

本书得到2011年教育部人文社会科学研究一般项目
“经营者集中反垄断救济措施运行机制研究”（11YJC820056）的资助

经营者集中反垄断救济措施 运行机制研究

JINYINGZHE JIZHONG FANLONGDUAN JIUJI CUOSHI
YUNXING JIZHI YANJIU

李俊峰 著

上海大学出版社

本书得到 2011 年教育部人文社会科学研究一般项目

“经营者集中反垄断救济措施运行机制研究”(11YJC820056)的资助

经营者集中反垄断救济措施 运行机制研究

李俊峰 著

上海大学出版社

· 上 海 ·

图书在版编目(CIP)数据

经营者集中反垄断救济措施运行机制研究/李俊峰
著. —上海: 上海大学出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-5671-1828-7

I. ①经… II. ①李… III. ①反垄断法—研究—中国
IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 196362 号

责任编辑 焦贵平 姜红莉

封面设计 施義文

技术编辑 金 鑫

经营者集中反垄断救济措施运行机制研究

李俊峰 著

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.press.shu.edu.cn> 发行热线 021-66135112)

出版人: 郭纯生

*

南京展望文化发展有限公司排版

上海华业装潢印刷厂印刷 各地新华书店经销

开本 787×960 1/16 印张 11 字数 174 千

2015 年 8 月第 1 版 2015 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5671-1828-7/D·175 定价: 38.00 元

序

对经营者集中的反垄断审查,是全球反垄断执法最活跃领域之一。我国自2008年以来,已作出近三十项附限制性条件批准或禁止的经营者集中审查决定,一些案件在国内外引起了广泛和强烈的反响。其中,既有积极肯定的声音,也不乏质疑批评的意见。产生观点纷争的一个重要原因,是反垄断个案的实体问题判断,具有强烈的“不确定性”特征,难以单纯从对法条的解读当中获得精确和具体的共识。因此,将经营者集中救济活动限定于相对清晰、稳定的机制框架内,是增强救济措施运行结果的可预期性的重要保障。

作为实施反垄断法的新兴法域,我国在经营者集中救济的程序法制方面已取得一系列显著成就,但也存在不少亟待完善之处。李俊峰博士的本项研究成果,正是为提升我国救济措施运行机制立法与执法水平所做的一次艰苦而有益的努力。

作者以开阔的研究视野、丰富翔实的资料、清晰严密的逻辑,运用多种研究方法,对经营者集中反垄断救济措施的运行机制问题进行了全方位、多角度的深入探讨,梳理和解决与救济措施运行相关的疑难法律问题,为构建体系完备、科学合理的救济措施运行机制提供了理论基础和实践对策,提出了一些有启发意义的观点。例如:救济措施运行机制应秉持四项基本原则;将运行机制视为一个系统、完备、自洽的整体的“体系原则”;强调集中当事者、其他利益相关者的知情权,执法机构信息披露义务的“透明原则”;要求运行机制向集中当事企业和利害关系人充分开放、向社会公众适当开放的“参与原则”;合理控制集中当事方、执法机构、第三人机制参与成本的“效率

原则”；在形成、实施、矫正这三大基本机制中应正确看待救济措施的法律性质，设计不特定第三人参与运行机制的途径，对救济信息进行披露，对救济措施进行矫正修订，等等。全书在最后针对我国既有相关立法不足提出的具体立法草案建议稿，也颇具参考价值。

由于时间和篇幅等方面的限制，本书不可能涉及本领域的所有问题，有些方面也有可进一步讨论的空间，但作为作者完成的教育部人文社科项目的成果，本书的内容是非常丰富和深刻的，凝聚了作者的心血和智慧。希望本书能够为理论与实务工作者们带来裨益，也祝愿李俊峰博士取得更丰硕的研究成果！

是为序。

王先林

2015年5月27日

于上海交通大学徐汇校区廖凯原法学楼

目 录

序 / 1

第一章 集中救济措施的价值、类别与性质

第一节 集中救济措施的价值 / 1

一、用语界说 / 1

二、理论维度的分析 / 2

三、现实层面的考量 / 3

第二节 集中救济措施的内容类别 / 5

一、传统类别标准中的歧义 / 5

二、“一刀两断”与“持续关系”标准 / 6

三、“结果救济”与“过程救济”分类 / 7

四、商务部救济措施的归类实例 / 7

第三节 集中救济措施的法律性质 / 9

一、行政裁决 / 9

二、行政确认 / 10

三、行政和解协议/行政合同 / 10

四、民事单方承诺 / 12

五、(准)司法裁决 / 13

六、行政许可 / 14

七、行政处理 / 15

第四节 我国经营者集中审查决定的属性及其影响 / 19

一、从“不予禁止”到“批准”“许可” / 19

二、对救济措施运行过程的潜在影响 / 23

第二章 集中救济措施运行机制的基本问题

第一节 集中救济措施运行机制的基本范畴 / 29

- 一、制度、模式与功能 / 29
- 二、展开分析的两个维度 / 30
- 三、国内外相关机制现状简述 / 37

第二节 集中救济措施运行机制的基本原则 / 40

- 一、观点梳理 / 40
- 二、本文观点 / 47

第三节 集中救济措施运行机制的基本架构 / 58

- 一、结构组成 / 58
- 二、现状概览 / 59

第三章 集中救济措施的形成机制

第一节 救济措施的商谈机制 / 64

- 一、商谈的含义界说 / 64
- 二、商谈的前提条件 / 69
- 三、商谈的动态过程 / 73
- 四、商谈措施的确认 / 74

第二节 审查信息的披露机制 / 76

- 一、受理情况的披露 / 76
- 二、商谈内容的披露 / 77
- 三、救济措施的披露 / 78

第三节 第三人的参与机制 / 79

- 一、第三人参与制度的一般分析 / 79
- 二、第三人参与权的内容与方式 / 80
- 三、中国的第三人参与问题 / 81

第四节 平行救济措施的协调形成机制 / 84

- 一、平行执法环境的形成 / 84
- 二、平行救济措施协调形成的必要性 / 86
- 三、平行救济措施的协调形成模式 / 87

第四章 集中救济措施的实施机制

第一节 救济措施实施机制界说 / 89

- 一、救济措施实施机制的含义 / 89
- 二、救济措施实施机制的种类 / 89

第二节 救济措施的公共实施机制 / 92

- 一、公共实施的主体 / 92
- 二、公共实施的监督机制 / 93
- 三、公共实施的制裁机制 / 95

第三节 救济措施的私人实施机制 / 98

- 一、私人监督机制 / 98
- 二、私人诉讼机制 / 100
- 三、私人仲裁机制 / 100

第四节 救济措施的受托实施机制 / 107

- 一、受托实施机制的概念 / 107
- 二、受托实施关系的性质 / 109
- 三、我国受托实施机制的改进 / 111

第五节 救济措施的国际平行实施机制 / 115

- 一、法域间的交互作用 / 115
- 二、国际平行实施机制对中国的影响分析 / 116

第五章 集中救济措施的矫正机制

第一节 救济措施矫正机制的概念 / 126

- 一、救济措施矫正机制的含义 / 126

二、救济措施矫正机制的价值 / 127	
第二节 救济措施矫正的事由 / 129	
一、规范分析 / 129	
二、案例举要 / 130	
三、学理主张 / 132	
四、不合法与不适当程度的权衡 / 134	
第三节 救济措施矫正的主体 / 135	
一、启动主体 / 135	
二、受动主体 / 135	
三、其他参与主体 / 135	
第四节 救济措施矫正的程序 / 137	
一、我国现行制度中的可选程序 / 137	
二、我国救济措施矫正程序的完善 / 138	
第五节 救济措施矫正的方式 / 141	
一、撤销 / 141	
二、撤回 / 141	
三、取消 / 142	
四、期间调整 / 142	
五、补充 / 142	
六、补正 / 142	
七、重做 / 143	
第六节 救济措施矫正的后续问题 / 144	
一、救济措施矫正后的问题 / 144	
二、救济措施矫正的溯及力 / 145	
三、对矫正受损主体的补/赔偿 / 146	
附：《商务部附条件批准经营者集中程序规定》(局部内容建议稿) / 151	
主要参考文献 / 160	

第一章

集中救济措施的价值、类别与性质

第一节 集中救济措施的价值

一、用语界说

本文所称的“救济措施”(merger remedies)是指与集中救济相关的具体的限制方式或条件。参照我国商务部主管经营者集中反垄断审查的工作人员解释,救济措施是竞争执法当局基于对竞争问题的关注,而对参与集中的相关企业采取的“修正措施”,它们是由集中当时企业向竞争执法机关^①提出,经执法机关认可和接受的,消除集中可能产生的反竞争效果的解决方案。^②

救济措施的“运行机制”(operating mechanism)则是指与救济措施的形式

① 按照狭义的理解,执法机关通常是指依照法定职权和法定程序,行使行政管理职权的国家行政机关。但是在经营者集中反垄断审查的法律实施领域,由于世界各国法律制度上的差异,实际有权对经营者集中施加救济措施的公权力机构,性质上并不仅限于行政机关,而是包括司法机关、准司法机关等类型。为行文方便起见,除非另有说明,下文将不再予以细分,而是统称其为(竞争)执法机关。

② 参见尚明主编:《企业并购反垄断控制:欧盟及部分成员国立法执法经验》,法律出版社2008年版,第80页、82页。

成、实施、救济^①相关的程序问题以及由此引发的相关法律主体(包括反垄断当局、实施经营者集中的当事人、受到集中影响的其他利害关系人等)之间的交互关系模式。

本文研究的主题限定于救济措施的运行机制,主要关注救济措施的形成机制、实施机制和对业已形成或实施的救济措施在进行矫正、变更的相关机制问题。为此,本章将首先探讨集中救济措施的价值所在,进而分析集中救济措施的内容与性质类别,以及救济措施运行中的机制框架,以此为后续研究奠定价值、原则与逻辑方面的基础。

二、理论维度的分析

对经营者集中进行反垄断审查,或者限制某些经营者集中,这些做法的正当性何在?这个问题的答案取决于如何看待反垄断法的立法目的。

在这套价值观里,杂糅着经营自由、消费者福利、公共利益、公平交易、经济民主、资源配置、贸易保护主义等多元化的考量。

美国学界的主流意见,越来越将反垄断的意义聚焦于“效率”和“经济分析”。随着芝加哥学派观点的广为散播,将优化配置资源和增进消费者福利作为反垄断核心价值的国家和地区也日渐增多。

在中国,学者们在论述反垄断法的正当性基础时,也高度重视从经济学方面寻找支撑。

上述理论学说,一元论的“经济效率说”,以经济效率为核心抑或将经济效率与其他目的并列的多元说,均对反垄断法的正当性基础做出了某些程度上的解释,但是都还存在着诸多争议之处。

总的看来,一国反垄断法的实施,尤其是关于经营者集中的反垄断规制,不可避免地、越来越频繁地与他国利益纠结在一起。不同国家在面对同一集中行为时,基于自身的利益判断,即便遵循相同的“经济分析”方法,仍然会得出具有差异性的审查结论。因此,笼统地讲“效率”,而不明确“效率”利益的归

^① 此处所谓对救济措施的“救济”,是指对救济措施及其实施活动,提出异议,以期使救济措施获得实施或变更、终止。

属主体,并不能提供一套明确的价值标准和分析方法,或者为特定法域内的集中救济执法提供更多的确定性。“经济效率说”无法作为可以取代所有其他立法价值、放之四海皆准的唯一标准,从而用以指导救济措施的选择与运行。

三、现实层面的考量

如果把目光投射到纷繁复杂的社会现实环境当中去,我们就会更加深切地认识到经营者集中反垄断规制面临的目的与价值的复杂性。

不可否认的是,政治因素在集中规制的现实运行中始终发挥着重要作用。自诞生之日起,反垄断法就是“为应对产业经济中的大企业而做出的一个政治选择”,“这一选择解决了十九世纪末、二十世纪初美国政治领域关心的一个核心问题”。^①

集中救济制度的全球传播历程,为从全球政治、经济关系的重大演变角度观察竞争法的工具功能提供了佐证。这一历程大致可以划分为三个时期:美国强制二战战败国制定实施集中规制制度;欧洲市场一体化给该制度带来的推广和协调效应;经济全球化和并购浪潮对发展中国家的冲击,迫使后者“师夷长技以制夷”,求助于规制集中的法律工具。

在价值层面上,即便完全剔除“地方偏见”(例如所谓意识形态上的差异性,或者对反垄断法立法目的的不同认识)的影响,假定各法域对文明价值存在普遍的共识,但是只要民族和国家或区域性组织的独立利益诉求尚存、法律作为实现本法域自身利益的工具性质不变,以邻为壑的经济与政治民族主义元素,都将难以避免地包含在集中救济制度的内在价值取向的内部和外部冲突当中。^②

从研究救济措施运行机制问题的角度出发,从更宽泛和灵活的含义上(例如,将中国对反垄断法的实施,看作是事实上包含了竞争政策、产业政策、政治

① See Jonathan B. Baker, Preserving a Political Bargain: The Political Economy of the Non-interventionist Challenge to Monopolization Enforcement, 76 ANTITRUST L. J. 605 (2010).

② 对跨国购并的“敌视”并非仅存在于发展中国家。一项对 161 个国家 1970 年至 2006 年的 624 003 起集中案例的统计分析表明,拥有集中规制法律的大国和富国,更倾向于对以本国公司为目标跨国集中实施限制。见 John Conybeare, Dong-Hun Kim, Barbarians at the Gates: State Control of Global Mergers and Acquisitions, Volume 33, Issue 9, The World Economy, 2010.

考量等多种复合因素,以实现的特定综合治理目标为追求的政策运行过程)看待救济措施之于中国的意义,可能会更加贴近我们所处的现实环境。建立与这一制度运行现实状况相适应的,而非以某些纯粹的理论预设(例如,以“效率”为竞争法追求终极目标)或制度模型(例如欧盟模式或美国模式)为标杆的运行机制,会更加有助于我国的经营者集中救济制度在运行过程中获得更主动的服从、发挥更有效的作用。

尽管不同的法域运用集中救济措施所期望实现的实质性价值可能有所不同,但是不可否认的是,当今世界主要国家和地区的救济措施,其形成过程、实施过程和后续可能发生的变更调整过程,在程序机制上仍然呈现出强烈的趋同性。反垄断法后进国家借鉴、学习甚至其他国家和地区在救济措施运行机制方面的经验,不会抑制其特有价值目标的实现,反而有利于促使和保障其救济措施实质要求的贯彻落实。基于这种认识,本文将立足中国问题研究的基本指向,通过理论研究、规范研究、比较研究、案例研究,试图较为系统地梳理、澄清全球救济措施运行机制的基本共性问题,探讨改进中国救济措施运行机制的思路与方法。

第二节 集中救济措施的内容类别

一、传统类别标准中的歧义

根据内容的差异性对救济措施进行科学合理的分类,是开展本专题后续研究不可或缺的基础性工作。

国内外理论界与实务界广为认同的救济措施分类标准是结构救济(structural remedies)与行为救济(behavioural remedies)的二分法。^① 这种分类方法的依据,可以追根溯源至产业经济学中“结构——行为——绩效”理论。仅从字面意思理解,结构救济似乎是会影响到市场结构、竞争结构的救济,行为救济是要求集中方为某种行为或不为某种行为的救济。

商务部 2009 年颁布的《经营者集中审查办法》(中华人民共和国商务部令 2009 年第 12 号)第十一条,将救济措施分成了三类,并用非穷尽列举方式给出了一些示例。该条规定“在审查过程中,为消除或减少经营者集中具有或者可能具有的排除或限制竞争的情况,参与集中的经营者可以提出对集中交易方案进行调整的限制性条件。根据经营者集中交易具体情况,限制性条件可以包括如下种类:(一)剥离参与集中的经营者的部分资产或业务等结构性条件;(二)参与集中的经营者开放其网络或平台等基础设施、许可关键技术(包括专利、专有技术或其他知识产权)、终止排他性协议等行为性条件;(三)结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。”

虽然将集中救济划分为结构救济与行为救济被广为接受,但这种分类方

^① See Stephen Davies & Bruce Lyons, Mergers and Merger Remedies in the EU, Edward Elgar Publishing Limited, 2007, p. 14.

式也具有局限性。实践中有些救济措施便很难从结构救济与行为救济的角度进行精确区分。^①在对结构救济、行为救济区分标准的认识方面,国内外学界、实务界的观点仍然存在很多模糊之处,尚未形成较为公认的共识通说。

二、“一刀两断”与“持续关系”标准

一些学者建议采取的所谓“一刀两断”(clean break)标准,为我们提供了一种识别救济措施种类的非常重要的思路。

该标准基于对下列事实进行审视:某种救济措施是否会在拟实施集中或已实施集中的经营者与其上下游或横向相关市场的经营者之间,或者在集中经营者与竞争执法机关之间“创设”(create)某种“关系”(relationship)。这种持续性的权利/力、义务关系,使得上述主体之间难以实现明确的“切断”。^②

按照这一标准,传统的结构救济(典型形式之一是资产剥离)属于界限清晰的限制性条件,而行为救济(例如要求集中当事企业在相对较长的一段期限之内,维持其与竞争对手之间的技术援助或者供货关系,需要向竞争执法机关定期汇报救济措施的实施情况等)很难使经营者之间、经营者与执法机关之间断绝“关系”,从而不符合“一刀两断”标准。

笔者认为,“一刀两断”标准的考察虽然着力于相关市场主体之间、市场主体与监管主体之间的“持续关系”之有无,但是未尝不可以此作为区分结构救济、行为救济的“新”标准。结构救济是否以及在多大程度上改变了市场的“竞争结构”,并不是一个需要关心的问题,行为救济是否要求集中当事企业实施某种“行为”也是一个无足轻重的因素。我们只需关注和区分某种特定救济措施是否创制和要求特定主体之间长期维系某些法律关系即可。^③

“持续关系”标准对研究救济措施运行机制问题而言具有十分重要的意

① 韩伟:《企业集中反垄断审查中的行为救济》,《东方法学》2013年第5期。

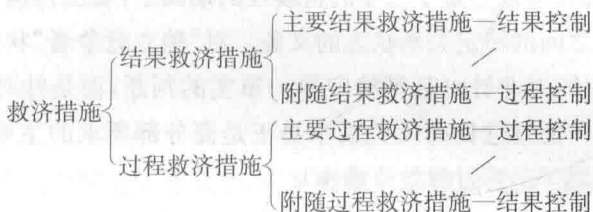
② See Stephen Davies & Bruce Lyons, *Mergers and Merger Remedies in the EU*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007, p. 42.

③ 王晓晔教授认为,结构性救济措施“可一次性地改善市场竞争结构,此外反垄断执法机关也不需要当事人的市场行为进行监督,这种救济方式一般受到反垄断执法机构的青睐”(王晓晔:《反垄断法》,法律出版社2011年版,第284页)。这种观点也隐含了将符合“一刀两断”标准的救济措施归入结构救济的思想。按照“二分法”的逻辑,其余的不符合“一刀两断”标准的救济措施,即应当属于行为救济。

义。这是因为如果我们把救济措施分为具有或不具有“持续关系”(或者称为“持续性”)的,那么也就意味着判断救济措施运行绩效的视角可以有“结果”与“过程”之分。对于“结果性救济”,救济措施运行机制的整体设计思路 and 评价标准,应当是终局性“结果”是否实现,实现的程度如何。对于“过程性救济”,救济措施运行机制的整体设计思路 and 评价标准,应当是期间性整个“过程”是否符合了竞争执法机关的规制需要。

三、“结果救济”与“过程救济”分类

为便于说明结果救济、附随结果救济、过程救济、附随过程救济之间的关系,可用下图示意:



四、商务部救济措施的归类实例

用我国商务部业已采取的有代表性的某些救济措施^①进行归类举例,可更加直观、具体地对救济措施的新的类别区分标准做出说明。

商务部对美国百特国际有限公司收购瑞典金宝公司案(以下简称“百特/金宝案”)所做的审查决定^②就含有非常典型的结果救济措施,其中包括主要的和附随的结果救济措施。

该案审查决定中对百特剥离其全球 CRRT 业务的要求属于典型的主要结

^① 根据集中审查工作的进展,商务部会不定时地对外公布其决定采取附加限制性条件批准经营者集中的案件公告。本文中采用的商务部相关案例公告数据,除非另有说明,均截止于 2013 年 12 月底。

^② 《关于附加限制性条件批准美国百特国际有限公司收购瑞典金宝公司经营者集中反垄断审查决定的公告》(商务部公告 2013 年第 58 号)。

果救济措施,具备结果救济的若干基本特征。首先,CRRT 剥离业务具有明确的截止时间节点要求。公告附件《美国百特国际有限公司拟收购瑞典金宝公司的交易救济承诺方案》设定的首个剥离期,为百特收购金宝交易的交割日起六个月(经申请,可延长至九个月)。首个剥离期结束后的六个月为受托人剥离期。其次,CRRT 剥离业务以追求特定结果的实现为目标,即在指定的期限内,百特或其剥离受托人应当促成 CRRT 业务被剥离给独立于百特和金宝的其他主体这样一种“结果”的发生。

在商务部对联发科技股份有限公司吸收集中开曼晨星半导体公司案(以下简称“联发科技/开曼晨星案”)所做的审查决定^①中,采取了典型的过程救济措施。根据商务部在本案中的要求,联发科技和晨星台湾应当至少在审查决定生效之日起的三年内,保持晨星台湾作为独立于联发科技之外的“竞争者的法人地位”。即在为期不短于三年的持续性的期间里,晨星台湾与联发科技都负有维系彼此之间的特定关系状态的义务。对“独立竞争者”状态是否符合商务部要求的评价,并非针对某种特定单一事实的判断,而是针对一种“持续的独立竞争关系”,而且这种持续关系本身正是商务部要求的主要内容。因此,这类救济措施属于主要过程救济措施。

^① 《关于附加限制性条件批准联发科技股份有限公司吸收集中开曼晨星半导体公司经营者集中反垄断审查决定的公告》(商务部公告 2013 年第 61 号)。