



竞争法和竞争政策问题政府间专家组

第十一届会议

2011 年 7 月 19 日至 21 日，日内瓦

临时议程项目 3(a)

就竞争法和竞争政策的同级审评问题

进行磋商和讨论；审查《竞争法范本》；

就《原则和规则》的各项规定进行研究

竞争法范本(2010 年)——第十章修订本¹

¹ 本文件为 TD/RBP/CONF.7/L.10 号文件的修订本。

竞争法范本(2010 年)——第十章修订本

管理机构的职能和权力

一. 管理机构的职能和权力可包括(举例):

- (a) 进行查询和调查, 包括在接到控告后进行查询和调查;
- (b) 作出必要的决定, 包括实行制裁或向主管部长建议进行制裁;
- (c) 进行研究, 发表报告, 向公众介绍情况;
- (d) 印发表格, 设置申报登记册;
- (e) 制订和颁布规章;
- (f) 协助拟订、修订或审查限制性商业惯例立法或监管和竞争政策有关领域的立法;
- (g) 促进与其他国家的信息交流。

二. 保密

- 1. 对企业提供的含有合法商业秘密的资料给予合理的保护, 以保守其机密性。
- 2. 防止泄漏向竞争管理机构提供资料、并需保密以防遭受经济报复者的身份。
- 3. 防止泄漏政府对正审议或未决事项的审议意见。

对第十章的评注和现行法律的不同方针

导言

1. 多数竞争立法都规定了管理机构为履行其任务所行使的一系列职能和权力, 这些职能和权力为管理机构的工作提供了一个总的框架。《竞争法范本》第十章列举了管理机构的一系列职能。有必要指出的是, 所有这些职能都和竞争管理机构或竞争法执行机构可能进行的活动以及它们通常用来执行任务的手段有关。需要强调的一个共同特点是, 管理机构的职能必须以正当法律程序、公平、不歧视以及问责和透明度原则为基础。

- (a) 进行查询和调查, 包括在接到控告后进行查询和调查;

2. 管理机构可主动采取行动，或在出现表明存在反竞争做法的某些迹象(如凡是有人或企业提出投诉)之后采取行动。《关于竞争的一套原则和规则》明确规定，各国应当制定或改进从企业那里获得有效管制限制性商业惯例所需信息的程序。²
3. 管理机构还应有权命令个人或企业提供材料和文件，要求作证和得到证据。
4. 如果未提供此种材料，可在必要时考虑取得一份搜查令或请法院下达一项命令，以便要求提供材料，或获准进入据认为存放材料的场所。在许多国家，包括阿根廷、澳大利亚、德国、意大利、匈牙利、挪威、巴基斯坦、秘鲁和俄罗斯联邦以及欧洲联盟，管理机构有权命令企业提供材料，并准许工作人员入室搜查有关材料(所谓拂晓突击搜查)。不过，进入房舍得受某些条件的约束。比如，在阿根廷、奥地利或德国，须经法院下达命令后方可进入私人住宅。在土耳其，如果为了获取资料复印件、文件、书籍或其他文书的现场检查受到阻挠或有可能受到阻挠，治安法官可下令进行检查。在波兰，如果发生有理由怀疑竞争法受到严重违反的最紧急情况，尤其是如果一旦拖延就有可能发生销毁证据的情况，可在程序进行过程中的任何时刻获得竞争和消费者保护法院的搜查令。欧盟委员会在按照共同体规章开展调查时，如果遇到被要求提供文件、资料和其他证据的任何人的抵制，波兰竞争和消费者保护局可应欧盟委员会的请求对场所、公寓、运输车辆等等进行搜查。在波兰竞争和消费者保护局应欧盟委员会的请求检查某企业的过程中，欧盟委员会的代表也可参加检查。
5. 许多辖区对有意不遵守管理机构调查令的行为实行处罚，在有些情形中包括罚款和监禁。
6. 关于收集证据，这一竞争法执行领域的最佳做法显示，应当认定有必要向答辩方透露尽可能多的实情，以使其能够充分为自己辩护。竞争管理机构和答辩方之间在指称和支持指称的证据问题上保持接触，将确保答辩方不仅被告知竞争管理机构的审评所依据的定罪的证据和开脱罪责的证据，而且还获悉案件的事实依据叙述，以及构成认为存在侵害行为的看法的依据的经济和法律分析。³
7. 下文讨论调查方法上的一些不同做法。

² 见《原则和规则》第 E.6 点。

³ The International Chamber of Commerce, *Recommended Framework for International Best Practices in Competition law Enforcement Procedures*, Document No. 225-666, 8 March 2010.

现行法律的不同方针——调查制度

国家	管理机构的权力	对违规的处罚
欧洲联盟	委员会可： • 要求提供信息 • 进入和搜查场所 • 检查文件和记录，提取复印件 • 对场所或记录封存一定期限 • 要求任何人就事实或文件作出说明	对违规行为可处以罚款，但不得超过违规企业前一年营业总额的 1%。
美国	管理机构可要求人员： • 提供文件、资料或其他材料 • 口头宣誓作证 美国司法部也有权行使刑事调查权，开展刑事调查。	不遵守“民事调查要求”是一项可处以罚款和监禁刑事犯罪行为。
土耳其	竞争委员会可要求公共机构和组织、企事业和行业协会提供其认为必要的资料。这些机构的官员有义务在委员会规定的期限内提供必要的资料。 根据《竞争保护法》第 15 条，竞争委员会有权在不事先宣布的情况下进行实地调查。只有在被调查的企事业拒绝接受拂晓突击搜查的情况下，才须获得司法机构批准。	对不按要求提供资料或提供错误信息的行为可处以规定数额的罚款。 对妨碍实地调查的行为可处以每天规定数额的定期罚款。
中国	按照《中华人民共和国反垄断法》第三十九条，反垄断执法机构有权： • 进入被调查的经营者的营业场所或者其他有关场所进行检查； • 要求被调查者说明有关情况； • 查阅、复制相关商业文件等等； • 查封、扣押相关证据； • 查询被调查的经营者的银行账户。	按照《中华人民共和国反垄断法》第五十二条，对拒绝按照要求提供材料、提供虚假材料、销毁或转移证据以及其他拒绝、阻碍调查行为者，可处以罚款。
新西兰	委员会可要求提供文件(在不违反法律特权的情况下)并提供书面信息，并可要求人员在到委员会作证和提供文件。 委员会也可(从法院)获得和实施搜查令。	不服从委员会的调查权，即构成违法行为，可被处以罚款。

宽大处理方案⁴

8. 过去 10 年来，大量竞争管理机构都将所谓的宽大处理方案作为一种调查手段，以查明最严重的反竞争做法，即核心卡特尔。宽大处理方案是一项公布实行的制度，该制度规定，“对于向竞争[法]执行机构报告参与卡特尔的情况的卡特尔成员，可部分或全部免除本应对其适用的处罚”。⁵ 宽大处理方案证明是发现卡特尔的一种有力手段。正在完善中的竞争制度可得益于宽大处理方案，因为此类方案有助于减少确保对竞争法的遵守所需的人力资源和资金。

9. 宽大处理制度的一些主要方面通常为：(a) 列明该制度的益处；(b) 明确规定申请人的雇员是否免于刑事检控；(c) 申请人为获宽大处理而须提供信息的性质和范围；(d) 作为该制度的基础的透明和可预测的程序；(e) 明确的陈述，说明竞争管理机构保有显示企业认为宽大处理方案可预测和有利的记录。

10. 根据宽大处理制度，卡特尔成员必须主动报告，并满足其他一些要求。通常，卡特尔成员承认构成违法行为的相关事实，停止卡特尔活动，并充分合作，提供重要证据，协助对其他卡特尔成员的起诉。竞争法执法者则应以透明和可信的方式实行可预测的处罚，以鼓励卡特尔成员申请宽大处理。

11. 大约有 50 个辖区主动表示执行着卡特尔宽大处理方案。⁶ 在中低收入国家中，巴西、墨西哥、俄罗斯联邦和南非执行着积极的宽大处理方案。智利近来加入了这个群体。它们的方案类似于在美国和欧洲联盟的方案并与之并行展开，美国和欧盟或许是收到宽大处理申请数量最多的辖区。但是，大多数中低收入国家没有宽大处理方案。

12. 贸发会议秘书处近期开展的比较研究列出了有效的宽大处理方案的必要条件。

13. 反卡特尔执法工作充分活跃，使卡特尔成员认为如果不申请宽大处理，则会在很大的被发现和处罚的风险。

14. 对未申请宽大处理的卡特尔成员施加的处罚较重，在一定程度上是可预期的。第一名申请者受到的处罚远要比后来的申请者受到的处罚轻得多。

15. 宽大处理方案具有充分的透明度和可预期性，使潜在的申请者能够预期自己会受到何种待遇。

16. 为吸引国际卡特尔成员，宽大处理方案充分保护信息，从而使申请者不会比非申请者更容易遭到别处提起的诉讼。

⁴ 关于发展中国家宽大处理方案的具体情况，见贸发会议秘书处关于宽大处理方案作为发展中国家针对核心卡特尔执行竞争法律工具效果的说明。TD/RBP/CONF.7/4。

⁵ 《国际竞争网络》(2009)。“草拟和实施有效的宽大处理方案”。《反卡特尔执法手册》第 2 章，见 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>。

⁶ 同上。

17. 最后，必须提到，在调查过程中，许多国家宪法中规定的法律正当程序的一般原则和规则必须得到应有的遵守，包括适用的法律特权规则。

(b) 作出必要的决定，包括实行制裁或向主管部长建议进行制裁；

18. 管理机构在进行查询和调查之后，须作出某些决定，即视具体情况，提起诉讼或要求终止某些做法，不批准或者批准所申报的事项，或实行制裁等等。在这方面，竞争案件中的补救办法可包括通常由法院发布强制性禁令或防范性禁令，或处以罚款。竞争制度采用的多种补救办法应当使竞争管理机构能够应对竞争法案件中会出现的多种情况。当然，补救办法须具有足够的威慑力，以防止重新作出违法行为和不遵守法律和/或判处的制裁。

19. 管理机构具体的决策权取决于机构的结构及其与政府和法院的关系（关于这一点，见第九章），具体说来，取决于机构是否有一审裁决权限（如欧洲联盟的情况），还是必须通过法院采取行动（如美国的情况）。

(c) 进行研究、发表报告、向公众介绍情况；

20. 管理机构可开展研究活动，请专家协助其开展研究，或委托机构外人员从事研究活动。例如，巴西的法律规定，司法部经济法律办公室应进行调查研究工作，以改进反托拉斯政策。有些国家的立法明确要求主管部门开展具体的研究活动。开展研究出于多种不同原因。例如，管理机构可选择委托人员就以下问题开展研究。

21. 一个部门或一种货物和服务市场，目的是确定该市场是否存在对于竞争的结构性障碍。

22. 具体的商业行为或经济活动（如捆绑货物和服务），目的是确定这种活动对经济和竞争的影响。

23. 竞争立法的一个方面，目的是评估法律是否实现了规定的政策目标。

24. 在较新的竞争制度如加勒比共同体的竞争制度（共同体竞争法要求成员国“采取必要的立法措施，确保与竞争规则保持一致并遵守竞争规则”⁷）中，以及在共同体机构受委托“制定适当的竞争政策和规则……包括某些部门的特殊规则”⁸的情形中，必须进行法律和经济研究，以便：(a) 评估为确保共同体成员国遵守共同体竞争法规定所需进行的改革的程度；(b) 确定与共同体基本的条约目标和宗旨相一致的执行优先事项。

⁷ 《经修订的查瓜拉马斯条约》，第 179 条第(1)款(b)项第(二)目。

⁸ 《经修订的查瓜拉马斯条约》，第 182 条。

25. 最后，管理机构的一个重要作用，特别是对近期引入竞争法的国家而言，是向公众和工商业界开展关于竞争法的含义及合法行为界限的教育活动(竞争倡导)。为此，许多国家的主管机构都印发年度报告以及公告、手册和宣传文件。

(d) 印发表格，设置申报登记册；

26. 大多数有申报程序国家的法律还规定建立某种具有透明度的登记制度。例如，西班牙的保护竞争登记处就是这样。欧盟委员会在其网页上公布所有已申报的集中一览表。有些国家建立了一种公开登记册，上面记录通过申报提供的某些但不是所有情况。建立这种登记册是基于这一想法，即公开所登记的情况能在某种程度上对从事限制性商业活动的企业构成一种制约，并能使受到此种做法影响者了解这些做法。这些人员还能提出具体申诉，并指出所申报情况中存在的任何失实之处。不过，并非所有申报的情况都能予以登记，其中一条理由是某些信息涉及所谓的“商业机密”，透露这些机密会影响所涉企业的经营活动。竞争管理机构掌握的敏感商业信息的重要性不论怎样强调都不过分，因为这种机密一旦泄露，会大大挫伤企业界的积极性，使它们迟迟不愿满足提供情况的合理请求。

27. 如果采用申报制度或登记册，就应当考虑是否有必要赋予竞争管理机构以审查申报制度的必要性的权力，或者，是否有必要列入一个“日落条款”，以在列明的事件或日期之后限制该制度的使用。

28. 印发兼并或限制性行业做法申报标准表格，可简化管理机构的决策程序，确保各方在接触管理机构之前即收集到支持竞争评估的必要信息。

(e) 制订和颁布规章；

29. 管理机构还应有权颁布实施规章条例，以便于该机构开展工作。由于竞争法某些领域决策的复杂性，例如兼并的审批以及限制性行业做法的核准，管理机构通常发布实施规章条例，概述申报交易或做法、收集材料、评估和决策的程序。

30. 还有必要发布指南、适用手册、做法说明和宣传小册子等解释性文件，解释执行规则，并阐明在评估指称的反竞争行为和解决执法行动时将采用的程序 and 标准。竞争管理机构还有必要明确规定在调查期间与机构接触的规则，说明机构将采用的联络方式，例如，联络是以正式信函、电子邮件、会议的方式进行还是以初步会晤或听证会的方式进行。竞争管理机构还应当在一份发布的文件中明确规定答辩人须提出意见的时间范围，设法让答辩人有足够时间全面调查指称，避免不切实际的时间限制，同时，考虑到案件所涉问题的复杂性，留出足够的时间。

31. 许多国家的管理机构还发布报告或指南，列出管理机构处理执法程序的方针或从竞争法角度评估某些经济活动形式的方法。例如，竞争管理机构经常发布关于兼并评估的指南。这些指南可能具有法律效力(如果有关机构被赋予制订规章的权力)，也可能只是说明管理机构是如何处理竞争立法的解释和适用问题的，因而不具有法律约束力。

32. 在一份得到发布和广为传播的文件中详细披露评估和接触规则，能够确保竞争管理机构和答辩人在整个调查过程中知悉相关事项，同时，随着实情调查的进行，能使双方看到经济和法律问题的变化。公布规则还可促进竞争管理机构的良好治理，并给企业带来一定程度的确定性，从而最大限度地降低对决定提出技术性异议的可能性。

(f) 协助拟订、修订或审查限制性商业惯例立法或监管和竞争政策有关领域的立法；

33. 由于管理机构在竞争领域具有高度的专业水平和独特的经验，因此，越来越多的新法规或修正案为管理机构规定了额外的任务：就有可能对竞争产生不利影响的法案草案提出咨询意见，开展研究，在竞争法的修订方面向政府提出恰当的建议。例如，保加利亚的保护竞争委员会、⁹ 葡萄牙的竞争事务委员会(可以在竞争政策问题上拟定意见、提供咨询和指导)、¹⁰ 西班牙的保护竞争法院¹¹ 和竞争保护局都属于这种情况。

(g) 促进与其他国家的信息交流。

34. 《联合国关于竞争的一套原则和规则》要求各国在区域和次区域两级建立起适当的机制，促进限制性商业惯例方面的信息交流。宜将信息交流明确规定为管理机构的职能之一，从而使其有权促进此种交流。

35. 信息交流具有多重目的，包括允许专门知识共享，鼓励全世界竞争法标准趋同以及支持证据交流等。由于许多卡特尔的国际性，最后一条正变得日益重要。能够交流或共享证据有助于确保对卡特尔有效执法。

⁹ 1991 年 11 月 15 日《保护竞争委员会的组织和活动条例》，第 4 条第(3)款。

¹⁰ 1993 年 10 月 29 日《保护和促进竞争的第 371/93 号法令》，第 13 条第(1)款(b)项、(c)项和(d)项。

¹¹ 7 月 17 日《第 16/1989 号保护竞争法》，第 26 条。另见保护竞争法院 1992 年备忘录：P.66。

36. 的确，这一竞争法执行领域的最佳做法显示，目前的趋势是在双边协定中规定国家间合作的条款。因此，在双边贸易协定中对文件/信息交流方面的合作作出规定的做法正变得更为常见。《北美自由贸易协定》¹² 以及《加勒比论坛和欧洲联盟经济伙伴关系协定》¹³ 载有在竞争法领域开展合作的条款，这些条款十分宽泛，足以涵盖信息交流和文件交流领域的合作。

37. 美国、澳大利亚、巴西、加拿大、德国、以色列、日本、墨西哥与欧盟委员会达成的双边协议以及法国和德国的双边协议，也对信息交流和协商作了规定。丹麦、冰岛和挪威之间也有一项多边协议。

38. 无论达成何种协定，请求(竞争管理)机构和被请求(竞争管理)机构都有必要充分了解各自关于保密、法定职业权利及蔑视法庭的国内法规。竞争管理机构有必要核定两点：一是请求辖区的法规尊重辩护方的权利；二是请求辖区能够完全保密，如同辩护方在被请求辖区的法律制度之下通常受到的待遇那样。

39. 关于上文第二点，经济合作和发展组织(经合组织)在一份文件中详述了正式信息交流方面的一些最佳做法。凡是多边协定阐明竞争管理机构之间在交流信息(通过自愿做法和强制性做法)方面的议定条款的，针对这些协定所采取的一项必要的后续行动是：这些机构设法审查任何障碍——无论是其他条约中还是国内立法中的障碍——以确保这些多边协定之下规定的有效合作得到开展。¹⁴

40. 许多国家甚至将与其他竞争管理机构开展合作的依据纳入竞争立法。这是一种日益增强的趋势，或许显示出很快将成为竞争法执行领域的共同做法的动态。下面列出竞争立法中采取的一些方针。

¹² 《北美自由贸易协定》第 1501 条第(2)款规定：“每一缔约方都确认，为促进竞争法在自由贸易区内的有效执行，缔约方主管机构之间有必要进行合作与协调。缔约方应当在竞争法执行政策问题上开展合作，这些问题包括相互提供法律援助、通知、协商，以及交流与自由贸易区内的竞争法和竞争政策执行相关的信息等。”

¹³ 例如，见《加勒比论坛国家和欧盟经济伙伴关系协定》第 128 条，该条规定，《协定》缔约方之间可交流信息并开展执法合作。

¹⁴ 经合组织竞争委员会，竞争管理机构在核心卡特尔调查过程中相互正式交流信息方面的最佳做法，2005 年 10 月。

现行法律的不同方针——信息交流

国家

比利时	比利时的立法规定，可以根据关于在竞争性做法方面相互协助的互惠协定，向别国主管竞争事务的适当机构传递必要的文件资料和信息。 ¹⁵
德国	按照德国《禁止限制竞争法》2005 年 7 月 12 日第 7 修正案，加强了反卡特尔局同其他竞争管理机构(特别在欧洲竞争网络组织范围之内)合作的权力，例如在信息交流和互相协助开展调查方面。
澳大利亚	2007 年，澳大利亚议会通过法律，使澳大利亚竞争和消费者委员会可以与外国和国内政府机构分享其在调查中获得的某些情报。 以前，该委员会只能披露在履行自身义务或职责时通过强制情报收集权力获取的信息，或按法律规定披露信息。 新的条款使该委员会可向专门机构、组织或个人披露上述以及其他信息(称为“受保护信息”)，条件是委员会主席认定这些信息能够促使或协助上述机构履行自身的权力或职能。 值得提及的是，1974 年的《贸易惯例法》第 155AAA 条允许该委员会向“一个外国政府机构”披露受保护信息。这一权力将有助于委员会协调与国际对口执法部门的调查。 符合以下条件的信息被视为“受保护的”： • 秘密提供给委员会，并涉及核心法律规定下的事项； • 根据《贸易惯例法》第 155 条或通过委员会的搜查和查封权力取得，涉及核心法律规定下的事项； • 委员会通过关于电信业和电信接入制度的各种情报收集权力获取，涉及《贸易惯例法》第 XIB 或 XIC 部分规定的事项； • 由外国政府机构秘密提供给委员会，信息涉及在外国(或外国某一地区)法律规定下的事项。 新的规定与《联合国关于竞争的一套原则和规则》E 节第 7 段中所述的观念相符，并与经合组织保护消费者不受虚假和欺诈商业做法之害的准则一致。 第 155AAA 节与《竞争法范本》第十章(g)款相符，并以其为依据。重要的是，本条为委员会在包括按照澳大利亚的双边协定等各种适当情况下与国际对口单位共享信息提供了法律基础。
阿尔及利亚	阿尔及利亚的法规建立了竞争委员会与外国竞争管理机构开展合作的框架，以便确保在关于国家主权、公共政策(“公共秩序”)和专业机密的规则得到遵守的条件下，恰当执行本国和外国竞争法规，发展与有关管理机构之间的协作和信息交换。这个框架符合与欧盟联系协定第 41 条和附件五所载关于开展合作的规定。 ¹⁶
新西兰/ 澳大利亚/ 加拿大	新西兰商业委员会、澳大利亚竞争和消费者委员会以及加拿大竞争专员按照一项谅解备忘录交流信息，并就执法工作开展合作。

¹⁵ 《保障经济竞争法》，第 50 条(b)款。

¹⁶ 建立欧洲共同体及其成员国与阿尔及利亚人民共和国的联系关系的《欧洲——地中海协定》(2002 年 4 月 22 日)。

二. 保密

1. 对企业提供的含有合法商业秘密的资料给予合理的保护，以保守其机密性。
2. 防止泄漏向竞争管理机构提供资料、并需保密以防遭受经济报复者的身份。
3. 防止泄漏政府对正审议或未决事项的审议意见。

41. 依照《联合国关于竞争的一套原则和规则》E 节第 5 段的规定，正当的商业机密资料应享受通常适用的保障，尤其应保护其机密性。一般来说，提交管理机构或该机构获取的机密资料也可受到国家保密法的保护。但是，有些国家的竞争立法对诉讼过程中获得的证据的保密问题有特别的规定。

42. 关于保护机密资料，竞争法执行方面的最佳做法似乎受保障诉讼当事方的基本权利(不论当事方是自愿合作还是在强制基础上合作)的必要性驱使。在这方面采取最佳做法的另一个重要的基本动机是，提供保障和保护机密资料有助于竞争管理机构持续获得市场行为者的合作和信任。竞争管理机构指望各市场行为者提供重要资料，以协助其对适用某项法律标准的实情进行评估。市场行为者通常为受调查公司的竞争者，往往是主要的证据来源，而证据能够揭示相关行为本身及其对相关市场的影响。即便是正接受调查的公司本身也是信息来源。例如，竞争管理机构依靠的证据通常见于内部函件(电子邮件、会议记录、备忘录等)和业务单据(货物销售合同)。如果竞争管理机构不对市场行为者提供的资料实行保护，它就可能处于这样一种状况：即便采取最具强制性的手段也无法获取它对问题作客观评估所依据的资料。

43. 所以，管理机构有必要允许资料提供者指明它认为具有机密性质的文件，并说明为何应给相关文件贴上“机密”标签。当然，管理机构将事先提供指南，阐明对文件实行保密依据的标准以及机构为确保对整份文件或文件的某些部分实行保密所采用的方法。

44. 总的来说，看来，各机构在这一方面所采取的共同做法，是对会透露可能使企业在竞争或商业上面临明显损害的关于企业的信息的文件实行保密。为保护机密资料，通常采取的做法是：仅公布经妥为编辑的文件；同时确保参与调查的机构人员作出宣誓/书面声明，保证除了为与调查相关的目的之外绝不透露机密资料。

45. 有必要指出的是，保护机密资料方面的保障措施应当超出对某些违反竞争法规的行为进行调查的范围，而且还应当在部门调查过程中加以采取。

现行法律中的不同方针——保护机密资料

国家

澳大利亚

澳大利亚议会在 2009 年对卡特尔行为引入刑事处罚时，也对《贸易惯例法》做出了修订，以加强保护向澳大利亚竞争和消费者委员会提供的卡特尔资料(称“受保护的卡特尔资料”)。议会承认，如果加强对有关材料的保护，举报者/检举者会更加愿意向委员会提供有关卡特尔行为的资料。

受保护的卡特尔资料被定义为秘密向委员会提供并涉及违反或可能违反禁止卡特尔刑事或民事违法行为规定的资料。¹⁷

一般来说不要求委员会披露受保护的卡特尔资料，但委员会在权衡以下列出的某些公共利益考虑后可以披露：

- (a) 受保护的卡特尔资料是秘密提供给委员会的；
- (b) 澳大利亚与其他国家的关系；
- (c) 需要防止国家或国际有关执法、刑事犯罪情报和刑事犯罪调查的努力出现中断；
- (d) 在由检举者提供受保护的卡特尔资料的案件中：
 - (一) 举报者或相关人员的保护和安全；
 - (二) 提供含有受保护的卡特尔资料的文件或披露受保护的卡特尔资料可能挫伤举报者将来提供受保护的卡特尔资料的积极性；
- (e) 司法利益。¹⁸

但是，法院或法庭权衡在以上列出的公共利益因素后，可要求委员会向其披露受保护的卡特尔资料。

对受保护的卡特尔资料适用的制度也限制在非主要诉讼中使用这些资料。

关于受保护卡特尔资料的规定以《竞争法范本》第十章第二条中所载条款为依据。

中国

《中华人民共和国反垄断法》第四十一条规定，反垄断执法机构及其工作人员对执法过程中知悉的商业秘密负有保密义务。

第三十八条第 2 款规定，对涉嫌垄断行为，任何单位和个人有权向反垄断执法机构举报。反垄断执法机构应当为举报人保密。

¹⁷ 见《贸易惯例法》第 44ZZRF、44ZZRG、44ZZRJ 和 44ZZRK 节，可通过以下网址查阅：<http://www.comlaw.gov.au/>。

¹⁸ 见《贸易惯例法》第 157C(5)条，可在以下网址查阅：<http://www.comlaw.gov.au/>。

马来西亚

2010 年《竞争法》第 21 条规定保护机密资料，内容如下：

“第 21 条(1) 任何披露或使用根据本法任何条款获取的关于具体单位或个人事务的任何机密资料的行为即构成违法行为。

(2) 但在下述情形下，上述第(1)款的规定不妨碍披露资料：

- (a) 披露行为取得提供资料人员的同意；
- (b) 披露行为系委员会履行职能或权力所必须；
- (c) 披露行为是在根据本法提起的任何诉讼期间合理作出的，并且此种披露不违反委员会或受理诉讼的竞争上诉法庭的指示；
- (d) 披露涉及根据本法开展的调查或本法规定的侵权或违法行为；
- (e) 披露行为系经委员会核准，并应外国竞争管理机构的协助请求而向该机构作出。

(3) 本条规定的‘机密资料’是指隶属任何个人、具有经济价值、通常别人无法取得或知悉的贸易、商业或工业资料。”

在采取最佳做法时持审慎的态度

46. 上文列出的执行规则制定情况，显示竞争法执行制度在调查方法、信息交流和诉讼过程中的保密方面的某些共同做法和最佳做法。例如，许多竞争制度都表明，宽大处理方案有助于竞争管理机构获取比它采用传统取证方法通常所能获取的多的证据。¹⁹ 另一种情况是，许多竞争制度都将某些条款列入竞争立法，目的是便利在有助于加快程序进行的简化方式调查和纠正违反竞争法行为方面相互提供法律协助。²⁰ 此外，竞争管理机构采用的调查方法的共同主线，也许是将强制措施作为调查方法的一部分，并将其作为惩治不服从调查或所实行的补救办法的行为的一种手段。例如，如上所述，有些制度将搜查核查方作为一种收集证据的方法，并对不服从调查的行为处以刑罚或高额罚款。

47. 将强制措施作为调查违反竞争法行为的手段，就竞争法执行制度的设计而言或许属于最佳做法。同样，竞争管理机构之间交流信息的做法正在变得更加普遍，这一做法也可属于竞争法执行方面的最佳做法。²¹ 然而，有时，在管理机构的主持下处以刑事制裁(不论是由于不服从调查还是由于违反竞争法规)，处以过高的罚款，以及集调查、起诉和裁决职能于一身的做法，加上按照国际最佳做

¹⁹ 例如，由于巴西、墨西哥和南非采用宽大处理方案，这三国成功的执法行动要多于宽大处理方案采用之前的年份。见《实施宽大处理方案，据以对发展中国家的核心卡特尔执行竞争法》。贸发会议秘书处的说明，TD/RBP/CONF.7/4。

²⁰ 加勒比共同体(《经修订的条约》和《经济伙伴关系协定》)。

²¹ 经合组织竞争委员会，竞争管理机构在核心卡特尔调查过程中相互正式交流信息方面的最佳做法，2005 年 10 月。

法确定一系列其它职能等做法，会受到依法提出的异议。所以，最佳做法在得到采纳之前，须接受辖区的国内法的检验。新的竞争管理机构须注意的是，最佳做法反映了共同方针，但它们并非一律能够确保每一国内法律体系中的尊重正当程序、自然公正和宪法原则根植于建议予以采纳的规则中。

48. 因此，竞争管理机构——在许多辖区通常被定义为一个行政机构——几乎无法证明对案件实情的调查和确定与在缺乏保障措施的情况下依据这些实情作出的决定这两者之间是分离的。此外，在竞争管理机构每年必须向政府的一个部说明资源的使用及机构存在的理由的情况下，是很难为判处刑事制裁和最高罚款提供依据的。再者，在竞争管理机构在缺乏方面承担多项职能的情况下，可能保障答辩人的基本权利(不论是判例法、《宪法》之下的权利，还是条约之下的权利)。

49. 所以，尽管为竞争管理机构划定某些权力和职能也许是通常的执法方式，但它们不一定反映为竞争管理机构划定权力方面的最佳或最优方式，因此严格来说不应解释为执法方式方面的最佳做法，除非设置某种制衡机制。例如，竞争事务管理总局和美国联邦贸易委员会等机构的执法方式，也许并不适合新的、完善中的竞争制度采用，因为相关辖区的法律制度明显有别于欧盟和美国的法律制度。的确，看一下较新的竞争制度(如牙买加的制度)中的竞争判例法，甚至是数年前一些制度(如澳大利亚)刚成立时的判例法，就会发现，在制定程序规则方面遵循共同做法或“国际最佳做法”，甚至“复制和粘贴”立法等等，无法确保得到制定的规则本身能够避免依法提出异议。

50. 看一下一些辖区“早期”的竞争判例法，便可发现这一问题，即竞争管理机构的权力和职能的指定没有恰当考虑到这些权力和职能在各自国内情形中的法律效力。例如，交流信息是竞争法方面的一个颇受关注的问题，许多辖区都把交流信息纳入竞争法规。不过，在交流信息方面，可以预见到一些关键问题。例如，在处理竞争法问题的过程中有待进行司法程序的情况下，能否说服一竞争管理机构向另一国竞争管理机构提供协助，具体做法是提供文件，以协助请求国进行平行调查，同时前者由不被认定藐视法庭？同样，在区域/共同体竞争法制度如加勒比共同体或南部非洲发展共同体竞争制度框架内，在相关问题有待共同体法院处理的情况下，一成员国的竞争管理机构能否展开平行调查，同时又不会因藐视法庭而招致传讯？在澳大利亚竞争和消费者委员会成立之初，类似的问题曾在 *Brambles Holdings* 诉贸易惯例委员会及其他机构一案中得到处理。²² 这一案件涉及澳大利亚竞争和消费者委员会根据 1974 年《贸易惯例法》第 155 条要求有关人员提供资料或文件或接受该委员会的调查的权力。该委员会发起了一次调查，目的是找到与一项进行中的调查相关的资料 and 文件，当时围绕这项调查，正因对《贸易惯例法》第 45 条的指称的违反而寻求处罚和禁止令。所涉与第 45 条有关的程序当时已进入相关问题正由法院负

²² (1980) 32 ALR 328。

责审理的阶段。法院认定，澳大利亚竞争和消费者委员会设法找到证据的事项正由法院审理，由于应由法院负责裁定它审理的问题，因此，该委员会的平行调查构成藐视法庭行为，因为委员会的行为干扰了司法的正常进行。可能出现的情况是，许多已经通过合作协定(交流信息是此种协定的一个主要目标)的新的竞争制度也许会发现它们处于类似的情形：必须作出将证据移交给相关程序正在国内法院进行的另一个辖区的决定。

51. 即便是欧洲共同体(欧共体)也在第 1/2003 号理事会规章(欧共体)(该规章对欧共体竞争规则的执行作出了规定)的早期面临对其程序规则提出的异议，而且至今仍在面临异议。共同体法院尤其是欧洲人权法院曾再三指出，竞争法程序必须遵守《欧洲人权公约》第六条之下的基本规定。²³ 当前，欧共体各国的开业律师仍对竞争事务总局承担多项职能的现象表示不满。

52. 第 1/2003 号理事会规章(该规章还规定了欧共体处理竞争法案件的程序)的程序没有得到任何修正——修正的目的在于提供欧共体竞争判例法中再三要求提供的程序保障，²⁴ 然而，许多新的、完善中的竞争制度将第 1/2003 号理事会规章之下的程序视为它们制定程序规则时可参照的模板，更有甚者，许多欧共体规则被当作竞争法执行方面的最佳做法。照搬最佳做法或盲目地将其它制度的规则作为模板，其结果可能证明对新的竞争管理机构有害。

53. 例如，由于职能委派不当，牙买加和巴巴多斯竞争管理机构成为“跛鸭”机构，因而需要作出修改，以消除两国立法中的程序缺陷。在牙买加上诉法院作出的一项里程碑式的裁决²⁵ 中，牙买加公平贸易委员会的设置方面的某些结构性缺陷被披露，其中包括：《牙买加公平竞争法》未能承认专员以外的工作人员，也未载有委派权，以便使委员会能够把调查职能委派给其它工作人员，同时在委员会负责调查的人员和负责裁决的人员之间建立“防火墙”。巴巴多斯公平贸易委员会面临类似的问题，因为该国立法的措辞类似于牙买加立法。

54. 此外，就许多新的、完善中的竞争制度而言，其法律制度的历史渊源致使一些宪法原则(如三权分立原则，它主要为普通法原则)被移植，同时也赋予了不同乃至独立部门的各政府机构的“权力的归属”以重要意义。的确，这项原则已经深深扎根于许多法律制度中，一些国家的宪法对此有明确的规定。将机构分离，同时适当划定各机构的权力，就最佳做法而言，是确保公民受保护的基本权利在竞争法执行框架内受到尊重的最佳途径，也能够确保各机构之间的关系得到恰当处理，从而避免具有任意、歧视、侵害性质和偏重效果的决策。

²³ 例如，见 CFI 在 T-276/04 号案件(Compagnie Maritime Belge 诉委员会)中作出的判决，第 66 段；以及 ECJ 在 C-338/00 p 号案件(Volkswagen 诉委员会[2003] ECR I-9189)中作出的判决，第 97 段。

²⁴ 尽管第 1/2003 号理事会规章的案文仍然没有得到修正，但是，共同体判例法设法提供了一些尊重辩护方权利的程序保障和规则。判例法中的许多规则见于欧共体内部程序规则和通告，这些规则和通告对欧共体如何着手调查违反竞争规则的行为作了规定。

²⁵ 牙买加股票交易所诉公平贸易委员会，最高法院民事上诉(No.92/97)。

55. 还必须指出的是，竞争管理机构的权力的最佳设计和划定超出确保三权分立的范围，还涉及需要遵守自然公正原则的问题。例如，在澳大利亚，**Daniels Corporation 诉 ACCC 案**²⁶ 提出了这一问题：是否能够根据《澳大利亚贸易惯例法》第 155 条损害法定职业权利，从而使为其赋予第 155 条之下的强制调查权的目的不因准予享有法定权利而落空。第 155 条规定，当事方必须提供与可能构成对《法规》的违反的事项有关的资料/证据。法定职业权利是普通法(乃至民法和世界混合法律制度)的神圣原则之一，该原则与聘请律师的权利有着密切关系，而这项权利是自然公正的一项基本原则，而且对许多法官来说是一项应当在执法程序过程中受到保障的基本人权。在 **Daniels** 案中，澳大利亚高等法院认定，澳大利亚竞争和消费者委员会在第 155 条之下的调查权没有妥为考虑到法定职业权利受到损害问题。**Daniels** 案等案件表明，自然公正原则和普通法之下形成的任何其它权利，是不能通过对法规的默示解释而随意加以摒弃或损害的。另外，就提出法规和/或辅助性规章规定的竞争管理机构的某项权力或职能而言，这些权力或职能虽然是明确赋予的，但是，只有在它们遵守法律制度基本原则的前提下才能在法律上站住脚且不易受到质疑。

56. 这些“早期”的案例(如牙买加股票交易所案)证明，在确定执法机构的组织结构以及该机构的权力归属之时，如果不遵守宪法原则和基本法律宗旨，就可能使执法机构的目标落空，即便该机构采用遵循竞争法执行方面的国际最佳做法的调查方法。就采用竞争执法领域的国际最佳做法(不论是宽大处理方案或解决方案，还是开展调查的方法)而言，只要这些最佳做法不是基于指导旨在维护一国法律和秩序的机构的设计的规则，这样做就无法对竞争管理机构产生积极作用。

57. 所以，国家的所有机构——甚至是竞争管理机构等新型机构——都必须仍然遵循宪法规则和辖区的法律制度规则，这些规则对机构的设立和机构的权力分配作了规定。做不到这一点，决策进程就会侵犯宪法保障的基本权利，违反自然公正原则，并且可能在越权情况下作出决定。这必然意味着，竞争管理机构的最佳设计——以及此种机构行使的权力和职能的设计——取决于赋予竞争管理机构的权力和职能是否在宪法上站得住脚并且符合自然公正原则。

58. 相当一些竞争制度现在不得不考虑对立法进行修正，以使它们能够摆脱目前拥有的“跛鸭”称号。这些机构在确定权力和职能的合适划分方面的出发点，是研究实行类似法律制度的竞争法模式。例如，实行普通法制度的国家可以借鉴联合王国、加拿大和澳大利亚的做法，以便确定竞争管理机构的适当的权力和职能分配。

²⁶ [2002] HCA 49 (2002 年 11 月 7 日)。

划定竞争管理机构的职能和权力方面的最佳做法一览

1. 与竞争管理机构接触的规则的制定应当设法使答辩人能够不断知悉竞争管理机构的违法行为说，而且此种规则应当设法避免不切实际的时间限制。
2. 竞争法程序方面的保密做法应当妥为设计，以便保护个人的基本权利，并且应当尊重正当程序、自然公正和保护商业财产。
3. 在拟订文件和信息交流的合作条款时，有必要确保合作方尽可能相互承认和尊重各辖区的辩护方的权利。
4. 分配给竞争管理机构的权力和职能的类型应当妥为设计，以便能够经得起依法提出的异议，而且就其本身而言，应当尊重有关国内职责的分配的法律制度的基本原则。