

经营者集中

反垄断审查的

裁决程序

潘志成◎著

法律出版社
LAW PRESS CHINA

经营者集中反垄断审查程序中一个重要环节是对经营者集中是否违法予以裁决。在现实中，各国不同执法机构所采用的裁决程序多种多样。然而，唯有当裁决程序具备一定程序要件时，才能充分发挥事实发现、影响力切断和裁决者裁量权约束等功能，才能准确、公正地得出裁决结果，才能真正帮助执法机构实现执法目标。

经营者集中反垄断审查程序中一个重要环节是对经营者集中是否违法予以裁决。在现实中，各国不同执法机构所采用的裁决程序多种多样。然而，唯有当裁决程序具备一定程序要件时，才能充分发挥事实发现、影响力切断和裁决者裁量权约束等功能，才能准确、公正地得出裁决结果，才能真正帮助执法机构实现执法目标。



上海市律师协会文库

经营者集中 反垄断审查的 裁决程序

潘志成◎著

 法律出版社
LAW PRESS CHINA



上海市律师协会文库

图书在版编目(CIP)数据

经营者集中反垄断审查的裁决程序 / 潘志成著. —
北京:法律出版社,2012.6
(上海市律师协会文库)
ISBN 978-7-5118-3320-4

I. ①经… II. ①潘… III. ①反垄断法—仲裁裁决—
研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 050244 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/9.5 字数/148 千

版本/2012 年 6 月第 1 版

印次/2012 年 6 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 978-7-5118-3320-4

定价:27.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

上海市律师协会文库

编委会顾问：吴军营 刘忠定

编委会主任：盛雷鸣

编委会执行副主任：黄 绮

编委会副主任：陈乃蔚 邵曙范 钱翊樑 周天平 管建军 万恩标

编委会委员：朱洪超 鲍培伦 朱树英 傅鼎生 王俊民 史建三

季 诺 刘小禾 王旭峰 陈 东 潘 瑜

编委会学术顾问：倪正茂

总 序

1912年,中国近代史上人数最多、影响最大的律师同业组织——上海律师公会宣告成立,从诞生之日起,上海律师公会即为“匡扶正义、建立法治”的理想奋斗,为推动中国社会的发展和进步留下了弥足珍贵的记忆。百年后的今天,律师业作为上海现代服务业的重要组成部分,越来越受到社会各界的关注。上海律师队伍已经突破一万三千人,国内外经济社会的舞台上都活跃着他们的身影,他们不仅为上海推进“四个中心建设”贡献力量,更为中国推进社会主义法治建设保驾护航。

上海律师在2011年的首届全国公诉人与律师电视辩论大赛中荣获冠军。这与上海律协鼓励律师学术上百家争鸣,引导律师著书立说的一贯传统有着密切的关系。上海律师中也确实有一大批律师在执业实践中坚持研究、总结,醉心于成文、著作。2006年年初,上海律协启动“上海市律师协会文库”的出版工作,至今已经步入第七个年头。已经问世的十七部书籍,汇聚了上海律师的智慧结晶,展示了上海律师行业的精神财富,印证了上海律师在高速发展的物质文明和精神文明中始终立于时代脉络的前沿。

搭建律师思想碰撞之平台,畅通律师信息传播之渠道,铺设律师学问切磋之道路,营造律师形象展示之舞台,创建律师文化交流之大厦,始终是上海律协推动律师业发展的出发点和追求目标,也是广大上海律师共同憧憬的理想之境。

上海市律师协会
二〇一二年二月

序 一

由于多种因素的影响,我国对反垄断法的研究主要集中在基本实体制度方面,对反垄断执法程序的研究很少,而对经营者集中反垄断审查裁决程序进行专门研究的就更少。因此,潘志成博士在其博士论文的基础上完成的这本专著《经营者集中反垄断审查的裁决程序》就带有填补我国这一领域研究空白的意义。

潘志成曾于2007~2011年在上海交通大学凯原法学院攻读经济法学方向的法学博士学位,我是他的博士生导师。他在攻读博士学位期间已在反垄断法研究领域取得突出的成果。除了参与课题研究、合作出版著作、翻译国外文献外,还曾先后在《法学》、《中外法学》等法学类主流期刊上发表有关我国反垄断执法方面的专题学术论文。他的博士论文选题为经营者集中反垄断审查的裁决程序研究,该论文不仅顺利通过答辩,而且也在盲审中被评为优秀,并被建议参选国家和省市级优秀博士论文评选。我很高兴看到潘志成的这篇博士论文获得资助作为专著出版。

这本专著探讨的是我国反垄断法理论研究中一个非常新颖的领域。它试图通过我国经营者集中反垄断审查的具体审查执法案件,剖析我国反垄断执法机构作出审查决定的过程和机制,揭示我国反垄断执法机构在事实发现、影响力切断、裁量权约束等方面所存在的不足,进而提出加强独立的听证程序等改进方法。

这本专著在理论研究上有诸多创新之处:首先,它突破了以往我国学者对各国经营者集中执法程序进行研究时所惯常采用的分国别比较研究模式,而是以程序如何帮助执法机关进行事实发现、影响力切断、裁量权约束等功能实现为主线,将各国执法程序放入一个统一的框架中进行分析。其次,它对于程序在行政执法中所采取的基本立场也不同于以往我国学者所惯常采用的控权立场,而是采取了如何完善程序以帮助行政执法机关实行执法目标的同情和帮助

2 经营者集中反垄断审查的裁决程序

的立场。因此,这本专著值得反垄断法学理论研究工作者阅读。

同时,这本专著紧密结合我国反垄断执法实践,尤其是商务部的经营者集中反垄断审查执法的具体案例展开讨论。专著中对执法实践中所存在问题的剖析是中肯和恰当的,提出的改进建议也较为合理,论述也翔实充分。因此,这本专著也值得反垄断法实务工作者阅读。

任何在新的领域所进行的探索都有一个艰难的过程,其最后的成果也不会是十全十美的。本书当然也是如此。虽然作者的写作态度是很认真的,内容也得到了不少肯定和赞许,但是其中肯定也会存在这样或者那样的问题,需要作者继续进行探索,不断加以完善。我希望并相信作者选择从事执业律师工作不是其学术研究工作的结束,而是在新的起点上的继续,并不断取得新的成果。

王先林教授

上海交通大学凯原法学院副院长、博士生导师

国务院反垄断委员会专家咨询组成员

PROLOGUE TWO

From September 2009 through August 2010, Zhicheng Pan studied at Boston University School of Law under a Ph. D student training program jointly sponsored by Shanghai Jiao Tong University. I was his supervisor at BU Law, overseeing his research project on US antitrust law. Zhicheng Pan was a diligent student in my antitrust class, and worked enthusiastically on his research project. I am pleased to see that his treatise has been published.

Zhicheng Pan's book argues successfully in favor of the procedural reform of China's antitrust law. The book focuses on the core features of common law adjudication that have guaranteed its success: neutral decision-making, participation by affected parties, and the provision of clear and soundly-reasoned justifications. These core features are deeply embedded in American antitrust law, and are simply part of the common law tradition that American antitrust law has inherited. My suspicion is that the substance of the law is less important, in guaranteeing an effective, corruption-free legal regime, than the presence of these core procedural features. I hope that this book influences competition laws in China and in the rest of the world.

Keith N. Hylton
Honorable Paul J. Liacos Professor of Law
Boston University

序 二

(中文翻译)

2009年9月至2010年8月,潘志成受上海交通大学资助作为联合培养博士生来到波士顿大学法学院学习。我是他在波士顿大学法学院学习期间的指导老师,指导其进行有关美国反托拉斯法的研究。潘志成在我教授的反托拉斯法班上学习勤奋,同时认真积极地进行他的研究工作。我很高兴看到他的专著获得出版。

潘志成的专著成功地论证了中国反垄断法执法程序改革的必要性。该专著集中探讨了普通法司法判决程序的核心构造特征:中立的决定作出、利害关系方的参与以及对判决结果给予的清晰、理由充分的说明,而这些构造特征是保障普通法司法判决能够成功的关键。这些核心构造特征被深深嵌入在美国反托拉斯执法中,是美国反托拉斯法所承继的普通法传统的一个当然组成部分。我猜想,对于保障法律有效实施、保障执法不受腐败因素干扰而言,法律条文自身的实体要素并不如前述程序构造特征更为重要。我希望本书能够为中国乃至世界各国的竞争执法带来有力影响。

凯斯·N. 希尔顿
保罗·J. 里亚科斯讲席教授
波士顿大学

目 录

引 言	1
一、研究对象与研究意义	1
二、研究基础和研究方法	8
 第一章 反垄断法执法目标、执法机构和行政认定裁决程序	14
第一节 反垄断法执法目标	14
第二节 反垄断法执法机构	17
第三节 行政认定裁决程序	20
 第二章 执法偏离现象和行政认定裁决程序的缺陷	31
第一节 经营者集中案件中的执法偏离现象	31
第二节 行政认定裁决程序的缺陷	45
第三节 欧共体委员会经营者集中审查案件中的执法偏离	62
 第三章 裁决程序必备要件和功能	
——以司法裁决程序为样本	67
第一节 司法裁决程序的必备要件和功能	67
第二节 司法裁决程序的演变	74
 第四章 行政机构内部的司法裁决程序	
——准司法裁决程序	96
第一节 准司法裁决程序的构造特征	97

2	经营者集中反垄断审查的裁决程序	
第二节	准司法裁决程序在经营者集中案件中的运用	108
第五章	行政认定裁决程序的改造	119
第一节	行政认定裁决程序改造的理论基础	119
第二节	欧共体委员会行政认定裁决程序改造的启示	120
第三节	我国商务部行政认定裁决程序改造的制度设计	123
结语		129
参考文献		131

引言

一、研究对象与研究意义

裁决是指根据特定规则解决争议的一种争议解决方式。^① 举例而言,如果双方当事人之间发生争议,且双方争议若不加以解决则有可能破坏既有的规则或秩序,而双方又不愿意仅仅息事宁人,在此情况下,双方当事人往往会选择进行裁决,通过裁决来判断是非曲直并据此解决争议。

在反垄断执法中,裁决指根据反垄断法来判断具体案件事实究竟是否违法。例如,美国普通法法院裁决泛密苏里地区的铁路运输公司之间达成的运费价格固定协议是否违法;^②我国江苏省工商执法机关裁决江苏省连云港市预拌混凝土企业之间分割销售市场的行为是否违法;^③我国发改委裁决浙江省富阳市造纸行业协会组织会员提高价格的价格垄断行为究竟是否违法。^④ 同样,裁

① 引自 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978 - 1979), at 357. 原文是“裁决一般被理解为解决纠纷或争议的一种方式”。富勒在该文中进一步阐述裁决应被视为一种应对人们不同诉求的社会治理规则。根据富勒的分类,社会治理规则可以分为两类:一类是应对人们相同诉求的规则,如人们共同的追求和道德理念;另一类是应对人们具有不同诉求的规则,如缔结合同(通过协商和交换的对不同诉求的治理)、选举、裁决。在此意义上,裁决属于应对人们不同诉求的社会治理规则当中的一种,其与合同、选举的区别在于后两者不需要给出理由,可以凭借着自身的谈判能力或多数的力量决定结果,而前者则需要给出理由。综合富勒的上述观点,本书将裁决定义为“根据特定规则来解决争议的一种争议解决方式”。

② 美国最高法院通过司法诉讼裁决程序认定泛密苏里运输协会的价格固定协议违反《谢尔曼法》第1条。参见 *United States v. Trans Missouri Freight Assn.*, 166 U. S. 290 (1897)。该案是美国最高法院适用《谢尔曼法》进行实体审理的第一起案件。

③ 江苏省工商局认定江苏省连云港市建筑材料和建筑机械行业协会下属的混凝土委员会及其部分成员分割销售市场行为违反我国《反垄断法》第13条第2款。参见姚芑:“全国工商反垄断执法第一案办结”,载《法制日报》2011年3月3日第6版。

④ 我国发改委认定浙江省富阳市造纸行业协会组织会员企业提高价格的行为构成价格垄断行为。参见王卓明:“反垄断祭旗:富阳造纸协会合谋被罚”,载《21世纪经济报道》2011年1月6日第19版。需要说明的是,在该案中,发改委的处罚依据并非我国《反垄断法》,而是《价格违法行为行政处罚规定》。据此,有学者认为该案不构成反垄断法案件。本书对该案是否为反垄断法案件并不讨论,仅以此例说明发改委在执法过程中也需要对案件事实进行裁决。

2 经营者集中反垄断审查的裁决程序

决也存在于经营者集中反垄断审查过程中。^① 通过裁决审查执法机构将针对参与集中企业所申报的经营者集中是否违法作出判断,^②并据此判断决定是否需要经营者集中予以禁止,或者附加限制性条件不予禁止。^③ 当然,并非所有的经营者集中申报案件在审查过程中都会进入裁决程序。对于大部分的经营者集中案件,审查执法机构对申报的集中以及申报集中企业所主张的集中对相关市场竞争所产生影响并未提出异议,因此案件不会进入裁决的程序。^④ 唯有当审查执法机构对于申报的集中以及申报集中企业所主张的集中对相关市场竞争所产生影响提出异议,也就是说参与集中企业与审查执法机构对于集中

① 例如,根据我国商务部颁布的《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)的规定,经营者集中反垄断审查的程序包括申报前期的咨询和商谈、申报材料材料的审核与补充、初步审查、进一步审查、提出反对意见、对反对意见的申辩、附加限制性条件的商谈、作出最终审查决定等步骤和阶段。在这些步骤和阶段中,商务部究竟在哪一个步骤或哪些步骤和阶段作出经营者集中是否违法的认定并不明确,但大致可判断往往是在进一步审查阶段。我们通过一些案例也可以观察到,商务部在进一步调查阶段形成反对意见时,事实上已作出是否违法的判断,并在随后的阶段商谈附加限制性条件。参见中华人民共和国商务部公告[2009]第 22 号(关于禁止可口可乐公司收购中国汇源公司案)。

② 根据我国《反垄断法》第 28 条的规定,判断经营者集中是否违法应当予以禁止的标准是:是否“具有或可能具有排除、限制竞争效果”。同时,对于经营者能够证明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。但对于不予禁止的经营者集中,国务院反垄断执法机构可以附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。可以认为,经营者集中反垄断审查裁决最核心的工作是对经营者集中是否违法予以判断。在是否存在违法以及在哪些方面违法的前提结论得出之后,申报集中企业可以与审查执法机构协商如何进行救济、减少或消除经营者集中对竞争带来的不利影响。可以认为,附加限制性条件的协商和确定是一项附随性的工作。当然,也并不是说附加限制性条件协商不重要,通过协商等方式制定和选择有效的限制性条件是裁决的必要组成部分。参见 Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, US Department of Justice, 2004。

③ 例如,在可口可乐收购中国汇源公司的案件中,我国商务部决定对该集中予以禁止,参见中华人民共和国商务部公告[2009]第 22 号;而截至 2012 年 2 月,我国商务部在英博集团收购 AB 公司等十一案件中决定附加限制性条件不予禁止,有关英博集团收购 AB 公司案情况参见中华人民共和国商务部公告[2008]第 95 号。

④ 经营者集中申报的目的在本质上是给予审查执法机构充分的时间和信息对经营者集中可能对相关市场竞争所产生影响进行评估。经营者集中反垄断审查执法机构未提出异议的经营者集中申报案件,并不等于审查执法机构进行了裁决并作出了经营者集中合法的认定结论。例如,根据美国《哈特斯科特罗迪诺法案》进行经营者集中申报,且审查执法机构未提出异议,并不妨碍审查执法机构在此之后对该集中提起诉讼。参见 Irene Knable Gotts, *The Merger Review Process: A Step by Step Guide to Federal Merger Review*, ABA, Section of Antitrust, 2007, at 70.

究竟是否违法存在争议时,裁决才会发生。^①

从另一个层面讲,裁决这一概念的外延范围可以非常宽泛,也就是说裁决的形式和程序可以非常多样。^②“既可以包括非常松散的形式,例如两个孩子在争夺玩具时,让做法官的父亲来决定玩具到底应该归谁;也可以包括非常严格的形式,例如参议院通过弹劾程序判断总统是否应被弹劾,或者美国最高法院的九名法官通过全席审理对上诉案件是否应被维持或推翻进行判决,或者国际法庭通过庭审对某国的行为是否违反国际条约或国际法进行裁定。”^③

同样,经营者集中反垄断审查中的裁决程序也多种多样。例如,我国商务部经营者集中反垄断审查的裁决采用一种行政认定程序。这种行政认定裁决程序在程序形式上有较大的随意性,裁决者可以自行调查,也可以单方会见某一方当事人了解情况,还可以在必要时邀请同行业竞争者座谈、约见参与集中企业代表、征求专家意见,最后商务部在此基础上经过“全面评估”作出经营者集中是否违法(具有或者可能具有排除、限制相关市场竞争的不利影响)的判断。^④这种裁决程序在一定程度上也类似于行业专家或者企业经营者在

① 例如,《经营者集中审查办法》(中华人民共和国商务部令 2009 年)第 10 条规定:“在进一步审查阶段,商务部认为经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,应当将其反对意见告知参与集中的经营者,并设定一个允许参与集中的经营者提交书面抗辩意见的合理期限。参与集中的经营者的书面抗辩意见应当包括相关的事实和理由,并提供相应的证据。参与集中的经营者逾期未提交书面抗辩意见的,视为对反对意见无异议。”根据我国商务部 2011 年公布的统计数据,自 2008 年 8 月 1 日《反垄断法》开始实施以来,截至 2011 年 1 月,共审查过近 140 件经营者集中申报案件,其中 132 起申报案件商务部未提出异议;而在其中 8 起案件中,商务部提出异议,因而双方将进入裁决程序,而截至 2012 年 2 月,公布裁决结果的案件共 12 起。本书所研究的裁决就是商务部如何在这些提出异议的申报案件中作出禁止集中或者附加限制性条件决定的程序。

② “程序”通常指为决定作出而采用的一定步骤、方式和手续。例如,季卫东教授将法律程序定义为按照一定顺序、方式和手续作出决定的相互关系。参见季卫东:“程序比较论”,载《比较法研究》1993 年第 1 期。另外,“形式”并没有固定的概念范畴,如富勒教授在其《裁决的形式和限制》一文中并未对形式的概念范畴进行界定,其在大多数情况下可以和“程序”互换使用。

③ Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978 - 1979), at 353 - 354.

④ 例如,中华人民共和国商务部公告[2009]第 22 号(关于禁止可口可乐公司收购中国汇源公司案)认定,“(三、审查工作。)立案后,商务部对此项申报依法进行了审查,对申报材料进行了认真核实,对此项申报涉及的重要问题进行了深入分析,并通过书面征求意见、论证会、座谈会、听证会、实地调查、委托调查以及约谈当事人等方式,先后征求了相关政府部门、相关行业协会、果汁饮料企业、上游果汁浓缩汁供应商、下游果汁饮料销售商、集中交易双方、可口可乐公司中方合作伙伴以及相关法律、经济和农业专家等方面意见。(四、竞争问题。)审查工作结束后,商务部依法对此项集中进行了全面评估,确认集中将产生如下不利影响:……”由此可以看出,商务部在审查工作(调查工作)进行的过程中,就形成了裁决的基本意见,并在审查工作结束后作出了该项集中具有不利竞争影响(违法)的认定。

4 经营者集中反垄断审查的裁决程序

对企业内部运行进行经营管理决策时所采取的管理决策程序(*managerial direction*)。^①

经营者集中反垄断审查还可以采用典型的司法诉讼裁决程序。例如,在美国,经营者集中案件可以由司法部充当检控人,以参与集中企业为被告,向联邦地区法院提起诉讼。联邦地区法院的法官作为中立的裁决者根据双方的举证和对法律适用的主张进行事实认定和法律意见的总结,最后判决该集中是否违法并应予以禁止。^②

此外,并非唯有普通法法院在进行经营者集中反垄断审查裁决时采用司法诉讼裁决程序,独立行政机构也可以在其内部采用类似法院司法诉讼裁决的准司法裁决程序。例如,在美国联邦贸易委员会审查起诉的经营者集中案件中,美国联邦贸易委员会自身的调查部门可以充当检控人,以参与集中企业为被告,向美国联邦贸易委员会内部的行政法官提起诉讼,行政法官作为独立和中立的裁决者,根据双方的举证和对法律适用的主张进行事实认定和法律意见的总结,最后出具该集中是否违法并应被予以禁止的裁决。^③与此同时,日本公正交易委员会对经营者集中反垄断审查的裁决也采用“审判程序”。^④“公正交易委员会的审判程序以美国联邦贸易委员会的审判程序为基础。从违反竞争法案件的行政程序整体来看,可以将该程序视为与地方法院相同的程序。”^⑤当然,我们也应看到,日本公正交易委员会在内部分立结构、审判程序裁决者的独立性保障等方面与美国联邦贸易委员会的裁决程序仍有差别。

① 行政程序理论的倡导者美国行政法学家兰蒂斯在 20 世纪 30 年代曾主张对行业进行管制、对竞争进行管制的独立行政机构应采用公司运营管理的方式,对行业费率、劳工保护、竞争保护等争议进行裁决时,也像公司管理者面对劳工、资方和公司顾客等利益主体的不同诉求作出决定那样,以追求公司的发展为目标。参见 James M. Landis, *The Administrative Process*, Yale University Press, 1968, p. 11. 兰蒂斯本人也曾于 1946 年担任民用航空委员会(Civil Aeronautics Board)主席一年,但因航空公司的反对而未能连任。美国行政法学家杰夫认为兰蒂斯在民用航空委员会的遭遇是对其主张的行政程序的一种嘲讽,说明兰蒂斯主张的行政程序是过于理想化和脆弱的。参见 Louis L. Jaffe, *Forward*, James M. Landis, *The Administrative Process*, Yale University Press, 1968. 在兰蒂斯行政程序思潮影响下,美国的许多独立行政管制机构都曾采取类似公司运营管理的方式,如联邦通讯委员会(Federal Communication Committee)的委员在裁决究竟应当如何将频道资源分配给申请者时,可以单方会见申请者以了解情况。这种裁决形式的公正性遭到广泛的批评,因而“现在已经很少再有人认同兰蒂斯的主张,即将民用航空委员会的执法决定视为管理工作,并认为不适宜进行裁决和司法审查”。参见 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978 - 1979), at 355.

② 例如, *Northern Securities Co. v. United States*, 193 US 197 (1904)。

③ 例如, *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U. S. 568 (1967)。

④ 参见日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》第八章(公正交易委员会)第二节(程序)。

⑤ [日]村上政博:《日本禁止垄断法》,姜姗译,法律出版社 2008 年版,第 62 页。

而欧共体委员会竞争总司在经营者集中反垄断审查中所采用的裁决形式,则与我国商务部的裁决形式比较接近。竞争总司中负责经营者集中调查的部门(Merger Task Force)事实上也在调查同时对经营者集中是否违法作出最终判定。^①而且裁决程序也比较随意,裁决者也可以单方会见申报集中企业的同行业竞争者以了解情况并据此形成最终判定。^②当然,我们也应看到,欧共体委员会竞争总司的裁决程序在裁决意见说明等方面比我国商务部的裁决程序更为严格。

尽管世界各国和地区负责经营者集中反垄断审查的执法机构性质各不相同,不同执法机构所采用的裁决程序也形形色色,但这些裁决程序的类型之间也存在一定的规律。^③总体上,我们可以将这些裁决程序分为两大类型:一类为具有司法诉讼色彩的裁决程序,其中有代表性的包括美国普通法院的司法诉讼裁决程序、美国联邦贸易委员会的准司法裁决程序和日本公正交易委员会的审判程序,等等。在这一类型的裁决程序中,执法机构更倾向于通过程序机制来得出符合执法目标的裁决结果。例如,执法机构倾向于通过利害关系人的对抗式参与进行事实发现、通过中立的裁决者进行影响力切断、通过裁决理由说明进行裁量权约束,最终确保裁决结果符合执法目标。另一类是缺乏司法诉讼色彩、以行政认定为表现形式的裁决程序,其中有代表性的程序包括欧共体委员会竞争总司的行政认定程序和我国商务部的行政认定裁决程序等。在这一类型裁决程序中,执法机构更倾向于通过专家机构作出决定来得出符合执法目标的裁决结果,而对裁决程序的形式要件不予重视。因此,这两大类型的裁决程序在裁决者是否中立、利害关系人是否能够有效参与、裁决理由是否说明等程序要件方面存在较大差异。当然,同一类型中的不同裁决程序在个别程序要件上也会存在不同。

① Antoine Winkler, Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules: Something Rotten in the Kingdom of the EC Merger Control? *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, edited by Francois Leveque, Howard Shelanski, Edward Elgar, 2003, at 87. 作者认为,“经营者集中审查执法部门在竞争总司内部传递和说服其他部门接受其对于具体集中申报案件的观点,同时又对集中作出执法决定,很难符合欧洲初审法院对欧共体委员会执法裁决的程序公正要求”。Ibid, at 87.

② Eleanor M. Fox, GE/Honeywell, *The US Merger that Europe Stopped-A Story of Politics Convergence, Antitrust Stories*, edited by Eleanor M. Fox and Daniel A. Crane, Foundation Press, 2007, at 339.

③ 本书对反垄断执法裁决程序进行观察时,将尝试暂时淡化处理一些限制观察和比较,或使观察和比较更加复杂化的因素,如普通法系和大陆法系在程序方面的不同,民事法律与行政法律在程序方面的不同,更加着重观察裁决程序中事实发现、影响力阻断和约束裁量等较为抽象的要素,并将不同法系、不同法律制度下的不同裁决程序视为一个统一的、服务于法律实施和纠纷解决的整体。

事实上,我们可以将世界各国和地区形形色色的反垄断执法裁决程序排列成一个谱系,将具有司法诉讼色彩的裁决程序放置在横轴的上方,而将缺乏司法诉讼色彩的行政认定裁决程序放置在横轴的下方。美国的司法诉讼裁决程序位于谱系横轴的最左端,而我国商务部的行政认定裁决程序位于谱系横轴的最右端,中间从左到右依次排列美国联邦贸易委员会的准司法裁决程序、日本公正贸易委员会的审判程序、欧共体委员会竞争总司的裁决程序(参见图1)。

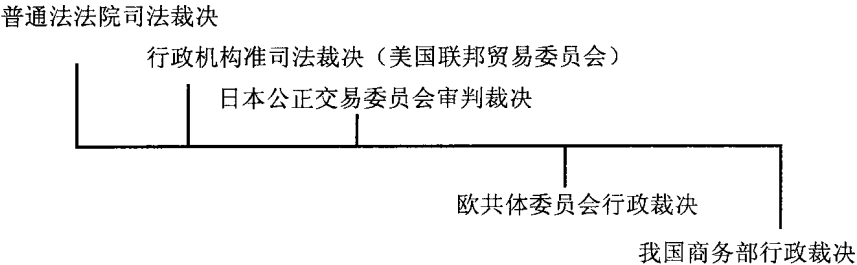


图1 裁决程序谱系图

在谱系图中,左端美国普通法法院的司法裁决程序在利害关系人的有效参与、裁决者中立以及裁决理由说明等程序要件方面最为齐备,故而裁决程序的司法色彩最为浓厚。沿该谱系横轴向右,从美国联邦贸易委员会的准司法裁决程序到日本公正交易委员会的审判程序,尽管其裁决者中立等个别程序要件方面与司法诉讼裁决程序相比相对薄弱,程序的司法色彩也有所降低,但其程序要件基本完备,因此仍属于具有司法色彩的裁决程序,故仍处于横轴上方。沿该谱系横轴继续向右,欧共体委员会竞争总司的行政认定裁决程序与我国执法机构的行政认定裁决程序已不具备司法诉讼裁决的色彩,而具有行政认定裁决的色彩,因而被放置于谱系横轴的下方。沿该谱系横轴向右,裁决程序的行政认定色彩逐渐加强,与此相应程序在利害关系人有效参与、裁决者中立以及裁决理由说明等程序要件方面也依次减弱。

由上可知,经营者集中反垄断审查执法机构在裁决时可以采取多样化的程序。然而,尽管这些不同类型的裁决均可以“定分止争”,得出裁决结果并平息审查执法机构与参与集中企业之间的争议,但是并非每一种类型的经营者集中反垄断审查裁决都能够帮助审查执法机构依据事实和法律公正、准确地得出裁决结果(或者可以说是同时具备合法性和正当性的裁决结果),并最终帮助审查执法机构实现执法目标。

本书将揭示,经营者集中反垄断审查的裁决程序必须具备一些基本的程序要件,如利害关系人对程序的有效参与、裁决者的中立以及裁决理由的给出,这