



反垄断法 不确定性的意义研究



潘丹丹 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



反垄断法 不确定性的意义研究



潘丹丹 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法不确定性的意义研究 / 潘丹丹著. —北京:
法律出版社, 2015. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7720 - 8

I. ①反… II. ①潘… III. ①反垄断法—研究 IV.
①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 060428 号



编辑统筹 政务出版社
策划编辑 吕丽丽
责任编辑 吕丽丽
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 A5
印张 5.25
字数 116千
版本 2015 年 5 月第 1 版
印次 2015 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7720 - 8

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 言 1

一、问题的缘起 1

二、研究现状及缺陷 2

(一)反垄断法不确定性的经济研究进路 2

(二)反垄断法不确定性的法学研究进路 11

三、本书的努力与创新 18

四、相关概念的界定 23

(一)确定性的含义界定 23

(二)反垄断法、反托拉斯法、竞争法的概念界定 24

第一章 法律不确定性理论的思想阐释 25

一、新自然法学派:价值导向的不确定性 26

(一)富勒:目的性阐释 27

(二)德沃金:整合性的法律观 28

(三)价值评判导致不确定性的不可避免性 29

二、新分析法学派:规范导向的不确定性 31

(一)凯尔森:纯粹法学 32

(二)哈特的规则理论:法律规则不确定性的语义学解释 34

三、社会法学派:利益导向的不确定性 38

(一)现实主义法学派:彻底否定法律确定性的理论 38

(二)客观看待不确定性的社会法学派:庞德能动的法律观 42

(三)利益权衡导致不确定性的不可避免性 46

四、法律不确定性的不可避免性 47

第二章 反垄断法不确定性的实质内涵 49

一、反垄断法具有政策导向性 50

(一)反垄断法作为行为规范其构成要素多是原则而非规则 50

(二)反垄断法的基本范畴是权力与义务 54

(三)反垄断法的决定模式是目的一手段的模式 57

(四)反垄断法的特性是政策导向性 60

二、政策导向背后的利益权衡 63

(一)国家利益的权衡 64

(二)多元利益的权衡 69

三、政策导向背后的价值衡量 75

(一)公平观念的多重理解对反垄断法不确定性的影响 75

(二)效率观念的多重理解对反垄断法不确定性的影响 79

四、政策导向背后的知识选择 82

第三章 反垄断法不确定性的实践价值 84

一、美国反托拉斯法中的合理原则：规则的刚性与政策的

弹性之间的协调原则 85

（一）合理原则的功能——克服反垄断法律规则的刚性 85

（二）合理原则的修正——实现反垄断法律规则的刚性与

政策弹性的协调 89

二、欧共体竞争法中的豁免制度：规则的刚性与政策的弹性

之间的协调制度 93

三、反垄断法不确定性的实践价值：关切个案现实

复杂性的合理性 97

第四章 反垄断法不确定性运用的合理限度 99

一、两种对立的法律——政策观 100

（一）政策在法律中的定位不同：本体论角度的定位

与方法论角度的定位 101

（二）法律客观性的答案不同：正确答案与合情理答案 106

二、哈贝马斯的论证商谈进路：法律—政策的程序主义协调 113

（一）对法律实用主义的质疑 113

（二）对德沃金的质疑 115

（三）哈贝马斯商谈理论的超越 119

三、法律商谈理论：法律不确定性的程序主义限度 123

（一）确定性问题的转化 124

（二）商谈理论程序确定性的保证 127

四、反垄断法不确定性运用的合理限度 131

(一)适用政策的方法——利益衡量法 132

(二)利益衡量应受公共利益原则约束 135

第五章 反垄断法的不确定性与反垄断法的未来 138

一、更加关注法院审判而不是反垄断立法 139

二、更加关注反垄断执法和解制度的适用 144

(一)执法和解会降低反垄断法不确定性带来的

执法高成本 146

(二)执法和解合乎反垄断法不确定性对执法方式

弹性的诉求 147

结 语 149

参考文献 150

后 记 159

导 言

一、问题的缘起

世界范围内,反垄断成文法律实践早在一百多年以前就开始了。自第一部反垄断成文法诞生至今,对反垄断法确定性的质疑,始终伴随着反垄断的法律发展。虽然美国是最早制订反垄断成文法的国家,并且美国反垄断的理论和实践为全世界提供了借鉴和仿效的范本,但是在美国反垄断法的不确定性一直为学者所诟病。“Bork (1978) 和 Bowman (1973) 一直站在批判反托拉斯政策和法律前沿,发表了不少反托拉斯檄文。Dewey (1968) 和 Whitney (1968) 注意到反托拉斯法律和政策的消极效应,没有随波逐流逢迎反托拉斯理论与政策。Brozen (1975), McGee (1958), Posner (1975) 和 Demsetz (1973, 1982) 也对反托拉斯法律的不确定性进行了激烈批判。”^① 反垄断法具有的不确定性如此突出,以

^① Armentano, Antitrust and Monopoly: *Anatomy of a Policy Failure*, John Wiley & Sons, 1982, p. 15.

至于人们对反垄断以法律规范制度方式存在的正当性产生怀疑。正如美联储前任主席艾伦·格林斯潘说：“反垄断领域充满了混乱、自相矛盾和司法上的吹毛求疵，我不得不说，整个反垄断制度都需要予以彻底检讨。”^①我国反垄断法律制定过程也呈现了这个问题。1993年我国制订《中华人民共和国反不正当竞争法》时，就准备同时制订其姊妹法《中华人民共和国反垄断法》，但是反垄断法的不确定性问题引起了这部法律出台与否的重大争论，人们对制订这样一部法律的正当性产生怀疑，直到十五年后的2008年这部法律才在我国获得实施。可见，如何认识和看待反垄断法的不确定性具有重要的理论和现实意义。

二、研究现状及缺陷

有关反垄断法不确定性问题的研究早在19世纪末期就已经开始了，根据学者们运用的理论资源和学术进路的不同，本书把它们分成两种：一种是从经济学的进路，研究反垄断法的不确定性；另一种是从法学的进路，研究反垄断法的不确定性。

（一）反垄断法不确定性的经济学研究进路

这种研究主要采用一种经济学的理论和方法来分析反垄断法的不确定性。被誉为“经济宪法”的反垄断法，毫无疑问与经济本身密切相关。波斯纳说“反托拉斯法正好是在这样一个领域中，其中有大量非法律的知识，具体说来，是经济学知识，法官可以从中汲取政策指南。而在其他许多领域，没有法律之外的很多知识可以汲取。”^②反垄

① Dennis C. Mueller, *Lessons from the United States Antitrust History*, *International Journal of Industrial Organization*, 1996, Vol. 14:415-445.

② [美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第168页。

断法最为与众不同的地方就在于,经济理论是反垄断法制订与实施的理论指南。恰恰是反垄断法以经济理论作为技术指南的原因导致了:由于经济学理论本身也一直处于不断的修正和演变——垄断、市场、市场支配力、垄断行为的经济效果等构成反垄断法的最基本概念,在经济学领域的理解本身就是不确定的——因而构建在基本经济学概念基础上的反垄断法也必然不确定。一类学者认为,垄断本身难以定义。迄今为止,无论是普通法还是成文法没有一个准确的、统一的关于“垄断”的法学定义。^①这种对垄断本身的复杂性认识,在奥利弗·E. 威廉姆森的《反托拉斯经济学——兼并、协约和策略行为》、保罗·A. 萨缪尔森和威廉·D. 诺德豪斯合著的《微观经济学》、中国学者傅军等著的《反垄断与竞争政策:经济理论、国际经验及对中国的启示》、张乃根的《法经济学——经济学视野里的法律现象》等著作中都有所论述。一类学者认为,垄断行为效果的评价是不确定的,这种评价的争论集中体现在美国的哈佛学派和芝加哥学派的理论交锋中。他们对垄断协议、企业合并、市场份额等行为效果的评价几乎是完全相反的。这些观点体现在 E. S·梅森和 J. S·贝恩合著的《产业组织》、斯蒂芬·马丁的《高级产业经济学》、波斯纳的《反托拉斯法》、R. H. 博克的《自相矛盾的反托拉斯法》等著作中,受这些不同西方经济学派的影响,中国的很多学者也秉承了这种分析方法来评价反垄断法的不确定性,代表性的著作有:王传辉的《反垄断法的经济学分析》、辜海笑的《美国反托拉斯理论与政策》、文学国的《滥用与规制:反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》等。这类学者认为,反垄断法所采用的经济分析方法是不确定的。这种经济学理论之间的纷争

^① 可参见[美]保罗·A. 萨缪尔森、威廉·D. 诺德豪斯:《微观经济学》(第十四版)(上),萧琛等译,华夏出版社1998年版,第16~18页。

也必然造成对垄断行为评价的不确定。具体而言,经济学的进路研究在下述两方面推进了对反垄断法不确定性的认识。

第一,政府干预的知识观与市场自由的知识观对垄断性质认识的分歧。“经济学内部关于反垄断的主导理论是一个逐渐演化的过程。最早是古典竞争理论,后继的是新古典的垄断竞争理论、动态竞争理论、有效竞争理论、哈佛学派的产业组织理论等。20世纪70年代以来,芝加哥学派的产业组织理论是最有影响力的主流学说。20世纪90年代以来,信息经济学、博弈论、计量经济学等新的经济理论的引入,虽然没有撼动芝加哥学派的主导地位,但是却丰富完善了反托拉斯的经济解释。”^①不同经济学派往往采用不同的分析路径、不同的经济分析工具,在垄断性质的认定上分为两派:一派持政府干预的知识观认为,垄断是市场之恶,垄断的出现不但造成经济上的低效率,也会造成因经济的过分集中所导致的政治上的强权。所以必须有效运用政府权力干预垄断,纠正垄断所带来的经济不均衡,保护经济有序发展。西方经济学家张伯伦就认为垄断就是一种不尽如人意的市场结构。他将市场结构划分为四种形态:完全竞争、垄断(独占)、寡头垄断、垄断竞争,并对各种结构下的市场行为进行了效率分析认为,只有完全竞争实现了一种均衡,“均衡指的是所有经济人都达到理性最大化目标后的一种互动格局……它实际上是指不同资源在不同用途上的机会成本相等、机会收益相等,而且机会成本相等和机会收益相等也完全相等”。^②也就是说,这种均衡意味着效率的获得。而其他几种市场结构都是不完全竞争,也就是垄断,他们达不到这种市场均衡,效率遭到损失:“厂商是价格的制订者,价格大于边际成本,厂商获得垄

① 徐伟敏:《美国谢尔曼法研究》,山东大学2009年博士学位论文。

② 毛寿龙、李梅:《有限政府的经济分析》,上海三联书店2000年版,第53页。

断利润,消费者剩余减少,部分转化为厂商的垄断利润,部分转化为社会净损失。”^①同时,厂商通过减少产量、降低供给、抬高价格,导致了资源配置的低效率。所以,只有完全竞争才是最理想的市场结构,垄断在经济上只能是一种被证明为低效率的市场结构。另外,垄断对政治的破坏作用也是显而易见的,“被视为贪婪的、邪恶的经济巨鳄篡夺了先前由众多的小的权力中心对地方事务拥有的决定权。”^②因此,有必要运用政府权力排除垄断者操纵市场、排除竞争、侵害其他企业权利和消费者权利的行为。可见,在“干预派”看来,市场自身的缺陷导致垄断的产生,垄断是一种彻头彻尾的恶,所以政府必须遏制这种市场之恶,以修正市场的缺陷。

然而,另一派持市场自由知识观的学者则认为上述的说法是根本错误的。这种错误表现在以下几个方面:第一,对政府干预缺乏理性的认识。“自由派”认为,政府对市场的介入存在更大的失败风险:(1)对个人权利的剥夺。政府干预意味着会给一定的人赋予有关权力,结果导致权力集中,个人权利有受侵害的风险。(2)干预的低效率。著名学者 C. 沃尔夫指出,“正如市场需要和市场供给的歪曲带来市场失败一样,非市场供给和非市场需求的歪曲也带来非市场失败(政府失败)。”^③C. 沃尔夫指出政府介入的低效率在于,“非市场活动的源泉来自于税收、捐款以及其他非价格资源,所以非市场产品的价值同其生产成本相分离。如果维持某种活动的收入同其活动经费不

① 陈志广:“市场力量及其治理——一个交易费用的框架”,载《江苏社会科学》2005年第1期。

② 吴玉岭:《扼制市场之恶——美国反垄断政策解读》,南京大学出版社2007年版,第126页。

③ [韩]吴锡泓、金荣坪编著:《政策学的主要理论》,金东日译,复旦大学出版社2005年版,第26页。

发生联系,那么产生非效率的可能性就会相应的增多,因而非市场失败的可能性就越大。”^①(3)政府的介入会产生垄断。政府的市场许可制度、专利制度、准入制度等通过对某些主体自由进入市场设置强制性的壁垒,从而为另外一些企业提供了进入市场的特权,造成非因市场逻辑产生的垄断。第二,对垄断性质的武断认定。“自由派”反对“干预派”不分情况、不分场合地认定垄断是“市场之恶”的做法。“自由派”认为,垄断是恶的结论主要来源于以张伯伦为代表的分析。而张伯伦的“市场结构的静态效率理论”遭到了熊彼特“动态竞争理论”和克拉克“有效竞争理论”的质疑。熊彼特认为,张伯伦对完全竞争和不完全竞争的分析是一种静态的分析,而不是一种动态的分析。一方面,静态的分析对市场交易的假定是静态的。“完全竞争的一个基本假设是交易是无‘摩擦’的,但市场交换恰恰是需要成本的,特别是存在克莱因(Klein)等所说的‘资产专用性’和‘威廉姆森’(Williamson)所说的‘机会主义’等问题,所以完全竞争的框架并不能描绘现实中的具体状况。”^②另一方面,静态的分析“它抹杀了时间因素的作用,因而没有看到动态效率竞争在技术创新、经济增长及消费者福利改善方面的效率”。^③所以张伯伦对完全竞争结构下的市场高效率 and 垄断结构下的市场低效率的结论是不准确的。在熊彼特“动态竞争理论”否定完全竞争结构下的市场高效率的基础上,克拉克“有效竞争理论”进一步证明了垄断复杂性。他认为,竞争是一个动态过程,经常存在直接的短期性压力与长期均衡的条件不一致,因此“克拉克主张区分两种

① [韩]吴锡泓、金荣坪编著:《政策学的主要理论》,金东日译,复旦大学出版社2005年版,第26-27页。

② 陈志广:“市场力量及其治理——一个交易费用的框架”,载《江苏社会科学》2005年第1期。

③ 胡甲庆:《反垄断法的经济逻辑》,厦门大学出版社2007年版,第45页。

不同的垄断,一种是非效率垄断,即通过企业间共谋协调市场行为或者非经济因素形成的垄断。另一种是效率垄断,指先锋企业由于领先创新而在一定时期内保持的市场垄断地位。效率垄断是动态竞争过程必不可少的因素,是必要和合理的。因为它并非长期不变,随着模仿的普遍化、新的市场进入和产量增加,原有的垄断会消失,优先利润也不复存在。垄断和获取优先利润的前景是刺激企业创新的真正动力。市场的不完善因素如产品差异、市场不透明性、缺乏可预见性等使先锋企业的垄断成为可能并维持一定时间长度,也使竞争更为有效。这种市场不完善导致的垄断恰恰是技术进步和经济增长所必需,获取和分享优先利润的前景是企业竞争的最大动力。”^①所以,垄断的复杂性决定了并不是所有的垄断我们都要采取政府的强力予以干预,要充分相信市场的自我修复功能,所以核心要义不是强调政府的干预而是对个人权利和自由的保护。

可见,不同的知识观存在不同的理论预设:“干预派”建立在市场失败的知识观的基础上,“自由派”建立在政府失败的知识观的基础上。这种知识观的根本对立直接造成垄断性质认定的分歧。这样理论上的争论就直接体现在反垄断的法律实践中,导致同一行为有时被认定为垄断,受到法律的管制;有时这一行为又不被认定为垄断,不受法律的干涉。

第二,哈佛学派与芝加哥学派对垄断行为认定的分歧。经济学关于反垄断的主导理论是一个逐渐演化的过程。在众多涉及反垄断问题的经济学理论中,哈佛学派和芝加哥学派的产业组织经济理论能够直接为“市场、市场力量;竞争性和排他性;企业规模、价格是否合理”

① 徐伟敏:《美国谢尔曼法研究》,山东大学2009年博士学位论文。

这些具体垄断行为进行测评,所以这两种理论直接为反垄断的制度设计和司法审判提供了具体客观的行动指南。哈佛学派为反垄断法的制度设计和司法审判提供了一种“结构主义”依据。相反,虽然芝加哥学派也是一种产业组织的经济理论,但是芝加哥学派对企业行为的效率分析,为反垄断法的制度设计和司法审判提供了一种“行为主义”依据。而这两种切实可行的依据,对反垄断法的制度设计和司法审判的指导是根本对立的。哈佛学派和芝加哥学派的根本理论纷争说明,依据不同的能够提供客观解释标准的微观经济分析理论,得到的法律答案仍然是不确定的。

哈佛学派是以哈佛大学经济学教授梅森(E. Mason)和贝恩(J. Bain)为主要代表的理论学派。1959年贝恩发表了《产业组织》一书,提出了著名的“结构—行为—绩效”分析方法,即著名的SCP分析方法。根据SCP的分析方法,市场结构是造成市场非均衡的主要原因,因为市场结构的过度集中会导致同等条件下,其他竞争者进入市场的壁垒,从而影响其他竞争者的市场绩效,最终破坏公平的竞争机制。所以,从“结构—行为—绩效”这个分析过程来看,要保证市场绩效结果的获得,就必须从根本上控制市场的结构,防止市场的过度集中。哈佛学派的这种经济学分析路径,直接要求政府加强对市场的干预,反垄断法的首要功能就是控制市场的集中程度。二十世纪五六十年代哈佛学派的理论开始对反垄断法律实践产生实质影响。这导致美国的反垄断执法的注意力全放在了市场份额的测定上,法院开始学习和运用经济学的方法来测定市场的集中程度,著名的测定方法如CRn(concentration ratio)标准。法院发现哈佛学派的理论,可以克服自反垄断审判以来反垄断案件被冠以的不确定性,凭借客观的经济学标准好像能够提供一个可以预测的、确定的反垄断判决,所以一种依据

“结构主义”的方法制定和执行反垄断政策的现象,首先在美国出现。“1950 年为了应对第三次合并高潮,国会通过《塞勒—克弗维尔法》修正了《克莱顿法》,扩大了合并控制的范围,规定影响竞争的取得财产与取得股份同样受到干预。1968 年的司法部《合并指南》由哈佛学派的经济学家特纳(Turner)主持制定,全盘采纳了结构主义的范式,以限制大企业的合并及合作为出发点,以市场份额作为合并审查的决定因素,参与合并的企业拥有 4% ~ 5% 的市场份额就可以推定违法。”^①在 Brown Shoes 案,^②美国最高法院仅仅因为认定两个企业的合并,共同占有 5% 的市场份额,而宣布合并违法。

芝加哥学派则认为市场集中度并不是问题的关键。相反,对市场集中度的过分关注只会导向企业市场绩效的下降,这样不但事实上不会产生垄断,反而会人为降低企业的生产效率,造成企业的低迷。在此基础上,芝加哥学派认为“产业的集中度与市场范围和产业周期有关,企业自身的效率是决定企业规模、市场结构以及市场绩效的主要因素。”^③同时,企业的绩效又与一定的企业规模紧密相关,因为只有企业形成一定的规模,平均成本也随之不断降低,企业才能提供更加廉价的商品,在市场上才更具竞争力。因此只要企业规模的扩大不是采用非法的手段而是与一定的技术水平提高相一致,就是必然的和合理的。这种经济理论要求政府对市场采用一定程度的放任,只有企业滥用了自身的支配地位所实施的行为,才被认为是反垄断法所禁止的。受芝加哥学派的影响,反垄断的制度设计和司法审判依据转向了“行为主义”,这一时期执政的几任美国总统都愿意采用自由放任的经济

① 辜海笑:《美国反托拉斯政策研究》,武汉大学 2004 年博士学位论文。

② Brown Shoes Co., v. United States., 370 U.S. 294 (1962).

③ 胡甲庆:《反垄断法的经济逻辑》,厦门大学出版社 2007 年版,第 16 页。

政策,里根总统更是委任芝加哥学派的拥护者威廉·波斯特担任美国司法部反垄断局局长。他笃信“合并有益论”,分别在1982年和1984年两次主持修改《企业合并指南》,极大地放松了对合并问题的管制。“美国最大规模的水平合并与许许多多的大型垂直合并都发生在这一时期,包括发生在Texaco与Getty等主要石油公司之间的兼并,仅在1985年,合并次数就有3165次,涉及金额高达1391亿美元之巨。”^①这根本改变了对行为违法和合法行为区分的界定。可见反垄断的制度设计和司法审判依据是“结构主义”还是“行为主义”,直接会对行为认定为垄断产生根本和实质性区别,而“美国历史上在采用‘结果主义’方式的同时也采用了‘行为主义’方式,并在两种方式之间变换”。^②这种经济分析路径的轮换增强了反垄断法提供行为预测的结果不确定性。

以经济学为进路研究反垄断法的不确定性,具有很强的解释力。其科学之处在于,“垄断作为一种颇具争议性的市场结构有其深刻的经济学内涵,市场竞争的复杂性决定了我们如果只从法律抽象的角度分析垄断问题是远远不够的。经济分析将给我们另一个视角去探究反垄断法背后的效益权衡思考。”^③垄断作为一种不以人的意志为转移的,受经济规律支配的企业行为与市场结构,经济学意义上对反垄断法不确定性的研究澄清了人们对经济行为的认识是一个不断演化的过程。然而,单纯地经济分析也会造成如下问题:第一,经济学理论以“效率”作为最重要的价值目标。效率最大化是经济学核心的价值目标,这就与法律的核心目标明显不同。法律的首要目标是追求公平和

① 吴玉岭:《扼制市场之恶——美国反垄断政策解读》,南京大学出版社2007年版,第67页。

② 尚明:《对企业滥用市场支配地位的反垄断法规制》,法律出版社2007年版,第218页。

③ 洪维:“反垄断行为效益不确定性的法律经济分析”,载《福建法学》2005年第2期。