

王先林 主编

安徽大学法律评论

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编
安徽大学经济法制研究中心

Vol.5 No.1

2005

第5卷 第1期

(总第8期)

安徽大学出版社

安徽大学法律评论

2005 年 第 5 卷 第 1 期

Anhui University Law Review

Vol. 5 No. 1

(总第 8 期)

安 徽 大 学 法 学 院

安徽大学经济法制研究中心

组编

王先林 主编

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论. 2005 年第 1 期(总第 8 期) / 王先林
主编. —合肥: 安徽大学出版社, 2005. 6
ISBN 7-81110-009-6

I. 安... II. 王... III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 056114 号

安徽大学法律评论 2005 年·第 5 卷·第 1 期(总第 8 期) 王先林主编

出版发行 安徽大学出版社
(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)
联系电话 编辑室 0551-5107719
发行部 0551-5107784
E-mail: ahdxchps@mail. hf. ah. cn
责任编辑 程忠业 朱丽琴
封面设计 孟献辉

印刷 中国科学技术大学印刷厂
照排 合肥述而文化传播有限公司
开本 787×1092 1/16
字数 407 千
印张 17.75
版次 2005 年 6 月第 1 版
印次 2005 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-81110-009-6 / D·65

定 价 24.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

安徽大学法学院简介

安徽大学 1928 年建校时即设有法学院,下辖法律等系科。1952 年全国高校院系调整时,法律系被并入华东政法学院等校。1979 年春,经教育部批准,安徽大学在全国较早恢复重建法律系,并于当年招收法学专业本科生。此后,分别于 1993 年起招收经济法学专业本科生,1994 年起招收国际经济法学专业本科生。1998 年教育部本科专业目录调整后,仅招收法学专业本科生。自 1982 年起,以陈盛清、周枬、王镕、朱学山、陈安明等教授领衔,招收过数届法律史、民法、经济法、行政法、国际法等专业硕士研究生。1996 年 10 月,在原法律系的基础上组建成立法学院。恢复重建法律系后的首任系主任为著名法学家陈盛清教授,法学院成立后的首任院长为法学博士王源扩教授(现任安徽大学校长助理),现任院长为法学博士李明发教授。

法学院现有法律史学、诉讼法学、经济法学、民商法学、宪法与行政法学、刑法学、国际法学 7 个法学硕士点,并有法律硕士专业学位点。经济法学学科为安徽省省级重点学科,安徽大学经济法制研究中心为安徽省高等学校人文社会科学重点研究基地。中心与法学院共同创办的《安徽大学法律评论》每年定期出版一卷两期。

法学院设有法律史、国家法、法学理论、刑法、国际法、经济法、民商法、诉讼法 8 个教研室和刑事技术实验室。学院现有在职教职工近 70 人,其中专职教师 50 多人。现有教授 13 人、副教授 17 人、讲师 15 人。教师中具有博士学位 9 人(其中博士后出站 1 人,正从事博士后研究 3 人),在职攻读博士学位 9 人,具有硕士学位 27 人。一批已离退休的知名教授如陈盛清、朱学山、王镕等仍从事力所能及的教学科研工作。陈盛清、周枬、朱学山、汪汉卿、李学宽等教授曾分别担任过中国法学会相关学科研究会会长、执行会长、名誉会长、副会长等职务。

法学院教师积极参加科研工作。近五年来,学院教师发表专业学术论文 521 篇,其中有较多论文发表在《中国法学》、《政法论坛》、《法学评论》、《法律科学》、《法商研究》、《现代法学》等重要期刊;独著和合著 30 多部;主编和参编教材 30 多部。学院教师科研成果获安徽省社会科学优秀成果一等、二等、三等奖以及安徽省高校人文社科研究成果奖等 20 多项。学院教师现主持国家社科基金项目 3 项、国家自然科学基金项目 1 项,另主持教育部、司法部、安徽省社科规划办、安徽省科委、安徽省教育厅项目等 10 余项。

法学院在培养人才中注重实践性教学环节,并取得了较为显著的成绩,曾获国家级优秀教学成果奖一等奖、二等奖以及安徽省优秀教学成果奖一等奖各 1 项。学院教师现主持安徽省教育厅重点、一般教学研究项目多项。

法学院教师在教学和科研之余,积极服务国家和地方法制建设。学院教师中现担任国家商务部 WTO 贸易与竞争政策专家咨询组成员、国务院法制办公室反垄断法审查专家顾问委员会成员、市人大常委会委员、省市市政府法律顾问、省市级人民法院和人民检察院专家咨询委员等十多人。

二十多年来,法学院共毕业硕士研究生 600 余名、全日制本科生 2000 余名。毕业生分布全国各地。许多毕业生在国内著名高等政法院校、科研机构 and 法律实务部门发挥骨干作用,为我国的法学教育事业以及民主和法制建设做出了应有的贡献。

安徽大学经济法制研究中心简介

安徽大学经济法制研究中心源于 1993 年成立的安徽大学法学研究所和 2002 年 4 月成立的安徽大学经济法研究中心。2002 年 9 月,在整合这两个专门研究机构的基础上正式成立了安徽大学经济法制研究中心,作为专门研究经济法制问题的学术机构并申报安徽省高校人文社会科学重点研究基地,并于 2003 年 10 月正式获得批准。中心的首任主任为法学博士王源扩教授,现任主任为法学博士、博士后王先林教授。中心建立了主要由校外专家组成的学术委员会,学术委员会主任由王源扩教授担任。

安徽大学经济法制研究中心的支撑力量是安徽省省级重点学科——安徽大学经济法学学科和安徽大学法学院经济法学、民商法学、宪法与行政法学、国际法学等相关硕士学位授权点。本中心现有专职研究员 10 人,另在省内外高校、研究机构和实务部门聘请了 9 人为兼职研究员。专职研究人员中 10 人均在 40 岁左右,现已全部具有教授职称,其中 1 人被选聘为安徽省“皖江学者计划”首批讲席教授,6 人已在国内著名高校获得法学博士学位,5 人被选拔为安徽省学术与技术带头人后备人选,其余也均为安徽省高校学科带头人培养对象、安徽省高校中青年骨干教师和安徽大学中青年学术骨干,1 人获“全国模范教师”称号,1 人被授予“杰出中青年法学家提名奖”。有 1 人担任国家商务部 WTO 贸易与竞争政策专家咨询组成员,1 人担任国务院法制办公室反垄断法审查专家顾问委员会成员,1 人被聘为教育部《高等教育法》修改工作组专家,2 人分别担任省、市人大常委会委员,多人担任省、市人大、政府、法院、检察院以及有关协会的法律顾问、立法咨询员、执法监督员、专家咨询员等,并参与了全国和安徽省的一批重要立法的调研、咨询论证和委托起草工作。

安徽大学经济法制研究中心自成立以来,结合省级重点学科和相关硕士点、博士点的建设和申报工作,较全面地研究了中国经济法制的各种理论和实践问题,并以宏观调控法律制度、市场规制法律制度和涉外经济法律制度这三个有一定优势和特色的领域为重点,在科研项目申报和完成、成果产出和获奖、学术交流、咨询服务、基地管理、基础设施建设等方面做了一定的工作,取得了初步的成绩。其中,在科研项目方面,中心先后获得了国家社会科学基金项目、国家自然科学基金项目、教育部人文社会科学项目、司法部法治建设和法学研究项目、安徽省社会科学基金项目等多项,并接受科技部、国务院法制办、财政部、中国工商行政管理学会等的委托,从事专题对策性项目的研究。以中心研究人员为主体申报的“经济法前沿问题研究”于 2005 年 4 月被安徽大学批准为首批学术创新团队项目之一(文科 A 类,经费为 30 万元)。中心完成的国家社科规划项目“中国反垄断立法研究”的成果摘要被编入供中央领导参阅的《成果要报》上,并在全国家社科规划办网站上登载,《经济参考报》等媒体也有专门的介绍,还被编入《国家社科基金项目成果选编》(第一辑)(中国人民大学出版社 2004 年 12 月版)。

安徽大学经济法制研究中心将按照省教育厅的要求,建立一套严格、有效的内部管理制度,形成知识创新机制和自我发展能力,建立起机构开放、人员流动、内外联合、竞争创新、自我发展的良性运行机制,力争将本中心建成全省经济法制方面的学术研究中心、高层次人才培养基地、学术交流和图书情报基地以及研究咨询服务基地,并争取在全国有一定影响。

《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王圣扬	王先林	王继忠	王源扩	史际春	朱 勇
华国庆	汪金兰	李明发	李学宽	张宇润	张恒山
周少元	陈宏光	胡云腾	胡世凯	徐淑萍	袁曙宏
储育明	程雁雷	韩 轶			

编辑委员会	史际春	王源扩	李明发	王先林
	华国庆			

主	编	王先林
---	---	-----

副	主	编	华国庆
---	---	---	-----

编辑部秘书	毕金平	张 冰
-------	-----	-----

英文目录翻译	李坤刚
--------	-----

目 录

特稿

竞争法中的自由竞争与公平竞争	王晓晔(1)
行政过程的社会正当性——利益平衡	杨海坤 曾祥华(11)
从《SPS 协定》看转基因产品检疫措施的法律适格性 ...	陈立虎 朱剑宇(25)

经济法制论坛

论经济法的运行机制	翟继光(34)
经济法与社会法:名称的恰当性质疑	江 帆 吴媛媛(53)
论股份有限公司监事规则之完善 ——日本立法规定及对我国的启示	钟志勇(60)
科学发展观与区域经济协调发展的财政法探讨	华国庆(76)
论修订预算法的若干具体问题	朱大旗(84)
论反垄断法所创设的自由竞争权初探	胡小红(93)
论行政垄断的成因、危害及其治理	潘艳红(101)
反垄断法法律责任论纲	蔡俊峰(109)

法学专论

契约伦理与当代中国权利立法	强昌文(121)
---------------------	----------

非社会契约论	何志鹏(134)
论行政处分对象的范围	韩春晖(145)
城市房屋拆迁中的制度缺陷与完善	刘 杰(162)
罗马遗产信托及其法学思考与启示	徐 卫(169)
在效率与公平之间权衡	
——谈交通事故责任责任的归责原则与赔偿额度问题 ...	李显冬 孔德峰(181)
死罪原因与死刑限制	
——死刑案件给我们的一点启示	金泽刚(191)
论刑事诉讼中诉判同一原则	张小玲 李家宏(199)
我国法官在刑事证据法中的诉讼角色	周 菁 王 超(211)
我国公证机构性质定位:困惑与选择	郭志远(222)
关于公证的性质与组织形式的立法探讨	胡耀芳(228)
从国际法的视角看民族自决与台湾前途	高 胜(234)

国外法论

公司董事的侵权责任

——渣打银行案的评述和理性的回归

..... [新西兰]克里斯·诺兰 苏珊·沃森 著	胡 健 译(242)
日本公共建设招标投标中防止行政干预的制度研究	戴 龙(250)

法律书评

司法独立:在理念与制度之间

——评韩秀桃著《司法独立与近代中国》..... 杨 昂(260)

看法律如何不能自为而自足

——读刘燕著《会计法》有感 侯思贤(265) |

学术动态

安徽大学经济法制研究中心近期主要学术信息(第 3 期)	(271)
-----------------------------------	-------

Contents

Special Contributions

- Free and Fair Competition in Competition Law **Wang Xiaoye**(1)
- Social Fairness of Administrative Process
——Balance of Interests **Yang Haikun Zeng Xianghua**(11)
- Legal Pertinence Concerning Inspection Measures of Trans-gene Products from
Agreement of SPS **Chen Lihu Zhu Jianyu**(25)

Forum on Economic Legal Systems

- On the Operation Mechanism of Economic Law **Zhai Jiguang**(34)
- Economic Law and Social Law: Query on Properness of the Terminologies
Jiang Fan Wu Yuanyuan(53)
- On Improving Rules of Supervisors of Stock Company Limited
——Japanese Rule and Its Inspiration **Zhong Zhiyong**(60)
- Discussion of Scientific Development Conception and Harmonious Development
of Regional Economy from the Perspective of Financial Law **Hua Guoqing**(76)
- On Some Specific Issues Concerning Modification of Budget Law **Zhu Daqi**(84)
- On the Right of Free Competition Created by Anti-Monopoly Law **Hu Xiaohong**(93)
- On the Cause, Harm and Regulating of Administrative Monopoly **Pan Yanhong**(101)
- On the Legal Liability in Anti-monopoly Law **Cai Junfeng**(109)

Legal Study Forum

- Contractual Ethics and Rights Legislation in Contemporary China **Qiang Cangwen**(121)
- The Theory of Un—Social Contract **He Zhipeng**(134)
- On the Scope of the Objects of Administrative Sanction **Han Chunhui**(145)
- Institutional Defects and Improvement Thereof concerning Urban House
Dismantling **Liu Jie**(162)

- Roman Testamentary Trust and Its Legal Thought and Inspirations **Xu Wei**(169)
Balancing between Efficiency and Justice
——On Imputation of Civil Liability and Computation of Damages
in Traffic Accidents **Li Xiandong Kong Defeng**(181)
Causes of Capital Crimes and Limitations on Capital Penalty
——Some Inspirations from cases of Capital Penalty **Jin Zegang**(191)
On the Principle of Judgment Limiting to the Scope of Accusation in Criminal
Procedure **Zhang Xiaoling Li Jiahong**(199)
Judges Role in Criminal Procedure in China **Zhou jing Wang Chao**(211)
Confusion and Choices: Characterization of Chinas Notary Organizations
Guo Zhiyuan(222)
Legislative Discussion of Nature and Organization Forms of Notary
Organizations **Hu Yaofang**(228)
Self—Determination of Nationalities and Future of Taiwan from the Perspective
of International Law **Gao Sheng**(234)

Foreign Law Forum

- Directors Tortious Liability
——Standard Chartered Bank and the Restoration sanity
[New Zealand] **Chris Noonan Susan Watson** translated by **Hu Jian**(242)
Prevention of Administrative Intervention in Invitation of Public Bidding or
in Bidding for Public Construction in Japan **Dai Long** (250)

Law Book Review

- Judicial Independence: between Notion and System
——Comments on *Judicial Independence and Modern China* by Han Xiutao
Yang Ang(260)
How the Law Cannot Do It by Itself
——Some Inspirations from Reading *Accounting Law* by Liu Yan **Hou Sixian**(265)

Academic Information

- Recent Main Academic Information of Economic Law Research Center
of Anhui University (No. 3) (271)

竞争法中的自由竞争与公平竞争

王晓晔*

在我国反垄断法的起草过程中,有人提出应在草案第1条“为制止垄断,维护公平竞争,保护经营者、消费者的合法权益和社会公共利益,保障社会主义市场经济健康发展,制定本法”的规定中,去掉“公平”二字。其理由是,如果中国反垄断法的宗旨是维护公平竞争,那就不能区别反垄断法和反不正当竞争法。但也有学者提出,第一条中不当去掉“公平”二字,而是应当增加“自由”二字,因为反垄断法不仅维护公平竞争,反对不正当竞争,而且更重要的任务是维护自由竞争,反对限制竞争。公平竞争和自由竞争是否是不同的理念?不正当竞争和限制竞争有那些区别?区别它们的意义何在?这是竞争法学者应当研究的一个理论问题。

一、中国反不正当竞争法中的限制竞争

1993年9月颁布的《反不正当竞争法》第1条规定:“为保障社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,制定本法。”这说明,与日本、德国等国家一样,我国反不正当竞争法的目的也是维护公平竞争,反对不正当竞争行为。

然而,与日本、德国等国家不同,我国反不正当竞争法规定的的不正当竞争行为除了假冒(包括假冒他人的注册商标,擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,擅自使用他人的企业名称或者姓名,以及在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志,伪造产地,对商品质量作引人误解的虚假表示)、商业贿赂、虚假广告、侵犯商业秘密、不正当有奖销售以及诋毁竞争对手等行为外,还包括公用企业或者其他依法具有独占地位的经营 者限定他人购买其指定的商品的行为(第6条),政府及其所属部门滥用行政权力限制竞

* 王晓晔,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师,德国汉堡大学法学博士,中国法学会经济法学研究会副会长。

争的行为(第 7 条)以及招投标中的串通行为(第 15 条)。就是说,一些传统上被视为限制自由竞争从而应由反垄断法管辖的行为在我国也被视为不正当竞争行为,属于反不正当竞争法的范畴。换言之,我国现行反不正当竞争法中的“公平竞争”不仅涉及传统上的不正当竞争行为,还涉及传统上的限制竞争行为。

我国《反不正当竞争法》中对行政垄断以及公用企业限制竞争的行为做出了规定,这主要是历史的原因。我国虽然早在 1987 年就开始准备制定反不正当竞争和反对限制竞争的法律制度,但因很多人包括一些经济学家认为中国在当时主要应当反对不正当竞争,而不应当反对限制竞争,特别是不应当控制企业合并,反垄断法的制定就遇到了很大的阻力。在另一方面,由于 1993 年中美知识产权的谈判,我国当时在颁布《反不正当竞争法》方面受到了外部的压力。在这种情况下,1993 年我国出台了《反不正当竞争法》,但没有颁布反垄断法。反垄断法虽然没有颁布,但因地方保护主义以及公用企业的强制交易行为已经成为众矢之的,几乎人人都知道这些行为对市场经济的损害,立法者就把这些限制竞争行为作为不正当竞争行为放到了《反不正当竞争法》中。从理论上说,把限制竞争行为放在反不正当竞争法中是不恰当的,特别是政府及其所属部门不是市场主体,不能参与市场竞争,从而不可能从事不正当竞争行为,而只能产生限制竞争的行为。但是,这种做法在当时也是必要的,因为至少可以使人们认识到,这些限制竞争的行为是国家反对的行为,是不公平的行为,从而也是违法的行为。

然而,需要分析和研究的一个问题是,我国《反不正当竞争法》虽然明确有着反对限制竞争的规定,为什么第 1 条关于立法宗旨的规定中只字不提保护自由竞争?我们其他法律同样存在这样的情况。例如,尽管《价格法》第 14 条规定,经营者“不得相互串通,操纵市场价格”;但它的第 4 条只是规定,“国家支持和促进公平、公开、合法的市场竞争……”,只字不提自由的市场竞争。此外,1999 年颁布的《招标投标法》的第 5 条规定,“招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则”,同样只字没有提及自由竞争的原则。在这样的背景下,我国《反垄断法草案》也只是提出维护公平竞争,从而引发了本文开始时提出的讨论。这一切说明,在今天的中国,“公平竞争”已经成为人们普遍的理念,“自由竞争”却仍然是一个难以接受的概念。

人们之所以能够接受公平竞争,这当然是因为公平竞争是合理的,而且合乎中国的传统道德。在中国的历史上,几乎所有的朝代都以反对不公不平为建国的理论基础。即便在计划经济时代,政府也是倡导公平和反对不公平,甚至有些不合理的制度包括大锅饭式的分配制度也是以“人人平等”的理念为基础。然而,与“公平竞争”相比,在我国经济体制改革和对外开放 20 多年后的今天,“自由”、“民主”包括“自由竞争”,这些对很多人来说仍然是不很熟悉的概念,或者是完全不熟悉的概念。一想到它们,就容易与西方资本主义的意识形态相联系,容易想到资本主义生产的“无政府状态”,容易想到斯大林的一句名言:“竞争是资本主义社会所固有的一种特殊形式的竞赛,是各个生产者争夺面包、争夺市场上的势力和地位的斗争。”^①正是由于社会主义理论的奠基人所设想的社会主义社会和共产主义社会是没有商品生产、没有市场和不存在竞争的理想化社会,十月革命胜利后建立

^① 《斯大林全集》,第 12 卷,第 99 页,北京:人民出版社,1956。

的社会主义国家几乎都实行了计划经济和大锅饭制度。

然而,到底什么是自由?不同的人会有不同的理解。无政府主义者认为自由就是我行我素,不受任何约束。可是,这样的自由肯定会损害他人的权利和利益,损害其他人的自由。因此,法制国家的“自由”毫无疑问地是一种“秩序”。这即是说,法律赋予人们自由的前提条件是,任何人都不得损害他人的自由。从经济上说,自由的秩序就是人们自由竞争的权利。正是为了维护人们参与自由竞争的权利,国家才需要建立反垄断和反对限制竞争的法律制度。有人说,中国的反垄断立法在今天还不能提自由竞争。不知道这是出于什么理由,但这种观点肯定是错误的。它的错误在于扭曲了对自由的理解,把自由竞争这个在市场经济体制下配置资源的根本机制人为地带上了意识形态的色彩。事实上,要有公平竞争,首先需要自由竞争。设想,如果没有国家放宽对非公有制经济的市场准入限制,企业没有自由投资的权利,何谈公平竞争。因此,我国经济体制改革总的导向是,尽可能地在所有的部门和行业打破垄断,引入竞争机制。实践已经表明,任何形式的垄断包括企业垄断或者行政垄断,都是不合理的现象,其本质不过是限制价格在市场经济中合理调节生产和优化配置资源的功能。从短期看,垄断能够导致产品的价格上涨和质量下降,损害消费者的利益;从长期看,垄断会导致企业的生产效率低下和国家的经济短缺。与之相比,自由竞争的市场经济制度则是坚持以竞争作为配置资源和调节生产的根本机制,这正如哈耶克指出的:“市场竞争是一个寻求对未知问题解决的过程。只有借助这个过程,企业间的决策才能得到协调,生产和经营的信息才能得以传递,企业的生产能力才能根据市场的需求得以调整,权力得到制约,各种利益得到协调。”^①然而,要竞争,就要有竞争者,就需要国家通过立法保障企业自由参与竞争的权利。在目前的我国,特别是需要产权制度实现多元化,鼓励、支持和引导非公有制经济进入垄断行业和领域。可以说,如果中国不能提倡自由竞争,这就等于向世人宣告,中国现在还不是真正的市场经济体制。

二、中国反垄断法草案中的不正当竞争

不管立法者是否字面上接受了“自由竞争”的理念,中国反垄断法的制定和颁布,包括1993年《反不正当竞争法》、1995年的《价格法》以及1999年《招标投标法》中反对限制竞争的相关条款都说明中国立法者事实上已经接受了这种理念。如反对地方保护主义、反对价格卡特尔以及反对串通招投标的行为,其目的都是为了引入竞争机制。特别是打破地方保护主义的规定,这是中国反垄断法的特色,也是中国目前反垄断中的最迫切的问题。

中国反垄断法中的“自由竞争”理念还表现在最新草案取消了2000年草案第4条的所谓反垄断法基本原则的规定,即“经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德”。^②这个变化是非常重要的,符合“反垄断”的理念,也

^① Friedrich A. von Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: Friedrich A. von Hayek, *Freiburger Studien, Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1969, S. 249.

^② 比较2000年6月20日《中华人民共和国反垄断法征求意见稿》第3条。

符合国际潮流。因为反垄断法的宗旨是反对垄断、保护竞争,其基本内容是禁止企业通过协议或者协调的方式限制竞争,或者禁止企业通过合并的方式建立或者加强市场支配地位,民法上的“合同自由”原则或者“当事人意思自治”原则在这里就不能得到适用。不仅如此,许多国家的反垄断法对于背叛卡特尔的行为还规定了奖励制度,即参加卡特尔的企业如果向政府自首或者告发其他企业的卡特尔行为,政府可以对它们减免罚款金额。^①这说明,民法中的“诚实信用”原则放在反垄断法中也不恰当。此外,反垄断法中关于禁止滥用市场支配地位的规定是专门针对大企业而订立的,一般中小企业的搭售行为、歧视行为或者抵制交易行为不能被视为违法,因此,民法中的“平等”原则放在反垄断法中也会引起人们的误解。^②这说明,中国的立法者在起草反垄断法的过程中,观念在不断发生变化。

然而,这一切并不是说,中国的反垄断法就不含有公平竞争的理念。恰恰相反,公平竞争理念在中国反垄断法草案中是非常明显的。如草案规定,经营者不得滥用市场支配地位,妨碍其他经营者的经营活动,排除或者限制竞争(第 14 条);特别是不得违反法律、法规的规定牟取暴利(第 17 条);不得以排挤、损害竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品;或者采取回扣、补贴、赠送等手段变相降价,使商品实际售价低于自身成本(第 18 条);在提供相同商品或者服务时,不得对条件相同的交易对象在交易价格或者其他交易条件上实行价格歧视等差别待遇(第 19 条);在没有正当理由的情况下,不得拒绝向购买者销售商品(第 20 条);不得采取胁迫或者其他不正当的方法,强制交易,排除或者限制其他经营者的公平竞争(第 21 条);不得违背交易相对人的意愿搭售商品或者附加其他不合理的交易条件(第 22 条);不得要求经销商在特定市场内只经销自己的商品,不经销其他经营者的商品(第 23 条);不得在向经销商提供商品时限制其转售价格(第 24 条)。

这些禁止滥用市场支配地位的规定,因为都涉及不合理的交易行为,它们既可被视为反对限制竞争的规定,也可以被视为反对不正当竞争的规定。以电信企业实施的强制交易行为如搭售电话机的行为为例。说这个行为是不正当竞争,不仅因为这里的行为人不是凭借其经济效益,而是凭借其市场势力销售商品,从而是不公平的;而且,这种行为会严重损害用户和消费者的利益,对他们是非常不合理的行为。说这种行为是限制竞争,这主要是因为行为人在电信服务市场上有着市场支配地位或者垄断地位。就是因为有了这样的市场地位,这些企业的搭售行为或者附加其他不合理交易条件的行为可以将它们在电信市场上的垄断势力辐射到其他市场上,从而会严重损害电信设备市场的竞争,甚至会把这些市场上的竞争者排挤出市场,导致市场垄断的局面。

因为经济的复杂性和市场竞争的复杂性,人们有时很难绝对区分不正当竞争行为和限制竞争行为。即便反对行政垄断的法律制度,如反对地方保护的规定,这些制度虽然首先体现了自由竞争的理念,但它们同样也体现了“公平竞争”的理念,即所有的市场主体应当一律平等,都应当享有进入市场的机会,参与市场竞争。而且,政府的限制竞争行为一般都是以对某些企业的歧视态度为特征,因此,在与政府相关的竞争法规中,公平竞争的理念非常明显。如德国《反对限制竞争法》第 130 条第 1 款规定:“本法亦适用于全部或者

① 王晓晔著:《欧共体竞争法》,第 422~423 页,北京:中国法制出版社,2001。

② 当然,反垄断法保护企业自由参与市场竞争的权利,也含有“平等”的理念。

部分所有权属于国家的或由国家管理或者经营的企业……。”欧共体竞争法也有禁止歧视的规定。如《欧共体条约》第 86 条原则上不允许成员国对其国有企业以及享受特权或者专有权的企业采取违反条约特别是违反条约中竞争规则的措施。欧共体法院在这个方面有许多著名的案例,如 1993 年关于 Corbeau 公司一案的判决。Corbeau 公司是法国一家提供特快专递服务的私人企业,因为它的服务比国家邮政更迅速、更可靠,而且还能够提供特殊服务,如允许客户不断变更其邮递地址,因此,它被国家邮政视为强有力的竞争对手。在这种情况下,法国邮政便阻止 Corbeau 公司的业务活动,并以损害其专有权为名对 Corbeau 公司提起了刑事诉讼。欧共体法院在其判决中指出,基本邮政服务是具有普遍公共利益的服务,但 Corbeau 公司提供的是国家邮政垄断企业不能包括的服务,且这种服务不会损害国有企业基本服务的经济稳定性。最后,法院认定法国邮政妨碍 Corbeau 公司向社会提供特快专递服务的做法是不合理地扩大自己的垄断权,违反了欧共体竞争法。^①欧共体委员会竞争总局的前局长埃伦曼(C.-D. Ehlermann)指出:“欧洲法院的判决表明,除了绝对必要的情况,任何可以导致限制竞争的专有权都应被予以禁止。无论是电信、邮政服务还是能源服务,它们的专有权只是应当基于服务的非盈利性和公共利益。成员国授予它们专有权或者维护这种专有权也只能是出于公共利益,即在合理、公平和不歧视的条件下向社会提供普遍服务或者使用公共网络的必要性。”^②这说明,欧共体竞争法既体现了自由竞争的原则,也体现了公平竞争的理念。

三、自由竞争与公平竞争

我国立法以及欧共体的上述案例说明,反对不正当竞争和反对限制竞争的制度在很多情况下存在交叉关系。然而,“不正当竞争”一词能否取代限制竞争?或者说,自由竞争与公平竞争有那些区别?这里通过德国法和美国法予以说明。

(一)德国法

德国竞争法把“自由竞争”和“公平竞争”,以及“限制竞争”和“不正当竞争”作了明确的区分,这尤其表现在德国在维护市场竞争秩序方面有两种不同的法,即《反不正当竞争法》和《反对限制竞争法》,也即两种制度。这两种制度的建立,说明反对不正当竞争和反对限制竞争有不同的立法宗旨。

1. 反不正当竞争法。

德国传统上的不正当竞争行为首先是指侵犯他人注册商标、诋毁他人商业信誉或者窃取商业秘密等行为,它们是竞争行为,同时也是侵权行为,给经营者的生产经营活动带来损害。因此,因不正当竞争行为使其权益受到侵犯的经营者可要求停止侵害和损害赔偿

^① EuGH 19. 5. 1993, Slg. 1993 I 2553, 2569 “Corbeau”.

^② Ray Rees, *Competition Policy and Public Enterprise in the European Community*, in: Aad van Mourik; *Developments in European Competition Policy*, p. 63. 里斯认为,公共利益是一个比较抽象的概念。公有企业的公共利益一般是指,不管一个交易是否有利可图,它们都得进行交易。如对国家邮政一般规定了全国统一的邮政价格,而不考虑发信人和收信人之间的距离。实际上,这种邮政服务具有国民收入再分配的功能。

偿。尽管德国法学界从反不正当竞争法产生之日起就开始了关于这个法所保护客体(Schutzobjekte)的激烈争论,在这个方面存在着“人格权说”、“企业权说”、“经营权说”、“竞争地位权说”等各种学说,但德国立法者一直认为,反不正当竞争法中受保护的主体(Schutzsubjekte)只是竞争者的个体权益。从这个观点出发,判断某个竞争行为是否是反不正当竞争,也只能从竞争者的角度出发,而且,也只有受到损害的竞争者才有权要求损害赔偿。^①从 20 世纪初开始,德国反不正当竞争法不再单纯是保护竞争者利益的法律制度,而且还考虑消费者以及社会公共利益。但总体上说,反不正当竞争法仍然主要是反对经营者出于竞争的目的,违反市场交易中诚实信用的原则和公认的商业道德,通过不正当手段攫取他人竞争优势的行为。因此,它首先保护的是受不正当竞争行为损害的善意经营者的利益,以维护公平竞争的市场秩序。从这个意义上说,反不正当竞争法追求的价值理念是公平竞争。

2. 反对限制竞争法。

德国在 1896 年颁布了《反不正当竞争法》,1957 年颁布了《反对限制竞争法》,或者简称为“卡特尔法”。这两个法律虽然都是涉及市场竞争,但是它们始终没有合并在一起。德国对这两个法采取分别立法的模式,并不是因为它们的立法时间不同,而是因为立法者认为,这两个法律虽然都有“竞争”的字眼,但实际上相互没有联系。这即是说,德国在 20 世纪 50 年代颁布的卡特尔法在性质和内容上不能被视为德国传统上反不正当竞争法的补充或者发展。

与反不正当竞争法相比较,德国卡特尔法是一个全新的法律制度。这个法律之所以能够在德国颁布,首先是由于德国新自由主义的影响,此外二战后还受到了同盟军的推动。因此,卡特尔法与反不正当竞争法的内容完全不同,其重点是反对卡特尔,而卡特尔则是竞争者之间订立的协议。这与以合同自由和诚实信用为基本原则的反不正当竞争法相距甚远。反不正当竞争法和反对限制竞争法的最大区别是,前者的调整方式是传统的民法方式,其法律后果是停止违法行为、损害赔偿以及个别情况下的刑事制裁。卡特尔法的执行则是通过专门的国家机关——联邦卡特尔局。从这个意义上说,卡特尔法在德国被视为经济行政法,或者公法。^②因此,很多人认为,把这两个分别属于公法和私法从而在体系上完全不同的法律统一在“竞争法”这一大概念中,存在很大问题。^③持这种观点的人在德国不是少数,以致德国的教科书中,很少有人把反不正当竞争法和反对限制竞争法放在一起论述。^④

反不正当竞争法和反垄断法采取分别立法模式的还有其他许多国家。如日本 1934

^① 参见邵建东著《德国反不正当竞争法研究》,第 16~18 页,北京:中国人民大学出版社,2001。

^② 因为学术界关于划分公法和私法有不同的标准,德国卡特尔法究竟属于公法还是私法,在德国也有不同的看法。有人认为,卡特尔法属于公法,因为它的执行机构是联邦卡特尔局,这是一个行政机构。但也有人认为,区别公法和私法的标准是法律调整的当事人之间关系。卡特尔作为市场上的竞争规则,它主要是调整平等当事人之间的关系,即企业间的关系,所以基本上属于私法。总体上说,卡特尔法既有私法内容,如损害赔偿的规定;也有公法的内容,如行政处罚款。

^③ Sehen Fritz Rittner, Wettbewerbs-und Kartellrecht, 6 Aufl. S. 1-9.

^④ 德国大多数学者不把卡特尔法和反不正当竞争法放在一本书中论述,如 Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht, 2003; Volker Emmerich, Kartellrecht, 9 Aufl. 2001. 放在一起论述的见 Fritz Rittner, Wettbewerbsrechts-und Kartellrecht, 6 Aufl, 1999.

年颁布了《不正当竞争防止法》，1947 年颁布了《禁止私人垄断及确保公正交易法》；韩国在 1980 颁布了《禁止垄断和公平交易法》，1986 年的《不正当竞争防止法》等等。瑞士也是采取分别立法的模式，1943 年颁布了《反不正当竞争法》，1986 年颁布了反对限制竞争法。有些国家如匈牙利的竞争法虽然名称为《禁止不正当市场行为和限制竞争法》，但反不正当竞争法和反垄断法实际上是貌合神离，即在这两个方面基本是不同的执法机关，前者是传统的司法机关，后者是行政机关，而且各自适用不同的程序法。

当然，德国《反不正当竞争法》和《反对限制竞争法》也同样存在交叉的情况。如《反对限制竞争法》第 19 条规定，如果一个占市场支配地位的企业，以对市场产生重大影响的方式且无重大合理性，损害其他企业参与市场竞争的可能性，或者提出有效竞争条件下不可能有的报酬或者其他交易条件，或者对处于相同地位的交易对手不合理地实施不相同的交易条件，或者拒绝竞争对手以适当的报酬进入自己的网络或者其他基础设施，这些就构成滥用市场支配地位的行为。《反对限制竞争法》第 20 条第 1 款规定，占市场支配地位的企业或者企业联合组织，不得在同类企业通常均可参加的商业交易中，直接或者间接地不公平地阻碍另一个企业，或在无重大理由的情况下直接或者间接给与另一个企业不同于同类企业的待遇。上述规定中都使用了“不合理”或者“不公平”等字眼。这些词语即便在德文上，与《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竞争行为”中“不正当”一词没有本质上的差别。这即是说，《反对限制竞争法》第 19 条和第 20 条中的限制竞争行为可以适用《反不正当竞争法》的第 1 条，即被视为违背善良风俗的行为，从而被认定为不正当竞争行为。德国联邦法院已经在某些这样的案件中适用了《反不正当竞争法》。^①德国联邦法院甚至在 1999 年还出现了在限制竞争行为的案件中适用《反不正当竞争法》的情况。^②

当然，德国联邦法院的这些判决也受到德国很多法学家的批判。如依蒙嘎教授(U. Immenga)指出，虽然判定一个行为具有“不合理性”(Unbilligkeitsurteil)和判定这个行为具有不正当性(Unlauterkeitsurteil)是一样的，从而不能说这些案件不能适用反不正当竞争法，但是，这些案件优先适用反不正当竞争法会损害反对限制竞争法的立法目的。^③但是，这些判决至少说明，德国的反不正当竞争法和反对限制竞争法在保护竞争和维护市场竞争秩序方面相互起着补充性的作用。

(二) 美国法

美国是判例法国家，但在反托拉斯法方面也有很多成文法律，包括《谢尔曼法》、《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》。这里只谈谈《谢尔曼法》和《联邦贸易委员会法》。

1. 《谢尔曼法》。

世界上最早反对限制竞争行为的法律制度是美国 1890 年颁布的《谢尔曼法》。美国

^① BGHZ 82, 375, 395ff. Brillen-Selbstabgabestellen; OLG Koeln WRP 1985, 511, 512 Heizungs modernisierungen durch Unternehmen der Oeffentlichen Hand.

^② BGH GRUR 1999, 256, 257 1000, -DM Umwelt-Bonus.

^③ Immenga, NJW 1995, 1921, 1922. Sehen S. 34. Nordemann (Hrsg.) Wettbewerbs- und Markenrecht, 9 Aufl. 2002, S. 34.