


# 契约自由的滥用与规制

美国反托拉斯法中的垄断协议

● 吴玉岭 著

凤凰出版传媒集团  
 江苏人民出版社

# 契约自由的滥用与规制

美国反托拉斯法中的垄断协议

● 吴玉岭 著

凤凰出版传媒集团  
江苏人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

契约自由的滥用与规制——美国反托拉斯法中的  
垄断协议 / 吴玉岭著. —南京:江苏人民出版社,  
2007.7

ISBN 978-7-214-04679-6

I. 契... II. 吴... 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(2007)第 091965 号

- 书 名 契约自由的滥用与规制  
——美国反托拉斯法中的垄断协议
- 著 者 吴玉岭
- 策划编辑 韩 鑫
- 责任编辑 孙 立
- 出版发行 江苏人民出版社(南京市中央路 165 号 邮编:210009)
- 网 址 <http://www.book-wind.com>
- 集团地址 凤凰出版传媒集团(南京市中央路 165 号 邮编:210009)
- 集团网址 凤凰出版传媒网 <http://www.ppm.cn>
- 经 销 江苏省新华发行集团有限公司
- 照 排 南京水晶山制版有限公司
- 印 刷 者 南京通达彩色印刷有限公司
- 开 本 718×1000 毫米 1/16
- 印 张 23.25
- 字 数 350 千字
- 版 次 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷
- 标准书号 ISBN 978-7-214-04679-6
- 定 价 29.80 元

(江苏人民出版社图书凡印装错误可向本社调换)

# 序

台湾学者刘绍樑提出,公元 653 年的中国《唐律》已经开始了反垄断,“诸买卖不和,而较固取者,及更出开闭,共限一价,若参市,而规自入者,杖八十。已得赃重者,计利,准盗者”。这即是禁止欺行霸市、禁止联合限价等垄断行为的规定。刚巧昨天收到了德国马普外国与国际私法研究所门策尔(Frank Muenzel)教授的电子邮件。他说,罗马法中有更早的反垄断法,即公元 530 年的查士丁尼法典规定,“任何人不得垄断衣服、鱼、梳子、碗等生活日用品及其他用品,不管该垄断行为是行为人自主所为,还是经申请获得批准或者据钦定的法律解释而为;任何人不得密谋或者约定商品的最低价格”。这些考证说明,反垄断法是一个历史久远的法律制度,也说明国内外很早就注重保护市场竞争和消费者的利益。

然而,现代意义上的反垄断法,毫无疑问首推美国 1890 年的《谢尔曼法》。尽管在当时历史条件下,特别是由于美国的判例法传统,这个法律有很多不明确之处,但它毕竟提出了反托拉斯法的基本框架,规定了实施反托拉斯法的程序和机构,并提出违反行为的法律责任。美国反托拉斯法的意义绝不限于它是一部有着 110 多年历史的法律制度,而是在于它提高了美国政府、企业和人民的竞争理念,使“竞争”成为美国社会崇尚的一种传统和文化,而这一切使美国有幸成为今日世界上第一号经济强国。尽管时至今日,美国反托拉斯法领域仍然存在着学派之争,存在着反托拉斯一元化和多元化目的之争,但是如果我们纵观反托拉斯法 100 多年的历史,考察 20 世纪美国法院拆分美孚石油公司以及美国电话电报公司等一系列激动人心的案例,我们就能够更深刻地理解反托拉斯法如何为美国的市场经济注入了活力。

经过了 20 多年的改革和努力,我国已经基本上从谈“竞争”色变和视“竞争”为资本主义“洪水猛兽”的计划经济体制转变为以市场机制和竞争机制配置资源的市场经济体制。2006 年 6 月,第 10 届全国人大常委会第 22 次会议第一次审议了《反垄断法草案》,这说明我国反垄断法

呼之欲出。反垄断法是我国社会主义市场经济体制下重要的法律制度。它的颁布和实施不仅是我国体制改革的重要里程碑,而且也将成为我国深化经济体制改革和进行政治体制改革的巨大动力。反垄断法的颁布也给我国学者提出了新的任务。因为随着这个法律的颁布,国家必须尽快发布控制企业并购的实施细则,发布相关市场认定的指南,发布与知识产权相关的反垄断规定等,这就要求有更多的学者投身于反垄断法研究之中。

正如吴玉岭博士书中指出的,我国目前研究反垄断法的大多是从欧洲归来特别是从德国归来的学者。2004年,美国司法部反托拉斯局局长 Hew Pate 曾向我指出,中国学者不仅应学习欧洲的反垄断法,也要学习美国的反托拉斯法。为此,他还邀请我访问了华盛顿。现在,我们高兴地看到,我国学术界有越来越多的学者重视研究美国法,我们面前的《契约自由的滥用与规制——美国反托拉斯法中的垄断协议》就是一部关于美国反托拉斯法的专著。本书有以下特点:

第一,这是一部详尽论述美国反托拉斯法中垄断协议的专著。尽管它集中论述反托拉斯法三大支柱中的一个支柱——垄断协议,其规模就已经达到了40万字,这说明作者对这个领域的研究非常周详和仔细。作者在书中评析了这个领域几乎所有重要的案例,特别是最高法院的著名判例,不仅引证了判决中多数法官的意见,也引证了少数派的观点,从而给读者提供了一部关于美国反托拉斯法中垄断协议的百科全书。作者对某些著名案例的评析非常详尽,如纵向限制竞争方面的柯达公司案和微软公司案。如果没有作者孜孜不倦和坐多年冷板凳的精神,他不可能对这些案例作出如此深入和深刻的研究。

第二,作为一部关于垄断协议的专著,本书在内容上分为横向协议和纵向协议两个部分。美国谢尔曼法不区分横向和纵向协议。但是,因为横向协议作为竞争者之间的协议对市场竞争较纵向协议有更大的影响,对这两种协议进行区分就是合理的,也是科学的。我国反垄断法草案对这两种协议也作出了区分。

第三,本书在导论中对美国反托拉斯法的产生,包括它从普通法到成文法的历史以及110多年的发展历程进行了详细的介绍,此外还介绍了美国反托拉斯法价值理念的意识形态冲突,从而使读者不仅能够了解美国反托拉斯法关于垄断协议的规制,而且能够对这个法律制度

有一个全面的理解和认识。我很欣赏作者关于美国法律思想史中两个重要人物的介绍,一个是实用主义法学派的代表霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, 1841—1935),另一个是社会法学派的代表庞德(Roscoe Round, 1870—1964)。作为富布赖特学者,我在2006年访问哈佛大学期间参观过庞德的办公室和他那个独出心裁的办公桌。我也非常欣赏庞德的社会法哲学思想。他说,只有通过法律约束,制止反社会的行为,才能维护社会公平,实现人尽其职。因此,他认为,法律就是“社会工程”。用庞德的“法是社会工程”的理念分析美国反托拉斯法以及其他国家的反垄断法,我们可以对其立法宗旨有更深刻的认识。

吴玉岭博士是我2005年招收的博士后,他非常勤奋,学业非常执著。他的《扼制市场之恶——美国反垄断政策解读》刚刚出版,现在又有新书即将问世,还在抓紧准备第三部专著。这些著作中有作者关于美国反托拉斯法的精辟分析,更有这一领域的大量信息。我很高兴成为本书的第一读者,并欣然向广大读者推荐这本书。

本书付梓之际,是为序。

中国社会科学院法学研究所

王晓晔

2006年9月1日于北京潘家园

# 目 录

导论:美国反托拉斯法的价值追求 .....	1
一、百年反垄断:美国反托拉斯法产生与发展的历史 轨迹 .....	1
二、反托拉斯法的价值追求 .....	25
三、价值追求背后的意识形态冲突 .....	47

## 上篇 横向限制:竞争者的协作行动

引言:横向安排与反垄断基本原则 .....	58
第一章 价格固定行为 .....	62
第一节 对价格固定行为的最初判决 .....	62
一、对两大基本原则的最初运用:从密苏里铁路运输 协会案到芝加哥交易所案 .....	62
二、市场力量与经济环境对选择适用反垄断原则 的影响 .....	64
第二节 协议限制价格竞争:最高价格与最低价格 .....	68
第三节 供应(产出)限制:1940年美孚石油公司案 .....	70
第四节 信息交换与数据共享 .....	72
一、枫木地板厂商联盟案与食糖协会案 .....	75
二、集装箱案 .....	77
三、石膏板案 .....	79
第二章 横向分配市场 .....	83
第一节 横向分配市场对市场竞争的危害 .....	83
第二节 横向分配市场案例研究 .....	85
一、铁姆肯案 .....	85
二、席伊丽案 .....	86
三、崇越案 .....	88

四、波克兄弟案 .....	92
第三节 合营与合作研究企业的市场分配问题 .....	96
一、合营与合作研究企业的划分市场及对竞争的 间接限制 .....	96
二、合营与知识产权反垄断指南中的专利特许问题 .....	100
<b>第三章 联合抵制与其他一致拒绝交易的行为 .....</b>	<b>102</b>
第一节 针对竞争对手的集体协议:以本身违法原则抵制 .....	103
一、木材商协会案 .....	103
二、纽约股票交易所案与时尚指南杂志案 .....	103
三、科劳斯案 .....	104
四、光辉灶具案与圣保罗案 .....	106
五、尼耐克斯案 .....	108
第二节 针对与顾客交易的集体协议:平衡各方利益 .....	111
一、水泥厂商协会案与职业足球案 .....	111
二、派拉蒙案 .....	113
第三节 行业自律与惩戒行为 .....	114
一、西北文具批发公司案 .....	114
二、印第安那牙科医生联盟案 .....	119
三、高等法院出庭律师协会案 .....	122
第四节 无效与辅助性拒绝交易 .....	125
一、美联社案 .....	125
二、维萨卡案 .....	127
第五节 影响政府决策的非商业性联合抵制 .....	130
一、尼诺案 .....	131
二、加州卡车运输公司案 .....	133
三、全美妇女组织案 .....	134
四、全美有色人种促进会案 .....	136
五、联合管道公司案 .....	138
六、高等法院出庭律师协会案 .....	142
七、欧美尼案 .....	150
八、职业房地产投资公司案 .....	151



<b>第四章 协议存在的证明问题</b> .....	154
<b>第一节 平行故意与默示协作</b> .....	155
一、州际巡回公司案 .....	155
二、电影事业案 .....	158
<b>第二节 交付价格、基准价格与协同行动</b> .....	159
<b>第三节 寡头市场的寡占性定价与易化性策略</b> .....	165
一、寡头市场的相互依赖理论与共有垄断理论之争 .....	165
二、波斯纳的默示共谋理论 .....	167
三、理论付诸执法实践 .....	168
<b>第四节 企业(集团)内部的共谋</b> .....	171
一、企业内部共谋说:黄色计程车案 .....	171
二、对企业内部共谋说的反驳:包铜钢线公司案 .....	172
<b>第五节 刑事案件中的经济证据问题</b> .....	178
一、经济理论在直接证据案件中的作用 .....	180
二、经济理论在间接证据案件中的作用 .....	180
三、共谋的几种后果表现 .....	181

## **下篇 纵向限制:契约式的纵向一体化**

<b>引言:纵向安排与理论之争</b> .....	184
<b>第一章 品牌内之纵向价格限制</b> .....	188
<b>第一节 转售价格维持的正负竞争后果分析</b> .....	188
一、维护商誉、遏制涨价与改善售后服务 .....	189
二、增加非价格竞争,阻止搭便车 .....	190
三、以精品店“证明”产品的时尚或品质 .....	192
四、提升品牌间的竞争 .....	192
五、广泛的经销网点和避免经销商集中 .....	193
六、多品牌经销商的偏好 .....	194
七、提高经销商的准入门槛 .....	195
八、转售价格维持有助于生产商之间的协作 .....	195
九、经销商排斥对手的“面纱” .....	196
十、转售价格维持较合法的纵向合并对竞争的限制	

更为宽松 .....	197
十一、丧失品牌的领导地位 .....	197
第二节 纵向最低定价 .....	198
一、迈尔斯大夫案 .....	198
二、迈尔斯大夫案后的立法与司法 .....	201
三、对设定纵向最低价格的经济分析与争论 .....	203
第三节 纵向最高定价 .....	207
一、州石油公司案 .....	209
二、对先前判决的回顾 .....	211
三、围绕阿尔布莱特案的争议与反对意见 .....	213
四、推翻阿尔布莱特案判决 .....	215
第四节 寄售合同 .....	217
一、通用电器案 .....	218
二、辛普森案 .....	221
第五节 维持价格转售为目的下的单方拒绝交易 .....	224
一、高露洁案及其相关问题评析 .....	224
二、斯普瑞-莱特案及其相关问题评析 .....	228
三、夏普案及其相关问题评析 .....	235
<b>第二章 品牌内之纵向非价格限制 .....</b>	<b>243</b>
第一节 单一出口 .....	244
第二节 独家经销:地区限制的极端形式 .....	246
一、派卡德汽车案 .....	247
二、山谷酒业案 .....	250
三、芝加哥论坛报案 .....	253
四、独家经销合同的标准格式 .....	254
第三节 顾客限制 .....	256
一、顾客限制的功能 .....	256
二、西尔维尼阿案 .....	257
第四节 双重分销体系 .....	266
<b>第三章 品牌间限制之排除交易 .....</b>	<b>268</b>
第一节 排除交易的目的分析 .....	269
一、抢占销售出口 .....	271

二、确保卖方的市场份额与交易价格 .....	272
三、提高经销商的品牌忠诚度 .....	273
第二节 经济效率:对排除交易适用合理原则 .....	274
一、合理原则视角下的排他性合同 .....	275
二、对排除交易适用合理原则的原因探析与质疑 .....	279
第三节 经济分析:以坦帕电气案为例 .....	281
一、坦帕电气案 .....	281
二、对坦帕电气案的经济分析及后续案件 .....	285
<b>第四章 品牌间限制之搭售协议 .....</b>	<b>288</b>
第一节 搭售的经济分析 .....	288
一、杠杆理论 .....	288
二、以搭售为手段从事价格歧视 .....	290
三、对搭售安排合理性的辩解与反驳 .....	292
第二节 对搭售安排适用独特的本身违法原则 .....	296
一、搭售的演进路径 .....	296
二、时代琐事出版社案 .....	299
三、北太平洋公司案 .....	303
第三节 搭售商品市场支配力的证据 .....	309
一、佛特纳 I 案、佛特纳 II 案与海德案、耶鲁宿舍案 .....	309
二、柯达 I 案 .....	313
三、信息不完备理论对柯达 I 案的影响 .....	324
四、微软案 .....	328
第四节 知识产权领域搭售的滥用与控制 .....	340
一、娄斯案 .....	342
二、公益公司案 .....	345
<b>参考文献 .....</b>	<b>349</b>
一、中文部分:专著、论文及译著 .....	349
二、英文部分:专著与论文 .....	350
<b>后记 .....</b>	<b>353</b>

# 导论：美国反托拉斯法的价值追求

## 一、百年反垄断：美国反托拉斯法产生与发展的历史轨迹

### （一）美国的经历：垄断资本的飓风

从总体上看，美国反托拉斯法其实就是美国从自由资本主义向垄断资本主义过渡时期，由于市场失败而“招致”的政府干预。1776年，经济学之父亚当·斯密发表了《国富论》，在从学理上向封建贵族统治索要经济自由的同一时间，正在从事武装斗争以争取独立自由、反对英王暴政的美国革命家也发表了《独立宣言》，面世时间巧合的这两篇战斗檄文两百多年来一直积极影响着美国的发展。而1812年的第二次独立战争，在使美国完成统一大业后，在列国之中真正取得了平等地位。在高关税壁垒的保护下，制造业蒸蒸日上。新技术的采用，使农业生产获得史无前例的增长。公路和运河网的兴建，铁路网的形成，改善了交通，经济得以迅猛发展，商业把全国上下紧密地联成一个整体。和平、繁荣、社会进步，交织出一幅美好的国家前景。1861年至1865年的内战，又加速了美国近代工业的改变与成长。战争的需求引发了一次大规模的“产业战争”，更使美国经济发生了质变。内战对企业资本的形成与投资，影响极大。战争的需求大大地刺激了制造业，加速了钢铁、蒸汽机和电力的开发，也促进了科学研究和发明创造。战争期间，许许多多的小企业因生产资金的不足，又不能获得银行的长期信贷，无法满足战争的需要而倒闭。另一方面，规模较大的新兴企业则能大量吸取社会游资，加大投资。1864年出台的国家银行法(National Bank Act)，进一步加剧了商业投资与银行活动向大型企业的倾斜。内战后的美国“已到达了成熟的年龄”。伴随着新的科学技术的发展和广泛运用，一个城市化的共和国取代了先前的农业国。生产规模的不断扩大，随之而来的是生产和资本的急剧集中。传统的独资或合伙的商业组织形式，因不能适应吸引大量资本的投资需要，萎缩程度日益加剧。产业结

构发生地壳变动,小型生产企业逐渐被淘汰,公司化的法人组织形式逐步占据统治地位。“生产集中发展到一定阶段,可以说,就自然而然地走向垄断。”<sup>①</sup>

19世纪60年代,垄断的最初形式普尔(pool)粉墨登场。普尔是一种企业联营组织。当时的新兴企业主憧憬把互相竞争的公司组成一个机构,从大规模生产中实现规模经济的目标(降低每件产品的生产成本和价格),在全国市场上推销他们的货品,甚至控制生产、销售和服务。普尔也就成为新兴大企业扩大市场进而垄断市场的手段。它的基本做法是有竞争关系的企业签订协定,规定共同的价格,并在成员之间分配营业额或划分销售市场。普尔的优势在于,它可以收集大量可用的储备资金,使企业获得长久的生命和持续的管理,以获得预期的利润吸引投资者,即使企业失败,各自要承担的职责也是有限的。在1873年的经济危机以后,这一形式在工矿业都有飞速的发展,尤其是表现在铁路业。当时迅猛发展的铁路业已为摩根、哈里曼等少数资本家所控制。他们为防止铁路运费的恶性竞争,达成协议,以普尔方式彼此合作。虽然在形式上普尔是由多家铁路公司共同营运,但实质上却是一种划分市场的方式,且在运费上实行歧视待遇,又通过所谓的短程与长程间的不同收费标准,打击同业竞争者,引起了社会大众的极度不满。普尔还通过控制铁路运输在农产品运输上敲诈勒索农民,这激起广大农民的强烈反抗。60年代末70年代初,一场反对铁路垄断的“农会运动”风起云涌。为平息农民的激烈抗争,1869年伊利诺斯州第一个通过了反铁路垄断的法令,规定铁路要有“公平合理和一致的运费”。要求政府“通过各项法律去矫正铁路的弊端,防止在客、货运费方面不公正的对待与敲诈行为”。随后,明尼苏达、爱荷华、威斯康星等州相继颁布了类似法令。州法律在执行中受到持自由放任人士的质疑和铁路公司的挑战,联邦最高法院最后裁定,由于铁路涉及公共利益,各州立法进行规制并不违背宪法精神。

除了法令的强制规定以外,普尔本身也存在着严重的内在缺陷。由于它仰赖于成员的志愿参加,并无绝对的拘束力以强制成员履行合

<sup>①</sup> 列宁:《帝国主义是资本主义的最高阶段》,人民出版社1971年版,第13页。

约,一旦市场条件改变,企业力量发生变化或出现“商业危机”,联营也就不攻自破。联营的这一“内伤”——暂时性与不稳定性,即使没有上述法令的出台,企业也会寻找新的更加行之有效的商业组织形式,替代普尔。“一种崭新的力量——信用事业(指托拉斯),随着资本主义的产生而形成起来。其实,它作为积累的小小力量不声不响地挤了进来,通过一根根无形的线把那些分散在社会表面上的大大小小的货币资金吸引到单个的或联合的资本家手中,但是它很快就成了竞争斗争中的一个新的可怕的武器;最后,它变成了一个资本集中的庞大的社会机构。”<sup>①</sup>

Trust<sup>②</sup>原本是“信托”之意,它源于英格兰与威尔士法,是普通法中的一种产权分拆运作制度。财产所有人(信托创立人)将财产所有权转移给受托人,并声明受托人为某人(受益人)的利益或某些特定目的管理、处分该财产。信托财产必须与受托人自己的财产分开;受托人对受益人负严格的法律责任,包括善管和信托义务。就是说它承认一项财产可以有双重的所有权:受托人获得普通法或名义上的所有权(由此衍生出受托人的管理权);受益人则享有衡平法或实质上的所有权(由此生出受托人的收益权),并可据此主张法律保护,包括向受托人及(非善意)第三人追索特权的救济。1879年洛克菲勒(John O. Rockefeller)创制了美国第一个托拉斯——美孚石油公司(Standard Oil Company)。它是将公司股东所持的股票托付给托管财产理事会,并赋予托管财产理事会处理信托组织的所有权力。凭借理事会的权力,托拉斯便

① 《马克思恩格斯全集》第23卷,第688页。

② 在英语中,trust有多种含意。首先它是指信托。即信托人(trustee)基于委托人(trustor; settler; grantor)的信任,以名义所有人(nominal owner)的身份,就委托人授予的财产为受益人的利益进行管理和处分的行为。信托的有效设立的必要条件是:(1)委托人有设立信托的意图并出于合法目的;(2)受托人系基于委托人的信任持有信托财产并负有衡平法上的义务为受益人利益管理好信托财产;(3)有特定的信托财产,包括动产和不动产,可以实际交付给受托人。其次,它是指托拉斯,即由多家企业旨在加强竞争力,垄断销售市场,谋取高额利润而联合组成的垄断组织。本文即采用此义。再次,它也指同行业企业的联合,也就是从较广意义上讲,同一行业的企业为了达到共同的目的,制约有损于共同利益的个别行为而组成的企业联合体。另外,它还具有信托受益权(即受益人就信托财产享有的衡平法上的权利)与信托物(信托财产)之意。

可以把分散于全美各地的许多公司“一网打尽”，全部掌握。这极大地扩展了公司的活动空间。由于托拉斯是在更大规模上的企业联合，管理和行政更加集中，还能将专利汇合在一起，雄厚的资金又可用于企业的再发展，推行生产合理化，进行大规模生产以实现规模经济的目标，建立销售、服务和购销网络，从原料供货商和铁路运输方面取得优惠条件，并可以与此时已有效地组织起来开展活动的劳工组织进行讨价还价，且经常对政界施加影响。以美孚石油为例，洛克菲勒控制下的这一特大型公司在 1882 年至 1889 年间，利用信托方式，并通过与铁路公司签订廉价运费合同，将公司石油低价出售，致使其他炼油厂经营困难，濒临倒闭。洛克菲勒趁机大肆并购，从而控制了全美 90% 以上的精炼油，成为当时美国最大的托拉斯之一。及至后来，将同业竞争者全部吃掉，完全独占整个石油市场。美孚石油公司经营策略的成功，激起“商业领袖”的群起效尤。为取得垄断地位，棉子油业、铅业、糖业、烟草业、橡胶业等行业也迅速地组织起来。“有干劲的工商业者，不久也径自划定他们的工业领域。以亚摩和斯威夫特为主的四家肉类罐头公司，联合成立了一个牛肉托拉斯。麦柯密克一家，则在收割机事业上占优势。1904 年的一次调查表明，原来的约 5 000 家独立企业，这时已归并为 300 家左右的工业托拉斯了，占整个制造业的 40%。”<sup>①</sup>在其他领域里，特别是运轮业和电讯业，垄断的趋势也很突出。西联公司是最早最大的电讯联合公司，随之而起的是贝尔电话公司，接着又有美国电话电报公司。科尼利厄斯·范德比尔特把 13 条独立铁路线，合并为一条路线，把 380 公里外的布法罗与纽约市连接在一起。他又修通了通往芝加哥与底特律的铁路，成立了纽约中央铁路公司。这样，美国各主要铁路线，就合并成“系统化”干线了。至此，美国不仅出现了诸如美国钢铁托拉斯、杜邦火药公司、通用电气公司、美国烟草公司、美国电报电话公司等闻名世界的大型托拉斯组织，几乎各行各业都出现了托拉斯组织。在这一不受法律制约的“进取时代”，1% 的公司控制了 45% 的制造业，美国因此也就获得“托拉斯帝国”的“美名”。这些托拉斯牢牢地控制住

<sup>①</sup> Thomas K. Mc Craw, *Rethinking the Trust Question, in Regulation in Perspective: historical Essays*, ed. By Thomas K. McCraw, Harvard University Press, 1981, p. 32.

了市场,维持和操纵着价格,有时甚至于一个托拉斯就能从产业原料供给起直至将商品最终出售给消费者。中小企业濒临绝境,民众苦不堪言。美国“旧日的竞争制度已经到了末日,不得不宣告屈辱的破产”<sup>①</sup>。

托拉斯滥用其市场力量和垄断地位,对同业竞争者与消费者的巧取豪夺,激起民众的普遍不满。“托拉斯”一词的意义遂从“信托”摇身变成“操纵市场的黑手”,成为人人憎恨与厌恶的代名词。各州与联邦层面后来都相继立法加以禁止。控股公司遂逐渐发展并取代了托拉斯,成为一种新的控制整个产业的工具。对于这种垄断组织的合法与违法之争,直至1911年美国联邦最高法院提出“合理原则”,才告一段落。

## (二) 美国反托拉斯法基本框架的形成

### 1. 传统与无奈:普通法对垄断的规制与不足

垄断组织的出现,它对正常的经济与社会生活造成的严重破坏,突出表明了自由市场理论的内在缺陷,也反映了政府在政策层面上的缺失。美国是一个“法律至上”的国家,普通法对垄断规制的不足,社会的动荡,迫使政治领袖以“国家干预”的形式,出手制止托拉斯这一经济上的庞然大物。“看得见的手”出现了,与“看不见的手”的争论也开始了。

#### (1) 普通法对垄断的规制

英美同属普通法系。作为英帝国的先前殖民地,美国的普通法与英国的普通法有着共同的历史渊源。美国独立之前,英国普通法在殖民地使用。联邦成立后,虽一度与英国交恶,希望在法律上摆脱英国普通法的影响而独树一帜,并制定了成文宪法,但终究血缘难断,最后又不得不“认主归宗”。直至今日,在司法判决中仍时常引用英国普通法。两国普通法在精神上还是相同或相似的。就反托拉斯法而言,在谢尔曼法中使用的也是普通法的概念,制定时议员们的辩论引用的也是普通法。许多议员认为只不过是普通法中禁止限制贸易的精神在联邦层次上法律化。法案的提议者谢尔曼参议员在辩论时反复强调:法案设置的是“在英国和我国普遍适用的普通法的原则”,法案的通过并不是宣布一个新的法律原则,而是使用旧的、为人熟知的普通法的原则。

<sup>①</sup> 马克思:《资本论》第三卷,第659页。



普通法在控制垄断方面,主要有五个概念:① 中间商恶行。1266年在有关垄断的第一起诉讼案中,中间商受到了法官的制裁。当时的一个中间商采用大量买进小量销售与在粮食收获以前或进入市场前购买期粮的办法,囤积大批粮食。法院认为,中间商试图囤积居奇,垄断市场,逃避市场监管,规避向城镇市场缴纳的费用。以后的几个世纪,伴随着全国市场的形成,这一判决并未得到有效的遵守。1772年,判决被废止。禁止中间商的囤积居奇在美国普通法中并未涉及。② 垄断。英国城镇常常为了保护当地的商业利益而制定一些限制商业活动的法令。法院则时常宣布城镇的立法是“超越职权”。“越权”的概念后来被借用来处置过分的商业垄断行为。在一个著名的垄断案中,伊丽莎白女王一世恩赐她的仆人(案件原告)进口扑克牌的专营权。当一位缝纫用品商也进口和出售扑克牌时,原告以侵犯了其特许经营权为由进行诉讼。法官们一致认为这一专营权无效。因为专营权侵害了现存的和潜在的竞争者,剥夺了他们从事贸易的机会,也必然会导致高价低质而损害公共利益,这实质上就是垄断。法院宣布垄断违反普通法,是完全无效的。法院的裁定也得到了议会的支持。1624年1月,为对抗国王的特许经营权,议会废除了专利与城镇习惯上拥有的垄断权以外的所有特许。19世纪的立法更是迈进了一步,宣布几乎所有的垄断无效。当然,这里的垄断指向的是“准公共性垄断”(Quasi-public monopolies),而不是在经济生活中由竞争导致的垄断。实际上,英国与美国的普通法都没有宣布私人垄断是非法的。③ 限制贸易。面包行会有一个行规,一个学徒在出师之后的五年内,不得在师傅经营的面包房的“附近”地区开设新的面包房。而究竟多远的距离才叫“附近”,由师傅们的组织和掌管的行会来解释。一位面包师因违反了这一行规被告上法庭。虽然当时并没有竞争和保护自由市场的概念,但法院却支持“公平”的商业活动并为此要求破除行会习惯。判决强调:所有干扰个人贸易自由的行为,所有限制贸易的行为,都是“赤裸裸的”限制,都是违反公共政策的。1711年,又有一名面包师将自己的店铺租给另一名面包师。二人签订协议规定前者五年内不得在店铺所在辖区从事这一行业。由于前者没有遵守承诺,被后者告上法院。法院遵从1623年的判