

行业协会的反垄断法规制

陈承堂

(扬州大学 法学院,江苏 扬州 225009)

摘 要 在全球化的第三部门兴起的语境下,作为非营利性中间社团法人的行业协会无疑将显示其独特的功能,但是在中国“双重管理”的社团治理模式下,其弊端在竞争法的视野中也逐步凸显,而作为经营者的行业协会完全能够从事限制竞争行为,从而成为《中华人民共和国反垄断法》的规制对象。

关键词 行业协会 经营者 反垄断法

中图分类号:D922.294

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2008)02-0048-04

近年来,在全球化的第三部门兴起的语境下,政治学、社会学对第三部门、非政府组织、非营利组织、社会中介组织等社会团体问题的深入研究越来越引起经济学家的注意。而在市场经济体制下,行业协会最大的弊端表现为限制竞争行为。自从 2003 年 5 月中国旅游饭店协会制定颁布的《中国旅游饭店行业规范》中提出“饭店可以谢绝客人自带酒水和食品进入餐厅等场所享用”的条文;“谢绝自带酒水”从餐饮业的潜规则演变成了行规,到 2007 年 6 月 21 日中国奶业协会南京年会上,中国乳品 14 家副理事长乳品企业签署了《南京宣言》,其主要内容包括:取消所有涉及产品的捆绑、搭赠(包括其他产品或礼品)销售行为;禁止低于成本价的倾销行为;取消特价、降价销售,鼓励优质优价;再到 2007 年 7 月 26 日世界方便面协会中国分会“协调”下的方便面生产企业的集体涨价。可见,上述行业协会一系列行为将其限制竞争的功能演绎到了极致,但其能否成为《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)的规制对象还有待进一步探讨。

一、行业协会与相关主体的区别

由于行业协会名称各异,其与行会、同业公会是同种含义。但是,行业协会是否就是我们通常所言的中介组织,行业组织与行业协会是什么关系,商会与行业协会是包容关系还是互不相干,所有这些都需一一厘清。

1. 行业协会与中介组织

有学者认为,所谓中介,是指处于非直接生产制

造即货物贸易,亦非直接服务贸易的地带,用自己独有的诸如智力劳动为委托人的最终生产制造业的货物贸易和最终用于直接消费的成本的减少、效率的提高、空间的缩短、时间的节省等商事目的而提供的间接性服务的行为^{[1]174}。由此可见,从事中介活动的组织应该是以商事为目的,即以营利为目的。因此,一般人们所说的社会中介组织是指市场主体之间的各种经纪性或媒介性组织,因为:首先,在性质上,一般所称的中介组织,绝大部分是企业或事业单位经营的,而行业协会则不以中介行为为业,纯粹是同行企业成立的自治性的非营利性组织,而且在资金来源上,一般的中介组织以中介咨询活动为手段,从中谋取足以使本组织人员谋生的资金,而行业协会则是以同业企业的会费为主要活动资金,并由于业绩的大小而获得企业的赞助、资金支援及社会捐赠。其次,在法律依据上,一般中介组织以委托合同、居间合同和行纪合同为主要法律依据,而行业协会则以行业规章为准绳开展活动的。最后,在与政府的关系上,一般的中介组织只需通过纳税等商事行为实现其与政府的联系,而行业协会则具有多重功能,是一个经济、政治、社会的统一体组织^[2]。所以笔者认为,行业协会只是社会中间组织这一属概念下的一个种概念,即以是否营利为目的的标准将社会中间组织分为营利性的社会中间组织(即人们通常所说的社会中介组织)和非营利性的社会中间组织。行业协会只是非营利性社会中间组织的一种。

2. 行业协会与行业组织

一般认为,行业组织是指由法人、其他组织或公民在自愿基础上组成的,旨在维护和促进全体成员特定利益的一种非营利社会组织^[3]。但由于行业组织种类繁多、名称各异,因此有学者认为行业组织一词主要包括两类组织:一是经济领域的行业协会,是由从事同一行业生产或经营的企业组成的团体;二是职业协会,是由从事同一职业的人员组成的团体^[4]。而行业协会与行业组织的差异表现为:第一,行业协会的会员只能是企业,而职业协会的会员只能是一个人;第二,行业协会除对成员提供各种服务和监控之外,还承担着促进行业发展的任务,而职业协会的主要工作是对同业人员的服务、培训和监控^[5]。

3. 行业协会与商会

行业协会不同于商会,有学者主张,从广义和狭义两个角度来理解商会,即广义的商会包括行业协会,行业协会只是商会的一种形态,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(不分行业)和地域性较强的中间组织。如1929年南京国民政府修订的《商会法》规定:商会的会员分为两种,其一为工商同业工会会员,其二是独立的商号会员。独立的商号会员只能是别无同业,或是虽有同业,但是还没有成立同业工会组织者。即从广义上来理解商会的。但笔者认为:行业协会的特殊性在于:由于商会与以往的商人组织不同,被誉为“众商业之代表”的商会,不限籍贯和行业,成为联结工商各业的统一组织^[6]。可见商会远比行业协会仅限于同行业之内要广泛得多,而且在竞争法的视域中,只能是行业协会而不是商会。因为商会的政治意义远比其经济意义大得多。

因此,笔者认为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性中间社团法人^[7]。

二、行业协会能否成为《反垄断法》上的“经营者”

中国《反垄断法》并没有明确规定行业协会能否成为其规制对象,只是规定行业协会“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”,如果“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五十万元以下的罚款;情节严重的,社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。”而《反垄断法》也没有界定垄断的定义,只是通过规定的垄断行为的类型,即规

定经营者达成垄断协议、经营者滥用市场支配地位、具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中为垄断行为,可见,这些行为的实施主体均为经营者,而根据《反垄断法》的规定,经营者是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。因而,作为非营利性社团法人的行业协会能否成为《反垄断法》的规制对象,关键在于其能否成为《反垄断法》上的“经营者”。

经营者,英语表述为 enterprise,德语为 unternehmen,在台湾地区一般将其表述为“事业者”。按照《布莱克法律词典》的解释,是指一切从事商事活动的主体,包括法人和自然人。台湾地区的《公平交易法》第二条将适用对象规定为“事业者”,包括公司、独资或合伙之工商行号、同业工会和其他提供商品或服务从事交易之人或团体,可见该法将“事业者”作了扩大解释,将非营利性的行业协会也纳入其中。然而作为台湾地区立法范本的日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》(以下简称《禁止垄断法》)适用对象却是“事业者”和“事业者团体”,而事业者是指“从事商业、工业、金融业以及其他事业者”。因而,在“事业者”是否具有营利性特征上,台湾地区的《公平交易法》上的“事业者”和日本《禁止垄断法》上的“事业者”是有区别的。而在我国《反垄断法》上,能够“从事商品生产、经营或者提供服务”一般认为是营利性的“经营者”,因而作为经营者团体的行业协会似乎不能成为我国《反垄断法》上的经营者。

对此,笔者不以为然。同属竞争法子部门的《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第二条规定:“本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。”而对照《反垄断法》第十二条的规定,《反垄断法》上的“经营者”唯独缺少了“营利性”的定语,而对于酝酿13年才出台的《反垄断法》而言,这一规定应该不是立法者的疏漏。这是因为,经济法根据其特殊的调整任务与调整对象,经济法主体包括政府、经营者、消费者3种。而其中的经营者既不能纳入民法的视野,运用无差别的自然人、法人概念加以分析与把握,而需要符合其竞争主体的特殊要求,也不能纳入商法的视野,以商法上的营利性作为其构成要件,而需要以其行为与市场竞争秩序的关系去界定竞争法的适用前提^[8]。因而,可以根据法解释学历史解释的方法,将《反垄断法》上的“经营者”解释为既包括营利性的经营者,也包括缺乏营利性特征的经营者,例如行业协会。因而行业协会完全可以成为《反垄断法》上的

“经营者”进而成为《反垄断法》的规制对象。当然待今后《反垄断法》修改的时候,仍需对“经营者”的界定进一步完善,毕竟行业协会不大可能“从事商品生产、经营或者提供服务”。

三、行业协会的垄断行为类型化研究

垄断造成的原因可能是经济性的,也可能是法律上或者政策上受到国家的保护。根据垄断形成的原因,可以将垄断分为经济垄断和行政垄断。而经济垄断根据企业为实施限制竞争行为所采取的不同策略,可以将限制竞争行为区分为合作性的、联合性的和垄断性的限制竞争行为。很显然,行业协会的垄断行为亦超脱不了这一大致的框架,但行业协会的各会员是在行业协会的章程之内活动,不涉及企业合并,故行业协会的垄断行为只涉及合作性的和垄断性的限制竞争行为。但这两类垄断行为具体而微到行业协会时,又具有其特殊性,因为行业协会的垄断不可能是会员企业间通过横向或纵向的协议进行垄断行为,也不可能使整个行业一致行动,滥用其优势地位,毕竟每个会员的博弈地位决定了这种均衡是不可能建立的。所以笔者就只能将一些常见的垄断方式类型化,挂一漏万在所难免!

1. 经济垄断

现行的各国(地区)的立法例一般是将行业协会的决定或一致行动作为反垄断法的规制对象,如欧共体的《罗马条约》第八十一条第一款就将行业协会的决定和一致行动作为规制对象;或者用“其他方式”作为兜底条款将行业协会的各种垄断行为涵括其中,如台湾地区的《公平交易法》第七条规定:本法所称联合行为,谓事业以契约、协议或其他方式之合意;与有竞争关系之他事业共同决定商品或服务之价格,或限制数量、技术、产品、设备、交易对象、交易地区等,相互约束事业活动之行为而言。而行业协会的决定的内容可以是数量控制、统一价格、划分市场等等,不一而足。而一致行动主要表现在具备信息交换的情况下方可作出,下面就其中的一些类型分别论述。

数量控制。即通过行业协会的决定,对产品的各个时期的生产数量、销售数量作出控制,通常情况是减少产量,但也不一定,如可以在保持总产量的情况下分布各个时期的产出,以期平衡,达到较高的价格。如美国西部的加利福尼亚和亚利桑那州有大片的果树种植园,由于阳光充足,土壤肥沃,昼暖夜凉,十分适合水果的生长和储存。但由于大家生产的水果都差不多,每逢风调雨顺的年景,往往出现产品积

压,为争夺市场,大家竞相压价,结果“果贱伤农”,于是成立了水果行业协会,其中的新奇士橙协会对本土果树的成熟期都有精确的电脑统计,从而使产量均匀分布在各个时期,避免了成员间的恶性竞争^{[1]144}。这样就平衡了各个时期的供需状况,使供大于求的情况不再存在,从而也就变相地达到了减产的目的。

统一价格。统一价格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^[9]。不过,在界定行业协会的统一价格行为时必须注意区分所谓的行业自律价,行业自律价只不过是同行企业间的价格联盟,即价格卡特尔,如果有企业不执行,一般不会招致其他同行的制裁,而行业协会的统一价是由行业协会决定的,若有会员企业不执行,将遭到行业协会的制裁。

信息交流导致的一致行动。行业协会的最重要的服务功能便是提供信息咨询、发布统计资料,对于所有经济参与者来说(包括消费者),经济信息能够消除市场经济带来的信息不对称问题,它使经济自由和平等权利成为可能,也使国家的经济政策更具有透明度以及易接受性。而行业协会在经济信息和统计资料的获取和传播中的作用极为突出,因而被称为“总体经济形势气象台^[10]”。但是另一方面,同业中人甚至为了娱乐或消遣也很少聚集在一起,但他们谈话的结果,往往不是阴谋对付公众便是筹划抬高价格^[11]。很显然,行业协会为会员们提供经济信息与同行之间的娱乐和消遣相比是有过之而无不及。由于同行的企业对对方的各种经营信息、价格信息具有本能的敏感性,因此同行企业之间根本不需要通过协议去达到垄断的目的,只要依照行业协会发布的经济信息行事,他们彼此心照不宣,一致行动。所谓一致行动,发端于美国反托拉斯法上的“concerted practices”,即如果发现不同企业间的平行行为,不是基于各自独立的决定,而是产生于相互依赖的决定,则可推断当事人间存在心照不宣的协议。

2. 行政垄断

(1) 行政垄断的路径依赖

根据行业协会的民间性的特点,似乎很难与行政垄断相联系。但由于我国对社会团体实行“双重管理”,即政府的行政管理和主管单位的业务管理。根据民政部1998年10月颁布的《社会团体登记管理条例》规定,国务院民政部门 and 县级以上地方各级

人民政府民政部门是本级人民政府的社会团体登记管理机关,国务院有关部门和县级以上地方各级人民政府有关部门,国务院或者县级以上地方各级人民政府授权的组织,是有关行业、学科或者业务范围内社会团体的业务主管单位。即对行业协会进行“条条”管理和“块块”管理。在“条条”之下,行业主管部门的行政权力向行业协会的延伸将是情理之中,那么在中国化的“官本位”语境下,行政垄断的操作也并不是那么的困难,部门垄断的现象时时可见不也是明证吗?在“块块”之下,行业协会在县级或以上的行政区划内想进行行政垄断在逻辑上是不可能的,但是地方政府却有搞好当地经济的激励机制,作为其升迁的政治资本,于是地方政府便有授权给行业协会权力的可能,而中国的行业协会虽处于草根地位而不自甘,也便有与当地政府合作的愿望,于是行政垄断也就这么产生了。

虽然近年来经济体制的改革进一步深化,行业协会的准政府性质有所削弱,行业自律功能有所增强,但行业协会“体制内生成”的来源,使其无论是从自身行为上还是从结构上,或者从其成员构成方式上,甚至从行业协会办事人员的观念上都不能摆脱其“官方”性,总之,中国的行业协会在性质和地位上,仍以“官办”或“半官半民”的形式为主,具有强烈的行政色彩。因而难怪有学者指出:就在市场化改革逐步摒弃经济领域之中的计划管理体制的同时,在中国的社会领域中却正在“从无到有”地建设社团的计划管理体制^[2]。因此,作为中国社团之一的行业协会,其“胎来病”就是行政垄断的倾向,尤其在现阶段其与行业协会的经济垄断相比,为祸尤烈。毕竟当行业协会能够实行经济垄断行为之时,也将表明其已经自觉或不自觉地在按经济规律运行了!

(2) 行业协会能够成为行政垄断的主体

虽然行业协会从出生那天起身上就烙上了“官办”或“半官半民”的印记,但行业协会从性质上讲是一个民间组织,其自身是不拥有行政权力的。所以行业协会要进行行政垄断,何以可能?一般而言,行业协会的权力来源有3种:一是通过法律授权而取得;二是政府委托的权力;三是通过契约形成的权力。很显然只有当行业协会具有第一、二种权力,才有可能实施行政垄断行为。因此行政垄断的主体范围应涵盖经济领域中利用行政权力限制竞争的各种组织,仅从经验层面看,将行政垄断的主体限定为经济行政管理部门明显不符合事实。因而,行业协会完全可以成为我国《反垄断法》第三十三条规定的“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”,

于是行业协会成为行政垄断的主体,亦在情理之中。

四、结 语

当我们在面对全球化的第三部门兴起的时候,中世纪行会制度的特权色彩也将逐渐褪去,而是作为解决市场这只“看不见的手”和政府这只“看得见的手”两种分析进路失效的一种诉求。而在我国这种自上而下的在探求市场经济真谛的制度变迁过程中,深入社会各个领域的行业协会在我国正在充当着国家行政权力的触角!或许在各界实务人士和各个领域的学者在大力呼吁行业协会到来之际,笔者的论述似乎充当了一种不和谐音,而且,只是将问题提了出来,并没试图提供一个解决方案。因为笔者认为随着我国《反垄断法》的出台,这些问题尤其是行业协会的经济垄断问题在逻辑上是可以得到应有的解决的,而为笔者所深深忧虑的是笼罩在行业协会之上的国家行政权力的阴影是不会轻易消散的,毕竟“一个健全的市场,自主的社会和强大的国家才是我们追求的目标,而不是偏废任何一方”^[13]。

参考文献:

- [1] 张经. 保护国内市场的新击点[M]. 北京:工商出版社, 2002.
- [2] 马克疆. 西欧封建经济形态研究[M]. 北京:人民出版社, 2001:322.
- [3] 谢晓尧. 西方行业组织的法律地位[J]. 中山大学学报:社会科学版, 1996(6):55.
- [4] 黎军. 行业组织的行政法问题研究[M]. 北京:北京大学出版社, 2002:11.
- [5] 应松年, 薛刚凌. 行政组织法研究[M]. 北京:法律出版社, 2002:239.
- [6] 高旭晨. 中国商会制度的创立[J]. 环球法律评论, 2002(夏季号):160.
- [7] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:143.
- [8] 李友根. 论经济法视野中的经营者[J]. 南京大学学报:哲学·人文科学·社会科学, 2007(3):65-66.
- [9] 梁上上. 论行业协会的反竞争行为[J]. 法学研究, 1998(4):47.
- [10] 罗尔夫·斯特博. 德国经济行政法[M]. 苏颖霞, 陈少康, 译. 北京:中国政法大学出版社, 1997:211.
- [11] 亚当·斯密. 国民财富的性质和原因的研究:上卷[M]. 郭大力, 王亚南, 译. 北京:商务印书馆, 1981:122.
- [12] 康晓光. 权利的转移:转型时期中国权利格局的变迁[M]. 杭州:浙江人民出版社, 1999:105.
- [13] 刘军宁. 市场社会与公共秩序[M]. 北京:生活·读书·新知三联书店, 1996:37.