

我国反垄断法的理论探究与立法完善

杨建锋

[摘要]我国在入世之后,面对国际性大企业的进入,反垄断法的起草就成了当前理论界探讨的热点。本文拟对反垄断的基本理论问题进行阐释,同时结合我国当前的立法实践探讨其不足并提出完善建议。

[关键词]反垄断法;垄断协议;市场支配地位;企业合并;行政垄断

中图分类号 DF4

文献标识码 A

文章编号 1000-8780(2003)03-0069-04

法律作为上层建筑的一部分,不论其是否具有“滞延性”或“超前性”,总是具有“与时俱进”的品格。我国即将在21世纪初出台的反垄断法,应当在认真总结我国反对垄断发展社会主义市场经济的基础上广泛收集分析吸取国外反垄断法有益做法并体现新世纪的先进性。本文拟就对反垄断法的基础理论问题进行阐释,同时结合国家经贸委和国家工商局主持起草的《中华人民共和国反垄断法大纲(草案)》(以下简称《大纲》)以及现有关于反垄断的相关立法对现阶段反垄断立法的缺陷进行分析评价并提出相应的完善建议。

一、反垄断法的基础理论问题

反垄断法在西方国家被称为“经济宪法”、“自由企业的大宪章”。其作为经济法的核心,对于规范市场竞争行为,促进经济稳定健康发展具有重要意义。传统的反垄断法在实体法上有三大支柱:垄断协议的规制制度、禁止滥用市场支配地位和控制企业合并。

(一) 垄断协议的规制制度

对于垄断协议,世界各国立法并没有给予明确规定且各国学者也众说纷纭。但从笼统上说笔者主张垄断协议就是独立的企业间排除或限制竞争的协议。由此其应具有以下几个特点:1、垄断协议作为民事合同的一种,其当事人必须是两个以上独立的具有平等法律地位的企业;2、垄断协议是当事人以限制竞争为目的意思表示一致的外在表现形式,可以是书面形式、口头形式或默示形式,并最终以当事人的共同行为加以体现;3、垄断协议是一种需要登记甚至批准的合同,体

现了国家对经济生活的干预。4、本身违法原则与合理原则是垄断协议违反与否的判断标准。前者意即只要出现法定的垄断协议,如企业间限制价格的卡特尔协议则不必具体考察其对竞争的影响,反垄断主管机构可直接宣布其违法并予以禁止等制裁;后者意为这种垄断协议是否严重限制竞争以及利弊大小需要调查研究后才能确定,如果其对竞争的限制有合理性,则属于有效的合同。反之,则会被宣布为非法合同而归于无效。

从垄断协议主体即当事人之间是否有竞争关系区分,垄断协议有横向垄断协议和纵向垄断协议之分。横向垄断协议又称卡特尔。笔者认为在给卡特尔下定义之前,必须澄清一个问题,即卡特尔是一种特殊的民事合同,这种合同的特殊性一方面表现为国家对这种合同的主动的积极的干预和监管,另一方面则表现为它对合同是所有当事人意思表示一致的一种突破。详言之,卡特尔不仅包括当事人之间协商一致所达成的传统意义上的合意,而且包括“拟制的合意”,即企业联合组织根据多数决议原则所作出的决议和其他形式的共谋或共同的行为。故笔者认为其应该是指两个或两个以上独立的并且有竞争关系的企业之间通过明示或默示的方式所达成的限制竞争的协议。由此卡特尔所具有的一个独有的特征就是其当事人必须是处于同一产业相同经济阶段并具有竞争关系的企业。而纵向垄断协议则是两个或两个以上处于同一产业不同经济阶段独立的虽无直接竞争关系但有买卖关系的企业之间通过明示或默示的方式所达成的限制竞争的协议。

[作者简介]杨建锋(1977-),男,山东济南人,厦门大学法学院国际法专业硕士研究生。

（二）禁止滥用市场支配地位

市场支配地位是企业特定市场上所具有的某种程度的支配或控制地位,即在相关的产品市场、地域市场和时间市场拥有决定产品产量价格和销售等各方面的控制能力。对于市场支配地位的界定,笔者倾向于将市场份额作为确定的主要标准。因为在一般情况下,只有当一家企业独家占有或几家企业共同占有某一市场相当大的市场份额时,其才有足够的势力排除竞争控制市场。对市场的支配地位本身并不违法只有对这种支配进行滥用才是违法的。滥用市场支配地位是具有市场支配地位的企业凭借这种地位,在一定的交易领域实质性地限制竞争,从而为反垄断法所禁止的行为。企业之所以能够实施滥用行为,就是因为其具有了市场支配地位,该行为在有效竞争机制运行的市场环境里是不可能实现的。同时,滥用其市场支配地位行为给市场上的有效竞争带来了危害,使同业竞争者和交易相对人的利益受到损害。

（三）控制企业合并

反垄断法中根据合并对竞争的影响不同可将企业合并分为三种不同的类型,即横向合并、垂直合并和混合合并。横向合并,又称为水平合并,是指处于相同市场层次上的或者说具有竞争关系的企业之间的合并,它是销售同样或者具有密切替代关系的产品实际的或者潜在的竞争者之间的合并。横向合并的结果是在该市场上创造一个更大的经营者和增加集中度。垂直合并,又称为纵向合并,是指处于不同市场层次上的企业之间的合并。垂直合并可以减少企业之间相互交易的费用,提高经济效益,但是,垂直合并也可能在两个市场层次都阻碍竞争对手的供货渠道和货源,并且,在阻碍其他企业进入的同时,提高两个市场的独占力量。混合合并是处于不同市场上的企业之间的合并,是处于互不关联的市场上的企业之间的合并。混合合并虽然不能直接提高一个工业部门的集中度,但从长远和发展的眼光看,它也能推动经济的集中和市场势力的增长。在上述三种合并中,横向合并最容易受到法律禁止,因为它直接减少了竞争者的数目,加强了市场势力,尤其在市场参与者不多的情况下更是如此。混合合并三种合并之中是最容易被许可的,垂直合并处于两者之间。

二、我国反垄断立法面临的挑战与认识误区

基于上述对反垄断法基本理论的分析,结合《大纲》的规定与我国当前的实际状况,笔者认为我国反垄断立法目前存在如下的问题与认识误区。

（一）垄断协议规定的立法欠缺

垄断协议是我国未来反垄断法的核心制度之一,但是《大纲》在垄断协议方面的部分规定还值得商榷,主要反映在对横向垄断协议的规定上。譬如,大纲第17条规定的是“协议的豁免”及可豁免的卡特尔,但其却规定“经营者之间限制竞争的协议,如果有利于整体经济与社会公共利益,且不损害实质上的竞争,并经国务院反垄断的主管机关许可,可不适用本法”,这显然是未能将可豁免的卡特尔与不适用反垄断法的卡特尔正确区分开来。可豁免的卡特尔有两种可能:一是因不合理的在实质上限制竞争而不被豁免禁止,它属于违法的卡特尔。二是因合理的限制竞争而被豁免禁止,它被视为合法的卡特尔。而不适用反垄断法的卡特尔(即适用除外的卡特尔)则本身属于合法行为,除非其有垄断力滥用情形。因此,可豁免的卡特尔并非“不适用本法”,而是可由“国务院反垄断主管机关”依照本法予以禁止的豁免即批准。另外,《大纲》第18条规定,不论是本身违法的卡特尔,还是适用合理原则的卡特尔,一律要向国务院反垄断主管机关申请批准。笔者认为,要求所有的卡特尔都向国务院反垄断主管机关申请批准,会大大增加反垄断主管机关的工作负荷,并且会大大增加执法费用,不如象德国那样,将卡特尔依照其对竞争影响的轻重程度的不同而分成登记卡特尔、可驳回的卡特尔和需批准的卡特尔进行,简繁程度不同的监管。这样,一方面会大大减轻反垄断主管机关的工作负荷和费用负担,另一方面又会大大提高监管效率,从而减轻企业的各方面负担。

（二）控制企业合并的立法不足

我国目前关于企业合并的法规存在以下问题:一是缺乏统一性。有关规定只是分散于众多的《条例》、《通知》、《暂行规定》和《反不正当竞争法》之中,没有形成一个专门和完整的总体法规体系。二是缺乏权威性。大部分规定只是散见于国务院各部委发布的行政法规中,大多仅具有政策意义,有的仅仅是一种态度。三是缺乏操作性。所有规定对于禁止垄断的实质性问题如垄断的界定、构成等均未涉及,其中许多还没有关于法律责任、处罚方式的规定,在法律适用方面没有操作性,这就导致了某些非法垄断行为的屡禁不止。四是带有附属性。虽然《反不正当竞争法》中对某些市场垄断作了禁止性规定,但只是附属于该法中,其作用十分有限,而且由于该法大部分内容属于私法性质,其调整对象、保护手段等均与具有公法性质的反垄断法有很大差异,难以完成禁止垄断的使命。五是执法机关的独立性和权威性不够,反垄断法的任务是同大企业或者大企业集团的限制竞争行为作斗争,这就要赋予执

法机关相当大的独立性和权威性,而我国的《反不正当竞争法》是将政府工商行政管理部门确认为执行机构,其独立性和权威性显然都不够。

（三）行政垄断的认识误区

行政垄断是国家运用公权力实施并保护的排除或限制竞争的行为,行政性垄断在我国反垄断进程中存在的问题尤其突出。笔者认为目前对行政垄断的认识误区有三:

其一,我国许多学者均认为行政性垄断是中国的特色,为中国所独有,但笔者认为行政性垄断不仅存在于中国,在其他转型国家即像我国这样处于市场经济建立初期、原先长期实行计划经济的国家也大量存在,甚至在西方国家也不同程度地存在。

其二,当前许多学者主张中国反垄断法律制度的主要注意力应该放在反对行政垄断上,而对于经济垄断问题的理解则始终争讼缠绵。较流行的学说认为,考诸中国的经济发展现状,其尚不具备酿生经济垄断的土壤,因而经济垄断在中国还仅是具有“潜在的威胁性”。并由此断言,目前立即指定反垄断法必然带有一定的超前性。笔者认为这种观点是值得商榷的。垄断是竞争的当然悖论,只要有市场经济就必然会萌生经济垄断这是不争的事实。中国现有众多的国有大型企业所具有的超大规模和市场优势在经济体制的变更中极易转而事先经济垄断。此外,我国入世以后,越来越多的国外企业纷纷涌入中国市场,由于其用于我国企业所无可匹敌的经济和技术实力,其大量的吞并我国企业独占我国市场的倾向已颇为显著。因此,经济垄断在今天已经是一个无法回避的严峻现实。

其三,行政垄断在我国的表现形式主要有以下三种:一是地方政府以保护本地经济发展为由,通过设置地区壁垒而形成的地区垄断;二是由于国家指定专营所形成的垄断;三是由于国家设置行政壁垒所形成的垄断。有些学者认为对行政垄断行为,除国家指定专营外都应列入被禁止之列,但笔者认为这种评价过于笼统,对于不同形式的行政垄断必须加以具体的分析。1、地方行政垄断:这主要表现为地区封锁,笔者认为我国目前所应禁止的地区封锁应该以行政权力的滥用为条件,在此之外,应允许在一定条件下存在一定程度的不为法律所禁止的地区封锁,如对少数民族地区和经济不发达地区的部分产品如能自给的日用消费品和轻工产品可以适当控制外购。2、国家指定专营:国家专营在许多国家都不同程度地存在。由于国家指定专营的行业都是国家从社会总体利益考虑须由国家直接控制经营的行业,如烟草业、盐、化肥、农药等。实践证明,对某

些商品实行指定专营是必要的,也是可行的,但是应仅限于那些与国计民生有直接关联的行业,否则就会造成国家控制范围过大,窒息商品生产和流通的竞争。3、行业壁垒:实行行业壁垒并不一概地阻止企业对某一行业的进入,而只是对这种进入施加不同程度的限制。西方国家对投资者进入某些行业也设置了一定的壁垒,如美国对货车运输业的进入壁垒,日本对保险业的壁垒等。我国设置行业壁垒的行业通常为西方发达国家称其为“自然垄断”的行业。这种自然垄断通常是允许存在的,只不过是政府对这些行业要予以特别的控制,如价格的控制等。故行业壁垒的设置是为了防止出现不必要的竞争,体现国家对社会经济生活的主动管理,但如果违背市场经济的客观规律而滥设行业壁垒则是属于应禁止之列。

（四）反垄断立法对民事责任的规定之欠缺

《大纲》在第七章“法律责任”部分规定的主要是行政处罚措施,包括对滥用市场支配地位、垄断协议的处罚,对未经批准的兼并的处罚等,仅仅在第48条规定了民事赔偿责任,指出:“经营者违反本法的规定,损害他人权益的,受害人可以向人民法院请求经营者承担损害赔偿。赔偿额度为受害人的实际损失和可预期的利润。受害人的损失难以计算的,赔偿额为受害人在侵权期间因侵权所获得的利润,并应当承担受害人因调查及诉讼所支付的合理费用。”从这条规定不难发现其规定得过于笼统,在实际中的可操作性很差,例如可预期的利润如何确定,就此一问题就可能引发当事人双方极大的争论。

（五）制定反垄断法与发展规模经济问题

有观点认为,现在中国的实际情况是企业规模偏小,竞争不足,经济效益较差。因而振兴中国经济的当务之急是扩大企业规模,扶植中小企业,实现规模经济效益。而过早地制定反垄断法势必会束缚企业发展的手脚,是与我国经济建设的近期目标相抵触的。笔者认为,该理论是对反垄断认识上的误区,实际上发展规模经济与制定反垄断法毫无矛盾。

首先,反垄断法律制度的目的不在于诋毁大企业,而在于呵护有效竞争。因而企业追求规模经济的行为只要其不产生损害竞争的不良效果,反垄断法律制度并不会对其施加任何干涉。其次,规模经济并不能等同于垄断。规模经济是市场经济体制中的一种经济现象。它是企业在良好的市场竞争环境中,在竞争机制的激励下通过正常的经济行为,在不断完善自我、壮大自我的过程中自然形成。它是不受人们主观意愿支配的,建立起完全依价值规律运作、存在有效竞争的市场是企

业实现规模的契机。而将规模经济理解为企业大型化,一味地追求不适当的产业集中,搞一个产业独家经营是极端错误的。

三、我国反垄断立法的完善与发展

通过上述对我国目前反垄断立法的缺陷之分析评价,笔者主张我国的反垄断立法可以从以下几个方面着手进行完善。

(一) 企业合并控制的立法构想

首先,在立法原则上,由于我国企业规模普遍较小,经济效率不高,在这种情况下,应将提高经济效益放在优先的位置,贯彻效益优先原则,这是符合当今经济全球化的客观要求的。同时,效益优先原则对我国有更迫切的重要性。其原因在于:一是我国市场经济发展时间不长,市场集中度还很低,许多行业尚未产生最低规模效益(如汽车、钢铁、石化等),急需通过公平竞争,加速优胜劣汰,以提高行业效益;二是面对全球化和入世带来的新挑战,我国迫切需要打造一批具有国际竞争力的大企业。

其次,在立法形式上,企业合并的反垄断控制应在专门的《中华人民共和国反垄断法》中规定,使其具有统一性和权威性。从世界各国的反垄断立法来看,虽然它们因不同的国情各有特色,但是,控制企业合并是各国反垄断法中共有的一项法律制度。反垄断法对企业合并行为规制的目的在于防范已经产生独占地位的企业的经济力量过分集中,通过合并消灭潜在的竞争对手,设置进入市场的障碍,限制公平竞争。反垄断法主要不是为了维护个别主体的具体权益,它与国家产业政策的制定和执行关系密切,其目的是从宏观上防止市场竞争不足,以保持经济具有相当的活力。因而,我国的反垄断法也应规范企业合并,将控制企业合并作为保护竞争和防止垄断的重要措施。

最后,确立合并报告制度,使合并行为始终处于国家的监督之下,发现问题可以及时地采取措施,避免对整体经济造成更大的损害。合并报告制度有事前报告制度和事后报告制度,事前报告制度指企业在合并前向国家反垄断机关提出报告,在一定时期内,由反垄断机关决定是否批准,得到批准后企业才可以合并。事后报告制度指企业在完成合并的一定时期内,向反垄断机关报告合并事项,反垄断机关可以在一定期限内宣布合并无效。经大多数国家的实践表明,事前报告制度是较好的选择。

(二) 借鉴其他国家的民事责任制度之规定

我国反垄断法关于民事责任的完善,可以借鉴美国的“三倍损害赔偿”制度。此制度是指,根据《谢尔

曼法》第7条和《克莱顿法》第4条的规定,任何人因反托拉斯法所禁止的行为而遭受的损害,可以在地区法院提起诉讼,要求得到相当于实际损失三倍的赔偿以及诉讼费用(包括合理的律师费用)赔偿。根据1955年修改后的《克莱顿法》第4条,联邦政府有权为受害者提起诉讼,要求损害赔偿,只要这种损害是由反托拉斯法所禁止的行为引起的。一般而言,较之政府提起的诉讼,私人提起的三倍损害赔偿诉讼要多得多。三倍损害赔偿实际上是惩罚性的损害赔偿,再加上受害者往往人数众多,这就使从事垄断化的企业承受了极大的风险,从而大大强化了垄断化规制的威慑力。当然,三倍损害赔偿这一民事补救措施是针对所有违反反托拉斯法的行为的,不针对垄断化,但它在垄断化补救措施中具有独特的意义,即它与恢复有效竞争的其他补救措施结合起来所具有的、在一定程度上替代肢解大企业的意义。当法院不愿作出肢解大企业的判决时,政府可以在法院判决采取其他恢复有效竞争的措施之外,提起三倍损害赔偿诉讼,以达到恢复竞争的同时惩罚违法者的目的,同时补偿受害者的损失。这在一定程度上削弱了垄断者的经济实力,部分起到与肢解大公司相同的作用。实践证明,“三倍损害赔偿”制度对规制违反反托拉斯法的行为是行之有效的,可以算作美国反垄断制裁手段的成功之作。

(三) 加强反垄断法对知识经济的调整

在我国入世之后,知识经济成了前途无量的新星。为了推动知识经济的发展,笔者认为关键是要用现代法权理念正确看待知识产权,而不能将其片面化、绝对化。其实,知识产权作为一种无形财产权,虽然有其“法定独占性”一面,同时还有其“法定地域性”和“法定时效性”一面,并且受到“法定合理使用”、“法定权利利用尽”及“法定强制许可”等许多制度的“内部限制”;知识产权作为一种“私权”,既有应受社会和公权保护的一面,又有应受公益制约和公权监督的一面,即同时受到“外部限制”,而不得肆意滥用。总之,现代法治中关于“权利义务相互平衡”、“权利应受监督”等正义理念,同样适用于知识产权;至于市场经济对公平竞争秩序的本质要求,当然也应同样适用于知识产权。由此可见,我国的反垄断立法既应理直气壮地规定对知识产权的“适用除外”制度,也应理直气壮地创设出足以对滥用知识产权限制竞争性垄断行为实行有效监督和制裁的新制度。

(作者单位: 厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)
(责任编辑:蔡雪雄)