



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

第十五届会议

2016年10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行审评工作进行磋商和讨论；
审查《竞争法范本》；就《原则和规则》的各项规定
进行研究

增强竞争主管机构和司法机构之间的关系方面的法律确定性

贸发会议秘书处的说明

内容提要

法律确定性被视为世界多数辖区确认的一项基本原则。这项法治要素是市场经济行为者从事经营活动方面的一项必要条件，有助于满足这些行为者的正当期望。所以，如本说明¹所讨论的那样，加强竞争主管机构和司法机构之间的关系方面的法律确定性，要求竞争主管机构(行使裁决职能)和法官作出的裁决能够具有一致性，确保实行切实有效的竞争法制度，更重要的是，能够使这项制度对于市场参与者而言具有正当性。

在这方面，新的竞争制度面临的重大难题是：司法机构需要更加全面地了解竞争法和竞争法所依据的政策；新的机构需要更好地了解相关法律程序，并以可有助于非经济专家进行评估的方式提出复杂的经济证据。

¹ 本文件未经正式编辑。



贸发会议在竞争法和竞争政策方面的工作，侧重协助性建立的竞争制度解决上述难题。

导言

1. 2015年7月，第七次联合国全面审查《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，把增强竞争主管机构和司法机构之间的关系方面的法律确定性定为竞争法和竞争政策政府间专家组将审议的议题。法律确定性被视为世界多数辖区确认的一项基本原则。以可行方式界定法律确定性，是指切实适用法律，这就使一项旨在确保裁决的可预测性的指导原则变得非常重要，这项原则涵盖正当期望概念和法律不溯及既往概念。关于这项概念，竞争主管机构和司法机构之间关系方面的法律确定性是能够得到加强的，具体做法是使主管机构和法官作出一致的裁决，这样，这些裁决的可预测性就能够确保实行一个有效的竞争法制度，更为重要的是，就能够使这项制度对于市场参与者而言具有正当性。

2. 竞争主管机构和司法机构可能在调查阶段，作出裁决过程中，或在主管机构作出裁决之后进行互动。本说明所载分析讨论机构裁决作出之后的互动，因为这种互动较为复杂，而且关系到竞争制度的有效性和效率；还讨论司法机构影响竞争政策的能力，以及竞争主管机构及时、一致地提高其裁决的强制性的战略。

一. 法律确定性

3. 拥有决策机关的机构负责作出裁决，司法机构将最终维持这些裁决，以确保实行一项有效、可预测的竞争制度。这类机构属于《联合国竞争法范本》所列的第三类。² 首先，在界定法律从业者、竞争主管机构人员(法律专业人员或经济学专业人员)和法官使用的“竞争”一词方面，须实现恰当的一致性，从而确保竞争规则的适用具有一定程度的法律确定性。例如，对经济学专业人员来说，竞争可被视为一个分配效率过程，它能够以最低价格最大限度的地为消费者提供货物和服务；而对法律专业人员来说，竞争可被视为一种对抗，因此需要制定规则，确保大小竞争者都能得到起码的公正待遇。对有些人来说，不应尊崇而应惧怕竞争，因为竞争具有的破坏力，而且会扰乱公司运作，致使工人失业，从而引起巨大的社会代价和人的代价。

² 竞争主管机构在安排决策工作方面多数采用以下三种不同的机构模式：二分司法模式，即主管机构有权进行调查，但必须向一般管辖法院提起请求强制执行裁决的诉讼；二分机构模式，即主管机构有权进行调查，但必须向专门的竞争裁决机关提起请求强制执行裁决的诉讼，主管机构有权向专门上诉机关或普通上诉法院提出上诉；综合机构模式，即主管机构被赋予调查和裁决的双重职能，有权向普通或专门上诉机关提出上诉。

A. 采用基于形式的方法还是采用基于经济考虑的方法

4. 在一些辖区，无论它们的竞争制度已经成熟还是建立不久，竞争法和竞争政策是作为一种促进消费者福利和分配效率的手段出现的。利害关系方越来越多地把竞争视为特定市场发生的一格动态进程。这就需要更加深入地理解竞争进程的性质和市场的运作，以便对市场力的使用或滥用作出恰当的判断。

5. 基于经济考虑的方法，要求决策者考虑在不存在受调查的问题的情况下市场可能出现的情况，研究反事实情形，并且依据证据、事实和数据，而非依据推测或脱离市场状况的纯粹形式上的分析，做出裁决。因此，需要确定一个确保行政管理层面行使裁决职能的竞争主管机构遵守法律确定性原则的基准，还需要决定采用基于形式的方法还是采用基于经济考虑的方法，同时确定法院将采用的方法，以便为企业确保法律确定性。

6. 在建立不久的竞争制度中，法官需要先熟悉竞争法执行的经济原则和基础，然后才能从采用基于形式的方法转为采用基于经济考虑的方法。例如，如框 1 所述，欧洲联盟实行竞争法形式制度达 40 年之久，之后才转而采用偏重经济考虑的方法。不过，建立不久的竞争制度可能在拥有熟悉经济学对于市场和竞争的影响的法官方面遇到困难。所以，宜采取分阶段做法，即先采用基于形式的方法，随后逐步转向采用基于经济考虑的方法。如果行使裁决职能的建立不久的竞争制度在行政裁决中采用经济推理方法，这可能有助于司法机构更好地理解所作的推论。想要确保竞争主管机构和司法机构之间关系方面的法律确定性，就应当在评估过程中注意实体法(罚款的计算)和程序法(举证标准和其他方面)考虑因素。以下段落对这些问题进行评述。

框 1

欧洲联盟竞争规则的适用：方法的转变

直到 2003 年为止，欧洲联盟一直在很大程度上实行事先竞争执行制度。为判定某种做法是否合法，通常核对一套清单，这套清单包括禁止采取的做法(如最优惠客户条款)清单(“黑单”)，以及允许采取的措施(如选择性销售协议)清单(“白单”)。与审查中的状况(如市场确定和市场力)所涉特定情况有关的经济考虑，即便不是缺乏，至少也没有像本来可能的那样占据突出位置。

似可着重谈一下欧洲联盟法官在转而更多地采用基于经济考虑的方法方面发挥的作用。*Delimitis* 和 *Woodpulp* 等里程碑式的案件，突显了欧盟委员会裁决所依据的经济推理。例如，在 *Woodpulp* 案中，法院对一寡头垄断市场观察到的平行价格变动足以证明存在串通做法的说法，持怀疑态度。2002 年，欧盟委员会作出的一些里程碑式的裁决，尤其是兼并管制方面的一些裁决，被欧洲联盟普通法院推翻。

资料来源：贸发会议 2012 年司法机构能力建设过程中提供的投入。

B. 罚款的计算

7. 国际竞争网络对 17 个竞争管理机构进行的调查，对司法机构在竞争政策的执行方面的作用及其在这方面与竞争主管机构的互动作了评估。接受询问的机构表示，司法机构推翻它们的裁决依据的主要理由是：“罚款的计算存在问题”，“处理竞争案件时采用的举证标准被认为不恰当”，以及“程序方面存在问题”。³ 竞争主管机构通常指出，由于需要等待司法审查结果，它们无法立即收取罚款。因此，有必要加快进行竞争案件的审查，办法是让法官熟悉罚款的计算过程和得到接受的基准，这种基准遵守罚款的相称性原则和其他有关原则。

1. 确定恰当的处罚

8. 在立法上选择采用某种处罚(行政或刑事处罚或私人执行手段)和执行(在实际的竞争案件中实行处罚)制度，对于确定恰当的处罚来说至关重要。⁴ 不过，任何处罚，不论性质如何，只有在不法行为被发现和受到起诉的可能性足够高，而且处以的罚款额度相当大的情况下，才能达到想要的威慑效果。法律框架需要考虑到的是，处以的罚款起码能够抵消反竞争行为带来的资金收益。

2. 特定案件中的恰当处罚

9. 确定恰当数额的罚款并非易事。为了切实起到威慑作用，罚款必须起码能够抵消反竞争行为带来的资金收益。在多数国家，法律并没有规定固定数额的罚款，只是规定最高额，这样，竞争主管机构在考虑到每起案件的具体情况确定罚款的恰当数额时，就拥有某种酌处权。⁵ 一些竞争主管机构通过了关于确定罚款的方法的准则，这些准则有助于提高透明度和提倡实行公平待遇。这种准则往往与违法行为直接或间接涉及的货物或服务的销售值有关，这种销售值是确定恰当的罚款的起点。一些加重违法行为的因素，如不断作出或重复违法行为，或者在违法行为的实施过程中起到重要作用等，可造成从重处罚的结果；而一些可使违法行为减轻的情节，则可带来从轻处罚的结果。最重要的是，如果竞争法违反者在宽大处理方案框架内给予合作，那么就可考虑从轻处罚。

³ International Competition Network, 2006, Report on a survey on the relationship between competition authorities and the judiciary.

⁴ 虽然多数竞争立法规定对于反竞争行为实行行政或民事处罚，但目前存在着刑事化趋势。以往，只有美利坚合众国曾经在处理违反竞争法案件时对相关个人实行刑事处罚(监禁)，不过，另一些国家都有各自的相关规定，只是这些规定没有得到适用。目前，其他一些国家，包括加拿大、以色列、日本、大不列颠及北爱尔兰联合王国等，在处理核心卡特尔案件时，会对相关个人实行刑事处罚。有关这个议题的辩论仍在进行。

⁵ 例如，欧洲联盟的竞争法规定，罚款最终数额不得超过参与违法行为的企业或企业联盟上一个营业年度的营业总额的 10%。

3. 如何有效执行处罚

10. 新成立的竞争主管机构，特别是发展中国家的竞争主管机构，会在裁决执行方面遇到重大困难。在发生不遵守规定实行的处罚的情况下，有些主管机构不具备强制执行的法定权力。例如，在印度尼西亚和毛里求斯，针对公司不支付判定支付的罚款的情况，主管机构只能依靠法院的干预。在这种情形中，一国司法体系的运作也会影响到该国竞争主管机构的执行前景。就是说，如果总的司法体系表现欠佳，那么，竞争法的高效率的执行就可能受到阻碍。例如，肯尼亚报告说，肯尼亚竞争主管机构在处理违反竞争法的案件时无权作出有约束力的裁决，而是需要依靠部级机构在这方面采取行动。秘鲁报告说，诉讼旷日持久，在这个过程中，法官可下令暂停执行某项裁决，这会给竞争法的切实执行造成严重困难。即便竞争主管机构依法有权强制执行其裁决，在实践中，相关专门知识和其他资源也可能缺乏。

C. 竞争案件中的举证标准

11. 程序规则是正当程序和程序公正性的体现。因此，对程序和证据法的分析不能脱离竞争法的实质方面。法院运用的重要手段是程序规则，其中最重要的，可能是证据规则。程序可左右结果，证据法往往可决定法庭的胜诉方和败诉方。竞争法和经济证据无须具有说服力，对竞争法问题作出裁决，其难度并不大于任何其他复杂的诉讼，如环境、医疗或者复杂的税务问题诉讼等。法庭在作出判决和得出结论之前，最好先听取经济学专业人员等专家的意见，而且还应当确保进行正当程序并依法解决争端。

12. 世界各地(如欧洲联盟)的竞争政策的主要政策目标之一，是使竞争法与经济考虑相一致，相当大一部分的法律内容都逐步由采用注重形式、法规(几乎拘泥于字面规定)的做法，转向采用在证据和数据基础上联系具体情况作灵活的经济评估的做法。某些先前被视为反竞争，因而属于违法的做法，现已被视为合法，或至少被视为国家可以不作干预。相反，由于精细复杂的经济工具的采用，一些先前可能没有被发现或躲避了审查的反竞争做法，现已被视为违法行为。

13. 使竞争法与经济考虑相协调，只是部分需要处理的问题，还存在着其他相互抵触的利益。不能把竞争法概括为一种诡辩，法律必须具有可预测性和透明度，以便理解并且高效率地适用法律，尤其是法院能够理解和高效率地适用。例如，卡特尔现在被视为一种准犯罪行为(共谋)(在某些国家被视为刑事罪)，可被从重处罚。鉴于卡特尔法规具有的抑制性质，这一领域的诉讼限于并不考虑经济看法的程序方面和正当程序方面。法院应当以保持制度包容、有力、高效、可预测和公正的方式适用法律。

14. 在其他方面，举证标准的作用在于“就社会认为实情调查者对于某种裁决所需的事实结论的正确性应当具有的信任度，向实情调查者提供指导”(Supreme Court in re Winship 397 US 358, 370 (1970))。举证标准的目的是，在于在诉讼当事人之间分配失误风险，并显示对最终裁决的相对重视。一件证据，为了被认为在判定存在违反竞争法的情况方面起到决定性作用而需具有的说服力，法庭进行审查所依据的标准，以及法庭进行的审查的力度等，依诉讼的类型而有所不同。在行政诉讼(审查行政主管机构所作裁决的合法性)、准刑事诉讼(决定对反托拉斯法的违反者处以的惩罚)，以及民事诉讼(处理依据竞争法提出的赔偿请求，例如卡特尔受害者提出的请求)中，举证责任不尽相同。

1. 确定竞争案件中的举证标准

15. 适用于竞争案件的举证标准的确定在发达国家引起了争议和学术辩论。可能性权衡(民事案件中的举证标准)，排除合理怀疑(刑事案件)，以及有说服力的证据(介于民事和刑事案件两者之间的其他方面)等概念，等于试图把英美法律传统推广到大陆法系国家。⁶

2. 在法庭上提出经济证据

16. 法官的法律知识丰富，但经济专门知识可能有限，出于这一原因，需要清晰、简要地提出经济分析结果和证据。理论模型和统计数据涉及的问题需要得到详细的解释。鉴于采用图表和其他方法解释经济证据。经济证据可为法律推理提供支持，但不能取代法律推理。瑞士最高法院在 2012 年 6 月 29 日就 **Publigroupe** 作出的裁决中指出，“市场分析复杂难懂，数据库往往不完整。所以，证明经济和/或统计上的关联的证据不能过分夸大。因此，严格意义上的证据无法获得。不过，经济分析的推理和分析的准确性概率必须令人信服，易于理解”。法官助理在 **Rhone-Poulenc SA** 诉欧洲共同体委员会案(1991 年)中指出，“经济分析往往是竞争案件中的证据的一个重要组成部分，可对法庭了解相关的经济背景起到极大的作用。因此，有必要获得关于寡头垄断市场如何可能在不同情况下作出反应的信息。[但是]经济专家的结论不能取代法律评估和裁决”。

⁶ 一些法律评论者不接受举证标准说的存在，因为一些欧洲法律传统中并不采用这种学说。见 H Legal, 2006, Standards of proof and standards of judicial review in European Union competition law, in B Hawk, ed., *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law 2005* (Juris Publishing); and E Gippini-Fournier, 2011, The elusive standard of proof in European Union competition cases, and F Castillo de la Torre, Evidence, proof and judicial review in cartel cases, in CD Ehlermann and M Marquis, eds., *European Competition Law Annual 2009* (Hart Publishing, Oxford)。

3. 竞争案件中的直接证据或间接证据

17. 在对竞争进行分析时，对于某些行为采用本身是否违法方法(per se approach)；对另一些行为则采用合理原则方法(rule of reason)。间接证据可能是环境证据，涉及联络或经济证据；前者证明卡塔尔经营者曾经见面或以其他方式联系，但并不涉及联络的实质。行为证据至关重要，因为它包含涉嫌的卡塔尔成员作出平行行为的证据，如以相同方式同时抬高价格，或投标形态令人怀疑等。

4. 卡特尔案件中的直接证据

18. 证明竞争者之间缔结了默契性质的协议(合同)的直接证据，自然不可能存在。在多数情形中，证明缔结了一项明显具有反竞争性质的协议的直接证据，并不存在。如某一类横向协议本身不被竞争法禁止，那么就必须进行评估，以确定这类协议是否具有反竞争性质。例如，某些信息交流具有反竞争性质，另一些信息交流则有利于效率；而一项研究和开发合作协议可能具有也可能不具有反竞争性质。环境(间接)证据在处理卡特尔案件过程中得到使用。经济证据可能会模棱两可，调查者、竞争主管机构和法庭必须对其作出正确的解释。⁷

二. 竞争案件的司法审查标准

19. 贸发会议的研究认为，司法审查是正当程序和法治的一项必要条件，可以防止竞争案件中作出损害被请求方和第三方权利的有缺陷的裁决。⁸

A. 竞争案件的不同的司法审查制度

20. 如下表所示，就许多辖区的司法审查而言，或是这种审查由行政法庭负责，或是行政法庭在这方面充当初审法庭。有些辖区设立了专门的竞争上诉法庭(如新加坡和南非)。在有些情形中，与竞争有关的司法审查作出的裁决在例外情况下被行政部门推翻，克罗地亚就出现过这样的例子。⁹

⁷ 关于欧洲联盟法院必须完全依靠直接证据还是可能根据间接证据作出裁决这一问题，现在似乎已经有了明确答案。在处理卡特尔案件这类准刑事案件(这个问题最有可能在这些案件中出现)过程中，法院通常接受采用环境或间接证据。

⁸ 见 TD/RBP/CONF.7/3 和 TD/RBP/CONF.7/5。

⁹ 见 TD/RBP/CONF.7/5。

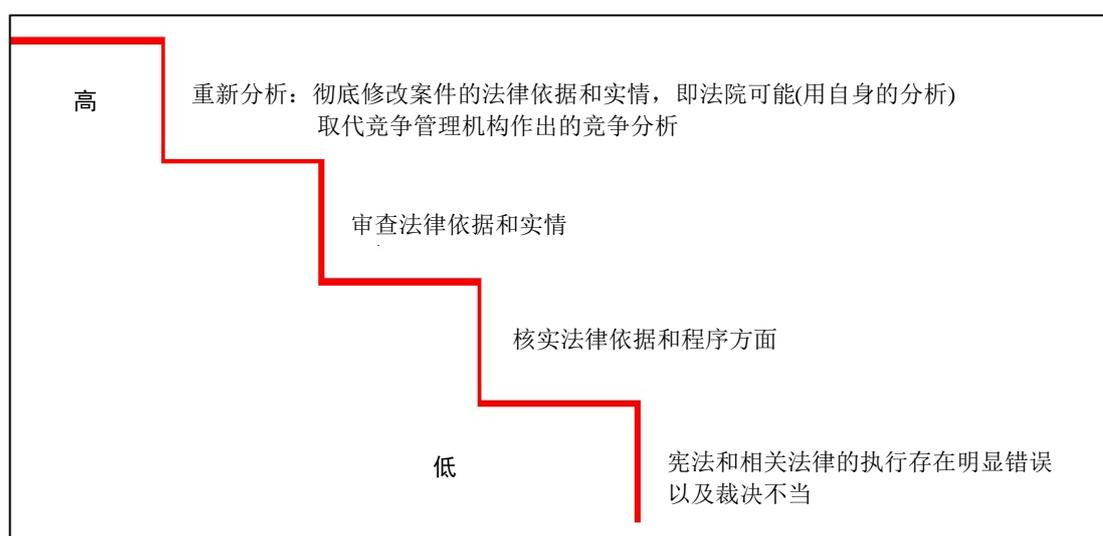
各类负责竞争案件司法审查的实体一览表

行政法庭	司法法院	专门竞争法庭或法院	终审法院或法庭
哥伦比亚	阿尔及利亚	澳大利亚	保加利亚
克罗地亚	澳大利亚	奥地利	塞浦路斯
爱沙尼亚	比利时	加拿大	法国
希腊	巴西	捷克共和国	土耳其
意大利	法国	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	
	斯洛伐克	波兰	
	荷兰	葡萄牙	
		联合王国	

资料来源：UNCTAD, 2007, Model Law on Competition (United Nations publication, New York and Geneva)。

21. 不论如何，独立性原则和权力的分立原则，以及对竞争主管机构的裁决的司法审查(不论是通过普通法院进行还是通过行政法庭进行)，都必须确保决策的公正性和完整性。然而，不同辖区的司法审查标准差别很大。贸发会议注意到，如下图所示，国家竞争制度方面至少有四种不同水准的审查。关于对司法机构采用的这四种标准的叙述，见以下几个段落。

司法机构对竞争案件进行审查的标准



22. 重新分析是指对竞争主管机构作出的裁决的法律依据和所依据的实情作彻底修改。例如，法院可能(用自身的分析)取代机构作出的反托拉斯分析。尊重原则¹⁰并不特别适用于这项标准。**Menarini** 案(详见框 2，其中包括此案对竞争规则在欧洲联盟的执行产生的影响)是这种做法的一个里程碑式的例子，同时也表明，私营部门希望对案件作详细的司法审查。¹¹

框 2

欧洲联盟法院的竞争案件审查标准

《欧洲人权公约》在竞争规则在欧洲的执行方面的适用，仍然是一个有争议且具有挑战性的问题。这源自欧洲人权法院在 **A Menarini Diagnostics** 诉意大利案中的裁决(2011 年 9 月 27 日的裁决)。这项裁决指出，受到公正审判的基本权利要求法院在没有任何限制的前提下，对竞争主管机构作出的处以刑事或准刑事处罚的裁决进行审查。欧洲人权法院采取了务实的做法，指出，即便程序规则规定实行尊重标准——根据这项标准，法院不应当干涉竞争主管机构的酌处权，此种规则的实际适用仍然是法院需要处理的重要问题。

根据欧洲联盟判例法，在进行复杂的技术评估和复杂的经济评估时，法院通常尊重欧盟委员会的做法，因为在适用竞争规则方面法律赋予欧盟委员会以很大的酌处权，法院通常不会干涉委员会的政策。尽管如此，2011 年，鉴于欧洲人权法院在 **Menarini** 案中作出的裁决，欧洲联盟法院被请求重新研究这一立场。欧洲联盟法院表示，从实际角度来看，欧洲联盟初审法院的职责是对规定处以罚款的裁决作非遵从式审查，同时视具体情况，直接规定它认为恰当的罚款额。也就是说，欧洲联盟法院将转向采用重新分析的标准。

因而，欧洲联盟法院已经在涉及准刑事处罚的情况下放弃采用遵从式审查标准。而且鉴于欧洲人权法院的影响，法院实际上已经开始适用一种非常接近排除合理怀疑举证标准的标准，它们有时甚至明确提及前者。**Dresdner Bank and Others** 诉委员会案便是一个例子。法院在这一案件中指出，“凡是法庭有任何

¹⁰ 司法机构尊重行政部门对法律作出的解释的原则，涉及权力的分立，指的是：在某些情形中，较为适合由主管机构对技术规则作出解释，而不是由司法机构作出总体的一般性解释；而且在此种情形中，法院的裁决将尊重另一个正当当事机构(如行政机构)在竞争法执行案件中作出的裁决(见 <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>)。

¹¹ “竞争案件中的司法审查，需要规定对面临上诉的裁决涉及的是非曲直和法律依据作详细、严格的审查，只有这样，这种审查才能发挥作用，并妥善处理这些案件中存在的难题，因为这些案件不仅涉及当事方的正当利益，而且还关系到当事方的基本权利。具体而言，由于对主管机构的裁决提出上诉意味着独立的司法机构将首次有机会在本说明他们的案件中对相关事项进行审查，因此，恰当的是，上诉能够使法院在审查案件方面拥有充分、无限的管辖权。详细审查可使法院能够根据是非曲直对主管机构的裁决的正确性进行评估，而不是仅仅对裁决的法律依据进行评估。详细审查还使法院能够对处罚作全面审查”(Business and Industry Advisory Committee, 2011, Organization for Economic Cooperation and Development Competition Committee, DAF/COMP(2011)122)。

怀疑的，这种会议都必须有利于认定存在违法行为的裁定所针对的企业。因此，如果法庭仍然持有怀疑，法庭就不能得出结论认为，委员会已经按照必要的法律标准证实存在所涉的违法行为，在就是否应当宣布处以某种罚款的裁决无效而进行的诉讼过程中，尤其不能这样做”。

鉴于《里斯本条约》生效之后，《欧洲人权公约》和《欧洲联盟基本权利宪章》等人权文书受到重视，欧洲联盟法院今后看来不可能远离这种做法。

资料来源：贸发会议司法机构能力建设期间提供的投入，2012年。

23. 审查法律依据和实情。这一标准有别于重新分析，因为法院并不(用自身的裁决)取代竞争主管机构的裁决，而是将案件发回重审，同时规定，竞争主管机构必须按照法院的指示重新评估案件。法官采取的做法不一：有些辖区采用较为详细的做法，就主管机构应当如何重新评估案件作出明确指示；而另一些辖区则在重新评估案件方面赋予主管机构必要的酌处权。例如，保加利亚(欧洲联盟成员国)报告说，近年来，法院很少宣布案件的审理无效，法院宣布某个案件的审理无效，主要依据与竞争案件的举证标准有关的理由。在这种情形中，法院将案件发回竞争委员会重审，促使法院这样做的主要原因，在于复审庭证实，在主管机构进行的行政诉讼过程中，程序规则遭到了违反。¹²

24. 核实法律依据和程序方面。就这一标准而言，法院仅限于进行核实，确定体现为机构裁决的行政行为是否符合合法性和程序公正性原则。在许多辖区，由于法官对竞争法分析和经济学的了解缺乏，因此成立不久的竞争主管机构可能倾向于采用这种标准。尊重原则得到采用，目的是维护机构在对竞争案件作出裁决时应当享有的技术酌处权。国际竞争网络的调查注意到，多数辖区倾向于对竞争案件作程序性审查，即上诉机构仅限于审议法律问题，包括审查竞争主管机构在行使调查和决策职能过程中采用的程序，而不是对证据和法律论据作重新审议。¹³ 例如，在智利，竞争主管机构由一个国家公诉机关和一个特别竞争法庭(最高法院的一个特别庭)组成。鉴于这种体制安排，竞争法界人士的理解是，最高法院的审查可能仅限于核实法庭裁决的法律依据。¹⁴

¹² 保加利亚竞争委员会提供的投入，2016年。

¹³ 因此，意图并不是让法院用自身的理解作为替代，而是确定竞争主管机构是否滥用了酌处权。在这方面，司法审查一般被视为一个最后程序，在这一程序中，对结果或已经采取的行动作出评判，即对竞争主管机构作出的决定进行评判。竞争主管机构的决策权，一般由行政首长、专员委员会或一个形式为专门竞争法庭的单独的准司法机构(巴西、秘鲁、南非、联合王国设有此种法庭)负责行使。见 *International Competition Network*, 2006。

¹⁴ 竞争法方面的一项安排列出了可以提出上诉的事由，因此这种理解有其依据。然而，最高法院的裁决显示，最高法院可依据案件的是非曲直和不同标准，推翻法庭作出的任何裁决，包括修改(提高或降低)判处的罚款额。

25. 宪法和相关法律的执行方面存在明显错误以及不当裁决。这一标准的适用和采纳，是法律界人士对竞争通常采用形式做法的结果。按照这一标准，只有在竞争主管机构在执行竞争法方面出现明显的与宪法有关的差错，或作出不当裁决的情况下，法官才必须在辅助基础上介入。审查依据的理由往往有：不具备管辖权，程序有误，法律的错误，推理存在缺陷，评判明显存在差错，以及事实错误等。这一标准是成熟的辖区早先采用的一种竞争执行方式，但是在法官和法律界人士对竞争法和竞争政策的了解不足的辖区，它仍然受到重视。在这种情况下，贸发会议侧重制定特别的能力建设方案，并采取技术援助举措(见第三章)。欧洲联盟法院对欧盟委员会作出的承诺裁决进行的评估，便是这种司法审查的一个例子。¹⁵ 欧洲联盟法院在 2010 年 6 月 29 日对 *Alrosa Company Ltd.* 诉欧洲共同体委员会一案的裁决中指出，普通法院不得提出自身对复杂的经济情况的评估，以自身的评估取代委员会的评估，从而侵犯委员会的酌处权。普通法院本应做的，是对委员会评估的合法性进行审查。通过法院还指出，关于欧洲理事会 2002 年 12 月 16 日第 1/2003 号条例关于《条约》第 81 和 82 条规定的竞争规则的执行的第 9 条，司法审查仅限于证实是否存在明显的错误。承诺的自愿性质和程序节约原则¹⁶ 似乎是欧盟法院判决依据的主要理由。

B. 竞争案件司法审查方面的难题和对法律确定性原则的影响

26. 司法审查无疑会对法律确定性原则产生影响。首先要考虑的问题是，辖区的法律的机构框架是否足够明确，以便能够在竞争规则的执行方面对法院和机构的工作进行分工。这对正在探索竞争规则的执行的途径和手段的建立不久的竞争制度来说至关重要，对于确保制度的正当性得到业界人士接受来说也至关重要。

27. 在一些辖区，竞争制度的审查标准可能不明确。不同利害关系方可能都会说，它们是处理竞争案件的恰当机构，而且在制度如何为处理竞争案件提供必要的授权方面，也存在差异。在这方面，竞争主管机构往往主张完全适用尊重原则，即如第 24 段所述，法院只是负责核实行政行为的法律依据。而在法院方面，尽管它们对于竞争和反托拉斯分析的了解有限(例如，当需要在某个情形中确定相关市场的时候)，但它们往往表示，对法律依据和事实这两者的审查应当构成司法层面审查的组成部分。贸发会议认为，这是建立不久的竞争制度面临的一个相当大的难题，更为严重的是，据认为，具有传统法律背景的法官对于限制竞争、独占、滥用市场力等竞争法的经济概念缺乏了解。在这种情况下，法官往往会采用传统的解释标准，例如在考虑术语的意思方面，或者对法规作严格的

¹⁵ N Harsdorf, 2011, Article 9 commitment decisions: Some comments on key questions in light of the recent case law of the Court of Justice of the European Union, *Austrian Competition Journal*, 3(5).

¹⁶ 定义为在费用和时间上不仅有利于当事方，而且还有利于法院系统乃至总的公共资源的执行效率。

解释，而这在评估竞争案件过程中，是不利于竞争法的适用的。这往往会使竞争主管机构和司法机构在案件的处理过程中，在竞争规则的解释方面意见不一。另一些难题与程序缺陷有关，适用于竞争案件的举证标准方面的问题，也是在法官处理竞争案件过程中经常出现的问题。

三. 贸发会议向司法机构提供的技术援助

28. 自从《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》于 1980 年通过以来，贸发会议的技术援助和能力建设方案一直向发展中国家和经济转型国家的司法机构提供援助。鉴于司法机构具有的特点以及在经济问题培训活动中提出的有关看法，方案有着详细的提供模式。具体而言，在筹备和进行培训活动，必须尊重管理机构和司法机构之间的权力分立。贸发会议的战略侧重制定具体途径和手段，以便在无须寻求某个辖区的竞争管理机构的协助的情况下，同司法机构联系，因为考虑到司法机构将会审查竞争管理机构作出的裁决，似乎不宜让竞争管理机构为了培训目的同司法机构联系。¹⁷ 培训活动往往由司法部门的特别培训实体(如法官或地方法官学校)负责开展。这些学校的人物是就一些与工作相关专题对法官进行培训，上级法院的法官为此提供指导。贸发会议的援助包括根据学校的正式课程设置准备培训活动。

29. 贸发会议通过与当地司法实体协作和/或与其建立伙伴关系，采取三个步骤的举措，帮助确保法官培训课的透明度和正当性。第一个步骤是与特定辖区的地方法官学校缔结谅解备忘录，建立竞争法执行法官培训合作关系。第二个步骤是通过虚拟会议对专题进行审查，确定适合法官的专题。专题通常涵盖以下四大方面：法官在竞争法执行中的作用概论；竞争案件中的多项标准；竞争案件中的举证标准和审查；确定适当处罚和罚款的方法。第三个步骤是制订组织培训的战略，包括为学员提供必要的激励、以及挑选教员(通常在与接收机构商定之后，从某个辖区选派一名同级法官担任教员)。教员和学员的挑选在很大程度上关系到能力建设方案产生的实际影响。例如，如果要对上级法院的法官进行培训，那么，采用的战略就会有别于对下级地区法院法官进行培训采用的战略。此外，贸发会议制订了一项对最高法院法官进行培训的特殊战略，这项战略与受益国的当地条件和情况相适应。

¹⁷ 不过，最高法院有时愿意利用竞争管理机构的专门知识，印度尼西亚和尼加拉瓜的情况就是这样。印度尼西亚最高法院为竞争管理机构提供支持，以非正式方式规定，处理竞争法异议案件的地区法院法官可参加机构的讲习班(参加讲习班的法官在培训结束后可领取最高法院和竞争管理机构颁发的培训证书)。迄今为止，已有 300 多名法官参加了这种讲习班。在尼加拉瓜，管理机构积极参与同最高法院和其他高等法院法官一道组织的讲习班。这两个国家的法官欢迎管理机构参与设计和提供培训课程。贸发会议竞争法和竞争政策自愿同行审评，在确定同司法机构建立联系的战略方面提供协助。例如，对阿尔巴尼亚的同行审评就如何同法官接触提出了一些建议，随后在 2015-2016 年组织了一些培训班。

四. 结束语

30. 以下核对清单涉及法官应当如何执行竞争规则，以确保竞争管理机构和司法机构之间的关系的法律确定性，这份清单十分重要：

独立审查用来支持指控的证据，并对照为辩护方提供支持的证据对前者进行权衡。法庭需要有权按照本国程序规则的规定，最大限度地对照和检验证据，例如，在得出自身的结论之前，法庭需要传唤证人，对证人进行讯问和盘问；联系构成违法行为的法律和经济要素对实情进行评估，包括详细审查经济证据和分析；确认举证责任要求是否达到；核实正当程序和透明度规定得到了遵守；进行核实，确定处罚属于恰当判罚(公正而且与违法行为的严重性和被告对任何违法行为的参与相称)，与对类似的经济犯罪行为判处的惩罚相一致，而且从对消费者造成的实际伤害或显然需要起到威慑作用的角度来看，属于合理判罚。¹⁸

31. 然而，法官在适用竞争规则方面的作用有着明显差异，这取决于特定辖区的竞争案件司法审查标准以及该辖区的体制安排。在这方面，没有任何通用的方法可被定为一种基准，虽然现在对于法律界专业人员有着合理的情况，可据以加强法律确定性原则的基础，并据以推动进行有效、有益的分工，以便确保司法机构和竞争管理机构之间的关系融洽、顺畅。¹⁹ 不论对于建立不久的竞争制度来说，还是对于成熟的竞争制度来说，司法机构都应当在竞争法的发展方面发挥作用，因为这样能推动在机构分析和决策方面以及司法机构和竞争主管机构之间的互动方面作出改进，而如果所有司法程序都得到遵循，主管机构裁决的推理基于明确、合理的法律和经济分析，这种互动就能取得最为有效的结果。

32. 考虑到有关难题，尤其是建立不久的竞争制度面临的难题，出席竞争法和竞争政策政府间专家组第十五届会议的代表们似可考虑以下供讨论的问题：

(a) 应当如何更好地评估一个竞争制度的有效性(机构的裁决应当合理、有力，依据有力的经济和法律概念，法官完全有能力处理竞争案件)？

(b) 应当如何提高法官对经济概念的理解程度(尊重原则应当使法官不再有必要深入细致地处理竞争案件)？这样做是否有必要？

¹⁸ Business and Industry Advisory Committee, 2011。

¹⁹ 例如，2011年，墨西哥实行了改革，目的是在司法机构和竞争管理机构的职能分工方面取得最佳的平衡。从该国目前的竞争法制度来看，执行框架更加均衡有力，同时，司法审查更加深入细致。一方面，竞争主管机构有权进行凌晨搜查，并有权判处数额更大的罚款和实行刑事制裁。另一方面，竞争案件司法审查机制得到加强，设立了专门的竞争法庭，可进行充分的实质性审查，还可直接进行司法审查，而不是要求采取行政审查这一中间步骤(Mexico, 2011, Organization for Economic Cooperation and Development Competition Committee, DAF/COMP (2011)122)。

(c) 对于希望简化司法审查的国家来说，有专门法官负责进行初审是否是一个解决办法？法官的入职考试设置法律和经济学科目，对于新建立的竞争制度来说是不是一种办法？

(d) 如某个辖区选择设立专门法庭处理经济问题，对司法审查程序的修改可能会为提高效率提供机会，但这个政策选项会有什么风险？

(e) 设置专门的司法机构可以对竞争裁决做更加细致的审查，在这种情况下，建立不久的竞争制度可以做何种成本效益分析？

(f) 建立不久的竞争制度在设立竞争案件专门法庭方面还面临哪些风险(专门的程序规则可提供明晰度，但是，如果案件受到多个审级的审查，包括受宪法法院的审查，就存在拖延的风险；而且，实质性司法审查会使上诉程序从采用法律形式方法转向采用注重案件实质的方法，与此同时，既得利益者通过游说，可能试图使审查的天平向私人当事方倾斜)？
