经营者集中审查制度的理论意蕴与实证研究



张晨颖 著

Antitrust Review of Merger Control
Theoretical and Empirical Study

中国政法大学出版社

经营者集中审查制度的理论意蕴与实证研究
张晨颖 著
中国政法大学出版社

经营者集中审查制度的理论意蕴与实证研究

张晨颖　著

中国政法大学出版社

2021 • 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

经营者集中审查制度的理论意蕴与实证研究/张晨颖著. —北京：中国政法大学出版社, 2022.3
ISBN 978-7-5764-0383-1

Ⅰ.①经… Ⅱ.①张… Ⅲ.①反垄断法－研究－中国
Ⅳ.①D922.294.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2022)第037692号

经营者集中审查制度的理论意蕴与实证研究

书　名　JINGYINGZHE JIZHONG SHENCHA ZHIDU DE LILUN YIYUN YU SHIZHENG YANJIU

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　箱　fadapress@163.com

网　址　http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)

电　话　010-58908466(第七编辑部) 010-58908334(邮购部)

承　印　北京中科印刷有限公司

开　本　720mm×960mm　1/16

印　张　17.75

字　数　280 千字

版　次　2022 年 3 月第 1 版

印　次　2022 年 3 月第 1 次印刷

定　价　88.00 元

引　言

一、研究背景与研究意义

经营者集中审查制度是反垄断法规则的三大实体制度之一，是全球一百余个国家、地区和组织普遍适用的规则，也是我国反垄断案件中占比最高的类型。经营者集中是经济活动中常见的资源整合方式，但这种急速的扩张也可能导致相关市场结构的剧烈变化，造成竞争失序。为此，各法域对于达到法定条件的经营者集中设置了事前或事后的审查规则。经营者集中审查的目的是对企图形成或者加强潜在的市场支配力的事前预防、控制，旨在维护合理的市场结构，防止市场力量过度集中。自2008年8月1日《反垄断法》〔1〕施行以来，我国执法机构共审结经营者集中案件4194件，其中禁止3件、附条件批准52件、无条件批准4139件，积累了丰富的执法经验。同时，也表现出一些重要规则与实践需求的不适应性。

从宏观层面来看，世界的政治经济格局处于历史意义上的变革期。回溯反垄断的历史，从19世纪末诞生至今，经历了两次世界大战对全球经济格局的重塑，科学技术的进步和资本的催化掀起了数次并购浪潮，在区域市场所带来的垄断问题屡见不鲜。时至今日，数字经济、虚拟经济的发展让世界变得更近，有时又更遥远，看似近在咫尺又不可触及。禀赋是影响经济的重要因素，不同国家如此，一个国家内部也是这样。于是，如何实现资源的合理配置就成为核心问题。在竞争法学者看来，反垄断法责无旁贷。

纵观全球反垄断法的发展历程，动态适应性是一个显著特点。以美国

〔1〕 本书中我国法律法规等省去“中华人民共和国”字样。

为代表的判例法，在诸多案件的判决中阐释、丰富、发展了成文法规则，也借此实现制度的弹性。以欧盟、中国为代表的成文法体系，通过多层次、立体化的制度建设来满足市场的需要。值《反垄断法》修订之际，对经营者集中审查制度进行理论和实践上的反思，以完善相关制度正当其时。

二、研究思路与研究方法

本书在总体框架上由原理至具体制度在各章就具体制度部分的论证过程中遵循问题导向。在理论层面，一是明确提出二维视角下的经营者集中审查制度的理论架构。以制度的基本内涵为起点，将反垄断法体系解释作为切入点，厘清三大实体制度之间的关系，建立经营者集中审查制度的防御功能与行政法上定性之间的逻辑关系，以此作为经营者集中审查制度的基石，并由此确立比例原则适用的正当性。二是始终围绕“自由”与“控制”这一对关系来论证经营者集中审查制度的原理和制度内涵，以实现预防机制下的价值平衡。三是注重具体制度内部与制度之间体系化的联系，以期提高经营者集中审查制度的总体有效性。四是坚持以问题为导向的理念，理论服务于实践，有针对性地探讨数字经济、平台经济在经营者集中问题中的特殊性并提出解决方案。

在研究方法上，综合运用规范研究法、案例研究法、实证研究法、比较研究法、历史研究法。

法律是一门规范的学科，不仅研究对象本身就是规范，研究过程也离不开规范，解释规范、适用规范，研究的目的是构建或者改进规范。所以，规范是法学研究的起点、过程以及目标。在国内法方面，本书对我国2007年《反垄断法》、国家市场监督管理总局于2020年1月公布的《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》（以下简称《反垄断法（征求意见稿）》）以及全国人大常委会法工委公布的《反垄断法（修正草案）》的有关内容进行了全面的分析研究。

“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”无论是对法律历史的回溯考察，还是对案例的研究分析，都是对经验的再认识过程，这些都是学术研究的珍贵素材。目前，无论是做定量研究、定性研究或是政策研究都需要

进行数据统计和分析。笔者收集了2008年8月1日至2021年12月31日执法机构公告的全部案件，数据详实。在写作中如实摘取其中的信息，根据论证对象和论证目的对数据进行全景式的剖析，力求得出的结论具有说服力。

在比较研究方面，兼顾纵向的时间维度比较和横向的跨域比较，从制度演进中寻找规律，从法域之间的差异辨识取舍；既有微观的规则比较，比如多维度申报标准之间的比较，又有中观的同一制度不同国别之间的比较。

三、研究框架与主要内容

本书对经营者集中审查的规则、结构和内容研究由理论至实践，在具体制度上，选取了重点、难点问题，为我国《反垄断法》相关制度的修订和行政执法提供了具有说服力和可操作性的建议。全书分为五章。

第一章讨论经营者集中审查制度的法理，以双重效应为视角，从立法论、体系论两个维度论证经营者集中审查制度的防御功能以及作为行政执法属性应当秉持的比例原则，以此作为本书的论证基点。反垄断执法机构开展经营者集中审查旨在实现并购效率的同时保持相关市场的有效竞争。为此，审查的目标是在竞争损害和集中产生的收益之间进行平衡。而基于比例原则的必要性要求，在确定限制性条件时要选择对行政相对方侵害最小的方式，这是从经营者的利益角度考虑的，用以制衡基于公共利益考量造成的私利损害。经济法学理念贯穿于反垄断法实践。

第二章至第五章讨论具体制度。经营者集中审查制度的核心内容是申报与审查，这分别是从经营者和执法机构不同的主体视角来区分的，也是制度流程的客观描述。在申报阶段，经营者具有主动性，此处的主动性并非“是”与“否”的选择性，而是对有关集中问题的自我审视，比如是否达到申报标准、适用普通申报还是简易申报、填写和提交资料、是否提出附加限制性条件等。申报之后则由执法机构审查并作出决定。虽然经营者申报、执法机构审查，两个阶段的主辅不同，但其适用的是相同的规则。从这个意义上来说，申报与审查又是一个问题的两个方面。从经营者集中的逻辑和相应规则来看，分为以下几个步骤：经营者集中的申报、审

查、决定、监督执行、(如有违法情形时的)法律责任。由于制度的关联性，上述各部分在规则上是密切相关的，而非孤立的。

申报是经营者集中审查制度的起点。根据我国的法律规定，申报规则以两个因素为基础：一是拟议交易构成一项集中（定性)；二是这项集中达到了申报的标准（定量)。在是否构成集中的诸多问题中，其核心是对“控制权”的认识，而对控制关系的理解会直接影响到“经营者”的范畴以及营业额的计算，所以定性一定程度上决定了“量”的度量。为此，本书第二章、第三章分别从定性、定量两个维度来讨论申报问题。

第二章分析经营者集中的核心议题“控制权”。从体系的角度理顺《公司法》《证券法》《反垄断法》在这一概念上的含义并解构在认识“控制”方面的具体分类及其方法，立足于构建适合我国法律传统的具体规则。

第三章检讨现行申报标准的缺陷。包括指标单一、标准阈值固化，以及难以应对数字经济挑战的现实问题。通过对比分析不同法域采用的标准、标准的特征与适用性，旨在立论建立多元指标体系并进行动态调试，设定适合数字经济的申报标准，以期实现有效筛查与行政效率的平衡。

第四章探讨经营者集中的救济措施。救济措施适用于对竞争有影响的案件，是制度的重要组成部分，涵摄多个阶段：由经营者自行提出具体的限制性条件、论证其有效性，经过执法机构审查并批准，再到监督执行。本章通过数据分析、案例研究、比较研究等方法，论证了欧美长期秉持的“结构性救济优先”思路存在片面性，提出救济措施无位阶的观点。进而阐释事后评估的必要性及其规则。

第五章侧重于研究经营者集中存在的违法行为及其责任规则。这种法律责任的特殊性在于，经营者集中控制是一种事前预防制度，即建立在经验基础上的“预判”，而非如同垄断协议或者滥用市场支配地位，是对于既有违法行为的事后追责。正因如此，预防情境下责任制度的正当性及其具体规则都值得讨论，以免法律责任失当。

本书立足于中国立场，研究中国问题。期待我国的反垄断法治不断完善，为促进社会主义市场经济健康有序发展提供保障，为推动经济高质量发展保驾护航。实现经济行稳致远、社会安定和谐，让人民生活更美好。

法律法规名称与简称对比表

法律法规全称	本书简称
《中华人民共和国反垄断法》（第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议于 2007 年 8 月 30 日通过，自 2008 年 8 月 1 日起施行）	2007 年《反垄断法》
《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》	《反垄断法（征求意见稿）》
《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》	《反垄断法（修正草案）》
《中华人民共和国公司法》	《公司法》
《中华人民共和国证券法》	《证券法》
《中华人民共和国会计法》	《会计法》
《中华人民共和国刑法》	《刑法》
《中华人民共和国行政许可法》	《行政许可法》
《中华人民共和国行政处罚法》	《行政处罚法》
《中华人民共和国外商投资法》	《外商投资法》
the EC Merger Regulation（Council Regulation（EC）No. 139/2004，on the control of competition between undertakings）	《欧盟并购条例》
Horizontal Merger Guideline	《横向合并指南》
Treaty on the Functioning of the European Union	《欧盟运行条约》
Federal Trade Commission Act	《联邦贸易委员会法》
Sherman Act	《谢尔曼法》
The Clayton Antitrust Act	《克莱顿法》
Antitrust Procedural Improvements Act of 1980	《反托拉斯程序法》

续表

法律法规全称	本书简称
Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act	HSR 法案
Celler-Kefauver Act	《塞勒-科佛沃修正案》
Treaty of Rome	《罗马条约》
《外国投资者并购境内企业暂行规定》	《暂行规定》
《关于外国投资者并购境内企业的规定》（2006 年修订）	《外资并购境内企业的规定》
《关于平台经济领域的反垄断指南》	《平台反垄断指南》
《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》	《分类分级指南》
《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》	《主体责任指南》
Digital Markets Act	《数字市场法》
DasGesetz gegen Wettbewerbsbeschr nkungen，GWB	《德国反限制竞争法》
《关于禁止私人垄断及确保公平交易之法律》（昭和 22 法 54 号）	《日本独占禁止法》
Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation（EC）No 139/2004 on the Control of Concentrations between Undertakings《经营者集中控制管辖权汇总的通告》	“管辖权通告”
Platform Competition and Opportunity Act of 2021	《平台竞争和机会法案》
Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies	《合并救济政策指南》
Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies	《集中救济商谈声明》
Merger Remedies：Competition Commission Guidelines	《并购救济指南》
《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》	《剥离规定》
《关于经营者集中附加限制性条件的规定（试行）》	《救济规定》
Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law	《市场界定通告》
Council Regulation（EC）No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings《欧盟理事会关于企业集中控制的条例》	《集中控制条例》

目　录

第一章
经营者集中审查制度的法理与思考 001

一、经营者集中审查制度的价值考量 001
二、经营者集中审查制度的机理 018
三、平台经济下经营者集中审查制度的发展趋势 039

第二章
控制权认定问题与完善 064

一、我国法律关于控制权的认定规则与问题 064
二、多维视角下的控制权及其在反垄断语境下的内涵 070
三、我国有关“控制”认定规则的完善 088
四、协议控制下经营者集中申报规则反思 096

第三章
经营者集中申报标准的检视与完善 107

一、我国现行一元化申报标准与反思 107
二、数字经济背景下申报标准的矫正 117
三、我国经营者集中申报标准之重构 123

第四章
附加限制性条件规则的检视与完善 136

一、附加限制性条件的基本逻辑 138
二、我国附加限制性条件的立法与实践 149
三、国际视野下的个案考察 175
四、附加限制性条件的事后评估与规则优化 182

第五章
经营者集中相关法律责任问题的检视与完善 207

一、经营者集中相关法律责任规则剖析 207
二、预防视角下法律责任规则的正当性定位 243
三、经营者集中法律责任规则再造 253

参考文献 265
后　　记 273

第一章
经营者集中审查制度的法理与思考

经营者集中使原本互相独立的经营者之间发生控制与被控制关系的变化，导致市场份额或者市场的结构性变化，并由此出现限制竞争的情况。而这种情况一旦发生会造成竞争损害。为此，在反垄断法上对经营者集中进行审查称为经营者集中审查或者合并控制（Merger Control）。[1]相对于对垄断协议、滥用市场支配地位行为的查处，这是一种事前预防措施。

所谓事前与事后，是以反垄断法所规制之行为发生时为基准点，如果执法机构在此前介入为“事前”，反之则为“事后”。我国《反垄断法》规定了四种实体违法行为：一是达成并（或）实施垄断协议，[2]二是滥用市场支配地位，三是违法实施经营者集中，四是滥用行政权力排除、限制竞争。从制度逻辑来看，第一种、第二种、第四种行为，必然是在相关行为发生之后执法机构才介入调查，故而谓之事后救济制度；第三种行为，是根据经营者实施集中的时间和执法机构介入的先后来判断事前或事后的。也就是说，如果经营者集中先发生，即实施了集中再审查就是事后行为；如果拟议集中先申报待审查，经批准之后再实施集中，从执法机构介入的时间来看就是事前审查。从全球的并购规则来看，事前、事后审查两种模式都存在，其中以事前审查为主流。中国、美国、欧盟均采用事前审查的模式。

一、经营者集中审查制度的价值考量

由于控制权变化可能引发相关市场结构的改变，譬如造成显著的单边效应（Unilateral Effects）或协同效应（Coordinated Effects），从而出现市场竞争

〔1〕 鉴于此，本书中除特别讨论“经营者集中”与“并购”“合并”的关系外，在适用中为同义词，内涵外延不作区分。

〔2〕 根据我国2007年《反垄断法》第46条第1款的规定，达成并实施或达成未实施垄断协议均构成违法。

失序。经营者集中审查制度旨在通过事前的介入，预防垄断行为的发生、维持市场自由的竞争秩序，事前审查遂成为各法域普遍施行的经营者集中控制制度，即达到申报条件的经营者在签订集中协议后，主动向执法机关申报该集中事项，并提供真实、完整的资料供审查。

作为预防性制度，经营者集中案件数量远远超过其他三类调查案件。我国 2008 年 8 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日，各年的案件申报数、立案数、结案数统计如图 1-1 所示。〔1〕

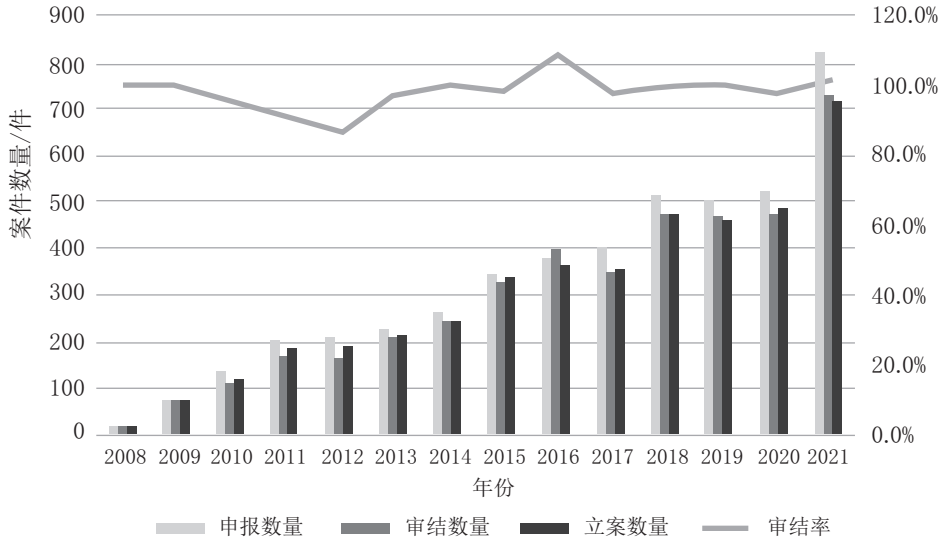


图 1-1　中国经营者集中案件审查情况

（2008 年 8 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日）

（一）经营者集中的反垄断法内涵

经营者集中在反垄断法上有特定的内涵。从商业角度来看，经营者集中泛指经营者为了实现特定的经济目的，对其他个人或者企业持有的股权、资产、技术、人员等进行资源整合的行为，其中吸收合并、新设合并是最为常见的形式。但是，法律上的经营者集中的含义大于商业上的企业合并

〔1〕 本书统计数据系笔者根据执法机构公告以及资料整理。数据来源参考国家市场监督管理总局反垄断局编：《中国反垄断执法年度报告（2020）》，法律出版社 2021 年版，第 43~45 页。

（Merger）和收购（Acquisition），特别是反垄断法作为维护市场竞争秩序的基本法，它关注的是经营者通过任何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。其核心在于由于控制权变化所引发的相关市场结构发生改变，从而出现市场竞争失序。从这个视角来看，反垄断法下的经营者集中审查制度的法益更倾向于社会整体利益、公共利益，不同于公司法、证券法更强调保护投资人和与公司有关的个人利益。〔1〕

1. 多视角下经营者集中的类型样态

对经营者集中予以界定是有关制度的基础。我国2007年《反垄断法》以“集中”行为的表现形式为标准，将其分为以下三种类型：一是经营者合并；二是经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；三是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。综观本条规定可以发现，形式意义上的集中的行为方式不一而足，不是最为重要的；实质性的判断标准在于是否有控制权的变化，或者是否能够对决策施加决定性影响。最为典型的就是少数股权控制。

我国2007年《反垄断法》在制度结构、规则方面很大程度上与欧盟法相近。根据《欧盟并购条例》〔2〕第3条有关“集中”的界定，如果发生以下三种控制权变更的情形之一，就认为发生了集中，具体是：第一，先前两个独立的企业或者独立企业之部分进行合并；第二，获得控制权；第三，设立一个全能型合资企业。

由此，如何理解控制权、决定性影响则至为关键。对此，反垄断执法机构对控制权的判断标准进行了说明，“经营者集中所指的控制权，包括单独控制权和共同控制权。判断经营者是否通过交易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（控制权和决定性影响以下统称为‘控制权’），取决于大量法律和事实因素……”〔3〕可见，对于“控制”在反垄

〔1〕 参见我国《公司法》第1条规定：“为了规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，制定本法。”《证券法》第1条：“为了规范证券发行和交易行为，保护投资者的合法权益，维护社会经济秩序和社会公共利益，促进社会主义市场经济的发展，制定本法。”

〔2〕 Council Regulation（EC）No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings（the EC Merger Regulation），OJ L 24/1，29 January 2004.

〔3〕 国家市场监督管理总局《关于经营者集中申报的指导意见》（2018年修订）第3条。

断法上并没有明确的认定标准，而是根据一些“包括但不限于”的因素来综合判断的。故而，这是实践中的重点、难点，也成为执法机关和行政相对人争论的焦点问题。上述规定中提及“单独控制”和“共同控制”，虽然并非经营者集中的具体行为类型，但由于这两种不同的控制方式对于反垄断法所关注的市场结构、市场竞争行为的判断非常重要，所以在诸如营业额的计算、竞争分析等问题上有重大影响。鉴于这一问题的重要性，本书第二章专门进行讨论，在此不作赘述。

以参与集中的经营者的商品或者服务之间的关系为标准，可以将集中分为横向集中、纵向集中和混合集中三种类型。如前所述，经营者集中审查制度的目标在于维护市场竞争秩序，对于集中这种行为而言，在不同市场结构下的效果是不同的。具体来说，集中是发生于具有直接竞争关系的相关市场、上下游之间还是其他市场，结果上会有很大差异。为此，对于这些不同类型的集中进行审查时，竞争分析的视角不同。

横向集中又称为水平集中，是指发生于具有直接竞争关系的经营者之间的集中，参与集中的经营者所生产、销售的产品或者提供的服务具有直接竞争关系或者紧密替代性。横向集中有利于提高经济规模效应，降低成本。但在集中之后，主动收购的一方取得对方的控制权，事实上减少有效竞争，非常有可能减弱相关市场上的竞争性，因而在各法域均是审查最为严格的集中类型。例如美国司法部（Department of Justice，DOJ）和美国联邦贸易委员会（Federal Trade Commission，FTC）于 1992 年联合发布的《横向合并指南》特别对横向集中所引发的竞争影响作了详细的规定。〔1〕

纵向集中又称为垂直集中，是指发生于产业链条中不同层次环节的经营者之间的集中，参与集中的经营者之间处于上下游关系。纵向集中有利于稳定原料来源或者销售预期，节约交易费用、提高生产效率，并不直接影响某一市场的集中度，也能提高竞品之间的竞争性。但是，这种纵向一体化可能导致经营者通过其上游或者下游制约其他竞争者，比如生产型公司 A1 收购独家生产某种必需原料的企业 B，从交易结构来看是纵向集中，但由于集中后 A1 控制被收购企业 B，B 拒绝向 A1 公司的竞争者 A2 销售原料，就会导致 A2 无法生产，也失去了与 A1 竞争的能力。当然，一般而言，纵向集中要

〔1〕 该指南后经 1997 年、2010 年两次修订。

发生反竞争后果通常要受很多因素的制约，就效果而言要弱于横向集中。故而，只会对特殊市场状况下的纵向集中予以限制，类似案例在各法域均有发生。

混合集中是除横向集中、纵向集中之外的集中，也就是说参与集中的经营者原来并没有竞争关系也没有交易关系，在经营方面几乎没有交集。一般理论认为，混合集中对既有市场结构（竞争性或者互补性）的影响不大，除非产生或者加强市场支配地位，否则应当持宽松态度。〔1〕在传统的反垄断法逻辑下，这种思路和结论是可以肯定的，但置于平台经济的语境下，需要从更宏观的维度思考这个问题。平台有显著的网络外部性和规模效应、用户粘性并产生锁定效应。〔2〕平台的这些特质改变了经济生产过程和组织样态。以创新活动为例，数字经济条件下，资源配置方式变革和创新主体多元化，创新活动的组织方式由工业时代纵向一体化的组织架构向网络化、协同化、生态化的组织方式转变。〔3〕因而传统的竞争分析范式——横向、纵向集中的划分模式在平台经济领域是值得商榷的。

2. 经营者集中的双重效应与审查逻辑

经营者集中是常见的企业经营行为，以经济性动因居多，包括扩大企业规模或打通上下游，提高经济效益；放大企业的比较优势和绝对优势，提高市场竞争力，有效促进市场竞争；跨行业、跨层级经营，提高抵抗商业风险的能力；将大企业的资金优势、技术优势辐射于其他产业，加大技术研发投入，提高创新实力；经济全球化背景下发挥跨国资源配置效率，是实现资金、技术、劳动力等生产要素流动的必然要求。

一方面，经营者集中是市场经济条件下一种优胜劣汰的机制，是市场发挥调节作用的具体体现，能够据此优化资源配置，增强企业实力与竞争力、推动经济发展和技术进步。另一方面，经营者集中相对于企业的自然发展、扩张而言，能够实现急速地聚合，强化企业的竞争力量，或者由于集中导致市场上竞争主体减少，便于企业从事滥用市场支配地位或者进行相互协调，

〔1〕 参见孟雁北：《反垄断法》，北京大学出版社 2017 年版，第 189 页。

〔2〕 See W. Brian Arthur, "Competing Technologies: Increasing Returns and Lock-in by Historical Events", *Economics Journal*, Vol. 99, No. 394, 1989, pp. 116-131.

〔3〕 参见张昕蔚："数字经济条件下的创新模式演化研究"，载《经济学家》2019 年第 7 期。