

论中小企业的竞争保护

贾陈亮

(南京大学 法学院 江苏 南京 210093)

摘 要:从世界各国的经济发展情况来看,具有基础性地位的中小企业往往遭遇各式各样的垄断行为。目前,我国对于中小企业竞争保护的立法还不完善,为了维护中小企业发展的公平环境,应当通过立法反对和限制大企业的垄断行为、行政垄断行为,允许中小企业的特定联合行为。通过这些手段逐步形成市场的竞争性结构。

关键词:中小企业;竞争;保护

中图分类号:G432.32

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2007)02-0029-04

中小企业是当今世界各国经济发展中极其重要的一股力量。单凭数量而论,无论是发达国家,还是发展中国家,中小企业的数量均占各国企业总数的绝大多数,在产值、销售额、就业人数等方面也占有很高比重。特别是在世界经济呈现大型化、集团化趋向的情况下,中小企业不但没有沉寂,反而以自身规模小、经营灵活、创新能力强的特点不断促进各国就业,提高各国技术创新能力。最可贵的是中小企业能够盘活经济,维护竞争性的市场结构,保持社会稳定,是实现经济民主、经济自由的重要力量,其巨大作用和地位已成定论。

一、中小企业竞争保护的立法现状

在世界发达国家,对中小企业的促进逐渐发展为扶持、引导、保护中小企业这三大体系。扶持中小企业主要是指解决中小企业资金问题和信息技术问题,主要扶持对策是建立和运作金融服务体系^①,在信息获得上对中小企业提供支持,在管理上对中小企业进行一定的指导。引导中小企业,主要体现为国家通过产业政策及其法律化,鼓励或者限制中小企业在某些领域的发展,促进中小企业实现技术创新^②。保护中小企业则主要涉及给予中小企业平等待遇和维护中小企业发展的公平环境的问题。

与众多发达国家相比,我国对中小企业的促进明显滞后,这种滞后主要表现在我国一直缺乏独立的中小企业政策,仅仅采取按企业的所有制性质、行业、地域实行不同政策的途径。2002年6月29日,经全国人大常委会审议通过于2003年1月1日实施的《中华人民共和国中小企业促进法》(以下简称《中小企业促进法》)是我国目前调整中小企业的重要法律之一,但是这部法律充其量只是框架式的立法纲要,还缺乏相应配套的法规、规章^③。

从我国的立法趋势看,将主要把重心放在扶植和引导中小企业上,对我国中小企业保护的立法重视不够。另外由于这一部分立法将涉及我国反不正当竞争法的修改和反垄断立法,而现在我国对反垄断法立法一直处在犹疑阶段,因此目前对我国中小企业的竞争保护立法将陷入两头空的尴尬境地,在现实生活中对中小企业的具体竞争保护更是无从谈起。从文献上看,学界对中小企业竞争保护的研究也基本是一片空白,所以开展对中小企业竞争保护的研究显得急切而必要。

《反不正当竞争法》规定了经济生活中的不正当行为及其法律责任,还对社会反映强烈的行政垄断行为作了原则性的规定。同时,立法机关制定的其他相关法律,如《产品质量法》、《消费者权益保障

收稿日期:2006-12-01

作者简介:贾陈亮(1982—),男,江苏镇江人,硕士,从事经济法研究。

①参见甘培忠,《中小企业促进法实施中的法律与政策问题研究》[J],《中外法学》2002(4):20。具体政策包括设立专门扶植中小企业发展的公立政策性银行,设立专门的基金,设立以财政资金为主的信用担保机构以及支持部分中小企业向社会发行债券、股票,税收方面给予中小企业政策优惠等等。

②参见史际春,王先林,《建立我国中小企业法论纲》[J],《中国法学》2000(1):34。具体政策包括:重点扶持高科技型中小企业、引导中小企业进入高新技术产业,在某些特定领域(如石油开发)提高行业准入标准,不允许中小企业进入,限制大企业进入某些领域。

③按照学界的普遍认识,这部法律并不是中小企业基本法,其缺乏中小企业划分标准和范围、中小企业专门性的主管机关等重要的法律实施条款。

法》、《价格法》也为《反不正当竞争法》的实施和发挥作用创造了一定的条件。

中小企业是《反不正当竞争法》所保护的對象，《反不正当竞争法》第一条规定：“为保护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。”其中所说的“经营者”泛指一切在市场经济活动中从事经营性事业的组织或个人。根据反不正当竞争法的原理，在市场竞争中处于弱者地位的中小企业，往往容易遭受处于市场垄断地位的经营者反竞争性策略的损害，当这些不正当竞争现象大规模出现，整个市场竞争结构的确立和维护就会受到剧烈的影响，这其实也正是《反不正当竞争法》出台的由来。虽然该法并未指明中小企业是该法的适用主体，“中小企业”一词往往也被理解为政策性用语，但这并不妨碍在实践当中，中小企业作为“经营者”成为适用这一法律的实在性主体。

该法中有一些条款可以适用对中小企业的保护，共有五条（第六条（滥用独占地位的行为），第七条（滥用行政权力的行为），第十一条（不得实行掠夺性定价），第十二条（搭售及其他附加不合理条件行为），第十五条（串通投标的卡特尔行为）），按照学界的普遍共识，这些条款规定了部分限制竞争行为和行政性垄断行为，都具有反垄断条款的性质，其中对于违反第六条、第七条、第十五条的行为在“法律责任”一章规定了相应的法律责任。但不无遗憾的是，这些条款虽有反垄断条款的性质，却无反垄断条款的效力和威慑力。在具体实践中，由于这些条款过于原则，执法主体不明确，涵盖范围过于狭窄，导致条款缺乏可操作性，简直形同虚设。所以有学者认为，仅从保护中小企业的角度出发，我国制定反垄断法就是非常必要的^[1]。

再看反垄断法，由于灵活性很大，适用的难度也随之增加，正如英国的约翰·亚格纽所认为的那样，竞争法或反托拉斯法“是与经济政策紧密相关的法律领域，因而并不是特别适合于司法推理”^[2]，其几乎不可避免地充满概括条款或不确定法律概念。没有具体权利义务的规定，法律便不成其为法律，缺少具体权利义务的 implementation，法律便失却其为法律的意义。正因为此，反垄断法对立法者、执法者的法学理论素养、经济理论素养和政策水平提出了更高的要求。

从建立起我国中小企业的保障机制出发，考察各国立法，笔者拟从以下 3 个保护措施予以阐述。

二、禁止大企业滥用优势地位的行为

现代垄断法的主要内容是禁止企业订立严重损害竞争的横向、纵向协议（卡特尔），限制和禁止取得市场支配地位企业的滥用市场优势的行为以及控制企业合并 3 个部分，其中，大企业滥用其优势是损害中小企业的最直接的情形。根据竞争法的理论，取得了市场支配地位的企业极易滥用他们的地位^①，对与之配套的中小企业进行条件苛刻的交易。

经济合作组织（OECD）对“滥用优势地位”的解释是：“优势地位为维持或者增强其市场地位而实施的反竞争的商业行为”^[3]。并非没有争议的是，企业实施的这些商业行为，可以认为是旨在限制对垄断性的控制市场的“滥用或者不正当的利用”。滥用优势地位一词业已明确地写进多个国家的竞争立法，如加拿大、欧共体和德国。一般认为，下列行为是滥用行为：确定不合理的或者过度的价格、价格歧视、掠夺性定价、通过联合统合企业的价格榨取、拒绝交易或者销售、搭售或者捆绑销售产品。

大企业滥用优势地位的直接受害者是消费者和中小企业。欧共体法律上的滥用行为分为两大类：排他性滥用和剥削性滥用^[4]。剥削性滥用是指居于优势地位的企业以不合理的高价随意盘剥消费者，排他性滥用是指这些行为，并非建立在一般的商业绩效上，而是寻求损害优势地位企业竞争者的竞争地位，以实现剥削性滥用。对中小企业的损害主要来自大企业的排他性滥用。

确定不合理的或者过度的价格即超高定价，对这种行为的认定一直存在争议，美国的反垄断法中对此没有规定，欧共体及有关国家虽然对此作了规定，但实际发生的案例相当少，使这些法律条文几乎成了摆设，因为可以想见，一旦一家企业提高价格，消费者就会转向其他的替代产品，此产品需求就会降低，反而削弱了自身实力，所以认定超高定价的违法性需要基于一个事实，即该企业几乎完全独占市场。比如，在航运业，大企业能够完全不顾其他竞争者和消费者，独立制定高价而损害消费者和公共利益，这就构成了对优势地位的滥用^[5]。

价格歧视就是价格方面的差别待遇，具体做法是，对同一产品根据不同的消费者实行不同的价格，或对同一消费者因其购买的数量不同而实行不同的价格。价格歧视之所以要受到法律的规制，主要原因在于垄断企业可以通过价格歧视影响以交易对方

①大企业容易滥用他们的地位，然而在考虑企业之间的供求依赖性后，可以奇怪地发现中小企业也能在相关市场具有优势地位，德国《反对限制竞争法》第 20 条第 2 款对此做出了规定。

为轴心的竞争秩序,这是形成垄断、排挤竞争者的有力手段^[6]。美国制定了《克莱顿法》、《罗宾逊—帕特曼法》,但在美国司法实践中,价格歧视一直备受争议,原因在于很多学者认为价格歧视是企业市场竞争中自我发展的理性战略,并非要损害消费者和中小企业的利益;而价格歧视法虽然保护竞争却极可能损害竞争,所以价格歧视可能最终提高了消费者的购买价格,损害了消费者的利益。从《罗宾逊—帕特曼法》的执行效果看,并没有实现立法时保护小企业的意图,反而小企业的竞争行为受到了法律的打击,其立法目的与执行效果相差太远^[7]。但即使如此,价格歧视确实可能对竞争产生有害的影响,现实中的确存在优势地位企业以价格歧视方法排挤中小企业的现象,对此行为的规制有赖于立法者的价值取向和政策需求。

掠夺定价一般指企业将产品以低于成本的价格销售,排挤竞争对手以实现垄断价格,这是严重损害中小企业的滥用行为。各国反垄断法或公平交易方面的法律大多对掠夺定价进行了规制,我国对掠夺性定价的规定主要体现在《反不正当竞争法》第十一条和有关价格的法律、法规中。但实践中如何认定低于成本价格,成本如何计算等实质性问题法律并没有解决。掠夺定价行为的手段多样而隐蔽,是大企业排除竞争最经常使用的方法,其中有必要将掠夺定价行为和市场合法营销行为区分开来,否则“一刀切”的法律判断方法极有可能损害高效率的企业,损害竞争,欧美等国对此研究十分精深细致,大量鲜活的案例和深入的分析量化了具体行为,全面保护了竞争机制和中小企业,十分值得我国借鉴。

我国《反不正当竞争法》第12条规定了搭售行为,即在销售某种产品时强迫交易相对人购买其不需要、不愿购买的商品或者接受其他不合理的条件,其中搭售产品应当是不合理的安排,而并非配套产品。从搭售性质可以发现,其具有严重的反竞争效果,由此会加强企业的市场支配地位,给中小企业等竞争者带来显著的不利影响。我国公用事业企业在这方面的滥用行为比较严重,通信、电力、自来水、煤气等企业的搭售行为尤其明显,但是对于自然垄断企业来说,他们的出发点并不在于加强市场支配地位,更多地带有趋利性,正是中国特有的经济现象。

拒绝交易也是市场优势地位企业妨碍企业市场竞争的重要方式,在欧共体竞争法里称为拒绝供货。拒绝供货在案例中的表现形式多种多样,如优势地位企业中断业已签订的供货协议等。合同本是市场经济的一项基本法律原则,企业有权选择交易伙伴,但是优势地位企业却具有向其产品的购买者提供供

货的义务,因为优势地位企业占据了大部分的市场份额,若允许拒绝供货的行为,交易自由会受到很大的限制,甚至失去交易机会,中小企业生存会遇到困难,而优势地位企业将巩固优势地位,并很可能将其优势地位从原始设备市场扩张到附属设备市场,获得垄断利润。

此外,随着司法活动的推进,大企业滥用优势地位的行为确定又有了新的发展,横向价格固定、横向市场划分、转售价格维持,包括前文提到的搭售都已经被美国诸多判例明确为“本身违法”的行为^[8],这些行为也均被视为对中小企业的生存和发展产生巨大阻碍的行为。

三、禁止行政性垄断行为

我国反垄断法的一个特别重要的内容是遏制行政垄断,反对政府及其所属机构滥用行政权力限制竞争。行政垄断对经济生活具有巨大的破坏性,它会使某些市场主体获得行政权力的不当支持或片面保护,从而造成市场竞争的非公平、低效率,在此过程中政府腐败也就在所难免。在西方社会,由于行政权力的行使受到严密的监督和规制,行政垄断并不突出,因此并没有成为关注焦点。我国则有所不同,在几千年的封建专制社会中,与人治相应,行政权力大无边际且缺乏控制。建国后实行的高度集权的计划经济体制又为行政权力支配经济生活提供了肥沃的土壤,即便是当今从计划体制向市场体制的转轨时期,行政权力也并没有得到有效的控制,活动界域不清,运作程序欠缺。

行政垄断最直接的动因莫过于对经济利益的追求,一方面是政府及所属部门甚至官员个人的利益,另一方面是受行政垄断保护的经济活动主体的利益。当前,行政垄断在我国主要有几种表现:在纵向的行业内,它们表现为行业垄断,如承担着管理行业任务的大企业集团以及挂靠中央直属机关的企业;在横向的行政区域内,它们表现为地区垄断,或称地方保护主义。此外,还表现为企业合并中的“拉郎配”,即政府强迫企业加入某个企业集团,或者强迫经济效益好的企业接受某些经济效益不好的企业。

在这一过程中,市场中的“弱者”中小企业不会成为行政垄断的宠儿,大量诚信的中小企业无力通过参与政府的决策过程发展自己,甚至保护自己的竞争利益,行政垄断已经成为遏制中小企业发展的最大障碍。行政垄断所带来的危害不仅波及中小企业,而且对整个市场经济体制的完善都是极大的威胁,应当将对其的规制列入立法议程。

但是行政垄断是否应当纳入反垄断法的范畴,

一直存有相当大的争议,特别是在《反垄断法》(草案)的制定过程中。国外的反垄断法中是没有这一条款的,有学者认为,行政垄断和狭义上的市场主体垄断大相径庭,在同一部法律中涉及泾渭分明的两种垄断难免会造成混乱,特别是立法主旨上的混乱。另外,行政垄断肯定会涉及政治体制改革的问题,在反垄断法中予以规制,必然使得这一法律承担了宪法的某种功能,既降低了权威性,又造成立法体系的不和谐^[9]。

笔者以前是支持这种观点的,但是从我国目前的反垄断实践来看,行政垄断在各种市场垄断行为中性质最严重,危害也最大。从实用主义的角度出发,及时反映现实,调整现实需求是现代立法的重要原则之一,因此反垄断法不应将行政垄断排除在外。否则,失去对我国目前存在最为广泛的垄断行为的规制,反垄断法本身的意义将大打折扣。如果考虑到《反垄断法》本身的结构问题,纳入行政垄断会导致逻辑结构失衡,那么至少也应当在总则部分做宣示性的规定,以便今后可以通过行政法规予以详细规范。

四、允许中小企业特定联合行为

允许中小企业特定联合行为是中小企业法与竞争法的一个典型的交叉区域,是保护中小企业的重要立法措施。

联合行为也被称为卡特尔,包括横向协议和纵向协议,是指法律上相互独立的企业为了共同的目的,相互达成有关限制市场竞争的协议或者协调,从而限制了企业在这些方面的自主权。

卡特尔行为总是有适用例外的。各国反垄断法的实体规范中都有关于竞争行为的豁免或适用除外的规定,即垄断不仅有受到禁止或限制的非法垄断,而且有得到允许和保护的合法垄断,其存在的根据在于垄断在某些领域具有合理性,在这些领域通过合作实现合理化比自由竞争对国民经济和社会公共利益更为有利,这本质上是反垄断法目标与经济、政治目标协调的结果。所以对于一些特殊的卡特尔行为,由于其具有一定的经济合理性或者由于国内政策的需要,反垄断法在法律中规定了相应的适用例外,中小企业特定的卡特尔行为就是其中之一。

中小企业特定卡特尔的适用例外主要是出于抵制大企业垄断的考虑,当然也有提高经济效益的考虑。德国《反限制竞争法》中对中小企业可批准免除某些对卡特尔的禁令,提供给中小企业之间进行若干合作的便利,对旨在提高中小企业效率,而不致伤害中小企业的任何形式的合作都是允许的,提高了中小企业的竞争能力^[10]。欧盟委员认为卡特尔虽然在一定程度上限制了竞争,但它是中小企业为应

付大企业的竞争压力而采取的措施,因而不属于“本身恶”协议或行为^[11]。具体如下:①可豁免的中小企业特定联合行为的基本性质:有利于经济过程合理化、有利于提高生产效率、不能过多影响竞争。②可豁免的中小企业特定联合行为的表现形式。按照中小企业联合的目的考虑可以分为:专业化卡特尔,即为了在企业之间确定共同的商品生产品种和进行一定的生产分工而成立的卡特尔;合理化卡特尔,即企业通过采用共同的技术改造或改善管理的措施,以实现降低成本、提高经济实力为目的而成立的卡特尔;结构危机卡特尔,又叫不景气卡特尔,是指当需求持续萎缩造成生产量下降时,有关企业为适应需求的变化而调整生产及加工能力以摆脱危机而成立的卡特尔;出口、进口卡特尔,即为了推动和保护出口、进口,为了提高企业国际竞争力的卡特尔。③可豁免的中小企业特定联合行为的审查制度:卡特尔必须履行申报审批程序,审批程序依情况共分两种:备案和审查。备案,这是约束最少的一种审查方式,即凡法律允许的卡特尔行为到相关机构(如卡特尔局)备案即可。审查,即此类卡特尔行为必须得到相关机构的许可。

允许中小企业特定的卡特尔行为是保护中小企业的重要措施,是中小企业抵御大企业垄断,提高企业效率的必要立法保障。这一点既可以直接规定在专门的反垄断立法中,作为垄断行为的适用例外,也可以规定在其他法律法规之中。

参考文献:

- [1] 史际春,王先林.建立我国中小企业法论纲[J].中国法学,2000(1):34.
- [2] 约翰·亚格纽.竞争法[M].徐海,译.南京:南京大学出版社,1992:18.
- [3] 转引自孔祥俊.反垄断法原理[M].北京:中国法制出版社,2001:537.
- [4] 王晓晔.社会主义市场经济条件下的反垄断法[M].北京:中国法制出版社,2001:201.
- [5] 於世成,邹盈颖.论禁止滥用市场优势地位制度在国际航运竞争法中的运用[J].法学评论,2000(5):48.
- [6] 曹士兵.反垄断法研究[M].北京:法律出版社,1996:235.
- [7] 文学国.滥用和规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制[M].北京:法律出版社,2003:264-269.
- [8] 郑鹏程.美国反垄断法“本身违法”与“合理法则”适用范围探讨[J].河北法学,2005(10):122-123.
- [9] 温观音.产权与竞争:关于行政垄断的研究[J].现代法学,2000(4):175.
- [10] 转引自王晓晔.德国竞争法中的卡特尔制度[J].法学家,1995(4):15.
- [11] 阮方民.欧盟竞争法[M].北京:中国政法大学出版社,1998:108.