

价格合谋的 反垄断政策研究

JIAGE HEMOU DE
FANLONGDUAN ZHENGCE YANJIU

唐要家 著

中国社会科学出版社

国家社会科学一般项目（08BJY095）和
教育部人文社科重点研究基地重大项目（07JJD630017）资助

价格合谋的 反垄断政策研究

JIAGE HEMOU DE
FANLONGDUAN ZHENGCE YANJIU

唐要家 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

价格合谋的反垄断政策研究/唐要家著. —北京: 中国社会科学出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5004 - 9799 - 8

I. ① 价 … II. ① 唐 … III. ① 价格—研究
IV. ① F714. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 087067 号

策划编辑 卢小生 (E-mail: georgelu@vip.sina.com)

责任编辑 卢小生

责任校对 石春梅

封面设计 杨 蕾

技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2011 年 7 月第 1 版

印 次 2011 年 7 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

插 页 2

印 张 17

印 数 1—6000 册

字 数 276 千字

定 价 36.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

价格合谋与价格垄断

——兼作唐要家所著《价格合谋的反垄断政策研究》书序

一 价格合谋的概念比价格垄断窄得多

合谋在概念上包括价格合谋和非价格合谋。但非价格合谋与价格合谋在现实中是分不开的，而且很少有合谋不涉及价格或没有价格影响。合谋既可以是贬义的，也可以是中性的；既可能违法，也可能不违法。

在反垄断经济学或其经济学基础——产业组织理论中，多用“合谋”（Collusion）意指企业之间的联合协议。它有时也与“串谋”、“共谋”、“卡特尔”、“联盟”、“协同”等概念混用。欧佩克（OPEC）就是典型的卡特尔。

在法律实践中，“合谋”也往往有多种同义词或相近词。例如，美国的反垄断主要法律（也称反托拉斯法）——《谢尔曼法》第1条用“契约”（Contract）、“联合”（Combination）和“共谋”（Conspiracy）三个术语表述合谋行为。欧盟的反垄断法——《欧盟竞争法》用了“协议”（Agreement）、“决定”（Decision）和“协同行动”（Concerted Practice）三个术语表述合谋行为。中国的《反垄断法》则用“垄断协议”（Monopoly Agreement）作为总称，并借鉴欧盟竞争法，用略有差异的“协议”（Agreement）、“决定”（Decision）和“协同行为”（Concerted Action）三个术语表述合谋行为。

在中国，由国家发展与改革委员会（简称“发改委”）负责“垄断协议”方面的反垄断执法。值得注意的是，“垄断协议”只是反垄断执法的三大任务之一，但由其制定并于2011年2月1日起实施的《反价格垄断规定》及其配套的《反价格垄断行政执法程序规定》，已经将“垄断协议”扩展到“价格垄断”。比如，其第三条为：“本规定所称价格垄断行为包括：（一）经营者达成价格垄断协议；（二）具有市场支配地位的经

营者使用价格手段，排除、限制竞争。”这实际上已把属于由国家工商行政管理总局（简称“工商总局”）负责执法的反垄断第二大任务——即控制“滥用市场支配地位”——纳入了发改委的职权范围。至于由商务部负责的反垄断第三大任务，即“经营者集中”，其表面是购并控制，而实质是防止通过购并形成市场支配地位，从而垄断价格，否则也应该予以放行。所以说，“反价格垄断”实际上几乎可以涵盖“反垄断法”的全部内容。也就是说，“价格合谋”等同于“垄断协议”，价格垄断差不多等同于垄断，相应的，“反价格垄断”也就大体上等同于“反垄断”，已经大大超出了价格合谋的执法范围。这是一个非常重要的法理问题。

二 现行价格合谋相关法律规定之间的交叉

依据中国《反垄断法》的规定，价格合谋就是指垄断协议。现行法律和执法过程中，存在着“法律条文交叉、执法机构重叠、相互既推又争”的三种现象。

第一种现象，法律条文交叉的例证，比如，《反垄断法》第十三条明令“禁止具有竞争关系的经营者达成垄断协议”，将垄断协议定义为“排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”，并列举了“固定或者变更商品价格；限制商品的生产数量或者销售数量；分割销售市场或者原材料采购市场；限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；联合抵制交易”等具体形式。表面上看，垄断协议不光是价格协议，但其实质或最终目的仍是价格合谋。

《反不正当竞争法》第十五条规定：“投标者不得串通投标，抬高标价或者压低标价。投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。”

《价格法》第十四条规定，经营者不得“相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者消费者的合法权益”。

发改委《反价格垄断规定》第七条规定，禁止具有竞争关系的经营者达成固定或者变更价格的垄断协议，包括：“固定或者变更商品和劳务的价格水平；固定或者变更价格变动幅度；固定或者变更对价格有影响的手续费、折扣或者其他费用；使用约定的价格作为与第三方交易的基础；约定采用据以计算价格的标准公式；约定未经参加协议的其他经营者同意不得变更价格；通过其他方式变相固定或者变更价格”等。同时还规定，

经营者不得与交易相对人达成固定商品转售价格和限定商品最低转售价格的协议。行业协会不得“制定排除、限制价格竞争的规则、决定、通知”；不得“组织经营者达成本规定所禁止的价格垄断协议”。

第二种现象，执法机构重叠的例证，比如，《反垄断法》由商务部、工商总局和发改委三家执法，即商务部负责控制经营者集中，工商总局负责防止滥用市场支配地位，发改委负责限制垄断协议；《反不正当竞争法》由工商总局负责执法；《价格法》由发改委名下的价格主管部门负责执法。从《反价格垄断规定》看，在限制垄断协议方面，工商总局与发改委的职能重叠更多。根据经验，多家执法的后果往往是责任大家推，权力都来争。

第三种现象，相互既推又争的例证，比如，《反垄断法》2008年实施以来，除商务部反垄断局有少量执法案例外，工商总局和发改委较少有执法案例，虽然极少的案例还引起了广泛争议，甚至否定意见略占上风。又如，假如价格协议仅属垄断协议含义的一部分，那么仅仅对价格协议进行执法，等于推掉了垄断协议的部分执法内容。再如，根据《反垄断法》规定，反价格垄断由国家授权的中央和省级两级执法。发改委新出台的《反价格垄断行政执法程序规定》明确规定，“政府价格主管部门实施反价格垄断执法”。而根据《价格法》的规定，执法体制为四级，隶属发改委系统的省、市、县价格主管部门均有相应的执法队伍。《反价格垄断行政执法程序规定》明确规定，中央和省级价格主管部门可以委托下一级价格主管部门实施调查。这样，在商务部和工商总局都侧重于中央一级执法的情况下，发改委名下的价格主管部门事实上的多级执法也可能有争权之嫌。

这三种现象不仅令人失望，更令人担心的，一是价格主管部门执法内容已经由“垄断协议”或价格合谋大大扩展到“价格垄断”，大有包括整个反垄断法之势；二是由于传统的价格主管部门多是计划经济的思维，如何避免“换汤不换药”地用价格管制的惯例进行反垄断执法，难度确实极大。现实中已有不少迹象使人感到这种担心并非多余。

三 价格合谋在反垄断经济学中的重要性

这里的关键是要从逻辑上说清价格合谋在反垄断经济学中的地位，进而说清反垄断经济学在法律经济学中的地位。我们采取反向思维的进路。

法律经济学是经济学中的一个重要分支。它是用经济学理论和方法研究法律问题，所以又称法律经济学分析。法理经济学，即研究法理的经济科学，又是法律经济学的学科基础。法律经济学学科已经相当成熟，其重要标志是三部巨著。一是鲍德温·巴卡尔特和格瑞特·吉斯特主编的《法律经济学百科全书》；二是米切尔·普林斯基和斯蒂芬·沙威尔主编的《法律经济学手册》；三是彼特·纽曼主编的《新帕尔格拉夫法律经济学大辞典》。法律经济学领域已有哈耶克、科斯、贝克尔、施蒂格勒、史密斯、威廉姆森等多位教授荣获诺贝尔经济学奖。国内也有学者建议在现行经济学学科设置的“应用经济学”一级目录下设法理经济学作为二级学科。

反垄断经济学则是法律经济学的重中之重，可以视做法律经济学下属的三级学科。法律经济学最初主要就是研究反垄断和政府规制问题。后来随经济学扩展到诸多法律领域，体系急剧扩大，同时也由于自身的相对成熟，反垄断经济学则被视为相对独立的经济学学科。

价格合谋位居反垄断经济学三大核心领域之首。反垄断经济学对应着反垄断法的三个重要组成部分。按中国《反垄断法》的术语，这三个组成部分是“垄断协议”（一般称“价格合谋”）、“滥用市场支配地位”和“经营者集中”（一般称“购并”）。所以说，价格合谋问题的研究处于反垄断经济学的核心地位。它的主要研究内容包括合谋的机理、产生条件、稳定性问题、影响评价、识别方法、调查程序、执法原则、制裁政策，等等。按国际惯例，每项内容都涉及复杂的法律经济学分析，行政执法者和法官都需要系统的法律经济学教育和培训，很多情况下还要听取法律经济学或反垄断经济学学者的专家咨询。总之，绝不像有些人想象的那么简单。

四 价格合谋反垄断执法中的现实问题

本书取名为《价格合谋的反垄断执法政策研究》，研究的是价格合谋或垄断协议的一般问题和国际经验，对中国的反垄断执法会有借鉴意义。在反垄断执法方面，中国虽说可有“后发优势”，但因为是从计划经济向市场经济转型，也存在不少“新旧难题”。

就价格合谋来说，在中国目前的经济社会环境下，反垄断执法面临着诸多难题。比如：（1）行政垄断。靠价格主管部门解决行政垄断，法理

上都难以讲得通。况且有时恰恰物价管理部门正是“始作俑者”，如电价和油价。(2) 国有企业垄断。一般而言，对竞争性较强的行业中的价格合谋现象不必过多地关注，而对竞争性较弱的行业多以国有企业为主，虽然较多地存在价格合谋现象，但《反垄断法》和《反价格垄断规定》难以有效地发挥作用。(3) 多家执法。中国反垄断属多家执法，现在有关价格合谋的法律条文上都界限不清，实践中难免问题更多。(4) 市场界定。相关市场界定是各国反垄断执法中的一个普遍难题，号称反垄断领域的“幽灵”，法律工作者和经济学家摆脱不掉的恶魔。如水泥市场实际上以 500 公里为半径，房地产则可能以很小区域界定市场，而方便面市场则可能以全国为界。这还只是从区域视角，尚未考虑产品差异和替代性等因素。价格合谋问题中的市场界定比经营者集中更为复杂，对执法人员的素质要求更高。目前还未看到价格主管部门对市场界定的典型成功案例。

唐要家博士的这部著作《价格合谋的反垄断政策研究》，对价格合谋的主要方面都做了系统的研究和分析，值得一读。当然，关于价格合谋还有很多更深入的研究成果需要借鉴吸纳，同时也存在不少更复杂的理论和法律问题尚未解决。

有兴趣的读者也可参见拙文《现行经济学学科设置问题与法律经济学的兴趣》（《改革》2011 年第 4 期）和拙作《产业组织与反垄断法》。总之，希望成果可以作为有志者深入研究的“导游”。

于 立

天津市法律经济学与政策评价研究中心主任

天津财经大学副校长

2011 年 5 月

目 录

第一章 引言	1
第一节 问题的提出	1
第二节 合谋的界定	3
第三节 文献评论	6
第四节 研究内容	12
第二章 合谋的反垄断法律	14
第一节 合谋的社会伤害	14
第二节 反垄断法的禁止性规定	20
第三节 反垄断执法原则	22
第四节 反垄断豁免政策	29
第五节 反垄断激励性实施体制	39
第三章 合谋的组织实施机制	47
第一节 成功合谋的激励条件	47
第二节 寡头博弈下的动态合谋机制	53
第三节 合谋的便利因素	63
第四章 合谋的反垄断证据识别	71
第一节 反垄断执法机关	71
第二节 反垄断机关证据获取途径与形式	79
第三节 反垄断证据识别方法	82

第五章 宽大政策下的企业坦白证据	93
第一节 宽大政策的反合谋效果	94
第二节 宽大政策的合谋瓦解效应	97
第三节 最优的反垄断宽大政策设计	102
第六章 默契合谋的证据认定	113
第一节 便利措施原理	114
第二节 价格规则机制	118
第三节 股权合作机制	124
第四节 信息交流机制	129
第五节 协同行为机制	147
第七章 合谋的反垄断制裁	156
第一节 反垄断制裁的目标和基准	156
第二节 制裁措施的类型与适用趋势	159
第三节 价格合谋的最优罚金	167
第四节 不同制裁体制的总体效能	179
第五节 中国反垄断制裁措施的效能	182
第八章 合谋的反垄断私人执行	187
第一节 公共执行与私人执行的角色配置	187
第二节 美国、欧盟、日本的私人执行制度	196
第三节 反垄断私人执行的制度体系	201
第四节 中国反垄断私人执行制度选择	216
第九章 国际卡特尔的反垄断政策	221
第一节 国际卡特尔的危害	222
第二节 国际卡特尔的调查取证	223
第三节 国际卡特尔的制裁措施	227
第四节 反垄断执法中的国际合作	231

第五节 反国际恶性卡特尔的政策选择·····	236
第十章 结论与政策含义·····	238
第一节 反垄断法律体系·····	238
第二节 反垄断法实施体制·····	240
第三节 反垄断执法政策措施·····	242
参考文献·····	245

第一章 引言

第一节 问题的提出

价格合谋是推动物价非正常上涨的重要因素，对市场竞争和社会福利会产生重大的伤害，因此，它成为各国反垄断政策打击的重点。波斯纳（1970）对美国的反垄断案件实证分析发现，在合谋案件中，只有 1.6% 的案件涉及产量限制或市场分配，90% 以上的案件都是固定价格。1990 年以来，美国司法部查处的刑事案件中有 90% 左右是价格操纵案件。在 1990—2004 年间，欧盟委员会公开裁决的案件中有 41% 的案件是涉及横向限制竞争行为的案件。康诺（2007）的分析发现，在 1990—2005 年间，国际卡特尔通过提高价格从消费者身上获取的利润超过 2000 亿美元，平均每个国际卡特尔获利 21 亿美元。

尽管竞争企业之间的价格合谋是各国反垄断执法的重点，但是，相对于众多企业合谋行为来说，各国的反垄断执法实际发现和有效处罚的案件数量仍然相对较少。美国学者康诺（Connor, 2007）的实证分析发现，在 1980 年以前，美国反垄断执法对卡特尔的成功发现率只有 10%—20%，而对于国际卡特尔来说，这一比例可能更低。总体来说，近年来，即使采用了宽大政策，美国和欧盟的卡特尔发现率也仅为 15%—25%，而且很多公司还重复犯罪（康诺，2008）。美国是反垄断执法体制最有效的国家，即便如此，美国的卡特尔案件仍然不断出现，对此，金斯伯格和莱特（Ginsburg and Wright, 2009）认为，美国现行的反垄断执法和处罚体制并不能充分实现阻止犯罪的目的。针对此种情况，美国反垄断局助理总检察长托马·斯巴奈特（2006）在总结美国近年来的执法经验的基础上指出，

“调查、起诉和制裁卡特尔犯罪仍然是反垄断局的最优先工作”^①。与美国相似,自2004年尼丽·克劳斯出任欧盟竞争委员会主席以来,欧盟对卡特尔采取了“零容忍”的态度,加大了执法打击力度。从美国和欧盟的价格合谋反垄断执法来看,提高价格合谋执法的有效性是一个世界性问题,对于那些执法能力和执法经验都欠缺的国家来说,如何设计和完善反价格合谋的执法体制,提高价格合谋案件执法的有效性成为需要迫切解决的问题。

改革开放以来,中国经济中的价格合谋案件屡屡出现,典型的如上海黄金价格联盟、彩电价格结盟、空调价格联盟、民航机票价格联盟、方便面价格合谋等,以及大量的没有被公开或被调查的价格合谋行为和跨国公司对进口的大宗商品的价格协调行为等。这些价格合谋行为导致产品的高价格和消费者福利的严重伤害,应该成为反垄断执法的重点。在此期间,尽管我国的《价格法》、《反不正当竞争法》、《价格违法行为行政处罚规定》等多部法律法规对企业之间合谋涨价问题作出了禁止性规定,但是绝大多数案件中的企业均未得到应有的制裁。根据国家工商行政管理总局公平交易局的调查,在2005年6月以前,共处理了5938起案件,其中卡特尔协议案件只有15起^②。相对于现实市场中的众多明显的价格合谋行为,这一执法数据说明,中国现有的反价格合谋体制并不是有效的。2007年颁布的《中华人民共和国反垄断法》对价格合谋作出了禁止性规定,但是对于反价格合谋的实施体制还是一个尚未很好解决的问题,《反垄断法》的实施并没有在企业价格合谋反垄断执法方面取得明显的执法进展。《反垄断法》自2008年8月1日实施以来,由国家发改委负责明确查处的重大价格合谋反垄断案件数仅为3起,即2010年7月国家发改委查处的绿豆经销商集体涨价案件^③。因此,反价格合谋不仅是维护有效竞

① Thomas O. Barnett, 2006, Seven Steps to Better Cartel Enforcement, U. S. Department of Justice.

② 国家工商行政管理局:《反垄断典型案例及中国反垄断执法调查》,法律出版社2007年版。

③ 国家发改委的官方网站和有关的报道。2010年3月,国家发改委会同广西物价局等地方政府部门查处了南宁、柳州的15家米粉生产企业的合谋涨价案,以及2011年1日,国家发改委公布的浙江省富阳市造纸行业协会组织的达成垄断价格协议案。从职权配置来说,由于这2起案件案的影响仅限于局部地域,国家发改委没有介入的必要。2010年7月,国家发改委查处了吉林玉米中心批发市场有限公司等多家企业于2009年10月召集国内16个省、区、市上百家绿豆经销企业开会,串通涨价、哄抬绿豆价格。但是,该案的查处并没有严格按照《反垄断法》的有关条款和程序来执行,仍然依据一般的价格违法行为的有关法律法规来处理,因此存在诸多争议问题,案件的查处也并没有有效地遏制绿豆价格的上涨。

争市场体制和提高社会福利的重要问题，而且也是中国《反垄断法》实施中重要的政策和制度设计问题。

第二节 合谋的界定

一 概念界定

尽管反垄断经济学已经成功地揭示了合谋的机制和便利因素，但是，合谋的经济学定义和法律定义却不十分明确。从产业组织理论来说，基本的分析概念是合谋（collusion）^①。莫塔（Motta，2004）认为：“从经济学的意义上来说，合谋是指一群企业的价格高于竞争水平之上的状况。另一个略有不同的概念是，合谋是指一群企业制定的价格充分接近垄断价格的状况。”显然，莫塔的定义是从绩效的角度给出的概念界定。从反垄断经济学的角度来看，合谋更是一种企业间的行为表现，而绩效只不过是行为的结果。反垄断法上的合谋行为包括三个要素：多个独立企业^②、联合行为、限制产出或维持价格来获取垄断利润的目的。因此，合谋是指产业内的独立企业自愿地联合起来，通过限制产出或维持价格等来获取垄断利润的行为。

尽管对企业之间限制竞争协议的禁止是各国反垄断法的重要内容，但是，各国的表述方式仍然存在很大的差异，科学地界定合谋的概念涉及如何认定违法的合谋行为。

美国《谢尔曼法》第1条采用了“合同（contract）、联合（combination）和共谋（conspiracy）”三个术语来表述限制竞争协议，实际上，这三个术语之间存在着交叉关系，三者同时使用是为了尽可能地包含所有的限制竞争协议形式。在美国司法部和联邦贸易委员会2000年颁布的《关于竞争者之间联合行为的反托拉斯指南》中，将限制竞争协议称为“联

^① 在美国反垄断法中，经常采用“价格操纵（pricefixing）”来泛指企业的价格合谋行为。

^② 在美国价格合谋的反垄断执法中，如果被告能证明和某企业之间是在共同的所有权或共同控制之下，则可以免于被起诉。因为合谋必须是独立企业之间的行为，不存在一个企业自己与自己合谋。

合行为 (collaboration)”, 并将竞争者之间的联合行为界定为包括竞争者之间实施的除并购以外的一个或多个协议, 以及根据协议进行的涉及研发、生产、销售、信息共享和贸易协会等的有关活动。

在欧盟竞争法中, 采用了“协议、决定和一致行动”三个概念来概括企业之间的合谋行为, 其中“决定”主要是指企业联合组织的决定, 如行业协会、商会、企业联合体等的限制竞争的行为。《欧共体条约》第81条指出: “任何可能影响成员国之间的贸易并且具有阻止、限制或者扭曲共同市场内竞争目的或者效果的企业之间的一切协议、企业群体所作出的决定和协同行为, 因为与共同市场不相容而应被禁止。”

中国《反垄断法》则采用了“垄断协议”的提法, 用“协议、决定、协同行为”三个概念来概括合谋行为。《反垄断法》第十三条指出: “本法所称垄断协议, 是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”

二 企业间合作的协议类型

在市场竞争当中, 企业之间经常会存在各种各样的合作行为。企业之间的合作通常涉及一项或多项商业活动, 如研发、生产、市场营销、销售、购买等。从反垄断执法的角度来说, 判定企业之间是否存在协议以及协议的类型是非常重要的。

(一) 横向协议和纵向协议

从企业之间的关系来看, 企业之间的合作协议包括横向协议和纵向协议。

横向协议是指在生产或销售过程中处于同一阶段的竞争企业之间的协议。在多数情况下, 横向合作构成竞争者间的合作。竞争企业之间的横向合作有可能伤害市场竞争, 因此成为各国反垄断执法关注的重点。企业之间的横向限制竞争协议是指在产品生产、销售过程中, 处于同一经营环节的企业之间达成的关于价格、产量、生产或销售协议, 以协调彼此的经营行为, 减少彼此之间的竞争, 获取垄断利润^①。企业之间的横向协议并不都是违法的, 许多企业之间的合作行为是促进竞争和经济效益的, 合作可

^① 在反垄断经济学中, 无论是哈佛学派、芝加哥学派, 还是后芝加哥学派, 都一致认为, 横向限制竞争协议会带来严重的低效率, 禁止横向限制竞争协议是符合社会福利要求的。

能是分担风险、节省成本，或者将专有技术集合和更快地开展革新的手段。对于中小型企业来说，合作是适应市场环境不断变化的一个重要手段。

纵向协议是指处于不同生产阶段的企业之间订立的关于购买、销售特定商品或服务的协议。纵向协议一般是指上下游企业之间的搭售协议、独占交易、转售价格维持等。通常纵向协议的限制竞争效应主要是体现在三个方面：通过市场封锁排斥竞争、提高进入者的进入壁垒、创造销售商和生产商卡特尔。现代反垄断经济学表明，大多数情况下，纵向协议具有很强的效率基础，如降低交易成本、消除委托—代理中的机会主义行为、降低经营风险等；限制竞争的纵向协议往往与局部市场的企业市场势力有关。

从反垄断经济学的角度看，企业之间的横向协议通常比纵向协议更可能带来严重的竞争伤害效应。因此，限制竞争的企业之间横向协议是反垄断执法关注的重点。在欧盟、美国等国家或地区的反垄断执法中，合谋通常就是指企业之间的横向限制竞争协议，对于企业之间的纵向协议则通过颁布专门的执法指南和豁免规定，采取明显不同于横向限制竞争协议的反垄断审查规则。

（二）显性协议和隐性协议

合谋协议可以采取多种不同的形式，如共同设定销售价格、分配产量、划分市场等协调行为。根据合谋协议的达成方式，合谋大体上可以分为显性合谋（explicit collusion）和隐性合谋（tacit collusion）。

显性合谋是指企业之间共同达成一个可以实施的协议。显性的企业之间协定包括卡特尔、合营企业等^①。卡特尔是显性合谋的主要形式，卡特尔是指一群相互独立的企业之间共同制定价格或产量协议的合谋形式。卡特尔既可能是合法的也可能是非法的。在反垄断执法当中，显性合谋的证据包括书面协议、面对面的讨论、电话录音、电子邮件等。

隐性合谋主要是指默契合谋，是指企业之间仅通过观察和预测竞争对手的定价行为来协调彼此的行为，也称为有意识地协调（conscious parallelism）或协同行为（parallel behavior）。默契合谋的理论基础是寡头相互

^① 有的学者也将横向并购看做是一种显性横向协议形式。

依赖理论，主要是指由于寡头企业之间的相互依赖性，企业有意识地采取协调一致的行为。与显性合谋不同的是，隐性合谋企业之间并没有具体的协议，彼此之间是心照不宣的默契行动。

在反垄断执法当中，那些以限制价格、分配产量、分割市场和串通投标为内容的显性合谋也称为“赤裸裸的（naked）限制”或“恶性（hard-core）”卡特尔，这些恶性卡特尔成为反垄断执法中重点关注的“一类卡特尔”，对于那些纵向限制和隐性合谋行为则被列为“二类卡特尔”。

在美国反垄断执法当中，对恶性卡特尔一般适用本身违法原则，通常由司法部提起刑事诉讼；对默契合谋一般适用合理推定原则，通常由联邦贸易委员会提起民事诉讼或司法部提起刑事诉讼。在欧盟竞争法执法当中，通常不对此加以划分，只要证明企业之间具有限制竞争的“协议”，则对其适用相同的执法规则。

第三节 文献评论

一 企业合谋理论

有效的反垄断政策设计需要基于对企业合谋行为机制和影响因素的深入分析，这不仅有助于提高反垄断政策的针对性和有效性，而且还有助于执法机关准确的认定违法行为。目前，合谋理论研究主要是围绕合谋的动态机制、合谋的影响因素和默契合谋机制这三个核心问题展开。

（一）企业合谋的动态机制

现代企业合谋理论的研究主要是来自于施蒂格勒（1964）提出的合谋组织由于自身的囚徒困境导致其不具有可维持的命题。现代企业合谋的经济学理论研究主要集中在解释企业之间实现价格合谋的维持机制问题，基本的分析工具是动态无限期博弈理论。对此，最重要的经济学贡献是由弗里德曼（Friedman, 1971）、阿伯鲁（Abreu, 1986, 1988）等学者完成的。弗里德曼采用动态博弈模型证明，在各方对未来收益具有足够耐心的情况下（折现因子接近于1），企业之间可以实现联合利润最大化结果。在他的分析中，企业之间的合谋是通过“触发策略”的价格战惩罚机制来实现的，但是这里存在的问题是他没有证明惩罚的可信性问题，一旦背