

West Nutshell Series

美国法精要·中译本

chinese
translation
series

反垄断法与经济学

[第5版]

Antitrust Law and Economics

5th Edition

Ernest Gellhorn William E. Kovacic
Stephen Calkins

【美】歌内斯特·盖尔霍恩
威廉姆·科瓦契奇 著
斯蒂芬·卡尔金斯

任勇 邓志松 尹建平 译



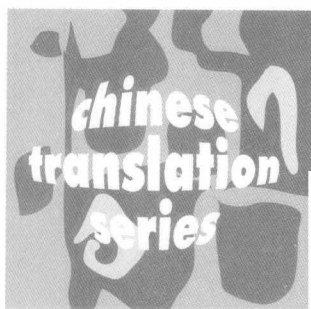
法律出版社
LAW PRESS · CHINA

West Nutshell Series
West Group

美国法精要·中译本

反垄断法与经济学 [第5版]

Antitrust Law and Economics 5th Edition



【美】欧内斯特·盖尔霍恩 (Ernest Gellhorn ,
威廉姆·科瓦契奇 (William E. Kovacic)
斯蒂芬·卡尔金斯 (Stephen Calkins)

任勇 邓志松 尹建平

This translation of the Works is under license from the Thomson Corporation Hong Kong Limited trading as Sweet and Maxwell Asia and is published by arrangement with the Publisher.

本书中文翻译本(第4版)由汤姆森(香港)有限公司(以Sweet & Maxwell Asia之名营业)授权法律出版社出版。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本新中·要献去国美

图书在版编目(CIP)数据

(第1册) 《去国美国》

反垄断法与经济学 / (美)盖尔霍恩, (美)科瓦契奇, (美)卡尔金斯著; 任勇, 邓志松, 尹建平译.

北京: 法律出版社, 2009. 7

ISBN 978-7-5036-9171-3

I. 反… II. ①盖…②科…③卡…④任…⑤邓…⑥尹…
III. ①反托拉斯法—研究②垄断经济学—研究 IV. D912.
290.4 F038

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 002931 号

反垄断法与经济学

[美]盖尔霍恩

[美]科瓦契奇 著

[美]卡尔金斯

任勇 邓志松 尹建平 译

责任编辑 易明群

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 850×1168 毫米 1/32

版本 2009 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 17.5 字数 370 千

印次 2009 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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

网址/www. lawpress. com. cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9171-3

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

著者简介

欧内斯特·盖尔霍恩(Ernest Gellhorn),乔治·梅森大学法学院法学教授,2005年去世。美国明尼苏达大学法学博士,美国反垄断法和行政法领域著名学者,曾担任美国律师协会行政法和管制委员会主席,美国行政学论坛政策制定委员会主席。发表过大量的学术文章,著有行政法、反垄断法和管制产业的案例汇编和教材。在反垄断法问题上,盖尔霍恩的观点一直为各大媒体所广泛引用。

威廉姆·科瓦契奇(William Kovacic),美国联邦贸易委员会前主席。哥伦比亚大学法学博士,乔治·梅森大学法学院和乔治·华盛顿大学法学院法学教授。现任美国联邦贸易委员会委员,他长期在联邦贸易委员会工作,并曾担任该委员会总法律顾问。曾任职于参议院司法委员会下属的反托拉斯和垄断委员会。自1992年以来,科瓦契奇就反垄断和消费者保护事宜向多国政府提供过专家咨询意见。

斯蒂芬·卡尔金斯(Stephen Calkins),美国联邦贸易委员会前总法律顾问。哈佛大学法学博士,韦恩州立大学法学院法学教授,研究生课程部主任。先后在密歇根大学、宾夕法尼亚大学和荷兰乌得勒支大学担任教职。曾在全美及海外发表过多次学术讲演,出版过竞争法、消费者权益保护法及相关领域的多部著作。卡尔金斯是美国法律协会和美国律师基金会成员,美国反托拉斯学会的高级研究员,美国律师协会反垄断法理事会成员,并曾担任美国法学院联合会反垄断和经济管制委员会主席。

译者简介

任勇,天地和律师事务所创始人兼主任,先后获得北京大学经济法学士、美利坚大学法学硕士和对外经济贸易大学国际法学博士学位,1988年获得中国律师资格。任勇律师执业多年,在反垄断、反倾销、外商直接投资、收购与兼并、诉讼与国际贸易仲裁等方面都有专长。任勇律师自20世纪90年代开始密切关注中国反垄断法立法动态,深度参与了中国反垄断法的立法过程,曾在多家报纸和刊物上发表反垄断法的专业观点,长期以来一直为诸多跨国公司提供优质的反垄断法律服务。

邓志松,天地和律师事务所执业律师,对外经济贸易大学国际法学博士候选人,2004年获企业法律顾问执业资格,2005年获得中国律师资格。先后在《经济法研究》、《司法前沿》等法学期刊上发表多篇学术论文。从事法律工作前,曾在广东的外资企业工作4年,在产品销售、货运代理等方面有第一手的实践经验。律师执业期间参与了大量民商事领域的诉讼、仲裁案件及反垄断、反倾销、外商直接投资等非诉法律业务,为多家跨国企业提供中国反垄断法及竞争法律事务方面的咨询。

尹建平,天地和律师事务所执业律师,从事反垄断和反倾销业务,曾为多家跨国公司的境内外并购、境内投资和在中国的反倾销应诉提供法律服务。2007年获得对外经济贸易大学法律硕士学位。从事法律工作前,曾从事六年的英语教学与研究。攻读硕士学位期间,参与过多项合同法、侵权法方面的学术项目。

的一些责任归咎于微软 (United States v. Microsoft Corp. (2001 年第十巡回法院)), 但在此案中并未认定其具有垄断行为。

前言

在第五版中我们追求的是指引本书前四版的同一目标——提供支配当代反垄断法的经济学、法律原则及相关规则的基本理解,并为将来的反垄断规则和政策提供可靠指引。当本书第四版于 1994 年出版时,美国反垄断体系面临的主要问题是比尔·克林顿总统任命的人选将在多大程度上改变由共和党总统罗纳德·里根和乔治·布什所建立的竞争政策的均衡。共和党对于司法部和联邦贸易委员会的任命人选总体来说采用了主要针对卡特尔和大型横向合并的芝加哥学派的执法理念。

民主党的反垄断发言人批评里根政府的做法过于消极,并以对支配性企业行为的处理作为审查不够充分的例子。从 1981 年到 1992 年,里根和老布什的反垄断执法机构仅检诉了总共三起涉及支配性企业不当行为的案件——这是自 1890 年《谢尔曼法》颁布以来与其他任何期间相比最小的数字。克林顿政府新任命的官员承诺将引入更具干预性的“后芝加哥”经济概念来应对支配性企业的排他性行为,从而在这一领域恢复联邦政府的作为。

当政府针对诸如美国航空、英特尔和微软这样的商业巨头提起垄断或企图垄断诉讼时,克林顿政府的改革成果立刻变成了轰动性新闻。对支配性企业的诉讼计划标志着执法政策的重大调整,但是其对于反垄断规则的持续性作用尚有待观察。美国航空获得了不利于政府的即席判决,United States v. AMR Corp. (2003 年第十巡回法院);联邦贸易委员会以极具争议的条件和解了英特尔案,In re Intel Corp. (1998 年联邦贸易委员会同意裁决);而且,虽然司法部在它

的一些责任理论上获得了胜利, *United States v. Microsoft Corp.* (2001 年华盛顿特区巡回法院), 但是它并未在微软案中达到其主要的救济目标——拆分微软——并且新政府下属的司法部随后在 2001 年对该案进行了和解处理。

20 世纪 90 年代反垄断案件的结果给我们提供了观察反垄断规则目前状态的一个重要视角。无疑“后芝加哥学派”的经济理论鼓舞了政府在 20 世纪 90 年代提起对支配性企业的检诉案件, 但是反垄断规则却保持了相对稳定的状态。即使是在微软案中实质性支持司法部关于责任认定立场的裁定——一个引人瞩目的与美国哥伦比亚特区上诉法院的一致性理念不同的经由法院的无须法官签名的观点——仍然总体上采用了传统的谢尔曼法垄断法理, 而非在“后芝加哥学派”的理论上建立起新的反垄断规则。目前, 2004 年, 最高法院对于过度扩张的垄断理论保持了高度的警惕性, *Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis v. Trinko* (2004 年)。

在很大程度上, 今天的主流反垄断体系成形于 20 世纪 70 年代的司法改革, 并为 20 世纪 80 年代所采取的执法政策进一步加强。近期的两个纪念日有助于我们回忆 20 世纪 70 年代和 20 世纪 80 年代的根本性调整如何塑造了并仍然影响着今天的反垄断体系。第一个纪念日是 *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.* (1977) 案和 *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* (1977) 案的 25 周年日。在这些划时代的判决中, 最高法院在涉及和适用反垄断规则时将经济效率置于首要地位, 最高法院拒绝将遭受了失败的市场参与者的财富减少等同于对竞争过程的损害。这些概念并未排除在反垄断规制中吸收新的、执法导向的经济思想, 但是其中蕴涵的规则是保守性的, 亦即除非干预市场的经济基础足够充分, 否则法院将容忍企业的行为。

2002 年也是 1982 年《司法部合并指南》颁布的 20 周年。

该指南在1984年、1992年和1997年历经修订,它仅基于经济效率的考量而建立其合并政策,并在总体上为反垄断分析的转型奠定了基石。具有开创性意义的1982年指南突出了三个概念的重要性——确定市场势力,提出了解释被控行为如何促进共谋或使一家企业单边控制价格的假设,以及对所宣称的正当性的评估——目前这些已经成为法院和执法机构进行反垄断分析的常用指引。

过去的十年中美国的反垄断责任规则保持了大致的稳定,三个重要的发展改变了反垄断执法的框架。第一,国内和国外的反垄断执法呈现出一种分散的状态。在美国,州政府和司法部、联邦贸易委员会共同构成了三大强有力的反垄断执法机构。诸如联邦通讯委员会和联邦能源监管委员会等行业监管机构则与州和联邦反垄断机构共同行使对合并竞争影响予以评估的权力。私人三倍损害赔偿也在组织和效力方面经历了重要的发展。作为结果,联邦反垄断执法机构对于反垄断政策的控制力降低了,更重要的是,与上一个十年相比它们改变执法政策的能力也降低了。

国内执法机构的分散状态对于全球其他法域中的类似机构均有相当影响。本书1994年版的前言曾预计各国竞争法律的数量将急剧增长,加拿大和欧盟等法域的现有反垄断体系也将得到增强。今天超过90个国家已经有了反垄断法律,并且有多达30个其他国家可能会在2010年前颁布此类法律。尽管具有相似性,对于直接影响数量持续增长的在全球舞台上经营的公司的程序和实体标准而言,世界各反垄断体系仍然存在着重要差异。近来的几起案件,例如,美国司法部虽然以微小的调整为条件给予批准,但欧盟2001年仍然进行干预并禁止通用电器并购霍尼维尔;另外欧盟在2004年认定微软滥用了市场支配地位并且要求微软必须向竞争者披露其使用界面(该救济措施适用于全球,已远远超过了美国司法部对微软的同意裁决中所达到的程度),均在不同

的竞争监管机构之间引起了摩擦,也刺激了调和不同程序和实体规则之间差异的相关努力。

第二项影响反垄断执法的发展是有关侦测违法行为和适用救济措施的革新措施的结果。由于将许多违法行为视为犯罪以及它们经常面临着对受到损害的私人当事方给予三倍损害赔偿的威胁,美国反垄断体系总是在与那些潜在的违法者进行对抗。在20世纪90年代,当司法部引入给予第一个披露存在共谋的卡特尔参与者刑事豁免的行之有效的“从宽”政策时,违法者的风险随之增加。在一个成功地寻求了豁免的举报者的帮助之下,司法部在1998年宣布一项维他命生产者卡特尔的两个成员需支付总共7.25亿美元以解决《谢尔曼法》的刑事指控。政府在那一天所课的罚金超过了自1890年以来所有《谢尔曼法》罚金的总和。在美国成功经验的激励之下,许多外国法域正在实施它们自己的从宽政策。

反垄断执法的第三项重要变化就是它受到了诸如电子商务的增长和关键产出是知识本身的行业的扩张所带来的现代化发展的激励。1890年以来的许多评论者都认为反垄断法律是一种倒退的工具,不适合在由创新产业工艺和激励新产品的新商业组织或技术进步所推动的快速经济变化中促进竞争。但是反垄断体系已经证明它能够使其规则适应反映新的商业现象的竞争益处和危害,并在实体规则的建立中吸收关于特定行为的经济影响的新知识。美国主要反垄断法律的相对开放的特征已经预示反垄断规制将随着我们对于商业变化的理解而不断演化。

快速发展的经济革新带来的对美国和其他国家的反垄断体系的挑战,与创设和应用反垄断规则的法院及执法机构的能力相关联。维持适应快速变化的、技术革新的全球经济的反垄断体系,要求通过增进对相关商业和技术现象的理解、加快解决争议的速度以及改善设计有效救济方式的能

力,来提升执行机构的能力。

本书第五版正像它试图描述的反垄断体系一样,以持续及变化的要素为特征。第五版延续了前面数版的风格,重新构建了现代反垄断政策的体系,并逐一检视了实体标准、证据规则和程序规则如何塑造反垄断法之下的商业经营者承担的义务。为指出近来的案例法和评论在多大程度上影响着未来反垄断规则的均衡,我们在历史背景之下阐述了法律 and 政策的当前趋势。对于案例和其他政策来源在分析上存在重要模糊或冲突的地方,我们也给出了解决的方法或标准。

本书中阐述的现代政策框架的核心要素正在越来越大的程度上采取低级别法院的判决和政府执法机构的行政措施(例如相关指南的颁布)的形式。在20世纪90年代,最高法院作出的反垄断判决要少于自1890年以来的任何一个十年的期间。这些呈减少趋势的司法活动使得许多早期法院判决的活力逐年降低。例如,最高法院最近一次提到合并审查的实体标准还是在1975年。后续的低级别法院的合并法理和执法机构的决策已经容忍了现有的法院案例本来会予以谴责的许多交易,这些都是因为大家相信最高法院将在下一个合并案件中显著地修改既有规则。

第五版延续了其前身在介绍规则框架和反垄断体系操作时对于经济学的重视。经济分析融入设计和应用反垄断法律标准的思想已得到广泛接受,并且经济分析在审判和政策制定中是如此地具有说服力,以至于熟悉基本的产业组织概念对于反垄断理论的阐述已经具有了根本性的意义。我们在反垄断分析中对经济基础的阐述并不涉及那些新奇的经济学思想或理论,反之,本书强调的是得到认可的经济学原则并将那些已被广泛接受的经济学概念应用于反垄断。当显著不同的经济学知识出现在思考充分的反垄断案件或评论中时,我们将兼容并蓄地予以呈现。我们的目标是使读

者熟知那些目前在法院和执法机构占据主流地位或在将来数年确定具有重大影响的经济理论。

第五版与第四版的主要变化是关于上述反垄断执法所面临挑战的阐述。我们逐一检视了反垄断执法机构和法院在将当前的经济学知识应用于合并和垄断法律,以及解决如何证明垄断协议存在、本身违法原则和合理原则之间紧张关系等难题方面所作出的努力。对于反垄断分析中创新和技术变化的持续增加的重要性,第五版也在每章中对它们的发展意义予以讨论,并在第四版的基础上增加了有关专利和知识产权章节的篇幅来予以回应。

第五版对于反垄断救济措施的制定和实施也给予了更充分的讨论。我们探讨了近来司法部使用刑事罚款的赔偿和联邦贸易委员会使用偿还的方式来对民事违法行为追究金钱上的处罚的显著增加的源头。这一版也检视了法院和政府机构在制定合并案件中的救济措施和在技术快速变化的行业中设计对非法行为的惩治手段的方面所作出的努力。

最后,第五版注意到了法院在 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993) 案的框架下在衡量反垄断诉讼中经济学家和其他专家证词的可靠性方面所采取的措施。通过引用 *Daubert* 案来排除或限制专家证词,法院在许多反垄断案件中挫败了原告证明存在责任或损害方面的努力。法院对“*Daubert* 挑战”的普遍接受强调了美国反垄断体系的一个核心层面——法院通过发展证据或程序审查,来应对那些法官感到过度广泛的责任标准或过度慷慨的救济措施。在讨论 *Daubert* 案和美国反垄断法中其他自我修正的特征时,我们突出了美国反垄断法如何深深地依赖于法院在法律标准的发展中获得一致性和提升稳定性。

大多数反垄断体系的内在演化和内在修正机制尤其需要那些研究和实践竞争政策的能力。这种对技能的要求不仅体现在法律的专业技术上面,也体现在经济学家、历史学

家、政治学家和国际关系专家的专业能力上面。(在因特网上做研究也很重要,参见美国律师协会反垄断部有关反垄断相关链接的收集)。规则的演进以及国内和全球竞争政策的持续增加的复杂性对我们提出了重要挑战,但是它们也提供了范围更加统一的反垄断的持续增加的相关性和知识的多元化。无论在国内还是在海外,确定反垄断核心原则和提取其内在价值的工作从未显得像今天这样急迫,在这个领域的研究也从未变得像今天这样充满乐趣。

欧内斯特·盖尔霍恩(Ernest Gellhorn)

威廉姆·科瓦契奇(William Kovacic)

斯蒂芬·卡尔金斯(Stephen Calkins)

华盛顿特区

密西根州底特律

2004年6月

目 录

前言 /1

第一章 普通法上的贸易限制 /1

A. 贸易限制合同 /4

B. 垄断与共谋 /10

C. 结论 /12

第二章 反垄断制定法 /14

A. 立法的需求 /14

B. 《谢尔曼法》 /19

1. 制定法 /19

2. 早期解释 /22

C. 《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》 /28

1. 《克莱顿法》 /29

2. 《联邦贸易委员会法》 /30

D. 制度上的启示 /32

1. 粗线条的实体规定 /32

5.1 美国法律上的贸易限制 /5

5.2 联邦贸易委员会 /5

5.3 联邦贸易委员会的管辖权 /5

5.4 联邦贸易委员会的管辖权 /5

5.5 联邦贸易委员会 /5

5.6 联邦贸易委员会的管辖权 /5

5.7 联邦贸易委员会的管辖权 /5

5.8 联邦贸易委员会的管辖权 /5

5.9 联邦贸易委员会 /5

5.10 联邦贸易委员会 /5

5.11 (附页) 学術論文發表指南 第三章

5.12 美国法律上的贸易限制 /5

5.13 联邦贸易委员会 /5

5.14 美国法律上的贸易限制 /5

5.15 联邦贸易委员会 /5

5.16 联邦贸易委员会 /5

5.17 联邦贸易委员会 /5

5.18 联邦贸易委员会 /5

5.19 联邦贸易委员会 /5

5.20 联邦贸易委员会 /5

5.21 联邦贸易委员会 /5

5.22 联邦贸易委员会 /5

5.23 联邦贸易委员会 /5

5.24 联邦贸易委员会 /5

5.25 联邦贸易委员会 /5

5.26 联邦贸易委员会 /5

5.27 联邦贸易委员会 /5

5.28 联邦贸易委员会 /5

2 | 反垄断法与经济学

2. 法官的核心解释角色 /32
3. 分散的起诉权 /33
4. 行政程序的实质性作用 /34
5. 刑事归责与民事归责之间的紧张关系 /34
6. 目标的选择 /35
7. 反垄断制度对新观念的开放性 /39
8. 与其他经济管理制度和经济组织理论共存 /40
9. 与其他国家的反垄断制度共存 /43
10. 寻求均衡态势 /45
11. 结论 /45

第三章 反垄断经济学(简论) /47

A. 基础性解释和行为假设 /49

1. 需求表 /49
2. 企业利益最大化的行为表现 /51

B. 基本经济模型 /54

1. 完全竞争 /54
2. 垄断 /59
3. 竞争与垄断之比较 /64
4. 垄断竞争 /69
5. 寡头垄断 /71

C. 目前的理论发展 /78

D. 结论 /83

第四章 垄断问题 /88

A. 垄断势力 /90

1. 产品市场 /94
2. 地理市场 /100
3. 政府指南 /103
4. 市场份额的测算和评估 /106

B. 垄断：对垄断势力的使用 /113

1. 传统标准 /114
2. 美国铝业公司案 /117
3. 从美铝案到微软案 /121
4. 救济 /129
5. 近期发展 /132
 - a. 掠夺性定价 /132
 - b. 产品创新 /140
 - c. 拒绝交易 /141
 - d. 关键设施 /147
 - e. 杠杆 /148
 - f. 纵向协议 /149
 - g. 其他排他性行为 /150
- C. 意图垄断 /152

第五章 横向限制：标准的演进 /156

- A. 卡特尔经济学和交易成本 /156
- B. 横向协议和法律原则结构：本身违法原则与合理原则之间的关系 /163
- C. 固定价格 /166
 1. 早期发展 /167
 2. 合理原则的发展 /169
 3. 本身违法原则的上升趋势 /174
 4. 归类问题 /181
- D. 市场分配和产量控制 /192
- E. 抵制 /199
 1. 目的和经济效果 /199
 2. 法律标准 /201
- F. 总结 /211

第六章 横向限制:证据和归类问题 /214

A. 协议的证明 /214

1. 协议的必要性 /215

2. 证据条件 /216

a. 《谢尔曼法》第1条和对公开卡特尔的质疑 /217

b. 证据标准 /218

c. 协议的认定:传统判例 /219

d. 协议的认定:附加因素 /223

e. 协议的认定:现代判例 /225

B. 归类问题 /230

1. 信息交换 /230

a. 产业协会 /230

b. 直接竞争者之间的价格核实和价格信息交换 /237

c. 对未来信息共享的提示 /239

2. 合营企业与合理原则的适用 /241

a. 合营企业的分类及对附属性限制的评估 /243

b. 对外部经营者的态度 /248

c. 近期的例证 /250

d. 立法改革 /253

第七章 寡头问题 /255

A. 经济学家与寡头问题 /256

B. 寡头控制的法律途径 /260

1. 对《谢尔曼法》第1条的“协议”的定义进行扩张解释 /260

2. 《谢尔曼法》第2条 /264

3. 《联邦贸易委员会法》第5条 /265

4. 共谋邀请 /268

5. 合并政策 /269

6. 立法改革建议 /269

第八章 纵向限制 /272

A. 交易成本经济学与纵向关系 /275

B. 经销限制 /277

1. 转售价格固定(RPM) /277

2. 转售价格固定及反垄断损害 /288

3. 通过代理人的寄售和经销 /289

4. 独家经销 / 独家销售 /292

5. 区域和客户限制 /293

6. 区分单边行为与协同行为:实质性原则与证据标准 /303

C. 供应商势力限制:排他性实践 /310

1. 搭售 /310

2. 独家交易 /323

D. 结论 /327

第九章 合并 /330

A. 现代合并分析的紧张状态 /330

B. 竞争效果概述 /335

1. 横向合并 /336

2. 纵向合并 /337

3. 混合合并 /339

C. 《谢尔曼法》及倾向于垄断的合并 /340

D. 《克莱顿法》第7条的立法及修改 /342

E. 1950年以来的最高法院、合并指南及合并分析 /345

1. 纵向合并:最高法院案例 /347

2. 纵向合并:指南及低级别法院案例 /351

3. 横向合并:最高法院案例 /354

4. 横向合并:指南及指南颁布后的案件 /366

a. 联邦合并指南及横向合并 /366

b. 州合并指南 /370

c. 指南颁布后的案件 /371