

关于中国建立反垄断法体系的几个基本问题*

□林 平

摘要: 中国的竞争法及其研究一直强调公平和社会正义,利用市场机制达到社会资源最优配置这一效率目标未受到应有的重视。中国应充分发挥经济学在竞争法立法和执法方面的作用。竞争法保护的是竞争机制,而不是竞争者。中国应当尽快建立真正符合竞争政策精神的思维方式,摒弃与“看不见的手”不相符的词汇和逻辑。在中国经济日益融入世界经济体系的过程中,竞争政策不应作为保护和扶持国内企业,限制国外竞争者的工具,竞争政策不是产业政策的替代品。中国政府应充分尊重市场机制,建立和展示对市场机制的信任,让竞争发挥调节经济活动的作用。建立独立的有单一职责的反垄断执法机构不仅是消除行政垄断的必要,也是保证竞争法的实施不受产业政策左右的重要条件。

关键词: 竞争法 资源最优配置 产业组织理论 多倍赔偿 产业政策

一、引言

经过近 15 年的反复讨论和对草案的修改,中国即将在近期内建立自己的核心的竞争法——《反垄断法》。作为市场经济活动中规制竞争的游戏规则,竞争法体系的建立标志着一个国家向真正市场经济迈出了必不可少的一步。本文试图对中国目前对竞争法的宏观思维的状况,包括什么是竞争法的核心目的,什么是判别给定的经济行为是否合法的标准,对违法行为应该实行等额赔偿还是多倍赔偿等等,谈一些自己的看法,其侧重点在于从经济学的角度探索中国对现代竞争法的理解是否与其精髓有差别。另外,中国在反垄断法建立以后的执法过程中会遇到什么样的主要困难和障碍,执法人员应具备什么样的素质和思维方式,才能保证竞争法真正起到捍卫“看不见的手”的功能,本文对这些问题也作一些探讨。

本文中所用的竞争法概念是指所有以保护市场竞争而建立的法律,竞争法体系包括竞争法和其相应的执法系统,而竞争政策(体系)概念的涵义则更广一些,它是竞争法(体系)和其他以推动市场竞争为目的的政府政策与行政规定的总和。在目前的情况下,中国的竞争法主要包括 1993 年的《中华人民共和国反不正当竞争法》,1998 年的《中华人民共和国价格法》,和即将建立的《反垄断法》^①。国内常用的反垄断一词,其内涵不仅仅包括《反垄断法》本身,同时也包括其他竞争法及其执法部分,甚至应该等同与整个竞争政策体系。本文中的反垄断法体系是指竞争法体系。

二、建立竞争法体系的目标:公平还是效率?

在发达国家,建立竞争法体系的根本目的之一是通过保护市场机制的正常运作来达到社会资源的最优配置。这是一个基本的共识。这一共识是建立在亚当·斯密“看不见的手”的理念

* 谭国富和于立在本文的写作过程中提出许多宝贵意见,在此表示感谢。

之上,即对市场机制作为达到资源最优使用的一个有效手段的尊重之上,而不仅仅是为保护市场竞争而保护市场竞争。虽然也有其他重要因素需要考虑,比如政治民主和社会公平等等,但保证资源的有效使用和全社会福利(即消费者剩余和生产者剩余之和)的最大化是现代竞争政策的最核心目的之一。

反垄断在美国已经有 100 多年的历史。虽然 1890 年通过的美国第一部联邦反垄断法——《舍尔曼法》,以及其后颁布的其他竞争法(包括 1914 年的《联邦贸易委员会法》和《克雷顿法》,1936 年的《罗宾逊—帕特曼法》等),都没有明确表明美国反垄断的目的,但经过 100 多年执法经历,尤其是因为 20 世纪经济学理论的发展和贡献,人们已经达到了一个共识,那就是美国反垄断的核心目标之一是为了追求资源的有效利用^②。实际上,美国反垄断法执法机关(联邦贸易委员会和美国司法部及法庭)在实际执法过程中所采用首要判案标准就是效率。

在欧洲,欧盟竞争政策的目的主要有 3 个方面:维护消费者利益,建立欧盟成员国经济活动的一体化和达到经济效率的最大化。而“非扭曲的市场竞争”机制是达到这些目标的关键,“竞争政策是满足我们社会中个体和集体需要的一个必不可少的手段”(EC Commission,1972,p.12)。因此,经济效率的最大化是欧盟竞争政策的核心目标之一。同样,APEC 国家在 1999 年达成的建立竞争体系的指引中也明确指出,“创立这一市场体系的最终目的是为了促进市场竞争过程,而不是保护任何个体竞争者的利益,从而使整体经济效益达到最大化……”(PECC,1999)^③。

中国对建立竞争法体系的最根本目的的讨论还不够深入,对市场竞争作为合理配置资源的(唯一)有效手段的强调还不足。无论是中国现有的反不正当竞争法,或者是酝酿已久,反复修改的反垄断法草案,都没有把社会资源最优配置这一最根本的目的简单明了地讲出来。另一方面,对保障社会公平,制止不正当竞争,伸张社会正义等等的强调则比较突出。比如,中华人民共和国 1993 年颁布的《反不正当竞争法》的目的,是为了“保障社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益

……”该法第二条规定,经营者“应当遵循自愿,平等,公平,诚实信用的原则,遵守公认的商业道德”。中国反垄断法草案(2005 年 4 月 8 号)也开宗明意:该法的制定是“为制止垄断行为,维护市场竞争秩序,保护消费者的合法权益和社会公共利益,保障社会主义市场经济健康发展……”^④以求社会资源最优配置的提法只有在中国的价格法中作为法律条文出现。1998 年实施的《中华人民共和国价格法》表明,该法的目的是“为了规范价格行为,发挥价格合理配置资源的作用,稳定市场价格总水平,保护消费者和经营者的合法权益,促进社会主义市场经济健康发展……”

在学术界,对反垄断的理论基础的讨论当然也涉及公平与效率两个方面的问题。在效率方面,一些经济学家指出,反垄断的目的是为了“营造公平的,充分竞争的市场环境。只有这样,才能真正发挥市场配置资源的功能”(董辅初,1997)。另有其他学者,则强调社会秩序和社会正义。比如,王家福指出反垄断有三点理由:一是为了保证市场经济的健康发展,维护市场经济秩序;二是维护社会正义;三是促进经济民主的发展。关于垄断行为非道德的一面,王家福指出,“垄断行为不论是在西方市场经济国家还是在中国,都是利用超经济手段无偿占有其他经营者的利益,是不公平的”(王家福,2000)。总的来说,国内大部分的理论研究似乎都着重于社会秩序和社会正义,对效率强调的不够。另外,垄断行为的非正义性在中国有相当的群众基础,垄断定价以牟取暴利的做法,以及“霸王行业”的所作所为,被理所当然的认为是对社会有害的。

以垄断定价为例,人们可以从两个方面来论证它的不合理性,一是上面提到的社会非正义性;另一方面是从资源配置的角度。经济学分析告诉我们,当产品的价格从市场竞争的水平上升到垄断价格水平时,垄断厂商获利,消费者则因价格上涨和消费数量下降而受损。但经济学家反对垄断的理由不是因为它导致不公平,而是因为垄断使得社会总福利下降——垄断价格对消费者造成的损失(即消费者剩余的下降)远大于市场垄断后生产厂家所获得的额外利润,消费者由于减少消费数量而受的损失,并没有转移到厂家的腰包里,这一部分的损失对社会来说是净损失,是垄断对社会造成的成本。所以,资源使用效益的下降是经济学家反对垄断定

关于中国建立反垄断法体系的几个基本问题

中国公共管理论坛

价的原因,也是各国反垄断法中禁止垄断行为的经济学基础。这种建立在“社会福利净损失”论点之上的反垄断理论在国外是普遍被接受的,但国内对此强调的不够多。国内对垄断的讨论,多采用“对垄断必须加以制止,因为它导致垄断超额利润”的传统政治经济学的思路和逻辑,资源配置层次的原因常常被忽视。

这种重视公平和社会正义,忽略资源有效配置的思路,也反映在中国现有竞争法对价格歧视、独家经营、搭售等行为规定的具体条文之中。在现代竞争法中,这3种行为都不是完全禁止的,而只是有条件限制的。美国的克雷顿法规定,价格歧视、独家经营、或搭售是不合法的,如果它们对竞争造成负面的影响。经济学理论,尤其是20世纪60~70年代发展起来的芝加哥学派学说,都证明价格歧视、独家经营或者搭售,在一定条件下是可以对社会有好处的。中国现有的竞争法中,如《价格法》、《反不正当竞争法》,都没有明确规定价格歧视、独家经营、搭售在一定条件下也是合法的。在一般公众的眼里,由于歧视、独家经营、搭售等都明显带有不道德的因素,所以理所当然的也都应该是不合法的^⑤。

因此可以说,在中国竞争政策领域内,无论是从理论还是实践,人们主要的价值判断标准一直是追求公平,伸张社会正义的道德理念。导致这种现象的原因有多种。首先,中国是社会主义国家,公平和社会正义的信念深入人心,尤其是在建立市场经济的初期,社会上出现大范围的欺诈和假冒等不正当竞争行为,公众对此极为不满。因此,把保障社会公平,反不正当竞争及保护消费者利益作为已有竞争法律的主要目的,是完全可以理解的。另外,中国对竞争法的研究大多是从民法的角度出发,以保障当事人合法利益为基点的。而民法的基本原则是公平和公正,它强调的是社会关系的平等性。《反不正当竞争法》和《价格法》中都明显地借用和重复了《中华人民共和国民法通则》中的自愿,公平,诚实信用的基本原则^⑥。但是,竞争法强调的是保护市场机制,而不是某些人或某一社会群体。强调保护市场机制的目的是为了达到社会资源的最优配置,从而使社会的总效益达到最大。换句话说,竞争法的目的是为了把饼做得最大,并不直接涉及饼如何分配的问题^⑦。

中国正致力于建设全面的市场经济。正在引入

的反垄断法,是规范市场竞争的游戏规则,只强调道德方面的社会目标是不够的,保障资源的最优配置的效率目标,现在应该明确的提出来,并应作为将来竞争法和竞争政策的主要目的。

三、本身违法还是合理推定违法： 经济学在反垄断中的作用

在中国,虽然有关反垄断的讨论已经进行了10多年之久,但对反垄断法的经济理论的讨论却显不足。具体来讲,对规范反竞争行为的原则性标准认识不够全面。比如说,到底为什么要禁止价格同盟和垄断定价?为什么要限制掠夺性定价、价格歧视、搭售、独家经营、拒绝交易等等?这些行为为什么会对社会带来不利影响?对企业兼并的控制到底应该采取什么样的标准?对这一系列的问题,人们可能会说答案很明显,因为它们会影响公平竞争,或者是因为其他国家的竞争法都对这些行为加以限制甚至绝对禁止,所以我们要这样做。真正深层次的,从资源有效配置的角度来探讨这些问题答案的讨论十分少见。已有的讨论似乎都停留在公平竞争的层面上。

经济学的研究对象是资源的配置,尤其是研究市场竞争作为资源配置的有效机制。中国将来把资源有效利用作为其竞争政策的重要目标,就一定要充分发挥经济学的作用。经济学在反垄断中的作用主要体现在立法和执法两个方面,而在立法方面的作用包括对违法原则的设定和阐明“多倍赔偿”的合理性。

(一)经济学在立法方面的作用

1.本身违法还是合理推定原则

反垄断法所禁止或限制的行为一般可分为三大类:第一是横向限制协议,这主要是指企业之间的价格同盟(卡特尔),包括招标或投标串通;第二是企业兼并(联合),包括横向兼并、纵向兼并和混合兼并;第三是滥用市场支配地位(如掠夺性定价、价格歧视、搭售、独家经营、拒绝交易、零售价格规定等等)^⑧。在立法和判断一项行为(包括改变市场结构的做法)是否合法方面,国际上一般采用本身违法原则或者是合理推定原则。本身违法是指一项行为是百分之百的不合法,也就是说在任何情形下都是非法的,是绝对不允许的。在世界各国的竞争法律中,掠夺性定价、价格同盟和招投标串通大都

是本身违法。相反,在合理推定原则下,一项行为不是绝对的不合法,也不是绝对的合法,是否合法要看具体情况来定^⑧。反垄断法中除去横向限制协议和掠夺性定价以外的其他行为,包括企业兼并和滥用市场支配地位,一般都采用合理推定原则。

上述国际立法的惯例是有其经济学基础的。以价格同盟和招投标串通为例,经济学分析告诉我们,竞争者之间的价格同盟和招投标串通在任何情况下都会给社会带来福利净损失,从而给竞争造成伤害。所以,在世界各国的竞争法中,一般都规定价格卡特尔和招投标串通是本身违法,不管他们发生在哪个场合,哪个行业,也不管所涉及的厂家的市场份额有多大^⑨。在中国,已有的法律中对价格同盟的规定没有明确地采用本身违法原则。《中华人民共和国价格法》第十四条规定,经营者不得“相互串通,操纵市场价格,损害其他经营者或消费者的合法权益”。此法律起草机关(国家计委)在其所编著的对价格法的解释中写到,现实中的价格同盟“只有在达到损害其他经营者和消费者合法权益时,才能使用《价格法》的规定”^⑩。换句话说,只要对他人不带来损害,价格同盟就不违法。对这种有条件违法的规定可以有两种进一步的解释,一种是某些厂家试图建立价格同盟但没有成功,对实际价格水平没有影响,所以是不违法,这种解释和本身违法原则没有太大距离。第二种的解释是,虽然价格同盟已经建立,但是否违法要看是不是对其他经营者或消费者造成伤害,如果没有造成伤害,也不能算违法。后一种解释其实是假定价格同盟有时候对社会不会造成伤害,因此,与本身违法原则的精神不相符合。

竞争法管辖的其他企业行为或做法,如价格歧视、搭售、独家经营、企业兼并等等,在一定的条件下会对社会有利,对资源的有效配置有利,所以各国竞争法律中都不是百分之百地加以制止,而是有条件地加以限制,即是在影响竞争和降低社会福利的情况下才属违法。一个简单的例子,可以说明价格歧视有时会有利于社会。假定企业甲生产一件产品的成本是10元,企业乙和企业丙各需要购买一件甲的产品,并分别愿意支付100元和40元。在不允许价格歧视的情况下,企业甲的最优策略是把价格定在100元(或99元)从而从企业乙那里获取90元的利润,企业丙的需求太低,不值得把价格降到

40元以下来同时供给企业乙和丙。但是,在价格歧视情况下,企业甲会以100元和40元的价格卖出两件同样的产品,从企业乙和企业丙那里共得到120元的利润。很显然,在这一例子中价格歧视会使所有企业都得利。一种观点认为,如果企业乙和企业丙是竞争关系的话,上游企业的价格歧视会对乙和丙之间造成不公平竞争。但如果在无价格歧视的情况下其中一家企业根本买不到其需要的产品,这种结果是更加不公平。

同样,经济学的分析表明,搭售、独家经营等在一定条件下会有利于保证产品的质量和防止厂商之间的“搭便车”行为,从而也会对竞争有利。企业兼并有利于规模经济的实现,对社会潜在的益处是显而易见的。然而,在中国,价格歧视、搭售、独家经营,等等,在很长的一段时期内被认为是完全负面的东西,直到最新的《反垄断法草案》中,才明确讲明这些行为应当实行合理推定原则(参见注释^⑤)。

2. 多倍惩罚:竞争法的阻吓作用

经济学在竞争法中的作用还体现在对违法行为惩罚的规定上。国内学术界对这一点几乎没有任何的讨论。

对违法者的惩处包括没收非法所得,勒令其赔偿对受害者造成的损失,以及对其征收额外的罚款3个部分,我们称其总和为惩罚总额(其他的惩罚手段还包括没收营业执照,甚至刑事方面的惩罚等)。在这里,一个原则性的问题是竞争法中应不应该对违法行为设有惩罚性的赔偿。在中国,是应该沿用民法中的“一对一”的公平补偿原则,还是要采用多倍的惩罚性赔偿,一直是争议颇大的问题^⑪。中国现有的竞争法以及起草中的反垄断法,对赔偿的规定缺乏统一的做法,例如,中国的《反不正当竞争法》基本上采用了赔偿实际损失的原则(第二十条),而《价格法》则比较严格,在对受害者进行实际赔偿之外(第四十一条),还可以征收1~5倍的罚款(第四十条),而《中华人民共和国反垄断法草案》则规定,罚款的数目可在10万~1000万元之间,对实施时确定具体罚款数目的理论根据也没有规定。

经济学强调的是法律的阻吓作用,是通过法律的制定来阻止违法行为的发生。与一般的刑事犯罪不同,市场竞争中的违法行为大都是理性的,都是为追求非法利润为目的的,只有在有利可图的情况下才会发生。对违法者来说,违法的经济成本等于法律

关于中国建立反垄断法体系的几个基本问题

中国公共管理论坛

中规定的惩罚总额乘以被抓住的概率。由于被抓住及被证明是违法的概率总是小于百分之百,所以,赔偿总额必须要大于实际的非法收入,才能使得违法行为的预期利润小于或等于零,从而有效地阻止违法行为的发生。如果不设有惩罚性的赔偿,而只是按照等额赔偿的原则来处理违法者,那么,预期成本就会总是小于实际的非法收入,使得违法成为一项有利可图的商业活动,法律的存在就不足以阻吓违法行为的发生。早在20世纪60年代,美国经济学家(如贝克尔和波兹那等)就对最优惩罚的设计做过系统的研究。美国反托拉斯法中所采用的“3倍赔偿”做法也符合上面的经济分析。最近,日本也一改几十年来沿用的“没收非法所得原则”,开始使用符合现代竞争法精神的多倍惩罚的做法^⑤。

另外,在法律中规定一定倍数(如3倍)的罚款,比规定一定的区间(如10万~1000万元)罚款的做法更具透明性,这是因为后一种做法使法律条文有较大的不确定性,执法过程中也会使人无所适从,法律判定的结果也可能会使当事人不服气。

我认为,如果中国即将颁布的《反垄断法》不沿用符合经济学原理的“多倍赔偿”的做法,将是一大缺憾。中国在违法行为法律责任的规定方面,应在遵照一般法律原理的条件下,同时借鉴经济学方面的原理^⑥。

(二)经济学在竞争法执法过程中的作用

前面提到,在竞争法的规定中,对一些可能会伤害竞争的行为,如价格歧视、搭售、独家经营、企业之间的兼并等,应该使用合理推定原则,而不是本身违法原则。这些行为是否对全社会的福利造成伤害,是否会损害竞争,只有根据具体情况,经过对相关市场的详尽经济分析之后才能得到答案。在此过程中,经济学的理论和分析,尤其是产业经济学和博弈理论以及计量经济学方法都是必不可少。这要求竞争法执法机关要拥有雄厚的经济学家队伍。经济学理论对反垄断法中所涉及的各种行为和做法的分析,给判断这些行为是否合法提供了有用的鉴定标准。其实,对价格同盟、投标串通、掠夺性定价等本身违法行为的采证和鉴定方面,经济学分析也是大有作为。

总之,现代经济学理论,尤其是产业经济学(或产业组织理论)给竞争政策的制定和实施提供了系统详尽的分析方法。在反垄断的经济学基本理论已

比较完善,世界许多国家都积累了丰富的经验的今天,中国没有理由再走别人走过的老路,应该在立法方面一步到位,建立一个与现代竞争法体系相接轨的,符合经济学原理的反垄断法体系。

四、推行竞争政策所要求的思维方式的转变

建立竞争法只是推行有效竞争政策的必要条件。立法之后的执法过程中遇到的问题和困难会比事先想像的要复杂得多。由于中国对市场经济的亲身体验只不过是十几年的时间,许多人对经济活动的理解和看法往往会自觉不自觉地受到传统经济体制下形成的思维方式的影响和束缚。笔者认为,实现对市场竞争机制认识的思维方式的转变,建立一套竞争政策的词汇和分析方法,以及认清竞争政策与传统的产业政策之间的冲突,是中国在《反垄断法》出台以后必须解决的首要问题。

(一)“看不见的手”的真实含义

在中国推行竞争政策,一个首要的任务是要真正理解市场机制这一看不见的手的真实含义。亚当·斯密对“看不见的手”的精辟绝妙的理解可以概括如下:在市场竞争这一社会机制下,人们在追逐自己经济利益最大化的同时,无意间也使得社会资源达到最优的配置。也就是说,尽管追求个体利益是“自私”的行为,但在市场竞争中,这种对个体利益的追求在实现其个体福利最大化的同时,却有一个意想不到的“副产品”,那就是使得整个社会达到一种最优的状态。现代经济学在竞争政策领域的主要贡献之一,是从理论上严格证明了社会资源配置在完全竞争条件下的确会达到帕累托最优状态(Arrow-Debreu的贡献)。

亚当·斯密的理论告诉我们,要真正使市场机制发挥其作用,人们必须有追求其利益最大化的权利和条件。中国20多年经济改革的基本思路是使经济决策由集权向分散转变。追求个体利益的最大化,不仅仅是经济自由的表现,更重要的是它是使社会资源达到最有效使用的基本前提。一个真正尊重市场机制的社会,必须理解和欣赏个体追求利益最大化的强大力量和其产生的社会后果,而不应该批评甚至谴责只顾个人利益不顾社会利益的(合法)行为。由于中国刚刚起步建立市场经济机制,一些常用的经济学和政策术语常带有过去计划经济

思维的痕迹,与竞争政策的思想不相符合。比如,一味地批评盲目投资、盲目引进、一哄而上、重复建设,责备企业只顾局部利益而忽视整体利益,只顾眼前利益不顾长远利益,只引进技术而不消化吸收,只搞价格战而不追求科技创新,等等,都与“看不见的手”的逻辑不相吻合。严格来讲,这些术语都不是竞争政策的词汇,更不能应用到竞争法的执法过程中去^⑤。当然,在评价一个经济活动时,经济主体以外的人们(如竞争法执法机关)完全可以用社会效益为鉴定标准,推荐或建议选择社会效益高的方案。但是,即便在这种情况下,也不应该谴责对个体利益的合法的追求。可以说,在竞争政策的领域内,经济实体追求个体利益、局部利益,应该被视为天经地义的事情。只有这样,“看不见的手”才具有发挥其作用的基本前提。

(二)有序竞争还是无序竞争?

另一个有待研究的问题是什么样的市场秩序才是有序的健康的竞争秩序,什么是无序竞争,甚至是恶性竞争。

国内对无序竞争、恶性竞争的讨论往往是和重复建设、价格战连在一起的,但对到底什么是恶性竞争,却缺乏一个明确的定义。在发达国家的竞争政策体系内,恶性竞争不是一个常用的词汇,更很少听说过重复建设这一术语。在美国,只是在其反托拉斯早期的时候,有被政府起诉的厂家用避免恶性竞争来为其做为辩护词。其实,要真正为恶性竞争下定义,并不是件容易的事。这里涉及在什么人眼里看来是恶性的问题。比如,接连不断的价格战使行业内的厂家利润下降,对厂家来讲可能是恶性的竞争,但消费者却可因为价格下降而从中受益。同时,价格战会使得效率低的企业退出,这对效率高的企业却是好事,也有利于资源的有效利用。也许有人认为,价格战使得企业利润减少,从而缺乏技术创新的资金来源,从长期来讲对企业和消费者都不利。可是,从理论上讲,价格战所带来的竞争压力会促使企业更加注重科技创新,从而提高企业创新的动力。谢伟(2001)对中国彩电行业和汽车行业的实证研究证实这一点。笔者认为,试图对无序竞争下定义,是行不通的,也是毫无意义的。寻求所谓有序竞争的思路,只不过是传统计划经济思维的一种延续。企业之间的价格战以及其他形式的“相互残杀”是市场竞争中的正常现象,大可不必为其担

心^⑥。企业倒闭和退出并不一定代表社会资源的浪费,即便是资源的浪费,这也是这些企业投资者所操心的事情,其他人无需担心,更无需帮忙,也帮不上忙。竞争政策的推行者包括竞争法的执法机关,应该抱着“局外人”的心态来观察市场运转。说到底,任何形式的帮忙都与“看不见的手”的精神不相符合,任何形式的担心都可能会影响到执法的实际效果。

(三)为“重复建设”正名

在中国,一个长期的误解是把重复建设与地区保护等同起来,这种看法是片面的。毫无疑问,地区保护是导致重复建设的重要原因,地方政府对本地企业的保护会造成持续的重复建设,从而不利于规模经济的视线,导致资源浪费。但是,重复建设在没有地区保护的情况下也可能存在,也不一定是坏事。在市场经济里,当一个行业处于早期发展阶段,消费者对产品的需求远远大于供给,会导致许多企业进入,这是自然的现象。在相互竞争的过程中,厂家不断调整各自的产品设计,提高产品和服务质量,降低生产成本和产品价格,不能够满足消费者需求的产品甚至企业因市场份额下降而被淘汰或者被兼并,经济效益好的厂家的市场份额不断扩大,产业集中度和规模效益不断提高,从而达到适合该行业的合理的产业结构。美国汽车制造行业和啤酒酿造行业,以及意大利皮鞋制造业的发展过程,都可以说明这一点^⑦。

根据美国学者杰万诺韦奇(Jovanovic,B.,1982)的理论,企业在刚进入的时候并不完全知道自己潜在的经济效益水平,而是在经营过程中逐步学习来发现自己的实力。通过学习过程,真正有实力的企业得以发展和成长,而经济效益水平低的企业退出该行业。杰万诺韦奇的理论在艾文斯(Evans,D.,1987)对美国制造业数据统计分析中得到支持。在体育界,中国差不多每一个省市都有自己的运动队,而参加国际或者是奥运会比赛只需要几个运动员,但人们从来不认为有“重复建设”,体育界里的学习和筛选过程被认为是理所当然的。相信市场竞争中的学习和筛选过程不仅会逐渐被人们接受,而且会认为是必要的。

另外,还有一个经济自由的问题。任何一家企业,只要它可以收回它的投资并能够获得合理的回报,它就有权力进入一个行业,即便它的进入会导

致所谓的“重复建设”(甚至可以说,一个投资者即便是亏了钱,也有进入任何一个行业的权利,只要它是用自己的钱,并遵循国家法律)。政府部门不可以剥夺这种权利,这是尊重市场竞争的一种要求和体现。

在推行竞争政策的过程中,中国应该澄清对重复建设的误解,政府机构更不能以避免重复建设为理由来干预市场运转^⑧。重复建设是市场经济一个正常的现象,对资源的配置有其正面的作用,至少对新兴行业或新兴市场是如此。一个行业在快速发展时期出现“重复建设”的现象,甚至可以说是市场充分竞争的体现。如果只是很少的企业进入,则有可能存在大的进入障碍,从而表明该行业市场竞争不充分。换句话说,人们担心的应该不是“重复建设”,而不是有“重复建设”。竞争政策应该保护企业自由进入。

(四)竞争法保护的是竞争机制,而不是竞争者

国外反垄断界流行的一句名言是,竞争法保护的是竞争机制而不是竞争者。竞争者在市场竞争中优胜劣汰,效率高者得以生存、发展和壮大,效率低者则萎缩甚至退出市场。竞争法保护的是整个竞争过程,而不是某些竞争者的利益(相反,中国的《反不正当竞争法》和《价格法》都明确写明要保护经营者和消费者的合法权益)。竞争法的执行者所关注的是市场竞争机制是否得以正常运转,而不是某些特定的竞争者是否生存的很好,执法机关应该像体育比赛中的裁判那样,应百分之百地保证比赛的正常进行,而不是关心某一球队的输赢,更不能对特定的竞争者存有怜悯和偏心,甚至有特殊的待遇。

虽然国内学术界对保护竞争而不是竞争者这一说法已有所接触,但人们对这一理念的真实含义以及对它与中国传统的经济思维方式之间的内在矛盾的认识仍有待加强。对保护竞争还是保护竞争者的误解,重点表现在如何处理产业政策和竞争政策的关系,和如何对待国内和国外企业的问题上。

五、竞争政策与产业政策的关系: 政府不应参与或干预市场竞争

在中国,产业政策有很长的历史,而竞争政策却十分年轻。同对市场机制一样,人们对竞争政策的理解还不够全面,对如何理解和处理竞争政策与产业政策之间的关系的讨论还不够深入,有时甚至还

存有误解。中国在建立《反垄断法》以后,如何在执法过程中处理好两种政策的关系,都是中国现在亟待解决的问题。

产业政策一直是中国政府调节经济活动的主要政策手段。政府一贯试图用产业政策调整和优化产业结构,保证市场的有序竞争,提高中国企业在国内和国际市场上的竞争力。因此,产业政策往往是以企业(尤其是以国内企业)为导向,以政府直接干预为手段来实行的。政府通过限制进入,控制企业重组和兼并,提供税收财政,人力和物力方面的支持等手段来实行其产业政策。而竞争政策则不同,它是以尊重市场为起点,通过建立和保持公平自由的竞争环境,让市场机制这一看不见的手来调节一切经济活动,包括市场及产业结构,从而使全社会(包括企业和消费者)的福利达到最大化。因此,产业政策与竞争政策存在根本上的冲突。前者借助政府的力量来试图消除市场运作中出现的波动,后者则旨在创造条件让市场发挥自身的功能。产业政策直接帮助某些竞争者,而竞争政策则在于创造平等的竞争场所。

在实践方面,这两种政策的冲突也广为人知。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20世纪50年代到90年代期间长时间的不断的互不协调甚至针锋相对,从实践上证明这两种政策之间难以避免的矛盾^⑨。从20世纪50年代起,日本产业政策的宗旨在于建立一批具有国际竞争能力的产业,日本政府重点扶植钢铁、汽车、石油化工等行业,后来有转向计算机、半导体、电子产品等行业。在具体政策措施上,产业政策鼓励企业兼并,强调规模经济,甚至提倡企业以卡特尔的方式来协调它们之间的活动,以避免所谓的“过度竞争”。在日本的产业政策和竞争政策相互制约的几十年中,产业政策在经济中的作用逐渐下降,竞争政策的作用和《反垄断法》的实施明显增强。中国应该全面地借鉴国外的经验教训,不要高估产业政策的作用。不要把竞争政策作为产业政策的替代品。

在中国,一个亟待澄清的问题就是不要把竞争政策作为产业政策的替代品。在中国加入世贸组织后,越来越多地受到政府保护的行业正在对国内国

外竞争者开放,外国的企业要享受与国内企业的一样的“国民待遇”,传统的产业政策发挥作用的的空间与范围正在越来越小。同时,习惯于政府保护的一些企业也会在市场压力不断增加的情况下游说政府决策者,以求“有形之手”的保护。在这种情况下,可能有人会倾向借助竞争政策来达到以前产业政策可达到的目的。比如,一个流行的说法是,中国需要建立反垄断法,以限制跨国公司在中国的垄断行为。这种看法容易引起一个误解,就是反垄断的目的是为了抵制外资企业和保护国内企业,从而模糊了竞争法内在的欢迎和维护竞争的含义。

跨国公司的大规模进入,会对国内的企业造成很大的冲击。但从严格意义上的竞争政策的角度来讲,新企业的进入会有利于该行业的竞争。新加入的企业带来了新的产品、新的技术和管理经验,从而给在位的企业带来竞争压力,促使他们进一步改善和提高效率。如果现有的企业不能够在与新来者竞争的过程中生存,那他们就应该从市场竞争中退出,社会的资源应该流向经济效率高的企业。所以,竞争政策的推行者担心的不应该是新企业的进入,反而是市场进入障碍的存在和市场进入的不顺利(但从产业政策的角度来看,保护国内的企业,尤其是国有企业,是自然而然的事情。这两种不同思路的差别前文已经谈到)。诚然,由于跨国公司强大的技术、管理和品牌优势,它们大规模的进入可能使得一些行业集中程度有所提高,同时,跨国公司的优势意味着它们的市场支配地位,这可能会对市场竞争带来潜在的负面影响。即便这样,执法机关只需要对这种负面的影响加以控制就可以,大可不必因为他们是外资企业而从执法上特别费心。

信奉产业政策的人与信奉竞争政策者对市场竞争和市场秩序有不同的理解。产业政策多重视政府干预这一看得见的手,而竞争政策则以保护“看不见的手”为己任。由于竞争政策在中国还是新生事物,而产业政策在中国则是根深蒂固,以及人们对这两种政策之间的关系认识仍有待加强,可以预见,在中国建立反垄断法以后的一段时期内,这两种政策的执行会有不可避免的摩擦甚至是碰撞,如何处理产业政策和竞争政策之间的关系,将是今后对中国政府的一大考验。中国政府应当清楚地认识到,从长远来讲,竞争政策将会占主导地位,而产业政策将会随着市场机制的不断完善而最终消失。

六、执法机关的设置:信息不对称与职责的单一性

为保证法律的有效实施,竞争法的执法一般来讲要具有独立性、单一性、公正性、权威性。在保证执法的独立性、公正性和权威性诸方面,国内已有很多的讨论,但大都对这些特点的必要性讲得多一些,而对如何达到执法的独立性、权威性和公正性讨论的则少了一些。我这里从执法机关职责的单一性的角度来论述执法独立的问题。

在具体执法中,执法机关可能会受到来自各方面(政治、行政、商界、消费者群体等)多种因素的影响。独立性要求执法机关不受外来因素的影响,要求它能够根据法律的条款和精髓独立地做出自己的判断和决定。这种独立性在实际中做到是十分困难的。执法机关职务的单一性是指实施和执行有关竞争法律应该是执法机关的唯一职责,除此之外,不应有其他的政策目标。相反,如果它具有双重或者是多重的角色,这些角色之间就有可能出现冲突,从而影响竞争法执行的独立性。比如说,中国将来的反垄断法执法机关不应该同时具有实施产业政策的职责,由于竞争政策和产业政策的政策目标不同,它们之间常常出现冲突,如果由同一个机构管辖两种职责,不可避免地会影响到竞争法执法的独立性。这里不仅仅是执法人员是否有做到独立执法的问题,它还涉及在公众是不是相信执法机关独立执法的问题。如果让竞争法的执法机关同时负责国有企业的改革与重组,在涉及企业兼并的案件审批时,或者是在处理国有企业之间的价格同盟时,很难让人信服执法机关的决策与其国有企业改革的政策目标没有任何关系,即便这些决策是真正按照竞争政策的标准独立地做出来的。由于信息不对称的原因,有时执法机关的动机不能很直接地被社会公众认知。公众对执法独立性的疑虑,必然直接影响到法律执行的有效性。所以,执法机关职责的单一性是保证竞争法执法独立的关键。国内对这一点强调的不够。

为保证竞争法的有效实施,执法机关当然要有足够的执法权利和手段,这除了必要的人力物力之外,还必须有查处所有违法行为的权利。鉴于中国目前以及中长期之内所面临的主要问题之一是禁止和消除行政性垄断,反垄断法执法机关应该具有调查

关于中国建立反垄断法体系的几个基本问题

中国公共管理论坛

各部委违法行为的权利和能力,以及可以调查各省市及地方行政部门违法行为的权利和能力,并且能在执法过程中不受外来因素的干扰。

在确立了执法机构的职责和地位以后,是其主要人员设置的问题。这并不是技术细节上的问题,它直接会影响到执法的效果。在这一点上,其他国家的一些经验值得中国借鉴。日本公平贸易委员会(JFTC)从20世纪50年代日本建立起禁止垄断法时起,就以独立执法为己任。然而,JFTC常常被外界指责为执法无力。这除了来自于通产省长时期的阻力之外,另一个重要原因是人员配置方面的问题。在日本,公平贸易委员会的5个成员并不是独立的专业人士和学者,多年来他们都是来自于通产省、财政部、司法部、外务省的技术官僚,与其工作过的部委有着难以割断的联系,其主席的位置从1963年一直是由在财政部工作过的人担任,直到1996年为止。根据 Sanekata 和 Wilks(1996,p.124)的观点,日本公平贸易委员会的人员构成,是日本竞争法执法成效低的一个主要原因,特别是,日本对其银行和金融行业限制竞争行为的监管不力,与30多年来日本公平贸易委员会主席的位子都是由有财政部背景的人来座的事实有着直接的关系^①。

至今世界上已有大约100个国家和地区建立了竞争法。中国应当充分借鉴他们的经验和教训。在机构设置上,中国应一次到位,最理想的做法是建立一个新的独立执法机关。此机构将直属于国务院,以实施反垄断法为其唯一职责,并应赋予其调查和管制行政垄断的权利。在人员配置方面,新的执法机构应吸收社会上相关人才,包括法律专家、经济学家以及熟悉企业界的人士,等等。这样,既有利于限制和禁止行政垄断,又可以向世人展示中国重视反垄断法的实施以及彻底向市场经济迈进的决心。

七、结束语

建立一个符合现代标准的竞争法体系,将向世人进一步展示中国建立市场经济的立场和决心和充分尊崇市场竞争的理念。然而,尽管中国在过去10多年的努力和探索,特别是在现有的竞争法的执行过程中积累了宝贵的经验,中国对竞争法的思索和理解与现代竞争政策的精髓似乎还有一定距离。具体来讲,中国应当把建立竞争法的主要目标从维

持社会公平和正义转向寻求社会资源的有效配置,判别企业行为是否违法应从道德标准转向效率标准,对违法行为的处罚应从“一对一”的等额处罚转向更符合经济学原理的“多倍赔偿”原则。中国对竞争法方面基本的经济学词汇、概念和理论体系还十分陌生,在立法和执法方面的经济学理论和方法上,还需要作更进一步的准备。在竞争政策的领域内,中国应彻底抛弃传统经济体制下传承下来的语言和思维方式,建立一个真正符合现代竞争理念的反垄断体系。在反垄断法建立之后,竞争政策会与产业政策之间的竞争甚至冲突是不可避免的。建立一个具有单一职责的执法机关是保证中国竞争法有效实施的重要条件。从长远讲,竞争政策将逐步取代产业政策而成为市场竞争的唯一的“游戏规则”。

(作者单位:香港岭南大学经济系;责任编辑:蒋东生)

注释

①中国的一些地方和行业也建立了自己的竞争法律。

②根据美国学者豪福斯戴德(Hosftadter,1965)的观点,美国的反垄断法有三个层次的目的,其第一层次的目的经济方面的,就是说根据传统的经济理念,一个社会通过市场竞争可以使经济效率达到最大化,所以有必要保护市场竞争。美国反垄断的第二个目的是政治方面的,即是通过阻止经济力量的过度集中来防止政治力量的过度集中,通过反垄断来防止政治权利的独裁,以有利于保护一个民主的政府与社会。美国的反垄断法律的第三个层次的目的属于社会和道德方面的:在美国,人们之间的相互竞争一直被认为是塑造每一个人追求上进的机制,而人们的这种不断追求上进的“好斗”精神被认为是美利坚合众国民族道德得以形成的最根本的动力,所以,保护这种竞争机制有利于塑造和延续美国的民族性格。

③建立于1947年的日本的反垄断法的目标同美国反垄断的目的基本相似。

④本文中《中华人民共和国反垄断法草案》的引用是根据《全球竞争论坛》网页上的2005年4月8号的英文稿(<http://www.globalcompetitionforum.org/asia.htm#china>),不保证与官方的《草案》无差异。新加坡在2004年把其竞争法草案公开放在因特网上,让公众提建议。

⑤据说以前的《反垄断法草案》中也没有把价格歧视、独家经营、搭售等行为列为有条件限制的范围。可喜的是,最新的《反垄断法草案》中明确表明这些行为只有在限制竞争的情况下才属违法。

⑥为了体现公平公正的原则,民法中的惩罚规定一般都是一对一的实际损害的补偿(赔偿损失是中国《民法通则》中规定的十种民事责任承担方式之一)。同时,《反不正当竞争法》第二十条也明确规定了一对一的赔偿原则。

⑦中国对效率目标认识和强调的不够,恐怕与中国经济学家对竞争政策研究投入的精力不足有关。作者见到和听到的出自于中国经济学家之手的学术研究成果,包括介绍及评论西方竞争政策的文章书籍等等,远远不及法律工作者的研究成果多。

⑧在中国,反行政垄断也是反垄断的一个主要组成部分。

⑨合理推定原则国内也翻译成合理违法原则。

⑩在美国,即便是卡特尔的成员没有成功地实施价格同盟协议,甚至它们没有达成协议,只要它们曾经试图建立价格同盟,就已经构成违法行为。

⑪韦大乐、张正明:《中国价格法实用问答》,新华出版社,1998年,第55页。

⑫在1993年《中华人民共和国消费者权益保护法》颁布之前,一个争议很大的问题是受害的消费者是否可以相向假冒产品出售者索取多于一倍的补偿金。反对这一做法的人认为这有悖于民法的一对一赔偿原则。最后该法律中规定受害者可以得到两倍的补偿(参见河山,1993)。但值得指出的是,一些支持多倍补偿的人的观点是消费者是弱势群体,所以应该得到法律保护。也就是说,他们的出发点仍然是公平。

⑬对日本竞争法中设置罚款的指导思想的讨论,可参阅 Sanekata and Wilks 1996: 115。

⑭当然,如果把对违法者征收的多倍的罚款都用以补偿受害者的话,也会引起某些负面效应。其负作用之一是会鼓励受害者进行一些不必要的诉讼,以求获得多倍赔偿,这种现象在美国反垄断方面和中国消费者保护领域内都有发生(包括众所周知的“王海现象”)。对此,有美国经济学家建议在对违法者征收多倍罚款的同时,保持对受害者一对一的赔偿,多余的数额则属于社会公共资金。

⑮相反,人们对竞争政策方面的词汇,如生产者剩余、消费者剩余、社会福利、社会福利净损失,等等,还比较陌生。

⑯当然,对掠夺性定价行为一定要加以制止。

⑰美国的啤酒制造商数目在1870年至1880年间增长一倍,而在其后的10年内又减少了40%。在美国汽车制造业发展初期,厂商的数目由1905年的150个增加到1910年的250,然后在1915年又回落到150个。到1930年,美国汽车制造商的数目降低到30家以下。有一点需要注意到的是,退出的企业并非都是亏了钱,有好多退出的企业是足足地收回了开始时的投资,而在退出后把钱又投到其他更赚钱的行业。参见 Carlton and Perloff, 2004, page 79。

⑱当然,铲除地区保护完全附合竞争政策的精神。但是,铲除地区保护主义的目的是为了实现国民经济的一体化和地区之间的自由贸易,并不是为了消除重复建设。

⑲关于日本产业政策与竞争政策的冲突,可参阅 Porter 等(2000), Okimoto(1989)和 Takahashi(2004)。江小涓(2002)一文,对上世纪80年代以来中国产业政策对竞争的正反两方面的影响,进行了详尽的分析。江小涓认为,从总体上讲,在上世纪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是正负兼有:在一些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,对竞争的发展产生了阻碍作用。

⑳一个竞争政策占上风的例子是,1963年通产省极力促使钢铁行业的一次大规模的合并,但由于公平交易局(和大批经济学家、法律专家)的强烈反对,那次合并未能成功。

㉑美国国会在1914年设立联邦贸易委员会(FTC)的时候,一个重要的宗旨是要保证FTC的运转不受美国总统的影响(在此之前,美国的反垄断法即1890年通过的舍尔曼法的实施都是由美国司法部主管,而司法部的工作显然在美国总统的直接掌管之下)。为达到此目的,国会规定联邦贸易委员会5名委员中每一位委员的任期位7年,即长于美国总统的4年的任期。这样,虽然联邦贸易委员会委员都是由总统提名然后经国会(参议院)批准,但由于总统在任期内不等把他们换掉,他们在执法方面就不会那么顾忌来自白宫的种种压力,从而有利于保证执法

的独立性。

参考文献

(1)Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China (Draft for Comments), 8 April 2005, downloaded from <http://www.globalcompetitionforum.org/asia.htm#china>.

(2)Becker, G.S., 1968, "Crime and Punishment: An Economic Analysis", *Journal of Political Economy*, 76 (2):pp.169-217.

(3)Carlton D. W. and J. M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, New York: Addison-Wesley, 4th edition.

(4)董辅初:《反垄断法是一部非常重要的法律》,全国人大常委会副主任董辅初在1997年中国反垄断法国际研讨会闭幕式上的讲话摘要,载于季晓南主编《中国反垄断法研究》,人民法院出版社,2000年。

(5)EC Commission, 1972, *First Report on Competition Policy*, Brussels-Luxembourg: EC Commission, April.

(6)Evans, David S., 1987, "Tests of Alternative Theories of Firm Growth", *Journal of Political Economy*, 95:pp.657-74.

(7)Hofstadter, R., 1991, "What happened to the antitrust movement?", In *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, New York: Alfred A. Knopf, 1965, reprinted in Thomas. E. Sullivan: *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, Oxford: Oxford University Press.

(8)河山:《论“缺一赔十”的惩罚性赔偿思想》,《法制建设研究》,1993年。

(9)Jiang, Xiaojuan (江小涓), 2002, "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*, 1, pp.49-69; available at <http://law.wustl.edu/Publications/WUGSLR/>.

(10)Jovanovic, B., 1982, "Selection and Evolution of Industry", *Econometrica*, 50:pp.649-70.

(11)Okimoto, Daniel I., 1989, "Between MITI and the Market: Japanese Industrial Policy for High Technology", Stanford University Press.

(12)Pacific Economic Cooperation Council (PECC), 1999, *PECC Competition Principles: PECC Principles for Guiding the Development of a Competition-Driven Policy Framework for APEC Economies*, PECC, Singapore.

(13)Porsner, R., 1977, *Economics of Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company.

(14)Porter, M.H., Takeuchi and M. Sakakibara, 2000, *Can Japan Compete?* London: Palgrave Macmillan.

(15)Sanekata, K. and S. Wilks, 1996, "The Fair Trade Commission and the Enforcement of Competition Policy in Japan", in G.B. Doern and S. Wilks (eds) *Comparative Competition Policy*, Oxford: Clarendon Press.

(16)Takahashi, I., 2004, "The Relationship between Industrial Policy and Competition Policy in Japan", mimeo, Meiji University, Tokyo.

(17)王家福:《加快中国反垄断立法的进程》,载于季晓南主编:《中国反垄断法研究》,人民法院出版社,2000年。

(18)谢伟:《赶超与价格战:中国彩电与汽车行业实证分析》,经济管理出版社,2001年。

(19)《中华人民共和国反不正当竞争法》,1993年。

(20)《中华人民共和国价格法》,1998年。