

# 我国反垄断法草案中的几个问题

王晓晔

全国人大常委会开始审议反垄断法草案,这说明我国颁布反垄断法指日可待。反垄断法的颁布将是我国政治和经济生活中的一件大事,是我国经济体制改革的重要里程碑。反垄断法体现了市场经济规律,是市场经济本能和内在的要求,该法律的颁布将会有力地向全世界证明,我国已经建立起社会主义市场经济体制。

## 一、总体评价

我国反垄断法草案总体上值得肯定。在实体法方面,它除了禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位和控制企业合并,还禁止滥用行政权力限制竞争的行为。我国反垄断法禁止滥用行政权力限制竞争的规定特别重要,这是因为在我国当前的经济生活中,最严重的限制竞争不是来自企业,而是来自政府。草案中也有执法机关、执法程序以及违法后果等方面的规定,这些都是任何一个法律制度不可缺少的内容。草案在很多方面借鉴了发达市场经济国家反垄断立法和司法实践经验。如第2条规定,我国境外的限制竞争行为如果对我国境内的市场竞争产生限制性的影响,我国反垄断法对之有管辖权;第45条规定,如果违法者主动向反垄断执法机构报告垄断协议的有关情况并提供重要证据,反垄断执法机构可酌情减免对违法者的处罚。这两条显然借鉴了美国反托拉斯法中的域外效力规定和宽恕政策。根据草案第49条,经营者实施垄断行为构成犯罪的,得依法追究刑事责任,这说明我国反垄断法将引入刑事制裁。此外,这个草案也吸收了欧洲国家的经验。如第10条关于垄断协议的豁免、第13条关于认定市场支配地位的各种因素以及第14条关于市场支配地位的推断,这些规定一方面考虑到了我国国情,同时也借鉴了德国反对限制竞争法的相关规定。

但是,草案仍有很多不足之处,如第17条关于企业

合并申报标准的规定。根据这个规定,如果参与集中的经营者在全球范围的销售超过120亿元人民币,其中一个经营者在我国境内的销售超过8亿元人民币,这个集中得向反垄断执法机构进行申报。我认为,这个规定将导致我国反垄断法对很多境外企业合并行使不必要的管辖权,也即是管辖过度。以美国可口可乐公司并购俄罗斯一汽水瓶生产企业为例。可口可乐公司在全球的销售超过了120亿人民币,在我国市场上的销售超过8亿人民币。根据上述规定,即便可口可乐在俄罗斯购买一个非常小的汽水瓶生产企业,也得向我国反垄断执法机构进行申报。考虑到可口可乐公司在世界各国太多的企业并购活动,考虑到越来越多的大跨国公司将会进入我国市场,如果这些公司在世界各地的并购活动都要向我国政府申报,这不仅对企业是一种不合理的负担,而且对我国反垄断法执法机构也是一种不可承受的负担。可能有人说,可口可乐购买俄罗斯汽水瓶生产企业对我国市场会产生影响。我认为,这个影响即便有,它也是非常有限的,甚至是感受不到的。用几乎感受不到的影响来行使管辖权,这种管辖权是过度的。

从全局的角度看问题,我国反垄断法草案中还有两个方面的问题比较严重,一是关于执法机构的规定,二是关于行政垄断的规定。

## 二、执法机构问题

我国反垄断法草案最大的问题是缺乏一个统一和独立的执法机构。根据现在的情势,执行反垄断法的至少有三家机构,即商务部、国家工商总局和国家发展改革委(加上众多的监管机构,我国执行反垄断法的机构还有很多)。多家执法不仅会增加执法成本(这些资源来自纳税人),且执法机关之间也不可避免地会产生很多纠纷。我认为,反垄断法颁布之后,我国的价格法和

反不正当竞争法中涉及反垄断的规定应作出相应调整,以便与反垄断法相协调。如果任何政府机构都不准备放弃它的管辖权和执法权力,这不仅妨碍建立统一和权威的反垄断执法机构,也会给我国以市场为导向的经济体制改革带来阻力。

实际上,目前,除美国因历史原因设立了司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会两个并行执行反托拉斯法的联邦机构,各国反垄断法一般只有一个行政执法机关,如德国联邦卡特尔局、日本和韩国的公平交易委员会等。这些机关同时也都是准司法机构,它们像法院一样,有自己的执法程序包括裁决程序。如果当事人对反垄断执法机构的裁决不服,可以得到司法救济。反垄断执法机关的统一性非常重要。如果按照某些人的设想(这也是我国现行法的规定),公用企业的滥用行为由国家工商总局公平交易局处理,价格垄断行为由主管价格的部门处理,公用企业的价格垄断行为该由谁管?这肯定会产生管辖权的冲突。美国司法部和联邦贸易委员会是根据行业划分它们之间的管辖权,但两个机构之间的冲突仍然不可避免。美国人告诉我们,美国在这方面的经验不值得借鉴。

反垄断执法的统一性还涉及这个机构与行业监管机构如信息产业部、电监会、银监会、保监会、民航总局以及其他行政机构的关系。如果在反垄断问题上,各监管机构在其各自监管的行业内都享有排他性的管辖权,反垄断执法机构就会成为一个摆设。因为现实经济生活中的垄断行为,相当多是来自这些被监管的行业。在日本、韩国等很多国家,行业监管机构没有权力处理竞争案件。在澳大利亚和新西兰,行业监管也是由竞争主管机构负责。行业监管机构执行反垄断任务的最大问题是,它们在被监管企业和消费者的争议中往往站在被监管者的立场上,成为被监管者的“保护伞”或者“俘虏”。在我国,被监管的企业基本都是大国有企业,这就更有理由怀疑监管者能否在被监管者和消费者的争议中保持中立和独立的态度。另一方面,与反垄断执法机构相比,行业监管者一般没有足够的反垄断意识和反垄断法的专业知识,它们一般只是关注技术和安全生产问题。

现在,世界各国反垄断执法机构一般都有权处理被监管行业的限制竞争问题。在美国,即便某些行业如电信、电力、金融以及航空运输业设置了独立的联邦政府机构作为监管机构,这些机构一般有权处理行业中的限制竞争问题,如联邦通讯委员会有权管制电信业的并购活动。但是,行业监管法不能剥夺司法部和联邦贸易委员会对这些行业中限制竞争行为的管辖权。相反,美国

1996年的电信法明确规定:“本法以及本法的任何修订都不得被解释为对适用反托拉斯法的更改、削弱或者取代。”美国最高法院也在很多案件中肯定了反托拉斯法对被监管行业的管辖权,如1963年美国诉费拉德菲亚国民银行案。这个判决至今在美国有着很大的影响。随着这个判决,美国国会通过了1966年银行并购法,在反托拉斯机构和监管机构之间作出了妥协:第一,监管机构评价合并时必须适用谢尔曼法和克莱顿法。即任何可以导致垄断或者推动共谋或者企图垄断银行业的合并,都得以制止;第二,对于银行监管机构批准的合并,司法部在30天内有权进行干预。即一个得到了监管机构批准的合并,如果在批准后的30天内没有受到司法部的干预,它才最终得到了反托拉斯法的豁免。

为了有效地执行反垄断法,我国应当建立一个直属国务院的反垄断委员会,或者称为公平交易委员会或者竞争委员会。如果因为编制问题,不能建立一个新的机构,我国已经有专家建议将现在的国家工商总局改建为国家公平交易委员会。这个委员会除了执行反垄断法,还应当执行反不正当竞争法和消费者权益保护法。美国联邦贸易委员会就是这样的一个机构,同时有着反垄断、反不正当竞争和消费者权益保护的职能。当然,这个机构的工作人员不是国家工商总局的原班人马,而是应当来自商务部、国家工商总局和国家发展改革委员会在制定和执行反垄断法中对这个法律有比较深入研究和经验的官员,此外,还应当吸收一定数量的专家,包括法学家和经济学家。在反垄断法与行业监管法的关系方面,我国也应当考虑世界各国立法趋势,使反垄断执法机构有权干预被监管行业的限制竞争案件。至少应当在反垄断法草案的第44条中规定,有关部门或者监管机构调查处理垄断行为时,应征求反垄断法执法机构的意见。

根据草案第5条,除了反垄断行政执法机构,国务院将设立一个反垄断委员会。委员会的任务是负责领导、组织、协调反垄断工作。考虑到我国反垄断草案中没有统一的执法机关,设立国务院反垄断委员会是非常必要的。然而,鉴于反垄断委员会的主要成员是由国务院多个部门和机构的负责人组成,这个机构比较容易成为一个多家机构的协调机构,却不是一个独立和推动竞争政策的机构。如果我国能够建立一个统一的反垄断执法机构,草案中规定的国务院反垄断委员会就没有必要。

### 三、行政垄断问题

反垄断法应否包括行政垄断也是我国反垄断立法

中颇有争议的问题。国务院法制办提交全国人大的草案中恢复了行政垄断的专章规定,这说明赞成规制行政垄断的是主流观点。

不可否认,规制行政垄断是一项艰难的任务,因为这在实际上是在限制政府的行为。反垄断法禁止行政垄断的规定是绝对必要的。实践证明,滥用行政权力限制竞争的行为有些是出于个别企业的利益,有些是出于地方利益,有些则与个别官员的腐败相关,即出于个人私利。不管出于任何目的,这种行为的本质是一样的,即对市场条件下本来有着平等地位的市场主体实施不平等的待遇。滥用行政权力限制竞争的后果是扭曲竞争,妨碍建立统一、开放和竞争的大市场,“优”不能胜,“劣”不能汰,社会资源得不到合理有效的配置。因此,反对行政垄断应成为我国反垄断法的重要任务。

当然,规制滥用行政权力限制竞争的问题不是一部反垄断法能够完全奏效的,更不应当期望反垄断法会彻底杜绝这种行为。然而,反垄断法对此作出禁止性规定,这将有利于提高政府及其工作人员的反垄断意识,有利于明辨是与非、合法与非的界限,从而减少这种行为。没有规矩,不成方圆。没有禁止行政垄断的法律规定,我们就不可能反对行政垄断。另一方面,在经济全球化的今天,国际间的竞争很大程度上体现在法律制度和经济政策的竞争。在市场经济体制国家,竞争政策在国家各项经济政策中应当占优先适用的地位。在这种形势下,如果我们动辄给予某些国有企业不合理的保护,这不仅会损害消费者的利益,也不利于提高被保护企业的市场竞争力。因此,打破行政垄断,是我国深化经济体制改革的关键。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》指出,非公有制经济应当在投资、税收、土地使用以及对外贸易等方面与国有企业享受同等待遇。然而,如果不打破行政垄断,我国就不可能在电信、邮政、石油、民航等过去被视为自然垄断或者国家垄断的行业中真正开放市场,更不可能在不同所有制的企业之间实现公平竞争。因此,反垄断法中关于禁止行政垄断的规定不仅是人们普遍期望的,也是为鼓励和支持发展非公有制经济不可缺少的内容。

实际上,反垄断执法机构有权处理政府滥用权力限制竞争案件是各国反垄断法的通行做法。欧共体委员会不仅有权依据欧共体条约第 81 条和第 82 条处理垄断协议和滥用市场支配地位的行为,也有权依据条约第 86 条和第 87 条处理涉及国有企业和国家补贴的案件。俄罗斯《关于商品市场的竞争和禁止垄断行为法》在禁

止行政垄断方面赋予俄联邦反垄断委员会很大的权力。这些行政垄断包括政府部门的抽象行为和具体行为。只要它们限制经济主体的自主权,歧视或者偏袒个别企业,由此导致或者可能导致妨碍、限制或者排除竞争的后果,就会被视为违法行为。匈牙利竞争局也被授权处理行政性限制竞争案件,特别是有权向法院对行政机构提起行政诉讼。

我国立法者应考虑这些国家的经验,以使我国反垄断执法机构能够有效监督和检查政府部门滥用权力限制竞争的行为。为此,我建议将草案第 50 条“行政机关和公共组织滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正”修改为:“行政机关和公共组织违反本法规定滥用行政权力限制或者排除竞争的,反垄断机构有权向这些机构提出停止违法行为的建议;在违法行政机关和公共组织不听劝告的情况下,反垄断执法机构有权向有管辖权的法院提起行政诉讼”。我认为,我们不能依靠上级政府机关来监督和检查其下级的滥用行为,这是因为:第一,行政性限制竞争行为实际上都是歧视行为,即本质上都存在着保护地方企业或者保护个别国有企业的经济动机。这就使上级政府部门在其下级机构与非国有企业或者与来自其他地方的企业之间的争议中,很难保持中立态度。第二,上级政府机构既不是专门机构,也不是特定的司法机构,这些机构的工作人员一般不会有较强的反垄断意识,也不会对反垄断法有深刻理解。因此,它们一般不能对下级机构的限制竞争行为进行有效的监督和检查。当然,反垄断执法机构能否有效制止行政垄断行为,决定性的是其能否成为一个独立和有权威的机构。如果像现在草案中的规定,反垄断执法机构不是一个独立、统一和有权威的机构,这个机构不可能管制行政垄断。

#### 四、结束语

建立一个有效的执法机构并有效地规制行政垄断是我国反垄断立法的难点,但同时也是立法的关键问题。没有统一的执法机关,反垄断法难以得到有效执行;没有行政垄断的规定,我国反垄断法不具实用性。然而,我国市场经济体制的建立和迅速的经济发展的需要,需要一个自由和公平竞争的环境,经济全球化和激烈的国际竞争需要我国建立一个统一、权威和高效的反垄断执法机构。这是我国广大企业和人民的殷切期盼。

(作者系中国社会科学院法学研究所研究员)