

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

论反垄断法的世界化

冉 昊

阅读次数: 3502

 [使用大字体察看本文](#)

提要:

传统理论认为,贸易法是涉外的,而竞争法只应限于国内,但随着全球贸易的自由化,竞争也一步步地走出了国门,特别是各种贸易壁垒本身性质的变化,更是将竞争法推上了世界讲台,欧盟和美国作为竞争法最发达的地区,对此作出了自己的回应,也给我们提供了示范模式,对此应进行必要的比较和借鉴。

关键词:

私人壁垒,贸易自由化,竞争世界化

传统的理论认为,贸易法是用来攻克各国的公共性贸易壁垒的,而竞争法--通过打破私人壁垒,阻止滥用合并权力,从而提高人们经济福利的法律部门,则主要关心私人壁垒的问题,所以前者是国际性的,而后者应"止步于一国之滨"。在各国交往的早期,这的确是事实,但随着全球贸易自由化的大趋势,各国政府壁垒的降低(打破),现在情况却已发生了根本的变化,反垄断也从纯粹的国内法问题一步步走上了世界讲台。在此拟以欧盟和美国为例,做一些初步的研究。

一、特征变化

由于国际上的长期努力,各国公共性的政府间贸易壁垒日渐降低,然而人们对此欢欣鼓舞的同时却又惊奇地发现,这片迅速退下的潮水后却还掩藏着大量的泥沙石砾--私人壁垒和未明确的政府壁垒,因为各国为取得共同利益,不得不承诺削减壁垒,同时却又力图保住自己传统的比较优势,故而它们转设了这些形形色色的新壁垒。新旧混杂,泥沙俱下,现在已很难分清哪些壁垒是公共的,哪些是私人的,而都成为了混合性壁垒。调整对象本身发生的这些重大特征变化,使我们很难再坚持"贸易法主外,竞争法主内"的传统格局了,具体说来,世界舞台上发生了四项变化,推动着这种格局的演变。

第一,许多从事产品出口的企业开始有目的地损害另一国的国内竞争。对于这类行为,这些企业的母国内法通常并不禁止,因为各国的出口产品大都是免责免税的,所以管理自然较松;而作为东道国(这类行为的目标国),除非行为后果直接损害了其本国购买者,通常也无法直接对外国行为适用本国法。这实际上就形成了一个管理(管辖)的真空带,有关企业可以在其中随意行为,不受限制。尽管这一领域已出现了"效果主义"等新的原则,但却还远未达成共识,对于发生于他国土地上的,他国企业意图排挤本国产品出口的行为,作为被排挤国内法的反垄断法实际上无所作为。

第二,商业正在全球化。贸易和投资相互渗透,在贸易全球化的同时,跨国投资也日益增多,跨国企业大量地利用外国(相对于母公司而言)的土地、能源、劳动力等进行着生产经营。对于跨国企业的国籍确定问题,本来就颇有争议,更何况这种A国头脑利用B国资源的复杂情况,有时候是很难分清究竟"谁是

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

我们”，“谁是他们”的。在这种背景下，即使想再适用国内法保护本国商业，也是不可能的，或者为了确定法律适用将不得不耗费大量的成本。对于国际商业来说，重重叠叠的国内法反而变成了阻碍。

第三，贸易已经走上自由的轨道。区分公法和私法，在私法领域，如贸易，首要遵循“意思自治”、自由竞争的原则，这已成为市场经济各国的共识。正是由于全球贸易的自由化，各国公共壁垒不断降低，如前所述，原来隐藏在公共壁垒之后的私人壁垒和未明确的政府壁垒又显现出来；不仅如此，贸易自由化还导致了一些新型的防御性壁垒的出现，这些壁垒纯系为保护本国比较优势而设，形式上更加隐蔽，实际作用上却比以往的关税、许可等限制地更宽泛；再有，全球经济的发展并不平衡，相对不发达国家的反垄断系统也相对薄弱，在削减壁垒打开国门后，面对工业化国家具有强大市场优势的企业，仅靠其自身的力量根本无法保护本国国民免受冲击和剥削。这三点意味着，“贸易自由化”的背景舞台，就必然要求“竞争世界化”登台唱戏。

第四，世界贸易组织（WTO）采用了一些新的贸易工具，包括《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS），《与贸易有关的投资措施协议》（TRIMS），《服务贸易总协定》（GATS），以及协商中的《电讯协议》。这些新贸易工具不但拓展了贸易法的领域，而且具有统一化的特征，因为WTO要求其成员国必须一揽子遵守这些协议。而这些协议中的大量条款都是与竞争有关的。TRIPS中规定，如某项许可证贸易“对相关市场的竞争造成了不利的影 响，成员国可予以禁止”；TRIMS中则要求，自其生效之日起五年内，考虑是否需要竞争政策补充其效力；《电讯协议》的谈判中心也是市场准入和排他性的独占开发利用问题。这样，竞争的世界化也随着这些新的贸易工具向我们一步步走来。

二、欧美模式

面对这一新格局，作为经济最发达，竞争法/反垄断法相应也最发达的两个地区，欧盟和美国分别提供了各具自身特色的模式选择。让我们首先看一下欧盟的做法。

二战后的欧洲，满目创痍，各国共同认识到要恢复、发展，必须拥有一个足够广阔的市场。为此，西欧中心六国于1957年签署《罗马条约》，建立欧洲经济共同体，就此拉开了“一个欧洲”、“建立内部大市场”的宏伟远景的序幕。《罗马条约》的基本精神是，取消各国边界贸易壁垒，并保证政府和私人企业都不能采取其他手段将其替代，如更广泛的限制、歧视性措施以及具同样效果的措施等，从而构建一个内部没有障碍的统一大市场。这一精神的集中体现就是《罗马条约》要求实现“四项自由流动”（商品、服务、资本和劳动力）以及采用共同竞争政策。这种将自由贸易与统一竞争并提的做法意味着欧洲很早就认识到，当贸易走向世界，或者说统一化、自由化以后，必然与竞争发生联系。因为要保证自由流动，各国的反倾销、反补贴等国内法就不可能再适用，这样各国的贸易法实则成为了“自由流动法”，贸易法中本有的有关国家干预的权力则就此转给了竞争法，并为此创造出一个新的概念--未被扭曲的竞争。当竞争未被扭曲时，国家不予干预，任自由贸易与自由竞争并行不悖。当竞争被传统的公共性壁垒或者私人壁垒或者借口国家产业政策的需要等，进行了扭曲时，贸易法做出消极禁止，竞争法则积极采取措施，并相应调整国内产业政策，简而言之，要通过对自由贸易法、竞争法和国家产业政策这三个分支的协调，努力实现一个欧洲的远景。

在《罗马条约》中，竞争政策是通过如下六个途径实现的。首先，“四项自由流动”为竞争提供了基本的框架和背景。第二，条约规定，除非被免责，否则禁止一切扭曲竞争的协议或一致行动（第85条）；禁止居市场支配地位的企业滥用其优势地位（第86条）。第三，各成员国捉对调整各自在产品获得和市场提供方面的国家垄断措施，从而消除歧视（第37条）。第四，公共企业以及享有政府补贴或独家经营权的企业也要受竞争规则的调整，除非应用这一竞争规则会阻碍公共事业的实现（第90条）。第五，不仅私人权力或公共企业，而且政府帮助也可能扭曲竞争，所以要施行政府帮助行为，必须先通知其他成员国，使此行为合法化，或者被禁止（第92-94条）。第六，由于国家的法令也可能阻碍竞争，所以成员国不仅被禁止采用或保留阻碍性措施，而且有责任“促进共同体任务的实现”，禁绝一切威胁到《罗马条约》的目标实现的措施，包括限制本国反竞争的立法。后来，欧共体又通过了《合并规则》，使有关竞争的规则日渐具体，具有了可操作性。在这套竞争体系中，最基本的要求就是，禁止阻碍进入各国市场的私人壁垒，从而实现自由贸易，这点构成了欧盟许多著名先例的理论基础，如不列颠电信案，法国电讯案和比利时邮局案。[1]同时，欧盟为实现自由贸易，遵循的首要原则是“禁止穷邻政策”--一国制造壁垒，限制他国或其国民，而自己从中获利，而这实际上却是一个竞争政策。所以在欧洲内部大市场中，贸易的自由和竞争的统一是不可分的。

正是由于欧洲在这方面经验丰富，所以它率先主张将竞争政策引入贸易自由化机制，二者相互促进，同步发展。在1996年的WTO新加坡部长会议上，欧盟极力主张建立一个工作小组研究贸易和竞争问题，具体解决：1、竞争政策的（共同）目标是什么，应该是什么？2、是否存在一些各国能达成共识的实体原则，如禁止“硬核”卡特尔等？3、如何进一步实现合作和团结？4、是否应有一个对违反义务的争端解决机制，如有，是什么，判定的标准又是什么？这次会议经过讨论，接受了欧盟的主张，决定建立工作小组，研究“贸易和竞争政策的互动，包括反竞争惯例问题，以确定WTO机制下任何一个值得进一步考虑的领域”。[2]

很显然，欧盟是赞同竞争法的世界化的，那么，竞争法的另一兴盛之地--美国又是如何呢？

早期美国的反垄断政策显然是国际性的，美国官员宣称美国法的效力可以伸展到很广、很广，《谢尔

曼法》等当然地具有域外效力。然而到了80年代早期, 相较于欧洲轰轰烈烈的统一化进程, 联结竞争和贸易的努力, 美国的反垄断法却反而萎缩了。反垄断法本来与许多公共政策相互为用, 这时却被从“促进市场开放”中分离出来, 而仅仅狭隘地调整限制产品产量从而提价、危害美国消费者的行为。为此, 司法部制定了《1982合并指南》、《1985纵向指南》、《1988国际反垄断执行指南》, 其中都强烈体现着这一原则, 特别是著名的《1988指南》159脚注, 明确写道: 司法部仅仅关注以降低产量或提高价格手段损害美国消费者的竞争的不利影响。除了国内法领域, 在反垄断法的国际适用上, 这一原则也得到了贯彻。国会认为将本国反垄断法适用于本国企业的海外行为, 反而阻碍了它们的发展, 而且也侵犯了其他国家的司法权, 引起贸易伙伴的愤怒。于是国会决定减损《谢尔曼法》的效力, 它制定了一部新的法律: 1982《外国贸易反垄断改善法》(FTAIA), 通过它将《谢尔曼法》的效力限制在仅适用于不包含进口到美国的行为。

尽管美国反垄断和商界许多人赞同这一“萎缩”, 认为这样的反垄断法才终于找到了自己合适的有限空间, 才使贸易从过分的政府干预中解放出来, 但事实证明, 这样的选择阻碍了美国贸易的主动性。当布什总统力图依靠贸易法撬开日本市场的大门时, 发现贸易法仅能限制政府性壁垒, 对80年代末90年代初以来日益增加的非政府性壁垒却无能为力, 这样, 美国的反垄断和贸易官员又不得不将二者相联系, 利用贸易义务和反垄断义务共同开启外国市场。于是司法部于1993年废除了著名的159脚注, 宣称美国的反垄断法是适用于“美国和其他外国商业”的, 适用于美国出口商受到的损害, 而无论该损害发生在本国土壤还是外国土壤上。当然, 这一主张遭到了日本等国的猛烈抨击, 认为是对他国主权严重的侵犯。但克林顿政府继承前任, 不改初衷, 继续依靠反垄断法禁止其他国家关闭本国市场, 在作为《1988指南》替代物的《1995司法部和联邦贸易委员会国际经营联合指南》中, 举出典型案例解释美国法律, 认为如果外国行为排挤了美国的出口, 美国法律也适用于该外国行为。

现今的美国社会仍有许多人留恋80年代早期的“萎缩”反垄断法, 认为它就应停留在国内法层面上, 国际化的反垄断前景令他们感到惴惴不安, 然而上述美国政府和司法部的转变已从事实上告诉我们, 在贸易自由化的大潮下, 将贸易和竞争相联系, 共同走向世界舞台的大趋势是不可避免的, 欧洲是如此, 美国也是如此, 其他国家, 如日本、中国、韩国、中东欧国家也莫能例外。因为各国都有一个共同的愿望, 促进本国商业世界化, 增进本国人民福利, 使自己融入全球性的国际贸易体系。要实现这一共同愿望, 就必然要求自由地市场准入, 取消各种公的、私的以及公私兼有的市场壁垒。所以, 尽管各国采取的方式不同, [3]但是都自然地倾向将贸易和竞争相联系, 共同取消各种限制。与贸易全球化相统一, 反垄断也必将走向世界化。

三、现实选择

欧盟和美国的模式向我们提供了两种实现贸易和竞争世界化的途径, 此外, 还有人主张通过一部囊括一切的国际法典和超国家执行机构来实现, 或者依靠各国反垄断法的调和来实现。这样, 我们总共就拥有了四种选择。

第一, 超国家的国际法典和执行机构。这一建议是WTO/MUNICH小组提出的, 它们也的确制定出了一部《国际反垄断法典》。但这种主张显然忽视了“主权至上”的国际法传统, 事实上, 这样一部法典、这样一个机构都是不可能现实地存在的, MUNICH法典制定的本身就是对此最好的说明: 找不到一套具体的反垄断规则能得到各国的共同承认, 国家之间的要求互不相同, 同一国在不同历史时期的要求也有不同。MUNICH法典中的许多规定对很多国家来说都是完全不可接受的, 如“禁止滥用市场支配地位”的原则美国就完全不可能接受。所以这样的主张尽管很诱人, 但却实在有点野心勃勃了。

第二, 调和。如果能够通过加强交流等, 从根本上使各国国内法趋于调和, 相信每个人都会赞同此种主张, 问题是调和的方法是一种软方法, 不做交易、互不让步, 仅仅通过交流、谈判, 怎么能够期望文化历史传统完全不同的各国就实现了统一? 即使在表面上它们实现了调和, 换句话说, 采用了相同的文字表达同一原则, 但对同样的文字赋予的具体含义却是并不相同的, 甚至完全相反, 典型地如对“反竞争”、“滥用”的理解就是如此。而且, 过分地强调调和也会使我们忽视另外两个更具现实意义的问题: 法律的执行和法律适用的范围(哪些属于反垄断免责事项)。所以依靠调和实现各国基本原则的统一也不可取, 调和方法倒是可以运用于一些非原则性的具体操作问题, 如关于“合并前通知书”的形式、期间的统一。

第三, 国内法的域外适用。这是美国模式的反映, 认为多边谈判既不现实, 也不可靠, 谈判中不断地妥协意味着对主权的削弱, 将争端提交给外国不熟悉的官僚机构解决, 也使本国(人)的利益处于冒险之中。所以这种主张强烈地假设所有需要解决的问题都可通过国内法, 在一国领域内解决, 至多也只要求助于机构的合作相互执行。然而这种主张的缺陷是明显的。首先, 它过分夸大了达成多边协议的困难, 在比较原则的程度上, 各国基于共同的愿望, 还是能达成一些共识的。其次, 它夸大一国国内法和机构合作的作用。如果一国可任意行为适用其本国法的话, 它当然地也可促成国际反垄断法的完全统一, 有了后者, 前者根本就不再需要了, 所以这二者是相互矛盾的。对于机构合作, 前提是各国必须存在共同利益, 然而却有足够的事例表明, 各国认识到的利益正好是相反的。再次, 一国的国内法, 如美国的《谢尔曼法》、301条款等, 可用来报复他国的政府性壁垒, 但对他人私人的行为, 如私人壁垒等却无法着力, 所以这种主张实则是认为只有植根于政府干预的障碍才真正构成贸易壁垒, 其他的私人壁垒等通过其本国的

国内法就可解决。但如本文第一部分所述，公、私壁垒已很难再明确区分开，更何况有时候私人壁垒发挥的阻碍作用更大、更广。最后，对这种主张来说，很显然“治外法权”是必不可少的，而这点本身就存在极大的争议。

第四，欧盟模式。首先是在两个国家之间彼此频繁交流，在宪法层次的普遍原则上达成共识，相互联系，签定双边协议并不断改进，加强反竞争机构间的合作；进一步，各国间在双边基础上达成一个“多边行动框架”，其中应包含一套最低标准的竞争规则，一个有约束力的积极礼让制度和一架有效的争端解决机制；第三步，一小部分国家首先接受这个多边框架，并作为核心，促使其他国家也逐渐接受它，不断扩展，产生多米诺效应，最终促进整个世界的统一。这一模式既不排斥国家间的合作和必要的妥协，也不否定各国的主权，而且已经为WTO所接受，也应该成为我们的选择，当然，实现的过程将会是漫长的。

注释：

[1]不列颠电信利用联合国授予它的垄断特权，阻止王国中的私人电信业者接收和转发国际电话，欧洲法院裁定这一行为违反了《罗马条约》第86条，是对支配地位的滥用。法国的电讯企业是国有的，并在电话终端设备的供应上享有国家授予的垄断权，欧洲委员会就此发出指令，要求成员国取消此类独家经营，得到了欧洲法院的支持。比利时邮政局对竞争的限制，也不能超过完成公共任务的需要。

[2]WTO新加坡部长会议宣言。

[3]原则上美国反垄断法仅禁止人为的降产、提价行为，依美国法，占市场支配地位的企业有权强硬地开展竞争，即使这样排除了其他竞争者也是合法的。而欧盟的竞争法则倾向于保护中小企业不受不正当排挤性行为的损害，对滥用性惯例的限制很宽。

相关文章：

[大陆法系与英美法系财产法律实施的系统比较](#)

[法治和法学](#)

[论英美财产法中的产权（title）概念及其制度功能](#)

[论“中间型权利”与财产法二元架构](#)

[两大法系法律实施系统比较论：从财产法律的视角](#)

[作为制度性事实的法律](#)

[ABS若干法律问题论析](#)

[论国际产品责任案件准据法的确定](#)

[论作为制度性事实的法律对财产权的影响](#)

[英国二板市场\(AIM\)规则（翻译）](#)

[论外贸代理的不合理性及现实对策](#)

[外国常驻](#)

[所属和所有](#)

[所有权与转化：加工物归谁所有？](#)

[审判的艺术和法律的價值](#)

[论涉他合同](#)

[民事主体传统含义的逻辑辨析](#)

[美国《不动产》目录及部分译稿](#)

[论所有权含义、对象和地位的演变](#)

[论利他合同中的第三人](#)

[法律关系的内容及其模型建立](#)

[21世纪英美合伙法？](#)

[英美财产法基本构造比较分析](#)

[中国非自愿移民立法框架研究](#)

[论公司法对外商投资企业的适用](#)

[论公权法律对财产权概念的影响](#)

[法治和法学](#)

[论《合伙企业法》对合伙企业独立民事主体性的发展](#)

