

企业集中规制基本法理

美国、日本及欧盟的 反垄断法比较研究

王为农 著

法律出版社

本书由浙江大学侨福建设基金资助出版

企业集中规制基本法理

美国、日本及欧盟的
反垄断法比较研究

王为农 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

企业集中规制的基本法理:美国、日本及欧盟的反垄断法比较研究/王为农著,一北京:法律出版社,2001.9

ISBN 7-5036-3500-2

I. 企… II. 王… III. 反垄断法-比较研究-美国、日本 IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 052212 号

出版·发行/法律出版社
责任编辑/李跃
印刷/北京四季青印刷厂
开本/A5

经销/新华书店
责任校对/杜进
印张/9.25 字数/241 千

版本/2001 年 12 月第 1 版

2001 年 12 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414122(责任编辑)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3500-2/D·3217

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

内容摘要

由于包括企业间的合并、股份或资产的取得以及管理人员兼任等基本形态在内的所谓“企业集中”，不仅可以提高企业的经济效益、强化企业的竞争能力，而且同时也会给市场内的竞争带来严重的影响，为此，各国的反垄断法历来都把企业集中规制作为其基本的内容之一。不仅如此，随着各国经济的不断国际化和全球化，即便是发生在境外的企业集中也会对本国的市场结构产生重大影响。因此，在各国已有的研究成果的基础上对企业集中规制制度中的基本问题，尤其是对在这方面已经积累了较为成熟经验的美、日及欧盟的企业集中规制制度的展开更为广泛和深入的比较研究，是非常必要的。

本书，以美、日及欧盟的现行企业集中规制制度及其运作实例为基本素材，并以其三者该项制度中所共有的若干基本内容和共同关注的基本问题——“企业集中”的概念、与企业集中规制相关的“关联市场”的划定标准问题、潜在竞争理论、企业集中规制与产业政策之间的关系、企业集中规制的基本程序：事前的申报制度、以及企业集中规制制度的“域外适用”等为核心，通过对美、日及欧盟的企业集中规制制度的基本内容、运行状况和基本原则进行的较为深入和细致地考察、以及对其三者展开的对比分析研究，探求了在它们之间存在着共同点和相异点，其目的是要探寻企业集中规制制度的一般性原则和规则。同时，在此基础上探讨了建立国际统一的企

业集中规制规范的可能性,并且以此试图阐明:企业集中规制制度是一国所推行的竞争政策在其法律制度上的集中体现,因此,只有确立了为各国所普遍接受的国际竞争政策,才会有可能在此基础上建立起国际通行的企业集中规制法律规范,然而,要做到这一点,就现阶段而言却是相当困难的——这样一个基本命题。

目 录

1	引言 课题的选定和分析的方法
1	一、选题的目的及其动机
5	二、基本术语及研究范围的限定
6	三、基本的研究方法
7	四、本文的构成
9	第一章 “企业集中”的概念:内容与范围
10	第一节 美国反托拉斯法中的“企业集中”
10	一、成为被规制对象的“企业集中”
12	二、“企业集中”的具体表现形态
20	三、作为被规制对象的“企业集中”的范围
24	四、与外国“人”相关联的“企业集中”
28	第二节 EU 企业集中规制规则中的“企业集中”概念
29	一、关于“企业集中”的定义
30	二、“企业集中”的具体形态
44	三、EU 企业集中规制规则所规制的对象范围
49	第三节 日本禁止垄断法第四章所规制的“企业集中”
49	一、作为被规制对象的“企业集中”
50	二、关于“企业集中”的具体表现形态
62	小 结
64	第二章 “关联市场”的概念及其划定标准
66	第一节 关联市场的概念(relevant market)及其划定

	的意义
66	一、“关联市场”的概念
72	二、划定“关联市场”的意义
73	三、企业集中规制中的“关联市场”所具 有的基本特征
75	四、经济学理论在划定“关联市场”中的 应用及其局限所在
77	第二节 企业集中规制中“商品市场 (product market)”的划定基准
77	一、美国企业集中规制中有关“商品市 场”的划定基准
96	二、EU 企业集中规制规则及其判例法 中有关“商品市场”的划定基准
109	三、日本企业集中规制制度中有关“商品 市场”的划定基准
117	小 结
119	第三章 企业集中规制中的“潜在的竞争”理论
121	第一节 关于“潜在的竞争(potential com- petition)”的一般性理论
121	一、潜在的竞争理论的基本内容
124	二、适用潜在的竞争理论的前提条件与界限
125	第二节 潜在的竞争理论在美国的应用
125	一、对美国判例法的考察
130	二、美国司法部对应用潜在的竞争理论 所持的基本立场及其发展变化
132	三、近年来的新动向：将“技术革新市场 (innovation market)理论”应用于分 析潜在的竞争问题
135	第三节 EU 企业集中规制规则中对“潜

	在的竞争”问题的考虑
135	一、EU 关于“潜在的竞争”的传统观点
139	二、EU 企业集中规制规则中的企业集 中的禁止要件和“潜在的竞争”
146	第四节 日本对“潜在的竞争”所持的基本态度
146	一、日本禁止垄断法中关于“潜在的竞 争”的规定
148	二、“关于企业集中的指针”中有关“潜在 的竞争”的考虑事项
149	小 结
151	第四章 产业政策对企业集中规制制度的影响
152	第一节 产业政策的概述
154	第二节 产业政策对企业集中规制的立法 活动所产生的影响
154	一、美国
158	二、EU
163	三、日本
169	第三节 产业政策给企业集中规制制度的 具体实施所带来的影响
169	一、美国
176	二、EU
179	三、日本
183	小 结
185	第五章 事前申报制度:现状与课题
185	第一节 事前申报制度的概况
188	第二节 美、日和 EU 事前申报制度的现状 及其基本内容的比较分析
188	一、企业集中的“禁止期间”
195	二、承担事前申报义务的基本要件

207	三、申报的时机
210	四、申报的内容和应提交的基本信息资料
214	第三节 违反事前申报制度的行为应承担的法律责任
215	一、实施了虚假记载申报内容或重大事项的行为应承担的法律责任
215	二、疏于履行申报义务或未经过“禁止期间”便实施其企业集中的行为应承担的法律责任
217	第四节 与事前申报制度相联系的非正式程序及其问题点
217	一、事前咨询的意义及其主要内容
222	二、日本的“附加条件的承认”及其问题点
226	三、EU的“附加义务或条件承认企业集中的决定”及其问题点
232	小 结
233	第六章 企业集中规制中的国际化问题
233	第一节 对跨国公司实施的国际企业集中的规制问题
233	一、国际企业集中与跨国公司
236	二、跨国公司实施的国际企业集中对市场竞争所产生的影响
239	三、对跨国公司实施的国际企业集中实行规制的现状和存在的基本问题
247	第二节 关于企业集中规制的“域外适用”问题
247	一、反垄断法域外适用的一般性原则
254	二、企业集中规制中的“域外适用”问题
262	第三节 建立国际协调统一的企业集中规制制度的可能性

263	一、关于企业集中规制的国家间协议
264	二、加盟国之间依据国际组织的规则或 决议开展的国际合作
265	三、建立国际统一的企业集中规制法律 规范的可能性
272	小 结
274	终章 结语与展望
277	引用·参照的主要文献
284	作者简介
285	后记

引言 课题的选定和分析的方法

一、选题的目的及其动机

本文的目的,是探寻企业集中规制制度的一般性原理和规则,并试图阐明这样一个命题:企业集中规制制度是一国所推行的竞争政策在其法律制度上的集中体现。因此,只有确立了为各国所普遍接受的国际竞争政策,才有可能在此基础上建立起国际通行的企业集中规制法律规范,然而,要做到这一点,就现阶段而言却是相当困难的。

我们知道,企业集中是伴随着商品经济的高度发展而产生的一种经济法律现象^[1]。由于企业集中能够在较短的时间内使数个企业的组织、人员、物质、资金及经营活动形成一体化。因此,其作为扩大企业的规模、提高企业的生产和经营的效益、强化企业在国际市场上的竞争力、促进企业进入新的市场领域以及挽救濒临倒闭的企业等的强有力的经济手段,在经济社会的各个领域得到了广泛的应用。然而,也正是因为此,其同时也成为了人为地改变市场结构、迅速地集中企业的经济力量,获取对相应市场的支配力的极为重要的手段和方法,而且很容易地被用于限制市场内的竞争的目的^[2]。如果随意地放任企业实施这样的集中行为,那么势必会导致每个

[1] 参见正田彬:《企业合并の法构造》,同文馆,1979年版,第4页。

[2] 参见根岸哲、杉浦市郎编:《经济法》,法律文化社,1996年版,第38页。

行业都将处在垄断或寡占的状态。因此,企业集中的规制,也就成了各国反垄断法律制度中的一项不可或缺和十分重要的基本内容。

企业集中的规制问题,历来是各国的反垄断法的焦点问题之一。各国依据本国的反垄断法对企业的集中行为实施法律规制,其目的就是要防止企业利用企业集中来形成垄断或高度寡占化的市场结构^[3]。而且,随着现代企业活动的不断区域化、国际化,各国的企业集中规制也在不断地强化。尤其是,伴随着企业组织及其经营活动的不断区域化、国际化,以及区域间、国际间的贸易往来日益密切,又产生了跨越国境的所谓“国际企业集中”^[4]现象,而随着这一现象的出现,又诞生了像“EU^[5]企业集中规制规则”这样的能够跨国适用的企业集中规制制度。EU企业集中规制规则的制定和实施,不仅对于维护EU共同体市场内的竞争秩序、规制企业的集中行为起到了极为重要的作用,而且也为企业集中规制的理论研究增添了新的内容。

另一方面,伴随着现代企业活动的不断跨国化和国际化,发生在境外的国际企业集中给本国的国内市场结构造成了重大影响的案例也在不断地增加。而由此引发出的某一企业集中成为数个国家的企业集中规制制度的规制对象的现象,也已不再是个案。不仅如此,即使是在一国境内拥有同一国籍的企业之间发生的集中行为,也是有可能成为数个国家的规制对象的。也就是,当企业在其他数个国家中拥有营销业务、并对这些国家的相应市场产生着影响时,则该项企业集中不仅会成为行为发生地所在国以及当事企业的国籍国的规制对象,而且还将会成为受其影响的该数个国家的规制对象。尤其是,

[3] 参见根岸哲:《私的独占の预防としての独禁法第4章》,《公正取引》(No. 237),第22页。

[4] 参见根岸哲:《国际合并と反トラスト法》,(No. 726),第15页;以及松下满雄:《独占禁止法による国际的企业合并の规制》,《国际商事法务》(Vol. 22, No6, 1996.)第569—570页。

[5] EU即“European Union”。

像美国等国,在包括企业集中规制在内的反垄断法的适用问题上,一直奉行“域外适用(extraterritorial application)”^[6]的基本原则,即将本国的反垄断法适用于发生在本国领域以外的、范围广泛的具有国际性质的限制竞争行为,并且在实践中形成了一整套的关于“域外适用”的基本法理和原则。而这些基本法理和原则,对于其他国家对本国包括企业集中规制制度在内的反垄断法的解释和运用,也产生了极大的影响。然而,如此地将本国的企业集中规制制度适用于企业在本国领域以外发生的集中行为,不仅会导致企业集中规制的重复进行,而且还会引发出国家间的管辖权纠纷。同时,由于这种“域外适用”所产生的法律适用上的不确定性,也给企业开展国际性的经营活动造成了很大的障碍。由此产生的企业集中规制中的“域外适用”问题,已成了企业集中规制理论研究中的一项十分重要的课题。解决这一课题的基本途径,除了需要详细地了解各国的企业集中规制制度的基本内容、规制的基准、适用的原则及其基本程序之外,还必须开展各国间的企业集中规制制度的比较研究。尤其是,开展对已构成了世界经济三极的美、日及EU的企业集中规制制度的对比分析研究,将是不可或缺的基本作业^[7]。

美国是世界上最先建立起企业集中规制制度的国家之一。其通过于1890年制定的谢尔曼(Sherman)法、特别是于1914年开始实施的克莱顿(Clayton)法第7条、以及于1950年依据“Celler-Kefauver法”对克莱顿法作的修改、1976年根据“反托拉斯强化法(Hart-Scott-Rodine Act)”建立起来的企业集中规制的事前申报制度和依据1980年的“改善反托拉斯程序法(Antitrust Procedural Improvements Act of 1980)”扩大了克莱顿法第7条的适用范围,已经建立了一个包括由法院的判例积累而成的判例法、以及作为政府规制当局的司法部及

[6] 关于这一问题,请参阅本文第6章中有关的讨论。

[7] 参见龙川敏明:《日米EU的独禁法と竞争政策》,青山书院,1996年版,第5页—14页;以及第27页—28页。

联邦交易委员会(Federal Trade Commission, 以下简称“FTC”)以“合并的指导方针”的方式确立的关于企业集中规制的法律适用原则和提起诉讼的基本标准在内的,比较完备的企业集中规制的法律制度和具体适用的理论体系。只是由于近二十年来,特别是企业集中规制的事前申报制度建立以后,在企业集中规制的实践中,很少出现由私人提起的反垄断诉讼,因而形成企业集中规制的基本法理的源地,已经事实上地由法院转移到了行政过程之中^[8]。

日本,不仅是世界上较早建立起企业集中规制制度的国家之一,而且还是世界上率先将“事前申报制度”导入企业集中规制当中、最早实施事前的企业集中规制的国家^[9]。虽然在自1947年以来的五十余年企业集中规制的运营历史中,作为正式受到处理的违法合并案件,仅有1969年发生的八幡富士制铁合并案一起。但是,日本的公正交易委员会,却通过事前申报制度和申报前的咨询活动,已经积累了较为丰富的理论成果和运行经验^[10]。

而由EU理事会审议通过的“EU企业集中规制规则”,则是1990年9月21日才开始实施的。同美、日两国相比,EU建立起企业集中规制制度的时间虽然比较晚,但是其内容却显得较为充实,且具有许多自己所独有的特色。

基于以上基本认识,本文将以美、日及EU的企业集中规制制度

[8] Elenor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust* (1988)., at 第855页—第856页。

[9] 参见上杉秋则:《日米における企业合并规制的現状と問題点》,ジュリスト(No. 882),第101页。

[10] 已发表的有关日本企业集中规制制度的论著比较多。其中,比较有影响的有:今村成和:《独占禁止法(新版)》(有斐阁,1990年版)、正田彬:《全订独占禁止法》(日本评论社,1981年版)、正田彬:《企业合并の法构造》(同文堂,1979年版)、丹宗昭信:《独占び及寡占市场构造规制の法理》(北海道大学图书刊行会,1976年版)、金泽良雄等:《独禁法と会社合并(1—3)》ジュリスト(No. 330, 331, 332)、马川千里:《企业合并と独禁法(1—3)》(熊本商大,43号、44号、51号),以及参见根岸哲:《私的独占の预防としての独禁法第4章》,《公正取引》(No. 237)。

中所共有的若干基本内容和共同关注的基本问题为核心,试图通过对其三者的企业集中规制制度的基本内容、运行状况和基本原则进行较为深入和细致地考察、以及对其三者展开的对比分析研究,探求在它们之间存在着共同点和相异点。并且,在此基础上探讨作为一国所制定的反垄断法中的基本内容之一的企业集中规制制度同其本国政府所推行的产业政策之间的基本关系、以及在各经济不断地趋向国际化和全球化的今天建立国际统一的企业集中规制规范的可能性。

二、基本术语及研究范围的限定

1. 关于基本术语的使用

(1) 企业集中

本文中所使用的“企业集中”一词,源于“EU 企业集中规制规则”中的“Concentration”,其同日语中的“企业结合”^[11]以及我国学者所说的“广义的合并”具有相同的含义,即企业间为了达到某种经济目的,而通过一定的方式和手段形成的资产、人员或者资产及人员的融合。这里,为了同“狭义的合并”,即商法中所使用的“合并”一词相区别,同时便于开展研究,便统一地使用了“企业集中”。

(2) EU

EU,即“European Union”的简称,也就是我们所说的“欧盟”。它是根据 1986 年 2 月^[12]及 1992 年 2 月 7 日分别由当时的 12 个加盟成员国签署的《单一欧洲法令》(The Single European Act)和《欧洲联盟条约》(Treaty of European Union)建立的,并于 1993 年 1 月 1 日开始运行的。而在此之前,普遍使用的,是“EC(European

[11] 在日本,从事反垄断法理论研究的学者们为了避免同经济学上的“集中”概念相混淆,在其反垄断法的学术论文及著作中,经常使用“企业结合”一词,并将“Concentration”也译成了“结合”。

[12] 1986 年 2 月 17 日,英国、法国、德意志联邦共和国、意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙以及葡萄牙签署了《单一欧洲法令》;随后,同年的 2 月 28 日,丹麦、爱尔兰及希腊也签署了《单一欧洲法令》。

Community)”,即“欧洲共同体”一词。为了简便起见,在本文中,除特别加以注释的场合外,一律以“EU”取代“EC”,统一地使用“EU”。

(3)关于“反托拉斯法”、“竞争法”、“禁止垄断法”

在我国的学术界,一般地将美国的“Anti-trust Law”称为“反托拉斯法”、将 EU 的“Competition Law”称为“竞争法”,而把日本的“独占禁止法”译为“禁止垄断法”。为了避免造成混乱和多余的注解,本文并没有将其三者统一到一个名词之下,而是沿用了学术界已经习惯了称法,即仍使用“反托拉斯法”、“竞争法”、“禁止垄断法”分别对应其三者相应的法律,而在一般意义上,则使用“反垄断法”一词。

2. 研究范围的限定

本文虽说是以“企业集中规制的基本法理”为题,但是其所讨论的范围,却是仅以“企业集中”的概念、与企业集中规制相关的“关联市场”的划定标准问题、潜在竞争理论、企业集中规制与产业政策之间的关系、企业集中规制的基本程序——事前的申报制度以及企业集中规制制度的“域外适用”问题为限。而并没有论及企业集中规制中的最为基本的问题——企业集中的违法性判断标准问题。这一问题,将留在今后作专门的研究。

三、基本的研究方法

围绕着本文的主题,笔者主要是采用了以下一些基本的方法展开研究的。第一,历史的方法,即从纵向的角度出发,分别对美、日及 EU 的企业集中规制制度的产生与发展过程中的重要判例进行考察,并对其各自在不同的历史发展时期的重要判例及学说进行比较分析,以判明其各自的企业集中规制制度的产生、发展以及不同时期适时所作出的相应修改的深刻历史背景和社会政治经济原因;第二,比较的方法,即从横向的角度出发,对美、日及 EU 的企业集中规制制度进行比较分析,并注意把立法背景、实际运用、理论体系及基本结构的比较同它们各自所固有的基本特点的比较相结合;第三,案例分析的方法,即以实际的判例为基本素材对美、日及 EU 的企业集中规制展开讨论,并对其各自的企业集中规制制度的实际运作情况作

出评价,以判明影响其各自的制度安排以及制度实施的基本因素;第四,经济分析的方法,即运用微观经济学的基本原理对企业集中规制制度的设立、规制方法和标准的确立以及产业政策的影响进行分析和讨论,以期从理论上寻找出较为科学的依据。

四、本文的构成

本文,由序章、以及以下六章和终章构成。其中,

在第1章的“企业集中的概念:内容与范围”中,对美、日及EU各自表述和使用的“企业集中”的基本含义、表现形态以及作为被规制对象的“企业集中”的具体范围进行了全方位的考察、比较分析,并且阐明了它们之间的区别所在。

在第2章的“关联市场的划定基准”中,首先阐述了“关联市场”的概念及其构成要素、在企业集中规制中划定关联市场的意义,以及企业集中规制制度中的“关联市场”的基本特性。然后,在此基础上通过对典型案例的讨论评述,对美、日及EU在企业集中规制中划定“关联市场”的基本标准进行了较为深入的考察分析和探讨,并且比较分析了美、日及EU各自的基本特点;与美国根据经济学上所谓的“需求与供给的交叉弹性理论”设定客观的划定标准不同,日本和EU则是在考虑关联商品的特性、价格状况以及使用目的等项因素的基础上,以需求者确认的商品的替代可能性作为主要的划定基准;当然,美国的划定标准,对后者确立自己的划定标准产生了极大的影响。

在第3章的“潜在的竞争理论及其应用”中,在对用来说明混合型企业集中所形成的危害市场竞争的效果的“潜在竞争理论”进行了评价的基础上,对美、日及EU在企业集中规制中是如何具体地对待“潜在的竞争或竞争者”这一问题的,进行了比较分析和讨论,指出了与美、日在企业集中规制中注重分析在当事人之间是否存在着潜在的竞争关系不同,EU则除了合营的场合之外,主要是考察在企业集中的当事人所属的关联市场以外是否存在着潜在的竞争者。

在第4章的“产业政策对企业集中规制制度的影响”中,通过对