

反垄断法适用于国有企业的基本理据与立法模式选择

李国海

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 国有企业的设立目的与反垄断法的立法价值之间存在一定程度的冲突。这使得各国在处理反垄断法与国有企业关系方面存在两种不同的立场, 导致各国反垄断法在适用于国有企业方面存在两种不同的选择, 大多数国家(地区)的反垄断法覆盖了国有企业, 但也有少数立法例将国有企业置于反垄断法适用范围之外。域外反垄断法采用了三种不同的立法模式来规定对国有企业的适用。从相关条文可以看出, 我国《反垄断法》可适用于国有企业, 但采取了间接、模糊的立法方法, 这并不妥当。我国《反垄断法》应在将来修订时增列条款, 明确规定反垄断法适用于国有企业。

关键词: 反垄断法; 国有企业; 立法模式

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)04-0037-07

一、问题的提出

在我国《反垄断法》的制定过程中, 关于国有企业是否应当获得特殊待遇的问题引致了激烈的争论, 最终立法机关不得不采取模糊化的处理暂时平息了正反双方的争论, 这种模糊化处理的结果反映为《反垄断法》第7条的模糊用词。然而, 在《反垄断法》于2008年进入实施阶段后, 这种争论又开始出现, 并集中表现为对《反垄断法》第7条的分歧性解释上: 有的人认为, 根据该条规定, 国有企业获得了《反垄断法》的特殊待遇, 而反对者则认为, 国有企业不应该在《反垄断法》中获得特殊地位, 《反垄断法》也没有给予国有企业特殊待遇。这种争论在当今国有企业深化改革的背景下, 导致了双重的不确定, 即反垄断法实施上的不确定和国有企业改革路径的不确定。

在反垄断法实施的现实语境下, 国有企业垄断至少遭受了两波大的质疑: 一波是2011年中国移动和中国联通被国家发改委调查最终却无下文, 这被国内外的反垄断观察者批评为反垄断主管机关对国有企业给予了特殊待遇, 认为在“雷声大雨点小”“以约谈教育代替处罚”的背后体现了国有企业在《反垄断法》上

的超然地位; 另一波是在我国反垄断执法机构以从事垄断行为为由处罚了一批外企后, 国际上传出了质疑我国在实施《反垄断法》过程中偏袒国有企业的声音。对于这些批评或质疑本身, 有的人不以为然, 认为国有企业属于“躺枪”, 另一部分人则认为, 国有企业因为垄断问题被抨击是适得其所, 毫不冤枉。

考虑到《反垄断法》在我国社会经济领域受到越来越多的关注, 再加上国有企业改革对于我国社会经济发展的重大影响, 上述争论和分歧的长期存在并非是具有正面效果的事情, 反而有对反垄断法实施和国有企业改革进程产生现实冲击的客观可能性。令人遗憾的是, 国内学术界尤其是法学界一直在有意无意地淡化或回避这个问题。为正确处理反垄断法与国有企业的关系, 我们不应也无法继续模糊或漠视, 而须在理性思考的基础上尽早弭平这些纷争。因此, 研究反垄断法对国有企业的适用问题已经成为现实而紧迫的课题。

二、国有企业适用反垄断法的基本理据

国有企业是指一定比例的资本由国家投入, 国家因此能对其进行较稳定控制的所有企业^[1]。国有企业

收稿日期: 2017-03-10; 修回日期: 2017-03-27

基金项目: 国家社会科学基金项目“国有企业适用反垄断法若干问题研究”(15BFX172)

作者简介: 李国海(1969-), 男, 湖南永州人, 法学博士, 中南大学法学院教授, 主要研究方向: 经济法

是一个与私人企业或民间企业相对应的概念,而且与私人企业存在多项显著的区别:①企业的设立途径不同。私人企业一般根据公司法设立,而国有企业除了部分是依据公司法设立外,有很多是依据特别法律或条例设立。②国家是否在企业中投资及投资的比例不同。国有企业主要由国家投资设立,国家在其中持有一定比例的资本或股份,而私人企业中一般没有国家投资,即使有少量国家投资,其比例也较低。③国家与企业的关系不同。国家对私人企业只能通过公司法等一般法律进行规范和约束,而不能施加直接影响,国家对国有企业则可以凭借股权,或依据特别立法施加直接影响,控制企业的战略决策或管理团队的任命。④企业承担的任务不同。私人企业的任务主要是为股东创造利润,而国有企业则要承担诸多具有公共属性的职能^[2]。反垄断法规制私人企业固属理所当然,但国有企业是否应被纳入反垄断法的适用范围,则并非十分确定。这其中的原因就在于国有企业具有不同于私人企业的诸多特性,尤其是国有企业承担了不同于私人企业的特殊任务,或曰国有企业被赋予了特殊设立目的。

国有企业的任务或设立目的特殊性的具体内容为何?各方学者有不同的表述。我国台湾地区有学者认为,“考察公营企业存在之理由,或为国家有独占经营之必要,或为提供公共利益之服务,或为经济利益以增国库收入者”^{[3](64)}。根据大陆法学界的主流观点,国有企业的设立目的被归纳为三个方面:一是财政性目的,即扩大财源,补充财政资金,以满足国家机关活动经费等方面的需要;二是政治性目的,即为了维护和巩固国家政权,由国家控制某些经济要害部门;三是经济调节性目的,即通过国家直接投资经营,调节社会经济结构和运行,促进社会经济协调、稳定和发展^[4]。具体表述尽管有所不同,但国有企业的任务或设立目的不同于私人企业却是境内外人士的共同认知。

反垄断法也有自身独特的立法价值。国内外通说认为,反垄断法的核心价值是有效竞争^{[5](24-31)}。或者更详细地表述为“反垄断法是致力于建立和确保一个有效竞争的机制,其任务是保护市场主体的竞争自由,维护市场的竞争性”^{[6](26)}。可见,反垄断法的立法价值与国有企业的设立目的并不在一条轨道上。无论是基于现实经验还是逻辑推理,我们都可发现,反垄断法有效竞争的价值与国有企业的特殊职能和任务之间存在不相容性。例如,国有企业要实现财政性目的,或曰完成“为经济利益以增国库收入”的任务,垄断经营显然比竞争环境下经营更为有利。更直接的表述

是,为使国有企业完成为国家增加财政收入的任务,最好让国有企业免于受到反垄断法的规制。就国有企业的其他任务而言,上述逻辑也是成立的。为使国有企业实现政治性目的和经济调节性目的,或曰为保证国有企业完成“提供公共利益之服务”等特殊任务,最好也是让国有企业在不受反垄断法制约的条件下经营。例如,在德国,对于国家掌握了垄断权的部门如电信业或铁路业,大众曾经赞同最好将这些领域从竞争中排除出去,因为人们认为在这些领域竞争的坏处将会大于其好处^[7]。可见,国有企业的设立目的与反垄断法立法价值之间存在某种程度的冲突。如果要实现国有企业的设立目的,或者国有企业要实现自身独特的任务,很可能需要一种垄断的环境,或者需要实施某些限制竞争的行为,这样就会背离反垄断法追求的竞争价值。反过来,如果要保证最大程度地实现反垄断法的立法价值,势必不能允许国有企业实施垄断或限制竞争行为,如此将会阻碍国有企业实现自身的特殊任务。

国有企业的设立目的和反垄断法的立法价值之间既然存在冲突,必然要寻求解决之道,可行的路径是在二者之间确定孰先孰后或孰重孰轻的位序。然而,在理论上,关于这个问题却没有现成的答案。国有企业在宏观层面上被纳入国家投资经营法部分,反垄断法属于市场规制法部分,国家投资经营法与市场规制法同属于经济法体系构成中的重要组成部分,在经济法中的位阶大致相同。如果说国有企业必须为实现国家投资经营法的立法目的服务,反垄断法也要为实现市场规制法的立法目标服务,二者之间不存在孰先孰后、孰轻孰重的先天区别。

由于反垄断法立法价值与国有企业设立目的之间存在冲突,而且在理论上无法排定二者之间的先后轻重位序,这就使得人们在实践中采取不同的立场来处理反垄断法与国有企业的关系,并进而影响到反垄断法对国有企业的适用。

一种立场较为强调国有企业的特殊性,主张国有企业不适用反垄断法。例如,在法国,曾经有很长一段时间,学界坚持国有企业的独特性,认为不宜与私人企业同受反垄断法的规制。其理由有三:第一,国有企业乃是国家基于特殊目的所经营,从公权力的优越性而言,应与私人企业有所区别;第二,国有企业中有很多企业承担着提供公共服务的任务,基于大众福利之考量,也不能将其与私人企业同等对待;第三,国有企业一般都有特别法令予以规范,因此没有必要叠床架屋,再以反垄断法规制它们^{[5](64)}。又如,在我国台湾地区,在1990年前后起草“公平交易法”的过

程中，对于该法应否一体适用于公营企业曾经发生过激烈争论，有人主张该法应给予公营企业特殊对待，或者不适用于公营企业，或者给予公营企业一定时间的过渡期^[2]。

另一种立场是将反垄断法所追求的竞争价值放在优先位置，或者至少将其与国有企业的特殊立法目的进行统筹考量，主张将国有企业纳入反垄断法的规制范围，或者说，国有企业作为特殊的企业类型不应整体上获得反垄断法的适用除外待遇。这种立场的主要支撑点在于：第一，国有企业也会从事限制竞争行为，也有可能损害竞争，反垄断法不适用于国有企业将造成反垄断法实施的空白地带，在任何一个控制反竞争行为的框架内，在反垄断法领域内豁免国有企业将会制造一个巨大的裂口；第二，反垄断法不适用于国有企业将会制造一个双重市场，对私人竞争者构成系统性的不利，构成新进入者不能逾越的市场壁垒；第三，反垄断法不适用于国有企业将会导致国有企业获得不合理的竞争优势，阻碍市场竞争，并损害消费者权益^[8]。

上述两种基本立场在理论上存在直接的对立，一国(地区)在它们之间的取舍直接影响该国(地区)反垄断法的制度设计。如果某国(地区)选择认可第一种立场，该国(地区)的反垄断法将会不适用于国有企业，或曰对国有企业给予整体性的豁免待遇；而如果某国(地区)选择认可第二种立场，则会使该国(地区)反垄断法适用于国有企业。

不过，在当今世界，反垄断法中蕴含的竞争价值日益受到各国(地区)的认可和重视，国际社会已将竞争看成常态的贸易规则^[8]。与此同时，各国(地区)对国有企业的设立目的的认知更趋理性，去除了国有企业的一些非必要的职能和任务^{[4](235-236)}，也更为合理地设计实现国有企业必要职能的方式和途径。这两个因素共同作用，导致各国(地区)在处理反垄断法与国有企业关系时更为重视实现反垄断法的竞争价值。在此基础上形成了普遍性的共识：国有企业绝对不适用反垄断法固失偏颇，而完全与私人企业同等对待也并非合理；在不影响国有企业实现其特定目的的限度内，将国有企业置于反垄断法的规制范围之内才算得上是理性选择^{[3](95)}。此种共识导致各国(地区)在处理反垄断法与国有企业关系时纷纷采取了一种较为妥适的宏观框架：一方面，反垄断法须覆盖国有企业，国有企业整体上不享有反垄断法的豁免[®]待遇；另一方面，为保证实现国有企业的必要特殊任务，在符合特定条件时，反垄断法则可以针对个别国有企业或国有企业的特定

行为给予豁免。

三、反垄断法覆盖国有企业的域外实践考察

(一) 反垄断法覆盖国有企业是各国(地区)的通行做法

域外各国(地区)的反垄断立法显示，前述反垄断法对待国有企业的两种基本逻辑和立场在实践层面上均有体现。

少数立法例选择优先考量国有企业的设立目的，从而使反垄断法不适用于国有企业。例如，现行阿联酋竞争法就明确排除国有企业的适用^[8]。这表明阿联酋更为重视实现国有企业的特殊任务。印度在历史上也曾经采行此种立场，因为1969年的印度《垄断与限制性贸易行为法》曾经将国有企业明确地排除于反垄断法的适用范围。该法第3条规定：“除非中央政府(通过通知)发出相反的指示，本法不适用于：(1)政府公司所有或控制的事业；(2)政府所有或控制的事业；(3)由或根据中央、省或各邦法律建立的企业(非公司)所有或控制的事业。……”直到1991年修订《垄断与限制性贸易行为法》时，印度才废除了上述第3条，将国有企业纳入反垄断法的适用范围。我国台湾地区1991年通过的“公平交易法”第46条第2款为公营企业规定了5年的过渡期，如果公营企业的某些行为得到“行政院”的允许，在5年之内将不适用该法。这些立法例均显示出了国有企业或公营企业的设立目的优先于反垄断法的立法价值的基本逻辑，使得国有企业或公营企业整体上不适用于反垄断法。

与之相反的是，在当今世界，绝大多数国家或地区的反垄断立法体现出了优先或统筹考量反垄断法立法价值的立场，纷纷将国有企业置于反垄断法的覆盖范围之内。

近年来，相关国际组织围绕国有企业与反垄断法的关系进行过两次全球范围的调查，其调查结果为我们研究这一问题提供了客观准确的素材。其中的一次调查由“联合国贸易与发展会议”(United Nations Conference on Trade and Development, 简称为UNCTAD)竞争与消费者政策部主导，由Eleanor M. Fox等学者共同参与，围绕反垄断法与国有企业的关系等问题设计并向UNCTAD成员体发放调查问卷，共收到35个国家或地区的竞争当局的回复^[8]。另一次调查主题是“国有企业与竞争”，由摩洛哥竞争委员会提供资助，“国际竞争网络”(ICN)[®]组织专家设计问卷对ICN的成员体进行问卷调查，共有36个成员体进

行了回复,其后调查组织对调查结果进行了统计,并于2014年4月在ICN第十三届年会(在摩洛哥马拉喀什举行)上进行了发布^[2]。这两次国际性调查覆盖的范围虽然有所不同,回复的国家(地区)范围也不完全相同,但对于“反垄断法是否覆盖国有企业”或“反垄断法是否不适用于国有企业”等问题的回答基本一致,即:各国(地区)的反垄断法均适用于国有企业,国有企业作为一类企业类型不享有反垄断法上的适用除外待遇。将两次调查的结果进行整合后我们可以发现,至少有52个域外国家(地区)的反垄断法适用于国有企业^④。

综上,我们可以得出结论:以反垄断法实践观之,尽管有个别例外,国有企业与私营企业一样适用于反垄断法是各国(地区)的通行做法。尤其是,在历史上曾经对国有企业适用反垄断法作出特殊安排的一些国家(地区),后来都改弦更张。这更是证明,反垄断法覆盖国有企业是一种必要且必然的选择。

当然,各国(地区)在规定反垄断法覆盖国有企业的同时,也考虑了国有企业的特殊性,为国有企业留出了一定的豁免空间。但这种豁免并非整体豁免,而是具体豁免,是对个别国有企业或国有企业特定垄断行为的豁免。而且,国有企业要获得此种具体豁免,必须符合法律规定的条件。限于篇幅,本文不讨论反垄断法对国有企业的豁免问题。

(二) 反垄断法覆盖国有企业的立法模式

在立法技术层面,域外国家(地区)反垄断法在规定其覆盖国有企业时采取了三种不同的立法模式。

1. 立法条文直接规定反垄断法适用于国有企业

有些国家(地区)的反垄断法以明确的条文直接规定,反垄断法应适用于国有企业。此类立法模式有两种做法。

一种做法是从正面规定反垄断法适用于国有企业。如德国《反限制竞争法》第130条第1款规定,“本法也适用于全部或部分属于公有或由公共部门管理或经营的企业”。又如巴西《反垄断法》第15条规定,“本法适用于自然人、公众公司和私人公司”^{[9](278)}。这里的“公众公司”主要是指国有企业。越南《竞争法》虽然没有直接使用“国有企业”的用语,但该法第2条规定,该法适用于“商业组织、个人(统称为经营者),包括从事产品生产、供应或提供公用事业服务的经营者,以及国家垄断部门的经营者和在越南从事经营活动的外国经营者”^{[9](631)}。很显然,该条立法用语也特别强调了对国有企业的可适用性,因为它将“提供公用事业服务的经营者,以及国家垄断部门的经营者”置于反垄断法的适用主体范围内。

另一种做法是从反面规定反垄断法不能给予国有企业适用除外待遇。《欧盟职能条约》第106条第1款规定:“在国有企业以及被授予了特权和专有权企业的问题上,成员国既不得制定也不得强行维持违反条约特别是违反条约第18条、第101条至第109条的任何措施。”根据该款规定,欧盟成员国要承担一种义务,“即不得对其国有企业或者其他享有特权或专有权的企业实施背离《欧盟职能条约》特别是背离欧盟竞争法的各种措施”^{[6](299)}。其实质含义是,禁止各成员国将国有企业排除于反垄断法的适用范围。

2. 立法条文间接规定反垄断法适用于国有企业

域外国家(地区)较多地采取间接的方式来规定反垄断法覆盖国有企业。这种立法模式也可以进一步分为以下三种具体方式。

第一种是强调在确定反垄断法的适用主体范围时无须考虑所有制因素。例如,乌克兰《保护经济竞争法》第1条在对该法的适用对象“经济实体”进行定义时,在指出“经济实体”是指“从事生产、消费、购买产品或者其他经济活动的法人或自然人,包括对其他法人或自然人实施控制的人”^{[9](592)}的同时,特别强调“无论其组织形式、法律形式、所有制形式如何”。该法既然特别强调不因所有制形式之不同来区别适用对象,这就间接表明,该法同样适用于国有企业。

第二种是在界定反垄断法的适用主体时将国有企业涵括进来。如印度《竞争法》第2条(h)项在定义该法的适用主体“经营者”这个概念的时候,明确规定,“经营者”指从事与产品、货物的生产、储存、供应、采购或管理等行为有关的活动的“个人或政府机构”^{[9](290)}。在这里,政府机构就包含了国有企业。

第三种方式更为间接,在界定反垄断法的适用主体的时候不专门提及国有企业,也不提及适用主体的所有制形式,由此可以推知在确定反垄断法的适用主体时无须考虑所有者的差异性,以此表达反垄断法同时适用私有企业及国有企业的含义。这种立法方式最受域外国家(地区)的青睐,肯尼亚、匈牙利、巴基斯坦、塞舌尔等国家(地区)的竞争法,均属此类,它们在确定适用范围时,并不区分国家所有和私人所有^[8]。

3. 以判例形式确认反垄断法覆盖国有企业

有些国家反垄断法的成文法未涉及是否适用于国有企业的问题,而是通过判例来予以明确。采取这种立法模式的国家中,以美国最为典型。美国反托拉斯成文法中没有明确国有企业是否应受反托拉斯法规制,关于国有企业的反托拉斯立法实际上处于空白状态。而美国宪法被认为将国有企业的很多反竞争行为

免于适用美国反托拉斯法。因为国有企业被视为联邦政府的组成部分，具有主权属性^[10]。不过，美国法院的判例却表明，至少有部分国有企业被纳入了反托拉斯法的规制范围。2006年，美国联邦第六巡回上诉法院在审理 *McCarthy v. Middle Tennessee Electric Membership Corp.* 一案的判决书中明确指出，田纳西河谷管理局(TVA)尽管是一家联邦政府公司，但不能依据其“公共特性”主张豁免反托拉斯法上的责任，也即反托拉斯法能够管辖此类公司^⑥。除联邦层面外，美国的州、县、市镇以及州级政府的其他下级机构所有、控制或参与管理的经济主体均可被界定为国有企业。在多数案例中，美国反托拉斯法均覆盖了这些实体，这些国有企业没有获得反托拉斯法的适用例外待遇^[2]。

四、我国《反垄断法》对国有企业的可适用性及立法模式优化

(一) 我国《反垄断法》对国有企业的可适用性

在我国，国有企业由于数量多，分布的范围广，对社会经济的影响大，使其成为社会瞩目的对象。在《反垄断法》制定过程中，如何处理该法与国有企业的关系成为了一个焦点问题。有一种声音主张反垄断法应该对国有企业网开一面，也即反垄断法不应规制国有企业。有的国企和政府部门对这部法的反对特别强烈，它们特别质疑关于反对行政垄断的内容并要求加上国企豁免、由政府主管部门监管本部门的垄断行为等内容^[11]。与此同时，更多的人主张国有企业在反垄断法框架下不应享有特殊待遇，国有企业与非国有企业应一视同仁地被反垄断法规制^[12]。从《反垄断法》在立法过程中的三次审议稿的变化可以看出，该法如何对待“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业”，曾经“经历了一个一波三折的曲折过程”^[13]。

上述争论和立法波折过程表明，在我国，在处理反垄断法与国有企业的关系方面存在立场分歧，一部分人主张将实现国有企业的设立目的放在优先位置，另一部分人则更为强调反垄断法所要实现的竞争价值。如同域外大多数国家(地区)表现出来的态势一样，最终，主张反垄断法立法价值优先的声音占据了上风，支持《反垄断法》覆盖国有企业的主张获得了更多支持，要求《反垄断法》在整体上给予国有企业适用例外待遇的意见遭到了强烈批评，相关文字最终从草案中删除了^[14]。生效的《反垄断法》文本将国有企业纳入到了其规制范围之内，没有任何条文明示或者暗示

国有企业不适用于该法。前述 UNCTAD 的调查问卷也发给了我国的反垄断法执法机构，我国的相关机构在回答“贵国反垄断法是否覆盖国有企业”的问题时，明确地给出了“是”的回答^[8]。

当然，关于我国《反垄断法》对国有企业的可适用性，因该法措辞模糊的第7条也留下了一定的争议空间，即对于处于“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业”的国有企业是否适用于《反垄断法》，存在不同的理解。《反垄断法》第7条第1款规定：“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者的合法经营活动予以保护，并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控，维护消费者利益，促进技术进步。”对于该条款规定，有人解读为：《反垄断法》至少认可了部分国有企业可以不受该法的规制。例如，有的经济学家认为，垄断国企在关系国民经济和国家安全的行业，以及依法实行专营专卖的行业中的垄断地位和垄断经营活动是合法的。垄断国企并不适用《反垄断法》维护市场竞争的规则，而应依靠监管部门的管制来决定资源配置^[15]。更多的人认为，我国《反垄断法》第7条并未将垄断国企排除在适用范围之外，《反垄断法》第7条“不应视为是对国有企业的豁免”^{[6](197)}。

其实，上述争议本不应发生。只要细读《反垄断法》第7条就可探知，该条只是表明国家对处于“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业”中的经营者的合法经营活动予以保护，最多只是承认这些行业中的经营者享有法定的垄断地位^[16]，“反垄断法禁止包括这些企业在内的经营者滥用市场支配地位，任意抬高价格或达成垄断协议，损害消费者利益”^[17]。我国《反垄断法》并没有宣示这些行业中的经营者可获得豁免待遇。既然连这些特殊行业的国有企业都要受《反垄断法》的规制，就足以表明我国的国有企业整体上是不能获得《反垄断法》的豁免的。至于个别国有企业或国有企业的特定行为是否应当获得《反垄断法》的豁免，那是另一个层次的问题。

(二) 我国《反垄断法》适用于国有企业的现有立法模式及其优化

如前所述，我国《反垄断法》适用于国有企业，可以说，我国选择了当今世界的主流立场。但在立法模式选择上，我国的《反垄断法》体现出了自己的特色。概言之，它采取了间接的方法并使用模糊的用语来规定对国有企业的适用性。

所谓间接,是指我国《反垄断法》并没有明确规定它适用于国有企业,也没有通过强调反垄断法的适用主体无须考虑所有制因素来正面确认反垄断法覆盖国有企业,在界定反垄断法的适用主体“经营者”时也没有特别提及国有企业。有人认为我国《反垄断法》第12条在界定“经营者”时含蓄地包含了国有企业^[8],这当然是符合其立法本意的。但是,从立法条文本身看,我国《反垄断法》实际上是通过对所有经营者保持基本中立的方式来间接认可其对国有企业的可适用性。

所谓模糊,主要是指我国《反垄断法》第7条的立法用语具有较高的模糊性。该条特别提及“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业”,并规定“国家对其经营者的合法经营活动予以保护”。在这条规定中,包含“国有经济占控制地位”“关系国民经济命脉”“国家安全”以及“经营者的合法经营活动”等重要用语,但《反垄断法》本身却没有对它们予以界定,在其他法律文件中也找不到明确的定义,使得人们无法在法律层面上获得对它们的含义和范围的确切一致的理解。

大体上看,我国《反垄断法》在确定适用于国有企业方面采取了一种最为间接的立法模式,基本上属于前述第二类立法模式中的第三种具体方式。

我国《反垄断法》将国有企业置于适用范围之内,这固然值得肯定,但是,选择最为间接的立法模式来表达上述立场却有失妥当。这种立法模式至少存在以下三个方面的负面效果。

第一,降低国有企业遵守《反垄断法》的自觉性。由于《反垄断法》并未明确规定其一体适用于国有企业,有可能使国有企业误认为它们在《反垄断法》的适用上享有特权,以为《反垄断法》不适用于它们,或者以为执法机关会对它们的垄断行为另眼相看,降低执法标准。我国国有企业数量多,市场力量大,如果它们不能自觉遵守《反垄断法》,将降低该法的规范效果,导致违法行为增加。

第二,影响反垄断执法机关对国有企业垄断行为的执法。间接且模糊的立法模式有可能导致反垄断执法机关不能理直气壮地调查、制裁国有企业的垄断行为,造就反垄断执法范围的灰色地带。从我国社会经济的实情看,国有企业更有条件从事垄断行为,其垄断行为的危害性更大,有必要对它们保持较大的执法力度,至少不能降低执法力度。因此,如果反垄断执法机关不能大胆规制国有企业,将阻碍《反垄断法》立法目标的实现。

第三,减损国际上对我国《反垄断法》的公正性评价。由于我国《反垄断法》没有旗帜鲜明地表明对国有企业的适用性,加上我国重视国有经济和国有企业的特殊政治和法律环境,有可能使国际人士产生我国《反垄断法》照顾国有企业的负面印象,这将减损国际上对我国《反垄断法》公正性和中立性的评价。例如,国外有人认为我国《反垄断法》第7条给予国有和其他战略行业中的企业某种程度的保护,法律用语可能特意保持模糊以便在司法实践中灵活运用和实施^[8]。尽管我国反垄断执法机关在实践中对国有企业也实施了《反垄断法》,但国外还是有人认为,国有企业从松弛的执法中获得了利益^[8]。这些评论固然有失偏颇,可能是源于这些评论者没有完整地了解我国《反垄断法》的立法和执法情况,但客观地说,也与我国《反垄断法》在规定覆盖国有企业时没有采取合适的立法模式有关。

要完全避免和去除上述负面效果,有必要优化我国《反垄断法》覆盖国有企业的立法模式。我国《反垄断法》既然已经采取覆盖国有企业的基本立场,就没有必要采取间接的立法模式,而是应当以法律条文明确规定《反垄断法》适用于国有企业。我们建议,在将来修订《反垄断法》时,在第7条中增加下列规定并列为该条第1款:“除本法及其他法律另有规定外,本法适用于国有企业。”

注释:

- ① 检索中国知网“中国学术期刊网络出版总库”1992—2017年,篇名中包含“国有企业垄断”的学术论文只有15篇,篇名中包含“国有企业”和“垄断”的学术论文也仅有95篇,这95篇论文中,从法律角度加以论述的不到1/3。
- ② 严格意义上,“豁免”是区别于“适用除外”的一个概念。适用除外制度所表示的是某种对象不被列入反垄断法的规制范围,也就是说,反垄断法不适用于某种对象,而豁免制度所表示的是某种对象属于反垄断法的规制范围,而且该对象本来也该被禁止和制裁,但是因为它能带来显著的积极效果,足够补偿其造成的限制竞争的消极后果,因此不受禁止和制裁。除了个别国家区别使用这两个概念,大多数国家(地区)反垄断法将这两个概念混同使用,笼统地表示某种对象不受反垄断法规制,或不受反垄断法禁止或制裁。参见钟刚著:《反垄断法豁免制度研究》,北京大学出版社2010年版,第10—13页。
- ③ 该组织的英文名称为International Competition Network, ICN。该组织是一家以交流竞争立法和实施经验,推动各国(地区)竞争立法和实施的国际性非政府组织。
- ④ 这52个国家和地区是:奥地利、澳大利亚、巴巴多斯、巴西、加拿大、哥伦比亚、智利、塞浦路斯、丹麦、欧盟、芬兰、法国、德国、匈牙利、冰岛、希腊、圭亚那、中国香港、匈牙利、印度、以色列、意大利、牙买加、日本、哈萨克斯坦、肯尼亚、韩国、立陶宛、摩洛哥、马来西亚、毛里求斯、墨西哥、巴基斯坦、秘鲁、荷兰、巴基斯坦、波兰、俄罗斯、南非、塞尔维亚、塞舌尔、新加坡、西班牙、瑞典、瑞士、中国台湾、特立

尼达和多巴哥、突尼斯、土耳其、英国、美国、赞比亚。需要特别说明的是，在我国香港特别行政区和中国台湾地区，从严格意义上说，“国有企业”这个概念应替换为“公营企业”。但为行文顺畅，本文在正文中没有特别区隔。

- ⑤ *McCarthy v. Middle Tennessee Electric Membership Corp.*, 466 F.3d 399(6th cir. 2006)

参考文献：

- [1] 李国海. 论股份制改革条件下国有企业的法律界定[J]. 法商研究, 2001(5): 120-128.
- [2] State-owned enterprises and competition [EB/OL]. http://www.icnmarrakech2014.ma/images/SOE_under_competition_law_Morocco.pdf, 2017-02-20.
- [3] 何之迈. 公平交易法专论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [4] 漆多俊. 经济法基础理论(第四版)[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [5] 曹士兵. 反垄断法研究[M]. 北京: 法律出版社, 1996.
- [6] 王晓晔. 反垄断法[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [7] D·沃尔夫. 德国竞争法的经验[C]//王晓晔. 反垄断法与市场经济. 北京: 法律出版社, 1998: 257.
- [8] Eleanor M. Fox, Deborah Healey. When the state harms competition—The role for competition law. New York University Law and Economics Working Papers [EB/OL]. http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/336. 2017-01-10.
- [9] 时建中. 三十一国竞争法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2009.
- [10] David E. M. Sappington, J. Gregory Sidak. Competition law for state-owned enterprises[J]. 71 *Antitrust Law Journal*, 2003(2): 479-523.
- [11] 盛杰民. 《反垄断法》第7条不是国企实施垄断行为的保护伞[C]//洪范评论(第13辑). 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2011: 121-124.
- [12] 李国海. 反垄断法应大胆规制国企[J]. 上海国资, 2008(10): 32-35.
- [13] 张杰斌. 特定行业的《反垄断法》适用研究[J]. 北京化工大学学报(社会科学版), 2007(4): 21-25, 32.
- [14] Yong Huang. Pursuing the second best: The history, momentum, and remaining issues of China's Anti-Monopoly Law [J]. *Antitrust Law Journal*, 2008, 75(1): 117-131.
- [15] 杨卫东. 国企工具论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2012: 76.
- [16] 尚明. 《中华人民共和国反垄断法》理解与适用[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 24.
- [17] 全国人大常委会法制工作委员会经济法室. 《中华人民共和国反垄断法》条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 34.

Theoretical basis and legislative model of applying anti-monopoly law to state-owned enterprises

LI Guohai

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: Due to the conflict between the purpose of establishment of state-owned enterprises (SOE) and the legislation value target of anti-monopoly law (AML), there are two main strategies in various countries so as to resolve the contradiction between AML and SOE, which manifests two different modes of application of AML in SOE. Legislation in a few countries excludes application of AML in SOE. Meanwhile, AML in most of the countries and regions shall be applied in SOE, which shall be classified into three legislation modes according to normative contents. China's AML provides the application in SOE indirectly and implicitly, which is inadvisable. China's AML shall be amended to provide the application in SOE directly and definitely.

Key Words: anti-monopoly law; state-owned enterprises; legislative model

[编辑: 苏慧]