



WTO 框架下 竞争规则设立问题

张瑞萍 ◆ 著

研究



吉林大学出版社

JILIN UNIVERSITY PRESS

WTO 框架下竞争规则设立问题研究

张瑞萍 著

吉林大学出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

WTO 框架下竞争规则设立问题研究/张瑞萍著. —长春: 吉林大学出版社, 2009. 4

ISBN 978 - 7 - 5601 - 3948 - 7

I. W… II. 张… III. 世界贸易组织 - 国际市场 - 市场竞争 - 规则 - 研究
IV. F740.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 049293 号

书名: WTO 框架下竞争规则设立问题研究
作者: 张瑞萍 著

责任编辑、责任校对: 丛立新
吉林大学出版社出版、发行
开本: 787 × 960 毫米 1/16
印张: 21.125 字数: 377 千字
ISBN 978 - 7 - 5601 - 3948 - 7

封面设计: 孙 群
吉林省吉财印务有限公司印刷
2009 年 4 月第 1 版
2009 年 4 月第 1 次印刷
定价: 32.00 元

版权所有 翻印必究
社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021
发行部电话: 0431 - 88499826
网址: <http://www.jlup.com.cn>
E - mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

前 言

市场经济不能没有经济宪法。不仅一国市场竞争需要经济宪法的指导与保护，国际市场竞争也同样需要经济宪法的引领与维护。

WTO 的基本功能是确立以自由和开放的市场为目标的多边国际贸易体制。竞争规则应该是 WTO 体制的组成部分。尽管 WTO 的现存规则中蕴涵着自由竞争的基本理念，在若干协议中也分散存在着若干含有竞争内容的条款，但并没有专门的关于竞争问题的协议与基本规则。鉴于贸易政策和竞争政策之间的互动关系日益紧密以及各种反竞争行为不断地侵蚀着 WTO 成员通过千辛万苦的多年谈判所获得的自由贸易成果，因此 WTO 竞争法的设立问题在 WTO 成立后不久就被提到日程上来。1996 年新加坡第二届部长级会议提出建立一个工作组，研究有关贸易与竞争政策相互作用以及反竞争行为，以便确认值得在 WTO 框架内进一步考虑的领域。贸易和竞争政策小组因此成立并对在 WTO 框架下设立竞争法的可能性进行分析。

2001 年 11 月 9 日至 14 日，WTO 第四次部长会议在卡塔尔首都多哈举行。会议通过了《多哈部长理事会宣言》，宣布全面启动新一轮全球多边贸易谈判，即多哈回合谈判。该回合涉及到农业、服务业、非农业产品市场准入、贸易与投资等一系列重要议题。贸易与竞争政策问题也是谈判的重要内容之一。会议同意在下次会议即坎昆会议上开始包括竞争政策问题在内的谈判，谈判应在不迟于 2005 年 1 月 1 日前结束。2003 年 9 月在墨西哥召开的坎昆部长会议上，欧盟极力主张开启对新加坡议题的谈判，但广大发展中国家成员坚持要求欧盟和美国在农业问题上让步，否则不可能进行新的谈判。在发展中成员的坚持下，欧盟贸易委员会委员帕斯卡尔·拉米接受了会议主席墨西哥外长纽伊·厄内斯托·德贝斯的建议，放弃了竞争政策和外国投资的动议，由此有关竞争问题的谈判搁浅。但坎昆会议通过的部长声明仍重申了多哈宣言，强调尽

管受到了挫折,但只要 WTO 还没有就竞争政策的多边谈判通过其他新的决议,2001 年多哈宣言就仍然是这方面进一步工作的法律依据。^① 欧盟在坎昆会议上的关于暂时放弃竞争议题的表态很有可能导致下一步贸易与竞争政策工作组工作情况的一些变化,是否继续工作和如何进行工作各方的观点并不明确,因此在短时间内就竞争议题达成成果的可能性已经较小。^②

不仅在竞争规则的设立问题上受到了挫折,其实整个多哈回合谈判因成员利益上的严重分歧也已处于停滞状态。2006 年 7 月 24 日,由于美国、欧盟、日本、澳大利亚、巴西和印度 6 个 WTO 关键成员未能就农业与非农产品市场准入问题达成一致,WTO 总干事拉米在贸易谈判委员会会议上建议全面“暂停”多哈谈判,持续近 5 年的多哈回合谈判宣告中止。此后,WTO 一些成员为恢复谈判积极协调。2007 年 2 月 7 日 WTO 总干事拉米在向 WTO 总理事会的报告中说,已经在各个领域全面重新启动多哈谈判。综合外电 2007 年 4 月 9 日报道,一份欧美宣言草案显示,欧盟和美国的最高目标是共同努力,最晚在 2008 年初之前完成 WTO 多哈回合的谈判。双方将坚持大幅农业改革计划,并为发展中国家提供更多市场准入机会。意大利和巴西都强调,世贸组织发达成员和发展中成员都要在各自的谈判立场上表现出更大的灵活性,以保证多哈回合谈判能够向前迈进。^③ 在成员的努力下,2008 年 7 月世贸组织成员举行的小型部长会议在农业和非农产品市场准入两个关键问题上几乎达成协议,但是最后由于在农业特殊保障机制等敏感问题上无法达成一致而功亏一篑。

这些努力均表明 WTO 成员不愿看到多哈谈判的破裂并尽力拯救,因为一旦多哈回合被终止,那么,不仅可能会使全球每年的收入增长蒙受数千亿美元的损失,而且,关系到多边贸易体制的存续。贸易政策要么迈向更大的自由化,要么滑入程度更深的保护主义。“一定程度上,这种倒退将不可避免地侵蚀基于世界贸易组织规定的贸易体系以及该组织的领导地位。甚至有可能导致地区及双边贸易协议进一步激增,进而破坏多边体系。”^④

从 GATT 开始通过多边贸易体制减少或消除贸易壁垒发展到今天的 WTO 多边贸易框架,已经表明,多边贸易体制是目前任何区域性安排或双边协议所

① [德] J. 德雷克舍:《坎昆会议后的国际竞争政策:新加坡议题纳入多哈回合发展议程》,载于王晓晔主编《经济全球化下竞争法的新发展》,社会科学文献出版社,2005 年版,第 181 页。

② 张玉卿主编:《WTO 新回合法律问题研究》,中国商务出版社,2004 年版,第 432 页。

③ 《意大利和巴西呼吁努力完成多哈回合谈判》,商务部网站北京 WTO 事务咨询网, http://www.bjwto.org/wto/Article_Show.asp?2007年5月10日。

④ 中国经济时报:《多哈回合谈判陷“死角”障碍来自多哈之外》, <http://www.cet.com.cn/20060704/YAOWEN/200607041.htm>,2007 年 1 月 10 日。

无法比拟的，WTO 是促进世界贸易发展、维持贸易秩序的基础与支柱。目前在 WTO 下遇到了多边贸易体制上最大的问题，其实并不奇怪，“今天的现实是 WTO 领导着一个远非关贸总协定的设计师们所设想的那样一个世界贸易体制。”^① 国际经济发展也远非当时较为单一的形势。现在需要讨论的不是多边贸易体制是否合理的问题而是如何使其更好发展的问题。“从西雅图到坎昆，WTO 虽然蒙受两次挫折，但是拥有 146 个^②成员、各成员间经济发展水平如此参差不齐、大小贫富不一的世界贸易组织，一时停下脚步，思考一下，不一定是坏事。”^③ 理智地思考 WTO 框架下竞争法的设立问题，一个较为公认的看法是，WTO 成员关于国际统一竞争政策的谈判只是一个时间问题。”^④ 竞争规则是市场经济下的必备规则，全球范围内的贸易和投资活动离不开竞争规则的保护与支持。在 WTO 体系内确立多边竞争规则的努力不会被轻易放弃。因为 WTO 是一个以规则为基础的多边贸易组织，要继续推动世界经济的全球化发展，必须以竞争法的完善作为基础保障。

WTO 竞争法设立的暂时休眠，给我国提供了很好的思考与应对的机会。作为一个发展中的大国，我国在国际事务中具有举足轻重的地位，并且一直发挥着积极的建设性作用。2001 年多哈第四届部长级会议上加入了 WTO 之后，我国积极履行协议规定的义务和做出的承诺，大幅度降低关税，开放市场。目前，关税总水平是 9.9%，低于全球关税总水平 39%；非农产品关税水平是 9%，低于全球的 29%；农产品关税水平是 15.3%，而全球平均是 60%。在服务贸易领域，WTO 规则所定的 160 个可以开放的服务门类里面，中国已经开放了 100 个，而发展中成员一般是 54 个。美国也只比我国多开放了一个。应该说中国在这方面做得还是很有勇气的。^⑤ 我国的投资市场也越来越开放，已经成为全球重要的投资地区之一。根据 Dellogic 公司的统计，2005 年中国并购总额达到 650 亿美元，为历史最高水平，是除日本之外亚太地区最大的并购市场。2006 年中国并购市场规模已突破 1000 亿美元，达到 1038 亿美元。并购将成引资的新模式。^⑥ 对改革开放之后中国取得的成绩以及在国际经济发展

① 彼得·萨瑟兰等著：《WTO 的未来——阐释新千年中的体制性挑战》，刘敬东等译，中国财政经济出版社，2005 年版，第 24 页。

② 目前成员已达到 150 个。

③ 张玉卿主编：《WTO 新回合法律问题研究》，中国商务出版社，2004 年版，前言，第 2 页。

④ 王晓晔：《反垄断法对跨国公司限制竞争行为的管制》，载于王晓晔主编《经济全球化下竞争法的新发展》，社会科学文献出版社，2005 年版，第 306 页。

⑤ 2007 年 3 月 12 日十届全国人大五次会议在人民大会堂一楼新闻发布厅举行记者招待会，商务部部长薄熙来和中国人民银行行长周小川就对外经贸合作和我国货币政策答记者问。

⑥ 赵彤刚、周明：《2007 年中国上市公司并购将增长 6 成以上》，上海证券报，2007 年 1 月 18 日。

中的作用，WTO 总干事拉米有一个评论，“30 年前，中国开始了向世界开放。成为 WTO 一员是其战略中的一部分，并于 2001 年中国加入 WTO 时到达了巅峰。对外开放的同时伴随着宏伟而渐进的国内改革。在这些岁月里，贸易帮助许多中国人摆脱贫困，贸易也成为就业和经济增长的来源。如今中国是国际贸易体中一个自信的成员国。我相信中国会继续在这条道路上走下去，对世界的繁荣不断做出贡献。”^① 中国对世界的贡献不仅表现在经济与贸易方面，也会在 WTO 竞争规则的建立上发挥其应有的作用。

反竞争行为及其国际控制是近年来国际组织文件和学者论文中出现频率极高的概念。由于设定怎样的竞争规则关乎各成员的切身利益，因此，WTO 的许多成员特别是欧盟和美国都在积极研究多边竞争规则体系的设立问题，研究如何对国际反竞争行为进行控制，甚至还成立了专门机构进行调查研究。我国学者也投身到对这一重要理论与实践问题的研究之中，本书即是其中的一个研究成果。本书注重在经济全球化这一大的背景下来分析 WTO 竞争规则设立问题。通过对 WTO 竞争规则设立的基础、优势及障碍的详细分析，阐释了在 WTO 框架下竞争规则设立的必要性与可行性，分析了制约 WTO 竞争规则设立的主要障碍及其消除这些障碍的基本途径与措施，探讨了在 WTO 竞争法中可能设置的主要原则与制度，对核心原则的基本内容、国际卡特尔的规范、跨国并购的控制以及法律实施机制等问题进行了详细的分析与评价。

中国反垄断法作为国际反垄断法一分子，对国际反垄断法的制定与实施有着重要的影响。随着市场的不断开放，中国市场竞争也变得越来越激烈。在进入 WTO 之前尚不明显的各种反竞争行为如今在市场上也开始频繁出现。1993 年适应当时的竞争形势，中国颁布了反不正当竞争法，作为竞争法的一部分，对各种反不正当竞争行为的规范起到了重要的作用，但毕竟势单力薄，特别是对垄断行为以及其它限制竞争行为不能进行有效的规制，因此，设立反垄断法成为一种必然的选择。在国际社会的瞩目下中国反垄断法诞生了，它填补了我国立法上的一个空白，同时担当起了维护健康的竞争秩序，为市场经济发展保驾护航的重任。但该法表现出明显的简洁和原则性特点，需要出台若干配套法规加以具体实施，许多理论与实践问题尚需进一步探讨。尽管 WTO 框架下竞争法的设立与中国反垄断法的制定有着完全不同的背景、需要解决不同的问题、克服不同的障碍，但它们的目标却是相同的，即维护市场的有效竞争，提高社会的总体福利。与 WTO 竞争法设立问题研究相呼应，本书第六章对中国竞争法特别是其中的反垄断法相关问题进行了一定的分析和探讨，在借鉴其他

^① 上海 WTO 事务咨询中心：《WTO 总干事拉米的贺信》，《WTO 快讯》，第 165 期，2008 年 11 月 20 日。

国家立法与实践的基础上，对如何完善我国相关法律规定提出了具体的建议。

在不断完善竞争法的同时，我国需要加强与其它国家在竞争法领域的合作，积极参与相关国际组织的活动。在对付国际卡特尔、有效规制跨国并购等方面只有广泛参与国际社会的活动，才能有效发挥我国竞争法的作用，减少反竞争行为对我国的影响，维护我国公众的利益，提升我国在国际竞争事务中的地位。通过对 WTO 具体竞争规则的探讨为我国政府在 WTO 竞争规则方面的谈判提供依据与参考，在未来的国际竞争法规则的制定上发挥积极的作用，并争取制定有利于本国利益的竞争规则。

在法律趋同化和一体化的发展中，对法律的研究必须有全球视野，自以为是要不得。“美国人普遍认为自己从欧洲的经验中学不到什么。……但是，要想回答有关竞争法的基本问题，却又不打算把它们同其它具有可比性的国家应付这些问题的对策联系起来，不是出于愚蠢，就是出于傲慢，或者两者兼而有之。缺乏比较的眼光限制了分析反托拉斯法的概念工具，人为地缩小了它的经验基础。”^① 鉴于比较研究的重要性，本书充分探讨了一些市场较为成熟的国家的反垄断立法与实践，通过对相关问题的横向比较和分析，了解法律规则设定的基础和其合理性，并对如何设定 WTO 竞争规则与我国的相关法律规则的完善提出建议。

反垄断问题不仅受到法学家的重视，也受到经济学家的关注，因为竞争与垄断的不同特性决定了特定市场的构成与经营者的效益，因此需要对市场结构与绩效进行分析，从反垄断法的发展历程也可以看到，反垄断法的规则设定与实施都在不同程度上受到经济学理论及其经济学家观点的影响，而从不同的角度，采用不同的分析方法，往往会得出不同的结论。本书对一些问题的分析也注意到了成本与效益等经济学基础理论的运用，从经济学角度寻求 WTO 竞争规则设置的合理性。

WTO 竞争规则的设立问题因其重要的理论与实践价值引起诸多重视，对该问题的研究得到了国家社会科学基金的支持。本书是《WTO 框架下竞争规则的构建与我国竞争法体系的完善》课题研究成果的一部分。在课题研究期间，有关方面的学术研究成果不断出现，这给课题的研究带来了可供借鉴和参考的丰富资料，启发了思考。课题较好地吸收和归纳了已有的研究成果，在清楚阐释一般理论的同时，力图从理论上有所突破，例如，竞争法对国际市场控制作用的分析、竞争法域外适用效果理论的评价、WTO 竞争法基本原则的阐

^① [美] 戴维 J. 格伯尔：《二十世纪欧洲的法律与完善》，冯克利、魏志梅译，中国社会科学出版社，2004 年版，第 7 页。

释、国际竞争合作中积极礼让原则的价值等都在不同程度上提出了新的观点、思路或解决途径。在国际卡特尔、跨国并购等研究方面程度不同地加入了一些新的资料。但受研究能力的限制，本书对有些问题的研究还不够深入，也有的问题没来得及进行研究。例如 WTO 竞争法对经营者滥用市场支配地位的控制问题，尽管解决这一问题的途径目前来看还只能依赖于各国的反垄断法，但是从反垄断法的基本构成上看，经营者滥用市场支配地位的控制问题应是其重要的组成部分，WTO 竞争法应包含该部分内容。这些问题将作为今后继续研究的重点。我所指导的博士研究生和硕士研究生郑翔、高兰芳、孙丽君、宋宽、朱彩霞、郭竟、郅鹏恩等同学参加了本课题的研究，本书第三章以及第六章中的第二节中的“四”第一稿由孙丽君完成，第四章第一稿由郅鹏恩完成，在此向他们表示感谢。吉林大学出版社的丛立新老师对本书出版给予大力支持，在此也向丛老师表示由衷的谢意。

对于书中的不足之处，尚祈方家指正。

目 录

第一章	WTO 框架下构建竞争规则的基础、优势与障碍 ·····	1
第一节	WTO 框架下构建竞争规则的基础 ·····	1
一、	WTO 框架下构建竞争规则的背景 ·····	1
二、	在 WTO 框架下构建竞争规则的现实条件 ·····	12
第二节	在 WTO 框架下构建竞争规则的优势 ·····	16
一、	竞争法领域的双边合作及其评价·····	16
二、	多边合作:问题与启示 ·····	33
三、	其它国际机构的竞争政策可否代替 WTO 竞争规则 ·····	36
四、	WTO 在构建竞争规则方面的优势 ·····	41
第三节	在 WTO 框架下构建竞争规则的障碍 ·····	46
一、	发展中国家与发达国家之间的差距过大·····	47
二、	反倾销法与竞争法关系的处理·····	55
三、	WTO 框架内是否应有强制性的竞争规则 ·····	68
四、	统一竞争法的复杂性·····	80
第二章	WTO 竞争法的核心原则与豁免规则 ·····	90
第一节	核心原则的价值与范围界定 ·····	90

第二节 核心原则分析	93
一、透明度原则	93
二、非歧视原则	99
三、程序公平原则	113
第三节 反垄断法豁免制度:变化与趋势	116
一、反垄断法豁免制度的发展	116
二、反垄断法豁免的基本类型与豁免理由	120
三、反垄断法豁免的发展趋势	123
四、WTO 竞争法中的豁免制度	127
第三章 WTO 竞争法对国际卡特尔的规制	131
第一节 一般卡特尔与国际卡特尔	131
一、一般卡特尔概述	131
二、国际卡特尔概述	135
第二节 规制国际硬核卡特尔的单边法律制度与措施	140
一、基本制度与措施	140
二、对国际硬核卡特尔单边规制评价	153
第三节 规制国际硬核卡特尔的国际合作	153
一、双边合作	153
二、制裁国际硬核卡特尔国际合作的主要内容	155
第四节 WTO 竞争法中的国际硬核卡特尔规制	161
一、国际卡特尔的种类与豁免	162
二、成员国赦免规则的协调	166
三、信息交流	167
四、透明度原则	169
第四章 WTO 竞争法对跨国并购行为的规制	172
第一节 跨国并购对国际市场竞争的影响	172
一、跨国并购的现状	172

二、跨国并购对国际市场竞争的影响	176
第二节 跨国并购单边规则分析	177
一、具体规则的比较分析	178
三、简要评述	188
第三节 跨国并购规制的国际合作	190
一、跨国(地区)之间的并购规则及其实施	191
二、国际组织的统一法工作	193
三、简要评述	195
第四节 WTO 竞争法对跨国并购的规制	196
一、实体规则	197
二、程序规则	200
三、设立 WTO 并购协调机构	205
第五章 WTO 竞争法的实施机制	208
第一节 WTO 竞争法实施机构	208
第二节 WTO 竞争法中的合作机制	211
一、WTO 竞争法下“合作”的性质	212
二、WTO 竞争法下合作的基本方式与内容	214
三、WTO 竞争合作的基本指导原则——积极礼让原则	217
第三节 WTO 竞争法下的评审机制	230
一、WTO 贸易政策审机制	230
二、WTO 竞争法中评审制度的设置	231
第四节 WTO 竞争法下的争端解决机制	232
一、争端解决的基本方式	232
二、WTO 现有争端解决机制的运用	233
第六章 中国竞争法相关问题分析	239
第一节 现行中国竞争法及其评价	239
一、中国竞争法设立的背景	239

二、中国竞争法的设立与发展	243
三、对竞争法立法的特点	246
四、中国竞争法的特点	248
五、竞争文化与有效竞争意识	253
第二节 《反垄断法》中的几个理论与实践问题	255
一、反垄断法的价值:公平与效率的关系问题	255
二、反垄断法执行机构问题	266
三、反垄断法实施方式问题	286
四、限制竞争协议的法律调控问题	288
五、反垄断法豁免问题	301
六、赦免规则的完善问题	305
七、反垄断法的域外适用问题	309
第三节 中国竞争法在国际竞争法中的地位	313
主要参考文献	320

第一章 WTO 框架下构建竞争规则的基础、优势与障碍

1995年1月1日在关税与贸易总协定基础上成立的世界贸易组织（以下简称WTO）作为以推动国际贸易自由化为宗旨的最大多边国际机构，在致力于消除国家之间的贸易壁垒、促进全球大市场的形成方面取得了国际社会所广泛认可的成就。随着国际贸易与投资的全球化，如何在国际层面依法规制各种限制竞争行为的问题，也现实地摆在了WTO的面前，并一度成为国际社会所广泛关注的话题。但是，在多哈回合近年来的谈判中，统一竞争规则的创设问题却受到冷落。能否在WTO框架下创设统一的竞争法规则？对此人们抱有各种各样的看法和猜疑。作为全球性的贸易组织，WTO竞争规则的设立首先需要得到其成员的广泛认同。而成员的广泛认同既需要理论基础作为支撑，也需要对客观现实做出正确分析。

第一节 WTO 框架下构建竞争规则的基础

一、WTO 框架下构建竞争规则的背景

（一）为什么要在WTO框架下构建竞争规则

GATT与WTO一直致力于消除贸易壁垒，促进全球贸易的自由化，并在此基础上提高人类社会的总体福利。但由于各国经济发展水平的差异和基于这种差异所产生的利益上的不同，使贸易自由化的道路始终充满了坎坷。经过了GATT和WTO半个多世纪的不懈努力，以WTO及相关贸易规则的确立为标志，贸易自由化终于取得了实质性的进展。但人们在享受自由贸易所带来的利益的同时，却不得不承认，WTO成员方通过关税减让和消除非关税壁垒的努力所取得的成果正在受到垄断和其他各种限制竞争行为的侵袭。私人的、政府的以及私人与政府混合性的各种限制竞争行为已经对全球自由贸易的发展产生障碍。如果不能对此予以控制，“在国际舞台上的反竞争行为一旦得到政府的

默许就有可能通过私人建立的新壁垒形式取消几十年协商的成果。”^① 消除市场主体^②和政府的某些限制竞争行为并解决由此产生的各种与 WTO 的宗旨与目标不相协调的问题是提出在 WTO 框架下设立竞争规则的直接原因。

1. 市场主体的限制竞争行为直接侵蚀了 WTO 贸易自由化的成果

在激烈的市场竞争中,为了获得竞争优势,市场主体既可能通过不断加大技术投入、更新改造自己的产品等方式增强自己在市场上的竞争力,也可能采用各种反竞争行为来削弱或消除市场竞争。当竞争扩展到国际市场的时候,各种影响国际市场竞争秩序的行为也会出现。例如,占有一定市场支配地位的主体会滥用其优势地位,采用抵制交易、价格歧视、垄断高价、搭售等行为破坏市场竞争;寡头之间面对激烈的国际市场竞争,也可能通过协议的方式结成联盟;生产同类产品的企业可以结成卡特尔,相互限制生产数量、产品价格或者分割销售市场,以直接控制某个行业的市场竞争。这些行为都直接阻碍了竞争性的国际市场的建立与发展,直接损害了 WTO 意图建立的自由贸易体制。

经济合作与发展组织于 1996 年所做的一份研究即表明,在 10 个成员国境内,在农业、能源、通信、国防、传媒以及其他工业行业存在着私人性质的限制市场准入的协议。^③ 这些限制竞争协议就像一堵墙挡住了其他竞争者以及潜在的竞争者进入市场。美国国际竞争政策咨询委员会(ICPAC)的一份报告也曾详细列举过大量由于私人性质的反竞争活动而阻碍市场准入的行业。例如,日本的纸业和汽车行业被认为是为了排挤国外的竞争对手而与分销商订立了限制性安排;日本的平板玻璃制造行业被指控利用各种各样的反竞争活动排挤外国竞争对手进入销售渠道。^④ 1999 年,经济合作与发展组织的商业和工业建议委员会(BIAC)对从各行各业中挑选出来的 6 个公司进行调查和研究。46%

① Julian Epstein, *The Other Side of Harmony: Can Trade and Competition Laws Work Together in the International Marketplace?*, *American University International Law Review*, 2002 第 17 期, 第 343 页。北大法律信息网 <http://www1.chinalawinfo.com/index.asp>, 2004 年 5 月 10 日。

② 这个概念包括了在市场上进行经营活动的企业、公司、自然人等。将这些市场经营活动者统归到市场主体的概念下,一是使用上较为简洁,二是较为全面,可包括个人和采用各种不同组织形式的企业。文中有时也用私人一词代替市场主体,这种情形大多是与政府相对而言的。

③ Julian Epstein, *The Other Side of Harmony: Can Trade and Competition Laws Work Together in the International Marketplace?*, *American University International Law Review*, 2002, 第 17 期, 第 343 页。引自北大法律信息网:《竞争法规则能够与贸易法规则协调一致工作吗? (2)——代替贸易壁垒的私人协议的证据》, <http://www1.chinalawinfo.com/index.asp>, 2004 年 5 月 10 日。

④ Julian Epstein, *The Other Side of Harmony: Can Trade and Competition Laws Work Together in the International Marketplace?*, *American University International Law Review*, 2002, 第 17 期, 第 343 页。引自北大法律信息网:《多哈回合谈判真是发展回合吗? (2) 协调国际竞争规则的建议》, <http://www1.chinalawinfo.com/index.asp>, 2004 年 5 月 10 日。

的被调查者相信私人性质的反竞争活动阻碍了他们进入相关市场。^① 就像国家为保护本国利益设置的贸易壁垒会阻碍市场的自由与公平竞争一样, 市场主体的行为也可直接限制市场竞争, 阻碍贸易的自由发展。当国家之间的各种贸易壁垒受 WTO 的约束而逐渐减少直至消除的时候, 私人所创设的贸易壁垒却不断发展, 有取代国家贸易壁垒之势。“有充分的证据证明私人性质的自由贸易壁垒正在代替世界贸易组织在取消政府壁垒的过程中所取得的成果。”^②

通过购并的方式扩大势力范围, 寻求在国际市场上的优势或垄断地位, 也是市场主体特别是跨国公司经常采用的方法。购并作为国际投资的重要形式是受到 WTO 的鼓励的。WTO 《关于与贸易有关的投资措施的协定》和《服务贸易总协定》都以促进投资与服务贸易的自由化为目标, 以直接减少与贸易有关的限制投资的措施为出发点, 对一些不利于国际贸易与投资发展的政府限制投资的政策与措施予以约束。得益于 WTO 的这些规则, 无论是国际直接投资还是间接投资都得到了快速的发展。以跨国公司为主角的投资活动遍及世界各个角落。它们以世界市场为经营活动的场所, 以跨国购并为基本形式, 不断扩大自己的领域和势力范围。跨国公司的并购行为一方面带动了贸易的全球化发展, 不断地为世界市场的形成开辟着道路, 有效配置了资源; 另一方面, 也会产生限制贸易发展和市场垄断问题。市场主体的并购行为对市场结构与市场竞争的影响是非常明显的, 特别是那些大型公司之间的合并将直接减少市场竞争者的数量, 从而导致垄断情形的出现。因此, 各国为保证本国市场处于有效竞争状态, 均对此采取必要的控制性措施。但对以垄断全球市场为目的的并购行为进行约束并不像在一国市场上那样方便。在一国范围内, 反垄断机构可对并购行为进行有效的监控, 但在国际社会, 由于没有像国内反垄断机构那样的全球性机构对跨国并购行为进行控制, 对意图进行跨国垄断的公司并购进行控制就会出现困难。各国以国内法为依据的各行其是的并购控制无法对国际市场垄断的形成实行有效的制约。

① Julian Epstein, *The Other Side of Harmony: Can Trade and Competition Laws Work Together in the International Marketplace?*, *American University International Law Review*, 2002, 第 17 期, 第 343 页。引自北大法律信息网:《竞争法规则能够与贸易法规则协调一致工作吗? (2) 代替贸易壁垒的私人协议的证据》, <http://www1.chinalawinfo.com/index.asp>, 2004 年 5 月 10 日。《竞争法规则能够与贸易法规则协调一致工作吗?》

② Julian Epstein: *The Other Side of Harmony: Can Trade and Competition Laws Work Together in the International Marketplace?*, *American University International Law Review*, 2002, 第 17 期, 第 343 页。引自北大法律信息网:《多哈回合谈判真是发展回合吗? (2) 协调国际竞争规则的建议》, <http://www1.chinalawinfo.com/index.asp>, 2004 年 5 月 10 日。《多哈回合谈判真是发展回合吗?》

2. 政府限制竞争行为损害了 WTO 的基本规则

每一个政府都是本国利益的代表。“在经济全球化时代，由于国家也成为国际竞争的主体，而国家往往为了追求竞争优势而不惜采取不正当竞争手段和限制竞争的手段，因此，国家与企业一样，经常成为国际竞争中的违规者。”^①为了使本国在国际市场上占有竞争优势，一国政府往往通过某种法律与政策的设立，达到限制竞争和维护本国市场主体利益的目的。其最常见的表现是对本国市场主体在国外的限制竞争行为予以认可；采用歧视性的政策，对外国和本国主体适用不同的竞争规则。

由于国家越来越多地受到 WTO 及其它国际规则的直接约束和国际社会的广泛监督，政府通常不会直接实施限制性竞争行为，而是采取较为隐蔽的方式，对本国市场主体的限制竞争行为给予默认、鼓励甚至支持。以出口卡特尔为例，这是一种最为常见的政府支持的私人限制竞争行为。为了应付国外的竞争，出口企业往往结成卡特尔，并通过协议方式对出口到某个或一些国家的产品在价格、数量等方面进行限制或者划分销售市场。由于出口卡特尔只是损害外国用户和消费者的利益，对出口国利益不但没有损害，反而有益于扩大本国出口，增强本国在国际市场上的竞争力，与政府通常奉行的“奖出限入”的贸易政策具有一致性，因而受到绝大多数国家的支持或默许，许多国家的反垄断法将出口卡特尔这种明显地限制国际市场竞争的行为予以豁免。政府实行的豁免无论是出于保护本国某种产业的需要，还是有意识的阻碍外国竞争者进入本国市场，都是扭曲市场竞争的行为，都是以牺牲国际市场上的公平与有序竞争为代价的。

政府与市场主体之间也可能并没有限制竞争行为的默契，法律上也没有明确的豁免性规定，但如果政府怠于对市场主体限制竞争行为进行管理，或者放任市场主体从事抑制其它国家的主体市场进入本国市场的行为，也会产生与政府设置市场准入壁垒同样的效果。1998 年 WTO 争端解决机构审理的柯达与富士公司之间的争议案非常典型地表现了政府与企业之间的这种关系。在这个案件中，富士公司作为胶卷生产企业，在日本胶卷市场上占有 70% 的份额，并与 4 家企业订立了长期独家供货协议。这 4 家企业因而只能从富士公司购入胶卷。这个限制竞争协议表面上是在日本国内签订的，是属于国内法的管制问题，但是，富士公司如果将这种销售方式长期地维持下去，则不仅会严重损害日本国内胶卷市场的竞争，而且也会抵制外国产品进入日本市场，日本政府向

^① 侯作前：《经济全球化背景下中国竞争法的重构》，中国私法网，<http://www.privatelaw.com.cn>，2004 年 10 月 10 日。