

# 经营者集中反垄断控制限制性条件的比较分析和选择适用

叶 军\*

**摘 要** 多年来,反垄断界一直热议结构条件和行为条件孰优孰劣。历史上,美国偏好结构条件并引领各国立法执法,中国因较多适用行为条件而常遭诟病。美国已从结构条件优先转向问题导向的平等适用,法国、澳大利亚等也曾大量适用行为救济。事实上,两者各具利弊,都是解决反竞争问题的有效工具。执法机构应跳出结构和行为非此即彼的局限,从解决反竞争问题的角度,从更广阔的视角评估禁止、无条件批准、附条件批准等解决方案。结合中国多适用行为条件的历史,建议立法上完善行为条件的类型、多层次监督、复审和纠纷快速解决机制;执法上增强行为条件的针对性、有效性和可操作性,控制监管成本,考虑平行审查。

**关键词** 反垄断 经营者集中 救济措施 结构条件 行为条件

附条件批准〔1〕是执法机构施行经营者集中反垄断控制的重要法律工具。据此,执法机构可在维持竞争的同时保留集中的效率,附条件批准因此成为经营者集中反垄断控制的核心制度。虽然不同执法机构适用救济措施各有特点,但理论界和实务部门对不同条件的利弊热议不断,特别是我国因多适用行为救济而频遭诟病。本文试图追溯偏好结构救济的源头,比较分析结构条件和行为条件〔2〕的利弊,澄清主要执法机构的做法,全面提供解决反竞争问题的选择方案。

\* 商务部条法司。本文为非职务作品,纯属学术探讨,不代表任何机构的立场。

〔1〕 本文视语境或行文方便使用救济措施、附加限制性条件(附条件)、结构条件(救济)和行为条件(救济)等,未予严格区分。

〔2〕 本文所称结构救济是通过资产剥离等创造新竞争者或强化在位弱势竞争者,以维持市场竞争结构、补救竞争损害的救济措施类型;行为救济是通过限制集中后经营者的行为或效果以避免或减轻发生竞争损害后果的救济措施类型。

## 一、争论和偏好

结构救济主要是资产剥离,行为救济则是限制集中后经营者的行为或效果。<sup>〔3〕</sup> 在世界范围内,两种救济方式孰优孰劣长期争论,偏好结构救济的意见似占优势,但不同的声音和做法从未销声匿迹。

美国的做法及业界对其规定的理解表明这个争论源远流长。传统上,美国联邦贸易委员会(Federal Trade Commission,简称FTC)和美国司法部(U.S. Department of Justice,简称DOJ)均因行为救济的设计、组织、管理和监督非常困难而不赞成适用。此前,美国为数不多的行为救济几乎都适用于那些已有政府监管的行业,单独适用的情形非常少见。<sup>〔4〕</sup> 近些年,随着美国更多调查纵向集中和已完成集中,行为救济被更加广泛、频繁地适用。<sup>〔5〕</sup> 特别是2011年美国司法部修订发布《合并救济反垄断政策指南》(以下简称《新指南》)调整了救济措施适用原则,认为有效的救济应包括结构救济、行为救济或两者的结合。美国司法部由此对纵向集中施加行为救济以保护消费者利益,同时实现集中的特有效率;在结构救济会消除集中的潜在效率,不予救济又会严重损害竞争的情况下,行为救济成为有效的选择。<sup>〔6〕</sup> 《新指南》虽然脉络清晰,但何种救济措施更优的争论并未平息,<sup>〔7〕</sup>对《新指南》的调整仍有不同见解。有观点认为,《新指南》删除了结构救济优先的表述,将行为救济与结构救济置于平等地位。<sup>〔8〕</sup> 另有观点认为,《新指南》的调整仅表明将行为救济纳入执法选项,美国并未因此将两者等同对待,而只是更多考虑行为救济,此前在模糊地带更多适用结构救济,行为救济的适用范围依然非常有限。<sup>〔9〕</sup> 尤其是在2018年,美国司法部助理司法部长 Makan Delrahim 宣布撤销2011年版指南,重新启用2004年版指南,<sup>〔10〕</sup>并引用最高法院已故大法官时任美国司法部助理司法部长 Robert

〔3〕 实践中的行为救济有:降低准入门槛,例如资产开放保证、现有合同调整、终止竞业禁止条款等;保护易受损害的客户端和供应商,例如非歧视保证、供应或购买保证、反报复禁止等;预防协同行为,例如建立防火墙、透明度保证等;此外,还有对此后再行集中的特别控制等。

〔4〕 See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, October 2004, p.20.

〔5〕 See Catherine Fazio, *Merger Remedies: the Greater Use by the DOJ and FTC of an Expanding Toolkit*, Aspatore, 2013.

〔6〕 See U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, June 2011, pp.5-7.

〔7〕 See Ken Heyer, "Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers", *Antitrust*, Vol. 26, No. 2, 2012, pp.26-31.

〔8〕 See Catherine Fazio, *supra* note 5.

〔9〕 参见臧俊恒:“合并救济措施类型化研究”,《经济法论丛》2017年第1期,第197-198页。

〔10〕 See Makan Delrahim, "It takes two: modernizing the merger review process", <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-2018-global-antitrust>,最后访问日期:2019年7月26日。

Jackson的话,称“反垄断法努力的目标是通过保持竞争来控制价格从而避免政府对商业的繁复监管”,<sup>[11]</sup>行为救济本质上具有监管性质,即用中央决策取代自由市场。<sup>[12]</sup>这项具有强烈个人印记<sup>[13]</sup>的决定表明,美国司法部对行为救济退回到更为保守的立场。

经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development,简称OECD)曾讨论救济措施的类型选择,讨论显示主要发达经济体立场迥异。通常认为,两者各有利弊,创设救济方案须考虑横向和纵向集中涉及的不同竞争问题;横向集中通常选择结构救济,纵向集中通常采取行为救济或行为救济与结构救济相结合的方案。很多执法机构认为,资产剥离等结构救济更有效,因为它直接针对竞争损害源头且监督成本低,扭曲市场的可能性小;同时也承认行为救济的适用空间,特别是作为结构救济的补充措施。<sup>[14]</sup>工商顾问委员会(Business Industry Advisory Committee to the OECD,简称BIAC)提出不同看法:想当然认为结构救济更适合横向集中并不合理,行为救济虽有缺陷,但能避免结构救济的某些不足;委员会代表提醒各执法机构,不要先入为主地推定横向集中应适用结构救济,纵向集中应适用行为救济,从实践角度看,结构救济是最后的手段。<sup>[15]</sup>工商顾问委员会的观点并不孤立,澳大利亚代表称,2002年以来,其绝大多数集中适用了行为救济,单纯适用结构救济的只有10%,两者同时适用的只有15%。<sup>[16]</sup>

中国执法机构因多适用行为条件遭诟病。截至2019年2月底,中国附条件批准40件集中(不包括变更2件,解除4件,禁止2件),其中单纯结构救济7件,单纯行为救济22件;结构救济加独立行为救济10件,结构救济加辅助行为救济1件。<sup>[17]</sup>对商务部公告的统计分析表明商务部高度偏好行为救济,在境外同时采取救济措施的案件中,商务部采取行为救济的接近九成,远超欧美。<sup>[18]</sup>欧美则较少适用行为救济,美国在2009年到2011年间,有13%施加了行为救济,78%采用了结构救济,9%是两者的结合;<sup>[19]</sup>欧盟在2007年到2009年间,上述三

[11] See Robert H. Jackson, Should the Antitrust Laws Be Revised, *United States Law Review*, Vol. 71, No. 10, 1937, pp. 575-582.

[12] See Makan Delrahim, “Life in the Fast Lane”, Antitrust in a Changing Telecommunications Landscape, p. 7, <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1108606/download>, 最后访问日期:2019年7月26日。

[13] Makan 倾向于适用结构救济,其在美国司法部反垄断局任职期间刚好出台2004年指南,此次撤新用旧不排除其主观偏好。

[14] 参见韩伟:“经合组织2011年合并救济论坛介评”,《经济法研究》2014年第1期,第192页。

[15] See OECD, *Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases* (2011), p. 294, <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>, 最后访问日期:2019年7月26日。

[16] See OECD, *supra* note 15, p. 46.

[17] 参见商务部、国家市场监督管理总局官方网站信息统计, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/>与 <http://www.samr.gov.cn/>, 最后访问日期:2019年7月26日。

[18] 参见李俊峰:“全球平行审查背景下的中国经营者集中救济”,《当代法学》2015年第2期,第75页。

[19] See Elizabeth Xiao-Ru Wang, Joanna Tsai and Sandra Chan, “Merger Remedies with Chinese Characteristics”, *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 8, No. 2, August 2013, p. 10.

者分别占12%、42%、46%，且行为救济主要作为结构救济辅助措施适用。<sup>〔20〕</sup> 外界对中国严重依赖行为救济的印象可能由此而来。特别是商务部在只有横向关系的集中交易中也经常适用行为救济，这与欧美明显不同，后者通常不会将行为救济适用于横向集中，而是只适用于纵向集中或作为结构救济的临时辅助措施。<sup>〔21〕</sup>

以上讨论引发了应更多适用行为救济抑或结构救济的争论。有观点明确反对适用行为救济，主张原则上一律适用结构救济，甚至认为因缺乏相关理论研究导致我国大量适用行为救济，而各国普遍借助结构救济的手段解决问题，我国未免过于特立独行。<sup>〔22〕</sup> 也有观点认为，采取救济措施应符合案情和国情，中国有别于欧美的做法既是个案需要，也是特殊历史阶段的反映。

上述争议持续存在，世界范围内主要执法机构总体偏好结构救济。诸多执法机构武断地假设结构救济比行为救济更有效，理由是前者直接针对引发竞争损害的原因，监督执行的成本更低，可能导致的市场扭曲更小。<sup>〔23〕</sup> 首先，欧美等重量级执法机构均偏好结构救济。美国联邦贸易委员会和司法部先后分别发布两份关于救济措施的指南文件，前期文件明显推崇结构救济。美国联邦贸易委员会竞争局2003年发布的《合并救济商谈声明》内容全部是结构救济的资产剥离。<sup>〔24〕</sup> 美国司法部反垄断局2004年发布的《合并救济反垄断政策指南》专设“结构救济优先”部分，认为结构救济不仅能够维持竞争，而且简洁明确，确定性高，容易实施，可避免政府高成本介入市场；行为救济设计难度较大，执行烦琐，容易规避且成本更高。<sup>〔25〕</sup> 欧盟委员会(European Commission，简称EC)先后于2001年和2008年发布的《可接受的救济措施的通告》均表明其偏好结构救济。前者规定，恢复有效竞争的最有效方式，除禁止外，就是通过剥离创设新的竞争实体或强化现存竞争者的竞争力；<sup>〔26〕</sup> 后者延续前者立场认为，承诺的目的是确保竞争性市场结构，结构承诺是采取救济措施的原则，结构承诺可一劳永逸地解决竞争问

〔20〕 See Sergio Sorinas and Christine Jorns, “European Union: EU merger remedies”, *International Financial Law Review*, October 2009, <http://www.iflr.com/Article/2324298/European-Union-EU-merger-remedies.html>, 最后访问日期:2019年7月26日。

〔21〕 Fei Deng and Cunzhen Huang, “A Five Year Review of Merger Enforcement in China”, *The Anti-trust Source*, October 2013, pp.1-18.

〔22〕 参见臧俊恒,见前注〔9〕,第177页。

〔23〕 ICN Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup., *Merger Remedies Review Project: Report for the fourth ICN Annual Conference in Bonn, Germany (June 2005)*, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>, 最后访问日期:2019年7月26日。

〔24〕 Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, *Negotiating Merger Remedies*, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/merger-remedies>, 最后访问日期:2019年7月26日。

〔25〕 指南总结了行为救济的四大潜在成本:监督集中后经营者及确保其遵守裁决的直接成本;集中后经营者力图规避救济措施精神而又不违反字面规定引发的间接成本;行为救济可能限制潜在促进竞争的行为;可能妨碍经营者有效应对市场变化。See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 4.

〔26〕 See Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98, 2001/C 68/03.

题且不需中长期监控措施。<sup>[27]</sup>此外,绝大多数欧盟国家及加拿大、澳大利亚、韩国等主要国家的指南文件和执法实践均优先选择结构救济,甚至排斥行为救济。英国竞争委员会(Competition Commission,简称CC)<sup>[28]</sup>2008年发布的《并购救济指南》称竞争委员会偏好结构救济,因为结构救济更可能解决竞争损害,一旦实施即告完成,通常不需监督;行为救济可能无法有效解决竞争损害,还可能引发高成本的严重市场扭曲。<sup>[29]</sup>此前,英国公平贸易办公室(Office of Fair Trading,简称OFT)负责一阶段审查,一阶段审查未经深入调查通常只接受结构救济,办公室采取的救济措施95%以上是结构救济;竞争委员会负责二阶段审查,采取的绝大部分措施是结构救济(这部分救济措施占81%)。<sup>[30]</sup>意大利、荷兰、葡萄牙、爱尔兰、匈牙利、波兰、保加利亚、罗马尼亚等欧盟国家均持结构救济优先的立场。<sup>[31]</sup>加拿大竞争局(Competition Bureau Canada,简称CCB)发布的《并购救济信息通告》称,竞争局和法院更偏好结构救济,因为结构救济更清楚确定,成本更低,易于执行。<sup>[32]</sup>竞争局发布的《并购救济研究报告》进一步指出:如行为救济需要监督,竞争局不会考虑单独适用。<sup>[33]</sup>加拿大执法中采取的救济措施有80%是结构救济。<sup>[34]</sup>韩国公平交易委员会(Korea Fair Trade Commission,简称KFTC)主要关注以最小成本恢复或维持竞争及相关企业能否实施救济措施,结构救济因此优先适用。委员会2011年修订发布的《并购救济指南》规定,委员会原则上首选结构救济,行为救济限于确保执行结构救济,只有结构救济无效或不可行时,才可能单独适用行为救济。<sup>[35]</sup>有些国家甚至排除适用行为救济,如德国《反限制竞争法》第40条第3款要求,附条件或附负担批准集中不得以执法机构持续监督为宗旨,这被认为事实上排除适用行为救济;执法实践中,德国联邦卡特尔局(Federal Cartel Office,简称FCO)很少单纯适用行为救济。<sup>[36]</sup>再如新西兰商业委员会(Commerce Commission,简称CC)称,实践中只采用结构救济解决竞

[27] Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267, 22 October 2008.

[28] 2013年10月,英国竞争委员会(Competition Commission)和公平贸易办公室(Office of Fair Trading)合为竞争和市场管理局(Competition and Markets Authority),后者从2014年4月起行使反垄断执法职能,此前的申报制度和《并购救济指南》继续有效。

[29] See Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, Nov. 2008, pp.14-15.

[30] See OECD, *supra* note 15, p.207.

[31] See OECD, *supra* note 15.

[32] See Competition Bureau, *Information Bulletin on Merger Remedies in Canada*, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>,最后访问日期:2019年7月26日。

[33] See Competition Bureau, *Competition Bureau Merger Remedies Study: Summary*, <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03392.html#s30>,最后访问日期:2019年7月26日。

[34] See OECD, *supra* note 15, p.50.

[35] See Korea Fair Trade Commission, *Guidelines for M&A Remedies*.

[36] 参见王炳:《反垄断法中的经营者集中附条件许可问题研究:争议与反思》,中国政法大学出版社2015年版,第129页。

争问题。<sup>〔37〕</sup> 尽管各国指南文件大都偏好结构救济,但当企业提出一项具有可执行性且监督难度不大的行为承诺时,这些文件和优先适用结构救济的观点没有提供充足理由说明执法机构不予积极考虑的原因。<sup>〔38〕</sup>

在理论界,美国早期学者多关注结构救济,结构救济几乎是唯一考虑的救济措施。如 Kenneth G. Elzinga 认为,按法律确定的结构标准预测可能的反竞争影响,可采用的合适救济措施只能是结构性的。<sup>〔39〕</sup> Malcolm R. Pfunder 等虽认识到资产剥离并非总能结构性地解决竞争问题,但仍将行为救济作为剥离救济的辅助措施。<sup>〔40〕</sup> 同时期,美国最高法院 Wilson 大法官也认为,资产剥离并非都有效,却仍按照与其一样的假设(临时禁令总是有效的)行事。<sup>〔41〕</sup> 此后,行为救济日益开始得到重视,如 David Went 提出,尽管结构救济是最合适的解决方案,但执法机构对当事方提出的行为承诺不应自动排除,除非承诺很明显不能产生结构性效果。<sup>〔42〕</sup> 此时,结构救济已不是唯一考虑,但仍是唯一标准。<sup>〔43〕</sup> 目前,多数观点认为执法机构本能地偏好结构救济,即便结构救济会救济过度,甚至效果不如行为救济。<sup>〔44〕</sup> 研究者分析了欧盟、英国、荷兰的执法实践,认为执法机构显然偏好并会继续青睐结构救济。<sup>〔45〕</sup> 美国、欧盟、加拿大的研究认为,尽管结构救济存在局限,但对实现救济目标而言,结构救济更有效,显然胜过其他替代方案。<sup>〔46〕</sup> 国内学界已认识到各司法辖区优先适用结构救济的倾向,从世界各国执法实践看,以资产剥离为代表的结构救济最受青睐;<sup>〔47〕</sup> 有研究分析了欧美等司法辖区

〔37〕 See OECD, *supra* note 15, p.292.

〔38〕 See Philip Marsden, *Handbook of Research in Trans - Atlantic Antitrust*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p.134.

〔39〕 See Kenneth G. Elzinga, "The Antimerger Law: Pyrrhic Victories?" *The Journal of Law & Economics*, Vol.12, No.1, 1969, pp.43-78.

〔40〕 See Malcolm R. Pfunder, Daniel J. Plaine and Anne Marie G. Whittemore, "Compliance with Divestiture Orders under Section 7 of the Clayton Act: An Analysis of the Relief Obtained", *The Antitrust Bulletin*, Vol.17, No.1, 1972, pp.19-[ii].

〔41〕 *Federal Trade Commission v. Dean Foods Co.*, 384 U.S. 597, 606-607 (1966).

〔42〕 See David Went, "The acceptability of remedies under the EC Merger Regulation: structural versus behavioural", *European Competition Law Review*, Vol.27, No.8, 2006, pp.455-475.

〔43〕 参见王炳,见前注〔36〕,第105页。

〔44〕 See Ariel Ezrachi, "Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies.", The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy Working Paper (L) 13/05, [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp\\_1\\_13-05.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp_1_13-05.pdf), 最后访问日期:2019年7月26日; see also Ariel Ezrachi, "Behavioural Remedies in EC Merger Control: Scope and Limitations", *World Competition*, Vol.29, No.3, 2006, pp.459-479.

〔45〕 See Thomas Hoehn and Suzanne Rab, "UK Merger Remedies: Convergence or Conflict with Europe? A Comparative Assessment of Remedies in UK mergers", *European Competition Law Review*, Issue 2, 2009, pp.74-94; Marieke Baarslag, Gulbahar Tezel and Saskia Weerheim, "The Dutch merger remedy experience", *European Competition Law Review*, Vol.30, No.9, 2009, pp.447-469.

〔46〕 John E. Kwoka and Diana L. Moss, "Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement", *Antitrust Bulletin*, Vol.57, No.4, 2012, pp.979-1011.

〔47〕 参见种明钊主编:《竞争法学》,高等教育出版社2012年版,第307页。

不愿适用行为条件的原因；<sup>〔48〕</sup>还有学者提出，集中带来的竞争问题不完全是市场结构问题，消除竞争问题不一定完全采取结构方法，只要能解决竞争问题，选择何种条件并不重要。<sup>〔49〕</sup>国际上，早有学者质疑结构救济优先的主流观点，认为结构救济面临诸多问题和风险，未必是最优救济措施。<sup>〔50〕</sup>其中 Penelope Papandropoulos 分析了资产剥离不足的构成风险、买家适格风险、资产保值风险以及过渡期竞争问题风险等；<sup>〔51〕</sup>行业案例研究表明，传统批发零售业优先选择适用结构救济（占比 63%），<sup>〔52〕</sup>高新技术业信息通信业则较少选择结构救济（占比仅 26%），更多选择行为救济。<sup>〔53〕</sup>在全球市场、小规模经济体及迅速发展的高技术行业，结构救济并非总有优势。<sup>〔54〕</sup>国际竞争网络（International Competition Network, 简称 ICN）2005 年发布的《合并救济工作报告》指出，各执法机构承认特定环境下行为救济仍有适用空间，特别是作为结构救济的补充措施。<sup>〔55〕</sup>有专家由此宣称，结构救济预期效果不好并不意味着行为救济是最好的解决方案；反之，如行为救济不是最佳选择，次优解决方案也很少是结构救济；某些情况下，任何救济包括行为救济和结构救济，甚至包括禁止集中，都可能比竞争问题本身更糟糕。<sup>〔56〕</sup>

## 二、偏好的缘由

结构条件得到多方青睐，成为主要执法机构的首选，既有解决现实竞争问题的实际需要，也有执法机构及其运行机制的原因，结构条件本身的优势和行为条件与生俱来的弊端更是不可忽视。

执法机构受理的多数申报是横向集中，其中有竞争问题的绝大多数也是横向集中，这是执法机构偏好结构条件的事实基础。资产剥离可剥离掉横向集中的重叠资产，因此成为解决横

〔48〕 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 91 页。

〔49〕 参见王炳，见前注〔36〕，第 149 页。

〔50〕 See Patrick Rey, “Economic Analysis and the Choice of Remedy”, in François Lévêque, Howard A. Shelanski (eds.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004, pp.129-134.

〔51〕 See Penelope Papandropoulos and Alessandro Tajana, “The Merger Remedies Study: in Divestiture We Trust?” *European Competition Law Review*, Issue 8, 2006, p.443.

〔52〕 See Thomas Hoehn, Suzanne Rab and Grant Saggars, “Retail Therapy: A Cross-Country Comparison Of Merger Control Remedies Practice And Experience In The Wholesaling And Retailing Sectors Of France, Germany, Italy, The Netherlands, Spain And The United Kingdom”, *European Competition Law Review*, Vol.40, No.4, 2009, pp.153-175.

〔53〕 See Thomas Hoehn, Suzanne Rab and Grant Saggars, “‘Breaking Up Is Hard to Do’: National Merger Remedies in The Information and Communication Industries”, *European Competition Law Review*, Vol.30, No.5, 2009, pp.255-276.

〔54〕 See Stephen Davies and Bruce Lyons, *Mergers And Merger Remedies In The EU: Assessing The Consequences For Competition*, Edward Elgar Publishing limited, 2007, pp.22-24, 251.

〔55〕 See ICN Merger Working Group, supra note 23.

〔56〕 See Ken Heyer, supra note 7.

向集中竞争问题的首选措施。美国司法部即对绝大部分横向集中剥离重叠资产以恢复维持拟议集中消除的竞争。<sup>[57]</sup> 这导致如下假象:结构救济更适宜解决横向集中的竞争问题,进而认为结构救济是解决所有竞争问题的优选方案。上述假象忽视了如下事实:尽管理论上结构救济对应横向集中,但结构救济可能严重损害效率,结果不仅损害当事人利益,还可能打消交易念头,甚至损害消费者利益。反垄断执法机构可能需要根据案情慎选救济方式。实践中还有大量纵向和混合集中,结构救济也能解决这类集中的竞争问题,但行为救济往往是最优方案。事实证明,用结构方法解决纵向集中的竞争问题会产生消极后果,例如要求剥离纵向环节的资产给第三人,会导致期待的重大协同效应无法实现。<sup>[58]</sup>

执法机构的认识 and 理念、执法水平、执法机制及相关市场具体情形等也是重要原因。欧美等西方经济体推崇自由竞争理念,无论是理论界还是执法机构显然更认可市场自由竞争的行为和结果,而不认同所谓专家监督的结果。<sup>[59]</sup> 资产剥离后,执法机构无须继续干预企业的市场行为而是任由其自行竞争,这显然比持续监督、不断纠偏企业商业行为的行为救济更符合上述理念。此外,即便在执法水平较高、专家型法官相对聚集的发达国家,也并非所有法官都拥有良好的专业背景。这些机构可能缺乏良好的配套系统设计实施对集中后经营者的监督和限制。<sup>[60]</sup> 统计显示,中国多数附条件批准案件采取了纯粹的行为救济。有观点认为,中国偏好行为救济的原因可能是行为救济更容易解决不同利害关系方的关注,如下游企业和其他政府部门对拟议集中的不同看法。<sup>[61]</sup> 此外,狭小的国内市场也可能是适用行为救济的原因。澳大利亚竞争与消费者委员会(Australian Competition and Consumer Commission,简称 ACCC)发现,虽然其大量适用行为救济的原因尚不完全明确,但国内市场规模狭小可能是难以适用结构救济的原因之一,因为规模狭小的国内市场上往往难以找到合格的买家。<sup>[62]</sup> 上述事实表明,多种因素在影响救济类型的选择适用,这些因素并非完全出于竞争考虑,不是从哪类救济措施更利于解决竞争问题的角度做出的选择。

除上述原因,结构条件本身的优势是其成为欧美首选的主要理由。第一,结构条件针对性强、效果明显。特别是资产剥离一旦将一方的重叠资产出售给无关联关系的第三方,即可增强弱势在位竞争者的竞争力或使潜在竞争者进入市场,从而一劳永逸地恢复拟议集中引发的市场结构变化,削弱甚至消除可能引发竞争问题的根源。第二,结构条件内容确定,便于执行。最受欢迎的结构条件是剥离具备诸项市场要素、能够独立运营、独立参与市场竞争的业务,这类业务剥离交割后,通常不需要附随支持义务。执法机构也接受混搭的资产包,剥离资产包通常需附随支持义务,以确保其成活和竞争力,但此类义务通常期限较短且内容明确具体。无论哪类资产剥离,内容、期限均须确定,可执行性强,不易发生争议,满足执法机构对条件确定性

[57] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, pp.4-5.

[58] See Ken Heyer, *supra* note 7.

[59] See Ken Heyer, *supra* note 7.

[60] See Ken Heyer, *supra* note 7, p.26.

[61] See Fei Deng and Cunzhen Huang, *supra* note 21, p.13.

[62] See OECD, *supra* note 15, p.46.

的要求。<sup>[63]</sup> 第三,结构条件执行迅速,便于监管。结构条件属于积极义务,容易判断是否适当履行,且通常在较短时间一次性履行完毕,基本不需要持续监管。美国司法部 2004 年发布的指南即明确指出,结构救济更加有效,因其相对清晰确定,可避免执法机构在市场上高成本纠缠。<sup>[64]</sup> 国际竞争网络的报告也认为,结构救济的监督成本和可能造成的市场扭曲更小。<sup>[65]</sup> 综上,从执行角度看,结构条件针对性强、内容明确、标准清晰、一次实施完毕、监督成本低,相比于行为救济优势确实明显。

偏好结构救济歧视行为救济还与行为救济的自身缺陷密切相关。行为救济针对集中实施后可能发生的反竞争行为或效果设计,表现为禁止或限制集中后经营者的商业行为,这些禁止或限制通常与经营者的商业利益相悖,且界定模糊、履行期限较长、需持续监督,容易引发过度干预、道德风险和腐败俘获。

第一,行为条件通常比结构条件表述模糊。行为条件禁止或限制反竞争行为或效果的发生,通常表现为对相关产品的价格、质量、种类及义务人与其他市场主体的关系设限。信息不对称和复杂的市场竞争使执法机构难以精确设计行为条件,附条件批准文件难以作出具体的量化表述,常常采用确保价格不提高、质量不下降、持续创新投入等模糊用语。即使试图作出精确的量化表述,如详细规定产品价格或价格计算方式,<sup>[66]</sup>但与之相关的产品质量、供货时间及售后服务等一系列问题仍难面面俱到。美国司法部认识到,过于模糊而无法执行或容易曲解规避的行为救济难以实现救济目标,提出同意令应明确清晰地列明被告义务,避免模糊非审慎的同意令引发潜在漏洞,诱使被告规避。<sup>[67]</sup>理论上可通过兼顾考虑更多因素解决,兼顾考虑得越周全、表述越清晰,防止规避的效果越好,但这又可能导致行为条件过于复杂,降低操作性。执法机构不得不在施行效果和实操性之间平衡取舍,结果往往是容忍相对模糊的条件内容和相对较长的履行期限,以便保留必要弹性,为将来应对复杂局面预留空间。

第二,行为救济期限通常较长。行为救济针对可能发生的反竞争行为和效果,因此只要此类行为和效果发生的可能性存续,行为救济就应存续。集中实施后,只有相关市场或当事方发生变化才可能削弱消除反竞争行为和效果发生的可能性。预期变化发生的时间非常困难,因此确定行为条件的期限也非常困难。执法机构因而倾向创设较长期限以确保维护市场竞争,例如商务

[63] See R.G. Parker and D.A. Balto, *The Evolving Approach to Merger Remedies*, <https://www.ftc.gov/es/public-statements/2000/05/evolving-approach-merger-remedies>, 最后访问日期:2019年7月26日。

[64] See American Bar Association: "Merger remedies: The DOJ'S new guide to old differences with the FTC", [https://www.hoganlovells.com/~/\\_media/hogan-lovells/pdf/publication/1812spring05cmichnal\\_pdf.pdf](https://www.hoganlovells.com/~/_media/hogan-lovells/pdf/publication/1812spring05cmichnal_pdf.pdf), 最后访问日期:2019年7月26日。

[65] See ICN Merger Working Group, *supra* note 23, p.7.

[66] 例如商务部 2014 年第 3 号公告规定了相关产品目录价格每年的下降幅度, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201401/20140100461603.shtml>, 最后访问日期:2019年7月26日。

[67] See U. S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6.

部对赛默飞收购立菲技附加了为期10年的行为条件。<sup>〔68〕</sup>有的案件甚至未规定期限,例如商务部对美国通用汽车收购美国德尔福附加的无歧视供货等行为条件就未规定期限。<sup>〔69〕</sup>此类未规定期限的应属不确定的期限,除非执法机构解除变更条件,否则条件应一直存续。

第三,监督执行行为条件成本较高。经营者是以利益最大化为目的的营利实体,救济措施则要求以违背其利益最大化的方式行事,经营者内在有地有不遵守救济措施的倾向。<sup>〔70〕</sup>行为条件因表述模糊、期限较长,经营者有足够机会和时间利用行为条件的缺陷,绕开救济措施的实质要求实现其利益最大化。执法机构需要持续监管,要求经营者提交报告或干预经营者的商业决定,<sup>〔71〕</sup>否则经营者认为监督薄弱,更不会有足够动力执行救济措施。<sup>〔72〕</sup>这类措施需要投入更多执法资源,<sup>〔73〕</sup>要么其他执法活动为此妥协让步,要么政府负担额外支出,无论如何都将产生高昂成本。执法机构可委托监督受托人以节省执法成本,但受托人按市场计费并由经营者负担,其花费甚至高于执法机构自行监督。这不仅会抵消集中的效率,还可能因高昂的监督费用引发纠纷,衍生出额外成本。

第四,行为救济易遭遇恶意规避和道德风险。不诚实的经营者总能找到貌似合理的理由规避行为条件,尽管不违反行为条件的字面规定,但已偏离条件的实质要求。例如,面对价格限制的条件,经营者可通过降低品质、调整规格、改变包装、延迟交付及售后服务缩水等方式合理规避,非法牟利,导致反竞争的品质调节(quality adjusted)<sup>〔74〕</sup>或规格调节下的价格实质提高。再如,经营者不会明目张胆地“拒绝供应”或“歧视待遇”,但可在实操的各个环节“合理”刁难;经营者违反禁止报复的条件,但很容易对其实施报复找到非报复的“合理”解释。这些显然与救济目标背道而驰,但因信息不对称,执法人员即使内心确认恶意规避,也难以查证处理,这反过来又加剧了引发道德风险的可能性。

第五,行为救济可能导致过度干预市场,扭曲市场竞争,引发腐败俘获。即使行为条件能有效解决竞争问题,但长期直接干预经营者的商业行为,可能扭曲市场竞争,产生低效率。<sup>〔75〕</sup>一方面,行为条件妨碍经营者有效应对市场。美国司法部认为,监督经营者未来行为可能使经营者不能有效应对变化的市场,<sup>〔76〕</sup>这在新兴市场国家和科技迅速发展的高动态市场上负面效应更加明显。另一方面,某些行为条件可能引发合谋。例如,技术支持和产品供应可能引发

〔68〕 商务部2014年第3号公告, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201401/20140100461603.shtml>, 最后访问日期:2019年7月26日。

〔69〕 商务部2009年第76号公告, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200909/20090906540211.shtml>, 最后访问日期:2019年7月26日。

〔70〕 See Ken Heyer, *supra* note 7.

〔71〕 See John E. Kwoka and Diana L. Moss, *supra* note 46.

〔72〕 See ICN Merger Working Group, *supra* note 23.

〔73〕 See Katri Paas, “Non-Structural Remedies in EU Merger Control”, *European Competition Law Review*, Vol.27, No.5, 2006, p.209.

〔74〕 See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 4, p.5.

〔75〕 See Ariel Ezrachi, *supra* note 44.

〔76〕 See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 4, p.8

集中后经营者和剥离资产买家间合谋；知识产权许可和基础设施准入可能导致竞争对手间信息交换，增加合谋风险。此外，集中后经营者有动机利用各种机会削弱条件约束，如缺乏对执法机构及工作人员的必要监督制约，行为救济需要大型私营企业和执法机构间越来越多的互动，大大增加了后者人员被当事方经济利益“俘获”的风险。<sup>〔77〕</sup>

### 三、问题的另一面

简单讨论结构条件和行为条件优劣本身是错误的命题。分类是为研究表述方便而对外延的描述，结构条件和行为条件的分类本身不包含孰优孰劣的价值判断。只有在解决个案竞争问题时才有必要讨论条件的适当性，有效解决竞争问题的决定并非基于结构救济抽象地优于行为救济做出，反之亦然。<sup>〔78〕</sup>与其说结构救济优于行为救济，倒不如说对行为救济的研究运用远逊于结构救济，美国的研究表明结构救济在很大程度上被验证可行有效，<sup>〔79〕</sup>尽管结构救济也有局限性，但这些缺陷已被识别甚至某种程度上可以掩盖，行为救济的显著不利影响能否得到类似解决则不是那么清晰。<sup>〔80〕</sup>对行为救济的偏见还可能来自对经济发展和市场监管模式的成见。行为救济会引发对集中后经营者商业行为的监管，<sup>〔81〕</sup>西方国家的执法机构和理论界多认为，反垄断语境下的行为救济类似传统产业监管。传统产业监管理念认为，行政监管可通过操作性规则有效约束追求利益最大化企业的商业行为，<sup>〔82〕</sup>而这与西方主流自由市场经济理论背道而驰。评估救济措施关键要看能否妥善解决竞争问题，这与条件属于结构性抑或行为性没有简单对应关系。解决特定集中的竞争问题需要寻求最合适的救济措施，但无法一般性地判断哪种救济措施最好。条件选择优先性是伪命题，<sup>〔83〕</sup>对结构条件和行为条件孰优孰劣、非此即彼的简单回答极具误导性。偏好结构救济不仅忽视结构救济的缺陷和行为救济的优势，误导执法机构过度依赖结构救济，追求更多适用结构救济，永久性地破坏市场竞争结构，<sup>〔84〕</sup>还可能误导那些移植反垄断制度的后发国家执法机构，使其忽视两者之外禁止和无条件批准的解决方案。

遗憾的是，主流观点似乎已默认结构条件是首选救济措施，是比行为条件更好的解决方案，<sup>〔85〕</sup>甚至有观点认为，原则适用结构救济更像一种经验性规则并非基于逻辑的必然性，更

〔77〕 参见王李乐：“经营者集中行为救济制度研究”，对外经贸大学博士学位论文，2015年，第54页。

〔78〕 See Ken Heyer, *supra* note 7, p.26.

〔79〕 See Federal Trade Commission, *The FTC's Merger Remedies 2006-2012: A Report of the Bureaus of Competition and Economics*, January 2017.

〔80〕 See John E. Kwoka and Diana L. Moss, *supra* note 46.

〔81〕 See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 4.

〔82〕 See John E. Kwoka and Diana L. Moss, *supra* note 46.

〔83〕 参见王炳，见前注〔36〕，第152-153页。

〔84〕 See Ariel Ezrachi, *supra* note 44.

〔85〕 工商顾问委员会在2011年OECD圆桌会议上指出现在几乎不关注结构救济的缺陷。

多是经验的累积叠加、不断检验、证伪和修正。<sup>〔86〕</sup>这种结论往往掩盖了结构救济的缺陷,掩盖了结构救济也可能失败的事实。事实上,准确预测资产剥离带来的竞争约束非常困难,任何资产剥离都无法确保竞争恢复到集中前的水平,除非完全剥离合并一方,但这相当于禁止经营者集中。<sup>〔87〕</sup>统计表明结构救济的效果未如想象般尽如人意:欧盟对其1996年到2000年间64项转变市场地位措施<sup>〔88〕</sup>评估的结论是只有56%的救济有效;<sup>〔89〕</sup>美国联邦贸易委员会对其2006年到2012年间40件横向集中结构救济的48个买方的评估结论是65%的救济成功;<sup>〔90〕</sup>Kwoka和Greenfield的抽样研究发现,施加结构救济后的市场价格上涨9%。<sup>〔91〕</sup>实际上,任何竞争评估都是对未来的预设,任何救济措施都有失败的可能。学者研究发现结构救济可能引发更大的潜在风险,其致命缺陷是一旦救济无效或者失败,已剥离的资产无法恢复原状,像摊开的鸡蛋饼无法复原成鸡蛋,<sup>〔92〕</sup>相关损失难以挽回。工商顾问委员会在OECD的讨论会上也曾提出结构救济影响的长期性和后果的不可逆性问题。<sup>〔93〕</sup>结构救济机制及其实施表明救济无效或失败在所难免,主要原因如下:

第一,参与集中的经营者有削弱剥离资产未来与自己竞争的重大动机。横向集中当事方倾向剥离实力较弱、价值较低的重叠业务,执法机构通常不要求剥离实力较强、价值更大的重叠业务;相比于独立业务,当事方倾向剥离混合资产包,且缺乏优化资产组合的动力,有动机以策略方式行事,配置竞争力较弱,甚至有意削弱竞争力的资产。这导致剥离资产竞争力先天不足,难以吸引合适买家或剥离后难以有效运营,国际竞争网络的研究认识到这种风险并将其称为构成风险。<sup>〔94〕</sup>欧盟研究的84个剥离案例有79%剥离资产范围有问题。<sup>〔95〕</sup>执法机构认识到囿于信息不对称和缺乏专业知识导致判断力不足,转而依赖熟悉行业的买方或发布资产剥离承诺示范文本,要求集中各方向潜在购买者提供足够信息,以便后者对剥离资产开展尽职调查。<sup>〔96〕</sup>遗憾的是,这些抵消性措施不能改变剥离义务人削弱剥离资产竞争力的动机,施行效果大打折扣。

〔86〕 参见臧俊恒,见前注〔9〕,第196—197页。

〔87〕 See Ken Heyer, *supra* note 7.

〔88〕 转变市场地位救济措施的目的是使某项业务在合适的买方手中重塑竞争力,包括剥离单独运营业务的控制性股份、剥离业务部门、剥离包含多方资产的资产包、授予无期限或期限截至保护期的长期独占许可。

〔89〕 See European Commission, “Merger Remedies Study (Public version)”, October 2005, p.135.

〔90〕 See Federal Trade Commission, *supra* note 79, p.18.

〔91〕 See Kwoka, Jr., John E., “Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes”, *Antitrust Law Journal*, Vol.78, 2013, pp.619—650.

〔92〕 See Keith R. Fisher, “Transparency in Global Merger Review: A Limited Role for the WTO?”, *Stanford Journal of Law*, Vol.11, No.327, 2006, p.327.

〔93〕 See OECD, *supra* note 15, p.294

〔94〕 See ICN Merger Working Group, *supra* note 23, p.8.

〔95〕 See European Commission, *supra* note 89, p.23

〔96〕 See European Commission, Model text for divestiture commitments, December 2013, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/template\\_commitments\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/template_commitments_en.pdf), 最后访问日期:2019年7月26日。

第二,软实力支持缺失是结构救济失败的重要原因。剥离资产能从所在企业规模经济和范围经济中获益,<sup>[97]</sup>所在企业对剥离资产存活和竞争力的支持,包括提供必要服务和原材料、知识产权和基础设施许可使用、融资担保等信用支持、销售网络和渠道等。<sup>[98]</sup>即使独立运营业务也受益于所在企业在人力资源、品牌文化、信用担保等方面的支持。资产剥离给买方难以即时获得相同水平支持,处于“软实力支持缺陷”状态。即便经过市场测试,执法机构认为买家能够提供必要的软实力支持,实施时还会面临有效对接风险。这些风险叠加导致资产剥离后比剥离前竞争力更弱,对在位竞争者约束更小。欧盟研究表明,与转变市场地位相比,退出合营企业是最有效的救济类型,<sup>[99]</sup>原因在于合营企业股东未全部更换,留存股东仍然能够像交易前一样继续对合营企业施以软实力支持。

第三,找不到适格买方、买方不适格及与剥离义务人勾结,找不到适格买方的风险现实存在。为此欧美创设买家前置和皇冠宝石条款解决可能找不到适格买方的问题。金融危机或经济复苏疲软时期感兴趣的买家变少,同行竞争者间关联度高的小规模经济体内,大部分业内竞争者都不是适格买家,<sup>[100]</sup>这加剧了剥离失败的风险,甚至导致无法采取结构救济。执法机构会审查买家适格性,<sup>[101]</sup>但难以阻止剥离资产卖给实力过弱的买家。<sup>[102]</sup>欧盟回顾分析的84例剥离中,即有40例的买家适格性有问题,<sup>[103]</sup>实力、经验有限或不合格的买家购入剥离资产后可能无法成功竞争,剥离资产不得不退出竞争转投其他领域,救济因此失败。此外,卖家和买家有限竞争的共同利益,如果市场实现竞争均衡,能够分得的蛋糕将相当有限。<sup>[104]</sup>这导致买方行事出发点与执法机构的期待大相径庭。一方面,即便取得剥离资产也无法与卖方竞争,买方仍愿购买,因为低价取得剥离资产对其有利,<sup>[105]</sup>购买后可用于其他方面;另一方面,买家可能会与卖家达成限制市场竞争的协议或默契。

第四,剥离期可能恶化剥离资产的竞争力和价值。多数剥离都需要或长或短的剥离期,有些剥离期还相当长,剥离期的有效监管事关结构救济成败。主观上,ICN的研究表明剥离义务人有损害剥离资产价值和未来竞争力的动机;<sup>[106]</sup>客观上,剥离义务人追求或放任剥离资产价

[97] See Ken Heyer, *supra* note 7.

[98] 参见叶军:“经营者集中反垄断控制中的资产分持规则研究”,《比较法研究》2015年第6期,第166—167页。

[99] See European Commission, *supra* note 89, p.135.

[100] 参见韩伟,见前注[14],第193页。

[101] 此项审查通常包括买家独立性、资产成活性、是否引发新竞争问题。

[102] 有观点认为,执法机构应审核买家实力,有权从有利竞争的角度要求将资产出售给实力较强的买家;也有观点认为,只要买家独立于卖家、能够确保资产成活就符合要求,执法机构不能强制要求剥离给更强的买家。执法实践更多遵从后者,这使卖家得以选择实力较弱、对其威胁更小的买家。

[103] See European Commission, *supra* note 89, p.159.

[104] See Joseph Farrell, “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”, Working Paper No. CPC03-41, <https://www.ssrn.com/abstract=495602>, 最后访问日期:2019年7月2日。

[105] See European Commission, *supra* note 89, p.149.

[106] See ICN Merger Working Group, *supra* note 23.

值和竞争力贬损,剥离资产确实存在恶化风险,<sup>[107]</sup>客户和重要职员可能在剥离期间流失。<sup>[108]</sup>

此外,剥离期监管不当还可能引发额外竞争问题。集中已实施完毕,资产剥离尚未完成,引发竞争问题的重叠资产已由同一人控制,反竞争效果可能即时发生。<sup>[109]</sup>不合适的剥离可能以更对称的方式重构行业,从而促进合谋或大量增加多市场接触,强化将来的合谋。<sup>[110]</sup>欧美创设了保值和分持义务解决上述问题,这些措施同时增加了监管成本。欧盟研究表明,退出合营企业的有效救济率高达77%,比转变市场地位高出21个百分点,原因在于合营企业其余股东继续持有合营企业,能确保合营企业正常运营并对当事方施加有效竞争约束。<sup>[111]</sup>

与结构救济相比,行为救济针对集中可能引发的反竞争行为和结果设计,不改变集中交易,解决竞争问题的同时不贬损集中带来的效率,有其特有优势。

第一,行为救济更适合解决不确定的竞争问题。反垄断法是按照“目的程式”提供的是一套分析工具,而不在于按照“条件程式”提供严格遵循的行为指引。<sup>[112]</sup>首先,竞争评估存在不确定性。竞争评估是基于此前的数据、信息和行为预判将来可能发生的行为和影响,受主观因素影响大,难免误差和不确定性。欧盟委员会曾指出:事实证明一些案例的市场实际发展与施加救济措施时的预期有所不同。<sup>[113]</sup>其次,判断标准不清晰难量化。反垄断审查历史上有公共利益、产生或加强市场支配地位、实质减少和排除竞争三个标准。当前包括我国在内的绝大多数国家均采纳的第三个标准并非严格的条件概念,无明确清晰的法律内涵和可量化的考察标准。最后,采取救济措施不要求竞争问题确实存在。只要具有排除限制竞争的可能性,执法机构即可采取救济措施。因此,据以采取救济措施的问题可能发生也可能不发生,从救济错误挽回角度看,不可逆的结构救济并非最优选择,可随时调整的行为救济恰能适应上述不确定性。

第二,行为救济更适应市场竞争和集中后经营者的变化。执法机制决定了救济过度甚至救济错误在所难免。在美国,面对冗长的审查、诉讼的不确定性及高额成本,大多数当事方都会与执法机构协商解决方案避免诉讼。<sup>[114]</sup>当事人多半无法承受执法机构挑战给商业计划施加的压力,不得不接受附条件的立场和处理方案,因为从商业角度看,打一场近似消耗战的诉讼毫无必要,即使胜诉仍可能放弃批准的交易。<sup>[115]</sup>必要的执法压力有利于高效解决竞争问

[107] 欧美可要求剥离义务人在剥离期间承担资产保值和分持义务,反向说明风险的现实可能性。尤应看到,监督剥离义务人的积极贬损行为较容易,监督消极贬损行为则比较困难。

[108] See ICN Merger Working Group, *supra* note 23, p.8.

[109] 参见叶军,见前注[98],第159-160页。

[110] See M. Motta, M. Polo and H. Vasconcelos, “Merger Remedies in the EU: An Overview”, *the Antitrust Bulletin*, Vol.52, No.3-4, 2007, pp.603-631.

[111] See European Commission, *supra* note 89, p.135.

[112] 参见史际春、罗伟恒:“论‘竞争中立’”,《经贸法律评论》2019年第3期,第101-119页。

[113] See European Commission, *supra* note 89, p.115.

[114] See Working Party No.3 on Co-operation and Enforcement, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, Organization for Economic Cooperation and Development, Remedies in Merger Cases June, 28, 2011, p.2.

[115] See Catherine Fazio, *supra* note 5.

题,但滥用导致救济过度甚至错误的可能性将因此增加。这要求救济措施最好具有必要弹性,可根据市场竞争、集中后经营者运营等情况随时调整,以保护当事方权益,避免过度干预商业行为 and 市场竞争。特别是在高技术和新兴市场下,即使当时适当也可能因市场迅速变化而显得毫无必要,是故保持救济措施的弹性更加必要。工商顾问委员会曾指出,集中引发的竞争损害通常是暂时的,结构救济的后果却是长期的,<sup>[116]</sup>结构救济一旦实施就难以挽回,行为救济却可以随时调整。中国商务部此前在西部数据收购日立等多案中均变更过行为条件。

第三,行为救济可与时俱进地创设更适用的法律工具。结构救济限于资产剥离,行为救济则不断推陈出新。美国司法部 2004 年的指南只规定了防火墙、公平交易和透明度条款,简单提及了合营企业竞争规则、竞业禁止条款、长期供应合同和对稀缺人才资产再收购限制。<sup>[117]</sup>随着经验积累和执法需要,2011 年的指南扩展规定了禁止特定合同、非歧视、强制许可和禁止报复条款,简单提及部分增加了未达标申报、供应合同和仲裁条款。<sup>[118]</sup>我国《反垄断法》及配套规定采取了非穷尽列举方式,执法中实际适用的行为救济已远超规定列举的范畴。行为救济方式开放发展的特点赋予当事人和执法机构以广阔的空间,灵活创设选择符合实际需要的救济措施,兼顾消除竞争隐患的同时,最少干预商业行为,最大限度保留集中的预期效率。可以预见,更具创造力、更能兼顾各方需求的行为救济方式还会不断涌现。

第四,行为救济可具有结构救济效果,是后者的有效替代、必要补充和支持。首先,有些行为救济一经实施便可产生类似结构救济的效果,例如非歧视地向第三人许可使用基础设施或知识产权。在欧盟,排他的、不可撤销的、无期限的、无需持续缴纳使用费的强制许可被视为结构救济。<sup>[119]</sup>这些行为救济一旦实施,就可以强化不特定在位竞争者、引入新竞争者,与资产剥离只能强化或引入特定竞争者相比,对市场结构的影响范围更广、时间更长,在某些相关市场上可能更有利于维持促进竞争。其次,行为条件是结构条件不可行时的有效替代。不可行的情形包括剥离全部目标公司和集中已实施完毕。前者无异于禁止集中,后者施行结构救济要么效率低,要么依据不足、容易引发争议。此时适当的行为救济,既可解决竞争问题,又能保留效率,摆脱左右为难的困境。如在乔治食品公司案中,<sup>[120]</sup>鸡肉加工商 George's Foods 收购 Tyson's 加工厂未达申报标准,在司法部调查中完成交易。司法部最初要求剥离收购的加工厂,最终同意 George's Foods 做出的投资购买大型设备修缮加工厂等行为承诺。<sup>[121]</sup>最后,行为条件能为结构条件提供必要支持和补充。行为条件最早即作为资产剥离的替代和补充出

[116] See OECD, *supra* note 15, p.294.

[117] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 4, pp.22-26.

[118] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, pp.12-18.

[119] See European Commission, *supra* note 27.

[120] Complaint, *United States v. George's Foods, LLC, et al.*, 76 Fed. Reg. 38,419 (2011), <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-06-30/pdf/2011-16354.pdf>,最后访问日期:2019年7月26日。

[121] *Ibid.*

现,美国上世纪九十年代即用行为救济代替或补充剥离。<sup>[122]</sup> 目前诸多两者结合使用的案件,行为条件多半发挥支持补充作用。

第五,监督执行成本没有预想得高,弊端没有预想得明显。首先,某些弊端只是理论假设,实践中没有预想得严重甚至不会发生。美国司法部2004年的指南曾列举行为救济四方面的成本,2011年的《新指南》没有任何说明即删除了这些段落,有猜测是因为其列出的问题很少发生。其次,合理创设的行为条件自带威慑,当事方有动机自觉履行。当事方通常是重信守诺、尊重反垄断裁决的高知名度公司;专业经理人极少拿自身声誉和职业生涯以身试法换取公司非法利益;公司会权衡违法获益和可能承担的巨额罚款,自觉履行更符合当事方利益。再次,利害关系人自觉免费监督。市场中的第三人可从公平对待、非歧视、开放基础设施、禁止报复、强制许可等行为条件中获益。潜在受益人因当事方未适当履行受损,会通过投诉、诉讼等方式事实承担监督责任。此外,竞争对手甚至任何人都可投诉举报,督促当事方自觉履行。这些因素甚至可替代受托人监督,如在 Ticketmaster—Live Nation 案中,美国司法部适用了行为条件但未要求设立监督受托人。<sup>[123]</sup> 最后,可创设纠纷解决机制减少争议、降低争议解决成本。执法机构可要求创设仲裁条款,避免自身介入纠纷。美国司法部2011年的指南即规定,采取非歧视、强制许可条款时,可要求设置仲裁条款,在反垄断局不直接干预情况下,投诉人与经营者可依仲裁条款解决争议,反垄断局仅负责监督仲裁条款执行。<sup>[124]</sup> 创设纠纷解决条款的绝大多数案件当事方,在没有司法仲裁介入的情况下,对许可费率等达成一致,通过司法途径设定费率作为威慑是符合不干预主义且有效的救济措施。<sup>[125]</sup>

#### 四、调整和澄清

美国的做法引领着全球的立法和执法,结构救济显然优于行为救济的“公论”即源自美国司法部2004年的《合并救济反垄断政策指南》,然而随着2011年指南修订删除结构救济优先的措辞,其执法实践也做出了相应调整。事实上,中国、法国和澳大利亚等不少国家未如美国此前一样强调结构救济优先,而是基本同等重视两种救济,甚至更多适用行为救济。从此角度,美国2011年的调整与其说是立场转变,倒不如说是返朴归真。有意思的是,去年美国司法部助理司法部长 Makan Delrahim 破天荒地宣布撤销2011年指南,在新指南发布前重新启用

<sup>[122]</sup> William J. Kolasky, “Practical Suggestions for Settling a Merger Investigation”, *Antitrust*, Fall 1997, p.33.

<sup>[123]</sup> 该案行为条件的特定或不特定受益人可实施有效监督。See Ticketmaster/Live Nation Final Judgment., <http://www.justice.gov/atr/cases/ticket.htm>, 最后访问日期:2019年7月26日; United States v. Ticketmaster Entm't, Inc. & Live Nation, Inc. (2010), <http://www.ftc.gov/os/caselist/0910133/index.shtm>, 最后访问日期:2019年7月26日。

<sup>[124]</sup> See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, pp.14—15.

<sup>[125]</sup> See Daniel A. Crane, “Bargaining in the Shadow of Rate—Setting Courts”, *Antitrust Law Journal*, Vol.76, No.1, 2009, p.326.

2004年指南。美国的钟摆做法让全球瞠目,其执法是否由此急剧转向,转向效果如何,世界是否会如前随之起舞,尚不得知,是故此段暂且搁置不论。

美国司法部以2004年发布的《合并救济反垄断政策指南》为标志确立了结构救济优先的做法。该指南认为行为救济设计难度大,监督执行成本高,容易规避;相比而言,结构救济简洁明确、易于监督、确保维持竞争且可避免政府低成本干预市场,至少可避免行为救济的四种潜在重大成本,应优先适用。<sup>[126]</sup> 指南认为行为救济仅可适用于如下情形:一是结构救济需行为救济过渡或支持。此情形下,行为救济是结构救济的辅助措施,集中后经营者需实施行为措施才能使结构救济产生效果,<sup>[127]</sup>例如短期供货协议、剥离业务雇员的再雇佣限制。二是禁止集中或结构救济均会牺牲重大效率或不可行,且行为救济能解决竞争问题,并保留结构救济导致的效率损失,相对行为救济的预期利益成本须可接受。指南有条件认可行为救济的同时指出,防火墙、公平交易和透明度条款都可能产生重大政策和实际问题,防火墙需要时间和精力监督实施,公平交易条款可能利弊兼具,透明度条款可能被当事方规避,过于消耗执法机构和法院监督实施的资源。<sup>[128]</sup>

执法中,美国司法部很少单独适用行为救济。在1993年10月到2003年9月约10年间,美国司法部提起的约113起并购诉讼中,只有行为救济而无结构救济的不足10起,且多涉及受政府严密管制的电信业和国防业。这些行为条件包括透明度、公平交易或防火墙条款,以及禁止某些联合竞标协议、禁止某些联合的定价条款或这些条款的组合。<sup>[129]</sup> 政府监管行业独立适用行为救济较多的原因是,美国司法部认为,在实施管制的市场上,即使没有行为救济,监管部门也会定期收集相关数据,市场透明度较高,监督执行行为救济相对容易,可降低监督执行成本。

美国司法部2011年修订的《新指南》删除了结构救济优先的表述,明确支持适用行为救济。《新指南》认为,适当的救济措施包括限制集中后经营者用整合资产损害竞争的资产剥离,或限制集中后经营者行为以确保客户不被反竞争行为伤害。<sup>[130]</sup> 《新指南》似不再纠结何种救济措施更优,而是改为问题导向,在个案中评估选择最能解决竞争问题的救济措施。新指南引言部分指出,集中控制的主要目标是有效维持相关市场竞争,反垄断局会考虑各种潜在的有效救济措施。<sup>[131]</sup> 核心原则部分强调,执法机构关注救济措施的有效性,不同情形下,结构救济、行为救济及两者混合都可能是维持竞争的最佳选择,<sup>[132]</sup>有效的救济措施因个案差异而大相径庭:合并类型部分指出,横向集中的竞争问题源于对类似资产的全部或部分控制,因此首选剥离重叠资产即可有效维持竞争;<sup>[133]</sup>纵向集中不改变竞争者数量,但改变市场激励,提升集

[126] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 4, pp.7-8.

[127] 严格而言这类措施应属结构救济的辅助措施,而非独立的行为救济。

[128] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 4, pp.22-25.

[129] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 4, p.20.

[130] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, p.2.

[131] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, p.1.

[132] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, p.4.

[133] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, p.5.

中后经营者损害竞争的能力,因此抵消激励或消除集中后经营者依激励行事能力的救济是适当的;有针对性地适用行为救济,可在阻止损害消费者利益的同时实现效率,如果纵向集中是大型交易的一小部分,结构救济可能会非常有效;<sup>[134]</sup>同时涉及横向与纵向的集中,有效的救济可能是对不同市场分别救济。<sup>[135]</sup> 综上,《新指南》未贬损结构救济的价值,而是对行为救济效果更为乐观,行为救济自此成为抵消反竞争影响同时保留潜在效率的得力工具,<sup>[136]</sup>《新指南》从结构救济优先转变为具体案件具体分析、视情选择适用的新模式,<sup>[137]</sup>不仅提升了行为救济之于结构救济的相对地位,还拓展了救济的类型和范围,提升了行为救济的绝对地位。类型上,《新指南》声称将提供更复杂的干涉主义色彩的持续限制的行为救济,这与过去限于特定范围且通常作为结构救济附属的做法形成鲜明对比。除了此前的防火墙、公平交易和透明度条款,《新指南》还规定了非歧视、强制许可、禁止报复、禁止特定合同做法等行为救济,这些都远超此前的表述和做法。适用范围上,美国司法部突破了过去限于纵向集中、网络或基础设施行业的做法,开始适用于横向集中、传统行业。

《新指南》发布前后,业界越来越认识到纵向集中引发的封锁效应损害市场竞争的风险。执法机构开始细致审查纵向集中是否会激励集中后经营者提高对手成本或进入门槛,而非简单假设纵向一体化将促进竞争或竞争中立。<sup>[138]</sup> 在 Ticketmaster-Live Nation 案中,美国司法部为该案纵向集中的竞争问题,量身定制了为期 10 年的行为救济。<sup>[139]</sup> 令人惊讶的是,美国甚至开始更多适用行为救济解决横向集中的竞争问题,Verizon 公司合营案<sup>[140]</sup>就是范例,司法部在该案中决定随时监控竞争和市场动态,并据此和技术发展审查行为救济对竞争的影响。该案不仅表明司法部扩大适用行为救济的范围和意愿,且承诺将长期监督反复干预,根据动态市场发展相应调整行为条件。<sup>[141]</sup> 美国联邦贸易委员会也曾对横向集中独立适用行为救济。<sup>[142]</sup> 此外,在美国,无论是达到申报标准的集中,还是未达标的集中,如果执法机构在集中实施前不知道交易或在调查中完成交易,执法机构就会认为已完成交易有竞争问题,仍可采取必要行动。<sup>[143]</sup> 近年来,越来越多的已完成集中受到调查,这也是频繁适用行为救济的客观原

[134] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, p.5.

[135] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, pp.5-6.

[136] See U.S. Department of Justice Antitrust Division, *supra* note 6, pp.6-7.

[137] See John E. Kwoka and Diana L. Moss, *supra* note 46.

[138] See Catherine Fazio, *supra* note 5.

[139] 包括培养竞争对手、禁止妨碍对手公平有效竞争、禁止打击报复、创建防火墙等。

[140] United States, et al. v. Verizon Communications, Inc., et al., 77 Fed. Reg 51, 048 (2012), <https://www.federalregister.gov/articles/2012/08/23/2012-20740/united-states-et-al-v-verizon-communications-inc-et-al-proposed-final-judgment-and-competitive>, 最后访问日期:2019年7月26日。

[141] See Catherine Fazio, *supra* note 5.

[142] See John K. Kwoka, "International Joint Venture: General Motors and Toyota (1983)", in John E. Kwoka and Lawrence J. White(eds.), *the Antitrust Revolution*, 1994, p.46.

[143] (美)伊莲·K. 格茨主编:《美国并购审查程序暨实务指南》,李彦之等译,北京大学出版社 2011 年版,第 217-227 页。

因之一。<sup>[144]</sup> 在乔治食品公司案中,司法部在集中完成实施三天后提起诉讼,“恢复摊开的鸡蛋”似无问题,<sup>[145]</sup>但司法部最终采取了行为救济,显示出适用行为救济的极大灵活性。

欧盟的规定和做法未如美国一般波动,先后发布的两个救济措施文件均优先结构救济同时重视行为救济。欧盟委员会 2001 年发布的《可接受的救济措施的通告》规定,除禁止合并外,通过剥离创造新竞争实体或加强现存竞争者地位是恢复竞争最有效的方式;同时,因剥离不可行,或竞争问题来自排他合同、网络效应或关键专利联合等,结构救济不是委员会的唯一选项,委员会须判断其他类型的救济是否更有利于恢复市场竞争。<sup>[146]</sup> 欧盟委员会 2008 年发布的通告基本延续了此前通告的立场,资产剥离在有效性和效率方面仍是主要救济措施,是其他救济措施的标尺,<sup>[147]</sup>同时通告积极认可行为条件的功能,认为尽管原则适用结构救济,但其他类型的承诺也可能阻止有效竞争的重大妨碍,不应自动排除该可能性。特别是,欧盟委员会已有淡化结构和行为救济二元划分的趋势。<sup>[148]</sup> 欧盟法院也持类似立场。法院在 Lufthansa/SNAirHolding 案中提出,依据判例法,欧盟委员会只接受那些能阻止集中产生或加强支配地位的承诺,执法部门应根据个案评估选择救济措施,不论是行为救济还是结构救济。只要承诺能一次性完成,或持续一段时间能阻止支配地位的产生或加强,不需中长期监督,即使承诺属行为救济,也不能自动排除。<sup>[149]</sup> 欧盟委员会在执法中积极适用行为条件,2009 年的 Lufthansa/SNAirHolding 案<sup>[150]</sup>是欧盟委员会适用行为条件的典范。

美欧影响力过于强大以至于其做法被视为世界通行做法,让我们有意无意地忽略了还有其他不同解决方案。事实上,即便在美国秉持结构救济优先的年代,也有司法辖区的做法截然不同,结构救济优先远非世界反垄断执法的共识。一是,仍有个别国家明确偏好行为救济。俄罗斯法律未明确规定优先适用救济措施的类型,但执法极其偏好以行为措施解决竞争问题。俄罗斯 2007—2011 年间的 303 个案例样本中,只有 18 个(占比 6%)采取了结构救济,有 285 个(占比 94%)采取了行为救济。<sup>[151]</sup> 印度虽承认行为救济有执行方面的困难,但考虑到行为

[144] See Commissioner J. Thomas Rosch, Fed. Trade Comm'n, “Consummated Merger Challenges-The Past is Never Dead, Remarks”, before the ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, March 2012, p.1.

[145] Complaint, United States v. George's Foods, LLC, et al., 76 Fed. Reg. 38,419 (2011), <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-06-30/pdf/2011-16354.pdf>,最后访问日期:2019年7月26日。

[146] European Commission, *supra* note 26.

[147] European Commission, *supra* note 27, pp.1—27.

[148] Case T-102/96-Gencor v. Commission, Judgment of 3 March, 1999: “The distinction between structural and behavioural remedies is immaterial”, p.319. Cited from Papandropoulos and Tajana, “The Merger Remedies Study—In Divestiture We Trust”, *European Competition Law Review*, Issue 8, 2006, p.444.

[149] ARD v. Commission, Case T-158/00, 2003 E.C.R. II -3825.

[150] Lufthansa/SN AirHolding, Case COMP/M.5335.

[151] See Anastasiya Redkina, “Using Remedies in Russian Merger Control”, September 16, 2014, National Research University Higher School of Economics (Perm, Russia) Research Paper No.WP BRP 62/EC/2014, <https://ssrn.com/abstract=2497420> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2497420>,最后访问日期:2019年7月26日。

救济的灵活性,为避免禁止经营者集中,印度竞争委员会认为行为救济应当优先。<sup>[152]</sup> 二是,有些国家理论或立法上偏好结构救济,但实际执法却偏好行为救济。《法国商法典》未规定可采取的救济类型,但当事方承诺需法国竞争管理局认可,后者评估承诺适当性的标准是:须能切实有效地消除对竞争的限制且能够迅速无疑地实施。由标准看,法国竞争管理局应偏好结构救济,但执法中如果行为救济能有效解决竞争问题且适合具体市场情况,法国竞争管理局也接受只有行为救济的承诺。从2001—2011年间的统计数据看,法国近半数案件单独适用了行为救济,适用结构救济时大多同时适用行为救济。<sup>[153]</sup> 奥地利宣称结构救济优于行为救济,但奥地利联邦竞争局的案例研究表明,其只有25%的案件采取了结构救济(其中15%同时采取了两种救济),单纯采取行为救济的则占绝大多数(75%)。<sup>[154]</sup> 澳大利亚竞争和消费者保护委员会2008年11月发布的《合并指南》规定,委员会非常倾向适用能以相对较低的监控和合规成本提供长期救济的结构救济,行为救济很少适合单独解决竞争问题,<sup>[155]</sup> 然而其执法情况却是绝大多数案件(75%)单纯采取了行为救济。三是,还有些国家对救济类型的偏好也在发生变动。南非竞争委员会早期偏好结构救济,后来则认为两种类型各有优缺点,委员会的任务是找到最合适的救济解决竞争问题。<sup>[156]</sup> 其执法实践明显偏好行为救济,2000—2009年间的统计显示,行为救济占比55.4%,结构救济占比32.4%,混合救济占比12.2%。<sup>[157]</sup> 此外,巴西和希腊执法初期也都曾以行为救济为主。<sup>[158]</sup>

## 五、对我国的启示

以美国为代表的西方反垄断界秉持少干预甚至不干预市场竞争的原则,一定程度上导致救济制度的设计陷入过于追求减少后期监管、降低监管成本、一次性干预等一系列看起来很美的原则之中。然而,集中控制本身就是公权力对市场的直接干预,各国在是否进行反垄断干预上并无二致,差异在于如何更好地干预。显然,更好的干预未必是最少的干预,从经济学角度最好的干预应是成本最低效率最高的干预;从法律角度最好的干预应是公平、公正、合理的干预。

### (一)全面考虑可能的解决方案

结构救济虽然重要,但执法机构不宜预先作出其优先的结论,也不宜简单评价孰优孰劣。两者各有利弊,但并非非此即彼的选项。通常认为,解决竞争问题只有结构救济和行为救济两

[152] 王炳,见前注[36],第140页。

[153] See OECD, *supra* note 15, pp.73—75.

[154] See OECD, *supra* note 15, p.46.

[155] See Australian Competition and Consumer Commission, *Merger guidelines*, November 2008.

[156] See OECD, *supra* note 15, p.268.

[157] See Genna Robb and Avias Ngwenya, “Theory and Practice in the Use of Merger Remedies: Considering South African Experience”, *Journal of Economic and Financial Sciences*, Special Issue 1, 2011, pp. 203—220.

[158] 参见韩伟,见前注[14],第196、202页。

种方案,<sup>[159]</sup>至多衍生出两者结合的第三种方案。事实上,除附条件批准外,无条件批准和禁止集中可能是更适当的选项。执法机构应评估各种选项,如果结构救济不能理想地解决竞争问题,又不能确保无显著效率损失,结构救济效果就不是好的选择。结构救济预期效果不好,不意味着行为救济就是最好的解决方案;行为救济不是最佳选择的情况下,次优的解决方案也很少是结构救济。<sup>[160]</sup>设计救济措施、评估解决方案应跳出是“结构”还是“行为”的两难困境,从解决竞争问题和效率损失的角度评估成本收益,打开视角选择解决方案。

方案一:禁止经营者集中。法律逻辑上,对排除限制竞争的集中,执法机构的第一选项是禁止。我国《反垄断法》第28条即规定“经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。”应当禁止的集中符合法定条件可不予禁止,不予禁止是例外情形。“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,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定”,“对不予禁止的经营者集中,国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件”。<sup>[161]</sup>当事方提不出合适的条件建议,或执法机构与当事方无法达成一致,执法机构仍可禁止集中。尽管结构救济可能是最佳方案,结构救济不可行时,行为救济可能是理想选择,但任何救济都有无法完全解决竞争问题的风险,因此在很多情况下禁止是最令人满意的选择。<sup>[162]</sup>国际竞争网络报告认为,如果对建议的剥离措施需要采取重大限制,这些限制会严重影响救济措施的设计和适用,在此情形下,最好的替代方案是禁止集中。<sup>[163]</sup>美国司法部无权禁止集中,而是代表政府以原告身份起诉,请求法院裁决禁止集中;联邦贸易委员会有权通过委员会内部行政决策程序作出裁决,但需履行冗长的类似诉讼的行政程序且当事人仍可将裁决诉至法院,除此之外,委员会与司法部一样向法院起诉需负担举证责任、面临败诉风险,<sup>[164]</sup>在此机制下,往往认为美国执法机构批准了本该禁止的集中。<sup>[165]</sup>中国、欧盟以行政裁决为中心的执法机制与美国以司法裁决为中心的机制不同,理论上前者更容易挑战反竞争的集中,<sup>[166]</sup>然而,中国《反垄断法》颁行后长达十余年的执法中只禁止了两件集中。<sup>[167]</sup>忽

[159] See Keith R. Fisher, *supra* note 92.

[160] See Ken Heyer, *supra* note 7.

[161] 我国《反垄断法》第28、29条。

[162] See Ken Heyer, *supra* note 7.

[163] See ICN Merger Working Group, *supra* note 23, p.7.

[164] 参见叶军:“先行修正和买家前置规则比较研究”,《中外法学》,2015年第1期,第144、146页。

[165] See Ken Heyer, *supra* note 7.

[166] 在中欧等以行政裁决为中心的司法辖区,当事人对禁止的行政决定不服可向法院起诉,但实践中起诉少之又少,中国商务部十年执法无一决定遭司法挑战。

[167] 参见商务部公告2009年第22号:禁止可口可乐收购汇源案, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200903/20090306108494.shtml>,最后访问日期:2019年7月26日;参见商务部公告2014年第46号:禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心案, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201406/20140600628586.shtml>,最后访问日期:2019年7月26日。

视禁止选项似不独某家执法机构专有。<sup>〔168〕</sup> 有权自行作出禁止裁决是中国执法机构的制度优势,作为有世界影响的司法辖区,中国执法机构应充分利用好这一优势,对排除限制竞争的集中坚持首选禁止。这既有利于提高执法人员的审查评估水平,提高评估结论的明确化和透明度,有利于执法机构向当事方提出明确反对意见,也有利于执法机构要求或当事方自愿及时提出救济方案建议,有利于附条件商谈找到各方均可接受的解决方案。即便难以找到合适的方案或无法就条件达成一致,也有利于执法机构尽快做出决定,结束商业活动的不确定状态。

方案二:无条件批准集中。尽管有反竞争问题,但某些情况下,任何救济方案包括行为救济和结构救济,甚至包括禁止集中,可能比竞争问题本身更糟糕。在此情况下,无条件批准也许是最好选择。这些情形包括:一是,挑战集中的成本和无条件批准的负面效果相仿。这在以美国为代表的司法裁决为中心的机制下尤为明显。执法机构以诉讼方式挑战集中,执法机构、当事方和法院均需负担高成本。如果集中规模不大,有竞争问题的业务占比较小,高成本的诉讼方式可能不符合成本效益原则。即便在以行政裁决为中心的司法辖区,执法机构禁止集中也很谨慎,因为一旦当事方不服行政决定向法院起诉,同样需承担较高成本。权衡禁止集中耗费的社会成本和避免的竞争损失之后,无条件批准集中可能更为合理。二是,反竞争影响和集中取得的效率实际发生的或然性。集中具有或“可能”具有反竞争效果即应禁止,反竞争效果是对未来的预测,是否发生具有或然性;集中预期的特定效率是否发生也具有或然性。执法机构不仅要平衡反竞争效果和集中效率之间的关系,还要评估各自发生的几率。对那些负面影响大,但发生几率小的集中,或预期效率大,但实现可行性小的集中,法院支持执法机构禁止决定的可能性大大降低,无条件批准不失为合理选择。三是,执法机构确信有竞争问题,但决定禁止依据不足或败诉风险过高。例如,关键证人如当事方员工、供应商及客户担心报复只同意非正式提供情况,不愿意公开身份,更不同意提供书面证据、出庭作证;再如执法存在程序瑕疵等。遇此情形,执法机构无法起诉要求法院裁决禁止集中,也不会自行作出禁止集中的行政决定。如果各方无法就救济措施达成一致,执法机构可能会无条件批准。无条件批准具有或可能具有反竞争影响的集中有经济学和事实上的合理性,也不违反反垄断法,在以行政裁决为中心的司法辖区关键要看行政首长能否承受压力并有足够勇气无条件批准。

方案三:附条件批准经营者集中。禁止集中虽可彻底消除反竞争效果发生的可能,但也破坏了正常商业计划,扼杀了集中可能带来的效率,并非集中控制的上策。无条件批准则放任集中引发反竞争效果,是权衡利弊不得已的选择。理想的结果当然是找到合适的救济方案,允许主要商业活动继续进行、保留效率的同时消除绝大部分甚至全部的反竞争影响。科学准确的竞争评估是附条件批准的前提,是选择适用救济措施的基础,特别是针对反竞争行为和效果设计行为救济对评估结论要求更高。我国《反垄断法》规定了评估考虑的因素,商务部2011年发布的《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》规定了评估工具、方法和考察因素。公布的附条件批准公告披露的评估过程和内容逐年增多,但仍难窥见运用这些工具方法考虑这些因

〔168〕 比中国经济体量小得多的意大利竞争当局2000—2010年十年间禁止10件,相比而言中国商务部禁止量确属少数。

素的全貌。执法机构应不断提高评估透明度,与当事方及时充分沟通,尽早明确告知竞争问题,增进当事方对竞争问题的理解,促其针对性地尽快向执法机构提交救济方案建议。执法机构应通过商谈引导当事方围绕竞争问题提交解决方案建议,确保方案的针对性、有效性和可执行性。选择不同类型的救济措施,既是复杂的经济学理论问题,更是复杂的执法实践问题。执法机构和当事方应抛弃对结构救济的偏好或对行为救济的偏见,避免陷入纯而又纯的理论误区,根据个案和相关市场竞争状况决定适合的救济措施。不同条件各有其针对性,通常会首选结构条件解决横向集中的竞争问题,如不适合,会再考虑行为救济、禁止或无条件批准。行为条件通常适用于纵向集中,也不排除用以解决横向集中的竞争问题,或适用结构条件解决纵向集中竞争问题。各国越来越多将结构救济和行为救济结合适用,主要有两种方式:一是行为条件辅助结构条件适用,<sup>[169]</sup>二是综合适用行为救济和结构救济。值得注意的是,与多国日益重视行为救济相反,我国最近十年频繁适用行为救济,对我国而言,应更多反思是否过度适用行为救济。<sup>[170]</sup>

## (二)完善行为救济制度及其适用

行为救济的缺陷客观存在,对行为救济的批评及行为和结构孰优孰劣的争论仍会继续,同时,执法机构开始更理性地看待行为救济并在执法中不断改进,结合个案精心设计救济方案,以期提供更多附条件批准的可能而非简单排斥行为救济。特别是以技术创新为特征的新兴市场高速发展,经济全球化和市场区域化并存,对行为条件的需求将不断增大。我们需要不断完善行为救济的制度供给,以满足新经济发展和执法需要。

第一,立法上不断确认适用成熟的行为条件。行为条件的种类远比结构条件丰富,执法实践可以根据个案有针对性地不断创新。建议对中外执法实践中行之有效的行为条件梳理归类,通过适当层级的立法确定下来,为各方提供更加明晰的指导和参考。

第二,完善行为条件的多层次监督制度。包括:完善以执法机构自行监督为主,受托人监督为辅的监督机制。执法机构有法定监督权,只要执法资源允许就应自行监督;对专业性强的行为条件或执法机构资源不足时可采取受托人监督。完善当事方自查制度。要求当事方以提交履行报告的方式自查,监督成本低,特别适合履行积极义务的案件。完善社会监督和举报投诉处理制度。充分利用竞争者、供应商和客户、内部员工及协会监督,有效降低监督成本。完善违法惩处制度。行为救济与当事人商业利益相悖,不能期待当事人自行完美履行,须加大惩处力度,增强威慑力,提高违法成本,打消其规避义务甚至以身试法的念头。<sup>[171]</sup>

第三,完善定期不定期复审制度。适应市场竞争状况动态变化是行为救济的重要优势。发挥该优势需辅之以完善的复审制度,执法机构可依当事人申请或依职权,定期或者不定期地审查继续履行行为条件的必要性,并及时作出继续履行、终止履行或者变更条件的审查结论。

[169] 见前注[127]。

[170] 参见韩伟,见前注[14],第202页。

[171] 中国商务部曾对违反条件的西部数据行政处罚,然而受制于《反垄断法》规定的50万处罚上限,业界普遍认为处罚威慑不足,建议将来修法调整。

根据可预见的竞争状况变化趋势,应对行为条件附加合理必要的期限。其间符合条件的可以复审,期限届满可以规定自行终止,也可复审决定是否终止。

第四,建立纠纷快速解决机制。履行行为条件可能涉及执法机构、监督受托人及其他利害关系人并难免发生纠纷,这些纠纷有的与履行条件直接相关,例如资产剥离的买卖纠纷、附随的技术支持纠纷;基础设施使用或知识产权许可纠纷。有的与条件无直接关系,但与确保条件履行关系密切,例如监督受托协议纠纷。为快速、低成本地解决纠纷,降低监督执行成本,建议分门别类建立解决机制。民事纠纷应调解、诉讼或仲裁解决,执法机构不宜介入,例如监督费用纠纷;纠纷涉及行为条件解释和履行适当与否的,执法机构应作出裁决或提供官方立场,例如知识产权许可是否符合 FRAND 行为条件。

执法中要慎用行为条件。美国虽从结构优先转向两者并重,目前似又转回结构优先,其他国家也以结构为主的居多。中国此前十余年则是多适用行为救济,结构救济适用不足,目前似仍维持此前趋势。行为救济有其自身特殊规律,在个案适用中都要谨慎从事。

一是增强行为条件的针对性和有效性。设计行为条件务必考虑救济措施和损害理论之间的关系,任何建议方案都须针对反竞争行为和效果提出。这要求竞争评估必须明示可能引发的竞争问题。竞争问题既是设计行为条件的根本遵循,也是将来评估变更解除的依据。为确保行为条件的有效性,建议完善实施必要的市场测试制度,引入相关主体参与测试,包括竞争者、供应商、客户、协会、市场或行业监管者等。在不同案件中,上述主体发挥作用不同,执法机构应考虑不同主体发表测试意见的动机并相互印证。

二是预估行为条件的实操性和监管成本。力戒宣誓性的行为条件,除非是为其他具体操作性条件提供指导或解释原则;当事方提交的行为救济建议过于简单,执法机构应要求其提交详细具体的实施方案。直接面对客户的行为条件透明度高,社会力量可有效监督,通常可不提交履行报告、不委托监督受托人,但执法机构要做好投诉举报的响应处理。专业强的行业,通常需委托监督受托人,执法机构应完善委托程序用好监督受托人,既要防止怠于监督,又要防止过度监督。对违反行为条件的要依法严处,树立典型和权威,打消义务人的侥幸心理。

三是有效规避行为条件的固有缺陷。不同行业、不同竞争因素匹配不同救济措施,可据此规避行为条件的缺陷。在传统行业,原材料、技术、价格、质量、地点、产品多样性往往是竞争关键因素;在高新技术行业,创新能力、人才队伍、知识产权往往是竞争关键因素。后者市场变化速度更快,甚至颠覆性创新比垄断更能改变市场,行为条件比结构条件更适应变化的市场。有学者指出,高新技术产业的未来如此不确定,比结构救济更灵活的行为救济可能更适合甚至是唯一可能的救济措施,即使执法机构需要付出更大监督成本。<sup>[172]</sup>事实上,即使在偏好结构救济的欧美,执法机构在高新技术产业也通常使用复杂的行为救济。此外,产品差异或行业管制也是重要考虑因素。对品质相同或类似的标准品,当事方难以实施反竞争的品质调节或规格调节,因此适合禁止价格歧视、控制价格涨幅等涉及价格的行为条件,反之,则尽量避免这类行

[172] See François Lévêque, Howard Shelanski, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing limited, 2003, p.169.

为条件。在自然垄断行业及类似运营基础设施的行业,资产剥离常常不可行或效率更低,开放基础设施、非歧视、透明度及终止排他合同是可考虑的行为条件。

四是考虑全球范围内的平行审查。同一经营者集中需同时取得若干执法机构批准已成常态。如果多个执法机构均认定拟议集中有竞争问题,除非有执法机构做出有实际执行力的禁止决定,中国执法机构确定救济措施应考虑其他执法机构采取救济措施的情况。如果有执法机构拟采取的措施能同时解决我国竞争问题,则可搭便车接受当事人提交的类似救济方案而不必另辟蹊径。同时为彰显我国执法主权,仍应独立做出附加条件决定。认为不必再亲力亲为施加救济措施的观点<sup>[173]</sup>可能导致我国执法机构失去控制力,特别是在将来变更终止条件时,一旦我国与其他国家立场不同,可能导致我国失去制约能力。如果其他执法机构附加的条件不能完全解决我竞争问题,则可增加必要措施。如果反竞争行为和效果主要发生在中国市场,应以我国为主要要求当事方提供全面解决竞争问题的方案建议。

---

**Abstract:** Over the years, structural conditions and behavioral conditions have always been hot topics in the anti-monopoly community. Historically, the United States' preference for structural conditions has been leading the trend of legislation and law enforcement in many countries. The Ministry of Commerce of China has been criticized for its frequent application of behavioral conditions. The United States has now shifted its priority from structural conditions to problem-oriented equal application, while France, Australia and other jurisdictions have also applied a large number of behavioral remedies. As a matter of fact, structural and behavioral conditions have their own advantages and disadvantages, and are both effective tools for addressing anti-competitive issues. Agencies should jump out of the limitations of either structural or behavioral conditions. They need to take the perspective of eliminating anti-competitive effects and improving efficiency, and adopt a broader approach to assess different solutions such as prohibition, unconditional approval, and conditional approval. Given China's past record of inclination for behavioral conditions, it is recommended that, in terms of legislation, rules on the types of behavioral conditions, as well as multi-level supervision, review and rapid resolution of disputes thereof should be improved; in terms of enforcement, specificity, effectiveness and operability of behavioral conditions should be enhanced, and regulatory cost should be controlled by taking parallel review.

**Key Words:** Anti-Monopoly; Concentration of Undertakings; Remedies; Structural Conditions; Behavioral Condition

---

(学术编辑:邓 峰)

(技术编辑:周轩宇)

---

[173] See Ilene Knable Gotts, "Navigating Multijurisdictional Merger Reviews: Suggestions from a Practitioner", *Competition Law International*, Vol.9, No.2, 2013, p.149.