

我国最新反垄断法草案中的若干问题

王晓晔

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100720)

摘要: 国务院2006年6月提交全国人大常委会的反垄断法草案应该得到肯定,但是仍存在很多不足之处。本文主要指出以下几个方面的问题:企业合并申报标准可能导致我国反垄断法在企业合并方面管辖过度;反垄断行政执法机构的多元化会降低该机构的地位且不利于中国市场化方向的改革;被监管行业竞争案件的管辖权被交给监管者,以及行政垄断案件的管辖权被交给政府上级机构,这些规定将令人怀疑反垄断法能否在这些领域得到公正和有效的执行。

关键词: 反垄断法草案; 企业合并申报; 行业监管; 行政垄断

中图分类号: D912.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7095(2007)01-0013-06

全国人民代表大会常务委员会在2006年6月第一次审议了反垄断法草案,这说明我国反垄断法的出台指日可待。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,我国已经基本上建立起了社会主义市场经济体制。

我国反垄断法草案在实体法方面除了禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位和控制企业合并外,还从建设社会主义市场经济体制的实际需要出发,禁止政府部门滥用行政权力限制竞争。草案还借鉴了美国、欧洲等发达市场经济国家和地区的经验,规定我国反垄断法具有域外适用的效力,规定某些情况下对卡特尔企业给予“宽恕”的政策,在法律责任方面也考虑到国际社会的立法趋势。然而,另一方面,草案中仍有很多不尽人意之处,需进一步讨论和斟酌。

一、企业合并申报标准

草案规定,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

经营者在中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申报。这里的问题是,这个标准没有考虑并购交易额,没有考虑被并购企业的情况,这可能导致我国反垄断法对很多境内外并购行使不必要的管辖权。以可口可乐公司并购俄罗斯一个汽水瓶生产企业为例。可口可乐公司在全球销售额超过了120亿人民币,在我国市场上的销售额超过了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极小企业,也得向我国反垄断执法机关进行申报。考虑到可口可乐在世界各地有太多的企业并购活动,考虑到企业并购是市场经济条件下司空见惯的现象,特别是考虑到我国境内有相当多企业的市场销售额达到了120亿元这个标准,如果达到这个标准的所有企业的所有并购活动都得向我国政府进行申报,在这种情况下的很多申报对企业是不合理的负担,而且对我国反垄断执法机构也是不可承受的负担。

在这方面,我们很有必要研究国际竞争网络(International Competition Network)在2002年提出和在2003年补充后的《企业合并

收稿日期:2006-11-08

作者简介:王晓晔(1948-),女,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

申报程序的推荐意见》。《推荐意见》的评论指出,对一个企业合并主张管辖权的国家应当与这个企业合并存在适当的联系,即在确定合并申报的前提条件时,管辖国应尽力避免对那些不可能在其领域产生重大竞争影响的交易行使管辖权;要求此类合并交易进行申报不仅会给企业带来不必要的交易成本,而且还需要竞争机构投入资源且这个投入不可能得到相应的好处。因此,合并申报的前提条件应就申报中的“地域联系”规定适当的标准,如在管辖国存在市场销售或资产。《推荐意见》还强调,这种“地域联系”应限于与计划中的并购交易有关的企业或其经营活动,特别是被收购方的市场销售或其资产。

这个《推荐意见》体现了市场经济发达国家的经验。如根据美国联邦贸易委员会最新发布的企业合并申报标准,如果企业并购的交易金额没有超过 5 310 万美金,这个合并不需要申报。另一方面,尽管根据这个申报标准,参与合并的企业规模即参与者的全球销售额是重要的考虑因素,但是对于发生在美国境外的企业并购,即在被并购方是一个外国企业的情况下,如果合并交易额不足 2.123 亿美元,这个合并不需要申报。欧盟竞争法中的企业合并申报有三个并列条件:一是参与合并的所有当事人在全球的市场销售额超过了 50 亿欧元,二是合并当事人中至少有两个当事人在共同体市场上的销售额超过了 2.5 亿欧元,三是各方当事人在共同体市场上的销售额的三分之二不是来自同一个成员国。这说明,欧盟竞争法中的企业合并申报标准也考虑到申报的企业并购与共同体市场是否存在比较密切的联系。

国际竞争网络的这个《推荐意见》已被其他很多国家的反垄断法所接受。如波兰 2000 年修订后的《保护竞争和消费者法》规定,发生在波兰境外的企业合并,如果可能对波兰市场竞争产生影响,这个合并需要向波兰竞争执法机构进行申报。但是,根据波兰竞争局 2005 年 9 月的通告,参与波兰境外发生的企业合并至少有两个企业在波兰存在经营活动,这个合并方可视为对波兰的市场竞争具有影响。此外,即便参与合并的两个企业在波兰都有经营活

动,如被取得企业在合并申报前的两个营业年度内在波兰的市场销售额都没有超过 1 000 万欧元,这个合并无需进行申报。

我国应考虑世界各国立法趋势和立法经验,使被管辖的企业并购与我国市场存在直接和较大的关联关系。我认为,与 2006 年 6 月份的草案相比,2005 年 9 月 30 日的草案更有可取之处。当然,考虑到企业规模不断扩大的趋势,同时也是为了减少企业的不必要负担,我国的企业合并申报标准所要考虑的企业全球销售额、我国境内的市场销售额以及合并交易额都应提高到一个适当的水平。

二、反垄断行政执法机关

2006 年 6 月的草案没有明确规定反垄断行政执法机关。根据国务院法制办的解释,我国似乎仍将维持由国家商务部、国家工商总局和国家发展改革委三家执法的现状。反垄断法缺乏统一行政执法机关的问题是很大的。

首先,反垄断的行政执法需要相当大的人力和财力资源。根据 2005 年统计,欧共体委员会竞争总局的财政预算为 9 000 万欧元,有 560 名全日制工作人员,其中 398 名负责处理欧共体条约第 81 条、第 82 条和企业并购的案件,162 名处理国家援助的案件。由于人力不足,竞争总局不得不从成员国竞争机构借调人员。与欧共体委员会相比,美国反托拉斯行政执法机关则显得财大气粗。2005 年,美国司法部反托拉斯局的财政预算为 1.4445 亿美元,工作人员有 770 名,其中 569 名是法学、经济学方面的专业人员。美国联邦贸易委员会在 2005 年的财政预算是 2 亿美元,工作人员是 1 022 名,其中 600 多名是法学家和经济学家。

毫无疑问,我国未来的反垄断行政执法机关在人力和财力资源方面尽管不可能与欧盟和美国相比,但是考虑到我国市场化的改革和日益激烈的市场竞争,特别是考虑到经济全球化和在竞争领域日益频繁的国际合作活动,我国在反垄断执法方面的资源需求是巨大的。然而,多家执法无疑会造成我国反垄断执法资源的分散和浪费,使我国在这方面本来不足的资源变得更加不足。

第二,多家执法不可避免地会在执法机关之间产生纠纷。根据我国现行法,公用企业的滥用行为由国家工商总局公平交易局负责查处,价格垄断行为由国家发展改革委员会的价格部门查处,那么,公用企业的价格垄断行为该由谁查处?这肯定会产生管辖权的冲突和法律冲突。

现在世界上只有很少国家存在一个以上的行政执法机关,如美国司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会。为了减少摩擦,这两个机构曾在1948年达成一个备忘录,即在一方启动反托拉斯调查之前,需通告另一方,以避免管辖权的冲突和民事诉讼冲突。此外,这两个机构还设置了“联络官”,负责疏通双方的关系。这种疏通除了发生在一方对限制竞争案件的调查之前,也会发生在一方对某个行业的竞争环境调查之前。一方对另一方进行通告后,如果对方没有异议,这就得到了对方的认可(clearance)。如果一方在没有得到对方认可的情况下调查某个企业,两个机构的矛盾不可避免。为了减少冲突,美国司法部和联邦贸易委员会根据它们各自的执法经验在管辖权方面划分了一个大致标准。一般来说,司法部反托拉斯局负责处理计算机软件、金融服务、媒体和娱乐以及电信市场的竞争问题,联邦贸易委员会处理汽车和卡车、计算机硬件、能源、医疗、药品制造和生物技术等领域的反竞争行为。为了提高法律稳定性和当事人对其法律行为后果的可预期性,司法部和联邦贸易委员会在90年代以来还联合发布了很多反托拉斯指南,如《横向合并指南》、《知识产权许可的反托拉斯指南》、《国际经营的反托拉斯执法指南》等。

美国并列设置两个反托拉斯联邦行政执法机构已经快一百年了,但美国人不认为这是一个好的经验。管辖权重合的两个联邦机构执行反托拉斯法与一个执法机构相比,其结果肯定是成本高而效率低。可以想见,如果美国在今天建立执行反托拉斯法的联邦行政机构,它一定不会同时设立两个有并行管辖权的机构。

第三,多家执法机构不便于反垄断行政执法中的国际合作。随着经济全球化,反垄断行政执法机关在反垄断领域越来越多地承担着

国际合作的任务,包括与外国执法机关的信息交流和执法协助,以及在竞争事务方面进行双边或多边协定的谈判和订立。2001年国际社会建立起了一个国际竞争网络(ICN),作为各国反垄断行政执法机构国际合作的论坛。三家执法在这里的难题是,谁代表中国政府参加国际合作?当然,三家机构都会认为自己有权参与。但是,它们能够发表不同的观点吗?如果它们准备用同一个声音来说话,那为什么要有三家机构参加?我认为,三家机构参与反垄断法国际合作会严重损害中国的形象。

第四,建立三个执法机构会降低我国反垄断法的效力和反垄断法行政执法机构的权威。如果我国反垄断行政执法下属三家政府部门,这些执法机构充其量不过是局级机构。因为地位不是很高,且很不独立,它们不仅难以处理行政性限制竞争案件,也不具备足够大的权威处理市场竞争中的大案和要案。可以想想看,一个局级机构有足够大的权威处理微软公司的案件吗?在我国的电信、电力、银行、保险业等许许多多被监管行业的背后都有一个部级监管机构的情况下,一个局级的反垄断行政执法机构有能力处理这些行业的限制竞争案件吗?

鉴于一个权威和独立的反垄断行政执法机构是有效执行反垄断法的基本条件,建议反垄断法中对这个行政机构的建立做出明确的规定。如果国家认为当前不可能建立一个新的政府机构,我们为何不可将现有的机构例如国家工商总局改建为国家公平交易委员会呢?根据国家工商总局的执法权限和组织结构情况,该机构很易被改建为一个同时执行反垄断法、反不正当竞争法和消费者权益保护法的机构,其职权如同美国的联邦贸易委员会。

三、反垄断行政执法机构与行业监管机构的关系

根据2006年6月的草案的第44条,对于反垄断法中规定的垄断行为,如果有关法律、行政法规规定应当由有关部门或者监管机构调查处理的,反垄断执法机构对之就没有管辖权。这种做法不符合当前世界各国立法的潮流,而且很让人担心行业监管机构能否有效地

执行国家的竞争政策。

经验表明,监管机构处理被监管行业限制竞争案件的最大问题是,它们在被监管企业与其竞争对手或者消费者的争议中,往往站在被监管者的立场上,这就是诺贝尔经济学奖得主、美国哥伦比亚大学教授斯蒂格里茨在我国一次反垄断法的讨论会上提出的“监管者被俘获”的理论。在我国被监管的企业大多为国有垄断企业的情况下,有关部门和行业监管机构运用行政权力维护在位垄断企业利益的现象更是屡见不鲜。如国务院办公厅转发经贸委等 8 部门的 1999 年第 38 号文件规定,除中石化和中石油外,其他企业一概不得从事成品油的批发业务。在国务院办公厅转发经贸委等 5 部门的 2001 年第 72 号文件中,中石化和中石油被授予石油产品零售的专营权。因为行业主管部门和监管机构在权力配置方面一般不是以建立竞争性市场结构和规范企业的市场行为为目标,这些机构一般没有很强的反垄断意识,不能适应执行反垄断法的要求。如在我国邮政法的修订过程中,在位邮政垄断企业总想尽可能地扩大自己的势力范围,而邮政监管机构的人员则来自现有的垄断企业。在这种情况下,邮政监管机构就难以承担起维护邮政业公平和自由竞争秩序的任务。

还有一个问题是,我国在电信、电力、邮政、铁路、石油、银行、保险、证券等几乎所有于国计民生比较重要的行业都设立了主管部门或者监管机构,如果这些机构各自适用部门法处理限制竞争的案件,这不仅政出多门,降低反垄断执法的效率,我国也不可能建立起一个真正统一的市场竞争秩序。

现在,世界各国在解决反垄断执法机构与监管机构的关系方面,基本上有两种做法。一是由竞争机构负责特殊行业的监管,如澳大利亚和新西兰的竞争机构就负责电信和电力行业的监管工作。在这种情况下,行业监管的指导思想定位在打破垄断和推动竞争的方面。荷兰从 2005 年 7 月 1 日起,也将过去独立的能源监管局(DTe)并入了荷兰竞争局,由此使竞争局成为负责执行荷兰 1998 年电力法和 2000 年天然气法的机构。

第二种做法是国家把行业监管授权给一个独立的机构。这种授权虽然一定程度上削弱了反垄断执法机构的权限,但一般不会彻底剥夺它对被监管行业的管辖权。如德国负责电信和邮政监管的机构(RegTP)有权处理电信和邮政市场上的滥用行为,但在界定相关市场以及认定企业市场地位方面,监管机构得征求联邦卡特尔局的意见。美国在电信、电力、金融和航空业也建立了监管机构,如联邦通信委员会(FCC)负责电信监管。但是,这些监管机构的建立没有能够剥夺美国司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会对被监管行业限制竞争案件的管辖权。如在上个世纪 80 年代初期,美国司法部指控 AT&T 违反了反托拉斯法,最后导致该公司一分为八。美国 1996 年修订后的《电信法》第 601 条(b)(1)还明确指出,“本法中任何规定及其修订都不得被解释为对适用反托拉斯法的修正、损害或者取代。”在反垄断执法机构和监管机构对被监管行业竞争案件有着并行管辖权的情况下,这两个机构应该通力合作。即一方面,因为电信、电力等行业存在某些技术问题,反垄断执法机构处理竞争案件时应征求监管机构的意见;另一方面,监管机构处理竞争案件时,因为这会涉及很多竞争法专业问题,如市场的界定或者市场支配地位的认定,它们也应征求反垄断执法机构的意见。因为并行管辖权有时会产生冲突,大多数国家如巴西在这方面的经验是,案件最后的决定权交给竞争执法机关。

总而言之,我国反垄断法草案排除反垄断执法机构对被监管行业的管辖权的做法是错误的,这不仅严重损害反垄断执法机构的权威性和地位,而且也不利于执行国家的竞争政策。

四、行政垄断的管辖权

是否规制行政垄断,这是我国反垄断立法中颇具争议的问题,以致在立法过程中,行政垄断的专章一度被删掉过。不管政府滥用权力限制竞争的表现是什么,它们在本质上都是一样的,即偏爱个别企业,排斥其他企业,或者偏爱个别部门,排斥其他部门,即对市场经济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和排除竞争,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,反对行政垄断是深化我国经济体制改革的一项重要任务。不可否认,行政垄断不是一部反垄断法能够完全解决了的问题。然而,反垄断法对此做出明确的禁止性规定,这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,从而可以减少这种违法行为。因此,反垄断法是深化我国经济体制改革和推动我国政企分开的催化剂。

然而遗憾的是,在制止行政垄断方面,我国反垄断法草案与我国1993年颁布的《反不正当竞争法》相比没有发展和进步。即根据草案第50条,行政机关滥用行政权力限制竞争的行为由其上级机关责令改正,反垄断行政执法机构对此没有管辖权。我认为,如果我们仅依靠政府上级机关监督检查其下级机关的行为,这是不可能打破我国形形色色行政垄断的。理由有两个:第一,所有的行政性限制竞争行为实际都是一种歧视行为,而在这些歧视行为的背后,都存在着保护地方企业或者某些国有企业的经济动机,这些经济动机使得上级政府部门在其下级部门与非国有企业或者与其他地方企业之间的争议中很难保持中立态度。第二,这里所指的“上级机关”不是专门机关,也不是特定机关,更不是特定的司法机关,这些机关的工作人员不会有很强的反垄断意识,也不会对反垄断法有深刻的理解,即缺乏处理市场竞争案件的能力。

实际上,反垄断行政执法机构有权处理行政垄断案件是反垄断法的通行做法。例如,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。我国立法者应当考虑这些国家的经验,以使我国反垄断执法机构能够有效地监督检查政府部门滥用权力限制竞争的行为。

我认为,在制止行政垄断方面,我国反垄断行政执法机关至少应当像美国联邦贸易委员会一样,有权对违法者提出行政劝告。在违法者不听取行政劝告的情况下,反垄断行政执法机关可以向法院提出行政诉讼。

五、其他尚需考虑的问题

综上所述,建立一个统一和权威的反垄断行政执法机构和有效规制行政垄断是我国当前反垄断立法中的两个关键问题。没有统一和权威的反垄断执法机关,我国反垄断法难以有效执行;没有对行政垄断的有效规制,我国反垄断法在当前不会有太大的用处。当然,行政垄断管辖权问题的解决仍然取决于我国能否建立一个统一和权威的反垄断行政执法机构。鉴于这个机构应是一个独立和比较权威的机构,鉴于这个机构需要处理行政垄断案件,它应当是一个直属国务院的“部级”机构。

除了上述问题,我国当前的反垄断法草案中还存在着其他方面的问题,例如:

(1)根据草案第2条,“对本法规定的垄断行为,有关法律、行政法规另有规定的,依照其规定。”这个规定似乎将我国未来的反垄断法置于行政法规之下,这当然会大大降低我国反垄断法的地位。

(2)草案第7条指出了一些严重损害竞争的垄断协议,这些协议在各国反垄断法中一般被视为“本身违法”。然而,根据草案第10条,这些协议在某些情况下可以得到豁免。这里存在着一个逻辑的问题。

(3)根据草案第16条(二),经营者取得其他经营者“足够数量”的有表决权的股份可被视为是经营者集中。这里明显需要一个量化标准。可是,这一款为什么没有一个量化的标准?这个标准和第17条中企业合并申报的标准都是基本

的标准,没有这些标准,反垄断法没法操作。

(4)在草案的第 34 条中,反垄断执法机构缺乏“与国外反垄断执法机关进行合作交流”这一职能。在经济全球化的今天,这是反垄断行政执法机关一个重要的和基本的职能。

(5)草案第 5 条第 3 款规定,国务院反垄断执法机构根据工作需要,可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构,依照本法规定负责有关反垄断执法工作。据此,反垄断执法的地方机构与地方政府存在着密切的联系。然而,为了维护反垄断执法机关的独立性和权威性,国务院反垄断执法机构与其下属机构应当是垂直关系。

(6)第 42 条中行政复议和司法审查的规定过分简单。与其他法律制度一样,反垄断法中的程序公正是一个极其重要的问题。就司法审查来说,法律应当明确规定,哪个法院有权对反垄断案件进行司法审查,此外还应当规定,司法审查的法院是两级还是一级。

(7)草案第 49 条规定了民事损害赔偿责

任。这里应当明确,受害者能否在行政裁决做出之前到法院起诉。这即是说,一般法院对反垄断案件能否有管辖权。在美国,私人可以直接到法院起诉,要求损害赔偿。但在欧洲和日本,行政裁决前置是私人诉讼的前提条件。

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/aboutus.html>, 10/5/2004.

Global Competition Review, Merger Control 2006, p. 301; p. 80; p. 207.

Global Competition Review, The 2006 Handbook of Competition Enforcement Agencies, p. 49 - 54; p. 194 - 195; p. 198 - 199; p. 191; pp. 11, 118; p. 116; p. 64; p. 19 - 20

The Telecommunication Act of 1996, Pub. L. No. 104 - 104, § 601(b) (1), 110 Stat. 56, 143.

OECD, Competition law and Policy in Russia, An OECD Peer Review, 2004, p. 35.

OECD, Hungary - Report on competition Law and Institutions (2004), p. 16.

Challenging the Draft Chinese Anti-monopoly Law

WANG Xiao-ye

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: The draft of anti-monopoly law of People's Republic of China submitted by the State Council in June 2006 merits compliment, but it still has room for improvement. This paper focuses on the following issues. Firstly, the merge and acquisition reporting regulation may lead to the anti-monopoly law's improper domination over the merger of corporations. Secondly, the multiplication of anti-monopoly administrative organizations will lower the status of the organizations and undermine the market-oriented reform. And thirdly, the fact that industrial competition will be supervised by the regulators and administrative monopoly will be supervised by an administrative department at a higher level casts doubt on whether the regulations will be executed impartially and effectively.

Key words: draft Chinese Anti-monopoly Law; merger and acquisition reporting; industry regulation; administrative monopoly