

HENGXIANG JIAGE KATE'ER FALÜ GUIZH I YANJIU

横向价格卡特尔法律规制研究

刘继峰/著

中国政法大学出版社

横向价格卡特尔 法律规制研究

刘继峰 / 著



中国政法大学出版社

2010 · 北京

图书在版编目 (CIP) 数据

横向价格卡特尔法律规制研究/刘继峰著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 1

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3427 - 8

I. 横... II. 刘... III. 反托拉斯法 - 研究 - 中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 241874 号

书 名 横向价格卡特尔法律规制研究

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

fada@press.sina.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880 × 1230mm 32 开本 8.75 印张 200 千字

版 本 2010 年 2 月第 1 版 2010 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 3427 - 8/D · 3387

定 价 24.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

*P*前言 *Preface*

历史上，有国家曾将反限制竞争法称为卡特尔法，足见卡特尔在反垄断法中的地位。在卡特尔的诸多类型中，横向价格卡特尔因涉及市场最为敏感的信号——价格，并且以联合集结的力量掠夺相关交易主体的财富，本身具有恶的特性。所谓组织化的资本主义即生发于横向价格卡特尔，而一些卡特尔类型也是由横向价格卡特尔制度衍变而来，还有一些卡特尔类型与横向价格卡特尔有紧密的联系，可以说，横向价格卡特尔是恶卡特尔体系中的“邪恶轴心”。

卡特尔的本源有三：协议、决议和协同行为。前两者适用于所有类型的卡特尔，而协同行为基本上是针对横向价格卡特尔而言的。单从文言表述上，作为反垄断法的专有概念，协议、决议和协同行为就值得分析、研究。一则协议和传统的契约、合同之间的区别在哪里，决议的实施主体和实施决议的法律后果是什么；二则协同行为和前两者的关系，协同行为认定的标准是什么，难点是什么等诸多的问题都有待于解决。从行为的实施上，横向价格卡特尔的创立、维持和破裂的条件是什么？形式上这个内容似乎超出了法律的范畴，但实质上，它是揭穿横向价格卡特尔不可或缺的基本技能和直观证据。从制度规范上，一些专门“服务于”横向价格卡特尔的制度，如宽免制度，所展示的制度特色在哪里？对协同行为的认定，间接证据如何发

挥作用等问题都值得研究。

我国《反垄断法》已于2007年颁布，正在加紧制定相关的细则。横向价格卡特尔制度中预设的问题，几乎每一项内容在我国的经济实践中都有所反映。因此，需要结合法理、有关国家成功的立法与执法经验分析我国《反垄断法》中横向价格卡特尔制度的是非功过、成败得失，以便更及时地完善相关制度。

反垄断制度的分析，需要从规范的角度进行，但相关经济学理论的辅助也不可缺少。与其他法学学科相比较，反垄断法在适用中具有鲜明的学科特点——经济学依赖。在横向价格卡特尔制度的分析中，经济学依赖既体现在对卡特尔的创立、维持和破裂的分析上，也应用于协同行为认定标准的建立上。

总之，卡特尔问题的研究、反垄断价格问题的研究对反垄断制度进行了大的切块，而横向价格卡特尔问题的研究则细化了研究的视角。在上述问题之下，展开的相关论述既有理论价值，也有实践意义。

刘继峰

2009年11月

目录 *Contents*

前 言 / I

第一章 横向价格卡特尔的地位、本源与变异 / 1

一、范畴与地位 / 1

(一) 概念与范畴 / 2

(二) 在垄断组织中的地位 / 6

(三) 在反垄断法中的地位 / 12

二、本源 / 18

(一) 本源的形式 / 18

(二) 本源的特点 / 34

(三) 我国《反垄断法》在垄断协议本源的表述上的问题 / 36

三、变异 / 40

(一) 变异的类型 / 41

(二) 与横向价格卡特尔的关系 / 47

第二章 横向价格卡特尔的生成、维持与破裂 / 54

一、横向价格卡特尔生成的条件 / 54

(一) 内在条件 / 54

(二) 外在条件 / 63

(三) 特殊条件——行业协会的作用 / 71

二、横向价格卡特尔的维持与破裂 / 79

(一) 维持与破裂的经济学解释 / 80

(二) 维持的方法 / 88

(三) 破裂的原因 / 101

三、忽略“维持”而产生的特殊价格联盟形态及问题 / 109

(一) “君子协定” / 109

(二) “老鼠会” / 111

第三章 横向价格卡特尔的可规制性 / 114

一、横向价格卡特尔的“功能”与危害 / 114

(一) 早期“功能” / 115

(二) “功能”的异化 / 124

(三) 横向价格卡特尔的危害 / 128

二、横向价格卡特尔的规制原则和认定标准 / 136

(一) 规制原则 / 136

(二) “协议”和“决议”的规制标准 / 144

(三) 协同行为的规制标准 / 148

三、我国横向价格卡特尔规制中的问题 / 165

(一) 我国《反垄断法》是否存在“本身违法原则” / 165

(二) 我国市场中横向价格卡特尔的特殊性 / 168

(三) 规制标准的确立 / 172

第四章 横向价格卡特尔的矫正机制 / 182

一、行政模式 / 182

(一) 适用前提 / 182

(二) 管制方法 / 186

(三) 宽恕政策 / 195

二、司法模式 / 203

(一) 专门机构的诉讼 / 203

(二) 私人诉讼 / 204

三、直接证据和间接证据的运用 / 222

(一) 直接证据的使用 / 222

(二) 间接证据的运用 / 225

四、我国横向价格卡特尔的矫正机制的构建 / 238

(一) 宽恕制度的建立 / 238

(二) 私人诉讼制度的健全 / 244

(三) 法律责任的完善 / 254

参考文献 / 259

第一章 横向价格卡特尔的地位、本源与变异

对于联合进行价格协调、划分地域、限定产量等这些类型化的垄断行为如何概括，一直是立法者头痛的问题。德国反垄断法早期曾使用“卡特尔”来概括，^{〔1〕}后来这个概念悄悄地淡出法条，被更换为“限制竞争协议”，其理由不得而知。现今在正式法律文本中仍然使用卡特尔这个概念的，只有少数国家或地区，如 OECD《竞争法的基本框架》。也有一些国家或地区立法使用其他概念，如《韩国反垄断法》使用的是“共同行为”。我国《反垄断法》用的是“垄断协议”。

尽管法律上和理论界在术语使用上的差异较大，本书仍坚持使用这个“过时了”的概念，因为在理论上，卡特尔这个概念仍保持着强劲的生命力和穿越能力——不论是法学还是相关的经济学、社会学都普遍接受并广泛使用这个概念。

一、范畴与地位

卡特尔是市场经济垄断组织的典型形式，也被经典作家作

〔1〕 早在第一次世界大战期间，德国政府就在 1915 年 7 月颁布《强制卡特尔化法》，规定各邦当局有权强迫各企业加入垄断组织。希特勒上台后，进一步实行强制卡特尔化政策，1934 年 7 月 15 日，颁布了《卡特尔条例》，规定：帝国经济部有权建立新卡特尔；一切卡特尔均有权将局外企业合并进来；任何反对这种规定的局外企业，卡特尔可以拒绝承认它们，可以剥夺它们得到原料和商品供应的权利。第二次世界大战结束后，强制卡特尔政策也随之结束。德国第一个《反限制竞争法》第 1 条规定的是“卡特尔”，2005 年第 7 次修改的《反限制竞争法》，使用的是“限制竞争协议”。

为研究资本主义制度和社会主义制度关系的基础。由于卡特尔存在的广泛性和类型的多样性,为理顺其关系和揭示其特点,经济学和法学研究人员往往以一定的标准对其进行分类。常见的分类标准和方法是,以价格为中心分为价格卡特尔和非价格卡特尔;以经济环节为中心分为横向卡特尔和纵向卡特尔。如果将两个标准结合起来,划分出的卡特尔就包括横向价格卡特尔和纵向价格卡特尔。在此基础上,本书研究的对象是横向价格卡特尔。

一个概念或一项制度在整个制度体系中的地位是通过制度功能的发挥体现出来的,但前提是概念(制度)的确定和范畴的界定。

(一) 概念与范畴

横向价格卡特尔从属于卡特尔,但是对卡特尔进行两次过滤——限缩卡特尔,再限缩价格卡特尔——之后沉淀而形成。

首先,横向价格卡特尔来源于卡特尔。卡特尔有多种解释。^{〔1〕}一般认为,卡特尔是生产同类产品的企业为获得高额利润而订立的限制竞争的协议。订立卡特尔的主观目的是为了获得高额利润,卡特尔成员为达到上述目的可能采取多种手段,进而卡特尔这个总概念之下出现了多种类型的卡特尔,价格卡特尔是其中之一。价格卡特尔区别于非价格卡特尔之处在于,协议是以价格为中心内容建立的;经营者达成限制竞争协议的内容是价格以外的事项的,如限制产量、地域、标准等,为非价格卡特尔。现代各国反垄断法规定的其他类型的卡特尔,包括数量卡特尔、地域划分卡特尔、条件卡特尔、回扣卡特尔、

〔1〕 参见游钰:《卡特尔规制制度研究》,法律出版社2006年版,第1~6页。

合理化卡特尔、专门化卡特尔、中小企业的协作卡特尔、进口卡特尔等，日本《禁止垄断法》还规定了更为特殊的不景气卡特尔等。

其次，横向价格卡特尔来源于价格卡特尔，并区别于纵向价格卡特尔。经营者为获得高额利润而订立的限制价格竞争的协议即为价格卡特尔。价格卡特尔可以依据主体所处经济环节不同，分为横向价格卡特尔和纵向价格卡特尔。订约人的共同目的，是区分横向和纵向限制竞争协议的主要标志。纵向协议是不同生产阶段的当事人即卖方和买方之间订立的，所以，协议当事人不存在共同的目的。^{〔1〕} 横向价格卡特尔是指处于相同经济环节的经营者为了限制竞争就共同实施统一价格达成的协议，或虽没有协议但共谋采取协同一致的价格行为。作为一种借喻表达，“横向”和“纵向”原本是理论探讨形成的共识。现今，已有国家或地区立法将其作为专门的法律概念使用在法律条文上，如《俄罗斯法竞争保护法》（2006年修改）第11条（纵向限制竞争协议）；我国台湾地区“公平交易法”第7条规定，“联合行为，以事业在同一产销阶段之水平联合……”

我国法律长期使用一个与价格卡特尔近似的概念——“价格串通”。在国家发展和改革委员会2003年颁布的《制止价格垄断行为暂行规定》中明确了价格串通这个概念的形式——协议、决议或者协调等。由这些形式及其内容可得出，价格串通就是价格卡特尔。那么，只要串通者属于同一（水平或横向）经济环节，价格串通即为横向价格卡特尔。

最后，横向价格卡特尔之“横向”与横向经济关系之“横向”不同。在经济法理论的发展过程中，以B. 拉普捷夫为代表

〔1〕 王晓晔：《竞争法研究》，中国法制出版社1999年版，第208页。

的前苏联现代经济法学派曾提出了“纵横经济法”之说，主张经济法是调整纵向经济关系、横向经济关系以及经济组织内部经济关系的法律规范的总称。横向经济关系是指社会组织、经济组织之间及上述组织同个体公民之间的经济关系。这里的“横向”和反垄断法意义上的“横向”含义不同。作为横向经济关系的经济组织相互之间的关系，反映的是上下游企业之间的交易关系。那么，这种横向经济关系如果限制竞争则属于反垄断法意义上纵向限制竞争关系；如果以价格为基础形成的限制竞争如限制转售价格，则属于纵向价格卡特尔。换言之，经济法理论发展史上经济关系表述中的“横向”，是反垄断法中的“纵向”，包括纵向限制竞争协议和纵向合并等。归纳而言，两者的标准不一致，经济法理论上的“横向”是以交易为基础形成的，反垄断法上的“横向”是以经济环节来划分的。

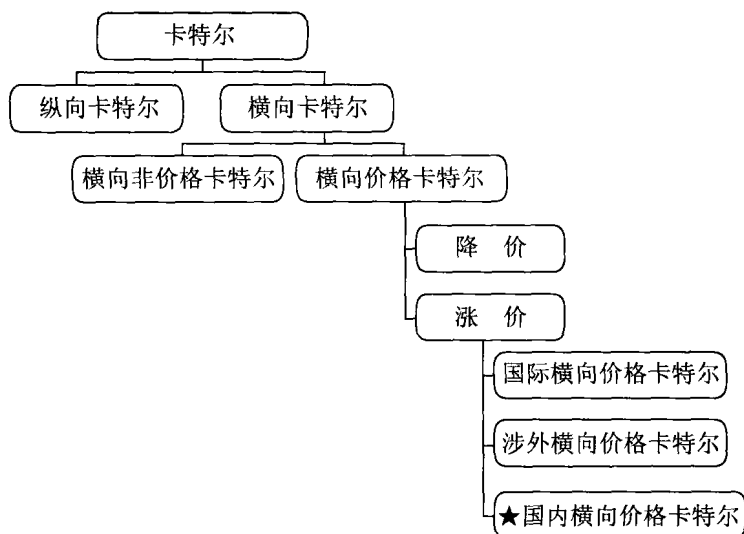
虽然横向价格卡特尔在卡特尔的范畴中已经属于亚类型，但由于这种特殊的卡特尔可以发生在一国市场之内，也可能发生在本国与某外国共同形成的市场上，还可能出现在更广泛的国际市场上。根据横向价格卡特尔涉及的市场范围的不同，可以将其分为三种类型：国内横向价格卡特尔，即发生在一国法律管辖范围内的横向价格卡特尔行为；涉外横向价格卡特尔，即横向进出口价格卡特尔；国际横向价格卡特尔，即由多个跨国公司组建和实施的，对本国有一定不利影响的价格卡特尔。

反垄断法对卡特尔采取“内外有别”的态度，对涉及不同市场范围的横向价格卡特尔的危害认定及规制方法也不一样，所以，以活动内容是否具有涉外性为标准的划分，不仅仅具有理论意义，也具有一定的实践价值。本书仅针对国内横向价格卡特尔展开探讨。

除了涉外性这个标准外，还需要把持的一个标准是价格。

价格卡特尔通常被视为联合涨价的有组织的活动，但是否存在联合降价的情形呢？如果存在，这种情况是否属于横向价格卡特尔呢？现代法对招、投标行为的认识发生了诸多重大变化，其中之一就是认定该种行为中也可能存在垄断行为。投标者联合串通投标，在本质上就属于以降低价格为目的的横向价格卡特尔。另外，在进口价格卡特尔中，为了取得更多的成本优势，也会要求出口方以较低价格出售产品。还有如联合实施的掠夺定价，该种行为虽属于掠夺定价，但内里如果没有协调（卡特尔）降价这个前提，掠夺的目的不可能实现。这些都属于横向价格卡特尔中以“降价”为活动内容的垄断行为。本书对这种横向价格卡特尔也不予探讨。

综上，本书所言的横向价格卡特尔，是指处于相同经济环节的经营者以联合涨价为目的就共同实施统一价格达成的协议，或虽没有协议但共谋采取协同一致的价格行为。其在卡特尔体系中的位置如下：



（二）在垄断组织中的地位

资本主义发展早期的卡特尔，主要是横向价格卡特尔。

德国走上资本主义发展的道路虽比许多西方国家较迟，但生产积聚和垄断组织形成的过程在德国却较早。可以说，德国是卡特尔的母邦，而价格卡特尔又是德国垄断资本主义的初级形式和典型形式。依据现有的资料，德国最早的价格卡特尔出现在1857年。^{〔1〕}1870年以前，德国只有6个价格卡特尔，1875年有8个价格卡特尔，1890年已经达130个^{〔2〕}，到了19世纪末叶，已增至三五十多个了^{〔3〕}。同一时期，区别于德国，英国的价格卡特尔更加正式，更加严谨，更加精细而确切。^{〔4〕}英国为规定价格和限制产量而订立的较老的关于煤、盐、铁方面的协议，是纯粹的卡特尔。^{〔5〕}在德国，根据矿山企业联合组织（联合采矿股份公司）的倡议，1877年形成了威斯特伐伦煤炭输出联合会。在以后的几年中，煤矿主签订了协议，他们企图根据这些协议在煤矿工业中控制价格和销售。第一个煤炭价格卡特尔（煤炭销售联合会）是在1889年于煤矿工人大罢工之后在多

〔1〕 马健行：《帝国主义理论形成史》，中国社会科学出版社1993年版，第9页。

〔2〕 周一良、吴于廑：《世界通史》（近代部分·下册），人民出版社1962年版，第41页。

〔3〕 陶大镛：《世界经济与资本主义》，中华书局1950年版，第178页。

〔4〕 〔英〕克拉潘：《现代英国经济史》（下卷），姚曾廌译，商务印书馆1977年版，第272页。

〔5〕 “1882年英国尝试的国际铁轨联运，无论就它的严谨或就它的弱点来说，都是一个典型的卡特尔。”参见〔英〕克拉潘：《现代英国经济史》（下卷），姚曾廌译，商务印书馆1977年版，第273页。

特蒙德成立的。^{〔1〕} 美国用组织铁路卡特尔的办法来对付当时的价格混乱局面，它拉拢里丁铁路、莱伯铁路、新泽西铁路等联合起来，停止运费的竞争。

相比横向非价格卡特尔，横向价格卡特尔获取利润的“效率”更高。在价格自由调节和自愿联合的自治性法律调整时期，获取利润目标的实现手段非常广泛。对内而言，马克思理论所言相对剩余价值生产和绝对剩余价值生产是资本主义发展初期的竞争手段。随着竞争加剧，竞争者联合起来获取利润比相对剩余价值生产和绝对剩余价值生产的方法更快捷，因为毕竟劳动者维持劳动力再生产的基本要求划定了生产者剥削剩余价值的底线，触及这个底线会引发阻碍持续生产的群体性抵抗。卡特尔可以联合诸多竞争企业共同对抗雇佣劳动力并成为反对工人改善劳动条件的共同手段。例如，在英国的建筑业中就有这样的卡特尔规定：凡是卡特尔的成员，在得到其他成员的企业关于罢工或同盟歇业的通知后，一概不得招聘参加过罢工或因同盟歇业而被解聘的工人。

竞争者联合起来既形成对雇员团体的震慑之势，也满足了资本家获得垄断利润的条件。横向价格卡特尔获取的高额利润，首先是在既有的利润额之上提高价格使利润额更大；其次，相比数量卡特尔和地域划分卡特尔的利润而言，它来得更直接。

横向价格卡特尔是垄断组织向高级形式过渡的基础。

垄断组织最脆弱的组合形式是所谓的“君子协定”。它基本上是竞争者承诺的但却缺乏约束力的一纸空文。更高一级的组织是普尔（pool），即企业同盟。在同盟体内，产品的价格和销售量按照约定进行。美国在19世纪60年代末就出现了普尔这种

〔1〕〔苏〕伊·姆·范茵盖尔：《德国垄断资本发展史纲》，北京编译社译，世界知识出版社1964年版，第15页。

形式。由于普尔联盟的基础是成员自愿参加并随意退出,所以这种组织也很不稳定。君子协定和普尔的不稳定性决定了其只能是初级的垄断组织形态。当普尔发展为稳定的组织形式时,就成为卡特尔。

卡特尔是垄断组织由初级向高级的过渡形式,在此基础上,组织化更强的高级组织类型有辛迪加、托拉斯、康采恩。这些组织共同构成了 19 世纪末期至 20 世纪中期资本主义的新特点——组织化资本主义。^[1] 随着卡特尔及其更高级的垄断组织形式出现,“自由”或“古典”的资本主义在 19 世纪末期寿终正寝。取而代之的是“有组织”的资本主义。资本主义的组织性是以市场主体的组织性表现出来的,而市场主体的组织性真正开始于卡特尔,在诸多卡特尔类型中,价格卡特尔是最普遍的组织化类型^[2],因此,价格卡特尔代表了组织化的资本主义阶段的开始。

在契约神圣观念未被取代的时代,建立横向价格卡特尔充满着巨大的诱惑。因为参加卡特尔以后可以获得超额利润,又不失去在生产和商业上的独立性。后一个方面同样很重要——参加卡

[1] 马克思主义学派的一些学者对组织化资本主义有过论述和独特的创建。例如,奥地利马克思主义学派中的鲍威尔、伦纳、考茨基、希法亭等。希法亭的论述参见[德]鲁道夫·希法亭:《金融资本》,福民等译,商务印书馆 1994 年版。但有学者认为,“组织化资本主义(思想)的源头可以追溯到希尔弗汀(Hilferding),以后,尤根·科卡和几位其他现代历史学家都对其进行了论述”。转引自[美]斯科特·拉什、约翰·厄里:《组织化资本主义的终结》,征庚圣、袁志田译,江苏人民出版社 2001 年版,第 4 页。斯科特·拉什、约翰·厄里将“组织化”分解为两部分来证实资本主义进入了一个新阶段,即顶层的组织化和底层的组织化。顶层的组织化是市场组织庞大化而形成的特殊管理——职业管理,这与钱德勒的“经理层革命”观点不谋而合。底层组织化的表现是社会福利的创立和普遍化。本书此处仅探讨价格卡特尔对组织化资本主义形成的影响,即顶层的组织化。

[2] 相比纵向价格卡特尔,横向价格卡特尔的组织规模更大,组织管理更加“完备”,对此后文将详述。

特尔的资本家很清楚，只有保持独立性，才能在参加卡特尔以后一旦陷入不利境地时，方便而容易地退出卡特尔。

早期卡特尔的不稳定性既源于成员自保意识所导致的相互离心离德，也源于客观情况迫使成员企业不得不背离组织。参加卡特尔的既有实力雄厚的企业，又有力量比较单薄的主体，一遇到市场风险，实力比较单薄的主体往往无力坚持高价格。另外，在横向价格卡特尔实施一段时间后，会产生“马太效应”，经济实力对比便发生更大的变化。经济实力强者为了自己的更大利益会要求重新修订过去签订的协议，而经济实力弱者因不符合其利益进行抵制，这也会导致卡特尔的解体。

为了进一步垄断市场获得高额垄断利润，联合起来的企业在商品销售和原材料采购方面实现统一化，产生了辛迪加。

辛迪加与卡特尔之间的共同点是：辛迪加参加者在生产方面保持独立性。卡特尔的每一个参加者都独立地出售自己的产品，辛迪加的采购和销售却是集中的。辛迪加办事处把全部定货工作都集中在自己手里，并且按照规定的限额在辛迪加参加者之间进行分配。有的辛迪加把原料的收购也集中起来。这样一来，辛迪加参加者便更多地丧失了商业上的独立性。但是，对它们有利的地方是：商务上的集中使辛迪加有可能按抬高的价格出售其参加者的商品，而按压低的价格收购原料。

同卡特尔比较，辛迪加是比较稳固的垄断组织形式。源于辛迪加成员的全部产品都由辛迪加办事处统一销售，这样，辛迪加的每一个别参加者就不再与市场发生直接联系。在这种条件下，如果辛迪加原来的某一参加者想脱离辛迪加，就得多花一笔费用并配备相关人员去开拓市场、恢复销售。这成为成员退出辛迪加的主要障碍。

辛迪加是卡特尔的高级组织形式，也是管理上的一种进化。