

经营者集中的效率抗辩 法律问题研究

应品广◎著

 吉林大学出版社
JILIN UNIVERSITY PRESS

经营者集中的效率抗辩

法律问题研究

应品广◎著

134

DS184.04

图书在版编目(CIP)数据

经营者集中的效率抗辩法律问题研究 / 应品广著. —长春: 吉林大学出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5601-7932-2

I. ①经… II. ①应… III. ①经济法—研究—中国 IV. ①D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 257698 号

书 名: 经营者集中的效率抗辩法律问题研究

作 者: 应品广 著

责任编辑、责任校对: 陈颂琴 王洋

吉林大学出版社出版、发行

开本: 787×1092 毫米 1/16

印张: 9.125 字数: 182 千字

ISBN 978-7-5601-7932-2

封面设计: 刘 瑜

长春市兴华印刷厂 印刷

2011 年 12 月 第 1 版

2011 年 12 月 第 1 次印刷

定价: 20.00 元

版权所有 翻印必究

社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431—89580026/28/29

网址: <http://www.jlup.com.cn>

E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

内容提要

“效率”不仅是经济学研究的重要主题，也是法学研究的基本价值取向之一。长久以来，法学研究特别是竞争法领域对“效率”问题的研究主要集中于对其法价值和法目标的探讨，鲜有对与效率有关的具体制度展开论述。在我国《反垄断法》已经颁布并付诸实施的今天，具体制度的构建和解释开始显得日益重要。而恰恰是对于经营者集中的效率抗辩这一反垄断法上的重要制度，我国的法学界还未展开系统研究，很多问题仍然处于空白阶段。

经营者集中的效率抗辩，顾名思义，就是指经营者通过证明集中的效率效果足以抵消或超过反竞争效果而获得反垄断豁免。本书通过比较研究和案例研究等方法，对效率抗辩的经济学分析基础以及效率抗辩在主要国家和地区的历史演变进行了回顾和展望，得出的基本结论是：在经济学领域，对于集中是否会产生效率的理论论争和研究，经历了从完全否定、积极肯定到修正性肯定的过程；在法学领域，在立法、指南和司法实践中接受效率抗辩也已经是一个普遍的趋势，同时伴随着这种趋势的，是在集中规制中越来越重视对消费者利益的保护。

在效率抗辩法律适用的福利标准问题上，目前主要存在四种福利标准，分别为价格标准、消费者剩余标准、总剩余标准和平衡权重标准。效率抗辩的法律适用则一般需考虑以下五个条件：效率是否为集中所特有；效率的可证实性；效率实现的及时性；效率的提高不能来源于反竞争的产出或服务减少、质量和选择的降低；效率抗辩不得在垄断或接近垄断的集中案件中适用。而要构成一项成功的效率抗辩，亦须满足以下三个要件：经营者集中已被证明初步违法；满足效率抗辩的适用条件；具有足够的证据表明效率的提高足以抵消或超过反竞争损失。在证明标准的多元化趋势下，对效率抗辩中效率的举证也应存在不同的具体适用标准，即在确立效率抗辩“高度盖然性”证明标准的前提下，可以采用定量分析和定性分析两种方法以及同步增长法则。在效率抗辩的举证责任分配问题上，则由参与集中的经营者负责证明效率的提高足以抵消或超过反竞争影响；但是关于效率的证据除了来源于经营者自身提供的证明外，还可以来源于外部专家和第三方的证明，以及反垄断执法机构或法院主动搜集的证据。

在我国建立经营者集中的效率抗辩法律制度不仅具有必要性，也具有可

行性。引入效率抗辩不仅是对效率抗辩的世界发展趋势的有效回应，也能对我国的市场经济现状产生有益影响；不仅能够为企业特别是民营企业的自由联合和集中创造更加有利的条件，也能够为形成有序高效的市场经济环境创造条件。而且效率抗辩属于竞争政策的范畴，在壮大本国企业竞争力的问题上，能够通过竞争政策解决的，不应过多地求助于产业政策。此外，效率抗辩的引入，也是对我国过度竞争现象的一种有效缓解，并且是竞争文化建设的一项重要内容。但是，面对我国现有反垄断体系的模糊性和程序缺失性，以及效率抗辩法律适用的不确定性，必须尽快建立起一套高效可预期的经营者集中反垄断审查机制。

对于我国而言，在反垄断法多元立法目标的基础上，应明确社会整体利益为反垄断法终极目标。在效率抗辩的福利标准问题上，应确立“社会本位基础上消费者福利导向的平衡权重标准”。在制度建设上，应通过指南明确效率抗辩的举证责任分配，列举效率的种类以及各自需要证明的要素，并结合我国现有立法实际建立效率抗辩的混合分析模式，以便能够对效率进行常规性的考察。此外，效率抗辩法律制度的有效确立，还需其他相关制度的积极配合。这包括但不限于反垄断领域的事前申报制度、非正式程序制度和司法制度，以及更广泛意义上公平有效的市场竞争平台的建立等。

Abstract

The efficiency defense of business combination refers to the process launched by the operators to demonstrate that the efficiency gains arising from the consolidation are greater than or offset the anticompetitive effects, and the operators hereby are entitled to obtain the antimonopoly exemption. By applying such approaches as comparative studies and case studies, this book reviews the economic analyses on efficiency defense and the history evolution of efficiency defense in main countries and regions. The basic conclusion drawn is that in the fields of economics, the theoretical debates and researches on whether the consolidation will produce efficiency has experienced a transformation of attitudes from totally negative, affirmative positive to revised positive, and in the fields of law, there has been a general trend to accept efficiency defense in legislations, guidelines and judicial practices. Along with this trend, more and more emphasis has been put on the protection of the interests of consumers during the regulation of business combination.

By far, there are mainly four types of welfare standards in terms of the application of efficiency defense and they can be classified respectively as price standard, consumer surplus standard, total surplus standard and balancing weights standard. Besides, the application of efficiency defense is generally required to satisfy the following five conditions; the efficiencies must be mergerspecific; the alleged efficiencies must be verifiable; the efficiencies must be timely to overcome anticompetitive effects; the efficiencies must not grow out of an anticompetitive reduction in output, service, quality and selection; the efficiencies will almost never justify a consolidation to monopoly or nearmonopoly. In order to constitute a successful efficiency defense, it also needs to meet the following three elements; the consolidation has been proved *prima facie* illegal; the efficiencies alleged meet the application conditions of efficiency defense; there has been sufficient evidences to prove that the efficiencies alleged are greater than or offset the anticompetitive effects. Considering that the diversity of standard of proof has been an irreversible trend, there shall also be different specific standards for the verification of efficiencies in efficiency defense. That is, under the premise of establishing a standard of proof namely high degree of probability, the approaches of quantitative analysis and qualitative analysis as well as the sliding scale approach can be applied. On the allocation of burden of proof, the op-

erators involved in consolidation shall bear the burden of proving the efficiencies alleged are greater than or offset the anticompetitive effects. However, besides the ones provided by the operators, the evidences regarding the efficiencies can also be derived from testimonies of external experts and third parties, as well as the ones collected by the antimonopoly law enforcement agencies and the courts.

In general, it is not only necessary but also feasible to set up legal system of efficiency defense in China. The introduction of efficiency defense will not only be an effective response to the development trend of efficiency defense throughout the world, but also a beneficial impact to our country's development of market economy. It will not only create more favorable conditions for enterprises, especially private enterprises, to combine and concentrate freely, but also create advantageous conditions for the formation of orderly and efficient market economy. Moreover, the efficiency defense belongs to the scope of competition policies. In the issue of strengthening the competitiveness of domestic enterprises, it shall not resort too much to industrial policies while the application of competition policies is sufficient to solve relevant problems. Furthermore, the introduction of efficiency defense can help to mitigate the excessive competition in our country and constitute an important element in construction of competitive culture.

Nevertheless, in the face of ambiguity and deficiency of China's antimonopoly legal system, and the uncertainty of application of efficiency defense, it is urgent to establish a set of efficient and predictable antimonopoly review mechanisms concerning business combination. On the basis of the multiple objects of the Antimonopoly Law, it needs to clarify that the ultimate goal of the Antimonopoly Law is to protect and promote the interests of society as a whole. On the welfare standard of efficiency defense, it needs to establish a balancing weights standard that is society – based and consumer welfare oriented. On the construction of relevant systems, it needs to specify the allocation of burden of proof for efficiency defense, enumerate available types of efficiencies and the respective elements required to prove such efficiencies, and in line with the provisions of the Antimonopoly Law, adopt the hybrid approach of efficiency defense with a view to make efficiency gains a regular part of merger review. In addition, an effective legal system on efficiency defense needs active cooperation with other relevant systems, which include, but is not limited to the notification system, informal procedures and judicial system in the fields of anti – monopoly law. Finally, it is also very important to establish a fair and effective competition platform for all of the operators.

目 录

综 述	1
第一章 绪 论	13
第一节 引 言	13
第二节 相关概念的界定	14
一、经营者集中	14
二、效率	15
三、效率抗辩	17
第二章 效率抗辩的基础研究	19
第一节 效率抗辩的经济学基础	19
一、经营者集中的双重属性：反竞争与效率	19
二、集中效率的理论论争	23
第二节 效率抗辩的历史演进：立法与判例	28
一、效率抗辩在美国的历史演进	28
二、效率抗辩在欧盟的历史演进	31
三、效率抗辩在加拿大的历史演进	34
四、小 结	38
第三章 效率抗辩的福利标准和适用条件	41
第一节 效率抗辩的福利标准	41
一、价格标准	41
二、消费者剩余标准	42
三、总剩余标准	44
四、平衡权重标准	46
第二节 效率抗辩的适用条件	47

一、效率是否必须为集中所特有	48
二、效率的可证实性	49
三、效率的及时性	53
四、不来源于反竞争的产出或服务减少	54
五、在垄断或接近垄断的集中案件中是否适用	54

第四章 效率抗辩的构成要件、证明标准与举证责任分配

56

第一节 效率抗辩的构成要件	56
一、初步违法	56
二、满足适用条件	58
三、足以抵消反竞争损失	58
第二节 效率抗辩的证明标准	59
一、证明标准的多元化	59
二、证明标准的具体化	60
三、证据来源	62
第三节 效率抗辩的举证责任分配	64
一、举证责任的分配	64
二、举证责任分配的内容	65

第五章 效率抗辩的引入：本土化的尝试

68

第一节 必要性论证：一个比较考察的分析框架	68
一、是否承认效率抗辩的争议与困难的克服	68
二、引入效率抗辩是世界各国的发展趋势	69
三、引入效率抗辩是对我国市场经济现状的有益回应	71
四、引入效率抗辩是竞争文化建设的重要内容	74
第二节 我国反垄断法的“效率”内涵	75
一、效率：我国反垄断法的目标之一	75
二、社会本位基础上的消费者福利导向：多元目标冲突的一个解决模式	75
三、对我国反垄断法与效率抗辩有关的第 27 条至 30 条的解读	78
第三节 效率抗辩的不确定性及其克服	83
一、效率抗辩不确定性的根源与表现	83

二、效率抗辩不确定性的克服	93
第四节 效率抗辩程序的启动和展开	97
一、经营者集中反垄断执法的程序体系	97
二、效率抗辩程序的启动与展开	100
第五节 我国反垄断法效率抗辩法律适用基本框架	104
 第六章 可口可乐收购汇源案的法学思考：以效率为主要视角	107
第一节 可口可乐收购汇源案引发的争议	107
第二节 可口可乐收购汇源案的反垄断法分析	109
一、相关市场及市场控制力分析	109
二、市场进入分析	110
三、效率抗辩分析	112
第三节 可口可乐收购汇源案的初步结论与进一步思考	114
一、初步结论：合法而不合理	114
二、进一步思考	115
 第七章 结 语	117
 参考文献	119
 后 记	127

综 述

一、本书的研究意义

第一,“效率”作为一种价值或目标在我国法学研究中尽管讨论颇多,但是从“效率抗辩法律制度”的角度对效率问题展开研究,在我国尚没有系统展开,存在巨大的开拓空间。

第二,“垄断”具有双重性质,一方面能够提高效率,另一方面也可能导致增加市场势力,损害消费者福利。因此反垄断法需要对两者进行权衡,而前提是必须对效率和效率抗辩有一个清晰的认识。

第三,效率和效率抗辩问题是法经济学的一个重要内容,对经营者集中的效率抗辩问题进行研究,能够极大地丰富法经济学的内容。

第四,从国外的发展趋势来看,已经逐步从不承认效率抗辩到承认效率抗辩,并且已经对如何进行效率抗辩展开研究和探讨,而我国对这方面的研究还相当匮乏;对这个问题展开研究,能够给我国反垄断法的实施带来极大的启示。

第五,效率抗辩与多重因素相关联,比如经济民族主义问题、产业政策问题、外资并购问题等,这些问题对于我国现阶段而言都是突出的问题,研究效率抗辩问题,能够从另外的角度对这些问题进行审视。

二、国内外相关研究状况

(一)国内相关研究状况

国内研究经营者集中效率抗辩问题的文献相对比较匮乏。据笔者的查找,专门针对效率抗辩展开的研究目前只有零星的论文,如李小军的《企业合并反垄断控制中的效率抗辩——以美国为中心的考察》和唐星芝与李廷的《浅析美国企业合并反垄断规制中效率抗辩的发展》,而且都是局限于对外国特别是美国的效率抗辩发展的介绍。^①关于经营者集中反垄断控制的效率问题,虽然已经有人作为硕士论文的研究课题展开探讨,^②但是却将效率理解为社会整体效益,并以效率(实际上是社会整体效益)为标准衡量企业合并反垄断控制

^①李小军:《浅析美国企业合并反垄断规制中效率抗辩的发展》,游劝荣主编:《反垄断法比较研究》,人民法院出版社2006年版,第437-446页;唐星芝、李廷:《浅析美国企业合并反垄断规制中效率抗辩的发展》,《法制与社会》2007年第9期。

^②牛佳帅:《企业合并反垄断控制的效率分析》,华东政法学院2005年硕士毕业论文,指导老师徐士英。

的各项制度，而不是对效率抗辩问题本身展开讨论。此外与效率尚有关联的文献，基本上都集中于对效率概念本身的辨析以及对经济效率作为反垄断法目标之一的探讨。对于效率概念的界定和讨论，基本上都是遵循着分类比较的方法展开的。比如有学者认为经济效率包括生产效率和分配效率两个方面，并且经济效率的目标与反垄断法提高消费者福利的目标基本可以等同，因为在达到经济效率的状态下，消费者福利达到最大。^①有人从效率的不同实现机制出发，把经济效率分为静态资源配置效率与动态效率；从资源配置、产出水平及交易费用的角度出发，把经济效率分为资源配置效率和非资源配置效率（包括生产效率或技术效率和交易效率）。^②还有学者研究了寡头垄断市场结构的效率问题，认为效率包括宏观效率和微观效率、动态效率和静态效率；其中微观效率又包括资源配置效率、技术创新效率和企业组织效率。^③在考虑经济效率作为反垄断法的目标与价值的问题时，学者们一方面通过对国外特别是美国反垄断法价值目标的历史演变的研究，基本上认同了经济效率已经成为当今美国反垄断法的基本价值取向；^④另一方面又认为，反垄断法的价值目标是一个多元、多层次的体系，经济效率并不应是唯一目标，哪种价值优先，应依据“平衡协调”与“社会本位”的理念和原则并结合国内国际形势，作出适宜的选择；而我国反垄断法的立法价值目标应界定为追求社会整体效益和实质公平。^⑤有学者还认为，《中华人民共和国反垄断法（草案）》将提高经济效率作为其首要价值，这是把美国反垄断法的目标嫁接于我国的反垄断制度之上，实属张冠李戴，不仅与我国经济社会发展的主要目标相悖，而且在执法与司法实践中难以操作。^⑥甚至还有学者主张，通过对消费者权益的保护和对中小企业发展的保护，对经济效率的目标构成一种限制与修正。^⑦但也有学者已经开始思考与效率有关的效率分配问题，认为作为反垄断规范标准的效率应是一种“补偿改进型效率”，即在有效竞争的前提下，只要一种

①王传辉：《反垄断的经济学分析》，中国人民大学出版社2004年版，第75—88页。

②胡甲庆：《反垄断法的经济逻辑》，厦门大学出版社2007年版，第34—44页。

③杜传忠：《寡头垄断市场结构与经济效率——兼论中国市场结构调整》，经济科学出版社2003年版，第47—208页。

④郭跃：《美国反垄断法价值取向的历史演变》，《美国研究》2005年第1期；彭真军、吴玉岭：《美国反垄断法的政策目标之争评析》，《求索》2006年第12期；刘兵勇：《美国反垄断法价值目标的变化》，《唯实》2003年第4期。

⑤吴宏伟、魏炜：《论反垄断法的价值目标》，《法学家》2005年第3期；赵万一、魏静：《论我国反垄断法的价值目标界定及制度架构》，《社会科学研究》2006年第1期。

⑥郑鹏程：《欧美反垄断法价值观探讨——兼评〈中华人民共和国反垄断法（草案）〉第1条》，《法商研究》2007年第1期。

⑦李剑：《反垄断法立法价值的冲突与选择》，《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2006年第5期。

效率的所得能够补偿其他方面的损失,那么就认为该企业行为是有效率的。^①

(二) 国外相关研究状况

国外关于效率抗辩问题的研究已经形成了许多研究成果。由于效率抗辩问题既是一个经济问题,也是一个法律问题,相关研究成果基本上围绕这两大学科而展开。

效率抗辩的经济学研究成果主要集中在经营者集中(垄断)与效率的关系问题上,在于论证效率是否是值得予以单独考虑的一个因素。这突出表现在两大产业组织理论学派——哈佛学派与芝加哥学派理论论争之上。哈佛学派是20世纪30~60年代由一批哈佛大学的学者形成的比较完整的产业组织理论,^②该理论强调市场结构对市场绩效的决定性作用,把产业分解为特定的市场,按结构、行为、绩效三个方面对其进行分析,创设了“市场结构—市场行为—市场绩效”的分析框架,简称SCP框架。在该分析框架下,法院和执法机构预先假定了合并的违法性,不考虑合并是否存在对消费者的潜在好处,从而从根本上排除了效率抗辩的应用。芝加哥学派则是在20世纪70年代在芝加哥大学发展起来的新的竞争理论学派,^③该理论学派认为反垄断法的唯一目标是促进消费者福利的提高,注重判断集中是否提高了效率,通过效率标准论证了企业集中存在的必要性和合理性。在该分析框架下,法院和执法机构在处理合并案件时开始事先展开大量的事实调查和经济分析,也即意味着开始考虑集中的经济效率合理性。

对于效率抗辩的支持,还来自于大量新制度经济学和新产业组织经济学的研究成果。这些研究在很大程度上使人们对经营者集中的印象大为改观,人们开始普遍相信集中能够提高效率。这项开创性的工作始于科斯于1937年发表的新制度经济学开山之作《企业的性质》,并在1960年发表的《社会成本问题》中加以了深化。^④这两篇论文提出并充实了“交易费用”的概念,开始摒弃古典经济学中视市场运作为完全无摩擦的过程的分析范式,提出交易费用的存在是导致企业一体化的重要因素。此后,关于产权、制度、交易

①胡甲庆:《反垄断法的经济逻辑》,厦门大学出版社2007年版,第44-48页。

②该学派的代表人物有罗纳德·F·特纳、菲利普·阿瑞达、爱德华·张伯伦、爱德华·梅森和乔·贝恩等。See Herbert Hovenkamp, *The Rationalization of Antitrust*, 116 Harv. L. Rev. 917, 920 (2003)。

③该学派的的代表人物有罗伯特·博克、理查德·波斯纳和弗兰克·伊斯特布鲁克。See Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, (Rev. Ed), Basic Books, 1992; Frank Easterbrook, *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, 53 Antitrust L. J. 135 (1984); [美] 理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版。

④[美] 罗纳德·哈里·科斯:《论生产的制度结构》,盛洪、陈郁校译,上海三联书店出版社1994年版,第1-24, 141-196页。

费用等的研究开始大为发展,许多学者在这方面做出了突出贡献。^①其中威廉姆森在这方面的贡献尤为巨大。他认为纵向一体化的主要目的在于节省交易费用,而不是什么技术问题;虽然并不排除其他因素的作用,但真正核心的问题在于节省交易成本,其他因素只限于起辅助作用。^②威廉姆森还建立了集中的福利权衡模型,通过对比效率带来的成本节约和市场势力提升带来的价格上涨,来最终确定集中的福利效应。^③同理,由于横向集中能够实现规模经济,混合集中能够实现范围经济,因此集中的效率因素开始被放大。当然,也有相当一部分学者怀疑合并会产生显著的效率,他们通过实证研究发现企业合并之后的表现还不如合并之前。^④

效率抗辩的法学研究成果则主要集中于以下几个焦点问题:经济效率是否应该作为反垄断法的目标和是否应该是唯一目标,效率抗辩在各国立法与司法实践中的发展状况和效率抗辩难以被普遍接受的原因,效率抗辩应用过程中的适用条件、福利标准、证明标准和举证责任分配等。

首先,在经济效率是否应该作为反垄断法的目标和是否应该是唯一目标的问题上,已经形成数量可观的研究成果。一派观点认为,经济效率应是反垄断法的唯一目标,代表人物是芝加哥学派的波斯纳。^⑤一派认为反垄断法具有多重目标,包括社会的、道德的、政治的目标,经济效率因素只是其中之一。^⑥此外还有人认为,反垄断法的最基本目标不是效率问题,而是分配问题,是阻止财富不公平地从消费者转移给拥有市场势力的生产者,即防止通过垄断剥夺消费者应得的福利。^⑦

①[美] R. 科斯, A. 阿尔钦, D. 诺斯等著:《财产权利与制度变迁:产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版;[美] 迈克·迪屈奇:《交易成本经济学:关于公司的新的经济意义》,经济科学出版社1999年版;陈郁主编:《企业制度与市场组织:交易费用经济学文选》,上海人民出版社2006年版;[美] 埃里克·弗鲁博顿、[德] 鲁道夫·芮切特:《新制度经济学:一个交易费用分析范式》,上海三联书店、上海人民出版社2006年版。

②[美] 奥利弗·E·威廉姆森:《资本主义经济制度》,段毅才、王伟译,商务印书馆2004年版,第86-87,144页。

③[美] 奥利弗·E·威廉姆森:《反托拉斯经济学——兼并、协约和策略行为》,商务印书馆2000年版,第19页。

④See D. Ravenscraft and F. M. Scherer, *Mergers, Sell - Offs, and Economic Efficiency* (1987); W. Adams & J. Brock, *The Bigness Complex* (1986); D. Mueller, "The United States, 1962 - 1972" and "A Cross - National Comparison of Results," in *The Determinants and Effects of Mergers: An International Comparison* (D Mueller, ed. 1980) .

⑤[美] 理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第9-24页。

⑥See E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems* (5th ed. 2003); Hovenkamp, *Antitrust's Protected Classes*, 88 Mich. L. Rev. 1 (1989) .

⑦See Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 Hastings L. J. (1982) .

其次,效率抗辩在各主要国家的立法与司法实践中也逐步开始从不承认走向有条件地承认。在美国,从最高法院在诉讼中首次承认考虑效率因素的布朗鞋业诉美国案 (Brwon Shoe Co. v. United States),^①到第一起被告成功地运用效率抗辩推翻联邦贸易委员会初步认定违法的联邦贸易委员会诉巴特沃斯健康公司和布拉吉特纪念医疗中心案 (FTC v. Butterworth Health Corp. & Blodgett Memorial Medical Center);^②从1968年《横向兼并指南》实质上排斥效率抗辩到1997年指南明确效率抗辩的角色定位并进一步扩大效率抗辩的范围,基本上走了一条从“效率否认”到“效率承认”的道路。欧盟长期以来都不承认效率抗辩,却也在2004年的《横向兼并指南》中正式承认了效率抗辩,并明确提出了效率抗辩的适用标准,包括有利于消费者、为合并所特有以及可证实性三个方面。^③加拿大更是早在1986年就通过议会立法的方式承认了效率抗辩的存在。^④

尽管逐步承认效率抗辩似乎已经是一个发展趋势,但是否应该承认效率抗辩仍然是一个备受争议的问题。在是否应当存在效率抗辩的问题上,西方学者存在着两派截然不同的观点。芝加哥学派的学者们虽然认为反垄断法应以追求经济效率作为基本目标,却普遍认为不应该存在普适性的效率抗辩。^⑤他们的理由是,兼并对成本的影响难以计算,因为成本的降低受很多因素的影响;兼并还有可能影响共谋,并不仅仅是提高市场势力;兼并导致的成本节约导致利润的增加,但是往往用于寻租,从而抵消效率的提高,等于没有增加;而且,横向兼并被禁止的范围越小,就越无需担心有没有效率抗辩。而包括威廉姆森在内的另一派学者则认为应允许效益辩护。^⑥比如,美国联邦贸易委员会前主席 Robert Pitofsky 教授认为,在获得效率的可能性非常高,而对消费者的损害相对较小的情况下,应允许进行效率抗辩。但是他同时也指出,在面对中度集中以上的市场结构时,法院和反垄断执法机构在效率抗辩

①Brwon Shoe Co. v. United States, 370 U. S. 344 (1962) .

②FTC v. Butterworth Health Corp. & Blodgett Memorial Medical Center, 964 F. SUPP. 1285 (1996) .

③See EC Horizontal Merger Guidelines, paras. 76-88, O. J. C 31/5, at 13-14 (2004) .

④See Competition Bureau, Industry Canada, Merger Enforcement Guidelines pt. 3.1 (1991), available at <http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/meg<uscore>full.pdf>

⑤See Robert H. Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, (Rev. Ed), Basic Books, 1992.; [美] 理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第155页。

⑥[美] 奥利弗·E·威廉姆森:《反托拉斯经济学——兼并、协议和策略行为》,张群群、黄涛译,经济科学出版社2000年版,第13页;Fisher and Lande, Efficiency Considerations in Merger Enforcement, 71 Cal. L. Rev. 1580 (1983); Muris, The Efficiency Defense Under Section 7 of the Clayton Act, 30 Case W. Res. L. Rev. 381 (1980) .

问题上仍然欠缺足够的经验。^①威廉姆森则认为,对于纵向一体化和横向一体化,兼并指南应该改写,以包含效益辩护可以得到允许的某种上下限:如高于一系列特定的市场份额值,则不允许进行兼并;低于另一种值系列,则可以进行兼并;在两者之间,可以进行符合适当阈值条款的效益辩护。^②由于效率抗辩存在着诸多备受争议的问题,因此是否承认效率抗辩以及在多大程度上承认效率抗辩,仍是一个难以一概而论的难题。这种难题主要表现在以下几个方面:一是各国立法很少明确规定效率抗辩问题;二是效率难以被量化;三是效率不仅可以通过合并取得,也可以通过自我扩张取得,因此效率必须是合并所特有的,但是非常难以确认;四是如果合并结果构成垄断或接近垄断,其获得的短期效率好处很可能会被长期的垄断租所抵消。^③

再次,对效率抗辩法律问题的研究,主要集中于对效率抗辩法律应用过程中适用条件、福利标准、证明标准和举证责任分配等问题的讨论。美国1997年《横向兼并指南》关于效率的适用标准可以概括为五个方面:(1)可证实的;(2)合并所特有的;(3)能够及时地、可能地以及足够地克服反竞争的效果;(4)不能来源于反竞争的降低产量或服务;(5)不适用于垄断或接近垄断的情况。^④有学者则将可证实的效率列举为生产效率、促销效率、动态或创新效率、交易效率、网络效率、技术和标准效率以及采购、管理和资本费用节约效率这几大方面。^⑤

在效率抗辩的福利标准问题上,目前的理论和实践中已经存在四大标准,分别是价格标准、消费者剩余标准、总剩余标准和平衡权重标准。价格标准是指只要效率导致的边际成本降低足以抵消因为市场势力增强而企图提高价格的动机,即效率大到足以阻止价格上涨,效率抗辩就应该得到支持。消费者剩余标准要求消费者因效率获得的好处超过消费者剩余的损失,该损失包括消费者剩余的净损失以及福利转移损失。总剩余标准则不考虑福利转移因素,只考虑福利净损失,只要集中获得的效率超过福利净损失,集中即可获得批准。平衡权重标准则是在加拿大的司法判例中发展起来的一项福利标准,它赋予消费者剩余损失和生产者所得适当的相应权重,从而起到平衡合并再

^①Robert Pitofsky, *Proposals for Revised United States Merger Enforcement in the Global Economy*, 81 GEO. L. J. 220-21 n.87 (1992)。

^②[美] 奥利弗·E·威廉姆森:《反托拉斯经济学——兼并、协约和策略行为》,商务印书馆2000年版,第19页。

^③See Thomas A. Piraino, Jr., *A New Approach to the Antrust Analysis of Mergers*, 83 B. U. L. Rev. 785 (2003)。

^④See Dep't of J. & Fed. Trade Comm'n, *Horizontal Merger Guidelines 2-3* (rev. 1997), at 30-31. available at <http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11251.pdf>.

^⑤See Calvin S. Goldman, Q. C., Ilene Knable Gotts, Michael E. Piaszkoski, *The Role of Efficiencies in Telecommunications Merger Review*, 56 Fed. Comm. L. J. 87(2003)。

分配效应的作用。^①这四大福利标准考量的焦点主要是效率提高获得的好处是否应该转移给消费者,即经营者集中导致的分配问题。在美国,1984年的美国医学国际公司(American Medical International Inc.)案中,^②联邦贸易委员会首次含蓄地提出了这种“福利转移”的要求;在此后的几个案例中,因为被告不能有效证明效率的提高能够为消费者带来利益,效率抗辩都没有能够得到支持。^③虽然效率转移要求获得了一些支持,但是主流的观点是反对这种主张。^④理由是反垄断法不应该关注财富的分配,社会财富并不因为集中而有所减少,而且要求向他人转移收益,会阻碍投资的进行。还有学者指出,效率有可能永不转移,或者在短期内不可能转移,或者只可能转移一部分。^⑤因为面对集中获得的效率提高,集中者更可能采取的是增加产出,而不是降低价格。因此有人指出,更现实的要求是,不要求全部转移,只要效率提高(成本降低)足以抵消价格升高的可能,就应获得许可。^⑥此外,还有学者从另外的角度论证了支持效率抗辩的理由。他们认为,效率的提高可以抵消因为价格提高而导致的消费者剩余损失,这个效率的提高来源于竞争对手的策略行为。Gary Roberts 和 Steven Salop 认为,竞争对手会努力超越合并方因为合并取得效率而获得的竞争优势,比如通过模仿的方式获得相似的效率,或者通过仿效的方式取得其他的效率。^⑦但也有人指出,虽然这种观点可以发展出一个经济学的分析框架,但是要转化成法律的衡量标准仍然具有难以克服的困难,因为几乎不能预见可能采取的模仿或仿效行为,更不用说对它们进行具体的衡量和计算。^⑧

在效率抗辩的证明标准问题上,美国和欧盟大抵上采用的是同步增长法则,即考察合并后的市场结构与可能产生的效率提高之间的关系,在集中度

①See Alan Fisher, Frederick Johnson & Robert Lande, Price Effects of Horizontal Mergers, 77 CAL. L. REV. 777, 788 (1989); Calvin S. Goldman, Q. C., Ilene Knable Gotts, Michael E. Piascoski, The Role of Efficiencies in Telecommunications Merger Review, 56 Fed. Comm. L. J. 87(2003).

②American Medical Int'l, Inc., 104 F. T. C. 177, 220 (1984).

③United States v. United Tote, Inc., 768 F. Supp. 1064, 1084-85 (D. Del. 1991); FTC v. University Health, 938 F.2d 1206, 1222-23 (11th Cir. 1991).

④See Mark N. Berry, Efficiencies and Horizontal Mergers: In search of a Defense, 33 San Diego L. Rev. 546 (1996).

⑤See P. Yde & M. Vita, Merger Efficiencies: Reconsidering the “passing-on” Requirement, 64 Antitrust, L. J. 735 (1996); G. Werdon, An Economic Perspective on the Analysis of Merger Efficiencies, 11 Antitrust 12 (Summer, 1997).

⑥See E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems (869, 5th ed. 2003).

⑦See Joseph Kattan, Efficiencies and Merger Analysis, 62 Antitrust L. J. 513, 522-27 (1994).

⑧See Mark N. Berrt, Efficiencies and Horizontal Mergers: In Search of a Defense, 33 San Diego L. Rev. (n104, 1996).