



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

竞争法范本(2010年)——第十章

竞争法范本(2010年)——第十章

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. 防止泄漏向竞争事务当局提供资料、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。一个共同特点是，管理机构的职能必须以适当法律程序的原则和透明度为基础。

(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。¹ 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。

3. 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，进入房舍须得某些条件的约束。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，可在调查期间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要求对场所、公寓、运输车辆等进行搜查。在波兰竞争和消费者保护局应欧盟委员会的要求检查某个企业的过程中，欧盟委员会的代表也可参加检查。

4. 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。

¹ 见《原则和规则》第 E.6 点。

宽大处理方案²

5. 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”。³ 卡特尔的成员必须主动报告，并满足其他的一些要求。通常卡特尔成员必须坦白交待，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。

6. 大约有 50 个辖区主动表示执行着卡特尔宽大处理方案。⁴ 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。

7. 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：

8. 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。

9. 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低于后来的申请者受到的处罚。

10. 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。

11. 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。

12. 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。

² 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。

³ 《国际竞争网络》(2009)。“草拟和实施有效的宽大处理方案”。《2009 年反卡特尔执法手册》第 2 章，见 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>。

⁴ 同上。

13. 下表列出一些调查制度的例子。

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： <ul style="list-style-type: none"> • 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： <ul style="list-style-type: none"> • 提供文件、资料或其他材料 • 口头宣誓作证 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： <ul style="list-style-type: none"> • 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。

(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；

14. 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。

15. 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(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;

16. 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：

17. 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障碍；

18. 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；

19. 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。

20. 许多国家的主管机构还发布报告或指南，列出主管机构处理执法程序以及从竞争法角度评估某些经济活动形式的方针。例如，竞争主管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)，也可能只是说明主管机构是如何处理竞争立法的解释和适用问题。

21. 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;

22. 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。竞争管理机构需要恰当处理敏感商业信息，这一点不论怎样强调都不过分，因为这种机密一旦泄漏，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。

23. 印发兼并或限制性行业做法申报标准表格，可简化主管机构的决策程序，确保各方在接触主管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；

24. 主管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，主管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。

(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；

25. 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、⁵ 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)、⁶ 西班牙的保护竞争法院⁷ 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。

26. 《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。

27. 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，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。

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部门传递必要的文件资料和信息。 ⁸
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，例如在信息交换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。

⁵ 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。

⁶ 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。

⁷ 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：66。

⁸ 《保障经济竞争法》，第50条(b)款。

国家

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”：

- (a) 秘密提供给委员会，并涉及核心法律规定下的事项；
- (b) 根据《商业行为法》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；
- (c) 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《贸易行为法》第 XIB 或 XIC 部分规定的事项；
- (d) 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 段中所述的理念相符，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。 ⁹
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份谅解备忘录共享信息，并就执法工作开展合作。

28. 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份多边协议。

⁹ 建立欧洲共同体及其成员国与阿尔及利亚联系关系的《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. 防止泄漏向竞争事务部门提供资料、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。

29. 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。

现行法律中的不同方针——保护机密信息

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《商业行为法》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信息(称“受保护的卡特尔信息”)。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信息。

受保护的卡特尔信息的定义是，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信息。¹⁰

一般来说不要求委员会披露受保护的卡特尔信息，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) 受保护的卡特尔信息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信息的案件中：
 - (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信息的文件或披露受保护的卡特尔信息可能挫伤举报者将来提供受保护的卡特尔信息的积极性；
- (e) 司法利益。¹¹

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信息。

对受保护的卡特尔信息适用的制度也限制在非主要诉讼中使用这些信息。

¹⁰ 见《商业行为法》第 44ZZRF、44ZZRG、44ZZRJ 和 44ZZRK 节，可通过以下网址查阅：<http://www.comlaw.gov.au/>。

¹¹ 见《商业行为法》第 157C(5)条，可在以下网址查阅：<http://www.comlaw.gov.au/>。

国家

关于受保护卡特尔信息的规定以《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。

马来西亚

2010 年《竞争法》第 21 条规定保护机密信息，内容如下：

(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信息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信息：

(a) 披露行为取得提供信息人员的同意；

(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“机密信息”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、商业或工业信息。
