The background features a series of thin, grey, curved lines that flow from the left side towards the right, creating a sense of movement and depth. The lines are most dense on the left and become more sparse as they move towards the right.

# 第一章 美国反垄断法的 演变历史

## 本章提示

作为世界上第一个制定反垄断法的国家，美国反垄断法的起点可以追溯至19世纪末。<sup>①</sup>跨越三个世纪的美国反垄断法历久弥新，不仅在美国国内被尊崇为“经济宪法”，更对全球政治经济产生着持续不断的深远影响。历史孕育法律，历史也见证法律的变迁。为应对美国反垄断法给我国企业在对美出口贸易中所带来的挑战，我们不仅应当了解美国反垄断法的现行规则，更应当全面考察美国反垄断法的演变历史。对美国反垄断法的研究若脱离美国反垄断法的百年发展历史，就无异于水中捞月、镜里观花。本章通过分析美国反垄断法诞生前后的政治经济状况、立法的完善、司法裁判和执法政策的变化，帮助读者把握美国反垄断法今日之景的历史脉络。

美国反垄断法的历史可以追溯至美国艾奥瓦州于1888年颁布的艾奥瓦州反垄断法，该法是美国第一部州层级的反垄断法，也是世界上第一部反垄断法。两年之后，美国国会颁布了《谢尔曼法》，该法成为美国第一部由联邦政府颁布的反垄断成文法。至今，其已有130余年的发展历史。在此130余年间，美国反垄

---

<sup>①</sup> 对于世界上第一部反垄断法的诞生地及诞生时间，学界目前尚存争议。在九届全国人大常委会第二十七次法制讲座中，王晓晔指出，诞生于1890年的美国《谢尔曼法》（*Sherman Act*）是世界上最早的反垄断法，从而也被称为世界各国反垄断法之母。覃福晓认为，加拿大国会于1889年通过的《预防和禁止限制贸易的合并法》（*An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*）是全球第一部反垄断法。美国学者柯林斯（Wayne D. Collins）认为，全球第一部反垄断法来源于美国艾奥瓦州，美国艾奥瓦州议会于1888年制定了美国第一部州层面的反垄断法。艾奥瓦州反垄断法的出台时间既早于《谢尔曼法》，也早于加拿大的《预防和禁止限制贸易的合并法》。参见王晓晔：《反垄断法律制度（九届全国人大常委会法制讲座第二十七讲）》，载中国人大网，[http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2002-07/09/content\\_1459927.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2002-07/09/content_1459927.htm)，最后访问时间：2023年11月6日；覃福晓：《究竟是哪个国家最先通过了反垄断法？》，载《学术论坛》，2013（5）；Wayne Collins，“Trusts and the Origins of Antitrust Legislation”，*Fordham Law Review*, 81 (2013), 2279。

断法经历了曲折而又精彩纷呈的发展过程：从初始不被看好，难以落地，到逐渐成为保障市场竞争与维护消费者福利的“经济宪法”，并对全球经济市场和国际政治局势产生着不可忽视的影响力。

对于这百余年的发展历程，综合美国学者索耶（Laura Phillips-Sawyer）<sup>①</sup>和我国学者李胜利<sup>②</sup>对美国反垄断法发展史的研究，本书将美国反垄断法的历史进程划分为以下六个历史阶段。

第一个历史阶段从19世纪60年代前后至20世纪第一个10年前后。《谢尔曼法》的诞生为美国反垄断法在该阶段的标志性事件。该阶段为美国反垄断法的萌芽期。《谢尔曼法》的颁布之后，在第26任总统西奥多·罗斯福（Theodore Roosevelt，以下简称“老罗斯福”）及其继任者威廉·塔夫脱（William Taft）的推动下，美国迎来了第一个反垄断执法高潮。

第二个历史阶段从1912年至富兰克林·罗斯福（Franklin Roosevelt，以下简称“小罗斯福”）第一次新政。自托马斯·威尔逊（Thomas Wilson）就任美国总统后，美国的反垄断立法得到了进一步的完善：《联邦贸易委员会法》（*Federal Trade Commission Act*）的出台推动了全国性的反垄断执法机构联邦贸易委员会（Federal Trade Commission, FTC）的诞生；《克莱顿法》（*Clayton Act*）的问世则在一定程度上填补了《谢尔曼法》的立法空白。以上两部法案的问世为美国反垄断制度的发展注入了新的血液。然而，随着大萧条的到来，为应对席卷全国的经济危机，小罗斯福政府于1933年开启了第一次新政，这使得美国反垄断法的实施进入了短暂的低潮期。

第三个历史阶段从小罗斯福政府推动的第二次新政至20世纪70年代。美国进入了强监管的反垄断时代。虽然在小罗斯福政府发起的第一次新政中，美国反垄断法一度被边缘化，但是自第二次新政开始，美国政府逐渐加强了反垄断监管。此种强监管的态势主要表现在以下三个方面：首先，哈佛学派（Harvard School）倡导的结构主义反垄断模式逐渐占据主流，本身违法原则在反垄断司法

<sup>①</sup> See Laura Phillips-Sawyer, “U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective”, *Harvard Business School Working Paper*, No. 19-110, May 2019.

<sup>②</sup> 参见李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年：历史经验与世界性影响》，2页，北京，法律出版社，2015。

实践中得到了广泛适用；其次，美国反垄断法域外管辖权的行使增强了美国对跨国垄断行为的监管，也导致了美国与其他国家之间的管辖权冲突；最后，《塞勒—凯弗维尔法》（*Celler-Kefauver Act*）等法案的出台进一步完善了美国对企业并购问题的反垄断监管。

第四个历史阶段从20世纪70年代中后期至90年代，为美国反垄断的轻监管时代。芝加哥学派（Chicago School）倡导的效率优先论对美国反垄断法的影响逐渐增强，美国政府对垄断行为的监管趋于放松。此外，在反垄断法的域外管辖权、知识产权垄断、企业并购的反垄断监管这三大议题中，美国政府的反垄断监管态势也趋于相对温和。

第五个历史阶段从20世纪90年代中后期至今，为美国反垄断法的自我重塑阶段。在20世纪后半叶，美国国内产生了诸如苹果、微软、谷歌、亚马逊等互联网巨头企业，互联网经济也随之兴起。芝加哥学派倡导的轻监管政策和效率优先的理念已无法应对互联网经济时代诸多新形态垄断问题。逐渐崛起的新布兰代斯学派（New Brandeis School）对芝加哥学派展开了激烈的批判。随着新布兰代斯学派的领军人物加入美国政府负责反垄断工作，美国反垄断法在新布兰代斯学派的推动下，在监管思路、价值理念等多方面进行了自我重塑，以应对互联网垄断带来的新挑战。

## 第一节 美国反垄断法的萌芽期 (19世纪60年代至20世纪初)

### 一、《谢尔曼法》诞生前后的历史回溯

历史法学派的代表人物，德国法学家萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）曾

在《历史法学杂志》的创刊号中指出：“法学的对象已预先被现行法的历史性所决定。”<sup>①</sup>《谢尔曼法》的出台，并非历史的偶然。它的诞生与美国19世纪后半叶的经济、政治发展状况息息相关。

推动美国国会制定《谢尔曼法》的因素是多重的。本书认为影响《谢尔曼法》出台的重大历史因素包括以下六个方面：第一，自19世纪中后期开始，美国经济迅猛发展，由一个农业经济国向工业经济国转变；第二，高速发展的美国经济推动了垄断组织的诞生，社会财富逐渐集中在垄断组织手中；第三，深陷困境的工农阶级掀起了反对垄断资本主义的抵抗运动，进一步激化了美国社会的内部冲突；第四，对古典自由主义经济理论加以批判的社会思潮逐渐兴起，这为《谢尔曼法》的诞生提供了舆论支持与理论武器；第五，当时的美国法无力应对垄断问题，这使得美国的政治精英意识到需要新的法律用于规制日益严峻的垄断问题；第六，美国13个州率先制定了州一级的反垄断法，这对《谢尔曼法》的诞生发挥了示范作用。

### （一）美国经济的高速发展，生产力的迅猛提高

1870—1890年，美国国内生产总值从约1000亿美元增长至约2500亿美元。而从全球市场的产业分工上看，长期以来以农业为主导产业的美国从欧洲诸国的经济附庸转变为具备完整工业体系的工业大国。至1885年，美国已超越曾经的资本主义世界头号强国英国，成为当时世界上最大的工业生产国，其工业生产总值已占当时世界工业生产总值的29%。<sup>②</sup>

促进美国经济在此阶段高速发展的原因主要有以下五点：第一，美国联邦政府在该阶段颁布了多项促进经济发展的法案；第二，科学技术的突破与广泛应用；第三，工业化的深入发展；第四，交通业与通信业的重大变革；第五，美国联邦政府在南北战争中的胜利，为美国经济的快速发展创造了“合众为一”的安定环境。

#### 1. 美国联邦政府在各领域颁布了促进经济发展的联邦政策

（1）土地政策。美国联邦政府通过《宅地法》（*Homestead Acts*），该法案的实施保障了美国民众可以以较低的价格乃至无偿的方式取得土地，进而促使美

<sup>①</sup> 史大晓：《萨维尼的遗产》，载《华东政法大学学报》，2012（1）。

<sup>②</sup> See Wayne Collins, “Trusts and the Origins of Antitrust Legislation”, *Fordham Law Review*, 81 (2013), 2279.

国中西部地区的土地得到前所未有的开发。尽管在该法案的实施过程中，投机商、大企业家和大农场主利用该法案对普通民众进行了盘剥，但是不容否认的是，《宅地法》的出台为美国国内的发展，尤其是对铁路网络的建设、美国国内市场的拓展，发挥了重要的推动作用。<sup>①</sup>

(2) 农业政策。通过颁布《1862年莫里尔土地拨赠法案》(Morrill Land-Grant Colleges Acts of 1862)，美国联邦政府向各州政府赠予了大量土地。作为获赠土地的交换条件，各州政府必须建设以农业和机械工业为主要课程的农学院。<sup>②</sup>包括密歇根州立大学、宾州州立大学、堪萨斯州立大学、康奈尔大学等一大批赠地大学(Land-grant Universities)便在该法案的支持下发展壮大。该法案与后来颁布的《1887年哈奇法案》(The Hatch Act of 1887)和《1914年史密斯-莱弗法案》(Smith-Lever Act of 1914)为美国政府建立以赠地大学为抓手，实现农业教育、农业研究和农业推广“三位一体”的国家农业创新体系奠定了法律基础。<sup>③</sup>

(3) 金融政策。19世纪60年代，美国联邦政府出台了《国家银行法案》(National Bank Acts of 1863 and 1864)。《国家银行法案》的实施除了为亚伯拉罕·林肯(Abraham Lincoln)领导的美国联邦政府在南北战争中筹备军费发挥了短线效应外，也为美国金融体系的长远发展发挥了不容忽视的促进作用。

首先，美国联邦政府得以凭借《国家银行法案》建立起了中央层级的国民银行体系，美国由此建立了“联邦一州”双轨制的银行体系。透过中央银行体系，美国联邦政府拥有了调控全国金融市场，加强金融监管的工具。在此之前，美国联邦政府曾两次试图建立中央层级的国民银行体系，但是由于州政府的阻挠以及时任美国总统安德鲁·杰克逊(Andrew Jackson)的反对，建立美国国家银行体系的前两次尝试以失败告终。由于地方银行各自为政，19世纪上半叶，美国时常出现银行承兑危机。<sup>④</sup>

其次，《国家银行法案》的实施为美国联邦政府发行全国统一货币创造了契

① 参见李骏阳：《试论〈宅地法〉在美国经济发展中的作用》，载《农业经济问题》，1986(4)。

② See 7 U.S.C. § 304.

③ 参见廖成东、李建军：《莫里尔法案对美国国家农业创新体系建设的影响》，载《科学管理研究》，2015(2)。

④ 参见仇京荣：《谈一谈美国银行立法的变迁》，载《当代金融家》，2014(10)。

机。由于时任美国总统安德鲁·杰克逊在 1836 年否决了延续美国第二中央银行的提案，美国由此进入了“自由银行时代”（Free Banking Era）。在“自由银行时代”，美国国内流通了五花八门各类机构印发的货币。据统计，到 1860 年，美国约有 8000 种纸币在市场中流通。许多货币发行机构缺乏必要的资本，它们往往地处偏远，甚至被戏称在“野猫比人多的地方”设有此类货币发行机构，也因此，将经营私有货币发行业务的机构称为“野猫银行”（Wildcat Banking）。

《国家银行法案》虽然未直接禁止地方银行发行中央货币，但是其对地方银行发行中央货币额外征收 10% 的赋税。通过该税收举措保障了中央银行的货币发行权，为终结“野猫银行”所造成的金融乱象发挥了促进作用。<sup>①</sup>

（4）关税政策。1861 年通过的《莫里尔关税法》（*Morrill Tariff Act*）终结了《沃克尔关税法》（*Walker Tariff Act*）开启的 15 年低关税时代。根据该法案，美国联邦政府将关税从 20% 提高至 50%。<sup>②</sup>《莫里尔关税法》的实施不仅大大提高了美国联邦政府的财力，还为美国联邦政府在南北战争中的胜利提供了经济支持。于美国经济发展而言，在 19 世纪中后期，全球逐渐进入第二次工业革命时期，欧洲各国的工业生产能力大大提高，它们对于开拓新的产品市场具有迫切的需求。而美国在 19 世纪中叶仍然处于农业经济占主导地位的产业状况。《莫里尔关税法》阻止了其他国家在美大肆倾销商品，这为美国本土企业的发展保留了必要的国内市场。<sup>③</sup>

（5）移民政策。“在南北战争结束之时，美国正值工业化的高潮，急需各种劳动力和人才，在林肯总统大力推动下，1864 年（美国）国会通过了《鼓励外来移民法》（*Act to Encourage Immigration*）。那时，美国在这个问题上与各国的斗争都是敦促别国开放移民自由。例如，英国害怕熟练工人和技术人才的流失，曾企图加以限制，美国在政府鼓励下由各企业出资在英国进行大规模的招募工作，也就是挖英国的墙脚。又如，大批有组织的华工到美国也是在那个时候。继 1860 年美国凭‘利益均沾’原则分享的《北京条约》中规定不得禁阻华工到

① 参见岳庆媛：《从自由竞争到政府监管：“联邦银行时代”的金融危机与启示》，载《清华金融评论》，2017（10）。

② 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），79 页，北京，人民出版社，2001。

③ 参见冯明好：《美国 1861 年莫里尔关税法及其影响》，载《沧桑》，2010（6）。

外洋工作之后，1868年被清政府聘为中国特使的蒲安臣（Anson Burlingame）与美国政府签订《中美续增条约》，进一步加强了两国人民‘自由往来’的条款，使美国得以大批招收华工。”<sup>①</sup>许多美国政客的祖先就是在这个时期移民美国的，最典型的代表是美国前总统唐纳·特朗普（Donald Trump）的祖父弗雷德里克·特朗普（Frederick Trump），他在1885年自欧洲移民美国。大量的外国移民，加上美国自身人口的快速增长，使得美国人口从1860年的3000余万人增加至1900年的近8000万人，人口密度也从每平方公里10人增至每平方公里20人。<sup>②</sup>充沛的人口为美国的经济发展提供了丰富的人力资源和广阔的国内市场。

（6）知识产权政策。随着新技术、新发明在第二次工业革命中发挥了不容忽视的巨大作用，美国政府加强了对知识产权的立法保护。在国内知识产权保护层面上，美国政府在1870年出台了《商标法》（*The Trademark Act of 1870*）。在国际知识产权保护层面，美国在1887年加入了《保护工业产权巴黎公约》，这为美国的知识产权在国际市场中得到保护奠定了法律基础。除了加强立法保护外，美国在该阶段还加大了知识产权引进的力度。据统计，自1883—1900年期间，美国政府每年为外国人签发的专利证在1200件以上，占专利总数的4%至5%。<sup>③</sup>

## 2. 科学技术的突破与广泛应用

第一次工业革命的兴起推动了英国国力的快速提升，而第二次工业革命最大的受益者则是美国。第一次工业革命是以蒸汽机的广泛使用为标志。在第二次工业革命中，以电力为核心的科技浪潮为美国经济的快速发展发挥了不可或缺的推动力。

1879年，托马斯·爱迪生（Thomas Edison）发明了可以大规模应用的电灯。之后，爱迪生又先后改进了包括发电机、馈电线和配电系统在内的照明系统。在

① 资中筠：《美国移民的前世今生》（上篇），<https://culture.caixin.com/2017-02-17/101056420.html>，载财新网，最后访问时间：2023年7月16日。

② 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），79～80页，北京，人民出版社，2001。

③ 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），80页，北京，人民出版社，2001。

此基础上，1882年9月，世界上第一座中心发电站在美国纽约建成。美国因此被誉为电力工业的故乡。<sup>①</sup>在电力传送问题上，由于交流电具备电压高、电力传送距离远的优点。爱迪生支持的直流电模式被尼古拉·特斯拉（Nikola Tesla）所推广的交流电模式所替代。自19世纪末起，美国各大主要城市建立了以交流电为核心技术的发电厂，交流电逐渐成为美国工业、商业及民用电的主要动力来源。<sup>②</sup>除此以外，在第二次工业革命期间，美国在电话、无线电通信技术、汽车制造技术上也取得了突飞猛进的发展，并将其应用于生产与生活，推动了整个社会的进步。

### 3. 工业化的深入发展

19世纪60年代，美国仍然是一个以农业为主要产业的国家。1884年，美国工业比重第一次在国民经济中超越了农业。<sup>③</sup>1860年，美国的工业总产值尚不及英国的一半。到了1894年，美国的工业总产值已超越英国。<sup>④</sup>到了1900年，美国的制成品出口量已经超过了初级产品的出口量。<sup>⑤</sup>以上数据直接反映了美国的工业化进程在当时处于高速发展的状态。

具体而言，美国的钢产量从1875年的不足40万吨上升至1900年的1000万吨。钢产量的提高刺激了机械制造业的发展，机械工业的投资从1879年的2.4亿美元增加至9.24亿美元。除此之外，美国的石油工业也得到了长足的发展，到1900年，美国的原油产量已接近1亿桶。<sup>⑥</sup>

钢铁业、机械制造业、石油工业的迅速发展是美国工业化进程的缩影。工业化进程的快速发展得益于美国充足的人力资源与自然资源、统一的国内市

① 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），81页，北京，人民出版社，2001。

② 参见裘伟廷：《特斯拉与爱迪生的“电流大战”》，载《世界文化》，2018（12）。

③ 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），84页，北京，人民出版社，2001。

④ 参见张准、林敏、周密：《中美两国经济崛起之比较——镀金时代的美国与改革开放30年来的中国》，载《生产力研究》，2009（22）。

⑤ 参见贺力平：《论十九世纪美国经济增长与贸易变化的关系——兼评美国经济的“殖民地性质”问题》，载《美国研究》，1988（3）。

⑥ 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），84～85页，北京，人民出版社，2001。

场、科技的创新与进步。<sup>①</sup>而随着工业化进程的加快，其为美国提供了大量的就业机会，推动了美国能源产业的发展，加快了美国的城镇化建设，促进了美国中西部地区的开发，更是推进了新技术在工业领域的广泛应用。美国在19世纪末的工业化进程大大推动了经济的整体进步，可以说是美国社会经济发展的动力和表现。同时，美国社会各领域的整体进步也为美国的工业化创造了条件。

#### 4. 交通业与通信业的重大变革

交通业和通信业的发展是美国经济在此阶段突飞猛进的又一大重要因素。交通业与通信业的重大变革对沟通美国国内市场发挥了不容忽视的积极作用。19世纪70年代之前，美国的铁路网主要分布在美国北部。广袤的中西部地区由于缺乏铁路运输，发展受到了严重制约。这一状况直到林肯担任美国总统后才得到改善。1862年，林肯签署了《太平洋铁路法案》（*Pacific Railroad Act*）用于推动美国铁路网的建设。在美国联邦政府的支持下，加利福尼亚中央太平洋铁路公司、西太平洋铁路公司及联合太平洋铁路联合修建了太平洋铁路（*Pacific Railroad*）。该条铁路的修建将美国东部的既有铁路网与美国中西部地区相连接，首次实现了以铁路的方式沟通美国东西海岸地区。因此，太平洋铁路也被称为“第一条横贯大陆铁路”（*First Transcontinental Railroad*）。太平洋铁路的修建加强了美国中西部地区与东部地区的经济联系与社会联系，这有利于美国国内市场的进一步开发与整合。

在邮政通信制度上，美国国会在1863年通过立法的方式在各城市内建立了城市免费投送制度（*Free City Delivery*）。<sup>②</sup>在该快递制度建立以前，美国民众在寄送信件时，邮局工作人员只负责将信件从寄件人的城市运输到收件人所在的城市，收件人则需要自行前往邮局或者支付额外费用雇请第三方帮助收件人获取信件。城市免费投送制度诞生之初的目的是帮助美国联邦政府的士兵与他们在后方的亲人、朋友以更快捷的方式互通信件。南北战争结束后，该项制度得以延续，并逐步扩展至广大农村地区。除此以外，全国性的电话体系、电报系统也在该阶段形

<sup>①</sup> 参见欧阳峤：《美国工业化道路及其经验借鉴——大国发展战略的视角》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》，2017（9）。

<sup>②</sup> 参见美国邮政署：《邮政历史》，载美国邮政署官网，<https://facts.usps.com/history/>，最后访问时间：2023年8月10日。

成并得到了发展。交通业和通信业的长足发展，对美国的国土开发、国内市场的互联互通发挥了关键作用。

## 5. 南北战争的结束为美国经济的发展创造了“合众为一”的大环境

持续4年之久的南北战争，以北方政府（美国联邦政府）一方的胜利告终。解放黑奴只是南北战争的副产品，内战对于确立联邦政府的权威，进而促进美国形成“合众为一”的国内环境具有重要意义。南北战争所带来的“合众为一”是多维度的，进而对美国经济的发展发挥了多方面的推动作用。<sup>①</sup>

首先，南北战争促使美国联邦政府以宪法的形式推动种族上的“合众为一”。林肯及其继任者通过宪法修正案的形式促进了美国黑人的解放，这为美国经济发展提供了充沛的劳动力资源。此外，宪法上的“合众为一”有利于美国各族群之间的和解与融合，这为美国的经济的发展创造了良好的社会环境。

在南北战争期间及其结束后的数年内，美国国会先后制定了宪法第十三修正案、第十四修正案和第十五修正案，以上三项修正案又被称为“重建修正案”。第十三修正案在宪法层面彻底废除了奴隶制度，实现了黑人在美国的人身大解放。第十四修正案赋予了美国各色人种得到平等保护的权利，推翻了臭名昭著的德雷德·斯科特诉桑福德案（*Dred Scott v. Sandford*），并为美国联邦政府在今后对有色人种公民实施平等保护、打击种族歧视创造了制度空间。<sup>②</sup>第十五修正案则赋予了美国黑人男性投票权，有利于促进美国黑人男性实现政治平等。<sup>③</sup>时至今日，黑人族群仍然在美国社会遭受不同程度的不公正待遇，但不容否认的是上述三项宪法修正案的颁布与实施为美国的种族融合奠定了宪政基础。

其次，南北战争及其之后的重建工作推动了美国国内经济的“合众为一”。

<sup>①</sup> 参见李欧：《内战让美利坚“合众为一”》，载《看世界》，2019（15）。

<sup>②</sup> 黑人奴隶德雷德·斯科特曾随奴隶主到过伊利诺伊州和威斯康星地区居住，这两个地区禁止蓄奴。之后，其回到蓄奴州密苏里州。在奴隶主去世之后，斯科特提起诉讼要求获得人身自由，案件在密苏里州最高法院和联邦法院被驳回后，斯科特上诉到美国联邦最高法院。美国联邦最高法院认为斯科特作为黑人不是美国宪法中所指的公民，无权在美国联邦法院提起诉讼。See *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

<sup>③</sup> 1870年颁布的美国宪法第十五修正案，确认了非裔美国男性的投票权，并非表示该法案对黑人女性予以针对性的歧视。在美国，无论是有色人种女性还是白人女性，在投票权上皆受到了长期的、持续性的且不分种族的歧视性待遇。直到美国宪法第十九修正案通过，也即1920年，美国女性才获得了平等的投票权。

在南北战争爆发之前，南方农场主的棉花经济与北方的工业化生产之间产生了不可调和的矛盾，双方在黑人奴隶的存废、关税的调整等问题上存在严重分歧。不可弥合的经济矛盾产生了政治矛盾，最终引发了南北战争。在战争结束之后，美国联邦政府通过了南方重建计划，对南方社会予以重建和改造。虽然史学界对重建计划褒贬不一，但是在南北战争之后，随着南方重建工作的展开，铁路与工业的大部分资本来自北方，南方各州在经济上对北方市场的依赖度大大提高。<sup>①</sup> 美国南北双方在经济上的联系得到了加强，为美国经济的发展创造了“合众为一”的国内市场。

最后，南北战争促进了美国社会在国家认同上的“合众为一”。在南北战争爆发前夕，南方各州以宪法中的州权（States' Rights）为依据，主张加强州政府对本州事务的管理权，反对联邦政府对州内事务过度干预。<sup>②</sup> 虽然从美国宪法角度出发，州权理论并非毫无根据，但州权理论在当时的确助长了美国南北地区的分离与对立，不利于国家治理上的协同统一。<sup>③</sup> 南北战争最终以联邦政府的胜利结束，这使得州权理论用于分裂美国的实践走向破产。自此之后，美国社会在国家认同上走向了“合众为一”的道路。

据统计，以 1880 年为分水岭，即南北战争结束后的 15 年，在美国各类公开出版物中，“The United States is/has”的使用频率逐渐超过“The United States are/have”。20 世纪之后，二者之间的差距更为显著。<sup>④</sup> 虽然这只是文字上的细

<sup>①</sup> 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），75～76 页，北京，人民出版社，2001。

<sup>②</sup> 州权理论在美国宪法中的主要依据是美国宪法第九修正案与第十修正案。第九修正案强调公民拥有的权利不仅限于宪法中列举的权利，这也是对美国联邦政府一种制约；第十修正案明确规定，没有授予给美国联邦政府的权利由各州政府或者人民享有。参见历史网：州权与内战，载历史网，<https://www.historynet.com/states-rights-civil-war>，最后访问时间：2021 年 8 月 11 日；郭春镇：《从“限制权力”到“未列举权利”——时代变迁中的〈美国联邦宪法第九修正案〉》，载《环球法律评论》，2010（2）。

<sup>③</sup> 州权理论者的支持者认为，在美国建国之前，最初形成美国的十三殖民地之间处于平等且独立的政治关系。各殖民地以自愿联合的方式形成了最初的美。在州权理论视阈下，十三殖民地既然拥有形成一个新的国家的自由与权利，也当然具有退出该国之自由与权利。参见美国战场信托：《州权》，载美国战场信托官网，<https://www.battlefields.org/learn/articles/states-rights>，最后访问时间：2023 年 10 月 3 日。

<sup>④</sup> 参见罗比·冈萨雷斯：《“美国”何时成为了单数名词？》，载 Gizmodo 科技资讯网，<https://gizmodo.com/when-did-the-united-states-become-a-singular-noun-949771685>，最后访问时间：2023 年 10 月 5 日。

微差别，但它反映出南北战争对巩固美国民众的国家认同发挥了深远的促进作用。“合众为一”的国家理念逐渐为美国社会所认可，这为美国经济的发展营造了稳定的社会环境。

## （二）高速成长的美国经济推动了垄断组织的诞生，社会财富逐步集中在垄断组织手中

19世纪中后期，美国经济的高速发展推动美国经济由自由资本主义向垄断资本主义转化。垄断资本主义的一大表现为生产要素高度集中于少数企业手中。资本、技术、市场的高度集中并非天然形成的，而是通过企业间的联合实现的。生产力的高度发展，使得企业间的竞争愈发激烈。早在100多年前，美国政府已经意识到，企业间你死我活的“过度竞争”（Excessive Competition）是企业走向联合并最终形成垄断组织的重要动因。<sup>①</sup>

例如，由于企业间激烈的价格战，从芝加哥到纽约每车皮的标准运费从一开始的110美元降低至5美元，甚至出现了1美元的报价。<sup>②</sup>激烈的价格战使得部分中小经营者走向破产，市场中经营者的数量大幅度减少，市场集中度也随之增加，这为垄断组织的诞生创造了市场结构条件。挺过价格战的大型企业为了避免过度竞争造成同归于尽的结果，采用各种联合经营的方式形成巨型商业组织，将市场、资本、技术、销售渠道集聚于一身，垄断组织逐渐在此时期成型。以垄断组织资本集中程度和生产集中程度为标准，由低到高，依次为简易联合（Simple Combination）、普尔（Pool）、托拉斯（Trust）。

### 1. 简易联合

所谓“简易联合”，指的是参与简易联合的经营者通过合同的形式实行联合经营，以达到共同控制价格、产出、市场范围的目的。参与简易联合组织的经营者仍然保持自身作为独立经营者的主体性，对外以自身的名义独立销售、独立承担责任。简易联合在实质上与反垄断法中的横向垄断协议无异。<sup>③</sup>也因此，困扰

<sup>①</sup> New York (State) Legislature Senate, Report of Committee on General Laws Relative to Combinations Commonly Known as Trusts, Troy Press Company, 1889, p. 6.

<sup>②</sup> 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），82页，北京，人民出版社，2001。

<sup>③</sup> See Wayne Collins, “Trusts and the Origins of Antitrust Legislation”, *Fordham Law Review*, 81 (2013), 2279.

横向垄断协议的欺骗（Cheating）问题，简易联合组织同样也深受其扰。

所谓“欺骗问题”，指的是参与简易联合组织的经营者，暗地里不遵守简易联合组织在价格、产出、市场划分等问题上的约定。在其他参与简易联合的经营者遵守内部约定的情况下，实施欺骗行为的经营者暗地里进行增加产量、降低产品价格、抢夺其他参与者的客户等不符合内部约定的行为。经营者参加简易联合组织的目的是攫取在竞争环境中无法获得的利润。然而，如果经营者在简易联合组织中实施欺骗行为可以获得更多利润时，其必将拥有极强的动力实施内部欺骗行为，即使内部欺骗行为将不利于整个简易联合组织的运营。

有学者以格劳孔（Glaucón）基于隐形戒指之问对内部欺骗问题产生的根本原因作出解释。根据格劳孔的假设，持有隐形戒指之人为非作歹将不会被其他人发现。此时，持有隐形戒指之人是否会起作恶之心？或是依然保持公平正义的行为？在隐形戒指之问中，格劳孔的核心观点是贪婪是人性中的一部分。因此，人只有在受到外部力量的强制监督时才会避免作恶。将该假说适用于简易联合之中，我们可以发现，在缺乏监督的前提下，欺骗行为的隐蔽性极强，经营者正如佩戴“隐形戒指”一般将肆无忌惮地实施欺骗行为。<sup>①</sup>由于欺骗行为的存在，使得简易联合这种垄断组织变得极为不稳定。因此，此种类型的垄断组织很快被之后出现的普尔组织和托拉斯组织所代替。

## 2. 普尔

由于参加简易联合组织的经营者之间具有较强的独立性和自主性，导致欺骗行为在简易联合组织中时常出现。为了加强对内部成员的监督，增强垄断组织的稳定性，降低内部欺骗行为发生的概率，普尔组织应运而生。与简易联合组织类似的是，参与普尔组织的经营者仍是独立自主的个体。但与简易联合不同的是，某些资源（如利润、成员所生产的产品等）先被集中于普尔组织，再由普尔组织分配给内部成员，以此达到监督与控制内部成员的目的，进而增强普尔组织的稳定性。

普尔这一类型的垄断组织最初为铁路公司所采用，被用于控制运输价格。之

---

<sup>①</sup> See Markus Eigruher, and Franz Wirl, “Cheating as a dynamic marketing strategy in monopoly, cartel and duopoly”, *Central European Journal of Operations Research*, 28(2020), 461.

后，黄铜业、制盐业、制绳业、煤炭业、酿酒业先后成立了普尔组织。<sup>①</sup> 其中，最具有影响力的普尔组织是密歇根盐业协会（Michigan Salt Association）。加入该协会的食盐生产商必须将所生产的盐产品出售给该协会，由该协会负责盐产品的销售和利润分配。<sup>②</sup>

尽管通过控制产品销售和集中分配利润等方法可以在一定程度上减少内部欺骗行为，但是成员间的独立性依然非常强烈，这导致一些成员暗中增加产量或绕过普尔组织进行私下交易的现象仍然存在。换言之，普尔组织对成员的内部管控并不能完全有效地解决内部欺骗问题。除了内部欺骗问题外，美国在 1887 年通过了《州际商业法案》（*Interstate Commerce Act*），该法案将铁路普尔组织认定为非法组织。这两大因素共同导致了大公司逐渐放弃使用普尔组织实施垄断行为。<sup>③</sup>

### 3. 托拉斯

由于普尔、简易联合在适用过程中存在固有的缺陷，美国的经营者转而使用一种可以更加有效控制内部成员的组织形式——“信托”（Trust）。根据其音译，信托又被称为“托拉斯”。

信托制度脱胎于 13 世纪英国法中的“用益”制度。受英国的衡平法、《用益法令》（*The Statute of Uses*）和《遗嘱法令》（*The Statute of wills*）的影响，信托制度的相关规则逐渐形成。<sup>④</sup> 在一项信托中，“受托人（Trustee）基于委托人的（Trustor）的信任，以名义所有人（Nominal Owner）身份，就委托人授予的财产为受益人（Beneficiary）的利益进行管理和处分”。<sup>⑤</sup>

在 19 世纪后期，这种源于英国的古老制度成为美国企业垄断市场的组织载体。在当时的美国，最具有代表性的托拉斯组织是由标准石油公司（Standard Oil

① 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），96 页，北京，人民出版社，2001。

② See Wayne Collins, “Trusts and the Origins of Antitrust Legislation”, *Fordham Law Review*, 81 (2013), 2279.

③ 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），97 页，北京，人民出版社，2001。

④ 参见夏小雄：《信托法的历史起源和制度变迁——以英国信托法的发展为中心》，载《云南大学学报》（法学版），2014（6）。

⑤ 薛波主编：《元照英美法词典》，1360 页，北京，北京大学出版社，2013。

Company) 在 1882 年建立的。<sup>①</sup>

如图 1 所示, 来自俄亥俄州、纽约州、新泽西州、宾夕法尼亚州从事石油产业经营的投资人, 将个人资产投入该公司。而作为回报, 投资人获得了标准石油公司的股票。之后, 投资人将所获得的股票的所有权, 以信托的形式转移给由 9 名成员组成的受托人理事会 (Board of Trustee)。在该信托组织中, 投资人既是委托人, 同时也是受益人。基于信托关系, 受托人理事会成为上述股票在法律上的所有权人, 以此获得了标准石油公司的经营权, 而投资人则凭借受托人颁发的标准石油公司的信托凭证 (Standard Oil Trust Certificate) 享受标准石油公司的分红。<sup>②</sup>

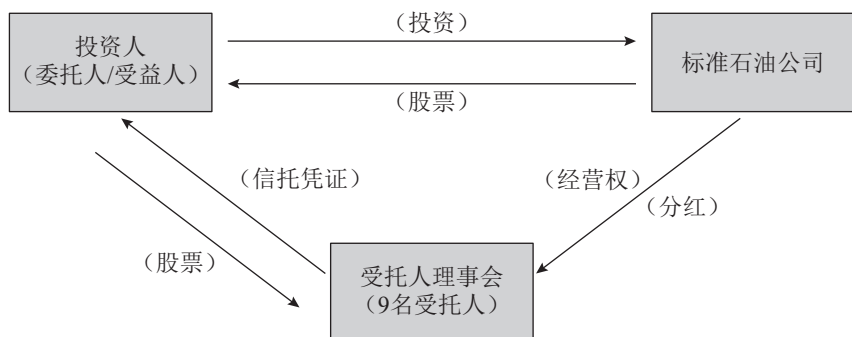


图 1 标准石油托拉斯组织结构图

在商业层面, 托拉斯组织将参加该组织的经营者、投资人紧密地联系在一起, 内部欺骗行为从根本上得到了杜绝, 有力地统合了生产与销售。在法律层面, 由于托拉斯并非公司, 经营者可以通过托拉斯的组织形式, 规避美国各州公司法对公司持股的限制。由于托拉斯组织在统合生产销售和规避法律风险上具有双重优势, 托拉斯这一类型的垄断组织逐渐受到了企业的青睐。19 世纪 80 年代, 棉籽油 (1884 年)、亚麻籽 (1885 年)、食糖 (1887 年) 等各行业均出现了托拉斯组织。<sup>③</sup> 托拉斯组织是资本积累和生产力高度发展的产物, 被视为垄断资本主义

① 标准石油公司建立的托拉斯组织在 1882 年正式开始经营, 但在 1879 年, 托拉斯协议已达成。因此, 本书将 1882 年作为标准石油托拉斯组织的成立时间。

② See Wayne Collins, “Trusts and the Origins of Antitrust Legislation”, *Fordham Law Review*, 81 (2012), 2279.

③ 参见李胜利: 《美国联邦反托拉斯法百年: 历史经验与世界性影响》, 7 页, 北京, 法律出版社, 2015。

经济的最高表现。<sup>①</sup>

（三）深陷困境的工农阶级掀起了反对垄断资本主义的抵抗运动，进一步激化了美国社会的内部冲突

以托拉斯组织为载体，垄断资本主义的快速发展，将社会财富集聚于少数大资本家手中，贫富差距被进一步拉大。经济上取得优势地位的大资本家们，其野心并不仅限于经济领域。他们将触角伸向美国政府，对各级政府施加了巨大的影响力，进而推动美国政府制定对其有利的法律法规。

例如，美国著名实业家马克·汉纳（Mark Hanna）是第25任美国总统威廉·麦金莱（William McKinley）的支持者。在麦金莱竞选美国总统的过程中，马克·汉纳为其筹措了大量的选举经费。在马克·汉纳的支持下，麦金莱取得了总统大选的胜利，马克·汉纳也因此有了“总统制造者”的称号。在麦金莱当选美国总统之后，马克·汉纳如愿以偿地当选了美国国会参议员。<sup>②</sup>与美国联邦政府权钱交易频发的情况类似，当时的各州政府也是权力寻租的重灾区。例如，19世纪60年代，在伊利铁路（Erie Railroad）争夺战中，被称为“强盗贵族”的杰·古尔德为战胜美国交通业巨头康内留斯·范德比尔特（Cornelius Vanderbilt），不惜重金贿赂纽约州议员。<sup>③</sup>

大资本家与美国政治精英的勾结为美国的垄断资本主义压迫工农阶级大开方便之门，美国工农阶级在19世纪后期陷入了更为艰难的处境。1873年，美国爆发了严重的经济危机。此次经济危机发生在垄断资本主义逐渐兴起的阶段，大机器生产已取得优势地位，其规模和程度以及持续时间都是空前的。大量的银行和工厂破产。此次经济危机持续了5年之久，在此期间发生了约4.7万起破产案件。在城市中，资本家为了转嫁损失，通过解雇工人和降低工人工资的方式压缩运营成本以达到维持企业利润的目的。1874年，美国纽约约有4万名无家可归的失业工人。到了1875年，美国纺织工人的工资下降了45%，铁路工人的工资下降

① 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），98页，北京，人民出版社，2001。

② 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），215页，北京，人民出版社，2001。

③ 参见亚当·伯恩斯坦：《伊利之战》，载美国铁路网，<https://www.american-rails.com/erwr.html>，最后访问时间：2023年11月11日。

了30%~40%。<sup>①</sup>

在乡村中，美国农民的处境也同样艰难。当时的美国农民通过向银行贷款的方式扩大生产规模。他们本以为农产品的价格将会提高，计划将所收获的农产品销售后，可以用来还清贷款、支付运费。然而，铁路垄断组织和银行垄断组织却借机向农民索取高价，加上农产品价格不涨反跌，使得许多农民无法清偿债务，房屋和土地被用于抵债，最终沦为佃农。<sup>②</sup>

面对日趋严峻的处境，美国的工人与农民展开了各式各样的反抗运动。在城市，美国工人展开了一系列罢工活动。例如，在1886年，为争取8小时工作制爆发了芝加哥大罢工。<sup>③</sup>此外，美国工人还成立了劳动骑士团（Knights of Labor）、美国劳工联合会等工人组织，为工人运动的推进奠定了组织基础。在乡村，深受剥削的美国农民展开了绿背币运动（Greenback Campaign）、格兰其运动（Grange Movement）等一系列反抗垄断资本主义的抵抗运动。在此基础上，当时的美国农民阶级组建了代表农民利益的绿背党（Greenback Party）、人民党（People's Party）等政治组织，参与了多项选举活动。<sup>④</sup>譬如，绿背党提名了彼得·库普（Peter Coope）代表绿背党参加1876年的美国总统大选。

虽然由于多重因素的制约，美国工农阶级的反抗运动未能达到预期的目标。然而，针对垄断资本主义日趋激烈的抵抗运动加剧了美国国内的阶级矛盾，这使得美国的政治精英意识到必须采取必要的手段缓和垄断企业与工农阶级之间的激烈矛盾。

（四）对古典自由主义经济理论加以批判的社会思潮逐渐兴起，为《谢尔曼法》的诞生提供了舆论支持与理论武器

古典自由主义（Classical Liberalism）认为人的权利，如生命、自由、财产或追求幸福，是与生俱来的，而非政府立法赋予的。<sup>⑤</sup>在经济政策上，古典自由主义最具代表性的观点是由亚当·斯密提出的“无形之手”（Invisible Hands）。

① 参见张友伦、陆镜生：《美国工人运动史》，297~298页，天津，天津人民出版社，1993。

② 参见徐良：《美国“新左派”史学研究》，99页，北京，中国社会科学出版社，2014。

③ 参见张友伦、陆镜生：《美国工人运动史》，334~340页，天津，天津人民出版社，1993。

④ 参见徐良：《美国“新左派”史学研究》，100页，北京，中国社会科学出版社，2014。

⑤ 参见李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年：历史经验与世界性影响》，16页，北京，法律出版社，2015。

亚当·斯密在其代表作《国富论》中将市场机制喻为“看不见的手”，企业为了自身利益的最大化而参与市场竞争，而市场机制这只“看不见的手”的调节，最终实现社会资源在整体上的优化配置。<sup>①</sup> 古典自由主义的经济理论着眼于市场机制在资源配置中的主导作用，推崇自由放任的商贸活动，政府在经济运行中扮演“守夜人”的角色即可，即政府只应当在必要的时候对经济活动采取干预措施。

古典自由主义理论对法国大革命和美国独立战争皆起到了推动作用。然而，当欧美国家进入垄断资本主义阶段，古典自由主义所推崇的自由放任的经济政策逐渐带来了诸多负面影响。19世纪后期，赫伯特·斯宾塞（Herbert Spencer）倡导的社会达尔文主义（Social Darwinism）逐渐抬头。有学者认为，社会达尔文主义的核心观点是，穷人是生存竞争中的“不适者”，不应予以帮助。在生存竞争中，财富是成功的标志。<sup>②</sup>

在社会达尔文主义与古典自由主义相结合的思潮下，自由放任的经济政策使得垄断组织可以肆无忌惮地霸凌中小企业、农民与工人。他们在经济上和政治上处于被剥削的弱势地位，这在当时的美国是极为普遍的现象。美国当时的政治精英甚至垄断资本主义的压迫以“优胜劣汰”的名义合理化。譬如，第22任、第24任美国总统格罗弗·克利夫兰（Grover Cleveland）将美国工人阶级的艰难处境归咎于他们自身的懒惰，完全无视垄断资本家对美国工人阶级的严酷剥削。当时的美国法院也更倾向于保护大企业的利益，忽视美国工人的合理诉求。发生罢工时，美国法院常以维护合同自由、财产权为借口颁布罢工禁令。当工人不遵守

---

① 参见[英]亚当·斯密：《国富论》（下），郭大力、王亚南译，24页，南京，译林出版社，2011。

② 对斯宾塞及其理论的评价是有分歧的。有学者认为，以斯宾塞为代表的社会达尔文主义者用“生存竞争”和“优胜劣汰”来解释资本主义经济中弱肉强食的现象，其为欧美资本主义国家走向垄断资本主义提供了理论支持。也有学者认为，赤裸裸的社会达尔文主义，并非达尔文的本意，也不是斯宾塞的初衷。狂热的社会达尔文主义思想主要来自于日本的加藤弘之。加藤弘之原是天赋人权理论的支持者，但在接触了达尔文和伯伦知理的理论之后，他的思想发生了大的转变，成为强权论的积极鼓吹者。此外，还有学者认为，斯宾塞的观点并非完全基于利己的立场。相反，斯宾塞主张将利己主义与利他主义相统一。尽管斯宾塞反对政府提供强制性的福利措施，但他也鼓励人们之间的自愿互助。斯宾塞认为，人们自愿帮助处于困顿、残疾、贫穷的弱势群体是文明的体现。参见李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年：历史经验与世界性影响》，17～18页，北京，法律出版社，2015；许纪霖：《现代性的歧路：清末民初的社会达尔文主义思潮》，载《史学月刊》，2010（2）；舒远招：《我们怎样误解了斯宾塞》，载《湖湘论坛》，2007（2）。

禁令时，法院便授权政府对罢工运动予以武力镇压。<sup>①</sup>

面对垄断资本主义的政治压迫和经济压迫，对古典自由主义和社会达尔文主义进行理论批判成为反抗压迫的突破口。其中的代表人物有亨利·乔治（Henry George）、爱德华·贝拉米（Edward Bellamy）、亨利·劳埃德（Henry Lloyd）和爱德华·凯洛格（Edward Kellogg）。

亨利·乔治在1879年出版的《进步与贫困》（*Progress and Poverty*）一书中讨论了土地私有化加剧贫富差距的现象及成因。亨利·乔治认为，在土地私有制度的前提下，地主仅凭对土地的所有权，无需进行其他劳动，便可以榨取其他劳动者通过劳动所创造的价值，这是非正义的。为了社会的整体进步，亨利·乔治建议在尊重地主在土地上的个人财产和设施的前提下，将土地收归全体人民共有，土地生产经营所产生的增值由全体人民共享。<sup>②</sup>

爱德华·贝拉米在1888年出版的具有乌托邦色彩的小说《回顾》（*Looking Backward*，又译为《百年一觉》）中指出，每个人都拥有对劳动产品和公共所得主张平等分配的权利。为了实现该目标，贝拉米提出建立一个由国家统筹生产与分配的组织，这样可以避免私人企业互相竞争带来的资源浪费，有利于节省人力、物力、财力。贝拉米认为，在国家统筹生产与分配的制度下，生产力将会大大提高，所产出的产品也会比资本主义私有制更为丰富。<sup>③</sup>

亨利·劳埃德于1881年在《大西洋月刊》（*The Atlantic Monthly*）中发表了《大垄断的故事》（*The Story of a Great Monopoly*）。在这篇报道中，亨利·劳埃德揭露了标准石油公司如何垄断石油产业的细节，并呼吁美国政府加强立法以应对垄断资本主义带来的社会问题。<sup>④</sup>

爱德华·凯洛格在1857年去世。尽管他并未亲历美国垄断资本主义达到高潮的历史阶段，但他的代表作《劳动和其他资本》（*Labor and Other Capital*）对

① 参见王生团：《社会达尔文主义视域下的美国劳工问题》，载《北京社会科学》，2017（10）。

② 参见[美]亨利·乔治：《进步与贫困》，吴良健、王翼龙译，299～329页，北京，商务印书馆，2017。

③ 参见米琴：《〈回顾〉：国家社会主义理想国》，载财新网，<https://culture.caixin.com/2015-07-24/100832664.html>，最后访问时间：2023年10月6日。

④ 参见亨利·劳埃德：《大垄断的故事》，载明尼苏达大学法学院图书馆官网，[http://moses.law.umn.edu/darrow/documents/Lloyd\\_Story\\_great\\_monopoly\\_Opt.pdf](http://moses.law.umn.edu/darrow/documents/Lloyd_Story_great_monopoly_Opt.pdf)，最后访问时间：2023年10月6日。

于 19 世纪后期兴起的绿背币运动等反对垄断资本主义的社会运动提供了理论支撑。凯洛格认为，货币的价值并不取决于制造它的材料或是它的数量，而是取决于法律的力量。法律赋予了货币代表劳动或者劳动者价值的力量。基于此种观点，凯洛格认为，当时的美国法律使得银行资本家可以通过高利率加上自行发行货币的方式剥削普通民众。这种不合理的金融法律是造成大规模贫困的主要原因。为了解决该问题，凯洛格建议美国政府应当建立国家安全基金委员会，统一利率和货币发行。<sup>①</sup>

以上四人的批判视角虽有不同，但是他们的核心观点存在相近之处，即主张政府应当加大对市场的干预力度，修正自由放任的经济政策，防止美国经济为少数企业所控制，这与之后出台的《谢尔曼法》的立法宗旨相契合。因此，可以这样说，亨利·乔治等四人的批判理论在一定程度上为《谢尔曼法》的出台创造了有利的舆论环境，提供了理论支撑。

### （五）当时的美国普通法无力应对垄断问题

在《谢尔曼法》实施之前，美国试图以普通法规制日趋严重的垄断问题，但是这一尝试并未取得良好的效果。普通法无法有效规制垄断问题的原因主要有以下四点。

第一，当时的美国普通法只能规制垄断行为的载体，即经营者达成的限制竞争或贸易的协议，无法对垄断行为的实施主体予以规制。针对垄断行为，当时的美国法院采用的法律救济措施是认定限制竞争的协议无效或者拒绝强制执行此类协议。<sup>②</sup> 具体而言，美国普通法借鉴了英国普通法的经验，将限制竞争的协议分为一般限制性协议（General Restraint）和部分限制性协议（Partial Restraint）两大类。所谓“一般限制性协议”，指的是通过达成此类协议的方式禁止协议承诺人（Covenantor）在任何时间、任何地点参与竞争。由于一般限制性协议对商业或贸易具有极强的限制效果，法院通常判决其无效或不予执行。所谓“部分限制性协议”，指的是协议承诺人仍然具有参与市场竞争的机会，只不过这种机会在

<sup>①</sup> 参见张友伦、陆镜生：《美国工人运动史》，277～280页，天津，天津人民出版社，1993。

<sup>②</sup> 参见李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年：历史经验与世界性影响》，13页，北京，法律出版社，2015。

时间上或地域上受到一定程度的限制。部分限制性协议的效力通常会被法院推定为无效,但如果寻求执行限制协议的一方能够证明限制协议是基于合理的目的时,对部分限制性协议的无效推定将被推翻。法院可以通过受限的范围、公共利益、协议的商业目的等角度考察合理性的存在与否。<sup>①</sup>美国法院采取宣告垄断协议无效或者不予强制执行协议的方式可以阻止垄断协议的实施,但对于达成垄断协议的主体却无能为力。在《谢尔曼法》颁布以后,不仅限制商业或贸易的垄断协议属于非法协议,且达成、实施垄断协议的经营者也需要承担相应的法律责任。个人责任的落实有利于增强法律的威慑力,这对于遏制垄断协议的产生具有极为重要的作用。

第二,美国各州法院的司法判决存在地区差异性导致当时的美国普通法对垄断行为的规制效果大打折扣。美国是联邦制国家,各州法院之间并无隶属关系,一州法院的判决对其他州的法院而言,仅具有参考价值,而无强制拘束力。以公共政策为根据,各州法院通常会判决限制商业或贸易的协议无效或者不予执行此类协议。但在具体实践中,何为普遍限制、何为部分限制、何为合理限制、何为不合理限制,各州法院对于法律的解读时常存在差异。各州法院之间的分歧导致同一类型的协议被一州法院视为普遍限制,却被另一州法院认定为部分限制。例如,一方经营者承诺不在约定的地域范围内与另一方经营者展开商业竞争。对于此类地域限制协议,有些州法院将其视为一般型限制协议并判决此类协议因违反公共政策而无效。<sup>②</sup>有些州法院则认为应当对此类地域限制协议的合理性做进一步考察。<sup>③</sup>

第三,当时的美国普通法对垄断行为的规制是基于合同关系展开的,无法给予协议以外的第三方(如消费者)参与诉讼、维护自身合法权益的权利。如前文所述,美国法院将限制商业或贸易的协议宣告无效或者不予强制执行,此类救济措施是根据合同关系展开的。基于合同的相对性,案件的当事人是合同的当事人及其权利继受者。除此以外的第三方往往无权参与诉讼。仅仅宣告协议无效或不予执行无法弥补私人第三方因垄断行为所遭受的经济损失。与当时的美国普通法

<sup>①</sup> See Wayne Collins, "Trusts and the Origins of Antitrust Legislation", *Fordham Law Review*, 81 (2013), 2279.

<sup>②</sup> See *More v. Bonnet*, 40 Cal. 251 (Cal. 1870).

<sup>③</sup> See *Morse Twist Drill & Machine Co. v. Morse*, 103 Mass. 73 (1869).

不同,《谢尔曼法》赋予了所有受垄断行为侵害的受害者以诉权,并允许受害者主张三倍赔偿。<sup>①</sup>

第四,美国普通法对垄断行为的规制具有滞后性,无法对垄断行为展开及时的法律规制。美国普通法对垄断协议的规制主要是为了阻止协议进一步实施。与之相比,《谢尔曼法》可以对垄断协议进行更为及时的法律规制。申言之,根据《谢尔曼法》第一条的规定,不仅实施垄断协议属于违法行为,而且共谋(Conspiracy)达成垄断协议同样属于违法行为。<sup>②</sup>即便共谋者(Conspirator)在之后并未实施共谋中所约定的垄断行为,他们仍必须对共谋行为单独承担法律责任。就广义上的预防功能而言,对尚未实施的垄断协议共谋者予以法律制裁,有利于增强美国反垄断法对垄断行为的预防功能。

#### (六) 州一级反垄断法的出台为《谢尔曼法》的诞生提供了借鉴

美国国会于1890年7月2日通过了《谢尔曼法》。在此之前,已有艾奥瓦州等13个州制定了本州的反垄断法(见图2)。其中,艾奥瓦州于1888年4月16日颁布了该州的反垄断法,它是美国第一部反垄断法,也是世界上第一部反垄断法。<sup>③</sup>

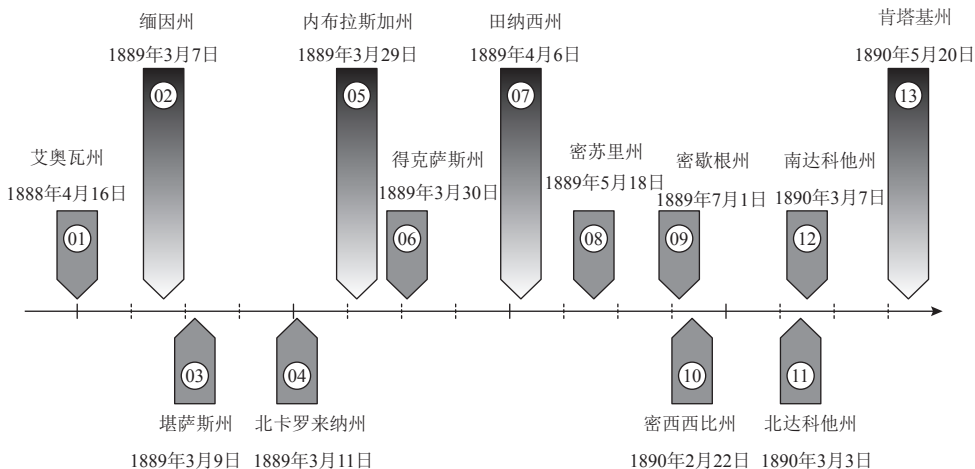


图2 前《谢尔曼法》时代,美国各州反垄断法颁布时间表

① See 15 U.S.C. § 15.

② See 15 U.S.C. § 1.

③ See Wayne Collins, "Trusts and the Origins of Antitrust Legislation", *Fordham Law Review*, 81 (2013), 2279.

以上 13 个州的反垄断法为《谢尔曼法》的制定提供了重要的参考价值，具体表现在以下四个方面。

第一，对垄断行为予以类型化的规制，有利于反垄断规则的实施与遵守。如前文所述，当时的美国普通法将限制贸易或商业的协议分为一般限制性协议和部分限制性协议两大类。法官需要辨别涉案的协议究竟属于二者中的哪一类。在部分限制性协议的案件中，法官还需要进一步考察协议的合理性问题。对于以上问题的判断，极大地依靠法官的自由裁量权。此外，由于各州法官对以上问题的解读存在差异，有时会出现同案不同判的现象。

与充满模糊性的普通法规则不同，上述 13 个州反垄断法对垄断行为予以了较为清晰的分类，实行了类型化的法律规制。以 1889 年的北卡罗来纳州反垄断法为例，其第二条至第五条对垄断行为进行了分类，并对每一种垄断行为的定义、法律责任作出了较为详细的规定。<sup>①</sup>

对垄断行为予以类型化的反垄断规制，增加了州反垄断法在适用上的确定性，并对法官的自由裁量权起到了适度的约束作用和指引作用。对于社会公众而言，更为明晰的反垄断条款为公众遵守反垄断法和利用反垄断法维护自身合法权益提供了便利与引导。《谢尔曼法》对此项立法经验予以吸收，对垄断协议和非法垄断市场行为等垄断行为制定了专门的条款予以规制。

第二，以刑事处罚机制规制垄断行为，有利于提高美国反垄断法的威慑力。在普通法中，实施垄断行为的违法成本至多是协议被法院宣告无效。垄断协议的组织者、实施者并不会因此承担巨大的违法成本。艾奥瓦州等 13 个州在本州的反垄断法中设置了以自由刑为核心的刑事责任制度，这一规则显著增强了这 13 个州反垄断法的威慑力。艾奥瓦州等 13 个州在本州反垄断法中设置刑事处罚的经验为之后的《谢尔曼法》所吸收。美国国会在《谢尔曼法》中设置了刑事责任条款用于规制垄断协议、非法垄断市场行为等垄断行为。针对垄断行为设置自由刑是《谢尔曼法》保持充足威慑力的前置条件之一，是美国反垄断法立法亮点之一。

第三，赋予受垄断行为侵害的私人主体发起反垄断民事诉讼的权利，弥补了

<sup>①</sup> See Act of March 11, 1889, ch. 374, 1889 N.C. Sess. Laws 372.

普通法无法给予私人第三方充分救济的缺陷。如前文所述，美国普通法对垄断行为的规制是基于合同关系展开的，通过将承载垄断行为的协议宣告无效的方式，达到制约垄断行为的目的。然而，对于因垄断行为受到经济损失的第三方（例如消费者），仅仅宣告协议无效对于弥补其损失并无实质帮助。举例来说，如果两家汽油销售商达成的提高汽油零售价格的横向垄断协议被宣告无效，消费者在普通法的范畴之内，无权要求汽油销售商退还多支付的购油款项。

由于普通法存在无法保护私人第三方合法权益的缺陷，美国内布拉斯州和堪萨斯州在它们的州反垄断法中赋予了所有因垄断行为受损的私人主体获得民事赔偿的诉权。美国内布拉斯州和堪萨斯州的反垄断法打破了合同相对性对于私人第三方的桎梏。<sup>①</sup>其中，内布拉斯州的反垄断法不仅允许私人主体提出赔偿损失的请求，而且允许私人主体向垄断行为参与者主张因发起反垄断民事诉讼而产生的律师费。<sup>②</sup>此项规则起到了鼓励私人原告积极发起反垄断诉讼的作用，这有利于缓解私人原告无力承担维权成本的困境。上述立法经验为之后的《谢尔曼法》第七条所吸收，成为《谢尔曼法》的又一立法亮点。<sup>③</sup>

第四，赋予州检察长代表州政府起诉垄断行为实施者的权力，构建以公力诉讼为核心的反垄断公力实施机制（Public Enforcement）。上述13个州中的大部分州在本州反垄断法中赋予了州检察长代表州政府起诉垄断行为人的权能。部分州甚至制定了奖励措施以实现激励州检察长调查、起诉垄断行为的目的。例如，密苏里州将反垄断罚金中的四分之一至三分之一设定为州检察长的奖金。<sup>④</sup>

垄断行为不仅对私人主体的合法权益产生了负面影响，还会对公共利益造成损失。通过引入公力实施机制，有利于保障消费者福利、经济民主等公共利益。当垄断行为的实施者是巨头企业时，可能因财力、人力或社会影响力的不足，受到侵害的私人主体难以胜诉。州检察长代表州政府发起公诉，能够在很大程度上保证反垄断诉讼是在原被告双方力量均衡的情况下展开的。《谢尔曼法》吸收了

---

① See Wayne Collins, "Trusts and the Origins of Antitrust Legislation", *Fordham Law Review*, 81 (2013), 2279.

② See Act of March 29, 1889, ch. 69, 1889 Neb. Laws 516.

③ See 15 U.S.C. § 15.

④ See Act of May 18, 1889, 1889 Mo. Laws 96.

州反垄断法引入公力实施机制的立法经验，通过授权美国司法部代表联邦政府起诉垄断行为实施者，初步建立了美国联邦政府的反垄断公力实施机制。<sup>①</sup>

## 二、《谢尔曼法》的初期实施情况：从碌碌无为到逐渐奋起

### （一）《谢尔曼法》碌碌无为的前十年

本是被民众寄予厚望用于规制垄断问题、维护公共福利的《谢尔曼法》，在其诞生后的第一个十年间，并没有发挥其所应有的作用。《谢尔曼法》在该阶段更多地被用于限制工会、打击罢工，而非用于规制大企业的垄断行为。<sup>②</sup>造成这一现象的主要原因有以下四点。

第一，尽管《谢尔曼法》针对垄断行为建立了类型化的法律规制，但《谢尔曼法》的立法语言过于模糊，使得该法在适用过程中屡屡产生争议，进而加剧了《谢尔曼法》在适用中的不确定性。例如，《谢尔曼法》将限制跨州商业或跨州贸易的协议定性为非法协议。但何为对商业或贸易的限制？是否只有直接作用于商业或贸易的限制行为受到《谢尔曼法》的规制？对于上述问题，美国国会在《谢尔曼法》中并没有给出明确的回答，这就导致了该法在司法实践中产生了诸多争议。

其中，最富有争议性的问题是垄断行为对商业或者贸易的限制是否包括对制造业的限制。在美国诉奈特公司案（United States v. E. C. Knight Co.，以下简称“奈特公司案”）中，制造业与《谢尔曼法》的关系成为该案争议焦点。

对于该问题，当时的美国联邦最高法院有两种截然不同的意见。以时任首席大法官富勒（Melville Weston Fuller）为首的多数派法官将目光局限于《谢尔曼法》的文本，多数派法官据此认为《谢尔曼法》规制的对象为跨州商业、跨州贸易，不能用于规制仅与跨州商业、跨州贸易具有附带关系或间接关联的制造业。对制造业的管制权属于美国各州政府，联邦政府不得在《谢尔曼法》没有明确授权的情况下越权干预本属于州权管理的制造业。简而言之，多数派法官认为，在法律

<sup>①</sup> See 15 U.S.C. § 4.

<sup>②</sup> See United States v. Workingmen's Amalgamated Council, 54 Fed. 994 (C.C.E.D. La. 1893).

没有明确授权的前提下，通过《谢尔曼法》规制制造业的行为属于侵犯州权的违法行为。<sup>①</sup> 本书将富勒大法官的观点称为“适用范围限缩派”。

对于多数派法官的观点，哈伦大法官(John Marshall Harlan)提出了异议意见。哈伦大法官认为，即使该案中的精炼糖产品生产公司属于制造业，且它的生产活动仅发生在一州内部，但该案中的股份收购计划一旦实施，必然对精炼糖产品的跨州销售活动产生影响。美国国会在制定《谢尔曼法》时，并无意将并购行为明确、完全排除在该法的适用范围之外。由于美国各州政府的权能无法有效地规制间接限制跨州商贸的垄断行为，如果美国国会将间接限制排除于《谢尔曼法》的适用范围之外，美国民众的公共利益将处于缺乏保护的危險状态。本书将哈伦大法官的观点称为“适用范围扩张派”。

从当今的观点来看，哈伦大法官的异议意见确实颇具洞察力。对股份收购行为予以反垄断监管在全球范围内已取得基本共识。然而，《谢尔曼法》的立法语言过于模糊和抽象，这导致美国联邦最高法院在奈特公司案中就《谢尔曼法》的适用范围问题产生了严重的误判。立法语言的模糊性加剧了《谢尔曼法》在适用过程中的不确定性，从而削弱了其本应具备的反垄断监管功能。

第二，执法资源不足问题制约了当时的反垄断执法工作。如今，美国联邦政府的反垄断执法工作是由美国司法部反垄断局(Antitrust Division)和美国联邦贸易委员会竞争局(Bureau of Competition)共同承担。它们在组织架构上都设立了专门的执法部门，并得到了美国国会的资金支持。但在《谢尔曼法》颁布后的前十年，美国联邦贸易委员会尚未成立。当时，美国国会没有为反垄断执法工作向司法部提供专项经费，也没有在司法部内设立专门负责反垄断执法工作的机构。直到1903年，美国司法部下属的反垄断局才得以成立。<sup>②</sup>

第三，美国精英阶层的虚伪性和功利性使得他们并非真心实意地推动反垄断工作。我国学者郭梦蝶认为，谢尔曼议员作为《谢尔曼法》的缔造者，其在美国国会大力推销《谢尔曼法》的主要目的并非打击美国国内的垄断资本主义，而是

① See *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

② 参见刘绪贻、杨生茂主编：《美国通史》（第三卷），213页，北京，人民出版社，2001。

为了博得美国俄亥俄州选民的支持。<sup>①</sup>当时，使用槽车运输成品油的成本低于使用油罐车运油的成本。除了经济上的优势，使用槽车运输发生火灾、爆炸的风险也更低。因此，使用槽车运油不仅受到了大型的石油公司（如标准石油公司）的青睐，也受到了铁路运输公司的欢迎。基于安全性等因素的考量，铁路运输公司往往愿意给予使用槽车运油的公司更多的优惠。俄亥俄州使用油罐运输的中小型石油公司认为，铁路运输公司给予使用槽车运输的大型企业以折扣，使得自己在市场竞争中处于劣势。为了对抗槽车运输，俄亥俄州的石油公司找到了谢尔曼议员，试图通过谢尔曼议员在美国国会通过反对槽车运输的法案，但是这一企图最终以失败告终。在反对槽车运输的法案胎死腹中之后，《谢尔曼法》则承继了俄亥俄州选民打击标准石油公司的希望。

在推动反垄断立法工作的同时，谢尔曼议员还是一名高关税政策支持者。19世纪后期，为了遏制垄断资本主义，美国社会出现了一股降低关税、引入外资以增强市场竞争的风潮。<sup>②</sup>然而，谢尔曼议员对高关税政策的支持却在某种程度上与他主张的反垄断立法相互矛盾，这进一步暴露了谢尔曼议员在推动反垄断立法问题上并非完全以公共利益为导向，而是夹杂了诸多个人利益因素。

可以这样说，以谢尔曼议员为代表的美国政治精英，他们对反垄断法的鼓吹，在很大程度上是为了满足个人的政治利益需求。《谢尔曼法》的问世在一定程度上暴露了美国的政治精英的虚伪嘴脸和功利心态。在垄断资本主义盛行的19世纪末，被卷入时代大潮中的普通民众充满了焦虑。在这样的时代背景下，《谢尔曼法》更像是美国的政治精英用于缓解社会焦虑的“安慰剂”，而非治理垄断问题的“特效药”。

第四，美国国会在制定《谢尔曼法》时，把规制重点放在了垄断协议、非法垄断市场行为上，其在制度设计上忽视了对经营者集中问题的反垄断监管。在1890年版的《谢尔曼法》中，并没有直接针对企业并购等经营者集中问题的法律条文。这一立法漏洞在司法实践中引起了诸多争议，譬如下文介绍的北方证券公司诉美国案（Northern Securities Co. v. United States，以下简称“北方证券公司

<sup>①</sup> 参见郭梦蝶：《两部法案的“身世”之谜：对〈克莱顿法〉和〈谢尔曼法〉立法背景的分析》，载《兰州学刊》，2016（12）。

<sup>②</sup> See William Kolasky, “Senator John Sherman And the Origin of Antitrust”, *Antitrust*, 24 (2009), 85.

案”）。<sup>①</sup>在美国国会通过《克莱顿法》弥补这一立法漏洞之前，只得依靠美国法院制定的判例法将经营者集中行为纳入《谢尔曼法》的监管范围之内。

## （二）逐渐奋起的《谢尔曼法》与“托拉斯克星”老罗斯福

1901年，由于第25任美国总统威麦金莱被刺身亡，西奥多·罗斯福（老罗斯福）以副总统的身份继任第26任美国总统。老罗斯福就任以后推动了美国反垄断执法的第一个高潮。在其任期内（1901年至1909年），老罗斯福政府共发起了44起针对大企业的反垄断诉讼，胜诉的有25起，胜诉率接近60%。<sup>②</sup>其中，对之后的美国反垄断法产生了深远影响的北方证券公司案正是由老罗斯福政府一手推动。

在该案中，摩根大通（J.P. Morgan）与美国铁路大王詹姆斯·希尔（James J. Hill）成立了北方证券公司（Northern Securities Company）。该公司通过持有大北方铁路公司（Great Northern Railway Company）75%的股份和北太平洋铁路公司（Northern Pacific Railway Company）97%的股份获得了对上述两家具具有竞争关系的铁路公司的控制权。这两家铁路公司拥有了美国五大湖地区和密西西比河至太平洋地区的大部分铁路运输网。北方证券公司由此成为一家控制美国铁路运输市场的巨头企业。由于北方证券公司的持股行为，使得上述两家铁路公司之间的竞争被排除。为了打击铁路垄断，在老罗斯福总统的支持下，时任美国司法部长菲兰德·诺克斯（Philander Knox）对北方证券公司发起了反垄断诉讼。美国联邦最高法院以5：4的微弱优势支持了美国司法部，判决北方证券公司违反了《谢尔曼法》。

本案争议焦点之一是北方证券公司通过持股的方式控制两家具具有竞争关系的铁路公司这一行为是否违反《谢尔曼法》。以哈伦大法官为首的多数派法官认为，《谢尔曼法》在美国宪法的基础上赋予了美国国会规制任何可能对跨州贸易或跨州商业产生限制效果的行为，无论其外在表现如何，也无论该种限制是否合理。在该案中，北方证券公司通过购买股份的方式控制了具有竞争关系的大北方铁路

<sup>①</sup> See *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

<sup>②</sup> 参见李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年：历史经验与世界性影响》，33～34页，北京，法律出版社，2015。

公司和北太平洋铁路公司。虽然当时的《谢尔曼法》中并没有对收购股份问题做出明确规定，但无论是北方证券公司用于控制两家铁路公司的股份收购协议，还是透过该协议形成的一个垄断跨州铁路运输行业的企业联合（Combination），这些行为均为《谢尔曼法》第一条、第二条所禁止。多数派法官据此认定北方证券公司的股份收购行为不仅属于《谢尔曼法》的规制范围，而且已经违反了《谢尔曼法》。

老罗斯福政府在北方证券公司案中取得了胜利，该案在美国反垄断历史中的重要意义主要体现在以下三个方面。

首先，在北方证券公司案中，美国联邦政府的胜利表明加强反垄断监管已被美国的政治精英接纳为基本共识。而在前文提到的奈特公司案中，美国联邦最高法院以 8 : 1 的大幅优势将《谢尔曼法》的适用范围限缩于贸易和商业领域，只有哈伦大法官提出了异议意见，认为《谢尔曼法》可以用于规制商业和贸易领域以外的垄断行为。但在北方证券公司案中，哈伦大法官得到了另外四名大法官的支持，这一变化趋势进一步表明反垄断理念得到了更进一步的认可。

其次，北方证券公司案对于《谢尔曼法》本身而言，发挥了弥补立法漏洞的作用。对垄断协议、非法垄断市场的反垄断规制在《谢尔曼法》的条文均有体现。然而，在 1890 年版的《谢尔曼法》中，美国国会并没有制定直接规制企业并购等经营者集中行为的条文，这是一大立法漏洞。当北方证券公司以股票收购的方式企图垄断美国的铁路市场时，老罗斯福政府和多数派法官并没有因为《谢尔曼法》中的立法空白而对北方证券公司的垄断行为坐视不管。多数派法官通过对《谢尔曼法》的解释，将通过收购股份控制具有竞争关系的北太平洋铁路公司和大北方铁路公司的北方证券公司的行为界定为《谢尔曼法》所禁止的企业联合，以判例法的方式弥补了《谢尔曼法》的缺陷，实现了对企业并购行为的反垄断监管。

最后，老罗斯福政府在北方证券公司案中的胜利，为老罗斯福赢得了“托拉斯克星”（Trust Buster）的美誉。在老罗斯福的领导下，美国联邦政府逐步在美国社会树立起积极监管垄断问题的正面形象。得益于老罗斯福政府的推动，在其任上，美国联邦政府对铁路、肉类、烟草行业的垄断组织相继发起了反垄断调查，并取得了良好的效果。

老罗斯福的继任者塔夫脱承继了老罗斯福积极打击垄断企业的政策。塔夫

脱在其任上共发起了 90 起针对大型企业的反垄断诉讼。其中就包括了对美国反垄断法的发展产生深远影响的新泽西标准石油公司诉美国案（Standard Oil Co. of New Jersey v. United States，以下简称“标准石油公司案”）和迈尔斯医疗公司诉约翰·帕克家族公司案（Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.）。前者不仅将新泽西标准石油公司拆分为了 33 个小型石油公司。后者奠定了以本身违法原则（Per Se Rule）规制纵向价格垄断协议的判例法基础。<sup>①</sup>

## 第二节 立法的完善阶段与美国反垄断执法的休眠期（1912 年至 1936 年）

《谢尔曼法》的诞生虽然为美国的反垄断法事业提供了第一部联邦级的成文法，但由于当时的《谢尔曼法》只有 8 个条文，且文意模糊，仅仅依靠《谢尔曼法》并不能对垄断行为产生良好的规制效果。在威尔逊就任美国总统之后，美国国会逐步加强了反垄断立法工作，先后制定了《联邦贸易委员会法》《克莱顿法》《韦伯一波默斯法》（*Webb-Pomerene Act*）等反垄断成文法。上述法案的通过使得美国的反垄断成文法规则体系得到了进一步的完善。其中，《联邦贸易委员会法》与《克莱顿法》这两部法案对美国反垄断制度的完善产生了深远的影响力。与逐步取得进展的反垄断立法工作相比，美国的反垄断执法工作在这一阶段却陷入了低潮。

### 一、《联邦贸易委员会法》的出台与美国联邦贸易委员会的成立

早在 1912 年，来自俄克拉何马州的国会议员摩根（Dick Morgan）已在美国国会提出立法草案，建议成立一个规范跨州商贸和保护消费者合法权益的政府机构。虽然该提案最初并没有通过，但摩根的这一构想在美国国会中得到了广泛的认可。最终，在时任美国总统威尔逊的推动下，《联邦贸易委员会法》在 1914

---

<sup>①</sup> See Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1910); Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

年9月由美国国会通过，其为美国联邦贸易委员会的诞生奠定了制度基础。

作为美国联邦政府的两大反垄断执法机构之一，美国联邦贸易委员会的创立和权力基础均来自《联邦贸易委员会法》第一条。与作为内阁部的美国司法部相比较，美国联邦贸易委员会在法律性质上属于跨党派的独立机构（Independent Agency）。<sup>①</sup> 美国联邦贸易委员会下设消费者保护局（Bureau of Consumer Protection）、竞争局和经济局（Bureau of Economics）三大部门。消费者保护局负责处理消费者权益保护、反不正当竞争的执法工作。竞争局则是负责联邦反垄断执法工作。经济局的职责则是为消费者权益保护、反不正当竞争执法、反垄断执法提供支持。

虽然美国司法部和联邦贸易委员会均负责反垄断执法工作，但在责任分工上二者存在三点区别：第一，美国司法部在刑事领域和民事领域，均有权发起调查和提起诉讼。联邦贸易委员会与美国司法部分享了民事类垄断案件的调查权和起诉权，但联邦贸易委员会无权处理刑事垄断案件。反垄断刑事案件的调查权和起诉权专属于美国司法部。第二，联邦贸易委员会内设行政法法官（Administrative Law Judge），有权对联邦贸易委员会所调查的反垄断案件作出内部裁判。<sup>②</sup> 也因此，联邦贸易委员会也被称为“准司法机构”（Quasi Judicial Body）。第三，《联邦贸易委员会法》第五条赋予了联邦贸易委员会对包括垄断行为、不正当竞争行为在内的所有影响公平竞争的不法行为发起调查与诉讼的权利。

## 二、《克莱顿法》对企业并购的反垄断规制

如前文所述，美国国会未在1890年版的《谢尔曼法》中制定用于规制企业并购等经营者集中行为的专项条款。为了弥补《谢尔曼法》的缺陷，美国国会于1914年10月出台了《克莱顿法》。该法的通过对美国反垄断制度的完善具有以

<sup>①</sup> 根据《联邦贸易委员会法》第一条的规定，来自同一个政党的委员之人数不能超过3人，这使得美国联邦贸易委员会在人员组成上具有跨党派特征。

<sup>②</sup> 例如，2022年2月24日，美国联邦贸易委员会内的行政法法官驳回了美国联邦贸易委员会对阿尔特里亚集团和朱尔实验室的股份收购案的起诉。参见美国联邦贸易委员会：《阿尔特里亚集团和朱尔实验室案件情况》，载美国联邦贸易委员会官网，<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0075-altria-groupjuul-labs-matter>，最后访问时间：2023年10月30日。

下两个方面的积极意义。

首先，《克莱顿法》的出台丰富了垄断行为的类型，该法以类型化的规制模式，将价格歧视、排他性交易、搭售、连锁董事、企业并购纳入美国反垄断法的规制范围内。其中，《克莱顿法》最为后世称道的一点在于其第七条，其以成文法的形式将企业并购行为纳入美国反垄断法的规制范围内。至此，针对经济垄断，美国反垄断法初步形成了以垄断协议、非法垄断市场、企业并购为三大规制对象的实体法体系。<sup>①</sup>

其次，《克莱顿法》的颁布发挥了拨乱反正的作用，即反垄断法应当被用于促进市场竞争与维护消费者福利，而非被用于打击工人阶级的合理罢工活动。在《谢尔曼法》颁布之初，本是应被用于打击垄断行为的《谢尔曼法》却在实践中出现了异化，该法被用于打击工人的联合罢工运动。例如，在1893年的美国诉新奥尔良工人联合委员会案（United States v. Workingmen's Amalgamated Council of New Orleans）中，美国路易斯安那东区联邦地区法院判决，《谢尔曼法》既可以被用于规制垄断企业，也可以被用于规制工人的联合行动。<sup>②</sup>将《谢尔曼法》用于打击工人运动，这与反垄断法的宗旨是相悖的。为了解决《谢尔曼法》在实践中的异变，《克莱顿法》在第六条中明确规定，人的劳动不属于商品，美国的所有反垄断法不适用于非营利的劳工组织、园艺组织、农业组织。<sup>③</sup>

### 三、经济危机与《国家产业复兴法》及“休眠”的反垄断法

20世纪20年代，美国经历了一个高速发展时期，称为“咆哮的20年代”（Roaring Twenties）。然而，由于美国共和党的自由放任政策和资本主义制度固有的结构性缺陷，美国遭遇了历史上最大的一次经济危机，也由此进入了大萧条时代。为缓解经济危机所带来的社会危机，小罗斯福政府开启了以加强政府干预

① 与我国类似，美国也存在诸如地方政府排斥外地企业等行政垄断问题。但是与我国不同的是，美国主要依靠宪法及其相关判例而非反垄断法来解决行政垄断问题。因此，在此处，本书着重强调“经济垄断”，以示区分。

② See United States v. Workingmen's Amalgamated Council, 54 Fed. 994 (C.C.E.D. La. 1893).

③ See 15 U.S.C. § 17.

为核心的罗斯福新政（the New Deal）。

在罗斯福新政的第一阶段（1933—1934年，史称“第一次新政”），美国于1933年颁布了《国家产业复兴法》（*National Industrial Recovery Act*）与《农业调整法》（*Agricultural Adjustment Act*），这部法案的通过使得美国反垄断法进入了“休眠”状态。申言之，这两部法案为企业合谋大开绿灯，为推动商品价格提升、提高企业经济利润、保障劳工工资收入扫清制度障碍，以期实现遏制通货紧缩、恢复经济景气之目标。<sup>①</sup>因此，过去为美国反垄断法所禁止的价格协议、产量协议等垄断行为在第一次新政时期走向了合法化。

小罗斯福政府决定暂停实施反垄断法的决定引发了广泛的争议。美国反垄断法的“休眠”在一定程度上为小罗斯福政府实现其经济恢复目标，包括缓解通货紧缩、产业复兴、恢复就业以及保障最低工资等，提供了制度上的空间。在实施第一次新政期间，美国的经济形势的确出现了一定程度的恢复迹象。例如，在1933年至1935年期间，美国的工业产值增长了22%。<sup>②</sup>另一方面，《国家产业复兴法》《农业调整法》等法案对垄断行为的宽容态度使得美国工农业中的垄断问题进一步加剧。曾于奥巴马政府担任经济咨询委员会主席的美国经济学家罗曼（Christina Romer）指出，《国家产业复兴法》的重大影响是降低价格变化对产量偏离趋势的响应性以帮助美国应对通货紧缩问题，但《国家产业复兴法》也阻碍了市场经济发挥应有的自我复苏作用。<sup>③</sup>冻结美国反垄断法为小罗斯福政府推进经济复苏政策扫除了制度障碍。然而，小罗斯福政府对垄断行为的放任政策给美国社会带来了严重困扰，进而成为小罗斯福政府在第二次新政中重启反垄断监管的“催化剂”。

---

① See Harold Cole, and Lee Ohanian. “New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis”, *Journal of Political Economy*, 112(2004), 779.

② 参见高世楫、张军扩：《罗斯福新政及对中国的启示》，载《中国产业经济动态》，2009（10）。

③ See Christina Romer. “Why Did Prices Rise in the 1930s?”, *Journal of Economic History*, 59(1999), 167.

### 第三节 美国反垄断法的强监管时代 (20世纪30年代末至70年代)

在罗斯福新政的第一阶段，美国反垄断法一度被束之高阁。当小罗斯福政府开启第二次新政时，美国反垄断法又逐渐得到了美国政府的重视。<sup>①</sup>自此，从20世纪30年代中后期开始至70年代，美国反垄断法迎来了强监管时代。在该阶段，美国反垄断制度呈现了4个新的发展方向：第一，哈佛学派对美国反垄断法的影响力日渐强大与结构主义反垄断模式的崛起；第二，美国反垄断法域外管辖权规则的新发展；第三，经营者集中领域的反垄断监管规则得到了进一步完善；第四，本身违法原则的广泛适用。

#### 一、罗斯福第二次新政与美国反垄断执法的复兴

虽然在第一次新政中，小罗斯福政府冻结了美国的反垄断制度，但小罗斯福本人并非完全排斥反垄断法。罗伯特·杰克逊（Robert Jackson）曾担任过小罗斯福政府的司法部部长，后成为美国联邦最高法院的大法官。根据他的回忆录所述，小罗斯福既不是市场竞争的支持者，也不赞成垄断经济。相反，小罗斯福认为，“排斥市场竞争是有害的，市场竞争本身也是有害的，他也尚未完全确定哪一方的危害更甚”。<sup>②</sup>而随着第一次新政中具有限制市场竞争和国家干预特色的《国家产业复兴法》《农业调整法》被美国联邦最高法院宣布违宪，<sup>③</sup>对反垄断法具有实用主义视角的小罗斯福在第二次新政中逐渐重拾对竞争政策的关注。

1938年，小罗斯福任命瑟曼·阿诺德（Thurman Arnold）担任美国司法部反垄断局局长。虽然在提名之初，阿诺德因其著作《资本主义的民间传说》（*The*

<sup>①</sup> 参见李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年：历史经验与世界性影响》，41～44页，北京，法律出版社，2015。

<sup>②</sup> Robert Jackson, *That Man: An Insider Portrait of Franklin D. Roosevelt*. New York: Oxford University Press, 2004, p.124.

<sup>③</sup> See *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

*Folklore of Capitalism*) 而广受争议, 但在其就任后, 美国司法部的反垄断执法工作取得了亮眼的表现。从 1935 年至 1937 年, 美国司法部共起诉了 16 起案件。而自 1938 年至 1940 年, 在阿诺德的领导下, 美国司法部起诉的案件数量总计达 106 起。<sup>①</sup> 在这一时期, 美国联邦政府的反垄断执法取得了显著成效。这不仅仅得益于美国社会对垄断行为的普遍反感和小罗斯福政府的支持, 阿诺德的反垄断执法策略以及他在美国司法部执法能力建设方面的贡献, 也起到了至关重要的作用。

首先, 阿诺德敏锐地察觉了以自由刑为核心的刑事处罚对威慑、纠正垄断行为的积极作用。通过实证考察, 阿诺德发现当美国司法部对参与垄断行为的自然人发起刑事诉讼时, 即便案件尚在审理过程中, 因垄断行为而升高的产品价格常常出现回落的迹象, 被指控的垄断行为也随之终止。<sup>②</sup> 基于对反垄断刑事责任的认可, 阿诺德积极运用刑事诉讼打击垄断巨头。在其任内, 多家巨头企业被美国司法部发起过刑事诉讼。

例如, 在当时的美国汽车市场中, 由于大部分购车人无法一次性全款购车, 汽车消费贷款因此非常受欢迎。也因此, 汽车生产商也想在汽车消费贷款市场中分一杯羹。当时的美国三大汽车厂商之一的通用汽车公司以拒绝供货等方式相威胁, 逼迫汽车经销商给予通用汽车公司旗下负责金融业务的通用汽车验收公司 (General Motors Acceptance Corporation) 以各种优待, 进而达到排斥其他金融企业、垄断汽车信贷市场的目的。对此, 美国司法部对通用汽车公司发起了反垄断刑事诉讼并最终胜诉。<sup>③</sup> 此外, 在阿诺德的领导下, 美国司法部还对三大汽车厂商中的福特公司和克莱斯勒公司发起了反垄断刑事诉讼并与上述两家企业达成和解协议以此规范这两家企业在汽车信贷市场中的经营行为。<sup>④</sup>

其次, 在阿诺德的推动下, 美国司法部反垄断局的人力资源与执法经费得到了充分的保障。在阿诺德任内, 美国司法部反垄断局的员工人数从 1933 年的 18

① See Richard Posner, "A Statistical Study of Antitrust Enforcement", *The Journal of Law and Economics*, 13 (1970), 365.

② See Spencer Waller, "The Antitrust Legacy of Thurman Arnold", *St. John's Law Review*, 78 (2004), 569.

③ See *United States v. General Motors Corp.*, 121 F.2d 376 (7th Cir. 1941).

④ See *Chrysler Corp. v. United States*, 316 U.S. 556 (1942); *Ford Motor Co. v. United States*, 335 U.S. 303 (1948).

人增加至约 500 人，阿诺德培育了一批献身于美国反垄断事业的杰出人才，其中包括后来曾担任美国联邦最高法院大法官和美国司法部部长的托马斯·克拉克（Thomas Clark），以及担任过芝加哥大学校长和美国司法部部长的爱德华·利瓦伊（Edward Levi）。此外，阿诺德也为美国司法部反垄断局争取到了充足的办案经费。据统计，美国司法部反垄断执法经费在 1942 年已达到 232.5 万美元。<sup>①</sup>经费与人员的双重保障为美国司法部应对数量更多、案情更为复杂的垄断案件提供了必要的支持。

## 二、哈佛学派的盛行与结构主义反垄断模式的崛起

### （一）哈佛学派的盛行

反垄断语境中的哈佛学派指的是以爱德华·张伯伦（Edward Chamberlin）、爱德华·梅森（Edward Mason）和乔·贝恩（Joe Bain）为代表的经济学家基于产业经济学研究所提出的反垄断理论。以上三位学者均在哈佛大学有过求学经历，哈佛学派也因此得名。

这一学派的思想源于爱德华·张伯伦提出的垄断竞争理论，他认为现实生活中的大多数市场并非严格意义上的完全竞争或完全垄断，而是既包含竞争因素，也包含垄断因素，即大多数的市场处于完全竞争和完全垄断之间。在张伯伦的理论基础上，乔·贝恩等人进而发展出哈佛学派反垄断思想的理论核心，即 SCP 模型。SCP 模型中包含三个关键因素：市场结构（Structure）、行为（Conduct）和绩效（Performance）。根据 SCP 模型，市场结构影响市场主体的行为，而这些行为最终反映在市场的整体绩效上。因此，哈佛学派认为，一旦市场结构趋向于集中，企业就更有可能采取反竞争的垄断策略。<sup>②</sup>

哈佛学派的反垄断理论除了将产业经济学作为理论基础，该学派的支持者还从美国反垄断法的立法史中寻求法理依据。他们认为《谢尔曼法》是一部反映平

<sup>①</sup> See Richard Posner, “A Statistical Study of Antitrust Enforcement”, *The Journal of Law and Economics*, 13 (1970), 365.

<sup>②</sup> See Herbert Hovenkamp, “The Rationalization of Antitrust Law”, *Harvard Law Review*, 116(2003), 917.

民主义精神的法律，立法者制定《谢尔曼法》的初衷是保护美国的民主制度免受垄断经济的侵害。<sup>①</sup>通过制定反垄断法，确保经济力量和政治力量可以被更广泛、更均匀地分配，而非被集中于少数人之手。<sup>②</sup>哈佛学派对市场结构的关注与《谢尔曼法》捍卫经济民主的核心理念不谋而合。

## （二）结构主义反垄断模式的崛起

哈佛学派以市场结构为切口的经济理论被引入到反垄断实践中，这为结构主义反垄断模式（Structural Approach）的崛起奠定了理论基础。结构主义反垄断模式是一种以市场结构为分析重点的垄断问题分析模式。企业的市场份额是市场结构的主要表现。当市场中出现具有较大市场份额的企业时，该企业即具有提高产品价格、排斥其他竞争者的主观动机。此外，较大的市场份额也说明该企业具备排斥其他竞争者和剥削消费者的客观能力。

作为一起标志性案件，美国诉美国铝公司案（United States v. Aluminum Co. of America，以下简称“美国铝公司案”）展现了结构主义反垄断模式的核心特征。该案的被告美国铝公司在加拿大开设了一家由美国铝公司全资控股的子公司。这家位于加拿大的子公司与一家瑞士公司、一家法国公司、一家英国公司、两家德国公司共同制定了一项控制国际铝锭制品销售数量的国际卡特协议。该案的争议点之一是被告美国铝公司是否因为具有庞大的市场份额和影响美国市场的市场力量而违反了《谢尔曼法》第二条。在该案的终审判决中，汉德法官（Learned Hand）对该项争议点的剖析堪称结构主义反垄断模式最为经典的表述。

首先，汉德法官以市场份额的高低作为垄断状态（Monopoly）的判断标准。他认为企业拥有 90% 的市场份额时，足以构成垄断；企业拥有 60% 至 64% 的市场份额时，是否构成垄断尚存疑点；当企业仅拥有 33% 的市场份额时，则当然不会构成垄断。在此基础上，汉德法官进一步指出，美国国会在反垄断法中对于“好的”托拉斯和“坏的”托拉斯均一视同仁地予以谴责。也即当企业的市场规模大

<sup>①</sup> See David Millon, “The Sherman Act and the Balance of Power”, *Southern California Law Review*, 61 (1988), 1219.

<sup>②</sup> See Herbert Hovenkamp, “Distributive Justice and the Antitrust Laws”, *George Washington Law Review*, 51 (1982), 1.

到使得该企业成为一个垄断者（Monopoly）时，该企业将产生违反《谢尔曼法》第二条的风险。

其次，尽管汉德法官在美国铝公司一案的判决中引用了美国国会对于托拉斯组织不分“好”与“坏”均予以谴责的观点，但汉德法官并不主张对所有大企业赶尽杀绝。申言之，汉德法官在美国铝公司案中提出了强加理论（Thrust Upon Theory），为大企业保留了免受反垄断制裁的空间。根据该理论，当企业的垄断地位是市场强行赋予的时，拥有垄断地位的企业不应受到反垄断法的谴责。汉德法官指出，强加理论的适用情形主要有三种：第一，自然垄断产生了该企业垄断市场的状态；第二，由于市场的变化导致了该企业垄断了市场；第三，该企业基于卓越的技术、产业和商业眼光达成了垄断状态。<sup>①</sup>

在美国铝公司案中，由于被告美国铝公司在相关市场上具有超过 90% 的市场份额，美国法院因此认定其为垄断者。同时，被告并不符合“强加理论”的三种例外情况，据此，汉德法官作出了被告违反美国反垄断法的判决。

根据汉德法官对美国铝公司案作出的判决，美国学者爱德华·卡瓦纳（Edward Cavanagh）对结构主义反垄断模式作出了以下总结：如果垄断企业符合强加理论中的三种情形之一，即企业的垄断地位是市场强加于它时，也即企业是被动地淘汰了其他竞争者时，美国反垄断法将不谴责此类具有垄断地位的企业。除此之外，当企业的规模大到足以垄断市场时，这一类企业便违反了《谢尔曼法》第二条。一言以蔽之，结构主义反垄断模式的核心观点是“大即恶”（Bigness is Badness）。<sup>②</sup>

这种“大即恶”的观点在当时广为美国司法界所认可，对美国反垄断实践产生了深远的影响。譬如，在 1962 年的布朗鞋业公司诉美国案（Brown Shoe Co., Inc. v. United States）中，虽然涉案的两家鞋类产品生产商在合并以后可以为消费者提供更为物美价廉的产品，但这项合并交易将创造一家更大规模的鞋类产品生产商，这对于市场中其他中小型生产商极为不利。最终，美国联邦最高法院否决了该项合并案。<sup>③</sup> 在该案中，美国联邦最高法院再次重申了《谢尔曼法》的立法

① See United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

② See Edward Cavanagh, “Antitrust in the Second Circuit”, *St. John's Law Review*, 65(1991), 795.

③ See Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).

目的，即美国国会期望通过反垄断法保护小型的、能够独立生存的、本土化的商业进而促进市场竞争。<sup>①</sup>

哈佛学派反垄断思想的盛行与结构主义反垄断模式的崛起有着深刻的历史原因与社会基础。英法德等欧洲强国因为两次世界大战等原因普遍衰弱。“二战”结束之后，美国正式成为资本主义世界的执牛耳者，20世纪五六十年代更是成为美国经济的“黄金时代”。随着国力的空前强大，美国国内的企业也随之做大做强。哈佛学派的反垄断思想与结构主义的反垄断规制模式对于规制大型企业，预防垄断危险具有得天独厚的优势。面对日益强大的垄断企业，美国政府需要一种有力的工具用于规制垄断问题，结构主义反垄断规制模式恰逢其时地满足了美国政府的需求。

### 三、美国反垄断法域外管辖权的全面拓展

在《谢尔曼法》实施初期，美国政府并未赋予《谢尔曼法》域外管辖权。在1909年的美国香蕉公司诉联合水果公司案（*American Banana Co. v. United Fruit Co.*，以下简称“美国香蕉公司案”）中，霍姆斯大法官（*Oliver Wendell Holmes*）明确指出，美国法的管辖范围通常以美国领土为界。即便美国人在外国实施了《谢尔曼法》所禁止的垄断行为，或在外国受到此类行为的侵害，《谢尔曼法》亦不对这一类型的案件具有管辖权。<sup>②</sup>

1909年的国际形势是，英法等欧洲老牌资本主义强国余威尚存，德意日等后起之秀的实力也不容小觑。当时的美国并不具备开展全球反垄断执法的综合实力。此外，当时的美国政府在对外政策上深受具有孤立主义色彩的“门罗主义”（*Monroe Doctrine*）的影响。与后来热衷于扮演“世界警察”的美国相比，当时的美国对于参与国际事务尤其是涉入西半球以外的国际事务兴致缺乏。因此，在该阶段，对于域外管辖权的行使，美国法院的态度极为保守。

美国法院的自我克制并未长时间持续下去，在之后的美国诉太平洋和北极铁

<sup>①</sup> See Thomas Piraino, “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”, *Indiana Law Journal*, 82(2007), 345.

<sup>②</sup> See *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

路航运公司案（United States v. Pacific & Arctic Ry & Nav. Co., 以下简称“太平洋和北极铁路航运公司案”）<sup>①</sup>与美国诉剑麻销售公司案（United States v. Sisal Sales Corp., 以下简称“剑麻销售公司案”）<sup>②</sup>中，美国联邦最高法院根据共谋规则（Conspiracy Test）将美国反垄断法的管辖范围拓展至美国境外的垄断行为。

以剑麻销售公司案为例，虽然当时的美国联邦最高法院并未完全推翻美国香蕉公司案，但另辟蹊径地阐释了美国香蕉公司案和剑麻销售公司案之间的区别，使得美国香蕉公司案中以属地原则排除美国反垄断法域外管辖权的观点不能适用于剑麻销售公司案。美国联邦最高法院在剑麻销售公司案中指出，虽然被告游说墨西哥政府所实施的歧视行为发生在美国境外，但被告的行为不仅影响美国的剑麻贸易，而且该案中的垄断共谋发生在美国境内，美国反垄断法据此对该案产生了域外管辖权。美国联邦最高法院在剑麻销售公司案中的判决缩小了美国香蕉公司案的适用范围：如果垄断共谋在美国境内产生，而共谋者所计划的垄断行为于美国境外实施时，美国香蕉公司案中的判例法规则不再适用于此种情形。

之后的美国铝公司案进一步拓展了域外管辖权在反垄断问题上的适用空间。在该案中，就《谢尔曼法》是否有权规制域外垄断行为这一问题，汉德法官提出了意图效果规则（Intended Effects Test，又称“效果规则”）。根据意图效果规则，当域外垄断行为的实施者意图影响美国市场并产生实际影响时，《谢尔曼法》对这种域外垄断行为产生域外管辖权。意图与效果缺一不可，如果域外垄断行为的实施者具有影响美国的跨州或跨国商贸的意图，但他们的垄断行为并未产生实际影响，则《谢尔曼法》并不对此类域外垄断行为具有管辖权。

与共谋规则相比，意图效果规则不需要借助发生在美国境内的垄断共谋就可以规制域外垄断行为。意图效果规则对域外垄断行为的规制更为全面，也更为直接，这有利于美国政府对跨国垄断行为展开监管。但意图效果规则的确立导致美国反垄断法突破地域限制，这对其他国家的主权带来了严重的冲击。美国反垄断法域外管辖权的行使逐渐引起了其他国家的不满。

① See United States v. Pacific & Arctic Ry & Nav. Co., 228 U.S. 87 (1913).

② See United States v. Sisal Sales Corp., 274 U.S. 268 (1927).

## 四、企业并购反垄断规则的发展

### （一）《塞勒—凯弗维尔法》对《克莱顿法》的补充

如前文所述，《克莱顿法》的出台缓解了《谢尔曼法》对于企业并购行为缺乏规制的困境。然而，最初版本的《克莱顿法》第7条主要适用于股权收购，对于通过收购企业核心资产实现控制企业目的的财产收购，早期的《克莱顿法》并未作出明确规定。美国国会于1950年颁布了《塞勒—凯弗维尔法》，该法补充了《克莱顿法》的立法漏洞，将财产收购行为明确纳入《克莱顿法》的规制范围之内。

此外，在对企业并购的反垄断审查标准上，《塞勒—凯弗维尔法》确立了更为严格的审查标准。在《塞勒—凯弗维尔法》颁布之前，《克莱顿法》第7条对企业并购的反垄断审查标准表述为：“任何从事商业活动的公司不得直接或间接收购另一家从事商业活动的公司的全部或部分股票或其他股本，如果这种收购可能大大削弱被收购股票的公司与进行收购的公司之间的竞争，或限制任何地区或社区的商业活动，或可能造成任何商业活动的垄断。”《塞勒—凯弗维尔法》将该条文修改为：“任何从事商业活动或影响商业活动的人不得直接或间接收购另一家从事商业活动或影响商业活动的人的全部或部分股票或其他股本，受联邦贸易委员会管辖的人也不得收购另一家从事商业活动或影响商业活动的人的全部或部分资产，如果在该国任何地区的任何商业活动或影响商业活动的任何活动中，这种收购可能大大减少竞争，或可能造成垄断。”《塞勒—凯弗维尔法》将“大大削弱被收购股票的公司与进行收购的公司之间的竞争”这一表述删除，这使得美国反垄断法对于混合并购有了更强的监管力度。

### （二）企业并购事前申报制度的建立

作为《克莱顿法》的重要补充，《哈特—斯科特—罗迪诺反垄断改进法》（*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*）于1976年9月30日正式生效。根据该法的规定，在达到规定的申报门槛时，企业必须在实施合并或收购之前提交事前申报。在美国联邦贸易委员会与司法部作出审查决定或者等待期（Waiting

Period) 结束之前, 参与并购的企业不得擅自开始并购进程。这项事前申报制度不仅解决了企业在并购中“先斩后奏”的问题, 而且赋予了监管机构更为及时的干预权。《哈特—斯科特—罗迪诺反垄断改进法》建立的事前申报制度得到了包括中国在内的许多国家的借鉴, 成为全球反垄断监管中的主流标准。

### (三) 界定相关市场成为判断企业并购是否违反《克莱顿法》的前提

在布朗鞋业公司诉美国案 (Brown Shoe Co., Inc. v. United States) 中, 布朗鞋业公司和金尼公司计划通过交换股票的方式实现企业合并。在该案中, 时任美国联邦最高法院首席大法官沃伦指出, 界定企业所处的相关市场 (Relevant Market) 是判断企业是否违反《克莱顿法》的必要前提。只有市场竞争存在时, 市场竞争才会被垄断经济所伤害。因此, 对于市场竞争的判断, 要求法院必须明确划定相关市场的范围。对相关市场的分析, 最重要的考察内容有两项: 相关产品市场 (Relevant Product Market) 和相关地域市场 (Relevant Geographic Market)。对前者的分析, 是为了寻找哪些产品在性能、需求、价格等方面与涉案企业的产品具有可替代性。对后者的分析, 是为了考察竞争发生的地域范围, 即具有竞争关系的产品是否处于同一地理范围。<sup>①</sup> 以相关市场作为判断企业并购是否违反反垄断法的依据, 有助于增强反垄断实践的科学性, 这一理论被大多数国家和地区所采纳。

### (四) 颁布美国历史上第一部企业并购反垄断监管指南

1968年, 美国司法部颁布了历史上第一部企业并购反垄断监管指南, 即《1968合并指南》(1968 Merger Guidelines)。该指南为企业在横向集中、纵向集中和混合集中提供了具有量化性的参考指标。但这部合并指南的审查标准过于依赖包括市场份额、市场集中度在内的结构性指标, 使得《1968合并指南》因审查标准过于机械和片面而广受争议。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> See Brown Shoe Co. v. United States., 370 U.S. 294 (1962).

<sup>②</sup> See Hillary Greene, “Guideline Institutionalization: The Role of Merger Guidelines in Antitrust Discourse”, *William & Mary Law Review*, 48(2006), 771.

## 五、本身违法原则的广泛适用

所谓“本身违法原则”，又称自身违法原则、当然违法原则，是一种推定某种类型的行为违背反垄断法的分析模式，这是一种具有浓厚经验主义色彩的垄断行为分析模式。根据本身违法原则，一旦经营者实施了反垄断法所禁止的行为，即被认定为违反了反垄断法，无论该行为是否有经济上或者其他方面的合理性。自20世纪40年代至70年代前期，本身违法原则在美国反垄断实践中得到了广泛的应用。在该阶段，包括固定价格协议<sup>①</sup>、搭售安排<sup>②</sup>、纵向非价格限制协议<sup>③</sup>、集体抵制<sup>④</sup>、横向分割市场协议<sup>⑤</sup>、区域独家销售协议<sup>⑥</sup>等诸多类型的商业行为被视为本身违法。本身违法原则在该阶段呈现出广泛适用的态势。

本身违法原则的广泛适用有利于降低私人原告和美国反垄断执法机构的举证责任，这对于打击垄断行为起到了促进作用。但在另一方面，对本身违法原则的过度依赖也导致美国的反垄断监管在这个阶段过于严苛。部分垄断行为同时具有限制市场竞争和提高消费者福利的双重作用，以本身违法原则规制此类具有两面性的垄断行为缺乏合理性。

### 第四节 美国反垄断法的轻监管时代 (20世纪70年代至90年代)

在结构主义反垄断模式的影响下，美国在20世纪中叶经历了最严厉的反垄断监管。当历史的车轮自“二战”后的黄金时代行驶至20世纪70年代中后期时，哈佛学派和结构主义反垄断规制模式在美国反垄断大舞台上不复过去的统治地位。这一变化与美国当时所处的国际、国内环境密切相关。在国际市场中，伴随

<sup>①</sup> See *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

<sup>②</sup> See *United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 310 U.S. 150(1940).

<sup>③</sup> See *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365(1967).

<sup>④</sup> See *Klor's Inc., v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207(1959).

<sup>⑤</sup> See *Timken Roller Bearing Co., v. United States*, 341 U.S. 593(1951).

<sup>⑥</sup> See *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596(1972).

战后 20 余年的休养生息，德国、日本等国的经济得到了恢复与发展，美国企业在国际市场中面对的竞争也随之日趋激烈。在美国国内，整个美国经济进入了持续多年的滞胀期。美国经济在国际市场与国内市场中均缺乏亮眼的表现。因此，主张加强反垄断监管的哈佛学派与结构主义反垄断模式与美国经济在该阶段亟待振兴的内在需求产生了冲突，这导致加强反垄断监管的理论失去了经济基础。

此外，哈佛学派与结构主义反垄断规制模式在理论上与实践中也遭遇了多方的质疑与批评。其中，推崇市场效率和主张放松反垄断监管的芝加哥学派成为哈佛学派和结构主义的反垄断模式最为有力的挑战者。芝加哥学派的兴起拉开了美国反垄断法轻监管时代的序幕。自 20 世纪 70 年代中后期至 90 年代后期，美国反垄断法进入了轻监管时代。轻监管时代的降临，既来自美国经济发展的内在需求，也与美国社会对哈佛学派与结构主义反垄断规制模式的反思息息相关。除了芝加哥学派的兴起之外，合理原则的广泛适用、美国对反垄断法域外管辖权的限制、知识产权反垄断规则的完善、放松对企业并购的反垄断监管皆成为轻监管时代的重要特征。

## 一、芝加哥学派的兴起

在反垄断领域，芝加哥学派的代表人物有理查德·波斯纳（Richard Posner）、罗伯特·博克（Robert Bork）、弗兰克·伊斯特布鲁克（Frank Easterbrook）、乔治·斯蒂格勒（George Stigler）、富兰克·奈特（Frank Knight）等人。他们与美国芝加哥大学有很深的渊源，或执教于芝加哥大学，或曾在芝加哥大学求学，芝加哥学派也因此得名。

芝加哥学派在反垄断问题上的基本观点是，在不存在经营者共谋的前提下，市场竞争足以保证没有任何一家企业可以长期将价格控制在竞争价格之上。<sup>①</sup>换言之，在芝加哥学派看来，即使在集中度较高、企业数量较少的市场中，当企业将产品价格保持在垄断价格时，潜在的竞争者会因为有利可图而进入该市

<sup>①</sup> See George Stigler, "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, 72 (1964), 44.

场，现存企业将面临新的竞争，此即为市场的自我纠正。<sup>①</sup>与市场的自我纠正相比，政府的反垄断干预未必能够取得更有效的调控效果，而且对市场的干预本身也需要成本。部分垄断行为，譬如企业的纵向并购，具有提高企业效率进而反哺消费者的优点，反垄断法应当对具有经济效率的垄断行为保持一定程度的容忍。<sup>②</sup>

芝加哥学派对经济效率的关注与对垄断行为的宽容不仅在美国学术界刮起了美国反垄断二次革命的理论旋风，而且对美国反垄断法的实践工作产生了具有实质意义的影响。在 20 世纪六七十年代，时任美国总统尼克松（Richard Nixon）先后提名了沃伦·伯格（Warren Burger）、路易斯·鲍威尔（Lewis Powell）和威廉·伦奎斯特（William Rehnquist）担任美国联邦最高法院法官。随着这三名大法官加入美国联邦最高法院，美国联邦最高法院由“沃伦法院”（Warren Court）时代进入了“伯格法院”（Burger Court）时代。“伯格法院”时代的一大特点是，芝加哥学派所推崇的市场效率理论在美国反垄断实务界大放异彩。

在“沃伦法院”时代，以第 14 任美国首席大法官厄尔·沃伦（Earl Warren）为首的大法官们深受结构主义反垄断模式和司法能动主义的影响，美国联邦最高法院在反垄断司法实践中追求多维度的反垄断价值。在“沃伦法院”看来，经济效率并非美国反垄断制度的唯一价值追求。相反，“沃伦法院”认为，实现“杰斐逊式民主”（Jeffersonian Democracy）是美国反垄断法的立法目标之一。通过结构主义反垄断模式和本身违法原则对大企业予以规制，有利于保护经济民主和小企业，这符合“杰斐逊式民主”这一政治价值的基本要求。<sup>③</sup>

但在“伯格法院”时代，作为司法克制主义的支持者，“伯格法院”认为只有美国国会具有权衡各项利益的权能。<sup>④</sup>类似于“杰斐逊式民主”之类的社会价值、

---

① See William Baumol, “Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure”, *American Economic Review*, 72(1982), 1.

② 参见李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年：历史经验与世界性影响》，116 页，北京，法律出版社，2015。

③ Richard Posner, “Antitrust Decisions of the Burger Court, The Fresh View from the High Court - A Review of the Supreme Court’s Antitrust Philosophy”, *Antitrust Law Journal*, 47(1978), 819.

④ See *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978).

政治价值被“伯格法院”隔绝在美国反垄断法的分析框架之外。<sup>①</sup>受芝加哥学派的影响，“伯格法院”以企业行为的效率为基点，构建了以行为主义与合理原则相结合的反垄断分析模式。过去，一些被视为本身违法的垄断行为，“伯格法院”更倾向于使用合理原则对它们予以评价。

以具有竞争关系的经营者之间的信息交换行为为例，“沃伦法院”认为，在一个集中度较高的市场中，即使出现了产品价格下降的趋势，具有竞争关系的经营者之间价格信息交换行为会增强经营者之间的相互依赖性，最终导致产品价格趋于稳定，这对消费者来说是不利的。因此，对于信息交换行为，“沃伦法院”视之为本身违法。<sup>②</sup>然而，在“伯格法院”看来，具有竞争关系的经营者交换信息的行为并不当然违法。“伯格法院”认为，交换包括与价格有关的信息并不必然产生反竞争效果。在特定的市场环境下，竞争者之间交换信息可以增加经济效率并使得市场具有竞争活力，进而提高消费者福利。与“沃伦法院”相反，“伯格法院”主张使用合理原则分析信息交换行为。<sup>③</sup>

## 二、合理原则适用范围的大拓展

所谓“合理原则”，是一种以特定行为合理性为核心，用于判断该行为是否违反反垄断法的分析模式。它的核心要求是法院或反垄断执法机构在审查具体垄断案件时，应当结合案件中的具体情况考察经营者的行为是否具有反垄断法上的合理性，而非推定特定类型的行为必然为反垄断法所禁止。对具有合理性的行为，反垄断法或给予一定程度的宽容。行为合理性的判断标准主要包括经济效率、消费者福利等因素。在合理原则的支持者看来，如果一个行为能够被证明在总体上推动了竞争或者增进了消费者福利，即使它可能限制了某些方面的竞争，这一行为即具有合理性，反垄断法应当对其予以宽容。

美国反垄断法中的合理原则肇始于 20 世纪初的标准石油公司案。在“伯格

<sup>①</sup> See Thomas Sullivan, “Economic Jurisprudence of the Burger Court’s Antitrust Policy: The First Thirteen Years”, *Notre Dame Law Review*, 58(1982), 1.

<sup>②</sup> See *United States v. Container Corp.*, 393 U.S. 333 (1969).

<sup>③</sup> See *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

法院”时代之前，相对于本身违反原则，合理原则的适用范围较小。随着“伯格法院”时代的降临，“合理原则”在美国反垄断舞台上大展身手。除了前文提到的经营者之间的信息交换行为外，“伯格法院”在分析纵向非价格限制协议<sup>①</sup>、搭售协议<sup>②</sup>、排他性交易协议（俗称“二选一”协议）<sup>③</sup>等限制性行为时，更倾向于使用合理原则而非本身违法原则。合理原则的适用范围在“伯格法院”时代得到了进一步拓展，进而使得更多类型的商业行为得到了美国反垄断法的宽容，这一变化与美国反垄断法在该时期推崇经济效率的特点相契合。

### 三、徘徊于礼让他国与扩张适用之间的反垄断法域外管辖权

如前文所述，汉德法官在美国铝公司案中确立了意图效果规则，使得美国反垄断法具备了极为广泛的域外管辖权，美国反垄断法的国际影响力得以逐渐增强。然而，该规则具有极强的单边主义色彩和美国本位主义色彩，在适用过程中可能对其他国家的主权产生冲击，因而遭到了其他国家的反对。譬如，英国制定了《贸易利益保护法》（*Protection of Trading Interests Act*）用于反制包括美国反垄断法在内的美国法的域外管辖权。随着全球化的趋势在 20 世纪后半段继续加强，美国反垄断法的域外管辖权与他国法律间的对抗也随之不可避免地增多。

由于反垄断法域外管辖权的行使带来了不小的争议，经济合作与发展组织（Organization for Economic Cooperation and Development, OECD）在 1967 年和 1973 年先后发表两次理事会建议，呼吁成员国在行使本国反垄断法域外管辖权之时对其他国家予以适当尊重。随着国际社会中对限制反垄断法域外管辖权的呼声渐渐高涨，美国政府在 20 世纪后半叶采取了多种手段，对美国反垄断法的域外管辖权进行了一定的限制和规范化。

需要注意的是，美国政府对域外管辖权的自我克制是较为有限的，其仍然会出于维护自身经济霸权等种种原因在个案中减弱这种自我克制。整体而言，在 20 世纪中后期，美国反垄断法域外管辖权的整体基调是自我克制的，但在个案中，

① See *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

② See *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U.S. 610 (1977).

③ See *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

这种自我克制有时也会被突破。

## （一）美国对反垄断法域外管辖权的限制举措

### 1. 以判例的方式在反垄断法域外管辖问题上引入消极礼让原则

国际礼让原则（International Comity）是指，基于国家之间主权平等的关系，一个国家对于另一个国家的立法、行政或司法行为的尊重。根据礼让的方式不同，国际礼让可以分为消极礼让原则（Negative Comity）与积极礼让原则（Positive Comity）。在反垄断领域，将受该案影响的其他国家的国家利益作为是否行使反垄断法域外管辖权的考量因素，此即为消极礼让原则在反垄断领域的体现。有学者也将消极礼让原则称为美国反垄断法的“单边自我约束”。<sup>①</sup>所谓“积极礼让原则”，又被称为“积极合作原则”，是指各国反垄断法域外管辖权在行使的过程中不仅应当被动地考虑其他国家的利益并对其予以尊重，还应当积极进行必要的国际合作以降低国与国之间因域外管辖权而产生的冲突。<sup>②</sup>

在 20 世纪后半叶，以“消极礼让原则”限制美国反垄断法域外管辖权的司法实践中，最具有代表性的案件是廷布莱恩木材公司诉美国银行案（Timberlane Lumber Co. v. Bank of America，以下简称“廷布莱恩木材公司案”）。在该案中，原告廷布莱恩木材公司是一家位于美国俄勒冈州的木材公司。在洪都拉斯境内一家木材厂破产后，廷布莱恩木材公司通过其子公司自该破产木材厂的两名债权人手中获得了该破产木材厂的控制权。这两名债权人也是该破产木材厂的前员工。除了以上两名前员工外，该破产木材厂的债权人还有来自美国、加拿大等国的企业。原告廷布莱恩木材公司指控上述企业合谋阻碍廷布莱恩木材公司将其在洪都拉斯生产的木材出口至美国，这一行为违反《谢尔曼法》。本案的争议焦点之一为美国反垄断法域外管辖权是否应当适用于此案。<sup>③</sup>

美国联邦第九巡回上诉法院于廷布莱恩木材公司案中将三步分析法（Three-Part Test）用于判断美国反垄断法域外管辖权是否应当适用于特定的域外垄断行

<sup>①</sup> 参见刘宁元：《反垄断法域外管辖冲突及其国际协调机制研究》，88～95页，北京，北京大学出版社，2013。

<sup>②</sup> 参见戴龙：《反垄断法域外适用制度》，85页，北京，中国人民大学出版社，2015年。

<sup>③</sup> See Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1977).

为：第一步，涉案的域外垄断行为是否影响或者意图影响美国的对外贸易？第二步，涉案行为是否被认为违反《谢尔曼法》？第三步，基于国际礼让和公平因素的考量，美国反垄断法域外管辖权是否应当在特定案件中适用？

在判断美国反垄断法域外管辖权是否符合消极礼让原则和公平原则时，美国联邦第九巡回上诉法院在廷布莱恩木材公司案中对7个分析因素进行了综合考察，权衡这7个分析因素，确定哪些是支持美国反垄断法域外管辖权适用于该案的，哪些因素则不支持美国反垄断法域外管辖权适用于该案。美国联邦第九巡回上诉法院在此案中的分析方法也被称为“利益平衡规则”（Balancing Test）。<sup>①</sup>

在廷布莱恩木材公司案中，美国联邦第九巡回上诉法院使用了以下7个分析因素判断美国反垄断法域外管辖权是否符合国际礼让原则和公平原则：

第一，美国法与外国法律法规及国家政策的冲突程度。此种法律冲突可以是潜在的或者是已发生的。严重的法律冲突将导致当事人可能无法同时遵循两个国家的法律。两国间的法律冲突程度愈强，美国政府行使反垄断法域外管辖权的合理性就越低。

在廷布莱恩木材公司案中，美国联邦第九巡回上诉法院在考察洪都拉斯法律和经济政策后发现，当时的洪都拉斯政府推崇的是扩大产业规模的经济政策。与此种经济政策相匹配，当时的洪都拉斯政府并未制定反垄断法，经营者实施限制价格、产量的横向垄断协议等垄断行为并不违法。由于美国反垄断法与洪都拉斯的法律、政策存在严重冲突，美国联邦第九巡回上诉法院据此认定，在该案中，除非其他相关因素在消极礼让原则中的重要性超过法律冲突因素，美国与洪都拉斯的法律冲突已使得美国法院拒绝对该案中的垄断行为行使域外管辖权具备了充足的合理性。

第二，相关人员的国籍、经常居住地及公司主营业地的位置。值得注意的是，美国联邦第九巡回上诉法院不仅考察了该案当事人的国籍，并且将证人的国籍及经常居住地也纳入了消极礼让原则的分析范围。在此案中，关键证人或是拥有洪都拉斯国籍或是洪都拉斯的居民，而所有的当事人则是美国国籍，美国联邦第九

---

<sup>①</sup> Edward Binkowski, “Timberlane: Three Steps Forward, One Step Backwards”, *International Lawyer*. 15(1981), 419.

巡回上诉法院据此认定，在该案中，国籍因素略微支持美国法院对该案中的垄断行为行使域外管辖权。

第三，法律在美国及其他相关国家能够得到执行的程度。在该案中，任何针对被告的判决在美国均可以得到顺利执行，而判决是否能够在洪都拉斯得到顺利执行，则无法确定。美国联邦第九巡回上诉法院据此认定，在该案中，法律执行因素支持美国反垄断法对此案行使域外管辖权。

第四，将域外垄断行为对美国的影响与对其他相关国家的影响进行比较。在该案中，通过对美国的木材消费情况进行调查，美国联邦第九巡回上诉法院发现，美国从洪都拉斯进口的木材量在美国全部木材进口量中所占的比例极少。因此，涉案垄断行为对美国商贸的影响是微不足道的。与之相比，涉案垄断行为对洪都拉斯的就业、税收、外汇都存在不可忽视的影响。通过比较二者，美国联邦第九巡回上诉法院认定，在该案中，域外垄断行为的影响程度这一因素不支持美国反垄断法域外管辖权的行使。

第五，是否存在故意损害或者影响美国商业之主观意图。当涉案垄断行为是在损害美国商业的意图驱使下实施的，主观意图因素将支持美国反垄断法域外管辖权的行使。在该案中，被告实施垄断行为的目的是获取更大的投资回报，原告也未能证明被告意图通过涉案垄断行为影响美国。因此，主观意图因素支持美国不在该案中行使反垄断法域外管辖权。

第六，涉案行为的可预见性。在涉案行为实施时，如果行为人在实施域外垄断行为时已经可以预见该行为的实施将对美国产生影响，则可预见因素将支持美国行使反垄断法域外管辖权。在该案中，美国联邦第九巡回上诉法院认为，被告实施的涉案垄断行为是为了拯救濒临破产的企业。作为一个理性的经营者，其在实施上述行为时无法预见涉案垄断行为将对美国商业产生微不足道的影响。因此，美国联邦第九巡回上诉法院认定，可预见性因素在该案中不支持美国行使反垄断法域外管辖权。

第七，域外垄断行为对美国的重要性和对相关国家的重要性。该因素适用于分析域外垄断行为所在的地理位置对于美国反垄断法域外管辖权的影响。在该案中，所有的域外垄断行为均发生在洪都拉斯境内。因此，本案中，该分析因素不支持美国反垄断法域外管辖权的行使。

通过对以上7个因素的综合分析，美国联邦第九巡回上诉法院最终判决，美国法院不应当对此案中的域外垄断行为实施反垄断法域外管辖权。相较于意图效果规则，利益平衡规则既保留了美国反垄断法管辖域外垄断行为的可能性，又通过引入消极礼让原则对美国反垄断法域外管辖权进行适度限制。利益平衡规则的确立表明美国法院已经意识到，若毫无节制地适用意图效果规则将对美国的国家利益造成消极影响。

利益平衡规则不仅为美国联邦第九巡回上诉法院所采纳，也为其他美国法院所认可。譬如，在曼宁顿米尔斯公司诉刚果乐姆公司案（*Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*，以下简称“曼宁顿米尔斯公司案”）中，美国联邦第三巡回上诉法院基于消极礼让原则驳回了原告的诉讼请求，美国联邦第三巡回上诉法院的论证思路脱胎于廷布莱恩木材公司案中的利益平衡规则。<sup>①</sup>

## 2. 制定《对外贸易反垄断改进法》对美国反垄断法域外管辖权予以限制

在国内立法上，美国政府于1982年颁布了《对外贸易反垄断改进法》（*Foreign Trade Antitrust Improvement Act, FTAIA*），美国国会制定该法的主要目的是对美国反垄断法域外管辖权进行适度限制，这种限制主要表现在以下两个方面：第一，除美国的进口贸易外，域外的垄断行为只有对美国的对外贸易产生直接的、实质的且具有可预见性的影响时，《谢尔曼法》的域外管辖权才可以适用于此类案件。第二，上述限制效果必须能够赋予原告根据《谢尔曼法》提起诉讼的请求权，《谢尔曼法》方能适用于该域外行为。

尽管美国国会通过制定成文法的方式意图限制美国反垄断法域外管辖权，但由于《对外贸易反垄断改进法》中的立法语言极具概括性和模糊性，导致该法在适用过程中频发争议。例如，如何界定域外垄断行为对美国的影响是直接的、实质的且具有可预见性的，美国国会在制定该法时，并没有明确规定，这为之后的争议埋下了伏笔。

## 3. 以积极礼让原则为依归，加强与欧盟的反垄断合作

20世纪90年代，美国与欧共体（欧盟的前身）先后达成了《美国和欧共体

<sup>①</sup> See *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287 (3rd Cir.1979).

关于适用反垄断法的协定》<sup>①</sup>和《美国和欧共同体关于执行竞争法时适用积极礼让原则的协定》<sup>②</sup>。两次反垄断合作协定的签订，标志了积极礼让原则被正式引入美欧反垄断合作机制之中。消极礼让原则要求美国法院在审理域外垄断行为案件时对他国主权予以适当尊重，这是一种单方面实施的礼让。积极礼让原则则更进一步，其要求缔约双方在反垄断跨境执法中给予对方尊重与协助，这是一种互动的、双边的礼让。

以《美国和欧共同体关于执行竞争法时适用积极礼让原则的协定》为例，根据该协定第三条，美欧双方在调查跨境垄断行为时可以寻求对方反垄断执法部门之协助，无论请求方所调查的垄断行为是否违反被请求方所在地的反垄断法。积极礼让原则的引入不仅为美国与欧洲之间建立更为紧密的反垄断合作机制奠定了基础，也说明国际社会逐渐意识到反垄断法域外管辖权的行使可能造成负面效果，通过引入积极礼让原则进而加强国际合作有利于缓和反垄断法域外管辖权造成的不利影响。

#### 4. 在《法律重述》中提出以“合理性”限制美国反垄断法的域外管辖

美国各部门法的法律重述是由美国法律协会（American Law Institute）根据美国成文法、判例、政府政策进行归纳、总结而成的学术专著。虽然法律重述并非美国政府制定的强制性法律规则，但在美国的司法实务中却具有极高的影响力，常常在司法判决中被引用，作为法官裁判案件的重要说理依据。<sup>③</sup>

在1987年版的《第三次外国关系法重述》中，美国法律协会提出了以合理性标准限制美国法域外管辖权的观点。根据合理性标准，即便实施域外垄断行为的主体意图对美国境内的商业、贸易产生限制效果，或者域外垄断行为已经对美国境内的商业、贸易产生限制效果，但反垄断法域外管辖权的行使不符合合理性标准时，美国反垄断法域外管辖权不应当适用。<sup>④</sup>在反垄断案件中，对于合理性

① 《美国和欧共同体关于适用反垄断法的协定》这一条约的英文全称是“*Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the Application of their Competition Laws*”。

② 《美国和欧共同体关于执行竞争法时适用积极礼让原则的协定》这一条约的英文全称是“*The U.S. Department of Justice: Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws*”。

③ See *West v. Caterpillar Tractor Company, Inc.*, 336 So. 2d 80 (Fla. 1976).

④ See *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* § 403 (Am. Law Inst. 1987).

的判断，《第三次外国关系法重述》第 403 条给出了以下 8 个分析因素。

第一，涉案垄断行为与美国领土的关联性。譬如，该行为对美国产生了实质的、直接的且具有可预见的影响或者发生在美国领土范围内。

第二，基于国籍、定居、经济行为而产生的联系，包括美国与垄断行为责任人之间的联系、美国与美国反垄断法域外管辖权所意图保护的主体之间的联系。

第三，被美国规制的垄断行为之特征；反垄断法域外管辖权规则对于美国的重要性；其他国家对垄断行为规制的程度；美国反垄断法域外管辖权规则监管被广泛接受的程度。

第四，被美国反垄断法域外管辖权规则所保护或损害的合理预期。

第五，美国反垄断法域外管辖权规则对国际政治、法律或者经济体系的重要性。

第六，美国反垄断法域外管辖权在多大程度上符合国际体系的传统。

第七，其他国家对规制涉案垄断行为拥有多大程度的利益。

第八，与其他国家的监管产生冲突的可能性有多大。

与美国联邦第九巡回上诉法院在廷布莱恩木材公司案中的判断标准相似，《第三次外国关系法重述》在分析域外管辖权问题时将各个相关因素纳入考察范围之内用于判断行使域外管辖权是否具备合理性。这套判断标准不仅将目光投射于美国、受影响的其他国家、涉案垄断行为及三方之间的关联，更将视野拓展至美国反垄断法域外管辖权规则与全球政治、经济、法律体系之间的互动，形成一套更具多边主义色彩的反垄断法域外管辖权规则。然而，这种具体问题具体分析的判断标准因过于复杂而被批评者认为其在司法实践中缺乏可行性。<sup>①</sup>

## （二）美国反垄断法域外管辖权重现扩张态势

### 1. 美国联邦最高法院对消极礼让原则的否定

在 1993 年由美国联邦最高法院审判的哈特福德火灾保险公司诉加利福尼亚州案（Hartford Fire Insurance Co. v. California，以下简称“哈特福德火灾保险公

<sup>①</sup> See William Dodge, “Jurisdictional Reasonableness Under Customary International Law: The Approach of the Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law”, *Question of International Law*, 62 (2019), 5; *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S. A.*, 542 U.S. 155 (2004).

司案”）中，原告指控英国和美国的保险公司采取联合行动限制美国再保险市场中的竞争。相较于廷布莱恩木材公司案和曼宁顿米尔斯公司案，美国联邦最高法院未将上述两案中所采用的利益平衡规则用于判断消极礼让原则是否可以阻止美国反垄断法域外管辖权的适用。

以苏特大法官（David Souter）为首的多数派大法官认为，当域外垄断行为的实施者意图影响美国并产生实际影响时，此类域外垄断行为将受到美国反垄断法的管辖，这一观点是意图效果规则的体现。在满足意图效果规则的前提下，只有在美国法与涉案其他国家的法律产生“真实冲突”（A True Conflict）时，美国反垄断法域外管辖权才会受到限制，此即为真实冲突规则。

就是否可以根据消极礼让原则阻止美国反垄断法域外管辖权的行使这一问题，多数派大法官认为，美国国会在制定《对外贸易反垄断改进法》时并没有给出明确的观点。在分析美国反垄断法域外管辖权是否适用于该案时，多数派法官认为，不需要在该案中考察消极礼让原则的适用与否。即便在该案中适用消极礼让原则，也不能排除地区法院对该案的管辖权。<sup>①</sup>

多数派法官在哈特福德火灾保险公司案中的观点在一定程度上否定了消极礼让原则对美国反垄断法域外管辖权的限制作用。因此，可以说，哈特福德火灾保险公司案是美国反垄断法域外管辖权重现扩张态势的标志性案件之一。

## 2. 美国反垄断法域外管辖权在刑事诉讼中的适用

20世纪中后期，随着日本经济的恢复与发展，经济实力突飞猛进的日本逐渐对美国的全球经济霸权产生严重的冲击。为应对日本带来的挑战，美国对日本经济采取了一系列打压措施。在金融领域，美国通过《广场协议》逼迫日元升值。除此之外，美国还运用法律手段对日本经济进行了多方面的干扰和打击。除了美国惯用的“301调查”外，反垄断法同样成为美国削弱日本企业的一手利器。在美国诉日本纸业公司案（United States v. Nippon Paper Industries Co.，以下简称“日本纸业公司案”）中，美国首次将刑事责任制度用于完全发生在美国境外的垄断案件之中。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> See *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

<sup>②</sup> See *United States v. Nippon Paper Industries Co.*, 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

在该案中，被告方日本纸业公司位于日本，因热敏传真纸供应过剩及反倾销问题，日本纸业公司选择与其他热敏传真纸制造商合谋达成一项固定价格的横向垄断协议，将每平方米热敏传真纸的价格设置为 20 美元。包括日本纸业公司在内的所有参与此协议的生产商都没有在美国国内开设销售网点。这些生产商通过一家日本的贸易公司将其热敏传真纸出售给一家美国贸易公司。然后，这家美国贸易公司会将纸张裁剪到消费者所需的尺寸，再以更高的价格转卖给美国的消费者。

此案的审判过程可谓一波三折。在一审中，美国马萨诸塞联邦地区法院基于涉案垄断行为完全发生在美国境外而驳回了美国政府针对日本纸业公司发起的反垄断刑事诉讼。在该案二审中，美国联邦第一巡回上诉法院推翻了一审判决，美国联邦第一巡回上诉法院法官赛利亚 (Bruce Selya) 指出，在日本纸业公司案之前，尽管美国的反垄断法域外管辖权案件集中于非刑事领域，但此项域外管辖权的适用范围并不仅限于反垄断民事诉讼。换言之，《谢尔曼法》中的刑事处罚也被允许适用于反垄断法域外管辖权案件之中。

在该案被发回一审法院重审后，重审法官盖特纳 (Nancy Gertner) 发现，在达成垄断协议后，被告日本纸业公司等参与涉案横向价格垄断协议的日本企业于美国热敏传真纸市场中并未取得商业上的成功，参与涉案横向垄断协议的日本企业在美国市场中仍然面对来自美国企业的激烈竞争，其市场份额在 20 世纪 90 年代甚至出现降低的趋势。基于以上情况，根据实质影响规则 (Substantial Effects Test)，由于作为公诉方的美国政府无法证明被告日本纸业公司对美国的商业、贸易带来了实质影响，美国马萨诸塞联邦地区法院最终作出了支持日本纸业公司的无罪判决。<sup>①</sup>

虽然美国法院最终作出了无罪判决，但就美国反垄断法域外管辖权规则的整体发展趋势而言，日本纸业公司案是继哈特福德火灾公司案后，美国反垄断法域外管辖权再度呈现扩张性态势的又一标志性案件。得出这一结论的主要依据有两点：首先，在符合意图效果规则的前提下，美国反垄断法中的刑事处罚可以被适

---

<sup>①</sup> See *United States v. Nippon Paper Industries Co., Ltd.*, 62 F. Supp. 2d 173 (D. Mass. 1999); *United States v. Nippon Paper Industries Co.*, 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

用于完全发生在美国境外的垄断行为，这一观点在日本纸业公司案中得到了美国法院的确认。其次，在哈特福德火灾公司案中，美国联邦最高法院对消极礼让原则予以否认的态度在日本纸业公司案中得到了延续。在该案中，美国联邦第一巡回上诉法院认为，对他国的礼让是一种恩惠和愿望，而非固定的规则或义务。

综上所述，美国法院在哈特福德火灾保险公司案和日本纸业公司案中的判决说明，在这一阶段，美国反垄断法域外管辖权重现扩张适用之态势。美国反垄断法域外管辖权的行使仍然受到一定程度的制约，但其所受到的限制整体上逐渐趋于放松。

## 四、放松对企业并购的反垄断监管

罗纳德·里根（Ronald Reagan）于1981年就任美国总统。在其任内，美国政府对并购交易的反垄断监管趋于放松。在《1982年合并指南》（*1982 Merger Guidelines*）中，美国司法部表示，“不应批准将创造或增强市场力量的合并”。然而，在《1968年合并指南》中，规制合并的首要原则是，“保护和促进有利于市场竞争的市场结构”。尽管从字面上理解，《1982年合并指南》似乎并未背离美国反垄断法的基本要求，但与《1968年合并指南》相比，《1982年合并指南》对竞争结构的保护远不及前者。除了对竞争结构的忽视外，里根政府对于纵向集中的监管更是极为宽松，在里根任内，其未禁止任何一起纵向集中交易。<sup>①</sup>

## 五、平衡知识产权保护与反垄断之间的冲突

美国对知识产权予以法律保护的历史并不短于美国反垄断法的历史。通过授予知识产权人在特定时间段内独占使用知识产权的权利，能够发挥鼓励知识转化、促进商业发展的作用。在反垄断法的视角下，赋予知识产权人独占使用知识产权

---

<sup>①</sup> See William Kovacic, “Built To Last? The Antitrust Legacy of the Reagan Administration”, *Federal Bar News*, 35(1988), 244.

的权利实际上为知识产权人创造了一项合法的垄断。然而，知识产权权利人可能滥用这一合法垄断。早在美国反垄断法诞生之前，美国的政治精英已经意识到了知识产权滥用可能对市场竞争造成负面影响。例如，在 1873 年判决的亚当斯诉伯克案（*Adams v. Burke*）中，美国联邦最高法院根据首次销售原则（the “First Sale” Doctrine），要求专利权人在专利产品首次销售后，不得对之后的再销售施加地理范围限制。<sup>①</sup>

在《谢尔曼法》颁布后，美国的知识产权法与反垄断法之间的冲突呈现了持续化的态势。譬如，在 1926 年的美国诉通用电气公司案（*United States v. General Electric Co.*）中，通过专利授权，作为专利权人的通用电气公司固定了它的经销商销售灯具产品的转售价格。美国司法部认为，通用电气公司通过专利授权排除了被授权人之间的价格竞争，这一专利授权模式涉嫌违反美国反垄断法。然而，美国联邦最高法院并未对本案中的专利授权模式多加谴责。<sup>②</sup>除此之外，在知识产权滥用案件中，以知识产权法作为裁判依据，还是以反垄断法作为裁判依据，这一问题也常常发生争议。

关于知识产权法和反垄断法相互冲突的起因问题，美国联邦第二巡回上诉上诉法院在 *SCM 公司诉施乐公司案*（*SCM Corp. v. Xerox Corp.*）中作出深入而精辟的阐述。美国联邦第二巡回法院指出，反垄断法与专利法之间的冲突来源于它们为实现相互的目的而采取的方法。反垄断法禁止对竞争施加不合理的限制，专利法却奖励发明人暂时的垄断权，使其免受（竞争者）对其专利技术的竞争性利用。通常情况下，当专利产品仅仅是在特定的产品市场上有效竞争的众多产品之一时，很少产生反垄断问题。然而，当专利产品获得（商业）成功时，专利法和反垄断法不可避免地会产生冲突。<sup>③</sup>

为缓和反垄断法与知识产权法之间的冲突，美国司法部和联邦贸易委员会于 1995 年联合颁布了《知识产权许可的反垄断指南》（*Antitrust Guidelines For The Licensing Of Intellectual Property*）。该指南提出了三项基本原则，用于分析知识产权垄断问题：第一，在反垄断分析中，将知识产权与其他财产权利同等对待；

① See *Adams v. Burke*, 84 U.S. 453 (1873).

② See *United States v. General Electric Co.*, 272 U.S. 476 (1926).

③ See *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195 (2d Cir. 1981).

第二，拥有知识产权的经营者不应被假定为具有市场支配力量的经营者；第三，知识产权许可使得企业可以结合具有互补性的生产要素，这在总体上具有促进竞争的效果。<sup>①</sup> 指南的颁布不仅为美国政府处理知识产权垄断案件提供了指引，也有利于协调反垄断法与知识产权法之间的关系，推动二者从早期的相互冲突逐渐走向协调共进。

## 第五节 互联网垄断问题与美国反垄断监管的自我革新时代（20世纪末至今）

自20世纪后半叶起，陆续崛起了微软、脸书、谷歌、苹果、亚马逊等一批巨头型互联网企业，美国的互联网经济进入了蓬勃发展的时期。美国的互联网经济快速发展的主要原因有3个：第一，新自由主义的盛行为互联网巨头的诞生提供了宽松的监管环境；第二，全球化进程的加速，为美国的互联网巨头提供了广阔的市场；第三，新技术、新理念的诞生，为互联网企业的发展注入了科技动力。

伴随着互联网经济的兴盛，互联网垄断问题在美国日趋严重。与传统行业相比，马太效应在互联网行业更为明显。为维持、增强市场力量，赢家通吃的互联网巨头企业更有能力，也更有动力实施违反竞争规则的垄断行为。20世纪90年代末爆发了美国诉微软公司案（United States v. Microsoft Corp）。<sup>②</sup> 进入千禧年后，互联网巨头企业涉及的垄断案件日渐增多。例如，亚马逊透过纵向一体化、轴辐协议、掠夺性定价等方式使得传统书商的生存空间急剧减少。脸书透过“掐尖”收购的方式收购了照片墙（Instagram）等社交应用，进一步巩固了其在社交领域的市场优势。

面对新兴的互联网垄断问题，美国反垄断法迎来了前所未有的挑战，过去的

<sup>①</sup> 参见美国司法部、联邦贸易委员会：《1995年版知识产权许可的反垄断指南》，载美国司法部官网，<https://www.justice.gov/atr/archived-1995-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>，最后访问时间：2023年10月10日；王黎明、周羽中：《美国反垄断法在知识产权领域的应用及启示》，载《法治论坛》，2019（4）。

<sup>②</sup> See United States v. Microsoft Corp, 253 F.3d 34 (2001).

理念与规则往往无法适应互联网垄断问题。比如，芝加哥学派认为市场结构分为完全垄断、完全竞争、不完全竞争三大类。然而，在互联网经济领域，出现了“新垄断竞争市场结构”，即基础平台端的自然垄断状态与增值服务端的完全竞争状态相结合的上下双层结构。以苹果公司的应用商店为例，苹果公司的应用商店通过提供免费服务，实现了完全垄断。但是该应用商店中的应用软件开发者之间仍存在完全竞争。这带来一个悖论：平台端通过免费服务达到 100% 市场份额，可能带来增值服务端的完全竞争。这种完全垄断与完全竞争相结合的商业模式突破了芝加哥学派的市场结构理论。<sup>①</sup> 又比如，互联网巨头多处于双边市场，作为平台方的互联网企业向用户端免费提供服务，以此吸引更多的用户。由于客户端的服务价格为零，以价格为基础的假定垄断者测试在客户端中的适用将受到严重限制。面对互联网巨头所带来的新形态垄断问题，美国反垄断法从批判芝加哥学派的反垄断理念和加强互联网反垄断立法两个维度，试图实现从理念到规则的自我重塑，以规制日趋严重的互联网垄断问题。

## 一、对芝加哥学派所倡导的“消费者福利中心主义”予以批判

如本章第四部分所述，芝加哥学派将消费者福利与经济效率视为美国反垄断法的主要价值目标，甚至是唯一价值目标。在芝加哥学派看来，当企业的行为具有经济效率，消费者也能够从中获益时，反垄断法不应当对此类行为过多干涉。本书将这一观点称为“消费者福利中心主义”。客观而言，芝加哥学派所推崇的“消费者福利中心主义”并非毫无根据，而且价格、产量等经济指标为美国法院在处理个案时提供了一套具有可操作性的标尺。

然而，在千禧年后，美国的互联网垄断问题日趋严重。以“消费者福利中心主义”为主导的美国反垄断机制无法对互联网垄断问题展开有力的监管。“消费者福利中心主义”也因此遭到了多方的批判。其中，最具有代表性的批评者来自以美国联邦贸易委员会新任主席可汗（Lina Khan）为首的新布兰代斯学派（New Brandeis School）。在可汗的代表作《亚马逊的反垄断悖论》（*Amazon's*

---

<sup>①</sup> 参见姜奇平：《互联网真的存在“垄断”吗？》，载《光明日报》，2013年12月16日，第2版。

*Antitrust Paradox*) 中, 她从美国反垄断法的立法目的、消费者福利的概念、消费者群体以外的其他群体的正当利益和美国反垄断法的预防作用这四个维度, 对“消费者福利中心主义”展开了反思与批判。<sup>①</sup>

### (一) “消费者福利中心主义”忽视了美国反垄断法本应具有多元价值

可汗对于“消费者福利中心主义”的第一重批判源于对芝加哥学派对美国反垄断法立法目的的误解。可汗认为, 美国国会在制定美国反垄断法时的首要目标并非保护消费者的合法利益, 而是规制当时具有庞大经济势力和政治势力的大型托拉斯组织。

可汗的这一观点可以从谢尔曼议员在美国国会的发言中得到印证。作为《谢尔曼法》的“培育者”, 谢尔曼议员曾在美国参议院指出, “如果我们无法忍受作为政治势力的国王, 我们也不该忍受任何一位、掌握任何一种生活必需品的生产、运输与销售的国王。如果我们不愿对一位帝王屈服, 我们也不应该对任何一位拥有阻止竞争、固定任何一种商品价格的贸易独裁者屈服”。从谢尔曼议员的上述发言中可以看出, 可汗对《谢尔曼法》立法目的的判断是有一定依据的。

经济力量集聚在少数人手中使得他们具有影响政府的能力, 这一担忧并非毫无依据。近年来, 美国互联网巨头企业投入大量资金用于资助反垄断研究、提供政治献金、游说美国政府。仅在 2019 年, 亚马逊、脸书、ComCast、AT&T 和谷歌这五家企业就投入了超过 7000 万美元用于政治游说。<sup>②</sup>

除了保障政治民主的立法, 可汗进一步指出, 美国的政治精英制定《谢尔曼法》《联邦贸易委员会法》等反垄断法律法规的目的还包括对小企业主的倾斜性保护。然而, 自进入 20 世纪 70 年代以来, 在“消费者福利中心主义”的主导下, 美国反垄断法的价值判断以经济效率的提升与否为尺度, 这背离了美国反垄断法本应保护的多元价值。

<sup>①</sup> See Lina Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale Law Journal*, 126 (2016), 710.

<sup>②</sup> 参见沈伟伟:《迈入“新镀金时代”: 美国反垄断的三次浪潮及对中国的启示》, 载《探索与争鸣》, 2021 (9)。

## （二）芝加哥学派对消费者福利的理解过于狭隘

可汗对芝加哥学派的第二重批判则是从如何诠释“消费者福利”这一概念的内涵与外延着手。可汗认为，即便将消费者福利列为美国反垄断法所倡导的重要目标，芝加哥学派对消费者福利的理解也过于狭隘，导致芝加哥学派忽视了本应属于消费者福利的多元价值。

芝加哥学派使用价格、产量等短期指标来评判企业行为对消费者福利的影响，忽视了产品质量、产品多样性和商业创新等对消费者而言同样重要的长期福利。可汗以亚马逊公司对出版商的剥削进而减少出版物的多样性为例，阐述了产品多样性对于消费者福利的重要意义。在美国的出版物市场中，出版商的传统商业模式是交叉补贴，即通过出版畅销书的利润补贴严肃作品或者需要大量前期投入的高风险作品。由于亚马逊公司不断提高对出版商的收费，出版商已经无力负担用于补贴严肃作品、高风险作品的成本。这些小众作品得不到出版商的支持，最终导致读者能够选择的出版物的种类减少，构成了对读者的消费者福利损害。

## （三）“消费者福利中心主义”忽视了其他群体的正当利益

可汗对“消费者福利中心主义”的第三重批判集中在“消费者福利论”忽视其他群体的正当利益。申言之，芝加哥学派把注意力主要集中在消费者这一群体，忽视了工人的利益、制造商的利益、企业家的利益甚至公民的政治权利等其他群体的正当利益。

以亚马逊公司为例，亚马逊公司对出版商的剥削，不仅使得读者无法获得具有多样性的出版物，出版商投资小众书籍的客观能力与主观动力也遭到了大幅度的削弱，进而导致整个美国的思想市场陷入贫困，产生了削弱言论自由和出版自由的消极影响。

## （四）“消费者福利中心主义”削弱了美国反垄断法的预防作用

可汗对“消费者福利中心主义”的第四重批判则是立足于美国反垄断法的预防作用。可汗认为，对垄断问题的预防作用是美国反垄断法的应有之义。对趋向集中的市场结构等初露苗头的垄断问题展开及时的反垄断规制，不仅符合美国国

会的立法目的，而且能够取得更好的规制效果。芝加哥学派将消费者福利与高价格、低产出挂钩，并将损害消费者福利作为美国反垄断法介入的触发条件，这导致反垄断监管的时机被大大推迟，直到企业提高价格、降低产出的时候才采取监管行动。当企业已经拥有控制价格、产出的能力时，整个市场结构很有可能早已趋向于集中。在集中度较高的市场中，企业往往没有动力改善产品质量或是提供新产品。预防作用的不完备将使得消费者的长期利益受损。

### （五）小结

可汗从以上四个维度对“消费者福利中心主义”予以批判。其批判的目的与内容不仅仅局限于“消费者福利中心主义”之缺陷，更是为了从理念上重塑美国反垄断法。可汗等人所倡导的新布兰代斯运动（New Brandeis Movement）将美国反垄断法的核心宗旨定义为市场竞争本身而非狭隘的消费者福利和短期的经济效率。通过对市场结构与竞争过程的及时干预，实现维护市场竞争和保障多元价值的反垄断目标。尽管新布兰代斯运动暴露了芝加哥学派的诸多缺陷，但新布兰代斯学派本身也存在一定的不足。对新布兰代斯运动的批评视角之一在于，新布兰代斯运动的倡导者不应当止步于对芝加哥学派的批判，他们更需要做的是如芝加哥学派一般提供一套直观的、具有可操作性的反垄断分析理论。<sup>①</sup>

尽管面临外界的质疑与批评，但随着新布兰代斯学派的代表人物可汗担任美国联邦贸易委员会主席，新布兰代斯运动逐步从理论界向实务界进军。这场掀起美国反垄断理念变革的运动究竟会对美国反垄断法带来多大程度的变革，值得进一步观察。

## 二、加强规制互联网垄断的反垄断立法

为了应对互联网垄断问题，美国政府正在加强针对互联网垄断问题的立法工作。2021年6月，美国国会众议院司法委员会推出了五部针对互联网垄断问

---

<sup>①</sup> David Teece, “Innovation, Governance, and Capabilities: Implications for Competition Policy”, *Industrial and Corporate Change*, 29(2020), 1075.

题的立法草案：《美国选择和在线法案》（*American Choice and Innovation Online Act*）、《终止平台垄断法案》（*Ending Platform Monopolies Act*）、《平台竞争和机会法案》（*Platform Competition and Opportunity Act*）、《通过启用服务交换增强兼容性和竞争性法案》（*Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act*）和《并购申请费的现代化法案》（*Merger Filing Fee Modernization Act*）。

互联网垄断问题的主要症结是平台垄断问题。针对平台垄断问题，美国政府提出了主导性平台（Covered Platform）这一概念，通过加强对主导型平台的反垄断监管，以期达到遏制平台垄断问题的目的。以《美国选择和在线法案》为例，根据该立法草案第二条的规定，主导性平台对自营业务的优待行为、对自营业务的竞争对手的歧视行为均为该法所禁止。此外，《美国选择和在线法案》对歧视行为的规定极为详细与广泛，这将使得主导性平台可能面临更为全面的反垄断监管。

## 第六节 美国反垄断法发展历史的小结与启示

纵观美国反垄断法 130 余年的发展史，历经了两次世界大战、10 余次经济危机等重大国际国内事件，其从理念到规则均已逐渐成熟，形成了一套较为自洽的反垄断制度。在这 130 余年中，这套日趋成熟的反垄断制度体现出两大特征：第一，关于美国反垄断监管的强度问题，呈现出放松管制与加强监管相互交替的钟摆式态势；第二，关于美国反垄断法的宗旨问题，消费者福利中心主义派与多元价值派的分歧长期存在，这两种观点呈现“你方唱罢我登场”的态势。

### 一、钟摆式的反垄断监管态势

在 130 余年的发展进程中，美国反垄断法总体上呈现了“加强监管”与“放松监管”互相交替的态势。我国学者应品广将这种互相交替的态势称为“钟摆式演变轨迹”，并提出了造成上述现象的四种假说：第一，经济学理论的影响（以

下简称“经济学理论影响说”）；第二，政党政治的影响（以下简称“政党政治影响说”）；第三，包括经济危机、政治危机在内的各种危机的影响（以下简称“危机影响说”）；第四，美国社会内两大利益集团（生产者团体和消费者团体）政治博弈的影响（以下简称“政治博弈影响说”）。应品广认为，其他三种假说或多或少存在难以自圆其说的缺陷。政治博弈影响说是造成“钟摆式轨迹”的主要原因，即主张放松反垄断监管的生产者集团与主张加强反垄断监管的消费者集团之间的政治博弈造成了美国的反垄断监管态势的变化。<sup>①</sup>

虽然经济学理论影响说、政党政治影响说、危机影响说这三种理论的确存在无法完全自洽的问题，但是将美国反垄断监管的“钟摆式轨迹”完全归因于生产者团体和消费者团体之间的利益博弈，这一假说同样存在一定程度的不合理性。

以美国出版市场中的五大出版商所涉及的垄断案件为例，在亚马逊公司与五大出版商的垄断争议中，根据政治博弈影响说的分类标准，可以将亚马逊公司划入生产者团体，这种归类的确符合亚马逊公司如今的市场地位与其支持轻监管的态度。作为亚马逊公司垄断行为的受害人，五大出版商在亚马逊的垄断争议中，主张加强监管的态度与消费者团体主张加强互联网反垄断执法的诉求具有一致性。<sup>②</sup>

然而，若仅仅依据亚马逊公司与五大出版商的垄断争议将五大出版商视为反垄断监管的支持者，并将其纳入消费者利益团体，这一判断可能过于轻率。五大出版商受到亚马逊公司的垄断剥削，并不能说明五大出版商站在消费者一边。相反，五大出版商同样具有实施垄断行为的客观能力和主观动力。例如，在2013年，五大出版商与苹果公司共谋提高固定电子书的价格，这一行为被美国司法部指控属于违反《谢尔曼法》的垄断行为。<sup>③</sup>此外，在2021年，美国五大出版商中的企鹅兰登书屋试图收购西蒙与舒斯特出版社，此项收购可能对图书市场带来的反竞争效果引起了美国司法部的警惕。美国司法部于2021年11月针对该项交易发

① 参见应品广：《美国反垄断法的演变轨迹——政治博弈的视角》，载《太平洋研究》，2013（2）。

② 在美国出版市场中占有主要市场份额的五大出版社分别是阿歇特图书集团（Hachette Book Group）、哈珀柯林斯出版社（HarperCollins Publishers）、麦克米伦出版社（Macmillan Publishers）、西蒙与舒斯特出版社（Simon & Schuster Publishers）和企鹅兰登书屋（Penguin Random House）。

③ See United States v. Apple Inc., 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013).

起了反垄断诉讼。<sup>①</sup>

以是否支持“强监管”为标准，政治博弈影响说过于简单粗糙地将美国国内的利益群体划分为生产者团体和消费者团体，忽视了企业对美国反垄断法的工具化态度。根据五大出版商在上述三起案件中的表现，五大出版商时而是垄断行为的实施者，时而是垄断行为的受害者。五大出版商的双重角色表明，它们将美国反垄断法作为实现商业利益的工具，而非真心实意地站在消费者的立场上支持反垄断监管。企业作为“理性人”的自利性使得它们更倾向于灵活地对待反垄断监管。申言之，当加强反垄断监管对其自身有利时，企业往往会支持美国政府加强反垄断监管。当放松反垄断监管有利于实现自身利益最大化时，企业则更可能倾向于反对反垄断监管，甚至亲自实施垄断行为。

综上所述，将政治博弈作为解释美国反垄断法“强弱交替”态势的主要因素并不完全准确。除了政治博弈，经济学理论、危机事件及政党政治等因素也对美国反垄断法的演变产生了重要影响，这些因素同样不容忽视。因此，我们不应将某一社会因素视为决定美国反垄断监管态势的唯一力量，而应从美国反垄断法的功能角度探讨其监管态势的变化。

美国反垄断法自诞生之日起，便肩负了保障经济民主、维护市场竞争等多元使命。以免疫监视为类比，侵害经济民主、削弱市场竞争的垄断问题如人体内的病毒，而反垄断法宛如人体的免疫系统，它发挥的是免疫监视的作用，负责识别并杀死垄断病毒。当经济势力膨胀为垄断力量，试图侵蚀市场竞争和经济民主时，反垄断法作为免疫系统会对垄断病毒展开反击以维护社会的整体利益。

然而，作为免疫系统的反垄断法何时展开反击？反击的力度如何？美国政府在回答上述问题时受到包括政党政策、社会危机、经济学理论、利益集团博弈等多种力量的影响。多重社会因素的合力作用下，使得美国反垄断法在特定时期内展现了或“强监管”或“轻监管”的态势。

回顾美国反垄断法的百年历史，作为免疫系统的反垄断法并不能对所有的垄断病毒实现百分百的准确打击。过度的强监管恰似超敏反应的人体免疫系统一般，

---

<sup>①</sup> 美国司法部：《司法部发起诉讼以阻止企鹅兰登书屋收购竞争对手西蒙与舒斯特出版社》，载美国司法部官网，<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-penguin-random-house-s-acquisition-rival-publisher-simon>，最后访问时间：2023年10月15日。

将正常的商业活动错误地识别为垄断病毒予以打击。例如，在1968年的阿尔布雷希特诉先驱公司案（*Albrecht v. Herald Co.*）中，美国联邦最高法院将最高转售价格维持协议认定为本身违法。<sup>①</sup>实际上，最高转售价格维持协议并不必然排斥竞争，反而可以使消费者享受价格更为低廉的产品，有利于增进消费者利益。在另一个极端，过度的轻监管政策正如陷入免疫耐受的人体免疫系统，对危害市场竞争的垄断病毒熟视无睹。譬如，在里根担任美国总统时期，政府对于纵向集中过度宽容，未禁止任何一起纵向集中案件，忽视了纵向集中可能带来的负面影响。

美国反垄断法在实施的过程中带有深刻的历史烙印。在时代的洪流中，利益集团之间的博弈、政党间的角力、经济学家的争论、国际国内形势的变化等国际国内因素均对美国反垄断法的演变趋势产生了不可忽视的影响。作为美国反垄断法的制定者与实施者，美国政府同样不可避免地受到上述社会因素的制约与影响。多重社会因素的合力，使得美国反垄断法在不同的历史阶段呈现出或强或弱的监管态势。监管态势的强弱变化并不必然契合美国社会发展的需求，也并不必然符合美国人民的整体利益。尽管如此，美国反垄断法的监管态势的演变趋势具有重要的历史价值。无论是对于美国而言，还是对于包括我国在内的其他国家而言，了解美国反垄断法在监管态势上的变化及其背后的成因，对于各国建立宽严相济的反垄断监管机制而言具有重要的参考意义。

## 二、长期存在的目标之争

美国反垄断法在演变趋势上的第二大特征是反垄断法的目标之争。争议的核心在于，美国反垄断法是应当以保护消费者福利为主要宗旨，还是追求多元化的反垄断价值。一方认为应当以产出、价格等短期经济效率为尺度，衡量企业行为对消费者福利的影响。另一方则支持美国反垄断法将民主自由、中小企业的发展空间、多元化的产品与服务等多元价值纳入美国反垄断法的保护范围，而不应仅将目光局限于消费者福利问题。

<sup>①</sup> See *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

如前文所述，美国反垄断法的目标之争是长期存在的。在“沃伦法院”时代，当时美国联邦最高法院在反垄断法实施过程中，将“杰斐逊式民主”作为美国反垄断法的重要价值。透过反垄断法保护中小企业进而实现经济民主与政治民主。但是，在“伯格法院”时代，“伯格法院”对多元化的反垄断价值论缺乏认同，其更多地受到芝加哥学派的影响，将反垄断法的实施重点置于消费者福利和经济效率。

自20世纪70年代中期开始，“消费者福利中心主义”对美国反垄断法产生了前所未有的影响力。进入21世纪之际，互联网垄断问题日趋严重。在此背景下，莉娜·可汗等新布兰代斯学派的代表人物，对芝加哥学派坚持的“消费者福利中心主义”进行了深刻的批判。他们呼吁美国政府应该将平民主义的民主价值以及市场竞争结构等多元化的价值目标纳入美国反垄断法的目标体系之内。

长期存在的反垄断目标之争，在一定程度上反映了不同的利益群体对美国反垄断法抱有各自的期待。在制定、实施美国反垄断法的过程中，美国政府应当如何平衡不同群体之间的利益冲突？如何兼顾多元化的利益诉求？又如何保证反垄断法具备适度的稳定性？这些问题一直是对美国政府的考验。美国政府在目标问题上的得与失也为其他国家提供了极具参考价值的经验。