

巨型跨国合并对 反垄断法的挑战

王晓晔*

企业合并已经成为我们今天经济生活的热门话题。据美国的统计,1995年全球企业合并的成交额大约为10000亿美元,1997年提高到16000亿美元。1998年,全球总共发生了大约26000起企业合并,成交额大约为24000亿美元,比1997年提高了50%。^[1]这次被称为全球第五次企业合并浪潮的重要特点是参与合并的企业规模极大。以1998年的合并为例,许多企业是美国《财富》杂志所列的全球前500家大企业,如排名第2号的福特公司和排名第137号的沃尔沃公司的合并,排名第7号的埃克森公司和排名第26号的莫比尔公司的合并,排名第17号的戴姆勒—奔驰公司和排名第25号的克莱斯勒公司的合并,排名第20号的英国石油公司和排名第72号的阿摩科公司的合并,排名第51号的德意志银行和排名第366号的美国信孚银行的合并,排名第92号的赫希斯特公司和排名第252号的罗纳—普朗克公司的合并,等等。^[2]这些合并是名副其实的巨头合并。此外,在这次合并浪潮中,跨国合并占很大的比例。1991年,跨国合并的成交额仅为853亿美元。1995年、1996年和1997年则分别上升为2372亿、2746亿和3417亿美元。1998年跨国合并的成交额为6000亿美元,占该年企业合并成交总额的四分之一。^[3]

世界市场与一般国内市场相比虽然是较大的市场,但它们同样是规模有限的市场。因此,不受限制的巨型企业合并势必导致国际市场的垄断地位或者市场支配地位。在这种情况下,如何管制巨型企业的跨国合并,维护国际市场自由和公平的竞争,便成为当前国际经济和国际经济法领域的热点问题。今天,随着我国实行经济体制改革和对外开放政策,特别是随着我国加入世界贸易组织已是指日可待,经济全球化对我国经济和我国企业的影响越来越大。因此,研究跨国企业合并的法律问题,不仅有助于我们了解当前国际经济法领域的最新动态,而且还有助于推动和完善我国的反垄断立法,加速实现我国经济立法的现代化和科学化。

一、巨型企业合并的动机及其对国际竞争的影响

企业合并在传统上往往有以下原因:第一,实现规模经济或者组合经济,即实现生产和经

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

[1] Sehen Kartellwachter sehen Wettbewerb durch Mega - Fusionen bedroht, Die Welt vom 11. Mai 1999.

[2] Sehen Werner Mueller: Megafusionen - eine neue Herausforderung fuer das Kartellrecht? Rede am 10. Mai 1999 in Berlin.

[3] Vgl. Weltkartellamt stoest auf nicht allzu viel Gegenliebe, Frankfurter Rundschau vom 11. Mai 1999.

营的合理化。这种合并一般会出现企业裁员的情况。第二,为了维护企业的市场地位。特别在生产过剩和市场饱和的情况下,企业为了维护自己的市场地位,往往会吃掉竞争对手。这样的合并也被称为敌意兼并。美国和欧盟汽车制造业和银行业当前出现的合并风潮,在很大程度上就是出于这种动机。以汽车制造业为例。当今国际上汽车制造厂家的生产能力总共是7400万辆,而市场需求仅为5200万辆。因此,40%的汽车生产商不能获得正常利润。这种状况自然会导致汽车制造业的生产集中。^[4]第三,扩大市场势力。企业生产或者经营的目的是获取利润。生产和经营的规模越大,利润就越大。因此,从追逐利润的本能出发,生产者都有扩大生产规模的愿望。第四,企业管理人员的利益。在我国,企业规模越大,企业管理人员的行政级别越高。在外国企业,企业规模越大,企业管理人员的工资收入越高。因此,企业管理人员一般对合并有着浓厚的兴趣。

然而,这新一轮的合并浪潮除了上述传统的原因外,还有其自身特殊的原因。这主要表现在以下方面:

1. 经济全球化为企业扩大了市场

随着关贸总协定和世界贸易组织通过谈判降低了缔约国的关税和减少了非关税贸易壁垒,特别是随着东西方冷战的结束,世界贸易的障碍减少了,从而为企业扩大了市场。这一方面表现为出口贸易的自由化。随着出口贸易的扩大,企业便可以提高产出,扩大生产规模。另一方面表现为投资的自由化。随着企业可以在国外直接投资,它们的生产或者经营活动便从国内市场或者传统的区域性市场扩大到国际市场。如德国的赫希斯特公司过去基本是在德国、美国和欧洲市场上从事生产经营活动,现在则扩大到世界七大洲。从巴西到墨西哥,从日本到澳大利亚,到处都有它们的生产企业。在欧洲,欧共体经济和货币联盟的建立对推动欧洲企业的合并起着关键的作用。特别是银行,它们为了在欧洲内部统一的大市场占据一席之地,必须尽快增加客户。而要在短时期内增加客户,就得走与其他银行合并的道路。还需要指出的是,高科技领域特别是国际通讯、计算机软件和网络信息业的发展为世界经济的全球化起了极为重要的推动作用。许多人将这些部门的发展视为工业革命以来世界经济最深刻的改革。这些新技术对参与国际竞争的每个企业都产生了重大的影响,为它们带来了空前的活力。

2. 法律自由化为企业开辟了新的市场

80年代以来,随着经济和技术的发展,人们的许多观念发生了变化。过去在许多国家被视为自然垄断或者国家垄断的行业如电信、能源、航空运输、保险业和银行业,都逐步引入了竞争机制,实现了民营化或者经营自由化。现在人们普遍认为,垄断行业是以高成本、低效率以及在技术方面与生俱来的因循守旧和保守主义为特点的。为了取得最大的垄断利润,垄断企业常常将价格提高到大大高于成本的水平,从而使一部分社会收入不合理地从消费者转到自己的手中。而且,为了维护垄断高价,它们还常常减少对市场的供给,人为地破坏社会资源的合理配置。正是基于对国有垄断企业的这种认识,西方国家近几年来纷纷将国有公用事业企业逐步实行了股份化或者民营化。特别是在电信领域,许多国家颁布了电信经营自由化的法律,如英国1984年的电信法,允许电信领域实行股份化,引入竞争机制。美国1996年颁布了新电信法,允许经营不同电话业务的企业相互进入对方市场。1997年2月世界贸易组织的69

[4] Werner Mueller, *Megafusionen - eine neue Herausforderung fuer das Kartellrecht?* Rede anlaesslich der Internationalen Kartellkonferenz, 10. Mai 1999 in Berlin.

个成员国还订立了《全球基本电信贸易协定》。这是世界上第一个电信自由化的国际协定,于1998年2月5日生效。根据这个协定,从1998年1月1日起,缔约国得按照其约定的时间和程度,开放它们的电信市场,并且允许外国投资者包括外国的电信经营者进入市场。随着电信业出现了竞争对手,市场上现有的企业为了保住自己的领地,或者为了进入新市场,便纷纷进行企业合并,从而在这个领域出现了企业合并方兴未艾的局面。

3. 企业经营哲学的变化

在60和70年代的企业合并浪潮中,许多合并是混合合并,即处于不同生产部门的企业进行的合并。实践证明,许多混合合并不仅没有为企业带来经济效益,而且还给它们的生产和经营活动带来累赘和麻烦。因此,现代企业的经营哲学不是谋求摊位铺得大,而是谋求更多和更好地经营拳头产品。在这种情况下,一些跨部门和跨行业经营的企业纷纷出售它们的非核心领域的生产和经营活动,同时购进与自己相同或者相似产品的企业。如德国的赫希斯特股份公司过去除医药领域的生产和经营活动外,还经营化学工业如纤维和合成材料。现在它们一方面出售了化学工业领域的工厂,同时准备购进法国的罗纳—普朗克公司。合并后的企业将是生命科学领域全球最大的企业和生化药品领域的第二大企业。^[5]

现在绝大多数企业合并在经济上基本是合理的。合并可以为企业带来更多的机遇,特别是随着企业规模的扩大和规模经济的实现,可以降低企业的生产和经营成本,提高企业的国际竞争力。另一方面,巨型企业合并总体上对国际竞争也起着积极的影响。因为企业跨国或者跨洲合并不仅可以扩大企业生产和经营的地域范围,给某些国家和地区的经济注入竞争的活力,而且还有助于推动世界各国经济的合作和融合,促进经济的全球化。此外,现在大多数的巨型企业合并还没能导致市场垄断地位。以德国戴姆勒—奔驰公司和美国克莱斯勒公司的合并为例。尽管这是一个巨型合并,但根据欧洲经济区1997轿车的销售情况,合并后该企业在这个地区的市场份额仅为4.1%,且在该地区任何国家的市场份额都未能超过8.5%。由此,欧盟委员会认定这个合并不具有反竞争后果,于1998年7月批准了合并。^[6]

然而,根据二百多年来市场经济的经验,市场本身没有维护自由和公平竞争的机制。相反,因为市场上的企业有着无限扩张的欲望而市场的范围是有限的,所以不受限制的竞争必然会导致垄断。这个理论不仅适用于国内市场或者区域性市场,而且也适用于国际大市场。因此,不受限制的巨型企业合并必然会给世界市场的竞争带来不利的影响。这主要有以下方面:

1. 巨型合并会导致市场垄断,产生滥用市场支配地位的情况

当前,美国司法部对计算机软件业巨头——微软公司正在提起反垄断诉讼。司法部的观点是,微软公司利用其在个人电脑市场的绝对优势,捆绑销售其英特网浏览器软件,以求达到垄断的目的。在这个案件中,微软公司不是依靠企业合并取得了市场优势地位,而是凭借自己的知识产权。但是,不管凭借什么方式,取得了市场支配地位的企业都可能滥用其优越的市场地位,排挤竞争者,其结果就会限制消费者的选择产品的权利,损害他们的利益。无论美国司法部最终能否取胜,这个案子在反垄断领域都具有重要的意义,因为这是对世界级巨头提起的反垄断诉讼。在世界通信公司和微波通信公司的合并中,为了防止合并后企业在英特网市场取

[5] Juergen Dormann, *Megafusionen und Fusionskontrolle - laufen die traditionellen Konzepte leer?* Rede anlässlich der internationalen Kartellkonferenz in Berlin.

[6] EG-Kommission, Entscheidung vom 22.7.1998, / M.1204 - Daimler-Benz/Chrysler, WuW10/1998, S.1004 ff.

得市场支配地位,美国司法部提出批准合并的前提条件是微波通信公司得将其英特网业务全部转让给第三方企业。^[7] 由此可以看出,竞争就是一个排除竞争者的过程。如果没有政策上和法律上的限制,巨型企业合并完全可能导致市场垄断地位,进而产生滥用市场地位的情况。而且,与国内市场相比,垄断国际市场的后果要严重得多。因为对国内市场的垄断企业来说,随着外国产品和外国企业进入国内市场,它们的垄断地位或者市场支配地位就会被打破,从而可以重新产生竞争。国际市场的垄断者则因为拥有高科技和巨额资金,从而导致进入市场的障碍很高,它们的垄断地位就会是长期性的。比如,微软公司在计算机软件业的垄断地位很难在几年内被打破。

2. 巨型合并会导致世界市场的寡头垄断

巨型合并即使很难导致市场垄断,但是也会减少竞争者的数目,提高市场的集中度。在少数企业共同占据很高市场份额的情况下,为了避免在竞争中两败俱伤,它们便可能通过公开或者秘密的手段,就产品的价格或者生产数量达成某种限制竞争的协议,以便共同分享垄断利润。在当前,除了飞机制造业是由美国的波音公司和欧盟的空中客车主宰国际市场外,其他行业还没有达到三个或者三个以下的企业共同占据 50% 市场份额的情况。然而,有人估计,随着巨型企业的合并浪潮,汽车制造业将来可能从现在的全球 15 家企业集中到 5 家或者 6 家康采恩手中。在电机制造业,自 ABB 和 Alstom 合并为 ABB Alstom Power 之后,参与全球竞争的企业只有 4 家。石油业的生产集中度也是越来越高。随着国际原油价格的不断下滑,许多跨国石油公司接连不断地进行合并,如英国石油公司和阿摩科公司的合并,埃克森公司和莫比尔公司的合并,等等。埃克森公司是国际石油业的第一大企业,莫比尔是第四大企业。这些合并的确给人们带来了忧虑,因为随着合并,国际石油生产可能受到少数企业的操纵,从而出现减产和原油价格上涨的情况。

目前的巨型企业合并几乎都是在美国、欧盟和日本三个国家和地区之间进行的。这些合并一方面是经济全球化的表现,同时也是美国、欧盟和日本等经济强国在全球范围内极力扩张资本的表现。随着巨型跨国企业在世界市场所占的份额越来越大,乃至取得垄断地位或者寡头垄断地位,它们为了攫取更大的经济利益,便可能通过自己的经济实力参与东道国的政治决策和经济决策。过大规模的跨国合并对国际社会是一个危险的因素。因此,控制巨型合并,防止世界市场的垄断化,这不仅有利于维护世界市场的公平竞争,而且还有利于维护国际社会的民主与和平。

二、巨型合并对反垄断法的挑战

世界经济的全球化和巨型企业的跨国合并给各国反垄断法提出了一系列新的问题。它们主要有以下两个方面:

1. 鉴于经济的全球化,各国的反垄断法还有用吗

德国 1998 年在讨论和修订《反对限制竞争法》的时候,联邦卡特尔局受到某些行业协会的批评。有人说,联邦卡特尔局在审查企业合并的时候,死盯住德国国内市场不放,不考虑德国

[7] Karel van Miert, *Megafusionen und die globale Fusionswelle - eine Herausforderung fuer das Kartellrecht?* Rede auf der . Internationalen Kartellkonferenz Berlin, 10. Mai 1999.

企业的竞争对手是来自世界上其他的国家。因此,他们认为,联邦卡特尔局关于禁止合并的许多决定是错误的,并由此将德国企业置于国际竞争中的不利地位,从而走了一条斜路。^[8]

作为局外人,我们不能评断德国行业协会的上述意见是否正确。在经济全球化日益显著的今天,一国的反垄断法和反垄断执法机关不考虑市场国际化的问题,这肯定是不对的。反垄断法的任务是对具体市场进行具体分析。如果国内企业主要是在国际市场上开展经营活动,或者虽然在国内活动,但是处于与进口产品的激烈竞争中,在这种情况下,反垄断执法机关在审查这些企业合并的时候,应充分考虑企业活动的场所和外国商品的竞争情况。然而,随着世界经济的国际化,各国反垄断执法机构的任务虽然发生了变化,但绝对不能说它们的任务已经完结,更不能说国内市场就不存在了。

诚然,某些商品市场在当前已经基本国际化了,特别如某些初级工业产品、微电子、民用客机和远洋运输船舶。然而,我们不能因为这些市场的国际化,就断言所有的商品市场都已经国际化了。市场是非常丰富多彩的。即使全球真正实现了贸易自由化,但是由于商品的运输条件、用户和消费者的购买渠道以及消费习惯,仍旧会有相当多的商品只是在国内市场消费。特别象我国这种幅员辽阔的国家,甚至许多家电商品如电视机、洗衣机、电冰箱等基本上仍然依靠国内市场,有些生活日用品甚至得依靠地区市场。另一方面,即使将市场理想化,不考虑国家间的贸易障碍以及商品的运输条件,某些资金密集但同时也是服务密集的商品也不能一概而论说成是世界市场。因为商品本身虽然通过运输可以在世界范围内进行交易,但因为它们经常需要维修或者更新零配件,用户或者消费者就不愿购买没有售后服务或者不能更新零配件的外国商品。因此,在给商品市场划界的时候,应当考虑售后服务这个因素。

事实上,贸易自由化或者经济全球化,现在仍不过是宏观上的一种趋势。因为当前的国际贸易包括商品、劳务、资金和技术的进出口,仍是障碍丛生,远远没有达到全球自由流通的程度。这除了企业方面限制竞争的因素外,更重要的是参与世界贸易的许多国家还执行着种种不利于市场开放的政策,如商品进出口管制、外汇管制以及其他各种各样的管制。西方贸易大国还在大施贸易保护主义,特别是频频地使用反倾销,其目的是将有竞争力的外国商品逐出市场。因为经济一体化的国际市场现在没有而且将来也不可能真正地建立起来,各国的国内市场就会长期存在下去,各国的竞争法也决不会没有用武之地。即使象欧盟这样的区域性集团,随着经济和货币联盟的建立实现了经济一体化,欧盟成员国仍各自有着自己的反垄断法。位于布鲁塞尔的欧盟委员会被视为超国家的机构,仅对涉及两个成员国以上或对欧共同体整个市场有着重大影响的限制竞争行为行使管辖权。这说明,欧盟内部的经济一体化不能完全抹掉成员国国内市场的痕迹。当今世界各国因为其政治制度、经济制度和法律文化等各方面的差异,根本不可能在一个可预见的将来达到欧盟经济一体化的程度。因此,毫无疑问,各国国内市场将会长期存在,各国反垄断法将会同民法或者其他法律制度一样长期存在,并在维护市场秩序和竞争秩序中继续发挥极其重要和基础性的作用。

2. 谁来管制巨型企业的跨国合并

巨型企业合并如埃克森和莫比尔的合并给反垄断法提出了这样的问题。这两个企业因为在全球每个角落都有生产和经营活动,根据有关国家的法律,它们得向美国、欧盟、加拿大、挪

[8] Dieter Wolf, *Nicht mit Mega - Behörden gegen Mega - Fusionen*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10. Mai 1999.

威、瑞士、墨西哥、巴西、匈牙利、捷克、斯洛伐克、俄罗斯、日本等 12 国家或者地区的反垄断主管机关进行强制性的申报,请求它们的批准。为了避免不测,它们甚至还向澳大利亚和新西兰反垄断机构进行了非强制性申报。戴姆勒—奔驰公司和克莱斯勒公司的合并也是这样。这两个公司在全球共计有 141 个生产厂家,在 200 多个国家和地区从事经营活动。为了合并,它们曾研究过 40 多个国家的反垄断法,在 10 个国家进行过申报和批准程序。由此人们就提出了这样的问题:如果上述国家或者地区的反垄断主管机构对合并有不同的看法,有些批准了合并,有些禁止合并,那么,哪个国家有权最终审查或者批准这些跨国合并?

巨型企业跨国合并的管辖权问题直接关系到企业的利益。为了合并向十几个国家进行申报和请求批准,这对企业真是苦不堪言。且不说过多的合并申报对企业是一种经济负担,而且过多的申报也使合并处于很不稳定的状态。合并申报制度要求企业必须在一定的时期内等待,回答有关机构的调查,而且在申报了的反垄断机构中只要有一个机构认定合并将在本国市场上产生或者加强市场支配地位,合并就不能得到批准。因此,申报的国家愈多,企业对其合并计划就愈缺乏可预见性。如果合并不能按期实施,参与合并的企业就会有巨大的经济损失,甚至产生人员流失或市场份额减少的情况。因此,有跨国合并经历的企业都在向国际社会呼吁,各国应当协调它们的反垄断法,特别应当统一合并控制的程序法,缩短等待期,对那些于市场竞争没有损害的合并尽快予以批准。^[9]

很明显,在涉及跨国合并的案件中,如果仅仅单边适用某个国家的法律,问题不能得到合理的解决。在这方面美国反垄断法提出了效果原则(effects doctrine),即对于发生在美国境外且与美国反托拉斯法精神相抵触的任何行为,不管行为者的国籍,也不管行为的实施场所,只要这种行为对美国市场竞争能够产生不良影响,美国法院对之就有管辖权。然而,由于效果原则与国际法传统的地域管辖原则存在着严重的不协调,特别是由于美国在其反垄断法域外适用中表现的霸权主义,这种原则已经受到了许多国家如澳大利亚、加拿大和英国的批评,它们将美国的做法视为是对国家主权原则的严重挑战。^[10] 反垄断法效果原则的最大不足之处是,这种管辖权是由一个国家单方面提出来的,因此往往只是考虑了自己的利益,而忽视了其他国家的利益。另一方面,现在有越来越多的国家效仿美国的做法,依据效果原则规定其反垄断法具有域外管辖权。在这种情况下,与一个跨国合并相关的国家如果都根据效果原则主张其管辖权,这势必就会产生管辖权的冲突和随之而来的法律冲突,其结果除了国家间无休止的争吵外,不能解决任何实质性的问题。因此有学者指出,“跨国反垄断问题是国家之间政策冲突的表白。也许没有可以适用的国际法来解决这个冲突。在这种情况下,应当通过协商和谈判的正常方式来解决这个问题。一个政府如果企图按照自己的所好,诉诸自己的国内法,在它自己的法庭上解决冲突,这不是适用法律的原则,而是披着法律的外衣,适用着经济实力就是权利的原则。”^[11] 因为任何一个国家单方面通过其反垄断法谋求管制具有跨国影响的限制竞争行为,在理论上和实践上都存在着很大的困难,一些国家很久以来便开始在反垄断法领域寻求国际合

[9] Sehen Schrempp, *Unternehmen im Spannungsfeld von globalen Maekten und nationaler Politik*, Vortrag auf der Internationalen Kartellkonferenz Berlin, 10. Mai 1999.

[10] See Joseph P. Griffin, *Foreign Governmental Reactions to U. S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction*, E. C. L. R. 2/ 1998, Fn. 56.

[11] J. S. Stanford, *The Application of the Sherman Act to Conduct Outside the United States: A View from Abroad*, 11 Connell Int'l L.J. 195 (1978), P. 213, note 46.

作。这种合作的方案不外乎双边合作和多边合作。

(1) 双边合作

到目前为止,跨国限制竞争的问题基本上是通过两个国家反垄断机构的合作得以解决的。有些国家如德国和美国、德国和法国以及澳大利亚和新西兰在这方面都订立了双边合作协议。美国和欧共体 1991 年 9 月订立的反垄断合作协议是迄今最引人注目的双边协议。它除了类似其他双边协议将相互通告和协商作为合作和避免冲突的重要措施外,在以下方面还有超出一般意义上的合作:第一,对双方均有权审理的案件,必要时可双方联合审理。第二,一方要求另一方制裁损害了本国出口商利益同时也违对方竞争法和损害对方国家消费者利益的限制竞争行为。第三,适用法律时,一方采取的手段和措施得考虑与此相关的另一方的利益。^[12]作为对反垄断合作协议的重要补充,美国和欧共体 1998 年 6 月还订立了一个关于“积极礼让”的协议。1998 年,欧盟委员会根据这个反垄断合作协议,审查了 43 个有美国企业参与的合并和 9 个有美国企业参与的出口卡特尔。即是说,在欧盟委员会审查的竞争法案件中,1/6 的案件是同美国反垄断机构共同审理的。1997 年美国波音公司和麦道公司的合并是迄今为止大西洋两岸共同审理的最大合并案件。^[13]

美国司法部和欧盟委员会的某些人士对它们之间的双边合作至今津津乐道。他们认为,只要是美国和欧盟搞合作,基本上就可以有效地管制全球巨型企业的合并。^[14]这种观点是片面的。诚然,美国和欧盟跨大西洋经济区有 6 亿人口和年 16 万亿美元购买力,美国和欧盟的外贸总额大约占世界贸易总额的三分之二。此外,巨型企业合并迄今大多发生在美国和欧盟领域内,美国和欧盟又都是根据效果原则主张其反垄断法的域外管辖权。但是,这一切都不能说明美国和欧盟二者就有权统治整个世界。因为即便是美国企业和欧盟企业之间的合并,合并对竞争的影响也不仅仅限于美国和欧盟的市场。以波音公司和麦道公司的合并为例。因为这个合并将欧盟空中客车置于非常不利的竞争地位,曾引起欧盟委员会的强烈抗议。然而事实上,这个合并不仅对空中客车有着不利影响,而且对世界大型民用客机市场包括中国在内的所有买方都有着不利的影响。可以想见,如果空中客车和波音公司为了逃避竞争相互在价格上或者生产数量上搞协调,飞机的价格就会大幅度上涨。国际社会应当是一个民主的社会。如果对一些影响整个国际市场竞争的事件总是由一两个国家说了算,这对地球上其他国家来说是不公平的。

另一方面,美国和欧盟的企业虽然大都是经济实力很强的企业,但不是参与国际竞争的所有企业。随着贸易自由化和经济全球化,将来肯定还会有更多的国家和企业在越来越大的程度上参与国际贸易和国际经济合作。在这种情况下,仅以双边协议的方式解决私人跨国限制竞争的实践,就存在着很大的局限性。以欧盟 15 国为例,如果这些国家相互订立双边合作协定,那就需要订立 125 个协议。如果世界贸易组织 143 个成员国相互订立双边协议,这更是一个不得了数字。为了适应需要,欧盟将在 1999 年 7 月同加拿大签订反垄断合作双边协议,

[12] James F. Rill, *Internationale Antitrust - Politik aus der Sicht des amerikanischen Justizministeriums*, WuW, 6/ 1992, S. 508, 509.

[13] Karel van Miert, *Megafusionen und die globale Fusionswelle - eine Herausforderung fuer das Kartellrecht ?* Rede auf der Internationalen Kartellkonferenz Berlin, 10. Mai 1999.

[14] Werner Mueller, *Megafusionen - eine neue Herausforderung fuer das Kartellrecht ?* Rede anlaesslich der Internationalen Kartellkonferenz, 10. Mai 1999 in Berlin.

此后还准备同日本订立这种协议。但是,要解决全球性的限制竞争问题,双边协议无论如何是不够的。

(2) 多边合作

双边合作协议不足以在全球范围内解决私人跨国限制竞争的问题,许多学者从而提出以多边协议方式解决这个问题的主张。多边协议是指三个或者三个以上缔约方订立的协议。因为世界贸易组织是当今国际上最广泛的国际贸易组织,组织内部通过谈判已经在相当程度上实现了贸易自由化,所以许多人认为,私人跨国限制竞争引起的争端应当通过这个组织来解决。目前,世界贸易组织的争端解决机制仅适用于国家间限制贸易或者限制竞争的实践。

然而,要使世贸组织的成员国接受这样一个多边协议,协议中至少应当有一个统一的和最低标准的反垄断规则。正是出于这种考虑,近年来一些反垄断法专家极力主张制定一部对世界贸易组织成员国均有约束力的国际反垄断法典。1993年7月,以德国和美国反垄断法专家为首的国际反垄断法典起草小组向关贸总协定提交了一个《国际反垄断法典草案》,希望它能够通过并成为世界贸易组织框架下的一个多边贸易协定。^[15]这个草案主要是由欧盟反垄断法专家特别是由德国人起草的,因此,在控制企业合并的程序法和实体法方面,草案主要吸收了欧共体理事会1989年第4064号条例的基本内容。

国际反垄断法典草案曾经使许多人感到很振奋,但却没有被世界贸易组织所接受。有些人认为,建立国际统一的反垄断法以及统一的国际反垄断机构,是把现实的国际社会过分理想化了。要在世界贸易组织框架内建立统一的国际反垄断法,就得使这个组织的所有成员国接受反垄断法的基本原则。然而,这个组织几乎一半的成员国现在还没有颁布反垄断法。因此,在短时期内让这个组织的所有国家接受反垄断法的基本原则是不可能的。另一方面就发达国家的反垄断法来说,无论是实体法还是程序法,都有很大的不同。如美国控制企业合并的法律是1914年的克莱顿法,而欧共体则是理事会1989年第4064号规则。如果再考虑日本、加拿大、墨西哥等许多国家的法律,它们相互协调起来就更非易事。因为各国法律不同,协调的唯一途径便是建立反垄断的最低标准。这对于没有反垄断法或者反垄断不强的国家或许问题不是太大,可对于那些有着反垄断传统的国家如美国和欧共体国家,它们便会认为最低标准是在弱化反垄断法,或者使反垄断有名无实,从而不利于维护世界市场的竞争秩序。由此可见,现在建立国际统一反垄断法的时机尚不成熟。^[16]

实际上,建立国际反垄断法并非是今日才有的想法。早在1947年和1948年间通过的哈瓦那宪章第5章,就有管制限制竞争性商业实践的规定。它指出,“缔约国必须采取适当的措施,并与本组织合作,管制国际贸易中限制竞争的商业实践,如分割市场或者增强垄断势力,而不管它们是由私人企业还是由国营企业所为。”后因世界贸易组织以流产告终,哈瓦那宪章没有生效。1980年12月,联合国通过了《一套管制限制竞争性商业实践的多边协议的公平原则和规则》,目的是根据国家经济和社会发展的目标以及现存的经济结构,通过鼓励和保护竞争、控制资本和经济力的集中以及鼓励革新来扩大国际贸易,特别是要提高发展中国家在贸易和发展方面的利益。《原则和规则》要求成员国按照这个既定原则制定自己的法律,在法律适用

[15] *Draft International Antitrust Code*, World Trade Materials, Vol. 5, No. 5, Sep. 1993.

[16] Karel van Miert, *Megafusionen und die globale Fusionswelle - eine Herausforderung fuer das Kartellrecht?* Rede auf der Internationalen Kartellkonferenz Berlin, 10. Mai 1999.

中与其他国家合作,并且要求跨国企业重视东道国的竞争法。此外,《原则和规则》还确立了一套管制限制性商业实践的原则,其中包括禁止以兼并、购买等方式取得对企业的支配权,由此不合理地限制竞争。按照这个《原则和规则》,对限制竞争行为一个普遍性例外规定是要有利于发展中国家的利益。由于《原则与规则》主要反映了发展中国家对限制跨国公司垄断势力和建立国际经济新秩序的要求和愿望,因此,它虽然是联合国大会的正式文件,但却没有得到大多数发达国家的批准,从而不具有法律效力。这两个历史文件的命运说明,在反垄断领域建立国际统一法律制度是一项非常艰难的工作。

笔者认为,建立国际统一的反垄断法律制度尽管是一件难事,但却是值得国际社会努力奋斗的事情。这是因为国际贸易和国际竞争之间有着极为密切的关系。随着贸易自由化和经济的全球化,国家之间的贸易障碍减少了,但是如果国际市场没有统一的竞争规则,政府间为降低关税和消除非关税壁垒而取得的谈判成果就会被国际贸易中的私人限制竞争行为所替代。因此,只有统一的贸易政策而没有统一的竞争政策,世界贸易组织的政策体系和法律体系是不完整的。事实上,世界贸易组织非常重视国际竞争问题,并且根据欧盟委员会的建议,1996年底在新加坡召开的部长会议上,成立了一个竞争政策工作小组,专门研究贸易政策和竞争政策的关系。此外,世界贸易组织许多基本协定也都含有竞争法的内容,如《与贸易有关的知识产权协议》第40条第2款规定,“本协议不妨碍缔约国在其立法中对在特殊情况下可能滥用知识产权从而对相关市场的竞争产生负面效应的某些许可证行为和条件作出明确的规定。”《服务贸易总协定》第8条第1款规定,“缔约国应确保其境内的垄断服务者,在相关市场上提供的垄断服务不违背缔约国根据协定第2条所承担的义务和具体承诺。”该条第2款规定,“当缔约国的垄断服务者直接或者通过其分支机构在垄断权之外提供某项服务且属于该国具体承诺的范围时,缔约国应确保该垄断服务者不得以违背承诺的方式滥用其垄断地位。”《与贸易有关的投资措施协议》第9条规定,“在世界贸易组织协定生效后5年内,货物贸易理事会应审查本协议的实施情况。在审查过程中,货物贸易理事会应考虑本协议是否补充规定关于投资政策和竞争政策的条款。”此外,1997年2月订立的《全球基本电信贸易协定》也规定,缔约国有义务在国内建立竞争制度,以推动本国电信领域包括当地电话市场、长话市场和国际电话市场以及无线电通讯领域的市场竞争。在这种形势和条件下,在世界贸易组织的框架下制定统一的国际竞争规则终究会成为事实。当然,这不是一件一蹴而就的工作,而是需要经过艰难的和旷日持久的谈判。^[17]

三、经济全球化与我国反垄断立法

经济全球化对我国企业无疑是一种机遇,因为跨国公司大量进入我国,将给我国带来大批

[17] 在1999年5月召开的卡特法世界大会上,欧盟委员会负责竞争事务的范·米尔特委员再次敦促世贸组织,今年年底在西雅图开始的新一轮谈判中,就管制跨国合并的问题进行多边谈判。根据欧盟委员会的设想,这个谈判应就以下方面达成协议:第一,世界贸易组织成员国有义务引入竞争规则,制定竞争法,并且为实施这个法律制度建立一个权威的执法机构。第二,世贸组织成员国应就反垄断法的基本原则达成一致意见。第三,成员国之间应就反垄断的合作程序,如信息交流和通告等方面达成协议。第四,作为最终和最高目标,协议中应规定一个国际调解程序。即当缔约国对一个跨国合并产生争议的时候,通过这个程序决定,合并能否在相关市场上产生市场支配地位。如果世界贸易组织能够接受欧盟委员会的这个提议,跨国合并问题上就能够建立一个国际合作的有效机制。

的资金和先进的技术,从而有利于我国企业运用新技术,开发新产品,提高产品质量,缩小我国与世界发达国家经济和技术水平的差距。然而,经济全球化对我国企业更是一种挑战,因为随着更多的外国产品和外国企业进入我国市场,我国企业将面临着更为严峻的市场竞争。我们应当警惕的是,许多跨国公司因为与其母公司有着密切的联系,在资金和技术方面较我国国内企业占有很大的优势,因此很容易在我国市场上取得支配地位,甚至垄断地位。我国应当注意防止外国企业垄断我国市场的情况。为了防患于未然,我国应当尽早准备相应的对策。除了规制外国企业和外国资本的其他政策和法律外,反垄断政策和反垄断法是一个非常重要的武器。具体地说,反垄断法在抵制外国垄断势力,维护国内市场竞争秩序方面将会起到以下的作用:

第一、禁止国际卡特尔

卡特尔是指生产同类产品的企业相互达成的限制竞争性的协议,如商定产品的价格,限制产量,或者分割销售市场。参与卡特尔的企业中如果有外国企业,这样的卡特尔就是国际卡特尔。我国1997年底颁布的价格法第14条规定,经营者不得“相互串通,操纵市场价格,损害其他经营者或者消费者的合法权益。”这就是一个禁止价格卡特尔的规定。

第二、禁止跨国公司滥用市场支配地位

目前我国的某些市场例如移动电话市场,几乎全部是外国产品。有些品牌例如摩托罗拉,已经取得了市场支配地位。根据竞争法的理论,取得了市场支配地位的企业极易滥用它们的地位,如随意提高产品价格,减少对市场的供给,此外还可能有搭售、歧视等行为。最近人们普遍关注微软公司在我国的市场行为。据说,视窗98在我国市场零售价为1980元,在美国是90多美元,相差近一倍;Office 97中文专业版在我国市场的价格是8760元,在美国是300美元。此外,微软公司给中国电脑厂商的OEM预装软件也存在着价格歧视,例如给IBM的价格不到10美元,给中国中小企业的价格是690元。微软公司的这种行为如果发生在美国、德国等有着强烈反垄断意识的国家,早就受到了惩罚。然而,因为我国没有反垄断法,我国的微机公司只能“处在垄断的阴影下,叫苦连天。”^[18]

第三、限制跨国公司的外部扩张

有些外国企业,特别是高科技的企业,它们进入东道国不是为了寻求便宜的劳动力或者原材料,而是为了占领市场。因此,它们直接投资的方式不是自己创建新企业,而是购买当地企业,或者与当地企业建立合营企业。这些方式的好处是:第一,可获得当地企业已经取得的市场份额;第二,得到熟悉当地市场的经营管理人员;第三,易于同当地政府建立联系,从而取得政府补贴或者其他优惠待遇。从竞争的角度看,这种方式一般不会大幅度提高市场集中度。但是,如果它们购买的企业过多,取得的市场份额过大,由此可能导致市场支配地位的时候,应当受到反垄断法的干预。由于我国没有这方面的法律制度,那些掌握着高科技并且有着资金优势的大跨国公司就非常容易通过兼并的手段在我国取得市场支配地位,进而滥用它们的市场势力。

当然,任何一个国家的反垄断法,目的都不仅仅为了遏制外国的垄断势力,而是要运用竞争优胜劣汰的机制,淘汰低效率的企业,剔除不合理的生产程序和劣质产品,促进社会资源的

[18] 参见《微软如何反盗版》,《北京青年报》1999年6月9日。

合理分配;特别是要运用竞争的激励机制推动企业的技术革新,改善经营管理,降低生产成本和价格,以最少的投入实现最大的产出。因此,参与市场竞争的每一个企业都必须遵守统一的竞争规则。不管竞争者是本国企业还是外国企业,是国有企业还是私人企业,它们在市场竞争规则面前是平等的,否则就谈不到公平竞争。没有公平竞争,市场机制就不能发挥作用。然而,与国内一般企业相比,外国的跨国公司因为在资金和技术方面占有明显的优势,甚至会取得市场支配地位。在这种情况下,反垄断法在一定程度上就会起到保护弱方竞争者的作用。

现在世界上已经有 83 个国家颁布了反垄断法。除了发达的市场经济国家外,许多发展中国家以及前苏联和东欧集团的国家也都颁布了反垄断法。作为最大的发展中国家和潜在的经济强国,我国至今没有颁布这样的法律,这种状况不利于我国建立和发展社会主义市场经济体制。我国经济体制改革以来的经验表明,市场本身并不具备维护公平竞争的机制。恰恰相反,处于竞争中的企业总在想方设法地逃避竞争。去年我国某些行业沸沸扬扬地闹了一场“行业价格自律”。今年,占市场份额 90% 的八大彩管企业为了“救亡图存”,实现减产 300 万的目的,最近停产一个月。问题的严重性在于,这些形形色色的限制竞争行为得到了我国某些政府部门的首肯。这也说明,我国政企不分的情况尚未完全改变,来自政府方面的限制竞争的力量仍然十分强大。这说明,为了建立一个开放、竞争和全国统一的大市场,为了给企业创造公平的竞争环境,使社会主义市场经济能够健康有序地向前发展,我国亟需建立反垄断的法律制度。反垄断政策和反垄断法抽象和概括地反映了市场本身的规律,是我国社会主义市场经济体制内在的要求。这个法律的制定和颁布对于深化我国政治体制和经济体制改革,加速我国经济立法的现代化和科学化,有着极其重要的理论意义和现实意义。

补 正 ·

本刊 1999 年第 2 期《九刑、“司寇”考辨》一文作者李力工作单位为中国青年政治学院。

——编者