

企业集中规制中的关联市场的划定标准  
——美国、EU 及日本的反垄断法律制度  
的比较研究

王为农\*

目 次

- 一、关联市场的概念及其划定的意义
- 二、美国企业集中规制中有关“商品市场”的划定标准
- 三、EU 企业集中规制规则及其判例法中有关“商品市场”的划定标准
- 四、日本企业集中规制中的“一定的交易领域”及其划定标准
- 五、结语

关联市场，是反垄断法法理中最为重要的基本概念之一。而关联市场的划定，则是有效地实施反垄断法，尤其是企业集中规制法律制度所不可或缺的，并且是判断当该企业的经营行为是否将会产

\* 王为农：浙江大学法与经济学研究所副所长、副教授，日本神户大学法学博士。

生限制或阻碍市场竞争的违法性效果的最基本的前期作业。<sup>①</sup>因为,一旦划定了相应的关联市场,则在该“市场”内的企业之间所存在的竞争关系,以及具有相互竞争的可能性的商品或服务的范围,也就随之被确定下来。因此,在已经建立起反垄断法律制度的国家或地区的相应的企业集中案件中,有关关联市场的划定问题,常常成为最为引人注目的争议焦点之一。在这里,引发出争议的根源在于:依据什么样的标准才能划定出较为适宜的关联市场。也就是说,划定关联市场的关键,在于必须首先确定出判定相关商品或服务是否具有“同一性”或“替代性”、即判定关联市场的范围宽窄大小的基本标准。因为,关联市场的大小范围如何,将直接关系到认定该市场内的企业集中是否具有限制竞争的违法性问题。

然而,在规制商品、资金以及企业本身已跨越了本国国境的企业集中时,由于已经建立起企业集中规制法律制度的各个国家或地区的规制标准之间存在一定的差异,又使得上述问题变得更加复杂化了。因此,伴随着企业组织的不断国际化,以及跨国进行的“国际企业集中”<sup>②</sup>的日益盛行,研究和比较分析各国关于关联市场的划定标准,也就显得尤为重要了。

本文,将围绕着关联市场的划定问题,通过对美国、EU及日本以往的判例法和典型案例的考察、讨论,对其三者各自在企业集中规制中的划定关联市场的基本标准进行比较分析,以期为我国的反垄断立法提供些有益的借鉴。

<sup>①</sup> 当然,也存在着不需要划定关联市场的场合。例如,在美国依据反托拉斯法规制“价格协定”等行为时,由于遵循的是“当然违法(per-seillegal)”原则,这些行为本身就被认为是违法的,因此,也就没有再去划定关联市场的必要了。

<sup>②</sup> 关于“国际企业集中”的概念,请参阅:根岸哲著,《国际合并と反トラスト法》,シエリスト,第726期;以及松下満雄著,《独占禁止法による国际的合并の规制》,《国际商事法务》1994年6期。

## 一、关联市场的概念<sup>①</sup>及其划定的意义

### (一) 关联市场的概念<sup>②</sup>

#### 1. 理论上的含义及讨论对象的限定

所谓关联市场,通常是指当事人“在其中从事经营活动时的有效竞争范围”,和判定在各个当事人所经营的商品或服务之间是否存在竞争关系的场所<sup>③</sup>。一般认为,关联市场应由商品、地理及时间等三个基本要素组成<sup>④</sup>。其中,最为重要的,是商品要素和地理要素。与这三个基本要素相对应,又可以将关联市场具体分为:商品市场(product market)、地理市场(geographic market)及时间市场(time market)<sup>⑤</sup>。但是,也有的学者,主张应当将关联市场分为:交易的对象、交易的阶段(生产厂家、批发商、零售商、消费者)、交易的地域及交易对手的共同性等四个要素来进行分析<sup>⑥</sup>。值得注意的是,近年来一些美国学者又提出了:还应包含“技术革新市场(innovation market)”的观点<sup>⑦</sup>。

① 关于“relevant market”一词,目前大体上有3种不同的译法,即:相关市场、当该市场以及关联市场,本稿采用了“关联市场”这一译法。

② 关于这一概念,学者们曾经有过论述。其中具有代表性的有:Earl W. Kintner, *Federal Antitrust Law*, Vol. IV., at 119~129, 345~346; 大村须贺男:《竞争制限における商品市场とその确定について(一)、(二)》,《企业法研究》,第188、189辑。

③ Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 44 (1955).

④ [日]大村须贺男:《竞争制限における商品市场とその确定について(一)、(二)》,《企业法研究》,第188、189辑第34页。

⑤ 在美国的反托拉斯法学者们的论著中,基本上都不论及“时间市场”的内容。但是,在美国的判例法中,却存在着对“时间市场”进行过讨论的案例。例如, *American Tobacco Co. v. U. S.*, 328 U. S. 781 (1946); and *U. S. v. Columbia Steel Co.*, 334 U. S. 508 (1948)等。

⑥ [日]根岸哲:《一定の取引分野について》,《独禁法审决、判例百选》,别册ジュリスト,第14页。

⑦ R. J. Gilbert & S. C. Sunshune, *Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets*, 63 *Antitrust Law Journal* 569 [1995].

一般认为,所谓商品市场,是指判定处在一定的空间和时间范围内的数个商品或服务是否具有竞争关系的场所<sup>①</sup>。而围绕着划定商品市场的中心问题,则是如何确定判断商品或服务的“同一性”和“替代性”标准。因为,一旦确认了在相关的商品或服务之间具有“同一性”或“替代性”,也就等于说,已经确认了这些商品或服务已位于同一市场内、并处于相互竞争的关系。因此可以说,划定商品市场的目的,就是要使用于分析竞争效果的各个商品或服务的相互关系更加明确具体化<sup>②</sup>。在通常情况下,作为商品市场的划定对象的“商品”或“服务”的范围,是相当广泛的。只要是在关联市场内具有“适于竞争”的性质,则不论其是动产、不动产,还是具体的服务项目都可以包括在其中。而且,只要是能够引起限制或阻碍竞争的效果,则从商号、商标、外观设计和专利权等知识产权,到化学方程及商业秘密等都可以被认为已具有了“商品性”<sup>③</sup>。

地理市场,则是指在相应的商品市场内的商品或服务所能展开竞争的空间范围。一般认为,地理市场的范围,应当由当事人在相应的商品市场内的商品或服务的主要供给地域来确定,而且是在当该商品在被用于交易时,为了能够评价当事人的经济实力,已将竞争条件充分地“均一化”了的地域<sup>④</sup>。但是,实际上的地理市场的范围,却常常因具体情况的不同,而千差万别。从小到某一都市中的部分地域,到大至整个世界这样的广阔区域,都可以被划定为相应的地理市场<sup>⑤</sup>。

时间市场,通常是指在相应的商品市场内的商品或服务所能展

① [日]大村须贺男:《竞争制限における商品市场とその确定について(一)、(二)》,《企业法研究》,第188、189辑第34页。

② Editorial Board Willard K. Tom, antitrust Law Developments (Third)., at 282.

③ [日]丹宗昭信:《独占及寡占市场构造规制法理》,北海道大学图书刊行会,1975年版,第71页。

④ 正田彬:《EU独占禁止法》,三省堂1996年版,第194页。

⑤ 在反垄断法的适用方面,还存在着一个“域外适用”的问题。

开竞争的时间范围。尽管时间要素也是构成关联市场的基本要素之一，但是，在实际划定关联市场的范围时，却常常是仅划定具有“同一性”或“替代性”的商品或服务的范围、以及与此相对应的空间范围，而往往忽略“时间范围”的划定。可是，只注重现实的利益而忽视时间市场的存在，却是没有任何根据的<sup>①</sup>。尤其是，在划定与预测潜在竞争的未来发展趋势、特定时期内的或与流行商品等有关的竞争行为相联系的“关联市场”时，时间要素就显得举足轻重了。

不过，本文为了简要起见，在下面对企业集中规制制度中的关联市场的划定标准进行考察、分析的过程中，笔者将仅以“商品市场”作为讨论的对象。

2. 美国、EU及日本的企业集中规制制度中对“关联市场”的规定

### (1) 美国反托拉斯法及其判例法中的“关联市场”的含义

在美国反托拉斯法中，既没有从正面表述“关联市场”的定义，也没有使用“关联市场 (relevant market)”一词。但是，我们却可以在谢尔曼法第2条及克莱顿法第7条中找到有关划定关联市场的规定。在这里，关联市场的划定，实际上已经被作为了事实上的问题和判定违法性问题的基本前提了<sup>②</sup>。其中，在克莱顿法第7条中，通过规定“在国家的任何地域的任何通商领域内，当相应的取得行为的效果有可能实质地减杀竞争或将产生垄断时，则该行为是违法的”，表明了客观地划定关联市场的必要性。一般认为，这里所说的“在任何通商领域内 (in any line commerce)”，指的就是“商品市场”；而“在国家的任何地域内 (in any section of coun-

<sup>①</sup> 关于“时间市场”，请参阅欧洲法院对 Suiker Unie——砂糖案所作出的判决 (Cases 40/73 Suiker Unie v Commission [1975] ECR 1663, [1975] 1 CMLR295)。

<sup>②</sup> Earl W. Kintner, *Federal Antitrust Law*, Vol. IV., at 339; See also supra note 11, at 282.

try)”，则指的是“地理市场”<sup>①</sup>。

而在美国的判例法中，有关“关联市场”概念的最初的判例，通常认为是美国联邦最高法院于1911年对标准石油公司（Standard Oil）案<sup>②</sup>所做出的判决。在对该企业集中案的判决中，联邦最高法院首次使用了谢尔曼法第2条中所使用过的“贸易或通商的任何领域（any part of trade of commerce）”这一法律用语<sup>③</sup>。因此，这一判决被认为是在判例法中也开始明确“关联市场”的概念了<sup>④</sup>。

## （2）EU 竞争法中的对“关联市场”定义

与美国不同，在EU企业集中规制规则第9条第7款中，对“关联市场”的概念作了定义。不过，这里规定的只是“地理市场”的内容。根据这一规定，“地理市场”是指“相关联的事业者从事商品及服务的供给、且竞争的条件充分同质的地域，例如，能够以竞争的条件存在着明显的差异为理由同相邻的地域相区别的地域”。“在地理市场的判定中，应当特别注意须将该市场或服务的性质及特性、进入的障碍或消费者偏爱的存在、在相邻地域间的事業者之间存在的相当程度的市场占有率的差异或实质性的价格差等，纳入考虑的范畴”。

而在其判例法中，欧洲法院，实际上早在1979年对Hoffman-La Roche案件所做出的判决中，就已经对“关联市场”的概念表明了自己的主张。欧洲法院认为，“关联市场”应具有如下含义：即“属于该市场的商品之间存在着有效竞争的可能性，并且以此为前

<sup>①</sup> William C. Holmes, *Antitrust Law Handbook* 1992 Edition, at 277; and A. D. Neale, *The Antitrust Laws of The United States of America*, at 195.

<sup>②</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. U. S.*, 221 U. S. 1 [1911].

<sup>③</sup> *Id.* at 61, 31 S. Ct. 502, 516: The commerce referred to by the words 'any part' construed in the light of the manifest purpose of the statute——include any portion of the United States and any one of the classes of things forming a part of interstate or foreign commerce.

<sup>④</sup> Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy the Law of Competition and Its Practice* (1994), at 83.

提,在属于同一市场的所有商品之间存在着具有相当程度的相互交换的可能性”<sup>①</sup>。

### (3) 日本禁止垄断法中的“一定的交易领域”

根据日本禁止垄断法第4章有关条款的规定,当企业实施的保有股份、兼任管理职务、合并或让受营业等形态的集中行为,“将会实质性地限制一定的交易领域内的竞争时”,将予以禁止。这里所使用的“一定的交易领域”,一般认为,其是与美国反托拉斯法理中的“关联市场”相当的概念<sup>②</sup>。虽然这一“一定的交易领域”,在日本禁止垄断法中是作为判定各种限制竞争行为或状态的基本要件之一加以规定的,但是,在该法中并没有关于这一概念的明确定义。而且,在司法实践中也没有一例可以提供对这一概念进行深入理解的具有司法解释性的判例。不过值得注意的是,这一“一定的交易领域”,其含义和功能却常常因场合的不同而有所不同。例如,在企业集中规制的场合,根据日本禁止垄断法第2条第4款的规定,作为“一定的交易领域”的划定对象的商品或服务的范围,将被限制在“向同一需求者供给的同种或类似的商品或服务”之内。

尽管在日本至今还没有一例围绕着“一定的交易领域”的解释论而展开论争的判例,但是在东宝株式会社案件<sup>③</sup>中围绕着如何划定商品市场而引发的争议,却是引人注目的。在该案件中,日本公正交易委员会所作的裁决认为:“包括电影、外国电影在内的整个电影放映业构成了一个‘一定的交易领域’”。为此,东宝株式会社提起诉讼主张:由于日本电影和外国电影之间存在着性质上的差异,这实际上就已经分别构成了不同的“一定的交易领域”。对此,东京高等法院做出判决指出:“虽然应考虑依据如电影性质等所构

① Judgment of the Court of Justice of the E. C. of 13 February 1979, Case 85/76, Hoffmann-La Roch & Co. AG v. Commission [1979] E. C. R. 461.

② [日]村上政博:《独占禁止法の日米比较(上册)》,弘文堂1991年版,第63页。

③ 东京高裁昭和26年9月19日判决(载《高裁民集第4卷14号》,第49页)。

成的交易领域，但是在存在着多数电影院彼此相邻的场合，在这一地域内已产生了通晓日本电影和外国电影的观众群，必须看到其本身就已在此形成了一定的交易领域”，并以此驳回了东宝株式会社的主张。

## （二）划定关联市场的意义

划定关联市场，主要有理论和实践两个方面的意义。

在企业集中规制中，由于判定企业集中的“违法性”问题，主要是以市场的构造变化情况作为标准，因此，当事企业所拥有的市场占有率及其所在市场的集中度，也就成了判定当该企业集中是否将会产生限制竞争的效果时所使用的最为重要的基本指标。而市场占有率及市场集中度的算定，又主要是取决于关联市场的范围大小。可以说，一旦划定了关联市场的具体范围，则对其内的竞争状况所进行的分析，也就变得相对容易了<sup>①</sup>。因此，从这个意义上讲，关联市场的划定，已构成了判定企业的经营行为是否具有限制竞争的违法性问题的基本前提和核心。这便是，划定关联市场所具有的理论上的意义。例如，在美国，当需要判断某一企业集中行为是否违反了克莱顿法第7条时，由于不能直接地测定出“实质性地减杀竞争（substantially to lessen competition）”的效果，因此必须首先来划定构成实质性地减杀竞争问题的“市场”范围，也就是说，要划定出与该企业集中行为相联系的关联市场，然后在此基础上算定出该关联市场内的市场集中度及当事企业在其中的市场占有率，最后才能依据这些数据以及进入该关联市场的难易程度、实施集中行为的目的等，来判断该企业集中是否将会产生实质性地减杀竞争的效果。

由于市场集中度及市场占有率的算定，取决于“关联市场”范围的宽窄大小程度。因此，就一般论而言，如果将关联市场的范围划定得比较窄小，那么当该企业集中构成实质性地限制竞争的违法

<sup>①</sup> Eleanor J. Morgan, *The Treatment of Oligopoly under the European Merger Control Regulation.*, *The Antitrust Bulletin* [1996], at 224.

性问题的可能性，相对就比较大些；相反，若将其范围划定的比较宽泛，则相应的可能性也就会变得比较小了。也就是说，当判定一个企业的经营行为是否具有限制竞争的违法性问题时，在一个范围比较窄小的关联市场内作业，显然要比在宽泛的关联市场内容易得多。从这个意义上讲，关联市场的划定，对于一个企业的经营行为将会产生的法律后果，具有潜在的决定性作用。这也就是，划定关联市场所具有的法律实践上的意义。例如，在日本著名的富士、八幡合并案<sup>①</sup>中，当事人一方就曾经主张，应将该案中的“关联市场”（即，钢铁市场）划定为整个世界的钢铁市场，而不应是日本的钢铁市场。如果接受了这一主张，则合并后的“富士八幡公司”所生产的钢铁制品的市场占有率，就会降至25%以下，这样也就不会违反日本禁止垄断法第15条的规定了。由此可见，关联市场的划定，与“违法性”问题的判定有着极密切的联系。可以说，在很大的程度上左右着“违法性”问题的判定。而且，用于推测市场内的竞争将会受到的影响所使用的证据的价值取向，也会对关联市场的划定方法产生直接的影响。因此，如何恰当地划定“关联市场”，对于合理地分析企业的集中行为，具有极为重要的意义。

### （三）企业集中规制中的关联市场所具有的基本特性

正如上面所述，关联市场的划定，作为判定企业经营行为的“违法性”问题的基本前提，其不仅是规制企业的集中行为所必须的，同时也是规制垄断及卡特尔等行为或状态所不可或缺的前期作业。但是，值得注意的是，关联市场的划定标准，却因构成“违法性”问题的具体行为类型的不同而有所不同。其原因在于，规制各种限制竞争行为的具体标准之间存在着一定的差异。例如，在美国的反托拉斯法中，规制垄断行为的谢尔曼法第2条与规制企业的集中行为的克莱顿法第7条之间，无论是关于规制对象及其范围的规定，还是其中所设定的规制标准都是不一样的。一般来讲，对于垄

<sup>①</sup> 日本公正交易委员会昭和四十四年十月三十日的同意裁决（《公取委裁决集第16卷》，第46页）。

断等行为所实施的规制，主要是将现实存在着的“垄断的控制力（monopoly of power）”作为问题，并且可以从排他或支配的行为表现中推定出垄断的控制力的存在；而对于企业集中的规制，则是于企业实施集中行为之前，对因当该企业集中的实施可能产生的“市场的控制力（market of power）”进行必要的预测。企业集中规制，是“在垄断倾向产生的萌芽阶段，也就是在对垄断倾向采取像谢尔曼法那样的正当程序之前所进行的规制”，换句话说，“是在垄断未遂之前采取的具有预防效果的规制措施”<sup>①</sup>。因此，一般认为，与垄断等行为相联系的“关联市场”同与企业的集中行为相联系的“关联市场”相比，不仅具体的内容不同，而且有关的划定方法也不尽一致<sup>②</sup>。这种相异现象的存在，应该说，是由于限制竞争行为的类型及其判定标准的不同而导致的必然结果。从各国已有的判例及裁决例来看，在企业集中规制中所划定的关联市场，通常要比规制垄断等行为时的狭窄些。这是因为，一般认为企业的集中行为包藏着比现实的垄断等行为还要强的限制竞争的危险性<sup>③</sup>。

此外，与对其他行为或状态的规制不同，在企业集中规制中的关联市场的划定，还具有确认该企业集中的具体行为类型的特定功能。例如，在对企业行将实施的合并行为进行规制时，一旦认定了参与合并的当事人所生产或销售的商品无论是在“商品”方面还是在“地理”方面均属于同一关联市场内的，则由于当事人各方已成为了直接的竞争者，因此便可将该项合并行为确定为“水平式的合并”；如果是既非竞争者之间的关系也非供给关系的企业之间所实施的合并，那么就可以将其确定为“混合式的合并”。由于在判定企业行将实施的集中行为是否具有限制竞争的“违法性”问题时，对于不同类型的集中行为适用不同的具体判定基准，因此也可以

<sup>①</sup> [日] 根岸哲：《私的独占の预防规定としての独禁法第4章规定》，《公正取引》，第237期，第22页—第27页。

<sup>②</sup> 大村须贺男：《竞争制限における商品市场とその确定について（一）、（二）》，《企业法研究》，第188、189辑第37页。

<sup>③</sup> 同上。

说，在企业集中规制中的关联市场的划定，还具有可以确定应当对当该企业集中适用哪一个具体的审查判定标准的作用。

#### (四) 经济学理论在划定关联市场中的应用及其局限所在<sup>①</sup>

从根本上讲，关联市场乃是一个在经济学的“市场”概念的基础上构筑起来的法学上的概念。因此，在划定关联市场时，运用于经济学的理论进行具体的分析，将是不可或缺的。例如，像后续讨论的那样，在划定关联市场中的“商品市场”时，将要用到微观经济学中的“需求的交叉弹性（cross-elasticity of demand）”理论<sup>②</sup>。这里所说的“需求的交叉弹性”，是指在假定其他条件不变情况下，B商品的价格变化率与A商品的需求量变化率之比。这一比值越大，则说明A与B之间的商品替代性就越高；反之，这一比值越小，则A与B之间的商品替代性也就越低；若是等于零，则说明A、B两者互不相干。

然而，这一“需求的交叉弹性”理论，却是以“其他条件均不变”作为前提并且被理想化了的理论上的模式。而要想把它应用于具体的案件，并希望得出正确的答案，还必须将“其他条件均不变”这一假设变成现实的动态环境，并在此基础上获取各种相关经济要素的真实数据。这一要求，在现实中几乎是不可能实现的。而且，对于“需求的交叉弹性”的测定和解释，在现实中也是相当困难的。同时，由于“需求的交叉弹性”其理论本身也存在着严重的缺陷，即如果需求的交叉弹性很大，虽然可以说明在两个商品之间已具有了很高的替代性，但却无法知道其交叉弹性达到了哪一个数值时，才能位于同一关联市场。因此，即使是测定商品的“需求的交叉弹性”，所测得的数值也是不能用作适于判断A商品和B商品处在哪一阶段才能构成同一个关联市场的基准的<sup>③</sup>。从这个意

<sup>①</sup> 关于这一问题，请参阅根岸哲：《独禁法运用における经济学利用の效用と限界》（载《经济法学会年刊》第15期）。

<sup>②</sup> Daniel J. Gifford and Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, at 366.

<sup>③</sup> [日] 根岸哲：《独占禁止法基本问题》，有斐阁1990年版，第32页。

义上讲,经济学上的研究成果虽然为企业集中规制中的关联市场的划定提供了十分有用的理论依据,但是由于法学的目的、性质及侧重点等均与经济学有所不同,将经济学上的研究成果原封不动地用于企业集中规制中的关联市场的划定时,千万不可忽视其理论的适用条件、局限性及其所存在的缺陷。因此,在确立企业集中规制中的关联市场的划定标准时,必须在全面地考虑法学本身的基本特点和需要、以及司法实际的可能性的基础上,充分地利用来自经济学的新的研究成果。否则,将会变得不易操作或毫无实际意义。

## 二、美国企业集中规制中有关“商品市场”的划定标准

### (一) 对美国判例法中有关“商品市场”的划定基准的考察

#### 1. 交叉弹性理论(The Cross-Elasticity theory)的应用

确定什么样的“商品的同一性或替代性”的判定标准,是划定商品市场的核心问题。为此,美国联邦最高法院(以下,简称“美最高法”),在运用和发展了经济学中“交叉弹性”理论的基础上,确立了自己的基本的判定原则,并通过一系列的判例,形成了在规制垄断、企业集中等行为中划定相应的“商品市场”所应遵循的基本准则<sup>①</sup>。

然而,由于在现实中要想明确地测定和说明商品间的“交叉弹性”,是非常困难的,而且,也很难证明其正确性。因此,美最高法,特别强调确定若干能够显示商品间的“交叉弹性”程度的具体指标的必要性,并且在实际应用“交叉弹性”理论的过程中,通过具体的判例确认了:需求的交叉弹性,取决于商品的价格的相互作用功能和合理的互换的可能性、需求者的相似点以及周边的竞争程度等主要因素;而供给的交叉弹性(cross-elasticity of supply),则取决于商品的共同性

<sup>①</sup> Richard Edition, *Economic Analysis of Law*, Third Edition, at 281 - 283; See also Daniel J. Gifford and Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law. Cases and Materials.*, at 365 - 368; and Herber Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and Its Practice (1994).*, at 98 - 102.

或互换的可能性、技术上适应的可能性、生产设备的可分解程度、供给者的见解以及潜在的替代可能性等主要因素<sup>①</sup>。

关于商品市场的划定问题，在美国，历来比较重视美最高法于1956年对 Cellophane 案件<sup>②</sup> 所作出的判决。但是，美最高法将经济学中的“交叉弹性”理论应用于具体案件的最初判例，一般认为是1953年发生的 Times-Picayune 案件<sup>③</sup>。在这起属于“搭配销售契约”的案件中，美最高法依据需求的交叉弹性理论，否定了在报纸、收音机及电视上刊载或播送的广告之间存在着竞争关系。并做出了如下判决：即“就所有的商品而言，都存在着可替代的商品。但是，却不能将合理市场的范围进行无限制扩张。其范围必须加以严格的限定，如果在合理的价格变动范围内一定数量的有限买主，只是集中地使用其他商品或技术用语，那么‘需求的交叉弹性’必将会排斥这些少数商品”<sup>④</sup>。

此后，在 Cellophane 案件中，美最高法才真正地开始了对关联市场问题的全面分析<sup>⑤</sup>。这是因为，在这起围绕着单一企业所实施的经营行为是否应当被认定为已构成违反了谢尔曼法第2条的规定而引发出争议的典型案件中，关联商品市场的划定问题成了诉讼中的焦点问题。在针对“商品市场”的划定问题上，美国政府的规制机关主张，应当将薄透明纸单独划为一个商品市场。如果支持这一立场，那么作为被告的 Du Pont 公司就会因其所生产的薄透明纸的市场占有率将高达75%以上，因而将直接违反映尔曼法第2条的规定。对此，Du Pont 公司主张，除了薄透明纸之外，还应当将玻

① Earl W. Kintner, *Federal Antitrust Law*, Vol. V., at 235, 253.

② *United States v. E. I. du Pont de Nemours and Company*, 351 U. S. 377. 76 S. Ct. 994 (1956).

③ *United States v. Times-Picayune Publishing Company*, 345 U. S. 594 (1953).

④ *Id.*, at 612.

⑤ Daniel J. Gifford and Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law: Cases and Materials*, at 366 - 368; and Herber Hovenkamp, *Federal antitrust Policy the Law of Competition and Its Practice* (1994), at 99 - 100.

璃纸、铝箔、石蜡纸及硫酸纸等包括在内，也就是说，所划定的商品市场应当包含软质包装材料产业的全部商品。在审理中，美最高法院依据需求的交叉弹性理论，并应用“合理的互换可能性（reasonably interchangeable）”标准<sup>①</sup>，认为与该案联系的商品市场，应当是包括了具有范围广泛的价格、用途及品质的软质包装材料的宽大市场。即，坚持应当将包括玻璃纸、铝箔、石蜡纸及硫酸纸等在内的所有具有“弹性”的软质包装材料划定为一个商品市场的立场。这样一来，Du Pont 公司的市场占有率就降为了 17.9%，因而也就否定了对其违反了谢尔曼法第 2 条的指控。

对于美最高法院的这一判决结果，学者们认为，其实际上是依据了以下基本标准<sup>②</sup>。即：

①商品用途的同一性，即决定商品市场的范围的，是商品的最终用途；

②合理的互换可能性，即在各种商品之间，如果在最终的用途上存在着合理的替代可能性，即便是这种替代可能性并非完全，也可认为这些商品构成了一个商品市场；

③在划定商品市场时，并不需要各种商品之间具有物理上的同一性或代用性；

④尽管各种商品之间存在着价格上的差异，但这并不妨碍它们可能构成一个商品市场。

可见，在划定商品市场时，为了确认各种商品之间是否存在着的“需求的交叉弹性”，必须考察当该各种商品的价格、特性及其

---

① 根据美国最高法院的判决，所谓“合理的互换可能性”标准，“是指消费者为了同一目的能够进行合理互换的‘商品群’，构成一个商品市场。……一种商品的价格变化，是否引起了其他商品的贩卖情况的变化，是测定商品间需求的交叉弹性所应当考虑的要害。如果薄透明纸的价格稍微下降就有相当数量的其他软质包装材料的顾客转向了薄透明纸的话，那么，这些商品间就将存在着较高的需求的交叉弹性，这也就构成了这些商品在同一市场内具有竞争性的具体指标”（United States. v. E. I. du Pont de Nemours and Company., 351 U. S. 377. 76 S. Ct. 994 (1956)）。

② Handler, Antitrust in Perspective (1957)., at 57.

用途等重要因素。在这里，合理的互换可能性标准，仅仅是需求的交叉弹性理论的具体化。与需求的交叉弹性理论强调商品的价格变化相比较，合理的互换可能性标准，除了关注商品的价格及其性质之外，还注重商品的用途这一商品的物理性质。此外，合理的互换可能性标准，还要求必须考虑供给者一方的合理的见解<sup>①</sup>。

## 2. 商品的特有性质及其用途基准

针对企业集中规制中的商品市场的划定问题，美最高法在1957年的 *Du Pont de Nemours & Co* 案件<sup>②</sup> 中，又首次地引用了“商品的特有性质及其用途”基准。

该案件，是一起因被告 *Du Pont* 公司为了排挤向 *G. M* (*General Motors*) 公司供给汽车用涂料和织品的其他竞争者，而取得了该公司的23%的股份，进而占据了向 *G. M* 贩卖汽车用涂料和织品的支配地位，最终被美最高法认定为违反了克莱顿法第7条规定的比较典型的“企业集中”案件。在对该案件的审理中，围绕着如何划定与该案件相联系的商品市场这一关键性的问题，政府的规制机关与该案被告形成了对立。政府一方认为，“仅将汽车用涂料和织品确定为一个商品市场”，而被告一方则主张，应当将美国国内生产的所有产业用的涂料和织品划为一个商品市场。对此，美最高法认为，与该案相联系的商品市场应当为前者，并且以“汽车用涂料和织品具有着同所有用于其他行业的涂料和织品完全相区别的、足够的特有性质和用途 (*peculiar characteristics and uses*)”为理由，做出了“汽车用涂料和织品已构成了克莱顿法第7条上所称的‘商品市场 (*line of commerce*)’”的判决<sup>③</sup>。由于，这一针对企业的集中行为，依据“商品的特有性质及其用途”基准，而将相应的关联商品市场限定在一个较为狭窄范围的之内的判决，与其在上述 *Cel-*

① [日]大村须贺男：《竞争制限における商品市場概念とその確定について(二)》，《企业法研究》(第189辑)，第40、43页。

② *United States. v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U. S. 586 (1957).

③ *Id.*, at 593 - 594.

lophane 案件中，对于垄断问题依据“合理的互换可能性”标准，将与该案相联系的商品市场划定为一个较为宽大的市场的结论形成了强烈的反差，因而引起了人们的普遍关注。

但是，遗憾的是，在该案的判决中，美最高法院除了宣称其引用了“商品的特有性质及其用途”基准之外，对该标准的具体内容以及为何称汽车用涂料和织品具有“足够的特有性质和用途”等，均未作出任何较为详细地说明。不过，从该案的判决的具体内容中，我们可以看出，这里所称的“商品的特有性质和用途”，实际上，与构成“合理的互换可能性”标准的三要素中的“商品的品质和用途”，是具有相同含义的。

值得一提的是，在美国，有关的学者们围绕着最高法在上述两个案件的判决中就商品市场的划定问题所使用的不同的划定标准，曾经展开过一番议论<sup>①</sup>，并形成了以下一些主要学说。即：

①谢尔曼法第2条与克莱顿法第7条之间，虽然在“违法性”的判定基准方面存在着一定的差异，但是在商品市场的划定基准上，却无实质上的不同；

②在这两个案件的判决中，虽然显示了不同的划定基准，但这一差异是由于法官在 Cellophane 案件中赞同的是少数人的意见，而在 Du Pone de Nemours & Co 案件的判决中却表述的是多数人的意见造成的；

③市场，通常是根据利用者的需要而确定的，在 Cellophane 案件中，包装者将薄透明纸同其他包装材料替代使用，而在 Du Pone de Nemours & Co 案件中，由于汽车产业需要一定种类的服务和实验，因此使法院感到不具备相应的技术的生产者是不能满足不了汽车产业的需求的，从而造成了在前者采用了宽广的市场，而在后者在却采用的狭窄的市场的结果；

④由于克莱顿法第7条是为了防范违违反谢尔曼法的事态发生于

<sup>①</sup> 有关这一议论的详细介绍，请参阅：杉浦市郎：《反トラスト法理における关连市场确定の意义と确定基准について》，《民商法杂志》（第78卷，第4、5号）。

未然而制定的，因此关于前者 Du Pont de Nemours & Co 案件的判决较之于后者的 Cellophane 案件的判决，将相应市场范围作狭小的解释实施较为严厉的规制，也就是必然的了；

⑤在 Du Pont de Nemours & Co 案件中，即使是法院得出了 Du Pont 取得 G. M 的股份的行为已构成违法的结论，只要作出命令 Du Pont 处分其所持的股份这样比较轻微的措施，就足够了，而在 Cellophane 案件中，一旦法院作出了 Du Pont 违反了禁止垄断行为的规定这样的结论，就必须命令其采取解体这样的具有重大社会效果的措施，这种差异将影响到对市场范围的划定。

综观上述各个学说，我们可以看出，仅有其中的④和⑤才算是触及到了问题的本质和原因所在。实际上，这种关于关联市场的划定标准所存在着的差异，是由于反托拉斯法对于垄断和企业集中设定了不同的规制标准和要求，而产生的必然结果。如果仅就划定关联商品市场时应当考虑商品的价格、性质及其用途等项要素这一点而言，则上述两个案件中有关商品市场的判决内容，也就没有什么本质区别了。

### 3. 次级市场 (Sub-market) 的概念

进入 20 世纪 50 年代以后，美最高法院，在划定与企业集中案件有关的关联市场时，又导入了所谓“次级市场”的概念，并且认为：在一个关联市场内还可能包含着若干个可以被进一步地细分划了的“次级市场”<sup>①</sup>。1962 年发生的 Brown Shoe 案件<sup>②</sup>，便是其中的典型案例。

该案是一起因经营鞋的制造业及鞋的零售业的 Brown 公司提出收购以经营鞋的零售业为主的另一家公司，而被认定为违反了克莱顿法第 7 条规定的案件。在这一案件中，针对商品市场的划定问题，美最高法院指出：“商品市场的外延，应依据商品用途的合理交

① Herber Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and Its Practice* (1994)., at 87.

② *United States v. Brown Shoe Co.*, 370 U. S. 294 (1962).

换可能性或者商品本身同其替代品之间的需求的交叉弹性来划定。然而，在这一广泛的市场范围内，还可能存在着为了反托拉斯的目的而将所构成的商品市场作了进一步地划分的次级市场。像这样的次级市场的界限，可以通过对如下的‘现实的指标 (practical indicia)’，即：①产业界或公众对于作为个别经济实体的次级市场的认识；②商品的特有性质及其用途；③特有的生产设备；④个别的特殊顾客和价格；⑤对于价格变化的敏感性，以及⑥专门的供给者等，所进行的讨论来进行划定”，“为了判断某一合并是否存在着实质性地减杀竞争的合理的可能性，必须对在每个像这样的经济意义上的次级市场内的合并效果加以讨论。如果能够肯定存在着上述的可能性，那么当该合并就将会被予以禁止”<sup>①</sup>。

在这里，美最高法使用了“次级市场”这一概念。但是，值得注意的是，美最高法在使用这一概念时，是以在商品之间存在着价格上的差异，以及商品间的品质、物理性质、生产厂家和销售渠道等的差异等作为前提条件的。本案的判决中所使用的“次级市场”，实际上是对以前所使用的标准的进一步补充和具体化，它表明了在对确认存在着能够被进一步细分划的“需求群体”的场合，事实上已经构成了一个“关联市场”，具体的划定标准便是上述的“现实的指标”。由此我们可以看出，尽管美最高法在本案的判决中引入了“次级市场”这一新的概念，但在划定关联市场时，仍然是以商品的价格、性质及其用途等作为应考虑的基本要素的。从这个意义上讲，这一概念的使用同最高法以往所持的基本观点并没有什么本质上的不同。

此外，美最高法在本案的判决中，还阐明了“生产设备的交叉弹性，也是划定商品市场中的一个很重要的要素”<sup>②</sup>。这表明，美最高法在划定商品市场时，还需要考虑来自供给方的被确认了的“供给的交叉弹性”。

<sup>①</sup> Id., at 325.

<sup>②</sup> Id., at 325 n. 42.

不过，也有不少学者，对于美最高法院引入“次级市场”这一概念提出了异议。他们认为，这样做会扩大对克莱顿法第7条中“任何通商领域（any line of commerce）”这一用语的解释，等于承认了法院在特定的产业内可以肆意地认定狭小的竞争范围，从而会使人们放弃对“任何通商领域”进行切实地分析。

#### 4. 商品群（cluster of products）理论

“商品群”，是美国法院继使用“次级市场”之后，在划定关联市场的过程中又导入的一个新概念。他们认为，在现实中，虽然有时某一商品集团（group）内的每个单一商品或服务具有构成关联市场的可能性，但是属于该商品集团的所有商品或服务作为一个整体是否可以形成一个关联市场，却是应该认真考虑的。基于这一认识，在 Philadelphia 银行合并案等一系列的商业银行合并案中，美最高法院确认了商业银行所提供的一“群（cluster）”服务，作为一个整体已构成了一个“关联商品市场”<sup>①</sup>。

其中，在 Philadelphia 银行合并案中，对于如何划定与该案相关的商品市场，当时遇到了以下主要问题，即：①由银行提供的各种服务，是否构成了单独的商品市场；②本案的商品市场，是仅包括商业银行还是应包含所有的金融机构。为了解决这些问题，法院导入了关于商品和服务的“群（cluster）”的概念。这里所说的“群”，指的是能够从有效的竞争中同其他的商品集团相隔离的商品和服务的集合体。

在该案件的判决中，法院指出，由于商业银行所提供的是①活期存款（checking）②消费者借贷（consumer loan）③储蓄存款（saving deposit）等商品和服务，虽然在这些商品和服务之间并不存在竞争的关系，但是，这些商品或服务却具有着如下的显著特

<sup>①</sup> United States. v. Philadelphia National Bank, 374 U. S. 321, 356 - 357 (1963); and United States. v. Connecticut National, 418 U. S. 656, 664 - 666 (1974); United States. v. Central State Bank, 621 F. Supp. 1276 - 1292 (W. D. Wich. 1985); United States. v. First Hawaiian Inc., No. 91 - 00904 DAE ( D. Haw. filed Dec. 28. 1990).

点：①它们是完全可以同来自其他金融机构的有效竞争相隔离的特殊的商品和服务；②虽然在成本和价格方面同其他金融机构处于竞争的关系，但因已确立的消费者的需求嗜好，也就是说，作为主要消费者对于这些商品和服务中的某一特定商品或服务的供给以及将这些商品和服务放在一起进行供给有着特殊的偏爱，从而使它们同其他金融机构所提供的商品及服务在竞争中明显地被隔离开来；③由于消费者的特殊需求偏爱的存在，使得商业银行可以成为单独的供给者或对消费者采取联合供给的方式，从而使其降低了成本，在成本上占有了一定的优势，进而使这些商品及服务同其他金融机构的提供的可替代性商品在广泛的范围内相隔离，因此，由商业银行提供的这样“一群”商品和服务，构成了一个商品市场，而且，该商品市场内并不包含其他金融机构提供的商品及服务。

值得注意的是，尽管“活期存款”和“消费者借贷”是两个根本不存在竞争关系的服务项目，并且在通常情况下，将可能分别构成各自独立的商品市场。但是，在这里却被包含在了同一商品市场之内。由此，我们可以看出，这一“商品群”理论，实际上是确认了包含着在范围广泛的商业领域内并不具有相互交换的可能性及需求的交叉弹性的商品在内的商品集合，可以构成一个关联商品市场的。“商品群”理论，是同在范围广泛的商业领域内不具有相互交换的可能性的商品和服务所组成的独立的商品集合体联系在一起的。到目前为止，在美国法院和联邦交易委员会应用过的“商品群”理论的案例中，除了上面的商业银行所提供的商品及服务这一“商品群”，被认定为已构成了一个关联商品商场之外，还有“公认的中央控制警备保障服务（accredited central station protective services）”<sup>①</sup>、“体育器材（sporting equipment）”<sup>②</sup>、“应急治疗医院服

① United States. v. Grinnell Corp., 384 U. S. 563, 572 - 575 (1966). 这是一起因违反了谢尔曼法第 2 条的规定而受到出发的案件。

② United States. v. Wilson Sporting Goods Co., 288 F. Supp. 543, 546 - 557 (N. D. 1111, 1968).

务 (acute care hospital services)”<sup>①</sup>、“食品零售 (food retailing)”<sup>②</sup>等, 也被分别确定为已形成了各自不同的关联商品市场。

然而, 在 Thurman 案件中, 法院却驳回了将向同一建筑物出售电气用具、上下水道用具及建筑用具的“住宅中心 (home centers)”这一“商品群”划为一个商品市场的请求。其理由是: 尽管在电气用具和上下水道用具之间, 以及电气用具和建筑用具之间均不存在着竞争关系, 但是在该地区, 绝大多数的销售店都是专门贩卖电气用具、上下水道用具和建筑用具等当中的一项的, 同时供给这三项器具的店子是极少数的, 因此不能将由这三种商品所组成的“商品群”划为同一商品市场<sup>③</sup>。由此可见, “商品群”理论, 实际上主要适用于以下一些场合: ①商品集团内的商品和服务具有着类似的供给或销售方法; ②存在着消费者对企业将数个商品或服务结合在一起来进行供给的需求偏好; ③存在着来自行业界的将某地“商品群”构成一个商品市场的普遍认识; ④供给的设备之间以及重要的商品之间存在着供给的交叉弹性; ⑤不具有替代性的各个商品有着特殊的性质和用途等。

## (二) 美国司法部和联邦交易委员会关于划定“关联市场”的基本立场及其发展变化

自 20 世纪 60 年代末以来, 美国政府关于企业集中规制的基本方针, 主要是体现在其所制定和颁布的“关于合并的指导方针”之上。当然, 其在规制“企业集中”的过程中对有关划定“商品市场”问题所持的基本立场也包含在其中。美国司法部自 1968 年发表了该“指导方针”以来, 到目前为止, 已先后对该“指导方针”

① United States. v. Rockford Memorial Corp., 717 F. Supp. 1251, 1260 (N. D. Ill., 1989).

② California. v. American Stores Co., 697 F. Supp. 1125, 1129 (C. D. Cal., 1988).

③ Thurman Indus. v. Pay' N' Pak Stores, 857 F. 2d 1369, 1374 (9 th Cir, 1989).

作了四次修改<sup>①</sup>。由于在最近一次的 1997 年的修改中并没有涉及“关联市场”的划定问题，因此，以下笔者仅就 1997 年以前的“指导方针”中有关划定“关联市场”的基本标准的规定及其发展变化作一下考察和比较分析。

### 1. 1968 年的“指导方针”

美国司法部在其 1968 年制定的“指导方针”中，首次向外界表明了其关于“关联市场”的概念及其划定标准的独自立场和观点。其中，该“指导方针”，将“关联市场”定义为“销售活动（或其他商交易）的某种集合，同其他不在这里进行销售活动和企业相比，在此从事销售活动的各个企业，在这里将享受着某种利益”，并指出“市场，应从商品和地理两个方面来划定”<sup>②</sup>。同时，该“指导方针”，还就商品市场的划定标准，作了如下规定，即：

“①任何依据商业习惯（commercial practice）能够同其他商品或服务相区别的商品或服务的销售，通常将构成一个关联商品市场。尽管从多数购买者的观点出发，其他的商品或服务同它们在价格、品质及用途方面具有合理的（但并非是完全的）相互交换的可能性。

②对于某一特定的购买者集团而言属于不同的两类商品的销售，也能够适当地构成一个单独的市场。只要对该集团而言，在价格、品质及用途方面这两类商品具有合理的相互交换的可能性的一个以上的其他类商品”<sup>③</sup>。

从上述的规定中我们可以看出，该“指导方针”，实际上是沿袭了上面所述的美最高法关于划定“关联市场”的以往的判例观点。可是，由于该“指导方针”并没有明确地指出在什么样的场合

① 即分别于 1982 年、1984 年、1992 年及 1997 年所作的部分修改，并且 1992 年 4 月美国司法部和联邦交易委员会首次在一起联合颁布了“水平式的合并指导方针”。有关该“指导方针”的意义、发展及其变化，请参阅：Steven A. Newborn and Virginia L. Snider, *The Growing Judicial Acceptance of the Merger Guidelines.*, 60 *Antitrust Law Journal.*, 849-856 (1992).

② *Merger Guidelines of United States Department of Justice 1968.*

③ *Id.*

适用哪一种标准,结果造成了:依据标准①,则从商业习惯的角度属于不同种类的商品将分别构成各自独立的关联商品市场,从而划定出比较窄小的关联市场;而依照标准②,则即使是不同种类的商品,只要是在特定的购买者集团看来存在着合理的交换可能性,就可以包含在一个关联商品市场内,进而可以划定出比较宽大的关联市场,使得这两个标准之间,不仅相异而且相互矛盾。此外,关于“关联市场”的划定,该“指导方针”也仅仅是从需求者的角度出发,而未考虑来自供给者方面的反应。

因此,该“指导方针”公布不久,就遭到了来自各个方面的批评①。此外,随着经济理论的发展以及国际经济形势的变化,上述传统观点,也受到了来自以新经济学观点为基础的“芝加哥学派”的反托拉斯理论以及来自产业界的要求强化企业的国际竞争力的呼声等政治和经济两个的方面的挑战②。为此,美国司法部于1982年又颁布了新的“指导方针”。

## 2. 1982年和1984年的“指导方针”

### (1) 1982年的“指导方针”③

1982年经修改后重新颁布实施的“指导方针”的一个最显著特点,就是在划定“关联市场”的问题上采用了全新的方法。

第一,将“只须简单地变换其生产及设备就可供给相应的商品的供给者”也包含在关联市场之内。也就是说,已经意识到了:在划定关联市场时,不仅要考虑需求者一方的反应,而且还要同时考虑来自供给者方面的反应。

第二,在“商品市场”的具体判定方法上,采用了所谓“5%测定法(five-percent test)”。即:先假定存在着某一垄断的供给者,设该供给者将其所供给的商品的“价格提高5%,然后讨论在这种情况下

① Harris and Jorde, Market Definition in the Merger Guidelines: Implications for Antitrust Enforcement, 71 Calif. L. Rev (1983)., at 471 - 472.

② Pautler, A Review of the Economic Basis for Broad-Based Horizontal-Merger Policy., 28 Antitrust Bulletin 571 (1983).

③ Merger Guidelines of United States Department of Justice 1982.

下一年之内是否存在着一些需求者用其他商品作为替代的可能性”。一般认为,这一分析关联商品的替代可能性的方法,比起1968年“指导方针”中的划定方法,则显得比较明确和具体化了<sup>①</sup>。

第三,该“指导方式”,为了便于分析商品间的替代可能性,特别地列举了若干应当考虑的因素。即:①来自需求者的关于当该商品是否是替代品的基本认识;②经过数年在商品的价格变动趋势上的相似点或相异点;③商品间在顾客的使用方法、外观设计、物理结构以及其他技术特征等方面上的相似点或相异点;④来自供给者的关于当该商品是否是替代品的基本认识。

第四,从供给方的反应出发,属于下列情况的企业,将包括在关联市场内。

①替代生产的场合,即在分析商品的替代性问题时,如果某一企业保有着与“小幅度的有意义且并非暂时的提高商品的价格”相呼应,能够在六个月以内为生产销售当该关联商品而容易且经济地进行转产的既存生产设备,那么这样的企业将包括在市场之内。

②耐用商品的场合,即当该商品成为新商品的良好替代品时,将这样利用或修缮的企业,将包含在市场之内。

③内部消费的场合,也就是说,某一企业虽然是为了内部消费而生产关联商品,但在该商品“提价”时其具有做出反应的可能性,那么该企业就应包含在市场之内。

从上述美国司法部的基本立场中,我们可以看出,尽管1982年“指导方针”采取了新的划定方法,但是有关商品市场的划定原则,却仍然没有摆脱以往的传统基准。尤其是,关于划定关联市场所持的基本原则,基本上沿用了美最高法对Brown Shoe案件所下的判决中坚持的立场。如果说有什么区别的话,笔者认为可以概括为以下两点。

第一,该“指导方针”,在传统的判例法上的划定标准的基础

<sup>①</sup> Baker and Blumenthal, The 1982 Guidelines and Pre-existing Law., 71 Calif. L. Rev (1983).. at 326.

上,又补充了两个相关标准。即:设定了相互交换的可能性的程度(5%测定法)和讨论的具体时间范围(一年以内)。经过了这一补充,使得原有的划定标准变得更加具体化了。因此,尽管该“指导方针”并不具有法律上的约束力,但其对法院后来的审判活动和联邦交易委员会所作出的决定,却产生了潜在的影响<sup>①</sup>。

第二,在该“指导方针”中,虽然没有使用“次级市场”这一概念,但却依然保留了其基本内容。例如,为了划定商品市场,该“指导方针”在有关“价格差异”的规定中,指出:“如果这样的价格差异是可能的话,那么,司法部将会进一步讨论划定伴随着市场支配力的行使由需求者集团构成的更加狭小的关联商品市场”。一般认为,这里所说的“更加狭小的关联商品市场”,与“次级市场”是相类似的。事实上,在实际的诉讼过程中,司法部还仍然在使用着“次级市场”的概念<sup>②</sup>。

#### (2) 1984年的“指导方针”<sup>③</sup>

1984年6月14日,美国司法部为适应新形势的需要,于1982年的“指导方针”公布两周年之际,又重新修订颁布了新的“指导方针”。1984年的“指导方针”对于“关联市场”的划定基准作了以下修订。

第一,明确地指出了:“5%测定法”中的数值,并非是与具体案件无关的僵硬标准,即采取了比较柔软的解释。

第二,对假定提升的关联商品的“价格”,也就是所谓的“关联价格(relevant price)”<sup>④</sup>作了明确的界定。美国司法部认为,如

<sup>①</sup> E. Bwillard and A. B. Lipsky, *Antitrust Law Developments (Third)*., at 292; T. M. Jorde, *Coping with Merger Guidelines and the Government's "fix-it-fist" approach: a Modest Appeal for more Information.*, *antitrust Bulletin* 581 (1987); and G. J. Werden, *Merger Delineation under the Merger Guidelines: a Tenth Anniversary Retrospective.*, *Antitrust Bulletin* 518 - 519 (1993).

<sup>②</sup> H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy (1994)*., at 123, note 8.

<sup>③</sup> *Merger Guidelines of United States Department of Justice 1984.*

<sup>④</sup> 所谓“关联价格”,是指对关联商品实施“假想”提价之前,该商品所具有的相应“价格”。

果是被审查对象的产业界所认定的商品的价格，那么就应将其视为“关联价格”。例如，在某一产业的零售阶段的“关联价格”，一般就是指零售价格。而以收取运费运送商品的运输业的“关联价格”，则是指运输服务的价格，也就是当时的运费。

此外，该“指导方针”还就以下问题作了进一步地明确。即：

①“关联市场”是指有可能成为市场支配力的客体的最小的商品的集合和地理范围；②在划定“关联市场”时，通常采用企业集中的当事人所销售的商品以及该商品的替代品的“现行价格”。但是，在基于合理的信赖性能够预见现行价格变化的场合，也可以采用“将来价格”；③在讨论相关证据时，应重点考察依据投资成本、所得以及其他可变因素的相同或类似的变化不能说明的，经过数年在商品的价格变动趋势上的相似点或相异点<sup>①</sup>；④其他企业决定是否对应“小幅度的有意义且并非暂时的提高商品的价格”而进行替代生产的期间，由六个月变为了一年，放宽了以往的期限。

3. 1992年美国司法部和联邦交易委员会联合制定的“指导方针”<sup>②</sup>

1992年4月，美国司法部和联邦交易委员会，首次共同联合颁布了“水平式合并的指导方针”。这一指导方针，是在司法部1984年的“指导方针”和联邦交易委员会1982年“关于水平式合并的声明”的基础上，并加以修改后制定的。该新“指导方针”提议，应将“五阶段式的分析方法”，即：①划定“关联市场”，测定当该市场的参加者和市场的集中度（market definition, measurement, and concentration）、②当该企业集中对竞争所产生的效果（competitive effects）、③分析进入市场的难易程度（entry analysis）、④当该企业集中的效率性（efficiencies）、⑤破产企业和部门

① 虽然价格变动的同一性或差异性说明商品间是否存在替代性的最好证据，但是，价格变动的同一性，却常常由于其他原因而反映不出来商品间是否存在替代性。因此，美国司法部对所应考虑的价格变动趋势作了限定。

② The 1992 DOJ and FTC Horizontal Merger Guidelines.

(failing firm and failing division), 用于分析所有的“水平式合并”。

其中, 在划定“关联市场”的问题上, 该“指导方针”, 基本上沿用了以往司法部和联邦交易委员会所持的观点和立场, 也就是设想存在着某一垄断的供给者, 并假定其对商品进行“小幅度的有意义且并非暂时的”提价, 然后讨论来自需求替代方面的反应。并且, 进一步地明确了: 在存在着“价格差异”的场合, 即由于用途和地域等的差异, 为了区别不同的需求者集团可能采用差别价格的场合, 应将这些各自不同的需求者集团加以区分, 分别划定为相应的“关联市场”。

概括起来, 该“指导方针”在“关联市场”的划定问题上所作的修正, 主要有:

第一, 将 1984 年的“指导方针”中所规定的: 在划定“关联市场”时, 伴随着“小幅度的有意义且并非暂时的”提价, 除了要着眼于来自自由消费者构成的需求方的反应之外, 还要考虑来自自由的竞争企业构成的供给方的反应, 修改为了: 在划定“关联市场”时, 仅考虑来自需求方的反应, 而在识别当该关联市场的参加者时, 才考虑来自供给方的反应, 即将划定“关联市场”同识别关联市场的构成企业区别开来。

第二, 将有关的供给方的反应, 分为了: 与“小幅度的有意义且并非暂时的”提价相对应, 在一年之内并没有支付与进入、退出, 市场相伴的相当程度的“沉没成本 (sunk cost)<sup>①</sup>”, 就可预见在该市场内开始了生产和销售的“不受约束的参加者 (uncommitted entrants)”, 和预计要支付特别的“沉没成本”的“受约束的进入者 (committed entry)”。并且, 将“不受约束的参加者”作为关联市场的构成企业, “受约束的进入者”则作为新加入市场的企业来加以考虑。需要指出的是, 在这里实际上是已假定了: 前者

<sup>①</sup> 所谓“沉没成本”, 是指取得有形或无形资产, 并将这些资产在当该关联市场以外转用而不能回收的成本。也就是说, 仅仅为了向当该关联商品市场和关联地理市场进行供给而招致的成本。

是已经保有了必不可少的生产设备、流通网络且能够容易地供给关联商品的企业，而后者则是需要在生产设备等方面投入相当数额的资金之后才能重新进入市场的企业。

### 三、EU 企业集中规制规则及其判例法中有关“商品市场”的划定基准

#### (一) 与 EEC 条约第 86 条的适用相联系的“商品市场”的划定基准

在 EU，由于也是采用以市场的结构变化为标准来规制企业的集中行为，因此，在判定某一企业集中是否会产生“显著地妨害有效的竞争、形成或强化在共同体市场或者其实质部分内的支配地位”的效果时，同样必须首先划定与该“企业集中”相联系的“关联市场”。也就是说，划定关联市场，对于 EU 的企业集中规制而言，同样是不可或缺的、和极为重要的基本的前期作业。

然而，与美国、日本的反垄断法律制度不同，EU 的企业集中规制法律制度，是在“EU 竞争法”实施了三十多年之后才制定的。在此之前，EU 竞争法仅仅是由 EEC 条约（European Economic Community Treaty，也称“罗马条约”）第 85 条和 86 条构成的。由于在适用 EU 竞争法，尤其是在适用 EEC 条约第 86 条时，常常要遇到如何划定相应的关联市场的问题，因此，有关关联市场的划定基准，实际上早已在 EU 委员会和欧洲法院适用 EEC 条约第 85 条和 86 条的决定例和判例中得到了确立。基于此，在讨论 EU 企业集中规制中的“商品市场”的划定基准之前，对有关的典型案例作一下考察，是完全必要的。

#### 1. 1973 年的 Continental Can 案件<sup>①</sup>

1969 年，作为美国金属容器生产企业的 Continental Can 公司，获得了对位于当时的西德的欧洲最大的金属容器生产企业——

<sup>①</sup> Case 6/72 Europemballage and Contineetal Can v Commission (1973) ECR 215, [1973] CMLR 199.

Schmalbach-Lubeca-Werke 公司的支配权。之后，其又于 1970 年，通过其在美国特拉华州设立的子公司——Europemballage 公司，取得了荷兰的金属容器生产企业——Thomassen Drijver-Verblifa 公司的股份。对此，EU 委员会认为，在肉食品用罐、海产品用罐以及软木塞以外的食品包装行业用的金属盖，这三个比较狭小的商品市场内，Continental Can 公司的行为已构成了滥用市场的支配地位，违反了 EEC 条约第 86 条的规定。据此，EU 委员会作出了予以禁止的决定。但是，当事人对此项决定不服、并向欧洲法院提起了诉讼。欧洲法院审理此案后，认为 EU 委员会所认定的商品市场的理由不充分，而且没有说明其他轻金属容器生产企业难以进入相应市场的足够证据。因此，做出了撤销 EU 委员会的决定的判决。

在本案中，EU 委员会之所以败诉，主要原因在于：①其没有说明上述三个“商品市场”相互区别的理由；②其没有说明为什么要把上述三个“商品市场”同一般轻金属容器市场相隔离；以及③其无视其他金属容器生产企业进入市场的可能性、没有考虑到潜在的竞争者的存在<sup>①</sup>事实上，一旦 Continental Can 公司将其生产的商品的价格提高到远远地超过了所需费用的水准，那么其他的金属容器生产企业就将会有可能转向生产肉、海产品用罐，向可以获得更多收益的市场挺进，因此即使是在短期内，Continental Can 公司也受到了来自潜在的竞争者的制约<sup>②</sup>。然而，EU 委员会却忽视了这一点，而将“商品市场”划定在了一个比较狭小的范围之内。对此，欧洲法院做出了如下判决。即：划定关联市场时，“必须从商品特别容易满足非弹性的需要，其仅仅在一定的有限范围内才与其他的商品存在着相互交换的可能性，这一观点出发来调查当该商品的特性”。由此我们可以看出，EU 在划定关联市场时，同样是从需求和供给这两个方面来考虑商品的“替代可能性”，而且同样是

<sup>①</sup> Id., at 248.

<sup>②</sup> 参见 V. Korah 著、中村民雄译：《EC 竞争法概论》，商事法务研究会，1989 年版，第 167 页。

考虑商品的特性、价格状况及其用途的。也正是基于此，EU委员会，在其于1986年9月颁布的“关于不适用EEC条约第85条第1项的非重要协定的委员会告示”中明确地指出：消费者根据商品或服务的特性、价格状况及其用途认为是同种的所有商品或服务，均属于同一关联市场<sup>①</sup>。由于该案件对于EU委员会和欧洲法院来说，都是首次将EEC条约第86条的规定适用于企业集中规制，因此，该判决至今仍然具有较强的影响力。

## 2. 1978年的United Brand案件<sup>②</sup>

在EU，与划定商品市场有关的另一个具有代表性的判例，是欧洲法院对United Brand案件所作的判决。United Brand Continental (UBC)公司，是世界最大的香蕉生产销售企业——美国的United Brand公司在欧洲设立的子公司。针对该公司于70年代在欧共体内开展的对香蕉的销售进行协调干预的活动，EU委员会认为，这项活动是在香蕉销售市场占有支配地位的该公司滥用其支配地位的行为，并据此做出了予以禁止的决定。对此，UBC公司表示不服，并向欧洲法院提起了诉讼。在此案中，如何划定相应的商品市场成了诉讼的焦点。其中，EU委员会依据存在着幼儿、牙弱的老人以及病人等对香蕉的特殊消费群体，坚持应将香蕉单独划为一个“商品市场”；而UBC公司，则主张在该案所确定的“商品市场”中，还应包括苹果、桔子等水果。对于这一问题，欧洲法院，在将香蕉同苹果、桔子等其他水果的商品特性进行了比较之后，认为：尽管存在着在“桔子上市季节”香蕉的价格将会下落的证据，但香蕉同桔子之间不可能相互交换，而且苹果也仅仅是在有限的范围内才具有同香蕉的相互交换的可能性<sup>③</sup>。同时考虑到：香蕉具有自身所特有的物理性质，如：果实柔软、没有内核等，并且对于幼

① 参见EC委员会公报：[1986年]C第231号，第2页。

② Case 27/76 [1978] ECR 207. [1978] 1 CMLR 429.

③ 一般认为，这是依据了“联合国粮农组织”1975年的报告中所做的“桔子的价格，在所有的案件中对于香蕉的消费均没有产生过任何显著的影响”的认定结论（参见前注83，第168页至169页；以及Richard Whish, *Competition Law* (1985), at 214.）

儿、牙弱的老人以及病人等消费者来说,香蕉是其他水果所无法取代的,因此,欧洲法院决定将香蕉独自划为一个“商品市场”,并且,在该案的判决中指出:该案中的商品市场“取决于能否根据不同于其他水果的特征来区分香蕉,也就是说,香蕉同其他水果之间的相互交换的可能性,仅限制在一定的范围之内,并且仅在几乎察觉不到的范围内才发生同其他水果的竞争”。

从形式上看,欧洲法院依据存在着特有的消费群而单独将香蕉划为一个商品市场的做法,同美国的“次级市场”理论是极为相似的。但是,事实上,即使是香蕉的价格上调,像幼儿、牙弱的老人以及病人等这些特有的消费者,也不会改换消费其他品种的水果;而如果香蕉的其他大多数一般消费者都改换消费其他品种的水果的话,香蕉业者也不可能提高其香蕉的价格。因此,有的学者指出:这种仅仅依据存在着特有的消费群就单独地划定一个“商品市场”的作法是否有些过于牵强<sup>①</sup>。不过,我们从这里可以看出,该案的判决已表明了欧洲法院是从香蕉有无“需求交叉弹性”这一角度出发来确定如何划定关联市场的,并且其已确认了香蕉同其他水果之间不存在着有意义的、长期的替代性,同时,也显示出 EU 委员会和欧洲法院在划定关联市场这一问题上,均表现出了将其划定在一个比较狭小的范围之内倾向。

### 3. 1979 年的 Hoffmann-La Roche 案件<sup>②</sup>

世界最大的医药品制造企业——瑞士的 Hoffmann-La Roche (HLR) 公司及其在欧共体内的子公司,因在 1964 年至 1975 年期间的供给维生素 (vitamins) 活动中,缔结了“全额”购入等合同,并使用了“忠诚度回扣”等手段,而被认定为属于“滥用市场的支配地位”,违反了 EEC 条约第 86 条的规定。由于在这一案件的判决中,欧洲法院对“关联市场”和“滥用市场的支配地位”,均做

<sup>①</sup> Korah. V, EC Competition Law and Practice (1994)., at 71 - 72.

<sup>②</sup> Case 85/76 [1979] ECR 461. [1979] 3 cmlr 211.

出了明确的界定，因此，该案的判决，也就特别地引人注目<sup>①</sup>。

在该案中，作为划定关联商品市场的对象商品——维生素，共有 A、B2、B3、B6、C、E 以及 H 等七个种类。因此，EU 委员会以：①这七种维生素分别用于各个不同的目的、②在这七种维生素之间不具有相互交换的可能性、以及③每一种维生素都不存在可替代品等为理由，将存在着市场的支配地位的“商品市场”，分别划分为：维生素 A、B2、B3、B6、C、E 以及 H 等七个相互独立的个别市场。但是，由于维生素 C 和 E 作为有用的防腐剂，也常常被用于科学技术的目的。因此，HLR 公司以需求者为了防腐目的可以将维生素 C 和 E 作为替代品为由，提出了维生素 C 和 E 应是范围更为宽广的“商品市场”之一部分的主张。对于这一争议，欧洲法院认为：该案中的各种维生素分别具有各自所特有的新陈代谢的功能，并据此在其所下的判决中指出：“关联市场”的概念“包括了从属于市场的商品间存在着有效竞争的可能性，以及以此为前提属于同一市场的所有商品之间存在着充分地相互交换的可能性的含义”，因而支持了 EU 委员会的决定。然而，欧洲法院的判决，也给人们留下了费解的疑问：其为什么要忽视维生素 C 和 E 作为防腐剂可以用于科学技术的目的这一基本事实，而并不予以讨论呢。

以上我们就“商品市场”的划定基准问题，对适用了 EEC 条约第 86 条的三个案例进行了考察和讨论。作为小结，我们是否可以得出这样的结论：在 EU，关于“商品市场”的划定基准，不论是 EU 委员会，还是欧洲法院都特别重视当该商品或服务的特性、价格状况及其基本用途，这一点同美国是极为相似的。所不同的是，它们常常倾向于依据来自需求者所认识的商品的替代可能性，而将“商品市场”划定在一比较狭小的范围之内。

<sup>①</sup> T. A. Downs and J. Ellison, *The Legal Control of Mergers in EC (1991)*, at 4; and Klaus J. Hopt, *European Merger Control: Legal and Economic Analysis on Multinational Enterprises*, at 176.

## (二) EU 企业集中规制规则中的“商品市场”的划定基准

关于“关联市场”的定义及其划定基准，在现行的 EU 企业集中规制规则中，仅对“地理市场”作了概括性的规定，而对“商品市场”的内容，却没有做出任何文字上的表述。这或许是因为如前所述的，到目前为止有关商品市场的定义及其划定标准，早已在欧洲法院适用 EEC 条约第 86 条等项规定的主要判例中得到了确立的缘故吧。一般认为，EU 企业集中规制规则中所确认的商品市场的划定标准，基本上遵循了 EU 以往的一般性原则<sup>①</sup>。

事实上，作为 EU 行政当局的 EU 委员会，在其为了实施 EU 企业集中规制规则，而于 1990 年颁布的“依据理事会规则 (EEC) No4064/89 有关集中的申报的样式 CO”（以下简称“样式 CO”）的第 5 节中，对其设想的“商品市场”的概念所下的定义，就是依据了需求者认定的商品的交换可能性和替代可能性的观点。也就是商品市场，是指从当该商品的特征、价格以及被确定了用途考虑，包含着由需求确认的相互交换的可能或替代可能的所有商品或服务的市场<sup>②</sup>。

但是，由于该定义仅仅是作为与事前的申报制度相联系的“受影响的市场 (affected markets)”<sup>③</sup>之一部分内容而加以界定的。因此，学者们指出，EU 委员会这一关于“商品市场”的定义，对于认定商品或服务的相互交换可能性或替代可能性并没有什么实际的

<sup>①</sup> T. A. Downes and J. Ellison, *The Legal Control of Merger in The European Communities* (1991), at 4.

<sup>②</sup> Commission Regulation (EEC) No. 2367/90 of 25 July 1990, on the notifications, time limits and hearings provided for in Council Regulation (EEC) No. 4046/89 on the control of concentrations between undertakings OJ 1990 L 219/5 including Annex I (From CO). Section 5.

<sup>③</sup> 一般认为，这一“受影响的市场”，与“关联的商品市场”和“关联的地理市场”具有同样的含义 (See P. Thieffry, P. V. Doom and P. Nahmlas, *The Notification of Merger Under the New EEC Merger Control Regulation.*, *The International Lawyer*, Vol. 25, No. 3, 1991. at 631)。

意义<sup>①</sup>。为此，EU委员会，在总结了其到1994年为止适用EU企业集中规制规则所积累的经验和教训之后，于1994年颁布实施了“合并规制规则（程序）1994（MERGER CONTROL（PROCEDURE）REGULATION 1994）”<sup>②</sup>（以下简称：新“样式CO”），并以此取代了“样式CO”。同“样式CO”相比，在划定关联市场的问题上，新“样式CO”作了以下修正。

第一，新“样式CO”，在“市场的定义（Market definitions）”的标题下，分别对商品市场、地理市场以及受影响的市场作了定义；并将“样式CO”中所规定的“关联商品市场，可以由几个个别的商品集团来构成。每个个别的商品集团，主要具有同一的物理或技术的特性，是具有充分的相互交换可能性的某种商品或小的商品集团。在集团中的商品之间的差异很小，并且通常是商标以及印象的问题。商品市场，通常是由当该企业用于其销售后时的分类”，修改为了“关联商品市场，在某种场合，可以由几个主要具有同一的物理或技术的特性、是能够相互交换的个别商品或服务构成”。

第二，新“样式CO”，除了对“商品市场”作了与“样式CO”大体相同的定义之外，还对划定商品市场时应考虑的基本要素，做出了比较明确的规定。这些要素，包括“通过利用上述定义（关于“商品市场”的定义），对让当该商品或服务进入这些市场、而排除其他商品或服务的理由的分析结果，以及诸如：替代的可能性、竞争的条件、价格、需求的价格交叉弹性以及其他与划定商品市场有关的应考虑的要害”。

从上述EU委员会所持的基本观点中，我们可以看出：EU委员会基本上继承了前面所述的欧洲法院关于划定商品市场已确立的判例法上的原则。一般认为，EU委员会关于划定商品市场的基本

<sup>①</sup> P. Thieffry, P. V. Doom and P. Nahmlas, The Notification of Merger Under the New EEC Merger Control Regulation., The International Lawyer, Vol. 25, No. 3, 1991. at 631.

<sup>②</sup> The Commission of The European Communities, MERGER CONTROL（PROCEDURE）REGULATION 1994., [1995] 4 C. M. L. R., at 190.

原则，是充分地重视需求的替代可能性，并围绕着被包含在同一市场内的商品，对来自需求者的关于商品替代性的意见、商品的性质、价格以及用途等因素进行综合的讨论<sup>①</sup>。但是，也应该看到，由于具体的划定方法仍未十分明确，EU委员会在此问题上拥有着较大的裁量权的。而且这一现状，目前也没有得到根本的改变。

### （三）EU委员会适用企业集中规制规则的具体事例的评述

在适用EU企业集中规制规则的具体实务中，EU委员会主要是依据需求的替代性及交换可能性理论来划定有关的商品市场的。这实际上，是沿用了欧洲法院在判例法中早已确定了传统的分析方法。而在划定商品市场时，还要考虑供给的替代可能性，在EU则属于例外的场合了<sup>②</sup>。

#### 1. 1991年的Aerospatiale-Alenia/DeHavilland案件<sup>③</sup>

1991年，EU委员会对美国波音公司准备将其在加拿大设立的飞机制造子公司——DeHavilland公司，卖给法国的Aerospatiale公司与意大利的国有企业——Alenia公司的合营公司——这一集中计划进行了审查，最终，以该项计划“不能与共同体市场两立”为由，做出了予以禁止的决定。这也是，EU企业集中规制规则实施以来，在EU被禁止的首例企业集中案。

在该案中，对于如何划定“商品市场”这一问题，EU委员会和当事企业之间形成了对立。其中，EU委员会，首先从“需求的替代可能性”出发，将该企业集中可能影响的商品市场限定为小型飞机。然后，基于购买小型喷气式飞机的费用及其航用费用均比小型螺旋桨式飞机高出许多，难以确认在其两者之间存在着相互交换的可能性，而将小型喷气式飞机（包括正在开发中的50个座位的

① Alonso. J. B, Market Definition in the Community's Merger Control Policy., E. C. L. R, [1994] 4., at 195-208.

② Id., at 206.

③ Case IV/M053, 1991 O. J. L334/42

机型和正在运营中的 100 个座位的机型) 排除在了“关联商品市场”之外。同时, 又基于未满 20 个座位的小螺旋桨式飞机, 同 20 个以上座位的同类飞机相比, 在安全性标准方面的要求比较宽, 其多数并没有被开发用于商业用途, 将未满 20 个座位的小型螺旋桨式飞机也排除在了“关联商品市场”之外。于是, EU 委员会在表明了: 关联商品市场, 是“由基于商品的特征、价格及其预先确定了用途、利用者认为具有相互交换可能性的所有商品构成的”这一原则立场的基础上, 将与该案相联系的“商品市场”限定为了: 座位在 20 至 70 个之间的小型螺旋桨式飞机。后来, 又综合考虑了作为需求者的航空公司的竞争者的意见、市场内已存在着的机种的分布情况以及每个当事公司的商品的分布情况, 最终, EU 委员会, 又将小型螺旋桨式飞机市场进一步地细分为了三个极为狭窄的相互独立的“商品市场”, 即 20 至 39 个座位的机种、40 至 59 个座位的机种以及 60 个以上座位的机种等。

而对于当事企业提出的, 还应考虑供给的替代可能性, 并在基础上将大型飞机包括在该案的“商品市场”之内的反对意见, EU 委员会, 则认为: 制造者用现有的生产设备来生产大型飞机, 必然要为作相应的准备而需花费大量的资金和时间, 这在实际上是做不到的。据此, EU 委员会驳回了当事企业提出的主张, 并在上述三个“商品市场”内, 对该项企业集中是否构成违法进行了全面审查。

## 2. 1992 年的 Nestle/Perrier 案件<sup>①</sup>

1992 年发生的 Nestle/Perrier 案, 是 EU 在划定关联商品市场这一问题上的另一个具有代表性的案例。1992 年, 瑞士的 Nestle 公司准备取得法国的 Perrier 公司的股份。对于这一集中计划, EU 委员会认为: 其存在着将会影响共同体市场的重大嫌疑, 因而依据 EU 企业集中规制规则第 6 条第 1 款第 C 项的规定, 决定对其开始了审查程序。在对该案件的审理中, 有关的“商品市场”的划定问

<sup>①</sup> Case IV/M041, 1991 O. J. C156/10.

题，成为了争议焦点之一。其中，Nestle 公司主张：由于具有治愈喉咙干渴这一基本功能的并非只有矿泉水，因此应将包括清凉饮料在内的所有非酒精饮料划定为一个“商品市场”。对此，EU 委员会，则以下列理由驳回了 Nestle 公司的主张，并将矿泉水单独地划为了一个“商品市场”。

第一，从需求的角度看，矿泉水同清凉有如下一些区别：①矿泉水，特别是在法国，由于其具有自然食品和健康食品的象征，因而被人们购买和定期消费；②与清凉饮料不同，由于被用于促进新陈代谢、补给岩盐的成分以及维持健康这些目的而消费，因此其两者之间的商品构成、品味和使用目的均有所不同，在其两者之间不存在着充分的替代性；③在其两者之间存在着价格差，其中矿泉水的出厂价格为每瓶（1.5 升）2.49 至 2.56 法郎，而同样规格的每瓶清凉饮料，其价格却在 6.10 至 8.76 法郎之间，两者的价格差为 2~3 倍，而且对价格变化的反应也比较弱，在过去的五年间尽管清凉饮料的价格呈现降低的趋势，但矿泉水的价格和需求量却呈现攀升的趋势，因此需求的弹性很小；④零售业者也认为其两者分别为不同的个别市场。

第二，从供给者的角度看，①矿泉水的生产和销售，受到法律上的限制，即矿泉水的生产需要得到认可，在此基础上将从泉源吸取的水作为矿泉水来表示，其成份和品质必须满足一定的法律要件，并且需得到管辖当局的认可，而要得到这些认可，从提出申请到获得批准通常需 2~5 年的时间，而且矿泉水必须在泉源地装瓶，对于每种矿泉还必须贴上注册商标才能进行销售；②生产者，对矿泉水和清凉饮料也采取明显不同的价格政策；③清凉饮料的生产者，将其生产设备转换用于生产矿泉水事实上是不可能的，也就是说不具有供给的替代可能性。

### 3. 供给者的状况来判断的案例

从到目前为止经 EU 委员会处理过的案件看，在划定关联市场的过程中，作为同时还考虑由供给者的替代可能性的案例，除了上面介绍过的 Aerospatiale-Alenia/DeHavilland 案件和 Nestle/Perrier

案件之外，还有以下一些比较典型的案例：例如 MagnetiMarellt/CEAC 案<sup>①</sup>、VIAG/ContinentalCan 案<sup>②</sup>、以及 Varta/Bosch 案<sup>③</sup>等。

其中，在 MagnetiMarellt/CEAC 案件中，EU 委员会将与该案相联系的商品市场，划定为了驱动用蓄电池组和发动机用蓄电池组两个个别市场。其理由是：在这两个“商品市场”中，对于竞争条件的要求有所不同。也就是，由于在驱动用蓄电池组市场内只是卖给搞开发创新的机器制造者的商品，因此仅有汽车行业的企业参加，而在发动机用蓄电池组市场内却有许多的需求者参加。在 VIAG/ContinentalCan 案件中，EU 委员会以在商品的原材料之间不存在着替代的可能性为理由，认定饮料容器市场是由玻璃制品、石油化学制品和金属制品等三个个别的“商品市场”构成的。即：作为供给者的生产者，将由特定的材料制成的饮料容器商品改换成以其他素材来进行生产，并非是件容易的事。在这里，主要是从供给方的生产条件来考虑如何划定关联的“商品市场”<sup>④</sup>。

从以上的事例中，我们可以看出，EU 委员会在划定关联的商品市场时，主要是着眼于分析商品的需求替代可能性。但是，也会根据具体的案情来考虑供给的替代可能性。然而，这种场合却仅仅是例外。因为，在 EU 委员会看来，因某一商品的提价而引起生产与其相邻接的商品的企业前来加入，由于通常需要花费大量的资金和时间，因此，这种加入所产生的恢复当该“商品市场”内的竞争的效果是相当微弱的<sup>⑤</sup>。

① Case IV/M190 1992. O. J. L356/1.

② Case IV/M041 1991. O. J. C156/10.

③ Case IV/M012 1991. O. J. L320/26.

④ [日] 正田彬：《EC 独占禁止法》，三省堂 1996 年版，第 247 页。

⑤ Alonso. J. B, "Market Definition in the Community's Merger Control Policy", *European Competition Law, Review* Vol. 15 [1994] Issue 4, at 206.

#### 四、日本企业集中规制制度中有关“商品市场”的划定基准

##### (一) “一定的交易领域”<sup>①</sup> 及其划定基准

“一定的交易领域”，是日本禁止独占法中最重要的基本概念之一。其作为判定企业的经营是否具有限制竞争的违法性问题的基准中的构成要件之一，被认为是与美国反托拉斯法法理中的“关联市场”相类似的概念<sup>②</sup>。因此，在日本的企业集中规制中，在判断当该企业集中是否将会实质性地限制竞争时<sup>③</sup>，首先遇到的问题，就是应当以什么样的基准来划定“一定的交易领域”的范围。

根据日本禁止垄断法第2条第4款的规定，只有那些被认定为属于“同种或相类似”的商品或服务，才有可能处在同一“一定的交易领域”内，并具有竞争的关系。因此，在划定与作为交易对象的商品或服务相联系的“一定的交易领域”，也就是“关联市场”的范围时，如何确定处于竞争关系的替代品，也就是如何认定“相同或类似的商品或服务”，也就成了最关键的问题。关于这一问题，日本的反垄断法理论界普遍认为，“类似的商品或服务”，应当是“需求者为了同一目的能够合理地进行替代的商品群”，具体地说，就是根据由相关商品的品质、性能及其价格水准等所产生的替代性的程度大小来进行判断<sup>④</sup>。但是，由于在具体的企业集中规制中，

<sup>①</sup> 关于“一定的交易领域”，请参阅：金泽良雄的《“合并の规制基准”に対する检讨》（《公正取引》，第200期，第25页）；松山隆英的《合并规制と一定の取引分野についての一试论》（《公正取引》，第311期，第26页）；以及丹宗晓信的《独占及び寡占市场结构规制の法理》（北海道大学图书刊行会，1976年版）等。

<sup>②</sup> [日] 丹宗晓信：《独占及寡占市场构造规制法理》，北海道大学图书刊行会，1975年版，第67页以下部分，以及村上政博：《独占禁止法の日米比较（上）》，弘生堂1991年版，第63页—第64页。

<sup>③</sup> 需要指出的是，在日本，当企业使用了“不正当的交易方法”实施企业集中时，也将被予以禁止。

<sup>④</sup> [日] 河村穰、土原阳美：《独禁法上の合并の规制基准（上）》，《公正取引》，第194期，第10页。

日本的公正交易委员会（以下简称“公交委”）常常于当事人提出事前申报之前，就接受了来自当事人的咨询，并对其进行事先的行政指导，因此作为正式程序中的裁决至今为止几乎不曾使用过。也正是因为此，到目前为止，日本还不曾有过一起在企业集中规制中针对如何划定“一定的交易领域”而进行过充分地讨论的具体案例。而与企业集中规制有关的，在划定“一定的交易领域”的问题上产生过争议的案例，仅可以举出八幡富士制铁合并案和东宝斯巴露事件这两起。

### 1. 八幡富士制铁合并案<sup>①</sup>

该案，是一起因八幡制铁株式会社吸收富士制铁株式会社，重新创建新日本制铁株式会社，而被认定为违反了日本禁止垄断法第15条的规定的企业集中案件。这也是至今为止公交委正式处理的惟一一起“企业合并”的案件。在与该案相联系的“一定的交易领域”的划定问题，公交委认为：应划定为“铁道用钢轨”、“食品罐用马口铁”、“铸造用铄”以及“钢矢板”等四个个别的“一定的交易领域”。其理由是：①铁道用钢轨，与重钢轨不同，其以日本国有铁道制定的严格标准进行生产的场合为主，其主要用户是日本国铁及公营铁道公司；②作为制作空罐材料的“马口铁”，由于用于长时间储藏食品的需要，同其他类型的“马口铁”相比，在耐腐蚀性以及批量生产的方式生产适合制造空罐用的铁皮开头等方面均有极严格的要求，因此在制造和销售上均与他类型的“马口铁”有所不同；③铸造用铄，是用于铸造各种铄铁制品的主要原料，其在制造和销售方面均不同于制钢用铄；以及④钢矢板，具有独自的形状、材质和性能，其主要用于岸壁、河川等土木工程中截留土石，因此在制造和销售方面均有别于其他类型的钢材<sup>②</sup>。由此可见，公交委在划定关联商品市场时，实际上是从需求者的角度出发，并着

<sup>①</sup> 日本公正交易委员会1969年10月30日的同意裁决（《裁决集第16卷》第46页）。

<sup>②</sup> 同上，第50页以下部分。

限于需求者对商品或服务的性质、品质、价格、制造销售方法及其用途等的基本认识<sup>①</sup>。这一点，同上述的美、EU的划定方法极为相似。所不同的是，日本的公交委考虑到了商品的制造和销售方法。然而，如此地来划定“商品市场”，也引来了来自当事人和学者们的异议。他们认为，以每个最终的钢铁产品来划定“一定的交易领域”，有点过于狭窄了<sup>②</sup>。但是，由于当事人最后同意接受了公交委的决定，因此本案引起的有关争议最终也没有一个结论。

## 2. 东宝斯巴露事件<sup>③</sup>

这是一起因东宝公司与斯巴露公司签订了“租赁营业”的合同，而被认定为违反了日本禁止垄断法第16条规定的企业集中案件。在本案中，“一定的交易领域”的划定问题成为了诉讼的焦点。其中，在如何划定与“商品市场”相联系的“一定的交易领域”的问题上，公交委以“依照一般的社会观念，有充分的理由认定存在着应当称为其服务对象的一种观众群”为理由<sup>④</sup>，将包括日本电影和外国电影在内的整个电影放映业，划为了一个“一定的交易领域”。而作为当事人的东宝公司则主张：日本电影和外国电影各具有不同的性质，应分别划为不同的“一定的交易领域”，并以此向法院提起了取消公交委裁决的行政诉讼。对此，东京高等法院作出了如下判决，即：“虽然应考虑依据如电影性质的构成的交易领域，但是在存在着多数电影院彼此相邻的场合，在这一地域内已产生了通晓日本电影和外国电影的观众群，必须看到其本身就'已在此形成了一定的交易领域”，<sup>⑤</sup>并据此驳回了东宝公司的请求。一般认为，东京高等法院在划定与本案相联系的“商品市场”时，使用了由通晓日本电影和外国电影的特定观众群所确定的相互替代的可能性这

① [日] 地头所五男：《新しい独占禁止法の实务》，商事法务研究会1993年版，第252页。

② [日] 根岸哲等主编：《经济法》，日本文化社1996年版，第43页。

③ 东京高等法院1951年9月19日的判决（裁决集第3卷第167页）。

④ 日本公正交易委员会1950年9月29日的裁决（裁决集第2卷第146页）。

⑤ 同注④。

一标准<sup>①</sup>。然而，对于这一判决，有的学者也提出了反对意见，他们认为：将日本电影和外国电影作为相类似的电影放映品，而认定在它们之间存在着竞争关系，需要从这两种电影的性质、内容、娱乐性以及票价等方面，来证明对于特定地域内的观众群（需求者层）而言，作为具有合理的替代可能性的商品是可以被接受的<sup>②</sup>。

从以上案例中，我们可以看到，在日本，在划定企业集中规制中的关联市场，也就是与商品市场相联系的“一定的交易领域”时，仅仅是着眼于需求者所认定的替代可能性。而且，如果能够确认某一需求者群还可以再进一步地被划分为若干个特定的需求群，那么这些特定的需求群还将会被分别划定为各个独立的“一定的交易领域”。例如，1956年11月9日，东京高等法院在对“石油价格协议”案件所作出的判决中，指出“在石油产品的销售行业，适应一般市场以外的大宗需求者进行投标或估价等的需要，已形成了石油销售者直接向大宗需求者进行销售，这样的一定的交易领域”<sup>③</sup>。

## （二）日本公正交易委员会关于规定“一定的交易领域”的基本立场

日本公正委，为了明确对合并、保有股份等的事务处理基准，在确保企业集中规制的透明度的同时，简化有关合并、保有股份等的申报手续，曾于1980年7月15日和1981年9月11日，先后颁布了《关于审查会社合并等的事务处理基准》<sup>④</sup>和《关于审查会社保有股份等的事务处理基准》<sup>⑤</sup>（以下统称“集中的指针”）。其中，

① [日] 松山隆英：《合并规制と一定の取引分野についての一試論》，《公正取引》，第311期，第26页。

② [日] 丹宗晓信：《一定の取引分野》，别册ジュリスト，第17页。

③ 日本行政裁判例集第7卷第11号第167页。

④ 日本公正交易委员会事务局：《会社の合併等の審査に関する事務处理基准》（1981年7月15日制定，1994年2月1日及同年8月18日修改）。

⑤ 日本公正交易委员会事务局：《会社の株式保有の審査に関する事務处理基准》（1981年9月11日制定，1994年8月18日修改）。

有关“一定的交易领域”的划定问题，在这两个事务处理基准中，作了相同内容的表述。然而，与美国的“指导方针”中对“商品市场”的划定方法作了较为详尽的阐述相比，在“集中的指针”中，对于“一定的交易领域”所作的说明，却只是停留在定义的程度。上。“集中的指针”，并没有提示任何具体的基准。可以说，作为一个整体以相当数量的概念构成自己的基本观点，是“集中的指针”最显著的特征<sup>①</sup>。

根据“集中的指针”的规定，“一定的交易领域”，是指“在判断合并（或保有股份）是否将会引起实质性限制竞争时的，成为判断对象的商品或服务、地域等的范围，即所谓的市场，其根据交易的对象（商品领域）、交易的地域（地理地域）、交易的阶段以及交易的手来进行划定”<sup>②</sup>。其中，与交易的对象（商品领域）有关的“一定的交易领域”，即关于商品市场的范围，依据功能和效用均为相同的商品来划定。换句话说，就是划定与商品市场相联系的“一定的交易领域”，是依据当该商品的特性、品质及其用途等基准来决定的<sup>③</sup>。但是，在实际的运作中，也时常考虑商品之间存在着的价格差等。例如，在1993年公交委受理的“王子造纸与神崎造纸的合并”<sup>④</sup>申请案中，公交委就是以“从个别品种来看，在涂工印刷用纸中，由于造型着色纸同其他品种的纸相比，所使用的制造设备不同，且价格差较大，因此应当认为其属于不同的交易领域；美术纸和着色纸，在品质方面存在着差异，并且存在着不同用途的需求者中将它们各自的功能和效用加以区别的实际状态和较大的价格差；在供给方面各品种之间也缺乏流动性”等为理由，而将涂工

① [日] 上杉秋则：《米国における合并规制の特色——日米ガイドライン比较研究》，《公正取引》，第450期，第24页。

② [日] 舟桥和幸：《合并株式保有规制の解说》，商事法务研究会1995年版，第186页。

③ 日本公正交易委员会事務局编：《平成5年度）における合并营业受け等の动向及び主要事例について》，《公正取引》，第527期，第19页。

④ 同上。

印刷用纸中的造型着色纸、美术纸和着色纸，分别划定为了各自独立的“一定的交易领域”。

此外，“集中的指针”还根据商品的流通环节，对“一定的交易领域”作了进一步地阐述。“集中的指针”，指出“由于商品通常是通过制造业者、批发商、零售商这样一个路径来销售的，并且在各个交易的阶段内展开竞争，因此，一般来说，应在每个交易的阶段内划定一定的交易领域”，以及“由于需求者的特性和商品的特殊性，而存在着特定的需求者群的情况，因此有时将它们分别独立地划为一定的交易领域”<sup>①</sup>。这就是说，在划定商品市场时，还需要根据具体情况考虑交易的阶段及交易的对手等因素。但是，这里需要注意的是，在非水平集中的场合，则将存在着将该企业集中将会实质性地限制竞争的相应“商品市场”的范围，划定为包含了两个以上的交易阶段的“一定的交易领域”的可能性<sup>②</sup>。而且，“一定的交易领域”的划定，有时还必须考虑伴随着经济状态和科技的发展而出现的或将要出现的新变化<sup>③</sup>。例如，在1994年日本公交委受理的“日本电信电话公司与NTT移动通信公司共同设立PHS服务的共同事业公司”的申请案<sup>④</sup>中，公交委认为，“PHS与携带电话，虽然在基本金、通信费和终端价格上存在着较大的差异，但是除了高速移动中的使用可能性和利用地域的宽窄之外，其他的功能基本相同。而且从未来的发展来看，①就携带电话的基本金、通信费而言，由于目前存在着基地局设置成本下降的现象，因此具有接近PHS的费用水准的可能性；②就携带电话的终端价格而言，目前已看到了价格下降的趋势；③就PHS的利用地域而言，

① [日]舟桥和幸：《合并株式会社保有规制の解说》，商事法务研究会1995年版，第186页。

② [日]根岸哲等主编：《经济法》，日本文化社1996年版，第25页。

③ [日]河村穰、土原阳美：《独禁法上の合并の规制基准（上）》，《公正取引》，第194期，第11页。

④ 日本公正交易委员会事務局编：《公正取引特报》，第1345期（1995年6月20日），第12页。

最初是受限定的，但是随着后来使用地域范围的不断扩大，已可以预见不久其将会接近携带电话的范围等”，并且据此断定：成立着包含携带电话和 PHS 服务领域在内的“一定的交易领域”。

值得注意的是，虽然在日本受到禁止的企业集中的裁决事例实属个别，但是自 1994 年以来，日本公交委几乎每年都向社会公布一批于申报之前受理的事前质询的事例。从这些“集中的指针”的具体适用例中，我们可以看出：就企业集中规制中与商品市场相联系的“一定的交易领域”的划定而言，公交委主要是依据当该商品的特性和用途、商品间的价格差异以及顾客层的差异等基准来作出决定的。也就是说，其基本上是采用了在需求者看来具有合理的交换可能性这一基准。这一点，同美国、EU 是相类似的。

## 五、结 语

通过以上对美国、EU 及日本的企业集中规制中的“关联市场”概念及其划定标准进行的考察、比较分析，笔者认为，我们至少可以明确以下几点。

第一，关联市场，是为了确认是否存在“市场支配力”，而创立的法学上的概念。关联市场，在以“市场的结构变化”为基准，并将是否存在“市场支配力”作为基本问题的判定“限制市场竞争的违法性问题”的基本标准中，作为基本的构成要件和前期作业，其的划定问题是极为重要的。这一点，在企业集中的规制中表现得尤为突出。

第二，在关联市场的划定问题上，美国的判例法及其行政规制当局所积累和形成的基本理论原则和实际做法，对 EU 及日本的企业集中规制实践产生了较大的影响。也就是，必须依据市场的等价性原理，即合理的交换可能性，通过考察商品的价格、特性及其用途等项因素，并注意从需求和供给两个方面，来划定相应的关联市场。当然，各国根据自己的具体情况，在具体的做法上略有不同。

第三，由于这里所设定的“关联市场”，是应当作为受到限制竞争行为的影响的“竞争场”来理解的，因此，关联市场范围的划

定，是与相应的限制竞争的具体行为类型联系在一起的。也正是因此，在企业集中规制中，一般均将关联市场划定在一个比较狭小的范围之内。

第四，由于企业集中规制的立法、司法及其适时所做的相应修正，常常要受到来自本国政府所推行的产业政策的影响，关联市场的划定，作为判定“违法性问题”的前期作业也必然要受到同样的影响，因此，在实际的运作过程中，具体的作业常常为一个国家所制定的限制竞争违法性问题的具体判断标准所左右。这也是，美国、EU及日本三者具体的划定方法上，及具体应当考虑的因素上存在着一定差异的原因所在。

当然，有关关联市场的理论研究还远不止这些，这里仅仅是对其中的商品市场的划定问题所展开的讨论，对于像地理市场、时间市场以及新出现的技术革新市场等，还有待于我们今后进行广泛而又深入的研究和探讨。这不仅是反垄断法法理研究上的需要，也是我国建立社会主义市场经济基本秩序的客观需要。

## Abstract

The delimitation of the relevant market is the most fundamental operation to regulate the centralized action of enterprises. Along with the internationalization trend of the concentration of enterprises, it is required to observe and study the relevant regulations of other countries. On the basis of comparative analyses of general criteria by which US, Eu, and Japan regulate respectively the centralization of enterprises, the author concludes that the above three legal regimes vary in concrete standards defining the illegality of competition restriction, while follow the same principle of marker equivalence, that is, the reasonable interchangeability. Furthermore, the determination of relevant market when regulate enterprises is generally more strick than the determination of relevant marker of monopoly.