

南非竞争法 执法体系与实践述评*

刘 进

内容提要 南非 1998年竞争法确立了一整套竞争执法体系,设立了竞争委员会、竞争裁判庭和竞争上诉法院。在执法实践中,南非竞争执法机构处理的限制竞争行为的案件比较少,大部分案件是对企业结合的控制,这体现了政府调整经济结构的决心。限制竞争行为和滥用市场支配地位案件的逐年增多,表明南非执法机构执法能力的提高。南非竞争执法机构在执法过程中与相关行业主管部门达成了共同管辖权的协议,以促进在电信、电力、邮政等高垄断行业领域的竞争。竞争法的执法是一个系统工程,需要南非社会各界通力配合与共同努力。

关键词 南非 竞争法 垄断 执法

作者简介 刘进,法学硕士、湘潭大学法学院讲师、湘潭大学非洲法律与社会研究中心研究人员(湘潭 411105)。

竞争这种社会现象,普遍存在于政治、经济、科技、文化等领域,在不同的范围内使用,“竞争”的含义往往有所不同。根据国内外的立法和市场竞争的诸多表现形式,在法理上可将竞争定义为:经济利益相斥的两个或两个以上的市场主体,采用能够促成交易的手段,相互争夺市场而导致优胜劣汰的行为。¹法律对竞争的调整,一般包括正、反两个方面。正面规范是设定正当竞争的行为模式和后果,以指引竞争主体在竞争中进行正当的生产经营活动,如企业法、合同法等;反面规范是设定非正当竞争的行为模式和后果,以制止竞争主体从事危害竞争秩序的行为,最典型的就是制止不正当竞争行为和限制竞争行为(也可称为垄断行为)。根据《保护工业产权巴黎公约指南》第十条的规定,不正当竞争行为是指“在工商业活动中违反诚实惯例的任何竞争行为”,这种对不正当竞争行为的界定在国际上得到了广泛认可,成为不正当竞争行为的通行定义。^④而垄断行为是指行为人通过联合、共谋方式,或通过其所拥有的市场力量来实

施的排除或者限制市场竞争的行为。^④这两种反竞争行为通过反不正当竞争法和反垄断法来调整,统称为竞争法。从这个意义上说,竞争法就是旨在限制和禁止非正当竞争(不正当竞争和限制竞争)以保护公平交易、调整市场主体竞争关系的法律规范的总称。反不正当竞争法与反垄断法作为竞争法体系的两个分支,分别从不同角度来保障和促进公平、自由的竞争秩序。从世界范围看,竞争法对两种非法的竞争行为进行规制的立法模式一般有两种:一种是一元立法模式,即两种行为归并至一部法律中进行调整;另一种是二元立法模式,为两种反竞争行为各制定

*本文为教育部资助科研项目“非洲法研究”阶段性成果之一。

¹ 参见谢晓尧著:《竞争秩序的道德解读》,法律出版社,2005年版,第2页。

^④ 参见[奥地利]博登浩森著;汤宗舜、段瑞林译:《保护工业产权巴黎公约指南》,中国人民大学出版社,2003年版,第97页。

^④ 参见孔祥俊著:《反垄断法原理》,中国法制出版社,2001年版,第7页。

一项基本法,这也是大多数国家的做法。本文所讨论的南非竞争法即第二种立法模式。南非的《竞争法》(competition law)于1998年颁布,虽然它以竞争法命名,但从内容来看,规制的都是垄断行为,因此事实上是一部反垄断法。反垄断法一般由两部分组成。(1)实体法,即关于垄断的表现形式、构成要件和法律责任的规定;(2)程序法,即规定竞争法执行体系,包括竞争执法主体的设置、职权,及其处理垄断行为的具体程序。对于一部反垄断法来说,其实体部分的内容固然重要,它决定了市场主体的竞争规则,而更重要的是竞争执法的效果。徒法不足以自行,一个合理的执法体系及其强大的执法能力是竞争法付诸实施、实现其立法目的至关重要的保障。在《竞争法》颁布的同时,南非也致力于建立相关的执法机构,以确保法律的有效执行。《竞争法》实施已近十年,南非竞争执法机构发展状况及其执法效果如何,是本文重点论述的问题。

《竞争法》的立法背景和主要内容

南非竞争法的出台有复杂的社会经济背景。19世纪下半叶,当蕴藏丰富的钻石和黄金矿产被发现后,南非开始建立起以矿产业为核心的近代工业体系。但随着经济的发展,南非工业过分单一的弊端日益凸显。19世纪末,众多的国有企业得到了政府大力扶持,致力于制造业和农业的发展,这些国有企业也由此获得了在相关市场上的垄断地位。进入20世纪,政府继续通过扶持国有企业的方式来促进其他行业领域经济的发展,如钢铁、化肥、石油等,这也使政府在经济发展中占据举足轻重的地位。与此同时,南非因种族隔离而受到的国际经济制裁,使南非经济基本处于一种自给自足的隔绝状态,这更加剧了各个行业经济力量的集中,垄断成为普遍现象。据统计,在1994年南非政体变革时,在采矿行业,有5个以采矿业为主的跨业经营投资集团在相关市场上的市场份额占84%,其中最大的一个占到了43%。¹在这种经济状态下,南非也曾于1955年和1979年制定竞争法,但执行效果并不理想,竞争法的执行常常受到政治势力干扰,垄

断也没有得到有效制止。

20世纪90年代,南非非洲人国民大会(非国大)通过宪改谈判取得了政权,开始着手进行政治经济改革。在1994年非国大发表的《重建和发展计划》(RDP)中提到:“它将引入严格的反垄断立法以创造一个更具竞争性和活力的商业环境。这一立法的基本目标是系统性地打击导致经济势力过度集中和互兼董事的金字塔结构,制止大量的反竞争性行为——如市场支配地位的滥用,阻止对消费者的剥削……”^④非国大执政后,陆续出台了一系列与《重建和发展计划》精神一致的政策,并开始为制定新的竞争法做准备。1998年《竞争法》就是在这种背景下出台的。

《竞争法》共分为8章,其中第二、三章的规定属于实体法内容。第二章规定了对限制竞争协议行为(restrictive practice)和滥用市场支配地位行为(abuse of the dominant position)的禁止。这两种限制竞争行为,前者是由多个企业联合实施的,后者一般为具有市场支配地位的某个企业单独实施,这也是世界各国现代竞争法对于限制竞争行为一贯的划分方法。该法第三章的规定是关于企业结合的控制(merger control),规定了企业结合的含义,以及企业结合的审批程序等内容。程序法的内容主要分布在第四到第八章。根据规定,共建立了3个竞争法执法机构,并确定了相应的执法程序。这部分的内容比第二、三章的内容要复杂和丰富得多,体现了立法者对竞争执法的极大关注。

竞争执法机构的设置

根据《竞争法》的相关规定,南非设立了3个竞争执法机构:竞争委员会(Competition Commission)、竞争裁判庭(Competition Tribunal)和竞争上诉法院(Competition Appeal Court)。

(一) 竞争委员会

¹ Eleanor M. Fox “Equality, Discrimination and Competition Law: Lessons from and for South Africa and Indonesia”, *Harvard International Law Journal*, Spring 2000 p 586.

^④ ANC, *The Reconstruction and Development Programme* (1994), para 4.4.6.2 <http://www.anc.org.za/rdp/rdp4.htm#4.4>.

根据 1998年竞争法建立的竞争委员会,其独立性远远大于传统的竞争委员会,它既是一个调查机构,也是一个法定的自治机构,负责调查、控制和评估竞争法所禁止的限制竞争协议行为和滥用市场支配地位的行为,以确保市场正常的竞争秩序。《竞争法》颁布之前,为执行《1979年竞争法》,南非也曾设立竞争委员会作为执法机构。但该委员会仅为贸易与产业部(the Department of Trade and Industry)的一个行政机构,无裁判权,而只能向贸易与产业部部长提出建议,而最终的决定必须由部长做出。事实上,这样的规定意味着并没有建立独立的执法机构。因此,为保障竞争法的执行,竞争法特别给予了竞争委员会独立于贸易与产业部的地位,并依法行使 3项主要职权:(1)根据该法第二章,对相关起诉进行调查和评估;(2)委员会有权对该法第二章所规定的违法行为,即限制竞争协议行为和市场支配地位滥用行为根据合理原则予以豁免,包括附条件的豁免和无条件的豁免;(3)委员会有权审查关于企业结合的申报。

(二) 竞争裁判庭

竞争裁判庭是初审案件的裁判者,审理竞争委员会提交的案件,或者原告在竞争委员会做出不起诉的决定后不服,而直接提交到裁判庭的案件。裁判庭由主席和 3~10名其他成员组成。立法要求裁判庭成员都必须在经济、法律、商业、工业或者公共事务方面有相应的资格和经验。裁判庭的主要职能有:根据第二章审理违法行为,并最终确定违法行为是否成立,以及如何进行救济;受理对委员会所做出决定的上诉,并予以审查;在控制企业结合方面,裁判庭必须审查竞争委员会转交的大型结合案件,做出附条件批准、无条件批准或者禁止结合的决定。对于每个提交至裁判庭的案件,主席将分配给由 3名成员组成的审判小组审理,审判小组中至少有一人须具备法律从业经验。

(三) 竞争上诉法院

竞争上诉法院是竞争案件的终审法院,其地位相当于南非高等法院。竞争上诉法院的职能就是对竞争裁判庭所做判决和裁定的上诉进行审理。竞争上诉法院对竞争案件有终审权,但下列事项除外:依法属于竞争委员会和裁判庭各自权

限范围内的事项;案件中涉及的任何宪法性事项;确认某一事项是否属于它和裁判庭的管辖权范围内的案件。竞争上诉法院在这些事项上的判决和裁定可以上诉到南非最高上诉法院或者宪法法院。

以上内容即是南非《竞争法》所确立的执法体系。从理论上讲,这一体系为有效实施竞争法提供了良好的框架,使有效执行成为可能。

《竞争法》的执法实践

根据南非《竞争法》的规定,竞争执法机构有两方面的任务:一是对该法第二章所规定的两种限制竞争行为进行查处,包括限制竞争协议行为和滥用市场支配地位行为;二是对企业结合的控制,即依据法定的标准对企业结合进行审查,最终裁决是否批准其实施。此外,在《竞争法》颁布时,南非经济百废待兴,各个重要的经济领域都设置了行业监管部门,南非竞争执法机构执法的过程,也是与各个行业监管部门协调发展的过程,这也成了南非竞争法执法实践的一个鲜明特点。因此,笔者将从禁止限制竞争行为、控制企业结合,以及竞争执法机构与行业主管部门的关系协调这三方面来介绍南非竞争执法机构的执法实践。

(一) 禁止限制竞争行为

如前所述,《竞争法》所禁止的限制竞争行为有两种,即限制竞争协议行为和滥用市场支配地位行为。《竞争法》将限制竞争协议行为严格划分为水平限制竞争协议行为(restrictive horizontal practices)和垂直限制竞争协议行为(restrictive vertical practices)。水平限制竞争行为是横向的、具有竞争关系的多个市场主体联合实施的限制竞争行为。南非竞争法第四条第一款所禁止的水平协议行为主要包括“企业间的协议、或者企业间的协调行为,或者企业协会的决议”。与此同时,南非竞争法第四条第一款的第一项和第二项内容将水平限制竞争协议行为划分为两种类型,即可以根据合理性原则进行申辩和根据本身违法原则不可以申辩。本身违法原则源于美国法院实施反垄断法的司法实践。一般来说,适用本身违法原则的市场行为,其本身即具

有很明显的垄断性质，法律对此也有明文禁止规定，如该种行为一经被指控，即可判定为非法，无需再举证说明该行为是否合理，以及对市场竞争不良影响的大小。而适用合理原则的限制竞争行为，则须分析该行为对市场竞争是否产生严重弊害才作出禁止决定。¹ 南非竞争法本身违法原则适用的范围比较广泛，根据规定，属于本身违法的水平限制竞争协议行为包括固定价格、划分市场及串通招投标的协议行为。在南非的执法实践中，对本身违法原则的运用非常严格，只要被审查的行为符合法律所规定的表现形式就必须绝对禁止。以天然苏打粉公司诉竞争委员会（the American Natural Soda Ash Corporation & another v Competition Commission & others）一案为例，该公司抗辩称，竞争法第四条第一款第二项中的禁止规定并不是绝对的，并试图通过解释《竞争法》的立法目的来支持这一观点。该公司认为，如果绝对禁止这3种行为，那么所有交易都可能受到禁止，因为从市场运作的实际状况看，大部分销售行为往往都会固定价格和划分市场。裁判庭拒绝采纳这一观点，而是严格适用了本身违法原则确认天然苏打粉公司的行为非法。^④ 此外，对上述3种行为的绝对禁止还表现在合营企业上。许多区域性小商业企业往往通过合营组成大的商业连锁，从而获得与大的全国性商业连锁相抗衡的竞争力，同时使商品降价，而使消费者从中获益，但这不可避免地导致划分市场和固定价格现象的出现。在一些成熟市场经济国家，这种合营可以根据合理原则予以容忍，但在南非《竞争法》之下，该行为仍然在禁止之列。^⑤

《竞争法》第五条规定了对垂直限制竞争协议行为的禁止。垂直限制竞争行为发生在具有交易关系的市场主体之间，即企业与它的上游供应商、下游顾客之间。虽然南非竞争法区分了垂直和水平两种限制竞争协议行为，但在市场实践中水平关系和垂直关系往往纠缠在一起而不易区分。因此，竞争执法机构对这两种行为的认定非常慎重，因为本身违法原则只在水平限制竞争协议行为中予以规定，其他行为均适用合理原则，如果对企业间关系认定有误，对企业是不公平的，最终也会损害市场竞争。

滥用市场支配地位，是指在中企业利用

其在市场上的优势地位实施的反竞争行为。相对于限制竞争协议行为而言，市场支配地位的滥用不依赖于企业间的合作，而是某个企业市场势力的单向运用。南非竞争法第七条至第九条对该行为做出了规定。一个企业的市场支配地位须立足于一个特定的市场，即相关市场。^⑥ 竞争执法机构的首要任务就是界定相关市场。南非竞争裁判庭在案件审理中对相关市场的界定适用3种方法：第一，借鉴外国的相关实践；第二，考虑一个企业在市场供应链上的位置；第三，考虑产品的地理分布范围和产品的可替代性。^⑦ 一个企业在相关市场上是否具有市场支配地位，最重要的考虑因素就是市场份额。《竞争法》第二章第七条规定，市场份额超过45%的企业可直接认定为拥有市场支配地位。这一规定受到了南非各界广泛的批评，被指责为过于机械和武断。^⑧ 除了市场份额外，南非竞争执法机构在判断企业是否具有市场势力时，一般还考虑以下因素：对市场进入的障碍、企业的技术优势，以及其他因素，例如与其他竞争者之间的差距和关系等。这些因素不可能在立法中得到明确规定，因此，南非竞争执法机构有较大的自由裁量权。

从南非竞争委员会发布的数据来看，竞争机构所处理的上述两种限制竞争行为的案件数量并不多，例如在1999年，由当事人直接向裁判庭

¹ 参见郑鹏程：《论“本身违法”与“合理法则”——缘起、适用范围、发展趋势与性质探究》，载王艳林主编：《竞争法评论》（第1卷），中国政法大学出版社，2005年版，第60页以下。

^④ See American Natural Soda Ash Corporation and Another v Botswana Ash (Pty) Ltd and Others (CAC64/8/2006) [2007] ZACAC 2 (11 June 2007), <http://www.saflii.org/za/cases/ZACAC/2007/2.htm>

^⑤ 参见瞿栋：《南非竞争法述评》，湘潭大学法学硕士学位论文，2006年，第14页。

^⑥ “相关市场”是竞争法中的特殊概念，相关市场的界定也是竞争执法的首要任务，即确定市场上具有实际竞争关系主体的数量和范围。如果相关市场界定得过宽，可能会使有损竞争的行为和市场地位得不到查处；界定得过窄，则会使合理竞争被误认为对市场有不良影响。

^⑦ 参见瞿栋：前引文，第19页。

^⑧ See Tuidi H Artzenberg “Competition Policy And Practice In South Africa: Promoting Competition For Development”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol 26, Spring 2006 p. 693

提起的案件只有一件，而竞争委员会根本没有提起相关案件。2000年后，该类型的案件数逐渐增加。到2005年，由当事人提起的案件数达14例，竞争委员会也向裁判庭提起了4例竞争案件的诉讼。¹这一现象不仅表明南非竞争机构执法能力的增强，也表明南非企业的市场竞争意识的增强，《竞争法》的适用越来越受到重视。

(二) 对企业结合的控制

1998年前，南非的竞争立法受到批评最多的一点是对经济的高度集中不够关注。^④1979年竞争法中的企业结合控制制度虽然已具雏形，但并没有规定强制申报制度，而且竞争委员会的权力也很有限。因此，1998年《竞争法》特别关注经济结构，对企业结合、尤其是对大型企业结合 (the large conglomerates) 的审查规定非常严格。^⑤该法还建立了强制申报制度，将企业结合控制的最终决定权由贸易与产业部部长转交给了新的竞争执法机构。从立法内容我们可以看出，立法者企望通过竞争执法调节市场结构打击垄断的决心。《竞争法》第三章第十二条第一款对企业结合进行了定义：企业结合包括一个或多个企业直接或间接取得另一企业的全部或部分，或者直接或间接确立对另一企业的全部或部分的控制。并将企业结合分为大型结合、中型结合与小型结合。其划分标准是根据结合企业的资产额和交易量确定的，这一标准由竞争委员会公布，有效期不少于5年。但此做法受到广泛质疑，许多人认为，由竞争委员会来确定标准是违宪的，将使议会的立法权受到侵蚀。^⑥不同类型的结合，其申报程序不同。对于小型结合，竞争委员会只要求此类结合在结合执行后6个月内向委员会申报，属于事后申报。而中型与大型结合则实施事前申报，即企业结合须得到批准方可进行。从委员会和裁判庭受理的竞争案件类型来看，大部分为企业结合的案件。委员会于2003年、2004年和2005年所受理的企业结合申报案件数量分别是220、211和284例，远远超过了其他竞争案件。^⑦究其根源，不仅是因为《竞争法》最重要的立法目的在于打破南非高度集中的市场结构，也由于相对于竞争法规制的另外两种行为（限制竞争协议和滥用市场支配地位）而言，对企业结合的执法是较为简单而易于操作的。

(三) 竞争执法机构与行业监管部门关系的协调

在南非经济改革的进程中，在一些对国计民生影响重大的行业领域，非国大政府建立了独立的监管机构，以促进本行业的经济发展与进步。这些监管机构的职能中必然包括了对竞争事项的处理，因此，如何协调行业监管机构和竞争委员会在竞争事项上的管辖权，也是南非竞争法执法中一个值得关注的问题。根据《竞争法》第一章第三条第四项规定，“其他法律所规定的相关行为”不属于竞争法的适用范围。由此，竞争法所规范的限制竞争行为与企业结合如果发生在通讯、电力、邮政等建立了独立的监管机构的产业领域，就不能适用竞争法；相应的，竞争执法机构对此类案件也无管辖权。为了解决竞争机构与行业监管机构的管辖权冲突，《竞争法》于2000年进行了修订，确定了竞争执法机构和行业监管部门的共同管辖权 (concurrent jurisdiction)。2001年，《竞争法》再次被修订，要求委员会和有关行业主管部门达成协议，并自行决定如何实施共同管辖权。自此，共同管辖权的具体内容不再由法律强制规定，而是由委员会和相关行业主管部门协商进行确定。两次修改后到目前为止，已有两个重要的行业监管部门与竞争委员会之间为协调竞争执法管辖权签署了《谅解备忘录》(MOU)。这两个行业监管部门分别是南非独立通讯监管局 (ICASA) 和邮政监管局 (The Postal Regulator)。根据两个备忘录的规定，竞争委员会与监管机构之间建立了联合工作委员会 (Joint Working Committee)，专门负责管理和推动竞争委员会与相应的监管机构之间处理竞争事务的联合执法。

¹ 参见《南非竞争委员会年度报告》，http://www.comprcm.co.za/resources/publications_annualreports.asp。

^④ See Department of Trade and Industry Pretoria The Evolution of Policy in South Africa Proposed Guidelines for Competition Policy A Framework for Competition Competitiveness and Development 3.3 (1997)。

^⑤ See David Lewis The Objectives of Competition Law and Policy and the Optimal Design of a Competition Agency 4 (2003), <http://www.oecd.org/dataoecd/57/59/2486466.pdf>。

^⑥ See Tudi Hartzberg op. cit., p. 684.

^⑦ 参见《南非竞争委员会年度报告》，http://www.comprcm.co.za/resources/publications_annualreports.asp。

除了与竞争委员会签署备忘录之外, 各行业监管局于 2002 年 3 月建立了一个监管论坛 (The Regulators' Forum), 以协调各行业主管部门与竞争委员会之间在处理竞争事务时的关系。此论坛在 2002 年时有一个很好的开始, 但后来并没有维持下去。竞争委员会在 2004~2005 年年度报告中指出, 论坛之所以难以维继, 其原因是竞争执法权过于分散, 并呼吁进一步集中监管权力。

结 语

通过上述分析, 我们可以看出南非竞争执法体系与实践具有下列特点:

1. 南非《竞争法》实体内容体系完备, 结构合理, 内容涵盖广泛且细致, 可操作性强, 为竞争执法的顺利进行提供了良好基础。例如, 《竞争法》将水平限制协议行为中的一部分规定为本身违法行为, 对于这样的行为, 只要表现形式符合法律规定, 就可直接确定为非法, 无须考虑行为后果。这样的规定既简化了执法程序, 也使这类行为的执法获得了统一而明确的效果。

2. 南非重视竞争执法工作, 设立了权威的竞争机构, 保持竞争执法的独立性。竞争委员会相对于传统竞争执法机构, 其独立性得到极大提升, 相对独立于政府, 权力也更加广泛, 避免了政府对竞争执法的过多干预。南非竞争法设立的 3 个竞争机构中, 既有行政执法机构, 又有司法机构, 三者相互独立和制约, 既分工又合作, 以确保各机构的自由裁量权有所监督。

3. 南非注重对企业合并的控制, 将它们全部纳入竞争机构的审查范围, 但对企业结合并不进行严格限制。南非每年都有大量的企业结合被无条件通过, 如在 2003 年、2004 年和 2005 年度, 竞争委员会受理的结合案件无条件通过率分别为 96%、91% 和 92%。¹ 这一做法既能将有可能损害市场竞争秩序的企业结合纳入竞争机

构的视野, 保护中小企业的利益, 又能使南非民族企业的规模得以壮大, 提高在国际市场上的竞争力。正如经济合作与发展组织 (OECD) 在《南非竞争法与政策评估》(Competition Law and Policy in South Africa) 中指出的, 南非竞争机构已经显示出在处理大量合并案件的复杂结构性问题的能力, 尊重法律的政府态度和商业文化正在逐步形成。^④

4. 注重竞争执法机构和相关行业监管机构之间职权的协调。根据竞争委员会与上述 3 个行业监管机构所签订的备忘录的规定, 竞争委员会和行业监管机构一旦各自受理了竞争案件, 就须通知对方, 在处理案件中相互协商, 共同做出决定。这样的做法较为科学合理, 促进了各机构之间的交流、磋商、信息共享、避免矛盾和重复执法; 既能使竞争法的实施获得行业监管部门的支持, 也能有效避免竞争委员会在相关行业领域由于欠缺专业知识而导致执法不力。

除了竞争执法机构的执法以外, 南非社会各界对于《竞争法》执法工作的正确认识与支持, 对于构建良好的竞争执法环境也是不可或缺的。近年来, 南非几乎所有律师事务所都有专职的竞争律师, 有的甚至还有专门的经济学专业人员进行竞争诉讼事务。行业协会、消费者协会作为市场经济中的新生力量, 其具有代表、协调、自律、服务等功能, 能够帮助竞争执法机构规范企业竞争行为、增进消费者福利。但是, 目前南非的此类组织还很薄弱, 因此, 大力发展行业协会及消费者协会等组织, 对于南非建构良好的竞争环境同样有十分重大的意义。

(责任编辑: 詹世明 责任校对: 樊小红)

¹ 《南非竞争委员会年度报告》, http://www.comprcm.co.za/resources/publications_annualreports.asp.

^④ See OECD: Competition Law and Policy in South Africa <http://www.oecd.org/dataoecd/52/13/2958714.pdf>.