

# 论 GATs 的反垄断规则对我国 反垄断立法的影响

杨建锋

(厦门大学法学院 福建厦门 361005)

**摘要:** 中国加入 WTO 后, 必须遵守乌拉圭回合一揽子协议。因此, 中国应根据《服务贸易总协定》中的反垄断规则来制定反垄断法。本文在分析《服务贸易总协定》反垄断规则的基础上, 讨论了中国反垄断法的立法取向及相关的程序问题

**关键词:** GATs 反垄断规则 反垄断法 立法取向 合并申报

我国加入 WTO 后, 我们就必须要遵守 WTO 的一揽子协议, 其中就包括《服务贸易总协定》(以下简称 GATs)。GATs 的第 8 条规定了垄断和专营服务提供者规则, 第 9 条规定了商业惯例, 这些规定对我国当前正着手进行的反垄断法的立法工作有相当的指导意义。我们制定的反垄断法必须符合 GATs 垄断规则的精神, 从而使我们的国内企业在入世后既能融入国际竞争, 又能提高国际竞争能力。

一、据 GATs 反垄断规则确定我国反垄断立法的价值取向

当前, 我国正在进行反垄断立法工作。学者们对反垄断法的核心任务存在一定争议, 一派学者认为控制企业合并是反垄断法的核心内容, 而另一派学者则主张我国反垄断法不能以调整企业合并为核心, 而应以反行政性垄断为主要任务。

据 GATs 的反垄断规则, 其主要禁止的是那些滥用市场支配地位而对竞争造成损害的行为。因此, 第一派学者主张以调整企业合并为反垄断法核心的观点过于超前了。如果将其实施, 只能阻碍中国规模经济的发展, 在与外国企业的竞争中, 我国企业只能是“鸡蛋碰石头”, 一碰就破。而另一派学者则看到目前我国对竞争造成损害的并非企业合并, 而是行政性垄断行为。同时他们看到, 规划企业合并的反垄断立法应以提高“效率”为定位。在决定企业合并是否需要禁止时, 要考虑企业合并是否有利于资源配置, 是否有利于各个企业生产效率的提高。只有当企业合并不仅不利于资

源配置和各个企业生产效率提高, 反而产生损害竞争的效果, 法律上才应以禁止。我赞成后者的观点, 我认为, 据 GATs 的反垄断规则, 中国的反垄断立法的核心内容即立法取向应是对危害竞争的企业合并行为与行政性垄断进行规范。

可以说, 得出这一结论, 主要是基于以下几点分析:

1 入世后我国的反垄断法必须符合 GATs 的反垄断规则

加入 WTO, 就意味着对其协议的一揽子接受。GATs 的反垄断规则对限制竞争的垄断行为进行了规制。由此, 我国的反垄断法就必须对目前对竞争造成损害的行政性垄断进行规范, 同时对企业合并中可能对竞争造成危害的行为进行约束。只有这样, 才能在国际一体化的交往中更好地融入国际社会, 同时免受他国的反垄断指控。

2 西方国家反垄断法的启示

一个较为普遍的错觉是, 只要一提到反垄断法, 似乎就是不鼓励企业合并。其实西方各国的反垄断法对绝大多数的企业合并是不干预的。按德国的卡特尔法, 只有拟合并企业的上一年的总销售收入达到了 20 亿马克, 而且在该企业所在市场上, 中小企业所占份额不低于 2/3, 拟合并企业所占的市场份额不低于 5%, 该项合并计划才可能被视为有害竞争, 可能不被批准。欧共体 1989 年出台的合并条例也规定, 只有拟合并的企业中至少一个企业的年销售额达到 50 亿欧洲货币单位, 而且其中至少两个企业的年销售额分别达到 2 亿

5千万 ECU,才属于管制对象。此外,各国的反垄断法中还规定了许多例外条款,如德国的卡特尔法中专门列举了许多例外卡特尔,像为了抑制生产过剩,各企业联合起来限制产量以渡过经济危机的“结构危机卡特尔”,合理化卡特尔条款,中小企业合作卡特尔等。

所以,研究反垄断法,不能离开制定反垄断法的目的和政策考量,而这是因国而异的:德国卡特尔法可以说是最能体现竞争精神的代表之一,该法把维护公平竞争,禁止限制竞争行为作为最高原则。尽管德国卡特尔法在诞生之初受美国反托拉斯法的影响,但是它无疑在一定程度上超越了美国的反托拉斯法。第6次修订的德国卡特尔法于1999年1月1日生效,其目的在于要建立更现代化的、行之有效的竞争法。日本的反垄断法则开宗明义,将反垄断法的目的概括为“禁止不正当的私人垄断以及不公正的交易方法,防止企业支配力的过度集中,防止通过企业合并、缔结合同等方式对生产和销售活动进行限制,促进竞争和经营者的创造力,维护就业以及国民收入的提高,保护消费者利益和维护国民经济健康发展”。故任何国家的反垄断法均体现了一国的国家民族利益,一国不能因为自己制定的反垄断法而影响本国企业参与国际的激烈竞争。

### 3 对我国基本国情的分析

反垄断法的制定必须立足于对中国实际情况的考察。我国是一个发展中国家,企业平均规模总体来说偏小,竞争力不强,这表现在:1.目前真正能够垄断国内市场的企业,除特殊行业外几乎没有。换言之,我国并没有真正通过市场竞争而形成的垄断企业,市场的实际情形是小企业为了求生存而进行残酷竞争。2.少数市场由带有浓厚行政色彩的企业严重垄断,例如电信、能源供应等。这种垄断已明显表现出限制甚至消灭竞争的潜在危险,它阻碍技术进步和改善服务质量的弊端是显而易见的。3.外国企业设在中国的独资企业或者合资企业垄断国内某一产品或者服务的倾向和可能性越来越大。民族企业难以与之竞争,更难以进行以提高竞争力为目标的技术改造和研究发展。现行局面的造成当然是各种复杂因素综合作用的结果,单就法律而言,主要原因是:第一,我国企业股份化程度不高,证券交易市场只是具备了雏形,使得企业间相互投资极为不便,而且因为缺少企业转变其自身法律形式的法律规定,企业股份化的难度也很大。第二,推进中小企业合并的优惠政策和法律尚不健全。西方国家虽然从规律上禁止垄断但不仅鼓励中小企业间的合并,而且对大企业间从事科研合作也不予限制。第三,缺乏康采恩法对大企业进行组织上的规范,也缺乏反垄断法对大企业(特别是行政性垄断企业)滥用市场垄断

地位的行为进行规范

上述的国情表明,中国企业合并的过程才刚刚起步,任重而道远,这和德国较为成熟的市场经济不同。因此,可以说在增进竞争力发展企业集团和反垄断而形成的各种矛盾中,前者是更主要的矛盾,应首先加强企业集团的立法,促进企业的合并。但另一方面,也必须加强反垄断的立法,在促进企业合并的总体政策指导下,保障我国的企业集团一开始就遵循公平竞争的市场规则,成为市场竞争的促进者而不是阻碍者。同时,在维护公平竞争,防止垄断的任务外,反垄断法还应担负促进技术进步、鼓励竞争与合作等重任,特别是促进中小企业的合作与技术进步,增强其竞争力。

## 二、GATs反垄断规则中的程序条款对我国反垄断立法模式的影响

GATs第8条第3款规定:“如一成员有理由认为任何其他成员的垄断服务提供者以与第1款和第2款不一致的方式行事,则在该成员请求下,服务贸易理事会可要求设立、维持或授权该服务提供者的成员提供有关经营的具体信息。”在该条款的启示下,我国反垄断法也应对控制合并的程序进行规定,尤其是借鉴该条款对企业的合并申报进行规范。

### 1 事前申报制度

要对合并进行控制,就必须要求达到一定规模的合并向有关机构进行申报,使之有机会审查那些需要控制的合并。据西方国家的经验,合并申报应当采取事前申报的制度。申报的内容主要包括:第一,参与合并的经营者的情况,包括企业名称、生产或经营的产品、职工人数、资产、上一营业年度的市场销售额、利税情况等;第二,参与合并的经营者在上一会计年度的财务报表及营业报告;第三,参与合并的经营者申请合并的相关商品的生产或经营成本、销售价格及产量等资料;第四,实施合并对整体经济和社会公共利益的影响;第五,合并的理由。

### 2 需要申报的合并规模

对此,国际上有两种做法,一种是要求达到一定市场销售额的企业合并时进行申报。例如,美国的1976年颁布的《哈特-斯科特-罗迪诺反垄断修订法》(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act)规定,如果取得企业的市场销售额或资产超过1亿美元,被取得企业的市场销售额或资产超过1000万美元,而且取得企业至少要取得对方1%的财产或者股份,或者被取得的股份或者财产至少达到1500万美元,这样的合并就必须进行申报。德国反对限制竞争法也是按照市场销售额对合并进行规制的,根据该法第35条,如果参与合并的企业在全球的销售额达到10亿马克,而且至少有一个企业在德国境内的销售

额达到 5 千万马克。也有些法律按照市场份额要求企业进行申报,例如,台湾《公平交易法》第 11 条规定,如果合并后企业可以占到 1/3 市场份额,合并得事先申请批准。

这两种方式中,市场销售额标准是一个较好的方法。因为市场销售额是一个客观的数据,企业可以从会计帐簿中查找。一方面,计算市场份额需要给市场划界,涉及产品市场和地域市场的范围,这是应当由经济学家完成的工作。另一方面,因为计算市场份额是非常复杂的工作,企业难以胜任。如果企业没有按照科学方法计算市场份额,这个责任由谁承担,要求企业承担显然是不合适的。有人认为,反垄断法主管机关应定期公布市场占有率超过 20% 的企业名单,这个任务不仅太繁重,而且也是没有必要的。因此,我认为,企业申报最好使用市场销售额的标准。此外,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。在这种情况下,对企业合并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。

### 3 审查的标准

这主要涉及到对市场支配地位的认定,从而确定一个合并是否应被禁止。如果企业通过合并能够在相关市场上取得市场支配地位,或者能够进一步加强其市场支配地位,这个合并就可能对市场竞争有着不利的影响。这是因为根据经验,占市场支配地位的企业非常容易滥用其市场优势。美国和德国的企业合并控制法基本都是以市场份额作为判断市场的集中度或企业市场地位的标准,但它们采用了不同的测度方法。根据德国的反对限制竞争法,如果一个企业至少占到三分之一的市场份额,三个或者三个以下的企业共同至少占到二分之一的市场份额,五个或五个以下的企业共同至少占到三分之二的市场份额,就可以推断说,这个企业或这些企业共同取得了市场支配地位,除非这个或者这些企业能够证明,在市场上或在这些企业间还存在着实质性的竞争。美国司法部的合并指南是使用赫芬达尔指数(Herfindahl-Hirschmann-Index)<sup>①</sup>的平方算法,即将市场上所有企业的市场份额平方后再相加。根据这种方法,若企业合并后的市场上赫芬达尔指数不足 1000,这个范围的市场是没有集中的市场,而没有导致集中的合并是不可能具有反竞争效果的。若合并后市场的赫芬达尔指数在

1000 和 1800 之间,这个市场就是中度集中的市场。在中度集中的市场上,如果合并使市场的赫芬达尔指数较合并前提高不足 100 个点,合并便不具有反竞争的效果;如果合并使赫芬达尔指数提高了 100 个点上,合并则可能遭到禁止。若合并后市场的赫芬达尔指数达到 1800 以上,这个市场便是高度集中的市场。在高度集中的市场上,若合并使赫芬达尔指数提高了不足 50 个点,合并便不具有反竞争的效果;反之,特别是当合并使市场赫芬达尔指数提高了 100 个点上,便可推断合并可能产生或者加强市场势力,或者推动行使市场势力,从而可能会遭到禁止。

这两种方法各有优点。德国方法显得简单、直观。而赫芬达尔指数算法因为列入统计的不仅有一个或者几个大企业的市场份额,还有市场上其他企业的市场份额,因此这比统计一个或者少数几个企业的市场份额更能全面反映市场的集中度。然而,赫芬达尔指数的算法需要复杂的统计工作,操作很不方便,因此,我国反垄断主管机关最好按照合并后企业的市场份额来推断合并是否产生或者加强了市场的支配地位。

### 三、结语

以上是笔者在对“GATs 反垄断规则对我国反垄断立法的影响”这一问题进行研究时的几点思考。笔者认为我国的反垄断法的征求意见稿基本符合国际潮流,尤其在总体方向上把握得很好。但由于该草案大部分是借鉴美国、德国等国家反垄断法的规定,有的条文甚至就是照搬外国,导致语言上的一些瑕疵,同时部分条文也与我国的实际国情不符。因此,我国的反垄断法还应在细节方面作一些修改,以臻于完善。

### 参考文献:

- [1] 王晓晔. 竞争法研究 [M]. 北京: 中国法制出版社, 1999.
- [2] 曹士兵. 反垄断法研究 [M]. 北京: 法律出版社, 1996.
- [3] 王晓晔. 反垄断法与市场经济 [M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [4] 郝开. 竞争法律环境论 [M]. 上海: 上海财经大学出版社, 1999.
- [5] 吴宏伟. 竞争法有关问题研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000.
- [6] Wolf Sauter. Competition Law and industrial policy in the EU. New York; Oxford University press, 1997.
- [7] Ivo Van Bael. Competition Law of the European Economic Community. Bicester: CCH Editions Ltd, 1994.

责任编辑: 王秀玉

① 依赫芬达尔指数测度市场集中度增加的情况时,可不考虑整个市场的集中度,而只需将合并企业各自的市场份额相乘再乘 2 即可得出。如,合并企业的时常份额分别是 5% 和 10%,合并后赫芬达尔指数提高  $100(5^2 + 10^2 \times 2 = 100)$ 。这个技术方法的解释如下:在计算合并前的赫芬达尔指数时,合并企业的市场份额被分别进行了平方,即  $a^2 + b^2$ 。合并后,这些份额的总和得进行平方,所以,合并后赫芬达尔指数的增加额等于  $2ab$ 。