

入世与中国反垄断法的制定

王晓晔*

内容提要:入世后,中国政府越来越注重竞争政策和竞争法问题,以应对越来越激烈的国内市场竞争和国际市场竞争。中国现行反垄断法规范尚未形成一个系统和完整的反垄断体系,对滥用行政权力限制竞争的行为制裁不力,缺乏独立的和权威的反垄断执法机关。2002年2月的反垄断法草案在滥用市场支配地位、企业合并、行政垄断和反垄断执法机关和程序的规定方面存在缺陷。虽然中国制定反垄断法存在压力,但是制定反垄断法有利于提高中国企业的竞争力,遏制跨国公司的垄断势力和改善国家的财政和宏观调控。

关键词:WTO 反垄断法草案 行政垄断 跨国公司垄断

世界贸易组织的建立和其成员国相互大幅度减让关税虽然标志着世界贸易朝自由化的方向迈进一大步,但我们还远不能说世界贸易就已经实现了自由化。这是因为在国际贸易中,除了政府间的关税和非关税壁垒继续存在外,还存在着私人限制竞争的行为,特别如价格卡特尔、地域卡特尔以及跨国公司过大规模的并购活动。因此,世界贸易组织非常重视贸易与竞争二者之间的关系问题。2001年多哈部长级会议决定,经2003年9月于墨西哥坎昆举行的第五届部长会议关于谈判方式的协商一致,将启动贸易与竞争政策的谈判。这一决定说明,世界各国越来越认识到竞争政策的重要性,认识到竞争政策与经济联系的密切关系,包括竞争政策对推动贸易自由化、合理配置资源以及提高社会福利诸方面的重大影响。

2001年加入世界贸易组织,这是中国经济体制改革进程中的一个里程碑。这一重大事件不仅标志中国的经济体制基本实现了市场化,而且还标志中国的经济越来越融入了世界经济,中国的经济越来越全球化。在这种情况下,中国政府也越来越注重竞争政策和竞争法的问题,以应对越来越激烈的国内市场的竞争和国际市场的竞争。为此,中国在入世前后很短的时间内修订了专利法、商标法和著作权法,制定了反倾销条例、反补贴条例和保障措施条例,并且在2002年6月颁布了政府采购法和中小企业促进法。当前,中国正在抓紧制定维护社会主义市场经济公平和自由竞争秩序的基本法律制度——反垄断法。这一法律的颁

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

布不仅将会进一步深化中国的经济体制改革,而且也将大大推动中国的政企分开,从而成为加速中国政治体制改革的催化剂。

一、中国现行反垄断法的问题

1978年党的十一届三中全会决定实行中国经济体制改革。这个改革不仅逐步解决了中国国有企业生产效率普遍低下的问题,给中国经济带来了活力,而且也解放了人们的思想,改变了人们传统的反竞争观念,从而为在中国的经济生活中引入竞争机制和建立中国竞争法创造了条件。1980年国务院发布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》是中国关于保护市场竞争的最早的行政性法规。随着经济体制改革的深入,全国人大常委会逐步颁布了一些涉及反垄断的法律,其中最重要的是1997年12月颁布的价格法和1993年9月颁布的反不正当竞争法。1999年8月通过了招标投标法。此外,国务院及其部委也发布过很多涉及反垄断的行政法规,特别在反对地方保护主义方面的法规,例如国务院1990年11月发布的《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》中指出,生产企业在完成国家指令性计划产品调拨任务和购销合同后,有权在全国范围内销售产品,工业、商业、物资等部门的企业,有权在全国范围内自行选购所需产品,任何地区和部门都不得设置障碍,加以干涉。

中国虽然在反垄断方面已经有了一些规章制度,而且通过执法已经取得了一定成效,但这些法律制度存在着很大的问题,主要表现在以下方面:

1. 尚未形成一个系统和完整的反垄断体系

根据美国、德国、日本、欧共体等国家和地区的立法经验,反垄断法在反对私人垄断方面至少应当规定三个方面的任务:禁止垄断协议,禁止滥用市场支配地位,控制企业合并。这三个方面也被称为反垄断法实体法的三大支柱。但是,中国现行法在这三个方面都没有完善的规定。例如,1998年中国彩电业生产显像管的8大企业联合限产是严重损害市场竞争的行为,但中国目前对此没有禁止性的规定。中国也没有禁止地域卡特尔的规定。这即是说,生产企业如果划分销售市场,尽管这种行为不仅会严重损害消费者的利益,而且也会限制企业的生产规模,影响规模经济,但中国目前还没有惩罚这种行为的法律制度。与此相反,在世界上大多数实施市场经济体制的国家,上述数量卡特尔和地域卡特尔与价格卡特尔一样,被视为是严重损害市场竞争和损害消费者利益的行为,适用本身违法的原则。另一方面,除了禁止公用企业滥用行为的规定外,中国还没有关于禁止滥用市场支配地位的普遍性规定。因此,尽管微软公司的捆绑销售行为和价格歧视行为在很多国家被视为滥用市场支配地位,从而被提起反垄断诉讼,但是中国的用户和消费者则不得不在微软公司垄断的阴影下叫苦连天。此外,中国也没有关于控制企业合并的规定。1986年国家体改委和国

参见王晓晔:《欧共体竞争法》,中国法制出版社2001年版。

“本身违法”原则即不管这些协议是在什么情况下订立的,都得被视为违法。根据美国的谢尔曼法,这种情况下对公司可处以1000万美元以下的罚款,对个人可处以35万美元以下的罚款,此外还可处以三年以下的刑事监禁。

例如在美国、韩国和欧盟,微软公司一直是官司缠身,被指控违反了这些国家的反垄断法。

家经委发布的《关于组建和发展企业集团的几点意见》中虽然提出“一个行业一般不搞全国性的独家垄断企业集团”,但这只是表达了政府的反垄断意向,在实践中却没有可操作性。因此人们可以发问,这是否意味着特殊情况下可以组建全国独家垄断企业集团?或者允许两三家企业形成寡头垄断市场的局面?

2. 对滥用行政权力限制竞争的行为制裁不力

由于中国当前处于从计划经济向市场经济转轨的过程中,政企不分的情况尚未彻底改变,中国旧经济体制下的行政垄断行为目前仍然很严重。行政垄断主要表现为行业垄断和地方保护主义。行业垄断即是政府及其所属部门滥用行政权力,限制经营者的市场准入,排斥、限制或者妨碍市场竞争。这特别表现为一些集行政管理和生产经营于一体的行政性公司、承担着管理行业任务的大企业集团以及一些挂靠这个局、那个部享受优惠待遇的企业。这些企业凭借政府给予的特权,有着一般企业所不可能具有的竞争优势,在某些产品的生产、销售或者原材料的采购上处于人为的垄断地位,从而不公平地限制了竞争。这种现象被称为“权力经商”。地方保护主要表现为地方政府禁止外地商品进入本地市场,或者阻止本地原材料销往外地,由此使全国本应统一的市场分割为一个个狭小的地方市场。例如,有些地方为了阻止外地的化肥或者其他产品进入本地市场,专门发布地方文件,禁止本地的单位和个人营销外地产品,甚至对营销外地产品的经营者随意没收或者罚款。有些地方为了抵制外地啤酒进入本地市场,要求本地居民喝“爱乡酒”。有些地方为了阻止外地生产的轿车进入本地市场,对外地生产的轿车销售乱收费用。另一方面,由于中国的企业在一定程度上还没有真正成为独立的市场主体,即便是企业间的限制竞争行为也往往带有行政色彩,例如1998年某些行业出台的所谓“行业自律价格”。最先实行行业自律价的中国农机工业协会农用运输车分会甚至还以不执行行业自律价为由对山东时风集团进行了罚款。然而,从市场经济的本质来说,强迫企业按照所谓的行业自律价销售产品是不合理的,因为行业自律价的基础是行业的平均成本。既然是平均成本,这个成本肯定就高于某些经济效益较好企业的个别成本,从而限制了这些企业的降价幅度,使它们失去了扩大生产的机会。行政性限制竞争行为不仅严重损害消费者的利益,也会严重损害企业的利益。而且,滥用行政权力的行为还为某些政府官员以权谋私和权钱交易提供了机会,在一定程度上引发了腐败,损害了政府的形象。

以上说明,制止行政垄断是中国反垄断法一个极其重要而且非常迫切的任务。但是,中国目前在这些方面缺乏有效的禁止性规定。根据现行反不正当竞争法第30条,滥用行政权力的法律后果是由其上级机关责令改正。这种做法是不妥的。因为这里的上级机关不是一个确定的机关,更不是一个确定的司法机关,上级机关的工作人员就不一定具有很强的反垄断意识。另一方面,如果授权上级机关纠正下级机关的违法行为,法律上就应当有关于立案、调查、听证、裁决等一系列程序性的规定,从而需要国家投入相当大的人力和财力。因此,这个条款既没有效力,也缺乏可操作性。

3. 缺乏独立的和权威的反垄断执法机关

中国现行法规是分散在价格法、反不正当竞争法、招投标法以及众多的行政性法规之中,缺乏一部统一和系统的法律规定,也缺少一个独立的和权威的反垄断执法机关。反垄断法的任务不仅是要同大企业集团或者垄断企业限制竞争的行为作斗争,而且还要同政府滥

用行政权力限制竞争的行为作斗争,这就要求执法机关具有相当大的独立性和足够大的权威性。特别是行政性限制竞争的案件,往往有着盘根错节的复杂关系,调查难度大,如果反垄断法的主管机关没有相当大的独立性和权威性,它的审案工作就会受到其他行政部门的干扰和影响,不利于依法作出裁决。

二、中国反垄断法草案

中国于 1993 年颁布了反不正当竞争法之后,1994 年 5 月成立了反垄断法起草小组。小组成员来自国家经济贸易委员会法规司和国家工商行政管理局法规司。在中国反垄断法草案几易其稿的过程中,起草小组不仅征求过国内反垄断法专家的意见,而且也得到了经济合作发展组织、世界银行、联合国贸易发展会议、亚太经合组织等国际组织以及德国、美国、日本、澳大利亚、韩国等一些发达市场经济国家的支持和帮助。特别是经济合作与发展组织在 1997 年和 1999 年期间连续三年与中国反垄断法起草小组举办国际研讨会,就该草案逐条进行过讨论。

1. 草案基本内容

根据 2002 年 2 月 26 日的征求意见稿,中国反垄断法草案共有八章五十八条。这个草案在实体法方面借鉴了发达国家的经验,特别是借鉴了德国和欧共体法的经验,规定了限制竞争的协议、滥用市场支配地位、控制企业合并以及行政垄断,即政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争的行为。中国反垄断法在实体法方面的最大特点是关于行政垄断的内容,这是因为在中国当前的经济生活中,政府的不当行为是最严重和影响最大的限制竞争。草案中也有程序法的规定,包括反垄断法的执法机构和法律责任,在法律责任方面包括行政责任、民事责任和刑事责任。此外,草案经过几易其稿也越来越符合国际潮流,例如关于适用范围的第 2 条规定,“在中华人民共和国境外从事违反本法规定,并对境内市场竞争产生限制竞争影响的行为,适用本法。”这即是说,中国反垄断法将根据“效果原则”具有域外适用的效力。在作为附则的第 8 章中,草案取消了在过去对邮政、铁路、电力、煤气、自来水等公用事业企业的豁免规定。

特别值得注意的是,草案在其第 1 章中取消了“自愿”、“平等”、“公平”和“诚实信用”等作为该法基本原则的规定。这个修改是非常重要的,符合反垄断的理念,也符合国际潮流。因为反垄断法的宗旨是反对垄断,保护竞争,其基本内容是禁止企业通过协议或者协调的方式限制竞争,或者禁止企业通过合并的方式建立或者加强市场支配地位,民法上的合同自由原则或意思自治原则在这里就不能得到适用。不仅如此,许多国家的反垄断法对于背叛卡特尔的行为还规定了奖励制度,即参加卡特尔的企业如果向政府自首或者告发其他企业的卡特尔行为,政府可以对它们减免罚款金额。这说明,民法中的诚实信用原则放在反垄断法中也不恰当。此外,反垄断法中关于禁止滥用市场支配地位的规定是专门针对大企业而订立的,一般中小企业的搭售行为、歧视行为或者抵制交易行为不能被视为违法,因此,

比较 2000 年 6 月 20 日《中华人民共和国反垄断法征求意见稿》第 3 条。
参见前引 [1],王晓晔书,第 422 页。

民法中平等原则放在反垄断法中也会引起人们的误解。

2. 草案存在的问题

中国当前这个反垄断法草案虽然总体上是不错的,但某些方面仍然存在着缺陷,现在提出与大家商榷。

(1) 关于垄断协议

根据各国的反垄断法,限制竞争协议不仅包括横向协议,即卡特尔,而且还包括纵向协议。例如德国1998年第6次修订后的反对限制竞争法在第1章规定了横向协议,即卡特尔协议、决议和协调行为,在第2章规定了纵向协议。区分横向协议和纵向协议的好处是显而易见的,因为大多数的纵向约束不仅是合法的,而且还有着推动经济发展的作用。例如,在当事人不具有市场支配地位的情况下,大多数的独家销售协议、独家购买协议以及特许经营协议对经济是有好处的,应当得到反垄断法的豁免。然而,由于价格竞争是市场竞争最重要的因素,大多数的反垄断法将限制转售价格的协议定为违法。例如,德国反对限制竞争法第14条规定,一方当事人如果限制另一方当事人与第三方订立合同时的定价自由或者其他交易条件的自由,这样的约束得被视为违法。我国台湾1991年公平交易法第18条对纵向价格约束也是适用“本身违法”的原则。特别是欧共体委员会1997年发布的欧共体关于纵向限制竞争的竞争政策绿皮书更明确地作出规定,如果卖方固定买方的销售价格,或者强加一个最低销售价格,这种协议不能得到豁免。

然而,中国反垄断法草案关于“禁止垄断协议”的规定中没有关于纵向价格约束的内容。而是在以“禁止滥用市场支配地位”为题的第3章第24条规定,“具有市场支配地位的经营者不得在向批发商、零售商提供商品时限制其转售价格。”这即是说,根据草案,实施纵向价格约束的企业如果不是一个占市场支配地位的企业,这种约束是合法的。这种规定不符合反垄断立法的潮流,也不利于推动中国市场上的竞争。

此外,草案第9条关于豁免卡特尔的规定中没有出口卡特尔,这应当被视为是一个大缺陷。诚然,在贸易自由化和经济全球化的今天,有些国家不鼓励本国出口企业订立出口卡特尔,例如德国反对限制竞争法经第6次修订取消了对出口卡特尔的豁免。但是,由于劳动力等方面的原因,中国出口产品的价格往往大幅度低于国际市场,再加上很多出口企业不了解国际市场的行情,这样,如果没有出口商会在价格方面的协调,中国的出口产品可能会更多地遭遇外国的反倾销诉讼。另一方面,即便是现在,仍然有很多国家的反垄断法对出口卡特尔作出了豁免规定。即只要不是严重影响国内市场的竞争,出口商在对外贸易中可以采取联合行动,包括统一出口产品的销售价格或者划分销售市场。美国的对外贸易法也有这样的豁免规定,如1918年的韦布—波密伦出口贸易法(Webb-Pomerene Act)允许竞争者之间订立关于价格、数量以及划分市场的限制竞争协议。即这些协议如果仅涉及出口且在联邦贸易委员会进行过登记,它们可以得到豁免。美国1982年的出口贸易公司法(Export

当然,反垄断法保护企业自由参与市场竞争的权利,也含有“平等”的理念。

参见前引(1),王晓晔书,第165页以下。

上引,王晓晔书,第176页。

15 U. S. C. A. Sections 61—65.

Trading Company Act of 1982)也规定,出口企业的限制竞争行为只要不是严重损害美国境内的市场竞争,就可以从反托拉斯法中得到豁免。^⑩这样,根据“武器平等”的原则,中国反垄断法对出口卡特尔给予豁免也符合国际惯例。

关于垄断协议的规定还有一个问题是违法者的法律责任。根据草案第44条,对于违反禁止垄断协议的经营者,反垄断法主管机关应责令停止违法行为,并可处以500万元以下的罚款。然而,根据草案第45条关于滥用市场支配地位行为的处罚规定,反垄断法主管机关除责令停止违法行为外,还可处以1000万元以下的罚款;构成犯罪的,可以追究刑事责任。上述对比说明,草案起草人认为订立违法卡特尔的行为在违法程度上轻于滥用市场支配地位。这种看法是错误的。在实践中,价格卡特尔、数量卡特尔或者分割市场的卡特尔对市场竞争的损害程度一点都不会低于滥用市场支配地位的行为。例如,一个价格卡特尔与一个垄断企业的滥涨价行为对消费者或者用户来说可能是相同的不利后果。正因为这两种违法行为的违法程度或者对市场竞争的损害程度是相同的,各国反垄断法对它们有着相同的法律制裁。根据欧共体理事会1962年第17号条例的规定,企业违反条约第81条第1款和违反条约第82条的行为,都可以被征收最高额为1000万欧元的罚款,此外还可以加收企业在上一营业年度市场销售额10%以下的罚款。2001年11月,欧盟委员会对参与国际卡特尔的8家生产维生素的大企业共计征收了8.55亿欧元的罚款,这充分说明了各国反垄断法对卡特尔的制裁力度。

(2)关于滥用市场支配地位

草案第3章关于滥用市场支配地位的规定在很大程度上吸取了欧共体和德国的立法经验。特别是根据市场占有率对市场支配地位作出的法定推断,以及第17条至第24条以列举的方式指出了滥用行为的各种表现,这使禁止滥用市场支配地位的规定有很大的可操作性。

作为立法建议,我们认为在滥用市场支配地位的表现方式中应当增加一个“拒绝互联互通”。当前,中国电信市场上的限制竞争行为主要表现为占市场支配地位的电信运营商拒绝向竞争者开放网络,或者以不合理的条件开放网络,例如索取不合理的价格。当然,这里的“互联互通”是指理性行为,如德国反对限制竞争法第19条第4款第4项所指的情况。^⑪这样的规定一方面可以推动在与网络或者与其他基础设施相关的经济部门引入竞争机制,另一方面也可以保护网络或者基础设施的所有权。涉及网络或者基础设施的竞争主要存在于电信、能源或者铁路等经济部门。这些部门虽然已经制定或者应当制定专门法,例如电信法、电力法、铁路法等,但是反垄断法中禁止“拒绝互联互通”的滥用行为的规定仍会起到非常重要的作用。特别在中国当前经济体制转轨的过程中,电信、电力、铁路等部门的监管机构在

^⑩ 但是,这些企业可能因违反外国反垄断法而被外国提起反垄断诉讼。在Woodpulp一案的判决中,欧共体法院指出,“美国反垄断主管机构早在这个案件初期就得到了通报,但它对欧共体的做法没有表示异议”。See Woodpulp Cartel v. Commission, [1988] E. C. R. 5193 (E. C. J).

^⑪ 据此,“如果一个占市场支配地位的企业作为一种商品或者服务的供方或者需方,拒绝对之支付适当报酬的企业进入其网络或者其他基础设施,而对方出于法律或者事实的原因,不进入这些网络或者基础设施就不可能在其上游或者下游的市场上与这个占市场支配地位的企业开展竞争,除非这个占市场支配地位的企业能够证明,因经营条件的限制或者出于其他原因,进入网络或者使用基础设施是不可能的或者是不合理的要求。”

一定程度上与这些部门的企业仍然有着千丝万缕的联系。在这种情况下,将反垄断法适用于电信、电力等一些过去被视为自然垄断的行业,有利于在这些行业引入竞争机制,有利于提高这些行业企业的竞争力。

此外,第3章第17条关于禁止垄断高价的规定中指出,具有市场支配地位的经营者不得在“一定时期内”以高于正常价格的价格销售其商品。根据这个规定,似乎占市场支配地位的企业除了“一定时期”,在其他的时期仍然可以以高价销售其产品。这里会使人产生误解。

(3) 关于企业合并

控制企业合并是预防市场垄断的重要手段,从而也是中国反垄断法的重要内容。这个方面的重要规定是第26条,即年销售额达到一定标准的企业合并应向国务院反垄断法主管机关进行申报。应当说,这个标准是非常重要的,没有申报的标准,企业合并控制就完全没有可操作性。然而,草案没有对这个标准具体作出规定,而是将标准的制定工作交给反垄断法主管机关,从而给这个法的执行留下了一个巨大的难题。此外,还应当指出的是,反垄断法关于控制企业合并的规定不应当成为小企业接受兼并的法律障碍。因此,这里应当明确指出,兼并一定规模下的小企业不需要向反垄断法主管机关进行申报。

第28条规定,反垄断法主管机关应在收到申请后的90天内作出批准或者不批准的决定。这里的问题是,对于某些明显不具有损害竞争后果的企业合并来说,90天的审查期是太长了。因为在企业合并的过程中,企业的组织结构处于一种不稳定的状态。企业当然希望这种状态的时间越短越好。根据德国法或者欧共体法的经验,这个审查期最好分为两个阶段,第一阶段为一个月,这就可以使那些明显不具有限制竞争影响的合并在一个很短的时间内从反垄断法的主管机关得到一个批准的答复,或者在没有得到答复的情况下,视为合并已经得到批准。这就是说,只是那些规模较大从而存在着违反反垄断法之嫌的合并,才需要在法律上进行为期2个月的第2阶段的审查。

第29条的规定存在着一些逻辑问题。这一条将“产生或者加强经营者的市场支配地位”与“排除或者限制市场竞争”等其他三种情况并列作为禁止合并的理由。然而,一般来说,如果一个合并没能产生或者加强市场支配地位,这个合并就一定不会产生排除或者限制市场竞争的后果,也不会产生阻碍国民经济健康发展或者危害社会公共利益的后果。因此,建议第29条改为:如果合并不会产生或者加强市场支配地位,国务院反垄断主管机关应当批准合并。

第31条关于撤销批准的规定也存在着理论问题,且在实际中难以操作。根据这个规定,如果经济情势发生重大变更、批准事由消灭、经营者违反了批准书中附加的义务或者批准决定是基于经营者提供的虚假信息作出的,国务院反垄断主管机关可以撤销批准、变更批准内容、责令停止企业合并或者要求恢复原状。这里以一个为挽救濒临破产企业而进行的合并为例。这样的合并虽然肯定会使企业的经济情势发生重大变化,但如果政府在这种情势下做出撤销批准合并的决定,这显然是不合理的。即便在政府批准的合并中存在着经营者提供虚假信息的情况,按照这个规定应当恢复原状,但因为合并后企业的组织结构、人事关系、税收关系等许多方面较合并前相比发生了巨大的变化,恢复原状或者拆散企业在实践中就存在着很大的困难。在这种情况下,对提供虚假信息的经营者给予行政罚款可能是更

好的制裁手段。

(4) 关于行政垄断

第5章是禁止行政垄断的规定,主要列举了行政垄断的各种表现,包括强制买卖、地区垄断、部门和行业垄断、强制联合以及制定具有限制竞争影响的行政规定。与此前的草案相比,这个草案在这个方面的内容更全面。

行政垄断方面的主要问题存在于第47条,即对部门垄断或者行业垄断行为的处罚。根据这个规定,如果政府及其所属部门滥用行政权力限制经营者在特定行业的市场准入,排斥、限制或者妨碍市场竞争,其法律后果是由其上级机关予以改变或者撤销。然而,根据这一章的其他规定,政府及其所属部门实施其他类型限制竞争行为的,其后果则是由国务院反垄断主管机关责令其停止违法行为。这即是说,草案对行业垄断行为和其他行政垄断行为的法律后果做出了不同规定。然而,因为行业垄断和其他行政垄断行为的性质是相同的,它们都是政府及其所属部门滥用行政权力的行为,且对市场竞争都有着严重的不利影响,对它们的法律后果做出不同处理在理论上就不好解释。此外,正如前面所指出的,由违法者的上级机关处理行政垄断行为也是不合理的。这一方面因为这里的上级机关不是一个确定的机关,更不是一个确定的司法机关,上级机关的工作人员就不一定具有很强的反垄断意识。另一方面,如果授权上级机关处理下级机关的违法行为,法律上应当有一套包括立案、调查、听证、作出决定等一系列程序,这就需要国家投入相当大的人力和财力,这种做法显然是不现实的。为了有效地制止行政垄断行为,提高国务院反垄断主管机关的权威性,借鉴欧共体法的经验,政府的限制竞争行为应当与企业的限制竞争行为一样,由国务院反垄断主管机关及其授权的机构进行处理。当然,因为行政机关毕竟存在着行政隶属关系,反垄断法主管机关在处理行政垄断案件的时候,应当征求违法者上级机关的意见。

(5) 关于反垄断的执法机关和程序

反垄断法的实体法不足以维护公平自由的市场竞争秩序,还需要执法机关和程序法。与德国的反对限制竞争法相比,中国反垄断法草案在这两个方面的规定都显得过于简单。这里不仅没有关于反垄断主管机关在组织方面的规定,而且也没有这个机构审理案件和作出裁决的程序。在这些方面,立法者尚需花费很大的力气。此外,中国是一个疆土辽阔的国家,仅有国务院反垄断主管机关是不可能处理所有的限制竞争案件的。因此,法律必须对执行反垄断法的地方性机构作出规定,而且应当合理划分全国性和地方性反垄断主管机构的管辖权。

鉴于国家的竞争政策与产业政策常常会出现冲突,作为市场有效竞争的维护者,国务院反垄断主管机关应当有权向政府及其部门就完善和实施反垄断法提出建议和意见。借鉴俄罗斯、乌克兰等国家反垄断立法的经验,这个机关还应当有权对国家立法机关制定的涉及市场竞争的法律草案以及国务院及其部委制定的涉及市场竞争的行政法规提出自己的建议和意见。为了更好地发挥市场机制和竞争机制的作用,政府及其部门就企业集团的建立、重组、合并以及解散等方面的决议,或者限制进入市场的决议,或者给予某个企业特许的决议,或者其他足以影响市场竞争的决议,都应当征求反垄断主管机关的意见。反垄断法主管机关应有权向政府及其部门了解市场竞争的情况。为了确保反垄断法的贯彻和执行,法律应当强调,反垄断法主管机关有权独立地行使职权,即在审理反垄断案件的过程中,不受任何

政府部门或者任何人的干预。此外,鉴于WTO组织在贸易政策与竞争政策方面的努力,国务院反垄断主管机关还应当承担国家在竞争领域与国际组织以及其他国家相关机构的合作和协调工作。

三、中国当前反垄断立法的阻力

1987年8月,国务院法制局成立了反垄断法起草小组,1988年就提出了《反对垄断和不正当竞争暂行条例草案》。1993年9月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,但是反垄断法却至今没有出台。中国反垄断法迟迟不能出台有某些原因,这些原因至今还影响着中国反垄断立法的进程。

1. 思想认识上的阻力

有些人认为,反垄断是市场经济充分发育后的任务。而中国当前经济力量过度集中的问题基本不存在,中国企业的规模还普遍偏小,与世界排名的大企业相比就更小,因此中国当前应当鼓励企业集中,而不是要反垄断。^⑫当然,这已经不是什么新的观点,因为十多年前就曾有人拿中国企业的规模与美国通用汽车公司的规模相比,得出了中国目前不需要反垄断法的结论。^⑬其实,中国经济学界和法学界许多有识之士对此早已指出过,这种观点是错误的。因为任何国家的反垄断法,其目的只是维护本国市场的竞争,要使本国企业感受到市场竞争的压力,保证本国消费者有选择商品的权利。因此,尽管中国企业的规模在目前不及美国通用汽车公司是一个不争的事实,但这不能说明中国制定反垄断法的时机不成熟。事实上,经过20多年的经济体制改革,中国已经有了制定和执行反垄断法的基础和条件:一是计划经济条件下的价格垄断制度已经被打破;二是企业的所有制结构已经实现了多元化;三是国有企业享有越来越大的经营自主权,在相当程度上已经成为独立自主的市场主体;四是随着加入世界贸易组织,中国的经济已经完全融入国际经济。因此,中国当前制定和颁布反垄断法决不是未雨绸缪,更不是超前,而是社会主义市场经济体制本能和内在的要求。

那些以经济全球化和提高中国企业的国际竞争力为由,认为中国反垄断法不应当控制企业合并的观点同样是没有道理的。因为反垄断法绝不是反对所有的企业合并,更不是反对规模经济,它所反对的只是一家企业或极少数企业共同垄断市场的局面。因为在市场垄断的情况下,企业会失去创新的动力,消费者会失去选择商品的权利。因此,中国没有必要为了与跨国公司抗衡而通过政府组建的方式来建立所谓的“国家队”,更没有必要给这种“国家队”以财政补贴。美国、德国、日本等许多发达国家的经验已经证明,国内市场的激烈竞争

^⑫ 见李常青、马红梅:《反垄断法应暂缓制定》,《法制日报》2002年3月6日。

^⑬ 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行业的评价,其中以市场销售额为准,对我国的和美国的最大100家工业企业的规模作了比较。根据这个报告,我国100家最大工业企业中,三分之二企业的市场销售额仅为5亿至15亿元,按当时汇率约合1.34亿至4亿美元。就连最大的工业企业大庆石油管理局,这一年的市场销售额也仅为63亿元,约合17亿美元。而同年美国最大工业企业即通用汽车公司的市场销售额为1017亿美元。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。

和企业在国际市场的竞争力有着非常密切的关系。我们很难想象一个没有在国内市场竞争中进行过练兵的企业能够在国际竞争中取胜。即使有些产品依靠国家补贴具有一定的竞争力,但这种竞争力也往往后劲不足。因此,要提高企业的竞争力,从根本上说,国家应当制定一个合理可行的竞争政策,其中包括控制企业的合并。在另一方面,随着中国加入世界贸易组织,更多的跨国公司将会通过并购或者建立合营企业的方式进入中国市场。如果中国没有反垄断的法律制度,那些掌握高科技并且有着资金优势的大跨国公司就非常容易在中国取得市场支配地位,进而滥用它们的市场势力。因此,中国应当通过反垄断法对大规模的企业并购活动进行控制和限制。

2. 行政垄断问题

有人说,中国当前突出的问题是行政垄断,而行政垄断不是通过反垄断法就能彻底解决的,因此,中国现阶段制定反垄断法的要求并不迫切。这种观点也是错误的。不可否认,行政性限制竞争是中国当前经济体制改革的难点和重点,这不仅要求政府贯彻依法行政的原则,而且要求国家实现经济民主,即经济权力不是过度集中在政府的手中,而是应当在企业和政府间适当分配,实现政企分开。因此,行政垄断问题确实不是一部反垄断法能够奏效的。但是,反垄断法对政府滥用行政权力的行为作出明确的禁止性规定,这不仅有利于政府官员明辩是与非、合法与非的界限,而且也有利于提高他们的反垄断意识,从而自觉抵制这样的违法行为。从这个意义上说,反垄断法不仅是国家深化经济体制改革的手段,而且也是推动国家政治体制改革的催化剂。

事实上,通过反垄断法解决行政垄断的问题也是其他许多国家的做法。例如欧共体条约第 86 条明确规定,成员国不得对其国有企业以及其他享有特权或者专有权的企业采取背离欧共体条约特别是背离欧共体竞争政策的任何措施;第 87 条明确规定,成员国不得利用国家财源优待个别企业或者个别生产部门,损害共同体市场上的公平竞争。由于历史和体制方面的原因,俄罗斯、乌克兰、匈牙利等国家的反垄断法中也大多有制止行政垄断的内容。例如,乌克兰共和国 1992 年颁布的禁止垄断和企业活动中不正当竞争行为法第 6 条明确规定,政府及其所属部门不得对个别企业采取歧视的态度,例如出于限制竞争的目的,禁止在某个部门建立新的企业;强迫企业加入企业集团,或者强迫它们向某些企业提供价格便宜的产品;或者禁止销售来自其他地区的商品,从而导致一定商品市场的垄断化;或者对个别企业提供税收或其他方面的优惠,使它们处于不公平的竞争优势等等。这说明,反对行政垄断不仅是经济体制转轨国家反垄断法的一个重要特色,而且也是这些国家反垄断法的一个重要任务。

中国的反不正当竞争法第 7 条以及国务院 2001 年发布的《整顿和规范市场经济秩序的决定》已经对滥用行政权力限制竞争的行为作出了禁止性规定。这即是说,中国的立法者们已经把滥用行政权力限制竞争的行为纳入了规范市场经济秩序的法律范畴之中。不可否认,尽管有上述规定,中国的地方保护主义问题至今仍然很严重。但是,这只能说明上述法规的效力不足,从而需要反垄断法来强化这方面的法律制度,而不能说明行政垄断问题不能在反垄断法中作出规定,更不能以此得出中国反垄断立法的时机不成熟的结论。

3. 行业和政府的阻力

除了上述思想和认识方面的阻力,中国反垄断立法在一定程度上也受到某些行业的抵

制。可以想见,一些在过去被视为自然垄断的行业如电信、电力、邮政、铁路等部门出于自身的既得利益,它们对反垄断立法自然不会有很大兴趣。因此,这些行业即便不是公开反对这个立法,它们也会以本行业的特殊情况为由要求从反垄断法中得到豁免。今天,对这些所谓的自然垄断行业给予反垄断法豁免已经不符合国际潮流。打破这些行业的垄断不仅对于中国履行加入WTO所承担的开放市场义务是非常必要的,而且还可以推动这些行业的企业努力降低成本,改善服务质量,改善经营管理,从而有利于提高它们市场的竞争力,改善消费者的福利。

此外,中国现阶段的反垄断立法还存在着来自政府部门的阻力。反垄断法是规范市场竞争秩序最重要的法律制度,这个法律的颁布和实施势必会影响中国现行涉及市场竞争的其他法律制度,特别是价格法和反不正当竞争法。有人忧心忡忡地发问,反垄断的执法主体由谁担当?是设立新的反垄断执法机关,还是维持现状,由工商行政管理、价格、技术监督等相关部门分别行使职权?他们的结论是,反垄断法的颁布和执行将会影响中国现行的执法体制,动作太大,所以这个法律应当暂缓制定。^⑭

在中国当前反垄断立法的各种阻力中,政府部门的阻力可能是最大的阻力。不可否认,随着反垄断法的颁布和实施,中国现行的价格法和反不正当竞争法势必得进行相应的修订,而且这势必会影响某些政府部门的执法权限。但是,这决不是“动作太大”或者“目前还不现实”的问题。因为随着经济体制的改革,特别是随着加入世界贸易组织,中国现行法律制度的修订以及现有执法机关权限的变化不仅是必要的,而且也是不可避免的。如果一概要维持现状,何谈改革?既然是改革,肯定会影响某些机构和某些人的权力和利益。现在有人主张,中国当前不应当出台反垄断法,而是应当修订反不正当竞争法和价格法。表面上看来,似乎是这些人认为修订这两部法律可以解决所有的限制竞争问题,然而究其实质,这种主张的目的不过是维护某些机构和某些人的既得利益。

四、入世催生中国的反垄断法

事实上,一个国家是否需要反垄断法,决定性的是它的经济体制。如果一个国家要以市场机制作为配置资源的根本手段,这个国家就得反垄断,就得制定反垄断法,就得为企业营造一个公平和自由的竞争环境。随着加入世界贸易组织,反垄断立法在中国显得更为必要和迫切。这种必要性和迫切性至少表现在以下三个方面:

1. 提高中国企业的竞争力

为了提高企业的竞争力,中国经济界人士提出过各种各样的政策性建议,例如兼并、重组、股份制、债转股、抓大放小、搞活搞死等等。然而,从根本上和长远的眼光看,要提高企业的竞争力,国家应当尽可能在国民经济各个领域引入竞争机制。因为经济学最基本的原理是,只有在市场竞争的压力下,企业才会努力降低产品的价格,改善质量,完善售后服务,从而就会不断开发新技术、新产品、新工艺,努力改善经营管理。因此,市场竞争的过程就是企业不断磨练自己和不断适应市场的过程。从企业的角度看,这是提高了企业的经济效益和

^⑭ 参见前引[12],李常青、马红梅文。

市场竞争力;从社会的角度看,这是优化配置了资源。在当前,打破部门垄断和地方封锁对于在中国建成一个开放、竞争和全国统一的大市场有着特别重要的意义。因为只有打破部门垄断和地方封锁,才能真正实现优胜劣汰的竞争机制,改变当前许多部门和地区因重复建设和重复投资而形成的“大而全”和“小而全”局面。对于企业来说,它们才能摆脱形形色色的行政干预,通过优胜劣汰的竞争机制提高经济效益,扩大生产和经营规模,实现规模经济。相反,处于政府保护下的企业永远是温室中的花朵,既经不起国内市场竞争的考验,更经不起入世的挑战。

2. 遏制跨国公司的垄断势力

随着中国实行经济体制改革和对外开放的政策,跨国公司在中国的投资已经有了相当的规模,特别在电子和通讯设备制造业。根据国家统计局第三次工业普查结果分析,1995年中国电子工业的5大行业中,外商投资企业在四大行业的工业总产值中占主导地位,即通讯设备制造业62.5%,计算机业72.7%,电子器件制造业56.7%,日用电子器具制造业68.6%。绝大多数二级分类行业也是外商投资企业占市场支配地位,例如在集成电路制造业占91.3%,电子计算机外部设备制造业占85.7%,通讯终端设备制造业占75.7%,收音机和收录机制造业占77.5%,总之,跨国公司在中国电子产业基本上取得了市场支配地位。^⑮

中国加入WTO后,随着市场进一步对外开放,更多的跨国公司 will 进入中国市场。这些跨国公司一般不仅拥有雄厚的财力和世界知名的商品品牌,有着势力强大的销售网络和广告宣传,而且在资金和生产技术方面可以得到母公司的帮助,从而可以迅速在中国市场上取得支配地位,甚至可能取得垄断地位。为了避免形成跨国公司垄断市场的局面,为了避免占市场支配地位的企业滥用市场势力,中国也迫切需要制定一个反垄断政策和反垄断法。由于反垄断政策和反垄断法是专门针对有着市场势力的企业而制定的,这个法律将会成为中国遏制跨国公司势力的重要工具。

当然,任何国家的反垄断法都不仅仅是为了遏制外国的垄断势力,而是要运用竞争这个优胜劣汰的机制,实现资源的优化配置。因此,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。然而,与国内一般企业相比,跨国公司因为在资金和技术方面占有明显的优势,甚至取得了市场支配地位,在这种情况下,反垄断法在一定程度上就会起到保护民族工业的作用。总之,在中国进一步开放市场和融入国际竞争的情况下,反垄断法将会起到双重作用,即一方面保护中国国内市场的竞争,为企业创造一个公平和自由的竞争环境,把中国建设成为一个现代化的社会主义市场经济国家;另一方面则是在国际竞争中维护中国企业的正当权益,保护它们有进入市场的机会,从而可以提高中国在国际经济贸易活动中的地位。

3. 改善国家的财政和宏观调控

国内外实践表明,任何一个国家对国有垄断企业一般都存在着补贴的情况。亏损的多补一点,盈利的少补一点。不管明补还是暗补,补贴全部来自国家的财政。中国对国有企业更是普遍存在着各种形式的补贴。因此,人们常常批评国有企业是在吃国家的补贴,或者是

^⑮ 参见王贵贵:《跨国公司的垄断优势及其对东道国的产业控制》,《管理世界》1998年第2期。

在吃银行。打破垄断则不仅可以提高国有企业的经济效益,减少国家对它们的财政补贴,而且,随着私人投资进入过去那些国家垄断经营的经济领域,还会减少国家对这些部门的投资。这样,国家一方面减少了补贴和投资,另一方面增加了税收,国家财政状况自然会得到改善,从而有能力干一些想干的事情,例如发展教育事业、医疗卫生事业、改善社会保障等等。另一方面,因为打破垄断可以提高国有企业的生产效率,降低价格,增加产出,从长远看这还有利于改善国家的宏观调控。即便打破垄断会出现失业的问题,但是随着新的经营者进入市场,这也可以为社会创造新的就业机会。这里关键的问题是政府应当选择引入竞争的最佳时机。

当然,随着反垄断法的颁布,企业可能会在更大的程度上感受到市场竞争的压力。但是,这种压力同时也是企业不断完善自己的动力。因此,除了极个别部门,中国应当尽可能在所有的部门和行业打破垄断,引入竞争机制。实践已经表明,任何形式的垄断包括企业垄断或者行政垄断,都是不合理的现象,其本质不过是限制价格在市场经济中合理调节生产和优化配置资源的功能。从短期看,垄断能够导致产品的价格上涨和质量下降,损害消费者的利益;从长期看,垄断会导致企业的生产效率低下和国家的经济短缺。而且,更重要的是,垄断将会遏制一个国家和民族的竞争精神,而这种竞争精神才是国家经济发展的真正动力。

反垄断法早在1994年就列入第八届全国人大常委会立法规划。1998年又列入第九届全国人大常委会立法规划。鉴于市场机制的重要作用,鉴于保护竞争和反对垄断的必要性和迫切性,中国有关部门应当抓紧时间,尽快制定和颁布这部法律。总而言之,反垄断立法不能再拖下去了。

Abstract :After China's accession to the WTO, the Chinese government is paying more and more attention to issues of competition policy and competition law so as to cope with the increasingly fierce domestic and international competition. Currently, China has yet to develop a complete system of antimonopoly norms, an effective mechanism to punish acts of restricting competition by abusing administrative power, and independent and authoritative antimonopoly law enforcement organs. The Draft Antimonopoly Law adopted in February 2002 is defective in many aspects such as provisions on the abuse of market dominant position, business merger, administrative monopoly and anti-monopoly organs and procedures. Although faced with many difficulties, the adoption of the Antimonopoly Law will increase the competitiveness of the Chinese enterprises, curb the monopoly power of transnational corporations and improve the financial and macro control by the state.
