

# 我国当前反垄断立法问题探究

## ——兼论 2003 年反垄断法送审稿之不足

○ 侯 帆

1994 年 5 月我国就成立了反垄断法起草小组,但几易其稿,反垄断法迟迟未出台,最主要的原因是这些年我国正处于经济转轨时期,旧的经济观念还未完全破除,新的公平竞争观念还没完全建立起来,对于反垄断的必要性还曾经争论不休。现在 2003 年新的反垄断法送审稿正在完善中,反垄断法有望不日出台。

### 一、2003 年反垄断法送审稿基本内容

2003 年反垄断法送审稿共有八章五十八条,总体来看相较以前的征求意见稿有了很大完善。

送审稿与国际趋势保持同步,以行为主义规制为主,辅之以结构主义,实体法方面借鉴了发达国家特别是德国和欧共体法的经验,规定了禁止垄断的协议、禁止滥用市场支配地位、控制企业集中以及禁止行政垄断,即政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争的行为,体现了中国反行政垄断的特色。第二章禁止垄断协议中,除了列举七种需要规制的垄断协议外,还考虑了五种适用除外情况(第 8 条第 2 款);第三章禁止滥用市场支配地位中,对市场支配地位的认定和推定比 2001 年 12 月 25 日的征求意见稿有了明显的进步(第 16 条的市场占有率的规定更为详细且操作性更强),同时列举了大量滥用垄断力的行为;第四章控制企业合并中,对于企业兼并采取了准则主义为主结合许可主义的方式(见第 26 条),并在条文中体现了特批豁免的情况(第 30 条)。程序法方面的规定表现在第六章反垄断主管机关和第七章法律责任。对于反垄断主管机关的职责权限作了较为详细的规定;法律责任方面包括了

行政责任、民事责任和刑事责任。

送审稿在其他方面也有许多完善。例如,第一章取消了“自愿”、“平等”、“公平”和“诚实信用”等作为该法基本原则的规定,这是符合反垄断法的理念的,反对垄断保护竞争包括反对企业间自愿平等的垄断协议,所以不能适用民法的有关原则。关于法律的适用范围,第 2 条第 2 款规定,“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或者影响的行为,适用本法。”这样我国的反垄断法即具有了域外适用的效力。在附则第八章中,征求意见稿中对邮政、铁路、电力、煤气、自来水等公用事业企业的豁免规定,这次全部取消,这也是符合目前采取行为豁免方式而非部门豁免方式的立法趋势。

### 二、2003 年送审稿的不足及完善

尽管这次的送审稿较之以往有很大进步,但仍存在问题。整体上来讲,反垄断法是应用法,操作性很强,立法必须考虑条文的清楚、准确和具体的操作性,尤其是已经比较成型的内容,规定应该越细越好,以实现法律的预测、指引和评价的功能,保证执法的公平和严肃性。

#### (一) 关于垄断的定义问题

“垄断无定义”这句话在反垄断法学界常常被学者们用来概括垄断的复杂性。垄断涵括的内容,实质上是一个国家在特定时期内经济发展状况的反映,各国立法者及反垄断法的执行者,往往将规模经济、经济情势和世界贸易中的市场份额等因素纳入垄断认定的视野,也使得垄断的界定因国家不同而不同,因经济发展阶段的不同而不同。大多数国家

一般是通过概括或列举的经验概括方式明确法律调整的范围,一般不采逻辑的方法。

根据草案第 3 条规定,垄断指如下四种排除或者限制竞争,损害其他经营者或者消费者权益,危害社会公共利益的行为:“经营者之间的协议、决定或者其他协调一致的行为;经营者滥用市场支配地位的行为;企业过度集中;政府及其所属部门滥用行政权力的行为。”这里的定义是采取列举式,并且反映了我们国家的特色,即包括行政垄断(当然,也有学者认为,人为地区分经济性垄断、行政性垄断和国家垄断不科学<sup>①</sup>)。但是笔者认为,在对垄断予以列举的同时,应当辅之以兜底条款作补充。一个原因是,反垄断法中的垄断作为反垄断所要禁止的对象(符合适用除外制度的排除)复杂多变,经济状况也是不断变动的,这种立法的分类并不能适应新的垄断形式出现的需要。还有,中国法学理论在垄断范畴的界定上还有很多分歧,统一认识还有难度,应当要给学术研究留下充分发展空间同时又不影响立法进程和司法操作。所以说,兜底条款是有存在的合理性的。

## (二)关于禁止垄断协议

1、草案关于“禁止垄断协议”的规定没有关于纵向价格限制即固定转售价格的规定。第三章“禁止滥用市场支配地位”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。”这意味着实施固定转售价格的企业如果不是一个占市场支配地位的企业,那么这种限制是合法的。事实上,世界上采取这种立法例的似乎只有墨西哥一家,在多数国家,固定转售价格本身是违法的,不论企业是否占有市场支配地位。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。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。草案的这种规定也不利于推动中国市场上的竞争,应当在第二章禁止垄断协议中加入对固定转售价格的禁止。

2、第 8 条第 2 款虽然规定了适用除外的垄断协议,但是未对豁免进行一定的限制。德国《反对限制竞争法》第 4 条就有规定,“要适用本条例的豁免,参与企业的总市场份额不得超过相关市场的 20%。”对于除外规定,我们也可以理解为,通过合理原则对垄断协议进行分析,有一部分可以因行为合理而得到豁免,立法应对合理分析的标准进行一定的量化,例如市场份额及其计算方法为依市场销售额为基础等诸如此类的规定。原则上来说,固定转售价格、限制产量或销售量、划分市场和消费者等垄断协议一般被认为是本身违法,立法上不必规定标准问题。

3、草案中适用除外的垄断协议规定没有出口卡特尔。在贸易自由化和经济全球化的今天,虽然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。何况,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。例如,美国 1982 年的《出口贸易公司法》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。笔者认为我国立法应该规定出口卡特尔的适用除外。

## (三)关于禁止滥用市场支配地位

1、草案第三章第 15 条对市场支配地位(即垄断力)的定义是否科学值得商榷。本条款规定,“本法所称市场支配地位,是指一个或者几个经营者控制某一特定市场”,后面通过列举方式来指导如何认定经营者具有市场支配地位,第 16 条则根据市场占有率对市场支配地位作出法定推断,这些都在很大程度上吸取了欧共体和德国的立法经验,是值得肯定的。市场支配地位是一种状态,前文已经述及,这种状态本身并非违法,只有它同时实施了损害竞争的滥用行为才违法,然而草案列举市场支配地位时的

<sup>①</sup>史际春:《关于中国反垄断法概念和对象两个基本问题》,载王晓晔:《反垄断法与市场经济》,法律出版社 1998 年版,第 39-60 页。

表述为“下列情形可以认定其具有市场支配地位:在特定市场内独家经营,使其他经营者难以进入的……”,该定义是以行为而非状态来界定市场支配地位,不符合惯例和逻辑,如果是规定独占的状态,后面半句便显得不必要。此外,“优势地位”的用语颇为模糊,优势有绝对优势和相对优势之分,市场支配地位应该是指绝对优势。

另外,市场范围的确定会影响到市场支配地位能否构成,界定特定市场是认定市场支配地位的重要前提。建议我国反垄断法对特定市场作出原则界定,即本法所称的特定市场是指经营者就某种商品从事竞争所涉及的区域或范围。

2、草案对很多滥用市场支配地位的行为进行了规制,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诸如掠夺性定价、差别待遇、搭售、独家交易等。因为滥用行为类型形形色色、不胜枚举,所以法律不可能全部列出,有学者建议补充“拒绝互联互通”<sup>①</sup>,主要是针对中国电信等市场上的限制竞争行为,例如,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,索取不合理的价格诸如此类。

另外还需要提出的是,滥用市场支配地位的行为在这里规定以后,对于不具有市场支配地位的经营者利用其经济优势从事不公平竞争,甚至限制竞争的行为怎么规范,是否纳入反不正当竞争法,或者说,如果纳入反不正当竞争法,协调两法的关系也是很值得研究的问题。交易中优势地位滥用的规制与垄断力滥用规制都以几乎完全相同的滥用行为为打击对象,唯一区别在于一个要求企业只需拥有交易中优势地位,而另一个要求企业必须拥有市场支配地位。日本法、德国法、法国法对此均有规定。例如德国《反限制竞争法》第 26 条第 2 款列举了三种企业为交易中占优势地位的企业:因供求关系倾斜而拥有相对市场支配力的企业;合法存在的卡特尔组织;享受再销售价格固定豁免的企业。<sup>②</sup>

3、草案关于搭售的规定放在本章第 22 条,也就是说,不占市场支配地位的搭售一般不予反垄断法规制,这是符合国际发展的,但是仍显得有些武断,应当规定符合一定条件的搭售才被禁止。在美国,20 世纪 80 年代以前一直对搭售是按照本身违法处理的,自 Jefferson Parish Hospital District No. 2 V. Hyde(1984 年)案开始,美国最高法院因受芝加哥学派经济分析理论之影响,对搭售案件亦提出其合理原则之判断标准。在该案中,美国最高法院指出,根据合理原则,搭售仅在下列情形下才可能被否决:第一,卖方在搭售商品市场中具有市场支配力;第二,卖方将获得被搭售商品之市场支配力,此威胁须是重大的;第三,存在两个独立的、可区别的商品;在上述条件具备后,再衡量经济上之利弊,当搭售之反竞争效果超过对效率之贡献时,这个搭售安排将遭到禁止。同时,为克服合理原则的不确定性,美国司法部 1985 年《垂直限制指导准则》规定,如果搭售安排者在搭售产品市场的占有率大于 30%,则决定加以干涉;如果没有超过 30%,但明显限制被搭售产品的竞争,则予以干涉。<sup>③</sup>我国立法可予以借鉴,同时,对于新兴工业、必要的安全考虑(如在出售机器和设备时,特别是出售高科技产品时,生产商要求购买者一并购买他们提供的零部件、辅助材料或服务,有时也是合理的,因为这有利于产品的安全使用)、善意地保护搭售商品之良好品质和商誉等情况下的搭售应当不予禁止。

此外,草案第 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。

#### (四)关于控制企业集中

1、本章标题——“控制企业集中”值得商榷。诚

<sup>①</sup>参见王晓晔:《入世催生中国反垄断法》,载王晓晔、[日]伊从宽主编:《竞争法与经济发展》,社会科学文献出版社 2003 年版,第 179 页。

<sup>②</sup>曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社 1997 年版,第 149 页。

<sup>③</sup>王健:《搭售法律问题研究——兼评美国微软公司的搭售行为》,《法学评论》2003 年第 2 期,第 92 页。

然,用“集中”一词比“合并”要好,因为反垄断法是要控制经济力量的过度集中,除了包括狭义上的企业合并,还包括企业控股、股份保有、干部兼任、营业转让等很多内容。在德国《反对限制竞争法》中,条文虽使用的是“合并”,但明确赋予了其“集中”的含义。我国的语言使用习惯上,企业合并是指狭义上的,即只包括吸收合并和新设合并。草案厘清了合并与集中的区别,这是值得肯定的,但是企业集中乃是生造之词,学界只有市场集中或是经济力集中之说,<sup>①</sup>使用生造之词在语言习惯上和立法的技术性上都不是上策,因此我们建议改为“控制经济力过度集中”。

2、经济力过度集中的标准问题规定的不清楚。第 26 条规定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。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,而且这个标准还涉及经济力集中的豁免问题。例如“小额市场”(指那些销售总额很小的市场)一般是可以得到反垄断法豁免的,不需要向反垄断法主管机关进行申报。此外,为了改善市场竞争条件而进行的企业合并(见德国《反对限制竞争法》第 36 条第 1 款规定),为了整体经济和社会公益而进行的企业合并(见德国《反对限制竞争法》第 42 条第 1 款规定),为提高国际竞争力而为企业合并等均不在禁止之列。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,也不符合国际反垄断立法惯例。

3、草案规定的 90 天的审查期太长。草案第 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。根据欧共体法的经验,企业申报完毕,欧盟委员会便开始对企业将要进行的集中行为进行审查。审查分为两个阶段:第一阶段为初审阶段,欧盟委员会必须在接受申报的一个月内给出初步决定。第一阶段可能有三种结果,第一种

是欧盟委员会作出集中不属于“合并规则”规制的范围而终结案件;第二种是认为与共同市场存在不相容,就进入第二阶段的调查程序;第三种情况是虽然集中被认为与共同市场存在不相容,但是如果企业愿意修改进行的集中,就可以认为不抵触,在这种情况下,欧盟委员会可以与企业就解决办法进行谈判。第二阶段涉及更为详细的调查,并有 4 个月的期限。调查结束,欧盟委员会应根据实际情况,判定企业的集中行为是否与共同市场相容。如果企业集中与共同市场相抵触,则应停止集中行为,开始谈判程序,寻求妥协,从而修改协议,必要时还应承担罚款。<sup>②</sup>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,长时间维持这种状态对企业发展是很不利的。建议借鉴欧共体竞争法的经验,把审查期定为初审和终审两个阶段,初审为一个月。

#### (五)关于反垄断执法机关和程序

中国反垄断法草案在执法机关和程序这两个方面的规定显得过于简单。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。

此外,草案没有规定国务院反垄断主管机关向政府及其部门提出建议和意见的权力和规章制度制定权。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。与此同时,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。

(作者单位:厦门大学法学院)

责任编辑:蔡传晟

<sup>①</sup>参见[日]丹宗昭信、厚谷襄儿:《现代经济法入门》,第 107 页;曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社 1997 年版,第 159 页。

<sup>②</sup>孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社 2001 年版,第 625 页。