

# 论反垄断法的域外效力

[作者] 沈敏荣

[单位] 中国社会科学院国际法研究中心

[摘要] 在国际反垄断领域,由于形成国际反垄断统一法的困难,各国都借助于反垄断法的域外适用,但反垄断法的域外适用也存在不少的不足。根据这种国际反垄断法的现状,提出我国应采取的相应对策。

[关键词] 国际反垄断法,域外适用,效果理论

由于跨国公司和经济国际化的发展,国际性的垄断和限制性商业行为不断增多。以国际航空业为例,1997年一年就有多起大型的跨国兼并。在众多的兼并中,最引人注目的是美国波音和麦道两家飞机制造公司的合并,该合并大大地提高了美国在国际飞机制造业中的竞争力。由于缺乏国际统一法的管制,这些企业兼并既不能认为是合法,亦不能认为是非法,它处于一种法律真空之中。因此,对于这些问题,利益相关国的观点分歧很大,经济问题常演化为政治问题,导致国际关系紧张。

对于不断突出的国际垄断问题和国际统一法的空缺,许多国家转而求助于本国反垄断法的域外适用,以国内法来调整影响本国的国际垄断或限制性行为。反垄断法的域外适用是个颇为复杂的问题。主要有三种情况会导致反垄断法的域外适用:一是外国企业在国外进行,但在国内完成,或利用分支机构在国内进行的垄断;二是分别位于境内外的具有控制关系的两个独立实体在国内进行的垄断;三是外国企业在境外所进行的垄断对国内构成影响,但该企业在国内无任何行动。前二种情况的国内法的域外适用有相应的国际法基础。第一种情况依属地管辖原则可成立东道国的管辖权。第二种情况依各国实践中所形成的单一体论也可以成立受害国的管辖权。第三种情况下的反垄断法的域外适用能否成立是有问题的。美国反托拉斯法认为仅凭效果可成立本国的管辖权。根据法院的审判实践,对整个反托拉斯法都适用“效果理论”。依据这个原则,只要限制竞争的行为在美国的国内市场上产生了影响,就可以适用美国的反托拉斯法。但是,效果理论在国际法上是缺乏依据的。许多国家拒绝承认只凭单独的经济效果的管辖权主张(即效果理论),其中以英国为典型。由于效果理论缺乏明确的国际法基础,就使依此理论的判决的承认和执行产生困难。

在反垄断法的域外适用上,国家间存在着激烈的冲突,究其原因,有以下几个方面。

(一)由于经济的日益国际化和国际垄断影响的增强,国家以效果理论来决定管辖权的可能性不断增加,但是,国际法对这个问题不能提供令人满意的答案。当更多的国家采用国内的反垄断法规则来规范国际经济行为,国家间冲突的范围就会扩大。如在跨国合并的情况下,几个国家的管理机构可能都希望调查同一交易行为。

(二)反垄断法具有公法性质,而按照一般的法律理论,公法的适用具有严格的地域限制,即仅限于本国。一些国家据此而拒绝他国反垄断法的域外适用,这些国家通过制定“阻却条款”来对抗他国的管辖权。如英国1964年《海运合同与商业文件法》禁止向外国反托拉斯管理机构或外国法院提供文件或资料。1975年《证据法》禁止本国法院仅因为外国法院主张域外管辖权而支持其对信息的要求。1980年《保护商业利益法》不仅限于阻却外国反托拉斯法的执行,而且适用于任何外国法的适用对英国商业利益构成影响的情况。国内反垄断法的域外适用,在具备一定的连接点(如母子公司的控制关系、外国企业在国内的行为)

的情况下是可以成立的。传统法律理论中公、私法适用范围的论点是建立在自然人为法律主体的情形下,能否适用于以规制企业行为为目的的反垄断法是有疑问的。但是,我们应看到,在缺乏相应的国际法明确规定的情况下,依传统法律理论而得出的结论也不是非法的。在国际法中,依不同的原则或规则可推导出相互冲突的结论,如依传统的管辖权理论可以得出反垄断法的域外适用是可能的,而依公法具有严格的地域性得出反垄断法的域外适用不能成立也是正确的。这种矛盾源于国际法缺乏体系性。在没有明确的国际法规则的情形下,两种结论都是合理的。

(三) 反垄断法的域外适用,究其实质,是以国内法来规范国际经济行为。应该看到,国内法与国际法秩序各有自身不同的正义要求和标准,用国内法代替国际法来规范国际经济行为,其结果可能与国际法的正义标准不符,即与现存的国际法所体现的基本价值不符,相反,国内法的适用国却在法律适用时实现了本国的正义标准和法律价值。因此,反垄断法的域外适用缺乏国际法规则的调整时就与国际法有潜在的冲突。

(四) 反垄断法域外适用的冲突还表现在各国反垄断法是具有差异的,具有差异的反垄断法在域外适用时提供了不同的规则标准,这易使国际经济关系缺乏稳定的法律机制,违法与合法无明确、合理的分界,从而引起国际经济关系、竞争关系的紊乱,滋生出大量的违法、避法行为。

## 二

由于反垄断法域外适用存在着诸多缺陷,因此,就需要相应的国际法规则来进行协调,提高各国竞争管理机构间的合作,协调各国国内法,减少发生冲突的可能性。这个工作主要由双边条约或区域性国际法来完成。

国家以双边协议的形式来协调国家间的冲突是国际社会常用的方法。美国于1976年与德国、1982年与澳大利亚、1984年与加拿大签订双边条约,进行反托拉斯法适用的国际合作。1983年1月澳大利亚与新西兰的紧密经济关系协定、《北美自由贸易协定》都有反垄断法适用的合作事项的规定。其中一个重要协定是美国、欧共体于1991年9月23日签订的合作协定,规定了美欧反托拉斯合作的具体条款,被认为是“走向美欧反托拉斯法统一和一致的重要一步,是未来反托拉斯协定的一个范本”。该协定第二条要求有关机构在其管辖时应互相通知,而不管它们是否意识到它们的执行行为可能影响他方的重要利益。第三条规定主管机构在各自管辖中的信息交换和双方官员定期讨论双边利益问题。第四条规定执行时双方的相互合作和一致行动,双方机构应支持对方的执行活动。第五条规定“积极礼让”,一方的机构可要求对方采取行动,以补救在前者领域内发生的反竞争行为。第六条要求双方在执行时避免冲突,并制定标准以供管理机构在决定是否采取反托拉斯行动时予以考虑。这些标准反映了美国司法实践所采用的“合理司法规则”中的礼让原则。第七条规定在当事方国内法禁止时,或提供的信息会使信息拥有方的国家重要利益受损时,任何一方都不能要求对方提供信息。双方还同意对从对方得到的信息尽最大可能进行保密。第九条规定双方依协定采取的任何行为不得与现存法律不一致。

美欧协定类似于其他反托拉斯协定,以合作执行和避免冲突为其基本目标,以通知和协商作为主要机制。但是美欧协定比以前的反托拉斯协定有一个明显的进步:它规定在双方都认为某协议或行为有害时,双方可进行联合调查。这种解决冲突的办法是依靠国内执行机构,运用服从和“积极礼让”来解决双方在法律利益上的矛盾。

另一个以国际谈判协调反垄断法域外适用的例子是美日政府为减少结构性贸易阻碍的谈判——结构性阻碍谈判(SII)。日本反垄断法历来执行不严,《日本大规模零售商业法》构成外国企业进入日本的障碍。谈判后,美国司法部对将本国出口者排除出日本市场的限制

性行为的情况适用美国反托拉斯法。日本政府也实质性地提高了罚款数额。美日反托拉斯机构的定期会议促进了双方反托拉斯法的透明化和竞争政策与法律执行的一致。

在反垄断法域外适用上的合作有助于各国在国际反垄断领域形成共同的实践,从而产生统一的程序、实体规则。国际法规则的产生一般要经历各国实践的不断统一,国际经济法规则尤其如此。

主要由双边协定构成的国际反垄断法,从内容上看,以主权原则和国家同意为基础,以国内法优先和竞争管理机构的合作为基本原则,也就是说,现在的国际反垄断法只是一种合作体制,是程序性的协商体系,没有详细地规定权利、义务的条款。合作机制对一国主权并未起到限制作用,只是提供了谈判、协商的渠道,具体的权利、义务和纠纷的解决尚待在谈判、协商中确定和解决。这种国际反垄断法体制存有不足,当其面对日益增多、规模日渐扩大的国际垄断和限制性行为,特别是涉及到一国竞争力的提高,关系到国家利益的垄断与限制性行为时,显然不能予以规制和调整。具体而言,这种合作体制有下述不足。

(一) 国际垄断与限制性行为往往是增强了一国的竞争力,而对别国造成消极的影响。由于国家间利益反差极大,国际反垄断法的合作机制难以发挥作用。以法律方法不能解决的纠纷只能诉诸于政治、外交等方法,最终取决于国家间的力量对比。因此,这种国际反垄断法机制具有潜在的危机,它不能将国际经济关系法律化,不能避免经济争议的泛政治化。

(二) 国际垄断与限制性行为可能会形成超乎现存国际反垄断法制之外的国际市场力量,它超出了双边条约规制的范围。这种情况所导致的市场优势地位滥用、限制性商业行为的采取都不受国际法的调整。这时,限制性商业行为对一国或几国造成的消极影响,除受影响国的国内法可提供有限的救济外,并无其他方法。而且,以国内法来解决国际问题,容易引起国际间的纠纷和冲突。

(三) 大规模的垄断和企业的国际兼并,往往符合一国或少数几国的经济利益,而对国际经济或他国经济可能会产生不利影响。若从国内法和双边条约的角度很难说服合并企业或垄断企业所属国对该企业适用反垄断法,因为依据反垄断法理论,只有造成不利于竞争的后果的合并或垄断才属违法。因此,只有从国际法的角度才能对这种垄断和合并进行限制。但是,现有的国际反垄断法并无这方面的功能,它只是协调各国国内法,促进各国的合作,它本身并不创设实体性规范。大量的国际兼并和垄断对国际反垄断法提出了新的挑战。

(四) 由于缺少国际统一法的全面调整和没有一个能公正地解决争议的国际性机构,反垄断问题就成了国家间的实力较量,从而转化为政治问题。用政治方法解决经济纠纷,极易产生政治对抗,不利于维持和谐的国际关系,也不利于国际经济、政治秩序的发展。以双边条约协调各国国内法,从而达到规范国际经济关系的目的,这在其他国际经济法中也是非常普遍的,如国际投资法,国际贸易法等。但是,这种规范方式由于法律的解释者是当事国,当事国基于本身的利益驱动,容易对双边条约作歪曲解释,从而使条约不能实现其应有的目的。因此,在这些国际经济法领域,解决争议的机构相继成立,即由一个国际机构在争议产生时负责对条约的解释,在国际投资领域有ICSID的解决国际投资争议中心,在国际贸易领域有WTO。而在国际反垄断法领域却缺少这种机构,因此,在“采取任何控制限制性商业惯例的形式或者采取任何消灭它的步骤都是不切实际的”情况之下,“最好的办法是成立机构,使蒙受损失的政府与被控该项活动所发生的地区的他国政府进行协商。”

### 三

我国自改革开放以来,国内经济逐渐地融入国际竞争之中,外国资本大量进入。自九十年代后,跨国公司从以前的试验性投资(如设立办事处、举办小型合资企业等)改为进行实质性地大规模投资,这些投资有两个明显的特点:一是合资、合作的对象为国有大中型企业,

由参股发展到控股,甚至是收购;二是外资以独资的形式抢占中国市场。由于国内经济不断融入国际市场之中,国际上的垄断与限制竞争行为也必将对我国经济造成相当大的影响。因此,以制定反垄断法的方式对外资进行控制或追究国内公司的外国总公司或母公司的责任是相当必要的。对于反垄断法领域出现的效果理论,我们认为,我国不应接受或采纳。其原因如下:

(一)若没有外国公司所在国的同意或协助,依效果进行的管辖的执行难度是相当大的。裁判国可能会扣押或没收外国公司在本国的其他财产或将来可能进入本国的财产,但这种未经他国同意的管辖权的扩张只能带来国际经济关系的不稳定。

(二)效果理论缺乏国际法上的依据,它的成立必与国家主权原则相违背。双边条约中确立的依效果成立的管辖权是与效果理论不相同的,后者是国际法上所谓“当然有效”的规则,而前者是基于国家同意而创立的新的行为规范。

(三)效果理论与我国历来奉行的外交政策和原则相背。我国历来奉行“和平共处五项原则”,尊重他国主权,而效果理论是将国内法凌驾于国际法之上,我国当然不应接受。

反垄断法具有公法性质,带有较强的国家利益的因素,这也决定了反垄断法的域外适用在实际执行中会困难重重。主权原则是国际法的基本原则,缺乏国家同意,任何国际法规则和国际合作都不可能产生。能在他国形成垄断或对他国贸易构成影响的企业往往是大型企业,这些企业与所在国的国家利益密切相关,或是产业中的支柱企业,或在经济中举足轻重,或受国家的控制或援助。由于反垄断法的域外适用会涉及到大量的主权问题或与主权问题相关,裁判国在适用反垄断法时,应考虑到主权问题、国家间关系及判决实际执行的可能性,这使域外适用常带有许多非法律因素,具有不确定性。因此,对于涉及到主权问题的反垄断法的域外适用,我国应通过国际谈判与合作的方式进行处理。从目前已有的双边反垄断合作协定的内容上看,主权原则和国家同意是基础,协定涉及的是协调国内法的程序性规定。合作机制对一国的主权并未起到实质性的限制作用,只是提供了谈判、协商的渠道,并无具体的实体性规定。这种充分考虑到国家主权的合作条约是由于各国国内法在实体问题上的规定差别太大,难以统一,但是,尽管如此,这种国际性安排对一国对外经济交往显然是有利的,我国是可以接受这种模式的反垄断合作条约的。

同时,我们应看到,发展中国家和一些发达国家为了发展本国经济,加强本国的国际竞争力,常支持本国企业进行合并、扩张,形成经济上的垄断结构。目前的国际法并不能阻碍一国组建和发展这种经济结构。美国曾用双边谈判的方式促使日本加强反垄断法的执行,但这种方法费时费力,对其他国家一一进行谈判是不大可能的。因此,以美国为首的一些发达国家为了扩大国际市场,竭力主张将反垄断问题列入国际贸易谈判之中,制定国际反垄断统一法。这个问题可能成为下次国际贸易谈判的内容。可以预料,谈判的结果会是各国在一定期限内逐步消除国内的垄断或政府支持,实现国际竞争的国内化;发展中国家在期限上享有一定的优惠,但是,开放的步伐往往会快于发展中国家本身经济发展的进程。这是发展中国家在国际贸易谈判中普遍面临的问题。我国作为发展中国家,也同样会面临着这个问题,如要求我国以发达国家的标准消除垄断和政府援助。市场经济是我国改革的目标,但市场化是一个过程,进程太快会导致经济衰退,甚至是国家混乱。因此,我国在国际谈判中,应坚持发展中国家的立场,支持发展中国家组成自己的利益集团来争取应有的权利,同时,积极利用谈判达成的对发展中国家有利的优惠条款,保证我国改革的顺利进行和经济的持续发展。另外,我国目前必须将反垄断立法与我国经济改革结合起来,以反垄断法作为促进我国企业改革和经济发展的外部法律保障,促进国有企业改革的顺利进行。

<http://www.iolaw.org.cn/temp/cn/shownews.asp?id=11415&cat=3>