

《中华人民共和国反垄断法》析评

王晓晔*

内容提要：我国反垄断法规定了禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位、控制经营者集中、反对行政垄断等制度。我国经济体制转型尚未彻底完成，反垄断法也存在很多不足，反垄断执法初期在立法目的、执法机关、反对行政垄断、处理反垄断执法与行业监管的关系方面会遇到严峻挑战。颁布反垄断法只是反垄断立法的第一步。

关键词：反垄断法 垄断协议 滥用市场支配地位 经营者集中 行政垄断 行业监管

2007年8月30日，《中华人民共和国反垄断法》在第10届全国人大常委会第29次会议上获得通过。反垄断法的颁布不仅是我国法制建设中的一件大事，对建立和完善我国社会主义市场经济法律体系有着重大意义，而且也是我国经济建设中的一件大事，是我国经济体制改革的里程碑。反垄断法是市场经济国家特有的法律制度，它标志着国家配置资源和推动经济发展的基本手段是市场机制和竞争机制，我国反垄断法的颁布可以有力地向世人宣告，中国已经基本建成了社会主义市场经济体制。反垄断法对国家经济生活和几乎所有的经济部门都将产生重要影响，对企业的市场行为和消费者也将产生重要影响，反垄断法是规范国家经济秩序和市场秩序的基本法律制度。根据该法第57条，反垄断法将于2008年8月1日开始实施。但是，我国经济体制转型的任务尚未彻底完成，加上反垄断法本身存在很多不完善之处，我国反垄断初期执法面临很多挑战。

一、我国反垄断实体法制度评析

反垄断法的经济学原理是，一个企业的市场份额如果过大，就势必会抬高产品价格，减少对市场的供给。因此，反垄断法的任务就是预防和制止市场上出现垄断，并在合法垄断存在的情况下，监督垄断企业，防止其滥用市场优势地位。为此，我国反垄断法规定了以下实体法制度。

（一）禁止垄断协议

垄断协议是指经营者之间订立的以排挤、限制竞争为目的或者能够产生这种影响的协议，包括书面协议和口头协议。借鉴美国反托拉斯法、欧共体竞争法和德国反对限制竞争法的经验，我国反垄断法中的垄断协议分为横向协议和纵向协议。

1. 横向垄断协议

横向垄断协议指竞争者之间的限制竞争协议，它们一般被称为“卡特尔”（Cartel）。纵向协议

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

则是不同生产或者不同经营阶段的经营者之间的协议，即订立协议的当事人之间在经济上存在互惠关系，内容上一般是生产商对销售商或者销售商对生产商的限制。

亚当·斯密曾经说过，同类产品的生产者很少聚集在一起，如果他们聚集在一起，其目的便是商讨如何对付消费者。这即是说，出于共同的经济利益，竞争者之间有共谋或者串通限制竞争的倾向。为此，我国反垄断法第13条规定，具有竞争关系的经营者不得达成下列垄断协议：（1）固定或者变更商品价格；（2）限制商品的生产数量或者销售数量；（3）分割销售市场或者原材料采购市场；（4）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；（5）联合抵制交易；（6）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。上述（6）明显是一个兜底条款，目的是使反垄断执法机构有一定自由裁量权，有权制止一些尚未列举但具有严重限制竞争影响的协议。

在上述垄断协议中，固定价格、限制数量和分割市场的协议对市场竞争的损害非常严重，对消费者也没有任何好处，各国反垄断法一般将之称为“核心卡特尔”或者“恶性卡特尔”（Hard Core Cartel），适用“本身违法”原则，即不管它们是在什么情况下订立的，也不管卡特尔成员是谁，得一概视为违法。一个卡特尔如果适用本身违法原则，对案件有以下两方面影响：一是原告只需证明卡特尔的存在就可胜诉，而无需证明卡特尔的反竞争性；二是审案机构不必调查订立卡特尔的目的及其后果就可认定卡特尔的违法性，从而可节约审案时间和费用。^{〔1〕}国际上有很多关于核心卡特尔的著名案例，如美国最高法院1927年关于“川通陶瓷”价格卡特尔的判决。在这个案件中，被告提出被固定的价格是合理的，因为其目的在于防止竞争者之间“毁灭性的价格战”。被告还问道，如果固定的价格是基于企业正常的利润，难道不能说明这个价格是合理的吗？法院的观点是，一个价格是否合理，必须通过市场竞争来判断。如果市场竞争受到了限制，那就可以断定价格的不合理性。法院还指出，除了竞争这一尺度，没有其他任何标准可以判断一个被固定的价格是否合理。“由于经济和商业的变化，一个今天看来是合理的固定价格，明天也许会变得不合理”；而且，“只有市场竞争，才能有效保护消费者不受垄断和价格操纵之苦”。^{〔2〕}

横向协议是一个广泛的概念。根据我国反垄断法第13条第2款，横向协议除指竞争者之间的书面和口头协议，还包括企业集团或者行业协会制定的具有排除、限制竞争影响的决定，以及竞争者之间的协同行为。鉴于行业协会在市场竞争中可能发挥的负面影响，特别是协调价格的可能性，该法第16条强调，行业协会不得组织本行业的经营者从事关于垄断协议的第三章所禁止的垄断行为。第16条的规定是在全国人大常委会对反垄断法草案进行第三次审议的期间增加的，当时媒体报道世界拉面协会中国分会正在组织、策划和协调方便面的统一涨价。全国人大常委会的委员们认为行业协会的这一行为严重损害消费者的利益，一致要求反垄断法对行业协会的限制竞争行为作出禁止性规定。反垄断法第13条第2款所指的协同行为包括两个事实构成：一是“同”，即两个以上的经营者存在一致行为，如产品同时涨价或以相同幅度涨价；二是“协”，即这些经营者之间存在合作行为。如果几个经营者只有一致行为而没有相互合作，这个一致行为就不能被视为违法行为。

2. 纵向垄断协议

反垄断法第14条规定，禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（1）固定向第三人转售商品的价格；（2）限定向第三人转售商品的最低价格；（3）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。上述（3）同样是一个兜底条款，目的是使反垄断执法机构在这方面有一定的自由裁量权。这些协议都是在卖方与买方之间订立的，它们可被称为纵向协议或者垂直协议。

〔1〕 Paul T. Denis, *Focusing on the Characterization of Per se Unlawful Horizontal Restraints*, *The Antitrust Bulletin*, Fall 1991, p. 644.

〔2〕 273 U. S. 392. 转引自马歇尔·C·霍华德：《美国反托拉斯法与贸易规则》，孙南申译，中国社会科学出版社1991年版，第78页。

反垄断法在纵向协议方面只是禁止固定转售价格和限制最低转售价格的协议,这说明与横向协议相比,我国反垄断法对纵向协议采取了比较宽容的态度。反垄断法对横向协议和纵向协议采取不同态度,乃是两种协议的本质所致。横向协议是竞争者之间的协议,其本质就是共同限制竞争;纵向协议不是竞争者之间的协议,其目的一般不是限制数量或者抬高价格,而是提高产出和扩大销售,从而普遍具有增大社会财富的功能。另一方面,横向限制和纵向限制影响市场竞争的程度也不同。以分割销售市场的协议为例。竞争者之间的地域分割(即地域卡特尔)可导致卡特尔成员在各自势力范围内都是一个垄断者,其结果就是排除和限制了消费者选择商品或者服务的可能性。但是,对于纵向地域分割来说,只要生产商没有取得市场支配地位,分割后的地域内就会存在品牌竞争。且在纵向地域分割的情况下,销售商在各自地域都有独家销售的权利,他们因而会努力推销商品,其结果就会扩大生产。这即是说,纵向限制包括独家销售、独家购买、特许销售、特许专营等协议一方面会限制销售商之间的竞争,但另一方面也减少了搭便车的可能性,可以强化销售网络,推动品牌竞争。

反垄断法禁止生产商与销售商订立固定向第三方转售价格的协议,禁止生产商限制销售商向第三方转售商品的最低价格,主要是因为这些协议最终会抬高商品的价格。而在没有纵向价格约束的情况下,同一品牌的销售商之间存在价格竞争,其结果就是最终消费者可以买到比较便宜的商品。生产商一旦固定了销售商的销售价格,或者限制其最低销售价格,其后果就是在销售商之间建立起价格卡特尔,会严重损害市场竞争,损害消费者的利益。在我国当前的经济生活中,固定转售价格或者限定最低转售价格是生产商对销售商通常的限制,因此,第14条的规定对我国企业的生产经营活动将产生重大影响。

然而,需指出的是,纵向固定价格的协议是否本身违法,至今还存在着很大的争论。美国联邦最高法院在2007年6月28日 *Leegin Creative leather products, Inc. v. PSKS, Inc.* 一案中,9位大法官以5:4的结果推翻了历时近一百年关于固定转售价格协议适用本身违法的原则。^[3]这个判决指出,固定转售价格的协议虽然限制了同一品牌销售商之间的竞争,但它有利于推动不同品牌之间的竞争,因此应和其他纵向限制性条款一样,适用合理原则。我国反垄断法没有本身违法原则的明确规定,第14条也可以理解为适用合理原则。纵向协议方面还有一个问题是,如果协议当事人中有一方在市场上取得了支配地位,纵向限制就可能表现为滥用市场支配地位的行为,如不合理的搭售。这种情况下,需要依据反垄断法中关于禁止滥用市场支配地位的规定进行分析。

3. 垄断协议豁免

竞争虽然是配置资源的最佳方式,但在某些市场条件下,优化配置资源只有在限制竞争的条件下才能实现。因此,我国反垄断法第15条规定,经营者达成的协议属于下列情形的,可从第13条和第14条的禁止性规定中得到豁免:(1)为改进技术、研究开发新产品的;(2)为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;(3)为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力的;(4)为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;(5)因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;(6)为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;(7)法律和国务院规定的其他情形。

上述协议大多有利于提高企业的经济效率。如竞争者之间在研发新产品或者新技术方面开展的合作不仅可以减少重复性投资和成本,而且可以汇集相关企业的智慧、经验、资金和技术,与单个企业的研发活动相比,可以更快地开发新产品和新技术。企业之间的专业化协议有助于企业实现生产专业化和经营合理化,可以提高它们的规模经济,降低成本和增加收益。企业间的标准化协议一般是关于原材料、半成品或者成品在性能、规格、质量、等级等方面的统一要求。这种协议虽然会

[3] See Syllabus, *Supreme Court of the United States*, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-480.ZS.html>.

限制竞争，但同时可以提高产品的可替代性和兼容性，从而有助于推动同类产品的质量竞争。中小企业合作的协议主要指中小企业为提高经济效益而在生产、研发、融资、管理、广告、采购、销售等方面的合作，以实现经济合理化，提高企业竞争力。

在这些可被豁免的限制竞争协议中，争议较大的是因经济不景气和为缓解销售量严重下降而订立的限制竞争协议。人们担心，这条规定会给很多严重损害竞争的卡特尔开绿灯。德国反对限制竞争法有过这样的规定，但事实上几乎没有被使用过。理论上说，经济不景气是一种商业风险，这种情况下的市场竞争有助于调节市场结构和产品结构，市场经济国家一般不会豁免这种卡特尔。我国反垄断法只是规定这类卡特尔可以得到豁免，而不是肯定给予豁免，因为根据该法第15条第2款，在上述（1）至（5）的情况下，当事人不仅应证明其请求豁免的协议不会严重限制竞争，而且还应证明消费者能够分享由此产生的利益。这即是说，那些严重限制竞争特别是排除竞争的协议不能指望从我国反垄断法中得到豁免。

第15条中争议较大的还有“为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的”卡特尔，这主要是指出口卡特尔。我国反垄断法豁免出口卡特尔一方面是基于法学理论，因为这种卡特尔不影响国内市场的竞争；另一方面是基于实践，因为外国企业经常针对我国出口产品提起反倾销诉讼，我国出口企业因此有必要协调出口价格，以避免因价格战而导致出口价格过低。此外，其他国家也有豁免出口卡特尔的规定，如美国1982年的出口公司法（Export Trading Company Act of 1982）。然而，一个不争的事实是，尽管豁免出口卡特尔是国家的主权行为，但在其他国家反垄断法与我国反垄断法一样具有域外效力的情况下（反垄断法第2条），我国反垄断法豁免出口卡特尔的规定对我国出口企业实际上没有帮助。我国出口企业已经遭遇国外多起反垄断诉讼，如生产维生素C的企业在美国遭遇了反托拉斯法诉讼，被指控自2001年12月以来联合操纵出口到美国以及世界其他地区的维生素C的价格和数量。^{〔4〕}

我国反垄断法没有规定豁免垄断协议的方式。商务部2004年向国务院法制办提交的草案中规定，当事人为取得豁免应向反垄断执法机构提出申请，并规定了申报应提交的文件。在国务院法制办2005年7月的征求意见稿中，申报豁免的规定被改为当事人自愿申报，^{〔5〕}这说明我国立法者在这方面曾考虑借鉴欧共体法和德国法的经验。但是，由于豁免申报将会给反垄断执法机关带来太大的工作负担，甚至可能导致它没有时间处理一些限制竞争的大案和要案，我国反垄断法最终借鉴了美国反托拉斯法依法豁免的模式，即一个垄断协议只要符合第15条的规定，它就自动得到了豁免。当然，这种做法也给企业带来了不确定的风险，因为企业可能会把违法和不能得到豁免的卡特尔视为合法行为，最终受到反垄断法的制裁。^{〔6〕}为了使我国反垄断法具有可操作性，为了给企业提供必要的指导，使它们能够预见其行为的后果，我国应借鉴欧共体法的经验，就横向和纵向垄断协议的豁免制定实施细则或者发布相关的指南。

（二）禁止滥用市场支配地位

反垄断法的第二大支柱是禁止滥用市场支配地位。反垄断法只是禁止滥用市场支配地位，而不是禁止市场支配地位本身，这是因为市场支配地位的取得一般都是合法的。例如，向社会提供电力、电信、铁路、邮政、自来水等服务的公用事业企业的市场支配地位或者垄断地位一般都是来自政府的授权。有些企业的市场支配地位是来自企业的创新和远见卓识，如微软公司凭借其知识产权

〔4〕 梅新育：《反垄断是否将成为贸易保护新利器？》，<http://biz.zjol.com.cn/05biz/system/2005/04/25/006098950.shtml>。

〔5〕 反垄断法草案（2005年7月）第13条规定，经营者可以向反垄断主管机构进行协议申报。反垄断主管机构应当自收到申报之日起30个工作日内作出对协议是否予以禁止的审查决定；逾期未作出决定的，视为对协议不予禁止。反垄断主管机构对协议作出不予禁止的决定时，可以对协议的实施附加限制条件。

〔6〕 反垄断法第15条还豁免因社会公共利益或因经济不景气而订立的卡特尔，企业或其法律顾问判断这类卡特尔能否得到豁免就不是一项简单任务。

从一个小企业发展成为一个全球大牌企业,在世界软件市场上占据了支配地位。因为世界各国一般都鼓励企业的创新和发明,很多国家还制定了专门的法律制度如专利法、著作权法等保护知识产权,反垄断法不会谴责企业因其自身经济效益或者知识产权而取得的市场支配地位。然而,由于占市场支配地位的企业只是有限度地受到了竞争的制约,或者根本不受竞争制约,它们就可能滥用其市场势力,排除、限制竞争,损害消费者的利益。因此,我国反垄断法第三章对滥用市场支配地位的行为作出禁止性规定。这方面的法律问题主要是:(1) 界定相关市场;(2) 认定市场支配地位;(3) 认定滥用市场支配地位的行为。

1. 界定相关市场

认定一个企业是否占市场支配地位,首先需要考虑该企业是在什么市场上开展经营活动,它的竞争对手是谁。反垄断法把这个市场称为“相关市场”。我国反垄断法第12条第2款规定,“相关市场是指经营者一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。”这说明,界定相关市场需要考虑三个因素,即相关产品、相关地域和相关时间。实践中,界定相关市场的因素主要是相关产品和相关地域。《欧共体委员会关于界定相关市场的通告》指出,“从产品和地域范围两方面对市场进行界定,其目的是确定相关企业实际的竞争对手,即确定哪些企业有能力约束这个企业,以阻止因其不受有效竞争制约而为所欲为的行为。从这个角度看,只有界定了相关市场,才能计算市场份额,而市场份额则是传递关于市场势力的重要信息,而评价市场支配地位或者适用条约第81条,都需要对市场势力进行分析。”〔7〕

相关产品市场是指根据产品(包括服务)的特性、价格和用途,消费者认为具有相互可替代性的所有产品。这种需求替代对特定产品的供货商来说是最直接和最有效的约束力。界定相关产品市场时,除了考虑特定产品的需求替代,还应考虑市场上潜在的竞争,即当特定产品出现小幅度但很重要且非临时性涨价(Small but Significant Not-transitory Increase in Price)时,消费者视为具有可替代性的其他产品。美国司法部、联邦贸易委员会和欧共体委员会一般把这个非临时性的涨价幅度定为5%~10%,即考虑当特定产品出现了这个涨价幅度时,消费者可能选择的其他替代品。

相关地域市场是指具有可替代性的相关产品所活动的地理范围。即在这个地理范围,相关产品开展竞争的条件是一致的,可以把这个相关地域市场与具有不同竞争条件的其他地域市场区别开来。反垄断执法机构根据案情,可能会把一个地方性市场视为相关地域市场,也可能把整个国内市场视为相关地域市场。在国际反垄断案件中,例如涉及跨国并购或在微软公司涉嫌滥用市场支配地位的案件中,反垄断执法机构还可能把世界市场视为相关地域市场。

2. 市场支配地位的认定

根据反垄断法第17条第2款,市场支配地位是指经营者在相关市场上能够控制产品的价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入市场的一种能力。这说明,市场支配地位是一种经济现象,反映了企业与其竞争对手、交易对手包括消费者的关系,也反映了企业与市场竞争的关系。这即是说,拥有市场支配地位的企业因为不受竞争的制约,不必考虑竞争对手和交易对手就可以自由定价或者自由作出其他经营决策。

为使“市场支配地位”这一概念具有可操作性,反垄断法第18条提出了认定这种地位的一系列因素:(1) 经营者的市场份额和相关市场竞争状况;(2) 经营者控制市场的能力;(3) 经营者的财力和技术条件;(4) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖性;(5) 其他经营者进入相关市场的难易程度;(6) 与认定市场支配地位相关的其他因素。为了提高法律的稳定性和当事人的可预见性,反垄断法第19条借鉴德国反对限制竞争法的经验,提出以下情况可推定市场支配地位:(1)

〔7〕 *The Commission Notice on the Definitions of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law*, [1997] OJ C 372.

一个经营者在相关市场的份额达到二分之一；(2) 两个经营者在相关市场的份额合计达到三分之二；(3) 三个经营者在相关市场的份额合计达到四分之三。^{〔8〕}然而，该条第3款规定，经营者有权对市场支配地位的推定进行反驳，这说明，这三个推定不具有民法上法定推断的效力。这即是说，反垄断法第19条不过起着—个信号的功能，即警示当事人和反垄断执法机构某些情况下可能出现市场支配地位。当事人可以有很多理由推翻关于市场支配地位的推定，例如它和另一个或者其他几个经营者之间存在实质性的竞争；或者因技术条件，它的市场份额不足以说明其市场支配力；或者它存在着潜在的竞争对手，等等。

我国反垄断法中“市场支配地位”的概念是借鉴了德国法和欧共同体法的规定。美国反托拉斯法—般使用“垄断势力”(monopoly power)和“市场势力”(market power)两个概念。因为垄断势力—般也被理解为企业在相关市场上“控制价格或者排除竞争”的能力，^{〔9〕}它与我国反垄断法中“市场支配地位”的概念—致的。

3. 滥用市场支配地位的行为

根据反垄断法第17条，滥用市场支配地位的行为包括：(1) 以不公平高价销售商品或者以不公平低价购买商品；(2) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；(3) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；(4) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其或者与其指定的经营者进行交易；(5) 没有正当理由，搭售商品或者在交易中附加其他不合理的条件；(6) 没有正当理由，对条件相同的交易相对人在价格等交易条件上实行差别待遇；(7) 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。这些滥用行为可归为两类，—类是剥削性滥用，即不公平的价格行为；另—类是妨碍性滥用，即不正当地排除竞争。

反垄断法要不要监督垄断企业的价格行为，这在世界各国有不同的主张。美国法院认为，垄断企业索取垄断性价格不违反反托拉斯法。在2004年Trinko—案的判决中，美国联邦最高法院指出，垄断企业收取垄断价格不仅不违法，而且是自由市场经济的—个重要体现，因为取得垄断利润，至少在—个短时期内取得垄断利润，这是对企业的最大激励，可以使它们甘冒风险进行创新和扩大经营。^{〔10〕}与美国法不同，欧共同体条约第82条(a)明确规定，“直接或者间接地实行不公平的购买或者销售价格或者其他不公平的交易条件”是滥用市场支配地位的行为。在1978年联合商标—案中，欧共同体委员会认定联合商标公司在德国、丹麦和比荷卢三国市场上销售其品牌香蕉Chiquitas时存在“过高价格”的情况。但是，欧共同体法院推翻了委员会的认定，理由是委员会没有调查联合商标公司销售香蕉的成本。现在，尽管欧共同体条约中存在上述规定，欧共同体委员会和欧共同体法院对垄断企业很少进行价格管制，除非是针对自然垄断或者被授权垄断经营的企业，因为这些企业实际上都受到了政府的价格管制。^{〔11〕}在我国反垄断立法中，也有学者提出价格监督是反垄断执法机构—项艰难任务。但是，人们痛恨垄断企业的霸王条款，特别是不满意垄断企业的不合理抬价行为，因而禁止剥削性滥用就成为我国反垄断法中很受欢迎的规定。但是，由于经济学方面的原因，仅当企业进入市场存在法律上或者事实上的障碍时，政府监管企业的价格行为才具有合理性。

反垄断法所禁止的妨碍性滥用，在本质上都是排他性的行为。与—般合同中的排他行为不同，滥用性的排他至少要满足以下构成要件：—是行为人在市场上占支配地位；二是这种行为严重损害竞争，甚至排除竞争；三是这种排他不具有正当性或合理性。其中第三个条件最难认定，因为这

〔8〕 该条第2款规定，在(2)和(3)情况下，如果其中有经营者的市场份额不足十分之一，该经营者不应被推定有市场支配地位。

〔9〕 Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 207 F.3d 1039, 1060 (8th Cir. 2000); Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346, 1353 (Fed. Cir. 1999).

〔10〕 Verizon Communication Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP., 540 U.S. 398 (2004).

〔11〕 Allson Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, New York: Oxford University Press, 2004, pp. 379—385.

仅需要法律知识,而且需要相关的经济学或者技术方面的知识。例如,人们对微软公司的捆绑交易就有不同看法。有人说,既然视窗和因特网浏览器都是微软的产品,微软就有权按照自己选择的方式销售它们,也有权要求个人计算机生产商按照它提出的条件销售产品。然而,从竞争法的角度看,微软的捆绑交易是不正当的,因为它在计算机操作系统市场上占据了垄断地位,这种捆绑销售可以通过网络效应和近似杠杆的作用,将计算机操作系统的下游市场尽心收入自己的势力范围,从而会长期地和不公平地损害其他企业的创新活动。所以,对微软知识产权的强制许可,不是限制微软的发展和 innovation,而是要给其他企业提供参与竞争和 innovation 的可能性。

上述关于搭售行为的案例说明,占市场支配地位的企业虽然原则上可以与其他企业一样参与经济交往,有权根据合同自由原则订立合同,但是如果它们凭借其市场地位限制竞争,就是滥用了合同自由,应予禁止。这说明,合同自由的前提条件是竞争。某些交易在竞争性市场条件下是合法的,但在垄断性市场条件下却失去其合法性。我国反垄断法第 55 条还规定,“经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。”这个规定说明,在我国反垄断法中,知识产权和一般财产权一样,不能从反垄断法得到豁免,特别是滥用知识产权的行为不能得到反垄断法的豁免。我国反垄断法关于知识产权的规定非常重要,这一方面是因为知识产权在市场竞争中有着特殊的意义,另一方面是因为我国当前基本是一个知识产权进口国,通过法律手段有效防止知识产权权利人的滥用行为,对维护我国企业的利益和促进我国经济发展有重要的意义。鉴于第 55 条只是一个原则性的规定,我国立法者应在这方面制定相关的指南或者实施细则。

(三) 控制经营者集中

我国反垄断法的第三大支柱是控制经营者集中。“经营者集中”是借鉴了欧共体竞争法的概念“Concentration between Undertakings”。美国和其他很多国家的反垄断法不使用“经营者集中”,而是使用“企业并购”,即 Merger & Acquisition,简称 M&A。即便在欧共体,人们一般也习惯将“经营者集中”称为“企业并购”,如欧共体理事会 2004 年《关于控制经营者集中的第 139/2004 号条例》简称为《并购条例》(Merger Regulation)。

按照参与合并的企业相互在经济上的联系,人们将企业合并分为横向合并、纵向合并和混合合并。横向合并即竞争者之间的合并。纵向合并即上下游企业间的合并,即合并当事人在经营活动中存在买卖关系。混合合并则是相互没有关系的企业间的合并,如钢铁企业和纺织企业间的合并。反垄断法主要关注横向合并,因为这种合并显而易见地会减少甚至消灭竞争者。美国司法部和联邦贸易委员会 1992 年发布的《横向合并指南》指出,一个企业取得另一企业或者两个企业间进行合并,这本身并不构成限制竞争行为;但在一定市场条件下,如果合并会扩大企业的市场势力,提高企业滥用市场优势的可能性,这就影响市场竞争。横向合并对市场竞争的影响有两方面:一是过度的合并会推动企业间的协调行为;二是过度的合并会推动企业的单方限制竞争行为,特别是涨价的能力。因此,控制企业间横向合并是各国反垄断法的基本内容,也是我国反垄断法的基本内容。在这个方面,以下几个问题值得关注。

1. 经营者集中的认定

根据反垄断法第 20 条,经营者集中指以下影响市场竞争结构的的活动:(1)经营者合并,包括公司法上的新设合并和吸收合并;(2)通过取得股权或者资产取得对其他经营者的控制权;(3)通过合同或者其他方式对其他经营者施加决定性的影响。这里的“其他方式”主要是企业间人事联合,即一个企业的管理层人员同时也是另一企业的管理层人员。这种情况下,两个企业就如同相互参股一样,在市场竞争中成为一个联合体。很多反垄断法明确禁止大企业间的人事联合,如美国克莱顿法第 8 条。

在上述经营者集中的方式中,取得股权是最重要的方式。然而,一个企业如果仅取得另一企业 10% 的股份,很难说它取得了对另一企业的控制权。一个企业如果取得另一企业 50% 以上的股份,

就很容易说明它取得了对另一企业的控制权。在市场经济条件下，因为企业的股份可能分散在很多股东的手中，一个企业一般不需要取得 50% 以上的股份就可以取得对另一企业的控制权。因此，在通过取得股份而取得控制权的方面，法律上应规定一个量化标准。如德国反对限制竞争法规定，一个企业如果取得另一企业 25% 有表决权的股份，可以认定这两个企业实现了合并。

2. 集中申报标准

根据反垄断法第 21 条，经营者集中达到国务院规定的申报标准的，应事先进行申报，未申报的不得实施集中。反垄断法第 22 条规定，经营者集中有下列情形之一的，可以不向国务院反垄断执法机构申报：（1）参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者 50% 以上有表决权的股份或者资产；（2）参与集中的每个经营者 50% 以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有。因为控制经营者集中的目的是防止市场过度集中，而在第 22 条规定的两种情况下，参与集中的经营者在市场竞争中已经成为一个竞争体，即这个经营者集中实际是一个企业集团或者康采恩内部的并购交易，这种集中不会对市场竞争产生影响。

反垄断法第 21 条要求达到一定标准的企业并购进行申报，但没有规定具体的申报标准。这是因为在全国人大常委会审议过程中，委员们对国务院法制办 2006 年提交的反垄断法草案中规定的申报标准有太大的争议。草案第 17 条规定，如果参与集中的经营者全球范围内上一年度的销售额超过 120 亿元人民币，并且参与集中的一个经营者在中国境内上一年度的销售额超过 8 亿元人民币的，该经营者集中应事先向国务院反垄断执法机构申报。有些委员认为这个申报标准太低，有些则认为不宜定得过高，还有些认为应当分行业规定不同的标准，有些甚至建议增加市场份额标准。鉴于这些不同意见，同时考虑到申报标准应随国家经济发展而不断进行调整，全国人大法律委员会建议，经营者集中的申报标准由国务院作出规定并适当调整。

这里需指出的是，反垄断法只应禁止对市场竞争有严重损害的合并，因而合并申报标准不应太低，否则会給那些对市场竞争有利或者无害的并购带来不必要的成本。另一方面，企业合并是优化企业组织结构和提高企业市场竞争力的一个重要手段，也是挽救濒临破产的中小企业的重要方式，因此，如果被并购的企业不足一定规模，相关的企业并购应被免除申报义务。如美国联邦贸易委员会根据 1976 年哈特—斯科特—罗迪诺反垄断改进法（Hart—Scott—Rodino Antitrust Improvement Act，简称 HSR Act）制定的申报规则不仅明确了需申报的企业并购的最低交易额，还明确了并购当事人的最小经营规模，由此免除了很多涉及中小企业的合并申报。^[12] 德国反对限制竞争法也明确免除了涉及中小企业并购的申报义务。根据该法第 35 条，市场销售额不足 2000 万欧元的企业与另一企业的合并不需要申报。

通过以上分析，笔者认为与 2006 年 6 月提交全国人大的反垄断法草案第 17 条相比，国务院法制办 2005 年 11 月反垄断法草案的第 17 条更有可取之处，因为它考虑了很多因素，包括被并购企业的规模和交易额。这个具体的申报标准是：（1）集中交易额超过 4 亿元，参与集中的一方经营者在中国境内的资产总额或者上一年度销售总额超过 15 亿元，且其他任何一方经营者在中国境内的资产总额或上一年度销售总额超过 5 亿元；（2）中国境内集中的交易额超过 15 亿元；（3）经营者集中没有交易额的，或者集中的交易额未达到第（1）、第（2）项数额的，参与集中的所有经营者

[12] Ronan P. Harty, *United States Chapter*, in *Getting the Deal Through - Merger Control* 2008, p. 362, <http://www.gettingthedealthrough.com>.

在中国市场上的资产总额或者上一年度销售总额超过50亿元。^[13]

3. 实质性审查标准

根据反垄断法第27条, 反垄断执法机构审查经营者集中时应当考虑以下因素: (1) 参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力; (2) 相关市场的集中度; (3) 经营者集中对市场进入、技术进步的影响; (4) 经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响; (5) 经营者集中对国民经济发展的影响; (6) 反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

上述因素中, (1) 和 (2) 的可操作性比较强, 它们也是其他反垄断执法机关考虑的主要因素。例如, 根据德国反对限制竞争法第19条第3款, 如果企业合并导致1个企业至少占1/3的市场份额, 或者3个或3个以下的企业共同至少占1/2的市场份额, 或者5个或5个以下的企业共同至少占2/3的市场份额, 且这些企业间不存在实质性的竞争, 一般就可推断这个合并能够产生或者加强市场支配地位, 受到禁止的可能性就很大。美国司法部自1982年发布《合并指南》以来, 一直使用赫芬达尔-赫希曼指数(Herfindahl-Hirshman Index, 简称HHI) 测度合并对市场集中度的影响, 其方法是将相关市场上所有企业的市场份额平方后再相加, 然后比较合并前后市场集中度的变化。^[14] 欧共体委员会、日本公平交易委员会也使用HHI测度合并对市场集中度的影响。我国反垄断法也应当考虑一种测度市场集中度的科学方法。反垄断法第27条中的“市场控制力”与“市场支配地位”有着相同的含义, 都是指经营者在相关市场上能够控制商品的价格、数量或者其他交易条件, 或者能够阻止、影响其他经营者进入市场的能力。市场份额、市场控制力和市场集中度都是与竞争政策密切相关的因素, 它们不仅有助于测度一个经营者集中能否产生排除或者严重限制竞争的后果, 而且可以说明我国控制经营者集中的目的是阻止产生和加强市场势力。

反垄断法第28条规定, “经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的, 国务院反垄断执法机构应作出禁止经营者集中的决定。”这说明, 我国反垄断法禁止经营者集中的依据是国家竞争政策。然而, 很多事物具有两面性, 一个在某些方面能够产生严重限制竞争后果的合并也可能在其他方面对经济和竞争产生积极的影响。因此, 该条还规定, “经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响, 或者符合社会公共利益的, 国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定”。这说明, 我国反垄断法对某些排除或者严重限制竞争的经营者集中可给予豁免。

反垄断法豁免经营者集中的第一个理由是集中对竞争所产生的有利影响明显大于不利影响, 这显然是借鉴了德国反对限制竞争法的经验。^[15] 然而, 经营者集中对竞争的有利影响不是指集中可以提高经营者自身在某些方面的竞争优势, 而是指相关市场竞争结构的改善。例如, 如果不批准经

[13] 商务部、国家工商行政管理总局等六部委2006年发布的《关于外资并购境内企业的规定》第51条规定, 外国投资者并购境内企业有下列情形之一的, 应当进行申报: (1) 并购一方当事人当年在中国市场营业额超过15亿元人民币; (2) 1年内并购国内关联行业的企业累计超过10个; (3) 并购一方当事人在中国的市场占有率已经达到20%; (4) 并购导致并购一方当事人在中国的市场占有率达到25%。此外, 虽未达到上述条件, 但应有竞争关系的境内企业、有关职能部门或者行业协会的请求, 商务部或国家工商行政管理总局认为外国投资者并购涉及市场份额巨大, 或者存在其他严重影响市场竞争等重要因素的, 也可要求外国投资者作出报告。该规定还对需向商务部和国家工商行政管理总局进行申报的境外并购的规模标准作出了规定。随着反垄断法于2008年8月1日开始实施, 该规定中的反垄断审查和申报标准将失去效力。

[14] 参见王晓晔:《企业合并中的反垄断问题》, 法律出版社1996年版, 第三章。

[15] 德国反对限制竞争法第36条第1款规定, 如可预见, 合并将产生或者加强市场支配地位, 联邦卡特尔局应禁止合并; 但是, 参与合并的企业证明合并也能改善竞争条件, 并且这种改善超过支配地位的不利条件, 不在此限。第42条规定, 在个别情况下, 合并对整体经济产生的利益可弥补对竞争的限制, 或合并符合重大的公共利益的, 应申请, 联邦经济部长可批准为联邦卡特尔局所禁止的合并。批准时, 应考虑参与合并的企业在本法适用范围之外的各个市场上的竞争力。仅当限制竞争不危及市场竞争秩序的条件下, 才能予以批准。参见尚明主编:《主要国家(地区)反垄断法律汇编》, 法律出版社2004年版, 第3页。

营者集中，被并购企业可能因为破产而被迫退出市场，这种情况下，经营者集中就比没有集中更有利于市场竞争。考虑到国际竞争，反垄断执法机构也可能批准国内大企业之间的合并。这样的合并虽然可能导致国内市场的垄断，但在市场没有进入障碍或者障碍很低的情况下，集中后的经营者即便取得了市场支配地位，由于存在外国企业和外国产品的激烈竞争，它们也不敢随意抬高产品的价格。

反垄断法豁免经营者集中的第二个理由是社会公共利益。从字面上讲，社会公共利益不是个别人或者个别企业的利益，也不是个别党派或者个别集团的利益，而是一种普遍的和社会的利益。在反垄断审查中，经营者提出的社会公共利益一般是对国民经济发展的积极影响，如生产合理化或者专业化，或者提高企业的国际竞争力。反垄断法中关于社会公共利益的规定非常重要，因为经济是复杂的，无论从现实还是从发展的眼光看，竞争政策与社会公共利益或者整体经济利益都有冲突的可能性。一个比较灵活的规定可以给执法者留有余地，使它在竞争政策和产业政策发生冲突时有选择的机会。但在另一方面，社会公共利益是一个比较模糊的概念，因而也是一个非常灵活的概念，反垄断执法机构应当谨慎使用这个概念豁免对市场竞争有严重不利影响的经营者集中，否则它就不可能认真执行国家的竞争政策，而竞争政策是市场经济国家基本的经济政策。

还需指出的一个问题是，我国反垄断法中的社会公共利益条款虽然借鉴了德国法的经验，但在德国法中，执行社会公共利益条款的机构不是德国联邦卡特尔局，而是联邦经济部长。这即是说，德国联邦卡特尔局作为反对限制竞争法的执法机关，它只是依据竞争政策对案件作出决定。为了提高执法透明度，我国反垄断委员会和反垄断执法机构应发布关于经营者集中的条例或者指南，特别是应当明确豁免对市场竞争有严重不利影响的经营者集中的条件。

根据竞争政策发达国家的经验，如果经营者接受反垄断执法机构的建议，对于于市场竞争有严重不利影响的集中计划进行修改，相关的经营者集中就可以得到批准。例如，反垄断法执法机构可要求经营者转让其某些技术，或者降低对另一企业的持股比例，或者在某些方面降低生产能力，这些措施都是为了减少批准后的经营者集中对市场竞争的不利影响。与此相应，我国反垄断法第 29 条规定，“对不予禁止的经营者集中，反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性的条件”。

（四）行政性限制竞争

传统反垄断法的任务是预防市场势力，禁止私人垄断。这是因为自由竞争会导致垄断，充分和不受限制的合同自由会产生不合理的经济和社会后果，因此国家有必要在竞争中充当裁判员的角色，维护市场竞争秩序，保护经营者和消费者的利益。然而另一方面，现实经济生活表明，限制竞争的力量不仅仅来自企业，还有很多来自政府。行政性限制竞争就是指政府部门滥用行政权力限制竞争的行为，它们也被简称为“行政垄断”。

1. 行政垄断主体

行政垄断之所以被视为滥用权力，是因为这些行为既不属于政府为维护社会经济秩序而进行的经济管理，也不属于政府为宏观调控而采取的产业政策、财政政策等经济政策。这即是说，行政垄断有三个构成要件：一是政府行为；二是限制竞争行为；三是滥用行政权力的行为。

我国反垄断法明确行政垄断行为的主体是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，但不包括有权代表国家的中央政府。从法学理论上说，反垄断法作为经济法，不可能对国家主权行为行使管辖权。美国最高法院 1943 年在 *Parker v. Brown* 一案中也指出，“国会不要求国家服从谢尔曼法。国家可以自己的名义，以私人不被允许的反竞争方式从事管理或者行为”。〔16〕这即是说，反垄断法反对垄断和保护竞争，但它不反对主权国家选择的限制竞争政策或者国家本身

〔16〕 *Parker v. Brown*, 317 U. S. 341, 350—351 (1943).

从事的限制竞争行为。而中央政府的下属机构和地方政府机构不属于主权者，它们的行为如果违反了国家的法律或者基本政策，即行为的本质是滥用行政权力，这些行为得受到反垄断法的追究。

2. 行政垄断行为

我国 1993 年颁布的反不正当竞争法已经提出了制止行政性限制竞争行为。该法第 7 条规定，政府及其所属部门不得利用行政权力，限制他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动；也不得利用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或本地商品流向外地市场。与此相比，反垄断法不仅在总则第 8 条规定“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争”，而且还通过第 5 章第 32 条至第 37 条详细列举了滥用行政权力排除、限制竞争的表现：（1）强制交易；（2）妨碍商品自由流通；（3）限制跨地区招投标活动；（4）排斥或限制外地经营者的投资活动；（5）强制经营者从事违法的垄断行为；（6）制定含有排除、限制竞争内容的规定。

显然，行政垄断行为不是市场经济体制下行政机关应有的做法，而是我国现阶段政治体制改革滞后于经济体制改革，政企严重不分和政府继续参与企业生产经营活动造成的。有些行为人是懂市场经济的规律，在新经济体制下沿用计划经济体制下的老办法，以行政手段干预企业的生产经营；有些则是为了实现不正当的地方利益或部门利益，明知故犯地滥用行政权力。但是，不管行政垄断的表现是什么，它们的手段是一样的，即不正当和不公平地使用行政权力；它们的本质也是一样的，即偏爱个别企业，排斥其他企业，或者偏爱个别地区，排斥其他地区；其结果也是一样的，即破坏市场的公平自由竞争，妨碍全国统一大市场的建立，优不能胜，劣不能汰，使社会资源得不到合理和有效的配置。滥用行政权力限制竞争还往往是官商勾结、权钱交易，会引发社会腐败，严重地损害政府形象。因此，制止行政垄断应当是我国反垄断法在当前的一项重要任务。

有人认为，行政垄断是我国当前经济生活特有的现象，这种观点是不正确的。其实，不管在中国还是其他国家，也不管过去、现在和将来，政府滥用行政权力限制竞争都是对竞争损害最甚的行为，这是古典经济学派早已指出过的。因此，反垄断法不能把目光仅仅投向企业，还应当关注政府的行为，否则反垄断法在维护市场竞争秩序方面就不会有很大效力。例如，德国反对限制竞争法第 130 条第 1 款规定，“本法亦适用于全部或者部分所有权属于国家或由国家管理或者经营的企业”。欧共同体竞争法在禁止滥用行政权力方面也有比较详细的规定。如《欧共同体条约》第 86 条规定，成员国不得对其国有企业以及其他享有特权或者专有权的企业采取背离欧共同体条约特别是背离欧共同体竞争政策的任何措施；《条约》第 87 条规定，成员国不得利用国家财源优待个别企业或者个别生产部门，损害共同体市场上的公平竞争。在 1993 年 Corbeau 案中，欧共同体法院虽然承认法国的国家邮政是一个提供普遍服务的企业，但它认为，私人企业仍可以在这个垄断企业力不能及的领域或在其经济效率低下的领域参与竞争，从而驳回了法国邮政提出的禁止 Corbeau 提供邮政快递服务的请求。法院还指出，法国邮政制止 Corbeau 向社会提供特种邮递服务的行为是在不合理地扩大其垄断权，违反了与条约第 86 条第 1 款相关的条约第 82 条。^{〔17〕}这个判决表明，除了绝对必要的情况，欧共同体禁止所有能够引起限制竞争后果的专有权或者特权。这即是说，不管电信、邮政还是能源服务，这些方面的专有权或者垄断权应当是基于服务的非盈利性和公共利益，即在合理、公平和无歧视条件下向社会提供普遍服务或者使用公共网络的必要性。

3. 行政垄断的法律责任

反垄断法第 51 条规定，“行政机关和公共组织滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分。”这个规定与反不正当竞争法第 30 条是一样的。众所周知，反不正当竞争法颁布 10 多年来，尽管人人都知道行政

〔17〕 EuGH 19. 5. 1993, Slg. 1993 I 2553, 2569 “Corbeau”.

垄断是对我国市场竞争损害最大和危害最甚的行为，但我们很少听到哪个上级机关对其下级机关滥用行政权力限制竞争的行为进行过检查和处理。事实上，因为这里的“上级机关”不是确定的机关，更不是确定的行政执法机关，这些机关的工作人员一般不会有较强的反垄断意识，他们也不可能把执行反垄断法视为自己的使命。另一方面，政府机关上下级之间往往是朋友或者熟人关系，在这种情况下，上级机关处理其下级机关与第三方的争议时，不容易做到中立和公正。还有一个问题是，与行政垄断相关的争议一般都涉及国有大企业或者地方企业的利益，这些利益不仅能够给下级机关带来经济上的好处，有时也能给上级机关带来经济上的好处，特别如地方保护主义。这种情况下，上级机关更不容易做到中立和公正，一般也不会主动涉入这方面的案件。

反垄断法第 51 条说明，我国立法者没有把行政垄断的管辖权交给反垄断行政执法机关，这使反垄断法面对行政垄断有点像一只没有牙齿的老虎。但是，与反不正当竞争法第 30 条相比，反垄断法第 51 条增加了一个重要规定，即“反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议”。这一规定是在全国人大常委会对反垄断法进行第三次审议时增加的，表达了最高立法者希望行政垄断行为能够得到有效遏制的愿望。根据我国的实践经验，反垄断行政执法机构向违法机关的上级机关提出依法处理的建议是可行的。国家工商行政管理总局在 1995 年至 2005 年期间，查处或者协助查处了 519 件涉及地区封锁、地方保护等行政性限制竞争案件，在维护市场竞争秩序方面发挥了重要的作用。^{〔18〕}

二、我国反垄断执法面临的挑战

反垄断法主要是针对企业限制竞争行为的一种法律制度，它的颁布毫无疑问会对我国市场上的企业产生直接和重大的影响。反垄断法也将对我国各级政府机构产生重大影响，作为一部对政府行为有着约束力的法律，它有助于提高各级政府机构及其工作人员的反垄断意识，培育和发展他们的竞争文化，这从长远来说有助于推进我国的经济体制改革和政治体制改革，促进政企分离。反垄断法的颁布也将对消费者产生重要影响，反垄断法所保护的市场竞争会强迫企业不断向消费者降价让利，强迫他们在产品的质量、数量以及花色品种方面不断满足市场的需求，反垄断法是一部实实在在的消费者权益保护法。反垄断法虽然将对我国经济生活和几乎所有的经济部门产生重要影响，是规范国家经济秩序和市场竞争秩序的基本法律制度，但是由于我国经济体制转型的任务尚未彻底完成，再加上反垄断法本身存在很多不完善之处，可以预见，我国反垄断初期执法将会遇到严峻的挑战。

（一）反垄断立法目的之争

我国反垄断执法的最大挑战来自人们对反垄断立法目的的认识。反垄断法第 1 条规定，“为了预防和制止垄断行为，保护市场竞争，提高经济运行效率，维护消费者合法权益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”这说明，我国反垄断法的直接目的是保护市场竞争，最终目的是提高经济效率，维护消费者合法权益和社会公共利益。市场竞争毫无疑问可以提高资源配置效率，也可以提高企业生产效率，这两种效率都会造福于社会，提高消费者的福利。然而，社会公共利益则是一个比较有争议的概念，可以有很多解释。但不管如何解释，社会公共利益都是一个比较灵活的概念，同时也是一个模糊的概念。根据我国反垄断法第 15 条和第 28 条的规定，当事人可以社会公共利益为由，要求反垄断执法机关豁免他们的垄断协议或者排除、限制竞争的经营者集中。

〔18〕 国家工商行政管理总局公平交易局/中国社会科学院国际法研究中心编著：《反垄断典型案例及中国反垄断执法调查》，法律出版社 2007 年版，绪论部分。

然而在实践中,哪些企业最有可能以社会公共利益为由从反垄断法得到豁免呢?显然是国有大企业。我国反垄断法也有很多条款明显保护国有大企业的利益,如第7条规定,“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,国家对其经营者的合法经营活动予以保护”;第5条规定,“经营者可以通过公平竞争、自愿联合,依法实施集中,扩大经营规模,提高市场竞争能力”。第4条可被视为这些产业政策的解释,“国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则,完善宏观调控,健全统一、开放、竞争、有序的市场体系”。我国当前处于经济体制转型时期,立法者确有必要考虑很多问题,一部法律体现多个甚至相互冲突的目的是可以理解的。但在这种情况下,人们势必会提出这样一个问题,即在竞争政策和产业政策发生了冲突的情况下,哪一个政策应当优先。

其实,我国反垄断法中保护国有经济的规定,在理论上并没有错,因为任何企业的合法利益都应当得到保护。然而,如果反垄断法同时保护经营者和消费者,那么在两者的利益发生冲突的时候,执法者就面临这样一个选择:消费者利益优先还是经营者利益优先?全国人大常委会第二次审议的反垄断法草案取消了维护经营者利益的规定,这是很明智的。但是通过的法律保留了维护社会公共利益的规定,且社会公共利益和消费者合法权益二者是并列的,这就很难保证反垄断法完全考虑消费者的利益。比如,我国消费者肯定希望民航运输市场上存在有效竞争,因为通过竞争他们可以获取低价优质的服务。但是,现在有人提出,南航、东航和国航应当合并,组建“超级承运人”,以应对国际航空市场的竞争。^[19]如果我国反垄断执法机关认为三大航空公司的合并符合反垄断法第28条关于社会公共利益的规定,保护消费者和保护社会公共利益这两个目的就会发生冲突。

当然,不同目的的矛盾和冲突在其他反垄断法中同样存在,如欧共体委员会2005年12月发布的《欧共体条约第82条适用于滥用性排他行为的讨论稿》指出,“第82条之目的是保护市场竞争作为提高消费者福利和保障资源有效配置的工具”。^[20]这里就存在一个问题:欧共体竞争法是保护竞争,还是把竞争视为一个工具,实际上保护消费者福利和提高经济效率?当然欧共体委员会一向严格地执行竞争政策,立法目的之争一般不会影响欧共体竞争法的执行。然而,我国反垄断法立法目的之争却至关重要,这一方面因为我国反垄断法存在浓厚的产业政策色彩,执法机构审理案件时都会考虑竞争政策和产业政策,法律也没有明确竞争政策是否优先于产业政策;另一方面是因为我国目前的反垄断执法机构缺乏独立性。这样,当消费者利益和国有大企业利益发生冲突的时候,反垄断执法机构能否站在消费者立场上反对垄断和保护竞争,这需要时间的检验。

需指出的是,在反垄断领域,企业为取得豁免而提出的社会公共利益一般都是短期利益。1829年当铁路作为一种新运输工具在美国刚刚问世之时,纽约州州长伯伦(Martin Van Buren)曾上书杰克逊总统,反对铁路与运河相竞争。他说,“如果允许铁路取代运河中的船舶,这会导致严重的失业问题。船长、厨师、驾驶员、小旅馆老板、修理工等很多人都将因没有生计被迫离开运河,更不用说被雇来为马匹种植饲草的无数农民”。^[21]现代人一般都不会同意伯伦的观点。竞争作为优胜劣汰的机制,它虽然导致低效率企业的破产并由此减少就业岗位,但是随着新竞争者进入市场,它也可以创造新的就业岗位。总的说来,竞争可以降低产品和服务的价格,提高消费者的实际收入,其结果就会扩大社会对商品和服务的需求,最终会提高社会就业率。因此,反垄断法所保护的消费者利益和它致力提高的经济效率与社会公共利益在本质上是一致的,它们相互间没有冲突。

[19] 刘绍勇:《“超级承运人”挑战》,《财经》年刊“2008:预测与战略”。

[20] *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses*, para. 4. 54.

[21] Patrick Massey, *Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions*, 1996 Fordham Corp. L. Inst. 93 (B. Hawk, ed. 1997).

我国反垄断法关于社会公共利益的规定一方面基于国情，另一方面也是借鉴了其他国家例如德国法的经验。但是在德国，企业很少能够以社会公共利益为由得到反对限制竞争法的豁免，这是因为反垄断法本身就是从社会最大利益出发的。实践已经证明，绝大多数的垄断包括企业垄断和行政垄断都是不合理的现象，其本质不过是限制价格机制调节社会生产和优化配置资源的功能。从短期看，垄断会导致产品价格上涨和质量下降，损害消费者利益；从长期看，垄断会导致企业生产效率低下和国家经济短缺。更为重要的是，垄断会遏制一个国家和民族的竞争精神，而竞争精神才是国家经济发展的真正动力。因此，尽管我国反垄断法中社会公共利益的条款是必要的，以便适应反垄断法第4条的规定，“国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则”，但是反垄断行政执法机构应当谨慎使用这个条款。

（二）缺乏统一、权威和独立的反垄断执法机关

反垄断法与一般民商法不同，与反不正当竞争法也不同，它的任务是不仅要与大企业集团或者垄断企业的限制竞争行为作斗争，而且还应当监督政府部门，防止它们滥用行政权力限制竞争。这就要求反垄断执法机关有权威、有地位、有独立性，否则其执法工作就会受到其他政府部门的干扰和影响。然而，根据反垄断法第10条以及国务院有关部门的解释，在反垄断执法初期，商务部、国家工商行政管理总局和国家发展改革委员会三家机构分头执法已成定局。

反垄断多头执法是人们不愿意看到的一种安排。就同一职能设置多个机构与设置单一机构相比，执法成本高而效率低，且这些机构之间不可避免地会产生争执和摩擦。三足鼎立的行政执法还有一个致命弱点是，它们均附属于国务院部委，级别不高，权威不大，而且因其主管部门特别是国家发展改革委员会是制定和执行国家宏观经济政策的重要机构，作为其下属机构的反垄断执法机构很难保持独立性。因此，笔者认为最好的办法是国务院下决心将三个反垄断行政执法机构整合为一个统一机构，并赋予其必要的权威和地位，即成为一个直属于国务院的部级机构。

反垄断法第9条规定，国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作。鉴于目前反垄断执法权被严重分割的现状，设立反垄断委员会是非常必要的。但是，笔者担心这个反垄断委员会在推动竞争政策方面发挥不了太大的作用。因为按照国务院提交全国人大的反垄断法草案，反垄断委员会将由国务院有关部门和机构的负责人和若干专家组成。考虑到国务院大多数机构主要是制定和执行国家的产业政策，由这些机构负责人组成的反垄断委员会能否大力倡导和推动竞争政策，人们将拭目以待。

（三）行政垄断问题

尽管要不要反对行政垄断在我国反垄断立法中一直存在着争议，反垄断法第8条明确规定，行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争。此外，反垄断法第5章还专章对行政权力排除、限制竞争的行为作出了禁止性规定。反垄断法关于行政垄断的规定意义重大，它不仅表明我国立法者对行政垄断持坚决反对的态度，有利于提高各级政府机构的反垄断意识，而且也表明反对行政垄断是全国上下的主流观点，这有利于在我国倡导和培育竞争文化。

然而遗憾的是，反垄断法没有把行政垄断的管辖权交给反垄断执法机构。根据该法第51条，滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的，由其上级机关责令改正。因此，有人批评我国反垄断法在制止行政垄断方面是虚多实少。笔者认为在这个方面，我国应借鉴其他国家或地区反垄断法的经验，把监督检查行政性限制竞争的任务交给反垄断执法机构。我国还应当改革行政法，使我国法院有权监督政府的行为，包括政府的抽象行为。当然，我国反垄断行政执法机构能否承担制止行政垄断的任务，这取决于它是否是一个统一、独立和有权威的机构。现在，绝大多数反垄断执法机构都有权监管政府部门滥用权力限制竞争的行为，如欧共体委员会、德国联邦卡特尔局和日本公平交易委员会。不可否认，反对行政垄断在任何国家都是一项艰难的任务，因为这是在限制政府的权力。

反对行政垄断在我国尤其是一项艰难任务，因为这不仅需要我国深化经济体制改革，而且需要政治体制改革。但是，无论如何，行政垄断的普遍存在对反垄断执法是一个严峻的挑战，在企业普遍寻求政府保护或者通过政府“寻租”的社会环境下，反垄断法不可能得到有效的执行。

（四）反垄断执法与行业监管的关系

反垄断法禁止滥用市场支配地位，理应关注那些取得了垄断地位或者市场支配地位的大企业，特别是应当关注电信、邮政、铁路、电力、银行等领域的国有垄断企业。然而，这些国有大企业一般都有行业监管机构，反垄断执法机构能否取得被监管企业的管辖权就是一个敏感的话题。我国反垄断法没有明确反垄断执法机构与行业监管机构之间的关系。但这不表明这个问题得到了解决，而是最高立法者认为，它们之间的关系应由国务院在确定反垄断执法机构时通盘考虑。考虑到这些行业监管机构在我国大多是部级机构，考虑到我国很多行政机构对它们手中的行政权力寸土不让，反垄断执法机构能否取得对被监管行业的管辖权，不容乐观。

其实，很多市场经济国家的经验已经表明，监管机构在处理被监管企业与其他企业或者与消费者的争议中，往往站在被监管企业的立场上，这即是经济学家提出的“监管者被俘获”理论。我国的被监管企业大多为国有垄断企业，行业监管机构运用行政权力维护在位垄断者利益的现象更是普遍。另一方面，行业监管机构的权力配置不是以反对垄断和保护竞争为宗旨的，这些机构一般没有反垄断意识，不能适应反垄断的要求。还有一个问题是，我国在电信、电力、邮政、铁路、石油等对国计民生比较重要的行业都设立了主管部门或者监管机构，如果这些机构各自适用部门法处理限制竞争案件，不仅会政出多门，降低反垄断执法效率，我国也难以建立全国统一的市场竞争秩序。在这个方面，我国应借鉴其他国家的经验，从国情出发，将对被监管行业限制竞争的管辖权交给反垄断执法机构。无论如何，排除反垄断执法机构在被监管行业的管辖权是错误的，不仅严重损害反垄断执法机构的权威和地位，而且不利于推行国家的竞争政策。

（五）颁布反垄断法不过是反垄断立法的第一步

我国反垄断法只有 57 条，内容非常原则。为了使这部法律具有可操作性，国务院即将组建的反垄断委员会和反垄断执法机构应当在相关市场、横向限制竞争协议、纵向限制竞争协议、经营者集中、滥用市场支配地位、滥用知识产权等很多方面发布实施细则或者指南。例如，反垄断法第 55 条规定，“经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法”。但是，何谓滥用知识产权排除、限制竞争的行为？这就需要法律解释。因此，颁布反垄断法不过是我国反垄断立法的第一步，在这个领域，我们要走的路程还很长很长。