上的各种特点等方面的联系和区别，作了准确而清晰的表述。总结分析了长期以来各国在实践中形成的对于两种政策和两法各种具体协调制度。在此基础上，提出和论证了如何构建中国两法之协调制度的设想和立法建议，包括完善产业政策立法，使之向“创新驱动型产业政策法”转型；以反垄断法为重心设置中国制度的构想，等等。这些论述观点明确，有理有据，具有可操作性。反映作者有较坚实的法学功底和较强的独立科研能力，在研究中倾注了大量心血。

本研究成果也涉及如何正确处理两种政策和两法协调配合关系的更深层次问题，即有关推进国家经济和政治体制改革问题，但由于本课题主要是谈法律层面的问题，体制改革并非本课题重点，虽然可能使读者会有余犹未尽的感觉，但也不能苛求。总的说这是一部较成功和很值得一读的学术著作，特向读者推荐。

漆多俊

2012年10月30日

目 录

导论:立场与方法	(1)
0.1 研究意义	(1)
0.1.1 研究背景	(1)
0.1.2 研究意义	(3)
0.2 研究目的	(5)
0.3 国内外研究状况	(6)
0.3.1 从宏观角度研究两者动态演变关系	(6)
0.3.2 从微观角度研究——具体协调制度	(13)
0.4 研究的思路、方法、内容	(15)
0.4.1 基本思路	(15)
0.4.2 研究方法	(16)
0.4.3 需要解决的问题	(17)
0.4.4 研究内容	(17)
0.5 相关概念界定	(18)
0.5.1 产业政策法与相关概念辨析及修正	(18)
0.5.2 反垄断法的概念和基本功能	(25)

第1章 产业政策法与反垄断法之协调制度的

理论基础	(27)
1.1 产业政策法与反垄断法之冲突	(27)
1.1.1 产业政策法与反垄断法的冲突	(27)
1.1.2 冲突的根由	(41)
1.2 产业政策法与反垄断法之协调的理论基础	(47)
1.2.1 两法协调的经济学基础	(47)
1.2.2 两法协调的经济法基础	(58)
1.3 协调模式	(61)
第2章 适用除外制度和事前协商制度研究	(65)
2.1 适用除外制度研究	(66)
2.1.1 产业政策法与反垄断法适用除外制度	(68)
2.1.2 反垄断法适用除外制度中的基本产业类型	(69)
2.1.3 适用除外制度的特点	(76)
2.2 事前协商制度研究	(88)
2.2.1 事前协商制度的立法	(89)
2.2.2 事前协商制度的阶段	(90)
2.2.3 事前协商制度的特点	(92)
2.3 制度评析	(103)
第3章 卡特尔豁免制度和企业合并控制制度研究	(105)
3.1 卡特尔豁免制度研究	(105)
3.1.1 产业政策法与卡特尔豁免制度	(106)
3.1.2 各国立法例	(108)
3.1.3 卡特尔豁免事由	(111)
3.1.4 卡特尔豁免制度的发展特点	(116)

3.2 合并控制制度研究	(128)
3.2.1 产业兼并重组政策与合并控制制度	(128)
3.2.2 企业合并违法性评价基准	(130)
3.2.3 经营者集中的事先申报程序和申报标准	(132)
3.2.4 企业合并豁免制度的基本事由	(136)
3.3 制度评析	(145)
第4章 部长特许制和美国反垄断和解制度研究	(147)
4.1 部长特许制——欧洲大陆各国设置的主管 经济部长制度	(147)
4.2 美国反垄断和解制度——个案上 “国家利益”的再现	(151)
4.2.1 美国反垄断和解制度的基本概况	(151)
4.2.2 微软反垄断和解案例和评析	(154)
4.3 制度评析	(158)
第5章 整体协调制度评析	(160)
5.1 总评述	(160)
5.2 对中国的启示	(165)
5.2.1 侧重反垄断法的协调制度	(166)
5.2.2 根据本国的政治、经济、法治程度设置 协调制度	(168)
5.2.3 协调制度的实施效果与反垄断运行机关的 设置有着直接关系	(171)
第6章 我国两法之协调制度的现状评析	(173)
6.1 我国产业政策法与反垄断法之间	

协调模式评析	(173)
6.1.1 以产业政策法为主的协调模式	(173)
6.1.2 以产业政策法为主的协调模式后果	(178)
6.2 我国协调制度的立法和实实现状评析	(186)
6.2.1 当前两法存在冲突	(186)
6.2.2 我国协调制度的立法现状评析	(188)
6.2.3 我国协调制度的实实现状评析	(193)
6.3 本章小结	(197)
 第7章 我国两法之协调制度的构建	(198)
7.1 对国内外三种观点评述	(198)
7.2 完善产业政策立法	(204)
7.2.1 实现产业政策法治化	(204)
7.2.2 中国产业政策法的转型——创新驱动的 产业政策法	(215)
7.3 以反垄断法为重设置协调制度	(217)
7.3.1 设置中国协调制度的构想	(218)
7.3.2 构建中国事前协商制度	(219)
7.3.3 完善中国协调制度	(220)
7.4 赋予中国反垄断运行机关高度的权威性和独立性	(234)
7.5 本章小结	(238)
 结束语	(239)
 参考文献	(242)
 致 谢	(264)

导 论

立场与方法

0.1 研究意义

0.1.1 研究背景

2007 年底开始的国际金融危机，引起了世界性的经济萧条。面对此危急时刻，政府官员、经济学界以及法学界人士有两种观点：第一种观点是延缓或悬置反垄断法，加强产业政策法的制定、颁布。罗斯福新政时期，搁置反垄断法两年。第二种观点，许多学者以及反垄断执法官员在考察了罗斯福新政之后，认为当时颁布的《全国工业复兴法》延迟或延误了产业的自然复苏，造成了规制解除的困难，因而搁置反垄断法的行为不可取；他们提出了在苦难时期，更要加强反垄断法的执行力度的建议。我国为了克服金融危机的负面影响，于 2009 年 2—10 月期间，相继颁布了十大产业振兴政策（施行三年），出台了 120 部具体产业政策。与此同时，《中华人民共和国反垄断法》于 2008 年 8 月 1 日开始实施。在此背景下，这两部法律如何协调、共同促进社会主义市场经济的发展和繁荣，成为中国法学界和经济学界研究的重要课题。

从产业政策和反垄断法的起源来看，产业政策与反垄断法一

开始就存在着冲突。产业政策最初是在 20 世纪 70 年代才在日本首次使用。后于 1985 年在东京召开的“环太平洋区域经济成长及产业政策问题”的第十五届太平洋贸易开发会议，正式使用产业政策这一概念及其制度，后随之被广泛地使用和传播。尤其东亚国家越来越重视运用产业政策调节国民经济，干预、修正国民经济发展的速度和道路，学术界产生了研究产业政策的广泛兴趣。大多数学者从经济学角度来研究产业政策的沿革、特征、程序、实施等问题。法学家则运用法学的基本原理研究产业政策的合法性和正当性，由此产生了对产业政策法的研究。反垄断法作为促进竞争，确保市场机制正常运行的工具，最早颁布于 19 世纪末的美国。一般来说，反垄断法在市场经济国家被誉为维护自由、公平和有效的竞争秩序的“经济宪法”，是市场经济基本法律制度。第二次世界大战后，美国占领军将反垄断法强制实施于日本国土，于是就与日本实施的赶超型产业政策和产业政策法之间产生冲突与矛盾。其后随着韩国引进反垄断法，也产生同样的问题。即如何协调产业政策法与反垄断法之间的关系，解决两者冲突，共同促进经济的发展。实质上，两者关系可以归结为：产生于发达市场经济国家的反垄断思想和理念与后发展国家中主导经济发展的政府权力发生的矛盾和冲突。即发达国家的市场经济的正常运行急需反垄断法来规制垄断行为和限制竞争行为，尽快建立健康的市场秩序；而后发展国家的经济赶超迫切性，又需要政府制定产业政策，扶植、培育大规模的企业集团，促进规模经济，提高经济效率，以增强国际竞争力。这两种制度运用到某一个具体的国家中就产生矛盾。

尤其对中国来说，由于我国市场经济还不成熟，属于市场经济的初中期，与发达国家相比，企业的规模、效率、国家竞争力还很低。因而在此情境下，国家仍需要产业政策法促进企业兼并

重组、鼓励垄断，形成较大的规模，实现规模经济效益的目标，提高经济效率，实现国民经济快速发展。因此，研究《产业政策法与反垄断法之协调制度》，对目前中国的经济发展，激发经济活力具有重要现实意义。

0.1.2 研究意义

产业政策法与反垄断法的协调是多方面的、多角度的，如政治学、经济学、公共政策、法学等多角度，而本课题拟从法治角度，且以法律形式将这种协调予以制度化，使得这种协调制度披上法律的外衣，具有法律的属性，有利于国家产业政策和竞争政策目标的强制实现。具体表现在：

1. 理论意义。第一，目前关于产业政策法与反垄断法或竞争法关系的研究论著并不多。在学术上主要还是局限于分别著述的状态。例如，关于产业政策法的研究主要局限于其称谓、特征、基本内涵、立法模式、制度体系、保障措施等。即使在论述中涉及产业政策法与反垄断法的关系，也只是点到为止，并未进行深入揭示。第二，少数学者认为产业组织法并不包含反垄断法。^①但是为数不少的学者将反垄断法纳入到产业政策法的产业组织法里，^②如果两者不在同一位阶上，反垄断法从属于产业政策法，两者根本就不存在冲突和协调，他们就没有什么需要协调之处，只是低层次的反垄断法服从于高层次的产业政策法问题。

① 王卫国：《经济法学》，中国政法大学出版社2008年版，第656页。

② 符启林：《经济法学》，中国政法大学出版社2005年版，第292页。卢炯星：《论宏观经济法中产业调节法理论及体系的完善》，载《政法论坛》2004年第1期。刘定华、肖海军等著：《宏观调控法律制度研究》，人民法院出版社2002年版，第227页。姜昕、杨临宏主编：《产业政策法》，中国社会科学出版社2008年版，第19、45页。刘大洪：《经济法学》，北京大学出版社2007年版，第285—290页。持同一观点。

这将导致经济法学界关于经济法由两大部门法，即宏观调控法和市场规制法组成的基本共识将不复存在，经济法也就没有存在的意义。本文通过梳理学者们对产业政策法和反垄断法的论述，理清问题的实质，有利于解决经济法理论研究中长期存在的总论与分论相脱节的问题。像上面所言，长期以来，经济法学研究中一直存在一个遭人诟病的倾向，即在总论的基础性理论研究中，盛行单纯的理论阐述；而在分论研究中即具体制度研究中，则完全依附于经济学的理论知识来阐述其部门法的内容，甚至出现分论观点和经济法总论的观点截然不同的观点，或与总论相矛盾的地方，打破了经济法体系的完整性。可以说，总论与分论之间的脱节现象一直束缚着经济法理论研究的进步和发展。本书将厘清产业政策法与反垄断法的关系，必将丰富经济法的基本理论和组成体系。

2. 实践意义——对实践工作具有指导意义

政府与市场的关系，这在国家产生后就存在，只不过这种关系随着市场经济的发展不断动态演变。时而政府干预为主，时而市场调节为先，时而并重。随着市场经济的完善，经济理论的演进，实践经验的启迪，我们能够了解政府干预资源配置和市场干预资源配置都有缺陷，即市场调节会失灵，政府干预也会失灵，甚至政府失灵比市场失灵的后果更严重。作为政府干预的两种武器——产业政策（产业政策法）与反垄断法本身具有一定的冲突性，如何调和两者关系，共同促进国民经济健康发展是当前的头等大事。《产业政策法和反垄断法之协调制度研究》课题的完成，将会给予政府部门、反垄断执法机构一个清晰的指导意见，将会体现在具体制定产业政策或实施反垄断法的执法中。另外，《产业政策法和反垄断法之协调制度研究》课题的完成，对提高产业和企业的竞争力，提升国家的竞争优势，维护本国的经济安

全，具有重大意义。此外，将产业政策法与反垄断法之间的协调制度法律化，是落实中国法制建设的一个重要任务，能够使得这种协调纳入法律框架，更具有可操作性。

0.2 研究目的

本课题之研究目的，首先修正产业政策与产业政策法之间的关系，有学者认为产业政策与产业政策法是一致的。即产业政策就是产业政策法，产业政策法就是产业政策。本书认为产业政策法与产业政策是不同的，产业政策与产业政策法在法治国家中是统一的概念，严格受到宪政或法治的制约，而在转型国家仍未实现其概念的统一。

其次，修正产业政策法与反垄断法之间的谬误。有许多学者认为，产业政策法包含了反垄断法，反垄断法属于其产业组织法。本书是以产业政策法和反垄断法的关系为立足点，首先要解决的是产业政策法和反垄断法是不是同一位阶的法律，如果不是同一位阶的法律，两者就存在上下位阶的关系，那么下位阶的法律就要服从上位阶的法律，两者就没有研究的意义。而本书从产业政策法的角度说明，两者是同一位阶的法律。只不过产业政策法的地位相对模糊，属于宏观调控法律体系，反垄断法作为市场经济国家的经济宪法，通常以法典形式出现，是一部经济基本法。

最后，本书梳理众多文献，探索中国产业政策法与反垄断法之协调制度，并试图将理论研究运用到实践中，解决现实中我国产业政策法与反垄断法之间的冲突，有利于我国产业政策上升到产业政策法，实现产业政策合法化和正当化；有利于中国的产业

政策法与反垄断法之间协调制度的构建,更有利于尽快促进产业结构转型,促进国民经济发展。

0.3 国内外研究状况

0.3.1 从宏观角度研究两者动态演变关系

国内外学者对产业政策法与反垄断法关系的研究,更多的是从宏观角度来研究两者之间的动态演变关系。

国内于立学者认为产业政策与竞争政策是相对立的,属于国家干预经济的两种武器,提到产业政策和竞争政策的冲突最后将会出现此消彼长的态势。刘劲松、舒玲敏学者认为,产业政策法与反垄断法之间随着经济发展而不断动态演变,第一阶段应“以产业政策为主导、竞争政策为补充”;第二阶段应“实施弱化产业政策功能,更多地适用竞争政策”;第三阶段“竞争政策优先,同时以产业政策作为补充”。单阶段模式采取渐进的方法,针对不同的经济发展阶段而进行特定的制度供给,^① 市场经济发展成熟阶段,将会以反垄断法优先。邝小文学者针对经济转轨时期的中国现阶段,应坚持以竞争政策为基础,辅之以产业政策。^② 陈尧、梁家祥学者提出,经济全球化背景下竞争政策与产业政策的战略搭配,是对内强调产业政策、对外强调竞争政策,短期内强调产业政策、长期内强调竞争政策,在局部强调竞争政

① 刘劲松、舒玲敏:《论产业政策与竞争政策的战略搭配——以日本为例》,载《当代财经》2006年第7期。

② 邝小文:《关于产业政策和竞争政策关系的几点思考》,载《特区经济》2006年第2期。

策、在全球强调产业政策。^① 齐虹丽认为加入 WTO 后, 产业政策的运行会出现一些变化, 她根据日本加入 WTO 后对产业政策和反垄断法的运用, 提出在运用产业政策的同时绝不能忽略竞争政策的作用。应协调好二者关系。为增强国际竞争力而过分夸大产业政策的作用从长期看会削弱企业的国际竞争力, 日本政府过去对市场曾有过的过度干预的“后遗症”对今天的日本经济有一定的影响。为此, 她认为确保产业政策与竞争政策之间的平衡协调关系, 是我国中长期的重要课题, 我国应尽快实现竞争政策的法制化, 并保证竞争政策的切实可行。^② 林民书、林枫提出经济全球化, 竞争规则和竞争态势的改变, 决定竞争方式的变化。竞争政策不能孤立存在, 一个有效的竞争制度和竞争政策, 不仅其本身应该合理、健全, 还需要产业政策与其相互协调。政府应主要从竞争政策入手, 通过制定符合国际惯例的市场竞争规则, 营造良好的外部竞争环境。产业政策不能局限于对大企业的扶持, 而必须围绕竞争政策, 以竞争政策为主, 通过竞争政策的实施, 促进资源的有效配置和企业竞争力的提高与产业的发展。^③ 贺婧提出要强化竞争政策的主导性和优先性, 坚持产业政策的辅助性和补充性。整体上强调和坚持竞争政策, 局部上充分发挥产业政策的作用, 产业政策要着重导向性功能, 竞争政策关注完善、维持公平的竞争环境。短期内强调产业政策, 长期内强调竞

① 陈尧、梁家祥、朱洪波:《经济全球化背景下如何提升我国的经济竞争力——关于竞争政策和产业政策战略搭配的探讨》,载《中央财经大学学报》2002年第1期。

② 齐虹丽:《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》,载《经济科学》2003年第3期。

③ 林民书、林枫:《经济全球化条件下中国竞争政策与产业政策的选择》,载《东南学术》2002年第4期。