



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/67
14 May 2008

CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会

投资、技术及相关的资金问题委员会竞争法和

竞争政策问题政府间专家组

第九届会议

2008年7月15日至18日，日内瓦

临时议程项目 3(a)

竞争主管机构的独立性和问责制

贸发会议秘书处的说明 *

内 容 提 要

纵览各国竞争主管机构独立性和问责制的概念和做法显示，即使在建立独立的竞争主管机构时，已对各方面压力采取了应对措施，并借鉴了其他国家的成功经验，但在概念运用上仍有细微差别。法律、行政、政治和经济因素造成了应用方面的不同，很可能不宜实行单一的独立性和问责制标准。然而，大多数国家认为，在实施竞争法时有必要避免追求狭隘的利益集团目标，为此已建立了各类检查和平衡机制。实行较严格的问责制标准的愿望会抵消独立性；对于发展中国家而言，问责制对发展极其重要。在这方面，各国面临的挑战是在实现自主和控制之间寻找最佳平衡。

* 本文件因处理延误而在上述日期提交。

目 录

	<u>页 次</u>
一、 导言.....	3
二、 概述.....	3
三、 定义和概念.....	3
四、 独立性概述.....	6
五、 问责制概述.....	10
六、 发展中国家的特殊状况.....	12
七、 有待进一步讨论的意见和问题.....	17
参考文献.....	18

一、导 言

1. 关于独立性和问责制的辩论是竞争主管机构创立与存续期间的一个特征。这种辩论最初出现于草拟竞争法与建立主管机构履行竞争法实施及执行任务的阶段。此后，当竞争主管机构努力寻求政府、国内公众及同行的认可并保持令人满意的声望时，辩论还会不时出现。以下是旨在协助各成员国围绕这一主题安排讨论的一个背景说明。

二、概 述

2. 第三章研究了目前关于独立竞争主管机构构成内容的看法，以及要求独立性的原因。此外还研究了问责制标准。第四和五章讨论了用于判断独立性和问责制的各类标准及各自的原则，并举出不同管辖区域的例子加以说明。第六章探讨了围绕独立性和问责制的一些紧张状况，以及由于发展中国家的经济和财政条件较为不利所可能造成的一些困难局面。第七章是结语，指出了有待进一步探讨的问题。

三、定义和概念

3. 人们普遍认为，独立监管者是自由化经济体和全球化世界经济中监管治理的核心。事实上，贸发会议《竞争示范法》的形成基于这样的假定，即竞争执法行政主管机构的最有效类型很可能是(a) 准自主或独立于政府，具有强大的司法和行政权力，以开展调查和实施制裁；(b) 可向更高级司法机构提出申诉。其他国际组织，诸如世界贸易组织(世贸组织)、世界银行、国际货币基金、区域发展银行和经济合作与发展组织(经合组织)，也建议采用独立监管者。

4. 人们通常认为，竞争主管机构作决定应以客观证据为基础，应始终保持对市场原则的尊重，决策过程应是中立和透明的。支持此观点的理由是，只有当竞争主管机构的决定没有被政治化、不具有歧视性，且不基于利益集团的狭隘目标时，才能确保有效的政策结果。这样认为是因为在竞争主管机构与政治当局之间需要保持一定距离，以避免竞争主管机构受到不适当的政治干扰。在实践中，有必要将政策执行与决策相分离，脱离传统的政府机制结构。所以，政府(由部长作

为代表)被迫将日常工作和决策交于主管机构。这直接导致私营利益集团无法游说部长,并失去了获取优惠待遇的途径¹。因而,竞争主管机构的独立性经常被定义为具有独立法人资格,在结构上与政府分离。因此,竞争主管机构通常是由立法机构通过特定法律设立的法定机构,以履行上述责任。

5. 授权立法不仅明确了竞争主管机构的结构,还常常在法律上承认该机构的业务(也称职能)独立性,规定了其职能、权力、管理层成员与职员聘用、任期和离职以及机构的筹资方式。同样,通常还规定了主管机构与执行机构和立法机构之间的关系。这些属性被认为可以确保其组织上的自主性,与政治当局保持一定距离。

6. 各国通常都对竞争主管机构独立性给予法律保护,而且有一些政策转移和趋同迹象,但各国的组织模式五花八门。这些迥异表明独立性是一个差别程度的概念。从历史分析(Thatcher, 2002; Cukierman, 2005; 世界银行, 2000; Wettenhall, 2005; Polidano, 1999; Thatcher 和 Stone Sweet, 2002)中得出的结论是,不同国家的政治、法律和行政传统对独立监管机构的结构和职能的形成具有重要影响,即使这些国家在建立独立机构时已对外部压力采取了应对措施并借鉴了其他国家的经验。从中央银行等其他监管机构的经验来看,即使在法律非常明确的情况下,实际做法也有可能偏离法律的字义精神。行政传统或高级官员的个人才能等因素通常决定了实际的独立性水平,这些因素不是增进独立性就是削弱独立性。在没有立法干预的情况下,非正式规范也被认为带来了更多的实际独立性。因此,竞争主管机构所处的较广泛的具体当地背景值得一提,而法律独立性仅仅只是决定竞争主管机构实际独立性的一项重要因素。

7. 一般认为,由于各国的独立性措施不同,对竞争主管机构独立性的评估必须同时研究实际独立性(现实状况)和法律独立性(法规所反映的状况)。Thatcher 和 Stone Sweet(2002)认为,从政治学观点来看,实际独立性应被理解为是一个动态过程,其特征是执行/立法机构和独立机构之间具有反馈效应。独立性是可变化的,以独立程度描述比绝对独立性通常更为有用。在形式和实际操作方面有可能或多

¹ 提高效率与提供公共服务需要技术专业知识也是推动此类改革的因素。在自由化方面,独立监管者还被认为是令政府遵守自由化承诺的一种方式。一般对政府而言,修改立法更为困难,因为任何一地的立法机构一般都显示不愿意修改法律。

或少具有一定独立性。不存在各国必须采用的单一独立性标准。此外，独立性并不意味着竞争主管机构可以不用对任何人负责。

8. 竞争主管机构通常藉由授权立法创建，该法律常常通过规定绩效报告机制，确定主管机构的法律责任。许多竞争法规定竞争主管机构有义务向立法机构提交年度报告并将附有详尽理由的决定存放于公共档案中。竞争法在草拟中通常会为执行主管机构留下相当空间，以行使酌处权。但是，由于竞争主管机构有法律义务正确行使酌处权，立法机构通常保留司法审查的权力，监督竞争主管机关的执法行动。权力授予法通常规定法院在竞争执法中的职责和权力。

9. 在竞争主管机构直接对议会负责的国家，议会是否有能力行使有效控制是令人关注的问题。尽管授权立法是议会的重要问责工具，但竞争执法是复杂和技术性的。取消行政控制往往比执行问责制更容易。在许多国家，人们认为政府没有着力明确独立机构执掌者的作用和责任或设立问责制机制。因此，这些机构被认为已具有独立性，无需满足任何绩效要求²。

10. 因而，独立性和问责制之间存在权衡取舍关系，更严格的问责制标准会抵消更多的酌处权。一般认为此种权衡取舍是必要的，因为可以确保竞争主管机构不偏离立法机构设定的议事日程。也可以认为独立性和问责制是相互依赖的，在实行较高程度问责制的情况下，也更愿意放弃更多的酌处权和独立性。反之亦然，在缺乏问责制的地方，执行和立法机构预料将面临更多压力要求行使控制权。例如在澳大利亚，约翰·霍华德政府在 2002 年委任了法定主管机构，并请其审查法定主管机构和负责部长之间的关系，而对该主管机构公司治理的审查(亦被称作“Uhrig 审查”)被普遍认为是为加强对独立监管者进行控制所作的努力。

11. 越来越多的证据显示，赋予独立机构大量责任的经合组织国家面临着在自主与控制之间实现最佳平衡的挑战(经合组织，2002 年和 2004 年)。少数经合组织国家(例如澳大利亚、加拿大、新西兰和联合王国)自 1990 年代后期以来制定了“伞型”立法，确定了公共部门内不同组织结构的备选方案，并订立了治理标准。这样做旨在减少在核心公务机构之外建立独立机构而产生的风险，即政府对公众的

² 经合组织，2004 年。

透明度降低，以及政府内部监管和问责制的放松等³。

12. 因此，很显然，事实上独立从来不是绝对的。一些人认为，“自主”一词是更为恰当的术语，因为该词反映了独立与问责制之间的权衡。鉴于竞争主管机构在本质上是提供公共服务的公共机构，通常由公务员担任职员，而且完全依赖于政府提供资金，该词也被认为在语义上更为明确。

四、独立性概述

13. 前一章阐述了法律(正式)独立性和问责制的概念。本章将研究基于前一章所确定的独立性和问责制的各种要素，不同管辖区域向竞争主管机构赋予独立性，以及处理独立性与问责制之间平衡的不同做法。

14. 具有正式独立性的竞争主管机构是按独立机构设置的，一般不在政府部委内办公。发达和发展中地区的大多数国家的趋势是建立由单独机构组成的竞争执法体制，这些机构在传统的纵向一体化部委之外拥有很大的行政自主权，大多数发达国家是这样，大部分发展中国家和转型经济体也是如此。但是，其中各有差异，有些国家(例如巴西、布基纳法索、巴拿马、突尼斯和越南)的竞争主管机构的调查部门是建立于部委中的一个(或多个)部门，而裁决部门或是以委员会(巴西)或是以理事会形式(布基纳法索、突尼斯、乌拉圭和越南)建立的单独合议机构。各国可能对授予竞争执行工作中的各具体职能独立性的重视程度不一。因此，正式独立性被认为是决策职能的最关键因素，但对于调查职能而言并非那么重要⁴。

15. 值得一提的是，有些竞争主管机构最初可能是部委下属部门，但此后在持续的动态演变过程中获得了更多的独立性(例如突尼斯的理事会和巴西的有关机关)。还有些竞争主管机构的法律独立性没有得到应有的尊重，如乌拉圭和巴西的情况。乌拉圭的主管机构刚刚成立，很难得出结论性意见，但是巴西保护经济理事会已有多年的执法经验，从这角度看，趋势表明主管机构成功地保持了独立性。

16. 竞争主管机构在日常竞争执法和决策中拥有的自由度，通常被解释为不受政府的常规直接监督，拥有执行任务的所有必要权力。它可以自行决定自己的

³ 应说明的是，这些公共部门的改革没有宣布废除独立法定机构，也未必一定怀疑这些机构需要独立。

⁴ 或许存在其他原因，如第六章所述。

优先事项，确定和调查竞争案件以及处理竞争投诉事务。它还可以自行决定对申诉人动机受到怀疑的案件，拒绝进行调查。在这方面，部委部门受到约束，因为它们可能需要服从于部委的重点工作和受到政治干预。

17. 人们往往将顺利的竞争执法解释为各国选择如何表述自己的国家竞争法目标。何谓适当的竞争执法目标，众说纷纭。纯竞争论者回避所有的非效率目标，因为随之而来的风险是将竞争主管机构的决定置于不当影响之中，需要在效率和非效率目标之间进行权衡取舍。持发展观点者尽管承认效率目标是竞争执法首要目标，但认为发展中世界面临的实际社会和经济挑战使得各国政府不得不运用所有政策工具解决这些弊端。Lewis(2001年)认为，处理竞争问题和非竞争问题之间的权衡取舍实质上存在三种方式(见以下插文)。

处理非竞争标准

非竞争标准的处理包括：

- (a) 假装不存在权衡取舍关系，暗中考虑非竞争标准(即以竞争分析掩饰公共利益政策)，但是这导致缺乏透明度和不恰当的推理；
- (b) 将最后决定权授予需在政治上问责的决策人，但是政治家可能无力作出这类决定，容易受到各种利益集团的压力；
- (c) 将公共利益标准载入法律，迫使竞争主管机构作出权衡取舍，这兼具两方面的好处，一是具有透明度，二来要求主管机构衡量并解释所做决定的后果。

资料来源：Whish(2003年)。

18. 一些国家制定了不同的程序，将非效率因素的决策交由外部机构作出，通常采取由司法机构(例如美国)或部委机构指定免除情况的形式。也有些国家设立有关程序，严格按竞争法的表述将非效率考虑看作是公共利益条款，迫使竞争主管机构或采用具体的公共利益标准(例如欧洲联盟和南非)，或是授予部长具体的特定权力(例如意大利、牙买加、新加坡和联合王国)，如审查兼并和收购。在许多情况下，公共利益的规定以这样或那样形式存在，但竞争主管机构或部长不完全不采用这些规定(例如意大利)，或是很少执行这些规定。

19. 一个经常引用的有关发展中国家和小型经济体(含发达国家)的论点是, 由市场推动的结果不一定保证在消费者福利方面产生有效的正面结果, 因为许多小市场竞争问题的根源本质上是结构性的⁵。此论点不仅强化了发展和小型经济体可能需更多地依赖竞争法中公共利益规定的看法, 而且表明尚未自由竞争开放的经济体多半依靠行业监管。完全不受监管的经济体很难找到。竞争主管机构和行业监管者在不同条件下共存。各国处理行业监管问题的途径不同, 但是存在一些共同的选择, 包括将一些或所有监管行业排除在竞争法之外(例如哥伦比亚), 或是在一些或所有行业中授予竞争主管机构和行业监管者对竞争事务的共同监管权(例如南非和联合王国)。多种多样的方式一般至少可分成五类(贸发会议, 2006年)。监管机构和竞争主管机构之间职能分配的模式, 很少只有由竞争主管机构取代行业监管机构这一种。同竞争主管机构类似, 行业监管机构也必须承担独立性和问责制方面的义务。

20. 必须承认, 决定竞争法的优先事项不一定一蹴而就, 因为各国常常根据情况的变化包括政府更迭来调整国家法律或重点工作。在这方面, 一些竞争法规定由主管竞争政策部委不时以通用政策准则的形式发布指令(例如巴基斯坦、瑞典和津巴布韦)。在一些国家, 历任部长均完全不执行这一规定(例如津巴布韦)。

21. 一般认为, 较之多个政府部门代表参与的任命程序, 由一位部长任命竞争事务官员不利于其独立性。此外, 也有人认为, 不连任和只有通过法律程序才能解除任命的竞争事务官员, 往往没有很大动力讨好其任命者。

22. 实际做法不尽相同。在有些国家, 由工作职责涉及竞争政策的部长任命主管机构的行政主管和委员会委员(例如丹麦和新加坡)。在另一些国家, 部长可须或不须上级机构的核准任命委员会, 再由委员会指定行政主管(例如印度尼西亚、牙买加和津巴布韦)。也有一些国家, 由部长向总统、总理、内阁或议会提交提名人选(例如布基纳法索、哥斯达黎加、捷克共和国、斯洛伐克、突尼斯、乌拉圭、越南和瑞士)。还存在许多其他各种情况, 例如, 在实行联邦制的澳大利亚, 由每个州提名一名委员会委员; 波斯尼亚和黑塞哥维那采用类似的方式。在阿尔巴尼

⁵ 例如, 加拿大在世贸组织关于竞争的可能多变性协定的讨论中提出的意见, 指出加拿大竞争政策在传统上是为反映该国小型开放经济的特殊特点设计的, 而且或许必须评估任何此类协定对加拿大政策选择的影响。

亚，议会、内阁和总统直属机构一同提名委员会委员。同样，在意大利，议会对委员会提名人进行审查。在巴拿马，总统直属机构提名委员会委员，由议会确认后任命。在日本，由天皇批准委员会委员的任命和离职。在大多数个案中，即使部长负责任命，作为一种检查和平衡机制，除非有法律规定，否则不得将委员会委员或行政主管停职。

23. 一般由公务员条例(例如丹麦、印度、牙买加、瑞士、突尼斯和津巴布韦)或通用劳动法来规范委员们和行政主管的工作条件。有些国家，禁止委员们从事任何其他专业或商务活动或担任公共职务(例如意大利)，也有些国家对委员实行业余制任命，不阻止他们从事专业或商务活动(例如印度尼西亚、牙买加、斯威士兰、土耳其和津巴布韦)，但他们通常须遵守利益冲突规则。各地对委员和行政主管的任期没有统一规定。在许多国家，委员和行政主管的任期是固定的(例如意大利)，或只可连任一次(斯洛伐克和乌拉圭)或可连任不止一次但规定有最长年限(例如瑞士)。

24. 许多竞争法设定了(a) 委员们应具备的资格标准(例如法律、经济学或会计学学位)和其他标准，包括最低年龄要求(例如巴西和委内瑞拉玻利瓦尔共和国)；(b) 要求委员会中有消费者群体和专业协会的代表(例如丹麦、斯威士兰和瑞士)或者是禁止加入任何一类协会(例如克罗地亚)；(c) 要求委员们(例如克罗地亚和津巴布韦)接受心理测试；(d) 是高级行政法院成员、上诉法院成员、大学教授或德高望重的实业界主管(例如意大利)。

25. 必须避免以预算限制作为缩减或惩罚执法工作的方式。在许多地方，可以有其他资金来源，如用户收费或通过新公司注册费创立的基金，但有些国家不允许这样做(例如牙买加)。有些国家(例如澳大利亚、秘鲁和津巴布韦)的竞争主管机构具有多种职能，负有其他监管责任，从中可以获取收入，可以不用政府预算拨款或拨款只占其总体预算中的一小部分。有人认为，一些国家将竞争主管机构在执法行动中所收罚金的一部分给与这些机构，可能会刺激竞争主管机构采取不适当的行动来增加预算，或者影响主管机构的优先事项，使之不能达到最优化。几乎没有国家采用这种方式。

26. 还必须防止政治家和行政主管以外的其他利益相关方利用资金作为控制工具。对竞争主管机构的供资保持透明，有助于防止腐化和阻止竞争执法工作为

私营既得利益方所左右。立法机构向竞争主管机构拨付年度预算，并准许其自行决定预算拨款用途，被认为是授予主管机构高度预算自主权。在许多国家，竞争主管机构的财政、行政和报告工作由上级部委统一管理，因此主管机构的预算申请通过上级部委报财政部和议会批准(委内瑞拉玻利瓦尔共和国、日本、拉脱维亚、巴拿马、土耳其、乌拉圭、越南和津巴布韦)。在另一些国家，主管机构直接向财政部或国库递交预算申请(例如阿尔巴尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、保加利亚、哥伦比亚、巴基斯坦、俄罗斯联邦、新加坡和斯洛伐克)。还有一些个案中(巴西和突尼斯)，主管机构的预算是上级部委拨款的一部分，由该部委自行决定。

27. 竞争主管机构除履行执行职能之外，还具有倡导职能。除了实业界和一般公众，整个政府部门(包括其他监管机构)也是竞争倡导工作的关键对象，尤其是协助其制定竞争政策，在整个经济范围内推行有利于市场的改革。因此，竞争主管机构可以对公共政策、监管和立法自由地进行评论，并提出改进意见，这是评估竞争主管机构业务独立性的另一特征。许多法律规定竞争主管机构有责任就新的法律和条例草案对竞争所造成的影响向政府提出咨询意见。例如在印度，政府在考虑竞争政策事务时，可以选择征求委员会的意见，但委员会的意见对主管部长没有约束力。在突尼斯，部长也可以就所有新立法提案和任何其他竞争事务听取竞争委员会的意见，但是委员会的意见对部长具有约束力。

五、问责制概述

28. 在多数国家，立法者选择通过司法审查进行监督⁶。人们普遍认为，为保证决策过程的公平和公正，通过普通法院或行政法庭对竞争主管机构的决定进行独立司法审查是必要的。多数国家似乎赞成对竞争案件进行程序性审查(国际竞争网络，2003年)，其中上诉机构限于考虑法律问题，包括审查竞争主管机构在开展调查和决策职能时采用的程序，而不是重新考虑证据和法律论点。因此，审查的目的不是由法院重新提出自己的意见，而是确定竞争主管机构是否滥用了酌处权。审查理由往往包括无管辖权、程序漏洞和法律错误、理由不足、显然的理解错误以及事实错误。在这方面，司法审查一般被认为是最终阶段的工作，对已形

⁶ 司法系统受到关于独立性和问责制的同样预期的影响。

成的结果或已采取的行动进行裁决——即竞争主管机构已依据授予行政主管、委员会或专业竞争法庭形式的单独准司法机构的权利而形成的决定(例如巴西、秘鲁、南非和联合王国)。国际竞争网络(2003年)认定,调查和裁决机构严格分离的决策结构,较之结合行使两者职能的体系更有可能通过司法审查。在这方面,宪法成功地否定了《牙买加公平竞争法》没有将裁决职能从调查职能中分离,即是一个例证。

29. 在司法审查方面,值得指出的是许多国家的司法审查或是限定于行政法院,或是将行政法院作为初审法院(例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)。一些管辖区域(例如丹麦、新加坡、南非和联合王国)组建了专业竞争申诉法院。有些个案中,行政主管可在例外情况下推翻竞争审查决定的个案(例如克罗地亚)。但是,在克罗地亚这一特殊个案中,《通用行政程序法》的特定规定将应欧盟委员会的要求进行修订。

30. 竞争主管机构作为政府机构的一部分,而且使用公共资金,所以必须按照国家公共部门条例遵守行政问责制。有些国家还有人事方面的具体规则。例如在丹麦,整体预算中可用于人事费用的比例有限制,而在土耳其,涉及聘用新职员和出国旅行的费用决定需要得到政府的批准。

31. 竞争主管机构还受到各国公共部门已有报告传统的影响。这方面,上级部委和/或财政部、国库和/或审计长以及最终是议会在形成预算过程问责制方面的作用尤其重要。可能整个预算过程,也可能只是关键阶段实行问责制机制(即在提交预算申请、划出资金或是在预算年度年底时要求提交法定费用报告)。在有些国家,在分配主管机构预算时还额外要求提供详细的业务战略。

32. 例如,联合王国的公平贸易局和其他类似的独立机构必须编写年度意向书,概述年度目标和具体成果,以此衡量其绩效。

33. 在拉脱维亚,业务战略跨期三年。同样在澳大利亚,作为 Uhrig 审查的部分成果,竞争主管机构现在必须编写意向书,回复部长的年度计划报告⁷,该报告概述了竞争主管机构应在业务中遵守的相关政府政策和优先重点。

⁷ 计划报告承认法定机构的独立性。

34. 财务审计和年报是主要的问责制工具。然而，一些国家已承认有必要实行更多的问责制机制，以便于评估竞争执法的整体有效性和影响。例如，联合国公平贸易局每五年接受一次审查，这是最近对所有机构和非部门性公共机构提出的要求。这项认识很重要，尤其是对于发展中国家。至关重要的是，对发展中国家而言，问责制对于发展必不可少。在这方面，Lewis 等人(2004)认为竞争主管机构必须证明效率与消费者福利之间存在联系，并说明其对更广泛社会目标的促进。对社会核心价值观、目标和社会关注问题的偏离有损于整个竞争法和竞争政策工作。同样，Fox(2007 年)认为，必须在更广泛的背景内考虑发展中国家反托拉斯问题，因为自由市场言论和财富积累或福利目标的观点相对很难在绝大部分穷人中引起共鸣，因为自由市场政策倾向于更多地保护已经占优势地位的群体。

35. 在日常工作中，竞争主管机构对其直接客户负责——私营部门，包括外国投资者。但是，由于其执行决定对整体经济具有广泛影响，竞争主管机构还对消费者和各当事方等普通大众负责。此外，在大多数社会，竞争主管机构还受到大众媒体和学术界等其他评论者对绩效(成果)的监督。在这方面，透明度是问责制的关键方面。知情是使不同利益攸关方具备能力有效地发挥其治理作用的关键内容。为此，所有管辖区域的竞争主管机构一般通过网站或出版物，普遍向所有利益攸关方提供最后决定，其中包括治理主管机构的调查和决策职能的规范标准或准则。

36. 鉴于执行活动的双边合作以及国际竞争网络的兴起，竞争主管机构业内人士之间形成了另一种层面上的问责制，尽管这种程度的问责制被认为是“柔性”的问责制。而利益相关者调查和同级审评是这方面问责制工具的实例。

六、发展中国家的特殊状况

37. 发展中国家是否存在特殊情形，使得独立竞争主管机构这一概念难以实行，这一问题必须考虑。大多数发展中国家不熟悉独立公共主管机构的概念，这是因为此类机构是通过政策转变或一揽子多样化改革计划中的部分内容创立的，其中包括私有化以及公务或公共部门重组方案。这些改革计划通常是更广泛结构调整方案中的一部分。此类改革在许多发展中国家已持续了几十年。在各类改革计划中，各发展中地区最常见的类型是将公务机关改变成公务部门内部或外部的自

立机构或企业，在财务和人事方面具有较大的自主权(Polidano, 1999)。

38. 尽管自主机构在许多发展中国家显然比较普遍，但较为不利的经济和财政条件加剧了紧张状况，并暴露了在资源的需求和供应之间存在较大缺口情况下与创立独立公共部门机构相关的一些困难局面。这些困难大体上与缺少技术、公共部门薪水低、存在腐败和滥用的风险、负责竞争政策领域的部长和竞争主管机构之间关系紧张以及问责制薄弱有关。

39. 许多发展中国家的公共部门一般都受到人力资源有限的困扰。发展中国家建立独立的竞争主管机构，面临的一个主要中短期挑战是如何吸引具备足够技能或可迅速积累必要技能的工作人员。财政限制与相互争夺资源的发展重点常常意味着政府没有必要的灵活性，以系统地、可持续地解决人力资源储备有限问题的根本原因(例如教育制度问题)。此外，在结构调整方案中，许多政府主要关心如何精简公共开支和缩小公共部门规模，以此应对财政赤字问题。在这种情况下，在政府部委内设立竞争主管机构耗费不大，政府并可利用公共部门和政府已投入部门内的现有技能，同时保持对征聘工作的集中控制⁸。

40. 技术力量普遍短缺不仅影响竞争主管机构，而且还影响法律界、实业界、司法和立法系统。竞争执法工作不是在真空中进行的，这是主管机构的竞争倡导获取信任和支持者的重要因素。例如，有观点认为竞争主管机构如与政府保持密切关系，而不是保持一定距离，则可处于更有利地位，可对竞争政策发挥最佳影响。这似乎说明至少有两件事值得进行更认真的研究：其一，在竞争倡导方面，应在完全独立性和略低程度独立性之间寻求平衡，其二，严格的独立性对转向自由市场制度的经济体不一定特别有利。为此，与包括整个政府部门在内的各类倡导目标群体的关系更密切一些，可能更为有用。

41. 关键是，技术力量短缺还对竞争主管机构的独立性和问责制产生影响，而能力薄弱又不具备知识的司法机构和议会可能无法有效发挥执行作用，这也会有损于竞争主管机构。例如，技术力量短缺和资金短缺是发展中国家法院经常面临案件积压的原因之一，而且同样的资源约束限制了建立专业竞争法庭的可能性。发展中国家议会通常由各色各样的代表组成，其中只有一小部分人受过高等

⁸ 发展中国家公务员拥有的重要隐形福利之一就是可以获得奖学金。在接受培训后，公务员通常必须服务一定年限，这在一定程度上有助于减少有技能的专业工作人员流向私营部门。

教育，可能没有能力分析关于竞争执法方面复杂与不熟悉问题的报告。因此最低程度的问责制，即竞争主管机构必须向部委报告或经过部委向上汇报，可被认为是问责制问题的可行解决方式。

42. 一个相关问题是缺乏独立的当地专业技术力量可供发展中国家竞争主管机构不时约请，以补充其内部技能的不足，而这在开展诸如市场调研和复杂的调查时可能尤其重要。资源限制使得几乎无法花钱聘请国际咨询顾问。而且基本没有精通竞争经济学和法学的胜任学者，而法律界的大部分专家通常是竞争个案中的辩护律师，他们的观点通常可能会受到这一观点的影响。

43. 在发展中国家，公务员工资一般低于私营部门同等工作人员的收入。近几年来，许多发展中国家公共部门工作人员的实际薪水下降。在撒哈拉以南非洲和拉丁美洲等较低增长区域，由于需要进行结构性调整改革，公共部门实际工资急剧下降，而 1980 年代和 1990 年代期间工资缩水还影响了中欧和东欧、前苏联共和国和一些南亚及东南亚经济体⁹。公务部门尤其是竞争执法专业领域部门聘用和留住优秀人才的可能性因而受到不利影响。当潜在的私营部门雇主认为公务员所受培训和所具备资格具有吸引力时，有能力的公务员倾向于离开公共部门。为了解决这一问题，竞争主管机构等独立机构通常获得公务员制度中的例外处理，以提供更高标准的薪水和其他具有吸引力的福利。但是，由于此类特权仍是由财政收入提供资金，这种策略不可能长久存在。基于同样的原因，捐赠者资助的薪水补贴也具有问题，尤其因为这可形成“流血残端”观点(即政府必须提供额外资源否则就面临不可想象的后果，例如被指控打击报复竞争执法决定或竞争执法工作的瓦解)。如竞争主管机构接受双边捐赠者的资金，这一特殊情形会产生问题：此类资助是否可能会成为工具，使得竞争执法工作转而为外国即得利益集团服务。迄今为止尚未有证据证明存在此类个案。

44. 独立竞争主管机构有时可收取服务费，以此补充预算经费。申请费和服务费占南非竞争委员会收入的 70%——据报是非洲资金情况最好的国家之一，占 2006/07 年度费用的 64%多¹⁰。这一统计数字令人印象深刻，毫无疑问反映了南非经济的活动规模与水平，其他较低收入国家至少在中短期内不可能达到这样的收

⁹ 世界银行，2000 年。

¹⁰ 竞争委员会，2007 年。

入。相比之下，申请费约占津巴布韦竞争委员会 2007 年预算的 30%(也被列入资金情况较好的非洲竞争主管机构)。不过，南非竞争委员会仍然面临类似其他发展中国家资源约束。持续地面临严重的人才流失，该委员会最近已完成了薪水标准制定工作，旨在解决委员会工资水平与私营部门之间的差异。该委员会制定了学习贷款和公费学习计划以鼓励职员提高技能，该计划从一开始就得到美国国际开发署用于人员培训的资助。

45. 出于各种原因，诸如没有足够的会计和控制措施、存在舞弊和腐败风险，以及普遍不愿采用可能会构成针对社会各阶层使用公共服务征收不同税收的方法，一些政府对允许独立机构从其他来源筹措资金非常谨慎。例如，牙买加政府坚定地否决了其公平贸易委员会对一些服务收费。公平贸易委员会因为政府提供的津贴不足受到限制，无法充分开展竞争执法工作和倡导计划。发展中国家竞争主管机构通常会陷入恶性循环，资金短缺不仅影响开展执行活动的的能力，而且还影响监测对其活动所造成影响的能力，因此它们无法列举证明其价值的必要证据，并提高公信力、便利问责制及提供增加资金的理由。建立公信力的全部责任通常完全由竞争主管机构承担，这种公信力不仅是对一般公众而且还是对政府而言的。在这方面，竞争执法的最初直接政治支持力量通常确定了竞争主管机构和其授权环境之间未来关系发展的基调。

46. 发展中国家存在腐败和滥用的风险是令人困扰的老问题。关于公共部门的低薪是否滋生了腐败的实证证据不一，理论上并不认为较高的薪水总是会减少腐败¹¹。竞争执法工作，尤其是在实行业余制抽调私营部门人员担任委员会委员的管辖区域，会产生一些涉及委员公正性和独立性的棘手问题。关注的问题是，在私营公司担任高级职务的委员会业余制成员是否有能力实现并保持必要的客观性水平，并在政府与实业界之间进退自如。发达国家也存在同样的问题，但是在较小和较贫穷的经济体中这些关注尤其重要，因为其中具有足够高地位的可供选择的个人的范围较小。还有较大可能任命来自于该经济体中占支配地位大公司中的个人，而此类行为较有可能违背竞争法的精神。此类组群中，大型跨国公司的无处不在对于这一问题雪上加霜。即使没有发生不当行为，由于缺乏部委监督

¹¹ 根据 Polidano (1999:23)，在联合王国，独立公共部门机构在创立之后据报伦理标准有所放松。

和有效的问责制，也难于控制公众的看法。出于显然的理由，发展中国家竞争政策有时是容易招致情绪激动的问题，而且经常会产生“公平”问题；有些事务即使在经济上有效，公众也可能认为它们“不公平”。

47. 在经济中可能占支配地位的私营部门公司控制大量资金，加之一般情况下公共部门薪水低，理论上会形成滋生腐败的条件。在这方面，竞争主管机构职员(而不是行政主管及委员会委员)尤其面临风险。然而，本背景说明并不研究任何此类实际案例。

48. 关于负责竞争政策的部长与竞争主管机构管理层各自的职责，竞争主管机构如何回应政治引导，以及部长或另一个政府部门所负责的有关公共开支合理化问题，这些问题由于不够明确，部长与主管机构之间的关系不时会变得紧张。此外，对独立公共部门机构实行例外，而不是遵照通常的公务员工资等级，可能造成公共部门工资表上同等职务职员之间的总体差异。此类差异会引发不满，可能破坏竞争主管机构管理层和部委高级官员之间的关系。例如，津巴布韦竞争局局长一职被列为首席秘书级别，但此职务的工资与各类福利远远超过了政府的首席秘书。实际上，行政主管的总收入可能会超过负责竞争政策事务的部长的收入。

49. 在所有经济体中，竞争执法事务通常会受到大量的媒体关注，因此竞争主管机构的行政主管曝光率很高。Stewart 等人(2007 年)指出，例如津巴布韦的 George Lipimile、南非的 David Lewis 和澳大利亚的 Allan Fel 发挥了推动作用，各自的竞争执法体制工作引起了公众的关注，赢得了实业界的尊重与敬畏，与此同时主管机构也获得了很高声望。很显然，这些在很大程度上取决于个人才能，而在这方面必需从这个角度看待这个问题。当然，竞争主管机构的独立性也常常面临挑战，当事双方的个人才能部分决定了此类挑战是否会发生以及如何成功应对。

50. 发展中国家的问责制越来越薄弱。如前文所述，议会没有必要的能力适当执行问责制。缺少明确的成果和指标。竞争主管机构除了向公众提供年报和财务决定，几乎没有任何途径可与公民直接协商或获取反馈意见。一些竞争主管机构没有技术和资源建设与维持实时网站。在这方面，发展中国家热烈欢迎贸发会议对竞争执法体制的自愿同级审评，不仅用作评估执法影响并确定有待改善领域的机制，而且用作一项独立的问责制工具。

七、有待进一步讨论的意见和问题

51. 竞争主管机构是政府结构中必不可少的一部分，无一可以完全独立于政府结构。任何竞争主管机构不可能以高度分离的方式开展业务。即使是部委下属部门的竞争机构也能获得实质性的业务独立，但是法律独立性并不保证法律字义会得到尊重。事实上，竞争主管机构可被认为是处于高度独立和为非效率目标完全牺牲效率目标这两个极端之间的一个连续区间内。似乎所有国家都认为，在开展竞争执法工作时有必要防止执行狭隘利益集团的目标，并为此建立各类检查和平衡机制，尽管各管辖区域的机制之间必然存在细微差别和较大差异。

52. 很显然，竞争执法工作不能脱离它所运作的大环境，业务独立的各种要素构成了一个透明的过程，其中非效率因素(如公共利益)必须纳入竞争执法决策。对发展中国家而言，可能是至关重要的问责机制。就不当政治干扰的定义和用以评估干扰的定性标准达成共识是一项复杂的任务，或多或少涉及主观判断。

53. 本背景说明研究的事项提出了一些问题和关注点，考虑这些问题和关注点时必须注意发展中国家的具体同情。达成共识的困难，需要思考是否需要或有必要达成共识。从独立性作为一个变量的角度来看，相关问题是，独立性可否量化，可以说有多少独立性才足够的。应考虑的一个相关问题是重视在竞争执行期间对竞争主管机构独立性表示出尊重这一整体趋势。另一问题是对竞争执法而言，业务独立性比法律独立性是更重要还是更不重要。在问责制方面，一些采用委员会方式进行裁决的管辖区域，没有将裁决职能与调查职能相分离，这可能会造成影响。有必要研究牙买加一案的具体细节，对调查和裁决过程没有严格分离的决策结构，确定是否以及在何种情况下无法通过司法审查。另外值得关注的问题是实行更强化的问责机制。

参 考 文 献

- Competition Commission (2007). Annual Report 2006/07. Competition Commission, South Africa.
- Cukierman A (2005). Legal, actual and desirable independence: a case study of the bank of Israel. CEPR Discussion Paper Series. No. 4906. February.
- Fox EM (2007). Economic development, poverty and antitrust: the other path. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 57.
- ICN (2003). Building credible competition authorities in developing countries and transition economies. Report prepared by ICN Working Group on Capacity-Building and Competition Policy Implementation. ICN 2nd Annual Conference, Mérida, Mexico. 23-25 June.
- Lewis D (2001). The political economy of antitrust. Paper delivered at the 28th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. Fordham Corporate Law Institute. New York, October 25-26.
- Lewis D, Reed K and Teljeur E (2004). South Africa: economic policy-making and implementation in Africa: a study of strategic trade and selective industrial policy. In Soludo C, Ogbu O and Ha-Joon C (eds). *The Politics of Trade and Industrial Policy in Africa: Forced Consensus?* Africa World Press/IDRC.
- OECD (2002). Distributed public governance: agencies, authorities and other government bodies. OECD Paris.
- OECD (2004). Public sector modernization: changing organizational structures. OECD Observer. Policy Brief.
- Polidano C (1999). The new public management in developing countries. IDPM Public Policy and Management Working Paper No.13. November.
- Stewart T, Clarke J and Joekes S (2007). Competition law in action; experiences from developing countries. IDRC/CRDI.
- Thatcher M and Stone Sweet A (2002). Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions. *West European Politics*. Vol. 25, No.1, pp. 1-22.
- Thatcher M (2002). Delegation to independent regulatory agencies. *West European Politics*. Vol. 25, No. 1, pp. 25-145.
- UNCTAD (2006). Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies. TD/B/COM.2/CLP/44/Rev.2.
- Wettenhall R (2005). Autonomy issues in Australian non-departmental public bodies. Paper for Ninth International Research Seminar on Public Management, Milan, 6-8 April.
- Whish R (2003). Overview of issues concerning multiple criteria in competition law. Paper presented at UNCTAD Judicial Training Seminar, Livingstone, Zambia. 30-31 May 2003.
- World Bank (2000). World Bank's administrative and civil service reform website: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/ECAEXT/EXTECAREGTOPADMCIIVSER/0,menuPK:677803~pagePK:34004175~piPK:34004435~theSitePK:677795,00.html>.