

STUDY OF MERGER REMEDIES

经营者集中附条件 法律问题研究

韩 伟 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书出版受中国科学院大学竞争法研究与咨询中心及中国反垄断论坛的慷慨资助。

Publication of this book was generously supported by grants from the University of Chinese Academy of Sciences (UCAS) Center for Competition Law, and the China Antimonopoly Forum.

经营者集中附条件 法律问题研究

韩 伟 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经营者集中附条件法律问题研究 / 韩伟著. —北京:

法律出版社, 2013.4

ISBN 978-7-5118-4818-5

I. ①经… II. ①韩… III. ①反垄断法—研究 IV.

①D912.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第068779号

© 法律出版社·中国

经营者集中附条件法律问题研究

韩 伟 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 A5

印张 10.75 字数 309 千

版本 2013年4月第1版

印次 2013年4月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法律教育出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京九州迅驰传媒文化有限公司

责任印制 张宇东

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 978-7-5118-4818-5

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

经营者集中交易对市场发展带来积极效应的同时,也可能对市场有效竞争造成严重损害。因此,世界各国的反垄断法一般都有控制经营者集中的规定。然而,反垄断执法部门对可能导致严重反竞争效果的集中交易不会全部禁止。很多情况下,这类集中交易会附加限制性的条件而得到批准。这即是说,通过对经营者集中附加限制性的条件,执法部门可在促进企业自由发展与维护市场有效竞争之间获得平衡。我国《反垄断法》自 2008 年实施以来,商务部在四年多的时间里以附条件的方式对十多起集中交易作出了批准决定,包括谷歌收购摩托罗拉移动这类全球瞩目的重大并购交易。美、欧等成熟反垄断司法辖区近年来对经营者集中附条件批准的制度也非常重视,这个制度已成为当前国际反垄断法学界的一个研究热点。我国《反垄断法》有关经营者集中附条件批准的规定比较原则,这方面的配套规则还不完善,我国反垄断法学界迫切需要这方面的深入和系统的研究。这里,我郑重地向读者推荐韩伟博士在这个领域的最新研究成果。

韩伟博士的《经营者集中附条件法律问题研究》一书,是基于美、欧等成熟反垄断司法辖区的立法与执

法经验,论述了限制性条件的类型、确定、实施和变动,对经营者集中附条件这一法律制度涉及的所有问题均进行了清晰、深入和体系化的梳理,并对经营者集中附条件的国际协调通过专章进行了深入分析。韩伟博士在本书对我国的相关立法、执法以及存在的问题也进行了深入的思考,并提出了详细而具体的完善建议。因此,本书对于完善我国反垄断立法,推进我国反垄断执法具有非常重要的意义。尤其值得提及的是,韩伟博士在本书中以反竞争效果为核心,将经营者集中控制的机理归纳为反竞争效果的认定、抗辩与救济,这一理论框架对我国反垄断法学理论研究的深化具有积极意义。本书还附录了韩伟博士翻译的美国司法部和联邦贸易委员会2010年联合发布的《横向合并指南》以及美国司法部2011年发布的《合并救济指南》,这两部指南是目前世界上有关经营者集中控制的最新和最重要的规则,对我国反垄断法学研究具有极为重要的参考价值。当然,我们可能还会提出一些问题。例如,不同的集中交易可能导致不同的反竞争效果,而不同类型的限制性条件如何与不同的反竞争效果相匹配,希望韩伟博士对这一问题继续深入研究。

韩伟博士2009年放弃深圳市房地产研究中心法律所所长的职位,到中国社会科学学院全职跟随我研习反垄断法,其坚韧不拔的毅力、锲而不舍的学习精神和踏踏实实的学风给我留下极为深刻的印象。三年来,韩伟博士不仅在国内核心期刊发表了多篇论文,成果突出,在法学界崭露头角,而且多次应邀作为咨询专家参加反垄断执法机关的相关会议,用自己的才智和研究成果为中国反垄断执法献言献策。看到韩伟博士的成长,我作为导师,感到无比欣慰。本书是韩伟博士在其博士论文的基础上修改而成,也是他的第一部学术专著。我殷切地期望韩伟博士在反垄断法的学术研究道路上不断前行,并期待他有更多和更好的研究成果!

是为序。



二〇一三年三月

目 录

导 论 / 1

第一章 经营者集中控制的基本原理 / 7

第一节 经营者集中控制三元论的构造 / 7

第二节 经营者集中的反竞争效果 / 11

第三节 反竞争效果的认定 / 14

第四节 反竞争效果的抗辩 / 19

第五节 反竞争效果的救济 / 22

小 结 / 23

第二章 附加限制性条件的目的 / 25

第一节 附加限制性条件的事前救济性质 / 25

第二节 直接目的:预防竞争条件不当变动 / 26

第三节 最终目的:预防有效竞争过度受损 / 30

小 结 / 35

第三章 国外附加限制性条件制度概况 / 36

第一节 国外附加限制性条件制度的整体情况 / 36

第二节 美国附加限制性条件制度的最新发展 / 38

小 结 / 47

第四章 限制性条件的类型 / 49

第一节 限制性条件的分类方式 / 49

第二节 结构性条件的类型 / 51

第三节 行为性条件的类型 / 61

小 结 / 74

第五章 限制性条件的确定 / 76

第一节 附加限制性条件的建议 / 76

第二节 不作为限制性条件的承诺 / 79

第三节 限制性条件的评估 / 81

第四节 不同类型限制性条件的适用 / 90

第五节 不同交易类型适用的限制性条件 / 101

小 结 / 107

第六章 限制性条件的实施 / 108

第一节 结构性条件的实施 / 108

第二节 行为性条件的实施 / 144

小 结 / 161

第七章 限制性条件的变动 / 163

第一节 条件变动的必要性 / 163

第二节 变动请求 / 164

第三节 执法部门的审批 / 166

第四节 变动的内容 / 167

小 结 / 171

第八章 附加限制性条件的国际协调 / 172

第一节 国际协调的必要性 / 172

第二节 附条件国际协调的发展 / 175

第三节 附条件国际协调的个案合作机制 / 182

小 结 / 195

第九章 中国的立法、执法情况与完善建议 / 197

第一节 经营者集中附条件的立法现状与完善建议 / 197

第二节 经营者集中附条件的执法现状与完善建议 / 212

小 结 / 243

结语 / 245

主要参考文献 / 247

附件一 美国司法部与联邦贸易委员会横向合并指南 / 259

附件二 美国司法部反托拉斯局合并救济指南 / 301

致谢 / 330

导 论

一、选题意义

在各国反垄断法的经营者集中审查中,绝大部分交易都被执法部门无条件或附条件批准。^{〔1〕}对交易附加限制性条件是为了尽量减少交易可能导致的排除、限制竞争效果。《反垄断法》第 29 条规定了经营者集中附条件批准制度。为配合《反垄断法》的实施,中国商务部还发布了《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》等配套性规则。整体而言,目前我国仍未形成完整的经营者集中附加限制性条件法律制度体系,相关理论研究更是不足。从 2008 年《反垄断法》生效起,截至 2013 年 2 月 1 日,商务部共对 16 起案件附加了限制性条件。随着实践的不断发

展,就这一问题展开系统的理论研究,非常有必要。

本书的理论与实践意义体现在以下几方面:

首先,经营者集中附加限制性条件法律制度为经营者集中控制制度的重要一环。以往我国理论研究中

〔1〕 王晓晔主编:《中华人民共和国反垄断法详解》,知识产权出版社 2008 年版,第 188 页。

对该部分的研究存有不足,本书的系统研究有助于完善我国经营者集中控制制度的理论体系。

其次,本选题通过对世界主要国家、地区相关理论与实践的关注,就附加限制性条件的相关制度进行比对梳理,同时结合中国国情提出了相关立法建议。这对于完善我国反垄断法律制度,具有重要的意义。

再次,本选题通过对成熟国家、地区相关典型案例的分析,并对我国实际发生的附条件批准案件进行反思,总结经验教训,提出了一些执法方面的建议。这对于推进我国反垄断执法工作,规范执法部门日后附加限制性条件的执法行为,也具有积极意义。

最后,我国正日渐成为全球企业并购反垄断规制力量的重要一极,目前经营者集中附条件问题也是全球反垄断执法的热点问题。本选题关注不同法域经营者集中附条件执法过程中可能出现的冲突,思考应对策略。这一研究有利于加深对经济全球化下反垄断执法国际协调问题的认识。

二、研究现状

(一) 国外研究现状

经营者集中附加限制性条件法律制度的研究,国外在概念上一般使用“Merger Remedies”,即“合并救济”。^{〔1〕} 该问题系统研究的开端以美国联邦贸易委员会1999年的《资产剥离研究报告》(A Study of the Commission's Divestiture Process)为标志,其后包括政府机构、国际组织以及学术界在内,从2000年开始对该问题日渐重视,形成了一批有份量的研究成果。比如经济合作与发展组织(OECD)2003年系统就该问题进行了讨论并发布了讨论报告(Policy Roundtable Merger Remedies),国际竞争网络组织(ICN)在2005年形成了专题报告(Merger Remedies Review Project),欧盟竞争总司于2005年发布了专题研究报告(Merger Remedies Study),英国竞争委员会2008年、2012年发布了专题研究报告(Understanding Past Merger Remedies: Report on Case Study Research),加拿大竞争局也于2011年发布了专题研究报告(Competition Bureau Merger Remedies Study)。

〔1〕 合并救济也存在“合并补救”、“并购救济”等译法。本书一般情况下使用“经营者集中附加限制性条件”,特殊情况下使用“合并救济”,两者含义一致。

国际学术界对该问题也展开了积极的研究。例如 2002 年在巴黎召开了一次以“Merger Remedies”为主题的研讨会,会议成果形成了第一本系统论述这一问题的论文集《Merger remedies in American and European Union competition law》^{〔1〕},于 2003 年出版。2010 年 4 月在华盛顿召开的世界上最大规模的反垄断法专题会议——美国律协反垄断法春季大会上,针对“Merger Remedies”便设置了一个专门的论坛。^{〔2〕}

目前国外系统就经营者集中附加限制性条件问题进行论述的法学专著仍不多见。2007 年 Stephen Davies 与 Bruce Lyons 出版了《Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition》^{〔3〕},但由于两位作者为经济学家,该书主要偏重经济学分析。

整体而言,虽然经营者集中附加限制性条件法律问题日益被理论与实务界所重视,但专题研究文献的数量仍然有限。可以说,经营者集中附加限制性条件法律问题的研究,国外正由起步阶段向深入研究阶段转变。

（二）国内研究现状

国内学术界对于经营者集中附加限制性条件问题的研究非常匮乏。2007 年《反垄断法》颁布前,反垄断相关专著和论文基本上没有涉及这一问题。近年开始,随着《反垄断法》的颁布以及若干案例的出现,该问题日渐成为学术研究热点,出现了数量有限的专题论文以及硕、博士论文;研究内容偏向域外制度的初步介绍以及对我国实际案例的一般评论,深入、系统的研究成果仍不多见。其中,2011 年韩立余教授出版了《经营者集中救济制度》^{〔4〕}。该书是国内唯一一部就该问题进行系统研究的专著,对一些基本问题进行了分析;但该书相当篇幅涉及经营者集中控制的一般性问题,整体上对附加限制性条件核心内容的论述仍较为原则,没有建构起系

〔1〕 François Lévêque and Howard Shelanski, *Merger remedies in American and European Union competition law*, Cheltenham, Glos: E. Elgar Pub., 2003.

〔2〕 韩伟:“后危机时代的竞争制度拓展——美国律协第 58 届反垄断法春季大会综述”,载《经济法论丛》(第 20 卷),武汉大学出版社 2011 年版,第 349~352 页。

〔3〕 Stephen Davies & Bruce Lyons, *Mergers and Merger Remedies in the EU*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007.

〔4〕 韩立余:《经营者集中救济制度》,高等教育出版社 2011 年版。

统的附条件制度体系,很多重要的具体问题也没有涉及。

三、研究方法

本书在写作过程中运用了下列研究方法:

(一)比较研究

考虑到经营者集中附加限制性条件制度源自美欧等成熟反垄断司法辖区,本书研究的基础是对美国和欧盟等司法辖区相关立法与执法经验的全面梳理,力求在对相关制度内涵进行精确归纳的基础上,全面展示附加限制性条件制度的完整制度体系。

(二)案例研究

本书写作过程中,非常重视案例研究。针对每项具体制度,都尽量梳理相关的经典案例,通过具体案例对制度构成进行说明。

(三)实证研究

本书写作过程中,笔者通过实习、调研、访谈等方式,与美、欧等域外司法辖区以及中国的反垄断执法官员和相关办案律师进行了交流,为论文写作积累了大量的信息与资料。写作过程中,笔者赴美国司法部、联邦贸易委员会进行了专项调研。在中国商务部反垄断局实习期间,笔者参与了相关法规的调研工作。此外,针对国内的几起附条件案件,笔者还对办案的部分律师进行了访谈。

四、整体思路

本书的研究目的是对经营者集中附加限制性条件的制度系统进行全面分析,从而为我国相关立法与执法的完善提供指引。基于这一整体研究目的,本书以附加限制性条件的行政执法为出发点,论文主体内容围绕附条件执法程序的发生与发展而展开。各章大致内容如下:

第一章,经营者集中控制的基本原理。本章以经营者集中交易可能导致的反竞争效果为核心,围绕反竞争效果的认定、抗辩与救济,对经营者集中控制的理论谱系进行了重新梳理,即经营者集中控制体现为对集中交易可能导致的反竞争效果的认定、抗辩与救济。通过反竞争效果的认定、抗辩、救济这一理论体系,可以加深我们对经营者集中控制机理的认识,同时对经营者集中附加限制性条件制度在反垄断法规则体系中的定位与功能

有清晰的认识。

第二章,附加限制性条件的目的。结合第一章对经营者集中控制基本原理的梳理,本章对附加限制性条件的目的从直接目的与最终目的两个层次进行了分析。

第三章,国外附加限制性条件制度概况。本章对国外主要司法辖区有关经营者集中附加限制性条件制度的大致情况进行了简要梳理;并针对2011年美国司法部发布新的《合并救济指南》这一重要事件,就美国经营者集中附加限制性条件的最新发展进行了重点介绍。

第四章,限制性条件的类型。限制性条件的具体类型是附加限制性条件制度建构的重要影响因素,也是相关执法的基础。这一章针对结构性条件与行为性条件这一国内外的主流分类模式,具体对限制性条件的分类标准,结构性条件与行为性条件的主要类型进行了介绍。

第五章,限制性条件的确定。这一章针对特定案件中执法部门认定交易可能导致反竞争效果后,限制性条件如何提议、执法部门对限制性条件建议如何进行评估等内容进行了分析。

第六章,限制性条件的实施。这一章围绕限制性条件实施过程中的保障机制展开论述,分别就结构性条件实施和行为性条件实施中的各种保障机制进行了分析,涉及买家先行、定资先行、皇冠宝石等规则。

第七章,限制性条件的变动。由于环境的变化,限制性条件实施过程中可能面临终止、变更与替换的情况,这一章对条件变动的申请、审批以及变动的具体内容进行了分析。

第八章,附加限制性条件的国际协调。这一章针对附条件的国际协调这一日益重要的问题进行了论述;重点从积极礼让与信息交流两项最为重要的机制出发,对附条件国际协调的合作机制进行了分析。

第九章,中国的立法、执法情况与完善建议。这一章是文章的结论部分。基于前几章对附加限制性条件制度体系的梳理,这一章对我国立法与执法现状进行了分析,并指出了存在的主要问题,最后分别从立法与执法两大方面提出了自己的完善建议。

结语部分,该部分对全书内容进行了简要的回顾与总结。

五、创新点

本书的创新之处主要表现在以下几方面：

(一)以反竞争效果为中心,通过反竞争效果的认定、抗辩与救济三个方面,对经营者集中控制制度进行了重新的梳理。目前国内的研究还没有从这个角度进行过系统分析。在此基础上,对附加限制性条件制度在经营者集中控制中的定位进行了比较深入的界定。

(二)以反垄断执法部门的行政执法为主线,从限制性条件的类型、确定、实施、变动等环节,全面、系统地梳理了经营者集中附加限制性条件的制度体系。目前国内这方面的研究并不系统。

(三)结合国外相关研究资料,对限制性条件的类型进行了全面的梳理。结合“促进横向竞争的行为性条件”与“控制交易结果的行为性条件”的分类方法,对行为性条件进行了比较深入的类型化分析,加深了对行为性条件的认识程度。

(四)对定资先行、买家先行、皇冠宝石、限制性条件执行的仲裁机制等美欧实践中几项最为重要的限制性条件实施保障制度,进行了比较全面的分析。这几项制度国内还没有系统的研究,这些分析为我国相关制度的借鉴打下了基础。

(五)对经营者集中附加限制性条件的国际协调进行了研究,针对个案合作中的保密信息交流机制进行了分析,特别是对交易方可能发挥的辅助作用也进行了分析。目前国内这方面的研究还不够深入,所以这部分内容具有一定的新颖性。

(六)对我国目前的立法与执法情况进行了系统评析,指出了存在的主要问题,并从不同的角度提出了一整套的立法与执法完善建议。

第一章 经营者集中控制的 基本原理

经营者集中附加限制性条件制度属于反垄断法中的经营者集中控制制度,要理解经营者集中附加限制性条件制度,我们首先需要对经营者集中控制制度有个清晰的认识。这一章着重对经营者集中控制制度的基本原理作一全面而简要的梳理,从而为本书对经营者集中附加限制性条件制度的研究打下基础。

第一节 经营者集中控制三元论的构造

一、经营者集中控制的背景

作为企业成长的一种重要途径,经营者集中〔1〕

〔1〕 我国《反垄断法》采用“经营者集中”(concentration)这一概念,很大程度上是受欧盟竞争法的影响,其范围大于商法意义上的合并(merger)与收购(acquisition)。该概念关注的是经营者通过各种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。反垄断法关注的是特定交易是否导致原有市场结构下经营者之间的控制权关系发生实质变化;但实践中要判断某些交易是否构成反垄断法意义上的集中,有时会非常困难。

可以带来规模效应。从发达国家的经验来看,实际上完全通过内部扩展来发展成熟的企业很少,大企业的生成往往都借助了某种形式的集中。^{〔1〕}考虑到经营者集中可能长期改变市场结构,影响市场有效竞争,世界各国反垄断法律一般都包含经营者集中控制制度,也简称为合并控制(merger control)制度,即对企业集中交易进行反垄断审查。我国法学界从20世纪90年代初开始系统关注企业集中的反垄断问题,90年代中后期相关研究成为热点。这些研究成果^{〔2〕}也为2007年《反垄断法》的出台打下了良好的基础。《反垄断法》实施后,随着经营者集中控制实践不断发展,我国反垄断理论研究也面临着更大的挑战。整体而言,面对实践中出现的各种问题,目前我国经营者集中控制理论研究对实践的给养能力仍显不足。笔者认为,制约我国经营者集中控制理论研究纵深发展的一个重要原因,是我国经营者集中控制理论谱系并不清晰;这一点可以从我国经营者集中控制理论研究中存在的一些盲点得到印证。比如,《反垄断法》实施后,我国商务部对多起案件通过附加条件的形式予以批准,但我国以往理论研究中便长期忽视对集中交易附条件批准问题的研究。因此,要建构有中国生命力的经营者集中控制制度体系,对经营者集中控制理论谱系予以重新厘清便大有必要。本书以集中交易可能导致的反竞争效果为切入点,以反竞争效果的认定、抗辩与救济三元架构对经营者集中控制理论体系进行了重新梳理。笔者希望,本书对经营者集中控制理论谱系的重整,对我国经营者集中控制理论的纵深拓展能有所裨益。

二、反竞争效果在经营者集中控制理论中的基础地位

经济法是确认与规范国家干预市场的基本法律形式,是一种“治病”之法。^{〔3〕}反垄断法作为经济法的重要内容,医治的是市场竞争机制的受损。对集中交易进行反垄断审查是反垄断法的核心内容之一,是国家干预市场

〔1〕 [美]乔治·J.施蒂格勒:《产业组织和政府管制》,潘振民译,上海三联书店1989年版,第3页。

〔2〕 比如王晓晔教授1996年出版的该领域国内的开创性著作《企业合并中的反垄断问题》(法律出版社出版)。

〔3〕 应飞虎:“为什么‘需要’干预?”,载《法律科学》2005年第2期。

的一种典型表现。国家干预市场的正当性源自市场失灵,各种经济法制度的建设应该立基于具体的市场失灵现象。集中交易能够改变市场结构,使得市场机制得以发生、发展的竞争机制受到影响,导致各种反竞争效果,损害市场有效竞争。有效竞争机制受损后,市场的资源配置功能受到扭曲,市场会失灵。由于集中交易可能导致的反竞争效果是集中交易导致市场失灵的表现形式,反竞争效果可以理解为国家干预经营者集中的直接缘由,经营者集中控制的理论谱系也就可以围绕反竞争效果来展开。

以往我国经营者集中控制理论研究中,对反竞争效果缺乏深入分析,具体制度的研究也未与反竞争效果进行有机联系,反竞争效果在经营者集中控制理论体系中的应有地位并未得到体现。笔者以为,对反竞争效果重要性的忽视直接影响了我国经营者集中控制理论的研究深度。要深入理解经营者集中控制理论,充分认识反竞争效果在经营者集中控制理论体系中的重要地位是关键所在。通过反竞争效果,可以将经营者集中控制制度各要素有机串联起来,从而可以更深层次地挖掘经营者集中控制的内在机理。

三、统合于经营者集中控制实质标准的三元论

经营者集中交易作为一种利弊兼具的经济现象,对其进行反垄断控制就是在经营者集中导致的积极效果与消极效果之间作取舍。以反竞争效果为核心,我们可以将经营者集中控制的理论谱系作如下梳理:对于经营者集中交易,执法部门首先需要对交易可能导致的反竞争效果进行认定。在此基础上,允许交易当事人进行抗辩,执法部门判定是否存在特定因素使得容忍反竞争效果具有正当性与合理性。如果抗辩成功,执法部门应该许可经营者集中交易进行;如果抗辩失败,则可以考虑通过特定措施对可能被禁止的交易进行救济。^[1]如果当事人提出的救济方案具有可行性,则执法部门可以通过附加条件的方式许可集中交易。对于抗辩失败的交

[1] 实践中,当事人可能不进行抗辩,而是直接进行合并救济。比如,如果抗辩难度很大,并且需要花费大量时间和资源,当事人权衡利弊后可能会选择直接进行合并救济。此外,对于抗辩成功的一些交易,为减少合并可能导致的不利影响,执法部门可能也会考虑适用救济措施。

易,如果救济也不具有可行性,则执法部门应该禁止集中交易。

基于上述理论谱系,经营者集中控制制度可以分解为三大子制度群,即“反竞争效果认定制度群”、“反竞争效果抗辩制度群”和“反竞争效果救济制度群”。“反竞争效果认定制度群”要解决的问题就是通过制度设计来甄别一项经营者集中可能给市场竞争带来的负面影响,主要由相关市场界定制度、市场集中度测定制度、横向集中反竞争效果判定制度、纵向集中反竞争效果判定制度、混合集中反竞争效果判定制度以及这些实体分析所关联的证据制度和诸如申报门槛、SSNIP 与 HHI 等经济分析方法和定量指标所构成。“反竞争效果抗辩制度群”则是判定是否存在特定因素使得容忍反竞争效果具有正当性与合理性,主要由效率抗辩、破产抗辩等制度及相关的证据制度和经济分析方法与定量指标所构成。“反竞争效果救济制度群”则是通过对特定集中交易附加条件来确保集中交易顺利进行的同时不会产生严重的反竞争效果,由资产剥离等结构性救济制度与禁止信息交流等行为救济制度及相关的证据制度和经济分析方法与定量指标所构成。这三大子制度群构成了经营者集中控制的基本图景。经营者集中控制就是围绕着集中交易可能导致的反竞争效果的认定—抗辩—救济三个核心环节来展开,从而实现国家权力对于市场交易行为的正当、合理干预。笔者将这一理论体系称为经营者集中控制三元论。^{〔1〕}

为健全经营者集中控制三元论,我们有必要明确三元论中经营者集中控制实质标准的地位。国家禁止集中交易的标准是经营者集中控制的实质标准。由于市场具有一定的修复能力,而国家干预也存在成本以及政府失灵的风险,所以并非所有的市场失灵都需要政府介入。因此,经营者集中控制实质标准体现了国家对市场失灵的容忍限度。目前世界上主要国家、地区的经营者集中控制实质标准都强调了集中交易减少或阻碍竞争要达到足够严重的程度,即反垄断法只禁止那些严重限制乃至排除竞争的集中交易。经营者集中控制实质标准是反竞争效果认定、抗辩与救济三元架构的根本约束条件,三元论在本质上应统合于实质标准。这体现在三方

〔1〕 这一理论框架同样可以适用于垄断协议规制制度以及滥用市场支配地位规制制度,主要区别在于这两类制度中的“救济”是“事后救济”而非“事前救济”。