

反壟斷法適用除外制度研究

石蕊*

一、適用除外制度的形成

反壟斷法適用除外制度是伴隨着反壟斷法理論的不斷完善而出現的，初創時期的反壟斷法圍繞“競爭理論”，將作為市場經濟基石的競爭置於法律的強大保護之下，通過反對一切壟斷來恢復市場發展的活力。但隨着市場競爭理論和實踐的發展，反壟斷法不再是要完全消除壟斷，而是要綜合考慮對經濟和競爭的影響，從而發揮反壟斷法的雙重功能，使之成為名副其實的市場經濟中的達摩克利斯之劍。¹ 可以說適用除外制度反壟斷法作為法律面對多樣的經濟現實的緩衝帶，而反壟斷法具有的政策性、專業性和操作靈活性等特徵均在適用除外制度中得到體現。

(一) 適用除外制度的涵義

在研究適用除外制度之前，筆者認為有必要討論學術界關於適用除外制度於豁免制度之爭論。反壟斷法的適用除外，即對特定主體或領域不適用反壟斷法，另一個與其關係密切因而經常並列的概念是反壟斷豁免。豁免與適用除外的關係在法學界歷來眾說紛紜、爭議頗多，對於二者的關係各學者有不同的認識：有的學者認為，適用除外等同於豁免；也有學者認為適用除外等同於豁免，但豁免僅僅是適用除外的一種情形；還有學者認為，適用除外等同於豁免，只是二者翻譯方法的不同。也有人把適用除外等同於法律適用的豁免權。²

許光耀教授在概括其他學者的結論的基礎上，提出了自己的意見，闡述較為深入，他認為：反壟斷法的適用除外(exception)是指被排斥在外或不適用於某個普遍的種類、原則和法律條文等³，對特定經濟領域不適用反壟斷法，將其除外於反壟斷法的適用範圍。該領域即使表面上符合壟斷行為的構成要件也不受反

壟斷法的調整。而豁免(exemption)主要是指避免或免於遵循其他主體必須遵守的義務、責任或其他要求⁴，有“網開一面”的意思，即對於違反反壟斷法的行為，由於其符合反壟斷法本身規定的免責條件，因而反壟斷法對其不予禁止。⁵

筆者認為：許教授的上述認識澄清了適用除外制度與豁免制度之間的區別，即規制方式、自由裁量權、規制對象、效力範圍以及發展趨勢方面都存在重大差異。⁶ 對於適用除外和豁免作嚴格的界定和區分雖然有利於理清二者差別，但卻難以解釋美國反托拉斯法中豁免的概念。美國反托拉斯法中似乎僅有豁免(exemption)的概念，並沒有所謂的適用除外(exception)，而美國反托拉斯豁免的含義恰恰就是許教授所稱的適用除外制度。另外，將適用除外理解為對反壟斷法適用範圍的完全排除似乎過於絕對，容易產生誤解。⁷ 無論在歐盟還是在美國，適用除外並不意味着對反壟斷法適用的完全排除。因此本文所將適用除外制度等同於豁免制度進行討論。

反壟斷法的適用除外是各國反壟斷法所共有的一項制度或內容，對於反壟斷法適用除外的含義，學術界意見不一。有學者認為，反壟斷法適用除外制度是立法者在反壟斷法或其他法律文件中規定的對觸犯反壟斷法的基本原則、基本制度的特定行業、特定企業或其特定行為，不追究法律責任的制度。⁸ 有的學者認為，反壟斷法的適用除外是以反壟斷法對於特定行業、特定企業或其特定行為觸犯反壟斷法基本原則、基本制度的寬容為基本內容。⁹ 還有學者認為，適用除外的壟斷行為是違反反壟斷法或相關法律認可而合法進行的行為，或者經反壟斷執行機關許可而合法進行的行為。¹⁰

綜上所述，適用除外制度亦稱豁免制度，是指基於社會公共利益、社會整體利益和國家利益的考慮，

* 澳門大學法學院碩士研究生

對特定行業的企業的壟斷行為和壟斷狀態依法不適用反壟斷法相關制度的情況。¹¹ 即在某些特定行業或領域中允許一定的壟斷狀態及壟斷行為存在，而不予追究的法律制度。通常情況下，國家的交通運輸業、通訊業以及供電、供水、供氣等公用企業為代表的自然壟斷行業以及與國家安全、社會穩定密切相關的銀行、保險業等行業都屬於反壟斷法的適用除外領域。但各個國家通常要根據本國經濟發展的階段、對外開放的程度以及當前的經濟政策自主決定本國反壟斷法的適用除外領域。在這些領域裏進行自由競爭無益於公共利益，對社會經濟發展和國計民生均不利，而進行適度的壟斷則是符合公共利益的。

(二) 適用除外制度形成的理論基礎

1. 經濟學理論基礎分析

競爭本身存在消極性：競爭的積極作用是不言而喻的，但競爭也不是在任何程度上都是積極的，也存在本身的消極方面和盲目性，競爭消極方面正是壟斷發揮積極作用的領域，兩者是相對的往往是交融和並存的。反壟斷法的理論俱是圍繞着“競爭理論”，即圍繞壟斷的可責難性和保護自由競爭的必要性展開的，這反映了 19 世紀末到 20 世紀初壟斷資本主義的實際狀況。然而，在現代經濟生活中，人們對競爭和壟斷的相互關係以及壟斷的作用有了新的認識，即競爭對經濟的發展並非無懈可擊。首先，競爭中的企業為了降低成本，獲取最大利潤，很可能降低產品的安全性以犧牲社會利益，從而造成環境污染等損害；其次，競爭中的企業為了戰勝競爭對手，往往利用非正當競爭手段，導致社會道德淪喪；第三，過分的競爭會使消費者無所適從，在選擇商品上花費大量的精力財力，造成社會成本的浪費。

壟斷本身存在的積極性：現代經濟學研究成果表明，壟斷並不必然導致低效率與浪費。有些壟斷不但不會造成社會財富的浪費，反而可能因為企業規模的擴大而引起產品成本的下降和經濟效率的提高，有利於實現技術進步與創新，因為壟斷可以形成規模經濟，降低企業產品的成本，提高經濟效益，由於壟斷企業財力雄厚，可投入大量的人力和物力研究新產品，最終促進技術進步和科技創新。例如，世界上最大的壟斷組織——美國電話電報公司(AT&T)——支援的貝爾電話實驗室(AT&T Bell Laboratories, Inc)曾對電晶體和半導體、微電磁波與光導纖維、衛星和電子導航等發明做出了重要貢獻。在 20 世紀 70 年代，在美國全部工業基礎研究中有 10% 是由貝爾實驗室進

行的。同時，壟斷也並不必然限制競爭，競爭同樣存在。“在長期內，沒有一個壟斷者能確保不受到競爭者的衝擊。”¹²

2. 法學理論基礎分析

“經濟法是國家調控人們在以社會化生產為基礎的經濟生活中個人活動的集體影響、局部活動的全局影響以及近期活動的遠期影響等，使個人與集體的利益最大化，局部與全局的利益最大化以及近期與遠期的利益最大化結合起來和保持一致的法律”。¹³ 適度干預原則是經濟法規則的基礎，是指國家在經濟自主和國家統治的邊界條件或臨界點上所作的一種介入狀態。¹⁴ 適度干預是要求國家干預但是又要適度，強調國家對市場的限制，即國家相對於市場的主體地位。盡量平衡國家和市場二者的關係，充分發揮他們各自的功效，進而充分調動和激發市場經濟主體之積極性與創造性，促進社會資源的優化配置。反壟斷法在抑制壟斷、打擊限制競爭行為的同時，往往會與其他利益發生潛在衝突。如：保護中小企業的經濟自由，可能會妨礙產業結構的適度集中和規模經濟效益；外貿領域中保護企業的自由競爭，可能意味着降低企業在國際市場上的競爭能力。在這種情況下，立法者須根據本國的經濟和社會狀況對諸種利害關係進行協調，選擇優先政策目標，其利益權衡的立足點便是社會整體經濟利益，包括國家利益、消費者利益、企業的國際競爭力等，對於這些利益的保護，主要是通過適用除外制度來實現。適用除外制度可以彌補反壟斷法對現實回應能力的不足，法律相對經濟發展具有穩定性和滯後性，但對壟斷的合法或不合法的界定卻必須隨着經濟關係的變化、時代的發展而與時俱進，它與反壟斷法在根本價值目標上相互契合，內容上相互補充，從而能夠平衡各種利益關係對實現經濟與社會的良好運行和協調。

二、國外適用除外制度之比較

事物都是內容和形式的統一，內容是事物的內部要求和屬性，形式是事物的外在表現形態，二者相輔相成。就反壟斷法而言，各國的適用除外制度總是通過不同的立法體例表現出來。立法體例也叫法律的表現形式。立法體例的類型採用與一國的立法技術傳統有密切聯繫。隨着美國 19 世紀末第一部反壟斷法——《謝爾曼法》的制定，反壟斷法在全世界範圍內的發展已經經歷了一百多年的變遷。適用除外制度作為其

重要內容之一，也經歷了一個歷史的沿革過程，這一制度是市場經濟國家在反壟斷的經濟實踐和法律研究中誕生並逐步發展、完善起來的。在不同的國家、不同的時期，這一制度有着不同的表現形式甚至不同的內涵。比較之後，發達國家開始市場經濟體制的建立過程比較早，在反壟斷法的制定和完善方面都有值得中國借鑒探討的內容，以下將對美國、德國、日本三國在適用除外這一制度上作出簡單的比較分析。

（一）美、德、日適用除外制度立法形式比較

1. 混同立法模式

混同立法模式是在法律法規中規定適用除外條款，此立法形成的典型例子是德國。德國的《反限制競爭法》的第 2-8 條的卡特爾豁免，就是豁免條款。該法在 1998 年最後一次修訂後，豁免制度的規定集中在：第一編第一章“卡特爾協議、卡特爾決議和聯合一致的行為”之第 2-6 條，規定卡特爾禁止原則不適用與包括條件卡特爾、結構危機卡特爾等在內的五種卡特爾；第 8 條規定了經濟部長特批卡特爾；第 7 條第 1 款，新設了豁免卡特爾禁止的兜底性規範條款；第一編第五章是“適用於特定經濟領域的特殊規則”，規定不適用《反對限制競爭法》某些重要禁令的領域只有農業、金融業、保險業、著作權保護協會以及體育。¹⁵

2. 制定單行的反壟斷法的適用除外制度

制定單行的反壟斷法的適用除外制度是指在立法形式上制定單行的專門適用除外制度的法律、法規。這種立法形式以美國的反壟斷法為代表。美國適用除外制度的專門法律有 1918 年制定的豁免出口貿易中限制競爭行為的《韋伯—波默斯法》（也稱《出口貿易法》）；1992 年制定的使農業方面的合作得到豁免的《凱普—伏爾斯蒂德法》；1945 年制定的有關保險業豁免的《麥克米蘭—費古林法》以及 1980 年制定的關於為研究和開發提供合作便利的《全國合作研究法》。¹⁶ 這些法律是隨着反壟斷的實踐逐步制定並完善的。歐共體也是採取頒佈豁免條例的形式來規定適用除外。此外美國是普通法國家，法官可以利用判例規定適用除外。值得注意的是，中國的《煙草專賣法》也是有關煙草專營壟斷的專門立法。

3. 在其他單行的法規和條例中規定適用除外條款的立法形式

日本的適用除外制度法律規範除採取上述兩種立法體例外，同時還採取在單行法規和條例中規定的立法體例。日本在《中小企業團體組織法》、《農業協同

組合法》、《保險業法》、《蠶絲業法》、《航空法》等四十多部法律中涉及卡特爾豁免。¹⁷ 並在《禁止私人壟斷及確保公正交易法》第六章列舉了適用除外的情形，還有一部單行的適用除外法即《關於〈禁止私人壟斷及確保公正交易法〉的適用除外的法律》，由此可以看出日本的反壟斷法豁免制度立法綜合採用了以上三種方法。美國 1918 年的《出口貿易法》第一節，對於出口貿易中的限制性商業管理不加限制的規定。

（二）美、德、日適用除外制度執行機構及程序比較

世界各國關於反壟斷法的執行主體和程序的規定既有某種程度上的一致性，也有由於政治體制、歷史傳統等原因而導致的特殊性。以下是關於美國、德國、日本三個國家反壟斷法適用除外制度執行機構以及程序方面的比較及分析。

1. 執行機構及程序概述

美國關於反壟斷法豁免制度的執行並沒有在一般程序外進行任何特殊的規定，豁免是由各個執行主體在其常規的反壟斷法執行情序中運用的，其聯邦法的執行主體包括聯邦貿易委員會、司法部和聯邦法院。其中聯邦貿易委員會和司法部共同執行《謝爾曼法》和《克萊頓法》，聯邦貿易委員會對《聯邦貿易委員會法》享有專屬管轄權。在反壟斷法的實施上，司法部可以向聯邦法院提出民事和刑事訴訟；聯邦貿易委員會雖然不可以提起刑事訴訟，但可以提起民事訴訟和對具體的案件進行審理和裁判，即行使行政裁判權；聯邦法院負責審理司法部、聯邦貿易委員會和個人對壟斷行為的起訴以及當事人對聯邦貿易委員會裁決不服的上訴。從而，豁免制度的運用就可能發生在司法部或聯邦貿易委員會認定限制競爭行為、決定是否提起訴訟的階段；聯邦貿易委員會的裁決階段和法院的審理裁判階段。表面上，又與司法審查時最終的法律救濟手段，是否對一項限制競爭行為豁免決定權在聯邦法院，但法院一般會尊重聯邦貿易委員會做出的專業性的判決。

德國的卡特爾當局包括聯邦卡特爾局、聯邦經濟部和根據州法享有管轄權的州最高機關。聯邦卡特爾局是其中最主要的執法機構，作為一個獨立的聯邦機關，在反對限制競爭法的執行上享有立案、調查、扣押、發佈禁令、撤銷批准、解散聯合、罰款等廣泛的職權，也包括對限制競爭行為的豁免。對其大部分裁決，只有州高等法院才能以法定程序予以改變或撤銷，但由於聯邦卡特爾局隸屬於聯邦經濟部長的業務

範圍，聯邦經濟部長有權依據法律對聯邦卡特爾局某類具體案件的裁定做出決定性的影響，具體在豁免方面，可以應當事人的申請對已被聯邦卡特爾局禁止的卡特爾和合併予以批准，且法院對經濟部長的裁定只能審查是否超過其管轄範圍，而不能調查其裁定的內容，不能限制其裁定的靈活性。

德國反對限制競爭法豁免程序的特點之一在於區分兩類不同的卡特爾規定了兩種不同豁免程序：對於條件卡特爾、專門化卡特爾、中小企業卡特爾，由企業向聯邦卡特爾局申請登記，在申請到達後三個月內卡特爾當局未提出駁回的，豁免生效，參與企業應每隔兩年將卡特爾協定的變更情況報告卡特爾局；對於合理化卡特爾、結構危機卡特爾和經濟部長特比卡特爾，根據當事人的申請，符合豁免要件的由卡特爾當局作出豁免適用的處分決定，否則予以駁回，這類豁免可以附加條件的負擔，還應當附有不超過 5 年、但可以根據申請延長豁免的期限。此外，對第一類豁免規定濫用監督制度，即因為豁免構成卡特爾各方濫用市場支配地位的，卡特爾當局可以採取責令停止濫用、責令變更協定、禁止協定的措施；對於第二類豁免規定豁免廢止和修訂制度，即當豁免條件發生重大變化、或當事人違法附加義務、或豁免基於不正確信息和欺騙手段獲得、或當事人濫用豁免，則卡特爾當局可以撤銷豁免、變更義務。

德國《反對限制競爭法》第 40 條規定的合併審查程序分為兩個階段。第一個階段為一個月，聯邦卡特爾局在收到相關企業完整的申報書後，在一個月內必須對合併計劃作出處分。聯邦卡特爾局認為該合併計劃不違法的，即以不作為或發出相應的通知的形式，批准此項合併計劃。如聯邦卡特爾局認為須對該合併計劃作進一步審查的，則應在這一個月內通知提出申報的企業，稱自己已經開始對合併事件進行審查，即經進入第二個階段“主審程序”。主審程序為期四個月。聯邦卡特爾局以處分的方式作出禁止合併或准許合併的決定；在此期間未作出上述處分的，合併視為准許。根據前文對豁免的分析，第一階段做出的批准不涉及對合併的實質審查，合併在形式上不違法而被批准不是豁免。只有第二階段的批准或默許是豁免制度的運用。另外即使一個合併被禁止，當事人可以在處分決定送達之後一個月內向聯邦經濟部長提出申請，後者根據第 42 條決定是否發佈豁免決定，該決定卡特爾局無權推翻。

日本反壟斷法規定，行為人或團體希望自己的行為獲得適用除外時，須根據公正交易委員會的規定，

事先取得公正交易委員會的認可。德國則規定，實施合理化卡特爾、結構危機卡特爾、其他卡特爾，必須向聯邦卡特爾局申請登記，該局批准或未提出駁回的，才能獲得適用除外。由此說明，日本反壟斷法的適用除外不能自動實施於壟斷行為，行為人要使自己的行為獲得適用除外，必須經過一定的程序。日本的公正交易委員會是以美國聯邦貿易委員會為範例而設置的行政委員會，屬內閣總理大臣管轄，但其委員可以獨立的行使職權。委員會由委員長和 4 名委員組成，由內閣總理大臣徵得議會的統一任命。下設事務局，事務局中除局長以外，設有官房、經濟部、審查部、交易部，在大阪、名古屋等 7 個城市設置了地方事務所，負責實施《禁止壟斷法》。其權限大體上分為：行政權限、準司法權限、準立法權限；行政權限是根據《禁止壟斷法》及其附屬法規從事認可事務，受理申報，按照其他法令執行與其他行政機關的磋商、協議等。準司法權限是通過準司法程序對違反法律的狀態或行為進行裁決並採取措施，這是日本公正交易委員會的職權中最具有特色的地方。另外，它還具有對違法者實行刑事制裁的專屬告發權。它的準立法權是指公正交易委員會可以制定其內部規則、有關時間的處理程序及呈報、認可或承認的申請和其他有關事項的必要程序的規則。作為具有裁決權的準司法機關，公正交易委員會的裁決程序與日本的法律審判程序相同。公正交易委員會審決後，被審人如果不服，可以向東京高等法院提起取消判決的訴訟。

2. 執行機構及程序比較

通過上述對三國執行機構及程序的簡要介紹可以看出，為了保證豁免執法的權威性、公正性，各國都成立了專業的執法機構，而且對機構人員的任免都採用了較高的標準。某種壟斷之所以能得到豁免，就在於其合法性，反壟斷執行機構在制裁某一壟斷時，必然以界定其非法性為前提。因而反壟斷豁免權的頒發，均由反壟斷法執行機構負責。在美國的三個執行機構中，司法部的反托拉斯局的主要功能是實施反托拉斯法、監督和貫徹反托拉斯法的執行，對違反托拉斯法的行為或狀態有權提起訴訟，類似檢察官的職能。聯邦貿易委員會則對從事商業活動的有關機關進行調查，對這些行為或協議發佈停止的命令，其下設一個競爭處和經濟處，競爭處主要由法學家組成，經濟處由自身經濟學家組成。聯邦貿易委員會的委員共 5 名，由總統任命，任期為 7 年，並須經參議員的推薦和任免。德國設立的聯邦卡特爾局、聯邦經濟部和州卡特爾局負責有關反壟斷豁免的執法。例如，對於

有關卡特爾豁免特權的取得，企業必須向聯邦卡特爾局申請登記、申請豁免，卡特爾局可以授予或駁回；聯邦卡特爾局可以監控企業合併。聯邦卡特爾局具有準立法機關的地位，其決議處完全可以獨立地對個體案件進行裁定。該局由9個決議處，1個基礎處和1個歐洲處組成，每個決議處由1名主席和2名委員組成，他們是終身職員，必須具有擔任法官職務或高級行政職務的能力。日本設立的公正交易委員會是行政機關，同時又是準司法機關，有權獨立行使職權。如對不景氣卡特爾豁免的取得，委員會在收到生產業者的申請後，有權獨立作出認可或駁回的決定。公正交易委員會由委員長1人和4名委員組成，委員長和委員必須是年滿35周歲，具有法律和經濟方面學識經驗的公民，由內閣總理大臣徵得兩議院同意後任命。

總而言之，三國關於反壟斷法適用除外制度的執行主體和程序的規定既有某種程度上的一致性，也有由於政治體制、歷史傳統等原因而導致的特殊性。雖然具體的設置和程序有差別，但三國的執行機構的設定都體現了專業性和權威性，程序上也體現了公正性和強制性。

三、中國適用除外制度立法評述

中國《反壟斷法》已於2008年8月施行，對於反壟斷法中適用除外制度的範圍包括以下幾個方面：

(一) 特定行業

自然壟斷行業：中國《反壟斷法》第7條對適用除外制度進行了規定，國家對經營者的合法“壟斷”經營活動予以保護，一是國有經濟佔控制地位的，關係國民經濟命脈和國家安全的行業，如鐵路、電力、郵電、煤氣、自來水等；二是依法實行專營專賣的行業，如煙草專賣等。此外，中國農、林、漁業基礎比較薄弱，而人民生活 and 工業發展對農、林、漁業需求很大，為了穩定農、林、漁產品的有效供給和穩定廣大農(漁)民的收入，國家有必要對農、林、漁業實施保護政策，推動和支持農(漁)民在生產、銷售、儲存、加工等各方面的聯合和互助活動，在反壟斷立法中給予適用除外。

銀行業與保險業：對於銀行業和保險業除外適用主要是國家基於社會經濟總體和長遠利益及政治、國防、外貿和關係國計民生等方面的政策性考慮。銀行與保險業儘管不具備自然壟斷的特性，但應該避免過

度競爭。銀行和保險經營的產品是貨幣和信用，其經營管理與一般企業不同，與實物之間有一定的分離。隨着經濟的發展，支付手段的改進、互聯網和電子貨幣的廣泛運用，使貨幣更迅速地在短時間內聚合，形成資本為追逐較高利率和匯率而流動，給一個國家的實體經濟和資本運動體系造成潛在威脅。中國1995年頒佈的《商業銀行法》第9條規定：“商業銀行開展業務，應當遵守公平競爭的原則，不得從事不正當競爭。”同年頒佈的《保險法》第8條規定：“保險公司開展業務，應當遵守公平競爭的原則，不得從事不正當競爭。”這些都充分說明，中國法律允許銀行業和保險業保持壟斷地位是相對的、有條件的，它們仍然要受到公平競爭規律的約束。

作為保險行業來說，保險的目的在於確保經濟生活的安定，一旦因市場缺陷導致保險業失敗，其造成的後果對一般公眾的經濟生活有極大的影響，因此，保險業基於其自身的行業特性，並不適宜完全的市場化。¹⁸ 保險業則以分擔風險減輕個人損失承擔、支援和恢復生產為主旨，同樣也與人民生活息息相關。因此各國都堅持對本國的銀行業與保險業實行嚴格的監管，如果對這些行業的競爭不做限制，因過度競爭而引起動盪甚至致使這些企業破產倒閉，對於存款人和被保險人的利益及社會經濟安全 and 社會秩序都會產生數倍的危害，重創社會經濟。需要注意的是，壟斷並非指行業中只有一個企業，而是行業中的企業數目受到嚴格控制。國家對於這些行業的一些限制競爭行為給予適當適用除外，如允許銀行與保險公司在確定服務價格即銀行利率和保費費率上進行橫向合作並共同行動，以避免在這些行業惡性競爭。

(二) 特殊“橫向協定”

並非所有的“橫向協定”都會限制競爭，如果某些協議，沒有產生限制競爭的效果，反而提高了市場的競爭力，則應受到法律的保護。中國《反壟斷法》對壟斷協議適用除外的規定集中體現在第15條，該條規定：“經營者能夠證明所達成的協定屬於下列情形之一的，不適用本法第13條、第14條規定：為改進技術、研究開發新產品的；為提高產品品質、降低成本、增進效率，統一產品規格、標準或實行專業化分工的；為提高中小經營者經營效率，增強中小經營者競爭力的；為實現節約能源、保護環境、救災救助等社會公共利益的；因經濟不景氣，為緩解銷售量嚴重下降或者生產明顯過剩的；為保障對外貿易和對外經濟合作中的正當利益的；法律和國務院規定的其他情

形。屬於前款第一項至第五項情形，不適用本法第 13 條、第 14 條規定的，經營者還應當證明所達成的協議不會嚴重限制相關市場的競爭，並且能夠使消費者分享由此產生的利益”。

中國《反壟斷法》對壟斷協議適用除外的規定有兩方面：一是壟斷協議適用除外的種類。中國《反壟斷法》採取了列舉加概括的立法體例。本條第 1 款列舉了能夠適用除外的協議類型，包括為改進技術、研究開發新產品的；為提高產品品質、降低成本、增進效率，統一產品規格、標準或者實行專業化分工的；為提高中小經營者經營效率，增強中小經營者競爭力的；為實現節約能源、保護環境、救災救助等社會公共利益的；因經濟不景氣，為緩解銷售量嚴重下降或者生產明顯過剩的；為保障對外貿易和經濟合作中的正當利益的，並設置兜底條款，將其他有可能得到適用除外的其他協議概括在內。二是壟斷協議適用除外的條件。即依據第 1-5 項提出適用除外的經營者，還應當證明符合兩項前提條件：所達成的協定不會嚴重限制相關市場的競爭，並且能使消費者分享由此產生的利益。至於何為“嚴重”限制目前並沒有一套獨立的標準，需要在日後通過實施細則進一步明確。“並且能使消費者分享由此產生的利益”是指壟斷協議產生的積極效果應傳遞給消費者，提出適用除外申請時兩項條件必須同時存在。中國《反壟斷法》對壟斷協議適用除外的規定，不但涵蓋了可適用除外的限制競爭協議行為的典型表現形式，也規定了適用除外的前提條件，避免了僅具備形式但會嚴重損害的情形。這一規定既與國際通行做法接軌，又適合中國國情，增加了反壟斷執法機關的可操作性。

（三）知識產權領域

關於知識產權領域的適用除外規定，中國《反壟斷法》第 55 條規定：經營者依照有關知識產權的法律、行政法規規定行使知識產權的行為，不適用本法；但是經營者濫用知識產權，排除、限制競爭的行為，適用本法。其本質上是一種私權，是一種保護權利人智力勞動成果的專有壟斷權。知識產權屬於法律保護的具有獨佔性、壟斷性的權利，作為一種合法的壟斷權，是近現代社會為推動科技進步、經濟繁榮和社會發展而作出的一項重要的制度設計。¹⁹ 中國的反壟斷法與知識產權法在鼓勵創新、促進競爭、保護消費者利益、保證市場資源配置效率等諸多方面是一致的，從實際國情來看，中國知識產權制度建立較晚，但中國政府高度重視知識產權工作，把握高自主創新能力

作為調整經濟結構、轉變經濟增長方式、提高國家競爭力的中心環節，把建設創新型國家作為面向未來的重大戰略選擇，這就更需要中國在反壟斷法中對涉及知識產權的特定行為進行豁免。

知識產權本身是知識專有權和知識共用權之間相互制約的統一體和平衡體。但是知識產權的權利人在行使其權利時超出法律所允許的範圍或正當行使的界限，導致對該權利的不正當利用損害他人利益和社會公共利益的情形。也就是說濫用知識產權是相對於知識產權的正當行使而言，我們是在強調知識產權行為本身合理性的基礎上討論知識產權保護和維護競爭秩序的衝突。伴隨着現代科技的發展和市場競爭的日趨激烈，知識產權被不恰當的行使，超出合理、合法的限度，成為限制競爭的工具。在此過程中，如何認定知識產權濫用是最核心的問題。知識產權濫用情形有以下幾種：①不正當維護獨佔行為：這是從維護社會整體利益和公平競爭的角度來看，是指知識產權人自己不利用獨佔的技術，也不允許他人使用知識產權標的，以不合理的條件拒絕他人使用或許可他人使用但條件過於嚴格，影響知識產權轉化為生產力的情形；②濫用知識產權限制競爭行為：如交叉許可、聯營協議、回授要求、限制地域、限制使用範圍、限制數量、不質疑條款、不競爭條款、搭售等；③知識產權濫用加劇市場力量集中：擁有知識產權的企業之間的合併可能提高其他企業進入的障礙，從而限制了相關市場上的競爭，反壟斷法對知識產權行為的法律規制獨具特點。反壟斷法與傳統的民法及知識產權法不同，它不是關注知識產權濫用行為本身，而是從公平競爭和整個自由競爭的大視野下，對知識產權行為以適用除外為原則，對知識產權行為當且僅當限制競爭時進行規制，通常要有嚴格的條件。

正如諾思所說的：“人類在其整個過去都不斷發展新技術，但速度很慢，而且時斷時續。”主要原因在於，發展新技術的刺激偶爾才發生。一般而言，創新都可以毫無代價地被別人模仿，也無需付給發明者或創新者任何報酬。著名的美國法學家波斯納也認為，如果生產廠商預見到無法補償其發明成本，他開始就不會去從事發明；如果他不能收穫，他就不會播種。而且，在一個沒有專利的世界裏，發明活動也嚴重地偏向於可能被保密的發明，正像完全無財產權會使生產偏向預先投資最小化的產品。從法學角度來看，知識產權是為鼓勵知識產品的生產而依法授予知識產品生產者的一定程度的壟斷權。此類反壟斷法的豁免是基於有關特別法的直接規定，是典型的合法壟

斷，根據“特別法優於普通法”的原則，這種權利的正當行使當然不受反壟斷法的約束。

四、中國反壟斷法所需要的環境

中國的反壟斷法標誌着反壟斷法制建設走向一個新的起點，對於如何更好的去運用反壟斷法成為當今社會各學者討論的焦點。隨着各國經濟的迅速發展，在競爭法中，不同的因素在相互作用相互影響，而反壟斷法豁免制度的實際運行階段，我們必須考慮能影響其存在和目標實現的諸多因素，只有對這些客觀因素進行詳細的考察和分析後，才能夠讓反壟斷法豁免在客觀環境的影響和制約下良好運行，從而實現其追求的價值目標。

首先，反壟斷法適用除外要求有完備的法制基礎為效力保障，所謂的法制條件有四層含義：第一，要求市場經濟法律體系的完善，“市場經濟的遊戲規則要解決三方面的問題，即市場的進入、交易和退出。”²⁰ 公司法、企業法、合同法、侵權行為法、破產法等都是一個轉型經濟國家十分重要的法律²¹；第二，要求有高權威的法律為豁免的效力依據，反壟斷法的存在代表着國家意志、全民意志，而不是某個部門的意志，即使是政府部門的有關規定或行為與其相抵觸，也必須服從反壟斷法的要求而以反壟斷法為準；第三，要求有配套的法律法規作為豁免執行的直接依據，這是中國目前需要加強實踐中的重點；第四，要求各部門和各地方立法必須保持一致性，這也是需要國務院等反壟斷委員會組織盡快制定出來。

其次，反壟斷法適用除外要求有發達的市場條件和競爭文化，畢竟這項制度是對反壟斷法的修正和補充，而並不取代反壟斷法對市場的監督，有市場才有反壟斷法，市場發達則反壟斷法就越重要，市場規則越完善，豁免的實施就越容易把握。發達的市場條件和競爭文化，也是防止反壟斷法適用除外產生副作用的重要因素。實際上，豁免所追求的價值目標與反壟斷法的價值目標是一致的，都是為了實現共同的目標，實現競爭的有效性和市場經濟的發展。

最後，反壟斷法適用除外要求有先進的信息制度，從技術角度分析，豁免運行對信息方面的依賴主要表現在：反壟斷執法機構需要在充分佔有信息資料的前提下，才能對市場各個方面的利益作出正確的反應，並且執法機構的信息渠道必須暢通靈敏，這樣才能及時對豁免進行決策，在經濟發展良好的如今，經

濟的發展的速度越快，反壟斷執法機構在信息方面的知道就越重要。

五、反壟斷法適用除外的約束與救濟機制

(一) 約束機制

1. 授予程序的約束：建立公開聽證制度

“我們也必須承認，任何法律決定或行政措施都會受到各個方面的壓力，統籌兼顧、綜合平衡固然必要，然而如果面面俱到則具體的判斷會變得及其困難，至少是成本太昂貴。況且，一個完全開放的決策過程非常容易為事實上存在的力量對比關係所左右。因此，需要法律規範創造一個相對獨立於外部環境的決策的‘隔音空間’。……這是現代程序的理想世界。……也就是說，程序不是要抑制決策過程與外部環境的關係，而是要控制這種關係。各種宏觀影響和微觀反應應該通過一定的過濾裝置、通過適當的途徑反映到決策中去。”²²

“由於反壟斷案件不僅影響當事人利益，而且涉及對公共利益的保護。而聽證程序作為行政相對方利益的重要程序性保障，在國外的反壟斷法案件調查中得到了採用。例如德國原則上允許反壟斷機構公開的舉行聽證，以充分的保護當事人利益，凸顯對公共利益的關注。”²³ 在反壟斷法適用除外程序中，控制決策過程與外部環境關係的制度涉及多方利益或公共利益時，就需要公開聽證制度，公開聽證制度能保證豁免案件的當事人和相關的厲害關係人有着平等的發言機會和自由的選擇機會，使爭論點能夠明確集中，使論證能夠更完整，責任分的更確切，從而實現公眾參與反壟斷法適用除外授予程序的重要前提。

公眾參與(political participation)是有關公眾參與的作用和角色被限定在相關政策制定或決策上，公民參與有助於增強公共政策與公民需求之間的相互適應性。²⁴ 人們只有在對某個問題有強烈的利益訴求或者對一項政策有直接影響力的時候，才會參與到該項決策過程中，所以應控制有限的參與者，應當是利益相關者或者特定的組織。在反壟斷法適用除外程序中，通過聽證來參與豁免決策過程是最有效的利益表達方式，在參與者參與豁免決策的同時，可以增進公民對豁免決定的理解和可接受程度。並且，通過公開聽證實現公眾參與並不意味着問題所有方面都要置於公開監督之下，因為所有的決定都必須有決策品質的要求，即受到科學的、技術的或是成本效率的限制，這

些品質約束決定着只有特定內容會納入參與過程。²⁵ 爲了防止以公開聽證會爲主的公眾參與方式對反壟斷法的豁免決策過程帶來不必要的複雜性和風險，反壟斷執法機構在選擇公眾參與時會考慮相關公眾對豁免目標的態度，保證公眾觀點的清晰，降低對社會公共利益的威脅。

反壟斷法適用除外的授予程序在運行過程中必須受到兩個原則的約束：第一，透明度原則，適用除外規定有的由法律法規明確規定，有的是由行政決定或普通法系國家的法院先例產生，例如美國的專業棒球協會以及勞工組織的豁免都是由法院判決產生。法律明文規定的、行政決定所產生的豁免規定都應予公佈而且也會公佈。但對於酌定豁免，如建立在司法審判基礎上的豁免決定，因具有個案特點和法官的主觀性特點，可以考慮只公佈案件概括，但也應該進行公佈。具體措施可以包括實施信息公開和新聞媒體的介入、運行公開聽證程序，這兩個措施有助於保證反壟斷法適用除外的透明度，從而對豁免的授予程序進行有力的約束。²⁶ 第二，程序公正原則，首先，反壟斷主管機關應具有獨立性、公正性，一元機構構架或多元機構構架都應該統一合理和公正的方式處理有關豁免的問題，要確保能提供客觀和公正的審查。其次，應保證當事人和利害關係人的相應權利，如豁免申請後，應在合理期限內告知申請後結果，並在當事人要求下提供有關申請情況的信息，對於豁免決定，應提供書面形式並確保當事人和利害關係人能夠獲得該文書。對案件的判決只能在經過聽證後的證據而作出，當事人可以聘請獨立的法律顧問代表參加程序，不應制定強制本人出庭的過重要求。所有當事人都有權證明其權利並提供所有相關證據，程序也應該規定一種確認和保護商業秘密的方法。最後，應考慮程序的效率，降低成本減少費用，防止對豁免程序的濫用，避免對合法的商業行爲造成障礙並爲防止這些程序被濫用提供保障。²⁷

2. 豁免對象的約束：豁免的條件

企業是從事自由競爭的獨立主體，對自己的行爲後果承擔責任，在反壟斷法實踐中，若存在政府一定程度爲企業承擔後果的現象，就可能產生企業依賴政府的後果，所以反壟斷法適用除外制度必須把握尺度，即政府不能限制企業的自由，同時又不能使企業對政府產生政策依賴，否則企業和經營者永遠不能獨立發展。通過查閱資料，筆者認同鐘剛老師的分析方式，從消費者利益和對相關市場的實質性競爭兩方面進行分析。

第一，關於消費者利益的保護。這裏所稱的消費者與《消費者權益保護法》中的消費者不是一個概念，這個消費者是在壟斷協議各方所指的顧客以及後續購買者，可以是企業。在歐共體競爭法爲代表的眾多競爭法規則中普遍涉及到消費者權益必須得到限制競爭行爲協議產生的效率的公平份額。所謂公平份額是指消費者獲取的收益至少要能補償該協議對消費者產生的所有負面影響，即該限制競爭行爲所引起的實際或潛在的負面影響。

中國《反壟斷法》中第 15 條第 2 款規定，屬於前款第一項至第五項情形，不適用本法第 13、14 條規定的，經營者還應當證明所達成的協議不會嚴重限制相關市場的競爭，並且能夠使消費者分享由此產生的利益。可見中國在壟斷協議豁免中也設定了這樣的規定。

根據競爭法的基本目標，從受協定直接或間接影響的消費者的角度來看，如果消費者因爲協定的情況變壞，豁免條件也就不能滿足，所以我們要讓消費者在總體收益上得到公平份額。如果一個限制性協議可能導致更高的價格，那就必須通過增加品質及其他收益對消費者進行完全補償，如果不能實現，就不能滿足豁免條件。但由於消費者獲取利益需要的時間較長，在這段時間內，協議可能有負面影響，向消費者傳遞價值會產生一段時間的停滯，雖然這個事實不排除豁免的授予，但是需要的時間越長，就需要更多效率來補償消費者在價值讓渡前遭受的損失。而且在進行評估時，要考慮到由於通貨膨脹等情況導致消費者的未來收益的價值與當前的收益不一樣，要對未來價值進行貼現處理。關於消費者獲得利益讓渡的限制性條件的計算方法可以這樣理解，如果一個協議的限制效果相對有限而效率又非常明顯，那麼成本節約的公平份額就有可能讓渡給消費者，這樣的情況下，消費者的利益應視爲可以得到保護；如果協議的限制效果大，且成本節約效應又相對不明顯，消費者就很難得到利益的讓渡。²⁸

第二，有關市場實質性競爭。《歐共體條約》第 81 條第 3 款的表述爲：不能使相關企業具備消除相關產品的實質部分的競爭的可能性。這個豁免條件表明，對競爭與競爭過程的保護最終還是要優於從限制性協議中獲得的潛在促進競爭的效率收益。換言之，反壟斷政策的最終目標是保護競爭過程，當競爭被排除掉的時候，競爭進程也就到達了重點，並且短期的效率收益將被長期的損失壓倒，這些損失尤其來自企業因維持地位、不當配置資源、較少革新及提高價格等發生的開支。在中國《反壟斷法》中有類似的條款，

其表述為：不會嚴重限制相關職場的競爭。

對於實際競爭我們必須注意以下幾點：①在與市場份額相關的情況下，不能完全根據市場份額對剩餘的實際競爭來源的重要性進行評估，還需要更多實證分析與數量分析，要考慮實際競爭者進行競爭的能力及他們進行競爭的動機。②在評估協議對競爭的影響時，也應檢查其對各種競爭參數的影響力。如果協議在一個最重要的方面消除了競爭，就無法滿足豁免條件。③如果協定簽訂後各方實施並保持大幅提高價格，或是實施了其他有高度市場力才能實施的其他行為，就說明協議各方並沒有遭遇真正的競爭壓力，該產品市場的實質性就可以認為已經被消除。④涉及到差異化產品的情況時，協定的影響可能有賴於協定各方銷售的產品的競爭關係，如果產品之間容易替代，協定針對市場競爭限制的變化就越大，從而相關產品的競爭也就容易消失。

對於潛在的競爭我們還需要考慮尚未進入相關市場展開競爭的企業所面對的進入壁壘，評估進入壁壘時，需要對以下內容進行檢查：①管制制度，判斷其對新市場進入的影響；②進入者從市場退出時不能恢復的成本越高，潛在進入者的商業風險越大；③計算平均成本最低時的產出率，如果最小有效規模與市場規模相比偏大，那麼有效進入就越貴，風險也就越高；④潛在進入者的競爭力，如果潛在進入者可以接觸到的技術至少與協議各方的技術同樣昂貴，或者擁有可以使它們有效競爭的其他競爭優勢，他們尤為可能進入這個市場。當與現有市場成員相比，如果潛在進入者只具備同樣或更差的技術水準，同時又沒有其他明顯競爭優勢，進入這個市場會顯得無效；⑤買方的地位及向市場推出新競爭源的能力，這與某些強勢買方能從協議各方獲得比其競爭對手更優惠的條件無關，如果強勢買方的存在能夠為有效的市場進入鋪平道路，那麼它就可能被用來作為反駁消除競爭的證據；⑥市場現有成員針對新進入者作出的反應，可能會通過過去的行為給人一種行為具有侵略性的印象，這樣的印象會對未來進入者產生影響；⑦對新進入的競爭未來的展望，相比正在成長的行業，趨於停滯或衰退的行業不具有吸引力；⑧檢查其過去是否有大規模的進入行為。²⁹

（二）救濟機制

反壟斷法適用除外法律制度涉及的利害關係人的救濟機制與反壟斷法的實施機制是基本保持一致的，如果僅因為豁免導致一部分主體的利益得不到實現，

則需要考慮是否應該予以救濟。³⁰ 救濟的前提是有違法行為存在並且產生有因果關係的損害事實，根據啟動救濟措施的原因，可以存在從實體法和程序法兩種類型的救濟：第一種是豁免的授予違反實體法規定而對利害關係人的救濟，其中包括兩種情形，一為應獲得豁免的而未獲得的情形，使行為者承擔了行政處罰而對行為者的救濟，二為不應獲得豁免而獲得的情形，損害了競爭對手及其他利害關係人的利益而產生的救濟。第二種是豁免的授予違反程序法規定，而對行為者的救濟，並且也不能排斥對其他利益相關者的救濟。一般而言，除非一個人能夠證明存在程序上的錯誤行為並破壞了公正原則，否則不能獲得救濟。³¹ 爲了更好的保護當事人權利，將從兩方面討論救濟措施。

1. 關於當事人的救濟機制：調查階段

反壟斷執法機構出現違法行使職權的行為，侵害被調查人的合法權益時，或者受害人等利害關係人對反壟斷執法機構的行為不服時，被調查人和受害人等利害關係人都可以作為反壟斷案件的當事人利用法律提供的救濟途徑。其主要涉及的內容有反壟斷執法機構在調查階段中所採取的查封、扣押等行政強制措施等具體行政行為侵犯了當事人的合法權利，以及反壟斷執法機構的行為侵犯了受害人、檢舉人的合法權利。我們可以通過列舉其他國家這方面的情況，借鑒符合中國國情的經驗。

日本《禁止私人壟斷及確保公正交易法》則只是規定了反壟斷主管機關在調查階段所享有的職權，並沒有詳細的規定反壟斷案件調查階段對當事人的權利如何救濟的問題，對於反壟斷主管機關在調查階段採取的強制措施侵害當事人合法權利如何救濟的相關問題，也是按照行政程序法及行政救濟法的路徑來解決的。而德國《反對限制競爭法》中，對調查、收集證據僅作了原則性規定，即主管機關進行一切必要的調查和收集一切必要的證據，在發生侵犯當事人合法權利時具體適用的法律是德國的《行政違法法》。此外，有相關規定的法律還有《刑事訴訟法》、《行政裁判法》，這些法律以及法令都成爲德國反壟斷主管機關在調查階段行使職權的法律依據，同時也爲權利受侵害的當事人提供了行政複議和行政訴訟等救濟途徑。美國《謝爾曼法》、《克萊頓法》以及《聯邦貿易委員會法》等均未對調查階段的當事人救濟問題作出相關的詳盡規定，這些規定均在美國的行政法體系中得以解決。³²

從立法模式分析，以上幾個國家對於調查階段都

選擇只在反壟斷法律制度中規定特殊性問題，而對於一般性的問題不具有特殊性，可以由行政法尤其是行政程序法和行政救濟法解決，這樣既節約了立法資源也保證了法律的一致性和法律的權威。中國可以借鑒這樣的處理模式，在反壟斷立法時，更好的解決調查階段中主管機關的權限問題以及當事人權利受到侵害時的救濟問題。在中國行政控制模式下的反壟斷執法機關，如果對行政機關行使職權的行政行為不服，根據中國行政法律制度應該給當事人行政複議和行政訴訟兩種救濟方式，由此這兩種方式也可以作為中國對調查階段當事人權利救濟的主要方式。

分析中國目前的行政複議機關的設置，可能成為複議機關的是作為反壟斷執法機構直接隸屬機關的國務院或反壟斷主管機關本身，而反壟斷執法機構作為複議機關時可以充分發揮其專業性優勢，克服了選擇由國務院作為反壟斷案件的行政複議機關所帶來的消極影響。³³ 而對於由反壟斷執法機構自身作為複議機關可能導致的複議流於形式，以及能否真正發揮複議的監督救濟作用的缺陷，可以通過在反壟斷執法機構的內部設置上設計不同機構來承擔複議與調查決定的方式避免。³⁴

2. 關於當事人權利的救濟：豁免裁決後行政訴訟救濟制度

反壟斷適用除外制度案件涉及的行政訴訟有兩種情況：一是反壟斷主管機關在調查程序中對當事人權利的一般性的侵害行為，即主管機關濫用或非法行使其職權時所引發的行政訴訟；二是針對其依法行使其特有職權的行為，所可能提起的行政訴訟，如對豁免的裁決不服等情況。關於訴訟的管轄權問題，一般案件的管轄權都是交給級別較高的法院，考慮到反壟斷案件本身的專業性強等因素，更需要較高層次、牽扯到利益影響較小的法院來審理。關於執法機構所作豁免決定的撤銷問題³⁵，各國對於審查裁決程序存在的差別以及考量司法機關自身審理反壟斷案件的能力的問題處理機制有所不同：

第一，反壟斷執法的行政機關自身變更和撤銷有關豁免的決定，這可以主動啟動也可以根據某項投訴而啟動。例如德國 1998 年《反對限制競爭法》第 12 條第 2 款規定：“依第 10 條所為的豁免可以撤回，或以規定條件的方式予以變更，或附加負擔。但以具備下列要件為限：(1)對豁免具有決定性意義的關係已經發生了根本的變化；或(2)參與企業違反了豁免時附加的負擔；或(3)豁免依據不正確的陳述所為，或以惡意取得；或(4)當事人濫用對第 1 條的豁免。在 2005 年

德國《反對限制競爭法》中，該條被改為第 32 條(d)款，而該條實際上就是參照適用《歐共體條約》第九章‘豁免規定’中第 29 條‘個案的撤銷’規定，‘……但如果委員會認為在某些特定情況下，豁免條例所適用的協議、企業協會的決定或協同做法具有某些與條約第 81 條(3)條規定不相容的效果，則委員會可以主動地或者根據某項投訴而撤銷該豁免條例賦予的好處’。該撤銷權同樣被授予了各成員國競爭主管部門。”³⁶

第二，由法院被動啟動來撤銷或變更有關豁免的決定。在美國，法院有權對貿易委員會的決定作出實質的改變。³⁷ 在法國，巴黎上訴法院可以撤銷或變更競爭審議委員會的所有裁決，既包括事實審也包括法律審。巴黎上訴法院可以以事實認定不當或法律適用不當而撤銷委員會裁決並自行判決，但巴黎上訴法院大都還是肯定競爭委員會實體判決的，只是更多關心審查程序合法性和正當性的問題。日本在其《禁止私人壟斷及確保公正交易法》中僅有關於審決撤銷的訴訟規定，該法第 77 條第 1 款規定，公正交易委員會審決的撤銷之訴，應在審決生效之日其 30 日內提起。該法第 83 條規定，法院在應撤銷公正交易委員會的審決之時，如果認為有必要令其進一步進行審判，可說明理由將事件發回重審。日本法規定了撤銷或發回重審兩種情況，而沒有直接改變判決。³⁸ 可見，日本嚴格地遵循了行政訴訟法的合法性審查，無權直接改變公正交易委員會的決定。

通過以上分析看出，反壟斷法適用除外案件中需要對經濟事實進行分析，而且只能依靠行政機關對其作出經濟評估，就中國目前來說，應將法院的審查範圍限於主管機關裁決的合法性問題，而不允許對其作出積極的改變，如果認為主管機關的決定不合法，則應撤銷而不應變更，從而在司法實踐中進一步完善適用除外制度。

六、結論

反壟斷法適用除外制度表明社會市場經濟不是自由放任的經濟，而是有秩序的經濟制度，有條件的實行反壟斷豁免無疑會提高企業的市場競爭力，提高其在國際競爭中的地位，從而促進社會主義市場經濟的健康發展。作為一國反壟斷法的重要組成部分，從內容上講，是對反壟斷法在一定程度上修正與補充。一國要在大力發展本國經濟的同時，又能兼顧社會整

體的利益，反壟斷法與適用除外的有機配合是不可或缺的。其實，適用除外制度在協調反壟斷與發展規模經濟的關係，實現反壟斷法的優先政策目標，維護國家整體經濟利益和社會公共利益方面，與其說是反壟斷法基本目的的反動，倒不如說是反壟斷法基本目的實現的保證。不管是反壟斷法還是其中的適用除外制度，出發點都是追求有效競爭的最大化，都是要實現社會利益的最大化。而問題的關鍵，不是對反壟斷法與適用除外的矛盾性的認識，而是對反壟斷法與適用除外的統一性的把握，要在除外與不除外之間尋找一個平衡點，從而促進我們在社會中不斷進步，經濟不斷發展。

總之，在反壟斷法迅速發展的時期，我們應當逐步建立並完善中國的反壟斷法適用除外制度，針對中

國的反壟斷法豁免問題，需要將反壟斷法豁免體系化，確定和豐富豁免的內涵和外延，使豁免運行實現合理並且透明。與此同時增強對適用除外制度的控制和監督力度，確定制定標準和運行程序，與中國反壟斷法追求的效率目標相統一。在討論反壟斷法適用除外制度的過程中，筆者意識到，如果沒有法定的審查程序和監督程序，即使有了明確的法定要件，也可能得不到正確的適用。由此引用沃爾夫的一句話：“經濟法特別是競爭法，不能是僵化的，而必須要反映現實經濟的活力。世界上沒有盡善盡美的競爭法，僅是存在着能夠最好地適應現實經濟發展的競爭法。”³⁹在反壟斷執法機關內部設立專門的豁免機構和監管機構，將是反壟斷法適用除外制度得到實現的關鍵。

註釋：

- 1 丁鳳楚：《論合法壟斷——反壟斷法的適用除外制度研究》，載於《青海社會科學》，第6期，2000年。
- 2 黃勇：《中國〈反壟斷法〉中的豁免與適用除外》，載於《華東政法大學學報》，第2期，2008年。
- 3 Garner, B. A. (Ed.) (1999). *Black's Law Dictionary (7th Edition)*. St. Paul: Thomson / West Group. Funk & Wagnalls and D. Funk (1991). *Funk & Wagnalls Dictionary*. Newmarket: Pearson Education Canada. 584.
- 4 Garner, B. A. (Ed.) (1999). *Black's Law Dictionary (7th Edition)*. St. Paul: Thomson / West Group. Funk & Wagnalls and D. Funk (1991). *Funk & Wagnalls Dictionary*. Newmarket: Pearson Education Canada. 593.
- 5 許光耀：《歐共體競爭法通論》，武漢：武漢大學出版社，2006年，第163-164頁。
- 6 同上註，第171-174頁。
- 7 同上註，第173頁。
- 8 鄭鵬程：《關於反壟斷法適用除外制度幾個問題的思考》，發表於中國法學會民法學經濟學法學研究會2000年年會，北京，2000年9月24-28日。
- 9 曹士兵：《反壟斷法研究》，北京：法律出版社，1996年，第76頁。
- 10 王保樹：《論反壟斷法對行政壟斷的規制》，轉引自王曉曄編：《反壟斷法與市場經濟》，北京：法律出版社，1998年，第137頁。
- 11 尚明：《中華人民共和國反壟斷法理解與適用》，北京：法律出版社，2008年。
- 12 同註9，第25頁。
- 13 陳乃新：《經濟法是中國現代化的主要法律保障》，載於《中外法學》，第3期，1998年。
- 14 李昌麒：《經濟法學》，北京：中國政法大學出版社，2002年。
- 15 尚明主編：《主要國家(地區)反壟斷法律匯編》，北京：法律出版社，2004年。
- 16 鄭鵬程：《反壟斷法專題研究》，北京：法律出版社，2008年，第166頁。
- 17 張鳴勝：《反壟斷法中卡特爾豁免制度研究》，載於《南京航空航天大學學報(社會科學報)》，第3期，2002年，第36-40頁。
- 18 吳宏偉：《論競爭法的政策功能》，載於《中國人民大學學報》，2001年。
- 19 黃順基主編：《走向知識經濟時代》，北京：中國人民大學出版社，1999年。
- 20 李曙光：《轉型法理學——市場經濟的法律解釋》，北京：中國政法大學出版社，2004年，第473頁。

- ²¹ 李曙光教授認為，在市場經濟法律體系的建立過程中，何為“完善的市場經濟法律體系”成爲一個需要冷靜思考的問題。法律完善和法律體系建立的標誌並不在於法律的多少，而在於每一個特定法律在“空間上的填滿度”，也就是單個具體法律對社會生活的覆蓋面。目前來看，中國現行立法中有許多法律是不具有這種“空間填滿度”的，無法解決實踐中的問題。見上註，第 471 頁。
- ²² 季衛東：《法治秩序的建構》，北京：中國政法大學出版社，1999 年，第 16 頁。
- ²³ 時建中：《經濟性壟斷案件調查程序探討》，載於《工商行政管理》，第 11 期，2006 年，第 24 頁。
- ²⁴ Nelkin, D. (1984). Science and Technology Policy and the Democratic Process. In J. C. Petersen (Ed.). *Citizen Participation in Science Policy*. Amherst: University of Massachusetts Press. 18-39.
- ²⁵ 鍾剛：《反壟斷法豁免制度研究》，北京：北京大學出版社，2010 年，第 173 頁。
- ²⁶ WTO (1997). Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy - Communication from Japan. WT/WGTCP/W/4. 19th June, 1997. Paragraphs 23-89.
- ²⁷ 同註 25，第 174 頁。
- ²⁸ 同上註，第 177-178 頁。
- ²⁹ 同上註，第 180 頁。
- ³⁰ 世界貿易組織的文件提到，美國等發達國家提倡幫助發展中國家提高競爭法方面的能力，並指出在制訂或完善競爭法時有三個關鍵問題需要解決：第一，確定競爭法設計的內容，何種部門與行爲可以免於競爭法管轄；第二，執法機構的設立，執法機構應該保持其獨立性，依事實與法律行事，而不受政治因素的影響，同時不應該優待本國企業而歧視外國企業；第三，是否應給予因反競爭行爲而受損的個人以救濟的權利。WTO (2000). Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy - Communication from the United States. WT/WGTCP/142. 3rd August, 2000.
- ³¹ 同註 25，第 181 頁。
- ³² 有關德國、日本和美國的反壟斷法在調查階段的救濟當事人的相關規定，見註 15，第五部分“國外反壟斷法律制度綜述”。關於美國行政法律制度的相關問題，見王名揚：《美國行政法》，北京：中國法制出版社，1995 年。
- ³³ 如果選擇國務院作爲反壟斷案件的行政複議機關，那麼國務院的工作壓力將很大，其工作職能的正常發揮會受到消極影響，反壟斷專業人員的比例也會在客觀上影響到複議意見的科學性。轉引自註 25，第 183 頁。
- ³⁴ 同註 25，第 182-183 頁。
- ³⁵ 豁免決定有四種產生途徑：第一，行政機關事先認定產生的、豁免與否的決定，實際包括豁免決定和不豁免決定；第二，行政機關事後查處涉嫌違法的壟斷行爲時認定產生的豁免決定，及相對應的處罰決定；第三，事先未豁免，而事後經過執法機構審查認定可以豁免的決定；第四，司法機關對事後被訴至法院的相關案件進行審判，認定的豁免與否的判決。此處主要是針對前三者進行分析，即針對行政控制模式下的救濟分析。當然，前三者都可能最後進入訴訟程序，而產生第四種判決，該判決所產生的豁免應該沿襲司法審判的上訴機制進行救濟。見註 25，第 185 頁。
- ³⁶ 參考德國《反對限制競爭法》。
- ³⁷ 參考美國《克萊頓法》第 10 條(d)規定了上訴法院確認、執行、修正或廢止委員會命令的專屬的、排他的司法管轄權。
- ³⁸ 參見日本《禁止私人壟斷及確保公正交易法》。
- ³⁹ [德]D·沃爾夫：《德國競爭法的經驗》，轉引自王曉曄編：《反壟斷法與市場經濟》，北京：法律出版社，1998 年，第 260 頁。