

贸易自由化

海外并购与研发能力的提升

MAOYI ZIYOUHUA
HAIWAI BINGGOU YU YANFA
NENGLI DE TISHENG

胡峰 等著



图书在版编目 (CIP) 数据

贸易自由化海外并购与研发能力的提升 \胡峰等著 . 太原市：
山西经济出版社 , 2011. 03
ISBN 978-7-80767-393-4

贸易自由化海外并购与研发能力的提升
胡峰 等著

【出版发行】 太原市：山西经济出版社 , 2011. 03

【ISBN号】 978-7-80767-393-4

【页 数】 194 ; 23cm

【原书定价】 42. 00

【中图法分类号】 F832. 6; G322. 1 (经济 > 财政、金融 >
金融、银行 > 中国金融、银行 > 汇兑、
对外金融关系)

【参考文献格式】 胡峰等著 . 贸易自由化海外并购与研
发能力的提升 . 太原市：山西经济出
版社 , 2011. 03.

目录

第一章 贸易政策与竞争政策协调途径探讨	1
第一节 贸易与竞争关系概述.....	1
第二节 协调贸易政策与竞争政策的组织平台.....	3
第三节 贸易政策与竞争政策的协调模式.....	6
第四节 WTO 框架内关于竞争政策多边协议的协商现状.....	8
第五节 协调贸易政策与竞争政策的适宜途径.....	12
第六节 跨国并购中反垄断风险的规制：国际经验与中国的对策.....	15
第二章 跨国并购理论研究综述——模式选择、动态学习和价值创造的视角	24
第一节 基于投资模式选择的跨国并购研究.....	24
第二节 作为动态学习过程的跨国并购研究.....	29
第三节 作为价值创造战略的跨国并购研究.....	35
第三章 贸易自由化、研发与跨国并购关系的博弈分析	39
第一节 转型国家的跨国公司海外投资模式选择的决策过程.....	39
第二节 贸易自由化、国际竞争与最优并购政策选择的博弈分析.....	42
第三节 贸易自由化中跨国并购政策的冲突与协调.....	47
第四节 跨国并购与研发关系的模型分析.....	52
第四章 研发投资的国际化趋势与中国的海外研发投入	55
第一节 国家创新体系中的研发国际化.....	55
第二节 国际研发投入中的区位选择的决定因素.....	59
第三节 跨国研发投入的模式选择.....	64
第四节 发展中国家跨国公司对外直接投资的战略目标.....	69
第五节 中国企业海外研发投入：动力机制、效用与政策.....	73
附录	83
附录 1 发展中国家对外直接投资中的政策博弈.....	83
附录 2 StudyontheDivisionand.....	87
附录 3 中国企业海外并购的特点及公共政策支持.....	93
附录 4 国际研发投入中的东道国投资促进政策的选择.....	97
附录 5 东道国吸引跨国研发投入的公共政策选择.....	104
附录 6 国际投资协议中的研发议题.....	111

第一章 贸易政策与竞争政策协调途径探讨

第一节 贸易与竞争关系概述

WTO 推动的关税减让谈判使世界贸易朝着自由化的方向迈进了一大步，但世界贸易离自由化的目标还有很长一段距离。除了政府间的关税和非关税壁垒对国际贸易构成障碍外，越来越多的企业限制竞争行为成为了阻碍国际贸易的阴霾，比如限制竞争的协议或协调行为，占市场支配地位的企业滥用其优势地位，以及大规模的企业合并导致过度的经济集中等。这些私人的限制竞争行为原本由各国竞争法所调整，但是由于它们的影响跨越国界，引起国家间利益冲突，因此，如何协调各国竞争法律规则尤其是竞争与贸易的关系已成为备受 WTO 这样的国际经济组织以及各国学者关注的议题。

一、竞争政策与竞争法

本研究所讨论的贸易与竞争之间的关系，实际上是体现为各国和国际社会有关贸易与竞争政策或法律规则之间的关系。因此，必须对竞争政策与竞争法之间的关系有明确的界定。在理论上，广义的竞争政策是指放宽经济管制、促进竞争自由公平和市场开放的所有政策，它包括旨在针对私人企业和国有企业反竞争行为的政策性法规和政府制定的相关贸易政策。狭义的竞争政策仅仅指有关企业反竞争行为的法律和政策，主要是指反垄断意义上的政策。但竞争政策又不同于竞争法或反垄断法。竞争法或反垄断法仅是竞争政策的一个组成部分，一般是指狭义的竞争政策，如一国内实施的竞争法或反垄断法。反垄断法通常是一国竞争法的核心。而我们通常说的竞争政策内容更广，除了狭义的竞争法或反垄断法外，还包括如国民待遇、最惠国待遇、对国有企业的私有化措施，解除垄断行为，反倾销、反补贴等政府实施的支配和确定市场经济自由、开放的政策。从国际角度而言，一国竞争政策的状况包括一国内的竞争法、双边竞争协定以及该国参与的多边国际条约。因此，竞争政策不同于竞争法主要在于：前者既涉及企业行为也涉及政府行为，主要体现在双边协定或国际条约中。后者仅涉及企业行为，主要由一国内法体现。所谓贸易政策与贸易法之间的关系也是如此。本研究的竞争政策是指广义上的竞争政策，竞争法或反垄断法是指狭义上的竞争政策。在不致引起误解的特定情况下，本研究将竞争政策与竞争法律规则，贸易政策与贸易法律规则等同使用。

二、竞争政策与贸易政策存在相互补充的一面

各国的竞争政策与贸易政策有着相同的经济目标，它们都旨在消除市场竞争能力的障碍，确保市场的开放和有效竞争，进而实现资源的最佳配置以提高生产效率和全球福利。在市场开放、有效准入、有序竞争等这些契合点上，竞争政策与贸易政策是同等重要和相辅相成的关系。无论是政策的制订还是政策的实施，这两种政策之间都存在着相互作用、相互依赖的

关系。

1.自由贸易政策对竞争政策有补充的作用。

竞争政策的主要目的在于，在各个国家的国内市场上防止私人企业通过单独或集体的力量以高于正常价格的价格销售产品或服务，进而实现保护消费者的最终目的。通过消除贸易壁垒形成一个高度开放、高度竞争的市场，可以限制私人形成垄断力量来实施限制性的商业行为，这说明自由贸易有利于竞争政策目标的实现。

WTO 贸易和竞争政策工作小组就认为，竞争政策与国民待遇和最惠国待遇原则之间有内在的联系，竞争政策为解决一些否定外国竞争者平等竞争机会的歧视政策提供了一种武器，国民待遇和最惠国待遇原则折射和强化了竞争政策的宗旨，即保护竞争而不是单个的竞争者。在可能的多边框架中适用国民待遇和最惠国待遇的原则的范围，应包括适用竞争法律和竞争政策，不要扩大产业或者相关的发展政策，并保证这些法律和政策不包括基于国家的歧视条款。随着全球化和国际竞争的加剧，政府将面临采取一定竞争政策（如国家产业政策）为国内企业提供更优惠条件的压力，在竞争政策领域实施 WTO 国民待遇原则将会帮助政府抵制这样的压力。

2.自由贸易目标的实现也需要竞争法律规则的辅助。

如果某个国家只注意开放市场，而没有竞争法来管制私人肆意实施的反自由公平竞争的限制行为，自由贸易将从根本上无法实现。竞争法可以确保多边贸易体制在消除政府贸易壁垒方面取得的成果不被私人反自由公平竞争的行为所侵蚀。

3.贸易政策与竞争政策都会在一定程度上体现出对其他公共政策目标的平衡。

在贸易政策中，经常出现为实施保护人类、动物、植物的生命或健康、保护可耗尽自然资源的必要措施及保护基本的安全利益所必需的措施而允许偏离自由化途径的条款在竞争政策和竞争法领域经常出现的部门豁免现象，与贸易政策一样，同样反映了一种公共政策。

传统的贸易政策着重于消除贸易所面临的政府障碍，而竞争政策可以解决贸易所面临的私人障碍。从自由贸易的市场准入意义上来看，倡导市场开放的竞争规则与倡导贸易自由化的贸易规则事实上是一对孪生兄弟，因为仅仅消除国际贸易的政府障碍仍然不能达到确保贸易自由的目标，原因在于贸易法规目前尚不能有效地规制私人反竞争行为。可见，竞争法是贸易法的有力补充。GATS 下的基础电信服务协议就是贸易政策和竞争政策的目标相互强化的最好范例，该协议应用贸易政策和竞争政策两方面的方法和概念，既涉及政府措施，也涉及私人措施，不仅涉及边境上的措施，而且涉及边境后的措施。

三、贸易政策与竞争政策存在相互冲突的一面

贸易政策与竞争政策也有相互冲突的一面，这根源于两者规制的重点在不同的领域，承担着不同的职责。贸易政策关注“边境上”的措施，这些措施可以或确实扭曲贸易流向。贸易谈判集中于“边境上”措施的自由化，即获得市场准入。竞争政策则关注“入境后”的竞争状况，竞争当局的管辖权传统上限于国内市场具有反竞争效果的行为。具体而言，这种冲

突体现在下述方面：

1. 贸易政策注重生产者利益，而且更多地受到特殊利益集团的影响，竞争政策则集中于企业行为对消费者福利的影响。贸易政策保护竞争者，竞争政策则保护自由公平竞争本身。

2. 竞争政策在适用时，更易于给予本国生产者和消费者额外的重视，而忽视其他国家消费者的利益。另外竞争政策有时包含生产者导向的目标，如保护小企业或追求国家产业政策。

3. 竞争政策强调个别市场的实际竞争问题，而贸易政策着重保护竞争机会意义上的潜在竞争问题，力图通过保护竞争机会而非某些具体市场的竞争本身来寻求获得更为广泛意义和全球角度的效率，这一不同可能导致在贸易政策术语中市场的定义比在竞争政策分析研究中更广。

4. 市场准入问题的冲突。竞争政策与贸易政策的交汇集中表现在市场准入问题上。“随着多边贸易体制的有效运行，政府性贸易壁垒如海水退潮般不断减少，私人反竞争行为也就像暗礁一样暴于水面并开始逐步取代政府行为成为边境上阻碍贸易的重要力量。”私人反竞争行为对贸易的限制和扭曲作用开始从先前的不被关注变为越来越受重视。换言之，私人反竞争行为已经成为贸易的市场准入的严重障碍。由于没有全球统一规则的指引和类似 WTO 那样的全球性国际组织的管理，个别国家的竞争政策往往不能有效管理甚至纵容某些反竞争性质的商业行为，此类影响贸易的市场准入主要包括出口卡特尔、进口卡特尔和国营贸易公司的行为。竞争政策与自由贸易体制之间的冲突不能简单地归因于私人，政府常常是背后的 supporters，至少纵容了私人的反自由公平竞争行为，这也决定了解决竞争政策与多边贸易体制之间的冲突的复杂性和困难性。

总之，为了巩固多边贸易谈判所取得的成果，维护多边贸易体制的有效运作，使自由贸易与竞争政策形成相互促进的良性体制，国际社会有必要深入研究贸易与竞争政策的相互关系，努力探索协调贸易政策与竞争政策的方法和途径。

第二节 协调贸易政策与竞争政策的组织平台

在国际层面上，发展国际竞争法律和政策的平台主要有三个：首先，经合组织（简称 OECD）一直在进行竞争法律和政策方面的研究，研究最佳的执行准则；其次，影响力最大的 WTO 正在涉足竞争领域，并通过不断努力以至最终可能制定比 TRIPS 协议更具说服力真正意义上的国际竞争法律规则；最后，国际竞争网络（简称 ICN）正在取代经合组织发挥越来越大的作用。

一、OECD

OECD 多年来一直有一个竞争委员会。该委员会以经济效益和繁荣为目的，向政府提供控制市场势力的最适当的政策和建议。该委员会经常性地召集各国竞争机构代表，多年来一直充当讨论政策的论坛、进行经济研究的组织的角色。

在委员会研究的基础上，OECD 多年来一直发表关于产品市场竞争、特定国家经济运行、

国家竞争机构、行业监管等方面权威性报告。OECD 的研究和竞争委员会的讨论在对成员国接受 OECD 技术援助的国家形成竞争观念上起到很大作用。尽管出现 ICN 后，OECD 不再是进行国际、国家竞争政策讨论的主要场所，OECD 仍然是在 ICN 或 WTO 内部引发类似讨论的智囊团。国际竞争和最佳执行原则讨论的论坛性组织的存在，以及相关政策的发表使得多方参与大范围议题的讨论成为可能。OECD 也继续技术援助项目，据 OECD 发展委员会估计，2004 年初共有约 5 万个发展项目在世界各地进行。

二、WTO

WTO 作为一个协调国际贸易关系的机构，其主要职责是安排贸易协议，解决贸易纠纷，监督各国贸易政策并帮助发展中国家处理贸易政策问题。作为成员和其他国际组织协商的中心，WTO 在多边贸易政策中扮演重要角色。另外，WTO 必须进一步发展目前的贸易秩序以便使各国在国际贸易问题中加强合作。

但是由于贸易与竞争之间的密切关系，WTO 组织内的成员方越来越对竞争法律执行的缺失和竞争法律冲突纷繁出现表示忧虑。早在 1995 年欧盟就开始启动在 WTO 内部整合国际竞争政策体制的工作，1996 年的 Van-Miert 报告提出了通过为各国竞争法律制定最低标准来执行竞争规则的想法，以此来削弱秘密的反竞争方式。1996 年 12 月在新加坡举办的部长会议上，WTO 关于贸易和竞争政策的工作小组（WGTCP）正式成立。

1998 年 12 月该工作小组发布了关于诸多重要问题的报告，其中包括贸易自由化和竞争政策，影响国际贸易和投资的反竞争行为的分类，以及竞争政策对经济发展的贡献。WGTCP 也核查了 WTO 对待国家的原则和相关事宜，透明度和最惠国竞争政策待遇等。

2001 年 11 月的“WTO 多哈部长宣言”修改了 WTO 过去通过多边国际竞争规则框架的方式制定国际竞争政策的做法。多哈宣言第 23 段提出了靠多边框架改善竞争政策对国际贸易和发展的积极意义，同时承认必须为发展中国家提供技术援助。并决定在坎昆理事会议后开启有关该框架的协商，协商将作为所谓的新加坡议程的一部分。

多哈回合协议的谈判和最低标准的竞争原则的执行本应在 2003 年 9 月 10 日到 14 日在坎昆举行的第五次部长会议后正式确定原则的形态之后开始。由于贸易与竞争是“新加坡议题”之一，应该一同处理，与会者遇到的关键问题是到底该不该把“新加坡议题”包括在“多哈发展议程”之内。然而，坎昆会议由于农业问题的分歧和发展中国家拒绝在“新加坡议题”上达成一致而遭到失败。因此，2003 年的坎昆会议没有作出任何决议，也没有开启协商。

坎昆会议失败后，2004 年 7 月 WTO 各成员在日内瓦召开会议，再一次进行达成“多哈发展议程”的努力。最后，所有成员就多哈议程的框架协议达成一致，为进一步工作计划铺平了道路。然而，所谓的“2004 年 7 月一揽子协议”并没有考虑竞争政策问题，也不会成为未来计划的工作部分。2005 年召开的香港会议也同样回避了这个敏感的问题。自 2005 年 12 月香港第六届部长级会议以来，WTO 已连续六年未举行部长级会议，然而在 2009 年日内瓦第七届部长级会议中，会议将重点放到审议世贸组织工作，也并没有就多哈回合展开谈判。

因此，尽管 WTO 规定的国民待遇原则、最惠国待遇原则、透明度原则和程序公正原则都无一例外地反映了 WTO 的公平竞争政策，而且《与贸易有关的知识产权协议》（简称 TRIPS）、《服务贸易总协定》（简称 GATS）等协定中也含有竞争政策的内容，但是直到目前为止，WTO 尚未形成一个专门针对竞争规则的多边协定。

三、ICN

ICN 通过建立关于竞争问题的国际平台，发起者努力加强世界范围内竞争机构的合作，从而消除因对反托拉斯特征的看法和理解不同而出现的潜在冲突，并形成一个共同的竞争文化。另外，也促进竞争政策的统一并执行非限制最佳方式以更好控制国际竞争限制行为。ICN 的任务不是引入一部国际竞争法，也不是起到反托拉斯机构的职能，而是就有关竞争问题开始工作计划为成员提供达成共识的意见和建议。

ICN 在非正式场合下处理国际竞争问题，同时努力让尽可能多的不同的反托拉斯机构参与进来，解决形式主要通过竞争机构、非政府组织和世界范围内各种协会之间的合作和互动来完成。这样，关系到各国利益的各种各样国际竞争问题在这里讨论和协商，最后得到折中的解决方案从而避免侵犯任何一个国家的主权。通过经常性的意见互换避免潜在冲突，在合作伙伴之间建立彼此行为的良好预期和长久的互信关系。

ICN 方式的特点是既不制定国际性的竞争法律规则也不整合各国的竞争法律规则，相反，由工作组制定的提议是非限制性的，使得每个国家有权力自主决定是否遵守该提议。但是，其他成员的遵行往往对不坚定的国家形成一种非正式的压力，使得他们自觉遵从提议。那些不遵从大多数意见的竞争机构往往得不到其他国家的信任，变得十分被动。另外，ICN 也努力探索最佳实践准则和指导原则，在对竞争问题有共同理解的基础上创造共同的竞争文化。最佳实践准则对不同竞争政策和实践的分析与评价比较后得出。通过信息媒介职能，ICN 为成员提供不同建议处理竞争问题，因此，这个过程透明度高，基准明确，成员之间可以互相学习。

目前，ICN 的成就主要体现在：

1. 合并控制。

ICN 在合并控制统一方面的成就有目共睹。合并工作组已经发布了《合并通告和评价指导原则》和《合并通告程序建议行为》，这两个成果都分别在 2002 年和 2003 年由 ICN 成员采用。工作组也编辑了一个调查工具纲要。原则和提议都是基于对竞争机构和法律公司的调查报告上得出的，2003 年的调查还基本上符合实际，但估计只有加拿大、欧盟、日本、英国和美国的合并控制体制与所有的核查建议实质上是一致的。现在评价执行报告的影响还有点早，但很明显在评价竞争规则时建议都被考虑在内了。

2. 技术支持和能力建设。

ICN 的能力建设和竞争政策执行工作组（CBCPI WG）与其他机构如 OECD 和联合国贸易与发展会议（简称 UNCTAD）配合紧密。工作组希望提高现有项目的效率，并在各个从事

领域中找到最好的行为方式。2004 年的技术援助项目列表中包括很多在亚洲、非洲和东欧以及中东的援助项目。项目包括各种各样的竞争问题（如优势地位滥用、卡特尔、消费者保护、调查技巧、合并或行业监管）和机构方面的问题（机构的结构等）。

ICN 的评论表达了对发展中国家竞争机构所提供援助的可持续性的忧虑，并担心即使发展中国家引入了竞争法律，仍需要很多帮助以保证竞争对发展会做出贡献。

总之，这三个组织的实践代表了竞争政策发展的主导方向，贸易与竞争的协调同样在其活动范围之中。

第三节 贸易政策与竞争政策的协调模式

根据对国际实践以及学界观点的研究，关于贸易政策与竞争政策的协调，本研究总结出以下三种模式：

一、建立一个超国家的国际竞争法律机构，制定一部统一的法典，从根本上协调贸易政策和竞争政策

原 GATT 创始会员国在哈瓦那宪章草案中就明确提出了运用多边贸易体制制约反竞争的商业行为的必要性，并确认了反竞争行为对多边贸易体制有效运作的危害。哈瓦那宪章草案第 46 条规定：一旦某些限制竞争、限制市场进入、维持和形成垄断性控制力量的商业行为对生产和贸易的扩张产生了负面效果，或妨碍了宪章所追寻的诸如扩大贸易、开放市场之目的的实现，这些商业行为就应当被认为影响了国际贸易。然而，由于美国的反对，哈瓦那宪章流产，协调多边贸易体制与竞争政策的计划也就落空了。

除上述努力之外，联合国层面也作出了相关的努力。1980 年，联大通过了《多边协议的控制限制性商业行为的公平原则与规则》，而且联合国还进行了关于跨国公司守则的探讨。然而，由于发达国家对联大及其专门机构出台的管制限制性商业行为的文件所倡导的原则和规则的抵制，上述文件并没有在指导国际经济交往方面发挥实际作用。反过来，因为得不到发展中国家的支持以及发达国家内部意见分歧，发达国家间的国际组织如经合组织等虽然也为制定跨国公司行为准则以及为竞争法的协调进行了长期努力，但也没有多大成效。这种种尝试的失败充分反映了制定一个具有超国家执行机构的完全世界性的法典的局限性和存在的困难。一些详细规则的起草（如滥用优势地位、知识产权，市场排斥）也许会和当时某些国家的需要和背景相协调，却不能与其他国家的需要和背景相协调，也不能自始至终满足这些国家的需要。重要的是，一个附带着有真正权力的国际执行机构的实体规则将会导致国家权力的让渡，而这种让渡相对于所得的利益来说有些过度。

这种统一的竞争法制提供一种最严格的组织模式，但忽视了庞大机构的无效性和世界各国不同法律体制之间的差异性。并且，把如此广泛的权利转交给唯一的国际组织，世界各国对这种方式几乎不可能达成共识。

因此，也有学者提出一种替代性的方式——建立多极体系。

在这种方式下，建立一个国际竞争机构以处理具有跨界影响的竞争限制问题，而各国的反托拉斯机构在其他的案例中执行本国的竞争法律。这样的体系要求适当的分配方式和良好的执行能力，尤其是纵向执行能力界定（即应该有明确的标准来定义并区分跨界影响）。不过目前这也仅仅只是一种理论上的构想。

二、依赖于各国的竞争法的协调与融合

这种协调试图通过持续不断地使各国内法一体化或者接近一体化，曾经可能通过各国内法的相互移植来实现彻底融合。这些标准最初可以仅限于意愿的形式（如对卡特尔进行起诉），继而逐渐扩展。而最终的目标是形成一个集中化、统一的国际法制。

从表面上看，这不是一种严格的国际法制的途径，但是，如果说这种方法不涉及国际法，似乎有些偏颇。虽然国际条约并没有参与此类协调过程，但是作为国际法非正式渊源的非政府组织所编制的国际文件却起到了突出的作用。在理论上，根据不同的标准，国际民商事立法统一运动可以有不同的分类。国际民商事立法统一运动可以通过制定国际公约来建立起有拘束力的机制。而另一种途径，即建立非拘束性的机制，则包括示范法和统一法(uniform law)，起草它们的目的是为采用它们的国家提供一个参考标准。

从整个 21 世纪国际商事立法的发展进程来看，通过缔结国际条约实现统一法并未取得成功，而通过编纂国际惯例和制定示范法的方式却取得了更为突出的成果。如国际统一私法协会编制的《国际商事合同通则》便是一个有力的例证。它没有法律拘束力，由各立法机关自愿将其纳入国内法之中，而这一集众多国际法学者的智慧和各国商人的国际贸易实践经验于一体的范本性文件也确实得到了各国的推崇，它的适用范围和程度甚至超过了《联合国货物销售合同公约》。但是在竞争法这个各国立法理念和实践存在巨大差异的领域，这种路径是否可行尚有待证实。

正如一位学者指出的，除了联合抵制这类卡特尔之外，这些差异并不能通过协商得到轻易地解决，因为它们对于各国具有根本重要性。各国反垄断待遇的差异并不是由于缺乏措辞一致的反垄断法规则，而是源于赋予具体关键词语的不同意义（特别是“反竞争性”和“滥用”这些关键词语）以及在界定市场和评估市场力量方面所使用的方法。

三、继续推广双边协议的积极作用，并推动多边协议的建立

两个不同国家的竞争机构为了消除潜在冲突而共同合作可以避免很多效果原则经常遇到的问题和困难。为此，各国的竞争机构可以选择不同的合作水平：

1.通告：各国竞争机构彼此通告即将进行的反托拉斯程序并交换简要信息，但独立自主地制定决策，不必考虑另一国的利益。

2.协商：各国竞争机构完全在自愿的基础上彼此交换更加详细的信息，尤其是关于涉及具体案例的技术细节方面的信息（市场定义、案例事实等）。某国的竞争机构在制定决策时是否考虑另一个国家的利益完全自主决定。

3.互助：合作双方在信息搜集方面彼此协助以解决跨界调查和执行时可能遇到的问题，

但互助仅仅包括合作双方的管辖利益一致的案例。

4. 消极礼让 (Negative Comity): 传统的礼让原则是指当本国反托拉斯法在合作国受到明显阻抗时，放弃本国反托拉斯法的治外法权。这样，每个国家的竞争机构必须考虑另一国的管辖范围和利益。

5. 积极礼让 (Positive Comity): 这是一个深层次意义上的礼让概念，如果某国国内市场受到合作国管辖下的非竞争行为的消极影响，该国的竞争机构可以要求该国代表本国行使必要的执行措施。合作国的竞争机构根据自己的反托拉斯法作出回应，但应避免竞争的外来限制，受影响国放弃自己的执行程序并依靠合作国实现保护自己利益的目的。

大多数的合作协议主要是通告和协商类型的合作。积极礼让原则被写入 90 年代早期的欧美反托拉斯合作协议，但至今没有得到实际有效的应用。总的来讲，双边协议能够促进合作双方的交流和互信。通过交换有关竞争政策方面的信息和观点，各国甚至可以统一看法，从而缩小冲突范围并最终形成共同的竞争文化。然而，双边协议在克服不同国家反托拉斯法律的实质性区别方面却显得捉襟见肘。另外，由于国际竞争问题通常涉及两个以上的国家，双边协议往往显得不够。为了实现更多的双边协议，应对当前的跨界市场整合，国际市场需要一个多边概念。

总之，如欧洲竞争委员 Van Miert 所召集的专家组所提议的：国家之间必须首先发展和提升旨在加强竞争当局之间的合作（包括通过积极礼让的方式）的双边协定，这一点欧共体委员会在其为建立开拓性的工作组所作的更为原则化的提议中也有所反映。然后国家会制定一个多边框架，另外，一套最低程度适当的竞争规则，一项有拘束力的积极礼让制度以及一个有效的争端解决制度将被加入其中。起初，一个核心国家组成的集团将会通过这一多边框架，继而参与国集团将会通过多米诺骨牌效应而使之逐步扩大。

相比之下，这是一种较为积极又不失务实精神的途径。事实上，有些国家已经开始了反垄断领域的双边合作，比如美国和欧盟已达成了加强其反垄断当局合作（包括通过积极礼让的方式）的谅解备忘录。更引人注目的是，欧盟基于其区域范围内的竞争法一体化的成功经验和对自由贸易与竞争之间的有效协调，努力推动在 WTO 框架内形成多边竞争协议。但是，很明显，贸易壁垒的放松和司法冲突的缓和不能仅仅依靠各国在礼让基础之上的合作与协调，在全球范围内，仍然需要一个国际化的竞争法律体制来处理竞争与贸易的协调问题。

第四节 WTO 框架内关于竞争政策多边协议的协商现状

尽管 WTO 规则的国民待遇原则、最惠国待遇原则、透明度原则和程序公正原则都无一例外地反映了 WTO 的公平竞争政策，而且 TRIPS、GATS 等协定中也含有竞争政策的内容，但是 WTO 尚未形成一个专门针对竞争规则的多边协定。有关该问题的谈判也困难重重，可以说，该问题的谈判能否重新开始取决于成员方能否就谈判模式达成一致意见。

关于 WTO 能否建立一个统一的竞争政策，这在 WTO 成员之间仍然存在着不同的观点。

一、欧盟的观点

WTO 内部主张制定竞争政策多边协议的最高呼声来自欧盟。欧盟及其成员很早就对“竞争政策是否应当引入 WTO 体系以及应采取体积模式”等问题阐明了自己的立场。他们认为，WTO 竞争政策的谈判应集中在以下三个方面：

1. 竞争政策多边协议的核心原则。这主要包括：各成员应建立一个独立的竞争法执行机构；竞争法应对不同国籍的企业实行无歧视的原则；竞争法应体现透明度原则，特别对某些企业给予反垄断法豁免的规定；竞争法应体现程序公正原则，保证当事人对竞争法主管机关所作的行政裁决有申诉的权利；禁止恶性卡特尔，特别是禁止固定价格、串通投票、限制产量或者分割市场的协议。上述核心原则是基于成员的国内法的规定，因此，各成员应制定一个体现上述原则的竞争法或者竞争政策。

2. 成员之间的合作模式。这主要包括：具体案件中的合作，即在同时影响 WTO 其他成员的重大利益的案件中，相互交流与案件有关的信息和证据，即适用“消极礼让”原则；一般信息交流中的合作，即通过 WTO 竞争政策多边协议所建立的竞争政策委员会进行一般信息交流和经验交流，共同分析具有便于影响的竞争问题。为此，欧盟委员会的一个重要建议是，在 WTO 内建立一个竞争政策委员会，作为成员的论坛，探讨与贸易有重大影响的竞争政策问题，推动成员之间在这些问题上的统一和协调。

3. 对发展中国家在竞争政策领域的能力建设进行援助。这包括加强对发展中国家竞争立法方面的技术援助和加强对竞争主管机构的执法援助。

欧盟建议，个别发展中国家可能希望在关于这个协议的成本和收益的分析上保留自己的判断。在这个意义上，可能的选择方案就是在谈判结束时为发展中国家提供决定他们是否希望签署协议的权利。而且，欧盟还强调，国际合作的义务应该是“自愿的”，即对于其他成员提出的对某一行为的调查要求，应该给予认真考虑这一点是义务性的；但是被要求调查的国家是否真正采取行动不是义务性的。欧盟认为这样就可以避免给发展中国家施加沉重的程序性义务。

欧盟的上述建议事实上已经成为 WTO 成员讨论竞争政策多边框架协议的基础。对于欧盟的建议，瑞士、日本、韩国等一些竞争政策发达的国家均持积极的态度。2002 年 WTO 贸易与竞争政策相互关系工作组在日内瓦召开的第十九次会议上，各成员就竞争政策的核心原则展开了讨论，这些核心原则包括透明度、非歧视和程序公正，以及技术援助和能力建设问题。

事实上，竞争法在欧洲一体化进程中起到了巨大的推动作用。正因为欧洲认识到了竞争法对欧洲一体化的核心作用，所以欧盟也看到了全球统一的竞争规则对贸易自由和经济一体化的重要作用。“不仅欧共体竞争法本身成为全欧洲经济决策的主要因素，而且，成员也不断地模仿欧盟竞争法制定各自的竞争法。虽然它是具有欧洲传统的竞争法产品，并因此受那些塑造了国家竞争法的、相同的知识流派、历史经验以及政治和法律概念的影响。它也是塑造

和加强这一传统并赋予其以效力的关键因素。”欧盟认为，为了实现全球统一大市场，国际竞争规则就是完成这一目标的支柱之一。而美国有关竞争法的理念则受国内政治和经济目标的影响甚大，出现不断反复。

二、美国的观点

与欧盟的主张相反，美国在多哈回合中并不主张在 WTO 框架内引入统一的竞争政策。理由是：

- 1.这种竞争政策的标准只能是一种最低的标准，从而也可能是一种扭曲竞争的标准。
- 2.WTO 的争端解决机制可能对成员的国内法律制度造成潜在的干涉。
- 3.强迫成员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。

美国在多哈会议上反对制定新的多边竞争规则并非其原意，实际上有两方面的原因。首先，美国一直想通过制定多边竞争政策达到其扩大在他国市场准入的目的。由于一些发展中国家认为竞争政策应重点在反倾销问题，而美国是使用反倾销措施的国家，担心多边竞争规则会取代反倾销协议。因此，在多哈会议上美国反对将竞争政策与反倾销问题一起讨论。这与 ICPAC 于 1999 年提交的关于 WTO 框架内引进竞争政策的问题报告书采取消极态度相吻合。其次，美国是害怕 WTO 将管辖范畴扩展到竞争问题之上会影响到美国自身的主权。这在美国最初加入 WTO 时，美国内出现了所谓的“94 年主权大辩论”时就有鲜明的表现。而且美国的竞争法尽管渊源于欧洲，但是在继承了欧盟竞争法的众多规则的同时，又不具备欧洲统一化的基础，并没有接受欧盟竞争法的许多先进理念。

三、发展中国家的观点

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。他们实际上处于进退两难的境地：一方面深受反倾销等进口保护措施和跨国公司的限制性商业做法之害，希望制定全球范围内的多边竞争规则；另一方面又对多边竞争规则顾虑重重。唯恐主权受到限制，司法自主权受损、竞争机构的执行裁量权减少，竞争政策与其他经济政策不平衡。他们认为将竞争政策的水平限制在最低范围内也是主要针对发展中国家，更多体现发达国家的利益。如果将竞争政策引入 WTO 的体系中，由于发展中国家国内竞争立法不完善，甚至无立法，加上执法经验不足，强加的多边竞争政策不一定能兼顾发展中国家政治和社会需求，以及无法获得与发达成员相同的均衡利益等，可能会对他们本来就不发达的经济产生雪上加霜的影响。

因此，有些国家认为，贸易与竞争政策的问题很复杂，现在谈判为时尚早。WTO 在当前应当抓紧进行这方面的教育，帮助发展中国家有效参与这方面的研究和讨论对它们提供技术援助，帮助建立竞争法律体系。有些国家进一步认为，目前欧盟有关竞争议题的谈判建议是建立在发达国家立场之上，存在不公平性。而不公平的多边竞争协议一旦纳入 WTO 体制，它会限制发展中国家的政府确定未来重点发展战略的能力，削弱发展中国家的政府为本地企

业提供优惠的权利，同时使发展中国家不能自主地选择适合各自国家不同时期的竞争模式。¹但是，也有很多发展国家评价 WTO 在竞争政策领域进行多边合作的努力，认为国际社会有必要进行多边合作，共同反对跨国限制竞争行为。

由于各国对是否应由 WTO 来调整竞争政策问题存在着较大的分歧，因此，目前就竞争政策展开谈判时机尚不成熟。而且将竞争政策问题纳入到 WTO 调整范围，也面临着复杂的社会经济问题以及国际经济利益的严重冲突和法律制度的巨大差异问题：

首先，WTO 的自身能力是非常有限的，不适宜处理大量贸易之外的“与贸易有关的”问题。乌拉圭回合之后，在发达国家的极力宣扬下，许多其他在传统上被认为是贸易的问题，包括一些传统上被认为只是属于国内管辖和关注的问题，一夜之间被认为都是“与贸易有关的问题”，并成为国际社会讨论的热点问题。在发达国家看来，这些问题包括但不限于环境问题、劳工问题、竞争问题、贿赂问题等，这些问题都与贸易有着密切关联，因而应当引起 WTO 的重视，并尽快纳入 WTO 的调整范围。但是发达国家的主张并不符合现实情况。从发展中国家角度来看，绝大多数发展中国家坚决反对将诸如劳工、环境、竞争等问题纳入 WTO 的调整范围。²在另一方面，近年来，WTO 有关机构效率低下的问题已经引起了成员方的密切关注。WTO 成员对 WTO 不断扩展的管辖领域表示了深切担忧。

其次，虽然竞争政策与贸易政策在促进贸易的市场准入方面有共同的目标，但两者追求的重点仍然有重大的区别。竞争法与贸易法在立法意旨上存在的差异可能使 WTO 框架下的竞争法规则忽略现代竞争法所追求的主要目标。贸易法更多的是确保从事国际贸易的生产者和贸易商获得自由准入和平等竞争的机会，而竞争法还有一个重大的立法目标，就是保护消费者利益。因此有学者担心，将竞争问题纳入 WTO 调节范畴，使竞争规则的制定落入那些擅长于或热衷于制定贸易政策和法规的官员、专家和律师手中，他们更倾向于考虑如何保护生产者和贸易商而不是消费者的利益。

从性质上看，WTO 只是一个多边贸易组织，而从竞争政策的角度来看问题，如果由 WTO 来调整竞争政策，则不可避免地会产生一个消极后果是，WTO 对竞争政策的讨论总是建立在“贸易”的背景上。因此，在 WTO 内进行关于那些“与贸易有关的”竞争政策问题的讨论，会因为有贸易专家和竞争政策专家的共同参与而产生一定成效，但对那些与贸易无紧密关联关系的竞争政策的讨论，则更宜在更为单纯的有关“竞争政策”的论坛上进行。

最后，WTO 是当今最具影响力的国际经济组织，其强有力的争端解决机制无疑会对成员的竞争管理当局的权力构成严重挑战。美国的态度就是最好的例证。

美国曾一度积极主张竞争规则的趋同化。在联合国体系和经合组织内，美国是倡导尽早制定竞争法典的国家，美国甚至乐意将自己面临的起因于竞争问题的贸易争端交由 WTO 处理，但在谈到由 WTO 主导制定全球竞争法典的问题时，美国却一反常态，这一点在前文已经有所论述。这其中的原因很多，但美国对 WTO 争端解决机制的担忧无疑是一个重要原因。

从达成 WTO 框架下的多边竞争程序的讨论，到美国率先反对竞争问题适用严格的争端解决程序，可以预见，来自美国的强力反对在很大程度上会导致 WTO 框架下的多边竞争协议难以达成。

第五节 协调贸易政策与竞争政策的适宜途径

竞争法的发展本身就具有复杂性，加上贸易与竞争关系之间错综复杂，两者之间目前的协调模式和组织平台均存在缺陷。

从前文讨论的协调模式来看，建立一个全球性的管理竞争问题的国际组织，从根本上协调竞争与贸易的关系是最为理想，但是这在目前尚不可行。而目前国际社会中在这个问题上发挥作用的三个主要的国际组织又分别存在不足。首先，OECD 本身代表了发达国家的立场，这就决定了广大的发展中国家对其抱有怀疑的心态。其次，ICN 与 WTO 之间又互有不足。由于体系具备完整的管理机制，WTO 是一个整合国际竞争政策体制的合适机构。然而贸易和竞争政策之间并不是互补关系，一个关注贸易问题的组织并不适合解决竞争限制问题。因此，只要竞争限制对自由贸易产生影响，就只能通过执行限制性的国际竞争规则来解决。同时人们应该看到，WTO 的贸易委员会最擅长消除贸易限制性行为，而不是调查秘密的反竞争行为。而 ICN 由于存在时间很短，并不具备丰富的处理国际问题的经验，也不拥有 WTO 那么高的声誉，但它是一个快速成长的国际组织，拥有很多优秀的竞争问题专家和学者，国际声望也越来越高。它的成立是为了解决国际竞争冲突，具有专业化处理国际竞争问题的优势。因为其特有的非正式性和非限制性特征，竞争机构更愿意在 ICN 内参与讨论和合作。但它的非限制性特征同时也是处理国际问题的最大缺点。两者之间在对竞争法统一化影响方面具体的差异在于：

一、ICN 的柔性协调机制更容易获得支持

竞争法走向统一化必须得到竞争机构、政府、非政府组织和其他世界范围内协会的支持和接受。最初，美国不支持通过 WTO 整合国际竞争标准，发展中国家也担心得不到公平对待而不支持该途径。即使 WTO 建立国际竞争政策体制被接受，仍有很多问题和挑战需要面对。竞争原则要求所有成员的承诺，因此可能使一些竞争机构的权力和国家利益受到限制，这使得一致赞同很难达成。另外，很多发展中国家对他们的权利能否得到很好保障仍存在疑问，担心协议会让跨国公司很容易进入国内市场，而自己同其他国家竞争的能力得不到加强。ICN 受到政府的支持，因为它不强迫要求把各国的竞争机构转化成国际性竞争机构。作为一个国际性网络，各种各样的竞争机构自愿到一起同专家讨论国际竞争问题，寻找非限制性建议，同时又不会削弱成员的自主权，ICN 被认为是最好的选择。WTO 和 ICN 在世界范围内有很多成员，帮助发展中国家引入竞争法律，参与他们的组织。但就发展中国家而言，ICN 更受青睐，从坎昆会议中发展中国家否决新加坡议题这件事上就可以看到发展中国家对 WTO 的怀疑。然而，ICN 应保证发展中国家的利益在项目计划中能够很好的被考虑，而不受发达

国家的剥削，否则发展中国家是不愿意参加这个网络的。

二、WTO 的强制约束力将更为有效

由于 WTO 最终朝着统一的国际竞争法律体制努力，包括对最低准则的共识和 WTO 原则的采用，过程可能更透明些。另外，WTO 机制的限制性协议，包括非歧视性原则和监督会使各国无法保证本国利益，从而大大减少国际竞争问题方面的分歧和冲突。在国际竞争规则的执行问题上，为了控制竞争限制和避免冲突，各国竞争政策应该相互配合。达成关于国际竞争问题和问题一致的看法需要公平、持续的协商，才能形成完善的规则。并且，国际竞争政策体制必须有能力执行这样的规则，迫使成员承诺执行。由于固有的背景，WTO 在引导协商、执行规则方面有丰富的经验，另外，对于执行约束性规则的专注使得 WTO 很适合组织国际竞争规则的协商，保证成员的执行。而且，WTO 的立法能力可以保证成员执行，保护国际竞争。但 WTO 途径会遇到很多阻力，跟 ICN 相比这是个很大的缺点。各国竞争机构不会轻易放弃自己的主权，去遵守与本国法律不同的程序和实质性标准。与 WTO 相比，ICN 的最大缺点是没有能力执行限制性原则。尽管一致的竞争原则可以通过最佳行为准则和来自别国参与的压力实现，但无法保证成员的执行，因为竞争机构只能依靠政府影响力而不是司法力量。

三、在争端解决方面，WTO 更富有成效

如上面所述，当出现涉及几个国家的竞争问题时，冲突就有可能因为理解、文化和利益的不同而产生。因此，管理国际反托拉斯的组织或网络应该有能力解决司法权问题，这需要解决纠纷和冲突的特殊程序或机制。由于工作与国际贸易问题和冲突相关，WTO 具备成功、可信地解决纠纷的机构，也可以用来处理竞争纠纷。WTO 解决纠纷的能力很强，人们公认纠纷解决很公平也很合法。WTO 可以利用解决贸易纠纷和处理不同裁决的经验。

但是，对于竞争法的案件，WTO 进入了全新的领域，也可以说是毫无经验的。为了使正式的纠纷解决体系有效工作，应该执行跨国竞争规则。此外，逐渐统一竞争法律程序会简化司法冲突的解决过程。在这个问题上，由于 ICN 是一个非正式网络，参与国的主权保持完整，不是正式的纠纷解决体系。加之 ICN 的自愿承诺特征，国家之间有关竞争法产生的严重冲突几乎不可能得到解决。因此，考虑到上述情况，目前协调贸易和竞争较为适宜的方式应该从如下方面考虑：

一、以双边协定为基础，充分实现各国竞争法的相互协调，加速竞争法的统一化，有助于贸易和竞争的协调

鉴于竞争问题的复杂性、贸易与竞争关系的关联性、WTO 成员在竞争立法与竞争政策方面的差异性、WTO 处理竞争问题的局限性、WTO 各成员不同的经济发展水平、国内政策目标以及不同的利益需求等因素，目前将竞争规则全面纳入 WTO 框架尚为时过早，加之 OECD 和 ICN 在强制约束力问题上的先天缺陷，目前较为适宜的方式是以尽可能全面而具体的双边竞争规则协调为基础，待竞争法的统一化水平达到一定的程度，各方就国际竞争框架

协议持更为积极和肯定的态度时，可以在 WTO 框架内启动贸易与竞争政策协调的谈判，以致最终达成《与贸易有关的竞争规则协定》(TRAMS)。

二、正确认识 ICN 和 WTO 管理竞争问题方面的角逐

两种建立国际竞争法律机构的途径，即 WTO 和 ICN 之间目前也产生了竞争。这样的竞争是有利的，因为竞争可以发现两种途径各自的优点和缺点。换个角度看，WTO 和 ICN 途径之间是互补的，这将导致两个体制的长期共存。而且，根据两个途径设计的规划来看，很难分辨哪一个途径更加适合，更加节约成本。

总之，竞争产生全球性问题和冲突不能仅仅通过传统竞争法上的“效果法则”和双边协议解决。只能通过建立某种国际性竞争政策体制来解决，以此保护国际竞争，提高国际社会的福利。WTO 通过统一竞争法律的途径和 ICN 通过政策协调来执行“最佳实践准则”，各自提出了建立国际竞争法体制的方式。每个途径在最大化国际福利和保护国际竞争方面都有其独特的优点和缺点。WTO 在执行限制性国际规则和通过纠纷解决机构消除冲突方面有自己的优势，而 ICN 具有非正式性特征，不具有限制竞争机构的权力，但具有通过协商和互动实现合理解决问题的技巧。但从演进的角度来看，两者都不具备可持续的适应性能力。WTO 和 ICN 的共存反映了竞争法走向国际化的一个必然的过程，即趋同之中带有个性的分歧和利益的冲突。

三、继续发挥 WTO 贸易与竞争政策互动关系工作组的重要作用，利用 WTO 管理竞争问题的优势将“与贸易有关的”竞争政策问题交由 WTO 贸易与竞争政策互动关系工作组研讨，是 WTO 成员在竞争政策问题上“搁置争议、暂缓立法、解决问题”的务实之道。作为研究贸易与竞争政策互动关系以及竞争法领域若干重大法律问题的一个特殊而专门的机构，该工作组是目前集中力量研究贸易与竞争政策互动关系的少有的专门机构，也是 WTO 这一具有重大影响的国际组织下的一个特设机构，它的地位和作用显然是不容忽视的。如同 WTO 贸易与投资关系工作组在推动 WTO 法与国际投资法交叉发展方面发挥着重要职能一样，WTO 贸易与竞争政策互动关系工作组对 WTO 法与竞争法的交叉发展也起着重要推动作用，这种作用体现在：

1.从职能和性质上看，工作组仅具研究与探讨之权限，这在一定程度上打消了那些担心 WTO 随意将管辖权扩大到竞争政策领域进而进一步削弱国家主权的 WTO 成员的疑虑，便于各 WTO 成员在理性、平和的心态和氛围中认真研究消除各国竞争政策的冲突及减少竞争政策对贸易的扭曲影响的切实可行的方案。

2.工作组与其他重要相关国际组织保持着密切联系，实际上成为了一个有效推动从事贸易与竞争政策关联关系研究的国际组织间合作的场所和各方意见交汇的论坛，使得工作组成为反映多渠道、多组织、多国家不同立场和观点的平台。由工作组发起和主持的相关议题的讨论和论证也成为国际社会了解不同立场（包括不同政府间国际组织、非政府组织、跨国公司、WTO 成员等各类主体）和预测未来 WTO 法和国际竞争法的发展趋势的重要渠道。通过