

论企业合并的法律规制

石海强

(郑州大学法学院,河南 郑州 450000)

摘 要 :企业合并反垄断规制是界定垄断行为的违法性并提出实体法标准和规范,其适用除外即反垄断豁免,包括破产企业合并、推动竞争的合并、适应国际竞争合并几种情况。企业合并法制规定的发展趋势是企业非横向合并规制的弱化,企业合并国内规制的弱化,企业合并国际规制的强化。为了适应这种状况,我国应将制订反垄断法纳入议事日程。

关键词 :企业合并;法律;规制;垄断;反垄断法

中图分类号 :D992.291.92

文献标识码 :A

文章编号 :1008-486X(2006)03-0077-04

0 引言

随着世界经济的国际化和全球化,企业的合并和市场经济国家已成为一股方兴未艾的潮流。我国已加入 WTO,对外开放将进一步扩大。这将会导致越来越多的跨国公司进军中国市场。大量并购国内企业是跨国公司的投资策略之一。可以预见,未来几年在中国市场上会掀起一股企业合并的热潮。企业合并可以使资源得到优化配置,实现规模经济,降低生产成本,增强企业的市场竞争力,而不受限制的企业合并又会减少乃至消灭竞争,形成垄断。因此,为了保护市场经济体制的良性发展,维护竞争对市场经济发挥优化配置资源的作用,绝大多数市场经济国家都通过以颁布反垄断法的方式,对具有消极作用的企业合并进行规制。以规制企业合并为主要内容之一的反垄断法在市场经济国家的法律体系中占着极其重要的地位。在美国,它被称为“自由企业的大宪章”;在德国,它被称为“经济宪法”,等等。随着我国加大国有企业改革的力度和从战略的角度推进企业间的合并,企业的合并将有长足的发展。但是,与之不相适应的是,在我国,以规制企业合并为主要内容的反垄断法至今还未出台,在这种情况下,如果我们对企业合并没有“度”的规定,势必会影响到我国建立具有良好竞争性的市场经济秩序。

1 企业合并的概念和形式

1.1 企业合并的概念

在立法上,企业合并一词最早源于 1890 年美国《谢尔曼法》。美国《克莱顿法》第 7 条明确规定:在

美国,企业合并仅指一个企业取得另一个企业的财产或者股份。但是,德国《反对限制竞争法》第 23 条第 2 款则将其意义扩大到能使企业直接或间接对另一企业发生支配性影响的所有联合方式^{[1]188}。目前,我国在法律上还没有一个确定的关于企业合并的概念,有些学者认为企业合并是指两个或两个以上独立的企业通过取得财产或股份,合并为一个企业的法律行为^{[2]174}。它并不同于一般意义上的公司合并以及企业兼并等概念。企业兼并也称企业收购,它是指一个企业购买另一个企业的资产或股份的市场交易行为。被兼并的企业随着企业兼并行为的结束,便失去了其独立的法人地位,而成为兼并企业的子公司或被控股公司。公司合并是在立法上是指两个或两个以上的公司,按照达成的协议以及法律所规定的程序组合成为一个公司的法律行为^[3]。可以分为吸收合并和新设合并两种形式。它主要是指随着公司主体的变更,债权、债务关系也随之变更的法律关系。

由此可见,反垄断法视野下的企业合并不同于企业兼并、公司合并。企业法、公司法规制企业兼并、公司合并的目的在于兼并、合并导致了民(商)事主体的组织变化,这种变化会影响到债权人的利益,因而需要民商法规制上述行为,以维护民事主体制度和保护债权人利益。而反垄断法规制企业合并的目的在于规制合并以防止出现市场力量,损害竞争。从反垄断角度看,只要一个企业支配另一个企业,它们在竞争中就是一个整体,可以共同对付第三方。结合我国实际情况,借鉴他国经验,在我国反垄断立法中企业合

收稿日期:2005-10-26

作者简介:石海强(1972-),男,河南开封人,经济师、律师,法律专业硕士研究生,研究方向:民商法、经济法。

并的定义可概括为:企业合并是指一个企业通过取得财产、股份、订立合同、人事结合以及其他方式,能够对另一个企业施加支配性影响的行为。

1.2 企业合并的形式

根据企业合并前主体之间存在的相互关系性质的不同,企业合并可分为:横向合并、纵向合并(称垂直合并)、混合合并三种合并方式。

1.2.1 横向合并

指相同产品的生产者或者销售者之间的合并,例如:石油公司与石油公司之间的合并^[119]。参与横向合并的企业互为竞争者。通过合并,可以迅速扩大合并企业的生产规模,达到增加市场份额、带来明显经济效益的目的。由于横向合并的直接结果就是改变了市场的结构,通过合并将会直接减少市场竞争者的数目,对市场竞争的有效性直接产生损害,因此,横向合并是反竞争企业合并法律规制的重点。

1.2.2 纵向合并

指处于不同生产阶段的企业间的合并,即参与的一方是某种产品的生产商,而另一方则是这种产品的使用者或者销售商^[1144]。纵向合并对市场竞争效力产生的影响并没有在合并双方身上体现出来,而是体现在损害了双方中的另一方或双方对第三方的影响上,具体体现在:没有参与合并的生产商不能与合并的销售商进行交易;生产商在市场上取得了支配地位,也会直接影响到销售商的市场地位。

在判断纵向合并是否对时市场的竞争产生不利影响时,就要分别判断双方分别在中所占有的不同市场份额以及当前进入市场的条件。

1.2.3 混合合并

相对于前两种合并而言,这种合并隐藏得比较深,由于对其双方来说既不存在竞争关系,也不存在买卖关系,从而导致了人们认为它对竞争没有限制性影响。但是,事实证明,混合合并虽然不能直接提高一个工业部门的集中度,但是从长远和发展的眼光来看,它们也能推动经济的集中和市场均势的增长^[1147]。

2 企业合并反垄断规制的实质标准和适用除外

2.1 企业合并反垄断规制的实质标准

所谓实质标准是指界定垄断行为的违法性并提出一定可资判断和认定的实体法标准和规范。它是反垄断法规制企业合并的依据和核心。一般而言,企业合并规制的实质标准主要有以下构成要件:相关市场和集中度。

(1) 相关市场界定

相关市场是衡量市场支配地位的第一个步骤。在反垄断法的实践中,市场范围的确定是非常重要的,它不仅直接影响到市场集中度的高低和对一个行业垄断程度的判断,而且也对企业合并的合法性判断有着很大的影响。我国对相关市场的界定,应遵循界定相关市场的一般理论。相关市场包括产品市场和地域市场。对于产品市场的界定可以从消费者的角度出发,考虑产品的可替代性。对于地域市场的界定,则应考虑商品的易腐性和运输费用。

一般而言,应根据以下三个步骤界定相关市场:

- 1) 确定相关产品,即根据兼并企业产品的性能、用途、价格,将相关产品与其他产品区别开来。
- 2) 扩大产品市场,即根据消费者使用的目的、购买动机和产品的价格等条件,将所有可互相替代的产品扩大到这个产品市场范围内。
- 3) 界定地域市场,即根据上述产品的销售范围,界定它们的地域市场。同时,也可借鉴发达国家的做法,在界定产品市场和地域市场时存在一点灵活性,欲准予一项合并时,将市场界定得较宽,以使参与合并企业占较少的市场份额;当欲禁止一项合并时,将市场界定得较窄,以使参与合并企业占较大的市场份额,从而贯彻不同情况下的产业政策。

(2) 市场集中度

西方古典经济学认为,当一个市场上存在众多中小企业且市场集中度较低时,就不存在市场支配地位;当市场集中度较高时就可能产生市场支配地位。在一个市场集中度较高的市场中,企业合并反竞争的效果较大,企业滥用其经济优势的可能性也相应较大。为了避免企业合并产生限制竞争的后果,维护有效竞争的市场结构,我国反垄断法对企业合并实施规制是必要的。德国《反对限制竞争法》规定,如果一个企业至少占到1/3的市场份额,则可推断这个企业是一个占市场支配地位的企业。据此,德国基本上是以30%作为干预企业合并的最低市场份额。对此项指标,美国1992年《横向合并指南》规定为35%,日本反垄断法规定30%。在我国,一方面作为干预起点的当事企业的市场份额不宜太低,以鼓励规模经济的发展;另一方面,为了防止经济力过度集中,处在干预起点的当事企业的市场份额又不宜太高。考虑到我国尚处于市场经济的初级阶段,对干预起点的当事企业的市场份额的确定应极为慎重。

经济现象的复杂多变性决定了界定市场支配地位的标准应当是多元的。因此我国即将制定的反垄断法对合并企业市场支配地位的判断标准,不是单一的而是多元的。除市场集中度外,还应当考虑市场壁垒、经济效益、技术进步等因素,综合地加以判断。

2.2 企业合并反垄断规制的适用除外

企业合并规制的适用除外,亦称反垄断豁免,是指在某些特定行业或领域中,法律允许一定的垄断状态及垄断行为存在,也即对某些特定的企业合并行为反垄断法不予追究的一项法律制度。它是反垄断法规制企业合并实质标准的重要组成部分。

从18世纪经济学产生以来,虽然人们在原则上承认竞争具有最佳配置社会资源的优势,但是,在市场经济条件下,由于一些特殊的原因也会导致社会资源的配置必须在一定的条件下才能实现。因此,虽然实行市场经济,但是,各个国家在制定反垄断法的时候都会考虑一些例外的情况,根据本国国情、市场经济现状以及本国法律体系制定相应的豁免制度。在这里需要说明的是为了保证市场经济的良性运转,无论哪个国家所制定的反垄断法适用例外的情况并不能得到反垄断法的全部豁免,而是在某些条款中可以得到豁免。至于企业合并规制可以得到豁免,在世界各国通用的有以下几种情况。

(1) 破产企业合并

在市场经济体制下,在竞争过程中,有一些企业会因为经营不善等原因导致自己面临破产的命运,如果把濒临破产的企业宣布破产,市场就会因为失去竞争对手而导致市场上更高度的经济集中,如果通过合并方式而避免破产,重新利用原来的生产能力,就可以在在一定程度上保证企业的股东、债权人以及职工的利益,而且还可以避免或者减少因破产引起的包括减少市场供给、技术流失、职工失业等在内的社会问题。

(2) 推动竞争的合并

在一些特殊的市场,比如,只有一个企业可以支配的市场,如果这个时候随着新的竞争对手的出现,就可以改善市场原来的无竞争状态,从而可以打破原来一个企业一统天下的局面。这类企业之所以能得到豁免,是因为这个合并后的企业通过与原来市场上处于垄断地位的企业进行竞争,可以在很大程度上改善市场的竞争条件,刺激市场经济的活力,推动经济社会的发展,其积极因素远远大于消极因素。这类企业合并行为可以存在的环境仅仅是针对独立的或少数寡头垄断的市场而言。

(3) 适应国际竞争的合并

在生产技术日益发达的今天,判断企业合并是否具有豁免条件时就不能仅仅考虑国内市场的竞争,而必须考虑到国际市场竞争的需要。随着国际市场经营政策的日益灵活,各国的产品越来越多地走向国门,面临的不再是国内产品的竞争,而是本国产品与

外国产品的竞争。对于这些外向性的企业间的合并,如果他们的产品仅仅是为了出口的需要,他们的合并并没有影响到国内竞争市场的结构,当然应该被豁免。如果合并企业只是其中一部分具有外向性企业,就要把他们合并所具有的对国际市场的积极因素与国内市场的消极因素进行比较,二者相权取其利。如果企业间的合并是十分必要的而且提高企业出口能力的积极因素远远大于国内市场有效竞争的消极因素,那么,这类的企业合并就要豁免。

3 企业合并法律规制的发展趋势

在新的世纪,在经济日益全球化的今天,国与国之间的合作也逐渐普遍起来。竞争从无到有、从国内到国际,地域市场的划分也不再是原来意义的局部,而是很有可能涉及到某个国家甚至几个国家。在市场经济集中由国内向国际转变时,企业合并的法律规制也发生了质的变化。这具体体现在以下几个方面:

3.1 企业非横向合并规制的弱化

从世界各国反垄断法的立法趋势来看,人们对非横向合并尤其是对混合合并采取了越来越宽容的态度。这是因为规制企业合并的目的主要是维护竞争性的市场结构,所以规制企业的合并时,就要从判断企业合并后所占市场份额的大小出发来决定是否允许企业合并。基于以上原因考虑问题,一方面,从立法技术上说,非横向合并并不直接涉及企业市场份额的变化。另一方面,因为非横向合并的参与者相互间都不是直接的竞争者,合并不会直接增加市场份额,他们对市场一般不会产生限制竞争的影响。横向合并与包括纵向合并和混合合并等在内的非横向合并最大的不同就是:横向合并的后果是直接增大了其所占的市场份额,容易形成市场垄断,破坏市场结构的良性发展。最后,随着市场的全球化,为了适应国际竞争的需要,各国对国内企业的合并所进行的规制逐步宽松,变以往的结构主义为行为主义,在企业合并规制范围内,也只是更侧重于限制严重损害有效竞争的横向合并。因此,逐渐形成了对非横向企业合并规制的弱化。

3.2 企业合并国内规制的弱化

企业合并国内规制的弱化是指各国从现实出发,逐步放松管制,使得包括国内企业合并在内的许多垄断行为在很大程度上趋于合法化。这主要表现在以下几个方面:

(1) 主流经济学理论影响着以规制企业合并为主要内容的反垄断法的立法和实践。国家立法都要依据一定的理论基础。20世纪70年代以前,西方发达国家受哈佛学派“结构-行为-绩效”理论的影响。

该理论认为反垄断法关注的不应是市场行为,而应是市场结构。处理企业合并的案件时,就是要求在作出对企业合并是否要进行干预的决定时首先要审查市场的集中度、企业合并前以及合并后所占的市场份额。但是,从20世纪70年代初开始,芝加哥学派不承认在市场结构、市场行为、市场结果之间存在着某种关系,而是特别反对政府对企业合作进行规模上的干预,认为反垄断法的首要目标在于促进经济效益。因此,对企业合作的重点分析应从市场结构转向经济效益,并以经济效益作为评价和决定是否对企业合作进行干预的依据。正是在芝加哥学派理论的指导下,20世纪80年代后企业合作的规制在立法和实践上都比以前宽松得多。

(2) 经济全球化导致了企业合作规制标准的变化。随着乌拉圭回合谈判各项协议的签署以及WTO的建立,使得过去在一些国家难以开放的市场如金融、电信等市场也逐渐对外开放,与国际市场接轨,从而形成了国际贸易和投资的自由化。世界经济全球化和国际市场一体化的这一进程,使得许多国家认定企业合作规制的标准也逐渐发生了变化,尤其是在界定相关市场时,大多数国家已不再仅仅局限于本国国内市场,而是以国际市场为判断标准。

3.3 企业合作国际规制的强化

企业合作国际规制的强化主要表现在反垄断法的域外效力适用。反垄断法的域外效力适用是指作为国内法的反垄断法适用于该国主权范围之外的外

国情况^{[2][202]}。

在世界范围内,美国于1945年首开反垄断法域外适用之先河,率先将其反托拉斯法适用于美域以外的案件。自从1945年美国法院在“美国诉美国铝公司”一案中确定美国反垄断法域外适用效力以后,世界各国纷纷效仿,经过半个世纪的发展到今天,全世界约有50个国家在其反垄断法中做出了域外适用的规定^[4]。

4 结语

随着我国社会主义市场经济的快速发展和世界经济的国际化、全球化,对外开放将进一步扩大,未来几年在中国市场上将会掀起一股企业合作的热潮。我国加大改革国有企业的力度和从战略的角度推进企业间的合并,使企业的合并将有长足的发展。为了保护市场经济体制的良性发展,维护竞争,使市场经济发挥优化配置资源的作用,我国应将反垄断立法纳入议事日程,对具有消极作用的企业合作进行规制。

参考文献:

- [1] 王晓晔. 企业合作中的反垄断问题[M]. 北京:法律出版社出版,1996.
- [2] 吕明瑜. 竞争法[M]. 北京:法律出版社,2004.
- [3] 沈贵明. 公司法[M]. 北京:法律出版社,2002.
- [4] 伊从宽. 国际反垄断政策的发展态势[J]. 外国法译评, 1997(3):15-23.

[责任编辑 张振元]

On the Legal Rules of Enterprises Combination

SHI Hai-qiang

(Law School, Zhengzhou University, Zhengzhou 450000, Henan, China)

Abstract: Enterprise combination antitrust rules define the monopolized behavior and propose standard and norm, that is anti-monopoly exempt, including the bankrupt enterprises combination, promoting competition combination, and international competition combination, etc. It is the non-horizontal reduction, the enterprises combination domestic reduction, and the enterprises combination international reinforce. In order to adapt to this kind of state, our country should put the antimonopoly law on the agenda.

Key words: enterprises combination; law; rule; monopoly; antimonopoly law