

论我国外资并购反垄断规制立法的基本问题

梅 宏¹, 曹彩容²

(1. 厦门大学, 福建 厦门 361005; 2. 中国海监第一支队, 山东 青岛 266000)

摘 要:我国外资并购反垄断规制立法应处理好履行国民待遇义务与保护民族工业之间的矛盾, 协调好建立公平的竞争秩序与维护本国利益之间的关系; 遵守反垄断法律制度的一般原则, 并遵循市场经济规律, 维护公平有效竞争秩序的原则, 同时注意国民待遇原则与维护国家经济安全原则的配合实施, 处理好外资并购中的复杂问题, 以实现促进公平有效竞争、维护本国经济安全等立法目标。

关键词: 外资并购; 反垄断规制; 国民待遇; 经济安全

中图分类号: DF414 文献标识码: A 文章编号: 1007-788X(2011)04-0146-05

一、我国对外资并购进行反垄断规制时需要协调的关系

外资并购可能造成外资控制我国市场, 甚至威胁国家经济安全。对外资并购的反垄断规制往往牵涉多方利益。因而, 要考虑的因素、需要协调的关系比内资并购多且复杂。

(一) 履行国民待遇义务与保护民族工业之间的关系

履行国民待遇义务与保护民族工业、维护本国经济利益之间的矛盾, 是规制并购中的外资垄断时必然面临的矛盾, 是牵涉一国国际义务和国家主权的重大问题。

对外资并购的反垄断规制, 必须考虑相关的国际法规则。例如, 《与贸易有关的投资措施协定》(以下简称“TRIMs 协定”)中规定了对外资并购的国民待遇原则: WTO 要求其成员国对外国投资者给予无歧视待遇, 具体到外资并购问题, “缔约国得将外国企业限制竞争的垄断状态和垄断行为与本国企业限制竞争的垄断状态和垄断行为同样对待”,^[1]将外资并购与内资并购放在同一法律框架内规制。但应注意, WTO 规则中有关例外和免除义务的规定又形成一种保险机制, 发挥着安全阀的作用。比如, GATT 的新兴工业条款, 允许一发展中成员国为促进建立某一特定工业^①而背离其所承诺的市场开放义务, 实施关税保护和数量限制的措施。此外, 基于国家安全利益、军事国防、外交关系的考虑, 成员国可被免除部分义务, 实施限制贸易的措施。就我国而言, 我国是以发展中国家的身份加入世贸组织的, 我国可按 WTO 规定享受有关发展中国家应享有的权利, 运用 WTO 允许的手段和过渡安排, 合理、合法地对我国的产业和市场进行保护。

(二) 建立公平的竞争秩序与维护本国利益之间的关系

竞争公平包括竞争前提的公平和过程的公平。“前提的公平主要是指市场机会的均等, 市场主体地位的平等, 不允许存在企业间的差别待遇; 过程公平是指市场主体只能基于自身财力、技术、管理等条件平等参与市场竞争而不得凭借外在力量与因素(如行政权力的参与)或者采取不公平的方式进行竞争。”^[2]按照正常的逻辑, 公平的竞争机会和竞争过程必然导致公平的竞争结果。依此, 在前提和过程皆公平的竞争条件下, 我国企业因自身缺乏竞争优势导致被淘汰的结果就是公平的。可是, 这种理论上的公平却常常与我国企业的利益发生冲突。我国企业缺乏竞争优势, 外资大规模并购我国企业使一些本身缺乏竞争力的国有企业失去

收稿日期: 2011-03-31

作者简介: 梅宏(1973-), 男, 厦门大学博士后流动站研究人员, 中国海洋大学讲师, 法学博士, 主要研究方向为国际法学、环境与资源法学。

①所谓建立某一特定工业, 包括 1. 建立一项新的工业; 2. 在现有工业中建立新的分支生产部门; 3. 对现有工业的重大改造; 4. 对只能少量供应国内需求的现有工业的重大改建; 5. 因战争或自然灾害而遭到破坏或重大损害的工业的重建; 6. 按照发展中国家经济发展的轻重缓急, 发展新的或改造扩大现有的生产结构。

原有市场。若任由这种态势发展,可能导致外商控制我国部分龙头和骨干企业、操纵和影响一大批协作配套厂家,从而抑制我国民族产业的发展。^[3]但是,如果对外资并购中的自由竞争予以限制,实行本国保护主义,又会限制外资的进入,不利于我国经济加入全球化进程参与国际分工,不利于我国企业的成长,也不符合市场竞争优胜劣汰的规律。

在竞争公平与我国企业的利益发生冲突时应如何取舍?是否给予本国企业一定的扶持?这一难题的实质是,如何协调建立公平的竞争秩序与维护本国利益之间的关系。

(三)国家公权力的干预与竞争秩序的维护之间的关系

在我国外资并购中,国家公权力的干预主要表现为行政性垄断。行政性垄断是凭借政府行政机关或其授权的单位所拥有的行政权力,运用市场准入管制等手段,而使某些企业得以实现垄断经营的市场状态。地区垄断和行业垄断是行政性垄断的两种主要形式。行政性垄断与建立社会主义市场经济体制、充分发挥市场机制作用要求是根本冲突的,构成了对自由公平竞争秩序的主要危险。^[4]消除行政性垄断已成为我国法学界的共识。不能忽视的是,我国市场经济的建立过程是政府推进式而非市场自发式的过程。在计划经济体制向市场经济体制转变过程中,政府的作用不可或缺。在外资并购问题上,为保护民族产业,防止外国资本对我国经济的控制,还必须借助政府的力量。在此情形下,行政性垄断是否仍要予以规制呢?

行政性垄断的实质是国家公共权力机关不当侵害市场竞争。讨论行政性垄断是否应予规制,从价值层面分析,就是考虑国家公权力可否基于保护本国利益而干预竞争秩序。

二、我国外资并购反垄断规制的价值取向

我国在规制外资并购中的垄断行为时需要协调的关系,集中反映了反垄断法的自由、公平和社会利益等具体价值之间的矛盾。如何建立一个合理的法律体系监管在外资并购中可能出现的非法垄断行为,取决于东道国政府的价值取向。

首先,市场经济是竞争经济。随着市场竞争的开展,不可避免地产生经济的集中。竞争作为市场的本质属性,是推动经济发展的首要动力,在市场内部自发的运作过程中也必然衍生其对立物——垄断。没有不存在竞争的垄断,也没有不存在垄断的竞争。同时,垄断具有两面性,一方面,“垄断可能是竞争的结果”,或者说“垄断往往是因为垄断者具有某种竞争优势,在市场竞争中获胜的结果”。^[5]有些垄断的存在是必要且合理的,在一定情况下,它也能带来不少益处,如规模经济引起成本降低、企业的市场占有率扩大、市场竞争效率提高,企业的财力壮大使技术革新成为可能等等;而另一方面,垄断对市场竞争具有消极影响,垄断不仅可能带来社会资源的浪费,社会福利的损失和社会效率的降低^[6],而且,具有市场优势的企业若滥用其优势地位将可能限制或扼杀竞争,从而对公平自由竞争构成严重威胁。

构建和维护以自由为基础的竞争秩序是外资并购中反垄断规制的直接目的。为此,反垄断法对垄断得以滋生的基本条件——自由进行一定限制。在反垄断法创设并维护的竞争秩序中,效率的地位越来越高,备受关注;公平也是重要内容,它不仅体现在竞争的前提和过程中,还体现于竞争结果。可见,竞争秩序作为反垄断法的基本价值,包含着丰富的内容,体现了自由、效率、公平等具体价值。

其次,规制并购中的外资垄断,不仅是为遏制外国的垄断势力,而且要运用有效的竞争机制促进社会资源的合理分配。各国并非禁止一切并购行为,而是规制那些对竞争秩序产生重大影响、可能导致垄断的外资并购行为。维护竞争秩序和保护本国经济利益之间并非绝对对立而是相辅相成的关系。从短期看,维护竞争秩序和保护我国企业利益之间确实存在冲突。不过,这种冲突并非本质性、固有性冲突。我国现阶段之所以出现上述问题,主要是因为我国是发展中国家,还处于市场经济建设阶段,国企在国际竞争中还不具有竞争优势。在对外资并购进行反垄断规制时,如果完全贯彻自由、效率、公平的竞争理念,会影响我国企业的当前利益。在我国企业缺乏竞争力的现状下,如果对国内相关产业缺乏适度保护,会引发过度竞争,而过度竞争则会造成资源转移的无序状态。^[7]

可见,维护竞争秩序和保护我国企业利益之间的矛盾是阶段性矛盾。从长远看,维护公平自由的竞争秩序完全符合国家的整体利益,因为竞争自由是市场经济的重要基础,实现公平是社会正义的要求。在促进有效竞争中,政府应当实现资源的合理配置和有效利用,从而提高和加强本国企业在国际市场上的竞争力。如

果对国内企业过度保护,其直接后果是竞争不足,而竞争不足会使过剩的资源滞留在衰退产业内,削弱整体国家的竞争力。

最后,竞争和垄断、竞争和社会利益的关系如果处理得当,能够相得益彰。反垄断法是维护市场竞争秩序的法,其产生是市场经济的需要。“只要实行市场经济,无论是处于初级阶段还是成熟阶段,都需要反垄断法来维持竞争性市场秩序,不然,市场经济就无法形成,或者形成之后,也会遭到严重破坏。”^[8] 反垄断法“既要克服过度垄断所造成的缺乏有效竞争的弊端,又要防止在反垄断的同时因过度竞争或盲目竞争而损害经济效益的社会公共利益。”^[9] 反垄断法的双重职能表明,反垄断法试图在竞争秩序和社会利益(在外资并购中体现为国家利益)之间达成平衡。在理想状态下,竞争秩序和社会利益应当是平衡一致的。但是在某些特定阶段、特定地区基于特定客观状况,二者不能达成平衡时,就应当结合不同时期、不同国家和地区的实际,在立法上有所侧重。就近期目标而言,基于维护国家经济安全的需要,我国可以从发展中国家的实际出发,在WTO允许的范围内,依照WTO规则中有关例外和免除义务的规定,实行适当的差别待遇,在一定期限内、一定程度上对我国企业给予扶持,增强我国企业的竞争实力。但是,从长远看,则应以国民待遇为立足点,以建立自由公平的竞争秩序和维护社会整体经济效益为目标,对那些对竞争产生不利影响的并购,无论是内资或外资都应一律适用同样的反垄断规则。

此外,我国目前的垄断有自身的特殊性,无论是行政性垄断,还是经济性垄断,都带有浓重的行政色彩,都是凭借行政权力和行政行为实施的不正当竞争行为所造成的结果,本质上都是带有行政色彩的行为所造成的垄断。即使存在垄断结构,其背后也大多隐藏着对行政权力的依赖或滥用的行为。因此,我国的反垄断法所要禁止的是企业实施的、企图谋求市场支配地位或滥用市场支配力的垄断行为。需要指出的是,在处理行政性垄断的问题上,应注意区别行政性垄断和政府依法行使行政权力的行政行为之间的界限,对行政性垄断的规制应严格界定在政府滥用行政权利限制竞争的范围内。

明确外资并购中反垄断的价值取向,将影响到我国立法对外资并购采取怎样的立法模式和具体的规制方法等问题。我国在外资并购的反垄断规制立法中,应引入“有效竞争”概念,将反垄断立法定位于维护有效竞争、实现资源有效利用以及推动社会经济和技术整体进步。

三、我国外资并购反垄断规制的立法目标

鉴于外资并购对我国经济社会产生的正面与负面效应,我们认为,我国外资并购监管中反垄断规制应确立如下立法目标:

(一)维护竞争秩序、促进公平有效竞争

作为资产重组的一种重要形式,外资并购在推动国内企业实现规模经济,市场、制度创新及增强市场竞争力的同时,也存在挤占国内市场,形成或加强市场支配地位从而引起垄断的可能性。我国政府对外资并购进行反垄断规制,就是为了反对和限制非法垄断,保护有效竞争,建立公平和有效率的并购机制,发挥外资对我国经济发展的推动作用。

竞争是永恒的主题,暂时的垄断只不过是压制了公平有效的竞争,助长了恶性竞争。外资在某些行业凭借其拥有的市场份额及实质上享有或控制的垄断地位,获取大量超额利润,破坏公平竞争秩序,使东道国企业遭受严重的打击。过度并购造成的过高的市场集中度会扭曲市场结构,逐步形成寡头垄断市场格局,从而长期把价格提高到完全竞争水平以上,限制正常的商业竞争,造成社会福利的降低和整个社会财富的净损失。鉴于垄断的危害性,外资并购反垄断规制应将维护竞争秩序、促进公平有效竞争作为立法的首要目标。

(二)维护本国经济安全

在处理具有涉外因素的法律问题时,维护国家主权是最基本的要求。基于特定的调整对象,涉外经济法将国际法上奉为圭臬的立法目标——维护国家主权具体落实为维护国家经济主权。就我国对外资并购进行反垄断规制的立法而言,维护国家经济主权就是要根据我国的经济安全、社会公共利益、传统民族产业、特殊自然资源等需要,确定外资并购的准入范围和外资比例;要对外国企业在本国境内的并购行为进行审查,如果发现其并购行为将造成外资对本国某一市场的垄断,进而威胁本国经济安全时,就应发挥反垄断法律规制的效力。

外资并购将使外国资本直接进入我国的生产经营领域,并直接控制国内企业的运行,有可能影响我国的经济安全,加之不受规制的外资并购有发展为非法垄断的可能。因此,我国政府不能放任外资并购任意进行,必须防止或控制外资并购对我国经济发展产生的不良影响,特别是防范其威胁我国的经济安全。在我国外资并购反垄断规制的立法中,最基本的立法目标就是维护本国经济安全;如果有关立法无法保证这一基本目标的实现,将根本违背我国政府的初衷。

四、我国外资并购反垄断规制的基本原则

我国在制定外资并购反垄断规制的相关法律时,不仅要遵守反垄断法律制度的一般原则,还应特别强调遵循市场经济规律、维护公平有效竞争秩序的原则,同时注意国民待遇原则与维护国家经济安全原则的配合实施,处理好外资并购中出现的种种复杂问题,以期实现立法目标。

(一)遵循市场经济规律、维护公平竞争秩序的原则

反对和限制垄断、保护竞争作为市场经济的一般规律和内在要求,是我国外资并购反垄断规制的立法宗旨。并购的出现是市场经济规律、竞争机制作用的必然结果与表现;而反垄断规制是市场经济规律、竞争机制的现实要求和因应措施。依市场经济规律,一方面应允许外国投资者与国内企业自愿达成并购协议,追求企业经济效益最大化;另一方面,在优胜劣汰的市场竞争机制作用下,当外资并购出现垄断趋势时,政府可依法干预,实行反垄断规制,以维护公平有效的竞争秩序。外资并购反垄断规制旨在通过防止或规制外资并购过程中的垄断行为,尽可能地消减外资并购的负面效应,使这一市场经济活动健康发展。市场经济是法制经济,政府依法规制外资并购中的垄断行为是市场经济规律的客观要求,也是任何一个现代市场经济国家应有的管理行为。市场经济是竞争经济,但是不能放任竞争无羁束地进行,因为在企业追求经济效益最大化的过程中,难以兼顾社会整体利益,难免损及公平有效的竞争秩序。外资并购作为企业结构调整和资本市场的一种常规运作形式,必须按照市场经济的一般法则进行规范,必须在公平有效的竞争秩序中进行。政府不应动辄以行政手段干预外资并购,但市场经济规律要求政府“有形的手”对外资并购适时进行反垄断规制;同样是依据市场经济规律的要求,反垄断规制需要通过立法的方式形成“常态”的制度,并逐步实现法治化。

(二)国民待遇原则

在外资并购反垄断规制中,国民待遇原则的核心内容是平等待遇,鉴别标准是竞争机会均等。国民待遇原则并不要求我国为外资并购确立与内资并购完全一致的反垄断标准和构成要件、程序规则和执行规则,这是因为,适用相同的竞争规则可能并不利于外国投资者,或并不能产生平等的竞争机会。在外资并购反垄断规制的立法中强调国民待遇,应是通过立法保障来我国投资的跨国公司和各国外商,享有与我国投资者平等的法律地位,在外资并购的商业操作中,能取得平等的竞争机会。

按照 WTO 规则构建我国外资并购中反垄断规制的法律体系,主要问题是如何落实国民待遇原则,而要解决外资并购中的国民待遇问题,必须从外资并购的市场准入和资本经营阶段两方面考虑。在这两个阶段,广大发展中国家对国民待遇原则所持的态度有所不同:一般而言,在外资并购的市场准入阶段,无论是发达国家还是发展中国家,在一些关系国计民生的经济“敏感”部门,如公用事业、交通运输、国防工业、金融保险业等,一般皆对外国直接投资做出禁止或限制性规定(通常亦称国民待遇例外),以维持本国资本在这些部门的控制权。我国也是如此。目前,我国外资并购的市场准入主要适用 2002 年 4 月 1 日起施行的《指导外商投资方向规定》和《外商投资产业指导目录》(2004 年对其进行了修改),两个法律文件将外商投资产业领域分成鼓励、允许、限制、禁止等四种类型,对我国外资产业布局的合理化和外资结构的优化发挥重要作用。而对外资并购的市场准入领域的重新划定,主要是在上述行政法规、规章的基础上,根据我国与别国达成的有关中国加入 WTO 的谈判协议和 TRIMs 协定等文件规定做出相应调整,同时,根据我国经济发展水平允许的对外开放程度对国内“敏感产业”做出限制或禁止外资并购的规定。可见,在市场准入阶段很难采用同等的待遇,只能实行“有限制”的循序渐进的国民待遇。外资并购反垄断规制的国民待遇主要适用于资本经营阶段。在该阶段,通过国民待遇原则的落实,减少不必要的干预和管制,对内外资并购适用相同的标准,以营造良好的投资环境,促进实力雄厚的跨国公司来华进行并购活动。

改革开放以来,我国为了吸引外资,发展经济,实行以优惠为导向的外资政策,即对外资实行“超国民待

遇”。各地政府在吸引外资方面又相互进行攀比,因此,在我国的内、外商企业之间形成了事实上的“政策差”和“体制差”,二者的权利不平等。这种状况会导致对国家利益的损害,并且与国际惯例不相符。随着我国社会主义市场经济体制的建立,为了实现内外资企业的公平竞争,我国必须按照国际惯例来对待我国的外资企业,既要取消对外资企业的歧视性待遇,又要调整我国已给予外资企业、外资并购的优惠待遇,使其逐步与国内企业、内资并购的待遇接近,由此形成内外资公平竞争的市场秩序。

随着我国经济体制改革的深入以及经济发展水平的提高,我国将逐步扩大对外国投资者实行国民待遇的范围,在形式上和实质上均将与国际惯例接轨。因此,在对外资并购反垄断规制的立法中,国民待遇原则应作为一项基本原则。

(三)维护国家经济安全的原则

反垄断法,虽然是市场经济的基本法律,却表现出大量的不确定性。正是由于反垄断法的不确定性,各国政府可以从维护国家经济安全原则出发,有选择地灵活实施反垄断法。在立法和司法实践中,许多国家的反垄断法在严格管制外资并购对本国市场垄断的同时,放纵甚至支持、鼓励内资企业并购以形成对外国市场甚至本国市场的垄断,即实行“内松外紧”的反垄断规制政策,其目的正是为了保护本国利益、维护国家经济安全。

外资并购我国企业,对我国经济产生了深刻而又广泛的影响。一方面,它作为利用外资的一种方式,在吸引外资、引进国外的先进科技和管理经验、解决国有企业的现实困难、促进现代企业制度的建立等方面具有积极的意义,对我国经济的快速发展具有重要的作用。另一方面,外资并购对我国经济安全的消极影响也必须引起我们足够重视。从近期来看,外资并购造成了国有资产的大量流失,在某些行业中,外资企业占有了较大的市场份额,使国内企业受到严重的冲击;从远期来看,它有可能损害我国的国有经济,冲击我国的民族工业体系,对我国的经济安全构成重大影响。

经济安全是各国共同关心的焦点问题。其首要内容是,国内产业和市场不受外国直接投资的垄断和控制。而我国引资方面的经济安全,主要是有否具备抗衡外资垄断国内市场、提高本国权益和抗御外资转移风险的能力,衡量指标包括:市场占有率、固定资产投资比例和对外资依存度等。事实上,外资并购我国企业的根本目的在于占据我国广阔的国内市场,牟取超额利润,其发展战略与我国引资意图存在矛盾。鉴于外资并购对经济影响的两面性,我国外资并购立法要把握鼓励外资并购与维护我国经济安全之间的平衡,既要大胆合理地利用外资并购这一引资模式,又要抑制和消除外资并购对我国经济发展的不利影响,特别是对我国经济安全的威胁。外资并购立法中不可缺少反垄断规制的内容,而维护国家经济安全是我国制定有关外资并购反垄断规制法律的基本原则。国家经济安全原则在适用中具有较大的弹性,可根据不同场合、不同的情况予以灵活使用。其与具有较大“刚性”的国民待遇原则配合实施,有利于处理外资并购中纷繁复杂的反垄断问题。

参考文献:

- [1]蔡红. 入世与我国外资并购监管中的反垄断规则[J]. 法学, 2002(3): 59—65.
- [2]游钰. 反垄断法价值论[J]. 法制与社会发展, 1998(6): 27—31.
- [3]彭进军. 股份制企业兼并与收购[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1991: 293—294.
- [4]王保树. 论反垄断法对行政垄断的规制[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 1998(5): 51—63.
- [5]张五常. 垄断可能是竞争的结果[J]. 经济管理文摘, 2000(9).
- [6]史建三. 跨国并购论[M]. 上海: 立信会计出版社, 1999: 154—155.
- [7]吴勇敏, 陈旭峰. 入世与中国竞争秩序的法律规则[M]. 北京: 世界图书出版公司, 2001: 61.
- [8]陈爱斌. 结构与行为—论反垄断法的规制对象[M]//漆多俊. 经济法论丛: 第一卷. 北京: 中国方正出版社, 1999: 487.
- [9]王庆湘. 试论我国反垄断立法所应规制的垄断[J]. 法学, 1999(11): 46—50.