



同济大学 法学文丛

我国反垄断法 国际合作的模式选择

于馨淼 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



同濟大學 法学文丛

我国反垄断法 国际合作的模式选择

于馨森 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国反垄断法国际合作的模式选择 / 于馨淼著. —
北京: 法律出版社, 2012. 11
(同济大学法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4253 - 4

I. ①我… II. ①于… III. ①反垄断法—国际合作—
研究—中国 IV. ①D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 270221 号

我国反垄断法国际合作的模式选择

于馨淼 著

责任编辑 高 山
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 9.625 字数 234 千

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 4253 - 4

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引 言 001

第一章 我国现有的反垄断法国际合作模式 004

第一节 我国主要的国际合作模式及基本内容 005

一、中欧竞争政策对话机制 005

二、中美反垄断法双边合作概况 006

三、涉及反垄断法的其他双边合作 009

第二节 我国现有主要反垄断国际合作的特征 010

一、中欧反垄断双边合作特征 010

二、中美反垄断双边合作特征 014

第三节 我国现有反垄断国际合作模式存在的 问题 018

一、模式有限 018

二、反垄断法委员会角色的缺失 019

三、反垄断法国际合作与其他领域合作混同 019

第二章 反垄断法国际合作模式建构的必要性 021

第一节 限制竞争行为的国际影响 022

一、限制竞争行为影响的跨国性 022

二、企业跨国限制竞争行为对已取得的国际贸易

自由化成果产生威胁 023

三、反垄断法的多样性增加跨国企业交易成本 024

第二节 国际限制竞争行为有效规制难题 025

一、反垄断法保护利益的“本土化” 026

二、行为发生地国家竞争政策的负面外部效应 028

三、反垄断法的域外适用 028

第三节 反垄断法国际合作的优越性 042

一、反垄断法域外适用所带来的冲突 042

二、合作才是最优解 047

第四节 反垄断法国际合作的障碍与不同的合作模式 062

一、反垄断法国际合作的难点与挑战 063

二、不同的合作模式 070

第三章 实践和理论中的反垄断法国际合作模式及其优缺点 074

第一节 反垄断法的双边合作——以欧盟和美国为例 074

一、德国和美国间的反垄断法双边合作协议 075

二、欧洲委员会与美国政府之间的 1991 年和 1998 年反垄断法双边合作协议 077

三、澳大利亚和新西兰的双边反垄断法合作 104

第二节 反垄断法区域多边合作的欧盟模式——建立共同市场 110

一、统一实体法规制欧盟内部跨境限制竞争行为 111

二、建立具有跨国管辖权的统一执行机构 117

三、统一执行和成员国分散执行相结合 119

四、欧盟成员国之间反倾销被欧盟反垄断法替代过程 150

五、总结 157

第三节 反垄断法国际多边合作主要模式 160

一、世界贸易组织模式 160

二、反垄断法的多边合作的国际竞争网络模式 174

三、反垄断法国际合作的联合国贸易和发展会议模式 187

第四节 发展中国家反垄断法区域多边合作模式 197

一、安第斯共同体国家的反垄断法区域合作 199

二、南方共同市场 201

三、加勒比海共同体和共同市场框架下的反垄断法区域合作 206

四、西非国家经济共同体 212

五、东南非共同市场 221

六、亚洲国家的竞争政策合作 225

七、总结 232

第四章 我国反垄断法国际合作模式的建构 235

第一节 现有国际合作总结及其中存在的问题 236

一、反垄断法国际合作目的 236

二、现有合作模式采取的解决思路 239

三、现有合作模式无法实现国际合作的目的 244

四、现有合作模式与合作目的偏离的原因 246

五、将反垄断法合作重点放在各国国内竞争政策的结果 249

第二节 我国的选择 252

一、以解决具有域外影响的限制竞争行为有效规范问题作为国际合作的主要目的 253

二、多种模式相结合并推动具有法律约束力的反垄断法国际合作的实现 265

三、在反垄断法的国际合作中尝试一并解决其他相关问题 274

第三节 总结 285

主要参考文献 289

附 件 296

后 记 297

引 言

我国反垄断法国际合作并非开始于《反垄断法》颁布和正式实施之后,在此之前,相关国家部委已代表我国政府和一些国家或地区相应机构签署了在竞争政策和法律领域合作的双边协议或建立相应的对话机制。这些交流与合作,尤其是中欧之间的竞争政策的对话机制,无论在我国《反垄断法》起草阶段还是正式开始实施以后都发挥了重要作用。通过这些国际双边合作,一方面使我们了解了发达国家和地区在反垄断法领域的立法和执法情况,为我国《反垄断法》成文和执行打下良好的基础。另一方面,也是更重要的一点,通过这些合作渠道,外国政府和企业更加明确了我国坚决实施本国竞争政策、维护我国消费者权益和促进我国经济可持续发展的决心;相应的交流亦使其对在中国投资法律环境即将发生的转变有了合理的预期,让其可以进行相应的政策调整。所以这些开始于反垄断法颁布前的国际合作,一定程度上维护了外国在我国投资稳定性。我国《反垄断法》颁布4年后,即2011年7月,我国《反垄断法》三家执行机构和美国反托拉斯两家机构签署合作备忘录。与以往

的双边合作不同,中美之间的合作备忘录内容专门针对《反垄断法》,并原则上涉及具体案件执行中的合作问题,所以备忘录的签署也可以看作我国反垄断法国际双边合作的新阶段。同样在 2011 年,我国商务部反垄断局和欧洲委员会首次在具体的并购案件审查中,进行了双边合作。^①

虽然我国现有的、涉及反垄断法的国际合作模式在实践中发挥了重要作用,但仍存在以学习和宽泛的交流经验为主、模式有限、反垄断法特殊性在部分合作中没有得到充分重视等问题。而如何根据我国具体情况,不断完善已有合作、拓展新的国际合作,并最终建立一个合乎国情的多层次的反垄断法国际合作模式,便是与本书内容有关的项目研究力求解决的问题。

合作的目的决定了合作模式的选择,所以首先要明确我国进行反垄断法国际合作原因,即反垄断国际合作必要性问题。这里即涉及传统上或国际公认的合作原因,如如何应对各国市场的融合和企业经营的国际化导致的国际限制竞争行为以及各国反垄断法域外适用所带来的冲突。同时还涉及我国自身的国情,比如针对我国企业的反倾销调查数量已多年位居世界贸易组织成员首位,我们是否可以通过反垄断法的国际合作一并来解决反倾销对于我国国际贸易的困扰。还有一国两制框架下,《反垄断法》并不适用于港澳台,而大陆与港澳台已签署相应的自由贸易安排,如果我们的目的是使两岸三地在经济上逐步实现融合,形成一个大的内部市场,反垄断法作为市场经济的基础性规范,其有效实施保障着作为资源分配基础手段的市场的健康和可持续发展,相关合作应该在这里发挥更大的作用。在已有的实践中,那些希望

^① Commission Staff Working Paper accompanying the Report from the Commission on Competition Policy 2011, SWD(2012)141, p. 17.

建立共同市场的国家,比如欧盟^①成员国们,在构建内部市场时同样也考虑相互间的反垄断法合作,以维护共同市场的有效运转。

其次,现有的国际合作模式是建立我国合作模式的重要参考。在国际贸易自由化的大背景下,1948年国际贸易组织(ITO)尝试的失败并没有妨碍反垄断法国际合作的繁荣发展,出于不同目的、具有不同效力、在不同层面上的双边、多边合作模式不断涌现。从合作的目的角度,反垄断法国际合作模式可以分为:减少冲突的程序合作模式,比如美国和欧盟等签订反垄断法执行方面的双边合作协议;建构共同市场模式,比如欧盟成员国共同建立的欧盟反垄断法及其执行机制;以逐步消除差异为目的的经验交流模式,比如国际竞争网络等。从效力上,目前反垄断法国际合作模式可分为具有完全约束力的国际合作,典型代表为欧盟反垄断法及其执行机制;具有一定约束力的国际合作,如欧洲委员会和美国竞争机构间的双边合作协议;还有非约束力的国际合作,如国际竞争网络。欧盟在世界贸易组织中曾提出的建立国际反垄断法相关机制的建议,介于第一种和第二种合作模式之间。从涉及的主体范围角度,反垄断法国际合作可分为双边国际合作,如美国政府与其他国家或地区如欧洲委员会、日本、加拿大等存有多个反垄断法双边合作协议;多边国际合作,又分为区域性质的多边合作,如欧盟框架内的成员国间的反垄断法多边合作体系和世界范围内的多边合作,如国际竞争网络等合作模式。

本书在对现有的主要反垄断法国际合作模式进行评述的基础上,对包括上述问题在内的相关问题进行理论探讨,希望对我国反垄断法具体国际合作实践有所助益。

^① 随着欧盟的发展,其名称也几经变化,从最开始没有“欧洲联盟”(European Union),只称欧洲经济共同体(European Economic Community)等共同体,到欧盟与欧洲共同体(European Community)这样的称谓并存,再到现在几乎用欧盟替代了欧洲共同体的称谓,本文中除特殊说明外,统称欧盟。

第一章

我国现有的反垄断法国际合作模式

我国目前的反垄断法或更广义上讲竞争政策的国际合作模式,原则上以双边合作为主,而且绝大部分为我国《反垄断法》出台前已经达成的合作框架。另外,虽然我国也参与了联合国贸易和发展会议^①和亚太经合组织框架下的竞争政策合作,但由于这些合作并未形成具有广泛影响和一定程度约束力的国际协议,同时鉴于本文第三章中对这些多边合作模式进行集中讨论,因此,本部分论述将集中在我国现有的反垄断法双边合作模式。

① 比如我国商务部副部长、国际贸易谈判副代表崇泉,出席了2010年11月8日至12日,在日内瓦举行的第六次联合国全面审查《原则和规则》会议,并做了专题发言,UNCTAD, Sixth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, 25 Jan. 2011, TD/RBP/CONF. 7/11, Annex II.

第一节 我国主要的国际合作 模式及基本内容

一、中欧竞争政策对话机制

早在《反垄断法》生效前的2004年5月6日,我国商务部和欧洲委员会竞争总局(Directorate General for Competition of European Commission),就中欧竞争政策合作问题签署了《中国——欧盟竞争政策对话的框架性协定》(*The Terms of Reference (ToR) of the EU—China Competition Policy Dialogue*)(以下简称《中欧竞争政策框架协定》)^①。根据该协定的内容,中欧竞争政策对话的主要目的在于建立一个双方在该领域的协商和信息公开的永久机制,并且为了强化竞争政策领域欧盟对中国的技术和能力建设的支援^②,在此框架下,将增进双方有关目前和未来政策趋向、立法和相关问题的相互理解和认识以及促进中欧在竞争政策和立法领域上的交流与合作。

根据该协定,中欧双方将成立专门的工作组,并且每年至少举行一次对话。对话将特别关注以下事项:(1)反垄断法立法和执行,双方将就目前的形势、经验和竞争政策的立法和执行上的新发展交换意见;(2)全球化经济下的并购监管,主要探讨如何监督企业并购的问题,并就并购立法和执行交换意见;(3)设置竞争机构,双方就竞争主管机构

① 欧盟网站上相关报道:IP/04/597, Brussels, 06 May 2004; 欧洲委员会竞争局在其网站上公布了该协议英文版: <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/china.html> (最后访问时间2012年8月16日)。

② "...to enhance the EU's technical and capacity-building assistance to China in the area of competition policy."

的设立以及其对竞争的促进作用交流经验;(4)就国际竞争问题交换意见,尤其是有关国际核心卡特尔(*hard-core cartels*)交换意见;(5)交换有关公用领域自由化和国家对市场进程干预的意见;(6)就提高企业和公众对竞争和反垄断法的意识交流经验;(7)加强欧盟在技术和能力建设方面对中国在竞争政策领域的支持,其中包含了组织培训、研讨会、调研等事项。

《中欧竞争政策框架协定》基础上的我国政府和欧洲委员会具体的合作是在中国—欧盟贸易项目(*EU-China Trade Project, EUCTP*)框架下进行的,后者同样开始于2004年,一共分为三个阶段,为期15年,其中项目第一期已经于2009年12月结束。回顾中国—欧盟贸易项目第一阶段的中欧双方在竞争政策合作的实践,无论是在我国《反垄断法》起草阶段、施行的早期阶段还是在相关人员培训、经验交流包括相关重要政策和法律文件的翻译等方面,中欧竞争政策对话机制都发挥了重要的作用^①。从2010年开始,中欧贸易项目已进入第二阶段,双方在竞争政策领域的对话仍在继续,比如开始于2009年的中国—欧盟竞争政策周(*EU-China Competition Week*),每年举行两次,其作为国际认可最优实践(*best practice*)的样板,同时被欧盟竞争总局用于对其他国家相关技术支持。最近的一次是2011年11月25~30日,在北京举行的中欧竞争周活动,来自中欧政学商界的100多位人士参加了该活动。

二、中美反垄断法双边合作概况

虽然早在2008年3月^②,美国贸易和发展署(*US Trade and*

① 比较 EUCTP I 网站主页回顾:http://www.euchinawto.org/index.php?option=com_content&task=view&id=355&Itemid=82&lang=eeu (最后访问时间2012年8月16日)。

② “USTDA” Initiative Promotes US-China Cooperation towards effective Anti-Monopoly Law Implementation, available: http://www.ustda.gov/news/pressreleases/2008/EastAsia/China/ChinaAML_030708.asp (最后访问时间2012年8月16日)。

Development Agency, USTDA)就已经拨款 50 万美元给在美国的美国商会(American Chamber of Commerce in China, AmCham),用于增强在我国反垄断法发展中的对话与合作,该款项可以用于资助中国与反垄断法执行有关的高级官员访问美国或资助在中国的相关的研讨会等。美国贸易和发展署建立该项目的主要原因在于,其认为一个实施良好的中国反垄断法将有助于美国在中国的经济和商业政策目标实现。而且该项目的实施,在我国相应机构准备和采纳相应反垄断法执行条例过程中,可以给美国政府和行业提供一个与中国官员交流的平台。另外该项目同时也会培训中国官员,如何去实施中国反垄断法的规定以及可能的执行条例,以确保促进竞争秩序的结果和保障对所有市场参与者的非歧视对待^①。从这些基本情况中,我们可以看出,美国贸发署的这个项目,虽然客观上起到了促进中美反垄断法交流的作用,但从根本上讲,是通过这些交流渠道为美国政府和企业与我国的相关行政官员进行对话提供机会,影响我国反垄断法具体实施条例的制定过程,以维护美国自身的利益。所以该项目中合作只是形式,更多地是维护美国单方面的利益。

中美反垄断法执行机构的合作正式开始于 2011 年。该年 7 月 27 日,我国反垄断法执行机构,即国家发改委、商务部和工商总局和美国相应反托拉斯(Antitrust)机构,即美国司法部(US Department of Justice, DoJ)以及美国联邦贸易委员会(US Federal Trade Commission, FTC),在北京签署了《关于反垄断法和反托拉斯法合作的谅解备忘录》(以

^① “The program will also train Chinese officials on how the provisions of the AML and eventual implementing regulations are best applied to ensure outcomes that promote the competitive process and secure non-discriminatory treatment for all market participants.”

下简称《备忘录》)^①。《备忘录》中明确了双方合作的宗旨、方式、内容、工作计划以及保密要求等事项,并采用中、英文两种版本,二者具有同等效力。

根据《备忘录》中的内容,中美反垄断法相关机构间的合作,是为了在二者之间建立一个长期的合作机制,以更有效地执行各自的竞争法律和政策。双方的合作将有利于二者在该领域相关法律和政策的合理、有效实施,从而促进市场有效运行和增进本国公民经济福利(*economic welfare*)。另外,双方一致认为竞争政策和法律的有效实施制度的建立,与其他政府机构、司法机构、商业、学术界等同样密切相关,而且中美反垄断法机构间的长期合作也有助于改善和加强中美两国间的关系。

基于上述的合作宗旨和共识,中美反垄断法相关执行机构在《备忘录》中确立了两个层面的合作:一是竞争政策高层对话(*the joint dialogue at the senior official level*, 简称共同对话, *the “joint dialogue”*);二是就竞争执法和政策问题,各执行机构间的交流与合作(*communication and cooperation on competition law enforcement and policy between individual U. S. antitrust agencies and PRC antimonopoly*

^① Memorandum of Understanding on Antitrust and Antimonopoly Cooperation between the United States Department of Justice and Federal Trade Commission, on the one Hand, and the People's Republic of China National Development and Reform Commission, Ministry of Commerce, and State Administration for Industry and Commerce, on the other Hand, available <http://www.justice.gov/atr/public/international/docs/273310a.pdf> (最后访问时间 2012 年 8 月 16 日),另美国司法部网站上还公布了该备忘录的中文版,见 <http://www.justice.gov/atr/public/international/int-arrangements.html> (最后访问时间 2012 年 8 月 16 日)中国部分。

agencies)。就共同对话而言,双方约定原则上每年举行一次,而且双方均可以提议成立专题工作组讨论相关竞争政策和法律的具体问题。对于第二种形式的合作,主要是指中美相关反垄断机构在共同对话层面以外,单独进行高层或工作层面的沟通与合作。

在《备忘录》中,双方还约定了具体的合作内容:(1)相互及时通报各自司法辖区内竞争政策及执法方面的重要动态;(2)通过开展竞争政策和法律方面的活动,如培训、研讨、考察以及实习等方式,加强双方的能力建设;(3)在适当的时候,双方进行反垄断执法经验交流;(4)就竞争执法和政策事项相互寻求信息或建议;(5)就竞争法律、法规、规章和指南的修改提出评论;(6)就多边竞争法律和政策交换意见;(7)在提高企业、其他政府机构以及社会公众竞争和法律意识方面交流经验。

三、涉及反垄断法的其他双边合作

除上述双边合作外,在我国反垄断法出台前,国家工商总局及其省级部门在对外交流与合作的相关文件中已涉及反垄断法的部分内容,如1996年4月国家工商总局代表我国政府与俄罗斯政府反垄断法执法机构正式签署《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于反不正当竞争与反垄断领域合作交流协定》,并且每两年还会签署一次部门间合作谅解备忘录^①。在上述《交流协定》框架内,黑龙江省及吉林省工商局也与俄罗斯相关部门签订了相应的合作文件,即2008年6月的《中华人民共和国黑龙江省工商行政管理局和俄罗斯联邦反垄断局边境机构关于反不正当竞争、反垄断和广告监管领域交流合作纲要》和2009年2月的《中华人民共和国吉林省工商行政管理局和俄罗斯联邦反垄断局

^① 周伯华在金砖四国国际竞争大会上的主旨演讲(2009年9月),参见 http://www.saic.gov.cn/ywdt/gjil/200909/t20090911_70416.html (最后访问时间2012年8月16日)。

滨海边疆区分局关于反不正当竞争、反垄断和广告监管领域交流合作纲要》。^①除此自外,1999 年国家工商总局还代表我国政府与哈萨克斯坦政府签订了类似交流协定,同时还包括澳大利亚竞争与消费者委员会、日本公平贸易委员会、韩国公平交易委员会等。^②

这些交流与合作在我国反垄断法颁布和生效后仍在继续和加强,但从具体合作内容上来看,一方面,反垄断法律和政策领域的合作只是上述协议的部分内容;另一方面,这些合作以宽泛的学习和交流为主,具体信息交流多停留在预警或通报一方机构获得另一方国家企业在前者管辖范围内所实施的相关违法行为信息。^③所以相关双边合作本质上只是十分有限的信息交换。

第二节 我国现有主要反垄断国际合作的特征

一、中欧反垄断双边合作特征

从《中欧竞争政策框架协定》内容以及迄今为止的中欧在反垄断法领域的合作的实践中,我们可以总结出在目前中欧反垄断法问题上双边国际合作具有如下特征:

① http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdzjz/gjjl/200909/t20090927_71198.html(最后访问时间 2012 年 8 月 16 日)。

② 王晓晔:《反垄断法》,法律出版社 2011 年版,第 419 页。

③ “《合作纲要》主要包括以下内容:双方在 2009 年期间相互交换有关机构设置、主要职责范围、联系人及联系方式等信息;双方在各自职责范围内通过工作会谈、发送电子邮件等方式相互交换反不正当竞争、反垄断、广告监管领域的法律法规及相关信息,比较重大的、有另一方国家经营主体参与的不正当竞争及滥用市场支配地位的经营活动信息,由另一方国家经营主体发布的违法或虚假广告信息;各自为制止另一方国家经营主体的非法行为而将要采取的措施等。”参见:http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdzjz/gjjl/200909/t20090927_71198.html(最后访问时间 2012 年 8 月 16 日)。