

论行业协会的反竞争行为

梁 上 上*

随着我国经济体制改革的深入,社会主义市场经济的建立和发展,行业协会等市场中介组织发挥着日益重要的作用。虽然行业协会是以民间方式运作的非营利性的公益法人,但由于行业协会是同一行业的以追求利润为目的的企业组成的组织,在日益激烈的市场竞争中,行业协会这一组织往往被利用,成为企业作出反竞争行为的天然议事场所。这种行为扰乱了社会经济秩序,并日趋严重。本文正是基于这种考虑,对行业协会的反竞争行为进行研究。

一、行业协会在竞争法上的地位

行业协会是指由同行业的企业按照自愿或强迫的原则,自下而上组织起来的民间组织的通称。^①可以说,行业协会是以同一行业共同的利益为目的,以为同行企业提供各种服务为对象,以政府监督下的自主行为为准则,以非官方机构的民间活动为方式的非营利的法人组织。

在不同的国家,行业协会有不同的称谓。在日本,《关于禁止私人垄断及确保公平交易的法律》称之为“事业者团体”。德国的《反对限制竞争法》称之为“企业协会”。美国则通过判例,以一般的“行业协会”和“职业协会”来概括行业协会。在我国台湾地区,根据工商业的不同,分别称之为“商业同业公会”和“工业同业公会”;这种称谓在其1991年的《公平交易法》中进一步得到体现。我国学者一般称之为行业协会或行业组织。但有的学者认为,“企业联合组织在我国被称为联营企业,指企业之间,企业与事业之间的经济性联合”。^②这显然是混淆了行业协会与联营企业的称谓。

行业协会的分类很多。按照具体行业不同(一般由国家经济部门规定分类标准),可分为各种行业协会,如汽车业行业协会、烟草业行业协会。按照地域不同,可分为县(市)行业协会,省行业协会,全国行业协会(或称行业总会)。按照产品的销售方向不同,分一般行业协会和进出口行业协会。按照行业类别的不同,可分为工商业行业协会和职业协会,其中的职业协会包括律师协会,职业工程师协会,注册会计师协会,医疗卫生协会等。^③

需要注意的是,行业协会和商会是两个不同的概念。因为关于商会所涉及的范围可以从广

* 杭州大学法学院教师。

① 参见于光远主编:《经济大辞典》上卷,上海辞书出版社1993年版,第767页。

② 曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社1996年版,第6页。该文所谓“企业联合组织”是以“事业者团体”为基础来研究的,但“事业团体”是非营利性的,这是误解的原因所在。另外,把“Enterprise association”译为“企业联合组织”值得商榷。

③ [美]马歇尔·C·霍华德:《美国反托拉斯法与贸易法规》,孙南申译,中国社会科学出版社1991年版,第107页以下。

义和狭义两个角度来理解。广义的商会包括行业协会,行业协会是商会的一种形态,是商会中的同业组织。狭义上的商会不包括行业协会,只是一种综合性(不分行业)和地域较强的中介组织,而行业协会则是同行业内部由企业组织起来的一个中介组织。在竞争法上成为规制对象的,只能是行业协会而不能是狭义的商会。

行业协会协调同业关系,增进行业共同的经济利益,谋求工商业的发展,以促进整个国民经济的进步。显然,这种活动不是以积极的营利为目的,不是把所获利益分配于成员的营利法人,而是非营利法人。那么,行业协会是否为公益法人呢?按照传统民法的观点,所谓公益法人是以社会一般利益,即以不特定多数人的利益为目的的法人。但现在的发展趋势表明,“民法上的公益性概念,不应限于社会的利益,不特定多数人的利益,也应包括如象特定业界团体那样的特定多数者的利益,仅须以该利益对社会一般人开放,即受益对象不固定为要件。”^④所以,行业协会是公益法人。^⑤

可以说,行业协会既是特殊的非营利法人,又是特殊的公益法人。所谓特殊是指行业协会的利益毕竟不是真正的社会一般利益,而是一定行业的特定多数者的利益。换言之,行业协会是由一群营利性的企业组成,是为营利性企业的利益而存在。所以,特定的行业利益与整个社会利益发生矛盾在所难免。在实践中,行业协会往往被用来作为限制竞争的工具,而且由于行业协会的组织统一,相对于一般的限制竞争协议行为而言,行业协会的决议的执行更有效率,对社会的危害也就越大。行业协会的这种特殊个性,决定了其在竞争法中成为规制的对象。

二、行业协会的反竞争行为

(一) 行业协会反竞争行为的概念

行业协会的反竞争行为^⑥是指行业协会在其运作过程中,以行业协会的名义通过决议等方式实施的限制竞争行为和不正当竞争。

行业协会的反竞争行为与一般的限制竞争协议行为是不同的。一般的限制竞争协议行为是指两个或两个以上具有竞争关系的经营者,以合同、协议或其他方式,共同决定商品或服务的价格、生产、销售数量、技术标准、交易客户、交易地区等,从而限制市场竞争,谋取超额利润的行为。两者的区别主要有:(1)行业协会的反竞争行为是以协会的名义通过决议等形式实施的,而限制竞争协议则由经营者之间通过合同、协议等方式实施。(2)限制竞争协议行为是经营者之间通过共同的意思表示,自愿实施的行为,而不是偶然的巧合或受他人的胁迫强制而被迫实施的行为;而行业协会的行为有可能是大型企业胁迫弱小企业而形成的决议。(3)限制竞争协议行为是通过限制彼此之间的竞争而共同谋取超额利润,而不是通过损害联合一方而自己单独谋利;而行业协会的行为可能造成强大企业获利,弱小企业受损。(4)行业协会的反竞争行为不但有限制竞争行为,还有不正当竞争行为。

(二) 行业协会反竞争行为的类型

行业协会是竞争法中的特殊主体,在其运作行为的展开过程中,形成各种各样的关系。包括:行业协会与非会员之间的关系,行业协会与会员之间的关系,行业协会内部会员与会员之间的关系,不同地域的行业协会之间的关系。与此相对应,这些关系在其展开过程中都有可能

^{④⑤} [日]北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第63页以下。

^⑥ 此处的行业协会是狭义的概念。

构成反竞争行为。

1. 行业协会会员之间协调一致对交易相对人的反竞争行为。即, 会员之间凭借行业协会这一天然议事场所, 相互协调一致, 共同决定商品或服务价格等, 限制市场竞争, 谋取超额利润的行为。主要表现为:

(1) 统一定价。最典型的是固定价格, 但统一定价的方式是多种多样的, 如: 对最低销售价格、价格的上涨率或上涨幅度作出决定; 对标准价格、基准价格、目标价格等价格的基础作出决定; 设定共同的价格算定方法(如规定具体的价格系数), 对影响实质性定价的回扣、手续费、折扣的限度作出决定。早在1988年, 我国就有以行业协会的名义统一定价的反竞争行为。如1988年12月, 某市三家最大的彩色扩印企业发起, 以‘彩扩企业经理恳谈会’的名义, 把全市30多家彩扩企业经理召集在一起, 以成立行业协会, 协调价格为名, 做出了共同涨价的决定, 致使该市彩照冲扩费一夜之间上涨了50%。^⑦

(2) 数量限制。指通过行业协会的决议, 对生产数量、销售数量作出限制, 以维护较高的售价。有的甚至通过对原材料的购入量的限制、设备运转的限制等方式来限制生产销售数量。这种数量限制的安排, 是以一定数量的产品仅按一定的价格在市场销售的设想为根据的。价格与需求数量几乎总是一种反比例的关系。所需求的产品的数量越大, 产品的价格就越低, 所需求的产品数量越小, 产品的价格就越高。行业协会采取的措施将是, 先估算出按其所希望的价格在市场销售的产品数量, 然后通过一项决议将进入市场的产品总数限定在这种数量上。1993年初, 某市十多家砖厂经协商成立了砖瓦协会, 将全市各家砖瓦厂生产的红砖产量一律按去年实际产量削减30%, 并共同确定一个最低售价, 各砖瓦厂不得提高产量, 压价销售。^⑧

(3) 划分市场。主要表现为划分地域和划分顾客。当两个或更多的卖主之间根据地理区域决定市场分配时, 就产生了地域划分。例如, 行业协会的决议规定: 甲的产品主要销往杭州, 乙的产品主要销往宁波, 丙的产品主要销往温州, 以此来避免相互间的直接竞争。划分顾客是指卖主之间根据个别的顾客或顾客的类型或集中营业的份额(百分比)来划分市场。例如, 行业协会的决议规定, 甲、乙、丙三家企业可选择某些大型客户作为他们的特殊顾客, 而其他的客户则留给另外的若干企业。又如, 某些企业仅将其产品出售给团体机构, 另一些企业则仅将其产品出售给零售商。再如, 它们对某些特殊工程的招标轮流报出最低报价, 以便使各方都能得到总营业额的适当份额。这样在任何情况下, 卖主之间就可以避免竞争性的对抗。

需要注意的是划分产品是否为市场划分的一种。划分产品是指, 甲方销售一种特定类型的产品, 而乙方则销售另一种类型的产品。这两种销售都在同一地理区域内进行。这些产品也可能是同种类的, 但并非可以相互替代。例如在60年代初期, 美国将近95%的双面刀片都是由一家刀片制造商销售的, 而另两家企业则是单面刀片的主要制造商。法院注意到: 以吉利公司(双面刀片制造商)为一方, 以希克保安刀片公司和美国保安刀片公司(单面刀片制造商)为另一方, 双方都不想通过生产另一类型的刀片来占据对方的销售市场。因此法院认为, 它们之间不存在有效的竞争。^⑨但是, 在欧洲, 与此相似的‘亚茨案’却得到了豁免, 成为专业化协议的典型案例: 一家德国公司与一家法国公司订立协议, 规定前者停止生产电子钟, 后者停止生产机械钟, 这样双方可以集中精力在各自领域里研究发展。双方还约定相互提供专门化协定。本来

⑦ 《人民日报》1988年12月21日。

⑧ 《人民日报》1993年7月6日。

⑨ 前引③, 霍华德书, 第75页。

该协议属《罗马公约》第 85 条第 1 款的禁止之列, 但该协议却得到了欧洲共同体委员会的豁免, 原因在于其结果使两家公司提高生产率, 集中生产专门化产品, 增加在该领域的竞争。¹⁰ 总之, 这类产品划分按其本身可能会限制当事人的竞争, 但从经济发展的角度考虑却是有利的。所以, 产品划分的违法性必须根据具体情况来审慎地判断, 不能一概地视为违法。

(4) 情报交换。行业协会会员之间传播那些可能以价格反映出来的价格数据和资料, 这本身并不违法。但是, 如果这些资料足以影响成员的定价, 则可能构成违法。早在 1963 年 12 月, 日本秋田市理发美容协会召开会议, 收集成员希望涨价及涨价幅度等方面的意见, 并加以公开发表, 传达给会员(未以决议形式发表)。次年的法院劝告判决认为, 这种行为事实上造成会员的共同涨价, 是对竞争的实质性限制, 违反了《私人独占禁止法》第 8 条第 1 号。¹¹ 当然, 在数量限制方面的情报交易也是不容许的。日本 1973 年的劝告判决, 对羊毛纺织协会所作的关于生产计划的策划和生产限制的企业间的情报交换加以禁止。¹²

需要指出的是, 这种情报交换是正常的职权行为, 还是越权行为, 即合法和违法之间的界限是模糊不清的, 在很大程度上得依具体情况而定。解决这个问题的关键在于确定容许情报交换的范围有多大和情报交换的合意是如何成立的。美国法院通过判例建立起来的根据以往经验总结出的几条预防性规则值得注意: 竞争者不得通过行业协会交流与价格密切相关的经营情况; 有关销售者身份的特殊情报不得予以公布; 会员与非会员都应被允许提供和接受协会所统计的情报; 任何一家厂商都不应被强迫参加情报交换; 任何会员资格都应是统一的, 非歧视性的, 用于合法目的并且不得对竞争造成损害; 作为市场的一个积极组成部分, 销售商与顾客都应当有机会获得这些数据材料; 一般地说, 所传递的价格信息应是以前的或现行的价格, 而不是所计划的今后的价格; 同时, 生产或销售的情报资料不应应对今后的价格或价格决策造成严重的干扰。¹³

2. 行业协会对同行非成员的反竞争行为

(1) 共同抵制。如果不采取强制入会的原则, 那么在该行业中, 并非所有的企业都是行业协会的成员。此时, 行业协会就可能代表会员的利益, 采取某些措施, 对同行业的非成员企业进行抵制, 排挤, 限制竞争。例如, 在 1993 年 5 月的某市空调大战中, 八家大型国有商店联合成立“家电拓展协调协会”, 共同对付该市的某交电公司, 采取了一些联合措施, 其中包括统一价格、公布旺季特价、实行联保联修等。¹⁴

(2) 拒绝新的同行竞争者进入其已有市场。有时, 这种行业协会的行为与地方垄断联系在一起。例如, 以决议的形式, 要求会员不得与外地某企业发生关系, 拒绝外地的竞争者进入该市场。又如, 为保护本地区企业的经营, 封锁市场信息, 甚至制造、散布虚假的市场信息。有时, 行业协会为保护会员利益, 在该地域范围内, 对新企业的成立设置障碍, 或者对已成立的企业拒绝其加入行业协会, 对他们进入市场进行干扰。

3. 促使会员进行不适当竞争

(1) 拒绝交易。这种行为包括: 行业协会促使会员拒绝对交易相对方的某一企业进行交易, 限制有关交易的商品或劳务的数量, 限制交易的商品或劳务的内容。例如, 某商场在销售彩电

¹⁰ 国家工商总局编:《现代竞争法的理论与实践》, 法律出版社 1993 年版, 第 120 页。

¹¹¹² [日] 实方谦二等编:《独占禁止法》, 青林书院新社 1983 年, 第 118 页以下; 第 116 页以下。

¹³ 前引③, 霍华德德书, 第 110 页。

¹⁴ 《法制日报》1993 年 5 月 13 日。

过程中,没有按照该省彩电生产企业协会规定的价格销售。为此,行业协会禁止任何会员再向该企业提供彩电。

(2)差别对待。主要形式有差别对价和交易条件的差别对待。差别对价是指行业协会不正当地根据地区或交易相对方,以有差别的价格供给商品或劳务,或者接受此类供给。例如,行业协会规定,所属会员对销往A省的产品价格统一定价为每单位10元,销往B省的产品为每单位12元等。又如,在某地区,对供给A企业的售价为30元,对供给其他企业的商品定价为31元。交易条件的差别对待是指不正当地对某事业者就交易的条件或实施,实行有利的或不利的对待。

(3)内部歧视。在行业协会的运作过程中,众多企业为各自的营利目的,就同一议题,因涉及不同的利益,意见分歧在所难免,有时甚至到针锋相对的地步。此时,有可能形成不同的利益集团。占优势的企业团体将控制行业协会,利用行业协会的名义对内部协会成员进行歧视,采取措施,不正当地排斥某一企业,或者不正当地区别对待某一企业,给该企业的生产销售活动带来困难。例如,不给某企业提供市场信息,或者向该企业提供虚假的市场信息。为此,日本《反不公正的交易法》第5条作了禁止性规定。¹⁵

4. 行业协会对会员的职能或活动的不当限制

行业协会对会员的职能或活动的不当限制是指对协会成员的事业上的组织、规模或者价格的决定、生产销售数量的决定、交易前的选择等一切事业活动的不当限制。根据行业协会的职能,其活动本身必然也会对会员产生一定的限制,如根据职权要求会员提供有关市场信息。所以,只有在超越职权的“不当”的场合才构成违法。这里的“不当”要以公正、自由的竞争的维持和促进的观念加以判断。一般地,这种行为是指行业协会对会员的价格、数量、设备、制品、技术、交易方法、营业方法等方面的不当限制。¹⁶

需要注意的是这种不当限制行为和前述的“行业协会对同行业非会员的反竞争行为”的关系。首先,不当的限制行为主要从行业协会与会员的内部关系着眼,是不当地损害会员利益的行为。而前述的行为,是以外部关系着眼,协会为了会员利益而一致对外,损害非协会成员利益的行为。其次,在主观意愿上,协会会员可分两派。一派为了自身利益,而主张对非会员实施反竞争行为。就他们而言,主观上不会认识到“不当的限制”,反而会认为这种限制是对外一致行动所理所当然的。另一派不主张对非会员实施反竞争行为,只有他们才有可能切身体会到协会对自己的“不当限制”。再次,从行为的逻辑延展看,以协会为单位对非协会会员的反竞争行为的一致行动,自然需要对内部会员的活动和职能加以限制。从这个角度看,可以说,这两者是处于不同的发展阶段,也可以说是同一事物的两个不同侧面。因此,法律以不同的条款从不同角度加以规定。例如,日本的《禁止私人垄断法》第8条的第1号和第4号分别加以规定。¹⁷在实践中,判决也有同时引用两者的情形,如1973年日本法院对“冈山县被服工业组合事件”的劝告判决,同时引用该法第8条第1号和第4号。¹⁸

5. 行业协会之间的反竞争行为

¹⁵ 日本《反不公正的交易法》第5条规定:事业者团体或共同行为不当地排斥某一事业者或在事业者团体的内部或共同行为中不当地区别对待某一事业者,给该事业者的事业活动带来困难之虞。

¹⁶ [日]佐藤一雄等编:《独占禁止法》,青林书院1995年,第64页。

¹⁷ 日本的《禁止私人独占法》第8条规定:“事业者团体不得进行符合下列各号之一的行为:一、实际上限制一定的交易范围内的竞争;……四、不正当地限制构成事业者(指构成事业者团体成员的事业者)的职能或活动……。”

¹⁸ 前引16,佐藤一雄等书,第65页。

为了竞争目的,不同地域的行业协会之间也可能发生反竞争行为。例如,A省和B省的行业协会联合起来一致对付C省的同业竞争者。在市场经济不发达的我国,尚带有行政色彩的行业协会常会采取这种方式来限制竞争。

(三) 行业协会反竞争行为的经济动因分析——以固定价格为例

行业协会的各种反竞争行为有其不同的经济预期和经济动因。但各种经济动因有其共同的目的,即为谋取超额利润而限制竞争。在众多的反竞争行为中,不可能也无必要对各种行为的经济动因进行分析。为方便起见,现选择最典型的固定价格为例进行分析。因为从美国经验看,“30年来,在司法部反托拉斯司每年提起的反托拉斯诉讼中,固定价格案件一直占一半以上。”¹⁹当然,在“某些情况下,行业协会也被有效地利用来作为一种实行固定价格的工具。……行业协会的职能之一就是搜集统计的情报,包括数据资料。这就可能为价格的商定提供便利。如果行业协会的力量很强并且在固定价格中起积极的领导作用,那么,卖主的数量就会比一般情况下更多,并且有可能达成和执行有效的协议。”²⁰现将固定价格的经济动因分析如下:

1. 需求条件

一般地说,各种行业的需求曲线有它们的某些特征,这些特征是固定价格中的主要因素。现假设:(1)行业的需求是完全固定不变的;(2)产品有高度的统一性,相互间有替代性。这种特性还可能长期保持。这样,可得出的结果是:因行业需求一定,价格越高,行业总收入越高;价格越低,行业总收入越低。因此,通过行业协会的决议进行联合,所有的厂商都能在保持价格上升或提价中得到经济上的好处。这对整个行业来说,是有利可图的。

个别企业与全行业的关系也能证明这一点。虽然行业的需求是固定不变的,但个别厂商的需求却可以是完全灵活和具有弹性的。它可以单独地涨价和降价。个别厂商虽然认识到削减的市场价格会使每个厂商在收入方面的处境更为不利,但如果它能单独削价,那么它还是有利可图的。这是一种灵活而有伸缩性的需求。如果一个厂商单独将价格削减至市场均衡价格以下,这将会增加对该厂商的需求量,因而足以补偿其因削价而受到的损失,而且该厂商的总收入也将会增加。它的削价会将生意从它的竞争对手那里吸引到自己这边来,如果它认为它能这样做,而且它的竞争对手也不会跟着进行报复性的削价,那么就有了促使厂商进行削价的刺激因素。这些因素刺激厂商进行秘密的削价和给产品打折扣。然而,削价不可能长久地秘密进行。因为如果一家厂商对其产品削价,其他厂商就会感到他们有必要将其产品的价格与已削价的价格保持一致。如果所有的厂商为了保持其市场份额而对其产品削价,它们的处境就都会变糟,在行业需求固定不变的情况下,整个行业的价格越低,就意味着总收入越低。正是由于认识到这一点,竞争者之间往往会串通起来,通过协会决议的形式来保持价格的上升。同理,在这些条件下所进行的串通也是一种更可靠的提价方法。如果一个厂商单独地将其价格提到市场平均价格以上,其它竞争者很可能不会仿效。假如这些竞争者并不提价,那么这家厂商就会失去许多客户而将生意留给了它的竞争者。这样,它的总收入就会下降。但如果所有的厂商同时提价,它们就能增加总收入,这个总收入是与固定不变的行业需求相适应的。

2. 供应与成本条件

在一个行业(尤其是只具有少量卖主时)面临着供大于求而且行业的需求是固定不变的情况下,就特别能促使卖主进行串通来避免进行无利可图的削价。需求可能会周期性地缩小,或

1920 前引③,霍华德书,第80页以下。

者会长期地下降,这个行业可能会因为指望将来需求的增加而过量生产,极力想利用闲置的固定资产也可能加速某些厂商以低于过去的牌价或帐面价格进行销售。这就可能引发报复性的削价和价格战。串通的价格协议能有效地防止这种大幅度的削价。另一方面,闲置的生产设备越多,价格协议的作用可能就越小。

螺旋式的削价在短期内可以将价格降到勉强能支付平均可变成本的开支。²¹ 只要价格能补偿原材料、劳动力和运输的直接成本,至少再加上有关工厂和设备的不变成本,它就能支付厂商继续生产和在这个规模上进行销售的开支。如果厂商停止了经营,它就不能应付日常开支的成本,即使在厂商不生产任何产品的情况下,这种成本也是必不可少的。继续经营并补偿这些不变成本也要比停止经营和一无所获更强。特别是在重工业或资本密集型的行业中,这个问题会更严重。因为这些行业的不变成本在总成本中占有较高的比例。不变成本所占的比例越高,对削价的担忧和固定价格协议的愿望就越大。在这些行业中,当价格被迫降低到可变成本的水平时,各个单独厂商的大量成本就得不到补偿。

一个行业中同样的成本条件也将有助于固定价格协议的形成。如果达成价格协议的各个厂商面临着同样的总成本开支,协议就会更容易达成。因为他们中间没有谁能从削价中得到降低成本的好处。

3. 结果

灾难性的价格战以后,竞争对手们几乎都肯定会认识到,削价必然会引起抵制性的削价。认识到“相互之间的依赖”的含义——即勾结——是非常重要的。²² 如果所有会员都同意规定同样的价格,那么,他们会共同面临着市场需求曲线,而不是每一个厂商面临着自己的需求曲线。因此,在典型的情况下,各厂商会非法地勾结起来共同决定利润最大化时的价格。此时,价格将非常接近于一个垄断者会选择水平。可见,“固定价格是一种以隐晦的方式对公众掠夺的行为。固定价格中的更高价格最终将成为消费大众负担的费用。”²³ 早在1776年,亚当斯密就一针见血地指出:“只要是同一行业的人在一起聚会,即使只是娱乐和消遣,聚会也是以反对公众的阴谋或某种提高物价的计谋而结束。”²⁴ 正因为如此,美国法院认为,固定价格行为本身即是违违反谢尔曼法的行为。正如首席法官沃伦在1956年最高法院的判决中所说:违违反谢尔曼法的固定价格是与竞争政策背道而驰的,说它违法的根据并非是不合理性,因为在结论上它早已被推定是不合理的。这是早已清楚而无庸讳言的。至于参与者的动机是善意还是恶意,固定价格是通过公开契约还是较为隐晦的方式达成,参与者是否具有市场控制力,州际商业所受影响的大小,或者协议的结果是提高还是降低了价格都是无关紧要的。²⁵

(四) 适用除外

由于行业协会的反竞争行为不仅会损害有关经营者,消费者的合法权益,而且会妨碍竞争机制应有功能的充分发挥,破坏公平竞争秩序,因此,许多实行市场经济的国家和地区通过竞争法律,对这种行为进行原则禁止。但对于确实有利于社会整体经济发展和公共利益的限制竞争行为,则通过法律或判例确定一些除外规定,以使在确保公平竞争秩序的同时,不阻碍社会

²¹ 一个厂商的总成本等于不变成本与可变成本之和。不变成本主要指厂房、机械设备等不动产,可变成本主要是:原材料、支付给劳动者的工资、运费等成本,平均总成本,即为单位产品的不变成本与可变成本的平均成本之和。

²² 保罗·A·萨缪尔森等:《经济学》,中国发展出版社1992年,第883页。

²³ 前引③,霍华德书,第79页以下。

²⁵ 前引③,霍华德书,第79页以下。

整体经济的发展。一般地,以下几种行为可获豁免:²⁶

- (1) 为降低成本,改良品质或增进效率,而统一商品规格或型式者;
- (2) 为提高技术,改良品质、降低成本或增进效率,而共同研究开发商品或市场者;
- (3) 为确保或促进输出,而专就国外市场之竞争予以约定者;
- (4) 为加强贸易效能,而就国外商品之输入采取共同行为者;
- (5) 经济不景气期间,商品市场价格低于平均生产成本,致该行业之事业,难以继续维持或生产过剩,为有计划适应需求而限制产销数量、设备或价格之共同行为者;
- (6) 为增进中小企业之经营效率,或加强其竞争能力所为之共同行为者。

需要注意的是,这些特定行为的豁免不是绝对地适用除外,因为这些行为本质上是违反法律的行为。行业协会获得个别的或集体的豁免,需要满足两个条件,一是实质性条件,这从积极方面看,要求这些行为有利于克服当前的经济不景气状态,有利于促进整体经济和全体利益;从消极方面看,这些行为应当没有超过必要的限度,同时,没有不当地损害一般消费者及有关事业者的利益的危险存在。总之,要求行为的结果应当以合适的状态与有关的限制竞争的后果相适应。二是程序性条件。各国竞争法一般都规定了申报、批准程序。行业协会申报时,必须提出行为的正当理由,行为的主旨、具体内容和实施办法,主管机关对其申请要进行评估审查,并可视实际的市场背景对行业协会的申请行为附加条件、期限或其他限制等。主管机关另外应设置专簿予以登记,并刊载政府公报。

三、职业协会的反竞争行为

(一) 职业协会与职业道德法典

长期以来,律师等自由职业者是不受反垄断法的约束的。自由职业者往往根据本系统的职业道德法典开展服务,主张道德法典是维护高标准的服务所必需的。各种职业的大部分成员都认为他们所从事的职业不是普通的经营或商业。他们并不是出卖商品,而是提供服务。这种服务被认为是具有相当的人身性质的。职业服务的提供对象是当事人,而不是顾客。当事人所购买的是一种服务,这种服务的产生需要经过广泛的特殊训练。一般地,这种服务是可以信任的。

同时,提供职业服务被认为是不受个人感情或意见所影响的,并且应符合最高的道德标准。会计师必须精练和准确,遵守基本的会计学原理,证明帐目和报帐是有效的。律师不应挑起或延长不必要的诉讼。医生必须首先向所有需要治疗的人提供服务,哪怕病人付不起医疗费用。简言之,专业职业者的行为不能仅受利润的支配。因此,不适当的竞争被认为是低级的和不相称的。

在这种认为必须保持职业标准和道德的情况下,自然就可能存在着职业者的利益和公众利益的冲突。如果竞争者是由职业内部的自我规则控制的,又怎能各成员的利益不高于公众利益呢?公共政策的立场是:在某些情况下,这点已被突破,并且职业道德与标准已经严重地影响了竞争的功能。²⁷基于这样的认识,到了70年代,职业协会也受到了反托拉斯当局的有效指控。律师、会计、工程和医疗职业协会被判定为有限制竞争的行为。他们对竞争的限制是通过

²⁶ 这里是以台湾《公平交易法》第14条为基础,同时考察了英国《限制性贸易规则法》、德国《反对限制竞争法》、日本《禁止垄断法》相关条款。

²⁷²⁸ 前引③,霍华德书,第113页,第108页。

直接或间接地控制价格的方法进行的。²⁸这可以从美国、日本等发达市场经济国家的司法实践中得到证明。²⁹

(二) 反竞争行为的主要类型

1. 固定的底价制度。在各种职业中, 职业协会给出固定的底价是一种普遍的现象。美国自 70 年代以来, 这种底价制度受到反托拉斯法的追究。在律师职业中, 有名的判例为 1971 年的“哥德伐泊案”。该案中, 最高法院认为, 没有一个律师的收费低于费尔伐克县律师协会所规定的最低收费标准。最低的收费标准违反了谢尔曼法的第 1 条规定。³⁰在医疗职业中, 1977 年的“美国诉阿拉米达县兽医协会案”也同样被认为兽医协会规定的最低限度的收费标准是违犯谢尔曼法的。³¹

2. 禁止竞争性报价。长期以来, 各种职业协会的道德法典均明确规定禁止会员进行竞争性报价, 并且指出竞争性的报价不是为了公共利益, 而是引诱的一种形式, 因而是非职业性的。会计职业一直主张当事人选择会计师的根据应是他们的素质, 判断素质的根据是职业上的水平, 而不是价格。服务的费用宁愿由双方商定, 也不采用公开的价格竞争。³²但是, 近来的判例表明, 这种规定是违犯谢尔曼法的。会计职业中, 1976 年的“美国诉得克萨斯州会计委员会案”指出, 该委员会禁止竞争性报价的规则违反了谢尔曼法第 1 条规定。得克萨斯州会计委员会是由九名由该州长任命的实务会计师组成的。该委员会签发在该州开业的特许证和许可证, 并且颁布、管辖和执行有关会计职业行为的规则。这些规则经过多数许可证持有者的投票获得通过并开始生效。这样, 这些禁止竞争性报价的规则可以被认为是该州会计师之间不进行价格竞争的协议。³³又如, “美国诉全国职业工程师协会案”指出, 该协会中的禁止工程职业的竞争性报价的自我规则是一种违犯谢尔曼法第 1 条的固定价格行为。

3. 对会员的其他限制竞争行为。例如, 日本 1980 年的“千叶市医师会案”的劝告判决指出: 千叶市医师会对会员或非会员而进行的开设医院或诊所的限制, 不但是在千叶市一定范围内实质上限制了竞争, 也是对会员的职能或活动的不当限制。³⁴又如, 法院在 1965 年的“大牟田药业组合事件”中认为, 组合(即协会)对会员所规定的广告内容的限制是对会员职能或活动的不当限制。³⁵同样, 1979 年的“建筑师协会案”由于协会在报酬规程中规定了报酬基准, 在竞技规则中规定了参加设计竞技的限制, 又在协会宪章中规定, 禁止会员开展报酬上的竞争以及限制会员参加设计竞技。法院据此认为, 这是对会员的职能或活动的不当限制, 因而是违法的。³⁶再如, 1981 年的关东地区卫生检查所协会事件中, 该协会禁止内部会员间进行争夺顾客的竞争, 同时, 促使会员与非会员进行不正当竞争。对此, 法院认为, 协会不但限制了会员的职能或活动, 同时促使会员进行不正当竞争, 当然是违法的。³⁷

总之, 律师、医师业等正慢慢从特殊地位上走下来, 不断地向一般商业靠拢。长期被作为道德法典而受尊敬的宪章、规程等正在逐步地衰落, 从免受规制的状态渐渐地迈入遭受规制的境地。这似乎表明, 传统的奉为至尊的道德法典的理念正逐步让位于竞争理念, 职业协会与行业协会似乎没有什么不同。

²⁹ 本文所举案例均为美国、日本等国的判例。事实上, 这些案例所反映的情况, 在我国也不同程度地存在着, 在医药行业尤甚。

³⁰ 313233 前引③, 霍华德书, 第 114 页, 第 129 页以下, 第 118 页, 第 119 页。

³⁴ 前引11, 实方谦二等书, 第 91 页以下。

³⁵ 36 37 前引11, 实方谦二等书, 第 122 页以下, 第 89 页以下, 第 123 页以下。

四、立法现状与展望

我国在发展市场经济的过程中,应当鼓励企业之间进行自由、公平的竞争。使企业通过市场竞争,优胜劣汰,获得发展的动力,提高经济效率,从而确保国有资产的整体增值;使消费者有更多的机会选择价廉物美的商品,提高社会效益。而行业协会的反竞争行为为谋求超额利润,人为地限制竞争,不但置消费者利益于不顾,也抑制了经营者对提高产品质量、降低成本采用新技术的内在动力,对社会产生了不可低估的危害。因此,必须通过立法禁止这种行为,以鼓励竞争。

(一) 立法现状及存在问题

目前,我国涉及行业协会反竞争行为的法律主要从整顿市场秩序,加强物价管理的角度对涉及到垄断价格等问题加以规定。1987年的《国务院关于整顿市场秩序,加强物价管理的通知》第3项规定,国营和集体工商业,“不准借口‘协作’和串换紧俏物资,变相涨价”。第5项规定,“所有企业,都不准串通商定垄断价格”。1987年的《物价管理条例》第29条规定,“企业之间或行业组织商定垄断价格”的行为,属于价格违法行为。1993年的《国务院关于积极稳妥地推进物价改革,抑制物价总水平过快上涨的通知》第6项规定,“对部分城市出现的商界或企业联手提价,压价和拒销等行为要加以制止,引导他们走上行业价格管理的正常轨道,防止价格垄断的出现和不正当竞争的发生。”这些规定存在以下问题:(1)关于物价管理方面的法规,仅规定价格垄断等价格方面的问题,既不能反映该行为的本质内涵,也不能反映行业协会反竞争行为的全貌,充其量,只是协会反竞争行为的某些方面。(2)缺乏可操作性,没有一部竞争法,仅物价方面的规定,自然没有操作性可言。(3)法律阶位不高。许多市场经济国家,都把竞争法放到极高的地位,在日本更有“经济宪法”之称。对阶位如此之高的法律,仅以法规的形式出现是不妥当的,应该由全国人民代表大会制订,以法律的形式出现。

需要注意的是民法通则关于串通行为的规定。该法第58条规定,“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的”民事行为无效。第61条第2款规定,“双方恶意串通,实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的,应当追缴双方取得的财产,收归国家、集体所有或者返还第三人”。固然,可以认为企业借助行业协会这个天然的议事场所,损害国家、集体和第三人的利益,应当适用该规定,但行业协会的反竞争行为毕竟不是一般意义上的民事行为。该行为作为民事行为固然可以,但也是触犯行政法的行政违法行为。在许多市场经济国家和我国台湾地区还是可能构成犯罪的行为。这是由于该行为具有很大的社会危害性,本质上是一种扰乱竞争秩序的行为,而不是简单的民事违法行为。因此,利用民法通则的规定来规制协会的反竞争行为是不可取的,只是在目前没有竞争法的情况下,只能通过民法通则这种迂回的方式牵强地应付现实而已。

(二) 立法建议

为了从根本上避免行业协会的反竞争行为,必须以立法的形式加以规制。这应从下面两个系统展开。

1. 制订《行业协会法》

随着市场经济的建立和发展,我国行政管理正朝着行业管理的方向发展。为规范行业协会,有必要借鉴先进国家相关法律制订《行业协会法》。这也是杜绝协会反竞争行为的根本所

在,以达“正本清源”之功。该法应规定:行业协会的基本原则,会员的加入,协会与会员的关系,协会机构及其运作,协会职员职权和职责,经费来源及运用,协会的定期会议和临时会议,对协会的监督,法律责任及其他。

2. 制订《反垄断法》

(1) 为了增强反垄断法关于行业协会反竞争行为规定的可操作性,在设定行为规范时,应原则禁止行业协会实施反竞争行为,并针对我国社会经济生活中常见的行为,列举几种具体行为的表现形式,如统一定价或限定其他不合理交易条件;限制产量、销量、划分市场;联合抵制等。在设定禁止条款的同时,也应从我国实际出发,对有利于社会经济发展和社会公共利益的情况下所实施的行为,设定除外规定,如为应付经济不景气采取的措施,合理化需要而采取的行为。

(2) 建立竞争规则的登记和公开制度

为明确行业协会的宗旨,规范其行为,应建立其业务范围内的竞争规则。这里的竞争规则是指行业协会所规定的会员企业在竞争中所应遵守的行为规则。其目的在于反对竞争中违背公平原则的行为,或者违背适合于商品和服务的有效竞争原则的竞争行为,并鼓励在竞争中符合这些原则的行为。这些竞争规则广泛地涉及到统一使用标准合同,共同交货条件,付款条件,统一商品的规格、型号;涉及到降低成本,提高质量等;涉及到经济合理化,应付经济不景气等。

为确保竞争规则与行业协会的宗旨相符,应建立竞争规则的登记和公开制度。这项制度包括:登记的程序;登记的效力;不予登记;规则的修改、补充;登记的失效、注销以及已登记的竞争规则的公开。这种登记制度的意义在于:行业协会或会员只要是根据已登记的竞争规则而实施的行为,就具备了合法的效力,不再视为违法。竞争规则的登记和公开制度不但为行业协会和企业设置了行为规范,也让消费者有机会了解行业的竞争规范。这有利于政府有关部门加强监督管理,防止反竞争行为的发生,实现真正的行业监管。

(3) 建立科学的法律责任体系

首先,需要明确受处罚的主体。行业协会不同于一般的自然人或法人。反竞争行为的实施往往是协会管理不严和会员企图操纵协会、利用协会两方面所致的结果。因此,对行业协会的反竞争行为,许多市场经济国家规定同时处罚行业协会、协会负责人(如该协会的理事,其他负责人或管理人)、协会成员企业及其法定代表人,会员驻协会的代表等。

其次,鉴于协会的反竞争行为不仅会损害其他经营者、消费者的合法利益,而且还会破坏公平竞争秩序,损害社会整体利益,因此,《反垄断法》应当对协会的反竞争行为设定三种法律责任。一是民事赔偿责任。需注意的是,许多国家的民事赔偿已不是通常意义上的赔偿,而是惩罚性赔偿,如美国的三倍赔偿制度,³⁸我国台湾的“酬定损害额以上但不超过三倍的赔偿制度”。³⁹这是由竞争法为秩序法的本质所决定的。二是行政责任,主要有:停止违法行为,责令纠正不当行为,罚款,解散行业协会。三是刑事责任,主要有罚金和监禁。处以行政处罚和刑事责任,不仅能够有效地制止协会的反竞争行为,而且能够通过对行为人施以必要的法律制裁,以补救这种行为对社会整体经济利益所造成的损害。

³⁸ 前引10,《现代竞争法的理论与实践》第43页。

³⁹ 我国台湾地区《公平交易法》第32条。