

论反垄断法适用除外制度的价值目标

吴宏伟 金善明

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要 适用除外制度是反垄断法的重要组成部分。国家通过在反垄断法中设置适用除外制度意在协调产业政策与竞争政策之间关系,通过法律路径落实国家产业政策,致力于统一大市场的构建和国家经济安全的维护,以实现社会整体利益的最大化。我国《反垄断法》也设置了适用除外制度,因此,有必要以上述价值目标为基准对其进行考察、探讨。

关键词 适用除外 竞争政策 社会整体利益 反垄断法 社会本位

中图分类号 D414 **文献标识码** A **文章编号** 1005-9512(2008)03-0042-06

一、反垄断法与适用除外制度的缘起

市场经济条件下,竞争机制发挥作用通常是一种‘孪生’社会现象,即竞争在给社会经济带来积极作用的同时,也产生了垄断,给社会带来消极后果。这些消极后果缘于竞争本身而产生,因此,单靠竞争本身去消除与禁止垄断、矫治市场竞争行为是不可能的。这就形成了市场经济实践需要国家矫治、调节的前提,而国家则通过反垄断法不仅要消除与禁止垄断,而且要以此为契机实现既定的国家竞争政策并将其体现在反垄断法的要求之中。具体而言,市场经济初期各国热衷于亚当·斯密的自由主义经济理论,国家只是以一种外在的强制力量保证竞争者自由竞争权并调处竞争者之间的利益矛盾。在进入垄断时期后,由于反对自由竞争中出现的垄断的需要,以及国家经济管理职能的实施,国家需通过反垄断法去规范竞争秩序。反垄断法应规范市场竞争行为、维护市场竞争秩序之需而生。因此,反垄断法源于市场经济中的市场竞争规律,而成就于国家经济职能的实施。¹

反垄断法通过消除与禁止垄断、规范市场竞争,进而维护市场竞争秩序、提高市场运行效率,但不免会与其他相关利益或价值目标相冲突。对此,国家通常立足社会整体,依据本国经济和社会实际状况对诸种利害关系进行平衡协调,并制定、实施相关产业政策,以实现国家经济管理职能和产业政策目标。换言之,为了在整体上实现既定的目的,即通过竞争优化配置社会资源和最大限度地推动企业的创新活动,国家应当在消除垄断因素的同时保留某些必要的垄断因素。²而这反映到法律制度层面上来说,便是国家需通过适用除外制度来落实相关政策、保证上述目标的实现。事实上,在反垄断法中设置适用除外制度,运用法律手段保护、促进国内某些行业或领域的秩序与效率,维护和实现社会整体利益,是市场经济国家通行的做法。³

二、适用除外制度定义、特征和本质

作者简介 吴宏伟,中国人民大学法学院教授、博士生导师 金善明,中国人民大学法学院经济法博士研究生。

尽管市场经济国家在通过反垄断法规制垄断的同时设置了适用除外制度,对某些垄断网开一面。但究竟什么是适用除外制度?各国反垄断法中并没有予以明确,依据上述分析,我们认为,适用除外制度是指国家为了维护经济运行效率、提高国民经济竞争力、保护社会整体利益、保障市场经济健康发展,通过以反垄断法为核心的相关法律规定,对某些特定行业或领域中的垄断不予禁止的法律制度。适用除外制度在本质上是反垄断法的目标与其他经济、社会目标协调的结果。⁴一般来说,在各国反垄断法中,适用除外制度的对象主要是那些对维护本国整体经济利益和社会公共利益有重大关系的行业或领域,以及那些对市场竞争关系影响不大但对整体利益有利的垄断状态与垄断行为。⁵由此可见,适用除外制度在协调反垄断法与发展规模经济的关系,实现国家产业政策,维护国家整体经济利益和社会公共利益方面,发挥着举足轻重的作用。这是因为,不管是适用还是除外适用反垄断法,出发点都是追求有序竞争、实现社会整体利益的最大化。据此,我们不难发现,适用除外制度一般具有以下法律特征。

第一,适用除外制度具有社会本位性。社会本位是反垄断法适用除外制度的根本属性。所谓社会本位,是指在经济关系的调整中,应立足于社会整体,以社会利益和社会责任为最高准则,在任何情况下都需以大多数人的意志和利益为重。⁶大多数人的利益在实践中体现为社会整体利益抑或国家利益。反垄断法旨在维护市场经济之有序竞争,维护社会整体利益,然而,垄断作为竞争的对立面,在一定程度上说,竞争的不足之处正是垄断发挥积极作用之领地。因此,国家须立足社会整体、依照产业等经济政策以避免某些特定行业或领域内的过度竞争。这是因为在这些行业或领域中过度竞争往往会导致社会资源的配置效率低下、市场经济运作成本上升,达不到预期目的,甚至影响整个国家市场的运行效率、损害消费者权益和社会整体利益。这些特定行业或领域排斥过度竞争、保护规模经济,让“自由竞争”和“个体效益价值”暂时退居次要地位,反垄断法以整个国民经济的协调发展和社会整体利益为基点,来调整个体与社会之间的经济关系、协调各类经济利益关系,以促进、引导或强制实现社会整体目标与个体利益目标的统一,保证市场经济持续、稳定、协调地发展。适用除外制度的设置也正是出于此目的。

第二,适用除外制度具有法定性。适用除外制度是反垄断法的重要组成部分,旨在实现特定行业或领域内经济运行的有序和高效,从而维护市场经济的良序循环、维护消费者权益和社会整体利益。这一目标的实现取决于除外范围的确定,而除外范围的确定须由法定机关在法定权限内按照法定程序并结合当前整个国民经济发展状况而作出的,而不是由政府或行政官员自由确定的。否则,就有行政机关“滥用行政权力,排除、限制竞争”之嫌。换言之,适用除外制度是反垄断法在实施中依据经济形势而进行的具体运用,其必然要求具备法定性而防止行政肆意,以防违背适用除外制度设置的初衷——通过对特定行业或领域内竞争秩序和运行效率的维护,优化资源配置,实现社会整体利益。这就从客观上要求也从主观需要上昭示着适用除外制度自其设置、界定至具体落实,都必须有法定依据、符合法定程序,进而确保将国家特定时期的竞争、产业等经济政策融入其中,实现市场经济的健康、高效发展。

第三,适用除外制度具有政策性。反垄断法源于国家对市场经济运行进程中垄断的消除与禁止,其意义不在于似民法般抽象地设置和保障民事关系各方的权利和义务,而需及时应对市场中变幻莫测的垄断,以求兴避害、保护市场竞争的有序性,进而维护消费者权益和社会整体利益。其使命在于依据市场经济运行状况,满足和实现国家制定和颁布的竞争政策的要求,因此,反垄断法具有显著的政策性,作为反垄断法重要组成部分的适用除外制度也当然不例外。质言之,适用除外制度与国家竞争、产业等经济政策的制定和执行密切相关,旨在维护宏观经济秩序、保持社会整体利益、提升本国市场竞争力,进而确保社会稳定和国家安全。一般来说,市场经济国家通常根据本国当前的经济形势和政策取向决定适用除外制度的范围,如随着科技的发展和经济情况的变化,德国于1998年修改《反对限制竞争法》时删除了有关“折扣卡特尔”⁷、“进出

口卡特尔’等适用除外制度的规定；为了谋求经济社会的根本性改革、实现自由公正的经济社会并同时推进缓和规制的改革,日本于1999年废除了限制企业公正自由竞争的、损害消费者利益的反垄断适用除外制度。⁸由此可见,适用除外制度的选择与范围的变化总是以一国的政治经济形势及其经济政策为出发点,并时刻与其保持相适应。

适用除外制度是市场经济国家反垄断法的重要组成部分,其具体落实往往取决于一国国情,取决于国家据此而制定的产业、竞争等经济政策。因此,从表面上看,适用除外制度是国家不禁止某些行业或领域中垄断的一种制度,从本质上来说,适用除外制度是国家基于‘公平与效率’的价值追求,通过竞争、产业等经济政策的法律化保证市场经济的正常运行,以协调反垄断与实现规模经济效益的关系、构建有序竞争的市场结构、维护国家整体经济利益和社会公共利益。换言之,适用除外制度的本质是国家将竞争、产业等经济政策上升为国家意志即法律,进而得以合法有效地实施,并实现国家经济管理职能的一种法律运用。

综上所述,适用除外制度的价值取向必应合乎反垄断法的总体价值取向、与其保持一致,即通过对市场竞争秩序的维护,优化资源配置,实现社会利益最大化。但我们认为,适用除外制度仍然具备其独有的价值目标,一般认为,反垄断法的适用除外制度的目标主要体现在两个方面:即直接目标和根本目标,前者指落实国家产业政策,后者指提高社会整体利益。

三、直接目标 落实国家产业政策

1. 适用除外制度 产业政策与竞争政策的和谐点

一般来说,产业政策和竞争政策都属于国家经济政策范畴,是市场经济国家发展本国经济不可或缺的政策工具。产业政策是政府为了实现一定的经济和社会目标,而对产业的形成和发展进行干预的各种政策的总和。这里的干预是一个广义的概念,包括规划、引导、促进、调整、保护、扶持、限制等方面的含义,其实质是政府对经济活动的一种自觉的干预,以实现特定的政策目标,包括实现经济振兴与赶超,产业结构调整与转换,保持经济领先地位与维持经济增长势头等,这些政策是对社会整体利益的维护。⁹竞争政策是国家根据市场经济运行的现状和发展趋势,以及同市场经济有关的经济环境所作出的为之奋斗的经济目标或经济纲领。¹⁰产业政策的主要目标是国家特定产业的发展,而竞争政策则侧重于市场竞争机制存在与否以及市场竞争运行状况。产业政策强调以政府为主导,通过制定和实施各类经济政策对市场经济加以调节、干预;竞争政策强调以市场为主导,通过消除与禁止垄断来维护市场的竞争机制。可见,两者在具体的目标选择和实现路径上是不同的,前者体现着政府意志而后者更多地体现着市场机制。

尽管产业政策和竞争政策在具体目标选择上具有不同的定位及手段,但两者统一于国家社会整体利益最大化的大旗下,是国家经济政策的重要组成部分,共同实现国家经济政策的总体目标。竞争政策通过对市场有序竞争的维护力图实现社会整体利益的最大化,而产业政策的实施也是为了促进一国经济持续、健康、快速的发展。因此,即便两者存在具体冲突也可以得到协调的,国家通过公权力对传统意思自治的私权领域予以介入来实现社会责任本位,即国家在制定、实施竞争政策过程中须基于‘公平与效率’的价值取向,考虑、落实产业政策并将其融入竞争政策的执行进程中,而这一有效路径便是在反垄断法中依据产业政策设置适用除外制度。借助适用除外可以将产业政策和竞争政策有效地结合起来,找到市场经济高效、有序发展的和谐点。

2. 适用除外制度 国家产业政策之使然

尽管国家产业政策的制定和实施常会与其所推行的竞争政策和竞争立法发生冲突,但可以通过引入适用除外制度从而为两者的平衡寻找一个和谐点,即国家通过在反垄断法中设置适用除外制度,从而使国家产业政策得以贯彻和实施。这是因为产业政策的重要功能便是在尊重市

场机制的基础上对市场机制配置资源的作用进行优化、补充,特别是对‘市场失灵’的领域进行矫治、改善,但产业政策的合理性离不开市场机制的检验和调节,这是产业政策立身之本。而适用除外制度的目的就在于立足社会整体,尊重市场竞争规律,积极发挥竞争与垄断可取之处而避两者之消极影响,维护市场经济有序、高效的运行,进而实现国民经济的健康、协调、尽速的发展。换言之,适用除外制度有利于国家实施其产业政策并实现其预期目标,为产业政策功能的发挥缔造了良好基础。从这个角度来说,适用除外制度是国家落实其特定时期产业政策的使然。

事实也正是如此,市场经济国家所制定出来的产业政策一般都是以“……不适用本法”等“适用除外”形式在反垄断法中得以体现和实施的。西方发达国家都无一例外地在反垄断法或在反垄断实践中创设了适用除外制度,即对本属于反垄断法所规制的垄断不适用反垄断法,这些除外对象通常是符合产业政策要求的、受法律保护但不适用反垄断法的特别行业或领域。同样,我国《反垄断法》第56条亦作出了相应规定。这些除外情形的设置和实施通常就是为了落实和实现国家产业政策,如国家关于农业相关的产业政策就可以通过适用除外制度得以实现。

四、根本目标 维护社会整体利益

1. 维护社会整体利益 适用除外制度的宗旨

市场经济国家基于‘公平与效率’的价值取向而在反垄断法中设置适用除外制度,实际上是国家在产业政策和竞争政策之间寻求的最佳平衡点——既要维护市场竞争的有序、高效,又要保证特定行业或领域的稳定、安全。两者之所以能够经博弈权衡之后达成共识、形成和谐点,完全得益于适用除外制度将维护社会整体利益作为其宗旨。适用除外制度之所以将维护社会整体利益作为自己的宗旨,通常基于以下两点:

一是一国政治经济政策的制度选择。政治经济政策是现代国家维护国家安全、促进经济繁荣的重要工具手段,但国家制定政治经济政策过程中难免出现各种具体的价值分歧以及实施理念的冲突。因此,这就从客观上要求市场经济国家在制定和执行其政治经济政策时必须立足社会整体、全盘考虑,既要保持市场近期运行的效益,又要确保本国经济长足发展的可持续性。而作为反垄断法重要组成部分的适用除外制度则迎合了这一要求,暨通过适用除外制度允许在某些行业或领域中保持不同程度的垄断,进而有利于维护国家的安全和稳定同时也有利于维护宏观经济秩序、增强本国经济的竞争力。质言之,适用除外制度应一国政治经济政策之需而立足社会整体利益,确保市场经济运行的有序、高效。

二是经济全球化的客观要求。随着科学技术的发展与进步,经济全球化成为当今世界经济发展的必然趋势,并促使着各国经济交流日益频繁。但经济全球化也加剧了各国之间的竞争,这种竞争背后都隐含着国家利益的纷争。从表面上看,经济全球化只是一个经济问题,实质上却是一个政治与外交问题,其背后是国家利益的博弈。经济全球化对国家利益的保护提出了新挑战。因此,这就从客观上要求国家既要维护本国市场的竞争力又能增强在国际市场上的竞争力,国家须以社会整体利益为重,在规制市场垄断时对某些行业或领域的垄断网开一面。质言之,国家在应对经济全球化浪潮时须通过在反垄断法中设置适用除外制度以确保国家经济利益安全、维护社会整体利益最大化。

综上所述,维护社会整体利益是国家通过在反垄断法中设置适用除外制度进而协调、落实国家竞争、产业等经济政策的制度目标,也是最终的宗旨。其中,适用除外制度所蕴含的社会整体利益旨在保护规模经济、让‘自由竞争’和‘个体利益’暂退二线,进而侧重于从社会整体角度来协调和处理个体与社会的关系,以保障国民经济运行的有序、高效。因此,其外延通常包括促

进国民经济发展、提高国内企业的国际竞争力、保护对外贸易、社会就业、环境与资源保护及救灾、救助等。¹¹

2. “统一大市场”与“国家经济安全”适用除外制度诉求表现

适用除外制度是国家基于“公平与效率”的价值追求而在竞争政策和产业政策之间平衡协调的结果,并以维护社会整体利益为其最终宗旨。然而,适用除外制度的设置并不当然带来社会整体利益的实现,其必须诉诸一定的实施路径。就适用除外制度的本质属性来说,通常须着眼于以下两个方面而兑现其预定目标:一是建立健全统一大市场。建立健全市场经济体制、使市场机制的整体效能得以充分、有效的发挥,必须形成统一大市场。我国目前处于市场经济转型之中,在各行业或领域之间以及行业或领域内仍存在各种有形和无形的“壁垒”;统一大市场至今尚未完全建立,市场的统一性和开放性受到一定程度的破坏。因此,我们现在所要建立的统一大市场,必然要体现公权力的介入,建立健全适用除外制度,避免关系国计民生的行业、领域因盲目竞争而产生的资源浪费和效能低下,有利于保证市场经济的有序发展、实现社会整体利益的最大化。二是维护国家经济安全。伴随着经济全球化的浪潮,经济利益日益成为国家和民族赖以生存、发展和昌盛的根本利益,在所有国家利益中居于最主要位置,没有经济安全就不可能有国家安全。在此情形下,国家对于垄断的定位主要基于其是否有利于维护国家经济安全。因此,为了确保国家经济安全、促进经济稳定,国家需要对特定行业或领域进行不同程度的垄断,如对国防工业、金融、保险、农业、广播等领域的某些组织和行为予以适用除外。

五、我国《反垄断法》有关适用除外制度的价值审视

1. 我国《反垄断法》适用除外制度的介评

我国在《反垄断法》制定过程中也关注到了适用除外制度的作用,并将其作为我国《反垄断法》的重要组成部分,分别在第7条、第55条以及第56条中作出了相应规定。其中,第7条主要涉及的是“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”;而这些行业属于一般意义上的国家垄断或自然垄断行业——这些行业在国民经济中占有重要的战略地位,亦是国家竞争、产业等经济政策得以贯彻、落实的关键部门,因此,国家为维护这些行业的稳定、安全与高效而允许适当的垄断存在。质言之,国家往往基于社会整体利益、通盘考虑,将关涉这些行业的竞争、产业等经济政策上升为国家意志而披上法律的外衣、赋予其法律效力,进而对这些行业不适用反垄断法律制度。第55条规定的“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法”,严格意义上不能同等于适用除外制度。这是因为,经营者依法享有的知识产权是一种具有占有、使用、收益甚至处分内容的财产权,经营者对其行使权利,是私法领域中意思自治的集中体现。但一旦“经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为”时,因其私权利的运用而影响到社会整体利益,须由《反垄断法》对其进行调整。这实际上就是传统私法与反垄断法之间的适用衔接,而非国家基于整体利益所作出的适用除外制度。第56条是关于农业及其相关产业的除外规定。农业是我国经济发展的重要命脉,关系到国家工业、服务业等其它产业的健康发展。目前,我国“三农”问题成为社会关注的焦点——“三农”问题解决的好坏直接关系到我国经济发展成败、社会整体利益维系与否。从这个角度来说,我国《反垄断法》第56条的规定正是贯彻国家农业政策的体现。

由于我国《反垄断法》并没有对诸如国防工业、金融、保险、广播等行业作出明确的除外规定,因此,这将引起我们对如何来维护这些行业的健康、稳定、高效发展的思考。

2. 我国《反垄断法》适用除外制度的适用

在经济全球化不断增强的形势下,我国目前仍处于市场经济转型期,政府正转变其经济管理职能、市场竞争机制未得到充分发挥。因此,我们适用《反垄断法》的除外制度时,须结合我国市场经济现状,依据国家竞争、产业等经济政策,恪守世界贸易组织规则,严格把握好社会整体利益这一价值追求。具体来说,须从两个方面着手:一是合理、适时地确定适用除外制度的适用范围。适用除外制度的制定与实施弹性大、政策性强,因此,在具体适用时,须合理借鉴其他国家的先进经验,遵守国际条约和协议尤其是世界贸易组织规则,权衡竞争政策和产业政策,依据特定经济发展时期作出具体的实施措施并依据经济情势的变化及时作出相应调整。对此,我国在执行、实施《反垄断法》第7条时,就可以采取上述措施进行细化,使其得以贯彻实施,维护好社会整体利益。如就我国目前经济发展情况,我们可以将国防工业、金融、保险、广播、交通运输等行业纳入第7条规定的三大行业之中,以确保这些行业发展的安全、有序、高效。二是处理好与其他法律政策之间的关系。在构建和谐、良好的市场经济秩序过程中,适用除外制度是重要的法律制度,但须关注该制度与知识产权法律制度、促进中小企业发展法律制度、反不正当竞争法律制度和价格法律制度等之间的配合、协调问题。对此,应以社会整体利益为重,进行制度考量,进而采取合适的法律制度以确保社会福利最大化。

当然,适用除外制度的全面贯彻和实施是一个复杂的系统工程,不可能仅靠一两点建议来落实。但无论如何,在具体的实施过程中,我们理应立足社会整体,有效执行我国《反垄断法》有关适用除外制度的规定,以确保特定行业或领域的稳定、高效发展,促使社会整体利益最大化。

注:

¹ 吴宏伟著:《竞争法有关问题研究》,中国人民大学出版社2000年版,第55页。

² 王晓晔著:《竞争法研究》,中国法制出版社1999年版,第76-77页。

³ 例如,德国在1998年修订的《反限制竞争法》的第五编“本法的适用范围”对适用除外作出了规定;日本在《禁止私人垄断及确保公正交易法》的第六章专章设置了“适用除外”;美国则通过1918年的《韦伯—波密伦法》、1922年的《凯普—伏尔斯蒂特法》、1945年的《麦克卡—飞古森法》和1982年的《出口贸易公司法》等一系列单行法以及一些判例确定了“适用除外”的行业或领域。具体参见尚明主编:《主要国家(地区)反垄断法例汇编》,法律出版社2004年版,第59页、第439页、第848页。

⁴ 吴汉洪:《关于中国反垄断法的适用除外》,《中国改革》1999年第1期。

⁵ 刘桂清:《适用除外的基本特征及对我国立法的启示》,《山东法学》1999年第6期。

⁶ 参见潘静成、刘文华主编:《经济法》,中国人民大学出版社2005年版,第63页。

⁷ 参见尚明主编:《主要国家(地区)反垄断法例汇编》,法律出版社2004年版,“德国反对限制竞争法”部分。

⁸ 参见齐虹丽:《政府规制与反垄断法的适用除外制度——以日本反垄断法中的适用除外制度为讨论中心》,《法学评论》2004年第6期。

⁹ 王先林:《产业政策法初论》,《中国法学》2003年第3期。

¹⁰ 吴宏伟著:《竞争法有关问题研究》,中国人民大学出版社2000年版,第55页。

¹¹ 全国人大常委会法制工作委员会经济法室编:《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第3页。

(责任编辑 闻 海)