

非公有制经济的市场准入与反垄断法

王晓晔*

引言

2005年2月24日,国务院发布了《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》。《意见》表明,我国在社会主义初级阶段不仅毫不动摇地巩固和发展公有制经济,同时也毫不动摇地鼓励、支持和引导发展非公有制经济。我国改革开放20多年的实践表明,大力发展非公有制经济,特别是放宽非公有制经济的市场准入,这不仅有利于繁荣城乡经济、增加国家的财政收入、扩大社会就业、改善人民生活,而且对于打破电力、电信、铁路、邮政、民航、石油、金融、保险、证券等过去被视为国家垄断或者自然垄断行业,促进这些行业的政企分开,提高企业的竞争力有着极其重大的意义。毫无疑问,放宽非公有制经济市场准入限制,为不同所有制企业提供公平和自由的竞争环境,这将为我国制定和完善反垄断法,特别是为反垄断法的有效实施创造条件。

2002年5月至2003年9月间,随着茂化实华从一家由中石化控股的企业变为民营控股的企业,中石化将其对茂化实华提供的原料价格每吨上涨了

500—1000元。茂化实华因不能接受中石化的这个价格,遂拒付中石化单方提高了的价款。2004年10月,中石化悍然停止供应原料,使茂化实华陷于无米下炊之境。截至2005年2月20日,茂化实华已经被迫停产115天,直接损失近2亿元。茂化实华要求协商,但遭到中石化的拒绝。据业内人士分析,茂化实华事件实际是中石化“治散”战略的一部分。“治散”就是整合中石化的全部资源,把与炼油相关的所有业务全部掌握在自己一家的手中。在这种情况下,茂化实华将因得不到中石化的原料而被迫退出市场,数亿资产将闲置报废。鉴于该案中的中石化和中石油一道共同在我国石油行业占据了近乎垄断的地位,笔者用几个假设句说明自己的如下看法:如果我国有了反垄断法,中石化在本案中可能遭遇的第一个指控是对茂化实华索取了不合理的垄断高价;^①如果我国有了反垄断法,中石化在本案中可能遭遇的第二个指控是拒绝交易;如果我国有了反垄断法,中石化还可能因其实施的“治散”战略而受到指控。

一、放宽非公有制经济市场准入——反垄断立法的条件之一

上述法律和经济的分析基于一个假设:“如果我国有了反垄断法”。但是扪心自问,反垄断法真是万能的灵丹妙药吗?如果没有市场经济体制这个前提条件,反垄断法能够发挥作用吗?当然不能。事实上,反垄断法作为维护市场竞争秩序的基本法律制度,它必须与私法中的合同自由制度和保护私人所有权制度共存亡。如果国家对非公有制经济的市场准入设置了形形色色的限制,企业没有自由投资的权利,我国的很多行业或者部门就不可能

真正引入市场竞争机制。

实践经验表明,国有经济和私人经济的比例虽然不能说明一个国家的经济体制(如法国和德国的国有经济比例尽管不同,但它们都属于市场经济国家),但是,如果国有经济在国民经济中的比例过大,这会对国家的经济体制产生质的影响。因为在生产资料全部或者基本掌握在国家手中的情况下,政府代表国家是经济的绝对统治者,企业不可能真正享有自主权,它们的生产经营活动就不过是完成

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

^① 这个垄断价格可以通过它的成本和合理利润来计算,也可以通过市场上竞争性的产品来判断。如在本案中茂化实华通过湛江东兴炼厂和北海炼厂采购的液化气原料价格不但低于茂炼股份的强制定价,而且还远低于原来中石化在茂化实华股权变更前的定价。

国家经济计划的方式和手段。在这种情况下，因为配置资源的方式是国家的计划或者政府的行政命令，而不是价格机制、竞争机制等市场机制，这种经济体制就不是市场经济，而是计划经济。

以上分析也同样适用于具体的行业或者部门。当一个行业或者部门的生产资料基本掌握在国家手中的时候，尽管法律上可能会有尊重企业经营自主权的规定，但因政府得代表国家履行出资人的职责，包括选派或者任免企业的领导层，这些行业的生产或者经营的决策权相当程度上就是掌握在政府的手里，即企业的生产经营活动受制于政府，而不是取决于市场的需求。以我国的电信业为例。在中国联通、中国电信、中国网通等电信企业相互开展竞争的情况下，如果国资委代表国家作为这些企业的出资人，对企业的领导层随意相互调动，或者以推动国有资产合理流动为由要求它们相互合并，这些企业真得能够相互竞争吗？当然不能。因此，一个行业或者部门的国有经济比例过大，大到控制这个行业或者部门的情况下，这个行业或者部门就难以引入市场竞争机制。正是因为国有经济部门事实上不存在真正的竞争，很多国家的反垄断法在过去都有对电信、电力、邮政、银行等行业的豁免规定。这些豁免一方面是基于行业的自然垄断或者国家垄断，另一方面是基于国家的所有权制度。进入20世纪80年代以来，随着东西方冷战的结束，特别是随着私有化和减少政府行政干预成为世界各国经济政策的主流，这些行业逐步引入了民营经济，降低了垄断性。特别是那些从计划经济转向市场经济体制的国家，无一不是将产权制度的改革作为解决中央集权经济的重要手段。有些国家如波兰，甚至明确地将反垄断与经济私有化联系在一起。

总而言之，要在国家的经济生活引入竞争机制，除了改革国有企业，一个非常重要的手段就是放宽非公有制经济的市场准入限制。允许非公有制

资本进入垄断行业和领域，这对国家的经济发展至少有以下好处：

第一，有利于提高企业的竞争力。为了提高企业的竞争力，人们曾提出过各种各样的政策性建议，如兼并、重组、股份制、债转股、抓大放小、搞活搞死等。然而，从根本上和从长远的眼光看，提高企业竞争力的根本出路在于引入市场竞争机制。经济学最基本的原理是，只有在市场竞争的压力下，企业才会努力降低产品的价格，改善质量，改善售后服务，从而不断地开发新技术、新产品、新工艺，努力改善经营管理。事实上，市场竞争就是企业不断磨练自己和不断适应市场的过程。这从企业的角度看，是提高了企业的经济效益和市场竞争能力；从社会的角度看，这是优化配置了资源。任何人都不能否认，在提高国有企业的竞争力方面，非公有制企业的市场准入起到了非常重要的作用。

第二，改善国家的财政。国内外实践表明，任何国家对国有垄断企业都存在着补贴的情况。亏损的多补一点，盈利的少补一点。不管明补还是暗补，补贴全部来自国家财政。我国对国有企业更是普遍存在各种形式的补贴。人们常常批评国有企业过去是靠国家补贴，现在是吃银行。打破垄断和放宽非公有制经济的市场准入限制，不仅可以减少国家对国有企业的财政补贴，而且随着私人投资进入过去由国家垄断经营的经济领域，这会大大减少国家对这些部门的投资。这样，国家一方面减少了补贴和投资，另一方面增加了税收，国家的财政状况自然会得到改善，从而有能力发展教育或者医疗卫生事业，改善社会保障。

第三，改善国家的宏观调控。打破垄断可以提高国有企业的生产效率，降低价格，增加产出，这从长远看有利于改善国家的宏观调控。即便打破垄断会出现失业问题，但是随着新的经营者进入市场，这可以为社会创造新的就业机会。

二、不同所有制企业的公平竞争——反垄断法基本原则之一

放宽对非公有制经济的市场准入限制，这为我国建立和完善社会主义市场经济体制创造了条件，为不同所有制企业间的公平竞争创造了条件，也为我国反垄断法的有效实施创造了条件。反垄断法的

宗旨是反对垄断，反对限制竞争，为市场上所有参与竞争的企业提供一个公平和自由的竞争环境。因此，反垄断法不可能针对不同所有制的企业适用不同的规则，否则就谈不到公平竞争。在这种情况下

下,反垄法在事实上可以起到保护中小企业,特别保护非公有制中小企业的作用,如本文引言中分析过的中石化案件。

事实上,国家偏袒国有企业的情况并不限于中国。即便在发达的市场经济国家,因为与国计民生密切相关的生产经营活动往往由政府授权给大的国有企业,这些企业在市场竞争中便可凭借其垄断或者市场支配地位,排挤处于弱者地位的私人企业。因此,出于反对垄断和保护竞争的目的,反垄法便要求不同所有制的企业平等地适用竞争规则。如德国《反对限制竞争法》第130条明确规定,除中央银行外,该法适用于全部或者部分财产权属于国家的所有企业以及由国家管理和经营的所有企业。为了维护共同体大市场的自由竞争,欧共体条约第86条第1款也对国家授予特权或者专有权的企业做出了限制性的规定。据此,欧共体原则上不禁止成员国出于普遍经济利益的需要向国有企业授予特权或者专有权,但这些授权不得违反欧共体条约中关于商品自由流动和服务贸易自由的原则,特别是不得违反条约中的竞争规则。根据欧共体法院的判例,作为承担特殊任务和提供普遍经济利益服务的企业应满足以下条件:(1)提供的服务属人们基本的生活需求,如供应电力或者传递邮件等;(2)基本服务是在一定地域内提供;(3)基本服务得按照人们能够承受的价格或者其他条件提供,如电力供应中应保证人们24小时的需求。^②因为提供普遍服务的企业不以盈利为目的,它们发生的亏损可以从国家税收中得到补贴。^③

根据欧共体法,因国家授权在某个领域取得了特权或者垄断权的企业不得滥用其垄断地位,特别是不得将垄断权随意扩大到其他领域,如通过拒绝交易的方式阻碍竞争者进入与其产品或者服务相关的上游或者下游市场。欧共体法院在这个方面有许多著名的案例,如1993年关于Corbeau公司一案的判决。Corbeau是法国一家提供特快专递服务的私人企业,因为它的服务比国家邮政更迅速、更可

靠,而且还能够提供特殊服务,如允许客户不断变更其邮递地址,因此,它被国家邮政视为强有力的竞争对手。在这种情况下,法国邮政便阻止Corbeau的业务活动,并以损害其专有权为名对Corbeau提起了刑事诉讼。欧共体法院在其判决中指出,基本邮政服务是具有普遍公共利益的服务,但Corbeau所提供的是国家邮政垄断企业不能包括的服务,且这种服务不会损害国有企业基本服务的经济稳定性。最后,法院认定法国邮政妨碍Corbeau向社会提供特快专递服务的做法是不合理地扩大自己的垄断权,违反了欧共体竞争法。^④欧共体委员会竞争总局的前局长埃伦曼(C.D.Ehlermann)指出,“欧洲法院的判决表明,除了绝对必要的情况,任何可以导致限制竞争的专有权都应被予以禁止。无论是电信、邮政服务还是能源服务,它们的专有权只是应当基于服务的非盈利性和公共利益。成员国授予它们专有权或者维护这种专有权也只能是出于公共利益,即在合理、公平和不歧视的条件下向社会提供普遍服务或者使用公共网络的必要性。”^⑤

欧洲的上述经验说明,在市场经济体制下,公有制与私有制、国有企业与私人企业原则上应处于平等的地位,国家应对它们适用相同的竞争规则。特别是在没有正当理由的情况下,国有企业不得随意将其因授权而取得的垄断权扩大到相邻市场。这里,我不禁又想到了茂化实华与中石化的争议。据说,由于茂化实华不接受中石化的强制性价格条件,中石化准备利用国家发改委的投资项目审批授权,自行建设60万吨/年气体分离装置和20万吨/年环管乙烯装置。据估算,中石化自行建设这套装置至少需投资4亿,建设期至少需2年。按照目前的价格,在中石化建设同类装置期间,双方损失合计至少达到16.5—18亿元,加上重复建设中的投资损失,双方直接损失合计至少达到20.5—22亿元。为什么中石化可以不计代价和成本斥巨资排挤茂化实华?这当然是凭借其在石油生产中的垄断地

② F. Blum/A. Logue, *State Monopolies under EC Law*, p22—23.

③ V. Emmerich, *Kartellrecht*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Bd II, Rdnr. p155.

④ EuGH 19.5.1993, Slg. 1993 I 2553, 2569 “Corbeau”.

⑤ Ray Rees, *Competition Policy and Public Enterprise in the European Community*, in: Aad van Mourik; *Developments in European Competition Policy*, p63. 里斯认为,公共利益是一个比较抽象的概念。公有企业的公共利益一般是指,不管一个交易是否有利可图,它们都得进行交易。如对国家邮政一般规定了全国统一的邮政价格,而不考虑发信人和收信人之间的距离。实际上,这种邮政服务具有国民收入再分配的功能。

位。德国著名的反垄断法专家 E.J. 梅斯特梅克教授指出,因国家授予特权或专有权而表现的滥用行为与私法上占市场支配地位企业的滥用行为有着本质区别:后者虽然可以通过市场策略将竞争者排挤出市场,但它们一般得对成本和收益进行比较,即以收益大于投入的成本为前提条件。例如,当它们制定垄断价格和人为地减少对市场供给的时候,必须考虑消费者的需求弹性。然而,如果企业的垄断权是由国家授予的,它们在排挤竞争对手时则不必考虑自身的利益,也不必考虑消费者的利益。在这种情况下,市场便完全不能实现自我调节。

因为国有企业实施的滥用行为,大多是因为行使国家给予的特权或者专有权,市场经济体制的国家就应当承担一种责任,即不得违背竞争规则,随意给予国有企业或其他企业以特权或者专有权,除非它们不以盈利为目的,即其生产经营活动是出于社会公共利益。就我国目前的情况看,在国有企业与私人企业的竞争中,政府部门或者行业监管机构往往以维护国家利益为名,不公平地偏袒国有垄断企业。如 1999 年国务院办公厅转发的经贸委等 8 部门的 38 号文件中规定,除中石化和中石油外,不允许存在其他独立的成品油批发企业。在 2001 年国务院办公厅转发的经贸委等 5 部门的第 72 号

文件中,中石化和中石油被授予石油产品零售专营权。由于这两个文件,中石化和中石油两大集团之外的加油站从 1999 年底的 87.6% 降低到 2003 年的 40%。^⑥ 因为中石化和中石油作为双寡头垄断企业,相互间没有实质性的竞争,它们在石油产品方面说涨价就涨价,而且涨价就幅度很大。我认为,中国经济发展中在石油业方面所受到的禁锢,一方面是因为 9.11 事件以来国际原油大幅度的涨价,而且随着中国对原油的强劲需求,这个涨价对中国的影响最甚,另一方面则是因为中国石油业的垄断经营。因此,在石油的战略地位日益突显的今天,中国石油业的体制改革迫在眉睫。无论如何,我们不能容忍中石化和中石油利用其不断加强的垄断地位和石油资源的稀缺性,过度盘剥消费者,过度盘剥下游企业,由此使整个社会为石油消费付出太高的代价。毫无疑问,在推动不同所有制企业间的公平竞争方面,《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》将会起到重要的作用。根据这个意见,国家在投资核准、融资服务、财税政策、土地使用、对外贸易以及技术合作等方面,对非公有制企业将与国有企业一样给予同等待遇,这就为非公有制企业进入石油行业创造了条件。

三、结束语

我们高兴地获悉,我国反垄断法有望在今年或者明年出台。反垄断法是一个非常重要的法律,它反映了市场经济本身的规律和内在要求。这个法律的颁布和实施将有力地表明,市场机制和竞争机制将在我国社会配置资源中起到基础性的作用,是发展我国国民经济的根本手段。因此,反垄断法是我国市场经济体制的一个标志性的法律制度。可以说,我们只有待反垄断法出台之后,才可以说我国初步建立起了社会主义市场经济的法律体系。

当然,随着反垄断法的颁布,我国的企业特别是国有企业将会在更大程度上感受到竞争的压力。这种压力同时也是企业不断完善自己的动力。因此,除了极个别的部门,我们应尽可能地在所有的

部门和行业打破垄断,引入竞争机制。实践已经表明,任何形式的垄断包括企业垄断或者行政垄断,都是不合理的现象,其本质不过是限制价格在市场经济中合理调节生产和优化配置资源的功能。从短期看,垄断能够导致产品的价格上涨和质量下降,损害消费者的利益;从长期看,垄断会导致企业的生产效率低下和国家的经济短缺。与之相比,市场经济制度则必须要保持市场的竞争性,坚持以竞争作为配置资源和调节生产的根本机制,以至对任何经营者来说,将来的市场发展都是一个未知数,这样他们才能灵活地适应不停变动的市场条件。这正如哈耶克所指出的,“市场竞争是一个寻求对未知问题解决的过程。只有借助这个过程,企业间

^⑥ 夏英:《反垄断法:现实与期望》,载《南方周末》2004年7月29日。

的决策才能得到协调,生产和经营的信息才能得以传递,企业的生产能力才能根据市场的需求得以调整,权力得到制约,各种利益得到协调。”^⑦

要竞争,就要有竞争者,就需要产权制度实现多元化,特别是需要鼓励、支持和引导非公有制经济进入垄断行业和领域。因此,《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意

见》是我国经济体制改革中的又一重要的里程碑。我们坚信,随着经济体制改革的不断深入,随着非公有制经济自由地进入越来越多的行业,我国的企业将会在竞争中进一步提高竞争力,我国的消费者将会在竞争中享受更低的价格、更高的质量和更大的技术进步,我们的国家也将在世界竞争中从经济大国变为经济强国。

发展“非公经济”的经济法解读

张守文*

随着我国市场经济的迅猛发展,个体、私营等非公有制经济不断发展壮大,对于解决我国现存的经济和社会问题,发挥了重要的作用。但是,同公有制经济相比,非公有制经济的发展还存在着许多

制度障碍,为此,国务院专门下发了旨在推进“非公经济”发展的《若干意见》,^①该《意见》涉及到多个法律领域的问题,其中尤其涉及到大量的经济法问题,因而有必要从经济法的角度略为解读。

一、发展“非公经济”与经济法的基本假设

国家为什么要大力推进“非公经济”的发展?这可以从经济法的基本假设的角度来进行分析。在经济法的理论和制度层面,存在着多个“二元结构”,其中,“公私二元结构”是非常重要的,它是经济法的理论和制度赖以展开的一个基本假设。^②借助于公共物品与私人物品、公共经济与私人经济、公益与私益、公权力与私权利、公法与私法、国家与国民等多重“公私二元结构”,可以对经济、社会和法律发展中的许多问题作出有效的分析。

例如,从上述并未穷尽的多重“公私二元结构”来看,公有制经济与私有制经济之差异,主要在于所有制或投资主体之不同。事实上,两类经济都是市场经济的重要组成部分,所提供的都是私人物品,因而都是以营利为目的的私人经济;两类经济的主体,都有自己独立的利益追求,都会通过其

私权利的行使来维护自己的私益,因而都是市场主体,在进行市场竞争方面,都应当有公平竞争机会。

可见,从“公私二元结构”来看,两类经济其实都属于市场经济或称私人经济,只是由于投资主体的不同,才产生了所有制上的差异。^③但在市场经济活动中,投资主体的差异,不应当构成市场竞争的阻碍因素。同时,公有制经济不是公共经济,提供公共物品是政府的职能,而并不是公有制经济的职能,因此,不应当把公有制经济的主体等同于或类比于政府,并以此将其同“非公经济”相区别,否则,与现实情况亦不相符。

从上述“公私二元结构”的基本假设来看,既然两类经济都是市场经济的重要组成部分,两类经济的主体都是平等的市场主体,则其在市场行为方

^⑦ Friedrich A. von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Friedrich A. von Hayek, Freiburger Studien, Gesammelte Aufsätze, Tübingen, 1969, S. 249.

* 北京大学法学院教授。

^① 即国务院于2005年2月24日下发的《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》。

^② 可参见拙文《经济法学的假设》,载《现代法学》2001年第6期。

^③ 无论是公有制企业还是私有制企业,都存在着一些经济实质的共通性,也存在着一些法律形式上的差异。对于此类问题,经济学领域有一些具体的研究,可参见周其仁:《公有制企业的性质》,载《经济研究》2000年第11期。