

美国反托拉斯理论与政策

美国反托拉斯 理论与政策

辜海笑/著

American Antitrust
Theory and Policy



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

美国反托拉斯理论与政策

辜海笑 著

中国经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

美国反托拉斯理论与政策 / 辜海笑著. — 北京: 中国经济出版社, 2005.9

ISBN 7-5017-7053-0

I. 美… II. 辜… 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(2005)第 052849 号

出版发行: 中国经济出版社(100037·北京市西城区百万庄北街 3 号)

网 址: www.economyph.com

责任编辑: 朱祝霞(Tel: 010-68319283 E-mail: julia_bj2003@yahoo.com.cn)

责任印制: 石星岳

封面设计: 红十月工作室

经 销: 各地新华书店

承 印: 北京东光印刷厂

开 本: A5 印 张: 8 字 数: 200 千字

版 次: 2005 年 9 月第 1 版 印 次: 2005 年 9 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-5017-7053-0/F·5654 定 价: 22.00 元

版权所有 盗版必究

举报电话: 68359418

68319282

服务热线: 68344225

68353507

68341876

68353624

作者简介

辜海笑,女,1976年生,贵州贵阳人,现任职于浙江工商大学经济学院。1994年-2004年间在武汉大学先后获得经济学学士、硕士和博士学位,并于1999年-2001年被公派至欧洲研究学会(澳门)攻读欧洲研究硕士。主要研究领域为欧美反垄断问题,迄今已有若干研究成果发表。

序

美国的反托拉斯政策已经走过了一个多世纪的历程。近几十年来，经济学研究对美国反托拉斯政策产生了深刻的影响。经济学理性的引导使美国反托拉斯政策逐步建立在客观的论证和分析之上，从而使其在一定程度上摆脱了党派论争和利益集团的干扰，表现出内在一致性。

毋庸置疑，在经济学影响美国反托拉斯政策的过程中，产业组织理论家们做出了最突出的贡献。一方面，他们从反托拉斯现实问题中获得研究素材，因而研究成果具有现实指导意义；另一方面，他们以专家证人的身份提供的证词往往直接影响反垄断诉讼的判决结果。相比之下，其他国家和地区不仅在相关经济学研究方面落后于美国，而且也不像美国那样重视经济学分析在政策实践中的运用。美国反托拉斯政策因为倚重于经济学分析而具有的相对合理性和科学性使其成为许多国家和地区学习的榜样。美国正引领着各国反垄断研究和政策实践的方向。

辜海笑博士的这部专著深刻把握了美国反托拉斯政策和经济学分析之间的关系，对这一政策作了比较深入的经济学分析，系统梳理了美国最新的相关经济学研究成果和反托拉斯政策的最新发展。不仅阐明了美国反托拉斯政策“是什么”，而且系统地回答了政策“为什么是这样”的问题。自然，对于那些感兴趣于美国反托拉斯政策的深层机理和反垄断法律经济学原理的读者来说，阅读本书是一个相当不错的选择。

作为处在经济转型过程中的国家，建立企业之间公平、自由、充分竞争的市场环境始终是我国政府努力的重要目标。当前，我国

正在研究制订第一部反垄断法，但其主要目的是打破行政垄断和地区之间的市场封锁，促进全国统一市场的形成。遏制与行政力量无关的企业垄断成为相对次要的考虑。但是在某些行业中，我们已经不难观察到由自由竞争形成的企业垄断现象以及由之带来的巨大效率损失。我想，如果从一开始，我们观察企业垄断现象、制订和实施反垄断政策都能从经济学原理出发，始终坚持客观分析的话，那么我们的反垄断研究和反垄断制度本身就不会偏离理性和科学的轨道。这也应该是作者极力想达到的一个目的。

另外，在一些发展中国家和新兴工业化国家，虽然反垄断法已出台多年，但未能发挥出应有的作用。其中一个十分重要的原因在于，法官缺少必要的关于垄断和竞争的经济学知识。不论是在英美法系国家还是大陆法系国家，反垄断法律条文都只是寥寥数语，在司法实践当中，评价标准和分析手段的选择是决定政策目标能否实现的关键。举个简单的例子，如果法官不理解市场力量、效率等基本概念及其衡量方法，反垄断法的实施是不可想象的。本书提供了反垄断经济学分析的基本概念和模型，特别是对美国反托拉斯政策实践中法官和经济学家们围绕有关问题的探讨进行了提炼和剖析，因此，它能帮助我国经济学、法学研究人士和法官们迅速地进入到反垄断研究和执法的关键部分来。

我是作者在博士研究生阶段的导师，作为作者辛勤研究工作的见证者，我为这部专著的出版由衷地感到高兴。同时我也期盼中国早日拥有真正意义上的、充分尊重市场规律的“自由企业的大宪章”。我希望作者的努力会加速这一天的到来。

周茂荣

二〇〇五年七月于武昌珞珈山

前 言

一、本书的选题意义和目的

美国的反托拉斯政策是世界上历史最悠久、相关经济学研究最发达的反垄断政策。

本人选择美国反托拉斯政策作为研究对象，是基于以下考虑：

首先，美国反托拉斯政策是一项经济学在其中起决定性作用的公共政策，其机理包含在围绕其各个方面所展开的异彩纷呈的理论研究和争论之中。而且随着新的理论模型和计量工具在实际案件中的运用，其实施越来越技术化和专业化，经济分析日益复杂高深。而目前国内现有的大多数研究还停留在对其大致轮廓（甚至只是法律框架）进行粗略勾勒这一层次上，即使有一些包含经济理论分析的研究也只局限于个别问题如微软垄断案和企业并购控制这样的热点。虽然我国法学界对反托拉斯法的研究较为系统，但就目前的情况而言，法学界还受到自身特有研究路径的限制，在相关的反托拉斯法学研究中缺乏对政策的经济学逻辑的分析。研究的零散和不系统性加上经济理论分析的缺乏使人们无法全面和深入了解美国反托拉斯政策的内涵。

其次，从时间维度来看，目前国内研究几乎都止于哈佛学派和芝加哥学派之争以及在芝加哥学派影响下 20 世纪 80 年代美国反托拉斯政策所发生的“芝加哥革命”（即使是对这两个普遍受到关注的学派也只有概括性的介绍，很少有深入到具体政策领域的研究）。事实上，进入 20 世纪 90 年代以来，美国反托拉斯政策无论在理论还是实践上又都发生了一系列引人注目的新变化。以 90 年代初的柯达案

为起点，新产业组织理论对占据着统治地位的芝加哥学派提出了挑战，这也使得美国持续了近 20 年的非常宽松的保守主义的反托拉斯政策出现了回调。美国反托拉斯分析中出现了新产业组织理论与芝加哥学派的观点交错并存、相互竞争的局面，进入了所谓的“后芝加哥时代”。在美国经济学界和法律界中展开了一场关于“后芝加哥时代”和新产业组织理论在反托拉斯分析中的作用的热烈讨论。但是国内现有的研究对 90 年代以来这一具有重要意义的新发展却鲜有涉及。

本书写作的主要意图就在于突破目前研究的这些局限，对美国反托拉斯政策进行较为深入和系统的研究。在结合美国经济现实背景的前提下，将重点放在不同流派的经济理论的对比和对各个政策领域较深入的分析上，不仅要阐明美国反托拉斯政策“是什么”，更重要的是要回答“为什么是这样”的问题，尤其关注在新理论影响下美国反托拉斯政策的变化和将来可能的走向。

及时跟踪和研究美国反托拉斯政策也有重要的现实意义。目前我国的反垄断法正在紧锣密鼓的制订当中，美国作为世界上相关经济学研究和法学研究最发达、政策成熟程度和理性程度最高的国家，它的经验以及基于发达的市场经济体制而建立起来的一套理念能够为我们今后的政策操作提供有益的参考。正如德国学者库尔特·马尔克特所说的：“德国卡特尔法作出的决策，归根结底可能经常会甚至大都会异于美国。但是我们在做决策时，至少要知道世界上最重要国家的法律，尤其是美国的反托拉斯法，在实际经验和科学认识方面能够提供些什么。”^①

二、研究方法

(一) 采用研究历史演进和比较理论流派相结合的方法，从两个

^① [德]库尔特·马尔克特：《美国反托拉斯法的现状和发展趋势》，载于[德]松尼曼：《美国和德国的经济与经济法》，法律出版社，1991 年，第 151 页。

不同的视角对美国反托拉斯政策分阶段分领域进行较为全面、系统的研究。

1. 纵向的历史演进：作为一种对企业和市场具有重要影响的管制手段，美国反托拉斯政策随着美国的经济结构、经济学家和政府对市场本身以及市场和政府的关系的认识而变化。它在百余年的发展和深化过程中经历了若干不同的阶段。通过从纵向的历史维度梳理政策演进的脉络，分析每个阶段特定的政治、经济和理论背景，不仅可以阐明它在不同历史阶段的差异性及其产生的原因，更重要的是有助于在一个更开阔的视野中把握其发展的规律，避免在研究中过分纠缠于技术性问题而忽视政策的客观现实基础。

2. 横向的理论比较：美国反托拉斯政策的理念是多个理论流派的观点冲突和交织的结果，尽管在各个时期占据主流地位的理论不同。产业组织理论的各个流派都在该政策上打下了自己的烙印。即使是被公认为“遭到摒弃”的结构主义，其中经得起时代变迁检验的具有普遍适用性的合理成分至今仍然发挥着相当的作用。在政策实践中，案件的控辩双方通常各持不同流派的观点作为自己的立论依据，尤其是进入“后芝加哥时代”以来，芝加哥学派和新产业组织理论之间的竞争在诸多具有代表性的案件中得到了充分体现。案件的结果既可能是某一派观点占了上风，也可能是不同观点的折衷。美国反托拉斯政策的这种复杂性决定了只有通过在上对产业组织理论在各政策领域的不同观点进行对比和综合，分析其各自的影响和作用，才能深入地理解政策背后的机理，把握政策未来可能的走向。

(二) 理论分析和政策实践分析相结合，既研究重要的理论模型，又通过具体案例分析理论在实际中的运用与存在的问题。

经济理论是美国反托拉斯政策的重要基础，但是，经济理论和模型终究是一种抽象化的表述，反托拉斯政策不可能完全简单依赖于经济理论与模型，而且理论在实践中的运用也是经常出现曲折的。

因此，对理论的研究不能完全替代对政策的研究。同时，经济理论和政策实践之间也不是单向的因果关系，在理论指导实践的同时，不断变化的现实也在不断地对理论的发展提出新的要求。为了能较准确地理解理论和政策现实之间复杂的互动关系，必须在进行理论分析的同时，结合实际案例、最高法院的判决和行政机构的执行情况，考察理论如何在实践中得到运用以及存在哪些问题。

（三）尝试采用跨学科的分析方法。

反托拉斯政策是法学和经济学的交叉地带。虽然本书旨在从经济学角度着眼来对其展开研究，但其中不可避免地要借用法学的一些基本概念和研究方法如法条分析法、价值分析法等。但是本书力图将反托拉斯政策作为一种理念和机制从具体的法律活动中抽象出来。另外，为了将注意力集中在经济理论分析上，同时也由于本人知识结构的限制，不打算对具体的司法制度和救济进行专门的讨论。

三、分析框架和思路

本书除前言外，分成三个部分：

第一部分（包括第一章到第三章）从总体上介绍美国反托拉斯政策的历史发展及理论基础的演变。第一章回顾美国反托拉斯政策的源起及早期历史。第二章阐述美国反托拉斯政策自20世纪中期以来经历的三个重要阶段，这是经济理论的作用真正开始发挥并且不断深化的时期。本章将对三个理论流派尤其是新产业组织理论在总体上对政策的影响进行重点分析，为第二部分更细致的分析准备好理论框架。第三章在前文历史演进研究的基础上，总结美国反托拉斯政策的价值取向，指出效率分析中存在的内部冲突和政策当局需要进行的权衡。

第二部分（包括第四章到第八章）是对政策的实质性内容的研究，对政策的各个具体领域都从历史发展和理论比较两个角度进行了较

深入的分析。具体包括市场力量及其衡量、企业合谋、垂直限制、掠夺性定价、企业合并控制，分别见于第四、五、六、七、八章。

第三部分(第九章)在前文分析的基础上总结和评价美国反托拉斯政策的特点，并强调，经济分析作为一种手段，它在美国反托拉斯政策中所发挥的重要作用体现的是美国政策当局对效率这一价值目标的追求。然后在分析我国特殊国情的基础上，指出美国反托拉斯政策对我国的借鉴意义。

四、创新之处

本书的创新之处主要体现在以下三个方面：

(一)研究视角上的创新。本书突破了国内现有成果在研究视角上的限制，重点从经济理论分析的角度，对美国反托拉斯政策进行了全面和系统的研究，探讨了司法实践中蕴涵的政策机理。不仅分析了经济理论总体上对反托拉斯政策的影响，而且还深入到政策的各个领域和关键性的细节、概念，详细阐述了它们的经济学理论依据。

(二)研究内容上的创新。本书重点分析了新产业组织理论的特点和政策主张，以及20世纪90年代以来新产业组织理论对美国反托拉斯政策各个具体领域的影响及其存在的局限，尤其关注新产业组织理论在高科技行业反托拉斯问题上的观点以及这些观点在政策实际中的运用。

(三)研究方法上的创新。1. 本书采用了历史演进纵向研究和理论流派横向比较相结合的方法，从两个不同的角度分阶段分领域梳理了美国反托拉斯政策的历史演变及其理论基础；2. 本书还采用了跨学科的分析方法，将抽象的经济学理论和具体的案例分析、法条分析结合起来，既研究重要的理论模型，又突出了经济学理论在反托拉斯司法实践中的运用及其局限。

目 录

第一章 美国反托拉斯政策的源起及早期历史

第一节 《谢尔曼法》的诞生	(1)
---------------------	-----

第二节 美国反托拉斯政策的早期历史	(4)
-------------------------	-----

第二章 美国反托拉斯政策理论基础的演变及战后的政策沿革

第一节 产业组织理论的产生和哈佛学派主导下干预主义的 反托拉斯政策	(11)
--	------

第二节 美国反托拉斯政策的“芝加哥革命”	(21)
----------------------------	------

第三节 新产业组织理论影响下美国反托拉斯政策的新变化 ...	(32)
--------------------------------	------

第三章 美国反托拉斯政策的目标

第一节 美国反托拉斯政策的目标：两种对立的主张	(49)
-------------------------------	------

第二节 效率目标的分解	(52)
-------------------	------

第四章 市场力量及其衡量

第一节 市场力量的定义及衡量方法	(65)
------------------------	------

第二节 评价企业市场力量的结构方法	(77)
-------------------------	------

第五章 对企业合谋的控制

- 第一节 卡特尔的基本理论及卡特尔的本身违法性 (95)
- 第二节 寡头合谋问题 (101)

第六章 对垂直限制的控制

- 第一节 分销限制 (119)
- 第二节 排他性垂直限制 (127)

第七章 对掠夺性定价的控制

- 第一节 关于掠夺性定价的法律标准的讨论 (152)
- 第二节 美国反托拉斯政策中掠夺性定价问题的演变 (165)

第八章 对合并的控制

- 第一节 水平合并 (171)
- 第二节 垂直合并 (187)

第九章 美国反托拉斯政策的特点及对我国的借鉴意义

- 第一节 美国反托拉斯政策的特点 (203)
- 第二节 美国反托拉斯政策对我国的借鉴意义 (211)

参考文献

后 记

第一章 美国反托拉斯政策的 源起及早期历史

美国反托拉斯政策是第二次工业革命时期在政治力量的作用下产生的。从1890年《谢尔曼法》的颁布到二战后初期的50多年里，美国反托拉斯政策走过了其早期的发展阶段，形成了政策的基本框架，并且提出了反托拉斯分析的主要原则。不过在这个期间，政策一直处于幼稚阶段，并且由于受到战争和政治因素的影响而经常发生波动。

第一节 《谢尔曼法》的诞生

1890年出台的《谢尔曼法》是美国乃至世界的第一部系统的、由国家权力保证其实施的现代反垄断法。由于当时该法主要是针对托拉斯颁布的，因此反托拉斯法就成了美国整个反垄断法的统称，尽管当时那种形式的托拉斯在今天看来只是一段历史插曲罢了。

南北战争后，美国发生了第二次工业革命。随着大量新技术的采用和全国市场的统一，在许多行业里最优工厂规模迅速提高，产量大幅增加，但是各个行业的容纳能力终归是有限的，其结果就是竞争加剧、价格下降。在这些行业里，企业力图通过控制价格或产出来减少竞争和风险。托拉斯就是这样的一个机制，在这一机制下，许多原先是竞争对手的公司把自己的股票交由一个托管人持有，托管人将为托拉斯的集体利益做出决策。1882年美国历史上第一家大型托拉斯——标准石油托拉斯的建立拉开了美国第一次企业合并浪潮的序幕。棉籽油、制糖业、酒业、矿产、电力、烟草等多个部门

也纷纷仿效标准石油公司的做法，建立了各自的托拉斯组织。一时间托拉斯如雨后春笋林立於美国经济之中。

企业联合浪潮对美国社会经济生活与人们的心理造成了巨大的冲击。首先，为数众多的中小企业在竞争中受到致命的威胁。大企业凭借自己的雄厚资本，利用各种经济的和超经济的手段来对待中小企业，常常使中小企业陷于破产的境地。据统计，1895~1904年，美国几乎有一半的企业被吞并。一位研究标准石油公司发展史的学者写道：“在洛克菲勒走过的道路上，遍布着破了产的人和被遗弃的工厂。”^①其次，技术的改进和效率的提高所造成的失业也激起了民众的不满。农场主们则抱怨托拉斯造成工业品价格上升使他们的经济地位恶化。企业联合运动对美国社会的威胁也表现在政治方面，大企业不仅控制了国家的经济命脉，而且也控制了国家的政治生活，许多人担心，工业革命带来的日益增多的“富可敌国”的大企业会威胁美国的民主。

在美国的传统中，自由竞争、机会均等的思想长期占据统治地位。在殖民地时期，北美移民就对英国王室特许的贸易公司在北美的活动和特权进行过反抗，如1773年的波士顿“倾茶事件”。而马萨诸塞议会所宣布的“在我们中间不应有特许的或被承认的垄断权”则是北美移民反垄断态度的集中体现。美国独立后，反垄断的思想传统延续了下来。自由、机会均等、个人独创精神被视为立国根本，而垄断权则被视为扼杀这些精神和原则的罪恶。当时的美国正处在从农业社会向工业社会转变的时期，许多人仍然坚信像农业社会中那样许许多多小企业和农场的存在才是代表着独立和平等的产业组织形式。所以，当19世纪末企业联合的浪潮席卷美国大地的时候，多数美国人依然恪守着这种自由竞争的原则和反对垄断的观念。尽

① 本·巴鲁克·塞利格曼：《美国企业史》，上海人民出版社，1975年，第276页。

管殖民地时期带有封建色彩的专卖权与 19 世纪资本主义的垄断在性质上已完全不同，但两种不同性质的垄断在现象上的吻合已足以使人们自然而然地排斥企业联合运动。^①

反对托拉斯的群体形成了一股强大的政治和思想力量。各种劳工组织、农工联盟纷纷对国会展开游说。同一时期，民粹主义(Populism)大为盛行，其总的观点是，为了实现经济的民主，国家必须保障企业自由，并尽可能地保障企业之间无论大小强弱都平等地拥有参与经济活动的机会。这个时期还出现了一个以民粹主义为宗旨的全国性的第三党“人民党”，对 1892 年的总统大选构成了直接威胁。在这种情况下民主党人和共和党人一致认为要击败这个对手最好的办法就是承认它的一些重要理念。最后，在联邦参议员约翰·谢尔曼的大声疾呼下，经过国会多次讨论，美国第一部反托拉斯法——《谢尔曼法》终于在 1890 年得以通过。^②

与其在政治上获得的支持形成鲜明对比的是，《谢尔曼法》在经济学界几乎遭到了一致反对。这是因为，古典政治经济学自由放任的观点和社会达尔文主义的“适者生存”论在当时的主流经济学家中间仍然很风行。他们认为，大企业是产业自然演变的结果，托拉斯通过运用大额的资本和精良的机器设备可以实现更低的生产成本，政府不必进行干预。^③但是，这种声音在反托拉斯的政治浪潮中很快就被淹没了。

一言以蔽之，《谢尔曼法》的诞生是一个深深反感权力集中、信奉个人和商业自由的国家，在从地区性农业经济向全国性工业经济

① 胡国成：《塑造美国现代经济制度之路》，中国经济出版社，1995 年，第 51 页 - 第 52 页。

② 美国的政府管制也是在这个时期开始的，其指向是自然垄断行业企业的反竞争行为，而反托拉斯法的适用对象则是非自然垄断行业的企业。

③ Herbert Hovenkamp, 1994, Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice, West Publishing Co., p. 60.

转型过程中对大企业滥用其市场力量所做出的一种必然反应。与其说它是一种经济性的法令，不如说是一种注入了政治激情的宣言。

《谢尔曼法》全文共 8 项条款，但最重要的是前两条。其中，第 1 条规定，以限制州际或对外贸易和商业为目的的一切合同、托拉斯及其他形式的企业联合及合谋，均属非法；第 2 条规定凡垄断和企图垄断、或与他人联合或共谋垄断州际或对外贸易和商业中任何部分的任何人，将被认定犯有重罪。虽然许多学者认为它不过是国会应付利益集团管制托拉斯的强烈呼声的产物，言词上并没有经过仔细的推敲，但是这并不妨碍它成为美国反托拉斯立法中最重要的部分和确认联邦政府拥有管制私人经济活动的权力的里程碑。

《谢尔曼法》的条文本身是模糊的、概括性的，对什么是合理的贸易限制、什么是垄断和垄断化都没有明确定义。作为实行判例法的国家，依照传统，大量的具体问题有待法院和相关行政机构在实际案件中进一步地判断和明确。正如参议员谢尔曼所指出的，“要用法律语言在合法和非法的企业联合之间划出一条精确的分界线是很困难的，这只能留给法庭在每一个特定的案例中去确定。作为立法者，我们所能做一切就是公布总的原则，我们相信法庭将运用这些原则，并贯彻这项法律的意图。”后来的历史证明，正是这种概括性为政策随时代和经济理论而发展提供了巨大的空间。

第二节 美国反托拉斯政策的早期历史

从《谢尔曼法》颁布到二战后初期的 50 多年是一段包含了两次世界大战和大危机的动荡时期，在这期间政治因素继续主导着反托拉斯政策。虽然相关经济理论自 20 世纪 30 年代起有了显著的进展，但经济学仍然游离于反托拉斯政策之外。在这个时期，反托拉斯政策的任务和理念是不明确和极不稳定的，这固然与其所处的特定时代背景有关，同时也是因为缺乏经济学理性的指导。