

反垄断法的豁免——中国的视角和选择

应品广

(华东政法大学, 上海, 200042)

摘要: 反垄断法在我国经济领域中的适用范围应该有多大, 已经是摆在我国竞争执法机构面前的重大现实问题。对比各国反垄断法对经济领域覆盖的“统一适用、例外豁免”模式和“有限适用”模式, 我国更宜采用前者。在具体的豁免内容上, 则应重点关注行业豁免问题。对于可以采取法定豁免的内容, 应该通过立法或者指南的方式予以明确; 对于可以采取个案豁免的内容, 则应根据“合理原则”进行个案的“公益性”分析。豁免的范围还应随着时间和条件的变化而做相应改变, 并朝着逐步缩小豁免范围的方向而努力。

关键词: 反垄断法; 适用范围; 豁免; 个案豁免; 法定豁免

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2010)05-0053-05

一、引言

我国《反垄断法》已进入实施阶段, 其在多大程度上得以在各个经济领域适用, 已经是摆在执法机构面前的一个现实问题。各国反垄断法的适用范围大多是借由反垄断法上的“适用除外”或“豁免”制度来加以明确的, 存在普遍的共性; 但是在我国, 反垄断法的适用范围却因经济的转轨性而呈现出明显的个性, 使得反垄断法的豁免不仅关乎反垄断法本身, 还是关乎一系列法律和体制改革的系统工程。在这种形势下, 对反垄断法豁免问题的探讨就不能仅仅局限于法律条文本身, 而是要将其纳入到更广泛意义上的“竞争政策”范式和体制改革的大背景中来。《反垄断法》的出台, 实际上在一定程度上标志着我国“竞争政策”概念的正式出现。在此之前, 尽管我国也有很多促进竞争的法律和规定,^①但是并未出现“竞争政策”这一明确概念。《反垄断法》第一次明确地确立了反垄断委员会“研究拟定有关竞争政策”的职责。尽管从反垄断执法机构的角度而言, 《反垄断法》上所指之“竞争政策”主要是指“与反垄断法相关的竞争政策”, 原则上还不包括反不正当竞争政策, 但是将竞争政策理解为以反垄断法为核心并囊括垄断行业改革以及“竞争推进”机制的竞争政策, 在我国现阶段更具有理论和现实的意义。正

如有学者所言, 我国当前市场经济运行的一大特色已经是自然垄断、行政垄断和经济垄断交织在一起, 实际操作中难以区分, 最后形成企业、行业、政府“三位一体”的“一锅粥”,^[1]导致对垄断行业垄断、行政垄断和经济垄断的分别规制已经不能解决反垄断法的有效实施问题。为此, 本文对反垄断法豁免问题的探讨, 将以反垄断法本身为核心, 以“竞争政策”和体制改革为背景, 并以反垄断法豁免适用的模式和内容选择作为主要分析对象。

二、概念澄清: 适用除外与豁免

一般说来, 反垄断法在多大范围内得以适用, 是通过反垄断法的适用除外和豁免制度加以体现的。适用除外和豁免, 是从竞争之外的“社会公益”角度出发, 对特定的行业或行为直接不适用或豁免适用反垄断法。适用除外和豁免的范围越广, 意味着反垄断法作用的范围越窄。因此, 一国的适用除外和豁免制度非常能够体现一国竞争政策的地位, 以及一定时期该国对竞争政策适用的具体选择。

尽管从一般意义上说, 适用除外与豁免是指竞争政策不发生作用的领域, 但是对其内在含义的理解仍然存在诸多争议。目前主要存在三种观点: 第一种观点认为“适用除外”等于“豁免”, 都是指在某些领域允

收稿日期: 2010-03-22; 修回日期: 2010-05-26

基金项目: 商务部反垄断局课题“中国竞争政策研究”(D90902); 华东政法大学研究生创新能力培养专项资金资助项目“反垄断法中的效率抗辩法律问题研究”(0901006)

作者简介: 应品广(1984-), 男, 浙江永康人, 华东政法大学经济法学博士研究生, 主要研究方向: 竞争法。

许一定的垄断状态及垄断行为存在,反垄断法不予追究的特别法律制度。^[2]第二种观点认为“适用除外”包含“豁免”,即适用除外包含不为反垄断法所规制的“例外”情况和为反垄断法所规制的“豁免”情况。^[3]第三种观点则认为“适用除外”不同于“豁免”,适用除外是法律上规定某些组织和行为不适用反垄断法;而豁免是指对应当适用反垄断法的限制竞争行为或垄断,在特定的情况和条件下,出于国家、社会利益或其他考虑,免于追究。^[4]从两者的字面意思来理解,将“适用除外”解释为特定领域或行为不适用反垄断法,将“豁免”解释为根据反垄断法的标准和规则进行分析后所给予的“宽恕”,显得更为合理。但是这样理解也并不是没有缺陷。在欧盟竞争法下,“适用除外”和“豁免”的概念是存在区别的。《欧盟条约》第81条(1)排他性地禁止了一切垄断协议,因此在《欧盟条约》第81条(3)中为第81条(1)中禁止的协议设立了一个豁免制度。在这个意义上,欧盟的“豁免”只存在于垄断协议中,不适用于滥用市场支配地位和经营者集中;而“适用除外”可以存在于任何垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中的情况。因为正是对于垄断协议的普遍禁止使规定豁免情况成为必要,但并不存在普遍禁止的滥用市场支配地位和经营者集中。但是在美国反托拉斯法中却只存在豁免(exemption or immunity)的概念,而不存在适用除外(exception)的概念。正如美国学者阿瑞达所说,美国反托拉斯法没有认证豁免这个概念,因为它仅是排除适用反托拉斯法的一个通用标签。^[5]名称或者标签都不重要,关键是其实质性的意义。

因此,本文不纠缠于两者概念的区分,而统一使用“豁免”指代反垄断法对特定领域或行为的不作为或免于作为,并根据各国反垄断法“不作为或免于作为”的实践情况,将豁免的形式分为法定豁免和个案豁免两大类。反垄断法的“不作为”和“法定豁免”可视为一般意义上的“适用除外”,“免于作为”和“个案豁免”则可视为一般意义上的“豁免”。其中,法定豁免是指通过立法的方式排除反垄断法的适用,包括在反垄断(竞争)法中加以规定和在特别法中加以规定两种情形;个案豁免则是指对特定行为做具体的个案分析,进而决定是否适用反垄断法。

三、反垄断法适用范围的模式选择

反垄断法对经济领域的覆盖有两种模式:一是“统一适用、例外豁免”模式,即反垄断法统一适用于一国经济的所有领域,然后根据特别的“社会公益”理由对

特定的行业或行为实施豁免;二是“有限适用”模式,即反垄断法在与其他政策、法律和规则相冲突时,反垄断法让位于后者,仅在竞争法律和规则所确定的有限范围内适用。美国和欧盟等主要国家和地区都以“统一适用、例外豁免”作为反垄断法的适用模式。^[6]比如《欧盟条约》第3条的规定,欧共体竞争法是普遍适用的,当竞争法与其他政策发生冲突时,前者具有优先地位。在美国,反托拉斯法也是普遍适用的,在此基础上,才根据个别需要确定有限的豁免。这是因为,竞争是市场经济的基本规则,竞争法是维持竞争的主要手段。社会经济的平等和自由等基本原则确立了竞争法的优先地位。^[7]

但是在我国,从现有的相关规定和一些做法来看,反垄断法的适用还处于“有限适用”的阶段。我国的相关法律如价格法、招投标法、铁路法等都包含某些反垄断的规则,某些行业条例如电信条例也是如此。根据特别法优于一般法的法律规则,规制市场准入和定价的部门法往往会使反垄断法边缘化,导致依据部门法成立的垄断性企业将不会受到反垄断法的规制。特别是,在《反垄断法》出台以后,对第7条的理解一度成为了大家关注的焦点。《反垄断法》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。那么,“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”^②是否属于反垄断法的适用范围?毫无疑问的是,大量的自然垄断行业和政策性垄断行业都属于这个范围。一旦将这些行业统统排除在反垄断法的适用范围之外,将严重阻碍相关行业的规制改革以及我国经济的可持续发展。这样一种主张和我国长期以来在观念上缺乏对以反垄断法为核心的竞争政策的普遍认同息息相关。实际上,我国改革开放三十多年的历史进程就是不断引入竞争机制和依靠竞争政策得以发展的过程,而学界和政界都还没有意识到用“竞争政策”来统领和解释这一现象,使得我国的竞争政策在《反垄断法》出台之后的进一步实施遭遇了理论上的空白和利益群体的阻碍。在体制上,则表现为影响经济可持续发展的结构性矛盾和改革阻力依然存在:一方面,公有制经济和非公有制经济的比例仍然大幅失调,国有企业改革依然阻力重重;另一方面,我国经济运行中已经形成了自然垄断、经济垄断和行政垄断“三位一体”的交缠局面,使得对行政垄断、自然垄断和经济垄断的规制成为关乎一系列法律和体制

改革的系统工程，不可能单纯依靠反垄断法或者竞争法足以解决。

在这种形势下，若人为地排除特定行业的反垄断法适用，将迎合国内垄断势力和既得利益集团的不合理需求，并阻碍我国市场化改革的进一步发展。为了完善我国当前的社会主义市场经济体制，在大多数行业形成有效竞争，我国当前应明确反垄断法“统一适用、例外豁免”的适用模式。在今天的中国，由独立的政府机构制定的部门法规，在合法性和内容上都存在不一致的情形，并且存在只服务于本部门利益并架空反垄断法的巨大风险。如果其他法律和法规优先于反垄断法，那么就无法形成一个统一适用反垄断问题的法律标准。因此，有必要对《反垄断法》第 7 条做出明确的立法解释，指出“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”仍然属于反垄断法的规制范围；即便特定行业根据公益性要求需要排除适用，也应该通过立法的方式将其列明。否则，对法律条文的理解和解释极易朝消极方向发展，严重阻碍我国竞争政策的有效实施。

四、反垄断法适用豁免的内容与范围

在明确反垄断法统一适用的基础之上，接下来需要考虑的是根据一国经济和社会的发展情况和所处的阶段，哪些领域应该或可以实行豁免。如前文所述，根据豁免是通过立法排除还是个案分析来实现，可以将反垄断法的豁免分为个案豁免和法定豁免两大类。个案豁免主要包括垄断协议豁免、滥用市场支配地位豁免、经营者集中豁免和知识产权豁免，我国的《反垄断法》已经对其确立了相关规则。法定豁免则主要是指行为豁免和行业豁免。其中，行为豁免主要是指美国法上的“州政府行为豁免”和“请愿行为豁免”。^[8]而行业豁免则涉及到对包括电信、电力、邮政、铁路运输等在内的自然垄断行业和关系国家安全和国计民生的政策性垄断业务是否适用反垄断法的问题，关乎我国国企改革、垄断行业改革和政府管制改革的一系列内容，与我国经济体制改革的成败忧戚相关，因此下文对其进行重点分析。

从现有的世界各国立法例来看，行业豁免对象主要包括两大类：一是自然垄断行业，主要包括电信、电力、铁路运输、煤气和自来水供应等具有网络性质的产业；二是政策性垄断行业，主要包括国防、石油、媒体、烟草、农业和金融等涉及国家安全和国计民生的相关行业。我国当前经济中的自然垄断行业和政策

性垄断行业的总体情况可参见表 1。

表 1 中国经济中的自然垄断性行业和政策性垄断行业[®]

自然垄断性行业	政策性垄断行业
1. 电力行业; 2. 电信行业;	1. 涉及国家安全的特殊行业
3. 铁路行业; 4. 民航行业;	如国防工业;
5. 高速公路;	2. 石油、成品油; 3. 广播电台;
6. 水运港口设施;	4. 无线、有线电视台;
7. 邮政行业;	5. 烟草专卖; 6. 食盐专卖;
8. 天然气管道运输;	7. 甘草和麻黄草专卖;
9. 城市自来水;	8. 化肥、农药、农膜专卖;
10. 城市燃气供应;	9. 农业; 10. 金融业
11. 城市居民供热;	
12. 城市排污	

在自然垄断行业领域，从世界范围来看，对自然垄断行业的政府规制已经发生了两个巨变：第一，规制范式的转变。在自然垄断行业规制的早期，很多国家都是由一家国有企业实行一体化垄断经营，实行政企合一的管制体制。它以承认行业一体化垄断经营的合理、合法性为前提，直接约束企业行为，包括“准入禁止、决定价格、确定产品或服务的质量和条件，以及规定经营者以合理条件服务于所有用户的义务”。^[9]而现代意义上的自然垄断行业已经在垄断的层次上发生改变，开始从由一家国有企业实行一体化垄断经营转向在上游的网络行业实施垄断和在下游市场实现竞争。由此导致在规制目标上也开始从防止自然垄断企业利用市场势力肆意抬高产品价格，转向在这些行业内推动竞争，包括在网络产业的下游市场和不同的网络间实现竞争。^[10]第二，区分自然垄断业务与竞争性业务，并实施不同的规制手段。从整体而言，电信、电力、铁路运输、煤气和自来水供应等产业都属于自然垄断产业，但并不等于这些产业的所有业务都具有自然垄断性质。大量的国内外研究表明，自然垄断业务主要是指具备网络性质的业务，如电力、煤气和自来水供应产业中的线路、管道等输送网络业务，电信产业中的有线通信网络业务和铁路运输中的铁轨网络业务等。以电信行业为例，固线网络的建设需要投入大量的沉没成本，因此重复建设本地网络会造成严重浪费。但是，借由通信网络所实现的电信服务却并不涉及所谓的规模经济和沉没成本，只要市场进入得以保障，就不可能阻止竞争性市场的出现。即便是固线网络，如果是长距离线路，尽管也存在沉没成本，但是重复建设可能仍然是经济的，实现有效竞争也是可行的。比如在德国，就有超过十个以上的公司拥有自

己的长途固线网络在长途电信市场上展开竞争。对这些网络进行的投资非常活跃,越是在网络下游这种效应越明显。^[10]因此,要在自然垄断产业实现有效竞争,就必须区分自然垄断性业务和竞争性业务,把自然垄断性业务从其他业务中独立出来,政府继续对其严格管制;而对于大量竞争性业务,则应允许多家企业进入并使其展开竞争性经营。关于自然垄断行业中自然垄断业务与竞争性业务的区分,可参见表 2。

表 2 自然垄断性行业的自然垄断业务与竞争性业务^[11]

产业名称	自然垄断业务	(潜在)竞争性业务
电信	有线通信网络、本地电话	移动电话、长途电话、各种增值服务等
电力	高压输电、区域性低压配电	电力生产、销售业务、电力市场交易业务等
铁路运输	铁轨网络、信号基础设施	铁轨网的建设、列车的运行、设备生产与维修等
航空	空中交通管制、机场服务	航空运输服务、航空保障服务、航空延伸服务、航空维修服务 and 飞行员培训等
邮政	邮政分拣网络	邮政快递、大件包裹、邮政汇兑等
自来水	自来水管道路网络	自来水生产、储存、销售业务等
管道燃气	燃气管道网络	燃气生产、储存、销售业务等

在政策性垄断行业领域,对涉及国家安全的特殊行业如国防工业,以及各国反垄断法中普遍豁免的行业如农业等领域进行豁免,并不存在争议。但是对于某些专营专卖行业如烟草业,以及可能引发系统性风险的行业如金融业,反垄断法是否适用以及在多大程度上适用却一直争议不断。实际上,政策性垄断的范围往往会随着时代变迁、技术进步以及各国产业结构和市场竞争能力状况的变化而不断改变。而且,由于不同国家在经济与社会发展水平、自然地理环境、收入与消费需求水平等方面存在较大的差异,使各国对政策性垄断的取舍会有不同的认识。比如,在烟草专卖领域就存在着逐步取消政策性垄断的发展趋势。从世界同行业的发展来看,上个世纪 80 年代共有 70 余个国家实行烟草专卖制度,到 2003 年仅余 20 个。^[12]以日本为例,在经济全球化的压力下,日本政府在 1985 年取消了烟草专卖制度,代之以经济性垄断,最终改革持续了 10 年才基本完成;^[13]而韩国于 1999 年开始进行烟草行业的私有化,我国台湾地区也在 2002

年完成了改革。^[14]在金融领域,尽管金融部门本身并非属于必不可少的公共品,但是其常常排除在竞争法的严格适用之外。因为尽管单个银行的失败与一个公司的破产并无特别不同,但是其可能造成的系统性风险常常被视为造成对其区别对待的理由。^④实际上,各国都不同程度地出现过对银行保险等金融行业的反垄断法豁免。例如,美国曾于 1913 年制定《联邦储备法》以允许银行在信贷政策及利率方面采取合作行动,但 1960 年的《银行兼并法》、1970 年的《银行持股公司法》又对银行业的各种不当限制竞争行为予以严格限制。日本银行法也规定,没有主管大臣批准,银行的合并不发生效力。^[15]美国 1945 年《麦克卡兰—飞古森法》曾授权州政府对保险业进行规制,规定只有在州政府没有规制保险业时,反垄断法豁免制度才适用保险行业,但保险业中的联合抵制、强迫、威胁行为或协议,不能豁免适用联邦反垄断法。但近年来,保险业正受到国会的调查以确定是否撤销对他的适用除外。^[16]在过去,反垄断法的实施并非是金融监管要考虑的因素,但是,随着政府放松管制和私有化进程的推进,以及外国金融机构的出现和不断壮大,在金融领域重视反垄断法的作用已经越发成为共识。反垄断法已经成为国际组织要求进行银行业监管的一大支柱性内容。比如,国际货币基金组织的金融部门评估计划(Financial Sector Assessment Program)就将竞争政策作为其评估的关键性因素之一。^⑤在目前的我国,考虑到金融行业的特殊性,将其有限地纳入反垄断法的豁免范畴,可能具有一定的合理性。但是这种豁免不一定要以法定豁免的形式予以体现,在依靠竞争执法机构依据一般的竞争规制进行个案分析足以解决反垄断法适用问题的情况下,利用个案豁免的方式对一个行业的特定行为进行个案分析更能实现有效竞争的政策目标。

在反垄断法适用豁免的范围方面,笔者认为,豁免的范围应随着时间和条件的变化而做相应改变。总体的趋势是逐步缩小豁免的范围,在绝大多数自然垄断行业和政策性垄断行业引入竞争,扩大市场准入,允许非公有制资本进入法律并未明确禁止的行业展开竞争。对于暂时还不宜引入竞争的垄断性业务,则应实行严格的政府管制,特别是采取激励性政府管制,引入“对市场的竞争”。^[17]这意味着即便是豁免适用反垄断法的自然垄断业务和政策性垄断行业,也并非完全地排斥竞争,而是可以引入替代性的竞争机制。比如,可以通过特许投标制度、区域间竞争制度、价格上限制度等激励性管制措施,促进效率的提高和竞争的优化。

注释：

- ① 比如 1980 年国务院颁布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，1990 年国务院发布的《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》，1993 年的《中华人民共和国反不正当竞争法》，1997 的《中华人民共和国价格法》，2001 年国务院的《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》等。
- ② 国资委在《关于推进国有资本调整和国有企业重组的指导意见》中指出，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主要包括：(1) 涉及国家安全的行业；(2) 重大基础设施和重要矿产资源；(3) 提供重要公共产品和服务的行业；(4) 支柱产业和高新技术产业中的重要骨干企业。目前依法实行专营专卖的行业主要有四种：(1) 烟草业；(2) 食盐；(3) 甘草和麻黄草；(4) 化肥、农药、农膜。
- ③ 根据我国的行业现状和相关规定编制，并参考了王学庆：《垄断性行业的政府管制问题研究》，《管理世界》2003 年第 8 期。
- ④ C.A.E. Goodhart, *The Evolution of Central Banks* (MIT Press, 1988), at p. 61 and George Kaufman, “Bank Failures, Systemic Risk, and Bank Regulation” 16(1) *Cato J.* (1996), P 39.
- ⑤ Chapter 2 of IMF and World Bank, *Financial Sector Assessment Program—Review, Lessons, and Issues Going Forward: A Handbook* (February 22, 2005), P 24.

参考文献：

- [1] 于立, 吴绪亮. 产业组织与反垄断法[M]. 大连: 东北财经大学出版社, 2008: 185.
- [2] 郑鹏程. 反垄断法适用除外制度探微[J]. 山西师大学报(社会科学版), 2001, (4): 37-41.
- [3] 齐虹丽. 例外与豁免: 中国〈反垄断法〉适用除外之观察[J]. 法学杂志, 2008, (1): 15-17.
- [4] 史际春, 杨子蛟. 反垄断法适用除外制度的理论和实践依据[J]. 学海, 2006, (1): 73-78.
- [5] Philip E. Areeda, Louis Kaplow, Aaron Edlin. *Antitrust analysis: problems, texts and cases* [M]. New York: Aspen Publishers, 2004: 80.
- [6] Aurelio Pappalardo, Huang Yong. *Exemptions in Competition Policy: Evolution of the EU System and Prospects for China*, [EB/OL]. <http://cplaw.cupl.edu.cn/upload/temp-0804072131103-2.pdf>, 2008-01-20.
- [7] 亚格纽. 竞争法[M]. 南京: 南京大学出版社, 1992: 188.
- [8] 唐要家. 反垄断法豁免制度的比较分析[J]. 中南财经政法大学学报, 2006, (1): 23-27.
- [9] Alfred E. Kahn. *The economics of regulation: Principles and institutions* [M]. New York: Wiley, 1971: 3.
- [10] Martin Hellwig. *Competition policy and sector-specific regulation for network industries* [EB/OL]. <http://ssrn.com/abstract=1275285>, 2008-09-29.
- [11] 王俊豪. 中国垄断性产业结构重组分类管制与协调政策[M]. 北京: 商务印书馆, 2005: 76.
- [12] 张晨颖. 反垄断法的适用与豁免——兼论我国烟草专卖制度的存与废[J]. 法学, 2006, (7): 30-36.
- [13] 唐翔羽. 论我国烟草专卖制度及其改革[J]. 湖南行政学院学报, 2006, (2): 66-67.
- [14] 张德荣. 烟草专卖制度的两难选择: 财政效率还是市场效率[J]. 当代财经, 2005, (7): 49-54.
- [15] 孙晋. 反垄断法适用除外制度构建与政策性垄断的合理界定[J]. 法学评论, 2003, (3): 48-56.
- [16] 马俊. 银行保险业的反垄断法适用除外问题探讨[J]. 实事求是, 2009, (2): 53-54.
- [17] 王俊豪, 王健明. 中国垄断性产业的行政垄断及其管制政策[J]. 中国工业经济, 2007, (12): 30-37.

The immunity of the Anti-monopoly Law: a perspective and choice of China

YING Pinguang

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: In what scope the Anti-monopoly Law should be applied in China's economic field has been a major problem placed in front of the competition law enforcement agencies. Comparing the “uniform application but limited immunity” mode and the “limited application” mode in the application of the Anti-monopoly Law, the author argues that the former is more suited to China. In the content of immunity, the scope of industry immunity should be focused on. For the statutory immunity, the content should be defined by legislation or guidelines; for the case immunity, it should be analyzed under the “rule of reason”. Furthermore, the scope of immunity should alter accordingly as time and condition change, and the direction of narrowing the scope of immunity should be pursued.

Key Words: Anti-monopoly Law; applying scope; immunity; case immunity; statutory immunity

[编辑: 苏慧]