



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.3
7 May 2007

CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会
投资、技术和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
第八届会议
2007年7月17日至19日，日内瓦
临时议程项目 3(i)

可能达成的国际竞争协议如何适用于发展中国家，
其中包括通过优惠或差别待遇，推动发展中
国家采用并执行符合它们经济发展水平的
竞争法和竞争政策

贸发会议秘书处的说明经济

内 容 提 要

对这一领域一些现有国际文书和案例的审查突出表明了下列一些问题：有约束力的协定、非正式合作和国家执法努力(在技术援助的支持下)对于解决发展中国家在有国际成分的限制性商业惯例案件中面临的不同执法困难各自具有的相对贡献；此类国际协定中有可能在此类国际案件中加强执法的条款类型，如与国家法律的内容或适用相关的实质性承诺或先进型程序合作，以及为执行此类条款提供的技术援助；如何通过国际协作尽量扩大为较先进国家在这一领域内开展合作采取的激励措施和尽量减少为了保障国家从宽处理办法而规定的保密限制所可能产生的不利因素；竞争法对于影响外国市场的限制性商业惯例的适用(包括对外国市场的影响和对国内市场的影响之间存在联系的情况)；对发展中国家的优惠或差别待遇；加强发展中国家之间合作的手段；出口和国际卡特尔造成的伤害；合作协定和区域贸易协定中现有的竞争规定对发展中国家的需要和能力的适切性；这方面的成功合作例子；竞争政策与贸易、投资、新生工业、工作政策和条例之间的相互关系；竞争主管当局和贸易主管当局在国际合并案件中进行合作的可能性；以及加强各个不同的国际机构之间的协调。各国政府不妨在第五次审查会议规定的框架内审议这些问题，设法找出可能达成的双边、区域、多边竞争协议如何适用于发展中国家。此种审议不妨考虑到《原则和规则》、《圣保罗共识》和世贸组织协定的相关规定。这样做可以帮助贸发会议继续拟订和说明关于竞争政策及其适用的国际合作协定，尤其是双边和区域合作协定应当纳入的共同条款的类型，并有助于加强这一领域各个不同形式或级别的国际合作的一致性与协调。本报告不涉及世贸组织内先前讨论过的竞争问题多边框架可能性的概念。

目 录

	<u>页 次</u>
导 言.....	4
一、有关竞争政策与发展的若干国际准则.....	5
A. 巴西—美国执法合作协定.....	5
B. 若干区域贸易协定.....	6
C. 若干经合组织、国际竞争网络和世贸组织文书.....	8
二、若干具有国际和发展影响的案例.....	10
A. 国际卡特尔案例.....	10
B. 若干北美自由贸易协定和世贸组织案例.....	13
三、影响和可审查的问题.....	16
A. 共同办法和案例合作.....	16
B. 案件合作、保密和从宽处理.....	17
C. 可加研究的问题.....	21

导 言

1. 竞争法和竞争政策问题政府间专家组第五届会议(2003年7月2日至4日)请贸发会议秘书处为工作组第六届会议编写研究报告,“探讨竞争政策领域更密切的多边合作对发展中国家和最不发达国家发展目标的影响,具体来说:……(b)一份关于可能达成的国际竞争协议如何适用于发展中国家的报告,其中包括通过优惠或差别待遇,推动发展中国家采用并执行符合它们经济发展水平的竞争法和竞争政策”¹。这份报告(TD/B/COM.2/CLP/46)是按照要求提交给专家组第六届会议的,专家组在议定结论中请秘书处参照成员国在该届会议上提出的评论意见或在2005年1月31日之前送交的书面意见修订/增补这份报告,以提交第五次联合国全面审查《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。²审查会议赞赏地注意到贸发会议秘书处为会议编制的文件,并请秘书处参照成员国在该届会议上提出的评论意见或在2005年1月31日之前送交的书面意见修订相关文件,包括TD/RBP/CONF.6/9,提交专家组下届会议。³ **因此为专家组第七届会议(2006年10月31日至11月2日)编写了报告修订本,该届会议请秘书处根据成员国在第七届会议上提出的意见或以书面在2007年1月31日前送交的意见修订/增补相关文件,提交专家组第八届会议。**⁴为响应这项任务授权,本报告采用一种以经验为依据的办法,审查了这一领域一些现有国际文书(第一部分)和案例(第二部分),重点放在与发展中国家相关的方面。第三部分着重谈到一些影响和问题,各国政府不妨在评估与双边、区域或多边一级可能达成的协议相关的问题时予以审查。在前一版本基础上增加的案文以黑体字标出。本订正报告应结合另外三份贸发会议秘书处报告阅读,其中第一份**已经**为专家组第八届会议作了修订:“竞争政策问题及所用机制方面国际合作的经验”修订本(TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.5);“可能设立的包括竞争法和竞争政策方面自愿同级审评在内的争端调解机制和替代安排的作用”修订本(TD/B/COM.2/CLP/37/Rev.3);“介绍国际竞争政策合作协定,特别是双边和区域竞争政策合作协定中的常见条款及其适用情况(TD/RBP/CONF.6/3)。与本报告密切相关的还有题为“贸易与竞争问题:区域层次的经验”的贸发会议书籍,尤其是其中关于这一领域内特殊和差别待遇的文章,⁵以及题为“执行区域贸易协定中与竞争有关的条款:有可能得到发展益处吗?”的贸发会议书籍(UNCTAD/DITC/CLP/2006/4)。

2. 由于本报告所述评的大多数文书和案例在贸发会议的这些或其他先前报告⁶或引证的其他文件中已经提到，本报告不提供参考全文，一些新的案例除外。本报告没有述及仅有发展中国家参加的区域贸易协定，也未对《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》的条款进行任何一般述评。⁷但是，在处理有关审查的问题中，第三章提到了发展中国家之间的一些协定和《原则和规则》的一些规定。本报告不涉及世贸组织贸易和竞争政策之间的相互作用工作组先前所讨论的世贸组织内可能达成的多边竞争框架的概念。这是基于世贸组织总理事会的决定，即贸易和竞争政策之间的相互作用问题不构成多哈宣言提出的工作方案的一部分，因此，在世贸组织多哈回合期间，不就有关这一问题的谈判开展任何工作。但是，报告中有些地方提到了该工作组文件中所载的相关信息或意见。在整个报告中，“限制性商业惯例”与“反竞争做法”在使用上同义，可互换。

一、有关竞争政策与发展的若干国际准则

A. 巴西—美国执法合作协定

3. 有关竞争政策的许多国际文书的一个突出特征是其“柔软性”，无论是从这种文书不具约束力的性质方面——有关规定的措辞使其当事方在采取何种行动方面有很大的自由裁量的余地，还是从排除争端解决方面而言。执法合作协定具有法律约束力，但其规定措辞常常很宽泛，并有各种但书。迄今为止，发达国家和发展中国家之间的执法合作协定仅仅缔结了一份(美国与巴西)。其中包括大多数执法合作协定中的典型条款，但有一些小的变异：通知适用法律的变更或影响到另一方的具体执法活动(在本例中为强制性保密限制)；承诺在调查或对反竞争做法采取补救措施时认真考虑双方各自的重大利益(消极礼让)；就有关协定的任何问题进行沟通；在符合有关法律和重大利益及在合理现有资源范围内，分享有利于有效实施竞争法和促进更好地理解双方各自的竞争执法政策和活动的非保密信息；针对两国出现的反竞争做法开展协调执法的可能性；为对方提供的敏感信息保密。这项协定中还包括一些先进的协定中所含的一类规定，即“积极礼让”，根据这项规定，当事各方的竞争主管部门应认真考虑另一方的请求，在被请求国领土针对违反被请求国法律并不利地影响到请求国重大利益的反竞争做法采取执法行

动。但是，这种“积极礼让”条款并不限制被请求竞争主管部门不采取任何行动的起诉自由裁量权。也不排除提出请求的竞争主管部门强制执行自己的法律(尽管提出此种请求并不以违反请求国的法律为条件)。⁸ 巴西—美国的协定还规定共同开展技术援助活动。

4. 但是，这一协定并未提供交换保密信息——在使用或披露方面有所限制——的可能性，而一些较先进的协定则列有这一条款。(但应指出，美国与巴西的法律互助条约规定了就刑事问题提供协助和交换机密情报的可能性。法律互助条约已被用作在卡特尔调查中进行合作的工具。)巴西—美国的协定中也没有包括例如载于澳大利亚—美国执法合作协定中的其他两类条款：要求通知(在符合法律、执行政策和其他重大利益的范围内)看来可能关系到另一方竞争主管部门或应由其采取执法行动的反竞争性活动的信息，即使通知方的竞争法没有受到违反或者通知方本身未按照这一法律采取任何执法行动；共享机密情报的可能性；调查援助的可能性，涉及一国依照其法律，在另一国——其重大国家利益受到在被请求国内组织的反竞争行为影响——的请求下，采用强制程序获取信息，即使根据被请求国的法律，此种行为并非不法。

B. 若干区域贸易协定

5. 很多自由贸易、经济伙伴关系、关税同盟或共同市场/单一市场协定(以下统称为“区域贸易协定”)常常载有类似于执法合作协定中所载的在有关竞争的案件中合作的程序规定，尽管其意义不够深远，规定不够详细。因此，区域贸易协定通常设想颁布有关合作的细则或决定，还可辅之以当事方之间的双边执法合作协定。与执法合作协定不同，区域贸易协定通常载有实质性竞争规则。在不同的区域贸易协定中，这种规则在范围、效力和细节方面大不相同。有些区域贸易协定规定了针对反竞争行为采取行动的一般义务，而另一些则规定了具体的标准和规则，有少数区域贸易协定要求共同的法律和程序。有些区域贸易协定规定，竞争规则的适用、内容/或强制执行仅涉及影响当事方之间贸易的限制性商业惯例，而另一些区域贸易协定则载有涉及所有限制性商业惯例的此种规定。

6. 北美自由贸易协定和加拿大—哥斯达黎加区域贸易协定均规定，各缔约方应分别采取或维持禁止“反竞争商业行为”或“反竞争活动”的措施，并为此目

的采取适当的执法行动。但是，加拿大—哥斯达黎加自由贸易协定将“反竞争活动”界定为指根据缔约方各自的竞争立法及其有关修正案和缔约方可能共同商定适用的其他立法应受处罚的任何行为或交易。此种“反竞争活动”包括(但并不限于)卡特尔、滥用垄断地位和有重大反竞争影响的兼并，除非其直接或间接被排除在一缔约方本国法律的范围之外或根据这些法律得到许可。但是，规定所有这些排除或授权均应透明，并应由缔约各方定期评估，确定其是否为实现首要政策目标所必须。还规定：缔约各方设立或保持一个公正的竞争主管部门，有权采取必要的执法行动，宣传有利于竞争的政策和立法，不受政治干预；透明(出版或公布有关立法、程序、做法或普遍适用的行政裁决，并通知另一缔约方有关变更)；不歧视(关于禁止反竞争活动的措施和执法行动)；程序公正(公正和公平的司法和准司法诉讼程序，并带有上诉或审查程序)；和技术援助。关于程序方面的执法合作，有下列规定：对于可能影响另一缔约方重大利益的执法行动必须予以通知(除非此举有违保密关注，或有损于重大利益)，并带有关于哪些行动应当通知的详细标准；磋商；和消极礼让。还规定有关缔约方可以订立额外的合作或相互提供法律援助的协定或安排。这种协定(如北美自由贸易协定以及加拿大—智利和欧洲联盟—智利自由贸易协定)将竞争政策争端排斥在争端解决程序之外。在美洲自由贸易区竞争政策问题谈判组当中，特立尼达和多巴哥的立场是：在协定的第一阶段要求享有特殊和差别待遇，以便较小的经济体能够灵活和渐进地实行竞争政策条款，“过渡条款”是特殊和差别待遇的一部分而不是其全部。⁹

7. 实际上，欧洲联盟缔结的所有区域贸易协定都列有竞争政策条款，但其性质和范围各不相同。欧洲—地中海的所有协定均规定，有些做法(其措辞大致类似于《罗马条约》)与协定的适当运作不相容，因为其可能影响到欧洲联盟与其他有关国家之间的贸易。¹⁰ 其中有些协定具体规定，这些做法应当根据《罗马条约》第 81 和 82 条的有关标准来评估。但是，其他一些协定则仅载有欧洲联盟的一项声明，即欧洲联盟将在根据这些协定设立的协会理事会通过实施规则之前适用此类标准。规定的程序方面的执法合作限于交换非保密信息(完全没有提到哪些事项可能触发此种交换)。但是，这些区域贸易协定的竞争政策规定(同下文所提到的大多数其他区域贸易协定一样)至今为止并未通过为管理这些协定设立的理事会所作的决定加以具体化。

8. 同欧洲—地中海协定一样，欧洲联盟—南非的协定仅在限制性商业惯例可能影响到有关各方之间贸易的情况下才对之适用。但是，与这些协定不同的是，该协定采用不同于欧盟竞争规则的标准(类似于南非竞争法中的标准)来定性此种限制性商业惯例，并具体联系有关缔约方的领土。例如，该协定第 35 和 36 条规定控制具有实质上防止或减少在欧盟或南非领土上的竞争效果的纵向协议以及横向决定和(或)协调做法(除非有关公司能够表明促进竞争的影响超过反竞争的影响)，控制在任何一方的全部或部分领土内滥用市场支配力。另外还强制规定，必须就请求、交换非保密信息、给予技术援助以及适用消极和积极礼让问题进行磋商，但没有告知执法活动的具体义务。

9. 在与非加太国家的科托努协定中，采取了一种完全不同的办法。其范围不限于影响缔约方之间贸易的限制性商业惯例。相反，欧洲联盟和非加太各国承诺实施国家或区域规则和政策，控制其目标或影响为防止、限制或扭曲竞争的各种协议、决定和协调做法，禁止在欧洲联盟和非加太各国领土滥用垄断地位，以确保消除对正当竞争的扭曲，并适当考虑到非加太各国不同的发展水平和经济需求。缔约方还商定，在这一领域加强合作，以便与有关国家竞争主管机构一道制定和支持有效的竞争政策，逐步确保私营和国营企业有效执行竞争规则。合作特别包括协助拟订适当的法律框架及其管理执行，并特别提到最不发达国家的特殊情况。没有专门提到个案合作的问题。

10. 进一步的对照是科托努协定和欧洲联盟—墨西哥区域贸易协定(得到联合理事会决定的补充)。后一项协定和决定没有规定实质性的趋同。相反，缔约各方承诺，适用各自的竞争法，以便除其他外避免贸易和经济发展受到有害影响，以及避免反竞争活动有可能对另一缔约方的利益造成的负面冲击。但是，有关决定含有影响相当深远的执法合作规定，例如，通知执法活动原则上是强制性的，尽管应当通知事项的清单范围窄于加拿大和美国所缔结的区域贸易协定或执法合作协定。

C. 若干经合组织、国际竞争网络和世贸组织文书

11. 经合组织关于核心卡特尔的建议(核心卡特尔建议)提出，成员国应当确保其竞争法有效制止和阻遏核心卡特尔，特别是通过规定有效的制裁、执法程序

和拥有充分权力的机构。这些建议还鼓励在针对这种卡特尔的执法中开展合作和予以礼让，并为此目的提出了一些原则和做法。对核心卡特尔的界定排除了一些协议、协调做法或安排，即“(一) 合理地涉及合法降低成本或提高产出效率、(二) 直接或间接地被排除在成员国本身法律范围之外，或(三) 根据这些法律得到授权”的协议、协调做法或安排(第 2(b)段)。但是，所有排除和授权——否则其即为核心卡特尔——均应透明，应定期审查，以评估其是否必要，其范围是否宽于为实现其首要政策目标所必须。成员国应向经合组织提供任何新的或扩大的排除或授权类别的年度通知。对非成员的请求是，参照这项建议办理。

12. 国际竞争网络成员除其他外核可了关于兼并通知和审查的指导原则和建议做法。尽管其在卡特尔执法方面的工作并非先进，但设立了一个工作组处理这方面的问题。该工作组有两个分工作组：一个旨在就透明度、不歧视、适当程序、执法程序和机构的效力及反卡特尔执法国际合作问题提出指导原则和/或建议有关做法，第二个旨在帮助竞争主管部门改进执法技术。国际竞争网络的工作产品不具约束性，但是有助于通过发展和交流国际最佳做法改进合作和增进趋同。

13. 世贸组织协议载有可能与竞争政策相关的许多一般规定，还有一些规定具体涉及竞争相关问题。¹¹ 在可能与竞争政策相关的规定中，可包括涉及特殊和差别待遇的规定。世贸组织秘书处列出了 145 项此种特殊和差别待遇的规定，列在五个主要标题之下：(a) 旨在通过市场准入增加贸易机会的规定，(b) 要求世贸组织成员国保障发展中国家利益的规定；(c) 提供更大的承诺灵活性的规定；(d) 允许较长过渡期的规定；和(e) 提供技术援助的规定。五个类别中的额外规定涉及最不发达国家。¹² 2004 年 7 月 31 日的总理事会决定回顾了多哈部长决定，要求审查所有特殊和差别规定，以便予以加强，使其更加确切、有效和能够运作。¹³

14. 世贸组织协议的一些规定具体涉及竞争政策，如涉贸知识产权问题协定或关于第六条的执行的协议(关于反倾销)中的规定。以下的评述以 1996 年关于服贸总协定有利竞争的规章原则参考文件为主，因为在下文的 *Telmex* 案件中解释了其规定。该协定提出了指导基本电信服务规章框架的原则，列入了世贸组织一些成员国服贸总协定承诺表。这些成员国承诺继续采取适当措施，防止单独或共同构成“主要供应商”的供应商从事或保持反竞争做法。这些成员国还承诺，确保这些供应商提供对其综合网络的相互连接，并且在广泛的不歧视的条件下这样

做。“主要供应商”是“由于下列因素，在基本电信服务相关市场上，在价格和供应方面有能力实际影响参与条件的供应商：(a) 控制基本设施；或(b) 利用其市场地位”。“基本设施”被界定为“(a) 完全或主要由一个或有限的数个供应商提供的；和(b) 在经济上、技术上实际无法替代以提供服务的公共电信输送网络或服务设施”。“反竞争做法”特别包括“反竞争交叉补贴”、“利用从竞争者处获得的信息，并具有反竞争的后果”和“不及时向其他服务提供者提供有关基本设施的技术信息，及为其提供服务所必需的有关商业信息”。

二、若干具有国际和发展影响的案例

A. 国际卡特尔案例 ¹

15. 下文所述案例均涉及竞争政策的国际方面和/或第一部分所审查的部分文书的适用问题，而且还直接涉及发展中国家，或引起有关发展中国家的问题。¹⁴ 在近年来竞争主管部门提出的重大国际卡特尔案中，三桩案例特别涉及国际合作问题：“石墨电极”案、“赖氨酸”案和“维生素”案。这三个卡特尔都是首先被美国司法部发现、起诉和制裁的，其中“石墨电极”案和“维生素”案的调查得到了通过其宽大处理方案获得的信息的帮助。随后，一些国家司法部门调查了这些卡特尔对其市场的影响。在大韩民国，韩国公平贸易委员会在审阅这些起诉书后，对“石墨电极”案展开了调查。¹⁵ 韩国公平贸易委员会最初打算要求涉嫌的卡特尔参与者为调查提供证据。¹⁶ 但是，由于这些公司设在海外，在该国大多没有法律存在，韩国公平贸易委员会无法强制执行这些信息要求。¹⁷ 然后，韩国公平贸易委员会向起诉该卡特尔的外国竞争主管机构提出了信息要求。¹⁸ 尽管有些机构对此积极响应，但只提供了已经载入公开记录的信息。¹⁹ 在美国的刑事审判中提出了数量相对较多的此种信息，但据经合组织的一份报告说，这些信息本

¹ 美国政府要求对本报告前一版(TD/RBP/CONF.6/9/Rev.1 - TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.2)作如下修改，删除 A 节中的下列案文：第 14 段“本身不足以支持韩国公平审判委员会提出起诉”；第 15 段全文；第 16 段第二句全句以及第三句当中的“但是，……一般……”和“一个重要的暗示是，维生素卡特尔的运作方式与赖氨酸卡特尔非常相似”。

身不足以支持韩国公平审判委员会提出起诉。²⁰ 韩国公平审判委员会最终在调查方面作出了巨大努力，花费了大量时间之后才得以处罚有关六家外国公司。²¹

16. 在“赖氨酸”案中，巴西提交经合组织竞争问题全球论坛的一份报告说，巴西主管部门是由于一次研讨会上美国司法部的介绍了解到有关调查的。但是，该报告说，巴西主管部门仅在该案提交审判、有关材料公布之后，才得以从司法部得到卡特尔会议的副本，表明拉丁美洲和巴西被该卡特尔列入了世界市场的划分。该报告说，这使巴西主管部门得以加紧自己的调查，并最终制裁该卡特尔。²²

17. 在“维生素”案中，巴西提交经合组织竞争问题全球论坛的同一份报告说，在看到宣布美国起诉该卡特尔的新闻稿之后，巴西竞争主管部门开始对所涉一些公司的巴西子公司开展调查。但是，该报告说，巴西主管部门的调查几乎没有什么进展，其中提出，该案尚未在美国提交审判，由于保密限制，司法部不能与他人分享文件。²³ 但是，该报告说，后来非正式地从北美主管部门得到了一些一般信息，(尽管当时尚未缔结巴西—美国合作协议)。该报告说，由此得到的一个重要暗示是，“维生素”卡特尔的运作方式与“赖氨酸”卡特尔非常相似。²⁴ 该报告称，巴西竞争主管部门仍然需要进行广泛调查，才能获得充分的证据，表明根据其全球总部的指示，这些公司的巴西子公司将巴西和拉丁美洲其余市场做了卡特尔式的划分。因此，巴西竞争主管部门下令制裁有关公司，但是，有关裁决仍然在上诉阶段。

18. 在近期的 *Empagran* 案当中，“维生素”案在美国产生了重大后果，澄清了美国反托拉斯法的国际影响。*F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2004). 根据《谢尔曼法》，在外国商务案件中，主体事务管辖权有两项主要检验标准。关于外国进口商务，《谢尔曼法》适用于“意图并确实在美国产生了某些重大影响的外国行为”。*Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 113 S.Ct. 2891, 2909 (1991). 关于除进口以外的外国商务，美国 1982 年《外国贸易反垄断改善法》(《改善法》)界定了《谢尔曼法》的管辖权。按照《改善法》，《谢尔曼法》仅在下列情况下适用于外国行为：(1) 此种行为对于美国商业具有直接、重大和可合理预见的影响；(2) 此种影响导致根据《谢尔曼法》提出的某种主张。*Empagran* 案涉及到《改善法》，并引起对于设立在澳大利亚、厄瓜多尔、巴拿马

和乌克兰的外国公司造成的三重损害提起了一项私人诉讼。法院面临的问题基本上涉及的是，如果卡特尔作为一个整体对于美国商业具有直接、重大和可合理预见的影响，但外国原告的主张并不是由于这些国内影响所引起，那么，原告可在何种程度上根据《谢尔曼法》提起诉讼。一家上诉法院就管辖权作出了有利于原告的裁决，此后，案件被送交最高法院。司法部和联邦贸易委员会签发了“法庭之友”联合提示支持推翻这项裁决的上诉，其中提出，对于《改善法》作出此种宽泛的解释会在美国法院极大地扩张三重损害的可能赔偿责任，从而不利于国际卡特尔的成员向美国政府寻求免于刑事起诉的从宽处理。这样就会破坏美国反卡特尔执法计划的有效性。它们还认为，上诉法院的这一裁决也可能会破坏美国与外国政府建立的合作执法关系。比利时、加拿大、德国、爱尔兰、日本、荷兰和联合王国政府也作出了提示，敦促不要允许本国公民绕过本国的反托拉斯损害补救办法，因为这样会打破其反托拉斯法所体现的各种相抵触的考虑之间的平衡，损害其自己的反托拉斯执法和赦免方案。

19. 最高法院一致同意撤消上诉法院的这项裁决，认为《改善法》并不允许纯粹依据与所质疑的反竞争行为的国内影响无关的外国损害提起反托拉斯索赔。最高法院为这一结论提出了“两大理由”：“为避免不合理地干预其他国家的主权机关而解释模糊法规的重要性”(惯例礼让)；以及忠实于国会“不以任何重大方式扩大《谢尔曼法》适用于外国商务的范围的意图” *Empagran* at 2366-2369。最高法院拒绝了原告的论点，即允许外国当事方就在国外遭受的反托拉斯损害在美国法院起诉对外国反托拉斯执法没有什么实际影响，因为许多国家都采用了类似于美国的反托拉斯法。最高法院说，在反托拉斯执法是否应当适用于各种类型的商业行为方面，各国之间不仅存在着重大分歧，而且，即使在其同意诸如价格确定等主要行为的情况下，在有关适当的补救办法方面意见也很不一致。最高法院进一步说，美国就反竞争行为适用三重损害补救办法在国外引起了相当大的争议。最高法院还驳回了原告关于它们对于《改善法》的解释有助于威慑卡特尔的说法，提到了被告、美国和外国政府所提出的“基于经验的重要论点(以争取从宽处理的激励措施为基础)”。 *Empagran* at 2372。最高法院拒绝考虑原告提出的替代论点，这种论点认为它们所受到的外国伤害并不是孤立的，这种外国伤害与反竞争行为的国内影响有关。最高法院将此案发回上诉法院审议这个问题。在重审过程

中，上诉法院同意司法部和外贸委员会的立场，认为《改善法》的措辞要求在外
国损害和国内影响之间必须存在最接近的因果关系，并且认定，原告并没有提出
可用于证实最接近因果关系的事实指称。F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran
S.A., No. 01-7115 (D.C. Cir. June 28, 2005)。因此，上诉法院驳回了原告的替代论
点，并得出结论认为，该法院没有审理原告主张的管辖权。

B. 若干北美自由贸易协定和世贸组织案例

20. 近期在《北美自由贸易协定》第 11 章下的一项投资国仲裁案中间裁决影
响了到竞争法和竞争政策及国际法的地位问题。在涉及联合包裹快递公司(UPS)和
加拿大政府的该案中，²⁵ 原告主张，国有加拿大邮政公司从事了反竞争的做法，
包括掠夺性行为 and 交叉补贴。USP 在“订正索赔书”中提出了指控的三项依据，
其中之一是，加拿大未能按照国际法给予 UPS 应有的待遇，包括公正和平等待
遇，因而违反了其在《北美自由贸易协定》第 1105.1 条之下的义务。²⁶ 加拿大对
于该法庭的管辖权提出了异议，认为该仲裁庭对于反竞争行为没有管辖权，因
为，除其他外，国际竞争法原则并不存在，因此第 1105.1 条对于该案并不适用。

21. 审理 USP 案的法庭在 2002 年 11 月 22 日关于管辖权的裁决中处理了
《北美自由贸易协定》第 1105.1 条是否规定缔约方有义务控制反竞争行为的问
题，得出的答案是否定的。法庭的结论是，“不存在禁止或管控反竞争行为的习
惯国际法规则”，其依据是：对国家竞争法的研究表明，许多国家并没有竞争法
(在 34 个西半球国家及约 80 个世贸组织成员国中仅有 13 个有竞争法，半数以上的
竞争法是在过去十年中颁布的)，而包括《北美自由贸易协定》三个缔约方(加拿
大、墨西哥和美国)在内的国家立法也明显不同，反映了其各自独特的经济、社会
和政治环境。法庭还以其他四点为依据：(a) 法院收到的材料均未表明，国家竞争
立法的颁布是出于一般国际法律义务的意识；(b) 尽管原告提到双边投资条约中的
公正和公平待遇条款，但原告并未打算确证，这种国家做法反映了一种普遍负有
的国际法律义务的存在，而这种义务还有关要求控制反竞争行为的具体问题；(c)
多边条约和编纂程序表明，竞争法和竞争政策领域没有习惯国际法规则。世贸组
织的成员国认识到世贸组织条约中没有任何禁止或控制反竞争行为的一般性成套

规定，因此现在刚刚开始研究谈判这方面多边规则的可能性；(d) 在联合国国际法委员会关于对外国人拒绝司法或关于国家对外国人所受伤害的国际责任的条款草案中，也没有提到规范反竞争行为的问题。

22. 在世贸组织的 **Telmex** 案中，²⁷ 墨西哥的国际长途电信规则规定，**Telmex**(墨西哥最大的电信服务提供者)将与外国供应商谈判解决关于打入电话的费率问题，**Telmex** 及其竞争者均应对从美国打入的连接电话适用该费率；根据打入的通信量的比例是多于还是少于其打出的比例，**Telmex** 必须将通信量让给其他墨西哥供应商或接受其他墨西哥供应商的入播通信量，然后它可以同其他经营者缔结“财务补偿协议”，这需要墨西哥主管部门核准。美国向世贸组织解决争端机构成功地提出了一项控诉，主张有关准入费率并非面向成本，墨西哥实际上建立了一个国家授权的电信经营者卡特尔，从而抑制了外国的进入，违反了“参考文件”。此后墨西哥和美国了结了此案，墨西哥取消了违规的国际长话规则。

23. 审理此案的小组的结论和推理在很大程度上涉及对“参考文件”的解释，但有很多更一般涉及竞争政策的问题。一个关键的结论是，“参考文件”中的“相关市场”是从美国打入的电话在墨西哥的终端，符合需求替代的概念，这对“市场定义的过程十分关键，因为它被竞争主管部门使用”。小组还裁定，“反竞争做法”一词广义地指减少市场对抗或竞争的行为；“参考文件”中列举的“反竞争做法”的例子表明，有些做法被认为与电信部门特别相关。尽管人们认为，所有这些做法都可以由一个主要供应商自己进行，但此种供应商也可以由不同的公司组成，这本身就表明，供应商之间的横向协调可能与此相关。小组进一步的理由是，从世贸组织成员国的竞争立法对这一术语的使用中可以得知“反竞争做法”的含义；世贸组织秘书处的背景说明表明，世贸组织许多成员国都有竞争法，“反竞争做法”一词在这些法律中常常用来指各类不法行为，尽管被禁止的反竞争做法的范围各成员国不同，但根据竞争法属于不法的做法包括卡特尔，如确定价格或市场份额的协议，以及纵向的限制和滥用垄断地位。小组还考虑了这方面的国际状况，指出，一些国际文书的相关规定也提出或强调了“反竞争做法”的含义和控制这些做法的重要性，这些问题在《哈瓦那宪章》中已经提

到，现列入了《原则和规则》，以及要求严格禁止卡特尔的核心卡特尔建议(这一点很重要，因为墨西哥和美国都是经合组织成员国)；世贸组织工作组工作中也提到核心卡特尔的有害影响，在主管竞争问题的官员中有一种共识，即应当予以禁止。小组因此裁定，“参考文件”的目标和宗旨支持下列结论，即除了提到的例子之外，“反竞争做法”一词包括供应商之间的横向价格确定和市场分享协议，这些做法在国家或国际一级都普遍被阻止或不允许。

24. 因此小组裁定，国际长途电信规则要求 Telmex 采取的做法是“参考文件”意义上的“反竞争”做法。小组驳回了墨西哥的论点，即这些措施有利于竞争，防止了外国进入者的掠夺；而且由于有竞争法，墨西哥确实保持了“适当措施”防止反竞争做法。小组还认为，所谓一家遵守具体立法要求的公司不可能被认定违反国家竞争法的国家学说在此并不适用，因为根据国际公法和《维也纳公约》的原则，世贸组织一个成员国根据国内法对一个“主要供应商”提出的要求，不能单方面减损在减让表中对世贸组织其他成员国所作承诺而作出的国际义务，即防止主要供应商“保持反竞争做法”。但是，小组说，在关于基本电信服务相互竞争的供应商之间横向价格确定和市场划分的结论之外，世贸组织不同的成员国可能对“反竞争做法”一词作不同的解释。小组考虑到了《服务贸易总协定》关于对发展中国家成员国的差别和较优惠待遇的条款。但是，小组驳回了墨西哥的下述论点：为了加强国内电信基础设施，进入其网络需要有附加条件，按照附件，这对发展中国家是允许的，因为墨西哥的具体承诺减让表中没有任何此类限制，而且也没有证明反竞争的定价安排和市场分享安排是加强这些发展目标的“合理”和“必要”条件。小组强调说，小组的结论并不以任何方式妨碍墨西哥以符合《服务贸易总协定》之下承诺的方式按照可承受价格扩展电信网络和服务，从而积极争取此类发展目标。

三、影响和可审查的问题

A. 共同办法和案例合作

25. 在有关世贸组织当中可能达成的多边竞争框架的讨论中，加拿大提出，“尽管合作本身可以是自愿的，但却基于某些前提，特别是相互信任。信任也不能通过国际协议加以规定，不可能适用各种规则——但国际协议通过促进签署国之间的趋同，在促进信任方面可以发挥重要作用……。在此，关键的要素是鼓励有关各国相互熟悉……。一项各国承诺就竞争政策采取某些共同办法的多边协议随着时间的流逝可为建立此种信任提供实际的基础，扩大成员国之间在最佳做法方面的共同点。”²⁸

26. 加拿大还提出，核心卡特尔建议未确定有关核心卡特尔的竞争法应当基于本身的禁止或合理办法规则，还是实施一个有关执法、制裁和罚款的民法或刑法框架，这些是由国家主管部门决定的问题；在关于该建议的谈判中，曾努力制定更加详细的核心卡特尔的定义，可后来放弃了这一办法，因为这样可能要制订共同标准，而成员国的需求和情况并不相同，但这样一种一致的办法本会有可能为确定一成员国的法律是否符合该建议提供依据。²⁹ 还有人(大韩民国)认为，即使《原则和规则》和核心卡特尔建议关于卡特尔的定义实质上并没有很大不同，但《原则和规则》的定义范围可能更宽，因为其并未明确规定例外或授权，明确包括反竞争安排，如集体拒绝交易或集体拒绝加入协会，以及价格确定协议“包括有关出口和进口”；但是，该文件中还补充说，“不应当理解为《原则和规则》排除未列入清单的其他形式的卡特尔，该建议也不必然排除某种形式或类型的卡特尔，包括出口或进口卡特尔”。³⁰ 国际竞争网络最近的一份报告指出，关于什么是卡特尔、什么是卡特尔的有害影响以及对于打击卡特尔给予的重视，世界各国的基本理解明显一致，但是，关于卡特尔禁令的定义和执行，包括是否应当逐项列举特定的禁止行为、这一法律的豁免范围、是否应当列入纵向行为以及证明违法行为所必需的证据标准，存在着一些不同的立场。³¹

B. 案件合作、保密和从宽处理²

27. 在评论“赖氨酸”案和类似案件时，巴西主管部门说，“尽管巴西和北美各主管部门之间签署了国际协议，但最有价值的国际合作的来源继续是非正式的”。³² 另一方面，(美国)司法部反托拉斯局前局长说，在调查“赖氨酸”案和“柠檬酸”国际卡特尔案期间，司法部与有些国家分享信息的能力受到限制，因为这些国家并没有加入同美国交流信息的合作协议。(“柔性合作协议”，如美国与澳大利亚、巴西、加拿大、欧洲委员会、德国、以色列、墨西哥和日本的协议不允许交换法定的保密信息)。³³ 有一个发展中国家确实对于从发达国家达成双边执法合作协议表示了支持，因为在其境内有许多来自发达国家的外国或外国附属经商实体，有时需要传唤这些实体答辩投诉或提供证据，³⁴ 上文中也突显了大韩民国由于卡特尔的参与方在当地没有分支机构而遇到的困难。³⁵ 经合组织的一份报告也提出，“韩国在‘石墨电极’案中的经验很有启发性，说明了在一个国际卡特尔案件中，没有得到共谋者之一合作的国家可能面对的困难。韩国还受害于这样一种看法，认为其在某种意义上是一个发展中国家，在竞争法执法方面历史甚短。”³⁶ 该报告在进一步评论“石墨电极”案和“维生素”案时说，“这些共谋可能影响到全世界许多——如果不是大多数——国家，然而，有关起诉大多——如果不是全部——是在经合组织国家提起。竞争主管机构之间的国际合作大多限于交换公开信息，对于那些不能受益于有关卡特尔之一方或多方合作的国家而言，这种信息不足以支持起诉……。宽大处理方案直接关系到在一些国家的起诉能否成功，但是，由于宽大处理方案的一个突出和相当必要的特征——对从宽大处理申请中获得的信息严格保密，这些少数国家不能与其外国同行分享信息。而且，仅有少数国家受益于宽大处理申请。协调宽大处理方案十分困难，但这样做可以极大地加强针对国际卡特尔的合作。双边和多边合作关系网络正在扩大，但仍然有许多国家并非网络成员国，或并非其中许多网络的成员国，因此，这些国家更少可能受益于国际合作。也许改善国际合作的最重要的障碍是限制披露在竞争调查中得到的

² 美国政府要求对本报告前一版(TD/RBP/CONF.6/9/Rev.1—TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.2)作如下修改，删除 B 节的下列案文：第 27 段全文(黑体字除外，为新增添的内容)；第 28 段中“不妨指出，早已有人提出了建议……，有效辩护”一句。

保密或受保护的信息，而这在一定程度上也是有道理的”。³⁷ 经合组织近期的另一份报告也指出，虽然这个领域内的国际合作取得了长足进步，但仍然大有改进的余地，尤其是通过较为正式地交换机密情报加以改进，以便加强针对国际卡特尔的执法效率。³⁸ 该份报告提到的例子是，由于无法从(同时也在调查此案的)欧洲委员会得到机密情报，土耳其对于涉嫌卡特尔的一起调查受到了严重妨碍，因为没有建立起批准这种交流保密信息的任何正式合作机制。因此，该报告建议各国应考虑批准各自的主管部门与外国竞争主管机关交换机密情报，但要对未经授权的披露建立适当的保障制度，如经合组织竞争委员会的卡特尔调查正式交换信息最佳做法。

28. 但是，有人认为，卡特尔的国际性越强，对之加以惩处的国家数目就越多，卡特尔参与方利用国家从宽处理办法的刺激力就越低。³⁹ 事实上，据说在美国，司法部反托拉斯局从宽处理方案能否取得成功，越来越多地取决于申请从宽处理者在其他国家能否得到不执行或有限处罚的类似保证。因此也就有人建议，司法部反托拉斯局继续大力宣传能够增强所有从宽处理方案的实效的国际准则，用每一种可能的激励办法推动个人和公司自行报告不法行为。⁴⁰ 在这方面还可指出，据称，美国联邦反托拉斯机关近年来发现的许多国际卡特尔是在其他国家举行会议的，企图逃避这些机关的反卡特尔刑事起诉，另外，有人认为，由于有些国家对卡特尔执行较严厉的惩处，加强对卡特尔的执法活动，对这些国家也可能产生类似的关注。⁴¹ 这个领域内的一名专家在一份报告中提出了克服从宽处理协议和执法涉及的此种困难的两项建议是：(a) 向卡特尔成员提示在一些国家得到宽大处理的前景，以换取在这些国家内卡特尔活动的信息；和(b) 向一家从另一世贸组织成员国竞争主管部门得到宽大的公司提议不致更糟的待遇，如果该公司提供其向第一个竞争主管部门提供的同样的信息，如果该公司提供确保在第二个国家起诉所需的任何额外信息和帮助。⁴² 该报告还提出，如有一项有约束力的国际协定，规定在每个国家颁布卡特尔法和具体的最低限度卡特尔执法标准，则在其他国家会产生积极的“溢出”效应，因为(a) 在一个国家公开宣布有关卡特尔的执法行动往往会引发贸易伙伴开展调查，从而受益于国外积极执法，而这些好处随着时间的流逝，随着各竞争主管部门之间的正规和非正规合作的加深，往往会得到加强；和(b) 有关卡特尔的调查取决于能否确保获得相关证据和文件，在一个国

际卡特尔在一个国家内隐藏此种文件、而该国又不能或不愿与外国有关该卡特尔活动的调查合作的情况下，该国的行为对其贸易伙伴的利益具有不利的影响。因此，该报告认为，一项国际协定能够在一定程度上有助于消除国内和国际卡特尔的藏身之处。在上文中提到的经合组织近期报告的确提出，应当研究协调从宽处理方案的办法，特别是鼓励从宽处理的申请人同时在尽可能多的国家提出申请。⁴³最近开展的研究强调，需要付出此类努力以便加强整个领域的国际合作，这些研究表明，具有跨洲影响的卡特尔抬高价格的程度超过其他类型的国际卡特尔，尽管卡特尔破案率以及罚款和惩处规模在过去的十年中明显提升，但还是可以说，当前全球反卡特尔体制的力度仍嫌不足。⁴⁴

29. 另一方面，特里尼达怀疑，由于实力权力不对称，小经济体是否能够有效地对大跨国公司加以纪律约束；因此该国建议，需要找出新的和有创意的办法，帮助发展中国家、特别是小经济国家，使其在有关跨界问题上受益于一种竞争制度。⁴⁵ 根据同样的思路，有人建议，小经济体不可能总是作出可信的威胁，说要禁止外国公司的兼并或出口卡特尔，因为小经济体的贸易通常仅占有关外国公司全球总业务的一小部分，如果该小经济体明显限制有关外国公司的行为，外国公司则很可能会选择离开该小经济体，带来十分不利的福利方面的影响。还可能有一些外国公司母国的政治方面的抵制。⁴⁶ 该报告进一步建议，依靠受害国采取执法或单方面行动的统一规则对小经济体不利，不能满足其对不利地影响到其国内市场的域外行为的关注，因此该报告认为，此种统一规则中应当包括一项防止所有出口卡特尔的规则。在国际竞争网络的讨论期间，发展中国家的发言者建议，把卡特尔问题工作组的工作重点放在与交流信息有关的事项上会有利于发展中国家，工作组应当考虑出口卡特尔的角色和法律地位问题。⁴⁷ 在这方面，不妨指出的是，早已有人提出了建议，即所有国家以针对国内市场即属非法这一观念为准取消对出口卡特尔的豁免，⁴⁸ 或禁止出口卡特尔，除非它们能够表明，其有助于消除进口国的真正竞争障碍，或能够提出有效辩护。⁴⁹ 但是，正如 *Empagran* 案所突出表明，受国际卡特尔影响的各国对适用外国法律或制裁这些卡特尔问题可能十分敏感。而且，即使没有明确排除，竞争法的范围一般也不及于仅仅影响外国市场的做法。

30. 巴西在专家组第七届会议上提交了一份书面材料，其中回顾了巴西与不同管辖区进行合作的经验，并指出通过非正式合作或双边合作协定为技术援助目的进行的信息交流非常成功，同时有关合并和单方面行为的非保密资料交流日增而且符合期望。⁵⁰ 另外还指出：“不过，从巴西的观点来看，试图将国际合作手段用于对卡特尔执法有其局限性或者一无用处。……所有管辖区都存在法律限制是无可争议的，而且，似乎是有效合作的主要障碍，因为迄今不曾收集过任何重要资料。一份审查竞争合作协定和区域贸易协定中有关竞争的条款的执行记录以及分析巴西、大韩民国和土耳其的具体案件合作经验的报告提出以下结论和建议：**(a)** 虽然经验较多和经验较少的竞争主管机构之间在具体案件中进行合作的情况不多，但进行合作一般会得到不进行合作不可能取得的结果；**(b)** 考虑到国际卡特尔对发展中国家带来的费用问题、对其经济发展的消极影响、其体制能力较弱和所需证据可能分散在不同的管辖区，合作对于协助发展中国家打击国际卡特尔非常重要；**(c)** 在某种程度上，这方面的合作协定可能设想不周，因为谈判和通知负担可能太高，而且缔约方的真正需要，包括体制成熟度不同，不一定被考虑在内；**(e)** 因此加强合作可从建设能力和有效体制开始，然后再通知和交换保密资料；**(f)** 各国应考虑如何授权其竞争主管部门交换机密资料；**(g)** 目前在执行合作条款方面存在空白可能是因为合作益处不十分明确，而执行费用却很高；**(h)** 非正式合作有其用处，但有一个正式框架往往是很重要的；**(i)** 继续查明合作的积极结果可促进与发展中国家进行更多和更有效的合作、创造有利于建立适当合作框架的条件、为发展中国家提供强有力的政治支持和技术援助以克服竞争政策发展每个阶段遇到的挑战。

31. 一个竞争主管部门认为，为了改善提供给发展中国家的有关竞争政策的知识库和防止涉及不同领域的协定之间自相矛盾，贸发会议可鼓励进行有关竞争政策与贸易和投资之关系的研究，同时论述这些领域中互相关联的问题。⁵¹ 该主管部门还认为应当鼓励讨论下列问题：竞争主管部门和贸易主管部门之间在国际合并案件中进行合作；出口卡特尔造成的伤害；竞争政策、新生工业和工业政策之间的关系；竞争政策和规章之间的关系；竞争政策和外国直接投资之间的关系。出口卡特尔造成的伤害。

C. 可加研究的问题

32. 尽管上述有些评论或建议是在世贸组织可能达成的多边竞争框架内提出的，但也许涉及其他可能达成的多边文书及双边和区域协议的规定。因此，本节提出了专家组在设法解决关于竞争的国际协议如何能够适用于发展中国家——包括通过特殊和差别待遇——的工作中，可加研究的一些议题和问题。

33. 在大力执法的基础上，并有时在非正式合作的协助下，巴西的竞争主管部门(属于发展中国家主管部门当中经验最丰富之列)和大韩民国的竞争主管部门针对一些影响了这两个国家的利益的国际卡特尔采取行动，取得了一定的成功。但是，就这些卡特尔案件中的两例开展的大部分国际合作都仅限于交换公开可得的信息，经合组织的一份报告说，在竞争主管机关得不到卡特尔中一方或多方给予的合作时，用这类信息支持起诉是不够的。⁵² 虽然大韩民国是经合组织的成员国，通过了与在这方面合作有关的所有经合组织相关建议，包括核心卡特尔建议和经合组织理事会关于成员国就影响国际贸易的反竞争做法开展合作的建议⁵³ 但还是遇到了这些困难。近年来，韩国参加了一些执法合作安排和自由贸易协定，这些安排和协定规定了程度不同的合作，但其中没有任何一项(这与大多数协定一样)作出了关于交换保密信息的规定，这种缺失被认为是切实开展执法合作的一个障碍。⁵⁴ 因此，各国政府不妨讨论的一个议题是，在有国际成分的限制性商业惯例案件中，有约束力的协定相对于非正式合作和国家执法努力对于解决发展中国家面临的不同执法困难具有的作用和重要性。例如，如果一个发展中国家的竞争主管部门经验、资金、法律工具或讨价还价的力量有限，但希望传唤总部设在外国的公司或外国附属公司答辩投诉或出示证据，或希望侦查此类公司是否从事了反竞争活动，或希望执行针对此类实体的救济办法或制裁，那么，这些竞争主管部门在可行的范围内能够利用什么样的执法办法达到这些目的，哪些技术援助有可能切实协助它们开展的努力？在这类情况下，其他竞争主管部门随时可以提供或需要加以提供什么样的非正式合作(包括提供何种非保密信息)，这种合作在何种程度上才能足以解决此类执法问题？解决哪些问题需要由发展中国家与其他国家缔结这一领域内的有约束力协定——在解决这类问题时，此类协定中何种类型的条款会切实有助于处理此类问题？如果其他国家与个别发展中国家签署合作协定，规定向发展中国家通报反竞争活动(即使通知国的法律没有受到违反)，提供调查协

助或在适当保障的条件下交换保密信息，能在多大程度上这样做？条件是什么？应当如何解决与从宽处理协议和保密相关的问题？出口卡特尔和国际卡特尔造成的伤害有多大？竞争合作协定和区域贸易协定的现有规定对于发展中国家的需要和能力的适切性如何？在这一领域合作成功的例子有哪些？竞争政策与贸易、投资、新生工业、工业政策和规章有什么相互关系？竞争主管部门和贸易主管部门在国际合并案件中进行合作的可能性有多大？

34. 在竞争政策领域内有着大量的程序性合作，主要是在一些发达国家或区域之间，尽管它们的实质性方法存在着很大的差异。现在不清楚的是，有约束力协定的任何实质性承诺，在何种程度上是开展此类合作的必要先决条件。另一方面，若干自由贸易或经济伙伴关系协定，主要是发达国家与发展中国家之间的协定(包括本报告述及的协定)规定了竞争政策领域性质和程度各异的实质性承诺。同样不清楚的是，到目前为止此类承诺在何种程度上促进了在竞争案件中开展的程序合作。例如，有可能需要澄清：(a) 一项国际协定中禁止卡特尔和(或)执法的起码标准规定怎样才能(以兼顾这一领域内目前分歧的方式)协助发展中国家的竞争主管部门对国内和国际卡特尔展开检查和采取执法行动，并且同时考虑到这些主管部门能够为此动用的资源和专长、卡特尔参与方对发展中国家的从宽处理办法感兴趣的可能性、在发展中国家境内找到重要文件凭证或潜在证人以及找到获得任何此类证据的手段的可能性、发展中国家在境外执法的能力以及这些国家对于大型公司的讨价还价力量；(b) 自由贸易协定中规定竞争政策领域不歧视的条款是否能防止实践的歧视，或者，从另一个侧面看，是否会鼓励针对经验不足的竞争管理部门提出的歧视指称。因此，各国政府不妨讨论：在可能缔结的关于国家法律内容或适用的国际协定当中，实质性承诺的范围、程度和具体性；在哪些类型的案件中，竞争政策办法中有哪些具体的差异有碍于(或有可能有碍于)何种类型的程序性合作；在何种程度上实质性承诺既能够促进实践中的趋同，又能够提高发展中国家处理执法问题的能力；从另一个侧面看，在何种程度上此类实质性承诺的缺失或局限性会对相互信任和国际合作产生不良影响(既包括在方法上存在实际重大分歧的情况，也包括没有实际重大分歧的情况)；协助发展中国家履行任何实质性承诺或从事程序性合作的适当技术援助。此类讨论可考虑到：现有国际文书中实质性条款的内容；此类实质性条款、就个案开展的程序性合作和解决争端之间

的任何联系或平衡；此类国际文书的实质性和程序性条款在法律上的解释和适用经验；国家或区域层次当前主要实行的竞争政策具有的相同办法和不同点(包括在例外和豁免方面)以及这方面的可能未来趋势；许多发展中国家在这方面缺乏经验、知识和讨价还价能力。就此不妨提到，《圣保罗共识》第 8 段说：“各国政府必须权衡接受国际规则和承诺带来的收益以及丧失政策空间所带来的弊端。对于发展中国家尤其重要的是，所有各国从种种发展目标出发，考虑到在国家政策空间与国际纪律和承诺之间保持适当平衡的必要性”。

35. 各国政府不妨讨论的另一个问题是：在这方面经验较丰富的各国在何种程度上能够参照《原则和规则》第 E.4 段采取执法行动协助发展中国家。如上所述，在 *Empagran* 案件中，若干发达国家成功地反驳了美国法院就某个国际卡特尔对这些国家的市场造成损害采取的干预行动，理由是这样将会破坏其自身的反托拉斯执法和赦免办法。可能需要澄清的是，在这一领域内执法较弱的发展中国家究竟是反对还是欢迎经验较丰富的国家对来自国外的、影响发展中国家的限制性商业惯例采取干预行动。关于可如何处理出口卡特尔问题的经合组织报告提出的一些建议强调了以上各项问题。在这方面还可忆及，《原则和规则》第 E.9 段规定，各国应当应请求，或在注意到有此必要时主动行动，向其他国家尤其是发展中国家提供公开可得的信息，并在符合本国法律和既定公共政策的范围内提供所涉接受国切实管制限制性商业惯例所需要的其他信息。关于对发展中国家优惠或差别待遇的第 C.7 段规定，为了保证《原则和规则》公平地适用，各国特别是发达国家在控制限制性商业惯例时应考虑到发展中国家、特别是最不发达国家的发展、资金和贸易的需要，以便特别为发展中国家：促进本国工业的建立或发展以及其他经济部门的经济发展，通过发展中国家间的区域安排或全球性安排促进它们的经济发展。第 F.4 段规定各国之间可就涉及管制限制性商业惯例的问题开展磋商，所涉各国可请贸发会议就此提供相互商定的会议便利。

36. 各国政府还不妨承认：如何能够参照《原则和规则》第 C.7 和 E.7 段加强发展中国家之间在竞争政策领域的合作(第 E.7 段规定，通过交换关于限制性商业惯例的信息或关于适用限制性商业惯例管制法的信息，并通过限制性商业惯例管制方面的相互援助，开展这一领域内的区域和分区域合作)⁵⁵；贸发会议如何才能最佳地落实《圣保罗共识》第 104 段(其中规定贸发会议应当进一步加强分析工

作和能力建设活动，就有关竞争法和竞争政策的问题协助发展中国家，包括在区域一级开展这方面活动)，同时考虑到能够采用何种方法加强协调不同国际机构在这一领域内的工作。

37. 至今为止，《原则和规则》是有关竞争法和政策方面问题的唯一具有普遍性的多边文书，规定了这一领域共同商定的标准。尽管不具法律约束力，但它由大会决议一致通过，具有政治权威和合法性。《原则和规则》第五次审查会议重申了竞争法和竞争政策对促进经济健全发展的根本作用及《原则和规则》的有效性，并呼吁所有成员国尽一切努力全面执行其条款。⁵⁶ 因此，对上述问题的任何研究都应当适当考虑到《原则和规则》的条款；它可被用作关于可能达成的国际竞争协议以何种方式适用于发展中国家(包括通过优惠或差别待遇)的指南或框架。任何此类研究还需要在第五次审查会议奠定的框架之内进行。各国政府如果愿意，还可酌情考虑到世贸组织协议的相关规定，包括其有关特殊和差别待遇的规定和为了予以加强并使其更加确切、有效和能够运作而在目前开展的努力。这种审查可能有助于提高国家法律和这一领域国际合作形式或级别的一致性与协调。还可能有助于贸发会议继续拟定和说明应当列入关于竞争政策的国际特别是双边和区域合作协定的共同条款的类型及其适用办法。

注

¹ 见贸发会议“竞争法和竞争政策问题政府间专家组报告”(TD/B/COM.2/52, TD/B7/COM.2/CLP/39)，议定结论，第 4 段。专家组是在 2000 年关于《原则和规则》第四次审查会议提出此种要求之后提出这项要求的。

² 见专家组在贸发会议“竞争法和竞争法政策问题政府间专家组第六届会议报告”(TD/B/COM.2/48)中的议定结论第 2 段。收到了印度尼西亚政府有关这份报告的一份书面来文。

³ 见会议在 2005 年 11 月 18 日闭幕全体会议上通过的决议，第五次联合国全面审查《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，2005 年 11 月 14 日至 18 日，土耳其，安塔利亚(TD/RBP/CONF.6/14)，第 10 段。收到了加拿大、塞尔维亚和黑山、特立尼达和多巴哥、美国与本报告相关的书面来文。

⁴ 见贸发会议“竞争法和竞争政策问题政府间专家组第七届会议报告(TD/B/COM.2/CLP/57)所载的专家组议定结论第 8 段从巴西政府收到了与这份报告有关的书面来文。

⁵ 见 P.Brusick 和 J.Clarke，“落实竞争法和竞争政策合作协议的特殊和差别待遇”，贸发会议，《贸易与竞争问题：区域层次的经验》(UNCTAD/DITC/CLP/2005/1)。

⁶ “竞争法律和政策的范围、内容和执行以及乌拉圭回合各项协定有关竞争政策规定包括其对发展中国家和其他国家影响的分析”(TD/RBP/COM.2/EM/2); “发展中国家最近出现的重要竞争案例”(TD/B/COM.2/CLP/26); “竞争政策问题及所用机制方面国际合作的经验”(TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.2)。

⁷ 联大 1980 年 12 月 5 日第 35/63 号决议(TD/RBP/CONF/10/Rev.2)。

⁸ 但是, 美国是本国竞争法适用于外国市场上影响到其出口商的限制性商业惯例的唯一国家。

⁹ 特立尼达和多巴哥政府的来文。

¹⁰ 欧洲联盟与阿尔及利亚、埃及、以色列、约旦、黎巴嫩、摩洛哥、巴勒斯坦权力机构及突尼斯缔结了此种协议。

¹¹ 见 J. Mathis, “世贸组织核心原则与禁止: 有关私人做法的义务、国家竞争法和对竞争政策框架的影响”, 贸发会议顾问报告(UNCTAD/DITC/CLP/2003/2)。

¹² 见世贸组织, 发展中国家与多边贸易体系: 过去和现在, 秘书处 1999 年编写的背景说明, 以及世贸组织协定和决定中特殊和差别待遇条款的执行情况, 秘书处编写的说明, WT/COMTD/W77。

¹³ 见世贸组织总理事会, “多哈工作方案”, 总理事会 2004 年 7 月 31 日决定草案, WT/GC/W/535。

¹⁴ 见 S.Evenett, “发展中国家能否从世贸组织关于对核心卡特尔有约束力的纪律谈判中受益?”, 贸发会议顾问报告(UNCTAD/DITC/CLP/2003/3); 及经合组织, “核心卡特尔: 最近的进展和今后的挑战”(CCNM/COMP/TR(2003)7)。

¹⁵ 见经合组织, “核心卡特尔: 最近的进展和今后的挑战”(CCNM/COMP/ TR(2003)7)。

¹⁶ 同上。

¹⁷ 同上。

¹⁸ 同上。

¹⁹ 同上。See also Chang, Deuk-Soo, “Suggestions For Enhancing Effectiveness Of Cooperation On Competition Law and Policy At Regional Level From Korea’s Experience”, in UNCTAD, *Trade and Competition Issues: experiences at regional level*(UNCTAD/DITC/CLP/ 2005/1)。

²⁰ 见经合组织, 同前引书。

²¹ 见经合组织, 同前引书。

²² See OECD, OECD Global Forum on Competition, Contribution from Brazil, 29 January 2002, CCNM/GF/COMP/WD(2002)3, Paper prepared by Cleveland Prates Teixeira(General Coordinator for Anti-Cartel Enforcement) , Pedro de Abreu e Lima Florêncio(Coordinator for Anti-Cartel Enforcement) and Susana Salum Rangel(Assistant of the General Coordination for Anti-Cartel Enforcement)。

²³ 同上。

²⁴ 同上。

²⁵ 美国联合包裹快递公司和加拿大政府，在《北美自由贸易协定》第 11 章之下的一项仲裁中关于管辖权的裁决(仲裁法庭，2002 年 11 月 22 日)。

²⁶ 《北美自由贸易协定》第 1105.1 条规定，“每个缔约国必须依照国际法向另一个缔约国投资者的投资提供有关待遇，包括公正和公平的待遇以及充分保护和安全”。

²⁷ 见世贸组织，“墨西哥 - 影响电信服务的措施 - 小组的报告”，WT/DS204/R.2, 2004 年 4 月 2 日，P. Marsden 批判性地做了评论，世贸组织裁定的第一桩竞争案件，结果令人失望，“Competition Law Insight”，2004 年 5 月。

²⁸ 见世贸组织贸易与竞争政策相互作用问题工作组，加拿大的来文，2001 年 7 月 2 日，WT/WGTCP/W/174。

²⁹ 见世贸组织贸易与竞争政策相互作用问题工作组，加拿大的来文，2002 年 8 月 12 日，WT/WGTCP/W/201。

³⁰ 见世贸组织贸易与竞争政策相互作用问题工作组，大韩民国的来文，核心卡特尔与自愿合作：概念和实际执法问题，WT/WGTCP/W/225。

³¹ See ICN Working Group on Cartels, “Defining Hard Core Cartel Conduct -Effective Institutions -Effective Penalties”, in Building Blocks For Effective Anti-Cartel Regime, vol. 1.

³² 见 Evenett, 同前。

³³ 见 J. L. Klein, 提请慎重的说明，关于世贸组织有关竞争政策的议程，在皇家国际关系学院的演讲，Chatham House, 1996 年 11 月 18 日，伦敦。(油印件)

³⁴ 印度尼西亚政府的来文。

³⁵ 又见 Chang, Deuk-Soo, 同前。

³⁶ 见 CCNM/COMP/TR/(2003)7。p.36。

³⁷ 同上，p.37-38。

³⁸ 见经合组织，《核心卡特尔：关于 1998 年建议执行情况的第三次报告》，2006 年。

³⁹ See M. Hviid and A. Stephan, Leniency Undermined? (mimeo), Centre for Competition Policy, University of East Anglia.

⁴⁰ See American Bar Association Section of Antitrust Law, The State of Federal Antitrust Enforcement 2004. at http://www.abanet.org/antitrust/comments/2004/state_of_fed_enforc.pdf.

⁴¹ See W. Kolasky, *Criminalizing Cartel Activity: Lessons from the U.S. Experience*, address to the Global Competition Law Centre, at <http://gclc.coleuop.be/documents/Kolasky%20-%20criminalizing%20cartel%20activity%208-04.pdf>.

⁴² 见 Evenett, 同前。

⁴³ 见经合组织，《核心卡特尔：第三次报告》，同前。

⁴⁴ See J. M. Connor, Price-fixing overcharges: Legal and economic evidence, *Research in Law and Economics* (forthcoming).

⁴⁵ 见世贸组织贸易与竞争政策相互作用问题工作组，特立尼达和多巴哥的来文，2000 年 8 月 2 日，WT/WGTCP/W/143。

⁴⁶ 见 M. Gal, “小经济体的竞争政策”，经合组织竞争政策全球论坛，CCNM/GF/COMP/WD(2003)42。

- 47 见 S. Evenett and M. Gal, “国际竞争网络第三次年度大会报告, 2004 年。
- 48 见美国律师协会, “反托拉斯特别委员会报告”(1991 年)。
- 49 见经合组织, “贸易和竞争的障碍”, 1992 年, 巴黎。
- 50 巴西最近在国际合作方面的经验——巴西提交的材料(油印本)。
- 51 巴西提交贸发会议秘书处的来文。
- 52 见经合组织, “核心卡特尔: 近期的进展和面前的挑战”, 同前引书。
- 53 1995 年 7 月 27 日和 28 日通过(C(95)130/FINAL)。
- 54 见 Chang, Deuk-Soo, 同前。
- 55 见 TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.3。
- 56 见 TD/RBP/CONF.6/14, paras. 1 和 2。

-- -- -- -- --