

• 理论研究 •

《反垄断法》对国有企业的适用性及疑难问题

——E-B-C 范式的构建与应用

于立, 杨童, 冯博

(天津财经大学 法律经济分析与政策评价中心, 天津 300222)

摘要:《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)对国有企业的适用性是中国经济改革发展和处理国际经济关系的重要议题,也是对中国在市场经济国家地位争议的焦点。“政府企业→特殊法人→普通公司”是国有企业改革的普遍规律,在中国铁路行业表现得尤为明显。近年来,实质为特殊法人的中铁总公司(现国铁集团公司)经历了多起涉及垄断的诉讼,其核心都体现为《反垄断法》对国有企业的适用性这个关键问题,但有关的法理却依然模糊不清。鉴于传统产业经济学中S-C-P(结构—行为—绩效)范式难以适合国有企业的竞争分析,本文基于国有企业“二重性”理论,按“主体是否适用、业务是否除外、行为是否豁免”的递次内容及其不同组合,构建了新的E-B-C(主体—业务—行为)范式,并将其应用于铁路行业及有关领域。研究发现,基于E-B-C范式的法理经济学分析^①可以较好地解答《反垄断法》对国有企业的适用性及相应的疑难问题,并可为有关的法律修订和政策改进提供建设性逻辑思路 and 具体意见,实现理通政合。本文有关国有企业集团、特殊法人、政府监管、竞争倡导和国际协调的研究结论和政策建议也有助于国有企业应对国际上日益增多的反垄断诉讼。

关键词:《反垄断法》; 国有企业; E-B-C 范式; 特殊法人; 竞争政策; 竞争倡导

中图分类号: F279.241 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-176X(2021)04-0011-17

一、引言

中央最近强调,要统筹做好反垄断和公平竞争审查等工作,推进《反垄断法》修订。反垄断法或竞争法在各国都素有“市场经济宪法”之称,《反垄断法》实施十多年,积累了丰富经验,取得了很大成效,但也暴露出一些不足,特别是在国有企业的反垄断执法方面。要发挥市场在资源配置

^① 课题组正在用十年或更长的时间致力于构建法理经济学(Jurisprudential Economics)——用经济学的理论和方法研究法理学问题的新学科,位于法律经济学(Law & Economics)的哲学层次。

收稿日期: 2021-01-12

基金项目: 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“竞争政策对高铁行业的适用性及难点问题”(16JJD790005)

作者简介: 于立(1956-),男,辽宁大连人,教授,博士,博士生导师,东北财经大学产业组织与企业组织研究中心学术委员会主任,国务院反垄断委员会第一届和第二届专家咨询组成员,主要从事法律经济学和产业经济学研究。E-mail: yuliwen@163.com

杨童(1990-),女,天津人,博士研究生,主要从事法律经济学研究。E-mail: yangtongrosa@163.com

冯博(1981-),女,天津人,教授,博士,博士生导师,主要从事法律经济学研究。E-mail: bobofengi5@126.com

中的决定性作用并逐步确立竞争政策的基础性地位,《反垄断法》的立法和执法是其核心。^①中国的国有经济比重较高,国有企业作用重大,是必不可少的市场主体。在竞争政策实施过程中,《反垄断法》对国有企业的适用性更是重中之重,也是难中之难。中央反复强调要促进铁路运输和电力等行业的市场主体多元化和公平竞争。这些战略部署不仅可以促进国有企业的健康发展,保证中国经济长期稳定发展,也可以有效应对国际上(尤其是欧美)利用“竞争中性”和“单一经济体”原则,对中国国有企业的反垄断诉讼和不应有的歧见。2020年,美国国会参众两院先后通过《外国公司问责法案》,加强对外国在美上市公司的审计,并要求在美国进行股票交易的外国公司必须披露是否由外国政府拥有或控制。特别是在中国企业实施“走出去”战略的背景下,应该如何积极应对化解,还需建立明确完善的政策法律制度。

国际经贸规则中愈加重视竞争政策的作用,尤其是对国有企业竞争的关注。例如,包括中国在内的东亚《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP),历经8年终于在2020年11月15日由15国共同签署。该协定设有竞争政策专章,特别强调了“所有制中性”。同样,历时7年达成的《中欧投资协定》(CAI)也将焦点指向国有企业的“竞争中性”和“所有制中性”问题。RCEP的第13章中列明了竞争政策的目标和基本原则,并在第三条提出了八项“针对反竞争行为的适当措施”。其中第五项规定,“每一缔约方应当对所有从事商业活动的实体适用其竞争法律和法规,而不考虑其所有权。每一缔约方竞争法律和法规的任何排除适用或者豁免适用应当透明并且基于公共政策或公共利益的理由”。^②这一条款的要点有四:首先,竞争法规适用“所有实体”,当然包括国有企业。其次,仅限于“商业活动”,不包括非营利性业务。再次,“所有制中性”,这与“竞争中性”实际上大同小异。最后,任何“除外或豁免”都要条件透明并且基于“公共政策或公共利益”。该项规定唯有的疑惑或漏洞是,这里所说的“公共”是针对单个国家还是所有缔约国?如果是指单个国家,那么是否实际上可以否定前三个要点?不过这也恰好说明了本文主题的重要意义。

对中国而言,以上所有问题的焦点都归结在《反垄断法》对国有企业的适用性上。《反垄断法》第7条规定“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。”这是对国有经济和国有企业的特殊规定,也是易于引起误解的主要条款。细分下来,理论和实践上常存误解纠纷的主要之处有三点:首先,是否“有关行业”内的所有“经营者”(企业实体)都不适用《反垄断法》,而不区分企业类型或国有资本比例?其次,是否特定经营者的所有“合法经营活动”(业务类型)都实行《反垄断法》除外,甚至包括国有企业的竞争性业务?最后,怎样对国有企业的经营行为区分《反垄断法》行为豁免与行为监管?这三点完全对应本文构建的E-B-C范式。笔者的研究表明,有些误解对内可以消除,对外也不用刻意回避,但需通过《反垄断法》的修订或发布指南澄清其法理逻辑,并明确其执法依据。

现实中多个国有企业反垄断执法案例也都是源于此类问题,其中“中铁总公司被诉案”则更有典型意义。中铁总公司(全称“中国铁路总公司”)是在2013年铁道部撤销后组建成立,2019年正式更名为“中国国家铁路集团有限公司”(简称“国铁集团公司”)。长沙市中级人民法院和湖南省高级人民法院曾分别对此案进行审理并作出判决。本文从“中铁总公司被诉案”入手找出症结,就事论理,在此基础上构建更适宜国有企业反垄断分析的E-B-C范式,从法理上得出具有普遍意义并可顺利解答有关疑难问题的逻辑思路和执法程序,为国内竞争政策的有效实施和境外反垄断应诉提供新的思路和工具。当然,该研究范式及其逻辑思路和执法程序也可顺理成章地推广应用到国有经济比重较高的电力、电信和石油等其他行业的反垄断问题上。

① 广义的竞争政策不仅包括针对企业垄断的反垄断(垄断协议、滥用支配地位和垄断集中)政策和规制政策,也包括针对行政垄断的公平竞争审查制度。后者既符合国际惯例,又适合中国国情,只是目前还不够完善。

② RCEP的第13章第五项的原文是,“Each party shall apply its competition laws and regulations to all entities engaged in commercial activities, regardless of their ownership. Any exclusion or exemption from the application of each Party's competition laws and regulations, shall be transparent and based on grounds of public policy or public interest.”

二、“中铁总公司被诉案”引出的《反垄断法》适用性三问

2001 年以来, 铁路行业的行政诉讼和民事诉讼案件中约有 10% 是涉及垄断纠纷的。^① 其他案件有的虽然名义上是基于合同纠纷、侵权责任和信息公开等诉由, 但实质上也都不同程度地涉及垄断因素。从原告与被告的关系看, 中铁总公司在铁路运输行业内“大一统”, 缺乏同业竞争者, 因而也就没有经营者之间的反垄断纠纷, 只有消费者(乘客)与经营者(铁路企业)之间的法律诉讼, 而且被告总是中铁总公司, 这比较容易理解。但案件处理的结果均是原告(乘客)败诉, 这就很是耐人寻味。从时间上看, 2008 年《反垄断法》实施之前, 铁路行业中铁道部既是运营主体, 也是主管机构, 因而消费者只能通过行政诉讼方式解决纠纷。铁道部原来曾有自己的铁路法院, 后来逐步转入国家司法管理体系。2008—2013 年, 虽然《反垄断法》已经形如实施, 但由于铁道部“政企合一”的体制没有改变, 消费者还是只能通过行政诉讼寻求救济。2013—2018 年, 中铁总公司作为依《中华人民共和国全民所有制工业企业法》(以下简称《企业法》)设立的“政企半分”的特殊经营者,^② 按理已经可以类推适用民事诉讼规则。原则上涉及行政机构的属于行政诉讼, 涉及企业的属于民事诉讼, 但对既有政府职能又按企业运营的特殊国有企业(如中铁总公司), 界限难免模糊。2019 年, 中铁总公司正式更名为依《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)设立的“中国国家铁路集团有限公司”(以下简称“国铁集团公司”)。就其更名前后, 长沙市中级人民法院和湖南省高级人民法院先后审理并判决了“中铁总公司被诉案”, 前后两份判决书的明显差异和法理不清之处, 正反映出国有企业到底是否适用和如何适用《反垄断法》的重大原则问题。该案的首要法理问题是, 被诉企业——原中铁总公司(现国铁集团公司)是否可以援引第 7 条主张不适用《反垄断法》?

该案概略是, 乘客宋鑫因线路调整改乘车次而多付车费, 于 2016 年诉至长沙市中级人民法院, 请求确认中铁广州局、中铁信息公司和中铁总公司^③构成滥用市场支配地位行为, 要求判令降低票价并赔偿损失。2018 年 8 月, 长沙市中级人民法院一审判决, 被告主体不适用《反垄断法》而驳回诉请。宋鑫继续对中铁总公司及另外两家公司提起上诉。2019 年 5 月, 湖南省高级人民法院二审判决书认为被告主体适用《反垄断法》, 但在具体界定相关市场之后, 判定一审被告的经营行为不构成滥用市场支配地位, 没有违反《反垄断法》。对此, 本文按“事小理大”原则进行法理经济学分析, 可以发现不少法理奥妙之处。^④

先看一审结果。一审判决书([2016]湘 01 民初 1460 号)提及本案争议焦点有二: “一、被诉经营行为是否构成滥用市场支配地位的垄断行为; 二、本案被诉经营行为是否受《反垄断法》的规制。”对于焦点一, 一审判定不符合规定而不予支持; 对于焦点二, 一审判决依据《反垄断法》第 7 条, 认为该经营行为可予豁免。因为被诉经营行为是依据国务院相关规定而对铁路列车旅客运输线路的管理, 不构成滥用市场支配地位行为。

深入研究可见, 一审判决有两个法理疑点: 首先, 混淆了中铁总公司作为企业主体是否适用《反垄断法》与有关经营行为是否可以豁免的区别, 而且归纳的争议焦点逻辑顺序颠倒, 即不应“先后二”, 而应“先二后一”。也就是说, 如果判定主体不适用《反垄断法》(争议焦点第二条), 则无需继续审理争议焦点第一条。其次, 混淆了行政管理业务“除外”与企业经营行为“豁免”的区别。作为特殊经营者的中铁总公司, 调度指挥铁路运输、规划列车运行线路是代行政府职能的行政业务, 不属于企业的营利性经营行为。国有企业所从事的业务是否依规与经营行为是否适当不是同一层次的问题。

再看二审结果。二审判决书([2019]湘知民终 79 号)确认了一审法院认定的事实, 并判定没

① 根据中国裁判文书网, 2001—2019 年, 国内铁路行业中自然人为原告, 铁路行业为被告的行政诉讼和民事诉讼共 151 起, 其中有 15 起属于反垄断诉讼, 约占 10%。

② 不同于普通公司, 中铁总公司实属“特殊法人”企业, 在涉及《反垄断法》的民事诉讼时, 规则应有所不同, 也是难点所在, 这也是本文研究的主题。

③ 这里涉及了企业集团的问题, 后文将作出进一步分析。

④ 从法理经济学研究规律看, “就事论事”层次太低, 不足为取, “就理论理”重视逻辑, 但非常人所为, “就理论事”属于应用层次, 于理无补, 除非证伪“就事论理”才是真谛, 其实质等价于“实事求是”(Seeking truth from facts)的研究方法。

有证据能够证明中铁总公司在相关市场内具有市场支配地位,因此,就没有事实和法律依据证明中铁总公司存在滥用市场支配地位行为。对于二审最终判决,这里似乎可以这样解读:首先,二审只是确认了一审认定的事实,并未表明是否确认一审的判理。其次,二审事实上认定中铁总公司作为主体适用于《反垄断法》,而且其经营行为也不是“当然豁免”。最后,二审并不认同一审对中铁总公司经营行为给予豁免的法律依据,而是按照《反垄断法》有关滥用市场支配地位的标准程序进行审理,即“界定相关市场→认定市场支配地位→确认是否滥用”三步走。这里有两点需要明确:首先,二审法院审理过程中,既然已经认定中铁总公司在相关市场内不具有支配地位,也就没有必要再进一步确认是否滥用市场支配地位问题。其次,行为豁免分为广义豁免和狭义豁免。狭义豁免是指《反垄断法》直接规定的豁免情形,如《反垄断法》第15条和第17条规定中的“正当理由”。广义豁免包括因证据不足而免于追究法律责任的情形。“中铁总公司被诉案”二审判决书提及该案是因原告证据不足而不予认定中铁总公司存在滥用市场支配地位行为,属于广义豁免。

在笔者看来,虽然二审判决比一审判决有些进步,但在以下三个重要问题上仍然存在严重的法理模糊之处:首先,案件被告主体是作为企业集团对待还是作为独立企业主体对待?中铁总公司这样的特殊企业是否完全适用《反垄断法》?其次,中铁总公司作为国有企业,既有以公益性业务为代表的公共性,又有以商业性(营利性)业务为代表的企业性,其主要业务中公益性业务可否被《反垄断法》当然除外?最后,国有企业的商业性业务中,其经营行为可否被《反垄断法》直接豁免?

按照《反垄断法》的执法程序,上述三个问题可以归纳为依次递进的“关键三问”,即总体上的国有企业《反垄断法》适用性,需要区分层次按照顺序解答“企业主体是否适用→业务类型是否除外→经营行为是否豁免”这样的问题链。既不可漏失必要环节,也不能颠倒审理顺序,而且每一问都难以简单回答。当然,这也正是本文构建E-B-C范式的初衷。

三、国有企业“二重性”理论与竞争中性原则

作为专门研究国有企业《反垄断法》适用性问题的E-B-C范式,特别是针对类似中铁总公司这样的特殊企业,先需要构建新的法理经济学基础理论。在E-B-C范式中,对主体(E)的分析至关重要,类似S-C-P范式中结构(S)的分析,不同的市场结构类型(完全竞争/垄断竞争/寡头垄断/完全垄断)往往对企业行为和市场绩效起着关键性作用。如果厘清主体适用问题,后续的业务除外、行为豁免分析原则就会相应地清晰很多。国有企业并非铁板一块,而是有不同的组织形式和相应的性质特征,《反垄断法》的适用规则也应有所不同。这里先基于“二重性”理论对国有企业进行分类,再据此进一步分析《反垄断法》对国有企业主体的适用性问题。

(一) 国有企业“二重性”与《反垄断法》的主体适用性

诺贝尔经济学奖得主Coase^[1]通过解答企业为什么会存在和企业规模由什么因素决定这两个根本性问题,奠定了现代企业理论的基础。受其启发,课题组在研究国有企业改革与治理结构时,曾通过解答国有企业的必要性及其性质与分类,提出了国有企业“二重性”理论^[2]。主要是因为国有企业整体上与一般企业大有不同,科斯的企业理论不能用来直接研究国有企业问题。

国有企业“二重性”理论要点如下:一是国有企业既有共性,也有个性,因而先要进行分类。简单情况下国有企业分成三类,即政府企业、特殊法人和普通公司。二是在性质上,典型的国有企业必须具有“二重性”——企业性(阴)和公共性(阳),否则国有企业存在的必要性就有疑问。这种阴阳关系类似于“太极图”中的“双鱼”,两者间既相生又相克,既促进又制约。三是在程度上,国有企业的企业性与公共性不能同高同低,或者说“忠孝难以两全”。比如,政府企业的公共性强而企业性弱,国有经济参股或控股的普通公司则是公共性弱而企业性强,特殊法人则介于二者之间。四是在数量上,政府企业很少,特殊法人较少,普通公司则较多。五是在政企关系上,政府企业更近于政府,普通公司更近于市场,特殊法人则介于二者之间,其最大特点就是政企半分或“政企难分”,“二重性”更为明显,因而才是更典型的国有企业组织形式。六是在趋势上,特别是在向市场经济转型过程中,三类国有企业的动态转变一般规律是“政府企业→特殊法人→普通公司”。当然,不排除特殊情况下,也可能出现短时期的逆转,如图1所示。

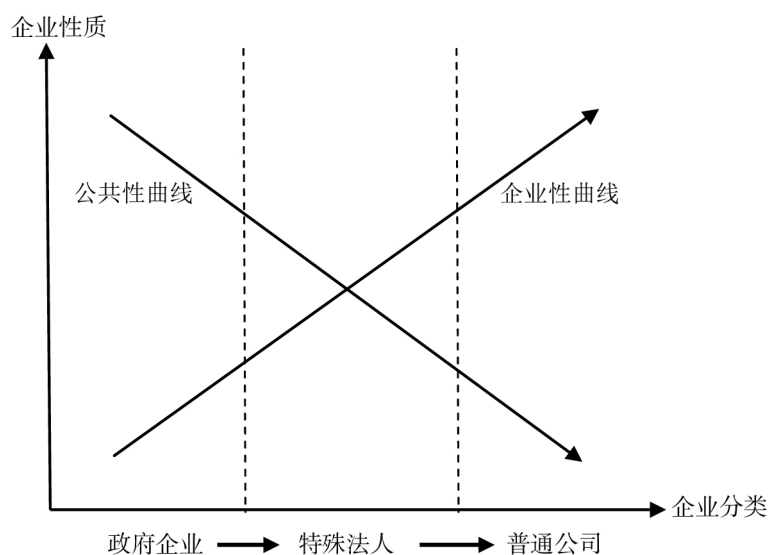


图1 国有企业“二重性”理论

根据上述的国有企业“二重性”理论，结合铁路行业，可以从企业主体层面即“三问”中的第一问，说明不同类型国有企业的特征及《反垄断法》适用性。

第一类是政府企业（Government Undertaking）。这类国有企业政企不分，无法人地位，只是政府的附属机构；财务上不独立核算，也不自负盈亏；组织结构上属行政型层级组织，没有规范的法人治理结构。总之，这类国有企业不可能完全符合所谓现代企业制度的十六字（产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学）要求。2013年前的铁道部就是典型的政府企业。政府企业主要是按照政府政令依规行事，完全符合《反垄断法》第7条规定，作为企业主体不适用于《反垄断法》。中国经济体制改革前的工厂制国有企业也多属于这一类，只是2008年《反垄断法》开始实施时，这类国有企业数量上已经很少了。

第二类是特殊法人或称特殊公司（Special Corporation）。如中铁总公司以及更名后的国铁集团公司。^①这类国有企业不可能做到政企完全分开，虽然具有法人地位，但属于特殊法人；财务上不完全独立核算，也不能完全自负盈亏；特殊法人与下属企业关系以总公司一分公司关系为主；组织管理为特殊的法人治理结构。这种特殊法人国有企业不能简单套用《反垄断法》第7条规定，需要具体情况具体分析。本文的研究重点就是这类国有企业如何适用《反垄断法》。值得强调的是，特殊法人制度属于国际惯例，并不是中国特有，比如，日本铁路行业的特殊法人制度，就有很多经验可以借鉴。虽然中国目前还没有正式颁布施行关于特殊法人的法律法规，但从中铁总公司的组建和更名的考察中已经可以非常清晰地看出，中铁总公司与特殊法人特征高度暗合，或者说只有用特殊法人的法理才能合理解释中铁总公司的成立和发展过程。1994—2019年，中央关于中铁总公司的系列文件也明显体现出铁路行业的“政府企业→特殊法人→普通公司”三阶段发展规律和演变趋势。

第三类是普通法人或称普通公司（Regular Corporation）。这类企业依据一般意义上的《公司法》设立并运营，政企分开，多是上市公司；国有经济控股或参股，国有股份越低就越接近于一般的公司制企业；财务上独立核算，自负盈亏；组织架构上以母公司一子公司关系为主；多有比较规范的法人治理结构。如中国中车、中国中建、中国铁建和广铁公司等股份有限公司及所属的子公司。^②这类国有企业基本符合现代企业制度的十六字要求，而且原则上都适用于《反垄断法》的一般性条款。

简而言之，从主体角度看，《反垄断法》对国有企业中的政府企业不适用，对普通公司完全适用，而对特殊法人需要做进一步的分析研究，或者说“基本适用”或“有条件地适用”。即随着国有

① 需要说明的是，尽管国铁集团公司更名依据是《公司法》，但主要是依据其国有独资公司的特别规定，较普通公司而言仍有特殊性，因此，实质上只能属于特殊法人。

② 中国中车（中国中车股份有限公司）、中国中建（中国中建股份有限公司）、中国铁建（中国铁建股份有限公司）和广铁公司（广深铁路股份有限公司）等上市公司，均可归类为普通公司，但不应混同于他们各自所属的集团公司。

企业的企业性增强（同时公共性减弱），《反垄断法》的适用性扩大。在中国国有企业改革进程中，尤其是在铁路行业，这三类国有企业之间表现出的“政府企业→特殊法人→普通公司”演变规律性非常明显。这里还需要特别明确，典型的国有企业不是政府企业或普通公司，而是特殊法人。中铁总公司以及更名后的国铁集团公司具有明显的国有企业“二重性”和非常具体的典型特征，是研究特殊法人性质、特征和转变规律的极好例证。可以理解的是，正是由于未能厘清中铁总公司（国铁集团公司）这类特殊法人背后的法理，“中铁总公司被诉案”前后两个判决书才会出现诸多的逻辑矛盾和法理疑点。

（二）竞争中性原则对不同类型国有企业的适用性

竞争中性（或竞争中立）原则^[3]和近期东亚15国签署的RCEP中所提出的“所有制中性”与本文讨论的《反垄断法》对国有企业适用性问题，其主导思想和法律适用方面的要求是完全一致的。

竞争是市场经济最基本的运行机制，“中性”实质上契合市场配置资源决定性作用的自然要义。可以明确，竞争中性原则与深化国有企业改革，激发国民经济活力，优化整体营商环境，维护市场主体间公平有序竞争关系的根本要求是高度一致的。我们完全可以接受这个原则，但需要明确“竞争中性”的两种层义：一是“外部中性”，即国有企业与外资企业或民营企业间的竞争中性或非歧视原则；二是“内部中性”，即不同类型国有企业之间的竞争中性。如对于整个铁路行业而言，在进一步深化根本性、制度性和全局性的改革中，需要贯彻竞争中性原则，但应该区分外部中性和内部中性。切忌盲目随从，必要时需结合经济、产业发展实际状况澄清竞争中性适用规则，力争有利有力有节。

对于国有企业，竞争中性的核心是内部中性，它强调分类排查国有企业，消除市场经济中需要政府干预而不干预，不该政府干预却胡乱干预的错误做法，有效地落实竞争政策。即需要分类监管区别施策，避免“一刀切”思维。对应着上述国有企业的分类，自然就容易厘清竞争中性原则与不同类型国有企业的相互关系。一是政府企业可以“非中性”。如原铁道部及下属的路网管理和运营部门本来就是政府附属机构，无法人地位，不独立核算，也不自负盈亏，管理者由政府官员兼任。这类政府企业主体上是不可能参与一般性竞争的，也就不存在竞争中性问题。二是特殊法人只能“半中性”。如中铁总公司或国铁集团公司，虽有法人地位，但属于特殊法人。这类特殊法人企业只能做到“部分中性”，至少整体上在一定时期内还难以市场化。不仅中国如此，国际上也都面临这一问题。试图将《反垄断法》完全适用或完全不适用于中铁总公司这类特殊法人，法理上都是讲不通的。这也是从“中铁总公司被诉案”中得出的深刻教训。三是普通公司应该“全中性”。比如，中国北车股份有限公司与中国南车股份有限公司重组，拟成立中国中车股份有限公司时，就是先通过国际上有关司法辖区反垄断或竞争政策机构的并购审查后正式组建成立的。目前，铁路行业和其他行业中的多数国有企业都是按照《公司法》一般条款设立并运营的普通公司，属于普通法人企业，竞争中性是题中应有之义。所以，这类普通法人国有企业普遍适用竞争中性原则。

伴随国有企业改革的深化，普通公司的数量与日俱增，更加符合竞争中性原则，更加适应国际市场竞争。可以预见，竞争中性原则将从《反垄断法》逐渐延伸至整个中国经济法律体系，不仅体现着竞争政策基础性地位的不断强化，同时也自然而然地为解决竞争政策的国际协调或反垄断法的辖区协调问题奠定基础，清除障碍。然而，现实中国有企业的企业边界、组织结构和责任关系非常复杂，需要在上述三种国有企业概念分类的基础上，特别是针对国有企业中的特殊法人，提炼出既符合法理又具有可操作性的反垄断审查和经济分析基本范式，从而切实贯彻这些原则。

四、国有企业反垄断分析的E-B-C范式

上文在企业主体层面厘清了国有企业适用《反垄断法》的基本原则，但反垄断经济分析不能只是停留在主体层面，也不能只讨论原则性问题。因为现实中不仅国有企业主体容易混淆，即使是单一国有企业从事的业务领域也是种类繁多，而且同一业务类型还会有灵活多变的经营行为。

遗憾的是，产业经济学中传统的S-C-P（结构—行为—绩效）范式对此问题的工具作用相当有限。一方面，S-C-P范式对应的主体是自负盈亏的一般企业，而不是具有“二重性”的国有企业；考虑的是独立核算、自负盈亏的单一法人，而非情况复杂的企业集团或集团公司。另一方面，国有企

业占控制地位而且竞争性较弱的行业（如铁路和电力），由于“行业≠市场”的原因，市场结构量度就成了首要障碍，直接计算的行业集中度也不等于合理界定后的市场集中度。比如，中国的电力行业纵向上属于“哑铃型”结构（两头竞争、中间集中），既不可以简单计算整个行业的市场集中度指标，也不能简单判定国家电网就属于市场垄断者。总之，在研究国有企业的反垄断问题时，S-C-P 范式存在重大缺陷。为此，本文专门针对竞争政策对国有企业的适用性，特别是前述的《反垄断法》适用性三问，新构建了一个 E-B-C（主体—业务—行为）（Entity-Business-Conduct）范式。

（一）E-B-C 范式的基本内容和思维逻辑

E-B-C 范式依次包括三个方面：一是按企业性质和功能把国有企业分成三种类型，即政府企业、特殊法人和普通公司，当然研究具体案件时还可根据需要进行进一步细分。二是按反垄断思维逻辑和执法流程把研究对象分成三个层次，即主体（Entity）、业务（Business）和行为（Conduct）。三是按法律概念和法理把《反垄断法》适用性问题顺次分成三个焦点问题，即主体是否适用（Application）、业务是否除外（Exception）和行为是否豁免（Exemption）。E-B-C 范式的基本框架内容如表 1 所示。

表 1 E-B-C 范式的基本框架内容

	政府企业	特殊法人	普通公司
企业主体（E）	不适用	基本适用	完全适用
业务类型（B）	可以除外	适当除外	不可除外
经营行为（C）	当然豁免	合理豁免	较少豁免

在 E-B-C 范式中，一是企业主体（E）对应“是谁”（Who），即揭开面纱，明确涉案的主体到底属于哪类国有企业（政府企业、特殊法人、普通公司，企业集团、独立企业）。二是业务类型（B）对应“做什么”（What），即分清适用主体的涉案业务是公益性的还是商业性的，明确可以除外的具体公益性业务类型和具体范围。三是经营行为（C）对应“怎样做”（How），即适用主体的商业性涉案业务中，哪些行为可以狭义豁免（即涉嫌违法但有正当理由而被豁免），哪些行为属于广义豁免（即涉嫌违法但被指控证据不足）？^① 国有企业的“二重性”决定了企业的业务性质和行为特征，根据前文关于主体适用分析结论可以进一步明确，业务是否除外、行为能否豁免可采取如表 1 所示的一般规则。反垄断经济分析和执法审理时需要注意，E、B、C 三者的关系是递进的，即如果法律对主体不适用，则无业务是否除外的问题；进而，业务可以除外的也就没有行为是否豁免的问题。

（二）运用 E-B-C 范式进行反垄断审查的一般流程

以上所述是研究《反垄断法》对国有企业适用性问题的基本内容和思维逻辑，下面说明反垄断审查的一般流程。基于国有企业的特性和 E-B-C 范式，反垄断审查时必须明确三个要点：一是《反垄断法》“适用”只能针对企业主体，但主体不适用不等于无错，而是需要发挥其他规制政策或者公平竞争审查制度的作用。二是“除外”针对的是业务类型，同一企业主体可能从事多种业务，有的业务可以不受《反垄断法》约束。重要的是业务类型需要细化，直到符合相关市场界定的要求。三是“豁免”的是涉案企业的具体经营行为，而不是整个有关行业，行业性豁免本身就不符合反垄断立法主旨。这也是经常容易出现的对《反垄断法》第 7 条的误解。作为一般性的程序规则，可按图 2 的“三步走”流程来具体应用 E-B-C 范式。

上述基于 E-B-C 范式的反垄断审查流程，无论是对内执法还是对外应诉，都可适用。^② 就对内执法而言，反垄断执法包括行政执法和法院司法，行政执法对应的是审查对象，法院对应的是涉案被告。执法机构可按“三步走”流程进行反垄断审查，审查对象或涉案被告也可依此流程进行申诉或抗辩，并作为企业的自查程序予以应用。

第一步，审查（或自查）企业主体（E）是否适用。分析企业主体的性质和治理结构，确定其是

① 有的上市公司利用境内境外法律差异，采取“协议控制”或“变通利益主体”（Variable Interest Entities, VIE）的方法，规避有关的法律限制。对这种行为的监管与 E-B-C 范式的思路完全一致，也可以纳入 E-B-C 分析范式之中。

② 就对外应诉而言的策略，可参见课题组工作论文《〈反垄断法〉域外适用与竞争政策国际协调》。

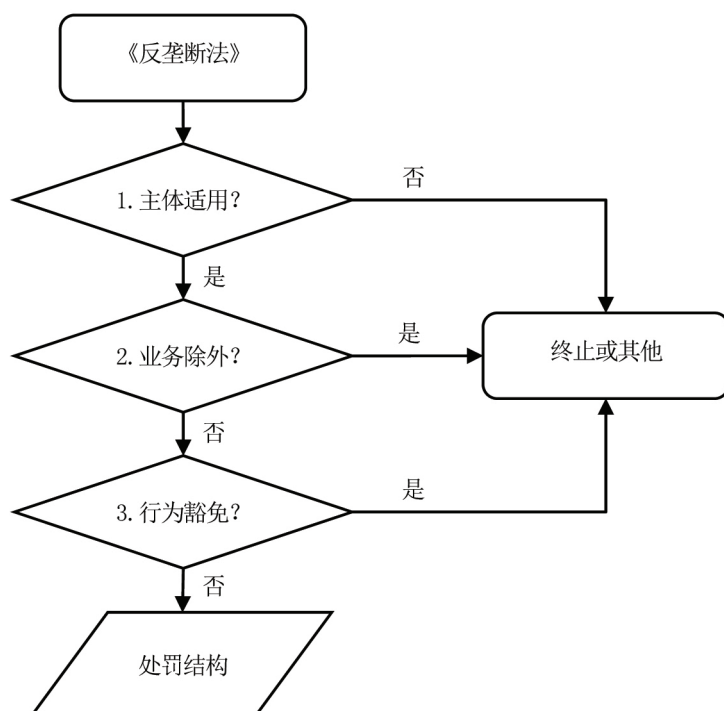


图2 E-B-C 范式执法“三步走”流程

否适用《反垄断法》。如果主体适用，则进入第二步，否则终止反垄断执法（或诉讼），视个案情况也可改用其他法律或规制政策。值得注意的是，主体适用只是原则性规定，不可一成不变，即使是对政企不分时的铁道部来说，其被赋予的企业职能也是不断发展变化的。作为特殊法人的中铁总公司或国铁集团公司，其市场化程度更是不断增进的，下属的分公司也有逐步转向子公司的趋势。其中的一个重要因素就是，虽然总公司或集团公司属于特殊法人，但其下属的二级或三级单位也可能达到或接近独立的市场主体（普通公司）。就“单一经济体”原则而言，对国有企业集团如何适合确定企业主体情况更为复杂，下面将专门讨论。

第二步，审查（或自查）业务类型（B）是否除外。即在主体适用《反垄断法》的前提下，检验企业主体的业务类型。企业业务类型大体上可分为公益性业务和商业性（营利性）业务两种，《反垄断法》主要针对后者。在具体的反垄断案件中，往往需要在细分业务类型的基础上才能界定相关市场。因此，第二步通常比第一步更为复杂，有时还需要与政府部门有关的“行政垄断”因素一并考虑^[4]，因为国有企业，尤其是特殊法人的业务性质和业务范围在一定程度上受政策制约，不应全都归因于企业层面。^①除了区分公益性和商业性业务之外，反垄断审查时还需要重点考虑和区分业务类型的自然垄断性与可竞争性，业务的相对独立性与相互关联性，业务外部经济性的强弱，不同业务间是否存在交叉补贴等。业务类型不能除外的则进入第三步。

第三步，审查（或自查）经营行为（C）是否豁免。这一步的关注点是主体在经营合法业务时的反竞争行为，是否可因其国有身份或其他合理理由（如效率抗辩、技术创新等）予以豁免。一些国有企业往往处于这种情况之中，即从事业务的正外部经济性很强，但同时也涉嫌存在比较严重的垄断行为。这必然会对企业的绩效评价和竞争损害估算造成极大困难，这时更需要进行深入细致的反垄断经济分析。^②另外，此处豁免指的是广义豁免，既包括《反垄断法》第15条规定和第17条中正当理由所指的豁免，也包括因原告证据不足指控不成立而免于追究责任的情形。中国《反垄断法》实行的是行政执法和法院司法并行的制度，在举证责任配置方面有所不同。比如，在处理滥用市场支配地

① 本研究组曾受国务院反垄断机构的委托，选取国务院某部2017年的所有政府文件进行事后的“公平竞争审查”评估。研究发现，即便是普通国有企业的一些重要业务，也依然在一定程度上受到政府部门文件的影响，并不完全属于企业自主选择。

② 目前为止，中国反垄断案件审理中普遍存在缺乏法律经济学分析或分析水平不高的现象，大有改进的空间。

位的案件中，行政执法时的举证责任在被告，被审查者需要证明自己没有违法行为；而法院司法时的举证责任在原告，原告需要证明被告的违法行为成立。这样一来，当举证难度较大时，同样案件的判决结果和处罚程度都可能大不相同。由于举证责任配置不同，在有的后继诉讼案件中，还有先前的行政执法判决不被后继法院认可为间接证据的怪事。

（三）基于 E-B-C 范式的“中铁总公司被诉案”再分析

现在用 E-B-C 范式分析“中铁总公司被诉案”，法理会更加清晰。

第一步，从企业主体角度看，中铁总公司既不是“不适用”《反垄断法》的政府企业，也不是“完全适用”的普通公司，而是“基本适用”的特殊法人。长沙市中级人民法院的一审判决书认定被告主体——中铁总公司不适用于《反垄断法》，显然有不当之处。湖南省高级人民法院的二审判决书虽未明言，但事实上认定中铁总公司适用于《反垄断法》，并把重点放在是否滥用市场支配地位上。虽然中铁总公司在二审时已经更名为国铁集团公司，从设立时依据《企业法》改为依据《公司法》，但实质上仍属特殊法人，只能“基本适用”《反垄断法》。而“基本适用”就意味着不能简单地肯定或否定，应转入 E-B-C 范式的第二步。

第二步，从业务类型角度看，铁路行业的业务范围大体上可分为机车制造、路网建设和运营管理。中铁总公司的主营业务是运营管理，而运营管理可以再细分为列车运行图编制、路网调度管理和车次运营等，业务性质有所不同。列车运行图编制和路网调度管理的公益性较强，原则上可以属于“除外”情形。而车次运营更多的是以沿线地域运输市场需求为考量因素的商业性业务，原则上应该属于“不可除外”情形。“中铁总公司被诉案”中，一审法院将列车运行图编制的公益性业务与具体车次运营的商业性业务混同裁判，存在明显不当。二审法院虽然认定列车运行图编制属于公益性法定职责，但又按商业性业务进行行为审查，也存在自相矛盾。

第三步，从经营行为角度看，原告认为中铁总公司调整线路属于变相降速提价行为。可能是由于二审法院认为，既然公益性与商业性业务难以清楚区分，不如再从行为角度进行审理，因而分三步完成了“界定相关市场→认定市场支配地位→确认是否滥用”的整个程序。二审最终判定，原告没有证据证明被告具有市场支配地位，也没有证据证明被告滥用了市场支配地位，因而对被告给予豁免。该案二审最终判决有两点需要注意：一是既然不认定中铁总公司在相关市场具有支配地位，也就没有必要再确认是否存在滥用行为，因为没有市场支配地位还何谈滥用？二是按现有《反垄断法》举证责任配置制度，法院审理滥用市场支配地位案件时，如果原告证据不足，被告行为即可免于责任追究。但证据不足不等于被告无错，即豁免不等于无错。此处对应着的正是广义豁免的概念，即无论被告是否有错，只要原告证据不足，被告均可豁免于《反垄断法》处罚。

总之，如果依据 E-B-C 范式审理此案，可有简化和复杂两个法理逻辑。从简化法理逻辑看，如果一开始就能判定中铁总公司根本不适用于《反垄断法》，则可直接结案，不必进入第二步和第三步。一审判决采取的是类似的处理方式，但判决书中法理逻辑混乱。从复杂法理逻辑看，第一步需要说明中铁总公司的特殊法人性质，否则只能越说越乱；第二步需要在区分公益性业务与商业性业务的基础上，重点放在解决二者交叉的问题上；第三步需要加强经济分析工作，更合理地界定相关市场，如果仍因原告提供的证据不足以确认被告具有市场支配地位，还要表明这种判决属于并非无错的豁免。二审判决直接进入第三步，显然是忽略了国有企业主体差别的适用规则差异。若按此思路逻辑不明就里地将《反垄断法》适用于所有类型国有企业，不仅不利于国内竞争政策在国有企业领域的实施，也容易在国际反垄断诉讼中陷入麻烦境地。

五、E-B-C 范式对国有企业集团的应用

前文主要是对单一国有企业主体进行 E-B-C 范式分析，而中国的国有企业大多是以企业集团（Business Groups）的形式存在并运营的。在对国有企业集团实施《反垄断法》时，会出现一些新的疑难问题。比如，在“中铁总公司被诉案”中，由于涉及企业集团的因素，首先在案名上就出现了混乱。一审的案名是“宋鑫与广州铁路（集团）公司、中国铁路信息技术中心等滥用市场支配地位纠纷”，原告是自然人宋鑫，被告有广州铁路（集团）公司（简称“广铁集团”）、中国铁路信息技

术中心（简称“铁路信息中心”）及中国铁路总公司（简称“中铁总公司”）三家单位；二审的案名变为“宋鑫、中国铁路总公司滥用市场支配地位纠纷”，被告变为中铁总公司、中国铁路广州局集团有限公司（中铁广州局）及中国铁路信息科技有限责任公司（中铁信息公司）。同一案件的两审中，被告全称不同，简称不同，顺序也不同。那么，这三家被告之间是什么关系呢？中铁总公司是作为单一法人还是企业集团参与诉讼？如果没有厘清这些关键问题，或者相关政策法律缺乏明确规则，无论在应对国际反垄断诉讼中的“单一经济体”原则还是在国内的国有企业反垄断执法过程中都会面临诸多困境。回答这些问题需要从企业集团的性质和特征说起。

（一）从一般企业集团到国有企业集团

在简单的企业与市场关系中，企业内部靠层级机制，主要关注的是组织成本；企业之间或企业外部靠价格机制，主要关注的是交易成本。如图3所示，一般而言，当企业内部的边际组织成本小于企业之间的边际交易成本时，应该扩大企业规模，进一步追求一体化经济（Economies of Integration）；反之，企业内部的边际组织成本大于企业之间的边际交易成本时，则应缩小企业规模，转而追求专业化经济（Economies of Specialization）。当企业内部的边际组织成本与外部的边际交易成本相等时，企业达到最优经济规模或边界。这种最优经济规模既取决于企业内部资源状况和协调能力，也取决于外部市场的制约，包括同行竞争和市场需求。相对而言，专业化经济来源于细化分工基础上生产效率的提高，这主要是斯密的思想；而一体化经济来源于交易成本的节约，这主要是科斯的贡献。这便是—般企业理论的精髓。

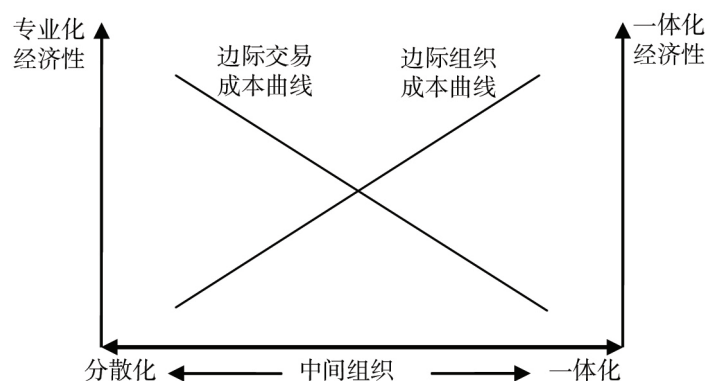


图3 企业集团理论示意图

然而，这种企业理论还不足以解释企业集团的性质和边界，更不能解决国有企业集团面临的疑难问题。完全分散化和完全一体化都是极端的假设情形，现实中更常见的是介于分散化与一体化之间的中间形态，企业集团便是一种典型的中间形态。企业集团不是单个企业，也不是规范法人，而是“独立企业—企业集团—市场”这种关系链上的中间组织。如果说集团外部是纯市场关系，那么集团内部则是既类似企业又多主体的灰色关系，也可以说是一种“模拟市场”。有一种说法，大企业内部可以“模拟市场”。如果不是大企业而是企业集团，这种说法是可以成立的，不然很有可能是企业规模已经过大。企业集团具有种类繁多、组织结构复杂、集团边界模糊的特点。因此，企业集团很难有严格的法律定义，广义的集团内部关系可以是控股关系、家族关系、企业联盟和长期合同等，有时还可能是类似卡特尔组织的“合谋”关系。而国有企业集团除具有一般特征外，主要特征则是以国有资本为纽带，国务院国有资产监督管理委员会（国资委）为统一管理者，核心企业多有行政级别，主要管理者由组织部门推荐或任命等。这也是国有企业集团不能简单套用S-C-P范式，而应优先应用E-B-C范式的重要原因。

从法理经济学角度看，国有企业集团存在一个“保反兼顾”悖论：既要增强发挥国有企业集团的“经济控制力”，又要限制防止与其并存的“市场支配力”滥用。企业集团所强调的内部控制关系

与《反垄断法》主张的竞争关系容易产生逻辑矛盾,即企业集团内部的整合协同效应 (Synergy Effect)^① 有利于提高效率,增强集团的竞争力,但协同本身也可能产生类似于卡特尔的垄断效果。这是个理论和实践都没有很好解决的难点问题。

(二) 国有集团公司的角色定位与关联关系

在所有的企业集团中,集团公司都是其核心组织。虽然集团公司不是《公司法》上的法律概念,在国际上也没有对应说法,但中国现实中却极为普遍,更是谈及国有企业集团避不开、绕不过的话题。集团公司是国有企业集团的核心,说清集团公司才可能说清国有企业集团的组织结构。集团公司是 E-B-C 范式应用的关键,也是解开国有企业集团之谜的钥匙。

集团公司与下属企业的关系,可分为下面四种类型:

A 型关系:总公司一分公司关系。类似于政府企业中的层级关系,总公司具有法人地位,分公司没有法人地位,总公司应对分公司负无限连带责任。如下文所述,对于这类关系,《反垄断法》实施中暴露出不少难题。

B 型关系:母公司一子公司关系。母子公司都是相对独立的法人,一般不应视为共同单一实体。集团公司作为母公司以其出资额为限承担有限责任。

AB 型关系:混合关系,既有总公司一分公司关系,也有母公司一子公司关系。根据欧盟的竞争法律,具有混合关系的企业集团因为关系不清,涉及法律责任认定时易被视为“单一经济体”,而且最容易被按“最坏情况假设”进行反垄断审查,追究法律责任。中国企业在应对国外反垄断诉讼时应特别注意这一点。

O 型关系:互派董事、交叉持股、长期合同、战略联盟、纵向限制、关联企业等。这类关系更为复杂,相对而言接近于市场关系,更需要遵循“合理推定”规则,具体情况具体分析。

在中国国有企业改革进程中,多数企业都组建了以集团公司为核心的企业集团。与中铁总公司或国铁集团公司类似,其中的集团公司基本上“误打误撞”地成为了实质上的特殊法人。但由于对特殊法人的特殊性认识不足,也没有具体的法律规定,《反垄断法》实施时也出现了一些法理困境:一是是否要求“父债子偿”?如中国石化总公司下属的某市分公司涉嫌实施垄断行为,在计算罚款额时,如按 A 型关系处理,即便按《反垄断法》规定,只罚取总公司上一年销售额的 1% 作为最低下限也是巨额数目;但是如果只按分公司的销售额计算,分公司又不是独立法人实体,而且多是执行总公司决策,这在法理上确有不通之处。二是如何对待“子盈母亏”?如京沪高速铁路股份有限公司(“京沪线”),员工只有几十人,每年营业收入可达数百亿元,但其母公司——国铁集团公司却仍旧保持数万亿元的巨额亏损。这类现象现实中比较普遍,一般都是集团公司巨额亏损由国家或财政负担,同时剥离出“优质资产”单独上市,而上市子公司盈利时集团公司分红,亏损或资不抵债时集团公司“卸责”。问题关键是,有时集团公司巨额亏损主要是因为承担公益性业务造成的,不完全是企业自身的经营责任。

(三) 国有企业集团应用 E-B-C 范式的三点共性要求

1. 从企业主体看,特殊法人性质的集团公司不能简单适用《反垄断法》

《反垄断法》中以“经营者”(Undertaking)一词代指企业实体,但其内涵至今却语义不详。全国人大法工委的立法解释曾提及,《反垄断法》的适用对象是指“作为法律和经济上独立的行为主体参与市场经济活动”。《公司法》等相关法律也并未对企业集团的责任形式予以确认。需要明确的是,《反垄断法》意指的“经营者”和立法解释中的“行为主体”是否等同欧盟竞争法语境下的“单一经济体”?如果企业集团不是“单一经济体”,那么集团公司是否可作为合格“经营者”承担法律责任?进一步说,集团公司如果不属于特殊法人,则可尽量按普通公司对待,如果特殊法人特征明显,则需具体分析,区别对待。比如,有的集团公司是依据《企业法》设立的(如中铁总公司);有的集

^① 法理上应该分清,协同效应不同于“协调效应”(Coordinated Effect),后者与“单边效应”(Unilateral Effect)都是反垄断审查的重要防范点。

团公司虽名义上依据《公司法》设立,但本质上仍属特殊法人(如国铁集团公司);有的是“一套班子,两块牌子”(如中国烟草总公司和国家烟草总局),依然带有明显的“政府企业”色彩。这些机构数量众多的“下属单位”,也大多性质不清,责权不明。因此,构建特殊法人制度势在必行,与《公司法》《反垄断法》等相关法律一起明确企业集团关系及相应的法律责任。在进行反垄断审查时,就需要剥茧抽丝般地对涉案机构的层级隶属关系和股权结构等方面进行具体分析。特别是应对境外反垄断诉讼时,也可据理力争,以免“疑罪从有”,从而被动地按“最坏情况假设”对待。

2. 从业务类型看,公益性业务可以除外,商业性业务不应除外,而且需要根据业务类型界定相关市场

特殊法人国有企业的最大特征就是“二重性”,公益性业务和商业性业务共生并存。二者如果容易分清,则可简单地将公益性业务除外,而只审查其商业性业务。这时有两种情况需要特别注意:其一,公益性业务中是否包含行政垄断的因素(如特许经营、部门或区域封锁和市场准入限制等)?如是,则需要对有关的政策规定进行公平竞争审查。其二,商业性业务中需要区分自然垄断业务与竞争业务。对于真正的自然垄断业务,应该主要改用规制政策(即允许垄断结构存在,但要规制企业经营行为)。然而,现实中经常是两种不同性质的业务界限模糊(企业从自身角度出发也会有此动机),或者存在政策允许的交叉补贴(企业更会主动采用的经营策略),甚至出现市场支配势力跨业传递(较为隐蔽的反竞争策略),这时就需要应用E-B-C范式进行更深入的经济分析。

业务种类繁多和多元化跨业经营是企业集团的共性。反垄断具体审查时,一般都需要根据公益性与商业性的区分原则,再按细分业务界定相关市场。实践中有个例证,某个保险公司被确认违反《反垄断法》,计算处罚额时需要特别注意这样一个问题。《反垄断法》第46条和第47条规定,实施垄断协议和滥用市场支配地位的“经营者”,除其他处罚外,“并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”。不够明确的是,该法所说的“经营者”指的是什么样的企业实体,是企业集团还是集团总公司?整个企业还是涉案业务?对于保险公司而言,“销售额”指的是“保费总额”还是“保费净收入”?执法机构多次论证,最后不是按公司全部业务,而只是按涉案险种业务市场的保费总额计算罚款额,较好地体现了宽窄适当原则。

3. 从经营行为看,行政垄断造成的国有企业反竞争行为问题应主要通过公平竞争审查制度解决

相对于企业主体(第一步)和业务类型(第二步)而言,国有企业集团经营行为的多变性更为突出,相应的法理研究和反垄断审查工作也就更加复杂。执法实践中明显发现,国有企业特别是集团公司的管理者,它往往意识不到企业行为有可能违反《反垄断法》,因为有些做法本来就是行业主管部门的政策要求。在一个典型案例中,某大型国有企业在为自己的涉嫌垄断行为辩护时声称,国务院主管部门指定企业的发展任务就是在主导业务领域达到较高的市场份额,形成较大的市场控制能力,企业的主要不足就是没有更好地达到上级要求,而不是其他。后来多方辨明,如果说该企业在主导业务领域构成市场支配地位不是过错,而跨界传递到其他业务市场的不当经营行为(垄断协议),也涉嫌滥用市场支配地位,即使该企业在另外市场的份额并未达到支配地位的门槛。

六、国有企业反垄断执法中的配合问题

(一) 加强竞争倡导与竞争执法的配合

《反垄断法》不能总是违法必究、执法必严,更主要的是发挥利剑高悬的威慑作用。这不仅是由于中国国有经济比重较高、国有企业控制力较强,而国有企业(特别是特殊法人)具有“二重性”的原因,也是因为《反垄断法》本身的特点。比如,从时间上看,反垄断执法从立案到判决往往耗时较长而且容易滞后。如果再考虑事后的执法效果评估,时间维度会更加长远。从处罚结构上看,针对社会经济效率损失的“数倍罚款”和没收违法所得的“多年累计”,并不是法律的最终目的,主要作用都在于对当事企业和其他企业的威慑。从执法效率上看,多数案件都采用合理推定原则,由于信息不完全(认知有限、不对称),而且“举证责任配置”也会影响审查结果,执法机构必须慎之又慎。因此,各国的经验都是尽力发挥“竞争倡导”作用,而适当减少“竞争执法”,中国更应如此。

竞争政策的落实包括竞争倡导和竞争执法两个部分与行业分析、市场研究、市场调查和反垄断执

法四个阶段，如图 4 所示。竞争倡导由行业分析和市场研究构成，关键是解决“行业≠市场”问题，而后则有两种可能选择：一是继续发现问题、提出建议、持续关注甚至约谈警告；二是转入竞争执法程序，包括正式立案、调查取证（Market Investigation）、判决审判和确定处罚方案。处罚也不能简单地理解为行政执法中的罚款或法院司法中的赔偿，还包括停止违法行为、承诺整改、没收违法所得甚至刑事处罚，而且优化处罚结构还是反垄断执法的紧迫课题。例如，“中铁总公司被诉案”审理期间，有关地方政府与车务段负责人已就尽快恢复停靠站点达成共识。

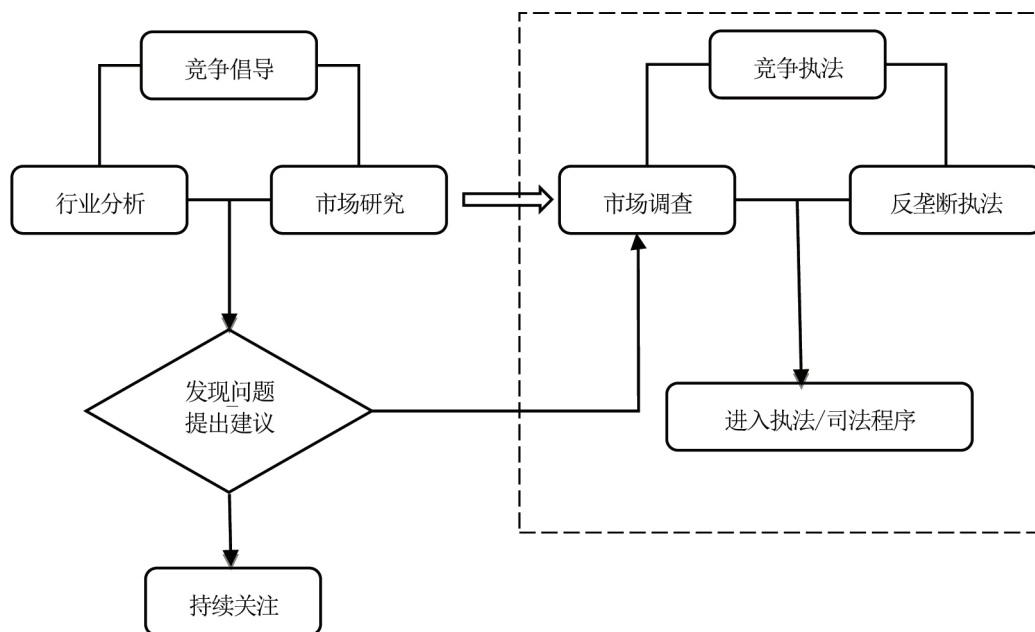


图 4 竞争倡导与竞争执法关系

OECD^[5] 国家实施竞争政策过程，积累了很多有关竞争倡导的丰富经验，并建立了竞争倡导的信息数据库^[6]。与其相应的国际竞争网络组织（International Competition Network, ICN）专门设有竞争倡导工作组，多次修订《市场研究最佳实践手册》^[7]，并分行业建有市场研究信息数据库^[8]。这些市场经济国家的做法和经验与本文 E-B-C 范式的思路高度一致。

需要强调指出，千万不能简单化地说某个行业属于自然垄断。一些细分行业（如电力输送和铁路运输）可能较长时期内存在明显的自然垄断因素或环节，但不能轻易判定整个行业（如电力行业或铁路行业）属于自然垄断，所有行业或多或少都是可以竞争的，差别只是竞争程度的强弱。另外，垄断从来都是针对相关市场而言，但由于“行业≠市场”是普遍现象^[9]，因此，反垄断审查过程中的经济分析环节首先就需要将行业数据转换成市场数据，或将“有关行业”调整为“相关市场”。然而由于相关市场界定中的实际困难，反垄断执法机构总是设法避重就轻，但完全不理睬相关市场的重要意义，反垄断执法则恐怕难以行远。重要的例证是，《反垄断法》第 9 条规定国务院反垄断委员会的职责之一是“组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告”，但该法实施十多年来，都没有得到较好的落实。

（二）加强行业监管与市场监管的协同

就国家层面来说，在目前的政府体制下，政府监管包括行业监管和市场监管。狭义的行业监管机构主要有国家电力监管委员会（电监会，后并入国家能源局，由国家发改委管理）、中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会（银保监会，由原银监会和保监会合并而成）、中国证券监督管理委员会（证监会）和国家药品监督管理局（食药监局，即原来的国家食品药品监督管理局）等。广义的行业监管机构还包括行业主管部门。市场监管机构就是国家市场监管总局（原国家工商行政管理总局，又并入了国家发改委和商务部的反垄断执法机构）。虽然行业监管内部也需要协同，如金融监管就需要“一行两会”与外汇局的协调。但就竞争政策而言，主要是行业监管与市场监管的协同。

行业监管与市场监管的目标和作用存在明显的差异。行业像山,容易“山头林立、行业割据”;市场像水,特点是“没缝找缝、有缝就钻”。相比之下,行业监管难免重视行政审批,维护行业安全,追求行业绩效,更强调“有令则行、无令则止”;市场监管的特点是重视市场规范,维护公平竞争秩序,追求社会绩效,更强调“无禁则行、有禁则止”,但最怕随便出手、疏堵不当。政府监管(行业监管+市场监管)要实现“山清水秀”的协同目标,即行业监管的“清规戒律”与市场监管的“包容审慎”达到无缝对接需要更高超的智慧。实践中行业监管容易出现的偏差,便是以“保护弱势”为名阻碍淘汰落后,或以“行业安全”为名实施行政垄断。《反垄断法》主旨是维护竞争秩序,不是保护竞争者,重点维护消费者利益。但消费者也要分类,“落后淘汰,弱势救济”可并行不悖。技术创新和制度创新是大势所趋,政府有责任救济弱势群体,消除阻力。在这方面,国务院办公厅印发的《关于切实解决老年人运用智能技术困难的实施方案》(国办发〔2020〕45号)就值得称赞!

从法理经济学角度看,二者协同的首要障碍就是“行业 \neq 市场”命题(隐身于“山水之间”)引发的各种问题。举例来说,在目前的国家标准行业分类体系中,“642 互联网信息服务”在内容说明中标明,互联网金融(包括互联网支付、互联网基金销售、互联网保险、互联网信托和互联网消费金融)有关内容应列入相应的金融行业中,但金融行业并未明确列出,似乎成了两不管。具体说,在《国民经济行业分类》(GB/T4754-2017)中,移动支付、网络保险和网络信贷等就既不属于“642 互联网信息服务”,也不属于“643 互联网平台”,金融行业分类中又找不到。但从市场监管的角度看,移动支付和网络信贷都属于商业模式和技术创新,市场中既有需求也有供给。这种情况具有“多个行业”(即数据网络+金融服务)但属“同一市场”(网络金融)的产业组织特征。在此情况下,国有大银行供给之“大”与小微用户需求之“小”的市场不匹配矛盾,如果只从金融行业角度看是很难解决的。“一行两会”仍按传统的金融行业监管模式,也难免阻碍创新;同时市场监管若不从相关市场和创新激励角度看待,也有胡乱干预的可能。可见,数字经济领域提出诸多理论和政策问题亟待厘清症结深入研究。但无论如何,处理好行业监管与市场监管关系的前提是明白“行业 \neq 市场”的道理。对国有企业而言,这也是正确理解《反垄断法》第7条和第9条关系的理论基础。

(三) 改进部际联席会议与公平竞争审查的衔接

部际联席会议制度是实现政府协同监管的有效机制。与行业监管与市场监管的关系类似,也有两种类型的联席会议,理论基础也是“行业 \neq 市场”的道理。举例来说,体现第一类协同机制的部际联席会议,如《国务院关于同意建立金融监管协调部际联席会议制度的批复》(国函〔2013〕91号)(涉及5个部门)和《国务院关于同意建立国务院旅游工作部际联席会议制度的批复》(国函〔2014〕117号)(涉及28个部门);体现第二类协同机制的部际联席会议,如《国务院办公厅关于同意建立公平竞争审查工作部际联席会议制度的函》(国办函〔2016〕109号)(涉及28个部门)、《国务院办公厅关于同意调整完善网络市场监管部际联席会议制度的函》(国办函〔2020〕52号)(涉及14个部门)和《国务院办公厅发布关于同意建立反不正当竞争部际联席会议制度的函》(国办函〔2020〕107号)(涉及17个部门)。与第一类协同机制相比,第二类协同机制的特点是召集机构都是国家市场监督管理总局,这与竞争政策的基础性地位相称,也便于与公平竞争审查制度的衔接。但在理论和实践上,需要谨防两个体制性弊端:一是谨防“龙多难治水”现象。在第一类部际联席会议制度中,需要解决主管机构过多可能引起的协调成本增大而行政效率降低的问题。根据前面的企业集团效率理论,需要协调的机构过多,就意味着交易成本(协调成本)过大,这时就应考虑精简机构问题。同时也要防止行业团体可能出现的“内部共谋”所导致的行业割据,避免危害消费者或社会整体利益。二是谨防“御医不治病”现象。在第二类部际联席会议制度中,由市场监管机构牵头召集,协调行业政策(实质是产业政策)与竞争政策的关系,属于公平竞争审查制度的核心内容。方向虽然对头,却可能力不从心。当然,影响重大但议而不决的竞争政策问题可以提交给国务院反垄断委员会。然而就其职能而言,依据《反垄断法》第9条设立的国务院反垄断委员会并非实体机构,委员会成员由相关的十几个部委副职领导组成。实践表明,与主要司法辖区的竞争执法机构相比,该委员会部分成员的专业性不强、稳定性较差,而且议事规则不清,决策权威性不高,实际上较难胜任

《反垄断法》第9条的任务要求。目前来看，其专业性和权威性还不能与美国的联邦贸易委员会或欧盟的竞争委员会相提并论。

（四）做好反垄断行政执法与法院司法的互补

中国《反垄断法》执法实行的是行政执法和法院司法并存的体制，行政执法主要由国家市场监管总局及下属机构负责，法院司法主要由各级法院的知识产权厅和专门的知识产权法院审理。但各自的执法性质、举证责任配置和处罚权力等方面有所不同，各有所长也各有所短，需要优势互补。简单归纳如表2所示。

表2 反垄断行政执法与法院司法特点比较

内 容	行政执法	法院司法
实施性质	公益 “民不举，官也究”	私益 “民不举，法不究”
执法目标	经济效率优先	社会公平优先
举证责任	被审查者	原告
处罚重点	罚款（可数倍）	赔偿（可累计）
法律救济	行政复议或行政诉讼	上诉或申请再审

由表2可知，行政执法与法院司法存在五点区别：一是就实施性质来说，行政执法属于公益实施，没有举报也可立案调查，可有效避免由于“搭便车”问题而造成的“当查不查”现象；法院司法属于私益（个人、企业）实施，一般是不告不理。出于诉讼成本和诉讼收益的考虑，法院司法容易出现“当诉不诉”现象。中国的反垄断执法，还应借鉴发达市场经济国家的经验，建立“集体诉讼”（Class Action）制度，其诉讼性质介于公益实施与私益实施之间，可兼顾效率与公平目标。二是就执法目标而言，行政执法的特点是经济效率优先，法院司法的特点是社会公平优先。这是由两种执法体制的本性决定的，如果强行扭转，难免适得其反。三是在举证责任方面，特别是涉及滥用市场支配地位案件时，目前体制下行政执法的举证责任在被审查者（“被告”需要自证清白），法院司法的举证责任在原告（需要原告证明被告违法）。这种举证责任配置经常会影响案件审查裁决，不完全取决于事情真相。在此意义上说，信息不对称也是法律失灵^①的一个重要原因。四是在处罚重点方面，行政执法重在罚款（通常数额较大，可为竞争损害额的数倍），法院司法重在赔偿（通常数额较小，虽然可以多期累计）。中国的行政执法虽有“没收违法所得”的法律责任规定，但很少执行，而且其归属也难以操作。五是在法律救济方面，对行政执法裁决结果不服的，可向上级行政单位申请复议，也可向法院提起行政诉讼（即民告官）；对法院司法初审判决不服的，可上诉或申请再审。

课题组曾提出一个反垄断“处罚结构理论”^[10]。反垄断处罚结构主要分为两个部分——垄断侵害+垄断损失。其中，垄断侵害对应公平原则，是指垄断企业对受侵害方（自然人或法人）的经济赔偿，主要依靠法院司法予以实现；垄断损失对应效率原则，是指对垄断企业的惩罚性罚款，主要依靠行政执法予以弥补。^②实践中，针对国有企业的反垄断审查或处罚，总有“肉烂在锅里”的看法，处罚程度轻重对国有企业影响不大。正因如此，限期承诺整改便成了行政执法的常规模式。而民事诉讼中原告多败诉、垄断侵害难求赔偿等现象更为多见。国有企业治理结构中的特有委托代理关系往往可能产生较大的道德风险，即国有企业管理者一般都有“重名不重利”偏向，不在意处罚数额的大小。因此，优化处罚结构也是《反垄断法》立法和执法的一个重要议题。

总体来说，行政执法和法院司法有时可以互相替代，但更应重视的是二者间的互补性。就国有企

① 除市场失灵（Market Failure）和政府失灵（Government Failure）之外，还有法律失灵（Law Failure）问题。这也是法理经济学的一个重要命题。

② 《反垄断法》规定，对垄断行为的处罚包括停止垄断行为、没收违法所得、赔偿民事损失和处以垄断罚款等。但在现实执法实践中，几乎没有没收违法所得案例。除禁止垄断行为外，对垄断行为的经济处罚主要就是赔偿和罚款。在反垄断经济学分析中，赔偿性质上通常属于消费者剩余向生产者剩余的转移（并不构成社会福利净损失），多用长方形表示，可多年累计，主要体现的是公平原则；罚款性质上则属于无人从中受益的社会福利净损失，多用三角形表示，可数倍计算，体现的主要是效率原则。中国现实情况下，《反垄断法》执法是由行政机构负责罚款，法院负责赔偿，又实行“谁立案、谁处罚”的分工，导致反垄断处罚结构上的不完善。这应该是今后完善《反垄断法》的一个重点问题。

业的反垄断审查而言,行政执法综合效果会更好一些,而且更能发挥公平竞争审查制度的作用。但也不应过于强调行政执法的效果,比如,《国务院办公厅发布关于同意建立反不正当竞争部际联席会议制度的函》(国办函〔2020〕107号)就涉及17个行政部门,可能同时陷入“龙多难治水”“御医不治病”的尴尬境地。而且不正当竞争行为属于微观层面的企业间关系,重点不在于政府部门间的行政协调,主要应走法院诉讼渠道。过于强调行政机构作用,似有“有病乱用药”之嫌。

七、研究结论与政策法律建议

中央提出的《国企改革三年行动方案(2020—2022年)》,国际经贸环境格局的变化,特别是欧盟的“单一经济体”原则,美国的《外国公司问责法案》,东亚国家签订的《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP),历时7年达成的《中欧投资协定》(CAI),国有企业都是主要针对对象。这些内外因素都要求我们必须认真务实地总结国有企业的改革与发展实践,实事求是地创新国有企业理论,合乎法理地研讨国有企业对《反垄断法》的适用性,严谨具象地提出法律修订方案,理通政合地协调竞争政策与其他政策间关系。

(一) 国有企业理论创新对中国十分重要,已经水到渠成

“二重性”理论说明国有企业的性质,专业化与一体化经济结合说明国有企业的最优规模和边界,二者构成国有企业理论的基础和体系。政府企业→特殊法人→普通公司是国有企业改革的普遍规律,特殊法人才是国有企业的典型组织形式。企业集团和集团公司都不是严格的法律概念,多数的国有集团公司可定性为特殊法人,否则难以做到名正言顺、理通政合。从竞争政策实施的角度看,国有企业集团的经济控制力与市场支配力之间必须注意“保反兼顾”,即一方面要提高竞争力,另一方面要防止市场支配地位的滥用。

(二) E-B-C 范式是有效的经济分析模式和反垄断审查流程,可考虑列入反垄断审查指南

产业经济学中的S-C-P范式由于自身的局限性,加之人们对其的误解,导致它不大适合用于国有企业和国有经济的竞争分析。E-B-C范式的主要应用对象便是国有企业中的特殊法人。同时,E-B-C范式也有助于应对境外执法机构基于“单一经济体”“竞争中性”“所有制中性”“政府控制”等方面原因而对国有企业的反垄断审查。当然,E-B-C范式不仅适用于国有企业,也适用于非国有企业,只不过分析的重点有所不同。在分析上市公司“协议控制”(VIE)问题时,完全可以与E-B-C范式结合起来。

(三) “行业≠市场”问题是反垄断经济学和竞争政策研究的基石,是反垄断审查的难点

基于标准行业分类的统计数据不能直接用于市场研究和反垄断经济分析,市场研究和市场调查时尤其需要注意“同行业多市场”(如房地产行业)以及“多行业同市场”(如网络金融)的情形。发挥市场配置资源的决定性作用,确立竞争政策的基础性地位,有理有据地进行反垄断执法,先要正确理解“行业≠市场”的道理,这也是科学理解政府与市场、计划经济与市场经济、行业监管与市场监管、产业政策与竞争政策关系的关键。虽然在反垄断执法中,相关市场经常难以合理界定,有时不得已转而寻找替代性办法,甚至可以在直接事实证据充足的条件下,绕过相关市场界定而直接认定垄断行为,但相关市场的思想时刻不能忘记。

(四) 随着中国市场经济体制的逐步完善,产业政策与竞争政策“此消彼长”趋势更加明显

产业政策的理论基础主要是发展经济学,竞争政策的理论基础主要是产业经济学或产业组织理论,二者的假设前提、思想逻辑和政策建议大有不同。需要处理好产业政策的主导性与竞争政策的基础性之间的关系,其中的重要任务就是处理好《反垄断法》对国有企业的适用性问题。公平竞争审查制度是解决行政垄断的有效途径,但需要完善实施机制。行业监管容易产生维护既得利益集团偏向,市场监管重在规范市场竞争秩序,鼓励创新,这两种监管方式的政策目标和实施效果容易产生矛盾,应加强公平竞争审查加以克服。行业监管需要避免“龙多难治水”,市场监管需要避免“御医不治病”。实践表明,以市场监管机构牵头的部际联席会议制度,方向对头但力度不够,需要改进。

(五) 《反垄断法》修订的有关内容可以顺理成章

就国有企业反垄断立法来说,《反垄断法》第7条需要根据E-B-C范式进一步分层次细化规定,

消除对行业与市场关系根深蒂固的误解,明确企业主体、业务领域和经营行为的不同含义及其组合。《反垄断法》第9条需要明确地将竞争倡导加进市场监管机构和国务院反垄断委员会的核心任务,同时需要从机构设置和制度建设上加强国务院反垄断委员会的专业性、稳定性和权威性,实现由虚向实转变。其他条款中需要明确竞争倡导与竞争执法的关系,实现行政执法与法院司法的互补,健全公益实施—集体诉讼—私益实施的完整体系,优化举证责任配置和垄断处罚结构等。

(六) 修订《公司法》并与《中华人民共和国民法典》和《反垄断法》做好衔接

可以考虑取消现有《公司法》中有关“国有独资公司”的条款,另外单独制定国有特殊法人的法律或法规。这样一来,政府企业不适用《反垄断法》,特殊法人基本适用《反垄断法》,普通公司完全适用《反垄断法》的法理逻辑就得以确立,反垄断执法工作可望大大改善。这样,也有利于实现《中华人民共和国民法典》和《公司法》与《反垄断法》的无缝对接。否则,对于中铁总公司(国铁集团公司)这样的特殊法人,《企业法》《公司法》《反垄断法》之间对内对外都容易扯皮纠缠,避免不了名不正言不顺、理不通政不合等问题。

(七) 竞争政策的国际协调将是今后的重要课题

在《反垄断法》实施10周年之际,课题组曾向国家有关部门提出倡导筹划建立“国际竞争组织”(International Competition Organization, ICO)的建议^[11]。近年来,WTO作用日趋衰弱的态势日益明显,各类国际协定文件中最重要的条款开始围绕竞争议题展开,国际(地区)间竞争政策的协调越来越重要。针对国有企业竞争问题的争议也会越来越多、愈演愈烈。竞争政策国际协调的理论基础、政策体系、法律法规和机制机构等都将成为热门话题,有关方面需要深入研究。

参考文献:

- [1] Coase, R. H. The Nature of the Firm [J]. *Economica*, 1937, 4(16): 386-405.
- [2] 于立,马骏. 中国国有企业改革与治理结构的构建新思路 [A]. 梁能. 公司治理结构: 中国的实践与美国的经验 [C]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000.
- [3] Healey, D. Competition Neutrality: Addressing Government Advantage in Australian Markets [A]. Drexler, J., Bagnoli, V. State-Initiated Restraints of Competition [C]. Cheltenham & Camberley: Edward Elgar Publishing, 2015. 3.
- [4] 荣朝和. 破除行政垄断是铁路改革必须解决的核心问题 [J]. *交通运输研究*, 2019, 4(4): 2-18.
- [5] OECD. Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices [EB/OL]. <http://www.oecd.org/corporate/ca/Ownership-and-Governance-of-State-Owned-Enterprises-A-Compendium-of-National-Practices.pdf>, 2020-03-28.
- [6] 王继平,王若兰. 作为竞争政策工具的市场研究 [J]. *竞争政策研究*, 2017, 4(4): 60-73.
- [7] ICN Advocacy Working Group. Market Studies Good Practice Handbook [EB/OL]. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/market-studies-good-practice-handbook/>. 2016, 2020-12-07.
- [8] ICN Advocacy Working Group. Market Studies Project: Transport Sector [EB/OL]. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/advocacy/market-studies/market-studies-information-store/>. 2015, 2020-12-07.
- [9] 于立. “产业≠市场”是反垄断经济学的基石 [A]. 于立. 反垄断研究 [C]. 北京: 经济科学出版社, 2019.
- [10] 于立. 垄断侵害与垄断损失辨析及最适处罚结构——法理经济学的视角 [A]. 冯博, 李增刚, 王楠. 法律经济学的学科体系与理论应用——第十五届中国法经济学会论坛综述 [J]. *经济研究*, 2017, (7): 205-208.
- [11] 于立. 关于推动建立国际竞争组织(ICO)的建议 [J]. *竞争政策研究*, 2018, (4): 12-14.

(责任编辑: 刘 艳)

[DOI]10.19654/j.cnki.cjwtyj.2021.04.002

[引用格式]于立,杨童,冯博.《反垄断法》对国有企业的适用性及疑难问题——E-B-C 范式的构建与应用[J].*财经问题研究*, 2021, 4(4): 11-27.