

# 反垄断法的域外适用与双边合作

周 华

(三明学院政治法律系, 福建三明 365004)

**摘 要:** 随着全球化的推进和国际竞争的日趋激烈, 各国均通过赋予本国反垄断法以域外适用效力来规制跨国性垄断行为。但通过国内立法处理国际反垄断问题, 往往因其所依据的标准不同而不能被其他国家接受, 从而引发国际争端。目前来说, 国家间唯有通过开展反垄断法双边合作, 才能具体化解障碍, 有效地抑制反竞争活动。

**关键词:** 反垄断法; 域外适用; 双边合作

**中图分类号:** DF51    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1008-309X(2008)03-0077-06

在全球著名的微软反垄断案件中, 欧盟委员会和日本公平交易委员会曾派出专门的调查小组, 对微软的行为进行调查或协作调查; 在通用/霍尼韦尔兼并案中, 美国通用电器公司并购霍尼韦尔国际公司的国际性兼并行为遭到了欧盟委员会的正式否决。欧盟和日本的调查和反对是否合理合法? 其依据在哪里? 这些个案集中体现了反垄断法能否有效实现域外适用以及国际合作路径调节的问题。

## 一、反垄断法双边合作产生的原因

反垄断法的域外适用是指一国依据一定的原则, 将本国的反垄断法适用于发生在域外的而对本国市场有不利影响的限制竞争行为和垄断行为<sup>[1]</sup>。从目前来看, 许多国家都不同程度地接受了反垄断法的域外适用, 但是基于主权维护和立法分歧, 各国在实践中均存在着具体管辖和执行上的冲突, 这也是反垄断法双边合作产生的主要原因。

### (一) 各国反垄断法域外适用效力上的相互抵制

美国是世界上第一个, 也是目前最广泛地将其反垄断法适用于域外的国家。在 1945 年的“美国铝公司案”中, 美国联邦最高法院主张: 发生于美国境外与美国反垄断法精神相抵触的任何行为, 不管行为人的国籍和行为的实施场所如何, 只要其对美国的市场竞争产生了不良的影响, 美国法院对之就有管辖权。从而将“效果原则”引入反垄断领域, 赋予了本国反垄断法以域外效力。在其之后, 各国或地区为了保护自身利益也纷纷予以效仿, 如德国、欧共体等都不同程度地继承了美国的效果原则。但是域外适用的概念自其出现之日起, 就引发了各国间的政治、经济, 尤其是法律冲突, 相关国家均认为这是对本国司法与立法权的侵犯, 对此采取不同手段予以抵制, 主要包括:

收稿日期: 2007-11-22

基金项目: 2007 年度三明市社会科学规划课题(2007B306)

作者简介: 周华(1982-), 女, 湖南湘潭人, 助教, 硕士, 研究方向: 反垄断法

### 1. 立法上的抵制

国家单方面的抵制措施一般是通过立法来实现的,即为保护本国利益,针对他国的反垄断法域外适用制定了系列抵制性的法律。如英国的贸易利益保护法和瑞士的保密法等等,这些法律中,有的禁止提供涉及某些产业的材料或情报,有的则禁止提供所有的商业情报,甚至对违反这一规定的给予严厉的法律制裁;情节严重的,要追究违法者的刑事责任。

### 2. 行政干预

即一些国家政府对在他国提起的有关本国或国民的反垄断诉讼中,政府以国家主权豁免或国家行为进行抗辩,或者由政府颁布禁令,禁止本国公司或个人向他国政府或司法机关提供文件资料或出庭作证。

### 3. 司法上的禁诉令

本国法院针对他国政府当局就本国境内限制竞争行为和垄断行为所提起的诉讼,发布禁令要求其停止诉讼,这是对抗反垄断法域外适用效力的又一常用方法。如英国上诉法院民事分庭在处理航空公司案时即认为,英国法院有权要求清算人停止在美国针对原告及其英国子银行的反垄断诉讼<sup>[2]</sup>。

### 4. 拒绝承认和执行外国判决

一般而言,一国均赋予其本国法院的反垄断判决或反垄断主管机关的决定以域外效力。而各国为了抵制他国反垄断法域外效力的实行,对外国法院针对本国自然人或企业等做出的判决,一概不予承认,不予执行,这就使得外国反垄断判决无效或削弱该判决的效力,造成反垄断法执行机构在国外对案件进行调查时,或法院判决在国外请求执行时,遇到许多程序上的障碍。

## (二) 各国反垄断法具体立法内容迥异

由于各国经济发展水平和法制传统的不同,各国的反垄断法具有差异性,反垄断法的域外适用则针对跨国垄断行为提供了不同的规制标准。由于缺乏国际反垄断统一立法的全面调整和公正解决争议的国际性机构,再加上各国尤其是发展中国家主权观念的敏感性,这种冲突就愈显激烈。

### 1. 垄断行为界定上的差异

反垄断法将破坏公平竞争关系的垄断行为作为其规制的对象,因而,它必然以垄断内涵的准确界定为法律适用的前提。但是迄今为止,垄断只停留在经济上的描述性解释,尚不能构成一个非常精确的法律概念<sup>[3]</sup>。那么,在缺乏准确、一致定义的情况下,法律究竟如何把握内涵不确定的垄断呢?对此,各国立法上均存在差异。美国反托拉斯立法采用原则性规定和分别列举相结合的方式界定垄断行为,认为其主要包括联合限制竞争行为、滥用经济优势、价格歧视、具有垄断性质的企业合并、损害消费者的行为及其他反竞争行为;德国的《反对限制竞争法》规定其规制对象为限制竞争行为,包括卡特尔合同和卡特尔协议、其他合同、控制市场的企业、限制竞争的行为和歧视行为等;而日本《禁止垄断法》则将其列为私人垄断、不当交易限制、垄断状态、不公正交易等。一个国家根据本国反垄断法的域外适用原则对发生在另一国领域范围内的垄断行为主张管辖权的时候,如果行为发生地国不认为这种行为是垄断行为或限制竞争行为,甚至对该行为抱持支持和鼓励的态度,那么国家之间的冲突就产生了。

### 2. 取证规则上的差异

域外取证是涉外案件经常遇到的问题,各国反垄断法的取证规则中虽然都允许涉外取证,但却在一定程度上对外国的取证要求设置重重障碍。

例如，根据欧盟委员会 1962 年第 17 号规则第 20 条，委员会不应披露在适用该规则的过程中获得的以及属于职业保密义务范围的情报，该条意味着委员会通过调查从企业获得的信息不能提供给任何外国。英国的贸易利益保护法也有类似规定，禁止英国被告在外国的诉讼程序中提供某些文件。各国在取证方面的保护性规定不但使得案件的审理无法顺利进行，而且，由于许多国家法律对当事人不应法院之命令提供材料的行为以藐视法庭罪论处，因而使当事人也处于十分尴尬的境地。

### 3. 法律责任设置上的差异

反垄断法的法律责任设置，特别是制裁手段及范围，其目的是终止非法的反竞争行为以及通过建立有序竞争机制来消除反竞争行为的后果。各国反垄断法一般都根据本国经济发展水平规定了不同形式和不同标准的法律责任。例如，在德国垄断和限制竞争行为尚不构成犯罪，而根据美国的《谢尔曼法》，贸易限制和垄断行为都必须承担刑事责任；民事方面，美国反托拉斯法规定了私人三倍赔偿诉讼，而英国的反垄断法却只允许损害赔偿的救济方法。如此，关于反竞争行为的诉讼在不同国家进行，其结果就可能大不相同。

各国反垄断法规则的差异，使得从事对外贸易的企业无所适从；域外证据搜集和判决、决定执行的困难又妨碍了反垄断法的实施，所有这些反垄断法方面的冲突都在不同程度上损害了各国反垄断立法目的的实现。

## 二、反垄断法双边合作的基础

按照传统的国家管辖原则，在通常情况下，如果垄断行为发生在受害国，则各国可以依据属地原则进行管辖；如果行为人在本国境内，则可依据属人原则进行管辖，一般不会出现法律适用相互冲突的现象。但是自从 1945 年的“美国铝公司案”发生以来，国际上出现了一种新的主张管辖权的原则。其首创效果原则，又称影响原则，主张任何国家均可以就发生在境外但又在其境内产生影响的行为行使管辖权，甚至可以针对不对其承担忠实义务的人主张管辖。效果原则背离了传统的属地原则和属人原则，将本国法律的触角延伸到了境外，由此国家对跨国性限制竞争和垄断行为的“域外管辖权”概念开始出现。

正如前文所提到的，各国均对他国的域外管辖权进行严格抵制，主要原因在于，纯粹的效果原则与国际法上传统的地域管辖、国籍管辖原则存在严重的不协调，而且在具体适用时缺乏准确和稳定的评判标准。对于效果原则中“效果”的具体内涵，各国一般都没有做出明确规定，而是在实践中由本国法院予以自由裁量。为扩大本国反垄断法的适用，各国一般都没有对本国法域外效力的确定进行克制，相反一味地对他国反垄断法域外实施方面的要求进行单方面的抵制和对抗，这些都直接造成了在反垄断法域外适用中“针尖对麦芒”的紧张局势。因此，美国及其他国家、地区在确立其后的域外管辖权时，不断地对效果原则予以修正，并开始创造新的管辖原则，在考虑是否进行域外管辖时，对本国反垄断法的域外适用效力进行一定的自我限制，集中体现为合理管辖原则的确立。

合理管辖原则在美国 1976 年的“廷伯兰木材公司诉美洲银行”案件中首次确立，第九巡回法院的 Choy 法官在审理此案时，就美国行使域外管辖权的标准提出了三个具体要求：必须对美国商务具有重大影响，才能合法地行使事务管辖权；必须要有更强的证据证明其对美国商务的抑制或造成美国商业的负担的程度，大到足以对原告造成损害及违反美国反托拉斯法的规定；从国

际角度而言,该案所涉及美国的利益及该案与美国的关联,相较于其他国家在该案的利益及联系,是否强到足以使美国有行使管辖权的必要性。由于合理管辖原则主要考虑各国在案件中所涉及利益的重要程度,所以也被称为“利益平衡方法”,意指检察官和法官在决定是否对某一行为主张域外管辖时,应当对该行为中的一系列事实进行评析并予以权衡,以保证美国对该行为行使管辖权的合理性。

此后,美国1982年颁布的《对外贸易反垄断改进法》和1995年的《反托拉斯国际操作执行指南》均对该原则进行了立法确认,它们将合理的管辖原则又称为“国际礼让”,指出“反托拉斯法主管机关在执行反托拉斯法的时候应当考虑国际礼让,礼让反映了平等主权国家之间相互尊重的广泛涵义,并决定一个国家应当在其领域内允许另一个国家的立法、行政和司法活动”<sup>[4]</sup>。意即法院在做出是否进行域外适用的决定时,应当平衡美国政府在维护竞争和保护消费者上的利益与被影响的外国在实施法律和政策方面的利益,要求司法部将各种因素综合考量并结合具体情况决定是否进行反垄断法的域外适用。这一原则在美国与他国及国际组织间签订的反垄断法双边合作协定中表现得尤为明显。美国作为一个在反垄断法域外适用方面处于急先锋地位的国家,其在域外管辖原则上的转变引起了世界范围内的注意和效仿。

在经济全球化发展的今天,国家对关系其重大利益的跨国性限制竞争和垄断行为主张域外管辖已成为必然的发展趋势。但是纯粹效果原则的适用过分强调本国利益,其所体现的霸权主义往往会遭到他国的抵制和对抗,只会使管辖权的冲突愈演愈烈。而合理管辖原则的出现则大大缩小了以效果原则确立的域外管辖权的范围,在充分考虑他国重要利益的基础上对本国反垄断法域外效力的适用给予了一定的限制,从而为国家间顺利开展反垄断法实施中的双边合作奠定了基础。

### 三、反垄断法双边合作机制的构建

目前,反垄断法实施领域的双边合作主要是通过国家(或地区)之间的双边协定来实现的。美国作为反垄断法国际合作的主要倡导者,一直通过开展双边合作实现自己的目标,已与欧共体、澳大利亚等国家和国际组织订立了关于共同规制跨国性限制竞争和垄断行为的双边合作协定。综观其内容,这些协定均大致确立了以通报、信息交流、单方协助、双方合作以及礼让等为主体的双边合作机制。

#### (一) 通知义务的履行

各国的双边合作协定一般都规定双方当事国互负通知义务,如果一国反垄断法执行机构认为其采取适用措施将影响到对方当事国的重要利益,应当及时通知对方当事国的竞争主管机构。关于具体有哪些适用措施,各国协定均进行了相关列举。通知应当尽量详尽以便被通知国反垄断法主管机关可以针对该行为对本国重要利益的影响做出初步评估。对于通报的具体期限,有的国家还做了明确规定。

#### (二) 单方协助的提供

一国反垄断法主管机关应当在符合其重大利益的情况下,同时在本国法律法规允许和其可合理利用的资源能力的范围内,对另一国的执行活动予以协助。协助的提供一般分为两种情况:一方面就条约中列明的有关反垄断调查或程序等方面的事项,一方的反垄断法执行机构应当向另一方主管机构提供帮助;另一方面,对于条约没有列明的事项,如果在对方当事国提出请求后,一国反垄断法执行机构应当向对方当事国提供与该请求相关的信息,并提供建议和帮助。

对于请求的形式，各国一般规定应当是书面和具体的，当请求不能实现时，被请求方也应当及时通知请求方，并说明不能实现的原因。

### （三）双方合作的进行

各国条约一般都规定，两国反垄断法主管机构在执行相关事务时，应当考虑在这方面进行相互合作和采取协调行动，并列出了考虑的具体因素，包括为达到执行活动的目的而进行合作的影响；双方竞争主管机关为获得开展执行活动所必要的信息的能力；双方竞争主管机关为对抗反竞争行为所能确保的有效救济的程度等等。

在合作过程当中，任何一方都应当对对方执行活动的目的予以认真考虑，从而以开展自身执行活动。在一国竞争主管机关对另一国进行适当通知的条件下，该国竞争机关可以在任何时候限制或终止执行合作而独立进行执行活动。

### （四）信息的交流和保密

双方当事国的反垄断法执行机构应当定期或者按照临时约定进行会晤，讨论涉及双方共同利益的经济交流或者实施竞争法涉及共同利益的相关问题，澄清当前的适用措施及重点。同时规定双方反垄断法执行机构交换有关信息，包含对对方当事国有重大利益的有关限制竞争和垄断行为的消息等。

双方交换的资料和信息只能用作条约所规定的目的，除非提供信息国同意作为其他用途。同时该信息除约定公开使用的情形之外，接收信息国应当进行保密，不得透露给任何第三国或其他机关；当接收信息国不能确保信息的保密度时，提供信息国可以限制对该国信息的提供和交流。

### （五）礼让原则

国家礼让原则作为反垄断法实施中双边合作的理论基础，各国或国际组织间的反垄断法双边合作协定都不同程度地予以了体现。

#### 1. 消极礼让

一国当其执法程序会对另一国的重大利益构成不利影响时，应通知另一国，并且在执法需要时尽最大考虑不损及另一国利益。集中体现为，内国反垄断法主管机关在采取执行措施的各个阶段，都应当对对方当事国的重要利益给予慎重考虑，包括有关执行活动开始的决定、执行的范围以及在个案中适用处罚或救济的性质等。

#### 2. 积极礼让

如果请求方的反垄断法执行机关认为在被请求方领土内发生的限制竞争或垄断行为，负面地影响了本国的重要利益，则请求方的反垄断法执行机关在考虑到避免管辖权冲突和被请求方的反垄断法执行机关可能已经对这种行为采取了更有效的执行措施的情况下，可以请求该被请求方的反垄断法执行机关采取适当的执行行动。被请求方反垄断法执行机关应当谨慎考虑是否对请求书所指的限制竞争或垄断活动采取执行措施，或是否扩展正在采取的执行措施的内容。

## 四、结 语

以欧共体和美国作为范例的一系列实践证明，反垄断法实施方面的双边合作是解决国家之间反垄断法域外适用中管辖权冲突的有效办法，具有较强的针对性、适用性和可操作性。在具有国际意义的基础上，这种合作提供了矫正境外限制竞争或垄断行为的有效手段，明显减少了各国间由于反垄断法域外适用而可能引起的摩擦，同时也有助于提高反垄断法的实施质量和效率，降低

费用和成本。但是我们也应看到目前的双边合作主要基于当事国双方的友好协商与礼让, 仅仅是提供谈判和协商渠道的一种程序性体系, 没有实体权利义务的规定, 且缺乏强制执行力, 在涉及双方当事国敏感问题的时候, 往往只能将不能解决的纠纷诉诸于政治、外交等途径, 最终结果也只能取决于国家间的力量对比, 不能避免管辖权争议的泛政治化。这些都是在反垄断法双边协作过程中有待解决的问题, 为此我们有必要认真地考量其尚存的空间, 从而不断地加以发展和完善。

#### 参考文献

- [1] Joseph P G. Foreign Governmental Reactions to U. S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction [J]. *European Competition Law Review*, 1998, (2): 66-69.
- [2] Stanford S. The Application of the Sherman Act to Conduct Outside the United States: A View from Abroad [J]. *Cornell International Law Journal*, 1978, 195(11): 213-215.
- [3] 保罗·A·萨缪尔森. 经济学: 上册[M]. 胡代光, 译. 第14版. 北京: 北京经济学院出版社, 1996: 310-311.
- [4] William C H, Dawn E H. *Antitrust Law Sourcebook for the United States and Europe* [M]. New York: West Publishing Company, 2000: 389-390.

## Extraterritorial Application and Bilateral Cooperation of Antitrust Law

ZHOU Hua

(School of Politics and Law, Sanming University, Sanming, China 365004)

**Abstract:** Along with the advancement of globalization and the intensification of world competition, each country restricts transnational monopoly activities by endowing its antitrust law with extraterritorial application force. But dealing with international antitrust issues via domestic legislation will trigger world disputes, because every country has its own particular standard which others countries are not willing to accept. At present, the only way for settling international disputes and restraining effectively anticompetitive activities is to launch bilateral cooperation in respect of antitrust laws.

**Key words:** Antitrust law; Extraterritorial application; Bilateral cooperation

(编辑: 李颖)