

并排权宜之针

——完善我国竞争法及竞争机制的思考

王晓晔 研究员

商品流通的过程，是消费者选择商品的过程，也是经营者参与市场竞争的过程。因此，建立和完善竞争法是建立和完善现代市场流通秩序的一个极其重要的方面。

反垄断法

反垄断法也被称为自由竞争法，其价值理念是反对垄断、反对限制竞争、保护企业自由参与市场竞争的权利。随着经济体制改革的不断深入，我国在反垄断法领域已经颁布了一些法规，其中最重要的是《价格法》和《反不正当竞争法》。如《价格法》第14条第1款规定，经营者不得“相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者消费者的合法权益。”《反不正当竞争法》第6条规定，“公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，不得限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争。”第7条规定，“政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动；政府及其所属部门不得

滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场。”尽管我国已出台上述一些规定，并且通过执法已取得了一定成效，但我国的反垄断立法仍然存在着很大问题，主要表现在以下方面：

（一）尚未形成一个系统和完整的反垄断法体系 根据美国、德国、日本、欧共体等国家和地区的立法经验，反垄断法在反对私人垄断方面至少应当规定三个方面的任务：禁止垄断协议，禁止滥用市场支配地位，控制企业合并。这三个方面也被称为反垄断法实体法的三大支柱。但是，我国现行反垄断法在这三个方面都没有完善的规定。例如，1998年，彩电业生产显像管的8大企业联合限产是严重损害市场竞争的行为，但我国对此没有禁止性的规定。我国也没有禁止地域卡特尔的规定，尽管这种行为会严重损害消费者的利益，限制企业的生产规模，影响规模经济。与此相反，在大多数实行市场经济体制的国家，数量卡特尔、地域卡特尔与价格卡特尔一样，被视为严重损害市场竞争的

行为，适用本身违法的原则。

另一方面，除了《反不正当竞争法》第6条关于公用企业的规定外，我国没有禁止滥用市场支配地位的一般规定。因此，尽管微软公司捆绑销售浏览器的行为和价格歧视在很多国家被视为是滥用市场支配地位，从而被提起了反垄断诉讼，但中国的用户和消费者却不得不在微软公司垄断的阴影下叫苦连天。

此外，我国也没有控制企业合并的一般规定。1986年，原国家体改委和国家经委发布的《关于组建和发展企业集团的几点意见》中虽然提出“一个行业一般不搞全国性的独家垄断企业集团”，也只是表达了政府的反垄断意向，在实践中却没有可操作性。原外经贸部2003年3月发布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》第19条规定，外国投资者并购境内企业出现某些情形时，应向外经贸部和国家工商行政管理总局进行报告。根据该规定第20条，外经贸部和国家工商行政管理总局如果认为外国投资者并购境内企业“可能造成过度集中，妨碍正当竞争、损害消费

者利益的”，应自收到规定报送的全部文件之日起 90 日内，共同或经协商单独召集有关部门、机构、企业以及其他利害关系方举行听证会，依法决定批准或者不批准。这一规定明显是为了遏制跨国公司在我国的市场势力。然而，从发展的眼光看，这一专门针对外商投资的规定并没有多少生命力。因为企业并购活动不仅是企业组织的调整，而且也是企业提高自身竞争力的手段，是一种竞争方式。如果国家在这个方面仅对外商投资作出限制，而不限境内企业的并购活动，这会被外国投资者视为歧视性待遇，从而不利于我国吸收外国投资，也不利于改善中国的投资环境。

事实上，随着经济全球化和企业的跨国并购活动，企业的国籍已经越来越不重要，而且确定企业国籍有时甚至成为一件不很容易的事情。当然，确实需要防止出现跨国公司通过并购方式在我国市场上取得支配地位的情况。但是，最好的防范手段是制定和颁布反垄断法，对我国市场上开展经营活动的所有企业，包括国有企业和私人企业、中国企业和外国企业，一体适用公平竞争原则，而不是根据国籍对其实行差别待遇。事实上，除了个别仍需要保护的行业，这在反垄断法上称为可以被豁免的行业，其他所有行业的所有企业都应当处于相同的竞争规则之下，在竞争中有着平等的地位。只有这样，我国才能建立一个真正公平竞争的法律环境，才能有效遏制跨国公司在我国的市场势力，提高我国企业的市场竞争力。

（二）对滥用行政权力限制竞

争的行为制裁不力 我国当前仍处于从计划经济向市场经济转轨的过程，政企不分的情况尚未彻底改变，旧经济体制下的行政垄断行为仍然很严重。行政垄断主要表现为行业垄断和地方保护主义。行业垄断即是政府及其所属部门滥用行政权力，限制经营者的市场准入，排斥、限制或者妨碍市场竞争。这特别表现为一些集行政管理和生产经营于一体的行政性公司、承担着管理行业任务的大企业集团以及一些挂靠这个局、那个部享受优惠待遇的企业。这些企业凭借政府给予的特权，有着一般企业所不可能具有的竞争优势，在某些产品的生产、销售或者原材料的采购上处于人为的垄断地位，从而不公平地限制了竞争。这种现象被称为“权力经商”。地方保护主要表现为地方政府禁止外地商品进入本地市场，或者阻止本地原材料销往外地，由此使全国本应统一的市场分割为一个个狭小的地方市场。此外，由于我国企业一定程度上还没有真正成为独立的市场主体，有些看似企业的限制竞争行为也往往带有行政色彩，例如 1998 年某些行业出台的所谓“行业自律价格”。

以上事实说明，制止行政垄断是中国反垄断法一个极其重要且非常迫切的任务。但是，中国目前在这些方面缺乏有效的禁止性规定。根据现行反不正当竞争法第 30 条，滥用行政权力的法律后果是由其上级机关责令改正。这种做法是不妥的。因为这里的上级机关不是一个确定的机关，更不是一个确定的司法机关，上级机关的工作人员就不一定具有很强的反垄断意识。

另一方面，如果授权上级机关纠正下级机关的违法行为，法律上就应当有关于立案、调查、听证、裁决等一系列程序性的规定，从而需要国家投入相当大的人力和财力。因此，这个条款既没有效力，也缺乏可操作性。

（三）缺乏独立和权威的反垄断执法机关 我国现行反垄断法是分散在价格法、反不正当竞争法、招标投标法以及众多行政法规之中，缺乏一项统一和系统的法律规定。在这种情况下，中国目前也缺少一个独立和权威的反垄断执法机关。反垄断法与一般民商法不同，与反不正当竞争法也不同，因为它的任务不仅要同大企业集团或者垄断企业限制竞争的行为作斗争，而且还要同政府滥用行政权力限制竞争的行为作斗争，这就要求执法机关具有相当大的独立性和足够大的权威性。特别是行政性限制竞争的案件，往往有着盘根错节的复杂关系，调查难度大，如果反垄断法的主管机关没有相当大的独立性和权威性，它的审案工作就会受到其他行政部门的干扰和影响，不利于依法作出裁决。而就中国现行反垄断法的执法机关来说，即便是工商行政管理部门，它们也不具有足够大的独立性和权威性。

反不正当竞争法

反不正当竞争法也被称为公平竞争法，其价值理念在于保护公平竞争，反对不正当竞争。我国反不正当竞争法已有近 10 年的历程。这期间虽然有国家工商行政管理局对某些不正当竞争行为做出一些细则性规定，但总体上没有进行过一

次全面修订。从现在的眼光看，这部法律有许多值得改进之处：

(一)缺乏总则条款 反不正当竞争法第2条规定，“本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。”因为这部法律明确将11种行为定为不正当竞争行为，而那些在法律上没有明确规定的行为，如传销活动，就不能被视为不正当竞争。

然而，由于人们的认识能力有限，特别是人们不可能预见到未来出现的所有不正当竞争行为，为了能够及时阻止这样的行为，法律上就应当有一个一般性规定，或者称为总则性条款。例如，德国反不正当竞争法第1条规定

“在商业交易中以竞争为目的而违背善良风俗者，可向其请求停止侵害和损害赔偿。”在德国的司法实践中，大约1/3的不正当竞争案件是原告依据这一规定要求被告停止侵权行为并且承担损害赔偿赔偿责任。德国学术界和德国联邦法院一致认为，一般条款“应支配整个法律，即在法律规定的具体事实构成不能适用的所有方面，都应当适用这个一般条款。”而且，即便法律对某种不正当竞争行为明确做出禁止性规定的情况下，法院仍然可以适用总则性条款来处理案件。这即就是说，总则性条款既可起到“兜底”功能，弥补其他条款的不足之处，又具有和其他条款“竞合”的功能，即它们和具体行为的条款不是相互排斥。

(二)传销应被定为不正当竞争行为 传销是指行为人在商业交易中，由本人或通过其他人从事的以许诺给予好处的方式促使非商人购买商品或者服务的行为。传销的特点是，参加人得付出一定的代价，以取得推销商品或者服务或者介绍他人参加传销活动的权利，并由此获得佣金或者其他经济利益。

我国在20世纪90年代中期曾

的竞争行为和扰乱市场秩序的行为，许多国家都对这种活动做出了禁止性规定。

(三)应加大对不正当竞争行为的制裁力度 我国反不正当竞争法颁布近10年来虽然取得了很大成绩，但是假冒行为仍然十分猖獗，甚至愈演愈烈。这里除了法律不完善的问题外，对违法者制裁不够严厉也是一个很大的问题。

因为反不正当竞争法的主管机关是工商管理部门，违法后果主要是行政罚款。然而，根据该法第4章关于法律责任的规定，除对假冒行为可以根据情节处以违法所得1倍以上3倍以下的罚款外，其他行为大多是根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。不正当有奖销售行为还是根据情节处以1

万元以上10万元以下的罚款。以虚假广告为例，20万元的最高罚款额不能算是一个有效的惩罚。对假冒行为处以违法所得1倍以上和3倍以下的罚款，其效果同样令人怀疑。

(四)竞争法体系亟待科学化 现行反不正当竞争法不仅存在法律不完备的情况，体系也很不科学。特别是反不正当竞争法第7条把政府滥用行政权力的行为作为不正当竞争行为来处理，这在理论上是说不通的。因为在市场经济条件下，政府及其所属部门不是经营者，不是市场竞争的参与者，它们当然不可能从事不正当竞争行为。因此，随着反垄断法的制定和颁布，反不正当竞争法也应当在体系上得到一次全面调整的机会。

我国竞争法的制定及修订应建立在对我国经济体制和市场发展做出全面评估的基础上，推动和维护竞争机制是一项长期国策，并非一时权宜之计。

兴起一股传销热。许多厂家，特别是一些经营不善的个体厂家，纷纷以传销为手段推销商品。因为传销活动是依靠“老鼠会”销售商品，成为传销员的先决条件是交纳入会费并且购买一定数量的商品。这样的竞争方式就不是靠企业的经济效益，不是靠产品的优质低价，而是靠“套人头”，即依靠那种“你不花一分钱，却能享受高额回报”的蛊惑人心的宣传。这当然违背了市场公平竞争的原则，是不正当竞争行为。此外，以传销方式推销的商品大都是价非所值，许多是假冒伪劣产品，再加上传销公司一般没有退货制度，这就会严重损害消费者的利益。而且，传销活动是无店销售，方式隐秘，从而也是国家税收中的“黑洞”。由于传销是不正当

执法机关

我国现行反垄断法分散在价格法、反不正当竞争法、招投标法以及其他众多行政性法规中,缺乏一个统一和完整的体系,因此,我国目前也缺少一个独立和权威的反垄断执法机关。而且,更为严重的是,如何建立竞争法执法机构,也成为我国当前反垄断立法最大的难题,以至于当前的反垄断法草案对这个机构的设置、人员的任命、机构的权限、办案程序等一系列重要问题均没有作出明确规定。

很明显,反垄断法作为规范市场竞争秩序最重要的法律制度,它的颁布和实施肯定会影响我国现行涉及市场竞争的其他法律制度,如价格法和反不正当竞争法。因此,有人提出,未来反垄断法可以由工商行政管理、价格、技术监督等部门分别行使职权;甚至还有人提出,反垄断法的颁布和执行将会影响我国现行的执法体制,动作太大,所以这个法的制定应当缓行。

反垄断法因其承担的特殊任务,必须要有一个独立和权威的执法机构。特别在中国,反垄断法不仅要同大企业集团或者垄断企业的限制竞争行为作斗争,而且还要同政府滥用行政权力限制竞争的行为作斗争,这就要求这个执法机关具有相当大的独立性和足够大的权威性。特别在行政性限制竞争案件中,往往有着盘根错节的复杂关系,调查难度大,如果反垄断法主管机关没有独立性和权威性,它的审案工作就会受到其他行政部门的干扰和影响,不利于依法作出裁决。例如,在我国当前各地的地方

保护主义中,有些工商管理部门就不是处于超脱的态度,秉公执法。

另一方面,反垄断法需要一个独立和统一的执法机构,也是出于反垄断法国际合作的需要。例如在国际卡特尔问题上,在控制跨国公司合并的问题上,需要各国反垄断执法机关之间的信息交流或者其他方面的合作。为此,美国和欧共体还于1991年订立了《执行反垄断法的合作协定》。正是出于各国反垄断法执法机关之间进行合作的需要,酝酿中的WTO竞争政策多边协议将成员方建立一个独立的竞争法执法机关作为这个协议的核心原则,要求成员方必须遵守。现在世界上颁布了反垄断法的国家大都有一个统一的行政执法机构,如欧共体委员会、德国联邦卡特尔、日本公平交易委员会、韩国公平交易委员会等等。只是美国出于历史原因,建立起两个有并行管辖权的机构:司法部反垄断局和联邦贸易委员会。

因为没有系统的反垄断法,我国从未处理过具有国际影响的限制竞争案件。因此,反垄断法领域的国际合作对我国是一个全新的课题。应当认识到,在经济全球化的今天,竞争政策领域的国际合作非常重要。可以想象,WTO成员方如果没有这方面的合作,如果各国一如既往地实施有本质差别的竞争政策,那肯定就会导致国际贸易和国际投资的扭曲,增加政府和企业的决策成本,增加企业市场交易的不确定性。因此,我国在努力抓紧制定反垄断法的同时,也应当努力建立一个比较独立的主管反垄断法的行政执法机关。

需要指出的是,这里所讲的“独立”二字,其含义是指这个机构能够独立审理案件,而不是说它只能处理反垄断法案件。从节约资源的角度看,这个机构可一并处理反不正当竞争案件,有些国家的竞争法机构(如澳大利亚)还可处理消费者保护的案件,在拉美国家,甚至有人提出一并处理反倾销法和反补贴法等各种案件。但是,无论如何,不可把反垄断法在不同方面的执行肢解给不同的机构。因为这不仅会严重影响执法机关的权威性和地位,而且也影响反垄断法的效力,可能出现某些案件大家争着搞,有些案件则相互推诿的现象。

我国竞争法的制定及其修订,应是建立在对我国经济体制和市场竞争发展做出全面评估,以及对世界各国竞争法的产生、未来走势、竞争政策与经济发展的关系等问题进行认真研究和分析的基础上。我国长期处于计划经济时代,对竞争法和竞争政策研究不够,竞争理论方面的人才较少。应当适应形势和时代需要,组织专家、学者以及执行竞争政策的政府官员对这些问题进行深入学习和研究。应当认识到,在市场经济国家,包括在社会主义市场经济国家,竞争机制在配置资源中起着基础性的作用,是推动国民经济发展的根本手段。因此,竞争政策是市场经济国家基本的经济政策,推动竞争和维护竞争机制是国家一个长期策略,而不是一时的权宜之计。

(作者单位:中国社会科学院法学所;责任编辑:李晓丽)