

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

企业合并中的 反垄断问题

王晓晔 著

法律出版社

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

企业合并中的反垄断问题

王晓晔 著



法律出版社

企业合并中的反垄断问题

王晓晔 著 梁慧星 主编

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国人民解放军第一二〇二工厂

排版/泰能照排中心

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/11.625 字数/312 千

版本/1996 年 5 月第 1 版 1996 年 5 月第 1 次印刷

印数/0,001--4,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266796 63266781

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-1854-X/D·1540

定价:18.80 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

市场经济是竞争的经济。随着市场的竞争,不可避免地会产生经济的集中。推动经济集中的因素有两个,一个是企业的内部增长,另一个是企业外部的扩大,即企业通过联合或者合并的手段,扩大生产和经营的规模。在西方国家,一些大的企业联合被称为“康采恩”或者“托拉斯”。企业的联合或者合并对国家的经济发展有着极其重要的意义,它们可以优化企业的组织结构,实现规模经济,改善企业的经济效益,提高企业在市场上的竞争力。虽然在不同的国家因为不同的社会和经济制度,企业的联合或者合并有着不同的动机和目的,然而它们都体现了社会生产一个普遍趋势,即生产的社会化。在现代化的生产和技术条件下,随着世界经济的国际化和全球化,企业的合并和联合在市场经济国家更是成为一股方兴未艾的潮流。然而,生产的集中会产生垄断,垄断企业不仅会操纵市场和价格,而且还可能导致生产和技术的停滞,出现腐朽的倾向。因此,为了保护竞争,维护优化配置资源的市场机制,绝大多数市场经济国家都已经颁布了反垄断法,对企业合并的规模进行限制。

在我国,随着经济体制改革的深化,以企业集团为标志的企业横向联合也有了迅速的发展。有些集团已经形成相当的规模,它们对推动我国的经济和技术发展发挥了很大的作用。企业集团在我国的产生和发展不是偶然的,它们是随着我国经济体制的改革企业逐步获得了经营自主权的结果。由于企业集团的发展基本上不受所有制和以“条条”、“块块”为特征的旧的经济管理体制的限制,它们不仅有利于优化我国的企业规模和产业结构,而且还有助于打破行政垄断,建立和发展全国统一的大市场。但在另一方面,我们也不可忽视,企业

集团存在着自发的和不可避免的垄断趋势。特别是在我国现阶段市场机制远远不够完善的情况下,大企业集团可能会成为强大的市场势力,形成限制竞争的力量,从而影响我国社会主义市场经济体制的建立和市场的竞争秩序。为了防患于未然,我们应当从推动和组建企业集团的开始,就注意采取法律措施,一方面积极支持中小企业的联合,以推动规模经济,另一方面又要防止过大规模的企业联合,注意避免经济的过度集中。在今后的几年内,随着我国加大改革国有企业的力度和从战略角度推进企业间的兼并活动,企业的联合和合并将还会有长足的发展。在这种情况下,如果我们对企业合并没有“度”的规定,这势必会影响我国建立竞争性的市场经济秩序。

为了制定我国的企业合并控制法和反垄断法,本书比较研究了美国的反托拉斯法和德国的反对限制竞争法中有关控制企业合并的法律规定,这一方面是因为这两个国家的反垄断法对其他国家的法律有着重要的指导和借鉴的意义,另一方面是因为这两个国家对控制企业合并的某些具体问题有着不同的解决办法,从而有利于我们进行比较研究,找出一个比较适合我国国情的答案。联邦德国的反对限制竞争法结构严谨,内容详尽,在反垄断法的国际比较中一直处于领先地位,它特别是对欧盟国家、前苏联和东欧国家的反垄断法有着极大的影响。美国的反托拉斯法则是世界各国反垄断法的“母法”,直到今天仍然对世界各国的立法包括对德国反对限制竞争法的修订发生着重大的影响。自 80 年代以来,随着国际竞争形势的变化,美国的反垄断政策已发生了深刻的变化。在实践中,美国政府对垂直合并和混和合并几乎不再干预,对横向合并也采取了比过去较为宽松的政策。毫无疑问,美国新的反垄断政策将对其他国家的反垄断法产生重大影响。

反垄断法在市场经济国家的法律体系中占有极其重要的地位。在美国,它被称为是“自由企业的大宪章”。在德国,它被称为是“经济宪法”。在日本,它被认为是“经济法的核心”。传统的反垄断法在实体法上有三大支柱:禁止卡特尔、禁止滥用市场支配地位和控制企业

合并,其中控制企业合并是反垄断法的第一号问题,占有核心的地位。我国作为一个社会主义的市场经济国家,是否有必要制定反垄断法,是否有必要对企业合并实行控制,这自1986年我国政府实施推动企业横向联合的经济政策以来,就成为我国法学界和经济学界的一个热门话题。事实上,保护竞争是市场经济的一般规律,它反映的是现代社会化大生产的要求。一个有效的竞争不仅对以生产资料私有制为基础的市场经济体制至关重要,而且对以生产资料公有制为基础的社会主义市场经济体制同样至关重要。因为没有竞争就不能建立市场,没有竞争就不能激发企业创新的动力和改善企业经营管理的积极性。从党的十四大以来,竞争的重要性在我国已经得到彻底的认可,因为我国要建立社会主义市场经济体制,要使市场对社会资源的配置发生基础性的作用,这就必须要推动和保护竞争,以竞争作为提高企业效率和发展国民经济的根本机制。在这样的形势下,建立保护竞争、反对垄断的法律制度在我国势在必行。我们不仅需要规范和优化企业的市场竞争行为,而且还要规范竞争性的市场结构,建立有效竞争的市场模式。现在,我国法律界和经济学界在反垄断问题上已经基本达成共识,反垄断法已经成为我国近年内要出台的重要立法项目。鉴于企业合并对市场结构和市场竞争的重大意义,本书选择研究了“企业合并中的反垄断问题”。我殷切地希望,这本书能够对我国的反垄断立法和对我国的经济体制改革作出一点微薄的贡献。

作 者

1996年3月

目 录

第一编 美国 and 德国控制企业 合并的法律制度

第一章 经济、竞争与企业合并	(1)
第一节 竞争对市场经济的作用	(1)
一、关于竞争的概念	(1)
二、竞争对市场经济的作用	(2)
第二节 企业合并与经济和竞争的关系	(5)
一、企业合并与经济	(6)
二、企业合并与竞争	(8)
第三节 西方市场经济的主要竞争理论	(17)
一、古典经济学派的自由竞争	(18)
二、新自由主义的完善竞争	(19)
三、垄断的或不完善的竞争	(20)
四、有效的竞争	(21)
五、芝加哥学派	(26)
第二章 美国控制企业合并的立法与实践	(30)
第一节 立法概况	(30)
一、谢尔曼法第 1 条和第 2 条	(32)
二、克莱顿法第 7 条	(33)
第二节 80 年代前克莱顿法第 7 条的司法实践	(37)
一、市场的划分	(37)

二、横向合并	(39)
三、垂直合并	(44)
四、混合合并	(46)
第三节 80 年代以来合并控制的新发展	(53)
一、司法部 1982 年合并指南	(54)
二、司法部 1984 年合并指南	(61)
三、司法部和联邦贸易委员会 1992 年横向合并指南	(63)
四、80 年代以来的司法实践	(69)
第四节 美国反垄断法的前景	(74)
一、哈佛学派与芝加哥学派	(75)
二、美国反垄断法的前景	(78)
第三章 德国控制企业合并的立法与实践	(81)
第一节 立法背景与概况	(81)
一、社会主义市场经济制度	(81)
二、卡特尔法的发展概况	(83)
三、企业合并和合并控制法概况	(85)
第二节 企业合并的概念和控制程序	(88)
一、企业合并的概念	(88)
二、控制合并的程序	(92)
第三节 合并控制的实体法	(96)
一、控制横向合并	(97)
二、非横向合并	(101)
三、容忍条款	(107)
第四节 被禁止合并的辩护理由	(109)
一、改善市场的竞争条件	(109)
二、整体经济与社会公共利益	(112)
三、国际竞争力	(116)
四、竞争政策与产业政策的争论	(120)
第五节 德国控制企业合并法的前景	(121)

一、德国控制企业合并法的指导思想	(121)
二、合并控制的成果与问题	(123)
三、德国企业合并控制法前景	(126)
第六节 欧共体企业合并控制法与德国法	(130)

第二编 我国控制企业合并立法的设想

第四章 有效竞争——我国竞争政策与反垄断法的目标

模式	(136)
第一节 保护竞争是发展社会主义市场经济的首要条件	(136)
一、社会主义市场经济需要建立保护竞争的制度	(136)
二、对计划经济下反竞争理论与实践的反思	(137)
三、社会主义经济体制改革与竞争	(143)
第二节 我国经济当前开展竞争的条件	(148)
一、价格机制基本形成	(148)
二、多种经济成分并存的所有制结构	(149)
三、企业自主权逐步得到落实	(150)
四、全方位的对外开放	(151)
第三节 有效竞争——我国竞争政策与反垄断法的目标模式	(153)
一、对完善竞争与自由竞争的思考	(153)
二、有效竞争的合理性	(155)
三、有效竞争的可行性	(158)
四、有效竞争与多样化市场结构	(161)
第四节 影响建立我国有效竞争目标模式的诸因素	(163)
一、经济性限制竞争	(163)
二、行政性限制竞争	(165)
第五节 社会主义市场经济呼唤反垄断法	(169)

一、我国反垄断法的现状	(169)
二、我国现行反垄断法存在的问题	(172)
三、社会主义市场经济呼唤反垄断法	(174)
第五章 我国企业集团及其对经济与竞争的影响	(177)
第一节 我国组建企业集团的利益与动机	(177)
一、企业集团的概况	(177)
二、组建企业集团中政府的利益与动机	(180)
三、组建集团中企业的利益与动机	(183)
第二节 企业集团的组织结构与法律地位	(187)
一、企业集团的概念	(187)
二、企业集团的组织结构	(189)
三、集团成员的联结纽带	(192)
四、企业集团的法律地位	(200)
第三节 企业集团对经济与竞争的影响	(203)
一、企业集团对经济与竞争的积极影响	(203)
二、企业集团对经济与竞争的不利影响	(207)
第六章 我国控制企业合并立法的构想	(220)
第一节 企业合并的概念	(220)
一、取得财产	(220)
二、取得股份	(221)
三、订立合同	(222)
四、其他联合方式	(223)
第二节 控制合并的程序	(224)
一、合并前申报	(224)
二、需申报的合并规模	(225)
三、审查期限	(230)
四、强制登记的法律后果	(231)
第三节 禁止合并的实质性标准	(232)
一、禁止合并的前提条件	(232)

二、界定相关市场	(234)
三、企业市场份额和市场集中度	(237)
四、关于绝对规模标准	(242)
五、垂直合并与混合合并	(245)
六、市场份额标准不可绝对化	(247)
第四节 对被禁止合并的辩护	(248)
一、改善市场竞争条件	(248)
二、潜在的市场进入	(253)
三、整体经济和社会公共利益	(255)
第七章 我国反垄断立法框架	(270)
第一节 立法指导思想	(270)
第二节 反垄断实体规范	(274)
一、禁止政府及其部门滥用行政权力限制竞争	(275)
二、禁止严重限制竞争的横向和垂直协议	(278)
三、控制企业合并	(282)
四、禁止滥用市场优势	(284)
五、反垄断法适用例外领域	(289)
第三节 反垄断法执行机构和制裁	(294)
一、反垄断法执行机构	(294)
二、法律制裁	(297)
附录:	
(一)德国反对限制竞争法第 22 条至第 24 条	(300)
(二)美国谢尔曼法第 1 条、第 2 条	(314)
(三)美国克莱顿法第 7 条和第 7a 条(节选)	(315)
(四)美国司法部 and 联邦贸易委员会横向合并指南 (1992 年 4 月 2 日发布)	(318)
参考资料	(348)

第一编 美国 and 德国控制企业 合并的法律制度

第一章 经济、竞争与企业合并

现代的社会是一个有着高度分工的社会。为了合理地分配紧缺的生产资料 and 消费资料,国家必须要确立一个分配的原则,或者称为经济政策,以维护一个有秩序的经济制度。在实行计划经济体制国家,这是依靠中央计划。而在市场经济国家,则是靠国家的竞争政策。发达市场经济国家的经验表明,市场经济是一种由竞争来指挥和监督微观经济过程的经济制度。市场经济必须要与竞争相联系,这是因为在市场经济条件下,生产者必须要将他们的产品带到市场,在那里接受消费者的检验和评判。这个检验和评判的过程就是竞争的过程。

第一节 竞争对市场经济的作用

一、关于竞争的概念

竞争是一种普遍的社会现象,它不仅存在于人们的经济生活中,而且也存在于体育、文艺、科技、军事等许多社会领域。其中,最直观的和可以表现出竞争形态的是体育比赛。概括地说,竞争是指两个或者两个以上的人或者集团为了追求同一个目标的行为。因此,一个人或者一个集团在竞争中的成功或者比较成功是以其他竞争者或者竞争集团的不成功或者不很成功为代价的。

如果我们把竞争这个一般的概念限于经济生活,那么,经济领域

中的竞争一般具有以下特征：第一，存在着一个竞争的场所，或者称为市场，这个市场不限于商店或者交易所，而是指供求相遇的一切地方。第二，市场上至少要有两个或者两个以上的卖方或者买方。第三，竞争者之间存在着一种有意识或者无意识的敌对行为，即是说，每一个竞争者为了达到自己所追求的目的，在他投入使用某种竞争手段或者方法的时候，客观上都会给竞争对手造成一种不利的竞争条件。例如，在市场上的产品供大于求的时候，只要一个卖主降价，其他卖主就不得不跟着降价；在市场上商品供应不足的时候，需求者则可能会争相抬高价格。但是，由于市场上需求方的竞争一般不会象供给方的竞争对社会表现得那么重要，所以人们将注意力首先集中在市场上销售者之间的竞争，这种竞争特别是表现在他们为了争夺有利的销售场所或者稳定的原料和半成品来源而在产品的价格、质量、售后服务、广告等各方面展开的争斗。这正如马克思所说的，“同一种商品，有许多不同的卖主供应，谁以最便宜的价格出卖同一质量的商品，谁就一定会战胜其他卖主，从而保证自己有最大的销量”。^①

竞争虽然是经济学和竞争法中经常使用的概念，但是，由于竞争的表现非常多样化和非常纷繁复杂，人们除了列举一些在产品价格、产品质量、生产数量等各方面为争取有利交易机会的行为外，很难给竞争下一个圆满的定义。因此，绝大多数国家的竞争法包括反垄断法和反不正当竞争法都没有关于竞争的法律概念。

二、竞争对市场经济的作用

马克思在其《资本论》中没有专门论及竞争理论，然而他在分析资本运行中也指出过竞争的激励机制。他说：“资本主义生产的发展，使投入工业企业的资本有不断增长的必要，而竞争使资本主义生产方式的内在规律作为外在的强制规律支配着每一个资本家。”^② 这主要表现在“价值由劳动时间决定的规律，即会使采用新方式的资本家

① 《马克思恩格斯全集》第6卷，第480页。

② 马克思：《资本论》第1卷，人民出版社1975年版，第649、650页。

感受到,他必须以低于商品的社会价值出售自己的商品,又会作为竞争的强制规律,迫使他们的竞争者也采用新的生产方式。”^①“在一种商品上只应耗费生产该商品的社会必要劳动时间,这在商品生产的条件下表现为竞争的外部强制,因为肤浅地说,每一个生产者都必须按商品的市场价格出售商品。”^②

概括起来讲,竞争对市场经济的作用主要表现在以下方面:

(一)调节生产和优化配置社会资源

市场经济不是中央集权的经济,但这并不意味着市场经济就是一个杂乱无章的无秩序经济。这是因为在市场经济的条件下,每一个经济主体在制定其经济政策和决定其经济计划时都有一个路标。例如,鉴于有限的资金,家庭在购物时要选择物美价廉的产品,以便以有限的资金满足其最大的需要;鉴于有限的资本,企业在投资时也要对投资场所和投资的产品进行选择,以便以有限的资本获取最大的利润。这个路标就是由市场供求关系而决定的市场价格。当市场上对一种产品的需求超过了供给,产品的价格就会上涨。上涨的价格对企业就是一个信号,使它们认识到,如果向这种产品投资,企业就会赢利。投资的结果就会使市场上的供给增加,从而平衡市场上的供求关系。相反,如果人们对一种产品投资过度,市场上供大于求,产品的价格就会下降。企业依据这个信号,就会从这个市场抽出资本,转移到其他产品或者其他经济部门中去,其结果就会使市场上的供应减少,产品价格再度上涨,从而使供求达到新的平衡。这就是价格机制调节社会生产和优化配置社会资源的功能。

然而,要使价格机制能够产生调节社会生产和优化配置社会资源的功能,就必须要求市场至少满足两个前提条件,第一是企业可以自由定价,第二是保持市场开放。这即是说,市场上的经营者之间要能够开展竞争。实际上,价格机制发生作用的过程就是市场上的经营

① 马克思:《资本论》第1卷,第354、355页。

② 马克思:《资本论》第1卷,第383页。

者开展竞争的过程,价格机制就是竞争机制。只有当市场上存在着竞争,企业能够灵活地适应不断变化的市场情况,即根据需求者的愿望配置资金和生产资料,结果就使社会生产资源得到了优化配置。

(二)推动经济和技术发展

在竞争的作用下,企业为了至少在一段时间内取得垄断地位,获得一个额外的利润,就必须努力降低生产成本和价格,以使用最少的投入,获得最大的产出。这从而就推动了企业不断开发新技术、新产品和新工艺,努力改善经营管理,以便生产质量更好和成本更低廉的产品,在生产领域或销售领域保持领先地位。竞争是一个生气勃勃的过程。一旦有一个企业因为开发了新产品,获得了竞争优势,其他生产同类产品的企业为了获得同样的市场地位和取得同样丰厚的利润,就会立即仿照新产品或者研制其他新产品。这正如熊彼特所说的:“在竞争的作用下,富有朝气的企业家就如同开路先锋。”^①就在企业你追我赶的竞争浪潮中,国家的经济和技术同时也获得了迅速的发展。从这个意义上说,竞争是生产力发展的强大推进器。

(三)合理分配社会收入

竞争是一个优胜劣汰的过程。在这个过程中,生产效率低的企业、不合理的生产程序以及劣质产品将从市场上被淘汰掉,而效率高的企业、合理的生产程序和优质产品则会被保留下来,其结果就不仅合理分配了社会资源,而且,由于企业的盈利与企业的经济效益直接相联系,从而也就比较合理地分配了社会收入。这里需要指出的是,我国目前不同经济部门在利润率方面存在着显著的差别,从而在劳动者的收入方面 also 存在着显著的差别,这并不是市场和竞争的优胜劣汰机制所造成的,而是部门垄断和部门间劳动力配置不均匀的结果。在竞争机制能够发挥作用的条件下,如果一个部门的利润率过

^① E. Kantzenbach/H. H. Kallfass, Das Konzept des funktionsfaehigen Wettbewerbs, Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. v. Cox/Jens/Markert, Munchen 1981, S. 108.

高,说明这个部门的市场供给不足,从而还应当吸收新的企业进入市场。这样,除了个别属于自然垄断和国家垄断的行业,其他竞争性的行业和经济部门应当在平均利润率方面实现基本平衡。

(四)保护消费者的利益

市场竞争给消费者带来的好处是有目共睹的。如果没有竞争,市场上的需求者,特别是广大的消费者,对产品就不能进行选择。其结果就是,市场上的供应者不仅不会在产品的质量、规格和品种方面考虑需求者的愿望,而且,他们为了获得高额利润,还可能将价格随意定得很高。而竞争则可指挥市场上的生产者和经营者在产品的质量 and 数量方面尽量满足市场的需要,在产品规格和花色品种上尽量满足消费者的选择。而且,由于竞争的压力,生产者也不可将其产品的价格定得过高,这样,就可使一些日常需用的大众产品形成一个适当的价格水平。

不仅如此,竞争还可以在人们的社会生活和推动经济民主方面发挥积极的作用。因为保护竞争和反对垄断是一个问题的两个方面,既要推动市场竞争,就必须反对限制竞争和谋求垄断,反对滥用市场势力。也就是说,在保护市场公平竞争的经济制度下,任何市场主体,不管它们是国营的,集体的还是私营的,也不管它们是本国的还是外国的竞争者,都不得最终和长期地成为市场的垄断者,以至于以单方的胁迫行为代替协调市场各方利益的合同机制,这从而就为推动经济民主创造了条件。这正如亚当·斯密所指出的,“一种事业若对社会有益,就应当任其自由,广其竞争。竞争愈自由,愈普遍,那事业也就愈有利于社会。”

第二节 企业合并与经济 和竞争的关系

上一节所谈到的是关于竞争的积极作用。然而在事实上,市场竞争还会同时给社会带来许多消极的影响。这是因为在市场竞争中,竞

争者为了获得一定的竞争优势,他们都不同程度地存在着一种限制竞争的自然倾向,例如,同一类产品的企业常常结成卡特尔,相互限制生产数量、产品价格或者分割销售市场。为了扩大市场份额,同类产品的生产者或者经营者常常会进行限制竞争性的合并,有时甚至很明显就是敌意兼并。此外,拥有市场优势地位的企业则喜欢滥用其市场优势,例如对产品随意涨价,抵制交易或者价格歧视,等等。因此,经济学中的一般常识是,企业越是能够通过其市场地位限制竞争,它们就越是能够通过限制市场供给或者提高产品的价格实现较大的利润。这个理论无论是对于市场独占还是集体垄断,都是一概适用的。这些情况说明,要使竞争真正成为调节社会生产和优化配置资源的根本手段,国家就必须要建立保护竞争的制度。

根据市场经济国家的经验,保护竞争的制度必须要与反对垄断和反对限制竞争的制度相联系。反垄断法主要包括禁止卡特尔、控制企业合并以及对已经取得了市场支配地位的企业实行滥用监督等三个方面。^① 本书研究的重点是关于控制企业合并的法律问题,这在各国的反垄断法中被视为是核心问题,或者被称为是第一位的问题。然而,关于控制企业合并的目的,人们只能在考察了企业合并与经济和与市场竞争的关系后才能有所认识。因此,这里有必要简要分析一下企业合并与经济、企业合并与竞争的关系。

一、企业合并与经济

在市场经济中,买卖企业或者企业合并的事件是经常发生的。因为通过这种方式,企业不仅可以除掉那些对它们构成威胁的竞争对手,而且还可以加强它们在市场上的竞争力。然而,由于企业合并可以迅速推动经济的集中,甚至可以导致少数企业垄断市场的情况,形成寡头垄断的市场结构,因此,各国反垄断法对企业合并都作出了禁止性的规定。

然而,限制竞争并不是企业合并的主要原因,更不是唯一的原

^① 参见本书第七章。