



经济法论丛

Series of Economic Law



行业协会限制竞争 法律规制研究

Hangyexiehui Xianzhijingzheng Falüguizhi Yanjiu

鲁 篱 著

《中华人民共和国反垄断法》出台前一个月，方便面行业协会固定价格事件的曝光，引发了立法小组、人大常委和企业界的广泛关注和讨论。为了防止行业协会成为垄断行为的组织者，《反垄断法》最终在其第11条、第16条、第46条第3款中对行业协会的限制竞争行为进行了规制，这反映了立法者对此类问题的重视。但是，该规定还是相对原则，更大程度上是一种竞争理念的普及和强调，对行业协会的限制竞争行为的研究和规制任重而道远。本书就是在理论分析和介绍各国相关学说和制度的基础上，试图对我国行业协会限制竞争行为的法律规制作出一个系统和全面的梳理和制度建构，以期能对我国行业协会的规范化运作乃至市民社会的兴起和成长有所助益。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

0912.290.
51



经济法论丛

Series of Economic Law

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

行业协会限制竞争 法律规制研究

Hangyexiehui Xianzhijingzheng Falüguizhi Yanjiu

鲁 篱 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行业协会限制竞争法律规制研究/鲁篱著. —北京:北京大学出版社,
2010.2

(经济法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16681 - 9

I. 行… II. 鲁… III. 行业组织 - 法律 - 研究 - 中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 016184 号

书 名: 行业协会限制竞争法律规制研究

著作责任者: 鲁 篱 著

责任编辑: 郭薇薇

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16681 - 9/D · 2540

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经销者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 14.75 印张 243 千字

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

目 录

第一章 行业协会与限制竞争的一般理论	/ 1
一、行业协会的定义及其特征	/ 1
二、行业协会享有市场规制权力的合理性分析	/ 4
三、行业协会促进市场竞争的路径和方法	/ 10
四、行业协会限制竞争的可能性或者原因分析	/ 13
五、行业协会限制竞争行为的主要表现形式	/ 15
六、行业协会限制竞争行为的特点	/ 18
第二章 行业协会的价格卡特尔行为	/ 24
一、行业协会价格卡特尔行为概述	/ 25
二、美国对行业协会卡特尔的反垄断法规制	/ 43
三、其他国家和地区对行业协会价格卡特尔的规制	/ 56
四、我国行业协会价格卡特尔的法律规制	/ 70

第三章 行业协会的信息交换行为	/ 83
一、行业协会与信息交换	/ 83
二、行业协会信息交换的基本种类及其利弊分析	/ 86
三、信息交换与限制竞争法律规制的比较	/ 89
四、我国行业协会信息交换限制竞争法律规制设想	/ 96
第四章 行业协会的标准认证行为	/ 100
一、标准化与市场竞争	/ 100
二、行业协会标准化与专利联盟标准法律规制的区别	/ 105
三、标准化与限制竞争的法律规制	/ 107
四、标准化与反垄断中涉及的四个问题的探讨	/ 113
五、我国标准化反垄断制度的若干构想	/ 119
第五章 行业协会的集体抵制行为	/ 125
一、行业协会集体抵制行为概述	/ 126
二、反垄断法规制行业协会集体抵制行为的比较研究	/ 141
三、我国行业协会集体抵制行为的反垄断法规制	/ 166
第六章 行业协会限制竞争行为法律规制的基本制度设计	/ 179
一、我国行业协会限制竞争行为法律规制监督体系的构建与完善	/ 179
二、规制行业协会限制竞争行为的程序机制设计	/ 188
三、行业协会限制竞争的违法性判断标准	/ 194
四、行业协会限制竞争行为的法律责任	/ 197
五、行业协会限制竞争适用除外制度和豁免制度	/ 216
参考文献	/ 224
后 记	/ 230

第一章 行业协会与限制竞争的一般理论

一、行业协会的定义及其特征

关于行业协会 (trade association, industrial association) 的定义, 国外学者虽有较多表述^①, 但就其实质而言并无二致, 一般认为: 行业协会是由单一行业的竞争者所构成的非盈利性组织, 其目的在于在促进和提高该行业中的产品销售并在雇佣方面提供多边性援助服务。^② 从上述定义中, 我们不难发现行业协会具有以下特征:

(一) 非盈利性

非盈利性即是不以追求利润最大化为目的, 其成立和运作的目的在于为其成员提供一些公共性服务, 不以营利为目的。但值得指出的是, 行业协会的非盈利性并

^① 如 Joseph F. Bradley 认为行业协会是由参加相同或类似经济活动的公司所构成的旨在解决其共同或普遍性问题的组织。见 Joseph F. Bradley, *The Role of Trade Association and Professional Business Society*, University Park Pennsylvania, 1965, p. 4.; 另 George P. Lamb 和 Summers Kittelle 在他们的《行业协会法与实践》中征引了以下定义: 行业协会是由竞争者组成的, 在一个广泛而激速扩张的领域通过相互利益所构成的一个合作性组织; 行业协会是一种非盈利性组织, 它是由商业中的竞争者所构成, 其目的在于促进和提高该行业中的一个或多项经济利益或者是该领域所覆盖成员的经济利益, 见 George P. Lamb, Summers Kittelle, *Trade Association Law and Practice*, Little, Brown and Company, 1956, p. 3。

^② Joseph F. Bradley, *The Role of Trade Association and Professional Business Society in America*, University Park Pennsylvania, 1965, p. 4.

并不意味着行业协会其活动不产生收入。从当前西方对行业协会主要活动的描述中^①,我们不难看出,其中有多项活动是有可能产生利润和收入的,但是,法律非盈利性的规定则要求行业协会不得将其利润进行分配,即所谓的分配限制条款(the articles of distributional constraints),也正因为行业协会的非盈利性特征,故各国税法对行业协会的收入大多有税收优惠的规定。^②

(二) 中介性

中介性是指行业协会是国家与企业之间的联结,其在一定程度上担负着促进和保障国家与企业相互沟通的功能,正如 Procassini 所指出的那样,“协会的基本角色便是在私部门(协会与公司)与公部门(政府机构)之间达成有效联系”^③,正是因为行业协会之中介性,故行业协会从其本质上应属非政府组织。^④ 值得指出的是,在我国,中介组织的内涵并不统一:一类是指律师事务所、会计师事务所等盈利性实体,而另一类则指行业协会等非盈利组织。在笔者看来,虽然这两类目前都可称为中介组织,但其本质属性却大相径庭。律师事务所等中介组织主要是从业务流程层面体现中介性,而行业协会等中介性则更多的是从国家与企业关系的视角着眼。

(三) 行业协会的目的是对一种特殊普遍利益的保护

与政府的目的是在促进公共利益以及企业的目的在于促进个体利益最大化不同,行业协会的宗旨主要在于促进本行业的集体性利益或共通性利益。黑格尔在其《法哲学原理》中明确指出:“同业公会的普遍目的是完全具体的,其所具有的范围不超过产业和它独特的业务和利益所含有的目

① Jacobs 在其《协会法律手册》一书中对协会主要活动归纳了以下几项:会计活动,(收集、编辑和散播财经资料)广告,市场、教育活动,雇主—雇员关系,与政府关系活动,公共关系活动,研究项目,标准化,统计项目。见 Jerald A. Jacobs, *Association Law Handbook*, The Bureau of National Affairs Inc., Washington DC, 1986, pp. 3—6。

② 参见苏力等:《规制与发展——第三部门法律环境》,浙江人民出版社 1999 年版,第 218 页。

③ Andrew A. Procassini, *Competitors in Alliance*, Quorum Books, Westport, Connecticut, 1995, p. 297.

④ 黎军:《行业组织的行政法研究》,载《行政法论丛》第 4 卷,法律出版社 2001 年版,第 164 页。

的。”^①在实践中,绝大多数行业协会都明确在其章程中宣示其宗旨在于促进本行业协会成员的共同利益,如美国钢铁和煤机构前身的行业协会在1833年便在其成立宗旨中明示:“取得国内和海外的贸易统计数据,提供科技和实践两方面的信息和经验交换……,采取一切适当的方法发展本行业及其所有分支的利益”,而1876年成立的美国银行家协会声称其组织目的在于促进银行和银行机构的普遍福利。^②

(四) 成员具有单一性和竞争性

虽然行业协会依据其成员来源的不同,可以分为水平式行业协会(horizontal association,指成员来源于同一产品的同一阶段)和垂直式行业协会(Vertical association,指成员虽来自同一行业,但处于生产和流通的不同阶段)^③,但无论何种形式,其成员都与某种产品相关,而且彼此之间具有程度不一的竞争关系。由于行业协会成员之间彼此竞争,因而我们在对行业协会进行研判时,一方面必须考虑集体行动理论的诸多问题,如“囚徒困境”等,另一方面也使行业协会与其他因兴趣、智力而建构的协会,如音乐家协会、旅游协会等在性质上的差异性得以彰显。

“妨碍我们认识事物的往往不是相反的而是相似的东西”。在讨论行业协会时,我们有必要将两个相类似概念进行比较并予以厘清,一是职业协会(professional association or professional society),它“是由提供某种服务的,拥有某方面知识和经验的专家个体所构成的协会,经常地,协会的成员仅局限于获得某种职业资格认证的人”。^④ 职业协会与行业协会不同在于这类组织是以个体所拥有的,其事务是以他们的职业为基础,如生物、心理学、法律和史,其共同利益是智力而非经济。^⑤ 二是商会(chambers of commerce),

① [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第248页。

② Joseph F. Bradley, *The Role of Trade Association and Professional Society in America*, University Park Pennsylvania, pp. 21—22.

③ Ibid., p. 5.

④ Jerald A. Jacobs, *Association Law Handbook*, The Bureau of National Affairs Inc., Washington DC, 1986, p. 9.

⑤ George P. Lamb, Summers Kittelle, *Trade Association Law and Practice*, Little, Brown and Company, pp. 3—4.

它是指“由特定领域中由个体和商业所构成的进行各种商业活动的组织”^①,与行业协会的不同在于商会的组成者之间大部分并无直接的竞争关系,其目的旨在改进整个商业环境的一般共同利益,而非单一的经济团体的个别利益。

值得说明的是,在本书中,笔者对行业协会的研究包括了商会,但并不涉及职业协会。这是因为,在我看来,第一,职业协会的封闭性、职业性均与行业协会和商会有本质的区别。第二,更为重要的是,职业协会在担负联结国家与社会的中介功能方面,其作用较为微弱。而相反,商会与行业协会在诸多方面都极为类似,某种意义上,构成了维特根斯坦所谓的“家族相似性”。第三,职业协会一般都具有官方专属授权的法律地位,其所具备的垄断性与一般的行业协会在性质上有根本的不同。因而,当职业协会出现有可能限制竞争的行为时,其所面临的法律认定及其后果处理也因之与自治性的行业协会大相径庭,所以在本书中所指的行业协会不包括职业协会。

二、行业协会享有市场规制权力的合理性分析

市场经济之所以是人类历史迄今为止最有效率的经济体制,其根本原因就在于通过市场竞争实现社会资源的优化配置。因而,大凡实行市场经济的国家和地区,无不把保障竞争秩序的自由和公正作为构建市场经济的首要任务和主要宗旨所在。在传统的理论视野和实践运作中,国家是保障市场竞争秩序自由和公正的唯一责任主体,但是伴随着市民社会理论和国家干预理论的深化和交集,一种新型的治理模式得到大家的认知和推崇。在这样一种新型的治理模式下,传统的仅局限于国家的管理模式受到广泛的质疑和根本的颠覆,一种倡导管理社会化的思潮和制度变革正悄然兴起。自20世纪90年代以来,西方政治学家和经济学家赋予了governance一词新的含义,不仅其涵盖的范围远远超出了传统的经典意义,而且其含义也与

^① Joseph F. Bradley, *The Role of Trade Association and Professional Society in America*, University Park Pennsylvania, p. 9.

government 相去甚远。^① 按研究治理理论的权威格里斯托克 (Genrystoker) 对目前流行的各种治理进行归纳后指出,治理理论含摄五方面内容^②:

(1) 治理意味着一系列来自政府,但不限于政府的社会公共机构和行为者。它对传统的国家和政府权威提出挑战,它认为政府并不是国家唯一的权力中心,各种公共的和私人的机构只要其行使的权力得到了公众的认可,就都可能成为在各个不同层面的权力中心。

(2) 治理意味着在为社会和经济问题寻求解决方案的过程中存在着界限和责任方面的模糊性。它表明在现代社会,国家正把原来的由它独立承担的责任转嫁给公民社会,即各种私人部门和公民自愿性团体,后者正承担越来越多的原先由国家承担的责任。这样国家与社会之间,公共部门与私人部门之间的界限和责任便日益变得模糊不清。

(3) 治理明确肯定涉及集体行为的各个社会公共机构之间存在着权力依赖。进一步说,致力于集体行动的组织必须依靠其他组织,为达到目的,各个组织必须交换资源,谈判共同的目标,交换的结果不仅取决于各参与者的资源,而且也取决于游戏规则以及进行交换的环境。

(4) 治理意味着参与者最终将形成一个自主网络。这一自主网络在某个特定的领域中拥有发号施令的权威,它与政府在特定领域中进行合作,分担政府的行政管理责任。

(5) 治理意味着办好事情的能力并不限于政府的权力,不限于政府的发号施令或运用权威。在公共事务的管理中,还存在着其他的管理方法和技术,政府有责任使用这些新方法和技术来更好地对公共事务进行控制和引导。

从斯托克对治理的上述理论描述中可以看出,治理理论或思潮的实质在于变革既往的行政管理模式,革新政府的行政管理思路,让中介组织担负着更多的公共管理职能,这一点也是得到了经济学理论和实践资料的支持。在经济学家们看来,行业协会自治性治理是社会的第五种治理机制,在现代市场经济中发挥着越来越重要的作用。^③ 而在现实世界中,许多国家也愈发强

① 俞可平:《权利政治与公益政治》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 110 页。

② 同上书,第 112—113 页。

③ 余晖:《行业协会组织的制度动力学原理》,载《经济管理》2001 年第 4 期。

调国家管理与行业协会自治性治理结合运作的重要性。英国 20 世纪 80 年代末对其金融服务业进行管制政策的选择时,其选择不是增加更多的直接管制,而是伴随提高管制者角色基础上持续地依赖自治。^① 从这样一种社会变迁的视角和背景,我们不难发现,行业协会承担一定的市场规制的任务是可行并具有一定的正当性的。具体而言,行业协会享有一定的市场规制的权力是具有如下的正当性和合理性:

第一,行业协会具有成为市场竞争的组织者和管理者的可能性和现实性。如前所述,行业协会是该行业大多数企业基于对彼此共同利益的关切和追求而形成的集体性组织。在大多数情况下,其代表了该行业绝大多数企业的共同利益,为了使行业协会运作更有绩效,成员企业往往通过章程等方式授予了行业协会对成员企业一定的管理权力,而这也是行业协会自治权的重要来源之一。由于行业协会是自治的,因而对于在行业协会内部成员企业之间所发生的竞争行为,行业协会是可以依据自治权而进行一定的管理和自律,这既是行业协会自治权题中应有之义,同时也是行业协会维系行业共同利益的职责所在。正是基于对行业协会规制成员企业竞争行为正当性的认知,许多国家都通过正式的法律赋予了行业协会管理行业内部行为,包括但不限于竞争行为的权力,譬如,澳大利亚竞争和消费委员会积极鼓励行业协会制定自己的行业规则,只要该法典没有反竞争的不当利益,那么委员会就有可能授予该行业规则权威性,在此情况下,违反法典便意味着违反贸易实践法案。此外,在新西兰和澳大利亚,由行业组织设计的隐私权法案得到了新西兰和澳大利亚隐私委员会赞成,因此,对该法典的违反便认为是对相关隐私原则的违反。^② 而在加拿大,联邦政府在没有它自己的管制管辖权的地方往往通过对出版行业法典的指导或者是赞助与法典(CODE)实践相混合的标准来采取行动鼓励(行业协会)规章的履行。^③

第二,行业协会规章可以弥补正式法律对市场竞争规制之不足。实行市场经济的国家无不把竞争法作为本国市场经济的经济宪法而认真对待,

① Margot Priest, "The Privatization of Regulation: Five Models of Self-regulation", 29 Ottawa Law Review. 233, 1997—1998.

② Ibid.

③ Ibid.

但是这样一种普适性的国家制定法虽然能对一般的共同性竞争行为具有管制功效,但是其欲要规制所有的市场竞争行为,仍有一些天然的缺陷:首先是成文法的局限性。当面对变易不居的世界时,成文法的规则毕竟是有限的,因此,当我们对市场竞争行为进行法律规制时,必然会面临成文竞争法的有限规则与形形色色、千变万化的市场竞争行为之间的矛盾和冲突。如何辨别一项新型竞争行为的性质和正当性,现有的成文法规则往往无法提供准确和及时的标准和指引,如此一来,则可能引发管制的真空和秩序的紊乱。因而当国家的成文法、规则无法调适层出不穷的竞争行为时,行业协会制定的章程或者竞争行为指引等规则在一定程度上就能弥补成文法规则之不足带来的缺失。其次是成文法的滞后性。当面对各种新型的竞争行为形态时,即便国家认为其有典型性和普适性,欲将其纳入正式法律文本进行规制,但法律的制定毕竟是要强调程序性和公正性的,其必须要经过必要的甚至是相当长的时间和流程来保证法律制定的公正和科学。而对于瞬息万变的市场竞争而言,这样一种规则的延迟和管理的真空必然导致市场秩序的紊乱。由于行业协会规则的制订较之于制定法更加简捷和富有效率,因而其基于回应现实的需要随时制定的竞争规则正好能填补管制权力的空白,实现市场竞争行为的有序化和规则化。再次,成文法的固定性也是导致行业协会应当享有一定的市场规制权的理由所在。成文法制定以后,一般不轻易更改,并且要严格执法,这既是维护法律严肃性的需要,同时也有助于培养社会大众的法律信仰。然而,在竞争法领域,由于其所调整的社会关系和行为样态随时都处于急速的变动之中,因而,成文法的规则很难也不应当完全跟随市场竞争的变化而变化。此外,由于社会行业众多,每个行业竞争行为的方式也不尽相同,因此,当成文的竞争法在规制某些特殊行业的特殊竞争行为时,有时不免会面临力有不逮或者灵活性不足的问题,而作为行业协会的规章在这方面正好有天然的优势^①,能很好地弥补正式制定法律因固定性而产生的不足或者缺陷。

正基于上述理由,所以在当国家正式的成文法对市场竞争行为进行规制时,行业协会的章程或者相关规章可以有效地弥补国家制定法的不足。

① 参见鲁篱:《行业协会经济自治权研究》,法律出版社2003年版,第173页。

而当行业协会的规章担当市场一定的规制任务时,其规章的适用其实对国家制定法的完善起到了试错的作用和功效。这是因为,当行业协会规章在适用时,国家制定法并未作相应修改,因而相应的对社会结构的冲击和改变较小,同时又使相应行业的秩序有规可循,从社会整体利益考量,其实际上是一种帕累托的改进。而同时,在行业协会借助规章实现对市场的规制时,国家立法机关和管理机关可以根据行业协会规章适用的情况而不断地审视和考量其中的利益衡平和规则正义,评价和审核规则的合理性,帮助行业协会发现和改进其中的问题和不足。所以从总体上看,行业协会规章的适用在弥补正式法律规制之不足的同时,又为成文法后继的修改和完善提供了试错的平台和空间,减少了因正式法律频繁变动而造成的整个社会结构的动荡不安以及对法律严肃性和社会公众法律信仰的侵害。

第三,行业协会的专业性和职业性能够使行业协会规制市场竞争的行为更有效率。伴随着经济系统在社会系统的位阶和重要性日渐显要,整个社会的价值系统面临革命性的转折。传统的法律价值体系因受到经济生活的冲击而出现重大变革,效率开始纳入到法律的价值体系并成为行为评价和权力配置的重要指标和标准。而行业协会享有一定的市场规制权也正是在法律效率价值的倡导下开展的制度变迁,具体理由阐释如下:行业协会是同行业协会成员企业通过契约而形成的集体性组织,由于成员及决策机关都来自行业内部,所以相较于国家管制机关而言,行业协会及其成员对行业事务更为熟悉和专业,其所采纳和实施的决策更能体现市场规制对专业性的需求。因而,当行业竞争行为出现某些有别于一般竞争行为的特质时,国家管制机关基于对该行业知识的匮乏而难以有所作为,但行业协会的专业性往往便成为正确判断和处理该类行为不可或缺的基本要求和重要保障。此外,由于行业协会成员企业都来自生产第一线,当行业竞争行为出现新的样态和情形时,行业协会都能及时发现,并可根据情况而迅捷准确地作出回应。而相应的国家管制大都将因为信息的滞后反映和回馈而丧失最佳的反应时机。另外,行业协会是成员企业利益的代表者,其所确立的竞争规则大都要经过会员大会充分讨论和酝酿,得到大多数成员企业的认同和支持,因而其具体的实施将因已取得实施对象的心理认同而具有较高的执行力和遵守度。

第四,行业协会内部惩罚机制可以使行业协会规制市场竞争的行为更有效力。行业协会作为集体性组织,如果要使集体行为更有实效,就应当实施非法律惩罚机制。正如张宇燕对若干以共同利益为基础的集团形成有效集体行动的原因剖析中所指出的那样:在拥有潜在共同利益的人们之间,逐步形成一套行之有效的赏罚规则,可以对合作者论功行赏,同时惩罚合作的破坏者,有助于克服集体行动障碍,形成有效的集体行动。^① 实际上,行业协会为了使协会运行更有效率,大都设置了非法律惩罚机制。譬如《上海中药行业行规公约》第17条规定,对严重违反公约规定的企业,视情况采取批评教育、警告、行业内通报、向政府主管部门通报、公开曝光等惩处措施,直至取消会员资格。

行业协会通过非法律机制的设置可以有效提高和保障行业协会市场规制的效力,这主要是基于以下几点理由:首先,非法律惩罚机制可以提高行业协会市场规制的权威性。在法学的一般理论中,惩罚机制的实施是权力不可或缺的要素,也是权力得以有效运行的前提,因而,行业协会欲享有市场规制的权力,就必须有惩罚机制做配合。其次,行业协会的惩罚机制能够提高违规者的违法成本,加大对违法行为的威慑力。在大多数情况下,行业协会的惩罚对象主要包括两类:一是针对国家法律已经规定的违法行为;二是针对法律规定以外通过行业协会规章明令禁止的行为。无论上述何种情形,行业协会的惩罚都能提高违法者的违法成本,从而间接地保障行业协会市场规制权力的有效性。再次,行业协会的惩罚机制有助于提高行业协会规章的效力。行业协会一般是通过行业协会规章体现其市场规制的权力,而行业协会规章欲取得效力,就必须以行业协会的惩罚机制作为有效补充。正如科尔曼指出:“如果任何行动者不服从规范,必须对其施行惩罚,只有这样,规范方能行之有效”。^② 又次,行业协会的惩罚机制能够使行业协会市场规制的权力更富有效率。正如前面所指出的那样,行业协会享有市场规制权力的一个重要理由便在于其在某些情况下,行业协会的规制比国家管

① 参见张宇燕:《利益集团与制度非中性》,载张曙光主编:《中国经济学》(1994),上海人民出版社1995年版,第190页。

② [美]詹姆斯·S.科尔曼:《社会理论的基础》,邓方译,社会科学文献出版社1999年版,第314页。

制更有效率,而行业协会非法律惩罚机制的实施更能够强化行业协会在市场规制效率上的优势。Eric A. Posner 认为,当一个团结团体的成员处理事务时,道德标准和非法律惩罚通常就能解决争执,这些规则使团体内的人可以通过非法律处罚,省却昂贵的手续费用——律师,契约甚至文字材料——还可省去不可靠的法庭。^① 此外,行业协会的非法律惩罚可以根据行业特点以及违规的样态而实施不同的惩罚措施,克服正式法律惩罚缺乏针对性的缺失,体现了行业协会非法律惩罚多样化的特征。

三、行业协会促进市场竞争的路径和方法

前面的分析表明,在市场经济条件下,行业协会享有市场规制权是具有一定的合理性和正当性,也正因为如此,各国(地区)行业协会都通过不同的方式和路径在行使一定的市场规制权力。在笔者看来,这样一些路径主要表现在以下几个方面:

第一,行业协会通过行业自治而营造自由公正的竞争环境。行业协会是自治的民间组织,而构建和规范行业的竞争秩序和竞争行为是行业自治题中应有之义。行业协会行使自治权实现行业自由公正的竞争秩序主要是通过两条路径得以实现:一方面,行业协会可以通过平等地与国家协商交流行业管理的事务而实现对成员企业利益的保护,抵御国家对市场的不当干预和人为影响,力促市场按其原本的轨迹运行,并在此基础上充分发挥市场自由公平机制的作用,实现资源的优化配置;而另一方面,行业协会可以通过内部的协商机制和决策体系实现行业协会的管理民主。由于行业协会大都具有行业代表性,因而这样一种管理民主必然就会扩展到对同行业企业竞争的平等地位的确认上,而这正是对市场进行外力干预的重要目的所在。

第二,行业协会通过规章构建和完善竞争秩序的基本框架。如前所述,国家成文的竞争法仅仅涉及市场竞争中具有共同性的一般竞争行为,而不同行业又各有其特点,因此,针对具体行业的某些具有明显的行业特点的竞

^① Eric A. Posner, "The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action", *Chicago Law Review*, 1996.

争行为,国家法律往往因为其普适性而难以调控和规制,而行业协会有关竞争的规章基于专业性等效率优势往往能成为国家法律重要的辅助力量和补充,并成为构建和完善具体行业竞争规则和体系不可或缺的重要路径。

第三,行业协会通过对违规行为的查处而整治市场经济秩序。由于行业协会享有一定的市场规制权,因而,当成员企业违反行业协会的竞争规则时,协会可以对成员企业施之以多样的惩罚。正如前述,这些非法律惩罚在增加违法者违法成本的同时,又满足了具体行业对专业性和多样化的需求,因而对市场秩序的整治也更富有绩效。

第四,行业协会可以通过行使标准和认证等市场监管权优化市场竞争环境。Joseph F. Bradley 认为,从社会的角度观察,行业协会的一个基本职能便是制定标准。^① 在美国,标准主要是由私人性质的行业团体制定。^② 在许多国家,国家都通过法律或者事实上赋予了行业协会享有市场准入、产品准入和监管等方面的权力,如认证权、标准制定权以及许可证发放权等,如《德国工商会法》规定德国工商会要维护诚实商人的规矩和习惯,负责出具产地证书等证明文件,而《日本商公会议所法》规定,日本商公会议所有权从事商品质量、数量以及商业内容的检查、鉴定和证明工作。^③

按 Priest 的介绍,国家之所以赋予行业协会享有这样一些监管权,其理论基础有二:一是消费者与职业者之间信息与技能之间的不对称,由于消费者高度依赖职业者,这便导致消费者与职业者之间的另一种特征:代理关系。顾客必须相信职业者,双方之间应是一种高度信任和依赖关系,为达到其目的,实行一定的许可证制度便是其自然的要求。二是对第三人的保护或外部性的限制。如果没有特别的保护,那么公共利益是很难令人满意的,因此必须通过许可证来保障产品和服务的最低要求和基本水准。^④

行业协会享有许可、认证以及标准制定等监管权,对市场竞争环境的优化十分显明的。首先,有助于淘汰不合格的生产者。行业协会可以通过许

① Joseph F. Bradley, *The Role of Trade Association and Professional Business Societies in America*, University Park Pennsylvania, 1965, p. 90.

② 朱景文:《比较法社会学的框架与方法》,中国人民大学出版社 2001 年版,第 340 页。

③ 参见陈清泰主编:《商会发展与制度规范》,中国经济出版社 1995 年版,第 180、190 页。

④ 参见 Margot Priest, "The Privatization of Regulation: Five Models of Self-regulation", 29 *Ottawa Law Review*, 1997—1998, p. 233.

可权的行使、标准认证权的实施将不合格的生产者及其产品强制性地淘汰出局,从而能够让参与竞争的企业及其产品至少可以满足消费者生活和健康的基本需求,如此就能够有效防止恶性竞争和竞争的低水平重复,同时也能通过标准和许可条件的适时适度地不断提高而进一步改善市场竞争的技术层次,进而推进整个社会福利的提高。其次,行业协会享有许可等监管权,可以免费增加消费者福利。如果行业协会不提供许可以及标准认证等服务,在产品的技术含量不断提高的现代社会,消费者将因此缺乏评价生产者及其产品的技术信息和指标,此外,由于消费者对所购买产品的相关信息了解不多,相关知识严重匮乏,即便生产厂家提供相关信息,消费者也没有足够的知识给予准确的评价,因此,让具有专业性知识的行业协会享有许可、标准认证等监管权,可以充分发挥行业协会在专业方面的功能优势,为消费者评价产品提供了更多的信息,减少了消费者的信息搜索成本。从社会整体而言,其行为是有助于社会利益的提高和消费者福利的增进,而这也正是赋予行业协会享有规制市场竞争权力的重要目的和功能所在。再次,让行业协会享有许可等市场监管权,可以使市场竞争集中在产品和服务本身的技术含量和质量优劣,这其实就使市场竞争聚焦到产品和服务本身,回归到市场竞争的本原和目的,从而使竞争机制能够更好地实现资源的优化配置。

第五,行业协会可以通过诉讼权的行使维护公平自由的市场秩序。行业协会应当享有以自己名义提起诉讼的权利,这是因为:第一,当行业协会的利益受到直接损害时,行业协会有权直接提起诉讼;第二,当行业协会的成员企业利益受损而不便出面诉讼时,行业协会应当享有诉讼权;第三,当行业协会所代表的行业利益受到侵害时,行业协会应当享有基于行业利益之维护而产生的诉讼权。

行业协会的诉讼权是当前理论和实践都未明确和廓清的问题,关键在于传统的诉讼法理念和制度对个体的强调以及对直接利害关系之要求,因而,在上述第二、第三种情形下,行业协会是否享有诉讼权,各国规定大相径庭,但当前的发展趋势是承认行业协会在上述情形中的起诉权,正如 Heidi Li Feldman 指出的那样:“当人们把他们的利益、资产行为在可以表明集体利益的名字和形式下聚集起来时,唯一实用的司法政策经常是允许联合体