

《基本法》與競爭——一種展望

Augusto Teixeira Carcia

澳門大學法學院教授

在本次紀念《澳門特別行政區基本法》的研討會中，本人擬扼要討論的課題是經濟競爭。現請允許本人發言。

在《基本法》的多項條文中，第114條規定了私人自由創業原則，第5條明文規定了“一國兩制”原則，並確保資本主義制度五十年不變（A. Malheiro Magalhães），而私人自由創業原則與工商自由原則的必然結果是自由競爭原則（M. Nogueira Serens）。

擁有建基於自由市場原則之經濟體系的國家，將保護自由競爭視為其法律體系的關鍵。從在自由市場的制度下經濟能得到更佳運作的思想出發，競爭法有助於為經濟得到更佳運作創造條件。

經濟競爭是指企業家爭取顧客的競爭，如在市場上投放一些在價格、質量及條件方面均優於其他競爭對手的產品。

競爭以有動力的市場為前提，而該市場是在自由理論的誕生及傳播下所確立下來的。自由理論的基本價值，不論在政治層面上，還是在經濟層面上，均體現在個人，並體現在社會進步。對於自由理論而言，社會結構不是固定不變的，因為社會衝突永無止境。經濟進步來自企業間的競爭，如果在爭逐中，企業所使用的手段與社會進步相適應，如技術革新、成本價格下調、能預見及滿足消費者慾望的能力等，那麼，社會也會因而受惠。而對競爭作評判的就是消費者，因此，最重要的是向他們提供規範性的或解釋性的工具，以便他們能作出明確合理的選擇。

具有動力的市場是一個具有競爭性的市場，它以下的特點：a) 生產因素（原料、資本、勞動力）的自由市場；b) 自由創業，不單被理

解為個人的自由，而且亦視為設立資本公司的自由，這種自由就是全體市民能從有限責任中獲得利益的條件；c) 企業的組織建基於資本至上原則：資本所有人按自己意願自由地經營企業，並且自我計量企業的得失，把經營成果據為己有，因為正是他們自己面對企業失敗帶來的財產風險；d) 自由競爭：國家只對市場機制作必要的最少監管，禁止誤導消費者的行為，落實鼓勵個人創業的措施；e) 消費者至上：它結合了自由原則及平等原則，以解釋整個體系的元素。沒有理由把個人所獲得的利潤納入以下的系統內：利潤被視為集體（所有消費者）對企業家所給予的獎勵，因為他們了解及滿足居住在同一地方的居民的需要，消費者因而被視為企業家之間競爭的仲裁員。對於為贏取顧客信任的這種淘汰方式，我們應視為一種刺激及推動企業家不斷尋找能更好預知及滿足消費者需要的方式；f) 我們對建基於“給付原則”，申言之，對建基於個人對社會的貢獻，從而所產生的社會差異予以重視，因為給付能力深受到個人成長的環境影響，所以，自由主義維護社會服務的提供，都要能確保全體市民有一個“平等的起步點”（包括教育、衛生、居住）；g) 有大量足以容許適當競爭的企業數目，以及沒有因其規模而制約市場的企業，申言之，自由的供求關係，以及所有企業受市場調節，並受實現消費者至上的必要條件所調節；h) 由國家（透過立法、行政、司法）保護上述的各個方面，隨之而來的，就是要清除一切妨礙健康競爭的障礙，為使各人具有“平等的起步點”創造條件。自上述時刻出現以及對該時刻作出適當保護後，市場概念出現，並透過消費者的判斷，決定生產財貨的量與質，以及競爭者的成與敗。

在整個歷史過程中，某些時刻總有某些重要的障礙。事實上，一個完美的市場經濟是絕不存在的，主要是由於競爭體制的內在原因，導致競爭資本主義制度過渡為寡頭資本主義。

自由與平等是兩種很難融合的價值觀，因為自由促使新的事實上的不平等不斷產生，這些不平等妨礙自由的普遍行使，特別是競爭產生一個整合的過程。透過這種過程，一些合適的以及具財力的企業排斥或吞併其他企業，結果就是一個以大企業（新資本主義）為主的市場取替了一個以由多個中等規模企業（競爭資本主義）組成的市場。

寡頭市場有以下特點：a) 新企業很難進入市場，因為它們沒有必要的技術上、財政上、甚至政治上的工具；b) 已設立的企業不容易被排斥在市場外，因為大企業在自身周邊建立了一個利益網絡（包括工人、

地方社群、中介人等），因此，大企業的存續被看成是一個整體利益問題；c) 運用增加投資需要的競爭手段，無需符合技術及社會進步上的需要；d) 減少運用更好保護消費者的競爭手段，例如降價、提供優質的資訊；e) 採取提高需求水平的競爭策略，無須相應地提高對消費者需要方面的滿足，特別是在耐用品中使用易損耗的材料，並促使消費者作出非理性的決定，並向他們推崇潮流，引導消費者替換那些尚完好的財貨；f) 最後，在大企業中，主要是在股份有限公司內，風險、權力及利潤三者之間的關係已出現實質變化，因為企業的監管是由一小撮股東（小額投資）把持。在某些情況下，監管公司的團體透過若干機制，例如，使用混合出資、表決授權等方式，以保障他們對公司的監管，而無須真正擁有公司的資本額。

另一方面，大企業（股份有限公司）的本身架構強調了管理者的權力（管理革命“managerial revolution”）。大企業是一個龐大的官僚機構，其最上層是管理層（management）：不可替代的財產（技術及組織經驗）保管者，或者最起碼在未對企業造成重大影響（通常是負面的）時，不會變更的保管者。

在歷史上，股份有限公司被看成是把企業活動有關風險社會化的一項工具，同樣地，有限責任亦被視為經濟發展的一項重要工具，因此，被視為一項使工業化利益社會化的工具。然而，權力與風險之間的融合具有新的空間，因為，就大企業管理作出重要決定的領導人，不會使其個人財產冒風險：領導人的錯誤由股東承擔，主要是由小型私人投資者承擔。企業愈大，領導人獲得的保障愈大，因為，大企業因社會帶來的效果而解僱的數以萬計的員工而出現的危機，被視為一種公共利益。把風險社會化是挽救企業的方法，政府（即是社會）在很多時候承擔了管理上的虧損。

企業數目的減少削弱了市場的競爭，通常這些都引導企業作出不符合市場發展需要的行為，並且損害消費者。大企業對其他競爭對手的出擊施以還手，而還擊的強度通常足以令當事人互相尊重。因此，割價傾銷的情況越來越少，大企業轉而以其他手段取而代之，主要目的是穩定其銷售市場，例如，革新技術、改良美觀的裝潢或講究包裝。

這一趨勢是由於大企業需要作出長期規劃而造成的，只有這樣大企業才能避免意想不到的情況。大企業懂得以各種手段避免風險，於是出現了企業間的協商，以確保各企業獲得可接受的市場佔有率。企業不但

嘗試確保能對抗目前的競爭對手所帶來的風險，還確保能對抗未來的競爭對手所帶來的風險，於是，他們為他人進入市場設置經濟上的及法律上的壁壘。透過廣告方面的投資及不斷的革新技術，打擊新競爭對手的士氣，因為他們必須投入龐大資本才能影響既存企業的市場主導性及效率。

另一方面，企業必須提防需求方面的實質性波動，這不但涉及工資政策及旨在保持消費品總體需求上升的公共經濟政策，而且要求對需求方面作出品質上的監督，這種監督務必是適合將消費者的自發性趨勢與生產企業透過發展促銷技術的計劃相協調，而這種促銷手法就是操控消費者的需要，並危害消費者至上的概念。

一如我們所說，市場上存在為數相對較少的企業會削弱競爭，通常會刺激企業採取妥協的手法以僵化市場的活力，並損害消費者：限制生產及約束市場，限制投資及技術發展及科技進步。採取這些行為的特徵是存在反競爭協議（*ententes*）；而當企業利用其對市場的影響力，強迫產品供應商及購買者接受不公平的條件，這種行為可能是由於市場上缺乏競爭對手，亦可能是各競爭對手都採取同樣的行為，這樣，我們所面對的是一種濫用主導地位的情況。雖然在競爭資本主義中，反競爭協議（*ententes*）及濫用主導地位都是眾所周知的現象，但是對新資本主義來說，造成了特別的負面影響。

現代立法者的目的是藉著所謂反壟斷法，去避免或減少反競爭協議、主導地位的濫用及企業整合。

反托拉斯法源於競爭資本主義發展中出現的危機，即在某個領域內存在的壟斷及卡特爾，這反映出制度上的矛盾，並激發起受影響者們的反抗，這種情況出現在十九世紀末期，特別是崇尚自由主義之個人主義的美國經濟。十九世紀末的美國經濟整合達到了令人憂慮的境地，托拉斯主宰了日益繁盛的美國經濟，導致立法者必須介入給予規範，事實上是對競爭者的協商自由作出限制或禁止。1890年的《雪曼法規》（*Sherman Act*）（現仍生效）出台，據此，托拉斯形式或類似形式的合同及結盟，或作出限制各州之間貿易的行為，一律被視為違法。美國最高法院適用理性法則（*rule of reason*）抑制法律的表達模式，使其能夠區分好的與壞的限制競爭的協議。1914年的《克雷頓法規》（*Clayton Act*）已確定適用《雪曼法規》的條件，該法規亦處理價格歧視和某些整合。

較脆弱的歐洲資本主義結構，導致歐洲國家立法趨近中立，甚至有利於卡特爾及產業整合。這種情況一直延續至第二次世界大戰末期，以致相應的國內經濟相對地由於壟斷而僵化。另一方面，國內市場的有限規模，也制約了歐洲產業不能達到美國同類產業的規模。

二次大戰過後，美國的反托拉斯模式獨佔鰲頭（事實上，是美國把這一模式強加於德國，以破壞支持戰爭力量的德國企業）。為達到更大競爭動力的要求，以回應實際上歐洲資本主義的卑微狀況，及回應為設立更多及更有動力的產業結構的需要，促使它們能在世界市場上與美國大企業分庭抗禮。

雖然，大部分市場經濟的國家都制定了反壟斷立法（香港則未制定），但對於該法有否實際上的需要仍未取得共識，主要是對於能否實現它們欲達致的目的仍未取得共識。

如全部的反競爭立法都是在某程度上嚴格地禁止卡特爾，則對探討產業整合的問題上存在根本的分歧，特別是北美立法及歐洲立法，在探討這個問題上的分歧更明顯。

針對產業整合的反托拉斯法的立場，很多時候都聯繫到經濟政策上的偶然性理由，以致在適用反壟斷法時，產生嚴重的、在法律適用上的任意性。儘管已經完全訂立了產業政策的目的以及將實施的市場模式，但對於以令人滿意的方法區分何者為適法行為以及何者為不法行為間的界線，仍長期存在困難。按照被納入協議的企業的規模及根據企業內所從事的經濟格局，具有相同內容的同一類協議，都會有不同的經濟效果。在指出所包括的行為及指出整體使用的一般條款時，說明了各類反托拉斯立法所遇到的困難。誠然，由於對這個問題的評價相當敏感，故我們認為留待法院去落實有關的法例並不適時，因為會產生適用上不協調的危機。因此，為保障決定的連續性及連貫性，反托拉斯立法試圖把這個內容的決定權託付於行政機構，同時亦規定了禁止一例外或禁止一免除的複雜機制，這一機制使有關的行政當局所作出的決定能配合每一情況的變數。顯然，法律的安定性（構成自由思潮法律制度的基本要點）最終被破壞了。

另一方面，儘管行政機構比較公正並比較有效率，但在適用反壟斷法上亦遇到客觀上的限制，以致不可能對市場結構的發展實現真正細緻及完整的監控。卡特爾就是一種企業間的實際聯合，它們互結為聯盟，這一現象反映出存在有一個企圖長期躲在舞台黑暗處的角色，一個很難

被人們發現及追蹤的角色。誠然，這種情況亦明顯地促使當事人作出投訴並採取積極態度，但是，對於每一個案，都只見到那些捍衛競爭的當局採用相當緩慢及複雜的程序，遠遠追不上市場的發展。這最終意味著，很多反競爭行為事實上長期地沒有適用反托拉斯規範，並產生扭曲所有系統的效果。

另一個限制與難以詳細列舉法律所禁止及處罰的行為有關。經驗告訴我們，企業對於被禁止行為設立替代方式有耗不盡的能力，使這些行為在各類法律制度下都能取得相同的經濟效果。當然，我們所見的假設是一種法律欺詐的情況，但事實上，這類情況的表現形式常常非常錯綜複雜，故在追蹤此類行為時，不可避免地多以失敗告終。

此外，很難在因真正的及本身的協議所產生的競爭行為與市場本身客觀理由（如價格）所衍生的行為間勾劃出明確的界線。事實上，價格及條件的一致性不但可以出現在完全的競爭市場內，亦可以出現在由互結為聯盟的協議所主導的市場內。故此，法例多採用較廣的禁止幅度，並可能配以廣泛的行政免除，這樣，最終還是立法的效力遠遜於當初的意圖。

反托拉斯立法的軟弱性明顯表現在處罰的問題上。對反競爭協議宣告無效的處罰沒有多大的實際效力，因為儘管作出這樣的處罰，但當協定符合當事人間的利益時，亦不能阻止他們自願執行他們的協定。故此，有必要規定金錢上的處罰，但這種處罰的範圍一般有限，特別是由於企業最終會把這種處罰反映在其產品的價格上以及成本上，申言之，最後結論就是處罰最終都是由廣大的消費者支付。

被認為最有效的金錢處罰是因為美國法例上規定的三重損害作用。根據這部法例，受反競爭行為侵害的第三人可以透過司法途徑獲得相當於所遭受損失的三倍賠償。在某程度上，賠償金額可能真正達到天文數字，對此，企業就不會亦不能無動於衷，這迫使它不敢採用反競爭的行為。需要補充的是，為適用這種處罰，顯然要有受侵害的第三人，因而，當市場被壟斷或被構成卡特爾聯盟時，這種處罰亦完全沒有效力。

再者，如企業不欲競爭，傳統的處罰方法並不足以保障反競爭法的目的，該目的就是確保企業間的實際競爭，或不足以使得一間壟斷企業，當市場條件容許它免除所有的責任及合理性時，仍以負責任的態度行事。最終所指的意義是對反競爭問題的解決辦法，在於對價格及企業實施條件的行政監控，這樣，就成為一種與反壟斷立法精神理念背道而

馳的解決方法。

當涉及對現有產業整合進行調查時，處罰的問題就是在最外層的部分。顯然，把該整合分拆是件十分困難的事情，因為我們不能把單一的產業團伙人為地分為兩個競爭團伙。美國採用的手法是把團伙中的一間或多間企業售與另一個產業團伙，但這樣一來，最終只是帶來更多問題而非解決問題。事實上，我們不能把企業售與不具有足夠的企業財政管理能力的第三人，因為從另一角度看，這會損害工人及其他債權人的利益。另一方面，把企業售與被處罰集團的競爭團伙是十分荒謬的，因為這只是暫時把問題轉移，但問題始終並未解決。最後把企業售與非市場上競爭的團伙才是真正實現把集團分割，但最終只是以一種混合式整合取代水平式整合，即形成在不同市場經營的企業。

對於我們以上所說的複雜難題，某些學說認為反競爭法雖然並非是紙老虎（Wiethölter），但最終不外乎是一份使現存大企業長期存在的文件（Galbraith）。

一般地說，對反托拉斯法的負面判斷，都來自一種對市場運用任何監控能力的不信任，如果這種負面判斷並非紮根於對這點的不信任，亦只是分散的判斷，來自對大企業的不信任。解決的方法，是在政治及經濟規劃的更廣闊機制間，提出反托拉斯法的框架或對反托拉斯提出新的功能，這種功能就是對企業市場的實況作長期監控，目的是使企業的活動符合國家經濟規劃的指引。

儘管存在這種顧慮，但大多數人一致認為反壟斷立法是刺激競爭及促進多元化投資的重要工具，儘管它並不完美，但仍能起到禁止整合的作用。

某些意見雖深信反壟斷立法的效力，但亦承認它的不足，故主張透過明確的經濟政策指令把法例合理化。較為人們信服的觀點是採用競爭的經驗概念，即一種可能的、實際的、可實行的競爭的概念，這是一種可操作的競爭（workable competition），克拉克（J.M.Clark）曾提出：“對於一種具體的產業，將會是壟斷的不恰當權力與企業充份擴展的恰當性（為贏取所需的更大經濟利益）兩者之間的可行的妥協”。

如果可實施的競爭是所渴求的競爭，那麼，規制競爭的法律必須是：a) 避免企業達成具有限制競爭效力的協議，而無相應的積極補償，不論此協議是企業與企業之間訂立的，還是企業與第三人之間訂立的；b) 對壟斷者或具有主導地位的企業意圖濫用其地位，妨礙新的競爭者

出現進行監控；c) 確保這種可實施的競爭在求過於供的產業中有足夠的競爭；d) 對可能具備使市場集中化效力和減少對市場競爭壓力效力的獨立企業之間的整合進行監控。

反壟斷法可作為一種有用的工具。雖然經驗告訴我們，反壟斷法在很多時候被某些經濟團伙用作損人利己的手段，但對於國家來說，一方面可容許與整個企業經營有聯繫的各領域有更廣泛的發展，另一方面，國家又可以防止市場力量被用作減少制度的效率及增長率。反壟斷法最終不但被視為用作抑制各級企業主之間衝突的元素，刺激投資的革新及促進多元化投資，還被視為賦予國家對各類市場的運作及其趨勢的長期監控工具。

《商法典》第153條第1款規定：“(…) 競爭，應(…) 以不損害本地區經濟利益之方式為之”。該條第2款接著詳細規定，禁止一切目的或效果為阻止競爭、違背競爭規則或限制競爭的協議（卡特爾）及做法（經整合後的經營、濫用主導地位）。以上的規定亦只不過表現為一種維護競爭自由的懦弱跡象，要求以一部適當維護競爭的法律作補充，把某些行為典型化並配以相應的制裁，還把對維護競爭的任務交託一個行政當局執行。