



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/23
18 June 2001
CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会
投资、技术和有关金融问题委员会
竞争法和竞争政策问题政府间专家组
第三届会议
2001年7月2日至4日，日内瓦
临时议程项目3

示范法律：竞争主管机关与包括部门管理机构
在内的各管理机构之间的关系

目 录

	<u>页 次</u>
导 言.....	2
有关竞争与法规管制的新条款可能包含的内容.....	3
对拟议中的有关竞争与法规的条款的评论.....	4
注 释.....	11

导 言

1. 回顾第四次联合国全面审查《多边协议的一套管制限制性商业惯例的公平原则和规则》会议通过的第 TD/RBP/CONF.5/15 号决议第 11 段，请贸发会议就关于竞争主管机关与包括部门管理机构在内的各管理机构之间的关系的示范法律问题编写新的一章。本文件内容是关于新条款的建议，同时包括有关如何在公用部门和基础设施行业中促进竞争的建议。本文件还建议：如何通过制定适当竞争法律和竞争机制提高效率；如何在向竞争开放的行业内部保护普遍利益，以及如何安排竞争机构与管理机构之间的相互关系。

2. 各项建议的提法考虑到了欠成熟市场结构的若干特点，并着重于如何在发展中国家和转型国家提高受管制行业的效率问题。

有关竞争与法规管制新条款可新包含的内容

竞争主管机关在法规和法规改革方面的倡导作用

3. 执行当局、地方自治机关或享有政府授权之机关，颁布经济和行政管理条例，尤其当该条例涉及基础设施行业经营之部门时，应在通过之前接受竞争主管机关透明的审查程序，看其是否限制经济主体的独立性和行动自由；是否造成歧视或相反地为某些特定公营或私营公司的活动造成有利条件，以及是否导致或可能导致对竞争的限制和/或损害公司或公民的利益。

4. 经济或行政法规中包含对竞争的管制性障碍时，尤其应由竞争主管机关从经济观点，包括普遍利益理由，对之进行评估。

法规的定义

5. “法规”一语指政府据之向企业和公民施加要求的各种文书。法规因而包括各级政府颁布的法律、正式和非正式的政令、行政指南及从属的规则，以及由政府授予管制权力的非政府或专业的自管团体颁布的规则。

妨碍竞争的法规障碍的定义

6. 与结构性和战略性的入市障碍不同，法规性的入市障碍是由政府执行当局、地方自治机关和政府授予管制权力的非政府团体或自管团体颁布的法令或推行的法令造成的。这包括不许进入市场的行政壁垒、独家特许权、特许的证书、许可证和其他开办商业业务的许可。

保护普遍利益

7. 有些由私营或政府所有的公司经营的服务活动，无论其性质和与市场的关系如何，有可能被政府认为关涉到普遍利益。与此相应，具有普遍利益的服务，其提供者可能被要求承担特定义务，如保证以可承受价格普遍提供各种高质量服务。此类义务属于社会和经济法规领域，应以透明方式规定之。

对拟议中的有关竞争与法规的条款的评论

8. 竞争法广泛公认的目的是将反竞争行为¹ 在市场中造成的经济效率低下现象降至最低程度。竞争政策不仅是执行竞争法，还包括为了消费者的福利实行贸易自由化和放宽管制。竞争法和竞争政策旨在管制公司的非竞争行为，而放宽管制则旨在尽量减少扭曲市场的政府干预。

竞争主管机关在法规和法规改革方面的倡导作用

9. 与拟议中的条文有关的内容引起两个问题，需要分别处理。

1. 为什么政府对某些经济活动的表现特别注意？

10. 政府常常制定详尽全面的部门规则着重适用于主要的基础设施服务行业。这类行业也叫“公共事业”或“公共服务”，其中包括的行动是发展现代化生活方式时不可避免的消费，或者是提供国家经济许多部门必不可少的投入，如电力、煤气、水的生产与供应、垃圾处理、电信、有线电视、邮政、公共交通(航空、公路及铁路)。²

11. 无论是发达国家、发展中国家还是转型国家的政府都对基础设施服务行业高度重视，其主要原因有四项。政府对这些行业职能的指派，使之与普通和传统上具有竞争性的经济部门在四个方面有所区别：控制入市、定价或限价、限定服务的质量和条件。

12. 第一项理由是：这些行业是为所有其他经济部门的活动提供投入的，因此是经济绩效的根本。它们的经营状况和效率不仅可能决定一个国家普遍的生产效率和竞争力水平，如果消费者普遍表示不满，还会影响到社会秩序和政局稳定。由于这些行业举足轻重，它们往往承担着公共或普遍的服务职责，这意味着公司——无论国营还是私营——都被要求必须提供某种服务，即使赔钱也得干。因此，在有关活动的竞争受到法规限制的地方，基础设施服务行业可能没有竞争性。对竞争施加限制的理由各种各样，其中包括最普通的一种是为了让一家公司给授权它经营的非商业性活动和服务筹措资金，而允许它寻找一个赚钱的来源。例如，一家国营的邮政局往往在标准信件邮递中享有不受竞争的保护，这样做的

理由是为了保护农村等高成本地区投递信函的交叉补贴，必须这样做。这样做的结果，这类部门对于一个国家维持活动必不可少，因此出于社会和政治的理由而受到保护，对这类部门进行改革成了高度政治性的问题。

13. 第二条理由是这些基础设施服务行业的活动在国家一级可以由很少数目的经营者来经营；换言之，大多数政府单位，如地方政府(市、省、州)等单位都面对着一支十分强大而集中的与之讨价还价的力量。许多国家的中央政府或地方政府不得不决定直接掌握基础设施服务行业的所有权。

14. 影响法规和竞争的第三条理由是，这类行业往往对进入和退出具有相当大的障碍，例如沉积成本一旦付出即无法收回。尤其是，经营操作的顺序对于政府的管理来说具有重要意义：重大投资往往是投资主体首先对市场作出承诺，其次租金或收益才会在数年以后取得。这就意味着，为了要吸引自愿的私人投资，法规制度的制定者必须使之具有公信力和可预见性。对公信力的关切常常有财政部门的决策者来分担。创造公信力和可预见性是法规制定者的基本任务之一。

15. 政府为何对基础设施服务行业极其重视的第四条，即最后一条理由是从供需成本效应产生的，因为这个部门不是由单一的活动构成的，而是包含着若干彼此分离的组成部分。这些组成部分的某些局部经不起竞争，一般而言这是因为存在着规模经济现象，即在某一限定领域内单独一家公司却能比两家或更多公司联合在一起更能有效地满足市场需求。这个经不起竞争的成份通常都要求享用特权或独家使用政府拥有的某种公共财富的权利，要求政府颁给或借用。一种基础设施服务行业可能经不起竞争还有一个原因是存在着“网络效应”或曰“需求方规模经济”现象，即对一家公司的服务之需求随着该服务消费量的增加而扩大。³

16. 从发展中国家的特定观点来看，应该强调的是市场结构往往使人严重关切如何通过法规改革和使受管制行业向竞争开放来提高其效率。

17. 例如，最近多次观察到，南美洲的公用事业改革进程中在对基础设施服务业的公共资产实行私有化之前并没有考虑到市场评估。由于先前政府的干预，构成市场结构的受管制活动和不受管制活动普遍没有区别对待。⁴ 亚洲的发展中国家随着对法规开始审查，也正在经历类似的情况。例如，巴布亚新几内亚的一位代表最近强调指出，由政府管制或政府所有制施加的法规性限制，对竞争构成妨

碍。巴布亚新几内亚现行的法规在颁布之时对之抱有较强的信心。但对其代价缺乏估计：

“实例当中包括：对公用事业的法定垄断、对许多农产品实行法定的购销安排，以及对多种职务和职业实行许可证安排。中央机关工作组将对进入障碍实行审查.....为了拆除妨碍有效竞争的过度的市场力量，可能需要进行结构性的改革。为了使私有化能实现其提高效率的目标，首先进行这类结构改革是极其必要的。这将要求两个领域实行结构性的分割：一是将管理功能与商业功能分开；一是将自然垄断与潜在的竞争活动分开。⁵

18. 巴布亚新几内亚这位官员举出的实例证明，发展中国家关切的问题的确与发达国家关切的问题十分相近。发达国家的有效法规管制传统上一贯区分两类部门：一是有竞争可能的网络化部门，一是一般认为是自然垄断而无竞争可能的生产和零售部门。例如，有竞争可能的部门包括长途电信、发电和铁路运输。无竞争可能的部门包括输电线路、铁路轨道和地方性电信回路；这些在法规改革完成之后往往仍旧受管制。显然，由于缺乏有效的分割，使经营网络化基础设施的公司得到了市场力量。这种力量的运作以其他经营者和消费者为代价，所以应该加以控制。

2. 竞争主管机构在管理方面应发挥什么作用？

19. 从市场结构观点看，当作为私有化计划一部分的法规改革进行之际，应当向竞争主管当局征询意见。应赋予它们法律权力对现有垄断施加强制处理措施，或是对破坏竞争性市场的兼并实行控制或禁止。如果，比如由于缺乏人力资源而没有赋予它们这项权力，那就应当使它们有可能向具有此种权力的行政机关建议实行强制处理措施或控制兼并。⁶ 尽管如此，竞争主管机构与管理机构之间的主要分工方式显然很少是由竞争主管机关简单地取代管理机构。

20. 不过，经济合作和发展组织(经合发组织)大多数成员国目前在其竞争主管机关与部门管理机构之间的关系，仍有加以观察的必要。最近，经合发组织竞争法律和竞争政策委员会召集了一次有关竞争主管机关与管理机构关系的圆桌会议，试图廓清二者之间关系引起的主要政策问题⁷。对这种关系的研究表明，如

果一个受管制部门中的公司滥用其特权损害消费者利益和购用其服务的公司的效率，在这种情况下竞争主管机关的干预能够适当地鼓励竞争。大多数发达国家放宽管制的经验引起四个主要的看法：

21. 第一，经合发组织成员国的许多部门有特定的管理制度；在电信、电力、铁路和天然气等部门尤为普遍。然而，这种制度也存在于诸如广播电视、民航、有线电视、远洋运输、制药、放射性矿产、酒精饮料、保险、银行、长途客运和货运、供水以及许多其他部门。

22. 第二，在具体部门的管理机构与竞争主管机关之间的关系上，不存在独一无二的模式，无论是在国家之间还是在一国之内都是如此。但是，有一种独特的模式——职权推动的分工模式——看来比其他模式更为普遍。至少有一点是清楚的，即部门管理机构应该与被管理的公司或实体分开，并应承担义务既负责任又对政府执行机关保持独立。还应实行机构变革以便保证它们的独立性。大韩民国官员最近多次指出，由于具体部门执行竞争法可能发生互不一致的现象，管理机构应首先同竞争主管机关磋商和协调。⁸

23. 第三，在较早放松管制的国家，似乎出现了一种相当务实的方针，即对不同部门视情况区别对待。在放松管制较晚的一些国家，则似乎采取了更系统的办法。

24. 最后，各国之间在所使用的术语上有很大的不同。有些国家把技术管制、经济管制和竞争法的实施加以区别。但有时“竞争政策”似乎包括在“经济管制”之内。经合发组织有些成员国似乎也有一种倾向，“经济管制”和“技术管制”二者可以互换使用。

法规管制的定义

25. 法规管制可追求不同类型的目标。经济管制、社会管制和行政管制属于政府干预的三个主要类别，它们都可能对市场有影响。经济管制包括直接干预市场决策的政府要求，如定价、竞争、进入和退出市场。社会管制包括政府为保护公众利益而提出的要求，如卫生、安全、环境和社会和谐。行政管制包括政府为收集信息资料和干预个别经济决策而实行的报表和手续。

竞争法、竞争政策与竞争法规

根本而言，竞争法、竞争政策和竞争法规的目的都是保护公众利益免受垄断势力的损害。虽然二者都赋予政府以实现这一目标的工具，它们在干预的范围和形式上却有所不同。竞争法、竞争政策与竞争法规不是等同的。竞争法、竞争政策与法规管制问题之间互相作用的方式有以下四种：

- 法规可能与竞争法和竞争政策相矛盾。法规可能鼓励，甚至要求一些可能违背竞争法的行为或条件；例如，法规可能允许价格协调，不许做广告或者要求按地域划分市场。其他例证包括禁止售价低于成本，这种做法本意是促进竞争，但常被解释为反对竞争，还有很多法规对竞争的限制超过法规目标的需要。修改或撤消这类法规可迫使受其影响的公司改变习惯和期望。
- 法规可能取代竞争法和竞争政策。在自然垄断中，法规可能要用规定价格(限价)和控制进入市场机会的办法直接控制市场力量。技术和其他体制机构的变化可能导致重新考虑基本立场以支持法规管制，即竞争政策和机构可能不足以完成防止垄断的任务和发挥市场力量。
- 法规可能重复竞争法和竞争政策。一个行业中的串通和舞弊行为可能由法规和法规执行机构予以防止，这和竞争法和竞争政策的作用是一样的。例如，法规可以为公平竞争制定标准，也可以制定招标投标规则保证有竞争性的投标。但是，不同的管制机构可能采用不同的标准，而管制机构的变化或不同则可能揭示出看似相同的政策却在实践中导致了不同的结果。
- 法规可能采用竞争政策的方法。实现管制目标的工具，其设计可以利用市场激励和竞争动力学。为了保证这些工具在竞争法要求的范围内发挥预期作用，协调可能是必要的。

来源：经合发组织和欧盟委员会

竞争的法规障碍的定义

26. 妨碍竞争的法规性障碍包括由国家行政机构(中央或联邦政府、地方政府)或由享有政府授权的机构所采取的措施, 这些措施防止或阻碍有效竞争, 最终导致福利的损失。此类措施在多种多样的活动中都能发现, 如电信、金融服务(银行业和保险业)、专业商务服务(会计师、律师、建筑师等), 以及能源部门(电力、煤气), 这方面有大量文献为证。⁹ 这类措施对市场进入、市场退出和市场营销可能产生负面影响, 采取的形式多种多样, 如:

- 限制竞争, 即通过采用少见的规范和标准, 形成对进入市场的障碍, 或是不许外国公司在本国市场上竞争;
- 通过对某些活动免除竞争法的范围和涵盖, 消除竞争或排除在竞争之外¹⁰;
- 制造对竞争的扭曲, 诸如以人为的行政干预改变某些公司的竞争地位(例如通过政府采购中采取专断的决策。)

27. 法规性障碍对竞争的妨碍不仅与进入市场有关, 也可能妨碍退出市场, 例如通过政府补贴以及赋予或延长垄断权都是。此外, 此种障碍还可能使资源从一个部门或市场局部转移到另一个部门或市场局部更加困难。这应看作是对流动性的妨碍, 使资源不能转移到效益更高的部门或局部, 最终降低资源配置效益。

为消除妨碍竞争的法规障碍应采取的法规效率原则

法规效率原则应该列入国内法规管理进程中的社会和经济法规以及行政手续。这些原则对于区域经济一体化来说尤其有益。这类原则包括：

- 无歧视，尤其在标准方面。在同类产品和服务之间，无论其原产国如何，都应有竞争机会的平等。技术管制应该采用以性能为基础而不是以设计为基础的标准；应该采用税收或贸易许可证代替法规管制。凡适当和可行情况下，国内法规应采取国际统一的措施。
- 承认别国管制措施的等同性。凡采用国际统一的措施不可能、不必要或不可取时，可通过承认贸易伙伴国的管制措施或在别国进行的履行标准评估结果来减少法规分歧和履行标准评估制度重复给跨国市场带来的不利影响。

来源：经合发组织，《关于法规改革的报告》，巴黎，1997年。

保护普遍利益

28. 保护普遍利益通常是坚持法规管制的最常见特点。凡认识到自由竞争对通常由基础设施服务行业经营的普遍利益攸关的服务业应有之质量、定期性、价格可承受性、地域范围和安全性方面不能或没有产生足够成效时，应该允许政府对市场中的全体经营者施行无歧视和透明的法规管制，促使它们只要市场中营业就应履行某些标准。用这样一种鼓励竞争的办法保证普遍经济利益攸关的服务业，是欧洲联盟配合各经济部门促进自由化的立法过程而深入调查研究的课题。

注 释

¹ N. MUHAMMAD, *Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises and the Role of Government on Monopoly Practices in Indonesia*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, March 2001.

² 经合发组织最近由竞争法和竞争政策委员会举办的一次圆桌会议表明，在以下行业中也存在特定的管制制度：广播电视、有线电视、民航、远洋运输、制药、银行、长途汽车客货运输，等等。见经合发组织“The relationship between competition and regulatory authorities”, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, Paris, 1999, vol. 1, no.3, p. 169-246。又见美洲开发银行 2001 年 4 月在华盛顿特区举办的一次研讨会上提出的有关基础设施行业竞争政策问题的论文。

³ 这种网络效应亦称“网络外部效应”，经常发生于信息和通讯技术产业。在规模更大的网络上或是履行采用范围更广泛的标准，常常收获较大效益，因为这会使参与互动或进行经济交易的人数增加。只要两个或两个以上的网络(或标准)都要付费，消费者必定会付更多的钱上较大的网。市场如果表现出相当大的“外部效应”，就可能只维持一家公司。经合发组织竞争法和竞争政策委员会配合拟定该组织关于将纵向一体化行业分离的建议于 2000 年起草了研究报告。以上事实得自该研究报告。主要参见经合发组织，《受管制行业的结构分离》，巴黎，2000 年。

⁴ See I. De Leon, *The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience*. Washington, DC, *Inter-American Development Bank Working Paper*, 2001.

⁵ R. G. Maru, *Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises in Papua New Guinea*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, 2001.

⁶ 最近曾有人强调，以南美洲发展中国家的情况而言，竞争主管机构往往无权实施惩罚或推翻管理当局的决定。“一旦受管公司被豁免竞争法执法，就无法保证它们在案发时受到应有的管制，因为管制机构缺乏办理竞争管制的专业力量。在这种情况下，违规行为被发现，但是没有竞争主管机关干预(因为豁免竞争法执法)，管制机构没有法律权力进行干预。”例如，哥伦比亚和阿根廷的能源管理委员会即属此种情况，“它们发现了天然气生产厂家的舞弊行为，但是无法干预”。(De Leon, 同上，第 3 页)

⁷ 竞争法和竞争政策委员会关于竞争主管机关和法规管理的圆桌会议，巴黎，经合发组织，1999 年(见脚注 2)。

⁸ 发言很多，见 Chul Ho Ji, *Promotion of Competition in State-owned Enterprises (SOEs) and Regulated Sectors in Korea*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, 2001.

⁹ 主要参见经合发组织 *Report on Regulatory Reform*, vols. I and II, Paris, 1997. With regard to developing countries and countries in transition, see D. Zemanovicova, *Regulatory Barriers to Economic Competition in Transitional Countries*, Bratislava, 1998 (published under the Phare-ACE programme).

¹⁰ 可参见经合发组织 *Antitrust and Market Access: The Scope and Coverage of Competition Laws and Implications for Trade*, Paris, 1996.

¹¹ 欧洲联盟的自由化政策所载刊期或文本称为“指令”。包含普遍利益攸关的服务业这一概念，其主要法律文本以及关于保护普遍利益的竞争条款，有以下各处：Council Directive concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts 71/305/EEC, OJEC 1971, L185/5, as amended by Directive 89/440/EEC, OJCE 1989, L210/1 and codified by Directive 93/37 OJEC 1993, L 199; Council Directive 77/62/EEC concerning the co-ordination of procedures for the award of public supply contracts, OJEC 1977/ L 13/1, codified by Directive 93/96 EEC, OJEC 1993 L 199; Council Directive 89/665/EEC on the co-ordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures for the award of public supply and public work contracts, OJEC 1989, L 395/33, modified by Directive 92/50 OJEC 1992, L 209; Council Directive 90/531/EEC on the procurement procedures of entities operating in water, energy, transports and telecommunications sectors, OJEC 1990, L297/1, codified by Directive 93/38, OJEC 1993 L 199; Council Directive 92/13/EEC co-ordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in water, energy, transports and telecommunications sectors, OJEC 1992 L 76/14; Council Directive 92/50/EEC relating to the co-ordination of procedures for the award of public services contracts, OJEC 1992, L 209/1。此外，为了界定“普遍利益”这一概念，欧洲委员会在其 1996 年的指导方针中解释说，竞争规则的推行不应违反政府当局可能施诸公私实体的关于公共服务的义务，即经营服务业应保护经济和社会的和谐，保护环境、规划和促进消费者权益以及土地利用。见欧洲联盟委员会，*Communication on Services of General Interest in Europe*, Brussels, September 1996。