

论中国反垄断法对行业协会的规制

盛杰民,焦海涛

(北京大学 法学院,北京 100871)

摘要:基于行业协会行为限制竞争的可能性,各国反垄断法纷纷通过“补充标准”或“术语解释”的方式将其纳入规制范围,并采用了“实质高于形式”的规制原则。具体措施上,除了设定行业协会职能的法律界限,限制行业协会处罚权的行使之外,各国反垄断法还从实体与程序两个方面规定了行业协会的活动规则。中国《反垄断法》对行业协会的规制,一定程度上克服了《价格法》规制行业协会限制竞争行为的不足,但所确立的实体制度与程序制度仍相对简单,法律责任设置也存在缺漏或可操作性障碍。

关键词:行业协会;反垄断法;规制原则;规制措施

中图分类号:DF41

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2008)04-0093-06

在现代社会,行业协会等“第三部门”发挥的作用越来越大,但在现实中,行业协会职能错位的情况也屡屡发生。很多国家法律已经注意到了行业协会可能会对市场竞争造成限制,因此普遍地将其纳入反垄断法的规制范围。在中国《反垄断法》出台之前,鲜有从维护竞争秩序的角度对行业协会进行规制的法律规范。法律层面,对行业协会组织本行业经营者达成垄断协议的行为,只有《价格法》中有所涉及,但其内容主要限于有关价格的垄断协议,对其他垄断行为则未有规定。而且,《价格法》主要适用于经营者之间的价格行为,对行业协会的规制普遍不力。基于此,中国《反垄断法》对行业协会的垄断行为进行了专门规定,但总体而言,相关内容仍不够充分,尤其是法律责任设置,虽与《价格法》相比已有一定进步,但在形式与内容上仍然存在一定不足。

一、《价格法》规制行业协会的困境

先看一则案例:成都市医药商会在其所属19个会员单位(占据成都市药品零售市场近90%的份额)的策划下,于2007年8月17日召开理事会,研究并通过了《确定第一批名优药品统一市场零售价的决议》(以下简称《决议》)和《成都市医药商会推荐品种违规销售处罚规定》(以下简称《规定》)。《决议》的主要内容是对相关药品进行统一定价,《规定》的主要内容是对不遵循定价的参与者进行处罚。2007年9月1日起,成都市医药商会推荐的三种药品统一市场零售价开始在其会员单位及直营店执行。四川省物价局经调查后认为,成都市医药商会违反了《价格法》中关于“相互串通,操纵市场价格,损害其他经营者和消费者的合法权益”的规定,其行为是“典型的串通定价违法行为”,因此,责令医药商会和当事企业立即停止价格违法行为,并向成都市消费者公开道歉。

本案是行业协会组织本行业经营者达成垄断协议的典型案件,涉及行业协会决议对竞争的限制、行业协会的处罚权等重要问题。本案的处理依据是《价格法》,从案件最终处理结果可以看出,《价格法》对行业协会行为的规制,在现有法律框架内还存在难以逾越的困境,其中最典型的表现就是,本案中行业协会虽然是主要责任人,但却几乎没有承担任何实质性的法律责任。

(一)行为性质认定的困境

上述案例中,限制竞争行为的实施者除了19家连锁药店外,还包括成都市医药商会,后者属于行业协会。成都市医药商会实施限制竞争行为的主要方式是制定了一个《决议》和一个《规定》,要求下属企业遵照执行,并规定了处罚措施。行业协会以协议方式达到固定价格、产量或者划分市场的目的,在中国经济现实中比较普遍。案中的垄断行为是固定价格,中国《反垄断法》明确禁止经营者与行业协会实施固定价格行为,但在该法通过之前,对固定价格行为进行规定的主要是《价格法》。

《价格法》第14条禁止经营者从事“相互串通,操纵市场价格,损害其他

收稿日期:2008-06-19

作者简介:盛杰民(1941-),男,上海人,北京大学法学院教授,博士生导师,主要从事竞争法研究。

经营者或者消费者的合法权益”的行为。但需要注意的是,《价格法》明确将“操纵市场价格”行为的主体限定为“经营者”。对于何为《价格法》中的“经营者”,国家发展改革委办公厅《关于对〈价格法〉中的“经营者”如何认定的复函》指出:在价格行为上依照《价格法》的规定享有权利的经营者,应当是依法取得经营资格的合法经营者;凡在经营活动中有《价格法》规定的应受处罚的价格违法行为,不论违法者是否依法取得经营资格,都应依法处罚。这一规定基本精神是,要享受《价格法》中规定的经营者权利,必须取得主体资格,而从事价格违法行为,却不论行为入是否具有经营资格。

根据上述解释,行业协会显然不能算是《价格法》中的经营者。因此,如果严格按照《价格法》的规定,本案中的行业协会实际上很难被认定从事了价格垄断行为。四川省物价局的处理决定,一定程度上扩展了《价格法》的适用范围。

(二) 法律责任追究的困境

《价格法》对价格垄断行为规定的法律责任有两种:一是受害者可以追究其补偿及赔偿责任,即经营者因价格违法行为致使消费者或者其他经营者多付价款的,应当退还多付部分,造成损害的,应当依法承担赔偿责任;二是执法者可以进行行政处罚,即“责令改正,没收违法所得,可以并处违法所得五倍以下的罚款;没有违法所得的,予以警告,可以并处罚款;情节严重的,责令停业整顿,或者由工商行政管理机关吊销营业执照”。

同样,《价格法》所规定的法律责任主体也被限定为“经营者”,既然行业协会不是《价格法》中的“经营者”,那么针对“经营者”价格垄断行为的法律责任规定,自然也就无法约束行业协会。从这个意义上说,中国《价格法》对行业协会的价格垄断行为实际上并未规定法律责任。正因为这种尴尬的存在,上述案例中的行政机关无法对成都市医药商会进行罚款,而只能责令其停止价格违法行为,并向消费者公开道歉。

二、反垄断法规制行业协会的基础与原则

(一) 规制基础

在现代社会,行业协会自治性治理被视为是社会的第五种治理机制,在市场经济中发挥着越来越重要的作用^[1]。但同时,为保障成员利益最大化,行业协会总试图以决议或其他方式消除成员之间甚至市场上的竞争。行业协会行为之所以进入反垄断法视野,正是由其行为的双重属性所决定的。

首先,发挥行业协会的自治功能,保障其自治权,对竞争机制的推进具有积极作用。在很多国家,行业协会已经成为政治博弈中的积极力量。表现在反垄断法的制度供给上,行业协会的积极参与必然会有助于改进立法理念、增强立法技术、提高立法中的民主性,从而使反垄断法律规范在形式上趋于合理,大大提高其可操作性,实质上也能体现企业意志,有利于维持政府与企业之间必要的张力,促进二者良性共存、和谐发展。行业协会等社会中间层的自律也能为反垄断法的有效实施起到补充作用,既可通过事前的引导、控制,增强企业竞争行为的规范性,也可通过事后的纠正,成为竞争执法的重要力量,从而大大舒缓反垄断法执法资源有限性之急。

其次,对于行业协会的消极功能,反垄断法也应

当有所认识。尽管行业协会可以协调同业关系,增进行业的共同经济利益,但行业利益可能与社会利益发生矛盾,这时,行业协会可能会选择优先服务于行业利益。因此,行业协会自治权的行使错位,亦会带来各种反竞争倾向,不仅有可能成为其成员企业从事限制竞争行为的保护伞,其本身也可能借助其自治功能实施法律所限制或禁止的限制竞争行为。而且由于行业协会的组织统一,相对于一般的限制竞争行为,其决议的执行可能更富有效率,因此,对竞争的损害就会更大^[2]。

基于上述两重性,行业协会自治权的限度必须有所限制,防止其成为与行业垄断同质的“二政府”。这就要求反垄断法在重视行业协会辅助功能的同时,也要将其行为纳入审查框架。体现在制度上,行业协会豁免权的赋予必须适度,对可能引起限制竞争效果的行业协会行为,必须从实体与程序多个角度进行控制。

(二) 规制原则

行业协会行为是一个典型的“复杂性”问题,对行业协会的引导或限制,需要多个法律部门进行“综合规制”。强调反垄断法规制,主要着眼于行业协会行为的限制竞争效果,而非行为目的或行为表现。

具体说,行业协会限制竞争的主要途径是通过内部决议,要求成员企业直接就某些竞争因素,如价格、数量、技术、产品、设备、交易对象、交易区域等达成一致意见,从而排除或限制竞争。行业协会决议之所以受到反垄断法关注,是因为其内容或结果可能对相关市场竞争造成限制,而非决议所采取的形式。也就是说,反垄断法对行业协会行为的规制,主要是控制其决议内容而非形式,这可以称为“实质高于形式”原则。

行业协会决议的表现形式多样,如规章、决定或建议等。规章和决定大多采用书面形式,如果其含有限制竞争内容,执法中比较好认定,而建议就比较复杂,尤其在实践中,行业协会往往以建议不具有强制力为由进行抗辩。这时,如果贯彻“实质高于形式”原则,就容易认定。的确,建议一般只具有参考作用,但其经济上和道义上的约束力常常使成员企业无法拒绝。实践中大多情况是,某一成员企业一旦未遵守行业协会的建议,将会遭受各种不利后果,如其他成员的联合抵制或变相制裁,行业协会的罚款、谴责(名誉制裁),甚至是开除。这种具有实际约束力的建议与行业协会的正式决定本质上并无区别,反垄断法自应将其纳入规制范围。

正因如此,实践中对行业协会决议形式的认定是比较宽松的。例如,在欧共体竞争法中,企业联合组织的决议可以是贸易协会所制定的任何规则,也可以是根据该规则作出的任何决定或者建议^[3]。而有些国家,考虑到建议是否具有约束力在现实中很难认定,甚至不再作这样的认定⁽¹⁾,而直接推定其具有约束力,例如,英国1976年《限制性贸易行为法》规定:“根据登记的宗旨,一个贸易协会作出的建议将被视为是有约束力的,即使各成员按其意愿可以置之不理。”^[4]

三、反垄断法规制行业协会的具体措施

(一) 将行业协会纳入规制范围

由于行业协会具有限制竞争的可能性,各国反垄断法均将其纳入规制范围。在具体做法上,存在

两种模式。

1. 通过“补充标准”将行业协会纳入规制范围

各国反垄断法一般将其适用范围限于经营者或企业的行为,但现实中从事垄断行为的主体又不仅限于经营者。某些主体自身性质特殊,如果将其纳入经营者范围予以“一体规制”,可能会造成法律适用的不统一或带来法律概念的混乱,但它们又会经常成为垄断行为的主要实施者,这时,就可以在反垄断法中设立“补充标准”,专门对这类主体的垄断行为予以规定。在确立“补充标准”情况下,反垄断法虽然没有将行业协会作为经营者或企业看待,但基于法律的补充规定,行业协会的行为也须接受反垄断法审查。

设立“补充标准”,是解决行业协会反垄断法地位的最直接方法,也是各国立法最倾向采取的方式。例如,《欧共体条约》第81条和德国《反对限制竞争法》第1条明确规定禁止具有限制竞争目的或者效果的企业联合组织或企业团体的决议;日本《禁止垄断法》明确规定其适用主体是“事业者”和“事业者团体”两类⁽²⁾,所谓“事业者团体”,是指以增进事业者共同利益为主要目的的两个以上的事业者的结合体或联合体⁽³⁾;中国台湾地区“公平交易法”第2条将“事业”的范围界定为公司、独资或合伙之工商行号、同业公会以及其他提供商品或服务从事交易之人或团体。

中国《反垄断法》也采用“补充标准”的方式,确立了行业协会的反垄断法地位。《反垄断法》一方面要求行业协会加强行业自律,引导本行业的经营者依法竞争,另一方面也禁止行业协会组织本行业的经营者达成垄断协议。

2. 通过“术语解释”将行业协会纳入规制范围

所谓“术语解释”的方式,是指立法中没有明确规定反垄断是否适用于行业协会的行为,但在执法或司法实践中,执法机关或法院通过对“法律术语”进行解释,将行业协会纳入规制范围。

采用这种模式的国家主要是美国。美国的反垄断法规则大部分由判例发展而来,成文法的规定比较简单。《谢尔曼法》开宗明义地禁止“任何人”(Every person)的限制竞争行为,对于“人”的具体范围,《谢尔曼法》的规定比较模糊,行业协会是否可以实施“共谋”行为,立法规定并不清晰。而且,根据《谢尔曼法》第1条的规定,它并不是适用于所有违法的共谋,只是适用于那些对“交易或者商业”进行限制的共谋,也就是说,从构成要件上看,主体的营利性往往被认为是共谋行为的必要要件,而行业协会显然不具有营利性。但是,根据美国国会及司法机关的理解,《谢尔曼法》第1条只规制本质上具有商业性质的行为,是否营利性主体的认定不能局限于外在行为。立法机关一直致力于扩大《谢尔曼法》的适用范围,使其能够规制最大可能范围内的行为,第1条的适用范围因此扩展到了非营利性机构,包括行业协会。例如,在Goldfarb案中⁽⁴⁾,法院指出,“毫无疑问,非营利性的组织也可能受到反垄断法的制裁”;在Engineers案中,法官也认同“《谢尔曼法》第1条广泛的用词表明它适用于非营利性组织”⁽⁵⁾。

可见,虽然《谢尔曼法》在立法中没有出现企业联合组织或行业协会等概念,但其第1条适用的主体范围在司法实践中已经被解释为包括一切具有法

律人格的自然人和组织,而不论该组织是单一的企业还是企业联合体。

(二) 设定行业协会职能的法律界限

行业协会具有的职能非常广泛,且有扩大趋势,其基本职能可以概括为实施自我管理、提供行业服务、协调同业关系等三个方面^{[5]169}。从各国反垄断法规定来看,行业协会行使每项职能,必须遵循促进竞争原则,否则就有可能受到管制。

第一,管理职能。行业协会是一种自律性的社会组织,为了促进行业经济有序发展,往往通过发布各种行业规章、指导意见、惩罚规则等,确立相关行业的管理秩序。只要不违反法律、不违反政府的强制性管理规定,各国政府对其管理职能一般都予以尊重。有些情况下,在一些专业性和技术性领域,行业协会还可以根据政府的授权实施相应的管理职能。

第二,服务职能。行业协会代表行业利益,其重要职能之一就是为本行业经营者提供相关服务。例如,通过开展技术咨询和培训,提高本行业从业者的经营水平和技术水平;通过组织信息交流和开展信息服务,使经营者更为全面地了解 and 掌握相关信息,从而更有效地安排生产经营;代表本行业开展招商活动,吸引投资、推介产品;代表本行业向政府反映本行业经营者的呼声,提出促进本行业发展的建议等。反垄断法对行业协会的服务功能关注较多,因为它为同业竞争者共谋提供了最好的媒介。行业协会组织的信息交流和提供的信息服务,极其便于成员之间进行价格、产量等方面的共谋,从而限制相关市场的竞争。因此,各国反垄断法尤其禁止行业协会通过召开会议的方式促使竞争者之间达成垄断协议。

第三,协调职能。作为行业协会的成员,同业经营者之间互为竞争对手,如何协调成员之间的利益冲突成为行业协会的重要职责。行业协会往往通过制定内部规则、发布自律意见的方式,来协调行业内部利益冲突。在各种内部规则中,有些涉及技术问题,有些则涉及经营问题。从各国反垄断实践看,行业协会制定的关于统一质量技术标准的规则通常能够得到豁免,而那些协调同业经营者之间的经营策略的规则,有些对于维护成员之间的公平竞争具有积极意义,反垄断法予以鼓励,有些则可能会限制成员之间的竞争,反垄断法予以审查。总体上,行业协会的决议行为,在各国反垄断法上都是规制重点。

(三) 限制行业协会处罚权的行使

在大多情况下,为了保障有关决定得以执行,行业协会都会运用其处罚权,对不遵守决定的成员进行处罚,如罚款(经济制裁)、批评谴责(名誉制裁)、开除(会员资格剥夺)等。一旦行业协会通过一个在其成员内部限制竞争的决议,往往都会同时规定处罚措施来保障决议的履行。对此,各国反垄断法普遍认为,行业协会运用处罚权来维持其通过的限制竞争决议,显然是不合法的。

行业协会是否拥有处罚权,学界也有争议,德国学者对此进行了较多的讨论。以弗卢梅为代表的学者认为,社团为了维护其内部的秩序,只能够作出无损有关成员名誉的罚款,而且这种罚款对该成员而言并不构成重大的财产损害。开除出社团只能视为终止成员资格关系,罚款只能视作违约金,而名誉处

罚则是不合法的。德国学术界认为,社团处罚措施与违约金不是一回事。社团作为一个社会群体,必须有对成员违反群体要求的行为作出反应。社团的处罚权可以归因于成员对章程的同意,因此,与私法自由原则相吻合^{[6]838}。

有的中国学者将行业协会的处罚权称为“非法律惩罚”,并认为“非法律惩罚是社会自治团体进行有效自治不可或缺的制度设计”^[7]。有的认同德国的观点,认为处罚权从总体上看属于私法自治的范畴,应当受到尊重,如果行业协会无权对成员违反规则或决定的行为施加制裁,行业协会将无法正常运转^{[5]176}。从实践看,大多行业协会也都将惩罚权作为维护自身权威和保障决议效力的重要手段。

承认行业协会的处罚权,并不意味着惩罚权可以自由运用或没有边界。在德国,法院非常尊重社团的处罚措施,一般不加干预,但法院并没有将其完全排除在司法审查范围之外。根据德国联邦最高法院的判决,审查处罚措施应考察“处罚决议在章程中是否有依据、是否遵循了规定的程序、章程中的规定是否违反了法律或善良风俗、处罚是否显失公平”^{[6]840}。

可见,行业协会的处罚权不能违反法律的强制性规定,也不能违背法律的原则和精神。反垄断法是控制行业协会处罚权运用的重要手段之一,尤其那些运用处罚权来保证限制竞争决议得以执行的行为,反垄断法直接以公法的姿态,来否认私法上的意思自治。在前述案件中,成都市医药商会在其内部文件中规定了相关处罚措施,其目的在于维持药品的统一零售价格,属于不当运用处罚权的情形,应当否认其行为的效力。

(四) 实体与程序相结合的控制措施

行业协会具有比经营者更强的组织能力和约束能力,其对竞争产生恶劣影响的潜在危险更大,考虑到这点,有些国家已不满足于简单地将行业协会纳入规制范围,而是对行业协会规定了比一般经营者更严厉的活动规则⁽⁶⁾。在这方面,最典型的国家是日本,日本《禁止垄断法》专章规定了“事业者团体”的垄断行为,其范围比“事业者”的垄断行为更为广泛。此外,针对《禁止垄断法》中“事业者团体”的活动规制,日本公正交易委员会还发布了《有关事业者团体活动的禁止垄断法上的指针》,并据此在实践中进行解释和适用。

总体上,日本反垄断法对行业协会的规定比较完善且较为严厉,其规制方法大致可分为实体措施和程序措施两种。

日本《禁止垄断法》首先确立了规制“事业者团体”的“实体标准”,即并非“事业者团体”的所有行为都需要接受反垄断法审查,反垄断法仅仅禁止那些对竞争具有“实质性限制”或“不当限制”的行为。这与其他国家对待行业协会的基本态度是一致的。各国一般都根据行业协会的行为是否限制相关市场竞争来决定是否禁止其行为。一般说,反垄断法对行业协会的限制竞争行为采取概括禁止、例外许可的态度。如果不符合法定的适用除外条件,行业协会的限制竞争行为将被禁止。

除“实体标准”之外,日本《禁止垄断法》第8条还明确禁止“事业者团体”从事下列五种行为:(1) 实质性地限制一定交易领域内的竞争,例如对构成

事业者(即构成“事业者团体”的成员事业者,下同)提供或接受供给的商品或服务进行价格的决定,维持或提高,进行数量的限制,以及对与构成事业者有关的顾客、销售网络、为供给所需的设备等进行限制;(2)与外国事业或事业者团体缔结价格协定或分割市场协定;(3)限制一定的事业领域内现有或将来的事业者数量,这种行为就是所谓的妨碍市场开放性,与第一项行为不同,这类妨碍行为即使未达到“实质性限制竞争”的程度也会受到禁止;(4)不当限制构成事业者的功能或活动;(5)要求事业者实施属于“不公正的交易方法”的行为。其中,第3项和第4项所规定的行为,是在事业者的规制制度中所没有的。

除了实体措施外,日本《禁止垄断法》还对“事业者团体”规定了申报制度。申报制度的主要目的是方便反垄断主管机关掌握“事业者团体”的设立、变更等有关情况,监督、探知“事业者团体”的违法行为。日本《禁止垄断法》第8条第2、第3和第4款规定:事业人团体应依照公正交易委员会规则的规定⁽⁷⁾,在其成立之日起30日内,向公正交易委员会报告其主要情况;在有关前述报告事项发生变更时,应依照公正交易委员会的规定,在其变更之日所属年度终结之日起2个月以内,向公正交易委员会报告其主要情况;事业人团体解散时,应依照公正交易委员会规则的规定,在其解散之日起30日以内,向公正交易委员会报告其主要情况。

四、中国《反垄断法》对行业协会的规制

(一) 鼓励与限制相结合

中国反垄断法制定过程中,对于行业协会应当如何规制,曾经有过争论。考虑到行业协会在引导本行业竞争,维护竞争秩序中的重要作用,以及其实实施限制竞争行为的可能性,中国《反垄断法》将其纳入了规制范围。

1. 鼓励行业协会引导行业竞争

行业协会引导内部企业竞争行为的主要方式是制定内部竞争规则。为了发挥行业协会的这一自律功能,许多国家的立法对此予以肯定。例如,日本《防止不当赠品类及不当表示法》第10条规定:“事业者或事业者团体可以依公正交易委员会规则,就有关赠品类或表示的事项,取得公正交易委员会的认可,缔结或设定旨在防止不当引诱顾客、确保公正竞争的协定或规约。变更上述规约之时,亦同。”⁽⁸⁾德国《反对限制竞争法》第24条规定:“(1)经济联合会和企业联合会可以为其领域制定竞争规则。(2)竞争规则,是那些规范企业在竞争中的行为,以抵制竞争中有悖正当竞争原则或有效的效能竞争原则的行为,并鼓励在竞争中形成符合这些原则的行为的规定。(3)经济联合会或企业联合会可以向卡特尔当局提出承认竞争规则的申请。”

中国行业协会起步于20世纪80年代中期,经过多年发展,已取得一定成效。在经济生活中,行业协会等非政府组织通过自律行为承担一定的政府职能也有先例可循,例如中国的《证券法》就授权证券交易所对上市公司进行指引。而且在市场竞争领域,加强行业协会自律功能的发挥,一定程度上能配合反垄断法的实施,弥补反垄断法的不足。基于此,中国《反垄断法》对行业协会维护竞争的功能予以肯定,第11条规定:“行业协会应当加强行业自律,引

导本行业的经营者依法竞争,维护市场竞争秩序。”

2. 限制行业协会组织垄断行为

行业协会消除或限制竞争的行为在现实中也非常普遍,对于这类行为,必须强调反垄断法的规制。从实际情况看,中国市场上行业协会实施的限制竞争行为,主要是组织本行业的经营者达成垄断协议,特别是固定价格或变更价格、划分市场等横向垄断协议。因此,中国《反垄断法》将规制行业协会反竞争行为的重点放在了垄断协议上,特别在“垄断协议”一章中规定:“行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为。”

此外,《反垄断法》还在“法律责任”部分,专门就行业协会的责任承担作了规定,即“行业协会违反本法规定,组织本行业的经营者达成垄断协议的,反垄断执法机构可以处50万元以下的罚款;情节严重的,社会团体登记管理机关可以依法撤销登记”。

(二) 现行规定评价及完善

1. 实体与程序内容相对简陋

中国行业协会近年来发展迅速,但整体上仍处于起步阶段,有关行业协会的立法呈现“粗放式”状态,内容上鼓励多于限制。事实上,行业协会在中国发展具有特殊性,与企业及政府的关系一直是困扰行业协会发展的重要难题之一。尤其在中国经济转型的特定时期,行业协会直接地、紧密地与市场化的改革进程联系在一起,甚至有些行业协会还承担了一些本应由政府承担的职能。这种特定背景使行业协会更容易对市场竞争造成限制。中国《反垄断法》虽然认识到行业协会行为的双重属性,但规制措施多限于一般性的宣示,具有可操作性的实体性或程序性法律制度还未确立起来。

实体内容上,《反垄断法》除要求行业协会加强自律,引导本行业经营者依法竞争之外,重点限制行业协会组织本行业经营者达成垄断协议的行为。与其他国家的全面规定不同,中国《反垄断法》没有将现实中可能存在的行业协会实施的所有垄断行为纳入规制框架。虽然行业协会的垄断协议行为在中国市场上最为普遍,但现实中也会存在其他的不当限制竞争行为,例如,通过排除既存经营者或限制潜在经营者进入等方式减少特定市场上竞争者数量,对成员企业的经营活动进行不正当的限制,以及要求成员企业实施滥用市场支配地位等垄断行为。

此外,对于行业协会的限制竞争行为,是否需要特定情况下考虑其合理性,是否需要设置特别对待规则,中国《反垄断法》也没有涉及。一方面,行业协会的不同行为对市场竞争的限制程度不同,反垄断法对此毫无区别地对待可能带来效率损失,正因如此,日本《禁止垄断法》采用了“实质性限制竞争”、“不当限制竞争”等程度不等的“实体标准”;另一方面,在中国经济现实中,行业协会在某些方面承载着一些特殊的政策功能,或者其限制竞争行为是基于日常管理的合理安排,这时也有必要在个案中加以特殊对待^[8]。

程序控制上,中国《反垄断法》没有确立日本《禁止垄断法》中的审查制度,行业协会的设立、变更或解散等事项,均无需向反垄断执法机关进行申报。可见,中国《反垄断法》对行业协会的规制制度是一种典型的“事后控制”措施,违法行为被发现后才会启动调查程序,进而通过一定的程序确定责任承担。

但随着经营者或行业协会垄断行为日趋复杂,事后收集证据无疑障碍重重。相比于一般的经营者,行业协会所组织的垄断行为往往是基于行业利益或成员企业利益最大化的考虑,因而其持续时间可能会更长,更容易被成员企业遵守,这就使其隐蔽程度和危害性较普通的垄断行为更大。此外,行业协会所组织的垄断行为,往往通过“信息交流”的方式完成,成员企业据此实施的垄断行为不过是各方心照不宣的默示协调行动,行业协会的决议或者经营者之间的书面或口头协议都是不存在的,这种情况下进行证据收集无疑会面临诸多难题。基于此,在对行业协会进行反垄断执法时,掌握行业协会活动的必要信息,进行“事前控制”,无疑能够大大缓解执法压力,也能节省有限的执法资源。

2. 法律责任规定及其完善

行业协会实施限制竞争行为的法律责任,在各国反垄断法中往往规定了多种形式。首先,在存在受害人的情况下,受害人可以请求停止侵害,在有损害的情况下,还可以要求赔偿。其次,反垄断主管机关可以对从事限制竞争行为的行业协会进行罚款,例如,在日本《禁止垄断法》中,这种罚款被称为“课征金”,课征金数额按照“事业者团体”成员在行为期间的商品或劳务销售额乘以6%计算,特殊情况下,可以按照3%、2%或者1%计算^[9]。再次,在某些情况下,行业协会可能因从事限制竞争行为而被解散,例如日本《禁止垄断法》第95条之四规定,法院在对“事业者团体”进行刑事处罚时,可以宣告其解散,且该解散不受其他法律规定或章程等的限制。此外,行业协会还可能因其限制竞争行为而受到刑事处罚,处罚形式既可以是罚金,也可是对责任人判处监禁,这一规定在日本《禁止垄断法》第89条亦有体现。

从中国立法来看,《反垄断法》通过之前,对价格垄断行为进行规定的主要是《价格法》。但《价格法》中的价格垄断行为,主体被限定为“经营者”,而不包括行业协会。从而很长一段时间内,中国法律对行业协会从事限制竞争行为的法律责任没有规定。为了弥补这一缺失,中国《反垄断法》专门对行业协会从事垄断行为规定了法律责任,具体内容体现在第46条中,即“行业协会违反本法规定,组织本行业的经营者达成垄断协议的,反垄断执法机构可以处50万元以下的罚款;情节严重的,社会团体登记管理机关可以依法撤销登记”。

可见,中国《反垄断法》对行业协会规定的责任形式包括“罚款”和“撤销登记”两种,这一规定虽较之前立法有了很大的进步,但仍然有待改善。

第一,民事责任尚付阙如。《反垄断法》第50条规定:“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。”承担民事责任的主体被明确限定为“经营者”,行业协会显然不属于经营者的范畴,那么按照《反垄断法》的规定,也就无需承担赔偿责任。

第二,解散责任存在障碍。撤销登记类似于解散,但是中国《反垄断法》并没有将解散权赋予执法机关或者法院,而是仍需要社会团体登记管理机关来执行。基于执法机关的专业化和独立性趋势,解散权在一些国家直接被赋予了执法者或法院,例如日本《禁止垄断法》就规定,法院宣告事业人解散的,该解散不受其他法律规定或章程等的限制,仅需法

院宣告就可达到解散的效果。

第三,刑事责任缺少规定。中国《反垄断法》总体上采用了“慎刑”思想,相关主体实施垄断行为并不入罪,这与不少国家反垄断法的刑事化趋势不一致。对于垄断行为是否设置刑事责任,存在不同观点^[10],但总体上,对于某些严厉的垄断行为,未来可以考虑设置刑事责任,这其中就包括对行业协会的刑事处罚。

注释:

- (1)在美国 Godfarb v. Virginia State Bar 案中,美国最高法院在判决中指出,单纯建议性的收费价格表可能是合法的,但是该协会通过威胁惩罚降低收费的“不道德”律师的方法执行该收费价格表则是违法的。参见:Godfarb v. Virginia State Bar, 421, U. S. 773, (1975)。而在 1978 年的 Vegetable Parchment 案中,针对协议建议成员涨价幅度的行为,欧共体委员会认为,出席价格讨论会就意味着这些竞争者开始从事限制竞争活动,不管它们是否遵守协会的决议,什么时候开始遵守协议以及在多大程度上遵守协议,出席会议的所有成员都被视为违反《欧共体条约》第 81 条。参见:王晓晔. 欧共体竞争法[M]. 中国社会科学出版社,2007:22。
- (2)所谓“事业者”,是指经营商业、工业、金融业等的事业者。此外,为事业者的利益而进行活动的干部、从业人员、代理人及其他人,某些情况下也可视为事业者。
- (3)除日本《禁止垄断法》还专章规定“事业人团体”,对事业人团体禁止从事的行为予以列举,并规定了排除措施与征收课征金制度。
- (4)参见:Goldfarb et ux. v. Virginia State Bar et al, 421 U. S. 773 (1975)。
- (5)参见:American Society of Mechanical Engineers, Inc. v. Hydrolevel Corp. 456 U. S. 556, 576, 102 S. Ct. 1935, 1948, 72 L. Ed 2d 330 (1982)。
- (6)日本《禁止垄断法》对“事业者团体”进行更为严厉的规定,除“事业者团体”的潜在危险更大之外,还与该法的立法过程有关。在日本,“事业者团体”直到第二次世界大战结束一直作为政府实施经济统治的事实上的下属机关(私人统治团体),对构成事业者产生着强有力的统治功能与卡特尔功能,因此,第二次世界大战结束后,其活动受到了有别于《禁止垄断法》的更为严厉的旧“事业者团体法”的规制,但是,随着 1953 年《禁止垄断法》的修改,旧“事业者团体法”被废止,该法的内容便由《禁止垄断法》第 8 条继承。参见:根岸哲,舟田正之. 日本禁止垄断法概论(第 3 版)[M]. 王为农,陈杰,译. 北京:中

国法制出版社,2007:161。

- (7)即《关于根据有关禁止私的垄断以及确保公平交易的法律第 8 条的规定进行申报的规则》,1953 年公正交易委员会规则第 2 号。
- (8)同时,该法第 10 条还规定,“公正交易委员会认定前款协定或规约不符合下列各项规定时,不得作出前款认定:一、适于防止不当引诱顾客,确保公平竞争;二、不会不当损害一般消费者及相关事业者的利益;三、没有不当歧视的;四、对参加或退出公平竞争规约没有不正当的限制”;“公正交易委员会认定已取得第 1 款认定的公平竞争规约不再符合前款各项规定时,应取消该认定”。
- (9)日本《禁止垄断法》第 8 条之三是“对‘事业者团体’征收‘课征金’的规定,内容援引该法第 7 条之二对事业者的‘课征金’征收规定。‘课征金’数额为行为人从事违法行为间的商品或劳务销售额的一定百分比,通常情况下为 6%,符合特定情况的,为 3%、2% 或 1%。”
- (10)对反垄断立法是否应引进刑事制裁,学者曾有争论,文章如:李国海. 论反垄断法中的慎刑原则——兼论我国反垄断立法的非刑事化[J]. 法商研究,2006(1):12-16. 邵建东. 我国反垄断法应当设置刑事制裁制度[J]. 南京大学学报(哲学社会科学版),2004(4):14-19. 王健. 威慑理念下的反垄断法刑事制裁制度——兼评《中华人民共和国反垄断法(修改稿)》的相关规定[J]. 法商研究,2006(1):3-11。

参考文献:

- [1] 余晖. 行业协会组织的制度动力学原理[J]. 经济管理, 2001(4):22-29.
- [2] 孟雁北. 反垄断法视野中的行业协会[J]. 云南大学学报(法学版),2004,17(3):22-25.
- [3] GOYDER D G. EC Competition Law (Third Edition)[M]. Oxford University Press, 1998: 994.
- [4] 约翰·亚格纽. 竞争法[M]. 徐海,盛建明,席文红,译. 南京:南京大学出版社,1992:120.
- [5] 游钰. 卡特尔规制制度研究[M]. 北京:法律出版社,2006.
- [6] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东,译. 北京:法律出版社,2001.
- [7] 鲁篱. 论非法律惩罚——以行业协会为中心展开的研究[J]. 河北大学学报(哲学社会科学版),2004(5):75-78.
- [8] 鲁篱,周道树. 行业协会价格卡特尔反垄断法规制的比较研究[J]. 河北法学,2007,25(9):104-107.

The Regulation to Industrial Association In China's "Antimonopoly Law"

SHENG Jie-min, JIAO Hai-tao

(School of Law, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: As the industrial association's conduct has the possibility of restricting competition, the antimonopoly law in most countries is inclined to regulate such conducts by the way of "additional standard" or "interpretation of the term", and take the principle of "essence is more important than outward form". As to the concrete measures, in addition to setting the legal limits to the industrial association's function, restricting the exercise of the right to punish the member enterprises, most countries' antimonopoly law stipulate the industrial association's conduct rules from both the substantive and procedural aspects. The provisions in China's "Antimonopoly Law", to some extent, overcome the shortcomings in China's "Price Law", but the correlative system is still relatively simple, and the legal liability is also insufficient.

Key words: industrial association; antimonopoly law; regulation principle; regulation measures

(责任编辑 胡志平)