



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  
第十八届会议  
2019年7月10日至12日，日内瓦  
临时议程项目3(d)  
审查《竞争法范本》第九章和第十章

## 竞争法范本(2019年): 第十章修订稿\*

\* 本文件是 TD/RBP/CONF.7/L.10 号文件的修订本。



## 一. 《竞争法范本》第十章概要

管理机构的职能和权力：

1. 管理机构的职能和权力可包括以下方面，例如：
  - (a) 进行查询和调查，包括在收到投诉后进行查询和调查；
  - (b) 作出必要的决定，包括实行制裁或向相关政府部长建议进行制裁；
  - (c) 进行研究，发表报告，向公众介绍情况；
  - (d) 印发表格，设置申报登记册；
  - (e) 制定和颁布规章；
  - (f) 协助拟订、修订或审查限制性商业惯例立法或与监管和竞争政策有关领域的立法；
  - (g) 促进与其他国家的信息交流。
2. 保密
  - (a) 对企业提供的含有合法商业秘密的信息给予合理的保护，以保守其机密性；
  - (b) 防止泄露向竞争管理机构提供资料、并需保守机密以防遭受经济报复者的身份；
  - (c) 防止泄露政府对正审议或未决事项的议事情况。

## 二. 对第十章的评注和现行法律的不同方针

### A. 导言

1. 多数竞争立法都列出了竞争管理机构为执行任务而履行的职能和拥有的权力，为机构的运作提供一个总体框架。《竞争法范本》第十章列举了竞争管理机构的一系列职能。所有这些职能都与竞争管理机构或竞争执法机构可能开展的活动及它们通常用来执行任务的手段有关。一个共同特点是，管理机构的职能必须基于正当法律程序、公平、不歧视、问责和透明的原则。

#### (a) 进行查询和启动调查，包括在收到投诉后进行查询和调查

2. 管理机构可主动采取行动，或在出现表明存在反竞争做法的某些迹象(如有人或企业提出投诉)之后采取行动。《联合国关于竞争的一套原则和规则》E 节第 6 段规定，各国应当制定或改进从企业那里获得有效管制限制性商业惯例所需信息的程序。

3. 管理机构还应有权索取信息，命令个人或企业提供信息和文件，要求作证和获取证词。

4. 如果遇到拒不提供此类信息的情况，可酌情考虑获得搜查令或请法院下达命令，以便要求提供信息和/或获准进入据信存有相关信息的处所。在许多国家，包括阿根廷、澳大利亚、德国、意大利、匈牙利、墨西哥、<sup>1</sup> 挪威、巴基斯坦、秘鲁和俄罗斯联邦以及欧盟，管理机构有权命令企业提供信息，并准许工作人员不事先通知进入处所搜查相关信息(所谓的凌晨突袭)。

5. 但是，进入处所可能受到某些条件的约束。例如，在阿根廷、奥地利或德国，须经法院下达命令后方可进入私人住宅。在土耳其，如果为获取信息、文件、书籍和其他文书而进行的现场检查受到阻挠或可能受到阻挠，刑事法官可下令进行检查。在波兰，如果发生完全有理由怀疑竞争法受到严重违反的最紧急情况，尤其是如果拖延就有可能发生销毁证据的情况，则可以在整个事件的任何时刻从竞争和消费者保护法院获得搜查令。如果欧盟委员会根据欧共体条例开展调查，要求任何人员提供文件、信息和其他证据时遇到抵制，波兰竞争和消费者保护办公室可应欧盟委员会的要求对处所、公寓、运输车辆等进行搜查；波兰竞争和消费者保护办公室应委员会的要求检查一家企业时，欧盟委员会的代表也可参加检查。

6. 许多辖域实施处罚，包括在某些情况下对故意不遵守相关机构调查命令的行为处以罚款和监禁。关于收集证据，竞争执法在这方面的最佳做法表明，应当有一个强有力的推定，即支持向被调查者披露尽可能多的事实，使他们能够充分为自己辩护。竞争管理机构和被调查者之间就指控和支持此类指控的证据持续交锋，将确保被调查者不仅了解支持竞争管理机构立场的有罪和无罪证据，还能了解关于案件事实依据的说明以及构成违法推论依据的经济和法律分析。<sup>2</sup>

7. 调查方法中使用的不同方针如下。

表 1

现行法律中的不同方针：调查制度

国家	机构的权力	对违规行为的制裁
中国	<p>根据《反垄断法》第三十九条，反垄断机构有权：</p> <p>(a) 进入被调查经营者的营业场所或者任何其他相关场所进行调查；</p> <p>(b) 要求被调查对象披露相关信息；</p> <p>(c) 查阅并复制相关业务文件等；</p> <p>(d) 没收和扣押相关证据；</p> <p>(e) 查询被调查经营者的银行账户。</p>	<p>根据《反垄断法》第五十二条，拒绝提供所需信息、提供虚假信息、销毁或转移证据以及其他形式妨碍或阻碍调查的行为，可处以罚款。</p>

<sup>1</sup> 根据 2011 年的法律改革和新《联邦竞争法》(2014 年)，墨西哥竞争管理机构获得了开展凌晨突袭的额外权力。见经济合作与发展组织(经合组织)，2018 年，《实践中的调查权力：墨西哥的贡献》(墨西哥联邦经济竞争委员会)，第四部分(DAF/COMP/GF/WD(2018)28)，11 月 28 日，可查阅 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2018\)28/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2018)28/en/pdf)。

<sup>2</sup> 国际商会，2010 年，《竞争法执行程序国际最佳做法建议框架》，第 225/666 号文件，3 月 8 日。

国家	机构的权力	对违规行为的制裁
欧盟	<p>委员会可：</p> <p>(a) 要求提供信息；</p> <p>(b) 进入并检查处所；</p> <p>(c) 审查文件和记录并印取其副本；</p> <p>(d) 在指定的时段内查封处所或记录；</p> <p>(e) 要求任何人员就事实或文件作出解释。</p>	<p>违规导致的罚款不得超过上一年违规业务总营业额的 1%。</p>
新西兰	<p>委员会可要求出示文件(享有法律特权)并以书面形式提供信息；它还可以要求人员向委员会作证和出示文件。</p> <p>委员会也可以(从法院)获得并执行搜查令。</p>	<p>不服从委员会的调查权是一种犯罪，可处以罚款。</p>
土耳其	<p>竞争委员会可要求公共机构和组织、企业和行业协会提供其认为必要的信息。这些机构的官员必须在委员会规定的期限内提供必要的信息。</p> <p>根据《保护竞争法》第 15 条，竞争委员会有权不事先通知进行现场调查。只有当接受调查的企业拒绝凌晨突袭时，才需要司法授权。</p>	<p>不提供所要求的信息以及提供错误信息的，可处以定额罚款。</p> <p>妨碍现场调查的，可处以每日定额罚款。</p>
美利坚合众国	<p>管理机构可要求个人：</p> <p>(a) 提供与调查有关的文件、信息或其他材料；</p> <p>(b) 接受面谈；</p> <p>(c) 作出经宣誓的口头供词。</p> <p>通常情况下是通过民事调查要求或传票来执行这些措施。美国司法部也有权利用刑事调查权进行刑事调查。</p>	<p>不遵守民事调查要求或传票是刑事犯罪，可处以罚款和监禁。</p>

## B. 宽大处理方案

8. 在过去十年中，许多竞争管理机构采用了所谓的宽大处理方案<sup>3</sup>作为调查工具，以揭露最严重形式的反竞争做法，即核心卡特尔。宽大处理方案是一种公之于众的制度，即“卡特尔参与者向竞争管理机构报告其卡特尔成员身份并提供与该卡特尔有关的信息或证据，换取竞争管理机构给予的宽大处理，部分或全部免除原本适用于卡特尔参与者的处罚。”<sup>4</sup> 宽大处理方案已被证明是发现卡特尔的强有力工具。发展竞争制度可受益于宽大处理方案，因为这些方案有助于减少确保竞争法得到遵守所需的人力和财政资源。

9. 一般而言，宽大处理制度的关键内容如下：(a) 清楚表明该制度的各种好处；(b) 清楚表明申请人的雇员是否可获得刑事起诉豁免；(c) 申请人为获得宽大处理而必须提供的信息的性质和范围；(d) 以透明和可预测的程序作为该制度的基础；(e) 明确声明，基于竞争管理机构的过往记录，企业可认为宽大处理方案是可预测的和有益的。

10. 在宽大处理制度下，卡特尔成员必须自我报告并满足某些其他要求。通常而言，卡特尔成员必须承认构成违法行为的相关事实，停止卡特尔活动，并充分配合提供重要证据，以协助对其他卡特尔成员提起的诉讼。另一方面，竞争法执法人员以透明和可信的方式承诺采用可预测的处罚模式，旨在激励卡特尔成员申请宽大处理。

11. 目前，已有 60 多个辖域实施了宽大处理方案。<sup>5</sup> 但是，大部分中低收入国家没有这样的方案。巴西、智利、墨西哥、俄罗斯联邦和南非除外。它们的方案与美国和欧洲联盟的方案相似，并与之并行运作，这两个辖域收到的宽大处理申请可能是最多的。

12. 贸发会议秘书处最近进行了比较研究，认明了有效宽大处理方案的一些必要条件：

(a) 反卡特尔执法力度充分，使得卡特尔成员认为，如果它们不申请宽大处理，就很有可能被发现并受到惩罚；

(b) 对不申请宽大处理的卡特尔成员施以严重惩罚，而且在一定程度上可预测。先申请宽大处理的，所受处罚要远轻于后申请的；

(c) 宽大处理方案具有足够的透明度和可预测性，使潜在申请人能够预测自己将受到怎样的处理；

<sup>3</sup> 关于发展中国家宽大处理方案的具体信息，见 TD/RBP/CONF.7/4。

<sup>4</sup> 国际竞争网络，2014 年，《起草和实施有效的宽大处理方案》，第 2 章，载于《反卡特尔执法手册》，可查阅 [www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/) (2019 年 4 月 22 日访问)。

<sup>5</sup> 经合组织，2018 年，宽大处理方案的挑战和协调(DAF/COMP/WP3(2018)1)，6 月 5 日，可查阅：[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/en/pdf)。

(d) 为了吸引国际卡特尔成员，宽大处理方案充分保护信息，使申请人在其他地方受到诉讼的可能性低于非申请人；

(e) 最后，在调查过程中，正当法律程序(在许多国家是宪政规定)的一般原则和规则必须得到适当遵守，包括在适用的情况下遵守法律特权规则。

(b) 作出必要的决定，包括实行制裁或向相关政府部长建议进行制裁

13. 管理机构在进行查询和调查之后，须作出某些决定，例如，视具体情况，提起诉讼或要求终止某些做法、不批准或批准所申报的事项，或实行制裁。在这方面，竞争案件中的补救措施可以包括法院发布的典型强制性或预防性禁令，或处以罚款。竞争制度采取的一系列补救措施应当为竞争管理机构提供灵活性，以应对竞争法案件中出现的一系列情况。

14. 管理机构的确切决策权将取决于管理机构的结构及其与政府和法院的关系(关于这一点，见第九章)，具体而言，取决于管理机构是否具有一审判决能力(如在欧盟)，或者是否必须通过法院采取行动(如在美国)。

(c) 进行研究、发表报告，向公众介绍情况

15. 管理机构可开展研究活动，请专家协助其研究，或委托外部机构从事研究。例如，在巴西，法律规定司法部经济法办公室应开展调查研究，以改善反垄断政策。有些国家的立法明确要求管理机构开展某些特定的研究活动。进行研究的原因有很多。例如，管理机构可选择委托他方进行以下方面的研究：

(a) 某一行业，或商品和服务市场，以确定该市场中是否存在结构性竞争障碍；

(b) 特定商业惯例或经济活动(如捆绑货物和服务)，以确定该活动对经济和竞争产生的后果；

(c) 竞争立法的某个方面，以评估该法是否正在实现其既定的政策目标。

16. 在较新的竞争制度中，如加勒比共同体(加共体)的制度，共同体竞争法要求成员国“采取必要的立法措施，确保竞争规则的一致性和遵守情况”，<sup>6</sup> 共同体机构被授权“在共同体内部制定和建立适当的竞争政策和规则，包括针对特定部门的特别规则”，<sup>7</sup> 在此情况下，需要进行法律和经济研究，以评估确保成员国遵守共同体竞争法义务所需的改革水平，并制定符合共同体基本条约宗旨和目标的执法优先事项。

17. 最后，管理机构的一个重要作用(特别是在最近引入竞争法的国家)是教育公众和企业界了解竞争法的影响和合法行为的界限(倡导竞争)。为此，许多国家的管理机构发布年度报告以及公告、小册子和教育文件。

<sup>6</sup> 经修订的《关于建立包括加共体单一市场和经济体在内的加勒比共同体查瓜拉马斯条约》(2001年)，第170(1)(b)(i)条。

<sup>7</sup> 经修订的《查瓜拉马斯条约》(2001年)，第182条。

## (d) 印发表格，设置申报登记册

18. 多数立有申报程序的国家的法律也规定建立某种具有透明度的登记制度。欧盟委员会在其网页上公布了所有经营者集中申报的概况。有些国家设置了一种公开登记册，上面记录了通过申报提供的某些信息，但不是全部信息。认为建立公共登记册有益，是因为信息公开在某种程度上可以对从事限制性商业活动的企业构成一种制约，并能使受到此种做法影响的人了解这些做法。但是，并非所有申报的信息都能予以登记，原因之一是某些信息涉及所谓的“商业机密”，透露这些机密会影响所涉企业的经营活动。竞争管理机构掌握的敏感商业信息的重要性再怎么强调也不过分，因为这种机密一旦泄露，就会大大挫伤企业界的积极性，使它们迟迟不愿按照合理的要求提供信息。

19. 在使用申报制度或登记册的情况下，要考虑是否有必要赋予竞争管理机构审查该制度必要性的权力，或者是否有必要添加一项日落条款，对在特定事件或时期之后使用申报制度加以限制。

20. 印发关于申报兼并购或限制性贸易惯例的标准表格，可以简化管理机构的决策过程，并确保当事方在与主管机关联系之前收集必要的信息以支持竞争评估。

## (e) 制定和颁布规章

21. 管理机构还应有权颁布实施条例，以便于开展工作。由于竞争法某些领域决策的复杂性(例如兼并许可和限制性贸易惯例的授权)，管理机构通常发布实施条例，概述申报交易或惯例、收集信息以及评估和决策的程序。

22. 要发布解释文书，如准则、应用手册、实践说明和小册子，解释执法规则，并明确规定评估的程序和标准，用于评估指称的反竞争行为和解决执法行动。此外，管理机构应规定在调查期间与竞争管理机构接触的规则，明确规定该机构使用的沟通方式，例如，是否通过正式的书面信函、电子邮件、会议、预备会议和听证会进行沟通。管理机构还应在发布的文件中明确规定被调查者提交材料的时限，适当注意给予被调查者足够的时间调查指控涉及的方方面面，避免不切实际的时间限制，并考虑到有关案件所涉问题的复杂性，给予充足时间。

23. 许多国家的管理机构还发布报告或准则，概述在竞争法方面的执法程序处理方式或评估某些形式经济活动的方法。例如，竞争管理机构经常发布关于评估兼并的准则。这些准则可能具有法律效力(如果有关管理机构被赋予制定法规的权力)，或者可能只是表明管理机构解释和适用竞争法的方式，并不具有法律约束力。<sup>8</sup>

24. 在发布和广泛传播的文件中充分披露评估和参与规则，可确保竞争管理机构和被调查者在整个调查过程中充分了解此事，并随着事实调查取得进展，为双方提供关于经济和法律问题的不断演变的观点。发布规则也很重要，可促进竞争管理机构内部的善政并给予企业一定程度的确定性，从而最大限度地减少断案时可能遇到的技术挑战。

<sup>8</sup> 见《欧洲联盟官方公报》，2004年，《在关于控制企业间集中的理事会条例下评估横向兼并的准则》(2004/C 31/03)。

(f) 协助拟订、修订或审查限制性商业惯例立法或监管和竞争政策有关领域的立法

25. 由于管理机构在竞争管理领域专向化水平高，具有独特的经验，因此，越来越多的新法规或修正案为管理机构规定了额外的责任：就有可能影响竞争的法案草案提出咨询意见，以及开展研究，在竞争法的修订方面向政府提出恰当的建议。例如，保加利亚的保护竞争委员会就有这种责任，<sup>9</sup> 葡萄牙的竞争事务委员会可以在竞争政策问题上制定意见、提供咨询和指导，<sup>10</sup> 西班牙的保护竞争法院<sup>11</sup> 和竞争保护局的情况也是如此。

(g) 促进与其他国家的信息交流

26. 《联合国关于竞争的一套原则和规则》要求各国在区域和次区域层面建立适当的机制，促进关于限制性商业惯例方面的信息交流。宜将信息交流明确规定为管理机构的职能之一，从而使其有权促进这种交流。

27. 信息交流有多重目的，可以共享专门知识，鼓励世界各地竞争法标准的趋同，并支持交换证据。由于许多卡特尔都是国际性卡特尔，所以交换证据变得越来越重要。能够交换或共享证据，就有助于确保对卡特尔的有效执法。

28. 事实上，竞争法执行领域的最佳做法表明，目前的趋势是在双边协定中确定国家间的合作条款。因此，双边贸易协定中规定文件和信息共享方面的合作变得越来越普遍。《北美自由贸易协定》(1994 年)<sup>12</sup> 和加勒比论坛<sup>13</sup> 国家与欧洲共同体及其成员国<sup>14</sup> 之间的《经济伙伴关系协定》载有竞争法领域的广泛合作条款，涵盖了信息交流和文件共享领域的合作。

29. 美国、澳大利亚、巴西、加拿大、德国、以色列、日本、墨西哥和欧盟委员会达成的双边协定，<sup>15</sup> 法国和德国达成的双边协定，<sup>16</sup> 以及丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典达成的多边协定<sup>17</sup> 也对信息交流和相互协商作了规定。

<sup>9</sup> 1991 年 11 月 15 日《关于保护竞争委员会的组织和活动的章程》，第 4 条第 3 款。

<sup>10</sup> 1993 年 10 月 29 日关于保护和促进竞争的第 371/93 号法令，第 13 条第 1 款(b)项、(c)项和(d)项。

<sup>11</sup> 1989 年 7 月 17 日关于保护竞争的第 16/1989 号法律，第 26 条。关于这一事项的补充资料，见《竞争法庭》，1992 年备忘录，第 66 页。

<sup>12</sup> 《协定》第 1501 条第 2 款规定，“各方都承认其管理机构之间的合作和协调对于在自由贸易区进一步有效执行竞争法很重要。各方应在竞争法执行政策问题上进行合作，包括法律互助、申报、磋商和交流有关在自由贸易区执行竞争法和竞争政策的信息”。

<sup>13</sup> 非洲、加勒比和太平洋国家加勒比论坛。

<sup>14</sup> 例如，见《经济伙伴关系协定》第 128 条，该条允许条约缔约方之间交流信息并在执法方面开展合作。

<sup>15</sup> 国际竞争网络，2018 年，成员，可查阅 [www.internationalcompetitionnetwork.org/members](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/members)(2019 年 4 月 22 日访问)。

<sup>16</sup> 见德国—法国竞争会议，每年举行两次，讨论在这两个国家内部和之间出现的竞争法问题，可查阅(德文)[www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/Deutsch-Franzoesischer\\_Wettbewerbstag/deutsch-franzoesischerwettbewerbstag\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/Deutsch-Franzoesischer_Wettbewerbstag/deutsch-franzoesischerwettbewerbstag_node.html)(2019 年 4 月 22 日访问)。另见竞争管理机构和联邦卡特尔局[法国和德国竞争管理机构]，2016 年，《竞争法和竞争数据》，可查阅 [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf)。

<sup>17</sup> 见 [www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/nordic-agreement-on-cooperation-in-competition-cases.pdf](http://www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/nordic-agreement-on-cooperation-in-competition-cases.pdf)。

30. 无论达成何种协议，提出请求和作出回应的竞争管理机构都必须充分了解对方关于保密、法律专业特权和藐视法庭的国内法。竞争管理机构还必须能够核实请求方的辖域的法律是否尊重辩护权，是否能够维护回应方辖域的法律制度通常规定的全部保密范围。

31. 关于后一点，例如经合组织在正式信息交流方面提出了一些最佳做法。如果多边协定确立了竞争管理机构之间关于通过自愿和强制性做法进行信息交流的协定条款，这些机构就必须对这些协定采取后续行动，启动进程审查是否存在任何障碍(无论是在其他条约还是国家立法中的障碍)，以确保有效开展根据这些多边协定规划的合作。

32. 许多国家甚至将与其他竞争管理机构的合作基础纳入其竞争立法。这是一种日渐盛行的趋势，或许可以从中看出哪些做法不久将成为竞争法执行领域的普遍做法。下表介绍了竞争立法中采取的一些做法。

表 2

现行法律中的不同方针：信息共享

国家	方针
阿尔及利亚	阿尔及利亚的条例为竞争委员会和外国竞争管理机构确立了合作框架，目的是确保充分执行国内竞争法和外国竞争法，并在遵守与国家主权、公共政策(公共秩序)和专业保密有关的规则的前提下，促进有关管理机构之间的合作和信息交流。这一框架符合与欧盟的联合协定第 41 条和附件 5 所载的合作条款。 <sup>a</sup>
澳大利亚	<p>2007 年，澳大利亚议会通过一项立法，使澳大利亚竞争管理机构能够与外国和国内政府机构分享其在调查过程中获得的某些信息。</p> <p>以前，只能在履行职责或职能时或在法律另有要求的情况下，管理机构才能披露通过其强制信息收集权力获得的信息。</p> <p>新规定允许管理机构向特定机构、团体和个人披露这一信息和其他信息(即受保护信息)，如果管理机构主席确信这些信息将使该机构或协助该机构履行其权力或职能。</p> <p>重要的是，《贸易惯例法》(1974 年)<sup>18</sup> 第 155AAA 条允许管理机构向外国政府机构披露受保护的信息。这项权力将有助于管理机构与国际执法对应机构协调调查工作。</p> <p>在以下情况下信息将被视为受保护信息：</p> <p>(a) 以保密方式给予管理机构，并与核心法定条款下产生的事宜有关。</p> <p>(b) 根据《贸易惯例法》第 155 条获得的信息或管理机构利用搜查和扣押权力获得的信息，涉及核心法定条款下产生的事项，由管理</p>

<sup>18</sup> 《贸易惯例法》(1974 年)更名为《竞争和消费者法》(2010 年)，自 2011 年 1 月 1 日起生效。

国家	方针
	<p>机构利用有关电信行业和电信准入制度的各种信息收集权力获得的信息，并涉及根据该法 XIB 部分或 XIC 部分产生的事项。</p> <p>(c) 由外国政府机构秘密交给管理机构，涉及根据外国(或某外国的一部分)法律规定产生的事项。</p> <p>新的规定反映了《联合国关于竞争的一套原则和规则》E 节第 7 段所表达的理念，并符合《经合发组织关于保护消费者免遭跨国界欺诈性和欺骗性商业行为影响的准则》。</p> <p>《公平竞争法》第 155AAA 条符合《竞争法范本》第十章第(g)条，并以此为基础。重要的是，该条提供了法律依据，以便管理机构在适当情况下(包括根据澳大利亚的双边协定)与国际对应机构分享信息。</p>
澳大利亚、加拿大和新西兰	澳大利亚竞争和消费者委员会、加拿大竞争事务专员和新西兰商业委员会根据一项谅解备忘录就执法工作交流信息和开展合作。
比利时	根据比利时法律，可以根据关于相互协助竞争做法的互惠协定，就竞争事务向适当的外国管理机构传递必要的文件和信息。 <sup>b</sup>
德国	《德国反竞争限制法》第 50 段(a)项允许交换机密信息，只要这些信息得到保密。德国竞争管理机构可与其他竞争管理机构合作以提供违反竞争法的证据，特别是欧洲竞争网络成员之间进行合作，以便相互协助调查。

<sup>a</sup> 建立欧洲共同体及其成员国与阿尔及利亚人民共和国联系关系的《欧洲—地中海协定》(2002 年 4 月 22 日)。

<sup>b</sup> 《经济竞争保护法》，第 50 条(b)款。

### 三. 保密性

#### A. 导言

33. 本节讨论《竞争法范本》的以下内容：

(a) 对企业提供的含有合法商业秘密的信息给予合理的保护，以保守其机密性；

(b) 防止泄露向竞争管理机构提供资料、并需保守机密以防遭受经济报复者的身份；

(c) 防止泄露政府对正审议或未决事项的议事情况。

34. 根据《联合国关于竞争的一套原则和规则》E 节第 5 段，合法商业秘密应得到通常适用的保障，特别是保护其机密性。提交给管理机构或管理机构获得的机密信息一般也可以受到国家保密法的保护。不过，在有些国家，竞争法特别规定对诉讼期间获得的证据保密。

35. 关于保护机密信息，竞争法执法的最佳做法似乎是出于维护诉讼各方基本权利的需要，无论他们是自愿合作还是强制合作。界定这一领域最佳做法的另一个重要根本动机是，提供保障和保护机密信息有助于竞争管理机构可持续地获得市场参与者的合作和信任。竞争管理机构依靠所有市场参与者提供有价值的信息帮助它们评估适用法律标准的事实。市场参与者(通常是被调查公司的竞争对手)通常是主要证据来源，可提供关于行为本身以及此类行为对相关市场的影响的信息。甚至被调查的公司也可以成为信息来源。例如，竞争管理机构所依赖的证据通常出现在内部通信(电子邮件、会议记录、备忘录等)和商业表格(货物销售合同中)。如果竞争管理机构不保护市场参与者提供的信息，就可能会发现，即使采用最具强制性的措施也无法获取信息，从而无法对问题做出客观评估。

36. 因此，重要的是，管理机构允许举报人指定其认为机密的文件，并解释为何将文件贴上“机密”标签。管理机构将提供指导，规定对文件进行保密处理的标准以及用于确保整个文件或其中部分文件保密性的方法。

37. 一般而言，各机构在这一法律领域的共同思路似乎是，对那些可能披露使企业遭受明显竞争或商业损害的信息的文件进行保密处理。通常通过以下方式保护机密信息：仅公开经过适当编辑的文件版本，并确保参与调查的机构人员作出宣誓或书面声明，承诺不披露机密材料，除非出于与调查相关的目的。

38. 保护机密信息的保障措施不应仅限于调查违反竞争立法的具体行为，还应在行业调查过程中采取此类措施。

表 3

现行法律中的不同方针：防止泄露机密信息

国家	方针
澳大利亚	<p>2009 年，澳大利亚议会在对卡特尔行为引入刑事制裁时，还对《贸易惯例法》(1974 年)进行了一些修订，以加强保护向澳大利亚竞争管理机构提供的卡特尔信息，这种信息被称为受保护的卡特尔信息。议会认识到，如果加强对卡特尔行为信息的保护，举报人和告发者将更愿意向管理机构提供这方面的信息。</p> <p>受保护的卡特尔信息的定义是，向管理机构秘密提供的关于违反或潜在违反刑事卡特尔罪行或民事卡特尔禁令的信息。</p> <p>一般而言，管理机构不需要披露受保护的卡特尔信息，但可以在权衡以下某些公共利益考虑因素后披露：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 受保护的卡特尔信息是秘密提供给管理机构的；</li> <li>(b) 澳大利亚与其他国家的关系；</li> <li>(c) 有必要避免扰乱与执法、刑事情报和刑事调查有关的国家和国际努力；</li> <li>(d) 如果受保护的卡特尔信息由告发者提供： <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) 保护告密者或与告发者有关的人的安全；</li> <li>(ii) 出示包含受保护卡特尔信息的文件或披露受保护的卡特尔信息，可能会阻止告发者今后提供受保护的卡特尔信息；</li> </ul> </li> <li>(e) 司法的利益。</li> </ul>

国家	方针
	<p>但是，法院或法庭在权衡上述公共利益因素后，可要求管理机构向其披露受保护的卡特尔信息。</p> <p>适用于受保护卡特尔信息的制度也限制了信息在次要程序中的使用。</p> <p>关于受保护的卡特尔信息的规定是基于《示范法》第十章第 2 条所载条款。</p>
中国	<p>《中国反垄断法》第四十一条规定，反垄断执法机构及其工作人员对执法过程中知悉的商业秘密负有保密义务。</p> <p>第三十八条规定，对涉嫌垄断行为，任何单位和个人有权向反垄断执法机构举报，反垄断执法机构应当为举报人保密。</p>
马来西亚	<p>《竞争法》(2010 年)第 21 条规定保护机密信息。<sup>a</sup> 该条内容如下：</p> <p>(a) 任何人披露或利用根据本法任何条款获得与某一特定企业或个人事务有关的任何机密信息，即属犯罪。</p> <p>(b) 在下列情况下，本款的任何规定均不得阻止信息的披露：</p> <p>(i) 获得提供信息者的同意后进行披露；</p> <p>(ii) 履行委员会职能或权力过程中需要披露；</p> <p>(iii) 在根据本法进行的任何诉讼过程中进行的披露，前提条件是这种披露不得违背委员会的任何指示或受理诉讼程序的竞争上诉法庭的任何指示；</p> <p>(iv) 披露与本法规定的调查、侵权或罪行有关；</p> <p>(v) 委员会就另一个国家的任何竞争管理机构的援助请求进行授权，从而进行披露。</p>

<sup>a</sup> 就本节而言，“机密信息”是指属于任何人的具有经济价值的贸易、商业或工业信息，一般不为他人所获得或知晓。

## B. 采用最佳做法的审慎办法

39. 上述关于制定执法规则的调查反映了竞争法执法体系在调查技术、信息共享和程序保密方面的一些常见做法和最佳做法。例如，许多竞争制度表明，与通常使用的传统证据收集方法相比，宽大处理方案有助于竞争管理机构获得更多证据。<sup>19</sup> 此外，许多竞争制度在其竞争立法中纳入了便利司法协助的条款，以简化的方式调查和补救违反竞争法的行为，有助于加快这一进程。<sup>20</sup> 此外，竞争管理机构的一种常见调查技术可能是使用强制措施，作为调查方法的一部分，也

<sup>19</sup> 例如，巴西、墨西哥和南非采用了宽大处理方案，与这些司法管辖区未采用宽大处理方案的以往数年相比，执法行动更成功。见 UNCTAD/RBP/CONF.7/4。

<sup>20</sup> 加共体(经修订的《查瓜拉马斯条约》(2001 年)和《经济伙伴关系协定》)。

作为对不遵守调查或强制补救的制裁手段。例如，如上所述，一些制度将搜查和扣押作为收集证据的方法，并对不遵守调查的行为处以刑事处罚或巨额罚款。

40. 例如，使用强制措施作为调查违反竞争法行为的工具，可能反映了设计竞争法执法系统的最佳做法。同样，竞争管理机构之间的信息共享越来越普遍，也反映了竞争法执法的最佳做法。<sup>21</sup> 然而，下列问题可能会受到法律质疑：对不遵守调查或违反竞争立法的行为实施刑事制裁；处以异常高的巨额罚款；将调查员、检察官和审判员的角色混合在一起置于一个行政部门的领导之下；以及按照国际最佳做法界定的一系列其他职能。因此，在采用最佳做法之前，应对照一个辖域的国内法进行检验。新的竞争管理机构需要注意的一点是，最佳做法反映了共同方针，但并不总是保证尊重每一项国内法的正当程序、自然正义和宪法原则。

41. 竞争管理机构在许多辖域通常被界定为管理机构，但它必须证明(尽管有时很困难)指导和决策阶段是分开的。此外，有些制度要求竞争管理机构必须每年向政府部委证明公共资源的使用及其存在的理由，在这种情形下就很难证明实施刑事制裁和高额罚款是合理的。当竞争管理机构执行多重任务时，也很难保障被调查者的基本权利(无论这些权利源自判例法、宪法还是条约)。

42. 因此，虽然将某些权力和职能分配给竞争管理机构可能是一种常见的执法方法，但不一定反映对竞争管理机构的最佳权力分配，就执法方法而言，这不应被严格视为最佳做法，除非建立了某些制衡机制。欧洲委员会竞争总局和美国联邦贸易委员会的执行方法可能不适合在新的、正在发展的竞争制度中使用，这些制度在法律和法律体系上与欧盟和美国明显不同。事实上，看看牙买加等较新的竞争制度中的竞争案例法，甚至几年前出现制度(如澳大利亚)时的案例法，就会发现，在制定程序规则(或照搬立法)时遵循共同做法或国际最佳做法，并不能保证制定的规则不会受到法律质疑。

43. 回顾一些辖域的竞争判例法的早期阶段会发现一个问题，即在指定竞争管理机构的权力和职能时没有适当考虑其在各自国内环境中的法律效力。例如，信息共享是竞争执法的一个热门问题，许多辖域已将信息共享纳入其竞争立法。但是，可以预见在信息共享方面存在一系列重要问题。例如，在某一竞争法事项正在接受司法审理的情况下，是否可以说服竞争管理机构帮助另一国的竞争管理机构，通过提供文件来协助请求国有关同一事项的平行调查，而不被视为藐视法庭？同样，在诸如加共体或南部非洲发展共同体等区域或共同体竞争法制度的背景下，如果共同体法院正在审理某个问题，成员国的竞争管理机构能否就同一问题进行平行调查而不被视为藐视法庭罪？澳大利亚竞争管理局早期在布兰博公司和另一家公司诉贸易惯例委员会案中处理过一个类似的问题。<sup>22</sup> 该案件涉及管理机构根据《贸易惯例法》(1974年)第155条要求个人提供信息或文件或接受管理机构调查的权力。该委员会发起了一项调查，以寻找与正在进行的某一调查有关的信息和文件，目的是对据称违反该法第45条的行为实施处罚和禁令。相关的第45条诉讼已经进入法院审理该事项的阶段。法院认为，法院目前正在审议管理机构寻求证据的相关事项，鉴于就事项作出裁决是法院的职能，管理机构的

<sup>21</sup> 经合组织，2005年，竞争管理机构在核心卡特尔调查中正式交流信息的最佳做法，经合组织竞争委员会。

<sup>22</sup> [1980]32 澳大利亚法律报告 328。

行动干扰了正常的司法程序，所以管理机构的平行调查构成藐视法庭。许多新竞争制度采用的合作协议以信息共享为主要目标之一，这些制度可能处于类似的境地，必须决定将证据移交给正在本国法院审理相关事项的另一辖域。

44. 欧洲人权法院一再指出，竞争法程序必须尊重《欧洲人权公约》第 6 条的基本要求。<sup>23</sup> 此外，欧洲共同体(欧共体)早在理事会第 1/2003 号条例颁布之时就看到了其程序规则面临的挑战，该条例执行欧共体的竞争规则，并继续面临这些挑战。目前，整个共同体的法律从业人员仍然对身兼多职的竞争总局表示不满。

45. 理事会第 1/2003 号条例也界定了共同体在竞争法案件中的程序，但该条例的程序尚未得到修订，无法提供共同体竞争判例法一再要求的程序保障。<sup>24</sup> 然而，许多新的正在发展的竞争制度将《条例》中提到的程序视为其程序规则的潜在模板，欧共体的许多规则确实被视为竞争法执法的最佳做法。复制最佳做法或使用其他制度的规则作为模板的结果，如果不加以控制，可能会对新的竞争管理机构不利。例如，由于职能下放不力的问题，巴巴多斯和牙买加的竞争管理机构成了跛脚鸭机构，等待修正以解决其立法中的程序缺陷。牙买加上诉法院<sup>25</sup> 作出了一项里程碑式的裁决，揭示了牙买加公平贸易委员会成立过程中的某些结构性缺陷，包括《牙买加公平竞争法》未承认委员以外的工作人员，也没有规定授权，所以委员会不能将调查职能委托给其工作人员，也无法在委员会内负责调查和裁决的人员之间建立防火墙。巴巴多斯公平贸易委员会也面临类似的问题，因为该国立法的措辞跟牙买加立法的措辞一样。<sup>26</sup>

46. 此外，许多新竞争制度和开发中竞争制度的法律和法律体系源于宪法原则，例如分权原则，这主要是一种普通法原则，依据该原则，将政府部门的权力分配到不同和单独机构的做法有了重要意义。这一原则在许多法律制度中根深蒂固，因此在一些宪法中有明确的规定。就最佳做法而言，将机构本身分立并将适当的权力分配给适当的机构，是确保在竞争法执行背景下尊重公民受保障的基本权利的最佳方式，也是确保机构间关系得到规范以排除武断、歧视、偏见和结果导向的决策的最佳方式。

47. 竞争管理机构权力的最佳设计和分配不仅仅是确保分权，还涉及需要遵守自然正义原则的问题。例如，在澳大利亚，丹尼尔斯公司诉澳大利亚竞争和消费者委员会<sup>27</sup> 一案提出了一个问题，即根据《澳大利亚贸易惯例法》第 155 条，是否可以颠覆法律专业特权，以便该条款赋予强制调查权的本意不会因为法律特权的授予而被推翻。第 155 条强制要求提供与可能构成违反该法的事项有关的信息

<sup>23</sup> 例如，见一审法院对第 T-276/04 号案件“比利时海事公司诉欧洲共同体委员会”的判决，第 66 段；以及欧洲法院对 C-338/00 P 号案件“大众汽车诉欧洲共同体委员会[2003]”的判决，欧洲法院第 I-9189 号报告，第 97 段。

<sup>24</sup> 虽然理事会第 1/2003 号条例的案文仍未修订，但欧共体判例法提供了一些尊重被告权利的程序保障和规则。判例法中的许多规则反映在欧共体的内部程序规则和通知中，这些规则和通知界定了欧共体将如何调查违反竞争规则的行为。

<sup>25</sup> 牙买加证券交易所诉公平贸易委员会，最高法院民事上诉第 92/97 号。

<sup>26</sup> 见《牙买加公平竞争法》，第二部分，可查阅 <https://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Fair%20Competition%20Act.pdf>。

<sup>27</sup> [2002]澳大利亚高等法院第 49 号，2002 年 11 月 7 日。

或证据。法律专业特权是普通法(实际上也是民法和混合法律体系)的神圣原则之一,与获得律师服务的权利有着密切的关系,律师服务是自然正义的一项基本原则,对许多法官而言,律师服务是执法程序中需要保障的一项基本人权。在丹尼尔斯一案中,澳大利亚高等法院认为,澳大利亚竞争管理局根据第 155 条拥有的调查权力丝毫不能削弱法律专业特权。像丹尼尔斯这样的案例清楚地表明,自然正义原则和普通法下产生的任何其他权利都不能简单地被一项法规的默示解释所免除或颠覆。此外,当通过法规和/或附属条例提出竞争管理机构的权力或职能时,虽然明确授予这些权力,但只有在遵守法律制度的基本原则时,才是法律上健全且不受质疑。

48. 这些早期案例(例如牙买加证券交易所案例)表明,在确定执法机构的组织结构以及该结构内的权力分配时不遵守宪法理论和基本法律原则,可能会阻碍竞争管理机构实现目标,即使该机构采用了符合竞争法执法方面国际最佳做法的调查方法也是如此。如果这一领域的国际最佳做法不以设计维护国家法制的机构所应遵循的规则为基础,无论是宽大处理或解决方案,还是进行调查的方法,采用这些做法都不会对竞争管理机构产生积极的影响。

49. 因此,所有国家机构(即使是竞争管理机构等新浪潮机构)仍必须遵守宪法规则和辖域法律制度的相关规则,其中规定了如何建立机构以及如何将权力分配给机构。不这样做将导致决策违反《宪法》保障的基本权利,违反自然正义原则,并可能导致越权决策。这必然意味着,竞争管理机构的最佳设计(以及它所行使的权力和职能的设计)取决于授予竞争管理机构的权力和职能是否符合宪法以及是否符合自然正义原则。

50. 有几个竞争制度必须考虑对其立法进行修订,以便摆脱目前的跛脚鸭标签。这些机构决定正确分配权力和职能的一个出发点,是研究具有类似法律制度的竞争法模式。例如,拥有普通法法律制度的国家可以参考澳大利亚、加拿大和大不列颠及北爱尔兰联合王国的例子落实竞争管理机构权力和职能的正确分配。

### C. 关于指定竞争管理机构职能和权力的最佳做法概述

51. 制定与竞争管理机构接触的规则时,应允许被调查者对该机构的违法推论有不断演变的看法,并应注意避免不切实际的时间限制。

52. 竞争法程序中的保密要求应旨在保护个人的基本权利,并应遵守正当程序、自然正义和对商业财产的保护。

53. 在起草关于文件和信息共享领域的合作条款时,必须确保每个辖域的辩护权尽可能得到合作各方的相互承认和尊重。

54. 分配给竞争管理机构的权力和职能类型应设计成能够承受法律挑战,因此应尊重关于国内责任分配的法律制度的基本原则。