

图书在版编目 (CIP) 数据

搭售的经济效果与法律规制/李剑著. —北京: 中国
检察出版社, 2007. 5

ISBN 978 - 7 - 80185 - 759 - 0

I. 搭… II. 李… III. 反托拉斯法—研究

IV. D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 061710 号

搭售的经济效果与法律规制

李 剑 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 10. 25 印张

字 数: 286 千字

版 次: 2007 年 6 月第一版 2007 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 759 - 0/D · 1734

定 价: 26. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

献给我的父亲、母亲

序

从 1890 年美国《谢尔曼法》（Sherman Act）诞生到现在，反垄断法问世已经有 100 余年的历史了。根据统计，全球颁布反垄断法的国家和地区已达 84 个。而中国自己的反垄断法也正在审理之中，出台指日可待。在此背景下，国内学界对反垄断法的研究不仅具有理论积累的效用，同时也对立法和它的实施具有帮助。李剑博士的专著《搭售的经济效果与法律规制》正是一部兼具理论分析与实务操作的著作。

事实上，反垄断法研究的难点主要来自于两个方面。首先，由于中国市场经济的发展时间非常短，经济垄断并不十分突出，而更多的是表现为行政性的垄断。这使得对经济性垄断的研究在很多时候缺乏实证，而只能做“纯理论”的前瞻。其次，由于反垄断法是对市场经济的规制，使得法律经济学的研究方法成为一个主要的研究方法，而对于较多法律专业的学者而言，接受并

掌握经济学的知识也存在一定的局限,从而给反垄断法的研究带来一定的困难。据我所知,李剑在从事反垄断法研究期间,他一直注重结合经济学理论来思考反垄断法问题。而这部著作在很大程度上反映了他在这方面的努力。

搭售在反垄断法领域是一个比较小的题目,往往不为人们所关注。但是,作者“小题大做”,写出二十多万字,更能见到他深入的思考与反垄断法理论的博大精深。作者详细地梳理了搭售的各种理论与实务,并在此基础上提出了处理搭售问题的方法。

按照作者的分类,搭售理论被区分为三个最主要的流派。在搭售的古典理论中,垄断者将垄断力量通过搭售进行传递,从而在搭售品和被搭售品两个市场上获得垄断利润,这种杠杆作用的实现被认为具有非法性,应该受到法律的禁止。美国的早期判例以及欧盟的绝大多数案例中,搭售都被作为适用当然违法原则的案件。但是,尽管影响巨大,搭售的古典学派的理论并没有严格的经济学理论的支撑。杠杆作用如何实现?杠杆作用是否对市场竞争一定起到负面的效果?广泛存在的搭售都应当被严厉禁止吗?古典搭售理论对这一系列的问题的回答,更多地是依靠人们的生活经验和想像,而在人们对经济现象认识不够深入时,经验感受所起的作用往往是决定性的。

相比古典学派的简单、直观的理论,芝加哥学派的学者首先认识到了现实生活中大量存在的搭售在本质上具有获得效率,促进竞争的效果。这一点虽然和人们日常生活中的感受有很大的出入(一般而言,人们往往对于垄断性企业所实施的搭售行为印象更为深刻,而对于普通的搭售则缺乏体验),但是,芝加哥学派提出的单一理论确实利用经济学原理对搭售进行了很好的解释和说明,并对以后的搭售分析指明了经济学路径。当然,芝加哥学派过于强调搭售的效率,并提出价格歧视理论来解释所有的搭售现象则走向了另一个极端,这种不足也使得法院在采纳芝加哥

学派的搭售理论时存有顾虑。

后芝加哥学派的学者秉承了芝加哥学派的研究思路，将经济学方法运用得更深入和精细。通过结合博弈论、信息经济学等经济学的最新成果，后芝加哥学派的学者构建了很多模型，证明搭售“可以”有反竞争的后果，而非芝加哥学派学者认为的只有纯粹的合理性。其理论在柯达案、微软案的判决中得到体现和认可。后芝加哥学派理论非常精细，但也正是如此，其前提设定过于严密，对类型众多的搭售的解释力也因此受到了限制。也就是说，在理论的普适性上受到制约。

至此，在对搭售的内在经济规律把握越来越清晰的情况下，搭售在法律领域留下的最大疑问就是如何能够更好地结合经济学的研究成果，让搭售案件的审理更具有可预期性和准确性。搭售案件通常都包含了很多经济学理论模型，但法官往往无法像经济学家一样对案件建立各种模型，精准地运用经济学理论。这种不可能不仅表现在无法对法律工作者要求过高的经济学修养，还更表现在经济学理论自身也存在不一致性。更确切的说，经济学其实对搭售仅仅解释了各种可能性的存在，而在具体案件中解决相应问题时却需要再进行具体的分析。因此，对于搭售这种同时具有限制竞争效果和促进竞争效果的行为，反垄断法如何有效、合理地处理是一个极大的挑战。因为如果采用合理原则，则法律的不确定性就会非常突出，当事人（包括法官）无法获得明确的行为指引。而且，对每一案件的详细审理还会花费极大的时间成本、人力和金钱成本，对有限的司法资源而言应对的难度非常之大。因此，李剑通过构建一个模型说明，对搭售这样的行为的反垄断法规制，其实需要达成一种在追求绝对误差和相对误差之间的平衡。在对搭售的本质有一定的把握的情况下，可以采用修正的当然违法原则，一方面严格设定主体的资格，对单一产品问题的认定；另一方面放弃对行为后果的深度测评，从而实现司法成

本、可预见性、误差之间的平衡。为了说明搭售的问题，作者还对反垄断法中的一些相关理论进行了探讨。如相对优势地位理论。对相对优势地位理论的采用与否实际上对现实的经济生活影响极大。如果像德国和中国台湾地区那样采用了这一理论，那么对于企业本身的市场优势地位的认定就会在一定程度上失去意义，并扩大反垄断法的适用范围。因为现实生活中进行商业交易的双方基本不可能完全处于平等的地位，而实力上的偏差就可能导致反垄断法的介入。对这样的问题的探讨，我认为还是很有必要的。

作为李剑博士攻读学位期间的导师，我深知李剑为写作本书所花费的时间和精力。作为国内第一位详细地研究反垄断法中的搭售理论的学者，研究上的成绩都和他那种不畏困难战胜困难的毅力联系在一起。本书的部分成果已经在《现代法学》、《环球法律评论》、《月旦法学》、《北大法律评论》等刊物上发表，说明研究已经得到了一定的认可。作者在将博士论文加以修订并准备出版之际，我很高兴地接受了他请我作序的邀请。希望在以后的研究中，他能够取得更大的成绩。

种明钊

2007年4月26日于山城

目 录

序	/1
导论	/1
一、选题背景及其意义	/3
二、搭售的经济效果	/7
三、搭售的法律规制	/11
四、本文的研究方法	/23
第一章 搭售研究的前提界定	/26
第一节 搭售的概念	/26
一、搭售的定义	/27
二、搭售的属性	/29
三、搭售概念的正例与反例	/32
第二节 搭售的分类	/42
一、产品整合的程度	/42
二、搭售品和被搭售品之间的需求关系	/43
第二章 搭售理论的古典学派	/45
第一节 古典学派理论综述	/45
一、概 述	/45
二、杠杆原理 (Leverage Theory)	/47
三、搭售可能的限制竞争效果	/50
四、搭售古典理论的司法历史	/55

五、古典搭售规则引发的问题：知识产权法与反垄断法的关系	/61
六、评述	/66
第二节 搭售延伸市场力量的实证分析：微软的市场策略与技术创新	/67
一、新经济与网络效应	/67
二、网络经济条件下的市场结构特征	/71
三、搭售的策略理论（single monopoly profit）	/75
四、微软市场策略分析	/78
五、结语	/86
第三章 搭售的芝加哥学派	/88
第一节 搭售的芝加哥学派理论综述	/88
一、概述	/88
二、单一垄断利益理论	/89
三、价格歧视	/94
四、搭售的正面经济效果	/103
五、芝加哥学派理论评述	/108
第二节 搭售合理性实证分析：特许经营的风险平衡	/111
一、概述	/111
二、搭售在风险控制中的意义	/117
第四章 搭售的后芝加哥学派	/122
第一节 后芝加哥学派搭售理论	/122
一、概述	/122
二、理论模型	/127
第二节 后芝加哥学派的司法实践	/144
第三节 后芝加哥学派理论实证分析：柯达案件的继	

续探讨	/150
一、两个市场利润的平衡	/152
二、声誉建立中的利润平衡	/156
三、消费者的选择和损害	/158
四、结论	/161
第五章 搭售理论与法律规制的反思与探求	/162
第一节 搭售理论的反思	/162
一、搭售理论发展与法律规则的不一致	/162
二、理论的冲突与反思	/166
第二节 搭售规制基本方法论证	/177
一、司法的成本	/177
二、当然违法和合理原则之间的选择	/184
三、对搭售中合理原则和当然违法的评判	/190
第六章 搭售构成要件	/203
第一节 单一产品标准	/205
一、传统经济形态下的单一产品问题	/205
二、国外判例、立法和经验借鉴	/207
三、单一产品的区分方法及引发的问题	/213
四、单一产品标准与技术创新	/217
第二节 市场力量	/225
一、定义的解析	/227
二、市场力量分析的基础：市场份额	/233
三、信息需求与市场份额的代理作用	/239
四、信息不充分对市场份额作用的削弱	/242
五、结语	/247
第七章 搭售构成要件的两个相关问题	/249

第一节 相对市场优势地位问题	/249
一、相对优势地位理论概述	/250
二、对相对优势地位理论的质疑	/254
三、对相对优势地位理论所提问题的解释	/265
四、小结	/267
第二节 搭售的强制与消费者选择权	/268
一、对强制的要求和前文的分析存在重合	/268
二、消费者保护法中的选择权和竞争法中的选择权	/269
三、消费者行为理论与消费者理性	/274
第八章 国外及我国反垄断法的搭售制度	/277
第一节 美国法	/277
一、《谢尔曼法》第1条	/278
二、《谢尔曼法》第2条	/279
三、《克莱顿法》第3条	/280
四、《联邦贸易委员会法》第5条	/281
五、美国司法部《垂直交易限制指导原则》	/282
六、1985年《全国检察总长协会垂直交易限制指导原则》	/284
七、1995年全国检察总长协会垂直交易限制指导原则	/287
第二节 其他主要国家和地区的立法	/287
一、德国法	/287
二、我国台湾地区法	/291
三、日本法	/294
第三节 我国反垄断法的搭售制度	/294
参考书目	/302
后 记	/316

导 论

1889年12月4日，以美国俄亥俄州参议员约翰·谢尔曼为代表的议员向参议院提出了禁止限制贸易和生产的托拉斯和联合组织的法案。在此之后的几个月时间里，国会上下展开了对通过该法案的合法性和合理性问题的大讨论。在公众强烈的反托拉斯压力之下，参议院内反托拉斯派迅速占了上风。谢尔曼等议员根据美国宪法第1条第8项的规定，认为国会拥有权力“调整各州间的贸易”，强调该法案只不过是援用了旧有的众所周知的普通法原则而已，他们战胜了以法律委员会为主席、参议员埃德蒙次为代表的，认为“该法案越出了国会的职权范围，因而不符合宪法”的意见，并最终通过了该法案。1890年7月2日，哈里逊总统正式签署了《保护贸易及商业免受非法限制及垄断法》（An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies）。为了纪念争取该部法律的通过而战斗的法律战士

和功臣——谢尔曼，该法案以他的名字命名，又称为《谢尔曼法》。^① 尽管《谢尔曼法》在其颁布之后的一百多年的历史中深深地影响了美国国民经济的运行与社会形态塑造，但严格说来，《谢尔曼法》的宣誓性的意义远远超过其作为法律所应当体现的执行力。尽管是针对社会经济生活中最为强有力的大型企业团体，但其条文却仅仅只有8条。而在这8个条文中，真正发挥作用的其实只有两条——第1条和第2条。用有限的条文来规制整个社会最具有活力的经济领域的各种竞争形式，无疑会产生法律规制效果上的不确定性。

对此，很多学者都表达出对反垄断法的不满。科斯曾说，反垄断让他头疼，如果价格上去了，法官们就说这是垄断；如果价格下去了，他们就说这是掠夺性定价；如果价格没有什么变化，他们又说在搞价格联盟。诺贝尔经济学奖得主加里·贝克认为，“无论是法官还是立法者都缺乏足够的证据断定一个企业到底是推动了竞争还是抑制了竞争。控制垄断的更有效的办法是鼓励竞争者进入行业，包括国外的竞争者。”张五常也说，“我赞成竞争，所以从来不反对以竞争的方法去争取垄断。微软官司的法官公布他的见解后，好些人大声拍掌，尤其是那些曾经与微软竞争的败军之将。我认为这些人不明白市场，不明白竞争，更不明白美国的反垄断法例是怎样的一回事。说来不容易相信：美国的反垄断法例是完全没有法律的，永远都是武断，很有点乱来。”国内也有学者呼吁中国不要学习美国的反垄断法——尽管还没有搞清楚“自然垄断”的含义。^② 实际上，反垄断法之所以有较为突出的不确定，一方面在于反垄断法是“经济大宪章”，是对市场

① 李钟斌：《反垄断法的合理原则研究》，厦门大学出版社2005年版，第13页。

② 薛兆丰：《不要学美国反垄断法》，载《南方周末》2000年5月12日。

经济核心内容的规定，必须要让经济体本身充满活力，不能因为当下认识上的不足抑制经济的发展，这就使得条文上会尽量规定原则性的内容；另一方面，反垄断法是对经济现象的规制，其内在的逻辑是经济逻辑，然而经济现象非常复杂、充满变数，各种经济学理论之间的激烈纷争也必然影响到法律规制时的效果，从而造成“不确定”的表现。尽管现在很多经济学者以不确定性否定反垄断法的意义，但如果要收集讽刺、否定经济学的言论，则可能更是汗牛充栋——但这丝毫不妨碍经济学稳健地发展。

当然，客观地说，反垄断法的早期执法更多地是依靠法官不太可靠的生活经验，依靠对“大企业”天然地防范。由于对经济内在规律的把握的欠缺，反垄断法条文的含混和空洞、判决的反复无常似乎已是常态。但是，即便目前反垄断法理论还存在很多缺陷，但反垄断法的理论与实践积累却一步一步地推动反垄断法向着标准化、体系化、明确化的方向发展。正如有学者所言：“含混的标准在适用于严格的事实时边界可能不太确定，但是至少提供了真正的有指引作用的规范。我们可能无法精确的计算掉多少头发才算是秃头，但我们理解通常意义上的秃头概念。相比之下，空洞的标准无法在区别好的和坏的行为中提供任何一致的规范，甚至在知道如何得出确定的事实结论时也是如此。”^①而要让反垄断法告别空洞，必须要引入对经济规律进行研究的经济学理论，也必然要对反垄断中各种具体的行为形态进行充分而深入的研究，要让反垄断法的法律规制建立在对经济规律的把握上，从而在增强反垄断法灵活性的同时，也不使其丧失预期上的稳定性。

一、选题背景及其意义

从1980年国务院颁布《关于开展和保护社会主义竞争的暂

① Einer Elhauge, *Defining Better Of Monopolization Standards*, Harvard Law Review, VOL, 56: 253.

行规定》，首次提出反垄断开始，我国出台了一系列规制垄断的法律、规定和规章。而《反垄断法》也已经由全国人民代表大会常务委员会进行审议，有望在酝酿多年之后得以颁布实施。^① 尽管按照一个民意调查的数据显示，超过 90% 的民众对于《反垄断法》抱有很高的期待。^② 但是，对于是否应当在现在制定和颁布《反垄断法》，学界一直争论不休。其中一个主要的观点认为，我国现阶段对反垄断法相关问题的研究和积累还非常不够，特别是对于反垄断法具体制度中所蕴涵的经济学原理、规则的合理设定等方面仍然需要相当的充实。这也使得不少学者和实务工作者怀疑，即便通过借鉴国外先进的立法制定出我国的《反垄断法》，在缺乏理论积淀的情况下仍然无法让《反垄断法》真正的发挥出作用。而要了解文字，要看到文字背后的东西，要让反垄断法理论与观念深入人心，要发展适合中国现实经济状况的反垄断法，没有一场萨维尼与蒂堡式的论战，没有浩瀚的立法理由书，则我们的《反垄断法》只会成为类似埃塞俄比亚民法典式的东西——当年埃塞俄比亚皇帝赛拉西曾请来当代最为著名的比较法学家，法国的达维德，为埃塞俄比亚制定了一个超过法国民法典，堪称世界上最为完美的埃塞俄比亚民法典，但实施的结果却难尽人意。要使一部法律具有真正的生命力，没有对局部的、具体的问题的研究，没有对条文背后的知识的深入理解就只能是空中楼阁。点滴的积累，才能最终建成千层楼阁。因此，本文将选题定在搭售这一具体制度之上。

对于搭售的关注，起始于美国微软公司被提起反垄断法诉

① 截至 2006 年 6 月 27 日的信息。

② 在这些调查中可以看到，民众对反垄断法必要性的认识在很大程度上局限在公用企业职工的高福利上，认为需要法律的规制。而在反垄断法理论中，放松管制让公用企业参与竞争仅是众多命题中的一个，但这不妨碍反垄断法积极作用的发挥。

讼。1995年,美国司法部和21个州起诉微软公司,认为微软公司通过将IE捆绑在其窗口操作系统上,违反了美国的反垄断法。微软案件包含太多“眼球经济”所追求的焦点:世界首富、美国梦、令人难以想像的快速发展、超越技术的商业成功、盗版和垄断霸权的争议、持续不断的诉讼等。当这些“眼球经济”所追求的因素都聚集在一起的时候,蕴藏在这一案件背后的法律问题就更容易引起注意。事实上,这一案件的审理,不仅引发了学术界对是否需要严厉的反垄断法的巨大争议,同时,这一案件还引出了很多传统反垄断法案件所没有涉及的内容,如直接关涉到竞争决策对于新经济环境下的垄断的处理。而这些问题的外在表现形式就是搭售。

按照传统反垄断法理论的划分方式,通常我们将反垄断法分为三个部分:市场力量集中、限制竞争协议以及市场力量滥用。其中,限制竞争协议又进一步区分为横向限制竞争协议和纵向限制竞争协议;在纵向限制竞争协议中,还可以区分为价格的和非价格的形式,而搭售属于其中的非价格方式。从这种层次的划分上可以看出,搭售在反垄断法理论中是属于一个非常细小的环节。但是,搭售的复杂性要从几个方面来认识:首先,搭售理论的跨越性。尽管在传统理论上将搭售划分在限制竞争协议,但搭售同时又属于市场力量滥用,横跨了反垄断法的两大领域,因此,不管是理论研究还是法律最后的规制上,必须考虑到对两个部分的衔接。其次,搭售的广泛性,搭售在现实生活中广泛存在。一般而言,由于搭售被界定为购买一个产品时需要购买另一个产品。从一个极端的角度来说,几乎所有的产品都存在搭售。如,汽车销售包含了车载收音机、电子导航设备、ABS等的搭售;高级旅馆的房费不仅有房间的费用还往往包含了早餐的费用;而电脑公司则将各种外围设备、应用软件、系统软件和主机一起销售;软件公司开发的新产品不断进行功能升级,将原来分

开销售的产品用技术的方式整合到一起进行出售。要从如此之多的搭售中界定出反垄断意义上的违法搭售注定是困难的。最后,搭售往往和其他的限制竞争形式、其他法律领域的问题结合在一起。例如,搭售案件经常需要处理搭售和拒绝交易的关系、搭售和独家经营协议的关系、搭售与知识产权法的冲突与衔接,等等,都使得搭售问题变得复杂。

从已有研究成果和司法实践来看,搭售无疑具有很大的理论探讨空间,只是国内对搭售的研究非常有限。在中国期刊网只能搜索不到5篇论文,相对都缺乏深入、全面的理论分析;在论著中介绍搭售比较多的是文学国的《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》,王传辉的《反垄断的经济学分析》,其他的基本都是一笔带过。而即便是前两部著作,也基本停留在介绍上,缺乏观点的提出与论证。相比之下,通过美国 LexisNexis 数据库的查询,仅仅美国 ABA 主办的《反垄断法杂志》涉及搭售的研究论文就有差不多80篇。^①数量上的差距便可见一斑。更为重要的是,在美国参与对搭售的讨论者,除了法律专家之外,还有大量的经济学家从不同的角度来构建解释搭售的理论模型,跳出了我们通常以“公平”、“正义”、“效益”等大词进行论证的方式,观点的说服力更强。这种法律经济分析方法的大量运用,或许正是美国在搭售理论上走在世界前列的一个关键。本文的理论分析也就大量借助经济学的研究成果。

实际上,对于反垄断法具体制度分析而言,法律经济分析是一个绕不开的方法和视角。法律经济学是运用经济理论和计量方法来评估法律制度的形成、结构、过程和影响的一门交叉学科。^②当代的法律经济学运动兴起于20世纪50年代,短短的几十年时

① 资料收集的截止时间是2005年4月。

② 张建伟:《转型、变法与比较法律经济学——本土化语境中法律经济学理论思维空间的拓展》,北京大学出版社2004年版,第43页。

间内，就在几乎所有的传统法律领域内激起波涛。而反垄断法作为传统上吸纳经济学理论最早和最富有成效的法律领域，结合经济学理论研究法律现象一直是其最为突出的特色。按照波斯纳的说法：“今天在反托拉斯问题上，（除了经济学观点）难道还有其他的观点吗？”正是因为经济学的分析方法在反垄断法领域占据了绝对的地位，因此，本文在综合运用比较方法、历史方法的同时，基本理论的构建点仍然是经济学的。这既因为反垄断法的内在规律是经济学的，也在于经济学对搭售的研究的确要比法学更为深入、积累的成果更多。

从文章的整体结构而言，本文首先对已有的搭售理论进行了梳理，将其分为三个主要流派，并指出这些理论的贡献与不足，随后提出一个系统的解决思路。从这一思路出发，本文探讨了如何将经济学上的认识更好地转换为反垄断法的法律规制基础，提出了违法搭售的构成要件，并对与违法要件相关的几个问题进行了阐释，从而在经济效果与法律规制之间建立完整的联系。

二、搭售的经济效果

对搭售的经济学研究成果颇丰，经过梳理，大致可以分为三个流派：古典学派、芝加哥学派和后芝加哥学派。

（一）搭售的古典理论的支持者认为，垄断者将垄断力量通过搭售进行传递，从而在搭售品和被搭售品两个市场上获得垄断利润，并且，搭售还可能作为实施其他限制竞争行为的辅助手段，因而具有非法性。杠杆原理是古典理论的核心，其重点关注的是两个方面：^① 首先是第二个市场（被搭售产品市场）结构的

^① 郑萆纯：《搭售行为之分析》，中国台湾中原大学硕士学位论文，2003年，第35页。