

[文章编号] 1672-7320(2010)06-0916-07

# 兼并审查自由裁量权的法律控制

张永忠

**[摘要]** 我国《反垄断法》赋予商务部在兼并审查上广泛的自由裁量权。由于缺乏有效的法律控制机制,商务部兼并审查的自由裁量权有在合法性的遮蔽下走向滥用,存在作出恣意、武断的不合理裁决的危险。完善兼并审查自由裁量权的法律控制制度,应该采取体系化的建构思路,实现从规则到原则的控制;设计参与式的程序规则,实现从公开到民主协商的控制;完善可问责的司法审查制度,实现从合法到“合理”的审查。

**[关键词]** 自由裁量权;兼并审查;合理性;法律控制

**[中图分类号]** DF21 **[文献标识码]** A

我国反垄断立法赋予执法机关对经营者集中的兼并审查拥有广泛的自由裁量权,这是由我国《反垄断法》自身的立法技术和法治状况所决定。一方面《反垄断法》相关术语本身具有不确定性,需要执法机关结合个案情况作出判断;另一方面,我国的《反垄断法》处于初创阶段,执法机关需要在比较“宽松”的法制环境下对新类型的案件“摸着石头过河”,因而立法者通过授权立法或暂不作出规定的方式给予执法部门广泛的自由裁量空间。

“可口可乐收购汇源案”是我国《反垄断法》实施后的第一例禁止兼并的案例,从法治实践层面为我们发现与反思兼并审查中的行政裁量问题提供了契机。本文将从我国《反垄断法》的法律文本出发,结合“可口可乐收购汇源案”,分析我国兼并审查自由裁量权的存在状况,检讨现有法律控制手段的不足并提出完善的法律对策,以合理规范执法机关的自由裁量权,促使执法机关自由裁量的结果逼近客观实际,提升裁量结果的合理性和可接受性。

## 一、兼并审查自由裁量权之考察

### (一)初步审查阶段的自由裁量

从企业按规定主动提出兼并审查申报到商务部作出实施进一步审查的决定,是经营者集中初步审查阶段。在此阶段,商务部享有要求企业补充相关材料和决定是否实施进一步审查的自由裁量权。

根据《反垄断法》第25条的规定,商务部作为反垄断执法机构,可以决定经营者申报集中需要提交的材料,可以要求经营者补充申报材料。补充什么材料、补充几次,完全属于执法部门的自由裁量。在“可口可乐收购汇源案”中,商务部在经过经营者四次补充材料后才对申报进行立案审查。补充材料上的自由裁量权如不加适当限制,将给当事人带来不确定的负担,并可能影响审查的效率。

商务部有权“对申报的经营者集中进行初步审查,作出是否实施进一步审查的决定”,但是初步审查的具体标准和内容是什么,或者审查到什么程度可以决定实施进一步审查,法律对此并不明确。在“可口可乐收购汇源案”中,商务部决定实施进一步审查的理由相当简单,是“此项集中规模较大、影响复

杂”。该理由不反映专业性审查的内容要求,令人不免质疑30天初步审查的效率和设置该程序的意义。

## (二)进一步审查阶段的自由裁量

在经营者集中的进一步审查阶段,商务部将评估兼并对国民经济,特别是对相关市场竞争结构的影响作用,然后据以作出是否禁止的决定。在此阶段,商务部拥有更多的裁量权。

### 1. 商务部享有要件裁量自由

商务部评估特定经营者集中案件的效果必须考虑法律规定的相关因素,不能考虑其他不相关的因素,这样才能使兼并审查符合立法的目的。但是,《反垄断法》关于经营者集中审查必须考虑因素的规定给予商务部较大的要件裁量自由:

首先,市场份额和市场集中度的确定是以相关市场的界定为前提的,而相关市场如何确定,现有的法律尚没有提供相关标准和规则,只能由商务部结合具体个案作出认定。在“可口可乐收购汇源案”的公告中,商务部似乎将相关市场确定为“中国果汁饮料市场”,但这个相关市场的确定依据、方法和考虑的因素由于属于自由裁量的范围,在公告里没有澄清,影响了反垄断执法的透明度和可接受度,也不能给其他经营者和法律工作者提供相关市场界定的法律指导。

其次,按照《反垄断法》的授权,商务部在开展兼并审查时可以自主决定应当考虑的其他影响市场竞争的因素。在“可口可乐收购汇源案”中,“汇源品牌对果汁饮料市场竞争产生的影响”被商务部认为是应当考虑的因素。但汇源品牌与竞争有何内在联系,如何测量影响作用,公告并没有说明,使得审查结果与考量因素的因果关系得不到合理的解释。

再次,由于经营者集中的要素效果评估实际上是关于兼并对未来经济(主要是市场竞争)影响的主观预测,并不具有客观的实在性。预测的过程和结果本身是一种主观的判断,有可能受到政策倾向、利益集团游说、民意等外在因素的干扰,不可避免存在“自由心证”。

### 2. 商务部享有效果裁量自由

商务部在处理经营者集中案件时,可以作出禁止或许可的决定。从《反垄断法》第28条的立法技术来看,立法对商务部在禁止和许可之间作出策略选择时,同样给予了自由裁量的空间。该条首先规定:“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。”这里,立法上选用了“应当”而不是“必须”的法律语言,表达了立法的指导倾向,因为带有规范词“应当”的法律规范尽管也是义务性规范,但也只是一种原则性的规定或一般要求,允许在执行中有一定的灵活性,允许例外和特殊情况存在。因此,立法紧接着作出但书的规定,即在“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”,商务部可以作出对经营者集中不予禁止。“可以”意味着立法的授权,表明商务部拥有选择的自由。即使经营者满足了法律规范所规定的证明要求,也不一定要给予许可。另外,“社会公共利益”具有不确定性,其解释与认定又给了商务部裁量的自由。显然,但书的规定给予商务部过大的自由裁量空间,会使经营者难以预期其证明效果和浪费证明所花费的成本。

被许可的经营者集中,商务部有权裁量决定是否附加减少集中不利影响的限制性条件。限制性条件的内容由商务部和经营者协商确定,此时商务部具有裁量的权力。《反垄断法》只是对不予禁止的具有排除、限制竞争效果的经营者集中规定了附加限制性条件的适用,但对拟禁止的经营者集中能否通过附加限制性条件使之减低排除竞争的影响,并最终允许该经营者集中问题,法律对此没有作出明确规定。在“可口可乐收购汇源案”中,商务部“创造性”地扩大其附加限制性条件谈判的适用范围,在可口可乐公司“不能证明其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”,因而应当依法作出禁止集中决定之前,仍然积极与可口可乐公司开展有关限制性条件的磋商。

综上,商务部作为兼并审查的执法机关拥有相当广泛的自由裁量权。对此,必须施加有效的制度控制,以防范权力的滥用。

## 二、兼并审查自由裁量权法律控制制度之检讨

### (一)法律控制的必要性

任何权力, 如果不受约束就有可能导致滥用。兼并审查中执法部门享有如此广泛的自由裁量权力, 如果缺乏有效的法律控制机制, 将可能产生以下几方面的问题:

第一, 执法主体不合理权衡相关因素, 降低执法结果的可接受性。《反垄断法》授予商务部拥有兼并审查的自由裁量权, 目的在于使执法者能够不受成文法固有的局限性的约束, 实现个案公平合理。法律是相对稳定的, 而具体情况是千变万化的, 立法者事先不可能把具体情况考虑得面面俱到, 这就要求执法人员在裁判案件时要通盘考虑立法者无法预见或已经预见但不便以法律条文去规范的各种具体情况。对各种因素的考虑应该是合理的, 既要区分主次, 也不能过分强调或放大某一因素而忽略其他相关因素; 在作出选择时, 必须遵循法律设置自由裁量权的目的, 而不能考虑与竞争不相关的其他因素。例如, 在“可口可乐收购汇源案”中, 市场竞争、经济安全与发展等因素必须考量, 而经济危机背景、民族品牌保护等因素就应该忽略。否则, 行政自由裁量权就会被滥用, 裁决结果的合理性就会遭受质疑。

第二, 执法主体滥用行政权力, 损害兼并企业的利益。行政自由裁量权力可以为执法主体滥用行政权力提供便利, 加重兼并企业的负担, 损害其合法权益。如, 补充兼并审查材料如果没有必要的法律限制, 兼并企业将疲于应付, 耗费大量资源。

第三, 执法主体不遵循先例, 无法形成合理的行为预期。在“可口可乐收购汇源案”中, 商务部在其公告中就其听取利益相关主体意见、对拟禁止的集中开展附加限制性条件的商谈过程做了详尽的介绍, 而听取意见、商谈程序实际上并不是法定要求。那么, 这些“创造性”的自由裁量行为对以后类似案子是否有执法“先例”的效力, 拘束后续的执法行动呢? 如果没有, 将会使得潜在经营者、法律工作者不能形成合理的行为预期, 不能采取理性的行为策略, 也会导致个案间的不公和歧视。

综上, 从法治的角度来看, 任何行政行为都要受到法律的控制、治理, 裁量性的行政行为也不例外。自由裁量权不应是专断的、含糊不清的、捉摸不定的权力, 而应是法定的、有一定之规的权力<sup>[1]</sup> (第 568 页)。法律控制自由裁量权的行使并不是要遏制、消灭裁量行政, 而是要防止裁量行为走向恣意和滥用, 保护相对人的合法权益, 确保执法机关公平合理地执行法律, 提升执法结果在法律实施中的可接受性。

### (二)现有的控制途径

我国反垄断立法对兼并审查自由裁量权的控制方式主要有三种: 其一是规则控制, 其二是程序控制, 其三是司法审查控制。

对行政裁量权进行控制的最简单技术, 就是通过制定具体的细化规则来压缩甚至取消自由裁量空间, 规则越明确、越具体, 裁量的余地就越小<sup>[2]</sup> (第 44 页)。我国现行的反垄断立法努力为自由裁量权的行使设定一系列具体化、操作性的约束性规则, 其中, 相当一部分是以裁量“标准”、“要素”、适用“情形”的形式出现, 如《国务院关于经营者集中申报标准的规定》、《反垄断法》第 27 条兼并审查考虑因素的规定, 等等。也有少量义务性规则明确取消自由裁量的适用, 如《反垄断法》第 31 条关于对外资并购进行安全审查的规定。

程序的控制是指对执法者在兼并审查自由裁量权的行使方式、步骤、顺序、时限作出规范, 以此控制自由裁量权不被滥用。我国反垄断法已经确立了兼并审查的基本程序: “申报——立案——初步审查——进一步审查——裁决”, 为控制自由裁量的恣意和武断提供了基本的制度框架。在该程序设计中, 严格贯彻行政透明度原则, 确立了书面通知制度、禁止集中需说明理由制度和社会公告制度。这些制度可以使审查行为置于行政相对人和社会公众的监督之下, 减少审查过程中的权力滥用, 并提升裁量过程的理性化水平。

司法审查是在审判和行政分权的基础上, 通过司法机关审查行政自由裁量行为的合法性, 对自由裁量权是否滥用进行事后的监控和校正。根据我国《行政诉讼法》第 3 条、第 54 条和《反垄断法》第 53 条

的规定, 人民法院可以对经营者集中审查中执法机关作出的决定是否合法、是否属于滥用职权进行司法审查, 判决撤销或者部分撤销, 并判决重新作出具体行政行为。

### (三) 现有控制模式的不足

尽管我国已经初步确立了事前、事中、事后控制兼审查自由裁量权的法律框架, 即规则控制侧重事前的控制, 程序控制强调权力运作过程的控制, 司法审查是事后的监督控制, 但该控制模式存在以下的不足:

第一, 从整合的角度来看, 规则、程序与司法审查等诸多控制方式之间缺乏有效地整合机制。具体而言, 规则、程序分别侧重权力控制的实体方面和程序方面, 并都对权力运作的合理性裁量空间作出了限制, 而司法审查只是合法性审查。单纯强调合法性审查, 既不利于保护兼并企业的合法权益, 也不利于有效约束自由裁量权的行使, 有必要将某些合理性的问题上升到合法性的高度, 使之获得司法审查的可能, 实现规则、程序控制与司法审查的有效联通, 避免各机构在控制自由裁量权时各自为政, 无法保证全过程的控制。

第二, 从控制系统的发生领域来看, 我国《反垄断法》对自由裁量权的控制局限于公权力系统, 是一种立法机关、执法机关和司法机关的合作性权力控制模式。权力系统之外的利益相关者和普通民众如何参与权力运作系统, 行使宪法所赋予的社会经济事务管理的参与权, 实现权利对权力的合理限制和制约, 现有的控制模式缺乏应有的制度设计。

第三, 从控制主体作用的发挥来看, 现有的控制模式是立法机关主导型的, 执法机关的行政自制和司法机关的审查监督尚未充分发挥作用。反垄断法体系中, 典型的失败之处并非表现为立法机构制定的法规因为用词模糊而赋予执法机关过大的自由裁量权, 而是反垄断机构未能及时行使其规则制定权, 以此澄清法律条文的确切含义<sup>[3]</sup> (第62页)。其实, 对于立法机关的相关授权, 执法机关必须加快标准和规则的制定; 对于立法中的不确定概念, 执法机关必须在个案中予以澄清, 甚至需要及时提供执法的指南。司法是保证公正的最后一条防线, 除了法律明确行政终局裁决的以外, 行政执法都应该接受司法机关的审查。遗憾的是, 我国没有反垄断司法审查的先例, 更没有兼并司法审查的配套规则。

## 三、兼并审查自由裁量权法律控制制度之完善

### (一) 体系化的建构思路: 从规则到原则的控制

面对反垄断法的不确定性和广泛的自由裁量空间, 执法机关和司法机关在适用法律的过程中如何明确相关标准, 细化相关规则, 协调和统一执法与司法的关系, 迫切需要共同、权威的法律指引和规范。原则的控制可以完成这一使命。原则的控制实质是确立一种最高界限, 一切自由裁量权均不得超越这一界限。原则具有抽象性、弹性, 因而原则控制是使一切必要的自由裁量权均控制在某一确定的基本容许范围之内, 这样既可以为控制自由裁量权的行使划定基本框架, 提供指引, 又可以使执法者保留一定的判断余地和斟酌、选择空间, 不会过分抑制行动者应对复杂多样现实的能动性。同时, 原则的效力高于具体规则, 可以成为具体规则制定的标准, 也可以成为司法审查行政裁量的准则, 是行政和司法统一适用的依据。

原则可以在实定法中明确规定, 也可以通过归纳相关法律规则获得。我国反垄断法虽尚未明文规定兼并审查所应当遵循的原则性规定, 但是从《反垄断法》第1条的立法目的、第3条第3项经营者集中垄断行为的界定以及第4章经营者集中的具体规定可以归纳出兼并审查必须遵循“预防和制止(具有或者可能具有排除、限制竞争效果的)经营者集中”的原则。该原则体现我国反垄断法预防和制止垄断的目的, 要求执法者的兼并审查虽然可以便宜行事但必须合乎法律目的。根据这一原则, 同时结合行政合理性的一般原则要求, 以后兼并审查裁量规则的制定和法律适用应当贯彻合目的性和合理性的标准。其中, 合目的性是不可逾越的裁量界限, 裁量行为一旦其合理限度被突破, 达到违反法律目的的程度就应当予以制止

从完善规范体系的角度出发,除了为兼并审查建构原则外,还需要在该原则的指导之下加快制定有效控制执法机构自由裁量权的规则。反垄断法涉及的各方主体,无论是立法机关、法院还是企业,都希望反垄断法执行机关能够及时行使规则制定权,实现行政自制。反垄断执行机关应该针对自由裁量的不同起因,采取有效的因应方案。对于立法中的不确定概念(如相关市场)导致的自由裁量,执法机关可以通过发布指南或者出台政策声明,解释概念的内涵并廓清其外延,厘定认定相关法律事实的标准和方法,甚至可以通过发布典型个案的裁决意见补充、修正对概念的理解。针对立法授权而导致的自由裁量,一方面必须通过制定补充规则,提供明确的规范指引,压缩甚至消除不必要的自由裁量空间,如申报文件和申报书载明事项必须予以明确;另一方面对执法中需要个案便宜裁决的,也必须完善内控程序,厘定标准,防止裁量的武断和恣意,有效的措施包括但不限于进一步推进审查的公开化,完善调查和审查分离的机制,规定相应的审查标准,避免出现所谓“规模较大、影响复杂”之类的脱离执法目的的随意说理。针对立法空白而导致的自由裁量,可以在实践中根据合目的性和合理性的要求逐步完善相关的规则。例如,就补充材料的裁量控制而言,为查清案情,防止垄断,需要给予商务部裁量的空间,但从合理的角度,要求补充证据材料的次数不应过多,可以确定为三次。从保护信赖利益和行政自制出发,执法中已经确立的先例规则应当对以后的个案有拘束力,避免执法活动出现不可预期的问题。

表 1 裁量原因与解决方案简表

裁量的产生原因	裁量内容	解决方案
不确定的法律概念	A 20 控制权和决定性影响 A 27 审查考虑因素(如相关市场、控制力)的概念不确定性 A 28 社会公共利益	解释概念 厘定标准 确定法律事实认定方法 遵循先例
立法授权	A 21 授权国务院确定申报标准 A 23 授权反垄断执行机构确定申报文件和申报书载明事项 A 24 授权反垄断执行机构确定补充材料的期限 A 25 授权进一步审查的决定裁量 A 26 授权是否禁止的决定裁量 A 27 授权反垄断法执行机构确定审查考虑的因素 A 28 授权对特定集中不予禁止的决定裁量 A 29 授权附加限制性条件的决定裁量	细化规则 完善程序 厘定标准
立法的空白	要求补充材料的次数 是否应该听取相关意见 限制性条件扩大适用的决定裁量	细化规则 遵循先例

## (二)参与式的程序设计:从公开走向民主协商

对自由裁量权的程序控制首先应该使执法过程实现公开、透明。具体而言,行政主体在行使行政权力的过程中,应当依法将行使行政裁量权的依据、标准、条件、决策过程和选择结果向兼并企业和社会公众公开。反垄断法律可以因此以“看得见”的方式(通过向公众发布裁决意见和政策声明)得以澄清和发展,执法机关的裁量行动也可以受到广泛的社会监督。

行政决定的权威性必须建立在“正当性”而非“强权”的基础之上,仅有行政单向度的公开并不能确保裁量结果的合理性和可接受性。兼并审查的裁量过程涉及到各种错综复杂的利益冲突,如兼并与企业、国家、竞争者、消费者等的利益冲突。唯有通过各种利益沟通的方式,充分协调各种利益关系,才能实现各种利益之间的“均衡”,以保证审查决定的“合理性”,体现个案的实质主义<sup>[4]</sup>(第 74 页)。因此,反垄断案件中裁量合理性的获得应该是多方主体意见沟通、利益协调、科学论证的互动结果。

传统理论对模糊法律规则的阐释 对事实的认定要么赋予行政机关 要么赋予司法机关 而协商理

论则认为对模糊规则进行解读的任务不仅在于行政机关、法院, 而且还在于相对人、利益相关者。通过行政机关与相对人、利益相关者的协商达成一致, 行政裁量权也就自然而然的成为双方或多方所共享, 而非仅仅行政机关所独有。这样, 行政裁量权的行使就由传统的单方权力模式转变为互动的对话模式, 从主体行政转为为主体间的法律论证过程, 最终通过在行政机关与相对方以及其他相关人之间的协商、交流, 达成为大家所共同接受的方案<sup>[9]</sup> (第47页)。

为了提升裁量结果的合理性和可接受性, 有必要引入民主协商的理念, 进一步创新程序控制机制。第一, 加快利益代表机制的建立, 确保所有受兼并影响的利益在行政机关行使裁量权的过程中得到公平、有效的代表。只有受行政裁量权运行结果影响的利害关系人有权参与行政裁量权的运行过程, 表达自己的意见, 才能对行政裁量权运行结果的有效控制发挥作用。利益相关者往往是不特定的复数主体, 如消费者、中小企业、同行业的经营者。实践中, 单个主体在利益表达上缺乏积极性和代表性, 因此有必要确立消费者协会、行业协会、中小企业组织作为相关利益团体代表者的法律地位, 吸收它们参与执法过程, 表达意见。

第二, 加快民主协商机制的构建。一个有效的利益协调不仅要引导相关主体参与兼并审查过程中的事实认定和理由论证, 还应当明确其参与活动对行政决定的法律效果。而要达此目的, 就必须在行政裁量的过程中引入各种民主协商的机制, 使兼并企业和利益相关者可以充分地行政主体沟通、辩驳、对质、博弈, 让各自的主张在公开的程序中得到表达、确证和协调, 使自由裁量的结果建立在各种观点和理由的充分考量和妥协的基础上。在“可口可乐收购汇源案”中, 执法机关已经在法定程序之外创制了听取意见和磋商的方式进行利益的协商, 以后有必要将这些做法规范化、法制化, 使之成为一种固定的机制。而且, 对于比较复杂、争议较大的兼并案件还应当规定听证程序, 让调查人员、兼并企业、利益相关者代表参与进来, 保障裁决结果的公正、合理。

第三, 充分发挥和解的功能, 使之作为裁量过程中的重要结案方式。行政主体在与兼并企业进行协商之后, 应该寻找能够妥善解决问题的途径, 而不是任意决断。和解作为有效控制行政裁量的协商方式, 在兼并审查中可以大有作为。联邦德国《行政程序法》第55条的规定: “和解合同是通过相互让步来消除合理判断中的事实或者法律问题的不确定状态。”由于调查取证和科学预测的困难, 兼并审查中对兼并企业市场集中度和兼并效果的判断极有可能出现所谓的“事实状况或者法律观点的不确定状态”, 此时, 如果行政机关选择以和解的方式通过与兼并企业协商达成控制兼并的反限制竞争契约, 既可以节约行政资源, 提高裁量效率, 又可以大大减少对有效率兼并的恣意禁止, 使执法者与兼并企业实现共赢。我国反垄断法所规定的附加限制性条件的兼并许可, 就是这种和解的典型表现。为发挥和解的作用, 对于和解契约的订立、履行和监督需要进一步完善相关规则。

### (三) 可问责的司法保障: 从合法审查到“合理”审查

根据我国《行政诉讼法》的有关规定, 法院可以就兼并审查的合法性进行审查, 至于合理性审查, 只有在行政机关的不合理裁量构成滥用职权, 明显背离了预防和制止垄断的原则, 达到实质性不合法的程度时, 才可以进行有限度的审查。现有的合法性审查规则相当明确, 可以从主体、职权、程序等方面展开; 而兼并审查中滥用职权的合理性审查则无现成规则可循。要使得裁量行为可问责, 使得更加深入的司法审查成为可能, 就必须将司法审查的“合理性原则”予以具体化、规则化, 使之具有操作性。

第一, 关于事实认定的审查规则。对客观事实的法律评价上, 有可能存在着一定的裁量性<sup>[9]</sup> (第463页)。对于市场集中度、份额等事实认定, 由于需要专门技术性判断、裁量, 应该确立充分尊重行政主体判断的审查规则。但是, “专门技术性判断”也可能被泛化和滥用, 具有阻碍法院司法审查正常进行的危险。因此需要在尊重行政机关专业判断的基础上进行法律控制, 建议引入“正确推定规则”, 即一般情况下, 反垄断执法机构的事实认定应当被推定为正确, 除非该事实被强有力的证据所推翻。当事人主张执法机关事实认定错误的, 应当承担举证责任。

第二 关于要素判断的审查规则 对于反垄断执法主体的要素判断 应当审查其是否考虑了应当考

考虑的要素或价值,是否考虑了不应当考虑的要素或价值,是否存在要素次序错位和权重失衡等不正当考虑,从多角度审查裁量的合理性。只要执法机关考虑了所有相关因素,未受到任何无关因素的显著影响,按照权重顺序进行考虑,并在结合所有适当因素后得出并不显然错误的结论,自由裁量的滥用就可认定不存在。

第三,关于效果裁量理由说明的审查规则。反垄断执法机关作出禁止集中决定的,必须说明理由。理由说明既涉及实体内容,又关乎程序问题,因此,司法机关对理由说明的审查一方面必须以“事实为根据,法律为准绳”进行全面判断,遵循上述的事实认定和要素判断的规则。另一方面还必须从协商民主的程序要求出发,考察理由的作出是否认真听取了各方的意见和建议,并且有无作出回应。行政机关的理由说明义务是行政机关回应各方建议和意见的程序义务,理由说明的内容也就应该包括行政机关回应各方的论证意见,这样协商民主程序所欲达到的避免和防止裁量结果恣意武断的目的才能实现。

#### 四、结 语

作为“经济宪法”的反垄断法的实施离不开执法者的主动、积极行政。兼并审查自由裁量权的存在,为商务部便宜执法,能动解决复杂、疑难的经营者集中案件提供了权力基础。但自由裁量权力的存在不可避免会使得行政合理性的问题愈发的凸显,这需要法律积极给予回应并实施有效的控制。

#### [参 考 文 献]

- [1] [美] 伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,北京:群众出版社1986年版。
- [2] 王锡锌:《自由裁量权基准:技术的创新还是误用》,载《法学研究》2008年第5期。
- [3] [英] 马赫·M. 达芭:《反垄断政策国际化研究》,肖兴志、丁宁等译,大连:东北财经大学出版社2008年版。
- [4] 周佑勇:《论行政裁量的利益沟通方式》,载《法律科学》2008年第3期。
- [5] 徐文星:《行政裁量权行使之理由说明——以法律论证为分析视角》,载《时代法学》2006年第4期。
- [6] 江利红:《日本行政法学基础理论》,北京:知识产权出版社2008年版。

(责任编辑 车 英)

## Legal Control on the Discretionary Powers of Merger Review

Zhang Yongzhong

(South China Normal University Law School, Guangzhou 510006, Guangdong, China)

**Abstract:** The Ministry of Commerce has broad discretionary powers in China's antitrust law. Because of the lack of effective legal control mechanism, the exercise of the discretion by the Ministry of Commerce has the risk of abusing the discretion and making a wanton, arbitrary and unreasonable decision in the shelter of legitimacy. To improve the merger review system to control the discretion, we should take the systematic way of regulation from rules to the principles, design participatory procedure rules to achieve the goal from transparency to democratic consultation; and develop the accountable judicial review system from legal review to reasonable review.

**Key words:** discretionary powers; merger review; reasonableness; legal control