



美国司法部

反托拉斯执法中的司法审查与正当程序

ROGER ALFORD

司法部助理副部长
反托拉斯局
美国司法部

在

宾夕法尼亚大学/对外经济贸易大学会议：
反托拉斯法中的正当程序：中国、欧洲和美国

中国北京

2018年6月30日

I. 引言

今天，我很高兴地来到这里讨论反托拉斯法执法中的程序公正问题。我感谢黄勇教授、Thomas Fetzer 教授和 Christopher Yoo 教授主持这次活动并邀请我参加。我对他们的努力表示赞赏，并欢迎就这一重要话题展开进一步的学术研究。到目前为止，今天的讨论非常有趣，我很高兴能够代表美国反托拉斯局补充新观点。

程序公正是世界各地竞争管理机构重点关注的一个问题。它一直是经合组织竞争委员会和国际竞争网络 (ICN) 内多次谈论的话题。这是 Makan Delrahim 作为助理司法部长首次在中国演讲的主题，¹也是我担任副助理司法部长以来在中国第一次演讲的重点。

在我们与中国同行进行的许多讨论中，包括今年年初的美中联合对话，程序公正也是重要的组成部分，我们在对话中与中国司法机构和同行就此问题进行了多次会晤。我们期待继续进行这种讨论，并在前几届政府启动的交流的基础上再接再厉，例如 2016 年 8 月在中国举行的第一次美中司法对话。

作为反托拉斯局的常驻法律教授，让我首先讨论促进程序公正的法理基础。正如 Ronald Dworkin 在《法律帝国》中所述，正当的程序是一种“裁决完整性”，要求“法院和类似机构使用保证合理准确程度的证据、发现和审查程序，并以处于那种情形的人应该得到的对待方式对待被告人。”²

好消息是，在观察竞争管理机构如何执行反托拉斯法时，我们都会由衷地赞赏关于核心程序规范的共同信念。竞争机构承认我们之间存在多样性，但赞成利用一套共同的做法寻求执行反托拉斯法的一致途径。而且，我们通常善于分辨两种公司，即遭遇

¹Makan Delrahim, “国际反托拉斯政策：经济自由与法治，”（2017 年 10 月 27 日），<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-new-york-university-school-law>.

² RONALD DWORKIN, 《法律帝国》，第 164-65, 167 页 (1986).

严重正当程序违规的公司与遭受程序性“伤害”、导致它们会以一种让世界杯足球运动员引以为傲的方式“假摔”的公司。³

II. 司法审查的重要性

今天，我想讨论程序公正的一个方面，那就是司法审查在反托拉斯法执法中的重要性，几乎每个人都赞同这方面的公正性。让我首先讨论美国司法审查和权力分立的传统，尽管在历史上它绝不是美国所独有的。

权力分立一直是美国反托拉斯法执法的关键。在 1890 年 3 月 21 日引入《谢尔曼法》时，参议员 John Sherman “援引国民政府的权力”... 通过要求“司法部长...以美国的名义开始和起诉所有此类诉讼，以进行最终判决和执行来限制非法合并”。⁴虽然他认为这种合并“对任何古代或现代文明国家的任何法典而言都是非法的”，⁵但他承认法院必须界定该法典的边界。他承认：“很难用法律语言来定义合法和非法合并之间的确切界限。这必须留给法院在每个特定案件中确定。我们作为立法者所能做的就是宣布一般原则，我们很放心法院将应用这些原则来贯彻法律的意义。”⁶

参议员 John Sherman 在参议院发表的讲话中简明扼要地总结了反托拉斯执法中的权力分立。立法部门规定其禁止非法合并的观点，行政部门通过启动诉讼限制这种合并执行该权力，司法部门解释法律以确定合法和非法合并之间的确切界限，从而对执法者进行审查。

在反托拉斯背景下对权力分立的这种承诺，是在美国宪法框架中对司法审查更广泛理解的一部分。在美国最高法院成立时代的 *Marbury 诉 Madison* 这个具有里程碑意义的案件中，首席大法官 John Marshall 发表了著名的宣告：“司法部门主要的职权和义务是解释法律的内涵。那些将规则应用于特定案件的人必须阐明和解释这些规则。”⁷该声明的依据是行政部门在执法方面的作用。强调司法部的职责和责任是援引

³Geoff Foster, “世界杯假摔排行榜”, 《华尔街日报》, (2014 年 6 月 27 日), 网址: <https://www.wsj.com/articles/the-world-rankings-of-flopping-1403660175>.

⁴ 21 美国国会记录 2456 (1890)。

⁵ 同上。

⁶ 同上 2460

⁷ *Marbury 诉 Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

国家政府执行法律的权力，包括反托拉斯法。由于只有案件和争议会受到司法审查，作为执法者，我们反托拉斯局通过质疑某些兼并且采取我们善意推断会导致反竞争伤害的行为来行使我们的自由裁量权，从而提供关键的“守门”功能。将联邦执法行动和对该行动的司法审查相结合是美国反托拉斯法执法中权力共享的实质。

这样的声明可能看起来非常基本，以至于几乎不值得宣布。但它们反映了反托拉斯法执法中司法审查的宪法原则。

现在让我从国际角度讨论这个问题。独立法院的司法审查可以成为反垄断法执法的重要检查点。ICN 指导原则承认司法审查的重要性，指出“诉讼机构执法程序应包括寻求独立司法机构公正审查的权利”。⁸本声明与一般国际规范相符。联合国已经确认“每个人都有权利通过既定的法律程序接受普通法院或法庭的审判。”⁹至于司法独立，联合国已宣布：

司法机关的独立性应由国家保障.... 司法机关应根据事实，依法公正判决事项，不受任何机构部门或出于任何理由直接或间接限制、不当影响、诱导、压力、威胁或干涉。¹⁰

在反托拉斯的背景下，独立法院的司法审查有许多好处。

首先，对多个案例的司法审查有助于促进稳定性和连续性。这种稳定性为企业和消费者提供了高度自信地制定计划和做出投资决策所需的可预测性。正如我上次在中国发言时所说的那样，“明确的指导将令商业取得发展，而不清晰的决定将令其萎缩。”¹¹

⁸竞争机构执法中 ICN 程序公平性指导原则（2018 年 3 月），网址：
<http://icn2018delhi.in/images/AEWG-Guiding-Principles-4PF.pdf>

⁹联合国关于司法独立的基本原则，联合国关于预防犯罪和处理罪犯的第七届会议大会决议，40/32，第 5 条，（1985 年 11 月 29 日）。

¹⁰同上第 1-2 条；另参见国际法律家委员会，《法官、律师和检察官独立性和问责国际原则：实务指南》（2007）。

¹¹ Roger Alford, “驶上正确的航程：在竞争法执法中提升透明度和程序的公正性”（2017 年 8 月 30 日），<https://www.justice.gov/opa/speech/file/994671/download>。

对于竞争法，司法机构具有一项共同的法律使命，即应用和制订法律、识别和适应变化的环境并积累经验。¹²从这个意义上说，司法审查促进了法律的逐步发展，对基于革命冲动的长期实践的挑战起到了调节作用。用 Edmund Burke 的话来说，以这种方式分配权力，“对所有轻率的决议进行有用的抑制[并且]使审议不成为选择，而是必要...使全部改变成为妥协的主题，这自然会导致适度。”¹³变革的动力是通过分享权力来缓和的。

其次，司法审查提高了竞争管理机构的可信度和合法性。通过独立法院对机构决策进行司法审查，竞争管理机构将提升其声誉，坚持反垄断法执法和基本程序规范。这意味着竞争管理机构只会处理它们认为可以获胜的案件。这也意味着，即使在上诉审查后它们没有成功，也表现出对法治的尊重。如果说竞争管理机构的声誉即使在其败诉时也会得到提升，这听起来和直觉相反，但从根本上讲，这是正确的。

司法审查的最终好处是，有时它可能产生的结果比机构自身能产生的结果更准确。让竞争管理机构接受司法审查可以增强机构对确保正确结果的激励。它还能在决策过程中提供额外的分析层。

III. 有意义的司法审查

如果法院要在反托拉斯法执法中发挥其促进法治的重要作用，那么各方必须具有有意义的司法追索权。这意味着被告可以进入法院而不会遭遇不合理的程序障碍或延误。这也意味着法院是独立和公正的，没有腐败和不正当的政府影响。

各方必须认为，他们有真正的自由来质疑不利的决定而不会造成不应有的负担。如果寻求审查的障碍太大，那么即使是最独立和公正的法院也没什么价值。

¹² State Oil Co. 诉 Khan, 522 U.S. 3, 20-21 (1997); National Soc. Of Professional Engineers 诉. United States, 435 U.S. 679, 688 (1978); William F. Baxter, 权力的分离、检控酌情权以及反垄断法的“普通法”性质, 60 《德克萨斯法律评论》. 661 (1982).

¹³ Edmund Burke, “对法国大革命(1791)的思考”; 总体参考Cass Sunstein, *Burkean Minimalism*, 105 《密歇根法律评论》. 353, 372-374 (2006); Ernest Young, “重新发现保守主义: 伯克的政治理论与宪法解释”, 72 《北卡罗莱纳法律评论》. 619, 674-681 (1994).

及时解决争议也是反托拉斯法执法的基本准则。当然，有时延迟的根源超出了政府的控制范围，各方没有机会抱怨自己的战略惰性。但除此之外，竞争管理机构和法院有责任在合理的时间内解决案件。

第三，司法审查只有在由独立、公正和称职的法官实施时才有意义。如果法院腐败或被操纵，那么知道代理诉讼受司法审查的影响是微乎其微的。调查表明，司法独立和诉诸司法的范围很广，一些法院完全独立于政府的影响力，而其他法院只是名义上的独立。¹⁴

总而言之，有意义的司法审查的这些重要支柱能够支持法院在促进法治方面发挥应有作用的制度。

IV. 中国和司法审查

中国近年来在提升法治方面，包括在反垄断法执法方面，发生了很大的变化。中国的《反垄断法》才颁布了十年，竞争法现已成为中国经济立法的基本组成部分。今天，中国已经建立了积极的反托拉斯法执法机制，为我们提供了可喜的合作机会。我们一直在密切关注中国的发展，并期待在未来几年与中国国家市场监督管理总局 (SAMR) 的同行合作。新竞争机构的成立和竞争法的修订为中国提供了一个加倍致力于基本正当程序的绝佳机会。

中国的司法制度正在发展成为一种职业。学者们已经注意到，今天的中国法官比现代中国历史上任何其他法官都更合格，并且接受了更好的训练。¹⁵司法工作申请者现在必须达到更高的教育标准，通过统一的国家考试，并在上岗前接受培训。类似于许多欧洲国家的法官，他们从职业生涯的早期阶段就开始走上司法道路，并在司法体系内逐步缓慢上升。¹⁶

¹⁴世界经济论坛、全球竞争力报告、司法独立 (2017-18)；世界正义工程、法治指数，38 (2017-18)，
查看网址：<https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2017%E2%80%932018>.

¹⁵ KWAI HANG NG AND XIN HE, EMBEDDED COURTS: JUDICIAL DECISION-MAKING IN CHINA, 66-82, 194-201 (2017).

¹⁶ 同上。

正如学者们最近指出的那样，特别是在大城市，中国法官拥有以专业的方式履行职责所需的财政资源和必要工作人员。中国法官正在形成一种职业认同，包括（1）法律专业知识；（2）依据法律作出判决；（3）证据分析和司法写作技巧；（4）获取更多法律研究和文书帮助。¹⁷

特别是在商业和竞争案件中，更加注重基于规则的司法决策是一项有价值的发展。

在这方面，值得强调的是，最高人民法院正在率先进行司法改革。正如中国最高人民法院副院长陶凯元女士在布鲁金斯学会发表讲话时所说，“要在各方面完成建设小康社会，必须强调法治”。¹⁸中国法律制度的改革是这项努力的关键部分，因为正如她所说，“司法公正是社会正义的最重要指标，司法不公正是对社会正义的打击…… [司法改革]的目的是让人们在任何司法案件中都感到公平和公正。”¹⁹

在我们最近于2月份进行的一次联合对话中，我们有幸与陶女士和她在最高人民法院的一些同事会面。反托拉斯局大力支持他们在中国法律体系中促进法治和司法改革的努力。我们热烈期待继续进行中美两国自2016年8月开始的司法对话，期待与我们的中国同事讨论上述和类似的发展。

司法专业化的实现和司法独立的保障是每个政府的一项有价值的使命。

V. 促进反托拉斯法执法中的程序正当

总之，正如我之前提到的，司法审查是一项更大举措的一个方面，旨在促进反托拉斯法执法中的程序正当。随着近140个竞争机构的设立和国际贸易的增加，

¹⁷ 同上 198.

¹⁸ 陶凯元女士，“中国的法治”，布鲁金斯学会，(2015年1月28日)，查看网址：<https://www.brookings.edu/events/rule-of-law-in-china-speech-by-madame-cao-kaiyuan-vice-president-of-chinas-supreme-peoples-court/>.

¹⁹ 同上。

我们需要共享一系列共同原则，为个人和企业提供调查和执法的正当程序，这一点越来越重要。

我们对经合组织和国际竞争网络在促进正当程序方面的重要工作感到鼓舞。我们将积极支持这些组织的每一项努力，以强调程序公正的重要性。这包括采纳 ICN 推荐的实践和 OECD 建议来解决程序公平问题。

同时也意味着探索促进竞争管理机构正当程序的新方法。在这方面，正如助理司法部副部长 Delrahim 于 2018 年 6 月 1 日宣布的那样，我们最近开始与全球竞争管理机构讨论竞争调查和执法程序多边框架 (“MFP”)。²⁰正如助理司法部副部长 Delrahim 所讨论的那样，MFP“向全世界的每个竞争管理机构开放”，谈判正在“以很快的速度形成强有力的文件”，其中包括“来自其他方面的包容性意见”。²¹

本月早些时候，我们在巴黎经合组织峰会上进行了会见，讨论了反映基本实践共同核心的草案。我们一直在努力与来自普通法和民法背景的机构合作，修改草案，以纳入变革并将承诺置于不同的背景之中。我们有信心认为 MFP 巴黎草案准确地反映了世界各地领先竞争机构现行实践的共同核心。

MFP 将作为与竞争管理机构继续讨论的基础，竞争管理机构表示有兴趣为其结论进行谈判。我们的目标是继续与竞争管理机构联系，鼓励他们加入这一进程，并在未来几个月内促进任何必要的谈判。

我们欢迎并期待在方便的时候与 SAMR 的中国同行以及来自世界各地的其他竞争管理机构讨论 MFP。

谢谢大家。

²⁰ Makan Delrahim, “程序正当性的新思考：反托拉斯执法程序的多边框架”——在华盛顿哥伦比亚特区外交关系委员会的讲话（2018 年 1 月）<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1067582/download>.

²¹ 同上。