竞争倡导研究

张占江*

内容提要：竞争倡导是反垄断执法机构实施的除执法以外所有改善竞争环境的行为，具有促进和补充反垄断执法、推进竞争政策有效实施和推动竞争文化建设的重要作用。反垄断执法针对私人限制竞争，竞争倡导关注政府干预限制竞争的风险，故所倡导的竞争应围绕干预的适当性、主导权及期望实现的目标来界定。分析各国竞争倡导的制度路径，借鉴其成功经验并结合我国现实诉求，我国竞争倡导制度构建的重点在于引入立法优先咨询制度、推动准入管制的放松、逐步缩减反垄断除外适用范围、健全对管制的竞争评估、帮助企业进行合规制度建设，以形成多样化的倡导工具。

关键词：竞争倡导　竞争执法　立法优先咨询　竞争评估　合规指引

竞争倡导（competition advocacy），亦称竞争推进，是竞争主管机构实施的除执法以外所有改善竞争环境的行为。[1]这些行为主要包括两类：一类针对法律、政策的制定机构和管制机构，目的在于促进立法及管制以有利于竞争的方式设计、执行；另一类针对所有社会成员，以提升其对竞争益处以及竞争政策在促进和保护竞争中的作用的认知。例如，针对立法机构提出有利于竞争的立法建议，针对管制机构提出取消或修改不合理限制竞争之管制措施的建议，发布指导企业行为的指南等。我国反垄断法颁布、实施后，理论界与实务界都热衷于对竞争执法问题的讨论，有关竞争倡导的研究却少有问津。而事实上，反垄断执法机构除了负责执行竞争法，[2]还需要承担倡导竞争的任务。国际经验表明，倡导有利于促进执法。并且，转型经济国家的竞争机构需要在制定、实施反垄断法的初期给予倡导优先于执法的地位。[3]因此，关于竞争倡导的研究对于完善我国竞争主管机构职能、提升其执法水平和实现市场有效竞争具有重要意义。

---

* 上海交通大学法学院博士研究生。

本文为王先林教授主持的司法部重点课题“反垄断法实施问题研究”（08SFB1007）中期成果的一部分。本文写作过程中，笔者曾就竞争执法与竞争倡导的关系、竞争倡导的实践做法等问题，求教于美国联邦贸易委员会前主席 William E. Kovacic 先生及韩国 Young Son Shin 教授、日本 Kimitoshi Yabuki 教授，得到了他们热情、详细的解答，特此致谢。

〔1〕 See International Competition Network, *Advocacy and Competition Policy*, 2002, p. i, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf.

〔2〕 在本文中，“竞争法”与“反垄断法”、“竞争主管机构”与“反垄断执法机构”同义。

〔3〕 前引〔1〕，ICN 报告，第 iii 页。

一、缘起：竞争倡导的意义

各国所以进行竞争倡导，是因为竞争倡导具有促进和补充反垄断执法、推进竞争政策有效实施和推动竞争文化建设的重要作用。

（一）促进和补充反垄断执法

有效的竞争倡导有利于改善反垄断执法的条件。在转型经济国家，存在很多制约反垄断执法的因素：公众对竞争和反垄断法缺乏足够的认知，许多转型阶段的阵痛（如企业破产、工人失业）都被无端归罪于竞争，或者不切实际地指望反垄断法消除财富的两极分化；[4] 企业缺乏规范的财务记录等竞争机构评价其行为的基本信息，即使有这样的信息，也缺少主动提供的意愿；主管机构以外的其他机构或主体缺乏对竞争原理的认同；管制机构和国有企业对引入竞争充满“敌视”；等等。[5] 而竞争倡导有助于受众了解和熟悉竞争益处，有助于竞争者明确合法竞争的边界，有助于企业和公众通过提供证据等方式和执法机构合作，有助于其他政策的制定、执行者与竞争机构达成共识，共同促进竞争。

例如，在美国，密歇根州和纽约州通过三层分离的特许执照（厂家执照、批发执照和零售执照）形成酒类直销系统。法律不允许消费者直接从州外的销售商购买和运输酒类，酒类在线交易也受到禁止。美国联邦贸易委员会在2003年举行了一系列的研讨会，分析政府对电子商务施加限制的潜在影响，并发布了一份分析报告。报告提供了限制酒类在线交易导致消费者利益受到损害（支付更高价格以及可购买的酒类明显减少）的经验性证据。2005年，美国联邦最高法院正是充分依赖这份报告，在Granholm v. Heald案中裁定上述禁止直接从州外的销售商购买和运输酒类的法律违宪。[6]

竞争倡导有利于弥补反垄断执法的局限。反竞争行为不仅来源于私人，还可能源于执行各种公共政策的合法制度安排。[7] 反垄断法关注的是私人发起的限制竞争行为，而不是由政府强制或政府有效控制的限制竞争行为。如果受到指控的限制竞争行为是主权国家政府的政策选择，反垄断法就不应当干预。[8] 此时，向立法和管制机构提出有利于竞争的建议和意见就成为保护消费者的唯一途径。即使像发展中（或转型经济）国家所宣称的，反垄断法也适用于公共机构（尤其是管制机构）的限制竞争行为，反垄断法在消除私人和公共机构的限制竞争行为方面也存在很大不同。执法机构对于前者拥有处罚权，而对于后者，执法机构往往是通过对话、沟通机制解决问题，一般没有处罚权。我国反垄断法第51条第1款规定，行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构的权限只限于向有关上级机关提出依法处理的建议。可见，反垄断执法机构对私人限制竞争行为的规制手段既包含执法，也包含倡导，而对公共机构限制竞争行为的预防和消除则只能依赖倡导。因此，在无法直接

〔4〕 竞争可以使社会财富最大化，但不必然导致财富的最优分配。参见［美］欧内斯特·盖尔霍恩等：《反垄断法与经济学》，任勇等译，法律出版社2009年版，第57页。

〔5〕 竞争的引入很可能意味着管制机构要放弃手中的权力，而国有企业也可能要失去既得利益和特权。See William E. Kovacic, *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 Brooklyn Journal of International Law 417－429 (1997).

〔6〕 Granholm v. Heald, 544 U. S. 460 (2005).

〔7〕 参见［美］马赫·M·达芭：《反垄断政策的国际化研究》，肖兴志等译，东北财经大学出版社2008年版，第50页。

〔8〕［美］赫伯特·霍温坎普：《联邦反托拉斯政策：竞争法律及其实践》，许光耀等译，法律出版社2009年版，第759页，第810页。

实施竞争法的领域，有效的竞争倡导是推进竞争的强大工具。[9]

（二）推进竞争政策的有效实施

竞争政策可能和其他公共政策存在冲突，面临被多种公共政策削弱的风险。例如，直接的转移支付、税收豁免、低于市场价格出让土地、为企业提供政府担保以及对公有企业的注资等，都可能会严重限制竞争。又如，在政府采购程序中采购者与供货商之间及供货商与供货商之间也很容易形成共谋。再如，地方政府对市场的直接管制也时常成为保护本地企业免于外部竞争的屏障。

在经济危机的背景下，金融以及其他处于困境的领域都面临着多种削弱甚至中止竞争的风险，包括保护主义风险，即扭曲竞争，保存无效率的企业，阻碍创新；政治干预风险，即为了短期的效果进行直接的干预，而无视竞争的长期利益；福利短期化风险，即牺牲竞争的长期收益（低价和创新）换取更具吸引力的短期绩效（保障就业和造就大企业以避免经济衰退）。实际上，金融领域的糟糕局面与其无端归罪于竞争，不如说它是管制失败酿成的苦果。[10]

面对上述风险，更需要主管机构耐心、充分地向其他公共机构表明竞争的益处，最大限度地推进竞争政策统一、有效执行。弗里德里希·哈耶克曾经一针见血地指出，现实中的某些法律、政策不但没有促进竞争，相反导致了对竞争的损害；以促进竞争为中心系统化地思考、构建法律制度有助于提升竞争机制的效率。[11] 因此，在竞争执法之外，竞争机构必须广泛参与可能对竞争性市场结构、企业行为和经济绩效产生负面影响的国家经济政策的制定，积极推动市场障碍的消除，促进解除管制和贸易自由化，将对市场的干预控制到最低限度。[12]

（三）推动竞争文化的建设

竞争性市场并不仅仅是由正式制度支撑的。个体行为还受到伦理、宗教和道德准则的影响。一方面，这些非正式的规则可能会有碍竞争目标的实现。例如，关于年龄、种族、性别、宗教、性取向、特定身体健康指标的歧视可能会阻碍某些群体参与某个职位或提供某种商品（服务）的竞争。另一方面，支持竞争的伦理、道德也可以推动竞争政策的实施。例如，在美国《联邦判决指南》公布前，联邦地区法院对固定价格和其他核心卡特尔的制裁较轻，极少将违法者投入监狱。[13] 今天，绝大多数国家的社会伦理准则仍然不谴责固定价格。[14] 因而，即便引入了核心卡特尔刑罚化的规定，也常常由于欠缺与伦理和道德标准的一致性而导致法条虚置或者判决被搁置。

对竞争的看法受到包括社会文化、经济经验和个体背景、信仰在内的各种因素的影响。[15] 对于竞争的认识一直存在争议。亚当·斯密乐观地认为“卓越源自竞争和超越”；托马斯·霍布斯则尖锐地指责“竞争使人类堕落为贪婪的猛兽”。[16] 在现代市场经济国家，对竞争的认识仍存在分歧。竞争主管机构以外的其他机构及大众缺乏对竞争及竞争法原理的认同，也缺少维护、促进竞争的内在责任感。即使企业效率低下或者存在限制竞争行为，但在涉及本地区经济发展时，地方政府常常睁一只眼闭一只眼，甚至为其提供便利。消费者为获得低价商品会支持竞争，但一

---

〔9〕 参见前引〔1〕，ICN 报告，第 30 页。

〔10〕 See Peter Freema (Chairman, UK Competition Commission), *Competition Advocacy in Time of Recession: The UK Competition Commission's Approach*, International Competition Forum, 2009, p. 5, http://www.competition-commission.org.uk.

〔11〕 See F. A. Hayek, *The Road to Serfdom: Text and Documents*, Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 87.

〔12〕 See The World Bank, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1998, p. 93, http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html.

〔13〕 See Maurice E. Stucke, *Morality and Antitrust*, 46 Colum. Bus. L. Rev. 460-470 (2006).

〔14〕 同上文，第 540-544 页。

〔15〕 R. Hayward, Markus Kemmelmeier, *How Competition Is Viewed Across Cultures: A Test of Four Theories*, 41 Cross-Cultural Research 365 (2007).

〔16〕 同上文，第 364 页。

旦涉及就业等问题，也会希望自身所在企业免于竞争的冲击。尤其是在转型经济国家，竞争文化上的薄弱已经成为推进竞争的主要障碍。

竞争倡导与竞争执法是构建和加强竞争文化的两大支柱。竞争执法针对私人领域，对违反竞争法的行为进行处罚，形成威慑，减少类似行为的发生。竞争倡导面向消费者、公共机构，意在提升所有相关主体对竞争益处、竞争法的认知与遵守竞争法的自觉性。法律的功能不只是制裁，更包含预防和教育。执法与倡导的终极目标都是要把对竞争法的遵守和维护内化为一种自觉性和责任感。一旦对法律、社会、道德和伦理准则形成统一的认识，违法行为就会明显减少，调查和惩罚的成本也会大大降低。

二、前提：关于所倡导竞争的界定

所倡导的竞争本身的合理性，是主管机构的倡导为更多的利益相关者认同和遵行的前提。本文的界定以经济学关于竞争的经典理论为基础，围绕下列问题展开：所倡导的竞争需要什么样的政府干预？为什么需要的是反垄断机构主导的干预？反垄断为什么比管制更可取？反垄断机构主导干预是否就是简单地把效率作为唯一的评价标准而否定管制的其他目标？

（一）政府适当干预下的竞争

政府干预分为直接干预和间接干预。前者主要是指政府直接限制微观经济行为（直接约束市场进入、退出或定价等），称为管制；后者主要是指反垄断，是一种让私人决策来确定价格、产出、质量的机制。反垄断不是真正的自由放任，而是一种间接干预。

在存在垄断、外部性和信息不对称的情形下，有目的、主动的政府干预有助于修正市场缺陷。[17] 但信息不对称、利益集团的俘获也很容易导致政府干预的失当，甚至限制竞争。以反垄断法对掠夺性定价的规制为例。当原告指控被告掠夺性定价时，被告可能的确在从事掠夺性定价行为，但也可能是由于被告的成本低于原告的成本，或有时甚至只是把原告的垄断价格拉低了。如果把反对掠夺性定价的法律适用于最后一种情况，那么这种诉讼本身就成了一种反竞争的手段。再以自然垄断性行业的管制为例。在经济、技术相对落后的条件下，国家在自然垄断性行业实行一体化的垄断经营。为了克服垄断定价、外部性等问题，需要进行严格管制，包括准入禁止、决定价格、确定服务条件和产品质量以及规定经营者以合理条件服务于所有用户的义务 。[18] 但是，随着经济、技术条件的改变，越来越多自然垄断性行业内的业务具备了可竞争性，这样严格管制实际上变成这些行业引入竞争的制度障碍。

与源自市场的障碍不同，市场力量很难克服政府对竞争的限制。[19] 不当的政府干预很可能引起比私人限制竞争更大的损害，如侵害消费者福利，滋生寻租行为，导致额外的社会成本等。从这个意义上说，政府克制自己不助长垄断比打击和限制垄断更为重要。

有效竞争的形成通常需要某些政府行为的参与，[20] 但政府对竞争的干预又存在巨大风险。

---

〔17〕 参见［美］查尔斯·沃尔夫：《政府与市场——权衡两种不完善的选择》，中国发展出版社1994年版，第31页。

〔18〕 Alfred E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, New York: Wiley, 1971, p. 3.

〔19〕 美国司法部反托拉斯局一位前局长强调：企业面临竞争的挑战，经常首先寻求政府的庇护。实施法律过程中，需要充分警惕竞争者可能会设法通过政府限制竞争来获取自身利益。政府决定或行为对竞争的限制构成了市场竞争的障碍，而且市场自身无法克服这种障碍。竞争倡导主要针对政府对竞争的限制。See R. Hewitt Pate, *Competition and Politics*, 2005, pp. 7－8, http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210522.pdf. 美国联邦贸易委员会（FTC）在阐述其竞争倡导努力时进一步明确："经验表明，政府限制是对竞争最为有效和持久的限制"；"FTC致力于减少或消除反竞争的公共限制"。FTC, *The FTC in 2007: A Champion for Consumer and Competition*, 2007, p. 18, http://www.ftc.gov/os/2007/04/ChairmansReport2007.pdf.

〔20〕 参见前引〔11〕，Hayek书，第86页。

因而反垄断的命题本质上可归结为：如何在具体的经济、社会环境中实现自由竞争和政府干预的平衡。经典竞争理论的分歧正在于此。

哈佛学派把完全竞争看成是观察产业行为最合适的透镜，[21] 它依据“结构－行为－绩效”框架，主张通过阻止卡特尔和协调行为、拆散市场中占统治地位的企业、控制合并、国家直接干预等措施，调整和改善不合理的市场结构，消除进入障碍，以获得理想的市场绩效。依据这一理论，只要存在对帕累托最优或完全竞争状态的某种偏离，就要通过政府干预来矫正经济的无效率，这样就明显夸大了政府干预的范围，导致即使是有效率的组织结构变化也可能受到反垄断政策的干预。

与哈佛学派不同，以经济自由主义思想为基础的芝加哥学派坚信，市场的自我调节最终能够实现完全竞争。除了政府的进入限制外，真正的进入阻碍几乎不存在，国家应该尽量减少对市场竞争过程的干预。以芝加哥学派的主张为依据，竞争法放宽了对竞争性市场内私人企业各种市场行为的限制，管制机构放松了对非竞争性市场领域的管理与控制，相当一部分原来属于竞争除外的领域被推上市场竞争的风口浪尖。这种竞争政策的实施充分发挥了市场在资源配置方面的作用，但由于否认或忽视了某些领域市场失灵的存在、短时间的垄断权力和竞争限制对经济效率和社会福利的侵害、过大企业内存在的“X－非效率”等客观事实，也导致社会公共福利增长缓慢、中小企业在竞争中处于更加不利地位等弊端。

与芝加哥学派笃信市场机制的完美性不同，后芝加哥学派看到了现实市场的不足，认为这样的不足使厂商策略行为可能导致垄断，而市场机制本身又无法消除这种垄断。例如，与芝加哥学派关于默契合谋不可维持的认识不同，后芝加哥学派根据博弈论的分析，认为现实市场中企业数量有限，在有效的惩罚机制下，企业之间的默契合谋是可以维持的。每个参与者可以通过放弃自己的合作来有效惩罚对手的不合作，用自己的合作回报对手的合作，当合作的利益超过不合作的利益时，就有了建立和维持合作的激励。与芝加哥学派仅将容易导致合谋作为禁止并购的理由不同，后芝加哥学派认为，即使企业之间的横向并购不产生合谋效应，寡头企业的横向并购也会单方面地提高其市场势力，产生限制竞争的后果。因此，后芝加哥学派实际上主张比芝加哥学派更具扩张性的干预。

竞争理论在政府干预程度上的分歧，反映的是各自在理念上的差别：是更加相信市场的自我纠错能力，还是更加相信政府进行市场干预的作用。经验证明，合理的选择是在具体的市场竞争环境中，针对具体问题，结合不同竞争理论的合理性寻求二者的恰当组合，并随着竞争条件的变化适时调整二者的均衡点。以对合并的反垄断控制为例。哈佛学派对这一问题有着无法抹去的重要影响，合并政策制定的前提就是假设产业成员数下降更容易导致限制竞争。美国 1982 和 1984 年《企业横向并购指南》主要以芝加哥学派的观点为依据，对于横向并购限制竞争的效应主要考虑其合谋效应。但 1992 年《企业横向并购指南》同时强调要考虑企业并购的单边效应，并考察进入的可能性、及时性和充分性，实际上吸收了后芝加哥学派的部分主张。

（二）反垄断主管机构主导干预下的竞争

由反垄断主管机构主导对竞争的干预，是指由其把握国家对竞争干预的内容、力度，确保对竞争干预的必要和适度。这首先是由反垄断法的地位和本质决定的。就地位而言，反垄断法被称为“经济性宪法”，在所有规制竞争关系的法律体系中具有最高法律效力。这就决定了反垄断主管机构在竞争事务方面享有最高权威与最强话语权。

就本质而言，反垄断法是要确保市场功能的合理发挥，它在很大程度上是消极的。例如，它从不规定什么时候公司应该合并，但会判断企业自己作出的合并决定是否合法。[22] 而管制实质上是

〔21〕［美］奥利弗·威廉姆森：《反托拉斯经济学》，张群群等译，经济科学出版社 1999 年版，第 53 页以下。

〔22〕 See Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge: Harvard University Press, 2008, pp. 14－15.

越过竞争过程，积极地直接介入企业运作（干预企业定价、进入、退出等），寻求实现与竞争相同的结果。[23] 但是，竞争是一个（知识）发现的过程，[24] 它所揭示的信息及实现的目标无法为其他任何方式所替代或模拟。管制以立法者的选择代替市场主体的相机决策，很可能是非效率的。

按照过程竞争理论，[25] 私人垄断是实际竞争或潜在竞争的具体表现和暂时结果。单个企业的垄断地位以及相应的利润在开放的竞争过程中终将趋于消失。但是，即使市场竞争机制在长期内是有效的，也是以一定时期内垄断权力和竞争限制的形成及其对经济效率和社会福利的损害为代价的。政府介入的理由在于确保市场的开放性，解决一定时期内市场机制自发作用形成的弊端。逾越了这样的界限，不当限制企业的市场进入和价格行为，将导致对竞争的限制和封闭，是垄断产生的真正“症结”。政府对市场机会的直接禁止或限制可能完全或部分消除替代产品，消除潜在竞争，真正威胁竞争过程，损及动态效率。政府管制壁垒所产生的垄断能够而且确实已经直接排斥了实际竞争和潜在竞争。所以，管制的本质决定了其导致反竞争干预的巨大风险。

由反垄断主管机构主导对竞争的干预，还是由反垄断主管机构本身的优势决定的。第一，反垄断主管机构对竞争问题的把握更有权威性。现实的市场并不是静态的均衡，而是动态演进的过程，是复杂的适应性系统。演化经济学认为，竞争“本质是一个不断犯错和尝试的过程”，[26] 期间“持续性和随机性要素”发挥愈加重要和无法预期的作用。[27] 竞争动态性和复杂的适应性意味着任何经济模型的可预测性都是有限的，由谁来引领未来的技术发展和创新并不明确。[28] 因而对于现实竞争的把握主要通过经验的归纳获得。[29] 反垄断主管机构拥有训练有素的执法队伍和丰富的执法经验，对于竞争的认识和把握相比管制机构更具优势。

第二，反垄断主管机构更具独立性。管制侧重对企业行为的事前引导，构建竞争秩序。与之相对，反垄断法侧重对反竞争行为结果的事后救济，维护竞争秩序。事后规制可以为企业留下更广的决策空间，减少规制机构与企业事前合谋的可能性。在事前干预过程中，企业基于与管制机构的长期联系，知道通过贿赂什么人可以达到目的；而面对反垄断法的事后干预，企业很难断定能否影响到并不确定的执法者，收买的成本也会因需要贿赂的范围增大而大大增加。

总之，反垄断法体现的是对市场的推崇和对干预本身的谨慎，[30] 而管制体现的则是对竞争的取代和获取完美竞争结果的野心。这样的制度本质，以及反垄断法“经济性宪法”的地位和反垄断主管机构相比管制机构处理竞争问题的更大权威性、独立性，决定了由反垄断主管机构掌握竞争倡导主导权的正当性、合法性。

（三）实现多元目标的竞争

竞争本身不是目的，而是一种更有效、更民主地实现特定目标的手段。[31] 各国的基本经验是：所倡导的竞争必须能够实现多元目标。这主要是基于下列三个原因。

---

〔23〕 See OECD, *The Essential Facilities Concept*, 1996, p. 8, http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf.

〔24〕 See F. A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, 35 Am. Econ. Rev. 519－530 (1945).

〔25〕 过程竞争理论将竞争理解为一个争胜动态过程，关注其发现知识的功能，认为市场势力等被新古典经济学贴上不完全竞争或垄断标签的活动实际上都是有效率的争胜竞争形式。参见王廷惠：《市场过程理论的过程竞争：与新古典经济学完全竞争的对比》，《上海经济研究》2005年第1期。

〔26〕 François Moreau, *The Role of the State in Evolutionary Economics*, 14 Cambridge J. Econ. 851 (2004).

〔27〕 See B. Verspagen, *The Use of Modeling Tools for Policy in Evolutionary Environments*, in *Environmental Policy and Modeling in Evolutionary Economics*, 2006, pp. 10－11, http://www.planbureauvoordeleefomgeving.nl/images/EEMpaperBV_revised_tcm61－31359.pdf.

〔28〕 熊彼特认定“拥有市场力量的企业是创新过程的驱动力量”，但缺少经验性证据的支撑。See Maurice E. Stucke, *Better Competition Advocacy*, 82 St. John's L. Rev. 984 (2008).

〔29〕 同上文，第971页。

〔30〕 参见前引〔4〕，盖尔霍恩等书，第40页。

〔31〕 参见前引〔28〕，Stucke文，第987页。

第一，竞争推进自身的需求。推进竞争的最重要的障碍源于其他公共机构持有的不同目标和意见。[32] 对管制而言，经济效率几乎从来都不是其唯一的目标。实际上，在许多情况下它甚至不是一个明确的目标。而实践中，不同利益相关者的声音在竞争政策中得到的表达越多，竞争倡导就越容易获得认同和执行。[33] 如果反垄断主管机构仅仅因为管制缺乏效率而轻率地对其进行谴责，就极有可能损害管制的其他合法目标，[34] 倡导竞争的进程也会举步维艰。由此，竞争倡导必须尽量兼顾多种群体的利益，推进能够实现多重目标的竞争。国际竞争网络（International Competition Network）的调查发现，各国竞争法都规定了不止一个目标，[35] 这些目标之间甚至存在冲突，如保护企业参与竞争的自由与在位企业缔约自由之间的冲突，确保中小企业的生存空间与允许更有效率的企业集中之间的冲突等。

第二，单一的目标界定缺乏现实意义。[36] 芝加哥学派主张，为避免价值判断的随意性，反垄断政策首要关注的是效率，[37] 即“在不损及生产效率的同时，努力提高分配效率，以增加消费者福利或至少不导致消费者福利的净损失”。[38] 也就是说，在芝加哥学派倡导者眼中，反垄断法没有任何伦理成分存在。[39] 但是，实践中竞争政策要完全摆脱规范性判断，几乎不可能。其一，一个充满活力的市场经济对社会的进步到底是有益还是有害，[40] 超竞争的价格是否不道德，反垄断法对这些问题的回答都是规范性判断的结果。其二，竞争寻求促进更远大的目标，对这些目标的排序最终也是一种规范性的判断。其三，“当消费者和企业踏入市场、参与交换、展开竞争时，他们已经是社会化的个体，共同遵守大量的社会准则”，[41] 这些伦理、道德和社会准则一定会影响经济行为。

将竞争要实现的目标局限于单一的经济效率最大化，显然是不现实的。根据国际竞争网络对33个成员的调查，32个接受调查的竞争机构都把“确保有效竞争过程”作为反垄断法的目标之一，而关于什么是有效竞争过程，调查报告中没有解释。[42] 上述调查中，30个接受调查的竞争机构确认了“促进消费者福利”的目标，但绝大多数成员“没有具体界定消费者福利，而这是有不同的经济解释的”。[43] 不难发现，目标越是抽象，越容易对该目标达成一致意见，但这只是将对目标的争论转移到对实现这一目标的方法的争论上而已，对于指导实践没有任何实际意义。

第三，单一的目标不符合反垄断法的立法初衷。如果只是把竞争作为实现经济效率最大化的工具，偏离其他目标太远，反而很可能导致对竞争的阻碍和破坏。反垄断法的产生并不是对效率之外的其他目标的无视。导致财富分配失衡的因素很多，但是竞争政策也会考量垄断或竞争对财

〔32〕 前引〔1〕，ICN 报告，第72页。

〔33〕 参见前引〔28〕，Stucke 文，第1008页。

〔34〕 前引〔8〕，霍温坎普书，第760页。

〔35〕 各国规定的竞争政策目标汇总起来多达10个：确保有效竞争过程、促进消费者福利、提高效率、确保经济自由、保护一定水平的中小企业生存空间、促进公平与平等、促进消费者的选择、实现市场一体化、促进私有化和市场自由化、提升市场竞争性。See International Competition Network, *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State－Created Monopolies*, 2007, p. 140, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working－groups/current/unilateral.aspx.

〔36〕 此处强调的是倡导竞争时对竞争目标的界定，而非竞争执法时分析竞争行为合法性的标准，二者存在很大不同。详见下文第四部分。

〔37〕 See Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Penn. L. Rev. 928 (1979); Herbert Hovenkamp, *Distributive Justice and the Antitrust Laws*, 51 George Washington L. Rev. 1 (1982).

〔38〕 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York: Free Press, 1993, p. 91.

〔39〕 See Herbert Hovenkamp, *Antitrust Violations in Securities Markets*, 28 J. Corp. L. 609 (2003).

〔40〕 See Benjamin M. Friedman, *The Moral Consequences of Economic Growth*, New York: Knopf, 2005, pp. 79－102.

〔41〕 C. Mantzavinos, *The Institutional－Evolutionary Antitrust Model*, 22 European Journal of Law and Economics 65 (2006).

〔42〕 参见前引〔35〕，ICN 报告，第89页。

〔43〕 前引〔41〕，Mantzavinos 文，第9页。

富分配的影响。市场力量减少了消费者剩余，导致财富从购买者手中转移到销售者手中。随着企业对利润的狂热追求和竞争的加剧，收入差距日益拉大："一端是财富和权势，另一端却是贫穷。"美国1890年谢尔曼法通过的一个根本原因就是对财富分配失衡问题的忧虑。谢尔曼参议员视财富和机会的不均等为破坏竞争及社会秩序的最大威胁。[44]

（四）小结：界定竞争的政策含义

政府对竞争干预的范围和程度取决于对干预和竞争本身的理解。市场与干预的均衡需要以各种经典竞争理论关于这一问题的合理认识为基础。在两种干预方式中，反垄断相对于管制在法律地位、制度本质、实施机构自身的特性方面具有明显的优势，从而决定了反垄断执法机构在干预竞争中拥有主导权的正当性、合法性。但这样的主导权并不意味着反垄断执法机构会仅仅因为管制缺乏效率而轻率地加以否定，从而危及管制的其他合法目标。进一步来说，倡导竞争的标准是一种妥协的结果，不是把经济效率放在绝对优先的位置，其他利益相关者的声音也必须获得充分地表达和慎重地考虑。这当然也是赢得更多支持从而顺利推进竞争的需要。

对于政府干预风险及竞争本身的复杂性、过程性的认知，决定了竞争倡导政策内容的核心是促进市场的开放，并细化为两个方面：一是创造（正式或非正式的制度）条件促进竞争；二是约束自身的行为，消除市场发展道路上的障碍，防止人为制造垄断。

三、实现：竞争倡导的制度路径

日益增加的对于竞争的认知，尤其是政策制定与执行者认识的提高，是竞争法观念得以发展、落实和成功的关键。[45] 作为竞争主体的企业毫无疑问是竞争倡导最主要的针对对象。下文以对所倡导竞争的界定为基础，针对公共主体与企业分析、总结各国竞争倡导的内容和经验。这样的安排主要是考虑到制度构建上的特殊性和难易度，并不意味着竞争主管机构针对消费者的倡导行为（例如演讲、发布相关报告）不重要。事实上，消费者对竞争更全面地了解和支持，有利于竞争文化的培育及促进反垄断法的私人实施。

（一）立法优先咨询

立法优先咨询（Prior Statutory Consulation），是指相关机构在制定涉及竞争问题的法律（政策）时，需要事前咨询或听取竞争主管机构的意见，以最大限度确保竞争不被不当扭曲。通过事先咨询防范反竞争规则的生成要比事后修改容易很多，因此这一机制是减少国家权力进行反竞争干预的主要途径。

匈牙利1996年修订后的禁止不正当的和限制性市场行为法规定，所有涉及或者影响市场竞争的法律、法规草案必须征求竞争局的意见。匈牙利竞争局在1999年收到要求提供咨询意见的法规草案300多件，并对1/3的草案提出了自己的意见和看法。[46]

韩国规制垄断与公平交易法第63条规定，有关行业监管机构的行政长官，在希望制定或者修订以决定价格、不正当的共同行为等限制竞争事项为内容的法令时，需事先咨询公平交易委员会（KFTC）的意见。KFTC将检查相关立法草案是否包含与竞争法冲突的条款，诸如确定贸易条件、价格，限制市场进入，限制企业行为等。如果发现问题，KFTC将向相关机构提出修改建议，并且确保它的建议在整个立法过程中得到最大限度的反映。例如，韩国文化、体育和旅游部（MOCST）

〔44〕 参见前引〔28〕，Stucke文，第1032页以下。

〔45〕 参见〔美〕戴维·J·格伯尔：《二十世纪欧洲的法律与竞争》，冯克利、魏志梅译，中国社会科学文献出版社2004年版，第11页。

〔46〕 转引自王晓晔：《关于反垄断执法机构的几个问题》，《东岳论丛》2007年第1期。

于2008年起草了一份关于旅游促进法的修正案，要求旅游合同的内容和形式都要符合标准化的要求。KFTC认为一旦企业交易条件、交易形式都以统一或类似的方式展开，必将削弱竞争和创新，所以建议MOCST删除相关条款，允许企业自由选择最适合的交易形式和交易条件。MOCST最终接受了KFTC的意见。[47] 2000－2008年，KFTC接受立法咨询4839件，对其中405件立法咨询提出意见，324件立法最终反映了KFTC的意见，占其提出意见总案例数的80%。[48] KFTC的意见获得了充分尊重。

（二）改善准入管制

改善准入管制，是指竞争主管机构通过各种努力减少反竞争的市场准入限制，扩大私人参与，减少公共垄断，确认有利于社会整体利益的垄断。竞争的过程性以及竞争结果预测上的困难，使得最合理的政策选择是保持市场的开放性。[49] 阻碍竞争的准入限制在许多市场领域都大量存在，不仅极大地损害了经济的发展，也是权力寻租的温床。自由的市场进入以及私人参与的扩大可以产生充分的竞争，促进经济效率与技术创新。根据韩国相关机构所作研究，如果将不必要的准入限制削减一半，至少能提高0.5%的经济增长。[50]

韩国天然气公司目前垄断液化天然气站点的经营，在KFTC的积极努力下，韩国政府在2010年7月的城市天然气工业法修正案中允许天然气的零售商和其他具有相关资质的企业建立、运营液化天然气站点，以期通过引入竞争降低液化天然气的价格。

从反垄断法的角度看，减少反竞争的市场准入限制就是减少不必要的反垄断适用除外。反垄断法适用除外，是指基于与反垄断法维护自由竞争无直接关系的其他理由或竞争暂时难以实现，[51] 在某些特定行业或领域中允许一定的垄断状态（行为）存在，不适用反垄断法。例如，德国2005年反限制竞争法第28条就规定，农业生产企业间达成的协议……内容涉及农产品生产或销售的不适用限制竞争协议禁止的规定。但是，反垄断适用除外具有有限性、条件性和动态性。随着各种条件的变化，在原来不适宜竞争的除外领域（事项），竞争可能更符合效率或社会公共利益，因此，适用除外的范围正在逐渐缩小。

竞争倡导的一个重要功能就是抵御不恰当的适用除外，[52] 适时缩小除外范围。为了使竞争主管机构在这方面的倡导更具科学性与说服力，日本专门成立了一个由学者和新闻记者组成的管制与竞争政策研究组，重新审视政府管制及反垄断法除外，促进反垄断法在管制领域的实施。经过对管制的审查，日本反垄断法适用除外的范围已经大幅缩减，从1996年3月的30部法律中89项除外降低到2008年3月的15部法律中21项除外。[53]

（三）管制的竞争评估

竞争评估（Competition Assessment），是指竞争主管机构对管制措施可能或已经产生的竞争影响作出评价，尽量减少管制超过实现其目标的限度对竞争产生不必要的限制。为此，很多国家规定，管制机构在拟采取准入或限定价格等措施时，需要事先通知竞争主管机构，以便其作出竞

---

〔47〕 See Young Son Shin, *KFTC'S Competition Advocacy and It's Implications*, Asia Competition Law Forum, Shang Hai: Asia Competition Association, 2009, p. 6.

〔48〕 同上文，第28页。

〔49〕 参见前引〔28〕，Stucke文，第984页。

〔50〕 参见前引〔47〕，Young Son Shin文，第6页。

〔51〕 对于反垄断适用除外理由的详细分析，参见〔韩〕权五乘：《韩国经济法》，崔吉子译，北京大学出版社2008年版，第90页以下。

〔52〕 See John W. Clark, *Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries*, 6 OECD Journal of Competition Law and Policy 6 (2005).

〔53〕 See Kimitoshi Yabuki, *Competition Advocacy*, Asia Competition Law Forum, Hang Zhou: Asia Competition Association, 2009, p. 82.

争评估，提出相应的建议。这样的规范往往不是规定在竞争法中，而是规定在各行业法中。

在日本，管制机构在电信、天然气、电力和交通领域采取影响竞争的措施前都需要事先咨询公平交易委员会（JFTC）的意见。JFTC以反垄断法为依据展开调查，必要的情况下提出相应的意见，或者在存在进一步改善空间的情形下提出建议。美国司法部反托拉斯局有权介入或参与联邦电信委员会、联邦能源委员会、联邦海事委员会等机构任何涉及反垄断法或竞争政策的程序；有权向总统、国会和其他部门提出任何对于影响竞争的行为、程序之合理性的观点和建议。[54]

韩国KFTC有权针对其他政府机构最新实施的法律或管制措施优先审查是否对竞争产生潜在影响，如果确有必要，将提出相应的建议以避免其不当限制竞争。为了确保评估效果，管制改革委员会批准了《准备实施之管制影响分析指南》。据此，KFTC拥有了更为系统化的评估权限，其竞争评估一般按照下列顺序展开：界定市场→初步分析→详细评价。市场界定，是界定受到管制影响的相关（产品、区域）市场的过程。初步分析，是集中评价管制对相关市场在下列四个方面的影响：是否限制供应商的数目或范围，是否限制供应商的竞争能力，是否降低了供应商展开强有力竞争的激励，是否限制了消费者的选择和信息。管制如果导致上述任何情形之一，都要进一步分析其对价格、产出、产品（服务）多样性、创新等方面的影响。基于分析的结果，如果认为管制会产生反竞争效果，KFTC就会提出合理的替代措施或修改建议。

该《指南》从2009年1月生效至9月底，短短8个月间已经总计有264项管制接受了KFTC的竞争评估，其中26项管制被认为具有反竞争性，65项管制被认为对竞争产生了轻微影响。例如，针对一项为保护本地患者医疗服务权利而要求高级综合医院为外国患者提供床位最高不得超过总床位数量5%的管制举措，KFTC认为事前设定收纳外国患者的最高限额将会对不同医院之间吸引患者的竞争产生不利影响，建议上调最高限额或者缩短此项管制适用的时限。最终，此项管制的时限被定为一年。这样的做法希望能够在促进针对外国患者的医疗服务市场竞争与保护本地患者获得医疗服务之间取得平衡。[55]

为了协助各国建立规范的评估机制，提升评估效果，经济合作与发展组织在2010年发布了《竞争评估指南》，对竞争评估的主要内容和程序作了详细说明。

（四）企业合规指引

合规指引（Compliance Guidance），即反垄断主管机构协助、引领企业构建合规制度的行为。企业合规制度主要是通过培训、审计等方式，告知员工可被竞争法接受的行为范围、发现违法行为应该如何处理、反竞争行为可能导致的处罚等，以最大限度确保公司商业行为符合竞争法。

“很难找到证据证明，惩罚会超过违法收益，尤其是考虑到并不是所有的案件都会被追诉。”[56]对违反者处以民事赔偿金、罚金、自由刑等方式形成的威慑常常不足以完全消除反竞争行为及其后果。而“反垄断领域的一分预防胜过十分救济”。[57]企业及其员工对相关法律规范的自愿遵守才是威慑的最优结果。有效的合规制度正是企业自愿作出的合规承诺，旨在帮助企业预测竞争对手行为，合法与对手竞争，正确评估可能面临的竞争风险，提前对潜在的非法行为作出预警，或尽早指认违反竞争法的行为，采取有效措施制止或减轻损害。在美国Stolt－Nielsen案中，[58]

---

〔54〕 See International Competition Network, *Advocacy Provisions*, 2003, p. 36, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/library.aspx?search=&group=5&type=0&workshop=0.

〔55〕 参见前引〔47〕，Young Son Shin文，第6页。

〔56〕 Christine Parker, *The "Compliance" Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*, 40 Law & Society Review 591－622 (2006).

〔57〕 John H. Shenefield and Irwin M. Stelzer, *The Antitrust Laws: A Primer*, Washington, D. C: American Enterprise Institute Press, 2001, p. 137.

〔58〕 Stolt－Nielsen S. A. v. United States, 352 F. Supp. 2d 553 (E. D. Pa. 2005).

当该公司因反竞争行为被其首席执行官向司法部反托拉斯局投诉后，公司第一时间修改了合规制度并分发给公司的员工，同时向反托拉斯局提出了宽恕申请。反托拉斯局也确实给予了 Stolt－Nielsen 公司一个“标记”，该标记确保其能够就此案获得“第一个申请者”的位置，从而免除惩罚。[59]

为了协助企业建立合规制度，竞争主管机构通常会利用自己对竞争法规范的深刻理解及执法经验的积累，制定企业合规的一般制度框架（示范程序）供企业选择。这样的制度框架引领企业正确处理与竞争者的关系，包括如何共享信息、如何与竞争者联系、如何与竞争者建立合资企业、如何参加行业会议、如何进行标准化流程、如何执行竞争规范、如何举报违规情况、如何争取宽大处理等，以最大限度避免企业触犯竞争法或降低其损害。例如，加拿大竞争局 2008 年颁布了经过反复修改和完善的《企业合规程序》。韩国 KFTC 也一直致力于建立企业自愿遵守竞争法的文化，并着力制定、发布成熟的合规程序。2001－2008 年间，韩国建立、遵行合规程序的企业数量增长了近 30 倍，足见其企业合规指引方面取得的巨大进步。[60]

（五）多样化的倡导工具

不同法域竞争主管机构推进竞争的方式各异，但最为常见的倡导工具都是发表不具约束力的意见，以主动说服的方式使对方知悉、认同限制竞争的负面影响，劝导其采取有利于竞争的行动。实践中，这些意见往往得到了充分的尊重。即使在某些情形下被拒绝，相关机构也需要给出合理的解释或证明其行为的正当性。也有一些竞争主管机构享有在立法过程中（或改革的初期阶段）提出具有法律约束力的意见的权力。例如，在某些情形下，美国联邦法律规定相关机构必须考虑司法部反托拉斯局的意见，或者明确规定反托拉斯局在政府机构作出决定时的具体作用。[61]

为了增加竞争程序的透明度和便于理解，发布指南是竞争主管机构推进竞争时经常采取的另一种方式。指南可以针对不同的限制竞争行为，包括合并控制指南、支配地位滥用指南、宽恕政策指南、管制影响指南等，也可以针对不同领域，尤其是受到管制的特殊领域，如日本 JFTC2001 年公布的电信企业行为指南、2007 年公布的知识产权行使指南等。

为了提升所有社会成员对于竞争益处及竞争政策在促进竞争过程中所起作用的认识，发布主要行业的竞争政策的年度报告也是推进竞争的常用方式。报告主要分析相关市场结构、竞争格局和有关管制情况，指出制度、企业行为的反竞争风险及执法情况。例如，KFTC 2008 年发布了航空运输业、互联网门户等领域的竞争政策年度报告，并将报告分发给相关机构、企业，同时公诸于众，以努力促使相关机构提高管制质量，促使企业主动纠正其行为。

竞争主管机构常用的倡导工具还包括对特定案件处理的公告、立法咨询建议、市场研究、研讨会、公共演讲、咨询与协商等。各国竞争主管机构建立倡导工具时需要考虑期望的效果、政治体制、沟通的不同渠道以及预算约束等。但有一条共同的原则，即须形成多样化的倡导工具。

四、设想：我国竞争倡导制度的构建

基于对竞争的合理界定和各国竞争倡导经验的借鉴，我国竞争倡导制度需要从以下几个层面

〔59〕 反垄断法中的宽恕制度是为了鼓励卡特尔参与者尽早自首。美国宽恕制度规定，免除惩罚的优惠只给予“第一个上门者”，因此，第一个申请者的位置非常关键。为了成为第一个申请者，“告密者”可以在提出正式申请前请求竞争机构为其设定“标记”（marker），即在申请次序中保留第一的位置，使其在一定期限内进行必要的内部调查，获得更多的信息和证据，从而完善其申请资格。See Ky P. Ewing, Jr., *Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience*, Kluwer Law International, 2006, p. 307.

〔60〕 参见前引〔47〕，Young Son Shin 文，第 40 页。

〔61〕 See International Competition Network, *Assessment of ICN Members' Requirements and Recommendations on Further ICN Work on Competition Advocacy*, 2009, p. 21, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc362.pdf.

进行系统化的构建。

（一）倡导目标的确定

学者和竞争机构都容易犯的一个错误是，将竞争政策的目标或竞争倡导的目标等同于竞争执法的目标。[62] 实际上，作为竞争政策两种互为补充的实现路径，竞争执法与竞争倡导的目标是有所区别的。竞争执法受到法治原则的约束，执法机构必须透明、一致和可预见地将法律上的禁止适用于特定事实，以便于竞争主体合理预见什么样的行为可能遭到指控，从而作出相应的调整。如果竞争执法机构过多地考虑效率之外的目标，将“产生不确定和模糊”。[63] 所以，芝加哥学派主张将效率最大化作为竞争执法中分析竞争行为合法性的唯一标准，获得了很大程度的认可。竞争倡导则不同，作为执法行为之外的竞争政策实现方式，它面向各种利益相关者，寻求各方利益的表达与均衡，与竞争政策的目标相一致。同时，竞争政策的目标容易受到包括利益相关者的需求与力量对比、既有的法律、伦理和道德准则等各种因素影响。这些因素的变化导致竞争政策目标也随之变化。“保持不同的规则和程序适应具体环境的能力，对于竞争政策的发展至关重要。”[64] 因此，我国竞争倡导的目标不应局限于单一的经济效率最大化，而应具有开放性和动态性，是多元化的体系。

我国反垄断执法的最大挑战来自人们对反垄断立法目的的不同认识。[65] 反垄断法第1条规定，“为了预防和制止垄断行为，保护市场竞争，提高经济运行效率，维护消费者合法权益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”对于这一规定，笔者认为可以分两个层次来认识：第一，该条确定了一个基本前提，即通过竞争来实现提高经济运行效率、维护消费者合法权益、维护社会公共利益和促进社会主义市场经济健康发展的目标。第二，如果案件进入执法领域，则上述目标是一个一元化的体系，经济运行效率处于最突出的位置，以此评价竞争行为的合法性，其他目标都必须在增进效率的基础上来实现；如果是主管机构的倡导行为，那么对所倡导的竞争的认可与遵行是多方利益博弈和妥协的结果，此时不存在某个目标的绝对优势地位，各个目标都必须获得足够的重视。

（二）倡导内容的构建

1. 引入立法优先咨询制度

国务院法制办2005年7月27日提出的反垄断法草案征求意见稿中规定，“反垄断法执法机构有权对其他部门拟定的涉及反垄断法事项的政策和规章提出修改建议。”但反垄断法最终取消了这一规定。立法事先咨询有利于竞争主管机构尽量广泛、充分地在相关法律、政策制定中表达自己的观点和意见，最大限度地降低相关法律规则限制竞争的风险。因此，建议在反垄断法实施细则中补充这样的规定，并在作为管制依据的电力法等行业法中规定：行业管制机构在制定、修订以限制竞争事项为内容的规章制度时，必须事先与反垄断执法机构进行协商。这样可以最大限度地实现反垄断法在各领域的一致适用，促进管制领域的竞争。

2. 推动准入管制的放松

我国存在的市场准入限制对于竞争的阻碍非常严重。尤其是，随着技术进步和需求的不断扩大，越来越多自然垄断性行业内的业务具备了可竞争性，迫切需要引入竞争。但我国的实际情况是，属于可竞争领域的发电业务固定资产投资结构中，私人控股投资大约只占12.6%；航空运输业务中，私人控股投资大约只占5.6%；至于在石油、电信、铁路等领域，私人控股投资所占比

〔62〕 See R. Hewitt Pate, *Competition and Politics*, 2005, p. 2, http://www.justice.gov/atr/public/speeches/210522.pdf.

〔63〕 前引〔38〕，Bork书，第114页以下。

〔64〕 Randolph W. Tritell, *International Antitrust Convergence: A Positive View*, 2005, p. 25, http://www.ftc.gov/bc/international/docs/tritellpostiveview.pdf.

〔65〕 王晓晔：《〈中华人民共和国反垄断法〉析评》，《法学研究》2008年第4期。

例几乎可以忽略不计。[66] 因此，竞争主管机构推进竞争的一项重要内容就是通过提出建议、进行可行性研究等，减少、消灭不合理的准入限制，扫除人为的竞争障碍。

国务院在2010年5月7日颁布了《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》，鼓励民营资本进入油气勘探开发领域，参与民用机场、通用航空设施等的建设；支持民间资本参股建设原油、天然气、成品油的储运和管道输送设施及网络。但《意见》是否真能起到破除垄断、扩大准入范围、降低准入门槛的作用，由谁来监督落实这些建议，这些难题的破解最需要发挥熟悉市场竞争现状及需求的竞争主管机构的竞争倡导职能，由其提出究竟在哪些领域、多大程度引入竞争，以什么方式实现竞争，并清除一切不合理的限制法规。

3. 适度减少反垄断法除外适用

反垄断法适用除外范围的缩小必须与市场竞争的实际相吻合，既不能一蹴而就，也不能滞后，否则都会损及经济效率。德国邮政领域适用除外范围的逐渐缩减充分体现了这一原则。在2006年1月1日以前，德国邮政公司对100克以内信件邮递业务的垄断经营不适用德国反限制竞争法；在2006年1月1日至2007年12月31日间，适用除外的范围被进一步限定在50克以内的信件邮递；从2008年1月1日起，邮政市场完全开放，全面适用反限制竞争法。[67] 我国邮政、铁路等行业引入竞争的需求尽管迫切，但必须循序渐进推动反垄断法适用范围的扩大。为了提高扩大反垄断法适用范围的科学性，使推进行为更具说服力，可以借鉴日本的做法，成立由学者、行业管制机构、消费者等组成的专门研究机构，深入调查研究，广泛听取意见，在形成广泛共识后再提出相关建议。

4. 健全对管制的竞争评估机制

竞争主管机构对于管制举措的竞争评估要想真正取得期望的效果，必须首先确保竞争主管机构参与管制程序的广泛性。这样的广泛性有利于主管机构充分了解各个领域的竞争现状，充分、及时、持续地给出关于竞争的意见。因此，建议在各行业法中规定：管制机构在拟采取管制举措前必须通知竞争主管机构，给予其发表意见或建议的机会。管制机构如果拒绝接受相关意见或建议，或不能采取相应举措，必须给出合理的解释或证明其行为的正当性。其次必须增加竞争评估的透明度和可操作性。为此，可以制定《管制影响评估指南》，详细规定竞争主管机构的评估权限、程序和内容。

5. 引导企业合规制度建设

随着我国反垄断法的实施以及参与国内、国际市场竞争的频繁，企业要想在竞争中赢得最有利的地位，降低反垄断违法风险，建立规范的反垄断合规制度是必然的选择。但企业自身对竞争法认知有限，更缺乏主动遵守的意愿，[68] 迫切需要反垄断主管机构最大限度地发挥自身优势，协助企业构建符合国内、国际竞争法规范的合规制度。因此，建议反垄断主管机构抓紧制定和颁布企业合规一般程序的示范文本，为企业提供指引，推进企业规范化竞争；同时，为企业建立合规制度提供适当激励，如对于建立合规制度的企业给予豁免资格的优先考虑，或者对其违法行为给予从轻处罚。

（三）倡导工具的选择

我国竞争倡导必须建立多样化的倡导工具，包括提出建议或意见、发布各类指南、进行市场研究、专家意见征询、召开研讨会等多种形式。“正式的倡导机制更有效，但非正式的倡导更加

---

〔66〕 相关数据根据《中国统计年鉴2009》有关数据计算获得。

〔67〕 See BkartA, *Activity Report*, 2006, p. 23, http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/Publications/Report.php.

〔68〕 例如，根据国家发改委的调查，2009年10月17日，在我国绿豆主产区吉林省洮南市召开的“第一届全国绿豆市场产销行情研讨会”实际上就是串通涨价、哄抬绿豆价格的会议。有关企业在会上毫不掩饰地呼吁与会绿豆经销企业“不要卖出绿豆，要卖也要少卖”，并宣称“价格上涨已成必然”。如此赤裸裸的反竞争价格协调行为显然与企业自身缺乏对竞争法的认知和遵守意愿相关。

灵活，在特定的情形下甚至是唯一的选择。”[69] 因此，要特别重视增强非约束性建议实效性机制的建立。尤其是我国反垄断执法机构的法律地位相对于很多管制机构和大型国有企业并没有优势，这一点就显得更为重要。为此，可以从以下四个方面来考虑：其一，以可靠的论证和分析为基础，提高竞争主管机构意见（或建议）在法律、经济上的合理性；其二，通过媒体的宣传引起大众的关注和讨论，增强主管机构意见或建议的公开性；其三，收到竞争意见的机构如果不采纳相关意见，必须公开证明其行为的合理性，以形成必要的公众监督；其四，提升竞争执法的威慑效应，确保对违法行为准确、严厉地予以制裁。

（四）倡导与执法关系的处理

我国反垄断法刚开始实施，竞争机构的工作重心应放在竞争倡导方面，在此基础上循序渐进地展开竞争执法。[70] 这主要是因为：第一，我国市场经济体制的建立过程中需要制定大量的制度规则，竞争倡导可以在其间发挥重要作用，减少反竞争法律的产生。第二，反垄断执法要对复杂的竞争问题作出判断，缺少经验的竞争执法机构和司法系统一时还难以胜任。第三，竞争案件的解决可能需要很长时间，在这种情形下，竞争执法可能会面临精疲力竭和危及自身声誉的风险。第四，我国正在经历对自然垄断性行业等关键领域放松管制的过程，在促进这些领域由垄断向竞争的转变中，克服执法所面对的技术难题的一个重要途径就是充分发挥竞争倡导的作用。第五，倡导行为并非像执法一样针对个案，它的成本可以分摊到对类似问题的多次提倡中。一旦对一种限制行为加以分析的固定成本已经发生，以后针对同样或类似问题的边际成本就非常低了。

因此，我国反垄断主管机构应该赋予竞争倡导优先于竞争执法的地位。当然，完全将执法留待将来也会削弱目前的竞争倡导。竞争机构的声誉对于竞争倡导的效率至关重要，而声誉需要在成功的竞争执法中不断建立和提升，良好的执法有助于竞争倡导的展开及其效果的改善。例如，为了更好地控制滥用市场支配力进行超高定价的行为，德国联邦卡特尔局对德国739家天然气供应商提供的家庭用户供气价格进行了调查，并于2007年1月将结果公布在网站上。但是，这样的调查只是方便用户查询、对比燃气价格，通过消费者的选择间接抑制超高定价行为，效果并不明显。2007年德国反限制竞争法修订，专门规定了规制能源领域超高定价行为的第29条。据此，2008年德国联邦卡特尔局启动了37项针对供应者涉嫌超高定价的反垄断调查程序，其中28项已经完结，极大遏制了相关反竞争行为。“执法程序的启动，极大地补充了倡导的不足，使倡导产生了更明显的促进竞争效果。”[71]

结　　语

综上，我国竞争主管机构应积极加快竞争倡导制度建设，在目前阶段甚至要优先于竞争执法来考虑。在推进竞争过程中，我国应该根据具体市场环境实现竞争与干预的均衡，强调维持市场的开放性，以多种价值维度评价竞争。在此基础上，根据实际情况，引入立法优先咨询制度，推动准入管制的放松，逐步缩减反垄断适用除外的范围，健全对管制的竞争评估机制，帮助企业进行合规制度建设，形成多样化的倡导工具。

竞争是一个动态的过程，不断地调整倡导行为，对于产生最佳的效果而言非常必要。正如美

〔69〕 前引〔61〕，ICN报告，第23页。

〔70〕 先是针对一些相对简单的行为，如横向协议和并购。随着竞争文化的建立和执法经验的积累，在条件允许的情况下，再展开对纵向限制和滥用支配地位的行为的调查。See A. E. Rodriguez, M. B. Coate, *Competition Policy in Transition Economies: The Role of Competition Advocacy*, 23 Brooklyn Journal of International Law 365 (1997).

〔71〕 前引〔61〕，ICN报告，第35页。

国司法部着重强调的那样，“基于对市场变化的回应，反托拉斯局的倡导行为已经有了很大的发展，新的立法、管制举措以及对正在发生的竞争问题的处理都是适应这种变化的结果”。[72] 竞争在各国不同经济环境与法律、文化背景下存在差异，要达到完全一致的竞争倡导体系几乎不可能。本文的研究只是在总结各国制度经验的基础上，结合我国实际情况提出一些设想。完善的竞争倡导机制的建立并不局限于此，还应包括加快反垄断专业组织建设、增大针对行业协会及消费者团体的宣传及培训等多方面的内容，而且还需要考虑政府组织体系、权力划分、文化传统等因素。这些都有待于在持续的研究和实践中解决。

Abstract: Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority relating to the promotion of competitive environment for economic activities by means of non—enforcement mechanisms. These activities can be classified into two groups. On one hand, competition advocacy involves convincing other public authorities to abstain from adopting unnecessary anticompetitive measures. On the other hand, it comprises all efforts by competition authority to make other government entities, economic agents and the public at large more familiar with the benefits of competition and with the role competition law and policy can play in promoting competition and enhancing welfare. So competition advocacy is of great importance to facilitate and complete antitrust enforcement, promote the effective implement of competition policy and build the competition culture.

Only when the competition advocated by competition authority has enough rationality can it be accepted and observed by more stakeholders. Competition may not only be hindered by private anticompetitive conduct, but also, in certain circumstances, by public regulatory intervention and rule—making. Regulatory intervention may go beyond the strict necessities and impede competition in some sectors. The antitrust enforcement is concerned with maintaining competition in private markets. So the determination of the competition advocated should concentrate on the appropriateness of government intervention, the dominant power of government intervention and the objectives achieved by the competition.

On the basis of the major countries' competition advocacy institutions, their successful experiences and the actual conditions in China, the following measures can be put forward on how to establish competition advocacy institutions. It is necessary to introduce the institution of prior statutory consultation, promote the relaxation of limitations on taking part in competition, narrow the range of exception of antitrust law step by step, improve the system of competition assessment of government regulation, and help enterprises set up competition compliance programs, thus establish diversified competition advocacy tools. Competition is a dynamic process. In order to achieve effective competition, the advocacy activities conducted by competition authority must adapt themselves to the changes.

Key Words: competition advocacy, antitrust enforcement, prior statutory consultation, competition assessment, competition compliance guidance

〔72〕 前引〔61〕，ICN 报告，第 24 页。