

第一章 緒論

中國大陸法制的發展歷程，很大程度上結合著五十餘年來經濟體制發展的變遷而不斷調整，文化大革命後百廢待舉，70年代後開始有計劃地實施法制現代化，其特色是在短時間內完成早期西方國家法制建設於不同階段所成就的所有任務，將西方國家上百年來逐步形成的法律體系在十幾年內迅速完成，這種法制現代化帶有很強的階段性目標和計劃性色彩，並隨著社會改革與經濟發展的深入，而不斷提出法制現代化的進階建設任務¹。

1978年底，大陸開始其放棄傳統計劃經濟體制並轉向市場化發展的大範圍改革。同年，中共十一屆三中全會提出發展社會主義民主、健全社會主義法制的任務，貫徹執行「有法可依，有法必依，執法必嚴，違法必究」的十六字方針²；此外，鄧小平針對當時立法工作量大而人力不足的情況，提出對於法律的制定「條文開始可以粗一點，逐步完善。有的法規可以先試搞，然後經過總結提高，制定全國通行的法律。修改補充法律，成熟一條就補充一條，不要等待成套設備。總之，有比沒有好，快搞比慢搞好。」³這幾乎成為在改革開放時期因應法制恢復中，嘗試有法可依的立法思維。競爭法制的發展，正反映了大陸改革開放後因應實際需要而立法修法的法制歷程。

第一節 研究動機與目的

第一款 研究動機

英國前首相邱吉爾曾經以「鐵幕」來形容實行社會主義的共產國家，其意旨在描述社會主義制度下，人民思想被箝制、軀體被奴役的慘象與悲

¹ 參見：王文杰，「中國大陸法制之變遷」，元照出版社，民國91年10月，第9-58頁。

² 參見：王文杰，大陸合同法律制度之變遷與發展—計劃到市場的過渡，台北大學法學論叢第51期，民國91年12月，第18頁。

³ 參見：「鄧小平文選」（第二卷），人民出版社，1993年，第147頁。

哀。另一方面，經濟體制的市場化，卻在相當程度上代表了「自由」的概念。從鐵幕背後走向市場，是一連串的衝突與矛盾，是全面性的重整與再造，而這也是大陸過去二十餘年的發展現實。

衝突與矛盾、重整與再造的過程，不可避免地體現在法律制度的建設之上，與市場機制息息相關的競爭法制，更是如此。隨著市場化的程度逐步加深，大陸競爭法制歷經了從無到有、從摸索到定調的軌跡，輔以體制轉軌的環境現實，大陸的競爭法制即便大量地繼受西方傳統市場經濟國家的競爭法規範，仍避免不了遷就自身的特殊國情，而發展出其有別於傳統競爭法規範的另一種風貌。

我國的競爭法制繼受自德、美等國，國內學者對於競爭法的研究多集中於歐、美、日等先進國家的傳統理論與最新發展，其著眼點無非欲藉此完善我國的競爭法內容規範與操作準則；對於競爭法制相對落後的大陸，國內文獻的有關研究可謂寥寥無幾，基於此一學術現實，輔以本文作者對於大陸競爭法制的特殊發展抱有高度興趣，故選擇大陸的反壟斷立法作為研究主題，期為我國競爭法領域的學術研究全面化，略盡棉薄之力。

第二款 研究目的

台灣乃東亞靈魂之窗，西臨中國大陸，南與東協為友，環太平洋而居東亞島弧之中，在軍事、經濟上佔有絕對重要的戰略地位，然而作為一個島國，其經濟政策不免受限於地理環境，因此多數經濟學者咸認「對外發展」是我們必走的路。

中國大陸對台灣而言，從過去的敵對過渡到如今的陌生，相較於其他國家，兩岸之間雖有如咫尺之距，但台灣對大陸的熟悉程度，卻遠遠落後於對美、日等先進國家的認識之深，此種現象於諸多層面之中，在兩岸往來日漸頻繁的今日雖有所改善，但在法律領域裡似仍相當明顯。

撇開政治上的爭議不談，兩岸人民同文同種，有著相同的語言、類似的文化，而面對大陸經濟市場的急速膨脹，台灣商人憑藉著天時、地利與人和之優勢，早已前仆後繼地前往中國大陸發展事業，姑且不論其影響之利弊，但此一現象的存在確為不爭的事實。在登陸發展的台灣企業之中，高科技產業所佔的比率與重要性正逐年增長，同時面對外國企業與大陸本地同行的競相爭逐，台灣高科技業者似有加快腳步投入大陸市場的跡象⁴。

對高科技業者的經營活動而言，智慧資產的有效運用扮演極其重要的角色，由於智慧資產牽涉微妙的利益衝突，甚至可作為一種無聲無息的商場武器，因此其相關法律制度的建構與適用，便成為經營者必然且急需重視的議題。狹義的智權法制一般為「保護法」性質，諸如專利法、著作權法或商標法等，而廣義的智權法制尚且包含競爭法，例如我國的公平交易法、美國的謝爾曼法（Sherman Antitrust Act）、日本的獨占禁止法，以及大陸現有的反不正當競爭法與尚未完成立法的反壟斷法等。

大陸反壟斷法尚在立法草案階段，其中爭議仍多，未來會制定出如何版本的反壟斷法尚不可知，但可以確定的是，其內容勢必參考諸多先進國家的立法例，融合大陸特有的經濟體制轉軌歷程，成為一部適合大陸國情的反壟斷法典。

對於一國法律制度的研究，其主要目的在於使用⁵。現實上，我國國民在中國大陸經營事業的人數已達相當規模（甚且不斷攀升），台灣可說是使用大陸法制最為頻繁的國家之一。欲用之必先知之，知悉與瞭解大陸的反壟斷法，便成為本研究的最主要目的。

⁴ 舉例而言，台商對中國大陸投資行業之中，電子及電器產品製造業在 2004 年以前，其投資金額佔全部投資行業總金額的 34.05%，而到了 2005 年（1~2 月），其投資金額已達全部投資行業總金額的 42.45%，明顯高出過去許多。參見：行政院經濟部投資審議委員會，台商對大陸投資統計表，行政院大陸委員會網站<http://www.mac.gov.tw/big5/statistic/em/148/12.pdf>，最近瀏覽日 2005/06/08。

⁵ Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press (1997), at 72.

第二節 研究方法與範圍

第一款 研究方法

本研究之內容，主要在於大陸反壟斷立法的相關議題，包括其法制沿革、現實問題、立法必要性、立法滯後原因、立法核心問題，以及最新版本之草案的評述與分析等，針對這些議題之研究，綜合採用下列方法加以探討剖析：

一、文獻分析法

知識的探求建立在對過去研究成果的積累而得，因此關於既有文獻的搜集、判讀與分析，便成為進行本研究的首先要務。

本研究所分析之文獻，以中國大陸競爭法學者之相關專書、期刊論文及大陸官方文件為主體，輔以若干台灣與外國的競爭法文獻，兩者分別由內外不同的面向出發，審視大陸反壟斷立法之應然與實然。本研究即藉此分析、呈現其中問題的所在及立法操作的利弊得失。

二、比較分析法

參酌外國立法例與判例學說來解釋現行法制，以協助澄清法律適用上的爭議問題，向為現代文明國家之通例。尤其在對象國之法制缺乏或是相關文獻不足時，可以借重他國既有的法制經驗，以其相通的法理部分作為問題探討的基礎。

本研究在比較法上之應用，以歐、美等先進國家之相關競爭政策與立法例，搭配與大陸同為政經體制轉軌國家的俄羅斯、烏克蘭等國法制，作為比較基礎，分別探討大陸與上述國家在本研究主題所涉之法律制度上的異同及其效果，並比較各自的優、缺點，用以剖析大陸反壟斷立法之相關規範與特性。

三、專業人士訪談

由於大陸的行政機關尚未建立公開資訊的慣例，故外界難以獲悉相關行政運作狀況及官方文件，因此透過面詢、訪談專業人士，成為取得進一步研究資訊的不二法門。

然而相對於台灣，大陸的行政單位及相類機關較為保守，其所屬人員並不輕易接受私人訪談。因此本文作者為進行研究之所需，選擇前往北京清華大學商法研究中心進行短期的學習訪問，並藉此安排有關人員的拜訪與面談，包括中國社會科學院法學研究所的王曉暉教授、最高人民法院的孔祥俊法官、北京清華大學國情研究中心的胡鞍鋼教授與過勇博士等等，藉由是類詢訪所得，用以豐富本研究之內容、增益本研究之價值。

四、條文與符號

我國與中國大陸關於法規條文之稱謂略有不同，依據我國中央法規標準法第 8 條之規定，法規條文「應……冠以『第某條』字樣，並得分為項、款、目。」依據大陸《立法法》第 54 條之規定「法律依據內容需要，可以分編、章、節、條、款、項、目」，換言之，我國與中國大陸就項、款之順序剛好相反。本研究依兩地用法不同，而各別適用之，亦即引用大陸法條時，以「條、款、項、目」為順序稱之；引用我國法條時，以「條、項、款、目」為順序稱之。

此外，本研究引用法條原本時，均冠以符號「」，以區分法條原本與論述語句，併此敘明。

第二款 研究範圍

傳統上，競爭法制分為禁止限制競爭法與禁止不正競爭法兩大範疇，各國立法或有將此兩類規範合併於一部法律者，亦有採取分別立法者。就大陸而言，1993 年已制訂《中華人民共和國反不正當競爭法》，而禁止限

制競爭法（即反壟斷法）亦已數度提出不同版本的草案，故大陸競爭立法之體例採取分別立法的模式，已成既定事實。

本研究對於大陸整體競爭法制的發展歷程與現行法規，均有所介紹，惟分析之重心，將置於禁止限制競爭的既有規範與立法核心問題——行政性壟斷，並就最新的草案版本進行整體性的介紹與評析。總的來說，就禁止不正競爭法的部分，本研究只作描述性的背景、內容之介紹，並不涉及進一步的鑽研與剖析，而本研究所含括之主要範圍，將著重在禁止限制競爭（反壟斷）的相關議題之上，進行全面而深入的介紹、研析與論證。

第三節 論文架構

本研究第二章就大陸競爭法制的發展歷程與現實問題，進行分析、整理。首先從大陸之社會主義市場經濟體制的確立談起，繼之以競爭法制立法沿革的介紹，包括對於現行競爭法規範的分類與簡介，最後分析羅列出「反壟斷」之現行法的相關缺陷，並預為反壟斷立法的必要性埋下伏筆。

本研究第三章從兩個層面探討反壟斷法之立法必要性，一為市場經濟體制的迫切需求，另一為經濟全球化條件下的發展趨勢，從內外不同角度審視大陸何以需要制定一部反壟斷法。此外，第三章末尾也就大陸反壟斷立法滯後的原因，進行有關的探討。

本研究第四章堪稱此篇論文的核心內容所在，該章將反壟斷立法中的核心問題——行政性壟斷，進行一番全面性的介紹與分析，從行政性壟斷的概念、構成與分類，到行政性壟斷的存在背景、產生原因及本質特徵，均詳加探究；其次，就行政性壟斷對競爭機制、經濟自由、經濟效率等價值之損害，本研究分從法律面、社會面、經濟面等不同面向，分析而得行政性壟斷的具體弊害，並藉由經濟學理論的模型套用，引用相關學者的既有調查成果，對行政性壟斷所造成的經濟損失，進行示例性的概略估計；最後，關於行政性壟斷的預防及遏制，就法律面而言，本研究參考了其他國

家的相類法律規範，提出在比較法上大陸得以借鑒的外國立法經驗。

本研究第五章對 2004 年 2 月最新版本的反壟斷法草案（由大陸國務院商務部所提出，所稱「草案」，實係行政部門提出後分送專家學者的意見徵求稿）進行了整體規範的介紹與評析。過去每一到二年，大陸的特定行政部門均會提出反壟斷法草案，在商務部所提版本之前，最近的版本是 2002 年 2 月由國務院所提者。據瞭解，商務部所提的 2004 版，已成為國務院送交人大立法前的最後版本，目前仍在國務院內進行修正，預計今年秋天將送交人大，很有可能於明年春天完成立法問世。換言之，本研究所介紹與評析的對象，乃目前外界所能取得之最接近完成立法的法條內容。

本研究第六章進行結論，忝列作者淺見，供先進參考、指正。



第二章 大陸競爭法制的發展歷程與現實問題

第一節 社會主義市場經濟體制之確立

第一款 經濟體制改革的變遷

1917 年至 1950 年間，佔世界人口三分之一的諸多國家退出了市場經濟的舞台，並開始進行建立另一種經濟體制的試驗。這個潮流始自蘇聯、蒙古，爾後是二戰後的東歐國家和波羅的海東岸國家，繼之者為大陸、北韓、越南等，她們都努力實行對生產的集中控制，由國家、政府來分配社會資源，建立一種不同於市場經濟的計劃經濟（又稱「指令經濟」）體制⁶。

在計劃經濟內，政府首先擬訂國家的總目標，由中央權責單位決定生產物品的種類和數量，然後把有關的生產計劃交給各下屬機構執行，它基本上排斥商品、貨幣和市場功能，一切社會資源的分配均由人為進行計劃性的安排。因此，「生產什麼物品」反映了國家的總目標，各生產單位在指令引導下，生產政府認為可滿足人民慾望的物品。

二戰以後，當經濟已進一步擴大發展的情況下，前蘇聯的經濟成長率卻不斷下降，在國民生產總值和人民生活水平上，與周邊的一些資本主義市場經濟國家相比，有明顯且逐漸擴大的差距，究其根本，實係長期實行僵化的計劃經濟體制，從而阻礙了生產力發展所造成；中國共產黨（以下稱中共）的十一屆三中全會以前，大陸社會的經濟運行效益相較於前，顯得愈來愈低，人民的溫飽問題長期得不到解決，此亦拜高度集中的計劃經濟體制之賜。

經濟發展落後所造成的種種問題，將直接挑戰政權，甚至政體的正當性，這個歷久不衰的道理，從前蘇聯的解體與大陸不得不然的改革開放政策，亦可獲得驗證。到目前為止，這項自外於市場經濟的試驗之失敗，促使這些社會主義國家進行根本性的體制變革，試圖重新建立市場並使自己

⁶ 參見：王文杰，「嬗變中之中國大陸法制」，國立交通大學出版社，民國 93 年 12 月，第 119 頁。

融入世界經濟之中⁷。

相較於前蘇聯顛覆性的轉變，大陸的經濟體制從計劃向市場的過渡，是透過漸進性的制度改革來實現的。然而，選擇什麼樣的改革目標模式，在認識上並不是一帆風順、一步到位的，而是經歷了反覆實踐的過程，這個探索過程大體上可以概括為：計劃經濟為主、市場調節為輔；有計劃的商品經濟；社會主義市場經濟⁸。

1982年，中共第十二次全國代表大會（以下稱十二大）提出「計劃經濟為主、市場調節為輔」的方針，將計劃分為指令性計劃和指導性計劃兩種類型，並要求自覺地利用價值規律，運用價格、稅收、信貸等經濟槓桿引導企業實現國家計劃。儘管當時對市場的認識具有相當程度的侷限性，但對傳統的計劃經濟體制，卻是一次突破。

1984年，中共十二屆三中全會通過《中共中央關於經濟體制改革的決定》，明確提出社會主義經濟是在公有制基礎上的有計劃的商品經濟，其基本精神就是要求發揮和強化市場機制的作用，按照市場規則來改革計劃經濟體制，這個《決定》是由計劃經濟向計劃與市場結合轉軌的一個標誌。

隨著經濟體制改革的全面推進，原有經濟體制對大陸經濟活動的作用明顯縮小，市場機制作用的範圍日益擴大，大陸社會呈現出舊、新雙重機制並存狀態，而其摩擦矛盾亦日漸加深⁹。

十三大的召開，突破改革初期計劃與市場“各分一塊”的框架，強調計劃和市場的作用範圍都是覆蓋全社會的，新的經濟運行機制在總體上來

⁷ The World Bank, World Development Report 1996: From Plan to Market, Oxford University Press (1996), at 1.

⁸ 參見：李鐵映，社會主義市場經濟理論的形成和重大突破——紀念中國共產黨第十一屆三中全會20周年，經濟研究，1999年第3期，第4頁。

⁹ 其主要表現的模式，乃新舊兩種體制並存且互相掣肘，也就是同一種商品，一部分進入市場而開放了價格，一部分則還繼續由國家計劃控制著。這種做法一方面刺激了緊缺物資的生產，另一方面也助長了腐敗等消極現象的滋長。所以，人們逐漸形成了一種共識，即不應長期停留在雙重體制並存的狀態，而要進一步改造國有經濟和建立統一的市場。

說，應該是「國家調節市場，市場引導企業」的機制，社會主義有計劃商品經濟的體制，應該是計劃與市場內在統一的體制。

1992年初，鄧小平發表了南方談話¹⁰，為困擾、束縛人們思想已久的許多重大問題定調，他指出：「計劃經濟不等於社會主義，資本主義也有計劃；市場經濟不等於資本主義，社會主義也有市場。」據此，大陸前國家主席江澤民於1992年明確使用了「社會主義市場經濟體制」一詞，而在十四大正式宣佈：「我國經濟體制改革的目標是建立社會主義市場經濟體制」，指出「要使市場在社會主義國家宏觀調控下對資源配置起基礎性作用」。這顯示大陸經濟體制的根本性變革，有了明確的目標。

第二款 社會主義市場經濟體制的定調與發展

1993年大陸對《憲法》¹¹進行經濟改革以來的大幅體制修正，其中最為突顯的便是將《憲法》第15條：「國家在社會主義公有制基礎上實行計劃經濟。國家通過經濟計劃的綜合平衡和市場調節的輔助作用，保證國民經濟按比例地協調發展。禁止任何組織或者個人擾亂社會經濟秩序，破壞國家經濟計劃。」修正為：「國家實行社會主義市場經濟。國家加強經濟立法，完善宏觀調控。國家依法禁止任何組織或個人擾亂社會經濟秩序。」

儘管大陸朝市場經濟的改革發展已經累積了一段時日，而憲法的修正即意味著朝市場經濟發展的官方宣示，但更為重要的是，在朝市場經濟發展的同時，更需要有一個屬於市場經濟發展的法律規範與適用準則，這一基調的確立使得大陸在此後的立法中，對於市場規律的法制繼受選擇提供了基礎。

¹⁰ 鄧小平於1992年1月至2月間南巡武昌、深圳、珠海、上海等地所發表的談話，稱之為「南方談話」。

¹¹ 大陸憲法於1982年制定，至今經過1988年、1993年和1999年三次修改。關於現行大陸憲法及其修正條文全文，可參見：香港一國兩制研究中心網站

http://www.octs.org.hk/c_page_ConstitutionLaw.htm，最近瀏覽日2005/05/28。

朝向市場經濟轉軌，是一種注重發展的務實理念替代了那種防止革命質變的僵化思想。鄧小平提出關於「發展是硬道理」的論斷，很大程度地體現出這種新的發展觀念。然而，大陸在市場經濟的發展過程中，一個鮮明的事實卻是，市場秩序是在國家法律推動下形成的，法律因而是外加於市場的。如果法律不能反映市場的需求，或者立法超越（亦或滯後）於社會生活的發展程度，就會使書本上的法律與市場所需求的法律關係出現錯位與脫節，甚至以立法來扭曲市場的客觀需求，這是大陸在變法模式下立法活動所固有的風險¹²。

建立市場經濟的過程中，必須考量法律制度能夠為市場交易中所適用，過去經濟高度集中下所呈現的法律制度顯然不符這些需求，運作上也常窒礙難行。因此，借鑒和吸收外國成功的立法經驗，便成為對市場經濟法律體系本身順應交易過程的必然需求。但這個需求，大陸的立法亦非全盤地繼受，而是帶有明顯的折衷考量，即在與世界各國相通的同時，亦須符合大陸國情的實際。

所謂「與世界各國相通」，係指凡是現代化法律中已有的、反映現代化市場經濟共同規律的法律概念、原則和制度，包括各國成功的立法經驗和判例學說成果，都需要加以借鑒；所謂「符合大陸國情的實際」，係指符合改革開放和發展現代化社會主義市場經濟的實際¹³。

大陸經濟體制改革近三十年的事實說明，人們不可能以同一經歷追求所有想達到的目標，社會現代化的過程中，需要有一個對發展目標優先次序的合理安排。當前，大陸正處於特別需要集中精力發展經濟的過程，「經濟是最大的政治」，能夠為經濟建設服務的法制，自然便是最優先發展的法制；競爭法制乃至於反壟斷法的立法，正是此一發展現實下的產物。

¹² 參見：周漢華，變法模式和中國立法法，中國社會科學，2000年第1期，第93頁。

¹³ 參見：中國社會科學院法學所課題組，建立社會主義市場經濟法律體系的理論思考和對策建議，法學研究，1993年第6期，第6頁。

第二節 競爭法制的立法沿革

第一款 大陸法律規章之組成架構

在大陸法律的淵源體系中，《憲法》具有最高的法律地位。根據《憲法》規定，作為法律淵源的法律，是指全國人民代表大會及其常務委員會所制定的具有法律效力之規範性文件。進一步言之，全國人民代表大會制定和修改刑事、民事、國家機構與其他基本法律¹⁴，而全國人大常委會制定和修改除應當由全國人大制定的法律以外之其他法律¹⁵；在全國人大閉會期間，全國人大常委會有權對全國人大所制定的法律，在不牴觸該法律基本原則的前提下進行部分修改和補充。此外，《憲法》也明確規定，國務院、省級地方人大有權在不牴觸憲法、法律的前提下，制定行政法規¹⁶或者地方性法規¹⁷；而國務院的各部、各委員會根據法律和國務院的行政法規、決定、命令，在本部門的許可權內，得發佈命令、指示和規章。

就大陸法律的效力體系而言，依據立法主體的權力位階，形成了法律效力的位階¹⁸體系，由高而低依序為憲法、基本法律、法律、行政法規、地方性法規（省級人大的法規、省級人大常委會的法規、省會市人大的法

¹⁴ 參見：《中華人民共和國憲法》第 62 條第三項；基本法律調整和規範的是國家的基本制度、基本社會關係，規定公民的基本權利和基本義務。參見：李林，中國法律體系構成，中國法學網“學者專欄” <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=523>，最近瀏覽日 2005/05/22。

¹⁵ 參見：《中華人民共和國憲法》第 67 條第二項；法律的制定不得牴觸基本法律，且法律的規範內容通常不包括“基本”的許可權。參見：李林，前揭註 14，網頁最近瀏覽日 2005/05/22。

¹⁶ 大陸憲法規定，制定行政法規要以憲法、法律為依據，且不得與之相牴觸。國務院還可根據全國人大常委會的特別授權，進行授權立法。參見：前揭註 11，相同網頁，最近瀏覽日 2005/05/28。

¹⁷ 廣義上來說，作為大陸法律淵源的地方性法規，包括各級有地方立法權的人大及其常委會制定的地方性法規（狹義上）、地方的授權立法、地方政府規章、自治條例、單行條例、特別行政區的立法等。根據大陸憲法、組織法和有關授權法的規定，享有地方立法職權的機關，包括省級人大及其常委會、省會市的人大及其常委會、較大的市的人大及其常委會、因特別授權取得立法職權之市的人大及其常委會、特別行政區的立法機關、民族自治地方的人大，以及有權制定地方政府規章的機關等。參見：前揭註 11，相同網頁，最近瀏覽日 2005/05/28。

¹⁸ 所謂位階，是指法律在一國法律體系中的不同地位，以及由這種地位構成之不同法律之間上下左右的相互關係。

規、省會市人大常委會的法規、較大城市人大的法規、較大城市人大常委會的法規)、行政規章(部委規章、省級政府規章、省會市政府規章、較大城市政府規章)¹⁹。這個序列就理論上來說,後者的法律效力要低於(小於)前者,但是部委規章與地方性法規的效力孰高孰低,《憲法》和有關法律上沒有明確規定²⁰。

上述法律效力的位階體系,就其相對應之立法主體的權力位階排序,由高而低分別為全國人民代表大會、全國人民代表大會常務委員會、國務院、省級人民代表大會、省級人民代表大會的常務委員會、省會市的人民代表大會、省會市人民代表大會的常務委員會、較大城市的人民代表大會、較大城市人民代表大會的常務委員會、國務院部委、省級人民政府、省會市的人民政府、較大城市的人民政府²¹。

此外必須說明的是,「法律的部門分類體系」在大陸是建構法律體系的核心²²。

在西方國家,所謂法律體系主要關注的是公法和私法的劃分及其派生物,而社會主義國家法律部門體系劃分的實際意義,在於其政治價值的意識型態問題。具體言之,它存在的主要目的是解決法律體系“姓社”(社會主義)或“姓資”(資本主義)的問題,因為只有用這種方法,才能有別於公法、私法這種以承認私有制為合法前提的劃分標準,體現出一種不同型態之法律體系的獨特性。

¹⁹ 劃分法律體系中不同法律之位階的依據,主要是憲法和法律規定之立法主體的權力位階並由此形成的常規位階,同時在某些情況下則是憲法或有關法律規定之法律的特殊位階,以及由實施法律而產生的派生位階。參見:李林,前揭註 14,網頁最近瀏覽日 2005/05/22。

²⁰ 由於大陸憲法和有關法律規定,制定地方性法規不得與行政法規、法律和憲法相抵觸,而沒有要求不得與部委規章相抵觸,因此或可推定部委規章的法律效力不在地方性法規之上。

²¹ 依此排序(事實上亦同),全國人民代表大會具有權改變或者撤銷全國人大常委會不適當的決定;其次,全國人大常委會有權撤銷國務院制定且與憲法、法律相抵觸之行政法規、決定和命令,有權撤銷省、自治區、直轄市之人大及其常委會制定且與憲法、法律、行政法規相抵觸的地方性法規和決議。參見:李林,前揭註 14,網頁最近瀏覽日 2005/05/22。

²² 根據中國大陸全國人大常委會公報(2001年第3期),大陸的法律體系由官方界定為憲法行政法、民商法、經濟法、社會法、刑法、訴訟程序法、訴訟與非訴訟法等七個法律部門。

本文所研究之反壟斷法，在法律的淵源體系中屬於「基本法律」；其法律效力位階僅次於憲法，由全國人民代表大會制訂；在法律的部門分類中，劃歸為經濟法部門的一員。

著眼於對法律、法規、規章作出統一性的規定，使立法程序與立法效力得以更為制度化與規範化，大陸於 2000 年制定《中華人民共和國立法法》，將立法權限與法律位階作出明確的劃分，並依此構成法律位階適用的標準。其位階大致分為憲法、法律、行政法規和地方性法規、自治條例和單行條例、規章等（詳參照下表）²³。

法律位階	制定機關	法源依據	備註
憲法	全國人民代表大會	憲法第 62 條第 1 款及第 64 條	
法律	全國人民代表大會及其常務委員會	憲法第 62 條第 3 款及第 67 條 立法法第 7 條、第 8 條	全國人大常務委員會的法律解釋亦為法律位階之一，與法律有同一效力。
行政法規	國務院	憲法第 89 條第 3 款 立法法第 56 條	
規章	國務院各部、委和具有行政管理職能的直屬機構	憲法第 92 條第 2 款 立法法第 71 條	
地方性法規	省、直轄市的人民代表大會及其常務委員會	憲法第 100 條 立法法第 63 條	
自治條例和單行條例	自治區人民代表大會	憲法第 99 條第 3 款 立法法第 71 條	

²³ 引用自：王文杰，前揭註 6，第 249-250 頁。

第二款「維護競爭秩序」的立法變遷

一、競爭立法之背景與目的

(一) 背景

大陸早在 1980 年即以不同層次的法律及行政規章來維護市場競爭秩序²⁴，但其規範的對象相當廣泛，既包括商標、商號、商品假冒與信譽損害，又包括價格、營業秘密等方面的不正當競爭；此外，這些法規的結構鬆散、一事一議，缺乏全面性的總體構思，並未形成一個有效的法律體系。

上述原因造成行政機關制止壟斷和不正当競爭行為的效果不彰，所以在 1987 年中共中央北戴河工作會議上，有關當局就提出制定「制止壟斷和不正当競爭行為條例」的規劃；此後，由國務院法制局和國家工商局等七個部門，共同成立了該行政法規的起草小組，開始起草工作。但由於當時的壟斷問題主要表現為行政壟斷，而非經營者的行為，且計劃體制下政府直接管理企業活動的職能還存在，所以在起草該條例第二稿時改為「制止不正当競爭條例」，反壟斷部分則暫時不予規定。直到 1991 年，該條例五易其稿，仍未能按程序發布施行，主要原因是在當時的計劃體制下，許多問題難以透過行政法規的形式解決，客觀條件還未

²⁴ 例如：《關於開展和保護社會主義競爭的暫行規定》（1980 年 10 月 17 日）、《國務院關於加強醫藥管理的決定》（1981 年 5 月 22 日）、《國務院關於制止商品流動中不正之風的通知》（1981 年 7 月 15 日）、《商業部關於嚴禁商品搭配的規定》（1981 年 12 月 14 日）、《廣告管理暫行條例》（1982 年 2 月 6 日）、《商標法》（1982 年 8 月 23 日）、《關於在工業品購銷中禁止封鎖的通知》（1982 年 4 月 2 日）、《工商企業登記管理條例施行細則》（1982 年 12 月 11 日）、《城鄉集市貿易管理辦法》（1983 年 2 月 5 日）、《國營工業企業暫行條例》（1983 年 4 月 1 日）、《國務院關於制止濫發各種獎卷的通知》（1985 年 3 月 4 日）、《關於加強廣告宣傳管理的通知》（1985 年 11 月 15 日）、《廣告管理條例》（1987 年 10 月 26 日）、《企業名稱登記管理規定》（1991 年 7 月 22 日）等法律、行政法規和其他規範性文件；此外，除了適用於全國的規範以外，一些地方政府也制定了地方性反不正当競爭規範，例如：《武漢市制止不正当競爭行為試行辦法》（1985 年 11 月 29 日）、《上海市制止不正当競爭暫行規定》（1987 年 10 月 15 日）、《江西省制止不正当競爭試行辦法》（1989 年 2 月 3 日）等。

臻成熟²⁵。

一直到 1992 年鄧小平發表南方談話後，中共中央決定加快經濟改革的步伐，整體客觀形勢發生重大變化。在此前提下，全國人大和國務院將反不正當競爭法列入立法計畫，並指定國家工商行政管理局承擔起草工作，進而在 1993 年提交全國人大審議，於同年九月正式通過公布²⁶，成為大陸有關「維護競爭秩序」之規範中，第一部提升至「法律」位階的專門法。

（二）目的

大陸反不正當競爭法第一條即規定了其立法目的：「為保障社會主義市場經濟健康發展，鼓勵和保護公平競爭，制止不正當競爭行為，保護經營者和消費者的合法權益，制定本法。」由此可見，反不正當競爭法的立法目的如下：

1. 保障社會主義市場經濟的健康發展

改革開放以來，在市場經營活動中出現大量的不正當競爭行為，如製售假冒商品、刊播虛假廣告、不當利誘以推銷商品、侵犯他人商業秘密等；此外，行政機關濫用權力介入經濟活動，以及自然壟斷行業限定購買商品等限制競爭的行為，亦比比皆是。

這些不正當競爭行為涉及範圍廣、危害後果深，嚴重阻礙了市場經濟的健康發展。因此，反不正當競爭法為此作出一系列規範市場競爭行為的規定，以確保其社會主義市場經濟的健康發展²⁷。

²⁵ 參見：田雲鵬，市場競爭的基本規則—我國反不正當競爭法概說，（中國國務院）國家工商行政管理局條法司。

²⁶ 參見：滕萬俊，兩岸營業競爭法制之研究，國立政治大學東亞研究所碩士論文，民國 87 年 6 月，第 15 頁。

²⁷ 參見：滕萬俊，前揭註 26，第 18 頁。

2. 鼓勵和保護公平競爭，制止不正當競爭行為

競爭是市場經濟的伴生物，是其基本的運行機制，經營者間的有效競爭，被視為是向市場提供最優越的供給和維護廣大消費者利益的最佳手段。但是，競爭所導致的優勝劣汰，常使得經營者為了不被市場淘汰，而採取惡質的競爭手段，對市場的競爭秩序造成嚴重的破壞，致使市場機能失調。

因此，反不正當競爭法必須保護公平的競爭，其違法行為的判定，也因而趨向強調是否違背誠信原則及商業倫理，以及有無損害他人的合法權益或擾亂社會經濟秩序等²⁸。

3. 保護經營者和消費者的合法權益

不正當競爭行為，往往對於特定與非特定之經營者或消費者的合法權益造成損害，而競爭法的終極目標，實為提高社會的總福利，這是對消費者權益與經營者利益最為積極的保障。

只有自由公平的競爭機制，才能夠使經營者與其競爭對手立於平等的起跑點，進而各自謀求以最低的成本生產最高品質的商品，爭取消費者青睞，在有效利用社會資源的同時，亦確保消費者可以獲得最為物美價廉的商品，實謂兩全齊美。因此，反不正當競爭法將經營者和消費者的合法權益之保護列為其立法目的，自是當然。

二、競爭立法體例的選擇

在 80 年代開始的大陸競爭立法過程中，對於在立法上如何處理不正當競爭行為與限制競爭（壟斷）行為、反不正當競爭法與反壟斷法的關係，曾經進行過相當的爭論，甚至出現過將反不正當競爭法與反壟斷法合併立

²⁸ 參見：王志誠，大陸與台灣地區競爭法立法模式的比較，「反壟斷法與市場經濟」，王曉曄 編，法律出版社，1998 年 9 月第 1 版，第 264 頁。

法的主張和方案。

主流觀點認為，當時制定系統化的反壟斷法尚缺乏成熟的實踐基礎，而個別的限制競爭行為又確已出現，並對市場的競爭秩序造成了危害，有必要透過立法予以制止。因此，最後選定的立法方案是制定反不正當競爭法，但其並不純粹以不正當競爭行為為其規範對象，而將特定具體存在的個別限制競爭行為也予以納入規制²⁹。

根據這個原則所通過的反不正當競爭法，並非一部單純的禁止不正當競爭行為之法律，而是一部既制止不正當競爭又制止限制競爭行為的混合型法律，其第二章規定的行為中，包括六種不正當競爭行為與五種限制競爭行為。當然，由於該法對限制競爭行為的規定是支離破碎的，因此現階段大陸的競爭法制還稱不上完整的合併立法³⁰。

隨著市場經濟的一步步發展，新型的限制競爭行為不斷出現，並對市場的競爭秩序造成愈來愈大的危害，因此在反不正當競爭法通過後的一些新近立法，如《價格法》、《招標投標法》等，其中亦對一些限制競爭行為作出了規定。前述幾部法律對於不正當競爭行為與限制競爭行為的有關規定，共同構成了大陸現行競爭法規範的基本框架。

三、競爭法制的擴展

(一) 地方競爭法規的制定

中國大陸憲法第 100 條規定省、直轄市權力機構在不與憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，可以制定地方性法規，報全國人大常委會備案。在大陸開展改革開放政策與推動經濟體制轉軌以來，對加強地方的

²⁹ 參見：孔祥俊，「反壟斷法原理」，中國法制出版社，2001 年 6 月，第 48-49 頁。

³⁰ 參見：王學政，中國反不正當競爭法的理論與立法經驗，「中國知識產權二十年」，專利文獻出版社，1998 年 10 月，第 168-170 頁；劉敏學，關於《中華人民共和國反不正當競爭法（草案）》的說明；全國人大常委會關於《中華人民共和國反不正當競爭法（草案）》審議結果的報告；關於修改經濟合同的決定（草案）和反不正當競爭法（草案修改稿）修改意見的匯報。

立法，顯得愈來愈為重視³¹。

目前大陸各地規範不正當競爭行為的地方性立法，包括《海南經濟特區反不正當競爭條例》（1993年）、《北京市反不正當競爭條例》（1994年）、《河南省反不正當競爭條例》（1994年）、《上海市反不正當競爭條例》（1995年）等。其中，對於禁止壟斷的規範較反不正當競爭法的規定進步，尤其是較早立法的海南經濟特區反不正當競爭條例，對限制競爭協議的禁止已有明確的規範³²。

（二）國家工商行政管理（總）局的配套規章

反不正當競爭法主管機關「國家工商行政管理局」（已於1998年提升行政位階，成為「國家工商行政管理總局」）制定了以下規定，以明確適用反不正當競爭法，包括《關於禁止有獎銷售活動中不正當競爭行為的若干規定》（1993年12月24日）、《關於禁止公用企業限制競爭行為的若干規定》（1993年12月24日）、《關於禁止仿冒知名商品特有的名稱、包裝、裝潢的不正當競爭行為的若干規定》（1995年7月6日）、《關於禁止商業賄賂行為的暫行規定》（1996年11月15日）、《傳銷管理辦法》（1997年1月10日）、《關於禁止串通招標投標行為的暫行規定》（1998年1月6日）等等³³。

此類規定發揮了類似施行細則的功用，明確定義了許多反不正當競爭法條文中的規定與程序，有效增強反不正當競爭法的適用性、功能性。

³¹ 例如，1986年12月2日《全國人民代表大會常務委員會關於修改「中華人民共和國地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法」的決定》，擴大了地方性法規的制定主體範圍，即省、自治區的人民政府所在地的市和經國務院批准的較大的市的人民代表大會可以制定地方性法規，但需上一級人民代表大會常務委員會批准。

³² 參見：劉劍文、崔正軍 主編，「競爭法要論」，武漢大學出版社，1996年10月第1版，第181-182頁。

³³ 參見：滕萬俊，前揭註26，第23頁。

(三) 其他相關法律的制定

在反不正當競爭法立法通過後，其他與競爭法制相關的立法亦陸續頒布，包括《消費者權益保護法》(1993年10月)、《公司法》(1993年12月)、《對外貿易法》(1994年8月制定，並於2004年4月經歷一次全面性的修正)、《廣告法》(1994年10月)、《價格法》(1997年12月)、《招標投標法》(1999年8月)等等，對補充與健全大陸的競爭法體系有相當正面的作用。

第三款 現行主要之競爭法規範

一、法律

(一) 反不正當競爭法

大陸現行最主要之競爭法規範，即為1993年頒布實施的《中華人民共和國反不正當競爭法》，整部法律共分五章，分別為總則、不正當競爭行為、監督檢查、法律責任與附則，是一部非單純規制不正當競爭行為，而同時亦納入部分限制競爭行為之規制的混合型競爭法典。

1. 總則

宣示其立法目的及規範對象—經營者，亦即從事商品經營或者營利性服務的法人、其他經濟組織和個人。

經營者在市場交易中，應當遵循自願、平等、公平、誠實信用的原則，遵守公認的商業道德。若經營者違反該法第二章有關規定，損害其他經營者的合法權益，擾亂社會經濟秩序，則該當所謂的不正當競爭行為，應受國家公權力的制止。

2. 不正當競爭行為

(1) 不正當競爭行為

共規定了六種不正當競爭行為，分別是：假冒與製造混淆的行為、以賄賂方法促成銷售或購買商品行為、引人誤解的虛假廣告行為、侵犯商業秘密行為、不正當有獎銷售、損害競爭對手商譽行為。

(2) 限制競爭行為³⁴

共規定了五種限制競爭行為，分別是：公用企業等限制競爭行為、行政壟斷行為、低於成本價銷售行為、搭售行為、串通招標投標行為。

3. 監督檢查

明確地規定有權對不正當競爭行為進行監督檢查的主體（監督檢查部門）為何，並明示其職權以及監督檢查的執行程序。

4. 法律責任

主要規定了違反者的民事責任與行政責任，同時也涉及到刑事責任。

(1) 民事責任

經營者違反該法規定，使被侵害的經營者有所損害者，應當承擔損害賠償責任，被侵害的經營者的損失難以計算的，賠償額為侵權人在侵權期間因侵權所獲得的利潤；並應當承擔被侵害的經營者因調查該經營者侵害其合法權益的不正當競爭行為所支付的合理費用。

³⁴ 關於反不正當競爭法所規定之限制競爭行為的進一步介紹，詳見本章第三節，於此不予贅述。

此外，被侵害的經營者的合法權益受到不正當競爭行為損害的，可以向人民法院提起訴訟。

(2) 行政責任

即主管機關對於進行違法行為之經營者得採取之行政糾正及制裁措施，計有：責令停止違法行為、沒收違法所得、處以一定金額之罰款或根據情節處以違法所得一倍以上三倍以下罰款、吊銷營業執照。

(3) 刑事責任

對於商業賄賂和銷售偽劣商品行為構成（刑事）犯罪時，課予刑事責任。

5. 附則

明定該法自 1993 年 12 月 1 日起施行。



(二) 其他

在限制競爭行為的規制方面，其他一些法律亦有相關規定，最為典型的是《中華人民共和國價格法》和《中華人民共和國招標投標法》。

1. 價格法

價格法是於 1997 年 12 月 29 日頒布，並在 1998 年 5 月 1 日生效的。在該法第 14 條的不正當價格行為之禁止規定中，有三種屬於限制競爭行為，即：

(1) 價格共謀行為

相互串通，操縱市場價格，損害其他經營者或者消費者的合法權益。

(2) 低價傾銷行為

在依法降價處理鮮活商品、季節性商品、積壓商品等商品外，為了排擠競爭對手或者獨占市場，以低於成本的價格傾銷，擾亂正常的生產經營秩序，損害國家利益或者其他經營者的合法權益。

(3) 價格歧視行為

提供相同商品或者服務，對具有同等交易條件的其他經營者實行價格歧視。

同時，該法亦對行政壟斷的控制作出規定，即在制定關係群衆切身利益的公用事業價格、公益性服務價格、自然壟斷經營的商品價格等政府指導價、政府定價之時，應當建立聽證會制度，由政府價格主管部門主持，徵求消費者、經營者和有關方面的意見，論證其必要性、可行性。對於有關部門違反規定，超越定價許可權和範圍擅自制定、調整價格或者不執行價格干預措施、緊急措施的，須責令改正，並可以通報批評；對直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依法給予行政處分。

2. 招標投標法

招標投標法是於 1999 年 8 月 30 日頒布，並在 2000 年 1 月 1 日施行。該法除在相關條款中詳細規定串通招標投標之行為外，還禁止招標人對潛在的投標人之歧視待遇，以及其他限制投標人競爭的行為³⁵。

該法對招標投標活動中的行政壟斷也有所控制，規定任何依法必須進行招標的專案，其招標投標活動不受地區或者部門的限制。任何單位和個人不得違法限制或者排斥本地區、本系統以外

³⁵ 參見：孔祥俊，前揭註 29，第 130 頁。

的法人或者其他組織參加投標，不得以任何方式非法干涉招標投標活動。

二、行政法規

除了國家工商行政管理（總）局為明確適用反不正當競爭法之目的，所制定的行政法規（例如：《關於禁止公用企業限制競爭行為的若干規定》以及《關於禁止商業賄賂行為的暫行規定》）以外，其他部門亦分別訂有與競爭法制相關的行政法規，包括 1984 年中共中央、國務院發布的《關於嚴禁黨政機關和黨政幹部經商、辦企業的決定》、1987 年國務院頒布的《價格管理條例》、1987 年國家體改委、國家經委《關於組建和發展企業集團的幾點意見》、1989 年國務院發布的《重要生產資料和交通運輸價格管理暫行規則》、1989 年國家體改委、國家計委等聯合發布的《關於企業兼併的暫行辦法》、1990 年國務院《關於打破地區間市場封鎖進一步搞活商品流通的通知》、1995 年國家計委發布的《制止牟取暴利的暫行規定》、2001 年國務院《關於禁止在市場經濟活動中實行地區封鎖的規定》等等³⁶，均對反壟斷與反不正當競爭作出了各別規定。

三、行政解釋

在中國大陸，法律解釋是由特定的國家機關對有關法律條文所進行的解釋，這種解釋具有法律效力，分為立法解釋、司法解釋和行政解釋。

凡屬於法律條文本身需要進一步明確界限或作補充規定的，由全國人大常委會進行解釋，這種解釋就是立法解釋；司法解釋是由最高司法機關在適用法律過程中，對具體應用法律問題所作的解釋，即最高人民法院和最高人民檢察院的兩高解釋；不屬於審判或檢察工作中的其他法律應如何具體適用的問題，由國務院及其主管部門負責解釋，此即行政解釋。其中立法解釋居於主導地位，司法解釋、行政解釋不能與立法解釋相抵觸。

³⁶ 參見：沈敏榮，「法律的不確定性—反壟斷法規則分析」，法律出版社，2001 年 1 月，第 232 頁。

在執行反不正當競爭法與其他相關法律時，國家工商管理（總）局和有關主管部門，就具體應用法律時所面對到的一些問題，常有發布行政解釋的必要³⁷。行政解釋的形式主要有兩種，一是針對具體而特定的法律問題所作的專門解釋，如以批復、解答、通知、意見等形式作出的法律解釋；二是在行政規章中對有關法律所作的解釋³⁸。

四、地方立法

目前大多數享有立法權的地方立法機關，均已制定了反不正當競爭法的實施條例或者實施辦法³⁹。這些地方性的立法，除了細緻化反不正當競爭法的規定以外，還作出一些補充規定，特別是規範了某些共謀操縱市場的限制競爭行為，例如禁止聯合限定價格或約定其他不合理的經營條件，或者劃定市場、限定產量和銷售量，以及聯合拒絕購買、銷售或服務等⁴⁰。

第三節 「反壟斷」之現行法規及其相關缺陷

第一款 既有之反壟斷規範

禁止濫用獨占地位、禁止限制競爭協議和企業結合管制，是一般「反對限制競爭法」的三項基本內容。大陸現行法除企業結合管制基本上仍付之闕如外，有關法律所規制的壟斷行為，都已涉及到禁止濫用獨占地位與禁止限制競爭協議的諸多方面。雖然這些規定零散地分布在不同的法律之中，但至少代表著大陸的反壟斷規範已具有相當的雛形。

³⁷ 關於競爭法上具體的行政解釋之條列、內容，由於其種類高達上千，而涉及層面既廣且雜，故於此不予贅述，詳細資料可參見：中華人民共和國國家工商管理總局網站 http://www.saic.gov.cn/flfg/flfg_list.asp，最近瀏覽日 2005/05/26。

³⁸ 參見：孔祥俊，「反不正當競爭法的適用與完善」，法律出版社，1998年5月第1版，第29頁。

³⁹ 關於各地有關法規的具體名稱、內容等立法資料，請參見：中華人民共和國國家工商管理總局公平交易局網站 http://www.saic.gov.cn/gpiyj/flfg/flfg_list.asp，最近瀏覽日 2005/05/26。

⁴⁰ 同註 35。

壟斷行為的模式，可分為經濟性壟斷與行政性壟斷⁴¹。在傳統的計劃經濟體制下，兩者的區分是很困難的；國家既是經濟的參與者，又是經濟的管理者，在此基礎上所產生的壟斷行為，往往既存在著經濟性壟斷的本質，又夾帶著行政性壟斷的成份。因此，大陸對於反壟斷的一般性法律規範，幾乎都將兩者放在一起進行規定，而基於經濟體制轉軌國家的特殊需要，在相關法律的某些條文、部分的行政法規以及其他規範性文件中，立法機關對行政壟斷也進行了一些專門性的規範。

一、一般性規範

（一）濫用獨占地位的行為

在大陸現行的法律規定中，這些行為主要分為下列類型⁴²：

1. 公用企業等限制競爭行為

這是反不正當競爭法第6條規定的行為，即「公用企業或者其他依法具有獨占地位的經營者，不得限定他人購買其指定的經營者的商品，以排擠其他經營者的公平競爭。」

該法第23條規定：「公用企業或者其他依法具有獨占地位的經營者，限定他人購買其指定的經營者的商品，以排擠其他經營者的公平競爭的，省級或者設區的市的監督檢查部門應當責令停止違法行為，可以根據情節處以五萬元以上二十萬元以下的罰款。被指定的經營者借此銷售質次價高商品或者濫收費用的，監督檢查部門應當沒收違法所得，可以根據情節處以違法所得一倍以上三倍以下的罰款。」

⁴¹ 一般來說，任何國家都存在著或多或少的行政性壟斷，此與其為資本主義國家或社會主義國家並無直接關係，其中的差異在於行政壟斷的性質與程度等方面，兩種國家體制下的表現方式、內容各有不同，而在經濟體制轉軌的國家身上，更可明確發現其中的轉換痕跡，同時益發彰顯行政壟斷本質上的危害性。關於行政性壟斷的進一步介紹，詳見本文第四章，於此不予贅述。

⁴² 參見：孔祥俊，前揭註29，第131-132頁。

2. 低於成本價銷售行為

這是一種掠奪性定價行為，反不正當競爭法和價格法對此類行為都有所規定，而兩法規定所指向的都是相同的行為。

反不正當競爭法第 11 條規定：「經營者不得以排擠競爭對手為目的，以低於成本的價格銷售商品。有下列情形之一的，不屬於不正當競爭行為：(1)銷售鮮活商品；(2)處理有效期限即將到期的商品或者其他積壓的商品；(3)季節性降價；(4)因清償債務、轉產、歇業降價銷售商品。」價格法第 14 條第 2 項將其規定為不正當價格行為的一種形式⁴³。

由於反不正當競爭法制定之時缺乏相當的實踐基礎，故該法對低於成本價銷售行為沒有規定行政處罰條款，而價格法對其行政處罰則作出了明確規定⁴⁴。

儘管這些法律都未要求實施低於成本價銷售行為的經營者，必須具有獨占地位，但分析實施此類行為的可能性則可得知，只有具備獨占地位的經營者才有能力實施該類行為。因此，這種低於成本價銷售的行為，可以歸入濫用獨占地位行為的範圍之中。

3. 搭售行為

反不正當競爭法第 12 條規定：「經營者銷售商品，不得違背購買者的意願搭售商品或者附加其他不合理的條件。」眾所周知

⁴³ 《中華人民共和國價格法》第 14 條規定：「經營者不得有下列不正當價格行為：(一)……；(二)在依法降價處理鮮活商品、季節性商品、積壓商品等商品外，為了排擠競爭對手或者獨占市場，以低於成本的價格傾銷，擾亂正常的生產經營秩序，損害國家利益或者其他經營者的合法權益；(三)……。」

⁴⁴ 《中華人民共和國價格法》第 40 條第一款規定：「經營者有本法第十四條所列行為之一的，責令改正，沒收違法所得，可以並處違法所得五倍以下的罰款；沒有違法所得的，予以警告，可以並處罰款；情節嚴重的，責令停業整頓，或者由工商行政管理機關吊銷營業執照。有關法律對本法第十四條所列行為的處罰及處罰機關另有規定的，可以依照有關法律的規定執行。」

的是，實施搭售行為的經營者必定具有市場優勢地位，因此此類行為亦屬於濫用獨占地位的行為。

4. 歧視待遇行為

價格法第 14 條第 5 項規定的「提供相同商品或者服務，對具有同等交易條件的其他經營者實行價格歧視」，以及招標投標法第 51 條規定「招標人以不合理的條件限制或者排斥潛在投標人的，對潛在投標人實行歧視待遇的，強制要求投標人組成聯合體共同投標的，或者限制投標人之間競爭」的行為，大體上都可以認定為具有市場優勢地位之人，濫用其優勢地位的行為。

(二) 限制競爭協議

限制競爭協議是指兩個以上的經營者，以協議等方式實施的聯合限制競爭行為。反不正當競爭法、價格法、招標投標法以及一些地方性法規，對此都進行了相關規定。

1. 價格聯合行為

價格法第 14 條第 1 項規定，經營者不得有「相互串通，操縱市場價格，損害其他經營者或者消費者的合法權益」之不正當價格聯合行為。此外，某些地方性法規對限定價格的價格聯合行為，也作出了禁止性規定⁴⁵。

⁴⁵ 舉例而言，《海南經濟特區反不正當競爭條例》第 19 條規定：「經營者之間不得實施下列聯合行為，損害其他競爭對手的權益：(一)劃定商品市場；(二)聯合拒絕銷售或者購買；(三)限定價格或者約定其他不合理的銷售條件；(四)限定產量或者銷售量；(五)串通投標，擡高標價或者壓低標價。」；《河南省反不正當競爭條例》第 23 條規定：「經營者、經營者組織或行業組織不得通過協定、約定、決議、決定、倡議等手段採取下列限制或妨礙公平競爭的聯合行為：(一)聯合限定價格或約定其他不合理的經營條件；(二)劃定市場；(三)限定產量或銷售量；(四)聯合拒絕購買、銷售或服務。」；《四川省反不正當競爭條例》第 29 條第 1 款規定：「經營者之間不得通過協定、約定等手段採取下列限制或妨礙公平競爭的聯合行為：(一)聯合限定價格或者約定其他不合理的經營條件；(二)分割市場；(三)聯合拒絕購買、銷售或者服務。」；《江蘇省實施〈中

2. 串通招標投標行為

反不正當競爭法第 15 條規定：「投標者不得串通投標，抬高標價或者壓低標價。投標者和招標者不得相互勾結，以排擠競爭對手的公平競爭。」據此，招標投標法進而作出了細緻化的規定⁴⁶。

3. 其他聯合行為

一些地方性法規，對劃定市場、限定產量和銷售量，以及聯合拒絕購買、銷售或服務等聯合行為，亦作了各別規定⁴⁷。

二、行政性壟斷之專門規範

1980 年 10 月大陸國務院所發布的《關於開展和保護社會主義競爭的暫行規定》⁴⁸，首次提出了反壟斷（特別是反行政壟斷）的任務。該暫行規定指出：「在經濟活動中，除國家指定由有關部門和單位專門經營的產品以外，其餘的不得進行壟斷、搞獨家經營。」「開展競爭必須打破地區封鎖和部門分割。任何地區和部門都不准封鎖市場，不得禁止外地商品在本地區、本部門銷售。」此外還要求工業、交通、財貿等有關部門對現行規章制度中妨礙競爭的部分，必須進行修改，並授權各地區、各部門可根

華人民共和國反不正當競爭法〉辦法》第 16 條規定：「經營者之間不得聯手實施損害其他競爭對手權益，限制或者妨礙公平競爭的行為。」

⁴⁶ 例如，《中華人民共和國招標投標法》第 53 條規定：「投標人相互串通投標或者與招標人串通投標的，投標人以向招標人或者評標委員會成員行賄的手段謀取中標的，中標無效，處中標項目金額千分之五以上千分之十以下的罰款，對單位直接負責的主管人員和其他直接責任人員處單位罰款數額百分之五以上百分之十以下的罰款；有違法所得的，並處沒收違法所得；情節嚴重的，取消其一年至二年內參加依法必須進行招標的項目的投標資格並予以公告，直至由工商行政管理機關吊銷營業執照；構成犯罪的，依法追究刑事責任。給他人造成損失的，依法承擔賠償責任。」

⁴⁷ 同註 45。

⁴⁸ 該行政法規已於 2001 年廢止，參見：新華網

http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/zhengfu/2001-10/19/content_76486.htm，最近瀏覽日 2004/12/29。

據該暫行規定的精神，制訂實施辦法，以利於開展競爭⁴⁹。

在此之後，各級立法機關又以不同的形式頒布了一系列反行政壟斷的法規和文件，根據學者的不完全統計⁵⁰，大陸現行控制行政性壟斷的有關法律文件，至少在 20 件以上，包括全國人大常委會通過的法律、國務院發布的行政法規，以及國務院各部、委、局頒布的行政規章等。這些法律文件，依據它們的內容與表現形式，大致可分類如下：

（一）含有禁止行政性壟斷內容的法律

目前規制行政性壟斷的法律，包括 1993 年的《反不正當競爭法》、1997 年的《價格法》和 1999 年的《招標投標法》等幾部法律⁵¹。

1. 反不正當競爭法

反不正當競爭法第 7 條和第 30 條把行政壟斷行為視作不正當競爭行為，進行了簡略的規定。

該法第 7 條規定：「政府及其所屬部門不得濫用行政權力，限定他人購買其指定的經營者的商品，限制其他經營者正當的經營活動。政府及其所屬部門不得濫用行政權力，限制外地商品進入本地市場，或者本地商品流向外地市場。」

該法第 30 條規定：「政府及其所屬部門違反本法第七條規定，限定他人購買其指定的經營者的商品、限制其他經營者正當的經營活動，或者限制商品在地區之間正常流通的，由上級機關責令其改正；情節嚴重的，由同級或者上級機關對直接責任人員給予行政處分。被指定的經營者借此銷售質次價高商品或者濫收費用

⁴⁹ 參見：姜彥君，中外行政性壟斷與反壟斷立法比較研究，政法論壇，第 20 卷第 3 期，2002 年 6 月，第 83 頁。

⁵⁰ 參見：鄭鵬程，「行政壟斷的法律控制研究」，北京大學出版社，2002 年 5 月第 1 版，第 165 頁。

⁵¹ 參見：黃欣、周昀，行政壟斷與反壟斷立法研究，中國法學，2001 年第 3 期，第 103-104 頁。

的，監督檢查部門應當沒收違法所得，可以根據情節處以違法所得一倍以上三倍以下的罰款。」

2. 價格法

價格法對政府部門制定壟斷性行業之價格的權限、程序進行了規定，以防止政府部門濫用職權制定暴利價格，即在第 23 條規定：「制定關係群眾切身利益的公用事業價格、公益性服務價格、自然壟斷經營的商品價格等政府指導價、政府定價，應當建立聽證會制度，由政府價格主管部門主持，徵求消費者、經營者和有關方面的意見，論證其必要性、可行性。」

該法亦對地方政府濫用職權擅自定價、調價等行為，規定了行政責任，以避免價格歧視等地區壟斷行為的發生，即在第 45 條規定：「地方各級人民政府或者各級人民政府有關部門違反本法規定，超越定價許可權和範圍擅自制定、調整價格或者不執行法定的價格干預措施、緊急措施的，責令改正，並可以通報批評，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依法給予行政處分。」

3. 招標投標法

在招標投標活動中的地區壟斷與部門壟斷，招標投標法予以明令禁止，即在第 6 條規定：「依法必須進行招標的項目，其招標投標活動不受地區或者部門的限制。任何單位和個人不得違法限制或者排斥本地區、本系統以外的法人或者其他組織參加投標，不得以任何方式非法干涉招標投標活動。」

(二) 含有禁止行政性壟斷內容的行業法規

一般早期的行業法規，並無禁止行政壟斷的內容，但隨著經濟體制改革的逐漸深化且行政壟斷的弊害日益顯現，立法機關在制定新的行業

法規或修改既有法規時，已將反行政壟斷的納入作為一項重要內容⁵²。

2000年9月大陸國務院發布的《中華人民共和國電信條例》之中，至少就有兩條與反行政壟斷有關。其一是原則性條款，即在第4條規定：「電信監督管理遵循政企分開、破除壟斷、鼓勵競爭、促進發展和公開、公平、公正的原則。」其二是具體條款，即在第12條第2款規定，國務院信息產業主管部門「頒發《基礎電信業務經營許可証》，應當按照國家有關規定採用招標方式。」

此外，2001年2月由第九屆全國人大常委會修訂的《中華人民共和國藥品管理法》，亦有多個條款與禁止行政壟斷有關。該法第69條規定：「地方人民政府和藥品監督管理部門不得以要求實施藥品檢驗、審批等手段限制或者排斥非本地區藥品生產企業依照本法規定生產的藥品進入本地區。」第70條規定：「藥品監督管理部門及其設置的藥品檢驗機構和確定的專業從事藥品檢驗的機構不得參與藥品生產經營活動，不得以其名義推薦或者監制、監銷藥品。藥品監督管理部門及其設置的藥品檢驗機構和確定的專業從事藥品檢驗的機構的工作人員不得參與藥品生產經營活動。」第95條規定：「藥品監督管理部門或者其設置的藥品檢驗機構或者其確定的專業從事藥品檢驗的機構參與藥品生產經營活動的，由其上級機關或者監察機關責令改正，有違法收入的予以沒收；情節嚴重的，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予行政處分。藥品監督管理部門或者其設置的藥品檢驗機構或者其確定的專業從事藥品檢驗的機構的工作人員參與藥品生產經營活動的，依法給予行政處分。」

(三) 禁止地區封鎖與部門壟斷的專門性規範

地區封鎖和部門壟斷是大陸的經濟領域中，影響面最廣、對競爭危害最大的兩種壟斷型態。因此，大陸關於禁止地區封鎖和禁止部門壟斷的立法，較諸其他型態的反行政壟斷立法，不僅立法層次較高，而且內

⁵² 參見：鄭鵬程，前揭註50，第170-171頁。

容也較詳細、完善。

當前，關於禁止地區封鎖與部門壟斷的專門性規範主要有二，分別是國務院於 1990 年 11 月發布的《關於打破地區間市場封鎖進一步搞活商品流通的通知》，以及國務院於 2001 年 4 月發布的《關於禁止在市場經濟活動中實行地區封鎖的規定》⁵³。

1. 關於打破地區間市場封鎖進一步搞活商品流通的通知

在此通知中明確指出，生產企業在完成國家指令性計劃產品調撥任務和購銷合同後，根據國家有關政策規定，有權在全國範圍內銷售其產品。工業、商業、物資等部門的企業，在國家計劃指導下，根據經濟合理的原則和生產經營的實際需要，有權在全國範圍內自行選購所需的商品，任何地區和部門不得設置障礙，加以干涉。

2. 關於禁止在市場經濟活動中實行地區封鎖的規定

在此規定第 1 條即對立法目的作了闡述，即：「為了建立和完善全國統一、公平競爭、規範有序的市場體系，禁止市場經濟活動中的地區封鎖行為，破除地方保護，維護社會主義市場經濟秩序，制定本規定。」

該規定對各級政府及其所屬部門消除地區壟斷行為的職責，亦有所涉及，即在第 2 條規定：「各級人民政府及其所屬部門負有

⁵³ 除了這二項規範外，國務院或其所屬部門還發布過其他一些禁止地區壟斷的規範性文件，包括：1982 年 4 月，國務院針對當時許多地區出現了對外地產工業品進行封鎖的嚴重情況，發布了《關於在工業品購銷中禁止封鎖的通知》；1991 年 10 月，國務院為了解決當時農產品流通滯後的問題，發布了《關於進一步搞活農產品流通的通知》；1996 年 8 月，針對一些地方利用行政辦法，限制某些型號之轎車（特別是限制非本地產轎車）的使用，人為地造成市場分割和地區保護的情況，國務院轉發了國家計委《關於取消地方限制經濟型轎車使用的意見》；1999 年 11 月，大陸證監會發布了《關於不得限制中介機構跨地區執行證券相關業務的通知》；2001 年 4 月，國家煙草專賣局發布了《關於禁止卷煙經營實行地區封鎖的規定》等等。

消除地區封鎖、保護公平競爭的責任，應當為建立和完善全國統一、公平競爭、規範有序的市場體系創造良好的環境和條件。」

其次，該規定對各種地區壟斷（即地區封鎖）行為，予以明令禁止，即在第3條規定：「禁止任何單位或者個人違反法律、行政法規和國務院的規定，以任何方式阻撓、干預外地產品或者工程建設類服務(以下簡稱服務)進入本地市場，或者對阻撓、干預外地產品或者服務進入本地市場的行為縱容、包庇，限制公平競爭。」

此外，該規定還對地區壟斷行為的具體種類、改變和撤銷地區封鎖的主體及程序、對各種具體的地區封鎖行為之查處機構及查處程序，以及實施地區封鎖行為之地方各級政府與其所屬部門的主要負責人、直接責任人員之法律責任等諸多問題，作出了明確的規定⁵⁴。

(四) 禁止黨政機關和幹部興辦經濟實體的規定

在反對權力經商方面，自1984年以來，大陸國務院多次發布了關於清理整頓公司的決定，強調要貫徹「政企分開」的原則，禁止黨政機關和幹部興辦公司⁵⁵。

例如，1984年12月中共中央、國務院辦公廳發布的《關於嚴禁黨政機關和黨政幹部經商、辦企業的決定》指出：「各級黨政領導機關特別是經濟部門及其領導幹部更要正確發揮領導和組織經濟建設的職能，堅持政企職責分開、官商分離的原則，發揚清正廉明、公道正派的作風，切實做到一心一意為發展生產服務，為企業和基層服務，為國家的繁榮強盛和人民的富裕幸福服務，決不允許運用手中的權力，違反黨

⁵⁴ 參見：黃欣、周昀，前揭註51，第103頁。

⁵⁵ 參見：王曉曄，依法規範行政性限制競爭行為，「反壟斷法與市場經濟」，王曉曄編，法律出版社，1998年9月第1版，第150頁。

和國家的規定去經營商業，興辦企業，謀取私利，與民相爭。」⁵⁶

在此文件發布以後，雖然黨政機關辦的企業大部分已經停辦或者與黨政機關脫鉤，而參與經商、辦企業的黨政幹部，大多數已經回到機關工作或者辭去黨政職務，但仍有一部分黨政機關和幹部採取各種手法繼續經商、辦企業，這些人以權謀私、損公利己，危害十分重大；因此，為了徹底遏止這股不正之風，1986年2月中共中央、國務院辦公廳又發布了《關於進一步禁止黨政機關和黨政幹部經商、辦企業的規定》，對幾個有關問題進行更加細緻的規範⁵⁷。

1992年6月，中共中央辦公廳、國務院辦公廳針對在新一輪的機構改革中，部分地區相繼出現鼓勵黨政機關興辦各類經濟實體，並提倡、支持黨政機關幹部從事各種經營活動的情況，發布了《關於黨政機關興辦經濟實體和黨政機關幹部從事經營活動問題的通知》，全面要求縣級以上的黨政機關與其在職幹部，不得經商、辦企業及政企兼職⁵⁸。



第二款 現行法規的相關缺陷

一、尚未形成一個系統化完整的反壟斷法律體系

大陸既有之反壟斷規範太過雜亂、零散，除了反不正當競爭法等若干法律之外，絕大部分的規範依據，是由國務院及其部委所頒布的一些行政法規或其他政策性文件，以諸如「條例」、「決定」、「通知」、「暫行規定」等等眾多形式呈現，其法律效力層次參差不齊且普遍較低，沒有形成一個系統化、具權威性的法律體系。

⁵⁶ 《關於嚴禁黨政機關和黨政幹部經商、辦企業的決定》全文內容請參見本文附錄七。

⁵⁷ 《關於進一步禁止黨政機關和黨政幹部經商、辦企業的規定》全文內容請參見本文附錄八。

⁵⁸ 《關於黨政機關興辦經濟實體和黨政機關幹部從事經營活動問題的通知》全文內容請參見本文附錄九。

此外，反壟斷規範的相關內容也不夠完整。根據世界各國的有關立法經驗，反壟斷法在反對私人壟斷方面，至少應當包含禁止濫用獨占地位、禁止限制競爭協議和企業結合管制等三方面的規定，這三者也被稱為反壟斷法實體法的三大支柱；但是，大陸既有之反壟斷規範在這三個方面都沒有完善的規定。

（一）禁止濫用獨占地位

除了反不正當競爭法第 6 條關於公用企業的規定外，大陸沒有禁止濫用獨占地位的「一般規定」，只在反不正當競爭法與價格法等個別法律中，對某些單一的濫用行為進行特定的規範。

（二）禁止限制競爭協議

除了一些地方性的立法外，關於數量聯合行為和地域聯合行為，儘管會嚴重地損害消費者利益、限制企業生產規模，進而影響規模經濟，但大陸對此卻沒有全國性的立法加以規制。然而，在大多數實行市場經濟體制的國家，數量聯合行為、地域聯合行為與價格聯合行為一樣，被視為嚴重損害市場競爭的行為，必須受到反壟斷法的規制。

（三）企業結合管制

大陸也沒有控制企業合併的一般性規定。雖然，在 1987 年國家體改委和國家經委所發布之《關於組建和發展企業集團的幾點意見》中，曾經指出「一個行業一般不搞全國性的獨家壟斷企業集團」，但這只代表了政府的反壟斷意志，在實務中缺乏可操作性⁵⁹。

二、法律責任設計不健全

法律責任是法律規範得以發生效果的有力保障，是法律規範得到遵守和實施的基本前提。沒有法律責任，再好的法律也只是一紙空文；有法律

⁵⁹ 參見：王曉曄，完善競爭法，建立自由和公平的市場競爭秩序，工商管理，2004 年第 5 期，第 37 頁。

責任但不合理，法律規範的功能也無法充分實現⁶⁰。

根據大陸現行反壟斷規範的相關內容來看，有許多法規文件中的法律責任設置，是不全面、不妥善，甚至完全缺乏的。舉例而言，有些文件雖然規定了行政壟斷實施者應承擔法律責任，但這種規定十分概括，缺乏具體落實的責任形式，如《關於打破地區間市場封鎖進一步搞活商品流通的通知》只規定「本通知發布後仍繼續搞地區封鎖的，要追究有關領導者的責任」，至於領導者應承擔什麼責任，並沒有進一步說明。

另外，有些法律規範只規定行政主體應承擔法律責任，並沒有規定實際作為的公務員應承擔責任；或者相反地只規定公務員應承擔責任，而沒有規定行政主體應承擔責任。無論何者，其法律責任的設計均有欠妥適。

再如，儘管政府多次下達文件，禁止黨政機關辦公司，可是卻屢禁不止。據大陸國家工商管理部門統計，1992年黨政機關興辦的公司仍佔該年新辦公司的10%⁶¹，這些公司的開辦代表行政權力公然地進入市場交易，助長了不公平與不合理的市場競爭行為，而它們之所以敢如此明目張膽、公然違法，全肇因於相關禁止規定的內容，缺乏法律責任之設計所致。

三、對濫用行政權力限制競爭的制裁不力

大陸當前仍處於從計劃經濟向市場經濟轉軌的過程，政企不分的情況尚未徹底改變，舊經濟體制下的行政壟斷行為仍然非常嚴重。因此，制止行政壟斷是大陸反壟斷法一個極其重要且非常迫切的任務。但是，大陸目前在這個方面缺乏有效的禁止性規定。

根據現行反不正當競爭法第30條規定，行政機關濫用行政權力的法律後果，是「由上級機關責令其改正」，並沒有賦予被侵權人提起行政訴訟的權利，這在法律責任上的相適性是值得疑慮的。

⁶⁰ 參見：鄭鵬程，前揭註50，第177頁。

⁶¹ 參見：王曉曄，中國反壟斷立法的作用、現狀和問題，「反壟斷法與市場經濟」，王曉曄編，法律出版社，1998年9月第1版，第97頁。

進一步言之，所謂的“上級機關”並不是一個特定的行政機關，更不是一個確定的司法機關，故所稱“上級機關”的職掌人員不一定具有足夠的反壟斷概念；即便上級主管具備反壟斷的意識，但假若其對下級單位濫用權力的行為視若無睹，或者採取大事化小、小事化無的態度，索性來個“上下交相賊”，那麼受害者的合法權益就得不到保障，政府的濫用行為也就得不到及時的糾正。

另一方面，如果授權上級機關「責令改正」下級機關的違法行為，法律就應當對“如何責令、怎麼改正”有一個明確的規定以供依循（例如可能的立案、調查，甚至聽證等程序的相應規定）⁶²，但現行法上似乎付之闕如，因此嚴格來說，反不正當競爭法的這個條款並無法律效力可言，其存在的象徵意義多過實質意義。

四、缺乏獨立而權威的反壟斷執法機關

大陸現行反壟斷規範是分散在反不正當競爭法、價格法、招標投標法以及眾多行政法規和政策性文件之中，缺乏一部統一的法律規定。在此情況下，大陸目前也缺少一個獨立的、權威的反壟斷執法機關。

反壟斷法與一般的民商法或反不正當競爭法有所不同，因為它規範的對象，不僅包括大型企業集團和壟斷型企業的限制競爭行為，而且還必須對政府濫用行政權力限制競爭的行為進行規制。

據此，便使得執法機關必須具有相當大的獨立性和足夠強的權威性，特別是有關行政性壟斷的案件，往往有著盤根錯節的複雜政治關係，調查難度很大，如果反壟斷法的主管機關沒有足夠的獨立性和權威性，它的審案工作就會受到其他行政部門的干擾和影響，不利於其依法作出裁決；而就大陸現行反壟斷工作的主管機關來說，即便是各級工商管理部門，它們也不具有足以獨立執法的權威性，因此造成現階段反壟斷工作的執法查處，不僅成效不彰，且現實上亦困難重重。

⁶² 同註 59。

第三章 反壟斷法之立法必要性

第一節 市場經濟體制的迫切需求

第一款 市場經濟與反壟斷法的關係

一、市場經濟的客觀需求

綜觀世界上實行市場經濟國家的發展軌跡，不難發現一個特點，凡是市場經濟協調、有序、快速發展的發達國家，都有一套完整而契合其本國國情的競爭法律制度為其保駕護航；而凡是市場經濟發展不夠順暢的其他國家，如非其欠缺必要的競爭法律制度，即係其現有的競爭法律制度還不夠完善⁶³。

大陸在 1993 年修訂後的憲法第 15 條，已明確納入「國家實行社會主義市場經濟」的文字內容，也就是說大陸已準備揚棄其使用行政手段管理經濟的計劃經濟體制，並逐步採取以市場機制調控社會資源的經濟制度。

社會主義市場經濟既是市場經濟，它就必須與競爭有所聯繫。要運用競爭的優勝劣汰規律，淘汰低效率的企業、剔除不合理的生產機制和劣質產品，進而促進社會資源的合理分配；要透過價格機制，改善市場的供需關係、滿足社會大眾的物質需要；要運用競爭的激勵功能，推動企業進行技術改造和產品更新，努力改善經營管理、降低生產成本和價格，以最少的投入實現最大的產出⁶⁴。簡之，市場經濟的精髓在於競爭，競爭構成了市場經濟體制的內在要素，是市場經濟最基本的運行機制。

然而，眾多市場經濟國家的實踐經驗顯示，市場經濟作為競爭性的經濟，本身並不具備維護公平競爭的機制。恰好相反的是，處於競爭中的企業為了減少競爭的壓力和逃避風險，總是會透過某些手段試圖謀求壟斷地位，破壞競爭而成為競爭最危險的敵人。

⁶³ 參見：周昉，關於我國反壟斷立法中的幾個問題，政法論壇，2001 年第 4 期，第 48 頁。

⁶⁴ 參見：王曉曄，我國反壟斷立法的框架，法學研究，1996 年第 4 期，第 3-4 頁。

詳言之，競爭會使生產和資本趨於集中，這種集中可能會帶來規模經濟效益，但超出一定限度時，也可能造成對競爭的限制（壟斷）；尤其是在競爭過程中，市場主體會自發性地產生一種排斥競爭的力量，亦即對市場競爭進行限制的傾向。雖然限制競爭的企圖或行為是在競爭過程中產生的，在客觀上也有使得競爭更趨激烈的一面，但它破壞了自由公平的競爭秩序，使得優勝劣汰的競爭規律不能正常發揮作用，不但消費者的選擇權受到損害，國民經濟的發展也遭致嚴重的阻礙。

這種市場壟斷或限制競爭的問題，在傳統民商法的領域內無法得到解決，相反的是，它正是透過民商法秩序而進行的。例如，聯合行為大部分是以商法上的公司為主體，根據簽訂契約的形式而進行的；托拉斯（Trust）是依據股份的信託、資本參加以及公司的合併來執行的；康采恩（Konzern）是透過持股公司、資本參加、營業租賃、契約與經營契約等分別形成的。總而言之，它們是契約自由、營業自由的具體表現和實質結果⁶⁵。

為保障和促進市場經濟的健全發展，作為現代經濟法典型與核心的反壟斷法應運而生，並以禁止非法限制競爭、維護自由公平的競爭秩序和經濟活力為基本使命。反壟斷法的產生，體現了市場經濟的客觀需求，是現代市場經濟國家中國家干預法制化的必需產物。

大陸的社會主義市場經濟體制，既然存在著市場經濟所共同具有的基本屬性和需求，因此作為市場經濟基本法律的反壟斷法，自然也為大陸所必需。

二、反壟斷法的內在功能

反壟斷法注重維護宏觀的經濟秩序，防止市場競爭不足，與國家產業政策的制定和執行關係密切，旨在提升本國企業和整體經濟的競爭力。簡單來說，反壟斷法透過限制在民商法秩序內形成壟斷的契約自由和營業自

⁶⁵ 參見：王先林，“入世”背景下制定我國反壟斷法的兩個問題，法學評論，2003年第5期，第47頁。

由，實現對競爭之自由與公平的保護。

此外，反壟斷法的功能不僅是透過實際的執程序，來消除已經存在的非法壟斷，它更同時透過本身潛在的威嚇作用，積極地進一步防止新的非法壟斷產生。以宏觀角度視之，後者的發揮似乎更為重要，正是基於此，美國有句俗語說：「謝爾曼參議員的幽靈坐在每個大公司董事會的桌邊。」反壟斷法就像一把尚方寶劍懸吊在每位企業者的頭上，可以遏制企業者濫用市場壟斷力的衝動，使其不敢跨足至紅線的彼端⁶⁶。

美國歷時 10 年訴訟的“AT&T公司案”，之所以能在 1984 年以協商拆解AT&T公司而告終，與反托拉斯法的威懾力不無關係；1976 年諾貝爾經濟學獎得主米爾頓·費瑞德曼（Milton Friedman）指出：「反托拉斯法的主要貢獻，是透過間接作用體現出來的，而不是透過它們的直接執行來加以反映。」凱弗思（Caves）認為：「反托拉斯法的存在和實施，與其說是針對被告發的少數人，不如說是對那些未被發現的其他人，發揮更大的預防作用。」⁶⁷

凡此論點，在在均表明了反壟斷法的內在功能及其積極作用，任何企業（特別是具有市場支配地位者）在競爭中，都必須遵循一定的規範，而不得任意胡來、為所欲為，否則就要依法（反壟斷法）受到干預和懲罰。

三、反壟斷立法的普世潮流

反壟斷法是市場經濟中的競爭規則，它就好比競技場上的比賽規則一樣，針對個別參賽者限制競爭的行為予以規範，而不是限制或者取消市場上的競爭。只有在建立了競爭規則的條件下，市場上才可能真正實現有效而公平的競爭，或者使競爭已被磨滅的市場，得以重新產生競爭。

⁶⁶ 同註 65。

⁶⁷ 轉引自：吳漢洪，「西方寡頭市場理論與中國市場競爭立法」，經濟科學出版社，1998 年版，第 97 頁。

市場經濟國家的法律制度中，反壟斷法佔有極其重要的地位，扮演的是經濟基本法的角色。在美國，它被稱為自由企業的大憲章；在德國，它被稱為經濟憲法；在日本，它是經濟法的核心內容⁶⁸。

除了美、德、日等市場經濟發達國家外，從 80 年代後期以來，隨著世界各國經濟政策的方針趨向民營化、減少政府干預和反對壟斷，發展中國家的反壟斷立法步伐也大大地加快了。如非洲的尚比亞、迦納等國家頒布了反壟斷法，亞洲的韓國、斯里蘭卡亦強化了反壟斷法，南美洲的秘魯、巴西和阿根廷等國家也通過了反壟斷法。

其中，腳步邁得最大的是中歐及東歐國家。波蘭於 1987 年頒布了反壟斷法，1990 年對該法又進行了修改和強化；匈牙利於 1990 年頒布了禁止不正當競爭法；保加利亞於 1991 年頒布了競爭法，1998 年又再次進行了修訂；到 1991 年為止，這些地區的絕大多數國家，包括保加利亞、羅馬尼亞、克羅埃西亞、愛沙尼亞、立陶宛、波蘭、俄羅斯、匈牙利等國，都已經頒布了反壟斷法⁶⁹。

由此可見，不論反壟斷法的具體名稱和制定形式如何呈現，它都在各國的市場經濟法律體系中，佔據不可缺少、不可替代的核心地位，成為市場經濟國家建立和維護自由、公平、有序、良好之競爭秩序的保護神⁷⁰。

第二款 現行之反壟斷規範力有未殆

大陸需要一部統一的反壟斷法典，不僅僅是前述基於理論上的推導而得，更要緊的是大陸的現實情況也的確需要制定反壟斷法。

⁶⁸ 參見：王曉曄，前揭註 64，第 4-5 頁。

⁶⁹ 參見：王曉曄，反壟斷法與行業自律價格，國際貿易，1999 年第 5 期，第 44 頁。

⁷⁰ 參見：周昀，前揭註 63，第 49 頁。

具體而言，需要用反壟斷法來規制的各種壟斷行為，在大陸已有相當充分的表現，尤其是公用企業濫用獨占地位、行政權力非法限制競爭，以及市場主體之間達成限制競爭協議，以遂行共同限制產量、劃分市場、固定價格等限制正常競爭之目的，凡此情形均十分突出⁷¹；隨著市場競爭的日漸加劇，上述壟斷行為呈現愈演愈烈之勢，對經營者和消費者的損傷、對市場競爭秩序的危害，也愈來愈明顯、擴大。這種種壟斷行為的存在與惡化，將導致社會資源配置的不合理，且市場競爭的內在機制不能正常發揮作用，這會嚴重地阻礙大陸開放而統一的市場之建立，最終將妨礙大陸的社會主義市場經濟體制之真正確立。

除此之外，這些持續開枝散葉的壟斷行為，還會妨礙大陸經濟與世界經濟的接軌，無法符合大陸加入世界貿易組織（WTO）的需要。

詳言之，隨著大陸對外開放的不斷擴大，且已於 2001 年 12 月順利加入 WTO，外國的產品與服務，甚至其技術、資金等，均已大量地進入大陸市場，而大部分跨國企業在技術和資金方面，較之大陸的國內企業往往佔有很大的優勢，很容易便可在大陸市場上取得支配地位或者壟斷地位；如果這些跨國企業在大陸市場上從事濫用市場支配地位的行為，或者聯合限制競爭，或者不適當地對大陸企業進行併購，就會對大陸的競爭秩序造成不利的影響，也會對大陸的國內經濟帶來嚴重的衝擊⁷²。

⁷¹ 參見：王先林，「知識產權與反壟斷法—知識產權濫用的反壟斷問題研究」，法律出版社，2001 年，第 18 頁。

⁷² 事實上，這些典型的外商壟斷行為，在大陸市場上都已經有了不同程度的表現，有些甚至還相當明顯。其中，微軟（Microsoft）公司在大陸市場上的反競爭行為，對大陸消費者的利益和軟體業的發展帶來相當不利的影響，尤其引人關注。具體來說，微軟的價格歧視行為即為一例：Windows 98 在大陸市場的零售價為 1,980 元人民幣，在美國為 90 多美元，在日本為 600-1,200 元人民幣，在香港為 1,600 元人民幣；Office 2000 測試版在大陸標價為 200 元人民幣左右，在國外為免費贈品；微軟給大陸大型廠商的 Windows 98 預裝許可費為 300 元人民幣左右，中小品牌的 PC 廠商則達 690 元人民幣，而給 IBM 則不到 100 元人民幣；據保守估計，大陸消費者因為微軟公司的差別價格，一年就要多支出 10 億人民幣。此外，大陸的一些產業，已逐漸形成了由那些掌握高科技且手持雄厚資金的大型跨國公司所控制的局面，原來的一些本國品牌被外商收購後，又被棄之不用的情形，亦所在多有。然而，因為大陸沒有完善的反壟斷法律制度，對外國企

當然，反壟斷法不單單是大陸國內的經營者所需要的，也是外來投資者所企盼的，畢竟這些外來投資者要想在大陸市場之中，與大陸企業和其他外國企業進行競爭，也需要一個公平的競爭環境來保障自己；而反壟斷法是市場經濟的基本法，少了這部基本法，良好的市場秩序將難以得到保證。

然而，大陸現行有關法律、法規中已對某些壟斷行為作出的禁止性規定，雖在一定程度上發揮了控制非法壟斷、保護自由公平競爭的積極性作用，但由於其存在相當明顯的缺陷，因而它們在目前的情況下，所能貢獻的效益尚屬有限。

舉例來說，這些規範文件存在著分別立法的“多頭馬車”狀況，法律與法律之間缺乏協調，且“多重立法”與“無法可依”並存，使得諸多法律的內容、價值很難達成一致，從而讓法律的制定成為一種政府各部門擴充自身權力的工具⁷³；再者，它們的法律效力層次過低，並且主要集中在解決體制轉軌過程中的行政壟斷問題，而未特別著眼於解決市場經濟中的經濟壟斷問題；在確定建立社會主義市場經濟體制的改革目標後，前述問題雖有改善，但有關的法律規定還是零散、不系統，對市場經濟中的一些典型壟斷行為，仍缺乏相應的規範，而已有規定之原則性雖強，但可操作性仍顯不足，對壟斷行為的具體定義和相關規制內容模糊不清，尤其是欠缺一個權威而獨立的反壟斷執法機關，且對於違法處理的措施，也遠遠不能滿足有效遏止惡性壟斷行為的實際需要。

綜上，大陸現有的反壟斷法律規範，尚不足以有效防止和制裁壟斷行為，無法確實地維護自由公平的市場競爭。

業在其本國市場中的壟斷行為，還不能依法加以規制；面對微軟在大陸市場的明顯壟斷優勢遠高於美國市場的情況，以及微軟在大陸市場比在美國市場所受指控高價還要更高得多的壟斷價格，大陸當局對其似乎無能為力。大陸反壟斷法的空白，使微軟在大陸可以拿起有利於己的智權保護法來維繫自己的壟斷利益，而其競爭者和消費大眾，卻無法對微軟的行為提出任何有效的質疑；微軟大陸公司總經理高群耀之所以敢說「美國對微軟的判決“對中國沒有影響”」，正是看到了“你手中沒有武器”。參見：王先林，前揭註 65，第 49-50 頁。

⁷³ 參見：沈敏榮，前揭註 36，第 236 頁。

第三款 經濟體制轉軌過程中必要的法制建設

大陸是一個正在經歷體制轉軌的發展中國家，處於拆除計劃經濟體制的樊籬，轉而邁向市場經濟體制的關鍵時期。在此轉軌過程中，法制建設的任務既在於締造經濟新秩序，又在於維護經濟新秩序，而制定反壟斷法正符合了對締造與維護市場經濟新秩序的需要。

一、締造經濟新秩序

根據市場經濟在西方國家的運行經驗，以及大陸自十四大以來所發展之有關社會主義市場經濟的理論⁷⁴，可以將市場經濟歸納為一種具備政府宏觀干預機能的經濟運行模式，亦是一種以強化市場機制為作用的經濟體制；同時，以企業作為法人利益實體和市場競爭主體，以法律為規範方式，則是市場經濟的必然要求⁷⁵。現代市場經濟體制中，沒有單純的經濟放任自由，更沒有單純的國家計劃指導，市場機制與國家干預的雙重調節，是現代市場經濟體制的根本特質。

⁷⁴ 較為具體的理論內容，首見於江澤民在中共十四屆三中全會上的講話，有關內容之全文為：「正確處理加強宏觀調控和發揮市場作用的關係—社會主義市場經濟體制是同社會主義基本制度結合在一起的。建立社會主義市場經濟體制，就是要使市場在國家宏觀調控下對資源配置起基礎性作用。國家宏觀調控和市場機制的的作用，都是社會主義市場經濟體制的本質要求，二者是統一的，是相輔相成、相互促進的。要改革傳統的計劃經濟體制，必須強調充分發揮市場在資源配置方面的基礎性作用，不如此便沒有社會主義市場經濟。但是，同時也要看到市場存在自發性、盲目性、滯后性的消極一面，這種弱點和不足必須靠國家對市場活動的宏觀指導和調控來加以彌補和克服。在當今世界，沒有哪一個國家的市場經濟是不受政府調控的。我國是社會主義國家，應該而且也更有條件搞好宏觀調控。現在的問題是，市場的作用在很多方面還沒有得到充分發揮，同時又存在著市場盲目發展和經濟秩序混亂的現象。我們要積極培育和發展市場體系，繼續推進價格改革和商品流通體系改革，發展生產要素市場，改善和加強對市場的調控、管理和監督。今年的實踐也說明，建立社會主義市場經濟體制，必須從充分發揮市場機制作用和加強宏觀調控這兩個方面共同努力。每個時期工作的著重點可以有所不同，根據不同的實際情況，有的時候強調市場作用多一些，有的時候強調國家宏觀調控多一些，但切不可在強調一個方面的時候，忽視以至放鬆了另外一個方面。」節錄自：更好地組織和推進社會主義市場經濟體制的建立—江澤民同志在黨的十四屆三中全會上的講話，人民網

<http://www.people.com.cn/BIG5/33831/33836/34152/34155/2540531.html>，最近瀏覽日 2005/01/08。

⁷⁵ 參見：李鴻烈，略論市場經濟的本質規定，人民日報，1993年3月19日。

簡單來看市場經濟體制的內容，基本上是由四個部分所構成，即健康的市場、自由的企業、公正的競爭和適當的國家干預。因此，要想締造市場經濟體制，也就必須締造這必不可少的四部結構，而它們便是現代市場經濟體制所要求的經濟新秩序。

建立在經濟自由主義與經濟民主主義之上的反壟斷法，在德國、日本和東歐國家的問世，就曾經擔負著締造經濟新秩序的歷史重任。在第二次世界大戰後，德國與日本制定的反壟斷法，是針對納粹國家社會主義和日本封建財閥勢力，加以徹底清算的基本法律，兩國的反壟斷法，不但是戰後自由主義經濟新秩序的締造者，又同時是其維護者；80年代末到90年代初，東歐各國在社會主義經濟體制終結以及自由市場經濟體制建立的背景下，陸續制定了反壟斷法，而這也代表了東歐各國告別舊體制、邁向新體制的法律宣告⁷⁶。

反壟斷法之所以能擔負起締造市場經濟新秩序的重任，主要在於反壟斷法的制度內容，以及其所昭示的經濟自由、經濟民主和競爭至上的法精神所具有的功能。中國大陸正處於新舊體制的轉型時期，在這樣的背景之下，出於締造社會主義市場經濟新秩序的現實需要，大陸自然也必須進行反壟斷立法。

前已述及現代市場經濟體制的四部結構——健康市場、自由企業、公正競爭和國家干預，而反壟斷法的作用恰好表現在對這四部結構的肯定和保護之上，成為這四部結構所標示之市場經濟新秩序的指標性宣示。

從當今世界各國反壟斷法的具體規定內容中，可清楚地看到反壟斷法對企業自由與市場健全之保障功能，尤其是它和行政性壟斷及企業差別待遇的格格不入，更體現了它對自由經濟體制的肯定與保護。

⁷⁶ 參見：曹士兵，「反壟斷法研究—從制度到一般理論」，法律出版社，1996年2月，第242頁。

再者，現代反壟斷法的作用及立法目的，表明其主要且特有的法價值乃是競爭，而這一法價值正呼應了現代市場經濟體制所標榜的公正競爭，事實上反壟斷法對健康市場與自由企業的保護，正是透過高舉及捍衛「有效競爭」之價值觀來加以完成的。

此外，無論是保障企業之自由、市場的健康，還是標榜有效競爭，反壟斷法都是以法律的形式，作為一種國家干預的手段在發揮其作用。反壟斷法執行其國家干預的使命，以消除經濟活動中的有關障礙，確保社會利益與消費者福祉；而國家干預是反壟斷法的根本精神，反映的是反壟斷法作為“國家之手”，積極協調社會經濟的基本性質。

綜合以上反壟斷法的作用、價值和本質等各方面，便可發現反壟斷法在締造現代市場經濟新秩序中的重要角色，其中所體現的，也正是經濟體制轉軌中的大陸，之所以必須制定反壟斷法的重要原因。

二、維護經濟新秩序



市場經濟新秩序的四項內容是公正競爭、健康市場、自由企業與適當的國家干預。由於對它們的戕害，主要來自可以控制經濟活動的種種勢力之不當行為，還有足以損害有效競爭的各項限制行為之泛濫，因而要想維護市場經濟新秩序，就必須訴諸以規範壟斷和限制競爭行為為內容的反壟斷法。換句話說，反壟斷法制定與否，並不取決於壟斷現象在當前的有無與多寡，而是取決於市場經濟新秩序的存在與否。

簡言之，反壟斷法有打擊壟斷及相關反競爭行為的功能，得以肩負起維護市場經濟新秩序的重責大任。在大陸，經濟性壟斷和行政性壟斷均有進一步增長之趨勢，無論是何者，它們必然對市場與競爭構成戕害；姑且不論壟斷對技術發展和消費者利益存有損害的這種隱性弊端，即便壟斷企業間的聯合固定價格、地方壟斷企業間的價格大戰等，就足以說明它們的競爭損害性⁷⁷。對於這些壟斷及其相關限制競爭行為的禁止，只能仰仗於

⁷⁷ 參見：曹士兵，論中國反壟斷立法，法制與社會發展，1996年第3期，第21頁。

反壟斷法，有賴其中的各項法律制度予以規範制止。

第二節 經濟全球化條件下的發展趨勢

第一款 世界貿易組織（WTO）與反壟斷法的必然關聯

世界貿易組織（WTO）是為適應經濟全球化的需要，而逐步設立之多邊經濟體系中的三大國際組織之一（另二者是世界銀行和國際貨幣基金組織），其前身為關貿總協定（GATT），於1948年1月1日開始運作，至1995年1月1日被正式生效的WTO所取代。大陸於1986年申請進入GATT，到1995年1月1日起轉變為“入世”談判，前後經歷了15年的折衝與談判，終於在2001年12月多哈會議後正式成為WTO會員⁷⁸。

加入WTO使得大陸必須進一步地推動改革開放，由有限範圍內的開放轉變為全方位的開放，將政策指導性質的試點開放轉變為法律制度下的可預見性開放，使單方面的自我開放轉變為與WTO會員間的相互開放。加入WTO，意味著大陸已向全世界承諾要履行WTO規則之義務，亦即大陸必須儘速清理、修訂有悖於承諾義務的法律法規，並加快建立起既健全又符合WTO國際規則的涉外法規體系，以及有關的社會主義市場經濟法律體系，從而加速推動反壟斷立法的進程，自然成為必不可免的發展趨勢。

眾所周知，WTO涉及到包括貨物、服務和智慧財產權等有關國際貿易的各個領域及所有環節，幾乎包含了經濟和社會生活的絕大部分，具體規則繁多雜冗，但其基本原則可歸納有四，包括最惠國待遇原則、國民待遇原則、透明度原則以及法制統一原則，其中又以最惠國待遇原則與國民待遇原則和反壟斷法的關係最為具體、密切。

⁷⁸ 參見：黃欣，WTO、經濟全球化、知識經濟與我國反壟斷立法關係研究，政法論壇，2001年第5期，第16頁。

一、最惠國待遇（Most-Favored-Nation Treatment）原則

最惠國待遇原則是 WTO 的首要基本原則，在 WTO 所轄《1994 年關貿總協定》、《服務貿易總協定》和《智慧財產權協定》，以及其他相關多邊協議中都有明文規定。

最惠國待遇原則的基本目標，是使所有參與 WTO 多邊貿易體制的成員，都能分享 WTO 體制所帶來的任何利益、優惠、特權或豁免，除非有 WTO 許可之例外存在。1978 年 8 月，聯合國國際法委員會把「最惠國待遇」定義為：「予惠國提供受惠國或者與該受惠國有確定關係的人或物之優惠，不低於該予惠國提供第三國或者與該第三國有同樣關係的人或物之待遇。」⁷⁹

需要進一步指出的是，最惠國待遇原則的適用範圍，不僅包括 WTO 所管轄的所有領域，而且還包括其有關過程。例如，在貨物貿易中最惠國待遇原則的適用範圍，就包括產品的關稅優惠、與進出口有關的任何其他費用、徵收關稅和其他費用的方式、與進出口有關的規則和程序，以及國內稅和其他國內費用等等。

二、國民待遇（National Treatment）原則

國民待遇原則是 WTO 又一重要基本原則，在《1994 年關貿總協定》、《與貿易有關的投資措施協議》與其他貨物貿易協議，以及《服務貿易總協定》和《智慧財產權協定》中，都有明文規定。雖然其中的具體規定各有差異，但其共同性的基本含義都是指，WTO 某一會員國的產品輸入到另一會員國時，被輸入國不能以任何直接或間接的方式，對進口產品徵收高於對本國相同產品所徵收的國內稅或其他費用。

⁷⁹ 參見：WTO與法治論壇網站

<http://www.wtolaw.gov.cn/display/displayInfo.asp?IID=200205141427436669>，最近瀏覽日 2005/01/08。

同時，對進口產品的有關銷售、分銷、購買、運輸、分配等法規所定的待遇，不得劣於給予本國相同產品的待遇；假使本國沒有做出規定，就不能對進口產品施加其他規定。

國民待遇原則也要求WTO的所有成員，不能以直接或間接的方式，對產品的混合、加工或使用，有特定數量、比例的國內進口限制，或者強制規定優先使用本國產品。此外，WTO的成員也不得用稅務等方式保護本國工業，而在服務業和智慧財產權的保護等方面，WTO亦要求成員給予外國商品或服務業與本國同行所獲之相同待遇⁸⁰。

顯然，國民待遇原則和最惠國待遇原則的精神都是非歧視，亦即平等對待、公平競爭，不同的只是適用範圍，二者具有互補作用。



為了有效地履行這些規則，建立起全國統一、公平競爭、規範有序的社會主義市場經濟體系，大陸確有必要汲取世界各國行之有效的反壟斷經驗與教訓，加快反壟斷法的立法步伐。

大陸入世後，具有顯著市場優勢之跨國公司搶佔大陸市場的速度與力道急遽攀升，其壟斷大陸市場的行為已然增多加劇，這也促使大陸必須儘速制定反壟斷法，為大陸市場上業已發生且持續惡化的跨國壟斷行為，提供足以有效遏止之的法律依據。

⁸⁰ 參見：WTO官方網站

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/eol/e/wto02/wto2_9.htm#note2，最近瀏覽日 2005/01/08。

第二款 WTO 規則對會員國反壟斷立法的既有要求

一、實行非歧視待遇

競爭法的宗旨，是保障市場主體的競爭行為免受不當限制。據此，國家應保證各類市場主體及其商品可以平等地進入市場，而不應對其實施不同的待遇，從這個意義上觀察，WTO 的非歧視待遇規則具有競爭法的性質。

前已述及，WTO 的非歧視待遇規則，具體體現於國民待遇原則和最惠國待遇原則。國民待遇原則在經濟實力不相等之國家間的適用，往往會以形式上的平等來掩蓋實質上的不平等；但在經濟發展水準相同或相近之國家間的適用，卻可以體現非歧視的精神⁸¹。

在《1947 年關稅與貿易總協定》之中，第一次使國民待遇原則突破雙邊約定的架構，並使其與最惠國待遇原則共同構成關貿總協定的基礎。在確立國民待遇原則的同時，關貿總協定也規定了此一原則的適用範圍，即在該協定第 3 條規定，國民待遇原則只適用於從國外進口的產品，亦即當某一會員國的產品進入到另一會員國所轄境內時，在進口國的國內稅收及法令規章方面，應享有與另一會員國生產之同類產品的同等待遇。這樣規定的目的，顯然是為了消除產品進口上的歧視性待遇，使進口產品能在平等的基礎上與進口國的本國產品進行競爭。

此外，在《服務貿易總協定》之中有關國民待遇的規定方面，雖有與關貿總協定一致的地方，但也有很多另外的特徵，其主要表現為⁸²：

- (一) 服務貿易總協定的各締約國，可根據自己的承諾清單履行國民待遇義務，所須提供給其他成員國的國民待遇條件、範圍，均以承諾清單為準。因而服務貿易總協定中的國民待遇，是一種特別承

⁸¹ 參見：車丕照，世界貿易組織對其成員反壟斷立法的影響，月旦民商法雜誌，第 3 期，2004 年 3 月，第 57 頁。

⁸² 參見：張瑞萍，服務貿易的市場准入與國民待遇，法制與社會發展，1997 年第 6 期，第 21 頁。

諾的義務，而非一般的義務，僅在承諾的範圍內對做出承諾的成員國具有約束力。

- (二) 由於服務與服務提供者是密不可分的，因而服務貿易中的國民待遇原則不僅適用於服務本身，同時也適用於服務的提供者。服務貿易總協定中的國民待遇原則，承認服務提供者和服務本身的一致性。
- (三) 在服務貿易總協定中確立國民待遇原則的基本目標，是為了消除“本國保護主義”，亦即某些成員國針對與本國同行業競爭的外國服務提供者，所刻意強加之歧視，因而國民待遇意味著在特定的領域和範圍內，對所有的服務和服務提供者，都將提供一視同仁的待遇。

如果說國民待遇原則的作用，是使得外國商品與本國商品、外國商人與本國商人處在平等的競爭地位，那麼最惠國待遇原則的作用，則是使得“各個外國”的商品與商人在本國處於平等的競爭地位。

關於最惠國待遇原則，關貿總協定第1條明確規定，締約方對來自和運往其他國家產品所給予的利益、優惠、特權或豁免，都應立即、無條件地給予其他締約方的相同產品。該協定中的最惠國待遇原則之適用範圍，是一切與進出口有關的關稅、稅費、規章手續、銷售和運輸等，尤其在關稅徵收方面的適用，最為明顯而直接。此一原則的適用，使得兩個締約方之間關於關稅減讓談判的結果，將自動地適用於其他締約方。

另一方面，服務貿易總協定也要求每一成員國，將給予任何其他國家的服務或服務提供者之優惠，立即且無條件地給予任何其他成員國的相同服務或服務提供者。該原則既適用於服務，也適用於服務提供者；既適用於中央政府採取之影響服務貿易的措施，也適用於地方政府採取之影響服務貿易的措施⁸³。

⁸³ 然而，《服務貿易總協定》允許各成員國在進行最初承諾的談判中，將不符合最惠國待遇原則的措施列入最惠國待遇例外清單，並附在各自的承諾表之後，但這種例外不得超過10年；如

二、限制國家壟斷

貿易的國家壟斷屬於正常市場競爭規則適用的例外，因此 WTO 並沒有要求一概取消貿易的國家壟斷，但卻對其制定了明確的有關規則。《1947 年關稅與貿易總協定》第 17 條，針對從事貨物進出口的國營貿易企業問題，做出了專門性的規定，亦即要求各會員國約束該類企業，須按非歧視待遇原則經營貿易，並保持透明度。

所謂按照非歧視待遇原則進行經營活動，主要是指⁸⁴：

- (一) 只以商業上的考慮進行購買或銷售，包括價格、質量、貨源情況、可推銷性、運輸及其它購銷條件。
- (二) 給予其他會員國的企業適當之機會，以參與購銷競爭。

至於保持透明度這一方面，該協定以及《1994 年關貿總協定關於解釋第 17 條的諒解》，要求會員國向貨物貿易理事會提供特定資訊，俾使其對企業經營貿易的方式能有清楚之瞭解。這些特定的資訊分別是：

- (一) 從事對外貿易的國有貿易企業。
- (二) 前項國有貿易企業所進口或出口的產品。
- (三) 其他資訊（根據問題單提供）。

該諒解條款還規定，由貨物貿易理事會所轄的一個工作小組，來對所有的資訊獲得進行審議；該工作小組成立之目的，是希望可以完成一份概

果某一成員國日後要求增加新的不符合最惠國待遇原則之措施，則需得到 WTO 至少四分之三的成員國之同意。參見：台灣大學法律學院 WTO 研究中心網站

<http://ccms.ntu.edu.tw/~wtocenter/project/gats.htm>，最近瀏覽日 2005/01/09。

⁸⁴ 參見：WTO 官方網站 http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/issu3_e.htm，最近瀏覽日 2005/01/09。

況文件，內容係關於不同會員國的國營貿易企業之進出口產品，以及其與政府之相互關係等⁸⁵；藉由該概況文件，各會員國能夠對這些企業的行爲進行更深層次的監督，以確保它們恪遵“從單純之商業角度出發”的經營原則，進行實質的商業貿易。

另外，在《服務貿易總協定》第8條「壟斷和專營服務提供者」之規定中，雖然沒有使用「國營貿易企業」此一名詞，但從其內容來看⁸⁶，兩者的含義基本上是相同的。

服務貿易總協定要求會員國保證有關服務提供者的行爲，除了符合最惠國待遇原則，並應履行該會員國在服務貿易承諾表中的具體承諾。如果上述服務提供者直接或間接地參與、提供其壟斷和專營權以外的服務，且有關會員國已就該項服務做出具體承諾，那麼服務貿易總協定即要求會員國保證該服務提供者的行爲，不得違背該會員國的具體承諾，亦即不得濫用其壟斷地位。

三、適當實施反傾銷和反補貼措施

反傾銷稅是一國針對傾銷的進口商品所徵收的一種進口附加稅，設立反傾銷稅的本意應是抵制外來商品的不正當競爭，保護本國競爭者的正當權益；但在一般關稅額大幅度降低之後，反傾銷稅的徵收經常扮演著提高關稅障礙的作用。因此，WTO的反傾銷規則，既授權各成員國規制「傾銷」這一具有反競爭性質的行爲，又要限制各成員國政府的反傾銷行爲，防止反傾銷措施被政府當作一種貿易保護措施。

⁸⁵ 參見：WTO與法治論壇網站

<http://www.wtolaw.gov.cn/display/displayInfo.asp?IID=200205141040385563>，最近瀏覽日
2005/01/09。

⁸⁶ 參見：WTO官方網站

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/eol/e/wto06/wto6_20.htm#note1，最近瀏覽日
2005/01/09。

《1947年關稅與貿易總協定》即已規定：「各締約國認為，用傾銷的手段將一國產品以低於正常價值之方式輸入另一國，如因此對某一締約國領土內已建立的某項工業造成重大損害或產生重大威脅，或對某一締約國國內工業的新建產生嚴重阻礙，則這種傾銷應該受到譴責」；「締約國為了抵制或防止傾銷，可以對傾銷的產品，徵收一筆額度不超過該產品之傾銷差額的反傾銷稅」⁸⁷。

其次，在烏拉圭回合談判⁸⁸所形成之反傾銷協議，也對各成員國的反傾銷措施之實施條件加以嚴格限定。亦即，「傾銷」與由此所產生的「損害」之存在，是政府實施反傾銷措施的前提條件。根據反傾銷協議第2條的規定，在確定是否存在傾銷時，關鍵在於出口價格與正常價值的比較⁸⁹；關於損害的確定，反傾銷協議第3條第4項詳細地列舉出在考量是否產生實質性損害⁹⁰時，所應該考慮的因素⁹¹。

另一方面，政府對本國產業的「補貼」，也是一種違背正常競爭規則的行為。在國際經濟往來中，補貼對市場競爭的扭曲作用是十分明顯的，享受政府補貼的出口產品，可以比其他國家的同類出口產品具有更強的競爭力，從而奪取其他國家之出口商的市場佔有；此外，政府補貼可以增強本國產品相較於進口產品的競爭力，從而抵制、排除進口產品的競爭。

⁸⁷ 參見：前揭註 84，相同網頁，最近瀏覽日 2005/01/11。

⁸⁸ 1986年9月在烏拉圭舉行了關貿總協定的部長級會議，決定進行一場全面改革多邊貿易體制的新一輪談判，名為「烏拉圭回合談判」。這是迄今最大的一次貿易談判，歷時共7年半，於1994年4月在摩洛哥結束；談判內容幾乎涉及所有貿易項目，從牙刷到遊艇、銀行到電信，從野生水稻基因到愛滋病治療等，均包括在內。參見：行政院經濟部國際貿易局WTO入口網站 <http://cwto.trade.gov.tw/webPage.asp?CuItem=11559>，最近瀏覽日 2005/01/11。

⁸⁹ 關於WTO反傾銷協議的有關內容，請參見：行政院財政部關政司網站 <http://www.doca.mof.gov.tw/webPage.asp?ctNode=55&CtUnit=55&BaseDSD=7&CuItem=29>，最近瀏覽日 2005/01/11。

⁹⁰ 關於實質性損害威脅，WTO反傾銷守則規定：「對實質損害威脅的確定應依據事實，而不是僅依據指控、推測或模糊的可能性。傾銷將造成損害發生的情形變化，必須是能夠明顯預見且急迫的。」參見：WTO與法治論壇網站 <http://www.wtolaw.gov.cn/Law/WTOLAWTEXT/20020612-2-5.asp>，最近瀏覽日 2005/01/11。

⁹¹ 參見：前揭註 89，相同網頁，最近瀏覽日 2005/01/11。

關貿總協定第 16 條中，將補貼分為一般補貼和出口補貼。關於一般補貼，該協定要求任一締約方如果給予或維持任何補貼，以直接或間接地增加其輸出產量或減少其輸入產量，則該國應將這項補貼的性質和範圍，以及這項補貼對輸出、輸入產量可預期產生的影響，甚至於這項補貼的必要性，用書面的方式通知締約方全體；如果這項補貼經過判定，將對另一締約方造成重大損害或產生嚴重威脅，則給予補貼的締約方，應與有關締約方或締約方全體討論限制該項補貼的可能性。關於出口補貼，關貿總協定提出了更為嚴格的要求。該協定第 16 條B節規定，締約各方認為某一締約方對某項出口產品給予補貼，可能對其他的進出口締約方造成有害的影響，對它們的正常貿易造成不適當的干擾。因此，締約各方應力求避免對初級產品的輸出實施補貼⁹²。

如果一國的有關當局發現了補貼和補貼額的存在，並確認該項受補貼的進口正在造成危害，則根據WTO補貼暨平衡措施協定第 19 條的規定，該國在與有關締約方進行合理的磋商之後，便可徵收反補貼稅⁹³。

四、監督智慧財產權的濫用

WTO的《與貿易有關之智慧財產權協定》，雖然主要是規定智慧財產權的取得和保護等問題，但也部分地涉及到限制貿易行為⁹⁴的遏制問題。該協定第 8 條第 2 項規定：「會員承認，為防止智慧財產權權利人濫用其權利，或不合理地限制貿易或對技術之國際移轉有不利的影響，而採行符

⁹² 參見：前揭註 84，相同網頁，最近瀏覽日 2005/01/11。

⁹³ 關於WTO補貼暨平衡措施協定的有關內容，請參見：前揭註 89，相同網頁，最近瀏覽日 2005/01/11。

⁹⁴ 在跨國性的技術移轉中，普遍存在著限制貿易的行為，其主要原因是：第一，技術的供給方必須考慮到，技術出讓後所可能帶來之競爭方面的後果，因為技術受讓方利用所受讓技術而生產的產品，不僅會在受讓方所在國的市場上銷售，也可能銷售到供給方原先所保有的其他市場，甚至銷售到供給方所在國的市場，因此技術供給方就會選擇透過限制對方之貿易行為的方式，來保持自己的有利地位；第二，跨國技術移轉之標的，通常是具有法定上或事實上之獨占權的技術，因此技術供給方對受讓方的貿易活動若施加限制，並非不能為受讓方所接受，同時這類限制並不當然為相關國家之法律所禁止的對象。

合本協定規定之適當措施者，可能有其必要。」在第 40 條第 1 項及第 2 項規定：「會員同意，有些限制競爭之智慧財產權授權行為或條件，可能對貿易產生負面影響，與阻礙技術之移轉及交流。」「會員得於立法時，明定某些授權行為或條件係屬對相關市場之競爭產生負面影響的智慧財產權濫用。依照上開規定，任何會員得在其國內相關之法律與規章中，採行與本協定其他條款不相牴觸之適當方法，以防止或管制此等授權行為，例如：專屬性之回歸授權、禁止對有效性異議之條件及強制性之包裹授權等。」

如果說上述規定只是對會員國的一種授權性規定，那麼該協定第 40 條第 3 項及第 4 項則屬於一種義務性規定，其中指出：「任一被請求諮商之會員，在其他會員有理由相信，某一或某些屬於被請求諮商會員的擁有智慧財產權之國民或設有住所之人，就本節所規定之事項，實施特定行為違反請求諮商之會員的法律規章，而該請求諮商之會員意欲確保其法規被遵守者，應於受請求時與之進行諮商；但此並不影響在任何一方會員法律下所採取之行動，及其為最終決定之充分自主權。受請求之會員應對是項諮商予以充分而認真的考慮，並應提供適當之機會；其並應透過提供與系爭事項有關之可公開獲得的非機密資料，與其可獲之其他資料相互合作，但須受國內法律之拘束，並應受由請求之會員就防護資料之機密性而與受請求之會員達成相互滿意之協議等條件的拘束。」「會員於其國民或設有住所之人因本節規範事項，違反其他會員之法律或規定時，基於自身要求，在本條第 3 項規定之相同條件下，應有被該會員賦予諮商的機會，且須無損於任何會員依其法律行使作為及完全自由之最終決定的要求。」⁹⁵

由於在跨國性的技術移轉中，限制貿易行為通常表現在技術供給方對技術受讓方的限制，而先進國家的當事人往往是處於供給方的地位，因此限制貿易行為對市場競爭的不利影響，基本上侷限於受讓方當事人之屬國（通常為開發中國家）。因此，先進國家對於跨國技術移轉領域中的限制

⁹⁵ 參見：行政院財政部國庫署菸酒管理資訊網

<http://www.dnt.gov.tw/dbmode93/ShowContent.ASP?CatID=53>，最近瀏覽日 2005/01/11。

貿易行爲，其給予之關注遠不及多數開發中國家所投入者。

第三款 加入 WTO 催生大陸反壟斷法

一、善盡“入世”之承諾義務

雖然作為市場經濟必不可少的基本法律規則，大陸制定反壟斷法的必要性並不是在“入世”以後才有的，但是在大陸“入世”之後，這種必要性就變得更為明顯了。

首先，WTO關於競爭的一些原則和規則，需要靠反壟斷法來落實和保障。雖然目前有關的世貿規則並未對各成員國內的競爭法律制度提出明確要求，或者規定類似對智慧財產權保護的最低標準，但是這些原則和規則，需要透過包括反壟斷法在內的國內立法來加以落實，這點是無庸置疑的；特別是大陸在“入世”時對於開放市場、貿易自由化和非歧視待遇等所做出的承諾，相當程度上需要靠反壟斷法的制定和執行才得以實現。例如，為了防止對服務貿易市場的自由進入造成障礙，《服務貿易總協定》第8條禁止壟斷和專營服務提供者濫用市場支配地位，譬如壟斷企業以其壟斷利潤補助在該壟斷權之外所經營的競爭性服務，雖然這種規定不排除以其他方式也能在一定程度上加以落實，但無論是從行爲的性質或者許多國家的經驗來看，其最終和最根本的落實與保障，還是需要靠反壟斷法來執行⁹⁶。

其次，制定反壟斷法可以儘量地避免依世貿規則而引起的貿易爭端。雖然世貿規則主要是約束各成員國的政府行爲，而私人或經營者的相關行爲（包括競爭行爲）一般來說不受其規範，但是私人之間的競爭行爲往往也會牽涉到政府，更何況大陸大量存在的壟斷行爲，恰好就是屬於政府行爲的行政性壟斷，如果大陸嚴重的行政性壟斷不能得到有效控制，或者政府對經濟性壟斷加以容忍或制止不力，那麼就存在被其他成員國依世貿組

⁹⁶ 參見：王先林，前揭註 65，第 48 頁。

織爭端解決機制提出控訴的可能性。

依照關貿總協定第 23 條的有關規定，世貿組織爭端解決機制所涉及的控訴案件共有三類，即「違反協定行爲之控訴」(violation complaints)、「非違反協定行爲之控訴」(non-violation complaints)和「情況控訴」(situation complaints)；在涉及反競爭行爲問題上的爭端，既可能構成違反協定行爲之控訴，也可能構成非違反協定行爲之控訴⁹⁷。因此，大陸制定反壟斷法將可預先地避免依世貿規則而引起的貿易爭端。

二、平衡中外企業之市場競爭力

制定反壟斷法，也有利於扶植大陸企業、規範外商投資，以達成平衡中外企業之市場競爭力的目標，並發揮維護國家經濟安全的作用。

首先，反壟斷法的制定，得以激勵、促進大陸企業的市場競爭力。

從長遠的眼光來看，要提高企業的競爭力，國家應當盡可能地在國民經濟各個領域內引入競爭機制。詳言之，經濟學的基本原理指出，只有在市場競爭的壓力促使下，企業才會努力降低產品的價格、改善品質與售後服務，從而不斷地開發新技術、新產品、新工藝，努力加強經營管理。因此，市場競爭的過程就是企業不斷磨煉自己和不斷適應市場的過程；從企業的角度來說，這是提高了企業的經濟效益和市場競爭力；從社會的角度來看，這是有效地配置了資源。

大陸的本國企業當前最要緊之發展關鍵，是能否擺脫形形色色的行政干預，通過優勝劣汰的競爭機制來提高經濟效益、擴大生產與經營規模，

⁹⁷ 例如，在世貿組織爭端解決小組於 1998 年所裁決的美日消費性照相用軟片及相紙市場爭端案中，對 GATT (即關貿總協定) 第 23 條第 1 項(b)款的「措施」一詞，採取極為廣泛的定義，即便一個私人的反競爭行爲，亦可能因政府的介入而被歸類為政府措施。這將實質性地擴大「非違反協定行爲之控訴」的適用空間，對未來的競爭案件有重大之影響。參見：林彩瑜，[WTO 爭端解決機制與國際貿易反競爭行爲——以美日「消費性照相用軟片及相紙」市場爭端案為例](#)，政大法學評論，2000 年 6 月第 63 期，第 447-470 頁。

進而實現規模經濟、強化競爭實力⁹⁸。否則，處於政府保護下的企業永遠是溫室中的花朵，既經不起跨國企業逐一湧入大陸市場的挑戰，更無法在國際市場上佔有一席之地。

其次，反壟斷法的實施，可以規範、遏制外國企業的反競爭行為。

隨著WTO制度的普及化，官方貿易障礙在逐步消除中，而經濟全球化和世界市場一體化的進程也在加快。與此同時，國際市場卻面臨著私人企業限制競爭行為的威脅，亦即作為全球市場競爭主角的跨國公司，集體壟斷了世界貿易的60%、國際投資的70%、技術開發與轉讓的80%，在相關市場限制競爭的傾向十分明顯⁹⁹；另一方面，國際競爭企業還以各種形式結成成立戰略聯盟，締結國際性的聯合限制競爭協定，其他如排他性交易、濫用智權許可、濫用市場優勢地位等限制競爭行為，在國際交易中也屢見不鮮。

在中國大陸加入WTO並進一步對外開放市場以後，愈來愈多的跨國公司進入大陸市場，這些跨國公司不僅擁有雄厚的財力和世界馳名的商品品牌，並且有著勢力強大的銷售網路和廣告宣傳，而且在資金和生產技術方面可以得到來自企業總部的支援，從而可以迅速在大陸市場上取得支配地位，甚至可能取得壟斷地位。為了避免形成跨國公司壟斷市場的局面，也為了制止具有市場支配地位的企業濫用市場勢力，大陸的確需要制定一個反壟斷政策和反壟斷法，而這個法律將會成為大陸遏制跨國公司勢力的重要工具。

雖然，任何國家的反壟斷法都不是只為了遏制外國壟斷勢力而設，無論本國企業還是外國企業、國有企業還是私人企業，它們在市場競爭規則的面前都具有平等的地位，但是跨國公司與一般的國內企業相比，因為在資金和技術方面佔有明顯的優勢，的確易於取得市場支配地位，在這種情況下，反壟斷法在一定程度上就會發揮保護民族工業的作用。

⁹⁸ 參見：王曉曄，入世與中國反壟斷法的制定，法學研究，2003年第2期，第132-133頁。

⁹⁹ 參見：王先林，前揭註65，第49頁。

綜上，在大陸進一步開放市場和融入國際競爭的情況下，反壟斷法將具有雙重作用，即一方面保護其國內市場的競爭，為企業創造一個公平而自由的競爭環境，把中國大陸建設成爲一個現代化的社會主義市場經濟國家；另一方面，則是在國際競爭中維護大陸企業的正當權益，保護它們有進入市場的機會，從而可以提高這些企業在國際經貿活動中的競爭實力。

三、改善國家的財政與宏觀調控

一般來說，任何一個國家對國有壟斷企業都存在著「補貼」的情況，而大陸對國有企業更是普遍地給予各式各樣的補貼，至於補貼的來源，則全部是由國家的財政所吸收。

打破壟斷，不僅可以提高國有企業的經濟效益，減少國家對它們的財政補貼，而且隨著私人投資進入以往由國家壟斷經營的經濟領域，還會形成國家減少對這些部門投資的情況。如此一來，國家既減少了補貼以及投資，又增加了新的稅收來源，則國家財政的狀況自然會得到改善，從而有餘力去從事其他更有效益的工作，例如發展教育事業、醫療衛生事業，或者改善社會保障等等。

另一方面，因為打破壟斷可以提高企業的生產效率，進而降低價格、增加產出，從長遠的眼光來看，這有利於改善國家的宏觀調控機制¹⁰⁰。附帶一提的是，即便打破壟斷會出現失業的問題，但是隨著新的經營者進入市場並創造新的就業機會，失業問題所造成的社會壓力便可以逐漸緩解。

¹⁰⁰ 參見：王曉曄，前揭註 98，第 133-134 頁。

第三節 反壟斷立法滯後之原因探討

第一款 保護公平競爭與發展規模經濟的競合

否定反壟斷法制定必要性的主要立論，是“經濟發展水平論”和“規模經濟論”¹⁰¹，前者認為大陸經濟發展的水準尚低而無需反壟斷法，後者認為反壟斷法有悖於規模經濟¹⁰²而不利於經濟發展。乍看之下，這兩種說法都頗具合理性，但事實上它們是沒有深刻地理解反壟斷法的本質、作用及價值。以下，本文擬就反對立法者的認知盲點、壟斷本身的特性，以及保護公平競爭與發展規模經濟的關係等三個面向，對此問題進行多角化的剖析。

一、思想認知上的盲點

反對制定反壟斷法的基本主張之一認為，反壟斷是市場經濟充分發展後的任務，而在今日的大陸，經濟力量過度集中的問題根本不存在，國內企業的規模普遍較小，與世界排名在前的國外大型企業相比之下，就顯得更微不足道了。因此，大陸當前應該鼓勵企業集中，暫時還不必要反壟斷。

其實這種觀點是不恰當的，因為任何國家的反壟斷法，其目的只是維護本國市場的競爭，要使本國企業感受到市場競爭的壓力，並確保本國消費者有選擇商品的權利。因此，儘管目前大陸企業之規模不及外國企業是一個不爭的事實，但這不代表大陸制定反壟斷法的時機不成熟。一個國家是否現實地需要反壟斷法，是由其是否存在和需要市場機制所決定的，而與國家的經濟發展程度沒有必然的關聯性；就以美國來說，1890年制定謝爾曼法（Sherman Act）時，其經濟發展的程度也不能說已經很高，只是因

¹⁰¹ 關於這兩項立論之相關主張的歸納整理，請參見：曹士兵，前揭註 76，第 246 頁。

¹⁰² 所謂規模經濟，是指企業採用一定的生產規模而獲取的經濟利益。它的主要意義是指由於生產規模的擴大、專業化分工的加強、技術投入的增加、勞動生產力的提高，促使產品平均成本在長時期內不斷地降低而言。然而，規模經濟本身也並非意味著規模愈大效益就愈好，它有自己的限度，企業規模大到一定程度後，由於內部管理成本增大等原因，將可能出現效益下降的情況，形成所謂的規模不經濟。參見：王莉萍，我國反壟斷立法的兩個基本問題初探，中外法學，1998 年第 2 期，第 109 頁。

為其市場經濟的正常發展迫切地需要這種法律，而其他國家的情況也大致如此¹⁰³。

事實上，經過 20 多年的經濟體制改革，大陸已經概括具備以下四點制定、執行反壟斷法的基礎和條件¹⁰⁴：

- (一) 計劃經濟條件下的價格壟斷制度已經被打破。
- (二) 企業的所有制結構已經實現了多元化。
- (三) 國有企業享有愈來愈大的經營自主權，在相當程度上已經成為獨立自主的市場主體。
- (四) 隨著加入世界貿易組織，大陸的經濟已經完全融入國際經濟體系之中。

因此，大陸當前制定和頒布反壟斷法絕不是未雨綢繆，更不是過份超前，而是社會主義市場經濟體制的本質所需。

反對制定反壟斷法的基本主張之二認為，這部法律會妨礙大陸正在鼓勵的企業聯合與合併，不利於組建一批經濟上的“航空母艦”，無法增強大陸企業的國際競爭力，從而實現不了規模經濟效益¹⁰⁵。

其實，反壟斷法並不是一概地反對所有的企業聯合與合併，更不是反對規模經濟，它所反對的只是一家企業或少數企業共同壟斷市場的局面，因為在市場壟斷的情況下，企業會失去創新的動力，而消費者則會失去選擇商品的權利。美國、德國、日本等許多發達國家的經驗已經證明，國內市場的激烈競爭和企業在國際市場上的競爭力之間，有著非常密切的關係¹⁰⁶，一個沒有在國內市場競爭中蛻變、成長的企業，很難能夠在國際競爭中取勝。

¹⁰³ 同註 77。

¹⁰⁴ 參見：王曉曄，前揭註 98，第 130 頁。

¹⁰⁵ 關於反對者立場之說明，請參見：王先林，前揭註 71，第 20 頁。

¹⁰⁶ 參見：王曉曄，前揭註 98，第 130-131 頁。

因此，若要從根本上提高企業的競爭力，應當由國家制定一個合理可行的競爭政策與法律制度，其中包括企業合併的控制（既非一概放任，亦非一概禁止），而不是斷然地否決反壟斷法的制定必要性。

二、壟斷的相對性和二重性

反壟斷法的主要功能與任務，無疑是要保護自由、公平的競爭，其基本途徑就在於反對、限制壟斷，但這與利用規模經濟效益間並不是絕然對立的，在一定程度上它們可以彼此協調地統合於一部反壟斷法之中，而這是由壟斷與競爭的相對性，以及其所相對應的反壟斷法職能所決定的¹⁰⁷。

一般來說，壟斷就是對競爭的阻礙或限制，而競爭的存在與活絡會打破壟斷，兩者應是對立的；但在市場上，壟斷和競爭又都不是絕對的，而是相對的，甚至往往是交融並存的。雖然經濟學上將市場結構分為完全競爭市場、壟斷競爭市場、寡占市場與壟斷市場等四種類型，但在現實生活中，完全的競爭與完全的壟斷兩種極端狀況是幾乎不存在的，實際情況通常是介於二者之間，亦即不完全的自由競爭中存在著某些壟斷因素之“競爭壟斷並存模式”。

本文已多次述及競爭的積極作用與壟斷的負面效果，但競爭也不是在任何情況下、任何程度上都是正面的，它也有消極的一面和某些固有的缺陷；壟斷作為競爭的對立面，在某種程度上，可以將競爭的消極面視為壟斷發揮積極作用的場域。

在現代市場中，壟斷的積極作用主要表現於它在一定程度上符合規模經濟的內涵。當社會生產力發展到一定階段，單憑市場機制將無法降低眾多中小型企業之經營活動的交易費用，而發展企業間的內部協調，可以使得中小型企業有效地降低這些費用，這也形成了市場內部化，並由此產生具有規模的產業集團。除此之外，依照國家的產業和經濟政策，在某些領

¹⁰⁷ 參見：王先林，反壟斷法三論—兼論中國反壟斷立法中應解決的若干問題，「反壟斷法與市場經濟」，王曉曄 編，法律出版社，1998年9月第1版，第67-68頁。

域¹⁰⁸裡必須避免存在過度的競爭，因為若在這些領域裡進行自由競爭，將造成巨大的社會資源浪費，進而有害於公共利益，對社會經濟發展和國計民生均屬不利，而進行適度的壟斷則可符合公益，此即壟斷的合理性與積極性之所在¹⁰⁹。

當然，壟斷的這種二重性不是抽象的、籠統的，而是具體地針對特定的領域、特定的內容、特定的生產力發展狀況，以及特定的國家經濟政策等，作為其發揮作用之標的。

壟斷的相對性和二重性決定了反壟斷法的雙重職能，即在保護自由、公平競爭的同時，也要利用一定的規模經濟效益和維護某些方面的公共利益，在這兩者之間尋求一個適當的平衡。反壟斷立法的關鍵問題之一，就是要掌握這個取平衡的“度”，既要克服過度壟斷所造成的弊端，又要防止在反壟斷的同時因為過度競爭、盲目競爭而損害規模經濟效益與社會公益；運用競爭的活躍性抵制壟斷的停滯性，利用壟斷的組織性克服競爭的無序性，才能真正實現取彼之長補此之短的「有效競爭」¹¹⁰。

三、劃清「惡性壟斷」與「規模經濟」的分界線

經濟學家和法學家早已共同認識到，壟斷不等於規模經濟，反壟斷也不等於反規模經濟、反大企業。誠然，規模經濟可以成為壟斷的溫床，但規模經濟的良性運作並非壟斷本身，只有在壟斷的惡質性“發作”之時，反壟斷的“反”字，才會開始發生作用。

¹⁰⁸ 依照一般國家的實踐經驗，包括自然壟斷行業、銀行業、保險業、關係國計民生的重要基礎行業（例如農業、林業、漁業等），以及國家在特殊情況（例如金融危機、通貨膨脹等）下的各別措施等等，均屬此類領域。

¹⁰⁹ 參見：張守文、于雷，「市場經濟與新經濟法」，北京大學出版社，1993年版，第353頁。

¹¹⁰ 正如在日本，反壟斷法與振興法、合理化法、進出口交易法等眾多的聯合行為許可規範並存，以致在當今日本的經濟法領域，最基本的矛盾和對立是禁止壟斷政策與促進壟斷政策的並存，彼此針對經濟的實際狀態而配合作用。參見：金澤良雄，「經濟法概論」，甘肅人民出版社，1985年版，第191頁。

換言之，執行反壟斷任務的反壟斷法，主要是針對壟斷的消極面而制定的，它所要反對的壟斷，是有其嚴格之認定標準和違法構成要件的，正如大陸學者王暘所稱：

「反壟斷法反對的並非一般意義上的大企業，而是任何獨占市場的企圖；它所努力消除的並非簡單的企業優勢，而是借助該種優勢對於競爭機制的扭曲與蹂躪；它限制的並非企業通過先進的技術、優秀的策略等正當商業行為而獲得的市場支配地位及高額利潤，而是出於減減競爭壓力、長期輕鬆獲取利潤的目的，以非正當的方式對於該地位的維持與濫用；它所保護的並非弱小企業的弱小，而是保護它們獲得平等的發展機會。」¹¹¹

在反壟斷法中，維護自由而公平的競爭與利用規模經濟效益是可以統合於一的¹¹²，而關鍵在於如何劃清「惡性壟斷」與「規模經濟」的分界線。

首先，必須明確化合法壟斷與非法壟斷的範圍。對於企業透過公平競爭來引進新技術、提高產品質量而擁有市場優勢者，或透過適法之聯合、兼併、合併等途徑以擴大企業規模，在某種意義上取得壟斷地位者，都應歸屬於合法壟斷；對於企業憑藉市場支配或優勢地位，而濫用其地位在市場中採取獨占或與其他經濟組織聯合、合併、合謀等手段，在生產、流通等領域限制、排斥、妨礙競爭，破壞市場競爭秩序，造成損害競爭後果者，則屬於非法壟斷之範疇。

其次，要確立合法壟斷與非法壟斷的劃分標準，即以是否損害市場競爭為其分界線。依法成立而具有市場支配權的市場主體（例如大公司、大企業、大集團），其本身對優化市場組織結構、促進技術進步、提高市場

¹¹¹ 摘錄自：王暘，論反壟斷法一般理論及基本制度，中國法學，1997年第2期，第94頁。

¹¹² 反壟斷法對規模經濟效益的維護，主要是透過其允許壟斷狀態或壟斷地位本身，以及豁免某些壟斷行為之規定來實現的。這種設計使得反壟斷法對自由、公平競爭的維護，不以犧牲規模經濟效益為代價。

競爭活性等，具有積極作用者，法律應予以保護和鼓勵；但是，當這些市場主體在市場交易過程中，濫用市場支配力以實施限制競爭行為，導致競爭招致損害之結果者，則應受法律的禁止和制裁。

綜上，保護公平競爭的反壟斷法不是發展規模經濟的絆腳石，它對規模經濟的形成亦不會過份苛責，至多不過是監視著擁有規模經濟的大型企業，給予其相當的“關照”，以遏止這些企業從事有損競爭的行為罷了。

第二款 反壟斷立法的其他阻力

一、行政性壟斷的問題

所稱行政性壟斷，是指各級政府部門利用行政權力所實施的限制競爭行為，就其行為主體而論，可謂林林總總，其中既有中央一級政府部門所為，也有各級地方政府及其部門所為；就其表現形式而論，既有政府部門直接以「通知」、「規定」等文件下達來促成，也有行政權間接透過各種企業形式所從事的限制競爭行為。

從表面上看來，行政壟斷和經濟壟斷一樣，都侵害了其他經營者的權益和消費者的福利，但因行政壟斷是國家行政機關濫用了行政權，明顯缺乏法律基礎，甚至公開違法，所以這種行為還同時具有憲法層次與行政層次的非法性。因此，大陸的相關學者有這麼一種說法指出，要想制止經濟壟斷，規範經營者和經營者之間的競爭關係，並保護經營者、消費者和社會公共的利益，依照各國傳統的反壟斷立法經驗，主要是以運用行政權或必要之司法權的方式即可實現；但是，對於濫用行政權的行政壟斷，如再透過行政權來制止，則從理論上和實踐上都無法實現¹¹³。

¹¹³ 參見：薛克鵬，行政壟斷不應由《反壟斷法》調整，山西師大學報（社會科技版），第28卷第2期，第30頁。

據此，輔以前述“經濟發展水平論”和“規模經濟論”等反對制定反壟斷法的主張，部分反對立法者認為，由於大陸的市場經濟體制是從過去的計劃經濟體制演變而來的，從市場經濟發展的程度看來，大陸的市場經濟尚處於發育初期，許多市場尚不健全，和外國的企業相較之下，大陸企業的規模和市場控制能力普遍都十分有限，儘管現在市場中也出現了一些以壟斷方式限制競爭的事例，但對市場競爭最具威脅的仍是政府行為的過度干預，包括以行政壟斷的方式限制競爭，換句話說，大陸當前最突出的壟斷問題乃是行政壟斷，而行政壟斷不是透過反壟斷法就能徹底解決的，因此大陸現階段制定反壟斷法的需求並不迫切。

事實上，這種觀點也是值得商榷的。不可否認的是，行政性限制競爭行為是大陸當前經濟體制改革急欲除之而後快的對象，而具體的作法包括政府必須貫徹依法行政的原則，並且要實現經濟民主，即經濟權力不能過度集中在政府的手中，而應當在企業和政府間適當地分配，達成實質上的“政企分開”。因此，行政性壟斷問題確實不是一部反壟斷法就能夠奏效的，但反壟斷法對政府濫用行政權力的行為若作出明確的禁止性規定，則不僅有利於政府官員明辨是與非、合法與非法的界限，而且也有利於提高他們的反壟斷意識，從而自動地抵制這樣的違法行為。由這個角度觀察，反壟斷法不僅是大陸深化經濟體制改革的手段，同時也是推動其政治體制改革的催化劑。

大陸的《反不正當競爭法》、《價格法》、《招標投標法》等法律及其他規範性文件，已經對濫用行政權力限制競爭的行為作出了禁止性規定，這代表的意義是，大陸的立法者已把濫用行政權力限制競爭的行為，具體納入了規範市場經濟秩序的法律體系之中；雖然這些規定還不能有效遏制行政壟斷問題，但這只能說明其設計不當或者效力不足，從而需要反壟斷法來強化這方面的法律制度，並不能據此認為行政壟斷問題的遏止無法在反壟斷法中作出規定，或者推導出大陸反壟斷立法時機尚不成熟的結論。

二、特定行業與政府部門的抗拒

大陸反壟斷立法滯後的原因，除了部分人士思想認知上的盲點，以及對於行政壟斷相關問題的認識落差等兩項阻力外，在一定程度上也因為受到某些特定行業的抵制，亦或有關政府部門的抗拒，而使得反壟斷法遲遲無法完成立法。

首先，顯而易見的是，某些在過去被視為自然壟斷的行業，諸如電信、電力、郵政、鐵路等部門，它們基於自身既得利益之考量，對反壟斷立法自然不會有很大的興趣。因此，這些行業即便不是公開地反對這個立法，它們也會以本行業的特殊情況為由，要求從反壟斷法中得到豁免。

然而，對上述行業給予全面性的反壟斷法豁免，已經不符合此刻的國際潮流，解除這些行業的壟斷，對於大陸履行加入 WTO 所承諾的開放市場義務不僅相當重要，而且還可以推動這些行業的成員努力降低成本，改善服務品質與經營管理的效率，從而有利於提高它們自身的市場競爭力，並增進消費者的福利。

此外，在大陸反壟斷立法的各種阻力中，來自政府部門的抗拒一向為最大宗，而現階段依舊是如此¹¹⁴。反壟斷法是規範市場競爭秩序最重要的法律制度，這個法律的頒布和實施，勢必會衝擊大陸現行涉及市場競爭的其他法律制度，特別是價格法和反不正當競爭法，這又必然會影響到某些政府部門的執法許可權，進一步剝奪掉某些機構和某些人的權力；因此，受“牽連”者不斷質疑反壟斷法的執法主體為何？應設立新的反壟斷執法機關，還是繼續由工商管理、價格、技術監督等部門分別行使職權？有心人士將這些問題的複雜性誇大後得出一個結論，即反壟斷法的頒布和執行將會影響大陸現行的執法體制，牽涉面太廣，所以這個法律應當暫緩制定。

¹¹⁴ 參見：王曉曄，前揭註 98，第 132 頁。

的確，隨著反壟斷法的頒布和實施，大陸現行之價格法與反不正當競爭法勢必得進行相應的修訂，而且這勢必會影響到某些政府部門的執法許可權。但是，隨著大陸經濟體制的改革進程不斷前行，加上“入世”這個關鍵動作，大陸現行法律制度的修訂及現有執法機關的許可權產生變化，本為當然且不可避免；如果要一概維持現狀，何來改革之有？所稱改革，必然是要“改”掉某些機構的權力、“革”去某些人的利益，唯有坦蕩面對改革過程的陣痛，才是真改革！



第四章 反壟斷立法中的核心問題—行政性壟斷

第一節 行政性壟斷的定義與分類

第一款 行政性壟斷的概念

一、行政性壟斷之界定

大陸經濟體制改革的過程，從其本質意義而言，就是從計劃經濟體制向市場經濟轉變的過程。在此一過程中，已經出現了許多在計劃經濟體制下所沒有的新事物，其具體表現可概括為處於計劃經濟體制的對立面；另外，也出現了兩種經濟體制的某些弊病之結合，即計劃經濟體制的弊病和市場經濟體制的弊病相結合，其具體表現則可概括為處於社會主義市場經濟的對立面¹¹⁵，這類弊病不但具有經濟體制轉變的特徵，且具有固有的劣質性，必須以法律形式來加以規制，本章所論及之行政性壟斷，即為一例。

那麼，何謂行政性壟斷呢？學術界與立法者的看法見仁見智，其中主要的見解有以下五項：

- (一) 行政性壟斷是透過行政手段和具有嚴格等級制的行政組織所維持的壟斷¹¹⁶。
- (二) 行政性壟斷是憑藉行政權力而形成的壟斷¹¹⁷。
- (三) 行政性壟斷是指國家經濟主管部門和地方政府濫用行政權力，排除、限制或妨礙企業之間的合法競爭¹¹⁸。
- (四) 行政性壟斷是行政權力加市場力量而形成的特殊壟斷¹¹⁹。
- (五) 行政性壟斷是指政府及其所屬部門濫用行政權力限制正當競爭¹²⁰。

¹¹⁵ 參見：王保樹，論反壟斷法對行政壟斷的規制，「反壟斷法與市場經濟」，王曉曄 編，法律出版社，1998年9月第1版，第123頁。

¹¹⁶ 參見：胡汝銀，「競爭與壟斷：社會主義微觀經濟分析」，上海三聯出版社，1988年6月版，第48頁。

¹¹⁷ 參見：胡薇薇，我國制定反壟斷法勢在必行，法學，1995年第3期，第37頁。

¹¹⁸ 參見：王保樹，企業聯合與制止壟斷，法學研究，1990年第1期，第3頁。

¹¹⁹ 參見：張德霖，壟斷與反壟斷立法芻議，中國工商管理研究，1995年第10期，第18頁。

上述見解，是各從不同的角度來觀察行政性壟斷的。第一種見解著眼於維持壟斷的主體和手段；第二種見解著眼於行政性壟斷的依據是行政權力；第三種見解著眼於濫用行政權力和限制合法競爭；第四種見解著眼於行政性壟斷的形成依據，是行政權力加上市場力量；第五種見解著眼於行政性壟斷的實施主體和限制競爭的原因。凡此觀點，都在相當程度上突顯出某些合理性，故本文綜合、整理各方見解，嘗試將行政性壟斷概括定義為：政府和政府部門等行政機關（包括享有行政權的組織）濫用行政權力干預、限制市場競爭的行為。

二、行政性壟斷與其他性質壟斷的區別

（一）行政性壟斷與經濟性壟斷的區別

行政性壟斷是透過行政權力對市場經濟的違法干預，具有超經濟的強制性與排斥競爭的封閉性等特點，無論在過去、現今或是未來，也無論在大陸還是其他國家，行政性壟斷都是對競爭危害最甚的行為；經濟性壟斷是在資本集中的基礎上形成的，是市場機制作用的必然結果，由於經濟性壟斷能在一定程度上，促進社會生產力的發展和科學技術的進步，因此有些經濟性壟斷不受反壟斷法的規制。具體而言，行政性壟斷和經濟性壟斷主要有以下幾個方面的區別¹²¹：

1. 壟斷主體有別

行政性壟斷的主體是行政主體，即行政機關及法律授權行使行政權力的組織；經濟性壟斷的主體是自然人、私法人或其他經濟組織。

¹²⁰ 參見：本文附錄三《中華人民共和國反不正當競爭法》第7條規定。

¹²¹ 參見：鄭鵬程，前揭註50，第31-32頁。

2. 壟斷成因有別

行政性壟斷是在市場競爭之外所形成的，是理當不能作為商品、不能參與市場競爭的行政權力介入市場競爭的結果；經濟性壟斷內生於市場經濟，由競爭條件優厚的企業在競爭中逐步將對手打敗，導致資本和生產的集中，從而產生了這種壟斷，是一種不以人之主觀意識為根據的客觀經濟現象。

3. 壟斷力量有別

行政性壟斷所依靠的力量，是行政主體所掌握、控制的行政權力，這種行政權力具有公權力、強制執行力等特徵；經濟性壟斷所依靠的力量是經濟主體所具有的經濟力，即經濟主體自身具有的市場支配地位，就一般情形而言，它並無強制執行的效力。

4. 壟斷手段有別

行政性壟斷主要是透過制定規範性文件、發布命令與禁令、執行行政許可或行政處罰等手段來實施的；經濟性壟斷主要是透過企業兼併、股份持有、濫用市場支配地位及不公平競爭手法等方式來實施的。

5. 壟斷性質有別

行政性壟斷是一種割據型壟斷，經濟性壟斷是一種集中型壟斷。行政性壟斷是一種妨礙統一市場，並使企業數量增多、經濟力趨於分散的壟斷；經濟性壟斷是一種在相關市場上呈現出競爭性企業之數量減少，且經濟力不斷趨於集中的壟斷。

(二) 行政性壟斷與自然壟斷的區別

自然壟斷是指由於市場的自然條件而產生的壟斷，在這些產業之中如果進行競爭，則可能導致社會資源的浪費或者市場秩序的混亂。舉凡

電信、電力、郵政、鐵路運輸、自來水和天然氣等等，都是典型的自然壟斷產業¹²²。行政性壟斷和自然壟斷的區別，主要有¹²³：

1. 產生的原因相異

自然壟斷的產生原因主要在於經濟效益的考量；行政性壟斷則是行政機關或者其授權的組織濫用行政權力所造成。

2. 法律性質相異

自然壟斷由於存有相當的正面性，大多數國家在立法上給予其豁免，亦即肯定它的合法地位；行政性壟斷是經濟體制轉軌時期的特殊產物，其本質是藉行政權力濫行市場行為，它違背了依法行政的原則，根本上是非法的。

3. 影響相異

自然壟斷往往帶來經濟上的效率並增加社會總體福利；而行政性壟斷不僅容易導致行政腐敗的出現，更會造成市場競爭機制的扭曲。



(三) 行政性壟斷與政策性壟斷的區別

所謂政策性壟斷，是指國家基於社會經濟總體、長遠利益之考量，以及政治、國防、外貿或其他國計民生方面之政策性決斷所需，對於某些特定行業、特定主體和特定行為的壟斷予以法律規制的例外許可（例如智慧財產權壟斷之豁免），或法律規定予以鼓勵和扶助，亦或實行國家壟斷¹²⁴。行政性壟斷和政策性壟斷的主要區別，表現在以下兩方面：

¹²² 參見：鄭鵬程，論我國自然壟斷行業的壟斷特徵與法律規制，法學評論，2001年第6期，第32頁。

¹²³ 參見：丁茂中，自然壟斷及行業改革的思辯與法律規制，法律圖書館網站 http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=4160，最近瀏覽日 2005/02/01。

¹²⁴ 國家壟斷是政策性壟斷的一種表現形式，指國家基於政策性考量，不僅允許壟斷和限制競爭，

1. 目的不同

行政性壟斷之目的，在於為本地區、本行業或本部門謀求不法利益；政策性壟斷則是為了追求社會公益、平等效率、倫理道德等正面價值而設。

2. 最終結果不同

行政性壟斷的結果，是導致統一的市場遭致分割，破壞自由公平的競爭秩序，最終損害消費者利益和社會總體福利；政策性壟斷實施的結果，則是促進健康公正、有序競爭之市場經濟體制的建立。

三、行政性壟斷在大陸的典型表現

當前，存在大陸現實經濟生活中之行政性壟斷的典型表現，可示例如下¹²⁵：



(一) 政府及其所屬部門強制他人購買其指定之經營者的商品。

例如，區域聯網報警系統是一個新興的服務領域，90年代中期開始出現於新疆，特別是在烏魯木齊的發展十分快速，至1999年新疆已有六十餘家從事區域聯網報警系統工程的公司。1998年，成立了一家從事這項服務的恒安公司，原隸屬於烏魯木齊市公安局公共交通治安分局，後隸屬於烏魯木齊市公安局下屬的保安服務公司，並重新更名為烏魯木齊市保安服務公司技術防範服務中心。烏魯木齊市公安局連續發布指令文件，要求由該技術防範服務中心統一負責金融單位之聯網報警系統的安裝，對於已由其他公司安裝完成的報警系統，該技術防範服務中心要統一免費做好改裝、轉接的工作。這項措施實行後，其他同類公司的業

而且還規定由國家直接投資經營，並在一定程度上排除非國家資本的進入，所以又稱「國家直接壟斷」，具體表現為「國家專營、專賣」或「國有企業的壟斷」。參見：孫晉，[反壟斷法適用除外制度構建與政策性壟斷的合理界定](#)，法學評論，2003年第3期，第54-55頁。

¹²⁵ 參見：孔祥俊，前揭註29，第829-831頁。

務變得無法進行下去。

顯然，烏魯木齊市公安局指定金融單位統一接受其下屬單位的安裝服務，排擠了其他經營者的公平競爭。

(二) 政府及其所屬部門直接強制他人購買本地生產的商品，而排斥外地商品的進入。

例如，1999年吉林省四平市為推銷當地生產的吉煙，採取了所謂的“一把手”工程，即由黨政一把手親自負責推銷，直到不管機關幹部抽不抽煙，都直接從工資中扣錢買煙。這種行為是典型的政府強制交易之行政性壟斷行為。

(三) 在同樣的條件下，對本地生產的商品給予優惠，以質檢、收費等手段排斥外地生產的商品，即以差別待遇的方式實施行政性壟斷。

按照湖北省有關部門的規定，凡在湖北境內購買一部桑塔那（產自上海的汽車品牌）轎車，需要增繳七萬元（人民幣；以下同）的“特困企業解困資金”。據河北省汽車行業辦公室人員表示，這種做法的始作俑者是上海，即在上海購買桑塔那轎車，只需繳納兩萬元的牌照費，至於其他廠牌的國產轎車所需繳納之牌照費，均為八萬元。

事實上，在上海的情況是為了解決路少人多的矛盾，有關部門便採取徵收私人小汽車牌照費的方法，限制私用轎車的數量。期間，私人小汽車的牌照費曾經發生過變化，最高時曾經達到二十多萬元，後來穩定在八萬元上下。這項收費是針對所有的私人小汽車，而桑塔那轎車也不例外。幾年後上海的道路交通狀況有了大幅度的改善，因此便修改了牌照收費的規定，即對社會用車確定一個額度，每年給桑塔那轎車一萬輛的額度，在額度內的桑塔那轎車每輛收取兩萬元的牌照費，額度外的照常收取八萬元，但其他類型的轎車仍按照過去的舊規定，每輛收取八萬元汽車牌照費，也沒有額度的設計。隔年統計，桑塔那轎車的銷量從每年三千餘輛提高至接近一萬輛，亦即桑塔那轎車實際上的牌照費，僅為

兩萬元。

上述行為是行政機關以歧視待遇的方式，變相強制他人購買本地汽車，而對外地汽車缺乏實質上的選擇權。這是限制外地企業的正當經營活動，而保護本地企業之商品市場的一種典型行政性壟斷。

（四）政府透過強制組織企業集團來限制市場競爭。

例如，湖南省平江縣是長石的主要產地，在 90 年代因當地產出廠家眾多，在對外銷售時自然產生不斷壓低價格的情形。為了對外統一定價，防止競相壓價，平江縣政府於是出面組織平江縣長石粉集團有限公司，對外統一經營、定價。顯然，政府組織集團之目的和結果，是限制了市場的競爭。

第二款 行政性壟斷的構成

一、行為主體

行政性壟斷的行為主體，即指行政性壟斷行為的實施者，或為行政性壟斷行為的後果責任承擔者。

在大陸，行政性壟斷的實施主體是政府和政府部門，前者係指地方政府而言，後者則指中央政府部門和地方政府部門¹²⁶。據此，大陸《反不正當競爭法》第 7 條將行政性壟斷實施主體表述為「政府及其所屬部門」，事實上是不準確的。詳言之，如將「政府」理解為「地方政府」，則其所屬部門只能是地方政府部門，但在實踐上，中央政府部門實施行政性壟斷行為者，也不為人們少見。顯然，這樣的立法用語是不符合立法本旨的。

¹²⁶ 參見：中華人民共和國國家工商行政管理局條法司，「反不正當競爭法釋義」，河北人民出版社，1993 年版，第 51 頁。

除了依法享有行政權的政府和政府部門是當然的行為主體之外，某些依法具有行政管理權之企業或其他社會組織的主體屬性，則應視具體情況而定，因為這類組織同時也是市場經營主體，它們所實施的壟斷可能是行政性壟斷，也可能是經濟性壟斷，只有在憑藉行政權力實施壟斷的情況之下，它們才成為行政性壟斷的主體。

二、行為客體

行政性壟斷的作用客體，即其所侵犯的社會關係。行政性壟斷和濫用經濟優勢地位、合謀限制競爭等經濟性壟斷形式一樣，所侵害的社會關係同為市場的公平競爭秩序，而此秩序即屬國家法律所保護的社會主義市場競爭關係。

現實生活中行政主體的非法行為種類繁多，所侵害的社會關係也非常複雜，既有侵害國家行政管理秩序者，亦有損害國家、集體、公民之財產權利或人身權利者。判斷一種行政非法行為是否為行政性壟斷的標準，端看這種非法行為所侵害的社會關係是不是競爭關係，只有侵犯市場競爭關係的非法行為才是行政性壟斷。

三、主觀要件

行政性壟斷的主觀要件，是指行政主體對行政性壟斷及其後果所抱持的主觀心態，主要指行政主體是否有追求行政性壟斷的主觀過錯，包括故意和過失兩種情況。在力行「依法行政原則」的前提下，行政主體的權力範圍、權力行使方式與行使程序等，都有法律作出具體規定¹²⁷，行政主體及其所屬人員能夠且必須知悉、遵守這些規定，因此行政主體的違法行為無論係有意實施，亦或因誤解法律而為，都應視為具有明顯的主觀過錯。

¹²⁷ 參見：王保樹 主編，「經濟法律概論」，中國經濟出版社，1997 年版，第 16 頁。

四、客觀要件

行政性壟斷的客觀要件，要從行為要件與結果要件兩方面來觀察。行為要件，即行政主體的行為必須是行政行為，非行政行為不能構成行政性壟斷；結果要件，即相關的行政行為必須使得競爭遭致實質性的限制，而這種實質限制應與經濟性壟斷中的競爭實質限制作相同解釋，即在一定交易領域內實質地限制競爭¹²⁸，阻礙了有效競爭的順暢運行。

第三款 行政性壟斷的類型

一、地區封鎖

地區封鎖又稱“橫向壟斷”或“塊塊壟斷”，是最典型的、也是最嚴重的行政性壟斷形態，它指的是地方政府及其所屬部門為了本地區利益，利用行政權力排斥、限制競爭的行為。《反不正當競爭法》第7條第2款規定：「政府及其所屬部門不得濫用行政權力，限制外地商品進入本地市場，或者本地商品流向外地市場。」即是對地區封鎖的禁止性規定，依此推演，地區封鎖的基本形式有兩種，一為限制外地商品（包括服務）進入本地市場，另一則為限制本地商品流向外地市場。

地區封鎖從狹隘的地方保護主義出發，採取各種不合理的手段製造貿易障礙，限制地區間的經貿往來、割裂地區間的資源聯繫，其具體表現的形式可列舉如下¹²⁹：

¹²⁸ 所謂“一定交易領域”，即“成立了競爭關係的市場”；所謂“實質地限制競爭”，是指“幾乎不可能期待有效競爭的狀態”。參見：金澤良雄，前揭註110，第207頁。

¹²⁹ 參見：趙慶慶，論反壟斷法中行政壟斷的界定，甘肅政法成人教育學院學報，2004年第4期，第16-17頁。

- (一) 以任何方式限定、變相限定單位或者個人只能經營、購買、使用本地生產的產品或者只能接受本地企業、指定企業、其他經濟組織或者個人提供的服務。
- (二) 在道路、車站、港口、航空港或者本行政區域邊界設置關卡，阻礙外地產品進入或者本地產品運出。
- (三) 對外地產品或者服務設定歧視性收費專案、規定歧視性價格，或者實行歧視性收費標準。
- (四) 對外地產品或者服務，採取與本地同類產品或者服務不同的技術要求、檢驗標準，或者對外地產品或者服務採取重復檢驗、重復認證等歧視性技術措施，限制外地產品或者服務進入本地市場。
- (五) 採取專門針對外地產品或者服務的專營、專賣、審批、許可等手段，實行歧視性待遇，限制外地產品或者服務進入本地市場。
- (六) 設定歧視性資質要求、評審標準或者不依法發布資訊等方式限制或者排斥外地企業、其他經濟組織或者個人參加本地的招投標活動。
- (七) 以採取同本地企業、其他經濟組織或者個人不平等的待遇等方式，限制或者排斥外地企業、其他經濟組織或者個人在本地投資或者設立分支機構，或者對外地企業、其他經濟組織或者個人在本地的投資或者設立的分支機構實行歧視性待遇，侵害其合法權益。
- (八) 運用價格手段，對外地產品提高進價、壓低銷價，提高批發價、降低零售價等，使經營者無利可圖，只好放棄該地市場。
- (九) 制定實行地區封鎖或者含有地區封鎖內容的規定，如政府明文規定本地經營者不得銷售外地商品，當地職能部門限制本地產品、技術外流等等。

地區封鎖的實施動機，來自於地區的經濟利益考量。在傳統體制下，地方政府不具有相對獨立的地位和相應的經濟利益，不容易引發地區間的利益矛盾，不存在地區封鎖的制度條件；體制改革以來，由於行政性分權與經濟性分權的制度變化使然，地方政府擁有了相對獨立的財政權柄和經濟主權，並與地方企業緊密地聯繫在一起，使得地方政府具備了實施地區

封鎖的能力、條件和保護的對象¹³⁰。

地區封鎖的基本特徵在於一方面禁止外地商品的進入，另一方面又阻止本地資源的外流，從而人為地分割了市場，阻礙了全國統一的市場之形成。地區封鎖雖然可以暫時地求得本地區的經濟穩定、繁榮，但卻以社會資源的浪費和交易成本的增加為其代價，從長遠的角度來看，也不利於本地區的經濟發展及技術水準的提高¹³¹。

二、部門壟斷

部門壟斷又稱“縱向壟斷”或“條條壟斷”，是指中央政府部門或地方政府部門（包括被授權管理某一行業的全國性或地方性之行政性公司）為了本部門的利益，利用其合法擁有的經濟規制權排斥、限制、禁止競爭，損害其他經營者或消費者權益的行為¹³²。部門壟斷的基本形式有二，分別為部門分割與壟斷性定價。

所稱部門分割，是指中央政府部門或地方政府部門借助經營者和自己存在或者曾經存在的隸屬關係，濫用行政權力限制本部門經營者與他部門經營者的交易。部門分割的特徵，是政府的經濟主管部門濫用行政權力將市場作縱向分割，與地區封鎖同樣地阻礙了全國統一市場之形成¹³³。部門

¹³⁰ 參見：趙亞平，對現階段我國地區封鎖問題“結”與“解”的思考，中國工商管理研究，2002年第2期，第17-18頁。

¹³¹ 參見：張瑞萍，關於行政壟斷的若干思考，「反壟斷法與市場經濟」，王曉曄編，法律出版社，1998年9月第1版，第168頁。

¹³² 與部門壟斷時常相提並論，甚至混同使用的另一壟斷形態，是所謂的“行業壟斷”，人們在實踐中也常借助“部門”來表述“行業”，而“部門”和“行業”在不同場合又有不同的解釋。但是，若從嚴格意義上來說，反壟斷法規制的“部門壟斷”和“行業壟斷”，其含義是有差別的，兩者屬於不同的壟斷類型：“部門壟斷”的實施主體是政府部門，屬於行政性壟斷之列；而“行業壟斷”的實施主體則是經濟組織，包括大企業、企業的聯合組織以及企業自組的行業協會等，屬於經濟性壟斷之列。雖然在大陸經濟體制轉軌時期，有些行業壟斷仍然是政府部門違法行政所致，在此層面上二者具有重合性，但這個現象的本質仍然是行政性壟斷，而且有些經濟組織並非真正的非官方組織，它們實質上仍是代表公權力的行政組織，故其違法濫權所實施的壟斷行為，應劃歸於部門壟斷的範圍。參見：王保樹，前揭註115，第128-129頁。

¹³³ 參見：趙慶慶，前揭註129，第17-18頁。

分割具體表現的形式，可列舉如下：

- (一) 部門的行政管理機關下設服務公司，變相開辦經濟實體，利用手中的審批權、物資權、信貸權、稅收優惠條件、價格優惠等，參與同行業的不平等競爭。
- (二) 為保護本部門企業的經濟利益而封鎖市場，限制部門外其他經營者的正常經營活動。
- (三) 限定客戶和消費者只能購買本部門所屬、關係企業所生產或經營的商品。
- (四) 限定客戶和消費者購買本部門的關係商品，否則即利用手中的職權對其進行刁難等等。

所稱壟斷性定價，是指中央政府部門或地方政府部門違反《價格法》第三章—政府的定價行為之規定而訂定商品或服務之價格的行為。這種行為的實施，係由對公用企業擁有行政管理權或事實上之定價權的政府部門所為。公用企業具有自然壟斷的性質，往往因其壟斷性、公益性、不可選擇性等特徵而享有獨家經營的地位；為了防止公用企業濫用其獨占地位，政府通常都會對其進行價格管制，而考量到價格訂定的決策過程應力求公開、透明，《價格法》特別設計了價格聽證制度，規定政府訂定關係人民切身利益的公用事業價格、公益性服務價格，以及自然壟斷經營的商品價格等政府指導價或政府定價時，應由政府價格主管部門主持舉行「聽證程序」，沒有經過聽證程序的定價行為，即屬壟斷性定價。

三、強制交易

強制交易是中央政府部門、地方政府或其所屬部門利用行政權力，限定或變相限定他人購買、使用其指定之經營者的商品（服務），限制其他經營者正當的經營活動。

政府強制交易包括直接的強制交易和間接的強制交易，前者係指政府或政府部門以文件或其他公開的形式要求他人購買、使用其指定之經營者的商品，後者則指政府或政府部門濫用行政權力，限制經營者作出購買、使用商品之選擇決定權，從而達到限定他人購買、使用其指定經營者之商品的目的。政府強制交易的特點，是政府支配經營者與消費者之交易的意思表示，使經營者喪失了經營和競爭的自由，而消費者則被剝奪了選擇商品的自由。

強制交易在現實經濟生活中的表現形式，主要包括¹³⁴：

- (一) 明確規定在行政轄區範圍內，只能將某些非指令性計劃產品銷售給指定的企業，例如規定農民只能將某種農副產品賣給供銷合作社。
- (二) 限定客戶和消費者接受其指定單位的有償服務，例如某市旅遊局規定，凡到該市旅遊者只能到其指定的旅遊“定點賓館”用餐住宿，否則就拒絕提供有關服務等。
- (三) 行政部門在為市場主體服務時，強制搭售某種商品。
- (四) 為推銷指定企業的產品而阻撓、破壞他人達成交易等等。

四、強制聯合限制競爭

強制聯合限制競爭是指中央政府部門、地方政府或所屬部門利用行政權力強制本地區或本部門企業聯合以排斥、限制或妨礙市場競爭的行為。

強制聯合限制競爭有兩項構成要件：第一，客觀上要有強制聯合的行為；第二，主觀上這種行為之目的是為了排斥、限制或妨礙市場競爭。它與作為經濟性壟斷表現形式之一的聯合限制競爭行為，雖然都是透過企業聯合的途徑達到限制競爭之目的，具有相同的主觀構成要件，但它們的客觀構成要件截然不同，強制聯合限制競爭行為是被迫聯合的，並非出於聯合各方的自我意志，而經濟性聯合限制競爭行為基本上是自願的、非強制的，是出於聯合各方的真實意思表示而為者。

¹³⁴ 參見：鄭鵬程，前揭註 50，第 56 頁。

除此之外，強制聯合限制競爭行為與經濟性聯合限制競爭行為還有以下幾項區別：

- (一) 前者的行為主體，是中央行業管理部門和地方政府或所屬部門；後者的行為主體，則是市場經濟組織。
- (二) 前者以行政命令、決議、決定等抽象行政行為，為其作成基礎；後者之作成，係以聯合各方達成的協議為其基礎。
- (三) 前者以維護地方、部門利益為目的；後者之目的，係避免聯合各方的競爭損失或由聯合各方共同獲取壟斷利益。
- (四) 前者的內容，包括強制企業合併、兼併；後者則不包括企業合併、兼併。

強制聯合的具體形式，主要表現如下¹³⁵：

- (一) 強制本地區、本部門的企業組建企業集團。
- (二) 強制本地區、本部門的企業聯合。
- (三) 強制本地區、本部門的企業組建行政性公司。
- (四) 強制聯合定價。
- (五) 強制聯合拒銷、拒購。
- (六) 強制企業停止競爭，彼此協議決定生產、銷售數量或範圍。

¹³⁵ 參見：鄭鵬程，前揭註 50，第 58 頁。

第二節 行政性壟斷的主要原因

第一款 行政性壟斷產生和存在的背景

一、公權力壟斷範圍從全局性過渡到局部性

在過去的計劃經濟體制之中，公權力的壟斷範圍是一種全局性的國家壟斷，在高度集中的計劃經濟體制下，國家行政權力和經濟力量緊密地結合，成為嚴格制約企業的力量。因此，政（府）企（業）不分，國家掌握企業的一切，加之以單一的所有制結構，使得國家壟斷在大陸的經濟生活中居於統治地位。在此體制下，各種各類之絕大部分企業，均歸國家所有，也在實際上由國家統一經營，除了日用消費品之供應採取商品交換的形式外，生產資料幾乎全部由國家予以調配、撥用；國家既是最大的賣出者，也是最大的買入者，整個社會生產處於一種絕對封閉的狀態¹³⁶。這種全局性的國家壟斷，是和高度集中的計劃經濟體制緊密聯繫的，它借助行政組織、行政區域和行政隸屬關係，以手中握有的人力、物力、財力為後盾，運用行政指令為其實施手段。

1979年開始的經濟體制改革，是全局性國家壟斷被動搖的根本原因；經濟體制改革的不斷深化，使大陸的經濟生活發生了基礎性的變化。

首先，國家行政權與國家所有權從以往的合併行使轉換為分別行使，“公權力的國家”和“私權利的國家”被區別對待；國家不再直接經營企業，而企業則成為以營利為目的之經濟主體。其次，單一公有制的經濟結構不再存在，取而代之的是以公有制（即全民所有制和勞動者集體所有制）為主體，其他多種所有制並存的經濟結構，同時逐步取消不合理之所有制結構對生產力的種種羈絆；在現存企業中，除了國有企業、集體企業外，還有大量的私營企業、外商投資企業，以及多種經濟成分共同組成的股份有限公司或有限責任公司之存在。再次，政府對經濟的管理，正逐漸從高度計劃經濟體制下的無所不包、大小通管，一步步過渡為鬆手放權、限縮

¹³⁶ 參見：鄧保同，論行政性壟斷，法學評論，1998年第4期，第63頁。

干預，指令性的直接管理已經減少到了很小的程度，並正由以間接管理為主的宏觀調控所代替。最後，也是最重要的，係確認了在大陸實行市場經濟的經濟體制模式，亦即以市場機制作為資源配置的主要手段，而市場經濟的本質是競爭，競爭的市場必須統一、流通，也已漸漸成為人們的共識，在此情況下，行政權力和經濟力量相結合的全局性國家壟斷，已不復存¹³⁷。

然而，經濟體制改革只打破了全局性的國家壟斷，換句話說，它只是讓依靠公權力所實施的壟斷，不再單一地含蓋全面性的國家、社會範圍，事實上依靠行政權力所實施的壟斷，並未因此而全部絕跡，它們轉而以局部性、片狀區塊性的形式，繼續在大陸各地滋長著。

由於經濟體制改革是一個經濟體制的轉變過程，社會主義計劃經濟還沒有最終地轉變成為社會主義市場經濟，這個過程仍在進行中，因此舊的經濟體制所崇尚之某些價值（例如單純依靠行政權力來管理經濟生活），仍舊普遍地植基於社會的大小角落，而有所不同的是，這些舊的價值觀伴隨著市場經濟新機制的採用而改變了其作用的方式，即從對經濟生活的全面直接控制，變成了局部的市場經營限制¹³⁸，這就是行政性壟斷之所由。換言之，全局性的國家壟斷和局部性的行政性壟斷在本質上是一致的，它們對市場競爭的危害係屬大小之分，而非有無之別。

綜上，在經濟體制改革的轉變過程尚未完成之前，依靠行政權力實施之壟斷的範圍從全局性轉變成為局部性，顯然是合乎邏輯的現象。

二、政府管理企業從了無羈絆轉變成為唯利是圖

從根本意義而言，全局性的國家壟斷是計劃經濟體制下的一種制度安排，它與政府對經濟管理的了無羈絆是密切相關的，而這種無限制性的管理，並不涉及中央政府與地方政府之間，或者地方政府與地方政府之間的各方利益。然而，經濟體制改革讓政府對經濟管理的無限制性不復存在，

¹³⁷ 參見：王保樹，前揭註 115，第 130-132 頁。

¹³⁸ 參見：周昫，前揭註 63，第 50 頁。

並且使多元利益的格局出現在經濟生活之中。值此機會，政府和政府部門也試圖在此多元的利益結構中佔有一席之地，而這個現象便不可避免地導致行政利益之考量，每每成為行政性壟斷的動力來源¹³⁹。

舉例來說，地方政府的行政利益在「劃分收支、分級包幹」¹⁴⁰的財政體制下，財政上繳的義務是固定的，因此收入愈多，地方留成也就愈多，而地方留成愈多，則表示地方政府及其負責官員的績效愈好；同理，地區內的企業收入愈多，地方政府收得的地方稅和企業上繳的利益就愈多，這也表示地方政府及其負責官員的成績愈佳。為了使本轄區內的企業收入增加，地方政府或政府部門會設法限制其他區域內的企業進入本區域進行經營，甚至濫用憲法和法律所賦予的行政權力遂其所願，由此便產生了行政性壟斷。

亦即，行政性壟斷的產生不同於計劃經濟體制下“利益無差別”的情況，而是受到地方政府或政府部門之行政利益的驅動所致。



第二款 行政性壟斷的具體成因

一、意識未明

中華人民共和國的歷史中，商品經濟曾經長期處於附庸地位而難以發展，在此種經濟結構影響下，人民欠缺參與商品經濟活動的機會與經驗，因此他們在經濟生活上的競爭觀念，自然顯得淡薄而冷漠，再加上傳統中國社會“富貴合一”的價值觀，咸認某人在經濟上的優勢（即“富”），

¹³⁹ 參見：薛克鵬，前揭註 113，第 28-29 頁。

¹⁴⁰ 所謂「劃分收支、分級包幹」，是大陸國務院為了進一步調動地方的積極性，遵循“放權讓利”的原則，而於 1980 年至 1993 年間所採行的財政管理體制。觀其要旨，是將財政收入分成固定收入、固定比例分成收入和調劑收入，實行分類分成，而財政支出的部分，主要是按照企業和事業單位的隸屬關係進行劃分，地方財政在劃定的收支範圍內多收可多支，少收則少支，由其自求平衡。參見：崔運政，我國財政體制變遷的經濟學分析，價值中國博客網 <http://www.chinavalue.net/news.asp?id=2107>，最近瀏覽日 2005/02/05。

應與他所處的社會地位（即“貴”）相一致，這導致官商不分與官商勾結的現象即使嚴重氾濫，人們對此卻仍舊抱著敬畏、崇拜的心理而變相縱容之。

同時，中國受到封建統治的時期非常地長，官商制度在封建統治階層的扶植下，長期控制了中國的主要經濟命脈，並對中國社會產生了深遠的影響。這個現象給人們帶來一種錯覺，即利用權力經商是合情、合理，甚至合法的，是不必受到法律制裁的，而此種錯誤認知在商品經濟持續被排斥，且國家全面控制經濟活動等原因的催化下，不斷地深植於人心之中。

除了人民的競爭、民主、法治等意識未明之外，政府或政府部門及其所屬人員的民主法治化程度過低，但其干預主義¹⁴¹的行政意識卻過強，也是另一個導致行政性壟斷的具體成因。

首先，某些政府或政府部門及所屬人員一方面想讓別人當“順民”，另一方面自己又不願做遵法守法、依法行事的模範，常常帶頭置法律規定於不顧，實施損人利己的行政性壟斷行為，將消費者、納稅人的利益拋諸九霄雲外，即使國家法律、中央政府的規範命令明白禁止之行為（例如設置封鎖、分割市場的行政性貿易障礙），某些行政機關及所屬人員依然視若無睹、恣意妄為¹⁴²。

其次，傳統的計劃經濟體制中，政府對經濟的干預“無微不至”，甚至取代了諸多經濟組織的職能，把各種經濟組織變成政府行政機關的附屬物；這種政府惡性干預主義的行政意識持續至今，一方面導致所謂“大政府小社會”的意識得到加強¹⁴³，另一方面各種社會團體、事業組織、公民

¹⁴¹ 政府干預並非都是消極的，它可分為良性干預和惡性干預。良性干預是政府的法定職責，政府作為行政權的行使主體，對各種複雜的社會關係必要時應進行調整，使之呈現一種良性的運行狀態，這是政府的固有職責之一；但這裡所提到的政府干預顯然是惡性干預，是一種變態的行政管理。

¹⁴² 參見：孔祥俊，前揭註 29，第 832 頁。

¹⁴³ 參見：李茂華，我國行政性壟斷的成因及對策探討，廣東行政學院學報，第 16 卷第 1 期，第 18 頁。

個人等政府相對方的服從意識，亦將繼續被認同，如此一來，政府惡性干預經濟的意識便自然而然地司空見慣，人們將會繼續地習以為常，其“正當性”也就不斷地被強化。

二、利益驅使

行政性壟斷的背後，都是受到不正當利益所驅使的，不管是經濟利益還是行政利益，也不管是部門利益亦或地方利益，總之各方利益的存在與不均衡，造成了各級政府及其所屬部門對利益的狂熱追求，這便是行政性壟斷之所以屢禁不止的重要原因。

由於中央政府打破國家的單一壟斷，分權予地方政府及經濟行業的主管部門，使它們自主管理經濟的權力不斷地擴大，再加上 1994 年大陸政府開始實行分稅制¹⁴⁴，使得地方政府開始擁有獨立的財政權柄，這兩項原因不僅催生了部門、地方的自我利益，更進一步導致各部門、各地方的利益不平衡衝突浮出檯面。

以經濟行業的主管部門來說，由於國家授權機制不健全，欠缺對行業主管部門運用權力的必要監督機制，因此很難保證行業主管部門不會從狹隘的本行業、本部門利益出發，運用被授予的權力實施行政性壟斷行爲；就地方政府而言，雖已實行分稅制，但由於各地經濟發展不平衡，經濟落後地區的地方政府因為本地企業的經濟效益與競爭力低落，而不得不採用行政性壟斷的方式來庇護本地企業不受外來競爭衝擊，此種做法表面上使

¹⁴⁴ 1994 年，大陸經濟體制改革在中央政府“全面推進、重點突破”的戰略部署指導下，進入一個由財稅體制改革充當急先鋒的新階段。簡言之，根據事權與財權相結合的原則，大陸政府將稅種統一劃分為中央稅、地方稅、中央與地方共用稅，建立起中央和地方兩套稅收管理制度，並分設中央與地方兩套稅收機構分別徵管；在核定地方收支數額的基礎上，實施了中央財政對地方財政的稅收返還和轉移支付制度等，成功地實現了在中央政府與地方政府間稅種、稅權、稅管的劃分，實行財政上的“分灶吃飯”。關於大陸分稅制的內容，係按照徵收管理權和稅款支配權之標準進行劃分：凡徵收管理權、稅款所有權劃歸中央財政的稅種，屬於中央稅；凡徵收管理權、稅款所有權劃歸地方財政固定收入的稅種，屬於地方稅；凡徵收管理權、稅款所有權由中央和地方按一定方式分享的稅種，屬於共用稅。參見：分稅制，中國工商網

<http://www.icncn.com/Tax/q024.asp>，最近瀏覽日 2005/02/06。

得企業在行政性壟斷的保護下，得以維持一定的經濟利潤，而地方政府的財政收入乃至政府官員的政績，都可得到或顯或隱的某些“好處”，但這些好處的代價，是在實質上阻礙了正常的市場競爭。

三、法制落後

大陸現行關於規制行政性壟斷之法律制度的滯後及缺失，是造成行政性壟斷泛濫的另一重要因素。

綜觀世界各市場經濟國家，均有較為完備之規範競爭的法律制度，但大陸規範政府行為、市場秩序的相關法律，卻顯得十分落後。目前，大陸對行政性壟斷作出相對明確規定的法律，只有 1993 年頒布實施的《中華人民共和國反不正當競爭法》，在這部法律中規定了十多種不正當競爭行為，但關於行政性壟斷的規定則相當少。

首先，反不正當競爭法第 6 條規定：「公用企業或者其他依法具有獨占地位的經營者，不得限定他人購買其指定的經營者的商品，以排擠其他經營者的公平競爭。」但是此一規定卻無法適用透過行政權力所實施的部門壟斷，因為靠行政權力強行支撐、扶持的某些部門壟斷，幾乎沒有反不正當競爭法中所提到的“其他經營者”可言，其所從事的限制競爭行為也不是透過“指定商品”而為，而是行之以政府相關部門指導下的壟斷性定價行為¹⁴⁵。同時，反不正當競爭法第 6 條的規定並不明確，諸如「獨占地位」如何界定與判斷？哪些企業依法可以具有獨占地位？這些都沒有明確地說明。

其次，反不正當競爭法第 7 條規定：「政府及其所屬部門不得濫用行政權力，限定他人購買其指定的經營者的商品，限制其他經營者正當的經營活動。」「政府及其所屬部門不得濫用行政權力，限制外地商品進入本地市場，或者本地商品流向外地市場。」對於違犯該條的法律救濟，在該

¹⁴⁵ 參見：范冠峰，論我國行政壟斷的成因及其規制，中共濟南市委黨校學報，2004 年第 1 期，第 102 頁。

法第四章—法律責任中有相應條文，即在該法第 30 條部分規定：「政府及其所屬部門違反本法第七條規定，限定他人購買其指定的經營者的商品、限制其他經營者正當的經營活動，或者限制商品在地區之間正常流通的，由上級機關責令其改正；情節嚴重的，由同級或者上級機關對直接責任人員給予行政處分。」這種違法處置的責任範圍，僅限於行政系統內部，而且對責任人員的行政處分要以情節嚴重為條件，這樣的法律責任設計，對某些行政機關及其所屬部門的嚇阻效果有限，顯然不足以遏制行政性壟斷的產生。

反不正當競爭法對於行政性壟斷的規定，因為存在諸如此類的立法缺陷而不能發揮反行政性壟斷的作用，導致反行政性壟斷實質上陷入無法可依的狀態，而相關法制如此不健全，也造成行政性壟斷得以據此披上“合法”的外衣，繼續戕害整個國家社會的經濟發展與改革進程。



第三節 行政性壟斷的本質與特徵

第一款 行政性壟斷的本質

一、違法

行政性壟斷的本質，是各種行政性壟斷現象（例如地區封鎖、部門壟斷等）所共有的基本屬性，這些基本屬性是經濟性壟斷、自然壟斷或政策性壟斷所不具備的，也是行政機關的其他行為（例如行政機關的行政管理行為、民事行為等）所不具備的。

行政性壟斷的最基礎本質，首推其違法性。行政性壟斷的違法性，可從以下三個層面加以說明：

(一) 行政性壟斷違反了法律明文禁止之規定

在通常情況下，判斷某種行為是否違法，要看這種行為是否屬於法律所明文禁止者，如果法律對該種行為並未設置禁止性規定，則該行為不違法，反之則屬違法。

因此，行政性壟斷在大陸可斷然視之為一種違法行為，是因為大陸法律對行政性壟斷有明確的禁止性規定。例如，《中華人民共和國反不正當競爭法》第7條第2款明確規定：「政府及其所屬部門不得濫用行政權力，限制外地商品進入本地市場，或者本地商品流向外地市場。」現行法律不僅規定地方政府及其所屬部門不得進行地區封鎖行為，而且在2001年4月所公布之《國務院關於禁止在市場經濟活動中實行地區封鎖的規定》第2條甚至明確指出：「各級人民政府及其所屬部門負有消除地區封鎖、保護公平競爭的責任，應當為建立和完善全國統一、公平競爭、規範有序的市場體系創造良好的環境和條件。」如果政府及其所屬部門不履行這些法定義務，顯可斷定係屬違法。

(二) 行政性壟斷違背了行政法上的「法律保留原則」

「法律保留原則」是依法行政的一項基本原則，根據這項原則，行政主體只有在取得法律明確授權的情況下，才能實施相應的行政行為，否則即屬違法¹⁴⁶。

¹⁴⁶ 《立法法》頒布之後，使大陸法律體系有一個清楚的輪廓，在立法權限上作出明確的劃分，將原先憲法所訂的權限內容具體化，同時也將「法律保留原則」與「法律優先原則」加以確立。例如大陸《憲法》第62條第3款規定，全國人大「制定和修改刑事、民事、國家機關的和其他的基本法律。」這裡所謂「基本法律」界定上較為抽象，導致了歷來由全國人大所通過的法律都成為「基本法律」，《立法法》第8條中將其更為具體地規定，所稱十項專屬法律制定事項：(1) 國家主權的事項；(2) 各級人民代表大會、人民政府、人民法院和人民檢察院的產生、組織和職權；(3) 民族區域自治制度、特別行政區制度、基層群眾自治制度；(4) 犯罪和刑罰；(5) 對公民政治權力的剝奪、限制人身自由的強制措施和處罰；(6) 對非國有財產的徵收；(7) 民事基本制度；(8) 基本經濟制度以及財產、稅收、海關、金融和外貿的基本制度；(9) 訴訟和仲裁制度；(10) 必須由全國人民代表大會及其常務委員會制定法律的其他事項。參見：王文杰，前揭註6，第248-249

由於行政性壟斷在經濟領域中的表現形式比較繁雜，同時也因為部門立法慣例的存在¹⁴⁷，故現行法律對某些行政性限制競爭行為（例如設立行政性公司、強制聯合限制競爭等）並未作出禁止性規定，即便如此，現行法律也沒有明確賦予行政主體實施此類行為之權力，因此根據「法律保留原則」的要求，行政活動只要是法律沒有明確授權者，即屬於非法活動。

（三）行政性壟斷背離了現代法律的基本價值取向

公平競爭、社會公益、經濟自由與經濟民主等，是現代法律制度（特別是現代經濟法律制度）的基本價值取向。這些價值取向不僅指導著立法機關的立法活動，同時也規制著行政機關的執法活動，立法機關與行政機關的行為都不得與之相違背，否則亦屬違法。

在現實經濟生活中，有相當部分的行政性壟斷行為之實施，是依據地方性法規、部門規章等規範性文件而為的，或者可說是有法律明確授權的，因而具有形式上的合法性。但如果根據公平競爭、社會公益、經濟自由與經濟民主等現代法律的基本價值考量，那麼是類行政性限制競爭行為及作為其依據的地方性法規、部門規章等規範性文件，其實都是非法的。

二、兼具行政違法與經濟違法之雙重屬性

根據違法的性質及其對社會危害程度的不同，違法行為可劃分為刑事違法、民事違法、行政違法、經濟違法及違憲行為等幾種類型¹⁴⁸，而行政性壟斷的違法性質，首先符合了大陸行政法學者針對「行政違法行為」類型所分析得出之以下四個構成要件¹⁴⁹：

頁。

¹⁴⁷ 參見：鄭鵬程，前揭註 50，第 80 頁。

¹⁴⁸ 參見：李步雲，「走向法治」，湖南人民出版社，1998 年版，第 637-639 頁。

¹⁴⁹ 參見：胡建淼 主編，「行政違法問題探究」，法律出版社，2000 年版，第 10 頁。

- (一) 行為主體必須是行政主體，非行政主體之行為，不構成行政違法。
- (二) 行政主體負有相關的法定義務，包括作為的義務和不作為的義務。
- (三) 行政主體具有不履行法定義務的行為，而且這種行為侵害了受法律保護的行政關係，對社會具有一定的危害性。
- (四) 這種行為是出於行為人的過錯，而在一般情況下，只要行為人實施了違法行為就視其有主觀過錯。

行政性壟斷的行為主體一般都是行政主體，且都負有“不得進行地區封鎖、部門分割；消除地區封鎖、保護公平競爭”及“為建立和完善全國統一、公平競爭、規範有序的市場體系創造良好的環境和條件”等法定義務，更重要的是，行政性壟斷實施主體往往是採取一些為行政法律規範所禁止的手段，達成其限制市場競爭之目的。綜觀前述分析可知，將行政性壟斷行為劃歸於行政違法的行為類型，是毫無疑問的。

其次，由於行政性壟斷行為具有其他行政違法行為所不具有的“壟斷性”，因此它不是一種純粹的行政違法行為。

進一步言之，若將行政性壟斷的構成要件與其他一般行政違法的構成要件進行比較，可以發現兩者在主體要件與主觀要件方面，基本上是相同的，但在客體要件與客觀要件方面卻有所差異。行政性壟斷的客體要件即其所侵犯的社會關係，是為國家法律所保護的社會主義市場競爭關係；而行政性壟斷的客觀要件，則是“競爭的實質限制”。由於競爭關係通常是由包括反壟斷法在內的競爭法予以規制，而素有“經濟憲法”之稱的反壟斷法則是經濟法的核心內容，所以前述之客體、客觀兩項構成要件便決定了行政性壟斷亦是一種「經濟違法行為」。

綜上，行政性壟斷同時損害了兩種不同性質的社會關係，符合兩種違法行為的構成要件，因此行政性壟斷的另一項本質，便是兼具行政違法與經濟違法之雙重屬性的競合違法行為。

三、由行政主體實施之集體違法行為

行政性壟斷雖然是由具體的人（即行政機關的官員或其他行政組織的成員）所實行的，但這些人並不能以自己的名義來實施行政性壟斷，而只能以行政主體的名義來決定、執行之，因此行政性壟斷展現的是行政主體的意志，而非其所屬人員的個體意志。此外，大部分行政主體屬於國家機關，而在法理學的研究領域中將國家機關劃歸於「集體主體」的類型¹⁵⁰，因此行政主體係屬於集體主體，行政主體的違法行為（例如行政性壟斷）即屬於集體違法行為。

行政性壟斷的集體違法屬性，不僅可以從行政性壟斷實施主體的集體主體屬性予以認定，而且可以根據行政主體實施行政性壟斷所代表的利益性質來加以確認。亦即，無論行政主體實施的行政性壟斷是地區封鎖、部門壟斷、強制交易亦或是強制聯合限制競爭，行政主體的出發點都是（或至少名義上是）為了本地區、本部門或本單位的集體利益之考量，例如增加本地的財政收入、解決就業問題、提高本部門或本單位的職工待遇等等。

既然行政性壟斷是以行政主體的名義所實施的，那麼所涉的全部法律責任就應該由相關行政主體來承擔。然而，行政主體屬於公法人，它是為了維護社會公共利益和社會公共秩序而設置的，除了公益與公序之外，行政主體並無自有的私利；此外，行政主體從事行政活動所需的全部經費，都是透過預算編列從國家財政中劃撥的，行政主體並無私有財可言。行政主體的這些屬性，使得“責任自負原則”難以貫徹在其身上，同時也使得以追究責任的方式（例如對行政主體進行罰款）來控制行政性壟斷之期望難以實現。

例如，在行政主體實施行政性壟斷造成行政相對人之經濟損失的情況下，行政主體本應依法承擔損害賠償責任；但是，由於行政主體用以賠償

¹⁵⁰ 法理學將法律關係的主體劃分為「個體主體」、「集體主體」和「國家」等三類，其中「集體主體」又可分為「國家機關」和「社會組織」等兩種。參見：沈宗靈 主編，「法理學」，高等教育出版社，1994 年版，第 385 頁。

的財產並非其自身所有，而是源於國家財政，因此賠償責任事實上係由國家承擔，或者更確切地說是由納稅人來承擔的。在這種情況下，責任主體與違法主體是不一致的，違法者既然不需承擔所有法律責任，則再嚴格的法律責任制度設計也無法有效遏止違法行為的發生。

違法主體與責任主體不一致，在一定程度上助長了行政官員利用行政主體之名義謀取私利的惡習。由於行政性壟斷能給行政官員帶來非常明顯的個人利益（例如物質利益、政治利益），且行政官員不必直接承擔行政性壟斷的風險，這便形同替行政官員披上了保障不法行為的防護網，提供其利用行政主體之名義謀取私利的強烈誘因，使其食髓知味，進而變本加厲地恣意妄為、遂其所願。

第二款 行政性壟斷的特徵

一、實施主體地位的特殊性

行政性壟斷的實施主體範圍限於行政主體，包括國家行政機關和被授權行使行政管理權的事業單位¹⁵¹，其中國家行政機關是最主要的行政性壟斷實施主體，包括國務院以下的國家各級各類行政機關（即中央各行政管理部門和地方政府行政機關）¹⁵²，具體可分為以下三類：

（一）國家各行政管理部門

主要是指國務院下屬的各部、委、局，包括行業經濟管理部門、職能經濟管理部門和綜合管理部門。

¹⁵¹ 參見：孔祥俊，前揭註 29，第 824 頁。

¹⁵² 參見：鄭鵬程，前揭註 122，第 34 頁。

（二）地方政府

指國務院以下的地方各級國家行政機關，包括省（直轄市、自治區）、縣（市、市轄區）、鄉（民族鄉、鎮）等（不包括特別行政區）。

（三）地方政府所屬部門

係指縣級以上之地方政府所屬的各行政管理部門，包括行業管理部門、職能管理部門和綜合管理部門。

行政性壟斷實施主體地位的特殊性，主要表現在兩個方面：其一，行政性壟斷的實施主體是非市場主體。從政治、經濟、法律的角度多方觀察，行政性壟斷的實施主體通常是具有行政管理職能且非營利性的公法人，它們與濫用經濟優勢地位或共謀聯合限制競爭之經濟性壟斷的實施主體（從事商品生產經營或提供勞務的私利經濟組織），是非同質主體。其二，行政性壟斷實施主體的周遭環境極其複雜。例如，行政性壟斷實施主體是非市場主體，但又無法超脫市場；行政性壟斷實施主體具有相對獨立性，卻又與其他行政主體聯繫密切；行政性壟斷實施主體與其所屬人員的利益指向，具有顯著的二元性等等。

二、強制性與隱蔽性

行政性壟斷是以行政權力為後盾，借助行政權力的權威不正當地干預特定市場的競爭，對特定市場上的經濟組織來說，它們既不能無視行政性壟斷的存在，也不能逃避或抗拒行政性壟斷的強制力量，否則它們就會受到“國家強制力的制裁”¹⁵³。這種強制性乃其他壟斷形態所不具備者，例如濫用經濟優勢地位、共謀聯合限制競爭等壟斷行為，只能憑藉經濟優勢地位或透過契約等方式才得以實現。

¹⁵³ 參見：黃欣、周昀，前揭註 51，第 101 頁。

此外，所謂隱蔽性，係指行政性壟斷實施主體在限制市場競爭時所運用的手段，主要是以制定對其轄區範圍內的公民、法人或其他經濟組織具有強制力的行業規章、地方性規章、命令、決定等方式為之，而非透過限制某一具體經濟組織的競爭機會、能力來實現的。行政性壟斷的隱蔽性，表現在其所保護的利益中含有群體利益（地方利益、行業利益），以及行政性壟斷實施主體常常以管理、維護市場秩序為藉口，隨意限制市場競爭等方面。

三、動機與目的呈現多樣性

就濫用經濟優勢地位、共謀聯合限制競爭等壟斷形態而言，無論何種類型的企業，其實施壟斷之目的都是為了謀取壟斷利益，換句話說，“營利”是濫用經濟優勢地位、共謀聯合限制競爭等壟斷形態的唯一目的；就行政性壟斷而言，為本地區、本部門、本單位人員謀取經濟上的物質利益雖然也是行政性壟斷之目的，但卻不是唯一目的。

除了追求經濟利益外，在行政性壟斷中還有其他一些附帶的（有時甚至是主要的）動機與目的，例如行政主體控制企業的慾望、領導階層謀求私利，或者行政首長希冀創造“良好政績”，以便將來能夠據此步步高升等等。即使同為謀取經濟利益，行政性壟斷的實施動機與其他壟斷形態的營利動機也有一些差異，例如其他壟斷形態所謀求的是與壟斷企業有切身利害關係的利益，而行政性壟斷所謀求的經濟利益並不一定是為了其實施主體自身。簡之，行政性壟斷的實施動機與目的可謂多種多樣：既有為部門、為地方謀利益的，也有為個人謀利益的；既有謀取物質利益的，也有謀取精神利益的。

四、嚴重的社會危害性

與經濟性壟斷相比，行政性壟斷具有更嚴重的社會危害性。

首先，行政性壟斷對經濟自由的侵害遠超過經濟性壟斷。毋庸置疑的是，經濟性壟斷對經濟自由的侵害確然非常明顯，然而經濟性壟斷對自由

的侵害來自於自由本身，亦即經濟性壟斷的形成過程是自由的，是自由競爭導致了優勝劣汰，而優勝劣汰造成了獨占；儘管獨占限制了競爭，擴大了競爭者的進入障礙，但獨占本身就是透過競爭所形成的，因此經濟性壟斷與經濟自由在某種程度上本就是一種因果循環。至於行政性壟斷對經濟自由的侵害，不僅表現在結果方面，同時更表現在過程方面，亦即行政性壟斷的形成過程本身就是一種強制，在行政強制的條件下，行政相對人根本沒有選擇的空間；尤有甚者，行政性壟斷的強制力具有“關聯性”，這種特性使得任何個人或經營者只要在某方面不服行政機關的命令、意志，就很有可能在另一方面遭遇不便或困頓。綜前所述可知，行政性壟斷對經濟自由的侵害與經濟性壟斷相較，範圍更廣、程度更大。

其次，行政性壟斷具有經濟性壟斷所不具有的社會危害性，即政治危害性。例如，行政性壟斷阻礙了大陸政治和經濟體制的改革進程、滋長了社會的腐敗現象與其他不正之風、產生了新的社會分配不公、破壞了社會主義法制的統一，甚且腐蝕了人民的思想等等¹⁵⁴。



第四節 行政性壟斷的弊害及其控制

第一款 行政性壟斷對競爭的戕害

一、競爭的意義與價值

「競爭」的一般性意義，係指兩個或兩個以上之主體，為追求同一目標而競相爭逐之謂。在競爭法上，有些國家對「競爭」作出明確的法律定義，例如我國公平交易法第4條規定：「本法所稱競爭，謂二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之行為。」但大多數國家通常未對「競爭」一詞設立定義性規範¹⁵⁵。

¹⁵⁴ 參見：鄭鵬程，前揭註50，第87頁。

¹⁵⁵ 對「競爭」一詞作出明確法律定義的國家及其法律，除我國公平交易法以外，尚有日本的獨

競爭機制的有效運行，往往是社會獲致繁榮與保障繁榮最為有效的手段，只有競爭能使作為消費者的人們從經濟發展中受到實惠，競爭的存在可以保證隨著生產力提高而俱來的種種利益，將歸於人們所享有。具體而言，競爭的價值表現在以下二個層面：

(一) 競爭有利於生產要素的合理流動，實現資源的優化配置。

在市場經濟中，經濟主體在生產和消費上的經營決策，是透過價格機制與競爭機制的的作用相互協調而成的。市場價格信號的變化，反映著產品在市場上的交易情況，從而表明了相關產品的需求程度；處於競爭之中的經濟主體，為了追求自身的經濟利益並回應市場競爭帶來的巨大壓力，必然會對市場價格信號的變化作出靈活而即時的反應，諸如調整自己的產量、規模和組成等等，這便使得產品的產量和結構不斷適應變化中的市場需求，而需求量和需求結構的變化，又會導引生產要素的組合，乃至於資源利用方式的變化，最終讓有限的資源可以被運用到最被需要的地方。

如上所述，所有這些不斷發生著的變化都必須透過價格機制與競爭機制的的作用，方可反映出來。若無市場價格的信號顯示作用，也就無法得知產品交易情況以及相應的需求規模、結構；若無市場競爭的推使與壓力，也就無法促成經濟主體作出相對的反應；若無市場價格與競爭機能的這種合力作用，各別經濟主體之生產、消費的決策與計劃，也就無法共同構成一個有效運行的市場經濟總體。

占禁止法，該法第 2 條第 4 項規定：「本法所稱競爭一詞，是指兩個或者兩個以上的行為人在其通常的經營活動範圍內，並未對其經營設施或者經營活動的類型進行任何重大改變，而實施或者可能實施下列任何行為之一的狀態：（1）向相同的消費者或者使用者供應相同或者近似的商品或者服務；（2）從同一供應商獲取相同或者近似的商品或者服務。」其他大多數國家在其競爭法中並沒有明文定義「競爭」一詞，而是由法院或者競爭執法機關運用經濟學原理及分析定其含義。參見：日本公正取引委員會網站<http://www2.jftc.go.jp/e-page/legislation/index.html>，最近瀏覽日 2005/02/17；孔祥俊，前揭註 29，第 252 頁。

(二) 競爭有利於技術的創新與推廣，避免不必要的成本浪費。

競爭的終極目的，就是要戰勝敵人，在市場上保持自己的優勢，因而每個競爭參與者都會試圖謀取一份超過競爭對手的優先利潤，為此它們必須不斷地改進技術、降低成本、開發新產品和新市場等，進行生產過程中的技術升級與產品創新。亦即，謀取優先利潤的經濟刺激和其他競爭對手的現實、潛在威脅，使得每個競爭參與者都必須按照最符合市場需求、最經濟的原則行事。

在競爭的過程中，同時促進了技術進步，因為任何一個競爭參與者只要運用了新技術、提供了新產品，它就可以暫時（或長或短地）獲得一種由創新而形成之壟斷地位所帶來的優先利潤。此外，競爭也促進了高級技術的擴散與推廣，也就是說，隨著其他競爭參與者模仿過程的普遍化，創新者的暫時壟斷地位和優先利潤將逐漸消失，在此一過程中伴隨而來者，是新技術、新產品達到普及化的效果，整個社會的技術水準也就因此而有所提高。

二、行政性壟斷對競爭的微觀面戕害

就整體經濟的微觀面而言，行政性壟斷對競爭的戕害，主要是造成了特定市場的不公平競爭及壟斷局面的出現。所謂的特定市場，是指某一具體的產品市場（例如汽車市場）或地域市場（例如一省、一縣）。

如前文所述，行政性壟斷往往是透過直接禁止某一產品或某地產品進入某一特定市場（例如禁止某一品牌的汽車在某省或某市出售），或者改變該特定市場中某些競爭者（包括潛在競爭者）的競爭條件（例如減免稅收或提高檢驗標準）等手段來實現的¹⁵⁶。前種情形將直接導致該特定市場出現壟斷局面，因為在這種狀況下，任何進入該特定市場的努力都是徒勞無功的；後種情形在表面上還允許競爭存在，但由於競爭者的立足點已經

¹⁵⁶ 參見：楊良敏，「伐壟」伐什麼？行政性壟斷如何終結，新浪網 <http://finance.sina.com.cn/d/55949.html>，最近瀏覽日 2005/02/17。

不一致，因此這種競爭已實質上蛻變為一種不公平競爭，而這種不公平競爭持續一段期間過後，更將進一步為壟斷局面所替代。

三、行政性壟斷對競爭的宏觀面戕害

從整體經濟的宏觀面來說，行政性壟斷對競爭的戕害，主要是妨礙了全國開放、統一之市場的形成，阻撓了社會主義市場競爭機制之建立與完善的進程¹⁵⁷。

建立全國開放、統一的市場體系，使競爭能夠在一個恢宏的市場中開展，是大陸社會主義市場經濟體制改革的目標。全國性的市場是由許多特定市場（例如產品市場、要素市場）所構成的，而其能夠統一的前提條件，必須是特定市場的開放，如果特定市場是封閉的，那麼開放、統一的全國性市場就無從建立。當然，也許單一產品市場或地域市場的不開放、未完善，對全國開放、統一之市場的形成以及社會主義市場競爭機制的完整建立，並無十分明顯的負面影響，但大部分產品市場或地域市場的不開放、未完善，無疑將使得全國開放、統一之市場的建立遭遇嚴重的阻礙。

行政性壟斷對競爭的宏觀戕害，在於其將本應開放、統一的全國性市場分割為彼此封閉、互不聯繫的條塊結構¹⁵⁸。行政掌權者的自利性，導致了分割市場的封閉性；行政主體的多樣、多量性，造成了分割市場的綿密性¹⁵⁹。長此發展，將演變成無法收拾的局面，即全國有多少個行政機關，就有多少個相對獨立的市場存在，整個國家將由成千上萬個彼此分割、互不往來的小市場所組成，最終產生嚴重的經濟、社會甚至政治動盪等問題。

¹⁵⁷ 參見：黃欣、周昀，前揭註 51，第 102 頁。

¹⁵⁸ 同註 138。

¹⁵⁹ 大陸之行政主體的種類與數量可謂既多且龐，縱向劃分共有中央、省、市、縣、鄉等五級人民政府，而每一級人民政府中，又可橫向劃分出許多具體的行政部門；每一級政府或政府部門都擁有相應之管理社會和經濟事務的權力，而每一擁有行政權力的政府和每個擁有獨立行政權力的政府部門，都有可能憑藉其權力進行市場的切割與閉鎖，這便為綿密的縱橫分割、條塊封鎖營造了有利的氛圍，提供其舒適的溫床。

第二款 行政性壟斷對經濟自由的損害

經濟自由的意義，一言以蔽之，即經濟活動不受他人強制干預。如果一個人可以自主地進入或退出某市場，有權決定於何處購入或售出某物，隨意選擇從事什麼職業、建立什麼企業、投資什麼行業，那麼他在經濟上就可稱得上是自由的，因為在這些情況下，他都沒有受到外力的強制。

當然，經濟自由並不意味著經濟活動完全不受限制，因為不受限制的經濟自由可能會導致經濟自由本身被破壞，例如契約自由是經濟自由的重要內容之一，但如果允許限制產量、固定價格、劃分市場等契約存在，那麼經濟自由將受到莫大的損害；因此，為了保護經濟自由本身，必須對其進行適當的限制。除此之外，經濟自由也不是現代社會唯一的價值目標，其他價值目標（例如經濟民主、經濟平等、經濟安全等）與經濟自由一樣是很重要的，有時它們的重要性甚至超過經濟自由，因此為了保護其他更重要的價值目標，必要時也需對經濟自由進行一定程度的限制。

即便如此，經濟自由仍須保有一個最低限度的存在，亦即對其所進行的限制本身，也應有一定的限度。對經濟自由的絕對限制就是經濟專制，在這種情況下，任何經濟活動將無所謂自由可言，因此經濟自由不論如何必須存在於一個最低限度之上，換句話說，有些基本的自由除戰爭、重大天然災害等不可抗力因素外，是無論為了什麼目的也不得被剝奪的。

經濟自由的主要內容，包括經營自由與消費自由，而行政性壟斷對經濟自由的損害最力者，即表現在其對經營自由與消費自由所造成的直接侵害之上。

首先，經營自由是公民的一項基本權，美國憲法學者認為，經營自由是不可讓渡的個人權利之一，雖然美國憲法對此並未明確規定，但它卻是固有存在的權利¹⁶⁰。就市場經濟的自由化性質而言，經營自由本是市場主

¹⁶⁰ 參見：[美]詹姆士·安修，「美國憲法解釋與判例」，黎建飛譯，中國政法大學出版社，1994年版，第119-120頁。

體最基本的權利，關於生產何物、生產多少、何時進入、何時退出、銷售給誰、銷往何處、售價如何等等，本來都是企業自己的事，政府在通常情況下不得予以限制或干預，否則就構成對經營自由的侵犯。

在現代市場經濟的條件之下，市場主體的自由要受到一些限制，諸如關係到國家安全的軍工產品只能由特定企業生產、關係國計民生的產品價格不得過高、簽訂合併契約有時需受反壟斷法主管機關的審查等等，但即使如此，經營自由仍是現代市場經濟條件下市場主體最基本的權利。

然而，在行政性壟斷的介入之下，市場主體的經營自由權顯然受到了侵害，其中受害最明顯者，包括進入市場的權利、退出市場的權利以及銷售商品的權利等。對進入市場的限制，主要是行政審批制、行政許可制；對退出市場的限制，是指對企業破產的限制；對銷售商品的限制，則是表現在市場的封鎖、分割等條塊壟斷方面¹⁶¹。

其次，消費自由更是任何人持任何理由都不得加以侵犯的基本人權。為了公共利益的需要，對市場主體的經營自由進行某些方面的限制，的確是必要的，但若對消費者的消費自由進行強制干預，則無疑是赤裸裸地侵犯人權，此因經營者的某些經營行為事實上可能對社會的公共利益造成損害，而消費者的消費行為對社會公共利益的影響，卻鮮少有害。總之，以維護公益所需而強制消費者必須購買某些產品，或者接受某些服務的這種理由，是荒謬且無法成立的。

行政性壟斷在現實中侵害消費自由的表現，很少是由行政機關以維護公益的理由，而強制消費者購買某種產品或接受某種服務，較為常見的情況，是行政機關以保護消費者的特定利益為干預理由，強迫消費者實施其消費行為，例如有關單位以保護居民的財產安全為理由，強制要求住戶購買、安裝其指定經營者的防盜設施等。這種理由事實上是更站不住腳的，因為沒有任何一個人會比消費者本身更關心自己的利益，由此顯見行政機關的是類行為，實乃“欲加之迫，何患無詞”。

¹⁶¹ 參見：鄭鵬程，前揭註 50，第 115-116 頁。

第三款 行政性壟斷對經濟效率的減損

經濟效率的意義，是指從一個給定的投入量中獲得最大的產出。所稱投入，包括人力資源、機器、廠房、原物料等價值資本，以及土地、礦產等自然資源；所謂的產出，則是指成千上萬的不同種類商品和勞務。當然，經濟效率一詞可以運用在不同的層面，例如企業經濟效率，它是單一企業的投入與產出比率，再如社會整體經濟效率，是指整個社會的投入與產出比率。而本款內容所論，係社會整體的經濟效率。

與秩序、正義與自由一樣，效率也是一個社會的崇高價值。一個良好的社會必須是有秩序的社會、公正的社會、自由的社會，也必須是高效率的社會。既然效率是社會發展的基本價值目標，那麼法律對人們的重要意義之一，應當是以其固有之權威性的權利義務分配方式，促成效率極大化的實現¹⁶²。而行政性壟斷對經濟效率的減損，也就成為反壟斷法規範在促成社會整體經濟效率極大化的同時，不得不關注的一個重要課題。

一、大陸現代化進程的主旋律——提高經濟效率

社會主義的理想境界，是能夠創造出比資本主義更多的、足以滿足人民需要的物質文化財富，但歷史經驗表明這個理想是不切實際的。中華人民共和國成立後，開始了大規模的社會主義經濟建設，經過三十餘年的發展，不但沒有創造出比資本主義更豐富的物質生活，而且其經濟發展水準與世界進步國家的差距愈來愈大。

曾有學者以 1980 年西方進步國家和大陸的人均 GNP 為依據，對大陸與西方進步國家的差距進行如下估算¹⁶³：

¹⁶² 參見：張文顯，「法哲學範疇研究」（修訂版），中國政法大學出版社，2001 年版，第 217-219 頁。

¹⁶³ 節錄自：吳敬璉、劉吉瑞，「論競爭性市場體制」，中國財政經濟出版社，1991 年版，第 11-12 頁。

1980 年西方進步國家人均 GNP 大約 10,000 美元，中國的人均 GNP 若按官方匯率計算，則為 300 美元，前者大約為後者的 30 倍。根據世界銀行估計，即使剔除匯率所可能導致的扭曲和偏差，西方進步國家與中國在人均實際收入方面的差距，至少也在 10 倍以上。以此為基礎，假定從 1980 年起進步國家人均 GNP 每年增長 2%，中國每年增長 5%，則中國需要 121 年才能趕上這些進步國家，若按經過校正後的實際收入計算，也需要 79 年；如果進步國家每年增長 3%，中國每年增長 4%，按官方匯率計算，則需 363 年才能趕上進步國家，若按校正後的實際收入，也需要 238 年才能趕上。

儘管這只是一種預測的估算，具體數字並不一定為真，但其所反映的事實是客觀存在的。大陸與進步國家經濟發展水準的差距之所以如此大，關鍵在於大陸社會的主導價值取向在改革開放前並不是「效率」，而是「公平」，即社會的重心在於如何使“蛋糕”分得更公平，而不是如何使“蛋糕”做得更大。

當可供分配的蛋糕愈來愈小，以致有人因分不到蛋糕而挨餓之時，經濟效率的問題便引起了政府的重視與檢討，而經過一連串的改革開放舉措¹⁶⁴，大陸現階段的經濟建設及其效率，已有長足而顯著的成就和提升，且

¹⁶⁴ 回顧大陸改革開放以來，中國共產黨幾次具有重要歷史意義的會議所作出之有關決定，我們不難發現，效率問題始終是大陸極其重視的問題：1978 年 12 月，中共十一屆三中全會作出決定，要把國家的工作重心轉移到經濟建設方面；1982 年召開的中共十二大確定分兩步走，要在 20 世紀末實現國民生產總值翻兩番；1987 年中共十三大確立了“以經濟建設為中心，堅持四項基本原則，堅持改革開放”的基本路線；1992 年中共十四大明確化國家經濟體制改革的最終目標，就是要建立社會主義市場經濟體制，指出社會主義的本質就是“解放生產力，發展生產力，消滅貧窮，消除兩極分化，最終實現共同富裕”。以上決定都體現了大陸政府當局對經濟建設問題的高度重視，而經濟建設問題的根基，便是如何優化資源配置，即如何提高經濟效率的問題。關於大陸經濟體制改革的變遷，以及社會主義市場經濟體制的定調與發展，請參考：本文第二章第一節「社會主義市場經濟體制之確立」之內容，於此不予贅述。

過去人民只重公平、不講效率的觀念，亦已獲得重大改變。20世紀80年代，“時間就是金錢，效率就是生命”的口號從東南沿海開放城市逐步深入內地，將效率作為一種價值目標的新進觀念漸為大多數人民所接受，已是一個不容爭辯的事實。

二、行政性壟斷壓抑經濟效率

依照大陸部分行政機關官員的說法，地區封鎖、部門壟斷、強制聯合限制競爭等行為，是為了提高本地區、本部門的經濟效率。然而，以下的分析將說明行政性壟斷不但不會提高經濟效率，反而會導致經濟效率遭到壓抑，此因行政性壟斷會浪費資源，導致經濟福利的減損，同時也使規模經濟效應難以形成。

（一）行政性壟斷導致經濟福利的減損

行政性壟斷所導致的經濟福利損失，可用西方公共選擇¹⁶⁵學派中的競租理論（Rent-Seeking Theory）予以解釋。

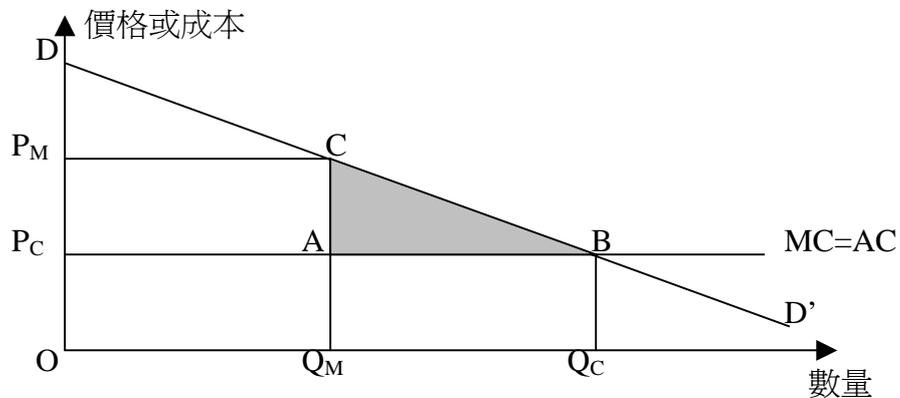
競租理論是現代經濟學一個重要的分支學說，它產生自美國，最早萌芽於20世紀60年代，並確立於70年代。所謂競租活動，是指利益

¹⁶⁵ 所謂公共選擇，又稱政治的經濟理論，是將經濟學的思考方式應用於政治學之中的一門學問。它所研究的範疇，是在個人被視為理性的前提下，有關經濟力與政治力之間的相互作用，其中心論題有四：(1)選擇的加總：康多塞(Condorcet)對於投票吊詭（指在多數決的制度中，將個體的偏好加總變為社會決策，必然會產生邏輯上的不一致，因而無法達成單一社會政策）之發現，已被認為普遍地適用於各種情形，尤其是一個決策中允許有許多個議題面向時。(2)政黨的競爭：在一般情況下，兩個同時追求選票極大化之政黨的競爭，會導致一種平衡，即兩黨皆針對選民偏好之中間分配提出類似的政策，而若有兩黨以上競爭並且各自結成聯盟時，其所提出的政綱便會有相當的差異。(3)利益團體：一個壓力團體的活動成果是一種公共財(public good)，因為即使沒有負擔費用者，亦可因它而獲益，故經濟利益一般乃是未被組織化的，但其有若干例外情形，即若該團體很小，或其成員由組織所獲者只是私有財(private good)，亦或該團體是由政府以法令強制產生者，不適用之。(4)公共行政科層組織(public bureaucracy)：由於具有提供公共服務的獨占性權力，公共行政機關易於將其政府活動拓展至較人民期望更大的程度。參見：台大網路非同步教學課程網站http://ceiba.cc.ntu.edu.tw/demo_theo_prac/database/Public_Choice.html，最近瀏覽日2005/02/21。

主體尋求直接的、非生產的收益之行爲，其手段主要是透過政府影響收入和財富分配。換言之，競租主體是各種利益主體，競租的對象是政府官員，而競租的特點是利用合法或非法手段得到占有“租金”（泛指各種非由生產而得之豐厚利潤）的特權，進而最大限度地獲得「直接的非生產收益」。可想而知的是，競租活動一般都會伴隨著腐敗行爲的產生。

競租理論強調，在政府干預的情況下，人們爲了獲得個人利益，往往不再透過增加生產、降低成本的方式來增加收益，反而把財力、人力用於爭取政府的種種優惠上，這種行爲本身存在著不確定性的特點，且其對於社會的損害往往大於租金獲得者的收益。至於具體的競租活動，除了帶有合法性質者（例如講價、施加影響）外，也包括某些不合法的競租活動（例如行賄），而有些則介於兩者之間（例如遊說、買通等手段）。

對壟斷的社會成本問題進行分析，是競租理論的重要內容之一。1954年美國經濟學家 Arnold Harberger 在『美國經濟評論』（The American Economic Review, AER）發表的「壟斷與資源配置」一文，利用消費者剩餘和生產者剩餘之概念對壟斷的社會成本進行了分析，其結論指出，壟斷所引起的經濟福利損失為下圖所示之陰影三角形面積 ABC，而這個三角形也被稱為哈伯格三角形（Harberger Triangle）。



Harberger教授的分析過程如下¹⁶⁶：

假設企業的長期平均成本對於企業和整個產業而言是不變的，用 $MC=AC$ 來表示；在完全競爭的情況下，市場的均衡產量由需求曲線 DD' 和成本曲線 $MC (=AC)$ 的交點 B 來決定，此時市場產量為 Q_C ，市場價格為 P_C 。以上圖而言，這時的消費者剩餘是面積 OQ_CBD 與面積 OQ_CBP_C 的差，也就是三角形面積 P_CBD 。

但如果上述企業由於某種原因（例如由政府給予獨占特權）而成為市場上該產品的壟斷者，那麼它為了追求壟斷利潤，將會採取限制生產量（例如降為 Q_M ）的手段，以維持較高的壟斷價格 P_M 。此時生產者剩餘便從0增加為 P_CACP_M ，而消費者剩餘則從原來的 P_CBD 下降為 P_MCD ，也就是說，由於壟斷特權的存在及作用，消費者剩餘減少了 P_CBCP_M （ $=\Delta P_CBD - \Delta P_MCD$ ）。消費者剩餘減少的其中一部分 P_CACP_M 轉移到了壟斷者手中（即生產者剩餘），這一塊面積對於社會來說並非福利損失，它代表的是福利的轉移，至於由該壟斷特權所造成的經濟福利損失，則是上圖之陰影三角形面積 ABC 。

當然，上述分析是建立在“企業自動追求成本極小化”的假設之上的，但在壟斷條件下的企業，往往可能疏於管理與創新，其雇員的努力程度亦會減低，因此壟斷所引起的經濟福利損失，還應包括企業因競爭壓力下降、經濟效率低落而產生的額外福利減損。

繼 Harberger 之後，另一經濟學者 Gordon Tullock 對壟斷的社會成本理論作了進一步修正。Tullock 教授認為，壟斷者的壟斷特權並不是神的

¹⁶⁶ 引用自：張軍，「特權與優惠的經濟分析」，立信出版社，1995年版，第4頁。

恩賜，也就是說，壟斷特權的獲取並不是免費的；既然壟斷者能從消費者手中獲得如此豐厚的利潤，那麼潛在壟斷者就會把大量資源用於尋求豐厚利潤的行為，此即前述之競租活動。

在競租活動中，競租主體的個體成本與社會成本並不一致，競租的個體成本（即競租者願意支付的競租成本）總是少於預期收益，如果競租成本大於預期收益，那麼競租者就不會實施這項競租。然而，競租的社會成本（個體競租成本之總和）往往大於租金本身，這是因為競租市場也有“競爭性”，只要有租金的存在，就有希望得到該租金的競爭參與者，而每個競爭參與者對於其他對手將花多少代價用於競租是無從知曉的，因此競租者往往會提高自己的競租投入以獲得租金，這就必定會產生社會資源的浪費¹⁶⁷。

舉例來說，如果政府對某一行業實施進入限制，規定該行業只發給一張營業許可證，並由此創造了 500 萬元的租金。設若市場上有 10 個競爭者想得到這張營業許可證，且假定競租成本為 50 萬元，那麼對於單一的競租者而言，它的預期收益為 450 萬元，對於整個社會來說，競租成本（ 10×50 萬元）恰與租金額相等。由於競爭的存在，單一競租者投入的競租成本可能高於 50 萬元（例如加碼成 100 萬元；反正預期收益是 500 萬元，花費任何低於 500 萬元的競租代價都是值得的），那麼競租的社會成本就達到了 1,000 萬元（ 10×100 萬元），這個數字是租金額的二倍，而最終結果只有一個競租者的投資得到回報，其他競租者的競租花費 900 萬元（ 9×100 萬元）就被無謂地耗散了。這些被耗散的資源，本來可以投入生產領域以產出更多的社會福利，但因為競租活動的存在，反而被分散、轉移，甚至被閒置了。

綜上，西方經濟學界對壟斷引起之社會經濟福利損失的有關理論、研究及分析，足以證明作為惡性壟斷之首的行政性壟斷確會造成社會資源浪費、導致經濟福利減損。

¹⁶⁷ 參見：胡鞍鋼，腐敗：中國最大的社會汙染，中國改革，2001 年第 4 期，第 20-21 頁。

(二) 行政性壟斷阻礙規模經濟效應的生成

行政性壟斷對經濟效率的損害，還表現在行政性壟斷阻礙了規模經濟的發展。規模經濟是工業經濟中的一種普遍規律，意指隨著企業生產規模的擴大，致使單位產品平均成本隨產量的增加而降低的現象。發展規模經濟具有十分重要的意義，它可以促進國民經濟增長，推動科技進步與創新，並提高企業的國際競爭力。

大陸的規模經濟現狀並不理想，不僅企業的相對規模小，而且很多規模效應比較顯著的產業，均未達到最低有效規模效益標準¹⁶⁸。規模經濟效應的發展不良，主要是行政性壟斷造成的，是地區封鎖、部門分割等行政性限制競爭行為遏抑了大陸的規模經濟效應。

首先，行政性壟斷導致了 X 無效率 (X-inefficiency) 的產生，企業難以透過自身的資本累積來實現規模經營。

所謂 X 無效率，是美國經濟學家 Harvey Leibenstein 用以反映企業內部效率低下狀態的基本概念。Leibenstein 教授認為免受競爭壓力的被保護者 (例如地區封鎖範圍內的地方企業)，不但會產生市場配置低效率，而且還會產生另一種類型的低效率，即免受競爭壓力的企業明顯存在超額的單位生產成本，因為當時這種低效率的性質尚不明確，故稱之為 X 無效率。

X 無效率在進步國家的具體表現，通常產生於規模較大的壟斷性企業。由於壟斷企業的競爭壓力較小，企業內各個利益團體的行為，會偏離追求最大利益和資產增值之企業目的，而去追求各團體的自身利益，這將導致企業效率下降、創新意願低落；除此之外，企業規模過大也會引起企業內部協調和資源分配的組織成本增加，當它超過了外部的交易成本時，X 無效率就會產生¹⁶⁹。

¹⁶⁸ 參見：陳秀山，「現代競爭理論與競爭政策」，商務印書館，1997 年版，第 210 頁。

¹⁶⁹ 參見：張澤榮 主編，「20 世紀的經濟學發現」，經濟科學出版社，2000 年版，第 348-351

大陸企業的規模普遍較小，理論上不存在X無效率的問題，然而實際上X無效率在大陸的各類企業（尤其是國有企業）中卻相當普遍，究其原因，實乃行政性壟斷的存在所致。在行政性壟斷的條件下，由於其他地區、其他部門的商品很難進入本地區、本部門市場與本處商品進行競爭，因此本處企業根本就沒有競爭壓力，缺乏創新的動力與誘因。此外，X無效率在企業集團¹⁷⁰中也同樣存在，且企業集團中的X無效率現象也是行政性壟斷所造成的。大陸的企業集團絕大部分是政府以“拉郎配”的方式，將複數個企業強行捆綁合一而成，而“拉郎配”既然違背了企業的自主意願，則透過此一方式組建之企業集團的效率低落，甚至集團成員間彼此貌合神離，使得集團內部的交易成本常常高於外部交易成本，抑制了規模經濟效應的現象，也就顯得理所當然了。

其次，行政性壟斷使企業的經營活動侷限於狹隘的市場範圍內，企業因此缺少規模經營所需的外部條件。

撰寫『國富論』的英國經濟學者Adam Smith曾指出，市場範圍和市場容量限制了勞動分工和企業規模大小，只有當某種產品的需求隨市場範圍擴大而增長到一定程度時，專業化的生產者才能實際出現，大規模的生產經營才有存在的實質經濟意義¹⁷¹。

申言之，規模經濟的成長需要以較大的市場範圍和市場容量為前提條件，然而由於行政性壟斷的存在，大陸本應統一的大市場變成了若干條條分割、塊塊封鎖的小市場，使企業的生產經營活動只能侷限於本地區、本部門的狹隘市場範圍內，既不能從本處市場以外籌措大規模投資和生產經營所需要的資金、物料和能源，也無法跨越地方政府、主管部

頁。

¹⁷⁰ 所謂企業集團，是指企業聯合的一種形態。集團是由一群具有共同利益和特殊密切關係的企業所組成，其組成成員彼此間通常有相互參股或控股關係，但各成員一般都是獨立的法人公司；集團成員間的產品和經營方向既有相互配合者，也有差別甚鉅者；在大陸的現實經濟中，企業集團通常包括金融公司、製造業公司等各種公司、企業。參見：企業集團及其相互間關係，亞商法律頻道網<http://law.asiaec.com/wenzhang/11024895/20041215/89566.html>，最近瀏覽日 2005/02/22。

¹⁷¹ 參見：戚聿東，「中國現代壟斷經濟研究」，經濟科學出版社，1997年版，第172頁。

門所劃定的市場範圍銷售其產品，實現其商品價值。如此一來，即使某些企業具有急欲累積能量、擴充市場的主觀期待，想在經營的制高點上進行大規模的生產，它們也只能夠“望市興歎”，不得不在現存之拘束條件下維持小規模的生產經營，或者將資源轉向投資少、見效快的其他經營項目，也就是說，即便再有潛力的企業，受到外部環境條件的如此限制，也要被迫放棄追求規模經濟效應的實現。

第四款 行政性壟斷造成的經濟損失估計

根據競租經濟學的分析，壟斷會扭曲資源的有效配置，從而造成兩類損失，一類是社會福利損失（即前述之哈伯格三角形），另一類是消費者損失，即消費者轉移給壟斷生產者的剩餘。從表面上看來，消費者剩餘只是財富的轉移，並沒有造成社會福利損失，然而 Tullock 教授的研究卻顯示，由於競租（甚至護租）所造成的龐大成本，將使得由壟斷特權而獲得之租金最終會被耗散，結果也造成了社會福利的損失。

大陸著名的國情研究學者胡鞍鋼教授，曾將以上的經濟理論套用至行政性壟斷，對行政性壟斷所造成的經濟損失進行過若干估計。

首先，胡教授認為根據Harberger和Leibenstein等人的研究，壟斷所造成的社會福利損失（哈伯格三角形）其實很小¹⁷²，因此其估算對象主要是針對消費者的損失。在大陸，行政性壟斷所造成的租金可以分為兩個部分：其一，是在壟斷價格中體現出來的消費者損失（即剩餘的轉移）；其二，是壟斷者巧立名目非法收取的各項費用，將自身低效營運的成本強加給廣大消費者。據此，胡教授曾經針對存在部分行業之行政性壟斷所創造的租金，進行過概略的估算。2000年，胡教授利用競租理論計算出90年代後期部分壟斷行業因壟斷定價而獲得的租金（見表4-1）；2002年，他又

¹⁷² 參見：過勇、胡鞍鋼，行政壟斷、尋租與腐敗—轉型經濟的腐敗機理分析，經濟社會體制比較，2003年第2期，第65頁。

根據官方的統計資料，計算了部分壟斷行業在 1998 年至 2001 年間收取的各類非法費用（見表 4-2）。

表 4-1：1995—1998/9 年大陸部分壟斷行業的租金估算

壟斷行業	租金額（億元人民幣／年）	占 GDP 比重（%）
電力行業	560~1120	0.75~1.50
郵電通信業	215~ 325	0.29~0.43
民航業	75~ 100	0.10~0.13
醫療機構	75~ 100	0.10~0.13

註：按現價計算；GDP按 75,000 億元計算。資料來源：胡鞍鋼，腐敗：中國最大的社會污染，國際經濟評論，2001 年第 2 期，第 29 頁。

表 4-2：大陸部分壟斷行業非法收入估算

壟斷行業	年份	非法收入（億元）	占 GDP 比重（%）
電力行業違法收取資費	1998—1999	27.4	
電信行業違法收取資費	1998—1999	21.7	
居民生活用電同價減輕 農民負擔	2001	350	0.37
打擊醫藥購銷不正之風 減輕患者負擔	2001	101	0.11
價格收費違法案件	2001	31.5	0.03

資料來源：胡鞍鋼、過勇，從壟斷市場到競爭市場：深刻的社會變革，改革，2002 年第 1 期，第 22-23 頁。

其次，行政性壟斷所創造之租金的用途（即其耗散管道），包括承擔壟斷企業低效經營的鉅額成本、供應壟斷企業的職工薪資福利，並作為壟斷行業之政府主管部門的非正式支出來源¹⁷³。根據統計，雖然大陸壟斷行

¹⁷³ 行政性壟斷所創造的租金有相當一部分被上繳給該行業的政府主管部門，成了這些部門辦公支出、職工福利、基礎設施建構（在各地設置各種賓館、招待所、培訓中心等）、組織出外旅遊、

業的勞動生產增長率大大低於全國的平均水準¹⁷⁴，但其職工的薪資水準卻遠高於全國平均水準，換句話說，行政性壟斷所創造的鉅額租金，為壟斷者的低效營運和高額工資提供了充足的經濟後盾（有關壟斷行業高額工資所耗散的租金估算，見表 4-3）。

表 4-3：行政性壟斷行業職工工資耗散的租金（2000 年）

行業	職工平均工資（元）	全國平均工資（元）	超出全國平均（元）	職工人數（萬人）	耗散租金（億元）
電力、煤氣及水生產與供應	12830	9371	3459	281.8	97.5
郵電通信業	16359	9371	6988	113.2	79.1
航空運輸業	23454	9371	14083	11.7	16.5
鐵路運輸業	13920	9371	4549	187.1	85.1
合計					278.2

資料來源：「中國統計年鑒」（2001）第 116、135、140 頁。

第五款 法律是控制行政性壟斷的主要手段之一

行政性壟斷是一種制度性的、具有減損競爭功能的壟斷情形，行政性壟斷之所以有著巨大的破壞力，其原因是與行政性壟斷主體所擁有的行政

幹部出國考察等非正式預算開支的一項重要來源，這也解釋了某些政府部門主動創造租金的激勵來源之所由。參見：Xiaobo Lv. 2000: “Booty Socialism, Bureau – preneurs, and the State in Transition: Organizational Corruption in China”, *Comparative Politics*, April 2000.

¹⁷⁴ 假設就勞動生產的效率指標而言，鐵路以人均客、貨運收入為替代指標，電力以人均發電量為替代指標。在 1996 年，按 1985 年價格計算的鐵路客、貨運人均收入為 13,048 元，比 1985 年的人均 10,689 元提高 22.06%，年均增長 1.8%；電力行業的勞動效率在 1996 年為人均 47.28 萬千瓦時，比 1985 年的人均 27.38 萬千瓦時增長 72.68%，年均增長 5.1%；同期，大陸人均 GDP 增長 1.4 倍，年均提高 8.3%，與之相比，鐵路行業勞動生產率的增長速度約為全國平均水準的 1/5，而電力行業勞動生產率的增長速度約為全國平均水準的 3/5。參見：劉樹傑 主編，「壟斷性產業價格改革」，中國計劃出版社，1999 年版，第 7 頁。

權力密不可分，對於如此不當行政的控制，必須透過政治、法律、經濟等三方面的手段綜合運用，而非單純地訂定一、二個法律就可加以解決。

解決行政性壟斷問題，首先要從政治層面著手，即以憲法的形式確立包含著市場經濟內容的國家經濟制度。其次，是要求政府轉換職能，全面從微觀經濟領域撤退，以避免政府及其行政機關直接或間接地做出與市場經濟秩序相牴觸的事。據此，大陸憲法在 1993 年的修正案中已明確規定「國家實行社會主義市場經濟」且「國家依法禁止任何組織或個人擾亂社會經濟秩序」，這說明大陸已在經濟制度層面上否定了行政性壟斷。接下來的工作，是將否定行政性壟斷的任務具體落實，也就是對從事行政性壟斷的政府及其行政機關進行違憲審查¹⁷⁵。

除政治手段以外，控制行政性壟斷的更重要角色是法律手段，它是解決行政性壟斷問題的核心內容。法律手段的運用，一是要建立一套反映市場經濟秩序的實體法，例如反壟斷法、公司法、反不正當競爭法等，二是要完善行政訴訟和民事訴訟程序，對行政性壟斷主體進行民事制裁和刑事制裁。至於以法律解決行政性壟斷問題的更深一層核心任務，便是要制定反壟斷法，因為反壟斷法有締造和維護市場經濟新秩序的重大功能¹⁷⁶。

最後，經濟手段的運用也是不可或缺的重要一環。所謂經濟手段，就是要進行財政制度革新，實行分稅制的改良，以抑制產生地區封鎖的經濟原因，克服現存嚴重的市場割據問題，進而建立全國統一的市場。

綜上，法律必須扮演控制行政性壟斷的主要角色，但法律並不是控制行政性壟斷的全部角色，它還需要政治手段與經濟手段的配合，三者交互作用、彼此影響，才能有效消滅行政性壟斷的現實存在，並預防將來可能出現之多樣化的新形態行政性壟斷。

¹⁷⁵ 參見：曹士兵，前揭註 76，第 247-248 頁。

¹⁷⁶ 反壟斷法何以具有締造和維護市場經濟新秩序的功能，已於前文論及，相關內容請參考：本文第三章第一節第三款「經濟體制轉軌過程中必要的法制建設」之內容，故於此不贅。

第五節 其他國家之立法經驗借鑒

第一款 市場經濟國家之行政性壟斷及法律規制示例

一、市場經濟國家的行政性壟斷

市場經濟國家的行政性壟斷，主要體現在資本主義的前期。西歐國家在早期的商業復興運動後，自由市場體制雖有了相應的發展，但同時產生的保護主義思想，也形成了一種對自由經濟進行行政壟斷的現象。

18世紀歐洲的重商主義者¹⁷⁷尤其強調國家的作用，強烈要求建立統一的民族國家，並採取各種干預經濟的政策和措施，以利於保護對外貿易。他們主張國家頒布商業、工業法令，鼓勵產品出口，禁止貨幣輸出和產品進口，這種保護主義導致了最早也最嚴重的行政性壟斷。以英國和法國來說，按照當時的經濟政策，她們具體表現出來的行政性壟斷主要有三¹⁷⁸：

(一) 賦予某一行業特權，採取發布禁止進口工業製品的禁令等封閉政策。

民族國家出現後，一方面在其疆域內部廢除域內關卡和交易卡哨，另一方面賦予某些行業有關特權，即當某些新興行業一旦出現，便宣佈禁止進口該企業能夠生產之商品的命令，或者實行保護關稅政策，從而限制外國工業品的輸入，使得16到18世紀這一時期的特徵，是到處禁止進口工業產品。

¹⁷⁷ 重商主義產生於18世紀的歐洲，它主張一國的國力奠基於透過貿易順差(出口額大於進口額)所能獲得的財富。重商主義者認為得到這種財富的最好方法，是由政府管制農業、商業和製造業，並發展對外貿易壟斷，透過高關稅率及其它貿易限制來保護國內市場，再利用殖民地為母國的製造業提供原料與市場。Adam Smith在其著作『國富論』中抨擊了重商主義，他提倡自由貿易和開明的經濟政策，但直到19世紀中葉英國才廢棄以重商主義哲學為基礎的經濟政策。參見：蕭全政，政治經濟學基本原理(一)，知識台灣電子報網站

<http://enews.url.com.tw/archiveRead.asp?scheid=20216>，最近瀏覽日 2005/02/27。

¹⁷⁸ 參見：姜彥君，前揭註49，第79-80頁。

(二) 給予新興企業在特定區域生產、出售產品的壟斷權，限制其他企業參與競爭。

17 到 18 世紀間，各國都努力引進本國還沒有的新興工業，爲了鼓勵這些新興工業的發展，各國都給予這些企業在特定區域內生產、出售該產品的壟斷權。這種壟斷權阻止了外來產品的競爭，也使特定的企業處於一種經濟優勢地位，使後來參與者無法與之競爭。

(三) 國家介入商品流通領域，提供利用權力機制對商品進行選擇的機會。

國家規定了原料和產品的材質、尺寸與重量，設置了對產品強制查核的政府機關，並且對用於生產的勞動工具也作了詳細的規定，使得權力擾商的機會大大地提升。

此外，作為近代典型之發達資本主義國家的美國，雖然沒有中世紀西歐國家的封建割據歷史，也不像社會主義國家般實行過計劃經濟，但她還是不可避免地有著行政性壟斷的存在，並且其反壟斷法的產生就與行政性壟斷有著密切的關係¹⁷⁹。

19 世紀後期，美國出現了一種企業聯合的初級形式——普爾 (pool)，它是以生產和資本實力較為雄厚的企業為核心之企業間協議，協議內容多關於產品價格及銷售量，參與協議的企業必須簽字守約，違反者會被課以罰金。但是，各企業爲了自身的利益，常常偷偷摸摸地降低價格促銷，因而往往使普爾無法維持下去，因此便有企業要求政府官員直接介入普爾，以其手中的權力維持該協議聯盟。

1875 年發生了一個有名的普爾案件——威士忌酒聯盟案，其案件事實的概況是：政府官員規定參加“威士忌酒聯盟”普爾協議的企業，可就其產量的 50% 免繳酒稅 (70 cents per gallon)，免稅額的一半由企業自行回收，

¹⁷⁹ 參見：吳漢洪，前揭註 67，第 87 頁。

另一半則落入組織聯盟之共和黨議員的口袋¹⁸⁰。

在此事件中，消費者被聯盟的高價所剝削，而政府的稅收竟被官員中飽私囊，最嚴重的則是中小企業和潛在的競爭者遭到限制，無法自由定價和擴大經營。後來這一事件被媒體披露，引發公眾對普爾之類的壟斷行為大加撻伐，最終涉案者受到制裁，聯盟也隨之垮台。

美國是一個移民國家，早期移民信奉新教教義，認為每個人應當自己努力累積財富以答謝上帝，因此不能容忍任何阻礙人民致富的行為，輔以人們自由創業和自由擇業的現實環境薰陶，大多數美國人便培養出自由競爭的意識。因而當 19 世紀後期經濟中出現壟斷趨勢時，信奉此一主流意識以及身受壟斷之害的公眾，便自然而然地憤起與之抗衡，從而催生了美國的反壟斷法。

二、美國反行政性壟斷的法律規範

美國反壟斷法通常以一個較為抽象的詞“person”，來指代其適用對象，而不對其適用對象作出具體規定。例如美國最早（也是世界最早）的反壟斷法——謝爾曼法（Sherman Act），該法對其適用對象所採用的詞語就是“every person”¹⁸¹，但這個詞語的指代對象是否包括行政機關，美國聯

¹⁸⁰ 參見：王曉暉，「企業合併中的反壟斷問題」，法律出版社，1996 年版，第 276-277 頁。

¹⁸¹ The Sherman Antitrust Act: Section 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. *Every person* who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court; Section 2. *Every person* who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

邦最高法院在幾個著名的案件中曾經作過闡釋。

1943年，聯邦最高法院在Parker v. Brown¹⁸²一案中，提出了「州行為學說」（The State Action Doctrine），即州本身的行為可以得到反壟斷法的豁免，各州為實施其經濟政策而頒布的法規據此即可不受聯邦反壟斷法的制約；但依照這個判決，企業不能因執行州政府的法規而違反聯邦反壟斷法，否則就是違反了聯邦法優於州法的原則。因此，美國各州雖然有權制定本州的市場競爭規則，但它們卻不能使企業的行為因而背離謝爾曼法和聯邦的其他競爭法規。

聯邦最高法院於爾後的判決，特別是1980年關於Midcal¹⁸³一案的判決中，其前述觀點有所改變，承認企業以及州政府的所屬機構為貫徹和執行州政府法規之行為，可以得到聯邦反壟斷法的豁免，但這種行為應經州政府以法律形式明確認可，且必須在州政府的監督之下進行。據此，州政府的所屬機構不能因為具有政府實體的地位，其行為就可以自動地得到聯邦反壟斷法的豁免。

不僅如此，美國在1984年通過“地方政府反壟斷法”（The Local Government Antitrust Act）¹⁸⁴之前，根據聯邦最高法院的判決，反壟斷法所指的“person”也包括在訴訟中作為被告的市政機關，這代表美國的聯邦反壟斷法和其他聯邦法令一樣，對違法者實施的民事和刑事制裁同樣適用於市政機關，亦即行政單位限制市場競爭的行為無法從聯邦反壟斷法中得到豁免。而在地方政府反壟斷法頒布後，地方政府雖可從聯邦反壟斷法的三倍損害賠償之訴中得到豁免，但這並不意味它們可從禁令及衡平法的

¹⁸² Parker, Director of Agriculture, et al. v. Brown, 317 U.S. 341(1943); American Bar Association, Antitrust Law Developments (Fifth), Vol. II, pp.1213-1222, 2002.

¹⁸³ California Retail Liquor Dealers Assn v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S. 97, 105 (1980); City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co., 435 U.S. 389, 412, 413 (1978).

¹⁸⁴ See. The web site of United States Department of Justice Antitrust Division: <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm#c1j>，最近瀏覽日 2005/05/28。

其他救濟也得到豁免¹⁸⁵。

三、歐盟反行政性壟斷的法律規範

對行政性壟斷的法律規制，已不只限於國內法，而且擴展到了國際法的層面。當前對行政性壟斷進行規制的最典型國際法規範，要屬歐盟條約中的競爭法規範。

在歐盟成員國內，存在大量的國有企業，尤其是在屬於國民經濟基礎設施的經濟領域，例如能源經濟（電力、天然氣和煤炭）、電信、郵政以及鐵路、航空等交通運輸等，國有企業更是普遍地存在。國有企業的經營行為，常與國家的行政管理產生聯繫，這種行政管理既可以作為公法人（社團或者機構）的任務，也可以公司法的法律形式（股份公司或有限責任公司）進行。與私人企業相較，作為國家行政管理之一部分的國有企業，往往同時有主權的職能和企業的職能¹⁸⁶。由於國有企業集行政管理權與經營權於一身，因此在歐盟成員國內，也常出現近幾年在大陸不斷發生之國有企業濫權限制競爭的情況，其中較具有代表性的案件，包括比利時電信公司（RTT）限制競爭案以及法國庫博（Corbeau）公司案¹⁸⁷。

RTT 是比利時的一家國有企業，根據比利時的法律，RTT 作為國有電信壟斷企業，擁有建立和經營電信網路的特權。此外，RTT 還享有制定電信設備技術標準的特權，因此只有 RTT 提供或者批准使用的電信設備才能與電信網路相連接。然而，在歐洲電信終端設備市場（包括電話機、電報機、傳真機以及其他的自動化通訊設備器材）的領域，競爭者已經出現，因此 RTT 擁有的特權不符合歐盟競爭法中公平競爭和機會均等的原則。

¹⁸⁵ American Bar Association, *Antitrust Federalism: The Role of State Law*, Monograph No. 15, 1988, P.71.

¹⁸⁶ 參見：Mestmaecker，德國與歐共體經濟法中的國有企業，「反壟斷法與市場經濟」，王曉曄編，法律出版社，1998年9月第1版，第108-109頁。

¹⁸⁷ RTT案與Corbeau案之內容介紹，節錄自：王曉曄，歐共體競爭法中的國有企業，外國法譯評，1999年第3期，第67-68頁。

歐洲法院認為，RTT與消費者訂立契約時，強迫對方購買其指定的電信終端設備，這是將其在電話服務市場的壟斷權不合理地擴大到電信終端設備市場，從而違反了歐盟條約第 82 條（d）之禁止強加不合理交易條件的規定¹⁸⁸；由於RTT擴大壟斷權的做法是基於比利時的法律，因此比利時違反了條約第 86 條第 1 項之會員國立法配合義務¹⁸⁹。

另一著名案例，是法國的 Corbeau 案。Corbeau 是一家提供快遞服務的公司，它的服務不僅比國家郵政（Regis des Postes）更迅速可靠，而且還允許客戶不斷變更郵遞地址。由於 Corbeau 是法國國家郵政的競爭者，因此法國郵政便企圖阻止 Corbeau 的業務活動，並威脅對其提起刑事訴訟。

歐洲法院在 1993 年的該案判決中指出，法國郵政在全國範圍以統一的價格提供服務，是一個為普遍經濟利益服務的企業，但私人企業仍然可以在這個壟斷企業所力不能及的領域，或者其經濟效率低下的領域參與競爭，而 Corbeau 所提供的服務即屬於此，且這種服務不會損害國有企業基本

¹⁸⁸ EC Treaty: Article 82. Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

¹⁸⁹ EC Treaty: Article 86. 1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article 12 and Articles 81 to 89. 2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, insofar as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community. 3. The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States.

服務的經濟穩定性。因此，法國郵政制止Corbeau向社會提供特殊郵遞服務，是不合理地擴大其壟斷權，違反歐盟條約第 82 條之濫用市場優勢地位的規定¹⁹⁰。

顯然，RTT 公司強制要求消費者購買其指定產品的行為，與大陸公用企業的強制購買行為，並無性質上的差別；而類似 Corbeau 公司的遭遇，不少大陸企業亦有類似的經驗。

對於國有企業利用行政管理權限制競爭的行為，歐盟各成員國的國內法處理態度是不同的。有些成員國規定無論是否為國有企業，其限制競爭的行為應一律適用競爭法的規定，例如德國的營業競爭限制防止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) 第 130 條第 1 項規定：「本法亦適用於公共部門所有或由公共部門管理或經營的企業…。」第 2 項規定：「本法適用於一切在本法適用範圍內產生影響的限制競爭行為…。」據德國學者Mestmaecker指出，在司法實務中GWB對於具市場支配地位的企業所設置的規範，主要是適用於國有企業¹⁹¹。至於另外一些成員國，尤其是國有企業在國民經濟中所占比重較大的國家（例如法國、義大利等），通常對於國有企業受到競爭法規制會採取較為抗拒的態度，這並不利於歐盟統一市場之公平競爭秩序的維護。

成員國對國有企業的不同態度，經過了長時間的談判，終於達成了妥協，而妥協的結果就是歐盟條約第 86 條的形成¹⁹²，這條規定是專門針對國有企業的。除此之外，歐盟條約還有一些適用於非國有企業的競爭法規範¹⁹³，也同樣適用在國有企業身上，換句話說，所有參與歐盟內部經濟活動之供、產、銷任一環節的經濟組織，無論其為公有亦或私有，也不管它是獨立的法人或非法人團體，皆屬歐盟競爭法意義上的企業。若這些企業

¹⁹⁰ 同註 188。

¹⁹¹ 參見：Mestmaecker，前揭註 186，第 109 頁。

¹⁹² 同註 189。

¹⁹³ 例如Article 81-82 of EC Treaty，規定之內容請參見：歐盟執委會網站

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/entente3_en.html#article，最近瀏覽日 2005/02/28。

對歐盟內部的競爭進行了限制，或實質性地對競爭產生了影響，就可適用以歐盟的競爭法規範¹⁹⁴。

由於大多數成員國都有自己的競爭法規範，而歐盟的競爭法又對成員國國民具有直接的適用效力，即成員國國民和企業可以根據歐盟競爭法的規定，向所在國法院提起訴訟，要求實施限制競爭者賠償其經濟損失。因此，在一個國家內就有兩套競爭法規範同時在發揮作用。若國內法與歐盟競爭法的內容不一致，導致在司法實踐中發生法律適用方面的衝突，那麼應以歐盟競爭法的規範效力為優先¹⁹⁵。

根據歐盟競爭法及法院判例，歐盟執委會與歐洲法院處理了大量國有企業利用行政管理權限制競爭的案件。其中許多國有企業雖援引歐盟條約第 86 條第 2 項的規定，為自己的行為抗辯或請求豁免，而在歐盟的能源、交通、電信、郵政等服務業之經濟領域被引入競爭機制的過程中，某些成員國也確實以壟斷企業從事“具有普遍經濟利益的服務”，並且“執行國家委託之特殊任務”為由，要求對這些企業給予豁免，但歐盟執委會和歐洲法院對條約第 86 條第 2 項的解釋極為嚴格，因此迄今仍少有成員國的國有企業享受到豁免待遇¹⁹⁶。

第二款 體制轉軌國家之行政性壟斷及法律規制示例

一、體制轉軌國家的行政性壟斷

體制轉軌國家是指由計劃經濟向市場經濟轉換制度的國家，以東歐各國、俄羅斯等最為典型。這些國家在高度集中的計劃經濟體制下形成了行政性壟斷，例如作為前蘇維埃聯邦共和國成員之一的俄羅斯，曾實行高度

¹⁹⁴ 參見：程建英，歐洲經濟共同體競爭法對國營企業的特殊規定，外國法譯評，1993 年第 2 期，第 39 頁。

¹⁹⁵ 參見：阮方民，「歐盟競爭法」，中國政法大學出版社，1998 年 5 月第 1 版，第 81-87 頁。

¹⁹⁶ 參見：王曉曄，前揭註 187，第 69-71 頁。

集中的計劃經濟，即國家經濟管理機構對整個國民經濟實行高度集中的統一計劃，這種高度集中的計劃經濟表現為國家透過指令性管理體制，控制生產、流通、分配與消費的整個社會經濟循環過程。具體舉例來說，俄羅斯 2% 的工業企業卻生產全部工業品的 40%，創造利潤的 50%，且很多產品集中在一、二個企業生產¹⁹⁷，這種高度的計劃經濟形成了根深柢固的行政性壟斷。

反行政性壟斷，是從計劃經濟體制向市場經濟體制轉軌的過程中，一個重要而不可避免的任務。在轉軌過程中，由於受計劃經濟體制遺毒的影響，經濟發展不平衡與地方利益的擴張，導致一些地方和部門濫用手中權力干預經濟，限制商品的自由流通，從而導致市場經濟的形成過程受到阻滯。因此，國家就要採取更高一層的權威力量——法律手段，對行政性壟斷行為進行規制。

綜觀各轉軌國家的行政性壟斷，包括地方保護、部門壟斷、權力經商等形式均相當突出，人們在市場經濟的形成過程中，過分關注眼前的既得利益，都自私地為地方、部門、行業與個人利益採取利己行動，從而出現了“關卡林立、商路不暢”的現象，這不僅對本國統一市場的形成有所不利，對國際貿易的全球化發展也有害¹⁹⁸。因此，必須建立起統一的市場規則，消除行政性進入障礙，進一步保護市場經濟的形成，而反行政性壟斷的法律規制——制訂完善的反壟斷法，便為統一市場之促進奠定了堅固的法律基石。

俄羅斯、烏克蘭、匈牙利、保加利亞等國在體制轉軌的過程中，都已相繼制定了反壟斷法，並在其中對行政性壟斷進行了相關規制，例如匈牙利在 1990 年制定的《禁止不正當競爭法》第 63 條第 1 項規定：「如國家行政機構的決議損害了競爭的自由，競爭監督機構可作為一方當事人請求

¹⁹⁷ 參見：劉嗣明、郭晶等，「當代世界市場經濟模式」，廣東旅遊出版社，1996 年版，第 558 頁。

¹⁹⁸ 參見：姜彥君，前揭註 49，第 82 頁。

法律救濟。¹⁹⁹」其次，保加利亞在 1991 年頒布的《保護競爭法》第 4 條規定：「凡國家行政機關和地方機構明示或默示作出可產生某種壟斷地位的決定，或者該決定事實上可導致這種地位，從而嚴重損害自由競爭或自由定價，得予以禁止。²⁰⁰」兩國雖對國家行政機關限制自由競爭的行為，進行了反壟斷規制，但相較之下，俄羅斯、烏克蘭兩國對行政性壟斷的規範顯得更完善，以下便著重在介紹俄、烏兩國之反行政性壟斷的法律規定。

二、俄羅斯反行政性壟斷的法律規範

作為轉軌國家代表的俄羅斯，其反壟斷法對行政性壟斷的規制最為明確、具體。俄羅斯反行政性壟斷的法律規定，集中於《關於競爭和在商品市場中限制壟斷活動的法律》之中，該法制定於 1991 年，迄今經過數次修改，是俄羅斯最早制定的市場經濟法律規範之一。俄羅斯競爭法的主要特點，是它不僅僅適用於企業，並且適用於國家行政機關。該法第 2 條對其適用範圍作了非常明確的規定：「本法適用於影響俄聯邦各商品市場中之競爭的各種商務關係。這些商務關係是指俄羅斯和外國的法人、聯邦行政權力機構、俄聯邦各部門的行政權力機構和各市政當局以及自然人參與的商務關係。」

俄羅斯《關於競爭和在商品市場中限制壟斷活動的法律》用三個條款對行政性壟斷進行規制，其主要內容為²⁰¹：

（一）對行政機構抑制競爭之法令與行為的規制（第 7 條）

1. 對行政機構發布之限制競爭法律法令的禁止

聯邦行政權力機構、俄羅斯聯邦各部門的行政權力機構、各

¹⁹⁹ 參見：王曉曄，前揭註 61，第 82 頁。

²⁰⁰ 同註 199。

²⁰¹ 本項關於俄羅斯反行政性壟斷之法律規定的介紹，主要是依據該國於 1995 年修法後的版本，內容節錄自：《各國反壟斷法匯編》編選組，「各國反壟斷法匯編」，人民法院出版社，2001 年 1 月第 1 版，第 592-600 頁。

市政當局發布的法令或採取的行動，若限制經濟實體的自主權，歧視或偏袒特定的經濟實體，導致或可能導致抑制競爭或損害經濟實體或公民利益者，應予禁止。這些法令或行動包括在任何行業或產業中限制創建新的經濟實體，或者對實施某種活動、製造某些類型商品之行為強加禁令，但由俄羅斯聯合法規預先規定禁令者，不在此限。

2. 行政機構不得在任何領域中無理由地阻礙經濟實體的活動

- (1) 不得禁止經濟實體從俄聯邦的一個區域（共和國、地帶、地區、城市、市區）到另一個區域進行銷售（購買、交易、收購），或者在其他方面限制經濟實體進行以上銷售行為的權利。
- (2) 不得對經濟實體下達指令，要求對特定買方（消費者）團體優先供給商品或優先簽訂契約，而不顧俄聯邦的法規和正式法令所規定的優先順序。
- (3) 不得在任何活動領域之中，無正當理由地阻礙創建新經濟實體。也不得無理由地授予利益給特定或若干經濟實體，使這些實體與在同一商品市場中運行的其他經濟實體相比，處於更優越的特權地位。
- (4) 對經濟實體的形成、重組和停業（在反壟斷法規定的場合）所發布的決策，以及授予一個或若干經濟實體的特權，在俄聯邦立法機關之法令未作規定的情況下，都必須經過反壟斷當局的批准。

3. 對出於製造和銷售壟斷商品之目的而設立機構的限制

禁止出於製造和銷售壟斷商品之目的而設立部、政府委員會或其他聯邦行政權力機構、俄聯邦各部門的行政權力機構或者各市政當局。禁止將聯邦行政權力機構、俄聯邦各部門的行政權力機構或者各市政當局的職能與經濟實體結合起來。禁止將上述機構的職能

和權力，包括政府監察機構的職能和權力，授予經濟實體，但立法機構之法令已有規定者，不在此限。

（二）對行政機構抑制競爭之協定的規制（第8條）

一個聯邦行政權力機構、俄聯邦部門的行政權力機構或市政當局與另一個聯邦行政權力機構、聯邦部門的行政權力機構或市政當局達成的任何形式協定（協同行動），如果導致或可能導致抑制競爭或損害其他經濟實體或自然人的利益時，可根據已建立的程式被全部或部分禁止，或被宣佈為無效。這些協定是指可以產生下列後果者：

1. 抬高、壓低或操縱價格（價目表）。
2. 劃分市場範圍、總銷售額或購買額、所售商品的等級或賣方或買方（消費者）集團。
3. 限制經濟實體進入市場或將其排除在市場之外。

（三）對權力經商的規制（第9條）

不允許國家權力機構和國家行政機構的官員，參與企業性活動並禁止其從事下列活動：

1. 參與自主的企業活動。
2. 擁有企業。
3. 在一個公司或合夥機構的全體會議上，直接或透過代表行使賦予其所持有的股票、捐贈、股份或共用股份之表決權。
4. 在一個經濟實體的管理機構中佔有一個職位。

據有關的統計資料表明，俄羅斯反行政性壟斷的執行工作是卓有成效的。1994年，反壟斷機關共查處行政性壟斷案件881件（僅是違反該法第7條者），占當年全部反壟斷案件（3,720件）的24%，其中提起訴訟的有331件，占當年全部反壟斷訴訟案件的23%；1997年，大約有1,400起行

政性壟斷案件受到查處，其中有 585 件被提起訴訟；1998 年，各級反壟斷機關共查處了 1,737 件行政性壟斷案件，僅次於濫用優勢支配地位的案件（1,881 件），占當年全部反壟斷案件（5,988 件）的 29%；1999 年，各級反壟斷機關查處的行政性壟斷案件共有 1,719 起，其中 646 起被提起訴訟，受到判決的有 444 起²⁰²。

三、烏克蘭反行政性壟斷的法律規範

作為轉軌國家另一個典型代表的烏克蘭共和國，在 1992 年 2 月頒布了《禁止壟斷和企業活動中不正當競爭行為法》，並於 1995 年 7 月進行過修法。這部法律的許多內容與發達國家的反壟斷法一樣，對經濟性壟斷進行了有關規制，而該法的另一項重要內容，就是反行政性壟斷。

根據該法第 6 條規定，行政性壟斷行為主要是指國家權力機構和行政機關對個別企業的歧視行為，它們包括²⁰³：

- （一）出於限制競爭之目的，禁止某個經濟領域建立新企業或企業的其他組織形式，以及限制某種活動或者某種產品的生產。
- （二）強迫企業加入某聯合體、康采恩、跨行業跨地區以及其他之企業集團，或者強迫企業訂立優惠契約，承諾向某些消費集團提供價格便宜的商品。
- （三）作出可導致市場壟斷地位之由中央分配商品的決議。
- （四）發布禁止在共和國某地區銷售來自其他地區商品的命令。
- （五）向特定企業提供稅收或其他方面的優惠，據此使它們相對於其他企業，具有更優勢的地位，導致特定商品市場的壟斷化。
- （六）限制企業購買或者銷售商品的權利。
- （七）對個別企業或企業集團發布禁令或者限制。

²⁰² See. Annual Reports on Competition Law and Policy in OECD Countries:

http://www.oecd.org/findDocument/0,2350,en_2649_33759_1_119687_1_1_1,00.html，最近瀏覽日 2005/03/01。

²⁰³ 參見：王曉曄，前揭註 55，第 153-155 頁。

除了《禁止壟斷和企業活動中不正當競爭行為法》之外，爲了強化反壟斷工作的執法效力，烏克蘭共和國於 1993 年 11 月還頒布了一個《反壟斷委員會法》。根據該法第 7 條的規定，反壟斷委員會在履行反壟斷的職能時，其權限遠超過發達國家的反壟斷主管機關。

反壟斷委員會的具體權限包括：

- (一) 監管中央和地方政府之行政機構，以及地方和地區之自治機構在企業方面所行使的職權。
- (二) 向國家部門提出發展企業和提高經濟競爭力的建議。
- (三) 爲推動競爭力、反壟斷政策以及經濟的非壟斷化提出立法建議。

此外，根據該法第 8 條的規定，反壟斷委員會尚擁有以下權力：

- (一) 向國家部門發布指令，要求廢除或者修正違反反壟斷法的文件，或是結束這類決議。除此之外，亦有權禁止或允許在這些部門建立壟斷企業。
- (二) 在其被授權許可的範圍內，制定並批准要求國家部門、企業或企業集團強制執行的規範性文件，並監督它們的執行。
- (三) 爲推動經濟競爭力和非壟斷化的活動，反壟斷委員會應和有關部門進行協調。
- (四) 國家部門就經濟非壟斷化、工業競爭力之促進以及反壟斷立法作出決定時，得與反壟斷委員會協商一致；就經濟組織的建立、重組、合併和解散，亦或建立跨行業跨地區的企業集團、康采恩及其他聯合體，應徵求反壟斷委員會的意見。

最後，根據該法第 20 條的規定，凡是能夠影響市場競爭的指令文件，特別是涉及企業整頓以及給予某些經濟活動的特許，必須事先得到反壟斷委員會的許可。

第三款 中外反行政性壟斷法律規制的比較

一、中外反行政性壟斷法律規制的異同

透過本文（第二章第三節第一款）有關大陸對於行政性壟斷之規範的內容，以及上述若干代表性國家之相關法律規制的介紹，我們可以歸納出在世界各國對行政性壟斷進行規制的方面，有以下共同特點：

（一）對於行政性壟斷的規制，各國通常以反壟斷法為之。

以反壟斷法規範行政性壟斷，不但非轉軌國家所專有，更不是大陸的特有現象。不論是市場經濟國家還是體制轉軌國家，只要存在行政性壟斷，就會選擇以反壟斷法作為首要的規制工具。

（二）目前其他體制轉軌國家對於反行政性壟斷的立法，主要仍在初級階段，尚不完善。

其仍處於初級階段的主要表現，包括：

- 
1. 規制內容不完整，還未形成系統化的規範體系。
 2. 規制範圍不全面，尚未含蓋全部種類的行政性壟斷行爲。
 3. 多就眼前問題進行“破洞補洞”的規制，但對長遠問題的預見性規制卻很少，缺乏法律的前瞻性。
 4. 各國反行政性壟斷的立法稱謂不一致，許多國家的規定大多都分散在不同的法律制度當中。

至於大陸與其他國家在反行政性壟斷之法律規制上的相異處，可分析得出以下幾點：

（一）他國已有專門性的反壟斷法律，而大陸則尚未制定專門、統一的反壟斷法，對行政性壟斷行爲的規制還缺乏專一的法律依據。

姑且不論市場經濟國家的情形，就以體制轉軌國家來說，它們與大陸有著相同的經濟基礎、社會制度以及文化背景，目前都屬於轉軌

國家，皆處於從計劃經濟向市場經濟轉換體制的過程之中。但是，這些國家在轉軌進程的開始之時，就注意到了運用反壟斷法對行政性壟斷進行規制的必要性，並且積極制定了反壟斷法，把行政性壟斷作為重要的反壟斷規制對象；然而，大陸從 1992 年就開始由計劃經濟向市場經濟轉軌，且其行政性壟斷的問題也十分突出，但大陸卻尚未制定統一的反壟斷法，對經濟性壟斷和行政性壟斷予以規制。

- (二) 他國的反壟斷法執法機構及其職權具體而明確，執法力度較強，而大陸的反壟斷法執法機構權責不明，且缺乏權威性。

世界各國的反壟斷立法都明確規定了執法機構，雖然稱謂不同（例如，美國稱為聯邦貿易委員會，德國稱為聯邦卡特爾局，日本稱為公正取引委員會，俄羅斯稱為聯邦反壟斷局），但都賦予其高度的執法權力，具有直接追究壟斷者法律責任的職權。而大陸的情形則恰好相反，目前其競爭法的執法機構是工商行政管理部門，由於體制上的固有限制，使其不具有足夠的超然獨立性和執法權威性，這便直接導致了反壟斷工作的效力不彰。

- (三) 他國反壟斷法的法律責任規定較為全面，而大陸的反壟斷法法律責任較顯單薄。

大部分國家對於反行政性壟斷的法律責任規定，一般都包括民事責任、行政責任和刑事責任，但大陸反行政性壟斷的法律責任設計單薄，主要集中在行政責任方面，從而對行政性壟斷不具有強大的嚇阻作用。

二、外國立法經驗對大陸的借鑒意義

總結中外反行政性壟斷的立法與司法實踐經驗，大陸應該博採眾家所長，從現實層面結合其國情，制定一部既具本國特色又與國際接軌的統一反壟斷法典，且應將反行政性壟斷的規制內容包括在內。

現代反壟斷法從 1890 年美國的《謝爾曼法》開始，已經發展了一百餘年，無論是英美法系的美國還是大陸法系的日本，甚或英美法、大陸法

相融的歐盟，都形成了既有個性又有共性的反壟斷法律制度體系。雖然反行政性壟斷在市場經濟國家不是規制重點，但只要有政府存在，且政府還在經濟領域行使權力，就有可能產生行政性壟斷，例如美國在 20 世紀 70 年代末，在反壟斷法實踐中就確立了“同等對待”的原則，規定政府行政機關在實施壟斷、限制競爭行為時，與企業實施壟斷、限制競爭行為處於同等的法律地位，同樣受到反壟斷法的規制²⁰⁴。

借鑒其他國家（特別是體制轉軌國家）反壟斷立法的經驗，為了有效制止和預防行政性壟斷，大陸的反壟斷立法應當考慮以下幾個問題：

（一）法律應以例示的方式明確化行政性限制競爭的各種表現

在法律中明確化行政性限制競爭行為的表現，不僅可使反壟斷執法機構迅速地對行政干預市場的行為作出判斷，利於提高辦案效率、節省辦案時間，而且還可使政府及其所屬部門明確分辨是與非、合法與非法的界限，從而對其行為後果有所預見。大陸現行《反不正當競爭法》第 7 條僅將“指定購買”和“地區封鎖”列為濫用行政權力限制競爭的行為，但實際經濟生活中的濫權限制競爭行為遠不只這兩種表現，為避免掛一漏萬，法律應納入一個禁止濫用行政權力限制競爭的一般性條款。

（二）反壟斷立法要對行政性壟斷責任主體規定全面的法律責任

在大陸現行法中對行政機關之行政壟斷行為的制裁，係以行政責任為主，由上級主管部門或有關部門給予行政性的處分，這種責任太過輕微，發揮不了對行政機關實施行政壟斷行為的遏制作用。綜觀世界各國立法，對行政性壟斷主體追究的法律責任，範圍含括民事責任、行政責任和刑事責任。

例如，俄羅斯《關於競爭和在商品市場中限制壟斷活動的法律》明確規定聯邦行政權力機構、俄聯邦各部門的行政權力機構以及各市政當局的官員，在實施行政性壟斷行為而被判處違犯反壟斷法時，將被追究

²⁰⁴ 參見：黃欣、周昀，前揭註 51，第 105 頁。

民事、行政或刑事責任。民事責任的內容，包括停止違法行爲、恢復原狀，以及終止、改變契約等；行政責任方面，包括廢除與法規相抵觸的法令、將違法利潤上繳國庫、以分解方式重組、透過一定程序強徵罰金，以及發出警告等；刑事責任的部分，該法規定聯邦行政權力機構、俄聯邦各部門的行政權力機構及各市政當局的官員，若在一年內犯重複委託罪（guilty of repeated commission）者，必須要承擔相關刑責²⁰⁵。

如此全面性的法律責任設計，及其實質展現的辦案成績、嚇阻效果²⁰⁶，足堪大陸反壟斷立法之正面借鑒。

（三）要建立起權威性的執法機構

許多國家的經驗表明，反壟斷法本身不能創造一個公正和自由的交易環境，而必須借助一個有效的反壟斷法執行機構。如果沒有一個明確而高效率的主管執法機構，禁止濫用行政權力限制競爭行爲的規定就不過是一紙空文。

爲了有效制止行政性限制競爭行爲，借鑒其他國家的經驗，大陸反壟斷法主管機構的法律地位，應相當於美國聯邦貿易委員會或者德國聯邦卡特爾局²⁰⁷，也就是說，這個機構應具有很高的權威性，必須在財政及人事上擺脫依賴各級政府的處境，並在審理案件時擁有獨立裁決的權力（即具有準司法機構的性質），不受任何機關團體或個人的干涉，真正發揮規範壟斷行爲的功能。

²⁰⁵ 節錄自：《各國反壟斷法匯編》編選組，前揭註 201，第 610-613 頁。

²⁰⁶ 俄羅斯反行政性壟斷的具體執法成效及案件統計，請參見：本節第二款第二項「俄羅斯反行政性壟斷的法律規範」；前揭註 202，相同網頁，最近瀏覽日 2005/03/02。

²⁰⁷ 以美國而言，反壟斷的主管機構是美國司法部反壟斷局和聯邦貿易委員會，這兩個機構對反壟斷案件都有管轄權。其中，司法部反壟斷局有權就反壟斷案件進行調查，並向法院提起民事、刑事訴訟，而聯邦貿易委員會則具有準司法機構的性質，其有權獨立地對具體反壟斷案件進行審理和裁決；就德國來說，聯邦卡特爾局是反壟斷案件的主管機構，它具有很高的權威性和獨立性，這主要體現在其下設的決議處可以完全獨立地對具體案件進行審理、裁決，任何組織或個人都無權干涉，而有關的上訴法院和聯邦法院可以審查聯邦卡特爾局的裁決，並得於必要時依法改判。參見：周昀，前揭註 63，第 53 頁。

此外，爲了避免國家的其他立法及經濟政策與反壟斷法和競爭政策發生衝突，國家應在反壟斷的相關立法中明確授予反壟斷法主管機構相關的許可權，例如²⁰⁸：

1. 國家立法機關制定之涉及限制競爭行為（例如限制經營或限制進入市場、保護獨占權等）的法律草案，應當徵詢反壟斷法主管機構的意見。
2. 各級行政部門制定之足以影響市場競爭的規範文件，特別是對某些企業或者某些經濟活動的特許，應當徵得反壟斷法主管機構的同意。
3. 反壟斷法主管機構負責人應有權參加政府的決策會議，就其職權範圍內的問題發表意見。
4. 反壟斷法主管機構應有權要求各部門、地方政府以及其他行政管理機構，通報其所掌握之市場和市場競爭的情況。



²⁰⁸ 參見：王曉曄，前揭註 55，第 158 頁。

第五章 新近反壟斷法草案之評析

第一節 價值目標的定位

第一款 反壟斷法之價值理念

反壟斷法的價值理念是與其規制目的緊緊相聯的，即使許多國家在其反壟斷法中都規定了它的規制目的，但人們對反壟斷法規制的價值理念仍有不同的觀點，以下介紹幾項主要說法：

一、經濟效率說

認為反壟斷法之目的，在於實現經濟效率²⁰⁹。

二、公平競爭機會說

認為反壟斷法之目的，在於控制大企業的力量濫用，保護小商人有合理參與競爭的公平機會²¹⁰。



三、企業自由說

認為反壟斷法之目的，在於支援企業自由，促進公正而自由的競爭²¹¹。

四、資源最佳配置說

認為反壟斷法之目的，以競爭機能之社會有用性為本，而社會有用性即資源的最佳配置²¹²。

²⁰⁹ 參見：張長樹，公平交易法之基礎，「公平交易法新論」，賴源河 編審，元照出版公司，2002年10月二版，第7-10頁。

²¹⁰ 參見：張長樹，前揭註209，第11-13頁；曹士兵，前揭註76，第13-14頁；今村成和等 編，「注解經濟法」上卷，日本青林書院，1985年版，第23頁。

²¹¹ 參見：金澤良雄，前揭註110，第179-181頁。

²¹² 參見：松下滿雄，「經濟法概說」，日本東京大學出版會，1986年版，第28-32頁。

五、消費者利益保護與國民經濟的健全發展雙重目的說

認為反壟斷法的總體目的，是對一般消費者利益的保護，促進國民經濟的健全發展²¹³。

六、有效競爭說

將競爭視為動態的過程，理解其為實現整體經濟和社會公共利益的手段，而反壟斷法之目的即在於確認競爭這種長期的激勵機制²¹⁴。

對大陸反壟斷法的價值理念而言，除了參照國外反壟斷立法的實踐基礎，還應充分考慮大陸的特殊國情，即大陸係處於經濟轉軌時期且實行社會主義制度的國家。因此，大陸反壟斷法之價值目標的立足點，應該是公平、自由之競爭秩序的維護和促進，其隱含的基本理念是一種以經濟自由和經濟平等為要件的社會正義²¹⁵。

首先，在市場經濟的條件下，經濟自由是指所有的市場經營主體為了追求利潤，自主進出某一產業領域、自由從事特定商業活動的權利，它包括了營業自由、決策自由、貿易自由、分配自由、人事管理自由以及競爭自由等。其中，競爭自由最能反映市場經濟條件下經濟自由的本質，它是指各種市場經營主體可以按照自己的意志，獨立自主地進入競爭領域，而不受任何外來力量的非法干預，可稱得上是市場經濟的精髓。

在維護市場經營主體之競爭自由的過程中，反壟斷法主要是透過對各種妨礙競爭自由之壟斷行為的規制，來實現維護競爭自由之目的，換句話說，反壟斷法是透過對競爭自由的保護，以達到經濟自由的目標。

²¹³ 參見：丹宗昭信、厚谷襄兒，「壟斷禁止法的基礎」，日本青林書院，1983年版，第18頁。

²¹⁴ 參見：王曉曄，前揭註180，第155-156頁。

²¹⁵ 參見：湯春來，試論我國反壟斷法價值目標的定位，中國法學，2001年第2期，第186頁。

其次，市場經濟下的經濟平等，是指市場競爭的條件相同（經營者經濟負擔和收益取得的立足條件相同），經營者具有公平的機會進入市場參與競爭，既不能隨意非法增加（或減少）某個（些）經營者對國家社會的負擔，也不能非法賦予某個（些）經營者取得不合理收益之優惠條件。

就消費者而言，經濟平等的具體含義與上述含義有所區別。反壟斷法保護的消費者利益是一般消費者的利益，而不是某一特定消費者的利益，因而經濟平等於此的主要表現，在於確保消費者選擇商品和服務的自主權（即保障買賣雙方之間的經濟機會均等），以及交易時的對等關係。

第二款 大陸反壟斷法之立法目的

競爭法和意識型態脫不了關係，不同的競爭法制對「競爭」的含義，也會有不同的理解²¹⁶。大陸國務院商務部於去年二月所提之反壟斷法草案²¹⁷的幾個條文，顯示出大陸對該法所期待之立法目的及政策理念。

從草案第1條之立法目的來看，它規定：「為制止壟斷行為，維護市場競爭秩序，保護消費者的合法權益和社會公共利益，保障社會主義市場經濟健康發展，制定本法。」與過去的草案版本比較²¹⁸，它刪除了維護「公平」競爭的字眼，避免招致何謂公平、何謂不公平這類的爭議，並呼應了將反壟斷法與反不正當競爭法分別立法的精神。

其次，第1條所稱「保護消費者的合法權益」之含義，也有探討的必要，也就是要探究它是否等同「維護消費者福祉」（maintain consumer welfare）？因為反壟斷法不是直接對消費者予以「保護」，而是透過維護

²¹⁶ 參見：劉紹樑，建構競爭法制—從大陸經驗談起，月旦民商法雜誌，第3期，2004年3月，第9頁。

²¹⁷ 草案全文請參見本文附錄一。

²¹⁸ 根據2002年2月26日的徵求意見稿，大陸當時的反壟斷法草案版本共有8章58條，其中第1條規定：「為制止壟斷，維護公平競爭，保護經營者、消費者的合法權益和社會公共利益，保障社會主義市場經濟健康發展，制定本法。」關於該徵求意見稿全文，請參見本文附錄二。

市場機制，促進價格降低、品質提昇以及消費者的選擇增加，使資源能被更有效地運用；雖說資源有效運用後的結果即為消費者受益，但這畢竟是間接性的作用，而非反壟斷法的直接目的。同時，「保護消費者權益」的用語接近於反不正當競爭法領域之規制目的，造成二法之間易生混淆，這也是草案規定之內容有待考量的地方。

再從草案第3條之壟斷行為定義來看，它規定：「本法所稱壟斷行為，是指排除或者限制競爭，損害消費者權益，危害社會公共利益的行為。壟斷行為包括：（一）經營者之間排除或者限制競爭的協議、決定或者其他協同一致的行為；（二）經營者濫用市場支配地位的行為；（三）經營者過度集中；（四）政府及其所屬部門濫用行政權力、排除或者限制競爭的行為。」可見「壟斷行為」是以排除或者限制競爭為前提，但排除或者限制競爭的作用之程度，草案中未多所著墨。由於競爭是一個「過程」，過程中本來就會有排除或者限制競爭的現象，故應強調必須達到「相當程度」或「實質地」（substantially）限制或者排除競爭，才達到不法的程度。

最後，競爭法是以法律為外觀、經濟分析為內涵的法律，因此若立法目的或政策理念不易透過經濟分析做專業、中性的檢驗，甚或涉及一般民主程序中的政治性取向（例如偏好某些利益團體），則會扭曲競爭法的本質²¹⁹。這個問題，不僅見於我國公平交易法的許多不確定法律概念，且在大陸反壟斷法的草案之中，也有相當嚴重的同一現象，例如第1條似過於強調保護「社會公共利益」與「社會主義市場經濟健康發展」、第3條關於「危害社會公共利益」的文字，都涉及經濟分析以外的考量，也就是摻雜了競爭法以外（例如產業政策）的因素，凡此均造成了法律適用與解釋上的人為操作空間，強化了法律的不確定性及人們的恐慌感。

²¹⁹ 參見：American Bar Association Section of Antitrust Law, Report on Antitrust Policy Objectives, 2003. 該報告分析主要國家在執行競爭法時，從實務案例顯示其競爭法制實際上推動的政策理念與立法目的。

第二節 立法模式與違法確認原則的選擇

第一款 大陸反壟斷法的立法模式

反壟斷法立法模式的選擇，是指反壟斷法與反不正當競爭法是採取分別立法或是合併立法的體例²²⁰。綜觀世界各國的立法例，主要先進國家都是將兩者分別立法，包括德國、日本和韓國等，而少數先進國家與部分體制轉軌國家則是採取合併立法的體例，例如我國、匈牙利、保加利亞和俄羅斯等²²¹。

德、日、韓等國採取分別立法固然存在著歷史原因²²²，但是壟斷和反不正當競爭行為在性質與產生背景方面的不同，應是其客觀依據所在。反不正當競爭法的要旨，是靜態地保障各別主體的財產權和人身權，它是傳統民事侵權法在經濟市場化程度提升以後，向商事法及公法領域自然延伸的產物，這種延伸的具體表現，係從法律上具體確認市場競爭中的特殊侵權形式，以及使行為人承擔程度不一的刑事責任和行政責任；在法律的適用

²²⁰ 參見：張長樹，前揭註 209，第 24-25 頁。

²²¹ 參見：王學政，對競爭立法模式的比較研究，中國法學，1997 年第 5 期，第 61-63 頁。

²²² 德、日的作法取決於其特定的歷史條件。首先，這兩個國家很早就開始實行市場經濟，商品生產和交換相對地較為發達，其商事行為也漸趨複雜，特別是對各種違反誠實信用原則的不正當競爭行為，完全由民法典來加以規制的作法已日益捉襟見肘，在此情況下，依照民法原則制定專門法律遏止不正當競爭行為以為因應的辦法，實屬自然；因此，長期以來德、日兩國的反不正當競爭法，習慣上被歸於民法領域，被視為民法的特別法或其延伸。其次，在二戰結束後，基於同盟軍在西德實行非軍事化、非納粹化、非工業化，最後實現民主化的“4D”計劃，以及美軍在日本推行經濟民主化政策的需要，德、日相繼制定反壟斷法，至此兩國的競爭法律制度架構得以基本確立下來。至於韓國的情況，也具有其一定的代表性。韓國在上個世紀 60 年代以來，主要靠受到軍政府支援的財團發展其經濟，進入 70 年代後，壟斷問題日益突出，壟斷財團不僅產生了一定的規模效益，且對市場合理結構的形成及市場競爭的有序運作，也有著愈來愈大的阻礙；若任此情勢繼續發展，勢必影響到國家整體經濟和民主化的進程，此時韓國注意到德、日等國反壟斷法對本國經濟發展產生的巨大效用，因此即著手制定其反壟斷法。80 年代中期，韓國經濟迅速發展，但國內假造、仿冒等侵犯智慧財產權的行為也變得十分猖獗，為履行對《巴黎公約》所承擔的反不正當競爭義務，擴大對外經貿活動，韓國開始以該公約為藍本制定其反不正當競爭法。由此可見，韓國制定反壟斷法在先，而制定反不正當競爭法在後，係有與德、日兩國不同的背景和需要所致。參見：王學政，前揭註 221，第 59-60 頁。

上，反不正當競爭法主要採事後救濟、不告不理，這便隱含一個國家未必需要設立專門的反不正當競爭執法機關；反不正當競爭法的作用，是透過將市場競爭領域中的反倫理行為認定為侵權行為，並予以具體規制，而不若民商法僅止於依誠實信用原則宣告其為不法，以防止及消除過度競爭、惡性競爭的影響，藉此維護微觀的競爭秩序²²³。

反壟斷法與反不正當競爭法不同，它不是為了維護各別主體的具體權益，而是與國家產業政策的制定和執行關係密切，從宏觀層面上防止市場的競爭不足，以保持經濟具有相當的活力，提升企業和整體經濟的競爭力²²⁴；反壟斷法的特點是具有政策性、靈活性和行政主導性等，在法律適用上，它偏重事前管制和行政手段，例如調查市場結構、掌握市場壟斷情況、認定交易合法性、核准企業兼併和聯合行為協議、引導企業邁向規模效益等，因此專門的反壟斷主管機構以及民事、行政的公訴制度也屬不可或缺。

至於合併立法體例的選擇，多發生在反壟斷與反不正當競爭立法較晚的國家。由於國際形勢的迅速變化與國內經濟不斷成長的迫切需求，不少發展中國家感受到制定競爭政策以促進市場競爭、防止市場壟斷、制止不正當競爭，並維護市場公平競爭的必要性，因此紛紛頒布競爭法來加以因應。將反壟斷法與反不正當競爭法規定在同一部法律中的原因有二²²⁵：

一、強調兩者的共通性並兼顧彼此的內在聯繫

反壟斷法與反不正當競爭法儘管規制的具體行為不同，且反壟斷法之目的在於維護市場競爭的自由與平等，而反不正當競爭法之目的在於維護市場競爭的公平與正當，但兩者的終極目標均在於保持市場處於一種公正良好的競爭秩序，促進經濟的協調發展。

²²³ 參見：史際春，關於中國反壟斷法概念和對象的兩個基本問題，「反壟斷法與市場經濟」，王曉曄 編，法律出版社，1998年9月第1版，第39-40頁。

²²⁴ 參見：蘇永欽，論不正競爭和限制競爭的關係—試從德國現行法觀察，台大法學論叢，第11卷第1期，第72頁。

²²⁵ 參見：周昫，前揭註63，第49頁。

二、便於協調反壟斷行為和反不正當競爭行為

由於不正當競爭行為較之壟斷行為更為普遍和嚴重，因此將兩者合併立法規範，有利於達到防治結合之目的，同時由於合併立法只需要一個行政主管機關，亦可節省經費並簡化程序。

反壟斷與反不正當競爭究應分立或合併立法？孰優孰劣？不能簡單下定論，這是由不同國家的政治、經濟形勢和文化背景所各別決定的，而優劣高低的比較，只能在相同或者類似的條件下進行，才顯得有意義。

對於大陸這樣一個疆域遼闊、人口眾多、行政轄區龐雜、各地經濟文化發展極不平衡，並且正處於政治經濟體制轉軌時期的發展中國家來說，由於反壟斷作為的性質需求，乃行政主管機關的高度集中化、統一化（亦即不能設立過多），而對不正當競爭行為的行政執法單位，卻又要有一定的普遍性、綿密性，因此大陸的國情較適於將反壟斷法和反不正當競爭法分別立法，是大陸學界一致的看法及主張²²⁶。事實上，大陸也的確選擇了分別立法的模式，不僅於1993年頒布了《反不正當競爭法》，更在同年第 八屆全國人大將《反壟斷法》列入立法規劃，經過十餘年的努力，即將於近期內完成立法、頒布施行²²⁷。

第二款 以合理原則為主要違法確認標準

一、各國反壟斷法的潮流

當然違法原則（per se illegal）與合理原則（rule of reason）二者，是反壟斷法中確認壟斷或壟斷行為之違法性的標準。適用當然違法原則者，只要企業的市場占有超過一定比例，或者其行為係劃屬法律禁止的範疇之

²²⁶ 參見：曹士兵，前揭註 76，第 50-51 頁。

²²⁷ 參見：王欣新、王斐民，中國反壟斷法調整範圍的立法思考與建議，法學雜誌，2005 年第 1 期，第 31 頁。

中，則無需綜合考慮它們對市場的影響，一概屬於非法；適用合理原則者，代表市場上某些被指控為限制競爭的行為不被視作必然非法，而需要透過對企業或者經營者在商業貿易領域的行為本身，以及其相關背景進行合理的分析，以是否在實質上損害有效競爭、危害整體經濟或實現財富極大化（value of wealth maximization）、增進社會公共利益等目標為違法標準，在限制競爭中的潛在效益與相關的法價值之間，衡量利弊並作出選擇²²⁸。

類似的違法區分在其他法律中也是存在的，最明顯者首推刑法中的行為犯與結果犯之差別；行為犯的構成要件限於行為本身，其罪的成立不考慮行為之後果和影響，而結果犯的行為要件包括對社會的消極影響，否則罪名不成立²²⁹。

合理原則的適用，要求法院在具體對待訴訟案件時，必須對系爭行為之“排擠競爭效果”及“產出潛在效益”進行比較，這也是該原則的核心內容所在。

美國《謝爾曼法》被公認為是世界反壟斷法的鼻祖，對世界各國反壟斷法產生了深遠的影響，其精神和原則成為世界各國反壟斷法的樣板。在司法過程中，違法確認原則從嚴格的字面解釋到合理原則的發展，體現了反壟斷法不但要保護公平競爭，更重要的是維護整體經濟和社會公共利益²³⁰，尤其在對外貿易中，美國為了保護其國家利益，將對外貿易領域中的許多限制競爭行為均視作“合理”，排除了謝爾曼法的適用。

同樣地，在歐盟、英國、德國、法國、加拿大等國的反壟斷法律制度中，無一不體現合理原則的思想，可見合理原則是反壟斷法固有的原則，不論哪個國家制定和適用反壟斷法，都離不開合理原則的採用。尤其是新近經濟學派對現實的市場運行狀況進行分析後承認，不完全競爭市場和寡

²²⁸ 參見：王志誠，各國公平交易法制之歷史沿革，「公平交易法新論」，賴源河 編審，元照出版公司，2002年10月二版，第50-52頁。

²²⁹ 參見：沈敏榮，前揭註36，第239頁。

²³⁰ 參見：陳家駿、羅怡德，美國反托拉斯法適用智慧財產權案件基本原則探討，公平交易季刊，2卷4期，第136-140頁。

占市場有其存在的合理性，並指出市場交易成本和市場缺陷的確存在，這種理論支撐更強化了採用合理原則的正當性²³¹。

二、經濟法律制度的基本原則

反壟斷法一般被歸類於經濟法的範疇之中，這是由反壟斷法的價值、功能、法律原則、規範方式，以及其所追求之總體利益最大化的目標來決定的。經濟法作為運用國家權力干預經濟關係的法律制度，“適度干預原則”便成為了體現經濟法本質特徵的基礎原則²³²。

首先，它表明了市場經濟關係靠傳統的自由競爭規則並不保證總能呈現良好的市場秩序，需要由“國家之手”對被擾亂的市場秩序進行干預；其次，社會發展的最終目標不是競爭，而是透過市場競爭達到對有限資源的最佳配置，實現“利益最大化”，但由於市場存在諸多缺陷，使得完全自由競爭規則並不能實現此一目標（市場缺陷不能單靠自由競爭規則來消除），因此正如壟斷和限制競爭行為一般，便需要藉由市場以外的力量對其進行干預；最後，國家對經濟關係的干預必須在一定的限度內或在適當的臨界點上，若超過了臨界點，則會造成過當干預，構成對私契約關係的侵犯，損害企業的自身利益，甚至會擾亂市場經濟的競爭秩序²³³。

合理原則的採用，正是反壟斷法追求站穩這個“臨界點”的一種操作原則，因此合理原則可稱得上是經濟法律制度之“適度干預原則”在反壟斷法上的細緻化實踐。

²³¹ 參見：李鐘斌，合理原則與我國反壟斷立法討論，改革，2003年第3期，第101頁。

²³² 參見：李昌麒，「經濟法—國家干預經濟的基本法律形式」，四川人民出版社，1995年版，第209-210頁。

²³³ 參見：梁哲瑋，公平交易法第二十四條之規範定位與要件之淺析，公平交易季刊，9卷3期，第41-43頁。

三、大陸現實經濟狀況的必然選擇

大陸的市場經濟體制還不完善，必須培育多種形式的經濟組織全面參與自由競爭，因此對自由且公平的競爭環境之追求，確為大陸反壟斷法的基本目標；其次，自上個世紀 90 年代以來，大陸許多產業部門中的企業經過激烈競爭，逐漸具備了一定程度的競爭能力和生產規模，在現行的競爭體制下，某些大企業劃分市場、固定價格、壟斷銷售渠道及交易歧視的行為，以及某些行業協會為了保證持續獲得高額壟斷利潤，避免相互之間的價格戰，而共同協議固定價格、限制產量的行為，在相當程度上造成了對統一市場秩序的破壞；再次，大陸國有企業的比重還是很高，國有大型企業擁有較高的市場結構優勢，而中小企業的發展規模卻仍偏低，還需要一個長時期的發展，包括加強企業之間的合力協作、相互參股、科研開發與技術創新等，這都需要法律的扶持和配合；最後，隨著大陸加入WTO，外國大型企業集團進入大陸市場，金融、保險、電訊、石化等行業的競爭已出現激烈的態勢，這些行業由於受到政府保護而擁有較高的市場佔有，理應對其進行反壟斷管制²³⁴。

在上述對大陸現實經濟狀況的認知前提下，再參考美國的有關政策作法，可推演得知大陸既要維護國內的市場秩序、懲治惡性壟斷行為，又要保障自由公平的競爭機能、提升整體經濟效益和社會公共利益，同時也要注重中小企業的發展與壯大，在國際競爭中適度保護其自身的國家利益；在如此多重之經濟、社會發展目標的現實考量下，採用合理原則作為反壟斷法的基本原則是其必然選擇。

²³⁴ 參見：李鐘斌，論合理原則與我國反壟斷法，中國工商管理研究，2002 年第 10 期，第 24-25 頁。

在大陸反壟斷法草案中，其違法確認的標準原則上係以規制客體的不同作為區分依據，對於行政性壟斷行為的規制均採當然違法原則²³⁵，而對於經濟性壟斷行為的規制，則主要以合理原則行之。草案中表現合理原則最為明確的條文，包括第 11 條、第 16 條、第 34 條等。

草案第 11 條（壟斷協議的例外許可）規定：「經營者之間的協議有下列情形之一，但有利於國民經濟發展或符合社會公共利益的，經商務部反壟斷主管機構許可，可以不適用第八條規定。（一）為提高產品質量、提高效率、降低成本，統一商品規格或者型號的；（二）為應對經濟不景氣，制止銷售量嚴重下降或者生產明顯過剩的；（三）為提高中小企業的經營效率、增強中小企業的競爭能力的；（四）為改進技術、提高產品質量，研究開發商品或者市場的；（五）其他有可能排除或者限制競爭，但有利於國民經濟發展和社會公共利益的。」草案第 34 條（經營者集中之許可及附條件）規定：「經營者集中對國民經濟發展和社會公共利益確有重大好處的，商務部反壟斷主管機構可以予以許可，並可以在許可時附加限制性條件。」這兩個條文顯然是合理原則之核心內容——“公益衡量”的具體明文規定。

此外，草案第 16 條（禁止濫用市場支配地位）規定：「經營者不得濫用其市場支配地位，排除或者限制競爭。」從認定要件「排除或者限制競爭」看來，即代表擁有市場支配地位本身並不違法，若濫用此一地位“且”造成排除或者限制競爭的後果，這時才具有可非難性。

²³⁵ 行政性壟斷所憑藉的不是一種經濟優勢，而是一種行政權力優勢，即所謂“超經濟”的力量，這種力量是透過對行政權力的濫用而表現出來的，所謂“濫用”主要包括不合法與不合理兩類：不合法者，包括沒有法律授權、超越法律授權、違反法定標準等等；不合理者，主要是指違反市場規律和政府理性目標。由此可見，對行政權力的濫用是指政府及其所屬部門違反憲法和法律，不正當、不合理地違法行使行政權力之行為，也因此它毫無“效益”可言，不存在適用合理原則與否的問題，換句話說，行政性壟斷行為是一種當然違法行為，反壟斷法對其進行之規制無疑地應採當然違法原則，這也的確體現在大陸的反壟斷法草案之中。參見：黃欣、周昀，前揭註 51，第 100 頁。

第三節 壟斷行為之規制

第一款 行政性壟斷

大陸反壟斷法的草案規定與其他先進國家之反壟斷法的最大不同，在於大陸將反行政性壟斷納入反壟斷法的規制之中，並於草案中特闢專章——第五章 禁止行政性壟斷（第 36 條至第 39 條），就行政性壟斷的違法類型予以明確規定。此外，對於行政性壟斷行為的法律責任及反壟斷主管機構的相關權力，草案中亦另作專門規定（第 59、60 條），為求法律規定之內容分析的連貫性，本文將草案第 59、60 條之專門規定集於本款一併介紹，爾後為文（本章第五節）將不予重複討論，先此敘明。

一、立法技術分析

在反壟斷法草案擬定前，有部分學者主張不以主體來對壟斷行為進行分類（即不應區分“經濟性壟斷”與“行政性壟斷”），而應按照壟斷行為本身的不同形態作出列舉規定²³⁶，並認為這樣非但沒有弱化對行政性壟斷的規制，反而還強化了其效果²³⁷。雖然這只是立法技術上的不同意見，對於反壟斷法規制行政性壟斷行為的功能並不見得會有顯著影響，然而基於以下三點理由，反壟斷法草案選擇將行政性壟斷獨立成章進行規制²³⁸：

- （一）大陸屬於大陸法系的國家，法律規則應具體、明確、細緻，乃其基本特點。儘管經濟性壟斷與行政性壟斷具有許多共通性，但兩者間的差別也是明顯的，這些差異應在立法中予以體現。
- （二）將經濟性壟斷與行政性壟斷予以區別對待，可以使反壟斷主管機構能夠迅速對行政干預市場的行為作出判斷，從而有利於提高辦案效率、節約辦案時間，並可使政府及其所屬部門明確是與非、合法與非法的界線，進而對其行為的後果有預見性。

²³⁶ 參見：王欣新、王斐民，前揭註 227，第 32 頁。

²³⁷ 參見：王先林，前揭註 65，第 51 頁；史際春，反行政壟斷要確立平等觀，法制日報，2001 年 9 月 16 日，第 3 版。

²³⁸ 參見：鄭鵬程，前揭註 50，第 213 頁。

(三) 對經濟性壟斷採取的控制措施(例如罰款),不能完全適用於行政性壟斷,或者說發揮不了對行政性壟斷的有效遏制。

二、違法行為類型

反壟斷法草案對於行政性壟斷的違法行為類型,採取列舉式的禁止規定,內容包括:第36條(禁止強制買賣)規定:「政府及其所屬部門不得濫用行政權力,限定他人買賣其指定的商品或指定的經營者的商品,限制其他經營者正當的經營活動。」第37條(禁止限制市場進入)規定:「政府及其所屬部門不得違反法律、行政法規,濫用行政權力,限制經營者的市場准入,排除或限制市場競爭。」第38條(禁止強制經營者限制競爭)規定:「政府及其所屬部門不得濫用行政權力,強制經營者從事本法所禁止的排除或者限制市場競爭的行為。」第39條(禁止抽象的行政壟斷行為)規定:「政府及其所屬部門不得濫用行政權力,制定含有排除或者限制競爭內容的規定,妨礙建立和完善全國統一、規範有序的市場體系,損害公平競爭的環境。」

基本上來說,這些規定已經將大陸現實經濟生活中絕大部分的行政性壟斷行為含括在內,但是草案中既沒有一個原則性的規定(例如:「禁止一切濫用行政權力限制市場競爭的行為。」),也缺少一個概括性的條款(例如:「禁止其他行政性限制競爭行為。」),從而造成反壟斷法所禁止者,僅限於強制買賣、限制市場進入、強制經營者限制競爭以及抽象的行政壟斷行為等,惟實際上的行政性限制競爭行為可能不限於以上幾種,或者未來也可能出現新的行政性壟斷形態,造成眼前的法律可能在不久的將來即陷入不敷適用之窘境,這是反壟斷法草案中關於行政性壟斷的規定較為不足之處。

三、法律責任之制度設計

反壟斷法草案第 59 條（對具體行政壟斷行為的處罰）規定：「違反本法第三十六條至第三十八條規定的，由商務部反壟斷主管機構責令其停止違法行為。對直接負責的主管人員按照法定程序，根據情節輕重，給予降級或者撤職的行政處分；實施限制競爭行為構成犯罪的，依法追究刑事責任。被指定的經營者藉機銷售質次價高商品或者濫收費用的，由商務部反壟斷主管機構沒收違法所得，根據情節處以一百萬元以下罰款。」第 60 條（對抽象行政壟斷行為的處罰）規定：「違反本法第三十九條規定，制定含有排除或者限制競爭內容的規定的，商務部反壟斷主管機構可以建議制定該規定的人民政府予以改變或者撤銷。該人民政府不予改變或者撤銷的，反壟斷主管機構可以建議其上一級人民政府予以改變或撤銷。對直接負責的主管人員按照法定程序，根據情節輕重，給予降級或者撤職的行政處分；實施壟斷行為構成犯罪的，依法追究刑事責任。」

由這兩條規定可知，反壟斷法草案對行政性壟斷的法律責任設計含括行政責任、刑事責任與行政處罰²³⁹，其中行政處罰（第 59 條後段「沒收違法所得，根據情節處以一百萬元以下罰款」）之處置對象，僅限於對「藉機銷售質次價高商品或者濫收費用的被指定經營者」，因此對行政體系而言，實施行政性壟斷行為的法律責任實僅限於行政責任與刑事責任。

對於違反禁止強制買賣、限制市場進入、強制經營者限制競爭的行政機關，草案除了規定由商務部反壟斷主管機構責令其停止違法行為外，並未對是類違法行為所造成之損害的賠償責任另作規定²⁴⁰，但這種賠償責任

²³⁹ 根據《中華人民共和國行政處罰法》第 8 條規定：「行政處罰的種類：（一）警告；（二）罰款；（三）沒收違法所得、沒收非法財物；（四）責令停產停業；（五）暫扣或者吊銷許可證、暫扣或者吊銷執照；（六）行政拘留；（七）法律、行政法規規定的其他行政處罰。」顯然反壟斷法草案第 59 條後段規定之「沒收違法所得」及「罰款」，係劃屬行政處罰之法律責任類型。

²⁴⁰ 反壟斷法草案對於損害賠償責任的規定，係以概括性的方式（不特定針對行政性壟斷或經濟性壟斷），置於第 61 條：「經營者違反本法規定，侵犯他人合法權益的，發生承擔損害賠償責任。賠償額度為受害人的實際損失和可預期的利益。受害人的損失難以計算的，賠償額為侵權人在侵權期間因侵權所獲得的利益。侵權人還應當承擔受害人因調查及訴訟所支付的合理費用。」

的設置對保護受害者利益是非常重要的。行政性壟斷會對公民、法人或其他組織的財產利益造成損害，這是無須爭辯的，但無論是《中華人民共和國國家賠償法》²⁴¹或《中華人民共和國反不正當競爭法》²⁴²，都沒有明確規定行政性壟斷的受害者可以向違法行政機關提出賠償請求，因此反壟斷法中應有必要加以規定。此外，由於現行《中華人民共和國國家賠償法》規定，行政賠償的範圍只限於直接損失，對於間接損失不予賠償，而行政性壟斷所造成的間接損失往往遠大於直接損失，因此反壟斷法中應考慮納入懲罰性賠償制度²⁴³。

對於行政機關制定含有排除或者限制競爭內容之規定（抽象行政壟斷行為）的處置，草案規定由商務部反壟斷主管機構“建議”制定該規定的人民政府（或其上一級人民政府）予以改變或撤銷，換句話說，商務部反壟斷主管機構並無強制改變、撤銷或宣布其為無效的權力，造成遏止抽象行政壟斷行為的效果大打折扣。試想，若上下兩級的人民政府均不予改變或撤銷，則應該如何？草案中並未作進一步規定；若人民政府不予改變或撤銷，而商務部反壟斷主管機構又有權對直接負責的主管人員按照法定程序，根據情節輕重，給予降級或者撤職的行政處分，甚至可以依法追究其刑事責任（第60條第2款），那麼將會演變出一個矛盾的結果，即直接負責的主管人員被依法查辦，但其所制定的限制競爭規定卻仍繼續施行，這種狀況出現的可能性的確存在，但草案對此的相應規定卻付之闕如。

但這條規定的賠償責任者僅限於“經營者”，而不包括實施行政性壟斷行為的行政機關。

²⁴¹ 《中華人民共和國國家賠償法》第4條規定：「行政機關及其工作人員在行使行政職權時有下列侵犯財產權情形之一的，受害人有取得賠償的權利：（一）違法實施罰款、吊銷許可證和執照、責令停產停業、沒收財物等行政處罰的；（二）違法對財產採取查封、扣押、凍結等行政強制措施的；（三）違反國家規定徵收財物、攤派費用的；（四）造成財產損害的其他違法行為。」其中第四項屬一概括性條款，或可解釋為行政性壟斷受害者的求償法律依據，惟仍不夠明確，存有過大的主觀認定空間。

²⁴² 《中華人民共和國反不正當競爭法》第20條第1款前段規定「經營者違反本法規定，給被侵害的經營者造成損害的，應當承擔損害賠償責任」，因行政機關並不屬於“經營者”，因此行政性壟斷的受害者不能據此提出損害賠償請求。

²⁴³ 參見：鄭鵬程，前揭註50，第219頁。

四、反壟斷主管機構的相關權力

反壟斷法草案中對於反壟斷主管機構的權責、組織、調查程序等均進行了一般性的規定（將於後文詳述），但對於反壟斷主管機構專就行政性壟斷所特有的授權規定，僅見於第 59 條規定的責令停止、行政處分（第 60 條第 2 款亦同）、追究刑責（第 60 條第 2 款亦同）、沒收違法所得與罰款等權力，以及第 60 條第 1 款規定的建議改變或撤銷權。

以上這些屬於反壟斷主管機構之權力的行使，其實都是針對行政性壟斷行為的事後補救措施，對於行政性壟斷行為的事先控制，只有消極性的嚇阻作用，而無積極性的預防功能。若欲防患未然，則草案目前的規定內容是不足的，比較理想的作法，應是增加一項對反壟斷主管機構的授權，即授予其官員參與政府部門相關政策之作成的權力，讓他們就相關政府決策對競爭所產生的影響發表意見，儘可能避免各種行政性壟斷行為的初始發生。

儘管反壟斷主管機構的所屬官員只得參與決策的討論過程，而無權否決各級行政部門的政策作成，但他們對控制行政性壟斷的意義仍然十分重要。首先，他們享有參與權和建議權，因而能在相當程度上克服反行政性壟斷過程中的資訊不對稱問題；其次，他們的介入使得行政部門必須一改過去的輕忽態度，不得不重視其決策對競爭所可能造成的不利影響，從而將“反限制競爭”列入各項決策擬定時的必要考慮因素。所謂「預防勝於治療」，這個道理也應適用在行政性壟斷行為的有效控制之上。

五、其他配套規制

根據本文第四章第三節的分析，行政性壟斷的本質之一乃其兼具經濟違法與行政違法的雙重屬性，而這便表明了在建構控制行政性壟斷的法律制度時，既要重視經濟法律制度（特別是競爭法律制度）的建立與完善，

也要重視行政法律制度的建立與完善，例如制定行政程序法、完善行政訴訟法²⁴⁴等，避免反行政性壟斷出現法律真空。同時，也應注意經濟法律規範與行政法律規範在反行政性壟斷方面的協調，避免“重複建設”，浪費立法資源，甚或導致執法、用法的衝突產生²⁴⁵。

²⁴⁴ 行政程序法是行政法領域的核心法律之一，它是依法行政的精髓所在，有些學者專家甚至視「依法行政」即為「依行政程序法行政」，但大陸迄今仍未制定一部單獨存在且規範完整的行政程序法，導致行政部門各自為政，引發諸多許可權的重疊交叉，以及相關程序的繁複冗長，進而造成行政效率低落等現象。此外，《中華人民共和國行政訴訟法》第 11 條規定：「人民法院受理公民、法人和其他組織對下列具體行政行為不服提起的訴訟：（一）對拘留、罰款、吊銷許可證和執照、責令停產停業、沒收財物等行政處罰不服的；（二）對限制人身自由或者對財產的查封、扣押、凍結等行政強制措施不服的；（三）認為行政機關侵犯法律規定的經營自主權的；（四）認為符合法定條件申請行政機關頒發許可證和執照，行政機關拒絕頒發或者不予答復的；（五）申請行政機關履行保護人身權、財產權的法定職責，行政機關拒絕履行或者不予答復的；（六）認為行政機關沒有依法發給撫恤金的；（七）認為行政機關違法要求履行義務的；（八）認為行政機關侵犯其他人身權、財產權的。除前款規定外，人民法院受理法律、法規規定可以提起訴訟的其他行政案件。」可見若行政機關濫用行政權力侵害公民、法人或其他組織的權益（例如實施反壟斷法草案第 36 條至第 38 條所禁止之具體行政壟斷行為），受害者有權提起行政訴訟，但在實踐中，行政性壟斷的受害者提起行政訴訟時，法院往往以行政性壟斷案件應由同級人民政府或上級人民政府處理為由而不予受理；再者，《中華人民共和國行政訴訟法》第 12 條規定：「人民法院不受理公民、法人或者其他組織對下列事項提起的訴訟：（一）國防、外交等國家行為；（二）行政法規、規章或者行政機關制定、發布的具有普遍約束力的決定、命令；（三）行政機關對行政機關工作人員的獎懲、任免等決定；（四）法律規定由行政機關最終裁決的具體行政行為。」換言之，即使明知行政機關濫用行政權力制定了含有排除或者限制競爭內容的規定（即反壟斷法草案第 39 條所禁止之抽象行政壟斷行為），受害者也無法提起行政訴訟。綜上所述，若欲有效控制行政性壟斷，則必須雙管齊下，即在制定反壟斷法的同時，也需相應地增、修有關的行政法，以收兩相支應、交互為用之效。參見：鄭鵬程，前揭註 122，第 37 頁；黃欣、周昀，前揭註 51，第 101 頁。

²⁴⁵ 參見：宋功德，行政法的制度變遷，「行政法論叢」（第 4 卷），羅豪才 主編，法律出版社，2001 年 5 月，第 76-79 頁。

第二款 經濟性壟斷

一、禁止壟斷協議

(一) 水平限制競爭協議

反壟斷法草案第二章規範限制競爭的壟斷協議，其中第 8 條（禁止壟斷協議）規定：「禁止經營者之間達成旨在排除、限制競爭或者實際上具有排除、限制競爭效果的協議、決定或者其他協同一致的行為（協議、決定或者其他協同一致的行為以下簡稱為“協議”）。協議包括：（一）統一確定、維持或者變更商品的價格；（二）限制商品的生產或者銷售數量；（三）分割銷售市場或者原材料採購市場；（四）限制購買或者開發新技術、新設備；（五）聯合抵制交易；（六）其他排除、限制競爭的協議。」

本條對壟斷協議列有五個類型，並加一個概括規定，其在立法技術上或有值得再斟酌之處。首先，這個條文不區分其為水平（橫向）或垂直（縱向）協議（雖然草案在第 10 條就垂直協議另作規定，但就本條而言並未明確界定其為水平或水平、垂直兼具²⁴⁶），而這兩者在競爭法上的評價可謂有天壤之別，水平協議往往被認定為深具反競爭性，而垂直協議則甚少被如此質疑，有時還被認為可以促進品牌間之競爭²⁴⁷。

其次，該條第 1~4 款的價格維持、限制產銷、分割市場、限制採購等行為，大體都應適用當然違法原則，所以其實沒有列舉的必要（除非是藉此顯示該條其實意在規範水平協議）。而且，這種協議稱之為「壟斷協議」也顯得語意不明，即易與單方的獨占行為混淆，似宜改稱「限

²⁴⁶ 對照我國法的規定，公平交易法在第 18 條對垂直協議明確作出規定（禁止約定轉售價格），而在第 7 條（聯合行為之定義）第 1、2 項則規定：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言。前項所稱聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限。」明顯僅就水平協議進行規定，而與第 18 條的規定有所區分。

²⁴⁷ 參見：劉紹樑，前揭註 216，第 13 頁。

制競爭協議」之類的名稱，應較為妥適；也因為這個易於混淆的名稱與“壟斷”的概念相連結，故在適用時可能需對第3條（壟斷行為的定義）中「損害消費者權益，危害社會公共利益」的效果予以舉證，但其實殊無必要，因為以其行為之客觀惡質性，似乎無須再予舉證其不法行為之效果，以節樽行政及司法資源。

（二）垂直限制競爭協議

垂直協議是指市場上處於不同產銷階段的企業間協議，它與處於競爭者之間的水平限制競爭協議不同，垂直協議之特點是協議雙方的給付具有互補性，即一方提供商品，另一方支付價格；這些協議通常非出於共同目的而限制競爭，但有時也會包含一些排他性和限制性的條款，而這種限制競爭由於是以妨害競爭者經營活動為目的，所以也被稱為妨礙性的限制競爭²⁴⁸。

垂直限制競爭協議的具體內容除了關於商品、價格和數量等項目外，通常還包括買方對賣方（或賣方對買方）的有關限制，這些限制可能會涉及以下方面：

1. 排他性銷售

通常是銷售商要求生產商只向自己銷售產品，儘管在銷售商所處的市場上存有其他競爭者。

2. 排他性購買

通常是生產商要求銷售商只銷售自己生產的商品（或服務），但事實上生產商所處的市場中存有其他競爭者。

²⁴⁸ 參見：王曉曄，前揭註 64，第 7-8 頁。

3. 歧視性價格折扣

即供應商給予不同交易對象相異的批發價格，例如根據企業的購買量給予數量折扣，再如對固定的客戶給予誠信折扣，或者依客戶購買其他產品之數量等類似的約束條件給予折扣等等。

4. 轉售價格限制

即供應商對批發商轉售商品的價格預先有所規定，包括固定價格、限制最低銷售價格或最高銷售價格等等。

5. 轉售中的其他限制

具體實例包括：生產商向銷售商提出特定的銷售方式（例如售前服務、售後服務），或者為保護生產商利益而提出的其他要求（例如銷售地區的限制）等等。

世界各國的反壟斷立法例顯示，價格（對市場競爭最重要的因素）、數量及分割市場等水平限制競爭協議大多適用當然違法原則，因為這些協議（尤其是固定價格協議）對市場競爭有著嚴重的不利影響。然而，在垂直限制競爭協議方面，人們卻有著不同的評價。

目前，關於垂直限制競爭協議的適法性，主要存有兩種觀點。其一，主張者認為，由於垂直限制競爭協議並非“競爭者”之間的協議，其目的不是為了共同限制生產數量或抬高商品價格，反而是為了協議當事人的共同利益而提高產出，所以這種協議能夠發揮增大社會財富的作用；其二，主張者對垂直限制競爭協議並非全面給予肯定，而是要求對此類限制進行具體分析，包括對協議當事人所處市場的結構、當事人各自在相關市場上的地位，以及該限制競爭協議的作成動機等予以分析。整體上來說，後一觀點在各國反壟斷法中具有主導地位²⁴⁹。

²⁴⁹ 參見：王曉曄，縱向限制競爭協定的經濟分析，月旦民商法雜誌，第3期，2004年3月，第37頁。

就立法實踐而言，大多數國家的反壟斷法僅將限制轉售價格之協議定為當然違法，而以合理原則對待其他垂直非價格約束。例如，德國獨占禁止法第 14 條規定，當事人一方若限制他方與第三方締約時的定價自由或其他交易條件的設定自由，則其限制被視為違法；再如，我國公平交易法第 18 條規定：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。」顯然，我國對垂直價格約束也是採當然違法原則。

大陸於 2002 年 2 月所擬定的反壟斷法草案版本之中，有關「禁止壟斷協定」的規定部分，並沒有納入垂直價格約束的內容，而是在以「禁止濫用市場支配地位」為章名的第 3 章（第 24 條）規定：「具有市場支配地位的經營者不得在向批發商、零售商提供商品時限制其轉售價格。」²⁵⁰換句話說，若實施垂直價格約束的企業並不具有市場支配地位，那麼這種約束是合法的。如此不符反壟斷立法潮流的規定，在這次的草案版本中已經有所改善。

目前（新版）的反壟斷法草案第 10 條（限制轉售價格或其他交易條件）規定：「禁止經營者在向其他經營者提供商品時限制其與第三人交易的價格或其他條件。」可見其立法思維已與先進國家接軌，而在條文內容的設計上，更明顯承襲德國獨占禁止法的第 14 條規定，除禁止轉售價格之限制外，亦將“限制其他交易條件”視為違法。

二、禁止濫用市場支配地位

反壟斷法草案第三章規範市場支配地位的濫用，其中第 17 條（市場支配地位的定義）規定：「本法所稱市場支配地位，是指一個或者幾個經營者在特定市場內擁有控制價格或者排除、限制競爭的能力。經營者具有下列情形之一，應當認定其具有市場支配地位：（一）在特定市場內獨家

²⁵⁰ 參見：本文附錄二。

經營的；(二) 在特定市場內居於優勢（壓倒性）地位，其他經營者難以進入的；(三) 在特定市場內雖然存在兩個以上的經營者，但他們之間無實質競爭的。」第 18 條（市場支配地位的推定）規定：「經營者在特定市場的占有率達到下列情形之一，可以推定其具有市場支配地位：(一) 一個經營者的市場占有率達到二分之一以上的；(二) 兩個經營者的市場占有率達到三分之二以上的；(三) 三個經營者的市場占有率達到四分之三以上的。有前款（二）、（三）規定情形之一，但所涉及的經營者之一在該特定市場占有率未達十分之一的，不應推定該經營者具有市場支配地位。」

以上有關「市場支配地位」的定義以及第 18 條的推定情形，應係參考德國及我國的相關規定而擬定，但是其採取「共同濫用市場支配地位」（collective dominant market positions）的概念，在實際適用時會有相當程度的困難²⁵¹。

綜觀各國反壟斷法，對濫用市場支配地位各種具體行為歸納出一個普遍性適用的定義，是相當困難的²⁵²。因此，大陸反壟斷法似乎應該借鑒國際的通行作法，即對濫用行為採取“例示加概括”的立法方式。首先，應當對濫用市場支配地位的行為作出原則性的禁止規定；其次，反壟斷法應當採取例示的方式，明確禁止擁有市場支配地位的經營者進行諸如壟斷高價、掠奪性定價、差別待遇、拒絕交易、強制交易、搭售、獨家交易等典型的濫用行為，使這些行為在執法操作中易於被認定；最後，還應設置一項“概括性禁止條款”，將其他可能對競爭構成實質性限制或明顯損害消費者利益的濫用行為含括在內，解決例示行為以外的其他濫用形式之規制漏洞問題²⁵³。

²⁵¹ 參見：劉紹樑，前揭註 216，第 11 頁。

²⁵² 參見：王曉曄，公用企業濫用優勢地位行為的法律管制，法學雜誌，2005 年第 1 期，第 31 頁。

²⁵³ 參見：孫寶雲、吳振國，我國反壟斷法應如何規制濫用市場支配地位行為，中國工商管理研究，2002 年第 11 期，第 22 頁。

反壟斷法草案的規定內容，已包括原則性的禁止規定（第 16 條）及各項典型濫用行為之例示（第 20~26 條），惟仍缺少一個概括性的禁止條款，是其不足之處。草案中典型濫用行為之例示規定，包括：第 20 條（壟斷高價）規定：「具有市場支配地位的經營者不得以壟斷高價銷售商品。」第 21 條（掠奪性定價）規定：「具有市場支配地位的經營者不得以排擠、損害競爭對手為目的，以不合理或限制競爭的低價銷售商品。」第 22 條（差別待遇）規定：「具有市場支配地位的經營者，在提供相同商品時，不得對條件相同的交易對象在交易價格等交易條件上實行差別待遇，使其其他交易對象處於不利的競爭地位。」第 23 條（拒絕交易）規定：「具有市場支配地位的經營者沒有正當理由，不得拒絕向購買者銷售商品。」第 24 條（強制交易）規定：「具有市場支配地位的經營者不得以脅迫方法強制交易，排除或者限制其他經營者的公平競爭。」第 25 條（搭售）規定：「具有市場支配地位的經營者不得搭售商品或者附加其他不合理的交易條件。」第 26 條（獨家交易）規定：「具有市場支配地位的經營者不得要求其他經營者在特定市場內只銷售自己的商品，不銷售其他經營者的商品。」

第 20~26 條的主要適用對象是垂直限制競爭之領域，而這些規範都只對具有市場支配地位的經營者才得適用，可以說是較為低度的管制；但前文已提及，草案第二章對於限制競爭的壟斷協議之規範，也可能適用於垂直協議，若果真如此，則屬極為高度的管制。此外，擁有市場支配地位的經營者，若採取垂直限制而拘束其上下游業者，亦可能因此促進品牌間之競爭，此係於執行這些規定時宜予注意之處²⁵⁴。

附帶一提的是，草案第 22 條對禁止差別待遇的規範，也有構成要件略為簡約的問題。例如，商品採購數量有別，是否可作為阻卻違法的依據？其他經營活動成本（cost of doing business）有別的情形可否考量？再如，經營者並未主動給予差別待遇，係為「因應競爭」（meeting competition），而被動地比照競爭對手所提供之交易條件，似乎也不應視為違法。

²⁵⁴ 參見：王曉曄，前揭註 64，第 8 頁。

另外，草案第 26 條對獨家交易的規範，禁止具市場支配地位者要求其他經營者不得經銷他人商品（即 exclusive dealing）。然而，這個條文其實只規範了問題的一半，亦即若係經銷商自己具有市場支配地位，而要求上游製造商或進口商給予「獨家經銷」（exclusive distributorship），此類行為有時也具有反競爭性，但卻未被納入第 26 條的規定之中。準此，第 26 條應予修正，規定在產銷過程的任何一個上下游關係中，任一方具有市場支配地位時，均不得要求對方進行獨家交易。

三、經營者集中

反壟斷法草案第四章對經營者集中（即結合管制）予以規範，其中第 27 條（經營者集中的定義）規定：「本法所稱經營者集中是指：（一）經營者合併；（二）經營者通過收購其他經營者的股份或者資產取得對其他經營者的控制權；（三）經營者通過委託經營、聯營等方式形成控制與被控制的關係；（四）經營者直接或者間接控制其他經營者的業務或人事。」這個條文的內容，有一些疑問尚待澄清。

首先，該條第二項有關收購股份或者資產部分的定義顯得語焉不詳。詳言之，「通過收購…取得…控制權」的用字不夠週延，舉例來說，若甲公司向乙公司購買某一個廠房，並不會因此控制乙公司；再者，究竟達到何種程度才算「取得對其他經營者的控制權」，也無較為明確的規定。

其次，該條第三項之「形成控制與被控制的關係」，也有類似的模糊空間存在；現實中的許多相類契約（例如代理、經銷等）都有控制關係的存在，但不一定有“經營者集中”的實質。同理，該條第四項也有一樣的疑慮，這與我國公平交易法第 6 條第 1 項第 5 款內容²⁵⁵所存在的問題相似，即法條文字的構成顯得太過簡約、鬆散。

²⁵⁵ 我國公平交易法第 6 條第 1 項規定：「本法所稱結合，謂事業有左列情形之一者而言：……；五、直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免者。」

除此之外，關於經營者集中的准駁依據，草案第 34 條（許可及附條件）規定：「經營者集中對國民經濟發展和社會公共利益確有重大好處的，商務部反壟斷主管機構可以予以許可，並可以在許可時附加限制性條件。」第 35 條（禁止集中的情形）規定：「經營者集中可能出現下列情形之一的，商務部反壟斷主管機構不予許可：（一）排除或者限制市場競爭的；（二）阻礙某一行業（產業）或區域經濟發展的；（三）損害消費者權益的。商務部反壟斷主管機構對不予許可的經營者集中，應當作出書面通知，並說明理由。」這兩個條文的內容，也有以下幾點值得細究。

其一，第 34 條「經營者集中對國民經濟發展和社會公共利益確有重大好處的…可以予以許可」的文字，涉及競爭法與經濟分析以外的主觀考量（例如政策面或私利面的因素），將對法的安定性產生負面影響，而第 35 條第 1 款第 2 項「阻礙…經濟發展的」之文字，亦有同樣的問題。

其二，第 35 條第 1 款第 1 項「排除或者限制市場競爭的」這個標準，顯得不夠明確。首先，結合管制(merge control)是一種預防管制(incipiency regulation)，所以准駁標準宜有「之虞」的概念蘊涵其中；其次，以效果而言，歐美等國的標準係「實質地限制競爭」(substantially lessening competition)或「形成或擴張支配市場地位」(create or extend dominant market position)，凡此均較這個草案所規定的標準來得更為明確、嚴謹²⁵⁶。

第四節 適用除外制度之建構

第一款 適用除外制度的意義與價值

反壟斷法適用除外制度亦稱為適用豁免制度，係反壟斷法律制度的重要組成部分，它是指在某些領域對某些事項不適用反壟斷法，即在某些特定行業或領域中，法律允許一定的壟斷狀態及壟斷行為存在，而反壟斷法

²⁵⁶ 各國關於結合管制的實質規範，以美國的制度設計較為成熟。See. United States Department of Justice and Federal Trade Commission, 1992 Horizontal Merger Guidelines (revised 1997)

不予追究的特別法律制度。從現有世界各國的立法例看來，適用除外的對象，主要是對維護本國整體經濟發展和社會公共利益有顯著影響的領域，以及某些對市場競爭關係約束不大，但對整體利益有正面效果的限制競爭行為²⁵⁷。

反壟斷法素以促進競爭、抑制壟斷、打擊限制競爭行為等為其目的，而適用除外制度卻促進壟斷、容忍限制競爭。因此，從性質上來看，適用除外制度是對反壟斷法基本制度的修正，並且是站在其目的之對立面的拉扯，但它在促進本國經濟、維護社會公共利益等方面，卻與反壟斷法之基本目的同樣受到正面的評價。

當然，作為反壟斷法律制度的補充部分，適用除外制度的價值取向必然應合乎反壟斷法的總體價值取向，亦即反壟斷法特有的法價值—競爭，乃至於競爭的必然內容—有效競爭。但是，適用除外制度仍然存有其獨特的價值目標，包括社會公益價值及效率、公平價值²⁵⁸。

一、社會公益價值

反壟斷法適用除外制度建立的理由，奠基於合法壟斷在經濟學上的合理性，其價值目標首推社會公益。以經濟學的角度而言，儘管壟斷是作為競爭之對立面而存在的，但在某種程度上可說競爭的消極面正是壟斷發揮積極作用的場域。

依照國家的產業政策和其他經濟政策，在某些領域之中需要避免過度的競爭，因為在這些領域裡進行自由競爭並無益於公眾，且對社會經濟發展和國計民生甚至會產生不利的影響（例如，在自然壟斷或特定政策性壟斷的領域中，過度競爭會造成龐大的社會資源浪費，犧牲了應有的規模經濟效益，甚至影響到一國的國際競爭力等），而進行適當的“反反壟斷”措施，即緩和、豁免反壟斷的某些規制，則將因此確保公共利益不致遭到

²⁵⁷ 參見：魏千峰，公平交易法之適用範圍及除外規定，「公平交易法新論」，賴源河 編審，元照出版公司，2002年10月二版，第102-103頁。

²⁵⁸ 參見：孫晉，前揭註124，第49-50頁。

減損，此即適用除外制度存在的首要價值。

二、效率與公平價值

經濟法是兼具經濟性與社會性的法，其固有的基本價值取向是社會本位，而在 20 世紀與 21 世紀之交，它還需要兼顧國際社會的利益²⁵⁹。反壟斷法作為經濟法體系的重要組成部分，它同樣具有秩序、效率、公平、正義等經濟法的一般價值；而適用除外制度作為反壟斷法的一環，依照當代各國反壟斷法適用除外制度的立法設計，其所根據的價值中心思想，最重要的應當是效率與公平。

在效率與公平的關係上，效率優先、兼顧公平是現代法制的核心理念之一。市場經濟體制中的效率與公平，彼此存在著既對立又統一的關係，一方面需以效率作為配置社會資源的標準（藉提高效率來增加社會的總財富，在此基礎上實現高層次的公平——共同富裕），另一方面若將效率絕對化而不考慮公平，則可能導致收入懸殊、兩極分化，造成社會的不穩定，影響所及將從根本上損害效率。此時，便需要以法律的形式緩和兩者間的衝突，增強其互補性，進而實現兩種價值取向的理性平衡，這就是反壟斷法適用除外制度所應承擔的任務，並反映了其必須存在的理由。

第二款 適用除外制度的演變趨勢

隨著科學技術的發展和經濟情況的變化，各國反壟斷執法實踐中對適用除外之範圍有逐漸縮小的趨勢。例如，德國獨占禁止法在 1998 年的第六次修訂時，取消了折扣聯合、出口聯合與進口聯合等行為的豁免待遇，並廢除了能源供給企業以及交通業的特殊規定²⁶⁰；再如，日本從 20 世紀 90 年代中期推行「規制緩和推進計劃」以來，廢止了多數適用除外制度，

²⁵⁹ 參見：漆多俊 主編，「經濟法論叢」（第 2 卷），中國方正出版社，1999 年版，第 72-74 頁。

²⁶⁰ 參見：王曉曄，「競爭法研究」，中國法制出版社，1999 年，第 224-225 頁。

其中包括 1953 年制定的不景氣聯合行為（又稱“安定事業”）和合理化聯合行為（又稱“合理化事業”）²⁶¹；三如，過去被視為自然壟斷的電信行業，自 80 年代起在英、美等國被引入競爭機制，以頒布規定經營自由化之法律（例如，1984 年英國的電信法及 1996 年美國的新電信法）的方式，實現了電信業的民營化²⁶²。這些先進國家對適用除外制度的改革，在絕對程度上代表了國際間關於適用除外制度的演變趨勢。

適用除外制度逐漸式微的理由主要有二：其一，該制度的必要性和合理性日益降低，即制定適用除外制度的政策目的已失其本意，舉例而言，日本的不景氣聯合行為之豁免，在日本早已成爲世界第二經濟大國的今天來說，顯然已無存在的必要；其二，因適用除外而產生諸多制度上的弊端，甚至已牴觸了反壟斷法的統一規則。當然，反壟斷法的法制發展和法律解釋的具體化、明確化，亦使確認性的適用除外制度喪失了其意義²⁶³。

大陸反壟斷法起草小組於 1998 年草擬的《中華人民共和國反壟斷法大綱》第 52 條（自然壟斷、公用事業的行為）規定：「郵政、鐵路、電力、煤氣、自來水等自然壟斷或公用事業，經國務院反壟斷主管機關批准的行為，在本法公布的五年內，不適用本法的規定。」²⁶⁴ 這個條文反映了自然壟斷及公用事業由於成本遞減性、成本沉澱性、對管道或線路的依賴性等因素的存在，長期以來即使因壟斷而效率低下、漠視消費者權益，甚至不當掠取高額壟斷利潤，仍在反壟斷法起草初期被納入適用除外的範圍之中²⁶⁵，惟此乃悖離國際趨勢的立法思維，受到各界反對聲浪的大肆撻伐²⁶⁶。

²⁶¹ 參見：王先林，前揭註 65，第 53 頁。

²⁶² 1997 年 2 月，世界貿易組織 69 個成員國還訂立了《全球基本電信貿易協定》，這是世界上第一個電信自由化的國際協定，於 1998 年 2 月 5 日生效。根據該協定，從 1998 年 1 月 1 日起，締約國得按照其約定的時間和程度，開放它們的電信市場，並且允許外國投資者（包括外國的電信經營者）進入其市場。參見：王曉擘，前揭註 64，第 17 頁。

²⁶³ 參見：孫晉，前揭註 124，第 55 頁。

²⁶⁴ 參見：孔祥俊，前揭註 29，第 661 頁。

²⁶⁵ 該條文之起草，應係參照我國公平交易法於民國 88 年 2 月修正前之原第 46 條規定而來。該原條文規定：「事業依照其他法律規定之行為，不適用本法之規定。公營事業、公用事業及交通運輸事業，經行政院許可之行為，於本法公布後五年內，不適用本法之規定。」

目前（新版）的反壟斷法草案已從善如流，取消了過去對自然壟斷或公用事業的豁免規定，將適用除外的範圍限於對壟斷協議的某些例外許可以及智慧財產權的合理豁免。

第三款 草案規定的適用除外

一、壟斷協議的例外許可

壟斷協議（即聯合行為）非絕對的惡害，吾人也必須正視它在經濟活動上的正面效果，若一概禁止，反而有害經濟發展，絕非市場競爭秩序之福²⁶⁷。據此，許多國家對某些壟斷協議予以豁免，最為典型者是德國 1957 年頒布的《獨占禁止法》，該法在第 2 條至第 8 條規定了 9 種可以得到批准的聯合行為，即條件、結構危機、合理化、專門、特別、特定部門、折扣、出口、進口等聯合行為（後三者已於 1998 年廢止）²⁶⁸；德國對聯合行為的禁止與豁免規定，充分反映了反壟斷法基本性格的二重性，體現了德國社會市場經濟的特色：既強調競爭，又兼顧某些經濟領域允許限制競爭的必要性；既要充分發揮市場機制的調節作用，又要保持國家的宏觀管理和經濟干預。此外，日本《中小企業等協同組合法》規定之「中小企業協同組合行為」不適用反壟斷法的規定，亦為適例。

先進國家不但注重大企業的發展，並且十分注意中小企業之發展的保護。對中小企業的聯合行為給予豁免，阻止過度的“大魚吃小魚”現象，進而增強中小企業的競爭力，改善市場的競爭環境，乃抵制企業壟斷、實現有效競爭的最有利途徑之一²⁶⁹。當然，其豁免也必須具備一定的前提條

²⁶⁶ 參見：閔小龍，論反壟斷法對公用企業的規制，中國工商管理研究，2002 年第 11 期，第 23 頁。

²⁶⁷ 參見：姜炳俊，聯合行為之規範，「公平交易法新論」，賴源河 編審，元照出版公司，2002 年 10 月二版，第 255 頁。

²⁶⁸ 參見：王曉曄，前揭註 260，第 212-216 頁。

²⁶⁹ 參見：孫晉，前揭註 124，第 53 頁。

件，亦即中小企業的聯合行為不得使用不正當的交易方法，或在特定市場內實質性地限制競爭並不當地提高產品價格等。

在對外經濟貿易領域中，各國出於維護本國利益的考慮，無一例外地將為發展對外貿易、加強本國企業出口競爭力而進行的有關限制競爭行為適用豁免制度。最早在法律上對出口貿易中的限制競爭行為不設限者，首推 1918 年美國頒布的 Webb-Pomerene Act，它允許競爭者之間訂立關於價格、數量及劃分市場的限制競爭協議，其前提是這些協議僅涉及出口且在聯邦貿易委員會進行過登記，如此即可得到豁免；1982 年美國頒布的 Export Trading Company Act 也規定，出口企業的限制競爭行為只要不嚴重損害美國境內的市場競爭，就可以從反托拉斯法中得到豁免；美國這種內外有別的做法，使其他國家紛紛仿效，在各自的反壟斷法中將“純粹”的出口聯合行為作為適用除外。

大陸反壟斷法草案也納入了對於壟斷協議的例外許可之內容，即在第 11 條（協議的例外許可）規定：「經營者之間的協議有下列情形之一，但有利於國民經濟發展或符合社會公共利益的，經商務部反壟斷主管機構許可，可以不適用第八條規定。（一）為提高產品質量、提高效率、降低成本，統一商品規格或者型號的；（二）為應對經濟不景氣，制止銷售量嚴重下降或者生產明顯過剩的；（三）為提高中小企業的經營效率、增強中小企業的競爭能力的；（四）為改進技術、提高產品質量，研究開發商品或者市場的；（五）其他有可能排除或者限制競爭，但有利於國民經濟發展和社會公共利益的。」這個條文及其配套的相關規定，有值得進一步探討的必要。

首先，它對出口聯合行為並無明確的例外許可規定，這點令人感到意外。誠然，在貿易自由化和經濟全球化的今天，有些國家不鼓勵本國出口企業訂立出口聯合行為（這也是德國之所以在 1998 年第六次修訂獨占禁止法時廢止折扣、出口、進口等聯合行為的原因），但由於技術、勞動力等各方面的因素使然，大陸出口產品的價格往往大幅度低於國際市場，再加上許多出口企業不瞭解國際市場的行情，使得大陸的出口產品若在價格

方面沒有進行協調，則可能會一再地遭遇外國的反傾銷訴訟²⁷⁰；另外一方面，即便在今日，仍然有很多國家的反壟斷法對出口聯合行為給予豁免，即只要不嚴重影響國內市場的競爭，出口商在對外貿易中便可採取聯合行動（包括統一出口產品的銷售價格或者劃分銷售市場）。據此，依照“武器平等”的原則，大陸反壟斷法也可以（更應該）對出口聯合行為給予適用除外的待遇。

其次，該條在例外許可的構成要件方面卻又訂得十分寬鬆，很可能造成助長聯合行為合法化（cartel legalization）的問題。這個現象的產生，乃因大陸參考德國、歐盟立法，而執行結果卻可能未盡一致所造成；德國在二次世界大戰後的艾德諾政府時代，出現經濟自由主義（Ordo-liberalism），對於以往縱容聯合行為造成法西斯經濟體制，由上到下有深切的反省²⁷¹，而大陸在從計劃經濟轉軌到市場經濟的過程之中，不乏將資本主義誤解為「重商主義」（mercantilism），且利用產業政策干預市場機能的想法和做法，這是壟斷協議所存在的最大問題²⁷²。

再次，壟斷協議例外許可的規定過於側重經營者的意圖（intent），而未將其協議行為對市場的影響（effects）列為重要的評估因素，這與歐盟式的概括豁免有相當大的差別²⁷³，即相關國家的豁免規定往往還有一些實質限制，例如市場占有率（依歐盟聯合研發規定為25%）及期限等。

²⁷⁰ 參見：王曉曄，前揭註98，第126-127頁。

²⁷¹ See. David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, 1998, Oxford Univ. Press；Gerber, “Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the ‘New Europe’,” 41 *Am. J. Comp. L.* 25 (1994).

²⁷² 參見：劉紹樑，前揭註216，第14頁。

²⁷³ 參見：Guidelines on the Applicability of Article 81(3) of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, 2001 O.J. (C3) 2（即歐盟水平協議準則）；Commission Notice: Guidelines on Vertical Restraints 2000 (C291)（即歐盟垂直協議準則）；Commission Regulation on the Applicability of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements 2000 O.J. (L304) 7（即歐盟聯合研發規定）；Commission Regulation on the Applicability of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialization agreements, 2000 O.J. (L304) 3（即歐盟專業化規定）。

最後，依草案第 14 條（協議許可的條件與延期）第 1 款規定：「商務部反壟斷主管機構作出許可決定時，應當規定期限，說明理由，並可以附加限制條件。」而第 13 條（協議的許可及資料補正）第 1 款則規定：「商務部反壟斷主管機構應當自收到申請資料之日起 60 日內對經營者的申請作出決定。逾期未作決定的，視為同意。」這裡即產生一個問題，若商務部反壟斷主管機構作出許可決定，則應附加期限，但商務部反壟斷主管機構逾 60 日而未作決定者，「視為同意」，那麼這項因逾期而擬制的同意，是否仍附有期限？應如何表明期限？凡此草案均未有規定而顯得太過不明確。

二、智慧財產權的正當行使

智慧財產權制度是透過保護權利人之合法利益的方式，激勵人們競相從事知識創新、技術創新和生產力創新，以推動經濟與社會的良性發展，增進全社會的公共福利；反壟斷制度是透過排除壟斷以確保公平競爭之市場秩序的方式，為知識經濟和其他經濟的經營者創造平等競爭、健康發展的良好環境；兩者的最終目的同樣是促進發展、創造公益。

理論上來說，智慧財產權是法律賦予權利所有人的一種無形財產權，根據「特別法優於普通法」的原則，這種權利的行使當然不受反壟斷法的約束與責任追究²⁷⁴。在美國，專利、商標和著作權都屬於法律保護的獨占性權利，具有私人壟斷的性質，且這種私人壟斷乃為法律所許，因此它們被列入反托拉斯法的適用除外。

正因為智慧財產權一方面具有限制競爭的性質，另一方面又為促進競爭所必須（只有保護智慧財產權，才能促使企業投資進行技術的研究與開發），所以各國立法者均試圖用法律來調和這兩方面的矛盾。

²⁷⁴ 參見：孫晉，前揭註 124，第 54 頁。

具體而言，各國一方面利用法律保護智慧財產權，並以法律明確規定智慧財產權的正當行使係屬反壟斷法的適用除外行為²⁷⁵，而另一方面又禁止濫用智慧財產權，並納入反壟斷法中加以規制。某些國家還在具體的行政執法和司法實踐中，形成了一些操作性較強的專門規範²⁷⁶，例如：1995年4月6日，美國司法部和聯邦貿易委員會聯合發布了《智慧財產權許可的反托拉斯指南》；1996年1月31日，歐盟理事會就《羅馬條約》第85條第(3)項對若干類型技術轉讓協議的適用問題，制定了240號規章(EC No240/96，一般簡稱《技術轉讓規章》)；1997年7月30日，日本公正取引委員會重新頒布了《專利和技術秘密許可證契約中的反壟斷法指導方針》；我國行政院公平交易委員會於2001年1月18日發布了《審理技術授權協議案件處理原則》等²⁷⁷。

綜上，智慧財產權作為一種無形財產權，雖然有其「法定獨占性」的一面，同時還有其「法定地域性」和「法定時效性」的面向，並且受到「合理使用」、「權利耗盡」及「強制許可」等許多制度的“內部限制”；此外，作為一種私權利，智慧財產權既有應受社會和公眾保護的一面，亦有應受公益制約和公權監督的另一面，即同時受到有關的“外部限制”而不得肆意濫用²⁷⁸。換言之，如何防止智慧財產權的濫用？將是調和二者矛盾的關鍵問題。以日本為例，她在反壟斷法的規制中只對此作了一般性規定，而主要是在專利法中加以具體限制²⁷⁹，這個模式應該也為大陸所採。

²⁷⁵ 例如，我國公平交易法第45條（不適用本法之情形）規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」

²⁷⁶ 參見：盛杰民，論我國《反壟斷法》的調整範圍，法學雜誌，2005年第1期，第28頁。

²⁷⁷ 參見：蔡宜芯，專利集中授權（Patent Pools）之法律規範—以競爭法為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國92年6月，第51、129、191、239頁。

²⁷⁸ 參見：黃欣，前揭註78，第22頁。

²⁷⁹ 日本公正取引委員會（FTC）於1989年2月公布了關於專利與專有技術許可協定的新指南，該指南將專利與專有技術許可協定的條款分為“白色條款”、“灰色條款”和“黑色條款”三種，並列舉出各類條款的內容。白色和黑色條款分別是指法律法規明確許可和禁止訂立的條款，而灰色條款則需根據具體情況而確定其合法與否；企業可就灰色條款向FTC申請進行確認，一經確認，FTC將不會對其採取任何法律行動。這便是在日本反壟斷法適用除外制度的實施中引入了

反壟斷法草案第 66 條（不適用本法的情形）規定：「經營者依照《中華人民共和國著作權法》、《中華人民共和國商標法》、《中華人民共和國專利法》等行使合法權利的行為，不適用本法。但濫用知識產權的行為違反本法規定的，依照本法處理。」這個條文即（在反壟斷法中）對濫用智慧財產權的行為予以規制的一般性規定，然而其內容設計上，或有進一步改善的空間可供斟酌。

的確，正當行使智慧財產權的行為，一般均為反壟斷法的適用除外制度所及，但該條內容特別強調「行使合法權利」，既是合法，何來豁免？若經營者所為，均係各智慧財產權法所規定、允許的“合法”權利，基於特別法優於普通法的原則，作為普通法的反壟斷法規定，本就排除在法律適用之列以外，何需畫蛇添足似地強調一句「不適用本法」？因此，這個條文在其但書以前的內容文字，與我國公平交易法第 45 條的規定類似，均無存在的必要。

第五節 其他

第一款 反壟斷法適用範圍

反壟斷法草案第 2 條（適用範圍）規定：「在中華人民共和國境內經濟活動中的壟斷行為，適用本法。在中華人民共和國境外從事對境內市場競爭產生限制或者影響的壟斷行為，適用本法。」其中第 1 款規定係屬當然，故不予贅論；第 2 款規定即為「域外適用效力原則」的具體化明文，此即本款所欲探究者。

確認制度，亦即FTC的干預程式。

所謂域外適用效力原則，其基本含義是指一國對於發生在本國以外而影響本國市場的限制競爭行為，無論其行為主體的國籍為何，均有權對其主張適用本國的反壟斷法（此即“效果原則”或稱“影響原則”）²⁸⁰。這個原則是在 1945 年由美國第二巡迴上訴法院於「美國訴美國鋁公司」（United States v. Aluminum Co. of America）²⁸¹一案的判決中所確立，爾後美國根據此一原則，廣泛地在美國領域之外適用其反托拉斯法，追究外國企業的法律責任。美國的做法雖然受到許多國家的批評，被指責為霸權主義，甚至還遭到不少抵制措施，但另一方面，其他國家又紛紛在各自的反壟斷法中仿倣美國納入該項原則。實際上，目前各國為了能夠在跨國公司限制競爭的活動中保護本國消費者的利益，其唯一可行的選擇就是在域外適用本國的反壟斷法²⁸²。

基於這個國際現勢，作為世界強權之一的大陸在制定反壟斷法時，必然也會毫不猶豫地納入這個原則²⁸³（草案內容已證明了這點）。除了因應國際“潮流”之外，就大陸的現實情況而言，在反壟斷法中規定域外適用效力也確有必要，其理由有三²⁸⁴：

- 一、在外國實施而損害大陸市場之競爭的壟斷行為愈來愈多，對此必須予以正視並給予充分的算計。
- 二、各國立法和執法多傾向承認反壟斷法的域外適用效力，因此大陸必須確保其法律適用上的對等性，保護其國內的經濟安全。
- 三、反壟斷法的域外適用正逐漸成為各國對外貿易中的一個摩擦點，大部分先進國家已為此爭執得不亦樂乎，而摩擦與爭執的結果便是達成雙邊或者多邊國際協議。隨著對外開放的大步邁進，大陸參與經濟全球

²⁸⁰ See. Melville L. Stephens, “Reasonable Approaches to the Issues of Extraterritorial Jurisdiction – The US Anti Trust Example”, in *International Antitrust Law* (Julian Maitland – Walkered.) Vol, at 109-110 (1984)

²⁸¹ 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

²⁸² 參見：何之邁 等，公平交易法結合規範成效與檢討，公平交易法施行十週年回顧與前瞻學術研討會論文輯，民國 91 年 1 月，第 28-33 頁。

²⁸³ 參見：包錫妹，「反壟斷法的經濟分析」，中國社會科學出版社，2003 年 7 月，第 275 頁。

²⁸⁴ 參見：孔祥俊，前揭註 29，第 705-706 頁。

化的份量不斷增加，對於反壟斷法的域外適用也漸漸難以避免；若有了法律的明文肯認，大陸顯然可以增加與外國討價還價的籌碼，並強化其自我保護的能力。

草案納入域外適用效力的方式，顯然只作出原則性的簡約規定，僅陳明域外適用效力的最基本條件，至於如何確定其適用細節、擬定其操作標準（即認定對大陸市場競爭產生限制或造成損害的具體方法），草案起草者應傾向由執法機關或者法院在具體實踐中予以決定，故在草案中未有進一步的細節性規定。

第二款 反壟斷調查

反壟斷法草案第6條（主管機關）規定：「國務院商務主管部門依照本法規定設立反壟斷主管機構，依法行使職權，制止壟斷行為，維護公平競爭。」此係草案就反壟斷主管機構之設置及職權所作的總則性規定，而草案第六章—反壟斷調查，乃就反壟斷主管機構的職責、組織、調查事項等，以及其調查、處理案件的相關程序進行細節性的規定，其中第59條和第60條兩個條文的內容，係專門規定行政性壟斷行為的法律責任及反壟斷主管機構的相關權力，惟此已先於本章第三節第一款進行過介紹，故本款不予重複。以下，僅就反壟斷調查的一般性規定，扼要地予以說明。

一、反壟斷主管機構

以維護自由、公平之競爭秩序為己任的反壟斷法，其功能的有效發揮離不開一個獨立、權威的主管（執法）機構²⁸⁵。由於反壟斷法注重的是維護宏觀經濟秩序、防止市場競爭不足，因而具有政策性、靈活性和行政主導性的特點，特別在反壟斷法以合理原則為其主要違法確認標準的前提下，反壟斷法主管機構對相關案件必須進行全面調查，判斷系爭行為是否有礙競爭，故不宜由職能不定、專業不強、獨立性不夠的微觀市場執法部

²⁸⁵ 參見：曹勝亮，論我國反壟斷法執法機構，法學雜誌，2005年第1期，第35頁。

門（例如反不正當競爭法的主管機構—工商行政管理部門）作為反壟斷法的主管機構²⁸⁶。

據此，反壟斷法草案於首章（總則）便規定於國務院商務部下設反壟斷主管機構，可見草案起草者打算尋求新設機關，作為反壟斷法的專門主管機構。此外，草案第 40 條（主管機構職責）規定：「商務部反壟斷主管機構依法對市場競爭實行監督管理，維護競爭秩序，履行下列職責：（一）制訂反壟斷政策、法律、行政法規及規章；（二）受理並審議本法有關反壟斷的事項；（三）依法對違反反壟斷法律、行政法規的案件進行調查、處理；（四）監控市場競爭狀況；（五）與國外反壟斷主管機關和國際組織進行交流合作，負責有關競爭的多雙邊國際合作；（六）反壟斷的其他事項。」第 41 條（派出機構）規定：「商務部反壟斷主管機構可以根據履行職責的需要，設置派出機構。」

無論是草案首章的第 6 條（主管機關）規定，或者草案第六章的第 40 條（主管機構職責）規定，均未強調「獨立」行使職權，反觀過去的草案版本²⁸⁷，卻曾經納入「獨立」二字（雖然當時對於這個獨立性的認定與實踐等問題亦未見釐清），而從建構競爭法制的角度來看，反壟斷主管機構的獨立性極其重要，故從草案易稿的轉變觀察，未免讓人對於反壟斷法的起草過程有“開倒車”的感覺。

其次，反壟斷主管機構設於商務部轄下，作為一個局、司級的執法機關，就行政位階而言，顯然不具有足夠的權威性²⁸⁸，試想一個局、司級的機關，如何能夠對其他部、委級的機關進行反行政壟斷的查處工作？如此的機構設置，若非挑戰整個行政體系的層級倫理，即不具有實質的可操作性。至於前一版的草案規定，卻是將反壟斷的主管機關設於國務院的轄下

²⁸⁶ 參見：王先林，前揭註 71，第 345-347 頁。

²⁸⁷ 即指 2002 年 2 月 26 日關於反壟斷法草案的徵求意見稿，其中第 37 條（調查處理）規定：「國務院反壟斷主管機關依法獨立行使職權，對危害公平競爭和社會公共利益的壟斷行為，依法作出處理。」

²⁸⁸ 參見：張炳生，論我國反壟斷執法機構的設置—對現行設計方案的質疑，法律科學，2005 年第 2 期，第 113 頁。

²⁸⁹，即作為一個部、委級的行政機關，在執法權威性方面顯然高於新版的草案規定，此種走回頭路的轉變乃另一讓人不解之處。

再者，草案第 41 條（派出機構）的規定²⁹⁰，可勉強稱為反壟斷主管機構下設組織的法源依據，惟此規定過於簡略、不夠明確，可能造成反壟斷主管機構的組織龐雜化，不僅耗費巨額的行政成本，更會導致案件查處的效率低落。因此，或可考慮參考我國公平交易法第 9 條及第 29 條²⁹¹的規定，在反壟斷法中明確化主管機構的各級機關，並以法律或授權行政部門的方式，另定內容具體、詳細之反壟斷主管機構的組織法規，以為執法行政的運作依循。

二、反壟斷之調查處理程序

反壟斷法草案第 42 條（調查事項）規定：「商務部反壟斷主管機構依職責或舉報，可以依照本法對下列事項進行調查：（一）壟斷協議、決定或其他協同一致的行為；（二）濫用市場支配地位的行為；（三）經營者集中；（四）行政性壟斷行為；（五）市場競爭狀況；（六）需要調查的其他事項。」而第 43 條至第 55 條，則分別就舉報材料的補正、調查之通知、調查之方式、相關人等提供材料與信息的義務、實地調查的許可、調查的強制手段、調查筆錄的製作、聽證會之召開、調查者之保密義務、被調查者之陳述與申辯、調查決定的公告、被處分者之法律救濟、涉嫌犯罪案件的處理等事項進行規定²⁹²，整體而言，內容堪稱完整、細緻，惟仍有若干可議之處²⁹³。

²⁸⁹ 2002 年 2 月 26 日之反壟斷法草案徵求意見稿第 6 條（執法機構）規定：「**國務院**反壟斷主管機關依照本法規定行使職權，制止壟斷，維護公平競爭。」

²⁹⁰ 同註 217。

²⁹¹ 我國公平交易法第 9 條（主管機關）規定：「本法所稱主管機關：在中央為行政院公平交易委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。本法規定事項，涉及他部會之職掌者，由行政院公平交易委員會商同各該部會辦理之。」第 29 條（公平交易委員會之組織）規定：「公平交易委員會之組織，另以法律定之。」

²⁹² 同註 217。

²⁹³ 同註 236。

詳言之，反壟斷案件的處理程序從（舉報、）調查到審議的過程，係由反壟斷主管機構一手包辦，若將反壟斷主管機構定位為一個單純的行政機關，固無可議之處；事實上，草案第 54 條（法律救濟）規定：「經營者對商務部反壟斷主管機構做出的最終決定不服的，可以依法申請行政複議或者向人民法院提起行政訴訟。」從其中亦可看出草案起草者欲將反壟斷主管機構純粹行政化的用意。

然而，草案第 48 條（調查的強制手段）規定：「商務部反壟斷主管機構依法履行職責，有權查封、扣押相關證據，查詢經營者的銀行帳戶。商務部反壟斷主管機構凍結經營者的銀行帳戶及行使必要的搜查權時，應當經人民法院許可。」從反壟斷主管機構擁有查封、扣押等權限的情形看來，似可認定其具有準司法權的地位，這便與前段所述產生了矛盾。

美、日兩國之制度設計，係於反壟斷主管機構中區分業務單位與委員會議，就相關案件的調查部分，交由業務單位負責，而委員會議則扮演類似法官的審議與裁判角色，同時不介入業務單位的前置作業，因此美、日兩國的反壟斷主管機構具有準司法權，並無疑義²⁹⁴。

據此，中國大陸的反壟斷主管機構是否（必不可少地）應具有準司法權？本文不擬進行評價。惟於立法技術上，若無意賦予反壟斷主管機構準司法權，則宜取消其進行調查時之查封權與扣押權；若欲賦予其準司法權，則應就反壟斷主管機構的組織及其各別職權，進一步細緻化“分權性”的規範，以避免悖離司法獨立之本質與精神。

第三款 違法者之法律責任

反壟斷法草案第七章—法律責任，對於違反反壟斷法之行為者的制裁進行了規定，其內容可歸納為行政制裁、民事制裁、刑事制裁等三類：

²⁹⁴ 參見：謝紀森，公平交易委員會之組織與程序，「公平交易法新論」，賴源河 編審，元照出版公司，2002 年 10 月二版，第 159 頁。

一、行政制裁（由反壟斷主管機構為之）

包括停止違法行為令（第 56、57 條及第 58 條第 1 款）、競爭恢復措施令（第 56 條及第 58 條第 1 款）、處以罰款（第 56、57 條及第 58 條第 1 款）、拆解經營者集中（第 58 條第 1 款）以及解散停業令（第 58 條第 2 款）等。

二、民事制裁（由法院為之）

即草案第 61 條所規定之民事損害賠償責任。

三、刑事制裁（由法院為之）

草案內容涉及刑事責任者（第 56、57 條），僅稱「構成犯罪的，依法追究刑事責任」，此外再無細言，應係對照至草案第 55 條（涉嫌犯罪案件的處理），其規定：「商務部反壟斷主管機構發現違反本法的行為涉嫌犯罪的，應當將案件依法移交司法機關處理。」換言之，行為涉嫌（或構成）犯罪者，應移交司法機關追究刑事責任，而責任形式不外徒刑與罰金二者。

大陸於 2002 年 2 月所擬定的反壟斷法草案版本之中，對於違反禁止壟斷協議的經營者，規定反壟斷主管機構可處以人民幣（下同）500 萬元以下的罰款；而同草案關於濫用市場支配地位行為者的處罰，則規定反壟斷主管機構可處以 1000 萬元以下的罰款²⁹⁵。亦即，該草案之起草者認為違法壟斷協議在不法程度上輕於濫用市場支配地位，而這種看法卻是錯誤的。事實上，價格、數量或分割市場的聯合行為對市場競爭的損害程度，一點都不會低於濫用市場支配地位的行為，舉例而言，一個價格聯合行為

²⁹⁵ 2002 年 2 月 26 日之反壟斷法草案徵求意見稿第 44 條（對限制競爭協定的處罰）規定：「違反本法第八條規定的，反壟斷主管機關應當責令其停止違法行為，並可處以五百萬元以下罰款。」第 45 條（對違反禁止濫用市場支配地位的處罰）規定：「違反本法第十七條至第二十四條規定的，國務院反壟斷主管機關應當責令停止違法行為，並可處以一千萬元以下罰款；構成犯罪的，依法追究刑事責任。」

與一個獨占企業的濫行漲價行為，對消費者來說二者通常具有相同的不利影響。所幸，目前（新版）的反壟斷法草案已將二者的不法性視作一致（得課處之罰款額均為 10 萬元以上 1000 萬元以下），值得肯定。

美中不足的是，草案對於違法者之行政制裁的部分，缺少一項「沒收違法所得」的類型。雖然，草案第 61 條規定在受害人的損失難以計算的情況下，損害賠償額為侵權人在侵權期間因侵權所獲得的利益²⁹⁶，但若侵權人因其違法行為而獲暴利，且其獲利遠高於反壟斷主管機構所處罰款加上受害人之實際損失和可預期利益（草案第 61 條前段）的總和，那麼此時該侵權人豈不是仍有“賺頭”？這個規範上的漏洞很可能成為經營者的違法誘因，草案起草者不可不慎！



²⁹⁶ 同註 240。

第六章 結論

市場經濟的正常運行，需要建立和保持一個有效的競爭政策。大陸若欲建立、完善所謂的社會主義「市場經濟」體制，同樣離不開有效的競爭政策。競爭政策之目的與任務，就是保護競爭、促進競爭，使市場競爭與價格機制發揮有效的調控功能。保護和促進競爭之政策目的與任務，是在法律的基礎上落實的，貫徹實施競爭政策的主管部門也需「依法行事」。因此，建立和完善各項有關市場競爭的法律法規，特別是反壟斷法律的設置，就成為建構有效競爭制度、保護與促進競爭的基礎和起點²⁹⁷，而對於像大陸這種從計劃經濟體制向市場經濟體制轉軌的國家來說，這樣的立法工作顯得更形重要。

20世紀70年代末以來，隨著經濟體制改革的不斷深化，大陸開始注重競爭政策和競爭法制²⁹⁸，1993年的《反不正當競爭法》和1997年的《價格法》都有反壟斷的規制內容。但是，大陸至今沒有一部系統化、完整化的反壟斷法，特別是缺乏制止政府及其所屬部門濫用行政權力限制競爭的有效規定，也不具有一個獨立而專門的反壟斷執法機構，因此對於反壟斷工作的有效執行，大陸一直是在法制不備的這條顛簸路上舉步維艱。

然而，由於大陸已經確立了社會主義市場經濟體制，特別在競爭法制的建構層面，「社會主義」四字的色彩相形之下，遠不及「市場經濟」四字對競爭法制的影響來得大，換句話說，當前大陸深入改革的一個重要任務，是在更大程度、更廣層面之上發揮市場配置資源的作用，建立統一、開放、競爭、有序的現代市場體系，這便需要儘快完善競爭法制，尤其是應儘速制定和頒布反壟斷法。再者，隨著加入世界貿易組織和大陸國內市場的進一步對外開放，更多的外國企業和外國產品已漸漸參與大陸市場上的競爭，因此制定一部符合國際慣例的反壟斷法，給國內外企業提供一個

²⁹⁷ 參見：陳麗潔，中國反壟斷立法的現狀與問題，「競爭法與經濟發展」，王曉曄、[日]伊從寬 主編，社會科學文獻出版社，2003年9月，第128頁。

²⁹⁸ 參見：王文杰，中國大陸反不正當競爭法之研究，中國大陸研究，第44卷第7期，民國90年7月，第55頁。

公平、公開和有秩序的競爭環境，這不僅有利於大陸的經貿法制與世界接軌，有利於大陸實施全方位的對外開放政策，而且也有利於大陸的經濟發展和提高大陸的國際地位。

大陸反壟斷法的立法計劃拖延了十餘年的時間，之所以一直無法立法頒行，其中固然是人民的市場概念、競爭意識過於薄弱，以及舊體制內的既得利益者不願面對變革陣痛期的原因所導致，但真正的核心問題，在於整個體制性的轉軌不完全，造就了條塊分割市場之行政性壟斷的存在，而應付這種壟斷的對策，涉及到政治改革的龐大工程，牽連層面既多且雜，非單單思考一部反壟斷法的制定細節就能夠加以解決。

行政性壟斷由於帶有強制性的色彩，所以它的危害性甚至高過一般經濟性（市場性）的壟斷。因此，即便單純地制定一部法律並不能徹底解決這個問題²⁹⁹，但是大陸的反壟斷立法作為遏制行政性壟斷的一部分工作內容，仍須納入對於行政性壟斷的專門規制，甚至可說大陸反壟斷法的主要打擊對象就是行政性壟斷，少了對於行政性壟斷的規制，大陸反壟斷法的效用與存在必要性，至少就現階段來說，便大大地打了折扣。總之，反壟斷立法不是遏制行政性壟斷的唯一條件，卻是必要條件之一。

大陸反壟斷法可望在明年春天問世³⁰⁰，預計在這部法律之中，將納入對於行政性壟斷的專章規定，這是值得肯定的。但在具體內容方面，僅就目前外界所得知悉的草案內容而言，仍有諸多值得商榷的地方³⁰¹，例如違法行為類型的設置不夠全面、法律責任之制度設計的實質可操作性不足、反壟斷主管機構的行政位階太低，以及反壟斷主管機構的執法權力過於限縮等等，凡此缺失皆會造成反壟斷法遏制行政性壟斷的效果不彰，有賴立法者予以修正、補充。

²⁹⁹ 參見：王為農，中國反壟斷立法的若干基本問題，「競爭法與經濟發展」，王曉擘、[日]伊從寬 主編，社會科學文獻出版社，2003年9月，第147頁。

³⁰⁰ 參見：黃曉芳、朱磊，反壟斷法有望明年出台，經濟日報，2005年4月23日，第2版。

³⁰¹ 參見：傅智文、王淇，對我國《反壟斷法草案》的內容評述和修改建議，法學雜誌，2005年第1期，第36頁。

至於反壟斷法草案對於一般性的反壟斷規制內容，基於相同的經濟學原理，與其他市場經濟國家的反壟斷法律並無太大的差別，其目的基本上是一致的，也就是優化資源配置、促進技術進步並提高消費者的福利。然而，由於各國的政治制度、經濟水準、法律文化和傳統觀念均有不同，因而導致反壟斷法的執行層面將存在與其他國家一定程度的差異。過去，大陸反壟斷工作的問題在於法制不備；今後，大陸反壟斷工作的關鍵即為執法效率。

大陸各地的經濟發展程度具有相當大的差距，這是一個眾所不爭的事實。反壟斷法作為一部頒行全國的經濟法律，理當具有統一的執法標準，而面對經濟發展極不平衡的廣闊疆域，反壟斷執法標準的統一化應落實在「定性一致、定量權衡」的原則之上。簡之，對於違犯反壟斷法的有關行為，無論發生於何地，都應具有一致性的違法判斷標準，而同樣的違法行為，其處罰的“度”（例如罰款的額度）則可因地制宜，以收公平、均衡之效。此外，再理想化的法律制度設計，也需具有高素質的執法人員，方可將良法落到實處，而大陸地廣人稠，若要有效地執行反壟斷工作，勢必需要大量的專業執法人員，因此對於執法訓練工作的關注，將是大陸反壟斷進程下一階段的重點項目。

本文從大陸經濟體制改革的背景談起，介紹其社會主義市場經濟體制的確立及競爭法制的內涵，並詳細地分析、解構在體制轉軌過程中的伴生物——行政性壟斷，最後就新近反壟斷法草案的整體內容，進行重點式的介紹與評論，堪稱一部概括性、全局性研究大陸反壟斷立法的論文，也因此無法在反壟斷的各別細部規範上進行更深入、更廣泛的討論，這是由於反壟斷法尚未完成立法而缺乏有關研究基礎所致。未來，俟大陸反壟斷法頒布實施後，勢必將有一連串的實務資料陸續呈現，屆時對行政性壟斷、經濟性壟斷的各別規範、反壟斷適用除外制度、反壟斷調查處理程序，以及壟斷實施者的法律責任等等，都可獲得更豐富、更貼近實際的研究資源，對於有志從事大陸反壟斷法研究者，不啻是一大福音。

任何一部法律的制定與實施，不可能達到百分之百的違法防杜，大陸反壟斷法的問世亦復如此。人們無需對反壟斷法“一步到位”地破除所有惡性壟斷抱持過高的期待，現實上也不可能有如此效果。規制壟斷是一個長期的過程，而反壟斷法的頒行只是一個手段（應可稱得上是一個有力的手段），事實上反壟斷法存在的最大意義，在於以法律（權威的代表）之形式，促成人們的競爭意識之提升，這個意義對過去不曾有過競爭觀念的大陸人民來說，其影響顯得更為深刻而重要。

回顧大陸近三十年來的經濟體制變遷，不難發現從「計劃」到「市場」的軌跡，其實就是一個行政管制不斷限縮與淡化的過程。隨著市場化的程度愈來愈高，行政管制退出微觀經濟領域的必要性也就愈來愈強，反壟斷法的制定與其中禁止行政性壟斷的規範，正是這個軌跡具象化的一部分。隨著大陸反壟斷法問世的日子逐漸接近，這個軌跡的走向也就愈來愈值得期待，社會主義的中國，能否實質成為一個競爭取向的市場經濟國家？大陸的各級行政機關，能否真正從不當干預市場機制的迷思與腐敗中掙脫出來？且讓我們拭目以待！

