

企业兼并法
QIYE JIANBINGFA

国有企业兼并
GUOYOU QIYE JIANBING

企业兼并与 国有企业兼并

赵 泉 赵 涌 著

QIYE JIANBINGFA YU
GUOYOU QIYE JIANBING



经济科学出版社
Economic Science Press

企业兼并与 国有企业兼并

赵 泉 赵 涌 著

经济科学出版社

责任编辑：吕 萍 段小青

责任校对：王苗苗

版式设计：代小卫

技术编辑：邱 天

图书在版编目 (CIP) 数据

企业兼并与国有企业兼并/赵泉, 赵涌著. —北京:
经济科学出版社, 2009. 12

ISBN 978 - 7 - 5058 - 9011 - 4

I. ①企… II. ①赵…②赵… III. ①企业合并 - 企业法 -
研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 01255 号

企业兼并与国有企业兼并

赵 泉 赵 涌 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址：北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100142

总编部电话：88191217 发行部电话：88191540

网址：www. esp. com. cn

电子邮箱：esp@ esp. com. cn

汉德鼎印刷厂印刷

德利装订厂装订

787 × 1092 16 开 30 印张 510000 字

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5058 - 9011 - 4 定价：39.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

序 言

经济结构调整是当今世界经济发展的主线。企业无不抢抓机遇兼并重组，积极应对经济一体化的挑战，各国政府对涉及重要兼并活动的经济调控、市场规制也超越了以往的局限，不断创新。基于中国的国情，兼并尤其在国有经济结构调整、优化布局，企业上规模、创一流方面大有作为。

企业兼并之所以如此引人入胜，取决于它的本质及其在市场经济中的作用。兼并在本质上既是企业组织形式的变更，也是一种交易，是企业产权交易。它不仅变更企业组织形式和产权结构，而且可以改变产业结构乃至国家的经济结构。因而，兼并是一国经济发展、市场资源配置、企业壮大的内在需要，也是政府对经济进行宏观调控、市场规制，使国有资产保值增值的基本方式之一。它充分反映和体现了经济规律与市场规则。

回顾 20 世纪后期，中国企业兼并的兴起，缘于被当做国有企业改革、脱困的措施，对兼并行为的调整开始正式纳入国家公共政策。当时，有人认为，兼并是应对国企普遍亏损困境的一时之策，一旦国企经营状况好转，则兼并将会大减，研究国有企业兼并的法律调整没有什么长远意义。

而作者作为法学和经济学学者，多年来关注国内外的企业兼并及兼并法。关于企业兼并法的研究，发达国家立足于其市场经济的丰富实践，已经成果斐然。然而国内这方面的成果较少，尤其是有关当代社会主义国家国有企业兼并法的专项研究成果更少。作者坚信：中国的国有企业兼并在未来较长一段时期，将会随着经济的发展而呈现持续发展态势。相比之下，我国有关兼并法的状况，与兼并实践的需要相差甚远，学术研究的空间较大。于是，在 2001 年申请立项了国家社会科学基金项目“国有企业兼并的法律保障”，本著作就是该项研究的成果之一。^①

^① 赵泉主持 2001 年度国家社会科学基金资助项目《国有企业兼并的法律保障》，批准号：01BFX015。

本书分为两编，共十二章。上编“企业兼并与法”，从全球视野考察并系统地论述了企业兼并与法的基本理论和实践问题。在此基础上，下编“国有企业兼并的法律保障”紧扣当代中国国有经济战略性改组、布局优化的实际，着重探讨了中国国有企业兼并的法律保障问题。两编既相互联系，又各有侧重。从体例看，探讨全球一体化视野下发达国家企业兼并与法及其对中国兼并与法之借鉴，将企业兼并与法的基本理论与本国国有企业兼并与法律实际问题有机结合，并在多章穿插了案例研究，力求论述具有系统性，理论与实践并重。

作者发现，对于快速发展的企业兼并与有关法律实践来说，自己的研究还有很多的不足。因此，对于学界的读者，我们希望通过本书能以以下问题就教于您：当前政府在国企兼并中的权利与义务如何进一步明晰和规范？我国企业兼并与审查公共政策体系如何完善？如何充分发挥兼并与法及其他公共政策的作用，保护兼并与中债权人、职工及其他利益相关者的权利？外国及国际组织在兼并与法领域有什么精华可以借鉴？等等，这些都是本书所探讨的重点问题。希望我们的研究更加紧密地与现实对接，与学界的朋友相互沟通和支持，共同开拓创新。

对于企业读者和普通读者，我们希望您能够从本书中了解兼并与法的基本理论知识，提高对国内外兼并与法律制度的认识，有助于您再接触每日充斥媒体的企业兼并与问题时，更加理解兼并与公共政策，善于运用兼并与理论及公共政策来透视兼并与活动的“事与理”、“红与黑”，进而为公共政策的完善提出意见和建议。也希望，这一切最终有助于您理解经济规律与市场规则二者的关系。

关于这二者的关系，最通俗的表述是，市场经济是法治经济，法治是市场经济有序、持续发展的内在需要和保障。而笔者在撰写本书的过程中，更加深切地感受到：企业兼并的价值不仅在于兼并本身，更重要的是经济规律与市场规则。只有遵循经济规律与市场规则的兼并，才会有生命力。市场规则在经济规律之内，不在经济规律之外，它是经济规律的有机组成部分。法律的作用是在市场价值取向方面，倡导诚实信用，尊崇自由正义，并树立兼并与行为规范，引导市场主体事先防范和事后救济。我们期冀着在兼并与法领域这一切将是协调的：市场自律与政府监管，企业发展与社会共享兼并与而结出的硕果。

进入新世纪方十年，国有企业、国有经济已通过兼并重组等多种形式成长壮大，由兼并“为生存计”，向为规划全球战略、励精图治转变。进

而，将继续通过兼并重组等形式，增强企业和国家竞争力，加速中国现代化进程，向世界一流企业和发达国家迈进，努力实现中华民族伟大复兴。

这是一项多么伟大的事业，这是多么美好的前景，这是多么了不起的中国人！

序

言

赵 泉 赵 涌

2009 年祖国 60 华诞于中国济南

目 录

上 编 企 业 兼 并 法

第一章 企业兼并法概述	1
第一节 企业兼并概述	2
第二节 企业兼并法的含义和渊源	14
第三节 企业兼并法的主要内容	20
第四节 企业兼并法的基本原则	23
第五节 案例研究	36
第二章 企业兼并的条件和程序	46
第一节 企业兼并的条件	46
第二节 企业兼并的程序	50
第三节 企业兼并的方式	63
第四节 案例研究	70
第三章 外国企业兼并法（上）	84
第一节 外国企业兼并法的理论基础	84
第二节 美国企业兼并法	88
第四章 外国企业兼并法（下）	126
第一节 英国企业兼并法	126
第二节 德国企业兼并法	140

第三节	案例研究·····	151
第四节	外国企业兼并对中国的借鉴·····	157
第五章	跨国兼并及其法律协调·····	161
第一节	跨国兼并法律协调概述·····	161
第二节	跨国兼并规制的法律渊源·····	173
第三节	欧盟企业兼并对·····	180
第四节	案例研究·····	192
第六章	兼并中介机构及其法律监管（上）·····	202
第一节	中介机构在企业兼并中的作用·····	202
第二节	金融服务机构·····	207
第三节	案例研究·····	226
第七章	兼并中介机构及其法律监管（下）·····	233
第一节	审计、评估机构·····	233
第二节	律师事务所·····	241
第三节	案例研究·····	246

下编 国有企业兼并的法律保障

第八章 政府在国有企业兼并中的法律地位

及国有资本出资人的权利····· 267

第一节	政府在国有企业兼并中法律地位的理论基础·····	268
第二节	我国国有资本出资人制度·····	275
第三节	国有企业兼并中政府行使出资人权利的原则·····	287
第四节	国有企业兼并中国有资本出资人的权利·····	291

第九章 政府对国有企业兼并的监管权····· 310

第一节	政府对国有企业兼并的规则制定权·····	310
第二节	政府对国有企业兼并的反垄断审查权·····	315

第三节	政府对外国投资者兼并国有企业的审查权·····	324	
第四节	兼并市场监管权·····	336	
第十章	政府对国有企业兼并监管存在的问题及对策·····	349	目
第一节	当前政府对国有企业兼并监管存在的问题探讨·····	349	录
第二节	完善政府对国有企业兼并监管职能的对策·····	356	
第三节	案例研究·····	367	
第十一章	国有企业兼并中债权人权利的保护·····	374	
第一节	企业兼并中债权人权利保护的理论基础·····	374	
第二节	企业兼并中债权人的权利·····	381	
第三节	企业兼并中债权人保护程序·····	383	
第四节	我国国有企业兼并中债权人权利的保护·····	387	
第五节	案例研究·····	394	
第十二章	国有企业兼并中职工权利的保护·····	409	
第一节	企业兼并中职工权利保护的理论基础·····	409	
第二节	我国国有企业兼并中职工权利的保护·····	422	
第三节	当前我国国有企业兼并中职工权利保护存在的 问题探讨·····	446	
第四节	我国国有企业兼并中职工权利保护的对策·····	453	
参考文献 ·····		465	

上编 企业兼并法

第一章 企业兼并法概述

在市场经济条件下，企业兼并是有效的资源配置机制和竞争择优机制，企业兼并法是企业兼并的基本行为准则，是法治社会宝贵的制度资源。

经济结构调整是当今世界经济发展的主线。企业无不抢抓机遇兼并重组，积极应对经济一体化的挑战，各国政府对涉及重要兼并活动的经济调控、市场规制也超越了以往的局限，不断创新。在世界兼并大舞台上，每天都上演着一出扣人心弦、悲欢离合的剧目：从近百次兼并为小企业思科插上腾飞的翅膀，到2008年金融危机中合并求存的跨国银行……基于中国的国情，兼并尤其在国有经济结构调整、优化布局，国有企业上规模、创一流方面大有作为。从政府牵线搭桥、以脱困为目的的国有企业兼并，到主动优化国有经济布局，做大做强国有企业，整合振兴关系国计民生的行业的兼并，再到国有、私营企业各显其能，强中做优，创世界一流的兼并。而在这后面，是一系列法律政策的支持。法律禁止危害国家安全和公共利益兼并，禁止以强凌弱、损害自由公平竞争的兼并。兼并必须在法律的框架下进行，只有遵循经济规律和市场规则的兼并，才会有生命力。

了解企业兼并和企业兼并法的基本知识，是运用企业兼并法分析解决实际问题的前提。

第一节 企业兼并概述

一、企业兼并的含义和特征

关于企业兼并的含义，各国学术界有多种理解，有关法律规范中的阐释也不尽相同。概括而言，有广义与狭义两种表述。

广义的企业兼并通常表述为“企业合并”。例如，《不列颠百科全书》阐释：企业兼并是指两家或更多的独立的企业、公司合并组成一家企业，通常由一家占优势的企业吸收一家或更多的公司。兼并的方法：A. 可用现金或证券购买其他公司的资产；B. 购买其他公司的股份或股票；C. 对其他公司的股东发行新股票以换取其所持有的股权，从而取得其他公司的资产和负债。

又如：美国学者 J. 弗雷得·威斯通等人在《兼并、重组与公司控制》一书中阐明：“最笼统地说，兼并就是指任何一项由两个或更多个实体形成一个经济单位的交易。”^①显然，上述“企业兼并”包括了“吸收合并”即狭义的企业兼并与“新设合并”，当属广义。

狭义的企业兼并仅指企业吸收合并。笔者认为，广义的企业兼并的定义失于宽泛，虽能在一定程度上反映出企业兼并的本质特征，但与“企业合并”、“企业并购”似乎仍未界定清晰。因此，从中国现行法律规范及语言使用习惯来说，企业兼并的含义采用“狭义说”较宜。即企业兼并是指一个企业吸收其他企业，被吸收的企业解散。《中华人民共和国公司法》第 173 条规定：“公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。一个公司吸收其他公司为吸收合并，被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并，合并各方解散。”

作者在本著作有关企业兼并理论阐述中，一般采用狭义的企业兼并。鉴于大量有关企业兼并的著述以及上市公司兼并立法中使用了“合并”、“收购”、“并购”等概念，因而，在有关公司兼并立法及实务的阐述中，

^① [美] J. 弗雷得·威斯通、[韩] S. 郑光、[美] 苏珊·E·侯格著，唐旭等译：《兼并、重组与公司控制》，经济科学出版社 1998 年版，第 3~4 页。

可能视情况分别依有关法律或引文、事实称“合并”或“收购”、“并购”。

企业兼并具有以下特征：

1. 企业兼并是以取得兼并企业存续和被兼并企业丧失独立实体资格的后果为目的的行为。这是企业兼并行为的目的性特征。这一特征使企业兼并与企业收购、新设合并等行为区别开来。综观古今中外，企业兼并的方式多种多样，但其直接后果都是兼并企业吞并其他企业而存续，而被兼并企业的法人资格或非法人独立实体资格则归于消灭，丧失了权利能力和行为能力，不能再以自己的名义从事企业活动。所谓“法人资格或非法人独立实体资格消灭”有4种基本情形：（1）被兼并企业是法人，兼并行为致使其成为兼并企业的组成部分，原法人资格消灭；（2）被兼并企业是法人，兼并行为致使其原法人资格变更为兼并企业所属法人；（3）被兼并企业是非法人企业，兼并行为致使其原独立实体资格消灭；（4）被兼并企业是非法人企业，兼并行为致使其原独立实体资格变更为兼并企业所属实体。企业兼并的这一目的性特征，是市场经济自由竞争、优胜劣汰规律在法律上的反映。企业通过竞争，择优汰劣，推动社会资源向着平均利润高的企业和产业转移，从而实现生产要素的优化配置，实现产业结构的优化。

2. 企业兼并是转让企业全部产权的行为。这是企业兼并行为的财产流转性特征，是商品经济的流转性和等价交换规律在法律上的反映。在市场经济条件下，企业兼并以有偿为一般性，以无偿为特殊性。因为，一方面，企业是以营利为目的的经济组织，是市场交易的主体，兼并是企业根据市场需要、低成本扩张而获取更大经济效益的手段；另一方面，企业为了生存与发展，其本身也可以作为市场交易的客体，即商品。兼并企业购买被兼并企业，通常是要支付成本的，即便是低成本，也是有偿的。曾记得，联邦德国和民主德国合并时，联邦德国曾以一马克象征性的价格购买了民主德国的国有企业。企业兼并的这一特征，使它与社会主义国家在计划经济体制下“关、停、并、转”中的“并”区别开来。前者是市场行为，是等价有偿的，而后者是政府行为，是无偿划拨的。在市场机制的作用下，低效益的企业产权会朝着高效益的企业流动，以产生更大的经济效益。在企业这一特殊商品的交易中，企业出资人得以实现企业资产交换价值最大化。

由于兼并是转让企业全部产权的行为，因而企业兼并法律关系具有与一般买卖关系所不同的特点：其一，企业兼并中产权转让的标的是企业资

产要素的集合体,既包括企业的有形财产,如厂房、设备、土地使用权等,也包括无形财产,如商号、商标、专利、技术秘密、著作、商誉等,而后者在实际操作中易被忽视。其二,企业兼并中,随着企业全部产权的转移,还导致了劳动关系的变化。在兼并前,被兼并企业的职工是该企业的劳动者;在兼并后,其职工或者与原企业劳动关系解除,或者依兼并协议而与存续企业签订劳动合同发生新的劳动关系、成为存续企业的职工。根据我国目前情况,正确处理与企业兼并相伴生的劳动关系,保障变更或解除劳动关系的职工的权利,关系到兼并经济效益与社会效益的有机统一,绝不可忽视。

3. 企业兼并是兼并双方企业意思机关作出的共同意思表示。这是企业兼并行为的意志性特征。该特征有双重含义。

首先,企业兼并作为民事法律行为,是贯彻私法自治的原则,以意思表示为基本要素的。企业作为法人或者非法人经济组织,有其独立的意志,兼并即双方企业形成和实现自己处分企业财产的意志的行为。双方企业兼并或被兼并的意思表示应当通过其意思机关独立作出。企业的意思机关是企业的权力机关,有权对包括兼并在内的一切重大事项作出决定。企业因种类不同而意思机关有所不同。以现代企业的典型形式公司企业为例,公司的意思机关是股东大会(股东会)。股东通过股东大会,对董事会提出的兼并方案行使表决权,形成股东大会决议,从而将其个人主观愿望上升为公司的意志。股东大会决议就是公司意思机关作出的意思表示的客观表现。这样,既有股东形成的兼并的内在意志,又有表示行为,就构成了公司兼并的意思表示的要素。由此可见,企业意思机关的内在意志是企业意思表示的核心和基础,不具备该内在意志或没有真实表达内在意志的表示行为,是有瑕疵的意思表示。有严重瑕疵的意思表示,不发生法律效力。

其次,企业兼并是兼并企业与被兼并企业当事人双方的共同法律行为,须双方意思表示一致,达成“合意”,签订兼并合同,方才有效。这一点将兼并与企业购买已破产企业拍卖的财产等行为区别开来。

企业对依其意思表示而实施的兼并行为享有由此产生的利益,同时也要承担相应的责任和风险。这正是私法自治之真谛。基于此,企业兼并中任何欺诈(如隐瞒企业资产、债务等重大事项的真实情况)、胁迫、违反企业真实意思表示的“拉郎配”等不能体现双方合意的行为,都是法律所不允许的。

4. 企业兼并是依照法律进行的行为。这是企业兼并行为的合法性特征。企业兼并作为民事法律行为,具有合法性特征。该特征包括两个方面的含义。一方面,企业兼并应符合法律规定的实体条件。兼并关系到企业主体资格的存亡、产权的转让、债权债务关系的变更、劳动关系的变更等一系列权利义务关系的设立、变更与终止,因而无疑应受法律的规范。这已成为各国企业兼并法的惯例。联系企业兼并的意志性特征进而析之,企业兼并行为既具有任意性,又具有强制性。其任意性表现在:企业兼并可由企业自治,按照企业章程,通过企业意思机关来决定。其强制性在于企业兼并必须依照法律进行,不得违反法律强制性规定。有关企业兼并立法一般规定了反垄断原则等基本原则,以及兼并的条件、程序、方式、违法兼并行为的法律责任等,为企业兼并设定了规则。无论兼并双方当事人,还是政府主管部门、中介机构及利益相关者,都应依法办事。另一方面,企业兼并行为还应当符合法律规定的程序,作为要式法律行为,应当具备法定的形式。比如,兼并合同不但要双方企业权力机关作出共同意思表示,还须以书面形式订立并公告,有的还要报政府有关部门审查批准。

二、企业兼并与相近和相关的概念

在企业兼并法理论与实践,有一些常用概念与“兼并”相近或相关,如企业收购、托拉斯、卡特尔等。了解兼并与这些相近、相关概念的联系与区别,有助于正确认识企业兼并的含义。

(一) 企业兼并与企业收购

企业收购通常是指一企业用现金、股票或债券购买另一企业的股票或资产,以获得对该企业本身或资产实际控制权的行为,目标企业的独立实体仍存在。需要注意的是,按照国际惯例,证券市场的公司兼并行为专称为“上市公司收购”。对于上市公司的收购,各国证券法一般规定了要约收购和协议收购两种方式,在采取要约收购的方式下,可能导致一个公司吸收合并另一个公司的后果,若此,则该收购本质上为兼并。

根据证券法之惯例,投资者通过证券交易所的证券交易,持有一个上市公司已发行的股份的一定比例时,应当向该上市公司所有股东发出收购要约。收购要约的期限届满,收购人持有的被收购公司的股份数达到该公

公司已发行的股份总数的绝大部分时，其余仍持有被收购公司股票的股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。例如，我国证券法规定，投资者通过证券交易所的证券交易，持有有一个上市公司已发行的股份 30% 时，继续进行收购的，除政府证券监督管理机构免除发出要约的以外，应当向该上市公司所有股东发出收购要约。收购要约的期限届满，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的 90% 以上的，收购人有义务收购其余股东持有的被收购公司的股票。收购行为完成后，被收购公司不再具有公司法规定的条件的，应当依法变更其企业形式。由此可见，在上市公司收购的情况下，兼并与收购密切相连。鉴于此，人们通常将二者合称为“并购”。

（二）企业兼并与托拉斯

托拉斯、卡特尔等概念在政治经济学和反垄断法、竞争法中比较常见，它们与企业兼并有所不同，但是通常又有一定的联系。

托拉斯为英文“trust”的音译。它是由生产同类商品的企业或在生产上有密切关系的一系列企业联合而组成的一个庞大的企业组织。在西方企业发展史上，托拉斯的出现是随着美国内战结束后全国市场的发展，与垄断资本主义相伴生的。托拉斯这一法律用语最初为洛克菲勒的美孚石油公司所广泛地运用。该公司的代理人作出了一种安排，依靠这一安排，几个公司的股东将其股票转移给受托管理人。股东以证券的形式在联合管理的公司的总收入中获得特定份额的报酬作为回报。^①

在 18 世纪后期的西方国家，“托拉斯”一词通常被用来指所有形式的可疑的商业合并。当时，美国在石油、糖、棉花、威士忌和其他产业中都出现了托拉斯，这些托拉斯以增大的速度吸收合并新企业。并且，人们还可以感觉到，合并过程是通过掠夺性的方法进行的，美孚石油公司就是一个典型例子。法院判决美孚石油公司的煤油销售价格低于成本。法院认为，较低的价格迫使很多竞争者倒闭或为了清偿债务而将自己的股票出售给竞争对手。然后，通过缩减产量，美孚石油公司能够抬高价格，从而会获得垄断权力。美国 19 世纪下半叶揭露的大公司的垄断行为，最终导致限制托拉斯势力的立法。1890 年美国出台谢尔曼法，旨在阻止托拉斯采

^① [美] 肯尼斯·W·克拉克森、罗杰·勒鲁瓦·米勒：《产业组织：理论，证据和公共政策》，上海三联书店，1989 年版，第 625～626 页。

取违背公众利益的行为，促进美国经济中的自由公平竞争，保护消费者，推动社会福利。《谢尔曼法》宣布，限制贸易的托拉斯和其他形式的联合或共谋为非法，垄断贸易为重罪。

托拉斯是一个独立的组织，参加托拉斯的企业已丧失了其原有的财务上和业务上的独立性，而由托拉斯董事会集中掌握全部业务和财务活动。托拉斯的主要类型有以金融控制为基础的托拉斯和以企业合并为基础的托拉斯。前一种类型的参加者仍保持形式上的独立，实际上却从属于总公司，后一种类型是同类企业通过兼并而形成。这两种类型都是兼并的具体形式。

（三）企业兼并与卡特尔

卡特尔是法文“cartel”的音译，通常是指“企业或企业联合组织为达到共同目的而订立的合同以及联合组织所作出的决议”。德国《反限制竞争法》第1条规定，“企业或企业联合组织为达到共同目的而订立的合同以及联合组织所作出的决议，如通过限制竞争可影响到商品生产或商品与劳务交易的市场关系，则无效。”这里提出了对卡特尔一般禁止的原则。肯尼斯·W·克拉克森与罗杰·勒鲁瓦·米勒在《产业组织：理论，证据和公共政策》一书中阐述：“卡特尔的正式定义是由那些希望限制产量、增加行业利润而联合在一起的厂商联盟。一个典型的卡特尔协议订有其成员们同意的规则和惩罚条例。”据上，卡特尔具有以下特征：

1. 它们是以合同或者决议表现的为实现订约人共同经济目的的意思表示。

2. 参加卡特尔的企业在经济上和法律上仍然保持各自的独立性。这是卡特尔与托拉斯的不同之处。托拉斯的成员虽然在法律上有独立性，但是相互间通过资金渗透，已成为一个有着统一经营管理机构的企业集团。而卡特尔成员则在企业的生产、销售、财务、法律上均保持独立。此外，这里所称的企业应当从广义上来理解。根据联邦德国对卡特尔法草案的解释，该法适用于所有从事生产和经营活动的企业，甚至那些不以盈利为目的的企业，只要其活动能够影响市场竞争，也适用这个法律。企业的法律形式可以是法人，也可以是自然人；可以是国营企业，也可以是合营企业或者合伙企业。

3. 这些协议是以妨碍、限制或者歪曲竞争为目的，或者能够起到这

种后果。^①

卡特尔的种类很多,根据协议的内容,一般可分为价格卡特尔、产量卡特尔、销售卡特尔、原料卡特尔等。一个完全的卡特尔会纵向控制某一行业的所有方面,正像一个行业仅由单个垄断厂商在出售产品一样。因此,完全的卡特尔控制了产量、产品组合、投资、定价、质量和利润分享诸方面。卡特尔组织最初在欧洲大陆尤其是德国比较盛行,第二次世界大战后,在一些国家有广泛的发展,如有的国家有为了对付经济危机而成立的“萧条卡特尔”,也有所谓“合理化卡特尔”、“中小企业卡特尔”等。许多卡特尔,诸如德国钢铁卡特尔,是由国家政府本身安排和实施的。^②

卡特尔和企业兼并在组建的目的及经济功能等方面有某些相似之处,但二者是两个不同的概念。最明显表现在参加卡特尔的企业仍然保持其独立性,他们之间只结成一种短期协定,产权并没有发生变动,而企业兼井则不然。

正是由于兼并与托拉斯、卡特尔以及垄断有着某种内在联系,西方国家对于兼并的法律调整的重点在于反垄断,其相关立法及行政执法机关也通常与托拉斯、卡特尔相联系。如美国反垄断法称为反托拉斯法,其行政执法机关为司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会;德国反垄断法称为反限制竞争法,又称“反卡特尔法”,其主要行政执法机关为联邦卡特尔局。

① 王晓晔:《德国竞争法中的卡特尔制度》,原载《法学家》1995年第4期,见中国民商法网2005年3月6日。

② [美]肯尼斯·W·克拉克森、罗杰·勒鲁瓦·米勒:《产业组织:理论、证据和公共政策》,上海三联书店,1989年版。据该著作阐述,在国际性协议中,卡特尔可得到若干国家的认可,形成了一些国际卡特尔。例如,由各参加国的外交部长所签订的国际条约建立起来的欧洲煤钢共同体显然是作为一种卡特尔在发挥作用,尽管这与该卡特尔组织所宣称的目标相反。国际卡特尔许多是涉及国际性的贸易商品的。这些卡特尔常常声称其目标是稳定价格或生产者—消费者之间的合作。例如,国际铝土协会(The International Bauxiter Association)试图控制全世界的铝矾土价格,并明显地获得了成功。国际锡协定(The International Tin Agreement)自第二次世界大战前就一直存在着。香蕉出口国组织(The Organization of Banana Exporting Countries)也试图重现欧佩克的成功。在铁矿石、水银、茶叶、热带林木、天然橡胶、镍、钴、钨、钶、胡椒、钽和奎宁产品上也存在着生产者卡特尔。

最著名的国际卡特尔之一要数石油输出国组织(欧佩克)。1960年,欧佩克最初只是一个旨在帮助石油出口国家的国际性组织。1973年中东战争的爆发,沙特阿拉伯、科威特和一些较小的阿拉伯国家一致同意大幅度削减原油生产。欧佩克卡特尔协议的实施,使石油输出国的总利润大大增加。多年来,在国际经济、政治形势的变化及欧佩克的操纵下,每桶原油的价格持续上升,屡创新高。