



Essentials of
U.S. Antitrust Law

美国 反托拉斯法精解

美国反托拉斯法融合了法学和经济学的思维方式，集中了法官、政府和经济学家的智慧，又适用于富有无限创造力和想象力的经济竞争中。除了美国，尚无另一个国家的反垄断法，能有如此多姿多彩的演绎。而上百年执法与司法经验的积淀，使之当为其他国家，包括新订反垄断法的中国学习和借鉴。

王中美 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

美国反托拉斯法精解

王中美 著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书是系统解读美国反托拉斯法的一次尝试。美国反托拉斯法融合了法学和经济学的思维方式,集中了法官、政府和经济学家们的智慧,又适用于具有无限创造力和想像力的经济竞争中。除了美国,尚无另一个国家的反垄断法,能有如此多姿多彩的演绎。而上百年执法与司法经验的积淀,使之当为其他国家,包括新订反垄断法的中国,广泛借鉴。

本书既有依纵向的历史维度对各个时期反托拉斯政策的差异及其形成原因的梳理,也有对同一时期不同案件、不同法院和法官以及不同学派经济学家观点的阐释。本书立足于法学研究,也扩展至经济学的一些理论和观点,更将大量的案例在通读后简约明了地整理出来。反托拉斯法是法学和经济学交集最多的一个部门法,本书也尽力做到跨学科的融合和贯通。

本书的目标读者包括法学、经济学研究人员、高校学生、法官、律师、政府官员、公司企业法务人员等,既可以作为工具书,也不失为一本有深度的学术著作。

图书在版编目(CIP)数据

美国反托拉斯法精解/王中美著. —上海:上海交通大学出版社,2011

ISBN 978-7-313-07137-8

I. 美... II. 王... III. 反托拉斯法—研究—美国 IV. D971.222.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 031604 号

美国反托拉斯法精解

王中美 著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

常熟市文化印刷有限公司 印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:11.75 字数:205 千字

2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷

印数:1~3030

ISBN 978-7-313-07137-8/D 定价:32.00 元

前 言

美国《谢尔曼法》发布于 1890 年,代表现代反垄断法的发端。至今已有 120 年历史的美国反托拉斯法,是全世界其他国家反垄断法学习和效仿的重要模板。即使是同样作为典范的欧共体竞争法,因其以德国法为蓝本,而德国竞争法又是应美国第二次世界大战后援助要求制定的,所以追根溯源,欧共体竞争法也深受美国反托拉斯法的影响。

对于普通法系和大陆法系的国家来说,美国反托拉斯法都提供了一种丰富多彩、目标明确而又充满不确定性的经验。美国反托拉斯法发端于关于贸易限制的普通法,但又呈现出截然不同的特征,并最终被法官们发展为一个独立的从调整对象到原理都与传统法律不同的崭新部门;并且随着时代的发展,应经济的需要,美国反托拉斯法不断地演变着一些新的规则和解释。

在美国反托拉斯法发展的过程中,除了法官和法学家的作用外,经济学家们发挥了巨大的影响力。美国反托拉斯法的目标就是维护竞争,而这一目标的设定正是缘于经济学对自由市场的推崇和追求。美国反托拉斯法,特别是在判例中,援引了大量的经济学名词,如效率、掠夺、市场壁垒、可替代性等,对这些名词的理解,融合了经济学的理想主义与法学的实用主义。哈佛学派和芝加哥学派之间的争论与分歧,至今仍然能够反映在反托拉斯法的执法与司法实践中。

由于深受经济学的影响,以及美国司法系统本身较为复杂和特殊,美国反托拉斯判例表现出一种反复和折中的特点。反托拉斯法授权政府可以干预竞争,前提是竞争已经偏离了正常的轨道,目的是为了维护正常的自由竞争。为了防止干预过度或扭曲,又同时设置司法审查。而法官们总是更忌惮政府的力量,不断地在掣肘政府干预和矫正私人垄断之间摇摆。于是,总是在判例中,出现对立法意图时松时紧的司法解释。

按照立法的设计,政府成为大多数反托拉斯案件的原告,因此在经济繁荣时期和经济萧条时期,反托拉斯案件的数量和执法的严厉程度就会出现相应的变化,以配合政府政策的变化。特别是兼并案件,政府具有更大的自主权,因此也极大地影响了私人的决策。从这种意义上来说,反托拉斯法本身就是一个悖论:为了维护私

人之间的自由竞争,而反对限制竞争行为;因为允许政府来制止或反对某项限制竞争行为,而实际上限制了私人竞争方式的自由。

对美国反托拉斯法的解读,并不容易。首先,在其 100 多年的发展历程中,有过太多的变化,必须结合每个历史阶段美国政治、经济背景,才能解释反托拉斯政策或松或紧的原因。其次,反托拉斯法的发展受到了经济学的重要影响,先是哈佛学派,后是芝加哥学派,现在则被称为后芝加哥时代,又有新产业组织理论、新贸易理论等一些新学说对之发挥影响。所以,必须结合经济学,才能较好地阐述反托拉斯法的概念、原理和标准。再次,作为判例法国家,美国司法判例是最重要的法律渊源之一,这些案例成篇累牍,整理起来颇费心血。最后,与其他传统法律不同,反托拉斯法中引用了许多新的名词和标准,这些名词和标准往往具有相当大的弹性和模糊性,再加上经济生活的多样化,不易掌握。

但是,美国反托拉斯法绝对值得细细解读。它融合了法学和经济学的思维方式,集中了法官、政府和经济学家的智慧,又适用于具有无限创造力和想像力的经济竞争中。没有哪一个国家的反垄断法,会有如此多彩多姿的演绎。而 100 多年执法与司法经验的积淀,使之当为其他国家广泛借鉴。反托拉斯法是现代以后被创造出来的一部法律,在全球经济日益走向垄断竞争的时代,其重要性仍将得以存续。

本书是系统解读美国反托拉斯法的一次尝试。采用的方法包括历史演进法、案例分析法、理论分析法和法解释学方法等。书中既有依纵向的历史维度对各个时期反托拉斯政策的差异及其形成原因的梳理,也有对同一时期不同案件、不同法院和法官以及不同学派经济学家观点的阐释。本书立足于法学研究,也扩展至经济学的一些理论和观点,更将大量的案例在通读后简约明了地整理出来。反托拉斯法是法学和经济学交集最多的一个部门法,本书也尽力做到跨学科的融合和贯通。

本书的框架并不求新意。为了方便读者简明扼要地了解美国反托拉斯法,本书选用了美国反托拉斯法教材和专著的一般结构,也即法律本身的框架。第一章,反托拉斯法溯源与基本概念,在描述最初发端的历史的基础上,提出这样一个理解:反托拉斯法的正确目标是促进竞争——经济学理解上的竞争。第二章,反托拉斯法适用范围与救济程序,则主要运用法解释学的方法。从第三章到第六章,按调整对象,分章主要运用案例分析法描述反托拉斯法对共谋、垄断与试图垄断、兼并与价格歧视等几类限制竞争行为的策略。

本书在解释美国反托拉斯法“是什么”的同时,也分析“为什么是这样”。因为

这部法律的许多原理是建立在经济学理论的基础上的,它不像刑法和民法那样传承几千年,为公众所熟知。由于美国反托拉斯法不断地向经济理性迈进,本书在各章中都试图阐述经济学对待不同限制竞争行为的态度及其对法律决策的影响。

当然,尽管涉及很多的问题,这本书还远未穷尽所有的问题。在处理美国反托拉斯法浩瀚资料时,本书力求框架完整、直达中心,而舍弃一些边缘的领域。波斯纳曾指出,美国反托拉斯法的含意和适用总是变动不居,效果也充满不确定性^①。本书也承认,由于个人能力,所以虽然务求客观,可能仍然会出现偏向或遗漏。

中国在2007年8月出台了《反垄断法》,并于2008年8月正式实施。到目前为止,除了兼并前申报的案例外,还没有真正意义上适用反垄断法的司法判例。而媒体和法学家们对反垄断法的探讨多是价值层面的,这与美国《谢尔曼法》出台时的情况很相似。在民粹主义思潮的影响下,1890年的美国国会以反对经济集中性力量为名,出台了这部法律。但是时至今日,美国反托拉斯法中这样一种政治的、意识形态的特征,已经基本退化了。中国应当从美国的经验中吸取养分,而不应只依靠这部单薄的《反垄断法》自身的演绎和发展。

德国学者库尔特·马尔克特说:“德国卡特尔法作出的决策,归根结底可能经常会甚至大多会异于美国。但是我们在做决策时,至少要知道世界上最重要国家的法律,尤其是美国的反托拉斯法,在实际经验和科学认识方面能够提供些什么。”^②

① 理查德·A·波斯纳. 反托拉斯法[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003:1.

② 库尔特·马尔克特. 美国反托拉斯法的现状和发展趋势[M]. // 松尼曼. 美国和德国的经济与经济法. 北京:法律出版社,1991:151.

目 录

第一章 反托拉斯法溯源与基本概念	1
第一节 反托斯拉法溯源	1
第二节 反托拉斯法常用概念释义	9
第三节 反托拉斯法综合述评	18
第二章 反托拉斯法适用范围与救济程序	23
第一节 反托拉斯法的适用范围	23
第二节 反托拉斯法的域外管辖	31
第三节 反托拉斯法的救济程序	42
第三章 限制竞争的合谋行为	55
第一节 横向限制	55
第二节 纵向限制	67
第三节 查禁国际卡特尔的合作	81
第四章 垄断与试图垄断	91
第一节 垄断力	91
第二节 反对垄断化的判例沿革	102
第三节 垄断和掠夺	108
第五章 兼并	116
第一节 兼并法简介	118
第二节 纵向兼并	124
第三节 横向兼并	131
第四节 混合兼并	144

第六章 价格歧视	154
第一节 概述	154
第二节 法条解析	156
第三节 对竞争的损害	158
第四节 法定抗辩理由	165
第五节 购买商责任	169
参考文献	172
后记	179

第一章 反托拉斯法

溯源与基本概念

第一节 反托拉斯法溯源

一、反托拉斯法的普通法背景

世界上第一部现代竞争法当推美国 1890 年的《谢尔曼法》，但在此前，英美的普通法中已经出现了现代竞争法中常用的一些术语，如“限制贸易”、“垄断”、“合谋”等。当 1890 年颁布《谢尔曼法》时，它也使用了很多普通法上的概念，大多数议员，包括谢尔曼议员自己都是从普通法上解释《谢尔曼法》的，认为该法并未宣布一项新的法律原则，而只是适用了普通法上一些古老的被广泛认可的原则^①。但是实践的发展结果是，《谢尔曼法》是一部基于崭新理念、完全不同于以往任何规则的现代经济法。

波斯纳在《法律的经济分析》一书中明确指出：因为“垄断”和“限制贸易”在英国和美国都是有着普通法历史的术语，所以人们会很自然地认为《谢尔曼法》是对垄断问题的传统法律关注达到了顶峰；但这是错误的。垄断和限制贸易的普通法，有一堆混杂的目标，它们跟竞争和效率基本上无关，有时候还格格不入。这些目标包括确认议会地位高于女王，禁止人们签订不谨慎的合同、阻挠联合以及限制货物分销中的竞争。虽然普通法也拒绝强制执行从经济学意义上看是垄断性的合同，但除此之外看不出有什么一致的反托拉斯政策^②。

简单来说，普通法关于竞争有四种概念（规则）：

^① 21 Cong. Rec. 2456 (1890).

^② 理查德·A·波斯纳. 反托拉斯法[M]. 孙秋宁, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003:

1. 中间人犯罪 (middleman offenses)

此概念可追溯到 1266 年,英国曾禁止在货物送到市场前即予收购(即所谓的“占先”,forestall)、批量购买后零散出售(即所谓的“再分销”,regrating),或者在田野里直接收购稻谷,在它们被收割前或至少在它们被运往市场之前收购下来(即所谓的“包购”,engrossing)。这种中转商的行为被认为会抬高价格,而自身并无任何对社会财富增长的贡献。另外中转商的行为也被认为在逃避价格管理,因此影响了少数特权经营者的利益。但是后来随着经济的进一步发展,交易市场从本地扩大到国内,中转商促进商品流通的积极作用逐渐被承认,禁令渐渐不再被适用,1772 年立法对此项禁令明确予以废除,1844 年普通法上的此项罪名也被废除。

2. 垄断 (monopoly)

早期英国的城镇都限制与外来人的贸易,以保护本地利益。法院曾认为城市宪章不能授权这种限制,这样一种对越权的确认也被用来约束同业工会过分的垄断行为。这就是对“垄断”的禁令的开端。垄断被认为会损害实际的和潜在的竞争者,剥夺他人从事该项贸易的机会,并会以更高的价格、更低的质量损害公益。在著名的 Darcy v. Allein 一案中,伊丽莎白女王授予原告进口扑克牌到英格兰的独占权利,原告凭此起诉被告侵犯了他的这项独占经营权。法院判决这项垄断“违反普通法,因此是完全无效的”。1623 年国会为了抵制这种王权特许垄断,制定了《垄断法令》,规定所有此类垄断无效,但排除了发明人的专利权,城镇、同业工会已有的传统垄断权等。因此,这个时期所谓的垄断主要是指由国家或准公共机构授予的垄断权利,私人之间的协议只有在具有建立一个强势的、明显的、绝对的垄断影响时才是无效的,当时能符合这种条件的私人协议很少。

3. 贸易限制 (trade restraints)

Mitchel v. Reynolds 一案中,被告曾与原告约定不会在当地与之竞争,以此为条件将面包店转让给原告,被告后来却违反了承诺,原告遂起诉被告要求其履行曾对原告作出的不竞争的许诺。在该案以前,这种许诺被认为是限制贸易的,法院多判令不能执行。当时的市场都由城镇垄断或同业公会垄断,这种不在当地从事某项商业行为的许诺也就意味着许诺人也很难在其他地方从事该项贸易,因而这些被剥夺机会的人很容易成为社会的负担。这是早期法院的担忧,但随着时间的推移这种担忧变得不再重要。所以在 Mitchel 一案中,该许诺被判令应予执行,法院认为这种贸易限制可能是合理的,如果它附着于一项基础交易,并且也有时间和地点的限制。后来对贸易限制违法的例外越来越多,更多的法院认为当事人应当自行判定双方之间的交易是否合理,而不是在事后由法院为之追悔。早期英国法院

认为贸易限制违背公共政策,但公共政策十分难定位;再后来法院开始支持不附属于任何协定的限制贸易协议,甚至包括固定价格协议。所以贸易限制与反托拉斯是完全不同的概念,前者立足于诚信交易和合同公平,后者立足于自由竞争。

4. 合谋(conspiracy)

普通法上的“合谋规则”谴责几个人为非法目的而从事某项表面合法的行为。“非法”指的是违反公共政策,但是这项规则很少被使用,因为英国的公共政策相当宽容,赤裸裸的限制贸易协议也可以得到支持。因此,“合谋规则”大多用于以侵权为目的的合谋行为。

综上所述,普通法上的这些概念和规则与后来的反托拉斯法的规定是有很大差别的。过去普通法的一些规则,如中间人犯罪、禁止囤积、王权授予垄断等都是特定历史条件、特定经济发展阶段的产物,基本上已退出历史舞台。另一些概念,如“合谋”、“贸易限制”等,都是基于民事法律的“诚信”原则,而现代反托拉斯法中使用的“合谋”、“限制竞争”等则是基于经济学的竞争模型,两者所针对的行为性质、调整方法、推理证明思路都完全不同。

具体来说,反托拉斯法调整垄断、合谋定价、联合抵制、掠夺性定价、纵向排他交易、纵向固定价格等行为,传统普通法调整冒用他人商标、标识、虚假广告、商业贿赂(包括回扣等)、诋毁商誉、侵犯商业秘密等行为。一般来说,反托拉斯法所调整的行为造成了对市场结构或市场条件的影响,或者构成市场进入障碍,或者联合排挤竞争者,或者共谋在相互之间取消竞争,因此都是限制竞争的行为;而普通法所调整的行为往往造成了对其他竞争者正当商业利益的侵害,多采用欺诈性和不公开的手段,而且一般是单个企业的行为,富有针对性,因此是违背诚信的不正当商业做法。

那么为什么《谢尔曼法》中要借用普通法上的概念呢?在美国国会对《谢尔曼法》进行表决时,就有人对此提出了质疑:既然垄断已为普通法所禁止,还有何必要大费周章另立法案来宣布垄断无效?参与起草该部法律的 Hoar 议员的回答是:“因为美国没有普通法”。这其实是一种狡辩,也说明了起草者对于《谢尔曼法》寄予了不同于普通法的期望,但可能是为了更顺利地得到保守的国会的同意,他们宣称该法并未给实践带来任何新的理念。因此,在当时看来,《谢尔曼法》最直接的影响是赋予了联邦法院一项新的管辖权。

但是必须承认,这些普通法上的概念和原则对美国反托拉斯法的发端和法官审判实践还是有深刻影响的。英国法官是关注“限制贸易做法”的先行者,他们首先在普通法体系中形成了有关“贸易限制”的一套较为完整的原则。这些法令和普

通法原则被带到了作为英殖民地的美洲,后来又自然地被引入独立后的美国法律体系中。而且美国殖民者对英王室授予贵族的一些贸易垄断特权素来深恶痛绝,一些州的宪法中也写入了禁止垄断的规定,这些规定对促成后来美国所崇尚的自由的、分散的和非集中的生活方式也起过重要作用。

二、《谢尔曼法》的起草

从13世纪到19世纪后期,英、美、法等国家普遍存在这样的理解^①:完全自由的放任的市场竞争能够最大限度地提高效率和发展生产。政府忠实地扮演着“守夜人”的形象。疯狂的逐利浪潮,推动了工业革命,又进一步加深了经济上普遍的个人主义。美国社会经历了资本急剧积累和经济上放任自由的重要历史时期。西部边疆的开拓、交通贯连、移民浪潮、工业化,所有这一切使美国迅速从农业社会进入工业社会,全国性的市场逐步形成。其中,特别突出的是产生了一些工业巨头。通信、运输、信贷等公共服务业效率明显提高,随着交易成本的降低,企业竞争的重点越来越多地转移到规模效应和资源优势上。

竞争变得越来越严酷,大企业明显占据了优势并且不遗余力地掠夺市场、巩固地位和打击对手。尽管企业不断走向集中和扩张,当时的一些州法却限制了公司的规模和活动,于是以标准石油公司为首的一些大企业采取了一种绕行的方法,即由公司的股东将他们的权利委托给一个受托人群体,由后者集中代为行使股东权,从而实现了股东角色和经营层角色的分化。而这个受托人群体控制一家公司,也就掌握了由该家公司控股的下属公司的控制权。这条链条串联下去,意味着少数几个人可以控制全国任何地点的任何数量的公司,这就有了多个公司联合决策和共谋行动的可能。这种以信托(trust,又被音译为托拉斯)方式达到的联结体迅速占据了各个行业的垄断地位,侵入经济生活各个方面。被赶出市场的小商人们抱怨竞争的不公平;受欺压已久的农民被铁路垄断者的盘剥激怒了;劳工组织代表工人强烈要求提高工资待遇和改善工作条件;消费者和公众则抗议价格的上涨和产品质量的下降。过去的英式“贸易限制”规则已经不足以对付和从根本上解决现实中纷繁复杂的限制竞争问题。到1887年美国第一部管制商业的联邦立法——《州际商法》出台,已是顺应民心之举,该法直指铁路行业的滥施横行。1888年大选中,美国两个主要政治派别民主党和共和党都在它们的竞选提纲中许诺将进行商

^① 这个时期经济学解释也深受社会和政治领域盛行的社会达尔文主义的影响,崇尚自由放任,相信优胜劣汰、物竞天择是推动社会进步的力量。

业改革。在美国被称为“反托拉斯法”的专项竞争立法此时呼之欲出。

《谢尔曼法》最初是在社会各个利益集团交错影响下产生的,其中并未介入经济学上的依据^①。事实上,当时大多数经济学家认为垄断的形成和发展是由效率决定的,垄断是技术和组织自然进化的结果,它能够带来规模效益,而潜在的竞争足以将垄断控制在一定范围内。因此,经济学家普遍对联合和垄断抱有好感。只有极少数学者如 J. B. 克拉克看到了垄断带来的掠夺性定价等问题。当《谢尔曼法》通过以后,仍然有人怀疑是否有必要对联合和垄断采取任何的行动,另外一些人则怀疑政府或法院采取法律行动的能力。但是,自此反对限制竞争的命题引起了经济学的普遍关注,“在《谢尔曼法》通过很久以后,美国的经济学家才开始为反垄断法提供它具有经济效率的经济学原理”^②。

那么,《谢尔曼法》起草当时的立法考虑到底是哪些呢?让我们从以下资料中去发现当时的立法本意。

Senator Sherman, 12 Cong. Rec. 2455ff (1890)

这部法案的目的是使得美国法院能针对联合行为(combinations)实施与……在一些州已实施的措施相同的救济……它的目标是违法的联合行为。它绝不会影响那些存在自由公平竞争的有利于生产的联合。

这部法案无意于寻求对付资本与劳力的联合、合伙或公司的成立,而只是阻止和控制那些意在阻碍竞争,或限制贸易,或以消费者的损失为代价增加生产者利润的联合行为。正是这些被普通法规则与人类经验证明违法的联合行为,才是这部法案的目标,而不是那些合法的有用的联合……

……

如果我们不愿意服从一位国王,我们也不应当服从那些贸易中具有阻止竞争和固定某一商品价格的力量的权贵……

我承认很难以法律的语言精确地划定合法与违法联合行为之间的界限。这必须留给法院在特定的个案中去确定。我们作为立法者,所能做的全部就是宣布大体的原则,并且我们确信法院会将这些原则付诸实施,贯彻这部法律的要义,英国和美国的法院几个世纪来一直就是这样做的。

① 小贾尔斯·伯吉斯. 管制和反垄断经济学. 冯金华, 译. 上海财经大学出版社, 2003: 172.

② Willard E. Hotchkiss, “Recent Trust Decisions and Business”, *American Economic Association Papers and Proceedings* IV, March 1914, p. 172.

从这段话可以看出,当时的起草者再三强调“完全和自由的竞争”的概念,但是却未对“自由竞争”做出任何实质性的具体定义,在他们看来,这一概念应当是不言自明的,它是“经普通法规则与人类经验”证明的。这也使得《谢尔曼法》的条款是如此模糊和宽泛,当时近乎口号的立法宣传,仅仅定位了一种宏观价值的取向,但没想到百年来竟会发展成多姿多彩的反托拉斯执法活动。国会对《谢尔曼法》的通过,被认为是接受与坚持了美国的政治与经济民主的观念,而不是基于对反托拉斯法基本原理的理解与推崇。“无疑,为这些法规的制定颁布投下重要一票的立法者们对收入和财富分配以及小企业和特定消费者群体福利的关心要多于对配置效率的关心,特别是因为经济学界对反托拉斯政策也没有什么热情”。^①

因此,简单概括《谢尔曼法》的立法考虑有以下三点:

第一,当时对垄断的政治与社会谴责十分激烈,相比之下自由经济学家为垄断所做的辩护不被大多数人理解和接受。因此,《谢尔曼法》具有的一个象征性意义,就是对政治民主与经济民主的崇尚以及对集中势力的美国式怀疑。

第二,当时石油、铁路、烟草、铝业等产业中所结成的托拉斯的巨大势力,让政府和国会感到威胁,他们担心有一天这些垄断巨头对社会的操控能力可能会超过市民政府,撼动这个国家的政治根基。

第三,对竞争的道德与哲学追求促成了反托拉斯法案的采用。当时美国社会普遍认为自由公平的竞争为所有人提供机会,而这种平等的竞争机会才是美国政府应当保障的基本人权。对竞争的信仰的背后,可能更多的是追求人生的无穷可能性和机会的均等,这与竞争的经济学内涵已经不太相干了。

三、反托拉斯法的发展轨迹

在《谢尔曼法》实施的初期,即西奥多·罗斯福和塔夫脱执政时期,标准石油公司和美国烟草公司等几起大案树立了《谢尔曼法》的威信。尤其是在标准石油公司案中,最高法院宣布应将合理规则贯彻于《谢尔曼法》中,认为通过“通常”的方法获得的垄断并不违法,只有通过排斥竞争的市场策略而获得的垄断才受到法律的禁止。至此,最初基于保护中小企业、保护劳工群体等多项利益考虑的《谢尔曼法》更多地融入了经济效率的考虑,或者说正在成为真正意义上的维护“竞争”的立法。到威尔逊上台,他的竞选政纲中就包含了新自由主义的经济政策,即主张让小企业有更多的机会参与竞争并得到繁荣,因此应从一开始就努力遏制垄断权力的发展。

^① 理查德·A·波斯纳. 反托拉斯法[M]. 孙秋宁,译. 北京:中国政法大学出版社,2003:39.

这个时期通过的《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》都表现出一种更坚决的执行反托拉斯行动的决心。威尔逊的新自由主义经济政策中,显然采用了经济学家的完全竞争的理想模型,即消除垄断,使市场参与者数目足够多。

但到第一次世界大战结束,美国国际地位极大提升,反垄断问题渐渐淡出人们的关注视线^①。20世纪20年代完全是放任自由的十年,直到经济危机使不干预的幻想完全破灭。在富兰克林·罗斯福掌权后,通过的一系列危机对策,包括了相当一部分鼓励产业协会、行业联合行动的措施,这些措施都与《谢尔曼法》存在直接的冲突。但是对竞争的压制,或者说政府管制代替私人竞争,是完全违背正常经济发展规律的,因此到1935年,联邦最高法院宣布废除危机中建立的全国复兴办公室及其有关的产业规定。

杜鲁门接任总统后,经济已经初步稳定,在司法的支持下,新一轮的反垄断热潮掀起。罗斯福—杜鲁门时期,经济理论的创新非常活跃,在微观经济学中,张伯伦的《垄断竞争论》、西蒙斯的《纯粹自由放任大纲》、梅森对于市场结构分析的一些论文都是当时最有影响的两个学派——哈佛学派和芝加哥学派的代表作,它们对政府决策和法院判案有十分重要的影响,大量的判例从经济学中寻求根据和方法论。特别明显的是,受经济学有关市场结构研究的影响,法院越来越多地依据市场结构判断是否违法,而与从前的合理规则有了分歧,如1945年的美国铝业公司案(即ALCOA案)^②。此后的里根到小布什时代,每一届政府对对待反垄断的态度都因施政方略而有张有弛,垄断可能具有的效率作为一种经济学判断被引入到抗辩事由中,但基本的框架没有太大变化。美国的反托拉斯立法也已趋于完整,强调自由、公平、效率。另一方面,由于20世纪70年代开始美国越来越多地遭遇到外国企业的竞争,反托拉斯法的域外扩张特征十分明显,而这种扩张是以经济学为理据的,但执行效果上却更多地侧重保护国内企业,在客观性和公正性方面广受批评。

从第一部现代竞争法诞生起,美国的反托拉斯立法和执法深受经济学影响,与

① 小贾尔斯的《管制和反垄断经济学》中有一段精妙的描述:“甚至在战争快要结束的1917年以后,无论是政府还是一般公众,都没有像过去那样关注国内的事务。美国突然间发现,在新的变化的世纪中,自己成了世界的强权。同样地,突然之间,新自由主义(要求恢复前工业社会的、田园式的19世纪的经济生活的思想)似乎失去了吸引力,甚至变得有点不相干了。”小贾尔斯·伯吉斯. 管制和反垄断经济学. 冯金华,译. 上海财经大学出版社,2003:180.

② 1945年美国政府诉美国铝业公司(ALCOA)案中,法院认为即使没有垄断权力的滥用,90%的市场份额也足以判定该垄断是违法的。因此美国铝业公司案被认为是对长期贯彻的“合理规则”的一种背弃。至此,美国法院在应以行为还是以市场结构来判定违法上一直没有定论,各有成案。

此同时,不同时期的政治需要也为竞争法刻上了深刻的时代烙印。美国反托拉斯法的发展史为说明竞争法的功能和定位提供了绝佳的例证,现在大多数国家的竞争法中都可以找到美国反托拉斯法的影响痕迹,美国的经济学界也为竞争法的完善作出了十分重要的贡献。从美国反托拉斯法的演进中也可以发现,一国的竞争政策不仅应以法律的视角,还应从该国当时的政治、经济和社会结构等方面去理解,这种深刻的社会烙印也是各国竞争法被认为具有难以调和的差异性的根源之一。

标准石油公司诉联邦政府案

Standard Oil Co. v. United States, 221 U. S. 1, 60, 64-65, 68 (1911)

通过无数的兼并行动(其中一些是强迫性的)以及一系列打压竞争者的排挤策略,标准石油公司取得了国内石油生产与分销上的绝对垄断地位。1910年,其被指控从事了垄断行为并被初审法院判定违法。标准石油公司不服判决,申诉到联邦最高法院,本案由 White 法官主审。标准石油公司所占的巨大的市场份额(90%以上份额)已是毋庸置疑的了,本案的结果是将标准石油公司分割为几家小企业。但是本案作为一项经典判例,其精彩之处不是结论和社会影响力,而是 White 法官在众多证据表明标准石油的垄断地位的情况下,仍然适用“合理规则”审查标准石油公司行为的违法性。他在判决中指出,《谢尔曼法》“并未规定,但毋庸置疑地是其考虑并要求一项标准”,该法意图使普通法中以及这个国家曾经付诸实施的合理标准仍然成为《谢尔曼法》下违法性的判定标准。“合理标准”要求在证明存在法律规定的行为的同时,还要证明产生或可能产生限制竞争的后果,即要求对一项行为促进竞争和抑制竞争的两方面进行权衡。该案的判决树立了这样一种规则:尽管单从《谢尔曼法》第 1、2 条的字面来看,似乎囊括所有共谋协议、合并和垄断行为,但司法中仍然十分强调即使存在具有此类特征的行为,是否适用《谢尔曼法》仍然要视个案被诉行为是否或可能限制竞争而定。这是一种反托拉斯行动理性化的倾向,说明《谢尔曼法》立法当时的政治和社会仇视倾向,在司法实践中已经逐渐淡去。富有经验的法官延伸了《谢尔曼法》的意图,使得反托拉斯法有了合理性的依托,而未沦为特定历史条件下一部昙花一现的法律。

联邦政府诉美国烟草公司案

United States v. American Tobacco Co., 221 U. S. 106, 182-183 (1911)

1911年,联邦政府诉美国烟草公司案基本上遵循了标准石油公司案判决的基本规则。美国烟草公司很快被认定在烟草行业占有垄断地位,法院同时认为烟草

公司存在“恶意违法的意图和违法的联合行为”，判决指出：美国烟草业之前是存在激烈的竞争的，但之后通过兼并和其他一些策略，包括强迫性的联合，美国烟草公司驱除异己，形成了庞大的垄断势力；这种联合体逐渐控制了制造烟草产品所需的主要原材料来源，使得其他潜在竞争者很难进入该行业；美国烟草公司花费了大量金钱购买一家又一家的工厂，但目的不是使用它们，而是将之关闭和废置，表现出明显地消除竞争者的意图；美国烟草公司通过一系列的合同，要求其生产供应商、股东、雇员等将来都不得与之竞争。通过列举这些证据，法院认为，占有市场垄断地位的美国烟草公司，是通过违法的手段形成垄断地位，并利用垄断地位继续其限制竞争的种种行为。法院试图说明，垄断本身并不是罪过，但非法获取垄断地位的手段和滥用垄断地位的行为则是《谢尔曼法》所禁止的。因此在本案中，法院所依照的思路是标准石油案中的“合理规则”。

第二节 反托拉斯法常用概念释义

一、完全竞争、垄断、不完全竞争与有效竞争

完全竞争(perfect competition)，是指存在许许多多的厂商，每家厂商都相信它的任何行为对市场价格都不会产生影响，每家厂商都是“价格接受者”的市场结构。按照经济学的理想模型，一个市场经济如能满足以下条件，那么它的竞争就是完全的：①市场上的买方与卖方的数量如此之多，使得无人能对市场价格造成任何实质的影响；②消费者能基于充分的信息决定选择购买的商品；③生产要素的分割或转移不受限制，所有生产者都能平等地获得市场供给；④市场进入无障碍，生产者与潜在生产者都能对价格作出即时的反应。在现实的情况中，完全竞争所要求的前提条件是不可能存在的。信息不对称、进入成本、产品差别、技术变革、外部性、市场不能出清等因素，都使得完全竞争只限于经济学家手上用来分析的一个理论模型。

经济学上所称的垄断(monopoly)指的是只有一家厂商供应整个市场的市场结构。垄断是与完全竞争相反的另一种极端情况，过去如电力、铁路、电信等行业都存在地区性垄断的情况，但随着科学技术的提高，这些从前被认为是自然垄断的行业也有越来越多的竞争者加入，所以完全的垄断是不多见的。反托拉斯法上所称的“垄断”与经济学上的垄断概念是有区别的，它是更为广义的，实际上还包括了