

专 题

Economic Law Review

论交易与交易秩序的竞争法保护

论反垄断行政执法自由裁量权及其规制

创新市场或创新因素：对经营者集中分析进路的推导

合并救济措施研究

论交易与交易秩序的竞争法保护

吴宇飞*

目 次

- 一、交易意涵的再审视
- 二、交易秩序：竞争法介入市场交易的突破口
- 三、竞争法二元分立模式下的交易秩序维护初探
- 四、结语

交易，是人类经济活动最基本的元素。但现实中人们似乎更倾向于关注系列交易行为所反映出的整体市场效果，如价格水平、竞争环境、市场开放程度等。而忽视交易行为在失去约束后可能产生的恶果，如践踏公平交易秩序等行为。吊诡的是，一方面，因为经济地位或掌控资源的不同，交易双方已然出离了传统民法意义上平等主体的范畴，民事法律制度对其调整的效果受限；另一方面，不公平交易既不等于滥用市场支配地位行为，也不是向竞争者进行攻击、诋毁，或误导消费者的典型不正当竞争行为，反垄断法或反不正当竞争法似乎也师出无名。故在何种法律框架内讨论规制不公平行为暨保护交易秩序，成为了当前民法与竞争法学界一个较为棘手的问题。

当前，针对个别行业中破坏交易秩序的行为，我国相关行政执法机构已出台了诸如《零售商供应商公平交易管理办法》等规章或办法，但囿于此类文件

* 法学博士，中国人民大学公共管理学院博士后研究人员。

立法层级及效力范围的局限,实施效果不彰。近期公布的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》,尽管首次从法律层面提出了对“不公平交易行为”的规制,但也仅只做了简要的类型化,对不公平交易行为背后破坏交易秩序的共性本质,以及《反不正当竞争法》规制的正当性逻辑,未能言明。且对于交易与交易秩序的理解,以及不公平交易的概念及其损害的法益,包括以竞争为导向的市场之交易本质解读,学界仍莫衷一是。尽管对于竞争法律制度涉足交易中以契约自由为依托的不公平现象,部分学者持怀疑态度,但市场中持续暴露的问题不断在证明:对交易行为引导的疏忽,必会致使交易秩序受损,间接地影响良性的竞争格局,消费者福利亦因此蒙难。故此,有必要站在竞争法视角,以市场交易为切入点,重新审视竞争法对市场秩序维护的必要性与可能性。

一、交易意涵的再审视

原始的“交易”主要是以物换物,货币诞生后便以其作为标尺和介质换取商品及劳务。不同学科领域对交易的解读视角和立场各不相同,概念泛化的倾向突出。故有必要先厘清经济学与法学中“交易”概念的意涵。

(一) 制度经济学对交易本质的解构

“交易”概念在古希腊已经出现,亚里士多德对交易行为的伦理学解读影响了后世古典经济学与新古典经济学对交易概念的研究。^① 制度经济学之前的交易概念相对狭隘,“交易”与“交换”时常混同,学者关注商品或服务的双向交流。直至康芒斯在制度经济学中对“交易”内涵进行了系统阐述后,方有相对更科学的解读。^② 康芒斯认为“交易”应作为研究经济学的基本单位而存在。早期的经济学领域,研究的基本单位仅限“人”与“物”(如洛克和李嘉图的“能被人们所占有的物品”以及“个人”),但该单位未能更形象地表征人的劳动与欲望。^③ 而“交易”却可反映出经济活动背后蕴含的财富转移以及所有权更迭的关系。康芒斯认为,经济学的题材不仅是个人与自然的势力,而且是

① 参见余纪元:《亚里士多德伦理学》,中国人民大学出版社2011年版,第142-150页。

② 参见胡乐明:《“交易”范畴的演化——从康芒斯到威廉姆森》,《山东财政学院学报》2001年第1期。

③ 参见[美]约翰·康芒斯:《制度经济学·上册》,于树生译,商务印书馆1962年版,第71页。

“人类通过财产权的互相转移而彼此赖以维系生活”，所以，“经济学有必要向法律和伦理寻找此类人类活动的重要节点”。^①除了包含竞争因素的传统商业交易外，康芒斯还把交易范畴拓展到规模经济结构中的成员之间，例如，享有权势地位的主体对其附庸者之间的有管理性质的交易（即优势主体与依赖主体间的交易），以及经济联合体中有势力的参与者将总利润和总成本分配给其他参与者的额度上的交易（即产业链或供销链条中成员之间的利益博弈）。^②

康芒斯对制度经济学理论不仅贡献了一个具有现实意义的逻辑分析起点，还为后续经济学乃至法学涉及市场经济活动的研究提供了一个可供参考的基础单元。这为新制度经济学的后来者们将企业与市场的关系打通，并以交易作为分析二者活动的着力点提供了理论依据。^③然而遗憾的是他并没能走得更远，他只使用了交易的提法，却没将交易与资本投入、行为风险关联起来。

与康芒斯的“交易”解读既一脉相承又有所优化的新制度经济学家罗纳德·科斯提出了交易费用的理论。科斯的“交易”概念的关注点推进到了“市场中的交易”，即资源在市场价格机制的影响下重新分配给市场主体的动态过程。^④传统微观经济学的交易概念与此类似，即企业与消费者凭借市场进行的资源交换，只不过微观经济学偏向结果论，并不注重交易过程，也不关心交易背后隐藏的成本和风险。科斯理论源于微观经济学，但优化了微观经济学的理性人假设、完全信息假设以及交易零成本假设，尤其是引入“交易成本”为企业行为、市场效果和社会规制之间关系的研究搭建了桥梁。

综上，经济学对“交易”的含义尚未达成共识，康芒斯将“交易”作为研究人类经济活动的一个基本单位，被新制度经济学的继任者们接受并发扬光大。“交易成本”“交易结果论”“企业策略”等概念的经济学释义，也为当代竞争法学主要论题之一的公平交易暨交易秩序研究提供了广阔的思路。

（二）发轫于合同理论的法学理解

法学中的“交易”概念自然要披上权利与义务的外衣。在苏格兰法律中，

① [美] 约翰·康芒斯：《制度经济学·上册》，于树生译，商务印书馆1962年版，第72页。

② 参见[美] 约翰·康芒斯：《制度经济学·上册》，于树生译，商务印书馆1962年版，第82页。

③ See Lafayette G. Harter, John R. Commons: His Assault on Laissez-Faire, Corvallis Oregon State University Press, 1962, pp. 8-11.

④ 参见盛洪：《我读科斯（之二）》，《读书》1996年第5期。

“交易是指为解决存在争议的利益诉求而由争议双方共同签订的契约”。^①也有国家将“交易”放在特殊的领域或行业中进行解读。日本学者认为,尽管商品买卖是通常理解,但更应该指向“商品市场”或“证券市场”上的买卖,且买卖标的物为“受法律保护的商品或证券”。^②我国法律并没有专门对交易的概念进行界定,但民商事法律制度对“交易”二字的使用由来已久,尤其在涉及烟草、期货、房地产等特定领域的规范性文件中,均有“交易”概念的使用。民商法对交易的解读也构成了其他部门法运用该概念的渊源。^③

“交易”概念源于合同制度对买卖关系的表述,这一点已有共识。在美国早期的合同制度中,“意思说”(will theory)为主流,认为一个允诺具有强制执行效力的原因是,允诺人的“意思”就是要受到允诺的约束。但该观念后让位于一种以交易为基础的学说,即为了得到对方的允诺,受允诺人应当付出一点什么来交换,它可以是受允诺人自己所受的损害,也可以是允诺人所得的利益。^④这里就涉及合同理论中最重要的一个因素——“对价”。19世纪末,传统的关于对价应当是允诺人的得利或者受允诺人的受损这一标准,开始被对价应当是“交易的标的”(bargained for)的要求所取代。^⑤美国《合同法第二次重述》第71条中,“交易的标的”指“允诺人希望以自己的允诺所交换的、并且由受允诺人为了与允诺相交换而提供的东西”。^⑥这种以交易理论为对价判断标准的兴起,会产生两个方面的效果。

一方面,这种判断标准增加了一个新的要件:交易。这使得一部分过去可能被认为有强制执行效力的允诺变得不可执行。另一方面,交易理论排除了对得利或者受损的要求,法官也不再注重交换的实体内容。现在,唯一需要审视

① [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第351页。

② [日]我妻荣:《新法律学辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第232页。

③ 主要是承接交易中“买卖”的内涵,如我国《刑法》第226条规定的强迫交易罪,参照条文表述,“交易”即为商品的买卖,或服务的提供与接受。对交易的上述理解亦见于我国《消费者权益保护法》第2条、第4条的规定。

④ 参见[美]E.艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第3版),葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第45页。

⑤ See Melvin Aron Eisenberg, The Principles of Consideration, 67 Cornell Law Review, 1982, p. 640.

⑥ 此外,《合同法第二次重述》第3条规定:“一个协议就是两个或两个以上的人一致的意思表示。一个交易磋商约定是为允诺。”第79条规定:“如果对价的要求已经被满足,那么就不再有‘允诺人的得利’或者‘受允诺人的受损’的进一步要求。”[美]E.艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第3版),葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第46页。

的是当事人交换的过程——它是否是“交易”的产物？这与美国19世纪的普遍心理十分吻合，即信仰自由企业制度以及个人的尊严与创造力。诚如亚当·斯密认为，要想最大限度地利用他所称的人类“自利性”（self-love）而让社会利益得到促进，就要通过交易的竞争性过程。^① 但如果在该过程中一方没有得利，而对方却受益了，该原则就很难确保交换的公平，尤其是双方为生产者或经营者时。因此，若法官要考察含有竞争因素的交易过程，或探究交易公平性问题时，将不得不诉诸于其他新的理论。^②

（三）民商事法律制度对交易保护的局限

法学中的交易概念依旧是以经济生活中的交易内涵——买卖为基础，只是当其涉及竞争因素或公平诉求时，民商法传统理论的应对可能会捉襟见肘。不难看到，现实中大量存在的交易关系已然出离了平等主体的范畴，而交易本身应具备的公平伦理早被优势主体的逐利性无情击破。在不公平交易中，由于“依赖关系”的存在，为保障收益，依赖方往往更希望与优势方继续维系交易关系，若让其在寻求司法救济时证明对方有欺诈、胁迫等行为，必然导致交易关系的破裂，依赖方将面临更加严重的损失和困境。鉴于契约自由隐患残留，当合同一方的市场力量强大，形式上的平等和实质上的平等就很难统一，为保障市场主体的实质平等，公权力对市场适度介入是必要的。现实表明，唯有依赖超然于平等主体之上的、具有市场调整功能的法律架构来规制，不公平交易现象才有彻底根治的可能。

二、交易秩序：竞争法介入市场交易的突破口

若要全面保护交易，诉诸整体利益的交易秩序应是切入点。一般而言，市场交易包含着冲突、依存和秩序三种社会关系，市场交易主体间存在着利益冲突的相互依存关系，需要“某种形式的集体强制来判断纠纷”，^③ 以实现交易秩

① 参见[英]亚当·斯密：《道德情操论》，蒋自强等译，商务印书馆1997年版，第97-98页。

② 例如，甚至在对交易最为重视的时期，“法院也常常通过对交易理论进行调整来使其服务于公平的目标”。See Melvin Aron Eisenberg, The responsive model of contract law, 5 Stanford Law Review, 1984, p. 1107.

③ [美]康芒斯：《制度经济学·上册》，于树生译，商务印书馆2009年版，第144页。

序。然而,在地位不对等的市场交易中,因利益的驱使,优势主体总会千方百计在合同中加重交易相对人的责任,减少或排除其权利,构建偏向己方的“秩序”。竞争法的介入,就是要恢复被扭曲的交易秩序,重塑公平的交易伦理。

(一) 竞争法对交易公平性诉求的疏解范式

交易秩序的实现仰赖于市场行为的公平,考察具体交易行为也应以公平性作为标准,即分析交易行为是否显失公平(obviously unfair)。我国台湾地区有学者认为,显失公平是指以显失公平的方法从事竞争或商业行为。^① 这种说法并未清楚阐释“显失公平”的内涵,故有不公平程度须达到显著水平,始有显失公平之说;及以双方相对地位对比下所受的利益与不利益相比较,以“显失平衡”来认定显失公平之说。因为台湾地区“公平交易法”第25条(原第24条)在于预防交易秩序受到破坏,只要企业的行为在客观上有破坏交易秩序的可能,即应加以禁止,毋庸待该行为达到“显失”公平。^② 显失公平的具体内涵主要包括三种类型:

第一,不符合商业竞争伦理的不公平竞争行为:包括榨取他人努力成果;以损害竞争对手为目的,阻碍公平竞争的行为。第二,以不符合社会伦理手段从事交易的行为。第三,滥用市场相对优势地位,从事不公平交易行为;以及信息不透明所造成的显失公平行为,其中“信息”是指重要交易信息。当重要交易信息被控制于交易的一方,而形成“信息不对称”(information asymmetry)时,若信息优势的一方又滥用优势地位,隐匿重要交易信息,其产品或服务的交易活动将发生严重的交易信息失衡,此类情形倘危及竞争机能或市场交易秩序,将有不法的可能。^③ 本文所探讨的交易中的不公平更倾向于第二、第三点。

我国台湾地区“公平交易委员会”分两步判断“显失公平”行为是否违法:首先,以交易相对人间的交易行为观之,即对交易相对人是否为显失公平。例如,对交易相对人为不当的压制、妨碍交易相对人自由决定交易或交易条件,只要在

① 参见张丽卿:《公平交易法第24条之法理分析与实务运用》,《公平交易季刊》2007年第4期。

② 参见刘定基:《欺罔与不公平信息行为之规范——以美国联邦交易委员会的管制案例为中心》,《公平交易季刊》2009年第4期。

③ See Jianwei Hou, Ann Kuzma & John Kuzma, Winner's or Adverse Selection in Online Auctions: The Role of Quality Uncertainty and Information Disclosure, 10 Journal of Electronic Commerce Research, 2009, pp. 144 - 146; Alexander W. Joel, Choosing Both: Making Technology Choices at the Intersections of Privacy and Security, 88 Texas Law Review, 2010, pp. 1751 - 1756.

客观上有构成显失公平的可能，即成立；其次，若无法或很难凭借相对人之间的交易行为判定是否显失公平，则可由市场效能竞争是否受到侵害来判断。^①

美国《联邦贸易委员会法》第5条除禁止欺诈行为外，亦一并规制“不公平”行为，即某一行为导致或可能导致消费者遭受损害（consumer injury）。自2005年起，美国联邦贸易委员会（FTC）多次适用《联邦贸易委员会法》第5条禁止不公平行为的规定，扩大其规制范围。凡“企业未充分告知其数据搜集、处理的原则”或“企业未采取合理适当的信息安全措施”，均属于其范畴。^②至于应如何判断不公平行为，FTC认为需符合以下三项要件。首先，损害须显著（substantial）。其次，该损害须大于该消费者所能享受或由竞争上所能得到的利益。最后，该损害并非消费者可以合理避免者。该不公平行为所造成的损害，通常是指金钱上的损害，而“不可容许的健康或安全的危险”（unwarranted health and safety risks），亦包含其中。此处金钱损害并非一定指重大的金钱损失（a significant amount of monetary losses），纵使“个别消费者仅受轻微的金钱损害，但人数众多”，亦属该范畴。

不难看出，虽然一般意义上的“显失公平”或“不公平”行为所强调的是企业竞争或商业行为的不公平交易表征，消费者保护也仅是其目的之一，但美国《联邦贸易委员会法》第5条规定的不公平行为则以消费者保护为主要目的，二者的法益保护略有差异，但二者均重视交易相对人因该行为所导致或可能导致的损害。换言之，保护交易相对人（消费者）对公平交易秩序的诉求已然成为竞争制度的逻辑起点之一，具体到不公平行为，若存在抽象性危险时，即应予以禁止，不必等到对交易秩序实质产生影响。

（二）甄别交易中主体差异性的边界

竞争法所倡导的公平首先意味着市场主体的平等权得到尊重，但这并非是对差异性的否定，而是在客观基础上对个体间关系进行的价值评判。以市场交易的语境来看，平等权并不苛求指向不同主体的所有行为都必须毫无差别、各项条件均应别无二致，经营者对个体差异的交易对象施以不同的商业策略无可

① 参见张丽卿：《公平交易法第24条之法理分析与实务运用》，《公平交易季刊》2007年第4期。

② See Jay Soloway & Patricia Covington, Data Privacy and Security: Recent Development Affecting Consumer Finance, Business Law, 2007, pp. 640-642.

厚非。有学者指出,“真正的平等权要求给予不同的境遇以差别对待”^①。但差别对待需要正当的理由,否则就是对交易平等权的践踏。交易对象的政治势力、经济优势、特殊身份,均不能成为施行优惠待遇的理由。而不公平交易中的差别对待、价格歧视,抑或其他不合理的交易条件,不仅于法无据,更应受到道德的谴责。

尽管交易秩序对主体差异性的态度是包容的,但这并不是对歧视行为的纵容。某些表面上源自商业策略的差别对待,即便有“你情我愿”的契约作为交易正当性的背书,也应时刻警惕其背后暗含的盘剥弱势交易对象、破坏公平交易秩序的主观恶意。对此,法国竞争法采用了三种方式来规制交易中的歧视行为。^②其一,对于经营者通过集中、合并扩大势力来实施歧视行为,适用45-1483号命令第50条1项。其二,若企业的歧视行为是凭借市场支配地位来实施的,则以45-1483号命令第50条最后一项来规制。其三,若歧视行为的发生与市场支配地位以及经营者通过集中均无关联,但的确是由某些小规模的市场主体实施,则适用73-1193号《商业及手工业指导法》第37条及第38条。可以说,第37条与第38条是对采用反垄断模式规制不足的补充和完善。这两条的适用主体是“任何制造商、手工业者、商人、工业从事者”,其中,“任何”的表述打破了仅对垄断主体的适用限制,扩大了对不公平的歧视行为的规制范围。第37条包含对价格歧视及其他交易条件歧视的禁止,规制的边界在于歧视行为是否存在正当理由,如,行为主体能否证明成本差异的存在。而第38条则是对转售商施行歧视行为的具体禁止。

(三) 交易秩序在竞争法中的表述形态——以“公平交易”为原点

与西方的秘而不宣不同,亚洲主要国家对“公平交易”这一表述形式的使用传统由来已久,这与中华法系的影响有关。东亚各国在地理上的认同感亦影响了文化上的认同,以汉字维系的国家间形成了“汉字文化圈”,进而又催生

① 参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第104-105页。

② 参见何之迈:《公平交易法专论》,中国政法大学出版社2004年版,第39-42页。

了“儒家文化圈”。^①在法律这种特殊的文化载体上，“中华法系”对东亚的影响空前深远。历史上，日本的法律制度同属于中国的“律例体系”或“律例法体系”。^②时至今日，中国大陆、香港地区、澳门地区及台湾地区是中华法系复兴的主要阵地，广义“大中华法系”还包括日本和韩国。^③在发轫于中华法系的东亚各国的法律制度中，很多具体概念都是互通的，属于竞争法范畴的“公平交易”即是一个例证。韩国《规制垄断与公平交易法》中第五章为“不公平交易行为的禁止”，对于不公平交易行为的具体表现形式、不公平条款内容的行政纠正、行政处罚中罚金的额度作了详细的规定。^④日本的竞争法体系中也有专门针对不公平交易行为的法律，即《不公正交易方法》^⑤。我国台湾地区则直接将竞争法法典的名称固定为“公平交易法”。

受中华法系影响的东亚国家，“公平”与“交易”往往天然地绑定在一起，并且针对具体的不公平交易行为的规制亦明确归为竞争法的范畴。目前，尽管我国在法律层面并未直接出现“公平交易”的概念，但不公平交易行为在现实中已然存在。2006年《零售商供应商公平交易管理办法》，第一次使“公平交易”概念出现在我国规范性法律文件中，同时也开始明确对“不公平交易行为”展开规制。尽管会对公平竞争产生一定的影响，可不公平行为既不是垄断行为，也并不天然就是不正当竞争行为。^⑥由于我国竞争法立法已然采取了二元分立的分别立法，对于不公平交易行为到底应该由哪一部具体的竞争法律来规制，成为难题。一般而言，根据经营者市场力量之间的对比关系的不同，法律可以对不同的市场力量加以类型化，即对近似于平等地位、相对优势地位与

① “东亚”原本是西方以自己为中心对欧亚大陆东部地区的统称，带有西方中心论的色彩。但时过境迁，习惯成俗，已为大家所共用，笔者也是在这一意义上使用这一概念的。历史上，东亚地区以中国为中心，形成了以汉字为词根的儒家文化圈。参见〔美〕费正清等：《东亚文明：传统与变革》，黎鸣译，天津人民出版社1992年版，第22-23页。

② 参见杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第13页。

③ 日本学者铃木贤认为，中国大陆、中国台湾地区、日本和韩国的法律制度共同构成了当代的东亚法系。参见〔日〕铃木贤：《试论“东亚法系”成立的可能性》，徐显明译，《法治社会之形成与发展》（上册），山东人民出版社2003年版，第47页。

④ 参见时建中：《三十一国竞争法典》，中国政法大学出版社2009年版，第206页。

⑤ 因为意识到不公平交易与不正当竞争存在区别，1953年，日本就将《不正当竞争方法》改为了《不公正交易方法》。参见〔日〕金井贵嗣、川滨升、泉水文雄：《独占禁止法》，弘文堂2015年版，第11页。

⑥ 参见〔日〕舟田正之：《不公正交易方法》，有斐阁2010年版，第42页。

市场支配地位这三种力量形态分别进行规制。在我国,近似的市场地位主要由民商法进行调整;市场支配地位的认定以及禁止其滥用已经由《反垄断法》进行调整;而不公平交易行为实施者所具有的相对优势地位目前没有相关的制度对其进行调整。由于不公平交易规制条款实际禁止的是滥用相对优势地位的不公平交易行为,而非相对优势地位本身,在规制的行为类型上属于不正当竞争行为,并且不公平交易条款与《反垄断法》规制行为时所要求的结构性基础不符,难以在《反垄断法》中规制,因此,在《反不正当竞争法》修订时加入相应条款方为上策。

三、竞争法二元分立模式下的交易秩序维护初探

作为一国竞争政策的法律保证,“竞争法应该是统一的。只有在统一立法的状态下,才能有效、和谐地体现国家统一的竞争政策”^①。传统竞争法理论中,统一立法模式为主流,分别立法模式是少数。然而,现实中部分国家并未采取统一立法的体例,我国即是如此,《反不正当竞争法》与《反垄断法》并存。当然,反不正当竞争法与反垄断法可分别从不同角度来保障和促进市场的公平,在价值取向方面,反垄断法强调效益,反不正当竞争法注重公平。采用统一立法模式的我国台湾地区“公平交易法”就由于其本身具有多重法域、多元目的的背景,因而该法公平与自由、伦理与政策之间的紧张关系体现得尤为明显。^②从我国立法现实出发,对交易秩序的维护,应在反不正当竞争法(也可说是竞争法)法益保护的多元性、开放性中实现。

诚然,《反不正当竞争法》诞生于我国经济体制改革的特殊时期,对于规制经济转轨阶段爆发的诸多乱象、引导市场主体的经营活动、保障社会主义市场经济良好运行,可谓居功至伟。^③今天,怎样发挥《反不正当竞争法》包容

① 吴宏伟:《竞争法有关问题研究》,中国人民大学出版社2000年版,第154页。

② 参见张世明、胡洁:《反垄断法与反不正当竞争法关系论》,《内蒙古师范大学学报》2015年第2期。

③ 参见史际春:《社会主义市场经济法治的进一步完善——史际春教授谈〈反不正当竞争法〉修改》,《首都师范大学学报》2004年第2期。

与开放的特质^①，才能使其与时俱进地从容应对新出现的反竞争现象；如何巧妙地运用立法技术使其条文能涵盖市场中不构成垄断的反竞争行为，且又不与《反垄断法》的规制范围过多竞合；如何厘清并优化各种竞争法律责任的边界与衔接，保障竞争执法机关权力的顺利实施，等等，均是我国竞争法研究的方向。

（一）反不正当竞争法保护法益的扩张

“保护经营者和消费者的合法权益”是现行《反不正当竞争法》第1条对立法目的的文字表述。消费者福利似乎与公众利益天然地存在内生关系，因为消费者的群体极为广泛，也可以说公众利益是广义上的消费者福利，而反不正当竞争法理论中亦有将二者等同的说法。^②由此推之，那些能够影响消费者或公众利益的经营者行为，似乎都可纳入反不正当竞争法的考量范围，只是还要以“竞争因素”作为更进一步的筛选条件。可见，能进入反不正当竞争法规制范围的经营者行为应该是样态丰富的，只不过甄别的尺度要以立法目的或保护法益为准绳。以传统反不正当竞争法理论对经营者行为进行规范的多元标准，以及其保护法益的开放性和包容性，对于我国竞争法中未尽的不公平交易行为，应该可划入其规制之下。

（二）反不正当竞争法兜底性的创新适用

在立法实践中，反不正当竞争法还以作为补充、完善反垄断法的兜底性的配套法的形态存在。以德国竞争法为例，《反限制竞争法》第19条规定了对滥用市场支配地位行为的禁止性要求，其中特别指出，对条件相同的交易对象不得设定存在差异的不公平交易条件；或者在有效竞争的背景下，不得向相对方索取不合理的报酬或限定其他的不公平条件。《反限制竞争法》第20条第1款亦规定，在市场主体均可参与的商业交易中，具有市场支配地位的企业不得直接或间接地向其他主体实施不公平的干预，提供有差别的待遇。以上条款均充斥着“不公平”或“不合理”等词语，即便是在德文上，也与《反不正当竞争

^① 参见孟雁北：《论我国反不正当竞争法之修订：包容、增减与细化》，《中国工商管理研究》2015年第2期。

^② 如世界知识产权组织所说，违反竞争规则的形式是多样的，既可以是直接攻击竞争对手，也可以是欺骗消费者，“无论违反竞争规则的形式如何，诚实经营者、消费者和一般公众的利益应当以尽可能早和有效的方式得到保护”。See International Bureau of WIPO, Protection Against Unfair Competition, Geneva, 1994, p. 11.

法》第1条立法宗旨中的“不公平”或“不正当”在文字和文意并无二致。^①在特定情况下,某些符合《反限制竞争法》第19条、第20条的行为,同样可以适用《反不正当竞争法》的一般条款或兜底条款被认定违法。德国联邦法院在处理具体案件时也是这么做的。在面对某些并不必然构成《反限制竞争法》第19条、第20条规定的垄断行为,却又具有相同表征的行为时,联邦法院以《反不正当竞争法》第1条予以规制。^②

当然,亦有学者对此提出质疑。依蒙伽(Ulrich Immenga)认为,尽管认定行为的“不合理性”(Unbilligkeitsurteil)与“不正当”(Unlauterkeitsurteil)采用的方式和标准并无本质区别,但这绝不能成为针对同一行为却可同样适用反不正当竞争法的理由,毕竟,优先适用反不正当竞争法会造成对反限制竞争法的肢解和架空。^③很遗憾,依蒙伽只是从本本主义出发,站在纯学术的立场极力维护反限制竞争法的地位,却没有从实践的角度看到现实中竞争执法和司法的需求。反不正当竞争法一般条款的创新适用,不仅不会撼动反限制竞争法的地位,反而是对其的必要补充和有力完善。德国联邦法院的判决至少表明,对某些不构成垄断却又明显不公平的行为,反不正当竞争法的介入是当仁不让的。日本学界走得更远,预见到可以通过单独创设“不公正交易行为”的约束制度,来解决竞争法对市场交易中反竞争行为规制不力的问题。

(三) 竞争法对交易秩序保护的路径选择

“交易秩序”是指商品或服务的交易市场上,为供给及需要的经济活动时所应遵行的规则。简言之,即市场规则或秩序。我国台湾地区“公平交易法”第25条(原第24条)可以看作是一般条款,或兜底条款,是对法典中未尽事项的补充与囊括,这一功能与美国《联邦贸易委员会法》第5条有异曲同工之妙。按照我国台湾地区“公平交易法”第25条第2点,该条适用的基本精神,应以足以“影响交易秩序”的要件为前提,先分析“限制竞争”的规范,再行分析“不公平竞争”规范是否未穷尽竞争行为的不法内涵,方容有适用本条的

① 德国《反不正当竞争法》第1条中“行为人在商业交易中以竞争为目的而违背善良风俗的不正当(不公平)竞争行为”。其中“不公平”或“不正当”的表述在德文上是一致的。参见张世明、胡洁:《反垄断法与反不正当竞争法关系论》,《内蒙古师范大学学报》2015年第2期。

② 参见张世明、胡洁:《反垄断法与反不正当竞争法关系论》,《内蒙古师范大学学报》2015年第2期。

③ 参见王晓晔:《重要的补充——反不正当竞争法与相邻法的关系》,《国际贸易》2004年第7期。

余地。至于“维护消费者权益”方面，则应分析竞争事业是否是以其相对优势地位，利用“欺诈”或“显失公平”的销售手段，使消费者权益遭受损害，且须符合足以“影响交易秩序”的要件。因此，“公平交易法”第25条在于补充限制竞争或不公平竞争规范的不足及保护涉有竞争关系的消费者权益。该条文之立法目的容易与民法、消费者保护法或其他法律间产生混淆，为厘清其间的差异，第25条处理原则是以足以“影响交易秩序”作为门槛，凡未吻合足以“影响交易秩序”要件的，应依民法、消费者保护法或其他法律规定请求救济。^①

竞争法律制度中的“交易秩序”，应该指符合善良风俗的社会伦理及效能竞争的交易行为，其具体内涵包括符合社会伦理及自由、公平竞争精神赖以维系的市场秩序。^②至于何谓足以“影响交易秩序”，各国竞争法主管机关认定略有不同，例如，美国FTC对于《联邦贸易委员会法》第5条，原本仅规范“不公平竞争方法”，后来加入“不公平或欺诈的行为或惯行”，扩张其规范范畴，并直接以保护消费者权益为立法目的。另外，美国FTC明确规定前述不公平或欺诈行为，仅在造成或可能造成消费者的实质损害时（causes or is likely to cause substantial injury to consumers），方可被界定为“不公平或欺诈的行为或惯行”。若该损害消费者自身得以合理避免或有更重要的消费利益或竞争利益，可加以平衡者，不在此限。^③申言之，相关行为尚须符合对消费者的实质损害，且消费者无法自行避免，也无更重要的利益可资平衡等要件，方可处罚。

我国台湾地区“公平交易法”对于足以“影响交易秩序”的认定，不以该行为对交易秩序已实际产生影响为限，只要有发生的可能，即为已足。另外，依第25条处理原则第3点，消费者保护固为公平法第1条所明定的立法目的，但其对于维护消费者权益的介入，除须合乎足以“影响交易秩序”外，尚须具有“公共利益”的性质。“公共利益”，意指经济效率以外的环境保护、充分就业、产业升级、消费者选择及资源分配效率等。^④其他判断足以“影响交易秩

① 参见《公平交易委员会对于公平交易法第二十五条案件之处理原则》第2条。

② 参见《公平交易委员会对于公平交易法第二十五条案件之处理原则》第5条第1项。

③ 参见廖元豪：《美国联邦交易委员会法第5条与其他反托拉斯法之关系》，《公平交易季刊》2000年第4期。

④ See Jennifer Hamilton & Loma E. Gillies, The Impact of e-commerce Developments on Consumer Welfare-Information Disclosure Regimes, 11 Journal of Financial and Compliance, 2003, pp. 329-348.

序”时,应考虑二项因素。第一,是否足以影响整体交易秩序,例如,受害人数的多寡、造成损害的量及程度、是否对其他事业产生警惕效果及是否为针对特定团体或组群所为的欺诈或显失公平行为等。第二,对将来潜在多数人受害的效果,且不以其对交易秩序已实质产生影响者为限,只要有发生的可能,即为已足。至于单一个别非经常性的交易纠纷,则不属于足以“影响交易秩序”。^①

我国反不正当竞争法是开放性与包容性并存的竞争法典,可填补反垄断法、合同法、消费者权益保护法在交易领域中力所不及的部分。当然,若要参照台湾学者所称的足以“影响交易秩序”来进行文本表述的话,其组成变量还应包括对“整体交易秩序”“潜在交易秩序”及“公共利益”影响的考量,方显完备。

四、结语

2016年2月25日,国务院法制办公布了《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》,第6条新增了禁止实施不公平交易行为的条款。也许,这只是公平交易理论在我国的一小步,然而从完善并协调我国二元分立的竞争法律体系,以及维护社会主义市场经济秩序的角度看,这同时又是我国法治进程中规范市场主体迈向“有序竞争”的一大步。

对竞争的保护如此,对交易的引导亦然。应该看到,交易秩序倡导的是善良风俗的社会伦理及效能竞争的交易行为,与竞争秩序一样,交易秩序同是社会主义市场经济秩序的一类,同样应由作为“经济宪法”的竞争法来维护。而鉴于我国竞争法二元分立的立法现状,且不公平交易行为的认定与反垄断法的结构性要求不符,考虑到反不正当竞争法的“包容性”与“开放性”,在我国,以反不正当竞争法来维护交易秩序、规制不公平交易行为将更为妥帖。即使当前学界对不公平交易规制理论争议极大,质疑非难之声不绝入耳,但域外的实践经验与国内的现实诉求都表明,理性恰当且适时地“本土化”该理论,对完善我国竞争法律制度大有裨益。

^① 参见《公平交易委员会对于公平交易法第二十五条案件之处理原则》第5条第2项。

论反垄断行政执法自由裁量权及其规制^{*}

徐瑞阳

目 次

一、引言

二、反垄断行政执法自由裁量权的必要性与特征

三、自由裁量权“异化”风险及其原因分析

四、反垄断行政执法自由裁量权规制的目标、原则与对策

五、结论

一、引言

反垄断法本质上是由专业机构结合具体的经济情况和竞争状况进行利益衡量的过程,^① 行政执法在反垄断法实施中占据主导地位。^② 现代企业组织形式愈发严密,任何垄断都以精密联合或复杂行为表象,而立法难以涵盖所有垄断情形。顺应这一趋势,反垄断法立法本身成为一种“纲领性”法律:实体规则逐渐简化、违法判断由“本身违法”向“合理性原则”过渡、由重视结构规制向行为规制转变。这使得反垄断法律规范不具有直接可适用性,反垄断执法机关难以单纯依赖有限的实体规则处理具体案件,反垄断法的实施表现为执法机构依据法律事先授权进行自由裁量并相机抉择的过程。

* 中国人民大学法学院经济学博士研究生。

① 参见焦海涛:《论现代反垄断法的程序依赖性》,《现代法学》2008年第1期。

② 参见陈江华、丁国峰:《我国反垄断行政执法程序的探讨》,《社会科学研究》2011年第2期。