

FANLONGDUAN FA YINAN WENTI YANJIU

反垄断法疑难问题研究

主编 金福海

山东省高校人文社会科学研究计划重点项目

FANLONGDUAN FA YINAN WENTI YANJIU

反垄断法疑难问题研究

主编 金福海

山东省高校人文社会科学研究计划重点项目



内容提要

本书以《中华人民共和国反垄断法》立法过程及颁布实施后的疑难问题为中心,结合国外反垄断立法、执法和司法经验,重点对我国反垄断立法和司法实践中的一些疑难问题进行了专题式的研究。内容主要包括反垄断法总论、垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、行政垄断、垄断的法律责任六个专题的疑难问题探讨。

责任编辑:栾晓航·

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法疑难问题研究/金福海主编. —北京:

知识产权出版社, 2010. 9

ISBN 978-7-5130-0106-9

I. ①反… II. ①金… III. ①反托拉斯法—研究—中

国 IV. ①D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 140955 号

反垄断法疑难问题研究

金福海 主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8129

印 刷: 北京富生印刷厂

开 本: 787mm×960mm 1/16

版 次: 2010 年 9 月第 1 版

字 数: 330 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: xiaohang310@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 20. 25

印 次: 2010 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 48. 00 元

ISBN 978-7-5130-0106-9/D·1046(3051)

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一专题 总论问题研究/1

反垄断法域外适用研究/2

我国反垄断执法体系研究/20

反垄断法中相关市场的界定/53

第二专题 垄断协议问题研究/67

我国非法横向垄断协议的认定研究/68

垄断协议豁免的若干法律问题研究/81

第三专题 滥用支配地位问题研究/93

滥用市场支配地位研究/94

搭售行为规制研究/107

第四专题 经营者集中问题研究/141

经营者集中的国家安全审查研究/142

经营者集中的审查/153

经营者集中控制模式和控制条件比较研究/165

我国反垄断法下的经营者集中审查实体标准研究/176

我国经营者集中的申报标准/213

限制与禁止经营者集中考量的相关因素/224

第五专题 行政垄断问题研究/235

行政垄断的类型研究/236

行政垄断主体研究/248

行政垄断规制研究/255

反垄断法对于行政垄断规制的评析/267

第六专题 垄断的法律责任问题研究/279

垄断的民事责任及追究程序/280

垄断的行政责任及追究程序/293

反垄断法刑事责任的比较研究/304

后 记/317

总论问题研究

反垄断法域外适用研究

我国反垄断执法体系研究

反垄断法中相关市场的界定

反垄断法域外适用研究

杜洁^①

反垄断法是市场经济发展到近代以后出现的，旨在规制市场中各类垄断行为，维护自由、公正竞争秩序的法律部门，被人们形象地称为“经济宪法”。

传统观念认为，作为国内法体系中的反垄断法，其效力范围仅限于该国主权管辖的全部领域，而不具有域外适用的效力。但是随着经济全球化的发展，贸易与投资市场已超越国内的空间向世界范围扩展，跨国公司或者其他经济组织对市场的垄断已经不再局限于本国市场，而是越来越倾向于谋求对区域市场乃至全球市场的垄断，独占并取得市场支配地位。这种跨国垄断行为和限制竞争行为的出现对经济全球化与国际经济的发展构成了严重威胁，在国际反垄断法缺位的情况下，许多国家转而求助于本国反垄断法的域外适用，即以国内法律调整影响本国的国际垄断和限制竞争行为。从而，一些国家开始突破传统管辖原则的限制，主张本国反垄断法具有一定的域外效力，这就产生了反垄断法的域外适用问题。

自 20 世纪 40 年代中期在美国确立以来，反垄断法域外适用制度已有 60 多年的历史。迄今为止，全世界已有近 50 个国家在其反垄断法中规定了此项制度，^②有的国家已经有了几十年的实践。其中美国和欧盟反垄断法中的域外适用制度最为发达和完善，而作为世界经济体系中重要成员的中国，也在 2007 年 8 月 30 日通过的《中华人民共和国反垄断法》中确立了反垄断法的域外适用制度。

① 杜洁，烟台大学法学院 2007 级经济法硕士研究生。

② [日] 伊从宽：“国际垄断政策的发展态势”，姜珊译，载《外国法译评》1997 年第 3 期。

一、反垄断法域外适用的产生和发展

(一) 反垄断法域外适用的产生

反垄断法域外适用是指在本国领域外发生的行为,只要该行为直接或间接地影响了国内的市场竞争,不论行为人的国籍如何,本国反垄断主管机关和司法机关都可以依据本国的反垄断法对其行使管辖权和处罚权。

美国是世界上最早实行反垄断法域外适用的国家,早在1911年,美国最高法院在审理美国烟草公司案(American Tobacco case)时就确立了其反托拉斯法的域外适用。1945年,美国最高法院在审理美国司法部诉美铝公司案(Alcoa case)时,正式确立了反垄断法域外适用的效果原则。该案中加拿大铝公司因参加了一个主要由欧洲企业组成的限制美国出口铝锭数量的卡特尔协议,被法院宣布违反《谢尔曼法》第1条,构成限制交易行为。法庭最终指出,“案中的卡特尔合同虽然签订于美国境外,但它们试图影响美国的出口贸易,并实际上造成了影响,因而,这种合同应受美国法院及美国的反垄断法管辖”。^①这即是说,只要限制竞争的行为在美国国内市场产生影响效果,不管这种行为是在什么地方发生的,都可以适用美国的《谢尔曼法》。可见,美国是以判例法的形式率先确立了反垄断法域外适用制度。

(二) 反垄断法域外适用的发展

为了使域外适用制度进一步明确和具体化,美国在1982年的《对外贸易反托拉斯促进法》中又明确规定,反托拉斯法可以适用于美国域外的行为,只要该行为对美国的商业产生了“直接、实质的和能预见的效果”。^②1995年4月,美国司法部和联邦贸易委员会对《国际交易反托拉斯执行指南》作了如下修订:如果第三国企业间的合并对美国国内、对美国的出口贸易或者对美国企业的出口机会有着直接的、实质性的且可以合理预见的后果,得依据《克莱顿法》第7条决定是否批准合并。

^① United States v. Aluminum Co. of America, 148 F 2d 416-443 (2d Cir. 1945).

^② 程卫东:《中国竞争法立法探要》,社会科学文献出版社2006年版,第234页。

欧共体竞争法接受了美国反垄断法中的效果原则,引入了域外适用制度。1990年,欧盟《关于控制企业集中行为的规则》中规定,凡是具有“共同体影响”的并购等企业集中行为,欧盟委员会均有权行使反垄断管辖权,同时排除欧盟各成员国的个别管辖。只要并购所涉企业在全球范围内的营业收入之和超过50亿欧元,并且其中至少两个企业在共同体范围内的营业收入分别超过2.5亿欧元,就认为具有“共同体影响”。^① 欧盟反垄断法域外适用的一个典型案例是1997年美国的波音—麦道公司合并案。波音公司和麦道公司分别是全球第一大和第三大飞机制造商,合并本身在美国境内进行,对合并享有主要管辖权的美国联邦贸易委员会已经无条件批准了该合并。但是,欧盟委员会根据《关于控制企业集中行为的规则》对此项并购交易行使了反垄断管辖权,经过调查后认定其与共同市场不相容,并对交易提出了实质性的修改意见。波音公司被迫作出妥协,放弃了若干权利和利益,才使并购交易最终得以完成。

近年来,英国、加拿大和澳大利亚等国家在修订本国反垄断法时也增加了域外适用的规定。有的国家,如日本等,虽然没有在其反垄断法中明确规定这一原则,但通常会通过立法解释和法院判决来确认反垄断法的域外适用原则。而经济合作发展组织(OECD)在对其成员国竞争法的推荐意见《竞争法基本框架》中也指出,竞争法应适用于所有在国内产生实质性影响的事件,包括境外发生而在境内产生了后果的事件。^② 这表明,反垄断法的域外适用已经成为许多国家反垄断法的普遍做法,并在规制跨国公司的国际垄断行为方面发挥着重要作用。

(三) 我国设立反垄断法域外适用的必要性

随着经济全球化步伐的加快,各国经济发展必然跨越国界,跨国公司在国际市场的反竞争行为也必然牵扯到我国的经济利益,直接或间接影响我国的市场竞争。因此,在我国反垄断法中设立域外适用制度有着相当的必要性。

1. 确立反垄断法域外适用制度是我国经济与国际接轨的必然要求

中国作为世界级的大国,应遵循国际经济运行趋势,入世后不仅要在经济上与国际接轨,更要在经济运行规则——法律上与国际接轨,确立反垄断法域外适用制度,这样不仅可以积极地禁止或限制对我国产生影响的域外垄断行为,而且

①. 黄勇:《国际竞争法研究》,中国友谊出版公司2003年版,第311页。

②. 《各国反垄断法汇编》,人民法院出版社2001年版,第745页。

也可以消极地抵御他国不正当地域外适用其反垄断法于我国，从而达到进可“攻”，退可“守”的目的。面对日益突出的国际垄断问题和国际反垄断统一立法的空缺，在我国主要贸易伙伴都规定了反垄断法域外适用效力的情况下，我国也应当主动在反垄断法中设立域外适用制度。只有这样，才能在对外开放中避免或减少跨国限制竞争行为对我国经济发展造成的不利影响，更好地维护国家利益和消费者的利益，扭转我国在国际经济贸易活动中的不利地位，并在一定程度上起到促进国际反垄断统一立法的作用。

2. 确立反垄断法域外适用制度是维护我国的经济主权和经济利益的必然选择

作为世界贸易组织的一员，我国的对外开放正进一步深化与扩大。同时，国际垄断行为特别是国际卡特尔和跨国公司的大规模并购行为，对我国的市场竞争秩序产生的消极影响也日益增强，严重危及国家主权和经济安全，极大地损害了广大消费者的利益。

跨国公司以其全球的经营网络和经营战略，行为往往跨越国界，或者行为与结果跨越国界，对于这种并未完全发生在我国的领域内的跨国公司的某个垄断行为，就需要将我国反垄断法规定域外适用制度才能保护我国的利益。近两年，由于跨国并购的发展，在中国很多行业都出现了跨国公司占据垄断支配地位的情况，进而危及民族零售业乃至上游企业的生存。由其可见，只有规定我国的反垄断法的域外效力才能在对外开放中更好地维护我国的经济主权和经济利益。

3. 确立反垄断法域外适用制度是提高我国反垄断法国际合作能力的必然要求

由于法律制度和国家利益的冲突，反垄断法的域外适用正成为国际贸易中的一个新的摩擦点，而摩擦的最后结果是达成双边协定。随着我国参与经济全球化步伐的加快，域外反垄断法对我国的适用必将难以避免，并且越来越多。譬如，外国对中国 DVD 出口专利联合许可案，美国加利福尼亚高等法院对我国四大维生素 C 生产巨头提起反垄断诉讼案等。因此，如果我国反垄断法不确立域外适用制度，将在签订双边协定上缺少讨价还价的最基本筹码，不利于保护我国的利益。

基于以上原因，在我国的反垄断法中规定域外适用制度，是维系国内市场竞争秩序，保护国家经济安全，对抗外国反垄断法的域外适用，加强反垄断法国际协调的要求的正确选择。

二、反垄断法域外适用的基本原则

（一）效果原则

1. 效果原则的确立

效果原则最早确立于美国。美国早期的反垄断法恪守严格的属地主义，即只适用于在美国境内发生的影响和限制竞争行为，对美国之外发生的行为没有管辖权。1909年的美国香蕉公司诉联合果品公司案（*American Banana Co. v. United Fruit Co.*）便是这方面的经典判例。但在1945年的美国司法部诉美铝公司案时，法官 Hand 却彻底抛弃了原来的严格属地主义，确立了效果原则。根据该原则，发生在美国境外且与美国反托拉斯的精神相抵触的任何行为，不管行为者的国籍，也不管行为的场所，只要该行为对美国市场能够产生限制竞争的影响，美国的法院就可以对其行使管辖权。如今，这一原则也成为了美国法院对反垄断法域外适用问题普遍适用的原则。

2. 对效果原则的分析

效果原则是反垄断法域外适用制度影响最大，同时也是引起争议最多的原则。美国的效果原则由于管辖权的过度扩张，不可避免地存在下列问题：第一，依据效果原则确立的反垄断法的域外适用缺乏国际管辖权的基础；第二，反垄断法具有公法性质，体现本国公共政策的同时需要考虑各国的公共政策；第三，反垄断法没有国际最低标准，各国的经济发展状况不同，这个标准也将不同，这导致各国的反垄断法差异很大；第四，运用效果原则可能在维护一国利益的同时损害国际利益。^①即效果原则应以冲突法上的单边方法为基础，无视他国的管辖权而采取单方行动，往往会引起他方的抵制，甚至对抗，影响其作用的发挥。

最初有许多国家对效果原则公开抵制或拒绝这种管辖。但在以后的发展中，这项原则开始被越来越多的国家在同类立法中采纳。例如欧共体委员会和欧洲法院主张其反垄断法的域外效力，对于来自共同体外的行为，欧共体可以根据“实质的限制性影响”来确定其管辖权。1995年俄罗斯在其有关法规中也确立了其

① 刘宁元：《中外反垄断法实施体制研究》，北京大学出版社2005年版，第113页。

域外适用的效力。奥地利、瑞士、澳大利亚、瑞典、日本、希腊等国家都在本国竞争法中以效果原则作为域外适用的依据。世界经济合作发展组织（OECD）在对其成员国竞争法的推荐意见《竞争法基本框架》中也指出，竞争法应适用于所有在国内产生实质性影响的事件，包括境外发生而在境内产生了后果的事件。

实际上，美国在采用效果原则进行域外适用中遭到的其他国家的抨击以及其他国家的许多阻碍性立法，并不是起因于效果原则本身，而是与美国反托拉斯法域外适用中的霸道主义和域外管辖权的滥用有关，为了保证其判决执行的效力，美国已对其做法进行了修正。欧共体与德国，以及其他国家的反垄断立法也充分注意到这一点，在效果原则的基础上，强调内外国主权的平等与利益平衡，要求域外反竞争行为必须与内国利益有足够重要的联系，注重国际礼让，因而遇到的抵制就少得多。因此，反垄断法的域外适用及其所依据的效果原则，至少在现阶段是可行的。

3. 我国反垄断法域外适用应遵循效果原则

效果原则虽然不是公认的国际法原则，但其在一定程度上是符合国际法的，而且也是目前许多国家反垄断法中明确规定的或在实际执行中依循的据以确定域外适用的主要原则，因此我国在制定反垄断法时也应明确采取同样原则，以最大限度地保护我国利益的需要，使我国反垄断法与其他国家的反垄断法一样，在跨国竞争活动中主动采取法律行为，不仅对在我国市场上的限制竞争行为行使管辖权，而且也有权对外国企业在外国市场上实施的但对我国市场竞争有着严重不利后果的限制竞争行为行使管辖权，以维护国家经济安全和企业的正当权益，这同时也有利于在平等协商的基础上与其他国家竞争执法机构解决双方经贸活动中出现的问题，在有关国际协调中增加谈判的筹码和自我保护能力。

鉴于美国在行使效果原则时不断遭受到其他国家的反对和抵制，我国在引入和借鉴效果原则的过程中，应在如何能既不损害各国独立的经济利益，又能对有害的限制竞争行为进行法律上的域外适用之间寻找一条合理有效的途径。在这一方面，德国的做法对我们很有启发。

德国在《反限制竞争法》中规定其反垄断法域外适用的根据是效果原则的同时，还规定这一原则在适用时必须与有关的实体条款结合起来，即仅仅抽象地说对国内竞争产生了效果，不足以支持域外适用。这就限制了法官自由裁量权的

任意行使，从而增强了其域外适用的合理性与稳定性。而且德国卡特尔局或法院在适用时还会进一步考虑，适用德国反垄断法是否违反国际法原则，并愿意对所涉外国利益进行平衡，必要时对管辖权作出自我限制，即德国行使管辖权不得违反国际法上的不干涉原则和管辖权滥用原则。

因此我国在适用效果原则的过程中，应考虑将外国企业在中国境外从事的垄断行为对境内市场产生“直接的、实质的且可以合理预见的”限制或者不利影响作为判断“效果”的标准，同时充分利用效果加其他自然连接点，使其符合国际法中有关国际管辖权的规定。在此方面还可以借鉴欧盟的做法。欧盟虽然在其反垄断法域外适用中未放弃效果原则，但欧盟法院对反垄断的域外适用的效果原则一直持谨慎的态度，一般不愿公开以效果原则来阐释欧盟反垄断法的域外效力。而只在其他原则无法适用时，才动用效果原则。因此，我国反垄断法域外适用在存在当事人国籍、住所地、履行地、母子公司一体化关系等连接因素时，应尽可能发挥它们的作用，使本国管辖与案件之间存在更密切的联系。从而寻求到更多的法理依据。

（二）合理管辖原则

1. 合理管辖原则的确立

为了缓和对以效果原则进行域外管辖权的抵制，美国法院在司法实践中逐渐产生了合理管辖原则，作为对效果原则的修正，对其管辖权进行自我限制。

合理管辖原则是美国第9巡回法院的 Choy 法官在 1976 年的 Timberland Lumber 公司诉美洲银行一案中确立的。他认为，纯粹的效果原则“因忽视了其他国家的利益，是不完全的”，因此在主张反垄断域外效力时，应考虑诸如美国法与外国法的冲突，当事人的国籍以及诉讼对美国对外关系的影响等因素，遵照国际礼让的原则来判断是否进行反垄断法的域外适用。

2. 对合理管辖原则的分析

合理管辖原则是对效果原则的进一步深化，它注重“利益平衡方法”，即法院地国将内外国的反垄断法置于平等地位，根据案件的具体情况，考虑当事人的国籍，对法院地国的影响与对其他相关国家的影响轻重对比，行使管辖权导致冲突的可能性以及这些影响的可预见性等因素，合理平衡地确立管辖权和确定应当适用的法律，遵照了国际礼让的原则。对各国反垄断法域外适用而引起的冲突起

了一定的缓解作用。因此,合理管辖原则的确立,标志着国家间相互承认各自反垄断法域外效力的真正开始。

但合理管辖原则虽然对其他国家的利益有所考虑,而当本国利益与其他国家利益发生矛盾的情况下,反垄断执法、司法机构是否能够公正地考虑他国利益,却值得怀疑。事实上,缺乏其他国家的配合,一国的反垄断执法机构往往很难有效地开展工作,比如对垄断行为进行调查、获取相关信息,生效判决的执行等都有赖于他国的支持和配合。^①

3. 我国反垄断法的域外适用应以合理管辖原则为指导

基于以上对合理管辖原则的分析,我国应将合理管辖原则作为进行反垄断法域外适用时的指导原则,在适用时应坚持考虑到他国利益的平衡,以本国利益大于外国利益作为行使管辖权的依据,不对他国的利益造成不合理的损害,同时在平等的基础上,承认外国反垄断法的域外适用,这是我国在制定反垄断法的实施细则中,应加以明确的标准。如1984年美国《对外关系法重述(第六次)》第4条认为:管辖权可基于国籍、领土和效果而行使;第403条对此作了如下限制:尽管根据第402条存在管辖权,但如果这种管辖权的行使不合理,则一国不得将其本国法律域外适用于与另一国有联系的行为、关系、身份等。判断管辖权是否合理,应考虑以下因素:(1)行为是不是发生在管制国,或对管制国产生重大的、直接的和可预见的影响;(2)管制国与行为人之间,或管制国与管制规则所要保护的人之间,是否存在国籍、住所、经济活动等联系;(3)被管制行为的性质,对该行为实施管制对管制国的重要性,其他国家对该类行为实施管制的范围及其被接受的程度;(4)对管制所带来的保护或损害的合理预期;(5)管制对国际政治、法律或经济制度的重要性;(6)在管制有关行为时他国可能存在怎样的利益;(7)管制行为多大程度上符合传统的国际体制;(8)与其他国家管制行为冲突的可能性。这些因素多数是国际私法上常见的连接因素,这是我国相关立法应当借鉴的。另外,我国还应坚持礼让原则,积极同有关国家相互沟通、相互尊重、相互配合。在维护本国利益的同时考虑他国的利益,以减少冲突和质疑。

^① 陈邦武,张为国:“从域外适用到国际合作——浅析反垄断的走势”,载《井冈山师范学院学报(哲学社会科学)》第26卷第1期。

（三）单一经济体原则和履行地原则

1. 单一经济体原则和履行地原则的确立

这两项原则都来自于欧盟的实践，其中单一经济体原则是欧盟委员会和欧洲法院在实施《罗马条约》第85条、第86条中发展出的域外适用其反垄断法的依据之一。该原则是专门针对跨国公司的一项法律域外适用原则，即对于设在欧盟领域内的子公司与领域外控制其经济活动的母公司虽然在民商法上是两个独立的法人组织，但在竞争法上不是两个经济组织，而只是一个经济实体。因此当在欧盟领域内的子公司有限制竞争的行为时欧盟竞争法不仅可以适用于子公司，还可以适用于境外的母公司。^①该原则是欧洲法院于1972年审理ICI公司诉欧盟委员会的案件时确立的，这一原则在实践中多次运用，形成了一系列的决定和判决。

履行地原则是指虽然限制竞争协议签订地或形成地在欧盟领域外，但只要其履行地在欧盟领域内，就可以适用欧盟反垄断法。此原则是欧盟法院在1971年审理别格林公司案件中确立的。法院在判决理由中指出：“一个协议必须具有影响各成员之间贸易的结果，并且以阻碍共同市场内的竞争为目的或者效果，才与共同市场不相容，并为条约第八十五条所禁止，根据本案的事实，虽然协议的一方当事人是住所位于第三国的企业，但并不能阻却条约第八十五条的适用，因为这个协议是在共同体市场内履行的。”^②其后，欧洲法院在其审理的“木材纸浆案”中进一步明确了履行地原则。

2. 对单一经济体原则和履行地原则的分析

与效果原则相比，单一经济体原则依赖的是属人管辖权，因此具有更广泛的适用力，便于内国的相关反垄断立法适用于位于其领域外的该跨国公司的母公司和其他子公司，也利于内国司法机关也可以直接追究母公司的责任。

但单一经济体原则也有明显的不足，这主要反映在其适用的不确定上。因为该原则的运用，首先取决于法院地国在揭开公司面纱问题上的态度和实践。其次，如何认定公司集团内部的关联程度以及该公司集团同反竞争行为的联结程度，国际社会对此还缺少足够的法律实践。因为跨国公司的母公司多在发达国家，如若发展中国家的立法明确规定经济实体概念而频频揭开母公司的面纱，也

① 阮方民：《欧盟竞争法》，中国政法大学出版社1988年版，第72页。

② Beguiling Import Co. v. G. L. Import - Export S. A., 1971. ecr949.959.

容易遭到发达国家的反对。

而依据履行地原则进行域外适用虽然有一定的合理性,但该原则要求有多大程度的行为在境内实施才能采用履行地原则存有很大分歧,如果对境内行为程度要求过高,会抑制该原则功能的发挥,但如果过于灵活地认定协议的实际履行地将会导致反垄断法域外管辖权的滥用。

3. 我国反垄断法的域外适用应优先适用单一经济体原则和履行地原则

单一经济体原则相对于效果原则更具有国际法依据,因此更容易被接受。目前各国对此基本上是持接受的态度,而欧盟法院更是一直将其作为反垄断法域外适用优先采用的原则。随着我国入世后市场全面对外开放,越来越多的跨国公司将进入我国的市场,因此单一经济体原则对我国的反垄断法域外适用更具有现实的价值。

在母子公司的关系确认方面,虽然我国在新的《公司法》中已经规定了“揭开公司面纱”的理论,但在适用单一经济体原则进行域外管辖的时候,还需要具体分析母子公司是否存在控制关系,子公司的行为是否受母公司所谓支配所为,不能仅仅因为只要存在母子公司关系就视为一体。同时各国对“揭开公司面纱态度”上不完全统一,比如英国就因为其固守传统的人格独立和有限责任原则,因而不大愿意接受单一经济体原则作为域外管辖的依据。因此我国在适用该原则的时候应采用灵活的态度,一定要认真考察他国对此原则的一贯态度,只有这样才能得到别国的认同。

对于履行地原则是国际法中属地管辖原则的扩大适用,以履行地作为连接点而行使管辖权,同样能够克服效果原则的一些弊端。对于其存在的问题,我国在适用该原则的时候要作必要的自我限制,不能以此无谓地滥用域外管辖权,增加不必要的矛盾和对抗。

三、反垄断法域外适用的冲突与协调

反垄断法域外适用的冲突,是指一国反垄断法的实施机关在本国领土以外实施本国反垄断法时与另一国的反垄断实施机关的冲突或抵触。这种冲突或抵触源于一国反垄断法的域外效力与外国反垄断法的域内效力之间的冲突或抵触,特别是许多国家依据效果原则进行域外适用时,国际冲突就不可避免。它不仅表现为

管辖权方面的争议,取证规则的冲突,诉讼程序方面的极大困难,而且还涉及被适用国的抵制与反对,国家间正常贸易的紧张与受损以及依据反垄断法域外效力所作出的决定与判决难以执行。随着国际市场竞争的日益激烈,这种冲突及其危害后果也越来越严重,因此需要采取一定的方式来解决这些矛盾和冲突,具体包括:

(一) 双边协调

在双边层面上就竞争法进行合作是处理跨国竞争问题时较常采用,也较有效的途径。最简单形式的双边合作是友好磋商和公共信息共享,竞争当局只是习惯性地相互磋商并就不同的行政性、程序性和政策性问题交换公共信息,而不需要两国签订正式的协议。更复杂的形式是签订正式的双边合作协议,这种协议具有双重功能,即“提升合作本身的层次及避免冲突”。^①

在这方面,美国和欧盟的实践值得借鉴。美国和欧盟1991年签订的《执行反垄断法的合作协定》是一项引人注目的双边合作协定。协定的目的是通过建立双方反垄断机构的合作制度以减少在管辖权方面的冲突。双方反垄断机构主要通过包括通告、信息交流、反垄断程序的合作与协商、积极礼让等方式避免反垄断法程序上的冲突。该协定的第5条和第6条“创造性”地提出了“消极礼让原则”和“积极礼让原则”。^②根据消极礼让原则,为避免双方在实施反垄断法方面的利益冲突,一国应在考虑本国重大利益时,在竞争法诉讼的各个阶段同时考虑另一方的重大利益,即依据传统的国际礼让原则,限制缔约方随意对本国的竞争法进行域外适用。积极礼让原则强调不同国家的反垄断主管机关之间进行积极的合作和协助,当一国主管机关认为一项对几个国家都有消极影响的、触犯反垄断法的跨国行为由另一个国家处理更好时,该国主管机关应要求另一国主管机关进行调查,并尽可能给予协助。美欧建立的双边合作机制对于消除双方反垄断法实施过程中的冲突,促进双边合作起着重要的作用。

双边协议的订立只在两个国家之间进行,比较简便,同时,双方可根据两国的实际情况进行具体谈判,因而也比较灵活、比较有针对性。

但是,双边合作协议也存在局限性。第一,双边协议毕竟是有限的,不可能

① WTO Working Group on the International between Trade and Competition Policy, Report (1999) of the Working Group on the International between Trade and Competition Policy to the General Council (Geneva, T/WGTCP/3, 1999), Paragraphs 4041.

② 胡玉婷:“对反垄断法域外适用的介评”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2003年第5期。