

试论对外资并购的反垄断法律规制

刘志云

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

摘要: 外资并购是一把“双刃剑”, 一方面推动着我国经济发展, 另一方面却带来垄断等弊端, 所以在如何更好的利用外资并购的同时加强对其反垄断法律规制已是当前决策和立法部门的重要任务。本文立足于此出发点, 对外资并购的反垄断法律规制应包涵的实体和程序上的内容作出探讨, 以求对正在筹备制定的反垄断法有所裨益。

关键词: 外资并购; 反垄断法律规制; 豁免; 中国

[中图分类号]D996 [文献标识码]A [文章编号]1002-4034(2001)02-0046-05

一、对外资并购反垄断法律规制的现实意义

进入20世纪90年代以来, 收购、兼并国内企业(尤其是国企)一跃成为外商对华投资的主要形式。总的说来, 外资并购作为资产重组的一种重要形式, 对盘活存量资产, 调整产业结构, 特别是对我国当前的国有企业改革和吸引外资活动产生着重大的推动作用。然而, 外资并购是一把“双刃剑”, 它在推动国内企业实现规模经济, 市场、制度创新以及增强市场竞争力的同时, 也给我国经济发展带来一定的负面影响, 尤其是在挤占国内市场, 致力垄断地位方面表现尤为严重。据有关报刊杂志统计, 外资已在包括彩管、微电机、小汽车、计算机、程控交换机、光纤电缆、橡胶、轮胎、啤酒、造纸、洗涤用品、医药等行业实质上取得垄断或控制地位^[1]。而另外一方面, 我国反垄断法律制度的迟迟缺位无疑为其实现这种与我国经

济发展相悖的战略目标提供绝佳时机。

总之, 外资并购给我国经济发展带来的种种优势和加入世贸组织后对外开放的承诺决定外资并购在今后必将得到大力发展, 与这相应的是如何克服其所带来垄断市场这一弊端逐渐成为决策和立法部门急需解决的重大课题。对外资并购的反垄断规制是《反垄断法》应解决的任务。

借鉴英美对企业并购的反垄断监管制度, 立足外资并购在我国实际发展情况, 笔者认为反垄断法律应该从实体和程序两方面加以规制。实体方面, 主要规定外资并购合理限度和豁免条款等内容; 程序方面, 主要规定外资并购的申报、审批制度和设立专门的反垄断机构等内容。

二、反垄断立法对外资并购的合理限度之确定

所谓对外资并购的合理限度之规定, 主要是参照国外采用的规模标准、市场份额和

[来稿日期] 2000-09-27

[作者简介] 刘志云(1977-), 男, 江西省瑞金市人, 厦门大学法学院在读硕士研究生。

市场集中度来判断外资并购后是否会形成垄断或实质上限制竞争,并以此确定外资并购是否具有经济合理性。

绝对规模作出判断并购的合理限度之标准在许多国家反垄断法得以确立,如德国《反对限制竞争法》规定:如果参与并购的企业年销售额总共达到120亿马克,且其中两个企业的年销售额总共达到10亿马克,即可推断这些企业共同取得市场支配地位。但以绝对规模作为禁止并购的实质性标准有诸多不妥之处,表现在:(1)竞争只能限于在一定的产品市场或者地域市场上展开;(2)企业的竞争优势完全是相对其竞争者而言,而且最后常常表现在以市场份额或以其他百分比表示的相对占优势的规模;(3)不同行业的企业在平均规模上有很大的不同;(4)从法律的稳定性出发,绝对规模标准应当是一个较为确立的量,而经济动态发展决定很难确定一个恰当的和长期适用的规模标准^②。因此,绝对规模标准不应该是我国反垄断立法规制外资并购的经济合理限度之主要标准,可以定为参考标准。

由于企业的市场份额在很大程度上表现了企业的经济实力和它们在市场中的竞争力,而且,随着企业的市场占有率的提高,也相应提高了它们滥用市场优势的可能性。因此,美国和德国控制企业并购的立法基本都是以市场份额作为判断企业市场地位的标志。我国外资并购的立法也应当从并购企业的市场份额出发,防止外资并购后拥有的市场份额过大和出现市场集中度过高的情况。

市场集中度是市场上的企业数目和它们各自市场份额的函数,在美国1992年《合并指南》和德国《反对限制竞争法》中,对此确立了两套不同的测度方法。根据1992年《合并指南》第1节第5条规定,美国反垄断当局应使赫芬达尔指数(Herfindahl-Hirschman Index,简称HHI)说明市场集

中,该指数是将市场所有者的市场份额平方后再相加来计算的,并按赫芬达尔指数的测量将市场集中分成三类,即没有集中的市场(赫芬达尔指数低于1000)、中度集中的市场(赫芬达尔指数处于1000和1800之间)和高度集中的市场(赫芬达尔指数超过1800)。若企业并购后市场上赫芬达尔指数不足1000,则并购不具有反竞争效果;若并购后市场赫芬达尔指数在1000到1800之间,且并购后较并购前的指数提高不足100个点,并购也不具有反竞争效果,但若提高了100个点上,则具有反竞争效果而可能遭禁止;若并购后市场赫芬达尔指数达到1800以上,且并购后较并购前的指数提高了不足50个点,则并购不具有反竞争效果,但若提高了50个点,特别是提高100个点上,便可断定并购可能产生或者加强市场势力,或者推动了行使市场势力,从而可能遭到禁止。德国《反对限制竞争法》第22条第3款确定与美国《合并指南》不同的测度方法。该款规定,就某种特定的商品或工业服务,如果一个企业至少占有其它的市场份额或者3个或3个以下企业共同占有其50%或50%以上的市场份额,或者5个或5个以下企业共同占有其2/3或2/3以上的市场份额,则可推定这个或这些企业已取得市场支配地位。

两种测度方法相比,德国的比较简单、直观、对比性强,而且这种方法只是关于一个或少数几个大企业的市场份额,比较容易取得数据。由此,我国反垄断立法对外资并购的经济合理限度之衡量应该依照德国做法,并根据我国具体国情对经济合理限度的“量”的标准作出合理界定。

当然,光凭市场份额来判断外资并购的经济合理限度是不够的,在实际实践中必须参考其他一些相关因素。根据各国反垄断法通行做法,我国反垄断立法可以根据外资并

的经济形式分别予以考虑。

横向并购，系指市场上竞争对手间的并购⁶⁵。在横向并购中并购与被并购企业处于同一行业，产品属于同一市场，其并购的主要经济目的就是在于消除竞争，增加并购企业的市场份额。通常认为，横向并购即便没有导致垄断的出现，但形成垄断的趋势是明显的。所以，《反垄断法》必须对其严加规制，根据英、美立法和实践之经验，我国反垄断立法应规定可从以下方面对其考察，包括：(1) 外资并购是否明显导致市场集中化；(2) 外资并购是否使进入该行业困难；(3) 外资并购是否产生潜在的反竞争效果；(4) 外资并购是否违反国家引资战略和外资产业政策等。

纵向并购中被并购企业的产品处于并购企业的上游或下游，是前后工序的生产关系，其并购的经济目的可以是为保证销路或为保证供应。同横向并购相比，纵向并购造成的限制竞争程度显然没有其严重，但这种可能却一样的存在。如一家供应商成功并购另一家买主后，其他供应商就有可能被排斥在这家买主所代表的那部分市场之外。根据外资纵向并购的特点，我国反垄断立法对外资纵向并购的经济合理限度之规定应考虑以下因素：(1) 并购的对象是否是竞争性供给者；(2) 有无图谋取消被并购方所拥有的那部分市场；(3) 是否进行掠夺性定价；(4) 是否易形成行业进入障碍；(5) 是否存在价格歧视；(6) 并购规模对相关产业的影响程度；(7) 并购是否符合国家引资战略和外资产业政策等。

混合并购中并购与被并购企业分别处于不同的产业部门、不同的市场，且这些产业部门之间没有特别的生产技术联系，所以其造成的控制或垄断现象之可能性跟横向并购或纵向并购相比较是最小的。但其仍然可能对有效竞争产生损害，主要表现于减少竞

争、促成垄断、引致不正当商业行为等。混合并购减少竞争的可能主要是依据“潜在竞争者理论”，即如果一个意欲进入新市场的大型企业被市场上现有的企业公认是潜在竞争者，那么它通过合并一个市场上已有的、占有相当市场份额的企业进入市场，就会减少市场竞争⁶⁶。这种现象在外资并购中很普遍，因为在目前我国实施严格外资产业政策和外商对我国市场缺乏了解的情况下，外商以混合并购进入中国市场是较为安全和高效的方式。如在粤海投资收购深圳啤酒厂、麦芽厂和中山威力洗衣机厂、岷壳集团并购顺德华宝公司、中策控股太原橡胶厂等典型案例中，并购方都可能充当了“潜在竞争者”的角色。此外，混合并购也可能引致不正当商业行为，包括商业互惠而导致的价格歧视和市场进入堡垒等。总之，我国反垄断立法对外资混合并购的经济合理限度的判断应考虑以下因素：(1) 混合并购的规模是否对相关产业产生举足轻重的影响；(2) 混合并购是否涉及潜在竞争者；(3) 混合并购是否引致价格歧视和市场进入堡垒；(4) 混合并购是否造成集中性市场；(5) 混合并购是否符合国家引资战略和外资产业政策等。

值得注意的是，国家外资产业政策对反垄断立法的外资并购经济合理限度之规定影响重大，我国外资产业政策将外资准入领域分成鼓励、允许、限制及禁止等四种类型，并规定部分产业或项目必须由中方控股或不允许外商独资。为与此协调，反垄断立法对鼓励外资进入的领域的外资并购之经济合理限度规定应较为宽松；对限制外资进入领域的外资并购之经济合理限度规定应较为严厉；对允许外资进入领域的外资并购之经济合理限度规定应介于鼓励类和限制类的规定之间；对于国家禁止外资进入的领域，则不允许外资并购活动的开展。另外，外资产业政策规定必须由中方控股或不允许外商独资

的项目,外商控股比例应受限制,其以控制目标企业为目的的并购行为遭禁止或限制,这时外资并购的经济合理限度之规定也应有这些规定相协调。

三、反垄断立法对禁止外资并购的豁免规定

当某些外资并购事实上已超出并购的经济合理限度但其带来的积极效果却远远大于消极效果时,显然,反垄断法应对其作出禁止并购的豁免,否则有悖法之正义、公平价值。根据美国、日本和德国的反垄断立法和司法经验,对禁止企业并购的豁免主要包括改善市场条件、潜在的市场进入、整体经济利益或社会公共利益等三种情况。

1. 改善市场条件。因改善市场的竞争条件从而可以得到豁免的并购主要有以下几种情况:(1)占市场支配地位的大企业取得其他市场上的小企业;(2)在独占的或者寡头垄断的市场上,一个新进入市场的强有力的竞争者可以被视为是推动竞争的新生力量,从而可以改善市场的竞争状况;(3)占市场支配地位的一个大企业取得同一市场上一个市场份额非常小的竞争者;(4)占市场支配地位的企业兼并濒临破产的企业^⑤。而在我国,对于改善市场竞争条件的外资并购不乏实例。如“美国柯达公司并购厦门福达案”中,福达原是国内少数几个知名感光企业,但进入20世纪90年代后由于各种原因经营不善,负债累累,濒临破产,而被柯达并购后,据报载,并购后次年(即1999年)产值达19亿元,同比增加944%,光这年纳税额就越过其前十几年的总和^⑥。所以,为使反垄断的经济效力有效发挥,我国反垄断立法对可能超出经济合理限度但可“改善市场条件”的外资并购也应设置豁免规定。

2. 潜在的市场进入。在美国1992年新修改的《合并指南》第三节中,对此作出了

较为详细的规定:“如果进入某个市场很容易,以至并购后参与市场的企业不可能通过集体或单方行为有利可图地维持一个高于并购前水平的价格,并购就不可能产生或者加强市场势力或者推动行使市场势力,这种进入可能会将一个反竞争的并购遏制在其萌芽状态中,或者能够阻止或抵销其反竞争的效果。”“如果市场进入在其重要性、特点和范围上是及时地、可能地和充分地阻止或者抵销并购的反竞争效果,该市场进入就是容易的,在易于进入的市场上,并购不会产生反垄断问题。”在这里,“及时性”是指潜在的竞争者能够及时进入市场;“可能性”是指进入市场的企业可获得适当销售机会;“充分性”指进入者要具备足够的生产技术和财力,能充分实现其销售机会,这才可能有足够的力量阻止或抵销并购的反竞争的效果。因为潜在的竞争对市场上现有的企业的市场行为可以发生重大影响,我国的反垄断立法对外资并购的控制必须考虑市场上的潜在的竞争关系。一般认为,国内一些产品较为成熟,技术含量低,生产投入不需过大且不为国家专营或特许经营的行业,外资并购不影响潜在的竞争者进入市场。如香港中策公司收购并控股杭州、银川等两家大型橡胶厂后,其产品在该行业占据相当的市场份额,但这并不妨碍原有或后设的其他橡胶厂商进入市场和展开竞争。

3. 整体经济利益或社会公共利益。以维护整体利益或者社会公共利益为由,要求对某些产生或加强市场支配地位的并购进行豁免,这在各国反垄断立法和司法实践中已成通例。如美国波音与麦道公司已占据国内甚至国际飞机制造业的较大市场份额(前者实际上已是世界最大的飞机制造商),但与欧洲的空中客车对抗,政府毅然允许两家公司合并,其交易额达140亿美元,成为全球飞机制造业超级霸主。同样,我国反垄断

立法对外资并购的反垄断规制也应当考虑这些因素,具体包括:(1)对于国内生产技术落后,开发能力较差,在国际市场上缺乏竞争力的行业,应当放宽掌握先进技术的外国公司并购国内企业的股权限制和并购的经济合理限度之控制;(2)对于产品100%出口的合营企业,可以不规定或放宽外资持股限制;(3)对于非重要行业的亏损和微利企业,适当放宽外资并购的规模限制等。

四、反垄断立法对外资并购的审查制度规定

考察国外发达国家有关外资并购审批制度的立法,一般有二种做法。在美、英、德、法等国,无论是对国内并购还是对跨国并购交易的审查,都由该国的反垄断管理局或授权一个政府部门履行反垄断管理职责,从属于反垄断法,因而这些国家的反垄断法对企业并购(包括跨国并购)的审查制度规定得非常详细具体;而在澳大利亚和加拿大,则对国内并购与跨国并购分别制定两套不同的法律和规定不同的审查部门,国内并购的审查制度主要由反垄断法(或竞争法)确定,而对跨国并购的审查制度,主要由外资管理法规定,反垄断法只就跨国并购的反垄断问题作出专门性规定。我国应参照澳大利亚和加拿大的做法,即国内并购的审查立法

与外资并购的审查立法分别由反垄断法和外资法负责。与此相应的是,对外资并购的审查制度主要由外资法规定,而反垄断法只须对外资并购有关反垄断方面作出规定。具体应包括:(1)建立专门的反垄断主管机构,对外资并购的审查实行由反垄断主管机构与外资主管部门联合审查的制度,而前者对外资并购的审查集中于外资并购是否产生控制或垄断市场方面;(2)反垄断主管部门对外资并购的反垄断审查应对横向并购、纵向并购、混合并购三种类型区别对待;(3)反垄断法对外资并购的反垄断审查规定应与外资法对外资并购的审查制度之规定以及国家外资产业政策相协调。

[参考文献]

- [1]孙学文.三资企业大透视[M].北京:当代中国出版社,1998,190.
 - [2][5]王晓晔.企业合并中的反垄断问题[M].北京:法律出版社,1996,244~245,249~250.
 - [3]See Henry Campbell Black's Law Dictionary, Fifth edition, West Publishing Co. 1979, 892.
 - [4]曹士兵.反垄断法立法研究[M].北京:法律出版社,1996,193.
- 960 涂孝宏.郎立斐.站在巨人肩上[N].厦门日报,2000-03-19(1).

(责任编辑 武 齐)

通 告

凡在本刊已发表文章的作者,如地址、邮编和工作单位有变动,请速来信告知新的通讯处,以便及时汇寄稿费。谢谢合作。

本刊编辑部