

困境与路径: 竞争法国际化的规范分析

金善明

摘要: 竞争法国际化是竞争法对经济全球化下市场竞争问题的积极回应, 亦是解决国际市场中竞争问题的客观要求与重要路径。市场经济国家通过双边协议、区域合作或多边协定等方式不断进行尝试和探索, 但由于意识形态、国家利益、传统观念等方面的差异, 竞争法国际化的进程并不理想甚至陷入困境。通过对既有路径的审视和对域外适用或贸易政策的替代主张的辨析发现, 回归合作是维护国际市场竞争秩序和推动竞争法国际化的最佳路径。

关键词: 竞争法国际化; 规范分析; 竞争秩序

中图分类号: D922.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-5833(2012)11-0104-09

作者简介: 金善明, 中国社会科学院法学研究所助理研究员 (北京 100720)

现代市场经济条件下, 竞争已成为促进创新、深化经济发展、保证国家福利和社会进步的有效工具。竞争法是国家保护市场竞争的基础性法律规范, 反映了市场经济客观规律, 是市场经济本能和内在要求。越来越多的国家不仅意识到竞争的重要性且发觉保护竞争的必要性, 因而相继制定并实施竞争法^①, 在世界范围内掀起了竞争立法的热潮。但因国家利益的不同, 以及经济体制、法律体系、传统观念等方面差异, 一国竞争法虽能较好反映本国政经发展要求却难以有效表达和满足经济全球化对国际竞争秩序保护的诉求。这客观上要求现代竞争法应跨越国境、兼容国际元素, 体现并发挥规范功能, 以确保国际市场有序竞争。因此, 如何正确对待竞争法国际化是经济全球化背景下政府、企业和国际组织不容回避的重要课题, 亦是学界研究的当务之急。

一、问题的缘起与概念的界定

竞争法是市场经济国家预防和制止垄断、维护市场竞争的重要工具, 但从性质和措辞表达上来说却是消极的、禁止性的^②。竞争法并不直接鼓励竞争, 而是试图借助制裁措施预防和禁止市场运行中的限制竞争行为^③。各国竞争法中禁止性规定虽措辞有异但本质目标大同小异, 即通过竞争法消极保护竞争进而从中获得市场利益。为从全球市场中获取“公平”利益份额, 越来越多的国家引入竞争法规范市场、保护竞争, 以期在全球化进程中更具竞争力、获取更多利益。法

收稿日期: 2012-08-20

① 当前, 百余个国家制定并实施了竞争法, 另有至少三十个国家正处于竞争立法进程之中。See W. Rowley and N. Campbell, "Multi-Jurisdictional Merger Review: Is It Time for a Common Form Filing Treaty? Policy Directions for Global Merger Review", a special report by the Global Forum for Competition and Trade Policy (1999).

② See Harrison First, *Antitrust Law in A. Morrison* (eds.), *Fundamental of American Law*, Oxford University Press, 1996; Robert Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978, p. 70.

③ See D. Fidler, "Competition Law and International Relations" *International and Comparative Law Quarterly*, 1992(41), pp. 563-564.

律应“更多地回应社会需要”^①,以使执法机构能够“更完全、更理智地考虑那些法律必须从它们出发并且将运用于它们的社会事实”^②。竞争法国际化就是对市场全球化的回应。

当前,竞争法国际化虽是个热点话题但并不是个新鲜的想法。早在 20 世纪 20 年代,英法等西方国家就已萌发利用统一规则保护全球市场竞争秩序的构想,而非现今学界认为的肇始于 20 世纪 90 年代的想法^③。当时,由于国际卡特尔消极影响不断蔓延,政治家、企业家以及学者们意识到利用统一规则规范全球竞争的潜在价值,且英法等积极构建和推进国际竞争规制、切实保护国际市场中的竞争。可见,竞争法国际化在 20 世纪 20 年代末就已初露端倪。但“十年大萧条”、二战爆发阻止了这一进程的推进,随后而至的石油危机、经济滞胀、冷战思维等因素一再压制着竞争法国际化的复苏与发展。直至 20 世纪 90 年代,竞争法国际化方重回市场经济国家话语范畴,并成为社会关注焦点。

随着全球化趋势加剧,竞争问题也越来越国际化,不仅出现在不同的行业或领域中,而且时常以出口卡特尔、国际卡特尔、串谋、滥用市场支配地位和跨国并购等形式出现,造成的影响往往跨越国界、不受国界限制。一国为规范这些限制竞争行为而设法通过各种途径运用原本属于国内法的竞争法解决全球化了的竞争问题,即一国竞争执法机构如何巧妙地运用竞争法确保全球市场一体化导向并保持竞争性结构。因此,竞争法国际化实际上就是将不同国家维护本国竞争秩序和提高消费者福利的利益诉求、决策程序融入到国际机制的设计和现实需求之中的博弈过程;而国际竞争法正是这一博弈过程的产物,即国际竞争法通过竞争法“国际化”而建立,该“国际化”正是为了理顺全球竞争关系、调和全球竞争利益并构建竞争法体系的过程。这意味着,国际竞争法的构建不仅以国家层面的观点为基础,而且要以理解国际政治和国际经济问题为前提,同时需以相关国际公法原则为适度补充。国际竞争法在某种程度上可以说是不同国家(地区)政治利益或力量博弈的结果,其中暗含着相关方的政治导向。

二、竞争法国际化的必然与困境

(一) 竞争法国际化的必然性

“全球化涉及到人类生活的各个方面,它不可避免地带来法律的全球化。事实上,法律全球化不但是经济、生态、政治、文化全球化的产物,也是全球化的重要组成部分,它本身又推进全球化向深度和广度发展。”^④ 竞争法国际化作为全球化的重要组成部分亦是其重要产物,必是政治、经济、文化等多因素综合而致。

1. 市场机制效率的共识。市场经济主要是通过市场来配置资源的经济^⑤。市场这一“看不见的手”对经济活动的调节是客观的、自发的,它就像一架灵巧的机器,对资源进行着高效率的配置^⑥。市场是经济活动和发展的平台,市场规模越大,经济活动的空间也就越大。经济全球化趋势加剧,政治国家的界限正在淡化,经济视野中的全球市场日趋成熟。无论是发达国家还是发展中国家的经济都不能脱离市场经济体系而孤立地发展、更不能置身于全球市场之外,各国基于比较优势通过国际贸易获取各自所需并维持和满足国民经济的正常运行。但由于不同国家运用不同的竞争政策和产业政策来保护本国产业、企业以及市场,继而诱发国际贸易摩擦,全球市场亦将因此遭受侵害;企业也不失时机地采取各种限制竞争行为破坏市场机制的运行,从中攫取垄断

① Lon L. Fuller, “American Legal Realism” *University of Pennsylvania Law Review* 1934(82), p. 429 p. 434. 转引自 P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克 《转变中的法律与社会: 迈向回应型法》, 张志铭译, 中国政法大学出版社 2004 年版, 第 81 页。

② Roscoe Pound, *Jurisprudence I*, West Publishing, 1959, p. 350. 转引自 P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克 《转变中的法律与社会: 迈向回应型法》, 张志铭译, 中国政法大学出版社 2004 年版, 第 81-82 页。

③ David J. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press, 2010, p. 19.

④ 周永坤 《全球化与法学思维方式的革命》, 《法学》1999 年第 11 期。

⑤ 参见左大培、裴小革 《世界市场经济概论》, 中国社会科学出版社 2009 年版, 第 4 页。

⑥ 参见顾钰民 《健全现代市场体系》, 重庆出版社 2009 年版, 第 5 页。

利润, 导致市场整体效率下降。因此, 当全球市场遭遇跨国性限制竞争行为狙击时, 各国基于国家利益考量而寻求国际化的解决路径, 其原动力在于各国就限制竞争行为导致市场机制效率极大减损达成共识。

2. 跨国公司的迅猛发展。经济全球化在微观上最重要的体现就是跨国公司史无前例的巨大发展, 经济全球化首先是公司战略和行为所驱动的经济现象, 因而被世界范围内公司间、地区间和国家间的竞争力和竞争所主导^①。冷战结束后, 经济全球化的政治障碍清除, 全球市场出现并日益成熟, 跨国公司在全球范围内得到举世瞩目的发展。跨国公司利用自身资金、技术与管理等优势, 在全球市场内形成支配地位, 降低市场竞争程度、提高市场准入壁垒, 从而垄断全球市场、限制竞争。由于限制竞争的倾向广泛存在、举证合谋困难重重、无法有效地将提升效率的并购与纯粹为了实现垄断的并购区分开来, 所以竞争规则的首要任务就是保障竞争自由, 只有竞争自由才能最有效地摧毁合谋企图^②。但对跨国公司行为的有效规制往往超越一国管辖, 需各国竞争执法机构磋商、谈判以共同应对。

3. 限制竞争行为的跨国性。尽管经济全球化、市场一体化日益加剧, 但各国基于国际贸易汲取的国家利益想法并没有变。在国际贸易领域, 各国对竞争秩序的维护无疑都本着有利于本国经贸发展、提高国内消费者福利而进行制度设计并执行, 各自竞争规则虽有差异但无一例外的是对本国出口卡特尔都作出豁免, 即便经济最为发达、竞争机制健全的美国也不例外。出口卡特尔通常会被豁免而不被视为违法行为, 这是因为出口卡特尔对出口国市场和消费者没有直接的影响且有利于维护出口国企业竞争力。但随着“经济全球化进程的发展不断加快, 世界各国的经济联系日益密切, 以跨国公司为特征的跨国生产和经营、以国际贸易为特征的各国间的商品流通、以相互投资为特征的国际资本往来、以服务贸易为特征的技术和人才输出、以国际旅游为特征的人员流动, 使各国在经济发展中的相互依赖性越来越强”^③。这种“祸水外流”的做法易遭到他国报复或引起贸易摩擦, 甚至引起进口国援用竞争法域外适用制度提起诉讼。因而, 包括出口卡特尔在内的跨国性限制竞争行为已引起国际社会的广泛关注, 但对这种限制竞争行为的规范和有效约束, 仅凭单个国家的努力仍无法实现, 国际合作才是可行之路^④。

4. 法律文化意识的趋同。在全球经济交往中, 各国政府、企业和国际组织基于共同的利益诉求而对市场机制尤其是竞争机制的功能形成共鸣, 逐步在经济开放的意义、产权保护的方式、法治的价值等方面达成一定共识, 继而形成经济一体化所需要的国际公约^⑤。如今, 计划经济与市场经济间的对立消除、市场经济体制的普遍确立, “不仅有助于国际经济交流与合作从而推动法律在国际间的统一, 而且由计划经济体制向市场经济体制转轨的国家在建立与市场经济相适应的法律体系时也完全可以而且有必要移植或借鉴传统市场经济国家的一些通行做法”^⑥。在此情形下, 市场经济国家形成竞争法的共识, 即“一个国家如果要以竞争机制和市场机制作为配置资源的手段, 它就得反垄断, 就得制定反垄断法, 就得为企业营造一个公平自由的竞争环境”^⑦。这为经济全球化下维护市场竞争机制以及竞争法的国际化提供了法律理念方面的理论基础和指引。

(二) 竞争法国际化的现实探索及其困境

市场经济国家通常结合本国经济实力、产业水平以及国际市场话语权等因素, 通过双边或多

① 参见黄勇《国际竞争法研究——竞争法实施中的国际冲突与国际合作》, 中国友谊出版公司 2003 年版, 第 31 页。

② 参见【德】曼弗里德·诺伊曼《竞争政策——历史、理论及实践》, 谷爱娥译, 北京大学出版社 2003 年版, 第 211 页。

③ 顾钰民《健全现代市场体系》, 重庆出版社 2009 年版, 第 31 页。

④ Spence Waller “The Internationalization of Antitrust Enforcement” *Boston University Law Review* 1997(4).

⑤ 参见胡水君《法理学的新发展——探寻中国的政道法理》, 中国社会科学出版社 2009 年版, 第 322 页。

⑥ 李双元、于喜富《法律趋同化: 成因、内涵及在“公法”领域的表现》, 《法制与社会发展》1997 年第 1 期。

⑦ 王晓晔《反垄断法——中国经济体制改革的里程碑》, 《法制日报》2007 年 9 月 2 日。

边协议方式积极寻求竞争法国际化的路径,以谋求共赢。通过考察既有规则与经验模式发现,各国为应对竞争法国际化所采取的实践方式无外乎双边协议、区域协议或通过国际组织构建国际规则,但不约而同地遇到挑战而陷入困境之中。

1. 双边协议。在各国消除障碍、维护竞争和确保贸易顺畅的尝试中,“双边合作扮演了非常重要的作用,而且也是国际竞争法合作甚至直至融合统一的起点”^①。两国之间通过双边协议来建立和维护稳定的竞争执法协作关系,确保国际礼让原则成为两国间共同认可和遵守的标准,为解决两国间管辖冲突、调查取证、获取相关信息等难题提供保障。双边协议因其灵活、易于操作而对预防、解决国家间的竞争问题具有积极作用,但双边协议自身局限性也不容忽视,主要表现为:(1) 缺乏实体性规范。双边协议的签订通常旨在便于竞争执法或者贸易顺畅,仅涉及程序性规定,如互相通报、互换信息、协调统一行动及磋商等程序性事项,而鲜有实体性规范,如限制竞争行为的判定标准等;(2) 缺乏约束性。协议中的规定基本都是双方自愿签订,具有较强的任意性。如依据双边协议的机密信息条款,如果请求披露的信息属于持有该项情报的一方法律所仅指或与其利益不符时,则该方可以拒绝合作,从而削弱了双边协议的有效性,且此类协议的执行易受政治因素的影响,降低其对双方的拘束力;(3) 缺乏可推广性。由于各国利益诉求和经济实力不同,双边协议中所确立的权利义务标准各异。通过双边谈判方式在众多国家间逐一达成协议,不仅成本高昂、可能性小,且难以形成统一完整、普遍适用的国际竞争法体系。因此,双边协议只是竞争法国际化进程中,国家之间因不能及时达成普遍适用的国际竞争法规则而所采纳的一个片段,而非竞争法国际化所追寻的终点。

2. 区域合作。由于地理位置相近、社会环境相似以及利益趋同性,区域性组织易就约束性的贸易和竞争政策达成协议。含有竞争条款的区域协议可分为区域性贸易协议(Regional Trade Agreements)和区域一体化规划(Regional Integration Projects)两类。区域性贸易协议旨在预防和减少本区域内贸易壁垒,其竞争条款主要是为了尽力减少因限制竞争行为而产生的贸易壁垒,但在协议实施中很少能发挥实质作用。如美国、加拿大和墨西哥于1996年签署的《北美自由贸易协议(NAFTA)》所包含的竞争条款在协议实施中基本被边缘化而几乎未发挥任何作用^②。区域一体化规划中所包含的竞争条款在现实中所发挥的作用同样微乎其微。如20世纪90年代初成立的“南锥体共同市场”联盟(MERCOSUR)曾把竞争法的统一化作为其联盟协议的重要组成部分,但无果而终;西拉美洲国家共同签署的《安第斯条约》(Andean Pact)在诸如人权等领域取得可喜成绩,但其竞争条款却奄奄一息^③。因此,不管是区域性贸易协议还是区域一体化规划,所包含的竞争规则基本处于边缘地带,在规范竞争行为方面所发挥的作用不足一提。由此可见,区域合作在应对竞争法国际化方面作用极为有限。

当然,欧共体条约中的竞争规则有所不同,不仅承担着维护市场有效竞争的重任更肩负着建立欧共体统一大市场的使命^④,因而其竞争规则在实践中发挥了积极的示范效用^⑤。欧共体竞争规则同样因其区域性而难免有局限性,即这些规则主要在经济发展、文化背景、法律体系比较相近的国家之间签订,因政治经济关系紧密、相互依存度较高、利益趋同化加剧而易于促使他们达

① 黄勇 《国际竞争法研究——竞争法实施中的国际冲突与国际合作》,中国友谊出版公司2003年版,第130页。

② 其中的竞争条款可参见 North American Free Trade Agreement between the Government of the United States of America, the Government of Canada and the Government of the United States of Mexico (Washington D. C. ,8 and 17 December 1992; Ottawa , 11 and 17 December 1992; and Mexico City ,14 and 17 December 1992)。对此感兴趣的,可以进一步参考 Ana Maria Alvarez & Pierre Horna, “Implementing Competition Law and Policy in Latin America: The Role of Technical Assistance” ,*Chi - Kent L Rev.* 2008(83) , p. 118 和 Richard Cunningham and Anthony LaRocca, “Harmonization of Competition Policies in a Regional Economic Integration” ,*Law & Pol' y Intl Bus* ,1996(27) , p. 879 p. 880。

③ See André Filipe Zago de Azevedo, “Mercosur: Ambitious Policies , Poor Practices” ,*Brazilian J. Pol. Econ.* 2004(24) , p. 584。

④ 参见王晓晔《反垄断法》,法律出版社2011年版,第29页。

⑤ See UNCTAD, “Implementing Competition - Related Provisions in Regional Trade Agreements: Is It Possible to Obtain Development Gains?” New York and Geneva ,2007。

成一致。但要在全球范围内推广,制定一个实体与程序兼具的竞争规则,并建立一个超国家的执行机构,在当前国际形势下是不现实的。

3. 多边协调。由于双边或区域性协议存有上述局限性,多边协调渐已为各国政府、企业和国际组织所关注和亲睐。不同国家藉助相关国际组织进行了积极尝试,尽管方式和过程各异但结果基本都是不甚理想:(1) 世界贸易组织(下简称 WTO)。由于 WTO 协定主要是规范政府在商业贸易中的角色,因而广泛的竞争问题似乎不应当纳入其调整范畴。但为了协调和处理好贸易与投资、贸易与竞争等问题,1996 年新加坡部长级会议决定设立贸易与竞争政策互动工作组对 WTO 协定中的竞争政策问题进行分析性和解释性的研究、讨论。但令人遗憾的是,因 2003 年坎昆部长级会议未能达成一致意见而导致上述工作组解散并于 2004 年决定暂停有关竞争政策的讨论^①。(2) 联合国贸易和发展会议(下简称 UNCTAD)。UNCTAD 自 1964 年创立以来一直致力于解决全球范围内的竞争规范问题和建立国际竞争法体系^②,并为发展中国家制定和实施竞争法提供支持和帮助。通过定期或不定期地修正、发布《关于竞争的原则与规则》和《竞争示范法》两份示范性文件,UNCTAD 向各国展现了一部现代竞争法所可能和应该包含的要素。由于 UNCTAD 两份文件并不具有约束力,只是供各国制定或修订竞争法时参考,但各国通常基于自身利益需要而制定或修订法律,并不能真正统一和落实竞争法。(3) 其他重要的多边协调。如经济合作与发展组织(下简称 OECD),也长期致力于竞争规则多边协调工作,编制、发布了《反对核心卡特尔的有效行动建议》^③、《关于跨国并购通报的报告》^④等重要文件。但由于这些文件对成员国缺乏约束力,加之其成员都是发达国家,因此要形成可推广于全球市场的多边竞争规则并获得包括发展中国家在内的经济体认可,尚需时日。此外,2001 年由美国倡导成立的国际竞争网络(ICN),主要关注跨国并购审查和竞争政策的倡导,促进发达国家和发展中国家的竞争执法机构之间交流,向发展中国家竞争执法机构提供技术指导、教育培训等支持,从而力求全球范围内的竞争法体制趋同。但若要在竞争法国际化中发挥实质性作用,就竞争法本身的规则与执行达成一致,尚需摆脱美国的阴影和说教。

三、竞争法国际化中困境的缘由

跨国性限制竞争行为溢出单个国家竞争法管辖范围,戕害全球市场竞争秩序、减损现代市场机制的效率。各国基于共同市场利益的考量而探索竞争法国际化的路径,但无论双边协议、区域合作抑或多边协定在当前制度与社会背景下都难以实现通过国际化的竞争法规限制竞争行为。通过对既有模式检讨可知,阻遏竞争法国际化推进的因素主要有以下几点:

1. 政治意识形态的不同。经济现代化进程中,国家制定并实施竞争法旨在规范市场运行中限制竞争行为、保护消费者福利,这已是个不争的理论共识。但同样不争的事实是,竞争法既不是由法学家也不是由经济学家创制的,而是政治家们发明创制的^⑤。从政治学角度来说,竞争法是政客们为应对国内由于企业组织的发展壮大而危害民众自由、民主时所采取的措施,以规范限制竞争行为的方式制止、消除这些企业组织的支配或者联合力量,以防止其通过经济上的集中而

① 有关世界贸易组织竞争政策谈判失败的具体细节,可参见 Daniel Kroll, *Toward Multilateral Competition Law? After Cancun: Re-evaluating the Case for Additional International Competition Rules Under Special Consideration of the WTO Agreement*, Frankfurt am Main 2007。

② 参见 UNCTAD 关于竞争法与政策的官方网站: <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2239&lang=1>, 2012-06-27。

③ OECD, "Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels(1998)", available at <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>, 2012-06-27。

④ OECD, "Notification of Transnational Mergers(1999)", available at <http://www.oecd.org/dataoecd/40/2/2752153.pdf>, 2012-06-27。

⑤ Giuliano Amato, *Antitrust and the Bounds of Power: the Dilemma of Liberal Democracy in the History of The Market*, Oxford University Press, 1997, p. 2.

渗透到政治领域,从而垄断政治权力。被誉为“现代竞争法之母”的美国《谢尔曼法》就是典型代表。为了应对 19 世纪末由铁路等托拉斯组织所引发的国内民众不满、维护美国人所津津乐道的自由、民主,在参议员谢尔曼的倡导下创制了反托拉斯法,应该说这部法的政治意义大于其经济意义。同样,新近制定竞争法的国家也都在强调维护市场竞争、保护消费者福利的同时,提倡经济民主、继而维护自由民主。政治意识形态及其原动力是不同国家颁布不同类型竞争法的基础^①。政治意识形态对于一国竞争立法、执法都具有举足轻重的作用,特别是那些由行政机关执行竞争法的国家(地区),其竞争立法、执法往往暗含着官僚政治和官僚决策,从而将相应的政治意识形态包含其中。因此,在竞争法国际化进程中,政治意识形态是不可忽略的因素。何况当今国际社会,尽管在诸多领域呈现趋同化现象,但各国基于自身利益考虑及传统形成的意识很难在短期内汇合统一,这无疑成了竞争法国际化进程中一道无形的屏障。

2. 市场经济模式的差异。尽管当前绝大多数国家在经济发展中将市场机制作为资源配置的基础性手段,形成了价格、市场、盈亏、刺激与奖励的一整套机制解决“生产什么”、“如何生产”和“为谁生产”的问题^②。但由于历史条件、文化传统和生产力差异等因素,各国市场经济又可分为不同类型或模式^③。在这些市场经济模式中,由于各国政治体制、市场运行机制的不同,经济运行中政府和市场这两只手所发挥的作用也各有差异:如在强调自由的美国经济模式中,市场成分就多一点,就更加强调市场机制的作用,重视通过法律保护和运用竞争;而在传统的行政力量强大的法国模式中,政府的因素或者说公权力对市场的介入更多一些,可能对竞争法的依赖相比较于美国模式来说就弱一点。但值得注意的是,不同的市场经济模式导致对竞争乃至竞争法的关注和运用是不同的,因而当前很难将这些不同模式下市场竞争纳入统一的国际竞争法调整之中,就连推进竞争法的国际化也成为不易之事。

3. 竞争及其竞争法的认识不同。现代竞争法问世已百余年,各国在竞争法的框架与内容方面基本达成共识,即包括限制竞争协议、滥用市场支配地位行为以及影响或者可能影响市场竞争效果的企业并购等内容。然而,在更富技术性和专业性的领域尚未达成一致,包括:(1) 各国对“竞争”、“限制竞争行为”的概念缺乏统一认识。即各国虽在法律中都有“竞争”和“限制竞争行为”等字样,但这些概念的内涵和外延却“仁者见仁、智者见智”。尤其是,限制竞争行为的判断标准、考虑因素等,以及企业并购申报标准、审查标准和受其他政策影响等都无法一致;(2) 各国竞争法的目标不统一,无论是经济目标、社会目标还是政治目标。尽管各国在制定竞争法时都标榜制定和实施竞争法旨在维护市场竞争、保护消费者福利,但国家往往基于各种利益关系考虑而使竞争法承载更多的目标责任,不同国家有不同的目标诉求,因而在竞争法国际化进程中是不可不考虑的;(3) 各国竞争法的传统以及竞争执法严厉程度的差异。由于不同市场经济模式的国家对竞争的重视程度以及从竞争执法中获益情况不同等情形的客观存在,各国在执行竞争法时宽松严紧是不同的,如有的国家依赖政府运作强一点,而有些国家则强调自由、崇尚市场机制;(4) 各国对跨国竞争问题的处理意见不一致。就目前而言,大致有三种,即以美国为首的“单边主义”,其乐于将自己国内的竞争法植入他国,以欧盟为代表的国家(地区)建议采取“双边”、“区域”、“多边”甚至“统一”的方法在竞争法内部建立一个通用规则范围,还有一些国家将这两种做法折衷、综合运用。不难看出,这些问题的答案对维护全球市场竞争秩序、推进竞争法国际化是至关重要的,即这些问题若达不成共识便无法有效推进竞争法国际化、统一化。

① See C Ehlermann and L. Laudati (eds.) *European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing, 1998, p. 58.

② 参见【美】保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯《经济学》(第 17 版),萧琛等译,人民邮电出版社 2004 年版,第 5 页。

③ 参见左大培、裴小革《世界市场经济概论》,中国社会科学出版社 2009 年版,第 39-41 页。

四、竞争法国际化路径的证伪与回归

竞争法国际化已成为经济发展中绕不开的话题、不可阻挡的趋势,因而当前亟待解决的问题是“如何进一步推动竞争法国际化”而非“是否应当推进竞争法国际化”!但无论是最终建立统一的国际竞争法规则,还是不同的竞争法体系最终达成实质性的统一,在短期内都将难以有效实现。因此,试图以域外适用制度或者贸易政策来消弭竞争法国际化中的种种障碍和矛盾的想法便应运而生,但是否可行值得从理论上进行检讨,进而为竞争法国际化的路径提供理论支撑。

(一) 域外适用制度的局限性

在经济全球化背景下,国际卡特尔、跨国并购、跨国公司在国际市场尤其是新兴国家滥用市场支配地位等案件层出不穷。许多国家为了维护本国的经济利益,都在竞争法律中规定了域外适用制度^①。竞争法的域外适用制度通常是指作为国内法的竞争法适用于该国主权管辖范围之外的限制竞争行为的法律制度。这实际是因全球化背景下竞争问题时常超越一国界限而依据传统国际私法中双边冲突规则无能为力时,一些国家根据“效果原则”将本国竞争法适用于发生在境外但对境内市场竞争有影响的限制竞争行为,“效果原则”成为竞争法域外适用制度的理论基础^②。即只要特定的限制竞争行为实质上妨害或扰乱了一国市场竞争秩序,该国竞争法就可以适用于该行为而不管其是否发生在其主权管辖范围内。因此,域外适用制度的做法与探寻切实可行的竞争法国际化路径在某种程度上是相悖的。

一方面,域外适用制度减弱一国探求竞争法国际合作的积极性。若一国能够依赖本国竞争法制度独立有效地控制本国境外的限制竞争行为,那么该国就不会积极地寻求在国际层面上与其他国家开展合作,除非这样做能带来更多的利益。如 20 世纪 30 年代和 50 年代,美国经济实力全球首屈一指,通过经济强制力便可以其国内竞争法控制其境外的限制竞争行为,因而对当时那些积极寻求竞争法国际化的国家施加压力并反对通过《哈瓦那宪章》。

另一方面,域外适用制度与国家主权原则相冲突。一国为了维护本国市场竞争秩序、提高国内消费者福利而寻求本国竞争法的域外适用,那么,对于被适用的国家来说,这种未经其同意、擅自进行的“域外适用”恰恰是侵犯其国家主权和利益的表现,完全可将其视为干涉本国内政、侵犯本国领土完整并提出抗议。因此,一国坚持域外适用制度的结果就是竞争法的“帝国主义”,即经济实力雄厚的国家利用自己在市场竞争和经贸往来中的优势把自己的规则和标准强加给其他国家^③。这不仅使域外适用制度难以在现实中得以应用,而且阻碍了竞争法国际化进程。

因此,域外适用制度并不能有效解决国际化的竞争问题,相反可能带来更多的麻烦,影响竞争法目标的实现和各国间经贸关系的稳定与和谐,所以国际化所引发的竞争问题须由国际化的竞争法来解决。

(二) 贸易政策的不可替代性

由于在应对竞争问题全球化时竞争法域外适用制度易引发国家间冲突,因而不少学者提出替代方案即用贸易政策替代竞争政策^④。即当国外限制竞争行为提高市场进入壁垒时,最佳应对措施是运用相应的贸易政策工具而非竞争政策工具,由国内贸易机构对国外市场进行实证分析并出

① 参见时建中主编《三十一国竞争法典》,中国政法大学出版社 2009 年版,序言 III。

② 美国是率先援引“效果原则”的国家,其 1927 年 United States v. Sisal Sales Corporation (274 U. S. 268) 案中,联邦最高法院裁定竞争法对发生在美国边境以内和边境以外的行为均享有管辖权;在 1945 年 United States v. Aluminum Co. of America (148 F. 2d. 416) 案中,Hand 法官指出,此类卡特尔协议的发生地在国内或国外并无区别,这是因为即使卡特尔组织成员是外国人,本国仍会惩罚对经济产生损害效果的行为。由此,也被视为美国竞争法具有了域外效力,其理论依据就是“效果原则”。

③ See D. Rishikesh, “Extraterritoriality Versus Sovereignty in International Antitrust Jurisdiction”, World Competition 1991(14), p. 33, p. 36.

④ 参见 [英] 马赫·M. 达芭《反垄断政策国际化研究》,肖兴志、丁宁等译,东北财经大学出版社 2008 年版,第 163 页。

具市场准入评估报告, 进而采取有关贸易救济措施。

但贸易政策与竞争政策这两项政策工具所关注的视角和功能并不完全一致: 首先, 竞争政策主要基于国家层面对企业行为进行规范, 旨在保护市场运行秩序; 而贸易政策则从国际维度关注政府行为, 旨在消除政府试图阻止外国企业进入国内市场的歧视性行为。其次, 贸易政策往往建立在贸易各方之间政治协调一致的基础上而更加关注“生产者利益”^①; 而竞争政策则倾向于保护消费者利益。最后, 并非所有的竞争问题都能由贸易政策解决, 如贸易政策很少甚至不关注跨国并购审查问题, 对国际热议的国际卡特尔问题也尚未直接纳入其议题。此外, 在竞争政策与贸易政策交叉时, 依据不同的政策会得出不同的结论, 从竞争政策角度考察限制竞争行为须从经济效率和消费者福利等方面考虑; 而从贸易政策角度考察时, 则关注该限制竞争行为是否对各国间的贸易和投资活动产生负面影响, 以及是否因阻止外国企业进入国内市场而导致市场准入问题。因此, 竞争政策和贸易政策尽管具有交叉性, 但不可相互代替, 亦无法有效解决全球市场中竞争问题。

(三) 竞争法国际化路径的回归

各国竞争规则的差异是竞争法国际化的直接障碍, 但差异的根源则在于这些规则背后隐藏着相应的国家利益诉求。一国若突破传统竞争法的国内法属性而援引“效果原则”将竞争规则适用于境外限制竞争行为时, 将引发国家利益冲突而无法消解竞争执法矛盾。“在全球化的世界背景下, 各国单独采取行动并不能实现重要的绩效目标, 只有以条约为基础的合作行动才能克服上述单个国家行动对于实现目标无能为力的弊端。……唯一的出路是通过条约性组织实现合作。”^②因此, 解决国际化的竞争问题的有效路径仍应回归于国家间紧密合作, 即各国应基于平等和相互尊重的原则, 通过协商谈判而制定一套互惠双赢、共同遵守的竞争规则和执行机制, 从而确保竞争问题解决路径的一致性。然而, 以合作化解、推动竞争法国际化将不可避免地受到意识形态、国家利益、政经差异等因素的影响甚至阻却, 因而综合考量、妥善处理市场、国家和企业之间的关系显得尤为重要。在尊重市场规律的基础上, 通过型塑合理的国际化的竞争规则为国家、企业的利益提供平衡点, 以实现全球市场竞争有序、利益共享。依此, 以合作为路径的竞争法国际化进程应从理论层面考虑以下几个因素:

第一, 避免市场竞争问题政治化。全球化下经济体基于竞争效用选择市场经济体制是经济实践的必然。在应对跨国性竞争问题时, 各国应立足于维持和保护市场竞争秩序, 商谈合作协议及其内容, 避免将市场竞争问题升华而与诸如人权等政治问题挂钩, 更要杜绝将冷战思维下的意识形态等因素牵扯其中; 第二, 充分理解和贯彻平等观。全球市场中, 国有大小但在竞争规则的商谈、制定过程中应享有同等的参与机会; 同时, 在具体规则、标准的制定上, 应考虑不同国家之间经济力的差异, 尤其是发达国家与发展中国家之间的现实差异, 力争做到既有利于竞争问题的解决又能促进各方经济的发展, 而非发达国家强加于发展中国家的“不平等条约”; 第三, 明确界定和细化竞争概念与规则。竞争虽不陌生却是个模糊的概念, 具体执法中各国时常基于自身利益而作利己解释。因此, 应通过合作方式在协议中明确竞争的构成要件和判定标准, 并细化、列举有害竞争的类型和特点; 第四, 建立合理的机构协调机制。理念和规则自离不开机构和机制的保障, 为有效解决和调整跨国性竞争问题, 不妨建立类似于 WTO 争端解决机制或者将跨国性竞争问题的解决纳入 WTO 解决机制之中, 从机构和机制上保证问题解决的可行性。在此基础上, 通过国家间的商谈与合作, 在程序和实体两方面有效推进竞争法国际化。当然, 在国际化推进的实践中, 困难和障碍总会比理论设计显得更为繁冗而复杂, 但合作是当前推动竞争法国际化最有

^① See G. Feketekuty, “Reflections on the Interaction between Trade Policy and Competition Policy: a Contribution to the Development of a Conceptual Framework” (OECD, Paris, 1993).

^② Peter Sutherland, *The Future of The WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium* Para. 112, p. 29.

效的路径、也是唯一路径。毕竟,“全球市场的运作使一个或几个国家为了实现适当的、民主选择的政策目标而进行有效的管理变得困难甚至不可能”^①。

五、余 论

经济全球化、市场一体化引发竞争问题国际化,客观上要求竞争法亦国际化。但在竞争法国际化的现实轨迹中,推进竞争法国际化或者建立国际竞争法规则实际就是要各国在争议问题上形成共识,即不同国家之间进行利益博弈——游戏规则的制定者均力图使自身利益最大化,并在此基础上作出所谓的妥协和让步,从而形成相应的竞争规则。当然,还应值得注意的是,竞争法国际化应避免美国竞争法的国际化,即只有符合美国的竞争规则才是有效、公正、合理的,否则将以制裁相威胁,强迫其他国家进行所谓的市场改革。这实际是美国全球主义的本质,不仅不利于解决国际化的竞争问题,而且妨害他国经济健康发展、扰乱全球竞争秩序。因此,竞争法国际化是个长期而复杂的系统工程,唯有经济体之间紧密合作方能逐步实现。

(责任编辑: 刘迎霜)

Delimma and Method: the Normative Analysis of the Internationalization of Competition Law

Jin Shanming

Abstract: The internationalization of competition law is the active response of competition law to the competition issues in the context of economic globalization, which is the objective requirement and the fundamental method to resolve these issues. Moreover, most of the market-oriented economies try to fight the global competition issues and maintain the global market order via the bilateral, regional or multilateral cooperation, but the proceedings and results are not so well due to the different or contradictory elements such as ideology, national interests, traditional views and so on. After reviewing the existing methods or models and reexamining the alternative opinions of substituting the law with extraterritorial application system or trade policy, it is found that cooperation between or among different economies is the best way to keep the competition order in the global market and promote the internationalization of the competition law effectively.

Keywords: Internationalization of Competition Law; Normative Analysis; Competition Order

^① [美] 约翰·H. 杰克逊 《国家主权与 WTO 变化中的国际法基础》, 赵龙跃、左海聪、盛建明译, 社会科学文献出版社 2009 年版, 第 35 页。