

第六卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊【主编】

本辑专题

- ⊙ 新经济中的反托拉斯
- ⊙ 微软案判决(一)
- ⊙ WTO 例外的基础理论问题探析
- ⊙ 社会保障调控法研究
- ⊙ 德意志联邦银行法

中国方正出版社

2002年

第六卷

经济 法 论丛

漆多俊 主编

中国
方正
出版
社

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛. 6/漆多俊主编. —北京:中国方正出版社, 2002. 5
ISBN 7-80107-540-4

I. 经… II. 漆… III. 经济法-研究-中国-文集
IV. D922.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 026860 号

经济法论丛

(第六卷)

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编 100813)

北京市增富印刷有限责任公司印刷

开本: 889×1194 毫米 32 开 印张: 15.5 字数: 407 千字

2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月北京第 1 次印刷

印数: 1-3000 册 定价: 22.80 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

《经济法论丛》编委会委员

(按姓氏汉语拼音字母为序)

[德] 弗里茨·里特勒 德国弗莱堡大学教授

冯 果 法学博士，武汉大学法学院副教授

[美] 约瑟夫·诺顿 美国南卫理公会大学法学院教授；英国伦敦大学法学院教授

刘文华 中国人民大学法学院教授，博士生导师

李昌麒 西南政法大学教授，博士生导师

漆多俊 武汉大学法学院教授，博士生导师；中南大学法学院教授，博士生导师

王保树 清华大学法学院教授，博士生导师

王全兴 中南财经政法大学教授

王艳林 中南大学法学院教授

万 猛 法学博士，武汉海事法院院长

许光耀 法学博士，中南大学法学院教授

郑友德 华中科技大学法学院教授

Members of Editorial Committee

(Alphabetical Order of Surnames According to Pinyin)

Fritz Ritter Professor of law, Freiburg University, Germany.

Feng Guo Ph.D., Associate Professor of Law, Wuhan University.

Joseph Norton Professor of Law, South Methodism University &
London University, USA.

Liu Wenhua Professor of Law, People's University of China.

Li Changqi Professor of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing.

Qi Duojun Professor of Law, Wuhan University & Zhongnan University.

Wang Baoshu Professor of Law, Qinghua University, Beijing.

Wang Quanxing Professor of Law, Zhongnan University of Economics and Law.

Wang Yanlin Professor of Law, Zhongnan University.

Wan Meng Ph.D., Chief Justice of Wuhan Maritime Court.

Xu Guangyao Ph.D., Professor of law, zhongnan university.

Zheng Youde Professor of Law, Huazhong University of Science and Technology.

[卷首语]

11月的多哈会议，终使中国人15年的期待成为现实。成为WTO成员国，为中国社会的发展提供了更强劲的动力与广阔的空间。对法学界而言，不仅必须加速研究、普及WTO各种规则，更重要的是，加入WTO将使人们对于中国法学研究的方向、内容与方法重新进行思索。WTO无疑将把中国更加深入地引向世界，那么中国经济法学也无疑更应具有世界视野；WTO无疑将改变中国的经济与社会，那么中国经济法学研究也无疑将发生深刻变革。因此本期专设“WTO专题研究”栏目。左海聪博士多年从事WTO规则的研究，其《GATT/WTO体制中发展中国家的待遇：规则与实施》对于我国尤其具有重大现实意义。不过，从实务角度，目前更重要的是加紧研究WTO对我国各行各业的直接影响，尽快为各种主体提供切实、具体、可操作的理论指导，因而本期另外2篇有关WTO的文章多从微观着眼，注重解决当下面临的紧迫问题。周林彬教授与研究生郑远远的文章《WTO例外的基础理论探析》指出，充分利用WTO例外制度是我国减少入世成本的最直接途径。漆彤博士的《WTO与中国开放金融服务贸易市场的法律问题》则从研讨WTO有关金融服务贸易的规则入手，探讨中国入世后开放金融服务贸易市场面临的法律问题。

《经济法论丛》自创刊之日起，就既立足于中国经济法学的研究，也注重外国法学的引介；既以法律制度、规则的实证分析为基

础,使学术具有坚实的根基,同时强调在深入分析基础上的理论升华;既努力成为中国经济法学的园地,更试图成为中国经济法学走向世界的桥梁,成为中外法学家交流与切磋的论坛。随着论丛一卷卷地出版,这一宗旨日益明确而坚定,本卷也不例外。在“专论”一栏中,我们荣幸地向读者推出美国经济分析法学派的代表人波斯纳先生的《新经济中的反托拉斯》。作者从法律经济学的视角,分析了新经济行业的特点和反垄断问题,指出传统反托拉斯法律原则的有效性与制度层面变革的必要性,这对于国内的研究当有启发作用。

反垄断法是经济法最重要的组成部分,近年来始终是学界关注的热点问题,因而每一期《经济法论丛》都将其作为重点建设的栏目。以往的许多文章多从宏观着眼,随着研究的深入,本期安排了日本学者栗田诚教授的《反垄断法的民事救济制度》、孙晋先生的《反垄断法适用除外制度研究》及郑友德教授的《中国电信业反垄断法律问题研究》等文章,意在将这一领域的研究深入到具体制度层面。尤应强调的是,栗田诚教授的许多观点被日本反垄断法修正案所采纳,因而他的文章对于我们理解日本最新立法动态更具启发意义。另一方面,举世瞩目的微软公司案为反垄断法研究提供了一个宝贵的判例,本期推出许多奇博士翻译的美国哥伦比亚联邦地区法院关于此案的最终判决,以及正在美国从事学术访问的王传辉博士就此案所撰《对微软垄断案的法律经济学分析》一文,我们试图以此作为起点,将判例研究引入这一领域,而后者正是当下我国反垄断法研究所需要的。

加强和完善政府宏观调控职能是近年来经济改革的重点课题,更是WTO的基本要求。我们在本卷新增了“宏观调控法”栏目,李刚博士的《市场和计划法:对计划的两次限制》对计划法的基本问题重新作了梳理。董玉明教授的《社会保障调控法论纲》,提出将社会保障法当中有关宏观调控的部分纳入到宏观调控法之中,其观点与论证均颇具新意。

在“域外法与比较法”栏目,本卷编发了三部外国法律,其中

《韩国产业发展法》是2001年2月修订的最新版本，对我们及时了解国外最新的立法动态不无裨益。

我们在每卷《经济法论丛》中，都试图对前一时期经济法学或其某一部门的研究状况进行综述，以保存资料，总结成果，分析走势。本卷刊登厦门大学法学院游钰先生领导的课题组编写的《反垄断法研究综述》一文，线索明晰，资料翔实，信息量大，是对我国二十年反垄断法研究的历程与主要成果的全面与准确回顾。

《经济法论丛》第六卷即将面世。追忆起步时之艰辛，令人感慨不已。庆幸的是，抚卷回顾，我们能感受到它的不断成长；更感动的是，许多读者来信对我们的努力给予了肯定与鼓励。《经济法论丛》能否达成其宗旨，依靠的是作者的关爱与读者的批评，这也正是我们对于学界最诚挚的恳求。是为卷首语。

编者

2001年12月31日

目 录

[专 论]

新经济中的反托拉斯

..... [美]波斯纳著 王传辉译(1)

[反 垄 断 法]

反垄断法的民事救济制度

..... [日]栗田诚著 张军建译(21)

反垄断法适用除外制度研究 孙 晋(44)

中国电信业反垄断法律问题研究

..... 郑友德 蔡祖国(77)

微软案判决(一):美国哥伦比亚

联邦地区法院最终判决 许多奇译(102)

对微软垄断案的法律经济学分析

..... 王传辉 张 健(117)

[WTO 专题研究]

GATT/WTO 体制中发展中国家的

待遇:规则与实施 左海聪(137)

WTO 例外的基础理论问题探析

..... 周林彬 郑述远(168)

WTO 与中国开放金融服务贸易市场的

法律问题..... 漆 彤(196)

主编 漆多俊

本卷执行编辑 许光耀

李 刚

目录

经济法论丛

2002年

第六卷

[宏观调控法]

市场和计划法:对计划的两次限制

- 试论计划法若干基本问题 李 刚(231)
- 中央银行独立性的法律探析 许多奇(261)
- 社会保障调控法研究 董玉明 汪丽丽(281)

[域外法与比较法]

- 法国消费者权益保护的立法原则及其演变 刘益灯(317)
- 德意志联邦银行法 管惠娟译(333)
- 韩国规制垄断与公平交易法 赵 嵩 余 音译(352)
- 韩国产业发展法 赵 嵩 余 音译(401)

[信息·资料]

- 反垄断法研究综述 游 钰 毛大春 林婉婷(425)
- 第九届全国经济法理论研讨会综述 研讨会综述课题组(471)

CONTENTS

[Academic Thesis]

- Antitrust in the New Economy
... [America] Richard A. Posner, trans. Wang Chuanhui (1)

[Antitrust Law]

- The Civil Remedy System of Antitrust Law
..... [Japan] Keusita Sei, trans. Zhang Junjian (21)
On the Exemption System of Antitrust Law Sun Jin (44)
Antitrust Problems in China's Telecommunication Industry
..... Zheng Youde Cai Zuguo (77)
The Judgment on Microsoft Case Xu Duoqi (102)
A Legal Economical Analysis on Microsoft Case (1)
..... Wang Chuanhui Zhang Jian (117)

[Special Studies on WTO]

- Treatments Toward the Developing Countries in GATT/WTO
System: Regulations and Enforcement Zuo Haicong (137)
On the Basic Theory of the Exception Clauses of WTO
..... Zhou Linbin Zheng Yuanyuan (168)
WTO and the Legal Problems in the Opening of China's Trade
Market in Financial Services Qi Tong (196)

[Law of Macro Regulation]

- Market and Planning Law: Two Restrictions on Plan
..... Li Gang (231)
- Legal Analysis on the Independence of the Central Bank
..... Xu Duoqi (261)
- The Law of Regulation over Social Security
..... Dong Yuming Wang Lili (281)

[Extraterritorial and Comparative Law]

- The Legislative Principles and their Development of French
Consumer Protection Legislations Lui Yideng (317)
- The Federal Bank Law of Germany trans. Guan Huijuan(333)
- Law of Regulation over Monopoly and Fair Trade(the Republic
of Korea) trans. Zhao Song Yu Yin (352)
- Industrial Development Act of the Republic of Korea
..... trans. Zhao Song Yu Yin (401)

[Data and Information]

- A Summary of the Studies on Antitrust Law You Yu (425)
- A Summary of the 9th National Conference on Economic Theories
..... The Reporting Group (471)

[专 论]

新经济中的反托拉斯

[美] 理查德·A·波斯纳** 著

王传辉*** 译

Abstract

The author analyzes the characteristics of new economy industries and relevant antitrust issues from the perspective of law and eco-

* 本文草稿曾以谈话形式发布于以下场合：2000年9月14日于纽约举行的由美国律师协会主办的反托拉斯研讨会；2000年9月15日于对外关系委员会的会议上；2000年9月21日在芝加哥 DePaul 大学，作为金融杰出讲座系列之一；于芝加哥大学法学院法律经济学研讨班上。作者感谢 Dennis Carlton、Frank Easterbrook、Eric Posner、William Landes、以及各次会议的参加者，他们对本文提出了有益的建议。目次与各部分标题为编者所加。

** 理查德·A·波斯纳，美国第七巡回区上诉法院的法官、芝加哥大学高级讲师，法和经济学学派的代表人物。

*** 王传辉，法学硕士、上海社科院经济学博士研究生。译者感谢本文作者对翻译和发表的慷慨授权，感谢好友谢康镇先生在版权获得过程中所提供的帮助。

nomics. There is indeed a problem with the application of antitrust law to the new economy, but it is not a doctrinal problem; antitrust doctrine is supple enough, and its commitment to economic rationality strong enough, to take in stride the competitive issues presented by the new economy. The real problem lies on the institutional side: the enforcement agencies and the courts do not have adequate technical resources, and do not move fast enough, to cope effectively with a very complex business sector that changes very rapidly.

目 次

- 一、新经济的行业特征与传统的反托拉斯法律原则
- 二、新经济与反托拉斯法执行的制度结构

近来不断有观点认为美国反托拉斯法不太适宜用于对“新经济”的管制。该观点认为,为处理传统制造业中的竞争和垄断问题而发展起来的法律原则在应付二十一世纪动力十足的新经济方面不太适用。我认为将反托拉斯法适用于新经济确实有问题,但那不是法律原则方面的问题。反托拉斯法律原则足够灵活,也切实忠于经济上的合理性,足以应付新经济中出现的竞争性问题。真正的问题在于制度层面:执行机构和法院没有足够的技术手段,而且行动也不够迅速,无法有效应付变化非常快的异常复杂的经济部门。这是个极难解决的问题。确实如此,我实在想不出解决方法。

一、新经济的行业特征与传统的反托拉斯法律原则

我所说的“新经济”这个名词指三个互相区别又互相联系的行业。第一个是计算机软件的制造业;第二个行业由以因特网为基础的企业(包括因特网接入提供者、因特网服务提供者和因特网内容提供者)构成,如美国在线(AOL)和亚马逊公司(Amazon);第三个行业则是提供用来支持上述两个行业的通讯服务和设备的行

业。新经济还包括其他行业，但我这里要谈的就是这三个行业。

这些行业与曾经孕育产生过现代反托拉斯原则的大多数行业有明显不同，尤其区别于那些制造如钢、汽车、管道、电线、铝、火车车厢、建路物资以及香烟等传统的有形产品的行业。传统行业的特征是：多个工厂以及多个公司生产（表明规模经济在工厂和企业层面都是有限的，或者换言之，在相对不太高的产出水平上，平均总成本在增长）、稳定的市场、大规模资本投入、不太高的创新率以及缓慢和不太经常的市场进入与退出。我要探讨的新经济行业则不具有这些特征。相反，它们的特征是：与大规模产出相应的平均成本（是基于产品而非企业的平均成本）下降、相对于新设企业从当代资本市场所获得的资本而言对资本投入的要求不太高、非常高的创新率、快速而频繁的市场进入与退出以及消费上的规模经济（也被称为“网络外部性”，其实现需要垄断或者公司之间在设定标准方面的合作）。另外，纵向一体化是旧经济的一个常见特征，而在新经济中这更为常见，从而促进大量的企业与其他是其竞争对手的企业形成了供或求的关系。下面让我来详细阐述一下新经济的这些特征以及它们相互之间的、还有与反托拉斯原则之间的关系。

这些行业主要生产智慧财产，即计算机代码，而非实体性物品（通讯设备是例外）。尽管智慧财产可储存在盘片上传送，但软件正在越来越经常地通过因特网被传送给购买者。产品是智慧财产这一特征在以因特网为基础的企业那里不太明显，尤其是在那些出售诸如日用百货和书籍等实体性商品的企业。它们所需要的为了向顾客提供其产品和服务而进行的处理订单和进行其他经营活动（如推销、处理单据、处理收入、答复顾客问题和处理顾客投诉、减轻顾客对隐私和安全的担心）的能力很大程度上取决于企业计算机软件的复杂程度以及商标和版权的功用。

智慧财产的特征是固定成本相应于边际成本而言很大。通常的情形是创造智慧财产的成本很高，但一旦创造出来，生产额外拷贝的成本很低。软件复制的成本非常之低，甚至认为边际成本是零，

当然这有点言过其实。^① 如果没有法律保护，智慧财产的生产者可能不会收回其投资，因为其竞争对手可以搭便车。并且因此法律保护能扩大产出，并非像通常所认为的垄断会减少产出。与此同时，对智慧财产的法律保护也会使消费者转而购买更便宜的替代品。即使边际成本为零，专利或版权的所有者对复制产品也要确定正的价格，这会使顾客转而寻求替代品。为阻止顾客转向，就需要有完全的价格歧视（Perfect Price Discrimination）。而这是行不通的，因为（管理成本是一方面）这要求供方有关于所有顾客和潜在顾客对其产品需求之弹性的完全的信息。

专利和版权法试图通过给予智慧财产的创造者一些而非完全的保护使其免于竞争来打破产出最大化的平衡。版权所提供的保护比专利权时间长，因为通常的版权法所保护的对象内容要少的多，只保护作曲家、画家和作家等表达思想的方式，只涉及到复制，不保护独立的发现。将版权扩及到对软件的保护一直是一个有争议的问题。很多人认为这样做是给予了过度的保护，理由是：由于造成了编写创新性软件代码的困难，要么是限制而非扩大了智慧财产的数量，要么是相对于没有产生垄断性收益的市场投资而言在生产该财产方面吸引了过多的资源，要么这两方面的后果都有。这一观点认为，更糟的是，软件销售方法能使发明创造者通过合同获得比版权法的保护更多的权利保护。版权法给予版权持有人就其智慧财产享有的财产权，即使该财产为与权利人无任何关联的其他人（如从卖书者手里购买有版权之书籍的人）持有也不影响其权利。在软件的创作者与最终购买人直接订立合同的情况下，权利人可以通过合同施加比版权法所允许其施与的限制更多的限制；例如，他可以禁止购买者为个人使用之目的进行复制，而版权法则允许这种复制行为。事实上合同期不可能有版权保护期长，但就软件产品而言，这种保护期只是理论上有意义，因为版权期满前软件已过时了。当价

^① 当然这有点言过其实，因为还有与软件的每一次销售或出租有关的销售和服务成本。

格歧视并不完全时，对产出的影响是不定的。下面我简要解释一下。

版权与合同双重保护的可能性使得软件生产商在经济上具有太多的垄断力量，也就是说，要么引起智慧财产产出的减少而非增多，要么在智慧财产生产行业和非智慧财产生产行业之间引起资源配置的扭曲，或者两方面的后果都有，从而导致对有可能增加生产者对软件价格控制力量的进一步采取的措施或做法的自然而然的关注。正是由此，我刚才所提到的新经济行业的另一个特征，即消费上的规模经济性，才成为令人头疼的问题。我们对生产上的规模经济性都很熟悉，即在一定程度内，生产时间越长，平均成本越低。而消费上的规模经济，则是指在一定程度内，公司产出越大，产出的产品对顾客而言就越有价值。电话是一个典型的例子。如果只有一个用户，电话服务是毫无价值的，因为用户无人可与之对讲。用户越多，服务对每一个用户或至少对大多数用户而言就越有价值。交互式服务，如电子邮件和网上拍卖，有类似性质。同样还有使用同一种计算机程序的情形，如两个或更多的学者使用文字处理程序来合作撰写学术论文。暂且不提实际的网络或共享，使用计算机程序的人越多，该程序就越有价值，因为这有助于培训、IT 人员的支持以及设备和程序的标准化。也是出于同样原因，打字员使用的键盘也标准化了。用实际排队（Literal Queuing）和比喻性排队（Figurative Queuing）的区别（比如，排队买票与等候庭审的通知）做类比，我们可把这种情形称为“比喻性”网络。

消费上的经济性是以一致性而非共同来源为前提。国际电话系统是一个单一的网络，但它的组成部分却是由大量单独的公司和个人拥有。然而这些组成部分一直是遵循统一标准以保证可互相操作性，同样，铁轨的规格在全国范围内也是有一致标准的。一个制造网络（我使用的“网络”这个词指存在消费上的规模经济的情形）之基本构成部分的公司更愿意成为该部分的专门生产者而不愿意被要求披露使其竞争者能复制其产品的信息。如果该组成部分是以专利、版权或合同的形式进行知识产权方面的保护（或作为商业秘密