

西方反垄断法理论与 与实践及其对中国的启迪

龚维敬

摘要：西方国家反垄断法的理论基础是什么，各个学派存在着哪些分歧，历届政府依据什么样的理论来制订反垄断立法，在制订这些立法时，又会产生什么样的内在矛盾，作者对这些问题进行了梳理并予以评论。在此基础上，作者认为，在我国制订反垄断法时，应结合我国的实际经济情况，严格区分经济性垄断与行政性垄断，着重限制行政性垄断；而且不应当将反兼并作为反垄断法的主要组成部分；同时，还应当学习国外反垄断法审判原则与时俱进的理念，以制订出一部具有中国特色的反垄断法。

关键词：理论基础 立法悖论 中国立法

西方国家反垄断法已有一百多年历史，积累了一些经验与教训，在我国制订反垄断法时，应取其精华，弃其糟粕，制订出一部有中国特色的社会主义市场经济反垄断法。

一、以国外反垄断法为鉴

国外反垄断法的制定已有一百年的历史，积累了丰富的经验，值得我们学习。

在国外经济发展过程中，如何运用反垄断法维护市场经济正常运转，这些立法的理论基础是什么，各个学派存在着哪些分歧，历届政府又依据什么样的理论来制订反垄断立法，在制订这些立法时，又会产生些什么样的内在矛盾，这些问题的经验为我国反垄断法的制订提供了一些有益的经验与教训。现以美国反垄断法为例，作一些具体分析。

（一）立法的理论基础

任何一种立法都有一定的理论基础，反垄断法也不例外，它是在一定经济理论和法律基础上制定出来的。在不同时期，由于不同学派占据主导地位，以致有关反垄断法的理论基础不同，立法的主要思想亦有差异。

长期来，西方经济学界对反垄断法的理论基础存在两种针锋相对的根本性分歧，主要争论焦点在于反垄断法是否对企业效率有利。

一派意见认为反垄断法限制企业兼并，对企业的效率会产生不利影响，因而主张应弱化兼并立法，美国芝加哥大学法学院教授罗伯特·博克（Robert Bork）持有此种观点，他认为反垄断法的立意是，为

了保护竞争，维护小企业利益，而小企业，一般来说，效率比大企业要低，如果不允许兼并，就是促进低效率存在。这一派学者认为，兼并会提高企业集中度，大企业可以降低生产成本，增加竞争能力，是提高企业效率的必由之路，他们竭力主张放松对企业的兼并立法管制。

另一派意见则与之相反，认为兼并行为形成规模庞大的企业，大企业会产生低效率，因而应强化兼并立法，一些激进经济学派的看法是，通过兼并形成高度集中，包含着高价格、高利润的企业结构，并且大企业彼此之间较易达成协议，进行结构共谋，对企业生产效率产生极其不利的影响。

到了1960年代兼并高潮，出现了大量混合兼并，兼并立法的争论焦点就转移到是否要对混合兼并予以制裁问题，也就是对《赛勒-凯佛尔法》是否要进行修改。

一派意见认为，混合兼并虽然不是同一部门企业之间的兼并，但是这种兼并使企业生产种类过于庞杂，规模过于庞大，对经济存在着潜在的危险，应该予以严格限制，芝加哥大学法学院院长菲利普·尼尔（Philip Neale）持有这种观点。他认为，一家企业拥有过多的生产部门，对企业生产会产生不利影响，而现行立法没有对混合兼并起到制止作用，应该予以改变。

另一派则持相反意见，认为混合兼并不会对竞争产生不良影响，而且对企业发展有很多好处，芝加哥大学保守派经济学家乔治·斯蒂格勒（George Stigler）的意见是，混合兼并对企业之间和部门之间不会产生

不利影响,没有必要制定新的立法对混合兼并予以制止。另一位法学专家威廉·巴克斯特(William Baxter)的看法是,混合兼并有很多有利于经济发展的作用,从出售企业立场来看,混合兼并是退出一个部门的主要出路,是调整产业结构的重要手段;混合兼并能够扩大企业规模,使企业迅速增长;混合兼并可以使企业由懒散的、腐败的管制人员手中转移到有管理经验的管理者手中,这是一种最大竞争,所以他竭力反对制定立法对混合兼并予以制裁。

1980年代,生产与资本国际化迅猛发展,各国经济相互依存关系进一步深化。与此同时,美国在世界经济中的竞争能力下降,国际地位受到削弱。对反垄断法的讨论又甚嚣尘上。一部分代表大企业利益的经济学家认为,美国企业之所以在国际经济中竞争能力下降的原因,主要是企业在国际市场的竞争取决于是否拥有新技术,能否开发新产品,而开拓新技术,需要巨额资金,拥有数量可观的资金只有实力雄厚的大公司。近年来,相对其他国家来说,美国公司规模发展缓慢,已不能适应日益发展的国际化经济的需求,要提高国际竞争能力,只有不断扩大公司规模,兼并立法应该予以放行。

另一派代表反垄断法传统观念的经济学家如门彻鲍姆(Manchebolm)则持反对意见,他认为竞争能力与企业规模相提并论是不符合实际的,美国企业在国际市场上竞争能力下降归咎于企业规模问题是难以令人置信的,上述观点只能导致企业兼并的合法化,不会增强企业国际经济中的竞争能力,他主张严格地执行反垄断法各项条款。

在法学界,一些法学专家,从法学理论角度出发,对反垄断法也提出两种截然不同的见解。

一部分属于自由派法学家的观点是,在人们生产过程中,任何企业都可以自由地在企业之间订立某些协议,彼此之间能够自愿地进行各种生产环节和生产要素的交换和交流,以达到相互之间都可以提高生产效率,共同创造财富。政府制订法律条文,对私人企业予以干预,是不符合个人拥有不可剥夺的财产权的基本原则的。同时,他们还依据达尔文进化论理论,认为兼并是一种自由竞争所形成的优胜劣汰的经济现象,这种现象是通过竞争以淘汰不适于生存的落后企业,利用立法保护一些自然淘汰的低效率企业,是不符合于事物发展自然规律的。因而,这些法学专家们竭力反对各种严厉的反垄断法以促进企业兼并。

另一部分属于保守派的法学家的观点与之针锋相对,他们认为达尔文进化论理论主要是针对生物

而言,经济现象的规律不尽相同,优胜劣汰支配着生物的进化,但是经济现象需要通过人为的选择,经过不断的调整使之合理化。同时,他们还认为,私有财产不是自然存在的,它的存在是人们在经济活动中不断增大自己的财富形成的,不可剥夺的财富是不存在的,如果一个企业违反社会利益,通过垄断进行自我增殖,社会有权力通过立法予以制止。因此,这一派法学家们竭力主张制定各种反垄断法以严厉制止各种非法的兼并活动。

(二)政府对反垄断法的态度和审理原则

立法一般均建立在一定的理论基础上,任何政府都是依据一定的理论制定立法的,在美国制定反垄断法过程中,表现得十分突出,特别是第二次世界大战后,历届政府依据不同经济学家和法学家的相异理论,制定出不同的反垄断法,执行着各届政府具有各自特点的司法程序,这在一定程度上影响着美国企业兼并的进展过程。

艾森豪威尔政府上台后,共和党的政治主张主要是保护美国的自由市场得以有机的运行,对反垄断法是持积极支持态度的,政府中有关执行反垄断法的各个立法和司法部门的主要负责人都是竭力主张严格执行《赛勒-凯佛尔法》的,司法部长赫伯特·布劳内尔(Herbert Brownell)就是一个执行反垄断法的强硬派,他分析了企业兼并对竞争产生的不利影响,对市场存在着长期潜在危险,他竭力主张严格地执行《赛勒-凯佛尔法》,因而,在50年代美国企业兼并行为受到扼制,兼并活动甚为呆滞。

1950年代美国政府利用立法,严格控制企业兼并行为,使得兼并活动减少,一定程度上影响了企业的活力,以致到了60年代,美国经济学家对反垄断法提出一些异议,学术界的舆论逐步由支持反垄断法为主,转向反对反垄断法占上风,一些学者主要从企业生产效率角度,分析扼制兼并会对企业带来不良影响,所以,在肯尼迪政府和约翰逊政府任内,对反垄断法的执行有所放松,这就在一定程度上导致了1960年代兼并高潮的兴起。

在肯尼迪和约翰逊政府期间,混合兼并成为企业兼并活动中的一个主导方向,在立法中是否明确对混合兼并予以制止,是政府反垄断法中一项重要内容,肯尼迪政府反托拉斯部主席,哈佛大学法学教授纳德·特纳(Donald Turner)认为,混合兼并不会对竞争产生影响,制止混合兼并没有法律依据,所以他对混合兼并采取放任政策,在他任内只对5起较小的混合兼并予以起诉。

1960年代后半期,混合兼并大幅度增长,给美

国经济带来了一系列不利影响,特纳的主张难以继续维持下去。于是约翰逊总统任命拉姆森·克拉克(Ramsay Clark)代替特纳为反托拉斯部主席,克拉克认为混合兼并对企业效率带来不良后果,竭力主张运用反垄断法制止混合兼并。1968年,国际电话电报公司(ITT)对美国广播公司(ABC)进行混合兼并,克拉克对ITT进行了起诉,ITT不得不撤消这一混合兼并,这对制止混合兼并起着一定的扼制作用。

尼克松上台时,正值1960年代企业兼并高潮的后期,眼看难以平息的兼并高潮给整个国民经济带来一系列不利影响,于是采取了严格执行反垄断法的措施,用以制止兼并行为继续发展。尼克松的政策顾问约翰·埃利希曼(John Eblichman)主张用评估兼并后的企业是否有违法行为,予以严格控制;司法部部长约翰·米切尔(John Mitchell)针对大量混合兼并的出现,提出在200家最大公司中,任何部门之间的兼并,都是不允许的,这是符合现行反垄断法精神的;反托拉斯部主席理查德·麦克拉伦(Richard McLaren)一上台就对混合兼并进行了一系列起诉。

卡特政府继续执行尼克松反垄断法政策,整个1970年代,美国企业兼并之所以一直处于呆滞状况,当然与当时整个国民经济处于滞胀局面密切相关,但是,尼克松与卡特政府对反垄断法的态度也起了一定的作用。

到了里根上台后,面对整个1970年代长期处于滞胀经济局面,为了扭转这一状况,采取了对私人企业放松管制的政策,积极支持企业兼并行为。里根政府的反托拉斯部主席威廉·巴克斯特(William Baxter)是一位著名的法学学者,他竭力反对用反垄断法对混合兼并进行制裁。

布什政府继续执行里根政府有关反垄断法的政策,正是由于里根和布什两届政府对企业兼并放松管制,导致了1980年代企业兼并高潮的兴起(原因当然是多方面的)。

美国反垄断法自谢尔曼开创以来,虽然经历过一个多世纪,通过数次修改,但是在制定和修改所有这些立法时,都自始至终地遵循着一条审判原则,即称之为理性原则(The Rule of Reason)。这一原则的主要内涵是,企业兼并是否构成违法,应该依据企业的目的和手段,以及行为后果来判断,企业兼并是否有操纵市场垄断的意图和目的,兼并的后果是否排斥竞争,形成垄断势力,这种垄断行为,“凡是对公众有害或限制了私人权利的”,都是不合理的,也就是说,凡是既有垄断意图,又形成削弱竞争的后果,对公众产生危害的兼并行为即构成违法。

但是,美国司法部门在处理企业兼并案件中,执行这一审判原则时,在不同时期,强调的侧重点有所不同。

在20世纪初,美国司法部门在执行“理性原则”,处理企业兼并时,侧重面是禁止反竞争的市场行为,只要不妨害竞争,不产生对公众的危害行为,即不触犯“理性原则”,否则,就是不合理的,就要受到反垄断法的制裁。美孚石油公司案件最具有代表性,最高法院认定美孚石油公司的垄断行为已经损害它的竞争者的利益,是违法的,判决将该公司解体为7家各自独立的公司。

到了1940年代中期,对“理性原则”运用的侧面有所改变,主要强调垄断实力的作用,反映在审理美国铝公司的案件上,一些人认为,该公司对铝制品垄断行为是合法的,它是通过专利权取得对铝制品的垄断地位,专利权是具有合法的排他权,并且没有对其他竞争者产生不良后果。因此,不能由此论断该公司是违法的。而最高法院认为,该公司占有美国铝制品市场的90%,这个数字表明了该公司的垄断地位本身就是违法的。这表明“理性原则”的侧重点转向禁止垄断本身的存在。

到了1970年代,企业兼并的动因发生了变化,一些企业为了生存和发展,只有在获取先进技术和管理经验的前提下,才能立于不败之地,通过兼并获取技术与管理经验就成为企业发展的必由之路,美国司法部门为了促进经济发展,在审理兼并案件中运用“理性原则”的侧面必然又有所变更。主要精神是,凡是通过技术革新和先进管理而创造的垄断企业不违反“理性原则”,如1972年的伊斯曼·柯达公司案件和1978年的杜邦公司案件,都是以这一精神予以处置的。

随着经济形势的变化,企业兼并的动因与目的以及采取的兼并方式,都与过去有所不同,特别到了1960年代混合兼并的大量出现。美国司法实践对企业兼并的审理原则也有所发展,其中主要的一条原则是对混合兼并的评审标准主要依据兼并行为是否存在“潜在竞争”,这个标准的含意是,一个企业在兼并前有可能通过自身力量进入市场,占有市场一定份额,成为市场中的一个具有竞争能力的企业,市场就会增加一个竞争者,从而加强了市场竞争,这是一种潜在的竞争力量,如果该企业兼并了在市场上占有一定份额的另一家企业,这样就削弱了市场上的“潜在竞争”。

混合兼并是不同部门之间的企业兼并,当一个部门的企业欲打进另一个部门的企业,在未进入之

前,有的兼并是存在着“潜在竞争”的,如果在兼并过程中削弱了这种“潜在竞争”,这是违反反垄断法原则的。如普罗克特-甘布尔(Procter&Gamble)是美国一家最大的日用化学品公司,1967年欲兼并生产漂白剂的克洛罗克斯-布利公司,美国司法部门制止了这起兼并,主要审理原则依据就是削弱了“潜在竞争”。法院认为如果普罗克特-甘布尔公司不对克洛罗克斯-布利公司进行兼并,该公司以其日用化学品的生产条件,完全有可能利用自身力量进入漂白剂市场,不仅普罗克特-甘布尔公司可以扩大漂白剂生产规模,增加市场占有率,而且前者可能以其实力给后者提供方便的销售渠道和先进的管理经验,还可以对后者在市场价格竞争中给以财政补贴,增加了克洛罗克斯-布利公司生产漂白剂的实力地位,这就必然削弱了漂白剂市场的竞争。

二、立法的内在矛盾

市场经济的基本要求是,维护和促进企业间的竞争。一个生产部门在市场上必须保持一定数量的相互具有竞争力的企业,才能使企业进行最有效的再生产,如果一个部门为少数企业所垄断,必然有碍于企业进行合理的资源配置,因此维护竞争,反对垄断是美国反垄断法内涵的核心。

美国颁布反垄断法一个多世纪来,在执行过程中,反垄断法对控制企业兼并行为起了一定的作用,在某种程度上对制止垄断的形成也有某些影响。但是,美国市场经济模式的一个重要特点是整个经济运行机制是以私人垄断为主体的,政府制定的各项政策和法规不得有悖于私人垄断的发展,反垄断法的主导思想是反垄断,这在某种意义上说,是与美国市场经济模式主体相违背的,一方面,市场经济要求维护和强化竞争,另一方面,却又以垄断的形成和加强为主体。同时,国际经济形势迅猛发展,经济全球化不断扩展,对反垄断法原有的作用亦产生很大影响。这样,在反垄断法执行过程中必然产生一些悖论。

1. 反垄断还是反竞争

市场经济要求维护竞争,反对垄断,以使企业在自由竞争的条件下,进行合理配置资源,达到最佳效益。反垄断法是在这一指导思想下制定的,它的主导思想在于引导市场上各个企业通过公平竞争,达到高效率的生产。但是,在反垄断法执行过程中,经常会产生相悖的效果。

在一国范围内,一个生产部门经常有少数垄断者控制着大部分生产,在该部门市场中占有绝大多

数的比重,这些少数企业旗鼓相当地进行着垄断竞争,彼此互不相让,某家企业为了打破这一僵局,采取联合国外势力,增强自己企业的竞争能力,以打败它们的竞争对手,这本来是一种在生产与资本国际化条件下进行竞争的一种手段,可是,反垄断法却认为,这是加强垄断的行为,而予以干预。

长期以来,美国汽车工业一直为通用、福特、克莱斯勒3大汽车公司所垄断,彼此之间竞争十分激烈,近年来3大公司在美国市场所占份额比较稳定,没有一家公司能够突破原有比例。在美国汽车工业日益走下坡路的情况下,通用汽车公司为了摆脱困境,采取与日本汽车公司在本国内进行联合投资的办法,以吸取日本汽车公司的先进技术和管理经验,提高生产效率,与福特和克莱斯勒等公司展开了激烈的争夺战,1983年通用汽车公司与日本丰田汽车公司在加利福尼亚州的弗里蒙特建立联合汽车生产厂,有力地提高了该公司的生产效率,加强了公司的竞争力。

这时,美国联邦贸易委员会对通用汽车公司提出诉讼,认为该公司违反反垄断法,应该停止这一行为,其理由有二,一是两家公司互通信息,生产价格更低的小型汽车,属于共谋行为;二是这起企业合营行为会增加通用汽车公司在市场上的份额,因而违反反垄断法。

但是通用汽车公司是依靠引入国外机制改进技术,提高管理水平,以进入市场,取得市场份额,这是竞争的结果。这种市场份额的增加不是通过非竞争手段,以排除竞争对手,达到扩大市场销路的,也就是说,不是通过垄断手段进行的。只看到通用汽车公司市场份额的增加,却没有分析这种增加是在公平竞争条件下形成的,这种只强调市场份额,而不分析增加原因,显然是对垄断内涵的曲解,这说明美国政府在执行反垄断法过程中,对垄断与竞争的界限是混淆不清的,反垄断法本应是反垄断,但在这里实际上反的是竞争。

后来,美国联邦贸易委员会仍执意认为,这一行为是加强垄断行为。但在具体判决中,却退了一步,采取一个折衷办法,即限制该联合企业每年产量不得超过25万辆,这个限制使这家合营企业生产规模不能达到合理的规模经济效益,以致该企业生产汽车成本要高于美国小型汽车平均成本,使得通用汽车公司难以以有利的生产条件参与市场竞争。

2. 反垄断还是维护垄断

所谓垄断,即是在一个生产部门,一个企业或少数几个企业占有大部分市场份额,这些企业依据占

有市场的优势左右市场价格,通过垄断高价或垄断低价,以获取高额垄断利润。凡是占有市场高份额,通过控制市场价格以获取利润的垄断,就应该予以反对,否则就是维护垄断。

犹他馅饼公司(UtahPieCo.)是1950年代在盐湖城地区创办的一家生产馅饼的公司,主要在当地生产和经销新鲜馅饼,1950年代下半期以前,盐湖城地区没有一家生产冰冻馅饼,所有冰冻馅饼均由宝贝(Pet)、卡内欣(Carnation)和大陆(Continental)3家公司在加利福尼亚州的工厂生产,然后运往盐湖城销售。犹他馅饼公司,看到有机可乘,以其生产馅饼的有利条件,在兼并了当地的几家生产馅饼企业后,把生产转向生产冰冻馅饼,该公司利用成本(主要是运输成本)便宜的优势,以垄断低价打入市场,1958年该公司冰冻馅饼每打平均价格要比其他公司价格低14~17%,到1961年这一差距扩大到21%(见表1),有力地排挤了原来占有市场的外地3家公司。这样,到了1958年犹他馅饼公司就占有盐湖城地区冰冻馅饼市场份额的三分之一以上,成为该地区的真正垄断者(见表2)。该公司垄断盐湖城地区冰冻馅饼生产和销售之后,公司发展甚快,1958-1961年仅3年间,馅饼销售量由3.8万打增加到10.3万打,增加近3倍,同期利润也增加了28.5%。

表1 1958-1961年美国盐湖城地区冰冻馅饼价格*(美元)

	1958年初	1961年	
犹他馅饼公司	4.15	2.75(8月)	
宝贝公司	4.92	3.46(4月)	
卡内欣公司	4.82	3.46(8月)	3.30(最低)
大陆公司	5.00	2.85(最低)	

说明:*冰冻苹果馅饼每打价格。

资料来源:Shughart,WilliamF.,1990.AntitrustPolicyand InterestGroupPolitics. NewYork:QuorumBooks,p.163.

表2 1958-1961年美国盐湖城主要公司冰冻馅饼市场份额(%)

	1958年	1959年	1960年	1961年
犹他馅饼公司	67	34	46	45
宝贝公司	16	36	28	29
卡内欣公司	10	9	12	9
大陆公司	1	3	2	8
其他	6	19	13	8

资料来源:同表1。

在犹他公司占据盐湖城冰冻馅饼市场之后,宝贝公司等3家公司联合控告犹他公司利用低价占据市场,违反价格歧视条款,应予以起诉,而犹他公司则向法院提出诉讼,认为3家公司有共谋行为,违反《谢尔曼法》第一条和第二条,双方各执一词,相持不下。后来,高等法院判决,认为犹他公司的价格下降是成本降低,不属于价格歧视。与此同时,该公司在

盐湖城地区冰冻馅饼的市场占有率由1958年的67%降为1961年的45%,因而不属于对市场的垄断行为,最后犹他公司胜诉,从而为犹他公司在盐湖城地区垄断冰冻馅饼市场奠定了基础。

司法部门对犹他公司的判决,显然是违反反垄断法反垄断的基本精神的。首先,犹他公司之所以能够占领盐湖城市场较高份额主要是利用垄断低价形式形成的,这种低价虽然部分原因是由于犹他公司占有有利的地理位置,降低了运输成本所致,但是,这个价格在市场竞争中形成了排他性,通过低价倾销,排挤了其他公司在市场上的占有份额,这是违反反垄断法的原则的,不能只讲价格形成原因,忽略低价所产生的效果,这是舍本逐末的理由,是不能成立的。其次,犹他公司在盐湖城地区形成垄断之后,占有市场份额虽有所下降,但不管是67%也好,还是45%也好,这个占有率都足以使该公司在盐湖城地区起领导价格地位,该地区冰冻馅饼价格的确定都是犹他公司的价格起着决定性的作用,虽然比重有所下降,但并没有影响该公司通过控制价格获取垄断利润的行为,这种行为就是道地的垄断行为。

因此,在这起兼并过程中,犹他公司的胜诉,说明了美国政府运用反垄断法的基本原则不是反对垄断,而是维护了垄断的利益。

3. 反部门垄断还是促进跨部门垄断

在科学技术迅猛发展的今天,许多新技术的发明,新产品的研制,在众多新兴行业兴起过程中,存在着各个行业之间相互渗透,彼此交叉,多种新行业相互之间形成一系列边缘部门和跨部门,一些产业利用垄断原来部门的有利条件,对这些新兴跨部门进行划分势力范围,夺取这些新兴部门的垄断地位就成为当前部门间争夺的焦点所在。

近30年来,计算机工业与传统的通讯器材工业在新技术发展的融合中相互渗透,逐步形成跨部门的新兴信息工业。

传统产业分工是:以国际商业机器公司垄断计算机工业和以美国电话电报公司独占通讯器材工业和通讯服务业,各自为政,各霸一方。近30年来,在原有通讯业和计算机工业基础上,在新技术发展中相互渗透彼此融合,不断进行产业结构的调整,逐步形成了新兴边缘工业、信息工业,以电视、传真、光纤线路、网络等为主要组成部分的计算机通讯网络,在国民经济中发挥重要作用。这一信息网络的出现,原有的两个霸王分别以其雄厚势力争夺新兴跨部门的斗争就成为一场势均力敌的拼博战。

由于美国电话电报公司长期以来垄断美国电信

业,早在1974年,美国最高法院就认为美国电话电报公司违反反垄断法,并予以起诉,但这一案件一直拖延未裁决。1980年代以来,该公司为了调整产业结构,从多方面积极打进信息产业,甚至不惜以高昂代价以达到这一目的。1982年,该公司在反垄断法迫使下,决定把原公司的22个子分公司由总公司分离出来,纳入七个地区控制公司,公司被迫放弃市内电话业务,受到一定的损失。但是,这个决定是以允许该公司进入尖端通讯设备的新兴信息工业为先决条件,这就为美国电话电报公司进入信息网络通讯系统成为合法化,从而,自80年代以来,美国电话电报公司在与国际商业机器公司争夺信息工业的垄断地位中,逐步取得优势地位,成为美国最大的信息工业垄断者。

从美国电话电报公司成为美国信息工业的垄断者的过程中,可以看到,美国反垄断法对一些传统部门的垄断可能起到一定的控制作用,而在科学技术发展的新形势下,各个部门相互渗透,逐步形成的跨部门垄断不仅没有起到控制作用,相反,却起到了推波助澜的作用。

4. 是反国内垄断还是反国际垄断

当今世界,经济全球化神速发展,国际市场竞争日趋激烈,在这场斗争中,必然出现国内各集团之间的利益与国内资本集团和国外资本集团之间的矛盾,这样,在执行反垄断法时也会遇到反国内垄断与反国际垄断这一对矛盾,究竟是维护整体国家的利益,还是维护国内资本集团的利益,问题十分尖锐。

美国在民用飞机制造业一向是雄居世界之最,占有整个国际飞机市场的绝对优势,波音和麦道两家飞机制造公司长期垄断着国际市场。20世纪80年代以来,欧洲飞机制造业为了打破美国独家垄断世界飞机市场的局面,联合起来形成了空中客车公司,把欧洲制造飞机的各方力量集中起来,在德国生产机身,英国生成机翼,西班牙生产尾翼,最后在法国总装。空中客车公司成立以后,发展甚快,逐步抢占了美国在国际飞机市场的一些份额,欧洲空中客车公司对美国两大飞机公司咄咄逼人的竞争势头,形成了巨大的威慑,美国飞机制造业称霸世界的地位遭到了动摇,波音与麦道两家公司的老板清楚地知道只有联合起来予以合并,优势互补,增强实力,才能维护自己在全世界范围内的实力地位。于是1996年波音公司一举兼并了麦道公司,这一兼并是争夺飞机制造业全球霸主地位的严峻斗争,它不仅在美国国内引起各资本集团的极大反应,而且,在欧洲更是导致朝野震惊,官方机构欧盟委员会亲自出马予以干预。

波音与麦道的合并,使得美国飞机制造业不仅成为全球最大的制造商,而且占有美国国内飞机市场份额几乎达到百分之百,形成独家垄断局面。但是美国反托拉斯机构不仅没有阻止波音对麦道的兼并,而且政府利用采购等措施促成了这一兼并。这是美国政府对反垄断法又一新的举措,也就是说,企业兼并不是仅仅只依据国内市场占有率来判断是否违反反垄断法,在当今经济全球化时代,反垄断法的依据不能仅仅局限于国内市场范围,需要分析世界市场的条件,在执行反垄断法时,美国政府是以整个国家利益为重,为了参与世界市场竞争,提高美国企业在全世界范围内的竞争力,不惜以放弃国内垄断的标准,鼓励与支持垄断企业的兼并行为。

5. 是反市场占有率还是反经济效率

长期以来,美国反垄断法主要标识是反对企业兼并形成更大的市场占有率。市场占有率的提升会形成更高的垄断程度,导致不合理的资源配置,以致经济效率低下,因此,反市场占有率的提升与对导致经济效率低下是一致的,不存在任何矛盾。但是,随着科学技术的进步,世界经济一体化的发展,这一情况发生了变化,出现了市场集中率与经济效率之间的关系并不是完全一致的趋势。

微软案是一件颇具典型的反垄断法案件。微软公司是世界上最大的软件公司,占有世界软件市场80%以上,在软件市场上占有绝对垄断优势。因此,哥伦比亚地区法院对微软提出诉讼,认为微软公司具有反竞争行为。一方面,该公司占有巨大的稳定的市场份额,另一方面,微软公司把浏览器捆绑在视窗操作系统上,把软件系统固化到芯片上,从而阻止竞争对手进入市场,这样,微软公司不仅侵害了消费者利益,而且打击了竞争对手,是反竞争的。因此,地区法院提出对微软公司实行制裁,要把微软公司分解为两个公司,以维护软件市场的竞争势态。可是,这场官司最终以微软公司胜诉而告终,地区司法部门撤消了对微软公司一分为二的判决。

为什么微软公司在软件市场上独霸一方,占有如此高的市场份额,都得不到反垄断法的惩处呢?这就涉及到反垄断法不能仅仅以市场占有率为依据,而是依据高新科技产业的特点,社会经济效率以及整个国民经济利益来考虑。

微软公司基本上是靠自我发展起来的企业,是以知识产权和知识创新为基础发展起来的企业,能否保持创新活力是新兴科学技术的最重要的特征,是美国经济是否能继续领先于世界经济的关键,技术创新是经济增长的最重要的推动力。是决定消费

者福利的最重要的因素,因而美国反垄断法逐步转向促进创新的举措是符合当前新兴科技迅猛发展时代的要求的。

信息产业是当前世界经济发展中最为突出的一个经济部门,它对整个国民经济的发展至关重要。微软公司是信息产业的领头羊,它对推动整个信息产业的发展起着带动作用。20世纪末21世纪初的世纪之交,美国正处经济衰退时刻,若微软公司的发展受到某些干扰,其后果不堪设想,不仅对信息产业是致命的打击,而且对处于危难之中的美国经济更是雪上加霜,对整个美国经济将带来不可估量的损害,为了维护美国整体经济利益,微软胜诉了。这就是说,当前美国反垄断法把它的着眼点放在国家利益上,更为突出。

三、我国反垄断法应注意的几个问题

我国正处于社会主义初级阶段,实施的有中国特色的社会主义市场经济刚刚起步。目前,我国国民经济基础还很薄弱,市场经济运行过程中,出现了许多特殊矛盾,我国应依据我国实际情况,结合国外的经验,制订出一部符合我国国情的反垄断法。

在制订我国反垄断法时,以下问题应予以关注。

(一) 严格区分经济性垄断和行政性垄断,着重加强对行政性垄断的制约

经济性垄断是凭借经济优势,对商品生产、商品价格及市场供求关系实施排他性控制,阻止竞争对手的进入,限制公平竞争,损害消费者权益,降低经济效率,是在市场经济机制运行过程中产生的一种滥用市场优势形成的排他行为,是市场经济运行规律的反映。

行政性垄断是利用行政权力,干预经济,破坏正常的经济运行,行政性垄断的实施者是行政部门,是市场经济机制本身规律以外的力量,是借助于行政手段的权力,具有明显的强制性,是一种超经济性质的垄断。

在我国,由于长期实施的计划经济体制,国家的经济活动都是通过国家行政手段,运用高度集中的指令性计划来推行的,经济指标由上级权力机构下达,下级的经济活动依据行政指令运行。

我国的行政性垄断是地方(行业)保护主义的重要体现,地区(行业)垄断必然形成地区(行业)封锁,这种封锁主要是地方政府(或行业政府)从地区(行业)利益出发,用行政手段割裂地区(行业)间的资源、技术、商品等的交往,严重地妨碍了合理的资源配置,阻碍全国统一市场的发展。同时,在地方(行

业)利益指使下,地区(行业)政府难以服从全国整体产业结构的相互配合关系,致使地区(行业)之间出现了大量重复建设。重复布局,使各个地区(行业)的产业结构趋同现象日益严重,破坏了国家整体经济结构的调整,导致不合理的资源配置。

我国行政性垄断对整个国民经济的影响是相当严重的,必须绳之以法,以利于社会主义市场经济正常运行,使行政干预经济有法可依,按照市场经济规律正确处理好政府与经济运行之间的关系,这是当前我国反垄断法首先必须解决的问题,应放在特殊重要的地位。

在我国制订反垄断法过程中,对反对行政性垄断的重要性和紧迫性认识不足,对反对行政性垄断部分总是避重就轻,轻描淡写,这种现象必须予以根本改变。

为什么对反行政性垄断会产生如此态度,原因是多方面的,但其中一个重要理由是,在国外反垄断法内容中,很少提及这方面内容,甚至完全没有涉及。我认为,这是脱离我国经济现实的观点,从我国实际情况看,当前我国行政性垄断给国民经济带来的危害是相当严重的,要制订符合我国国情的反垄断法,必须首先解决行政性垄断问题,才能使我国市场经济按照经济规律正常运行,这是我国有特色的反垄断法的主要内容,以国外反垄断法为依据的理由是不能成立的。

(二) 依据我国企业规模的现状,不应将反兼并作为反垄断法的主要组成部分

一般来说,国外反垄断法的核心是,制止企业兼并活动,以防范行业集中度过高,形成排他性垄断。在审理反垄断法案件中,也以反兼并案例最为普遍。这是因为在发达国家,各个经济部门发展程度较为成熟,大企业的集中度较高。如进一步进行兼并,会产生更程度的垄断,造成经济效率的低下,不利于经济的发展,应该予以制止。

在我国制订的反垄断法,是否也应该吸收这一条经验呢?依据我个人的意见,答案应该是否定的。

在我国反垄断法中,有关反兼并的内容应该有一定的条款,但不应该是反垄断法中的主要组成部分。

为什么这么说呢?这是由我国实际经济情况决定的。外国经验不能照搬不误,如法炮制。

我国是一个发展中国家,经济基础落后,企业实力薄弱,国民经济各个部门均还处于一种非常脆弱的地位,在当前制订各种立法时应该充分考虑这一客观实际。

在长期处于经济不发达状况的条件下,各个部门企业实力不强、规模有限,要承担起国民经济健康快速发展的任务,主要是把经济最基本的基础加固,各个部门的企业规模壮大、实力增强,这是当前经济发展首当其冲的必备条件。

大企业是当代经济发展的主要支柱,这个支柱作用首先表现为规模经济的承担者,大企业能够节约投资费用,提高劳动生产率,降低成本,使企业最大限度地发挥其经济效率。其次表现为技术创新的开拓者,大企业是研究与开发资金的主要支付主体,能够组织最先进的大型研究与开发项目,是大型研究与开发的主要组织者,从而是新兴先进技术的最主要的创新者,从而在国民经济中总是处于领先地位。第三,表现为国际竞争力的组织者。大企业成为当前经济全球化浪潮中争夺世界市场份额主要力量,奠定一国经济在国际经济地位中的主要基础。

我国的企业规模与发达国家大企业的规模经济效益,技术创新效应以及国际竞争力效应所起的作用相去甚远。绝大部分企业达不到基本的规模经济水平,距离技术创新的要求甚远,更谈不上参与国际竞争。在制订反垄断法时要充分考虑到我国经济的这一状况。

在制订反垄断法时,我们不应反对具有规模经济效益的大企业,不能与目前我国鼓励发展规模经济的产业改革相抵触;不能抑制具有技术创新实力大企业的形成;不能扼杀先进科学技术共同开发协同作战的合作行为;不应阻止企业通过兼并增强实力参与国际竞争的举措,不应否定企业迈向国际市场所采取的积极步骤。目前我国的突出问题不是垄断过度,而是垄断不足,只有进一步推进兼并战略,扶持垄断势力,才能推动我国经济迅速发展。

同时,我们还应该看到,任何事物都是一分为二,兼并活动亦是如此,有积极的一面,也有消极的一面。一方面,企业兼并可以优化产业结构,使资源由劣势企业向优势企业转移,可以合理配置资源,可以形成具有经济效益的大企业。但是,与此同时,企业兼并会使经济力量过于集中,形成排他性垄断,给竞争带来威胁,导致经济效率低下。在目前,我国的兼并活动所产生的效应主要还是前者,对我国经济实力增长具有特殊重要的作用和积极的意义。至于兼并所产生的负面效应对我国企业来说还处于次要地位,我国大部分企业还处于十分分散、实力不足的局面,就目前来说,兼并的结果还很难达到一个行业内的支配垄断势力。

至于在我国反垄断法草案中规定,将以市场份

额达到 50% 作为判定企业是否垄断,是否违反的标准,更是一个值得商讨的条款。

从目前我国企业规模情况看,如果少数几个企业的市场份额达到 50% 的话,从大部分产业来看,恐怕也很难达到规模经济的标准,也谈不上具有较高的研究与开发能力,从相当一部分行业来看,如果少数几个企业占有国内市场份额 50% 的话,那么这一份额在世界市场上可能 1% 也到不了,这样的条款怎么能促进我国经济快速发展呢?

从目前我国实际经济情况看,在社会主义市场经济条件下,当然也存在着许多由于兼并形成垄断,导致经济效率低下的情况,在这方面,我们也应该列入条款予以制止,但是,在整个反垄断法中不应占有主导地位。

(三) 国外反垄断法审判原则与时俱进的理念值得我们学习

美国反垄断法经历了一百多年的历史,在这个历史发展过程中,制订了一个原则,这一原则指的是,企业兼并是否违法,应该依据企业的目的和手段,以及行为的后果来判断,这一原则始终没有变,但随着时代的变迁,其内涵却在不断发生变化。开始时,这一原则的内涵是,反垄断法的审判原则是看企业兼并后垄断行为本身状态如何,企业占有市场份额是否构成垄断性占有。随后,这一审判原则转变为考察企业兼并后的情况,企业兼并后是否排斥竞争、削弱竞争,造成经济效率低下,损害公众利益。目前,这一审判原则又转变为促进技术创新和维护国家整体利益的原则上。美国反垄断法在理念上随着时代的变迁而不断变化的做法,是值得我们学习的。

我国应在吸取国外经验的基础上,制定一部既结合我国国情,又符合时代特征的反垄断法。既不能局限于反兼并活动的条款,又不能拘泥于某一市场份额的限制。我国的反垄断法应以规模经济为导向,以技术创新为准则,以增强国际竞争力为目的,以国家整体利益为基准,制订出一部具有中国特色的反垄断法。

注释:

Flytein,Neil,1990.TheTransformationofCorporate-Control.Cambridge:HarvardUniversityPress,p.220,pp.204-221.p.234.

Armentano,DominickT.,1982.AntitrustandMonopolyAnatomyofaPolicyFailure.NewYork:JohnWiley&Son,p.38,p.110.

Ficher,FranklinM.,1987. "HorizontalMerger:TrialandTreatment."JournalofEconomicPerspectives,Fall,pp.36-37.

(作者单位:复旦大学世界经济研究所 上海 200433
(责任编辑: N)