

反垄断经济学与政策前沿丛书

反垄断的哲学基础

Conceptual Foundations of Antitrust

[英] 奥利弗·布莱克 著 Oliver Black

向国成 袁媛 等 译
于 立 校

 东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

CAMBRIDGE

反垄断经济学与政策前沿丛书

反垄断的哲学基础

Conceptual

is of Antitrust

[英] 奥利弗·布莱克 著 Oliver Black

向国成 袁媛 等 译
于 立 校



东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

大 连

CAMBRIDGE

© 东北财经大学出版社 2010

图书在版编目 (CIP) 数据

反垄断的哲学基础 / (英) 布莱克 (Black, O.) 著; 向国成等译.
—大连: 东北财经大学出版社, 2010. 6

(反垄断经济学与政策前沿丛书)

书名原文: Conceptual Foundations of Antitrust

ISBN 978 - 7 - 5654 - 0006 - 3

I. 反… II. ①布… ②向… III. 垄断经济学 - 研究 IV. F038

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 097806 号

辽宁省版权局著作权合同登记号: 图字 06 - 2008 - 33 号

Conceptual Foundations of Antitrust (0521847958) by Oliver Black, first published by Cambridge University Press 2005.

All rights reserved.

This simplified Chinese edition for the People's Republic of China is published by arrangement with the Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom.

© Cambridge University Press & Dongbei University of Finance and Economics Press 2010.

本书由东北财经大学出版社和剑桥大学出版社合作出版。本书任何部分之文字及图片, 未经出版者书面许可, 不得用任何方式抄袭、节录或翻印。

版权所有, 侵权必究。

东北财经大学出版社出版
(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

教学支持: (0411) 84710309

营 销 部: (0411) 84710711

总 编 室: (0411) 84710523

网 址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: dufep@dufe.edu.cn

大连图腾彩色印刷有限公司印刷 东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 170mm × 240mm 字数: 218 千字 印张: 15 1/2 插页: 1
2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

责任编辑: 李 季 孙 平

责任校对: 那 欣

封面设计: 冀贵收

版式设计: 钟福建

ISBN 978 - 7 - 5654 - 0006 - 3

定价: 36.00 元

本书的翻译出版是东北财经大学产业组织与企业组织研究中心承担的教育部人文社科重点研究基地重大项目“竞争政策的国际协调：机理、机构与法律”（批准号：05JJD790030），辽宁省教育厅人文社会科学研究创新团队项目“从产业政策到竞争政策、重点转移与应对谋略”（批准号：2006T048）和“中国反垄断法纵向实施机制与地方政府的策略选择”（批准号：2007T045）的组成部分，特此说明。

《反垄断经济学与政策前沿丛书》

编 委 会

主 编

于 立 （东北财经大学产业组织与企业组织研究中心 教授）

编 委

张昕竹 （中国社会科学院数量经济与技术经济研究所 研究员）

王晓晔 （中国社会科学院法学研究所 研究员）

植草益 （日本东洋大学 教授；东京大学经济学部 名誉教授）

迈克尔·阿顿（英国里丁大学商学院 教授）

林 平 （香港岭南大学经济系 教授）

黄 勇 （对外经济贸易大学法学院 教授）

戚聿东 （首都经济贸易大学工商管理学院 教授）

《反垄断经济学与政策前沿丛书》

总序

于 立

东北财经大学产业组织与企业组织研究中心承担了教育部人文社科重点研究基地重大项目“中国反垄断法与反不正当竞争法的共同经济原理及其衔接”(04JJD790007)和“竞争政策的国际协调:机理、机构与法律”(05JJD790030)。作为研究成果的组成部分,同时也是国家重点学科——产业经济学学科建设的规划要求,我们陆续出版了《反垄断经济学与政策前沿丛书》(共六本译著)和《产业组织理论与应用研究新进展丛书》(共四本专著)。

这里主要针对我国反垄断立法中的若干问题进行讨论,并作为《反垄断经济学与政策前沿丛书》的总序。

一、《反垄断法》的作用是“一窄二虚”

社会各界对《反垄断法》的作用有期望过高的倾向。这不仅不利于反垄断法律体系建设,还可能陷入僵局。《反垄断法》在市场经济国家中虽然素有“经济宪法”之称,在整个国家的法律体系中具有重要地位,但其实际约束范围远没有通常想象的那么宽泛。对于垄断现象和行为,千万不能“一刀切”,必须区别对待。

垄断现象和行为分为人为垄断和自然垄断。人为垄断又分为经济垄断或市场垄断(如合谋、过度集中、滥用市场支配地位等)、行政垄断(如行政许可、地区封锁或部门利益保护等)和法定垄断(如专利、商标、版权等)。

对于法定垄断不应反对,而应维护;行政垄断的情况非常复杂,不能一概而论;即使是属于《反垄断法》主要限制对象的经济垄断,也要根据具体情况而分别遵循“本身违法原则(Per Se Rule)”和



“合理推定原则 (Rule of Reason)”，确定利弊大小，再据以裁决。至于自然垄断，为了获取规模经济或其他目的，往往实行反垄断豁免。近年来，自然垄断理论有了新的进展，反垄断豁免的范围大为缩小，但真正意义上的自然垄断终归还是要实行豁免的。可见，在所有垄断行为或垄断现象中，真正应由《反垄断法》约束的范围是比较“窄”的。

另一方面，由于《反垄断法》实施过程中还会遇到“时间长”和“取证难”问题，经常连一些基本的“成本”、“市场”概念都难以达成共识，动辄几年都无结果。在欧美国家，每年提起的反垄断诉讼实际上非常有限，且大多以“庭外和解”为结局。因此，总体来说，《反垄断法》是一把高悬的剑，主要起威慑作用。

二、对行政垄断应“以柔克刚”

如何对待行政垄断是中国《反垄断法》立法中的一大难题。行政垄断是市场经济的“大敌”，既损害效率，又导致腐败。但《反垄断法》既不是治理行政垄断的首选武器，也不是正确的药方。随着经济体制、政治体制的改革，行政垄断引发的很多问题会逐渐消失。反之，如若在《反垄断法》立法过程中过多纠缠于行政垄断，就会使反垄断立法裹足不前，以致寸步难行。

对行政垄断也不能“一刀切”。假设《反垄断法》中详举行政垄断的罪责，并公布实施，那么就会有相当多的政府行为（无论条条，还是块块）一下子变成“违法行为”，结果必然不仅会树敌过多，欲速不达，而且还会使整个社会无所适从，秩序混乱。何况有的行政垄断（如某些行政许可），即使到将来也不能一反了之。现实中的行政垄断有很多也是利弊共存，是非难定。

所以，对于行政垄断，既不能熟视无睹，也不能操之过急。务实可取的办法是采取“以柔克刚”的思路，依然将行政垄断纳入《反垄断法》的框架，但仅作原则性的规定。然后，通过其他方面具体的改革（比如规制改革）措施，逐步减少行政垄断的不利影响。正确的思路是，通过体制改革，逐步将行政垄断的资源（机构、权力等）转到政府规制的轨道上来，主要靠规制改革，而不是靠反行政垄断，才可能收到“既疏又导”的一举两得之效。



三、《反垄断法》与行业法应“统筹兼顾”

《反垄断法》立法中的另一个难题是如何对待“自然垄断豁免”与国有企业的特殊性，因为传统自然垄断行业主要由国有企业构成。这一问题可以通过《反垄断法》与行业法的“统筹兼顾”来有效解决。

人们常说的自然垄断行业或自然垄断企业，其实本来并不存在。从经济学和法学角度来说，需要区分自然垄断行业、自然垄断企业和自然垄断业务这三个极其容易混淆的概念。人们目前仍然常说的铁路、电力、电信、航空、供水、供气等行业，早已不是真正的自然垄断行业，大部分环节或业务都存在比较充分的竞争。根据我们的研究成果，只有规模经济、范围经济和网络经济“三位一体”的某些环节或业务，才可能存在一定程度的自然垄断。对于这种自然垄断环节或业务，《反垄断法》是要豁免的，或者说，“允许垄断存在，但要加强规制”。反垄断主要针对大多数竞争性行业和“自然垄断行业”中的竞争性业务。现实中容易出现的问题是，许多相关行业的企业故意夸大自然垄断业务，或者滥用垄断优势，牟取垄断利益，而有关部门不明就里，听之任之，甚至推波助澜。

再说国有企业的特殊性问题。在中国，能够从事自然垄断业务的国有企业，以及一些虽然不属自然垄断，但国家实行专营专卖的国有企业，均属“特殊企业”。我们的研究成果表明，典型的国有企业本来就不是“一般企业”，基本不适用属于私法、商法范畴的《公司法》，也不可能建立规范的法人治理结构或所谓的“现代企业制度”，而应主要采取“特殊法人”的企业形式。可取的思路是针对自然垄断和国有企业的实际情况，取消《公司法》中有关国有独资公司的条款，分行业制定“特殊法人法”，然后按照“特殊法高于普遍法”的原则，协调《反垄断法》与行业法之间的矛盾。实际上，现实中有关国有企业的法律和政策已经实质上逐步地接近于“特殊法人”的思路，只不过还差“临门一脚”。

四、《反垄断法》体系的建立应“先粗后细”

反垄断法应该是一个法律体系，包括居于核心地位的“母法”



《反垄断法》和相应的“子法”（如并购指南等）。

母法应简洁、原则性强、相对少变，不要牵扯过多的具体条款（如具体的集中度问题），而将其留给相关的子法或实施条例。考虑到我国经济转型与经济发展过程的特殊性和复杂性，需要重视母子法律体系的刚柔相济，走“渐进式”立法之路，即出台母法宜早不宜迟，出台子法可灵活务实，而且可以经常调整。

其实，中国有一些子法已经走在了前面。如针对外资并购问题、零售商滥用垄断势力问题，有关部门出台了一些子法。但由于母法出台滞后，势必难以充分考虑母法与子法的衔接问题。再有，《反垄断法》与1994年出台的《反不正当竞争法》也存在较多的重复或交叉。

五、《反垄断法》立法应“内外协调”

按理说，中国致力于建设市场经济体制，也急于让国际社会承认我们的市场经济国家地位。在此方面，一个非常值得重视的问题是，既不要“内外有别”，公开歧视，又要注意包括发达国家都广泛存在的“双重标准”现象，在反垄断法律体系建设与实施中预留“接口”。

近几年，国际竞争规则的重点正呈现出从“反低价倾销”向“反垄断高价”转移的新动态。一国反垄断法的终极目标总是首先服务于本国的利益。这一点在美国“波音—麦道合并案”以及波音、空客对我国“大飞机”项目的关注中都可以清楚看出。我们对此要有清醒的认识，并充分借鉴版权保护立法中的经验，在反垄断法律体系建设过程中及早采取防范策略，尤其需要注意反垄断法与产业政策、贸易政策等其他经济发展政策的协调，注意反倾销与反垄断二者之间的逻辑关系及转化规律。

我们要认清，反垄断法国际冲突的根源是发达国家与发展中国家间的利益冲突。在历届世贸组织部长级会议上，许多发展中国家的代表都提出了对于建立国际反垄断法的种种看法。比如印度代表就曾提出，对于发展中国家来说，企业联合抵制进口是一个非常重要的战略，国际反垄断法应予以豁免；印度尼西亚代表希望国际反垄断法中的“核心卡特尔”不包括中小企业合作的卡特尔，因为这种在印度



尼西亚很盛行的卡特尔有助于印度尼西亚经济的发展。此外，一些拉美国家还颁布了很有特色的专门用来对付跨国公司垄断行为的竞争法。我国反垄断法律体系建设应该充分借鉴这些发展中国家的做法，协调相互之间的立场和利益。

另一个重要问题是，我国政府应把握反垄断法国际协调的动向，及早关注与世界贸易组织（WTO）类似的“国际竞争组织（ICO）”的构建，以积极态度参与并推动国际竞争规则的起草与谈判，争取成为发起国，并在其中最大限度地保护我国的利益。

呈现在读者面前的这套《反垄断经济学与政策前沿丛书》，既有反垄断经济学与政策研究的前沿性整体介绍，也有对反垄断政策各个方面的深入探讨；既有关于国内反垄断政策的剖析，也有针对国际反垄断政策的阐述，研究方法前沿，主题和体裁丰富。我们真切期盼本套丛书的出版有助于中国反垄断经济学与政策研究水平的整体提升！

序 言

当我在 1987 年获得哲学博士学位之时，从简短的《哲学家就业指南》中找不到多少有用的信息。当时，大学哲学系求职与就职的比率据说达三百比一。在这种情况下，即使我能找到就业岗位，很可能也是朝不保夕，于是我倾向于不走纯哲学学术之路：要么选择一个轻松职位，这样可使我在自由时间中有精力关注哲学问题；要么选择一个挑战性职位，同时具有较高薪酬。实际上我选择了后者，而且如同哲学家通常所为，我选择了法律，即现在所从事的反垄断与规制的法律工作（一个同事曾劝说我从事税法工作，因其“收入颇丰”）。这项工作经常面临挑战性难题，又能启迪哲学性思考。于是我就游走于法学与哲学之间，而这本以哲学为基础研究反垄断问题的书就是两者合而为一的产物。

本书中既有新的研究成果，也有原先成果的再研究和扩展，详见书后文献目录。我非常感谢对我给予学术帮助的所有朋友和同事。其中特别需要提及的有 David Papineau 和 Richard Whish（二人均就职于伦敦国王学院）；Bill Allan、David Bailey、Juliet Lazarus、Melat Negash、Carole Thomas 和 Dan Goyder（曾在或正在 Linklaters 就职）；还有 Simon Evnine、Edmund Fawcett、Donald Franklin、Michael Grenfell、Donald Peterson 和 Jo Wolff。

很多作者写书时，都会因专心工作而不能陪伴家人和宠物，因而需要对给予深情理解的妻子、子女、爱犬或金鱼表示感谢。对此，我总是感叹不已，但我还是不能不感谢 Jenny，我们新婚不久，自然也就没有孩子或宠物需要感谢。

目 录

引言/1

第1章 竞争的本质/5

- 1.1 概述/5
- 1.2 模型/7
- 1.3 对竞争的深层研究/15
- 1.4 经济竞争/20
- 1.5 竞争与合作/23

第2章 竞争与福利/29

- 2.1 概述/29
- 2.2 一种经济学方法/31
- 2.3 一种哲学方法/35
- 2.4 结论/54

第3章 本身违法原则与合理推定原则/55

- 3.1 概述/55
- 3.2 两类原则的变种/57
- 3.3 本身违法原则和合理推定原则的优势/67
- 3.4 合理推定原则与本身违法原则之间的关系/70

第4章 协议/87

- 4.1 概述/87
- 4.2 协议模型/91
- 4.3 缔结和遵守协议的理由/103
- 4.4 协议的目标与效果/107
- 4.5 不诚实协议：《公司法》中的卡特尔犯罪/118

第5章 协同行为/132

- 5.1 概述/132



5.2 Grice 方法/136

5.3 以信赖为基础的方法/141

5.4 协同行为中的交流与责任/156

5.5 附录：信赖与责任/159

第6章 从独立行动到合谋的序列/173

6.1 概述/173

6.2 关联等级/175

6.3 应用/177

参考文献/182

术语中英文对照/215

译者后记/231

引 言

反垄断是一组法律与政策，用来促进或至少是保护经济竞争。关于这一主题，有许多法律与经济学的书籍。但据我所知，至今还没有一本书对这一概念进行哲学层面的认真审视，以对其固本强基。反垄断的哲学思想可能是玄奥的，但是并不令人费解。可以把哲学设想成对一级学科进行的形而上的研究：心理学是精神哲学，数学是数学哲学，道德思想是哲学上的伦理学等（这不是说一个学科与其哲学之间的界限是或本应是泾渭分明的）。至于法学，也有其法哲学，法学的不同领域有与之相应的不同哲学分支相联系：反垄断哲学就是这样一个分支。

本书所研究的概念构成反垄断的基础，但不为反垄断所特有。例如，竞争、协议与联合行动等概念出现在各种理论与实践之中。所以，我希望本书能使那些不是专门关注反垄断的人——经济学家、哲学家、政治学家以及其他——感兴趣。至于那些对反垄断给予关注的人，本书锁定的目标不仅是学者，而且是政府、律师事务所、经济咨询公司及其他领域的从业人员，他们需要对他们所从事的领域有更深入的理解。尽管本书的主要目标是理论上的，但它对实践也是有用的，特别是，当一个至关重要的概念能不能得到恰当运用时，它所阐述的模型可以提供指导。如果说一种情形远远偏离第5章给出的协同行为模型，就有理由认为它不是一种协同行为。

鉴于目标读者的范围，在语言风格上有一定的表述规则。在某种意义上，我用分析哲学来理解、表述它们：有一些编号的命题，注意它们之间的逻辑关系；使用各种简略缩写，最常见的是用“X”、“Y”代表人、企业或团队；“Ax”、“Ay”代表各自的行动；“Gx”、“Gy”代表各自的目标；“P”、“Q”代表句子与命题。这种方式不是风格主义：风格主义因其冗长枯燥而使人无法接受，好像用散文来写



一本数学书似的。但本书不包含数学，不应被它的符号所吓倒。它没有以任何哲学知识为前提，只是在少数情形下，我使用哲学上的专门术语，并解释它的含义。如果你觉得一些章节难以理解，请你不要失去耐心跳过它们，每一章是以详尽的概述开始的。

这里，对本书作一个简要概述。所讨论的概念及其衍生概念出现在所有反垄断体系中，但因为我研究的是英国与欧洲法律，会非常频繁地提到那些司法中的法规与案例（第3章例外）。事实上，可以把本书视为对《罗马条约》第81款（以下简称EC81款。1957年3月25日，法国、联邦德国、意大利、卢森堡、比利时和荷兰6国在罗马缔结了建立欧洲经济共同体的条约，《罗马条约》被视为欧盟的“出生证明”，这一天也就成了欧盟的法定“诞生日”——译者注）的思考。在EC81款的第一段说道：

如下与共同市场不匹配的情况将被禁止：所有可能影响成员国之间贸易的企业间的协议、企业联盟的决定以及协同行为，在它们的目标或效果上，阻止、限制或扭曲共同市场内的竞争。

所以，第1、2章分析竞争；第3章分析对竞争的阻止、限制或扭曲；第4章分析协议；第5章分析协同行为；第6章分析或多或少接近协同行为的各种经营方式。

第1章回答竞争的本质，这是反垄断的理论家和实践者经常考虑的一个问题。对这个问题的回答采用竞争模型，中心思想是X与Y竞争，除非Y不实现其目标，X才能实现其目标。这个模型描绘了竞争（competition）与对抗（rivalry）之间的差别。我揭示这个模型怎样应用于经济竞争，然后用它来阐明竞争与两种合作形式（即联合行动与协议）之间的关系。这种讨论揭示了竞争与合作存在内在冲突的论断既有正确的一面，也有谬误的一面。

我从竞争本质转到竞争正当理由的阐述。流行的传统观念认为竞争是可取的，因为它使福利最大化。第2章与其他章节不同，具有纯粹否定的目的，批判这种传统观念。论点是“福利”或者具有福利是有价值的，但竞争并不使福利最大化的含义，或者具有竞争使福利最大化的含义，但即使如此，这也不是竞争的正当理由，因为在这种意义上，福利不值得最大化。

反垄断强烈地反对对竞争的限制，但在所禁止的限制中进行选择



是可行的。在美国，选择原则被植入本身违法原则与合理推定原则的教义之中。在欧洲共同体反垄断是否存在或应该有类似的教义还有争论，就是美国，对本身违法原则和合理推定原则的适用范围还存在争论。第3章通过分析这两种原则，鉴别它们之间的关系，来廓清这些争论。

本书的其余部分涉及双边行为的各种形式。第4章提出两个协议模型，模型所发展的思想是如果一方给出有条件的承诺，另一方以无条件的承诺来回应，那么协议就存在。协议模型包含缔结并遵守协议的正当理由。然后，考察了EC81款所描绘的协议目标与效果之间的差别，通过把它们与直觉观念比较来评价这种差别上的不同观念。我所说的直觉观念是EC81款的目标部分反映了协议而效果部分没有反映（反之亦然），除非至少由目标推导出效果来（但反过来不成立）。第4章的最后部分讨论了不诚实协议的概念，这一概念是通过《公司法》（Enterprise Act）的“卡特尔犯罪”条款引入英国反垄断之中的。在最重要的案例Ghosh中，对不诚实的解释陷入了循环论证的批评之中。我的结论是最好把不诚实概念从卡特尔犯罪中剔除掉。

从效果来看，反垄断不仅适用于正式合约，而且适用于比较宽松的非正式协议，这就是EC81款为什么不仅提到协议而且提到协同行为的缘由。第5章提出了两个协同行为模型，一个模型应用来自语言哲学的思想，另一个模型以信赖概念为基础，依次模型化。基本主张为信赖是核心，协同行为是联合行动的特例。我揭示了联合行动与协议是截然不同的现象，所以，把协同行为视为一种较弱的协议是一种误导。这两个模型在两个方面有交汇：两者都意味着协同行为包含参与者之间的交流，而都不意味着参与者负有责任。在第一个方面，模型与法律当局是一致的，在后一个方面，模型与法律当局是不一致的，但是我坚持认为法律当局关于责任的论点是混乱且误入歧途的。在第二个模型中，协同行为不涉及责任的论点是基于这样的命题：不存在有吸引力的把信赖与道义责任联系起来的条件性关系。这个命题对许多法律领域都是重要的，在第5章的附录中加以讨论。

反垄断涉及从独立行动到合谋的一系列情形。不同类型的干预对应这个序列中的不同点，中间情形是“寡头垄断问题”，即寡头垄断者可能表现出相似的行为，这些行为是反竞争的，但源自参与者各自



独立的决策。问题在于适合这个序列末端合谋情形的干预类型，如运用 EC81 款，是否能够推广到这种寡头垄断情形。为了获得原则性的答案，需要对这个序列本身进行认识。第 6 章对这个序列模型化，在某种程度上揭示各种行为在其中所属的位置以及它们彼此之间的关系。引进一些语言规则来分析其结果，阐明寡头垄断问题以及相关的“协调效应”概念。因为这一概念在《欧盟委员会关于横向兼并的指南》中被使用。

显然，本书不打算涵盖构成反垄断基础的所有重要概念，我选择了那些让我最感兴趣的概念。一些读者可能对缺少单边行为的分析感到遗憾：处理这类行为的方法得到了广泛讨论，正如理论家与实践者试图把经济事实的复杂性与粗糙的法学调和起来一样。（最近审判庭在英国航空和米其林第二案（the British Airways 和 Michelin II cases）中的裁决反映法官了解激励组织经济学的程度。）但是，尽管对单边行为的反垄断是令人感兴趣的，不过这种兴趣并不能像哲学一样使我感到震撼，所以，本书省略对单边行为的分析。

对于所提出的各种模型进行方法论上的评论是有价值的。这些模型——竞争、协议、协同行为等——旨在描绘主要概念的主要论据：例如可能存在其他的竞争概念（并且它们之间的界限难以划清）。而且，对于给定的概念，这种模型不打算详细说明该概念每次运用时的必要及充分条件。因此，除非发现一种情形既不适合模型的某些条款，又没有与该概念应用相关的某些特征（模型没有阐述的），才会拒绝该概念。是否能够对任何概念阐明必要及充分条件还存在争论，但是以概念来详细说明概念的愿望是异想天开的，正如这里所讨论的那些概念，已经以费解、混乱和对立的方式被描述与运用。对于这样的概念，模型把它们看作是约定俗成的，综合成我们的直觉判断。然而，与这些判断相一致是模型的优点，但如果模型偏离判断太远、太多，则应该加以拒绝。用罗尔斯（Rawls）的话说，目标是直觉与理论之间的校正均衡（reflective equilibrium）。