

以“国家行为”抗辩美国 反托拉斯法域外适用的法律分析

——评析美国企业告中国维生素出口企业价格串通违犯反托拉斯法案

龚柏华 朱潇潇

摘 要：本文在归纳美国企业告中国维生素出口企业价格串通违犯反托拉斯法案的基本案情的基础上，对以中国相关法规具有强制性为由抗辩美国反托拉斯域外适用的法律问题进行分析。本文认为，由于中国外贸体制改革过程中存在相关法规间接问题，这对中国企业和政府抗辩带来一定困难。中国企业在对外贸易时，要注意反倾销、反补贴和反垄断法之间的相互关联问题。

关键词：反托拉斯；域外适用；维生素；价格串通

中图分类号：DF961 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2011)06-0036-06

2011年9月6日，美国纽约东区联邦法院就美国企业告中国维生素出口企业价格串通违犯反托拉斯法案作出裁定，认定中国相关法规并没有强迫中国出口企业从事违反美国反托拉斯法的行为，不支持中国企业依据国家强迫性法规为由否定美国法院管辖权的即决判决动议。本案将进入实体内容审理，中国出口企业将直面美国反托拉斯法域外适用的惩罚。

一、基本案情和结论

2001年11月16日，为协调无序竞争局面，在中国医药保健品进出口商会的主持下，国内维生素C企业召开了一次行业会议，中国维生素C厂商成立了中国医药保健品进出口商会维生素C分会，并在商会的中文网站上宣布达成自律协议，自愿控制出口数量和进度，防止国外提出反倾销调查。

2002年5月1日开始，维生素C被列为海关审价、商会预核签章商品。2004年中国出口到美国的维生素C是美国维生素C进口总量的85%。平均离岸价格为每公斤4.57美元，低于全球平均离岸价格4.63美元，

2005年2月7日和2005年2月17日美国Animal Science Products公司和The Ranis Company 公司和一些个人分别在美国加利福尼亚州旧金山地区高等法院、麻塞诸塞州联邦

收稿日期：2011-10-08。

作者简介：龚柏华，男，复旦大学法学院教授、博士生导师，兼上海WTO事务咨询中心总监。朱潇潇，女，复旦大学法学院在读研究生。

法院、田纳西东区联邦地方法院、纽约东区联邦法院提出反托拉斯申诉，指控中国6家企业（石药集团旗下的维生药业、华北制药集团旗下的维尔康药业、东北制药、华源集团旗下的江山制药以及中国制药集团和石家庄制药集团有限公司），自2001年12月起联合操纵出口到美国及世界其他地区的维生素C价格与数量，触犯了美国及加利福尼亚州反垄断法规，其产品卖给美国买方的价格比未加入“价格联盟”公司的价格高，致使两家原告公司蒙受损失。美国两家企业要求法院认定，被诉方统一出口价格的行为是对贸易的不合理限制，禁止被诉方正在实施的统一出口价格行为以及采取其他适当的禁止令，希望审判“以一种合理的损失计算方法”得出结果，判处被诉方3倍于这个损害结果数额的罚金，并承担诉讼费用。

2006年2月14日，根据美国相关法律，美国纽约东区联邦法院合并受理这一由6个各自独立的集团诉讼组成、跨几个联邦法院管辖区的案子。

2006年7月7日，美国纽约东区联邦法院作出了一个程序诉讼上的判决，否定了中国企业提出的中止证据调查程序的要求。法院裁决否定了被告基于“国家强迫”理论、国际和睦理论以及实践困难为理由，而提出中止证据调查的请求。2008年，美国纽约东区联邦法院否定了中国企业的驳回请求。^①

2011年1月，该案原审法官Trager 去世，该案移交给Cogan 法官。2011年9月6日，Cogan法官作出裁定，否定了中国企业提出的即决判决的动议。^②

中国企业未对串通协议存在进行抗辩，而是主要以豁免理由为抗辩。中国企业认为其固定价格行为是因中国政府法令所迫而为，并根据相关的和谐原则和国家行为主义提出抗辩。美国法院认定，中国企业所依据的中国法规并没有强迫中国企业从事其违反美国反托拉斯法的行为。

以下是美国法院对中国企业是否面临中国政府强迫性法规，从而是否可以适用国家行为主义作为抗辩的分析。

二、法院分析和推理

美国法院首先讨论了中国经济转型的背景，商会的角色，中国商务部与商会的关系等问题。美国法院同时对1996年到2002年与维生素C出口的相关部门规章、商会规定做了梳理。中国出口企业在本案中没有正面抗辩是否存在价格串通协议，而是试图引用美国反托拉斯法域外适用例外的三大理由作为抗辩。和谐礼让、主权强制、外国国家行为这三大理由要适用于本案，都需要一个前提，即中国的相关法规具有强制性质，从而造成了适用美国法与适用中国法的正面冲突。以下是美国法院对中国出口企业（即本案中的被告）引用国家行为主义的分析，以及对中国相关法规是否有强制性的分析。

（一）关于中国企业是否正确地引用了国家行为主义作为抗辩

根据美国《反托拉斯指南》第3.33条规定，国家行为主义是美国联邦普通法上的判决规则。该主义指导美国法院避免裁决那些结果关乎外国主权在其自身领土内做出的官方行为合法与否的案件，不论这种合法与否的依据是美国法、外国法或国际法。^③Cogan法官首先归纳了美国判例法上有关国家行为作为豁免于美国反托拉斯法适用的结论。如外国政策明确地限制竞争；外国必须积极地监督任何私人反竞争行为。

中国被告企业主张，其行为是因中国商务部的强迫而做出，中国医药保健品进出口商会

的行为“实际上”归为中国商务部的行为。因此,任何对被告行为的质疑本质上即是对中国商务部官方行为的质疑。

中国被告企业还主张,国家行为主义的适用并不一定要求“强迫”的存在。中国被告企业认为,按《反托拉斯指南》第3.33条规定,虽然在一些案件中,争议中的主权行为可能会强制个人行为,但此种强制并不是该主义所必需的。

美国原告指出,中国的2002年预核签章制度并未涉及任何强迫,中国企业的违法行为是自愿行为,而不是中国政府的主权行为。

中国被告企业引用Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc.一案进行抗辩。^④该案中,美国法院认为,国家行为主义禁止美国法院在委内瑞拉法律下审查相关命令的合法性。Cogan法官认为,本案中美国原告并没有主张建立2002年预核签章制度的中国政府指令在中国法律下是不合法的,因此Interamerican一案很大程度上与本案没有相关性。

Cogan法官认为, West v. Multibank Comerex, S.A.一案可以说与本案更为相关。^⑤在West一案中,美国第九巡回上诉法院裁决,国家行为主义禁止美国法院对外国官员有无执行他们自己的法律进行调查。该案原告主张,墨西哥的银行监管体制仅仅是“纸上谈兵”,在实践中,墨西哥官员既没有遵守也没有执行这些法律。美国第九巡回上诉法院引用国家行为主义驳回了原告这一主张,认为法院“不应该审查监管系统的现实操作,这种调查将直接牵涉到外国官员执行他们自己法律的不足(不论故意或过失)。”美国法院接着指出,“基于礼让,我们推定墨西哥官员以与墨西哥法律要求相一致的方式行事。”

Cogan法官认为,归纳而言,要引用国家行为作为豁免,仍然要确定该外国法规的强制性质。

(二) 关于中国相关法规是否有强制性质的解释分析

Cogan法官重点分析了2009年中国商务部对行业协会自律出具的解释性声明。Cogan法官认为,中国商务部2009年声明中存在3个关键性缺陷。第一,该声明仅宣布根据自律管理要求,维生素C出口商要“根据中国相关法规和规章协调出口价格和产量”,但回避具体指明相关法规和规章。第二,该声明中包含了许多模棱两可的条款和短语,尤其是涉及自律体制下的处罚问题。第三,虽然1997年制度(指1997年中国医药保健品进出口商会作出的相关维生素C出口的通告)和2002年海关签章制度有明显的不同,但2009年声明并没有区别这两个制度。第四,该声明中所说的一些强制性措施,实际上是本案发生后的补救性做法。

Cogan法官还具体分析了中国企业不遵守自律规定是否存在潜在处罚的问题。中国商务部说明:中国被告企业被要求成为分会的成员;若被告不参加“价格制定”活动则不能出口维生素C。然而中国商务部没有解释,根据2002年制度和2002年章程,分会的成员资格是如何取得的;中国商务部也没有解释,根据2002年制度,若被告没有参加价格制定和产量制定活动,其出口权利又将遭受怎样的影响。

美国法院认为,查阅本案中的记录可知,某些政府指令和商会文件表面上规定了2002年制度不再要求有会员资格。2003年规章规定,“对于非会员出口商提交的维生素C的申请,商会应给予他们和会员出口商同等的待遇。”2002年5月协议表明,“非维生素C章程会员的公司可以出口维生素C(但是出口数量需要由其他公司确认)。”此外,政府指令和商会文件要求的会员资格在2002年制度中不再继续有效。综上,很显然即使一家公司在分会的会

员资格被撤销(或该公司从来就并非会员),该公司仍可以出口维生素C。

中国商务部和中国被告企业均未解释,既然分会不再要求具有会员资格,被告是如何被强迫加入价格制定和产量制定的。尽管中国商务部2009年声明坚持称,加入自律的人们“充分意识到他们不遵守自律的行为将受到惩罚”,包括“丧失出口权利”,但中国商务部没有解释这些问题:为什么这些人“充分意识到”这个事实;在2002年制度背景下,“丧失出口权利”是什么意思;在2002年制度下,出口权利的丧失将如何实现;其他还有什么惩罚。

综上,Cogan法官的结论是:2002年制度中的条款,包括同等待遇条款,均没有强制被告达成协议。

即使假定2002年制度和1996年暂行条例规定了潜在的制裁,要求被告同意和遵守最低价格(可能也包括产量限制),Cogan法官仍不确定,当被告在行使自由裁量权时仅设定了可以避免反倾销诉讼和低于成本定价的最低价格和产量限制水平时,商会或中国商务部就会通过强制措施来干预。设定的价格高于这一水平则超过了任何强迫的范围,因此不能引用外国主权强制抗辩免责。

三、简要评论

关于本案的前期情况,已经在本刊相关文章中做了评述。^⑥当时,美国法院已经裁决,否定中国被告企业基于“国家强迫”理论、国际和睦理论以及实践困难为理由,提出的中止证据调查的请求。本案实际上是该诉讼程序后的继续。

从本案中国被告企业辩护的策略来讲,中国企业主要是想摆脱美国法院的管辖权。美国反托拉斯法在一定条件下可以域外适用已经为美国司法实践所肯定,因此,中国企业只能从可能的管辖豁免的理由中得到支持。

本案的焦点是中国的相关行业协会的规定是否有强制性,因为这是“国家行为主义”豁免理由能够适用的前提。与之相关的一个问题,就要证明中国的行业协会或商会是中国政府(商务部)的代理人,他们在执行着中国商务部的强制性法规或落实其规定。这次,中国商务部先是作为“法庭之友”出面帮助中国被告企业,然后又出具声明就相关规定的强制性做了说明。由于中国相关法规之间存在矛盾、不衔接,或无法让美国法院采信(如中国专家证人说明的中国有些“口头”指示具有强制性),导致美国法院不接受中国商务部的说明,而采用了自己的解释方法来分析中国法规。同样原因,美国法院也基本没有采信中国专家证人所做的有关中国外贸体制的说明。

本案中,中国商务部似乎处于两难境地,一方面,为了本案的需要,试图证明中国的行业协会并非是独立于政府的,而是中国政府的代理人,中国出口企业通过中国行业协会受到中国政府有关价格调控的强制约束;另一方面,中国商务部在WTO贸易政策审议中,又要证明中国遵守入世的承诺,中国出口贸易体制已经相当市场化,包括维生素C在内的产业出口限制已经很少或基本取消了。这种矛盾的立场,可能会影响到今后涉及中国行业协会的反补贴诉讼。因为中国行业协会很容易被定性为《补贴与反补贴协定》意义下的“政府”或“公共机构”。

本案审理过程中一个特点是,美国法院关注了同时进行的另一个案子,即美国企业诉中国菱镁矿销售企业价格串通违反美国反托拉斯法案。^⑦2010年4月1日,美国新泽西联邦地方法院判定,中国菱镁企业的维持出口最低价的价格联盟行为,是受行使中国政府职能的行业

协会的法规强制而为,因此,根据“国家强制主义”理论,美国法院不应将美国反托拉斯法域外适用到中国企业,美国法院没有管辖权。^⑧但2011年8月17日,美国第三巡回上诉法院推翻了自己过去的判例,认为《对外贸易反垄断改进法》只是限制了法院的管辖而不是禁止管辖,从而撤销了美国新泽西联邦地方法院的判决,要求发回重审。^⑨在菱镁案中,法院分析了中文“自律”的含义,认为这不能从西方人理解的表面意思来解释,而是一种隐蔽的强制性规定。这种“自律”是在政府指定的机构监督下进行的。但在本案中法院并没有承认自律的这种隐蔽的强制性。在菱镁案中,法院认定,中国政府强迫遵守一种最低价格。由于被告行为是受这种强迫所左右,因此,法院对所指控违反美国托拉斯的行为无管辖权。但,法院最后却认为“基于国家行为原则的要求法院放弃管辖的要求不成立”。

本案中还涉及如何向美国法院解释中国“法”的范围。尽管中国的专家证人试图说明,中国有时“口头的传令”具有相当的法律强制性,但该种主张难以被美国法庭所接受。

本案中还非常有意思地涉及WTO专家组有关中国原材料出口限制案的裁定。该案中,专家组认为,中国五矿进出口商会的限制出口价格措施是中国政府的行为。尽管这一结论在该案中对中国不利,但这一结论转到本案中又有利于中国被告企业抗辩。Cogan法官以专家组没有讨论该措施的“强制性”而搪塞了中国的抗辩。

本案和菱镁案的目前判决,都对中国企业不利。这两起诉讼预示着美国企业已经开始用反垄断诉讼这一新式贸易保护主义的武器来制约中国出口企业。^⑩将中国企业拖入反垄断诉讼可能使中国企业付出昂贵的代价。美国法院的反垄断诉讼程序复杂,时间冗长(本案已经历时6年)。被诉企业一旦败诉经济损失惨重,甚至可能承担刑事责任。

在应对美国等国家的贸易保护主义措施中,中国政府、中国企业要注意各种法律问题的相互关联性,如应对反倾销时的价格残杀引出的反垄断时的价格串通,反补贴时的行业协会的政府性质。这需要我们政府、行业协会、企业和学者建立“四体联动”的预警和应对机制。

(作者单位:复旦大学 上海WTO事务咨询中心)

注 释

- ① In re Vitamin C Antitrust Litig., 584 F.Supp.2d 546, 559(E.D.N.Y.2008).
- ② In re Vitamin C Antitrust Litigation, F.Supp.2d, 2011WL3918165, E.D.N.Y., 2100.
- ③ Riggs Nat. Corp. & Subsidiaries v. C.I.R., 163 F.3d 1363, 1367(D.C.Cir.1999).
- ④ 307F.Supp.1291(D.Del.1970).
- ⑤ 807F.2d 820(9th Cir.1987).
- ⑥ “评述美国企业告中国维生素C企业价格串通违反美国反托拉斯法案”,《国际商务研究》,2006年第6期,龚柏华 陈云。
- ⑦ Animal Science Prods., Inc. v. China Nat. Metals & Minerals Import & Export Corp., 702F Supp 2d 320(D.N.J.2010).
- ⑧ 参:“中国企业在美国法院抗辩美国反托拉斯法域外管辖的法律分析——评析美国企业诉中国菱镁矿销售企业价格串通违反美国反托拉斯法案”,《国际商务研究》2010年第5期,郭伟奇 龚柏华。
- ⑨ Animal Science Products, Inc. v. China Minmetals Corp. F.3d, 2011 WL3606995, C.A.3(N.J.), 2011. August 17, 2011.
- ⑩ 与本文提到的两个案子相似的案子还有一个,即Resco Prods., Inc. v. Bosai Minerals Group Co., Ltd., No.06-235, 2010WL 231069(W.D.Pa. June 4, 2010)。

The “Act of State Doctrine” as Immunity for the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law

——Comment on the Case “In Re Vitamin C Antitrust Litigation”

GONG Bai-hua ZHU Xiao-xiao

Abstract: Some American Plaintiffs have filed suit against Chinese vitamin C manufacturers, alleging that they engaged in an illegal cartel to fix prices and limit supply for exports, including those to the United States. Defendants do not dispute that the cartel agreements at issue violate the antitrust laws save for one primary defense: that they were compelled by the Chinese government to fix prices. They have filed a motion for summary judgment based upon that defense and the related doctrines of comity and act of state. The American court concludes that Chinese law did not compel defendants' conduct. Therefore, summary judgment must be denied.

Key words: antitrust; extraterritorial application; vitamin; price fixing

(上接第8页)

2009,(3):10~15.

- [6] 黄菁,赖明勇,王华.FDI在中国的技术外溢效应:基于面板数据的考察[J].世界经济研究,2008,(10):48~55.
- [7] 王军,仲伟周.中国地区能源强度差异研究——要素禀赋的分析视角[J].产业经济研究,2009,(6):44~51.
- [8] 张军,吴桂英,张吉鹏.中国省际物质资本存量估计:1952~2000[J].经济研究,2004,(10):35~44.
- [9] Jose,Goldenberg.Energy Problems in Latin America.Science,New Series,1984,223,(3):1357~1362.
- [10] T.Owen.Energy Planning in Latin America: A Brief Review of Selected Countries. Latin American Research Review[J]. 1982,(3):148~172.

An Empirical Study on the Impact of Export on China's Energy Efficiency——Based on 1995~2009 Inter-provincial Panel Data

YANG Ying-chun

Abstract: The paper presents a theoretical analysis and constructs an empirical model using 1995~2009 panel data of China's provinces. The results show that the direct technology spillover effect from export sectors to the non-export sectors improves overall energy efficiency and the indirect effect of technology imitation and competition on the energy efficiency shows negative. Human capital promotes export's energy efficiency improvement. Further sub-regional study shows that the indirect export technical effects on the energy efficiency in different regions perform differently.

Key words: export trade; energy efficiency; panel data