

反外国制裁的反垄断法思维:使命、功能与机制

董新凯

(南京理工大学 知识产权学院,江苏 南京 210094)

[摘要]反外国制裁面临的诸多挑战需要反垄断法发挥其应有作用。反垄断法的价值目标及其政策性特点决定了其应当在化解反外国制裁难题方面担负重要使命,这一使命在反垄断法、反外国制裁法以及对外贸易法上均能找到相应依据。反垄断法反外国制裁的功能主要有消解制裁提升外国企业竞争力的作用、遏制外国企业对制裁制度的恶意利用、增强我国受制裁企业的市场竞争力、化解反外国制裁法域外适用的困境等。基于反外国制裁的政策导向,反垄断执法部门需要通过对反垄断法关于各种垄断行为及其法律责任的规定进行合乎目的的解释和有针对性的适用,有效震慑推动制裁或者恶意利用制裁的外国企业,维护我国受制裁企业在国际贸易中应有的市场竞争力。

[关键词]反外国制裁;反垄断法;垄断协议;滥用市场支配地位;经营者集中

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2024.07.014

一、问题的提出

多年来,以美国为代表的一些西方国家滥用制裁手段,不断违反国际法和国际关系基本准则,动辄以侵犯人权、窃取技术秘密、危害国家安全等为借口,肆意对我国公民、组织采取歧视性限制措施,将我国重要企业或者研究机构列入“实体清单”,粗暴干涉中国内政,遏制中国企业技术进步和业务发展,阻断全球产业链、供应链的正常运转,损害开放型世界经济建设。有效应对外国政府滥用制裁手段,不仅关乎世界和平发展,更是维护我国国家主权、保护我国组织和公民合法权益的需要。鉴于此,我国在2021年颁布了《反外国制裁法》,为依法反制外国的歧视性措施提供了有力的法律支撑和保障;从各方反应来看,公众对于该法的作用有着极高的期待。但是,考虑到反外国制裁的复杂性、艰巨性和长期性,仅仅寄希望于该法实施的直接效果显然是不够的,从众多学者的研究成果看,反外国制裁法在实施中也确实遭遇了很多困境。^[1]因此,我们要充分认识到反外国制裁是一个系统工程,要有意维持反制措施的“模糊化”,根据实际情况进行“精准反制”,充分利用反垄断等措施进行联动反击,^[2]应当以反外国制裁法为龙头,相关法律(如反垄断法)运用各自可行的手段,相互配合,协同发

力,这样才能取得反外国制裁的理想效果。

考虑到外国制裁的推动力量、实现路径和实际后果,反垄断法应当在反外国制裁方面发挥重要作用。事实上,在近些年,这种作用已经初显端倪。中国利用全球最大半导体市场地位,反垄断部门先后否决了多笔美国公司发起的收购交易。2018年否决了美国科技巨头高通(Qualcomm)对荷兰恩智浦(NXP)的收购,2021年末批准美国应用材料(Applied Materials)对日本国际电气(Kokusai Electric)的收购。这两个案例实质上就是合理利用反垄断规则,保护中国半导体和5G产业,并对美国单边制裁进行反击。^[3]2023年,美国芯片巨头英特尔因没有获得中国监管部门的批准,不得不宣布公司将终止以54亿美元(约合393亿元人民币)收购以色列高塔半导体(Tower Semiconductor)的交易,这笔收购的失败表明,中国在反击美国芯片战时握有一个重要利器,那就是拒绝批准并购交易。既然反垄断工具能够在反制外国制裁上发挥如此明显的作用,我们就应当将它很好地利用起来。但从当前的实际情况看,反垄断法并未出现在反外国制裁的议题上,更没有在反外国制裁的实践中被有意识地系统运用。有鉴于此,本文意欲通过深入研究唤醒社会公众和反垄断执法部门的自觉,^[4]着力破解下列问题:反垄断法为何要在反外国制裁上发挥作用?反垄断法针对外国制裁能够发挥何种作用?反垄断法反制外国制裁的作用如何能够有效发挥?

二、反垄断法反外国制裁的使命担当

多年来的国际斗争实践表明,反外国制裁形势严峻,关系复杂,面临的挑战巨大而任务繁重,必须整合优质法律资源,用好适宜法律工具,为反外国制裁法的适用提供强力支撑,与反外国制裁法的实施形成有机互动,有力提升我国反外国制裁的整体效果。反垄断法在我国反外国制裁上应当走上前台,积极作为,这既有充分的理论和制度依据,也是现实需求。

(一) 反垄断法承担反外国制裁使命的理论依据

法律的目的性追求,就是“法律的理想”,^[5]法律的理想决定了法律会具有什么样的功能,也决定了法律发挥作用的高度。反垄断法的价值取向与核心理念决定了反垄断法在反外国制裁上必须担当重要使命。对于反垄断法的价值取向或者目标定位(亦可称为价值目标),虽然在理论上不同看法,但将公共利益作为反垄断法的基本目标追求,并没有多大争议。正如有学者主张,公共利益理念是现代反垄断法产生的基础和前提,在反垄断法的多元价值体系中,保护公共利益是最高层次的目标,具有概括、补充的作用。^[6]公共利益的界定一直存在着一些争议,在不同应用场景下公共利益的类型与范围也会具有一定差异。反垄断法是现代市场经济发展的产物,其所追求的公共利益目标自然也受此所限。正是基于这一场景,有学者认为,反垄断法所追求的社会公共目标是,保持市场竞争秩序的均衡,促进国民经济健康有序发展;进一步说,对外需要提高本国企业国际竞争力、维护国家经济安全,对内需要配合产业、就业等社会经济政策以促进民族经济稳定发展,保证人民生活质量的提高和安全。^[7]也就是说,反垄断法所追求的公共利益目标具有复合性,包括市场竞争、国家经济安全、民族经济发展和消费者利益等多个方面。

反垄断法的首要公共目标是促进竞争,这是由它作为市场经济守护神的角色所决定的,其反外国制裁的使命担当也因此而生。反垄断法对公共利益的价值追求,表现为以建立和维护自由、有序的竞争秩序为基本内容。^[8]对于现代化动力的生成和发展来说,市场经济具有不可替代的巨大促进作用,它能够激活并释放现代化建设主体所蕴含的巨大潜能,能够促成生产资源的合理配置及经济效率的最大化。^[9]市场经济这种促进作用的源泉在于竞争,正如德国学者艾哈德所说,竞争是获致繁荣最有

效的手段。^[10]反垄断法需要参与反外国制裁的行动,就是因为诸多不合理的外国制裁对于市场竞争造成了巨大损害。外国制裁往往阻断特定行业或者区域的供应链,削弱相关市场的竞争;从被美国作为制裁对象的“实体清单”上的企业或者科研机构看,它们大多是那些在技术、产品或者服务上具有较强优势的主体,制裁等于剥夺了其参与部分市场竞争的机会,也人为减少了相关市场竞争者的数量和竞争强度。甚至,有些外国制裁在实质上就是一些大型跨国公司谋取不正当竞争利益的工具。在反制裁语境下,“外国制裁”的实施主体主要是指外国中央和地方政府,但也可能是外国私主体。^[11]有很多外国制裁表面上是由外国政府实施的,但实际上是相关利益集团或者跨国公司基于其自身的私欲而推动的,是要借其政府之手打击甚至排除国外竞争对手。

反垄断法的政策性特征决定了其在保障国家经济安全和民族经济发展等公共利益追求方面所承担的责任,也是其担负反外国制裁使命的重要原因。经济法的显著特征之一是其政策性,政策是政府与市场在经济法中的连接点,其经济法中的存在具有普遍性。^[12]反垄断法作为经济法的核心,自然应当彰显经济法的政策性特征,即便作为反垄断法发端的美国亦是如此。通过对美国竞争法的政策性功能研究,可以看到,一国竞争法律制度和执法实践应当与自身的国家制度、政治经济形势和国际竞争环境相适应。^[13]近些年,以美国为代表的西方国家加大对我国相关组织或者个人的制裁力度,实际上是当前国际政治经济形势和国际竞争环境发展变化的重要方向,这些制裁对我国的经济安全和民族经济的健康发展造成了极大的威胁、损害,国家需要出台针对性较强的政策措施,而反垄断法律制度及其实施应当充分体现这些政策需求。新型全球化的国际格局正在加快演进,竞争政策域外适用扩大化趋势日益明显,反垄断法积极应对外国政府涉及我国相关组织或者个人的制裁,正是要适应这种趋势与变化。

(二) 反垄断法承担反外国制裁使命的制度逻辑

我国正在大力推进全面依法治国,现代化国家的建设需要法治,中国式现代化各项事业的建设需要稳定的秩序与完备的制度。^[14]反垄断法在反外国制裁方面发挥应有作用,必须因循法治化逻辑,在法律制度上找到足够的依据。在我国现行法律体系中,反外国制裁法律制度、对外贸易法律制度和反垄断法律制度为反垄断法应对外国制裁提供了直接或者间接依据。

首先,反外国制裁法律制度明确了其对反垄断法的需求。反外国制裁法律制度的特点决定了其很多规定更具导向性、宣示性和告诫性,针对外国实施的单方面制裁决定及执行这些决定的组织,必须借助相关领域或者部门法律制度的实施才能实现反外国制裁法律制度的预期目标。正因如此,我国《反外国制裁法》第13条明确规定,在该法之外,有关法律、行政法规、部门规章可以规定采取其他必要的反制措施,这是明确期望和鼓励包括反垄断法在内的其他法律发挥应对外国制裁的作用;《反外国制裁法》第6条规定国务院有关部门可以按照各自职责和任务分工采取“其他必要措施”,这意味着中国有权使用任何“工具”和“手段”来反制他国非法制裁,^[15]这些措施自然应当包括反垄断措施,为反垄断法的介入提供了切实的法律依据。与此相协调,《反外国制裁法》第10条规定了工作协调机制,要求国务院有关部门加强协同配合和信息共享,按照各自职责和任务分工确定和实施有关反制措施,这实际上进一步确认了包括反垄断法在内的多方面法律协同应对外国制裁的需求。^[16]反垄断措施正是《反外国制裁法》所需要的“其他必要措施”,因为它能在一定程度上弥补反外国制裁法律制度在域外适用不足的问题。我国依据反外国制裁法律制度采取的相应反制措施,常常是被动的,需要适度的法律域外适用;回顾法律域外适用的历史,美国为其他国家创造了先例,而美国率先行使并不断扩展其法律域外适用,是从反垄断法开始的。^[17]

反垄断法也是反外国制裁法律制度所规定的民事救济制度的实施所需要的。《反外国制裁法》第12条和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第9条通过阻断诉讼机制建立了民事侵害求偿的救济制度,追索求偿权条款成为了最具威慑力和强制力的规定之一。^[18]在阻断诉讼的实践中,当事人被诉的常见原因之一是其因遵守禁令要求而侵害了中国公民、法人或者其他组织的合法权益;至于侵害我国相关组织或者个人权益状况的考量,则是多维度的,因涉嫌垄断而造成我国法律主体的损害便是一个重要方面。是否涉嫌垄断并造成相应的损害,则需要适用反垄断法加以分析和认定。

其次,对外贸易法律制度提供了反垄断法应对外国制裁的重要依据。探究美西方针对我国的单边制裁,以贸易、金融、技术等经济限制措施为主要手段,除主权与安全利益外,其所影响的重要领域是国家的国际贸易利益,对外贸易法律制度因此成为应对外国制裁的主要力量;从中美经贸关系发展的实际情况看,我国往往会迫不得已采取贸易反制,这也是彰显中国维护国家主权、安全和发展利益的决心与能力的重要手段。^[19]在适用对外贸易法律制度反制外国制裁的过程中,反垄断机制是可以依赖的重要工具。因此,我国《对外贸易法》第31条规定,“在对外贸易经营活动中,不得违反有关反垄断的法律、行政法规的规定实施垄断行为。”“在对外贸易经营活动中实施垄断行为,危害市场公平竞争的,依照有关反垄断的法律、行政法规的规定处理。”这就为我国反垄断执法部门对一些跨国公司推动本国政府实施单边制裁或者有意识利用本国政府单边制裁以便限制或者排斥我国企业参与国际贸易竞争的活动进行反垄断法规制提供了更加充分的法律依据。

最后,反垄断法自身具有应对外国制裁的必要空间。反垄断法较好地解决了其对域外国家单边制裁的法律适用问题。保护性管辖权是国际法上国家进行域外管辖的一个已经完全确立的概念;^[20]反外国制裁措施需要在域外适用,影响原则和保护原则是各国扩张管辖权的基础,我国在反垄断法中也有涉及。^[21]我国反垄断法明确了其适用于境外垄断行为的态度,适用条件是境外行为对我国境内市场竞争产生了排除或者限制影响。因此,只要外国公司推动外国制裁或者执行外国制裁决定的行为在事实上限制或者排除了我国境内的市场竞争,即便行为发生在境外,也可以适用我国的反垄断法进行规制。另外,虽然我国反垄断法没有直接就“外国制裁”作出规定,但其中的很多规定都可以通过必要的解释适用于外国公司推动外国制裁或者执行外国制裁决定的行为以及我国公司为了应对这些行为而进行的活动。通过这些规定的适用可以达到直接反制外国公司推动制裁或者利用制裁的行动,以及帮助或者鼓励我国企业对抗外国单边制裁的效果。这些规定主要包括反垄断法有关垄断协议定义的规定,有关垄断协议内容的规定,有关垄断协议豁免的规定,有关市场支配地位认定的规定,有关经营者集中豁免的规定,有关对经营者集中进行国家安全审查的规定等。^[22]

(三) 反垄断法承担反外国制裁使命的现实需求

近些年来,以美国为代表的西方国家针对我国相关组织或者个人的单边制裁愈演愈烈,仅2018年3月22日至2021年12月18日,美国政府就把611家中国公司、机构及个人纳入到“实体清单”中,这不仅损害相关组织或者个人自身的合法权益,更是对我国主权、国家安全、发展利益的侵害,以经济或者技术为内容的制裁措施还会对自由贸易秩序和相关市场竞争造成严重损害。如何有效应对外国政府实施的不合理的单边制裁,切实维护我国的国家利益、社会公共利益以及相关组织和个人的合法权益,是当下必须认真对待和有效解决的问题。

当前,针对外国实施的制裁,我国国内的立法反制主要有阻断和制裁两种具体路径,但是,这两种路径或多或少都存在着一定缺陷,其实际效果也因此受到较大影响。一方面,阻断立法制造了法律冲突,使得被制裁国管辖的相关企业陷入既要遵守外国的单边制裁规定又要遵守其所在国阻断法律的

两难境地,这种矛盾状态必然影响我国企业配合阻断立法实施的积极性,也会使阻断措施的实际效果不够理想。另一方面,制裁作为对抗性极强的手段,很容易引起制裁国与被制裁国之间冲突的升级,因为制裁和反制裁是否满足反制措施的要求会在不同国家间存在较大分歧,如果没有相应的国际争端解决机制,就很难得到澄清。^[23]正因如此,我国需要从阻断和制裁两种路径之外寻找既能在实质上有效应对外国单边制裁,又不会引起太大正当性争议的法律路径,而反垄断法的规制恰恰就是这样一种法律路径。

反垄断法之所以能够成为切实可行的反外国制裁的法律路径,既是因为该路径法律属性较强,不太容易落入政治争端,在世界范围内有较高的认同度,也是因为外国单边制裁在事实上对市场竞争的严重限制。从实际情况看,尽管美西方针对我国的单边制裁名目多样,但就其内容而言,大多涉及技术贸易和产品购销的禁止或者限制。其对相关市场竞争的直接或者间接限制性影响主要体现在以下几个方面:一是不正当的拒绝交易。如美国《2020年综合持续拨款法案》提出的具体制裁措施包括禁止采购中国华为技术公司和中兴通讯公司生产的电信设备或信息系统、阻止中国推广5G技术;美国《2020财政年度国防授权法》提出的具体制裁措施包括禁止经营或采购中国制造的无人驾驶飞机系统。^[24]这种制裁实质上使我国企业的产品或者技术无法进入相关市场参与竞争,或者使我国企业难以获得必须的技术或者产品而不能参与相关市场竞争或者在相关市场的竞争力受到不正当的削弱。二是使外国企业不合理地增强市场地位。一些跨国公司积极推动本国政府对中国的竞争对手实施单边制裁,或者趁机利用本国政府的单边制裁,使其借助公权力的作用而非市场行为侵夺了本该由中国企业占有的市场份额,不正当地扩大了自身的市场份额,从而在相关市场获得或者增强了支配地位,进而对该市场竞争构成严重威胁或者实质损害。三是明显削弱相关市场的竞争强度。特别是以美国为代表的西方国家对我国大批科技型企业实施单边制裁,使得相关市场的技术竞争受到了较大损害,不仅人为减少了相关市场有竞争力的经营者数量,破坏了相关市场正常的竞争结构和良好的竞争生态,而且严重削弱了相关产业的技术竞争和创新发展。对于外国制裁直接或者间接造成的限制市场竞争问题,反外国制裁法律制度往往无力化解,而反垄断法基于其特有的使命定位和运行体系,则是破局的首选法律工具。

三、反垄断法反外国制裁的主要功能

法律的预期价值能否实现,取决于其具有的功能。法律功能分析是一种语境化操作,需结合具体情景加以判断,以确保结论的针对性和精准度。^[25]反垄断法在反外国制裁上究竟可以具有哪些功能,不仅取决于反垄断法的制度体系和实践成效,还要考虑外国制裁的运行机理与损害后果。基于这两个方面的分析,我们可以将反垄断法反外国制裁的主要功能概括为以下四点。

(一) 消解制裁提升外国企业竞争力的作用

虽然美西方针对我国相关组织或者个人单边制裁的名义或者借口多种多样,但巩固甚至提升其国家竞争力的意图不言自明。国家竞争力并非抽象、虚无缥缈的,而是有其实实在在的支撑或者体现。国家竞争力的表征具有多元性,从现实情况看,企业,尤其是关键领域企业的实力是国家竞争力最重要的表征之一,那些竞争力得到公认的国家,往往拥有一大批综合实力很强的大型企业或者特色企业。只有借助于企业的主体作用,国家竞争力才能通过企业竞争力的提升而增强。^[26]以美国为代表的一些西方国家为了增强其竞争力常常运用非市场手段,单边制裁亦是重要的竞争工具;一些外国制裁的真正用意在于提升本国在某一领域的竞争力,而这一竞争力的增强主要是通过直接或者间接

提高本国重要企业的竞争力,或者遏制、削弱他国重要企业的竞争力,得以实现的。人们对国家竞争力的认识存在或大或小的差异,但人才、科技、制度是公认的影响国家竞争力的核心因素,^[27]国际贸易水平则是国家竞争力另一个显示度较高的因素。国家科技竞争力是一国科技实力的综合体现,是增强一国综合国力的重要因素。^[28]单边制裁越来越多地被美西方国家用作国家间科技竞争的重要工具,美国对我国华为等高科技企业进行极限施压,加强对华高新技术企业贸易管控,正是为了维持自身世界霸权地位,限制中国在高新技术产业领域竞争力的提升。^[29]近些年来,中国贸易竞争力上升明显,直追美国,^[30]引起西方国家对其竞争力急速下降的焦虑,美西方国家经常以不公平贸易为由对我国采取措施,并不惜动用制裁手段,就是为了维持其传统的国际贸易地位。

面对美西方国家利用单边制裁增强本国企业实力并进而提升国家竞争力的企图和行动,反垄断法可以在一定程度上给予回击,使制裁国的目标难以达成。反垄断执法部门可以在对推动或者执行制裁决定的制裁国企业及其行为进行梳理的基础上,针对其存在的严重扭曲正常贸易规则和竞争秩序的问题,运用反垄断法的分析框架,认定其中涉嫌垄断的行为,依法采取必要的规制措施和救济行动,剥夺外国企业利用外国政府的单边制裁而不正当获得的竞争地位和竞争利益,弥补中国企业遭受的不合理损害,恢复中国企业的竞争地位。通过反垄断法的精准适用,可以消解外国竞争力因制裁而获得的掠夺式提升,纠正因外国制裁的实施而导致的制裁国与我国竞争力对比的不正常变化。

(二) 遏制外国企业对制裁制度的恶意利用

以5G等信息通信技术、无人机、光伏产品、专利技术、船舶工业等为代表,美国政府在一些重要领域对中国企业实施严厉制裁,一个重要原因是其本国企业在竞争中渐落下风,其对中国企业的打压在实质上是市场保护主义。部分美国企业意识到制裁为其带来的现实利益,不仅积极利用本国政府制裁,甚至恶意煽动本国政府施加制裁,想借此提升其市场地位。

这些外国公司往往与被制裁的中国公司之间具有直接或者间接竞争关系,它们之所以非常起劲地利用甚至鼓动本国政府对中国企业进行制裁,实际上是要将政府制裁纳入其与中国企业开展竞争的体系中,是要通过“盘外招”获得它们在正常的市场机制下无法得到的利益,是要将制裁作为它们巩固或者增强其市场竞争能力的手段。既然外国公司参与外国制裁的行动常常与其市场竞争实力的变动相关联,就很容易落入反垄断法的规制范围,反垄断法应当运用其特有的评价机制和救济措施,对利用或者推动外国制裁的外国公司涉嫌限制或者排除市场竞争的行为进行违法性分析,并灵活运用反垄断法规定的法律责任和规制措施,剥夺这些外国企业依靠或者利用外国制裁所获取的市场竞争优势和经济利益,恢复因外国制裁而遭受干扰或者损害的市场竞争秩序。为了更好地体现反垄断法遏制外国企业恶意利用外国政府制裁行为的功能,反垄断武器的运用不能局限于这些企业实施的与制裁相关的行为,还应当将这些企业实施的其他涉嫌垄断的行为作为重点关注对象,这一方面是对有恶意利用制裁行为的企业的有力回击,另一方面是对其他企业的告诫,使它们因为顾忌可能遭受的严重后果而抑制推动本国政府制裁中国企业的举动。

(三) 增强我国受制裁企业的市场竞争力

以美国为代表的西方国家,其单边制裁的对象是被列入“实体清单”的企业,我国企业一旦被列入“实体清单”,就会在采购、销售、投资等方面遭受多种严格限制,企业参与市场竞争的广度和深度都会受到严重损害,企业的市场竞争力也会受到较大的削弱。因此,反外国制裁的重要任务之一就是减少乃至避免中国企业因外国制裁受到的损害,尽可能保证中国企业的国际竞争力不受影响。针对美国多次对中国企业的无理制裁,我国外交部在回答记者提问时往往会强调“中方将采取必要措施维护本

国企业正当权益”,就是要想方设法使得中国企业免受外国制裁的损害。比如,面对美国次级制裁的威胁,中国应当采取多管齐下的方式应对,阻止次级制裁的适用,有效保护中国企业在中国法律与国际法许可的范围内所享有的与任何国家企业开展经济活动的自由。^[31]我国政府所说的“必要措施”当然不限于反外国制裁法直接规定的措施,而是包括所有具有这种功能的法律措施。出于保护我国企业竞争力不受损害的需要,反垄断法自然应当在这方面发挥主要作用。

从保护我国受制裁企业市场竞争力的需要出发,反垄断法的着力点应当聚焦于被外国政府列入“实体清单”的我国企业,关注其市场地位及其竞争活动受影响的情况。一是正面扶持。为了防范和应对外国制裁,被列入“实体清单”的我国企业可能会利用各自已有的市场地位或者通过联合采取一些措施,如果这些措施主要是为了消解制裁对我国企业的不利影响,对于其中涉嫌垄断的行为,反垄断执法部门在处理时就应当用足反垄断法规定的宽容待遇,从而鼓励我国企业通过自救维持其既有的市场竞争力。二是迂回策应。反垄断法执法机关应当加强对与我国受制裁企业具有竞争关系的外国企业涉嫌垄断的行为的调查与处理,尤其是及时查处其中积极利用或者恶意推动外国制裁的企业与制裁相关的垄断行为,通过反垄断执法使它们丧失依靠制裁所获得的市场竞争力,特别是通过制裁所建立的对我国企业的竞争优势。

(四)化解反外国制裁法域外适用的困境

国内法的域外适用一直是一个有争议的话题,美国法过度的“长臂管辖”更是遭到了众多国家的强烈反对,因为美国的“长臂管辖”是以美国的综合国力和霸权为基础的,动辄以某些问题为借口对其他国家进行制裁,并扩大到以违反美国相关法律为由对与被制裁国家有经贸往来的企业和个人进行起诉或审判。^[32]但是,经济活动的跨国性势必带动国家利益以及私主体利益范围的拓展,导致相关利益遭受域外侵害的可能性增加,而国家作为主权者,有义务保护自身利益及其公民的权益,这也是国内法域外效力的重要逻辑起点。^[33]如何在国家之间就国内法的域外适用形成共识,是在各国都有应对域外损害行为的需求情况下所要解决的。如果是仅仅涉及单纯的商事或者私人事务的法律,其域外适用可能产生的争议相对较小;而在一国政治运行、主权利益等紧密关联的法律的域外适用,则因相关国家的强烈抵制而存在巨大障碍,反外国制裁法的域外适用就属于这种情形。因此,在反外国制裁法因为域外适用障碍而无法实现其既定目标时,就需要通过其他法律作用于在域外推动或者恶意利用外国制裁的主体,发挥有效遏制外国制裁造成我国损害的功能。

就反垄断法制度构架及其适用现状看,它能够发挥这样的功能作用,可以间接化解反外国制裁法域外适用需求得不到满足的问题。如前文所述,反垄断法对于反外国制裁法所要应对的损害能够在很大程度上进行有效防范或者救济;关键是,反垄断法的域外适用具有较大的操作空间。当前,新型全球化的国际格局演进与竞争政策域外适用扩大化的变革正在相互交织。^[34]反垄断法的域外适用在国际上具有较高的认可度,被拒绝域外适用的空间较为有限。从作为美国对华反垄断第一案维C案的裁判情况看,被告援引的拒绝行使反垄断法域外管辖权的诸多依据,仅有国际礼让被法院所接受。^[35]当然,反垄断法的域外适用并非绝对的,需要满足一定条件;根据国际上普遍认可的原则,反垄断法域外适用应以境外的限制竞争对境内产生“重大、直接和可合理预见”的效果为前提条件。^[36]只要在境外的行为,包括外国公司推动或者执行外国政府制裁的活动,产生了损害我国企业竞争利益(主要是限制、排除了我国企业的公平竞争)的实际效果,就可以援引我国的反垄断法加以规制。从相关法律实践看,效果原则的适用争议主要来自其所要求的“效果”的模糊性,导致一些国家在适用过程中存在较大的恣意性。^[37]特别是对于一些“效果”在性质上的争议,往往会增加法律域外适用的难度。

正如美国纽约大学法学院国际研究员 Susan Emmenegger 所说,不同于效果原则在反垄断领域适用时“效果”表现为对商业利益的损害,当其适用于经济制裁领域时,对一国所造成的“效果”表现为对一国制裁规范权威性的损害。^[38]虽然反垄断法的介入因外国政府的单边制裁而引发,但其域外适用的理由是保护本国企业公平竞争需求等商业利益,不会触及国际政治、主权利益等敏感话题,所引起的冲突和阻碍就要小得多。

四、反垄断法反外国制裁的机制构建

反垄断法能否较好地适应反外国制裁的需求,有效发挥反外国制裁的功能,取决于是否具有良好运行机制的支撑。良好的法律运行机制应当是目标导向下各重要工作环节的有机结合,从反垄断法有效发挥其反外国制裁的各项功能的需要看,该运行机制应当包括确定对象、运用规则、营造环境等三个主要环节。其中,营造环境主要是做好各方面的沟通协调工作。

(一)关注对象的定位

虽然反垄断法的适用对象是经营者的行为,但考虑到反垄断法具有很强的政策性,是国家的重要政策工具,对不同主体的相同或者类似行为在必要时加以区别对待是其风格之一。比如,出于特定的政策考量,对国有企业给予的一些具体豁免,^[39]对农业合作社企业等农业经营者的一些优待,对保险业的一些特殊处理等。既然反垄断法需要担负反外国制裁的使命,而应对外国制裁的活动又具有较强的政治和政策特性,为了精准实现该政策目标,反垄断措施就必须具有较强的针对性,这就有必要从有效化解外国制裁的角度将与外国制裁密切相关的主体列入特别关注的范围,对于它们的行为在适用反垄断规则时作一些适当区分,尤其是作为是否适用一些体现反垄断法政策取向的严苛措施或者宽容待遇的重点考察对象。唯如此,反垄断法中能够在应对外国制裁上发挥相应作用的规范才能被更好地组织起来,反外国制裁的效能才会更好地释放出来。在反外国制裁的价值导向下,反垄断法关注对象的定位涉及两类企业的查明。

第一,明确作为规制重点对象的企业。这类企业是我国反垄断执法需要重点关注的经营者,只要它们的行为涉嫌垄断,反垄断执法部门就应当及时跟进并认真调查;只要它们的行为被认定为垄断行为,就应当严格追究法律责任或者采取有效的竞争恢复措施。而且,对于这类企业一般不宜考虑适用反垄断法规定的一些宽容机制或者豁免待遇。反垄断法重点规制的企业,是指那些推动外国政府实施制裁的企业以及积极执行或者配合外国政府制裁(包括次级制裁)的企业。为了应对外国单边制裁,我国商务部从2020年开始发布不可靠实体清单,列入清单的企业通常是指,违反正常市场交易原则,中断与中国企业、其他组织或者个人的正常交易,或者对中国企业、其他组织或者个人采取歧视性措施,严重损害中国企业、其他组织或者个人合法权益的企业。我国《不可靠实体清单规定》第10条规定,对于不可靠实体,除了可以采取国家明确规定的具体措施外,还可以“由有关部门按照职责分工依法”采取“其他必要的措施”。从配合反制裁的需要考虑,被列入不可靠实体清单的企业,其相关行为自然是我国反垄断执法部门应当重点关注的对象,反垄断措施也属于“其他必要的措施”的范围。但是,应当受反垄断法重点关注的企业不应当局限于不可靠实体清单的列举,因为考虑到该名单具有较强的政治敏感性,中国政府在将外国企业列入不可靠实体清单的行动上比较谨慎。反垄断法自始即具有重大的政治经济使命,^[40]而且,反垄断执法部门毕竟是从反垄断法适用的角度切入的,对于重点关注的外国企业的识别可以更加积极一些,只要有确切证据证明该企业通过一定方式积极推动本国政府实施制裁或者积极执行、配合本国政府的制裁决定,即便还没有被列入不可靠实体清单,也应

当将其关联行为作为反垄断法重点规制的对象。

第二,理清需要宽容对待的企业。反垄断法实现反外国制裁的目标需要双管齐下,既要在必要时对直接或者间接加害者重拳出击,又要对反对制裁者和制裁受害者给予宽宥。对于在反对、劝阻外国政府实施制裁方面发挥积极作用或者抵制、拒不执行外国政府制裁决定的外国企业,当它们涉嫌在制裁相关产品市场或者技术市场上的垄断行为时,反垄断执法部门可以将其抵制外国政府制裁决定的情况作为对相关市场竞争的积极影响加以考虑,并尽可能在反垄断法框架内给予相应的宽宥,从而产生激励更多外国企业抗拒外国政府制裁的效果。对于受外国制裁损害的我国企业,更应当作为反垄断法执法宽宥的重点;通过相应的宽宥措施,激励我国企业单独或者联合应对、抵制外国政府的单边制裁。至于受外国制裁损害的我国企业的范围,一般依据美西方国家发布的受制裁企业名单确定,特别是那些被美国列入受制裁的“实体清单”的企业。

(二)规范的灵活适用

反垄断法提供了足以应对多种不测情况的弹性空间,^[41]这种弹性空间为反垄断法的灵活适用创造了良好条件。反垄断法反外国制裁的正当性及其实际效果,取决于执法机关能否对反垄断法相关规范加以灵活适用;也就是说,就有效应对外国制裁而言,反垄断法规范的灵活运用是关键。反垄断法规范的适用应当准确体现反外国制裁的需求,这就需要对反垄断法的相关规定进行灵活的解释,从而使得反外国制裁的需求能够有机融入反垄断机制的运行之中。从我国现行《反垄断法》的规定看,可以出于反外国制裁的需要而作灵活解释或者运用的条款基本上覆盖了各类主要的垄断行为及相关救济措施,兹作一一阐述。

其一,关于垄断协议的规定。对我国反垄断法关于垄断协议界定的解释可以将一些推动、协助或者积极执行外国政府制裁的企业的相关活动纳入反垄断法规制之中,从而对相关企业施加收手的压力,并间接使我国受制裁企业减少损失。我国《反垄断法》第16条规定的垄断协议是指经营者排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。从现实情况看,那些涉及外国制裁、应当列入反垄断法重点规制对象的外国企业,一般相互之间没有明确的协议,而是有默示共谋的特点,但其行为可以被解释为“决定或者其他协同行为”。默示共谋包括协同行为和有意识的平行行为。^[42]那些积极执行甚至助推外国政府制裁的企业,它们实施了针对中国企业的相同行为,由于外国政府制裁决定和“实体清单”的公开性,身处同一相关市场的外国公司应当知道它们都是在协同政府实施针对中国企业的制裁,虽然相互之间没有沟通与联络,但在实质上是通过平行活动进行有意识的协同,可以认定为反垄断法所规定的“其他协同行为”,从而构成垄断协议。至于反垄断法所规定的“决定”,通常是指行业协会限制其成员企业进行竞争性经营活动的意思表示,^[43]这种情况也存在于针对中国企业的制裁行动中。比如,2023年美国商务部以所谓“涉及强迫劳动”为由将5家中国实体列入出口管制“实体清单”,而美国太阳能产业协会(SEIA)在当年早些时候已经带领数百家太阳能企业签署一项“承诺”,称要确保供应链不受“强迫劳动”影响,呼吁相关成员摆脱新疆的产品供应。美国太阳能产业协会推动签署的“承诺”与美国商务部作出的决定没有实质差异,应当认定“承诺”的参与者共同形成了垄断协议。

从外国制裁的内容看,助推或者积极执行制裁决定的外国企业在实质上形成了横向垄断协议,这可以从反垄断法的相关规定中得到解释。根据我国《反垄断法》第17条规定,禁止具有竞争关系的经营者达成联合抵制交易的垄断协议。很多外国政府的单边制裁,尤其是次级制裁,对外国企业提出了一定协助要求,外国企业提供的协助行为有可能构成共同侵权行为中的帮助行为,^[44]这种帮助使执

行同一制裁要求的外国企业实际上形成了对被列入“实体清单”的我国企业进行联合拒绝交易的协议,而它们又往往与受制裁的中国企业在相关市场具有竞争关系,因而,可以认定它们形成了针对我国相关企业的联合拒绝交易的横向垄断协议。至于前述美国太阳能产业协会推动的“承诺”签署,也可以看作是其成员企业联合拒绝购买中国相关企业产品的横向协议。

我国反垄断法关于垄断协议的相关规定,还可以通过适当解释用以宽宥我国受制裁的企业,使它们的市场竞争力免受外国制裁的损害。根据我国《反垄断法》第20条的规定,如果经营者能够证明其所达成的协议属于“为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的”情形的,不适用该法关于垄断协议认定的规定,也就是可以不被认定为垄断协议。如果我国企业因其正常的对外贸易与经济合作受到外国制裁的阻碍而相互之间或者与其他企业就产品、服务或者技术贸易的一些重要交易条件和交易活动达成横向或者纵向协议,即便这些协议可能产生限制竞争的影响,但只要它们是化解外国制裁对我国企业的损害所必须的,就应当给予反垄断的豁免。与其他豁免事由不同,对于“为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的”的情形,我国《反垄断法》第20条第2款并未将同时满足“不会严重限制相关市场的竞争”和“能够使消费者分享由此产生的利益”两个要求作为豁免的条件,可见反垄断法对于“保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益”的高度重视,这也为我国受制裁企业运用反垄断法保护其对外贸易与合作中的正当利益提供了充分依据。

其二,关于滥用市场支配地位的规定。基于反外国制裁的需要,对于因涉及外国制裁而需要重点关注的外国企业,反垄断执法部门应当对其在执行外国政府制裁中涉嫌滥用市场支配地位的行为进行紧密跟踪、合理判定和严格规制。

在界定市场支配地位时,除了考察我国《反垄断法》第23条规定的五个具体因素外,^[45]要着重适用该条规定的“与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素”。外国政府针对我国企业的制裁,一般会增加该国与我国企业具有竞争关系的企业的市场地位:一方面,外国企业借助本国政府的制裁,可以轻而易举排除我国企业参与该国相关市场竞争,这些外国企业阻碍我国企业市场进入的能力会显著提升;另一方面,缺少了我国企业的强力竞争,这些外国企业左右、支配相关市场交易条件的能力会极大增强。因此,外国政府的制裁通常属于增强因制裁而获益的外国企业获得或者提高市场支配能力的“其他因素”。在认定参与外国制裁的外国企业具有市场支配地位的基础上,反垄断执法部门需要广泛搜集证据以查明这些外国企业是否存在利用我国企业遭受制裁的困境而实施高价销售或者低价收购、搭售、附加不合理条件、差别待遇、限定交易等行为,是否存在积极执行外国制裁决定而拒绝与我国企业交易的行为。

在判定外国企业的行为是否构成“滥用”时,关键是对其行为是否具有“正当理由”的认定。在判定“正当理由”时反垄断执法部门面临多元价值目标难以权衡的困境,^[46]反外国制裁既关系到全球市场竞争格局,也涉及我国国家主权、安全和重要的贸易利益,是反垄断执法必须关注的重要价值导向,基于此,如果外国企业针对我国企业实施的上述限制竞争行为是在积极推动本国制裁、积极执行本国制裁决定、恶意利用本国制裁措施等过程中实施的,或者没有用足本国政府在制裁决定中规定的宽缓条件或者空间,^[47]就不宜认定其行为具有正当理由。

基于反垄断法反外国制裁的政策需求,对于遭受外国制裁的我国企业在市场支配地位的界定及滥用行为的认定上,则应当在不违背法治统一性原则的前提下作另一番考虑。

市场支配地位是指经营者具备强大的经济实力,不受充分有效的竞争约束,并且能够妨碍相关市场公平、有效竞争的市场地位。^[48]我国《反垄断法》第23条规定了确定市场支配地位所依据的主要因

素,在界定我国受制裁企业是否具有市场支配地位时应当充分考虑外国制裁对这些因素的影响,特别是判断外国制裁对我国企业既有经济实力及其变化的影响。就市场份额而言,如果外国制裁的内容是禁止其他企业从受制裁企业处采购产品或者引进技术,那么受制裁企业很可能会失去一部分客户,甚至是较大客户,其市场份额也就会减少。就购销市场的控制力而言,由于外国制裁来自国家的力量,其对相关市场购销的影响力是巨大的,受制裁企业既有的控制力会被严重削弱,或者会给受制裁企业控制购销市场造成严重困难。就其他经营者对受制裁企业的依赖程度而言,即便有些经营者此前对受制裁企业在原材料或技术的供需上有较大的依赖,也会因为外国制裁的强制剥离而不得不放弃这种依赖,或者使依赖我国受制裁企业的经营者数量明显减少或者依赖程度明显下降。就其他经营者进入相关市场的难度而言,外国制裁往往会导致我国受制裁企业在相关市场的竞争力受到较大损害,甚至被迫退出某些市场,这样无疑为其他经营者进入相关市场减轻了很大的压力。总之,反垄断执法部门应当充分意识到,由于外国制裁的实施,我国受制裁企业的市场力量会从多方面受到损害,形成市场支配地位的难度越来越大,外国制裁是否定我国受制裁企业具有市场支配地位的重要依据之一。

如果我国受制裁企业具有市场支配地位,“正当理由”的考察,是分析其是否具有滥用行为的重要环节,反垄断法应当将“正当理由”作为豁免制度的基本属性。^[49]在进行正当性分析时,应当将反制裁这一具有重要国家主权、安全、经济利益价值的政策需求作为重要依据,认可我国企业基于这一政策需求和为避免自身遭受制裁损害而合理运用其市场支配地位行为的正当性。另外,为实现更为理想的反垄断规制效果,我们应当将禁止滥用市场支配地位制度定位为对具有市场支配地位的经营者进行特别潜在的竞争审查,^[50]这也是认定我国受制裁企业的行为是否具有“正当理由”时需要重点考虑的。在对潜在竞争进行考察时,应当充分关注外国制裁所产生的影响;如果其行为是为自身竞争力免受制裁损害不得已而为之,这种行为一般不会使相关市场的竞争恶化;如果其反制外国企业推动或者恶意利用制裁的行为,有利于避免相关市场竞争免受政府制裁等非市场因素干扰,从反垄断法维护竞争的基本价值目标上看也应当被认定为是正当的。

其三,关于经营者集中的规定。外国政府的单边制裁往往涉及跨境投资和企业并购问题,对于反垄断法关于经营者集中的规定加以合理解释和准确适用可以在一定程度上发挥反制外国制裁的作用。针对外资并购对国家经济安全带来的威胁,需要构建一套完善的法律保障体系,^[51]反垄断法则是该体系中的重要一环。我国反垄断法就外资并购我国企业等经营者集中行为规定了国家安全审查的要求,^[52]考虑到美西方国家动辄以国家安全为由对我国企业进行打压、制裁,我国反垄断执法部门应当将反垄断法作为反制外国此类制裁的有力武器,对于与我国企业处于同一相关市场的制裁国企业的并购活动,加强国家安全审查。以习近平同志为核心的党中央从复杂的国内和国际形势出发,从国家安全的内外联系和整体形势出发,把马克思主义国家安全理论同中国具体实际相结合,提出了内容博大精深的总体国家安全观,^[53]反垄断执法部门应当从总体国家安全观视角对并购的影响进行全面系统的审查,对于在外国制裁的出台与实施中发挥重要作用的外国企业,只要其并购行为损害了我国国家安全,就应当加以禁止。

反垄断法关于经营者集中豁免的规定,是可以用以反制外国政府制裁的另一个重要工具。豁免制度是解决利益冲突的主要手段之一,^[54]公共利益是反竞争经营者集中赖以通过主管机构竞争审查的重要辩护理由,在很多情况下需要将公共利益作为效率之外的直接豁免因素。^[55]经营者集中豁免制度应当在促进竞争之外保护我国国家主权与安全以及受制裁企业的国际贸易利益免受外国制裁的

损害。如果我国受制裁企业为了应对外国单边制裁而不得已在国内或者境外实施并购等经营者集中行为,即便这种经营者集中对于相关市场结构或者竞争格局产生不利影响,反垄断执法部门也应当尽可能给予宽容和豁免。反垄断法关于经营者集中附条件豁免的规定,可以在削弱外国政府制裁的影响力或者损害程度上发挥一定作用,那就是在对于已经执行或者可能执行外国政府制裁决定的企业所参与的经营者集中进行豁免时,可以外国政府制裁损害国际贸易竞争秩序为由对这些企业附加不得执行外国政府制裁决定的条件。

其四,关于法律责任的规定。完善的反垄断法责任体系是有效实施反垄断法的有力保障,^[56]法律责任的灵活运用是实现反垄断法诸多政策目标的重要手段。因此,反垄断执法部门在对前述与参与外国制裁或者遭受外国制裁的企业所实施的垄断行为确定法律责任时,应当考虑反外国制裁的政策需求。在违法决定中,执法机构应根据违法行为的严重程度选择合适的处罚措施及设定罚款数额。^[57]从反垄断理论与实践情况看,在确定针对垄断行为人的法律责任时,反垄断执法部门具有较大的自由裁量权。自由裁量意味着自由性与主观性,容易带来权力滥用。^[58]要使自由裁量权发挥其预期作用,同时又不会被滥用,就应当要求执法者对其裁量的结果提供充足理由。对于反垄断执法部门而言,在就垄断行为的法律责任进行自由裁量时,反外国制裁的政策需求可以作为其论证裁量结果的重要依据。

一方面,对于借助或者利用外国政府制裁实施垄断的外国企业,考虑到其行为不仅具有限制或者排除竞争的消极作用,而且还有间接利用国家公权力干预市场竞争之嫌,并对我国国家安全、主权这一重大法益构成威胁或者损害,无论是从情节还是从后果看,都有在法定空间内加重确定法律责任的必要。法律责任的适用既要威慑违法者,尤其是对其损害行为和损害后果执迷不悟者,也要能够引导行为人迷途知返,因此,如果涉嫌垄断的外国企业在执行外国政府制裁决定时较为克制,甚至不断通过多种形式劝阻本国政府中止或者放弃单边制裁措施的,反垄断执法部门可以在法定空间内确定较轻的法律责任。

另一方面,如果我国受制裁企业为了反制推动或者恶意利用外国制裁的境外企业,或者为了减少外国制裁对于企业所造成的损害,不得已实施涉嫌垄断的行为,反垄断执法部门应当尽可能在确定法律责任时给予宽缓的待遇。在外国制裁法律和我国阻断外国制裁法律同时对中国企业具有约束力或者事实上的影响时,中国企业可能面临遵守外国制裁法律而受到中国阻断立法处罚,或者执行阻断禁令遭遇外国制裁而失去市场的两难困境。^[59]在这种复杂环境下,我国企业,特别是受外国制裁的企业,可能会采取一些变通措施,即使这些行动根据反垄断法的规定应当被认定为垄断行为,但考虑到其在主观上具有使相关市场竞争免受外国制裁过大影响、减少自身利益受外国制裁损害程度的意图,可以在责任追究上给予宽大处理,这种处理也能体现反垄断法对反制外国制裁行动的激励。

(三)有效的协调沟通

为了保证反垄断法能够在落实反外国制裁的政策方面发挥有效作用,必须建立良好的协调沟通机制,因为无论是反外国制裁本身,还是反垄断法的实施,都具有很强的系统性和复杂性,涉及多方力量,需要多方协作。反外国制裁导向下的反垄断执法所需要的协调沟通机制,主要涉及与谁沟通和沟通什么问题。

首先,反垄断执法部门与反外国制裁相关部门的协调沟通。反制裁工作需要跨部门协同,维护国家安全的行动是一项复杂的系统工作,具有跨界限、跨领域的特征,有关部门需要相互合作、信息共享、协调联动,充分发挥各机构的职能和作用,克服决策的碎片化。^[60]从满足反外国制裁的政策需求

考虑,反垄断执法也是我国反外国制裁体系的一个有机组织部分,该体系的顺畅运转有赖于体系中各个组织部分的相互协调,反垄断执法部门应当与反外国制裁的其他部门紧密协同。我国《反外国制裁法》规定国务院有关部门负责反制裁行动,从反制裁涉及的活动或者措施的内容看,其涉及的国务院部门有多个,主要部门有外交部、商务部、国家发展和改革委员会,反制措施还会涉及国家安全部、国务院证券监督管理机构、人民银行和外汇管理局等机构的职能,非常有必要设立一个专门性反制裁机构,统一协调和实施对外国政府、组织和个人的反制裁措施。^[61]为了使反垄断执法能够产生较好的反制裁效果,反垄断执法部门应当加强与反制裁涉及其职能的上述国务院有关部门的合作与交流。反垄断执法部门与国务院相关部门沟通协调的主要内容为,外国制裁对我国国家主权、安全和发展利益,包括对我国企业参与国际市场竞争已经造成的损害以及潜在的损害,哪些损害可以通过反垄断执法加以应对、反垄断执法对哪些损害的应对更为适宜,其他部门可以为反垄断法反制外国制裁提供什么样的帮助等。另外,基于国务院相关部门的特定职能,反垄断执法部门可以与之进行一些个性化的协调,比如,与商务部可以围绕《外商投资安全审查办法》框架下审查标准的设置,就如何增强该标准与反垄断法审查标准的协调性进行交流。^[62]

其次,反垄断执法部门与行业组织的协调沟通。反垄断执法是从维护市场竞争的角度对于参与外国政府制裁行动的企业进行审视的,外国政府制裁及其所引发的企业执行制裁措施的行动究竟对相关市场竞争造成什么样的损害,需要精准的行业调查及与之相应的经济分析,因此,反垄断执法部门需要与行业组织加强沟通与交流。一方面,在我国,行业协会是经营者利益表达的重要渠道,^[63]企业对于外国制裁损害本领域市场竞争的感受和反外国企业垄断行为的诉求,有必要通过行业协会向反垄断执法部门反映,企业为应付外国制裁而不得已实施涉嫌垄断行为的情况也有必要由行业协会向反垄断执法部门作出解释。另一方面,建设“人人有责、人人尽责、人人享有”的社会治理共同体是实现社会治理现代化的重要举措,^[64]行业协会作为植根社会、了解社会、关心社会的组织,并且具有较强的专业性,是治理活动社会化的重要依赖,反垄断法对外国制裁涉及的垄断行为的规制,在行业协会配合下能够产生更好的效果。基于此,反垄断执法部门可以通过与行业协会的协调沟通获得更多应对外国制裁的治理智慧和能量;特别是借助行业协会的力量更好地掌握外国制裁对我国相关产业参与国际竞争的损害,弄清与我国企业有竞争关系的外国企业在国外制裁出台与实施中所发挥的作用,探讨反垄断法如何通过对外国企业行为的有效规制间接反制外国政府制裁。如果私主体实际上是按照国家的指示或在其指挥或控制下行事,其行为也应归因于国家;^[65]这就需要反垄断执法部门与行业协会等组织加强合作与交流,以便更好地研判外国企业涉及制裁的限制竞争行为究竟是基于国家的指挥或者控制而不得已实施的行为,还是具有自身较强自主性的行为,以便反垄断执法能够区别对待。

最后,反垄断执法部门与境外力量的协调沟通。反垄断法作为反外国制裁的重要力量,除了因为外国制裁常常引发限制或者排除市场竞争的后果以及损害了反垄断法所要保护的重要公共利益外,还在于反垄断法的域外适用存在较少障碍;但是,要真正提高反垄断法域外适用的效果,还需要反垄断执法部门加强和优化与境外相关力量的协调沟通。从查明外国制裁的真相、准确判断外国制裁的损害、理清外国企业利用制裁的情况、分化瓦解外国企业在制裁中的作用、寻求执法合作伙伴等需求考虑,我国的反垄断执法部门应当加强与其他受制裁国家的反垄断机构、我国相关部门在实施制裁国家的派驻机构、与我国企业有密切贸易关系的制裁国企业、制裁国当地专业法律服务组织等建立必要的沟通、协调和合作关系。

五、结 论

反外国制裁需要多个部门协同推进,综合运用多种法律工具。反垄断法在反外国制裁中已经显示出威力,也应当发挥重要作用,因为外国制裁不仅损害我国的国家主权、安全、发展利益等重要的公共利益,还会对相关市场竞争,尤其是国际贸易竞争产生严重限制性影响,而这些损害的防范与应对正是反垄断法的价值目标和主要使命所在。无论是反外国制裁法律制度,还是反垄断法本身,都为反垄断法在反外国制裁上发挥重要作用提供了直接或者间接依据。就反制外国制裁而言,反垄断法可以发挥多方面的功能,如消解制裁提升外国企业市场竞争力的作用,遏制外国企业对制裁制度的恶意利用,增强我国受制裁企业的市场竞争力,化解反外国制裁法域外适用的困境等,有些功能是反垄断法所独有的。为了较好地发挥反垄断法反外国制裁的作用,体现反垄断执法的政策导向,首先要做到重点突出,从加强规制和适当宽宥两个方向确定需要重点关注的参与制裁的外国企业和受制裁的我国企业。其次要灵活运用反垄断法规范,通过对反垄断法关于垄断协议的规定、关于滥用市场支配地位行为的规定、关于经营者集中的规定以及关于法律责任的规定进行合乎目的的解释和有针对性的适用,有效震慑推动制裁或者恶意利用制裁的外国企业,避免或者减少我国受制裁企业市场竞争力遭受的损害。最后要加强多方面的沟通协调,特别是与具有反外国制裁职能的国务院相关部门、相关行业组织和境外力量的交流与合作,为反垄断法发挥反外国制裁的作用创造良好的条件。

注释:

[1] 马光:《论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善》,《法治研究》2022年第1期;陈喆:《〈反外国制裁法〉豁免机制的体系构建》,《学海》2023年第4期;罗国强、刘恬:《我国〈反外国制裁法〉的适用规则及其法律调适和完善》,《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期等。

[2][3][15] 胡子南、李梓元:《中国构建和完善海外权益保护机制的基础条件、挑战及对策》,《国际贸易》2022年第6期。

[4] 本文所说的反垄断执法部门为广义,包括反垄断行政执法机关和司法机关等。

[5] 刘作翔:《法律的理想与理想的法律》,《政治与法律》1995年第1期。

[6] 卢炯星、李晓丽:《反垄断法视域中的公共利益问题》,《山东社会科学》2010年第7期。

[7] 吴宏伟、金善明:《论〈反垄断法〉的社会公共目标——以〈反垄断法〉的实施为契机》,《首都师范大学学报(社会科学版)》2009年第3期。

[8] 蒋悟真:《反垄断法中的公共利益及其实现》,《中外法学》2010年第4期。

[9] 吴忠民:《论市场经济对现代化动力生成和发展的意义》,《北京社会科学》2023年第9期。

[10] [德]路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,祝世康、穆家骥译,北京:商务印书馆,1983年,第11页。

[11] 霍政欣、陈彦茹:《反外国制裁的路径演化与中国选择》,《社会科学》2023年第2期。

[12] 单飞跃、张玮:《经济法中的政策——基于法律文本的实证分析》,《社会科学》2012年第4期。

[13] 刘彤:《美国竞争法的政策实施功能研究》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2015年第1期。

[14] 江必新:《以中国式法治保障中国式现代化建设论略》,《法学论坛》2023年第4期。

[16] 这些规定参见《中华人民共和国反外国制裁法》第13条、第6条第2款以及第10条第2款。

[17][21] 薛源、程雁群:《“单边”制裁的法治破局》,《人民论坛》2021年第22期。

[18] 叶研:《〈欧盟阻断法案〉述评与启示》,《太平洋学报》2020年第3期。

[19] 陈卫东:《我国贸易反制措施的国内法依据:构建与完善》,《当代法学》2023年第3期。

[20] Noah Bialostozky, “Extraterritoriality and National Security: Protective Jurisdiction as a Circumstance Precluding Wrongfulness”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 52, Issue 3, 2014, pp. 617-618.

[22] 参见我国《反垄断法》第16条、第17条、第20条、第23条、第34条、第38条之规定。

[23] 马光:《论反制裁措施的国际合法性及我国反制裁立法的完善》,《法治研究》2022年第1期。

[24][61] 杜涛、周美华:《应对美国单边经济制裁的域外经验与中国方案——从〈阻断办法〉到〈反外国制裁法〉》,《武大国际法评

论》2021年第4期。

[25]熊丙万:《法律的形式与功能——以“知假买假”案为分析范例》,《中外法学》2017年第2期。

[26]朱长丰:《国家竞争力和企业竞争力转换的路径分析》,《商业时代》2008年第10期。

[27]康珂、倪鹏飞:《经典文献中的国家竞争力理论:一个文献综述》,《中国软科学》2014年第3期。

[28]吴忠谦:《国家科技竞争力评价方法比较——基于国际典型案例的分析》,《科技管理研究》2019年第19期。

[29]梁文莉:《〈反外国制裁法〉视角下美国金融制裁的突出表现与应对策略》,《对外经贸实务》2022年第1期。

[30]侯经川、周露:《基于“贸易-投资-货币”三维视角的国家竞争力测度与提升策略研究》,《中国软科学》2016年第1期。

[31]杨永红:《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》,《法商研究》2019年第3期。

[32]杨宇冠:《美国长臂管辖的起源、扩张和应对》,《法学杂志》2022年第4期。

[33]廖诗评:《中国法域外适用法律体系:现状、问题与完善》,《中国法学》2019年第6期。

[34]黄勇:《论我国竞争政策法治保障的体系及其实现机制》,《清华法学》2022年第4期。

[35]何叶华:《美国域外反垄断中的国际礼让原则——从美国“维生素C案”切入》,《河北法学》2018年第3期。

[36]王晓晔、吴倩兰:《国际卡特尔与我国反垄断法的域外适用》,《比较法研究》2017年第3期。

[37]张耀元:《中国对外经济制裁法域外适用问题研究》,《甘肃政法大学学报》2023年第4期。

[38]Susan Emmenegger, “Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International Law”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 33, No. 3, 2016, pp. 631, 657.

[39]李国海:《论反垄断法对国有企业的豁免》,《法学评论》2017年第4期。

[40]孔祥俊:《论互联网平台反垄断的宏观定位——基于政治、政策和法律的分析》,《比较法研究》2021年第2期。

[41]董新凯:《轴辐类算法共谋在反垄断法上的行为定性》,《学术界》2023年第11期。

[42]李胜利、陈绍伟:《论默示共谋的类型化及其反垄断法规制》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2022年第5期。

[43]王玉辉:《论垄断协议的行为认定》,《河南大学学报(社会科学版)》2011年第2期。

[44]杨永红、杨运涛:《论我国〈反外国制裁法〉第12条中的侵权行为及其责任》,《国际经济法学刊》2023年第2期。

[45]考察的具体内容参见2023年国家市场监督管理总局颁发的《禁止滥用市场支配地位行为规定》第7条至第11条的规定。

[46]贾海玲:《滥用市场支配地位认定中“正当理由”的判定困境及对策——基于比例原则的视角》,《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2023年第4期。

[47]比如,有些外国制裁决定并未完全禁止外国企业与我国企业进行一定的交易,而是作了严格的限制,特别是要求经过本国政府批准,在这种情况下,如果外国企业没有作出向本国政府申请的尝试就直接实施拒绝与我国企业进行交易等行为,就属于没有利用好外国制裁的宽缓条件或者空间的情形。

[48]郝俊洪:《市场支配地位与实质性市场势力之辨析——兼及〈反垄断法〉第17条第2款的修改》,《当代法学》2020年第3期。

[49]焦海涛:《滥用市场支配地位的性質定位与规范修正》,《中国政法大学学报》2022年第1期。

[50]丁茂中:《禁止滥用市场支配地位制度的定位》,《法制与社会发展》2021年第4期。

[51]卢玲:《外资并购背景下国家经济安全法律保障体系的构建》,《甘肃社会科学》2014年第2期。

[52]我国《反垄断法》第38条规定:“对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照本法规定进行经营者集中审查外,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。”

[53]戴长征:《以总体国家安全观为指引应对新时代国家安全挑战》,《人民论坛·学术前沿》2023年第20期。

[54]焦海涛:《社会政策目标的反垄断法豁免标准》,《法学评论》2017年第4期。

[55]刘桂清:《反竞争经营者集中的公共利益辩护:路径选择与制度建构》,《政法论坛》2016年第5期。

[56]丁国峰:《我国反垄断法法律责任体系的完善和适用》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期。

[57]焦海涛:《我国反垄断法修订中比例原则的引入》,《华东政法大学学报》2020年第2期。

[58]黄颖慧:《行政自由裁量权不能任性滥用》,《人民论坛》2017年第20期。

[59]马光、毛启扬:《单边制裁与阻却立法下中国企业的合规困境与应对策略》,《武大国际法评论》2023年第2期。

[60]陈喆、韦绮珊:《〈反外国制裁法〉实施中的执法问题》,《国际商务研究》2023年第3期。

[62]肖海军、李茜:《外资安全审查标准:缺憾、价值取向与进路——以总体国家安全观为视域》,《湖南大学学报(社会科学版)》2023年第5期。

[63]郭薇、常健:《行业协会参与社会管理的策略分析——基于行业协会促进行业自律的视角》,《行政论坛》2012年第2期。

[64]刘琼莲:《新时代社会治理共同体的秩序发展与活力培育》,《行政论坛》2021年第5期。

[65]周鲠生:《国际法》,北京:商务印书馆,2018年,第731页。

〔责任编辑:邹秋淑〕