

A N T I T R U S T L A W

反垄断法域外管辖冲突及其 国际协调机制研究

刘宁元 著

A Research over Conflict of Extraterritorial
Jurisdiction of Antitrust Law and Its International
Coordination Mechanisms



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

A Research over Conflict of Extraterritorial
Jurisdiction of Antitrust Law and Its International
Coordination Mechanisms

反垄断法域外管辖冲突及其 国际协调机制研究

刘宁元 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法域外管辖冲突及其国际协调机制研究/刘宁元著. —北京:北京大学出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 301 - 23199 - 9

I. ①反… II. ①刘… III. ①反垄断法 - 管辖权 - 研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 216669 号

书 名: 反垄断法域外管辖冲突及其国际协调机制研究

著作责任者: 刘宁元 著

责任编辑: 朱 彦 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23199 - 9/D · 3418

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 23.5 印张 409 千字

2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

导 言

长期以来,合作和发展一直是国家间关系的主流。在主流涌动下,与经济相关的领域呈现出两大显著特色:其一,推动国家经济增长的因素越来越具有国际性,原本局限于国家境内的经济活动和制度正在越来越广泛地冲破国界的约束,呈现出全球性影响;其二,更多国家发展经济的制度安排和运行方式趋向于市场经济体制,由集中决策向分散决策过渡,主要通过市场机制推动生产要素流动和促进资源优化配置,呈现出市场机制选择。这两大特色即经济全球化和市场机制的相互作用,构成了当代反垄断国际合作和协调的背景。

反垄断法是维护市场经济体制的根本法,它赋予消费者和生产者在平等基础上的决策主体地位,通过维持和促进竞争,推动市场要素的合理流动,调节生产和优化配置资源,保证分散的决策体制能够有序地运行。因此,实施反垄断法总是实行市场经济体制国家的不二选择。然而,历史经验表明,在实行市场经济体制的国家间,并不总能实现反垄断合作和协调,它们甚至可能觉得并无合作和协调的需要。事实上,自 1890 年美国颁布世界上第一部具有现代意义的反垄断法以来,在一个相当长的时期内,各国更习惯于仅从国内角度审视反垄断法的价值,直到一些国家陆续主张其反垄断法具有域外管辖的效力。

促使相关国家将其实施反垄断法的视角由国内向国外扩展的动因基本上是经济性的。一国经济可能受外来因素影响。但是,在 20 世纪初,这种影响被认为是微不足道的。一则因为国际贸易、国际投资的规模有限,在相关国家的经济总量中并不占有突出地位;二则因为横亘在国家间的边境措施严厉,不仅阻碍了国际贸易、国际投资的开展,而且在很大程度上阻隔了发生于一国的经济行为对另一国经济秩序的影响。这种情形在 20 世纪中期前后发生了变化。国际贸易、国际投资空前发展起来,与此相伴随的是国家间的边境措施逐步放宽,各国经济开始融合,你中有我,我中有你。这一变化引发了反垄断法的管辖范围问题。一些国家意识到,以领土为边界适用反垄断法,调整完全没有领土边界的经贸关系,或者维护完全没有领土边界的竞争秩序,是不可能达到目标的。一国反垄断法可以具有域外管辖的效力。然而,

当一国将其反垄断法的域外效力落到实处时,就打破了长期以来各国遵循的以领土为边界适用反垄断法的格局,冲突在所难免。

为避免或解决反垄断法域外管辖冲突而寻找适当的方法和途径,是国家间反垄断合作和协调的最初动因和起点。笔者认为,反垄断国际合作和协调不是凭空产生的,除前述背景外,一个直接原因就是反垄断法域外管辖冲突及其所产生的破坏性影响。所以,笔者用前两章的篇幅详尽论述反垄断法域外管辖冲突问题,研究域外管辖的国际法基础、冲突的成因及其破坏性影响等。同时,笔者认为,一些反垄断国际合作和协调的方法,如单边方法,其主要目标就是避免或解决反垄断法域外管辖冲突。但是,也应当看到,避免或解决反垄断法域外管辖冲突并不是当前反垄断国际合作和协调的唯一目标。大约自 20 世纪 90 年代开始,国家间反垄断合作和协调的动因出现重大变化。避免或解决反垄断法域外管辖冲突依然是反垄断国际合作和协调的重要目标。但是,相比较而言,一个更重要的目标是,在已建立反垄断法制的国家更加有效地实施反垄断法,在尚未建立反垄断法制的国家倡导制定反垄断法,并在此基础上构建国际反垄断法制。这个变化值得充分肯定,它说明反垄断国际合作和协调已经从消极避让走向积极应对,反对垄断、维护竞争符合各个国家的重大利益。

研究反垄断国际合作和协调,意在为反垄断法领域引入国际视角。这个国际视角告诉我们,反垄断法从纯粹的国内法开始起步,到实施时受制于他国影响,再到产生国家间的共同规则;从单边的协调规则起步,到双边的实体和程序规则,再到多边的实体和程序规则。反垄断法早已经跳出了纯粹的国内法意义。当前,反垄断国际合作和协调已获得相当成果,其中既包括能够影响各国立法和执法的共识,也包括对相关国家具有一定纪律约束的共同规则等。当我们回过头去考察这些成果的渊源时,不难发现,它们分别附着于不同的合作和协调形式,包括单边方法、双边方法、地区多边方法和全球多边方法。当前,反垄断国际合作和协调被完整地包容在这些形式之中。各种形式有其自身的历史、内容、影响、发展前景。相比较单边方法,双边方法是更高级的合作和协调形式。依此类推,全球多边方法是最高级的合作和协调形式。然而,因反垄断国际合作和协调的复杂性和渐进性,在可以预见的未来,不存在一种形式完全替代另一种形式的可能。反垄断国际合作和协调将长期维持各种形式并进和补充,国际反垄断体制也就体现在这些形式的发展成果之中。

目 录

第一章 反垄断法域外管辖的国际法基础	(1)
1.1 反垄断法域外管辖问题的缘起	(1)
1.2 建立在效果标准基础上的反垄断法域外管辖的 正当性问题	(17)
1.3 欧盟反垄断法及其域外管辖	(24)
1.4 反垄断法域外管辖的国际法基础 ——围绕国际实践发展的讨论	(37)
1.5 本章小结	(44)
第二章 反垄断法域外管辖冲突	(46)
2.1 反垄断法域外管辖冲突概述	(46)
2.2 国际法基础存疑情况下反垄断法域外管辖冲突的状况	(59)
2.3 有坚实国际法基础情况下反垄断法域外管辖冲突的状况	(79)
2.4 本章小结	(85)
第三章 单边方法在解决冲突过程中的作用 ——美国的单边自我约束实践	(88)
3.1 单边方法概述	(88)
3.2 与单边自我约束相关的判例及其评述	(95)
3.3 与单边自我约束相关的立法及其评述	(125)
3.4 本章小结	(137)
第四章 合作和协调的必由之路 ——双边方法	(139)
4.1 双边方法概述	(139)
4.2 美国推动下的双边合作和协调	(146)
4.3 欧盟推动下的双边合作和协调	(174)
4.4 双边合作和协调的实践成果及其困境	(191)
4.5 本章小结	(207)

第五章 地区多边合作和协调	(209)
5.1 地区反垄断多边合作和协调的特点和意义	(209)
5.2 欧洲国家之间的多边合作和协调	(211)
5.3 美洲国家之间的多边合作和协调	(225)
5.4 其他地区内的多边合作和协调	(250)
5.5 本章小结	(272)
第六章 探索更有效的全球反垄断体制	(274)
6.1 全球多边方法概述	(274)
6.2 经济合作与发展组织平台上的多边合作和协调	(285)
6.3 联合国贸易和发展会议平台上的多边合作和协调	(299)
6.4 世界贸易组织平台上的多边合作和协调	(322)
6.5 本章小结	(363)
本书使用的缩略语	(365)
后记	(369)

第一章 反垄断法域外管辖的国际法基础

1.1 反垄断法域外管辖问题的缘起

1.1.1 关于各国反垄断法和反垄断政策的共性和差异性

反垄断法 (antimonopoly law) 又称“反托拉斯法” (antitrust law)、“竞争法” (competition law) 等,^①指各个国家(包括地区)用以规范市场竞争关系的法律。现代反垄断法的历史一般从 1890 年美国颁行第一部反垄断法——《谢尔曼法》(The Sherman Act, 1890)算起,其间经历了数次立法热情高涨时期,先是在发达国家,然后扩展至发展中国家。中国于 2007 年 8 月 30 日,经第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过,正式颁布了《反垄断法》。该法自 2008 年 8 月 1 日起施行。截止到 2008 年,已有超过 100 个国家(包括发达国家和发展中国家)颁布施行了反垄断法,同时也就相应地建立起了反垄断法制。^②

虽然有如此多的国家颁布施行了反垄断法,但不可否认的是,这些反垄断法既有共性也有差异性。从共性角度看,应当承认,不同国家先后建立的反垄断法制有一定的传承和借鉴,这表现为不同管辖权下的反垄断法制在总体思路、政策和框架体系上具有共性;而从差异性角度看,由于这些反垄断法制分属不同的国家,它们在社会政治制度、经济发展水平、法律文化传统等诸多方面都存在差异,这些差异不可能不体现在反垄断法制层面上,特别体现在政策取向的侧重、法律规则的具体内容、执法的宽严程度等方面。比较不同管辖权下的反垄断法制虽然有很大的意义,但它是一个过于庞大的工程,且与本书论述重点不符。除在以后的论述中应时应地涉及比较外,本书仅从反垄断法的政策目标、反垄断法的规则体系和反垄断法的性质三个方面,简

① 除非另有说明,在本书中所使用的“反垄断法”“反托拉斯法”和“竞争法”等概念具有相同的含义。

② See the International Competition Network (ICN), alone, has 102 member agencies from 91 jurisdictions. Also see Sheridan Scott, Comm'r of Competition, Competition Bureau (Canada), Remarks 7th Annual ICN Conference 2 (Apr. 14, 2008), available at <http://www.icn-kyoto.org/documents/materials2/April 14 Scott Opening.pdf>.

略地论及不同管辖权下反垄断法制的共性和差异性,以期引出正文。

首先,讨论不同管辖权下反垄断法政策目标的共性和差异性。反垄断法有其自身的政策目标。回顾各国反垄断历史,为证明竞争的益处或反垄断的正当性,有三方面理由不断被提及,并被归纳为反垄断法的政策目标。这三方面理由是:提高经济效率、最大限度地满足和促进消费者权益、确保中小企业免遭垄断危害。围绕这三方面理由,不同国家的立法者、执法者和学者有太多的争论。争论是有价值的,为我们贡献了如前所述的种种政策目标的表述。争论也是激烈的,为我们展示了在不同表述下理念的差异甚至对立。如果从一个简单的角度分野所有不同的表述及其理念上的差异、对立,可以发现,其中一方面更多地关注社会政治利益,而另一方面更多地关注经济效率。社会政治因素的考虑(sociopolitical considerations or sociopolitical concerns)和经济因素的考虑(economic considerations or economic concerns)构成关于反垄断法政策目标的两种理论,也有人称之为“非经济理论”和“经济理论”。^①

非经济理论和经济理论分别从各自的角度试图赋予某一政策目标以绝对的意义,并人为地扩大了两者在理论层面上的对立。但是,这被实践证明是不准确的。从应然角度说,无论是反垄断法的制定还是实施,既不能不考虑社会政治因素,也不能不考虑经济因素。反垄断法作为调整市场经济的法律,不可能树立纯粹的社会政治目标,也不可能树立纯粹的经济目标。人们要做的不是在两者之间寻求对立,而是在两者之间寻求协调,这在事实上是可以做到的。社会大众的利益需要财富的极大丰富予以满足,而没有经济效率的提高就不会有财富的极大丰富。倡导竞争,既可以导向社会大众的利益,也可以导向经济效率的提高。由此看来,反垄断法的社会政治目标和经济目标是可以被解释得并行不悖的。但是,从实然角度说,不同国家在政策取向上确实会有所侧重,反垄断法关于提高经济效率、最大限度地满足和促进消费者权益、确保中小企业免遭垄断危害这三方面政策取向在实施法律过程中往往不能自然协调。例如,在美国和欧盟反垄断当局针对 GE/Honeywell Case 作出相反的结论后,作为美国最主要的反垄断执行机构的司法部(Department of Justice, DOJ)认为,双方之间的根本差异在于政策取向不同,美国在针对该合并案进行审查时的政策取向是经济效率,而欧盟在审查此案时的

^① See E. Thomas Sullivan and Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure*, Michie Contemporary Legal Education Series (Fourth Edition), pp. 10—18.

政策取向是更关注社会政治目标。^①

应当说,反垄断法政策目标的分析是展现不同国家反垄断法协调性的一个绝好窗口,其中宏观的共性和微观的差异性表现得十分微妙。概略分析不乏共同语言,诸如都表现出对市场机制的选择、对竞争的追求、对经济效率的强调、对消费者权益的尊重等,但具体分析时往往因轻重缓急而得出截然相反的结论。

其次,讨论不同管辖权下反垄断法规则体系的共性和差异性。反垄断法包含一系列的实体规则和程序规则。作为反垄断法的实体规则,旨在规制各种类型的反竞争行为。围绕实体规则,各国反垄断法通常分为若干个制度系统,每个制度系统针对一个大类的反竞争行为。通观各国反垄断法,有三个制度系统是不可或缺的,表现为共性:其一,垄断协议规制系统,或称“卡特尔(cartel)规制系统”。该制度系统旨在规范限制性协议、决议或者协同一致的行为(可以统称为“协议行为”),防止市场主体通过协议行为损害竞争、形成垄断。其二,滥用市场支配地位(abuse dominant market position)规制系统。该制度系统旨在对拥有市场支配地位企业的行为进行规范。根据各国的实践做法,企业拥有市场支配地位无可厚非,但滥用此种支配地位损害竞争或者图谋垄断应当被禁止。其三,合并(merger)规制系统,或称“集中(concentration)控制系统”。该制度系统旨在通过规范企业之间的合并、股权收购、联营等行为,控制市场集中程度,从而预防垄断、维护竞争。

但是,在上述三个制度系统之外,有些国家有特别的制度系统,表现出差异性。例如,有些国家将与垄断相关的不正当竞争行为纳入反垄断法管制,如美国《联邦贸易委员会法》(the Federal Trade Commission Act, 1914)第5条、日本《反垄断法》第五章等所规范的行为,在实践中可能超出以上三个制度系统所规范行为的范围。针对这些行为,有学者将其作为以上三个制度系统的例外,或者作为一个单独的制度系统,称为“不公平交易方法制度系统”。^②又如,有些国家将政府及其行政机关的限制竞争行为纳入反垄断法管制,如中国《反垄断法》第32条规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。”这又构成一个新的制度系统,

^① See William J. Kolasky, Address Before the George Mason University Symposium: Conglomerate Mergers and Range Effects (Nov. 9, 2001), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.pdf>.

^② 参见孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第9—10页;曹士兵:《反垄断法研究》,法律出版社1996年版,第52—55页。

或可称为“行政垄断制度系统”。

当然,围绕制度系统进行比较过于粗放,其中的共性远远大于差异性。然而,如果将审视的眼光聚焦到具体行为规则或行为构成,差异性就可能有所放大,甚至可能大到在一国管辖权下得出的结论让另一国管辖机关无法理解。

作为反垄断法的程序规则,旨在规范反垄断机构及其运作程序。各国反垄断法程序规则的共性也是有目共睹的,包括:建立或指定反垄断行政执法机构,将反垄断案件纳入司法机构审理;区别反垄断行政执法程序和司法程序;规范行政管辖权和司法管辖权;建立行政执法中的合并申报审查程序、调查程序、审判程序、执行程序等。但是,相对而言,各国反垄断程序规则的差异性要远远大于实体规则的差异性。这种差异可能存在于程序模式上,如美国采用法院和反垄断专门机关共享管辖权体制,即私人原告欲寻求反垄断法救济时,既可以选择向法院提起诉讼,也可以选择向反垄断专门机关提出控告;而日本采用法院和反垄断专门机关区分管辖权体制,该体制要求私人首先向反垄断专门机关控告,再以控告结果为基础向法院提起诉讼。这种差异更多地体现在程序规则的内容、标准、要求、前后次序、效力等方面,不同的法律文化和传统在程序问题上打上了深深的烙印。

最后,讨论不同管辖权下反垄断法性质的共性和差异性。无论在任何国家,反垄断法都是维护市场经济体制的纲领性法律,它以提高经济效率和国民物质生活水平作为宗旨,以自由贸易和公平竞争作为原则,以维护市场竞争秩序作为指南,将私人利益置于公共利益之中,并主要以国家力量推动法律的实施。一言以蔽之,反垄断法属于公法范畴。反垄断法的公法属性是不同管辖权下的反垄断法在性质上的共性,这一点是毋庸置疑的。正是这种公法属性决定了反垄断法在体现的意志上有强烈的主权倾向,它在处理本国利益和他国利益的关系时更容易导致对抗性,在救济方法上更加偏重于惩罚性的方式,在适用范围上更加强调属地适用原则等。当然,不同国家的反垄断法在性质上也有差异性,如反垄断法的刑法和非刑法性质问题。有些国家的反垄断法的刑法性质很强。如美国的《谢尔曼法》和《克莱顿法》(The Clayton Act, 1914),属于刑事立法范畴,违反这两部法律的责任被直接以“刑事责任”相称。虽然没有确切的统计,但每年 DOJ 根据《谢尔曼法》和《克莱顿法》追究被告刑事责任的并不在少数。大多数国家的反垄断法基本没有刑法性质。如中国的《反垄断法》,在第七章“法律责任”中虽也能看到“追究刑事责任”的字样,但需要另外根据《刑法》追究,而《反垄断法》本身,除却少量民事责任的规定外,主要以行政责任为主。不过,反垄断法在性质上的差异性并

不会对其公法性质有任何弱化,反过来还会加强其公法性质。

前文提及,笔者开卷就点到各国反垄断法和反垄断政策的共性和差异性,用意并不在于深入讨论该问题,而是从典型的方面,用简短的论述得出一个结论,即这种共性和差异性是存在的。由此结论推衍开去,各国反垄断法和反垄断政策的共性是国家间进行合作和协调的基础,而各国反垄断法和反垄断政策的差异性是国家间产生冲突的根源。

1.1.2 反垄断法域外管辖问题

反垄断法域外管辖(extraterritorial jurisdiction of antitrust laws)也可称为“反垄断法域外适用”(extraterritorial application of antitrust laws),指一国在自己国家领土外行使其反垄断法的管辖权,即一国将其反垄断法适用于调整位于或发生于其境外的人、财产和事件。

管辖权属于国家在立法、行政和司法方面的主权权利,既牵涉到每个国家的国内法,也牵涉到国际法。一般而言,国内法规定国家在事实上行使它的管辖权的范围和方式,而国际法规定国家可以采取各种形式的管辖权的可允许限度。^①一方面,每个国家在规定和行使它的管辖权时有相当的自由裁量权,即从其主权利益出发,自主决定希望将哪些人、财产和事件纳入自己法律的调整范围;另一方面,每个国家在行使它的管辖权时又不能不顾及国际法上的禁止性规则,避免因其管辖权的行使而损害其他国家的主权权利,从而引起严重的国际争端。

由反垄断法的公法性质可以推导,反垄断法域外管辖或者域外适用不是一个可以当然成立的命题。因为虽然从每个国家自身利益出发,“将其反垄断法适用于调整位于或发生于其境外的人、财产和事件”是一个可以更多体现自身利益的选择,但这种选择是否受到国际法规则的禁止或者限制是一个首先应当考虑的问题。在当今国际法的框架内,建立在如下原则基础之上的国家管辖权通常被认为符合国际法的规定:其一,属地管辖原则或称“领土管辖原则”,即每个国家对位于或发生于自己国家领土内的人、财产和事件都有立法、行政和司法管辖权。这是建立在国家属地权威基础之上的管辖权,它直接与国家主权相连接,历来受到极大尊重,可以适用于十分广泛的范围,也

^① 参见〔英〕詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第一卷·第一分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第327页。

较少受到来自于其他权威的限制。^①其二,属人管辖原则或称“对身处国外之本国国民(包括自然人、法人,下同)的管辖权”,即每个国家可以在其领土内对其在国外旅行或居住的本国国民行使管辖权。这是建立在国家属人权威基础之上的管辖权。在一定的范围内,这种属人管辖权应得到尊重。但是,在实践中,当一国行使属人管辖权时,往往会与另一国的属地管辖权相重叠。除非它们能够通过条约或者实践认同很好地处理这种关系,否则属人管辖权应当让位于属地管辖权。可见,属人管辖权的行使受到较多的约束。^②其三,保护性管辖原则,即每个国家在自身安全受到来自于严重犯罪的侵害时,有行使管辖的权力,而不论犯罪行为是否在其领土内发生或犯罪者是否为本国国民。一国在保护性原则下行使管辖权时,虽然不至于受到来自他国属地管辖和属人管辖的限制,但其适用范围是有限的,通常适用于威胁国家政治或军事安全、损害国家公共卫生、伪造国家流通货币、违反国家移民法律等罪行。当一国任意扩展保护性管辖的适用范围时,常常遭到其他国家的抵制。其四,普遍性管辖原则,即对于被整个国际社会严重关切的属于国际性质的罪行,如海盗行为、恐怖主义行为、战争罪行、严重侵犯人权的行为、劫机行为、种族隔离行为等,不问犯罪行为地、罪犯国籍国或居住国,每个国家都有当然的管辖权。普遍性管辖的适用范围是十分有限的,其效力并不比属地管辖、属人管辖和保护性管辖更高,它通常被认为是后者的补充,^③旨在确保国际社会对严重国际罪行的追究。

那么,反垄断法域外管辖应当以上述哪一个或哪几个原则作为其国际法基础?这需要我们有针对性地一一考察、分析。首先,考察普遍性管辖原则是否可以作为反垄断法域外管辖的国际法基础。这是一个十分容易回答的问题。普遍性管辖原则虽然赋予所有国家对有关事项的管辖权力,但其适用范围十分狭窄。即普遍性管辖只能针对被国际社会严重关切的国际罪行,这种罪行可以通过多边国际条约或者国际社会共同实践确认。但是,违反一国

① 国家的属地管辖权虽然有普遍的效力,但它在国际法的框架内不是无限制的。例如,国际法给予每一个国家以主要为国家本身、国家元首、外交使节、军舰、军队等豁免于当地法律强制执行的权利;在征收捐税方面,如果外国人仅仅暂时在内国停留,内国也无权对他们征收捐税等。另外,如果他是根据保护性原则或普遍性原则行使管辖权的,那么属地管辖权并不是一个充分的对抗。

② 各国对其身处国外的本国国民行使管辖权的范围有所不同。一个普遍的现象是,国家间对民事法律的认同感大大高于对刑事法律的认同感。因此,一国在民事法律领域对其身处国外的本国国民行使管辖权时受到较少的约束,而它在刑事法律领域对其身处国外的本国国民行使管辖权时就会受到较为严格的限制,在公法领域也是如此。另外,国际法虽然不禁止一国对其身处国外的本国国民在国外的行为、财产进行立法调整,但该国实施其法律的权力却在很大程度上取决于其国民是否回国或在本国领土内是否有可以执行的财产。

③ 参见曹建明、周洪钧、王虎华主编:《国际公法学》,法律出版社1998年版,第611—614页。

反垄断法的行为既不能说“被国际社会严重关切”,也不能说是“国际罪行”。因此,普遍性管辖原则不能作为反垄断法域外管辖的国际法基础。

其次,考察保护性管辖原则是否可以作为反垄断法域外管辖的国际法基础。应该承认,在保护性管辖原则和反垄断法域外管辖之间有一定的关联。例如,保护性管辖原则是针对一个国家的安全利益的,而一国反垄断法可以被认为体现了该国的安全利益,特别是经济安全利益。当发生违反该国反垄断法的行为时,就可能损害体现在该国反垄断法中的安全利益。正因为如此,在理论和实践层面,不是完全没有以保护性管辖原则作为反垄断法域外管辖国际法基础的议论。但是,笔者以为,这种议论过于牵强。其一,到目前为止,适用于保护性管辖的行为均为严重的刑事犯罪行为,而违反反垄断法的行为虽然不能断然说它不是刑事犯罪,但除美国等少数国家外,它主要还是非刑事的违法行为,被追究行政和民事责任;即使在美国等少数国家,违反反垄断法的行为也不是纯粹的刑事犯罪行为,大多数行为还是介于刑事犯罪和非刑事违法之间,如何定性在很大程度上取决于当事人的主观恶意。其二,适用于保护性管辖的行为主要是直接针对国家的犯罪行为,如颠覆国家政权、破坏国家军事设施、伪造国家货币等;而违反反垄断法的行为虽然不能说不涉及国家安全和公共秩序,但断然不能说它是直接针对国家的。客观地说,一个市场主体限制竞争或者图谋垄断,其目的均是获得经济利益。它的行为可以直接针对一个私人或几个私人、一个公司或几个公司,但不可能直接针对国家。其三,也是受到上述几方面的影响,在国际上缺乏以保护性管辖原则作为反垄断法域外管辖国际法基础的共识。这一点可能是决定性的。在国际法领域,一种主张可能有较少的理由,也可能有较多的理由,关键在于这一主张是否能够在国家间取得共识。事实已经证明,一种主张就是有再多的理由,如果不能在国家间取得共识,也是枉然。到目前为止,世界各国主张其反垄断法域外管辖已经是很普遍的现象。但是,在论及其国际法基础时,几乎没有任何国家提及保护性管辖原则。也就是说,只有少数学者将保护性管辖原则与反垄断法域外管辖结合起来议论,而在国家或代表国家出面的正式场合,尚未见将两者结合起来进行的论证,更谈不上以保护性管辖原则作为反垄断法域外管辖的国际法基础。

再次,考察属人管辖原则是否可以作为反垄断法域外管辖的国际法基础。这是一个较为复杂的问题。显然,属人管辖原则与域外管辖密切相关。假定一国主张其法律可以适用于身处国外的本国国民,并及于他们位于国外的财产或发生于国外的行为,这是典型的法律域外管辖,并且由于在国家的属人权威范围之内,通常不为国际法所禁止。因此,在一般意义上,属人管辖原则可

以作为一国法律域外管辖的国际法基础。但是,问题没有如此简单,须知:以属人原则为根据的反垄断法域外管辖和反垄断法的域外管辖之间有极大的差别;法律的域外管辖和反垄断法的域外管辖也完全是两回事。以下分别论之:

第一,讨论以属人原则为根据的反垄断法域外管辖和反垄断法的域外管辖问题。前文述及,以属人原则为根据的反垄断法域外管辖是指一国将其反垄断法适用于身处国外的本国国民,并及于他们位于国外的财产或发生于国外的行为。即使我们假定它是符合国际法的,也会发现这种假定的覆盖面过于狭窄,或者说这种假定还没有触及反垄断法域外管辖最为本质的问题。全面考察导致反垄断法域外管辖发生的事实根源,不难发现,它可能是来源于本国国民在国外的行为,也可能是来源于外国人在国外的行为。对于前者,我们可以用属人管辖原则解释;对于后者,我们就无法用属人管辖原则解释了,而后者又恰恰是反垄断法域外管辖最为敏感、最为实质和最为棘手的问题。如此看来,即使我们假定属人管辖原则是反垄断法域外管辖的国际法基础,也是极不全面的,更何况这个假定是否能够成立尚有疑问。

第二,讨论法律的域外管辖和反垄断法的域外管辖问题。不难看出,两者之间是有区别的,前者是泛指,后者是特指。泛指往往不甚精确,在法律所涉各种类别中,只要有一类域外管辖能为属人原则所支持,结论就可以成立。国家民事立法的属人性效力理所当然支持其域外管辖,所以“属人管辖原则可以作为一国法律域外管辖的国际法基础”这一结论虽然不是很精确,却是可以成立的。然而,特指时就没有如此变通,因为属人管辖原则有其被限制的适用范围,具有公法性质的反垄断法似乎并不在属人管辖原则的支持之列,所以“属人管辖原则可以作为一国法律域外管辖的国际法基础”并不能推导出“属人管辖原则可以作为一国反垄断法域外管辖的国际法基础”,最起码不能被纯粹地理解。

在国际法上确立属人管辖原则由来已久,但它在反垄断法的域外管辖和适用方面似乎少有作用,或者更确切地说,不起决定性作用。美国三级法院早期审理 *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 案(以下称“*Banana Case*”)所形成的一些认识,^①能够较好地说明国家层面在这方面的实践。

Banana Case

本案原告 *American Banana Co.* 是一家在亚拉巴马州注册的美国公司,成立于1904年。本案被告 *United Fruit Co.* 也是一家美国公司,注册在新泽西

^① See *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

州,成立于1899年。在原告尚未成立之前,被告就一直致力于在香蕉贸易领域防止竞争,意图控制或垄断香蕉供销市场。为此,被告采取了一系列手段,包括购买它先前主要竞争者的资产或生意,限制这些竞争者恢复生意或与其他人签订合同,规定它们的贸易数量和销售价格,为控制竞争者而获取它们的控股权等。出于同样的目的,被告通过出资持股与其他合作伙伴组建了一个联合销售公司,该公司以协议的方式将所有经固定价格的香蕉出售给合作伙伴。通过以上种种方法,被告垄断和限制了香蕉市场的贸易,并一直维持着极不合理的香蕉价格。然而,1903年,一个叫 McConell 的商人在巴拿马(当时属于哥伦比亚的一部分)建立了一家香蕉种植园,同时开始修建一条便于将香蕉由当地出口到美国的铁路。虽然 McConell 的上述举措符合哥伦比亚的法律,却引致被告不安。被告向 McConell 发出通知,给予其两种选择:或者与被告合作,或者立即停止所有的工程。两个月后,受被告唆使,在巴拿马官员向其中央政府(哥伦比亚)建议下,McConell 所建铁路需经过的一片土地(依据条约进行的仲裁,该片土地已被判给了哥伦比亚)被交由哥斯达黎加政府管理。1903年9月,因被告的引诱,哥斯达黎加政府开始干涉 McConell 的工程。同年11月,巴拿马发生革命并成为独立的共和国,同时根据前述仲裁裁决宣称了自己的领土边界。1904年6月,原告根据巴拿马法律买下了 McConell 的工程(种植园和铁路),并继续进行建设。然而,同年7月,受被告唆使,哥斯达黎加士兵和官员占领了一部分种植园,没收了向种植园供应的货物,强行停止了种植园和铁路建设。8月,一个叫 Astua 的人通过一个片面的(ex parte)法庭程序,从哥斯达黎加法院获得了一个判决。尽管原告认为根据哥斯达黎加法律,该法庭程序并不在其法院的管辖权范围之内,Astua 还是根据判决宣称种植园是属于他的。紧接着,被告的代理人从 Astua 手中买下了种植园的土地所有权。原告曾试图劝说哥斯达黎加政府从种植园中撤出士兵,也曾试图说服美国政府出面干预,但均因被告的阻挠而未能成功。哥斯达黎加政府仍然占领着种植园,并维持着判决的效力。

作为被告行为的结果,原告被剥夺了对种植园和铁路的使用权,种植园和货物供应都受到极大损害。另外,被告通过出高价排挤市场上的采购商,强迫生产商与自己进行交易,阻挠原告为了出口和销售而进行采购等,实质性地损害了原告的利益。据称,尽管尚未付诸实施,被告还计划通过向原告雇员提供职位、解雇或威胁解雇原告拥有股权的企业的职工等方法,迫使这些雇员离开原告,以进一步打击原告。对以上所有这一切,原告断言,即使被告与哥斯达黎加政府合谋而予以否认或无视,仅被告的恶意共谋和原告因该共谋而被排挤出市场这一点,即足以在美国法院提起诉讼。

原告根据《谢尔曼法》，在美国法院提起三倍赔偿诉讼。原告的诉讼因大致相同的理由最终被美国地区法院、巡回法院和最高法院驳回。^①

Banana Case 作为否定反垄断法域外管辖的成例，在后来的发展中总是被提及。但是，笔者现在以此举例，却是针对属人管辖原则在反垄断诉讼中的作用。本案原被告双方均是美国公司，无疑在美国法律的属人权威之下。但是，美国三级法院均驳回了原告的诉讼。其中的理由当然也涉及外国政府的行为，而同样重要的一个理由是本案的行为发生在另一个主权国家的管辖范围之内，如果美国法院主张管辖权，势必产生属人管辖和属地管辖的重叠，这在公法或刑法领域是十分敏感的。Banana Case 并非完全不考虑属人管辖原则，只是强调了属人管辖和属地管辖重叠时，属人管辖权应处于自我约束地位。美国最高法院的 Holmes 法官代表多数发表意见称：虽然在美国司法历史上出现过一些特殊的情形，如一国可以在一定程度上根据“传统属人主权”的概念（the old notion of personal sovereign），将本国公民之间的一些法律关系置于本国法律的管辖之下，但那通常是因为这些法律关系发生于任何主权国家可以管辖的地域之外，如公海，或者是因为没有被文明国家承认的任何法律可以适用于这些法律关系；而如果一国不顾客观存在的他国的属地管辖权，一味适用自己的而不是行为发生地的法律，不仅是不公正的，也是对行为发生地国家主权的侵犯。

最后，考察属地管辖原则是否可以作为反垄断法域外管辖的国际法基础。这是一个十分复杂的问题。从表现上看，属地管辖原则不仅不支持反垄断法的域外管辖，而且它本身就是作为反垄断法域外管辖的否定原则提出的。^② 反垄断法属地管辖、属地适用是 Banana Case 的基本观点。Holmes 法官陈述道：在没有得到哥斯达黎加政府同意之前，其士兵和政府官员的行为在美国法院是不可诉的；原告诉称的种植园及其资产的损失直接根源于哥斯达黎加政府的行为，哥斯达黎加政府正在根据当地的法律剥夺原告诉称的利

^① 原告首先在纽约州地区法院提起诉讼。纽约州地区法院于 1908 年 3 月作出驳回原告诉讼的判决。该判决的主要理由是：原告的指控主要针对哥斯达黎加政府，因此美国法院没有管辖权。See 160 Fed. Rep. 184. 之后，原告向美国第二巡回法院提起上诉。第二巡回法院于 1908 年 12 月作出维持原判的判决。该判决的主要理由是：造成原告损害的行为是一个外国国家所为，而不是被告所为，美国法院无权调查一个外国主权国家行为的合法性。See Circuit Court of Appeals, 166 Fed. Rep. 261. 因原告不服，该案又被诉至美国最高法院。最高法院于 1909 年 4 月作出维持原判的判决。该判决的主要理由是：原告诉称的共谋发生在另一个国家管辖范围内，且该共谋在其发生地是合法的。See *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

^② 更进一步，可以说，属地管辖原则是作为一切法律域外管辖的否定原则提出的。