

中德法学论坛

南京大学—哥廷根大学中德法学研究所编

第4辑

南京大学出版社

Verlag der Universität Nanjing

Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft

Herausgegeben vom Deutsch-Chinesischen Institut für
Rechtswissenschaft der Universitäten Göttingen und Nanjing

Band 4

Verlag der Universität Nanjing

感谢德意志学术交流中心对《中德法学论坛》的支持
Die Veröffentlichung erfolgt mit Unterstützung des Deutschen
Akademischen Austausch Dienstes (DAAD)

图书在版编目(CIP)数据

中德法学论坛 :中德法学研究所年刊/南京大学中德
法学研究所编. —南京 :南京大学出版社, 2006. 11
ISBN 7 - 305 - 04049 - 5

I. 中... II. 南... III. ①法律 - 中国 - 文集 ②法
律 - 德国 - 文集 ③比较法学 - 中国、德国 - 文集
IV. D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 081549 号

出版者 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093
网 址 <http://press.nju.edu.cn>
出版人 左 健
书 名 中德法学论坛 第 4 辑
作 者 南京大学—哥廷根大学中德法学研究所
责任编辑 黄继东 编辑热线 025-83592193
照 排 南京南琳图文制作有限公司
印 刷 南京大学印刷厂
开 本 787×960 1/16 印张 20.25 字数 390 千
版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷
ISBN 7 - 305 - 04049 - 5
定 价 40.00 元
发行热线 025-83592169 025-83592317
电子邮件 sales@press.nju.edu.cn(销售部)
nupress1@public1.ptt.js.cn

* 版权所有,侵权必究

* 凡购买南大版图书,如有印装质量问题,请与所购
图书销售部门联系调换

目 录

法律与改革专题

1. 法的欧洲化和国际化 在德国近十年来的发展..... 文德浩著 杨阳译(3)
2. 规制垄断行为 维护竞争秩序..... 邵建东(10)
3. 当事人合意的相对性原则及其突破 朴法眼著 陈蔚如译(16)
4. 从德国视角看恐怖主义、国际法与北约 葛勇平、高内克(35)
5. 深圳经济特区立法述评 王成义(46)

来访学者专题

6. 人格权保护和媒体自由的冲突 博伊庭著 朱军译(55)
7. 德国卡特尔法的欧洲化和经济化 德雷斯著 王卫东译(62)
8. 德国劳动法的基本架构及其在全球化影响下的发展前景
..... 多伊布勒著 何旺翔译(98)
9. 作为欧洲法律制度基础的罗马法 科赫著 朱军译(106)
10. 妇女权利是人权还是其他权利..... 科尼希著 张坤译(114)
11. 对抗中国产品出口的盾牌(II) 本德著 孙博译(130)

研究所成员专题

12. 德国与中国的法律合作 :目标、项目、效果 伯阳著 王莉译(159)
13. 论“义务违反” 刘青文(177)
14. 设立中的一人公司..... 丁 勇(185)
15. 德国远程销售法中合同前信息告知义务和一般交易条件纳入条件的关系..... 肖 怡(212)
16. 德国环境税费制度概述..... 周 晨(228)

外国法译介专题

17. 德国新《反不正当竞争法》 邵建东译(249)
 18. 德国《反限制竞争法》 方小敏、李淳、杨娟译(261)
-
-

Inhaltsverzeichnis

1. Christiane Wendehorst ,Europaeisierung und Internationalisierung des Rechts :Entwicklung in Deutschland	(3)
2. Shao Jiandong , Monopole als Gefährdung wirtschaftlichen Gleichgewichts—die Rolle des Kartellrechts	(10)
3. Knut Benjamin Pissler , Das Prinzip der relativen Wirkung von Parteivereinbarung und dessen Durchbrechung	(16)
4. Ge Yongping / Gilbert Gornig , Terrorismus , Voelkerrecht und NATO—Aus deutscher Sicht	(35)
5. Wang Chengyi , Ueberblick ueber die Gesetzgebung fuer die Wirtschaftssonderzone Shenzhen	(46)
6. Volker Beuthien , Persoenlichkeitsschutz im Konflikt mit der Medienfreiheit	(55)
7. Josef Drexl , Europaeisierung und Oekonomisierung des deutschen Kartellrechts	(62)
8. Wolfgang Daeubler , Grundstruktur des Arbeitsrechts und seine Perspektiven unter dem Einfluss der Globalisierung	(98)
9. Elisabeth Koch , Das roemische Recht als Grundlage der europaeische Rechtsordnungen	(106)
10. Doris Koenig , Frauenrechte sind Menschenrechte und doch anders ?	(114)
11. Tobias Bender , Der Schild gegen den Drachen (II) : Handelspolitische Schutzmassnahmen gegen chinesische Textilimporte nach dem Ende des WTO-Sonderregimes fuer den Handel mit Textilien und Bekleidung	(130)
12. Bjoern Ahl , Die deutsche Rechtszusammenarbeit mit China : Ziele , Projekte , Wirkung	(159)
13. Liu Qingwen , Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand des	

neuen Leistungsstoerungsrechts	(177)
14. Ding Yong , Einmann-Kapitalgesellschaft in GrÜndung	(185)
15. Xiao Yi , Das Verhaeltnis zwischen den vorvertraglichen Informationspflichten im Fernabsatzrecht und den AGB-Einbeziehungsvoraussetzungen	(212)
16. Zhou Chen , Umweltabgaberecht in der Bundesrepublik Deutschland	(228)
17. Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb 2004	(249)
18. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschraenkungen 2005	(261)

法律与改革专题

法的欧洲化和国际化 :在德国 近十年来的发展

文德浩

本文是作者 2005 年 11 月 11 日在南京“法律与改革”国际研讨会上的发言。作者介绍了德国民法在过去十年中的欧洲化和国际化的发展进程。她首先介绍了对德国法施加影响的国际条约和欧洲共同体的法律文件,进而揭示了德国民法中受到国际法和欧洲法冲击最严重的领域——债法,特别是其中牵涉到消费者的部分。然后,作者详细介绍了国际法和欧洲法对德国民法的影响程度。最后,作者对德国民法未来的国际化和欧洲化趋势进行了展望。

文德浩(Prof. Dr. C. Wendehorst LL.M.) ,德国哥廷根大学法律系教授,南京大学—哥廷根大学中德法学研究所德方所长。

Die Referentin berichtet in ihrem Vortrag von der Europäisierung und Internationalisierung des deutschen Zivilrechts im letzten Jahrzehnt. Einführend werden die das deutsche Zivilrecht beeinflussenden Staatsverträge und Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft dargestellt. Anschließend weist die Referentin auf den von der Europäisierung und der Internationalisierung am stärksten betroffenen Bereich des deutschen Zivilrechts, das Schuldrecht, insbesondere auf das auf den Verbraucherschutz bezogene Schuldrecht hin. Danach berichtet die Referentin von den Konsequenzen der Europäisierung und Internationalisierung und veranschaulicht das Ausmaß der Konsequenzen mit Hilfe der Erörterung der “Textform”. Zum Schluss präsentiert die Referentin einen Ausblick auf die bevorstehende Europäisierung und Internationalisierung des deutschen Zivilrechts.

几乎你们当中的每一个人,都在德国学习过法律或是已经在中国从事德国法的教学、科研和实践工作。中国朋友对德国法的浓厚兴趣,不仅是因为中德两国间的友好关系,也是因为德国法模式在世界上独一无二的影响。德国法是系统缜密的思考和明晰准确的表达的典范,当然,有时不免因此略显复杂和艰深。这样一

来,来自其他法系的法律人面对德国法时的反应,往往介于惊叹和摇头之间。

一、引言

诸位当中的大多数人都曾经在课堂上、考试中、习作里与传统的、纯正的德国法打过交道,并曾经为“抽象原则”这样的传统法律观念“绞尽脑汁”——但愿大家多少对它还有点感情。但是,这种传统的德国法正在逐渐没落。德国越来越紧密地融入世界,特别是欧洲的整体秩序,这也使得它的法律制度深受影响。这种影响涉及到每一个法律部门,受影响最大的是行政法和经济法,民法也受到了不可低估的影响,甚至刑法和宪法也受到触动。我的报告关注的是德国民法所受的影响,一来因为我对这方面的情况比较了解,二来绝大多数的毕业生在研究所里主要研习的是德国民法。学习民法打下的坚实基础,是与其他所有私法领域的法律制度打交道的前提,同时——希望在座的研究公法的同事不要介意——也是解决一切法律问题的前提。

二、欧洲和国际影响下的德国民法

欧洲化和国际化对德国民法的影响以不同的形态表现出来。出于时间关系,我将在论述中提纲挈领,有所取舍。

1. 国家间的条约

国际条约(国家间的条约)是历史最悠久的法律国际化方式。国际条约名义上由德国联邦总统签署(《德国基本法》第59条第1款),条约的内容实际上由德国联邦政府起草和确定。按照《德国基本法》第59条第2款的规定,绝大多数国际条约的批准需要德国联邦参众两院通过相应的“条约法”,有时也被称为“批准法”或“转换法”。这部“条约法”首先授权相应的国家机关批准该条约,其次,使该国际法律文件获得在国内的适用。通过这样一部包含“执行命令”的法律,一个国际法律文件就取得了国内法的资格。通常,一个国际法上的规定在德国具有普通法律的地位,但这并不意味着,它可以对德国领域内的法律主体和他们的行为直接适用。实际上,绝大多数的国际法规定要通过缔约国国内的法律文件方能得以直接适用。很少有一个国际法规定已足够明确和具体,以至可以将它直接适用于需要调整的个案。

国际条约对德国民法的影响是比较轻微的,特别是当需要调整的个案纯属国

内事务时。国际条约主要发挥作用的领域是那些涉外案件。在那里,国际条约要么作为冲突规范决定应适用的法律,要么作为国际统一实体法直接对个案进行调整。前者可以《罗马债务合同公约》为例,后者可以《联合国国际货物销售合同公约》为例。程序法方面,国际管辖权问题是国际条约得到广泛应用的领域,《欧洲司法管辖和执行公约》(已被一部欧盟条例取代)就是此方面的著名实例。

国际条约以间接的方式触及了德国民法的核心。譬如,《联合国国际货物销售合同公约》有力地推动了欧洲买卖法的发展,并进而间接地影响了德国买卖合同法的改革进程,这种影响不可忽视。但是,德国民法的根基并没有受到国际条约的动摇。

2. 欧洲共同体的法律文件

欧洲共同体的法律文件对德国民法施加的影响则完全不可同日而语。德国是欧盟的成员国,而欧洲诸共同体是欧盟的重要支柱之一,特别是根据《建立欧洲共同体的条约》(以下简称《欧共同体条约》)而成立的欧洲共同体(狭义)对欧盟至关重要。根据《欧共同体条约》第249条,共同体机关通过颁布法律文件实现其所负责任,所称法律文件主要指条例、指令、决定、建议和意见。

(1) 法律文件的形式

最重要的法律文件是在《欧共同体条约》第249条第2款和第3款中作出具体规定的条例和指令。根据上述规定,条例具有普遍的效力并在各成员国获得直接的适用。据此,德国法院的法官在审理案件时必须适用相关的共同体条例,无论德国的立法机关是否采取了所谓的“转化”工作。即使共同体条例与一部德国本国法相冲突,条例也应获得优先适用。与之相反,共同体指令只针对各成员国,要求各成员国的有权机关调整其法律制度,以适应指令在内容上的具体要求,并实现指令所称目标,各成员国有权选择和决定实现该目标的具体方式和途径。譬如,为了实施一部消费者保护方面的欧共同体指令,德国的立法者可以选择为该指令制定一部特别法;也可以选择综合消费者保护方面的诸指令精神,制定一部统一的《消费者保护法》;抑或通过对《德国民法典》进行修改来实施指令。一般而言,德国公民个人无法直接根据欧共同体指令主张权利,即必须等到立法者采取行动。如果成员国的立法机关在指令规定的转化期限到期后仍未采取行动,公民个人在满足确定条件下可向“懈怠者”主张损害赔偿请求权。但在与其他公民(人、法人)的横向关系上,公民个人仍无法直接根据指令主张权利。

(2) 条例

欧共同体条例这种法律形式正在欧洲范围内逐步取代传统的国际条约扮演的角

色。和国际条约一样,欧共同体条例主要调整跨越国界的法律关系。前面已经提到,原先的《欧洲司法管辖和执行公约》已为《欧共同体司法管辖和执行条例》所取代,同样值得一提的还有《欧共同体婚姻条例》和《欧共同体破产条例》。此外,国际私法的统一工作也在进行,目标是制定一个此方面的欧共同体条例。相比较而言,德国民法的核心领域则未受到很大的触及。

(3) 指令

相反,在过去的数十年间,欧共同体指令急剧改变了《德国民法典》及其附属法律的面貌。早在1980年代后期和1990年代初期,在德国民法的汪洋大海中就可以找到零星的“欧洲法岛屿”。首先是在1986年应《欧共同体上门销售指令》制定的《上门销售法》,继而是在1990年应《消费者信贷指令》制定的《消费者信贷法》。之后,根据《欧共同体全包旅游指令》制定的1979年《旅游合同法》(之后被纳入《德国民法典》的第651a~651k条)、根据《欧共同体条款指令》制定的《一般交易条款法》、根据《欧共同体分时居住指令》制定的《分时居住法》都是这方面的实例。

1999年,德国根据《欧共同体银行转账和支付保证指令》制定的《德国银行转账法》被纳入《德国民法典》的第675a~676g条,这使得《德国民法典》的欧洲化达到了一个新的层面。因为《德国民法典》的法条体系第一次受到了直接的触动,仅从外观上看,新加入的法条就如同一个“异物”。如果说法条编号是阿拉伯数字和小写字母的集合还可以容忍,因为所有对法律事后的补充都会导致这样的情况,那么,连篇累牍地使用长句和过于深奥的表述就有点让人头疼。更值得一提的是,这些条款在民法典中所处的位置让人难以理解——被放到《德国民法典》第二编“委托和交易管理合同”章中的第12节里。该节的第二个小标题名为“一般规定”,由不超过三个法条组成,却找不到任何对下面章节内容的一般性规定,而是将相互间差异很大的法条混杂在一起,既有传统而经典的第675条,又有新增加进来的、规定了信用机构等服务机构在一般业务上告知义务的第675a条和对转账合同的各方面作出具体规定的第676条。值得一提的是,对转账合同的规定尽管被放在“一般规定”中,却没有在其后的任何法律条文中被提及。1900年的《德国民法典》也许并不是无可挑剔,但至少不会在体系上出现这样大的不一致。

接下来,德国国内实施《欧盟远程销售指令》的活动进一步伤及《德国民法典》的筋骨。尽管德国的立法者最初为此制定了一部特别法,即2000年生效的《德国远程销售法》,但同时,立法者也借这次机会,将“消费者”和“经营者”的概念引入《德国民法典》的第13条和第14条中,并在《德国民法典》旧法的第361a条和第361b条中规定了消费者的撤回权,以及在《民法典》的第241a条中规定了对“不请自来的给付”的规制方式。这些问题原先都是由民法典的附属法律进行调整,现

在则都被纳入民法典中。这种新的调整方式问题很多:首先,新增添进来的法条所处的位置引起质疑;其次,这些彼此间差异很大的“新模块”间如何良好互动也是很大的问题;再次,新法条使用的表述往往更加“生活化”,与民法典传统的精确表述格格不入。拿“订货(预约)”和“交货(运输)”而言,结合上下文和法条的宗旨和目的或许可以明白它们的意思,但却无法融入民法典的经典概念体系。只要去读一读与《民法典》第241a条相关的文献就会发现,因为法条中存在五到十处表述不清的地方,学者们在尝试用两到四种不同的理论对其进行解释,新增添进来的法条已经让德国民法典的传统教义难以承受。当然,也许恶意的旁观者会说,第241a条正是德国民法学者热切盼望的救星,有了它,可以满怀热情地足足写上100年的文章,而这正是德国法律工作者的强项。类似的情形还存在于应《欧盟延迟支付指令》而生的《德国民法典》第286条。

《德国债法现代化法》是德国民法欧洲化进程中迈出的一大步。这部2002年初生效的法律使得《德国民法典》的第二编和诉讼时效制度发生了巨大的变化。一个最明显的变化就是,消费者保护方面的相关附属法律被纳入民法典中,一般交易条款法被纳入《德国民法典》的第305~310条;《上门销售法》被纳入到第312条;《远程销售法》被纳入到第312b~312d条;《分时居住法》被纳入到第481~487条;《消费者信贷法》被纳入到第491~507条和第655a~655e条;消费者的撤回权和关联合同的问题被统一规定在第355~358条;经营者的告知义务被统一规定在《德国民法典告知义务条例》中。我们可以用几个小时的时间来探讨这种体系上的重新架构具有的意义以及它给法律实施者带来的困难:当需要解决一个消费者合同的法律适用问题时,需要考察三方面的法律,即与具体合同类型相关的法律、《民法典》第355条及其后的一般规定和《德国民法典告知义务条例》,而这三方面法律的相互关系和协调运作是复杂而不清晰的。但今天我们的时间不够,所以在此我只能作一个概括的说明。

这里尤为需要指出的是,借债法现代化之机,《欧共同体消费者货物销售指令》和《欧共同体电子商务指令》第一次在《德国民法典》中转化为国内法。对前者的转化曾是债法现代化改革的主要动机。对《电子商务指令》的转化局限于《民法典》的第312e条,而对《欧共同体消费者货物销售指令》的转化则改变了德国买卖法的全貌。德国的立法者在买卖法方面脱离了传统的德国买卖法模式,选择了深度欧洲化的、体现《联合国国际货物销售合同公约》精神的全新模式,这种转变并不局限于消费者合同领域,而是普遍体现在德国的买卖法中。

(4) 对德国法的影响程度

至此,随着《欧共同体消费者货物销售指令》在《德国民法典》中的转化,德国民

法中的欧洲影响已经不能再用汪洋大海中的零星岛屿来形容了。原来的岛屿成了大陆,并有联结成片的趋势,这为法律工作者提供了新的立足之本。当然,这种趋势在绝大多数德国法律工作者眼中是另一幅模样。他们认为,欧洲法的影响正由零星湖泊汇聚成海洋,将要淹没传统德国民法的大陆,让人无处落脚。对欧洲法持何种态度决定了人们选择哪一幅画面。

德国的绝大多数法律工作者还没有意识到,德国法律的欧洲化将会给他们的法律适用工作带来多大的影响。首先,那些根据欧共同体指令制定的德国法律规定必须按照指令精神进行解释,甚至法官的相关“造法”工作也必须依据欧共同体指令精神进行。如何将这种新的解释原则与传统的字面解释、体系解释、历史解释、宗旨和目的解释相协调,学界已经存在不同的意见和观点。但一致的看法是,对上述的国内法规定进行解释和在必要时进行法律发展时,必须确保解释与适用的结果与欧共同体指令的精神和目标相一致,哪怕需要采取类推适用和目的限缩的解释方法。只有当所有这些方法都无法奏效,即立法者有意识地制定了一个与指令的精神不符的法律时,德国的法律实施者才能承认一个国内法与指令的冲突的存在,否则,他就要通过自己的解释活动来消除这种冲突。对于法律实务而言,就要求每一个法律工作者在阅读本国法的时候都要了解其背后的欧共同体指令的具体规定。有的时候,人们会惊奇的发现,习以为常的认识并不正确。如果有人将远程销售法,即《德国民法典》第312c条第2款中的“文本”形式按照《民法典》第126b条中的定义理解的话,那么,“网页上的说明”也在“文本”之列。但如果仔细读一下德国远程销售法背后的欧共同体指令,特别是《远程销售指令》及最近欧共同体《关于金融服务的远程销售指令》就会发现,这个看上去理所当然的认识是错误的。“网页上的说明”是远远不够的,消费者需要在一个能够保存的信息载体上,如通过电子邮件、光盘等获得告知。不了解相关欧共同体指令的法律工作者就无法知道这个情况,如果一个为一家互联网邮寄销售企业提供法律咨询的律师不知道这个情况,后果可想而知。在此方面,即欧共同体指令对成员国的法律解释和适用究竟具有何种程度的影响,欧洲法院拥有最后的解释权。

如果我们仔细思考一下目的解释的原则和意义,并认识到目的解释不仅要求对一部法律作一致解释,还要求尽量避免法律不同部分的价值冲突,就自然会得出结论:即使是《德国民法典》中那些没有被欧共同体指令“波及”的部分,也应当在欧洲法的背景下进行解释和适用。举例而言,承揽合同中的瑕疵担保法一如既往是纯粹的德国法,但德国的立法者在债法现代化过程中将承揽合同和买卖合同中的瑕疵担保责任进行了统一,而后者又受到欧共同体指令的影响,这样一来,承揽合同中的瑕疵担保部分也就间接地受到欧洲法的影响。在对《承揽合同法》第633条

进行解释时,必须参考《欧共同体消费者货物销售指令》中对“质量瑕疵”概念的规定。

总体而言必须承认,当年大家在研究所学习过的那个《德国民法典》已经不复存在,《德国民法典》的外在形态、具体内容和适用方法都发生了变化。这种改弦易辙是否选对了方向,人们有权质疑,但车轮一旦滚动,就再难以停止。

三、展 望

未来欧洲的私法部门将会发生何种变化,特别是是否会出现一部统一的《欧洲民法典》取代现有的成员国法律,长期以来众说纷纭。欧共同体委员会在其《2003年行动计划》中明确指出要制定一部统一的《欧洲合同法》,为此方面的猜测划上了一个阶段性的句号。这意味着,欧共同体已经认识到目前各成员国民法受欧共同体指令影响所致的自相矛盾和繁复艰涩的情况,并试图通过一个统一的共同体法在私法的局部领域创造一个明晰的局面。欧共同体层面的这种努力能否使德国民法重新变得一致和清晰,还有待观察。同时,情况也很明显,共同体仍将持续她那种“头痛医头,脚痛医脚”的立法模式。但不管怎么说,在未来的几年里,欧洲的法学专家们将致力于在合同法领域内确定共同的法律原则和概念体系,并使其成为一个可供立法参考的法律框架。但这个未来的合同法框架究竟如何,特别是它是否会成为一个所谓的“可选择性制度”,即当事人是否可以通过合同选择适用其中的一部分内容或完全排除其适用,目前都还不清楚。

在过去的数十年中,德国的民法经历了一个持续的欧洲化和国际化(通过作为中转站的《联合国国际货物销售合同公约》)的过程。尽管欧洲一体化的进程因为《欧洲宪法条约》在几个成员国的公决失败暂时放缓了脚步,但德国民法欧洲化和国际化的进程却丝毫未受影响。诸位研习过德国法,与德国法有很深的感情,我希望大家对这一进程能保持关注,与之同行。

感谢大家聆听我的报告!

(杨阳 译)

规制垄断行为 维护竞争秩序

邵建东

本文系作者 2005 年 11 月 11 ~ 14 日于南京举行的“法律与改革”国际学术研讨会上的发言。作者以我国正在制定的《反垄断法》为背景,提出了值得密切关注的两种垄断类型:即权力垄断和跨国公司的限制竞争。权力垄断的主要表现形式是行政垄断,而跨国公司的限制竞争主要表现为对知识产权的滥用。

邵建东 南京大学中德法学研究所所长、教授、博士生导师、法学博士

Die vorliegende Arbeit ist eine Rede des Verfassers, die beim Symposium “Recht und Reform”, das vom 11. - 14. November 2005 in Nanjing stattfand, gehalten wurde. Vor dem Hintergrund, dass sich China mit der Ausarbeitung des Antimonopolgesetzes befasst, führt der Verfasser zwei Arten von Monopolen aus, nämlich das Machtmonopol und Wettbewerbsbeschränkungen multinationaler Konzerne. Die wichtigste Erscheinungsform des Machtmonopols ist das Verwaltungsmonopol. Eine Wettbewerbsbeschränkung multinationaler Konzerne stellt vor allem der Missbrauch des geistigen Eigentums dar.

目前,中国正在制定《反垄断法》,以规制垄断行为,维护正常的自由竞争秩序,确保竞争机制充分发挥资源配置的基础性功能。在中国现阶段经济生活中,有两类限制竞争行为具有比较鲜明的特色,值得引起人们的密切关注:一类是权力垄断,另一类是跨国公司的垄断。

一、应当特别规范权力垄断(主要是行政垄断)

权力垄断的主要表现形式是行政垄断,但不限于行政垄断。所谓行政垄断,是指政府及其所属部门滥用行政权力,限制经营者之间开展自由竞争的行为。行政

垄断的主体是政府及其所属部门即行政机关,而权力垄断的主体则是一切掌握国家权力的公共机关或组织。在现实社会生活中,实施限制竞争行为的主体并非仅仅限于政府及其所属部门。事实上,其他国家机关也可以实施限制竞争的行为。例如,有关部门强制他人征订本地出版发行的报刊的行为,其限制竞争的实质与行政机关的限定交易和地区封锁行为无异。此外,我国的某些事业单位(如大学)也被赋予一定的行政管理权力,这些事业单位在行使行政权力时,其地位与一般的行政机关是相同的,因此这些事业单位也可以成为限制竞争行为的主体。

权力垄断的共同之处是通过滥用权力或公共管理职能实施限制竞争行为。以行政机关为例,政府及其所属部门享有的行政权力或者来源于国家法律法规的直接规定,或者来源于其他行政机关的授权。前者被称为固有的行政职权,后者被称为授予的行政职权。不论是哪一种行政职权,行政机关在行使行政权力时,其范围和内容都必须符合行政职权的法定要求,否则就构成滥用行政权力。政府及其所属部门的限制竞争行为,本身就必然是滥用行政权力的行为。滥用行政权力,可以体现为实施“无权限”的行为,即行政机关在实施行政行为时,行使了根本不属于自己法定管辖范围内的职权,同时也没有取得任何行政机关的授权或委托,即其实施的是一种超越职权范围的“无权限”行为;滥用行政权力也可以表现为“超越职权”的行为,即行政机关在实施行政行为时超越了行政权限的法定范围;最后,滥用行政权力还可以是“滥用职权”的行为,即行政机关实施的行政行为违背了法律所赋予职权的目的是在法定范围内做出了不符合立法目的、精神或原则的行为。

权力垄断的本质是对自由竞争的限制,因此是一种典型的限制竞争行为。我国现行《反不正当竞争法》将行政垄断作为不正当竞争行为予以规定,这一方面根源于我国立法者采纳的综合调整模式对不正当竞争概念的独特理解,另一方面主要是考虑到我国经济生活中行政机关滥用行政权力限制竞争以及地区封锁的现象非常普遍,且有泛滥成灾之势,已成为市场竞争中最为严重的问题。如果反不正当竞争法不禁止这些行为,就不可能形成公平竞争的环境,各类不正当竞争也就不可能真正被制止。因此,现行竞争法才将政府及其所属部门规定为一种特殊的经营者,并将它们实施的限定交易和地区封锁行为规定为特殊的不正当竞争行为。但对于其他权力机关以及某些被赋予行政管理权力的事业单位的垄断行为,现行竞争法则未涉及。

在我国现阶段,许多地方和部门的权力垄断现象依然非常严重,而且有愈演愈烈的危险。限定或变相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,以及限制外地商品进入本地市场或本地商品流向外地市场的行为,是几类典型的权力垄断行为。这些行为在实践中具有十分丰富多彩的表现形态。