



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/EM/2
28 August 1996
CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会
投资、技术和有关资金问题委员会
竞争法和政策专家会议
1996年11月13日，日内瓦
临时议程项目 3

磋商竞争法和政策，包括有关一套《原则和规则》之
规定的示范法和研究

增强《原则和规则》的执行

竞争法和政策的范围、内容和执行以及对乌拉圭回合
各项协定中有关竞争政策的规定包括其对
发展中国家和其它国家影响的分析

贸发会议秘书处的研究报告*

* 这是TD/B/RBP/CONF.4/8的订正本。增添部分用粗黑体打印，删除部分则用星号* 标明。

目 录

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>
提要 and 结论.....	1 - 6
导 言.....	7 - 8
一、豁免.....	9 - 26
A. 概述.....	9 - 11
B. 限定低额和职能性豁免.....	12 - 16
C. 特殊部门豁免.....	17 - 26
二、对个人和实体的适用.....	27 - 37
A. 对某些类型实体的一般适用.....	27 - 30
B. 对政府实体或得到其准许的个人的适用.....	31 - 37
三、与知识产权有关的豁免.....	38 - 47
四、适用的地域范围.....	48 - 55
五、竞争政策和乌拉圭回合协议.....	56 - 76
A. 概述.....	56
B. 货物贸易——国营企业和拥有专销权的企业.....	57
C. 反倾销和补贴.....	58
D. 保障条款.....	59
E. 知识产权的许可和并行进口.....	60 - 61
F. 与贸易相关的投资措施.....	62
G. 服务贸易.....	63 - 65
H. 特别磋商和解决争端的权利和义务.....	66 - 69
I. 影响.....	70 - 76

摘要和结论

1. 近年来,世界各地在竞争法和政策的范围、内容和执行方面出现了一种趋同的倾向。这是由于:普遍走向市场自由化和采取竞争政策的趋势;在竞争法的规定或运用中更注重消费者利益、效率和竞争性目标;经济分析和实施手法上更为相似;对勾结行为的普遍谴责(但若干国家的某些豁免除外);对一些与部门、人员或政府有关之豁免的限制、废除或对其滥用的管制;日趋严厉的执法;主管竞争当局在实施政府的其它政策时为推行竞争原则发挥了更为突出的作用;竞争法对国家领土外限制性商业惯例的可适用性;以及国际磋商和合作的不断增强。

2. 但是,在各种竞争法和政策之中仍存在着许多重大差别,包括:竞争政策与其它政策相比在优先程度上的差异;在许多竞争法下所注重的目标并不是消费者利益或效率;对限制性商业惯例管制的法律做法;所采用的分析手法;各项实质性规则,特别是适用于纵向限制、滥用支配地位、合并、联合经营和互兼董事制的规则;上述特定低额、职能、知识产权或其它类型豁免的结构或范围(然而其中有些可能并不是真正的豁免,而是本来就属正常实施的竞争原则);实施能力和实际实施力度;据以在国家领土外适用竞争法的法律原理;实际实施这些竞争法的能力或实施频率;各国参与这一领域国际合作的广泛程度;和对市场进入的管制性限制规定。尽管存在着这些差别,但这些竞争法和政策在目标、内容和实施方面如今仍具有足够广泛的相同点,可为增强的合作奠定实质基础。

3. 此外,乌拉圭回合的各项协定也为增进这一领域国际磋商和合作机制的趋同并为增强这些机制注入了强大的推动力。国际贸易体系约束企业行为的规则范围也有了大幅度的扩展,虽然贸易规则直接约束的对象仍是各国政府。乌拉圭回合各协议缔约国承担起了具有法律约束力的义务,承诺管制私营方对(服务等某些领域)贸易的限制,或者承诺不鼓励或不支持(诸如保障条款的其它方面)的限制,其首要目标是改善其它缔约国公司的市场准入,或者在其他方面增进它们的贸易利益。国际贸易中就限制性商业惯例展开磋商的义务业已得到扩充。在各国政府实施的贸易措施方面也有诸如反倾销或反补贴等与对竞争因素的考虑有关的重要规定。

4. 进一步削减私营方(为有利于进出口国家的生产者和消费者)对市场准入和对市场进入设置的壁垒,对于逐步实现国际贸易自由化而言将是一个符合逻辑的步骤,并将会在缓解贸易或竞争政策紧张状况的同时增进全球经济的效率、增长以及消费者利益。这一领域的行动之所以尤其可取,是因为乌拉圭回合各项协议对各国政府的贸易限制增强管制的同时大体上增进了国际市场上的潜在竞争因而可能*促

使企业进一步诉诸限制性商业惯例以避免贸易自由化的影响。全球化和技术发展趋势也可导致对方边界设置起新型的限制性商业惯例,其作用可能由于国际购并、合资经营和战略结盟的持续趋势而得到加强。但为了以平衡的方式巩固各项协议业已取得的进展并加以扩展,还需要设立起辅助机制,鼓励各贸易制度在更大程度上考虑到竞争和消费者利益问题,从而减轻诸如反倾销、反补贴和保障条款等领域的保护主义或偏袒生产者的行为。增强国际贸易体制规则范围内维护竞争和防止滥用行为的“保障”机制,可鼓励贸易自由化。这将支持并辅助主管竞争当局在全国推行贸易自由化所做的努力。

5. 为应付这一领域的新挑战,鼓励相互深入了解对方的竞争法和政策并就此谋求可能的趋同起见,可取的做法是,在《一套原则和规则》(也许最终制定出进一步的准则加以补充)框架内,加强各国主管竞争当局间的磋商(考虑到机密问题)和合作,并且还可在这框架内开展技术合作。

6. 在限制性商业惯例管制领域(但不是对贸易规则的竞争方面)采取行动的需要得到了欧洲委员会的确认,它认为,应该在世界贸易组织设立一个工作组探索如何就竞争规则发展一个同贸易体系相联系的国际框架,并且应该要求经合发组织和贸发会议在顾及世贸组织之工作进展的情况下从事有关贸易和竞争的工作。

导 言

7. 本研究报告草稿是贸发会议秘书处根据限制性商业惯例政府间专家组第十四届会议通过的《议定结论》编写的研究报告的订正本。¹ 报告草稿系根据该届专家组会议上提出的研究纲要并考虑到各代表团对纲要所作的评论意见。² 目前的订正是应第三次联合国审查一套多边协议的限制性商业惯例原则和规则所有方面问题会议的要求并且考虑到各国政府在审查会议期间发表的评论³ 和在会议以后送交的书面意见⁴ 的情况下进行的。鉴于该研究专题所涉面较广,因此不打算详细地阐述竞争法的范围、内容和执行情况,而只是勾画出一些广泛且特有的情况。本研究的背景文件⁵ 述及本报告因受篇幅限制而未加详述的竞争法和政策范围、内容和执行情况的某些基本特点。但是,本文件的提要 and 结论都考虑到背景文件的研究结果。

8. 本文件共分五章,前四章就专题、人员和地域覆盖面论述竞争法和政策的范围、内容和豁免问题。第一章叙述按特定低额豁免、职能性豁免、合理规则和部门豁免,免于实施各项竞争法的情况。第二章讨论的是,对某类实体,以及本国和外国政府实体、公共企业和经政府批准和许可的个人实施的若干竞争法。第三章论述的是,在行使知识产权方面所批准的豁免,这系属另行处置的待遇,因为它们均为专题和个人(涉及政府批准给予各类人员专营权类型)性质的豁免。第四章探讨的是竞争法适用的地域范围,包括法律在海外的适用性,以及法律对起源于本国领土影响到外国市场的限制性商业惯例的处置。第五章叙述并分析了乌拉圭回合各项协议有关国内市场竞争状况的某些规定,或与竞争法范围、内容和执行相关的规定,并对今后的行动提出了建议。

第一章

豁免

A. 概述

9. 本研究报告通篇使用的“豁免”一词广义地包括:(a)按部分或完全例外,即部分或完全免于适用竞争法,不论这些例外是竞争法本身明文规定的,还是根据其它法律规定或基于司法原理所形成的豁免;(b)一些特别规则虽然有别于一般的竞争规则,但却仍属在这些规则的总体范围内运作;和(c)由主管竞争当局、其它政府机构或法院在行使其是否准许豁免的酌处权时或根据合理准则的适用性批准的“集团”或个体豁免。豁免不一定构成不运用或削弱正常的竞争原则,即便对小宗交易、各类惯例、各种职能(诸如研究)、部门、知识产权或实体,包括与政府有关的实体,正常地实施竞争和效率原则,也可能形成某些性质特殊的豁免。它们也可用于增进竞争规则对那个部门是否适用的可预测性。在一些具体情势表明,竞争不保证有关产品市场的成果效率(即在市场倒闭情况下),或出于不计经济效益的社会经济或政治考虑,诸如出于对失业问题或工、农业政策的考虑下,往往是给予豁免最常见的情况。在实践中也不太能分清究竟是为促进着重于竞争效率而批准的豁免,还是出于工业政策考虑所准许的豁免。

10. 单凭立法案文无法判断所批准豁免的真正程度;在此,还得考虑到执行政策和手法、案例法和行政做法。即便竞争法并无明确的豁免规定,但不执行(或放宽执行)法律也可具有同样的效果。在对一些个别案例进行了经济分析后作出的裁决,也可取得同样的效果,尤其在主管竞争当局或法院拥有相当程度酌处权的情况下更是如此。在此,各法律体制下所采用的不同法律或实施手法是颇为重要的。根据美国和某些其它国家——主要为普通法背景国家采用的“合理准则”做法,除非这些惯例的反竞争成效胜过竞争所带来的任何好处,否则(除少数本身就禁止的惯例外)大部分惯例均将遭到禁止。另一方面,根据在大部分实行大陆法国家所采取的“禁止”做法,虽在原则上禁止若干惯例,但却规定了一些特定情况下的豁免条例;主管竞争当局有权决定某项案情中的惯例是否属豁免条款范围,并且也有权赋予某些惯例或某些部门集团豁免。例如,《罗马条约》第85条禁止各成员国间影响贸易,并禁止限制或扭曲竞争的协议、决定和协调一致惯例。但是,如它们有助于增进商品生产或分销或促进技术进步或经济发展并能让消费者享受到比例公平的成果收

益、不致对所力求的利益带来不必要的限制，或能大幅度地消除对所涉产品实行竞争的情况下，则可准许给予豁免。若干集团豁免业已得到准许，并时常还批准一些个别的豁免。

11. 事实上，这些做法之间的差别并不象初看起来那么大。然而，整个经济的总体趋势则正在走向统一和普遍运用竞争政策。（按对有关立法明确规定的管制行为作出的理解）许多国家越来越趋于在实现管制目的的必要时和必要程度上，才批准豁免；区分市场与非市场活动，并对前者充分运用竞争法；管制滥用行为；在不断变化的经济和技术条件下，力求保证尽量减少管制办法对经济效率的减损，并尽力削减滥用行为的可能性。如今整个部门享有豁免的情况已较为罕见，主管竞争当局仍可在一些剩余领域发挥作用；对某一部门中某些活动层面较宽的豁免很可能与对该部门其它一些活动全面实行竞争法或对其它活动采取有限豁免的做法相结合。以智利为例，竞争法⁶从颁布即日起就废除了一切不相符的法律及管制和行政规定，但原先法律对知识产权领域所确立或批准的限制规定则除外，它们仍可规约石油、硝石、碘和铜的生产和贸易、公共企业的建立和运作、金融业、运输业、租船和沿海航运业以及其它一些领域。但这并不意味着，竞争法不适用于这些领域，而是尊重原有法律批准在这些领域中实施的一些具体限制规定。

B. 特定低额和职能性豁免

12. 特定低额豁免是，对那些利润或市场份额低于某一特定限额的公司所从事交易的豁免。它们被视为不足于对竞争产生重大的影响，因而无必要作出对它们适用竞争法的规定，或必须对它们运用竞争法。特定低额豁免的类型或限额各有差异，且定额限度有时甚至可定得很高。^{*} 职能性豁免给予某些通常属纵向性质的活动。以法国竞争法⁷的实施为例，固定价格安排被认为是反竞争性的，但如果有关企业分享共同的财产或资源，或推销共同创造的产品，即可得到豁免。许多竞争法采取在法律中列明条款，或根据合理准则在执法中加以落实的做法，批准这两类豁免。例如，为对中小型企业的某些活动实行豁免，有时可综合采用这两类豁免。委内瑞拉的法律⁸按与《罗马条约》相同的条款禁止限制性商业惯例，但尤其豁免一些与标准化、研究与发展以及专门化有关的活动。当所占市场未超过15%，而且参与企业的利润所得低于某一特定数额时，也准许让一些竞争者之间的协调一致活动享有特定低额豁免。

13. 根据若干法律，一些专门化和合理化安排也可享有豁免，但得保持每一当

事方决定其价格和商业经营战略的自由。例如在* 德国*⁹，因一产业的危机状况或萧条或衰退而为了对活动实现合理化以增强若干中小型企业与占支配地位的供应商或购买商展开谈判的实力，或者出于经济或其它公共利益方面考虑的原因，可能会批准某种暂时或无特定限期的卡特尔或其它纵向安排。即便在作出这种批准时，也须谨慎从事，尽力减少有碍竞争的不利影响。例如，* 合理化协议的参与者必须得证明这些协议将使经济活动合理化，并很可能将大幅度地提高参与企业的效率或生产率，从而更圆满地解决需求，此外，合理化效应还必须充分符合有关的竞争限制。合理化协议（与其它经批准的纵向安排协议一样）即使在合法化之后，也须受防止发生滥用情况的管制，而且这些协议不得违反德国在国际条约中所接受的各国际条约有关货物和服务贸易的原则。在日本，有55个卡特尔系统不用实施1995年12月31日通过的《反垄断法》；但是近年来需要实行反垄断法的卡特尔系统已经大为减少。¹⁰即使是在容许对某些卡特尔实行豁免的领域里，如果有人实行不公平的贸易做法或者由于任何具体领域中的竞争受到重大限制因而导致不合理的价格上涨，那就还是需要实行《反垄断法》。

14. 美国采取合理规则分析法处置联合经营（只要联合经营不是意在形成卡特尔的手段即可）。如当事双方仅以联合经营方式进入市场，则将被视为反竞争的行为；但如当事双方均不以联营方式进入市场，则是有利于竞争的行为。法规具体规定，须根据合理规则标准审查研究和发展联合经营，而且可免于对它们提出三倍损害的索赔，但必须向主管竞争当局通报这一项联营；在实践中极少发现研究联营违背竞争规则。生产联营也得到同样的豁免，但附加的必要条件是，联营的主要生产设施须设置在美国，而且当事方须为美国公司或根据本国规约联合生产经营的竞争法公平对待美国公司的国家的公司。¹¹

15. 欧洲联盟规则下有关横向安排的规则与美国竞争法的规则差别甚大，但执行做法方面的差距则小一些。然而，与美国法律相比，欧洲联盟法律对横向安排限制和联合经营的处置，显然具有更大程度的酌处权和灵活性，更愿意兼顾到效率和工业政策的考虑。对于一些标准化、专门化和研究与发展协议均给予集团豁免。研究与发展协议可享有五年研究和联合开发研究成果的豁免期，并按某些条件，免除对这些活动的若干附属限制规定；特别是各当事方不得超过有关产品市场份额20%。危机卡特尔只要它们目的是为了实现对过剩生产能力的协调削减并且不限制各当事公司的自由决策权，那么在某些工业中还是能容许的。合作经营¹²（和附属限制）只要其属于第85条豁免条款的范围，并在考虑到联营对各当事方与第三方之间的竞争效应情况下，一般来说可以给予豁免待遇。

16. 大韩民国的竞争立法¹³原则上禁止企业家之间大幅度限制任何特定贸易领域竞争的合伙活动；这些包括有关价格或其它销售条件、生产能力或产出量、消费者或市场、专门化以及联合经销商的勾结性协议。然而，当事方可向主管委员会事先提出审批申请，如合伙经营的目的被认为是对某一工业实现合理化、克服周期性衰退、便利工业结构调整、提高中小型企业竞争能力、促进研究与发展活动或对交易条件实现合理化所必需的，则可批准给予豁免。如合作超出为实现这些目标所必需的限度、如消费者或其它企业者的利益可能会遭到不合理的损害、如在各参与公司之间出现无理的歧视情况或如对参与和撤出合作活动无理加以限制，则可不予以批准。截止1993年，对95项不正当的合伙活动作出了纠正，其中约有半数涉及到价格制订问题¹⁴。主管委员会一直颇为谨慎地行使其豁免批准权；截止1993年底，仅有五个享有豁免的卡特尔。¹⁵

C. 特殊部门豁免

17. 与职能性豁免相比，部门豁免具体针对的是某些部门，然而在实践中这两者之间的分界线并不十分明确。初级、制造和服务部门在下文是按此顺序处置的。值得指出的是，大部分部门豁免主要涉及初级或服务部门；对具体制造部门规定出明确的部门豁免是较不常见的情况，尽管依照合理准则，有些制造部门确实享有全部或部分职能、人员或地域性豁免。

18. 农业和渔业是关键部门，在许多竞争法中往往享有例外、豁免或优惠待遇。有些豁免的范围较泛，而另一些则只适用于特定产品。有些豁免须经政府机构的批准，而另一些则是自动豁免。合作行为可能会得到豁免，因为这与国家市场组织的情况一样，这类行为受某一市场组织法规约的批准或管制。生产者协会和合作社、卡特尔的组建及活动，以及转售价格的维持均可得到程度大小不同的豁免。欧洲联盟的各项豁免协议既被视为是实现共同农业政策所必需的，也是形成国家市场一个组成部分所必需的协议。美国允许农业生产者之间的合作，包括固定价格，但政府可能下令终止这类行为，而且反托拉斯豁免并不扩大适用于从事掠夺性经营做法或者反竞争性活动的合作社实行的垄断（或企图实行的垄断）。为渔业规定了类似的豁免。^{*} 在日本，《反垄断法》对农业合作社和渔业合作社的联合经济经营体实行豁免。大韩民国的竞争法适用于除农业、渔业和采矿业之外的所有各部门。根据赞比亚法律，¹⁶ 禁止实行销售和产量定额分配的条例不适用于有关咖啡生产和销售的法定安排。

19. 另一方面, 尽管委内瑞拉由于集中的加工工业与组织起来的生产者协会之间形成了以双边垄断为特点的市场结构, 与政府一起长期以来一直控制着价格、进口配额、关税豁免以及其它政策, 造成了眼下所面临着一些特殊的问题, 但为实施法律, 委内瑞拉采取了向农业部门引进竞争的步骤。鉴于目前的垄断性结构, 政府允许占有关市场比例不超过15%的生产者协会以协调一致的方式商定并谈判价格, 但生产者须遵从命令公布报价(从而可限制歧视性做法)。¹⁷ 实行竞争还为了打破糖分销公司的垄断, 并保证最低价格的咖啡和可可贸易。同样, 智利的主管竞争当局也解散了一些面粉和面包生产及销售协会, 以及食用油生产者采购农产品而形成的垄断。¹⁸

20. 批准开采业的绝对或有限豁免也是通常的做法。墨西哥政府对包括石油、其它碳氢化合物和放射性矿物的开采和基本石油化工业等“各战略领域”实行垄断, 免除了竞争法在这些部门中的实施。¹⁹ 但是, 这些豁免的范围只严格地适用于政府所保留的特定战略领域; 因此, 主管竞争当局最近做出了干预, 批准国营石油公司加油站享有特许经营权。美国各管制机构一向监管各能源部门的产业比例和购置情况, 并且还规定这些能源部门必须考虑到对竞争的关注; 否则将不批准给予这些部门反托拉斯豁免。欧洲联盟(根据《欧洲煤钢条约》)对其煤炭和钢铁工业实行一项特别的竞争制度; 欧洲委员会有权在某些情况下, 制订出这些工业的生产配额和价格, 然而其有关合并反竞争效应的分析标准却并不如《合并管制条例》所采用的标准那么严格。²⁰

21. 在制造业方面, 日本* 对某些药品和化妆品免予实行有关维持转售价格的禁令; 但是正在分期取消这些豁免。联合王国对药品一般不实行有关维持转售价格的禁止条例。若干国家与国防有关的工业享有完全或部分豁免。大韩民国不但规定一些日趋衰败的“夕阳工业”和某些日趋兴盛的“朝阳工业”可享受不必遵从竞争法的某些豁免, 还为这些工业的合理化方案另行制定出了一些立法, 合理化方案至多只能为期三年; 被置于这类方案下的工业为数较少。

22. 大部分竞争法对与劳动力和就业(或工会)有关的活动实行豁免, 虽然在某种情况下有些法律可能适用于某些活动。欧洲委员会对分销部门中的汽车专销商网络实行豁免; 但降低了在这一领域准许实施的限制程度。就指定加油站转售石油燃料和其它燃料达成的专购协议也可得到豁免。日本允许并由在中央批发市场贩卖易腐食品的* 零售店主协会会员组成并在会员中形成购物中心一类的联合经济经营体批发商形成卡特尔。许多国家对宣传媒介和出版行业实行特殊待遇; 诸如在德国、日本和联合王国等国家中对维持转售价格的禁止条例不适用于文学作品的销售交

易。虽然日本的竞争法也对版权物品免于实行有关维持转售价格的禁令，这种豁免会在将来受到限制；日本公平交易委员会批评了受到版权保护的产品包括光盘和报纸的定价和销售办法，指出，本国制造的光盘价格比进口的光盘价格昂贵得多²¹（应该指出，某些国家，例如德国，对收取版权的公司免于实行有关卡特尔、维持转售价格和商业条件惯例的禁令）。

23. 几乎在所有国家，均出于谨慎原因对金融服务、保险和证券部门广泛地实放政府管制；这导致在有些管辖区采用针对部门的竞争规则，并在其他管辖区导致不受竞争法规约的正式豁免，而且在某些情况下可能削弱这些部门的执法活动。美国管制银行业的专门反托拉斯制度与通常所实施的制度相似，但如能符合某些条件，银行管制机构可对合并采取较为宽松的执法政策。对于受美国各州管制并紧密监督的“保险经营业务”可批准给予豁免，但豁免不适用于各类合并或集体抵制行动。欧洲联盟对保险部门中某些类型的协议采取了集团豁免的做法。在日本，某几种损害保险的费率是由保险业卡特尔确定的。大韩民国直至不久之前，还基本上免予对银行实施竞争法，但如今则必须遵从业已扩大的竞争法；保险部门仍享有一定程度的豁免。印度的银行业和保险业在如下诸方面可免于遵循竞争法规定²²，因为一些有关这些行业（仅涉及一些国有银行）的立法对这些事项已有明文规定。

24. 若干国家准许国内运输业（公路、铁路或水上运输）享有一定程度的豁免。美国准许给予海上公共承运人、班轮公会和海运码头经营人豁免，但他们必须通报他们所达成的协议。海上承运人不得制订掠夺性或歧视性的价格，而且各营运人之间形成的班轮公会和达成的协议必须向新营运人公开。日本的船舶营运人只要不采用不公正的手法，或以大幅度抑制竞争的手段不合理地上涨收费率，在他们之间就运费率或其它运输条件达成的协议也可享有豁免。欧洲联盟依据某些条件，也可批准豁免班轮公会成员之间的若干类纵向惯例，以及班轮公会与运输用户之间达成的某些协议。批准集团豁免的依据是，公会能否兑现保证与非公会会员的班轮公司并肩营运的特定义务。近年来，欧洲委员会采取了一系列措施，制止欧洲与非洲或与远东班轮公会或班轮营运人之间的货运定额分配、固定价格、营运能力限制、非竞争协议和排斥做法。²³根据《联合国班轮公司守则》规定的做法，许多发展中国家过去曾力求做到由本国指定的班轮公司承担营运航线两端终点之间80%的营运业务，并让第三国的班轮公司分享剩余的20%业务量，但近年来却出现了大幅度的自由化趋势。德国、日本和美国也均对有关海港服务经营人之间的各类价格协议实行豁免。许多国家对航空运输业也实行一定程度的豁免，但国与国之间的豁免范围各有差异，而且若干国家的趋势一直是削减这种豁免的程度。欧洲联盟根据第85(1)

条,对有关计算机系统营运预订、运期安排、联合营运以及关税查询和舱槽分配业务的某些协议实行豁免。

25. 大部分国家通常均把具有自然垄断成份的网络性行业,或基础结构性行业,置于特殊制度的管制之下。这类特殊制度在某些方面比竞争法更为严格,但在另一些方面则又较宽松一些。同时,网络性行业目前也可能受一般竞争法的规约(特别是受滥用行为审查规定的管制),或部分或完全可享有竞争法的豁免。欧洲联盟和美国的大部分竞争法适用于通信部门(美国还例外地对两家电话公司的合并专门采取是否符合民众利益的检验法)。智利在对通信部门实施了竞争法,尤其是对地方电话公司与长途电话公司的纵向整合实行了管制之后,还另行确立了一项有关批准特许权和特许权持有人须符合条件的制度。联合王国电力部门中一些主要的固定协议以及煤气和通信业的某些协议均可得到不受关于限制性惯例法律规约的豁免,但这些部门均受特别立法的密切管制。欧洲联盟将对电力市场实行自由化,要求各成员国允许第三方进入电力分配网,并批准合格的客户有权进口电力并向输电网经营人转销,但允许由国家有可能确定独家电力购买人。

26. 为确定某一部门应受竞争纪律约束的真正程度,不但得审查根据竞争法应如何实施这些纪律,而且还得参照各国政府在这些部门中所确立的一般管制制度(包括对市场准入以及扭曲竞争的补贴所规定的管制性限制)。许多享有某种豁免,在一定程度上不受管制限制性商业惯例规定约束的部门(诸如农业部门),照样受政府通行条例的管制和得到政府的补贴,这并不是偶然的現象。虽然走向自由化、解除管制和以市场为取向的做法已成为普遍性的趋势²⁴,但却仍然还存在着许多诸如如此的政府限制或政府补贴。这种局面由于下述一些情况而显得更为复杂:即在某些部门(诸如一些国家的网络性行业)中推行部分自由化与实施部分竞争法相结合的做法,以及在一部门中实施的限制有可能是仿效其它国家对其同类部门采取性限制措施的做法。以波兰为例,有若干部门受管制政策的规约,包括电力工程、供水、电信、邮政事业、铁路运输和制糖业--之所以须对制糖业实行管制是为了顺应大部分经合组织国家做法的原故²⁵。虽然主管竞争当局因此对这些部门市场的影响力可能有限,但反垄断事务局则仍然时常对这些部门作出干预,采取引进某些竞争因素(诸如坚持批准经营网络准入)的做法,控制一些垄断行为并鼓励结构变革。

第二章

对个人和实体的适用

A. 对某些类型实体的一般适用

27. 所有竞争法的一般原则是所有个人或企业均必须不加区别地同样遵守竞争法。这条一般原则通常在某些方面有所保留。不同类型的实体尤其因为其所有权、营业额、市场份额、组织结构或者同政府机构的联系而可能成为例外或豁免的对象。这类实体可包括中小型企业、占据垄断地位或统治地位的公司、通过所有权或控股而相连的联营公司、专门职业、工会、合作社或同业公会。然而,至少与这类实体有关的某些特殊规定可能实际上并不涉及差别待遇。例如,要求更为严格地审查占统治地位公司的惯例或要求宽大对待中小型企业的规定可能仅仅是认识到对竞争的不利影响可能或多或少(视具体情况)来自于这类公司的惯例。或许还应注意到的是,个人豁免与其它类型豁免之间的界限模糊不清;例如,对于同就业有关活动规定的豁免和对工会规定的豁免效果可能相似。

28. 有些竞争法明确规定对中小型企业予以豁免。日本豁免某些类型的卡特尔及中小型企业的合同。在德国,视各种条件允准中小型企业之间就合作和联合购买达成的协议及抵消中小型企业相对于大型企业在结构上处于不利地位的建议,中小型企业也许不会受到歧视,在控制合并方面,如果逾三分之二的市场份额由中小型企业掌握,则更易被推测创造市场力量的支配地位。欧洲联盟有关分销和非互惠独家购买协定的总体豁免适用于彼此竞争的制造商的条件是,这些制造商中有一家的营业额低于1亿欧洲货币单位。一如按德国的法律,联合市场份额占5%或不足5%的中小型企业之间的大多数协议均获得豁免。诸如墨西哥法律等其它竞争法未对中小型企业 and 大型企业作任何区分。然而,甚至在竞争法中未载列有关中小型企业的特殊规定的情况下,中小型企业仍可得到事实上的优惠待遇,因为它们处于可适用某些程序或禁令的界限之下,或因为它们的活动被确定为对竞争的影响很有限。另一方面,许多竞争法规定营业额或市场份额超过一定界限的企业可能须接受特别审查。正如上一章所述,这可能只是针对在就滥用支配地位或合并进行调查或确立对支配地位的推定之前必须达到的界限,可是竞争法中的有些规定或许仅仅针对占统治地位的公司,某些国家的主管竞争当局持有占统治地位的公司清单。

29. 虽然大多数竞争法没有明确提及联营企业之间的惯例,但在评估个别案件

中却通常会认识到,构成单一经济单元的公司之间的惯例应该比无关联公司之间的类似惯例得到较宽厚的待遇。处在共同管理之下的各公司间的横向惯例与纵向惯例通常被视为合法,视有关公司之间关系的亲疏和对第三方的影响而定在其它情况下可能被视为滥用占统治地位的惯例或许也会被视为合法。相反,互有联系的公司估价市场份额或市场力量上或在串通上通常被视为单个公司。按照美国法律,据认为一家公司及其独家开设的子公司不会共谋,因为它们必须被视为是单一实体;然而,有人认为,在一合资企业中占有50%份额的公司如果阻碍该企业与它本身进行竞争,则它就滥用垄断。²⁶ 在法国,企业内部的协议是否获得豁免取决于该企业集团享有商业自主权与否。欧洲联盟条例所应用的标准更为严格;如果在一个事例中有关的公司形成一个经济单位,其子公司实际上无法自由决定它在市场上的行动方针并且如果协议仅仅涉及企业集团内工作的内部分配,则企业内部的协议不在豁免之列。牙买加竞争法明确规定,一组“互有关联的公司”应被视为单个企业。赞比亚法律在禁止滥用占统治地位方面没有具体提及联营公司,但明确规定适用于两个“独立”企业之间的合并或兼并,并适用于串通共谋(如果企业无法在处于共同管理之下的共同实体内彼此打交道或在其它方面无法彼此单独行事)。

30. 许多竞争法(诸如印度、肯尼亚或赞比亚的法律)明确将同业公会或其活动列入在内,即使法律未予明确提及,但它们通常仍被列入在内。然而,某些同业公会,或这些公会的某些活动可能得到豁免。日本公平贸易委员会* 最近颁发了据以评议同业公会活动之非法性的竞争准则订正本*。* 韩国竞争法禁止同业公会及其成员从事不当的协同行动和不公平的商业做法,并且还禁止同业公会限制可予加入公会的公司数目以及毫无理由地限制其成员的商业活动。一些竞争法(例如印度的法律)赋与合作协会某种程度的豁免。在某些国家,对同业公会或合作社的豁免可能是与对中小型企业(这些企业可能会被准许共同加入这些同大型企业协商的机构)予以豁免联在一起的。如上文所述,工会通常得到豁免。某些专业和专业协会的活动在竞争法之中通常得不到正式的豁免,但是管制这些专业的其它法规可能允许某些做法,若干国家在这一领域的强制政策历来十分松懈。然而允许专业豁免的依据越来越受到怀疑,在这方面的趋势是仅允准那些出于专业上的正当理由而可成立的限制。例如,在委内瑞拉,证券交易所经纪人之间的定价协议和要求或药剂师专业协会采取抵制行动的呼吁均发挥了作用。²⁷

B. 对政府实体或得到其准许的个人的适用

31. 大多数竞争法对从事主权行为的政府不适用。例如,在美国,联邦政府和各州不受竞争法的约束。另一方面,例如俄罗斯竞争法规定,如果意在限制经济主体独立性或区别对待经济主体的法规或行动会大大限制竞争或侵犯其它经济主体或公民的利益,则应禁止权力机构和行政机构通过上述法规或采取类似的行动。被禁止的法令包括限制在所有各领域创办新的经济实体以及禁止特定种类的活动或生产特定类型的商品(法规规定之商品除外)并在地域上限制联邦内部商品的买卖。禁止为垄断商品的生产或销售成立政府机构并禁止政府机构之间或这类机构与经济主体之间的反竞争行为。按照中国法律²⁸,禁止地方政府及其下属部门(但不包括中央政府)滥用行政权力强迫他人购买指定经营者的商品、限制其它经营者的非法商业活动或限制本国其它地区的商品进入当地市场或当地商品流往本国其它地区的市场。欧洲联盟竞争规则(该规则具有超国家性)控制各国政府提供国家援助,通过偏向某些企业或某些商品的生产而使竞争扭曲并影响成员国之间贸易,并控制给予公用事业(具有普遍经济影响的公用事业除外)人员专有权²⁹。在波兰,反垄断机构已着手建立一个控制和监测政府援助的制度。诸如日本或墨西哥等某些国家对政府的主权行为和政府作为经济代理人从事的行动或进行的私法活动作了区分、前者被排除在竞争法的范围之外,而后者受竞争法管辖。

32. 某些竞争法³⁰将国营企业排除在适用范围之外,但大多数竞争法³¹对国营企业和私有企业应用同样的规则,尽管对国营企业的某一活动是否属于竞争法范围某些国家可能有所不同。在墨西哥,从事宪法未明确提及构成国家责任的非战略活动的国营企业均受竞争法管辖。在韩国,公平贸易委员会对主要的国营企业每年进行调查,公开记下实际发生的所有不公平的贸易惯例,并颁布事先预防和检查准则。中国法律明确禁止公用事业或其它独家经营某种商品的部门为阻止其它企业进行公平竞争而强迫某些企业购买指定企业的商品。甚至国营企业不在法律管辖范围内的国家也可作为一项政策要求国营企业遵守其法律规定(例如联合王国)。根据《罗马条约》(第90条),国营企事业和成员国赋予特殊权利和专有权的企事业均须遵守竞争规则,除非这些规则的应用可能会阻碍它们履行具有一般经济利益的特殊任务,并且除非贸易之发展不至于受到违背欧洲联盟之利益的影响。欧洲委员会已就在电讯、邮政、能源与空运等领域应用本条款向成员国发布了指示或个别决定。

33. 在许多国家,主管竞争机构有权在拟订其它政策或法规时提倡竞争政策。它们还可以向不同的管制机构--尤其是负责管理网络业、运输业、国家采购、私营

化或国际贸易等的各种机构--提出申诉。然而,这类申述(尤其是国际贸易方面的申诉)并不总是能够得到重视。在某些国家(主要是发展中国家和某些东欧国家),主管竞争机构的倡导权和咨询权可能很大。例如,在韩国,中央行政机构在制定、修订或颁发有可能抑制竞争(例如造成不适当的协作活动或限制某一部门公司数目)的任何法规或行政措施之前需与公平贸易委员会协商。1981至1993年期间,在897个这类协商案件中有196个得到了改正。³² 在匈牙利,虽然竞争法的范围³³ 没有扩大到政府机构,但是经济竞争局可以要求法院审查违反竞争自由的行政裁决,各部部长必须就可能会抑制竞争的拟议法律(尤其是那些与市场活动或市场准入、提供专有权和管制价格或销售有关的法律)征求该局的意见。政府在讨论影响到该局权限的问题时,须征询该局局长的意见,而且该局局长可请求宪法法院废除违反宪法和竞争自由的规则。然而,对处于垄断地位或统治地位之公司的私营化,根据法律,该局无权阻止或请求更改。

34. 外国政府或公营企业能否免受竞争法管辖将取决于有关国家的一般法规定。如果获本国政府认可,则私人行为也可得到豁免。在印度,由法律或根据法律认可,或得到中央政府批准,或政府为缔约方的协议,不必在限制性商业惯例注册簿上注册。在肯尼亚,与行使政府赋予的专有或特惠营业权必然直接有关的惯例免受法律的管辖。即使没有这样明确的规定,许多竞争法在这样的情况下也可能不会不予执行。然而,对滥用统治地位或其它影响竞争的情况有时仍然可以应用竞争法;例如匈牙利就这样。在法国,由于法律或政府规章而缔结的协议不属法律管辖范围,但仅仅是为减少竞争机会或仅为获得政府鼓励的法规均不得免受法律的管辖,包括控制滥用由法规形成的统治地位。在委内瑞拉,因法律获得统治地位的实体须遵守竞争法的规定,除非有关管制机构规定的具体条件另有要求。

35. 在美国,其它主权国家的政府活动也得到豁免,但商业活动除外。例如,就石油价格上涨对石油输出国组织成员国提出的一项诉讼因主权豁免而被宣布不予受理;据称由国家确定使用自然资源的条件是因为这在性质上属于国家主权,是一项政府活动,而外国不是反托拉斯法含义内的“法人”。³⁴ 这对外国公营企业来说也是一样。根据国家学说法,法院还可拒绝就外国政府在其管辖范围内从事的官方行为合法与否作出裁决。至于私人行为,根据国家行动学说,如果它们符合下述条件,则可免受竞争法的管辖:即其行为系服从国家的命令或者是依照国家明确规定旨在取代竞争的政策并且国家在监督所涉行为上十分积极。默示反托拉斯豁免也可以是依据按照贸易法解决争端的程序(这可以包括有关外国公司签订的价格和数量协议),在这种情形下外国公司采取的这种行动是符合将正式中止协议列入记录的政府行动

的；但是* 《国际业务反托拉斯执行准则》强调竞争者之间的协议如不符合法律或超出法律准许之措施将不会受到豁免，而不论是否有美国或外国政府官员的参加或鼓励。按照内尔—彭宁顿学说，私营方为争取或影响政府实体的行动而真诚作出的努力免受反托拉斯义务影响，即使这种努力的意图或效果是反竞争的。没有客观基础并试图通过将政府活动（而不是活动的结果）用作反竞争武器而直接干预竞争者商业关系的诉讼不得豁免，但这不适用于诸如贸易法庭受理的诉讼等行政诉讼。不清楚在什么样的程度上另一主权国家个人的请愿能得到豁免，但是反托拉斯执行准则说明联邦执行机构在这类案件中不会提起诉讼。在外国强制下行动的公司也可获得豁免，但仅仅获外国准许或援助的情况除外。

36. 根据欧洲联盟竞争法，本领域可适用的规则不很清楚，但是人们可能注意到，在身为各自国家机构的东欧生产商涉嫌倾销案中³⁵ 主权豁免的论点被拒绝了。法国/西非船东委员会及中西非航运公会³⁶ 所采取的行动也表明，如果私人正式请求其它主权国家执行通过赋予其专有权而限制竞争的政策，则这类私人在正式请求和随后反竞争活动方面不得免于适用欧洲联盟竞争法。但是，在欧盟的公司之间的卡特尔做法如果是在同欧洲委员会磋商后进行、而且基本上是为了使欧洲委员会采取的措施更加有效和更加易于监督，这些做法就会得到豁免；例如，钢铁的限额问题便是这样处理的³⁷。

37. 若干竞争法将有关国家为缔约国的条约或协定所特别批准或要求的活动明确排除在其适用范围之外。³⁸（在这方面不妨回顾，《原则与规则》B条第9款将政府间协议及由这类协议确定的限制性商业惯例排除在其范围之外）。这一规定同可由政府订立的限制贸易协定和某些商品协定等有关。即使竞争法之中没有这样明确的规定，主管竞争机构也无法在这种情况下执行对限制性商业惯例的管制。*

第三章

与知识产权有关的豁免

38. 所有竞争政策均明确或间接地规定,对国家许可之知识产权保护所内含之专有权免于适用这些政策,这些政策被视为证明不然就会受到管制的种种限制是有正当理由的。根据某些国家适用的本身合法性的理论,赋予知识产权意味着有权对属于受保护权利范围内或者与这种权利有密切联系的许可证接受方施加种种限制。例如,在牙买加,对享有根据任何版权、专利权或商标专用权及公平贸易委员会核准之任何安排³⁹而赋予或存在之权利的个人或企业予以豁免。虽然经销商经销的专利商品不得受维持转售价格的限制,享受专利权特许使用权者或被指定者所生产之商品的价格可由专利持有方确定。有些竞争法以法规、行政准则或执行惯例的方式制订了“白名单”,该名单所涉之惯例按照竞争法不得质疑。一般来说,这类获豁免的惯例除其他外包括如下方面:对颁发副许可证的禁止、有关使用类型、技术领域或产品市场的使用领域限制;与商品数量、推销区域或潜在客户有关的限制;互惠回授;时间限制(在知识产权整个有效期内);在知识产权维持其效力及专有技术不失其秘密性的协议终止后对使用的种种限制;和不公开义务(对专门技术)。

39. 然而,由于某些竞争法或准则对如何处理知识产权缺乏明确的规定,在有关竞争法怎样对待某些知识产权或本领域执行政策方面可能会产生一些不确定的情况。因此,美国有关颁发知识产权许可证的反托拉斯准则仅处理在专利权、版权、贸易机密和专门技术协定等方面产生的技术转让问题和与发明有关的问题,而不包括在商标方面所产生的产品差异问题;但准则阐明,同样的反托拉斯一般原则也可适用于商标。日本准则⁴⁰仅适用于专利权许可证的颁发、效用模型和专门技术。但是,《反垄断法准则》也在其适用中豁免可以被确认为是按照《版权法》行使权利的行为。虽然日本竞争法规定版权项目应予豁免,该豁免将在今后予以审查;日本公平贸易委员会批评了获版权保护之产品(包括激光唱片和报纸)的定价和销售制度,它注意到,国内生产的激光唱片比进口的贵很多⁴¹(人们可能注意到在德国等某些国家,版权收购会社免受在卡特尔、转售价格维持和规定营业条件等方面禁令的影响)。

40. 按照大多数竞争法的规定,对知识产权方面的惯例所赋予的豁免不是绝对的。按照某些法律,还存在着与上述“白名单”相应的惯例本身受禁的“黑名单”,诸如:仅作为限制不受知识产权保护的产品或市场之借口的不重要或无价值的知识产权转让等根本不受知识产权所赋予之权利保护的惯例;在实际或潜在竞争者之间相互特许或专利共同使用制度(虽然竞争法对美国这类惯例的适用将取决于协议是

否抑制各方之间的竞争、妨碍第三方有可能参加竞争或赋予造成大量反托拉斯风险的垄断权力);单方面回授或排它性回授;有关使用已公开之专门技术的协议期满之后的限制;以及在某些国家诸如纵向定价等某些纵向限制。日本准则* **禁止日本国内受保护产品销售和转销价格的定价***;但是,如果符合下列条件则允许**许可证转让者实行出口价格的定价或禁止出口***:许可证转让者在外国享有受保护的权利、在出口市场上不间断地销售受保护产品或者已将专有权让与第三方。

41. 许多法律规定,即使没有制订任何正式的“黑名单”予以准许的哪几种惯例必须受到一般原则的限制:即知识产权只能对其适用范围内的限制予以豁免。例如,根据德国竞争法,有关获取或使用专利权、效用模型或受保护的种子品种(及专门技术或适当时贸易机密许可证)等方面的协议在对超出知识产权范围的商业行为予以限制上没有效力。然而,该法律明确规定,有关知识产权的类型、范围、数量、所辖领域或应用阶段的限制均不应被视为超出该法律规定的范围。其它几种类型的限制只要不超出协议的期限,也可接受,这些限制尤其包括:对受保护对象的价格限制、不具排它性的回授和对德国境外竞争的限制。主管竞争机构还可核准对领取许可证者或其它任何企业不加以不适当限制或对市场上的竞争不以数量限制予以实质性抑制的协议。而且,在“内在性学说”的适用上,本规定体现的豁免已从专利法赋予的“基本”权利扩大到通过经济分析从“基本”权利引申出来的权利。

42. 事实上,大多数困难和争论均产生于对处于本身明显合法和本身明显不合法两极之间的大量惯例(所谓“灰色清单”)进行经济分析的过程之中。人们普遍认为,只是拥有知识产权的事实本身并不意味着权利拥有者可有垄断权,因为可能存在着大量相同的产品。但是实践证明很难确定与知识产权直接赋予之权利不一致的合同限制是对这些权利的补充还是滥用(因为它使得权利拥有者能以如果直接使用知识产权则无法做到的方式抑制竞争)。在就专门技术或贸易机密颁发许可证协议的限制方面,这类困难甚至更大,因为这些协议通常得不到国家赋予的专有权⁴²,因此只能通过合同手段保护这些协议(虽然根据某些竞争法颁发准则已减少了该领域存在的不确定情况)。而且,由于担心是否公平并为了保障领取许可证者的行动自由、避免对技术转让的不利影响及鼓励领取许可证者进行创新,某些国家相对而言更不愿意允许在许可证协议上加以限制。在知识产权所赋予之权利的确切范围不很清楚及各国或国内各法院所采取之解决办法有所不同的那些领域尤其会发生困难。对计算机方案某些方面等新技术予以版权保护和贸易机密保护就属这类领域之一;在这方面(尤其在占统治地位的企业对已成为行业标准的方案各方面享有版权保护上)曾出现各种竞争问题。在有关对数据库和信息网络进行版权保护与对计算机方案和生

物技术予以专利保护的方面,可能会出现类似的问题。

43. 在独家享有专利赋予的生产、出售、进口和分销权利的范围方面,也存在着区别。根据美国“首次出售”学说及某些欧洲国家法律中“权利耗尽”理论,在权利所有者首次出售有商标的产品或有专利的产品之后,买方有权自由处置该产品。然而,在这方面存在着重大区别。在某些按民法行事的国家(尤其在德国),为确保商品的自由流动,在本国国内或国外权利拥有者本人或经他同意由他人进行首次分销之后,知识产权所附独家经销权被视为自动耗尽;如果权利拥有者对出售或许可证合同施加限制性条件,则这些合同的效力将完全取决于一般竞争法,领取分让许可证者可不受此约束。欧洲联盟各国最近对这项原则在某些程度上作了修正;而知识产权的国际耗尽继续适用于欧洲联盟各国市场上的商品,知识产权拥有者能够以其它方式禁止来自其它国家的类似进口产品。根据欧洲联盟的法律,知识产权的存在受到保护,但行使这种权利以便防止从其它成员国以类似方式进口由权利拥有者或经权利拥有者同意由他人(包括通过联营公司或无关的领取许可证者)投放市场的真货则违反《罗马条约》有关商品自由流动的规定及权利耗尽原则。在日本,“国际权利耗尽”原则获得全面执行;在最近一宗涉及德国和日本类似专利的案件中,人们认为由于德国专利持有者依照法律在德国将所有权转让给该专利产品的一个合法买主,因此无法防止以类似方式进入日本并随后出售。⁴³

44. 另一方面,在大多数按照普通法行事的国家时,一国内部权利拥有者对商品的出售或许可在协议中不存在任何限制性条件的情况下只能使该商品免于享受其权利(究竟什么条件将取决于竞争管制)。即使以后的合同未予明确列入,进一步出售或许可都须遵照相同的条件,因为根据“默示许可”理论,领取分让许可证者所获得之权利不得优于领取许可证者已经拥有之权利。因此,肯尼亚法院在一宗案件中裁定由于联合王国专利持有者对作为经销人药品卖主的美国许可证领取者施加的地区限制,当地经销人无法将药品进口到肯尼亚。“然而,根据美国竞争法,如果影响出口贸易,则可不顾对许可证的这类限制强制执行竞争规则。例如,在皮尔金顿案件中,就英国玻璃制造公司在浮法平板玻璃技术的许可证方面对美国领取许可证者的限制,美国司法部采取了强制行动,限制该技术使用的地理区域和技术范围及该技术转让并要求在回授上有所改进,据说对输入美国的玻璃和从美国出口的**玻璃都实行了限制**”(联合王国政府已经表示,它对于是否可以断定在这个案件中采取的行动从美国以外的本国市场观点来看具有有利于竞争的作用、或者说皮尔金顿就其附属专利许可证所议定的安排是否大大限制了这些市场上的竞争,并不清楚)⁴⁴。在对美国本土的进口上,禁止进口根据美国商标所有者的许可证而生产的外国产品;

然而,如果外国商标所有者同时也是国内商标所有者或属于联营公司,则同时进口有商标的产品是合法的,因为这些产品均受“共同管制”。“对于有专利的产品,耗尽原则仅适用于美国境内的首次出售,但不适用于从国外获得的有专利的产品,即使该产品在国外享有类似的专利。

45. 根据美国的法律,专利持有者可指定其领取许可证者能出售专利产品的区域(尽管对没有专利的产品不予允许),并且可为若干领取许可证者划出专有区域。竞争者之间在对固定价格产品发放专利许可方面的定价,原则上可行,但是对该规则有几个重要的例外。对使用范围的横向限制如果是针对单独一个领取许可证者则具有效力,尽管将专属使用范围许可证交给若干领取许可证者可能会引起问题,正如许可方在使用范围上的限制可能会影响有专利的机器或工艺生产的产品。《颁发知识产权许可证的反托拉斯准则》承认所谓知识产权拥有者具备市场支配力的说法是毫无根据的,它所具备的任何市场支配力均不能强迫它给知识产权发放许可证。然而,非法获取或维持市场支配力,或者与知识产权有关的不合理行为均应被视为反竞争行为。横向关系的存在(诸如各方将仅仅是许可证的实际或潜在竞争者的情况)并不是本来就靠不住的,但它给当局的质疑提供了更多的可能性。为确定对限制是否应就事论事或按照合理待遇规则,则应评估该限制是否预计能以提高效率的方式统一经济活动、促进将知识产权与辅助生产要素结合在一起。适用于知识产权的合理分析规则尽管必须考虑到所涉具体要素,诸如知识产权拨款的便捷或该领域技术市场或创新市场的重要性,但它仍将是适用于其它各种形式财产的全面分析。因此,虽然许可方将专营权赋予给领取许可证者并在他们中间分配专营权所适用的原则将类似于同颁发许可证无关的类似纵向限制所适用之原则,知识产权拨款上的便捷将证明不然就会予以禁止的某些限制是正当的。已界定了一个安全区,如果各方在受严重影响的市场所占市场总额不超过20%,则司法部对不属于“表面上反竞争”⁴⁸的许可证限制通常不予质疑。

46. 根据欧洲联盟法律,对许可证协议中的专有权条款须予以经济分析,可使这些条款获得接受的因素包括如下,这些条款是否“开放”(不影响其它地区类似进口商和领取许可证者等第三方的立场),是否有利于新技术,是否是向许可方提供公平报酬或鼓励商标内部竞争所必需的、工业和技术的其它一般特征及不太长的持续时间。⁴⁹占市场统治地位的企业获取高效率异常且对生产至关重要的工艺的独家专利许可如属于下述情况则被视为一种滥用:企业想因此扩大其现有的技术优势并阻碍竞争者享有现行唯一类似的竞争技术,企业在进一步发展许可转让的技术方面所冒之风险需要专营权除外。⁵⁰欧洲联盟最近通过了* 与发给专利、* 专门技术和*

发给合并许可证有关的准则,开列了可予豁免的不同类型之做法(主要是唯一及专属许可证和相关的出口禁止),如果没有引起欧洲委员会的反对程序,或被断然禁止,这些做法是可以接受的;在某些情况下,例如缺乏有效的品牌间竞争,特别是领取许可证者的市场份额超过40%的情况下,批组豁免的好处可予取消*⁵¹。一般而言,没有人将占统治地位简单地归结为拥有知识产权,如果某种惯例本来就是知识产权的“特定主题”和“基本职能”,则不应认为会发生滥用统治地位。例如,仅仅拒绝发给知识产权许可证通常本身不构成滥用,也不阻止竞争者未经同意生产、出售或进口包含知识产权的产品。然而,无理拒绝供应或继续生产备件或对这类备件不公平定价则会构成滥用⁵²(欧洲联盟在有关对汽车备件进行工业设计保护的适当范围和有效期限上正在进行争执)。在特殊情况下,如由于下列原因拒绝许可则可能等同于滥用:无法进行产品创新、在后续市场上排除一切竞争及权利拥有者的拒绝从其活动中找不到正当理由⁵³。只要共同市场内部贸易不受影响,就应允许许可证协定中限制向欧洲联盟之外国家出口的各项条款。从总体上说,与美国的法律相比,欧洲联盟竞争规则似乎对共同市场内部知识产权的行使采取更为严格的竞争管制。然而,这两项法律之间的类似之处则更为重要,正如针对一个占统治地位的计算机软件公司使用与价格有关的许可证惯例和贸易机密或抑制竞争的秘密协议而采取的联合执行行动即可说明。⁵⁴

47. 发展中国家和转型期国家的竞争法通常规定知识产权享有某种程度的豁免,但是阐明这类豁免之范围所必需的执行做法却非常有限。委内瑞拉法律未专门提及知识产权,但有准则阐明主管竞争机构可事先准许对获取或使用包括技术专长在内的知识产权施加或确立限制。根据印度法律,不得从事下述垄断性或限制性贸易惯例:限制任何人对侵犯专利的一切行为予以阻止的权利,或者就如果没有许可证则会侵犯专利的行为给专利许可证附加一些条件;在印度本来就必须承认专利。印度竞争法对转售价格维持的禁止适用于专利或商标所涉商品。波兰竞争法称⁵⁵它对知识产权未予歧视,而是适用于许可证合同和其它有关使用知识产权的诉讼。波兰颁发了涉及到许可证的各别准则,⁵⁶这些准则采用了欧洲联盟相应法规的一般做法。许可证合同中的条款分成被允许之条款和根据竞争法可能会受到管制的条款;可能被禁条款举例来说包括下述几条:不竞争条款、区域专营权条款和对出口价格或数量的限制、韩国竞争法对被确认为属于行使按照本国知识产权法赋予之权利的活动予以豁免;然而,正如上文所注意到的,对国际合同包括知识产权和技术许可证方面的可能不公平惯例须有一个公开的说明。

第四章

适用的地域范围

48. 根据领土权原则,所有竞争法在国家领土上皆适用。有些竞争法也在国家边境之外适用,但在法律学说和基于法律学说的实践上有着巨大的差别。在某些情况下,有些国家就国外形成的而在国家领土内实施的行为主张“客观”领土主权,而不论是否依靠地方子公司同国家领土上的购买者取得联系。在闻名的木浆案内,⁵⁷欧洲法院声称根据客观领土权对在欧盟市场上经营销售的一个外国卡特尔的外国成员具有管辖权;然而,这一裁定现已因其他理由而被取消。但《欧盟合并条例》适用于非欧盟公司在欧盟基于最低营业额的合并,而不论其是否在欧盟实际存在,并且大型外国公司的海外合并往往受到欧盟委员会的审查。

49. 根据“效果学说”,美国的竞争法对“意欲在美国产生并事实上确实已产生某些重大影响的外国行为”运用诉讼事项管辖权。⁵⁸这包括:涉及进口贸易的外国行为;对美国进口品或贸易具有“直接、重大和可合理预见”的影响的外国行为或海外合并;⁵⁹出口贸易受到限制的情况;限制性商业惯例影响到金融或美国政府在海外购买货物或服务的情况。例如,在一个案件中,有一个英国电讯公司购买了一个美国电讯公司的部分股权并且成立了全球电讯服务的合资经营,起初受到美国司法部的阻止,因为这个合资企业将使该英国公司取得对美国公司来说并不不公平的利益,它容易进入联合王国的电讯网络,会提高国际电讯服务的价格,后来这个交易得到了许可,为此当事方同意公布进入联合王国网络的费率、条款和条件并且接受了使提供国际服务的美国电讯公司不致受到歧视的规定⁶⁰。美国在援用效果学说方面行使域外管辖权的情事引起联合王国的争议,它也对各国使用竞争政策促进贸易利益情事表示关切⁶¹。但是,在美国和外国法律之间存在“真正冲突”时,遵守美国法律将构成侵犯他国法律的行动(外国政府在反竞争行为中仅仅表示鼓励或默许是不够的),“礼让”考虑将导致放弃行使管辖权。如果可诉诸外国主权豁免、国家行为和外国主权强制(完全在外国领土内的行为)的合法辩护,则也不会在海外行使管辖权,但美国联邦主管竞争机构在决定是否提出诉讼时,将会虑及与外国主管竞争机构的合作协定和谅解。

50. 人们还可能注意到1974年《美国贸易法》第301节规定,凡一国家内的企业容忍有系统的反竞争活动,把美国的货物或服务的市场进入限于这些企业的购买,从而损害了美国贸易利益,则可对这一国家的任何货物采取贸易行动。根据这个条

款向美国贸易代表提出的一项申诉指称：印度尼西亚政府以木材产品的出口为目标，鼓励伐木和加工活动的纵向整合，不鼓励伐木业的竞争或保护消费者的利益，这项申诉被驳回；另一项申诉指称日本通过锁定目标和容忍限制性商业惯例的手法剥夺了对无定向的日本金属市场的市场准入，在达成由日本金属公司购买在美国生产的金属、或从提出申诉的美国公司特许户购买金属等事宜的有关协定以后，终于撤销了申诉。⁶² 这项贸易法的其他条款也可能涉及竞争问题；根据本法公开采购条款进行的一项调查结果认为* 日本政府在建筑部门所实施的采购政策* 限制了竞争并助长了串通投标*。在美国，在竞争、贸易和投资政策之间还建立了值得注意的联系；如第二章所示：凡被裁定反竞争的生产合资企业，只有其主要生产设施设在美国的情形下才能免交三重损害赔偿金。

51. 在德国，效果原则也适用于竞争情况，但其适用受合理法院地联系和不干涉的国际公法或国际私法原则的限制。因而，在海外合并的情况下，如果合并之影响对德国市场较之海外影响而言比较微小，德国的竞争法则不适用；在任何情况下，仅对合并中具有“具体”国内影响的合并部分进行干预（即地方子公司的合并）。⁶³ 如果海外合并对德国市场产生明显的和直接的国内影响（即使有关企业并没有地方子公司），⁶⁴ 则有必要事先通知。最近通过或修正的欧盟国家的竞争法都禁止把歪曲竞争或者在国内市场滥用其支配地位作为其目的或效果的协议，包括在海外签订的协议。例如法国法院已实施了这种法律。⁶⁵ 澳大利亚、巴西、加拿大、智利、⁶⁶ 捷克共和国、秘鲁、波兰和斯洛伐克共和国也已在法律内采用了效果原则。大韩民国对国际合同中不公平惯例的竞争控制适用于所有行使限制的情况。⁶⁷ 另一方面，在联合王国，仅对在联合王国经营商务者执行此原则。对此一执行的酌处权则按照联合王国政府对国际法规定的国家管辖权范围的见解行使。根据印度法律，如果一项限制性商业惯例的任何一方不在印度从事商务，则可对在印度行使的该惯例的那一部分作出裁决。但一般而言，大多数发展中国家的法律对其海外适用性问题无所表示，因此至今在这一领域的经验甚小。

52. 虽然行使海外管辖权的客观领土权和效果原则可能在许多情况下产生类似的结果，但某些海外行为，诸如进口卡特尔或者一起拒绝向外国出口商购买或者向外国进口商供货等，或许完全超出客观领土主权范围，而属于“效果”管辖之下。在要求属人管辖权范围方面，各竞争法之间会产生有关其海外适用性和执行方面之分歧。在一些国家采用“企业统一体”概念以便确立对跨国公司设在外国的母公司的管辖权，因为这些母公司对当地分公司行使必要程度的控制。根据美国法律，可以对在美国通过代理人或者通过作为其“知己”的分公司在任何司法辖区从事商务的

外国公司提出反托拉斯诉讼,只要与美国有最起码的联系,则具备正当程序要求;⁶⁶此外,还可主张对美国公司(为此目的被视为国民)的外国子公司的海外行为具有海外管辖权。在竞争法中可引起分歧的方面有:对于有必要主张管辖权而言,对国内市场影响的程度或性质;禁止在海外进行对出口贸易有影响的限制性商业惯例;在法律的域外适用方面虑及外国利益的法律原则或执法政策的性质和范围;有效缓解取决于国家领土外的行动时进行干预的意愿;提起私诉的次数;证据收集惯例;以及可否索取三重损害赔偿。各公司越来越依靠新的电信技术跨边界从事限制性商业惯例势必增加该领域内采取的法律解决方法的复杂性和差异性。

53. 不论竞争法在理论上的管辖权究竟是什么,实践中往往难以在海外执行,或者甚至在需要从海外取得证据的国家领土上也难以执行。发展中国家和转型期国家,由于资源能力有限,缺乏这方面的经验,而且海外公司在执法能力及范围内拥有资产的可能性相对较小,因而特别会经历此类困难。因此即使发展中国家和转型期国家在该领域可能有类似于一些发达国家法律内载有的法律条款,但其法律的实际适用范围受到严重的事实上的限制,而且它们可能会遇到其他国家提出主张对其领土拥有竞争管辖权的问题。在这方面可注意到,尽管《原则和规则》第E.4条作了规定,⁶⁹没有一条竞争法被用来控制在国家领土上进行的,仅仅影响外国市场的限制性商业惯例。在一些国家内,法律明确规定出口合资企业或卡特尔不在竞争法管辖范围,但出口卡特尔对国内市场上的竞争造成的“外溢效果”影响应予以追究。在一些国家内,只有向主管竞争当局正式通知或注册出口协定,才可获得豁免。这类协定即使已经通知或注册,往往仍保持其机密性。但是澳大利亚和新西兰已对影响其双边贸易的出口卡特尔取消豁免。欧洲联盟的竞争法还适用于设在一成员国内但对其他成员国造成影响的任何出口卡特尔。

54. 虽然竞争法通常适用于进口卡特尔或针对进口的其他限制性商业惯例,但在一些国家里,在决定是否对此类限制性商业惯例采取行动时可虑及发生在海外的行为。根据德国法律,如果进口商面临主宰市场的外国供应商,如果国内竞争未受到实质上的限制,进口卡特尔可能得到批准。在其他国家里,授予合资购买联营豁免权以便抵消外国供应商的势力,如抵制向英国进口硫酸、向澳大利亚进口硫磺或向瑞典进口薄膜。然而在一些出口国家内,可对这类购买联营提出竞争诉讼;美国对海外建立的进口卡特尔实施竞争法以抵消Webb-Pomerene协会的市场势力。⁷⁰

55. 但是一些双边协定(主要在发达国家之间)或经经组织的建议在这一领域规定的不同形式合作将可促进竞争法的实施或在影响到一国家以上的情况下减少冲突。因而美国和澳大利亚、⁷¹ 加拿大、⁷² 德国、⁷³ 和欧洲委员会⁷⁴ 缔结了协定,

而澳大利亚还和新西兰签署了一项合作协定,德国和法国签署了另一项协定。⁷⁵ 捷克共和国、匈牙利、斯洛伐克共和国和波兰在其同欧洲联盟订立的贸易和合作协定中同意采纳和实施类似欧洲委员会实施的竞争法执行政策和程序,并在此基础上进行合作。⁷⁶ 欧洲联盟与瑞士缔结的《自由贸易协定》、与爱尔兰、挪威和列支敦士登缔结的《欧洲经济区协定》、以及历来与以色列⁷⁷和土耳其缔结的《欧洲—地中海协定》(与其他国家之间的协定目前正在谈判)中载有类似的条款。北美自由贸易协定中载有类似、但影响较不深远的措施⁷⁸。尽管这些协定各有不同(依个别协定而异),这些协定都包括如下规定:发布执法活动的通知;保证在调查限制性商业惯例或对此类限制性商业惯例实行补救措施(“消极礼让”)时考虑其他方的重大利益;进行磋商解决各自法律、政策和国家利益之间的冲突,为交流关于严重影响另一方贸易的限制性商业惯例的非机密资料制定自愿交流程序;对另一方的调查或执法提供行政和司法协助;在相互关联或相互影响的两个国家内对限制性商业惯例采取协调行动。特别值得注意的是欧洲联盟和美国以及加拿大和美国合作协定中载述的“积极礼让”程序。根据该程序,一方可要求另一方采取执法行动抵制在另一方领土内施行的不利于第一方重大利益的限制性商业惯例,并且另一方可酌情采取此类执法行动。在这方面还可注意到美国《1994年国际反托拉斯执行援助法》授权联邦执法机构同外国反托拉斯机构或政府缔结互助协定。根据协定各方可在适当的情况下援助另一方收集资料和交流保密资料。经合组织最近通过了一项新的建议(替代早些时候的一项建议),阐明了该领域内的合作原则,其中包括:协调调查,交流资料、积极礼让和在调查中开展互助。⁷⁹

第 五 章

竞争政策和乌拉圭回合协议

A. 概 述

56. 如前几章所示,尽管竞争法和政策之间千差万别,但在其目的、内容和执行方面现已具有足够广泛的相似之处(“共同点”),可为加强合作奠定必要的坚实基础。乌拉圭回合协议提供了强有力的动力,进一步加强了该领域内的趋同和国际磋商合作。广义而言,乌拉圭回合协议的所有条款都关系到竞争政策,因为国际贸易框架显然可确定国内市场的竞争范围。这些协议的一些主要特征是:(一) 削减关税;(二) 在一定程度上加强对贸易措施的现有纪律;(三) 包括农业、与贸易相关的知识产权、与贸易相关的投资措施和服务的新的多边规则;(四) 和所有这些协议在新建立的世界贸易组织(世贸组织)机制框架内的互相联系,但须遵照加强的争端解决机制。此外,乌拉圭回合规定在某些领域里进行进一步的谈判。下文审查这些协议中具体涉及由企业控制限制性商业惯例的一些规定和各国政府在实施贸易措施中对竞争因素的考虑,并讨论这些规定实质性和体制性影响。到目前为止成员有限的上述协定,例如有关政府采购的协定中的条款,在此不予载述。也不讨论《关贸总协定1994年协定》中有关取消或削减利益的条款是否同不取缔据称对市场准入起到限制作用的限制性商业惯例有关(关于美国和日本之间据称基于上述原因难于获准进入日本摄影胶卷市场的案件目前尚待世贸组织的争端解决小组审议)。^{*} 已经载述的这些规定是很重要的例证,体现了乌拉圭回合协议所体现的共识:在一个全球化的世界经济里,市场准入不仅受影响于边界的贸易政策,并且还受影响于首先关注国内市场的经济政策。特别是竞争政策,鉴于其基本目的和贸易自由化的基本目的类同:即提高消费者利益和经济效益,竞争政策同贸易规则的联系势必加强。

B. 货物贸易---国家企业和拥有专销权的企业

57. 1994年《关税和贸易总协定》(该协定合并了1947年《关税和贸易总协定》)的第十七条载有各缔约国的一项承诺(在乌拉圭回合之前业已存在):授予专销或特别权利的国家企业或私营企业(包括经销管理局)在其涉及进口或出口的购买或销售时应遵行不歧视贸易原则,给予其他缔约国的企业同等机遇竞争参与此类购买

或销售,但政策使用的货物不属此限。最近通过的《1994年关贸总协定关于第十七条解释的谅解》特别阐明该条款适用于包括法定或宪法权力在内的专销或特别权利。在行使这些权利时,进口或出口的水平或方向通过购买或销售而受到影响,但该条款不适用于有关企业为其本身使用进行的购买。《谅解》的主要目的是提高透明度并鼓励把有关这类企业的通知提交给货物贸易理事会。

C. 反倾销和补贴

58. 关于第六条的执行的协议(反倾销协议)规定:(第3条)在确定对一国内行业造成物质损害时,由其他因素造成的损害不得归咎于倾销的进口产品;这方面有关的因素包括外国和国内生产商的限制性贸易惯例和它们之间的竞争。反倾销协议还通过出口公司承诺修订其价格或停止以倾销价格出口略为加紧解决诉讼程序应遵守的条件(第8条)。《补贴和反补贴措施协议》规定“可予以起诉的”补贴⁸⁰对国内行业的损害和反补贴税的实施都应遵守反倾销协议(包括确定物质损害)规则的同样标准和程序。

D. 保障条款

59. 《保障条款协议》(在其序言部分承认有必要加强而不是限制国际市场上的竞争)禁止和逐步取消自愿出口限制、有秩序的销售安排或由各国政府采取的出口或进口方面的任何其他类似措施,而不论是单方面采取的还是协议或承诺之结果(第11条)。类似这类“在灰色领域措施”的措施实例包括出口调节、出口价格或进口价格监测计划、出口或进口监督、强制性进口卡特尔和酌情签发出出口或进口许可证的计划。还规定成员国不得鼓励或支持公营或私营企业采取或维持相当于非政府的措施。特别在决定实施或扩大保障措施方面创立了一个强制性通知和磋商程序;但有关非政府措施的通知则是非强制性的。该《协议》规定的义务不适用于其他乌拉圭回合协议所采取的具体措施。如有关纺织、农业、或服务部门采取的措施。

E. 知识产权的许可和并行进口

60. 《与贸易相关的知识产权协议》确认的一项原则(第8条)是:可能需要有符合《协议》条款的适当措施,以防止知识产权所有的滥用知识产权或者利用无理限

制贸易或有害于国际间技术转让的做法。根据关于控制契约性许可方面反竞争做法的一项具体条款(第40条), 成员国一致认为有些限制竞争的有关知识产权的许可证发放做法或条件可能对贸易产生不利影响且可能妨碍技术的转让和传播, 并且规定《协议》内任何条款不得阻止成员国在其国家立法中详细规定可能在具体情况下构成滥用知识产权因而对有关市场上的竞争产生不利影响的签发许可证惯例或条件, 或者阻止成员国(按照《协议》)采取适当的措施防止或控制这类做法, 例如包括, 专有回授条件、防止反对合法性和强制性的一揽子许可证签发。第31条规定, 在未经权利人许可的其他使用方面成员国须遵守的某些条件, 包括政府的使用和政府许可的第三方的使用(即强制性许可或没收), 还包括此类使用应主要由成员国准许满足其国内市场供应的要求。但是, 在未经权利人许可批准其他使用以便补救被司法或行政程序裁定为反竞争性的某一做法时, 成员国不必遵守其中的某些条件, 包括关于优先供应国内市场的条件。

61. 《与贸易相关的知识产权协议》还规定, 为解决争端之目的, 《协议》内的任何条款(按照国民待遇和最优惠待遇的条款)均不得用于解决知识产权期限届满的问题(第6条)。《协议》(第28条)为专利规定的使用、销售、进口或其他分销的专有权须遵照第6条的条款。有关产权期限届满的《与贸易相关的知识产权协议》的条款应和1994年总协定第三条和第十一(1)条(1947年总协定内已有)一起理解, 这些条款分别规定了国内税与国内规章的国民待遇, 并原则上禁止契约方对另一契约方的进口或出口货物实行数量限制; 这些条款须遵照第二十条内对某些类型措施的一般例外条款, 这些措施包括为了保证执行与《协议》“无抵触”的国内法律所“必需”的措施, 包括关于保护专利、商标及版权的那些措施。如第三章内所讨论的那样, 在有些国家或在有些地区内, 知识产权拥有者不能在国内市场首次销售受保护的产品之后控制该产品的后继销售, 但能在外国市场首次销售之后控制进口。因而这是否符合1994年总协定的要求则取决于防止并行进口权利对保障遵守知识产权法律而言是否是必要的, 并且取决于此类立法在这方面是否和1994年总协定相一致。⁶¹

F. 与贸易相关的投资措施

62. 《与贸易相关的投资措施协议》(第9条), 仅适用于货物贸易。它禁止与总协定有关国民待遇和普遍取消数量限制的条款相违背的投资措施。这类措施包括在本地含量、贸易平衡、外汇或国内销售方面对外国投资者的要求。《协议》规定货物贸易理事会在其生效日期超过五年之后应审查其活动并酌情提出修正意见。理

事会在其审查中应考虑《与贸易相关的投资措施协议》是否应补充有关投资政策和竞争政策的条款。

G. 服务贸易

63. 《服务贸易总协定》的第八条规定:各成员应确保在其境内的任何垄断服务供应者,在相关的市场上提供垄断服务方面,其行为不得违背与服务的最惠国待遇、成员国服务供应者和具体承诺(有关市场进入、国民待遇和其他另外承诺⁸²)有关的成员义务。当一垄断供应者,根据该成员承担的特定义务,在其垄断权范围之外提供服务时,直接或通过一附属公司进行竞争时,该成员应确保此类供应者没有滥用其垄断地位在其境内采取与此类具体承诺相违背的行动。这些条款也适用于专营服务供应者,即适用于一成员正式或实际上批准或设立少量供应者,在实质上阻止这些供应者在其境内进行竞争的情况。根据第四条,应该通过有关已商定的改善发展中国家进入销售渠道和信息网络的具体承诺,促进发展中国家成员日益积极地参与世界贸易。

64. 在《关于电信的附件》内有一些关于进入和使用电信运输网络和服务的具体条款,承认电信具有作为独特部门和作为其他经济活动基本运输方法的双重作用。各成员必须保证另一成员的服务供应者以合理和非歧视的条件“获得”进入和使用公共电信运输网络和服务的机会,以便按计划提供一项服务;并且“拥有”这类进入和使用的机会,包括保证允许这类供应者购买或租赁和配备为其服务供应所必需的联网设备,并允许其私有线路同公共或其他私有网络和服务相连结。但基本电信免除有关最惠国待遇的义务;* 有关这一部门的**进一步谈判目前未能达成协议,但将在1997年恢复谈判。**

65. 《有关金融服务承诺的谅解书》使乌拉圭回合的参加者通过另外的途径作出金融服务方面的承诺,包括关于市场进入和不歧视的承诺。《谅解书》规定对现有垄断权列出时间表,并要求成员努力取消这些权利或缩小其范围。各成员应确保其他成员的金融服务供应者,在公共实体在其领土上购买或取得金融服务方面享受最惠国待遇和国民待遇。当要求入会或参与或加入任何组织或协会或提供特权或优惠时,成员应保证此类实体给予其他成员的金融服务供应者以国民待遇。* **这个方面***的进一步谈判已经导致不接纳所有当事方的暂时协议,到1997年12月将就是否重新谈判作出决定。

H. 特别磋商和争端解决权利和义务

66. 总协定缔约国在1960年一项关于国际贸易方面限制性商业惯例的决定⁸³中承认限制性商业惯例可能会阻碍世界贸易的扩大和各国的经济发展。它们可能因而有碍于减税和取消数量限制的利益或者可能干扰总协定的目的。尽管该决定表明,在当时的情况下,缔约国实际上不可能采取任何形式控制限制性商业惯例或者对调查作出规定,但仍需要进行国际合作有效地处理国际贸易中的限制性商业惯例。已酌情对缔约国在双边或多边基础上进行的磋商作了规定。收到磋商请求的一方应对这一要求给予同情的考虑并提供与要求方进行充分的磋商机,以期达成相互满意的结论。如果一致认为确有有害影响,则应采取认为合适的措施来消除这些影响。任何此类磋商结果应转告缔约各方。上面提到的美国和日本之间的目前争端正在使用这一磋商程序。

67. 根据《与贸易相关的知识产权协议》,已制定关于限制性商业惯例的两种磋商程序。一方面,一成员一旦接到请求即应同有理由认为被请求方的国民或居民采取了违反请求方在这方面的法律的行为并希望这类法律得到遵守的任何其他成员进行磋商;这并不妨碍按法律采取的任何行动,亦不妨碍各方作出最后决定的充分自由。被请求成员按照与下述《服务贸易总协定》第九条类似的条件提供有关资料。另一方面,其国民或居民在该问题上因被控违反另一国法律而在该另一国内受到诉讼的成员,在收到请求后可由另一方根据与第一类程序同样的条件准予进行磋商的机会。

68. 在磋商或监测方面,《服务贸易总协定》内有两条各别条款。根据适用于垄断或专营服务供应者的第八条程序,服务贸易理事会一旦收到另一成员的申诉,可请一成员提供有关垄断供应者行为的资料,而各成员须通知理事会其承诺之下服务方面新的垄断权的授予情况。根据第九条(该条适用于第八条之外的情况),各成员承认某些服务供应者的商业惯例可能限制竞争,从而限制服务贸易,并承诺在任何其他成员的请求下进行磋商,以期消除此类惯例。该成员应给予此类请求以充分和同情考虑并应公开提供与此有关的非机密性资料以及其他资料(应遵守其国内法律和就保障其机密性达成满意的协议)。与适用于货物贸易的1960年总协定决定相比较,《服务贸易总协定》第九条的义务并没有明确表明各成员应努力达成相互满意的结论或采取它们认为对消除限制性商业惯例有害影响的适当措施。然而,磋商确实是为了消除这些限制性商业惯例,并确定有义务提供1960年决定内没有的资料。

69. 根据1994年总协定第二十三条,由于另一缔约方未能履行协定所规定的义

务,实施不论是否与协定相抵触的任何措施,或存在其他情况,缔约方可按协定提出利益丧失或受到损害的申诉。由于同日本的贸易谈判利益据称因日本的生产、财政和销售结构集中和相互关连使外国供应者难以建立销售渠道而丧失和遭到损害,欧洲经济共同体于1983年根据1947年总协定的相应条款要求建立一个小组。⁸⁴ 但关于建立小组的这个请求后来不了了之,因而总协定利益是否可能因此类原因而无效或受到损害的问题或缔约方在这方面义不容辞的具体义务问题从未予以澄清。

I. 影 响

70. 乌拉圭回合协议载述的竞争政策条款反映了一种认识,即在一个日益全球化的世界上,国家竞争政策须由国际一级的行为予以补充,以便保护和促进全球市场竞争的活力。传统的原则是,国家当局只须关注限制性商业惯例对其本国市场的影响(或,根据美国法律,也包括对出口机会的影响),但这类传统原则已被严重侵蚀。例如,根据1994年总协定和《服务贸易总协定》,看来缔约方有义务,采取措施控制国家企业和/或拥有专有权的企业,其首要目的是改善其他缔约国企业的市场进入,而不论限制性商业惯例的控制对于加强消费者的福利和效率是否可能是必要的——尽管旨在改进外国供应者的市场进入的措施,自然往往也确实有益于当地消费者并能改进效率。此外,尽管企业行为例如国家企业或专有权企业的倾销或歧视行为确实早已包括在贸易规则内,并且,尽管各国政府继续是贸易规则的直接受体,国际贸易体系的规则正在日益扩大到企业行为,而不只是各国政府的行为。多多少少体现在一些协议中的具体原则包括如下:各国政府不应向各公司授予调节其贸易(或其市场)的权力;因而应控制(在某些领域)对贸易的私自控制或者至少(在另外一些领域)不要鼓励或支持;在这方面应有透明度;缔约国在某些领域实施其竞争法和政策时应考虑其他缔约国的贸易利益,在垄断或专有权企业方面尤应如此;有必要进行国际合作,有效地处理或消除限制国际贸易的限制性商业惯例;各国政府因而须进行磋商和合作,以解决这一领域内产生的问题。竞争政策义务现已完全纳入国际贸易体系的规则。鉴于经济全球化进程不断发展,并鉴于乌拉圭回合后框架里正在进行的谈判进程,竞争政策和贸易政策必将越来越接近。

71. 然而,不同乌拉圭回合协议中反映竞争原则的程度似乎并不完全一致。与一些竞争问题的联系在某些领域得到明确的承认,但这些领域内可能产生的其他竞争问题似乎没有涉及,而在其他领域可能会产生的竞争问题似乎也没有涉及。《与贸易相关的知识产权协议》加强了知识产权拥有者的权利,但可能有必要作出更多努力

对付可能滥用这类权利的行为,并应澄清什么可认为是许可证协议之内或之外的滥用行为。还可能有必要澄清的重要问题是:权利期满(包括并行进口)、国民待遇、贸易数量限制和使用知识产权以促进国际市场分割和价格歧视(在知产情况之外,乌拉圭回合协议准许通过反倾销措施控制价格歧视)。《与贸易相关的投资措施协议》禁止各国政府采取扭曲贸易的投资措施的方式可能不对称,但没有处理(与其他协议相反)公司执行的具有同样影响的限制性商业惯例--但鉴于协议承诺在以后考虑是否由竞争政策条款加以补充,仍有余地可在这方面作进一步的努力。例如可能必须澄清不执行或不充分执行竞争法可被认为构成另一缔约方贸易利益无效或受到损害的情况。

72.¹ 乌拉圭回合协议似乎亦未充分考虑进口和出口国推行的竞争和贸易政策之间的相互关系,也没有充分考虑政府规则和限制如何能在同一国家内助长限制性商业惯例。例如,很少考虑政府对分销部门的管制会以何种方式助长独家销售结构和做法(虽然《服务贸易总协定》确实提及改进发展中国家进入销售渠道和信息网络,但未详细说明为达到此目的所必须采取的措施)。亦没有充分考虑贸易措施会以何种方式助长国内公司之间、外国出口者之间或国内和外国生产者之间的串通,虽然只在国内和外国生产者之间串通方面采取了有限的措施(通过有关价格承诺的反倾销协定制定的条件来处理反倾销诉讼)。⁸⁵ *

73. 在“反倾销协议”和“补贴协议”中,竞争和消费者利益的因素看来还是没有得到充分的考虑,即使倾销基本上与跨越边界的歧视性定价相同,即使往往有人指称这是掠夺性的定价(与掠夺性定价的限制性商业惯例类似)*。根据* 上述两项《协议》,竞争因素确实同确定对国内产业损害的因果关系有关,但没有要求在决定是否准予反倾销保护或准予何种具体补救时应考虑对国内市场竞争的影响。这两个协议没有充分论述有可能滥用反倾销或反补贴诉讼,以扰乱出口者的问题。在这方面应注意,经合组织理事会建议应谨慎行事,不能为反竞争之目的滥用不公平贸易惯例法律下的诉讼程序,尤其是由企业提出的诉讼程序。⁸⁶ 反托拉斯和国际贸易之间的关系(包括反倾销、“反补贴”反补贴税和保障条款),在1994年美国的《国际

¹ 在其对本研究报告前一版本的评论中,美国司法部指出,它载有“……显然不属于政府间专家组职权范围的关于贸易法的若干论述(例如第73-75段)因而应予删除”。本研究报告前一版本第73-75段与本版本第72-74段对应。该部还要求删除原先版本第6-8段和第77-81段,因为这几段载有“许多……反对贸易和竞争问题多边协议的论述”;这几段已经删除。

行动反托拉斯实施准则》内已隐含地得到认可。事实上,在欧洲联盟内和澳大利亚同新西兰之间的贸易内已实施竞争法或政策,而未实施反倾销措施。然而,虽然在一些国家的主管竞争当局可能在某些情况下成功进行干涉,提倡在实施贸易措施时更加重视竞争原则,但它们往往并不成功,特别是当一国在没有贸易伙伴进行同样努力的情况下很难在这方面单方面进行努力。

74. 为支持和补充国家一级主管竞争当局所作的努力,即需要有多边一级的辅助机制以解决影响国际竞争的限制性商业惯例例如“最主要的”出口卡特尔或其他串通作法(据推测它们要不是一些国家内的豁免除外的反竞争作法,就是通常无需经过广泛经济分析的作法⁶⁷)和各国政府采取的扭曲竞争和贸易的保护主义措施。为了后一目的,不妨鼓励贸易制度利用竞争政策更加注重消费者的福利和效力来缓解保障条款、反倾销或者反补贴等领域内偏护生产者的贸易政策,从而能够考虑生产者和消费者(即出口和进口国家)的“市场进入”问题。对于竞争和贸易政策之间交互关系的一系列问题,包括私营部门和政府对贸易的限制,必须采取一个系统全面的方法,以便以平衡兼顾的方式巩固和扩大乌拉圭回合协议所取得的进展。

75. 继乌拉圭回合协议削减了政府贸易壁垒之后,努力解决私营部门贸易壁垒也是符合逻辑的下一个步骤,以便防止贸易自由化的竞争利益因贸易壁垒“私有化”而削减——实际上,降低对市场进入的政府壁垒可能会使发展中国家特别受到更多的需要采取国际行动加以解决的跨界私营部门限制。乌拉圭回合协议给全球竞争和贸易框架内带来的变化,如各国政府承诺不准许或鼓励(但不阻止)具有相当于自愿出口限制或有计划的销售安排影响的限制性商业惯例,有可能*也促使企业*进一步*通过采取限制性商业惯例作法以避免贸易自由化的影响。此外,技术和销售战略的变革可能使企业采用新的变通方式或者甚至新型的跨界限制性商业惯例,其作用可能由于朝向国际兼并合资经营和战略联盟的持续趋势而得到加强。考虑到持续不断的全球化和自由化进程,对主管竞争当局而言越来越重要的是获得有关其他国家内市场经营者和市场状况的资料(考虑到为评量竞争问题而透露资料的问题,这种透露会怎样同对重要国家利益的保护冲突、以及机密资料和商业秘密的有关方面),以及有关其他国家的竞争法、政策和执行情况的详细资料。文件TD/RBP/CONF.4/6中所审查的案件证实了的确有必要在这个领域采取行动,有待世贸组织争端解决小组审议的美日纠纷便属于这种情况。

76. 欧洲委员会给欧盟部长理事会的一份文件中已经认识到在管制限制性商业惯例领域采取行动(但不管制贸易规则的竞争方面)的必要性,该文件说,欧共体应该为定于1996年在新加坡举行的世贸组织部长级会议编写一份立场文件,建议世

贸组织成员设立一个工作组就研拟竞争规则的国际框架进行探索工作⁸⁸。这项建议说,这样一个框架可以具体包括由所有国家承诺制定本国的竞争规则和执法结构、制定容许在若干国家的竞争管理当局之间交流资料的文书、制定据以要求在外围市场上采取行动的文书、和设立政府间争端解决机制;这项建议还认为应该要求经合发组织和贸发会议顾及世贸组织工作情况进行有关贸易和竞争的工作。

注

¹ 《议定结论》I.a段阐明,为了协助第三届审查会议进行工作,专家组要求贸发会议秘书处,按照TD/B/105号文件所载的纲要并考虑政府间专家组第十四届会议期间的意见,就各成员国竞争法的范围、内容和执行编写一份研究报告草稿,并分析乌拉圭回合协议中与竞争法有关的条款,包括它们对发展中国家和其他国家的影响。见“政府间专家组第十四届会议报告”(TD/B/42(1)/3号文件)。

² 见题为“筹备联合国第三次全面审查《限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》会议”的说明第一章(TD/B/RBP/105号文件)。

³ 见《联合国第三次全面审查限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则会议报告》,1995年11月13-21日,TD/RBP/CONF.4/15。

⁴ 收到了日本、联合王国和美国政府的书面意见。

⁵ 见“竞争法和政策的基本目标和规定”(TD/ITD/15号文件)。另见“关于法律范本或法律条款的可能内容的评论草案”(TD/B/RBP/81/Rev.4号文件)。

⁶ 《反垄断法》,第211号法令,1973年。

⁷ 1986年12月1日关于价格开放和竞争自由的第86--1243号法令。

⁸ 1991年12月30日《关于促进和保护行使自由竞争的法律》。

⁹ 根据1957年7月27日的《反限制竞争法》。

¹⁰ 日本政府提供的资料。

¹¹ 见1993年6月10日通过的《1993年(HR1313号)全国合作生产法》。

¹² 根据欧洲法律对合作经营与集中的联合经营作出了特殊的区别;后者须按《合并管制条例》处置。

¹³ 1980年12月31日第3320号法律,《1980年垄断管制和公平贸易法》以及1981年4月第10267号法律的《实施法令》。

¹⁴ 见“乌拉圭回合之后的竞争和贸易情况”(UNCTAD/ITD/11号文件),Kyu Uck

Lee 先生为贸发会议秘书处编写的咨询报告。

¹⁵ 同上。

¹⁶ 1994年第18号《竞争和公平贸易法》。

¹⁷ 见A.J. Jatar 编写的“近来开放的经济中竞争政策的执行情况：委内瑞拉实例”（油印本）加拉加斯，1993年10月。

¹⁸ 见“限制性商业惯例法规手册”（TD/B/RBP/49号文件）。

¹⁹ 1992年12月24日《联邦经济竞争法》。

²⁰ No.4064/89, O.J.L 257/13(1990)。

²¹ 见“日本批评光盘价格”，《金融时报》，1995年7月25日。

²² 《1969年垄断和限制性贸易惯例法》。

²³ 见贸发会议关于“对一个以上国家，特别是对发展中国家其他国家具有影响的限制性商业惯例，并就这些案例所提出的问题形成的总体结论”研究报告中审查的法国/西非船东委员会和中西非航运公会情况。（TD/RBP/CONF.4号文件）。

²⁴ 见“竞争政策在发展中国家和其他国家经济改革中的作用”（TD/B/RBP/96/Rev.2号文件）。

²⁵ 《1990--1993年波兰的竞争法和政策》，反竞争管制局，华沙，1994年1月。

²⁶ 见 United States v. pan American World Airways Inc., 193 F. Supp. 18 (S.D.N.Y. 1961)。

²⁷ 见 Jatar, 同前。

²⁸ 制止不公平竞争法，1993年9月2日通过。

²⁹ 见《罗马条约》第92条。该条约还禁止对商品和服务自由流动的一切限制以及对共同市场内部自由定居的一切限制。

³⁰ 诸如联合王国和美国的竞争法。

³¹ 诸如法国、德国、匈牙利、印度、牙买加、大韩民国、俄罗斯联邦、斯里兰卡或委内瑞拉的竞争法。

³² 见“Competition and trade……”。

³³ 1991年禁止不公平市场惯例法。

³⁴ International Ass'n of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries, 477 F. Supp. 553 (C.D. Cal.1979)。

³⁵ 见 Aluminium Products, (1987) 3 C.M.L.R. 813.

³⁶ 对此问题的回顾载于 TD/RBP/CONF.4/6。

³⁷ 见委员会第907417/ECSC号决定。

³⁸ 见1994年赞比亚竞争和公平贸易法第3节等。

³⁹ 见1993年公平竞争法。

⁴⁰ 1989年2月15日《管制在专利和专门技术许可证协定方面的不公平惯例准则》。

⁴¹ See “Japan criticises CD prices”, *Financial Times*, 25 July 1995.

⁴² 贸易机密这一用语包括工业专门技术和商业专门技术。根据美国某些州的法律,贸易机密可获得与知识产权类似的保护。

⁴³ Racimex Japan Co. and Jap Auto Products * CO. v. BBS Kraftfahrzeug Technik AG (the Aluminium Wheel case), 东京高等法院 No.3272 of 1994.本案正在上诉审理。

⁴⁴ Beecham Group v. International Products Ltd., quoted in D. Galdwell, “The exhaustion of intellectual property rights”, 12 *European Intellectual Property Review* (1986), p. 368.

⁴⁵ 见 美国诉皮尔金顿公司案, 7 *Trade Reg. Rep.* (CCH) 50578 (D.Ariz. 1994) *Consent Decree*). 对该案的审查载于贸发会议题为“对不止一个国家具有影响的限制性商业惯例……”的研究报告。

⁴⁶ 联合王国政府来文。

⁴⁷ See K Mart. Corp. v. Cartier Inc., 108 S.Ct 1811, 6 USPQ2d 1897 (1988).

⁴⁸ 这一用语指通常必须就事论事的限制及其它几乎总是会减少产量或提高价格的限制。

⁴⁹ 见 Case 258/78 Nungesser v. Commission (1982) ECR 2015 (“Maize Seed”), and the Coditel cases.

⁵⁰ 见 the Tetrapdk I case, No. IV/31.043 of 26 July 1988, O.C.J. L 272 of 4 October 1988, p. 27.

⁵¹ 1996年1月31日第240/96号条例, 1996年L/31/1号《政府公报》。1996年4月1日正式生效。

⁵² See Volvo v. Veng, Case 238/87 (1988) ECJ 6211, and the Renault Maxicar case of 5 October 1988.

⁵³ See RTE and ITP v. Commission (Magill), Cases C-241/91p and C-242/91, 6 April 1995.

⁵⁴ 见微软案件,对该案件的审查载于TD/RBP/CONF.4/6。

⁵⁵ 《1990年抵制垄断性惯例法》。

⁵⁶ 对专利许可证和专门技术适用《抵制垄断性惯例法》各项规定的反垄断司准则。

⁵⁷ Ahlstrom et al. v. European Commission, (1988) ECR 5193, (1988) 4 C.M.L.R. 901).

⁵⁸ 见 Hartford Fire Insurance Co. v. California, 113 S.Ct. 2891, 2909, (1993). “在一个以上国家中产生影响的限制性商业惯例”中回顾了这一案件。

⁵⁹ 但是,一些外国交易,若符合一定条件则可免于 Hart-Scott-Rodino 法的合并前通知要求。

⁶⁰ 见 United States v. MCI Communications Corp., 7 Trade Reg. Rep. (CCH) 50,761(D.D.C.1994) and 59 Fed.Reg.33009(June 27 1994)。

⁶¹ 联合王国政府来文。

⁶² 见 J.M.Finger and K.C.Fung, “Can competition policy control 301”?, Aussenwirtschaft 49(1994), p.379。

⁶³ 见 the Bayer/Firestone case KG Nr. 26 1980 WuW/E OLG, 2419 (Synthetischer Kautschuk II) and the Philip Morris/Rothmans case, 29 October 1985, WuW 6/1986, pp. 481-495.

⁶⁴ 见 the Organic Pigments case (1979) E.C.C. 533.

⁶⁵ 见 Francois Souty, “Theorie de l'effet: les entreprises des pays tiers et le respect de la concurrence sur le marche europeen”, Revue de la concurrence et de la consommation, No. 65, p. 6, janv.-fev. 1992.

⁶⁶ 如果涉及刑事惩罚,智利法律只适用于发生在智利的限制性商业惯例。

⁶⁷ 见 “Handbook to restrictive business practices legislation” (TD/B/RBP/42)。

⁶⁸ 在Pilkington 案内,对Pilkington 的属人管辖权之依据是资金越过美国边界

转移给它(它从美国公司收取签发许可证的收入)。

⁶⁹ 该条规定美国一旦发现限制性商业惯例不利于国际贸易,特别是不利于发展中国家的贸易和发展时,应寻求适当的补救或预防措施在其权限范围内防止和/或管制使用限制性商业惯例。

⁷⁰ 见 *Daishowa International v. North Coast Export Co.*, 1982-2, Trade Cas. (CCH) 64, 771 (1982). Webb-Pomerene 法, 15 U.S.C. 61-65 (1988) 规定给予竞争业务出口货物协会以反托拉斯豁免,条件是在美国没有反竞争影响,将有国内竞争者遭受损害,并向公平贸易委员会提交其章程和年度报告。

⁷¹ 1982年6月29日美利坚合众国政府和澳大利亚政府在华盛顿签署了有关反托拉斯事务合作的协定。

⁷² * 美利坚合众国政府和加拿大政府1995年8月1日在华盛顿和1995年8月3日在渥太华签署了实施有关其竞争和欺骗性营销做法法律的协定。还在《相互法律援助条约》基础之上进行了反托拉斯刑事案方面的合作。

⁷³ 1976年6月23日,美利坚合众国政府和德意志联邦共和国政府于波恩签署了有关在限制性商业惯例方面进行相互合作的协定。

⁷⁴ 1991年9月23日美利坚合众国和欧洲共同体委员会于华盛顿签署了关于实施其竞争法协定。尽管欧洲法院裁定欧洲委员会没有权力签署这一协定,但根据国际法,这一协定仍有效并已付之实行。

⁷⁵ 1984年5月28日,德意志联邦共和国政府和法兰西共和国政府签署了关于限制性商业惯例方面合作的协定。

⁷⁶ 见1991年12月16日以欧洲经济共同体和欧洲煤钢共同体为一方分别同捷克和斯洛伐克联邦共和国、匈牙利和波兰为另一方于布鲁塞尔签署的关于贸易和贸易相关事项的临时协定。

⁷⁷ 1995年11月20日在布鲁塞尔签署的关于在欧洲共同体及其成员和以色列国之间建立联系的《欧洲—地中海协定》。

⁷⁸ 美国政府、加拿大政府和墨西哥政府1992年12月8日和17日在华盛顿、1992年12月11日和17日在渥太华、1992年12月14日和17日在墨西哥城签署的《北美自由贸易协定》。

⁷⁹ 理事会关于成员国之间如何就影响国际贸易的反竞争做法进行合作的订正建议, 1995年7月27日和28日。

⁸⁰ 该协定把补贴分为三类: “禁止的” “可予以诉讼的” 和 “不可予以诉讼

的”。

⁸¹ 关于这个问题参看 A. Yusuf and A. Moncayo, “Intellectual property protection and international trade - exhaustion of rights revisited”, *World Competition*, Vol. 16, No. 1, Sep. 1992, p. 115.

⁸² 包括限制服务供应者数目、交易之价值或资产、或服务业务或产出的数字。关于市场进入和国民待遇的条款并非一般性义务(不同于1994年总协定之下的条款)但在部门或分部门方面作为商定的承诺进行交流。一些成员还宣布一些部门从最惠国原则中免除。《服务贸易总协定》为个别发展中国家成员和自由化进程提供了充分的灵活性。特别顾及最不发达国家的困难。

⁸³ 1960年11月18日决定,见总协定缔约方、基本文献和选定文件(BISD)28, 170-172(9th Supp. 1961)。该决定已编入1994年协定。

⁸⁴ 见总协定第L/5479号文件,该申诉被定为“情势”申诉。

⁸⁵ 例如,往往针对进口国所采取的保障行动、或反倾销或征收反倾销税做法建立出口卡特尔。见经合发组织,“对贸易和竞争设置的障碍”,1993年,巴黎。

⁸⁶ 理事会关于成员国在可能发生竞争和贸易政策冲突方面进行合作的建议(C(86)65(Find1)),1986年10月23日。

⁸⁷ 如同文件UNCTAD/ITD/15中所指出的,虽然串通勾结在一些竞争法中受到绝对禁止而根据另一些竞争法需要进行逐案分析,普遍的趋势是对串通勾结实行更加严格的执法,通常只需进行即决审查即可断定它是否对竞争造成不利的影响。已经建议所有国家在这些行为是针对本国市场的非法行为的情形下取消对出口卡特尔的豁免(见美国律师协会,国际反拖拉斯特别委员会的报告,1991),或者在出口卡特尔实际证明足能克服进口国之真正竞争壁垒的情形下就需要进行效率防卫而禁止出口卡特尔(见“对贸易和竞争设置的障碍”,同前)。

⁸⁸ 利昂·布里顿和卡雷尔·范·米尔特爵士1996年6月17日提交的来文《朝向竞争规则的一个国际框架》。