

西方经济与社会科学精品丛书

全球竞争： 法律、市场和全球化

Global Competition: Law, Markets, and Globalization

David J. Gerber

[美]戴维·格伯尔 著

陈若鸿 译

孙一梁 毛寿龙 阎建伟 校

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北京外国语大学211工程项目成果

全球竞争： 法律、市场和全球化

Global Competition: Law, Markets, and Globalization

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

全球竞争：法律、市场和全球化/（美）格伯尔著；
陈若鸿译．—北京：中国法制出版社，2012.6

（西方经济与社会科学精品丛书）

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3431 - 7

I. ①全… II. ①格…②陈… III. ①反不正当竞争法
—研究—美国 IV. ①D971.222.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 281662 号

策划编辑：袁笋冰

责任编辑：袁笋冰

全球竞争：法律、市场和全球化

QUANQIU JINGZHENG; FALV、SHICHANG HE QUANQIUHUA

著者/（美）格伯尔

译者/陈若鸿

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/17.125 字数/458 千

版次/2012 年 4 月第 1 版

2012 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3431 - 7

定价：50.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66066627

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

中文版序

王晓晔^①

2010年4月，我收到了戴维·格伯尔教授在牛津大学出版社出版的《全球竞争：法律，市场和全球化》一书。作为挚友，我衷心地为戴维的新作问世感到高兴。2004年，戴维的《二十世纪欧洲的法律与竞争》一书的中文版由中国社会科学出版社出版，我荣幸地为该书撰写了序言。现在我很高兴有机会为戴维的新著撰写序言，一来表示祝贺，二来就该书的一些观点谈谈自己的感受。

我想，激励戴维撰写这部新著的可能主要是两个事实：一是全球竞争已成为影响世界各国经济与社会的重要因素，二是全球竞争尚缺乏一个全球统一的竞争制度。戴维认为，在全球竞争缺乏全球统一规范的情况下，世界主要经济体特别是美国和欧盟的竞争法因为有着域外适用的效力，这些竞争法事实上已成为规范全球竞争的法律制度。戴维还注意到，鉴于中国和其他新兴国家在全球竞争中越来越重要的作用，这些国家的竞争法对全球竞争的影响也越来越大。由于竞争法的域外适用不可避免地会产生法律的冲突和管辖权的冲突，由此提高企业特别是跨国公司的经营成本和风险，进而影响全球经济的发展，他提出全球竞争应当有一个统一的竞争制度。

^① 王晓晔，中国科学院研究生院特聘教授，中国社会科学院教授，著名竞争法专家。

我基本同意戴维的上述观点。2002 年和 2003 年作为商务部（多哈发展议程）贸易与竞争政策议题谈判专家咨询组组长，我对经济全球化下的竞争政策做过认真研究，并在《中国社会科学》（2003 年第 5 期）发表了《WTO 的竞争政策及其对中国的影响》。我主张中国政府在 WTO 竞争政策多边协议的谈判中采取积极的态度，这不仅因为多边协议有利于遏制跨国限制竞争对中国的不利影响，有利于中国企业走向国际市场，有利于中国竞争法的发展和完善，有利于中国建立独立的竞争执法机关，而且中国事实上也完全可以接受 WTO 竞争政策的核心原则，包括无歧视原则、透明度原则和程序公正原则。

然而，如果有人现在问我是否还考虑在 WTO 的框架下建立一个全球统一的竞争政策，我会觉得这个目标是不现实的。正如戴维在其新著中指出的，“全球竞争不仅是一个经济过程，而且也是政治、社会甚至包括文化的各种要素的交融。”这即是说，即便世界各国通过谈判在 WTO 框架下建立了一个全球统一的竞争政策，然而由于私人限制竞争往往与政府限制竞争相交融，而政府的限制竞争很难通过一部规范企业限制竞争的法律予以制约，这个全球统一的竞争政策就很难成为保护全球竞争秩序的法律武器。一个例子是北美自由贸易区协定（NAFTA）。尽管这个自由贸易区协定规定了竞争政策，但它却没有能力解决 2002 年美国快递公司（UPS）指控加拿大政府限制竞争的案件。另一方面，跨国的私人限制一定程度上也是国家间政治的、经济的、文化和法律的反映，全球统一的竞争政策事实上就很难解决全球竞争中的限制竞争问题。欧盟竞争法是竞争法领域一个成功的多边协议，这个法律也被视为欧洲大市场的基石。然而，欧洲竞争法的成功不仅因为欧洲建立了一个强有力的竞争执法机关——欧盟委员会，更重要的是欧洲经济实现了一体化。显然，欧洲的故事不可能发生在全球化的市场上。鉴于世界各国有着不同

的经济发展水平，有着不同的政治、社会、文化和法律，很多发展中国家的产业政策还优先于竞争政策，这就使人们在可见的未来看不到一个全球统一的竞争政策。我的观点是，尽管各国竞争法的域外适用不是解决跨国限制竞争的好办法，但它仍然是影响全球竞争最重要的法律措施。

戴维的新著特别关注国内竞争法与跨国经济活动的互动，他还特别关注中国竞争法对全球经济和全球竞争的影响。我至今记得，2005年和2006年我作为富布莱特学者访问芝加哥-肯特法学院的期间，我和戴维经常在周三下午有一个大约两小时的讨论。我们的共识是，中国竞争法的产生和发展很大程度是受到了跨国和全球竞争的影响。中国上世纪70年代末开始的经济体制改革，虽然其动力源于中国的内部，但它毫无疑问也受到了当时国际社会的影响，特别是前苏联和东欧国家经济体制改革的影响。中国反垄断法的制定和颁布也是国际合作的成果，因为这部法律不仅借鉴了经济发达国家的经验，而且很多外国政府和外国专家直接参与了这个立法。2011年6月，商务部、国家发展改革委员会和国家工商行政管理局作为中国反垄断执法机关，还与美国司法部和联邦贸易委员会订立了谅解备忘录，目的是促进中美竞争执机关相互通告涉及竞争立法和竞争执法的重要信息，相互交流执法经验以及某些问题上的重要观点。这说明，中国竞争法的实施也会受到跨国和全球竞争的影响，特别是美国和欧洲的影响。

毫无疑问，中国反垄断法也在影响着全球经济的发展。这不仅是因为反垄断法的第2条规定，“中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法”；尤其还表现在中国反垄断执法机关越来越多地对跨国案件行使管辖权。中国反垄断法实施3年来，商务部已经审查了300多起并购案件，其中很多是发生在外国的市场上。例如，在2009年日本松下公司并购日本三

洋公司一案中，商务部将其救济措施扩大到松下和三洋在日本的财产和股权。正是由于中国反垄断法具有域外适用的效力，随着中国经济的快速增长，商务部已成为全球影响最大的反垄断执法机关之一。

中国反垄断法生效和实施以来，国际上有些学者对中国反垄断法表示了担忧，他们担心中国政府会把这个法律作为贸易保护的措施，只是用它对付跨国公司。令人高兴的是，2011年11月9日央视午间《新闻30分》发布了来自国家发展改革委员会的消息，即中国反垄断执法机关正在调查中国电信和中国联通涉嫌宽带接入领域的垄断问题。如果事实成立，这两家企业可能遭受数十亿元的巨额罚单。我为国家发改委的这个执法叫好，这不仅因为这是一起针对国有大企业的调查，这个调查足以说明，中国反垄断执法不是只盯着跨国公司；而且这个调查也说明，中国反垄断执法越来越成熟，执法机关的市场竞争意识越来越强，越来越把消费者的利益放在第一位，中国反垄断执法从而越来越有效力。

2011年10月，我应戴维的邀请，出席了芝加哥-肯特法学院以《全球竞争》为题主办的国际研讨会。我在会上指出，竞争法作为一种法律制度也许比较容易从一个国家移植到另一国家，然而这个法律所固有的价值和理念却不那么容易从前者移植到后者。鉴于中国当前体制中的各种问题，中国反垄断执法还面临着各种严峻的挑战。然而，无论如何，鉴于国际竞争不仅是经济竞争，而且也是制度的竞争，包括法律制度的竞争；鉴于反垄断法所保护的竞争能够为消费者带来最低的价格、最好的质量和最大的物质进步，我相信中国反垄断执法的明天更美好。中国迄今的反垄断执法包括国家发改委针对中国电信和中国联通的调查说明，尽管制定全球统一的竞争政策和竞争法有难度，而且难度很大，但是各国竞争法和竞争政策的趋同性越来越明显，特别是中国竞争法与欧美竞争法的趋同性越来越

越明显。这是因为实行市场经济体制的国家，必须得以市场机制和竞争机制作为配置资源的基础性手段，它们的竞争执法从而不应考虑被调查企业的所有制，也不应考虑它们的国籍。戴维认为，美国反托拉斯法几十年来一直在引领世界各国的竞争法，随着中国在全球经济中发挥越来越大的作用，中国有可能挑战甚至取代美国的地位，只是不知道在多大程度上。我不知道中国能否取代美国引领世界，但我至少希望，中国能够通过其保护竞争的法律制度产生几个乔布斯。

前 言

促使我写此书的，是我内心的一种期望、不安，甚至是忧虑。在世界上许多地方，决策者都认识到了经济竞争的潜在价值，并开始给它越来越多的保护，使其免遭私人限制竞争行为的破坏。人们逐渐认识到，竞争，尤其是跨国竞争，能促进经济增长，增加就业，提高收入，创造出对所有人都很重要的公共资源和私有资源——身陷困乏之中的人们对这些东西求之若渴。因此，为全球竞争提供一套行之有效的法律框架的必要性日益凸显，这个问题在 2008 年金融危机之后显得尤为突出。这样一套法律框架是有望建立起来的，且许多国家和地区已积累了丰富的竞争法思想和经验。我们可以藉着它们制定有效的国内国际政策，保护竞争，使竞争服务于各国人民的需要。

然而，令人不安的是，上述努力往往缺乏坚实的基础，因而无法产生预期的效果，在某些情况下，它们的坏处甚至大于可能带来的好处。通常的情况是，政治家和竞争法官员对其他国家甚至本国竞争法的经验了解不够，不清楚政策选项的范围及其决策可能产生的后果。这就大大增加了单纯或主要根据意识形态或短期政治和经济权力方面的考虑进行决策的风险。

二十世纪九十年代初出现的新形式的全球化使得上述情形变得更加危险。对竞争法的兴趣和公开的支持猛增，但这种支持的基础和深度则令人质疑。因而，学术界和决策者迫切需要更深刻地了解

其他国家以及国际层面的竞争法经验。然而，误解和认识的误区往往遮蔽了这些经验的价值和意义。同样，我们也迫切需要在制定竞争法的过程中有效地运用经济学和其他社会科学中的大量理论成果。可惜，与竞争法相关的那些宽广而丰富的思想往往未被系统研究和使用过。

在研究各国及国际层面的竞争法经验和思想的过程中，我逐渐发现，五个谜题（或者说是挑战）是全球竞争法发展中的核心问题。这本书就是我努力解开这些谜题的结果。与所有重要的谜题一样，它们既令人兴奋，也令人备受挫折。

第一个谜题是竞争法——一种为保持竞争活力而对竞争过程进行干预的法律——本身之谜。竞争法与癌症的治疗不无相似之处。癌症的治疗就是要消灭干预生物机体正常运作的细胞增殖，而竞争法打击的是那些干预竞争市场有效运行的经济活动。无论是制定癌症治疗策略还是制定竞争法战略，都不仅要消除损害，还要避免损伤机体中的“健康”部分。在国家层面设计一套行之有效的战略已非易事，一旦进入全球市场层面，设计的难度更是倍增，因为全球市场层面混杂着国家利益，既有公共利益也有私人利益——并且，全球战略还常受到治理模式的掣肘：这些治理模式是为适应国家的具体情况而发展起来的，它们并非是为了在全球背景下发挥作用而被设计出来的。

第二个谜题涉及美国在全球竞争法发展中的作用。美国反托拉斯法长期以来一直处于世界竞争法的中心。它代表了丰富的经验和大量思想和学术研究的累积。美国反托拉斯法常被其他国家作为典范仿效。有许多人都假定美国反托拉斯法应成为思考全球层面竞争法的基础，或假定美国的势力及其影响力将必然导致这一结果。但是，美国反托拉斯法的经验是独特的，其赖以形成与发展的法律环境与经济环境与其他国家或国际社会鲜有共同之处。这就产生了美

国反托拉斯法究竟应在全球问题中发挥什么作用的问题。对于任何全球竞争法项目来说，美国以及美国反托拉斯界的支持都是不可或缺的。但是，应如何运用这种势力和影响力则是个远未明了的问题。我对此问题也思考了几十年。我认为，美国的势力以及美国反托拉斯界的学术和专长可以被用来为发展一套行之有效的、以合作为基础的全球竞争法律制度提供支持。但我也痛苦地认识到这种合作演化路径中的障碍。

欧洲呈现的问题是另一类型的，但其重要性不输其他。我曾花了许多年研究竞争法在欧洲的发展和演化。我之所以写那本《二十世纪欧洲的法律与竞争》(Law and Competition in Twentieth Century Europe)^①就是因为我意识到，欧洲国别竞争法的内容及模式尚未被了解，这些经验常常被各种认识的误区和误解所掩盖。结果，世界各国的决策者往往都不清楚欧洲竞争法经验的价值及其重要性。如今，人们虽已增进了对欧洲竞争法经验的了解，但大多数关于全球竞争法发展的思考仍未对欧洲经验给予应有的重视。其实，欧洲各国发展竞争法的经验，尤其是二战后的经验，对于发展本国竞争法时面对类似问题的国家来说有着特殊的价值。此外，从跨国竞争法发展动态的研究来看，欧洲实为一个最广阔的实验所，因为它在国家层面的竞争法与跨国层面竞争法的协调方面积累了丰富的经验。

第四个挑战是如何更清晰地理解全球竞争过程的内在规律，以及理解二十一世纪将会对全球竞争法发展产生影响的公共机构、民间组织和各种关系。全球竞争的领域和维度不仅是史无前例的，而且在许多时候超出了我们的理解能力。国家、跨国组织和各类全球治理网络之间的关系都在飞速发展。每一个领域的特征都已开始呈现，而我们才刚刚开始摸到掌握这些特征的方法。有关跨国竞争法

① 中国社会科学出版社已出版了此书中译本。参见戴维·格伯尔著，冯克利、魏志梅译《二十世纪欧洲的法律与竞争》，中国社会科学出版社，2004年版。——译者注

的讨论往往缺乏对上述发展规律的关注，令我非常吃惊。关于跨国竞争法的两种基本发展战略的讨论也很少关注这些规律。有人提倡以国内法的趋同来应对当前体制的局限性，但他们往往未能指出趋同的进程如何才能运作，也未能注意到这样一个问题：若干个甚至许多个竞争法体系在一些实体和程序问题上的相似度的增加并无助于克服以管辖权为基础的竞争法体系的局限性。另外一些人关注于超国家组织——通常是 WTO 中加入竞争法，但他们往往未能意识到，国家边界仍然是全球市场及其治理的核心。

最后的或许从某些角度来说最为根本性的挑战是，如何调和全球竞争的巨大潜能，使之满足所有参与者的需要。即使是 2008 年危机之前，就已经有“全球化”的批评者在指责财富的“全球化”造成的分配模式。有人称，全球化首先是有利于“西方”，而世界其他地区在全球竞争过程中遭受的痛苦看起来要远远超出他们从中得到的好处。在这些批评者眼中，全球化加大了贫富差距，使得富人能够剥削穷人。金融危机之后，这种批评的声浪更加高涨，几乎没有人怀疑全球竞争确实导致了人们所声称的那些伤害。然而同样明显的是，经济竞争通常是支持经济发展并进而满足穷人和富人的需要的最为可靠的机制。因此，阻碍竞争过程不是对上述问题的恰当应对之道。我的研究目标就是寻找那些既能保护竞争，又能使竞争更有效地回应世界各国人民的需要的方法。我认为，这项研究必须建立在对历史的扎实理解以及有效运用理论分析的基础之上。本书的目标就是要增进这种理解。

在研究这些主题和应对上述挑战的过程中，我越来越相信，它们不仅仅是阻碍，同时还是全球竞争法律框架实现长足发展的机会。更清晰地理解国家及国际层面竞争法的发展以及二者的关联性，将会有助于学者、官员及政策制定者利用上述机会。同时，世界上许多关心自己经济前景的人也可能从中受益。法律与全球竞争的关系

对每一个人都有潜在的影响，因此，改善二者关系的动力是巨大的。这正是我写此书的灵感和动力所在。

本书希望有助于那些希望更多地了解竞争和法律的作用，尤其是了解竞争法作用的人们提供信息和深入的识见。本书主要关注全球经济，但书的大部分内容讨论的是国别经验，因为塑造全球竞争的法律仍以国别法（及欧盟法）为主。毕竟，从法律的作用及其影响的角度来看，全球经济是由国别经济组成的。此外，国别经验会继续指引与全球经济有关的跨国合作和协调的发展规律，正如后者也会引导国别经验的发展。

我期望学者和学生，特别是法律、经济以及全球化领域的学者和学生能对这本书有特殊的兴趣。我也相信，从事其他法律领域或社会科学或历史研究的学者和学生也能从本书的分析和阐述中受益。对于各国处理竞争法问题及全球经济问题的官员和法官来说，本书提供的分析和信息有着更为实际的意义。他们是决策制定者，我衷心希望他们在相关领域做决定时会发现本书有用。从事法律实践的人也会从本书的分析和信息中获益良多。他们对竞争法案件的判决能产生影响，因此在竞争法的演化中发挥着重要的作用。最后，这些问题对于全球市场的发展也十分关键，因此对于世界各国的未来都至关重要，我期望那些对此类越来越具普遍性的问题感兴趣的人们也能感到本书有用。在本书的写作过程中，我已经有意识地按照上述所有读者所能理解的方式来安排材料，同时也尽力使本书的分析足够严谨和有创造性，不失我认为自己以往著述所体现的高学术水准和专业水准。

如此规模的一个研究项目需要几乎全世界各地的学者、官员、律师及图书资料员的帮助、信息和远见卓识。我异常幸运地从许多人那里得到了大量支持与合作。这些支持不胜枚举，以至于我很遗憾地无法在这里对他们一一致谢。对于在这里没有提到名字的人，

我将在其他场合以其他的方式表达我的谢意。在这里再次向你们表示感谢。

本书写作过程中，有些人给予了重要而直接的帮助，在此我必须表示感谢。芝加哥－肯特法学院院长 Harold Krent 先生这些年来以各种方式对这个项目给予支持，对此我深表谢忱。我的同事 Sung-joon Cho、Dan Tarlock 和我之前的研究助理，如今是朋友的 Andre Fiebig 自始至终对这项研究给予了他们的卓见、信息和鼓励。我还要再次感谢 Ken Dam，很多年前他鼓励和支持我研究法律、经济及其在全球层面的互动，最终使我踏上了这条研究路径，写出了这本书。他兼具分析细腻和思路开阔的特点，常使我深受启发。我还曾与在美国反托拉斯界、比较法学界及国际法学界的许多学者围绕相关话题或本书草稿进行过讨论，他们为此付出了时间、精力，奉献了他们的远见卓识，因不胜枚举，在此无法一一列明致谢。

有许多美国之外的学者也曾与我讨论过这些问题，他们的洞见丰富了本书，起到了独特而重要的作用。其中几位特别值得谢忱：欧洲的 Ulf Bernitz, Wolfgang Fikentscher, Laurence Idot, Fritz Rittner, John Vickers, Steven Wilks，中国的王晓晔，日本的 Mitsuo Matsushita, Tadashi, Shiraishi 和 Iwakazu Takahashi，以色列的 Michal Gal，塞内加尔的 Mor Bakhoun。

我所进行的几次长期访学对本书所讨论的问题具有无可估量的意义。为此我要感谢 Anne－Marie Slaughter，她为我参与普林斯顿的 Woodrow Wilson 国际和公共事务学院的法律与公共事务项目提供了支持。由于有了 Christoph Engel 的支持，我能以 Max Planck 研究员的身份参与波恩的集体物品（Collective Goods）项目的研究。我还要感谢以下大学为我提供长期教学和访问机会，这些访问非常有价值：瑞典的乌普萨拉大学和斯德哥尔摩大学，德国的慕尼黑和弗莱堡大学，东京的明治大学，美国的宾夕法尼亚大学、西北大学以及华盛

顿大学。

在上述大学及全球的各类会议上，我分别发表了书中各部分的观点。在此我要感谢那些会议的组织者所提供的如此宝贵的机会。

曾有无数的竞争机构官员及前任官员慷慨地与我分享了他们所任职的机构的信息，使我得以了解这些机构的思想、行动和方法。这其中我必须提到的的是 Stefan Amerasinghe, Ulf Boge, Paolo Cassinis, Claus Dieter Ehlermann, Hiroshi Iyori, William Kovacic, Oh - seung Kwon, Bruno Lasserre, Philip Lowe, Mario Monti, Alexander Schaub, Giuseppe Tesaro, Randy Tritell 和 Akinori Uesugi。

芝加哥 - 肯特法学院杰出的图书馆员不辞辛苦，毫无怨言地进行资料检索，搜寻极难查找的材料，并跟踪这些资料的动向。Mariabel Nash 和 Hollywood Lakato 出色的馆际联络工作尤其值得一提。对他们的细心、坚持不懈和宽容，我永远无法充分表达我的谢意。

在芝加哥和欧洲，有许多研究助理也参与到了该项研究中。我不能一一列举，但其中三位格外重要，必须在这里表示由衷的谢意。Adam Kreis 不仅是出色的学生，也是一位卓越的、认真又爱提问的研究助理。在该项目的最后一年，他的工作具有无法估量的价值。此外 Emily Grande 和 David Pustilnik 也为本项研究提供了始终如一出色的支持。

我非常幸运，在本书付梓之前的终稿阶段能拥有一个极为出色的助理。Claire Alfus 检查书中的错误，把握可能存在的各种问题，她还运用她异常杰出的专注力和卓越的组织能力代表这个项目解决掉了那些问题。她在整个过程中表现出的高效、坚持不懈、热情和慷慨都令我惊异。

我要特别感谢牛津大学出版社的 John Louth 和 Gwen Booth 在本书出版过程中给予的支持，感谢 Natasha Knight，因她的能力，本书最终得以面世。感谢 Benjamin Roberts 在整个印制过程中展现出的过

人手笔。

最后，也是最重要的，我要感谢我的家人。对他们为这项工作提供的支持，我的感激之情难以言表——为他们所做的，也为他们所放弃的。我想，他们知道这对我是多么重要。

谨以此书献给 Ulla - Britt——言语不能传达，困难无法羁绊，梦想最终升华。

引 论

一 法律，竞争和全球市场

无论在哪里，全球市场都已成为人们关注的中心。为什么油或食品的价格如此之高？企业为什么会倒闭？全球经济关系是否有所改善？如果答案是肯定的，它能否有助于减少蔓延于许多地区的政治动荡？全球竞争是这些问题及许多其他报纸头版头条问题的核心。金融危机、食品短缺，诸如此类的事件使人们把注意力集中在全球经济的互相依存之上，它们表明了经济的繁荣乃至人类的基本需求和权利是在怎样的程度上依赖于全球市场的运作情况。对美国 and 欧洲是这样，对亚洲、非洲以及任何地区的其他国家也莫不如是。

全球经济一体化为许多人带来了希望，它在增进人类福利方面的潜力是巨大的。全球市场创造了买、卖和工作的机会，降低了生产成本，减少了浪费，引导资产实现“最高和最佳”的利用。它还能促进民主，增进政治稳定，提高个人自由度，保护人权。这个希望是普世的，对所有人皆如是。几乎没有人能对它的吸引力无动于衷。

然而，这个希望也是模糊的，且常常是短暂的。它究竟能带来多少好处、谁能从中得到好处、能得到怎样的好处，什么时候能够实现……这些问题都有许多不确定性。几乎没有人怀疑全球竞争会