

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

使用大字体察看本文

阅读次数: 4583

论国际反垄断法的不确定性

沈敏荣

国际反垄断法是随着国际经济的自由化和一体化的发展而出现的,它的重要性日显重要。国际反垄断法的调整对象已不象国内反垄断法那样具有单一性,即只调整私人经济垄断,它还涉及到国家垄断,如国有企业、国家赋予垄断或专营的企业、国家援助等。这部分企业与私人企业一样要参加到国际经济和国际竞争之中,若国际反垄断法只局限在私人垄断,则它规范竞争和维护市场的有效竞争的作用也是有限的。国际市场自由化的进一步深入也是很成问题的。

一、国际反垄断法的不确定性

正是由于国际反垄断法调整对象的双重性,国际反垄断法可以分成两种不同的规则,而且其国际法形式的成长历程是不同的。故在国际立法中,不应将二者混同,采取分别立法将会取得更大的成效。

目前,由于GATT在规范国家行为上的巨大作用,货物贸易的国家限制的权力已大大地降低了,国家相应的权力得到了国际法的规范。而乌拉圭回合的谈判将问题扩大到投资、服务贸易和知识产权中的有关国家垄断问题。国家垄断问题正逐步引起WTO的关注,下一次贸易谈判中可能的一个中心议题就是竞争法问题。对于私人垄断问题,已有越来越多的国家制定了反垄断法,国内法的协调及域外适用的协调将是这一部分国际反垄断法的主要内容,进行国内法的统一在现阶段是不现实的想法。国内法的协调将会导致一些合作性的、技术性的规则的产生,这种合作性的规则是目前双边条约所采用的,如何使之成为普遍性的国际法规则是国际反垄断法研究要重视的问题。

国际反垄断法中的这两种不同的规则,其不确定性是不同的。前者处于WTO的体制下,对规则产生争议时有相应的解决机构,而后者只是谈判机制。但毫无疑问,由于国际法的不确定性,二者的不确定性表现得很凸出。这种不确定性表现为国际法是一种“软法”,所谓的“软法”,一方面它是一个缺乏体系性的东西,即使是WTO法律文件,作为迄今为止最为庞杂的国际经济法律文件,也不是包罗万象的,它在许多方面是有欠缺的,也就是说,这个国际经济法律体系是不完整的,一个不完整的体系,在解释上肯定会产生歧义;一个完整的体系,也可能由于法律用语、理智的局限性以及经济现实的变化而产生许多不确定性的东西。“软法”表现的另一个方面就是国家既是立法者,又是司法者,同时也可能是法律关系的当事人,可能是原告,也可能是被告,(这也是为什么发展中国家要参加到国际经济法律体系中的原因。否则,无法在经济领域有效地保护发展中国家的利益)。我们知道,司法者应该是中立的,而不能充当被告或是原告。另外,它的救济方式在相当大程度上是自力性质的,国家实力的因素起很大的作用。原先GATT是个没有司法体系的临时国际经济安排,而现在的WTO设立了争端的解决机构,但是,争端解决的强行性在国际法中一直是个难题,是导致国际法被称为“软法”的一个极为重要的方面。随着WTO争端的增多,争端所触及利益的重要程度的增多,国际法的这一特性就会暴露出来。而在国际法律体系中,实力的因素是不能不考虑的。这也是为什么越是触及到大国,争议的解决就越难,这也是国际法的法律性不及国内法的地方。

目前,降低这种不确定性的有效办法是在WTO体制中建立国际反垄断法的体系。克服法律不确定性的方法,一是法律的解释,它要求法律的整体性,使法律解释具有公正性,二是争议的解决机构,它使法律的解释具有唯一性。而法律的整体性是目前国际法所缺乏的,在规制国家垄断的法律中只有领域性的规则,在

私人反垄断法中只有国家的双边协议,缺乏国际统一法的规则。因此在WTO体系内建立普遍性的国际反垄断法原则是必须的。尽管具体的规则难以达成,但较为灵活的原则则较为容易。如果有一个完整的体系就可以给法律解释提供一个合理的依据,有利于克服法律的不确定性。

二、国际反垄断法不确定性的克服

随着贸易壁垒的消除和经济国际化的发展,市场更加统一,竞争也更激烈,这就会产生许多与竞争相关的问题。不能克服国际竞争法的不确定性显然就不能适应国际经济的发展。在国际范围内反垄断法统一规则的缺乏会引起严重的贸易摩擦,国内反垄断法的执行可能会扭曲竞争(出口卡特尔例外),而且国内反垄断法在处理跨国反竞争行为上,如有关相关市场、交易、经济实体及经济影响存在很大的不同,特别是当这些因素可能具有全球范围的性质时更为明显。因此这就会引起更多法律管辖上的问题。效果理论、“单一体论”等法律原则在一定程度上能解决一些问题,但它们的应用会引起国家间关系的紧张,另外证据的搜集及信息的交换等问题也难以解决。所有这些因素都要求有一个统一的国际反垄断法规范,这种统一对于保证外国和国内公司进行公平竞争是必需的。针对这种情况,有学者呼吁在竞争领域制定多边规则,他们建议:下一次GAT回合的议题安排应包括限制性商业行为和卡特尔。应制定共同的规则规定禁止限制性的商业安排和政府有义务保证这些规则的执行,问题的关键是如何形成这些规则。

卡特尔问题是国际竞争中的一个突出问题。OECD(经济合作与发展组织)在这方面采取了一些行动。1996年,作为OECD成员国的美国提交了一份建议。建议是关于对付卡特尔的国际合作协议的条款,基本条款是:

(1)制定对付卡特尔的一般原则。

(2)制定各成员国在自身执行体制内可采纳的最低标准,包括:①明令禁止卡特尔,并进行严格的调查和处罚。②制定和完善反卡特尔法,制止其消极经济后果。③建立国内执行程序 and 机构来进行有效的调查、诉讼,对被卡特尔行为所侵害的对象进行救济。④提高私人对卡特尔诉讼的有效性。⑤对反卡特尔法的任何例外进行明确的通告,并承诺减少或消除例外。

(3)在卡特尔调查和程序上与外国机构的合作的最低标准,包括:①消除在支持外国竞争机构执行其反卡特尔法中提供或取得信息的法律障碍。②防止从外国机构取得的涉及卡特尔行为或执行的任何机密信息的泄露。③在确定的情况和合适的标准下通过交换信息和其他方式,参与外国卡特尔的调查和程序。

1998年4月,OECD在美国的建议基础上通过了一个建议。该建议要求成员国合作通过协议来禁止卡特尔,协议应分两个部分。(一)每个国家同意有效地执行其现存的竞争法和审查其现存法律的有效性,并通过修订或制定新法寻求更有效地防止和阻却卡特尔进行信息分享或与外国机构进行任何形式的合作。这种审查是基于有效制裁、恰当的执行程序 and 机构合作原则的。合作的原则是成员国应授权竞争机构向外国机构就调查卡特尔提供调查帮助和与外国机构分享机密信息。(二)成员国之间订立协议在搜索和分享信息、调查和对卡特尔提起诉讼等方面进行合作。这种协议至少应包括分享信息和以符合被要求方的利益来搜集信息。另外,协议应包括合理和恰当的保证来保护机密信息和规定被请求方独立判断,以减少合作的方式来防止不恰当的保密信息的泄露和保护特别利益。

经济全球化的进展可能会导致更多的限制竞争情形。反卡特尔协议制定的可行性有下列几个原因。

(1)国家间在限制水平卡特尔上已取得一致,所有的OECD成员国都禁止卡特尔。(2)确定卡特尔是一个相对简单的事情,在大多数情况下,对在这些行动的反竞争效果上,各国的意见较为一致。(3)在以卡特尔行为为目的的合作中,与外国机构的信息分享的要求相对较少:许多卡特尔情形的基本问题是竞争者是否在价值、产出、市场或消费者的安排上达成一致,很少需要竞争机构来研究,更少地关注敏感的商业秘密或各种商业计划,而这些信息都是确定合并或垂直限制的效果所必要的。

国家对水平卡特尔的禁止原则上是一致的。毕竟,卡特尔从定义上讲具有内在的反竞争性。可是,也有一些因素阻碍各国达成一个多边的机密信息交换协议。首先是卡特尔的范围。OECD建议要求成员国减少卡特尔,并在调查中进行合作。它建议通过列举的方式对硬性卡特尔的范围作出限定,但列举是不完全的。硬性卡特尔的定义是:二个或几个以上竞争者之间通过对消费者或地域进行限制,固定价值、垄断交易、限制产量、划分市场,或具有达到相似目的或产生相似后果的阻碍。这种方法旨在划定一个大致的公认的卡特尔领域,而不是对个别的违法行为进行详细列举,因为在具体的范围上,各国对硬性卡特尔并没有一致的认定。因此OECD所建议的方法解决了在多边层次上定义硬性卡特尔的难度。在一个合作协议中,硬性卡特尔的范围是确定竞争机构的合作范围的关键因素。因此,这个协议应包括定义硬性卡特尔的条款,也应包括合法的和政府授权的卡特尔。没有确切的定义预测卡特尔的范围将会引起误解和导致条款的误用。硬性卡特尔可以定义为:竞争者之间的协议,一般会导致竞争的减少或消灭,和缺少对经济效益的补

偿。竞争者之间单纯的关于固定价值、限制竞争、垄断或安排市场或消费者的协议属于这一范围。这与其他垂直协议不同,垂直协议中潜在的损害与积极因素并存,这类协议的合法性在一些国家是依合理原则来进行分析的。可是如何对具体行为进行分类并不容易。在某些情形下,一些垂直行为可能也会包含在上述硬性卡特尔的范围内,但它的总体经济效果并不是十分明确。在这种情形下,竞争管理机构应通过研究关于行为对竞争的实际影响或可能产生的效果等因素来研究这种行为是否会导致反竞争效果,竞争机构之间在该行为如何分类的问题上要求紧密地协商和分享敏感的商业秘密、商业计划和其他信息。考虑到其中的复杂性,为区分伪装的固定价格和一个有效的促进竞争、具有固定价格因素的合营企业,需要竞争机构间的信息分享。因此,分类十分重要,因为卡特尔的形成总是以一个比较灵活的方式进行的,企图规避法律。

其次是信息分享的问题。与外国机构分享机密信息会使被要求国的经济 and 主权利益受损。依据建议规定,如果提供信息的帮助与被要求国的利益不符,合作协议中的被要求一方有权拒绝提供相应的信息。被请求方拒绝合作权的行使会导致国家间的冲突。这也关系到卡特尔的定义问题,因为对一些协议请求方来说是作为对私人卡特尔的诉讼,而如果寻求的信息在对方看来是不适当使用或是由于要求方的严厉制裁而影响对被请求方的重要利益时,就会引起冲突。

为了避免和解决纠纷,需要建立一个国际性的争议解决机构,并保证竞争法及其执行更加一致。但O E C D并没有提供一个有效的争议解决机制。国家仍就管辖问题诉诸于双边和多边的方法。在一个多边协议中,拒绝协助权基本上是无限制的,仅有的限制是一方机构的拒绝同时会导致对方行使相同的权利。但即使是当外国机构对硬性卡特尔适用竞争法(如对外出口卡特尔),而被请求国基于此行动与它们的利益不一致而自行地拒绝协助,那么合作协议在禁止卡特尔上的规定是无意义的。因此为了具有一个有用的合作机制,拒绝权应是有限的,事实上多边协议的自我执行的现实应被一种多边措施所取代。

另外,多边协议在执行中还会有下列一些问题。首先,美国已采取运用反托拉斯法来提高它的商业利益,国际合作会加强美国以牺牲别国利益为代价行使这种做法。1992年,美国司法部表示对于在国外的竞争限制,对美国出口有“直接、实质和合理地可预见的效果”应适用反托拉斯法,即使是这类限制对美国消费者没有损害。1995年“国际商业的反托拉斯执行指南”重申了这一立场。指南规定了域外管辖的一个宽泛的范围:由外国企业参与的在外国市场上进行反竞争行为,影响到美国企业在海外商业活动。这一规定的一个显著特征是它强调对在外国市场的美国商业的市场准入构成影响,即符合管辖的要求。指南中许多假设的例子说明美国对在外国企业进行影响美国商业机会(如投资或出口)的行动将予以追诉。

其次,私人损害赔偿体系只在美国采用,虽然近年来私人诉讼的数目已下降,但它在反托拉斯法执行过程中依然扮演着十分重要的角色。其中的一个重要问题是潜在的私人原告将会有相当大的机会在美国取得政府的信息,特别是在基于合作协议而提供信息的政府的竞争案件结束后。不过,对外国违法者进行三倍的损害赔偿是一个沉重的经济负担。事实上,多倍赔偿的可能性在美国反托拉斯法的域外运用中已引起了相当大的争议。一些国家已经拒绝承认美国反托拉斯判决中三倍于损害的赔偿额的有效性。

再者,国家间在执行能力、管辖范围和竞争法的制裁上有更大的差异。美国具有较强的执行、宽泛的管辖范围和最严厉的处理,比如,只有美国对某些卡特尔实际上采取刑事制裁。而刑事制裁需要有专门负责反托拉斯刑事制裁的特别机构,如美国司法部反托拉斯局,这也会引起合作中的争议。

这些问题合在一起会产生法律运用上的困难,即使在反竞争行为上达成一个合作协议,亦是如此,如在许多国家商业界反对交换商业机密信息的任何立法,即使这种立法规定机密信息的交换考虑了所有商业团体的安全因素。

随着国际经济和竞争的发展,国家反垄断法的不确定性也将不断地予以克服。国际法由于是国家主权之间的一种规则,它缺乏国内法中克服法律不确定性的相应机制,这使得国际法中的问题常与利益问题、政治问题纠缠在一起,它的解决也并不单纯是一种法律的方法,这就使国际法在运用和解释上更加困难。从国际反垄断法的发展上也可以看到这一点。

相关文章:

[政府市场与经济法的定位](#)

[国际反垄断法及其发展](#)

[论反垄断法的域外效力](#)

[经济法的分歧及其定位](#)

[成文法国家反垄断法的特点与启示](#)

