

吴长军 / 著

RESEARCH
of M&A Antitrust Review
Defense System

企业并购

反垄断审查抗辩制度研究



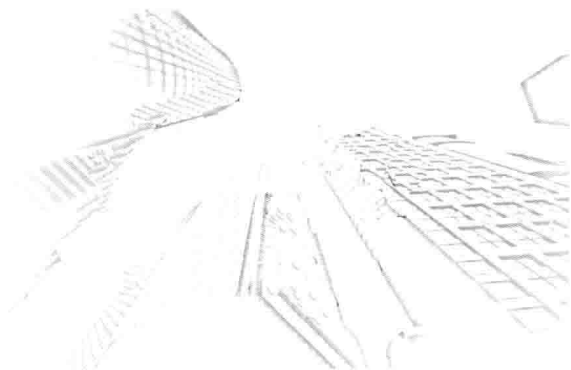
中国政法大学出版社

企业并购

反垄断审查抗辩制度研究

Research of M&A Antitrust Review
Defense System

吴长军/著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

企业并购反垄断审查抗辩制度研究/吴长军著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 11

ISBN 978-7-5620-5706-2



企业兼并—反垄断法—研究—中国 IV. ①

D022.294.024

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第271723号

- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 11.25
- 字 数 270千字
- 版 次 2014年11月第1版
- 印 次 2014年11月第1次印刷
- 定 价 35.00元

序 言

作为吴长军博士的导师，我很高兴为本书作序，并与各位同仁分享观点。

并购反垄断审查抗辩制度由实体性抗辩规则和程序性抗辩规则系统组成。该项制度立足社会本位观，旨在防止因企业经济力过度集中而产生严重的限制竞争行为，以维护公平自由的市场竞争秩序；同时也重视维护市场主体的正当权益，保障正常的市场并购活动，促进管理创新与技术进步，增进社会整体福利。

本书以并购反垄断审查抗辩制度的生成、价值、运行及构建为主线，研究一般理论框架、制度成因与源流，探讨基本价值和理念，分析我国相关立法及运行状况。从法律规范、法律行为、法律关系和法律责任维度，探析并购反垄断审查抗辩制度的体系构建与完善路径。实体性抗辩规则

及运行的研究内容主要涉及市场进入抗辩、效率抗辩、破产企业抗辩和公共利益抗辩等，阐述其内涵、原理及适用条件。程序性规则及运行的研究，主要阐述申报、立案、审查、抗辩、裁决、公告和救济等程序性抗辩规则体系。

并购反垄断审查抗辩制度由实体性规范与程序性规范组成，具有公私法交融性、社会本位性、经济性、政策性、法益多元性和手段综合性等特征。并购反垄断审查抗辩制度应当平衡协调社会、国家、并购企业、竞争者、消费者及其他利益相关方之间的利益，处理好审查权与抗辩权的辩证关系，赋予当事人程序性抗辩权利，保障执法机构审查过程与结果的正当性和公正性。

多数国家和地区竞争法律均赋予并购当事人申辩、发表意见、提供证据、申请听证等程序性抗辩权利，规定了市场进入抗辩、效率抗辩、破产企业抗辩、公共利益抗辩等抗辩情形及适用条件。各国和地区并购反垄断审查抗辩规则及实施，既有利于规范反垄断审查行为，维护公平自由的竞争秩序；又有利于培养市场主体的竞争文化意识，维护并购当事人的抗辩权利，促进正常的并购活动。

并购反垄断审查抗辩制度立足于社会本位观，以大多数人的意志和利益为重。该项制度旨在防范和禁止实质性限制竞争的并购行为，有效维护公平自由的竞争秩序，增进社会整体利益；同时也保障市场主体的合法权益，促进市场主体的竞争活力发挥，提升企业技术和管理创新水平，增进社会公众和一般消费者的福祉。并购反垄断审查抗辩制度突破了

传统民商法意义上的形式正义，把实质正义作为基础性价值目标。并购反垄断执法机构、并购当事人及其他利害关系者既应遵守法律规范本身的规定，又要符合内在的法治精神，合乎实质正义的价值。并购反垄断审查抗辩制度应当坚持公平自由的竞争秩序这一基本理念。该项制度能够有效规制实质性限制竞争的并购，促进正常的市场并购活动，维护公平自由的竞争秩序，促进社会整体利益最大化。并购反垄断审查抗辩制度具有多元性价值目标体系，以公平自由竞争为直接法益目标，以经济效率为间接法益目标，以消费者福利为核心目标，以社会整体利益为最终目标。

我国并购反垄断审查抗辩制度已经基本具备体制、经济、竞争文化和国际环境等基础性因素，拥有较好的法制、市场和信息资讯制度等运行环境。实体性和程序性抗辩规范体系一定程度上达到合法性、合理性与先进性评价要求。一套完善的实体性和程序性抗辩规则能够有效保障执法机构、并购当事人及利害关系者的行为合法化，能够有效保障并购当事人充分表达抗辩主张，保障反垄断审查决定的公正性和权威性，实现并购反垄断审查的价值目标。

并购反垄断审查抗辩制度须贯彻平衡协调原则、合理原则、正当程序原则、透明度原则、规制与合作原则。我国相关制度应完善并购反垄断执法机构的组织结构及职能设置，实现调查与裁决职能的科学分离。并购反垄断审查抗辩制度的设计与运行，应保障利害关系人对并购审查的参与、抗辩及救济权利，赋予社会公众对并购反垄断审查的参与和监督

权利，保证并购审查抗辩过程及裁决的正当性与公正性。并购反垄断审查抗辩制度应贯彻经济法的责任理念，重视责任、职责、义务的设置及优化，做到责任、权利、利益、效益的辩证统一。

并购反垄断审查抗辩制度须立足社会本位观，追求实质正义价值目标，贯彻维护公平自由竞争秩序基本理念。国家通过制定与实施并购反垄断审查抗辩制度，能够有效实现经济管理职能与市场经济调节的良好互动，维护公平自由的竞争秩序。从实体性抗辩规则的角度来看，我国应建立和完善市场进入抗辩、效率抗辩、破产企业抗辩、公共利益抗辩等实体性抗辩规则，保障并购当事人行使实体性抗辩权利，证明并购交易利大于弊，或者不存在反竞争的后果，以得到审查机关的豁免或批准；同时应完善具体适用条件，增强实体性抗辩制度的操作性。从程序性规则的角度看，我国应贯彻正当程序原则与公开透明原则，完善立案受理、审查抗辩、裁决及公告、法律救济等规范系统，保障审查抗辩过程及结果的公平与公正，实现并购反垄断审查抗辩制度的价值目标。

吴宏伟

中国人民大学法学院教授、博士生导师

中国人民大学竞争法研究中心主任

中国商业法研究会副会长

2014年9月21日

目 录

序 言	I
-----------	---

导 论	1
-----------	---

- 一、研究背景与意义 / 1
- 二、研究问题与文献综述 / 6
- 三、概念界定与研究方法 / 20

第一章 一般原理：并购反垄断审查抗辩 制度解析	27
----------------------------------	----

- 第一节 并购反垄断审查抗辩制度的框架
体系 / 28
- 第二节 市场进入抗辩的内涵及原理 / 39
- 第三节 效率抗辩的内涵及原理 / 44
- 第四节 破产企业抗辩的内涵及原理 / 49
- 第五节 公共利益抗辩的内涵及原理 / 56
- 本章小结 / 61

第二章 历史考察：并购反垄断审查抗辩制度追本

溯源 63

第一节 并购反垄断审查抗辩制度的成因及效应 / 64

第二节 美国并购反垄断审查抗辩法律制度评述 / 71

第三节 日本并购反垄断审查抗辩法律制度评述 / 87

第四节 欧盟并购反垄断审查抗辩法律制度评述 / 97

本章小结 / 111

第三章 价值目标：并购反垄断审查抗辩制度的实质正义

与维护公平自由竞争理念 113

第一节 社会本位观：并购反垄断审查抗辩制度的立足之本 / 114

第二节 实质正义：并购反垄断审查抗辩制度的基本价值
目标 / 118

第三节 维护公平自由竞争：并购反垄断审查抗辩制度的基本
理念 / 123

第四节 平衡协调理念：并购反垄断审查抗辩制度的多元价值
目标的辩证统一 / 138

本章小结 / 157

第四章 现状反思：中国并购反垄断审查抗辩制度的立法

与运行检讨 159

第一节 制度背景：中国并购反垄断审查抗辩制度的社会经济
基础 / 160

第二节 规范分析：我国现行并购反垄断审查抗辩制度的立法
检讨 / 170

第三节 实证研究：中国并购反垄断审查抗辩制度的运行

检讨 / 189

本章小结 / 238

第五章 改革方向：构建符合实质正义与公平自由竞争

理念的并购反垄断审查抗辩制度 240

第一节 法律规范：构建并购反垄断审查抗辩制度的原则和

规则 / 241

第二节 法律行为：完善并购反垄断审查抗辩的行为模式 / 288

第三节 法律关系：解析并购反垄断审查抗辩的主体、客体和

内容 / 296

第四节 法律责任：设计违反并购反垄断审查抗辩制度的法律

后果 / 314

本章小结 / 330

结 论 332

参考文献 336

后 记 348

导 论

一、研究背景与意义

(一) 研究背景

“企业联合并非仅是垄断之母，它也经常带来附加的利益。”^{〔1〕} 适度的企业并购对社会经济发展有良好的推动作用，可以提高规模经济效益，促进经济技术进步，增加一般消费者总体福利。过度的企业并购也可能导致滥用优势地位、双边协调等垄断行为及效果的发生，损害公平自由竞争秩序，减损一般消费者利益，甚至危害社会公共利益。“造成经济力量过度集中的企业合并对竞争和经济发展的弊害在于：由于经济力量的过度集中，市场上往往只存在几个甚至一个经营者，大大增加了滥用支配地位行为和垄断协议行

〔1〕〔英〕庇古著，金镛译：《福利经济学》，华夏出版社2007年版，第258页。

为发生的危险性,使其他竞争者的处境更为不利,潜在竞争者进入市场的难度也大大提高,产生‘阻却竞争’(dissuading competition)效应。”^[1]故而世界各国和地区均对企业并购活动实施必要的反垄断法律规制。

并购反垄断审查抗辩制度内容主要包括:实质性审查标准、审查步骤、审查内容、实体性抗辩和程序性抗辩规则系统。该项制度旨在防止因企业经济力过度集中而产生严重的限制竞争行为,维护公平自由的市场竞争秩序;同时,也重视维护市场主体企业的抗辩权利,促进正常的市场并购活动,促进管理创新与技术进步,增进社会整体福利水平。并购反垄断审查制度既赋予执法机构以调查权、审查权等行政执法权,也赋予并购当事人以申辩权、抗辩权、救济权等权利,以实现公权力与私权利的平衡协调,保证并购反垄断执法的公开、公平、公正。

本书对并购反垄断审查抗辩制度的研究,主要基于国际并购趋势及法治动态、我国经济发展水平和经营者集中审查制度运行情况等时代背景。

1. 国际并购趋势及法治动态

随着经济全球化的发展,各国和地区间的经济贸易交流联系更加密切,跨国公司并购现象更为活跃,并购反垄断审查案件大幅增加。在国内、区域乃至全球层面,采纳一套能够有效实施的竞争制度法则,并造就一种真正的竞争文化,必将有助于建立起一套缓解全球化压力的制度体系,因为这些制度规则不仅倡导经济效率的提高,也倡导公平公正。^[2]竞争法立法及

[1] 盛杰民:“论我国《反垄断法》的调整范围”,载《法学杂志》2005年第5期。

[2] See Brusik, “UNCTAD’s Role in Promoting Multilateral Co-operation on Competition Law and Policy”, *World Competition*, Vol. 24, 2001, p. 24.

执法层面的国际交流合作日益增多,并购反垄断审查抗辩制度的立法、执法及司法经验的交流与合作也日趋密切。后金融危机时代,各国和地区均更趋重视竞争执法的透明度建设,强调正当程序原则,注重并购反垄断审查制度的科学设计与有效实施,不断完善并购反垄断审查抗辩规范体系,保障当事人及利害关系人的实体性和程序性抗辩权利。例如,OECD于2009年10月召开了专门论坛,讨论并购反垄断审查破产企业抗辩原则的贯彻及实施情况,体现了国际组织对并购反垄断审查抗辩制度立法及运行的关注。^[1]世界各国和地区并购反垄断审查抗辩制度的立法及执法政策、经验,对我国相关制度建设与完善亦具有良好的借鉴价值。

2. 我国社会经济发展阶段与总体水平

我国社会经济发展尚处于社会主义初级阶段,国内多数产业总体规模相对偏小,生产要素配置较为分散,一些产业集中度水平偏低。企业并购在一定程度上有利于国民经济发展,可以增强企业规模效应,提升企业生产效率和市场竞争力,提高企业国际竞争力。“在规模经济条件下,各种资源可以得到合理配置,减少消耗,降低生产经营成本,因而规模经济对企业、对消费者以及对整个社会都会带来益处。”^[2]我国并购审查法律政策总体上鼓励企业重组,以促进企业做大做强。但对达到申报标准的并购行为亦依法进行反垄断审查,以维护公平自由

[1] See The Failing Firm Defence 2009, OECD POLICY ROUNDTABLES, 10 - Aug - 2010.

[2] 张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,吉林大学出版社1998年版,第23页。

竞争秩序,同时也重视外资并购国家安全审查。^{〔1〕}我国并购法律既要保障依法实施反垄断审查规制,又要贯彻好国家鼓励重组、发展规模经济效益的产业经济政策。^{〔2〕}并购反垄断审查实体性和程序性抗辩规则的设计与实施,必须考虑我国现阶段经济发展水平和整体经济发展的客观需要。

3. 我国并购反垄断审查制度自身建设及运行状况

我国《反垄断法》于2008年8月1日正式实施,建立了内外资统一的并购反垄断审查制度。为配合《反垄断法》的实施,国务院制定了《关于经营者集中申报标准的规定》,商务部制定了《经营者集中申报办法》、《经营者集中审查办法》、《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》等行政规章。作为并购反垄断审查执法机构,商务部已经审查了相当数量的经营者集中案件,积累了一定的执法经验。国内外企业并购活动更加活跃,并购规模不断扩大,并购反垄断审查规制亦出现新的发展趋势和要求。为实现立法目标,维护公平自由竞争秩序,我国亟需不断探索完善符合实质正义的并购反垄断审查抗辩制度理念、原则及体系。并购反垄断审查抗辩规则的制定与实施,须以社会本位观为指导,平衡协调好社会、国家、并购企业、竞争者、消费者等利益相关方之间的利益,处理好审查权与抗辩权的辩证关系,保障审查过程与结果的科学性和公正性。

(二) 研究意义

本书研究并购反垄断审查抗辩制度的理论框架和规范体系,

〔1〕 2010年4月6日公布的国务院《关于进一步做好利用外资工作的若干意见》第12条规定:“鼓励外资以参股、并购等方式参与国内企业改组改造和兼并重组。支持A股上市公司引入境内外战略投资者。规范外资参与境内证券投资和并购。依法实施反垄断审查,并加快建立外资并购安全审查制度。”

〔2〕 参见吴宏伟:“简析后金融危机时代经济暨公司并购法治新趋向”,载《国际商报》2010年5月12日。

构建符合中国政治、经济、社会环境的并购反垄断抗辩制度，研究如何从程序上和实体上科学配置执法机构、并购企业及相关利益方的权利义务，对实现并购反垄断审查法律制度的价值目标，维护公平自由竞争秩序，具有较强的理论与实践价值。

1. 理论意义

“参与集中的经营者的申辩权对于集中审查程序的客观公正性至关重要。”^{〔1〕} 本书以正当程序和公开透明等原则为指导，以抗辩、抗辩权及抗辩规则等概念为逻辑起点，系统研究并购反垄断审查抗辩制度的价值目标选择、权利义务设置、实体性和程序性抗辩规范体系及运行等问题，具有较强的理论创新价值。国内已有一些学者开始注重对并购反垄断审查抗辩具体制度的研究，但目前从法学视角对该项制度进行综合性研究的成果相对较少。“考虑到经营者集中规制是在集中可能导致的积极效果与消极效果之间作取舍，经营者集中规制一定程度上可以理解为围绕集中可能导致的反竞争效应的‘认定—抗辩—救济’三个核心环节展开。”^{〔2〕} 本书从法律规范、法律行为、法律关系和法律责任维度，分析比较各国和地区的并购反垄断审查抗辩制度设计及实施情况，结合我国立法及执法经验，分析制度生成、价值、运行、构建等理论与实践问题，探索实体性和程序性抗辩规则的原理及适用，对完善科学系统的制度体系具有较强的理论意义和学术价值。

〔1〕 黄勇、赵栋：“中国竞争法律与政策制定的最新发展”，载中国世界贸易组织研究会竞争政策与法律专业委员会主编：《中国竞争法律与政策研究报告（2011年）》，法律出版社2012年版，第55页。

〔2〕 王晓晔：“中国竞争法律与政策实施的现状与发展”，载中国世界贸易组织研究会竞争政策与法律专业委员会主编：《中国竞争法律与政策研究报告（2011年）》，法律出版社2012年版，第83—84页。

2. 实践意义

我国并购反垄断审查制度建立与实施尚处于初步阶段，实体性和程序抗辩规则均存在不足之处，亟待进一步完善相关立法及执法体系。研究并购反垄断审查抗辩原理，设计一套规范、透明、公平、公正的科学制度框架，对指导并购反垄断审查执法实践，培育执法机构及并购当事人的竞争文化，增强当事人实施并购行为的法律预期性，保障审查过程及结果的公平公正，维护公平自由竞争秩序，保护社会整体利益，增进一般消费者整体福祉，均具有重要的实践价值。

二、研究问题与文献综述

（一）研究问题界定

本书以并购反垄断审查抗辩制度为研究对象，主要研究其制度框架、内涵特征、基本价值理念、实体性和程序性规范体系构建及运行问题。

关于价值理念层面的研究，主要阐述社会本位观、实质公平正义价值和维护公平竞争理念，奠定并购反垄断审查抗辩制度的理论基础。

关于实体性抗辩规则及运行的研究，主要围绕市场进入抗辩、效率抗辩、破产企业抗辩和公共利益抗辩展开，其他相关实体性抗辩事由不过多涉及，重点分析各项实体性抗辩制度的生成、基本原理、适用条件、典型案例、发展趋势等相关问题。市场进入、效率、破产企业和社会公共利益等实体性抗辩规则的制定与适用，赋予并购当事人等利害关系方以实体性抗辩权利。如果抗辩事由成立，可能会导致一些本来由于限制竞争效果而未通过执法机构实质审查标准测试的并购交易，获得批准的机会和结果；如果抗辩事由不成立且存在实质性限制竞争效

果，则并购交易可能会被依法禁止。

关于程序性规则及运行的研究，主要以正当程序和公开透明等原则为指导，从申报、立案、审查、抗辩、裁决、公告、救济等环节，阐述程序性规范体系及运行机制完善问题。重点论述审查程序的正当性问题、并购当事人等主体的程序性抗辩权保障问题，阐述听证程序、利害关系方及公众参与审查程序、调查与裁决职能分离机制问题。

关于综合制度体系构建及对策的研究，主要分析比较借鉴国外先进立法、执法和司法经验，结合我国政治、经济、法制实际情况，从法律规范、法律行为、法律关系和法律责任等视角，阐述我国并购反垄断审查实体性和程序性抗辩规则体系的完善路径。

（二）分析框架

1. 研究思路

本书以并购反垄断审查抗辩制度的生成、价值、运行及构建问题为中心，首先阐述一般理论框架体系；随后分析制度演变、生成、典型国家和地区立法及执法概况；继而探讨基本价值和理念；接着分析讨论并购反垄断审查抗辩制度的运行状况；最后从法律规范、法律行为、法律关系和法律责任等维度，分析阐述我国并购反垄断审查实体性和程序性抗辩规则的构建与完善问题。

2. 论文结构

本书共分为五章，各章之间的逻辑及结构关系如下：

导论主要阐释了研究背景与意义、研究问题与文献综述、核心概念与研究方法。重点总结评述国内外并购反垄断审查抗辩制度的研究现状和主要成果，分析该课题未解决的理论与实践问题。