



## 贸易和发展理事会

贸易和发展委员会

竞争法和竞争政策政府间专家组

第十一届会议

2011年7月19日至21日，日内瓦

临时议程项目3(a)

就竞争法和竞争政策的同级评审进行磋商和讨论，审查  
《竞争法范本》，就《原则和规则》的各项规定进行研究

## 竞争管理机构产生效力的基础

### 贸发会议秘书处的说明

#### 内容提要

竞争政策系指维持或促进市场参与者之间竞争和促进其他政府政策及程序，使竞争环境得以发展的政府政策。

环境不同意味着竞争体制的设计也应不同。然而，有效的公共管理机构具有一些特点。其中包括独立性；透明度；问责制；保证正当程序；获得与任务相称的充足资金；配备受过良好教育、训练有素和清廉的职工；并有一个其本身结构良好和清廉的上诉程序。最近有关竞争管理机构的讨论表明，评价也有必要。在内部流程中，一个有效的竞争管理机构必须确定目标和优先事项、适当分配资源和有效决策。

本文首先探讨如何界定一个有效的竞争管理机构，以及在这方面评价的重要性。随后两节探讨构成一个有效竞争管理机构的基础的不同要素。前三节的大部分内容适用于发展中国家和发达国家的竞争管理机构。最后两节的重点分别是新的竞争管理机构，以及可称为“赤脚竞争管理办事处”的机构——即那些没有重大政治或财政支助的机构。

## 目录

	页次
导言.....	3
一. 何谓有效的竞争管理机构? .....	3
二. 体制设计 .....	6
三. 内部流程.....	9
四. 新的竞争管理机构面临的特殊挑战.. .....	11
五. 赤脚竞争管理办事处 .....	16
六. 供讨论的问题 .....	16

## 导言

1. 竞争政策系指维持或促进市场参与者之间竞争和促进其他政府政策及程序，使竞争环境得以发展的政府政策。要使竞争政策和机构有效地促进其目标，它们必须在其所处的政治、社会和经济环境中蓬勃发展。这些环境差异很大。在一些国家或地区，商人和政府赞同竞争的目标并尊重这些机构，社会的其他目标考虑到了竞争。在其他一些国家和地区，商人和政府官员正在学习适应竞争体制和认识其目标，即使法律仍然不很适应建立法律、经济和体制机构。而在另一些国家和地区，“赤脚竞争管理办事处”在经历结构调整方案的高潮之后正在争取得到承认和尊重。
2. 环境不同意味着竞争体制的设计也应不同。然而，有效的公共管理机构具有一些特点。其中包括独立性；透明度；问责制；保证正当程序；获得与任务相称的充足资金；配备受过良好教育、训练有素和清廉的职工；并有一个其本身结构良好和清廉的上诉程序。最近有关竞争管理机构的讨论表明，评价也有必要。在内部流程中，一个有效的竞争管理机构必须确定目标和优先事项、适当分配资源和有效决策。
3. 本文首先探讨如何界定一个有效的竞争管理机构，以及在这方面评价的重要性。随后两节探讨构成一个有效竞争管理机构的基础的不同要素。前三节的大部分内容适用于发展中国家和发达国家的竞争管理机构。最后两节的重点分别是新的竞争管理机构，以及可称为“赤脚竞争管理办事处”的机构——即那些没有重大政治或财政支助的机构。
4. 信息来自成员国对贸发会议要求提供信息的回复、Khalil Mirza 先生的说明<sup>1</sup>、国际竞争网络开展的工作、以及学术从业人员的著作。

### 一. 何谓有效的竞争管理机构？

5. 有效的竞争管理机构 - 同义反复地 - 通过合理使用资源实现其目标。机构的设计和能力的效力及其取得遵守制裁和补救办法的能力。尽管如此，在其他政府部门和机构、司法机构、企业界、非政府组织、媒体和大众为实现自己的目标而采取行动的环境中，竞争机构只是一个角色而已。一个机构的效力受到其所处环境的影响，其部分效力可通过它如何改变其环境来判断。
6. 可通过回答如下两个问题来检查效力：**(a)**根据竞争法的目标，管理机构的干预措施是否产生了良好效果？及**(b)**管理机构的流程是否导致对资源的合理分

<sup>1</sup> 2010 年 11 月 8 日至 12 日在第六次联合国全面审查《多边协议的一套管制限制性商业惯例的公平原则和规则》会议上举行的“竞争管理机构产生效力的基础”圆桌会议讨论概要。

配，从而促进法律目标的实现？<sup>2</sup> 通过准确找出差距何在(以及如何补救)来检查效力需要反复、定期检查流程和结果。绩效评估本身就是效力的一部分。

7. 评估对竞争管理机构特别重要，有以下若干原因。首先，他们的决定是在信息不完全和不确定的情况下做出的。因此，一些决定在一定程度上是实验性的——测试假设是否为真——而评价则需要了解某种执行政策事实上是否导致实现法律的目标。需要进行实验，以便在特定环境中得出正确的执法政策。其次，鉴于第三方获得的信息少于管理机构以及各方参与竞争事项，公布管理机构自己的评价有利于第三方对管理机构进行评价。第三，评价可能在经济学上产生新的假设，从而促进竞争政策基础的发展。

8. 将执法行动作为唯一重点并不适当。政府其他部门采取行动和不采取行动可协助或阻碍竞争法和竞争政策目标的实现，但往往超出了竞争法的范围。然而，研究、听证会及向其听证会提交意见可影响其他政府行为者的思想，从而影响其行动。不采取反竞争行为的企业比从未被检控的企业多得多。而在司法审查中说服法官相信竞争机构的决定正确可直接影响该机构的决定是否继续有效。因此，通过结果衡量效力包括评价竞争管理机构的研究、其提交听证会的意见、其发言及其他说服努力的说服效果。然而，对卡特尔判处刑罚的重大风险确实表明在这方面有必要做到守法。<sup>3</sup>

9. 评价可以作为年度报告编写过程的部分内容进行，但也可以由其他竞争管理机构通过“同级评审”进行。例如，贸发会议竞争法和竞争政策政府间专家组和经合组织竞争委员会及全球竞争论坛进行自愿的同级评审。议会委员会和审计机关可以进行评价。

10. 事后评估通常侧重于机构活动的具体方面。欧洲委员会竞争管理总局工作人员进行的“兼并补救措施研究”<sup>4</sup> 即为一个例子。其宗旨是用“事后效益”审查其执行或接受的与兼并有关的补救措施，“以确定将来可能需要进一步改进[...]的领域”。在其执行至少三至五年后共审查了 40 个案例和 96 项补救措施。但在欧洲委员会顾问进行的另一项关于兼并管制的研究<sup>5</sup>，即：“何谓反事实权利？”的研究中指出了事后评估的难度。在该案例中，顾问们判定反事实权利是“依靠一种预期，即在发生拟议兼并的情况下市场如何演变方面形成了一些合格

<sup>2</sup> Kovacic WE(2005 年)。利用评价改进竞争政策管理机构的绩效。见：评价竞争管理机构的行动与资源。DAF/COMP(2005)30。可查询 <http://www.oecd.org/dataoecd/7/15/35910995.pdf>。另见：UNCTAD (2007 年)。评价竞争管理机构效力的标准。TD/B/COM.2/CLP/59。

<sup>3</sup> Parker C、Ainsworth P 和 Stepanenko N(2004 年)。澳大利亚竞争和消费者委员会的执法和守法项目：澳大利亚竞争和消费者委员会的执法活动对卡特尔案件的影响。澳大利亚国立大学竞争和消费者政策中心的工作文件。

<sup>4</sup> 欧洲委员会(2005 年)。兼并补救措施研究。可查询 [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf)。

<sup>5</sup> 李尔公司为欧洲委员会竞争管理总局进行的研究(2006 年)。兼并管制决定的事后审查。可查询 [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/lear.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf)。

的市场参与者”，并利用了问卷调查和股票市场回报。企业对他们的研究反应不多——因为他们没有义务作出反应，他们认为作出反应没有什么好处，以及他们对授权获取机密商业数据表示关切。规模较小的事后评估可以更加频繁地进行且费用更低。例如，如果一个案件丢失，汇报可以识别什么地方正确，什么地方出了差错，且吸取的教训可以纳入内部手册之中。印度尼西亚和南非均可提供“结果”评价而非执法活动评价的例子。这些国家的竞争管理机构向政府提出了有关竞争政策问题的建议或提交了提案，为与竞争立法相关的各种改革铺平了道路，从而对经济产生了积极影响。<sup>6</sup>

11. 巴西和哥伦比亚在回答调查问卷时指出，效力可以通过确定管理机构能够履行其使命的程度来衡量。需要考虑管理机构实际上对国内竞争形势的影响。如果使命是提高竞争力，但市场仍然由几家公司主导，在何种程度上，或在延迟多长时间后，对管理机构的效力提出质疑是合理的？

12. 评估一些竞争主管机构的效力可能是困难的，因为它们最近才成立，还因为已达到执行阶段的个案数量有限。例如，巴基斯坦的情况即如此，该国强调了管理机构对工作进行客观评价的重要性。尽管在某些情况下衡量特别具体的标准是适当的，例如处理个案的时限，将竞争主管机构采取干预措施后达到合格的企业数量作为重点很可能是以“投入”或“活动”，而不是以“成果”是否达到战略目标作为重点。

13. 贸发会议调查问卷的大部分受访者提供了关于其事后评价的资料。例如，巴基斯坦和斯洛伐克指出，他们监测了发现过去违反竞争法的企业和发现过去有反竞争行为的市场。但是，正如土耳其提交的意见所指出的，如果在采取强制竞争行动后受影响部门的问题仍然存在，可以预料市场参与者将提交另一份投诉。

14. 虽然许多年度报告给出了启动个案的数目，但这可能不是一个特别好的效力指标。一些小的、低姿态的个案可能比引人注目的个案对制定竞争法更加重要。此外，其他活动(如倡导竞争和机构、分析及程序能力建设)也可以提高效率，甚至比个案更能提高效率。

15. 评价应反馈到确定未来的优先事项和确定今后的内部变化方面。总之，一个有效的竞争管理机构是一个合理使用资源实现其目标的机构。有两个问题与之相关：该机构的干预措施是否产生了良好的效果？该机构的资源分配是否促进了这些结果的实现？以外源方式确定环境和资源水平；通过机构选择确定效力。评价是检查这些选择结果的工具。个案评估、研究、向听证会提交意见、交流和其他宣传工作有助于确定今后提高效率应作何种选择。

<sup>6</sup> 贸发会议(2011年)。竞争与政府政策之间连贯一致性的重要性。TD/B/C.I/CLP/9。

## 二. 体制设计

16. 竞争管理机构最有效的设计包括：(a)法律地位要素；(b)在更广泛的政府机构以及企业和消费者代表中的地位；及(c)旨在保持所做工作高质量的内部流程。各种要素不是孤立的，而是他们相互支持一起发挥作用，以确保——除其他外——适当的流程和目标方面的正确结果。除下面审查的要素(独立性、透明度和问责制、与任务相称的足够权力和资金，以及配备受到良好教育、训练有素和不腐败的职员)外，还需要有一个超越竞争管理机构界限的上诉过程，其本身应该是完全合格和不腐败的。

### A. 独立性

17. 需要在法律和体制框架内达致平衡，以确保竞争管理机构是独立的，但也对政府的广泛政策作出反应，其决定需经过审查，一般是司法审查。必须独立于政治干预，尤其是以每日或逐项决定为基础，以确保机构的决策和宣传工作不被政治化，不受歧视或不在利益集团狭隘目标的基础上进行。竞争管理机构也应独立于商业的影响。“独立”机构预计将受到政府的监督并执行一种制衡制度。赋权立法应通过规定职能、权力、任命管理成员和工作人员的方式及其任期和免职、以及机构如何获得资金而使机构运作的独立性赋有意义。同样，还应规定机构应如何与行政机关和立法机关建立联系。这些特征确保组织上自治，并与政治当局建立正常的关系。

18. 若干正式保障措施被用于在独立性与问责制之间达致平衡，例如：

- (a) 向竞争管理机构提供独特的法定权力，不受日常部级控制；
- (b) 对任命规定明确界定的专业标准；
- (c) 吸收政府的行政和立法部门参与任命过程；
- (d) 定期任命总干事和董事局/委员会成员，并禁止解除他们的职务(须正式审查)，但明确规定的适当理由除外；
- (e) 如果选择合议(董事局/委员会)的结构，应错开成员的任期，使他们只能由各届政府逐步更换；
- (f) 向机构提供可靠和充足的资金来源。理想的情况是，特定服务收费可用于资助竞争管理机构，使其摆脱通过预算过程进行的政治干预；
- (g) 使竞争管理机构不受公务员薪酬的限制，以吸引和留住最优秀的合格工作人员，并确保适当的善治激励机制；及
- (h) 禁止行政部门推翻机构的决定，除非通过基于现行法律的新的立法或向法院上诉等精心设计的渠道。

19. 如今，世界各地越来越多的竞争管理机构在体制上独立于部级控制；不足一半是依赖性机构。有 112 个国家建立了竞争管理机构，<sup>7</sup> 其中超过一半与各部分分开。过去 20 年间自主竞争管理机构的数量稳步上升。在发展中国家和转型经济体有 22 个独立机构。

20. 财政独立能够对确保各项目标和活动的独立性提供很大的帮助。通过小额费用进行自我融资可能是一种可行的供资安排，土耳其即采取了这种安排。依赖不确定的预算拨款，尤其是在财政紧缩时期，可能削弱能力，并增加政治影响的可能性。

## B 问责制

21. 竞争管理机构的独立性必须与问责制达致平衡。政治家、媒体、公众和商界必须知道谁负责决策，及其背后的理由。利益相关方必须能够通过协商过程对决策提供相关的投入。如果竞争管理机构任意采取行动或行为不力，他们必须能够方便快捷地得到补救。这些类型的保障措施在独立性与问责性之间达致平衡。有若干正式保障措施被用于实现这种平衡，例如：

(a) 公布竞争法和竞争管理机构的规章，其中应明确规定机构的职责、责任、权利和义务；此外，如果有多个目标，则应区分主要管理目标和次要管理目标；

(b) 确保竞争管理机构的决定由法院或一些其他非政治实体进行审查，但应确定一些“门槛”，以防止只会推迟执行决定的轻率挑战；

(c) 要求竞争管理机构公布关于其活动的年度报告，并要求由独立的审计师或立法机关的监督委员会对其绩效进行正式审查；

(d) 制定规则，规定如有证据表明董事会成员行为不当或不称职，则应辞退；

(e) 允许利益相关方就审查的事宜向竞争管理机构提交意见；及

(f) 要求竞争管理机构公布其合理决定。

## C. 透明度

22. 透明度有助于提高利益相关方对竞争管理机构的效力和独立性的信心，并加强其合法性。因此，所有规则和政策、制定未来法规的原则以及所有监管决定和协议都应该是公开纪录。

<sup>7</sup> 见贸发会议竞争系统指南，可查询 [http://www.unctad.org/en/docs/ditccplp20072\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/ditccplp20072_en.pdf)。

23. 透明度对竞争管理机构可以带来与对公众和企业同样多的好处。公布决定和理由及进行公众咨询和听证可以协助竞争管理机构围绕其决定达成共识，并保护他们不被指控闭门做出武断决定。

24. 一般而言透明度是善治的一个重要因素。重要的是，透明度可减少利益相关方——特别是那些受到竞争法决定不利影响的利益相关方——认为决定偏颇、武断或歧视的可能性。竞争法决定的背后理由，包括其指导原则和证据，若在公开记录中清楚地陈述，将是明显的。一旦建立透明的流程，歧视性或腐败的决定将变得明显，并更难以证明有依据。

25. 另一方面，透明度是有限的。就个案作出决定的大部分信息在商业上是敏感的，必须保护它们不被竞争对手、供应商和客户获取。向公众发布的信息必须进行筛选，以保护商业秘密。过早发布信息也可能影响竞争管理机构诸如卡特尔调查的一些活动取得成功。

26. 一个吸引投资者的成功市场需要法律确定性。独立的竞争管理机构如果坚持法治，是可以预测的。法治的最重要特点是尊重先例和遵循先例原则，在普通法司法管辖区尤其如此。尊重先例意味着竞争管理机构并不能推翻政策决定，除非有证据表明这些决定导致了重大问题或新的情况需要改变规则。遵循先例原则要求具有相同基本事实的个案每次都以同样的方式决定。

#### D. 执法权力

27. 竞争管理机构必须有牙齿。这不仅需要明确、正式划分其执法权力，而且需要能力和意愿行使其权力和执行其决定。竞争管理机构需要具备权力，以便能够有效地进行调查，例如有权及时收集信息，并有权对不守法实施制裁——或起诉实施制裁。它们需要权力责令采取某些举动恢复竞争并实施制裁，或在法庭起诉，使法院责令采取某些举动或实施制裁。许多竞争管理机构有权承诺不实施制裁，这对执行宽大处理方案很重要，这些方案可激励卡特尔提供报告。

#### E. 人员配备和财政资源

28. 人才短缺、公共部门的工资低以及腐败和捕捉风险使竞争管理机构的效力受到威胁，在发展中国家尤其如此。在竞争法执行的各个领域，以及在竞争案件办案人员对经济陌生的地方都出现人才短缺——即使在中高级竞争机构内亦如此。有针对性的培训，以及从长远着手与大学建立关系，是一些国家采用的方法。公务员的工资通常低于私营部门的同行。近年来许多发展中国家公共部门雇员的实际工资水平出现下降。这对聘用和保留高素质公务人员的影响是可以预见的，在诸如竞争执法等专门领域尤其如此。

29. 发展中国家的腐败和捕捉风险是一个棘手的问题。关于公共部门的工资低是否导致产生腐败的实证证据和理论是喜忧参半。在某些司法管辖区，竞争委员会包含从私营部门的领导成员中挑选的兼职董事，这种做法可能会引起与公正性和独立性相关的棘手问题，并非所有这些问题都可以通过撤出案件得到解决，其中可能存在利益冲突。

30. 很少有人认为财政资源足以完成竞争管理机构的任务。在为上述兼并申请经费时，通知阈值可被视为增加财政资源的手段，但这也可能使机构面对无法预料的变化。接收一份罚款可能引起利益冲突的问题。依靠一个部的预算补助会引起独立于部级指导的问题。在实践中，竞争管理机构的年度预算差异很大，但难以将它们进行比较，因为它们有不同的任务——例如，列入或不列入消费者保护或国家援助政策领域。

### 三. 内部流程

31. 设定目标和优先事项、相应地分配资源以及确保活动对实现这些目标有效，这些被确定为一个有效竞争管理机构的主要流程。<sup>8</sup> 机构的总体目标一般载于法律，但机构通常需确定更具体的目标，以帮助指导其工作人员作出连贯一致的资源分配决定，并使政界和商界能够理解和评论这种选择。例子可包括放开某些部门或大量减少某些部门的反竞争行为、大幅提高商界对竞争的好处的认识，或“推进”打击卡特尔。这些目标然后形成一个在各项活动之间大致分配资源并设定优先事项的工作方案框架。

32. 不同的机构设定不同的优先顺序。有两种方法，即兼并审查或展开调查的阈值以及选择在一段时间集中努力的具体部门。另一种方法是进行修改后的成本/效益分析，考虑(a)在采取干预措施的市场对消费者福利的影响；(b)该工作的战略意义；(c)取得成功的可能性；及(d)资源成本。然而，可能难以事先估计哪些活动在长远具有更大的意义。如果机构的强制性执法活动，如兼并通知或投诉，所占比例较高，他们往往采取手段更快速地处理显然不构成竞争的问题。具有法律约束力的最后期限可以在某些领域带来效率。

33. 新的小型竞争管理机构在确定战略和优先事项方面可能有特殊困难。它们可能缺乏资源、调查权以及具有竞争文化的营商环境；它们也可能更多地受到政治压力。另一方面，活动量少有助于管理层监督。

34. 资源分配不仅关系到确定优先事项(即“哪些宣传或执法努力我们进行，哪些我们不进行？”)，而且关系到让个人承担不同的激励和发展角色。

---

<sup>8</sup> 国际竞争网络竞争政策实施工作组(2009年)。竞争管理机构效力研讨会。这是本节材料的主要来源。

35. 竞争管理机构需要高素质的员工，但无法与私营部门的工资竞争。因此，他们利用其他鼓励措施，如高品质的培训、有机会从事学术工作、以及优越的工作—生活平衡来激励和留住员工。过度的人员更替会使机构中没有经验的毕业生过多，导致诉讼中律师事务所与机构相比出现“结构性人才优势”；然而，人员更替不足会导致停滞。项目管理、程序和交流及辩护技术等领域的培训可以补充主导许多机构的律师和经济学家的更多学术教育背景。

36. 为确定改进而评估效力——尤其是决策、宣传、研究和准则的效力，是国际竞争网络研讨会确定的第三个主要内部程序。在大多数司法管辖区，立法者选择通过司法审查进行管制。人们普遍认为，为了决策过程的公正性和完整性，不论是通过普通法庭还是通过行政法庭对竞争管理机构的决定进行独立的司法审查是可取的。看来大多数司法管辖区赞同对竞争案件进行程序性审查，据此，上诉机构仅限于对法律的审议，<sup>9</sup> 包括审议竞争管理机构在行使其调查和决策职能时所采用的程序，而不是重新审议证据和法律依据。因此，其用意不是由法庭来代替他们自己的评价，而是确定竞争管理机构是否滥用其自由裁量权。审查的理由通常包括缺乏管辖权、程序不当和法律失误、原因缺陷、明显的评价错误以及事实错误。在此种情况下，司法审查一般被视为对结果或已采取的行动进行判决的结束阶段的程序——即竞争管理机构根据是否赋予行政首长决策权在一个专员委员会或在一个单独的准司法机构(以专门审理竞争事务的法院为形式)所作的决定(如巴西、秘鲁、南非和联合王国)。国际竞争网络(2003年)称，调查和裁决过程严格分离的决策结构比行使这些职能合二为一的体系更有可能在司法审查中通过审核。在这种情况下，对牙买加公平竞争法中裁判职能未与调查职能分离所进行的成功宪法挑战被视为佐证。

37. 在司法审查的范围内，值得注意的是，在许多国家，司法审查仅限于行政法庭或行政法庭为初审法庭(例如在哥伦比亚、克罗地亚、拉脱维亚、突尼斯、土耳其和委内瑞拉玻利瓦尔共和国)。在一些司法管辖区，已经建立专门的竞争上诉法庭(例如在丹麦、新加坡、南非和联合王国)。有一些竞争案件，其中竞争审查的决定在特殊情况下可以被行政机关推翻(例如克罗地亚)。然而，在克罗地亚的具体情况下，根据欧洲委员会的要求，将修订《一般行政诉讼法》的个别条款。

<sup>9</sup> 国际竞争网络(2003年)。在发展中国家和转型经济体建立可信的竞争管理机构。国际竞争网络能力建设和竞争政策实施工作组编写的报告。国际竞争网络第二次年会。墨西哥梅里达。6月23日至25日。

#### 四. 新的竞争管理机构面临的特殊挑战

38. 由国际竞争网络进行的一项调查<sup>10</sup>强调了新的竞争机构面临的如下困难：

(a) 立法不完善，不能妥善处理国内经济中实际存在的反竞争行为，不能使机构有效执法；

(b) 与政府各部和其他监管机构的合作与协调不足；

(c) 管理机构的预算不足，不能有效开展工作；

(d) 技术精湛的专业人员太少；鉴于公务员的薪酬结构，他们要么不在国内，要么不被机构吸引；

(e) 司法机构不熟悉竞争法和经济学；

(f) 在商界、政府、媒体和公众中没有发展“竞争文化”。

39. 这些问题中有许多问题是相关的。例如，可以理解缺乏“竞争文化”导致立法不完善，缺乏政府其他部门的合作，预算完全不足，以及司法系统未受过训练。

40. 调查发现，几乎所有被调查的竞争管理机构都在寻求修订或已经修订法例，以解决国内商业惯例的实际和具体问题。在调查中，人们认为合作与协调不足是因为竞争法近期出台，没有必要的条款解决以前的立法冲突。答复的范围从(a)谈判到(b)通过监管机构之间的谅解备忘录游说到(c)对立法进行必要的修改。通过简化办案、通过限制依据职权的案件以及在许可的情况下通过为所做的工作收取费用，对预算低进行了不同程度的处理。熟练员工流失通过培训方案解决，往往得到捐助机构技术援助方案的帮助，但是一些机构经历了严重枯竭期。有些机构，一般是发达国家的机构，已经与当地学术界合作制定了持续培训方案。通过讲习班和研讨会的方法，对当地司法部门的检察官进行了培训。通过各种教育和说服手段——尤其是通过媒体，但也可以通过演讲、研讨会和网站，探讨了发展竞争文化的问题。调查强调，“重要的是要注意，所有成功的方案均力求大量拥抱媒体。”

41. 对正在改革国家的新的竞争管理机构的经验进行的一次审查<sup>11</sup>突出表明了个人对决定新建机构是否成功的持续重要性。然而，一个竞争机构的持续效力要求做到有魅力的个人离开不应对机构产生明显的伤害。尽管竞争制度可以规定被委任为这些角色的人的资格以及他们享有的保障、他们必须采取的决策过程和他们为竞争目标可部署的资源，但不可能完全消除人的因素。然而，从长远来看，

<sup>10</sup> 国际竞争网络(2006年)。从新的竞争机构吸取的经验教训。竞争政策实施工作组，第2分组。可查询 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>。

<sup>11</sup> 见贸发会议关于竞争政策的同级评审，可查询 <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4163&lang=1>。

一个机构的合法性应该是体制性的，不应仅依赖该领导人的个人素质，无论素质有多高。否则，当强有力和有魅力的领导人离开时有可能失去效力。

42. 新的竞争管理机构通常比老机构面临更严峻的挑战，当它们作为包括私有化和放松管制在内的更广泛改革方案的一部分而设置时尤其如此。在这种情况下，机构的所有人员通常是执行竞争规则任务的新手，缺乏可依据的惯例或先例；不像早就设立的机构至少有几个“老手”。在许多发展中国家，往往缺乏关于企业和行业的可靠数据和业绩信息。在对私有化仍有争议和消费者可能对降低价格和切实改善服务抱有不切实际的期望时可能需要竞争管理机构作出不受欢迎的决定。同时，“独立的”竞争管理机构的概念在许多社会中是新鲜事物，这对确定机构及其决定的作用和合法性造成更多的挑战。提倡竞争对赢得信誉和选区至关重要，因为法律界、商界、司法和立法机关很少有或没有竞争背景。在这种情况下，竞争管理机构如果与政府保持更密切的正常关系，就可以更积极地影响政府的政策，但这样做有过多政治干预的风险，其中包括商业游说。

43. 发展中国家新的竞争管理机构的资金可能特别紧张。由于各种原因 - 如缺乏适当的会计和控制措施、欺诈和腐败风险、或一般不愿意采用可能对公共服务社会阶层构成差别税率的政策，一些国家的政府对允许独立机构从其他来源筹集资金持谨慎态度。例如，牙买加政府坚决拒绝其公平贸易委员会为其某些服务征收费用的要求。由于政府资助不足，公平贸易委员会在执行其竞争执法职能和宣传倡议方面受到限制。发展中国家的竞争管理机构往往陷入恶性循环，即资金短缺不仅影响他们开展执法活动的的能力，而且影响他们监测其活动影响的能力，因此影响为其价值提供必要证据的能力；如果他们能够这样做，他们就能够提高其诚信水平，促进问责制，并为增加资金提供更多的理由。举证责任往往完全在于竞争主管机构建立信誉，不仅在普通公众中而且在政府内建立信誉。在这种情况下，对竞争执法的初始直接政治支持往往为竞争机构与许可环境之间今后关系的发展奠定基调。

44. 根据与新老竞争管理机构的对话和工作的重要经验，Kovacic 编写了新的竞争机构在其头十年中的主要任务概要<sup>12</sup>：

- (a) 通过执法以及通过宣传、广告和良好程序建立信誉和“存在”；
- (b) 得到并保持良好的领导和工作人员；
- (c) 控制期望和要求；
- (d) 在起诉/裁决方面取得自治，但不与政治进程隔离；
- (e) 说服法院，包括有关法律的范围；
- (f) 收集信息和惩罚的权力；

<sup>12</sup> Kovacic WE(2010 年)。头十年：新的竞争管理机构面临的挑战。6 月 26 日在贝尔格莱德的所作的演讲。可查询 <http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/100626belgradecompetition.pdf>

(g) 行政程序适当；

(h) 与其他机构，如监管部门、消费者组织、商业机构、大学和媒体建立联系；及

(i) 提高商界和社会对竞争法的意识。

45. 关键是，人才短缺也对竞争管理机构的独立性和问责制产生影响，独立性和问责制可因司法系统和议会薄弱及信息不畅而受到损害，可能无法有效地履行其执法角色。例如，人才短缺和资金不足往往是发展中国家法院案件积压的原因之一，但这种资源制约限制设立专门竞争法庭的可能性。并非所有议员都有能力分析有关竞争执法的复杂和陌生问题的报告。因此，最低一级的问责制，即要求竞争管理机构向一个部或通过一个部提交报告，可被视为解决问责问题的一种可行办法。

46. 一个相关问题是缺乏独立的本地专业知识，发展中国家的竞争管理机构可以不时利用这些专业知识补充内部技能；这些专业知识在进行诸如市场调查或复杂调查时可能特别适当。由于资源制约，很少许可聘用国际顾问。此外，很少有精通竞争经济学和法学的学术教授，法律界的专家大多数 - 往往 - 是在竞争案件中代理被告行事的专家，他们的看法可能往往带有这种观点的色彩。

47. 发展中国家的腐败和捕捉风险是一个老生常谈的棘手问题。关于公共部门的低工资是否导致产生腐败的实证证据是喜忧参半，理论并未说明提高工资始终可以减少腐败现象。竞争执法，特别是在竞争委员会包括来自私营部门的兼职董事的司法管辖区，可能碰到一些涉及成员的公正性和独立性的棘手问题。人们关注在私营公司担任高级职位的兼职董事达到并保持客观的理想水平，即政府与业界的旋转门能力。这也是发达国家的一个问题，但在规模较小和较贫穷的经济体，这些问题具有特别重要的意义，因为可供选择的地位足够高的个人群体相对较小。还有一种更大的可能性，即从主导经济的大型公司任命个人，这样可能更容易陷入违反竞争法。在这类国家大型跨国公司无所不在，使问题更加严重。即使没有不当事件发生，在缺乏部级监督和有效问责机制的情况下，可能难以驾驭公众的观感。由于显而易见的原因，发展中国家的竞争政策，有时可能是一个情绪问题，“公平”问题常常出现；有些东西即使在经济上有效率，也可能被公众认为“不公平”。

48. 发展中国家追究责任的机制往往薄弱。正如已经提到，议会往往不具备必要的能力正确执行问责制。缺乏明确界定的成果和指标。除了向公众提供其年度报告和最后决定外，竞争管理机构很少具有与公民直接协商或得到他们反馈的手段。有些竞争机构没有足够的技能或资源构建网站并保持更新。在此背景下，发展中国家对贸发会议竞争执法制度的自愿同级评审抱有热情，这不仅是一种评估执法影响和确定需改进领域的机制，而且是一种独立的问责手段。

49. 发展中国家和经济转型国家受到一些竞争壁垒的困扰。这些国家迫切需要有效的竞争法律和政策。然而，由于不同的市场特点和法律及执法方面的困难，发展中国家执行竞争法和竞争政策比发达国家艰难得多。发展中国家面临的挑战包括庞大的非正规部门、小规模 and 广泛的准入壁垒、难以灌输竞争文化和能力及政治经济制约的相关问题。重要的是，每个国家应调整其体制设计，以适应其国情同时在这些制约中运作。

50. 这些特点表明，市场缺乏竞争是发展中国家的一个更大问题。亟需有效执行竞争法，但新的竞争管理机构面临严重的体制、政治、人力和财力的限制，妨碍了竞争法的有效实施。

51. 同样清楚的是，竞争执法不能脱离其运作的更广泛背景，而运作独立的要素包括透明程序，通过这种程序将非效率考虑(公共利益)引入竞争执法决定。对于新的竞争管理机构，这可能是一种关键的问责机制。就何谓不适当政治干预的定义及其评估的定性基准达成共识是一个复杂的问题，因为程度不同地涉及主观判断。

52. 考虑上述各项标准可能是发展中国家目标的一个重要因素。新的竞争管理机构的重点可能与成熟的竞争管理机构完全不同。然而，当其他政策手段可能是达到某些目的最适当手段时，很可能对新的竞争机构要求太多。这加强了确定优先次序和评价的情况。有必要了解一个国家的竞争法执行方案的影响，以确定竞争管理机构的潜力和局限。

#### A. 为体制概况制定基准

53. 发展可信、有效的竞争体制需要时间和大量重复工作。由于发展中国家和经济转型国家的决策者试图提高新的竞争管理机构的绩效，他们可能转向国际最佳做法，以确定竞争管理机构体制概况的基准及其开展有效执法的能力。

#### B. 发展竞争文化

54. 竞争文化缺失可能是有效执行新竞争法的一个巨大障碍。因此，重要的是在新的机构内发展强有力的交流能力，以便竞争管理机构干预措施的性质和效果能够得到理解和赞同。这可以为进行事后评价提供一些理由，使效果能够大致量化和传播。

#### C. 更新和修改法律、准则和程序

55. 为程序制定基准可以对机构和法律最佳运作所需要的主要程序和行政改革作出判断。近年来的一个重要例子是有效实施一种公司宽大政策。在不同的司法管辖区进行的外部同级评审也有助于产生政治动力，进行必要的修改。

56. 欧洲委员会在其提交的建议中指出，竞争管理总局在修改立法条例期间对立法条例，如集体豁免条例，定期进行审查。这种审查通常采用案例研究和调查，确定其效果和效益，以期进行可能的修改。可以通过听证会、问卷调查和磋商开展一般的事实调查活动。这可以反馈到决策过程，并通知进行绿皮书和白皮书起草工作，最终导致修改阶段。

#### D. 评价作为提高干预效率的工具

57. 开展评价的最明显理由是找到改善干预措施的手段。由于大多数机构面临资源制约，重要的是要思考过程和做法，并使某一机构的资源的潜在效益最大化。此外，这在竞争政策方面特别有效，不可能简单地移植一套“最佳实践”法律和程序。在竞争政策中，虽然可以通过比较和制定基准学到很多东西，但一种尺码不适合所有人，每个司法管辖区需要找到最符合其需要的方法。

58. 评价可以帮助解决更严重的政治经济问题，从而有助于为政策体系提供合法性。另一方面，发展中国家和经济转型国家内部的能力制约妨碍这些评价成功实施。然而，在这些情况下适当进行评价，可有助于洞察上述特点所产生的对这些司法管辖区内竞争的具体国家制约，并能提出潜在的补救办法。

#### E. 贸发会议/经合组织的同级评审

59. 贸发会议和经济合作与发展组织(经合组织)进行的同级评审是各国为体制设计制定基准的基础，使之符合其情况和管理流程，并接受关于其干预标准是否适当和是否可能阻碍其竞争体制有效实施的反馈信息。

60. 同级评审过程也能大大促进一个国家竞争体制的发展。同级评审已成为贸发会议与经合组织在竞争法律和政策方面开展工作的一个得到赞赏的特征。在最近的一次会议上，来自巴西的发言者指出，作为一个捐助国参与各种同级评审过程也被认为是非常令人深思和有益的。土耳其在其提交圆桌会议的建议中指出，同级评审的价值在于，它是由“征询过除管理机构官员外的第三方，如医生、学者、企业协会成员、在各种政府机构工作的政府官员的意见的专家准备的。”在该国，它有助于为土耳其竞争管理机构制定宽大处理方案、修改兼并管制、增加违法的最高罚款额、同意协议的程序修改以及增加法律和经济专业知识提供动力。

61. 国际竞争网络是对程序和标准提供一些外部讨论的另一个论坛，该论坛协助机构之间发展非正式合作和知识共享，并能推进软(非约束性)合作和协调，有助于提供对某一国家竞争体制运作的同行见解。

62. 新的竞争管理机构应寻求国际组织及其他国家同行的帮助。对于新的机构，人们认为合作，特别是区域一级的合作至关重要。它们还应该最大限度地利用与其他国家竞争机构的非正式互动。技术合作问题也可以在这个框架内加以探讨。

## 五. 赤脚竞争管理办事处

63. 竞争法和办事处有时是结构调整方案的一部分，而不是一个国家或地区政治和经济形势的有机产品。它不是一个接受有意义的政治或经济支助的机构，其工作人员由少量具有善意但资源不足的官员构成。这样一个办事处能够影响实现竞争法目标的事件吗？一位专家指出，要求竞争法有用的和有意义可能难以实现，他写道：“如果缺少关键要素，明智的决策者可能选择根本不采取反垄断措施。”<sup>13</sup>

64. 弱小竞争管理机构在毫无希望的情况下几乎没有选择。以上讨论清楚地表明，执法——一种资源密集性活动——最好是留给其他机构。不幸的是，这会立即消除对卡特尔和其他反竞争行为的任何威慑。竞争宣传可以针对具有竞争友好任务和前景的强大机构。例如，电信监管机构可能赞同在移动电话方面加强竞争，或中央银行可能赞同开放银行业增加竞争。另一种宣传战略可能是查明(尤其是)降低准入门槛的潜在受益者，并进行研究，以阐明他们的收益并向潜在的受益者进行解释，使他们理解竞争对他们的好处。并不一定被排除者获益最多；相反有时是控制效率低、缺乏竞争力的服务或商品的强大实体，如企业，需要输送利益。

65. 与其他竞争管理机构的合作可共享能力建设和技术援助。尽管考虑执法行动在国外的影响可能超出其职权范围，但可能确实是积极的跨界影响，强调这些影响可能有助于国内宣传。

66. 总之，向弱小竞争管理办事处的宣传和研究提供的资源有限，应与那些资源充足的机构一样在战略上作出部署，对进步和挫折进行评估并对结果进行反馈，以修订战略选择。虽然可能缺乏产生效力的基础，但善治的做法可避免竞争管理办事处丧失信誉，而以战略目标和明智选择活动为重点能够促进竞争。

## 六. 供讨论的问题

(a) 在竞争想法违背历史和传统价值观的司法辖区内，可以采取何种步骤确保竞争机构的任务被广大社会接受？

(b) 首次这样做的政府可能没有执行有效竞争政策所需要的技能。可采用何种战略吸引机构必需的技术和人才？

<sup>13</sup> Fox E (2008 年)。反垄断、经济发展与贫困：另一条路。向竞争法和竞争政策在促进增长和发展方面的作用特设专家组提交的论文。2008 年 7 月 15 日。日内瓦。可查询：[http://www.unctad.org/sections/dite\\_ccpb/docs/dite\\_ccpb0003\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_ccpb/docs/dite_ccpb0003_en.pdf) 并基于美洲西南法律和贸易期刊第 13 卷第 211 页的一篇同名文章。她的有关如何使竞争法有用和有意义的清单包括如下要求：法律涵盖足够的范围；竞争机构独立；有足够的资金和足够的受过教育和培训及不腐败的工作人员；上诉渠道本身非常合格且无腐败；在所有诉讼中保证采用正当程序；所有机构运作透明且负责任，公布裁决和判决；机构利用宣传。

(c) 在一个特点为公司占主导地位的社会，一个开展有效工作鼓励竞争的机构可能招致政治上的反对。可以采用何种战略确保该机构的持续效力？

(d) 能力建设如何才能对新的竞争管理机构的效力作出贡献？提升工作人员的技能有何最佳做法？

(e) 在运作的头几年制订一套优先事项并评价竞争决定的影响。

---