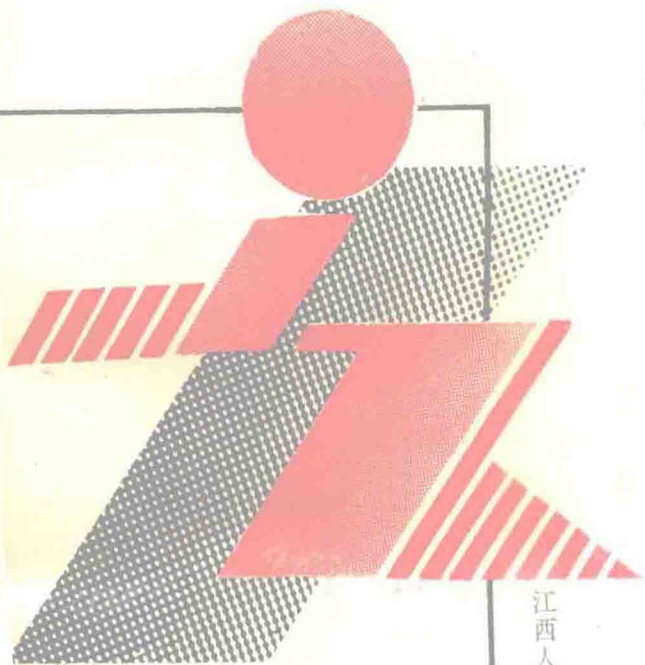


# 中国竞争法

邵建东 著

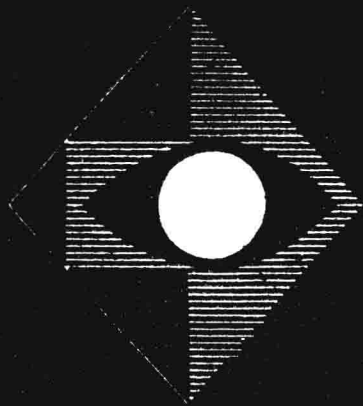
ZHONG GUO JING ZHENG FA



江西人民出版社

邵建东 著

# 中国竞争法



江西人民出版社

(赣)新登字第 001 号

书 名:中国竞争法  
著 者:邵建东  
出 版:江西人民出版社(南昌市新魏路 5 号)  
发 行:  
经 销:新华书店  
印 刷:江西南昌红十字印刷厂  
开 本:787×1092mm 1/32  
印 张:11.5  
字 数:310 千  
版 次:1994 年 12 月第 1 版 第 1 次印刷  
印 数:1—1500  
定 价:9.98 元  
ISBN 7—210—01444—6/D·205

---

邮政编码:330002 电报挂号:3652 电话:8321534  
(赣人版图书凡属印刷,装订错误请随时向承印厂调换)

## 内 容 提 要

本书分上、下两编。作者以我国 1993 年 12 月 1 日施行的《反不正当竞争法》以及已经列入立法议程的《反垄断法》为对象,结合我国实际情况,对中国竞争法的理论和实践进行了系统和全面的分析研究。在上编中,作者首先对与不正当竞争相关的共同理论问题作了探讨,然后对每一类法定的不正当竞争行为的理论和运用作了细致评析,并提出了自己的看法和建议。在下编中,作者以我国现阶段经济体制改革的总体目标为指针,借鉴发达国家对竞争和垄断进行法律调整的经验教训,对我国反垄断法应当加以规范的实体领域提出了一些建议。

全书论述深入,介绍全面,既可供立法机关和学术界参考,又可为实践部门提供指导,具有较高的学术价值和实践价值。

# 目 录

## 绪 论

一、竞争与竞争法 .....	1
二、反不正当竞争法与反垄断法 .....	4
三、竞争法的地位 .....	10
四、本书的结构和内容 .....	13

## 上 编 反不正当竞争法

第一章 反不正当竞争法的一般问题 .....	18
第一节 立法目的 .....	18
第二节 市场交易及其基本原则 .....	22
第三节 主管机关 .....	27
第四节 法律责任 .....	31
第二章 不正当竞争行为的一般构成要件 .....	35
第一节 概述 .....	35
第二节 行为主体:经营者 .....	35
第三节 客观行为:“不正当竞争” .....	39
第四节 行为后果:损害他人合法权益 .....	44
第五节 主观方面:过错 .....	46
第三章 不正当竞争行为各论(一) .....	51
第一节 欺诈性交易行为 .....	51

第二节	虚假广告行为 .....	80
第三节	行政性限制竞争行为 .....	94
第四节	商业贿赂行为 .....	108
第四章	不正当竞争行为各论(二) .....	125
第一节	侵犯商业秘密行为 .....	125
第二节	低价贱卖行为 .....	142
第三节	附条件的交易行为 .....	153
第四节	有奖销售行为 .....	162
第五节	损害竞争对手信誉行为 .....	170
第六节	串通投标行为 .....	178
第五章	反不正当竞争法与相关法律部门的关系 .....	185
第一节	反不正当竞争法与民法 .....	185
第二节	反不正当竞争法与刑法 .....	189
第三节	反不正当竞争法与经济法 .....	191

## 下 编 反 垄 断 法

第一章	中国现行反垄断法评析 .....	199
第一节	概述 .....	199
第二节	垄断的概念、特征和影响 .....	203
第三节	反垄断法的法律法规 .....	213
第四节	评价与展望 .....	221
第二章	卡特尔 .....	226
第一节	概述 .....	226
第二节	卡特尔的概念和特征 .....	230
第三节	卡特尔的构成要件 .....	234
第四节	卡特尔的效力 .....	238
第五节	关于“卡特尔例外” .....	244

第六节	我国反垄断法的立法思考 .....	252
第三章	纵向限制竞争行为 .....	259
第一节	概述 .....	259
第二节	纵向限制价格协议 .....	260
第三节	非价格限制行为 .....	273
第四节	我国反垄断法的立法思考 .....	284
第四章	企业合并与限制竞争 .....	293
第一节	概述 .....	293
第二节	企业合并的概念与特征 .....	296
第三节	企业合并的行为和事实 .....	301
第四节	对企业合并的监督 .....	305
第五节	我国反垄断法的立法思考 .....	321
第五章	市场优势及其规制 .....	335
第一节	概述 .....	335
第二节	市场优势的概念和构成 .....	336
第三节	滥用市场优势的行为 .....	343
第四节	我国反垄断法的立法思考 .....	350

# 绪 论

## 一、竞争与竞争法

竞争法的产生并不是一件理所当然的事情。任何一个法律部门的产生,都是以社会经济生活中存在对某类行为或某些关系加以规范或调整的必要性为前提的。竞争法的产生也并不例外。竞争法的产生是以社会经济领域中存在竞争为前提的。而社会经济活动中存在竞争,同样也不是一件理所当然的事情。在有些经济制度下,例如在封建经济制度或在高度集中的中央行政管理经济的体制下,往往并不存在独立的商品生产者和经营者,因此它们之间是不存在竞争的。在这样的体制下,竞争法自无产生之必要。

竞争是随着商品经济和市场经济的产生而产生的,并随着市场经济的发展和发达而逐渐发展成熟起来的。竞争是商品经济或市场经济的必然产物,有商品经济就必然会产生市场竞争。这是一条普遍规律。竞争发展到一定程度,就会产生不正当的竞争行为以及限制竞争的行为。这个时候,国家就有必要通过制定竞争法来对竞争者的市场竞争行为加以规范和调整。竞争法正是在这样的背景下产生的。

市场竞争具有双重性。一方面,竞争是社会生产发展的动力,是市场经济的基本规律,是整体经济发展的革命性因素;竞



争促使商品生产者或经营者勇于进取,不断开拓,努力提高产品质量和生产效率,不断挖掘潜力,节约生产成本。因此可以说,没有市场竞争,企业就不可能开拓发展,因而也就没有市场的兴旺和经济的进步和繁荣。另一方面,市场竞争是激烈的,残酷无情的,是一种优胜劣汰的过程。为了应付激烈的竞争,争取在市场竞争中不被淘汰,企业会想方设法采取一些非正常的“竞争”行为。这些行为,通常一方面表现为违背市场交易基本原则的“不正当竞争”行为,另一方面则表现为企业单方面或与其他企业联合共同限制竞争的行为。这两类行为,实质上都是对正常的竞争机制的破坏,最终都会使市场竞争不能发挥正常作用,甚至使之毁灭无存。

现代的竞争法,正是围绕着对不正当竞争与限制竞争这两类破坏市场竞争机制的行为的规范和调整而产生的。在国外,各国法学界一致公认 1890 年美国的《谢尔曼法》(The Sherman Act)是现代竞争法产生的标志<sup>①</sup>。这部法律的全称是《保护贸易和商业不受非法限制与垄断之害的法案》,因参议员约翰·谢尔曼提出而得名。从它的全称中可以看出,《谢尔曼法》的主要规范对象是企业从事的限制竞争行为,而不包括不正当的竞争行为。

作为现代竞争法另一个重要组成部分的反不正当竞争法,则并不产生于美国,而是产生于欧洲。正如西班牙学者德·艾尔查布鲁在 1989 年北京反不正当竞争法国际学术研讨会发言稿中所指出的那样,不正当竞争法作为一种约束性规则,是在欧洲产生和发展的<sup>②</sup>。在英国,判例法很早就禁止以限制营业自由为主要内容的合同。法国以《法国民法典》规定的侵权行为<sup>③</sup>为基础,首次提出了不正当竞争行为(concurrence deloyle)的概念,并逐渐形成了独立的法律体系。在德国,世界上第一部专门制定的《反不正当竞争法》(Gesetz gegen den unlauteren Wettbe-

werb)单行法于1896年诞生。如果说,美国的《谢尔曼法》是现代反限制竞争法产生的标志的话,那么德国的《反不正当竞争法》则是现代反不正当竞争法产生的标志。

在中国,现代意义上的竞争法作为一个法律部门,是随着1993年9月2日《中华人民共和国反不正当竞争法》的颁布而产生的。在此以前,特别是在1949年至1979年的三十年间,我国实行高度集中的行政管理经济体制,否定和排斥商品经济。企业仅仅是国家行政机构的附属物,而并不是独立的商品生产者或经营者。企业与企业之间只有技术分工以及物质技术协作关系,而不存在市场交易关系。企业与企业之间因此也不存在着竞争关系。不但如此,我们还一直把竞争当作资本主义特有的制度加以排斥和批判,从根本上否定了竞争机制在经济发展中的积极作用。在这种特殊的情况下,竞争法作为一个法律部门,自无产生的必要和基础。1979年以后,随着改革开放政策的实施和商品经济的发展,企业逐渐成为独立的商品生产者或经营者,市场竞争的必然性及其积极作用逐步被认识和发现。同时,随着商品经济的进一步发展,竞争机制的作用也日益发挥出来,而不正当竞争行为和限制竞争行为也开始出现。《反不正当竞争法》颁布以前,我国中央和地方的各级立法机构和行政部门都先后制定了一系列规范企业市场行为的法律、法规和规范性文件,其中有不少法规中就包含了制止和防止不正当竞争行为和限制竞争行为的规范<sup>④</sup>。目前,我国反不正当竞争法已经颁布施行,但是旨在规范限制竞争行为的反垄断法尚未颁布,因此,竞争法作为一个由反不正当竞争法和反限制竞争法组成的相对完整的法律部门,在我国还不能算已经完全建立起来了。

## 二、反不正当竞争法与反垄断法

如上文所述,市场主体对正常的市场竞争秩序的威胁和破坏通常来自两个方面:一是企业违背市场交易基本原则或公认的道德准则,采用欺诈、胁迫或盗窃等不法手段,从事不正当的竞争行为,直接损害其竞争对手以及广大消费者的合法权益;二是企业单独或与其他企业联合起来,限制乃至消除市场上的竞争,或妨碍其他企业进入市场。这两类威胁和破坏正常的市场竞争机制的不同行为,决定了法律应当分别对它们进行不同程度的规范。因此,大多数国家的竞争法是由反不正当竞争法和反垄断法这两个部分组成的。

我国的竞争法在实体上同样也包括反不正当竞争法和反垄断法两个部分。在《反不正当竞争法》颁布施行以前,学术界对于中国竞争法应采取何种立法模式的问题,曾提出不同的看法。这些不同的观点也反映在竞争法诸草案的不同名称中。1987年8月,国务院法制局成立的反垄断法法规起草小组起草的草案叫做《禁止垄断与不正当竞争暂行条例草案》,其调整的范围也包括制止垄断和反不正当竞争两个方面。1989年以后,草案改称《禁止不正当竞争暂行条例草案》,内容仅涉及不正当竞争,而不再包括垄断。1992年初,国家工商行政管理局承担了反不正当竞争法的起草任务,先后起草出《反不正当竞争法(征求意见稿)》和《反不正当竞争法(草案)》。现行《反不正当竞争法》正是在这个《反不正当竞争法(草案)》的基础上,经全国人大常委会审议通过施行的。因此,《反不正当竞争法》体现了法律草案起草者——国家工商行政管理局的“综合调整模式”观点。

虽然随着《反不正当竞争法》的施行,有关我国竞争法应采

取何种立法模式的争论可以暂时告一段落了,但是在《反不正当竞争法》在许多方面尚有待完善,《反垄断法》还没有制定出来的情况下,探讨这个问题除了具有重要的理论意义外,而且还仍然具有一定的实际意义。

在《反不正当竞争法》颁布以前的法规起草阶段,对于我国竞争法应采取何种立法模式,主要存在统一调整说、分别调整说和综合调整说三种观点。

统一调整说主张应以匈牙利的《反不正当竞争法》和中国台湾地区的《公平交易法》为蓝本,将禁止垄断和反不正当竞争合并在一起加以调整,制定成一部统一的《竞争法》。提出统一调整说的主要理由,除了国外和中国台湾地区已经制定统一的竞争法以外,还有:垄断和其他限制竞争以及不正当竞争同属竞争法范畴,其立法目的、主管机关、处理程序、法律责任等都是是一致的,制定一部统一的法律可以避免重复这些内容<sup>⑤</sup>;垄断和不正当竞争都妨碍正常的竞争,两者是一个问题的两个方面,在我国垄断和不正当竞争是粘合在一起普遍存在的,中国的国情决定应合并立法<sup>⑥</sup>;从广义上说,垄断也是一种不正当竞争行为,虽然垄断在中国尚不具备发育完全的形态,但已出现在经济生活中,而且会不断增多,因此也应一并在统一的《竞争法》中加以规制<sup>⑦</sup>。

分别调整说则主张我国竞争立法应借鉴德国、日本竞争法的立法模式,分别制定《反不正当竞争法》和《反垄断法》。《反不正当竞争法》应当以违背市场交易基本原则和公认的商业道德准则的市场竞争行为(所谓“狭义的不正当竞争行为”)为调整内容,而《反垄断法》则应以垄断或限制竞争行为为调整对象。《反不正当竞争法》和《反垄断法》无论是在调整范围、保护利益以及性质上,都是不完全相同的<sup>⑧</sup>。因此,我国应严格将不正当竞争

行为和限制竞争行为区别开来，分别制定两部内容不完全相同的《反不正当竞争法》和《反垄断法》。这样做，是符合国际上多数国家的做法的，也是符合国际惯例的<sup>9)</sup>。

综合调整说主张采取一种综合的调整模式，即既不采统一调整说，也不采分别调整说，而是结合我国目前的经济情况，先制定出一部《反不正当竞争法》，对在现实经济生活中已经出现或可能出现的不正当竞争行为，包括某些限制竞争行为，加以综合的调整。综合调整说是建立在对不正当竞争概念进行独特的理解，并认为我国目前制定反垄断法的时机尚不成熟的基础上的。此说的代表人物认为，不正当竞争行为有广义和狭义之分；一切违反商业道德和有关法律规定从事的竞争行为可统称为广义的不正当竞争，这些行为可以分成三大类：一类是垄断行为，是指一家或少数几家企业联合起来，排除竞争对手，控制市场，而在一定市场上取得独占或控制；第二类是限制竞争行为，主要是指两个或两个以上企业通过协议等方式限制竞争，损害竞争对手利益，或者滥用经济优势的行为；第三类是企业采取欺骗等违反诚实信用的手段从事市场交易的行为，这第三类行为也叫做狭义的不正当竞争行为。不正当竞争行为和限制竞争行为的概念不是绝对的，它们之间并没有泾渭分明的界线<sup>10)</sup>。综合调整说认为，由于我国还处于市场经济确立的初始阶段，因此虽然不正当竞争行为以及一些限制竞争行为已随着竞争机制的引入而大量出现，但那些典型的被世界各国立法所认可的垄断行为在我国表现尚不充分，在这种情况下“制定一部统一的涵盖所有不正当竞争行为、限制竞争行为、垄断内容的竞争法在目前的经济状况下不太现实也不太可能”<sup>11)</sup>。此外，在目前我国制定《反垄断法》时机尚不成熟的情况下，有必要将在经济生活中已经出现的某些限制竞争行为列入《反不正当竞争法》中加以综合调整。

综合调整说的代表人物认为,《反不正当竞争法》的调整范围,是在借鉴各国立法经验的同时,结合我国市场经济发展现有水平和实际需要确定的。该法不仅对现实经济生活中出现的破坏竞争秩序的典型的不正当竞争行为进行了规范,而且还对部分限制竞争行为进行了规范。制定这样一部兼有反不正当竞争和反限制竞争内容的法律,从策略上的考虑和实际需要来看是无可非议的,甚至是值得欢迎的。然而现行《反不正当竞争法》同时也在理论上和体系上产生了一些难以解决的问题。连法律的起草者也不得不承认,《反不正当竞争法》对限制竞争行为的规范并不是非常合适的,今后,《反不正当竞争法》中有关限制竞争的规定应当从中摘出,归入将来制定的《反垄断法》中加以调整<sup>19</sup>。

笔者坚持认为我国竞争法应采取分别立法模式。因为无论是从不正当竞争行为和限制竞争行为的性质,还是从《反不正当竞争法》和《反垄断法》的调整范围和调整方式,抑或从它们各自的利益保护结构上来看,《反不正当竞争法》和《反垄断法》都并不是完全相同的,分别立法更为合适。

首先,破坏正常的竞争机制运行的竞争行为原则上只有两类,第一类是不正当竞争行为,第二类是限制竞争行为。法律意义上的垄断既可以表示一种行为,也可以表示一种状态。作为行为,垄断表示市场主体单独或与其他主体一起削弱或限制竞争的行为。垄断行为可以但不一定产生垄断状态,它也可能产生寡占状态或仅仅使相关市场上的竞争受到一定程度的影响<sup>19</sup>。因此从本质上来说,垄断行为属于限制竞争行为的范围,我们毋需将垄断从限制竞争行为中分离出来专门讨论。

不正当竞争和限制竞争共同构成了破坏自由、公平、正当的竞争机制发挥正常作用的行为,因此两者之间具有密切的联系。

事实上,不正当竞争行为和限制竞争行为的概念也的确不是绝对的,它们之间并不存在泾渭分明的界线。在实践中,市场主体从事的某种行为,往往既是不正当竞争行为,同时也是限制竞争行为,如搭售行为和低价贱卖行为即是。

不过细加分析,我们依然能够发现不正当竞争和限制竞争之间存在着一定的区别。首先,不正当竞争行为从本质上来说是一种民事侵权行为。虽然在行为主体、行为与损害结果之因果关系的构成以及行为目的等方面,不正当竞争行为与民事侵权行为之间存在着细微的区别,但不正当竞争行为归根结底属于不法侵害他人合法权益的侵权行为。由此,行为人从事不正当竞争,主要是为了损害其竞争对手的合法权益;不正当竞争行为的结果,也主要体现在对诚实经营者合法权益的损害上面。不正当竞争是相对于正当竞争而言的,它依然是一种竞争行为,只不过这种行为是不正当的而已。而限制竞争行为则既不属于民事侵权行为的范畴,通常也不是一种竞争行为。限制竞争行为是竞争的对立物,从事限制竞争行为主要是为了削弱、限制甚至消除竞争,或排斥其他竞争者,或使新的竞争者难以进入市场。限制竞争行为,从本质上来说是一种行政违法行为或者是刑事犯罪行为。可见,不正当竞争行为和限制竞争行为的性质是有差异的。

在市场主体从事行为的方式上,不正当竞争行为和限制竞争行为也有区别。作为侵权行为,不正当竞争的行为人一般是单独实施违法行为的,违法行为侵害的对象往往也是特定的。而限制竞争行为,则既可以由行为人单独实施(如占有市场优势的经营者滥用其优势,排挤竞争对手),而在更多的情况下则是由行为人联合其他市场主体共同实施的。在限制竞争的行为中,由两个或两个以上市场主体实施的合作性行为或联合性行为,同由一个市场主体单独实施的垄断性行为相比,更具有典型性。

此外,作为侵权行为,不正当竞争的行为人可以是任何规模的市场主体,包括一切参与市场竞争的企业。而限制竞争的行为人虽然在理论上也包括一切企业,但在实践中,尤其是从事垄断性行为的主体,通常都是在一定经济领域占有市场优势的大型企业。从事合作性和联合性限制竞争行为的企业,通常也具有相对强大的经济实力。因此,限制竞争行为一般表现为对市场优势的滥用,而从事不正当竞争行为既不以市场优势为要件,也就谈不上对市场优势的滥用。

基于此,法律对不正当竞争和限制竞争的规制必然有所不同。对于不正当竞争行为,法律毫无例外地加以禁止。而对于限制竞争行为,法律都规定了一定的适用例外,即禁止限制竞争的原则不适用于特定的经济领域或行业,或者不适用于特定的市场主体,或者不适用于特殊的情况。这一事实说明,不正当竞争永远是“不正当”的,非法的,不存在“合法的”“不正当”竞争行为;而限制竞争行为有非法的和合法的之分。由此看来,将限制竞争行为归属于(广义的)不正当竞争行为的做法是自相矛盾的。

从法律保护的利益结构来看,虽然反不正当竞争法和反垄断法都旨在保护其他经营者和广大消费者的合法权益,维护自由、正当、公平的竞争秩序,从而保护社会公共利益,促进社会生产力和国民经济的健康发展,但是反不正当竞争法和反垄断法保护利益的侧重点是有所不同的。我国《反不正当竞争法》重在保护诚实经营者的合法权益,具体地说来是保护他们的某些绝对权利以及公平竞争权。有些国家的《反不正当竞争法》在保护诚实经营者的同时,也直接保护消费者的合法权益。反不正当竞争法主要通过对诚实经营者的重点保护,通过对违法经营者的制裁,来维护正当、公平的市场竞争秩序。而反垄断法着重保护



竞争秩序的自由性和公平性这一抽象的利益。通过对自由和公平的市场竞争机制的保障,反垄断法同时保护了广大市场主体的合法权益,最终也确保了卖方和买方之间经济机会的均等,使消费者真正享有选择商品和服务的自由<sup>19</sup>。

在法律责任方面,不正当竞争行为和限制竞争行为也有所区别。不正当竞争作为侵权行为,主要侵害了诚实经营者的合法权益,因此行为人承担的法律责任主要是民事责任,包括停止侵害行为以及赔偿诚实经营者因此所遭受的损失。因此,民事责任是不正当竞争行为的基本责任。限制竞争行为则主要是一种行政违法行为或刑事犯罪行为,行为人因此承担的法律责任主要是行政责任或刑事责任,民事责任则处于相对次要的地位。

由此可见,无论是从行为的性质,还是从行为的作用方式,抑或从保护利益的侧重点和法律责任体系等方面来看,不正当竞争行为和限制竞争行为之间都存在着不少区别。无论是制定统一的竞争法,还是分别制定反不正当竞争法和反垄断法,都不能忽视其调整内容之间的差异性。相比之下,分别立法无疑能在更大程度上考虑和顾及不正当竞争和限制竞争之间的不同点,并分别对它们进行相应的规范。综合调整说的代表也承认,“在市场经济比较发达的国家,《反垄断法》对维护经济秩序发挥着极其重要的作用”,认为今后“待时机逐渐成熟,《反垄断法》将作为竞争法的重要组成部分与《反不正当竞争法》并驾齐驱”,这样的“竞争立法符合国际惯例”<sup>20</sup>。

### 三、竞争法的地位

任何实行市场经济制度的国家,都无不从维护公平竞争的基点出发,通过法律对不正当竞争和限制竞争行为加以规范。在