

# 跨国并购法律规制中合谋的经济学分析

杨恺钧

(河海大学 商学院,江苏 南京 210098)

**摘 要** 近年来,因跨国并购而损害公平竞争导致国内行业垄断问题日益严重,严重损害了中国消费者利益,甚至危害国家安全。其部分原因在于有良好组织的跨国公司与政府规制者进行合谋,亦即在制定和执行关于跨国并购规制的法律、法规的过程中,存在相关人员用公共权力进行抽租和创租的可能。在对跨国并购法律规制中各方关系分析基础上,对跨国公司与规制者合谋进行博弈分析,得到跨国公司与规制者达成合谋的条件。借鉴此博弈分析的结论和防范、化解跨国并购法律规制合谋的国际经验,提出防范、化解合谋的对策,包括:采取多方面措施,提高合谋被发现的概率;加大对合谋的惩罚力度;尽快完善规制跨国并购的法律和相关实施细则;大力弘扬“人为为人”产业规制文化。

**关键词** 跨国并购;合谋;经济学分析

中图分类号:F276.7

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2010)02-0063-04

## 一、跨国并购法律规制中各方关系分析

近年来,外资并购的对象多是我国各行业中的龙头企业、有市场竞争力的企业或是有潜在价值的企业,某些行业的外资并购已经或将要形成市场垄断,这将损害到市场的公平竞争,甚至还有可能危害到国家安全。例如,2009年商务部依法禁止可口可乐公司收购中国汇源公司,原因在于此项收购将对竞争产生不利影响,导致消费者被迫接受更高价格、更少种类的产品。以跨国公司为代表的涉外利益集团不仅越来越深地影响中国政府的重大决策,而且还积极介入中国法制化进程,越来越多地影响关于并购中国企业的立法与执法,一些政府官员甚至为个人私利与跨国公司进行非法合谋,以出卖国家利益换取私利,利益大量外流并向国内少数人集中,这也成为中国内需不振和贫富差距较大的原因之一。

作为经立法机关通过的关于跨国并购的法律、法规属于正式制度安排,是经济增长的内生性变量,对经济的发展具有重要影响。规制法律、法规与经济的内在的、固有的这种联系,要求任何规制法律、法规的制定和执行都要有利于资源配置的效益最大化<sup>[1]</sup>。但由于市场经济中各参与主体都是理性的,他们的每个行动无不是为了自身功利和利益最大化,那么,跨国并购规制法律、法规作为规范、约束理性人行为的契约,其制定、执行等过程,无不受跨国

公司最大化自身利益的影响。因此,跨国并购法律规制中合谋的经济学分析的理论基础在于:在法律市场上,存在着对跨国并购法律规制的需求和供给。需求者就是跨国公司等市场参与主体(当然也包括下面谈到的法律的供给者:立法者、执法者本身),他们希望一定的法律规制能够实现自身利益最大化,如:消费者希望行业垄断程度尽可能低,跨国公司则希望行业内垄断程度尽可能高。这些跨国公司等市场参与主体如果完全为了自身利益最大化,可能会以各种手段和方法(院外游说、寻租等)影响立法者,以换取对自己有利的立法。在法律市场上的供给者是立法机构、部分规制法规的执行机构。他们在一定的社会环境下,提供适用的法律、法规用来规范人们的行为,立法机构由代表不同利益者的立法者(议员、人大代表)组成,掌握并垄断着“法律”这种稀缺资源的供给。立法者是公共利益的代表人,但是立法者也是理性人,其行为有可能偏离公共利益而以自身经济利益最大化为指向,其行为不同程度地受各种市场参与主体的影响。法律市场上的执法机构是规制法律、法规的执法者、准供给者,其对经济和社会的执法权来自于立法机构的授权,或是立法机构通过专门的授权法案,设立专门的独立的规制机构对某一经济领域进行规制<sup>[2]</sup>。说它是规制法规的准供给者,是因为立法机构制定内容宽泛的有关跨国并购的法律,如《反垄断法》,并在法律中将较为详

细的规章制度制定权授予行政机构,同时,由于信息不对称和专业技术问题,在规制法律、法规的制定和执行过程中,规制者还需要承担信息收集、向立法者提供被规制者的信息、负责法律、法规起草等职责,即起着“专家”的作用。司法机构受立法机构的委托,对规制法律、法规的执法者进行监督,通常情况下是在接受举报的情况下,以法律赋予其的职责,对规制者的行为进行合法性审查,从而判定规制者的行为是否违法。它们之间的关系见图1。

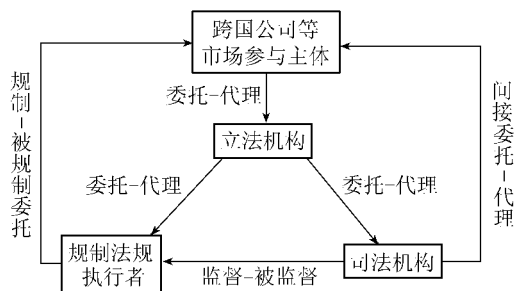


图1 跨国并购法律规制各方关系

如图1所示:作为跨国并购规制法律、法规的供给者的立法机构与作为规制法规需求者的跨国公司市场参与主体之间是一种委托—代理关系,而立法机构与规制者又形成新的委托—代理关系,那么市场参与主体与规制者形成二次委托—代理关系,这种多层关系使他们之间的委托—代理关系弱化,监督成本也随之提高,有可能引起规制法律、法规执行者在制定较为详细的关于跨国并购的规章和跨国并购规制法律、法规执行过程中,用公共权力进行抽租和创租。与此同时,规制者与跨国公司市场参与主体还有一种规制——被规制关系,规制者的规制权利由法律赋予,受立法者的委托,然而由于与原始委托者的关系弱化,再加上规制者本身也是经济人,为了自身利益最大化,其可能与跨国公司市场参与主体,尤其是其中有良好组织的小集团(如跨国公司)形成合谋,损害难于组织的大集团(如消费者)的利益,瓜分合谋利益,使规制法律、法规不予执行或大打折扣,甚至在一开始的立法阶段就为寻租者提供有利他们的规制法律、法规,即规制法律、法规的执行者成为“出卖”规制法规的“企业家”。

通过对跨国并购法律规制各方关系的分析,我们认识到在外资并购本国企业时存在跨国公司与规制者的合谋的可能,且双方合谋一旦达成将严重损害本国消费者利益,甚至威胁国家安全。因此,有必要进行跨国公司与规制者合谋的博弈分析,得到跨国公司与规制者达成合谋的条件,从而提出防范与化解跨国公司与规制者合谋的对策。

## 二、跨国公司与规制者合谋的博弈分析

如前所述,作为理性人的规制者,从自身利益最

大化出发,在信息不对称的情况下,很可能利用手中的公共权力进行抽租或创租。租被称为支付给资源所有者的款项中超过那些资源在任何其他可供选择的用途中所能得到的最大款项的那一部分,是超过机会成本的收入<sup>[3]</sup>。寻租被称为用非生产性活动来对经济利益重新分配,以达到不劳或者少劳而得到较多的收益的目的。其后果是在耗费社会成本的情况下,仅仅使社会福利转移,而不增加社会福利,也就是“帕累托更糟”。如果跨国公司对规制者进行成功寻租,那么其就可以通过制定跨国并购规制法律、法规,使规制法律、法规更有利于跨国公司,如将跨国并购审批的申报标准定得过低,这是与企业合谋;如果消费者对其进行成功寻租,那么其就可能把规制法规“出卖”给消费者,这是与消费者合谋,也就是不管是企业还是消费者,不管谁成功寻租,规制者都会向立法机构提供有利于之的信息,或者直接本身就制定有利于之的规制法规(因为规制者本身就是准立法者,负责为立法机构提供信息),那么,后果将是规制法律、法规总是对那些有良好组织的利益集团(企业)有利,确切地说,规制法规总是对小利益集团更为有利,因为小集团个体数量少,组织成本低,而一旦寻租成功则每个成员与大集团(消费者集团)相比,获利更大,而大集团恰恰相反,组织成本高,寻租成功每个成员获利也较少,搭便车现象比小利益集团严重得多,也就是奥尔森的一个利益集团形成组织的能力与其规模成反比理论<sup>[4]</sup>。也就是说成员少的小集团往往比成员数目的大集团更有博弈能力,而大集团(消费者)在立法博弈中成了“被人遗忘的、忍气吞声的集团”。由于中国自改革开放以来一直鼓励吸引外资,忽视了规制者与跨国公司的非法、合法合谋问题,规制者为自身利益明显偏袒这些跨国公司,使得外资对中国企业的跨国并购所导致的行业垄断问题日益严重,消费者利益遭受严重损失,甚至危害国家安全。

下面分析规制者与跨国公司的博弈:

假设跨国公司有寻租和不寻租两种策略。若寻租,寻租的花费为 $F$ , $F$ 为跨国公司与规制者直接合谋的隐性承诺租金,或者通过律师事务所与规制者进行间接合谋的隐性承诺租金。寻租成功带来垄断利润 $R$ ,但一旦被发现有惩罚,惩罚为罚金 $(F_1)$ +处分或判刑量 $(QD) \times$ 力度系数 $(LD)$ , $p$ 为被发现概率,那么寻租情况下的期望收益 $(U_{11})$ 为: $p(-F - F_1 - QD \times LD) + (1 - p)(R - F)$ ;若跨国公司不寻租,那么跨国公司没有寻租支出,但也没有垄断利润,期望收益 $(U_{12})$ 为0,面对企业的寻租,规制者也有两种选择:接受和拒绝。若接受,发现时惩罚

为  $F + K$  (合法收入)  $\times N$  (剩余工作年限) +  $QS$  (非经济损失)  $\times LS$  (把非经济损失经济化的抽象系数) 若没有被发现, 规制者的收益为:  $F + K$  (合法收入)  $\times N$  (剩余工作年限), 所以, 接受情况下的期望收益 ( $U_{21}$ ) 为:  $p(F - F - I \times N - QS \times LS) + (1 - p)(F + I \times N)$ ; 若不接受, 规制者没有租金收入, 也不会被惩罚, 只有合法收入, 即其期望收入 ( $U_{22}$ ) 为:  $I \times N$ <sup>[5]</sup>。也就是:

$$U_{11} = p(F - F - F_1 - QD \times LD) + (1 - p)(R - F)$$

$$U_{12} = 0$$

$$U_{21} = p(F - F - I \times N - QS \times LS) + (1 - p)(F + I \times N)$$

$$U_{22} = I \times N$$

那么, 只有当与规制者合谋的收益至少不比不寻租时小, 跨国公司才有合谋的激励, 用数学表示为:

$$U_{11} - U_{12} \geq 0, \text{即:}$$

$$p(F - F - F_1 - QD \times LD) + (1 - p)(R - F) - 0 \geq 0, \text{解之得:}$$

$$F \leq (1 - p)R - p(F_1 + QD \times LD), \text{即:}$$

而对于规制者来说, 只有当与跨国公司合谋的收益至少不比拒绝时小, 规制者才有合谋的激励, 用数学表示为:

$$U_{21} - U_{22} \geq 0, \text{即:}$$

$$p(F - F - I \times N - QS \times LS) + (1 - p)(F + I \times N) - I \times N \geq 0, \text{则:}$$

$$(1 - 2p)F \geq p(2I \times N + QS \times LS)$$

$$\text{当 } 0 < p \leq 1/2 \text{ 时, } F \geq p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p)$$

当  $p > 1/2$  时,  $F \leq p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p)$  所以, 跨国公司与规制者合谋的必要条件是  $U_{11} - U_{12} \geq 0$  和  $U_{21} - U_{22} \geq 0$  同时成立, 其共同解的情况是:

① 当  $0 < p \leq 1/2$  时, 若  $p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p) \leq (1 - p)R - p(F_1 + QD \times LD)$  则:

$$p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p) \leq F \leq (1 - p)R - p(F_1 + QD \times LD)$$

② 当  $0 < p \leq 1/2$  时, 若  $p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p) > (1 - p)R - p(F_1 + QD \times LD)$  则:

$$F \in \phi$$

③ 当  $p > 1/2$  时,

$$F < \text{Mix}[(1 - p)R - p(F_1 + QD \times LD), p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p)]$$

分析:

第①种情况, 也就是当被发现的概率小于二分之一时, 由于跨国公司愿意付出的承诺租金范围大于规制者愿意接受的承诺租金的范围, 所以合谋可

以达成, 他们达成合谋的租金金额的范围为:

$$p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p) \leq F \leq (1 - p)R - p(F_1 + QD \times LD)$$

第②种情况, 虽然也是在被发现的概率小于二分之一时, 由于跨国公司愿意提供的承诺租金范围小于规制者期望的租金, 也就是规制者“要价”太高, 而跨国公司“出价”太低, 故而达不到规制者的要求, “交易”无法形成, 也就是合谋无法达成。

第③种情况, 表面看来在  $F < \text{Mix}[(1 - p)R - p(F_1 + QD \times LD), p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p)]$  时合谋达成。但是, 当  $p > 1/2$  时,

因为  $p > 0, (1 - 2p) < 0, (2I \times N + QS \times LS) > 0$

所以  $p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p) < 0$ , 即:

$$F < p(2I \times N + QS \times LS)(1 - 2p) < 0$$

也就是说, 当被发现的概率大于  $1/2$  时, 即合谋被发现的概率比较大时, 相对于自己的合法收入来说, 合谋的风险远远高于不合谋时的合法收入, 以至于租金成了负值, 所以规制者不会与跨国公司合谋, 合谋无法达成。

### 三、跨国并购法律规制中防范、化解合谋的国际经验

#### 1. 不断完善法律体系, 约束境外利益集团活动

从对境外利益集团规制的法律体系构成看, 美国对利益集团游说活动的法律规制分别在 1938、1946 和 1995 年进行了 3 次大的改革, 规制法律体系包括 1938 年颁布的《外国代理人登记法》, 1946 年颁布的《联邦院外活动法》, 1995 年颁布的《院外活动公开法》。其中, 1946 年颁布的《联邦院外活动法》明确了游说者的定义和直接游说的方式, 规定了游说者要报告各种游说开支以及对拒不登记和拒不按规定报告的游说人的处罚措施。1995 年颁布的《院外活动公开法》对游说者、游说机构、委托人、游说活动等术语进行了明确界定, 对游说者进行登记和报告的制度作出了详细的规定, 同时对管理机关的职责、违规处罚等方面也进行了规范。美国对于利益集团的规制, 并不是从游说制度本身的弊端来看待, 而是从游说人员的“不道德”层面来看待<sup>[6]</sup>。此外, 美国其他法律也对境外利益集团的行为进行限制。如《联邦选举法》禁止外国人和外国代理人对选举进行捐款, 《政府道德法案》禁止外国人和外国代理人向政府官员馈赠礼物。

#### 2. 积极发挥社会组织作用, 加强舆论与社会监督

新闻媒体的报道揭露往往比法律制约更加及时有效, 鼓励新闻媒体、社会大众以及其他各类组织机构, 对跨国公司、相关涉外团体与个人的行为进行监

督。在美国国会注册的游说组织大约有两万多个,但是注册为“外国代理人”的不到500个。大多数为海外利益进行游说的组织并没有主动履行注册义务。因此,仅靠法律对“外国代理人”的行为进行约束远远不够,而舆论与社会监督有效弥补了这一不足。其中,社会组织就扮演了极其重要的角色,在防范外国利益集团的活动中,往往是目标的提出者、活动的领导者和推动者。这些组织往往由国会议员或专业律师发起建立,拥有雄厚的资金基础、严密的组织结构和明确的行动议程,并与政界保持着密切的联系<sup>[7]</sup>。

#### 四、跨国并购法律规制中防范、化解合谋的对策

##### 1. 采取多方面措施,提高合谋被发现的概率 $p$

从跨国公司与规制者合谋博弈模型我们可以看出,只有当被发现的概率  $p < 1/2$  时,规制者与跨国公司才有达成合谋的可能,而当  $p > 1/2$  时,由于被发现的风险太高,相对于惩罚,所收入的租金变成了负值,所以,理性的规制者不可能在此种情况下与跨国公司达成合谋。为此,应该加强对规制程序的监督,进一步建立信息透明化机制,加强经营者集中申报的规制力度,作为《反垄断法》配套法规之一的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》规定:经营者集中达到下列标准之一的,经营者应当事先向国务院商务主管部门申报,未申报的不得实施集中:参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币;参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。今后,要进一步加强行业协会的作用,由于行业协会能更了解本行业内部信息和市场情况,有助于建立行业垄断预警系统及时发现因跨国并购而限制竞争行为所导致的行业垄断问题,行业协会可以为政府制定行业规制法律、法规提供有说服力的信息依据,有助于提高合谋被发现的概率  $p$ ,有助于减少信息不对称引发的跨国公司寻租行为。

##### 2. 加大对合谋的惩罚力度,尽快完善规制跨国并购的法律和相关实施细则

对外资并购实施国家安全审查是国际通行的方法,在美国,经营者除了要接受司法部和联邦贸易委员会实施的反垄断审查,对涉及国家安全的,还要接受外国投资委员会实施的国家安全审查。根据对跨国公司与规制者合谋的博弈分析,为防范和化解合谋,应根据合谋可能造成的损害,借鉴美国的相关作

法,不断完善约束境外利益集团活动的法律,加大惩罚力度,尤其要提高罚金( $F_1$ )、处分或判刑量( $QD$ )和力度系数( $LD$ )。2008年中国开始施行的《中华人民共和国反垄断法》第三十一条规定:“对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照本法规定进行经营者集中审查外,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。”作为《反垄断法》两个配套规章,2009年国家工商总局公布《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》和《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为程序规定》。由于反垄断执法具有很强的法律性、专业性和复杂性,特别是认定经营者具有市场支配地位的标准和考虑因素比较复杂,因此今后应进一步制定相关的实施细则。

##### 3. 大力弘扬“人为为人”产业规制文化

如前所述,规制主体、客体多层关系使他们之间的委托—代理关系弱化,规制成本也随之提高,而且,随着规制产业知识密集程度、技术复杂程度不断加强,跨国并购法律规制成本更是不断提高。对此,应借鉴美国的作法,加强社会组织的作用,在此基础上,更要强调道德的作用和价值,在规制实践中大力加强东方管理学教育,倡导“以人为本”、“以德为先”、“人为为人”东方管理学核心理念。道德的规范作用来自于社会舆论、内心信念和传统习惯等精神力量,实际上是通过社会成员的自觉性来发挥作用。规制道德既是目标,也是过程,规制各方当事人不能在规制实践中松懈自身人格的完善和提升,“正人必先正己”,规制各方当事人应从“为人”的角度出发,来从事、控制和调整自己的规制与被规制行为,形成良好的规制各方激励环境和促进产业发展。“人为为人”产业规制文化坚持德法互济的理念,使规制各方当事人都能持久地处于高效、稳定、和谐状态下工作,从而促进跨国并购法律规制效率的提升与和谐社会的构建。

##### 参考文献:

- [1] 曲振涛,杨恺钧. 规制经济学[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2006: 294-302.
- [2] 陈富良. 利益集团博弈与管制均衡[J]. 当代财经, 2004(1): 56-58.
- [3] 贺卫. 寻租经济学[M]. 北京: 经济科学出版社, 1999: 124-127.
- [4] 夏大慰, 史东辉. 政府规制理论、经验与中国的改革[M]. 北京: 经济科学出版社, 2003: 156-158.
- [5] 蓝庆新. 腐败问题的经济学分析[J]. 资料通讯, 2003(6): 43-45.
- [6] 赵可金. 法治理想国: 美国国会游说的法理和文化分析[M]//孙哲. 美国国会研究(二). 上海: 复旦大学出版社, 2003: 316.
- [7] 江涌. 正视境外利益集团[J]. 望, 2008(18): 23-25.