



经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

美国纵向限制研究

Research on the Vertical Restraints of U.S.A.

◎ 张 骏 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

美国纵向限制研究

Research on the Vertical Restraints of U.S.A

◎ 张 骏 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

美国纵向限制研究/张骏著. —北京:北京大学出版社, 2012. 1

(经济法文库·第2辑)

ISBN 978-7-301-19711-0

I. ①美… II. ①张… III. ①行业组织-市场竞争-反垄断法-研究-美国 IV. ①D971.222.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 231594 号

书 名: 美国纵向限制研究

著作责任者: 张 骏 著

责任编辑: 姚文海 旷书文 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-19711-0/D·2981

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 河北涞县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 12.5 印张 233 千字

2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《经济法文库》总序

我国改革开放三十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字形容。仅从经济立法看,在完善宏观调控方面,我国制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉、不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

三十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法和手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制和监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

CONTENTS 目 录

第一章 美国纵向限制的经济学理论	1
第一节 美国纵向限制经济学理论的发展趋向和基本范式	1
第二节 美国纵向限制的经济理论学派及其对司法实务的影响	5
第三节 纵向限制竞争效果的经济学解释	13
第四节 美国纵向限制经济学理论的反思	32
第二章 美国纵向限制反竞争问题的法学理论	38
第一节 美国纵向限制的法学界定	38
第二节 纵向限制引发反竞争效果的法理阐释	41
第三节 美国反垄断法规制纵向限制的两大规则	53
第三章 美国纵向限制法律规范的历史演进路径	62
第一节 美国反垄断成文法的纵向限制规定	62
第二节 美国执法部门指南中的纵向限制规定	65
第三节 美国的纵向限制判例法	86
第四节 美国拟议纵向限制法律的综合改革	92
第四章 美国纵向价格限制的法律规范	96
第一节 最高转售价格维持	96
第二节 最低转售价格维持	101
第三节 价格推荐	121
第五章 美国纵向非价格限制的法律规范	124
第一节 纵向地域和顾客限制	124
第二节 独家交易	135

CONTENTS 目 录

第三节	搭售	138
第四节	特许经营	149
第六章	我国《反垄断法》的纵向限制相关规定及其完善	156
第一节	《反垄断法》中有关纵向限制规定的研究	156
第二节	美国经验对我国《反垄断法》纵向限制 相关规定的启示	168
第三节	反垄断委员会出台《纵向限制指南》的建议	179
参考文献		187
后记		194

第一章 美国纵向限制的经济学理论

第一节 美国纵向限制经济学理论的发展趋向和基本范式

在美国,反垄断法与其他法律相比有三个比较显著的特征:不确定性较强;违法与否的界限不明确;现实经济情况以及经济学理论的发展对法律规则和司法实务的影响十分明显。可以说,经济分析对反垄断法而言是至关重要的。首先,经济学家在诉讼过程中发挥着重要的作用,他们对案件的经济分析可以直接作为证据或者重要参考;其次,很多法官都受过良好的经济学训练,^①甚至有些法官本人就是杰出的经济学家,比如 Bork、Posner、Easterbrook 等,而缺乏经济学素养的法官也往往会聘用经济学家做助手或顾问。再次,在反垄断执行机构或者法院中,通常都有经济学家的身影。最后,法律规范和判例都需要经济学理论的解释。

毋庸置疑,美国的反垄断法在很大程度上得到了经济学理论的支持。然而,经济学理论绝非是一成不变的,新的模型和理论会不断地出现,这自然会导致很多理论之间的冲突和对抗。有学者指出:“以最粗的线条来划分,我们看到了大约从 1950 年代起到 1980 年代止哈佛学派与芝加哥学派的对抗,也看到了近十年来所谓的后芝加哥学派对芝加哥学派的反动。但是,反垄断实践往往不是这些理论被人随机选用的结果。相反,当新理论战胜了旧理论后,不是那个旧理论东山再起,而是另一个更新的理论,携带着新的前提假设和运行机制,再战胜那个次新的理论。”^②总而言之,在反垄断法领域引入经济学理论是美国反垄断法

① Henry G. Manne 在乔治·梅森大学内创建“法与经济学中心”,向大量法官提供过经济学分析的训练。

② 薛兆丰:《反垄断法的经济学基础》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2008 年第 6 期,第 47 页。

的一大创新与突破。经济学理论不仅为反垄断法的正当性提供了令人信服的理由,同时也为反垄断法适用领域的可预见性和一致性指明了方向。实际上,经济学原理已经成了反垄断法演进的重要催化剂。正是得益于经济学理论不断发展,反垄断法才能日益前行。

一、美国纵向限制经济学理论的发展趋向

在经济学中,纵向限制是交易双方签订的长期的、具有约束力的、不同于单位价格限制的简单合同的合同条款。纵向限制往往以某种方式约束了交易的一方,但这种约束又没有纵向一体化那么严格,因此,其性质介于科层命令制度与市场交易制度二者之间。^① 为了便于经济分析,纵向限制又可分为纵向价格限制和纵向非价格限制。^② 前者又可分为纵向最低价格约束、纵向最高价格约束和纵向价格推荐;后者则包括了独家交易、顾客及地域限制、特许经营和搭售等。^③

美国纵向限制的主要类型和代表行业

类型	定义	代表行业
转售价格维持	制造商固定零售价格或者限制最高(低)价	图书、杂志、报纸等
独家分销	指定分销商服务于特定的地理区域或特定的消费群	家电、汽车业等
独家交易	禁止零售商销售竞争对手的产品	加油站、专卖店等
强制购买数量协议	要求零售商必须完成最低销售额	啤酒业等
非线性定价	购买中间产品的价格依赖于购买的数量	超市进场费等
拒绝供应	通过选择性的分销体系来控制分销商的数目	一些品牌的矿泉水批发等
搭售	制造商要求购买者在购买投入品 A 的同时,必须购买一定数量的投入品 B	软件产业等
特许经营	授予特许者向特许经营人出售已被证明可行的经营方法、商标或品牌等	餐饮业(如麦当劳)等

从经济学理论对纵向限制的研究看,一方面经济学家长期以来对纵向限制作了大量研究,积累了丰富的成果,这些都构成了反垄断法纵向限制规定的基

① 参见于立、吴绪亮:《纵向限制的经济逻辑与反垄断政策》,载《中国工业经济》2005年第8期,第20页。

② 参见辜海笑:《美国反托拉斯理论与政策》,中国经济出版社2005年版,第119页。

③ 参见王晓晔:《纵向限制竞争协定的经济分析》,载王文杰主编:《反垄断法的立法与实践经验》,清华大学出版社2004年版,第55、59页。

础。故而,有学者指出:“今天,即使是不赞成把经济学看做反垄断政策唯一基础的人,也至少不会否认经济学对反垄断政策产生了深远影响;而一些学者,如波斯纳则干脆断定反垄断政策的唯一基础就是经济学”^①。“经过一个多世纪对反托拉斯法规的司法实施,指引必须到经济学中寻找已经成为共识。没有哪条普遍接受的成文法解释原则表明法院走这条路是走错了。”^②但值得注意的是,迄今为止都还没有出现被各界广为接受的纵向限制经济学理论。各个学派对纵向限制的研究一直都存有严重分歧,并不断引发争论。截至目前,纵向限制到底会带来怎样的价格效应和反竞争效果在经济学理论上仍不能达成共识,同时也缺乏足够的经验证据。

从20世纪50年代到60年代,由于哈佛学派的理论影响,美国法院对诸如独家交易、纵向兼并和捆绑销售等做法总是抱有敌意,其担心这些做法会排挤竞争对手,削弱竞争,因此对各种纵向限制都采取了非常严厉的态度。之后,芝加哥学派的经济分析理论开始逐步占据上风,他们通过运用简单的价格理论或垄断模型来批评哈佛学派的传统观点不合逻辑,因为理性企业不会出于反竞争原因而采取这些做法。他们还进一步提出了其他提高效率的理由以解释企业为什么会签订包含纵向限制条款的合同。由于这一学派的观点逻辑严密,又有理论模型的支持,所以对法院的判决产生了持续而显著的影响,美国反垄断司法实务至此发生了重大转折。从新近情况看,后芝加哥学派的研究又对芝加哥学派的观点进行了修正,从不同视角对纵向限制的反竞争效果进行了研究。这一学派开始正式构建寡头垄断市场模型。借助正式的理论模型,一些有关纵向限制的老问题又被重新提及。学者们通过运用博弈论模型,发现法院当初对纵向限制的担忧并非毫无道理。在特定的模型中,理性厂商在某些条件下的确会利用含有纵向限制条款的合同来排挤对手,削弱竞争。

二、美国纵向限制经济学理论的基本范式

美国纵向限制经济学理论大致可分为两类:一类是强调反竞争效果危险性的理论,如共谋和设置市场进入障碍;另一类则是将纵向限制解释为委托—代理问题和其他机会主义行为的补救措施。^③起初,包括禁止经销商降价或销售竞

① 薛兆丰:《反垄断法的经济学基础》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2008年第6期,第47页。

② [美]理查德·A.波斯纳:《反托拉斯法》(第二版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第39页。

③ See Roger Van den Bergh, *European Competition Law and Economics*, Sweet & Maxwell Press, 2006, p. 206.

争产品在内的若干限制似乎提高了产品价格,限制了竞争,损害了消费者利益,因此经济学家普遍对纵向限制感到忐忑不安。但是,早期对纵向限制效果的评估和研究忽略了销售成本。显然,把销售视为无成本行为的完全竞争模型不能为依赖大量销售费用的市场活动提供良好洞见。每个制造商都必须为经销商的销售工作支付报酬,还要对其进行检查以确保产品的销售方式符合自身的最大利益。

如今,美国纵向限制经济学理论的发展更多的是提供了良性意见。有学者用委托—代理理论来解释制造商和经销商之间的关系。该理论认为:“可以把代理关系定义为一个或较多的人(即委托人)聘请别的人(即代理人),代理他们来履行一些服务,包括把一些决策权委托给代理人。如果关系的双方都是效用最大化的追求者,就有充分的理由相信代理人不会总是以委托人的最大利益为转移。委托人可以采取适当激励代理人的方法,和承受约束代理人越轨行为的监督费用的方法,限制代理人与本人利益的分歧。”^①由此可见,在任何商业组织或安排中,各方参与者之间都存在着利益冲突,代理人有自己的利益,而这种利益大多都与本人的利益冲突,而在这种合作关系中,通常本人在事前没有能力监督,在事后也无法明确地知道代理人是否忠实地履行了义务。由此,委托—代理问题形成了各种可由纵向限制来解决的横向或纵向外部性。因为每个纵向结构都面临着一系列的决策变量:固定的批发价和零售价、经销商需要购买的数量及其出售给消费者的数量、经销商的营销努力以及商店的布局等,所以无论是制造商还是经销商都不能直接地控制所有变量。制造商只能控制某些变量,而另一些变量就只能交由经销商监测。有些决定会影响纵向结构的利润总额,其他决定则会影响到制造商和经销商之间的利润分配。决策的分散产生了外部性,因为一个企业的决定会影响到其他企业的利润。因此,制造商和经销商很自然地要找到一些办法来调整彼此的利益,而纵向限制正好可以在这个方面提供帮助。很大一部分经济学文献讨论的就是将纵向限制作为一种工具来解决纵向结构所面临的协调问题。

反垄断问题中的交易成本路径明确了销售成本将决定制造商是建立自己的销售系统还是选择与独立的经销商签订合同。如果选择了后者,纵向限制就能处理套牢效应,即解决由于资产专用性所导致的机会主义行为侵吞利润风险的

① [美]米歇尔·詹森、威廉姆·马克林:《企业理论:管理者行为、代理费用与产权结构》,载盛洪主编:《现代制度经济学》(上卷),北京大学出版社2003年版,第175页。

问题。^①一旦涉及大量的沉没成本,例如专门设备和长期培训的投资,投资企业的议价能力就会被削弱。所以,企业在与合同相对方达成避免被套牢的条款之前,并不会贸然投资。交易成本路径重申和提炼了委托—代理理论的一些重要见解。交易的具体投资使供应商和经销商得以紧密合作,这样纵向限制就能限制住机会主义行为的范围。

在早期的反垄断案件中,纵向限制,尤其是价格限制被普遍视为具有反竞争效果。20世纪80年代,由于经济学理论效率路径的发展,学者们普遍认为纵向限制对竞争相对无害。纵向限制的良性观点最明确地体现在美国司法部和联邦贸易委员会在1985年颁布的《纵向限制指南》中,但后来克林顿政府废止了它。从目前情况看,经济学家们倾向于更加审慎地评估纵向限制的福利效果。这导致产生拒绝对某些类型的纵向限制简单地适用本身违法或合法规则的政策建议。最佳的法律规则需要考虑纵向限制模糊的福利效果。

第二节 美国纵向限制的经济理论学派及其对司法实务的影响

纵向限制的竞争效果错综复杂,以至于在多数情况下,经济学都无法为纵向限制的可能影响提供客观、一致的见解。美国是世界上最早制定反垄断法的国家之一,立法和司法都受到了经济学的巨大影响,引入了许多经济学概念和分析方法。这其中有三个学术重镇——哈佛学派、芝加哥学派和后芝加哥学派。它们都对美国反垄断政策和其他国家的竞争法思想产生过深刻影响,但彼此对纵向限制的看法则有诸多不同。

一、哈佛学派的纵向限制经济理论及其对司法实务的影响

(一) 哈佛学派的纵向限制经济理论

在20世纪中叶,哈佛大学的经济学家如 Edward Chamberlain、Edward Mason 和 Joe Bain 认为市场结构,即市场中企业的数量及其相对规模决定了企业在市场中表现出的效率。^②具体来说,市场结构(市场上销售者数目、产品差异程度、

^① 专用性资产是指一旦某一资产确定了用途被安置以后,迁移费用过于昂贵,或者对某一特定的使用者专用性太强以致如果减少资产所有者的报酬未必会减少资产对该使用者的服务。参见[美]本杰明·克莱因、罗伯特·克劳福特、阿曼·阿尔奇安:《纵向一体化、可挤占租金和竞争性缔约过程》,载盛洪主编:《现代制度经济学》(上卷),北京大学出版社2003年版,第204页。

^② See John E. Lopatka, Solving the Monopoly Problem: Turner's Try, Antitrust Bulletin, Vol. 41, 1996, pp. 843, 862.

成本结构、与供应者的纵向一体化程度)决定行为(由价格、研究与开发、投资、广告等组成),行为产生市场绩效(效益、价格对边际成本比率、产品差异、革新率、利润和分配),这就是所谓的 SCP 范式。根据这种理论,反垄断法关注的重点不是企业行为,而是市场结构。因为市场力量最终源于市场结构,所以旨在纠正企业行为的反垄断法就不会产生实际作用。除非市场结构改变,否则表面的行为常常改变以适应具体的禁止规范,而价格产出决定或绩效结果的有效目的无须改变。^① 在纵向限制领域,哈佛学派把限制行为和垄断动机联系了起来,提出了著名的杠杆理论。这是指企业通过纵向兼并或纵向限制,将其在一个市场中所拥有的垄断势力延伸到其他原本并不存在垄断势力的市场中。这一学派还认为在一定条件下,纵向限制不仅具有延伸垄断势力的杠杆作用,还可以提高进入障碍,从而阻止潜在的进入。^②

(二) 哈佛学派对司法实务的影响

从 20 世纪 60 年代开始,哈佛大学的教授们将这一学派的结构主义范式运用到了反垄断理论之中。他们认为,当市场集中时,企业更有可能从事反竞争行为。而国会颁布《谢尔曼法》和《克莱顿法》的宗旨是为了关注如标准石油公司和美国钢铁公司之类的托拉斯日益增长的经济实力和政治力量。在解释这两部法律的大量语言时,法院应遵循国会的意愿,保护个人竞争免受大企业的市场力量。哈佛学派反对市场集中,即使这样做能够降低成本和价格,使消费者获益。^③ 他们的理论使许多法官认定,有市场支配力的公司所从事的任何行为无论对消费者福利有怎样的影响,都是违法的。例如,1945 年的美国铝业公司案中,Hand 法官判决其应为垄断铝生产市场的行为负责。因为公司可凭借增强生产能力满足日益增长的需求而产生的规模经济之便,以低价向消费者提供优质产品。这一学派的理论对令消费者有利的兼并也起到了类似的阻碍效果。在 1963 年,政府说服最高法院阻止了费城地区两家银行之间的合并,虽然它们合并后也只是占据了相关市场 30% 的份额。法院认为被告辩称合并能提高为费城消费者提供更好服务的能力是不成立的。

应当客观地看待哈佛学派理论的是非功过。时至今日,新古典的平衡模式仍是无可替代的经济学基础。这一学派的理论有很多好处,虽然它的反垄断分析并不完善,但至少是明确的。法院无需对相关市场的经济环境作出复杂分析,

① 参见张乃根:《经济分析法学》,上海三联书店 1995 年版,第 228 页。

② 田明君:《企业间纵向关系的经济分析及其对美国反垄断法的影响》,载《环球法律评论》2005 年第 5 期,第 619 页。

③ See Donald F. Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Review, Vol. 75, 1962, pp. 655, 663—673.

就能详尽地推断出许多类型行为的违法性。由于法院的判决是能够预测的,企业的业务主管就可以充分地理解应当予以避免的行为类型。这样便能有效地阻止集中行业的企业通过交易提升在相关市场的集中度。但是也应当看到这一学派理论的严重不足,拥趸哈佛学派的法律专家太过于草率地发现激烈竞争的瑕疵了。反垄断执法机构和法院阻止大企业从事能使消费者获益的竞争行为,却容许拥有较低市场份额的企业从事类似行为,这其实也是一种歧视。总之,美国在这一时期的反垄断实践中,对几乎所有的兼并和非标准合同都持反对态度。合并过程中只要证明某些行为能够降低成本,提高效率,就会被认为是妨碍竞争而被取缔。对纵向限制中广泛采用的非标准合同,也会因妨碍竞争被判违法。

二、芝加哥学派的纵向限制经济理论及其对司法实务的影响

(一) 芝加哥学派的纵向限制经济理论

在 20 世纪 60 年代后期,芝加哥大学的一群学者通过一系列的论文提出了与哈佛学派截然对立的反垄断分析理论。这些学者发现没有证据可以表明国会制定反垄断法的意图是保护个体竞争者免受大企业运用市场力量的影响。1966 年,Bork 在一篇文章中指出:“制定反垄断法仅仅是为了提升美国的经济效率,以财富最大化的方式定义经济效率,将财富增加等同于消费者福利,这意味着更低的成本与价格、产量增加以及消费者想要的服务”^①。他相信美国反垄断法的唯一合法目的就是消费者福利最大化。而包括保护小企业免受大企业市场力量等其他的可能目标,都是无关紧要的。芝加哥学派认为哈佛学派错误地判断了企业面对很少竞争对手时的继续竞争方式。^② 他们相信无需任何反垄断规制,市场自身就能矫正任何的竞争失衡。确实,政府机构和法院常常在试图规制经济行为时做出错误决策,其根源在于它们无法制定出比市场自然运行更好的监管方法。因为市场在任何情况下都能自行调节,所以反垄断执法机构和法院只有在经研究后发现反竞争行为明显地威胁了消费者福利时,才能干预竞争过程。^③

在反垄断问题研究方面,芝加哥学派是以新古典经济学的价格理论为基础,并用经济效率为标准对市场结构及行为进行分析的:在现实世界里,新古典经济

① See Robert H. Bork, Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, *Journal of Law and Economics*, Vol. 9, 1966, p. 7.

② See Herbert Hovenkamp, The Rationalization of Antitrust, *Harvard Law Review*, Vol. 116, 2003, p. 921.

③ See Herbert Hovenkamp, Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique, *Columbia Business Law Review*, Vol. 78, 2001, pp. 257, 269.

学中的价格理论模型是经济效率最大化的最好政策分析工具,而反垄断政策的目标便是提高经济效率。^①这一学派的反垄断分析最关注的是在价格机制的运行中,观察市场竞争者的行为是否阻止了经济效率最大化的实现,如果是,则要看反垄断政策的实施是否有助于提高经济效率。落实到纵向限制领域,企业的策略性行为,这一学派认为由于信息是完全的,企业不可能单独实施阻碍竞争对手的策略性行为,如捆绑销售、排他性经营行为、规定产品的转售价格等。^②而纵向限制也不会产生额外的垄断租金,换句话说,纵向限制并不能使垄断势力从生产或销售的一个阶段延伸到另一个阶段。更为重要的是,实施纵向限制的买卖双方,并非竞争对手,限制的目的也并非为了提高价格或限制产量,而是为了增加市场供应量,而这将普遍地带有增加社会福利的效用。处于上、下游充分竞争市场的企业都能获得最大利润,从而也就丧失了独占纵向市场的激励。经济生活中所有的纵向限制都是有效率的。垄断者阻止他人进入纵向市场,并不能保证自己可以长期获取超额垄断利润。

进而言之,芝加哥学派的基本理论观点有两种:一种是把纵向关系理解为单纯的委托—代理关系,其中零售商只是制造商产品销售的代理人。零售市场被假定为具有完全竞争的种种特征,比如易于进入、众多的竞争者、商品同质、零转换或搜寻成本等。这一学派认为,如果这些特征部分缺失,制造商就可以通过纵向限制来“复制”出完全竞争的条件。比如,利用转售价格维持或非线性定价来攫取零售商的经济利润,同时修正下游价格扭曲。^③另一种是交易费用理论:在没有交易费用的情况下,任何纵向限制措施都是对市场竞争的限制,因此可以被看成是反竞争的。但是在存在交易费用的情况下,纵向限制措施有可能是一种治理机制,用来降低交易费用,因此可能产生经济效果。^④根据威廉姆森的观点:由于有限理性、机会主义、不确定性、资产专用性、小数额交易者等因素,使得在某些情况下利用市场或关系合同进行交易的成本过高,这时通过纵向限制将市场交易内部化,则可以实现成本的节约。^⑤首先,在制造商和销售商的结合部

① See Herbert Hovenkamp, Antitrust Policy after Chicago, Michigan Law Review, Vol. 84, 1985, p. 227.

② 参见李丹:《产业组织理论渊源、主要流派及新发展》,载《河北经贸大学学报》2005年第3期,第52页。

③ 参见于立、吴绪亮:《纵向限制的经济逻辑与反垄断政策》,载《中国工业经济》2005年第8期,第23页。

④ 参见温宏建:《纵向限制的经济学和法学意义》,载《首都经济贸易大学学报》2005年第2期,第25页。

⑤ 参见〔美〕奥利弗·E.威廉姆森,《反托拉斯经济学》,张群群、黄涛译,经济科学出版社1999年版,第153页。

位。由于两者买卖关系的不确定性,制造商未必会提供专业化的营销服务以及复杂产品的演示、安装、维修等服务,而销售商同样不会提供特殊服务,这样产品的质量、性能就有可能受损,从而影响到制造商的声誉和收益。为了激励双方进行专用性投资,制造商和销售商之间可能会采取各种纵向限制约束各方的选择,在市场竞争、声誉、法律规制等的制约下,纵向限制的稳定性就有了可能。其次,在销售商与消费者的结合部位,也存在相同的问题。由于两者买卖关系的不确定性,消费者有可能转向其他销售商,销售商就不会有动力提供如消费者所需信息等方面的专用性投资。如果消费者也需要为消费投入专用性投资,不确定性还会影响到消费者的消费量。有学者总结说:“通过限制性合同将经销商和制造商更紧密地联系起来,有助于避免前者可能损害后者的机会主义行为,如对转售价格维持的分析,由于最终消费者的有限理性,制造商需要向最终消费者传递其产品的相关信息,需要分销商开展相关的促销及支持性服务以塑造或维持其产品的形象。促销及支持性服务具有正的外部效应,部分分销商可以不进行这方面的投入,并以低于进入投入的竞争对手的价格销售该产品(搭便车)而从其他经销商的促销及支持性服务中受益,同时损害竞争对手,使促销及支持性服务的产出低于均衡产量,最终损害制造商的利益。制造商与经销商签订的转售价格维持协议,通过固定转售价格在一定程度上能够起到防范经销商的机会主义行为的作用,有利于节约交易成本。”^①

综上所述,这一学派的理论认为纵向限制通常缺乏垄断目的,但却可以提高企业的效率,尤其是经销效率,因此原则上不应禁止。具体的理论实例有,以芝加哥大学“法与经济学”之父戴维德为首的一批经济学家,曾经干脆利落地拆穿了不少广为流传的反垄断谬误。例如,戴维德本人就拆穿了“通过捆绑可以延伸垄断力”的谬误,泰舍尔拆穿了“零售商联守最低售价是限制竞争”的谬误,克萊恩和阿尔钦等则拆穿了“纵向合并是为了实现垄断”的谬误。^②

(二) 芝加哥学派对司法实务的影响

当芝加哥学派的知名学者,如 Bork、Easterbrook 和 Posner 被任命为联邦法官后,这一学派的理论便开始深刻地影响了美国的反垄断判例法。从 20 世纪 70 年代末期起,美国反垄断执法机构和最高法院逐渐摒弃了对纵向限制的先入为主态度,转而采取了相对宽松的政策。在 1985 年,美国司法部颁布了《纵向限制指南》,指出除非有证据表明纵向限制协议对竞争具有明显的限制性影响,否

^① 田明君:《企业间纵向关系的经济分析及其对美国反垄断法的影响》,载《环球法律评论》2005 年第 5 期,第 620—621 页。

^② 参见薛兆丰:《商业无边界——反垄断法的经济学革命》,法律出版社 2008 年版,第 18 页。

则就应被假定为有效率且合法的。在司法实践中,除了转售价格维持外,对纵向限制通常适用合理推定原则。到了20世纪90年代早期,这一学派在反垄断分析领域完成了变革。反垄断执法机构和法院不再沉迷于假设许多类型的竞争行为违法,而是坚持在判决被告行为违法前证明具体的反竞争效果。原告证明个体企业或一群竞争者拥有明显的市场力量是不够的,他还需要用经验证据证明争议行为通过涨价或减产损害了消费者福利。这一路径导致反垄断执法机构和法院更为宽容地允许企业获取和运用市场力量。在1979年,最高法院拒绝认定一群音乐作曲家之间的价格限制协议违法。在1997年,联邦贸易委员会允许波音公司兼并麦道公司,通过交易,波音公司和空中客车公司在民用客机制造的全球市场上形成了双寡头垄断。在2002年,布什政府调停了司法部对微软旷日持久的反垄断诉讼,司法部同意了最终判决,允许微软继续利用其在计算机操作系统市场上的垄断撬动文字处理、互联网接入、音频、视频服务以及即时信息的相关市场。^①

与此同时,也应当看到这一学派理论在司法实践中日益暴露出的问题,它从未正视经济学理论与反垄断规制实践之间所固有的内在冲突。这一学派相信反垄断执法机构和法院对竞争行为的规制是无效的,甚至干脆否认了哈佛学派所使用的违法性推定,从而让行政机构、陪审员和法官在反垄断案件中担负起更多的责任。事实调查者必须确定竞争行为对消费者的具体经济效果。这样的判断最终被证明超过了行政执法者和司法人员的能力。绝大多数的政府监管者、陪审员和法官都不具备判断复杂经济问题的能力。实际上,甚至连经济学家都很难对反垄断案件的具体福利效果判断达成一致的意見。^② 如果经济学家而言这样的判断都是困难的,那如何能要求没有受过经济学专业训练的行政人员、陪审员和法官做出正确的判断呢?到了20世纪80年代后期,芝加哥学派破坏了旧有反垄断分析的真实性。企业的业务主管不再能够确定何种交易类型可能会导致反垄断责任。面对这一学派要求的却又不可能做到的实证经济决策,事实调查者在反垄断案件中做出了一系列互相冲突的判决。这些判决使得反垄断从业人员和企业的业务主管对反垄断法所规制行为的适用标准产生了深深的疑惑,而结果是使反垄断法失去了威慑力。企业因错误判断而从事有害行为,如果有哈佛学派理论的指导,这些行为的违法性是显而易见的。

^① See Thomas A. Piraino, A Proposed Antitrust Approach to High Technology Competition, William & Mary Law Review, Vol. 44, 2002, pp. 65, 119—123.

^② See Frank H. Easterbrook, Vertical Arrangements and the Rule of Reason, Antitrust Law Journal, Vol. 53, 1984, p. 153.