

# 竞争政策：经验与文本的交织进化

史际春 赵忠龙\*

---

**内容提要：**竞争政策是国家制订、贯彻经济政策和反垄断法实施中面临的一个基础命题。在竞争政策系统中，总是存在剩余立法权和剩余执法权。这一方面要求政策执掌者勤勉、忠信、合理地善用自己的专业判断能力和权力，另一方面要求将其权力纳入可问责的法治轨道中去。竞争法的文本交织于竞争政策的动态经验，不仅构成政府调控、监管经济的实践理性，而且反映出我国国家战略发展进程中国家治理模式的变迁。

**关键词：**竞争法 竞争政策 经济政策 法治

---

在现代法治条件下，政策与人治渐行渐远，已然成为法的纲领和指南，且呈现出法与政策融合的趋势。换言之，法不可能脱离政策而存在。有关法的政策如何，涉及法的宗旨能否有效实现及其功能的发挥，事关重大。而竞争法是典型的“政策法”，竞争政策则是典型的“法政策”，能否制订并有效贯彻适当的竞争政策，直接关系到我国竞争法暨反垄断法的定位及其成效。我国反垄断法规定，国务院反垄断委员会的职责之一是研究拟订有关竞争政策。而对政策之于法的意义和作用、竞争政策的性质和内容、它与竞争法暨反垄断法和其他相关政策的关系究竟如何等问题，迄今道理上并不十分清楚，行动上难免踌躇游移，因此值得作一探讨。

竞争法是一种与市场最为契合的政府调控、监管经济的工具。缺少它，一个国家的经济就谈不上是真正的市场经济。作为政策性的法，反垄断法中没有任何一个法条可以直接套用于实际案例，其有效实施高度依赖于经济活动当事人、政府、法律工作者、司法机关和整个社会形成恰当的市场经济理念。而中国法治传统的缺失对各级政府的调控、监管及其政策执掌能力提出了更高的要求。竞争法文本的施行和实现离不开竞争政策，竞争法的文本交织于竞争政策的动态经验，不仅是政府调控、监管经济的实证模式，而且反映着国家治理模式的变迁。在竞争法文本落实的过程中，市场活动主体参与公共政策的形成，通过“政府—厂商”的公共交涉促使政府调控、监管经济的实践理性日臻成熟。通过对竞争政策的分析，不仅可以考察现代市场经济法治的形成，更可从中管窥现代法治如何超越人治和法制、实证法与自然法，解脱形式法条的“小鞋”，以实现现代社会福祉观的实质正义法治。

---

\* 史际春，中国人民大学法学院教授；赵忠龙，中国人民大学法学院经济法学专业博士研究生。

## 一、政策和竞争政策

对于国际上通行的“竞争政策”，人们往往吝于说明其含义，信手拈来，不求甚解。竞争政策属于政策的一种，为此需将其与政策作联系分析。政策，顾名思义，是指政府或政党的谋略、策略、对策等。按中文语境的一般理解，政策是国家、政党等为实现一定目标的行动准则。<sup>〔1〕</sup>同时，一般团体、组织日益社会化，也使它们延伸成为政策主体，如企业、学校、非政府组织等制订适用于自身治理和行为的政策。就竞争政策而言，其主体限定在本来意义上，主要为国家或政府，也包括政党。

政策一般具有目标性、阶段性、原则性、灵活性等特征，传统上正是将此作为政策区别于法的标志。<sup>〔2〕</sup>在中国改革“摸着石头过河”的进程中，不具备按既定规则行事的条件，按本文的研究这也不符合法治的规律，往往都是政策先行，必要时再以立法跟进。以经济及产业政策为例，一定阶段伴随着一定的目标，这一目标通过整个国家和社会合力的追求而努力加以实现。如改革开放后通过合资和加工出口大规模吸引外资，20世纪90年代纺织等传统产业调整，国企通过关停并转和破产进行战略转型，近期以内需为导向调整对外经贸合作格局等。在形式上，政策未必表现为法律，也可能体现在党的报告、决定、政府的规章、通知、公告等文件中，如《中共中央关于经济体制改革的决定》、关于“三农”的“1号文件”、《国务院关于禁止传销经营活动的通知》、《中国人民银行关于进一步改革外汇管理体制的公告》等。政策能够对法律产生直接影响，乃至搁置、改变或取代法律，如《中共中央、国务院关于进一步加强土地管理切实保护耕地的通知》将土地管理法中有关国家建设征用耕地审批的法律规定冻结了一年多。政策也可能成为法律，如实行社会主义市场经济和计划生育的国策、农村第二轮土地承包至少30年不变的政策等，都在宪法、法律中作了规定。国外也不例外，如美国有1980年小企业经济政策法、2005年能源政策法等。日本学者对有关政策性的法更以竞争政策法、不景气对策法、消费者政策法等相称。政策甚至可以表现为无形的政纲或立场、理念，如美国反托拉斯法的实施在共和党执政时宽松，民主党执政时较为严厉，这是公开的秘密。又如出于对计划经济和“单位所有制”的逆反，我国社会上包括行政和司法都曾崇尚“资本运作”，默许携技术或商业秘密跳槽，以至于不少人对相应的违法犯罪不以为耻反以为荣，有关内幕交易、操纵市场、知识产权和反不正当竞争的法律条文也就难免一度形同虚设了。

明确了政策的概念，对竞争政策可作如下定义：以市场为导向，着重维护、修复、弘扬市场机制，促进或优化竞争的政策。这是广义上的竞争政策，与财政政策、规划、产业政策、金融政策、贸易政策、投资政策、环境和资源政策、消费政策、国家安全政策等交叉重合。诸如在电信和电力等行业引进竞争、限制小煤窑、“两反一保”、直补家电和新能源汽车的消费者而非企业等，都属于竞争政策的范畴。

通常所谓竞争政策是狭义的，指与竞争法的实施相关或者主要通过竞争法来实施的竞争政策。而反垄断法提及的“有关竞争政策”更窄，仅指与反垄断法相关的竞争政策，原则上不包括反不正当竞争的政策。狭义的政策直接关系到竞争法暨反垄断法的实施方向、方式和力度，固然十分重要，但其有效发挥作用又离不开广义的竞争政策，如通过产业调整形成合理的竞争结构即非狭义的政策所能企及。故广义的政策又是狭义政策发挥作用的前提或条件。

〔1〕 参见《政治学辞典》，上海辞书出版社2009年版，第94页。

〔2〕 参见李步云：《政策与法律关系的几个问题》，《法学季刊》1984年第3期。

无论在理论上或实践中,狭义的竞争政策往往与竞争法相混同。

在现代公共政策理论的视域下,公共政策不仅仅是法律、法规、规章和其他规范性文件等有形选择,更延伸到潜在的无形选择领域。因此现代公共政策理论不仅关注政府具体的政策文本是什么,还关注在特定体制中公共政策形成中的偶然变量,探求那些有时被认为对政策起决定作用的因素。<sup>〔3〕</sup>因此,竞争法文本和狭义、广义的竞争政策都是竞争政策系统的一部分,狭义上则应将竞争法与产业组织和政府规制的路径依赖相结合,将相关竞争政策与经济政策等交织加以理解。<sup>〔4〕</sup>

从竞争政策体系的角度看,竞争政策也有层次之分。只有在市场经济条件下才有竞争存在的余地和价值,因此实行社会主义市场经济是我国的最高竞争政策。其次就是广义和狭义的各种具体竞争政策暨制度。在实践中,竞争执法机构和司法机关还可能形成针对个案的成文或不成文的竞争政策,如美国政府促成波音和麦道合并,欧盟查处微软和英特尔、可口可乐并购汇源等重大案件的处理,事实上都有一定的政策性原则或方针指引,而不是就事论事、套用法条那么简单。只有对政策、竞争政策和竞争政策系统有清楚而辩证的理解,方可指望竞争政策在竞争法和法治中扮演积极的角色,发挥应有的作用。

遍览世界主要国家的竞争法暨反垄断法实施,均能发现法律文本与竞争政策的交相辉映。美国法院反垄断案件的审理和裁判都会受到当时政党和政府竞争政策目标的影响。<sup>〔5〕</sup>竞争政策内嵌于公共政策和政府的角色定位,市场活动主体参与公共政策形成,使得以竞争政策为统领的竞争执法能够为社会提供稳定的法治预期。

## 二、政策与法的关系——以竞争政策和竞争法为中心

在中国,政策传统上是与人治划等号的。在曾经的“无法无天”时期,政策、“红头文件”、长官意志盛行,法律院系的教学主要是民事政策、刑事政策等,法院也依相关政策判案。今天我们摒弃人治,致力于法治国家建设,何以还需要及强调政策,甚至在西方法治国家也是如此?<sup>〔6〕</sup>政策与法、竞争政策与竞争法之间究竟是一种怎样的关系?

之所以在法治条件下仍需要政策,其根本原因在于:徒法不足以自行。如果把“法”简单地理解为法律条文,那么在任何一个国家,法条都是多如牛毛,且充斥着矛盾、重复、缺漏和错误,“依法办事”无从进行,强行为之又必然会回到随意、武断、无理的人治状态去。因此需要有适当的法理念作为法的灵魂,以适当的政策为法把握方向、确立行动章法,这样,立法、执法包括司法才能合乎社会大多数人的长远利益,达到一种善治状态。适当的政策可以将庞杂、疏漏、相互冲突的法条梳理清楚,去芜存菁、拾遗补缺,以利法的公正适用,推动法的与时俱进。

经济法根源于国家对经济的自觉调控和参与,其要义不在于如民法般抽象地设定和保障某种权利,而是需要对万变之经济生活和社会实践及时应对,以求兴利避害,促使经济尽速平稳发展,并提高国家及其经济的竞争力。经济法的任务是实现一定经济体制和经济政策的要求,因而

〔3〕 See William E. Kovacic, *Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: the Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement*, 77 Chi. — Kent L. Rev. 265.

〔4〕 See Andrew I. Gavil, *The Challenges of Economics Proof in a Decentralized and Privatized European Competition Policy System: Lessons From the American Experience*, 4(1) Journal of Competition Law and Economics 177—206 (2007).

〔5〕 参见 [美] 理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第210页。

〔6〕 参见孙涛:《法国〈经济现代化法〉述要》,载史际春主编:《经济法学评论》第9卷,中国法制出版社2009年版,第419页以下。

获得了比其他任何法律部门更为显著的政策性特征。<sup>〔7〕</sup>就竞争法而言，立法机关是竞争法文本的制定者，行政执法机关是事前（规章、指南等）、事中（动态的规则调整、具体行政指导等）以及事后（酌情处理和处罚）的规则暨政策制定者，司法机关是事前（如最高人民法院的司法解释）和事后（充分说理的审理和判决）的规则暨政策制定者。放眼寰宇，无论美国还是欧洲、日本，其竞争政策与竞争法文本的交织作用概莫如此。

因此，政策固然有弹性较大、易与人治合流的弊端，但在法治条件下，政策与法并非不兼容，政策甚至成为法和法治不可或缺的要素。关键在于，法与政策融合的趋势，也表现为政策被纳入法治轨道。政策与法的趋同并不是偶然和无序的。现代法治中法律规则存在空缺结构（open texture）。法律的真实效果是社会实践所赋予的，而非源于法律文本的含义或对法律的解释，法治系统的理念辅以政策性调整成为现代法治的标志性特征。<sup>〔8〕</sup>形式理性法<sup>〔9〕</sup>以18至20世纪的法典化进程为标志，是人类法治文明前所未有的成果，然而法律作为社会的组成部分，其进化的脚步是不会停止的。形式理性法、法典化和请求权体系既是近代法律进化的结果，也是现代法治继续演进的参照系。现代社会的法治表现为一个配套的系统，包括由法律文本构成的原初规则，以及政策、判例、<sup>〔10〕</sup>信用、<sup>〔11〕</sup>道德<sup>〔12〕</sup>和习俗<sup>〔13〕</sup>等构成的复杂多元的辅助规则系统。贡塔·托伊布纳通过分析德国法院在不同时期对合同案件判决所持的态度，呈现了公共政策是如何渗透到现代法治中去的：私法自治建立于法律形式主义和不干涉，法官将抽象的法律行为术语套用于社会实践，一般把实际要做什么的事项留给民间各方自由决定。然而由于积极的社会权利的兴起，作为从自由主义国家向被组织来增进其国民福祉的国家（因此是“福利国家”）发展的一部分，私法改变了，它变得政治化了，不再表现为私人意图的形式表达，它变成一种法律的、政治的、经济的和其他社会要素的极为复杂的混合。契约法随着法官积极地、更直接地干涉契约事务而变得更具政治性。法官经常更正或重写契约，以便把立法的政策目标翻译进契约中去。判决成为规制契约的一个机会，而不是简单地实施它。<sup>〔14〕</sup>

法律文本存在着空缺结构，导致其不完备，并且不可能通过法律解释来解决这种不完备性，因而不可避免地存在剩余立法权问题。<sup>〔15〕</sup>依法治国的要求，任何政策的制订、推广、执行及其主体都应当具有可问责性。也就是说，有关机关及其首长和工作人员在角色定位及权义设置合理、明确的基础上行事，拟订、实行政策，接受来自体制内外包括公众自发批评究问在内的各种问责，经不起问责的则承担相应的行政、刑事、民事等法律责任。如果哪怕是最高首长和不成文的政策都不至于脱法，那么政策与人治也就没有任何共同之处了。

在形式或渊源上，政策与法也在趋同。一方面，由于公共管理的广度和深度空前，承担公共

〔7〕 参见史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社2008年版，第62页。

〔8〕 See Gerald P. Moran, *A Radical Theory of Jurisprudence: The "Decision maker" as the Source of Law—The Ohio Supreme Court's Adoption of the Spendthrift Trust Doctrine As a Model*, 30 Akron L. Rev. 393; 史际春、李青山：《论经济法的理念》，《华东政法学院学报》2003年第2期。

〔9〕 参见〔德〕马克斯·韦伯：《经济与社会》下卷，林荣远译，商务印书馆2004年版，第1页以下。

〔10〕 在我国，最高人民法院一直以来在推动关于案例指导制度的研究。这里的“指导”具有强烈的权威性色彩。

〔11〕 比如缴费信用、银行征信等已经成为法律研究的重要课题。

〔12〕 社会道德风气、主流价值观往往对疑难案件的判决具有决定性影响。这在中国也不例外。

〔13〕 在法治条件下，情、理、法是相通的，法院在案件的审理、判决中必须充分说理，不排除将习惯、风俗上升为法或以其为法注入正当性元素。

〔14〕 参见〔德〕贡塔·托伊布纳：《法律：一个自创生系统》，张骥译，北京大学出版社2004年版，第7页。

〔15〕 See David A. Caragliano, *Administrative Governance as Corporate Governance: A Partial Explanation for the Growth of China's Stock Markets*, 30 Mich. J. Int'l L. 1273. 在现代法治中，企图通过移植法律文本来移植法治，是一种天真的想法。

管理职责的主体时刻面对着复杂万变的经济社会情势，必须像企业首席执行官那样具有自由裁量权，且法律规则愈益获得专业技术、经济和社会秉性，法因此普遍获得了政策性、概括性和授权性特征，如有关财税、产业、竞争等的法律。反垄断法就是一部典型的政策法，它只是为判断一种行为是否合乎市场经济的要求提供一种分析的框架或方法，而不是为市场当事人和政府执法、法院司法直接提供具体的行为规范。在反垄断法之下，并没有当然不法、也不存在当然合法的垄断行为。换言之，适用反垄断法所依据的表面上是它的法条，实际上却是市场经济之“理”，也即某种经济学，在操作中就表现为一定的政策。正因为如此，在一些西方国家出现了法政策的概念，指法的制订、宗旨、实现等一系列机制，这与政策法和政策法治化是不谋而合的。<sup>〔16〕</sup>

另一方面，政策也越来越法律化、具体化。法律化就是将政策要求通过立法、法规、法条表达出来，直接赋予其法律效力。同时，政策也有细化的趋势，如《汽车产业发展政策》、《指导外商投资方向规定》、《外商投资产业指导目录》、有关竞争法及反垄断法的实施指南、司法解释等，俨然已成为公共管理部门或执法机关、司法机关日常工作的规范或法的依据。

这样，除了个别情况下存在无形的、观念性的政策取向外，国家的政策和法已难以区别，在法治状态下实际上也不必区分。法的制订、执行和政策都要以法治来衡量其正当与否，对于有违公平正义或宪法、上位法的原则，或者无视政策要求而强行适用不合时宜的具体法条，也应认定为不法。合法性与正当性相吻合、统一的程度与一国法治水平的高低呈现出一种正相关关系。狭义的竞争政策与竞争法在形式上就基本上是混同的，二者都是指构成竞争制度的有关法律、法规、方针、政令、规章、措施、办法、指南等的总和，这在发达国家也不例外。

### 三、竞争政策与经济政策

竞争政策属于经济政策。关于经济的政策还有财政政策、规划和产业政策、金融政策、贸易政策、投资政策、环境和资源政策、消费政策等。国家安全政策不完全是经济政策，但也包含国家经济安全，如粮食安全、能源安全等。竞争政策的形成不可能基于竞争法文本和经济学理论的简单考量，其目标、范围和性质受制于一个国家既定的产业和政府监管结构，<sup>〔17〕</sup>在更广泛的范围内还取决于一个国家的政治、经济文化对竞争的吸纳程度，在实践中与其他政策相交织。

我国致力于改革僵化教条的计划经济，不断放松管制，但是勃发的民间资本并没有达到其在西方发达国家那样的广度、高度和深度，产业组织结构不像西方市场经济国家那样多元、强健。竞争法在中国面临的重要问题是以国有为主体、受市场准入控制的行业竞争不足和民营企业的产业脆弱。竞争性产业集中在东南沿海和其他市场发达地区，主要来自于外资和民间投资。对于关涉国家安全和经济增长核心的电力、石油、银行、保险、铁路和航空等行业，政府保持并强化对这些产业的控制力。在这些行业中，政府既是投资者或老板，又是市场垄断和竞争的安排者、监管者，这种状况导致监管者很容易被“俘获”。我国改革的重要措施之一就是“政资分开”，设置专门行使出资人职能的机构和对特定行业的监管机构，削弱垄断行业和企业对政府主管部门的“捕获”力。但由于竞争政策及其理念并没有随之植入相关机构，竞争政策仍未与财政政策、规划和产业政策、金融政策、贸易政策、投资政策、环境和资源政策、消费政策等形成系统组合效应。

在市场经济中，市场机制在资源配置中起基础性作用，因此必须将竞争政策作为基础性的经

〔16〕 See Louis Kaplow & Steven Shavell, *The Grounds of Welfare: Fairness versus Welfare*, 112 Yale L.J. 1511.

〔17〕 See Bruce M. Owen, Su Sun & Wentong Zheng, *Antitrust In China: The Problem of Incentive Compatibility*, 1(1) Journal of Competition Law and Economics 123-148 (2005).

济政策。所有其他经济政策，包括社会政策，都应当以竞争政策为基础，建立在市场机制之上。竞争政策以外的其他经济政策本身都可能忽略、抑制甚至排斥市场机制，比较典型且在国内外讨论较多的是产业政策。现在人们已达成共识、实践也证明，其他经济、社会政策与竞争政策是可以互补而并行不悖的，发生矛盾和冲突时可以通过协调达成平衡，使它们尽可能不扭曲市场机制，或者将其对市场机制的限制乃至损害降至最小程度。

垄断和不正当竞争是由市场内在矛盾而导致市场失灵，竞争政策暨竞争法以市场为导向，通过直接作用于市场机制——维护、修补、优化市场机制，维护市场经济的秩序。然而，市场并非万能，自有其副作用和力所不及的领域。诸如重大基础设施、基础研究和高雅文教产品、新能源和可再生能源开发、资源和环境保护等，为社会和公众所需，但仅靠市场的力量却无法实现或不能充分提供，这是市场所不能。此外，市场和市场关系的本性是优胜劣汰，这也是市场经济的优越性所在，但是市场本身不能解决地区、产业、群体和个人之间以及不同时期的发展不平衡问题，反而会加剧这方面的矛盾，这是市场的副作用。所以，在竞争政策之外，需由产业政策、环境和资源政策、消费政策、社会政策等来弥补它的不足，并由规划、财政政策、国家安全政策等为主导，统筹协调及保障经济社会的可持续发展。与此同时，竞争政策的基础性作用不可动摇，采用竞争政策以外的其他政策时，应尽可能小地限制、扭曲或损害竞争，最好是“两全其美”，运用其他政策工具时顺应市场机制的要求，始终清醒地认识到人类迄今尚未找到比市场机制更好的生产组织方式。

竞争政策还需要考虑产业全球化和国家崛起的战略利益，一方面要应对垄断和不正当竞争对市场机制的破坏，另一方面要警惕跨国经济活动对国家安全的威胁，并在全国范围内鼓励和培育民营及中小企业的竞争力，努力处理好快速城市化背景下的“三农”问题，等等。所有这些因素辩证、理性地参与中国竞争政策的形成，可以避免公共政策的“钟摆理论”<sup>[18]</sup>所导致的公共政策主体对竞争规制的模棱两可态度。在治理转型的大背景下，政策张力将促使政府不断提升和增强经济调控、监管的实践理性。

如何处理竞争政策作为基础性经济政策同其他政策之间的关系？答案是分权和法治。<sup>[19]</sup>分权意味着具体掌管某种政策的主体定位科学、权责明确，着力方向不同、相互可能发生矛盾冲突的政策不由同一机关掌管，以保证政策主体确有担当，并有足够的激励和约束。法治意味着不同政策主体在各种问责、正式和非正式的绩效评价和法律责任落实的基础上追求各自的政策目标，在沟通、博弈、修正、协调中达成理想的结果。否则，如果政策主体利益冲突，各种政策目标相互掣肘，决断迟疑，无人负责，无从究责，竞争政策和其他任何政策就只能是空中楼阁。

#### 四、作为实效法律渊源的竞争政策与竞争政策的渊源

在现代法治解决方案中，政策性文件和道德手册等规范越来越多地进入正式法律文本，法律渊源呈现出前所未有的复杂化和多样化，秉持狭义的概念法学和法律教条主义者却莫名地对法的开放性与发展性视而不见。现代法治包容了政策，超越了法律形式主义，但又不同于简单的“主权者命令”，成为法律形式主义无力回应社会权利兴起的有效救济。

任何制定法都必然与社会现实之间存在裂隙，剩余立法权使政策成为实效（effective）法律渊源的重要组成部分，其重要性甚至超过了传统意义上的立法和法典。与之相伴的则是政府的行

[18] 参见詹中原：《公共政策问题建构过程中的公共性研究》，《公共管理学报》2006年第4期。

[19] See Cass R. Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421; 史际春、肖竹：《论分权、法治的宏观调控》，《中国法学》2006年第4期。

政主导和裁量、社会组织自治、仲裁和替代性纠纷解决机制等构成对传统法院司法解决方案的替代选择。美国是一个公认的“自由市场经济国家”，但同时又是一个政策管制非常细腻的国家，其每年的公共管理成本高达8000亿美元以上，财政支出构成国内生产总值的重要来源，门厅业务（lobby art）和政策事务早已成为美国律师事务所的重要收入来源。<sup>〔20〕</sup>如此现象并非仅出现在英美法地区，在大陆法系的德国、法国和日本等，政策规制对制定法的渗透侵蚀也毫不逊色。面对公共管理的渗透力，日本兴起了“法政策学”，<sup>〔21〕</sup>美国学者 Keith Werhan 提出了行政法的“去法化”，<sup>〔22〕</sup>当然他所称的“法”是指狭义的法律，而非法治之“法”或广义的法。

现代法治的核心是政府权力的科学、合理、正当、合法和有效的运用，这直接关涉一个国家或地区的繁荣。<sup>〔23〕</sup>经济法正是应对传统法律调整不足的社会实践而发展起来的新兴法律部门，是一种典型的现代法治解决方案。在我国的具体法治语境中，即指按照科学发展观的要求，超越对法律形式的拘泥，有效整合既有法治资源，合理解决社会实践中的问题，实现高层次的经济法治。当三聚氰胺奶粉危机袭扰全国时，无论是侵权责任、产品质量责任还是破产程序等都难以有效应对，政府出于公心的合理统筹安排无疑是不二的次优选择。对于法制和各项现代性制度供给不足且难以有效运行、社会保障水平低下的我国而言，唯有政府主导才能有效解决民生问题。考察美国政府对通用破产案的介入调整以及世界各国应对金融危机的举措，不难发现，法律应该适应社会，而不是由社会削足适履地适应法律。

法和政策在形式上的趋同导致其大多可纳入同一渊源体系。法的渊源，从宪法到立法法所规定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、政府规章，再到行政机关、法律授权的具有公共管理职能的机构、法院、检察院制订发布的规定、解释等规范性文件，也都是政策的渊源。处于同一渊源体系中的法和政策，二者从形式到内容都不能、也不必清晰界分，有关法和政策的效力只需按法律效力确定的原则加以认定即可。因此，政策与法不一致或存在矛盾的，既可能是法“大”，也不妨是政策“大”，其认定原则无非是上位法优于下位法、特别法或具体规定优于普通法、新法优于旧法等，这些在立法法第5章中有相关具体适用和处理的规定。

需要指出的是，在不违背最高竞争政策和反垄断法的情况下，反垄断委员会、反垄断执法机构和最高法院等尽可制订有关该法施行的政策性规定。但是按照法治要求，下位渊源的规定不得与上位渊源的法或政策相冲突，比如有关反垄断执法指南和司法解释就不得从实质上改变反垄断法的宗旨和规定，更不得悖于由市场作为资源配置的基础性机制的市场经济根本要求。其次，党在宪法和法律框架内实行对国家事务的领导，党的政策涉及竞争的，必须将其转换为法的形式，纳入法和国家政策渊源的体系，方可取得在竞争法的行政执法和司法中直接适用的效力。当然，无形的政策理念也会影响法的执行、作用和效果，这是政策与法仍然存在的区别，党和国家的方针政策可能通过影响人们包括执法者和法官的观念、行为而左右竞争法的施行。但在这种情况下，无形的或仅表现为党的文件或内部文件的方针政策或者任何个别首长的政策性指导意见与法的既有规定不一致而发生争议的，政策必须屈居于法治的权威和尊严之下。

反垄断法第37条规定，行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定。然而，对于此条所谓“规定”以及立法法中规定的作为法渊源的行政法规和政府规章之外的各种

〔20〕 See Edward T. Ackerman, *How the Inclusion of Attorney Contingency Fees in a Plaintiff's Gross Income Negatively Impacts Qui Tam Litigation*, 70 Brooklyn L. Rev. 213.

〔21〕 参见解亘：《法政策学——有关制度设计的学问》，《环球法律评论》2005年第2期。

〔22〕 See Keith Werhan, *Delegalizing Administrative Law*, 1996 U. Ill. L. Rev. 423.

〔23〕 See Douglass C. North, *Why Some Countries Are Rich and Some Are Poor*, 77 Chicago-Kent Law Review 319-330 (2001).

抽象行政行为，它们与上位的法或政策冲突的，无论反垄断法、立法法还是其他法律法规都未提供适当的救济途径或方式。这就需要改革行政诉讼法，按照法治要求将抽象行政行为纳入司法审查，兹不赘述。

## 五、结 语

有学者称人类社会中的法律历经复仇、权利和福利三个阶段，<sup>[24]</sup>这是一个从原始到现代、从简单到复杂、从单一到系统的过程。纳入到法和法治范畴的竞争政策则可定义为“一整套确保市场竞争不因受限制而减少经济福利的政策和法律”。<sup>[25]</sup>竞争政策暨竞争法以资源的有效市场配置为基点，以公平竞争为目的，在鼓励公平竞争的同时制止、限制不正当竞争和反竞争行为，以保障市场机制作用的充分发挥。其目标在于促进自由竞争，维护公平竞争，在有效竞争中维持对社会成员的激励，确保市场繁荣和社会福祉的不断提升。

我国正在经历空前的向工商社会的转型和城市化进程。经过百多年来社会结构和秩序的激烈动荡、波折，在30年改革开放和迅速增强的全球化趋势中，我国迎来了黄金发展时期，形成了社会主义市场经济的基本格局。然而我国面临的国际国内环境仍然艰困。一方面，全球化背景下国际竞争弱肉强食的生态链继续，国家主权和安全存在不稳定因素；另一方面，国内转型期社会结构性矛盾突出，市场交易中的权力因素和非人格化因素仍然存在，行政体制改革有待进一步深化，市场化导致城乡、东西和贫富差距扩大。因此，我国对竞争政策暨竞争法的理解和把握不能拘泥于西方理论和经验基础，必须将竞争与市场经济的普遍原理放在中国社会的复杂生态之中，从我国传统中汲取智慧、去芜存菁，方能把握竞争政策暨竞争法的基本机理，从而服务于我国的社会主义实践。

在席卷全球的金融危机中，公有制为主导的国有企业成为稳定经济的骨干力量。然而公有制不能仅以社会化需要和私有制之不能来证明其必要性，还应当以自己在市场中的生存能力乃至竞争优势来证明其存在的合理性，这是要在竞争政策中引入中国传统智慧和社会主义价值取向的重要原因之一。一方面，竞争政策从基本政策的层面保障社会主义市场经济中包括公有制在内的多元主体的竞争秩序；另一方面，竞争政策又从社会和谐的高度统合多元主体的竞争，服务于社会整体福祉。竞争并不是简单地形成多个竞争主体，中国竞争政策的关键在于政府在调控经济中引入竞争理念。

文本意义上的竞争法和竞争政策不过是现实竞争政策系统的一个部分。实行社会主义市场经济，必须将竞争政策作为基础性的经济政策。社会的繁荣富裕需以经济的发展为前提和保障，而经济的发展在很大程度上取决于一个社会的创业和创新精神的有无与大小，取决于人们能不能抓住一切发展机会努力奋进、敢不敢冒着风险对自己的命运负责。只有当所有人的精神、智慧和胆识得到充分发挥时，经济和社会才能蓬勃发展起来。而人的这种能量的释放，全依赖于人的独立、自由与竞争。因此其他经济政策包括社会政策都应当以竞争政策为基础，建立在市场机制之上。在实践中，其他经济政策因应形势主导、协调或辅助竞争政策实现，共同构成了公共政策决策的考量因素。

在中国崛起与多极化世界的博弈中，政治也成为竞争政策考量中不可忽略的因素，涉及国家战略、国家安全、产业竞争力、技术竞争力、环境保护、地缘政治、意识形态等诸多方面。公有

[24] See Douglas J. Sylvester, *Interdisciplinary Perspectives on Restorative Justice: Myth in Restorative Justice History*, 2003 Utah L. Rev. 471.

[25] 参见 [意] 马西莫·莫塔：《竞争政策——理论与实践》，沈国华译，上海财经大学出版社2006年版，第20页。



制、“三农”问题和民族国家竞争等成为我国当下竞争政策必须考量的因素。诸如稀土出口管制、中美贸易摩擦、知识产权争议等，是外部环境强行置入竞争政策形成的国际间竞争暨政治因素。而产业政策、环保政策、知识产权政策、对外经济贸易包括外资并购政策等则是第二等级的考量因素。当社会主义市场经济和竞争政策的理念浸入政府调控监管之中，政府可望越来越熟练地与厂商、个人和社会互动以实施公共政策，国家的治理转型已经发生。

因为文本不可能是完备的，在竞争政策系统中总是存在剩余立法权和剩余执法权，这就一方面要求政策执掌者按照社会化市场经济和全球化所要求的专业判断能力勤勉、忠信、合理地善用自己的权力，另一方面需要将其权力纳入可问责的法治轨道中去。

---

**Abstract:** The competition policy is a basic proposition in the making and enforcement of state's economic policy and the implementation of competition law. The reason why a society ruled of law still needs policies lies in that laws alone cannot carry themselves out. Legislations, regulations and clauses are full of contradictions, duplications, mistakes and gaps, so proper policies are needed to eliminate the impure, retain the pure, fill up vacancies and supply deficiencies, thus policies become the creeds and guidelines of laws. Meanwhile, policy making and enforcement cannot kick over the law, thus policy and law have been blent into the same system.

Competition policy system is comprised not only of competition laws, but also of their enforcing institutions such as competition law enforcement agencies and ultimate courts. In the competition policy system, there always stands residual law-making power and residual law-enforcing power, which requires the decision-makers to perform their business judgment ability and power with diligence, fiduciary duty and equitability, as well as to bring their power into the accountability mechanism.

One of the most important reforming measures taken by Chinese government is to establish special regulatory organs to weaken the monopoly power of government departments in charge and some big enterprises. But the systematic effect of competition policy is not formed simultaneously because the organs lack of competition idea and relevant policies. To prevent one branch from becoming supreme, to protect the "opulent minority" from the majority, and to induce the branches to cooperate, the governance system should form the mechanism of separation of power.

The design of the competition policy program can follow various approaches that involve different combinations of policy instruments. The text of competition law is combined with the empirical competition policy in a perspective of legal evolution, which becomes the practical ration of government regulating economy and government's economic activity and reflects the transition of government governance pattern in the consideration of national strategy.

**Key Words:** competition law, competition policy, economic policy, rule of law

---