

经营者集中强制申报 制度的实效与转变

李 剑*

目次

一、背景与问题	(一) 事前强制审查的特点
二、经营者集中强制申报制度的收益、成本识别	(二) 制度运行中的特殊问题
(一) 强制申报制度的收益	四、反垄断强制审查制度的变革路径
(二) 强制申报制度的成本	(一) 从强制申报到自愿申报
三、中国反垄断强制申报制度的实效	(二) 取消事前审查
	五、结语

摘要 经营者集中强制申报通过对交易的事前审查来减少对竞争的损害。与此同时,事前强制审查也会带来申报门槛设定、行政、调查、交易时滞等方面的成本,因而有必要对比制度运行的收益与代价,进而考虑制度变革的可能方式。中国对于经营者集中案件在禁止、救济上的比例偏低,加上威慑效果严重不足,导致强制事前审查的收益有限;而在案件调查、交易时滞、申报等方面的成本显著。相比之下,自愿申报审查以及转变为事后审查虽然在阻止限制竞争的集中交易上的收益较少,但可以节省大量成本。对制度运行收益与成本的总体分析,可以作为经营者集中审查制度未来变革的选项。

关键词 反垄断法 经营者集中 强制申报 自愿申报 成本与收益

一、背景与问题

依据反垄断执法机构介入的时间先后,反垄断法实体部分通常被分为事前审查和事后审查。

*上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。本文为国家社会科学基金年度项目“中国反垄断法的移植与本土化研究”(项目编号:18BFX150)的阶段性研究成果。

事后审查包括垄断协议和市场支配地位滥用规制两大部分。事前审查也称为经营者集中控制,^[1]主要考虑集中交易带来的单方效应以及协同效应,是对达成垄断协议、滥用支配地位可能性的事前判断。中国《反垄断法》也建立了反垄断事前审查制度。这一方面是因为在《反垄断法》颁布之前,中国已经在外商投资领域对经营者集中交易进行事前审查,^[2]并处理了几百个外资并购国内企业案件,^[3]因而具有制度上的延续性。^[4]另一方面,是因为中国《反垄断法》的文本主要来自欧盟竞争法,经营者集中控制审查自然也就成为中国反垄断法的组成部分。但不管既有制度是刻意设计的结果,还是萧规曹随的产物,在正式实施十余年之后都有对其有效性进行审视的必要。

就现有理论研究而言,评价经营者集中控制制度的有效性通常关注三个方面:^[5]第一,集中控制是否通过降低产品价格或者提升产品质量来提高经济表现。第二,在法域之内或者法域之间,经营者集中控制是否最小化了不必要的执行成本。第三,竞争系统是否致力于持续地再评估和提高。^[6]其中,第一个方面是集中控制政策有效性的热点,产生了大量基于股票价格、市场调查的研究,^[7]从事后视角来评判对于集中交易的审查决策是否正确。第二个方面则关注制度的运行成本。^[8]任何制度在实现其目标的同时都会带来相应的成本,实施机构应当寻求在给定的监督和实施水平下最低的成本。第三个方面则可以进一步区分为两个维度:^[9]一是检验和提高评估的方法,来评估是否干预了个体决策的经济效果,以及经营者集中审查制度的整体效果。二是在整体效果上包含了对于集中审查程序的检验,以及相关法域是否在更低的成本下达到了给定的监督水平。

[1] 在不同的文献中,有“经营者集中”“并购”“收购”“合并”等不同的表述,为了行文上的统一,本文根据我国《反垄断法》所采用的术语,主要使用“经营者集中”。此外,经营者集中的“申报”和“控制”分别是企业和执法机构的角来理解反垄断事前审查机制,本文不做区分。

[2] 2003年商务部颁布实施的《外国投资国内企业并购暂行规定》中强调“不得造成过度集中、排除或限制竞争”。2006年商务部等六部委颁布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》,在第五章专设了“反垄断审查”,规定了强制申报审查制度。2007年3月商务部反垄断调查办公室还发布了《外国投资者并购境内企业反垄断申报指南》。因为《反垄断法》于2007年7月颁布,基于外商投资的反垄断审查制度被《反垄断法》所吸收。

[3] See Angela Huyue Zhang, *The Enforcement of the Anti-Monopoly Law in China: An Institutional Design Perspective*, 56 *Antitrust Bull.* 631, 634 (2011).《外国投资国内企业并购暂行规定》适用的范围有限,仅针对外资企业并购国内企业,因此不能算是针对经营者集中的一般性制度。

[4] 从后续中国《反垄断法》的法律移植过程来看,商务部最初在外商投资领域建立的经营者集中审查制度也主要是从欧盟、美国进行的制度移植。

[5] 此处采用了 William E. Kovacic 的分类。See William E. Kovacic, *Assessing the Quality of Competition Policy: The Case of Horizontal Merger Enforcement*, 5(1) *Competition Policy International* 129, 132 (2009).

[6] Joe Sims, Robert C. Jones & Hugh Hollman, *Merger Process Reform: A Sisyphean Journey?* 23 *Antitrust* 60 (2009); Joe Sims & Deborah Herman, *The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation*, 65 *Antitrust Law Journal* 865 (1997).

[7] 相关研究可以参见 Tomaso Duso, Klaus Gugler & Burcin B. Yurtoglu, *How Effective Is European Merger Control?* 55 *European Economic Review* 980 (2011).

[8] 学者通常认为美国、欧盟的经营者集中控制是有效的。See William J. Baer, *Reflections on 20 Years of Merger Enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act*, 65 *Antitrust Law Journal* 825 (1997); William J. Baer & Ronald C. Redcay, *Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy*, 69 *The George Washington Law Review* 915 (2001).

[9] Kovacic, *supra* note [5], at 132.

中国目前对经营者集中控制制度有效性不多的研究主要集中于个案。^[10] 反垄断执法系统自身没有持续地再评估,更勿论评估方法上的改进。^[11] 对执行成本的优化也缺少理论性研究。无疑,从回应中国现实问题来说,这些分析进路都非常重要,有必要持续、深入地研究。但是,这些主流研究方向都将有效性问题设定在如何完善现行的经营者集中强制申报制度,而没有从制度替代的角度来反思反垄断事前审查的实效与变革,即,在相对宏观层面上制度的改良与变革的可能性。在这一意义上,目前主流的研究方向对于作为制度引入者的中国构成了一种路径依赖而需要打破。

实际上,作为事前审查机制的经营者集中控制制度建立的时间并不长。美国的经营者集中控制是依据 1976 年的《哈特-斯科特-罗迪诺反托拉斯改进法》(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act,以下简称“HSR”)而建立,^[12]该法制定的目的是给予反垄断执法机构 30 天的时间来考虑是否在交易完成之前寻求禁令。欧盟通过第 4064/89 号条例建立了经营者集中控制,该条例于 1990 年生效,至今也不过 20 余年时间。不过,由于美国、欧盟在世界反垄断法上的强大影响力,这一模式在世界范围内占据了主流。

但是,经营者集中控制存在多种制度设计。归纳起来,全球范围内至少有两种基本模式:一是反垄断执法机构对所有行业的集中交易都进行事前审查的普遍审查模式;二是反垄断执法机构只对特定产业中的集中交易进行事前审查的选择性审查模式。前者为颁布了经营者集中审查制度的国家或地区所广泛采用,如美国、欧盟、中国;而后的代表是中国香港地区。^[13] 普遍审查模式还可以就申报的方式进一步区分为强制申报模式和自愿申报模式。美国、欧盟是事前强制申报模式的代表;澳大利亚、阿根廷、日本和俄罗斯等国家和地区则采用了自愿申报。当然,逻辑上而言还存在不采用事前审查而完全依赖于事后审查的模式。不同模式的存在无疑表明,对待经营者集中交易有多种制度上的可能性。那么,在制度设定之初,应当如何进行选择?

成本收益分析提供了制度选择的基础。在成本收益分析下,如果制度运行的成本超过收益,这一制度存在的合理性本身就值得质疑;进而在既定的制度框架内考虑如何完善也就失去了基础。成本收益分析因此具有很强的决策意义。尽管受制于中国在经营者集中案件信息公开上的不透明而难以进行定量分析,^[14]但仍然有必要通过定性的研究来提供观察的角度。成本收益分

[10] 例如参见蒋岩波:《滴滴收购优步中国经营者集中案例的反垄断法分析》,载《经济法研究》2017年第2期,第207—219页;王燕、臧旭恒:《经营者集中反垄断审查事后评估——基于我国商务部无条件通过的案例》,载《社会科学》2018年第2期,第55—63页;王燕、臧旭恒、刘龙花:《基于效率标准的横向并购反垄断控制效果事后评估——以中国南车和中国北车合并案为例》,载《财经问题研究》2018年第5期,第35—43页。

[11] 虽然集中审查的相关制度也一直在演化之中,如简易程序、救济方式等,但很难说是在基于制度有效性评估基础上所进行的改进。

[12] 美国法中和经营者集中审查程序相关的联邦法律是 1914 年《克莱顿法》的第 7 条。《克莱顿法》高度概括性的语言给予了执法机构在禁止集中上的实质权力。但是,执法机构发现很难证明参与集中方的主观状态,从而在交易完成之前获得阻止交易的初步禁令。一旦交易法已经将他们的资产混合到一起,就很难恢复到集中前的市场结构。See Kenneth G. Elzinga, *The Antimerger Law: Pyrrhic Victories?* 12(1) *Journal of Law and Economics* 43, 52 (1969).

[13] 香港的《竞争条例》中关于经营者集中的条文仅适用于电讯运营商牌照持有人参与的交易。因此,香港并没有一般意义上的经营者集中控制制度。换句话说,除了特定领域,香港对经营者集中交易不做事前控制。

[14] 尽管中国积累了超过 2 000 个的经营者集中案件,执法机构和企业均投入了大量人力、物力进行审查和申报,但绝大部分案件只公布了审查结果,而没有披露相关市场条件、竞争影响等内容。之所以对案件信息控制较为严密,执法机构可能考虑的不是执法结论的合理性,以及和学界进行互动,而是隐藏弱点。信息控制可以作为一种“防卫策略”来理解。参见凌斌:《法官如何说理:中国经验与普遍原理》,载《中国法学》2015年第5期,第103页。更少的披露会减少对执法机构执法效果的直接批评甚至挑战,如行政诉讼。

析本身并不当然要求量化所有成本与收益考虑,尤其不必然要求作“点估计”(point estimate)式的量化。^[15] 在以往研究中缺少成本与收益审视的情况下,即便是定性分析也能够起到避免制度移植、延续所带来的路径锁定效应的效果。^[16]

二、经营者集中强制申报制度的收益、成本识别

对现行的经营者集中强制申报制度进行成本和收益上的分析,首先需要识别哪些部分构成制度运行的收益,哪些构成成本。由于制度运行涉及方方面面,并同时带来直接和间接的各种影响,严格意义上很难将所有的相关因素都纳入分析框架之中。此处的分析主要集中于最为具有代表性的部分。

(一) 强制申报制度的收益

经营者集中的强制申报希望解决事后审查带来的救济难题,因为如果产生损害竞争后果的集中交易已经完成,进行拆分即便不是不可能也会带来很高的成本。此外,如果交易完成后还存在对该交易的审查也会对参与交易的主体和员工在相当实质性的时期中带来不确定性。^[17] 因此,通过事前的强制申报让反垄断执法机构对交易进行审查,要么禁止,要么附加条件进行救济,能够防患于未然。此外,严格的强制审查还能够通过威慑效果来实现对损害竞争的集中交易的阻止。这一威慑效果有两个方面:基于频率的威慑和基于构成的威慑。基于频率的威慑是指迫使交易方放弃集中交易来避免审查;基于构成的威慑是指迫使交易方用不同的方式进行组合来回避审查。^[18] 当直接禁止、救济机制和威慑机制共同发挥作用时,就能够阻止经营者集中交易对竞争的危害,避免事后救济的诸多问题。这是强制申报制度的目的,也是其制度收益。

总体来看,直接禁止和进行救济的经营者集中交易数量很少。统计显示,在1997年到2006年,美国的所有经营者集中申报案件(27492个)中,绝大部分在早期阶段获得了通过,只有2.7%的案件进入了第二阶段。^[19] 而且,美国的经营者集中案件中,虽然执法机构同时也依赖于前期调查、公共数据、市场参与者特别是买方的信息来获得审查的证据,但因为较低的市场份额和集中度,95%的案件都没有被提出二次要求(second request)。^[20] 也就是说,绝大多数案件甚至不需要更多的证明材料,或者相对深入的调查就可以得出结论。欧盟同样如此,2000年到2007年的所

[15] 参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析——法学方法的批判性重构》,载《中外法学》2018年第6期,第1526页。

[16] 这一对于不同替代性选择进行比较以避免偏见的表述,可以参见 Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 *Yale Law Journal* 177 (1999)。

[17] 但在欧盟和美国的实践中,并没有放弃对已经完成集中的交易的挑战。See Andrew I. Gravil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy (Second Edition)*, Thomas & West, 2008, p.433.

[18] See Jo Seldeslachts, Joseph A. Clougherty & Pedro Pita Barros, *Settle for Now but Block for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools*, 52(2) *Journal of Law and Economics* 607 (2009).

[19] See Aldo Gonzalez & Daniel Benitez, *Pre-merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes*, Law Professors Blogs Network (21 December 2020), https://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/files/merger_notification_oct22.pdf.

[20] 二次要求是执法机构根据需要,可以在30天内要求交易方提供额外的信息。Einer Elhauge & Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics (Second Edition)*, Hart Publishing, 2011, p.915.

有 2 471 个案件中,46.3%的案件通过简易程序解决,只有 4.1%的案件进入到第二阶段。^[21] 绝大多数的集中交易最后都是无条件通过,仅有少量案件被禁止或附条件通过。拉长观察的时间段也可以看到,欧盟从 1990 年 9 月建立强制申报审查制度到 2018 年 9 月为止,共有申报案件 7 113 个。^[22] 其中,禁止 27 个,附条件通过 127 个,禁止和附条件通过的比例分别为 0.380% 和 1.785%。^[23] 这意味着 100 个集中交易中只有差不多 2 个案件存在限制竞争问题。

如果考虑到威慑效果,则问题会比较复杂。部分集中交易中,参与方发现反垄断执法机构可能禁止相关交易时会主动撤回交易,或者因此不进行相关交易。这些案件没有统计在最后禁止交易的案件数据之中。例如,欧盟到 2018 年 9 月为止审理的所有 7 113 个案件中,第一阶段撤回案件 147 个,第二阶段撤回案件 43 个。^[24] 如果将这些交易方撤回的案件计算到禁止类别中,那么禁止的案件的比例会达到 3.05%,再加上附条件案件的 2.17%,有限制竞争问题的案件比例在 5.22% 左右。除了这种进入审查程序后被撤回的案件外,威慑作用还会使得部分交易被放弃或者改变交易方式。但这一部分的威慑作用难以完全量化,虽然众多的研究表明,事前的强制审查制度的威慑效果实际存在。^[25] 如果考虑这些因素,那么强制申报制度所能够获得的收益具有一定的显著性。

(二) 强制申报制度的成本

学界和实务界对于强制申报制度的收益比较关注,并持续讨论了如何有效提高这些收益,相对忽略的是对于制度运行成本的审视。总体来说,强制申报制度产生的成本在于以下几个方面:

1. 错误成本

强制审查在不同的制度层面、阶段都会存在错误成本的问题,亦即没有损害竞争效果的交易被禁止或附加救济条件(假阳性错误),以及有损害竞争效果的交易被允许(假阴性错误)。

(1) 申报门槛带来的错误成本。审查范围的设定直接影响到需要审查的交易的数量。强制申报制度面临的最大挑战是如何从众多的经营者集中交易中找到可能引发限制竞争效果的那些交易。设定申报门槛是解决这一问题的重要方式。具体而言,申报标准主要有两种:一是欧盟为代表的资产规模+控制权。相关集中交易如果达到一定的交易规模,并且同时会导致企业的“控制权”发生转移,就需要进行申报。^[26] 二是美国为代表的资产规模标准,即达到一定规模

[21] See Gonzalez & Benitez, *supra* note [19].

[22] Statistics, European Commission (1 January 2021), <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

[23] 相比中国,欧盟集中控制审查中在第一阶段和第二阶段都有一定数量的案件被交易参与方撤回。这一问题在后文中进行分析。

[24] Statistics, *supra* note [22].

[25] 例如,有学者发现,强制性事前申报制度会显著降低美国企业参与的跨国并购数目。See Simon J. Evenett, *How Much Have Merger Review Laws Reduced Cross Border Mergers and Acquisitions*, in William K. Rowley ed., *International Merger Control: Prescriptions for Convergence*, International Bar Association, 2002, p.34.

[26] 根据欧盟《经营者集中条例》[Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings]的规定,达到“共同体规模”的集中仅需向欧盟委员会申报,不再需要向成员国的反垄断执法机关申报。“共同体规模”是指以下两种情形之一: 1. 参与集中的企业在全世界的营业总额超过 50 亿欧元,且至少其中两家企业在欧盟范围内的营业额分别超过 2.5 亿欧元。2. 同时符合以下条件: (1) 参与集中的企业在全世界的营业总额超过 25 亿欧元;(2) 这些企业在三个以上成员国境内的营业总额分别超过 1 亿欧元;(3) 在符合(2)中条件的每个成员国内,至少两个企业的营业额分别超过 2 500 万欧元;并且 (4) 至少两家企业在欧盟范围内的营业额分别超过 1 亿欧元。

的交易都需要进行申报。^[27] 中国采用的是欧盟的标准。这些标准中交易规模都是重要组成部分。

强制申报门槛带来的错误成本在于两方面：申报标准过低会增加不可能产生垄断行为的企业受到审查的可能性，从而降低效率，最终降低总福利水平；申报标准过高，就会增加可能产生垄断行为的企业没有得到审查的可能性，同样会降低总福利水平。^[28] 这两类错误带来的成本的权衡，将对有效申报标准的设定产生重要影响。^[29] 作为对申报门槛的刚性补救措施，很多国家也同时赋予了反垄断执法机构越过申报门槛直接审查相关交易或者进行事后审查的权力。例如，在美国根据 HSR 批准之后再对集中交易进行事后干预在法律上并没有被排除在外，虽然这种情况比较少见。2009 年到 2011 年间，美国的联邦贸易委员会对 7 个已经完成的集中交易发起了新的调查，而以往每年平均只有一个。同样的数量增长也反映在美国司法部进行的民事调查需求上，2007 年 1 件，2008 年 2 件，2009 年有 7 件。^[30] 这一方式尽管可以降低申报门槛带来的错误成本，提高威慑效果，但同时增加了交易的不确定性，和事前强制申报制度的本意也存在冲突。

(2) 实质审查中的错误成本。对于竞争政策的实施而言最大的挑战在于将干预建立在准确的信息基础上。因为反垄断执法机构需要在交易完成前进行评估，这一过程无法避免预测和推测，没有分析能够提供确定的方式来区分限制竞争的危险交易和促进竞争的良性交易。^[31] 在实质审查的过程中，反垄断执法机构会界定相关市场，分析相关市场的集中度，市场的进入障碍等因素。在分析中还会采用大量的经济性工具，包括最为熟知的相关市场分析工具 SSNIP 测试，市场集中度测量工具 HHI 指数，以及评价竞争影响的并购模拟 (merger simulation)^[32]、UPP (upward pricing pressure) 测试^[33]等。在实质审查中，因为数据的可获取性、准确性，分析方法的有效性等原因，最终对于集中交易是否应当禁止或救济的看法就可能产生分歧，产生假阳性或假阴性的疑问。

也正是因为要回应上述质疑，对于经营者集中强制审查有效性产生了大量的相关研究，同时也推动了分析技术的不断提升。例如，利用并购回溯法 (merger retrospectives)^[34]、事件分析

[27] 美国反托拉斯法上通常称为“并购”(Merger & Acquisition)。美国的申报标准主要根据 HSR。申报的要求为：并购企业的资产或年销售额在 1 亿美元以上，被并购企业的资产或年销售额在 1 000 万美元以上的；或者并购企业的资产或年销售额在 1 000 万美元以上，被并购企业的资产总额或年销售额在 1 亿美元以上。

[28] 参见张昕竹、董维刚：《企业并购申报标准的估计》，载《东岳论丛》2007 年第 1 期，第 44 页。

[29] 同上注。

[30] See Marco Ottaviani & Abraham L. Wickelgren, *Ex Ante or Ex Post Competition Policy? A Progress Report*, 29 *International Journal of Industrial Organization* 356, 356-357 (2011).

[31] See Kovacic, *supra* note [5], at 129.

[32] 该方法使用不同产品之间的分流比预测集中之后企业价格增长的情况。See Oliver Budzinski & Isabel Ruhmer, *Merger Simulation in Competition Policy: A Survey*, 6(2) *The Journal of Competition Law & Economics* 277 (2010).

[33] See Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77(1) *Antitrust Law Journal* 49 (2010).

[34] See Orley C. Ashenfelter, Daniel Hosken & Matthew Weinberg, *Did Robert Bork Understand the Competitive Impact of Mergers? Evidence from Consummated Mergers*, 57 *The Journal of Law and Economics* 570 (2014).这一方法的运行原理是：如果反垄断执法机构没有对集中交易发起挑战，说明预计集中之后市场的价格上升幅度是非常有限的。那么，通过回溯评估足够多的样本，结合预期的价格数据，就可以评价集中审（转下页）

(event studies)^[35]等方法进行评估,判断反垄断执法机构的决策是否准确。此外,执法机构还可能采用“等待并观察”的策略,让集中获得通过,从而对于集中的实际效果有更清楚的展现。^[36]这也是无条件通过的交易数量较大的原因之一。

(3) 威慑效果上的错误成本。强制申报制度的存在会对集中交易的参与方产生威慑效果,因为严格执行的强制申报会传递出一种信号:集中交易会被审查,并因此可能会被阻止或附加额外的交易条件。因此,参与交易的企业会评估交易获得通过的可能性,权衡是否需要放弃交易。在此情况下,即便是良性的集中交易也可能因为担心无法通过审查而被放弃,从而产生错误的威慑。不过,因为这些交易根本就没有提交审查,因此很难准确了解错误威慑的具体成本。

2. 案件调查带来的相关成本

(1) 行政成本。进行案件调查需要组建专业的反垄断执法机构,并配置相应的资源。由于事前强制申报意味着符合申报门槛的所有案件都需要进行申报,因此案件数量通常较多,行政成本较高。例如,欧盟进行审查的28年间,受理案件7千余个,平均每年在250个左右。审查这些案件会消耗大量的人力、物力。^[37]而且,理论上而言,越是希望通过事前审查来防止事后的无能为力,越需要更多的资源投入,但由此也会产生更高的运行成本。

(2) 企业合规、申报成本。对经营者集中交易的审查除了会让反垄断执法机构产生行政成本外,企业也需要负担两个方面的直接成本:首先,强制申报的强制性伴随了对不申报的交易的处罚,企业要因此而支付合规成本。其次,在具体交易的申报中,参与集中交易的企业还需要花费成本提交申报材料。跨国集中审查通常要求不同形式、不同语言的多重申请,这也意味着更高的合规和申报成本。一项由美国律师协会和国际竞争网络委托的研究估计,满足多个法域的集中申报程序要求所带来的平均外部成本为328万欧元。^[38]此外,申报成本在不同国家有不同的体现。例如,包括了埃及、埃塞俄比亚、乌干达、马拉维、布隆迪等21个成员国在内的东南非洲共同市场(COMESA)共同进行集中审查。该组织的集中审查申报门槛没有设定任何资产或营业额方面的标准,且审查费很高。^[39]

(3) 救济成本。作为事前防止竞争效果的方式,救济并不直接禁止相关交易,而是要求交易方

(接上页)查的有效性。这一方法对数据的要求很高。See Dennis Carlton, *Why We Need to Measure the Effect of Merger Policy and How to Do It*, 5 Competition Policy International 77, 82 (2009).

[35] 这一方法是利用金融市场的数据来衡量一个经济事件对企业市场价值的影响。如果市场是有效的,那么任何事件对企业利润的影响都能够通过股价的变化而被立即观察到。See Tomaso Duso, Klaus Gugler & Burcin B. Yurtoglu, *How Effective is European Merger Control?* 55 European Economic Review 980 (2011); Frederick R. Warren-Boulton & Serdar Dalkir, *Staples and Office Depot: An Event-Probability Case Study*, 19 Review of Industrial Organization 469 (2001).

[36] Ottaviani & Wickelgren, *supra* note [30], at 356.

[37] 通过公开资料无法查到美国、欧盟等国家、地区在经营者集中审查上的人力和预算。但考虑到需要审查的案件的量,以及案件通常的审查周期,仍然可以认为行政成本是非常高昂的。经营者集中案件属于“经验性产品”,不审查就无法知道是否会产生对竞争的损害,因此只要有强制申报审查,这种成本就难以避免。

[38] Mergers Working Group Notification & Procedures Subgroup, Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review, CEDEC (July 2015), <https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/report-on-the-costs-and-burdens-of-multijurisdictional-merger-review-2004.pdf>.

[39] 按集中方在COSEMA的资产或营业额的0.5%收取(最高不超过50万美元)。参见李俊峰:《全球平行审查背景下的中国经营者集中救济》,载《当代法学》2015年第2期,第70页。

满足反垄断执法机构提出的条件。通常救济分为结构性救济和行为性救济。两种救济方式都需要一定的行政成本和监管成本,例如为剥离的资产寻找买家,为价格条件进行持续的监管等。此外,在救济过程中反垄断执法机构还要和相关企业反复进行谈判,由此也会产生相应的协商成本。近期美国司法部宣布撤销2011版《合并救济指南》,转而重新适用2004年的版本,就是因为现有政策下,执法机构与交易方往往会围绕所适用的救济措施进行长时间的谈判,而2004版《合并救济指南》重视结构性救济,倾向于选择的救济措施主要是资产剥离,相对简单明了,可以加快反垄断审查的整体进程。^[40]

3. 其他成本

(1) 交易停滞带来的成本。这也是强制申报带来的最为显著和主要的成本之一。强制申报制度导致大量在交易规模上达到门槛的交易需要等待反垄断执法机构的审查结果,交易的停滞不仅造成交易的不确定,也会造成巨大的成本,包括等待结果中需支付的各种成本、交易机会的丧失等。^[41] 2017年美国对重大经营者集中交易的反垄断审查平均长达11个月。^[42] 由美国律师协会和国际竞争网络委托的研究则估计,满足多个法域的集中申报程序的平均审查时间大约为7个月。^[43] 时滞带来的成本非常巨大。还需要注意的是,发现限制竞争交易的概率和投入的资源、时间等因素都密切相关,在其他因素不变时,缩短时间需要更大的人力、物力投入。

(2) 寻租成本。强制审查制度的建立使得行政权力对于市场活动有了干预的依据,但也可能由此带来寻租的问题。除了对于案件审查结果的寻租问题外,因为强制审查带来的交易停滞,还可能导致仅仅为了加快审查的进程,而非改变审查结果产生的寻租问题。而这些寻租问题即便在制度相对完善的美国、欧盟也并不鲜见。例如,美国国际电话电报公司案中,美国司法部在一审时曾请求法院对被告采取严厉的执法措施。但在该案的二审上诉期间,美国司法部突然与被告达成了同意裁决,并降低措施严厉程度。这是因为国际电话电报公司在司法部提出上诉之前向尼克松政府筹备的1972年共和党年会捐献了40万美元,尼克松在该案中向美国司法部施加了很大压力。^[44]

(3) 立法成本。作为事前审查机制的强制申报制度是相比于事后审查的独立审查机制,因此需要建立一整套的实体与程序规则,从而产生立法上的成本。以中国为例,在三家执法机构并行的前10年中,制定配套法规最多的就是负责集中审查的商务部。

将上述收益和成本归纳起来,可以用下表表示。

[40] Kadhim Shubber & James, *Antitrust Chief Promises Faster Reviews of US Mergers*, The Business Journals (26 September 2018), <https://www.bizjournals.com/buffalo/news/2018/09/26/antitrust-chief-promises-faster-reviews-of-us.html>.

[41] 因为不能承担交易时滞带来的成本而放弃集中交易也可以视为一种错误成本,因为原本良性的交易最终因为强制申报的存在而被放弃。

[42] Shubber & Fontanella-Khan, *supra* note [40].

[43] Mergers Working Group Notification & Procedures Subgroup, *supra* note [38].

[44] 参见潘志成:《中美经营者集中审查程序比较——以英博收购AB案为例展开》,载《中外法学》2010年第3期,第447页。寻租问题与一国或地区的法治水平密切相关。要解决寻租往往需要完善的程序控制、程序参与机制以及公开、透明的信息披露,以及必不可少的司法审查机制。总体来说,诸如美国、欧盟等国家和地区在寻租问题上发生的问题较少。

表 1 强制申报制度的收益与成本

主要收益	显著性	主要成本	显著性
1. 禁止对竞争有排除、限制效果的交易 通常少于申报交易量的 1% ^[45]	较高	1. 错误成本 (1) 申报门槛的错误成本 (2) 实质审查中的错误成本 (3) 威慑效果上的错误成本	高 低 难以查明
2. 对有排除、限制竞争效果的交易进行救济 通常少于申报交易量的 2%	较高	2. 案件调查成本 (1) 行政成本 (2) 企业合规 (3) 申报成本 (4) 救济成本	较高 低 高 低
3. 威慑效果	难以查明	3. 其他成本 (1) 交易停滞带来的成本 (2) 寻租成本 (3) 立法成本	高 低 较高

三、中国反垄断强制申报制度的实效^[46]

由于影响成本、收益的因素如相关制度设计、运行方式等存在差异,各国的反垄断事前强制审查制度的实际运行状况千差万别。对于欧盟、美国而言,相关研究表明强制申报能够很好地识别损害竞争的集中交易并予以禁止或救济,同时因为这种准确性产生足够的威慑效应。但这一结论则未必适合其他国家或地区,包括中国。中国的经营者集中强制申报制度当然也面临和欧盟、美国同样的收益与成本的衡量问题,各种错误成本、行政成本等也都同样存在。但相比之下,中国强制申报制度的收益较小,还面临其他的制度制约。

(一) 事前强制审查的特点

1. 较低的禁止和救济比例

从 2008 年 8 月中国《反垄断法》正式实施的十周年中,中国反垄断执法机构共审结经营者集中 2 437 件,审结交易总金额超过 40 万亿人民币。^[47]其中依法禁止可口可乐收购汇源、马士基等设立网络中心两案,附条件批准微软收购诺基亚、陶氏化学和杜邦合并等 37 件经营者集中案件。^[48]直接禁止的交易占总交易数量的 0.082%,进行救济的比例为 1.518%。二者相加也不过 1.60%左右。这意味着在现行审查方式下,超过 98%的集中交易不存在限制竞争的问题,或者未被发现存在限制竞争的问题。这一比例在绝对数值上和欧盟、美国差别不大。但数字上的接近是否就说明效果接近?

中国反垄断执法的相关信息不够透明,导致对于集中控制制度效果的研究匮乏,很难回答上述问题。但是,从几个侧面可以进行一定的分析:首先,市场竞争的完善程度。通常来说,市场越

[45] 相关数据均以美国、欧盟为例。

[46] 由于受限于执法机构的信息披露,在一定程度上中国的执法效果难以和欧盟、美国做直接对比。例如,中国缺失在申报审查中撤回案件的数据。

[47] 参见班娟娟:《“加强版”反垄断执法渐行渐近》,载《经济参考报》2018 年 11 月 9 日,第 2 版。

[48] 同上注。

为完善,那么市场机制更能发挥作用,集中对于市场竞争的影响程度会更低。总体而言,欧盟、美国在这方面要优于中国。其次,竞争执法水平和资源投入状况。欧盟、美国因为执法的历史更长,经验更为丰富,开发了目前世界上最为主流的分析工具,包括 HHI 指数、UPP 测试等等,在发现损害竞争的集中交易上无疑更为成熟。此外,其在预算、专业人员配置上的保障,也更利于发现损害竞争的行为,并进行相应救济。^[49] 因此,如果对照美国、欧盟的审查效果,中国的经营者集中审查过高的无条件通过比例说明存在假阴性的问题。此外,对于被禁止或附加条件的案件来说,是否准确地消除了损害竞争的后果也值得商榷。例如,中国禁止的第一个经营者集中案件是可口可乐收购汇源果汁案,^[50]但该案不管是从分析所采用的理论工具,还是从最后的结果来看,都很难说有必要完全禁止。

2. 行为性救济的偏爱

从理论上而言,结构性救济更适合事前救济,并且可以避免事后的持续监管。中国经营者集中案件中的结构性救济主要是剥离业务、^[51]剥离股权,^[52]这两种方式都可以在事前完成后免除持续的监管。因此,从强制申报制度构建的目的来说,结构性救济方式更为契合。但中国更倾向于行为性救济。截至 2019 年 6 月,^[53]在全部公开的案件中,中国反垄断执法机构进行救济的案件有 37 个。其中 20 个案件采用了纯粹的行为性救济,有 10 个案件同时采用了行为性救济和结构性救济,7 个案件采用了纯粹结构性救济。^[54] 这凸显出中国反垄断执法机构对于行为性救济的偏爱。行为性救济的具体类型也较为丰富,包括非歧视性条款、^[55]开放承诺、^[56]禁止捆绑销售、^[57]股权增持限制^[58]等。但行为性救济需要反垄断执法机构进行持续监管,以保证企业对承诺的遵守。更重要的是,行为性救济和反垄断事后审查机制差异不大。特别是非歧视性、禁止捆绑等尤其典型。因此,在中国反垄断执法机构特别偏好行为性救济的情况下,事前审查的必要性及收益会进一步降低。

3. 威慑收益的丧失

威慑效果是强制审查的重要收益之一。但中国经营者集中强制审查的威慑力欠缺使得强制审查的收益大大丧失。如前文所言,威慑效果建立在发现损害竞争交易的准确性,以及对未申报交易的严厉处罚的基础上。中国经营者集中申报很高的通过率在很大程度上已经降低了威慑效果——虽然没有直接的证据表明有假阴性错误。与此同时,对未申报交易的处罚过松则更为显著地降低了威慑效果。尽管法律规定达到申报门槛的企业都有申报的义务,但现实中,交易方要么

[49] 参见李剑:《中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服》,载《法学家》2018年第1期,第89页。

[50] 商务部公告 2009 年第 22 号。

[51] 如陶氏化学并购杜邦公司,商务部公告 2017 年第 25 号。

[52] 如加阳公司与萨斯喀彻温钾肥公司合并,商务部公告 2017 年第 75 号。

[53] 最后查询时间为 2019 年 6 月 27 日。

[54] 2018 年共有 4 个附条件批准案件,但目前能够查询到文书的只有拜耳股份公司收购孟山都一案,商务部公告 2018 年第 31 号。根据新闻报道,另外 3 个案件中 1 个是行为救济,2 个同时采用了行为、结构救济。参见《2018 年中国反垄断执法回顾——经营者集中篇》,载 lexology 网 2019 年 1 月 11 日, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a6578c2a-5597-483b-a5f1-ac0ce09a7b63>。

[55] 如惠普公司收购三星电子部分业务案,商务部公告 2017 年第 58 号。

[56] 如微软公司收购诺基亚公司的设备和服务业务案,商务部公告 2014 年第 24 号。

[57] 如默克公司收购安智电子材料公司案,商务部公告 2014 年第 30 号。

[58] 如英博啤酒公司收购 AB 啤酒公司案,商务部公告 2008 年第 95 号。

因为对反垄断合规投入不足而不知道要申报；要么基于对违法成本与收益的评估而主动不申报。当法律实施的威慑力不足时，交易方会通过主动承担违法成本来实现更大的利益，包括交易的尽快完成、节省申报费用以及逃避对具有排除、限制竞争效果的集中交易的阻止等。这在中国经营者集中申报的实践中得到了充分的体现。

从2014年第一起未申报而处罚的案件开始，^[59]反垄断法实施的前十年共有25个相关处罚案件。这些处罚案件反映了几个方面的特点：首先，这25个案件中，因为强制申报审查程序而由反垄断执法机构发现未申报的案件为14个，^[60]第三方举报未申报的案件为11个。超过40%的案件反垄断执法机构实际上无法监控。即便是通过审查程序发现的未申报交易，也有不少是企业主动申请补报才得以发现的。例如，大得控股与吉林四长在2011年就违反事先申报实施集中，是最早发生或发现的此类案件，但直到2015年才被立案审查，^[61]且是通过主动申请补报才得以发现的。最近互联网领域反垄断力度增强，集中查处了一批互联网企业未申报的处罚案件，部分案件追溯的交易较早，例如，2014年6月阿里网络取得广州恒大足球50%的股权的交易。^[62]但这在很大程度上同样说明执法机构在发现和查处未申报案件上的不足，未申报案件数量较多。

其次，处罚力度过小。所有的25个案件中，对单个未申报企业的罚款额度都未超过30万元。^[63]这一定程度上是因为《反垄断法》设置的最高罚款金额50万元上限太低，应对不同的情形时需要以不同的罚款额度来予以区分。但《反垄断法》也同时规定了“反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态”这样的严厉措施，^[64]只是所有的案件中都未采用。^[65]因此，从威慑效果来说，低数额的罚款会导致更多企业不进行申报，再加上缺少事后查处机制，会形成显著的“假阴性”错误。^[66]

（二）制度运行中的特殊问题

中国的强制申报制度运行中也包含了前述的各种成本。例如，按照中国现行的申报标准，经

[59] 商法函[2014]788号。该案尽管在2014年被查处，但集中交易发生于2011年。原商务部查处的未申报案件都有一定的滞后性。商务部2011年才颁布《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》，并于2012年2月才开始正式实施。

[60] 主要是相关企业的交易分阶段实施（如，韩国奥瑟亚株式会社，商法函[2017]171号），或者设立合资企业之后又有集中交易[如，康明斯（中国）投资有限公司/襄阳康豪机电工程有限公司，商法函[2017]6号]。

[61] 商法函[2016]173号。

[62] 国市监处[2021]55号。

[63] 这一金额甚至远低于经营者集中案件申报中所支付的律师费。

[64] 《反垄断法》第48条。

[65] 不采用这一严厉措施的原因可能在于几个方面：一是因为恢复到集中前过于严厉，和罚款50万元之间缺少适中的处罚措施。二是因为中国目前无条件通过的交易的的比例非常高，如果因为没有申报而要求恢复到集中前的状态，但之后申报又无条件通过，则可能造成“不必要”的成本。三是大量查处的未申报案件的实际交易时间在好几年之前，企业组织结构、市场环境已经发生巨大改变，导致根本无法恢复到交易之前。四是强制申报就是要解决交易一旦完成没法拆分或者拆分成本特别高的问题，但中国反垄断法对未申报的处罚要求恢复到集中之前，这一规定明显和强制申报的出发点相违背。

[66] 如果要追溯中国《反垄断法》下经营者集中未申报案件的历史，最有名的当属2008年《反垄断法》实施之后的当年，中国联通和中国网通之间的合并，二者的营业额合计接近2000亿人民币。王毕强：《商务部：联通网通合并涉嫌违反〈反垄断法〉》，载《经济观察报》2009年5月1日，第3版。

营者集中只要达到两个标准之一就需要进行申报。^[67]即便对于金融行业有特殊的规定,^[68]但也难以解决统一的申报门槛所带来的错误成本问题。^[69]当然,在关注这些具有共性的成本的同时,也需要留意和分析中国强制申报制度的特殊性问题,这些问题更能引导我们对制度的反思。

1. 执法成本低但资源限制明显

2018年3月之前,经营者集中申报由商务部反垄断局负责。2018年3月实施的中央部委机构改革使得三个反垄断执法机构被合并,成立了国家市场监督管理总局。这一改革不仅直接影响到执法上的竞争格局,^[70]同时也影响到执法资源的分配。在机构改革之前,商务部反垄断局专门负责经营者集中审查。按照中央部委局级单位的设置,有大概40人左右的执法人员。^[71]相比于每年需要审查的案件数量,商务部反垄断局一直受到人力资源严重不足的困扰。^[72]尽管集中案件无条件通过率很高,但毕竟每个案件都需要审查之后才能得出结论。而经营者集中交易所涉行业非常广泛,部分案件要对竞争问题进行判断需要征求国务院相关主管部委的意见,并结合案件情况进行分析。2018年的机构改革之后,由于三个局级反垄断执法机构整合,^[73]人力资源不足的问题将更为突出。在此情形下,如何有效地将执法资源运用在最为有效的地方是必须要考虑的问题。

执法上的人力资源短缺导致了巨大的结案压力。2014年4月,商务部颁布了简易程序对案件进行分类审查。目前简易案件基本在初步审查阶段(30天)内审结,案件在初步审查阶段审结率较2008年提高85%以上,2017年案件平均审结时间较2013年缩短50%以上。^[74]但这种效率上的提高很快就被案件数量的增加抵消了大部分。2013年申报案件的数量为224件,^[75]

[67] 一是参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币;二是参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。

[68] 《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第3条:“……营业额的计算,应当考虑银行、保险、证券、期货等特殊行业、领域的实际情况,具体办法由国务院商务主管部门会同国务院有关部门制定。”2009年商务部等五部委共同制定了《金融业经营者集中申报营业额计算办法》。

[69] 例如,内蒙古自治区工商行政管理局调查的液化石油气案中(内工商竞争处字[2016]4号),三亚、荣美、现代三家公司将液化石油气公司各自转租给牛犇,由牛犇每月给付三家公司承包费每家公司每月各6万元,构成了经营者集中。虽然因为规模小未达到申报标准,但对当地的液化石油气市场竞争有严重影响。

[70] 参见前注[49],李剑文,第84页。

[71] 相关机构预算无法查询。

[72] 反垄断执法早期,复杂案件和简易案件均按照统一的标准进行审查,导致大部分案件的审查决定时间需要四个月或者五个月,甚至出现过临近审查期结束还要求当事人补充申报材料的情况。参见王晓晔:《我国反垄断法中的经营者集中控制:成就与挑战》,载《法学评论》2017年第2期,第17页。

[73] 原国家工商总局反垄断与反不正当竞争局,原国家发改委价格监督与反垄断局以及原商务部反垄断局在合并之后相关职能被重新组合,原执法力量被归属到新成立的价格监督检查和反不正当竞争局(规范直销与打击传销办公室)和反垄断局。

[74] 参见甘霖:《在第七届中国竞争政策论坛上的讲话》,载《中国价格监管与反垄断》2018年第8期,第6—8页。

[75] 《2013年商务部收到经营者集中反垄断申报同比增8%》,载大公财经网,<http://finance.takungpao.com/q/2014/0227/2309310.html>。

而到了2017年,申报案件的数量达到了402件,^[76]提高了79.5%。更重要的是,在人力资源投入不变的情况下,由于案件数量的增加,投入到每一个案件中的资源必然下降。因此,不仅应看到案件审结时间缩短带来的成本节省,还应看到由此可能导致的假阴性错误的增加。而且,正是面临诸多的限制,导致单纯从制度内部进行改良可能很难达到目的,而需要有另外的思路。^[77]

2. 缺少错误成本的纠正机制

由于强制申报往往采用统一的申报门槛,现实中必定有不符合申报标准,但可能严重影响相关市场的竞争的交易仍然需要通过审查来予以禁止或救济。对此通常有两个方面的措施予以应对:一是赋予反垄断执法机构主动调查的权力,其可以自主决定对于未达到申报标准的集中交易进行审查。二是赋予反垄断执法机构对已经完成的集中交易进行查处的权力。中国《反垄断法》也有类似为弥补申报时的错误成本而进行的制度安排,^[78]但比较可惜的是,法律实施以来并没有多少主动调查的案件。^[79]唯一的例外是滴滴对优步中国的收购一案。^[80]这很大程度上是因为反垄断执法机构有限的执法资源所带来的限制,毕竟对符合申报门槛的交易的审查已经非常吃力。但由此带来的后果无疑是制约了对于假阴性错误的纠正。

此外,诉讼机制也未能发挥纠正错误的作用。美国因为制度原因所有对集中进行挑战的案件都要进入司法程序,由法院最后裁决。^[81]而欧盟也有大量诉讼案件,并且有欧盟法院改变结果的案例。但中国迄今为止没有针对经营者集中审查结果的诉讼案件。^[82]

3. 关联制度带来的影响

中国反垄断执法机构在经营者集中审查中对行为性救济的偏好还涉及关联性制度的定位与相互关系。欧盟、美国偏好结构性救济主要考虑到了结构性救济的监管成本,但这一偏好和欧盟、美国对于单方行为的规制逻辑也关系密切。例如,在对超高定价的规制上有两种基本模式:一是以美国为代表的放任模式,即认为对于超高定价不需要规制。^[83]二是以欧盟为代表的积极模式,认可对于超高定价的规制。但即便是欧盟,实际上查处的超高定价案

[76] 《国家市场监督管理总局:提高经营者集中案件的审查效率》,载新华网,http://www.xinhuanet.com/fortune/2018-11/16/c_1123725058.htm.

[77] 这在下文中将详细论述。

[78] 《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第4条规定:“经营者集中未达到本规定第三条规定的申报标准,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,国务院商务主管部门应当依法进行调查。”

[79] 事实上对于互联网领域中的多次集中交易,如携程与去哪儿,土豆与优酷等,都有舆论认为需要审查,但这些案件反垄断执法机构都没有主动介入调查。

[80] 商务部于2016年8月对滴滴与优步中国合并立案进行反垄断调查,迄今仍未有审查结果。

[81] 严格通过法院进行集中控制也存在一些问题。从美国的案件来看,虽然在占90%左右的绝大多数案件中,竞争执法机构都从法院获得了希望的结果,但通过这一方式禁止集中也带来了几个问题:第一,法院需要比较长的时间来解决诉讼,这一期间平均为5到6年。第二,竞争执法机构用于改善竞争问题的救济方式,适用到已经完成的集中企业上通常没有效果。See Gonzalez & Benitez, *supra* note [19].

[82] 这在一定程度上也是信息不公开带来的额外成本。第三方机构无法获得足够的信息来对反垄断执法机构的审查结果发起挑战,从而减少错误成本。

[83] See Michal Gal, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly?* 49 Antitrust Bulletin 343 (Spring 2004).

件也非常有限。^[84] 超高定价带来的福利损失和价格卡特尔相同,^[85]放任或有限规制的原因在于实际操作层面很难把握价格基准并进行干预。在此情况下,经营者集中则通告事前的预测性控制手段,能够以行为救济的方式来解决这些问题。如,在交易之初就对价格上限设定门槛,或者对价格变动进行承诺。相比之下,中国反垄断法在对待超高定价时似乎并未受到困扰,著名的高通案就是典型的超高定价案件。^[86] 此外还有湖北省物价局对5家天然气公司超高定价的处罚,^[87]原国家发改委价格监督检查与反垄断局对新赛科公司、汉德威公司原料药价格上涨的处罚,^[88]以及法院审理的华为诉 IDC 案^[89]等案件,都认定了相关企业滥用市场支配地位构成超高定价。因此,如果事后的价格规制得以实施,那么通过事前审查以避免直接干预价格的必要性就值得质疑。

四、反垄断强制审查制度的变革路径

中国的经营者集中审查制度已经运行十三年,尽管审查了大量案件,但在制度运行的收益与成本方面仍需要反思。特别是制度成本具有重要的制度设计、构建上的意义。^[90] 因为制度运行成本的存在,在分析相关制度有效性时至少需要考虑三方面的效果:一是在该制度的基本框架内考虑如何提高收益,降低成本;二是构建替代性制度,以新的制度设计来实现更优的收益与成本的对比;三是取消该制度。目前的研究更多的是考虑第一种情况,具体措施包括改进申报门槛及执法程序、^[91]提高透明度以减少寻租带来的成本等。^[92] 而反垄断执法机构在过去的十余年中实际上也在不断改善制度。例如,推出了简易程序以减少等待时间,^[93]对未申报交易的处罚^[94]等。这些措施无疑都是改进强制申报制度中收益与成本的有益举措,但这些措施也都是在既定的强制

[84] 欧盟查处的案件为: *Sierna v Eda* 1971 ECR 69; *Case 26/75 General Motors v Commission* 1975 ECR 1367; *Case 27/76 United Brands v Commission* 1978 ECR 207; *Case 30/87 Corinne Bodson v Pompes Funebres* 1998 ECR 2479; *Case 110/99 Lucazeau v SACEM* 1989 ECR 2811; also see Commission decisions: *COMP/C-1/36.915 British Post office v. Deutche Post AG* 2001 OJ L331/40, *COMP/A 36.568/D3 - Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, 23 July 2004.

[85] 如果从反垄断经济学的角度来看,拥有市场支配地位的独占企业提高价格,和几个竞争性企业联合制定价格卡特尔共同提高产品价格,在造成社会福利损失这一本质上没有差别。(当然,由于价格卡特尔需要相互协商、监督和进行惩罚,通常会造更多一些的社会福利损失。)

[86] 发改办价监处罚〔2015〕1号。

[87] 该案只有处罚的新闻,并没有公开处罚意见书。参见《湖北省物价局对5家天然气公司价格垄断行为进行处罚》,载新华网, http://www.xinhuanet.com/politics/2016-07/12/c_129137987.htm。

[88] 该案只有处罚的新闻,并没有公开处罚意见书。参见《新赛科公司、汉德威公司因原料药价格垄断行为被依法处罚》,载中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2017-07/31/content_5214975.htm。

[89] 华为诉 IDC 案,深圳市中级人民法院民事判决书(2011)深中法知民初字第858号;广东省高级人民法院民事判决书(2013)粤高法民三终字第306号。

[90] 在面对公众时,反垄断执法机构往往更多地强调执法成绩(收益),这固然能够提升机构威信和公众信任度,但也会屏蔽掉对制度合理性的反思。

[91] 参见王中美:《经济理性与法学逻辑的融会贯通——中国反垄断并购审查实体标准与程序的得与失》,载《现代法学》2011年第2期,第70页。

[92] 参见袁日新:《经营者集中反垄断执法的透明度:域外经验与中国选择》,载《理论界》2015年第7期,第74—82页。

[93] 2014年4月18日商务部反垄断局公布了《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》。

[94] 2011年12月30日商务部公布了《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》。

申报制度框架下的完善。如果跳出既定制度则会发现，在成本—收益分析下还有另外的可能。这对中国这样制度移植的国家来说尤其具有意义，因为这意味着重新审视制度合理性，以及摆脱路径依赖的可能性。即便这一改变在现有的制度体系下很难得到实现，仍然具有分析与理解上的价值。

（一）从强制申报到自愿申报

自愿申报是企业基于对经营者集中交易可能产生的竞争效果的判断，由企业自己决定是否申报，并由反垄断执法机构进行审查。强制申报和自愿申报有两个主要的差异：^{〔95〕}第一，自愿申报下申报方提供了关于集中交易的私人信息，反垄断执法机构可以在最终的执法中利用这些信息。交易方之所以选择申报是因为他们对于交易是否限制竞争没有足够的信心；不申报则可能说明交易方对于交易没有限制竞争具有信心，他们宁愿面对执法机构的挑战。而强制申报则剥夺了这种信号。第二，在强制申报下交易方有机会在集中交易完成前和执法机构进行协商，从而避免昂贵的诉讼。而协商可能产生更高的社会福利，这是强制申报最主要的合理性和潜在的收益。如果从执法机构的角度来说，自愿申报相比于强制申报有两个主要的优势：^{〔96〕}一是允许竞争执法机构直接选择要调查的集中交易；二是因为事后的监督行为，只需要更少的资源来审查一些集中交易。相比强制申报，自愿申报体系下需要反垄断执法机构审查的交易数量更低。例如，英国差不多一半的集中交易并没有申报。^{〔97〕}

也正是因为自愿申报制度所具有的这些优势，澳大利亚、英国、新西兰等国家都采用了自愿申报，并且制度运行取得了一定的成效。有学者的研究发现，澳大利亚的自愿申报系统对于整个集中审查做了正确的筛选。^{〔98〕} 相比于由竞争执法机构发起的调查的案件，更多的资源用于那些自我申报的案件，这表明在分析上更复杂的案件由企业自愿提交，很好地实现了自我选择机制准确进行筛选的目的。^{〔99〕} 还有研究发现，“其他条件都相同时，自愿申报机制国家的反垄断政策有效性指数比强制申报机制国家平均高出 0.43”。^{〔100〕} “据统计，以往各国绝大部分的申报最终都得到了反垄断机构的批准，这就意味着申报制度要发挥的作用更多应是震慑性的，而不是真正要逐一去审查拟实施的并购。这种情况下，赋予企业自我选择权，同时做出可信承诺，对限制竞争并购加大制裁力度，政策效果可能更好。”^{〔101〕}

当然，自愿申报并不仅仅在于让企业自己决定是否申报，其制度效能的发挥还依赖于反垄断法体系对于应主动申报而未申报的惩罚能力，以及对于已经完成，但可能限制竞争的集中的快速反应能力。^{〔102〕} 很多实施自愿申报制度的国家都规定了不申报的法律后果，以此强化企业主动申报的激励。如果从规制理论的角度来说，自愿申报实际上是元规制的一种形式。反垄断法也是规

〔95〕 See Chongwoo Choe & Chander Shekhar, *Compulsory or Voluntary Pre-merger Notification? Theory and Some Evidence*, 28 International Journal of Industrial Organization 11 (2010).

〔96〕 See Andreea Cosnita-Langlais & Jean-Philippe Tropeano, *Better Safe than Sorry? Ex Ante vs. Ex Post Merger Control*, Paris School of Economics (June 18 2020), <https://www.parisschoolofeconomics.eu/docs/tropeano-jean-philippe/eaep-subm-jie.pdf>.

〔97〕 Ibid.

〔98〕 See C. Shekhar, & P. Williams, *Should the Pre-Notification of Mergers Be Compulsory in Australia*, 37(4) The Australian Economic Review 383 (2004).

〔99〕 Ibid.

〔100〕 董维刚、张昕竹：《并购申报制度政策效应的实证分析》，载《财贸研究》2009年第5期，第128页。

〔101〕 同上注。

〔102〕 See Gonzalez & Benitez, *supra* note [19].

制的一种形式。传统对规制的理解强调两种相互对立的情形：自由与控制。政府可以把裁量权完全留给企业，任由其根据自身利益运营；或剥夺企业的裁量权，以制裁措施为威胁，来实施规制，以实现企业利益和社会利益的一致。^[103]

回到收益与成本的角度，自愿申报会产生和强制申报不一样的收益与成本。尽管无法量化这种差异，但从定性的角度，将相比于强制申报的收益与成本列举如下：

表 2 自愿申报制度的收益与成本对比

主要收益	显著性	主要成本	显著性
1. 禁止对竞争有排除、限制效果的交易	高	1. 错误成本 (1) 申报上的错误成本 (2) 实质审查中的错误成本 (3) 威慑效果上的错误成本	假阴性减少 相同 假阴性增多
2. 对有排除、限制竞争效果的交易进行救济，消除或减弱对竞争的影响	相同	2. 案件调查成本 (1) 行政成本 (2) 企业合规成本 (3) 申报成本 (4) 救济成本	更低 相同 更低 相同
3. 威慑潜在的排除、限制竞争的集中交易	更低	3. 其他成本 (1) 交易停滞带来的成本 (2) 寻租成本 (3) 立法成本	更低 更低 相同

通过上述对比可以看到，如果合理设计自愿申报制度，相比于强制申报制度，在威慑效果收益上会更低一些。因为信息不对称下通过事后调查来发现未申报的经营者集中仍然面临一定的挑战。这在强制申报下也同样存在。例如，即便在美国，其他的私人参与方也很少对执法机构允许的集中交易发起挑战。部分原因是执法机构总体上在区分有限制竞争效果的集中上工作到位，但另一方面也反映出私人参与方并没有从政府搜集的大量信息中获益，很难在交易通过之前发现问题并进行阻止。^[104] 但除此之外，自愿申报在很多方面的成本会更低。^[105] 因为自愿申报下需要反垄断执法机构进行审查的案件数量更少，与之相关的各种成本，如交易时滞、申报成本、行政成本等毫无疑问都会更显著降低。

中国现行强制申报制度的一个主要问题就在于威慑不足。那么，如果自愿申报制度仅仅是降低了威慑带来的收益，但与此同时能够获得显著的成本降低，转向自愿申报体系则是符合逻辑的一个选择。^[106] 当然，自愿申报还需要配套制度的跟进才能发挥功用。2009年11月21日商务部颁布的《经营者集中申报办法》第16条规定“经营者集中未达到《规定》第三条规定的申报标准，参与集中的经营者自愿提出经营者集中申报，商务部收到申报文件、资料后经审查认为有必要立案的，应当按照《反垄断法》的规定进行立案审查并做出决定”。有学者认为，这明确了中国对门槛以

^[103] 参见[英] 罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇：《牛津规制手册》，宋华琳、李鹤、安永康、卢超译，上海三联出版社2017年版，第163页。

^[104] See Elhaug & Geradin, *supra* note [20], at 916.

^[105] 当然，在合规成本等方面仍然和强制申报一致。

^[106] 这里当然要区分实然和应然的关系。在讨论自愿申报时，是以制度设计、执行相对到位的自愿申报制度作为基准，对比目前制度设计、执行存在一定偏差的强制申报制度。

下并购实施自愿申报机制。^{〔107〕}但是,因为对于门槛以下的集中交易来说,即便可能产生限制竞争的效果,如果不申报也完全没有相应的惩罚机制,而且商务部事实上也没有主动调查以增强威慑效果,因此并不能算是自愿申报机制。^{〔108〕}

作为全球最大的经济体之一,如果中国采用自愿申报还有一个好处,即可以通过搭欧盟、美国的便车来节省审查成本。因为对竞争最有影响的集中交易中,有相当部分是需要主要经济体都进行申报的跨国交易。如果欧盟、美国对相关交易进行禁止或救济,多半在中国也会有同样的问题。根据之前的研究,2013年之前的21个救济案件,有14个是至少同时在中国之外的欧盟或美国进行了申报,而这14个交易中,除3个外,中国反垄断执法机构得出审查结果都晚于美国或欧盟。^{〔109〕}转变到自愿申报后,因为审查的案件更少,搭便车带来的相对收益会更为明显。

(二) 取消事前审查

由于颁布了反垄断法的国家和地区基本都同时采纳了经营者集中审查制度,差异主要在于引发事前审查的方式是自愿申报还是强制申报,因此,基于制度运行的现实状况而言,取消事前审查这一选项在很大程度上被忽略了。特别是现有的集中审查是20世纪70年代美国创建之后而为世界其他国家或地区所仿效,从制度构建的角度来说,经历了从无到有的过程后要再回到没有申报审查的阶段无疑是对制度变革的否定,因而难以被接受。不过,从对中国现实的回应来说,这仍然是一个摆脱制度引进中先入为主观念的选项。因为从理论逻辑上来说,所有采用经营者集中申报审查制度的国家或地区,在制度创建或引入时就应当考虑其成本以及收益,只是这一问题被忽略了。

这里要强调的是,取消经营者集中审查可能会被解读为对反垄断执法机构的工作的否定。但是,客观地说,竞争执法的效果在很大程度上受到制度初始的设计的限制。而这里主要是一种理论性的探讨。取消事前审查会产生的显著问题和经营者集中申报制度的目的密切相关:首先,无法在事前防止排除、限制竞争的交易达成,使得事后的规制要么不可能,要么成本高昂。其次,无法实现威慑效果,以阻止排除、限制竞争的集中交易的达成。这种威慑效果还有制度替代意义上的效果。对于竞争所产生的显著的限制竞争效果,卡特尔协议被几乎所有国家和地区的反垄断法所禁止。但如果横向的经营者集中不被禁止,那么部分协议就会通过集中的方式来规避反垄断法的规制,从而使得对卡特尔的规制被部分规避。当然,在这两个集中审查制度的目的不能实现的同时,取消事前审查的好处在于可以节省大量和申报、审查相关的成本,包括制定一系列实体和程序性规范的成本。归纳起来,相比于强制审查,取消事前审查的收益与成本可以归纳如下:

表3 取消事前审查的收益与成本

主要收益	主要成本
1. 错误成本方面 (1) 减少实质审查上的假阳性 (2) 减少假阳性错误而导致的对良性交易的阻碍	1. 没有事前阻止排除、限制竞争的集中交易,增加了事后救济的工作量和难度。

〔107〕 参见彭树宏:《强制还是自愿?——企业并购申报机制研究》,载《产业经济评论》2010年第4辑,第55页。

〔108〕 中国实际上也有协商机制,企业可以在申报前进行咨询。但同样因为没有相应的惩罚机制而不能算是自愿申报制度的构成部分。

〔109〕 参见前注〔39〕,李俊峰文,第71—72页。

续表

主 要 收 益	主 要 成 本
2. 节省集中交易案件的审查成本 (1) 行政成本 (2) 企业合规成本 (3) 申报成本 (4) 事前救济成本	2. 威慑不足
3. 其他收益 (1) 没有交易停滞带来的成本 (2) 没有因申报而带来的寻租成本 (3) 不需要制定大量申报的配套规范	

严格说来,在没有足够数据支持时很难明确判断维持与取消经营者集中申报之间的优劣。因为禁止、救济集中交易,并产生合适的威慑所获得的收益可能并不能超过成本。反之亦然。这里仅提供了一个反思的路径。中国现有制度框架与实施效果下,必须要思考:即便强制申报审查制度下禁止和救济的所有案件都准确无误,强制申报制度是否达到了收益超过成本?也就是说,即便没有假阳性成本,为这30余个案件所支付的整体成本是否值得?定性上的对比对于中国制度变革仍然具有重要的参考价值。此外,结合前文对中国现实的分析,三个因素对于是否采取事前审查有特别意义:

1. 现有制度的威慑不足。现有制度下,威慑效果因为审查能力、执法资源有限等因素的存在而基本没有发挥作用,因此强制申报的主要收益减少了相当大的部分,制度运行的收益基本局限在明确禁止或救济的交易上,进而导致成本与收益之间的差值发生显著变化。

2. 如果提高威慑,带来的执法成本是否过高。在既定的申报门槛设定下,提高对于未申报交易的处罚,当然会促使以往不准备申报的交易提交申报,增加被禁止或附条件的交易数量,但这样一来会更加明显地增加需要申报的交易量,增加执法、合规与等待等方面的成本。

3. 部分救济措施并非完全需要事前实施。即便在事前禁止、救济具有排除、限制竞争效果的集中交易方面,中国强制申报制度的收益也没有达到理想状态。行为性救济占据相当比例,其中对于搭售、价格变动等方面的救济措施即便放在事后的执法、司法来进行也没有很大的困难。

因此,就现有的制度实施而言,中国强制申报制度的收益具有很大局限性。作为替代选项的自愿申报和取消强制申报所带来的收益与成本比就更为突出。特别是在中国反垄断执法机构进行了改革之后,整体上可以利用的执法资源更为有限的情况下,将这些资源投入到更有成效的领域或案件中,或许更能从整体上提升执法的效率。

五、结 语

经营者集中控制机制,特别是强制申报机制能够防患于未然,但这一收益并非没有代价。有学者就认为,反垄断执法机构会反对那些具有限制竞争效果以及减少福利的集中交易,但是,反垄断执法机构往往没有考虑反垄断程序的成本,如果这些成本超过了执法机构干预所带来的确定收益,那么集中控制制度是无效率的。^[110] 结合成本和收益来考虑强制申报制度是否存在变革的可

^[110] See Oliver Gürtler & Matthias Kräkel, *On the Inefficiency of Merger Control*, 102 *Economics Letters* 53 (2009).

能够更好地理解制度设计中所包含的逻辑。制度总是需要不断地反思，在经营者集中领域也同样如此。现行主流经营者集中制度也经历过不少变革。例如，过去的十年中就明显有一个从完全禁止的集中控制到以救济作为更优政策工具的转变。^[11] 中国在反垄断法领域的制度建设在很大程度上都是以美国、欧盟的相关制度作为参照而进行部分或整体的移植。毫无疑问，制度有其生长环境，对移植制度更需要打破成见，进行灵活调整，从而才有可能产生更符合中国制度环境的革新。^[12]

Abstract The compulsory notifications of mergers transactions under the framework of antitrust law aim to remedy anti-competitive harm by ex ante process. Such a mechanism brings prominent costs in addition to the benefits. It is thus necessary to evaluate both the costs and benefits to implement such a mechanism to see if there is an efficient alternative. The enforcement of China's merger control demonstrated insufficient benefits due to the low proportion of blocked and conditional approved cases and unsatisfactory deterrence effects. In the meanwhile, the costs to implement the compulsory mechanism in China is substantially larger, including high investigation costs, high opportunity costs associated with suspended merger transactions, and high notification costs. In comparison, the voluntary notification mechanism, though superficially producing less benefits in preventing anti-competitive mergers, can significantly save implementation costs. Given the limited administrative budget and the active ex post antitrust enforcement currently ongoing in China, the voluntary mechanism is advisable to be the most feasible option for the future reform.

Keywords Merger Control, Compulsory Notification, Voluntary Notification, Costs and Benefit

（责任编辑：黄韬）

^[11] 救济被视为具有外科手术的效果，能够有效处理集中带来的市场力量上的担忧，而不会破坏协同效应带来的效率。See Duso, Gugler & Yurtoglu, *supra* note [35], at 981.

^[12] 当然，经营者集中的事前审查有时候还有比较多的非反垄断法的因素的介入，例如国家或地区之间的政治考虑等。但这些因素因为超越了反垄断法而无法被纳入反垄断法体系中来考虑。如果将其作为政治工具，事实上也有违反反垄断法立法目的。