

我国反垄断立法的框架

王晓晔*

一、制定反垄断法的必要性

市场经济国家的经验表明,市场本身并不具备维护公平竞争的机制。恰恰相反,处于竞争中的企业为了减少竞争的压力和逃避风险,总是想通过某种手段谋求垄断地位。就在我国现阶段市场不成熟和市场机制不完善的条件下,限制竞争的现象也频频出现,如企业联合限价,限制生产数量,分割销售市场,生产和销售企业联手排除竞争者,有些行业通过联合或组建企业集团甚至发展到少数企业垄断市场的局面。此外,在竞争的压力和盈利动机的驱使下,不正当竞争行为也大量出现,如假冒商标、虚假广告、侵犯商业秘密等。尤其需要指出的是,由于我国当前处于由计划经济向市场经济过渡的阶段,政府管理经济的职能尚未完全转变,来自政府方面行政性限制竞争的力量仍然十分强大,而且,从发生作用的范围和深度看,行政性限制竞争远比经济性限制竞争严重得多,从而成为我国当前建立有效竞争市场模式的主要症结所在。限制竞争行为和不正当竞争行为不仅会损害竞争者的合法权益和消费者的利益,而且还会严重破坏和扰乱国家的市场秩序和经济秩序,特别是限制竞争的行为,因为直接会影响到市场的结构,它们对竞争的影响是长期性的。而那些取得了垄断地位的企业,由于它们摆脱了竞争的压力,从而就会丧失创新的动力,不思进取,其结果就会严重妨碍国家的经济发展和技术进步。这些事实说明,为了建立一个开放的、竞争性的全国统一的大市场,为了给企业创造公平和平等的竞争环境,使社会主义的市场经济健康有序地向前发展,我国亟需建立保护竞争的法律制度,这包括反垄断法和反不正当竞争法。我国已于1993年9月颁布了反不正当竞争法,但这不能说明我国就已经建立健全了市场竞争规则。因为要反对不正当竞争,首先要保证企业有一个竞争性的市场环境。而在垄断的或限制竞争的市场条件下,竞争尚不存在或者不能充分展开,当然就不可能有效地反对不正当竞争行为。因此,为了适应深化经济体制改革和发展社会主义市场经济体制的需要,我国还亟需制定和颁布反垄断法。

反垄断法是市场经济中的竞争规则。它如同竞技场上的比赛规则一样,只是针对个别参赛者限制竞争的行为方式,而不是限制或者取消市场上的竞争,而且,只有在建立了竞争规则的条件下,市场上才可能真正实现有效和公平的竞争,或者使竞争被窒息了的市场上重新产生竞

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

争。因此,反垄断法抽象和概括地反映了市场本身的规律,是市场经济本能的和内在的要求。反垄断法在我国的颁布和实施,将表明社会主义市场经济不是自由放任的经济,而是一种有秩序的经济制度。

早在1987年8月,国务院法制局就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”。然而,第八届全国人大常委会第三次会议通过了反不正当竞争法,而反垄断法却未能同期出台。反垄断立法被搁浅的主要原因是学术界对我国现阶段制定反垄断法存在着不同的看法。有人认为,我国企业的平均规模小,企业横向联合和企业集团在刚刚发展,如果现在颁布反垄断法,控制和限制企业联合的规模,势必会影响国家的产业政策。^{〔1〕}这种观点是不正确的。因为从各国反垄断的立法可以看出,反垄断法基本适用合理的原则,它既不是反对所有的卡特尔,更不是反对所有的企业联合,它所限制和禁止的只是严重损害竞争的大企业的联合或者合并。因此,制定反垄断法与支持中小企业的联合、扩大我国企业的平均规模和实现规模经济的经济政策并不矛盾。它们是建立有效竞争的市场结构必须同步进行的两个方面。

实际上,我国当前反垄断立法的难点不在于企业的平均规模过小,而是在于国家的经济体制。只要企业上面还有“婆婆”,它们还分属于这个部或者那个地方政府,企业就很难享有真正的经营自主权,从而就很难塑造竞争性的市场主体。只要企业进入市场还会受到来自政府方面的阻力,没有真正的投资决策权,反垄断法所追求的公平竞争就会成为一句空话。但是,尽管如此,在我国现在制定和颁布反垄断法也不存在为时过早的问题。这一方面是因为在现实的经济生活中,我们不仅迫切需要制止各种各样的经济性限制竞争行业,而且还迫切需要制止政府及其所属部门滥用行政权力搞地区封锁或部门垄断,制止公用企业及其他拥有特权地位的企业滥用市场优势地位,如强迫接收不合理的销售价格或交易条件等。不如此,我国就不能建立竞争性的社会主义市场经济,不能建立公平竞争的市场秩序,保护广大经营者和消费者的合法权益。另一方面,随着我国实施对外开放的政策,大批外国企业和外国产品也进入了我国的市场,与我国的企业和产品相竞争。因此,制定一个符合国际惯例的反垄断法也有利于我国的经济与世界接轨,以适应我国实施全方位对外开放的政策。^{〔2〕}诚然,我国现在进行反垄断立法尚不具备成熟的市场条件,但是,我们不能等待这种条件成熟了再去立法。没有规矩,不能成方圆,那时候再来立法一定为时过晚,将会大大推迟建立社会主义市场经济体制的进程。事实上,只有建立了以市场经济为导向的法律制度,我国才可能真正推动建立社会主义的市场经济体制。

在市场经济国家的法律制度中,反垄断法占有极其重要的地位,起着基本法的作用。在美国,它被称为自由企业的大宪章。在德国,它被称为经济宪法。在日本,它是经济法的核心。反垄

〔1〕 1989年中国企业评价中心发表了对我国1987年最大100家工业企业和9个行业的评价,其中以市场销售额为准,对我国100家最大工业企业的规模和美国最大100家工业企业的规模作了比较。根据这个报告,我国100家最大的工业企业,三分之二企业的市场销售额仅为5亿至15亿元,按当时的汇率约合1.34亿至4亿美元。其中最大工业企业即大庆石油管理局,市场销售额也仅为63亿元,约合17亿美元。而同年美国100家最大工业企业中,最大企业即通用汽车公司的销售额为1017亿美元,最小企业 Smithkline Beckman 的市场销售额也达到43亿美元。由此,该评价中心的结论是,我国企业的规模太小,规模经济还没有实现,因此现在进行反垄断立法是不明智的。见中国企业评价中心:《1987年中国100家最大工业企业及9大行业评价》,《管理世界》1989年第2期。

〔2〕 参见王晓晔:《反垄断法与国际贸易》,《国际贸易问题》1995年第8期。

断法在我国法律制度中的地位取决于我国经济制度的走向。由于它是关于市场竞争的主要规则,而市场竞争对于建立和完善社会主义市场经济体制起着决定性的作用,是配置社会资源和推动国民经济发展的根本手段,因此,在我国社会主义市场经济下的各种法律制度中,反垄断法占有极其重要的地位,是经济法的核心。

二、反垄断实体规范

在西方工业国家,反垄断法的传统任务是预防市场控制,禁止经济垄断。因为竞争会导致垄断,充分的和不受限制的合同自由会产生不合理的经济和社会后果,因此,国家必须在竞争中充当裁判员的角色,规范竞争,维护市场秩序,以协调竞争者的个人利益和社会利益。然而,我国现阶段正处于计划经济向市场经济的过渡阶段,尚不具备成熟的市场条件,特别是由于体制的原因,我国当前经济生活中形形色色的垄断主要不是经济垄断,而是来自旧体制下的行政垄断。因此,我国的反垄断法应当既反对经济垄断,又反对行政垄断,在实体法主要应当由禁止行政垄断、禁止卡特尔、控制企业合并、禁止滥用市场优势地位等四个方面组成。此外,反垄断法中的适用除外可以使某些经济领域不适用反垄断法的某些规定,在性质上它们也应当属于实体法的范畴。

(一)禁止政府及其部门滥用行政权力限制竞争

行政垄断是指政府及其部门滥用行政权力限制竞争的行为。例如,政府通过颁布规章或者授权,使个别企业有着人为的竞争优势,就某些产品的生产、销售或者购买处于人为的垄断地位,从而不公平地限制了竞争。为了使禁止行政垄断成为可操作的法律规范,反垄断法应当列举行政垄断的主要表现。当前,行政垄断在我国主要有两种表现:在纵向的行业内,它们表现为行业垄断,如一些集行政管理和生产经营于一体的“翻牌公司”、承担着管理行业任务的大企业集团以及作为“嫡系”挂靠这个局、那个部而享受优惠待遇的企业。在横向的行政区域中,它们表现为地区垄断,或称地方保护主义。经济体制改革以来,随着中央和地方政府在财政上实行“分灶吃饭”,各地区有了相对独立的利益,地方与地方间的矛盾扩大了,地方保护主义随之也就发展到了登峰造极的地步。1994年在黑龙江鸡西地区的啤酒大战中,一些地方政府对外地的产品不仅拒办批发和营销执照,随意没收或者罚款,甚至还发展到八方设卡,围追堵截。^{〔3〕}这些形形色色的行政垄断不仅限制了竞争,保护了落后,严重破坏了我国经济生活中刚刚培育和发展起来的一点点市场机制,使社会资源不能按照效率原则进行合理的配置,而且由于它们是“官商勾结”,在推动价格上涨中较一般经济垄断更加有恃无恐,对社会上的暴利行为和投机行为起到推波助澜的作用,这在很大程度上引发了社会腐败,损害了政府的形象。因此,反垄断法必须将反对行政垄断作为首要的和迫切的任务。

从1980年10月国务院发布《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》起,我国政府就提出了要反对地区封锁和部门垄断问题,而且还作出了相应的法律规定。但事实上,有些做法非但不是消除行政垄断,反而还有加强这种垄断之虞。例如,在组建企业集团的高潮中,相当多的集团是通过行政手段自上而下组建起来的,它们不仅规模大,而且还同时具有作为企业参与市场经营活动和作为政府机构管理行业的双重职能,从而形成一家企业垄断一个行业的局面。有

〔3〕《封锁市场限制竞争,违法!》,《人民日报》1995年1月6日。

些集团仍然拥有政府行政管理的权限。由于缺乏有效的市场监管,这些集团在市场活动中便极易滥用行政垄断地位,如随意制定垄断高价,倒卖市场紧缺物资等。^[4]

实际上,将政府机构滥用权力限制竞争的行为置于反垄断法之列,也不单单是我国反垄断法的特色。无论在中国还是在外国,也无论是过去、现在还是将来,政府限制竞争的行为都是对竞争危害最甚的行为。这是古典经济学派早已指出过的。因此,既要开放市场,使尽可能多的企业受到市场竞争的压力,我们就不能把目光仅仅投向企业的限制竞争行为,而且还要特别注意监督政府的行为,防止它们滥用权力。美国联邦最高法院虽然在1943年 *Parker v. Brown* 一案中,提出了国家行为学说(The State Action Doctrine),即国家主权行为可以得到反垄断法的豁免,美国各州为实施其经济政策而颁布的法规可以不受联邦反垄断法的制约,但是,依照这个判决,企业却不能因执行州政府的法令而违反联邦的反垄断法,否则就是违反了联邦法优先于州法的原则。因此,美国各州虽然有权制定本州的市场竞争规则,但是它们却不得使企业的行为背离谢尔曼法和联邦的其他竞争规则。^[5]在以后的判决,特别是在1980年 *Midcal* 一案的判决中,联邦最高法院的这种观点有所改变,承认企业以及州政府的下属机构为贯彻和执行州政府法令的行为也可以得到联邦反垄断法的豁免,但这些行为必须是经州政府以法律形式明确确认且在州政府的监督之下进行的。由此,州政府的下属机构不能因有着政府实体的地位,其行为就可以自动得到联邦反垄断法的豁免。^[6]不仅如此,美国在1984年通过《地方政府反垄断法》(*The Local Government Antitrust Act*)之前,根据最高法院的判决,反垄断法中所指的“人”也包括在诉讼中作为被告的市政机关。只是在这个法令颁布之后,地方政府方可从联邦反垄断法的三倍损害赔偿之诉得到豁免,但这并不意味着它们可从禁令以及衡平法的其他救济也得到豁免。^[7]前苏联和东欧集团的社会主义国家也十分重视反行政垄断的问题。如匈牙利1990年的《禁止不正当竞争法》第63条规定:“如国家行政机关的决议损害了竞争自由,竞争监督机构可作为一方当事人请求法律救济。”保加利亚1991年颁布的反垄断法第4条也规定:“凡国家行政机关和地方机构明示或默示作出可产生某种垄断地位的决定,或者该决定事实上可导致这种地位,从而严重损害自由竞争或自由定价,得予以禁止。”^[8]这说明,在从计划经济体制向市场经济体制过渡的阶段,反对行政垄断都是一个重要的和不可避免的任务。

(二)禁止严重限制竞争的横向和垂直协议

1. 卡特尔

横向协议也被称为卡特尔,它是指法律上相互独立的企业为了共同的目的,相互达成有关限制市场竞争的协议或协调,从而限制了企业在这些方面的自主权。^[9]因此,这种限制竞争是一种协调性的限制竞争。但是,一个卡特尔究竟在多大程度和多大范围妨碍竞争,则取决于许

[4] 参见李朴民:《现代中国企业集团形成,运行与管理协调》,中国经济出版社1994年版,第87页。

[5] U. Ehrlicke, *Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb—Kontrolle durch Gemeinschaftsrechts*, Baden—Baden 1994, S. 119.

[6] See *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U. S. 97, 105(1980); *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U. S. 389, 412, 413(1978).

[7] American Bar Association, *Antitrust Federalism; The Role of State Law*, Monograph No. 15, 1988, p. 71.

[8] H. Wangemann, *Wettbewerbsrechtliche Beratungsleistungen des Bundeskartellamtes für mittel—und osteuropäische Länder und Nachfolgestaaten der UDSSR*, WuW 5/1994, S. 428.

[9] 参见德国反对限制竞争法第1条第1款和第25条第1款。

多因素,例如受卡特尔约束的行为方式、参加卡特尔的企业数目以及与卡特尔相关的产品和行业在国民经济中的地位。根据一些发达市场经济国家的经验,依卡特尔对竞争的影响程度,可以将它们分作两类,一类适用“本身违法”的原则,即不管它们的具体情况,均得被视为违法;另一类适用“合理的原则”,即要根据具体案情和对市场的影响程度,判断是否具有违法性。^[10]

本身违法的原则主要适用于对市场竞争有重大影响的行为,特别如企业间联合限价、限制生产数量以及相互分割销售市场。价格卡特尔是对竞争危害最甚的卡特尔。因为在市场经济中,价格是生产者之间和生产者与消费者之间互通信息的工具,是调节社会生产和需求的最重要机制。一旦产品的价格被固定下来,价格的传递供求信息的功能和调节生产的功能就丧失殆尽,其结果是劣质的企业不能被淘汰,优势的企业得不到较好的经济效益,不仅如此,由于被固定的价格一般都会大大超过在有效竞争条件下产品的价格,从而也会损害消费者的利益。一个有效的价格卡特尔往往是同限制生产数量或销售数量的卡特尔联系在一起的。因为在不限生产或者销售数量的情况下,价格卡特尔的成员会因为单位产品的价格上涨而扩大生产或者销售规模,其结果是随着市场供给的增加,价格卡特尔的垄断高价便难以维持下去。因此,企业间在联合限价时常常同时限制生产数量。因为限制生产或销售数量的卡特尔会人为地制造市场供应紧张,并可以使价格卡特尔长期得以实施,它们一般也被视为本身违法。分割销售市场的卡特尔也同样是限制销售,这不仅使效益好的企业不能扩大生产规模,效益差的企业因为市场得到了保护而不能被淘汰,而且还由此减少了消费者在市场上选择的机会,因此也是一种严重损害竞争的行为。

除了上述几种卡特尔,其他类型的卡特尔则应当适用合理的原则,即仅当它们不合理地和严重损害竞争的时候,方可予以禁止。一个卡特尔是否不合理地和严重地损害了竞争,可以根据订立卡特尔的目的和后果进行判断。一般来说,同类产品的生产企业关于适用统一标准或者统一规范的卡特尔、为实现经济过程的合理化而要求专门化生产的卡特尔等都应当得到批准,因为它们有利于降低生产成本、改善产品质量、提高企业的生产率。出口企业为了保护和推动出口而订立的出口卡特尔不影响国内市场,或者虽然对国内市场有影响,但是为了保证出口企业在国际市场的竞争力,这些影响是必要的,卡特尔也可以得到批准。中小企业为改善经济效益而在采购、销售等方面进行合作的卡特尔在实践中具有很大的意义。这些卡特尔有利于扩大中小企业的合作,提高它们的竞争力,改善市场上的竞争状况,所以一般也应予以批准。有时候,在产品滞销和行业萧条的情况下,为了协调行业各企业的生产能力,以避免生产过剩和资源的浪费,也可以允许生产者限制生产数量甚至限制产品的价格。^[11]

为了使某些卡特尔能够合法存在,在程序法上就必须要求所有的卡特尔向反垄断法主管机构进行登记,或者请求批准。法律上对此应当规定一定的审查期限。在实践中,企业秘密订立的价格或限制生产数量的卡特尔,主要是通过政府机构的监督检查以及受害企业或消费者的投诉而曝光的。

2. 纵向限制竞争协议

纵向协议是指不同经济阶段的企业间所订立的协议,通常也称垂直协议,例如,制造商与销售商订立的协议,批发商与零售商订立的协议等。这些协议虽然不可能为了共同的目的而限

[10] 参见王晓晔:《德国竞争法中的卡特尔制度》,《法学家》1995年第4期。

[11] 参见德国反对限制竞争法第2条至第8条,我国台湾公平交易法第14条。

制竞争,但有时也会包含一些排他性的限制竞争条款。因为这种限制竞争是以妨害竞争者的经营活动为目的,所以被称为是妨碍性限制竞争。比较重要的有以下几种:

第一,纵向价格约束。同价格卡特尔一样,纵向价格约束也会影响市场的价格机制,所以,也是严重的限制竞争行为。美国早在1911年 *Dr. Miles* 一案中,对这样的约束就确立了本身违法的原则。1937年美国有些州通过了米勒·泰丁法(*Miller-Tyding Act*),使价格约束对第三者具有法律效力。1952年美国又通过了麦克盖尔法(*McGuire Act*),使价格约束在所有承认米勒·泰丁法的州都具有法律效力,从而使它们在整个联邦范围内都有效。然而,1975年美国又废除了上述两个法律,从而使价格约束又重新适用了本身违法的原则。^[12]德国反对限制竞争法的第15条也规定,如果卖方就其所供商品、其他商品或者劳务限制买方的转售价格和交易条件,该合同为无效。1993年国际反垄垄断统一法案草案也规定,为执行生产或者销售卡特尔而使用的销售策略、固定销售价格或价格水平的销售策略均适用本身违法的原则。^[13]

第二,纵向非价格约束。例如,限制买方只可向某些企业转售,或只可向某个地区转售,或者限制他们只能购买由其指定的商品或者服务。这样,不能得到供货的企业或者由于限制而不能进入市场的企业在竞争中就处于不利地位。然而,这种约束对竞争和经济有时又是有利的,例如,限制购买自己的配套产品或者使用自己的服务,可能会提高产品的质量和稳定性;限制向某些消费者或某些地区供货,可能会降低交易费用,改善对消费者的服务等等。因此,对于非价格约束基本上应适用合理的原则。美国司法部1985年颁布的《纵向限制行为准则》(*Vertical Restraints Guidelines*)主要规定了数量标准,即如果实施纵向限制的企业市场份额不足10%,限制竞争的行为可不受政府的干预。德国反对限制竞争法的第18条也规定,如果纵向限制的规模很大,从而使市场竞争受到严重损害,卡特尔局可以宣布协议无效。

第三,独家销售协议。在经济生活中,独家销售是很普遍的现象,因此对它们可以单独进行规定。这种协议有利于降低销售费用,提高产品质量,改善售后服务,并且可以灵活地在企业间分配经营风险。所以,世界各国对独家销售协议一般采取宽容的态度。但是,同其他非价格约束一样,如果独家销售涉及的市场范围过大,或者通过这种销售加强了市场势力,协议得被视为违法。

第四,知识产权方面的协议。在法律规定的范围内行使知识产权,不得被视为是限制竞争。但是,如果协议对权利取得人或对被许可人强加的限制在内容上超出保护知识产权的范围,或者被保护的权力超出了保护期限,该限制则是非法的。

(三)控制企业合并

从1986年以来,我国政府实行了推动和促进企业联合的政策,并大力发展企业集团。随着经济体制改革的不断深化和调整企业的组织结构,我国企业联合和兼并的浪潮将会继续大幅向前推进,同时也将会涌现更多的跨地区、跨部门和跨行业的大企业集团。在我国,企业联合从根本上说是一件好事。这不仅有利于改善我国企业过度分散和规模过小的状况,有利于促进企业间的人力、物力、财力和技术方面的流通和合作,提高企业的生产效率和竞争力,对促进我国经济发展、技术进步和改善人民的生活有着重要的意义,而且还有助于打破地区封锁和部门垄

[12] K. Markert, *US - Antitrustrecht 1987, Stand und Entwicklungstendenzen aus der Sicht eines deutschen Kartellrechtsanwenders*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut/Nr. 81

[13] See *Draft International Antitrust Code*, Art. 4, *World Trade Materials* Vol. 5, No. 5, Sep. 1993.

断,促进政企分开,从而有利于深化我国经济体制和政治体制的改革。

然而,尽管如此,我们在推动企业联合和发展企业集团的时候,仍应注意防止联合过度和集团规模过大的问题。这是因为在社会主义市场经济的条件下,要使竞争的优化配置资源的功能和激励功能发生作用,要使企业充分感受到市场竞争的压力,就必须要注意维护市场结构的竞争性,使市场上保持足够多的竞争者。如果对企业联合不加控制,允许企业集团无度地发展,大规模的企业联合就会迅速消灭市场上的竞争者。不仅如此,在市场经济的条件下,企业为了摆脱竞争的压力,本身就有着追求垄断的愿望和限制竞争的自发倾向。如果法律上对企业合并不加限制,合并就会成为企业谋取垄断地位和限制竞争的一种手段。与限制竞争的卡特尔相比,以联合和消灭竞争者的方式而形成的垄断其后果更为严重,因为这种结构性的市场垄断持续的时间长,如果没有新的企业进入市场,垄断就不会消失。

根据发达市场经济国家的经验,要保护市场的竞争性,防止过度的经济集中,国家就得对企业合并实行控制。世界各国的反垄断法虽然因不同的国情有着不同的特点,但是,控制企业合并都是反垄断法的核心内容。根据我国的实践和国外的立法经验,控制企业合并主要应制定以下规范:

1. 企业合并的概念

企业合并的概念是控制合并的前提条件。我国公司法第184条指出了吸收合并和新设合并两种形式。但是,这两种形式远不能概括反垄断法意义上企业合并。因为从反垄断的角度看,只要一个企业能够支配另一个企业,它们在竞争中就可以成为一个整体,共同对付第三方。在实践中,我国企业合并的形式主要是:第一,取得财产。即一个企业通过购买、承担债务或者其他方式取得另一企业全部的或重大部分的财产。第二,取得股份。从理论上说,一个企业取得另一企业50%以上的股份,就可对之施加支配性影响,这通常被称为控股。但在市场经济的条件下,随着企业股份在市场上的分散化,取得企业股份一般不需要取得这么大的份额,就可以对被取得企业施加支配性影响。因此,法律上应当对取得的股份在量上作出适当规定。第三,订立合同。如国家对部分企业集团实行国有资产的授权经营,即国有资产管理部与集团公司订立合同,将集团中紧密层企业的国有资产授权给集团公司统一进行经营和管理。此外,企业承包、租赁以及委托经营等方式也是通过合同关系使一个企业取得经营管理另一个企业的权利,从而实现了企业间的紧密结合。第四,其他的联合方式。如人事联合和建立合营企业。但是,这些方式是否可视为企业合并,应视企业间联合的紧密程度而定。总之,反垄断法中关于企业合并的法律概念可概括如下:如果一个企业能够通过取得财产、股份、订立合同以及其他方式对另一企业施加支配性影响,这两个企业便实现了合并。

2. 控制合并的程序

要对合并实行控制,识别它们是否有利于整体经济和社会公共利益,就必须要求达到一定规模的合并向有关的机构进行申报。这一方面使政府可以掌握市场集中的情况,另一方面可以使之有机会审查那些需要控制的合并。根据其他国家的立法经验,我国应采取合并事先申报的制度。在新设合并的情况下,有义务向当局申报的企业为参与合并的各方企业。在其他情况下,应由取得企业进行申报。申报的内容主要是:第一,合并各方的情况,如生产或经营的产品、职工人数、资产状况、上一营业年度的市场销售额、利税情况等;第二,企业与市场的关系,如相关市场的企业,参与合并企业的市场占有率等;第三,合并的理由。

关于企业规模,我国目前除了以企业的市场销售额作为测度标准外,还常常以企业的固定

资本作为测度标准,有时甚至还以企业的职工人数为标准。与企业的固定资本和职工人数相比,市场销售额的特点是,它反映的只是企业在一年内实现的价值,而不包括其库存产品的价值,从而比较准确地反映了企业在一年内经营的实绩。在反垄断法中以市场销售额作为测度企业规模的参数,其最大的好处是比较客观地说明了企业与市场的关系,特别是说明企业的产品在价格、质量、品种等方面是否适应市场的情况,进而也说明了企业对市场的占有情况和经济实力。与之相比,其他的作为企业规模的参数则有不足之处。例如,企业职工人数虽然也反映了企业的生产或经营规模,但是,职工人数多未必总是竞争优势。在人浮于事的状况下,人数多反而会作为累赘而成为竞争劣势。企业的固定资产也不一定能全面反映企业的经济实力。如果企业的固定资产虽然金额很大,但没有得到合理的配置,做到物尽其用,固定资产就不能反映企业的竞争力。因此,自美国《幸福》杂志在五十年代中期使用市场销售额对美国大企业排序以来,许多国家纷纷仿效,以市场销售额作为测度企业的经营规模和对外经济实力的参数,如德国反对限制竞争法的第23条第1款和匈牙利禁止不正当竞争法的第23条。

管理世界中国企业评价中心从1987年开始,以企业年销售额为参数逐年评估了我国大工业企业的经营规模。以1988年和1993年统计相比较,我国工业企业的生产规模发生了显著的变化。许多大企业的经营规模不只是一番,而是三倍、四倍地大幅度增长。例如,大庆石油管理局在1988年的市场销售额是64.4亿元,1993年增大到269.53亿元,5年间增长了四倍。在1988年,年销售额超过50亿元的工业企业有3家,超过10亿元的有53家,超过5亿元的有163家,另外337家的经营规模则分布在5亿元至2亿元之间。1993年在不含电力企业在内的全国最大500家工业企业中,年销售额超过200亿元有6家,其中最大的工业企业即上海汽车工业总公司达到307.03亿元,其余的年销售额超过100亿元的有11家,超过50亿元的有38家,超过20亿元的有122家,超过10亿元的有284家,500家中最小企业的年销售额也达到5.67亿元。这说明,在这五六年中,我国大企业的经营规模总体上实现了倍增。^[14]

从我国大工业企业当前的生产规模出发,特别是考虑到我国工业企业在规模上处于迅速增长和变化的时期,我国反垄断法可将3亿元的年销售额作为干预企业合并的标准。即立法中规定,若参与合并的企业在上一个营业年度的市场销售额达到了3亿元,它们的合并打算须得向政府的反垄断主管机构进行申报。3亿元的市场销售额在我国当前一些重工行业,如采矿、冶金、石油加工、交通运输设备制造业,可算是中型规模的企业,但在绝大多数的轻工行业,如纺织、皮革、木材加工、造纸、塑料制品等行业,则属于大型企业。考虑到我国工业企业在组织结构和规模结构的迅速变化,要建立有效竞争的市场模式,3亿元的年销售额作为控制企业合并的门槛在重工行业也许有些低。但是应当考虑到,在实施合并控制的时候,反垄断机构不是从行为出发,而是从具体的产品市场出发。行业或者部门的分类越粗,同一行业或者部门中生产不同类型产品的企业就越多,以行业统计的企业规模就越不能反映真实的市场状况。例如,管理世界中国企业评价中心关于1994年度全国500家最大工业企业及行业50家的评价中,专用设备制造业作为一个行业,包括了拖拉机制造、工程机械、重型矿山机械、纺织机械、农用车制造、缝纫机制造、印刷包装机械等许多类型的企业。然而,它们在市场竞争中大都不是竞争者。1994年,我国专用设备制造业中的最大企业即中国第一拖拉机工程机械集团的市场销售额近50亿元,但是在该行业的缝纫机制造业中,作为最大企业的上海工业缝纫机股份公司的市场销售额

[14] 《中国统计年鉴1994年》,中国统计出版社,第378页以下。

仅为6.97亿元,作为第二大企业的华南缝制设备集团公司为6.75亿元,第三大企业即中国标准缝纫机公司才2.72亿元。^[15]此外还要考虑到,由于受交通条件、地理环境和社会需求的限制,即使完全消除了地方封锁和部门垄断,我国有相当多的产品也不可能真正在全国性的大市场进行流通。为了节约运输费用,地域性市场有其合理性,有些产品甚至还只能在个别地域进行销售,例如水泥和啤酒。在这种情况下,对企业合并进行干预的门槛就不能提得过高,否则就不能有效制止那些有碍于竞争的企业合并。这样综合考虑,以3亿元的市场销售额作为控制企业合并的门槛是比较恰当的。

此外,为了扩大我国企业的平均规模,实现规模经济,为调整企业的组织结构和市场结构创造条件,反垄断法必须对有小企业参与的合并采取更为宽容的态度。根据1993年的统计,全国独立核算的工业企业有44.9万多家,其中43万多家是小企业,它们的平均年销售额不足400万元。^[16]为了减少小企业的数目,立法中可以规定,年销售额不足500万元的企业可自由接受其他任何企业的兼并,即免除它们合并事先申报的责任。

3. 审查期限

有申报义务的企业向反垄断主管机构申报了它们的合并打算后,反垄断主管机构必须在一定期限内决定它是否批准这个合并。而且,为了尽早结束合并的不确定状态,这个审查期限不应过长。在另一方面,为了使审查机构有足够的时间进行审查,这个期限也不可过短。借鉴其他国家的立法经验,我国对企业合并可规定最长为三个月的审查期。这三个月可分作两个阶段。即企业向当局申报合并打算后,如果当局认为合并不影响竞争,应当在一个月内告知当事人可以实施合并。如果在一个月内未向企业作出任何表示,合并可视为已得到批准。相反,如果当局认为合并对竞争有严重影响,它必须在一个月内告知申请合并的企业,并由此开始下一阶段的审查。对于第二阶段的审查,当局必须从接受全面申请的三个月内作出批准或不批准的最后决定。合并审查程序是强制性的,达到一定规模的企业合并必须要向反垄断主管机构进行申报,而且必须要遵守有关审查期的规定,否则须承担由此引起的法律责任。

4. 禁止合并的实质性标准

禁止合并的前提既不要求合并企业在市场上具有独占地位,也不要求它们事实上已滥用了通过合并取得的市场优势地位。根据反垄断立法的“早期原则”,^[17]只要依据合并企业所取得的市场地位,推断合并可能会产生限制竞争的效果,反垄断的主管机构就可以禁止合

[15] 管理世界中国企业评价中心:《1988—1992年中国大企业发展的一般趋势——1993年中国500家最大企业及行业50家评价》总报告,《管理世界》1993年第6期;《1994年度中国500家最大工业企业及行业50家评价》,《管理世界》1994年第5期。

[16] 《1994中国经济年鉴》,第210页。

[17] 反垄断法的“早期原则”最早见于美国国会对1914年5月6日生效的克莱顿法的解释。关于克莱顿法和谢尔曼法的关系,美国国会的报告中指出,克莱顿法的目的是“禁止某些贸易实践,使之成为非法,虽然这些实践在原则上并不受谢尔曼法的干预。……因此,通过使这些实践非法,将托拉斯、共谋和垄断在其形成之前就遏制在其早期阶段”。由此,克莱顿法的立法原则也被称为“早期原则”。这个原则表明了谢尔曼法和克莱顿法的基本区别:根据谢尔曼法,违法行为必须被证明是损害了竞争的行为;根据克莱顿法,违法行为实际上还没有产生损害,但是可以合理预见其将产生损害。克莱顿法的“早期原则”对于反垄断法的发展具有特别重要的意义。自从颁布了这个法律之后,人们就可以采取预防性的措施,及时地遏制垄断势力。因此,克莱顿法要比以列举方式禁止垄断或者禁止垄断企图的谢尔曼法第2条具有更大的效力。参见 I. Schmidt, *Wettbewerbspolitik in den U.S.A.*, in: *Handbuch des Wettbewerbs*, hrsg. v. Cox/Jens/Markert, München 1981, S. 537.

并。在这里,禁止合并具有预防的性质,防止产生垄断和滥用市场优势。在裁定合并是否应当禁止的时候,反垄断主管机构应采取以下分析方法:

第一,界定相关的市场。在企业的年销售额确定的情况下,如果企业处于较小的市场上,它就占有较大的市场份额,如果处于较大的市场上,就占有较小的市场份额。因此,能否正确界定相关市场对能否有效控制企业合并具有决定性意义。在这里,我们应当接受发达国家反垄断法中关于“产品市场”和“地域市场”的概念,根据以下三个步骤界定相关市场:第一,确定相关产品,即根据合并企业产品的性能、用途和价格,将相关产品与其他产品区别开来。例如,假定生产A洗衣粉和生产B洗衣粉的两个企业进行合并,首先就应当将这两种洗衣粉与其他产品如洗发水、化妆品等区别开来,从而暂定一个产品市场。第二,根据消费者使用的目的、购买渠道和产品的价格等条件,将所有可相互替代的产品扩大到这个产品市场范围内。第三,根据这些产品的销售地域,界定它们的地域市场。例如,假定A和B洗衣粉在全国范围内销售,它们的地域市场便是整个中国。

第二,根据市场集中度和合并企业的市场份额,评价合并能否产生反竞争的效果。在实践中,企业所占的市场份额越大,就越有能力自由决定自己的交易行为。这样,有着市场支配地位的企业一方面会影响市场上其他的经营者,例如,倾销产品可能会将许多竞争者逐出市场,从而给竞争带来不利影响;另一方面,它们相对市场上的需要者也拥有较大的自主权,例如,在它们限制生产的情况下,需求者就得被迫接受不利的价格条件或其他交易条件。由于市场份额在很大程度上表现了企业的经济实力和市场竞争力,而且,随着市场占有率的提高,也提高了企业滥用市场优势的可能性,为了避免合并产生限制竞争的后果,维护有效竞争的市场结构,我国控制企业合并也应当从合并企业的市场份额出发,防止合并的企业出现市场份额过大和市场集中度过高的情况。

依照市场份额推断企业是否取得了市场支配地位时,关键的问题是要对市场支配地位作出“量”的规定。从我国幅员辽阔和小企业众多的特点出发,在全国范围内占20%市场份额的企业也许就是相当大的企业,能够对市场竞争产生显著的影响。例如,摩托车行业的最大企业中国嘉陵工业股份有限公司在1993年的工业总产值为23亿元,占行业总产值的12.5%,^[18]但它已经明显成为行业的龙头,对摩托车市场的竞争有着显著影响。然而,由于我国现阶段的工业生产水平较低,大多数的行业和产品还没有显示出规模经济的效益,所以,从推动规模经济的目标出发,我国还应努力提高各行业的集中度。特别是在一些规模经济比较显著的生产部门,如汽车行业和一些重要的原材料生产,由于生产和技术条件,市场上只应当存在少数的竞争者,这样,将取得35%市场份额的企业视为占市场支配地位的企业就是合理和可行的。德国反对限制竞争法第22条第3款、匈牙利禁止不正当竞争法第23条、我国台湾地区公平交易法第11条都有类似规定。美国司法部和联邦贸易委员会1992年横向合并指南在分析横向合并的潜在反竞争效果时也指出,生产相同产品的企业合并后,若合并企业的市场份额至少达到35%,企业就有能力在减少生产数量的同时对产品进行单方涨价,因为在占有这么大市场份额的条件下,企业因涨价引起的销售损失可以同时也在涨价中得到弥补。^[19]

5. 对被禁止合并的辩护

[18] 《1994中国经济年鉴》,第171、680页。

[19] 译文见《外国法译评》,1996年第2期。

企业的市场份额虽然是企业竞争力的重要标志,但它们也不过是对企业历史的说明。有时候,企业的市场份额不能充分说明企业的市场竞争力。例如,假定市场上出现了一种对企业的竞争和生存至关重要的新技术,市场上许多企业都已经获得了这个新技术,而某个特定企业没能获得,在这种情况下,该企业当前的市场份额就夸大说明了它在市场竞争中的地位。而且,任何事物都有双重性,任何一个合并也都同时存在着积极和消极两方面的因素。因此,反垄断机构在禁止一个企业合并时,须对合并进行全面考察,即不仅考察企业合并前后市场份额的变化,而且还要考察市场的其他竞争条件。这就要求反垄断法对被禁止的合并企业要给予可辩护的权利。可以作为辩护的理由主要是:

第一,合并可改善市场竞争条件。如果合并企业能够证明,合并将改善竞争的条件,且改善竞争的好处大于合并产生的限制竞争的坏处,合并应当得到批准。例如,占市场支配地位的大企业在其他市场上取得一个小企业。这种合并虽然一方面会扩大取得企业的财力,且扩大了它与其他企业在经济技术方面的联系,从而增强了它的市场支配地位,但同时也会提高被取得企业的财力,改善其采购或销售的渠道,从而增强其市场的竞争力。在一定条件下,占市场支配地位的企业兼并濒临破产的企业也会在总体上改善市场的竞争条件。例如,合并只是有限度地提高了取得企业的市场支配地位,然而,如果没有合并,被兼并的企业就会在市场上被淘汰掉,从而失去市场上的一个竞争者。在这种情况下,合并就可以在总体上改善市场的竞争条件。

我国在深化经济体制改革的过程中,也开始承认国有企业可以破产。企业破产不仅使企业本身失去了增值的机会,而且还使企业职工失去了工作岗位。特别在我国当前条件下,社会保障制度还没有全面建立,企业破产对职工生活和社会稳定有着很大的不利影响。因此,在企业资不抵债和濒临破产的情况下,我国大都是由企业主管部门出面,寻找一些经济实力较强的企业,通过企业兼并的手段,由兼并企业接受被兼并企业的资产并承担债务。在我国目前的企业兼并中,被兼并企业一般是小企业,这种兼并对市场竞争一般没有很大影响。随着经济体制改革的深入,破产和请求兼并也可能发生在一些经营不善和资不抵债的大中企业身上。企业兼并虽然有利于解决职工的就业问题,但也不应当完全得到反垄断法的豁免。这一方面是因为过大规模的企业兼并同样会产生或者加强市场支配地位,从而导致滥用市场势力的问题,破坏市场的竞争机制,另一方面是因为企业破产属于正常的商业风险,是市场优胜劣汰机制发生作用的结果。如果对企业兼并完全开绿灯,合并控制就会成为一句空话,反垄断法也得不到真正的贯彻和执行。特别是我国当前的许多企业兼并不是市场竞争的结果,而是作为国家调控经济的手段,由政府通过“拉郎配”而进行的,这样的兼并不利于市场机制的发育,也不利于建立社会主义市场经济体制。因此,对于这样的企业兼并,我们不能采取自由放任的态度。

为了促进我国企业组织结构的合理化,但同时又要限制企业兼并对市场的不利影响,反垄断法对企业兼并应采取“宽而有度”的政策。这表现在以下方面:第一,有年销售额不足500万元的小企业参与的合并可不必向反垄断主管机构进行申报。第二,如果合并企业已取得市场支配地位,被合并的小企业处于不同市场上,或者虽然处于相同的市场,但所占的市场份额很小,从而合并对市场竞争影响不大,合并可以得到豁免。第三,如果被合并企业达到资不抵债的程度,除了接受兼并再没有其他出路;而作为兼并者的占市场支配地位的企业是这个濒临破产企业的唯一可能的接受者,否则,该企业的资产就将从相关市场上流失掉,这样的合并也可以得到豁免。凡是不符合以上条件的企业兼并则不可轻易给予豁免,特别是当企业通过政府的帮助例如贷款可以继续生存下去的时候,就不应当允许它们接受其他大企业的兼并,因为这样可以在

市场上多保存一个竞争者。

第二,合并有利于整体经济和社会公共利益。

控制企业合并的根本目的是保护竞争和防止垄断。从短期看,竞争将推动企业努力降低成本和价格,改进产品的质量,改善服务;从长远和发展的眼光看,竞争则会调节市场的供求,优化配置生产资源,从而促进和推动国民经济发展的根本动力。从这个意义上说,控制企业合并与维护国家整体经济的利益和社会公共利益是完全一致的,它们之间不存在任何矛盾和冲突。因此,以维护整体经济或者社会公共的利益为理由,要求对严重限制竞争的合并进行豁免是不妥当的。而且,企业的规模越大,企业就越可能以整体经济和社会公共利益为由,要求政府对合并给予特殊批准。这样,其结果一般都是给大企业的合并开绿灯。然而,尽管如此,立法中仍有必要规定,在特殊的情况下,如果合并有利于整体经济或社会公共利益,可以得到特殊批准。因为经济是复杂的,无论从现实还是从发展的眼光看,竞争政策同国家整体经济和社会公共利益都有发生冲突的时候,例如,从节约生产资源或保护环境政策出发,国家有时就有必要将某个行业授权一个企业进行垄断经营。这种比较灵活的规定可以给执法机构留有余地,使它们在国家的竞争政策和产业政策发生冲突时有选择的机会。

(四)禁止滥用市场优势

企业的市场行为可直接影响市场的运行和结果,如影响产品的价格和质量,影响市场的供求关系以及社会劳动生产率。因此,规范企业的市场行为也是实现市场有效竞争的重要方面,从而成为反垄断法的重要内容。反不正当竞争法对规范企业的市场行为也起着极其重要的作用。在这里二者的不同之处是,反不正当竞争法主要从维护公平竞争出发,禁止经营者的不正当竞争行为。反垄断法则是从反垄断出发,禁止滥用市场支配地位。按照反垄断的观点,企业的市场行为虽不完全由其市场份额和市场的集中度所决定,但是,由于取得了市场支配地位的企业极易滥用其市场优势,人们就应将注意力主要地放在大企业的身上。

1. 确定市场支配地位

滥用监督的首要问题是如何确定市场支配地位。有些立法将此视为一个实践的问题,不作一般的法定推断。例如,欧共体法院在1978年 *Chiquita* 一案中指出,市场支配地位是指企业可以不受限制地开展经营活动的能力,且本身构成其他企业进入市场的障碍。^[20]但是,许多国家的立法对此作出了专门的法定推断,如德国反对限制竞争法的第22条和匈牙利禁止不正当竞争法的第21条。

为了使滥用监督具有可操作性,对市场支配地位作出法定推断就是必要的,因为这不仅便于执法机关比较准确地适用法律,而且还有利于大企业对其法律行为的后果有可预见性。根据其他国家的立法经验,并且为了使滥用监督和控制企业合并的规范相协调,我国反垄断法可推断以下企业取得了市场支配地位:第一,它们在市场上没有竞争者,或者因显著的市场地位没有实质性的竞争者。第二,两个或者两个以上的企业相互不存在价格竞争,且相对于市场上其他竞争者,它们占有显著的市场地位,从而没有实质性的竞争。在这些推断中,除了应考虑相关企业及其竞争者的市场份额,还应考虑它们的财力、购买原材料和销售产品的渠道、技术优势、专利及商标等知识产权的占有情况、企业间的人事联合以及市场上潜在的竞争关系等等。第三,一个企业占有35%以上的市场份额。

[20] 王晓晔:《欧洲共同体竞争法及其新发展》,《外国法译评》1993年第3期。

在我国当前的经济生活中,滥用优势行为集中表现在自然垄断行业如铁路、邮电、供电、供水、供气以及带有国家垄断性质的行业如银行、保险业、石油等部门。即使经过经济体制的改革,这些行业也不可能消除垄断所固有的缺陷,因此,对它们必须要以政府这只“看得见的手”代替竞争这只“看不见的手”,加强监督,防止滥用市场优势地位。与竞争性行业中占市场优势的企业相比较,这些垄断行业的企业因为是由国家授权独家经营,其他企业不得进入市场参与竞争,它们的独占地位和特权是长期性的,从而更容易滥用优势。

2. 滥用优势的表现

作为对滥用优势的禁止性规定,反垄断法应当列举滥用的主要表现。根据我国实践和一些国家的立法经验,滥用市场优势的表现主要有以下方面:

第一,索取不合理的垄断高价。这是一种对消费者和用户进行剥削的滥用行为。在我国目前进行经济转轨的过程中,一些垄断行业以市场力量与行政权力相结合,攫取高额垄断利润的现象非常严重。例如,一些铁路运输单位及集团公司,利用“联营”或者“限制口”,使车皮随意涨价,获取垄断利润。^[21]

第二,强迫交易或者搭售。即规定买受人购买商品时必须同时购买另一种商品,有时甚至强迫接受依交易性质和习惯与合同无关的商品或交易条件。例如,城市住宅小区在安装管道煤气的过程中,煤气公司强迫居民购买该公司出售的煤气灶,否则不发煤气使用证,不给通气。而煤气公司出售的煤气灶则较市场价格高15%左右。^[22]这种行为除了构成索取不合理的垄断高价,同时还构成强迫交易或者搭售。

法律上禁止的搭售应符合一定的条件,首先,搭售是不合理的安排。如果为了保证产品的质量 and 稳定性,要求购买一定配套产品就不应属于禁止之列。其次,搭售具有严重的反竞争效果,即由此会加强企业的市场支配地位,从而给竞争者带来显著的不利影响。目前,我国公用事业企业在这方面的滥用行为比较严重,如邮电通信企业强行为用户配发电话机,电力部门强迫用户购买其指定的配电箱,自来水公司强迫用户购买其指定的给水设备,煤气公司强迫用户购买其指定的煤气灶和热水器等。这种滥用行为不仅强迫消费者和用户购买质量差而价格高的产品,直接损害了他们的选择权和公平交易权,而且还严重影响了某些经营者的合法权益。例如,邮电通信企业的滥用行为严重影响了电话机生产厂家间的竞争。由于这种滥用行为严重妨碍企业的生产、销售和开发新技术,所以也被称为是妨碍性滥用。

第三,歧视。最严重的歧视行为是价格歧视,即卖方对购买相同等级、相同质量货物的买方要求支付不同的价格,或者买方对于提供相同等级、相同质量货物的卖方支付不同的价格,从而使处于相同地位的经营者的不能享有平等的交易机会。而且,同一产品的不同批发价会直接影响到零售价,因此,价格歧视行为还会损害消费者的利益。我国刚刚颁布的电力法第41条规定,“对同一电网内的同一电压等级、同一用电类别的用户,执行相同的电价标准”。这就是一个禁止歧视的条款。

第四,抵制行为。抵制即是拒绝交易。依合同自由的原则,企业完全有权利决定与某个企业进行交易,或者与某个企业不进行交易。但是,如果企业拒绝交易是为了加强其市场支配地位,

[21] 国家经贸委、国家工商局“反垄断法”起草小组:《关于我国反垄断立法若干问题的研究》,《经济工作通讯》1995年第5期。

[22] 顾列铭:《该向垄断将一军了》,1995年9月29日《法制日报》。

该行为就是违法的。如果有正当理由拒绝交易,该行为也可以得到认可。1988年美国最高法院在 Sharp 电气公司一案中,认可了一个大生产商拒绝向销售商供货的行为,理由是销售商执行了一个对生产商十分不利的价格政策。由于销售商接连不断地降价,其他愿意执行生产商推荐价格的销售商无法继续维持它们的价格水平。^[23]这说明,即使对于取得了市场支配地位的企业,在认定抵制行为的合法或者非法时,也应当适用合理的原则。我国电力法第26条规定:“供电营业区内的供电营业机构,对本营业区内的用户有按国家规定供电的义务,不得违反国家规定对其营业区内申请用电的单位和个人拒绝供电。”这就是一个禁止抵制的法律条款。

3. 价格管制问题

1993年国际反垄断统一法典草案没有将强迫接受不公平的购买或销售价格列为滥用行为。草案的制定者认为,对占有市场优势的企业进行价格管制虽然是很容易的,但这不是反垄断法的目的。反垄断法应当是直接针对市场势力的反竞争和排他性的经营策略,而不是针对它们一般的市场活动。^[24]对此作者不取苟同。很明显,这种做法是轻视了反垄断法对消费者保护的作用。在我国的经济生活中,占市场优势的企业特别是公用企业的无理盘剥,是对用户和消费者危害最甚的行为。因此,强迫支付不合理的购买或者销售价格应当被视为是重要的滥用行为。

认定剥削滥用的关键在于如何认定占市场支配地位的企业所提供的产品或者劳务在价格上存在不合理性。在实践中,这可以使用多种方法:

第一,空间比较。对于存在着可比价格的产品,例如在上述煤气公司的强迫交易中,煤气公司出售的煤气灶在价格上较竞争性市场上的同类产品高出15%左右,这就很容易认定煤气公司在出售煤气灶中存在着剥削滥用行为。

第二,时间比较。对于不存在可比较基础的产品或者服务,例如因国内只有一家铁路运输单位,该行业的集团公司利用“联营”或者“限制口”使车皮随意涨价,获取高额垄断利润的行为就难以通过比较两个市场的方法认定涨价的违法性或者不合理性。对于这种不能进行“空间比较”的产品或劳务有时候可用其过去的价格与现行价格进行比较,然后评价涨价是否有其合理性。这种比较方法可以称为“时间比较”。德国普遍是通过这种方式来审查公用企业和保险公司的定期涨价行为。^[25]

第三,成本与合理利润的比较。这种方法首先是确定企业的成本,然后与成本相比较,判断企业所获得的利润是否有合理性。德国控制药品行业的价格就采取这种方式。^[26]但是,这种方法在实践中有时难以适用,因为其后果将导致政府的直接限价,从而难以被人们所接受。例如,人们对此提出的问题是,如果因为政府限价而使企业破产,谁应当为企业承担责任。而且,即便企业没有破产,谁又为企业扩大生产的所需资金负责。但是,这种方式毕竟是从产品定价的基本原则出发的,具有很大的合理性。我国电力法第36条规定:“制定电价,应当合理补偿成本,合理确定收益,依法计入税金,坚持公平负担,促进电力建设。”如果企业不遵守国家的定价,越权涨价或者滥收费用,就可被认定是一种剥削滥用行为。

[23] Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., in. 1988—1 Trade Cases P. 67,982.

[24] See *Draft International Antitrust Code*, Art. 14, op. cit. pp. 53, 54.

[25] V. Emmerich, *Kartellrecht*, 6 Aufl. München 1991, s. 271.

[26] V. Emmerich, aaO., s. 271.

(五) 反垄断法适用除外的领域

从经济学在十八世纪产生以来,人们在原则上就已经承认,竞争虽然是配置资源的最佳方式,但是有些市场或者经济部门由于特殊的条件,优化配置资源只能在限制竞争的条件下才能实现。因此,在这些行业中,反垄断法中的禁止卡特尔或者禁止纵向限制竞争的规定便不能予以适用。然而,由于在限制竞争的条件下,垄断企业向社会所提供的产品在数量上一般比社会实际需求的少,而价格上却比在竞争性市场条件下的高,而且,由于垄断企业一般不注重技术改造和产品的更新,从而就不可避免地要给社会和消费者带来损害,因此,国家对这些行业应制定专门的法律,除了对进入市场条件、产品价格、市场交易条件等各方面作出规定外,还应当建立一种监督和激励的机制,以保证这些行业能够为社会提供良好的服务。因此,反垄断法适用除外的行业只是可以从反垄断法的某些条款中得到豁免,而不能从滥用监督中得到豁免。但是,究竟那些行业可以作为反垄断法中的例外领域,这在竞争理论上至今还是一个争论的话题。^[27]根据我国的实际情况并借鉴一些国家的立法,这里谈三个方面:

1. 自然垄断行业

有些行业之所以可以作为自然垄断行业而存在,主要是因为它们存在着显著的规模经济或者组合经济的效益。规模经济是指随意产出的增多,单位成本可以下降的经济效益;而组合经济则是随着多种产品的同时生产,单位成本可以下降的经济效益。在极端的情况下,如果从企业规模和单位成本出发,一个行业最后只能由一个企业进行有效的生产和经营活动,那么就出现了自然垄断。典型的例子就是交通运输业(包括铁路、航空、水路、公路等运输业)、邮电通讯业、供电、供水、供气等公用事业企业。这些行业的特点是,它们对用户或者消费者的服务主要是通过管道和线路进行的,如果允许竞争,就会造成社会资源的浪费。因此,这些行业就应当限制竞争。当然,从经济学的角度出发,自然垄断行业也不仅仅限于上述经济部门。凡是从规模经济和生产成本考虑,如果全国只允许一家企业进行有效益的生产或经营活动,这个企业就应当被视为具有自然垄断的性质,例如一些重要的原材料生产或者国防科技领域。

2. 银行与保险业

我国1995年颁布的商业银行法第9条规定:“商业银行开展业务,应当遵守公平竞争的原则,不得从事不正当竞争。”同年颁布的保险法第7条也规定:“保险公司开展业务,应当遵循公平竞争的原则,不得从事不正当竞争。”这说明,我国允许在银行业和保险业开展竞争,它们从而不属于垄断性质的行业。但是,由于这些行业几乎涉及到每一个公民的利益,有着一定的特殊性,例如,为了保证存款人和被保险人的利益,银行和保险公司就不能象一般商业企业轻易地宣布破产,因此,国家应当允许银行和保险公司在利息、费用以及其他的方面相互进行协调和合作,以避免在这些行业存在过度竞争的情况。

从其他一些国家的情况看,这些行业呈现的是一幅既允许竞争又允许限制竞争的画面。例如,德国从1967年颁布了取消限制存取款利息率的规定和1973年废除了推荐利息率的规定后,银行业的许多市场产生了生气勃勃的价格竞争。在保险业,除了人身保险(如医疗保险、人寿保险和责任保险等)领域外,其他领域也存在着竞争。德国学者认为,就是因为德国的人身保险业不存在竞争,所以这个领域的被保险人必须支付很高的费用,从而使德国的保险业成为获利丰

[27] H. Bartling, *Schlussfolgerungen aus Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie für die Wettbewerbspolitik*, WuW 1/1993, s. 16 ff.

厚的行业。因此,他们提出,这个行业不应当从反对限制竞争法中得到豁免。^[28]但是,尽管如此,德国1989年对反对限制竞争法的第5次修订中,经过了激烈的争论,对这两个行业仍保留了保护性的规定,即它们仍然是适用反对限制竞争法的例外领域。立法者的理由是,从消费者的利益出发,应当允许这两个领域的企业比其他企业在更大的范围内进行合作。^[29]现在,德国的这两个行业还普遍存在着限制竞争的情况。例如,银行业就银行利息、存款费用、贷款保证金、贷款条件等各方面普遍存在着行业统一推荐;大银行之间在付款方面普遍订有相互协助的协议。随着银行和保险业务的现代化和电子网络的使用,这些行业不仅在国内而且在国际上也有着联合和加强合作的趋势。

3. 农产品市场

与一般的工业品相比,农产品市场有着很大的特点。首先,农业是一个自然再生产和经济再生产交织的过程。一方面,农业生产活动要依赖人力、资金、技术等因素的投入,另一方面则要受到动植物生长规律的制约和自然条件的影响。因此,农业生产活动始终存在着自然风险。第二,农产品需求弹性小,可替代性低,而且实现其价值的难度大。因此,在竞争性市场条件下,农产品市场的供求波动对社会能够造成极大危害:如果供给不能满足需求,农产品的价格就会上涨,从而损害消费者的利益和国民经济的整体发展;如果农产品的供给超过需求,就会“谷贱伤农”,影响农民的生产积极性。^[30]

正是由于农业的基础地位和农业所承受的风险,为了稳定农产品的有效供给和稳定农民的收入,世界上许多国家对农业都实行了保护的政策。特别在欧共体,绝大部分的农产品是由共同体统一管理,由各国共同协商它们的最高限价和最低限价。为了使农产品的价格免受世界农产品贸易的冲击,欧共体还规定了农产品出口价格,实行出口补贴。欧共体实行保护农业政策的主要原因是,农产品市场在欧洲被视为是一个慢性萎缩的市场。一方面,在生产要素保持几乎不变的条件下,农产品年复一年保持着2%至3%的增长力;而在另一方面,在产品价格和消费者收入保持不变的条件下,社会对农产品的需求却几乎没有增长。如果允许农产品市场同工业品一样进行自由竞争,就不可避免地会导致农业生产者之间的低价竞销,从而使这个行业的生产者得不到他们应当得到的收益。学者认为,如果处于竞争的环境,几十年后欧洲农业生产的收入就不能抵销他们的生产支出。^[31]因此,为了避免农业生产者之间毁灭性的竞争,欧共体的反垄断法允许对农产品实行豁免。而且,农业也是唯一可以得到欧共体反垄断法豁免的行业。根据欧共体条约第42条,欧共体的农业政策优先于竞争政策。

我国是一个发展中的人口大国。长期以来,我国对农业实行的不仅不是保护的政策,而且还是工业剥夺农业的政策。这不仅不利于发展农业,不利于改善农民的收入和缩小城乡差距,而且,还会导致作为工业原料的农产品短缺,从而也不利于实现我国工业的现代化。当前,我国农业政策面临的主要问题是提高农民的收入,增加农产品的有效供给,改善工农业发展失调的状况,这就需要加大对农业保护的力度。从反垄断法上,对农业的保护主要应当有以下方面:第

[28] 据估计,德国保险业主的资产已大大超过了5000亿马克。V. Emmerich, aaO. S. 454.

[29] V. Emmerich, aaO., S. 451.

[30] 中共中央政策研究室、国务院发展研究中心“农业投入”总课题组:《农业保护:现状、依据和政策建议》,《中国社会科学》1996年第1期。

[31] H. Bartling, aaO. S. 16 ff.

一,对粮食等关系国计民生的重要农产品实行保护价收购制度。第二,国家采取宏观调控措施,稳定化肥、农药、农用薄膜、农业机械等重要农业生产资料的价格。第三,推动和支持农民在生产、销售、储存、加工等各方面的联合和互助活动,加强农业在市场经济中的竞争力。

三、反垄断法执行机构和制裁

(一)反垄断法执行机构

在美国,反垄断的主管机构是美国司法部反垄断局和联邦贸易委员会,这两个机构对许多反垄断案件都具有管辖权,例如关于对企业合并的控制。在审理案件的过程中,这两个机构都具有高度的独立性。它们对有合并打算的企业发出禁令后,如果被禁止合并的企业对禁令不服,可以向法院提出上诉。

德国反对限制竞争法的执行机构比较复杂。以企业合并为例,有权参与对合并进行控制的一共有五个机构:第一,有权独立地作出批准或者不批准合并的联邦卡特尔局是执行反对限制竞争法的主管机构;第二,位于柏林的上诉法院有权驳回联邦卡特尔局关于企业合并的禁令;第三,联邦法院可推翻柏林上诉法院的判决;第四,根据反对限制竞争法第24b条第3款,联邦经济部长可以批准那些对整体经济有显著好处的企业合并;第五,根据该法第24b条第5款,联邦经济部长在作出特殊批准之前,要听取垄断委员会的鉴定意见。

这两个国家的立法和司法实践为我们提供了以下经验:第一,反垄断法的执行机构必须要有高度的独立性。这是因为它们对案件进行审理时,常常会陷入政府的竞争政策和产业政策的冲突之中。如果这些参与决定的机构,特别是主管机构,在审理案件的过程中没有独立性,它们势必就得屈服于政府的压力,其裁决就会被政府变换不定的产业政策所左右。而在竞争政策与产业政策发生矛盾时,政府常常是倾向于照顾企业的利益,而较少考虑消费者的利益,从而会影响竞争政策的贯彻和执行。第二,为了避免反垄断主管机构在审理中的片面性和错误,保护企业和当事人的合法权益,反垄断案件的管辖权不应只由一个机构来行使,而是应当有几个机构相互进行制约,以保证一些有争议的案件能够依法认真审理,并由此增加执法的透明度。

借鉴美国和德国的这些经验,我国也应当建立一个有权威性和高度独立性的反垄断主管机构,它相当于美国的联邦贸易委员会或者德国的联邦卡特尔局。这个主管机构可以被称为“国家公平交易局”或者“国家反垄断委员会”,它在人事编制和财务上虽然隶属于国务院,由国家人事部和财政部编列预算,但在审理反垄断案件中却有着极大的权威性和高度独立裁判的权力,即是说,在业务上它们只是依照法律进行裁决。为了避免国家的立法和经济政策与国家的反垄断法和竞争政策发生冲突,借鉴匈牙利禁止不正当竞争法第60条的规定,国家立法机构就所有涉及限制竞争(特别是涉及限制经营或限制进入市场)、保护独占权以及有关价格或销售条件的法律草案应当征求国家公平交易局的意见。公平交易局的负责人有权参加政府会议,就公平交易局职权范围内的问题发表意见。此外,公平交易局应当有权要求各经济部门、地方政府、国家资产管理局以及其他的国家管理机构通告涉及市场和竞争的工作情况。为了保证这个机构在司法上的高度独立性,能够公平地审理案件,该机构的成员应当由学问深、素质高和公正廉明的法学家和经济学家组成。他们既不应在其他政府机构任职,也不得在公司或者企业中任职,或者以其他任何形式参与市场交易。

反垄断法调整的是对市场竞争有重大影响的市场行为或者事件,例如涉及大企业的合并

事件以及政府机构滥用权力限制竞争的行为。因此,反垄断的主管机构就不必象反不正当竞争的主管机构那样,按行政区划层层设立。除了国家公平交易局之外,还可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立公平交易局。或者,为了与反不正当竞争法相协调,公平交易局可以设立全国、省、市和县四个级别,但反垄断案件仅由前两个级别的公平交易局管辖。凡是跨省的案件由国家公平交易局审理,其余案件由省级公平交易局审理。公平交易局有权就案件进行调查和提取证据,必要时还可扣押对调查证据有价值的物品。为了保护当事人的合法权益,避免审理中的片面性,提高办案的透明度,法律应规定对当事人的救济措施,即当事人对省公平交易局的裁决不服时,可要求国家公平交易局再审,或者向高级人民法院提出上诉。对国家公平交易局裁决不服的可向最高人民法院提出上诉。这即是说,对反垄断案件的审理,可实行两审终审制。

(二)法律制裁

反垄断法能否有效地得到实施,即国家能否有效地保护竞争和抑制垄断,在很大程度上取决于能否对违法行为进行有效的法律制裁。借鉴我国的反不正当竞争法及其他国家的有关法律,我国反垄断法应采取以下制裁方式:

1. 发布禁令

发布禁令是反垄断主管机构对违法行为的最重要制裁手段。禁令可以对所有违犯反垄断法的行为作出,包括禁止卡特尔或纵向限制性协议,禁止合并,禁止滥用市场势力,禁止政府及其所属部门滥用行政权力。对于合同或者协议,反垄断主管机构的禁令在原则上仅限于违犯反垄断法的条款。如果整个合同或者协议的目的是为了限制竞争,则整个合同或者协议为无效。而且,对于类似卡特尔这样的合同和协议,这种无效性不仅仅限于卡特尔本身,而且还涉及为执行卡特尔或者为加强和扩大限制竞争而订立的其他协议,例如接纳第三方加入卡特尔的协议。卡特尔成员为履行卡特尔与第三人订立的合同,例如以不合法的价格条件订立的供货合同,则应当区别对待。出于法律稳定性的需要,这类合同一般被视为有效,但因不合理的交易条件而受到侵害的第三人可提起损害赔偿之诉。

政府及其所属部门滥用权力限制竞争的行为常常表现为发布行政条例或地方指令。反对政府及其所属机构滥用行政权力限制竞争的行为既然是反垄断法的重要内容,反垄断的主管机构就应当有权对这些违犯反垄断法的条例或者指令发布禁令,禁止它们的贯彻和执行。反垄断法中关于反对行政垄断的规定在性质上是公法,在内容上是对我国行政法的补充。

2. 行政罚款

对于严重违犯反垄断法或者违犯反垄断主管机构发布的禁令而对社会秩序造成损害的不法行为,例如,故意或者有过失地无视反垄断主管机构的禁令,继续执行被禁止的卡特尔,或者实施被禁止的合并,或者因滥用行为对市场上的经营者或者消费者造成了重大的损害,反垄断主管机构应当对它们进行罚款。反垄断法应规定罚款的最高额。此外,对一些以最高额进行罚款仍然不能达到惩罚目的的违法行为,反垄断法可以规定以违法行为所获收益的3倍为罚款额。

政府及其所属机构不是市场上的经营者。行政罚款不应当适用于政府及其所属机构滥用权力限制竞争的行为。对于政府滥用行政权力限制竞争的行为,原则上应通过反垄断主管机构发布的禁令予以制止。

3. 民事损害赔偿

在现代复杂的经济生活中,反垄断主管机构的孤军奋战往往不能使反垄断法得到有效的贯彻和执行。因为竞争能否得到有效的保护,在很大程度上取决于因限制竞争的行为而受到侵害的第三者利益能否在反垄断法的执行过程中得到合理的维护。因此,同我国反不正当竞争法的第20条相类似,反垄断法应当规定,因限制竞争的行为而受到侵害的第三者可以向人民法院提起诉讼,要求赔偿由此产生的损失。这种损失既可能发生在经营者身上,例如因订立卡特尔或纵向限制竞争协议而不能进入市场的企业,也可能发生在消费者身上,例如因市场上存在着价格卡特尔或者限制生产数量的卡特尔,恶化了他们的交易条件。赔偿一般以支付赔偿金的方式进行。金额的大小由法院根据受害者的实际损失和失去的利益进行估算。如果损失难以估算,赔偿额应为违法者因违法行为而获得的利润,并承担被害者的诉讼费用。

4. 行政损害赔偿

因政府滥用行政权力限制竞争的行为,例如因地方保护主义而受到损害的当事人不能通过民事诉讼获得损害赔偿,而是应当根据我国1990年10月开始施行的行政诉讼法第2条和第11条中所规定的受案范围,向人民法院提起行政诉讼,请求损害赔偿。根据该法第68条,赔偿应由滥用权力的行政机关负责。行政机关赔偿损失后,应责令有故意或者重大过失的行政工作人员承担部分或者全部赔偿费用。此外,根据国务院1990年12月14日颁发的行政复议条例,公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益的,也可以向行政机关申请复议。根据该条例的第44条,复议机关可以责令侵犯申请人合法权益的行政机关按照有关的法律、法规的规定负责赔偿。赔偿后的行政机关应责令有故意或者重大过失的行政工作人员承担部分或者全部赔偿费用。