

中国企业兼并的反垄断控制

林 平*

企业兼并在中国是一个新的概念，在不到十年以前，人们对企业兼并还是十分陌生。^①最近以来，企业兼并，特别是涉及到跨国公司的兼并，引起了人们的极大关注。^②人们关心的中心问题之一是大范围的企业兼并是否会引发中国产业的垄断，以及如何对企业兼并进行有效的控制。本文对中国近来国内企业兼并的情况做一些概括分析，同时对企业兼并控制的经济学原理进行简单介绍。最后，本文对中国政府 2003 年颁布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》谈一些自己的看法。这一《暂行规定》的颁布设立了中国第一个企业兼并反垄断申报系统，是中国竞争政策发展史上的一个里程碑，虽然它只是使用于外国投资者并购境内企业的交易。笔者将主要从产业政策与竞争政策的冲突，以及保护竞争与保护竞争者之间的关系这两个方面来解读这一《暂行规定》。本文不涉及到兼并控制中技术层面的问题。

一、中国近年来企业兼并活动

最近几年，中国企业兼并活动发展迅猛。从表 1 中，我们可以看到，在 2002 年，中国上市公司中共有 653 宗并购活动，交易总额为 535.2 亿元。企业并购比较活跃的行业包括金属与非金属业、机械、设备和仪表行业、公用事业、石油、化

*林平, 香港岭南大学经济系教授, 系主任, 中国社会科学院研究生院经济学硕士, 美国明尼苏达大学经济学博士; Email: plin@ln.edu.hk; 个人网页: <http://www.ln.edu.hk/econ/staff/plin/plin.html>

^① 1994 年之前也有企业间的兼并与重组。但当时的企业兼并由政府自上而下地实施, 且是无偿的, 基本不涉及所有权的转换, 故不属于真正意义上的兼并。

^② 可参阅盛洪主编: 《最新中国企业并购经典案例》, 中国轻工业出版社, 1999; 刘吉: 发展要有新思路, 见《中国并购报告 2003》, 人民邮电出版社; 王巍, “并购的运动与规则”, 见《中国并购报告 2003》, 人民邮电出版社; 王晓晔, “入世催生中国反垄断法”, 见王晓晔与伊从宽[日]编: 《竞争法与经济发展》, 社会科学文献出版社, 2003。

学、塑料行业、和信息技术业等等。2003 年上市公司并购数量上升为 925 笔，并购交易总额为 774.39 亿元。^①

表1: 2002年中国上市公司并购交易成交数目与金额

	成交数	比例	成交额（亿元）	比例
农业	19	2.9%	14.2	2.7%
采掘业	3	0.5%	4.3	0.8%
食品、饮料	33	5.1%	15	2.8%
纺织、服装、皮毛	36	5.5%	11.8	2.2%
造纸、印刷	6	0.9%	3.3	0.6%
石油、化学、塑胶、塑料	50	7.7%	38.5	7.2%
电子	10	1.5%	37.1	6.9%
金属与非金属	44	6.7%	87.2	16.3%
机械、设备、仪表	81	12.4%	69	12.9%
医药、生物制品	36	5.5%	13	2.4%
其它制造业	15	2.3%	9.2	1.7%
电力、煤气、水	32	4.9%	48.2	9.0%
建筑业	10	1.5%	5	0.9%
交通运输、仓储业	12	1.8%	23.6	4.4%
信息技术业	64	9.8%	26.7	5.0%
批发和零售贸易	53	8.1%	38.7	7.2%
金融、保险业	1	0.2%	3	0.6%
房地产业	21	3.2%	15	2.8%
社会服务业	37	5.7%	20.8	3.9%
传播与文化产业	4	0.6%	2.5	0.5%
综合类	86	13.2%	49.1	9.2%
总数	653	100%	535.2	100.0%

来源：中国并购报告2003

中国企业间的并购交易可以大体分为以下三类：政府主导的并购、外资推动的并购、以及市场导向的并购。

首先，中国各级政府在近年来企业兼并的过程中起了关键性作用。自 1990 年以来，中国政府的产业政策的主线之一，就是积极推动企业之间的整合，建立中国的行业“企业舰队”，以期培养出韩国式的、在国际市场上具有竞争能力的大企业集团。（比如说，1994 年，中国政府开始在 100 个试点城市进行大中型企业的兼并。1997 年，国务院从具有战略意义的产业中选拔出有 120 个大型企业集团

^① 2003 上市公司的总数大概是 1200 家左右。

构成的“国家队”。)这种以建立和培养大企业集团为指导思想的理念,虽然在亚洲金融风暴之后有所减弱,但仍然是中国政府调整产业结构的主要指导思想之一。在2002年中国加入世界贸易组织后,国人越来越担心中国的企业是否可以经得住跨国公司大规模“侵入”的冲击。在这种情况下,企业兼并自然被认为是建立大型企业的最快的方式。这种产业政策引导的企业兼并在汽车制造业尤为显著。中国汽车行业的第十个五年发展规划指出要逐步提高产业的集中程度,建立以一汽、东风和上海汽车集团三大企业集团为首的产业架构。2002年中汽车行业的主要并购交易,包括一汽购买天津夏利50.98%股权一例,都与政府的产业政策有关。^①航空业是另一个政府主导型兼并比较活跃的行业。在2002年,国家航空总局下属的九家民航组成中国国际、中国东方和中国南方航空公司为首的三大集团。(与汽车行业的兼并不同,航空业的这一大规模调整是纯粹意义上的政府行为,被兼并的航空公司的资产完全是以无偿的形式转移到兼并的公司。)

地方政府在近来企业并购的热潮中,也扮演了重要的角色。为了提高地方企业的竞争力,或者是为一些亏损企业找出路,地方政府近年来不断对地方产业进行重组。譬如,2000年,上海市政府制定和颁布多项法规政策来对其所属国营企业进行重组。到2001年,上海市所属的115家上市企业的百分之七十五都通过兼并。

同时,为了进一步吸引外资,中国政府开始允许外商兼并本地企业。近几年政府颁布的有关外资兼并的各项法规包括:1999年颁布的《外商收购国有企业的暂行规定》、2002年的《上市公司收购管理办法》和《利用外资改组国有企业暂行规定》、2003年的《外国投资者并购境内企业的暂行规定》等等。政策上的宽松、中国入世以及其市场的巨大吸引力导致了外资在中国并购的热潮。据统计,外资在中国的并购额2001年为23.3亿美元,2002年为20.7亿美元。2003年的前三季度为38.4亿美元。^②美国柯达(Kodak)2003年十月收购乐凯股权,法国欧莱雅(L'Oreal)2004年初收购国内化妆品名牌“小护士”和“羽西”,以及最

^① 参阅《中国并购报告》2003。

^② 参阅《中国并购报告》2004,第十六章。

近世界第二大啤酒集团SAB收购哈尔滨啤酒集团等等，都是外资并购国内企业的例子。

当然，市场力量的推动是导致企业兼并热潮的另一主要原因。在二十多年的改革与开放过程中，中国的许多行业都经过了市场竞争的洗礼。在市场优胜劣汰的过程中，一些行业（如家用电器、服装业、啤酒酿造等等）中效率高的企业规模不断壮大，市场份额不断增加，技术或管理水平低的企业市场份额则不断被蚕食，以至于最终被兼并。^①同时，“强强联合”和“弱弱联合”型的兼并也时有发生。一些行业（如零售业）的企业，为中国入世后外资企业的大规模进入做准备，也进行策略性的联合和兼并。^②

因此可以说，中国近几年的企业兼并活动，是在政府“有形之手”和市场“无形之手”相互作用环境中，在国外资金、国外品牌、国外技术的全方位冲击之下进行的。

大规模的企业兼并活动，自然会提高中国产业的集中程度。从表 2（见下页）可以看到，中国制造业 8 大企业市场份额自 1995 年以来有了大幅度的提高，有一些行业的集中程度在短短的 5 年之内竟增加了一倍。但总体来讲，中国产业的集中程度还是偏低。在 2000 年，上面 22 个行业中 8 大企业市场份额超过 40% 的只有烟草和石油炼焦两个行业，超过 30% 的也只有 5 个行业。^③

近几年大规模的企业兼并，尤其是外资公司在中国市场上的扩张，引起了中国政府的极大关注。国家工商管理总局在 2004 年 6 月发表的一份调研报告中指出，人们应该警惕跨国公司在中国通过兼并（及其它手段）来垄断一些行业市场的企图。学术界也有不少文章指出，中国应当加快制订和颁布自己的反垄断法，以便抑

^① 谢伟对彩电和汽车行业的价格战与企业兼并进行了详尽的实证分析，见谢伟著：《赶超与价格战：中国彩电与汽车行业的实证分析》，经济管理出版社，2001。

^② 中国股票市场在 90 年代中期以来的快速发展和不断完善，是推动企业兼并的另一有利因素。“借壳上市”或“反向兼并”也是近年来中国企业兼并一种常见的方式。参阅温元凯编：《资产重组案例：来自一千家上市公司的报告》，经济日报出版社，2000。

^③ 威聿东也根据不同数据来源对中国产业集中度进行了测算，所得结论基本相同。见威聿东主笔：《中国经济运行中的垄断与竞争》，人民出版社，2004。

制跨国公司的反竞争行为。^① 在传媒界，也有一些相关的报导。例如，在 2003 年 12 月欧莱雅 (L' Oreal) 集团收购中国护肤品名牌“小护士”一例中，一个收购的必要条件是小护士品牌的缔造者——丽斯达公司董事长李志达——在一定时间内不再从事化妆品行业。(欧莱雅在 2004 年 1 月又收购了中国另一化妆品名牌

表2：中国制造业8大企业集中度(%)

行业名称	1995	2000
食品加工 业	5.28	7.51
食品制造业	9.91	13.10
饮料制造业	8.64	20.39
烟草加工业	32.97	54.01
纺织业	2.77	6.59
服装及其他纤维制品制造业	3.76	9.30
造纸及纸制品业	5.34	10.90
石油加工及炼焦业	44.85	82.84
化学原料及化学制品制造业	11.26	7.94
医药制造业	11.77	28.81
化学纤维制造业	37.60	13.83
橡胶制品业	18.27	36.40
塑料制品业	3.64	6.02
非金属矿物制造业	2.44	6.13
黑色金属冶炼及压延加工业	30.16	39.51
有色金属冶炼及压延加工业	13.31	10.32
金属制造业	4.64	9.48
普通机械制造业	6.52	9.90
专用设备制造业	6.18	11.65
交通运输设备制造业	20.86	28.92
电气机械及器材制造业	8.80	30.75
电子及通信设备制造业	14.65	23.07

数据来源：1995年的集中度是根据《1996年中国大中型企业年鉴》计算；
2000年的集中度是根据《2001年中国大企业集团年鉴》的数据计算。

^① 如王晓晔，“入世催生中国反垄断法”，见王晓晔与 伊从宽[日] 编：《竞争法与经济发展》，社会科学文献出版社。

“羽西”。该收购协议中也有类似的条件。) ^① 很明显，收购协议中加入这样的条件，是为了防止李志达将来再次进入化妆品行业同欧莱雅竞争，因而有限制市场竞争的可能。^② 如何分析这一限制条件对社会带来的利与弊，不是一件容易的事情，原因之一是它牵扯到知识产权和人力资本的问题。^③ 但有一点很清楚，那就是欧莱雅不但收购了原小护士的有形资产及其品牌（包括产品配方等等），它同时也“收购”了李志达头脑中同化妆品有关的全部人力资本。凭借这种人力资本，李志达日后很有可能会开发出新的品牌。但在收购协议中规定的限制条件下，这种人力资本将会被闲置，而这对社会来讲是一种浪费。^④

二、企业（横向）兼并控制的经济学原理

企业之间的合并及兼并可分为三类：横向兼并、纵向兼并及混合兼并。横向兼并是指竞争者之间的兼并，这种兼并直接影响到市场的竞争程度(合并的双方不在相互竞争)，因而是各国竞争政策中企业兼并控制的重点。纵向兼并是指具有供求关系(或买卖关系)的企业之间的兼并。比如说，一汽车制造商和一家汽车零部件生产商之间的合并，或者是一生产厂商和一家零售店之间的合并，都属于纵向兼并。虽然不直接涉及竞争者，纵向兼并会间接地影响的上游的下游行业的竞争。譬如说，一彩电生产厂家兼并上游的显像管制造商，可能会影响到其它彩电生产厂家显像管的供给。同时，在兼并了这家显像管制造商之后，这一彩电生产厂家可能不再向上游其它的显像管制造商购买显像管，从而也会影响这些显像管制造商之间的

^① 欧莱雅公司对此也予以确认。见 2003 年 12 月 12 号《中国青年报》及 2004 年 2 月 10 号《羊城晚报》。小护士是中国排名第二的护肤品牌，在李志达创立后的不到十年内，小护士发展成拥有包括保湿、清洁、防晒、抗皱在内的护肤品系列名牌，同时在全国设有 28 万个销售点。这些资产，以及小护士在湖北宜昌市的一个生产基地，都在此次收购之内。

^② 据报道，李志达卖掉“小护士”后，逐已涉足饮料行业。2004 年 11 月，李志达任董事长的北京汇中天恒投资有限公司，收购了中国饮料名牌“健力宝”。此次收购是汇中天恒在北京 2008 年奥运会到来之前进入运动饮料消费品市场的一个重大举措。见 2004 年 11 月 17 日《香港成报》，文章编号 200411170290063。

^③ 据说，按照国家有关规定（见本文第 4 部分），欧莱雅收购小护士的协议，曾向商务部等有关部门申报并获批准。但不知商务部是否及如何评判收购协议中的这一限制条款。

^④ 严格来讲，这种人力资本并不是被收买了，而是被摧毁了。当然，欧莱雅对附加这一条件会付出相应的报酬。

竞争。一般来讲,国际上各国对纵向兼并的控制虽然不象对横向兼并的控制那样严格,但对纵向兼并的控制仍然是企业兼并控制的重要任务。

最后,既不是横向型又不是纵向型的兼并,称为混合型兼并。或者说,兼并的双方既不是竞争对手,又没有纵向的业务关系,这种兼并则属于混合型兼并。混合型兼并往往是为了使业务更加多元化和风险分散,对市场竞争一般来讲不会带来负面影响。所以,各国竞争法执行机关对混合型兼并的审查都很松,甚至都不审查。^① 我们这里只讨论横向兼并对竞争和社会的影响。^②

企业之间的兼并可能出自很多利益驱动,其主要的动机有:追求规模效益和减少竞争。企业兼并之后,规模增大,其各种资源(尤其是一些固定成本)可得到更充分地利用,兼并双方的互补性可以得以实现,从而提高生产和经营效率。很明显,规模效益推动的兼并对消费者以及整个社会都是有利的。企业兼并另一个主要动机是为了减少竞争。例如,两个企业可能在长时期不分胜负的“割喉战”之后决定兼并,从而避免互相残杀。或者,一个企业也可以通过“贿赂”办法,把对手一个一个收买下来,使它们退出竞争。这种类型的兼并显然对社会是有害的。

世界发达国家对企业兼并控制的法律条文,以及执法机关对兼并进行审查时,都是以对上述两种效果(规模效益同减少竞争效果)寻求最佳平衡为基本原则的。这一原则是著名的威廉姆森模型的基石。

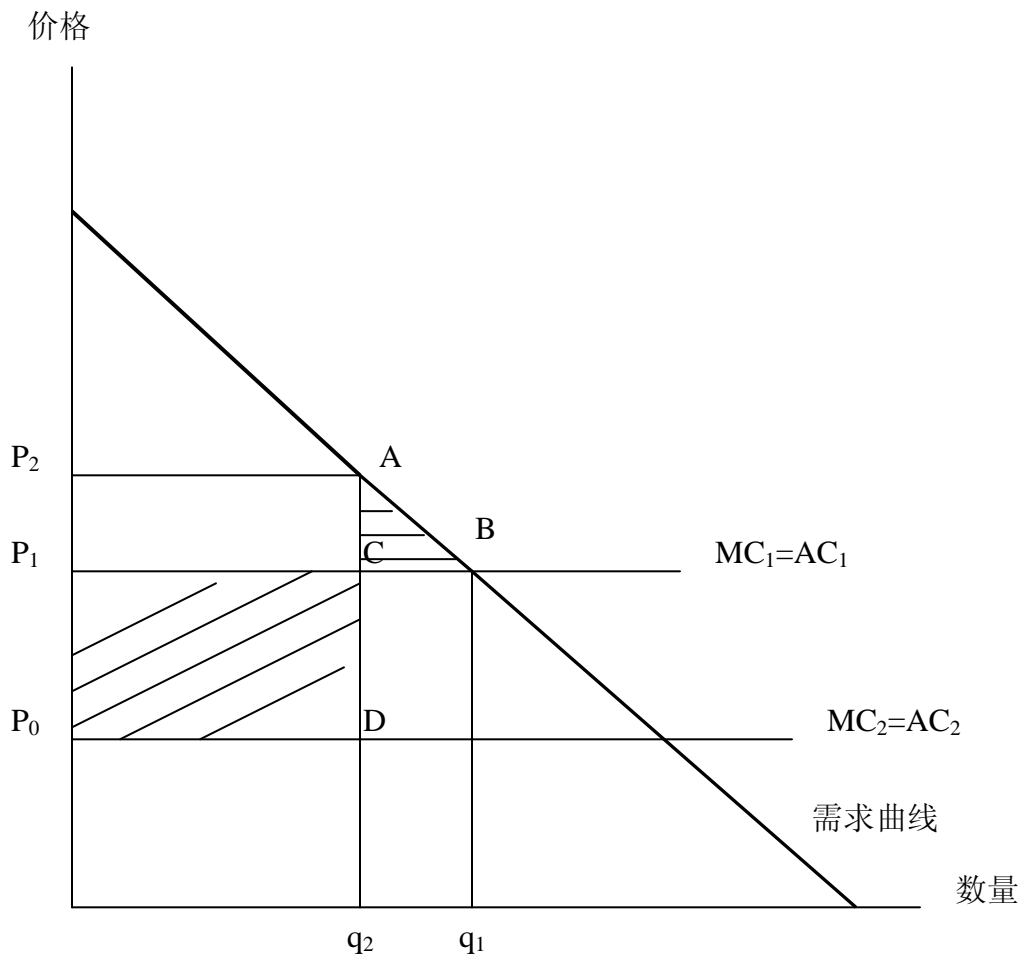
威廉姆森在 1968 年提出了下述可以量化规模效益同减少竞争效果的简单模型。假设在兼并之前企业的价格是设定在边际成本水平($P_1 = MC_1$, 以及边际成本等于单位成本)。^③ 兼并以后,由于规模效益的增加,使企业的成本下降到 MC_2 。但同时,由于兼并使得竞争者个数下降,价格水平一般来说会提高,图中的 P_2 代表新的价格水平,由左上往右下倾斜的直线代表需求曲线。价格升高以后,消费者的购买数量由兼并之前的 q_1 降低到 q_2 。

^① 美国政府在上世纪七十年代到八十年代对一些混合兼并进行过调查,并成功地阻止了一些兼并。参见 Waldman, D. E. and E. J. Jensen, *Industrial Organization: Theory and Practice*, Addison-Wesley, 1998, 第二十章。

^② 关于美国控制企业合并的立法与实践,参阅王晓晔著:《竞争法研究》,中国法制出版社,1999,第 376—432 页。

^③ 如果价格高于边际成本,下面的讨论只需做小小调整。

从该图我们可以清楚的看到横向兼并所带来的社会效益和社会成本。首先，价格的提高虽然带来该企业的单位利润上升（图中 P_2ACP_1 部分），但同时会减少消费者剩余（图中 P_2ABP_1 部分）。由于 P_2ABP_1 的面积大于 P_1CDP_0 的面积，价格的上升只使消费者剩余损失中的一部分转移到该企业手里，其剩余部分则完全消失掉，图中三角形 ABC 代表这一由于价格上升所导致的社会福利的净损失。另一方面，由于兼并可以带来规模效益的提高，兼并后企业的单位生产成本随之下降，



图一. 横向兼并的社会成本和社会效益 (威廉姆森模型)

所带来的生产总成本的节约等于图中长方形 P_1CDP_0 的面积。因此，该项兼并是否会给社会带来净收益，取决于规模效益的增加是否大于竞争减少所带来的社会福利净损失，也就是说，取决于长方形 P_1CDP_0 是否大于三角形 ABC 。威廉姆森模型(Williamson) 模型非常清楚的表明了一般横向兼并所带来的社会成本和社会效益，给判断甚至量化一项兼并是否对社会有利提供了很清晰的思路。

上面简单的讨论只侧重于静态（或短期）的因素，并没有涉及到动态方面的问题。从长远来看，一项兼并会影响到所涉及的企业以至整个相关行业的科技创新的能力和动力，同时也可能会影响企业的进入和退出，从而影响行业的产业结构。

^①在评判一项企业兼并时，这些动态因素都应当考虑进去。换句话说，政府在控制企业兼并时，不仅仅只应追求静态效率，也应当注重动态效率。^②

三、中国对企业兼并的反垄断控制

对企业兼并的控制是各国反垄断体系中非常重要的一环。中国起草多年，反复修改的反垄断法草案中的第四章，专门设定了对企业联合（兼并）的规定。但草案并没有对兼并申报条件和程序做具体规定。中国外经贸部（现为商务部）和国家工商行政管理总局于 2003 年三月共同颁布的《外国投资者并购境内企业的暂行规定》（以下简称《暂行规定》），设立了中国第一个企业并购申报系统。下面是笔者对该《暂行规定》中有关内容的几点看法。

根据《暂行规定》第二条，境内企业是指中国境内非外商投资企业，也就是人们常说的国内企业。《暂行规定》的第三条明确阐明了管制外国投资者并购境内企业的目的：

“外国投资者并购境内企业应遵守中国的法律、行政法规和部门规章，遵循公平合理、等价有偿、诚实信用的原则，不得造成过度集中、排除或限制竞争，不得扰乱社会经济秩序和损害社会公共利益。”

《暂行规定》的第十九条，是外资并购境内企业申报系统的中心部分。该条规定，外国投资者并购境内企业有下列情形之一的，应就所涉情形向商务部和国家工商行政管理总局报告：^③

^①在前面谈到的欧莱雅收购“小护士”一例中，这些都是要考虑的重要因素。

^②除动态因素之外，上边讨论还忽略了兼并对其他企业（短期内）行为的影响。比如说，两家企业兼并后产品价格的变动，会导致其他企业产品价格的变动，从而对相关产品市场带来影响。

^③《暂行规定》的第 21 条也对境外并购申报做了规定。据此，有下列情形之一的，并购方应在对外公布并购方案之前或者报所在国主管机构的同时，向外经贸部（现商务部）和国家工商行政管理总局报送并购方案：（1）境外并购一方当事人在我国境内拥有资产 30 亿元人民币以上；（2）境外并购一方当事人当年在中国市场上的营业额 15 亿元人民币以上；（3）境外并购一方当事人及其关联企业在市场占有率已经达到百分之二十；（4）由于境外并购，境外并购一方当事人及其关联企业在中国的市场占有率达到百分之二十五；（5）由于境外并购，境外并购一方当事人直接或间接参股境内相关行业的外商投资企业将超过 15 家。外经贸部和国家工商行政管理总局应审查是否存在造成境内市场过度集中，妨害境内正当竞争、损害境内消费者利益的情形，并做出是否同意的决定。

- (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) 一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百分之二十；
- (4) 并购导致并购一方当事人在中国的市场占有率达到百分之二十五。

外国投资者并购境内企业涉及本规定第十九条所述情形之一，商务部和国家工商行政管理总局认为可能造成过度集中，妨害正当竞争、损害消费者利益的，应自收到规定报送的全部档案之日起 90 日内，共同或经协商单独召集有关部门、机构、企业以及其它利害关系方举行听证会，并依法决定批准或不批准（第二十条）。

以市场营业额和市场份额作为兼并申报的分界点是国际上通用的做法。从经济学的观点来看，如果一项兼并使得兼并后的企业的市场份额大大增大，就有可能对竞争带来不利影响，政府监管机构就有必要对此进行审查。但是，一个困难的问题是如何定义“相关市场”。一般来讲，给“相关市场”下定义应当界定两个方面，第一，什么是相关产品；第二，什么是相关区域市场。《暂行规定》没有对此作说明，只是在第十九条明确规定“并购一方当事人包括外国投资者的关联企业。”但是，何谓关联企业？是所有权方面的关联，还是所有权同业务两方面的关联？这些问题都有待进一步澄清。但这都属于技术细节的范畴。^①

1. 产业政策为主，竞争政策为辅？

从整体来讲，2003 年颁布的《暂行规定》，是以规范外国投资为目的的。其中心指导思想，还是传统的产业政策。《暂行规定》的第四条明确规定：“外国投资者并购境内企业，应符合中国法律、行政法规和部门规章对投资者资格和产业政策的要求。依照《外商投资产业指导目录》不允许外国投资者独资经营的产业，并购不得导致外国投资者持有企业的全部股权；需由中方控股或相对控股的产业，该产业的企业被并购后，仍应由中方在企业中占控股或相对控股地位；禁止外国投资者经营的产业，外国投资者不得并购从事该产业的企业。”在第四条所界定的大框

^① 美国司法部和联邦贸易委员会关于横向兼并指南中对产品市场和地域市场有详细界定，可参阅尚明主编：《主要国家（地区）反垄断法律汇编》法律出版社，2004；欧共体竞争法对此规定可参阅王晓晔著：《欧共体竞争法》第八章，中国法制出版社，2001。

架之下，《暂行规定》在第十九条具体加入了兼并申报和竞争审查的条款。^① 因此，《暂行规定》的指导思想，可以说是以产业政策为主，竞争政策为辅。它所包含的保护竞争的条款，只是在传统的产业政策的大框架之内加入额外的约束条件。也就是说，同纯粹意义上的产业政策的不同，《暂行规定》要求外国投资者在兼并境内企业时，不仅要遵守中国的产业政策，它们还必须遵守有关的关于竞争的规定。不符合产业政策的兼并，当然不允许。只符合产业政策，但有害于竞争的兼并，政府也将加以阻止。但是，有利于促进竞争但不符合产业政策的兼并，同样也不能通过。

不少学者认为，产业政策与竞争政策存在根本上的冲突。这是因为产业政策往往是以企业（尤其是以国内企业）为导向，以政府干预为手段来实行的，其目的常常是为了提高国内企业在国内国际市场上的竞争力。而竞争政策则是以社会总福利，即企业利益加消费者利益为导向，通过确保市场“看不见的手”的正常运行来实现社会资源的有效配置。日本通产省 (Ministry of International Trade and Industry, 现已改名为经济贸易产业省, Ministry of Economy, Trade and Industry) 和公平交易局 (Japanese Fair Trade Commission) 从上世纪 50 年代到 90 年代之间的长时间不断的互不协调甚至针锋相对，从实践上证明了这两种政策之间难以避免的矛盾。^②

由此引申出来的一个问题是执法机关在具体处理企业兼并申报时，如何把握产业政策与竞争政策之间的关系。本人认为，这将是中国在企业兼并控制方面，以及在将来反垄断法出台之后的全面执法过程中所面临的一大难题和挑战。

^① 《暂行规定》的大部分规定属于资产评估、债权债务处理、企业登记等非竞争性事宜。

^② 关于日本产业政策与竞争政策的冲突，可参阅 Porter, M.H., Takeuchi and M. Sakakibara, *Can Japan Compete?* London: Palgrave Macmillan, 2000; Okimoto, Daniel I., *Between MITI and the Market: Japanese Industrial Policy for High Technology*, Stanford University Press, 1989; Takahashi, I. *The Relationship between Industrial Policy and Competition Policy in Japan*, mimeo, Meiji University, Tokyo, 2004.

。江小涓对上世纪 80 年代以来中国产业政策对竞争的正反两方面影响进行了详尽分析。她认为，总体上讲，上世纪 70 年代后期到 80 年代中期之间，中国的产业政策促进了市场竞争，而在上世纪 80 年代中期到 90 年代中期之间，中国的产业政策限制了市场竞争的发展。在 90 年代中期之后，产业政策对竞争的影响正负兼有：在垄断行业引进竞争的同时，中国政府在其他一些行业保护国有企业，对竞争产生了阻碍作用。Jiang, Xiaojuan, *Promoting Competition and Maintaining Monopoly: Dual Functions of Chinese Industrial Policies during Economic Transition*, *Washington University Global Studies Law Review, Symposium on APEC Competition Law and Economic Development*, 2002, 1, 49-69; available at <http://law.wustl.edu/Publications/WUGSLR/>

回到上面申报检验的四项标准，其第二条似乎也与产业政策有关（也是中国特有的）。根据《暂行规定》，如果一项兼并通过其它三项检验，（即当事人在中国市场营业额不超过 15 亿元人民币，在中国的市场占有率在兼并之前低于百分之二十，当事人在中国的市场占有率在兼并后也没有达到百分之二十五），但是该外商在一年内并购国内关联行业的企业累计超过 10 个，此项兼并也必须申报。

这一规定，颇让人费解。譬如说，一外商在一年之内连续在国内某一（或不同）城市并购了十家以上餐馆，即便如此，其规模仍然很小。该外商现正在计划兼并另一小餐馆。如果该项兼并可通过其它三项检验，也就是说，它不会对竞争构成损害，为什么要申报呢？再譬如说，一外国投资者在一年之内连续并购了国内十家以上小型啤酒厂，现正在准备兼并另一家啤酒厂。同时，另一（规模较大的）外国投资者拥有的啤酒厂，在过去没有任何兼并活动，现在也在准备兼并一家啤酒厂。如果这两宗兼并都通过其它三项检验，那么，根据《暂行规定》，第一宗就必须向政府申报，而第二宗就不必申报。为什么要对这两宗兼并区别对待呢？一种可能的解释是，第一个投资者因为连续兼并了许多企业，显得雄心勃勃，所以有可能将来兼并更多的企业，从而使该行业的集中程度大幅度提高。但是，即便如此，政府总是可以在将来该投资者做得更大的时候，也就是说，在其将来进一步兼并而不能通过其它三项检验时，再来审查也不晚。所以，这种解释可信度似乎不是太大。另外一种解释是，政府要对外资拥有太多的国内企业的现象保持警惕，不能让太多的国内企业的所有权落在一家外资企业手中。虽然这种担心与保持公平竞争的宗旨没有必然的联系，但在国内有不少人把外资进入中国市场说成为是洋人入侵，把中国入世说成是“与狼共舞”的背景下，也是可以理解的。但是需要指出的是，这样的条款在管制外资的法律中出现，也许会让人感到惊讶。但在将来的反垄断法关于企业兼并的条例中，就应该避免此类条文。

2. 保护竞争与保护竞争者

众所周知，竞争政策所保护的是市场竞争的过程，而不是竞争者本身。^①对一项兼并的评判，重要的是看其对竞争的影响，而不是对竞争者的影响。

^① 参阅孔祥俊著：《中国现行反垄断法理解与始用》第二章，人民法院出版社，2000。

《暂行规定》另一个让人感到困惑的地方，是其有关第三者请求审查权利的规定。根据《暂行规定》的第十九条，如果一起兼并虽未满足上述四个申报条件中的任何一个，“但是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，外经贸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，或者存在其它严重影响市场竞争或国计民生和国家经济安全等重要因素的，也可以要求外国投资者作出报告。”

增加这一补充规定的目的，可能是为了给政府审批机构在执法时留有更多的余地。在某些特定情况下，虽然一起兼并并不满足任何明确规定的申报条件，但仍有可能对市场竞争带来不利影响。在这种情况下，也可能有要求申报的必要。但问题是，为何只赋予有竞争关系的境内企业（即非外资企业）请求政府审查其竞争对手兼并计划的权利？为什么有竞争关系的外资企业则不允许做这样的请求？很明显，这一规定的目的是为了保护国内企业。这与前边提到的产业政策为主导的思路是相一致的。但是，在实际执行中，则未必能真正起到这样的作用。比如说，某一行业中只有一家国内企业，而且该企业非常乐意地准备同一家外资企业进行合并。在这种情况下，该行业的任何其它(外资)企业都没有资格请求政府审查这一兼并。如果这一国内企业被外资企业成功吞并，那末，保护国内企业的初衷又有何意义？(请注意，企业的目标同政府的目标常常是不同的。)^①

更重要的是，应“有竞争关系”企业的请求来审批一项兼并的做法，有悖于经济学的一般原理。前面提到的威廉姆森模型，企业之间的兼并可能是由两种诱因所致：一是为了提高规模效益从而改善经济效率，二是为了减少竞争或增加控制市场力量（兼并以后竞争者的数目将会减少）。从社会的角度来讲，政府应该允许甚至鼓励改善经济效率的兼并，禁止那些减少竞争的兼并。但是，如何才能辨别这两类不同的兼并呢？

如果是根据该行业其它竞争者的反映来辨别的话，结果将可能是适得其反。这是因为，如果两个企业通过兼并使其规模效益大大增加，这势必影响其竞争者的盈

^① 比如，外资企业C对企业A和企业B之间的兼并非常反对，但由于不能直接向政府提出审查要求，企业C很有可能游说该行业的国内企业，劝说这些企业提出审查AB兼并请求。通常来讲，竞争法的一个重要宗旨是要减少竞争对手之间的“对话机会”，以降低它们相互串通以操纵市场价格的可能性。如果一项法律条文可能增加竞争对手的“对话机会”，这就可能和保护竞争的目标相矛盾。

利，其竞争者必然会极力反对这项兼并。相反，如果这项兼并可以减少该行业的竞争，那么，其它竞争者将会热烈欢迎，因为在竞争减少以后他们的利润也会增加。也就是说，如果一起兼并引起其它有竞争关系的企业的反对的话，那么，很大可能是因为这项兼并会大大提高了兼并企业的规模效益，从而对其他企业带来不利，但这样的兼并正是社会所需要的兼并。如果一起兼并没有引起其它有竞争关系的企业的反对，甚至得到它们的拥护，那么，这项兼并有很大可能会减少该行业的竞争，但这种兼并正是需要加以制止的。因此，竞争者对一项兼并的态度，跟社会的偏好往往是相反的。根据它们的(真实)态度来判断一项兼并是否对社会有利，极有可能会得到错误的结论。^①

一般来讲，当竞争受到限制时，所有竞争者、所有企业和消费者作为一个整体，一定会受到伤害。但反过来说则不一定成立，仅仅因为有一些竞争者（或厂商，或消费者）受到损失，并不能说明一项兼并对市场竞争会带来负面影响。当然，对竞争者的伤害和对竞争机制的伤害有时是难以分开的，前者可能是后者的一种表现，但有时对竞争者的伤害则是促进市场竞争的一种结果，如上所述，在企业兼并领域中尤其是这样。如果政府要听取第三者的意见的话，消费者(团体)或者是下游企业的意见应更值得重视。但这一点并没有写到《暂行规定》里边去。希望中国将来的反垄断法中对企业兼并的条款，会对此有全面的考虑。

四、结束语

作为中国历史上第一部关于企业兼并的竞争法规，2003 的《外国投资者并购境内企业的暂行规定》存在这样那样的不完善之处是难免的，也是可以理解的。一味地对其缺点抓住不放，加以批评也是毫无意义的。但是，除了对纸面上的具体条

^① 国外有学者根据竞争者股票价格的变化，从统计学的角度判断企业兼并的真实动机。如Eckbo, E (1983), Horizontal mergers, collusion, and stockholder wealth, *Journal of Financial Economics*, 11, 241-73; Stillman, R.(1983), Examining antitrust policy toward horizontal mergers, *Journal of Financial Economics*, 11, 225-40; Banerjee, A. and E.W. Eckard (1998), Are mergers anticompetitive? Evidence from the first great merger wave, *Rand Journal of Economics*, 29, 803-27.

款做出评论以外^①，上面的讨论还旨在探讨更深层次的问题。由于竞争政策在中国是新生事物，人们对它的理解不可避免的受到传统经济体制下长期形成的思维方式的影响。特别是，产业政策的影响在中国根深蒂固，它的逻辑及语言有时会不知不觉的体现在政府制定的新的政策与法规上面，以及其贯彻执行的过程之中。国外（特别是日本和南韩）的经验表明，产业政策和竞争政策的冲突与矛盾，在对企业兼并的控制方面最容易表现出来。另外，如何把保护竞争机制而不是保护竞争者的这一精髓，真正地贯穿和体现于反垄断的立法和执法过程当中，也需要长时间的思考与探索。

无论如何，2003 的《暂行规定》是中国第一部关于企业兼并的竞争法规。它的颁布是中国竞争政策发展史上的一个里程碑。它将会在实施的过程中不断完善。^② 同时，它的颁布与实施，对中国即将出台的反垄断法中对企业兼并控制的指导思想及具体条文内容，乃至出台后的执法实践，都将会有深远的影响。

^① 据报道，商务部起草了《暂行规定》的实施细则。

^② 笔者从商务部得悉，自《暂行规定》颁布以来，商务部（及国家工商总局）收到了许多外资并购境内企业的申报。至于政府如何处理这些申报，以及申报的基本统计数据，要等到政府将来决定公布兼并审批情况时才可得知。