

# 保护竞争应为本

## ——关于低价倾销行为的法律思考

王晓晔 博士

### 排挤竞争对手

近年来,低价倾销已成为我国许多工业部门的突出问题。为此,国家经贸委1998年8月曾发布《关于部分工业产品实行行业自律价的意见》(以下简称意见)。行业自律价作为行业组织测定和发布的价格,明显违反我国价格法中关于实行市场调节价产品应当由企业依法自主定价原则,因此,《意见》很快被国家计委和国家经贸委1998年11月发布的《关于制止低价倾销工业品的不正当价格行为的规定》所取代。为进一步制止低价倾销行为,国家计委1999年8月3日再次发布《关于制止低价倾销行为的规定》(以下简称规定)。《规定》第2条指出,低价倾销行为指经营者在依法降价处理商品之外,为排挤竞争对手或独占市场,以低于成本的价格销售商品,扰乱正常生产经营秩序,损害国家利益或其他经营者合法权益行为。据此,非法低价倾销行为有两个要件:第一是倾销目的,即为排挤竞争对手或独占市场;第二是倾销事实存在,即以低于成本的价格销售商品。然而由于该《规定》可操作性不强,在适用中可能存在许多问题。现仅结合美、德立法与司法实践进行一些比较。

根据《规定》第2条,排挤竞争对手或独占市场目的,是认定非法倾销的要件。然而,《规定》没有提及如何认定排挤竞争对手或独占市场意图。问题在于是否可以通过当事人主观愿望认定排挤意图?

(一)美国法 1911年美国联邦最高法院在洛克菲勒石油公司一案中认定,该公司从19世纪后半叶以来,以掠夺性的定价方式(predatory pricing)使120个小石油公司限于破产境地,然后通过购买这些小企业控制美国采油和炼油市场90%的份额。洛克菲勒公司由此被判为垄断罪,根据法院的命令被迫肢解为34个小公司。此后,掠夺性定价便成为美国反垄断法中非法取得垄断地位的手段,这里的掠夺性定价就是非法低价倾销行为。

(二)德国法 德国反不正当竞争法第1条规定,行为人在商业交易中以竞争为目的而违背善良风俗,可向其请求停止行为并赔偿损失。该条款可适用于企业低价倾销行为。如果根据案情,一个低价倾销行为给市场竞争造成严重损害,企业排挤意图是完全不重要的。

德国法中明确禁止低价倾销规定主要见于经第6次修订的《反对限制竞争法》第20条第4款规定,相对中小企业有着市场优势的企业,不得利用其市场优势直接或者间接地不公平妨碍中小竞争者。据此,认定非法倾销行为有两个前提条件。第一,实施倾销的企业占有市场支配地位。根据反对限制竞争法第19条,一个企业没有竞争者或没有实质性竞争,或相对于竞争者有显著市场地位,要特别考虑企业的市场份额、财力、进入采购或销售市场的渠道、与其他企业联系、其他企业进入市场在法律上或事实上存在的障碍、事实上或潜在的竞争、转产能力或交易对手转向其他企业的可能性等。为便于适用法律,该条第3款还规定市场支配地位的法定推断:至少占1/3市场份额的企业可以推断为占市场支配地位;3个或3个以下的企业共同占有1/2的市场份额,5个或5个以下的企业共同占有2/3的市场份额,可以推断上述企业共同占有市场支配地位,除非这些企业之间存在实质性竞争。如果一个企业不能被认定为占有市场支配地位,倾销行为就不构成违法。第二,非法倾销不是一

次性的或者偶然的为。

掠夺性定价虽在美、德等发达市场经济国家一直是被打击对象,但这种案例却非常少。除不易计算产品成本的客观因素外,另一重要原因是这种行为成功的机会很少。因为在竞争者被排挤出市场之后,实施倾销的企业在理论上虽可以大幅度涨价,获取垄断利润,但随着利润提高,在不存在进入市场障碍情况下,还会有新的竞争者进入市场,实施倾销行为的企业被迫处于原来的市场地位。而且,倾销时间越长,损失越大,甚至可能导致与竞争对手同归于尽。因此,这种行为被视为是不理智的行为。

#### 倾销认定

非法倾销另一要件是倾销事实存在,即企业以低于成本价格销售商品。根据《规定》第4条,所谓成本指生产成本或经营成本。问题在于,从优化配置资源的角度看,是否有必要要求企业必须将产品价格规定在全部成本之上。

(一)美国法 在美国的反垄断实践中,对倾销价格的分析基本依据阿里达-特纳规则(Areeda-Turner rule)。根据该理论,一个价格如低于可能合理预见的短期边际成本,该价格就成为认定掠夺性定价的因素。由于在实践中边际成本计算比较困难,阿里达和特纳决定使用平均可变成本代替边际成本。可变成本指随着生产数量而发生变化的成本,主要存在于对生产要素支付及其他短期使用的资源如劳动工资、原材料或半成品的购买价格等。与可变成本相对的是固定成本,表现为对生产的固定投资如厂

房和机器设备。阿里达和特纳认为,从长远角度看,产品价格最终必须补偿成本,但在一个短期内却不必要一定补偿全部成本。然而,无论任何情况下,产品价格必须要补偿其可变成本。由此得出结论,如果产品价格低于可变成本,这个

**构成非法低  
价倾销行为的要  
件: 倾销目的,  
即为排挤竞争对  
手或独占市场;  
倾销事实存在,  
即以低于成本的  
价格销售商品。**

价格可能就是掠夺性价格。因为企业在不能回收可变成本的情况下继续经营,所受的损失要比在破产和退出市场时受到损失还大。在这种情况下,如果企业将其产品价格规定在平均可变成本之下,就能够说明排挤竞争对手的意图。根据阿里达-特纳规则,如果一个价格低于产品的平均总成本,但是高于短期的平均可变成本,不管这个价格能否产生最大的利润,都是合理的,从而一般不会被指控为掠夺性定价。

(二)德国法 根据竞争理论,企业只有在自由定价条件下,才能根据市场需求不断调整自己,对市场作出反馈。因此,德国法对企业定价行为很少进行限制,原则上允许企业以低于成本价格销售商品。

德国法允许企业低价倾销的理论根据,从企业管理角度,人们不可能精确计算一种商品的生产成本,也不可能精确计算商业销售中某种商品的销售成本。特别在商业销售中,零售商低于进货价很正常,因为企业可能有许多正当理由,将其某些商品以较高价格销售,而将另一些以较低价格销售,甚至低于成本销售。对于一个销售商来说,决定性不是个别商品价格,而是所有商品的最终销售情况。只要这些销售总体上超过成本,企业就有利可图,可以实现其销售目的。德国法院还特别容忍新进入市场的企业以低于成本价格销售商品,认为这种低价销售目的是在市场上取得一定地位,获取一个正常利润,而不是为排挤竞争对手。法院只是在极个别情况下,才会禁止企业的倾销行为。

#### 行业定价

从美、德立法实践看,在市场经济条件下,认定企业低价倾销行为只能从企业个别成本出发,而不能以行业平均成本为依据。因为只有允许自由定价和价格竞争,才能推动技术革新、改善经营管理和降低成本,其结果就会优化配置资源。

然而,根据《规定》第5条,在企业个别成本无法确认时,由政府价格主管部门按该商品的行业平均成本及其下浮幅度认定。此外,《规定》第14条还指出,商品行业平均成本及其下浮幅度由政府价格主管部门会同行业主管部门确定和公布;消费者和经营者在举报低价倾销行业时,可将其作为主要依据;政府价格主管部门在调查认定低价倾销行业时,可将其作为参考依据。

可以看出,为避免低价倾销之虞,一般的企业都不敢轻易以低于行业的平均成本来定价。这就不仅约束企业自由定价的权利,而且还会导致一个行业的企业在价格上保持一致,事实上形成价格卡特尔。

价格卡特尔是对竞争危害最严重的行为。因为在市场经济体制下,价格是生产者之间和生产者与消费者之间互通信息的工具,是调节生产和需求的最重要机制。一种商品的价格一旦被固定,价格传递供求信息和调节生产的功能就丧失殆尽,其结果是劣质企业不能被淘汰,优势企业得不到较好的经济效益。而在要求企业按照行业平均成本销售产品情况下,由于所谓行业平均成本一般会大幅度高于某些经济效益较好企业的个别成本,从而限制这些企业进行降价的可能性,使企业失去及时扩大生产和经营规模的机会。从长远看,如果企业不能使用价格竞争这个参数,在很大程度上会影响企业进行技术革新和降低成本的动力,不利于提高企业竞争力。而且在协调价格情况下,由于企业都有实现利润最大化的愿望,这个协调价一般会超过有效竞争条件下的价格,从而会严重地损害消费者的利益。许多国家的反垄断法对卡特尔适用本身违法的原则。

也许有人认为,《规定》只是提出在个别成本无法确认时,才由政府价格主管部门按照行业平均成本及其下浮幅度认定。但问题是,在今天的生产条件下,绝大多数企业同时生产或经营多种产品,从而很难精确计算某个产品生产成本或经营成本。如果一个企业的个别成本

不能精确测定,所谓行业平均成本就是一个主观的臆造。另一方面,根据其他市场经济国家经验,一个企业被指控低价倾销行业时,一般都能够找出各种理由,说明其价格是在成本之上。正是因为存在计算成本的难题,许多国家虽将制止低价倾销行为作为其反垄断法的重要内容,但事实上这样的案例却非常少。我国立法者已认识到确认个别成本的难度。因此,《规定》第10条指出,在个别成本无法确认时,行业组织应协助政府价格主管部门测定行业平均成本及合理下浮幅度,制止低价倾销行为。第13条指出,必要时政府价格主管部门可以会同行业主管部门或委托有资质的中介事务机构对个别成本予以认定。因为一个行业的企业不只几家或几十家,而是成千上万家,政府部门、行业协会或被委托的中介机构要测定一个行业平均成本一般需要很长时间。然而,在市场经济条件下,价格是一个不断变动的因素,特别是原材料以及半成品的价格几乎是在不断地发生变化。在这种情况下,由政府、行业协会或中介机构测定的行业平均成本就决不会是一个准确的数据,充其量不过是对这个行业过去平均成本的大概估计。用一个估计和过时的数据约束企业的价格行为,这无疑是不合理的。

#### 呼唤反垄断法

虽然从企业的角度出发,降价常常是可以理解的,比如从长远眼光看,降价可以保证企业的生存,甚至可能使之实现利润最大化。然而在实际中,许多企业并不喜欢价格竞争,特别不喜欢降价竞争。因为

随着降价,特别是当价格降低到成本价格之下,会有大批中小企业被排挤出市场。因此,各国的反垄断法一般都有禁止掠夺性定价的规定,禁止占市场支配地位的企业以低于成本的价格销售商品,其目的是反对垄断,保护竞争,特别是维护竞争性的市场结构。

我国《规定》虽然反映企业制止低价倾销的愿望,然而没有提及如何认定“排挤竞争对手或者独占市场目的”。这就完全不能起到反垄断作用。恰恰相反,因为《规定》指出,在不能认定个别成本的情况下,要按照行业的平均成本认定个别成本,就会导致严重限制企业间的价格竞争。此外,《规定》第18条指出,政府价格主管部门依法对低价倾销行为实施行政处罚,但是没有提及如何与《反不正当竞争法》第11条以及在执法中如何与工商行政管理部门相协调,在实践中就会产生法律适用的冲突,从而会降低《规定》的效力。

事实上,不管《意见》,还是《规定》,都不符合我国价格法第14条的精神。因为认定个别成本,政府部门定期测定行业的平均成本并公布于众,这是明显地引导企业进行价格协调。经过20多年的经济体制改革,从短期看,竞争可以推动企业的技术革新、改善经营管理和降低成本,从而有利于提高我国企业的竞争力。从长远看,竞争可以合理调节社会生产,优化配置资源,从而成为发展我国国民经济的根本手段。为推动竞争,保护竞争,我国亟待制定和颁布反垄断法。

(作者单位:中国社会科学院法学所;见习编辑:张淑玲)