

競爭及不正當競爭規範

安東尼·貝德羅

António de Jesus Pedro

澳門經濟政務司辦公室顧問

我們很榮幸能夠得到司法政務司司長和澳門大學法學院院長的盛情邀請，有機會在此就澳門新《商法典》內的競爭與不正當競爭題目作出演講。

首先，我們應當指出，澳門《商法典》明顯是一項在有限時間內努力所達到的優良成果（優良者例如所包含的非官僚化精神，敢於打破擔保在信託轉讓傳統上的不定性以及**在銀行合同中引入清晰的體系等**）。不管怎樣，對本人這次論題的問題：一般的競爭與不正當競爭，本人為大家提出了以下的思考，雖然跟法律舉措本身並無關係，但是涉及了這些制度如何應被規定在法典中，或許對未來有一定用途。

競爭與市場

近年，在國內市場中，各國一直尋求取消限制消費自由和競爭自由的法律規定，嘗試在資助、補貼問題和其他本身對競爭造成障礙的行為上自我克制。不過，有趣和獨特的是在即將完結的本世紀的下半世紀中，這些內部的經濟政策指引很多時候都受著國際間如加強國際市場競爭的多邊協定和旨在建立區際或自由貿易區市場的國際協定（在這方面歐盟的單一市場可說是一項典範）等方式的責任和承諾所“推動”。

在採用市場機制的轄區（現時由於計劃經濟的衰落，出現了一個幾乎全球的市場系統）是基於市場最優原則，因為它能使現存有限資源得到最優化（最合理和有效率）的配置，並藉此產生被認為是最有用的經濟財貨。

不過自由時代的經驗顯示出“看不到的手”並不能確保市場適當運作。譬喻壟斷的趨勢便是 Sousa Franco¹和其他學者所指的“市場不濟”或 J. Simões Patrício²所指的“市場缺陷”的表現之一。因此，國家對競爭機制的干預，一直都是後自由經濟干預體制的最突顯手法之一。

事實上，市場體制是否能夠產生整體利益完全視乎市場是否具有競爭性質。要使市場有效運作（成為競爭市場），我們認為必須首先確保符合三項基本的條件（分別涉及三個基本經濟行為人：消費者、企業家和國家）包括：

1. 消費自由（以需求角度看），主要是指市場上經濟行為人可以清晰和自由地選擇經濟財貨、相對的售貨人和購買的條件。近年來這種消費者的自由及權利得到法律的廣泛及更清晰的保障（例如包括知情權）³。
2. 廣義的競爭自由（從供給的角度來說），是指任何人組建企業，進入市場和與其他已成立企業競爭的自由，它涉及是否能夠：
 - a) 自由組建企業，不受除了有關商業資格如公司資本履行和法律方式的採用等以外的條件的先前程序限制；
 - b) 自由進入和停留市場：即企業家可以自由進入市場，於市場內停留而不需預先受到除了涉及衛生、公共衛生和環境等一般利益保障規範以外的限制；

如果這些自由確實存在，原則上市場上（可能）⁴的分散供求亦得到保障。分散者是指市場上一定數目的經濟行為足以推動市場發展，並

¹ 見筆者 Almedina 1987 年出版的《公共財政和財政法》一書第 26 頁。

² Gradiva 1982 年“競爭法”（在立法引述上已不合現行新的法例）第 6 頁。

³ 不過法律對某些濫權的一般合同條款的寬容，某些基於外匯或環保政策對入口限制的外貿規定，欺詐性廣告等等，卻損害了消費自由，繼而影響到自然需求量和市場競爭機制運作本身。

⁴ 可能者是因為大家都知道，在實踐上並不存在完全競爭的市場，世界各國、地區或全球市場的實際情況經常都徘徊於收緊和放鬆、分散和單一化之間。有關各種情況的分析，可參閱 P.S. Martinez《策略經濟教材》第八章（價格），當中引述 Stackelberg 有關供求組合可能的分類和當中所引起的市場的定義。

不只是依賴單一銷售者的行為。在一個理想分散供求的市場，“貨品價格不會因為一個銷售者或購買者退出或加入市場而增加或降低。要使市場供求分散，購買者和銷售者的數目必須有一定數量，而他們任一所購買或出售的物品的數量不會影響價格水平”。壟斷和寡頭操控會影響市場供求的分散狀況（使市場單一或萎縮），損害市場，繼而損害市場對社會整體所帶來的利益。

- c) 生產和交易自由：即企業家在市場上有自由提供其認為所需的財貨服務，釐定產品服務價格和生產、購買和出售的財貨的數量，以及有關的條件，倘若這些自由存在的話，原則上市場（可能）的流動性亦得以確保。

協商行為、政府定價、囤積居奇、配給和限制入口等⁵行為，都會對市場的流動性構成損害，使之失去彈性。

- 3. 國家的不干預，無論在協助和補貼⁶，還是在非歧視性的公共合同，抑或在產品的流通方面（關稅、非關稅貿易壁壘等）。

如果法制能確保消費自由，廣義的競爭自由和國家不干預或至少是國家不歧視性干預，那麼市場便具有實際競爭的主要條件，社會便能夠享受到市場競爭所帶來的裨益。

市場、競爭和現行法律以及學術的探討

既然有著眾多有關競爭法的引述中，自然亦有學者以為競爭法應作廣義理解，包括所有確保市場競爭性，即消費自由（包括現時在消費者法中所考慮的一些地方）、廣義競爭自由和國家不干預的規範。

⁵ 當然還有其他影響市場流動性的因素：產品的不同質量（如咖啡市場上多類型的產品）、企業的聲望、售貨者的禮貌、消費者的慣性、無知和缺乏時間等。可以說，這些因素都是市場流動的自然制約。

⁶ 或最少不歧視性協助和補貼。

雖然從抽象理論角度來看，可以把上述各項目中所指的内容包含在一個廣泛的法律部門⁷內，或許取名市場法，但實際上並不可能。競爭法正如傳統上所理解般，是跟消費自由分開的⁸，它集中於供應的角度、自由競爭和當中各種能夠影響到市場供求分散特點的事實。能夠影響市場競爭性的公共實體行為的規範和把它引入競爭法範圍中只是近年的事。可能是因為受到國際法（GATT/94）所影響（想不會是純粹承認這些規定引入競爭法較為適合吧）。從全球市場角度所理解的競爭，若果不是有意地被保護主義所掩蓋的話，我想它大概是被忽略了。

儘管在很久以前已在適當場合提過，競爭的規範應能夠“保障生產者和消費者的選擇自由，使他們能夠獨立地決策，不受外來壓力影響。外來壓力對企業家來說如國家等其他決策中心，對消費者來說則是言過其實的廣告⁹。”

在這方面最明顯的問題，就是葡國立法者一直以來在保障競爭法律方面不能堅穩立場。在422/83號法令（12月3日）中，並未有探討到國家援助的問題，相反，只引入了限制競爭的個人行為（最低價格、歧視性出售價格或條件和拒絕出售）。然而，在最新的保障競爭法中（12月29日第371/93號法令），反而對國家援助作了規範（儘管規範較為原始），並注視到企業集中問題。然而，該法卻把限制競爭的行為的規範留給另一獨立的法規處理（12月29日第370/93號法令）。

另一個表現出立法者在這方面（或許這亦是因為學術上在這方面缺乏深入探討）立場不堅定的事例，就是對“經濟依附”概念的處理，例如：在葡國“經濟依附”在保障競爭法（從公法角度出發）中，是以濫用“經濟依附”標題出現。所謂“濫用經濟依附”就是指一所或多所企業，由於沒有等同的選擇，在經濟上依附於其供應商或客戶企業（371/93號法令第4條）。

⁷ 擴大的競爭法的範圍，決不可以包括屬於其他法律範疇和只是間接旁屬競爭的部分。例如企業家對經營產品逃稅，或不遵守對最終產品所規定的某些技術規定，又或者不遵守某些勞動法規定等。當然，這類行為產生違反群體中所主導的法律論理概念的反競爭情況，因為這較優的競爭條件是透過違法行為而非“合理因素”如生產程序合理化和改善技術等取得。

⁸ 雖然如此，有趣的是在法國，職權涉及市場競爭管理的公共實體已易名為“競爭暨消費總局”。

⁹ J. Simões Patrício 上述著作第49頁。

在澳門，這情況（一個在經濟上有著影響力和被依附的企業家，對有關經營活動上沒有平等選擇地位的客戶或供應商的不當剝削）已得到澳門新《商法典》有關不正當競爭部分（從私法角度出發）的規範（第168條）。

我們想強調的是，在立法討論保障競爭時並沒有整體對消費自由、競爭自由（廣義）和國家不干預等各方面進行考慮，以致出現了重大的問題：那就是，這樣的立法並不能夠對市場現象和維護市場競爭性等現象作綜合的分析。

首先是立法空白的問題。

例如，現行立法中並沒有遺忘（企業家）社團決策和它們對市場適當運作的潛在負面影響；但卻忽略了（消費者）“社團的指引”。同樣地，這些指引亦會對競爭條件構成重大的反響，例如一些向消費者發出有關政策或環境問題的指引和勸喻。我們以為，撇除指引中的充分倫理道德理據，由於缺乏綜合分析，使得人們忽略了社團指引並不應以準確、可證和適時等標準來衡量。

其次，是重覆保障的問題，例如常見的欺詐性廣告既屬於廣告法例的管制，也屬於不正當競爭和民法的善意原則和合同前責任的保障。

最後，是體制的配合問題。值得一提的是不正當競爭行為在葡國是刑事行為（雖然所保障的權益是財產性質，而且以私法為主）；而對影響市場競爭性的行為（即公眾利益明顯較重的問題）則只以罰金作出處分。

在澳門保護一般性競爭

在澳門的敏感金融活動市場中，有一項3/95/M號法律（3月13日）。根據該法第3條，金融及保險機關的合併與分割，必須預先取得澳門貨幣暨匯兌監理署的意見，並由總督以訓令的形式核准。這意味著澳門在這一方面特別憂慮企業的集中問題。

同時，在金融方面也存在不同有關競爭的法律規定（7月5日第32/93/M號法令所通過的金融體系法律制度第13條及112條；6月30日第27/97/M號法令第19條定出了投身和從事保險業的法律制度；還有6月5日第38/89/M號法令第12條定出了保險中介執業的法律制度）。

另一方面，7月15日第6/96/M號法律（違反經濟及公共衛生的行為的法律制度）把以下行為刑事化：

- 不法價格或招價，以高於須遵守之法定制度所容許之價格，出售貨物或提供服務；或以高於出售或提供服務之實體所製作之標籤、標紙、牌或價目表內所載之價格，出售財貨或提供服務；
- 囤積或拒絕出售，在一定前提條件下包括了明顯缺少或有損市場正常運作的情況；
- 在展示出售貨物時之欺詐行為或出售假造、偽造或價值已降低之貨物作為真實、未經變更或完好之貨物；或與所聲稱之貨物具有或外顯之物質、質量及數量相比，性質不同、質量較次、數量較少之貨物。

但很明顯在澳門的法制中，並沒有能夠實現370/93及371/93等法令（或之前的422/83號法令）一般性目的的法律機制。由於種種原因，（別奇怪當中竟然包括本地區經濟的過分自由性質），澳門立法者竟然從未感到有需要特別為保障市場而設立本身的一般規則，也從未察覺把葡國有關這方面規定的法規，好像工業產權法般延伸適用於澳門的需要。

最多亦只是有一些間接保障市場競爭性質的規定。例如某些有關經濟活動准照的規定中便明確規定不可因為經濟的理由¹⁰而拒絕加入某經營活動（我們以為這是澳門生活方式的經濟自由原則的表現之一）。而有關廣告的法律（9月4日第7/89/M號法律——部分條文經3月29日第12/93/M號法令解釋——的廣告活動一般制度）也屬同類型的規定。

這有關競爭的立法景象（有關保障市場競爭性），根據我們所能預計，應該在不久的將來重新作出調整。不單是基於其立法體系本身的問題，而且也是因為傳媒和立法會議員常公開質疑某經濟行業的協商行為。

把一般性質的競爭規範引入澳門新商法典中

提出了競爭的問題和它與市場競爭性的保障的直接關係，以及簡要地探討了澳門有關這方面的規定後，現在我們且分析把“企業之間競爭的一般規則”一章（接著為“不正當競爭”，兩章均收入了“企業主之

¹⁰ 例如3月22日日第11/99/M號法令規定了工業准照制度，10月28日第47/98/M號法令規定某些商業活動的行政准照制度。

間的競爭規則”一編中)第153至155條的規範載於新《商法典》中是否合適的問題。

上述傳統意義競爭法規範中所欲直接保護的法益，是市場適當運作的一般公眾利益；只間接地保障個體企業主或消費者個人的利益。它們旨在打擊影響客觀市場適當運作的行為¹¹、¹²。

相應地說，競爭法規定了對國家權力的預先審查和處罰。於所保障的基本法益是市場的正常（競爭）運作，國家不可以坐待私人透過民法機制對影響市場競爭性的行為作出反應。同時，也是因為一企業家對一競爭者進行反競爭行為時，在某些情況會仿效它的行為，以其人之道，引起商業大戰，繼而對較小的消費者或企業消費者造成損失。因此，國家本身有責任作出反應，當預先通知義務沒有被經濟行為人履行或當其違反市場的行為已成既定事實時，國家可對其科以處分或應具體個案採取預防性措施。

因為這種原因——客觀和宏觀經濟角度，涉及的公眾利益的保護，公共行政當局的積極、廣泛和官方反應，確保規範強制性的責任的性質和種類（刑事和反社會秩序）——競爭的規範便具備了公共性質，所以我們認為它不應載於《商法典》中。

《商法典》首要是從微觀經濟和主觀趨勢角度¹³出發，規範私人利益（雖然當中的強制和補充性規範，是基於公正、法律安全性等公眾利益而制定的，同時也間接實現了公眾的利益），另一方面，公共實體的介入亦只限於登記和其他工作；規範的強制性（幾乎完全）透過受害人向法院，就其所提出的要求範圍“內”追討民事責任去實現。

我們以為這觀點從法律科學角度來看是合適的，只是，我們也不可以忽略任何外在實際情況或實務上的考慮。

首先，立法者不應該因為競爭法與《商法典》的規範對象（即企業主）相同和競爭法傳統的規範而作出上述的系統。

而實務角度的理據——即在《商法典》對競爭作出基礎規範，因澳

¹¹ 類似意義的分析可見里斯本大學協會1994年為Oliveira Ascensão出版的“不正當競爭”一書第6頁。

¹² 文中意義的觀點，可見António Carlos Santos, Maria E. Gonçalves e Maria M. Leitão Marques “Almedina”1958年出版的“經濟法學”第356頁。

¹³ 同意義可參閱J. Simões Patrício上述作品第59頁有關不正當競爭的分析。

門法制中並未有類似的規範——似乎也不能被接納，理由很簡單，在第153至155條的簡要規定中，根本不能夠配合行政實體的稽查活動的資源和專業化程度（歐洲國家的競爭總局和有關競爭部門），所以在實際上能否得到執行，的確教人置疑。

還須指出的，是《澳門商法典》第153條2款採納了《羅馬條約》第85條1款的規定，但卻未有跟該條第3款般，作出了豁免的規定。雖然如此，相信禁止的盡列性不會對因為某類載於《商法典》內對企業合作和合同的形式產生經濟問題（集團、合作經濟、商業批給和特許經營合同等）。然而，對其他法典未有規定的合同或合作形式，如澳門常見的“Partenariat”和“工業轉聘”等情況，則第153條2款的規定便可能造成極大的影響¹⁴。

把有關不正當競爭的規範引入澳門新商法典內

在得出競爭法規範不適宜載於澳門新《商法典》的結論後，很自然會有以下的問題：應否把有關不正當競爭的規範置於《商法典》內？

剛才當我們提到市場競爭性的必需條件時，我們並沒有講及競爭自由，理由很簡單，我們認為企業家之間競爭的自由（狹義的競爭自由），即企業家進入市場後可以自由爭奪已有企業或即將出現企業的客戶。這只是消費者合同自由、企業家競爭自由和國家中立（不干預）的必然結論。

這意味著競爭自由相對市場競爭性來說，並不單獨存在。

根據J. Simões Patrício¹⁵，不正當競爭規定跟競爭法規定不同，它並非為了重新建立或確保“能夠受不法行為影響甚至消滅的（競爭）物的秩序”。相反它假定“自由”競爭存在，而且只是為了使這自由競爭踏上理論和法律之路。

一般被列入不正當競爭的規範，都是為了保障單個考慮的企業的利益。所欲保障的利益是X企業家利益相對於Y企業家的行為、經營方式和競爭自由而言。

¹⁴ 除非根據第153條2款最後釋述，作出特別法規定。有關能夠影響競爭的“工業轉聘”，可參閱António Carlos Maria e Gonçalves e Maria M. Leitão Marques 上述著作第331至336頁。

¹⁵ 上述著作第58頁。

既然不正當競爭屬私法範疇，那麼就決不可以反對把它引入《商法典》中（第 156 至 173 條）。然而，對於這方面仍存在著兩個一般性的問題。首先，或許這問題會較為明顯：為何把不正當競爭引入澳門《商法典》而不跟隨葡國做法或巴黎公約的精神，把它納入工業產權法律制度？

第二個問題似乎沒有人提出過——就是為何仍保持不正當競爭的混雜性質，繼續認為有關行為只是（或主要是）針對商人階級？

對於第一個問題，答案很明顯：傳統和國際法機制的系統編排並不對立法者構成約束。立法者只受約於嚴謹科學的理據，自然當中可以混合實際情況的考慮。

至於第二個問題，則需要深入反思。一般被集合稱為不正當競爭的規範，主觀上是針對企業家而言（和那些不具此名義但參與市場的人士——見 157 條第 1 款），而且具有鮮明的職業道德內涵：這些都是不正當競爭概念的組建成分。

然而，客觀上所存在的實況往往是多樣化的：產品廣告、商標紙（欺騙行為）、商業行為秘密（違反秘密經濟活動行為）、經濟活動本身（模仿行為）和商業行為關係（利用依賴關係的行為）。

如果我們留意不正當競爭中的一些行為，不難發現其利益主要是確保消費者的利益和保持市場的流通性。例如混淆行為（第 159 條）、欺騙行為（第 160 條）和饋贈行為（第 161 條 2 款）。例如在混淆行為中，根據 Oliveira Ascensão 教授指出，“主要是一名競爭者以他人之毛羽自我裝飾，模仿他人對其商號、產品或服務產生混淆”¹⁶ 可謂言簡意精。我們以為，與其說它損害競爭對手（使其得不到利潤、甚或招致損失）不如說在主觀（意圖）上，企業家從事混淆行為以欺騙消費者（為自己取得利潤）。

這使我們想到《澳門商法典》也保持了葡國法制中不正當競爭制度的膨脹傳統。這制度應該只圍繞著涉及企業利益的不正當競爭行為的規範，如促使他人違反合同及利用他人違反合同（第 167 條）和利用依賴關係（第 168 條）等情況¹⁷。

根據一項效法 311/95（11 月 20 日）號法令和歐洲理事會 92/59/

¹⁶ 見 Almedina 1997 年出版的“不正當競爭——里斯本大學舉辦課程”一書第 15 頁。

¹⁷ 或更進一步，考慮把其他能夠更和諧地引入其他部門法以作規範和處分的行為排除於不正當競爭行為之外。對此是絕對不需要在一般規定中引入調整（例如把抹黑行為置於民事人格權的一般保護和刑事的誹謗罪行中）。

CEE 指引（6月29日）的、正在立法程序中的法令草案建議，有必要規範消費者相對於所購買物品的衛生和安全權利¹⁸。當中建議規範生產者和中介者有責任遵守為確保消費者衛生和安全而設的行為。

而上述不正當競爭行為，由於主要也是為了確保消費者的利益和市場的流動性（混淆行為、欺騙行為和第161條2款的饋贈行為），所以我們認為應該得到立法者的相同重視。也就是說，它們應該見於以下法律（並非《商法典》）中：

- 一項包括消費自由保障的廣泛確保競爭的法律，以作為市場競爭性的條件和大前提（如之前所述側重於需求角度考慮）；
- 或最少載有保障消費者法律或規定消費者知情權的法律規範（有關出售者、產品和產品特點的資訊）。

從這角度出發，企業主將受約於一個類似311/95號法令的法律機制，不再侵犯消費者有權得知的資訊和不能以混淆、欺騙和第161第2款所指的饋贈行為對消費者進行剝削。

如果立法者認為“消費者企業家”（即同時是消費者和企業家的人，如零售商相對批發商來說）雖然是專業者和在市場中表現較為謹慎，但倘仍認為民法一般規定對其保護如合同前責任和善意原則機制的保護仍嫌不足者，也可考慮把不干預的責任擴大到其他實際上龐大的共同立約人（不單只是保護非專業的消費）。

不正當競爭及澳門工業產權法律制度

最後，只想在此交待一下不正當競爭和本年6月現正處於翻譯階段的澳門工業產權法律制度草案。

倘該份草案得到採納，便意味著不正當競爭的規範即完全消失於工業產權的範疇。在這草案中有關不正當競爭部分最重要的，即載於有關拒絕工業產權的一般依據的條文，其中包括申請人被認為意圖進行不正當競爭，或沒有這意圖但可能會構成不正當競爭。

¹⁸ 這法規是為了落實6月13日第11/88/M號法律（維護消費者法）第3條a)項的消費者權利之部分權利。

而事實上，經過上述簡扼的分析，我們不難理解上述（建議）的立法措施。它主要是涉及純民事利益，沒有刑事化的必要（這跟葡國情況不同）¹⁹，況且，一些不正當競爭行為已遠遠達到群眾所不能容忍的地步，應歸入刑事範疇——誹謗罪、行騙罪等等。

至於民事責任方面，即這些行為的損害賠償，亦已得到澳門新《商法典》第 170 至 173 條的明確保障。

¹⁹ 根據我們得知，國家工業產權局的立場是在將來修訂《工業產權法典》（1 月 24 日 16/95 號法令）時，把不正當競爭行為非刑事化，可能這只是因為該規定在施行上的困難和該法典第 260 條有關一般類型規範可能涉及違憲。但這新觀點亦可能是基於我們上述所指的原因。

