



第六次联合国全面审查《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》会议

2010年11月8日至12日，日内瓦

临时议程项目6(a)

审查《原则和规则》的适用和执行情况

竞争政策在促进经济发展方面的作用：竞争法律和政策的适当设计和效力

贸发会议秘书处的说明

执行摘要

为有效支持发展进程，竞争法律和政策需要得到支持，并且需要与其他可能涉及经济发展的具有互补性质的促发展政策保持一致。包括社会、经济和政治环境在内各种因素决定了对竞争条款和执法设计的选择。另外，各国政府在预算支持、人力可利用性和政治支持方面采取的优先次序也是决定机构效力的主要因素。各国要有执行其政策的空间，以便使其竞争法律和执法机制适应本国国情。报告还讨论了竞争政策对经济发展的影响。报告尤其涉及到(a) 竞争法律和政策如何有效促进经济发展？(b) 加强或阻碍此种效力的各种因素是什么？(c) 鉴于各国处在不同的经济发展阶段，其竞争法律和政策的设计和实施是否应有所不同？如果是，则应有何不同？

目录

	页次
导言	3
一. 发展中国家和转型经济体竞争政策和法律及其体制框架的适当设计	4
A. 竞争主管当局的独立性	4
B. 竞争案例的司法审查	5
C. 竞争主管当局的人员配备和财政资源	6
D. 豁免和授权	6
E. 竞争宣传	7
F. 与行业管理者之间的关系	7
G. 私有化、特许权和竞争政策	8
H. 公共利益和竞争政策	9
I. 市场规模和管理	9
J. 非正规经济部门	9
K. 区域分组和常见竞争规则	10
二. 评价竞争法律和政策执行对发展的影响	10
A. 竞争政策及其执行的影响	10
B. 对所选经验研究的审查	13
三. 今后可以吸取的教训：发展中国家及其他国家如何完善竞争政策的制定和执行	15

导言

1. 竞争涉及到公司在市场中的竞争行为。它还包括设想中的竞争行为或潜在的竞争行为。竞争政策涉及到政府维护或促进市场参与者之间开展竞争的政策以及宣传有利于建设竞争性环境的其他政府政策和进程。竞争政策有两个主要工具。第一个主要工具是竞争法律，包括限制反竞争市场行为的各种规则以及管理当局等执法机制。第二个主要工具是竞争宣传，这在涉及其他经济政策时特别重要。

2. 近几年来，全世界范围内在竞争法律和政策的范围、覆盖面和执行方面出现了趋同的趋势。这是由于：（a）出现了广泛采取市场自由化和实施竞争政策的趋势；（b）在竞争法律的条款或适用过程中更加强调消费者的福利、效率和竞争目标；（c）经济分析和执法手段更加类似；（d）普遍谴责欺诈性惯例；（e）加强执法行动；（f）竞争主管当局在适用他国政府政策方面倡导竞争原则的作用更加突出；以及（g）加强国际磋商与合作。

3. 但是，各国竞争法律和政策之间仍有许多重要差异，包括在以下方面：（a）竞争政策相对于其他政策居于优先地位；（b）许多竞争法律重视消费者福利或效率以外的其他目标；（c）控制反竞争惯例的法律手段；（d）利用分析技术；（e）特别是适用于垂直限制、滥用支配地位、兼并、合资企业和互锁的实质性规则；（f）免责、知识产权或其他类型的豁免的结构和范围；（g）执法能力和执法的实际强度；（h）国家领土以外适用竞争法律的法律原则；（i）适用竞争法律的实际能力或适用频率；（j）不同国家参与本领域国际合作的程度；以及（k）对市场准入实施的监管限制。

4. 虽然有这些不同，但目前竞争法律和政策的目標、内容和适用方面有着十分广泛的类似性，能够成为设计有关反映发展中国家及其执法能力具体情况的适当竞争法律的实质性基础。

5. 发展中国家和转型经济体的一些国家法律一直都是以发达国家为榜样。另外，中欧和东欧很多国家的大量法律都是在复制欧洲联盟（欧盟）竞争规则的主要条款。已经与欧盟签订结盟协定且渴望获得正式欧盟成员资格的转型经济体尤其如此。就其他国家而言，贸发会议《示范竞争法》（《示范法》）可以提供一种模式。《示范法》反映了全世界范围内最近在竞争立法方面的发展趋势，并且有相关评注做补充，事实已经证明，此种评注对这一过程非常重要。该文本还参考了联合国大会在 1980 年 12 月 5 日第三十五届会议第 35/63 号决议中通过的《联合国管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》（《联合国规则》），并且已经按照作为第六次联合国审查会议筹备会议的政府间专家组第十届会议的要求进行了修订和重新设计，使之能够通俗易懂。

6. 《联合国规则》强调竞争政策的目標是促进经济发展，并且许多发展中国家都认为竞争具有这一作用。在此背景下，“竞争”是一个直接目标，而发展经

济才是最终目标。其他比较常见的目标是促进中小型企业，限制经济力量的过度集中和确保公平竞争。公共利益目标（这可能是涉及发展目标）不仅在发展中国家相当普遍，而且也存在于一些发达国家的竞争法律之中。

一. 发展中国家和转型经济体竞争政策和法律及其体制框架的适当设计

7. 为了使竞争政策和法律能够有效作用，竞争系统的设计需要对国内改革前的现有条件进行仔细评估，并且需要注意本国将如何实施竞争政策。对初始条件进行仔细评估不仅会影响有关竞争法律实质内容的决定，而且还能发现支持体制的不足，并且为加强其能力提出计划。

8. 因此，发展中国家有关竞争政策适当设计的决定必须认识到其经济、社会和文化环境的特色。现有资料表明，在大多数发展中国家，执行能力与现代竞争制度的要求不匹配。

9. 关切机构能力与有效竞争政策要求之间的不匹配是发展中国家在实施经济和法律改革过程中面临的一项比较广泛的挑战中的一部分。其中包括产权保护、建立执行合同的制度、为企业实体的建立和解散制定法律框架，以及加强金融机构和银行系统。

10. 体制（包括法律框架等正式体制，也包括非正式体制）是未被注意但却必要的市场架构的一部分。市场功能运行通畅的体制架构（包括资本和劳动力市场）对经济发展和效率有着极其重要的作用。与发达国家不同，许多发展中国家的经济不具备功能运行通畅的要素市场（如证券交易所和债券市场），并且往往也无法建立支持市场运作的体制，如破产法、有效执行合同等等。这些“缺失市场”和“缺失体制”改变了一个经济体中与竞争有关的最佳且或许可行的政策。同时，这些缺失市场和体制还对竞争法的最理想执行产生影响。

11. 不同国家会根据自己的情况采用不同的惯例，不能指望对一个国家有效的惯例能够照搬到另一个国家。对于特定国家来说，形成国家竞争和监管制度的强大力量往往是独一无二的，并且这种国家差异对于采取统一惯例造成很大限制。但是，到目前为止，发达国家和发展中国家在制定和执行竞争法律和政策方面已经获得的经验表明，很多关键问题似乎有理由确信能够适用于大多数发展中国家和转型经济体。这些问题将在下文予以讨论。

A. 竞争主管当局的独立性

12. 在自由化经济体当中，独立监管机构是监管治理的核心，这已是一种普遍认识。事实上，贸发会议制定《竞争示范法》的假设是：负责竞争执法工作最有效的类型可能是（a）准自治或独立于政府、拥有开展调查和实行制裁的强大司法和行政权力；和（b）提供诉诸于更高司法机构途径的行政管理当局。

13. 人们普遍认为，竞争主管当局的决定应该基于客观证据，这些主管当局应该始终尊重市场原则，而且决策过程应保持中立和透明。这种观点背后的理由是，只有在主管当局的决定没有被政治化、没有歧视且不是在利益集团狭隘目标的基础上执行时，才能保证能够取得良好的政策结果。这种理论通常被理解为竞争主管当局应该避免受到不当的政治干预。具体而言，这就需要政策落实与决策分离，并且要远离传统的政府机制机构。因此，政府必须放弃对竞争主管当局日常职能和决策的管理。作为一个直接结果，私人利益集团就不可能对各部部长进行游说，并且失去了得到优待的手段。

14. 除了对竞争主管当局的结构做出规定之外，授权立法还应对该主管当局的业务独立性赋予其法律含义，对即将任命的管理层和工作人员的职责、权力和任命方式、其任期和离职以及该机构如何获得经费等方面做出规定。同样，还应该对该机构与行政机关和立法机关之间的关系也应该做出规定。这些属性能够保证在组织上具有独立性，并且与政治当局保持一定距离。

15. 主管竞争政策的部长与竞争主管当局之间可能会在因为部长和主管当局管理层的各自作用和职责不够明确、竞争主管当局如何回应政治指示以及与缩减由部长或其他政府部门可能负责的公共支出有关的问题上出现紧张关系。

16. 由于竞争主管当局拥有正确行使此种自由裁量权的法律义务，故习惯上由立法机关进行司法审查，以便管辖竞争主管当局的执法行动。授权立法往往会规定法院在实施竞争立法方面的作用和管辖权。

17. 有一点需要指出，在某些情况下，竞争主管当局在开始时可能是作为一个部级部门，但后来在动态和逐渐发展过程当中获得了更多的独立性（例如，突尼斯的竞争理事会和巴西的竞争管理机构）。还有一些情况表明，有些合法的竞争主管当局的独立性受到践踏。肯尼亚反垄断和价格管制委员会是财政部的一部分，但经过贸发会议的同行评审，已经起草了一部新的法律，规定该委员会具有自主结构。议会正在对该法案草案进行审议。

B. 竞争案例的司法审查

18. 在大多数管辖区域，立法部门都是选择通过司法审查对竞争主管当局进行管辖。人们普遍认为，对竞争主管当局的决定进行独立司法审查符合决策程序公正性和完整性的要求，无论是通过普通法院，还是通过行政法庭。大部分管辖区域似乎支持对竞争案件进行程序性审查，其中，上诉机构仅限于审议法律，包括审查由竞争主管当局在行使其调查和决策职能过程中通过的各种程序，而不是重新审议证据和法律论据。因此，其意图不是由法院来代替其自己的鉴别，而是要弄清楚竞争主管当局是否滥用其自由裁量权。审查理由通常包括缺乏管辖权、程序错误和法律错误、理由有瑕疵、鉴别有明显错误以及事实错误。在这种情况下，司法审查一般被视为最终程序，并根据行政首长、行政机构或以专门的竞争法庭（如巴西、秘鲁、南非和联合王国）形式出现的独立的准司法机构是否拥有

决策权力，对已经采取的行动或结果（即竞争主管当局已经做出的决定）做出判决。国际竞争网络（ICN）声称，调查和裁决过程严格分开的决策结构比合并行使其职能的司法系统更有可能符合司法审查的要求。

19. 就司法审查而言，值得注意的是，在许多国家，司法审查要么仅限于行政法院，要么仅限于作为初审法院的行政法庭（比如，委内瑞拉玻利瓦尔共和国、哥伦比亚、克罗地亚、拉脱维亚、突尼斯和土耳其）。在有些管辖区域，已经设立了专门的竞争上诉法庭（比如，丹麦、新加坡、南非和联合王国）。也有在特殊情况下竞争审查决定被行政机关推翻的案例，例如，克罗地亚（见 TD/RBP/CONF.7/5）。

C. 竞争主管当局的人员配备和财政资源

20. 尽管在许多发展中国家独立机构明显占主要多数，但不太有利的经济和财政状况加剧了紧张局势，并带来了与在资源需求和可用性之间存在巨大差距的背景下设立公共部门机构有关的很多缺陷。这些缺陷主要与技能短缺、公共部门工资低、贪腐风险、主管竞争政策领域的部长与竞争主管当局之间关系紧张以及问责不明有关。

21. 在大多数发展中国家，公务员的报酬一般比其私营部门同等人员的报酬要低。许多发展中国家在最近几年都经历了公共部门雇员实际工资下降的过程。公务员部门招收和留住合格人才的可能性因此受到不利影响，特别是在竞争执法等专业领域。有能力的公务员往往在其培训和资质能够吸引潜在私营部门雇主时离开公共部门。

22. 发展中国家的贪污腐败是一个棘手问题。关于公共部门的低薪是否会滋生腐败的经验证据各式各样，没有理论能够预期高工资会永久地减少腐败。特别是在那些从私营部门抽调兼职竞争委员会成员的管辖区域，竞争执法提出了一些有关委员会成员公正性和独立性的棘手问题。

23. 另外，还涉及到在私人公司担任要职的委员会兼职委员们能否达到并保持一定程度的客观性以及政府与行业之间如何转换角色问题。发达国家也有这样的问题，但在经济规模较小和较贫穷的经济体，这些问题的意义特别重大，因为可供选择的高素质人才范围较小。

24. 普遍缺少技能不仅影响竞争主管当局，而且也影响法律行业协会、商业部门、司法机关和立法机关。因为竞争执法不是在真空中进行的，所以这使主管当局的竞争宣传就成为获得信誉和选民支持的一个重要因素。

D. 豁免和授权

25. 虽然“最佳做法”建议表明，竞争法律应该适用于在经济中从事商业活动的所有部门和企业，但在实践中，还会因社会、经济和政治原因而存在各种类型

的豁免。但是，授予豁免未必意味着弱化了竞争法律的执法工作。相反，授予豁免可能会进一步推动竞争法律和产业政策的各种目标。研究与开发（研发）就是一个例子。

26. 在许多管辖区域，某些研发活动可能会从竞争法律之下的豁免当中受益。研发可能涉及从纯理论研究到改进具体产品的生产工艺等各种活动。这些研发活动可能会导致出现新的产品和降低产品价格，从而增加消费者的选择和为消费者带来福利。例如，在制药和电子行业，企业合作研发，但在定价竞争和销售各自产品方面却存在激烈的竞争。在大多数情况下，豁免受到活动和时间限制，并且只适用于合作所需范围。从发展政策的角度来看，研发豁免有利于实现调整经济结构向技术或知识密集程度更高产业目标发展。

E. 竞争宣传

27. 除了执法职能之外，竞争主管当局还有宣传职能。除了企业和普通民众，政府作为一个整体（包括其他监管机构）是竞争宣传的一个重点对象，特别是因为它涉及到制定竞争政策和在整个经济体内实施有益于市场的改革。因此，竞争主管当局自由发表意见和建议改进公共政策、监管和立法的能力是评价竞争主管当局业务独立性的另一个属性。许多法律赋予竞争主管当局就竞争对拟议新法律和法规的影响问题向政府提出建议的责任。例如，在印度，政府可以在考虑竞争政策问题时选择向委员会征求意见，而依照西班牙法律，安达卢西亚自治政府必须征求意见。然而，委员会的意见对部长没有约束力。同样，在突尼斯，部长可以就所有新的立法提案以及任何其他竞争事项向竞争理事会咨询，但该理事会的意见对部长是有约束力。

28. 竞争宣传是加强自愿遵守和政策协调的一个工具。宣传是一项核心活动，特别是对于年轻的竞争主管当局而言，需要向利益攸关方通报是否存在新的竞争法律及其目标以及利益攸关方的权利和义务。

29. 经济政策的制定和实施过程中可能会出现竞争问题。因此，竞争管理机构应当增强决策者对某些政策措施可能引起的潜在协同增效和/或紧张关系的敏感认识，包括但不限于设立和/或保护全国冠军。

F. 与行业管理者之间的关系

30. 允许私营部门参与国家重要部门正在创造竞争机会和促进竞争。由于技术进步，传统行业正在与其他部门走向趋同，自然垄断的概念正在发生变化。虽然出现了这些情况，虽然有了竞争法律，但仍然需要相当数量的政府干预。竞争主管当局和行业管理机构在各种条件下共存。各国采取不同方式解决管制部门的问题，但一些常见的选择包括将一些或所有管制部门排除在竞争法律的范围之外（如哥伦比亚）或同时将对某些部门或所有部门的竞争事项管辖权（如南非和联合王国）赋予竞争管理局和行业管理机构。各种做法一般至少可分为五类。行业

管理机构与竞争主管当局之间分配管辖权的主要模式是由竞争主管当局取代具体行业管理机构，不过采取这种做法的国家很少。与竞争主管当局类似，最好由行业管理机构承担有关独立性和问责制方面的义务。

31. 某些经济领域仍然容易受到市场消极影响，行业管理机构依旧具有十分重要的作用，见下文。虽然都有一个共同目标，但由于行业管理机构与竞争主管当局的目标优先次序和所采用的方法不同，也会引起磨擦。关于竞争主管当局与监管机构之间关系的贸发会议《示范法》第7条就是启示各国政府解决这一问题的灵感来源。《示范法》规定，竞争主管当局应从经济角度对经济和行政法规中阻碍竞争的管理障碍进行评估，包括出于一般利益原因。

32. 推导出上文所列所有普遍化的重要指导原则之一是何种特定形式的监管都应该在与监管效力相符的治理层级进行。可以促进这一适用的其他原则包括：

(a) 确保获取做出合理判断所需的必要信息（透明度）原则；(b) 可能受到监管影响的所有各方的参与（如竞争宣传等适当程序）；以及(c) 消除因过度监管（不成比例的监管）而产生的不必要的成本。

G. 私有化、特许权和竞争政策

33. 许多国家的经济改革都包括将竞争引入以前由政府垄断的市场。有一种将公共垄断转变为私人垄断的诱惑。竞争机构的一项重要职能是倡导竞争性的结构和加强竞争的监管体制。在私有化之前实施结构改革比私有化之后更为容易（例如，通过垂直分离和横向分割来创造竞争对手）。私人业主将会抵制破坏价值的结构性变革。因此，从结构性改革开始改革进程是关键。

34. 竞争法律和政策对于确保实现私有化的潜在利益是必要的。竞争问题需要在私有化的各个阶段加以考虑，包括其设计、授予特许的过程及其执行以及有关市场的监管框架。只有当潜在进入者不得不互相竞争时，才鼓励他们提供更有利的条件。

35. 私有化完成之后，潜在的反竞争行为应该受到限制。特别是在基础设施服务方面，例如，特许就经常赋予经营者以市场支配地位。在这种状况下，不论基础设施运营商是公共的还是私人的，都没有什么动力去降低价格或提高质量。竞争法律和政策往往与具体部门的监管或特许合同条款结合起来，有助于限制反竞争行为。监管与合同条款通常在质量、覆盖率和投资方面规定一些义务。只要能够在提供服务方面开展竞争（比例，在移动电话方面），竞争压力就有助于最大限度地发挥私营部门在参与投资、提高效率、提高服务质量和覆盖率以及关税水平方面的好处。

36. 私有化的制度设计应该允许尽可能多的竞争。这意味着竞争主管当局需要及早参与这一进程。要想做到这一点，竞争主管当局可以通过竞争宣传和协助设计私有化后的竞争格局，以便最大限度发挥奖励后竞争的作用。竞争主管当局还可以就最适当的授予标准或公开拍卖的设计提出咨询意见。例如在智利，保护自

由竞争法庭介入了有关授予圣地亚哥至利马空中航线的七个许可行为。为了加强在该条航线上的竞争，法庭责成许可当局不得在第一轮公开拍卖中将航线 75% 以上的经营权授予同一个竞标人。只有当没有竞标人参加第一轮竞标时，这一限制才不适用于第二轮。关于具体部门的监管建议可能也是必要的。

H. 公共利益和竞争政策

37. 许多管辖区域已经就有关非效率因素的外包决定制定了不同程序，通常采取司法形式（如美国）或以部委指定豁免权的形式。另外，还有其他司法管辖区域也制定了有关引入非效率因素的程序，以更易令人接受的方式在竞争法律中阐明公众利益的条款，规定竞争主管当局或者应用特定公众利益（如欧洲联盟和南非），或者授予部长特定权力（如意大利、牙买加、新加坡和联合王国），这些情况经常发生在兼并和并购的审查方面。在许多情况下，公共利益条款以某种形式存在，但竞争主管当局或部长则要完全避免使用这些条款（如意大利），或者很少启用这些条款。

38. 同样重要的是要认识到，有关竞争法律优先事项的决定未必是一次性的，因为国家经常会根据不断变化的情况来调整其国家法律或优先事项，包括改变政府。在此背景下，一些竞争法律包括特许主管竞争政策的部门随时以一般政策指南（如巴基斯坦、瑞典和津巴布韦）等形式发布指令。在一些管辖区域，继任部长要完全避免行使这一特许权（如津巴布韦）。

I. 市场规模和管理

39. 一个经常引用的有关发展中国家和小型经济体（包括发达国家）的论点是，以市场为导向的结果未必能保证在造福消费者方面有很高的效率和积极的效果，因为在小市场中发生的许多竞争问题的根源是结构性的。这种说法不仅证明发展中国家和小型经济体可能更加依赖于竞争法律中有关公共利益的条款，而且还表明，尚未开放自由竞争的重要部门也更加依赖于关于部门监管。

J. 非正规经济部门

40. 在许多发展中国家，非正规经济部门是生产性实体其中的一个重要组成部分。他们不是登记企业，也不纳税。然而，在很多领域，非正规企业往往会产生大量产出。产生这种非正规特性的部分原因是由于存在繁琐的政府规章，包括准入壁垒以及缺乏基础设施、银行培训或执法。由于无法诉诸法庭，所以限制了它们进入商业合同交易。

41. 非正规经济部门影响竞争法律执行情况的程度因竞争主管当局不同而存在差异。在大多数国家，竞争法律适用于非正规经济部门所从事的经济活动。然而，竞争法律的适用情况可能会有所不同，其结果可能也是各种各样。有些竞争主管当局已经对其认为具有反竞争行为的非正规经济部门采取执法行动。他们已

对偷逃税款从而与正规经济部门开展不公平竞争的企业采取执法行动。但是，竞争主管当局在打击非正规经济部门的执法方面仍然面临挑战。

42. 为了解决非正规经济部门的问题和制定竞争法律，各国政府需要采取有力的政策措施，例如，旨在宣传正规市场经营好处的宣传方案。除其他外，他们还需要查明限制竞争的法规，加强税收征管和监管执法以提高获得信贷和采购机会。这将使非正规企业能够在有效加强竞争执法环境中逐步发展成为正规企业。

K. 区域分组和常见竞争规则

43. 在成员资格和某些分组的内部划分方面，正在进行的区域经济一体化具有复杂和相互重叠的特点。

44. 正在出现的趋势是，有越来越多的区域分组正在寻找制定区域竞争规则的方式和方法，并且鼓励其成员制定国内法律。

45. 一个区域分组的成员国通过的各项决定可能具有跨界影响。在集中执法时，可能会减少或消除外部特性。因此，由于超国家主管当局在处理反竞争案件时作为一站式机构统一适用共同的竞争规则，所以会产生规模效应和节省交易成本。

46. 人们对执行共同体竞争规则的能力存有关切。虽然有区域一级的政治意愿，但某些成员国体制上的弱点、规模小和人力资源缺乏都会影响执行能力。例如，2008年1月19日成立的加勒比共同体（加共体）竞争委员会中有9个成员国尚未通过竞争法律（伯利兹、安提瓜和巴布达、多米尼克、格林纳达、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚以及圣文森特和格林纳丁斯）。因为它们都是非常小的岛屿，人力和财政资源都非常有限，所以它们决定最佳的竞争机构规模是在加共体内代表东加勒比国家组织的一个次区域机构。

二. 评价竞争法律和政策执行对发展的影响

A. 竞争政策及其执行的影响

47. 发展中国家受到许多竞争壁垒的困扰。这些国家迫切需要有效的竞争法律和政策。然而，由于市场特点各不相同且在法律和执法方面遇到困难，所以发展中国家比发达国家更难实施竞争法律和政策。这些因素中包括大型非正规经济部门、与规模小和准入壁垒大有关的问题、在灌输竞争文化方面遇到困难以及能力和政治经济限制。重要的是，每个国家必须根据评价结果采取其执行措施，以便在遵守这些限制的同时促进竞争。

48. 这些特征表明，没有竞争的市场是发展中国家更大的问题。对建立有效执行竞争法律的需求是很大的，但在有效执行政策方面也受到很大的限制。

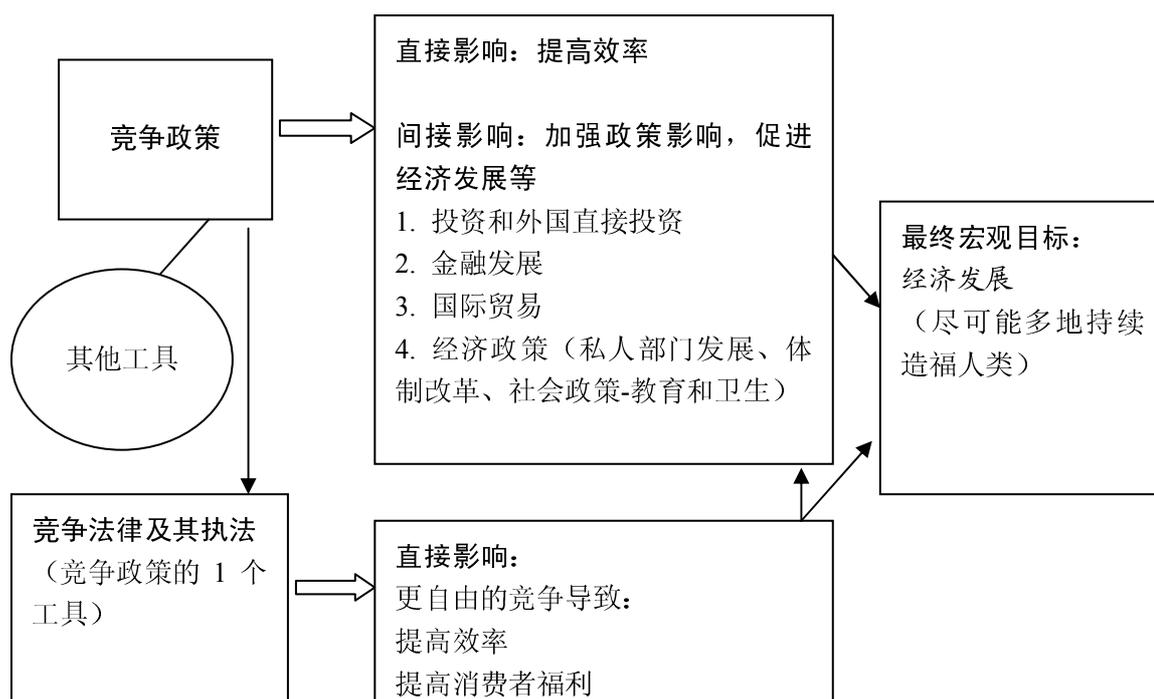
49. 对竞争机构所开展活动的影响进行评价有助于解决更加严重的政治经济问题，从而有助于为政策制度提供合法性。另一方面，发展中国家的能力制约因素也阻碍了适当开展这些评价活动。然而，如果能在此背景下适当进行，评价活动将有助于针对这些管辖区域内因上述特点引起的各国竞争限制提出具体的解决建议及提出潜在补救措施。

50. 考虑上述各种标准可能在制定国家目标方面是一个重要因素。发展中国家的优先事项可能完全不同于发达国家。然而，当其他政策工具可能成为实现某些目标最适当工具的时候，有可能会提出太多的要求。这会加强评价的作用。有必要了解国家竞争法律实施方案的影响，以便确定竞争政策的潜力和限制。

51. 评估监管执法行动对广泛遵守或不遵守竞争法律之社会现象的影响是一件难事。经验研究明确表明，执法以外的各种因素很可能会影响到发展水平。因此，很难区分执法行动的影响和其他因素对经济发展的影响。更困难的是，“发展”本身就是一个复杂的概念。¹

图 1

竞争法律、竞争政策和经济发展之间的关系



¹ 经济发展过程涉及随时间推移要不断造福人类，除其他外，它必然会随时间推移而增加消费品数量、质量和品种。

52. 有一种论点认为，“竞争政策既是对其自身权利的直接贡献者，也是透过强化其他政策的间接贡献者”。图 1 表明，竞争法律和政策能够对经济发展产生直接影响。判断执法行动是否成功的标准之一是它在何种程度上有助于监管机构和“被监管者”之间建立有关对遵守的含义以及应该如何付诸实践的共同理解。换句话说，不能仅仅根据监管机构是否在法庭上获胜来判断执法行动对遵守的影响。有人认为，判决执法行动的好坏必须依据它有助于使业务规范和最佳符合监管预期的程度。事实上，如果不仅实现了业务和监管机构之间在对特定监管规则需要有特定情形的共同认识，而且还实现了对若不致力于相关监管规则所支持的目标和宗旨的共同认识，则执法行动在其“遵守”影响方面就是最成功的。对监管制度的目标和宗旨的共同认识很可能会导致这些规则在不同情况下的相同解释，并且共同致力于为习惯遵守创造机会的共同目标。

53. 人们可能选择的第一套标准重点在于“输入”标准：这是指关于国家执行其竞争制度的管理过程和制度的标准。在这方面，我们可以选择把重点放在案件选择或人员更替等方面，或放在管理当局认为重要的有关机构效率的其他特殊措施上。

54. 试图通过其相对重要性权衡各种输入标准需要理解各项标准与对经济结果的影响之间的关系。有少量文献试图设计出衡量竞争主管当局体制能力的办法。

55. 评估竞争政策主管当局成效的另一个重要标准是拿它取得的成绩与竞争政策制度的既定目标进行比较。这通常会在颁布国家竞争制度的立法序言中做出规定。因此，用于评估机构竞争成效的尺度将是不断审查管理当局的执法活动是否正在实现立法的既定目标。突尼斯的竞争立法也考虑了这个想法，其中规定，在评估成效时应该了解主管当局能够履行其使命的程度。必须考虑到主管当局的存在对国家竞争形势的实际影响。如果竞争立法的任务是提高竞争力，而且市场仍然由少数公司垄断，则质疑主管当局的成效确实是合理的。

56. 因此，竞争机构也可以选择把重点放在“输出”标准上，其中包括对于干预措施是否成功的标准进行量化的某种尝试，比如，有关量化因开展成功调查和阻止竞争法律侵权而产生的成本节省方面的工作。

57. 主管当局在这方面可能开展的研究类型或各不相同，包括从不精确的计算到详细的计量分析。适当程度的量化工作会随案件的重要性和主管当局的能力不同而存在差别，但这并不损害一些量化措施将会受到欢迎的事实，如果仅仅是因为它使主管当局能够了解所涉措施的数量级。即使是简单的计算也可以反映主管当局未来的执法重点和战略规划。

58. 例如，欧共体已在其“合并补救研究”中报告了可通过着眼于所实施的补救办法而取得的总体成效，因为这可以反映在实现预期成果方面的效率。在这里，可以通过补救措施已经实现其预期目标的百分比来量化所取得的成效。该研究表明，在被分析的补救措施当中，有 57% 的补救措施是完全能够起到作用的，

即它们已经实现其预期目标，有 24%的补救措施只能部分起到作用，有 7%的补救措施无效，因为它们没有实现预期目标。

59. 利用这种办法，人们可以尝试通过总结个别案件的积极成果来评估竞争制度的好处。但是，这并不包括拥有竞争法律的威慑好处，而这种威慑好处又是相当大的。另一方面，它也不包括那些因担心遭到竞争法律错误起诉而没有实施的支持竞争的行为数量。因此，在法律适用不均衡和竞争决策透明度不明确的司法管辖区域，可能很难采取这种“自下而上”的办法来量化竞争的影响。

60. 当一个人试图在国家一级评估执行竞争法律的好处时也会遇到类似的困难。同样是在这种情况下，很难将竞争法律的影响与其执行分开。要在国家竞争主管当局一级做到这一点当然极其困难，因为除了竞争制度的成效之外，还有很多因素可能会影响制造业生产率的加价或水平。尽管如此，还是有人从局部均衡的研究中获得了有趣的见解，且如果不能准确地对它进行量化，也可以从有关这些特定干预措施的研究中得出具有启发性的证据来支持其对经济增长的积极影响。

61. 由于某些竞争主管当局刚刚成立且已达到执行阶段的案件数量有限，故对这些竞争主管当局的成效进行评估可能很困难。例如，突尼斯就是这种情况，对其主管当局所开展工作进行客观评价的重要性受到强调。这种客观评价应该与处理案件的时限以及在竞争主管当局采取干预措施之后达到保证要求的数量等某些特定标准挂钩。

62. 如果竞争主管当局能够就竞争政策问题向政府提出对经济产生积极影响的建议或提案，这也是成效的一种表现。例如，突尼斯竞争主管当局就在有关竞争立法的各种改革方面发挥了积极的作用，并为这些改革铺平了道路。

63. 确定主管当局是否有效或者至少被认为能够确定主管当局是否有效的另一个潜在标准是要考虑重要利益攸关方的态度。在这方面，必须指出，从一定程度上讲，确定相关“利益攸关方”（或至少确定人们在多大程度上分配其相关权益）是由立法的既定目标确定的（如果竞争立法优先考虑消费者的利益，则这一团体就可能是主要的利益攸关方）。如果立法的目的是促进和保护小企业，那么就优先考虑这个群体，等等。

B. 对所选经验研究的审查

1. 垄断和滥用支配地位

64. 2002 年贸发会议的一份工作文件引用了有关发展中国家和发达国家竞争的一些研究。一项有关利用长期存在的利益的研究和另一项关于利用企业营业额（出境和入境）的研究表明，发展中国家和转型经济体的竞争水平与发达经济体大致相同。对发展中国家制造商进行的审查“并未支持有关最不发达国家制造商观念相对落后和效率相对低下的说法”，它再一次否定了有关发展中国家竞争不太激烈的看法。

65. 《2007 年全球竞争力报告》指出，随着生产力的提高，各国的繁荣程度也在提高。该报告还载有与人均国内生产总值（GDP）相关联的指标。总之，对于低收入国家而言，移动电话、高品质的电力供应、互联网接入、贸易壁垒、其他基础设施和地方竞争都影响人均国内生产总值。对于中等收入国家而言，这些因素加上各种专利、企业集团缺少市场主导地位以及反托拉斯政策的有效性都会影响人均国内生产总值。

66. 经济合作与发展组织（经合组织）曾经说过：“发展中国家和转型经济体可能存在使它们特别容易受到私人反竞争行为影响的结构性弱点。在发现有以下因素时，它们可能会对竞争压力产生负面影响：

- (a) 被贸易自由化措施隔离的地方市场所占比例进一步扩大；
- (b) 获得基本投入的能力有限；
- (c) 分配渠道比较有限；
- (d) 更加依赖于进口（基本工业投入）和（或）出口（增长）；
- (e) 进口遇到行政/体制壁垒的发生率提高；
- (f) 资本市场疲软。”

67. 从国家垄断向竞争过渡可能为排外而滥用市场支配地位提供更多机会。此外，据经合组织称，“受到新加入者挑战的先前垄断者可能会从先前的位置上‘继承’某些优势，比如，它具有强大的财务状况、控制某些网络设施、联系和政治支持，或已与供应商和客户建立关系。这样的主宰企业或‘老牌运营商’可能找到很多办法使新加入者变得生活困难，并最终有效地将竞争对手逐除市场。在很多已经开放市场的国家，竞争法律的执行者发现自己被那些因先前垄断者和新加入者之间不平衡引起的涉嫌滥用支配地位的无休止案件所淹没。”印度的《竞争法律》第 19 条第（4）款（g）项指出，对这个问题的认识，是在确定一个具有支配地位的企业是否“具有通过任何法令或因为作为国有企业或公共事业或以其他方式取得的垄断或支配地位”时可能考虑的一个因素。

68. Dutz 认为，发展中国家和转型国家的竞争主管当局应将其有关反滥用市场支配地位的工作重点放在有关妨碍企业获得所需基本业务的滥用行为方面。这样做的目的是要减少新企业和中小企业的障碍。地方基本投入的例子包括“地产、银行、运输、配送仓储、通信和专业商业服务”。

69. Fox 指出，“在牛奶、软饮料、啤酒、鸡肉、糖、棉花、纸张、铝、钢铁、化学品（化肥）、包括移动电话在内的电信服务、水泥和其他建筑材料、包括货车运输在内的交通运输、航运、进口港口、工业用气体、银行、保险、煤炭和电力等物理和商业必需领域，反竞争惯例非常普遍。很多惯例是地方性的，还有很多惯例得到了政府支持，还有很多其他惯例是由于入境限制引起的海外措施。”她认为，在发达国家，针对国有企业或国家给予特权企业的入境阻拦或歧视行为采取干预措施可能比反滥用干预措施的好处更多，更节省成本。

2. 核心垄断企业

70. 这些案件有一个显著的特点，那就是很多案件都集中发生在少数经济部门。例如，水泥垄断企业似乎是无处不在。已经制定反垄断企业方案但并没有起诉一个或多个水泥垄断企业的国家很少。更为普遍的是，建筑材料和建筑服务似乎是垄断企业经营者的沃土。

71. 对于这些部门而言，垄断企业活动高发的原因是相当明显的。建筑材料，特别是水泥，都是属于同类产品。区分厂商几乎完全靠价格。这种同类性使得销售商更容易就垄断协议的条款达成一致。重要的是，这些产品和服务往往是通过招投标方式出售给政府或公共机构的。这些买家特别容易受到操纵投标活动的影响，下文将对此做进一步讨论。

72. 石油部门的垄断案件和调查数量一直相对较多，特别是汽油垄断。汽油垄断案件高发的原因可能有几个方面。汽油是一种重要消费产品，而且对很多人来说是必需消费品。此外，汽油价格在过去几年里一直在普遍上涨，而这毫无疑问主要是因为需求增加，有人怀疑至少部分原因是由于垄断造成的。也许最重要的是，目前的汽油零售价格是很容易预测的。这可能有助于汽油销售商达成协议。它还可能提醒消费者和负责竞争事务的官员注意到可能存在的垄断企业。

73. 但这里应注意一点。仅仅是价格的同步运动，尤其是汽油等同类品，其本身并不足以证明存在非法协议。这种价格活动同样可以与积极竞争保持一致。在几乎所有国家，要对垄断企业进行起诉，必须要有更多的证据，而不仅仅只是同步定价。事实上，在一些国家，对可能操控汽油价格的调查都失败了，原因就是缺少这种补充证据。

74. 在本报告所描述的案件中，食品也似乎占了相当大的比例。其原因可能也是由多种因素共同作用造成的。与汽油一样，食品是一种重要消费品。它可能是一种同类产品，特别是在生产者/加工者一级。在这一行业，买卖双方可能会更容易获得价格信息。似乎经常出现垄断企业的其他部门包括运输服务和专业服务。

75. 但在上述案件中最频繁发生的共同特征是在向政府机构出售产品和服务的案件中出现操纵招投标行为。政府采购代理人可能无法识别可疑的招标活动，而且他们使用的程序可能对串通投标缺乏防范措施。在有些情况下，采购程序甚至有可能受到腐败的影响。政府采购的公开性可能还有助于垄断协议的形成和监测。

三. 今后可以吸取的教训：发展中国家及其他国家如何完善竞争政策的制定和执行

76. 改进竞争政策的制定和执行工作的方式包括：

(a) 制定适合国情的竞争法律和政策及其执行框架。发展中国家深受很多竞争壁垒的困扰。这些国家迫切需要一个有效的竞争法律和政策。然而，由于各

种市场特点和法律及执法方面的困难，发展中国家比发达国家更难执行竞争法律和政策。其中的一些因素包括存在大量非正规经济部门、与规模小和进入障碍大有关的问题、在灌输竞争文化方面遇到困难以及能力和政治经济限制。因此，每个国家必须在这些制约因素范围内制定并实施适合其本国国情的竞争法律；

(b) **努力形成一种竞争文化。**上述主题表明了可能加强竞争法律执法工作的几种方式。首先是“形成竞争文化”，让公众了解竞争的好处并广泛支持强有力的竞争政策。这项工作正在进行之中；它需要向社会各界（消费者、商人、工会、教育工作者、法律界、政府和监管官员、法官）宣传关于市场竞争对他们的好处以及对国家经济的好处；

(c) **鼓励提出申诉。**受过教育的消费者和商人将更加警惕可能出现的反竞争活动，更愿意报告这种活动。正如上文所述，向竞争主管机构投诉一直成为且在发展中国家有可能继续成为有关先前未知垄断企业信息的最常见的来源。必须确保尽可能作为机密保护投诉人的身份；

(d) **开始制定一个宽大处理方案。**“开始”一词是重要的。人们不能期望一制定宽大处理方案就能立即对主管机构产生效果。竞争主管机构必须首先建立信誉，能够发现并成功起诉垄断企业并且严惩那些被起诉者的信誉。一旦有了这种信誉，适当制定的宽大处理方案一定会取得成功；

(e) **将初步调查工作重点放在最有可能发生垄断行为的行业。**现有强有力的证据表明，虽然所有经济领域都有可能发生垄断行为，但它们在有些行业更有可能发生，特别是在发展中国家。新的竞争主管机构应把工作重点放在这些行业。公共采购行业可能是一个富有成效的行业研究领域。对涉嫌串通投标的行为进行研究可能会发现有关暗示客户分配或轮流竞标模式。这种研究应在知识渊博的采购官员的帮助下进行，他可能会对数据做出正确的解释；

(f) **开始对垄断行为实施严厉制裁。**强有力的制裁政策是成功的反垄断方案中不可缺少的一个组成部分。制裁可以采取几种形式，包括针对企业和自然人的行政罚款；包括罚款和监禁在内的刑事处罚；以及垄断企业对受害者予以损害赔偿。针对企业的行政罚款是最常见的方式。罚款处罚应足够严厉，以消除垄断企业的收益。因此，人们日益认识到还有必要评估在垄断案件中针对有罪人员进行的处罚。如果他们面临个人处罚，无论是监禁（在少数国家）还是大笔罚款，他们就会有更多的理由不去参加垄断活动；

(g) **教育公众了解由垄断所造成的损害。**刚刚开始执行竞争法律的国家可能无法立即开始在它们的首批案件中实施严厉制裁。一些经营者可能不知道自己的行为违法，或者垄断企业的形成可能是在颁布第一部竞争法律之前。法院可能不愿意在其不熟悉竞争政策或竞争案件时核准实施严厉制裁。为在垄断案件中实施严厉制裁确立支持需要开展有关垄断所造成危害的教育方案；

(h) **在执行竞争法律方面开展国际合作。**国际竞争界正在努力寻找有关打击这些秘密和跨国协议方面加强合作的办法。但此项工作已远远超出了这一范

围。包括贸发会议和经合组织在内的国际组织长期以来一直积极从事有关核心垄断企业的研究和报告工作。另外，在过去七年里，竞争主管机构的代表们每年举行一次会议，以讨论反垄断的执法技巧。国际竞争网络已开始实施一项计划，以应对由国际和国内垄断企业为反垄断执法工作带来的挑战。只要受到资源约束，发展中国家参加这些国际论坛的能力就会受到限制。但是，这些论坛产生的几乎所有工作产品都是可以利用的，通常都放在互联网上。对于缺乏经验的竞争主管机构来讲，这些资源是丰富的信息来源；

(i) **努力同那些将会审理垄断上诉案件的法院建立关系。**随着竞争主管机构更加积极地起诉垄断企业和其他违反竞争法律的行为，其中的一些案件将会被提出上诉，这是不可避免的。各国经验表明，在有些上诉案件中，竞争主管机构可能会遇到一些挫折，这几乎也是不可避免的。在很多方面，竞争案件都具有特殊性，法官不会有处理相同案件的经验。最初，他们往往会避免在法律依据的基础上裁决案件；相反，他们将会集中审查程序问题，因为他们对这些问题比较熟悉，并且会在同样的基础上撤销某些案件的裁决。特别是，在垄断案件中，他们可能不愿意维持由竞争主管机构确定的巨额罚金；

(j) **进行同行评审。**贸发会议有关竞争政策的自愿同行评审是专门为了加强发展中国家和转型经济体提高竞争政策执行框架的质量和有效性。它涉及到对按照竞争法律制定的竞争政策进行审查，并且体现了机构和体制安排在执行竞争法律方面的成效。如果同意向他人展示其工作，自愿参与竞争同行评审的国家/机构就能参加自我评估，从而有助于在允许非对抗性外部参与的环境中查明自身的优缺点。这种协商的包容性增强了其他利益攸关方对被审查机构的信心，并且向外部而不是向内发出信号。