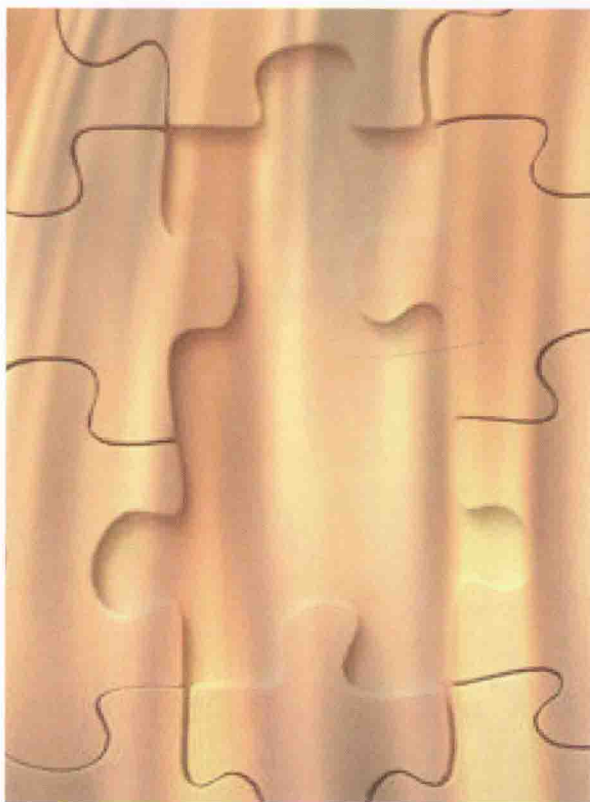


# 买方势力

反垄断法视域下的新思考

何 然 著

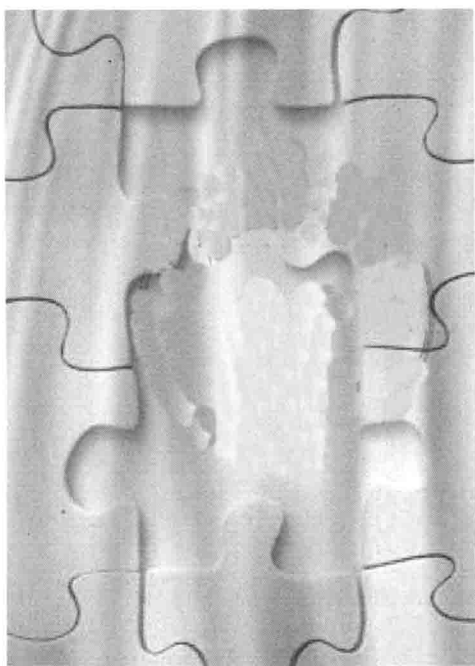


法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 买方势力

反垄断法视域下的新思考

何 然 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

买方势力:反垄断法视域下的新思考/何然著. —北京:  
法律出版社, 2014.9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6737 - 7

I. ①买… II. ①何… III. ①反垄断法—研究 IV.  
①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 189842 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/8.375 字数/212 千

版本/2015 年 1 月第 1 版

印次/2015 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6737 - 7

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

市场经济是现代国家治国过程中选择的一项经济运行制度。之所以选择这种经济运行制度,不仅在于它能有效地发挥社会经济主体参与社会经济活动的积极能动性并实现社会资源的合理配置,更在于它为国家提供了一条有效实现其社会经济发展目标的途径。

市场经济条件下的社会经济关系尤其是竞争关系,同样也会被国家所关注并以法律的形式予以调整。由此,围绕着市场经济规律及市场经济要素等社会关系为调整对象的市场经济法律制度体系便应运而生。竞争法律制度则是其中一项基础性的法律制度。以创建既定并有序竞争环境为整体价值目标的竞争法律制度,内含着禁止反竞争行为和实现国家经济职能的双重历史重任,因此,该项法律制度也就具有了“市场经济宪法”之美誉。

“徒法不足以自行。”竞争法律制度的实施仰仗于全社会的努力,更取决于国家执法机构、司法机构对反竞争行为的准确认定和裁判。而要达到此目标,则要采用科学的裁判原则,即广泛应用的合理原则和传统的“本身违法”原则。

认定反竞争行为的关键,在于考察这种行为在什么区域、什么时间、什么主体之间等方面对市场竞争产生了何种消极后果。由此,就要更精细地运用经济学、法学、社会学等研究方法来考察买方势力、卖方势力、买方市场、卖方市场、买方垄断、卖方垄断、单边市场、双边市场、多边市场、区域市场、相关市场、市场份额、市场地位、市场竞争

出的以市场结构为基础的衡量方法、以传统经济学理论为基础的衡量方法和以谈判理论为基础的衡量方法,均具有相当的新意,可以有效地确认买方势力的存在,进而为准确认定垄断行为提供了一个判断标准。

第三,买方势力“双刃剑”后果的分析模式运用。一般而言,竞争行为具有反竞争和促进竞争的双重效果。如何判断竞争行为的积极性后果和消极性后果,则需要采用相关的经济分析的、法律分析的、社会分析等诸多方法进行。在文中,作者提出的以传统经济学理论、谈判理论、博弈论、竞争效果分析等模型,作为界定竞争行为效果的方法,是切实可行的。并在此基础上,作者就零售业、农业和医药业进行了具体的有关买方势力问题的分析,均有益于竞争执法准确认定垄断行为的宗旨。

何然是我指导的经济法博士研究生,现在北京高校从事经济法的教学与科研工作。本书是在其博士学位论文的基础上,对命题所及相关问题作出进一步的理论与竞争执法案件总结以及借鉴他国竞争执法实践后而形成的科研成果。这项科研成果,对于丰富竞争法理论尤其是为竞争执法机构提供一个认定与裁判垄断行为的视角、方法,具有基础性的意义。为此,我由衷地感到欣慰。同时,希望她能拓展科研的视角与领域,继续探究竞争法律制度的真谛,进而为我国社会主义法治建设作出应有的贡献。

是为序。

吴宏伟  
2014年7月

## 前 言

每当我在课堂上给同学们讲起买方力量的问题时,我都会看到他们的脸上写满狐疑。而当我进一步讲到“买方垄断”时,教室里更是惊诧之声四起。“买方不就是消费者嘛,能有什么力量?”、“经营者才能垄断,买方怎么可能垄断?”从那片私语声中飞出的两个问题钻进了我的耳朵。于是,我反问:“买方都是消费者吗?”学生当中,有人恍然大悟,有人则依旧迷惑不解。那些先醒悟的学生便得意地向其他同学解释。我接着又问:“市场中的卖家一定都是强者吗?只有买家才需要保护吗?或者再进一步说,反垄断法只保护消费者吗?”每当这个问题一抛出,连那些正在给他人讲解的同学都顿时陷入了思考。

学生之所以不容易接受“买方垄断”这个概念,原因之一就是有一种习惯性偏见,即将买方与消费者等同看待。其实,买方并不都是消费者,而且并非所有市场都有消费者的参与。消费者作为买家参与的市场可以称为“终端”消费品市场。既然有“终端”市场,那就应该还有“开端”市场和“中间”市场吧?这个确实有,不过通常被称为“初级产品市场”和“中间产品市场”,皆因交易商品所处产业链条的不同位置而得名。

所谓初级产品,是指那些原始的未经过加工的商品,如农产品、能源产品、矿石等。它们在初级产品市场中进行交易,被其他产品的生产者买走用作原材料,因此也被称为原材料市场。这些初级产品

最终也会到达消费者的手中,但往往是经过多次交易和反复加工之后而变得面目全非。例如,我们消费者经常接触到的塑料制品,早已失去了其原材料——石油的全部外貌特征,甚至让我们很难将二者联系起来。石油并不是经过一次加工就能变成我们消费者需要的各种塑料制品,而是需要经过多次的交易和加工。这些交易就发生在所谓的中间产品市场当中。也就是说,石油从开采出来到最终变成某种塑料制品被消费者使用,这当中要经历无数次交易或市场。将它们串联在一起,便形成了一个链条,称为“产业链”。在这个链条的最前端(也被称为上游),是初级产品市场,最末端(也被称为下游)是终端消费品市场。通常在这些市场或交易当中,有消费者参与的仅仅是终端消费品市场。中间产品市场和初级产品市场一样,通常都没有消费者的参与。这些市场中的买家是为了生产或销售而进行采购的经营者。由此可见,在大多数市场中,以买家的身份参与其中的并非消费者而是经营者。之所以有人将市场中的买方与消费者等同视之,无非是因为他们自身都是消费者而非生产者,因此仅对终端消费品市场更为熟知罢了。

如上所述,经营者也会以买方的身份参与市场交易当中。那么,假如将任意一个市场中的买方与卖方的实力进行对比,卖方都一定是强者吗?显然不是。在现实生活中,弱小的卖家与强大的买家进行交易的情形屡见不鲜。例如,像沃尔玛这样的大型零售商与其供货商相比,无论是从企业规模还是从营业额的角度来说都是绝对的强者。因此,在这类大型零售商的进货市场上,往往是买方比卖方更加强大。这种情形在我国表现得尤为明显,因为我国拥有数量巨大的中小型生产企业,而零售市场又被为数不多的国有企业或大型跨国企业所占据。

也许有些人会说,的确有些生产企业要比其销售对象更为弱小,但这也仅是相对而言的,而且这些相对弱小的企业不应该得到特殊的保护,它们必须经受市场上优胜劣汰的考验。我们暂且不讨论弱小企业应否得到特殊保护的问题。如果我们向产业链的上游继续追

溯,就会发现受到大型企业威胁的远非中小型企业而已。例如,在初级农产品市场中,买家是各种农产品加工企业,卖家却非企业,而往往是独自从事种植或养殖活动的弱小农户,它们也被外国的反垄断学者形象地称为“原子生产者”(atom manufacturer)。在所有的市场参与者中,这些弱小的生产者很难与具有一定规模和组织结构的企业相提并论,它们与处于产业链最末端的消费者更为相似。因此,有人提出买方垄断实际上与卖方垄断问题是“镜面对称”(mirror image)的关系。此话不无道理。那么,“镜面对称”是否就意味着反垄断法应当等同对待呢?

问题貌似很简单,但答案并不那么简单。因为从各国反垄断立法及实践来看,反垄断法对于产业上游的生产者与产业下游的消费者并未给予同等的权重。反垄断法产生之初,其目的是通过保护市场竞争来达到社会总体利益的最优化。但无论是市场竞争,还是社会总体利益,都在反垄断实践中显得虚无缥缈,难以把握。于是,随着经济学理论不断发展,有人又在反垄断法的立法目的中增加了一个更为明确的概念——消费者保护。因此,近年来无论是在立法还是在司法实践中,反垄断法律规则都更多地倾向于产业下游一端的消费者保护。但这是否意味着反垄断法只保护消费者而不为上游弱小的生产者或相对弱小的经营者提供保护?这是一个存在争议的问题,也是造成长期以来买方垄断并未在相关立法和司法实践中受到重视的一个原因。

有学者认为,消费者保护是反垄断的一条重要标准,也就是说,只有损害竞争的行为侵害了消费者的权益,这一行为才会受到反垄断法的制裁。在这一前提之下,买方的垄断行为对消费者的影响显然不如卖方垄断行为那么明显。对于买方垄断行为对消费者权益的影响,学术界曾主要有三种观点:第一种观点认为,买方垄断行为不会对消费者产生影响;第二种观点认为,买方垄断行为不仅不会损害消费者的利益,反而能够提升消费者的福利;第三种观点则认为,买方垄断行为对消费者的影响结果是不清晰和不可预测的。但是,随

着近些年经济学理论的发展,越来越多的经济学家指出,买方垄断也会间接地损害消费者的权益。而现实当中也有越来越多的案例支持了这些经济学家的观点。此外,近年来一些产业中的买方垄断给很多国家的社会经济带来了或大或小的问题,因此也引起了各国政府及一些国际组织的关注。

总之,“买方力量”和“买方垄断”这两个概念无法在乍听之下被学生所接受,这是正常的事情,因为不熟悉反垄断法的法律学者在初听时也会觉得疑惑。我最初见到这两个概念的时候,也觉得有些不知所云。在一番研习之后,我才发觉是先前的思维定式限制了自己的视角。这两个概念促使我转换角度去审视市场竞争和反垄断的法律制度。尽管从现有反垄断学术著作中所占的篇幅以及反垄断案件中所占比例来说,买方垄断都绝难与卖方垄断平分秋色,但是仅从关注卖方的视角研究反垄断法律制度确有以偏概全之嫌。虽然买方垄断目前还仅是河滩上的一块小石,却已色彩斑斓并散发出耀眼的光芒。随着竞争理论和反垄断实践的发展,它很可能会成为学术研究的一片富矿。

买方势力是反垄断法或者说反垄断经济学中的一个概念,是与买方垄断(monopsony)相关联的。说到垄断或市场势力(market power),人们通常会想到市场中的少数卖家利用其特殊地位威胁或损害正常的市场竞争。其实在英语中,人们通常使用的“垄断”(monopoly)一词也可以理解为卖方垄断,与之相对应的就是买方垄断(monopsony)。事实上,不仅市场的供给方会出现垄断或具有市场势力,市场的需求方也同样会出现垄断或具有市场势力,这通常表现为需求数量低于完全竞争所需要的水平。人们常说,在一个卖方市场中,总是卖方说了算;同样,在买方市场中,那就是买方说了算,卖方往往被牵着鼻子走。尽管买方势力这一概念鲜被提及,买方势力问题并不是一个刚刚出现的新现象。即使在反垄断法实践中,其也可以说是一个老生常谈的问题了。早在1905年美国最高法院就裁

决过一起涉及买方垄断行为的案件。<sup>[1]</sup>近年来,美国涉及买方势力的反垄断案件源源不断。在此过程中,也逐渐形成了一些专门针对的规则。

在我国现实生活当中,涉及买方势力或买方垄断的情况也并不罕见。近年来,颇为热门的大型超市向供应商收取“进场费”的问题,就是典型的买方势力的体现。由于大型超市具有买方势力,因此能够在谈判中处于明显优于供应商的地位,迫使供应商接受对其不利的交易条件,从而从供应商手中攫取额外的利润。再如,在原奶收购市场中,由于刚刚从奶牛身上挤出的牛奶具有高度易腐性,使农民出售其产品的范围受到了严重的地域限制,因此就很容易在局部地区出现可供奶农选择的奶站数量很少的状况,也就形成了区域市场中的买方垄断。

在此,曾经轰动一时的“三聚氢胺”事件颇值一提。正是这一事件让我认识到买方势力会给社会经济带来之问题的严重性,以及买方势力问题在当下中国的严重性。在“三聚氢胺”事件的背后,实际上就隐藏着严重的买方势力问题。这些年,随着我国居民生活水平的提高以及消费观念的转变,人们对于牛奶以及奶制品的日常消费量逐年递增。同时,牛奶加工企业以及负责收购原奶的奶站,却利用自身的买方势力将原奶的收购价格一再压低,试图从中赚取更高的差价。在短期内,奶农因为收到购买奶牛等一次性先期投入的沉淀成本的束缚,而选择继续生产原奶。但是长期的入不敷出却驱使奶农减少继续购买奶牛扩大生产的意愿,甚至会选择终止饲养奶牛。于是,我国一度出现了相当普遍的奶农宰杀奶牛的现象。由此造成

---

[1] Swift & Co. v. United States, 196 U. S. 375, 391 (1905). 此案涉及芝加哥的一个“肉制品卡特尔”,此卡特尔中的主要成员联合决定在购买肉制品的过程中避免互相竞价以压低肉制品购买价格。此外,他们还合力迫使铁路运营公司向他们仅收取低于正常水平的运输价格。美国政府于是对此垄断行为提起了诉讼。(资料来源:美国最高法院信息网, [http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904\\_103](http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_103))

的后果,就是原奶供应量的不足。因此,奶站和牛奶加工企业为了解决奶源的问题就不得不接受一些质量较差的原奶。另外,由于牛奶掺假成本不高,掺假就成为了带有一定必然性的选择。类似的现象在农业中普遍存在。即使没有出现类似于牛奶掺假这样的严重后果,至少也造成了农民福利无法得到有效改善的状况。我国近年农产品消费价格不断上涨,而农民的收入水平并无显著改善,就是这一问题的表象。农业在我国经济中处于非常重要的地位,因此对于买方势力问题的研究具有重大的现实意义。

# 目 录

|                         |    |
|-------------------------|----|
| 第一章 买方势力的概念             | 1  |
| 第一节 市场势力的概念             | 1  |
| 一、市场势力                  | 2  |
| 二、垄断势力                  | 5  |
| 第二节 买方势力的定义             | 9  |
| 一、世界经济合作与发展组织报告中的买方势力定义 | 10 |
| 二、美国反垄断协会认可的买方势力定义      | 19 |
| 三、外国学术著作中的买方势力定义        | 22 |
| 第三节 买方势力与相关概念的辨析        | 26 |
| 一、谈判力                   | 26 |
| 二、相对优势地位                | 28 |
| 三、抗衡势力                  | 37 |
| 四、买方垄断势力                | 40 |
| 第四节 买方势力概念的重述           | 42 |
| 一、买方势力的再定义              | 42 |
| 二、买方势力的分类               | 44 |
| 三、买方势力的特点               | 55 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| <b>第二章 买方势力的衡量</b>       | 59  |
| 第一节 以市场结构为基础的衡量方法        | 60  |
| 一、市场占有规模的分析              | 61  |
| 二、市场集中度的分析               | 65  |
| 三、市场进出障碍的分析              | 69  |
| 第二节 以传统经济学理论为基础的衡量方法     | 74  |
| 一、勒纳指数                   | 75  |
| 二、买方势力指数                 | 76  |
| 第三节 以谈判理论为基础的衡量方法        | 82  |
| 一、谈判理论的基本框架              | 83  |
| 二、通过谈判结果衡量买方势力           | 90  |
| 三、通过经济依赖性衡量买方势力          | 92  |
| <b>第三章 买方市场的界定</b>       | 97  |
| 第一节 反垄断法中的相关市场界定         | 98  |
| 一、相关市场界定决定垄断行为的性质        | 99  |
| 二、相关市场界定影响市场支配地位的认定      | 103 |
| 三、相关市场界定有助于确定直接竞争者和潜在竞争者 | 104 |
| 四、相关市场界定影响着市场份额与市场集中度的计算 | 107 |
| 第二节 相关市场界定的基本原理          | 109 |
| 一、替代性理论                  | 110 |
| 二、剩余需求理论                 | 112 |
| 三、弹性理论                   | 113 |
| 第三节 相关市场界定与买方势力          | 115 |
| 一、买方的相关市场                | 117 |
| 二、界定买方相关市场需考虑的因素         | 122 |
| 三、买方的相关市场与需求替代           | 134 |
| 四、买方的相关市场与供给替代           | 137 |
| 五、买方的相关市场与下游市场           | 140 |

|                        |            |
|------------------------|------------|
| 六、买方势力与相关地域市场界定        | 143        |
| 第四节 买方势力与假定垄断者验证法      | 145        |
| 一、卖方的假定垄断者检验法          | 145        |
| 二、买方的假定垄断者检验法          | 151        |
| <b>第四章 买方势力的竞争效果分析</b> | <b>159</b> |
| 第一节 传统经济学理论的竞争效果分析     | 160        |
| 一、单纯的买方垄断模型            | 161        |
| 二、双重垄断模型               | 168        |
| 三、双边垄断模型               | 170        |
| 第二节 谈判理论与博弈论的竞争效果分析    | 172        |
| 一、买方谈判力                | 172        |
| 二、买方势力与共谋              | 185        |
| 第三节 买方抵消理论的竞争效果分析      | 191        |
| 一、买方抵消势力理论的由来          | 191        |
| 二、买方抵消势力的促进竞争效果        | 194        |
| 三、对买方抵消势力的质疑           | 196        |
| 第四节 竞争效果分析的影响因素        | 200        |
| 一、对社会总福利的影响            | 201        |
| 二、对消费者福利的影响            | 201        |
| 三、对市场竞争的影响             | 203        |
| 四、对上游生产者的影响            | 206        |
| 五、对市场进入的影响             | 209        |
| 六、对技术进步的影响             | 212        |
| <b>第五章 特殊产业中的买方势力</b>  | <b>216</b> |
| 第一节 零售业中的买方势力          | 218        |
| 一、零售业与反垄断              | 218        |
| 二、零售业中的买方势力问题          | 220        |

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 三、我国零售业中的买方势力问题 | 225 |
| 第二节 农业中的买方势力    | 229 |
| 一、农业与反垄断        | 230 |
| 二、农业中的买方势力问题    | 235 |
| 三、我国农业中的买方势力问题  | 238 |
| 第三节 医药业中的买方势力   | 242 |
| 一、美国医药业中的买方势力问题 | 242 |
| 二、我国医药业中的买方势力问题 | 244 |
| 后 记             | 250 |

## 第一章 买方势力的概念

目前,国内外对买方势力问题的研究均未形成一个完整的体系。即便是针对基础概念的定义,也没有形成一个被广泛接受的通说。一方面,对于什么是买方势力,不同的学者从不同的角度给出了不同版本的定义。另一方面,在不同的作品中,学者们使用了多种不同的术语来描述这一问题,包括买方势力、买方垄断势力、买方抗衡势力、买方谈判势力等。另外,由于这些术语多为外国学者提出,若进一步考虑翻译的因素,当前国内对于这一问题使用的概念就更是五花八门了。对任何问题的讨论,必须以清晰界定的概念为基础,而以上种种,造成了我们分析买方势力问题的重重困难,因此有必要先厘清买方势力的概念,明确本书中所使用的这一概念的内涵与外延。

### 第一节 市场势力的概念

市场势力和买方势力是关系十分密切的两个概念。市场势力译自英文的 market power。买方势力译自英文的 buyer power。后者为简略语,完整的说法应当是 buyer market power,即买方市场势力。从字面上看,买方势力实际上就是市场势力的一种。因此从理论上讲,明确市场势力的定义对于厘清买方势力的概念至关重要。诚然,

由于受到抗衡势力理论和谈判理论等新兴经济理论的影响,以及考虑到特定的竞争政策需求的背景,目前一些学者给出的买方势力的定义并非其在市场交易中的简单运用。不过,市场势力的概念依然对买方势力的定义存在巨大影响。

## 一、市场势力

市场势力原本是一个经济学术语,也常被译为市场力量或市场力。但是,这一概念在反垄断实践中占有举足轻重的地位,在美国的反垄断判例中也具有很高的出现率。经济学家根据市场结构不同而把市场划分为不同的类型。其中,最为理想的市场结构是完全竞争市场。在这一市场结构下,厂商的数量众多,以至于每个厂商的产量与市场总产量比起来都是微不足道的。于是,即使某一厂商停止生产,也不会使市场中的供给量发生明显变化,任何一个厂商的行为都不会对市场上的供给价格和数量造成影响。此时,市场中的价格和数量,完全由市场的总供给和总需求所决定,成为一种不因任何个人意志而改变的客观存在。换句话说,在完全竞争的市场中,一切都要听从那只“看不见的手”的指挥。市场机制的优势被发挥到极致。这样的市场堪称完美,因此也成为竞争政策曾经追求的目标。

另外一种市场结构就是垄断市场。但是,经济学家所说的垄断市场与我们时常听到的垄断是有差别的。经济学家针对垄断市场中的厂商数量给出了非常明确的说法,即只有一个。也就是说,经济学中的垄断市场的内涵非常狭窄,仅包含市场中只有一个厂商的情况。在这种情形下,虽然市场中最终销售数量和价格依然受到市场需求曲线的约束,是供求共同作用的结果。但是,厂商的行为和决策对市场结果起着决定性的作用。由于这时仅有一个卖家,它可以自行决定产品的销售价格并作为市场价格,然后由消费者根据这个价格决定购买数量,从而形成市场中的交易数量。厂商也可以通过减少供给数量,在市场中造成供不应求的效果,从而推高市场价格。尽管垄断厂商通常不能同时决定市场价格与数量,还必须考虑市场中的需