

我国反垄断法草案中的最大问题

王晓晔

全国人大常委会在 2006 年 6 月第一次审议反垄断法草案，这说明我国反垄断法指日可待。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。因为反垄断法体现了市场经济的规律，是市场经济本能和内在的要求，这个法律的颁布将会有力地向全世界证明，中国已经建立起社会主义市场经济体制。

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。草案在很多方面借鉴了发达市场经济国家的立法经验。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的域外效力和宽恕政策。根据草案第 49 条，经营者实施垄断行为构成犯罪的，要依法追究刑事责任，这说明我国反垄断法将引入刑事制裁。草案也借鉴欧洲国家的很多经验，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因素以及第 14 条关于市场支配地位的推断等等，都借鉴了德国的反对限制竞争法。

但是，草案仍有一些不足之处，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额超过 120 亿元人民币，其中一个经营者在我国境内的销售额超过 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，即管辖过

度。从全局角度看问题，我国反垄断法草案中最严重的问题有两个：一是执法机关；二是行政垄断。

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关。根据现在的态势，我国执行反垄断法的可能有三家机构：商务部、国家工商总局和国家发展改革委员会，如果再加上众多的监管机构，执行反垄断法的机构还会更多。多家执法不仅会增加执法成本，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，我国价格和反不正当竞争法中涉及反垄断的规定应作相应调整，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，现在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等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。这些机关都是准司法机构，它们像法院一样，有自己的执法程序包括做出裁决的程序。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。如果按照我国现行法的规定，公用企业的滥用行为由国家工商局公平交易局处理，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？美国司法部和联邦贸易委员会基本上是根据行业划分管辖权，但它们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、民航总局等机构的关系。显然，如果在反垄断问题上，各监管机构在其各自监管的行业都享有排他性的管辖权，反垄断执法机构将会成为一个摆设。因为现实经济生活中的垄断行为相当多地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。

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案件的管辖权。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。”美国最高法院的很多案件也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。

为了有效执行反垄断法，我国应建立一个直属国务院的反垄断委员会或竞争委员会。事实上，这个机构除了执行反垄断法，还可执行反不正当竞争法和消费者权益保护法，因为这些法律制度都是以保护消费者利益为宗旨。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保护的职能。在反垄断法与行业监管法的关系方面，我国也应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。至少应在反垄断法中规定，有关部门或者监管机构调查处理限制竞争案件时，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，国务院将设立反垄断委员会，该委员会的任务是领导、组织和协调反垄断工作。考虑到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非常必要。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，却不容易成为一个独立和推动竞争政策的机构。

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，因为这实际是在限制政府。然而，想到国情，我国反垄断法禁止行政垄断是绝对必要的。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，即偏爱个别企业，排斥其他企业，或者偏爱个别地区，排斥其他地区，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和有效的配置。因此，反对行政垄断应成为我国反垄断法的重要任务。

当然，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凑效的，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、合法与非法的界限，从而可以减少这种行为。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。在经济全球化的今天，国家间的竞争在很大程度上也是法律制度和经济政策的竞争。在市场经济体制国家，竞争政策在国家的各项经济政策中占优先适用的地位。在这种形势下，如果我们动辄给予某些国有企业以不合理的保护，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。特别需要指出的是，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的待遇。然而，如果不打破行政垄断，我国事实上不可能在电信、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真正地开放市场，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，歧视或者袒护个别企业，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关提起行政诉讼。

我认为，因为以下原因，我们不能仅仅依靠政府上级机关来监督和检查其下级的滥用行为：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。这就使政府上级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，这个机构就不可能管制行政垄断。

建立一个有效的执法机构和有效地规制行政垄断是我国反垄断立法的难点，同时也是这个立法的关键。没有统一的执法机关，反垄断法难以得到有效执行；没有行政垄断的规制，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，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广大人民的殷切期盼。■

(作者系中国社会科学院法学研究所研究员)

责任编辑/夏苗