

加速与阻力

——中国反垄断立法的几个问题

王晓晔 研究员

1997年以来微软公司涉嫌美国反垄断法一案，引起世人瞩目，也引起中国政府和老百姓对反垄断法的广泛关注。面对中国经济生活中普遍存在着的形形色色的垄断现象，中国许多有识之士大声疾呼，中国应当加速制定反垄断法。

草 案

根据2002年2月26日的征求意见稿，中国反垄断法草案共有8章58条。应当说，该草案的内容是不错的，应当得到肯定。实体法方面借鉴了发达国家的经验，特别是借鉴了德国和欧共体法的经验，规定了禁止限制竞争的协议、禁止滥用市场支配地位、控制企业合并和禁止行政垄断。在实体法方面，中国反垄断法的最大特点是禁止行政垄断的内容，这是因为中国当前经济生活中最严重和影响最大的限制竞争是来自政府行为。草案中也有程序法的规定，譬如，反垄断法的执行机构和法律责任，包括行政责任、民事责任和刑事责任。此外，中国反垄断法草案在几易其稿的过程中也越来越符合国际潮流，例如，关于

适用范围的第2条规定，“在中华人民共和国境外从事违反本法规定，并对境内市场竞争产生限制竞争影响的行为，适用本法。”这即是说，中国反垄断法将根据“效果原则”具有域外适用的效力。在作为附则的第8章中，草案取消了对邮政、铁路、电力、煤气、自来水等公用事业企业的豁免规定。在总则性的第1章中取消了“自愿”、“平等”、“公平”以及“诚实信用”等原则性的规定。这些修改是完全正确的，符合反垄断的理念，也符合国际潮流。例如，“自愿”、“平等”、“公平”和“诚实信用”这些在商业交易中的基本原则虽然都没有错，但是因为反垄断法的宗旨是反对垄断，保护竞争，其基本内容是禁止企业通过订立协议的方式限制竞争，或者禁止产生或者加强市场支配地位的企业合并，民法上的“合同自由”、“当事人意思自治”等原则就不能得到适用。中国反垄断法草案虽然在总体上是不错的，但在某些方面仍存在缺陷。

1. 垄断协议

根据各国反垄断法，限制竞争协议不仅包括横向协议，即卡特尔，而且还包括纵向协议。例如，德国第

6次修订后的《反对限制竞争法》第1章规定了卡特尔协议、决议及协调行为，第2章规定了纵向协议。区别横向协议和纵向协议的好处是显而易见的，因为大多数的纵向约束是合法的，且被视为具有推动经济发展的作用。例如，根据德国《反对限制竞争法》第16条，仅当行为人是一个占市场支配地位的企业，它的下列排他性约束行为才得被视为违法：(1)限制交易对手使用所交付的商品、其它商品或者服务的自由；或者(2)限制交易对手向第三方采购或者供应商品；或者(3)限制交易对手向第三方转售商品；或者(4)要求交易对手购买既与合同标的无重大关系而且也不符合商业惯例的商品或者服务。即，如果行为人不具有市场支配地位，上述纵向约束不得被视为是违法行为。然而，根据该法第14条，一方当事人如果限制另一方当事人与第三方订立合同时的定价自由或者其它交易条件的自由，这样的约束得被视为违法，予以禁止。除了德国法中的规定，其它很多反垄断法在纵向价格约束方面也是适用本身违法的原则。

然而，中国反垄断法草案关于

“禁止垄断协议”的规定中没有关于纵向价格约束的内容。而是在以“禁止滥用市场支配地位”为题的第3章第24条规定,“具有市场支配地位的经营者不得在向批发商、零售商提供商品时限制其转售价格。”即,根据这个草案,实施纵向价格约束的企业如果不是一个占市场支配地位的企业,这种约束是合法的。这种规定不仅不符合各国反垄断立法的潮流,而且也不利于推动中国市场上的竞争。

此外,草案第9条关于可以得到豁免的限制竞争协议中没有出口卡特尔,这也应当视为是一个缺陷。当然,在贸易自由化和经济全球化的今天,有些国家的政府不鼓励本国的出口企业订立出口卡特尔,例如,德国反对限制竞争法的第6次修订取消了对出口卡特尔的豁免。但是,由于劳动力等方面的原因,中国出口产品价格往往大幅度低于国际市场,再加上很多出口企业也不了解国际市场价格,这样,如果没有出口商会在价格方面的协调,中国出口商品可能会更多地遭遇外国反倾销诉讼。现在,仍然有很多国家的反垄断法对出口卡特尔作出了豁免规定。即,只要不是严重影响国内市场的竞争,出口商在对外贸易中可以采取联合行动,包括统一出口产品销售价格或者划分销售市场。美国的对外贸易法也有这样的豁免规定。这样,根据“武器平等”原则,中国反垄断法对出口卡特尔给予豁免也符合国际惯例。

关于垄断协议还有一个问题是违法者的法律责任。根据草案第44条,对于违反禁止垄断协议的经营

者,反垄断法主管机关除责令停止违法行为外,还可处以1000万元以下的罚款;构成犯罪的,可以追究刑事责任。上述对比说明,草案起草人认为,订立违法卡特尔的行为在违法程度上轻于滥用市场支配地位。这种看法是错误的。在实践中,

1987年8月,国务院法制局成立反垄断法起草小组。1988年提出草案。1991年9月,人大常委会通过《反不正当竞争法》,然反垄断法至今尚未出台。

价格卡特尔、数量卡特尔或者分割市场的卡特尔对市场竞争的损害程度一点都不会低于滥用市场支配地位的行为。例如,一个价格卡特尔与一个垄断企业的滥涨价行为对消费者或者用户来说可能是相同的不利后果。正因为这两种违法行为的违法程度或者对市场竞争的损害程度是相同的,各国反垄断法对它们有着相同的法律制裁。根据欧共体理事会1962年第17号条例的规定,企业违反条约第81条第1款和违反条约第82条的行为,都可能被征收最高额为100万欧元的罚款,

此外还可再征收上一营业年度市场销售额10%以下的罚款。

2. 滥用市场支配地位

草案第3章关于滥用市场支配地位的规定在很大程度上吸取了欧共体和德国的立法经验。特别是根据市场占有率对市场支配地位作出的法定推断,以及第17条至第24条以列举的方式指出了滥用行为的各种表现,这使禁止滥用市场支配地位的规定有很大的可操作性。

当前,中国电信市场上的限制竞争行为主要表现为占市场支配地位的电信运营商拒绝向竞争者开放网络,或者以不合理的条件开放网络,例如索取不合理的价格。因此,滥用市场支配地位的表现方式应当增加一个“拒绝互联互通”。当然,这里的“互联互通”是指合理的互联互通。这样的规定一方面可以推动与网络或者与其他基础设施相关的经济领域引入竞争机制,另一方面可以保护网络或者基础设施的所有权。涉及网络或者基础设施的竞争主要存在于电信、能源或者铁路等经济部门。这些部门虽然已经制定了或者应当制定专门法,而且专门法作为特别法较反垄断法还有着优先适用的地位,但是,反垄断法作出禁止“拒绝互联互通”的滥用行为的规定仍会起到非常重要的作用。特别在中国当前经济体制转轨过程中,电信、电力、铁路等部门的监管机构在很大程度上与这些部门的企业仍然有着千丝万缕的联系。在这种情况下,将反垄断法适用于电信、电力等一些在过去被视为自然垄断的行业,这就有利于在这些行业引入竞争机制,提高这些行业企业的竞争力。

3. 企业合并控制

控制企业合并是预防市场垄断的重要手段,从而也是中国反垄断法的重要内容。这里一个重要的规定是第26条,即年销售额达到一定标准的企业间的合并应向国务院反垄断法主管机关进行申报。应当说,这个标准非常重要,没有这样一个标准,企业合并控制就完全没有可操作性。然而,草案没有对这个标准作出规定,而是将这个标准的制定工作交给反垄断法主管机关,从而给这个法的执行留下一个巨大的难题。此外,还应当指出的一个问题是,反垄断法中关于控制企业合并的规定不应当成为小企业接受兼并的法律障碍。因此,这里应当明确规定,兼并一定规模下的小企业不需要向反垄断法主管机关进行申报。

第28条规定,反垄断法主管机关应在收到申请后的90天内作出批准或者不批准的决定。但问题是,对于某些明显不具有损害竞争后果的企业合并来说,90天的审查期太长。因为在企业合并过程中,企业的组织结构处于一种不稳定的状态。企业当然希望这种状态的持续时间越短越好。根据德国法或者欧共体法的经验,这个审查期最好分为两个阶段,第一阶段为1个月,这就可以使那些明显不具有限制竞争影响的合并在一个很短的时间内从反垄断法的主管机关得到一个批准的答复,或者在没有得到答复的情况下,视为合并已经得到批准。在这种情况下,只有那些复杂且有着违反反垄断法之嫌的合并,才需要在法律上进行为期2个月的第2阶段的审查。

第29条的规定存在着一些逻辑问题。这一条将“产生或者加强经营者的市场支配地位”与“排除或者限制市场竞争”等其它三种情况并列作为禁止合并的理由。然而,一般来说,如果一个合并未能产生或者加强市场支配地位,这个合并就一定不会产生排除或者限制市场竞争的后果,也不会产生阻碍国民经济健康发展或者危害社会公共利益的后果。因此,第29条应改为:如果合并不会产生或者加强市场支配地位,国务院反垄断主管机关应当批准合并。

4. 行政垄断

第5章是禁止行政垄断的规定,主要列举了行政垄断的各种表现,包括强制买卖、地区垄断、部门和行业垄断、强制联合以及制定具有限制竞争影响的行政规定。与旧草案相比,新草案在这方面的内容更全面。

行政垄断方面的主要问题存在于第47条,即对部门垄断或者行业垄断行为的处罚。根据这个规定,如果政府及其所属部门滥用行政权力限制经营者在特定行业的市场准入,排斥、限制或者妨碍市场竞争,其法律后果是由其上级机关予以改变或者撤销。然而,根据本章的其它规定,政府及其所属部门实施其它类型限制竞争行为的,其后果则是由国务院反垄断主管机关责令其停止违法行为。这即是说,草案对行业垄断行为和其它行政垄断行为的法律后果作出不同规定。然而,因为行业垄断和其它行政垄断行为的性质相同,都是政府及其所属部门滥用行政权力的行为,且对市场竞争都有着严重的不利影响,对它

们的法律后果作出不同处理在理论上就不好解释。此外,由违法者的上级机关处理行政垄断行为也是不合理的。因为上级机关不是一个确定的机关,更不是一个确定的司法机关,上级机关的工作人员就不一定具有很强的反垄断意识。另一方面,如果授权上级机关处理下级机关的违法行为,法律上应当有一套包括立案、调查、听证、作出决定等一系列程序,这就需要国家投入相当大的人力和财力,这种做法显然是不现实的。

为了有效地制止行政垄断行为,提高国务院反垄断主管机关的权威性,借鉴欧共体法的经验,政府的限制竞争行为应当与企业的限制竞争行为一样,由国务院反垄断主管机关及其授权的机构进行处理。当然,因为行政机关毕竟存在着行政隶属关系,反垄断法主管机关在处理行政垄断案件时,应当征求违法者上级机关的意见。

5. 反垄断执法机关和程序

反垄断法的实体法不足以维护公平自由的市场竞争秩序,而是还需要执法机关和程序法。与德国的反对限制竞争法相比,中国反垄断法草案在这两个方面的规定都显得过于简单。这里不仅没有关于反垄断主管机关在组织方面的规定,而且也没有关于这个机构审理案件和作出裁决的程序。在这些方面,立法者尚需花费较大的力气。此外,中国是一个疆土辽阔的国家,仅有国务院反垄断主管机关是不可能处理所有限制竞争案件。因此,法律必须对执行反垄断法的地方性机构作出规定,而且应当合理划分全国性和地方性反垄断主管机构的管辖权。

立法阻力

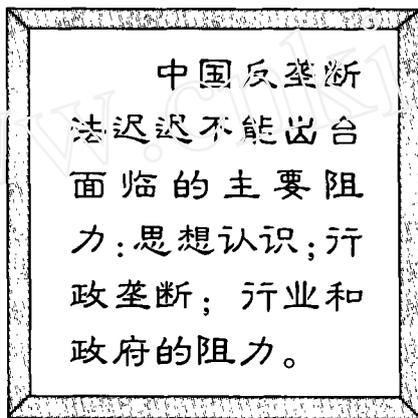
1987年8月,国务院法制局成立了反垄断法起草小组,1988年提出了《反对垄断和不正当竞争暂行条例草案》。1993年9月第8届全国人大常委会第3次会议通过了《中华人民共和国反不正当竞争法》,但是反垄断法至今没有出台。中国反垄断法迟迟不能出台有某些原因,这些原因至今还影响着中国反垄断立法的进程。

思想认识

有观点认为,反垄断是市场经济充分发育后的任务。而中国当前经济力量过度集中的问题基本不存在,中国企业的规模还普遍偏小,与世界排名的大企业相比就更小,因此中国当前应当鼓励企业集中,而不是要反垄断。早在10多年前,还有人拿中国企业的规模与美国通用汽车公司的规模相比,得出了中国目前尚不需要反垄断法的结论。对此,中国经济界和法律界许多有识之士早已指出过,这种观点是错误的。因为任何国家的反垄断法,其目的只是维护本国市场的竞争,要使本国企业感受到市场竞争的压力,保证本国消费者有选择商品的权利。因此,尽管中国企业的规模在目前不及美国通用汽车公司是一个不争的事实,但这不能说明,中国制定反垄断法的时机还不成熟。事实上,经过20多年的经济体制改革,中国已经有了制定和执行反垄断法的基础和条件:一是计划经济条件下的价格垄断制度已经被打破;二是企业的所有制结构已经实现了多元化;三是国有企业享有越来越大的经营自主权,在相当程度

上已经成为独立自主的市场主体;四是随着中国加入世界贸易组织,中国的经济已经完全融入国际经济。因此,中国当前制定和颁布反垄断法决不是未雨绸缪,更不是超前,而是社会主义市场经济体制本能和内在的要求。

那些以经济全球化和提高中国企业的国际竞争力为由,认为中国反垄断法不应当控制企业合并的观



点同样是没有道理的。因为,反垄断法决不是反对所有企业合并,更不是反对规模经济,它所反对的只是一家企业或极少数企业共同垄断市场的局面。因为在市场垄断的情况下,企业会失去创新动力,消费者会失去选择商品的权利。因此,中国没有必要为了与跨国公司抗衡而通过政府组建的方式来建立所谓的“国家队”,更没有必要给这种“国家队”以财政补贴。美国、德国、日本等许多发达国家的经验已经证明,国内市场的激烈竞争和企业在国际市场的竞争力有着非常密切的关系。很难想象一个没有在国内市场竞争中进行过练兵的企业能够在国际竞争中取胜。即使有些产品依靠国家补贴具有一定的竞争力,但这

种竞争力也往往后劲不足。因此,要提高企业的竞争力,从根本上说,国家应当制定一个合理可行的竞争政策,其中包括控制企业的合并。在另一方面,随着中国加入世界贸易组织,更多的跨国公司将会通过并购或者建立合营企业的方式进入中国市场。如果中国没有反垄断的法律制度,那些掌握高科技并且有着资金优势的大跨国公司就非常容易在中国取得市场支配地位,进而滥用它们的市场势力。因此,中国应当通过反垄断法在这些方面作出限制性规定。

行政垄断

普便有观点认为,中国当前突出问题行政垄断,而行政垄断不是通过反垄断法就能彻底解决的,因此,中国现阶段制定反垄断法的要求并不迫切。这种观点也是错误的。不可否认,行政性限制竞争是中国当前经济体制改革的难点和重点,这不仅要求政府贯彻依法行政的原则,而且要求国家实现经济民主,即经济权力不是过度集中在政府的手中,而是应当在企业和政府间适当分配,实现政企分开。因此,行政垄断问题确实不是一部反垄断法能够奏效的。但是,反垄断法对政府滥用行政权力的行为作出明确的禁止性规定,这不仅有利于政府官员明辨是与非、合法与非的界限,而且也有利于提高他们的反垄断意识,从而自觉抵制这样的违法行为。从这个意义上说,反垄断法不仅是国家深化经济体制改革的手段,而且也是推动国家政治体制改革的催化剂。

事实上,通过反垄断法解决行政垄断的问题也是其他许多国家的

做法。例如,欧共体条约第 86 条明确规定,成员国不得对其国有企业以及其他享有特权或者专有权的企业采取背离欧共体条约,特别是背离欧共体竞争政策的任何措施。该条约第 87 条明确规定,成员国不得利用国家财源优待个别企业或者个别生产部门,损害共同体市场上的公平竞争。由于历史和体制方面的原因,前苏联和东欧国家的反垄断法中也大多有制止行政垄断的内容。例如,乌克兰共和国 1992 年颁布的《禁止垄断和企业活动中不正当竞争行为法》第 6 条明确规定,政府及其所属部门不得对个别企业采取歧视态度。这说明,反对行政垄断不仅是经济体制转轨国家反垄断法的一个重要特色,而且也是这些国家反垄断法的一个重要任务。

中国《反不正当竞争法》第 7 条以及国务院关于《整顿和规范市场经济秩序的决定》都已经对政府滥用行政权力限制竞争的行为作出了禁止性规定。这就是说,中国的立法者也早就把滥用行政权力限制竞争的行为纳入规范市场经济秩序的法律范畴之中。不可否认,尽管有上述规定,中国的地方保护主义问题至今仍然很严重。但是,这只能说明上述法规的效力不足,从而需要反垄断法来强化这方面的法律制度,而不能说明行政垄断问题不能在反垄断法中作出规定,更不能以此得出中国反垄断立法的时机不成熟的结论。

行业和政府阻力

除了上述思想和认识方面的阻力,中国反垄断立法在一定程度上也受到某些行业的抵制。一些在过去被视为自然垄断的行业,如电信、

电力、邮政、铁路等部门出于自身的既得利益,它们对反垄断立法自然不会有很大兴趣。因此,这些行业即便不是公开反对这个立法,它们也会以本行业的特殊情况为由要求从反垄断法中得到豁免。今天,对这些所谓的自然垄断行业给予反垄断法豁免已经不符合国际潮流。打破这些行业的垄断不仅对于中国履行加入 WTO 所承担的开放市场义务是非常必要的,而且还可以推动这些行业的企业努力降低成本,改善服务质量,改善经营管理,从而有利于提高这些行业的竞争力,改善消费者的福利。

此外,中国现阶段的反垄断立法还存在着来自政府部门的阻力。反垄断法是规范市场竞争秩序最重要的法律制度,该项法律的颁布和实施势必会影响中国现行涉及市场竞争的其它法律制度,特别是价格法和反不正当竞争法。有人忧心忡忡地发问,反垄断的执法主体由谁担当?是设立新的反垄断执法机关,还是维持现状,由工商行政管理、价格、技术监督等相关部门分别行使职权?他们的结论是,反垄断法的颁布和执行将会影响中国现行的执法体制,动作太大,所以这项法律应当暂缓制定。

在中国当前反垄断立法的各种阻力中,政府部门的阻力可能是最大的。不可否认,随着反垄断法的颁布和实施,中国现行《价格法》和《反不正当竞争法》势必得进行相应的修订,而且也势必会影响某些政府部门的执法权限。但是,这决不是“动作太大”或者“目前还不现实”的问题。因为,随着经济体制的改革,特别是随着中国加入世界贸易

组织,中国现行法律制度的修订以及现有执法机关权限的变化不仅是必要的,而且也是不可避免的。如果一概要维持现状,何谈改革?既然是改革,肯定会影响某些机构和某些人的权力和利益。现有观点认为,中国不应当出台反垄断法,而是应当修定《反不正当竞争法》和《价格法》,似乎通过修订这两部法律便可以解决所有限制竞争问题。然而,究其实质,提出这种主张的目的不过是维护某些机构和某些人的既得利益。

事实上,一个国家是否需要反垄断法,决定性是它的经济体制。如果一个国家要以市场机制作为配置资源的根本手段,这个国家就必须得反垄断,必须得制定反垄断法,以保护市场上的有效竞争。当然,随着反垄断法的颁布,企业可能会在更大程度上感受到市场竞争的压力。但是,这种压力同时也是企业不断完善自己的动力。因此,除了极个别部门,中国应当尽可能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,垄断能够导致产品价格上涨和质量下降,损害消费者利益;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。而且,更重要的是,垄断将会遏制一个国家和民族的竞争精神,而这种竞争精神才是国家经济发展的真正动力。

(作者单位:中国社会科学院法学所;责任编辑:李晓丽)