

论我国经营者集中控制制度的立法完善

丁茂中*

摘要:过去十余年的反垄断执法实践充分表明,反垄断法的经营者集中控制制度在经营者集中的法定范畴、审查范围、审查标准、附加条件、执法公开上都不同程度地存在立法问题。这在客观上已经直接影响我国经营者集中的竞争审查以及企业并购交易的有效开展,因此应当根据我国已经积累的成熟经验并合理借鉴他国的科学做法及时采取措施完善我国的经营者集中控制制度。

关键词:反垄断法 经营者集中 竞争审查 事前控制 竞争效果

一、问题的提出

2008年8月1日起开始施行的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第4章(第20~31条)对我国经营者集中的控制制度作了基本规定。^①在过去的十多年时间里,国务院及其反垄断执法机构根据这些规定出台了不少规范性文件,如《国务院关于经营者集中申报标准的规定》(以下简称《规定》)、《经营者集中申报办法》以及《经营者集中审查办法》等。就文件内容的性质而言,它们在整体上可以实质性地划分为3类:(1)链接性,即对法条当中明确要求另行具体规定的事项进行专项性的指引,如经营者集中的申报标准;(2)细化性,即对法条过于原则的事项进行适用性的指引,如营业额的计算规则;(3)补漏性,即对法条客观存在的不足事项进行完善性的指引,如未达到申报标准的竞争调查。这从侧面反映出《反垄断法》所规定的经营者集中控制制度还存在有待进一步改进的地方,其中包括一些制度性的立法缺陷。例如,从2008年至今的企业合规实践和反垄断执法机构的经验来看,目前我国经营者集中控制制度就存在诸多立法问题,主要包括经营者集中的法定范畴存在实质性的类型遗漏、审查范围存在制度化的不确定性、审查标准存在整体性的设计缺陷、附加条件存在基础性的表述欠缺、执法公开存在结构性的约束不足,等等。因此,对我国经营者集中控制制度立法进行完善殊为必要。

* 上海政法学院教授、博士生导师

基金项目:上海市曙光计划项目(18SG55)

① 就内容组成而言,经营者集中控制制度还包括《中华人民共和国反垄断法》第7章有关的法律责任规定。虽然经营者集中法律责任规定也存在不少立法问题,但笔者在此对我国经营者集中控制制度的立法完善所作的研究仅针对《中华人民共和国反垄断法》第4章有关内容而展开。

二、我国经营者集中控制制度立法存在的问题

(一)经营者集中的法定范畴存在实质性的类型遗漏

《反垄断法》第20条关于经营者集中法定范畴的规定存在实质性的类型遗漏,这具体表现为经营者联合设立企业的情形无法被周密涵盖。^①

“反垄断法中的‘集中’或者‘并购’与公司法中的‘集中’或者‘并购’相比,有着比较广泛的含义,这是因为公司法只是关注企业组织结构的变化,而反垄断法关注的却是企业间联合对市场竞争的影响。”^②从实践来看,除《反垄断法》第20条规定的经营者合并、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、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这3种情形可以导致企业间形成不同程度的联合以外,^③还有经营者联合设立企业也可以同样产生这种效果。首先,从形式上来讲,它可以使两个或者两个以上的经营者趋于集中,最为基本的就是控股的投资企业与新设的合资企业之间的联合,更深层次的就是联合设立企业的投资各方之间的联合。其次,从实质上来讲,它可以使两股或者两股以上的经济力量趋于集中,无论是采用何种财务会计报表处理方式,联合设立企业的投资主体通常总有一方至少因此能够控制更多的资本。因此,很多国家和地区在原则上明确将经营者联合设立企业列为经营者集中的法定情形。例如,《芬兰竞争法》第11条第1款、《荷兰竞争法》第27条、《欧共体合并条例》第3条第4款等均对此作了直接规定。

“在中国,《反垄断法》中并未就企业联营的反垄断规制问题作出专门的规定。”^④根据全国人大常委会法制工作委员会经济法室所作的说明,立法原意似乎倾向将经营者联合设立企业归于合同控制这个范畴之内。“一家企业可以通过委托经营、联营等合同方式与另一家或几家企业之间形成控制被控制关系或者可以施加决定性影响。”^⑤但是,就基本机理而言,经营者联合设立企业应当更为接近股权控制这种情形。而股权控制的立法原意以及人们现有的常规理解又使得其根本无法完全涵盖合同控制的复杂情形。若实质性地直接把合同控制这种情形当作兜底条款来进行使用,这毫无疑问又将进一步增大经营者集中控制制度甚至整个《反垄断法》的不确定性。对此,反垄断执法机构在执法中除了强调符合规定的经营者联合设立企业必须依法进行经营者集中申报接受竞争审查外,尚无更有效的应对措施。这不仅反映在国务院反垄断执法机构发布的相关指引文件中,也反映在它向经营者提供的申报表的示范文本上。虽然这种做法基本能够满足实践的需求,但它毕竟只是一种带有部分灰色的权宜之计。

(二)经营者集中的审查范围存在制度化的不确定性

① 针对经营者集中的法定范畴,有些学者认为当前这个条款还存在“控制权”和“决定性影响”的指引性比较差、没有合理考虑财务投资和实业投资的差异性等问题。参见曾晶:《经营者集中反垄断法规制的“控制”界定》,《现代法学》2014年第2期。鉴于现有立法在形式上都能有效涵盖这些问题,并且这些问题的具体处理十分复杂,笔者认为将它们置于执法层面进行完善更为合适,因此只对刚性问题的经营者联合设立企业进行探讨。

② 王晓晔:《反垄断法》,法律出版社2011年版,第263页。

③ 为了方便后面的行文,以下将这3种情形分别简称为合并、股权控制、合同控制。

④ 江山、黄勇:《论中国企业联营的经营者集中控制》,《法学杂志》2012年第10期。

⑤ 全国人大常委会法制工作委员会经济法室编:《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第117页。

《反垄断法》第 21 条和第 22 条关于经营者集中审查范围的规定存在制度化的不确定性,这具体表现为未达到申报标准的情形是否可能受到审查规定不明。

从目前的实践来看,任何一个经济体量较大的国家或者地区都是很难对所有的经营者集中进行竞争审查的。这是因为:一方面普遍性的竞争审查必然会严重影响各类经营者的商业运作效率,这除了可以直接影响到企业间的并购交易进展及潜在的意愿以外,它还会直接影响到股票市场的不少交易特别是纯粹性的财务投资在二级市场的进出速度以及企业间的联合研发等诸多合作事项,从而可能导致整个经济运行效率的下降;另一方面,普遍性的竞争审查必然需要投入大量的执法资源,包括人力、物力、财力、时间等,而这往往可能超出公共财政所允许的比例范围甚至承受的能力范围。^① 因此,无论是采用事前审查模式还是采用事后审查模式,包括我国在内的绝大多数国家和地区的经营者的集中竞争审查都只是有限的。

在这种情形下,审查范围的明确规定就显得非常重要。如果法律在此方面存在模糊性,则不仅会严重影响到企业对政府是否会介入并购交易的潜在判断,而且还会不同程度地影响反垄断执法机构的具体执法。一方面从当前的并购交易实践来看,无论是买方还是卖方在事实上都不希望拟实施的集中项目面临反垄断执法机构的竞争审查,是否可能会被反垄断执法机构进行竞争审查在很多情况下成为当事人决定是否实施交易的一个重要考虑因素;另一方面,只要法律存在某种程度的不确定性,无论是基于主观原因还是客观原因,执法部门都可能进行选择性的执法。

而对于经营者集中的审查范围,《反垄断法》通过第 21 条规定的经营者集中申报制度作了基本指引,即达到国务院规定的申报标准的经营者集中将会被反垄断执法机构进行竞争审查。虽然这个标准在具体操作上还存在一些不确定性,但它在客观上还是能够起到较为明显的指引作用的。以此为基础,《反垄断法》还通过第 22 条对此作了进一步指引,即哪些达到国务院规定的申报标准的经营者集中可以不被反垄断执法机构进行竞争审查。

既然立法对此采用的并非完全的非此即彼的逻辑,那么对此应当还有一个内容需要予以明确,即没有达到国务院规定的申报标准的经营者集中是否一定不会被反垄断执法机构进行竞争审查。显而易见,《反垄断法》并没有对此作出明确指引,倒是《规定》第 4 条对此作了明确规定。^② 首先,这可以说除达到国务院规定的申报标准的经营者集中以外应当还存在需要反垄断执法机构进行竞争审查的经营者集中。其次,这客观反映出《反垄断法》在经营者集中的审查范围上存在模糊性。虽然《规定》第 4 条是在国务院就经营者集中的申报标准所出台的文件中出现的,但《规定》应当不是依据《反垄断法》第 21 条所作出的,因为这明显超出该条款可以容纳的权限范围。从条文的内容来看,它应当是依据《反垄断法》第 28 条所作出的。由于《反垄断法》并没有明确第 28 条是以第 21 条为适用基础的,因此至少《规定》第 4 条在形式上是合法的。^③ 但是,这就使得《反垄断法》所存在的经营者集中的

① 参见郗伟明:《经济全球化下中国反垄断执法专题研究》,法律出版社 2010 年版,第 40~41 页。

② 因为《中华人民共和国反垄断法》第 28 条采用的是具有或者可能具有排除、限制竞争效果,所以国务院在《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第 4 条中也只能采用这种表述,但这种立法表述是存在问题的。为了方便后面行文,以下把“具有或者可能具有(实质性)排除、限制竞争效果”简称为“存在或者可能存在反竞争问题”,并根据需要进行混同使用。

③ 假如《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第 4 条违反《中华人民共和国反垄断法》,那么这又会导致那些除了达到国务院规定的申报标准的经营者集中以外应当还存在需要反垄断执法机构进行竞争审查的经营者集中游离在《中华人民共和国反垄断法》的规制之外的问题,而这同样需要对法律本身加以改进。

审查范围并非具有完全的确定性这一问题暴露出来了。

(三)经营者集中的审查标准存在整体性的设计缺陷

《反垄断法》第28条关于经营者集中审查标准的规定存在整体性的设计缺陷问题,这具体表现为法律指引性差、宗旨贯彻不到位、规制视野存有盲区。

1.基本控制标准缺乏足够的指引性

根据《反垄断法》第28条前半部分的规定,如果某项经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,那么国务院反垄断执法机构原则上将会作出禁止经营者集中的决定。虽然市场竞争的强度未必总是随着独立参与市场竞争的经营者的数量减少而走弱,但独立参与市场竞争的经营者的数量减少通常会影响到市场竞争的强度。而无论是合并还是股权控制或者合同控制,它们至少在形式上都会导致独立参与市场竞争的经营者的数量减少。因此,所有经营者集中都有可能具有排除、限制竞争的效果。而按照基本控制标准的文本表述,它们均有可能被国务院反垄断执法机构所禁止。但是,《反垄断法》第5条又规定,经营者可以通过公平竞争、自愿联合,依法实施集中,扩大经营规模,提高市场竞争能力。随时随地可能发生的否定性裁决与政府基本秉持的鼓励态度之间形成的某种程度的潜在冲突给经营者的守法带来了巨大的困惑,这在《反垄断法》颁布之初表现得非常明显。^①

2.修正控制标准涉嫌背离立法宗旨

根据《反垄断法》第28条后半部分的规定,如果经营者能够证明其所实施的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,那么国务院反垄断执法机构可以考虑不对该项经营者集中作出禁止的决定。“在我国反垄断法的四个目标中,保护市场公平竞争属于功能性目标,它既是反垄断法的目标之一,更是反垄断法所内在具有的基本功能;提高经济运行效率、维护消费者利益与社会公共利益属于结果目标,它们是反垄断法通过对市场竞争机制的维护期望取得的结果。”^②因此,当经营者能够证明其所实施的集中有助于提高经济运行效率或者有助于维护消费者利益或者符合社会公共利益的,则国务院反垄断执法机构应当允许这项经营者集中。除此以外,修正控制标准中的“对竞争产生的有利影响明显大于不利影响”在范畴上可能超出“保护市场公平竞争”“提高经济运行效率”“维护消费者利益”所能涵盖的内容,如经济民主。

3.整个控制标准无法满足所有需求

根据《反垄断法》第28条规定,如果一项经营者集中不会存在反竞争问题的,那么它就不在这条的控制范围之内。以往大量的实践充分表明,非横向类型的经营者集中特别是混合类型的经营者集中往往不会存在反竞争问题。因此,即使是公用企业所实施的这些类型的经营者集中,反垄断执法机构通常也不会加以限制。但是,我们知道,公用企业有着诸多的特殊性。除了其所提供的产品或者服务一般为人们日常所需以外,其所在领域基本都存在政府管制尤其是进入管制。无论参与具体运营的主体是国有企业还是私营企业,若它们在这种情况下没有投入充足的资源进行生产,则就必然不同程度地影响到人们的日常生活。^③因此,公用企业的对外投资应当被合理限制。除进行同质性或者

^① 虽然经过反垄断执法机构的多维解释,目前人们对此已经比较清楚,即法律所要禁止的是那些具有或者可能具有实质性排除、限制竞争效果的经营者集中。但是,法律本身在形式上存在的问题还是有必要进行消除的,这点笔者将在文章的后面部分进行阐述。

^② 王晓晔主编:《反垄断法实施中的重大问题》,社会科学文献出版社2010年版,第57页。

^③ 参见张占江:《反垄断法与行业监管制度关系的建构——以自然垄断行业内限制竞争问题的规制为中心》,《当代法学》2010年第1期。

支持性的并购扩张以外,凡是尚未有效满足服务范围内的公共产品需求的,即便所实施的经营者集中不会存在反竞争问题,它们的这类经营行为也应当被及时禁止。而非横向类型的经营者集中特别是混合类型的经营者集中在大多数情况下不是一种对本职服务进行的基础投入,也难以得到反垄断执法机构的必要规制。

(四)经营者集中的附加条件存在基础性的表述欠缺

《反垄断法》第29条关于经营者集中附加条件的规定存在基础性的表述欠缺问题,这具体表现为条文过于原则使得其容易产生误导且要点不全。

1.条款的文本表述具有很大的误导性^①

对经营者而言,《反垄断法》第29条在客观上确实比较容易导致被误认为附加限制性条件的动议率先由国务院反垄断执法机构提起。如果这种误导最终得以发生,那么这将会直接导致经营者错失对自身所实施的存在或者可能存在反竞争问题的经营者集中采取适当救济措施的一次机会。从应然的制度设计角度来讲,附加限制性条件的动议只适宜由存在或者可能存在反竞争问题的经营者集中的当事人率先提出。这是因为:一方面市场经济的基本原理要求问题的制造与问题的解决在主体上应当尽量实现高度的统一。既然经营者是这些反竞争问题的制造者,那么它们就应当是这些问题的解决者。另一方面,市场经济的基本原理要求风险的承担与经营的决策在主体上必须保持有机的统一。因为附加限制性条件的具体落实特别是结构型的救济措施在有些情况下可能会严重影响到企业的发展甚至不排除出现破产情形,因此这类带有协商解决问题但又有不小风险的措施的择用应当由经营者自行决定。

对国务院反垄断执法机构而言,《反垄断法》第29条在客观上确实比较容易导致被误认为可以甚至应当率先提起附加限制性条件的动议。如果这种误导最终得以发生,那么这将会直接导致国务院反垄断执法机构出现干预错位。从应然的制度设计角度来讲,国务院反垄断执法机构只适宜作为附加限制性条件的动议接洽方。^②除了前面的原因以外,还有就是需要避免潜在的选择性执法和潜在的赔偿风险。若国务院反垄断执法机构不能对所有存在或者可能存在反竞争问题的集中及时提起附加限制性条件的动议,则就会造成不同程度的选择性执法。而若国务院反垄断执法机构率先对任何一项存在或者可能存在反竞争问题的集中提起附加限制性条件的动议,则在经营者因履行所被附加的限制性条件而导致出现破产等严重问题时有可能将国务院反垄断执法机构诉至法院要求进行巨额赔偿。

2.条款的文本表述缺乏必要的系统性

虽然附加限制性条件只是对经营者集中存在或者可能存在反竞争问题所可以采用的一种救济措施,但它在机理构造上却具有非常复杂的系统性。然而《反垄断法》第29条只是简单地指明国务院反垄断执法机构在经营者集中的竞争审查过程中有权考虑使用这一潜在的救济措施,并没有对附加限制性条件的其他基本内容作出更多的必要规定。这其中最为突出的就是经营者可以提起附加限制性条件的动议时间。由于附加限制性条件的适用评估及其反馈性磋商通常都需要一定的时间,因此它

^① 虽然反垄断执法机构对此问题已经有科学的认识,并且经过反垄断执法机构的多维解释,目前人们对此问题也有正确的认识,但法律本身在形式上还是存在这个问题的,因此仍然需要从根本上解决问题。

^② 在经营者率先提起附加限制性条件的动议之后,国务院反垄断执法机构就可以对所提出的方案多次提出自己的意见,至于经营者是否接受则自行决定,国务院反垄断执法机构据此最终作出相应裁决。

越早被提到解决问题的议程中在效果上就越好。但是,因为附加限制性条件的使用在客观上都会不同程度地影响经营者的后续商业活动,所以经营者往往不会积极主动提议。^①这就难免出现潜在的博弈,即经营者为了潜在的利益最大化而最大限度地试探反垄断执法机构对其所实施的经营者的态度以及被动提出附加限制性条件动议的最低限度。

这除了将会给经营者带来正常的市场风险以外,还有可能给社会带来负面的外部效应。^②一方面因附加限制性条件的动议较晚而导致反垄断执法机构基本没有合理的时间进行评估可能使得原本可以实现公私利益兼顾的做法最终化为泡影甚至演变成为两败俱伤的格局;另一方面,反垄断执法机构无论因何种缘由在这种情形下都可以进行不同程度的选择性执法。因此,法律应当直接对经营者可以提起附加限制性条件的动议时间作出明确规定。除此以外,法律还应当至少对经营者提起附加限制性条件的动议形式作出必要说明,这直接关系到经营者在此方面的基本权益能否得到基础性保障,也有助于促进反垄断执法机构与经营者在此方面的互动效率。

(五)经营者集中的执法公开存在结构性的约束不足

《反垄断法》第30条关于经营者集中执法公开的规定存在结构性的约束不足问题,这具体表现为未要求无条件批准的案件也必须向社会公布。

虽然以前可以通过登陆之前具体承担此项反垄断执法职能的商务部反垄断局的网站获取无条件批准的经营者集中的案件名称、参与集中的经营者、审结时间等信息,现在也可以通过同样的方式从国家市场监督管理总局反垄断局的网站获取此类信息,但此类信息公开并非基于法律的规定。《反垄断法》第30条并没有要求国务院反垄断执法机构必须及时向社会公布无条件批准的经营者集中信息。如果具体承担此项反垄断执法职能的部门不向外界公布其无条件批准的经营者集中信息,那么社会公众对此基本也是无可奈何的。但是,从应然的角度来看,无条件批准的经营者集中也应当甚至更应当像被禁止或者被附加限制性条件的经营者集中那样被及时向社会公布。具体而言:

首先,消极失误的最大程度消减需要反垄断执法机构公布无条件批准的经营者集中信息。1984年,美国著名反垄断法专家伊斯特布鲁克大法官指出,反垄断执法机构对垄断行为的认定不可能百分之百的准确,失误是无法避免的;这些失误可以分为两类:一是积极失误(又称第I类失误、假阳性失误),即有效的竞争性行为被误认为是反竞争的,从而被反垄断执法机构禁止;二是消极失误(又称第II类失误、假阴性失误),即垄断行为被反垄断执法机构认定为正常的商业行为。^③无论是积极失误还是消极失误,经营者集中的竞争审查都可能出现这些问题。由于积极失误都会存在直接的受害者,因此它们可能因利益主体的维权行为而得到潜在的纠正。但是,消极失误不同,它们一般都不会存在直接的受害者,反而都会存在直接的受益者。这就使得消极失误的潜在纠正必须高度依赖外界力量,^④而外界力量能够对此产生有效纠偏作用的基础前提之一就是最起码的信息对称。

其次,对行政权力的有效监督也需要反垄断执法机构公布无条件批准的经营者集中信息。任何权力的运用都应当得到有效的监督,否则就随时随地可能发生权力的异化问题,^⑤这也包括经营者集

① 参见韩伟:《经营者集中附条件法律问题研究》,法律出版社2013年版,第76~77页。

② 参见侯利阳:《市场与政府关系的法学解构》,《中国法学》2019年第1期。

③ See Frank H. Easterbrook, The Limits of Antitrust, 63 Texas Law Review, 1-40 (1984).

④ 参见丁茂中:《反垄断法实施中的“积极失误”与“消极失误”比较研究》,《法学评论》2017年第3期。

⑤ 参见胡税根、翁列恩:《构建政府权力规制的公共治理模式》,《中国社会科学》2017年第11期。

中的竞争审查。众所周知,一项达到国务院规定的申报标准的经营者集中或者根据其他法定规定应当被进行竞争审查的经营者集中能否顺利获得反垄断执法机构的批准在通常情况下都会直接牵涉到巨大的利益。从实践来看,这一般主要包括卖方股权或者资产的溢价变现、买方经营战略的阶段布局、财务投资者所投项目的获利程度及其离场机会等。在这种情形下,当某项经营者集中存在或者可能存在反竞争问题,但经营者又无法或者可能无法证明该集中有助于提高经济运行效率或者有助于维护消费者利益或者符合社会公共利益的,则就有可能出现当事人或者其他利害关系人采取一些措施对反垄断执法机构进行各式公关问题。如果系统性的存在部分经营者集中的竞争审查得不到合理的社会监督,那么这就非常容易发生权力寻租和选择性执法问题,即能够影响或者掌控审查结果的执法人员接受他人给予的各种好处而实质性地违法作出批准的决定或者没有顶住各种不当的压力而违背职业操守作出批准的决定。除了这些潜在的被动情形以外,我们还无法排除潜在的主动情形,即能够影响或者掌控审查结果的执法人员积极利用职权进行设租索贿。但是,无论何种情形,它们都会给社会的发展带来不同程度的负面影响,除了可能直接损害到反垄断执法的权威性以外,还可能严重损害到市场竞争机制的有效发挥。

因此,所有经营者集中的竞争审查结果都应当及时向社会公布,包括无条件批准的、附加限制性条件批准的和予以禁止的。只有这样才能使反垄断执法机构对经营者集中所开展的竞争审查得到社会公众的合理监督,从而在最大程度上防止和减少权力滥用。

三、我国经营者集中控制制度立法的完善

(一)明确将经营者联合设立完全功能型企业列为同类对象

针对《反垄断法》第20条关于经营者集中法定范畴的规定存在的实质性的类型遗漏问题,立法应当通过明确将经营者联合设立完全功能型企业列为同类对象来加以解决。

1.立法应当在形式上以独立款项对经营者联合设立企业构成经营者集中作出明确规定

虽然关于垄断协议和滥用市场支配地位的立法在行为规范的核心要点上都使用了兜底条款以防存在疏漏,但此举完全不适宜用于对经营者集中的法定范畴进行表述。经营者集中并不是我们所要进行普遍禁止或者特别禁止的基本行为,它只是政府在极少数情况下才会采取措施进行适度限制的对象。但是,为了有效实现这种例外干预,各国反垄断法均对此建立了一套监控机制,这就是经营者集中申报制度。^①

尽管经营者集中的申报在大多数情况下只是一种流程性的事务,但它会给经营者带来一些负担性影响,最典型的当属花时间去等待。根据《反垄断法》第25条和第26条规定,对一项经营者集中的竞争审查最快在自国务院反垄断执法机构收到经营者提交符合规定的材料之日起30日内完成,但一般需要超过30日至120日的时间,最慢则可能长达180日才能最终审查完毕。由于经营者在此期间不得实施集中,因此它们必须处于等待状态。略有选择的就差异化的经济投入。根据《反垄断法》第23条规定,经营者必须向国务院反垄断执法机构提交所规定的材料。这些文件的制作基本都需要具有较高专业素质的人员才能很好地完成,而为此需要支出的费用目前在几十万元到数百万元不等。

经营者无论因何缘由未依法进行经营者集中申报,都将面临行政处罚。即便在时效范围内没有被国务院反垄断执法机构所追查,过程的不可补救性也导致一直存在的潜在风险会使经营者在很长

^① 参见方小敏:《经营者集中申报标准研究》,《法商研究》2008年第3期。

时间内面临一些发展障碍,包括信贷借款、上市融资等。^①而这所有的一切都建立在一个前提之上,即经营者实施的行为属于经营者集中。如果经营者实施的行为不构成经营者集中,那么这所有的一切都没有发生的可能。因此,何种情形构成经营者集中至少在形式上必须予以明确规定,否则立法的基本指引不明必然会引起执法与守法的混乱。

2.立法应当在内容上以完全功能型对经营者联合设立企业构成经营者集中作出规定

虽然经营者联合设立的企业在组织形态上看起来是完全相同的,但它们在组织功能上却可能是完全不同的。有些经营者联合设立的企业并不像其他大多数企业那样正常地参与市场竞争,而只是单纯地完成控股主体布置的生产任务或者经营计划即可。这类情形就是通常所谓的非完全功能型合营企业,相对情形则是通常所谓的完全功能型合营企业。相较后者而言,前者在实质上并不会根本性地导致经济力量趋于集中,它在本质上也只是一种临时化的商业合作。因此,这类情形应当不属于经营者集中的基本范畴。但是,这并不意味着我们对此就完全没有后顾之忧了,因为这类情形还很有可能构成垄断协议特别是核心卡特尔,所以仍然需要反垄断执法机构根据实际情况进行深度的风险摸排。当经营者联合设立的企业是完全功能型的,则均应当构成经营者集中。

国务院反垄断执法机构发布的《关于经营者集中申报的指导意见》第4条规定,对于新设合营企业,如果至少有两个经营者共同控制该合营企业,则构成经营者集中;如果仅有一个经营者单独控制该合营企业,其他的经营者没有控制权,则不构成经营者集中。对此,有学者尖锐地指出:“目前的规制方法更似囫囵吞枣,要么未将企业联营与核心卡特尔明确区分,要么无视企业联营与单一实体的差别”。^②事实上,即使仅有一个经营者单独控制合营企业,这种情形也会实质性地导致经济力量趋于集中。

因此,立法应当充分借鉴荷兰、芬兰、欧盟等国家和地区的做法,将所有联合设立完全功能型的合营企业列为经营者集中的法定情形。

(二)明确有条件限制对未达到申报标准的经营者集中进行竞争审查

针对《反垄断法》第21条和第22条关于经营者集中审查范围的规定存在制度化的不确定性问题,立法应当通过明确有条件限制对未达到申报标准的经营者集中进行竞争审查来加以解决。

1.基本规定

立法应当作出基本规定,即经营者集中未达到国务院规定的申报标准,但按照规定程序收集的事实和证据表明该未完成的经营集中具有或者可能具有实质性排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。

《规定》第4条的出台并不是偶然的,它有着非常重要的理论基础。经营者集中控制制度的核心使命是有效地规制存在或者可能存在反竞争问题的经营者集中,而为此所开展的竞争审查应当以此为据来进行筛选潜在的目标对象。尽管经营者集中申报制度基本可以将这些潜在的目标初步筛选出来,然而仅凭此必然将造成一定程度的遗漏。因为申报标准所能采用的衡量指标只能经验化地反映

^① 因为无论是商业主体所进行的经营性的合规审查还是审批部门进行的行政性的合规审查在正常情况下都将没有依法进行经营者集中申报作为一种重大的风险,所以经营者提出的融资申请往往会被它们否决。

^② 江山:《论协议型企业联营的反垄断规制》,《环球法律评论》2017年第6期。

出常规的潜在威胁,^①而无法对初创性市场、采取免费策略的服务市场、个别小众市场等部分特殊情形作出全面有效的反映。^②因此,在申报标准基础上建立合理的补充掌控机制是一种客观需求。

但必须指出的是,尽管国务院规定的申报标准在具体掌握上还存在一些模糊性,但具有或者可能具有实质性排除、限制竞争效果的具体判断明显更具不确定性。因此,经营者很难直接对此特殊情形作出合理预计。政府对此特殊情形的干预应当严格进行限制,最为合理的做法就是将范围限于未完成经营者集中。如果经营者集中已经完成,即便存在或者可能存在反竞争问题,反垄断执法机构也不宜再进行调查。^③若经营者在实施集中的过程中没有受到反垄断执法机构的调查,那么即使这项经营者集中最终被证明存在反竞争问题,这种后果也应当因立法的指引性较差和执法的反应滞后而由整个社会基于政府干预失灵来进行承担更为公平些。若经营者在实施集中的过程中受到反垄断执法机构的调查,那么即使这项经营者集中因存在或者可能存在反竞争问题而被禁止,这种后果也应当因立法的现存规定和执法的及时演绎而由交易个体基于市场外部风险来进行承担更为公平些。

除此之外,还应强调两点:(1)维护市场竞争的手段并非完全唯一。当市场自身无法在合理的期限内打破相关领域出现的独占或者寡头时,政府可以通过采取不对称扶持的方式引入竞争,从而推动市场竞争机制的有效作用。(2)对已经完成集中的经营者实施的调查特别是最终采取恢复原状的惩罚措施可能因辐射性地影响到诸多个体经营效率而渗透性地累及社会整体经济效率。例如,由此可能引发债务的连环违约。这些也客观决定我们不宜在这种情形下将规制范围放大到已经完成经营者集中。

2. 衔接规定

立法还应当作出必要的衔接规定。首先,自反垄断执法机构发出立案调查通知之日起,经营者集中尚未实施的,经营者不得开始实施集中;正在实施的,经营者必须暂停实施集中。虽然这些经营者集中同样可能不会存在反竞争问题,但若它们最终确实存在反竞争问题,一旦允许经营者在审查期间开始实施集中或者继续实施集中,则必然将直接影响反垄断执法机构所采取救济措施的实施效果。其次,经营者应当在反垄断执法机构规定的期限内向其提交规定的文件、资料等。反垄断执法机构要对具体的经营者集中进行竞争审查必然需要相关的信息,而这其中不少信息只有当事人才能够有效提供,因此必须明确当事人的配合义务;由于这类情形的竞争审查应当只是少数性的特例,因此比较适宜将限定的期限和所需提交的内容授权给反垄断执法机构来作出决定。最后,审查期限、起算时间等事项参照适用达到申报标准情形的经营者集中的竞争审查规定。所有情形的竞争审查都必须有时间限制,而这个期限的起算应当明确规定,从而给经营者提供必要的权益保障。

(三) 借鉴美国与俄罗斯的相应审查标准并严控抗辩事项和裁量权限

针对《反垄断法》第28条关于经营者集中审查标准的规定存在整体性的设计缺陷问题,立法可以借鉴美国或俄罗斯的相应审查标准并严控抗辩事项和裁量权限来解决。

① 虽然国务院反垄断执法机构在《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》中采用了能够一定程度反映相关市场竞争状况的权衡指标,但其无法用于经营者集中的申报标准,因为经营者集中的申报标准并非针对适用流程,毕竟简易案件的适用标准仅对审查流程的选择产生影响,而对是否接受竞争审查无法产生影响。

② 参见徐瑞阳:《论经营者集中申报标准实施机制的完善》,《法学家》2016年第6期。

③ 即便政府为了研究如何采取补救措施以弥补市场缺陷,也只能进行内部评估,而不宜采用执法模式。

若不能采用德国的市场支配地位的做法,^①那么针对基本控制标准当前所存在的问题,建议合理借鉴美国的实质性减少竞争的做法来解决。根据《美国克莱顿法》第7条第1款的规定,美国联邦贸易委员会仅在一项并购交易实质性地减少市场竞争时为之作出禁止。虽然这一规定只是在核心内容上比当前的基本控制标准多了一个“实质性”的限定词,而且同样只有经过反垄断执法机构审查后才能确认,但指引效果却有着根本性的差别。相较基本控制标准而言,这一规定向所有经营者传递了一个非常明确和清晰的信息,即并不是所有的经营者集中都可能被反垄断执法机构所禁止。在反垄断法制度存在不确定性的情况下,美国的这一做法基本起到了法律应有的指引作用。事实上,加拿大、日本、韩国等国家在经营者集中的审查标准上都借鉴了美国的这种做法。

针对修正控制标准当前所存在的问题,笔者认为应当采取以下两个方面的措施来解决:一是通过立法直接将“自由裁量模式”改为“法定支持模式”。当经营者能够证明其所实施的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时,法律应当明确要求国务院反垄断执法机构给予支持。虽然竞争是市场的灵魂,但它在本质上仍然只是一种资源配置的手段。我们推崇竞争的目的并不只是纯粹为了优胜劣汰,而是为了更为长远的整体利益。如果一项经营者集中能够带来更为长远的整体利益,那么它就应当明确得到社会的尊重及法律的认可。^②况且,“我们说政府有时可以改善市场结果并不意味着它总能这样”。^③二是通过立法直接将经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响改为经营者能够证明该集中有助于提高经济运行效率或者维护消费者利益。从各国的实践来看,反垄断法的立法宗旨是多元化的,我国在《反垄断法》的制定过程中对此也出现过激烈的争论;并且,无论是形式化还是实质化的不同选择都将直接影响到反垄断法的实施。在这种情况下,立法完全有必要将带有很大弹性空间并且可能或者可以发生实际偏离现有立法宗旨的“对竞争产生的有利影响明显大于不利影响”直接具体到除了符合社会公共利益以外的其他两个人本目标上,即提高经济运行效率与维护消费者利益。

就整个控制标准当前所存在的问题,笔者认为应当合理借鉴俄罗斯的做法来解决。1995年颁布的《俄罗斯联邦自然垄断法》对被授予特许经营资格的垄断企业的对外投资或者交易作了严格的限制,凡是与被批准的经营业务无关的投资或者交易,只要金额超过资产平衡表上可用流动资金的10%,那么这项投资或者交易就必须得到自然垄断调控机构的批准方可进行。^④在我国,即便在《反垄断法》修订完成之前已有其他法律对公用企业的对外投资作出限制规定,我们也有必要在相关条款中对此作出平行适用的规定。这是因为:一方面这可以有效防止竞争规制条款被行业监管条款架空;另一方面,这也有助于提升对经营者合规的指引性。若在此之前情况没有发生实际变化,则我们必须以平行条款的方式直接作出具体的实体规定,并交由反垄断执法机构进行合并审查。这种安排除了符合降低立法成本的要求以外,还有助于降低经营者的办事成本。当同一个事项存在多头行政管理

① 德国在经营者集中的审查标准上采用的是市场支配地位做法。例如,《德国反对限制竞争法》第36条规定:“如可预见,合并将产生或加强市场支配地位,联邦卡特尔局应禁止合并,但参与合并的企业证明合并也能改善竞争条件,且这种改善超过支配市场的弊端的,不在此限。”从目前的情况来看,可以肯定的是我国至少在一个较长时间内不会完全直接转为采用德国的做法,或者像芬兰等国那样兼采德国和美国的做法。

② 参见刘桂清:《反竞争经营者集中的公共利益辩护:路径选择与制度建构》,《政法论坛》2016年第5期。

③ [美]曼昆:《经济学原理》,梁小民译,机械工业出版社2003年第3版,第10页。

④ 参见张建文:《俄罗斯联邦自然垄断法》,载漆多俊主编:《经济法论丛》(第10卷),中国方正出版社2005年版,第385~386页。

时,除非完全实现集中化办公,否则就必然会不同程度地增加行政相对人的办事成本。从以往的实践来看,这至少表现在时间成本和交通成本上。因此,对经营者集中所实施的审查包括竞争审查、国家安全审查以及其他类型的审查在原则上应当尽量由一个部门负责。

(四)明确对附加条件的动议主体及时间等作出具体规定

针对《反垄断法》第 29 条关于经营者集中附加条件的规定存在基础性的表述欠缺问题,立法应当通过明确对附加条件的动议主体及时间等作出具体规定来加以解决。

立法应当直接明确规定附加限制性条件的动议主体只能是经营者,国务院反垄断执法机构在经营者按照要求提出附加限制性条件的建议之后应当根据解决竞争问题的需要进行意见反馈并最终根据反复磋商的结果作出裁决。这样既能使经营者与国务院反垄断执法机构各自处于合理的位置,又能使经营者的权利与国务院反垄断执法机构的权力这两者之间实现科学的平衡。虽然国务院反垄断执法机构发布的《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》将附加限制性条件的动议主体进一步具体化到申报方的做法更具有指引性,^①但这不宜直接照搬到反垄断法层面上来。因为《反垄断法》不可能在已经通篇采用经营者的概念情况下专门在经营者集中的章节部分另行规定一个申报方之类的下位概念。此外,申报方之类的概念在立法完善经营者集中的审查范围以后应当是无法完全有效涵盖所有的潜在行为主体的。因此,最佳做法还是将附加限制性条件的动议主体笼统地限定在经营者范围即可。

关于经营者可以提起附加限制性条件的动议时间,法律应当作出如下规定:在国务院反垄断执法机构提出集中存在或者可能存在反竞争问题之前,经营者可以提出附加限制性条件建议;在国务院反垄断执法机构提出集中存在或者可能存在反竞争问题之后,经营者提出附加限制性条件建议的,应当在国务院反垄断执法机构规定的期限内提交最终方案。

从实践来看,经营者在大多数情况下对自己所实施的集中是否存在或者可能存在反竞争问题在事实上往往比较清楚。为了能够在最大程度上避免因潜在的博弈而导致社会福利或者执法效率的减损,很有必要鼓励经营者就某项集中是否存在反竞争问题及其可用的解决措施尽早与反垄断执法机构进行有效的合作。^②因此,立法应当支持经营者在国务院反垄断执法机构提出集中存在或者可能存在反竞争问题之前提出附加限制性条件建议,包括经营者集中的申报阶段。由于判断不同案件是否存在或者可能存在反竞争问题所需的时间是不同的,在同一个笼统规定的期限内所剩余的时长也是各异的,因此也就无法一刀切地直接设定一个统一的时间。由此,只能授权给反垄断执法机构根据个案的具体情况进行决定。虽然这在客观上可能出现选择性执法问题,但这应当是经营者在前面存有选择的情况下必须为已所进行的博弈承担的风险。

除了要求经营者提起附加限制性条件的动议必须采取书面方式以外,还应当要求经营者在向国务院反垄断执法机构提交的方案中必须对以下几个方面的事项作出具体说明:(1)该项集中所存在的竞争问题,(2)拟采取的措施可以解决竞争问题的路径表现,(3)计划落实的可行性以及所需时间,(4)潜在的备用方案及使用该方法的充分理由。书面方式符合信息传递的准确性要求,并且有利于证据的固定化。所有附加限制性条件的设计都必须以存在的竞争问题为基础,竞争问题的不同就必然导致对所附加限制性条件的要求不同。因此,无论是在国务院反垄断执法机构提出集中存在或者可

① 参见王晓晔:《我国反垄断执法 10 年:成就与挑战》,《政法论丛》2018 年第 5 期。

② 参见袁日新:《经营者集中救济类型位阶性的理论反思》,《法律科学》2016 年第 2 期。

能存在反竞争问题之前还是之后提起附加限制性条件的动议,经营者都必须对此进行确认,以确保与反垄断执法机构的对话在问题上具有同一性。如果双方在存在或者可能存在反竞争问题的认识上存在差异,反垄断执法机构有必要考虑对方所提出的方案能否有效解决所有潜在的问题,并据此要求对方作出相应的调整。为了便于反垄断执法机构的评估工作,经营者有必要对自身所提议方案的有效性、可行性、及时性等作出详细解释,特别是提议附件的限制性条件应是采取资产剥离这类结构性条件或者含有这类内容的综合性条件。从以往的经验来看,单一方案在客观上可能存在难以落实的风险,因此经营者应当准备另外一套备用方案,并且确保这些方案能够万无一失地得以实施。

(五)降格要求无条件批准的经营者集中案件也必须向社会公布

针对《反垄断法》第30条关于经营者集中执法公开的规定存在结构性的约束不足问题,法律应当通过降格要求无条件批准的经营者集中案件也必须向社会公布来加以解决。

法律可要求国务院反垄断执法机构及时向社会公布所有经营者集中的竞争审查结果,但无条件批准的信息公开在要求上应当低于附加限制性条件批准的信息公开或者予以禁止的信息公开。虽然附加限制性条件批准的信息公开和予以禁止的信息公开在早期阶段落实得都比较粗糙,但目前要公开的信息无论是在内容上还是在篇幅上都有进一步的完善。根据之前具体承担此项反垄断执法职能的商务部反垄断局近5年公布的附加限制性条件案件和予以禁止案件,它们信息公开的内容通常包括6个方面,即立案和审查程序、案件基本情况、相关市场、竞争分析、附加限制性条件的商谈、审查决定。尽管无条件批准的信息公开最为理想的做法就是按照这样进行,但这至少在较长一段时间内是难以实现的。

从之前具体承担此项反垄断执法职能的商务部反垄断局公布的审结案件来看,无条件批准的经营者集中占比近90%,附加限制性条件批准的经营者集中和予以禁止的经营者集中加起来仅占10%左右。如果要求国务院反垄断执法机构对前者的信息公开与后者基本一样,那么这就意味着将会给它增加不少的工作量。而无论是现在还是可以合理预计的未来一段时间,我国在反垄断方面的执法资源都是非常紧张的。另外,无论是为了最大程度消减消极失误还是为了对行政权力进行合理监督,所需信息未必完全需要达到这种程度。从历史经验来看,基本事实的有效提供就基本可以满足需求。而且,潜在的消极失误或者潜在的权力滥用在无条件批准的经营者集中案件中应当是极少数的例外问题,在现在或者未来一段时间内的执法资源非常紧张的情况下,过高的信息公开要求可能导致实质性的执法效率低下问题。

在此需要指出的是,附条件批准的信息公开应当在之前具体承担此项反垄断执法职能的商务部反垄断局自愿公开的信息基础上要求增加对基本事实的合理披露。

首先,竞争评估需要这些基本信息。判断一项经营者集中是否存在反竞争问题通常需要进行两个环节的工作,即相关市场的界定和竞争分析。^①根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》的规定,相关市场的界定通常至少需要从商品和地域两个维度进行,而这必须根据当事人所实施的经营行为所涉的产品及其销售范围才能合理确定。根据《反垄断法》第27条的规定,竞争分析通常需要根据参与集中的经营者的诸多权衡因素进行,而这些因素必须根据个案所涉的具体事项才能量化定性。

其次,这些信息基本可以满足所需。只要能够依据内容基本可以进行竞争评估,就可以对反垄断

^① 参见孙晋:《论经营者集中审查制度在国有企业并购中的适用》,《华东政法大学学报》2015年第4期。

执法机构是否存在消极失误或者权力滥用作出起码的判断。需要特别指出的是,由于相关市场的界定和竞争分析总是在不同程度上存在一些弹性,因此不同主体对一项经营者集中的竞争评估在结果上未必都是完全一致的;^①只要在合理的逻辑范围内可以得出反垄断执法机构认定不会存在或者可能存在反竞争问题的结论的,就应当充分尊重反垄断执法机构的行政裁决。^②若特定的利害关系主体对反垄断执法机构的竞争评估存在较大疑问,则可以根据《中华人民共和国政府信息公开条例》的相关规定申请个案信息公开,要求反垄断执法机构对特定案件的竞争评估作出具体说明。

最后,信息不会实质性地增加反垄断执法机构的工作量。从操作角度来看,就一项经营者集中的基本事实的精确描述,反垄断执法机构完全可以要求经营者在申报时或者被通知将会被进行竞争审查时提交所需的版本。一方面这种做法确实可以有效减少反垄断执法机构的潜在工作量;另一方面,这种做法也有助于在最大程度上避免或者减少泄露经营者商业秘密的可能性。从目前的实践来看,之前具体承担此项反垄断执法职能的商务部反垄断局在事实上就是采取这种做法的。

四、结语

经营者集中通常是企业发展的重要战略选择,潜在的规模经济效应或者范围经济效应往往能够使经营者的单位经营成本明显降低,而且资金、技术、人才等各类资源的聚集还能够使经营者的风险抵御能力大大增强。更为重要的是,经营者集中在绝大多数情况下可以给社会带来诸多的正外部效应。除了能提升当地就业和增加政府税收以外,还能整体性地促进一个国家综合实力的持续发展。美国、英国、德国、日本等国家的实践已经充分证明了这一点。无论是发达国家还是发展中国家,即便是早已建立并实施反垄断法制度的国家,它们在原则上对经营者集中都秉持鼓励的基本态度。非常明显,我国亦是如此。影响企业是否选择经营者集中的重要因素之一是潜在的竞争审查可能带来的成本与风险。如果由此形成的潜在成本和/或风险是比较高的,那么必然在很大程度上抑制企业选择经营者集中的意愿性;反之,则应当起到良好的促进作用。毫无疑问,反垄断法规定的经营者集中控制制度存在的立法问题在客观上使得企业面临的潜在成本和/或风险相较而言是偏高的,这必将直接影响到各类企业走向规模化经营的路径选择。因此,应当尽快采取措施解决这些问题。早在2015年11月,国务院就决定将《反垄断法》的修订列入国务院的立法工作计划。2018年9月,第十三届全国人民代表大会常务委员会将《反垄断法》的修订工作列入立法规划。期待此项法律修订工作的尽早完成,争取在最大程度上确保政府与市场的高度耦合,为企业的日常经营提供一个良好的社会环境,促进我国经济的稳健发展。

责任编辑 翟中鞠

^① 参见江山:《论反垄断法解释的知识转型与方法重构》,《现代法学》2018年第6期。

^② 参见金善明:《中国反垄断法研究进路的反思与转型》,《法商研究》2017年第4期。