

WTO 的竞争政策及其对中国的影响

——兼论制定反垄断法的意义

王晓晔 陶正华

根据《多哈宣言》，WTO 成员方将在 2003 年 9 月墨西哥召开的 WTO 第 5 届部长级会议上就制定一个益于推动国际贸易和发展的竞争政策多边协议进行谈判。本文论述了竞争政策与国际经贸活动的关系，评析了竞争政策领域迄今的双边合作和多边合作，阐述了 WTO 成员方特别是欧盟、美国以及发展中国家关于竞争政策多边协议的立场，并提出中国应有的立场和对策。中国应当积极参加 WTO 关于竞争政策多边协议的谈判，并在这个大背景下，抓紧制定反垄断法。反垄断法是市场经济国家的法律基石之一，是确保市场机制、实现资源优化配置和提高经济效率的一部基本法。竞争政策是国家的长期策略，而不是一时的权宜之计。因此，应当注重竞争法和竞争政策的研究。

关键词 竞争政策 世界贸易组织 多边协议 市场经济 反垄断法

作者王晓晔，女，1948 年生，德国汉堡大学法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员（北京 100720）；陶正华，1942 年生，中国社会科学院法学研究所研究员（北京 100720）。

根据 2001 年 11 月 WTO 第 4 届部长级会议发表的《多哈宣言》，WTO 未来几年的工作日程包括讨论贸易与竞争政策的关系。《多哈宣言》第 23 节指出，认识到竞争政策多边框架对国际贸易和发展的积极意义以及第 24 节提及的在该领域加强技术援助和能力建设的必要性，同意在第 5 届部长级会议就谈判方式取得一致后开始谈判。这就是说，2003 年 9 月在墨西哥坎昆召开的 WTO 第 5 届部长级会议上，WTO 成员方将围绕“竞争政策能否被引入 WTO 体系，以及引入时应采取什么模式”等问题进行谈判。不管这些问题的谈判能否达成一致意见，它们都会引起人们对竞争法和竞争政策的极大关注。

一、竞争政策对国际经贸活动的影响

在当代国际贸易中，除了政府间的关税贸易壁垒和非关税贸易壁垒外，还存在着诸多企业限制竞争的行为。企业限制竞争行为原则上是由各国的竞争法所调整的，这个法在美国称作反托拉斯法，在欧共体称作竞争法，在德国称作反对限制竞争法。然而，在经济全球化条件下，许多企业限制竞争是由跨国公司实施的，具有国际性的影响，它们可能会受到许多国家法律的制约。有些限制竞争即便完全是由一国企业实施的，因为会影响外国产品进入市场，也会引起国家间的利益冲突。因此，我们对于竞争政策应当有准确的理解。

(一) 竞争政策的含义

竞争政策是市场经济国家的一种经济政策，其目的是保护竞争，防止市场垄断。在市场竞争中，企业为了获得一定的竞争优势，或者为了逃避竞争的压力，往往不同程度地存在着限制竞争的自然倾向。要使竞争能够真正成为调节供求和优化配置资源的根本手段，国家必须制定保护竞争的政策。当前，各国的竞争政策一般采取下列对策：

(1) 市场上的竞争者可以通过订立协议或者协调的方式排除竞争，这种协议或者协调被称为卡特尔。竞争政策与这种限制竞争做斗争的方式就是禁止卡特尔，特别是禁止价格卡特尔、数量卡特尔和划分销售市场的卡特尔。

(2) 市场上作为竞争者的企业，可以通过合并的方式建立经济上的垄断地位。竞争政策与其斗争的方式就是控制企业合并，阻止市场力量的过度集中，目的是维护竞争性的市场结构。

(3) 垄断者因为不受市场竞争的制约，可能会滥用其市场支配地位，因此，即便是合法产生的经济垄断，它们对竞争也存有潜在的威胁。竞争政策斗争的方式就是为新的竞争者开放市场，或通过对垄断企业的法律管制来代替缺少的竞争机制。这就是说，垄断企业或者占市场支配地位的企业必须接受国家的监督，不得滥用其市场支配地位。

(4) 有些企业的垄断地位是基于国家所有权或者政府的特许而建立起来的。要消除这些企业的垄断地位，关键在于取消国家对垄断的保护，例如对垄断行业实行民营化政策，或者反对行政垄断，如反对地方保护主义。

当然，任何竞争政策都不排除国家可以根据经济发展的需要，对个别行业或者部门给予反垄断法的豁免，或者对某个地区或企业给予国家财政补贴等等。这样的补贴政策一般也称为产业政策。由于维护自由和公平的竞争是市场经济国家的基本经济秩序，产业政策的实施不得造成对市场竞争的严重损害和扭曲。

(二) 竞争政策对国际经贸活动的影响

国家的竞争政策和竞争法都是为了维护本国市场的有效竞争。然而，随着企业的跨国活动，特别是随着经济的全球化，一个国家的竞争政策完全可以对国际经贸活动产生重大的影响。

(1) 纵向限制竞争问题

1998 年 WTO 争端解决机构审理的美国柯达公司和日本富士公司之间的争议案说明，一个国家的生产商与其销售商之间的独家销售协议可能影响这个国家的对外贸易。柯达/富士争议案的核心问题是富士公司的销售制度。富士公司在日本胶卷市场上占有 70% 的份额，并且与 4 家企业订立了长期独家供货协议。这个限制竞争表面看来是一个日本国内法的问题，但事实上它不仅会严重损害日本国内胶卷市场的竞争，而且也会抵制外国胶卷产品进入日本市场。

这个案件说明，国家的竞争政策与国际贸易有着非常密切的关系。然而在这个案件中，由于美国未能成功地证明日本胶卷市场的排他性网络是日本政府建立的，故而败诉。美国没有就 WTO 专家组的这一裁决提出上诉。日本竞争法专家松下满雄教授指出，美国在这一案件中输掉官司，主要原因是选错了诉讼对象，因为“不管日本政府在这个限制竞争中采取了什么措施，也不管日本政府在这一排他性销售制度的形成过程中发挥了什么作用，这个争议的核心仍然是关于私人限制竞争行为，即富士公司作为私人企业采取了限制竞争的销售策略。”他还说，“除

非 WTO 能够处理私人企业的行为，否则它的争端解决机制对这种行为就无能为力。”

(2) 跨国企业合并问题

各国竞争政策受到的另一个挑战来自巨型跨国公司的合并。例如，埃克森和莫比尔两大石油公司在 1998 年的合并，就给许多国家的竞争法主管机构提出一个问题：谁对这一合并享有管辖权？因为这两个企业几乎在全球每个角落都有生产和经营活动，根据有关国家的反垄断法，它们不得不向美国、欧盟、加拿大、挪威、瑞士、墨西哥、日本等 12 个国家或地区的竞争法主管机关进行强制性申报。为了避免不测，它们甚至还向澳大利亚和新西兰的竞争法主管机构进行了非强制性申报。在这种情况下，人们提出的问题是：如果这些相关国家或地区对这些于全球竞争有重大影响的合并有不同的看法，有些批准合并，有些禁止合并，哪个国家应当有最终决定的权力？如何合理解决这些国家间管辖权的冲突和法律冲突？

这方面最新的例子是 2000 年美国通用电器公司与美国 Honeywell 公司的合并。合并交易额高达 420 亿美元，是美国历史上最大规模的企业合并。尽管美国司法部附条件地同意了这个合并，但欧盟委员会在 2001 年 7 月发布禁令，阻止这个合并。欧盟委员会的理由是，美国司法部批准这个合并所附加的条件不足以消除欧盟的担心，即该合并将会加强美国通用电器公司在喷气发动机国际市场上的支配地位。

跨国合并案件对各国竞争法提出严重的挑战：一方面，它要求竞争主管机关必须考虑经济全球化这一现实，特别是要考虑市场扩大的情况；另一方面，为了减少和避免那些对国际市场竞争有着严重不利影响的跨国合并，各国竞争法主管当局应当加强这方面的合作和协调，包括协调它们在这方面的程序法。

(3) 国际卡特尔问题

有外国企业参与的卡特尔被称为国际卡特尔。近年来，世界各国打击国际卡特尔的案件很多。例如，美国司法部反垄断局在 2000 年处理的刑事案件中有近 1/3 是针对国际卡特尔的；参与石墨电极国际价格卡特尔的日本三菱公司和德国 SGL Carbon 股份公司分别被处以 1.34 亿美元和 1.35 亿美元的罚款。欧共体委员会也指出，在过去的 7 年中，石墨电极国际卡特尔在欧盟市场上的价格与其竞争性的市场价格相比，至少高出 50%。因此，欧共体委员会认为，对参与这个国际卡特尔的企业所征收的 2.8 亿欧元的罚款只不过是其不当得利的一小部分。2001 年，欧共体对参与国际卡特尔的 56 家公司共计征收了 18.36 亿欧元的罚款，其中 18 家公司来自非欧共体国家。WTO 贸易与竞争政策工作小组的报告指出，国际卡特尔对发展中国家的危害也很大。这一方面是因为参与这些卡特尔的企业，特别是参与维生素、石墨电极、柠檬酸、葡萄糖酸钠等国际卡特尔的企业，是在全球销售产品。另一方面是因为许多发展中国家没有反垄断法，受到这些卡特尔剥削的用户和消费者得不到法律的救济。

松下满雄：《WTO 的基本原则与竞争政策的作用》，见王晓晔、依从宽编《竞争法与经济发展》（社会科学文献出版社，2003 年）。

See Sarah Stevens, *The Increased Aggression of the EC Commission in Extraterritorial Enforcement of the Merger Regulation and its Impact on Transatlantic Cooperation in Antitrust*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Spring, 2002, p. 263.

Sehen Schrenpp, *Unternehmen im Spannungsfeld von globalen Märkten und nationaler Politik*, Vortrag auf der IX. Internationalen Kartellkonferenz Berlin, 10. Mai 1999.

见王晓晔《美国反垄断法域外适用析评》，《安徽大学法学评论》2002 年第 1 期，第 248 页。

See Report on the Meeting of 1 - 2 July 2002, WT/WGICP/M/18, 20. September 2002.

一个国家的出口企业如果商定对某个国家的出口价格、出口数量或者划分销售市场等，这种卡特尔被称为出口卡特尔。由于出口卡特尔一般只是损害外国用户和消费者的利益，不损害出口国的利益，所以出口国一般不会禁止这种卡特尔，有些国家甚至还鼓励这样做，给予反垄断法的豁免。对于这些具有国际影响的私人限制竞争行为，人们提出的问题是，如果行为地国家出于本国利益的考虑，对这些私人限制竞争行为不能进行干预或者不愿进行干预，那些由此而承受不利后果的国家可以在多大程度上得到法律救济。

（三）反垄断法域外适用的局限性

迄今为止，在涉及国际卡特尔以及跨国合并的一些案件中，美国和欧共体一般都是依据“效果原则”来行使管辖权的。“效果原则”是美国联邦法院 1945 年在美国诉美国铝公司 (Alcoa) 一案中确立的原则。根据这个原则，任何发生在美国境外而与美国反托拉斯法的精神相抵触的行为，不管行为者的国籍如何，只要该行为对美国的市场竞争发生影响，美国法院对之就有管辖权。美国至今认为，跨国适用美国反托拉斯法是排除与贸易政策相关的私人限制竞争行为的一种有效方式。如果另一国没有能力或者不愿意对被指控的限制竞争行为提起诉讼，那就特别应当域外适用美国反托拉斯法。

是否规定反垄断法域外适用，属于各国的立法权。规定法律域外适用必然与有关国家发生关系，从而产生各种问题和矛盾。特别是当一国反垄断执法机构到国外调查案件时，向国外当事人送达法律文件时，判决或者裁决在国外请求执行时，都会引起国家间管辖权的冲突或者法律的冲突。例如，在 1955 年美国诉瑞士钟表制造商信息中心一案中，瑞士政府就美国法院禁止瑞士钟表制造商出口卡特尔的做法向美国政府提出抗议，认为这是损害瑞士的经济利益和侵犯瑞士的主权。有些国家如英国、加拿大和澳大利亚等还针对美国的效果原则制定了抵制性的法规，禁止本国向外国法院或外国当局提供有关反垄断案件的资料或者其他帮助，不承认和不执行外国法院对本国公司所做的此类判决。有些国家的法律甚至允许那些因外国法院判决而给予外国人损害赔偿的本国公民占有原告在本国的财产。这些法律措施充分说明了在竞争政策领域国家间利益冲突的严重性。

可以说，在贸易政策与竞争政策的重合之处，是一个私人限制竞争与国家限制竞争相混合的领域。显然，一国竞争法当局不能独自解决与国际贸易相关的竞争政策问题，因为在许多情况下，是国家本身参与了限制竞争的活动。随着 WTO 关于国际贸易自由化的谈判不断向前发展，随着政府间的贸易壁垒不断被削减和拆除，人们越来越认识到，竞争政策领域需要国际合作。

二、竞争政策领域的国际合作

国际社会在竞争政策领域已经采取了双边措施和多边措施。

（一）双边合作

竞争政策领域迄今有效的国际合作主要是双边合作。经济合作与发展组织 (OECD) 1967 年提出的《成员国间就影响国际贸易的限制性商业行为进行合作的推荐意见》，很大程度上推进了西方国家间在竞争政策领域的双边合作。例如，美国根据《推荐意见》分别在 1977 年、1982 年

United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

U. S. v. Watchmakers of Switzerland Information Center, 133 F. Supp. 40 (S. D. N. Y. 1955).

Vgl. Wins, *Eine internationale Wettbewerbsordnung als Ergaenzung zum GATT*, 1999, S. 104.

和 1984 年与德国、澳大利亚和加拿大订立了关于限制性商业行为的双边合作协定。美国与欧共体 1991 年订立的《执行反垄断法的合作协定》，是这个领域目前最有影响的双边合作协定。这种双边合作包括以下方式：

(1) 通告。缔约一方提起的反垄断诉讼如果可能损害另一方的重大利益，它就有义务将这个诉讼向另一方进行通告。

(2) 信息交流。缔约双方除在审理案件过程中定期会面外，还应将本国得知的限制竞争行为向对方作为信息进行交流，条件是这些行为同时也违反了对方国家的反垄断法。缔约方有义务应对方的请求交换信息，但是没有义务通告根据本国法属于禁止通告的信息，或者有损本国当事人重大利益的信息。

(3) 程序合作和协调。缔约双方应在法律允许的范围和在不严重损害本国利益的条件下，向对方提供反垄断诉讼的援助。但是，这种合作不是强制的，任何一方都可随时退出合作。

(4) 积极礼让 (Positive comity)。缔约一方在其利益于对方领土内受到侵害时，有权要求对方按照对方的竞争法审理案件。但是，它同时也得允许对方的竞争主管机构干预发生在本国领土的限制竞争案件。

(5) 消极礼让 (Passive comity)。为了避免法律冲突，缔约方应在反垄断诉讼各阶段考虑本国重大利益的同时，一并考虑另一方的重大利益。这就是传统的“国际礼让”原则，目的是限制缔约方随意地域外适用自己的反垄断法。根据该协定规定，缔约一方在提起反垄断诉讼时，应根据一系列相关的因素，评价该诉讼对另一方的影响。

双边合作协定确实使欧美国家在竞争法领域建立起一定程度的合作和协调关系。例如，在石墨电极和维生素等一系列国际卡特尔案件中，美国通过和加拿大的合作，取得对违法企业罚款 13 亿美元的战果，加拿大取得罚款 1.15 亿加元的战果。同时，一些国家也改变了过去对其他国家反垄断法的域外适用一味抵制的态度，制定了有利于进行相互援助的法律。例如，澳大利亚 1992 年颁布的《商业管制相互援助法》规定，澳大利亚当局可以出于刑事诉讼的目的，向外国当局提供信息或者与外国当局交换信息；在决定是否与外国当局进行合作时，考虑的主要因素是国家利益、国际礼让和信息的使用目的。然而，反垄断法双边合作协定毕竟是建立在缔约各方自愿合作的基础之上，不具有法律约束力，因此它在很大程度上是“象征性”的。

(二) 多边合作

在竞争政策领域进行多边合作并非是今日才提出的主张。早在 1947—1948 年召开的联合国贸易和就业会议上通过的《哈瓦那宪章》第 5 章中，就对限制竞争性商业行为做出规定。1980 年 12 月，联合国通过了《关于管制限制性商业行为的一套多边协议的原则和规则》，要求各国按照它来制定和适用本国的法律，在法律适用中与其他国家进行合作，并要求跨国公司重视东道国的竞争法。《原则和规则》还提出管制限制性商业行为的具体原则，如禁止国际卡特尔、禁止谋求或滥用市场支配地位等等。对限制竞争行为的一个普遍例外，是要考虑发展中国家的利益。然而，由于不同国家和不同国家集团的利益冲突，上述两个文件最终都不具有法律约束力。它们的命运说明，竞争政策领域的国际协调是一项非常艰难的工作。

1995 年成立的世界贸易组织是当今以推动国际贸易自由化为宗旨的最大多边机构。WTO 协

Communication from the United States, WT/WGICP/W/204.

Anna-Maria Karl, Auf dem Weg zu einer globalen Kartellrechtsordnung, Recht der Internationalen Wirtschaftsrecht, 8/1996, S. 636.

定的制定者已经认识到，成员方通过关税减让和减少或者废除非关税贸易壁垒的谈判虽然对国际贸易自由化起到巨大的推动作用，但要真正实现贸易自由化，确保国际市场的开放性和竞争性，至少还应当满足两个条件：第一是成员方政府不得采取其他形式的贸易保护措施来替代被废除的关税贸易壁垒和非关税贸易壁垒，特别是不得滥用反倾销措施或者保障措施；第二是成员方的企业不得通过限制竞争的行为，来重建那些被废除的国际贸易壁垒。这第一个条件仍然需要成员方政府间进行谈判，第二个条件则需要成员方协调它们国内的竞争政策。

WTO 的国民待遇原则、最惠国待遇原则、透明度原则和程序合理原则是体现公平竞争的基本原则。除了这些得到广泛认同的基本原则，WTO 的许多协定中也含有竞争政策的具体内容。例如，《与贸易有关的知识产权协定》第 8 条规定，各成员国可以根据协定采取适当措施，以防止知识产权所有人滥用知识产权或采取不合理的限制贸易或对国际技术转让造成不利影响的作法。《服务贸易总协定》第 8 条规定，成员方应确保其领域内任何垄断服务供应商在相关市场提供垄断服务时，不得违反协定第 2 条关于成员方义务的规定，即国民待遇原则以及签订协定时所做的具体承诺。《与贸易有关的投资措施协定》第 9 条规定，在不迟于 WTO 协定生效之日后 5 年，货物贸易理事会应审议该协定是否符合有关投资政策和竞争政策的规定。《技术性贸易壁垒协定》第 8 条第 1 款规定，成员方应采取其所能采取的合理措施，保证其领土内实施合格评定程序的非政府机构遵守该协定第 5 条关于国民待遇的规定，以及第 6 条关于不得采取超过必要限度的技术性贸易壁垒措施的规定。成员方不得采取具有直接或者间接要求或者鼓励此类机构以与第 5 条和第 6 条的规定不一致的方式行事的措施。《保障措施协定》第 11 条第 3 款，禁止成员方政府鼓励或支持国有企业或私营企业采取或维持在效果上等同于政府施行的旨在对出口贸易进行限制的措施。《反倾销协定》第 3 条第 5 款规定，在确定损害时，成员方当局必须考虑影响外国和国内生产者之间开展竞争的限制性贸易措施的因素。

WTO 的基本原则和上述关于竞争政策的具体规定说明，WTO 成员方已经达成共识：不得允许企业运用限制竞争措施来建立新的国际贸易壁垒，否则就是违反给外国产品和企业平等竞争机会的一般义务。从这个意义上说，竞争政策（公平竞争）已经成为 WTO 协定的一部分。然而，由于 WTO 的竞争政策是分散在众多的协定中，没有形成一个有机的整体，特别是世界贸易组织协定原则上仅针对政府在货物贸易和服务贸易方面的市场进入障碍，它们在反对私人限制竞争方面就不会产生实质性的影响。前述关于柯达胶卷和富士胶卷的争议案表明，虽然私人限制竞争已经构成进入市场的严重障碍，但是 WTO 的现行规则却没有处理这种限制竞争的机制。

可喜的是，1996 年在新加坡召开的 WTO 第 1 届部长级会议已经注意到贸易与竞争政策的关系，并授权成立一个贸易与竞争政策工作组，专门研究不公平的竞争政策阻碍国际贸易的问题。根据 2001 年《多哈宣言》，WTO 成员方未来几年的工作日程包括讨论贸易与竞争政策的关系，同意在第 5 届部长会议就谈判方式取得一致后开始谈判。在第 5 届部长会议召开之前，贸易与竞争政策工作组的重点是澄清包括透明度、非歧视、程序公正和禁止恶性卡特尔在内的核心原则；讨论自愿合作的模式；讨论支持发展中国家逐步加强竞争制度方面的能力建设。这表明，在今后几年，WTO 将通过谈判在竞争政策这一问题上取得一个大的进展。

三、WTO 成员方关于竞争政策多边协议的立场

《多哈宣言》第 23 节指出，谈判能否开始取决于成员方能否就谈判模式达成一致意见。根据 WTO 贸易与竞争政策工作组的材料，关于 WTO 框架内是否应建立一个统一的竞争政策，在成员

方之间仍存在着不同的观点。这里仅对欧盟、美国和发展中国家的观点做一简要介绍。

(一) 欧盟

欧盟早就提出,应当在 WTO 框架下引入关于竞争政策的多边协议。欧盟认为,多边合作是非常必要的,应当通过有法律约束力的协议将竞争政策纳入世界贸易组织的体系。应当通过协商和礼让的原则来解决管辖权的冲突和贸易冲突,通过提供一般的技术援助和加强竞争主管机构之间的合作来提高发展中国家相关机构的工作能力,通过在案件调查和法律援助方面更好的合作来降低国际交易成本。欧盟提出, WTO 关于竞争政策的谈判应集中于三个关键问题:

第一, WTO 竞争政策的核心原则。包括: (1) 各成员方应当建立一个有充分执法权力的竞争主管机构; (2) 竞争法应对不同国籍的企业实行非歧视的原则; (3) 竞争法应当体现透明度的原则,包括对某些行业实行反垄断豁免的规定; (4) 竞争法应当保障合理的法律程序,特别是保障当事人有对竞争主管机关所做的行政裁决提出申诉的权利; (5) 将固定价格、串通投标、限制产量或者分割市场等恶性卡特尔视为严重的限制竞争行为。上述核心原则是基于成员方国内法的规定,因此各成员方必须制定一个体现上述原则的竞争法或者竞争政策。

第二,成员方之间的合作模式。主要包括: (1) 具体案件中的合作,即在同时影响 WTO 其他成员方重大利益的案件中,相互交流与案件有关的信息和证据,即适用“消极礼让”原则; (2) 一般信息交流方面的合作。欧盟委员会建议,在 WTO 内建立一个竞争政策委员会,作为成员方的论坛,以推动相互之间在重大问题上的统一和协调。

第三,加强对发展中国家竞争政策能力建设的援助。包括: (1) 加强对发展中国家竞争立法的技术援助; (2) 加强对发展中国家竞争主管机构的执法援助。

欧盟委员会的上述建议在事实上已经成为 WTO 竞争政策多边框架协议的基础。

(二) 美国

美国在 1997 年成立了国际竞争政策咨询委员会 (ICPAC)。ICPAC 在其 1999 年提交的研究报告中指出,委员会不主张在 WTO 框架内引入统一的竞争政策,理由是:第一,这种竞争政策的标准只可能是一种最低的标准,从而可能是一种扭曲竞争的标准;第二, WTO 的争端解决机制可能对成员国的国内法律制度造成潜在的干涉;第三,强迫成员方接受统一的竞争政策是不合理的,因为 WTO 内还有相当数量的发展中国家没有竞争法。报告高度评价解决跨国限制竞争案件适用的“积极礼让”原则,即 A 国可请求 B 国,根据 B 国法律来处理发生在 B 国境内但对 A 国的市场竞争产生不利影响的限制竞争行为。报告也承认“积极礼让”原则在效力方面的局限性,从而不排除国内法域外适用的可能性。

报告还建议设立名为“全球竞争政策动议”论坛。报告强调,论坛不应设立专门的国际机构,而应当采用“七国集团”的模式,通过成员方之间非官方谅解的形式进行。这个论坛需要深入讨论的问题是: (1) 深化和扩大适用“积极礼让”原则; (2) 就控制跨国企业合并和追究国际卡特尔的一些比较好的经验达成共识; (3) 审查各国竞争法中适用除外的领域; (4) 在控制企业合并方面进行国际协调; (5) 分析国际卡特尔以及其他作为市场进入障碍的私人限制竞争和国家限制竞争。报告还认为,论坛应当建立一种争议调解机制,此外还应当加强对发展中国家反垄断立法的技术援助。很明显, ICPAC 提出的关于 WTO 竞争政策的多边协调是软性的,因为

See Communication from the European Community and its Members, Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, WT/WGICP/W/152, 25 September 2000.

See Communication from the European Community and its Member States, WT/WGICP/W/222, 19 November 2002.

See Communication from the European Community and its Member States, WT/WGICP/W/222, 19 November 2002.

这种协调充其量不过是成员方之间在自愿的基础上互相交换看法或者工作经验。

然而，根据美国向 WTO 贸易与竞争政策工作组提交的最新材料，美国对欧盟关于建立 WTO 竞争政策多边框架协议的主张已经表现出兴趣，因为美国认识到在竞争领域减少冲突的重要意义，认识到坚持无歧视、透明度和程序公正这些竞争政策核心原则的价值。美国尚不清楚的是，如何评估成员方在核心原则基础上履行竞争政策的义务，如何在这个领域运用 WTO 争端解决机制，此外还担心建立在自愿基础上的协调方式能否取得预期的效果。

（三）发展中国家

发展中国家对建立 WTO 竞争政策的多边框架协议的态度是不一致的。埃及、肯尼亚等一些非洲国家，印度、巴基斯坦等一些亚洲国家以及巴西、智利等一些拉美国家反对过早地就 WTO 多边竞争政策协定进行谈判。它们认为，WTO 目前应当继续进行这方面的教育，帮助发展中国家有效参与这方面的研究和讨论，对发展中国家提供技术援助，帮助其建立竞争法律体系。印度代表指出，考虑到发达国家在竞争政策领域的双边合作中不能真正交换机密信息的情况，这个领域的合作近年不会有多少希望。古巴代表指出，该国没有竞争法和竞争政策，从而不具备参与多边国际合作的条件。他们提出，对于发展中的小国来说，企业联合抵制进口是一个非常重要的战略。因此，竞争政策对这些国家是没用的。世界贸易组织如果对这些国家的产业政策和竞争政策进行过分的干预，将不利于这些国家的经济发展。

然而，也有许多发展中国家高度评价 WTO 在竞争政策领域进行多边合作的努力。泰国代表指出，国际上很有必要进行多边合作，共同反对跨国限制竞争行为。就国际卡特尔问题，该国代表甚至还表示担心：发达国家因为相互有反垄断执法的援助，这种援助的后果可能导致国际卡特尔活动更多地转移到竞争法和竞争政策不发达的国家。例如，国际钢铁卡特尔已经在发展中国家存在了十多年，但是至今也没有受到法律追究。他们还提出，双边协定虽然在反垄断法国际合作方面起到一定的作用，但这些协定没有帮助发展中国家，因为竞争政策发达的国家不愿意和竞争法不发达的国家进行合作。印尼代表也表达了他们关于建立 WTO 竞争政策多边协定的愿望，但是希望“恶性卡特尔”不包括中小企业合作的卡特尔，因为这种在印尼很盛行的卡特尔有助于印尼经济的发展。津巴布韦的代表特别支持建立 WTO 竞争政策的多边框架协议，指出这不仅是他们国家的观点，而且也是东非和南非共同市场（COMESA）所有成员国的观点。哥伦比亚的代表指出，因为资金缺乏，该国的竞争主管机构不能在关于市场分析中和对限制竞争案件的调查中使用现代信息技术。从这个意义上他们也希望扩大国际合作。

四、中国关于 WTO 竞争政策应有的立场和对策

欧盟的主张受到 WTO 许多成员的支持，其中包括日本、韩国、印尼等一些亚洲国家。建立 WTO 竞争政策多边协议的主张得到国际社会的广泛支持，不仅因为竞争政策与贸易政策有着非常密切的联系，因为 WTO 的宗旨是推动自由贸易和公平竞争，竞争政策从而应当成为 WTO 法律框架的一部分；更重要的是因为经济全球化条件下的限制竞争行为往往涉及多个国家，有时甚至波及全球。在这种情况下，一个国家在调查和处理跨国限制竞争案件时如果不与其他国家进

Report on the Meeting of 1 - 2 July 2002, WT/WGICP/M/18, 20 September 2002, p. 11.

Report on the Meeting of 1 - 2 July 2002, WT/WGICP/M/18, p. 3.

Report on the Meeting of 1 - 2 July 2002, WT/WGICP/M/18, p. 4.

行合作，往往不能得到令人满意的结果。我们认为，鉴于订立 WTO 竞争政策多边协议对中国的必要性，以及中国接受协议的可行性，中国应当对谈判取积极的态度，并且应当加紧研究竞争政策和竞争法的问题，争取在 WTO 这一新规则的谈判中更好地发挥自己的作用。

（一）多边协议有利于遏制跨国限制竞争对中国的不利影响

跨国限制竞争行为对中国市场也会产生不利的影 响。例如，近年来出现的维生素、石墨电极等国际卡特尔对许多国家甚至对全球都有不利的影 响。根据世界银行的统计，发展中国家将近 6.7% 的进口贸易受到国际卡特尔的不利影 响，即参加卡特尔的企业抬高了产品的价格，导致进口国的用户和消费者不得不多付款。考虑到很多国际卡特尔尚未被发现，发展中国家受到的不利影 响更大。中国进出口贸易的世界排名已经列第 5 位，中国市场不可能不受国际卡特尔的影 响。2002 年 1 月以来，一些国际班轮航运组织操纵十几家班轮公司，在同一时间、采用同一标准在中国港口强行加收码头作业费，严重损害了中国货主和托运人的利益，这是典型的国际卡特尔行为。对此，欧共体在 2000 年已经做出违反欧共体竞争法的决定，对亚欧航线的 15 家承运人征收了共计 700 万欧元的罚款。中国也在对这个国际卡特尔进行调查。如果能够取得欧盟委员会以及其他相关国家的协助或者合作，收集证据和处理案件就会迅速得多。

对中国企业和中国经济发展有着严重不利影响的还有国际技术转让中的限制竞争协议。WTO 贸易和竞争政策工作组指出，调查显示，跨国公司限制竞争的一个重要手段是限制技术转让，特别是限制向发展中国家转让新技术。据悉，日本正在仿效美国的做法，在提出“知识产权立国”政策的同时，限制日本企业向海外输出新技术，尤其是限制向中国输出新技术。对于这种兼有政府因素和企业因素的限制竞争行为，最恰当的方式也是通过国际协定来解决。

大跨国公司之间的合并也会对中国 经济产生不利的影 响。可以设想，如果美国波音公司和欧洲空中客车进行合并，中国航空公司购买飞机时就不得不花更大的价钱。因此，中国也有必要参与这方面国际规则的制定，维护中国的利益和经济安全。随着越来越多的跨国公司参与中国的市场竞争，中国在竞争政策领域需要国际合作的案件会越来越多。

有人说，没有 WTO 竞争政策的多边协议，中国也可以寻求其他方式进行这个领域的国际合作与协调。例如，美国就是通过单边方式（即反托拉斯法的域外适用）遏制跨国限制竞争对本国的不利影 响，并且通过双边协定与其他国家进行这个领域的合作和协调。然而，中国的经济实力目前远未达到美国的水平，在出现了影响中国市场的国际竞争案件时，中国很难像美国那样，通过本国反垄断法的域外适用来解决。不要说中国现时还没有系统的反垄断法，即便有了反垄断法，由于国家间管辖权的冲突、法律冲突和利益冲突，反垄断法域外适用在实践中也存在着很大难度。现在，美国几乎是世界上独一无二的，可以通过单边主义来解决各种问题的国家。美国对建立 WTO 竞争政策多边协议不是很感兴趣，一定程度上也是出于单边主义的考虑。此外，中国也很难像美国那样通过双边协定来实现竞争法和竞争政策领域的合作与协调。前面已经指出，这方面的双边合作迄今都是在发达国家之间进行的。发展中国家一方面因为经济实力不够，在国际贸易中所占的份额有限，从而没有这方面的合作需求，另一方面因为没有相关的竞争法制度，或者竞争法执法水平不高，发达国家不能或者不愿意和它们进行谈判。即便中国颁布反垄断法后可以和 WTO 其他成员方进行这方面的双边谈判，就像我们为了加入世贸组织

See Report on the Meeting of 1 - 2 July 2002, WT/WGTC/M/18, 20 September 2002.

中国对外贸易经济合作企业协会文件，[2002] 外经贸企协字第 52 号。

See Report on the Meeting of 1 - 2 July 2002, WT/WGTC/M/18, 20 September 2002, 第 3 段。

钮键军：《日本密谋出台新策遏制中国》，《财经时报》2002 年 8 月 16—22 日。

分别和许多国家和地区进行的双边谈判那样，但那种代价无论在时间、财力和精力方面，对中国都是太大了。因此，中国应当积极推动多边谈判。多边谈判不仅成本低，而且因为发展中国家占到很大比例，会更多地考虑发展中国家的利益。比起 1 比 1 的双边谈判，这种谈判环境自然要有利得多。

（二）多边协议有利于中国企业走向国际市场

中国是一个潜在的经济大国，中国企业的国际竞争力越来越强，中国在国际贸易中的地位已经从 1978 年的第 32 位上升为 2002 年的第 5 位，而且有继续走高的势头。因此，中国很有必要呼吁建立公平和自由的竞争秩序，而不必害怕竞争秩序。当然，任何秩序都是一把双刃剑，在你的权利受到侵犯的时候，秩序可以成为你的护身符；而在你侵犯他人权利的时候，秩序就会成为你的桎梏。对于逐步走向国际市场的中国企业来说，它们的国际竞争力比起美国、日本、欧洲企业，总体上还处于弱势，中国企业垄断国际市场的情况还没有出现，WTO 的竞争政策总体上对中国的企业是有好处的。

举例来说，因为中国出口产品很有竞争力，中国出口企业在国际贸易中常常受到不公正的对待，特别是在反倾销问题上。随着 WTO 竞争政策多边协议的订立和无歧视原则的实施，WTO 反倾销规则的改革势在必行。鉴于 WTO 许多成员方已经把反倾销作为一种贸易保护措施，严重损害了世界各国通过贸易自由化本应得到的利益和社会福利，这方面的改革对中国企业总体上是有益处的。这说明，随着经济实力的增强，中国事实上已经和许多发展中国家有很大的不同。这种形势决定了中国在国际市场上不应像某些发展中国家那样过于强调保护。当前国际上的很多贸易保护措施是针对中国的企业和产品，很多发展中国家对中国企业也提出反倾销诉讼。对这样的变化我们应当有足够的认识。

（三）多边协议有利于中国竞争法的发展和完善

根据 WTO 竞争政策多边框架协议的核心原则，各成员方应当制定自己的竞争法。这方面的规定是强制性的，一旦谈判成功，成员方就应当履行它们的义务，因此这个多边框架协议不仅是中国建立和完善社会主义市场经济秩序和竞争秩序的一个重要推动力，而且也是一种压力。中国应当利用这个机会制定和完善竞争法，促进中国的开放改革和经济发展。

随着经济体制改革的深入，中国逐步颁布了一些保护竞争的法律。例如，1993 年的《中华人民共和国反不正当竞争法》第 6 条规定，“公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，不得限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争。”第 7 条规定，“政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动；政府及其所属部门不得滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场。”1997 年的《中华人民共和国价格法》第 14 条第 1 款规定，经营者不得“相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者消费者的合法权益”。

中国虽然在保护竞争方面已有一些法律条款，而且通过执法已经取得一定成效，但这方面的法律制度仍存在很大的问题，特别是至今尚未建立一个比较系统和完整的反垄断法体系。例如，1998 年中国彩电业生产显像管的 8 大企业联合限产是严重损害市场竞争的行为，但中国对此没有禁止性的规定。中国也没有禁止地域卡特尔的规定，因此，划分销售市场在中国还是合法的行为。除了关于公用企业的规定，中国还没有禁止滥用市场支配地位的一般规定，更没有控制企业合并的规定。此外，在当前经济体制转轨的情况下，中国各行政区域的地方保护主义非常严重。制止行政垄断是中国反垄断法的一项极其重要而且非常迫切的任务，但中国目前在这个方面缺乏有效的禁止性规定。

目前，中国法学界和经济学界在制定反垄断法的必要性和迫切性上已达成共识。经过 20 多年的经济体制改革，中国已经有了制定和执行反垄断法的基础和条件：一是计划经济条件下的价格垄断制度已经被打破；二是企业的所有制结构已经实现多元化；三是国有企业享有越来越大的经营自主权，在相当程度上已经成为独立自主的市场主体；四是随着加入 WTO，中国的经济已经愈来愈快地融入国际经济。因此，中国制定和颁布反垄断法不应再停留于设想阶段，而应尽快提上议事日程。

（四）多边协议有利于中国建立独立的竞争法主管机关

单靠实施最低纲领的竞争法是不可能协调成员方的竞争政策的，因此，建立独立的竞争法主管机关就成为 WTO 竞争政策多边协议的一个核心原则。中国现行反垄断法规范分散在价格法、反不正当竞争法、招投标法以及其他一些法规之中，缺乏统一和完整的体系，目前也没有一个独立和权威的反垄断法主管机关。因为部门利益的存在，如何设立反垄断法的行政主管机关将成为中国当前反垄断立法的最大难题。有人提出，未来反垄断法可以由工商行政管理、价格、技术监督等部门分别行使职权。还有人提出，反垄断法的颁布和执行将会影响中国现行《价格法》和《反不正当竞争法》的执法，动作太大，所以这个法的制定应当缓行。

我们认为，反垄断法因其特殊的任务，必须要有一个独立的和权威的执法机构。特别在中国，反垄断法不仅要同大企业集团或者垄断企业的限制竞争行为作斗争，而且还要同政府滥用行政权力限制竞争的行为作斗争，这要求该执法机关具有相当大的独立性和足够大的权威性。特别是行政性限制竞争案件，往往是盘根错节，调查难度大。如果反垄断法主管机关没有独立性和权威性，它的审案工作就会受到其他行政部门的干扰和影响。例如，面对中国当前的地方保护主义，有些工商管理部門就不能处于超脱的立场，不能秉公执法。

这里所讲的“独立”，是指这个机构能够独立审理案件，而不是说它只能处理反垄断法案件。从节约资源的角度看，这个机构可以一并处理反不正当竞争案件。有些国家的竞争法机构还处理消费者权益保护的案件，甚至包括反倾销法、反补贴法的案件。但是，无论如何，不可把反垄断法不同方面的执行肢解给几个不同的机构。因为这不仅会严重影响执法机关的权威性和地位，而且也会影响反垄断法的效力，可能出现某些案件大家争着管，有些案件则相互推诿的现象。

（五）中国可以接受 WTO 竞争政策的核心原则

这里考虑的主要问题是，我们是否可以接受 WTO 竞争政策多边协议中的无歧视原则、透明度原则和程序公正原则。从性质上说，这些原则是强制性的，对成员方具有法律的约束力。

中国加入世贸组织时已经对接受这些原则做出承诺。例如在国民待遇方面，承诺在进口货物、关税、国内税等方面，给予外国产品不低于国产同类产品的待遇；对目前仍在实施的违反国民待遇的做法和政策进行必要的修改和调整等等。在透明度原则方面，承诺公布所有涉外经贸的法律规定和部门规章，未经公布的法规将不予执行；在对外经贸法律、法规和其他措施实施前，应提供草案，并允许提出意见等等。在司法审查方面，承诺在与中国《行政诉讼法》不冲突的情况下，在有关法律、法规、司法决定和行政裁决方面，为当事人提供司法审查的机会，包括最初向行政机关提出上诉的当事人有向司法机关上诉的选择权。上述承诺说明，中国接受 WTO 竞争政策多边协议中的无歧视原则、透明度原则和程序公正原则不存在法律上的障碍。

应当强调的是，这里的无歧视、透明度和程序公正原则，都是对成员方国内竞争立法的要

李常青、马红梅：《反垄断法应暂缓制定》，见《法制日报》2002年3月6日。

求。例如，国民待遇原则是指成员方在竞争政策方面不得因当事人的国籍不同而给予差别待遇，而不是要求成员方在所有政策和所有方面都要给外国人以国民待遇。随着加入 WTO，中国某些行业关于限制外商进入的政策正在逐步取消，电信、金融、保险等一些传统上属于国家封闭性的行业也在逐步成为跨国公司竞争的场所。但是，出于国家经济安全的考虑，我们总还有一些行业或者部门会限制外国投资的进入。这些限制不属于竞争政策方面的差别待遇，而是属于国家产业政策或者其他政策。竞争法中的透明度原则主要是针对反垄断法中的豁免规定。反垄断法的豁免是一个非常敏感和非常复杂的问题，即便在美国、欧盟、日本等竞争政策发达的国家和地区，也不是所有部门都无一例外地适用反垄断法。例如，欧共体的农业就不适用欧共体的竞争规则，美国对出口企业也有豁免反托拉斯法的规定。在发展中国家，因为国家所有权的问题，或者因为经济发展水平的问题，可能会有更多的部门可以从反垄断法得到豁免。但是，在这个问题上的国际趋势是，鉴于垄断行业的高成本和低效率，过去普遍由国家垄断经营的电信、电力甚至包括邮政等部门，正在逐步成为竞争性的行业。这里存在着一个过渡期问题，公开这个过渡期就是竞争政策上的透明度问题。

中国虽然还没有系统的反垄断法，但现在颁布的一些涉及市场竞争的法规已经出现了与核心原则不协调的问题。例如，国家外经贸部 2003 年 3 月 7 日发布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》第 19 条规定，外国投资者并购境内企业出现下列情形时，应向外经贸部和国家工商行政管理总局进行报告：（1）并购一方当事人当年在中国市场营业额超过 15 亿人民币；（2）一年内并购国内关联行业的企业累计超过 10 个；（3）并购一方当事人在中国的市场占有率已经达到 20%；（4）并购导致并购一方当事人在中国的市场占有率达到 25%。根据规定的第 20 条，外国投资者并购境内企业涉及上述情形之一，外经贸部和国家工商行政管理总局认为“可能造成过度集中，妨碍正当竞争、损害消费者利益的，应自收到规定报送的全部文件之日起 90 日内，共同或经协商单独召集有关部门、机构、企业以及其他利害关系方举行听证会，并依法决定批准或者不批准。”因为这个暂行规定专门是针对外国投资者并购境内企业的行为，这就违背了 WTO 的无歧视原则。从发展的眼光看，这种对外商投资的歧视性待遇是没有多少生命力的，因为这不合国际惯例，不利于改善中国的外商投资环境。实际上，随着经济的全球化和资本的国际流动，特别是随着企业的跨国并购活动，企业的国籍已经变得越来越不重要，确定企业国籍有时甚至成为一件不容易的事情。当然，我们也确实需要防范跨国公司通过并购活动垄断中国市场的情况。但是，最好的防范手段是制定和颁布反垄断法，而不是根据企业的国籍对它们实施差别待遇。只有当我们在市场上开展经营活动的所有企业，包括国有企业和私人企业、中国企业和外国企业一概适用相同的竞争规则，保证它们之间有一个公平竞争的环境，我们才能提高中国企业的国际竞争力，有效制止跨国公司在我国市场上的限制竞争行为。

〔本文责任编辑：王好立〕

in long-term growth across LDCs. Therefore, a feasible policy choice for LDCs is to improve their rate of human capital savings, and the level of per capita human capital within their labor force in general.

Survey Report

(4) **Desire and Behavior of Relevant Actors in the Process of Urbanization: A Survey of Farmers' Migration Desire in Haining, Zhejiang Province**

Wei Longbao Hu Huihong Qian Wenrong Cao Minghua · 39 ·

Farmers' migration behavior is a key factor in urbanization. Rural entrepreneurs, a special group among farmers, also play a very important role. Based on a questionnaire survey completed in 745 farmer households and 100 households of rural enterprise owners in Haining, a city in Zhejiang province, we examine decision-making patterns of migration among farmers' and rural small and medium-sized enterprise owners. In order to adapt rural-urban development policies to the migration behaviors of both farmers and enterprise owners, we also provide some related policy suggestions to local governments.

(5) **The WTO's Competition Policy and Its Impact on China: Also on the Significance of Anti-monopoly Law**

Wang Xiaoye Tao Zhenghua · 49 ·

Under the Doha Ministerial Declaration, all WTO members agree to negotiate for a multilateral framework for competition policy to enhance international trade and development after the Fifth Ministerial Conference (Cancun, Mexico, September 2003). Focusing on China's stand and strategies, we look into the relationship between competition policy and international trade, discussing bilateral and multilateral cooperation up to now with regard to competition policies, and the positions of WTO members in this multilateral framework, in particular those of the EC, the USA, and some developing countries. As a new WTO member, China should actively participate in this negotiation, and formulate a complete legal system against monopoly. Antimonopoly law plays a major role in a market economy, and significantly boosts the optimal allocation of resources and economic growth. For us, competition policy is fundamental rather than expedient. Therefore, more studies should be conducted in the related laws and policies.

(6) **Structure and Basic Concepts of Traditional Chinese Law: Li and Fa in Ancient China**

Zeng Xianyi Ma Xiaohong · 61 ·

In its long historical evolution, the meaning of the Chinese character "fa" (literally, law) has kept changing. In modern times it has borne a particularly rich reservoir of meaning, including some contents classified as belonging to the category of *li* (propriety) in the ancient society. Comparison and interpretation of traditional Chinese law with the concept of *fa*, the meaning of which has varied and is still changing, inevitably leads to misunderstandings. In fact, both *li* and *fa* were essential in traditional Chinese law.