



联合国 贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/RBP/CONF.6/11/Rev.1
TD/B/COM.2/CLP/37/Rev.3
31 August 2006

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
第七届会议
2006年10月31日至11月2日，日内瓦
临时议程项目3

竞争法和竞争政策方面包括自愿同级审评在内的 可能设立的争端调解机制和替代安排的作用

贸发会议秘书处的研究报告修订本*

内 容 提 要

本研究报告分析研究的是，除了有约束力的争端解决办法之外其他避免或解决争端的可能方法，包括在竞争政策的国际合作方面自愿同级审评的可能作用、就有关问题、案例或执行协议的协商、以及诸如调停、调解与斡旋等解决争端的外交方法。本研究报告认为，(一) 同级审评不仅仅是一个遵守协议的机制，而且还可以将其用于政策咨询、鼓励政策协调与合作、收集并传播信息以及最佳做法典范，并提供技术援助和帮助；(二) 协商条款有各种各样，但是在多边环境下解决具体问题时现在却很少使用，以及(三) 目前在本领域中，没有使用斡旋、调解和调停手段。为了贯彻第五次审查会议通过的关于同级审评的决议，政府间专家组本届会议不妨根据贸发会议和其他国际组织同级审评的经验和不同方面提出的评论意见：(a) 结合贸发会议自愿同级审评的目标和可用的资金和人力资源商讨此种审评的范围、标准和开展；(b) 请贸发会议秘书处为其第八届会议编写一份报告，评估和综述被审评的各国或各区域到目前为止，在参照发展需要、国家政策目标和能力制约因素制订和执行竞争法和竞争政策方面遇到的主要问题类型，包括在国际合作方面的有关经验；(c) 在本报告所作审评的基础上，研究目前多边框架之内还没有充分使用若干协商模式的各种原因；以及(d) 讨论为什么在竞争政策争端中尚未使用解决争端的外交方法，以及如何适当将此类方法转而用于这些竞争政策方面的争端。在此方面，可以确定在竞争政策和发展宗旨等方面进行国际合作的可能影响。

* 由于文件处理过程中出现延误，本文件是在上述日期提交的。

目 录

	<u>页 次</u>
导 言	3
第一章：自愿同级审评	4
A. 关于竞争政策的区域同级审评程序	4
B. 经合组织关于竞争政策的同级审评程序	5
C. 世贸组织贸易政策审查机制	6
D. 影响和建议	7
第二章：未必与解决争端有联系的协商	11
A. 双边机制与区域机制	11
B. 经合组织机制	12
C. 《原则和规则》下的机制	13
D. 世贸组织协议下的机制	13
E. 影响和建议	14
第三章：调停、调解和斡旋	15
A. 非多边机制	15
B. 多边机制	15
C. 影响和建议	16

导 言

1. 竞争法和竞争政策问题政府间专家组第四届会议(专家组)(2002年7月3日至5日)请贸发会议秘书处为政府间专家组第五届会议“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……一份关于在竞争法和竞争政策中可能的争端调解机制和替代安排——其中包括自愿的同级审评——的作用的研究报告”。¹ 因此,在2003年7月2日至4日举行的专家组第五届会议上提交了第一次报告,题为“竞争法和竞争政策方面包括自愿同级审评在内的可能设立的争端调解机制和替代安排的作用”(TD/B/COM.2/CLP/37)²。应该届会议的要求,向专家组第六届会议提交了该报告的修订本,专家组要求进一步订正和更新。专家组第六届会议在议定结论中请秘书处对文件TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.2作修订/更新,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,应这一要求,为第五次审查会议编写了本报告的另一版本。³ 审查会议赞赏地注意到了贸发会议秘书处为其编写的文件,并请秘书处参照成员国在会议上提出的,或在2006年1月31日之前以书面形式送交以便提交专家组下届会议的评论意见修订文件,包括TD/RBP/CONF.6/11。⁴ 本报告还考虑到了审查会议期间对牙买加和肯尼亚的竞争法和竞争政策所作自愿同级审评的议事情况。⁵ 在前一版本基础上增加的内容以黑体字标出。经修订的本报告应当与同样为审查会议编写的另外三份报告结合阅读,其中前两份报告现在已经为专家组第七届会议作了修订:“竞争政府问题及所用机制方面国际合作的经验”的修订本(TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.4)、“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发展水平的竞争法和竞争政策”的修订本(TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.2)和“国际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说明”(TD/RBP/CONF.6/3)。

2. 因此,本研究报告分析在有关竞争政策的国际合作方面 (a) 自愿同级审评、(b) 关于问题、案例或关于协议执行的协商,以及 (c) 调停、调解和斡旋的可能作用。⁶ 这三个主题将按照上述的顺序分析,因为同级审评这一程序的性质最为广泛,与强制性解决争端方法相差最远;协商则较为集中并且可能侧重争端事项,

而调停、调解和斡旋则是解决具体争端的外交方法。第一章、第二章和第三章分别论述这些机制，联系某些双边、诸边和多边文书评述相关规定和经验，重点说明这方面的可能影响并就竞争政策方面的多边合作和发展目标提出建议。这种分析不影响世贸组织贸易和竞争政策相互作用问题工作组今后就可能的竞争问题多边框架继续开展讨论的行动方针。

3. 本研究报告不涉及下述问题：直接旨在解决具体争端的协商、联系区域协定通过外交方法解决争端、通过谈判或调查(由调查委员会进行实地调查)以外交手段解决争端、⁷ 或仲裁和裁决等强制性争端解决程序。

第一章

自愿同级审评

A. 关于竞争政策的区域同级审评程序

4. 在包括竞争政策在内的广泛领域中，在区域一级引进了同级审评。非洲联盟在非洲发展新伙伴关系的范围之内，建立了一个非洲同级审评机制，对参加这一机制的成员国政策和做法进行定期审议，以评估在实现相互同意的目标以及在遵守议定的政治、经济和公司治理价值观、守则以及标准等方面所取得的进展。⁸ 这一同级审评工作的目的是激励成员国认真考虑其国内政策在国内和对邻国的影响，以促进相互负责并遵守最佳做法的原则。当事国必须根据具体国情制定为实现既定的标准和目标而作出进展的时间表。迄今为止，这一机制尚未启用。然而，这一机制的独特之处就是，它并不是作为一个条件强加于非洲国家，而是由非洲同级审评机制成员国自愿采用的。亚太经合论坛也就《各自的行动计划》成立了一项同级审评制度，以实现包括竞争政策在内的亚太经合论坛贸易与投资自由化和促进目标；这一审评的目的是审评《各自的行动计划》是否完整、完全和清楚，及其在亚太经合论坛的《大阪行动议程》方面效能如何。据认为，亚太经合论坛的同级审评的优点，就在于它们是完全自愿的，让商界参与记录 1980 年代开始的自由化与改革情况，并防止走回头路；其缺点是在全面性、透明度和便利用户程度方面尚待提高。⁹

B. 经合组织有关竞争政策的同级审评程序

5. 在经济合作与发展组织的规章改革方案之下，开展了一些国家审评。被审评国家是自愿参加的。开展这些审评的基础是内容详尽的经合组织国家报告，其中纳入了被审评国家的投入。这些国家填写了经合组织的调查表，并在同级审评之前进一步核对了报告草稿。此类国别审评的核心背景报告之一审议了竞争政策在规章改革方面的作用，包括：(a) 国家竞争政策的历史基础；(b) 包括竞争法内容在内的实质性问题；(c) 执法结构和做法等体制问题；(d) 包括豁免和特殊规章制度在内的竞争政策中的局限性；(e) 从竞争的角度倡导规章改革，以及 (f) 结论和政策选择。这一报告提交给竞争委员会审议，由两名国别审查员在委员会的会议上对该国有关竞争当局的代表进行“质询”，然后由其他成员国对其提出问题。报告酌情参照同级审评加以修订，然后由经合组织秘书长负责发表。上述审评过程中所得出的政策建议虽然不是强制性的，但是被审评国通常都接受这些建议，竞争委员会最近审议了与原始报告全文中建议相关的后续发展。据认为，这种做法的优点包括使用政策性选择方案和建议、深入参与会议以及竞争委员会的专业知识；另一方面，它的缺点包括没有对过去的建议及其实施情况进行审查。¹⁰

6. 经合组织一项涉及成员国经济调查的类似(尽管不那么深入)工作是经济和发展审查委员会(经发委员会)最近在审查方面开展的，所研究的是宏观经济问题和结构问题(专门有一章论述竞争政策)；这是各成员国必须参加的。由于这项工作分析深入有力、并对过去所作的建议定期审查，经合组织成员国对其评价十分之高。然而，在实际过程中发现，很难确保经发委员会的所有成员国都有适当的专长和充足的时间来准备审评，而且过程中还出现过对审评工作的兴趣和参与不足问题，特别是小国在这方面的问题。¹¹ 然而，更为集中和深入的竞争委员会审评机制将会与经发委员会的审评机制继续平行开展。

7. 对于非经合组织的成员国，也在自愿的基础上引入了一个相似的程序。在第三届全球竞争论坛(2003年2月10日至11日)上，根据经合组织秘书处的一项调查报告，对南非竞争政策进行了审评，总体上对南非竞争政策的实施状况表示了肯定的意见。¹² 南非贸易和工业部长对上述调查报告的结果表示满意；其有关实施改进的建议大多数都被南非政府接受，并且目前正在实施过程中。¹³ 2003年经合组织贸易和竞争政策全球联合论坛期间，有与会者在论述南非在这项审评方面的经验时

说：通过审评有使审评者和其他参加者提出了积极善意的意见；同级审评可以是鼓励在较好的做法方面的对话和采取这种做法的有效手段；要使这种审评的利益最大化，参加就应该是自愿的；决定不参加这种审评的机构将向国内外的竞争社团发出明确的信号。¹⁴ 论坛随后的讨论说，同级审评并没有被看作是对国家主权的侵犯；它能促进能力建设并加强竞争机构；其透明度是一个很好的特点，私营部门和民间社会可发挥的作用也如此。第四次全球竞争论坛(2004年2月12日至13日)对俄罗斯联邦的竞争法和竞争政策作了一次同级审评。土耳其的同级审评于2005年2月举行,计划在今后进行更多的此类审评。在经合组织同美洲开发银行2003年以来组织的接连多次会议上分别审评了智利、秘鲁和巴西的竞争政策。

C. 世贸组织贸易政策审查机制

8. 世贸组织贸易政策审查机制(贸审机制)的目标包括通过促进成员国贸易政策和惯例方面的透明度及其了解,帮助更好地遵守多边贸易规则,并使多边贸易制度的运作更加顺畅;然而,这种机制并不准备用作强制实施各项世贸组织协定下的具体义务的基础。¹⁵ 所有世贸组织成员国都受到审查,在世界贸易额中占最大比例的四个成员国每两年审查一次,排在它们之后的16个成员国每四年审查一次,其他成员国每六年审查一次。对于最不发达国家成员国,可能会定一个更长的审查间隔时间。第一轮审查大都由自愿的国家自己进行,第二轮则按照规定的周期进行。在被审查国提供的政策说明以及世贸组织秘书处提供的报告的基础上,贸易政策审查机构(贸审机构)进行审查。世贸组织秘书处的报告编拟所依据的是国别实地调查收集的数据、有关成员国对问题调查单的答复、公开出版物以及有关成员国对报告草案的反应。在贸审机构中,有两名讨论员主持审查。尽管有关的文件和议事记录都公开发表,但是对有关成员国应采取什么行动却不提出正式的建议。竞争问题在正式规定上讲并不是贸审机构的职权的一部分,但是世贸组织秘书处和被审查国都决定在有些情况就此向贸审机构提出报告,在另一些情况下就此问题向其提出问题;这一做法是在自愿选择基础上进行的,其着重程度也各不相同。在2001年贸审机制对美国审查过程中,美国代表就美国反托拉斯机制所作出的一个评论是:“这次对他的机构是一个非常有益的学习经历,因为它展示了其他司法管辖区方法和看法的不同之处”。¹⁶

9. 据认为，贸审机制的优点包括促进技术援助和能力建设，特别是对最不发达国家的技术援助和能力建设，以及能编制出条理清楚、内容详细和分析深入的报告；其缺点包括世贸组织秘书处资源不够充分、对会议的参与有限、不提出建议或不包含规定性的内容，以及在审查过程中出现“阻力因素”。¹⁷ 还有人认为，贸审机制的另一优点是鼓励自我评估过程，但是这一审查进行得不够经常，因而不是十分有效。人们对其提出了若干改进建议，其中包括贸审机制应当更好地协助具体发展中国家(特别是最不发达国家)遵守规则，评估实施这些规则的影响(包括核实预期的积极影响是否确实发生)，分析有关国家在其最为重要的出口市场上所面临的关税和非关税壁垒，以及更加深入地评估技术援助需要。¹⁸

D. 影响和建议

10. 根据对目前使用的一些同级审评工作的研究(包括上述亚太经合论坛、经合组织和世贸组织的同级审评工作)，经合组织的一项报告提出的结论认为，(a) 各种形式的同级审评都有四个特点：有一个专家委员会提议、共同监测遵守以及相互作用的调查；(b) 可以存在差异，例如在审评的频率、费用以及全面性、各个被审评国的经济发展水平以及实质性政策、以及同级挑选程序，都存在不同的差异；以及(c) 审评的目标可以包括政策咨询、鼓励政策协调与合作、收集并传播信息和最佳做法典范、提供技术援助和帮助，以及在遵守方面进行监测，以发现违反国际协定和义务的行为。¹⁹ 本报告建议，任何一项竞争政策审评机制都必须解决若干关键问题，包括有关审评频率、对具体成员国的同等待遇或侧重、审评的标准(例如，竞争法是否符合世贸组织核心原则或是否符合被审评国的公开表明政策目的、排除标准、合作安排、限制性商业惯例造成消费者福利和市场准入降低、技术援助需求)、秘书处和成员国的各自作用、审查过去的建议、审评组的组成、参与的自愿性或强制性、被审查成员国在合作方面的义务、费用和资源影响、以及诸如报告的审批过程、公共宣传、同级压力程度的增加、以及与贸审机制之间的关系等其他问题。

11. 加拿大向该前世贸组织工作组提交的一份函件表明，同级审评可以提供一非对抗性的论坛，以便调查并更好地理解其他国家的政策与做法，从而交流最佳做法并改进国内政策或机制，同时，同级审评也是取代争端解决的方法之一。²⁰ 该函件指出，还存在一些问题：同级审评机制的适当范围或包含内容如何、它是否应当

探索一国执法方面的趋势、或是仅限于确保该国遵守某一框架协定项下的义务，同级审评应是自愿性的还是强制性的、对同级小组作出的建议有无贯彻落实办法。该函件表明，既然是不规定有约束力的义务，同级审评显然可以确保具体的执法决定不会被审查或受至质疑，但仍可允许世贸组织成员国探索如何在今后有系统地实施竞争法和政策。经合组织贸易和竞争问题联合小组开展的一项综合工作表明，以下标准或主题可能与贸易和竞争方面审评有关：实质性问题—竞争法的内容；体制问题—执行的结构和做法；国家竞争法与世贸组织核心原则原则的一致性；竞争法中的排除条款(以提高它们的透明度，推动就它们对国际贸易影响的讨论，并鼓励对它们的重点范围作适当缩小，减少它们的频率)；合作安排；反竞争商业惯例；倡导有利于竞争的改革；竞争措施与世贸组织成员国宣布的政策目标的一致性和连贯性。²¹

12. 在工作组的讨论期间和向其提交的书面文件中，各方着重提出了一些与自愿同级审评制度有关的一些肯定意见和具体建议。²² 在它的*目标或优势*方面有人特别建议此种制度可以：建立能力并促进这一领域的国际合作、透明度和集中，并对国际贸易制度带来相应的利益；为关注受审评国的法律的国家提供一个论坛，以提出这些关注，并鼓励以建设性的方式解决问题；推动对竞争政策多边框架的遵守；查明可以传播的良好做法和值得进一步改进的方面，包括立法修正和更新的必要性；并将评审与技术援助和能力建设挂起钩来，以利发展中国家的参与。就这种制度的*覆盖范围*提出的建议是，对发达国家来说，这种审评制度可以包括它与其他国家，特别是发展中国家的竞争主管当局的合作情况如何的问题，也可以包括它向这些国家提供与竞争有关的技术援助和能力建设的情况；对发展中国家来说，这种审评制度则可以包括竞争文化创立情况如何以及竞争法和竞争制度的知识是否在公私部门都得到成功地传播等问题；还应当着重于对核心原则的遵守并禁止强大的卡特尔；避免寻找单项竞争个案中的决定或者和贸易竞争当局的战略或先后次序有关的问题。关于这种制度在这一领域*如何处理发展中国家和/或经验较少的国家的问题*方面的建议是，制度应该认识到发展中国家的需要，并根据各国的发展水平或在竞争法和竞争政策方面的经验作区别对待；对制度尚未健全的国家给予一定的宽限期。在审评方式方面的建议是，审查应该：根据需求和要求对国家和问题进行审评，如当一国就其国内竞争法和竞争政策征求咨询意见或者打算发起国际合作时；在可能建立竞争政策多边框架的初期采取一种自愿选择的程序，然后逐渐达到普遍参

与；如果争取得到审评的国家没有提出明确的要求而这样做，那么其他成员国必须达到法定人数才可以提出要求(如果有关的成员国是发展中国家或最不发达国家，这个国家也应包括在法定人数内)；进行集体同级审评，以确保有效参与并考虑进预算和政治上的限制；在对发展中国家作审评时，规定把发展中国家包括在审评小组内；规定由一名独立的审评员编写初步的审评报告草稿，或者由受审评的国家编写报告并由秘书处主要根据这份国家报告编写初步报告，然后秘书处结合审评期间提出的意见和建议编写最后报告；将世贸组织特定的同级成员国和外部专家包括在审评小组内；出版报告和资料，以提高同级压力的程度；对建议的落实情况规定定期审评(建议两三年后作一次后续审评)；借助其他论坛的有关工作。但是也有人表示关注：经济薄弱的国家将因同级或其他压力被迫遵守某种多边框架，而对较强大的国家则没有使它们遵守的机制；对国家有限的资源将形成压力，以及迫使发展中国家将它们的政策与发达国家的政策接轨；国家可能会受到批评，它们的竞争制度可能会受到多边或双边压力，迫使它们取消原来依法有权保持的豁免；即使这一领域的问题是国际性的，也会着重国内采取的办法。²³ 在贸发会议秘书处联系多哈后进程所组织的区域研讨会上，针对有人建议可以采用一种制度，成员国可以在经合组织式的同级审评办法下自愿进行接受审评，或通过与贸审机制类似的机制对竞争政策定期进行审议，一些与会者还对下述情况表示类似的关注或怀疑：国别审评之间间隔的时间太长、审评工作花费太高、对发展中国家构成压力，也有人怀疑发达国家、发展中国家或最不发达国家、发展中国家或最不发达国家主管部门之间在多大程度上可以认为是同级、以及此类自愿机制有多大用处。²⁴

13. 在专家组第六届会议期间举行的磋商会上，没有开展交互式讨论以便通过比较在各个论坛开展的审评争取更好地了解竞争政策同级审评的利弊。在讨论中涉及到的突出议题包括，同级审评在推广这一领域的最佳做法和共识并提高竞争主管部门的地位的潜力；自愿性质的好处；审评的范围，包括所涉被管制部门的范围，审评是否应当包括没有竞争法的国家，或者包括有竞争法但并没有执行经验的国家；实行的标准和在什么程度上应当考虑到发展条件和政策、能力制约或竞争文化的薄弱；被审评国家内参与与此方面事务的政府机构；资金和人力资源负担；经合组织范围内以及贸易政策审查机制采用的审评程序被审评国家的经验；审评程序按照目标和资源调整的灵活性；大型集团内同级审评的可行性；南南或区域背景下审

评的恰当性；技术援助/能力建设行动计划方面的联系、捐助方规定的条件或长期后续行动；贸发会议范围内开展同级审评的适当性。²⁵

14. 在审查会议期间就牙买加和肯尼亚竞争法和竞争政策开展自愿同级审评的过程中，牙买加公平贸易委员会主席说，审评报告是透彻、稳妥和有帮助的，而肯尼亚垄断和价格委员会专员也对同级审评工作表示了赞扬。²⁶ 审查会议通过的决议(第7段)除其他外，“强调贸发会议自愿同级审评进程作为交流经验和开展合作的有用工具具有的价值”，请所有成员国在自愿基础上协助贸发会议，为今后与自愿同级审评有关的活动提供专家或其他资源；并且决定，贸发会议应参照第五次审查会议期间所作自愿同级审评取得的经验并根据可加利用的资源：(a) 结合竞争法和竞争政策政府间专家组的届会，进一步开展关于成员国或区域国家集团的竞争法和竞争政策自愿同级审评；(b) 酌情安排与贸发会议投资政策审评背对背进行的自愿同级审评，以查明被审评国家或地区竞争与投资政策之间的联系；(c) 根据其目标及现有资金和人力资源情况，审议此种自愿同级审评的范围、标准和运作；和(d) 定期评估并综合被审评国家或地区根据其发展需求、国家政策目标和能力方面的限制，在制定和实施其竞争法和竞争政策进程中遇到的各类主要问题，包括有关国际合作方面的经验。

15. 考虑到不同各方就此问题提出的所有意见、其他国际组织开展的竞争政策同级审评的经验，以及贸发会议在第五次审查会议和专家组本届会议期间就同级审评取得的自身经验，专家组本届会议不妨开展下列工作以便落实审查会议有关同级审评的决议规定：(a) 从目标和可用财力和人力资源的角度确定的审评范围、标准和开展；(b) 请贸发会议秘书处为专家组第八届会议编写一份报告，评估和综述所审评的各国或区域到目前为止参照其发展需要、国家政策目标和能力制约因素在制定和执行竞争法和竞争政策的过程中遇到的主要问题，包括开展国际合作的有关经验。

第二章

未必与解决争端有联系的协商

A. 双边机制与区域机制

16. 一些关于竞争政策的双边合作协定对协商没有作出明确规定；当然，即便没有这些规定，在实施此类合作协定的其它条款过程中，仍然可以进行协商。另一些协定则规定了可就与协定有关的其它事项进行协商，而这一协商既可以由某种具体请求提出，也可排在定期的会议时间表中。例如，美国与日本达成的协定是独特的，因为它规定了可就任何实施协定而引起的问题通过外交渠道进行协商，同时还可就协定引起的任何事项由竞争事务主管部门直接进行协商；此外，双方的竞争事务主管部门每年召开一次会议，交换关于对方在此领域中的活动情况的各种不同信息。²⁷ 美国与巴西的协定规定，任何一方都可请求就协定有关的任何事项举行协商，同时要说明提出要求的理由、是否有任何程序上的时间限制或其它限制使得协商必须尽快进行；任何一方在收到此类请求之后，必须及时与对方协商，以达成与协定目标相符合的结论。²⁸ 协商规定有时提及协定的各项原则。例如，美国与欧洲联盟的协定规定，在每一次协商中，每一方应当考虑到协定所规定的合作原则，并且必须向对方说明针对协商主题事项适用这些原则的具体结果。²⁹ 除个别措词不同之外，美国或加拿大参加的合作协定大都包括相同的规定。

17. 《加拿大与哥斯达黎加自由贸易协定》的协商规定则更加进一步，规定了看来似乎像是同级审评程序的机制。³⁰ 协定双方要审议有关竞争政策章节的运作情况、实施情况、适用情况或解释方面的事项，并审查其禁止反竞争活动的措施以及执法行动的效能。协定双方至少每两年协商一次，或者在另一方的书面请求下也可以协商，并经指定专门负责的官员，以确保在需要时能及时进行协商。如果双方就书面请求协商的某一事项未能达到相互满意的解决方法，应把这一事项提交给专门监测协定总的执行情况的自由贸易委员会解决。与这种详细的规定相对照，《加拿大与智利自由贸易协定》或《北美自由贸易协定》的对等规定则比较简单，仅仅规定了各方应当就竞争法执法政策方面的问题进行合作，而协商被列为合作的方法之一。³¹ 事实上，尽管区域或分区域协定大都规定协商，但是有些情况下这类规定的范围差别很大，有关协商的条款可能规定某一竞争事务主管部门在向另一竞争事务

主管部门提起的诉讼程序中提交书面意见，或者提交有关决定草案的看法以便提出意见。³² 有些协议规定在采取某种行动前进行磋商的义务，而大多数协议还规定只要提出要求就必须进行磋商的义务。例如，《欧盟—南非自由贸易协定》规定，不管是欧盟委员会，还是南非竞争管理机构，只要决定开展调查或打算采取对另一方的利益有重大影响的行动，如任何一方提出要求，双方就必须进行磋商，然后，双方就应努力根据它们各自的重要利益，并对相互的法律、主权、各自竞争当局的独立性以及礼让等给予应有考虑，找到相互能接受的解决办法。³³ 但是，在合作理事会内部磋商后，任何一方，如果认为某种做法没有得到充分处理，而且有害于它的利益，则都可以采取“适当措施”；欧盟缔结的一系列协议都作出了类似的规定，在采取行动前必须在一个合作理事会或协会理事会内进行磋商。

B. 经合组织机制

18. 在诸边一级，《1995年经合组织建议书》在此方面规定，如果成员国认为：(a) 另一成员国正在进行的调查或诉讼程序可能会影响其重要利益、或(b) 一个或一个以上成员国境内的一个或一个以上企业正在实行或已经实行来自任何方面的、可能对其利益造成重大不利影响的限制性商业惯例，那么在该成员国的请求之下，必须进行协商。³⁴ 在收到有关将影响请求方重大利益的执法活动的通知之后，应尽快提出协商的请求，并附上有关受影响国家利益的详细解释，以便对该请求进行充分审议。收到协商请求的成员国应当对请求国表达的意见或提供的事实材料给予充分和同情的考虑，特别是有关 (a) 满足竞争调查程序的需要或目标的其它方式的建议，以及(b) 所涉限制性商业惯例的性质、所涉企业以及其对请求国利益的不利影响。在协商过程中，所有参与协商的国家都应当充分考虑所涉利益以及所表达的意见，以避免或尽量减少可能产生的冲突。然而，进入协商进程并不影响该案的继续，而收到请求的国家对最后达成的决定拥有完全的自由处置权。然而，如果一个成员国也认为其境内的企业实行危害请求国利益的限制性商业惯例，该国就应当在自愿的基础上并考虑到其合法权益，设法确保这些企业采取补救行动、或由该国自己采取认为合适的任何补救行动，包括根据其竞争立法采取行动或行政措施。在不影响各自其它权利的情况下，参与协商的成员国应当根据各自所涉利益努力找到双方都能接受的解决办法。如能达成令人满意的结果，两国在互相同意的情况下应当将协商结果的要点通报经合组织竞争委员会。

C. 《原则和规则》下的机制

19. 《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》(在第 F.4 段)规定, 当一个国家、特别是一个发展中国家认为有需要就有关管制限制性商业惯例的问题同另一个国家或多个国家协商时, 它可请求同那些国家进行协商, 以便找出彼此都能接受的解决办法。举行协商时, 有关各国可要求贸发会议秘书长为协商提供共同的议定的会议设施。各国对协商请求应给予充分的考虑, 协商的题目和协商的程序一旦议定, 协商即应在适当的时候进行。如果有关各国同意, 它们应就协商和协商结果撰写一份联合报告, 也可请求贸发会议秘书处协助撰写, 并将报告提交给贸发会议发表。迄今为止, 这一协商机制仅仅用过一次: 在 1980 年代中期, 一个发展中国家以贸发会议秘书处作为中介, 就某发达国家一家制药公司禁止一个发展中邻国在该公司许可之下生产的药品出口问题, 请求与该发达国家进行协商。该发达国家主管部门将此事提请有关制药公司注意, 该制药公司对有关的禁止决定作出了解释答复, 该答复后转交给发展中国家。在非正式协商过程中, 这一事项被提请专家组注意。

20. 另一方面, 《原则和规则》(第 G.3 段)规定, 专家组的任务之一便是“提供场所和方式, 供各国就有关本套原则和规则的事项、特别是就本套原则和规则的执行和取得的经验, 进行双边协商、讨论和交换意见”。这一协商机制为在专家组年会期间对一般性的不同竞争问题的提出、交流经验以及讨论提供了构架。

D. 世贸组织协议下的机制

21. 世贸组织的主持之下也有单独的协商机制(不同于与解决争端程序相联的强制性协商)。根据关贸总协定 1960 年作出的一项决定, 对关于国际贸易中有害的限制性做法的酌情进行双边或多边磋商作出规定; 它规定, 如果缔约国收到协商请求, 应当对这一请求给予同情的考虑, 并对协商给予足够的机会, 以达成相互满意的解决方法。³⁵ 如果该缔约国也认为已经存在有害影响, 它应当采取其认为适当的措施消除这些影响。协商的结果应当通报给世贸组织成员国。第一次使用这一程序是美国和日本关于摄影胶片案的争议, 涉及所称存在影响向各自国内市场进口摄影

胶片的限制性商业惯例(欧洲联盟也要求参与这些协商)。³⁶ 然而,这一协商过程没有进行到底,因此对该案的结果没有任何影响。

22. 根据《服务贸易总协定》,如果另一成员国请求,成员国必须进行协商,以消除服务供应商限制竞争并由此限制服务贸易的某些商业惯例。收到协商请求的成员国应当对请求给予充分和同情性的考虑,并在其国内法允许的情况下以及在就其保密性达成相互满意的协议之后,提供可以公开得到的信息以及其它信息。迄今为止,这一程序没有被使用。收到协商请求的成员国不管是否对所涉的服务部门作出了具体承诺,这一条款都可以适用;但是,它不适用于一些部门中垄断企业和专属服务供应商的行为,因为已对这些部门作出了具体承诺(对这种情况另外规定了磋商以外的程序)。

23. 根据《与贸易有关的知识产权协定》,世贸组织的成员国在考虑对知识产权拥有人实行执法措施时,如果该知识产权拥有者是另一成员国的国民或居民,而且如果目的是为了使其符合有关许可安排方面控制反竞争作法的立法,那么该成员国应当与另一成员国进行协商,另一成员国应当同意进行此类协商。这一协商并不影响依据法律所采取的任何行动,而且任何成员国对最后的决定仍然拥有全部的自由斟酌权。收到进行协商请求的国家应当对请求给予充分和同情的考虑,并且应当在同《服务贸易总协定》类似的条件下提供相关信息。反过来说,如果一个成员国的国民或居民受到另一成员国执法行动的影响,那么前者也可要求与后者进行协商,后者必须同意进行协商。迄今为止,上述两项协商措施均没有被使用过。

E. 影响和建议

24. 考虑到上述说明,专家组不妨研究一下,为什么在现有的多边框架之内有些类型的磋商没有被充分使用,同时考虑到磋商的不同形式和目标(例如关于问题、案例、一般交流经验、协定的规定、宗旨或原则的执行的协商)、体制问题、磋商义务的强制性程度、这种磋商可能产生的预想结果、与同级宴请的可能联系、通知、避免冲突、礼让。

第三章

调停、调解和斡旋

A. 非多边机制

25. 关于竞争法执法问题的双边合作协定都没有就解决争端机制作出规定。³⁷ 自由贸易协定、关税联盟协定或共同市场协定或单一市场协定可能会有适用于所有方面的一般性争端解决机制，但没有就竞争政策具体规定相关机制。然而，美洲的一些自由贸易协定(包括《北美自由贸易协定》和加拿大与智利和哥斯达黎加签署的《自由贸易协定》)都将竞争政策方面的纠纷具体排除在协定所规定的解决争端程序(仅规定强制性程序)或者仲裁之外。与此相似，欧洲自由贸易区国家缔结的规定了仲裁的所有自由贸易协定，都特意把关于竞争政策的条款排除在仲裁范围之外，以求避免仲裁员对于国家竞争主管部门的执行裁决提出质疑，相反，任何此类争端(到目前为止并没有实际发生)通过技术合作、磋商或联合委员会/理事会商议解决，作为最后手段也可诉诸纠正贸易平衡措施。³⁸ 在诸边一级，《1995年经合组织建议书》规定，如果不能在前一章所述协商程序中就纠纷达成令人满意的解决方法，必须就解决争端建立一个调停机制。如果相关成员国同意进行这一调停机制，就应当考虑使用经合组织竞争法和政策委员会的斡旋，以实行调停。经合组织秘书处应当就愿意担当调停人的人编制一份名单。调停的程序与有关国家商议确定。调停产生的任何结论对相关国家都没有约束力。所有调停程序都秘密进行的，除非有关国家商定公开。迄今为止，没有使用这一调停机制。在1987年，曾对1995年经合组织建议书的早先文本进行过审查，结果认为，之所以没有使用这一调停机制，是因为建议书中所规定的通知、交流信息以及协商程序有效地避免或解决了有关冲突。³⁹

B. 多边机制

26. 在多边一级，《原则和规则》(第G.4段)规定，政府间专家组及其附属机构在执行任务时，既不得作为法庭、也不得以其他方式就某项商业交易对个别政府和个别企业的活动和行为作出裁决。当某一项商业交易的企业性争端时，政府间专家组或其他附属机构应当避免卷入。

27. 世贸组织的《解决争端协议》规定，如果争端各方同意，它们可以通过斡旋、调停或调解解决争端；世贸组织总干事长可根据职权就此目的提供服务。⁴⁰ 然而，迄今为止尚未使用过上述程序。设在联合王国的一个独立思想库编制的报告建议，只要有助于加速而不是延误争端的解决，就应更多地设法采用其他可选择的争端解决方法或可以更好地为解决争端进程澄清问题的活动。⁴¹ 在编制本报告期间所采访的一些人都认为，由于发展中国家不能充分参与调解(以及仲裁)程序，调解(以及仲裁)对于发展中国家，只是从理论上来说是一个理想机制。然而，许多人声称，鉴于当前贸易制度的政治现实，在任何争端进程中，发展中国家都可能遭受到来自发达国家的不友好压力与威胁，迫使其放弃对后者提出的投诉案件。

C. 影响和建议

28. 鉴于在此问题上的资料和讨论有限，所以难以判断为何在实施有关或关于竞争政策的国际协定时解决争端机制的存在或使用非常有限。这一情况可能会是由于下述情况造成的：(a) 在此方面承诺进行合作是自愿性的，或者当事方在是否或如何在具体案件中进行合作拥有非常广泛的自主斟酌权，从而使得一方难以证明对方违反了此类协定；(b) 当事方比较愿意通过非正式和私下的双边协商和谈判来解决争端，而不是通过较为正式的、涉及第三方的诸边机制来解决；(c) 任何双边协商非常有效，从而使得争端的原因不复存在；(d) 各国政府不愿意让国际上监督各国的执法决定：换言之，主权担心；以及/或(e) 就调停、调解或斡旋而言，怀疑由第三方参与而产生没有约束力的建议在解决当事双方所不能解决的争端方面到底有多大效用。

29. 然而，调停、调解或斡旋是否有效，不应当与强制性的争端解决机制相比较，而应当与下述情况相比较：如果在这一领域方面根本没有任何解决争端的程序，那将会出现什么情况。

30. 各国政府不愿意使主权受制于国际管制，让后者对其竞争执行决定进行审议，就此而言，它们可能会较愿意同意接受自愿性的程序及其无约束力的建议，同时这一程序也会比裁决程序更少引起公众注意。如果“败诉”一方的政府接受此类无约束力的建议，这将会使得它们有机会来表示它们愿意合作的诚信，而不会造成任何先例。此外，对于许多国家、特别是发展中国家来说，第三方卷入以及调停者

或调解者所拥有的根据衡平法或其他考虑来提出建议的权利，可能会缓解另一方的谈判地位较弱、较为缺乏专门知识或资源的困境，同时也会缓解合作承诺所具有的主要是自愿性或自由斟酌的性质。还有人建议，调解在贸易和竞争方面特别有利，因为它是自愿和非正式性的，因此更有利于协调各方的利益(而不是强迫行使权利)和调解后保持合作关系，同时考虑到国家当局在竞争法的执行中合作的重要性；但是，它像磋商一样有其不足之处：参加者可能在任何时候放弃这一进程，或者将其作为“摸底调查”，获取信息，或者作为一种拖延战术，而且这个进程的结果通常是没有约束力的。⁴² 无论如何，不应当认为通过外交途径解决争端和通过强制途径解决争端这两种方法是相互冲突的，而应当认为它们是一系列选择方法(包括同级审评或协商)中的两个方法，而所有这些方法都可以用来促进加强有关竞争法和竞争政策方面双方同意的多边合作。

31. 然而，鉴于在此领域使用上述方法的经验有限，必须进行广泛讨论，才能清楚了解这些方法目前为什么没有被采用、如何将其改进成适用于竞争政策的具体情况(例如如何保护机密信息)、以及在此方面如何考虑发展中国家的需求与关注。这将不影响关于是否可以采用竞争政策多边框架及其内容如何的悬而未决的决定，或者是关于这一多边框架的规定是否应当成为有约束力的解决争端机制。政府间专家组的协商机制将为上述讨论提出一个合适的论坛。[†]

¹ 见贸发会议，《竞争法和竞争政策问题政府间专家组第四届会议报告》(TD/B/COM.2/42, TD/B/COM.2/CLP/32)，议定结论，第4段。

² 见贸发会议，《竞争法和竞争政策问题政府间专家组第五届会议报告》(TD/B/COM.2/52, TD/B/COM.2/CLP/39)，议定结论，第3段。

³ 见贸发会议，《竞争法和竞争政策问题政府间专家组第六届会议报告》(TD/B/COM.2/48)，议定结论，第2段。收到了印度尼西亚和日本政府以及经合组织秘书处关于报告的书面评论。

⁴ 见会议通过的决议第10段，载于UNCTAD(2005)，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日在土耳其安塔利亚举行，(TD/RBP/CONF.6/15)。收到了加拿大和美国政府与本报告前一版本有关的书面意见。

[†] 美国政府认为这一句已经过时，不再相关，因此建议删除。

⁵ 同上。审评参考了贸发会议的两份报告：“竞争政策自愿同级审评：牙买加”（UNCTAD/DICT/CLP/2005/5）和“竞争政策自愿同级审评：肯尼亚”（UNCTAD/DICT/CLP/2005/6）。

⁶ 这些机制通常被统称为解决争端的外交方法，而不是强制性的解决争端方法。“调解”或“调停”这两个术语指的是，一项争端的当事方在第三人或机构的协助之下达成友好解决办法的方法。这两个术语是可以互换的，尽管调停通常是在正式的机构环境下进行，而调解却不一定就是这样。第三方所作出的建议可能不仅仅是基于法律之上，而且也可能是根据衡平法或其他考虑作出。这两项方法与“斡旋”（第三方作出努力使争端的当事方开始谈判，而第三方本身却不参加谈判或提出建议）之间的区别则较为明显，尽管目前在使用这些术语方面仍然存在一些混乱情况。当事人采取这些程序可能会是由于当事方事先已经承担的条约义务，或者也可能是在争端发生之后由双方接受的。但是无论如何，当事人是否接受上述程序的结果（包括调停者或调解者所作出的任何建议），总是完全建立在自愿基础上的。

⁷ 然而，谈判可能在某种程序上类似于协商，而后者在本研究报告中有所论述。由于调查可能会导致各国竞争事务主管部门进行的实地调查中出现“胡猜乱想”，所以调查这一方法在竞争政策领域中可能是不适当的。但是应当把作为解决争端的一个特定方法的调查与调查的进程相予以区别，因为进行裁决、仲裁或调停的机构必须进行调查，才能够解决争端的问题。例如，载于 1994 年于马拉喀什签署的《关于设立世界贸易组织的马拉喀什协定》（《马拉喀什协定》）附件二的《关于解决争端的规则与程序的谅解》（《规则与程序谅解》）就规定，世贸组织专家小组可以要求得到信息，如果没有得到相应合作，便可以就不合作作出不利推定。

⁸ 见非洲联盟，非统组织国家元首和政府首脑大会第三十八届一般性会议，《非洲同行审议机制》，2002 年 7 月 8 日，南非德班。

⁹ 见经合组织，贸易与竞争联合小组，《同级审评的实际模式：在竞争的多边框架内》，CCNM/GF/COMP/TR(2003)10。

¹⁰ 同上。

¹¹ 同上。

¹² 见经合组织，《南非的竞争法和竞争政策》。

¹³ 见南非竞争委员会的网站：<http://www.compcom.co.za/resources/Media>。这些建议除其他外，特别有关与其他政府监管部门实施决定，以确保在监管部门前后连贯地实施竞争政策、对非合并问题以及鼓励竞争等问题给予更多注意、以及增加资源和培训。

¹⁴ 见经合组织，《贸易和竞争 - 从多哈至坎昆》，经合组织，巴黎，2003 年。

-
- ¹⁵ 见《马拉喀什协定》附件三。
- ¹⁶ 见世贸组织贸易和竞争政策之间的相互作用工作组，《2001年7月5日至6日会议的报告》，WT/WGTCP/M15，第80段。
- ¹⁷ 见CCNM/GF/COMP/TR(2003)10。
- ¹⁸ 见A.Boormann和G.Koopmann，《使贸发组织贸易政策审议适合发展中国家的需求：出发的观点和选择》，汉堡国际经济学学院，2002年，为德国联邦经济合作与发展部编制的研究报告。
- ¹⁹ 见CCNM/GF/COMP/TR(2003)10。
- ²⁰ 见世贸组织贸易和竞争政策之间的相互作用工作组，《加拿大的来文》，WP/WCTCP/W/226。
- ²¹ 见经合组织，贸易和竞争，同前。
- ²² 见WT/WGTCP/M/22,澳大利亚、巴西、加拿大、欧洲共同体及其成员国、日本、大韩民国、瑞士、中国台湾省和美国的发言，分别载于第62、72、74-83、80-82、91-93和95-96段；欧洲共同体及其成员国、美国、大韩民国、日本和经合组织的来文，分别载于WT/WGTCP/W/229, 233, 235, 236和243/244号文件。
- ²³ 见WT/WGTCP/M/22,埃及、印度、香港(中国)和尼日利亚的发言，分别载于第84、88-89、94和100段。
- ²⁴ 见贸发会议，《在竞争政策方面更加更加紧密地多边合作：2002年3月21日至4月26日多哈后任务的第四届区域研讨会综合报告》。
- ²⁵ 见TD/B/COM.2/CLP/48，第16段，其中列有磋商会议主席有关此项议题的总结。
- ²⁶ 主席关于两次审评期间议事工作的摘要见报告(TD/RBP/CONF.6/15)第35至49段。
- ²⁷ 《美利坚合众国政府和日本政府关于反竞争活动方面合作的协定》(华盛顿特区，1999年10月7日)。
- ²⁸ 《美利坚合众国政府与巴西联邦共和国政府关于竞争事务主管部门在实施竞争法方面的合作协定》(华盛顿特区，1999年10月26日)。
- ²⁹ 《美利坚合众国政府与欧洲共同体委员会关于其各自竞争法适用问题的协定》(华盛顿特区，1991年9月23日，1995年4月10日生效)。
- ³⁰ 《加拿大政府和哥斯达黎加共和国政府关于自由贸易的协定》(渥太华，2001年4月23日)。

³¹ 《美利坚合众国政府、加拿大政府以及墨西哥合众国政府关于北美自由贸易协定》(华盛顿特区, 1992年12月8日及17日; 渥太华, 1992年12月11日及17日; 墨西哥城, 1992年12月14日和17日)。《加拿大智利自由贸易协定》(渥太华, 1996年11月14日; 1997年6月1日生效)。

³² 见贸发会议《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.1。

³³ 见《欧洲共同体及其成员国与南非共和国的贸易、发展和合作协定》, 1999年。

³⁴ 《理事会关于成员国之间就影响国际贸易的反竞争作法方面的合作之修改建议》, 1995年7月27日和28日, C(95)130/FINAL。

³⁵ 关贸总协定1960年11月18日《关于限制性商业惯例协商的安排的决定》, 现已纳入1994关贸总协定之中。

³⁶ 这种程序是美国和日本首次启用的, 涉及指称的限制性商业惯例影响了进入各自市场的该产品进口(欧盟也要求加入这些磋商)。但是, 磋商没有进行下去, 对案件结果也没有发生影响。《日本: 影响消费者摄影胶片和相纸的措施》(WT/DS44/R.1998年3月31日)。

³⁷ 中国和俄罗斯联邦之间签订的合作协定规定, 如果因为协定而产生任何差异或纠纷, 两国政府应当采取合理努力以友好解决这些差异和争议。见《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于在反不正当竞争和反垄断领域的合作的协定》, 1996年4月25日, 第6条。

³⁸ 瑞士的来文, 竞争法和竞争政策政府间专家组第六届会议。

³⁹ 见经合组织, 《竞争政策和国际贸易: 合作文书》, 巴黎, 1987年。

⁴⁰ 见《解决争端协议》第5条。

⁴¹ 见联邦教育与研究信用基金会, 《增进世贸组织的《解决争端协议》: 工作组的报告》, 2002年, 网址: <http://www.fedtrust.co.uk/Media>。

⁴² 见世贸组织贸易和竞争政策相互作用问题工作组, 《经合组织的来文——竞争问题多边框架中可能的履约机制概述》, WT/WGTCP/W/240。