



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/RBP/INF.37
8 March 1996
CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会
政府间竞争法和竞争政策专家组

竞争政策和竞争立法

资料第21期

贸发会议秘书处的这一说明试图阐述与竞争政策有关的法律问题，并概括介绍竞争立法的基本特点

目 录

	<u>页 次</u>
导 言 竞争政策与竞争立法的必要性	4
竞争政策与竞争力	4
竞争政策与竞争法	4
竞争法与规模经济	5
竞争法与外国投资	5

目 录(续)

	<u>页 次</u>
第一章 竞争法与相关的法律和概念	6
A. 消费者保护	6
B. 价格管制	6
C. 知识产权	6
D. 贸易法	7
E. 外国直接投资	7
F. 误导性广告	8
G. 不公平竞争	8
第二章 竞争立法的不同做法	10
A. 现行法律和正在制订的法律	10
B. 结构管制与行为管制	12
C. 基本竞争法的词语和结构	12
(一) 目标	13
(二) 定义	13
(三) 适用范围	14
(四) 豁免和例外	14
D. 被禁止的行为：横向和纵向行为	16
E. 兼并管制	17
F. 消费者保护	17
G. 竞争事务管理机构	17
H. 制裁	18
I. 损害	18
J. 集体行动	18
K. 上述程序	18

目 录(续)

	<u>页 次</u>
第三章 调查限制性商业惯例或兼并行为的基本程序	19
A. 提起诉讼和调查	19
(一) 资料来源	19
(二) 对案件的初步评估	19
(三) 市场分析	20
B. 寻找证据	21
(一) 搜查场所	21
(二) 向企业进行调查	22
(三) 登报通知	22
(四) 听证	22
(五) 临时措施	22
C. 决定和补救办法	22

导 言

竞争政策和竞争立法的必要性

竞争政策与竞争力

1. 竞争政策比竞争立法的含义广,竞争立法是实现竞争政策的手段。另一个在词义上有差别的词语是竞争与竞争力。人们有时认为具有竞争力的经济不需要竞争政策或竞争立法。例如,在进行面向市场改革的国家,也有人开始时认为,开放市场,接受进口品的竞争,足以创造没有扭曲的竞争性市场。一些生产部门十分成功、可在国际市场竞争的国家也认为没有必要制定竞争法以确保在国际市场的竞争力。相反,它们通过法规对具体部门和政府采购等某些活动进行管制(管制政府采购是避免患通投标),以设法应付某些反竞争行为。然而,在市场自由化和全球化的压力下,越来越多的国家开始承认,竞争政策与竞争立法是国家保持竞争力的必要条件。联合国大会1980年通过的《一套多边协议的管限制制性商业惯例的原则和规则》¹也承认了这一点。

竞争政策与竞争法

2. 也有人认为,由于推行竞争管制机制(立法和竞争事务管理机构),涉及各种费用,正确地执行这一复杂的概念也有各种困难,所以最好完全避免管制,让市场力量逐渐地消除对竞争的暂时限制。发达国家对竞争政策持怀疑论者也常常说,这些竞争概念如引入发展中国家或最不发达国家,甚至更加危险。毫无讳言,应该指出,没有有效竞争法的竞争政策就象没有引擎的汽车。即使在竞争法采用头几年逐步加以落实,也需要一个一定时间能够完成的必要的学习进程。对许多发展中国家和前计划经济国家而言,竞争的概念是新的。需要时间和培训以改变人们的意识,培养一种“竞争文化”。新设立的竞争当局的首要任务常常是进行商业行为和消费者行为方面的教育。

3. 而且,竞争过程本身是一个演变的过程。即使发达国家也定期修订和改进它们的竞争法。发展中国家需要经过类似的“学习过程”。如果给面向市场经济改革以成功的机会,那么就需要有竞争政策,竞争政策又需要有竞争立法和竞争事务管理机构来监督它的实施。

竞争法与规模经济

4. 市场规模和规模经济在一定的情况下可能需要存在一个单一的企业。然而,关于贸易性商品和服务,市场自由化和技术变革可能消除大多数垄断企业存在的理由,或将“相关市场”从国内市场转向世界市场,从而使国内的垄断企业变成世界市场的单一国家供应商。由于贸易自由化,垄断“已归于消失”。

竞争法与外国投资

5. 也有人说,竞争立法可能阻碍外国投资。实际上,情况恰恰相当,以公平、非歧视的方式认真执行竞争政策和有效的竞争法,可使外国公司放心:它们可受到与其国内市场同样的待遇,不会遇到当地私人或国营竞争对手的限制性商业惯例行为。

6. 本说明附件一列出了经常听到的反对制订竞争法律的一些论点。附件二叙述了竞争当局一旦设立以后经常遇到的一些困难和限制。尽管存在这样的论点和困难,本情况说明还是设法阐明与竞争政策有关的法律问题,以说服读者,让他们相信所有国家都有必要制订竞争法律以执行竞争政策。第一章试图说明竞争法与各种其它法律和概念如外国直接投资、不公平贸易、知识产权和消费者保护等规则的联系。第二章详细阐述竞争法的基本结构和内容。第三章从实际角度叙述调查商业性惯例或管制兼并行为的可能基本程序。

第一章

竞争法与相关法律及概念

7. 竞争立法以一种或另一种方式与许多其它法律和概念如贸易法、外国直接投资规则和知识产权规则相联系。消费者保护规则、不公平竞争、不公平贸易和误导性广告法律以及价格条例可能与竞争法规则有共同或类似的目标或规定。然而,由于对往往容易造成误解的词语缺乏了解,可能产生极大的混乱。没有具体竞争法的国家可能在一定程度上设法依赖于那些涉及某些竞争法律问题但同时又存在根本差别的相关法律条款。

A. 消费者保护

8. 许多发展中国家在竞争立法前或同时制定了保护消费者的法律。从名称可以看出,这些法律的目标是保护消费者的安全、健康和经济利益,而经济法的直接目的是促进经济的竞争和效率,只是间接地维护消费者的经济利益。从图一可以看出,竞争法有时包含具体的保护消费者的条款,如印度禁止不公平贸易行为的条款和法国必须加注价格标签的规定。

B. 价格管制

9. 一些国家法律含有限制性商业惯例和价格管制的条款。由于经济改革和价格自由化,许多国家逐步取消对价格的行政管制,代之以现代的竞争法律(如挪威、瑞典、法国、泰国),但一些国家如法国竞争法仍然提供了紧急情况下强制管制价格的可能。而且,所有竞争法都禁止维持转售价格或固定价格的作法。

C. 知识产权

10. 知识产权,包括专利、版权、工业设计新型和商标,事实上给予知识产权所有人(发明人和购买人)一种垄断权利。乍一看,这些法律似乎与反对垄断的竞争法直接冲突。然而,较深入的分析可以看出,缺乏知识产权可抑制在研究和开发上投资,从而减少创新,而创新是竞争产生的主要好处之一。知识产权是必要的。由于企

业享有保护以后,便积极地在研究和开发上投资以提高竞争力,所以总体而言知识产权可被认为是有利于竞争的。当然,可通过知识产权的许可程序施加各种限制,包括实行主要的限制性商业惯例。还可使用商标控制和垄断具体的市场。有利竞争的知识产权和具有滥用和反竞争效果的权利之间的界限如何划分,人们众说纷纭。因此需要进一步研究对竞争法和知识产权之间这一界线的各种看法。

D. 贸易法

11. 广义的贸易法与竞争法密切联系,因为它们对竞争有重大影响。原则而言,倾销在国际贸易上是竞争性削价的同义语,所以理所当然可作为反竞争行为予以禁止。然而,反倾销条例在适用上可产生严重的反竞争效果。比如,反倾销行动有时可导致对外来竞争关闭国内市场,从而加强国内少数企业或卡特尔的支配地位。补贴可以扭曲竞争,反补贴税也可产生反竞争的副作用。无论是倾销还是补贴,通常都被认为是“不公平贸易”的行为。保证措施也可产生对进口竞争产品关闭市场的结果。另一方面,竞争法禁止“或豁免”对贸易有直接影响的进口和出口卡特尔。我们还可想象到歧视性实施竞争法可产生某种程度的保护主义,还可对贸易造成不利影响。

E. 外国直接投资

12. 竞争与外国直接投资条例之间有着各种联系。第一,1980年代后期对这类条例的大多数放宽限制以前,使用各种限制如当地含量要求和最低出口要求等限制性外国直接投资规则来调整在一国经营的跨国公司或跨国公司子公司的行为。

13. 外国直接投资规则给予外来企业各种优惠,如允许它们享有免税期,对其投入的进口实行特殊条件,等等。这样做对不享有这些便利的当地企业造成了反竞争环境。

14. 第三,外国实体兼并和收购当地企业可能造成垄断或产生支配性企业。在对外国直接投资放宽限制的国家,竞争规则如果在使用上是完全非歧视性的,那么可能成为处理外国直接投资可能不良影响的最佳手段。

15. 最后,如前所述,竞争法适用于在一国领土经营的所有企业,因此也适用于外国企业的子公司。这样做可避免外国公司受当地卡特尔或限制性纵向协议的抵制,同时也可确保外国公司不将其串通投标和限制贸易的其它行为如滥用市场力量

的支配地位的行为带到东道国。

F. 误导性广告

16. 有些国家订有具体的销售法律,有些国家通过法律反对误导性广告。由于企业可能通过刊登误导性指控和广告来进行“不公平”竞争,所以这是一项保护消费者的措施,也是一项促进竞争的法规。

G. 不公平竞争

17. 不公平竞争的概念(法文为 *concurrence déloyale*, 西班牙文为 *competencia desleal*)是一项可能使人产生误解的概念。因为它容易与竞争(反托拉斯)法律相混淆。事实上,它涵盖了许多其它概念,如计量(重量单位和长度单位)、误导性陈述和广告以及伪造商标或侵犯其它知识产权。“反竞争”的概念甚至与竞争法和竞争政策完全矛盾。例如,平行进口商如果不遵守实施商标规则而形成的市场分割,可能被指控为“不公平竞争”或“不公平贸易”,但是这种行为可能事实上正是反竞争或违反竞争法的行为。在极端的情况下,卡特尔成员申诉说,外来者“不公平”竞争,而事实上卡特尔本身在明确违反竞争法。

18. 表1设法说明这些不同(有时相互矛盾)的法律和概念之间的相互联系。无论如何,如上所述,目前各国在逐步形成一种共识,即不制定具体的竞争法,就无法有效实施竞争政策。实施竞争法需要设立拥有必要权力的、专门的竞争事务管理机构,负责纠正反竞争的限制性做法,同时就其它法律的可能反竞争效果向政府提出意见。

表一. 竞争法与其他法律和概念的关系

竞争	竞争	贸易法	外国直接投资	知识产权	消费者保护	不公平竞争/不公平贸易	价格管制
竞争		出口卡特尔, 保护主义或歧视性实施竞争法	兼并/收购, 滥用市场力量支配地位, 外国直接投资企业的卡特尔, 当地企业的限制性商业惯例	在许可程序中禁止限制性商业惯例	禁止不公平贸易行为, 强制标出价格	歧视性实施竞争法	放宽价格, 禁止维持转售价格
贸易法	反倾销, 补贴		出口鼓励措施, 对外国直接投资的补贴	仿造贸易品	安全条例, 卫生保护, 植物卫生规则	反倾销, 反补贴税, 使用商标禁止平行进口品, 自愿出口限制	以行政手段对进口品定价
投资 (外国直接投资)	鼓励外国直接投资的措施, 如实行免税期或给予外国直接投资企业以垄断权, 可能阻碍竞争。	当地含量要求, 与贸易有关的投资措施		商品和其他知识产权的注册有利于知识产权			
知识产权	使用商标禁止平行进口品, 进口	商标对进口的限制, 对从属于许可证协定的贸易的限制	母公司和子公司经营中的许可和特许权		商标中标出原产地	商标, 版权, 工业设计新型, 专利, 原产地规则	维持转售价格和知识产权产生的价格管制
保护消费者的法律	误导性广告, 不实的陈述	健康和国家安全标准	不准进口东道国禁止的物品	原产地规则, 各种标准		误导性广告, 重量和长度单位(计量)	禁止囤积居奇和其他的价格操纵
不公平贸易或不正当竞争	竞争法有时有这方面的规定	反倾销, 补贴, 原产地规则	在母公司和子公司关系中对投入和技术竞争性削价	仿造贸易品	囤积居奇, 竞争性削价, 金字塔工推销, 诱销, 不实的陈述和广告		出口补贴, 倾销
价格管制	在竞争法无法发挥有效作用时使用(如大幅度提高石油等必需品的价格)	补贴出口品	既可补贴(如投入的价格低), 也可抑制(如投入的价格高)外国直接投资。	强制性许可, 用行政手段管制许可条件、特许权和销售	对基本必需品实行低价格和给予补贴	对出口品的补贴	

第二章

关于竞争立法的不同做法

A. 现行法律和正在制定的法律

19. 目前,所有发达(经合组织)国家都有竞争法。欧洲联盟和欧洲经济区国家还对成员国之间的贸易往来实施竞争条例。此外,近年来越来越多的发展中国家和经济转型国家也通过了类似法规。截至1995年以下国家和领土已制定或正在制定竞争法律:

拉丁美洲和加勒比	非洲	亚洲和太平洋地区
阿根廷 巴西 玻利维亚。 智利 哥伦比亚 哥斯达黎加 萨尔瓦多。 危地马拉。 牙买加 巴拿马 巴拉圭。 秘鲁 特立尼达和多巴哥。 委内瑞拉	肯尼亚 加蓬 加纳。 摩洛哥。 南非 突尼斯 赞比亚 津巴布韦。	中国 斐济 印度 印度尼西亚。 马来西亚 巴基斯坦 菲律宾。 大韩民国 斯里兰卡 泰国 中国台湾省

* 正在制定竞争法。

经济转型国家中，波兰、匈牙利、捷克共和国、立陶宛、俄罗斯联邦以及乌克兰、白俄罗斯和格鲁吉亚等许多其它独联体成员国也通过了竞争(反垄断)立法。贸发会议在《限制性商业惯例法律手册》中定期发表这些法律的汇编以及相关的评注。已经发表的汇编如下：

以下国家的竞争法	手册文件号
法国、大韩民国	TD/B/RBP/42
丹麦、波兰、西班牙、美国	TD/RBP/CONF.3/5
智利、葡萄牙、斯里兰卡	TD/B/RBP/49
加拿大、瑞典	TD/B/RBP/58
德国、芬兰	TD/B/RBP/71
巴基斯坦	TD/B/RBP/33
肯尼亚	TD/B/RBP/58/Add.1
巴西、挪威	TD/B/RBP/82
联合王国	TD/B/RBP/87
比利时	TD/B/RBP/87/Add.1
意大利、牙买加、委内瑞拉	TD/B/RBP/94
立陶宛、墨西哥、斯洛伐克、赞比亚	TD/RBP/CONF.4/3

B. 结构管制与行为管制

20. 大多数法律管制企业的行为,即反对横向的限制性商业惯例(卡特尔),打击纵向限制性商业惯例中滥用市场力量支配地位的行为。结构行动主要是管制兼并,目的是避免因为市场力量的集中产生支配企业和垄断企业。然而,这些法律(如美国的法律)也可以下令解散支配企业,以便改变市场的结构。

C. 基本竞争法的用语和结构

21. 如示范法或法律(见贸发会议文件TD/B/RBP/81/Rev.4)的评注中详细说明的,竞争法和竞争体系有许多不同的种类。甚至竞争法的标题也相差甚远。第一部竞争法是加拿大1889年通过的《联合法》,然后是美国1890年通过的反托拉斯法(谢尔曼法案)。1947年以后,联合王国和仿效联合王国做法的其它国家颁布了《限制性商业行为法》和《垄断和限制性商业行为法》。1970年代,经合组织和贸发会议先后通过了《限制性商业惯例用语法》该法律后来更名为《竞争法》。经济转型国家将它们的法律称为“反托拉斯法”。尽管竞争法的名称各异,但它们的基本结构大体上是一样的,通常包括以下方面:

基本竞争法的结构:

- 目标
- 定义
- 适用范围
- 豁免和例外
- 被禁止的行为: 横向和纵向
- 兼并管制
- 竞争当局
- 制裁
- 上诉程序

22. 虽然近年来可以看到某些走向一致的趋势,但是开始时应该指出,竞争法是根据每一国家的具体因素,如司法制度、海关、商业文化、市场规模、发展水平等为该国“定制”的。它们的主要区别叙述如下。

(一) 目标

23. 竞争法有多重目标,包括:最佳的分配资源,避免经济力量不适当地集中在少数公司手中,反对通货膨胀,保护消费者利益,实现广义、粗略确定的“公众利益”的概念。最近的趋势主要是维护和促进竞争,因为根据理解通过保护和促进竞争法律本身可促使资源在经济中的有效分配,产生最佳质量、最低价格²和消费品货源充足的结果。

竞争法的目标

1. 促进竞争,确保效率和资源的最佳分配,以造福于用户、中间产品的用户和整个经济
2. 鼓励创新
3. 控制经济力量的集中
4. 确保收入的公平分配
5. 降低通货膨胀
6. 确保充分就业
7. 维护“公共利益”

现代法律的趋势

1. 促进竞争
2. 最大限度地提高经济效率

(二) 定义

24. 通常,立法不对限制性商业惯例下定义,而是以非详尽的方式列出具体的限制性商业惯例行为。一般而言,“企业”一词系包括从事贸易或商业的所有企业、跨国公司、它们的分支、子公司、中小型企业 and 国有企业。“垄断企业”通常是指贸易市场的单一供应者;然而,在一些立法中“垄断权”或“垄断”一词的用法具有与“支配企业”相类似的含意。

25. 支配企业或享有市场力量支配地位的企业的定义在各国之间不尽相同,但基本思想是支配企业是可以控制它所经营的“有关市场”的企业。支配企业可以控制“有关市场”,是因为它能够制订价格和销售条件而不受竞争者的挑战。虽然市场中有其它供应商,但是它们必须进行调整以适应支配企业的价格决定。总之,支配企业是价格导向。一些法律载有“共同支配地位”的概念,是指一家企业或与其它少数企业一道能够控制市场,从而居于支配地位的情况。本说明第三章第55-57段详细叙述了大多数竞争事务当局界定“有关市场”和确定一家企业是否在市场中具有“支配地位”所使用的程序。

26. 应该指出,主导企业本身并不违犯大多数竞争法。大多数竞争法的目的是防止支配企业利用它们的市场力量,通过限制性商业惯例滥用市场力量的支配地位。(关于纵向限制性商业惯例一节将进一步分析这一点)

27. 由于支配企业(或垄断企业)可能限制竞争,所以竞争法通常禁止市场力量的支配地位或可造成垄断的兼并、收购或合资经营。“在兼并管制一节中将进一步讨论这一点。”)。

(三) 适用范围

28. 如上所述,从事商业活动的所有企业,无论是私营的,公营的或其它的,通常都受现代竞争法的管辖(受豁免者除外,见以下)。

29. 竞争法涵盖所有货物或服务贸易。它还涵盖自由职业人员和有关行业人员。(例如,在一些国家,医生和律师之间的“职业守则”中禁止作广告,认为广告是反竞争的),但是集体谈判和工会活动不受限制。

30. 大部分竞争法的适用仅限于国家领土,不延伸到国家边界以外。一些法律,特别是美国的法律,可在域外适用,虽然出于“礼让”的考虑在适用上受到相对的限制(既考虑到管辖权的域外适用可能与其它国家的主权利益相冲突),法律的域外适用可能产生与维护其国家主权的其它国家的问题。

(四) 豁免或例外³

31. 由于取消管制,给予不受竞争法限制的豁免和例外的具体部门条例的数目趋于减少。然而,直到最近,竞争法中的豁免和例外仍然很多,有些至今还在适用:

- 国家主权行为不受竞争法的管辖。换言之,无论任何时候,政府都可通

过具有反竞争效果的法律。它还可签署具有反竞争效果的条约或国际文书(见《原则和规则》B.9条,该条规定这类国际协议不受《原则和规则》的禁止)。然而,近期的趋势是增加竞争当局的建议职能。因为根据现代竞争法,竞争当局应负责就竞争事务向政府提出意见,避免颁布具有不必要反竞争副作用的法律。

- 劳工市场 (工会)、集体谈判工资和集体制定就业条件,历来不属于竞争法的管辖范围。
- 农业、石油开采、采矿以及邮政和公共事业等“自然”垄断部门往往属于受管制的行业或目前仍不受竞争法管辖的经济部门。在一些国家,国防工业也享有豁免。然而,在许多国家取消管制大大减少了银行、保险、航运、航空等服务部门的垄断权力。
- 公共事业和“自然”垄断行业。长期以来,人们一直认为,竞争在有些部门如邮政、电力、煤气、供水、城市公共交通等是不可能的,因为它们属于“自然”垄断企业。然而,由于技术变革,“自然”垄断企业的范围已开始缩小,如有线电视、移动电话行业就是如此。在首先对受管制的部门实行竞争的国家,例如联合王国,已通过私有化和取消被认为不属于“自然”垄断企业的服务部门等手段来尽可能地减少垄断。(例如,供气由几家相互竞争的公司经营,唯一属于“自然”垄断企业的服务部门是管道网络)政府要求竞争事务界的机构或管理机构密切监视现有垄断企业的运行,以确保它们的支配力量不从垄断部门“外溢”到实行竞争的部门。一些国家建立了专门的管理机构,(如联合王国的 OFTEL、OFFAS、等),以监督已实行私有化的公用事务企业的活动,确保它们按照竞争规则来经营。
- 另一类不受竞争法限制的企业是中小型企业,对这些企业常常适用极限的原则(通常为有关市场的5%),低于这一极限,可能的反竞争效果被认为无足轻重。竞争法允许这些企业相互合作(缔结横向或纵向协定),因为这样做,可增加它们对抗大型企业的市场力量(例如在德国),从而提高在某一市场的竞争力。
- 由于开发某些新产品需要巨大的研究和开发投资,所以许多国家对研究开发合资企业不适用竞争法(如美国和欧洲的这类企业)。
- 具体分销协定(汽车、香水)只要符合某些条件,并通知欧洲委员会,便可在欧洲联盟获得“整批豁免”。

- 被认为对国内市场没有任何影响的出口卡特尔和“出口合资企业”在通知竞争事务当局以后,有时可不受法律约束(美国、联合王国的这类企业以及德国的“纯出口卡特尔”)。在许多国家,出口卡特尔如果不对国内市场造成影响,可不必执行竞争法;由于竞争法仅适用于国内市场,所以这些卡特尔不需要通知。
- 一些国家(德国、日本)允许组成合理化卡特尔、危机卡特尔和衰退卡特尔,允许这样做的理由一旦不复存在,这类卡特尔也将解散。

D. 被禁止的行为:横向行为和纵向行为

32. 应该指出,各国的禁止类别不同。最严格的禁止是美国针对横向限制性商业惯例,如限定价格、分配市场和串通投标或操纵投标实行的实质性禁止。横向协定从不允许,一旦发现,即遭质疑。许多国家也试图对串通投标或操纵投标使用这一实质性办法。

33. 除操纵投标外,其他国家特别是欧洲联盟国家也对横向限制性商业惯例采取较为宽松的方针,实行原则禁止的做法。换言之,《罗马条约》第85条禁止限定价格和市场分配,但立即设想到如果限制性行为的好处超过了对竞争的损害,如果消费者可以得到较大的实惠(例如,消费渠道畅通、质量提高,技术进步加快),那么可以给予豁免(第85条(3)款)。其他法律更加宽松。例如,一些国家仅要求卡特尔通知和注册;收到申诉后,仅对被认为违反广义“公共利益”的滥用行为采取补救行动。调查后,部长可接受(或拒绝)竞争当局的建议,最后可能禁止有关的行为。只有在违犯禁令的情况下,法庭才可判以罚款。

34. 也存在一些不需要通知的更加宽松的概念,但是竞争当局对滥用行为调查以后,可向政府有关部门(部长)建议禁止该限制性行为。

35. 随着国家竞争法的不断修订,趋势是修订较宽松的法律,采取与欧洲联盟国家规则或美国反拖拉斯法类似的较严格的做法。

36. 各国在处理上通常对纵向协定比对横向协定和串通投标更为宽松,例如美国除明确禁止维持转售价格外,对所有其他种类的纵向限制性商业惯例实施“合理原则”,逐例进行审查。

37. 大多数国家禁止维持转售价格,但对“建议价格”的看法不一,有的国家禁止,有的国家允许。然而,一些部门,如出版业和医药业往往不受限制,大多数国家只禁止垄断企业或支配企业实行的转售价格以外的纵向行为。

E. 兼并管制

38. 由于兼并、收购和联合经营可造成市场力量的不适当集中(产生支配企业或垄断企业),所以它们通常受到竞争当局的密切监督。

39. 许多国家通过单独的立法管制兼并。有些国家虽然订有竞争法,但没有管制兼并的规定。目前的趋势是将兼并管制的规定列为竞争法的一部分。

40. 为防止对商业界和竞争事务当局造成不必要的负担,通常要求规模超过规定级限的企业兼并前进行通知。有些管制当局如认为兼并可能造成市场力量的支配地位时,有权禁止兼并。也有些国家命令解散竞争当局采取行动之前发生的兼并(极少这样做)。

F. 消费者保护

41. 许多竞争法包含了通常由单独的消费者保护法律加以阐述的具体规定。有些国家有负责监督竞争法执行情况的统一部门管理具体的消费者保护法律,也有些国家在竞争法中列入专门阐述消费者保护问题的一章。

42. 具体的消费者保护条例--通常称为“不公平贸易行为”,规定:禁止囤积居奇、欺骗性宣传或虚假性陈述、误导性广告;有义务在商店中标出价格(增加价格的透明度,从而加强竞争);禁止诱销⁴和金字塔式推销⁵等特殊销售办法。

G. 竞争事务管理机构

43. 所有竞争法律通常都规定建立行政主管部门监督法律的实施。主管部门可设在一个部内,通常是商业、贸易和工业部或经济部或司法部。

44. 在一些国家,除设有隶属于一个部的竞争事务管理机构外,还有具有明确职能的独立的竞争委员会或理事会。主管部可将具体案件提交竞争委员会或竞争理事会进行调查(如联合王国的垄断和兼并委员会或法国的竞争委员会)。一个趋势是,为了确保竞争以外的其他考虑不扭曲竞争事务管理机构向政府部门和机构提出促进竞争建议的职能,竞争事务管理机构越来越成为在某种程度上独立于政府的机构。一些国家出现的一个新的趋势是设立“监督署”,负责监督竞争法以及消费者保护法,知识产权规则、误导性广告法等其他法律的实施。

H. 制裁

45. 有些国家，如美国对限定价格和串通投标等“顽固不化”的限制性商业惯例实施刑法。法庭可判处个人刑罚和罚款。然而，德国和欧洲委员会国家仅对企业实施罚款形式的行政制裁。数额可以很大，高达企业营业额的10%。有些国家对发现犯有严重违反竞争法的企业和企业管理人员实施行政罚款。在联合王国，法律没有规定罚款；只有发现被告违反法庭禁止和解散令的情况下，才处罚款甚至监禁。

46. 无论如何，为了取得信誉，竞争事务管理机构必须有权实施可信的制裁。

I. 损害

47. 许多法律规定对违反竞争法行为引起的损害给予赔偿。美国设有三倍赔偿的特殊制度，即受害方可收到三倍于限制性商业惯例所造成损失数额的赔偿。

J. 集体行动

48. 有些法律规定，如果由于违反竞争法的行为，一组人或一些人每人都遭受到较小数额的损失，例如出租汽车的用户因非法的定价安排而必须付出更多的钱，可为这些人采取反托拉斯的行动。

K. 上诉程序

49. 所有竞争法都规定了一种或另一种向特别贸易法院和法庭和向高一级的法院或最高法院上诉的程序。

第三章

调查限制性商业惯例或兼并行为的基本程序

50. 正如各国竞争法不同但具有重要的“共同点”一样，基本调查程序也有相同之处。导致最后作出决定或裁决的调查制度可以各异⁶，但调查的基本技术细节是类似的，现将调查的各个步骤叙述如下：

A. 发起调查

(一) 消息来源

51. 消费者、商人、政府机关或竞争事务管理机构本身提出申诉后，可发起调查。有些法律仅允许消费者协会或企业协会提出申诉，不允许个人采取行动。

52. 竞争事务管理机构在发现报界披露的涨价或价格不正常变动后可自发进行调查。有时，失去工作或希望报复前雇主的前雇员披露限制性商业惯例行为。在美国，一定程度在欧洲联盟国家，揭发所参加的非法协议的企业可获得全部和部分豁免，或受到较低水平的制裁。就兼并管制而言，法律常常要求事先通知兼并行为，给予竞争事务管理机构一定的时限作出答复(通常不超过一个月)。

(二) 对案件的初步评审

53. 一般由竞争事务管理机构撰写调查备忘录，注明产品名称、被指控的非法行为、可能违犯的法律条款、所涉的当事方姓名以及据称的违法行为包括的地区。与这些公司联系之前，竞争事务管理机构将设法从公共来源(报界、现有资料)补充它的资料，也可能保密。如果需要进一步的证据，将进行突然搜查。

54. 对案件初步评审以后，竞争事务管理机构可决定放弃该案件；如果发现正当的理由也可进一步调查。

(三) 市场分析

55. 为分析市场，竞争事务管理机构必须从地区、所涉产品或服务方面界定有关市场。市场力量支配地位的定义依据的是有关市场的概念。有关市场是指可合理替代商品或服务的市场，即“有效竞争的地区”（美国最高法院）。界定有关市场或通过延伸确定一企业是否在该市场具有支配地位的主要标准如下：

- 第一，竞争事务管理机构认为有关产品如果价格提高可在多大程度上由另一种产品替代（如饮啤者是否改饮柠檬汁或软饮料？）；
- 第二，竞争事务管理机构分析替代的范围；为此，它们必须考虑消费者的口味和偏好（需求替代）；
- 第三，它们必须考虑市场的透明度（即消费者对价格的了解和对价格的敏感程度）；消费者是否完全了解情况，具有竞争意识；
- 第四，如果交通不便、运输费用高昂，那么有关市场可能仅限于一个地区或偏僻地区；如果边境存在严重的保护壁垒，有关市场可能是国内市场；在开放经济和进口产品价格低廉的情况下，有关市场可能是世界市场；
- 第五，他们需要确定被考虑的产品或服务，如所有的汽车或某一价格范围内的汽车。

有关市场标准

1. 替代的可能性
2. 根据消费者口味确定的替代范围
3. 透明度、消费者对价格的了解和反映
4. 有关的地理区域
5. 确定拟考虑的产品或服务

56. 有关市场的范围一旦确定，竞争事务管理机构便开始进行分析，以检查是否存在市场力量支配地位的情况。第一，必须确定有关市场的集中程度。是否存在垄断？两家企业控制的份额是否超过X%？三家企业控制的份额是否超过Y%？（取决于竞争法的规定。）

57. 法律往往规定，当企业的市场份额超过25%或30%时，可推定它具有支配地位。第二条标准是分析具有较大市场份额的企业对竞争的影响。是否存在价格对比？较小企业制定价格时是否“仿效主要企业”，是否进行有力的竞争？如果竞争被抑制，那么竞争事务管理机构应考虑第三条标准，即进入有关市场的条件。是否存在潜在或实际竞争？由于政府在受管制市场中实行的法令或由于进口限额或限制性关税，外部企业进入有关市场是否困难或不可能？补贴是否使企业离开市场变得不可能？最后，还应研究市场的特点：是属于活跃（高增长率）还是属于稳定（成熟）的市场？市场的相对规模（和重要性）如何？是否属于由政府管制的市场？

确定存在市场力量支配地位的标准

1. 市场份额
2. 对竞争的影响
3. 进出条件
4. 市场的特点：
 - 活跃或稳定的市场
 - 市场的相对规模
 - 政府的管制

B. 搜查证据

(一) 搜查办公处所

58. 对法律允许搜查办公处所的国家（如法国、德国和联合王国），为尽可能地寻找证据，竞争事务管理机构可进行突然搜查。通常，由法官签发搜查令以授权搜查。搜查前，调查人员应充分准备，知道寻找那些证据和有可能在那里找到证

据(可能需要计算机专家,因为所需要的资料可能储存在计算机中,而且难以寻找)。

(二) 向企业进行询问

59. 可向企业发出索取资料的信件和正式请求。

(三) 在报纸上刊载通知

60. 可在报纸上刊载通知,要求受被指控的行为影响或可以提供资料的第三方、用户或企业提供证据。

(四) 听 证

61. 可举行听证会,由企业的代表在律师的陪同下参加。听证会往往单独举行,以避免被告采取协调行动。

(五) 临时措施

62. 由于所使用的程序不同,有关案件的调查可持续几个月甚至几年。一些法律规定在调查结果公开之前采取临时措施,通常发布停止令。然而,一般而言,调查一旦开始,被告便自动放弃所指控的行为,以避免可能的严厉制裁。

C. 决定和补救措施

63. 根据调查的结果,竞争事务管理机构(或竞争事务法庭)将作出决定。决定可能是直接的禁止或有条件的授权。例如,如果企业之一放弃某些利益,或不再实行具体的限制性行为,那么可授权一项兼并。调查还可认定,所涉行为不是反竞争的,因此可得到允许。有时,法律可以规定给予具体的整批豁免。这样做通常不要求进行全面调查。给予整批豁免通常是为了减轻竞争事务管理机构的工作负担或减少竞争事务管理机构工作的延误和积压。如果符合某些条件(如限制性行为的具体种类、协议覆盖的市场相对规模等),可自动给予该行为以“整批豁免”。

64. 竞争事务管理机构可实施制裁，在这些国家可依法进行罚款。也可由法院对企业有时对违反法律的个人责任者实施经济制裁。有些法律还规定判处个人监禁徒刑。无论如何，制裁必须相当严厉，法律才有信誉。在通货膨胀率高的国家，法律制定的最高经济制裁数额可能很快失去威慑作用。

65. 现代竞争法还规定了对损害的赔偿。因被指控的行为而蒙受损失的消费者和第三方可就损失对被告提出诉讼。

注

¹ 大会在1980年12月5日第35/63号决议中通过了《一套多边协议的控制限制性商业惯例的公平原则和规则》也承认了这一点。

² 应该指出，大多数国家已放弃管理价格，代之以竞争立法。竞争立法不是靠行政手段固定价格，而是一种较完善的以竞争方式形成价格的控制机制。第二次世界大战以后，瑞典、挪威和法国等国已实行管理价格，以后逐渐用现代竞争立法取而代之。

³ 豁免的范围通常很广(涉及整个部门，如采矿和农业)，而例外仅涉及具体情况下的具体企业。

⁴ 诱销是通过非常大的折扣来吸引消费者购买一种供应数量有限的产品。

⁵ 金字塔式推销提供各种优惠(回扣)，鼓励推销商将产品推销给其他人，由其他人再推销给另外的人，等等。

⁶ 例如，联合王国有三个主要机构负责进行调查，它们是：公平贸易署、垄断和兼并委员会和贸易工业部。此外还有限制性商业惯例法院。这种多重“制衡”的机制涉及：由公平贸易署首先筛选，然后将案件提交垄断和兼并委员会调查和提出建议，如果贸易工业部部长接受垄断和兼并委员会的建议，可发布命令。法庭也可发布命令。除非有关企业继而违反命令，被发现犯有“轻视法庭”罪，否则部长接受垄断和兼并委员会建议后不给予罚款。在德国，联邦卡特尔局具有准司法权力，可发起询问，进行调查，作出包括对被告进行罚款的决定。被告只能就程序问题向法庭提出上诉。在例外的情况下，经济部长可取缔关于兼并的禁令。在美国，司法部可对一桩案件提出起诉，但必须在法庭对被告提出质疑之后。法庭还可实施制裁(罚款和判刑)。联邦贸易委员会具有行政权力，但法庭可施加制裁。

附 件 一

常常提出的反对通过竞争法的理由

- 企业要在国际市场上具有竞争力， 必须具有临界规模、 实行规模经济。
- 在取消管制和“小政府”的时代， 必须避免“较大的官僚机构”。
- 发展中国家不需要竞争政策。 只有经济高度发达、 管理十分先进的国家才能够处理这样复杂的程序。
- 实行竞争法将“吓走”十分需要的外国直接投资。
- 开放市场足以引入进口品的竞争。
- 竞争法给容易腐化的个人以过大的权力。 需要严格的制衡措施。
- 准确的竞争分析十分复杂， 发展中国家无法执行有效的竞争法律和政策。
- 面对着受益于市场力量、 先进技术和母公司保护的大型外国企业， 竞争政策将使国内工业逐步消亡。

附 件 二

竞争事务管理机构经常遇到的困难和限制

1. 有关部可引述担心失业增加等“公共利益”的理由，或迫于院外活动集团和活动分子团体的压力，推翻一项决定。

2. 政府的更迭可能改变竞争事务管理机构的命运：有些政府可能在“政治”上关心竞争法中有关打破垄断或财富集中在少数人手中的规定，相反另一些政府可能愿意维护或设立“国家冠军企业”，或不愿意实施可能影响即得利益的竞争法。

3. 其他行政机构(管理机构)的职能可能与竞争事务管理机构的职能重叠(例如管制私营公用事业的管理机构可能负责应隶属竞争事务管理机构的竞争事务)。当难以作出决定时，管理机构可能要求竞争事务管理机构进行调查，否则它可能作出错误的“反竞争的”决定。

4. 立法者和其他部(卫生部、贸易部等)，可能无视竞争事务管理机构的建议职能，在不考虑反竞争效果的情况下通过立法。

5. 势力大的商人有时可能与指挥中心(部长)比与竞争事务管理机构的关系更密切。部长们也可能对作出就业(或其他)承诺的大型外国直接投资公司作出过大的让步。于是，外国企业可能得到补贴、免税期待遇或优惠条件和长期进口授权，而国内竞争企业却得不到这些好处。

预算限制/有限的资源

6. 预算限制可能影响竞争事务管理机构采取所要求行动的能力。例如，一个竞争事务管理机构指出，它不愿意利用媒介宣传它的职能，因为担心将收到过多的投诉，如无法适当地处理，可能失去信誉。

7. 竞争事务管理机构可能缺乏雇用高能职员的财政资源，只能依赖未经培训的当地警察和司法人员来实施竞争规则。

8. 竞争事务管理机构的工作人员经过在国外的良好培训后，受私营部门的晋升或更好的就业机会的吸引而离开。

缺乏可靠的商业统计

9. 发展中国家可能缺乏可靠的数据和统计，比如不知道一个企业的市场份额，所以无法准确地处理案件，或无法确定市场支配地位。

竞争事务管理机构的决定缺乏信誉

10. 罚款数额不高可能使竞争事务管理机构失去信誉。

11. 竞争事务管理机构不得使用以前价格管制当局的职员，他们对竞争原则和新的职责不了解。

12. 调查和司法程序包括上诉的时间过长，往往没有中间措施，可能减少竞争事务管理机构决定的影响。

该议题对消费者是新的

13. 竞争原则对习惯于依赖行政定价的消费者是新的。竞争事务管理机构需要教育消费者，创造一种鼓励消费者加以选择、比较价格的“消费文化”。有时消费者一开始不一定欣赏。