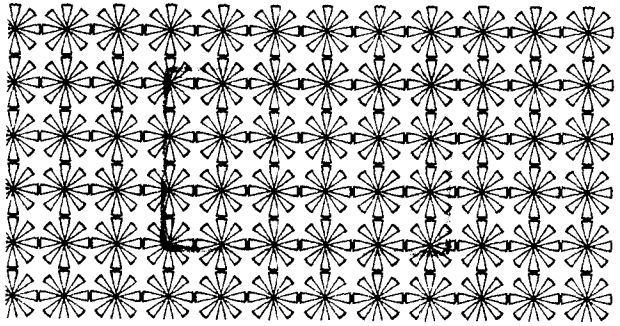
# 论美国反托拉斯法及其域外适用

高菲著

中山大学出版社

# 论美国反托拉斯法及其域外适用

期　　陈



中山大学出版社

(粤)新登字 11 号

版权所有　不得翻印

**图书在版编目(CIP)数据**

论美国反托拉斯法及其域外适用/高菲.—广州:中山大学出版社,1993
ISBN7－306－00841－2

Ⅰ　论美国反托拉斯法及其域外适用
Ⅱ　高　菲
Ⅲ　①法律②美国反托拉斯法③域外适用
Ⅳ　D－91

责任编辑:李文　王新　责任校对:延放
封面设计:朱霭华　责任印制:黄少伟

中山大学出版社出版发行
(广州市新港西路 135 号)
广东省供销学校印刷厂印刷

787×1092 毫米　32 开本　9 印张　25 万字
1993 年 11 月第 1 版　1993 年 11 月第 1 次印刷
印数:1—2000 册　定价:10.00 元

# 前 言

社会主义市场经济的飞速发展必然伴随着不以人们意志为转移的客观经济规律——激烈的竞争；而竞争的衍生物——不正当竞争行为和垄断现象也必然客观存在。目前我国出现的行政型垄断和经济性垄断及不正当竞争行为迫使我们不能不考虑制定反垄断法和反不正当竞争法，以调整变化了的客观经济情况。鉴于美国是最早制定反托拉斯法的国家，世界上许多国家的竞争法都以其为蓝本，研究它，可以达到窥一斑而见全貌的功效；又鉴于美国自对主权豁免采取限制说以来，其管辖的长臂已触伸到许多法律领域，尤其是反托拉斯法的域外适用极大地损害了与之贸易国家的经济利益，遭至他国的法律对抗和抵制。故为在国际经济贸易交往中，维护我国主权及我方当事人之权益，定下本书专题。

据此，本书写作的目的有两点：一是为中国制定反垄断法和反不正当竞争法提供参照本；二是为中国在对外经济贸易往来中，对他国将其经济立法域外适用侵犯到我主权和我方当事人权益时，能够做到知己知彼，有效防范和采取保护对策以资借鉴。

本书采取夹叙夹议，分章总结，分析案例，重于引证，理论和实践相结合的分析研究方法，力求做到全面辩证地看问题，不失偏颇。

本书共分五章三方面内容。第一、二章为介绍美国反托拉斯法的起源、产生的历史背景、反托拉斯法的本质、特点、适用范围和执行以及整个反托拉斯法体系、主要内容和基本理论。目的在于总括出美国反托拉斯法的全貌，以求对揭示的问题有较深的理解。第三、四两章为美国反托拉斯法域外管辖的理论和实践及他国对抗部分。详细介绍、评述了美反托拉斯法域外管辖自属地原则始、到效果原则为顶点及随后采取了利益平衡原则，以缓和其行使域外管辖招致他国对抗

的严重局面，并力图从窘境中解脱出来为止的演变及现状；依据国际法理论指出效果原则违反国际法利益平衡和比较损害方法难以解决真实冲突，指出美反托拉斯法域外管域导致的冲突实质是各国经济政策之冲突，非国际私法规范能解决，并提出具体的解决办法；比较分析了美国、欧共体、德国反托拉斯法域外管辖的异同。对抗部分着重论述了国家主权原则、国家行为学说和外国主权强制行为抗辩理论。第五章着重探讨了美反托拉斯法域外管辖对我对外经济贸易的潜在威胁及对策，以及中国制定反垄断和反不正当竞争法问题，并提出一个制定反垄断和反不正当竞争法条例建议草案，以供有关方面参考。

本书的出版受到广州市第二经济律师事务所主任王新高级律师的热情关怀与鼎力支持，得到广州科联系统工程研究院姜小天院长和广州市粤法顾问有限公司虞静怡董事长的全力资助，谨致崇高敬意，衷心感谢。



此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

# 目 录


**第一章 概 论**…… (1)
第一节 反托拉斯法概说…… (1)
第二节 反托拉斯法的起源——普通法上的限制贸易法…… (3)
第三节 美国反托拉斯法的实质和特点…… (7)
一、美国反托拉斯法的实质 …… (7)
二、美国反托拉斯法的特点 …… (9)
第四节 美国反托拉斯法的适用范围 …… (13)
一、谢尔曼法的适用范围…… (14)
二、克莱顿法的适用范围…… (16)
第五节 美国反托拉斯法的执行 …… (20)
一、概述…… (20)
二、政府执行反托斯法的机构…… (20)
三、谢尔曼法的执行…… (21)
四、克莱顿法的执行…… (23)
五、私人反托拉斯法三倍损害赔偿诉讼…… (26)

**第二章 美国反托斯法的主要内容和基本理论** …… (37)
第一节 禁止限制贸易或商业的行为——谢尔曼法第一条 ……
…… (37)
一、限制贸易或商业行为的含义…… (37)
二、违反谢尔曼法第一条的构成要件…… (37)
三、限制贸易的协议、联合或共谋的含义 …… (39)
四、企业内部共谋问题…… (40)
五、共同一致的行动…… (42)
六、自觉并行行为…… (44)

第二节　本身违法原则和合理原则 …… (45)
一、概述 …… (45)
二、本身违法原则和合理原则的萌芽 …… (46)
三、本身违法原则的确立 …… (48)
四、本身违法原则的适用范围 …… (49)
五、合理原则的确立 …… (65)
六、合理原则的适用范围 …… (70)
七、小结和述评 …… (83)
第三节　垄断－谢尔曼法第二条 …… (85)
一、概述 …… (85)
二、垄断的构成 …… (86)
三、企图垄断 …… (97)
四、联合或共谋垄断 …… (98)
五、谢尔曼法第二条的抗辩 …… (99)
第四节　兼并——克莱顿法第七条 …… (100)
一、概述 …… (100)
二、第七条的适用范围 …… (102)
三、第七条的管辖要素 …… (103)
四、第七条适用之例外 …… (105)

**第三章　美国反托拉斯法域外管辖的理论及实践** …… (107)
第一节　属地管辖原则 …… (107)
一、香蕉案：严格的属地管辖原则 …… (107)
二、严格的属地原则至效果原则的过渡 …… (111)
第二节　“阿尔科案”：效果原则 …… (114)
第三节　欧洲共同体、英国、西德反托拉斯法的域外适用 ……
…… (116)
一、欧洲共同体 …… (117)
二、英国 …… (129)

三、西德 …… (131)
第四节 效果原则剖析 …… (144)
一、效果原则与国际法原则 …… (144)
二、(领土)效果原则不是国际法原则 …… (148)
三、结 论 …… (159)
第五节 廷伯雷案:利益平衡原则 …… (160)
一、廷伯雷案 …… (160)
二、利益分析理论及比较损害方法 …… (162)
三、巴格斯特的比较损害方法 …… (166)
四、利益分析方法和国际礼让原则 …… (171)

**第四章 对美国反托拉斯法域外管辖的对抗** …… (178)
第一节 导 言 …… (178)
第二节 对抗美国反托拉斯法域外管辖的理论根据 …… (181)
一、国家主权豁免原则抗辩 …… (181)
二、国家行为学说抗辩 …… (187)
三、小结和述评 …… (196)
四、外国主权强制抗辩 …… (201)
第三节 对抗美国反托拉斯法域外管辖的形式 …… (222)
一、政治和司法对抗 …… (222)
二、立法对抗 …… (225)
三、小结和述评 …… (232)
第四节 反托拉斯法域外管辖冲突的解决方法 …… (233)
一、国家单方面作出自我限制 …… (234)
二、签订反托拉斯法合作协议 …… (236)
三、仲裁解决 …… (237)
四、微型法庭解决方法 …… (239)

**第五章 中国制定反垄断法和反不公平竞争法探讨** …… (241)

第一节　美国反托拉斯法域外管辖对我国对外经济
贸易的潜在威胁及对策…… (241)
一、潜在的威胁 …… (241)
二、对策 …… (246)
第二节　中国的经济竞争立法…… (247)
一、概　述 …… (247)
二、中国制定反垄断法和反不正当竞争法的现状 …… (248)
三、我国现阶段垄断和不正当竞争行为的表现形式 …… (250)
第三节　关于制定《禁止垄断和不正当竞争行为条例》
的建议草案…… (256)
**参考文献与注释**…… (264)

# 第一章 概 论

## 第一节 反托拉斯法概说

所谓反托拉斯法(Antitrust law),即是反对和限制垄断、保护和促进竞争以及反对不公平贸易做法的法律规范的总和。不无夸张地说,反托拉斯法这个词几乎是美国独家发明的专利产品。在美国的经济发展史上,托拉斯(trust)最初是由几个人从事同一行业的公司,为了其共同的利益或优势,本着消除它们自己之间的毁灭性竞争,控制其产品的产量,调正或保持其产品的价格之目的而利用普通法上的信托手段、签订信托协议而组织起来的比单纯的公司更为有效的一种商业组织形式。不过,参加这种托拉斯组织的各公司同时仍保持其各自的独立存在,不具有任何形式的联合或合并(Consolidation or Merger)。这种托拉斯组织由各公司的董事长或总经理组成一个受托中心委员会或受托理事会,各公司的股东将其大部分股票托付给该中心委员会或理事会,中心委员会或理事会受托代为保管这些股东托付的股票,而股东们则相应地拿到"信托股票",表明他们有权接受他们托付给中心委员会或理事会的股票的红利,但是股票的投票权却已经移给了受托人,正是由于受托人或受托委员会具有股票投票权,因此,受托人或受托委员会可以对托拉斯组织的各个组成公司的政策及经营行使绝对的控制、影响权,以达到垄断整个行业的目的。这种意义上的"托拉斯"或信托组织在现代已近乎绝迹,即使有这样的组织,也早已为"控股公司"所代替。但"托拉斯"这个名称在美国的现代法律上及通常讲话中,均指那类有意图、或有权力、或有某种趋势设立垄断、控制生产、固定产品价格、划分市场、调节分配的两个或

两个以上公司或企业的联合或合并[1]。

反托拉斯法在性质上属各国国内法，国际反托拉斯法正是由国内反托拉斯法发展而成的。反托拉斯法最初出现于19世纪末叶，最早制定反托拉斯法的国家不是美国却是加拿大。1889年加拿大国会通过了反对私人限制贸易保护竞争的《预防和禁止限制贸易的联合法案》[2]。该法禁止在贸易或生产方面带来不正当限制竞争效果的共谋、联合和协议。该法的建立是基于在一些基础工业中托拉斯和垄断组织的行为违反了公共利益，因此，为"保护自由竞争中的特殊的公共利益"[3]而制定了该法。但由于加拿大立法在国际影响中甚微，因此，当1890年美国颁布了它历史上具有里程碑意义的第一部反托拉斯法典《谢尔曼法》时，就奠定了它在国际反托拉斯法领域的举足轻重的地位。继谢尔曼反托拉斯法颁布以后，特别是二次大战以来，反托拉斯法立法趋势方兴未艾。欧洲的许多发达国家，象英国、法国、西德、比利时、丹麦、爱尔兰、荷兰、瑞典、卢森堡、意大利，亚洲的日本以及欧洲共同体都为了缓和国内垄断资本与中小资本之间的矛盾，限制垄断资本的过份集中，在国际上避免他国的反托拉斯法域外适用而给本国带来损失，因而相继各不相让地颁布了即使不是全部照搬，在实质方面也绝大部分是以美国反托拉斯法为蓝本同时又各具特色的反托拉斯法典或法规；而发展中一些国家，象巴西、智利、阿根廷、印度、尼日利亚等也为了维护本国的利益，预防因国际经济交往中发达国家的反托拉斯法多不适用于出口托拉斯，反而鼓励出口联合而给这些发展中国家利益造成威胁和损害，故也陆陆续续颁布了反托拉斯法。这些国家之所以颁布反托拉斯法，不仅仅是由于国内的原因或消极地预防的原因，最重要的原因是当今世界上，由于科学和技术的进步使得世界上国家之间的距离相对缩小，而通讯的高速度发展更带来了前所未有的发展前景，反映在国际经济领域中，调整国际市场关系的旧的规则制度已经跟不上当今日新月异地发展着的竞争速度，跨国公司的出现及在国际贸易中的扩展无一不使得每个愿意加强其国际经济贸易交往的国家都要慎重考虑制定其反托拉斯法问



此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

题。可以估计，由于颁布反托拉斯法是势在必行，今后必将有更多的国家将颁布反托拉斯法或禁止不公平贸易法。

## 第二节　反托拉斯法的起源——普通法上的限制贸易法

反托拉斯法的起源，可以追溯到古罗马时期[4]。据说在古罗马时期，纪元前后曾颁布过禁止粮行阴谋提高价格的法律，在公元 482 年颁布的宪法中也包含有禁止提高价格在内的所有垄断，即使国家批准的垄断也不例外。

在普通法上，限制贸易的法律是普通法的一个非常古老的分支，源远流长，可以追溯到 16 世纪末，甚至更遥远的年代。早在 1266 年，普通法就曾指控中间犯罪(middleman offence)[5]。这种妨碍竞争的中间人犯罪共有三种形式：①货物投放市场之前预先抢购(forestalling——即用囤积、抬价方法垄断市场)；②大量收购、少量卖出(regrating——即囤积居奇)；③庄稼成熟之前就在地里收购或至少在粮食投放市场之前就收购(engrossing——即独占垄断)。这种通过市场外买卖的方式以囤积居奇垄断市场的目的，一是为逃避市场的价格管理，二是为避免给享有城镇市场皇室特许权的垄断者交费。在理论上，最初普通法上的限制贸易法的基础是：保护私人使用其劳动的权利——有权工作；是为了衡平、公正和公共利益(equity，fairness and public interest)之目的。因为个人的工作权力常常未经其本人的同意就被政策、行会或垄断集团及卡特尔组织的活动而无辜被剥夺，个人对此则一筹莫展；有时又由于合同协议，不公正地诱使个人而限制了个人工作的权利。保护个人有权工作之所以是为了公共利益之必需，是因为防止社会可能集中的劳动力之减少和浪费如同保持平等与公正的经济秩序是公共利益所必需一样都是公共利益所必需。上述的两种基本理论，英国法院在实践中将之称为衡平原则和经济

发展原则。

衡平原则和经济发展原则在普通法上的限制贸易法发展的历史长河中随着时代的不同而具有不同的含义。在中世纪的重商主义时代(The Mercantilist Era)[6],英国是一个中世纪的经济秩序和王室经济限制和特权的混合体。中世纪的经济生活实质上都由基督教会和国家管辖,受制于教会法和普通法。王室在经济上追求的是民族强权政策,赋予其追随者和宠臣以新的特权和垄断,同时颁布一些调整劳动力的流动、生产和补偿的法规[7]以实现其经济目的。由于中世纪的经济秩序没有明确的开始和被荡涤无存的痕迹,因此中世纪的行会制度和王室推行的经济政策就奇妙地揉合在一起。一方面是行会和享有特权的公司对绝大多数的工作和在其利益范围内的企业保持着严重的束缚;另一方面则是国内贸易的大部分都由王室交给享有极大特权的公司去经营。这些公司在王室授权给它们的领地内享有排他性的专属贸易权,即使在英国本土,王室也习惯于对特定的产品授予独占垄断权或专利权。

16 世纪末,普通法法院开始抨击中世纪的经济秩序和重商时代的重商观点,认为限制贸易的行为由于违反了公共政策因而是非法的。按照普通法的一般观点,应该保护个人不受各式各样的侵害。不过,当时的英国法院将任何限制性的垄断或特权都作了有效的区别,凡王室授予的垄断行为被认为是违法的,国会授予的垄断行为则不被认为是违法的,这当然是基于法院大部分为地方贵族所控制并经常参与国会和王室之间的立宪斗争的原因了。

在中世纪,合同中的平等原则被理解为是"公平价格"原则(doctrine of just price)。按照托马斯·阿奎那在"Summa Theologica"一书中所表述的观点认为:对一特定的产品支付的价格是否公平是个客观问题而不是主观问题。虽然一个人不能用数学般的精确来规定价格,但是却可依据一种估计,因此些微的增加或减少看来不会破坏公正的平等。这种观点的前提是交换价值的平等。但"价值"如何平等?谁来确定?有学者争辩道:"流行的观点是,公平价格在一个没有欺

诈、垄断或强制胁迫下的公正行为的市场中由大家共同估价而定，但由于由大家共同决定的价值与个人的特定价值是背道而驰的……。结果，在缺少一个公正行为的市场的条件下，或当供给处于一种不正常的恶劣条件下或当不正常的严重需求威胁到不平衡的市场时，公平价格要由法律调正来硬加实施。"[8]此时，客观的公平价格理论就不易为人觉察地在实践中转化为由社会或由主观决定的公平价格上来了。

早期普通法上自觉地或不自觉地限制贸易的案件可上溯到14、15世纪[9]，但直至16世纪末，法院对普通法上的限制贸易案件才开始形成了明确的强制性原则——平等和公共利益的原则。

在Davenant V. Hurdis(1598)一案中，两个行会就有益于其各自成员的布料加工贸易的控制权发生了争执，法院判决道："建立垄断的行会细则违反了普通法，是无效的。"法院认为，将所有的贸易和运输集中到一个公司或一个人手中而排斥所有其它人的这类性质的规则是非法的。

即使对皇室授予的垄断特权，只要与公共利益背道而驰，法院便会毫不犹豫地宣布为非法。如在Darcy V. Allen(1602)一案中，女皇伊丽莎白授予她的马夫以垄断生产和进口扑克牌的专属权力，法院认为，垄断通过提高价格和降低扑克牌的质量，伤害了实际的和潜在的竞争者以及剥夺其他工人谋生手段的方法损害了公共利益，是无效的。

在Ipswich Tailor's Case(1614)一案中，着重体现了重商时代限制贸易案件中的平等原则。该案中易普威治·泰勒行会要求执行的行会细则禁止任何人在该城进行贸易，除非该人曾在该公司作过学徒或曾得到过行会的同意。遵循前两者的判例，法院认为该行会细则无效，不能执行。因为按照普通法，任何人都不应被禁止从事任何合法的贸易，因为法律憎恶懒惰——一切罪恶之母……，因此，普通法憎恶禁止任何人从事任何合法贸易的所有垄断。(该行会规则)反对人民的自由，通过拖延，或其它一些微妙的诡计从人民手中勒索钱

财；或通过经营同样贸易的会长和富有经验的商人迫使或不允许年青商人自由地去进行贸易，所有这些都违反了普通法，反对了英联邦国家。

从上述几例可以看出，这些早期的普通法上的限制贸易案如果不是全部至少绝大多数是属于客观上的来自法律的力量[10]、皇室的特权、习惯的适用等等，从而对人们带来的贸易上的限制。至于主动地签订协议限制贸易的作法不能说没有，但却可以说没形成主流。

第一个以协议限制贸易的案件是1414年的染料案件(Dyer's case，1414)。被告签订一项协议，保证半年内不在某一城市从事染料贸易，随后又否认。法官赫尔(Hall)将该协议视为非法："上帝，如果原告在这里，他应当去进监狱，直到他对国王付了罚金。"很显然，对契约中公然限制贸易的行为，法院表示了十分的憎恶。在当时流行的行会制度下，地方行会严格地控制着其它地区来的商人，这意味着人们不能随心所欲地选择工作的地方，而禁止或限制任何人在任何地方任何时间从事合法贸易，就可能限制某人在某地某时，或在更多的地方、更长的时间从事合法贸易，这种限制违反了英联邦的利益，是非法的。这就是当时法院持有的一般的普遍的观点。

17世纪初叶，英国法院发觉对以协议限制贸易的合同可以有合法的例外。他们将协议限制贸易的合同划分为"特殊"的和"一般"的两类。对那些特殊的限制贸易的合同只要有合适的、充分的原因就可以在普通法上得到执行。在这个时期，当事人之间的平等原则在合同法中的表现就是必须有足够的约因，且必须是能够证明交易合理的那一类约因。在Rosers V. Parry(1613)一案中，被告同在租借给他21年的某房产内从事细木工匠活被法院认为是合理的限制。"保护这种善意是合法的，此种限制可以执行，条件是此种限制是在特定的期限和地方。"

普通法上的合垄断谴责的是几个人合谋以合法的行为达到"非法"的目的[11]。"非法"的含义是违背公共政策。在普通法上，联合侵权被认为是非法的合谋。在1870年以前，工会的工人联合起来同样

被认为是民事侵权行为或刑事合谋行为。

综上所述，可以得出如下结论：第一，普通法上限制贸易法的理论基础是限制贸易和垄断贸易的行为违反了公共政策和平等原则，因而是非法的、无效的。第二，美国的反托拉斯法并非是美国独具匠心的独创，并非是无本之木，无源之水，而是有其历史渊源的——普通法上的限制贸易法。难怪谢尔曼参议员在提出谢尔曼法案时曾使用过这样的语言："……没有提出一项新的法律原则，而是使用普通法上众所周知的原则[12]。"第三，虽然如此，但美国的反托拉斯法仍然是普通法上限制贸易法的发展和延伸，改造和创新，并无任何刻意模仿的痕迹。因此，谢尔曼法最后文本的密切参与人参议员赫尔(Hoar)对此曾不无骄傲地说："在美国，没有任何普通法。"[12]

## 第三节　美国反托拉斯法的实质和特点

### 一、美国反托拉斯法的实质

自 1890 年美国国会通过《谢尔曼反托斯法》(The Sherman Antitrust Act)的一个多世纪以来，以《谢尔曼反托拉斯法》为基石的美国整个反托拉斯法体系就构成了美国经济政策的基础[14]。什么是美国的经济政策？即保持和促进竞争是促进美国社会财富繁荣的根本。保持竞争机制既有经济方面的也有政治方面的原因。要保持最大限度的社会福利，就必须从垄断的限制下解放出来进行自由竞争。竞争机制是社会政治结构的基础[15]。它作为一种衡平制度可以防止权力的无限集中，可以作为一种分散经济权力的中介；是分配机制和优秀经济运行的源泉；同时，它还可以提供经济组织的框架，挑选最有效的企业型式，促进社会和经济的进步，是政治民主的象征。

在美国诉加利福尼亚钢铁公司(United States V. Columbia Steel Co,1948)[16]一案中，法官道格拉斯是这样来阐述谢尔曼反托拉斯法的立法宗旨的：控制经济的权利应该掌握在被推选出来的人民代表

的手中，而不应该掌握在工业寡头垄断者的手中。工业权力应该分散到许多人手中，使人民的命运不取决于极少数自以为是的情感固执的人的奇思怪想或反复异常、政治歧视上，至于事实上他们不是邪恶者而是值得尊敬的、有社会意识的人都与此无关。这就是谢尔曼法的宗旨和纲领。它建立在这样的理论基础之上，敌视将权力集中在少数人手中，只有人民的政府才应该具有这样的权力。

让我们略看一下美国反托拉斯法产生的历史背景，我们就可以清楚地了解美国反托拉斯法的实质了。19 世纪下半叶，美资本主义自由竞争发展到了顶峰，美国垄断资产阶级逐渐形成。19 世纪末 20 世纪初，美工业企业掀起第一次合并浪潮，使美国垄断过程加快。资本集中到一定程度，自然而然走向垄断。美托拉斯组织首先在交通、运输、通讯等行业出现[17]。托拉斯组织的急剧兴起，迅速蔓延到整个美国，至 19 世纪下半叶，美国的主要经济命脉均已被少数大托拉斯组织控制。美国已成为垄断资本占统治地位的“典型的托拉斯”国家[18]。

美国垄断组织以其独占优势不择手段地攫取高额利润，加深了同中小资本家的矛盾和对抗。因此，美国资产阶级为了整体利益，不得不抛弃或牺牲个别垄断资本的眼前的、暂时的利益，以避免个别垄断资本的过份膨胀及滥用支配市场的优势地位会更加加剧资本主义时期的各种基本矛盾，从而危害资本主义制度；同时也希望通过排除垄断、不正当的交易限制和不公平的贸易行为而维持公平交易，促进和维护市场上的正常竞争，保持资本主义的活力，于是颁布了美国历史上具有里程碑意义的第一部反托拉斯法典——谢尔曼反托拉斯法。

美国的反托拉斯法在发展美国的资本主义经济中起到了一定的作用。美国司法部反托拉斯局曾多次对“专利垄断”案件进行起诉；1962 年美最高法院曾成功地判决杜邦公司在通用汽车公司拥有的股票违反反托拉斯法，须在 1965 年前出售其持有的全部股票；卡特尔式的垄断联盟在美国经济生活中基本消失；美国的经济中也基本



此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com