



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/C.I/CLP/4
28 April 2009

CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会

贸易和发展委员会

竞争法和竞争政策问题政府间专家组

第十届会议

2009年7月7日至9日，日内瓦

临时议程项目 3(a)

商讨竞争法和竞争政策的同级审评问题；审查《示范法》；
涉及《原则和规则》条款的研究报告

经济分析在竞争案例中的运用

贸发会议秘书处的研究报告

内容摘要

竞争法纳入了各种经济概念。产业组织经济学和竞争法继续共同演进。今天，经济分析几乎总是构成主导的竞争主管机构调查和分析非卡特尔竞争案例的一部分，其他各主管机构也用得越来越多。根据贸发会议的一项调查结果，在发展中国家竞争主管机构中，经济学、包括计量经济学最经常地被用在市场界定中。而且，其中有些主管机构还将经济学和计量经济学用于分析合并的竞争影响，及用于分析滥用优势地位和纵向协议。在发展中国家竞争案例中更多地使用经济学的障碍包括法律专业的抵制，包括法官的抵制。这种抵制部分可能是因为人们担心经济学使得竞争法费用更高或更难以管理。诸如要求主导的主管机构专员、或法庭成员中要有经济学家等制度特征也可能有助于竞争法纳入经济学。

目 录

	<u>页 次</u>
导 言.....	3
一、普遍使用经济分析.....	4
A. 经济分析的使用频率.....	4
B. 体制问题.....	5
二、经济分析方法.....	8
A. 市场界定.....	8
B. 合并评估.....	10
C. 纵向限制评估.....	14
D. 横向协议.....	15
E. 计量经济学.....	15
三、私人当事方和法院在多大程度上接受经济分析.....	17
四、供进一步讨论的问题.....	20
参考书目.....	21

导 言

1. 竞争法和竞争政策问题政府间专家组第九届会议着重指出在竞争案例中使用经济分析的重要性，并请贸发会议秘书处根据成员国提供的材料就这一专题编写一份报告。本研究报告响应了这项要求。导言简要概述了关于经济学在竞争案例中作用问题辩论的演变，以及推动采取更偏重经济办法的情况。以后各章审查了可能影响用于竞争案例的经济学的数量和类型的各种因素。研究报告最后审查了供进一步讨论的问题。

2. 实施竞争政策，经济学不可或缺，执行竞争法毫无疑问，这一点许多人有力地加以重申。¹ 众所周知，Louis Brandeis 大法官 1916 年认为，“一个没有研究过经济学的律师……很可能成为人民公敌”，最近，Robert Bork 法官在 1978 年说，“放弃经济理论就是放弃合理反托拉斯法的可能性”。尽管法律与经济学之间的联系业已确立，在竞争法中经济考虑占多大比重仍然是个重复出现的辩论主题。经济分析不佳被认为可能引起分析中出现错误，十分重要，可能误判有害竞争的滥用和有利竞争的行为。但是，竞争法必须一直为实际从事管理的人和机构能够管理。反卡特尔法经济学商数很低。

3. 几十年前，在实现美国转向采用更偏重经济的办法执行反托拉斯法方面，芝加哥学派的评论文章发挥了很大的影响力。² 在此之前和从此以后，产业组织经济学的发展都散布在全世界的竞争做法之中。反过来，竞争做法引起了产业组织经济学的发展。计算机技术的进步在成本和实际可行性方面都促进了经验分析。欧洲联盟(欧盟)不久前对竞争政策实施了改革，³ 从基于形式的办法转向更加基于效果的办法，这是更加依赖经济分析的一个例子。

¹ 关于过去百年中经济学和反托拉斯法如何共同演变的情况，见 Kovacic WE 和 Shapiro C(2000 年)。

² White(2008 年)将美国经济学对反托拉斯影响的三条渠道描述为(a) 经济思想的进步；(b) 经济学家直接卷入反托拉斯立法和政策制定；和(c) 经济学家关于具体案件的著述。

³ 从 1997 年界定相关市场的新指南(SSNIP 检验——小而显著的非暂时性价格上升检验法)开始，随后在 1999 年和 2000 年修订关于纵向和横向限制的规则，2004 年修订合并规章和横向合并指南，然后 2007 年通过非横向合并指南，并于 2008 年 12 月颁布了关于某些滥用垄断地位问题的新指南(第 82 条)。审查关于纵向和横向限制方面共同规则的工作很可能即将进行。

4. 然而，甚至在全球竞争做法表现出倾向于经济投入和专门的实证经济工作之时，仍然有人担心，在有些法域中，仍然缺乏对竞争执法采取一致和有利的经济办法。在这方面，本研究报告审查了竞争主管机构恰当地利用经济分析的能力和倾向，讨论了如果全世界各竞争主管机构在竞争案件中赋予经济分析以更高的地位，从中可能得到哪些潜在的好处。

一、普遍使用经济分析

5. 最近的一份调查⁴将美国和联合王国的制度列在发达国家在合并和非合并案例中经济分析技术能力最佳之列。这些制度经济分析质量很高，在竞争案例分析方面十分突出，处于领军地位。欧盟委员会和荷兰竞争主管机构分别名列第三和第四。一些发达国家主管机构尽管位于最佳之列，但却被认为落后于时代，或在经济思想及在案件中运用经济分析方面缺乏必要的严密性。这一结论表明，经济分析技术能力是基于持续的学习和更新，可能随着时间而变化。

6. 没有关于发展中国家和经济转型国家的比较审查；⁵但是，单个国家的审查⁶表明，有些国家的竞争主管机构有着进行良好经济分析的声誉(例如秘鲁和南非)，另一些国家竞争主管机构则采取了措施，通过设立专门的部门，拨付必要的资源开展内部研究和聘请外部顾问，以加强其进行复杂分析的能力(例如巴西)。有些发展中国家还提出了关于其处理分析反竞争做法方针的指南(例如巴西)。

A. 经济分析的使用频率

7. 发展中国家使用经济分析的频率有多有少。对贸发会议问题单的答复表明，所用经济分析的复杂程度每个案件不同，从十分基本的分析到复杂和定量分析都有。答复者在市场界定中普遍使用经济分析。确实，许多答复者提到其所使用的具体方法，例如用来估计需求弹性的方法。提到经济学在合并评价其他部分使用的相对较少，尽管有相当数量的答复者确实使用了量化方法来帮助评估合

⁴ KPMG 2007。竞争政策同行审查。为联合王国贸易和工业部编写的报告。

⁵ 世界上确有若干关于竞争制度相对力量的调查研究，但这些调查研究既不全面，又不可比。而且，其中许多并未对经济分析能力分级。

⁶ 经济合作与发展组织(经合组织)竞争机构同行审查。

并。有些主管机构答复说，它们使用经济学来分析滥用优势地位和纵向限制。至少有一个答复者(不很经常地)使用经济分析，在缺乏直接证据的情况时用来评价卡特尔的间接证据。

8. 并非所有竞争案件都要求复杂的经济分析。特别是，本身违法几乎总是被认为具有不利的经济影响。⁷ 在适用合理原则时，经济分析典型地用于建构和检验危害理论，评估效率利得。竞争法可以实际规定需要用来确定一种违法事项的经济分析法(例如墨西哥)。

9. 随着时间的流逝，竞争主管机构可能积累更多的专门知识，开展更复杂的经济分析。例如，近年来，巴西经济分析的技术种类越来越多，越来越复杂。经济分析在该国最近一些高调处理案件的分析中发挥了核心的作用(例如 Ambev 合并案和雀巢收购巴西巧克力制造商 Garoto 案)。

10. 主要是北美和欧洲关于竞争法中经济分析的谈话的影响遍及全球。在这些地区之外对所用经济模型问题和计量经济技术问题的少量答复中，许多都引用了源于北美和欧洲从业者并在他们之间讨论的文件和论文。

B. 体制问题

11. 体制设计很可能影响到经济学在竞争案例中的使用。竞争主管机构领导层对经济论点的开放程度可能受若干因素的影响。领导者可能具有过去同经济学家一道工作的经验，具有经济学方面的经验。或者他们本身就是经济学家。例如，许多发展中国家的竞争法要求有一两位专员为专业经济学家。可能影响领导者是否听取经济学论点的另一项体制设计是经济学家所处的位置。

12. 竞争主管机构有时发现难以获得经济分析据以建立的信息。调查的一些答复表明，缺乏资金资源、官方信息来源不能令人满意以及有限的时间框架都可能妨碍竞争主管机构进行经济分析和研究的能力。例如，有些主管机构引证了案件私人当事方常常是唯一信息来源的事实。所提供的信息可能无法独立核实，有关信息为有关当事方选择性地披露，或十分难以获得。获得信息的手段有限可能限制可进行的经济分析的复杂程度。因此，定量经济分析的作用根据各项决定而

⁷ 随着时间的流逝，经济思想在变化，这种行为形式在本身类别中很普遍。

不同。缺少量化数据，就必须使用其他类型的证据进行经济分析。在特定经济模型是否适合特定情况方面，信息越少不确定性的可能越大。

13. 是什么帮助形成了前面提到的经济分析在美国竞争制度中的突出地位呢？有些评论家提到人员构成(见围框 1)。司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会共雇用了 100 多名专业经济学家；其中有许多——如果不是大多数——专长于产业组织经济学。同样，联合王国公平贸易局和竞争委员会共雇用了 77 位经济学家。与此相对，在欧盟委员会新设立的专门小组中任职并实际从事技术经济分析的经济学家人数要少得多。⁸ 确实，欧盟委员会竞争总署中经济学家与律师的比例现在比美国主管机构中的比例高一些(1: 2)，尽管这一比例最近才从 1990 年代初的 1: 7 有所增加。但是，工作人员的构成是果，而不是因。在因果链的上方，委员会和法院以遵守法律的形式类方式适用欧洲竞争法晚于相似法律在美国的适用。⁹ 若经济论据构成法院裁决的依据，当事方就有动力逐步提出并改善经济论据。这种跨大西洋区别的最终原因在本研究报告的范围之外。

围框 1. 美国优越的因素

包括：

- (a) 经济学家参与竞争案例以及经济学家对裁决具有实质性影响的历史较长(自 1970 年代以来)；
- (b) 杰出经济学家为联邦竞争主管机构工作有长久的历史；
- (c) 联邦贸易委员会被视为拓展了关于产业组织和竞争经济学的经济思想的边界，且不惧怕尝试新的理论；
- (d) 有能力要求进行严格的计量经济学分析所需的数据点；
- (e) 雇员兼有学术和咨询经验，从而使他们能够考虑战略理性问题；和
- (f) 私营和公共部门薪资差距不大。

资料来源：改编自 KPMG，2007 年。

14. 规模小可能是竞争主管机构使用经济分析的一个重要限制。竞争主管机构，特别是发展中国家的机构可能很小。据竞争主管机构对贸发会议调查表的答复，技术工作人员人数少的只有一位经济学家和一位律师，而在更为发达的高端

⁸ Neven, 2007 年。

⁹ Oxera, 2009 年。

国家集群中，则多达 60 位经济学家和 345 位律师(见表 2)。在表 2 所引证的主管机构中，大多数雇用的律师多于经济学家。很少几个竞争主管机构有很多专长于产业组织的经济学家。

15. 人员更替频繁和难以吸引合格的工作人员可能限制经济分析的使用。除美国之外，相对较高的私营和公共部门之间的薪资差距使得吸引和留住合格的工作人员对竞争主管机构而言为一个挑战。专业化的经济学家(即专长于产业组织的博士一级的经济学家)普遍缺少，特别是在较不发达国家，与私营部门有关这些技能的竞争十分激烈。人员更替率高这一问题在发展中国家和经济转型国家中特别严重。

表 1 按国家分列的竞争主管机构工作人员技术定员

国 家	经济学家/律师(人数)	硕士(经济学)	博士(经济学)
阿根廷	16/31	n/a	n/a
阿尔巴尼亚	18/10	n/a	n/a
保加利亚			
智 利	16/25	11	2
哥伦比亚	13/16	n/a	n/a
芬 兰	18/15	n/a	n/a
匈牙利	28/36	n/a	n/a
印度尼西亚	27/28	n/a	n/a
日 本	6/18	n/a	n/a
大韩民国	63/30	17	6
马拉维	2/0	n/a	n/a
墨西哥 ^a	^b 41/29	多数	少数
巴拿马	6/6	5	n/a
俄罗斯联邦	99/108	n/a	n/a
塞尔维亚	3/7	n/a	n/a
斯里兰卡	3/8	n/a	n/a
瑞 典	48/49	n/a	9
大不列颠及北爱尔兰联合王国 (公平贸易局)	52/35 ^c	n/a	n/a
大不列颠及北爱尔兰联合王国 (竞争委员会) ^d	25/13 ^c	27	6
美利坚合众国(司法部)	60/345	n/a	n/a
美利坚合众国(联邦贸易委员会)	58/232	n/a	n/a
乌拉圭	1/1	n/a	n/a

^a 5名委员会成员中有3人拥有经济学博士学位。

^b 招聘政策要求经济学家拥有产业组织和经济规章的知识。

^c 在有些情况下，工作人员通晓经济学和法学，或拥有双重资格，因此，工作人员中律师或经济学家的人数技术上高于官方记录可能反映的人数。

^d 除了技术工作人员之外，委员会35名成员中有10名为经济学家，包括副主席。5名成员拥有经济学博士学位。

n/a: 不适用。

资料来源：贸发会议关于经济分析的调查。

16. 有些主管机构通过广泛使用经济咨询公司来补充内部技能。私人当事方也使用经济咨询公司。例如，截至 2007 年，欧盟的经济咨询费(联合王国占案件的大多数)数额约为有关竞争案件法律和经济费用总额的 15%——接近美国的水平(Neven, 2007 年)。大韩民国竞争主管机构也经常以这种方式使用外部专家(通常为学者)。

17. 也许，世界上每一个竞争主管机构都认为，其决定基于良好的经济思想。然而，即使在适用于对贸发会议问题单的答复这样少量案例的经济分析中，显然也有各种差异。下一章说明了这些差异。

二、经济分析方法

18. 本章简要概述了竞争主管机构所用的各种经济方法。有关材料部分来自对贸发会议问题单的答复。对市场界定和合并评估进行了审查。提供了关于纵向限制评估的变化，以此为例说明经济学的变化如何影响法律的变化。简要审查了横向协定的存在情况。本章还部分说明了竞争主管机构在进行经济分析时遇到的问题。表 2 根据秘书处收到的对问题单的答复，列出了竞争主管机构所用的各类经济分析方法和技术。

19. 指南提供了有关竞争主管机构所用经济分析的一种观点。也许可能需要做出一些辩论努力来看待这一问题，但是，指南大体上反映了竞争主管机构内最通用的经济模型。在制定指南过程中举行的听证会和编写的讨论文件常常明确提到具体的经济模型。竞争主管机构内部新思潮的主导先锋做了发言并提出了讨论文件。作为其市场营销努力的一部分，经济咨询公司对新的模型和技术做了评论。总而言之，竞争主管机构所用经济模型并不神秘，而是公开可以得到的。

A. 市场界定

20. 根据全世界许多法域的竞争规则，市场界定是分析中一个关键的最初步骤。在许多情况下，市场界定是找出对供货商的竞争限制因素的一个关键步骤。从而能够计算市场份额和市场集中度。这些构成评估——至少是初步选定——市场竞争程度的重要部分。因此，市场界定在评估——至少在初步选定——许多涉及横向和纵向限制因素、滥用优势地位和合并案件方面发挥着重要作用。

21. 根据对调查的答复，假定垄断者检验法(或 SSNIP 检验法¹⁰)是市场界定最通用的方法。在如何使用经验数据进行 SSNIP 检验方面，情况更加多种多样。

22. “临界损失”分析、或“临界需求弹性”分析是进行 SSNIP 检验的一种普遍方法。贸发会议的调查表明，许多竞争主管机构使用这种方法。¹¹

23. 2004 年阿根廷的一桩合并案说明了临界损失分析的用法。Compañía de Alimentos Farge 被 Grupo Bimbo 购并。一个关键的问题是，传统面包是否限制了工业面包的价格。合并双方都生产工业面包——这两家共生产该国 79%的工业面包，并被视为对方的最接近的竞争者。传统面包的生产量远远大于工业面包。向阿根廷竞争主管机构提交的计量经济学研究报告估计了对工业面包的需求弹性，得出的结论是，当事方提价可能无利可图。委员会发现，该方法有问题，包括没有适当考虑审议所涉期间的经济危机。

24. 根据对调查的答复，价格相关性检验和平稳性检验被若干竞争主管机构用于市场界定。有关想法是，如果产品为替代产品，其价格应当有相关性，价格的比率应当恒定。在平稳性检验中，检验两种价格的比率(两种产品或在不同地点的相同产品)，看其是否在振荡后回复到恒定值。不幸的是，如果价格受到某些其他共同影响，如石油价格，则无论是否为替代品，价格都会有关联。在没有关于价格弹性信息的情况下，价格比率不平稳就无法提供关于两种产品(地点)是否在不同市场的信息(CRAI, 2001 年)。

25. 关于贸发会议调查中提到的可替代性问题资料的其他来源是用户调查和市场研究。

¹⁰ SSNIP 指小而显著的非暂时性价格上升。通过这种方法描述该检验的回归部分。

¹¹ “临界弹性是对候选产品和地区组的最大合并前需求弹性，该候选市场的假定垄断者会提高价格，至少提高某个确定重大阈值，如 5%。临界损失是售出量最大减少，以致假定垄断者原因忍受特定的涨价”。Werden (2002 年)。使用这种方法最简单的版本，分析者必须估计候选市场合并前价格-成本差距，以及需求弹性，还必须了解“数额不大但有意义”意味着何种政策选择。基本概念是用价格——成本差距和涨价阈值——以 5%计——来计算在假定垄断者利润不变的情况下会损失多少销售份额。然后用估计的需求弹性来估计销售方面是否会有更多或更少的损失。最后比较这两组数字。

26. 若干答复者说，他们难以得到必要的价格、成本和销售数据，以进行 SSNIP 和其他关于可替代性的检验。着重提到的各种挑战包括缺乏可靠的信息来源和专门机构可靠的目前的研究，缺乏所需会计技能，以便从现有的公司提供的资料中提取数据；公司提供的资料不完整；权力有限，无法强迫公司提供资料；难以获得研究许可证；缺乏时间序列数据；以及缺乏资源以开展用户调查和市场研究。还着重提到在设计用户调查问题单，以确保获得可靠数据方面的困难。在有些情况下，数据欠缺意味着仅仅使用定性的数据来界定市场。

B. 合并评估

27. 每个法域的竞争法都具体规定了必须用于合并的检验。一般而言，有关检验为经济检验，但也可能是公共利益检验。例如，有关检验可能是看具体的合并是否有可能导致明显减少竞争，或是否会造成或加强优势地位。这就意味着，有关合并的具体事实以及用以在特定具体事实的情况下提出可靠预测的经济模型都是评估中的要素。

28. 据对调查的答复说，竞争主管机构将用赫芬达尔—赫希曼指数分析法 (HHI) 和集中度 (CR_x)¹² 等集中度措施于合并评估。市场集中度是 20 世纪下半叶大部分时间中预测拟议合并影响的基础。在经济学中，结构—行为—绩效范式占优势地位。它说，实际上，在受进入障碍保护的市场上，集中度预测了市场的竞争情况。这种范式为 CR1、CR4 和 HHI 等各种集中度检验措施提供了信息。但是，经验观察表明，结构—行为—绩效范式是错误的；在现实世界的市场中，集中度仅仅是一个特征，且不一定是最重要的特征。回过头来看，美国最高法院 1974 年 General Dynamics 案的裁决¹³ 被视为开了该法域的合并分析之先，该裁决允许对一家公司的市场份额是否准确表示其竞争能力进行广泛分析。¹⁴ 然而，在许多其他法域内，竞争法具体规定了有关支配地位的市场份额标准，将评估的责任转到市场界定方面。

¹² CR1 是最大公司的集中度，即最大公司所占的市场份额。CR4 是最大的 4 家公司的份额之和。HHI 指赫芬达尔—赫希曼指数分析法，为所有公司市场份额的平方和。

¹³ 美国诉通用动力公司，415 U. S.486 (1974 年)。

¹⁴ Baker 和 Shapiro, 2007:4。

29. 今天，市场集中度和市场份额在合并分析中仍然很重要，尽管在有些法域内，也许最重要的是进行甄别，以识别那些需要花费更多调查资源的合并者。经验证据是，在同一产业中，市场越集中价格越高。但是，在有些法域内，这些统计数据的份量不如以前，在这些法域内，现在竞争主管机构必须“令人信服地讲述合并将如何实际上导致减少竞争”(Baker 和 Shapiro, 2007: 5)。这就是说，必须甄别各种事实的重要性，并将其纳入“讲述”，甚至纳入扩大的经济模型。

30. 讲述“合并将如何实际上导致减少竞争”的两种基本形式为协同效应和单一效应。它们并非相互排斥。

(a) “协同效应”、“联合优势地位”或“心照不宣的共谋”指的是，由于合并，公司在市场上具有更大的相似性，行为较少竞争性。经济学提供了如何可能发生这种情况的模型，发生这种情况所需的要素，以及合并如何可能改变激励因素，从而改变协同的可能性或规模。经验证据支持或反对将任何特定模型用于特定的合并。

(b) “单一效应”指的是，合并后的公司具有激励因素在合并后提高自己的价格。如果任何消费者认为合并的公司为供货商的第一和第二选择，就会产生单一效应。在表明这种用户存在的同时，合并模拟是可以用来估计单一效应的工具之一。合并模拟将有关买方替代、竞争者行为以及公司的成本等数据结合进一个数学模型，以便推出价格因合并而上涨的情况。有些竞争主管机构在对调查的答复中表示，它们至少有时使用合并模拟。

31. 用来评价协同效应和单一效应的经济模型必须适合于有关案件的事实。模型中的每一种假定都应当有证据支持，或接受敏感性分析。¹⁵

¹⁵ 敏感性分析问道，“如果假定变量一个不同值，模型的预测会如何变化？”

围框 2. 南非公共利益条款执行记录

在竞争案件中，总的重点在于效率，因此，公共利益的作用看来只是处于边缘地位，尽管南非竞争法中列入了一些具体的公共利益关注，旨在处理广泛的发展目标，促进就业、小型企业以及公平地扩大所有权，偏向于先前处于不利地位的南非人(扶持黑人经济(BEE))。因此，在所有合并交易中，必须考虑公共利益问题。然而，至今为止，因为考虑公共利益而使合并评估结果发生重大改变的案件数目很小。

对竞争委员会和竞争法庭截至 2008 年评估的大型合并交易的审查表明，一般而言，在合并被认为具有强烈的反竞争影响时，积极公共利益影响不大可能被证明是一种有效的平衡力量。同样，尽管在少数合并案件中注意到消极公共利益影响，但总的印象是，这些影响很少被视为阻止一项合并的足够有力的理由。扶持黑人经济的考虑也未能左右委员会或法庭关于任何合并的决定。一家公司在国际市场上竞争的能力问题也从来没有在竞争主管机构任何决定中占突出地位，尽管这是合并当事方经常援引的一个论据。

也许，在竞争法中明确列入公共利益的主要好处是，这样做会提升这些政策必须工作的形象，有助于在各个不同的政策领域中保持政策的一致性。此外，此举还将这些问题列入了公司议程；而正是在公司一级，纳入公共利益考虑可以带来很大的变化。

资料来源：Hartzenbergh, 2008 年。

32. 另一种办法是使用一种简化形式法。例如，人们可能会问，某些公司的存在或其他市场绩效措施对价格的影响是什么？

- (a) 在 Staples-Office Depot 合并案中，美国联邦贸易委员会使用简化形式分析法来考虑 40 多个城市 400 多家 Staples 商店 18 个月价格指数组成的数据集。它们没有使用任何统计学方法(证据和文件)来排除来自不可察觉的价格波动偏差——即确信没有另一种原因使得每家商店价格不同。它们发现，在没有 Office Depot(和任何其他办公用品超级市场)存在的城市，价格指数较高。它们估计了 Staples 和 Office Depot 拟议合并对价格的影响，并建议禁止该项合并。¹⁶

¹⁶ Baker 和 Rubinfeld, 1999 年。

- (b) 大韩民国使用类似的分析来评价连锁超市之间的合并。¹⁷ 大韩民国公平贸易委员会(KFTC)发现, 该合并有害竞争, 下令商店从三个相关的地域市场撤资。KFTC 比较了不同地点的价格水平, 发现其他超级市场存在与否具有影响, 而百货公司的存在却没有影响。因此, 当事方关于市场包括百货公司的论点被驳回。第二, 该主管机构发现, 收购公司的价格在靠近被收购公司商店的地方比在其他地方低 4.2%。从而得出结论认为, 拟议的合并很可能有害竞争;
- (c) 欧盟委员会在 Ryanair-Aer Lingus 合并估价中使用回归法来确定合并一方的存在是否影响另一方的价格。将特定航线一个月的净平均票价作为所要解释的变量。除了该月该航线上有另一合并方的存在之外, 增加了另外一些解释变量, 以考虑到对票价的系统影响。使用了两种计量经济学技术; 截面回归法(审查各条航线的价差)和固定影响回归法(探讨各条航线不同时间的市场结构差异, 如竞争者进入或退出之前和之后)。¹⁸

简化形式分析法的这三个案例表明, 仅仅根据另一合并方是否在当地市场存在来考虑价格水平的差异是不够的。必须开展大量工作, 以确保有关结果不具有欺骗性。¹⁹

33. 还可以分析竞标数据, 以估计一家公司的竞争影响, 如一份调查答复所述。例如, 两家公司在相同招标中投标的频率可以确定这两家公司多么“接近”或类似。如果有关于其后的竞标者的资料, 即可确定这两家公司如何经常地为两家竞争最激烈的投标者, 从而确定相互的主要竞争制约。加上进一步的资料, 及某种拍卖的形式, 人们也许能够检测出另一家公司的存在对买方报价的影响。但是, 对招标资料的任何分析都必须考虑到拍卖的具体形式, 包括“何人何时知道什么”的详情, 如投标人何时知道其竞争对手的身份。

34. 上述讨论假定, 消费者的福利, 也许总体福利, 是用以评估合并的标准。但是, 有些竞争法要求对评估合并使用多准则(决策)。这是否限制使用经济分析法呢? 经验表明并不限制。例如, 南非(见围框 2)采用了多准则决策法和经济分析法。

¹⁷ 大韩民国, 对问题单的答复。

¹⁸ 欧盟委员会, 对问题单的答复。

¹⁹ 在估计卡特尔造成的伤害时出现相同的问题, 这种估计也采用简缩形式分析。

C. 纵向限制评估

35. 极少对调查的答复直接谈到在评估纵向限制中使用经济学。而这是经济学在过去几十年引起变革的一个领域。欧盟委员会对纵向限制态度的变化说明了这一点。在 1999 年之前，公司之间纵向协定的具体规定根据黑色、白色和灰色名单进行评价。黑名单上所列被禁止，除非通过一个烦琐的“单项免除”程序；白名单上所列在“集体免除”之下免除；灰名单上所列可能构成集体免除协定的一部分。在请各国对其“绿皮书”提出评论意见——改革进程的一个步骤——的请求中，委员会说，最经常听到的抱怨之一是，“对协定的条款分析强调过多，而对其经济影响则强调不足”。²⁰ 1999 年的规章，及其基于协定当事方市场份额和协定期限的避风港规则，是朝向更多地采用经济分析法方向的运动。而且，适用该规章的方式纳入了经济认知方面的进一步的进展。在老的制度之下，向委员会通报纵向协议的数目。根据对调查表的答复，欧盟委员会表示，该委员会近年来没有多少纵向限制的案件。人们假定，这并非反映了纵向协定较少。

36. 最近一项改变美国裁判转售价格维持案件规则的裁决是表明经济学影响的第二个案例。美国最高法院 2007 年关于 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 案的判决结束了将最低转售价格协议视为“本身违法”，主张合理分析的规则。在此，令人感兴趣的方面是在判决和反对意见中明确考虑经济学。判决第一段中，在紧接着指出有关其他纵向限制“本身违法”的转变之后，说了这样一句话，“而且，受人尊重的经济分析的结论是，纵向价格限制可能具有有利于竞争的影响”。该判决中广泛讨论了各种经济论点。在这一 5 比 4 的判决中，反对方也讨论了各种经济论点，并提到关于最低转售价格维持影响的实证经济研究。并接着说：

“经济讨论，如法院所依赖的研究报告，可以帮助为这些问题提供答案，这样，经济学可以而且应该为反托拉斯法提供资料。但反托拉斯法不能也不应当完全照搬经济学家(有时是相互矛盾)的观点。这是因为，法律不同于经济学，它是一个行政系统，仅仅在法官和陪审团在法院以及为其客户辩护的律师加以适用的情况下，其效力才依赖规则和判例的内容。这一事实意味着法院将经常会提出自己的行政判决来施加影响……”

²⁰ 委员会通过了关于欧洲竞争政策纵向限制问题的“绿皮书”，Peepkorn 的发言，1997 年 1 月 20 日，http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1997_002_en.html。

反对意见提到有利和不利于竞争影响频率的经验证据。反对意见大多侧重于该法必须能够管理，包括推翻一项长期确立的、许多经济决定所赖以建立的先例与确立一项全新的规则之间的差异。

D. 横向协议

37. 在将经济学用作卡特尔协议存在的证据方面，竞争主管机构做法不同。至少有一个对贸发会议调查的答复者报告说，将经济学用作卡特尔存在的间接证据。

38. 在另一个论坛中，²¹ 讨论了主要采用经济证据推论存在卡特尔的问题。经济证据可被用来处理有关具体要件，必须有这些要件才能证明卡特尔存在。这种证明的一个类别是公司行为：公司行为可以表明达成了协议。第二个类别是市场结构：市场结构可以表明实行卡特尔化是可行的，例如，如果市场高度集中。这种证据的第三个类别是有利于有关行为的证据：即使得协议更容易达成和维持的商业行为。平行的行为——定价、削减能力、或可疑的竞标做法——是一个关键的信号；这是证据但不是证明。一个重大障碍是，在没有协议的情况下，符合单方面自我利益的行为，在依照情况判断的卡特尔案件中，并不构成良好的证据。还需要一些通信往来的证据。各种经济模型提到了其中每一种证据；没有经济模型的安排，证据无法理解。

39. 至少某些竞争主管机构的一种相关做法是使用经济学来分析是否某些行为使得竞争者更容易协调，而不是努力确定有关公司是否事实上在串通。例如，1990年代初，美国竞争主管机构处理了几家航空公司的一桩纠纷案，这些航空公司使用计算机预订系统来协调价格。²²

E. 计量经济学

40. 若干竞争主管机构报告说，它们很少使用计量经济学技术(市场界定基本回归法除外)，因为需要高质量的数据来确保获得足够可靠的结果。在不使用计量经济学技术的主管机构中，可以确立一些程序，来减少复现当事方计量经济学工

²¹ 经合组织 2006 年全球竞争论坛，在没有协定直接证据的情况下起诉卡特尔问题圆桌会议(DAF/COMP/GF(2006)3)。

²² 美国诉 Airline Tariff Publishing Co., 1994-2 贸易案(CCH), Para 70,687(D.D.C.1994)(最后同意判决), Kovacic 和 Shapiro 案引证, 2000:56。

作的时间和成本。这涉及确切的数据格式以及计量经济学家之间就确切的方法、技术、软件等问题直接会谈。其目的是就从这些数据中能够和不能够得出哪些结论建立信任和达成谅解。²³

41. 总而言之，无论是否用于合并评估，使用更复杂的经济分析看来并不很普遍。除了数据方面的限制之外，其原因不包括人力资源和技能方面的限制，再加上时间的压力(特别是有关合并案)，以及有些法域并不那么需要适用复杂的经济分析(如在有些法域内，法律方面没有要求竞争主管机构在分析合并时考虑效率抗辩，有些法域也还没有公司就反竞争协议或行为提出效率抗辩方面的经验)。

表 2. 经济分析方法

国 家	市场界定	合并/集中度	其 他	计量经济学
阿根廷	SSNIP, 客户调查, 弹性估计, 市场报告	合并模拟		
保加利亚	SSNIP, 弹性估计			
智 利	SSNIP, 客户调查, 弹性估计			已用于掠夺性案件
哥伦比亚	SSNIP, Elzinga-Hogarty	HHI		
欧盟委员会	SSNIP, 价格相关性、稳定性检验, 临界损失分析, 客户调查			常用
匈牙利	稳定性检验, 客户调查		Delimitis 类检测	
印度尼西亚	SSNIP, OLS	HHI, CR		
日 本	SSNIP, 交叉弹性估计	合并模拟		已采用(串通投标)
大韩民国	临界损失分析, Elzinga-Hogarty, 概率单位模型, 客户调查, 弹性估计, 转换率分析	合并模拟, HHI		在有资料时经常使用
拉脱维亚	SSNIP, 临界损失分析, 弹性估计, 波特五力分析法	HHI, CR, 盈利指标	Arreda-Turner 检验	
马拉维	SSNIP			未被使用
墨西哥	SSNIP	HHI, CR		
巴拿马	弹性估计, 客户调查, 概率单位模型	HHI, CR, 勒纳指数		
俄罗斯联邦	SSNIP			
塞尔维亚	SSNIP			
瑞 士	SSNIP, 价格相关性、稳定性检测	HHI, CR		很少使用, 市场界定基本 OLS 除外
乌拉圭	定性数据			

²³ 最近一份侧重于但不限于计量经济学的案例是，联合王国的“当事方向竞争委员会提交技术经济分析的建议最佳做法”。www.competition-commission.org.uk。

三、私人当事方和法院在多大程度上接受经济分析

42. 对竞争案件中经济分析的态度受到有关法律确定性关注的影响。反对使用经济证据者经常援引的论据包括：(a) 相对于法律证据而言，经济分析过于偏重理论，依靠各种模型和假定，这些模型和假定稍有变动，结果就会大相径庭；(b) 经济学家之间的分歧并非不常见，他们提出显然有理但却相互矛盾的分析，从而不可避免地得出经济证据不可靠的结论；和(c) 律师和法官对经济证据不甚了解或不大感兴趣。

43. 许多专家完全拒绝这些论点(例如 Neven, 2007 年, Freeman, 2006 年, Potocki, 1996 年), 他们指出, 尽管经济证据在性质上并非绝对, 但如果假定合乎逻辑, 事实正确并且相关, 经济证据还是站得住脚的。²⁴ 法律经常处理技术问题(如医疗和专利法); 竞争法绝非例外。而且, 律师和法官对复杂的论据并不陌生。许多人还承认, 竞争法不同于法律的其他技术方面, 因为各种经济概念被移植到——如果不是纳入——竞争法。

44. 在竞争法中, 经济学有一些限度。Breyer 法官在上文提到的 2007 年 Leegin 案裁决的反对意见中指出, 法律不同于经济学, 法律是一个行政系统。法律通过法官和为其客户辩护的律师产生影响。因此, 竞争法必须在现实的系统中能够管理。“反竞争法不能也不应当完全照搬经济学家(有时是相互矛盾的)观点”。这一关于经济学在竞争法中限度问题的说法类似于千年之交两位著名的竞争法学家所作的评论。他们指出, 竞争执法的一个挑战是使目前区分反竞争和有利竞争做法的分析技术适应可以管理的规则, 这些规则能够为竞争主管机构和法院适用, 具有稳定性和可预测性, 使企业能够依赖这些规则(Kovacic 和 Shapiro, 2000: 58)。

45. 在美国和欧盟的经验中, 法院接受、甚至要求在竞争案件中使用经济学和计量经济学证据。当然, 法院并非总是认为经济学证据具有说服力。例如, 芬兰最近的经验是, 相对于提出的司法论据、证词或证据而言, 依赖更为复杂的经济理论并不一定加强有关论点(经济合作与发展组织(经合组织)), 2008 年)。需要求得一种平衡: 在欧洲共同体法院, 欧共体在合并案件中遭遇了一系列挫折(例如

²⁴ 还可以使用敏感性分析——考虑有关假定的变化对经济模型结果的影响——来衡量经济模型的稳健性。

Airtours, Tetra/Laval 和 GE/Honeywell 案), 法院要求在经济方面更加严格。在欧洲和北美, 竞争案件当事方及其律师现在都指望进行复杂的经济分析。从业律师已经学会了如何对付经济分析和分析人员。

46. 据对贸发会议问题单的一些答复说, 在许多发展中国家, 私人当事方及其法律顾问经济知识和了解水平较低。因此, 他们倾向于专注于经济行为的法律形式, 而非其影响。对于采取更偏重经济办法的竞争主管机构而言, 这可以是一种制动力, 特别是在这种态度还影响到法院对竞争案件的审理之时。这一点很重要, 因为, 如上文所述, 法院的态度在决定欧共体和美国制度是否朝向更偏重经济的办法方面发挥着重要作用。

47. 在发展中国家法院中, 对于考虑经济证据的态度各不相同。在包括巴西、以色列、印度尼西亚和南非等一些发展中国家中, 法院在其裁决中确实使用经济分析。但经济学对裁决的影响越来越大, 特别是在这方面执法时间较长的法域中。人们日益认识到, 经济学在竞争法和竞争案例分析中占据占据了核心的地位。

48. 法官对于经济学在竞争案件中运用的态度在行政法制度中可能显得无足轻重。对贸发会议问题单的答复表明, 大多数法域通过一种行政制度执行竞争法。法院仅在上诉阶段才发挥作用, 而上诉阶段典型的情况是限于法律问题或程序问题。尽管如此, 经验表明, 竞争案例中的法律问题可能常常要回到经济理论中去。

49. 法官如何过渡到在竞争案例中更多地运用经济学呢? 为法官提供反托拉斯经济学方面的基础培训显然具有吸引力, 世界各地的竞争主管机构都主张这样做。即使是在竞争执法方面最为先进的法域也仍然遇到法官缺乏经济知识方面的挑战。例如, 美国律师协会最近一项调查表明, 在被调查的 42 名反托拉斯经济学家中, 只有 24% 的人相信联邦法院法官“大抵”了解案件中的经济问题。美国律师协会等建议, 为法官提供更多的关于反托拉斯经济学方面的教育。然而, 培训法官可能有争议。例如, 美国的一些方案可能受到批评, 认为是设计来影响司法决策, 向法官灌输一种特定的经济思想的。对此类方案的反对最近导致提出立法提案, 有关立法将会实际上禁止为联邦法官提供私人供资的方案。

50. 可以利用有关程序, 更有效地向那些没有经过经济培训或没有竞争法经验的人传递经济分析的信息。法官可以通过书面陈述或通过制定程序——允许法官尽早有机会提出当事方书面陈述中引起的问题——早日接触经济分析。法官也许能

够指派自己的经济专家，为法官找出当事方专家之间的不同点。或许法官能够要求双方专家就他们之间的不同意见领域达成一致，以便更好地侧重于有关询问。

51. 法庭或陪审团的构成可能影响到是否接受经济证据。在那些实行行政制度的法域中(或设有专门的法庭/法院，并有专门从事竞争法的经验丰富的人员的地方)，典型的情况是，陪审团中包括经济学家，以使这些机构在竞争案件中更多地了解经济理论。

52. 围框 3 概述了竞争主管机构在法院所用的一些技术，以帮助法官了解复杂的经济证据。²⁵ 根据联合王国公平贸易局的经验，律师通常被证明能够更好地用并不精通经济学的法官认为有说服力的措辞向法院提出经济证据。

围框 3. 向法官介绍复杂的经济学

经济论据结合在事实证据之中，以确立的经济理论为基础。

以一种非技术但是准确的方式介绍经济模型，并解释其如何工作，为什么所选定的模型适合于特定的任务，以及根据具体案件的事实，该模型如何导向特定的结论。根据知识、经验和有关案件的证据，披露所依赖的各种假定，包括解释为什么没有使用备选的假定和参数。

以符合司法推理结构的方式提出经济论据。

采用表格和各种图表的视觉辅助工具来强化口头解释。

资料来源：经合组织，2008 年。

53. 并非所有经济证词都从来就平等。关于是否以及哪些专家证词获准在法院用作证据，不同的法域各有自己的规则。例如，在美国，一些特定规则和《联邦规则》规定，“在[竞争]案件中，专家经济证词不予采信，除非 (a) 证人为经济学相关方面的专家；(b) 证词在经济学的这些方面有很好的理由；和 (c) 证词将经济学工具适用于有关案件的事实”。而且，一份关于这些规则的评注说，“声称依靠计量经济学方法或经济模型的证人必须以足够详细的方式加以阐述，介绍证

²⁵ 上文中引证的 Leegin 判决中的反对意见提供了向法官介绍经济证据的线索：“我认为，对于当事方没有向一位普通法官做出足够明确的解释使其能够理解的辩护理由，我们不应给予重大考虑”。

人声称所依赖的具体方法或模型。证人还必须解释这些方法或模型为什么相关，及其如何支持得出的结论”。²⁶

四、供进一步讨论的问题

54. 对于一个目前没有在竞争案件中大量使用经济分析的国家而言，争取更多地使用涉及工作人员、竞争法同行以及法官的大量的学习费用。这种学习有些并不针对具体部门；它很容易适用于宏观经济政策的其他领域，如基础设施的经济规范。工作人员的流动性这一常见的问题，在经过竞争主管机构培训之后同样适用。鉴于这些费用以及积极和消极的外部性问题，在发展中国家小规模竞争主管机构中，经济分析的最佳用途是什么呢？

55. 是否有应当将开展经济分析的有限资源集中使用的领域或专题或案件类别？不应当集中使用？

56. 根据经验，提升小的或新的主管机构开展经济分析的能力的有效手段是什么？是否有具体的资源或知识基础？

57. 在不同法域竞争主管机构就具体案件开展合作之时，经济分析(模型的选择、模型的校准)是否趋同？为什么？

58. 具有多重目标的竞争法是否以某种方式限制或较少致力于经济分析？

²⁶ Werden, 2007 年。

参考书目

- Baker JB and Shapiro C (2007). Reinigorating Horizontal Merger Enforcement. October 2007, Prepared for the Kirkpatrick Conference on Conservative Economic Influence on U.S. Antitrust Policy, Georgetown University Law School, April 2007. <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/mergerpolicy.pdf>.
- Baker JB and Rubinfeld DL (1999). Empirical methods in antitrust litigation: Review and critique, Boalt Working Papers in Public Law, University of California, Berkeley, paper 43.
- CRAI (2001). Competition Memo: June 2001. Market Definition: How Stationarity Tests Can Improve Accuracy. <http://www.crai.com/ecp/assets/Stationarity.pdf>.
- Freeman P (2006). Competition law and economics: a partnership of equals or a struggle for supremacy? Talk by Peter Freeman at ESRC Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 22 March 2006.
- Oxera (2009). The new guidance on Article 82 – does it do what it says on the tin? Oxera Agenda, January. www.oxera.com.
- Hartzenbergh T (2008). Competition policy in South Africa: towards development? Paper presented at DPRU Conference 2008, School of Economics, University of Cape Town, 27–29 October.
- Kovacic WE and Shapiro C (2000). Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, Journal of Economic Perspectives, vol. 14: 43–60.
- KPMG (2007). Peer Review of Competition Policy. Report prepared for the United Kingdom Department of Trade and Industry.
- Neven D (2007). Competition economics in Europe. Introduction. The 2007 Handbook of Competition Economics. Available at http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/intro_competition_economics.pdf.
- OECD (2008). Presenting Complex Economic Theories to Judges. DAF/COMP(2008)31.
- Potocki A (1996). The role of economics and economists in competition cases. Judicial Enforcement of Competition law, OECD. OECDE/GD(97)200.
- Werden GJ (2002). The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm.
- Werden GJ (2007). The admissibility of expert economic testimony in antitrust cases. Prepared for ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy, chapter 35: 9.
- White LJ (2007). Economics, economists and antitrust: a tale of growing influence. Paper presented at the American Economics Association session on Better Living Through Economics (V)", New Orleans, 5 January 2008.