

传导、杠杆与中国反垄断法的定位

——以可口可乐并购汇源反垄断法审查案为例

邓 峰*

内容提要 可口可乐并购汇源果汁一案被商务部反垄断局驳回申请,反垄断局的解释依据是传导,即杠杆理论。但这一理论存在非常大争议。本文考察了杠杆理论的起伏兴衰,揭示出不同法律体系对这一理论的分歧及其根源。通过对商务部可口可乐案裁决进行实证法分析,考察了裁判者对其命题的证明及其对杠杆理论的应用,从而得出结论:第一,商务部的裁决没有完成其命题的证明,缺乏对企业行为的研究和分析,表现出执法方式的行政性和政治性;第二,杠杆理论虽然被大陆法系国家所采用,但这一理论是局限于反垄断法作为公法和规制政策的角度(市场理论)作出的,而缺乏对企业多元化经营(企业理论)的关注。

关键词 反垄断法 行政执法 经济法 杠杆理论 企业并购

无论是“徒法不足以自行”,“无救济则无权利”,还是各种形形色色的,诸如“本土特色”、“路径依赖”、“系统刚性”(Rigidity of System)等理论,都在某种角度上揭示了“纸面上的法”和“行动中的法”之间的裂缝甚至是脱节。反垄断法也不例外,考虑到其受制于更强的公共政策乃至政治决策影响的特点,这种脱节还可能有过之而无不及。反垄断法颁布后第一起遭到驳回的企业并购反垄断法审查案件——可口可乐并购汇源果汁案(以下简称可口可乐案)已经在纷纷扰扰中告一段落,该案在学界、舆论乃至政治评价中褒多于贬,但仔细推敲,却暴露出中国反垄断法的诸多问题。该案的执法方式及其中国式解决,折射出反垄断法理论以及立法过程中“老调重弹”的一个问题:反垄断法的定位究竟为何?是行政法的延伸或升级,还是独立规制机关执行的准司法式的经济法的有机组成部分?

如果我们仔细“复盘”这一决策,可以看出中国模式的反垄断法的两个核心弊病:在规则上,它只有客体理论(市场及消费者利益损害理论),而缺乏主体理论(主体认定、控制标准及其传递)和行为理论;在规则的实现上,它采用了欧盟式的行政调整模式,而丧失了反垄断法应有的司法属性。

一、可口可乐案与杠杆理论

虽然广为人知,可口可乐案的事实还是需要交代。为了并购汇源果汁,在“2008年9月18日,可口可乐公司向商务部递交了申报材料。9月25日、10月9日、10月16日和11月19日,可口可乐公司根据商务部要求对申报材料进行了补充。11月20日,商务部认为可口可乐公司提交的申报材料达到了《反垄断法》第23条规定的标准,对此项申报进行立案审查……根据《反垄断法》第27条,商务部从如下几个方面对此项经营者集中进行了全面审查:(一)参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力;(二)相关市场的市场集中度;(三)经营者集中对市场进入、技术进步的影响;(四)经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;(五)经营者集中对国民经济发展的影响;(六)汇源品牌对

* 北京大学法学院、北京大学经济法研究所副教授、法学博士。

本文的初稿得到了我的同事薛兆丰、强世功、彭冰、刘燕、许德峰、凌斌等教授,北京大学光华管理学院蔡洪滨教授、国家行政学院李清池等教授,以及孙秋宁、韩寒律师的批评意见,谨此致谢,文责自负。

果汁饮料市场竞争产生的影响……审查工作结束后,商务部依法对此项集中进行了全面评估,确认集中将产生如下不利影响:(一)集中完成后,可口可乐公司有能力将其在碳酸软饮料市场上的支配地位传导到果汁饮料市场,对现有果汁饮料企业产生排除、限制竞争效果,进而损害饮料消费者的合法权益。(二)品牌是影响饮料市场有效竞争的关键因素,集中完成后,可口可乐公司通过控制“美汁源”和“汇源”两个知名果汁品牌,对果汁市场控制力将明显增强,加之其在碳酸饮料市场已有的支配地位以及相应的传导效应,集中将使潜在竞争对手进入果汁饮料市场的障碍明显提高。(三)集中挤压了国内中小型果汁企业生存空间,抑制了国内企业在果汁饮料市场参与竞争和自主创新的能力,给中国果汁饮料市场有效竞争格局造成不良影响,不利于中国果汁行业的持续健康发展……鉴于上述原因,根据《反垄断法》第28条和第29条,商务部认为,此项经营者集中具有排除、限制竞争效果,将对我国果汁饮料市场有效竞争和果汁产业健康发展产生不利影响。鉴于参与集中的经营者没有提供充足的证据证明集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响或者符合社会公共利益,在规定的时间内,可口可乐公司也没有提出可行的减少不利影响的解决方案,因此,决定禁止此项经营者集中。”^①

尽管公告中说明,可口可乐公司对限制性条件的解释没有令执法机关满意,但其作出裁决的主要依据是“传导理论”,驳回理由包括:第一,从碳酸软饮料市场向果汁饮料市场的传导;第二,控制力因为传导而得到增强;第三,不可或缺的可能后果的认定。在中国法律文本中创造性地使用了“传导”概念后,约一周后,商务部发言人接受采访,为这个概念找到了理论依据,“碳酸饮料和果汁饮料尽管彼此间替代性不强,但却同属非酒精饮料,彼此属于紧密相邻的两个市场。此次收购完成后,可口可乐公司在碳酸饮料已有支配地位基础上又进一步增强了其在果汁类饮料市场的竞争优势和影响力,产生强强联合的叠加效应。为谋求其自身的利润最大化,可口可乐公司有能力在并购后利用其在碳酸软饮料市场上的支配地位,将果汁饮料与碳酸饮料搭售、捆绑销售或附加排他性交易条件,将其在碳酸饮料市场上的支配地位传导至果汁饮料市场,这将严重削弱甚至剥夺其他果汁类饮料生产商与其形成竞争的能力,从而对果汁饮料市场竞争造成损害,最终使消费者被迫接受更高价格、更少种类的产品”。^②按照发言人的解释,“传导”是“有能力利用支配地位”进行可能的搭售、捆绑销售或附加排他性交易条件,它正是反垄断法中的“杠杆”理论(Leverage Theory)。

商务部反垄断局对碳酸饮料市场和果汁饮料市场是两个不同但属于相邻市场,这一并购属于相邻市场并购(Conglomerate Merger)的判断是正确的,杠杆理论也的确是处理垄断者进入第二个市场的反垄断法理论。^③但是在可口可乐汇源案中援引这个理论,而且将其表现方式也说得正确,并不意味着对这一概念的正确理解和对规则的得当适用。“传统反垄断理论中的机制之一,垄断者试图通过包括纵向合并或搭售等方式将其控制力延伸到你先前并没有垄断的市场之中”,^④用反垄断法的最经典教科书的话来说,就是“今天,一般认为垄断者不可能通过杠杆,寄希望于通过可能的价格歧视来扩大垄断利润”。^⑤

杠杆理论在其发源地美国的反垄断法实践中,近年来我们可以注意到的一次引用,是1998年由20个州共同提出的针对微软的完全垄断案件(Plenary Monopolization Case)之中。20个州使用杠杆理论作为依据,指控微软“使用操作系统市场中的杠杆,获得浏览器市场中的竞争优势,因而将显著的浏览器市

① 《中华人民共和国商务部公告2009年第22号》,商务部2009年3月18日。

② 商务部办公厅:《商务部新闻发言人姚坚就可口可乐公司收购汇源公司反垄断审查决定答记者问》,2009年3月25日。

③ See Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Third Edition, West Publishing Co., 2005, p. 321.

④ See Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, Second Edition, West Publishing Co., 1993, pp. 332-333.

⑤ 前引④。

场份额,从 Netscape 转移到 Microsoft 之中”。^⑥ 华盛顿特区法院的 Jackson 法官驳回了基于杠杆理论的诉讼请求,“假定 Microsoft 垄断操作系统,浏览器是竞争性销售的,Microsoft 的激励是从操作系统/浏览器结合市场中榨取所有可以得到的垄断利润。它已经以垄断利润最大化的方式来对其操作系统定价了,考虑到消费者愿意支付整个包裹,即便 Microsoft 要去获得整个浏览器市场中的垄断,这种利润最大化的结合价格并不会改变。Microsoft 即便垄断了浏览器市场也并不能获得额外的垄断利润”。^⑦ 时间更近一些,但并没有那么著名,对这一理论更明确的表态,是美国最高法院在 *Verizon Communication, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U. S. 398, 124 S. Ct. 872, 883 n. 4 (2004) 一案的判决中,彻底否决了杠杆理论,“上诉法院还认为答辩人陈述中提出了‘垄断杠杆’的观点……我们反对。上诉法院在一定程度上省略了尝试垄断第二个市场应当有‘成功的危害可能性’的要求。它错了。”该案中的上诉法院和我国反垄断局的错误有异曲同工之处。

事实上,杠杆理论在美国从 20 世纪 40 年代产生,到 20 世纪 60 年代成为争议焦点,进而到 20 世纪 70 年代被基本上抛弃,可以说,其起伏折射出美国反垄断法理论和实践的核心焦点。在理论上,它在遭到芝加哥学派打击之后就基本上没有恢复元气,也是芝加哥学派成功的标志性战役之一。^⑧ 尽管按照传统学派,对杠杆理论是否应当完全放弃,还存在着些许的反驳声音,不愿意放弃的主要理由是基于市场不完美的假定作出的,而利润最大化和垄断延伸两个命题之间并不完全重合。但这种争论和中国的情形完全不同。^⑨ 实践中,杠杆理论对垄断延伸的适用,在历史上也发生过非常戏剧性的变化,许多著名案例比如 AT&T, Kodak 等案件中都出现过其身影,其适用领域有过显著变化,法官对这一理论的态度摇摆不定。在某种意义上,如下文所要揭示的,杠杆理论的兴衰几乎就是反垄断法理论和实践历史的一面镜子。

二、杠杆理论的兴衰及其适用

杠杆理论用于判断垄断者是否将其在第一个市场中的垄断地位扩展到第二个市场之中。在 19 世纪 90 年代,和谢尔曼法同时期,美国法院就提出了“垄断延伸”的说法。但最早的案例,是 *Henry v. A. B. Dick Co.* 224 U. S. 1, 53, (1912) 一案。怀特 (White) 大法官在其少数异议意见中提出,该专利错误使用案件中,捆绑销售 (Tying) 使得专利人可以“以乘数扩大垄断”,这一说法在 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U. S. 502, 518 (1917) 一案中被接受。法院认为专利人的捆绑销售条款是非法的。布兰迪斯大法官在 *Carbice Corp. v. American Patents Development Corp.*, 283 U. S. 27, (1931) 一案中猛烈抨击了捆绑销售中的垄断延伸,该案中专利持有人在合同中要求冰盒 (Ice Box) 的使用人,必须使用其所提供的干冰,“专利所有人并不是从法律赋予其垄断的创造发明中获得利润,而是从其创造发明所使用的供应产品中攫取利润,而这绝不是专利垄断权的范围……如果垄断可以如此扩展,对某一个产品拥有专利可能会形成在很大范围内的适用于该制品之上的非专利物品的商业垄断”。因此,一开始,杠杆理论是主要用于捆绑销售、互惠交易 (Reciprocal Dealing), 局限于垄断行为而不是市场结构,应用于纵向关系而不是横向关系的。

杠杆理论开始被援引到企业并购,用于判断垄断力的案例,是 *United States v. Griffith*, 328 U. S. 781 (1946) 案件,被告是四个关联企业,以全部或部分的方式持有美国西部 85 个城镇中的影院,在其中的 53 个城镇拥有垄断地位,并试图在剩下的 32 个中尝试垄断。他们采用的方式是购买这些影院的电影胶片分配权方式来提高市场壁垒。政府提起了诉讼,认为违反了《谢尔曼法》的第 1 和第 2 条。法院

⑥ *United States v. Microsoft Corp.* 1998 - 2 Trade Cas. 72,261 (D. D. C. 1998), Cited from Eleanor M. Fox, Lawrence A. Sullivan and Rudolph J. R. Peritz, *Cases and Materials on U. S. Antitrust in Global Context*, West Publishing Co., Second Edition, 2004, p. 256.

⑦ 前引⑥,第 256 - 257 页。

⑧ See Richard A. Posner, *Vertical Restraints and Antitrust Policy*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 72, 2005, pp. 229 - 441.

⑨ See Louis Kaplow, *Extension of Monopoly Power Through Leverage*, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985, pp. 515 - 556.

指出,“采用垄断权力来提前防止竞争,获得竞争优势,或者摧毁竞争者,都是非法的”,而用一个市场中的垄断力量去应用于第二个市场之中,是《谢尔曼法》第2条中包含的一种情形。这遭到了法律经济学创始人的猛烈批评,认为属于对垄断力量的双重计算,如果在第二个市场中不能处于垄断地位的话,那么企业只能通过价格歧视的方式来获得额外利润,而杠杆理论并不能直接推导出垄断力量的延伸。^⑩这可以看成是论战的序曲。Bowman在1957年对捆绑销售中的杠杆理论进行了完整分析,确立了经典的命题:杠杆只可能发生在互补产品之中,并且并不必然是非法的。^⑪

尽管遭到批评,执法者嵌入在特定的法律思潮、政治环境、社会关系乃至舆论氛围之中,不可避免地会受到制约。沃伦(Warren)法院(1953-1969年)时期,基于法律现实主义的立场,^⑫对反垄断法的“杠杆理论”的适用全面扩大,从纵向关系中的捆绑行为,扩展到横向并购之中,其目的在于遏制并购。沃伦法院的核心假定包括:(1)产业集中对经济构成了严重威胁;(2)并购是集成的主要原因;(3)并购,基于各种社会-政治原因,是坏的。^⑬大法官沃伦在这一时期的转折性案例,Brown Shoe Co. v. United States 370 U. S. 294 (1962)中提出了著名的“平等竞争”(Competition of Equality)的观念,这和Brown v. Education Board一案中用人权平等的逻辑是一致的。^⑭沃伦指出国会对《克莱顿法》的修订,应当理解为“通过保护不同的、小的、地方所有的业务来促进竞争。国会认识到维持碎片式的产业和市场可能会带来偶尔的更高成本和价格,其解决这些竞争问题的对价是倾向于分散化”;在United States v. Philadelphia National Bank 374 U. S. 321 (1963)中,法院更进一步指出“一个并购,如果产生了企业控制一个相关市场的过分比例,导致了在该市场中的企业集中度的显著上升”是当然非法的。^⑮

沃伦法院用对制定法扩大解释的方法,扩大适用了《克莱顿法》第7条,即对资产或股票购买中的垄断认定。该条表述中有一些限制界定:“在任何商业链条(in any line of commerce)或影响本国某一区域的商业中的任何活动,这种并购的效果会(may be)实质上减少竞争或其目的是制造垄断”。在Brown Shoe案之中,收购公司Brown是美国第四大鞋业生产商(按生产量计算市场占有率为4%),生产男、女、童鞋,同时拥有1230家直销店,被收购公司Kinnery是美国第八大鞋业经销商,也从事生产,拥有超过350家零售店,运营美国最大的家庭用鞋的连锁超市。在1955年之前,Kinnery一直从Brown进货。1955年双方尝试合并,美国政府提起诉讼请求法院禁止。地区法院驳回禁令请求,因为两家公司业务不同,资产也是分离的。但司法部提出,按照产业链条,应当分别按照男鞋、女鞋和童鞋计算,按照某一区域,应当按照Brown和Kinnery同时存在的城市计算,并且主张《克莱顿法》中的表述使用了“可能”字样。最高法院指出,对该条的运用应当考察国会的立法史,认为该条文可以同时用于纵向和横向并购,国会的目标是阻止产业集中,只要有削弱竞争的可能就可以构成适用条件。虽然最高法院认为地区法院不区分男、女、童鞋的合并计算方式并无不当,但最终支持政府。^⑯不过,通说认为Brown Shoe案是杠杆理论的代表,但实际上该案并没有直接采用这一表述。在本案之后,通过放松《克莱顿法》第7条的判断标准,美国法院在法律哲学中更强调竞争者之间的平等,司法部大规模地通过禁令诉讼等方式,来

^⑩ See Feith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003, pp. 196-197.

^⑪ See Ward S. Browman, Jr., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, Yale Law Journal, Vol. 67, 1957, pp. 19-36. 这一理论至今仍然属于经典表述。See also Hebert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, p. 34. Hereinafter cited as “Hovenkamp Antitrust Enterprise”.

^⑫ See William H. Page, *Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust*, Emory Law Journal, Vol. 44, 1995, pp. 1-70.

^⑬ See Arthur Austin, *Antitrust Reaction to the Merger Wave: The Revolution vs. The Counterrevolution*, North Carolina Law Review, Vol. 66, 1988, pp. 931-962, p. 937.

^⑭ 必须指出,作为霍姆斯、布兰迪斯(Brandies)等的最高法院自由派的延伸,沃伦法院对人权观念的促进和推动是不可忽视的,其在平权上的成绩得到了法律史学家的好评。参见莫顿·J·霍维茨:《沃伦法院对正义的追求》,信春鹰、张志铭译,中国政法大学出版社2003年版。

^⑮ 前引^⑬,第937页。

^⑯ 对本案的评述,See Dennis Thompson, *The Brown Shoe Case*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 12, 1963, pp. 304-312.

阻止企业间的横向并购和混合并购。^{①7} 理由可能是多样的,并不很严格地从技术上界定,或者直接说没有这种必要。“构成强迫(Coercion)并不需要证明挤压—供应商—交易商关系的单独存在就会导致附属产品的强迫和市场的非竞争性。这种观念产生了一系列概念,诸如‘杠杆’、‘贸易者的自由’、‘有道德的竞争’等等词语,反复地在沃伦法院的反垄断判决中出现。”^{①8} 在这一时期的 *The Procter & Gamble Co.* 案,和 *Reynolds Metals Co. v. FTC* 309 F.2d, 223 (D. C. Cir. 1962) 等横向并购之中,法院甚至都没有去考察市场结构和对竞争的影响。^{①9} 这一时期成为了杠杆理论适用于并购行为的顶峰时期。

Brown Shoe 案从作出裁决伊始就遭到诸多批评,^{②0} 其中最著名的是 Bork 法官在其名著中的评论,“如果说 *Brown Shoe* 案判决意见是反垄断法历史上中最糟糕的文章写作,这种判断可能会有些过于匆忙。如果收集那些糟糕的反垄断法判决的话,还应当将 *Fortner Enterprise I*, *Utah Pie*, *Sealy*, *Schwinn*, *Procter & Gamble*, *Von's Grocery* 以及其他很多案例考虑进来……不过,全方面考虑的话,*Brown Shoe* 相当大程度上可以被认为是其中的冠军”。^{②1} 不用过多介绍这些批评意见,因为沃伦法院的“目的式”的扩大解释(对法律的目的解释和并购者的目的认定)本身就不是很拘泥于技术分析的。“沃伦法院……拒绝受到严格的逻辑和刚性的先例的约束,自由地将其自己的社会政策概念在反垄断成文法的广泛解释中进行立法。尽管,它并不是反教条或反概念的。”^{②2} 理论上认为,沃伦法院更多受到了政治目标的影响,因此影响到了其对竞争、经济民主的观念,甚至被反垄断法学者称之为民粹主义。^{②3} 这一时期的联邦贸易委员会(FTC)也是如此,热衷于在具体案件中打击垄断。按照政治学的解释,这产生于其内部的律师和经济学家职业分歧,比如 Robert Katzmann 指出,律师倾向于有明确证据支持的胜诉概率较大的案件调查,而经济学家则侧重于市场竞争的分析。律师有时候将经济学家称之为“案件杀手”、“教条主义者”、“爱讲大话”(god-playing),而经济学家则认为律师并不是寻求真理,只是证明自己能在案件胜诉而已。^{②4}

这种情况到了 20 世纪 80 年代,随着经济学家(尤其是芝加哥学派的)主导了 FTC,尤其是 James Miller 成为领导之后,发生了改变。^{②5}

“20 世纪 60 年代和 20 世纪 70 年代早期,最高法院将并购法律应用于阻止不断增加的商业资产向少数竞争者手中集中问题上。法院所界定的竞争是要实现有无数参与者和分权化的过程。法院将竞争等同于分权化,按照其界定,增加集中就减少了竞争,因为这排除了竞争努力的独立来源……”

“从 1974 年开始,反垄断法转向了。在一个 1977 年的判决中,最高法院指出市场影响应当成为反垄断判决的主导判断。市场影响应当按照效率来评估……‘权力’主导着沃伦法院的反垄断判决,而‘效率’和‘市场影响’则构成了 Burger 法院反垄断判决的主要特征。”^{②6}

从 Burger 法院开始,反垄断法重新回到了:(1) 合理原则(Rule of Reason),放弃了沃伦法院的本身

^{①7} See *Hovenkamp Antitrust Enterprise*, p. 34.

^{①8} William H. Page, *Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust*, Op. Cit., p. 28.

^{①9} See Note: *Conglomerate Merger Under Section 7 of the Clayton Act*, *Yale Law Journal*, Vol. 72, 1962, pp. 1263-1281, p. 1263.

^{②0} See Dennis Thompson, *The Brown Shoe Case*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, 1963, pp. 204-312; See also Note: *Anti-Trust: Court of Appeals Applied Brown Shoe Interpretation of Section 7 of the Clayton Act to Prohibit Vertical Merger*, *Duke Law Journal*, Vol. 1963, pp. 335-343. See also R. B. Heflebower, *Corporate Mergers: Policy and Economic Analysis*, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 77, 1963, pp. 537-558. See also Bryce J. Jones, *The Brown Shoe Case and the New Antimerger Policy: Comment*, *American Economic Review*, Vol. 54, 1964, pp. 407-412. 文献众多,兹不一一引注。

^{②1} See Robert H. Bork, *Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Second Edition, The Free Press, 1993, p. 210.

^{②2} See E. Thomas Sullivan, *The Economic Jurisprudence of Burger Court's Antitrust Policy: The First Thirteen Years*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 58, 1982, pp. 1-59, p. 9.

^{②3} See Rudolph J. Peritz, *A Counter - History of Antitrust Law*, *Duke Law Journal*, Vol. 1990, 1990, pp. 263-320.

^{②4} See Robert A. Katzmann, *Regulatory Bureaucracy: The Federal Trade Commission and Antitrust Policy*, MIT Press, 1980, p. 40, p. 50.

^{②5} 参见[美]威尔逊:《美国官僚政治:政府机构的行为及其动因》,张海涛译,中国社会科学出版社 1995 年版,第 343-344 页。

^{②6} Eleanor Fox, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, *Cornell Law Review*, Vol. 66, 1981, pp. 1140-1192, pp. 1151-1152.

违法(Per Se Rule)原则;(2)效率分析导向而不是平等导向;(3)经济分析和行为标准。当然,这也意味着芝加哥学派的影响上升。^{②7} 首当其冲就是杠杆理论遭到了放弃。Powell 大法官指出,合理原则应当是“分析的主导标准”,“按照这一规则,事实发现者去权衡案件中的所有情形,以决定是否禁止一个对竞争施加了不合理约束的限制性行为。”^{②8}因此,认定垄断或者妨碍竞争,必须建立在对行为正当性和对市场的影响效果之上。自此之后,反垄断法进入了一个新阶段,法律技术尤其是建立在经济分析基础之上的竞争、效率分析成为主导。在这个发展过程中,杠杆理论的应用领域越来越小,甚至可以说被完全替换了。

杠杆理论最早由 Director 教授和 Levi 教授提出批评,“竞争厂商并不能对其供应者或消费者施加限制的方式来获得垄断……在事实层面上,对价格和产出拥有完全垄断权力的厂商也不能在获得这种权力的好处同时对供应者或消费者施加压迫性限制”。^{②9} 这种批评非常清晰,杠杆所对应的垄断力的实现,是其表现而不是对垄断力的自然加强。如果不能证明存在着行为或潜在的可能行为,直接得出结论,合并者会从一个市场垄断获得两个市场垄断是错误的。之后,杠杆理论在 20 世纪 70 年代受到了学术界的众多批评,^{③0}之后发生了显著的变化:(1)基本上退出了横向并购;(2)在纵向并购中,关键设施理论(Essential Facilities)逐步替代了杠杆理论,后者主要局限于知识产权层面,在适用中同时需要证明限制的存在;^{③1}(3)在捆绑销售中,杠杆理论被价格歧视理论逐步替代,换言之,必须证明销售的动机和行为不当,而不仅仅是推测;^{③2}(4)在混合并购中,即可口可乐案中的情形,被“潜在竞争理论”(Potential Competition Theory)所替代,其核心是,必须证明会提高第二个市场的进入门槛,损害潜在的竞争对手,削减潜在的竞争。但即便是必要设施理论、价格歧视理论和潜在竞争理论,也遭到了进一步的质疑和批评。^{③3} 因此,如本文前面所引证的法院判决和主流学术著作的观点,认为杠杆理论已经死亡的说法并不夸张。

三、可口可乐案的认定和证明

暂且不考虑杠杆理论是否在中国法上应当存在这个规范命题——比如美国法上抛弃的东西并不意味着中国法上也应当抛弃,也许商务部有“历史阶段论”的支持。当然,也许商务部试图完全创造一个新的不同于杠杆的“传导”理论。上文的分析也仅仅是立足于“传导”这个前所未有的概念在历史上的理论支持。检讨这些理论争议有助于我们发现问题的所在。问题在于:即便按照商务部所称的,“可口可乐公司有能力在并购后利用其在碳酸软饮料市场上的支配地位,将果汁饮料与碳酸饮料搭售、捆绑销售或附加排他性交易条件,将其在碳酸饮料市场上的支配地位传导至果汁饮料市场”的说法,那么,可口可乐案的裁决是否已经完成了一个法律裁判应有的逻辑和认定步骤?

Microsoft 是否构成垄断,甚至可口可乐并购汇源结果可能或应当如何,是否“结果正确”或“政治正确”,并不是本文所能或者想要回答的问题。本文所关心的问题在于:作为一个裁决,其主张、理由、证

^{②7} See Edward Brunet, Streamlining Antitrust Litigation by “Facial Examination” of Restraints: The Burger Court and the Per Se—Rule of Reason Distinction, *Washington Law Review*, Vol. 60, 1984, pp. 1–32.

^{②8} *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 49 (1977)

^{②9} Aaron Director and Edward Levi, *Law and the future: Trade regulation*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 10, 1956, pp. 281–317. Reprinted in *Competition Policy International*, Vol. 3, 2007, pp. 251–267, p. 262.

^{③0} 其中最全面的经济和法律分析, See Richard S. Markovits, *Tie-ins, Reciprocity, and the Leverage Theory*, *Yale Law Journal*, Vol. 76, 1967, pp. 1397–1472; See also Richard S. Markovits, *Tie-ins, Reciprocity, and the Leverage Theory. Part II: Tie-ins, Leverage, and American Antitrust Laws*, *Yale Law Journal*, Vol. 80, 1970, pp. 195–315.

^{③1} See Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, pp. 202–212.

^{③2} 参见理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,第二版,孙秋宁译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 230–242 页。尽管波斯纳对价格歧视理论也是反对和嘲讽的。

^{③3} Eg. See David J. Gerber, *Rethinking the Monopolist’s Duty to Deal: A Legal and Economic Critique of the Doctrine of “Essential Facilities”*, *Virginia Law Review*, Vol. 74, 1988, pp. 1069–1113.

据、证明和事实相互之间的逻辑,以及对规则和理论的应用是否准确。这些问题并不复杂,甚至无需特定的反垄断法理论的支持,而只是需要法律推理的训练。建立在良好法律推理和认定基础上,即便是承认中国处在反垄断审查的初级阶段,也可以逐步探索中国特色的反垄断法实施。并购的反垄断审查,无非是主体、损害可能、行为、因果关系以及证据、事实,及其对作出判断的支持程度。在笔者看来,商务部的裁决在下面几个问题上,其证明或者事实认定是不合格的。

从产品特性上来看。按照垄断力量可以从第一个市场延伸到第二个市场之中的说法,产品之间应当具有互补性。第一个市场中的垄断地位并不能直接、自动延伸到第二个市场之中。如果现有市场中碳酸饮料是3元/瓶,果汁饮料是4元/瓶,未来的可口可乐—汇源公司并不能将两者的打包价格提高到超过7元/两瓶以上(这里出于简便没有采用边际的说法),因为消费者并不会接受。杠杆或者传导的唯一力量在于产品的互补性,比如Canon打印机和墨盒,手机和标准没有统一的电池(当然,如果考虑中国的种种山寨情形,还可以继续讨论)等等,但显然,碳酸饮料和果汁饮料并不具备这样的特征,甚至在一定程度上两者是相互替代的。

从标准问题上来看。显然,对构成垄断的判断,中国法采用了欧盟模式,即简单的市场份额标准。但可口可乐案件显然并不属于这种情形,因为本案是对第二个市场进入的可能性判断。在这种情况下,采用主体标准还是行为标准这个反垄断法上的主要争论的理论意义就突出出来。显然,搭售、捆绑销售或附加排他性交易条件是反垄断法中的不正当竞争行为,应当按照行为标准来加以判断。

这里涉及到一个问题,即可口可乐一旦并购汇源成功之后,其行为如何判断?以美国法院 *Marathon Oil Company v. Mobil Corporation, et al.*, 669 F. 2d 378 一案为他山之石,可以看出完成一个并购会影响竞争效率的判决应当如何完成法律上的证明。1981年10月30日,Mobil(美孚)石油公司宣布了收购要约,用于购买足以控股Marathon石油公司的股票。Mobil当时是美国第二大石油销售公司,Marathon公司同样是一个从标准石油公司剥离出来的公司,1980年在美国汽油销售公司中排名第39,国内汽油提炼商中排名第19位,控制全国3.7%的汽油销售。Mobil试图获得Marathon拥有的“皇冠明珠”是西得克萨斯的Yates油田的49%权益。Marathon的管理层反对收购,在11月1日,提起了反垄断诉讼,主张收购者将会在分散的原油生产、提炼产品和石油运输三个市场中减少竞争。11月17日,克里夫兰联邦地区法院召开了诉前听证。FTC加入了这一程序,支持原告。之后,第六联邦上诉法院审理了可能违反《克莱顿法》的上诉判决,Edwards法官从五个方面考察了Mobil收购Marathon之后的情况:第一,在全国经济中的产业规模;第二,不同产业链和不同地区的产业集中率,尤其是汽油;第三,给定市场份额,主要产油公司的石油和汽油的市场控制力对市场需求弹性的影响;第四,新厂商的进入壁垒;第五,产业成员组成的联营和相互合作协议的不同程度;第六,合并带来的经济效率增加的可能性。在关键事实上,即Mobil控制的地区的汽油价格系统性地高于Marathon控制的市场中的汽油价格,这导致法官认定Mobil对Marathon的兼并可能造成竞争的减少和集中程度的增加。^③换句话说,该案的关键证明是Mobil的过去行为。同样,预测未来的可口可乐,指控其有捆绑销售等行为,商务部至少应当证明,可口可乐在历史上,或在其他国家或者地区,存在着类似的并购之后在第二个市场中的反竞争行为。

过去的行为在多大程度上反映了未来的可能呢?当事人难道不会“突发奇想”或者“战略转变”吗?毫无疑问,这是可能的。问题在于如何理解和对待一个公司。公司是一个制度和组织,程序和形式(formality),而不是股东尤其是大股东的简单意志的表现。^④特别是对诸如可口可乐之类的有着长期历史和稳定治理结构的公司而言,公司制度的突然转轨并不容易,其行为、盈利模式乃至扩张战略也并不是

^③ See John E. Kwoka, Jr. and Lawrence J. White, *The Antitrust Revolution: The Role of Economics*, Second Edition, Harper Collins College Publisher, 1994, pp. 8-19. 同时参见 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学2009年版,第16章。

^④ See Brian T. Pentland and Henry H. Ruetter, *Organizational Routines as Grammars of Action*, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 39, 1994, pp. 484-510. See also Geoffrey M. Hodgson and Thorbjorn Knudsen, *The Firm as an Interactor: Firms as Vehicles for Habits and Routines*, *Journal of Evolutionary Economics*, Vol. 14, 2004, pp. 281-307.

随意的。反过来说,政府也应当是如此,成熟的治理也不能因人而成事,尽管这是可能的。尊重这种公司的独立意志,研究其行为模式,并不是无的放矢的。即便并购之后,可口可乐—汇源公司发生了“砥行厥初,改节末路”的情形,采取了“搭售、捆绑销售或附加排他性交易条件”的行为,难道反垄断法和反不正当竞争法就没有规则、没有执行机关来纠正和处罚了吗?如果仅仅是认为“有能力”而没有证明“行为”,就只是一个主观目的判断。这种裁判的最恶意的推测,就可能冠以“怀璧其罪”,甚至“莫须有”的名称,而最善意的推测就会是“仅有道德而没有技术”^⑥。

显然这种对某个公司的行为带有主观猜测性的裁决,使得反垄断法的实施带有更多的“政治”的和“行政”的色彩,而远离“法律”应有的理性。有些问题在中国模式下的反垄断法中,表现得更为突出,加剧了反垄断法执行的行政色彩。反垄断法之所以是法,而不是简单的行政规制,首先应当符合法律论证和推理的信息公开原则。商务部并没有公开信息,明确究竟如何得出结论:并购后的“可口可乐汇源公司”会“可能发生”捆绑销售行为。在中国反垄断法的主动执法模式下,理论上执法机关应当自行收集证据和进行研究,但从其对该案的公告之中,并没有看出从事了何种这类的工作,而只是就相对方提供的材料和信息进行判断。如果因为涉及到商业秘密等原因而不予公开相关信息,但定性的依据总可以并且应当说明。其次,作为法律应当“防患于未然”、“惩前而毖后”,法律的着眼点是事前效率,^⑦这就意味着裁决公告的目的在于提供给其他企业或者公司以指导,而从目前的公告来说,其他企业所能获得的信息不过是对法条禁止性规定的重复,而没有提供究竟应当如何做才能符合法律规则的信息。再次,法律的最基本原则应当是“相同情形相同调整”,简单对比一下就可以知道,从事了捆绑销售行为,并且在美国、欧盟、韩国等都被认定有此类行为的微软,其收购行为在中国却不受任何限制。当然,我并不是说,其他国外的行为认定就是准确的,或者说,一个公司在此国采取限制竞争行为,就会在其他国家采取限制竞争行为,并且可能类似的情形在反垄断法实施之后,还没有提交审查。但显然,独立的对企业行为的研究,信息收集和扎实的证据认定,换言之,经济法中所强调的专业性,才是一个法律实施机关应有的职业品格。

两个中国特色的因素更加凸显了反垄断法中的行政主观特性,而远离法律执行应有的逻辑。与本案直接相关的是执法分工问题。限制性竞争行为似乎是工商行政管理部门的“权限”,或者说其更加熟悉和擅长的领域,甚至发改委对价格行为的判断也可以归属于反垄断行为调整,而商务部在反垄断法的知识储备、习惯和思维上更多地受制于对产业和市场的分析,这可能和其从事反倾销调查的经验有关。姑且不论在理论上行为和结构孰优孰劣,但三元分工导致了这些机关在知识储备、执法习惯和经验上有所不同,至少从可口可乐案中我们可以作出这种尚算合理的推断。另外一个与本案事实无关的是救济途径。如果是作为一个法律执行模式,那么控告人和审理人并不应当是同一个。而事实上,证据调查、事实认定、裁量判断,在目前的执法模式中,都由一个行政机关负责。尽管《反垄断法》第53条规定,针对反垄断法并购审查的行政决定可以进行复议,进而提起行政诉讼。但显然,反垄断局并非是独立一级机关,复议也无非是向商务部提起,并且行政诉讼也并不涉及到具体的实体裁量。这和英美法系国家乃至欧盟由独立法院完全审查的方式不同。^⑧ 尽管我们并不能马上得出结论,这种模式就一定不如其他模式,但这意味着这种执法方式完全是国内导向的,定位为行政机关所作出的决定,而并不能得到其他法域的司法协助支持。反垄断审查在中国目前的市场背景下,大都涉及到域外主体,“言之无文,行而不远”,这种模式的结果是只能以封锁国内市场的方式来实施,而并不能“宣德化而柔远人”。

综合上述判断,中国反垄断法的权力配置和行使方式中所表现出来的特征就是:这并不是一个法律式的,而更多是行政的或者政治的执行方式。

^⑥ Karl N. Llewellyn, On What Is Wrong With So - Called Legal Education, Columbia Law Review, Vol. 35, 1935, pp. 651 - 678, p. 662.

^⑦ See Frank H. Easterbrook, Ways of Criticizing the Court, Harvard Law Review, Vol. 95, 1982, pp. 802 - 832.

^⑧ 参见史际春、孙虹:《论“大民事”》,载史际春、邓峰主编:《经济法学评论》,2001年第二卷,中国法制出版社2002年版。

四、缺乏企业理论的法律规范：兼论反垄断法的定位

这种执法模式的产生根源,并不完全是执法机关、公司等等博弈者之间的“盲点”、傲慢或私利引起的,尽管并不排除这些因素的存在。更为深刻的是,可口可乐案所反映出来的种种,是对反垄断法的认识造成的。相比起前面所分析的以行政方式执行法律问题的制度“习惯”(事实上,其他和经济法相关的法律规范的执行,在其他法律部门的情形可能更为糟糕。作为转轨国家,商务部的多年实践表明,在大多数经济法的执行机关之中尚算较好的情形),法律规范和执行中的定位偏差,更多受制于法律理论层面的薄弱。

Brown Shoe 案一样的认定错误,并不仅仅是沃伦时期的美国法院和今天的商务部有过的冲动。欧盟反垄断法模式中,有时候会采用“杠杆理论”,并将其应用于混并购甚至横向并购之中。和我国的不同在于,欧盟法院或执行机关总是会将捆绑销售等行为作出证明。对同一个杠杆理论,大西洋两岸,或者更准确地说,大陆法系和英美法系之间的不同态度,已经引起了双方学者的高度重视。双方的分歧明显表现出来的案件,是 General Electric Co. (GE) 和 Honeywell International Inc. (Honeywell) 的合并反垄断审查案。2000 年 10 月 22 日,GE 和 Honeywell 公告进行合并,涉及金额达到 450 亿美元。交易规模和双方的市场份额规模,引发美国和欧盟的审查批准程序。2001 年 2 月 5 日,欧盟开始第一阶段调查,2001 年 3 月 1 日,启动了为期 4 个月的第二阶段调查。在此期间,GE 和 Honeywell 在 2001 年 5 月 2 日与美国司法部达成协议,司法部有条件批准该合并。2001 年 5 月 8 日,欧盟向 GE 和 Honeywell 发出了 155 页的《目标陈述》,要求 GE 书面回答该文件中的问题。2001 年 5 月 29 日,欧盟进行了非公开听证。2001 年 6 月 3 日,欧盟宣布禁止并购。这是欧盟颁布并购条例 12 年以来第一起两家美国公司在获得美国批准之后禁止合并的案例,引起了广泛的批评,被美国学者称为欧盟的 Brown Shoe 案。³⁹ 欧盟没有垄断行为的证据但指责两者的合并可能会造成掠夺性定价,其理由是一旦两者合并,会将不同产品打包低价销售(请注意和商务部裁决理由的细微区分),从而排挤其他竞争者。“合并实体交叉补贴其不同的互补行为的能力……倾向于在短期内导致现有竞争者的市场退出和市场封锁,考察到价格低于平均可变成本的范围内,竞争者如果要维持经营以及进行新的 R&D 研究以便在未来有能力的话,在长期内将不能补偿其固定成本”。⁴⁰ 两位欧洲学者对此进行了批评,“如同欧盟所推导的,这种生产能力的加总将会产生销售努力上的杠杆效应,从一个产品领域,基于市场主导,到另外一个,这就会在经济术语上将一群产品的消费者绑成一体。”⁴¹ 但欧盟继续在 2001 年的 Tetra Lavalhe Sidel 合并案中援引杠杆理论,Tetra Laval 公司是流食卡通包装的市场主导者,后者 Sidel 是流食塑料包装的市场领先者。欧盟宣称这是两个相邻市场,认为前者会通过捆绑销售两个公司产品的方式来使得第一个市场中的垄断地位在第二个市场中得到增强。但本案被诉诸法院,法院驳回了执行机关的决定,要求采用更为广泛的市场概念进行再次审查。后来这一合并被允许。⁴²

的确,杠杆理论并不能被认为在规范层面上是错误的,或者这种分歧如欧盟工作人员所称是“语言不同”。关键在于,这种采用不同理论去处理问题背后的差异,是不同的更底层观念的分歧。这就如同常常发生变异的“逾淮之橘”的法律移植,这种差别有时候无关解释多少的问题。Fox 教授指出,大西洋两岸在反垄断法的理解上有四个实质不同:首先,是“竞争损害”的含义不同。欧盟将竞争损害等于竞

³⁹ See Eric S. Hochstadt, *The Brown Shoe of European Union Competition Law*, *Cardozo Law Review*, Vol. 24, 2002, pp. 287 - 395.

⁴⁰ 前引³⁹,第 362 页。

⁴¹ See Per Jebsen and Robert Stevens, *Assumptions, Goals and Dominant Undertaking: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 64, 1996, pp. 443 - 516, p. 451. 文献众多,几乎自此之后的每一个美国和欧盟的比较反垄断法文献都会涉及到本案,兹不一一引述。

⁴² See James Langenfeld, *Non - Horizontal Merger Guideline in the United States and the European Commission: Time for the United States to Catch Up?*, *George Mason Law Review*, Vol. 16, 2009, pp. 851 - 884.

争扭曲,这个词直接出现在其宪法文件《罗马条约》之中,其意味着传导(convey)或获得市场优势,而美国的竞争损害意味着人为限制市场产出引起消费价格上升;其次,提起诉讼或辩护的举证责任不同,这跟前文所说的行政性有关,欧盟如果证明存在竞争扭曲,举证责任转移到厂商身上,而在美国模式下,采用民事诉讼,任何一方必须证明对竞争状态包括消费者的损害;再次,政府干预市场的出发点不同,欧盟采用的是“谨慎原则”(Precautionary Principle),警惕的是产业损害和竞争对手是否被排挤出去,而美国关心的是规制是否会阻碍并购。最后,厂商行为的默认假定不同,尤其是对具有垄断优势地位的排他性战略行为的假定不同。美国假定其他非垄断厂商是好斗的,会有力量和资源去降低成本、改进产品和反击,如果它们失败,存在着假定会有其他人进入市场来继续,而欧洲的默认假定正好相反。在 Fox 教授看来,这些思维的不同导致了两个法域中的具体不同。^{④③}

遭到美国的猛烈批评之后,欧盟内部工作人员在美国期刊上发表文章,承认欧盟的经验相对较少,并且强调欧盟和美国的趋同,进而以 GE 和 Honeywell 合并案为例,解释了作出裁决时候的考虑,如何判断“竞争的实质性减少”。这可以看成是欧盟版的“杠杆理论”的系统表述,仔细读来是非常有趣的,其中指出,“委员会考虑了……产品捆绑作为一个获利的排他行为的主要批评是建立在所谓的芝加哥思想学派发展出来的理论基础上的,比如只有一个垄断利润,活动在捆绑市场中的企业获利只能通过市场定价行为获得。然而,这种思想路线是建立在并不总是符合现实生活的理论假设基础上的。这些假定包括捆绑市场是纯粹竞争的或这两种产品是以固定数量使用的”^{④④}。文章详细列举了杠杆的不同表现形式,在相邻市场并购中包括四种:(1)产品捆绑,可能通过向下游厂商或消费者施加压力或激励的方式;(2)商业捆绑,以拒绝供应的方式;(3)混合捆绑,以产品范围内价格结构的可变方式;(4)技术捆绑。但在列举之后,又加上一个类似定性的概念,笔者以为这才是所有支持杠杆理论的人的深层认识,“当一个合并带来了财务能力的聚集、交叉补贴和掠夺行为时,可能在产品范围内会促进价格弹性,由此就会带来以杠杆扩大市场控制力(the leveraging of market power)的额外动机”,^{④⑤}即相邻市场合并令人真正担心的是产生主体的财务能力杠杆,而不是产品市场的杠杆。

正如欧盟立法表述中所显示的,杠杆理论与其立法的契合在于对大企业的财务能力“传导”或“杠杆”到其他领域的担心,所谓的“行为”、“产品”或“市场”不过是这种担忧的辅助理由或表现而已。问题恰恰在于此处,难道一个已经在一个市场中处于优势地位的企业就只能自动变成“夕阳企业”吗?试想,假定一个企业经过不断地扩大再生产取得了市场优势地位,有什么方法去继续生存下去呢?如果这样的企业再去进行并购,横向并购意味着竞争者的减少;纵向并购受到关键设施理论的制约,尤其是在今天知识产权越来越成为财产的主要形态的情形下;而混合并购,有杠杆理论在等着它。一方面,我们在强烈地谴责公司不去为股东营利,一方面又不允许它去扩张,这无非是“鲶”的治水方法而已。显然,这种模式下,已经具有优势地位的企业被假定为只能通过设立新的分支去自然成长进入第二个市场,而不能通过并购去完成多元化经营,这显然是不符合逻辑和现实的。“企业成长的拟人化理论,基本上不适用于我们的现代巨型公司。没有什么美国大公司不是借助于兼并来获得大的增长的,可能只有很少的公司是靠其他方式比如内部扩张等长大的。”^{④⑥}企业的多元化经营,可以看成是在两个市场中的企业联合,或者说,一个企业控制了两个市场中的分企业,这本来应当是一个公司独立性问题:即如何确保这两家受到同一股东控制的公司的各自独立性,即公司法中的主体理论问题。反垄断法常常漠视其他法律部门的发展,认为受到同一控制来源的企业就必然会产生杠杆效应,可能是资本和财务上的,可能是

^{④③} See Eleanor M. Fox, U. S. and Europe Merger Policy—Fault Lines and Bridge Mergers That Create Incentives for Exclusionary Practices, *George Mason Law Review*, Vol. 10, 2002, pp. 471–488, pp. 474–475.

^{④④} See Dimitri Giotakos, GE/Honeywell: A Theoretic Bundle Assessing Conglomerate Mergers Across the Atlantic, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 23, 2002, pp. 469–511, pp. 481–482.

^{④⑤} 前引^{④④},第475页。

^{④⑥} See George J. Stigler, Monopoly and Oligopoly by Merger, *American Economic Review*, Vol. 40, 1950, pp. 23–34, p. 23.

产品上的(捆绑销售),可能是行为上的(共谋)。不能禁止资本和财务杠杆,就转而直接用产品或行为去推论,这才是杠杆理论的问题所在。

杠杆理论的实施会造成大企业无法实施多元化经营,而这背后则反映了反垄断法缺乏企业间的控制关系的理论,如何去判断正常和不正常状态的划分。持有一个公司的股份,变成一个公司的大股东或者控制股东,并不意味着股东和公司的身份的直接混同,并不意味着公司行为和意志与股东的混同。这背后的关键命题是控制—权力的正当性判断。^{④7}两个公司合并之后,有多种形态,变成母子公司关系是最常见的。如果被并购企业的独立性还存在的话,有什么理由认为股东就一定会通过公司实施对股东自己有利的行为呢?至少在公司法的理论上,这是一个利益冲突规则和公司独立性标准就可以制约的问题。

公司一定是以两权分离作为假定的,股东并不能废除董事会直接去管理公司,至少在理论上如此。换言之,在并购上有许多的不同情形,需要非常细致的划分。反过来,两家貌似独立的公司也可能是联合性的。^{④8}如果没有对这些问题的梳理和细化,仅仅只是认为可口可乐购买了汇源的控股权就会为非作歹,至少这样的判断在公司法上是及格的。进一步说,公司治理中也存在着不同。用财产来理解公司,将公司等同于股东的手臂延伸,缺乏对公司程式的恪守和尊重,缺乏独立公司的界限划分,对公司间关系的控制程度的理解薄弱,^{④9}这种对公司主体的观念,反映出来的是对组织内的控制进行法律调整的乏力感。这种理论不仅对主体和结构上的认识不足,在企业行为的认识上也不足,为什么不直接宣布公司间的融资、交叉补贴等行为是非法的呢?显然,这是不可能做到的事情,更不用说会引起多少更为麻烦的法律制度问题。甚至还可以进一步反过来追问,为什么要禁止收购之后的杠杆(*ex post*)(客体或行为上的杠杆)而不去禁止事前的(*ex ante*)杠杆—杠杆收购(融资、资本或财务上的杠杆)呢?

杠杆理论引发的问题,也许商务部已经有所意识,在2009年9月29日颁布的2009第77号决定中,对美国辉瑞公司收购美国惠氏公司的经营者集中反垄断申报采取了附条件批准的方式。就双方存在重合的市场范围而言,这是一个横向并购基础上的混合并购,商务部考虑了市场份额、集中度和进入壁垒,认为存在着负面效果,要求辉瑞公司剥离中国境内的部分业务,其所采取的形式是要求转让业务给第三方。^{⑤0}很显然,商务部的论证上比可口可乐案有改进,但隐含的思维仍然是以股东的身份来判断市场,而不是以公司主体的身份来判断,并不是要求辉瑞对这一业务保持独立性,而是要求直接转让出去。这仍然是一种客体理论的裁判思维,也许,在当前的中国对公司的理解上,这是符合当下逻辑的方案。

法律总是会受到诸如政治目标、语言表述等等的影响,同时,法律分析常常受限于部门划分的断裂。^{⑤1}反垄断法自身的历史已经表明,如果和企业理论、公司法、证券法等部门相脱离,许多制度就会无法理解。^{⑤2}单纯在反垄断法自身的逻辑中,以芝加哥学派的一家之言而否定杠杆理论本身显然是过于鲁莽的,但是欧盟模式也好,照搬照抄欧盟模式的中国反垄断法也好,反映出来的恰恰是孤立地对待反垄断法,从而导致了杠杆理论的应用弊端。

缺乏公司理论作为反垄断法的主体理论,加上部门分割造成的对垄断行为的调整无力,再加上对反

^{④7} 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第5章。

^{④8} See Corwin D. Edwards, Control of the Single Firm: Its Place in Antitrust Policy, Law and Contemporary Problems, Vol. 30, 1965, pp. 465-487; See also Jesse W. Markham, The New Antitrust Policy and the Individual Business Firm, Law and Contemporary Problems, Vol. 30, 1965, pp. 607-620.

^{④9} See Mark J. Roe, Some Differences in Corporate Structure in Germany, Japan, and the United States, Yale Law Journal, Vol. 102, 1993, pp. 1927-2003. See also Mark J. Roe, Political Preconditions to Separation Ownership from Corporate Control, Stanford Law Review, Vol. 53, 2000, pp. 539-606.

^{⑤0} 《中华人民共和国商务部公告2009年第77号》,商务部2009年9月29日。

^{⑤1} 比如Goldberg指出合同法在20世纪70年代的发展忽略了反垄断法的发展,两者互不知晓对方实际上在用不同的方法处理相同的行为。See Victor Goldberg, Framing Contract Law: An Economic Perspective, Harvard University Press, 2006, p. 72.

^{⑤2} See Mark J. Roe, Delaware Politics, Harvard Law Review, Vol. 118, 2005, pp. 2493-2543, p. 2520.

垄断法作为对市场规制的“经济法”这样的理解,强烈的部门划分造成的“隧道视野”,其结果是反垄断法只有客体—市场理论,而没有主体—公司理论。不仅如此,杠杆理论不仅是忽略了公司法,而且在貌似振振有词的批评芝加哥学派的理论的时候,他们把整个经济学扔掉了。而对企业多元化经营的阻碍,在20世纪60年代就已经在经济学上被指出来了。^⑤ 理解这一点的原因,并不困难。^⑥

解决之道,无论是规范层面,还是执行层面,并不复杂。对公司间关系和控制的界定,不是本文所能容纳的,但是归根结底,对可口可乐案所反映的种种问题而言,救赎之道就在于恢复独立的、职业的、公私结合、融市场理论和主体理论为一体的作为经济法而不是行政法或经济公法的反垄断法的本来面貌。

Abstract: The case of Huiyuan Group, a juice manufacturer, being merger into the Coca - cola corporation was rejected by Anti - monopoly bureau (AMB), a branch of Ministry of Commerce of PRC, which was deemed as a milestone case in Chinese antitrust scholar's community. The official explanation of AMB was Coca - cola may possible "convey" its monopoly power in the carbonic acid soft beverage market to Huiyuan's juice market, which exactly was based on the notorious leverage theory. After exploring the rise and fall the leverage theory in the application of antitrust law especially in the U. S. history, this paper take a positive legal analysis about the AMB's reasoning and proving process, make a comparison with EU's adoption and arguments of leverage theory, criticize that AMB didn't make its decision exactly following the logic of legal reasoning as an independent regulatory agency. Without a full understanding of enterprise strategic behaviors, the judgment represented Chinese antitrust law's flaw prone to enforce in an administrative way, constrained by political consideration. The current legal regime of antitrust in China is solely based on the market analysis (the objective approach) while miss the corporation analysis (the subjective approach), and its enforcement demonstrates itself as an administrative law's style rather than an independent, professional, quasi - judicial regulatory way.

(责任编辑:王莉萍)

^⑤ R. B. Heflebower, *Corporate Mergers: Policy and Economic Analysis*, Quarterly Journal of Economics, Vol. 77, 1963, pp. 537 - 558.

^⑥ See Kristoffel Grechenig & Martin Gelte, *The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism*, Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 31, 2008, pp. 295 - 360.