

我国反垄断法概念关系的 错位及修正

刘继峰

【提要】我国反垄断法中有三组概念在逻辑关系上存在不协调。涉及的问题有,概念的种属关系的使用不协调、概念的划分没有穷尽子项、概念的划分标准不统一。这些不协调将影响对相关法律条文的理解,也不利于法律的实施,有必要作出适当的修改。

【关键词】反垄断法 概念关系 错位 修正

【中图分类号】DF41 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2009)02-0083-06

法律条文是由概念和语词组合而成的规范体系。目标明确的、具备可操作性的法律条文既要达到概念使用准确,也要满足使用的诸多概念之间关系协调。对概念关系的分析,最基本的路径是揭示内涵和外延,定义是明确概念内涵的逻辑方法,“划分”是明确概念外延的逻辑方法。

形式逻辑上,外延完全包含在另一个概念之中的概念是种概念,也称下位概念。属概念和种概念是相对的概念。^①分析一个具体概念所属的种类和几个概念间关系的逻辑性质时往往要注意语境对概念逻辑性质的制约作用。只有置于特定的语境才能确定其逻辑性质,离开特定的语境确定它们的逻辑性质可能犯形而上学的错误。

本文在反垄断法这个特定的语境下分析相关概念之间的关系,并运用比较分析的方法得出:我国反垄断法存在三组种、属关系不协调的概念。识别这些概念间在逻辑上的不协调对于准确理解、实施该法,乃至未来该法的修改具有重要的意义。

一、“消费者利益”和 “社会公共利益”

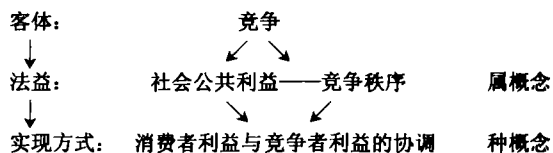
我国《反垄断法》第1条规定:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”在这个(立法目的)条文所涉及的诸多目的中,“维护消费者利益和社会公共利益”属于法益上的问题,换言之,法益与“维护消费者利益和社会公共利益”属同一范畴的概念。按照形式逻辑,种属概念关系的是否协调适于用概念的“划分”,即把一个概念的外延分为几个小类的方法。概念划分的规则之一,要求划分的各子项应当互不相容。那么,消费者利益和社会公

^① 我国20世纪50年代的逻辑教材大多从苏联引进,常常把属概念译成“种概念”,把“种概念”译成“属概念”。到了60年代北京大学哲学系逻辑室认真查阅和考证了拉丁语的原文,发现拉丁语的原意是把大概念叫“属”,小概念叫“种”。为此,北京大学逻辑教学工作者在考证的基础上作了注释,这样多数人沿用“属概念”与“种概念”的这种说法。本文遵循的一般逻辑是“大概念”称为“属”,“小概念”为“种”。

共利益是否遵守这个规则呢？它们是同一个位阶上的概念吗？

每部法律都有自己的法益。一般而言，国家利益、社会公共利益和个体利益是法律所保护的法益的总体。每一种法益都由多个法部门从不同的方面以不同的方法加以维护。换言之，国家利益、社会公共利益和个体利益之每一种都是内涵十分丰富并需以多种载体体现的利益形式。涉及社会公共利益的法律载体形式主要是社会法或经济法（尽管这两个概念的关系有争议，在此不作讨论不会影响下面的分析），经济法内不同法部门所表达的公共利益的内涵不同。自然资源法所表达的社会公共利益主要是资源的可持续利用；环境法所表达的社会公共利益体现为维护良好的环境状态；劳动法所表达的社会公共利益是劳动者的群体利益；如此等等。反垄断法保护的社会利益的内涵是什么呢？“以自由竞争为基础的经济秩序本身，妨碍这种经济秩序的事态，就是直接违反公共利益”，^①即反垄断法保护的法益是社会公共利益，并体现为经济（竞争）秩序。

那么，反垄断法维护的竞争秩序如何实现？反垄断法律关系的主体包括经营者、竞争者和消费者（政府机构只在管理阶段才体现出来，故在此不作为关系主体），且法律关系是以经营者为中心通过经营者和竞争者、经营者和消费者之间的不协调状态构建的。以竞争秩序为内容的社会公共利益也必然通过平衡经营者利益和竞争者利益、经营者利益和消费者利益表达出来，即竞争秩序的有效状态由维护与经营者利益相对的消费者利益和竞争者利益体现出来。和消费者利益同位阶的是竞争者利益，社会公共利益是消费者利益和竞争者利益的属概念（上位概念），消费者利益、竞争者利益是社会公共利益的种概念（下位概念）。这样，反垄断法的法益、社会公共利益、秩序、消费者利益和竞争者利益这几个概念就形成了反垄断法的特殊法益结构。表现为：



在法益结构问题上，时常发生两种错误，一是部分抬高消费者利益的位阶。它混淆了法益和法益的表现形式之间的关系，将消费者利益提高到与社会公共利益相同的位阶，进而从逻辑上出现了概念的不周延——将从属关系变为并列关系。在立法过程中，曾有人为此提供一种改良方案，就是将上文（第1条）的表述改为：“为规制垄断行为，保护和促进市场竞争，维护消费者的合法权益和其他社会公共利益”。这似乎解决了逻辑上的问题，但在内容上却外溢出了反垄断法所承载不了的负荷。上文已述，公共利益的含义在不同法律学科中的含义不同。反垄断法无论如何也保护不到大气环境、矿产资源、劳动者利益等特殊类型的公共利益。所以，其使用“其他社会公共利益”必然造成本法中公共利益概念内涵之“不可承受之重”。

另一种错误是将反垄断法保护的利益浓缩为消费者利益，并排除竞争者利益。这种认识或许受亚当·斯密的一切生产都是服务于消费的观点的影响。交易之于生产过程而言，可以分为三种类型：为了生产而交易、为了销售而交易、为了消费而交易。消费者不是经营者的唯一兴趣点，在多交易环节中，经营者竞争往往是为了获得下游客户（企业）的青睐。经营者从事的限制竞争行为可能对消费者产生不利影响，也可能对竞争者产生不利影响。竞争者经常处于利益受害者的地位。如果仅从消费者角度评判反垄断法，说反垄断法只是为了保障消费者的选择权，显然有失偏颇。竞争者如同消费者一样在竞争关系中具有两重性，即受害主体和评价标准，如独家交易就限制了竞争者的选择权，联合抵制侵害了竞争者的经营权、购买权。因此，

^① [美] 庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵等译，商务印书馆1984年版，第37页。

消费者利益仅是反垄断法中社会公共利益的部分内容，另一部分内容是竞争者利益。消费者利益和竞争者利益构成了反垄断法保护的公共利益的完整内涵；它们在结构上平行并处于社会公共利益的下位阶。

各国立法实践对于法益的处理模式大致分为三种，一种是将法益隐藏在具体制度中，不指明本法中法益的内容，如美国、法国、俄罗斯等国反垄断法；一种是将“公共利益”隐含在反垄断法保护的客体——竞争之中，强调维护消费者利益和竞争者利益，如加拿大、日本、波兰、韩国、芬兰等国反垄断法；第三种是将社会公共利益纳入立法宗旨加以表述，并揭示公共利益的表现形式和内容。例如，匈牙利《禁止不正当竞争法》序言：“法律保护经济竞争中的公共利益，保护竞争者的利益，并随着倡导诚实的市场行为保护消费者的利益。为上述目的，国会颁布以下法令。”英国《公平贸易法》在具体条文中确定了公共利益原则，并明确了和消费者利益及竞争者利益的上下位阶的概念关系。^①可以看出，明确表达法益的有关国家反垄断法立法例较为清晰地展示了上述逻辑结构。

综上，我国《反垄断法》第1条的规定在逻辑上的不协调体现为：将属于“属”概念的社会公共利益与属于“种”概念的消费者利益并列。应该通过“概念的缩小法”修正这个逻辑错误，即用竞争者利益代替社会公共利益；或者用“概念扩大法”直接将消费者利益删除，只保留社会公共利益概念。

二、“垄断协议”和“其他协同行为”

我国《反垄断法》第13条规定：“本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”因没有遵循“属加种差”的方法，这不是一个严谨的逻辑定义，至多是外延式的定义性说明。该条款要表明的是，垄断协议包括协议、决议、其他协同行为三种形式。

这个“定义性说明”似乎遵守了种概念（子项）必须穷尽属概念（母项）的规则——在协议、决议之外，补充性地概括了“其他协同行为”。但是，由于协同行为是平行于协议、决议的子项，“协同行为”附加了“其他”之后，便产生了划分标准不统一的问题。立法技术上，对于不能完全列举的项目或较为次要的项目，可以用“其他”一言以蔽之，只是要遵守的规则是，“其他”所附加的项目一定要回归到母概念才能使列举内容整体上周延。协同行为是垄断协议的一种，但在与协议、决议并列的“协同行为”加上“其他”后，“协同行为”则变成了属概念。这违反了概念划分应当遵循的“每次划分必须按同一标准进行”的规则。

换个角度说明，我们试按照上述方法定义如下概念：交通工具，是指能够携带人员或物质进行物理位移的水上交通工具、空中交通工具和其他陆地交通工具。“其他陆地交通工具”前面列举的项目不是“陆地交通工具”这个母项的子项。如果列举的子项穷尽了母项，“其他”应该去掉；如果不能穷尽，则应该回归统一的母项再用“其他”来兜底，如“汽车、火车、其他陆地交通工具”的模式。按照这两种不同的方法，上述“交通工具”定义应该变为：交通工具，是指……水上交通工具、空中交通工具和陆地交通工具（穷尽的情况下，假设不存在他种交通工具）；或者交通工具，是指……水上交通工具、空中交通工具和其他交通工具（未穷尽的情况下）。

^① “为了决定……一个具体实践是否影响或者即将影响公共利益，垄断与兼并委员会必须考虑在相关条款所有发生过的事件；并且必须考虑保护其他情况下该事件：（a）是否符合在英国提供货物和服务的人们维持和促进有效竞争的需要；（b）是否在收取价格方面以及在所提供货物和服务的质量品种方面符合促进英国消费者，购买者以及其他货物和服务使用者的利益的需要；（c）是否符合通过竞争促进成本的降低，促进新技术，新产品的发展和利用，帮助新的竞争者进入已存在的市场需要；（d）是否符合在英国维持和促进工业和就业平衡分布的需要……。”参见[英]约翰·亚格纽《竞争法》，徐海等译，南京大学出版社1992年版，第65~66页。

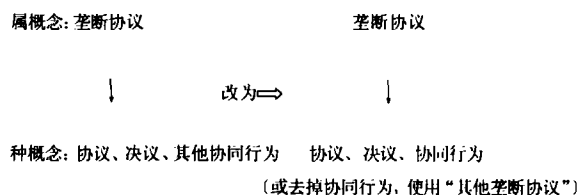
由“其他”加“协同行为”导致母项争位，子项混乱。

比较各主要国家的反垄断法，对垄断协议（有关国家并非都用这个概念，为论述方便在此以这个概念为基础）的表述大致有三种方法：一种是不使用属概念，直接列举种概念，即穷尽垄断协议包含的全部类型。例如，德国《反限制竞争法》（2005年修改）第1条规定：企业间的协议、企业协会的决议或一致行为，其以阻止、限制或扭曲竞争为目的或产生此效果的，应禁止。法国《商法典》第四篇（关于价格和竞争自由）（1987年）第L420-1条规定：“共同行为、协议、明示或默许的协议或合并都是被禁止的，如果他们的目的或效果在于限制或扭曲市场竞争……。”英国《竞争法》（1998年）第2条（1）规定：“……适用于下列企业间的协议、企业联合组织的决定或者协同行为……。”另一种是不使用属概念，且不完全列举种概念，适用“其他”进行兜底。如韩国《规制垄断与公平交易法》第19条规定：经营者不得以协议、决定以及其他任何方法，与其他经营者共同实施或使得其他经营者以同样的方法实施不正当的限制竞争的……。这里，由于只有一个属概念“任何方法”，表达的内容整体上是周延的。第三种是适用一般概念，以类推适用的方法确立两个范畴，无种属概念之分。例如，瑞典《竞争法》（1998年）第3条规定：本法中与协议有关的条款也适用于企业协会的决定和企业间协调一致的行为。这里，“协议”和“决定”及“协调一致的行为”不是种属关系，形同于我国《消费者权益保护法》第2条和第54条确定“消费者”所使用的方法，^①将消费者类推扩大适用到不属于消费者的（特定情况下的）农民。这在逻辑上也没有问题。

从上述适用第一种和第三种方法的法律规定上看，协同行为是和协议、决议并列的行为，并在总体上构成了垄断协议的三种表现形式。一些国家立法对“协同行为”在概念并列时的位序上作了微调——如爱沙尼亚《竞争法》（2001）第4条规定：禁止企业联合实施的限制

竞争协议、协同行为和决定——进一步表明了“协同行为”是并列于协议和决议的一种独立垄断协议类型。至于韩国法律中的“其他任何方法”包括哪些具有本国特色的协议（或行为）类型，不得而知，但其中主要包括“协同行为”应无异议。

这样，上述分析的逻辑图示如下：



对于前述“定义性说明”，我们无法准确理解立法者的意思是要表达协同行为是一种区别于“协议”、“决议”的另一种垄断协议的类型？还是除了“协议”、“决议”之外还有其他类型，等等。如果表达的仅仅是第一个意思，那么“其他”两字应该去掉；如果表达的是第二个意思，则上述法律条文应该改为：本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他垄断协议形式。其实，“协同行为”这个概念的外延很大，信息交换、价格指导等限制竞争的行为都在其中。从大多数国家的司法实践上看，被规制的垄断协议的类型就是协议、决定、协同行为这三种形式，依循惯例，这里去掉“其他”应该不会发生遗漏。

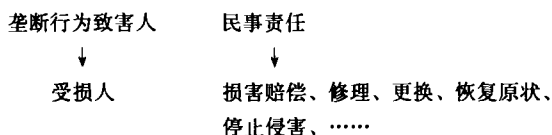
三、“损失”和“民事责任”

我国《反垄断法》第50条规定，“经营者实施垄断行为给他人造成损失的，依法承担民事责任。”本条是对私人诉讼制度的规定。

私人诉讼涉及主体资格、责任形式。民事责任的前提是民事致害。致害形式、程度不同，责任形式也不同。垄断行为之害分为两种：受损和受损的危险。那么，受害人也分为受损人和有受损危险的人。法律应当为两种不同类型的受害人提供不同的救济手段。在主体资格

^① 第2条规定，消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护。第54条规定，农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行。

上，我国法律确定的是“受有损失的他人”，即受损人，这里没有规定受损危险人。另外，该受损的“他人”可请求的责任形式被泛化地规定为民事责任。在这一语境下，致害人—民事责任是同一位阶的概念，而受损人和民事责任的形式属于下位阶概念，表现为：



受垄断之害的特殊性质会限制法律责任的类型。法条中规定的“民事责任”不可能宽泛到其所包括的十几种具体责任类型都应用于对垄断行为损害进行救济的程度，如对垄断致害的救济不会涉及像修理、更换、返还原物等诸多民事责任类型。反垄断法可适用的“民事责任”无外乎停止侵害、消除危险和损害赔偿这三种。因此，我国法律在反垄断私人诉讼制度构建中将主体和责任进行契合时，“责任”留出了主体行为无法填充的框量。这种安排从立法上说浪费了一定的制度资源，从法律实施上讲，因概念使用的不准确而产生的朦胧感可能降低法律实施的效率。

另外，在反垄断法的实施过程中，即使将上述“民事责任”狭义地对理解应理解为消除危险、停止侵害、损害赔偿，也不可能达到既能控制损害又控制危险的制度效果。因为法律规定的承担民事责任的前提条件——“给他人造成损失”——要求的适格主体只是受损人。这决定了该主体的诉讼目标一定是专注于损害赔偿或损害赔偿加停止侵害，很难想象受损的原告不为追求损害赔偿而只求致害人停止侵害、消除危险。由“损失”这个条件约束，原告的类型和范围排除了有损失危险的受害人。没有危险受害主体，单独提出停止侵害或消除危险的诉讼请求就不具有现实性。可见，上述规定中确立的以“损失—原告”为基础私人诉讼是狭义的私人诉讼概念，它的真实情景将是受损人提起的损害赔偿诉讼。

可以参照我国台湾地区以及其他国家的同类法律制度，分析上述规定的不足。我国台湾

地区“公平交易法”第30条规定，“事业违反本法之规定，致侵害他人权益者，被害人得请求除去之；有侵害之虞者，并得请求防止之。”第31条规定：“事业违反本法之规定，侵害他人权益者，应负损害赔偿责任”。

形式上看，我国上述法律条文中的“他人”好像可以等同地理解为我国台湾法上的“他人”、“被害人”。但实际上视线稍加扩展就会发现，两个“他人”各被实质内容不同的限制语汇约束。在“造成损失的”限制语之下的我国法上的“他人”应该不同于我国台湾法上的“被侵害权益”的“他人”。“造成损失”应理解为实际财产受损。“被侵害”，包括侵害行为所致的两种状态——受损和受损的危险（有侵害之虞），那么，“被侵害的他人”则指受损人和有受损危险的人。对于两种不同侵害，我国台湾法规定了两种不同的救济方式：于受损的侵害，救济方式是损害赔偿；于有受损危险之侵害，规定的救济方式是“请求除去之、请求防止之”。

另外，德国新修订（2005年7月）的《反限制竞争法》第33条第1款规定：“违反本法、欧共同体条约第81条或第82条的规定，或违反卡特尔局所作的处分的，行为人对于违法行为所涉及的关系人可以请求消除侵害；如有继续侵害之危险时，并不作为之责。”^①另第3款规定：“因故意或过失而为本条第1项违法行为的，对其所致的损害应负赔偿的责任。”由责任形式——除去侵害、停止侵害和损害赔偿——而反向推知，作为原告的“关系人”（Betroffenen）应该包括受损人和有受损危险的人。

事实上，我国法律没有将危险受害人纳入民事救济程序之中，而是将此种危害的控制归入另一种处理程序，即第35条规定的“任何单位和个人对涉嫌垄断的行为，都有权向反垄断执法机构报告”。或者说，我国法律将上述国家（或地区）法律确定的危险受害人归入行

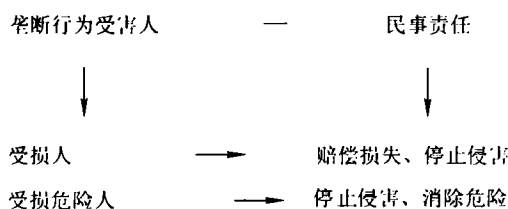
^① 条文引自吴秀明、梁哲玮《德国限制竞争防止法——最新修正内容及全文翻译》，《台北大学法学论丛》第64期。

政处理程序,而司法处理的仅限于损害的救济。

现代反垄断法的实施多实行“两手抓,两手都要硬”的原则。对于过多依赖行政系统的日本反垄断私人诉讼制度,^①学者已经开始反省,^②并在个别案件中尝试创新性突破。在我国因缺乏“垄断危险”的司法控制,使司法这“一只手”明显偏软。另外,我国也没有像美国联邦贸易委员会和司法部反托拉斯局那样强大的反垄断力量和执法经验,这更需要私人诉讼来协助克服行政执法的缺陷。

长远看,我国反垄断法律制度需扩大私人诉讼的范围并明析各诉讼的类型,为面临垄断危险的受害人提供“停止侵害”的司法救济渠道,建立损害和危险控制的行政与司法平行运行机制。为此,法律规定的“给他人造成损失的,依法承担民事责任”,应该修改为:给他人造成损害的,依法承担赔偿责任,及(或)停止侵害、消除危险的责任。

这样,图示就变为:



综上,在上述三组概念中,第一、第三组概念在逻辑上的不协调问题,出在属概念(社会公共利益、民事责任)的使用不当上——原本应该使用种概念(竞争者利益、损害赔偿、停止侵害、消除危险)却使用了属概念(民事责任),进而因概念外延模糊造成法条指示不明确。第二组概念关系的不协调问题,源于概念的划分标准不统一,被划分出的各子项关系错位,以至于影响人们对垄断协议的总体认识。

本文作者:中国政法大学副教授、法学博士、硕士研究生导师

责任编辑:赵俊

① 日本《禁止垄断法》第26条:除非公正交易委员会做出有关规定,受害人无法根据该法第25条的规定提起损害赔偿诉讼。

② 美国的法院就像老佛爷的手心,一般人和行政官员都在一个手心里转,日本的法院是专门为私人之间的争斗建立的相扑台,行政官厅另外有自己专用的相扑台。参见田中英夫、竹内昭夫《私人在法实现中的作用》,李薇译,法律出版社2006年版,第191页。

The Dislocation and Amendments to the Relationship between the Concepts of China's Anti-monopoly Law

Liu Jifeng

Abstract: The three groups of the concepts of China's anti-monopoly law are not consistent with each other in the logical relationship. The issues are as follows: the relationship between species of the concepts is not used coordinately; sub-division of the concept is not exhaustive; and the criteria of the concept for the classification are not uniform. This non-coordination will have a bad impact on the understanding of the relevant legal provisions, and is not conducive to the implementation of the law. It is necessary to make some appropriate changes.

Key words: anti-monopoly law; relationship between the concepts; dislocation; amendments