



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

适当的惩处和补救办法

执行摘要

竞争法和竞争政策只有得到有效实施，才能实现其目标并产生预期结果——改善消费者的福利、刺激竞争力并为经济发展做出贡献。在这一背景下，本文讨论了竞争法和竞争政策的执行情况，特别是适当的惩处和补救办法以及竞争案件的司法审查。它对贸发会议成员国各自立法和执法惯例的概况做出比较，并且具体讨论了新成立的竞争事务机构和发展中国家竞争事务机构遇到的挑战。本文提出了一些战略来克服这些挑战，并且提出一些问题供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》会议讨论。

目录

	页 次
导言	3
一. 适当的惩处和补救办法	3
A. 惩处办法	4
B. 补救办法	9
C. 进一步讨论的要点	12
二. 竞争案件的司法审查	12
A. 竞争案件司法审查的不同制度	13
B. 竞争案件司法审查中遇到的挑战	16
C. 结论，包括问题/讨论要点	17

导言

1. 如今有一种普遍观点，竞争法和竞争政策构成市场经济繁荣的一个重要支柱，在市场经济中，竞争压力促进了生产效率并刺激了产品和工艺创新，这对于国际竞争和经济增长都是至关重要的。此外，竞争法和竞争政策被视为确保将贸易自由化产生的惠益传递给消费者的工具。

2. 越来越多的国家和地区竞争法表明这一观点具有的全球意义：当 1980 年联合国大会通过《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》之时，不到 20 个国家出台了竞争法制度；如今，制订竞争法制度的国家和地区组织数量超过 100 个。

3. 但是，竞争法和竞争政策只有得到有效执行，才能产生预期效果。仅停留在纸面上的法律没有多大价值。有效执行给新成立的竞争主管当局带来了巨大的挑战，这是因为这种竞争当局的资源匮乏，其工作人员的专业知识水平还有待提高，得不到其他政府机构的政治支持，以及商界普遍缺乏对竞争法和竞争政策的认识。在这一背景下，本文专门讨论了竞争法和竞争政策在促进经济发展方面的执行情况。更具体地说，它讨论了竞争法执行中的两个方面：（a）适当的惩处和补救办法；和（b）竞争案件的司法审查。

4. 鉴于竞争法的目标和强制性性质，适当的惩处和补救办法特别重要。维护竞争是大多数竞争法的首要目标，这要求各公司遵守程序性或实质性的强制性规定。但经验表明，企业只有在不遵守强制性规定对其产生或可能产生负面结果的情况下，才会遵守这些规定。在这方面，以惩处作为威胁似乎非常有助于鼓励人们遵守竞争法。关于大多数竞争法的首要目标，即保护竞争过程，补救办法与惩处办法是相辅相成的，因为这两种办法的目的在于在公司扭曲或将要扭曲竞争的案件里维护或恢复竞争。本文第一章将更加详细地探讨适当的惩处和补救办法这一专题。

5. 考虑到竞争案件的判决都对权利和自由做出限制，如禁止拟议合并或处以罚款，法律规定要求有关企业接受司法审查。司法审查确保独立的竞争主管当局遵守法律并使它们对其判决负责。这也应当有助于改进竞争主管当局的判决。预计后者将认真分析法院撤销一项判决的原因，以避免将来犯同样的错误。按此方式改进质量，将对竞争主管当局的声誉产生积极影响。本文第二章将讨论司法审查。

一. 适当的惩处和补救办法

6. 如上所述，惩处与补救相辅相成，从而实现竞争法的首要目标，即保护竞争过程。但是，其性质和运作方式却截然不同。根据《贸发会议示范法》第十一章，惩处意在遏制以后的不法行为，迫使违法者吐出其非法所得并给予受害者补偿。这种办法有助于处罚过去和现在的违法行为并能遏制违法行为。遏制旨在预

防个别罪犯成为累犯，并且为其他潜在罪犯树立榜样。根据一些调查，威慑目标在竞争法领域比处罚更重要。与此不同的是，旨在将来维护或恢复竞争的补救办法不具有处罚性质。主要适用范围为合并控制领域。一般来讲，补救办法都是由拟议合并的当事方提供的，以便消除竞争关切，并获得竞争主管当局的许可。与单方面对竞争法违犯者实施的惩处相反，补救办法通常是在有关当事方与竞争主管当局之间商定的。

7. 探讨适当的惩处和补救办法这一专题，不仅要求评估惩处和补救办法及其在实际中的执行情况，“适当”一词在这方面意味着什么，也需要花费一定的心思来考虑。惩处和补救办法是否适当，意味一项判决是否取得了平衡。这种措施所追寻的目标需要根据它们引起的权利和自由限制来评估。相称原则在此发挥了作用。

A. 惩处办法

1. 不同类型惩处办法概况

8. 惩处可能适用于实质性违犯竞争法以及不遵守程序性规则的情况。本文着重于第一类惩处办法。行政惩处，特别是罚款成为卡特尔案件中最常见的惩处形式。这种惩处可能施加给违犯竞争法的个人还有他们所代表的企业。例如，德国就属于这种情况，在德国，竞争法规定企业对其管理层或雇员违犯竞争法承担赔偿责任。其他竞争立法只规定可能对各公司处以罚款。竞争主管当局收缴的罚款一般都归入国家总预算。只有在少数国家，这种罚款才成为竞争主管当局预算的一部分。除罚款之外，行政惩处也可能包括禁止担任公用事业公司的高级职员或在未来招标中将参与操纵投标的公司列入黑名单。

9. 与竞争主管当局可以实施的行政惩处不同，民事或刑事惩处只能由法院来判决。如果说罚款具有行政、民事或刑事性质，则监禁只具有刑事性质。一些选择行政惩处制度的国家规定对具体竞争案件给予刑事惩处，例如公共主管当局组织的招标中的操纵投标案。

10. 行政、民事和刑事惩处组成了竞争法的公开执行类别。这意味着公共主管当局，如竞争主管当局或法院须强制执行竞争法条款。最近，私人执行也开始在竞争法领域发挥一定的作用。私人执行意味着个人可能在公开执行程序之外针对竞争法违犯行为向民事法院提出损害赔偿诉求。在最初诉讼中，索赔者需要证明竞争法受到违犯以及造成了损害，这在实际中构成一项重大挑战。后续行动属于私人执行的一种更加具体的形式，索赔者的损害赔偿要求以竞争主管当局的罚款判决为依据，而且只需要展示所遭受的损害即可。此外，一些国家允许进行集体诉讼，一位代表可以代表受伤害但身份不明的个人组成的全体诉求损害赔偿。除了仅有少数国家给予处罚性损害赔偿之外，严格来讲，这几种形式的私人执行不构成惩处。但是，它们对竞争法执行工作予以补充，因此要提到这方面。下文表1系统概述了选定的竞争法中的各种惩处形式。

表 1

选定的竞争法系统中不同类型惩处概况

国家/管辖区	公开执行							私人执行
	民事		行政		刑事			
	罚款	其他	罚款	其他	罚款	监禁	其他	
澳大利亚	X	X			X	X		单独和集体诉讼
大韩民国			X	X	X	X		单独诉讼
日本			X	X	X	X		日本公平贸易委员会做出决定后的后续单独诉讼
印度尼西亚			X	X	第 5/1999 号法律规定了几类刑事惩处办法，但在实际当中并不适用这些办法。			
亚美尼亚			X	X	限于严重的反竞争行为			
俄罗斯联邦			X	X				
土耳其			X	X				单独诉讼
南非			X	X	X	X		南非竞争主管当局做出决定后的后续单独诉讼
肯尼亚				X	X	X		单独诉讼在理论上是可行的，但在实际当中未使用过
赞比亚					X	X		
埃及			X	X	X		X	
突尼斯			X	X	X	X	X	单独诉讼
欧洲联盟			限于企业/非个人损害赔偿					仅在成员国一级才可以私下执行
法国			X	X	X	X		单独诉讼
联合王国			X	X	X	X	X	单独诉讼
德国			X	X	限于操纵投标			单独诉讼
秘鲁			X	X				
巴西			X	X	X	X		单独诉讼

国家/管辖区	公开执行							私人执行
	民事		行政		刑事			
	罚款	其他	罚款	其他	罚款	监禁	其他	
哥斯达黎加			X	X				在促进竞争委员会做出决定之后才可以依据民事法单独诉讼
墨西哥			X	X	限于严重的反竞争行为			单独诉讼（在法律上可行，但迄今没有实施过）
美国	X	X		X	X	X		单独和集体诉讼，允许三重损害赔偿
加拿大			X	X	限于定价、市场分配和产出限制			单独和集体诉讼限于实际损害赔偿（非处罚性损害赔偿）

2. 如何确定适当的惩处办法？

11. 当回答如何确定适当的惩处办法这一问题时，需要在立法一级做出区别，即做出立法选择，以采用某种惩处制度（行政还是刑事惩处，私下执行手段），以及在执行一级，即在具体竞争案件中采取惩处办法。

（a）立法选择

12. 尽管大多数竞争立法规定在反竞争行为案件中采取行政或民事惩处，现在出现了某种刑罪化趋势。传统上，只有美国在竞争法违犯案件中实施刑事惩处，对个人处以监禁，虽然一些其他国家出台了有关规定但没有适用。如今，其他国家——包括加拿大、以色列、日本和联合王国——对个人也实施刑事惩处，以打击核心卡特尔，并就这一专题进行了激烈的辩论。对个人实施刑事惩处的拥护者声称，鉴于监禁所产生的威慑程度，这些办法更加有效。现在对美国和欧洲联盟（欧盟）等管辖区内公司处以的罚款水平无法进一步提高，又不产生经济损害，而且罚款最终将转嫁给消费者，所有需要通过其他方式来提高威慑力。因此，违法者的个人赔偿责任必须发挥更重要的作用。在这方面，还有人提出，对个人处以的罚款不会产生预期威慑力，因为各公司有可能为其雇员承担罚款。通过给公司分别下达禁令，这种危险可能缓解。¹但是，出于一些原因，国家可能选择不

¹ 2009 年《南非竞争修正法案》禁止公司直接或间接为被裁定违反竞争法的经理或董事缴纳任何罚款或向他们补偿此类罚款。

对违犯竞争法行为实施刑事惩处。首先，当国家出台竞争法时就规定刑事惩处，这可能不适当。为了保证商界熟悉新的法律义务，永远都要有一个过渡期。此外，将违犯竞争法行为刑罪化，可能不符合特定国家的社会和法律规范。而且，同其他惩处形式的成本相比，刑事惩处，特别是监禁的成本似乎过高。针对竞争案件的刑事惩处提出的另一关切所涉程序性要求较高，例如在刑事案件中必须遵守的作证标准更高。这些要求可能使起诉违犯竞争法行为更加艰难，并且使成功案件的数量减少。总之，这两种观点都有确凿的论据。

13. 但应当指出，无论惩处具有何种性质，只有在非法行为被查出及起诉概率非常高的情况下，且对违法者处以的罚款水平很可观的情况下，才会产生预期的威慑后果。法律框架必须允许罚款最低限度地没收反竞争行为带来的经济收益。在这方面应当注意的是，贸发会议对成员国执行的竞争法和竞争政策同行审议经常建议提高罚款水平。在腐败严重的国家里，竞争主管当局在罚款水平方面不享有更大的酌处权，而是按反竞争行为影响的市场规模的固定百分比依法确定罚款，这是危险的做法。²

14. 除了刑事定罪趋势之外，私下执行最近也开始在一些竞争法系统中发挥作用。私下执行拥护者提出，公正原则要求反托拉斯法违犯者而不是其受害者和守法企业承担其不法行为的代价。私人当事方的有效赔偿机制也要得到考虑，以便提高查出和起诉反竞争行为的可能性。因此，赔偿性司法从本质上也将产生有益的威慑后果。但需要指出的是，私下执行竞争法只能起到补充作用，而不能替代公开执行。在讨论公开和私下执行的相互作用时，遇到的一个常见问题是，人们关切私下执行是否对宽大处理方案的实效产生影响。有人担心，如果宽大处理申请人基于其提交竞争主管当局的呈件和后者决定，在损害赔偿上面临繁琐的后续行动，宽大处理方案将失去其吸引力，并因而不成功。如果宽大处理申请人不仅受益于减少罚款额，而且免受私人损害索赔诉求影响，这个问题就可以在立法一级得到解决。但有人还提出，公开起诉和私下诉求损害赔偿具有不同目的，因此公开宽大处理应当对个人行为产生影响。此外，在司法系统薄弱的国家里，还需要考虑到私下诉求损害赔偿要求各自法官具备较高的技术知识水平。特别是，评估反竞争行为导致的损害层面，是一项极其艰巨的任务，除法律专长之外还要求具备扎实的经济知识。

(b) 在特定案件中确定适当的惩处办法

15. 鉴于罚款（行政、民事或刑事）是反竞争行为最常见的惩处形式，本文这一部分着重探讨如何在特定案件中确定适当的罚款水平。即使有经验的竞争主管当局，如德国联邦卡特尔办公室也认为确定适当的罚款水平是一项要求高的工作。如上所述，有人主张罚款至少必须没收反竞争行为产生的经济收益，以使罚款成为一种有效的威慑。在多数国家，法律没有规定固定的罚款额度，只是规定

² 亚美尼亚立法者选择这种办法（《亚美尼亚共和国经济竞争保护法》第 36 条）。

了最高的罚款额度。³因此，法律赋予竞争主管当局某些酌处权，以在顾及每个案件的具体情况下确保罚款水平适当。一些竞争主管当局采纳了主管当局须遵守的罚金设定方法准则。此类准则有助于实现透明和平等对待目的。通常，这些准则涉及违法行为直接或间接涉及到的货物或服务价值，这成为确定适当罚款的起点。加重处罚因素，如持续或重复违法行为或在实施违法行为中起到重要作用，可能导致罚款增加。反过来，减轻处罚情节导致罚款减少。最重要的是，竞争法违犯者在宽大处理方案框架内给予配合，成为减少各自罚款的正当理由。此外，竞争主管当局可能使得公司愿意通过减少罚款额度来商定解决卡特尔案件，因为这种解决方式有助于缩短起诉时间并节省资源。其他减轻处罚因素包括在竞争主管当局干预之后立即终止违法行为，以及因疏忽大意触犯竞争法，而非蓄意违犯。在特殊案件中，竞争主管当局也可能考虑到企业在具体的社会和经济形势下无力支付，因此减少罚款或允许采用减少付款方式。对公司罚款达到致使其破产并因此退出市场的程度，将违背竞争法保护竞争过程的首要目标。

16. 至于在确定适当的罚款时遇到的挑战，新成立的竞争主管当局报告称，它们在收集充足的证据以证明这一行为的所有相关方面时遇到了困难，例如包括反竞争协定的期限。如果是一群公司，可能难以确定最终应当为反竞争行为承担责任的法人。在瑞士和其他一些国家，这对最高罚款额有一定的影响，取决于为违犯竞争法负责的实体在全世界的营业额。

3. 如何有效实施惩处？

17. 只有有效实施惩处，才能实现所追求的目标。但新成立的竞争主管当局，特别是发展中国家的此类机构在执行其决定时遇到很多困难。首先，在制裁得不到遵守的情况下，一些竞争主管当局并不具备强制要求遵守的法定权力。例如，在印度尼西亚和毛里求斯，如果公司不缴纳处以的罚款，竞争主管当局依靠法院进行干预。在这种情况下，国家司法系统的运行也会影响各自竞争主管当局的执行前景。这就是说，普通司法系统运行不佳，将构成有效执行竞争法的一个障碍。例如，秘鲁报告，法官可能下令暂停执行一项判决的司法程序期限成为有效执行竞争法方面的一个严重问题。肯尼亚报告，其竞争主管当局甚至无权对违犯竞争法案件做出具有约束力的判决，而是依靠部长在这方面的行动。即使竞争主管当局在法律上享有强制要求执行其判决的权力，但在实际当中也可能缺少相关的专门知识和其他资源。竞争主管当局的法律地位不明确也可能带来挑战。例如，巴基斯坦竞争委员会在做出重要决定时经常面临质疑其宪政合法性的上诉。新成立的区域竞争主管当局，如加勒比共同体竞争委员会可能由于其管辖权限及适用的法律（区域或国家）方面的不确定性遇到额外困难。此外，发展中国家的竞争主管当局在对跨国企业或国内重要企业强制执行惩处时可能遇到政治抵制。大公司通过威胁退市或宣布裁减人员，就有可能产生足够的政治影响力来阻止强制执行惩处。因此，问题在于如何应对这些挑战。宣传措施可能面临政治上的阻

³ 例如，根据欧盟竞争法，罚款最终金额应当不超过参与违法行为的企业或企业协会上一营业年总营业额的 10%。

碍。加深理解竞争的好处，有望提高竞争法违犯者进行游说的难度，难以说服官方不去执行不利于他们的惩处。另一种办法是，鼓励自觉遵守可以成为一项重要规则。如果不接受惩处将对公司声誉产生消极影响，那么它们可能更愿意为其反竞争行为接受惩处。

B. 补救办法

1. 不同类型的补救办法概况

18. 采用竞争法补救办法的目的在于维护/恢复市场竞争。这包括（a）制止违法行为、补偿受害者和解决具体竞争问题等“微观”目标；以及（b）出台激励措施以便将这种反竞争行为的发生率降至最低限度等“宏观目标”。

19. 根据法律框架，竞争主管当局可以单方面规定补救办法，也可以根据有关当事方提出的建议同其商讨补救办法（所谓的许诺⁴或承诺）。许诺或承诺有时确实被视为惩处办法。但是，考虑到这些办法主要是在反竞争做法使竞争扭曲的情况下寻求恢复竞争，就本文的目的而言，许诺或承诺归入补救办法。

20. 传统上将补救办法分为结构性补救和行为补救。结构性补救一般指一次性补救，旨在恢复市场的竞争结构。行为补救一般指持续性补救，旨在改变或限制企业行为（在某些管辖区，行为补救被称为“行动补救”）。某些补救办法，如与获得知识产权有关的补救办法，特别难以据此进行分类。一套有效的补救办法可能包括结构性补救和行为补救办法。

2. 结构性补救

21. 这种补救办法要求各企业撤回它们所持有的资产。在这方面，资产弃除式的补救办法是将有关实体重组为两个或两个以上的公司，或者要求它将其部分资产出售给另一家企业。这种办法一般被视为一类最严厉的补救办法。它们实际上还能在迅速消除市场支配力的同时创造或激励竞争者。此外，它们不像其他补救办法那样需要法院和机构过多地进行监督。另一方面，一些结构性补救最初对被告方业务的干扰可能比其他补救办法都更强，而且它们有时立即导致低效。

22. 就本文的目的而言，强制性许可证交易也被视为结构性补救，因为这种办法有能力通过引进新的竞争者改变市场结构。从某些方面来看，强制性许可证交易对竞争事务机构来说是一个具有吸引力的工具，特别是利用它们对付一个垄断企业。

3. 行为补救

23. 行为补救（又称为“行动补救”）责令公司要么做某件事，要么停止做某件事。此类补救办法要求竞争法违犯者不再参与已被认定的非法行为。这种补救办法直接服务于竞争法的执行目标：终止引发案件的反竞争行为。有时，它们可

⁴ 例如，澳大利亚竞争法在这方面使用“许诺”一词。

能足以恢复违法之前的市场竞争水平，但并非总是如此。例如，施加一项积极义务以对竞争法违犯者采取某种行动的行为补救，可能表现为提出一项要求，要求企业在非歧视基础上出售其产品。竞争主管当局必须在其工具包里列入积极的补救办法，因为在某些情况下仅仅终止不法行为可能不足以恢复受影响市场的竞争力，出于这样或那样的原因，资产弃除可能不是恰当、可行的做法。

24. 此外，行为补救的优点在于，它们一般都能根据各个企业和市场情况，因地制宜地协助实现预期结果。这是它们同资产弃除之间的显著区别，这种办法通常不可能准确无误地适应每种情况的具体特征，因此往往对企业和市场产生更多的薄弱影响。

4. 如何确定适当的补救办法？

25. 设计理想的补救办法要求明确认定反托拉斯补救办法企图应对的竞争法问题。若干一般性建议可以帮助各机构设计和执行有效的补救办法。首先，最好在调查过程中尽早界定补救目标并制定实现这些目标的计划。否则，各机构可能在花费必要资源赢得官司之后，却发现他们没有充分思考首要问题，如什么才算一项有效的补救办法？如何能够执行这些补救办法？第二，充分了解相关产业以及在各种补救方案中它可能如何演变，也是极其有用的。其他建议包括针对具有不当行为史的竞争法违犯者进行调整，预计他们对补救办法采取的战略对策，确认并努力降低不良的副作用，以及制定一种实用的执行框架。最后，竞争主管当局和竞争事务机构应当牢记，补救办法不是行业规划工具，一般不适合用来实现应对竞争损害之外的其他目标。

(a) 合并案件中的补救办法

26. 在评估合并案件的补救办法时，竞争主管当局试图恢复或保持竞争的同时允许实现相关的合并效率和其他惠益。为了实现这一目标，应当根据实效对潜在的补救办法进行评估，例如通过约谈受影响市场的行为者。在许多管辖区的合并案件中，结构性补救比行为补救更受欢迎，因为这种办法不要求持续监测。考虑到拟议合并的当事方主要负责筹划交易，竞争主管当局最好依靠当事方在同竞争主管当局对话的过程中设计出一种适当的补救办法。

27. 例如在日本的许多案件中，当事方在事先通知之前自愿同日本公平贸易委员会举行事先磋商。日本公平贸易委员会在这种事先磋商阶段进行视察，如果磋商得出此项交易存在问题的结论，日本公平贸易委员会向当事方指出竞争问题。随后当事方自愿提出一种补救措施，其实效由日本公平贸易委员会来评估。由于制定了这一程序，日本公平贸易委员会很少在并购案件中作为一项正式行动实施补救办法（终止及停止命令）。

28. 在为合并案件选择补救办法时，毛里求斯竞争委员会将考虑补救办法的实效、及时性和执行成本与其预期收益的对称性。因此，补救办法必须具体针对拟议合并引起的已认定的竞争问题。毛里求斯竞争委员会不能接受企业提议在某个相关市场采取某种行动（为了消费者的利益）来抵消另一相关市场的竞争损失作

为一项补救措施。毛里求斯竞争委员会完全可以适用一种临时性补救办法，以便减轻合并对竞争造成的削弱影响，如果预计竞争会随着时间有所发展（无论是因为预先存在的趋势和预期发展，还是因为构成整套补救办法一部分的其他补救办法）。例如，在垂直合并后可以禁止搭销，直到市场竞争得到充足发展、企业具有市场支配权为止。

29. 此外，如果这些补救办法的成本与预计补救办法可以产生的任何利益不相称，实施这种补救办法则是不明智的。因此，毛里求斯竞争委员会将考虑它实施的任何补救办法的成本与它预计采用这种补救办法将产生的利益是否对称。

(b) 针对反竞争行为的补救办法

30. 与合并案件中的补救办法不同，行为补救办法往往比结构性补救更受青睐，以应对滥用垄断地位或反竞争协定的影响。第一，终止及停止命令可以用来结束反竞争行为。例如，卡特尔成员可能接到命令停止定价协议，或者垄断企业接到命令停止搭销某些产品。但在某些情况下，各自的行为可能已经造成反竞争伤害，这样就必须采取进一步措施以便恢复竞争，例如，这可能包括修正价格结构、减免退款制度、改变贸易条件、准许获得基础设施或知识产权等。

31. 在某些管辖区，结构性补救被视为对付严重滥用其市场支配权的垄断公司的最后一招。例如，在美国微软公司一案中，⁵哥伦比亚特区地方法院命令将微软公司拆分成若干不同的公司。但是，这种补救办法在接下来的上诉过程未获支持。

5. 制定和执行补救办法时面临的挑战

32. 制定和执行有效的补救办法，是对竞争主管当局提出的一项艰巨任务。挑战可能涉及一些因素，包括竞争主管当局开展行动依据的法律框架、补救办法应对其产生实效的市场环境以及竞争主管当局自身的法律和经济评估能力。

33. 关于适用的法律框架所引发的挑战，赞比亚竞争主管当局报告，《赞比亚竞争法》没有对违犯该法案行为可能给予的补救办法做出明确规定。因此，结论是根据《赞比亚竞争法》的某一章节内容推出的，该章节规定：如果法律没有对具体违法行为规定处罚时委员会可以发出命令或做出指示，并且可以提出补救要求。这样，在销售有缺陷产品或对某些授权合并施加条件的案件中，委员会将根据这一章节给予补救办法，形式包括终止及停止命令、退款或替换命令。

34. 市场情况要求补救办法产生预期效果，对于这种情况引发的各项困难，首先需要提到的是，在一些发展中国家，市场规模和相关市场上的行为者人数或多或少受到限制。因此，在包括撤资在内的结构性补救案件中，可能很难找到适当的收购者。在这方面，肯尼亚竞争主管当局指出，被撤资的公司资产缺少适当的购买者，这种情况可能导致相关资产价格降低，并由此给合并方造成经济损失。

⁵ 美国诉微软公司，87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000 年)。

此外，根据肯尼亚竞争主管当局的观点，极端的补救办法也可能对外国投资环境产生消极影响。新建立竞争法制度的国家所面临的另一挑战源于以下事实：商界通常还不知晓新出台的竞争法所规定的义务。不普及竞争文化，公司就不太愿意遵守竞争主管当局拟定的补救办法。有人提出宣传方案可以解决这个问题。

35. 但是，制定和执行有效的补救办法的挑战也可能涉及竞争主管当局的内部因素。这不仅是因为竞争主管当局可能缺乏必要的资源和经验来制定有效的补救办法（如布基纳法索所报告的那样），而且还因为补救办法的制定和执行性质极其复杂，因为这是基于对受影响市场竞争结构未来发展的预测。根据德国联邦卡特尔办公室的经验，业已证明很难在以下情况下拟定终止及停止命令：必须将这种命令同保证找一位竞争者的义务结合起来，例如涉及基础设施案件。在合并程序中，拟定适当的条件和/或义务方面可能遇到具体挑战。例如，合并许可的条件一般可能被拟定为事先条件或事后条件。这两种情况都可能要求制定详细的规则，例如制定单独规定、任命受托人等。如果合并许可须遵守事后条件，由于相关企业随后必须撤回其在交易过程中购置的某些资产，导致不符合相关条件的情况出现，这时就会引发具体问题。

C. 进一步讨论的要点

36. “适当的惩处和补救办法”专题所涉范围广泛，代表们不妨在审议时着重考虑以下问题：

(a) 如何确定适当的罚款水平？

(b) 刑事惩处是新建立竞争法制度和发展中国家执行竞争法的适当工具吗？

(c) 如何确保在竞争案件中遵守补救和惩处办法？

二. 竞争案件的司法审查

37. 有问题的竞争案件判决可能侵害被请求方和第三方的权利。更普遍地说，它们也可能对特定国家的经济活动产生不利影响。因此，最先进的竞争法执行办法要求出台一些机制，以确保竞争事务机构做出的判决是公正、合法的。竞争判决的被请求方、可能还有第三方如果认为其权利遭到侵犯，都需要获得针对判决上诉的机会。这种机制被称为司法审查。

38. 司法审查是适当程序和法制的一项要求，它责令司法部门采取行政行动并且在一定程度上采取立法行动来进行控制。这意味着当公共实体行动非法行事时，公共实体、政府部门、部门管理者或行政机构做出的决定可能受到质疑。这反映了行政部门与司法部门之间的权力分立制度。但在这方面需要注意的是，普通法制度也规定对竞争案件进行司法审查，而初步判决是由法院而不是行政竞争事务机构做出的，因此具有司法性质。

39. 司法审查本身须遵守适当程序的要求，这意味着必须公平做出所有的行政决定和司法判决，尊重有关当事方的程序性权利。这意味着审查上诉判决的法院必须审讯上诉当事双方。另外，法院判决需要采用书面形式并且阐述得出法院裁定的推理过程，以允许当事方了解法院的思路。

40. 此外，司法审查为竞争主管当局创造了一种有力的绩效奖励措施。一项有问题的判决有可能受到质疑并且最终被法院撤销，这种威胁应当能够激励竞争主管当局勤勤恳恳地完成工作，并使其判决以可靠的经济和法律评估为基础。最理想的情况是，这在一段时间里有助于提高竞争判决的质量，也有助于为竞争主管当局的工作赢得良好的声誉。

41. 本文这一部分首先对竞争案件司法审查的各种制度进行概述。随后，它讨论新成立的竞争主管当局和发展中国家的机构具体面临的一些挑战。本文不涉及法院对竞争案件的更广泛的背景进行干预但不能归为司法审查的情况。例如，本文既没有讨论法院在反竞争行为导致伤害的损害赔偿民事诉讼中的作用，也没有讨论针对竞争主管当局违法提出损害赔偿诉讼的最终可能性。

A. 竞争案件司法审查的不同制度

42. 各国对竞争案件进行调查并且做出初步判决的负责机构各不相同，⁶同样，一个国家与另一个国家的司法审查制度的特点也大相径庭。不同之处主要涉及负责司法审查的法院以及该机构适用的审查标准。

1. 负责竞争案件司法审查的不同类别法院

43. 如果竞争判决的被请求人认为判决侵犯了其权利，它可以在法律规定的具体时限内针对该判决提出上诉。根据不同的法律制度，可以就竞争案件判决向行政法院、司法法院或直接向国家最高法院提出上诉。此外，可以建立专门的行政法院。下文表 2 列示了各种办法。

⁶ 最常见的情况是，独立的竞争主管当局是竞争法规定的主要执行机构。但在某些国家，由专门的部级部门完成此项任务，而在一些执行普通法的国家，由专门法院或普通法院负责对竞争案件做出初步判决。

表 2

负责竞争案件司法审查的不同类别实体概况
(一级上诉)

行政法庭	司法法院	专门的竞争法庭/法院	法庭/终审法院
哥伦比亚	阿尔及利亚	澳大利亚 ^c	保加利亚
克罗地亚	澳大利亚 ^a	奥地利	塞浦路斯
爱沙尼亚	比利时	加拿大	法国 ^d
希腊	巴西	捷克共和国	土耳其
意大利	法国 ^b	丹麦	
拉脱维亚	德国	萨尔瓦多	
斯洛文尼亚	科特迪瓦	印度	
瑞士	马耳他	芬兰	
突尼斯	巴拿马	肯尼亚	
委内瑞拉玻利瓦尔共和国	罗马尼亚	秘鲁	
	斯洛文尼亚	波兰	
	荷兰	葡萄牙	
		联合王国	

资料来源：《贸发会议示范竞争法》（2007 年）；所载的反托拉斯百科全书，http://www.concurrences.com/nr_adv_search.php3，成员国对贸发会议调查问卷的答复。

^a 针对反竞争行为判决的上诉。

^b 在法国，卡特尔和滥用垄断地位案件的司法审查属于巴黎上诉法院的管辖权范围。

^c 针对合并案件判决的上诉。

^d 在法国，合并案件的司法审查属于国家理事会的管辖权范围——见 http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=296。

44. 大多数管辖区也允许在上诉过程中败诉的一方对各自的判决提出上诉。这意味着司法审查并未停止在上诉一级，可能包括级别更高的申诉庭，控制法院的工作且负责且负责上诉案件的法院管制负责上诉的法院工作的更高审级，通常是最高法院或国家最高行政法院。

2. 审查标准

45. 适用于上诉过程的审查级别被称为审查标准，而且各竞争法系统的审查级别也相差甚远，包括限于程序性方面及证明竞争法判决错误的最低程度的审查测试和深入案情的严密审查，等等。

46. 审查标准可以分为四个审查级别：根据最低标准的审查，法院只评估法律适用出现明显错误并撤销明显不合理的判决（相当于法语的 *recours pour excès de pouvoir*（越级上诉））。例如，根据这一审查标准，法院将对下列情况施加管制：主管当局是否在其管辖区内采取行动，主管当局是否尊重程序性公正这些基本原则，例如主管当局是否给予当事方听证机会然后才对其做出任何决定。二级审查包括评估有关判决是否合法，包括评估程序性要求方面。在这一级审查中，法院必须评估竞争主管当局是否正确解释了法律。第三，法院通过评估所有相关事实以及对事实正确适用法律情况，对案件实质进行充分审查。这一标准超出了合法性的管制范围，因为法院也需要根据竞争判决评估事实证据。最后，最严格的审查标准允许法院充分审查案件并以自己的分析来替代竞争主管当局的评估。这也被称为重新分析。

47. 塞浦路斯可以被援引为审查水平有限的竞争法系统实例。塞浦路斯最高法院负责处理针对竞争案件的上诉案，限于审查行为是否合法，而不能深入所涉判决的法律理由，也不能以自己的判决代替竞争主管当局的判决。

48. 在一段时间里，欧洲法院对竞争案件适用的审查标准根据判例法做出细微调整。《欧洲联盟运行条约》第 263 条（前欧洲共同体第 230 条）指出，欧洲联盟法院应当审查欧洲联盟委员会的行为是否合法。据说，各个类型的诉讼最初都是仿照法国国家理事会的 *recours pour excès de pouvoir*（越级上诉）设定的，这意味着最低程度的审查标准。但是，根据欧洲法院的判例法，竞争案件的司法审查首先必须评估欧洲联盟委员会所依靠的证据是否事实准确、可靠且连贯一致。其次，法院必须评估证据是否包含要评估一种复杂局势必须考虑到的所有信息，第三，法院是否能够证实从证据中得出的结论。另一方面，欧洲法院尊重欧洲联盟委员会在竞争法领域，特别是在经济性质的评估方面享有一定的酌处权。⁷ 这种办法在事实基础与其酌情评估，包括经济数据评估之间做出区别，欧洲法院的若干案件都采用这种办法。⁸ 在这方面需要注意的是，适用于罚款水平的审查标准更加严厉。根据相关规定，欧洲法院对审查判决拥有不受限制的管辖权，而由欧盟委员会确定罚款或定期缴纳罚款。它可以取消、减少或增加罚款或已实施的定期缴纳罚款规定。⁹

49. 竞争法制度实例包括比利时和荷兰的案件，其适用的审查标准意味着要审查上诉的判决的法律理由。在比利时，布鲁塞尔上诉法院对竞争案件中的上诉具有专属管辖权，既审查案情又审查法律。在荷兰，鹿特丹地区法院负责审查荷兰竞争主管当局——NMa——做出的判决，对适用《欧洲联盟运行条约》第 101 和 102 条（前欧洲共同体第 81 和 82 条）做出的判决适用严厉的审查标准。此外，

⁷ 欧洲法院，C-12/03 P 号案件，委员会诉 Tetra Laval，ECR I-987。

⁸ 欧洲法院，42/84 Remia [1985] 号案件，ECR 2545；一审法院，T-210/01 号案件，电力总公司诉委员会[2005]，ECR II-5575。

⁹ 关于《条约》第 81 和第 82 条阐述的竞争规则执行情况的欧洲委员会 2002 年 12 月 16 日第 1/2003 号管理条例（EC），第 31 条。

法院还可以用自己的判决替代 NMa 的判决。在突尼斯，行政法庭对竞争案件进行司法审查，甚至享有更广泛的权力。除了基于事实和法律依据改正初步判决之外，行政法庭还会传讯新的证人，甚至有权陈述调查结果所证实的全新违犯竞争法行为。

50. 审查标准的一个具体方面涉及在上诉过程是否准许提出新证据。如果审查标准允许审查机构既评估判决的法律方面，又评估上诉竞争判决的事实依据，就会引发问题。从成员国对贸发会议调查问卷的答复来看，若干国家似乎在针对竞争判决的上诉过程中接受新的证据，有时是在具体条件下接受新的证据。在克罗地亚，行政法院接受在初步程序阶段提出的与事实有关的新证据。但是，与新事实相关的证据不予接受。在德国和瑞士，上诉阶段接受新证据时不受限制。

3. 中止效果

51. 在司法审查过程中，上诉的判决是否中止执行，要等到判决审查完成后才能决定。可以确定不同的做法。在瑞士，在联邦行政法庭阶段可以中止执行判决（上诉审程序）；但可以下令采取临时措施。联邦行政法庭关于竞争事项的判决可以向联邦法庭（瑞士最高法院）上诉。行政法庭的上诉不具有中止效果。

52. 在荷兰，NMa 做出的罚款判决将在上诉阶段中止。（但是，在公布罚款判决的 13 个星期内应当付款。在上诉阶段，NMa 不要求付款，但如果在 13 个星期之后付款可以收取利息——最高法院的解释）。

53. 在欧盟没有中止效果，但罚款情况属于例外，如果对罚款全额加利息进行银行担保，支付罚款可以中止。在巴西，在审查过程中中止支付罚款，要求被罚公司将全部罚款存在一个具体银行账户里。

4. 不同类型的判决

54. 一旦法院评估了上诉，它一般宣布下述其中一种决定：确认判决、宣布失效（全部或部分）、通过一项新判决、或将判决发回竞争主管当局以作进一步审查。

B. 竞争案件司法审查中遇到的挑战

55. 司法审查是确保竞争主管当局做出的判决保持高质量的一项要素，也是确保人们对法律系统信任的一项要求。但是，发展中国家通常在有效执行竞争案件司法审查方面遇到困难。

56. 其中某些挑战源于司法系统的总体状态。如果竞争案件属于特定国家的普通法院管辖，总体上影响司法部门的问题，如处理实际案件的法官人数不够，也将影响对竞争案件判决的上诉。

57. 其他挑战涉及竞争案件的具体性质，这通常非常复杂并且需要较深的法律知识以及扎实的经济知识。因此，一些成员国所报告的挑战包括合格法官人数不

够，这就不足为怪。此外，在许多发展中国家，竞争案件由普通法院审理，其法官没有竞争领域的相关经验。法官缺乏任职资格，对司法审查的公信力造成损害。此外，这可能阻止发展中国家的主管当局实施惩处或歪曲所实施的惩处，因而无法降低削弱上诉的可能性。

58. 应对上述问题的方法包括建立专门实体审查竞争案件的上诉案，例如通过在法院建立专门分庭负责处理上诉案或者建立专门法庭审理竞争案件。此外，必须评估竞争判决上诉案法官的能力建设。例如，这可以通过竞争主管当局的联合讲习班和对其进行司法监督的法官来实现。通过更加有益于执行的立法和规章及判决准则，必将有助于改善竞争案件的司法审查。

59. 若干国家在调查问卷中提出上诉程序期限是另一项重要挑战。例如，秘鲁报告，竞争判决的上诉程序可能长达五年。如果上诉程序时间过长，审查判决可能不再重要，或者产生许多适用问题。在合并案件中，时间选择特别关键。因此，国家可能希望针对禁止合并的判决加速上诉程序。欧洲联盟委员会报告，“司法程序通常需要两三年才能结束。[……]因此，普通法院采取了名为‘快速通道程序’的加速进程，规定采用书面程序和举行听证会，通过这一程序能够在委员会做出决定后的 8 至 12 个月内处理完一起案件，从而确保对合并等时效性事项的司法监督具有切实可行的前景”。大多数发展中国家没有这种加速程序。

60. 尽管进行司法审查是为了保护个人和法律实体免受公共机构滥用判决之害并使人们信任司法系统，但司法审查可能导致相反的作用，破坏竞争主管当局的声誉。如果司法审查竞争主管当局的许多判决被撤销或大幅修正，就会有这种风险。因此，为了防止破坏其声誉，新成立的竞争主管当局应当认真审查上诉失败的各种原因和法律背景，以便将来遵守法院阐述的法律要求。

61. 调查问卷确定了其他挑战，特别是缺乏司法审查方面的管制以及行政和民事法院之间的管辖权决定，降低了司法审查的效率。最后，克罗地亚指出，它尽力对欧盟“软性法律”的不断变化给予充分考虑，它认为这是其自身对竞争法进行解释的指导依据。

C. 结论，包括问题/讨论要点

62. 竞争案件判决的司法审查必然要遵循法制，并且是一种设计完善的竞争法制度的必不可少的要素，尽管各方就此方面达成高度共识，但各国的司法审查制度特点却大相径庭。尽管有大量差异，但仍然可以得出结论，即新成立的竞争主管当局和发展中国家机构在竞争案件司法审查方面遇到类似的挑战。在这一背景下，建议各位代表考虑以下问题，以便在审议期间讨论：

- (a) 如何才能最好地处理因负责竞争案件的合格法官数量不足所带来的挑战？
- (b) 如何确保上诉过程期限不会使竞争案件的初步判决失效？