

## 乔治梅森大学法学院全球反垄断学会

### 对《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》的意见

2016年3月24日

本文旨在针对中华人民共和国国务院法制办公室（国务院法制办公室）有关《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（“反不正当竞争法送审稿”）公开征求意见提供评论。我们基于对反垄断法和经济学交叉领域的丰富经验和专业知识，特提交如下评论。<sup>1</sup>

基于以下理由，我们诚挚地建议，将反不正当竞争法中已被《反垄断法》在内的传统反垄断法律法规涵盖的相关条款予以删除，或者修改为仅在具有实质性证据证明竞争损害存在的情况下施加有限度的责任。正如中国近日在第六轮中美战略与经济对话中提到的：“竞争政策的目标是为提高消费者福利和经济效率，而不是为促进个别竞争者或个别产业，执行……竞争法律应当公平、客观、透明和非歧视。”<sup>2</sup>反不正当竞争法的实施方式应当与上述竞争政策目标相一致。

限制反不正当竞争法应用于与传统反垄断法规制的损害竞争行为概念相关的不公正行为，可以保证反不正当竞争法执法将与反垄断法中旨在促进竞争、提升消费者福利的经济学原理相一致。将反不正当竞争法应用于禁止“不公平竞争”有一个重大风险，即会脱离竞争法的原则，损害竞争过程，并会削弱竞争对手间的竞争和剥夺消费者从激烈的竞争中得以获得的福利。<sup>3</sup>实际上，过往的经验告诉我们，健康公平的竞争会对消费者产生大量的福利，社会作为一个整体也得以发展，刺激创新，并促进资源的有效分配。

我们同时诚挚地敦促国务院法制办公室删除送审稿第六条，该条禁止“利用相对优势地位”的行为。<sup>4</sup>中国已经认识到竞争法的目标在于保护竞争和消费者福利，而不是为了促进个别竞争者。对这点上应当考虑的是，除非议价过程本身会破坏竞争从而损害消费者福利，竞争法不应当关注各方在合同谈判过程中可以获得的特定的结果。应当禁止的各方之间议价可能会导致对竞争的损害，而不是禁止对双方之间利益再分配。正如美国反垄断机构对这个问题的解释：“在不对竞争造

---

<sup>1</sup> 乔治梅森大学全球反垄断学会（GAI）是一个国际领先的研究和教育平台，其专注于为全球竞争机构和法院面临的重要课题提供法律和经济学分析。法学教授、经济学博士 Joshua D. Wright 是 GAI 的总干事、前美国联邦贸易委员会委员。GAI 干事 Koren W. Wong-Ervin 是前美国联邦贸易委员会知识产权和反垄断领域顾问。法学教授 Douglas H. Ginsburg 是美国哥伦比亚特区上诉法院的高级法官、GAI 国际顾问委员会主席，作为前美国司法部副部长助理任期间其主管司法部反垄断部门。法学教授、经济学博士 Bruce H. Kobayashi 是 GAI 资深学者和创始理事。

<sup>2</sup> 新闻稿, U.S. Dep't of Treasury, Sixth Meeting of the U.S.-China Strategic and Economic Dialogue U.S. Fact Sheet—Economic Track (July 11, 2014), <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl2563.aspx>.

<sup>3</sup> 在美国法下，典型的“不正当竞争”概念是指欺诈性的行为，而不包括传统反垄断法所关注的内容。与之相对应地，在“不正当竞争行为”的概念在使用时（例如在《联邦贸易委员会法》中）是指引起传统反垄断法的行为。

<sup>4</sup> “比较优势”在经济学上有特定涵义，即它是交换的基础。在这里我们将这一表达解释为对应的议价能力，而非“比较优势”。

成损害的前提下，政府应当尽量不干涉当事人在私下对合同的协商”。<sup>5</sup>

更进一步地，对相对议价能力进行调整可能会损害消费者，而非给予其额外的保护。签订合同的一个最基本的经济上的作用是使得各方之间的费用、风险和权利都更有效分配。在不存在明显市场失灵的情况下，激烈的议价过程往往可以最好地保护消费者利益。针对一方具有相对优势的议价能力而进行事后监管将导致一个风险，即企业订立合同的成本将大大增加——而这一成本最终将不可避免地以更高的价格或者同等价格更少的商品或服务的形式，转嫁给消费者。<sup>6</sup>商业实践中往往是将所有因素都在事前进行有效考量，并由此对合同条款进行调整。针对已有效力的合同条款进行额外调整可能导致的一个结果就是缔约成本的上升。相应地，各方都会受损，而最终将增加的成本通过调整过质量的价格转移给消费者。

## 一、反不正当竞争法下的不正当性的概念应当与国际竞争法律原理相关联

在很多司法辖区，不正当竞争行为的监管环境往往有一些共同特征。对于那些基于福利和效果分析方法来制定反垄断法，同时针对竞争中不正当行为予以禁止的竞争政策制度，双重执法授权可能潜在地在两种制度之间形成直接的冲突，或者至少导致重大风险。有经济合理性的竞争制度不应对各方公司的事后结果进行规制——即，竞争制度不在市场上对成功者和失败者进行选择——而是应当对竞争过程进行控制，正是基于这一理念，这种竞争制度才得以稳固。然而，竞争法中的不正当行为可以被解释为通过激烈的竞争使得消费者获益，只有在其对竞争者产生了过大的影响时才予以禁止。

因此既将经济学方法应用于反垄断领域，同时也承担约束竞争法中不正当行为的任务时，现代竞争制度面临一系列的问题：它们如何解释对不正当竞争行为的禁止，同时符合反垄断执法机制相关的经济学理论？从经济学角度讲，对“不正当”没有一个规范的定义。然而，对于不正当性和竞争法之间的适当的关系，有两类完全相反的观点。

第一种观点将不正当竞争责任看作是对反垄断法执法的补充。在这种观点下，不正当竞争责任是为违反反垄断法的交易行为以外的与其产生同类效果的交易行为而设计——即，反竞争性的并购或者形成市场支配力。这种观点下，不正当竞争责任可能会通过填补竞争法的空白来保护消费者利益，而不会破坏其目标。

第二类将竞争法和不正当性的行为视作是可替代的关系。在这种观点下，不正当竞争行为与竞争制度完全区分。该种针对不正当竞争责任的观点，允许其扩张适用于到促进竞争的商业行为，因此与基于效果分析的竞争法律制度相冲突。美国联邦贸易委员会（FTC）100 年来的历史以及竞争主管机构根据 FTC 法案第五部分执行反不正当竞争制度的经验揭示了一个原则，即脱离竞争法

---

<sup>5</sup> International Competition Network, *Report on Abuse of Superior Bargaining Position* at 17 (April 2008), <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf> [hereinafter ICN Report].

<sup>6</sup> Benjamin Klein, *Transaction Cost Determinants of "Unfair" Contractual Arrangements*, 70 AM. ECON. ASS'N 356, 360-61 (May 1980).

原则适用不正当行为理论将可能对消费者导致不良后果。<sup>7</sup>

经济学原理可以解释这两种有关竞争法的观点的优劣。第一种观点是从事前的角度解释不正当性——即，相关问题是企业间是否有竞争的机会。第二种观点是从事后的角度解释不正当性——即，不正当行为是否可以通过考量竞争过程的结果来判断。

从事前的角度来判断不正当性与符合反垄断法的经济学分析方法。实际上，从经济学的角度，它们是完全重合的，因为此处的相关问题是是否竞争机会。这里考量的是竞争过程，而非个体竞争者的结果。事前不正当性可以通过考虑一系列因素来判断，诸如进入相关市场是否有障碍，或是否竞争者被反竞争地排除在竞争分配机会以外。这种判断不正当性的方法与传统竞争法的基于效果的方法是一致的。尽管在任何国家对不正当性的这种解释在相当程度上都是与竞争法一致的——这并不影响对不正当性的分析的作用可以适用到那些可以形成市场支配力，但没有被反垄断法覆盖的行为。

相反，事后的不正当性仅仅可以通过考量市场竞争的结果和从事后的角度观察结果是否是正当的。长久以来，经济学家都认为，表现“不正当”的或者一边倒的市场结果就已足够判断。考量事后不正当性的方法显然会在反垄断法中最大化实现消费者福利以及促进竞争之间造成冲突。考量事后不正当性的方法为管制讨价还价纠纷、价格本身，甚至其他不会损害竞争行为的结果提供了竞争工具。例如，平衡议价能力和进行价格歧视都有可能提高消费者福利，但通常会违反事后的不正当性标准。更进一步，对不会损害竞争的行为进行管制会抑制可能使得本可能造福消费者的创新。

再者，美国的经验说明事后考量不正当性的方法不够可靠。近 100 年，FTC 对不正当竞争的方法还没有达成一致理解的定义，通常采用信奉事后不正当性的不正当行为责任的概念。在这种机制下，FTC 作为竞争主管机构所采用的不正当竞争的考量方法普遍被认为已经惩罚了很多促进市场竞争的行为，而且在与反垄断法的目标不一致的情形下运行。<sup>8</sup>2015 年，在这个方法存在了超过一个世纪之后，FTC 回归到美国传统反垄断法所理解的方向上，明确将不公正性和损害竞争的概念联系起来，从而更正了原有的方法。2015FTC 不公平竞争政策声明采取事前方法来判断不正当性，并将该主管机构的解释和合理反垄断政策下的经济学原理相联系。<sup>9</sup>该政策声明明确表示在执行第五部分时 FTC 遵循三个原则：（1）提高消费者福利，该条已被美国反垄断法先例所广泛接纳；（2）损害竞争或者竞争过程，但同时考量相关行为促进竞争的好处；且（3）如果美国反

---

<sup>7</sup> 参见 William E. Kovacic & Marc Winerman, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 76 Antitrust L.J. 929, 940 (2010) (“FTC 在上诉案件中适用第五部分的内容，超出对反垄断法的公认的解释令人失望。”); Joshua D. Wright, Comm’r, Fed. Trade Comm’n, *What’s Your Agenda?*, Remarks at the ABA Antitrust Spring Meeting 7 (Apr. 11, 2013), [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/whats-your-agenda/130411abaspringmtg.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/whats-your-agenda/130411abaspringmtg.pdf) (“[I]t is no surprise that [Kovacic & Winerman] conclude the ‘FTC experience with Section 5 is generally a bleak record.’”).

<sup>8</sup> 参见 Kovacic & Winerman, *supra* note 7, at 940-43; Wright, *supra* note 7, at 6-7.

<sup>9</sup> Fed. Trade Comm’n, *Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act* (Aug. 13, 2015), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/735201/150813section5enforcement.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf).

垄断法（谢尔曼法或者克雷顿法）足够解决这一竞争问题，则就不再适用第五部分的规定。

将不正当性与反垄断执法原则相结合，可以确保不正当性的概念与竞争法下的经济学原理相一致。对不正当竞争行为的执法关注应当集中在对竞争行为的损害上，同时考虑可能的功效和商业合理性。例如，串谋行为是在美国反垄断法的范围之外的，但是由于其对消费者利益产生了威胁，也被视为不正当竞争手段的一种。由于不正当性分析可以包含那些损害竞争，但不在反垄断法范围内的行为，因此有必要将不正当性至少与最基本的反垄断原理相联系。

## 二、对相对议价能力进行规制会损害消费者利益

我们诚挚地敦促国务院法制办公室将对相对议价能力进行规制的第六条从反不正当竞争法中删除。对相对议价能力进行规制会损害消费者。正如美国反垄断机构所解释：

对于在生产销售环节上不同层级之间各方（此处指非竞争方之间）的合同，很有可能这些合同的条款并不会出现反竞争的效果。相反地，在生产销售环节上不同层级之间各方的合同可能是对各方风险和责任的有效分配……各方在构成合同的一系列条款中形成的垂直关系，表现了各方在如何以有效的方式分配其中的权利和风险上达成一致。如果某个条款被政府认为是“对优先议价地位的滥用”而因此在合同中无效，各方可能会不得不针对其他条款进行相应调整，比如调整合同价款。其结果可能就是需要更高的合同成本，却更有效率的合同，且双方可能都受到潜在伤害。最后，给到最终消费者的经调整质量后的价格就会升高，这一结果是与美国竞争政策的目标相对立的。<sup>10</sup>

同时，允许一个垄断者合法地获得市场支配力有促进竞争的好处。首先，获得“准租金”的能力<sup>11</sup>为公司提供了一个创新激励机制。<sup>12</sup>第二，允许合法垄断者对价格做出战略决策（例如，价格歧视）往往会使得市场上的价格更为有效。第三，合法垄断者运用市场支配的能力将会吸引更多新的进入者和创新。<sup>13</sup>

最后，对相对议价能力的禁止缺乏统一的限制性原则，造成在不太可能出现市场支配力的领域人为制造了违法行为，继而导致的情形是执法机构对正当的制定价格行为进行了干涉。

## 三、结论

---

<sup>10</sup> ICN Report, *supra* note 5, at 17.

<sup>11</sup> 准租金是指产生租所必须的，对预先投资提供的激励机制的一种经济报酬（对一个因素所支付的超过其机会成本的租）。例如，为诱导对创新的投资所必须的对专利的奖励。

<sup>12</sup> *Id.* (“仅仅拥有垄断力，以及伴随之的垄断价格的上升……是自由市场体系的一个重要因素。提高垄断价格的机会——至少是在短期内——是首要吸引“商业头脑”的因素；其促进了创新和经济增长，同时降低了风险。”)

<sup>13</sup> *Verizon Commc 'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004) (“提高垄断价格的机会——至少是在短期内——是首要吸引“商业头脑”的因素；其促进了创新和经济增长，同时降低了风险。”)

我们衷心感谢此次提交意见的机会，并乐意就国务院法制办公室可能对本意见所提出的任何问题作出回应。