

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2015.02.008

# 我国对外贸易反垄断豁免失当性分析及其完善\*

刘廷涛

(华东政法大学,上海 200063)

**摘要:**我国《反垄断法》第15条规定的对外贸易豁免包括进口豁免和出口豁免。进口卡特豁免的基础系竞争者保护优先于竞争保护,其不利于我国当前及未来进口产业的竞争力提高,并有可能违反WTO国民待遇原则,应予以禁止适用。我国出口的卡特豁免规定虽具有一定合理性,但必须对其中的“正当利益”豁免要件进行限缩性解释,防止对此条款的滥用并引起不必要的损害。

**关键词:**对外贸易反垄断豁免;进口卡特豁免;出口卡特豁免

**中图分类号:**D996.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2015)02-0060-06

我国《反垄断法》第15条第1款第6项规定,“为保障对外贸易与对外经济合作中的正当利益”不适用《反垄断法》第13条和第14条规定。显然,此条是关于对外贸易豁免的规定(以下称此条款为对外贸易豁免条款),此豁免区别于其他豁免之处在于该条第2款规定,经营者无需证明“达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益”。换言之,即使经营者达成的协议能够严重限制相关市场竞争,也可得到豁免,只要其符合“正当利益”条件。由此可见,“正当利益”成为进出口贸易豁免的正当理由。进出口贸易反垄断豁免的正当性一般来源于合法性与合理性。但是,进出口贸易反垄断豁免权行使往往伴有合法性不足、合理性缺失等失当性特征,从而削弱其正当性基础。“正当利益”条件在对外贸易条款中居于核心地位,其决定对外贸易豁免与否的命运。然而,此处的“正当利益”含义为何?法条未给予答案。另,对外贸易豁免条款置“相关市场竞争的严重限制”于不顾,显然其目标已非竞争市场所

带来的经济效益效果,属于非经济目标。对此,比较美国《对外贸易反垄断促进法》(FTAIA)规定,美国对外贸易豁免的条件是没有对国内市场造成“直接、重大和可预见的影响”,此豁免条件是市场竞争的效率目标,且仅限于出口贸易,与我国规定大不相同,甚至相反。虽然FTAIA内容主要涉及美国对外贸易反垄断纠纷域外管辖<sup>[1]</sup>,但通过管辖条件分析也能够窥视其排除反垄断管辖的条件,对外贸易反垄断豁免问题也就自然得到相应的答案<sup>[2]</sup>。对此我国有学者体会到“这一规定在实质性标准上正式确立了‘对外贸易豁免’的原则”<sup>[3]</sup>。由此引发的问题是,我国对外贸易豁免条款规定是否合理及原因是什么,是否存在需要完善之处。本文以美国相关法律作为比较,对于前述问题进行尝试性分析。

## 一、进口反垄断豁免基础失当性分析

从文义解释来看,我国《反垄断法》对外贸易豁免条款应包括进口和出口。但学者观点似乎不一,

\* [收稿日期]2014-11-09

[作者简介]刘廷涛(1969—),男;华东政法大学2012级国际法博士生,主要从事国际竞争法研究。

学者有持前述观点<sup>[4]</sup>。也有持模糊的观点,“在实践中,企业‘为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益’而订立的协议一般是为了推动产品的出口,这类协议可以简称为‘出口卡特尔’。”<sup>[5]</sup>但其并没有绝对否认此条包括进口卡特尔。但是,我国立法资料却对前述文义解释加以肯定,“对外贸易和对外经济合作主要是指商品的进出口贸易和劳务输出等活动。”<sup>[6]</sup>由此可见,我国经营者生产的产品与外国产品具有竞争关系时,我国相关产品经营者为了达到自己产品国内销售目的,保持其国内产品销售所享有的利润,阻止国外竞争产品进入我国市场或占有相应的我国市场份额,其可以达成限制外国竞争协议,以排除外国产品进入国内市场,使国内产品免受外国产品的竞争压力,并不受反垄断法追究责任。但是,此处受其限制竞争协议所影响的我国国内竞争市场,而不是外国竞争市场,按照竞争市场的经济目标来理解,受害者是我国消费者,得益者是国内生产者。由此,从国内市场角度来讲,国内生产者的利益获得是以损害国内消费者为代价的。此种结论,从竞争法的保护消费者利益原理来讲,其为国内竞争法所不容。然而,为何受到豁免待遇?仅因其排除竞争的产品系外国产品?若此,竞争产品的国籍有别就可以享有不同法律待遇?其享有不同待遇的理由是什么?是否有违WTO国民待遇原则?

### (一)进口反垄断豁免的基础是贸易保护

根据我国现有立法资料,未能查到进口豁免的理论依据,学者对此也未能详尽说明。在此,笔者根据我国《反垄断法》第15条及相关规定,并参照国外学者论述加以尝试性分析。

前文分析表明,进口卡特尔的受益者是国内生产者,从国内市场角度来讲,受害者系国内消费者,因为产品进口的原因是国外产品的价格低于国内同类产品的价格,从而可以使国内消费者享受到较低价格的产品。而进口卡特尔排斥国外竞争产品,使国外产品无法在国内市场进行销售,从而剥夺国内消费者本应享受到的利益,使其成为进口卡特尔的牺牲者。实质上,国内消费者损害是从国际竞争角度分析,因为,仅从国内竞争角度言之,竞争产品无法参与国内竞争,国内消费者也就毫无竞争损害

而言。正是从国际竞争的视野考察,使得本来国内竞争合法的行为变得违法。在无国内进口反垄断豁免规定情况下,受益者是国内消费者和国外竞争产品经营者,受损害者是国内竞争产品生产者。在国内竞争法规定进口豁免情况下,受益者是竞争产品国内经营者,而受损者是国内消费者和竞争产品外国经营者。显然,进口豁免的衡量标准不是竞争法的消费者利益标准,因为进口豁免消费者不仅不受益,反而受损。足见,对国内经营者的利益保护超过消费者利益保护,因此,进口反垄断豁免规定似乎保护的是国内生产者。

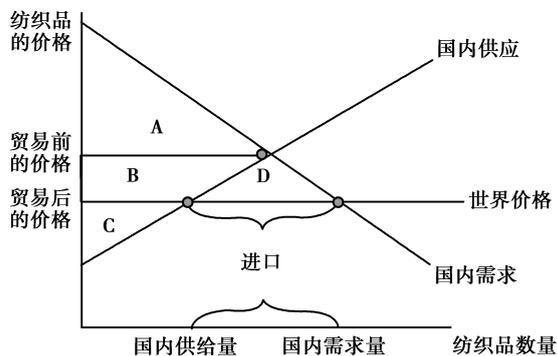
以上是从国内市场角度来确定,在进口卡特尔豁免情况下国内生产者与消费者之间受益者和受损者的主体问题。如果从国际市场角度来分析,竞争产品的国外生产者与国内生产者之间谁是受益者与受损者?答案似乎较为明显。正是国际竞争使得竞争产品经营者有所增加,且系外国经营者,由此出现了国内竞争者与国外竞争者利益平衡问题,显然,竞争法的国内属性使其不承担保护国外竞争者义务。由此,似乎可以得到合理的答案:进口豁免是为了保护国内竞争者利益而非国外经营者利益。通过进口卡特尔豁免,竞争产品国内经营者可达到限制或排除国外竞争产品进入国内市场目的,也就自然保护了国内竞争产品经营者利益。此种排除限制竞争,也形成了市场进入壁垒。正如国外学者所言,较高的进口障碍,通过阻止外国公司进入国内市场,剥夺了消费者本可以从促进竞争的法律体制中应获得的利益。<sup>[7]</sup>由此可以得知,阻止外国竞争产品进入国内市场的目的是保护国内竞争产品经营者,而保护国内竞争产品的生产者显属贸易保护。

### (二)贸易保护违反国际贸易经济学理论

为何保护竞争者?此问题答案应从微观经济学理论中寻找。国际贸易自由化的理论依据是比较优势,其是指“即使一国在每种商品的生产上比其他国家都绝对地更有效率(或绝对地更缺少效率),该国也仍然能够从国际贸易中获益。事实上,按比较优势原则国际贸易对所有的国家都有利。”<sup>[8]</sup>当比较优势理论运用到进口领域时,就说明

一国进口某种产品时,国外竞争产品具有价格优势,<sup>①</sup>此时,国内价格必然等于世界价格即进口价格。以进口纺织品为例,“当贸易迫使国内价格下降时,国内消费者的状况变好(他们现在能以较低的价格买到纺织品),而国内生产者的状况变坏(他们现在不得以较低的价格出售纺织品)。消费者剩余和生产者剩余的变动衡量得失的大小。”<sup>[9]</sup>最终结论是,买者的收益超过了卖者的损失,社会总剩余增加了。其实,比较优势理论是微观经济学在国际贸易领域中具体的运用。

前述结论以下图表示贸易的得失。国际贸易前,消费者剩余是面积A,生产者剩余是面积B+C,而总剩余是面积A+B+C。国际贸易后,消费者剩余是面积A+B+D,生产者剩余是面积C,而总剩余面积是A+B+C+D。由上述表述可清楚地看到,国际贸易后一国的总剩余是增加了面积D,说明国际贸易给进口国总体上带来好处。但是具体到消费者和生产者不同的群体时,其利益得失并不同,消费者从国际贸易中受益,其剩余是增加了B+D,而生产者却从国际贸易中受损,其剩余减少了面积B。



如果进口豁免仅涉及竞争产品国内外经营者,问题的答案就已经结束。然而,事实并非如此,因为其还涉及国内消费者利益受损问题,此时又出现国内消费者利益和国内经营者利益平衡问题,即竞争政策同贸易保护政策的平衡。二者如何平衡不是一个抽象固定不变的规则,要取决于国家竞争所立足的经济发展现实、法律和文化理念,要在不同情况下具体分析。即使在法律文化理念保持不变的国家,其在不同的经济发展时期,也会出现不同

的平衡结果。欧美竞争法的目标不断变化就是很好的例证。虽然二者平衡问题有时会出现在多重竞争法目标选择中,但是何者利益为重却无从体现,只能在具体案例中以具体特定经济状况来判断。可是,美国反垄断法却无竞争政策与贸易保护政策如何平衡之规定,其如何规定豁免条件?美国反垄断法关于进口限制竞争是否享受豁免的规定,主要体现于对《外贸易反垄断促进法》(以下简称FTAIA)之中。在具体介绍此问题之前,有必要先行介绍美国FTAIA的立法背景及立法目的,以利于更好地理解美国关于进口限制竞争的反垄断规定。

美国被称为世界上最早反垄断法的严格执行者,由此造成了美国与其他国家,尤其是主要贸易伙伴之间产生贸易摩擦,并引起其他国家不满。重要的是,由于其反垄断法的严格执行,造成国内出口商在全球范围内处于不利竞争地位,因为其主要贸易伙伴国内立法均豁免其出口反垄断行为。鉴于此,为避免反垄断法的过度适用,进一步缩小反垄断法的适用范围,同时提高国内出口商竞争力,主张豁免出口反垄断行为,只要其对美国国内市场没有影响就没有必要适用反垄断法。言外之意,虽然对国外市场有影响,只要对国内市场无影响即可。由此,FTAIA在这一片呼声中诞生。这一立法目的充分说明,此法的制订是以保护国内市场为宗旨,而不惜国外市场受损害。换言之,国内市场利益的保护是以国外市场利益受损为代价,国家利益优先于全球市场竞争利益的特征明显体现出来。美国学者认为,FTAIA主要是对于谢尔曼法的适用范围的限制,也就是缩小了美国反垄断法的适用范围,对于从事外贸出口领域的反垄断行为不适用制裁措施,包括民事责任。<sup>[10]</sup>

既然是对于反垄断法实体法适用范围的限制,那么适用限制必应为该法的中心内容,那么对外贸易的适用限制具体有哪些?进口与出口是否都要限制?此法目的已提供答案,它要保证国内市场不受反垄断法影响,进口就不属于限制范围,仅有出口属此法适用范围。换言之,为了国内市场不受影响之目的实现,FTAIA据此目的规定不适用本法的两个例外,一是前述的进口例外,二是对于国内市

① 进口的原因或许还可能因为进口产品质量较好,如果国内外价格相同,国外产品质量优于国内产品;从另外一种角度来讲,也可以是国外产品价格低于国内产品。进口原因还可能因为国内无产品来代替,此时只能进口,此种情形不在本文考虑之内。

场造成直接、重大且合理预见的影响,并且此影响能根据实体法产生损害请求权的例外。所谓的例外就是要适用反垄断法。反垄断法适用与 FTAIA 适用成反关系,即二者适用范围呈此消彼长之态。

可见,美国对进口仍适用反垄断法,并没有实行反垄断豁免,笔者以为,其与美国反垄断法的主要目标系消费者利益相关。前文已分析,进口限制排除竞争的主要国内受害者是消费者,其无法享受国际竞争所带来的竞争价格,或相应的消费者选择等,此等结果与美国反垄断法目标格格不入,故为其所禁止。

我国《反垄断法》对于竞争者的保护的依据或许来源于我国现实总体经济发展水平。这一考虑并非没有道理,但笔者认为,对于产业政策考虑,着眼于我国产业实际情况并无过错,但应主要考虑我国产品与进口产品相比竞争力如何,在进口产品中国有经济占有份额多少,竞争产品是否涉及民生和经济安全重大问题。如果没有就应将这些进口产品所涉及的行业进行充分竞争,以使其在提高生存动机的前提下,进一步提高企业的核心技术及动力。不应以当前的竞争是否有害于我国进口产品经营者利益为主要思考问题。应立足于我国对外开放总体上竞争力不足的现实,如果竞争产品没有涉及关系到国计民生的重大行业,仍对进口采取豁免,实行保护措施,则我国进口产业仍处于革新不足、裹足不前和不思进取思想支配下,没有相应的市场危机。历史表明,没有充足的市场竞争,企业作为市场的主要参与者,不会得到长足的发展。

### (三) 有违 WTO 国民待遇原则的失当性

根据前文分析,进口卡特尔豁免导致的结果是,外国竞争产品无法进入到我国国内市场,同时不承担相应的反垄断责任。但是,若没有涉及外国产品,纯国内产品经营者达成限制竞争协议则会受到我国反垄断法的追究,由此导致的结论是:同样是竞争产品,却因竞争产品的国别不同而享受不同待遇。当然这里的国别不同系我国与外国竞争产品国别不同,而不是同属外国的竞争产品之间的法律待遇不同,故,此种不同待遇似涉嫌违反 WTO 国民待遇原则。

根据 GATT 第 3 条规定,国民待遇含义是指一成员的产品输入到另一成员境内时,进口方不应直接或间接地对该产品征收高于本国相同或类似产品的国内税和国内费用,以及在执行国内规章方面

实行差别待遇。对此含义的具体理解,有国内学者进行了归纳,可分为三个方面:(1)一成员领土的产品输入到另一成员时,不得以任何直接或间接方式对进口产品征收高于对本国同类产品征收的国内税和国内费用(第 2 款第 1 句);(2)一成员领土的产品输入到另一成员领土时,在关于产品的国内销售、标价出售、分销、购买、运输、分配或使用的全部法令、条例、规章方面所享有的待遇,不应低于同类的本国产品所享有的待遇(第 4 款);(3)国内税和国内费用,影响产品在国内销售、标价出售、分销、购买、运输、分配或使用的法令、条例和规定,以及对产品的混合、加工或使用的国内数量限制条例,在对进口产品或本国产品实施时,不应用来对国内生产提供保护(第 1 款、第 2 款第 2 句)。<sup>[11]</sup>

与本案相联系的仅系后两个内容,具体分述如下:1.当外国的竞争产品进入我国境内进行销售时,我国国内竞争产品经营者为了不使外国竞争产品在我国市场占有一定份额,达成限制或排除竞争协议,使外国竞争产品无法在我国境内得到实质性销售,或使其无法占有一定市场份额。但是根据我国《反垄断法》第 15 条规定,其可以得到豁免,即我国竞争产品因经营者豁免而得到优于竞争的待遇,外国产品根据我国《反垄断法》规定却未享有此等待遇,只能受竞争法约束,因此《反垄断法》似乎给予内外国竞争产品不同待遇,有违国民待遇原则之嫌。此结果的发生,完全缩减了边境关税壁垒减少所造成的国际贸易便利化成果,变相造成国际贸易壁垒,也就与 WTO 所倡导的贸易自由化相违背。2.之所以给予本国竞争产品免受竞争法约束,其实际上就是为了保护我国竞争产品经营者利益,使其免受外国竞争的威胁,使我国竞争产品能够在我国竞争市场上安枕无忧享受免于竞争的舒适销售,也就是为了保护我国竞争产品产业结构不受竞争影响,使国内产业政策优于国际竞争。从某种意义上来看,进口豁免所体现的产业政策优先就是贸易保护的再现,此为贸易自由化所不容。

### (四) “正当利益”含义应限缩解释

既然进口贸易反垄断豁免存在诸多不利之处,如何避免?尤其要使我国《反垄断法》的规定不违反 WTO 义务。此问题的解决要依赖于其豁免的前提条件的解释,使“正当利益”的含义符合 GATT 第 20 条例外条款规定。因为“正当利益”符合 WTO 的例外条款规定就不违反 WTO 规定的义务。当然,

符合此条件并非易事,其应具备相应的条件。例如,如果将“正当利益”解释为此条(b)规定,即“正当利益”是“为保护人类、动植物的生命或健康所必需的措施”,其必须要符合“必需”条件。总而言之,不能以贸易保护为由任意运用“正当利益”,其适用应该非常狭窄,否则即有违反WTO之嫌。

## 二、出口反垄断豁免条件失当性分析

进口卡特尔豁免与出口卡特尔豁免的理由是否相同?前述分析已表明,因进口卡特尔而受到的损害之一是进口国国内竞争者,而出口卡特尔并没有对国内竞争者造成竞争损害,其无适用我国国内竞争法必要,也就无豁免之说。国外学者对此分析甚为精辟,“国内竞争法是对国内范围内反竞争效果的管辖——就此而言,其纠正的行为既包括国内也包括国外,但是只有这些行为对国内市场竞争造成影响才受到竞争法管辖。鉴于国内竞争法并非设计用以管辖国内政策的涉外效果,对出口卡特尔国内行为造成的国外效果明确豁免的国家,与那些没有如此明确的国家并无二致。”<sup>[12]</sup>可见从受害者角度析之,二者豁免的原因似乎并不完全相同,但如果从受益者角度分析,则具有共同性,即竞争产品国内经营者。换言之,以国外消费者损害作为竞争产品国内生产者获取利益的代价,归根结底保护的仍然是竞争者。由此可见,出口豁免的理由也是贸易保护。

### (一) 出口反垄断豁免贸易政策的基础

我国《反垄断法》第15条第2款规定了我国对外贸易豁免并不以“没有严重限制相关市场竞争”和“能够使消费者分享由此产生的利益”为条件,说明即使出口严重限制我国市场的竞争,或出口的限制竞争的收益并没有被消费者所分享,出口卡特尔也可以得到反垄断法的豁免,不适用我国《反垄断法》。此条款暗含了为实现出口目的,不惜以国内市场竞争为代价,从而显现此条款的豁免理由同样是非出于竞争政策,其豁免理由为何?立法资料对此没有详细的说明,只对豁免制度总体进行概括地解释,“豁免制度是利益衡量的结果,即从经济效果和对限制竞争的影响进行利益对比,在‘利大于弊’时,对该垄断协议排除适用《反垄断法》。”<sup>[13]</sup>学

者也多从防止反倾销和保护国内竞争角度说明。<sup>①</sup>笔者认为,其豁免的主要原因是贸易政策,对外贸易政策优先性考虑是我国国际竞争的需求,占领国际市场,在增加外汇收入前提下,提高我国产品的国际竞争力。对此,国外学者也是如此认为,“出口卡特尔豁免是为了实现贸易目的竞争政策工具手段而已”<sup>[14]</sup>,“在一个贸易全球化的世界里,竞争与贸易政策变成同一主题。贸易政策的中心涉及一个国家所允许或鼓励的国内外生产者竞争水平的选择。在封闭的经济已不复存在情况下,竞争与贸易政策成为一枚硬币的两面。”<sup>[15]</sup>当然,以贸易政策为基础也可带来一些附属的其他利益,如就业稳定、国家税收增加等。

### (二) 我国出口反垄断豁免条件完善

1. 我国出口豁免条件的合理基础:(1) 国内效果原则的合理性。纯粹性出口卡特尔受益者是国内竞争产品的出口商,而受害者是进口国的消费者。竞争产品的生产与销售已跨越国界,而各自国内的反垄断法仅均规制其自己疆域内的反竞争行为或效果,在出口卡特尔情况下,竞争产品的出口不在出口国销售,出口卡特尔并未对出口国造成反垄断损害,故其国内反垄断法无规制之必要。因此,在效果规制原则下,出口卡特尔并不属于其国内反垄断法规制范围之内。但我国规定的出口卡特尔豁免却不限于纯粹性,实系混合性。(2) 贸易政策合理性。出口卡特尔在不对本国造成竞争损害同时,由于出口商可以获得超过竞争之上的垄断利润,故出口商即为卡特尔行为的得利者。其获得大量外汇,还为国家创造外汇收入,有利于国家外汇收支平衡,确无禁止之必要。另外,出口商收入虽为个人利益,但将其放在全球市场视野下,国家之间进行出口领域的争夺,此时个人利益已转换成国家利益,故国家利益是出口卡特尔豁免的真正原因。对此国外学者也认为,“出口卡特尔豁免是为推行贸易目的的竞争政策工具”<sup>[16]</sup>。(3) 比较规定合理性。世界大多数国家均在自己的国内法中对出口卡特尔直接或间接规定出口卡特尔豁免,直接规定豁免的国家主要是那些对卡特尔适用本身违法的

① 王晓晔教授从保护本国市场竞争的目的、现实的避免反倾销诉讼和多数国家均豁免立法和实践来说明,参见王晓晔著:《反垄断法》,法律出版社2011年版,第123-124页。商务部主要从避免反倾销和国内企业恶性竞争方面说明豁免原因,参见高明主编:《〈中华人民共和国反垄断法〉理解与适用》,法律出版社2007年版,第86页。

国家,如美国、澳大利亚等国家,因为如果没有明确法律规定豁免,则要对出口卡特尔一样实行反垄断法。间接规定出口卡特尔豁免的国家主要是那些仅规定适用效果规则的国家,如欧盟成员国,在出口卡特尔对于其国家无影响前提下,自然不适用其国内反垄断法。因此,我国对于出口卡特尔规定豁免也符合世界趋势。对于我国出口卡特尔豁免是否有必要明确规定,因其与此论文主旨无关,本文不予评价。

2. 美国 FTAIA 出口豁免条件:美国 FTAIA 出口贸易豁免条件的限制:虽然 FTAIA 规定出口贸易原则上不适用反垄断法,但在例外情况下,反垄断法仍然适用于出口贸易。这里的例外情况需要满足一定条件<sup>①</sup>,即反垄行为对于出口贸易产生一种直接、实质的并具有合理的可预见性的效果,且这种效果能够根据谢尔曼法第1条至第7条规定产生一种请求权。当然,这种请求权仅限于在美国国内市场造成的损害,国内市场包括国内贸易或商业、进口贸易或商业、出口贸易或商业。此处的条件实质上可分为两个:一是反垄行为与反垄效果之间的关系;二是反垄效果与受害人损害之间的关系。由于第二个条件主要是规定反垄断诉讼私人诉权问题,其与本文分析对外贸易豁免规定无直接关系,故本文不予探讨。

第一个条件总体来讲实际上是效果原则,效果原则在1949年Alcoa案中就已有体现,该条的规定也就是将司法实践中适用的效果原则进行法典化。当然也有学者将法典化的效果原则归为标准客观化,而将Alcoa案的效果原则定为主观化,因为FTAIA的用语是“reasonably foreseeable effect”,而Alcoa案的用语是“wide-reaching ‘intended effects’ test”,二者之间的用词差别较为明显,之所以进行如此的改变是为了防止被告提出对于行为后果没有意识到的抗辩。<sup>[17]</sup>不过,笔者认为,对于此处的理解还需从两个方面来把握,一是被告的行为对于国内市场具有效果,这是指效果的目的地或效果的归属地。这一效果目的地排除了仅对国外市场具有的反竞争影响,因为FTAIA并不关心国外市场或国外

消费者利益,关心的仅仅是美国国内市场的消费者。二是这种效果具有直接性、重要性和合理可预见性。第三是效果的严重程度。所谓的效果,是指反竞争的效果,具体是指破坏了市场竞争秩序,无疑,具备反竞争效果就具有损害性。但是,并非任何对美国国内市场具有反竞争损害即符合此处的效果要件,欲符合效果要件,必须同时具备前述之三个条件。

我国是否应以美国的限制国内竞争作为出口豁免的限制条件?笔者以为,根据我国现实情况,当下不宜以美国的纯经济效益目标来作为豁免条件。因为我国与美国的国情不同,尤其是经济发展程度不同,美国已是高度发达的市场经济国家,其产业结构已经完善,出口产品已具有相对强的竞争力,而我国尚处于经济发展中阶段,市场经济远没有完善与发达,产业结构正处于调整与完善的关键时期。如果此时完全按竞争的经济目标来决定出口反垄断豁免条件,则会消除我国产业结构的升级与优化的缓冲期,不利于我国产业结构的改造,也会造成我国外汇收入的减少。但此种状况的维持不宜过长,应给予相应的时间表。日本早期对外贸易豁免的做法值得借鉴,必须以其国际市场上具有业绩如市场份额或盈利为指标条件。但随着经济改革及产业改造完成,应效仿美国等包括日本的竞争法规定,以竞争的经济效益作为豁免条件,因为竞争才是发展的真动力,而产业保护与贸易保护仅是权宜之计。正如我国学者所言,“实际上,促进出口企业的竞争力的最佳方式应当是通过技术、经营和管理理念的进步提升自身的核心竞争力,从而达到可持续的发展和增长。如果实施的促进措施在域外会给企业带来诉讼和纠纷,使得企业在对外贸易的初始阶段实现了销售额的增长,而在进入域外市场之后却因为诉讼而投入大量的时间和金钱,是得不偿失的。”<sup>[18]</sup>更何况党的十八大三中全会已决定进一步完善市场化,并确定市场经济起决定性作用,因此不宜给予出口过多产业保护,应以提高其国际竞争力为核心。

<sup>①</sup> 相关原文是:unless such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect: (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on important trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

### (三) 我国出口反垄断豁免条件的完善

我国《反垄断法》虽不以“没有限制市场竞争和消费者分享收益”为豁免条件,但其以存在“正当利益”为要件,说明此处的正当利益具有极其重要性,因其完全可以置国家竞争秩序维持于不顾,而高于国家竞争秩序之上。何种利益具有如此重要价值?显然应属公共利益。因为私人利益无凌驾于公共利益之上之理念基础,相反,私人利益的获得应受公共利益的限制,因此,出口限制排除国内竞争的目的并非是为了保护出口商个人利益,或部分团体利益。对于公共利益的含义解释与范围只能由立法机关或司法机关或反垄断执法机构进行相应的解释。但无论如何解释,其原则是应有限制的,否则即会滥用“正当利益”的条件。笔者以为,此处的“正当利益”应以经济数据进行衡量,即以我国出口收入超过国内竞争限制损害为宜。若不能以经济数据进行衡量,则应以非经济目标的价值衡量进行判断,此处的价值判断会因时而异,因为各个不同的经济发展时期非经济目标不同,其所体现的社会重要性也不是一成不变的,应视具体社会环境而定。由此来看,“正当利益”含义从某种角度来说就是社会公共利益的代名词,其本身即具抽象性。但不能由此得出结论,“正当利益”无法进行具体化。这里存在一个具体程度问题,虽然其无法像权利那样具体,但是可以借鉴权利的划分类型,而使其类型化,如经济利益的正当性和非经济利益的正当性,对于后者还可以再划分为社会利益的正当性和政治利益的正当性。另外,由于“反垄断法总体上是由相对模糊的法律来表达,并由政府机构来执行”<sup>[19]</sup>的特点,对于正当利益含义的解释,可由执法机构颁布实施指南,由此既可以保证法律的稳定性,也可以使法律得到有效的实施。

### 三、结语

综上所述,任何国家的反垄断法律条款的规定均与该反垄断法的目标相关,反垄断法的目标是理解与解释各个条款的基础与灵魂,且反垄断法目标与各个国家的经济发展状况与文化理念相吻合。我国《反垄断法》关于对外贸易豁免的规定也是如此。我国特有的国情决定我国《反垄断法》没有必要也不可能完全效仿美国等发达国家法律规定。

我国《反垄断法》的目标,其并非以提高消费者福利为唯一或主要宗旨,因为“制订反垄断法的主要目标是提高市场经济效率,但也要注意与其他社会目标相平衡。《反垄断法》从中国实际出发,将维护社会公共利益作为立法的目标之一,在具体规定上体现了对社会公共利益的保护”,而“反垄断法所涉及的社会公共利益目标包括促进国民经济发展、提高国内企业的国际竞争力、保护对外贸易、社会就业、环境与资源保护及救灾、救助等。”<sup>[20]</sup>正如美国 David J. Gerber 教授所言,“在许多发展中国家及新兴发达国家,竞争法首先被视为经济发展的工具。”<sup>[21]178</sup>而在中国,它强调的是社会和谐的重要性,强调将个人利益、集体利益和国家的利益统一起来。同样重要的是,这种传统下政府政策的重点都是经济的快速发展。<sup>[21]258</sup>

对于进口卡特尔豁免规定,不利于我国产业升级改造,相反,还会造成国际竞争力不足,甚至会涉嫌违反 WTO 之可能,其无存在豁免之必要。在目前无修改立法之可能时,由于反垄断法的生命在于实施,反垄断执法机构的实施具有一定的自由,我国执法机构及司法机构应对此条款不予适用,以避免适用所带来的不利之处。出口卡特尔豁免有可能包括混合性出口卡特尔,因此对于正当利益的解释应当有所限制,即出口卡特尔对国内消费者造成的损害要低于其给国内带来的收益。如果舍此条件,则“正当利益”则有被滥用之可能。换言之,对于正当利益的解释要相对具体些。我国已有学者提出我国《反垄断法》规定的“正当利益”概念比较模糊抽象<sup>[22]</sup>。对此,笔者以为,如果将贸易政策或产业政策作为反垄断豁免的理由,反垄断法的执法机构或司法机构是否有能力胜任此项任务值得怀疑,因为产业政策或贸易政策涉及的并不是一个具体的规则适用,而是一个政策的选择,其选择与否及其与反垄断政策的衡量应是立法机构分内之事,应在法律中加以明确规定,或将其作为反垄断法除外内容进行规定<sup>①[23]</sup>。对于豁免的内容应效仿美国的反垄断法,仅限于经济效率内容。这样既可以实现产业政策或贸易政策的目的,也可以使反垄断法的适用具有确定性和可预见性。“正当利益”含

① 反垄断法的除外与豁免应有区别,由于本文主题限制,此处不予探讨。具体详见许光耀著:《欧共体竞争法通论》,武汉大学出版社2006年版,第163-174页。刘廷涛:《论自然垄断行业的除外与规制》,载《商业时代》2013年第23期,第5页。

义在进口贸易中与出口贸易中含义是有区别的,二者不能做同一解释。

### [参考文献]

- [1] 刘宁元.反垄断法域外管辖冲突及其国际协调机制研究[M].北京:北京大学出版社,2013:127.
- [2] Brendan Sweeney. Export Cartels: Is there a need for Global Rules? [J]. Journal of International Economic Law, February 2007: 97.
- [3] 黄润秋.论出口卡特尔的反垄断豁免[J].海南大学学报:人文社会科学版,2008(4):419.
- [4] 时建中.反垄断法——法典释评与学理探源[M].北京:中国人民大学出版社,2008:183.
- [5] 王晓晔.反垄断法[M].北京:法律出版社,2011:123.
- [6] 全国人大常委会法制工作委员会经济法室.中华人民共和国反垄断法 条文说明、立法理由及相关规定[G].北京:北京大学出版社,2007:83.
- [7] Brendan Sweeney. Globalisation of Competition Law and Policy: Some Aspects of the Interface between Trade and Competition[M]. 5 Melb. J. Int'l L. 2004:375, 413.
- [8] 保罗·萨缪尔森,威廉·诺德豪斯.微观经济学[M].萧琛,译.北京:人民邮电出版社,2012:310.
- [9] 曼昆.经济学原理:第五版[M].梁小民、梁砾,译.北京:北京大学出版社,2009:189.
- [10] Margaret C. Levenstein, Valerie Y. Suslow, the Economic Impact of the U.S. Export Trading Company Act [M]. 74 Antitrust L.J. 343, Issue 2, 2007:2.
- [11] 王传丽.国际贸易法[M].北京:法律出版社,2008:479.
- [12] Holmes, P., J. Mathis, T. C. A. Anant, and S. J. Evenett, The EU and India on Competition Policy at the WTO: Is There a Common Ground? [M]// L. A. Winters and P. S.

- Mehta (eds.) Bridging the Differences: Analyses of Five Issues of the WTO Agenda, at 69. Jaipur: CUTS. Accessible at www.cuts.org;2003.
- [13] 全国人大常委会法制工作委员会经济法室.中华人民共和国反垄断法 条文说明、立法理由及相关规定[G].北京:北京大学出版社,2007:82.
- [14] Florian Becker. The Case of Export Cartel Exemptions: Between Competition and Protectionism [J]. Journal of Competition Law & Economics, 2007:127.
- [15] P. Stephan. Competitive Competition Law?. University of Virginia School of Law [R]. Law and Economics Research Paper, 2003:5.
- [16] Florian Becker, 'the Case of Export Cartel Exemptions: Between Competition and Protectionism', 97 Journal of Competition Law & Economics, 2007:126-127.
- [17] Max Huffman. A Retrospective on Twenty-Five Years of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act [J]. 44 Hous. L. Rev. 285, 2007:316-317.
- [18] 黄勇.中国《反垄断法》中的豁免与适用除外[J].华东政法大学学报,2008(2):110.
- [19] Andrew T. Guzman. Is International Antitrust Possible? 73 N.Y.U.L.Rev [J]. 1998:1540.
- [20] 全国人大常委会法制工作委员会经济法室.中华人民共和国反垄断法 条文说明、立法理由及相关规定[G].北京:北京大学出版社,2007:3.
- [21] 戴维·格伯尔.全球竞争:法律、市场和全球化[M].陈若鸿,译.北京:中国法制出版社,2012:178.
- [22] 黄勇.中国《反垄断法》中的豁免与适用除外[J].华东政法大学学报,2008(2):110;张靖.中国出口卡特尔豁免制度研究[J].湖南社会科学,2009(3):73.
- [23] 穆维博.反垄断法豁免制度释义[J].重庆理工大学学报:社会科学,2013(11):62.

(责任编辑:杨 睿)

## The Analysis and Improvement on the Invalidity of the Exemption from the Antimonopoly of the Foreign Trade in China

LIU Ting-tao

(East China University of Political Science and Law, Shanghai, 200063 China)

**Abstract:** Article 15 in Antimonopoly Law of China provides that the exemption from the foreign trade includes the exemption from import and export. The basis of the exemption from import cartel is that the protection of competitor is prior to the protection of competition, which is adverse to the competition ability promotion of Chinese import industry at present and in the future and may be contrary to the National Treatment of WTO, and it should be prohibited. The regulation of export cartel of China is reasonable in some degree, however, the constitutive requirement of "just benefit" exemption should be explained in restriction so that the abuse of the regulation is prevented to cause unnecessary harm.

**Key words:** antimonopoly exemption from the foreign trade; exemption from import cartel; exemption from export cartel