



Theory and Practice on Antitrust Review of Merger
and Acquisition

企业并购反垄断审查制度之 理论与实践

吴振国 刘新宇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Theory and Practice

on Antitrust Review of Merger and Acquisition

企业并购反垄断审查制度之 理论与实践

吴振国 刘新宇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

企业并购反垄断审查制度之理论与实践 / 吴振国,
刘新宇著. —北京:法律出版社,2012.6
ISBN 978-7-5118-3515-4

I. ①企… II. ①吴…②刘… III. ①企业兼并—反
垄断法—对比研究—世界 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 095969 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/齐梓伊

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/42.5 字数/739 千

版本/2012 年 10 月第 1 版

印次/2012 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3515-4

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

第一章 引 言	1
第二章 企业并购反垄断审查概论	8
一、企业并购在经济学上的分类	8
(一) 横向并购	8
(二) 纵向并购	10
(三) 混合并购	10
二、企业并购反垄断审查的经济学理论基础	11
(一) 哈佛学派	12
(二) 芝加哥学派	12
(三) 新产业组织理论	13
(四) 动态竞争理论	13
(五) 有效竞争理论	14
三、反垄断法中企业并购的含义	15
(一) 狭义的企业合并	18
(二) 取得资产	18
(三) 取得股份	18
(四) 建立合营企业	19
(五) 订立合同	19
(六) 人事合并	19
四、中国《反垄断法》关于经营者集中的规定	20
(一) 经营者合并	20
(二) 经营者通过取得股权或者资产的方式获得对其他经营者的 控制权	20
(三) 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权,或者 能够对其他经营者施加决定性影响	21
五、各国(地区)控制企业并购的立法概况	21

(一)美国控制企业并购的立法概况	21
(二)欧盟控制企业合并的立法概况	31
(三)德国控制企业并购的立法概况	37
(四)日本控制企业合并的立法概况	39
(五)俄罗斯控制企业并购的立法概况	41
(六)澳大利亚与新西兰控制企业并购的立法概况	42
(七)挪威、瑞典、芬兰控制企业并购的立法概况	44
第三章 企业并购反垄断审查实体标准	47
一、企业并购反垄断审查的实体标准	47
(一)美国企业并购反垄断审查实体标准的发展演变	48
(二)欧盟企业并购反垄断审查实体标准的发展演变	50
二、企业并购反垄断审查实体标准的国际比较	52
(一)企业并购反垄断审查实体标准的主要模式和分类	53
(二)不同类型企业并购反垄断审查实体标准的比较	54
三、美国、欧盟企业并购反垄断实体审查基本框架比较研究	56
(一)市场份额和市场集中度分析	57
(二)并购的潜在反竞争效果分析	59
(三)买方力量	61
(四)市场进入壁垒分析	62
(五)效率分析	65
(六)垂危企业和现存资产分析	66
第四章 相关市场	69
一、相关市场的概念	69
二、界定相关市场的作用	73
(一)相关市场是执法判断的前提	73
(二)相关市场是企业辩护的突破口	76
(三)相关市场的重要性在减弱	77
三、相关市场的界定方法和原则	78
(一)相关市场的维度	78
(二)界定相关市场的两种常用方法	80
(三)界定相关市场的基本原则和依据的主要因素	81

四、产品市场	82
(一) 产品市场界定的基本步骤	82
(二) 需求方面的替代性	83
(三) 供给方面的替代性	86
五、地域市场	90
(一) 地域市场界定概述	91
(二) 界定地域市场需要考虑的几个因素	92
六、时间市场	96
第五章 市场集中度和“安全港”制度	98
一、市场集中度及其测度方法	98
(一) 市场集中度概述	99
(二) 市场集中度的测度方法	99
二、市场集中度在反垄断案件中的应用	106
(一) 美国并购案件审查中对市场集中度标准的运用	107
(二) 欧盟并购案件审查中对市场集中度标准的运用	109
(三) 美欧并购案件审查中对市场集中度的不同重视程度所引起的 冲突与协调	112
(四) 中国《反垄断法》关于市场集中度的规定与运用	114
三、“安全港”制度	114
(一) “安全港”制度	115
(二) 美国的“安全港”制度	116
(三) 欧盟的“安全港”制度	120
(四) 美欧“安全港”制度的比较	121
第六章 企业并购的反竞争效果评估	123
一、单方面反竞争效果分析	124
(一) 单方面反竞争效果理论分析	125
(二) 影响单方面反竞争效果的因素	129
(三) 单方面反竞争效果的执法实践	131
二、协调性反竞争效果分析	133
(一) 协调性反竞争效果的基本概念	133
(二) 达成协调性反竞争效果的因素	136

(三) 实现协调性反竞争效果的条件	139
第七章 买方力量分析	141
一、买方力量概述	142
(一) 买方力量的定义及经济学分析	142
(二) 买方力量的相关市场界定	148
(三) 买方力量的认定	150
二、评价抗衡的买方力量	152
(一) 欧盟委员会考虑的评价因素	152
(二) 英国竞争执法实践中考虑的因素	158
(三) 美国反托拉斯执法和司法实践中考虑的因素	161
(四) 小结	165
三、评价买方的市场力量	166
(一) 欧盟委员会《横向并购评估指南》及其适用	166
(二) 英国竞争执法实践中考虑的因素	169
(三) 美国的执法实践	170
(四) 小结	173
第八章 市场进入分析	175
一、市场进入	176
(一) 市场进入的基本类型:短期进入与中期进入	176
(二) 市场进入的形式	176
二、潜在竞争理论	178
(一) 潜在竞争理论的形成	178
(二) 潜在竞争理论的发展变化	180
三、潜在竞争理论的考察视角	184
(一) 相关市场和市场集中度	184
(二) 潜在竞争者及市场地位	185
(三) 市场进入壁垒	186
四、企业并购规制对市场进入的要求	189
(一) 市场进入的及时性	189
(二) 市场进入的可能性	190
(三) 市场进入的充分性	193

(四) 美国联邦贸易委员会诉麦克生公司等美国处方药 批发商案	194
五、中国《反垄断法》的规定及运用	200
第九章 企业并购的效率分析	202
一、效率标准概述	204
(一) 反垄断法中效率的基本概念与主要类型	204
(二) 美国企业并购反垄断审查中效率标准的演变	206
(三) 欧盟企业并购反垄断审查中效率标准的演变	209
(四) 从通用电气并购霍尼韦尔案看并购评估标准的不同	212
二、效率在各国企业并购反垄断审查中的地位和作用	214
(一) 效率作为实质减少竞争标准下竞争分析的考虑因素	214
(二) 效率作为一种抗辩因素	215
(三) 将效率包含于公共利益标准中	216
三、企业并购反垄断审查中对效率和反竞争效果的权衡	217
(一) 效率权衡和反竞争效果权衡的经济理论分析	217
(二) 效率和反竞争效果权衡标准的不同类型	218
(三) 市场份额和市场集中度过高的并购案中对效率的考虑	222
四、效率证明的法律要件	224
(一) 效率必须有利于消费者	225
(二) 效率必须是并购所特有的	226
(三) 效率必须是可以证实的	227
第十章 垂危企业抗辩制度分析	230
一、垂危企业抗辩制度概述	230
(一) 垂危企业抗辩制度的发展	231
(二) 垂危企业的含义	231
(三) 垂危企业并购的效率	234
(四) 垂危企业并购的公共利益	236
二、垂危企业抗辩的适用	238
(一) 美国的立法与执法实践	238
(二) 欧盟在适用垂危企业抗辩时考虑的因素	241
(三) 小结	248

三、垂危企业抗辩对垂危子公司或分公司的适用	248
(一)美国反托拉斯执法机构的态度	249
(二)欧盟委员会的执法实践	253
(三)小结	255
四、准垂危企业抗辩的理论与实践	256
(一)美国的司法实践	256
(二)欧盟委员会的执法实践	258
(三)小结	260
第十一章 产业政策与社会公共利益	261
一、产业政策与企业并购反垄断审查	261
(一)产业政策概述	261
(二)产业政策与企业并购反垄断审查	263
(三)企业并购反垄断审查对管制行业的适用	266
二、社会公共利益与企业并购反垄断审查	272
(一)反垄断法中的社会公共利益	272
(二)社会公共利益在企业并购反垄断审查中的体现	276
第十二章 申报标准	280
一、申报制度	280
(一)申报制度的缘起	280
(二)申报制度的种类	282
二、控制	285
(一)欧盟竞争法	289
(二)德国《反对限制竞争法》	300
(三)美国反托拉斯法	304
(四)日本《禁止垄断法》	306
(五)中国《反垄断法》	308
三、申报标准	310
(一)基本原理	310
(二)申报的具体标准	311
(三)中国的申报标准	320
(四)营业额的概念及计算	332

(五)特点及发展趋势	343
四、豁免申报的情形	345
(一)豁免申报的主要类型	346
(二)中国《反垄断法》对豁免申报的规定	348
第十三章 申报程序	350
一、申报义务人	350
(一)概述	350
(二)不同交易类型的申报义务人	352
二、申报流程	355
(一)申报前商谈	356
(二)提交申报的时间	361
(三)申报费用	365
(四)申报撤回	366
(五)自愿申报	367
三、申报文件	367
(一)文件内容	367
(二)文件形式	374
(三)保密要求	379
第十四章 经营者集中审查程序	383
一、经营者集中普通审查程序	384
(一)第一阶段审查程序	384
(二)第二阶段审查程序	388
(三)审查方式	394
(四)审查决定及公告	399
二、简易审查程序	401
(一)简易程序概述	401
(二)简易程序的启动	405
(三)适用简易程序的实体标准	406
(四)简易程序的程序性特征	411
(五)简易程序向普通程序的转化	415
三、当事方的权利保障	416

(一)知情权	416
(二)听证权	419
(三)发言权	423
(四)中国经营者集中审查程序中的权利保障	425
第十五章 经营者集中救济制度	429
一、经营者集中救济制度的概念和作用	429
二、经营者集中救济措施的分类	431
(一)结构性救济	432
(二)行为性救济	433
(三)混合性救济	434
三、经营者集中救济制度的主要特点	434
(一)经营者集中反垄断审查的组成部分和自然延伸	435
(二)维护市场竞争和实现并购收益发挥了重要作用	435
(三)不同于反垄断法中其他领域的救济模式	435
(四)并购当事人和反垄断执法机构谈判达成的结果	435
(五)有一套严格而复杂的实体标准和程序规则	436
(六)目标在于维护市场竞争	436
四、经营者集中救济制度的基本原则	436
(一)并购确实存在竞争威胁时才可适用	437
(二)比例原则(又称最低干预原则)	437
(三)有效性原则	437
(四)透明度和一致性原则	438
(五)集中救济不应当成为实施产业计划的手段	438
五、救济措施类型和方式的选择	438
(一)结构性救济和行为性救济的区别和联系	438
(二)先行救济、临时救济和最终救济	440
(三)救济方式的选择	441
(四)不同类型并购案件中救济方式的选择	443
六、中国的经营者集中救济制度及其实施	444
(一)中国的经营者集中救济制度的构建	445
(二)中国的经营者集中救济制度的具体实施	448

第十六章 法律责任	470
一、反垄断法的法律责任制度	471
(一) 法律责任的一般理解	471
(二) 反垄断法律责任的模式	472
(三) 反垄断法律责任的特殊性	480
(四) 国外违法实施经营者集中的法律责任	481
二、我国《反垄断法》规定的经营者集中法律责任	483
(一) 《反垄断法》规定的法律责任分类	484
(二) 违法实施经营者集中的具体法律责任形式	485
(三) 未依法申报实施集中的法律责任认定	487
(四) 拆分企业在经营者集中法律责任中的特殊性	491
(五) 涉及经营者集中审查的其他法律责任	494
三、对经营者集中法律责任的思考	496
(一) 违法实施集中的民事法律责任	496
(二) 违法实施集中的行政法律责任	497
(三) 行政罚款的必要性和适当性	499
(四) 与其他法律责任形式的配合	500
(五) 强化私人民事诉讼与培育社会个体的反垄断观念	500
第十七章 经营者集中控制的国际冲突与协调	502
一、反垄断法的域外适用概述	503
二、反垄断法域外适用规则的产生与发展	504
(一) 效果原则	504
(二) 合理管辖原则	508
(三) 单一经济体理论	512
(四) 我国《反垄断法》对域外效力的规定	515
三、对反垄断法域外适用的评价	516
(一) 反垄断法域外适用的国际法依据	516
(二) 反垄断法域外适用的必要性	518
四、经营者集中控制的国际冲突	519
(一) 管辖权的冲突	519
(二) 审查程序的冲突	520

(三) 审查结论的冲突	521
(四) 国际冲突产生的原因	522
五、经营者集中控制的国际协调	525
(一) 反垄断立法的国际化	525
(二) 反垄断法国际合作的基本形式	527
六、经营者集中控制的国际冲突与协调	528
(一) 集中控制程序的协调	528
(二) 提高案件审查的确定性、合理性和效率	530
(三) 促进各国反垄断执法机构之间的合作	531
第十八章 外资并购国家安全审查	539
一、外资并购国家安全审查制度概述	540
(一) 国家安全概说	540
(二) 外资并购的概念	542
(三) 外资并购国家安全审查	543
(四) 外资并购国家安全审查制度的意义	545
二、美国、加拿大、日本等国家的外资并购国家安全审查制度概况	546
(一) 美国的外资并购国家安全审查	546
(二) 加拿大的外资并购国家安全审查	561
(三) 日本的外资并购国家安全审查	565
三、中国外资并购国家安全审查制度	570
(一) 中国国家安全审查的执行机构	572
(二) 中国国家安全审查的范围和内容	572
(三) 中国国家安全审查的主要程序	574
(四) 国家安全审查并不影响我国对外开放政策	577
(五) 中国国家安全审查制度仍需完善	577
四、中国经营者集中审查与国家安全审查的区别和联系	578
(一) 经营者集中审查与国家安全审查的区别	579
(二) 经营者集中审查与国家安全审查的联系	581
第十九章 反垄断执法机构	583
一、各国反垄断执法机构设置情况	583
(一) 欧美市场经济发达国家的反垄断执法机构	583

(二) 亚洲国家和地区的反垄断执法机构	585
(三) 俄罗斯及东欧转轨国家的反垄断执法机构	590
二、反垄断执法机构与其他行业监管机关的关系	592
(一) 欧盟竞争法在电信领域的适用	593
(二) 美国反托拉斯法在电信领域的适用	593
(三) 英国竞争法在电信领域的适用	593
(四) 德国反垄断法在电信领域的适用	594
(五) 各种管制模式的比较	595
三、中国反垄断执法机构的设置及其职责分工	596
(一) 《反垄断法》出台之前涉及反垄断执法的有关职能部门	596
(二) 《反垄断法》起草过程中有关反垄断执法机构设置与职责的 讨论	597
(三) 中国反垄断执法机构及其职责分工	599
第二十章 完善中国经营者集中反垄断审查制度的建议	602
一、中国控制经营者集中的立法概况	602
二、中国《反垄断法》中经营者集中反垄断审查实体标准	605
(一) “一个基本原则、两项例外”——中国《反垄断法》中经营者的 集中审查实体标准的基本框架	605
(二) 与国际主流标准接轨,但欠缺可操作性——中国经营者集中 审查实体标准的评述	609
三、完善中国经营者集中反垄断实体审查标准应当遵循的原则	610
(一) 总结和重视中国企业并购反垄断审查的实践经验	610
(二) 考虑中国作为发展中的社会主义市场经济国家的特殊国情	612
(三) 考虑世界各国趋同的因素并借鉴国际通行做法	614
(四) 考虑经济学理论发展对企业并购反垄断审查制度的影响	615
(五) 确立经济分析在企业并购反垄断审查中的导向作用	616
四、完善中国经营者集中反垄断实体审查分析框架的建议	617
(一) 正确界定相关市场	618
(二) 市场份额与市场集中度分析——建立中国的“安全港”制度	620
(三) 企业并购的潜在反竞争效果分析	623
(四) 买方力量分析	624

(五) 市场进入分析	627
(六) 效率分析	632
(七) 垂危企业抗辩分析	634
(八) 产业政策因素分析	637
(九) 社会公共利益分析	638
(十) 注意并购审查中的证据收集	639
五、抓紧制定经营者集中反垄断审查的配套法规规章指南	640
参考文献	645

第一章 引言

企业并购作为市场经济条件下一种优胜劣汰的机制,具有调节生产,优化资源配置,增强企业实力与竞争力,推动技术和经济发展的积极作用,是企业完成规模集聚、实现快速发展的重要途径。同时,企业并购也可能因加速推动经济的集中而形成垄断,不可避免地排除或限制市场竞争,损害消费者福利,甚至危及社会的经济民主。企业并购是一把“双刃剑”,在给并购企业带来巨大经济利益的同时,可能对市场结构带来长期性的反竞争影响。因此,各国在促进企业并购的同时,为有效控制企业并购可能对市场竞争产生的负面影响,普遍通过制定反垄断法对企业并购进行控制。对达到一定规模的企业并购进行反垄断审查,是世界各国反垄断法律制度的通例,也是反垄断法的三大支柱(另外两大支柱是禁止垄断协议和禁止滥用市场支配地位)之一。如果说禁止滥用市场支配地位是对已经形成的、现实的市场支配力量予以事后的监督和控制,则企业并购控制制度主要是对企业产生或者加强潜在市场支配力量或者滥用该市场支配力量以损害市场有效竞争的行为进行事前预防和控制,旨在维护合理的市场结构,防止市场力量的过度集中。我国《反垄断法》也设专章对企业并购反垄断审查作了详细规定。

对企业并购进行反垄断审查的目的在于防止限制或排除市场竞争的影响,保持竞争性的市场结构和良好的市场秩序,提高效率和促进经济发展。反垄断主管机关通过对企业并购的审查,决定是否需要在特定情况下否定企业并购而实现保护竞争的目标。在确定是否应当对企业并购加以禁止的问题上,各国的审查判断标准主要分为两种:“实质性减少竞争”标准和“支配地位”标准。所谓“实质性减少竞争”标准,是指如果反垄断主管机关通过审查认为企业并购可能将对竞争造成实质性的减损,则将禁止该并购交易。采用这一标准的有美国、英国、澳大利亚等。与之相对应,“支配地位”标准是指对那些可能产生或者强化企业的市场支配地位并因此对竞争造成损害的企业并购,反垄断主管机关将予以禁止。采用这一标准的有德国、瑞典、阿根廷等国和2004年5月1日之前的欧盟。很显然,这两种标准的主要区别在于是否将企业市场支配地位的产生或加强作为判断市场竞争受到损害的标准。

我国《反垄断法》第28条规定:“经营者集中具有或者可能具有排除、限

制竞争效果的,国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。但是,经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。”该标准的内容可以概括为一个原则两项例外:将“排除、限制竞争”作为禁止并购的基本原则,将“对集中产生的有利影响明显大于不利影响”与“符合社会公共利益”作为批准并购的例外条件。

由此可见,我国《反垄断法》关于企业并购反垄断审查的实体标准的规定,既不同于国外的“实质性减少竞争”标准,也不同于“支配地位”标准,而是融合了竞争考量、利弊权衡以及公共利益等多种因素,构成一个较为庞杂的实体审查标准。而且,对于“排除、限制竞争”、“对竞争产生的有利影响明显大于不利影响”、“符合社会公共利益”的含义,我国《反垄断法》都没有给出具体的判断标准。这对于并购交易的可预见性以及国务院反垄断执法机构实施并购审查都是不利的。特别是对于我国这样一个没有反垄断执法实践经验并且缺乏竞争法律文化的发展中国家而言,这种高度抽象又庞杂的审查标准将很难得到有效实施。更为严重的是,这种高度抽象的标准将使国务院反垄断执法机构具有很大的自由裁量权。如果自由裁量权运用不当,企业并购反垄断审查不仅不能起到维护市场竞争的积极作用,而且可能会起到阻碍企业并购正常进行、限制市场竞争有效开展的消极作用。

因此,我国虽然颁布实施了《反垄断法》,但尚未建立起完备的企业并购反垄断审查制度。与欧美的企业并购控制制度相比较,我国《反垄断法》中的经营者集中控制制度还处于初创阶段。促使笔者选择企业并购反垄断审查实体标准与程序问题进行研究的一个重要原因是,从1994年至2007年,作为中国《反垄断法》起草工作小组的主要成员,笔者全过程并比较深入地参加了中国《反垄断法》起草工作,同时从2003年开始从事外资并购反垄断审查工作。在工作中,我深深体会到,我国在这一研究领域十分薄弱,有必要深入研究下去,形成比较系统的企业并购反垄断审查实体制度与程序制度理论,以便为今后完善企业并购反垄断实体审查立法和执法提供论据。如果说,从1993年我国开始《反垄断法》立法起草工作到2007年8月《反垄断法》的颁布这一期间,我国反垄断研究和制度设计的重点是立法层面,那么在2007年8月后,这个重点就应该转向实施层面,涉及反垄断执法机构的设置与运作机制以及如何查处违反《反垄断法》的案件和依法审查企业并购案等。因此,如何借鉴欧美国家成熟而有效的经验,对我国企业并购进行控制,对企业并购反垄断审查实体标准与程序进行深入的比较研究是一个非常重要的课题,将有助于进一步明确我国企业并购反垄断审查制度,为并购