

关于我国反垄断法域外适用制度的研究

孙文宣

扬州大学法学院，江苏 扬州

收稿日期：2023年11月16日；录用日期：2023年11月28日；发布日期：2024年2月19日

摘要

近些年来，随着我国反垄断执法机构的逐步整合、立法实践的日渐丰富以及司法实践的确切落实，都体现了我国在反垄断法域外适用制度完善方面的不懈努力，但是是否能够真正有效解决反垄断法域外适用的国际冲突和维护本国利益的难题，还不得而知。本文就我国反垄断法域外适用的立法、执法和司法现状分析我国反垄断域外适用制度的不足之处，以及通过加强双边合作、区域合作、多边合作并提高我国应对外国政府反垄断执法和诉讼的能力方面来缓解反垄断法域外适用的困境。

关键词

反垄断法，域外适用，国际合作

Research on the Extraterritorial Application System of Chinese Anti-Monopoly Law

Wenxuan Sun

Law School of Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Nov. 16th, 2023; accepted: Nov. 28th, 2023; published: Feb. 19th, 2024

Abstract

In recent years, with the integration of anti-monopoly law enforcement agencies, the enrichment of legislative practice and the implementation of judicial practice, China has demonstrated its unremitting efforts in improving the system of extraterritorial application of anti-monopoly law, but whether it can effectively solve the international conflicts of extraterritorial application of anti-monopoly law and safeguard national interests is still unknown. This paper analyzes the shortcomings of our country's anti-monopoly extraterritorial application system in terms of legislation, enforcement and judicial status, and alleviates the dilemma of extraterritorial application of anti-monopoly law by strengthening bilateral cooperation, regional cooperation and multilateral

cooperation and improving our ability to deal with foreign governments' anti-monopoly law enforcement and litigation.

Keywords

Anti-Monopoly Law, Extraterritorial Application, International Cooperation

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

如今世界各国联系愈发紧密，国际格局也面临着巨大的变化。现阶段我国需要加紧统筹推进国内法治与涉外法治的建设，这是我国全面依法治国以及融入全球化的必然要求。“一带一路”总规划和“人类命运共同体”的理念在当今世界发展中占据主流，不仅促进了我国全面对外开放新格局的形成，也使得各个国家之间的经济利益关系更加紧密，因此加紧对我国法律域外适用体系的建设对于维护我国国家主权、安全和经济发展利益具有举足轻重的意义。作为涉外法治建设的关键环节，国内法律域外适用体系的建设不仅要向内看，也要向外看。

世界贸易组织等全球性、区域性的经济组织的发展使得全球经济朝着一体化方向发展的趋势不可逆转，各国间的经济依存度越来越高，大国间的经济贸易联系更是愈发紧密，全球范围内形成的跨国并购逐渐模糊了各国的经济边界，跨国企业所实施的某一经济行为，会在全球范围内产生影响，那么垄断行为不可避免的会给全球各国的相关企业、市场公平竞争带来不同程度的损害，不仅影响本国的经济秩序，也会给其他国家经济带来损害。于是以美国为代表的国家纷纷将其国内的反垄断法适用于境外的对本国市场公平竞争产生消极影响的行为。此前在国际法中，境外主体对境内利益造成损害而进行规制的管辖原则仅有客观属地原则，而美国率先创立了效果原则，对境外排除、限制竞争行为进行管辖，赋予了反垄断法域外效力。当时这被认为是无视他国主权的霸权主义行为，其他国家也曾强烈的反对和抵制，然而后期由于各国对抵制国外不正当竞争行为和保护国内市场自由竞争秩序的需要，各国开始意识到反垄断法的域外规制作用对保护国内市场的重要意义，并纷纷确立自己的反垄断法域外适用制度。因此，我们应结合中国现行具有域外效力的反垄断法相关法规与实践，汲取反垄断法域外适用的先进经验，分析补充完善我国的反垄断法域外适用制度、提升我国国际规则话语权、保护我国市场各行业经济利益、主动出击，应对他国国内法不当域外适用措施、深化国内法制改革并积极参与全球治理体系。

2. 我国反垄断法域外适用的法律现状分析

2.1. 立法现状

我国反垄断立法起步晚，在立法过程中较多的移植了他国制度，特别是欧盟的立法经验。在反垄断法域外适用方面，我国采纳了国际社会普遍接受的效果原则，确立了我国《反垄断法》的域外适用制度[1]。

我国采用了分别立法的模式保护市场竞争，当前已形成了以《反不正当竞争法》和《反垄断法》为核心，辅以其它法律、行政法规、部门规章、司法解释等的竞争法立法体系的竞争法立法体系。在反垄断立法方面，我国 1997 年的《价格法》规定了通过价格协议破坏竞争的行为；1999 年的《招投标法》对串通投标等垄断行为做出了规定；2007 年 8 月 30 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次

会议通过了《中华人民共和国反垄断法》，该法第二条规定“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；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。”这一规定明确了我国《反垄断法》的域外适用效力，事实上，在该法颁布之前，我国已有立法规制域外垄断、破坏竞争的行为，如商务部等国家六部委2006年8月8日公布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》第53条规定，“境外并购有下列情形之一的，并购方应在对外公布并购方案之前或者报所在国主管机构的同时，向商务部和国家工商行政管理总局报送并购方案。商务部和国家工商行政管理总局应审查是否存在造成境内市场过度集中，妨害境内正当竞争、损害境内消费者利益的情形，并做出是否同意的决定”^[2]。由此可知，我国的《反垄断法》和商务部的规定，都以境外的垄断行为对我国境内市场造成影响作为它们域外适用的前提。另外，由于近些年来，境外投资并购和业务活动明显增多，企业反垄断合规风险不断增加，为了引导企业建立和加强境外反垄断合规管理制度，防范境外反垄断法律风险，2021年市场监管总局制定了《企业境外反垄断合规指引》，供企业参考。同年，商务部发布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》，这在很大程度上填补了我国在应对外国反垄断法域外适用的空白，不过在适用上仍然可能存在一些难题。

在国际层面，我国反垄断执法机构与许多境外反垄断执法机构展开了积极合作，较具代表性的如：1996年4月，国家工商总局代表我国政府与俄罗斯政府反垄断执法机构签署《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于反不正当竞争和反垄断领域合作交流协定》；2004年5月6日，我国商务部和欧洲委员会竞争总局就中欧竞争政策合作问题签署了《中国-欧盟竞争政策对话框架性协定》，该协定的主要目的在于在竞争政策领域建立一个协商和信息公开的永久机制，促进交流与合作；2011年7月，我国三家反垄断执法机构(国家发展改革委员会、商务部和国家工商总局)和美国反垄断执法机构(美国司法部、美国联邦贸易委员会)在北京签署了《关于反垄断法和反托拉斯法合作的谅解备忘录》^[3]。这些双边协定促进了国家间反垄断政策的交流和合作，为各方执法机构规制域外垄断行为提供了可能。

2.2. 执法情况

国家反垄断局成立以前，我国反垄断法执法机关包括商务部、国家工商总局和国家发展改革委员会三家，其中，国家工商总局负责非价格垄断协议、非价格滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争行为的反垄断执法；国家发展改革委员会负责与价格有关的垄断执法、商务部负责经营者集中行为的反垄断审查。自我国《反垄断法》生效以来，三家执法机构在反垄断法域外适用都有过执法实践，然而，由于分工不同，三家反垄断执法机构中，域外适用反垄断法频率最高的为商务部，自三家反垄断执法机构中，域外适用反垄断法频率最高的为商务部，其对境外并购案的反垄断审查屡见不鲜，其中包括：英博集团公司(INBEV N.V./S.A.)收购AB公司(ANHEUSER-BUSCH COMPANIES INC.)、日本三菱丽阳公司收购璐彩特国际公司、美国辉瑞公司收购美国惠氏公司、美国通用汽车有限公司收购美国德尔福公司等。以美国辉瑞公司收购美国惠氏公司案为例，2009年商务部对该案进行了审查，认为这两家美国公司的合并将对中国猪支原体肺炎疫苗市场产生限制竞争的效果，为了减少对该市场产生的不利影响，商务部决定附条件批准此项集中，要求辉瑞公司剥离其在中国境内的该项疫苗义务，并履行其它相关义务¹。这表明，当下，我国商务部在将发达国家反垄断实践应用于我国反垄断执法、保护本国市场方面已有了成熟的经验，这将为我们研究反垄断法域外适用制度提供丰富的资料。2021年11月起，国家反垄断局在国家市场监督管理总局正式挂牌，负责反垄断统一执法，这体现了国家对反垄断体制机制的进一步完善，将充实反垄断监管力量，切实规范市场竞争行为，促进建设强大国内市场，为各类市场主体投资兴

¹<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200909/20090906541443.html>

业、规范健康发展营造公平、透明、可预期的良好竞争环境。

2.3. 司法实践

OPPO 公司在 2020 年将 Sisvel 诉至广州知识产权法院，诉称 Sisvel 因为拥有无线通讯领域的必要专利所以在相关市场中拥有一定市场支配地位，Sisvel 违反了 FRAND 原则向 OPPO 收取不公平高价许可费，这些滥用市场支配地位的行为对 OPPO 的经营造成极大损害，并在市场竞争中被动处于劣势地位，OPPO 就此在不同国家对 Sisvel 提起诉讼。而 Sisvel 辩称其行为是以保护其知识产权为目的而非滥用市场支配行为，并且认为 OPPO 向法院提交的证据不足，不能证明 Sisvel 在市场中占支配地位并且滥用市场支配地位导致侵害 OPPO 权益的结果，也无法证明侵权结果发生地为广东省东莞市。还一并提出了在案证据不能支持我国法院对此案的管辖权的问题，并主张该案应由英国法院进行审理而非广州知识产权法院。后在广州知识产权法院驳回了 Sisvel 的管辖权异议后，Sisvel 又再次向我国最高人民法院提起上诉。

对此，我国最高人民法院二审认为首先我国反垄断法明确规定了该法的域外适用原则和情形，同时也表明垄断纠纷案件的管辖可以将被诉的垄断行为产生排除、限制竞争影响的结果地作为管辖连结点。根据最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的第四条规定²，本案中，OPPO 注册地址、主要经营场所均在中国，其起诉主张 Sisvel 滥用市场支配地位的行为包括收取不公平的高价专利许可费、捆绑销售过期专利以及对相同专利进行重复收费等，对 OPPO 公司在中国市场产生排除、限制竞争的效果并造成经济损失，故中国法院对此具有管辖权。其次，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百三十二条规定，最高法院认为 OPPO 公司注册地址和主要经营场所均位于中国，涉及到中国法人利益；争议的主要事实之一 OPPO 公司受到的损害结果地发生在中国境内；Sisvel 公司的本案现有证据不能证明中国法院在认定事实和适用法律方面存有重大困难；Sisvel 公司的本案现有证据不能证明英国法院等外国法院审理本案更为便利。因此维持原有裁定³。

3. 我国反垄断法域外适用制度的不足

3.1. 域外适用条件单一、域外适用原则缺少限制

我国现行《反垄断法》域外适用的确立采用概括式立法模式。第 2 条明确规定适用范围：“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；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。”这样原则化的规定宽容度较高，使得我国反垄断法域外适用制度在实践中具有灵活性，而与此同时反映出的问题是给反垄断法域外适用带来了不确定性。

反垄断法作为公法，涉及保护一国的经济与国家利益，由于各国主权的独立性，效果原则的适用不可避免的会引起国家之间的冲突。我国在《反垄断法》中规定了该法具有域外适用效力，却没有对域外管辖权需要受到限制的情况进行规定。任何事物要想有长足的发展，不是任其扩张而是适当加以限制，对效果原则进行一定的限制也符合国际法中的尊重国家主权原则。

3.2. 阻却机制易使当事人陷入“两难境地”

《阻断办法》规定了适用于外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则的情况。当国外反垄断法在域外适用中严重违反了国际法基本原则，《阻断办法》此时可以运用于阻断国外反垄断法对我国企业的规制。但与此同时它也会使我国企业陷入到底遵循哪一国法律的“两难境地”。放眼世界各国阻断法由于最终执行难以落实以及适用中牵扯到政治、经济、金融等因素的影响，在诉讼中仍然

² 《规定》第四条规定垄断民事纠纷案件的地域管辖，根据案件具体情况，依照民事诉讼法及相关司法解释有关侵权纠纷、合同纠纷等的管辖规定。

³ 参见中华人民共和国最高人民法院(2020)最高法知民辖终 392 号。

难以本国当事人所利用[4]。

3.3. 国际合作机制不够成熟

我国在反垄断法域外领域与其他国家的合作多停留在签订谅解备忘录的层面。由于谅解备忘录本身并非条约，且谅解备忘录中除了保密、终止、争议等条款，其余条款并不对双方具有法律约束力，并且在实践中，谅解备忘录是否具有法律效力还要取决于该谅解备忘录中的言语措辞、文书所涉及的具体内容、缔结情形等。若一方不遵守谅解备忘录中的约定，另一方也无法对其追究法律上的责任，只能是进行道义上的谴责。因此，在实践中，谅解备忘录的法律后果具有极大的不确定性。

随着各国经济体的联系不断加深，跨国企业不断发展，许多国家确立了反垄断法的域外适用制度，因此在发生垄断行为的后果涉及到多个国家时，各国纷纷使用反垄断法对垄断行为进行规制，导致各国在适用该制度时难免会产生法律冲突或在执行中存在难以落实的问题。另一方面，垄断涉及全球各个国家企业以及市场主体的经济利益，然而亚太地区缺少能够解决反垄断争端的区域性组织、国际上也无反垄断的统一立法，因此在国际合作方面我国仍然需要拓展多样的合作方式。

4. 反垄断法域外制度适用的完善

解决反垄断法域外适用冲突问题的实质是放弃竞争政策的单边主义，选择从冲突走向合作的路径。国际社会中，最早的反垄断法国际合作实践出现在美国和德国之间。1976年6月23日，美、德两国政府在德国波恩签署了《有关限制性商业行为的双边合作协议》(Agreement Relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practices)，以期规范两国反垄断法执行机构的合作，更有效的打击影响本国和跨国贸易的限制性商业行为。

4.1. 增加适用条件和明确影响范围

目前我国反垄断法对域外适用的表述仅有“对境内市场竞争产生排除、限制影响”这一个条件，给司法机关留有足够空间解释其适用。笔者认为为了保持法条的稳定性、简洁性，不宜盲目过度的向其中添加内容而使法条显得臃肿，应采取具体执行细则和概括式立法相结合的方式，所以有必要在立法方面通过指南或细则来设置一些操作性规则。当涉及与反垄断法域外适用紧密相关的关键概念，如滥用市场支配地位，必须确定其含义以及外延，同时制定有关释义性政策，这是实施反垄断法的基础。在实践中，需要对反垄断法所规制的垄断行为的考量要素以及客观标准进行细化，防止出现自由裁量权太大而造成滥用权利的情形，为我国反垄断执法机构的执法工作提供有益的指导。从前文第四部分对美国、欧盟反垄断法域外适用的情况来看，二者的共同之处是当境外垄断行为对境内市场竞争产生了影响时就可以适用国内的反垄断法进行规制。因此，笔者认为实际上当我国境外某一垄断行为对境内市场竞争造成损害时就可适用我国的反垄断法进行规制。我国反垄断法对什么样的“排除、限制影响”没有做出明确解释，这就需要我国反垄断法出台明确的指南给予划定。我国可以将“排除、限制影响”限定到在我国境外的外国企业实施的，对我国境内市场竞争产生“实质的、直接的且能够合理预见的”影响的垄断行为作为域外适用的条件。其中，“实质性的”是指境外的外国企业所实施的垄断行为对我国市场竞争、相关企业、消费者等市场主体产生的影响达到了相当的、明确的、非表面程度的；“直接的”是指垄断行为要与其对中国市场上所产生的影响具有着非间接的因果联系；“可以合理预见的”是指合乎道理的，可以通过市场数据或相关证据预测竞争行为有向垄断行为发展并影响到中国市场竞争的趋势，即用非常客观的标准在垄断行为发生前可提前知道的，并非指以具体的行为人，在主观上认为是否有意图在中国发生效果。其次，对比欧盟、美国的反垄断法的域外适用条件，主张对一个域外垄断案件的管辖权时都需要找与其相关联的因素，它们在相关规定中都涉及到消费者这一主体。笔者认为可以在反垄断法域外适用条件中加入当境外的外国企业实施的垄断行为直接或者间接的影响到我国消费者

的合法权益时，我国可以用反垄断法对其进行规制。

4.2. 反垄断域外适用领域中避免使用《阻断办法》

在外国主权强制原则适用越来越严苛的背景下，个案的司法判例无法为后期我国企业会遇到的反垄断提供经验。所以，在未来市场竞争越来越激烈的背景下，我国企业向外国法院提出“外国主权强制原则”的抗辩很难被作为法院做出有利于我国企业的判决的依据。《阻断办法》的颁布似乎为我国企业提供了新的解决方案，根据《阻断办法》第一条，在反垄断领域若有不当域外适用情况出现时，我国企业是可以据此进行抗辩的。然而，与阻断其他外国法律不同的是，在反垄断领域执行《阻断办法》时应结合垄断这一经济行为的特点以及对利害关系国的法律及国际上贸易规则等政策情况的分析，做出具体的配套司法解释，也要考虑与利害关系国签订的相关双边协定、在在他国在阻断法案件上的判决承认与执行是否能有效落实，同时不能忽略企业在这种情况下易陷入“两难境地”，也要注意保护我国企业的利益。因此在未来反垄断领域该如何阻断外国反垄断法的不当适用并且不损害到我国企业应有的利益是着重考虑要解决的问题。《阻断办法》也对上述问题进行了考虑并就企业申请“豁免”的具体程序问题在第八条进行了解释。第十一条中也有关于我国会给予必要支持的规定，就给予企业必要支持一事，补贴具体情况还需要考虑到不要与世界贸易组织关于“专向性补贴”规则产生冲突，相关支持措施选择税收优惠或是政策优惠等是要根据企业所在行业市场的发展情况以及所存在的困境进行针对性的补贴救助，而不是对所有企业都采取统一化支持措施。并且从各有关阻断法的实践中可以看出，阻断法最终的实施效果并非靠单纯的法律一己之力能实现的，它与阻断国和被阻断国的金融实力、政治环境等国际形势密切相关^[5]。所以在目前阶段，对于我国来说在反垄断法域外适用领域中还是要尽量避免使用《阻断办法》。

4.3. 加强双边合作：以双边协议代替谅解备忘录

自我国反垄断法实施以来，我国致力于通过双边合作来减少反垄断法域外适用的冲突，与美国和欧盟等多个发达国家达成了合作^[6]。但是我国与他国的双边合作成果多为谅解备忘录，仅为双方交流和讨论的框架，对双方的行为具有建议性质，不创设法律上的权利和义务，对双方均无法律约束力。在牵涉双方重要利益，产生真正的反垄断冲突之时，谅解备忘录中的规定缺乏可操作性。若一方不遵守备忘录中的规定，另一方无法对其追究国际法上的责任，只能进行道义上的谴责。双边合作之所以是解决反垄断法域外适用冲突最直接和最重要的方法，是因为两个国家之间通过友好协商更容易达成共识，具有高效性和实际性。相比于谅解备忘录，双边协议能在法律上巩固国家或者地区之间达成的共识，要求缔约方必须遵守承诺。显然，双边协议更能从实际内容上加深国家之间的合作程度。

4.4. 加强多边合作：推动制定国际统一反垄断法

目前各国反垄断法的域外适用仅是在国际统一反垄断法立法缺失的情况下规制跨国垄断行为的权宜之计，要从根本上解决问题必须促进国际统一反垄断法早日形成^[7]。我国虽未直接参与到成熟的多边反垄断规则之中，却具有强烈的多边合作意愿。早在2003年，我国就已向WTO贸易与竞争政策工作组提交了《核心卡特尔与自愿合作》报告，希望国际社会对损害各国市场的核心卡特尔进行统一规制。作为WTO的重要成员国，我国应积极参与WTO体制下的多边谈判，重启关于加强全球反垄断合作的议题，在管辖权分配与转移、调查取证、域外执行等诸多方面达成共识，力求为制定国际统一的反垄断法提出可行的方案。

最后，提高我国行业协会和企业的应对能力。在外国政府对我国适用该国反垄断法时，我国应做好应对外国反垄断执法和反垄断诉讼的准备。在执行和适用我国反垄断法方面，我国政府机关和法院起着

重要作用，而在应对他国反垄断执法和诉讼方面，我国行业协会和企业才是主要角色。我国行业协会首先应当认真研究国际反垄断法律法规，尤其是2021年发布的《企业境外反垄断合规指引》，加强国际反垄断信息供给，建立反垄断诉讼预警机制，分析和预测若干经济指标的变化，为企业提供动态的监控信息服务，并适时发出预警信号，帮助企业发现问题，及时调整价格，控制出口量，降低反垄断域外诉讼的发生率。另外，当外国当事人在当地对我国企业提起反垄断诉讼时，我国企业不能忽视外国法院的传票和外国行政机关的命令，而应积极参与诉讼，运用法律维护自己的权益。

5. 结语

我国《反垄断法》颁布不过十多年，在立法亦或是国际合作方面仍存有不足，分析我国反垄断法域外适用的现状以及存在的不足，并借鉴欧美等国家的先进经验对我国的制度、原则等方面加以完善。本文主张在反垄断领域应加强国家间的合作，国家之间签订双边或多边协定时列明代替谅解备忘录，我国应采取灵活的域外适用策略，谨慎对待在合作中需要承担的义务，此外我国作为一个有责任心的大国，在亚太地区应积极推动亚太地区反垄断组织的建立以及推动制定国际统一的反垄断法；当发生我国企业遵守我国法律就会违反外国反垄断法的情况，应寻求国际合作亦或是使用外国主权强制原则进行抗辩。因《阻断办法》颁布不久，在反垄断领域的阻断方面涉及多种因素，日后面临的挑战还有很多，需注意在实践中应考虑到不要与世界贸易组织里的规定相冲突，在现阶段也应尽量避免使用阻断办法。

参考文献

- [1] 戴龙. 我国反垄断法域外管辖制度初探[J]. 法学家, 2010(5): 127-137+179.
- [2] 王晓晔, 吴倩兰. 国际卡特尔与我国反垄断法的域外适用[J]. 比较法研究, 2017(3): 132-145.
- [3] 孙南翔. 美国法律域外适用的历史源流与现代发展——兼论中国法域外适用法律体系建设[J]. 比较法研究, 2021(3): 1-15.
- [4] 廖诗评. 《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的属事适用范围[J]. 国际法研究, 2021(2): 44-62.
- [5] 叶研, 张晓君. 从欧盟实践看中国阻断法体系的法律适用[J]. 法律适用, 2021(10): 136-152.
- [6] 廖诗评. 国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例[J]. 环球法律评论, 2019, 41(3): 166-178.
- [7] 孙南翔. 美国法律域外适用的历史源流与现代发展——兼论中国法域外适用法律体系建设[J]. 比较法研究, 2021(3): 1-15.