

反垄断法 的经济 分析

包锡妹 ● 著



中国青年政治学院学术丛书

中国青年政治学院学术丛书

反垄断法的 经济分析

包锡妹·著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

反垄断法的经济分析/包锡妹著. —北京: 中国社会科学出版社, 2003.7

(中国青年政治学院学术丛书)

ISBN 7-5004-3617-3

I. 反… II. 包… III. 反托拉斯法-研究-中国
IV. B023

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 021646 号

责任编辑 冯春风

责任校对 修广平

封面设计 毛国宣

版式设计 炳 图

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010—84029453

传 真 010—64030272

网 址 <http://www.csspw.com.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2003 年 7 月第 1 版

印 次 2003 年 7 月第 1 次印刷

开 本 850×1168 毫米 1/32

印 张 9.125

插 页 2

字 数 211 千字

印 数 1—3000 册

定 价 20.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

内容提要

反垄断法是竞争法体系中的一个重要组成部分，它具有法律规则和制度的一切特征，同时又具有典型的政策性、经济性之特质。反垄断法的制定与实施同一个国家的产业政策、经济发展目标息息相关。在西方有学者将其称之为“反托拉斯政策法”。正因为如此，本书的研究方向放在了对反垄断法的经济分析上。

本书共分八章，内容提要如下：

“法律的经济分析”是第一章的内容。本章重点论述了法律的经济分析的含义、法律的经济分析学派的由来与发展、主要观点、重要贡献等问题。法律的经济分析从字面上看是法学与经济学融合的产物，它是指运用经济学的原理与方法来研究法律规则和法律制度的形成、过程、效益和发展的学科。它肇始于 20 世纪 20 年代末 30 年代初，发展并完善于 20 世纪 60 年代以后。法律的经济分析在法学理论中的重大贡献表现为：一是在法学的价值层面上，为“效益”挤出了一席之地，形成了正义与效益双重标准的法律价值观；二是在方法论上运用经济学的理念和方法研究法律的运作过程，尤其是把长期被忽视的法律规范的运作成本纳入到人们的研究视野中，并以此反证法律规范的功效是其一一大特色。设置本章的目的是为了对反垄断法进行经济分析作理论上的准备。

对反垄断法进行经济分析，还应当了解和掌握反垄断法产生与存在的经济基础、产业政策理论以及反垄断法的过去和现在的历史，这是第二章要解决的问题。反垄断法的诞生是商品经济发展到一定阶段上的产物，它的存在与发展是建立在竞争与垄断的相互作用、相互影响的基础上的。商品经济社会中，竞争是发展的动力之一，但竞争的强力机制“优胜劣汰”则会导致生产与资本的集中，导致垄断。而垄断会窒息竞争，破坏市场秩序，因此，国家要对影响市场健康发展的不良因素进行制约，反映在法律规范上就是反垄断法的诞生。但垄断所具有的积极与消极的双重性又决定了反垄断法目标的艰巨性和不确定性，而这种特性则成为反垄断法经济分析的基础。

第三章、第四章的内容进入对反垄断法经济分析的一般性问题的探讨。第三章是反垄断法经济分析的一般论述，重点分析了反垄断法经济分析的含义、反垄断法经济分析的可行性和必然性等。在法律的经济分析中，比较早地进入其研究范围的就是反垄断法。这是因为反垄断法不仅是一个法律问题，更是一个极其复杂的经济问题，它不仅与垄断价格、市场结构、企业合并等问题有关，而且包含着发展规模经济、保护国家产业结构等因素，在这里法律与经济的融合得到了最好的体现。第四章是反垄断法经济分析的经济理论基础，主要对反垄断法经济分析中经常运用到的微观经济学的最大化、效益、均衡等概念，以及供给与需求、成本与效益等理论进行了分析和阐述。

对反垄断法具体规范的经济分析是第五章、第六章的内容。这也是本书的重点内容。第五章垄断与反垄断的经济分析，从垄断的经济含义出发，通过对垄断价格与产出、成本与需求对垄断价格的影响等问题的分析，说明了企业为什么要谋求市场上的垄断地位，垄断地位到底能给企业带来什么样的利

益。通过对垄断所存在的危害性、弊端的分析，论述了反垄断的必要性和社会作用。第六章是反垄断法的经济分析，本章从主要国家反垄断法的立法、司法实践中，总结出各国反垄断法中所包含的共同内容，并对此进行了深入的经济分析。垄断的法律界定是进行反垄断法经济分析首先要明确的一个关键问题。垄断法律界定中的结构主义方法与行为主义方法的选择直接关系到反垄断法中其他实体内容的定位。反垄断法包括实体和程序两个方面的内容，实体法的内容包括：垄断状态的法律规制、横向与纵向协议的法律规制、经济优势地位滥用的法律规制、经济过度集中的法律规制，以及对适用除外、域外适用等问题，程序法的内容包括反垄断法的执行机构、执行机构的职权、违法事件的制裁方式和处理程序等问题，本章对这些问题都进行了比较深入的经济分析。

第七章、第八章是本书的落脚点。作为经济立法体系中具有“经济宪法”之称的反垄断法在我国尚未出台，原因是多方面的，有政治、经济上的，也有政策、技术上的。但从目前来看，为了社会主义市场经济的健康发展，适时出台一部反垄断法已是当务之急。归纳、总结我国反垄断法的立法现状、研究现状就成为第七章的内容。第八章是我国反垄断法的经济分析，本章通过对反垄断法价值的分析，通过对我国反垄断立法中所面临的双重任务：经济垄断和行政垄断的经济分析，构架了我国的反垄断法体系。我国的反垄断法在立法宗旨中应重点考虑以下因素：保护国家经济安全、保护社会公共利益。慎防把对市场竞争秩序的保护落脚在对竞争者个体的保护上，否则，同反垄断法的立法本意不符。在对经济垄断的规制上，应考虑到我国目前产业结构的发展需要和国际社会的经济环境，从而把我国的反垄断立法规制对象定位在限制竞争、滥用优势

的垄断行为上，而不是单纯的垄断状态。在对行政垄断的规制上，应采取综合治理的途径，通过政治、法律、经济等各方面的相互协作、相互配合共同限制并最后消除行政垄断。

关键词：法律 经济分析 垄断 反垄断法

目 录

第一章 法律的经济分析·····	(1)
一 法律的经济分析的含义·····	(1)
二 法律的经济分析的由来与发展·····	(6)
三 法律的经济分析的主要理论观点·····	(12)
四 法律的经济分析的研究方法·····	(28)
五 法律的经济分析评析 ·····	(35)
第二章 反垄断法概述·····	(43)
一 反垄断法产生的经济基础·····	(43)
二 反垄断法与产业政策理论·····	(54)
三 反垄断法的立法实践·····	(59)
四 反垄断法的地位及其在当代的发展·····	(69)
第三章 反垄断法经济分析的经济理论基础·····	(75)
一 最大化、效益、均衡·····	(76)
二 供给和需求理论·····	(79)
三 成本与效益理论·····	(88)
四 均衡理论·····	(98)
第四章 反垄断法经济分析的一般论述·····	(102)

一	反垄断法经济分析的含义	(102)
二	反垄断法经济分析的几种主要观点	(105)
三	反垄断法的供给与需求	(111)
四	反垄断法的成本与效益	(116)
第五章	垄断与反垄断的经济分析	(122)
一	垄断的经济含义	(122)
二	垄断价格与产出	(126)
三	成本和需求的变化对垄断价格的影响	(130)
四	反垄断的经济分析	(131)
第六章	反垄断法的经济分析	(135)
一	垄断法律界定的经济分析	(135)
二	垄断状态法律规制的经济分析	(145)
三	横向和纵向协议法律规制的经济分析	(152)
四	经济优势滥用法律规制的经济分析	(160)
五	经济力过度集中法律规制的经济分析	(168)
六	反垄断法适用除外经济分析	(178)
七	反垄断法域外适用的经济分析	(184)
八	反垄断法程序规范的分析	(195)
第七章	我国反垄断法的现况与经济	
	分析思考	(205)
一	反垄断法的立法现状分析	(205)
二	反垄断法的研究现状分析	(210)
三	我国反垄断法的研究评析与展望	(220)
四	反垄断法经济分析方法的选择	(203)

第八章 我国反垄断法的经济分析·····	(227)
一 社会主义市场经济与反垄断立法·····	(227)
二 反垄断法的法价值分析·····	(238)
三 对经济垄断的经济分析·····	(252)
四 对行政垄断的经济分析·····	(258)
五 我国反垄断立法构想·····	(270)
主要参考文献·····	(276)
后记·····	(280)

第一章 法律的经济分析

在现实生活中，任何一项规则、一种理论的出现，都必须符合人类生存和发展的需要，否则，它将失去存活的基础。法律的出现也是如此。一般说来，人类生存与发展对法律的依赖表现为两个方面：一是法律对人类社会的保驾护航作用，不然，社会将无秩序可言；二是法律必须是有利于人类社会资源配置的效益最大化，即民众遵守法律和寻求法律保护所投入的成本低于“产出”，否则，将是“徒法不能以自行”。这第二项内容就属于法律的经济分析的研究范畴。

一 法律的经济分析的含义

法律的经济分析是 20 世纪 60 年代在美国兴起，在西方较为流行的一个法哲学流派，它是法学和经济学融合的产物，是运用经济学的原理和方法来研究法律规则和法律制度的形成、结构、过程、效益以及未来发展的交叉学科。

法律的经济分析，从字面上看是一种杂交的产物。用学理上的话说，是法学与经济学融合的产物，或者说是两者交叉的学科。它有多种不同的称谓。在西方，特别是在美国，人们一般称之为“法学与经济学”（Law and Economics）。比如，该交叉学科领域中权威性的刊物就叫“法学与经济学杂志”

(The Journal of Law and Economics, 由美国芝加哥大学主办)。美国的许多法学院开设的有关课程和一般教材、著作也都冠以“法学与经济学”的名称^①。此外,还有一些诸如“法律经济学”(The Economics of the Law)、“法律的经济学研究”(The Economic Approach to Law)、“法律的经济分析”(Economic Analysis of Law)等称呼^②。

我国学者在翻译和介绍这一学派时,也是称谓不一。初期曾有学者将其翻译为“经济法学”^③,目前这一称谓在我国已不再使用,不少学者对此作了辨析和识别,指出了这一学派同法的体系中的经济法学这一学科的不同之处^④。现在的学者大多将其称为“经济分析法学”^⑤、“经济学分析法学”^⑥、“法律

① 转引自张乃根:《经济学分析法学》,上海三联书店出版1995年版,第1—2页。

② 也有的学者认为,“法与经济学”同“法律的经济分析”不一样,法与经济学的研究,就其性质而言,具有比较的意味。它注重经济哲学、政治哲学与法律哲学的相互关系,尤其是在它们与可选择的社会安排相关联的时候。而法律的经济分析则是采用经济学的方法,用经济学的术语来作为分析特定社会所实行的法律的理论工具。参见[美]罗宾·保罗·麦乐怡:《法与经济学》,浙江人民出版社1999年版,第1—2页。

③ [德]爱里克·松尼曼编,南京大学中德经济法研究所译:《美国和德国的经济与经济法》,法律出版社1991年版,该书在第149页中提到“美国在许多年以前就爆发了一场涉及反托拉斯法本质的讨论,这场讨论主要是由芝加哥学派所主张的经济法学说引起的”。台湾著名法学家杨仁寿在其所著的《法学方法论》,一书中也称是经济法学。《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第80—81页。

④ 参见[美]罗伯特·考特,托马斯·尤伦著,张军等译:《法和经济学》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,“译者的话”;陈正云:《刑法的经济分析》,中国法制出版社1997年版,第11页。

⑤ 参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第396页;张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第199页。

⑥ 张乃根:《经济学分析法学》,上海三联书社1995年版。

经济学”^①，也有的称其为“法律的经济分析”^②、“法经济学”^③等等。尽管上述称谓不同，但基本含义大同小异。张乃根先生在《经济学分析法学》一书中指出，虽对该学派提法有异议，但实质相同，因为法学家和经济学家在涉足这一交叉学科领域时，有一定的侧重点。作为经济学家可能更多地探讨与法律有关的经济学问题，而作为法学家则主要尝试运用经济学的原理和方法分析具体的法律问题^④。基于此我认为，如果从法律的角度对法学与经济学的交叉研究给出一个初步的解释，“法律的经济分析”的称谓更为合适。而对其定义可以概括为：所谓法律的经济分析是指运用经济学的原理和方法来研究法律规则和法律制度的形成、结构、过程、效益及未来发展的学科。

这一定义说明了法律的经济分析的最基本特征，就是将经济学的原理和方法运用于对法律问题的分析，通过对法律规则、法律制度进行成本和收益以及经济效率的分析，使我们可以就法律实施的结果得出结论并对其带来的社会价值作出评判。首先，在法律的经济分析中运用了经济学的一个最基本的假定：“经济人”，即“有理性的、追求自身利益或效用最大化的人”^⑤来分析法律现象。其次，法律的经济分析是把法律过

① 孙林：《法律经济学》，中国政法大学出版社1993年版；周林彬：《法律经济学论纲》，北京大学出版社1998年版。

② [美]理查德·A.波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社1997年版；陈正云：《刑法的经济分析》，中国法制出版社1997年版；邹平学：《宪政的经济分析》，珠海出版社1997年版。

③ 吕忠梅、刘大洪：《经济法的法学与法经济学分析》，中国检察出版社1998年版。

④ 张乃根：《经济学分析法学》上海三联书店出版1995年版，第2页。

⑤ 有学者认为此观点过于简单，不能概括“经济人”的全部内在含义。因此提出“经济人”应主要包含三个基本命题：一是“自利”，亦即追求自身利益是

程看做是一个经济过程，即不管是立法还是司法都是一个经济过程。如美国著名的法律的经济分析学派的代表人物波斯纳就将立法过程看做是一个交易过程。最后，法律的经济分析运用经济学中的基本方法，即供给与需求、成本与效益方法以及帕累托效率原则^①等对法律规则和法律制度进行分析，使我们可以对法律的实施结果得出结论，并对法律制度、法律规则本身的社会价值作出评价和预测。为了进一步说明该学派的观点和思想，学者们常用一个假定的民事案例来解释。

假设：有一家工厂（甲方）与周围 5 户居民（乙方）发生民事纠纷，原因是甲方的烟囱冒黑烟，致使乙方在室外晾晒的衣服受污。乙方起诉，要求甲方停止排烟，并赔偿损失。法院该如何处理此案呢？假设已知乙方每户居民因烟污蒙受 75 元的损失，乙方损失共计 375 (75×5)。如果要消除烟污，可采取两种方法：一是甲方安装除烟尘的设备，假设需 150 元；二是乙方不在室外晾晒衣服，每户买一台干衣机 (50/台, $50 \times 5 = 250$ 元)。从整体经济效益的角度看，显然，甲方安装除烟设备这一方法最为经济、最为有效益。因为花 150 元的成本

经济人的经济行为的根本动机。这种动机和由此而产生的行为有其内在于人本身的生物学和心理学的根据。二是“理性行为”。经济人是理性的，他能根据市场情况、自身处境和自身利益之所在作出判断，并使自己的经济行为适应于从经验中学到的东西，从而使所追求的利益尽可能最大化。三是经济人假说的核心命题，亦即：只要有良好的法律和制度的保证，经济人追求个人利益最大化的自由行动会无意识地、卓有成效地增进社会的公共利益。参见杨春学：《经济人与社会秩序分析》，上海人民出版社 1998 年版，第 11—12 页。

① 帕累托，意大利庸俗经济学家，他运用立体几何研究经济变数间的相互关系，并提出了最适当地分配社会产品，以达到最大的社会福利。帕累托效率原则由此而成。

消除 375 元的损失，其净收益为 225 元；而第二种方法仅得收益 125 元。问题在于法院如何判决这一案件。从法律的经济分析的角度来看，就会出现以下两种情况：第一种情况：假设在零交易成本的条件下，即甲乙双方或乙方各户之间的任何协商及履行都不需要任何费用的情况下，无论法院的判决如何，甲乙双方都会设法寻找一个最为有效益的解决方法。如法院判决甲方负担赔偿责任，甲方会毫不犹豫地花 150 元安装除烟尘的设备；如法院判决甲方不负赔偿责任，乙方会在衡量了以下三种得失以后，即要么每户甘愿损失 75 元，共计 375 元；要么每户买一台干衣机，共计 250 元；要么每户花 30 元，共计 150 元，为甲方安装除烟设备。结果肯定会选择最后一种方法。这种选择是冲突之后所作出的最佳选择，所谓两害相权取其轻。

第二种情况：假设在有交易成本的条件下，即甲乙双方或乙方各户之间的协商和履行需要一定的交易费用的情况下，法院的判决对效益的影响就会有所不同。如法院判决甲方应负损害赔偿赔偿责任，这时甲方无须与乙方谈判，自己会花 150 元去安装除烟设备。但是当法院判决甲方不负责任时，乙方则陷入进退两难的维谷。因为乙方要说服甲方安装除烟设备是需要花费一定的交易成本，假设该交易成本为每户 60 元，共计 300 元，那么，乙方就会放弃与甲方的谈判，因为总成本 450 元（300 + 150）超过了原来所蒙受的损失 375 元和购置干衣机的费用 250 元，相比之下，乙方每户添置一台干衣机更为合算^①。

上述分析表明，在零交易成本的条件下，法院的判决对效

① 所述案例可参见张乃根：《经济学分析法学》，上海三联书店 1995 年版，第 2—4 页；罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法与经济学》，上海三联书店 1994 年版，第 4—7 页。

益结果的产生没有任何影响。而在有交易成本的条件下，法院的判决则直接影响到效益结果。由此看来，在决定法律权利的赋予时，立法者要考虑到效益问题，即考虑到哪一种权利的选择更可能促进稀缺资源的使用效益。同样，由此所决定的法律的实施也就必然体现出权利的实现和资源配置的效益性。一般说来，就同一个法律规则而言，法学家可能更为注重的是行为后果的法律救济，更多维护的是社会公平。而经济学家可能更为注重的是事先预测，更多维护的是社会效益。之所以会有这样的结果，其实是法律方法和经济方法的差异。而将这两者结合起来，便产生了法律的经济分析（或称经济学分析法学等）这一学科。而这一学科的核心内容就是：任何法律的制定和实施都要有利于社会的公平、安定，有利于社会资源配置的效益最大化、最优化。正如美国的经济学家布坎南所说：“法学—经济学分析的一个副产品就是下列命题：权利的定义‘应该’反映某种深层的经济效率规范。”^①

二 法律的经济分析的由来与发展

法律的经济分析这一学派从产生起就一直交织着法学家运用经济学的方法研究法律问题，经济学家探讨与法律有关的经济学问题这样两个轨道。从萌芽阶段，经过众多学者的共同努力，到趋于成熟，并最终形成一个法学流派，这中间经历了新、旧两个时期，即 20 世纪 60 年代以前为旧时期，20 世纪 60 年代以后为新时期。

^① [美] 詹姆斯·M. 布坎南：《自由、市场与国家》，上海三联书店出版 1989 年版，第 153 页。

（一）萌芽、诞生阶段

对“法律”进行经济考察，用经济学的假设和方法研究分析法律规则的探讨由来已久。古希腊哲学家柏拉图《理想国》中的“法律篇”，亚里士多德的《政治学》以及英国古典经济学的创始人亚当·斯密的《国富论》等都曾有用经济理念和方法对某些法律规则进行分析的尝试。

但是，法律的经济分析的思想萌芽是从18世纪下半叶开始的。学界一般认为，意大利的著名刑法学家贝卡利亚在《论犯罪和刑罚》（1764年）中提出的“刑罚与犯罪的均衡性”的原理包含了某种经济学的分析方法。其实在他之前，法国的启蒙思想家孟德斯鸠对此已有一些阐述和某种尝试。如在问世于1721年的《波斯人信札》一书中，孟德斯鸠就曾提出“无论政府温和或酷虐，惩罚总应当有程度之分；按罪行大小，定惩罚轻重”^①。到贝卡利亚时，他提出：“刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪行”，“刑罚的目的仅仅在于，阻止罪犯再重新侵害公民，并规戒其他人不要重蹈覆辙”。^②贝卡利亚还认为，要实现刑罚的目的，必须遵守一定的原则，原则之一就是刑罚均衡。因为过重过轻的刑罚都是实施刑罚目的的障碍。刑罚过重，会使罪犯忍受多余的痛苦，因而不公正的、不人道的。而且，还会使罪犯增加对社会的抵触情绪，甚至铤而走险，去实施更为严重的犯罪，亦即“刑罚本身便产生犯罪”。刑罚过轻，犯罪得不到应有的惩罚，

① [法] 孟德斯鸠：《波斯人信札》，人民文学出版社1958年版，第141页。

② [意] 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第42页。