

出版物多样性保护与反垄断法的 转售价格维持规制

李 剑 *

摘 要 出版业中同时存在自由定价和转售价格维持两大体系。转售价格维持体系下,这一纵向限制被认为可以促进出版物多样性,从而获得反垄断法豁免。对此,由于反垄断法本身缺乏对多样性问题的直接分析框架,加上实证研究的结论不够明确,从而导致争论长期存在。但是,对出版产业链的全面分析可以发现:一方面,自助出版以及新销售方式可以在不采用转售价格维持下提升出版物的多样性;另一方面,转售价格维持不仅会影响到出版商和书店,更会提高批发商控制市场的能力,导致产业风险向出版商和书店转移,并抑制读者需求的满足。因此,在将竞争作为基本市场规则的情况下,多样性保护不能作为出版物豁免转售价格维持的理由。

关 键 词 出版物 转售价格维持 多样性 反垄断法

出版行业中的转售价格维持有着相当长的历史。早在 19 世纪 80 年代时的英国,出版行业中转售价格维持就已经非常普遍。1887 年,麦克米兰(Macmillan)公司就说服马歇尔将其名著《经济学原理》在固定的转售价格体系下出售。^{〔1〕} 丹麦从 1837 年开始出现图书的转售价格维持制度,瑞典在 1850 年前后实施了图书的转售价格维持制度,日本则大概在 1875 年左右开始这样的方式,而美国在 20 世纪初时转售价格维持也已经较为普遍,并产生

* 上海交通大学凯原法学院副教授。本文为作者主持的国家社科基金研究青年项目(项目编号:11CFX039)、上海市教委科研创新重点项目(项目编号:10ZS19)的阶段性研究成果。特别感谢侯利阳、张占江、潘志成和喻玲的评论意见。

〔1〕 C. W. Guillebaud, “The Marshall—Macmillan Correspondence Over the Net Book System”, 75 *Economic Journal*, 518, 519 (1965).

了一些有影响的案件。^{〔2〕}但随着各国反垄断法的颁布实施,转售价格维持在一些国家和地区被禁止,由此导致目前对于出版物^{〔3〕}零售价格的确定存在两大体系:一是价格固定体系。具体又分为两类:基于商业合同而自愿实施的价格固定,如丹麦、挪威、匈牙利、德国;以及通过法律强制实施的价格固定,即法律强制规定出版物必须在转售价格维持体系下运行,如法国和日本。^{〔4〕}二是自由定价体系,包括美国、英国等国家和地区,对于限制出版物零售价格的转售价格维持体系适用反垄断法。之所以出现两套并行的体系,原因在于基本理念和认识上的差异。

信奉自由竞争的国家和地区通过反垄断法来确保市场的开放与活力,并认为出版行业也不应当成为例外。^{〔5〕}而在理论研究中,对于出版业中的转售价格维持产生的限制竞争效果也有不少专门的研究结论。^{〔6〕}例如,有学者研究发现,日本五家全国性的报纸统一将售价确定在 3925 日元/月的水平,而剩下的地区性报纸售价比其稍低。由于转售价格维持的存在使得报纸每月的定价有大约 500 日元的提高,造成的经济损失达到每年 2700 亿日元。而与此同时,通过转售价格维持却只为报社增加了 150 亿日元的利润,存在显著的社会福利损失。^{〔7〕}英国在 1996 年废除“净价书协议”之后,^{〔8〕}根据一项调查发现,在 1996 年 11 月,有 38% 的购

〔2〕 Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339 (1908); Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 139 F. 155 (1905).

〔3〕 出版物通常包括报纸、杂志和图书等。为简化论述,本文主要采用图书、报纸作为例证。

〔4〕 Christoph U. Schmid, “Diagonal Conflicts between European Competition Law and National Regulation — A Conflict of Laws Reconstruction of the Dispute on Book Price Fixing”, 1 *European Review of Private Law*, 153—170 (2000).

〔5〕 在基础理论层面,从纵向限制的角度对于转售价格维持的限制竞争效果已经有比较多的论述,都认为反垄断法应当对其适用,只是在作为合理原则还是当然违法上存在一些争议。See William Comanor, “Vertical Price Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy”, 98 *Harvard Law Review*, 983 (1985); Warren S. Grimes, “Brand Marketing, Intrabrand Competition, and the Multibrand Retailer: The Antitrust Law of Vertical Restraints”, 64 *Antitrust Law Journal*, 83 (1995). Herbert Hovenkamp, “Vertical Restrictions and Monopoly Power”, 64 *Boston University Law Review*, 521, 534 (1984).

〔6〕 在出版物市场,对于转售价格维持是否会造成出版物零售价格提高也有不同意见。有学者认为,转售价格维持不会造成最终产品价格的提高,相关论述可参见:Francis Fishwick, “Book Prices in the UK Since the End of Resale Price Maintenance”, 15 *International Journal of the Economics of Business*, 359—377 (2008).还有学者认为,转售价格维持会提高畅销书的价格,但同时会降低其他书的价格,而平均而言,对整体书价并没有显著影响。参见 Ringstad, V., “On the Cultural blessings of fixed book price”, 10(3) *International Journal of Cultural Policy*, 351—365(2004).

〔7〕 David Flath, “Resale Price Maintenance by Japanese Newspapers”, <http://ssrn.com/abstract=1670562>,最后访问日期:2012年8月20日。

〔8〕 “净价书协议”规定任何一种由出版社出版的新书,不管书店的订货量有多大,也不管出于何种慈善动机,或读者有何特殊情况,书店均不得以低于出版社规定的价格出售。净价书是指除教科书、某些儿童读物以外的图书。1995年,英国以妨碍自由竞争、对消费者不利为由,废止了这一拥有百年历史的制度,出版业实行自由定价制度。参见吴贻:“中外出版物价格管制之比较”,《出版与印刷》2007年第4期。

书者所购图书的价格低于图书建议价格,而到了2007年,相应的比例是51%。^{〔9〕} 这些研究结论都认为,转售价格维持导致了零售层面出版物价格的上升,损害了消费者的权益,造成了社会福利的下降,因此有必要禁止转售价格维持。近日美国苹果公司因为和出版商共谋对电子书进行转售价格维持而被美国司法部起诉,就是最新的注脚。^{〔10〕}

持相反态度的国家和地区没有否认转售价格维持可能产生的限制竞争效果,但认为出版行业转售价格维持应当被豁免。因为转售价格维持有利于维护出版物多样性,而出版物的多样性则进一步关系到文化多样性、言论自由和学术研究的发展等特殊的问题。^{〔11〕} 在欧盟成员国中,转售价格维持被很多国家认为是促进市场上内容丰富性的最合适与最有效的方式。^{〔12〕} 例如,在实施转售价格维持的荷兰,无数的出版商编辑都认为转售价格维持是“文化优先”的必要措施,能够确保荷兰语的图书得以出版。^{〔13〕} 转售价格维持无疑会在很多方面影响到出版业,^{〔14〕} 而出版物多样性的重要性使得转售价格维持具有了获得反垄断法豁免合理性。但关键问题在于:二者之间的关联性到底如何?

〔9〕 虽然其中学术书和专业书的折扣比例要低很多,但此类书籍的利润空间本来就小一些。实际上,根据该研究,图书折扣的增加很大程度上是因为大型超市开始销售图书,并且网上书店迅速发展。这两种销售方式都以大范围折扣和便捷性为特点(Francis Fishwick, *Supra* note 6, at 359—377)。

〔10〕 Brian Braiker, “Apple Accused by US of Colluding with Publishers to Fix Price of Ebooks”, *Guardian*, 2012—4—11.

〔11〕 多样性保护是最有影响力的抗辩理由。除此之外还包括:①损害有限。日本在允许出版物维持转售价格时认为,出版行业的企业众多,并且进入门槛较低,使得出版市场的竞争非常激烈。在这样的市场结构中,加上出版社具有的独特性、非替代性的特点,限制转售价格的危害较少。②商业习惯追认。该说认为,在日本大正时期就有转售价格维持的制度,因而该制度对于消费者而言并不陌生。因此,将出版物作为转售价格维持限制禁止的例外是对该商业习惯的追认。参见王铭勇:“限制转售价格法制之研究”,台湾政治大学法律研究所2000年博士论文,页198。③图书间存在竞争。图书与其他产品不同,每一种图书都与其他图书,包括同一出版社所出版的图书之间构成竞争关系。参见周正兵:“英国百年净价图书制度及其启示——写在《图书公平交易规则》通过之时”,《出版发行研究》2010年第4期。④出版物特殊属性。出版物是文化产品,而文化产品具有和普通商品不一样的属性,不能完全按照普通商品进行销售。鲍金:“文化的商品与公共产品特性——兼与王晓升教授商榷”,《哲学动态》2008年第9期。⑤应对出版市场不确定性风险。Jonathan Beck, “Fixed, Focal, Fair? Book Prices Under Optional Resale Price Maintenance”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=645861, 最后访问日期:2012年5月18日。部分理由实际上和多样性保护间接相关。

〔12〕 Ulrich Everling, *Book Price Fixing in the German Language Area and European Community Law*, Nomos Press, 1997, pp.74—127.

〔13〕 Christine E. Zandvliet, “Fixed Book Prices In The Netherlands And The European Union: A Challenge For Community Competition Law”, 3 *Columbia Journal of European Law*, 443 (1997/1998).

〔14〕 如有学者则认为,“零售价格维持制度”也在很大程度上遏制了文化产品的盗版情况。不允许降价出售,在同样的花费下,消费者自然愿意购买产品质量较好的正版产品,因而盗版产品失去了价格优势,盗版业也就无从衍生了。参见崔保国、钱丽花:“日本报刊发行的价格体系管理——‘零售价格维持制度’研究”,《中国报业》2005年第10期。这一结论并不符合基本的法律逻辑与经济逻辑。盗版是对知识产权的侵害,在其仅仅支付非常低的边际生产成本来生产产品时,其优势正在于价格。因此,盗版业不会在违反知识产权法的情况下却严格遵守转售价格维持制度。日本等国的盗版少,更多是因为知识产权执法严格的缘故。

事实上,从反垄断法角度如何处理出版物多样性也成为中国反垄断法所需要面对的问题。2010年初,中国出版工作者协会、中国书刊发行业协会、中国新华书店协会(以下简称“三协会”)联合发布《图书公平交易规则》(以下简称“规则”),并在第22条中规定:“新版图书出版一年(以版权页出版时间为准)内,进入零售市场时,须按图书标定的价格销售,不得打折销售。其中重印图书以首次出版日期为起算日期,再版图书以再版出版日期为起算日期。”并且,在该《规则》第23条中,还规定进行优惠销售时,优惠价格不得低于版权页定价的85%。这些规定实际上就是明确了图书零售时的价格,构成了反垄断法上的转售价格维持,并因此引发了大量的批评。但在两年多之后,2012年3月,国家发改委就制定《关于豁免新版图书出版发行纵向协议的规定(试行)》(以下简称“规定”)开始向社会公众征求意见。^[15] 该《规定》就是在三协会的《规则》基础上制定的,认可了“新版图书(出版12个月之内)固定销售价格”、“设定新版图书优惠销售最低价格”、“对各类书店统一供货折扣”等涉及转售价格维持的最为重要的部分。^[16] 如果《规定》最终实施,则无疑会对现有的市场竞争、产业生态产生重大的影响。

那么,以确保出版物多样性来作为反垄断法豁免的理由是否成立?对这一问题的回答一方面涉及相关理论的基本逻辑;另一方面则涉及在反垄断法的基本分析框架中如何考虑非经济价值因素。

一、理由:出版物多样性保护的逻辑

出版物的多样性意味着出版物之间存在差异,而差异性则表现为相互之间的不可替代。由于出版物所承载的是思想,因此出版物的多样性会进一步影响文化的多样性,而文化多样性的存在是人类文化保持自身活力的重要条件。一方面,文化多样性为人类文化实现类似于生物学意义上的“杂交优势”创造了必要的条件;另一方面,文化多样性的存在还为特定文化的选择提供了多种可能性,而对新的可能性的尝试和探索,恰恰是创造性与活力的重要表现。^[17] 出版物多样性对于言论自由的价值,则更是无需多言。如果转售价格维持能够确保出版物的多样性,则足以构成转售价格维持的豁免理由。而在具体的产业运作中,转售价格维持主要是通过对出版商和普通书店的影响来实现对多样性的促进。

(一)出版商的利润确保与理念维护

1. 利润确保

出版是需要成本并追求利润的经济活动,如果没有足够的获利前景,出版商通常不会选择对作品进行出版发行。而对于转售价格维持如何通过让出版商获得更多的利润,从而促进多样性的出版,有两种观点:一种观点认为,转售价格维持使得出版商能够将从畅销书上获得的

^[15] 三协会所制定的《规则》本身只是一个指导性的文件,因此《规则》所指向的网络书店之前并没有将这一《规则》放在心上,相关的折扣促销也仍然照常进行。

^[16] 张贺:“新书限折令再度报批价格战可能成为历史”,载《人民日报》2012年3月26日,第12版。

^[17] 于琛:“文化多样性研究述评”,《广西民族研究》2007年第1期。

利润用于那些不怎么赚钱的出版物上,从而提供了更多的选择。这一价格体系实际上建立在不透明的交叉补贴系统上:一些种类的书卖得比自由竞争市场上更贵;与此同时,另一些种类的书则只能获得竞争性利润。用经济学的术语来说就是:相对缺乏价格弹性的书补贴了那些需求弹性比较大的书。^[18] 通常来讲,畅销书会有更大的需求,利润更多,因此畅销书会更贵,从而可以将畅销书的收入来补贴小众的图书。另一种观点认为,实际上转售价格维持使得出版商可以不用畅销书来补贴小众图书,因为转售价格维持避免了降价竞争,即便小众的图书也可以因此获得收益。而如果没有转售价格维持体制,出版商就需要用交叉补贴来作为最基本的盈利方式,即用赚钱的畅销书来补贴不赚钱的书。但在图书市场中,畅销的图书只占整个图书数量的 5%—10%,利润的压力会导致书店片面地决定书籍的选择、陈列和价格等因素,并通过大量购买来获得规模效应,这会使得诸如学术图书、艺术图书等没有出版社愿意出版。^[19] 这两种观点尽管有一些冲突,但核心的思想却是一致的,即转售价格维持能够让并不怎么赚钱的小众图书获得利润支撑而得以出版——不管利润源于交叉补贴还是零售价格的固定,从而让那些对文化多样性、言论自由等有重要价值的出版物也能够出现在市场上。

对利润的要求不仅直接影响出版物能否被出版,同时还会间接影响出版业和出版企业的结构。例如,在坚持市场自由竞争的美国,由于对利润的追求和对生存压力的担心,几乎所有的出版公司都已经被并入大的传媒集团:1925 年创办的兰登书屋上世纪 90 年代被纽豪斯转手卖给了德国贝塔斯曼集团;1924 年成立的西蒙·舒斯特出版公司先是卖给了派拉蒙集团,又随后者一起卖给了维亚康姆;1946 年创办的法拉·斯特劳斯及吉洛克斯出版社卖给了德国霍尔茨布林克出版集团;1819 年创办的哈泼·考林斯卖给了默多克的新闻集团。^[20] 而这种变化反过来又会影响到出版商的运作方式,影响出版物的多样性。例如,纽豪斯收购兰登书屋后,纽豪斯的经理人开始要求每本书都要赚钱,而且要马上赚,这就是“单本核算制”,即每本书都要做一个盈亏表,不赚钱的书、不赚钱的系列则没有出版的必要。^[21] 这种出版集团化的变化内在地和科斯的企业—市场理论相联系。不仅企业之间是相互替代的资源配置方式,企业组织结构的各种形式之间同样以更好地适应市场竞争格局而存在相互之间的替代关系。如果既有的企业组织形式不能更好地降低交易成本以应对竞争,则需要向另一种组织形式发展。而出版业失去转售价格维持之后,尽管出版商被大量合并能够使得其企业生存机会增加,但是,“推进市场竞争,会导致学术出版危机,即对于那些尽管深入并很有价值但需求量小的研究而言,出版的渠道在逐渐变少。”^[22]

[18] Christine E. Zandvliet, *Supra* note 13, at 443.

[19] R. Abel, “The Book Publisher’s Cultural Role”, 7 *Logos*, 284—288 (1996).

[20] 甘琦:“出版业:向美国学习,还是从美国的错误中学习——记美国独立出版人安德列·西弗林”,《读书》2011 年第 6 期。

[21] 同上注。

[22] See William C. Dowling, “The Crisis in Scholarly Publishing”, 28 *Journal of Scholarly Publishing*, 23 (1997).

2. 出版价值理念维护

有学者认为：

传统欧美出版业一向是‘观念的行业’，奉智性价值、审美价值、社会价值为尊，观念的先导性是其灵魂。在这一理念的支撑下，出版人相信超前的观念一开始只能为少数人接受，因此好书不获利是理所当然的，但随着时间的推移，一些观念逐渐获得广泛认可，出版物中就必然会产生畅销书，其高额利润便可覆盖亏损。换言之，出版人的工作就是：发现新作者，使他们经典化，继续发现新作者。如此，以一份自给自足的生意，而能为人类整体催生和保育文化创造力和精神价值，这令出版具有非同寻常的职业满足感。而由此也不难解释，为什么在上世纪80年代之前两三百年的时间里，欧美出版业的年利润率只有3%—4%，甚至低于银行存款利率，而出版人仍能乐在其中。当然更不难解释，为什么出版被称作‘绅士的生意’，因为它的初衷就不是为了赚钱。^{〔23〕}

有日本学者认为，日本的出版业和美国、英国等国家的出版业有非常明显的区别。在英国，出版社基本都被大的传媒集团所吸收，而日本则是独立的出版公司，并且很多都是家族企业。同时，尽管都追求商业利益，但日本出版公司的公司哲学是强调社会利益。^{〔24〕}因此，对于不以赚钱为目的的行业而言，当然无法苛求其产生高利润，从而应对资本的竞争。但是，这里特别需要注意的是，这和前述通过转售价格维持获得更多的利润，以使得赚钱相对少的出版物得以出版的观点存在冲突，即出版商有利润才能出版多样化的出版物，与不在乎赚钱才能确保多样化的出版物之间的冲突。当然，他们的理解是：如果不存在竞争，根本就不存在以获得足够的利润来确保出版物多样性的问题。

因此，当出版行业的竞争加剧时，出版行业的企业不得着眼于如何获得利润，以便在这个市场生存下来，而以文化传承为己任的出版理念就必然发生变化。辛福瑞(Schiffirin)则提到，不断要求利润目标会牺牲作品的质量，或者由于政治性考虑而限制了作品的分歧性，使得编辑的自主性受到严苛的考验。以往出版社对于书籍通常有一个想法，即广大的群众应该能接近或阅读到世界文化中最好的作品，而现在出书则视乎“有没有潜在的读者”，显然只有那些成功或有名作家的作品才能出版，一个新作家或新的批判性观点越来越难有出版渠道。^{〔25〕}阿贝尔(R. Abel)认为，出版业一直扮演保护传统思想与文化财富的角色，尤其是经典书籍，即使以平装本大量生产，除了营利，也是为了保存和散播社会中最基本的宝藏。但因竞争而发生并购所形成的出版集团大都只着眼于利润，几乎完全排斥这样的角色扮演。^{〔26〕}因此，在这种状况下，转售价格维持带来一定程度的限制竞争，则有利于对竞争的缓解，进而使得传统出版

〔23〕 甘琦，见前注〔20〕。

〔24〕 Dai Miyamoto & D. Hugh Whittaker, *The Book Publishing Industry in Japan and The UK: Corporate Philosophy/Objectives, Behavior and Market Structure*, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2005, p. 40.

〔25〕 Schiffirin, “Bucking the Monoliths: Publishing with a Mission”, 30(5) *American Libraries*, 44—46 (1999).

〔26〕 R. Abel, *Supra* note 19, at 284—288.

行业的基本价值理念和宝贵传统得以延续。

(二)书店的服务促进与网点价值

转售价格维持对于作为销售商的书店的意义,与传统反垄断法中“经销商服务理论”的解释是相契合的。出版商和书店之间是一种上下游的纵向关系,出版物通过书店得以销售,在这一过程中,即便是销售同样出版商的出版物的销售商之间也存在竞争。对于出版业而言,如果部分经销商提供服务,那么不提供服务的经销商就会搭便车。^[27]在这一情形下,^[28]只要特定产品的需求和销售点的数量及售后服务的提供正相关,搭便车导致的交易失败的可能性就存在。^[29]例如,音箱生产商会发现,为提高音箱的销量,一些踏踏实实的经销商不但增大了对音箱的广告投入,还专辟展区,培训服务人员,为顾客解答各种问题。但顾客却在获取相关知识信息后,到附近不提供任何服务但打折的商店进行购买,或者上网邮购。提供优质服务的经销商的这些努力,对提升音箱品牌、知名度、信誉度有帮助,但这些投入并没有为自己带来经济方面的收益。如果这些搭便车的行为得不到控制,就没有经销商再愿意提供这些服务。事实上,从更为宽泛的角度来说,与其说转售价格维持是避免搭便车的手段,不如说它是一种改善服务以提高竞争能力的手段。效率改进的解释——“销售商服务”理论认为,制造商实施限制并提高销售商的利润边际是为了鼓励提供销售点和售后服务。也就是说,制造商限制品牌内竞争是为了鼓励非价格竞争,这会增加品牌间竞争。转售价格维持所增加的销售商利润边际,会鼓励销售商在服务上投资来吸引更多的消费者,赚取更多的利润。当然,这些投资会增加销售商的成本。但是,只要最低转售价格高于销售商成本,销售商就有动力通过提高服务来增加销售。相同产品品牌的销售商之间在服务上会有竞争,但是它们不是通过削价来进行。因为价格已经由制造商固定,销售商吸引顾客的唯一方式是提供高水平的服务。那些没有得到有价值服务的消费者会转向不提供服务的其它品牌。^[30]

书店是出版物的销售环节。转售价格维持体系对于书店的意义在于,它可以让书店在免除价格竞争的同时,更多地图书种类、服务咨询等方面进行竞争。因此,有学者提到,实施转售价格维持时,尽管处于终端的出版物零售价格被固定,但是零售商之间的竞争并没有被限制。在价格无法变化的情况下,大量的书店被迫在数量与质量上进行竞争,而要

[27] Bork、Bowman 和 Yamey 等人曾详细分析了销售服务搭便车效应。基于这种效应,制造商如果实施纵向限制就可以有效地控制零售商的行为,从而促使零售商提供合适的销售服务投入(参见 Robert H. Bork, “The Rule of Reason and the Per Se Concept”, 753 *Yale Law Journal*, 373—475(1966); B. Yamey, *The Economics of Resale Price Maintenance*, Pitman Press, 1954, pp.3—27)。

[28] 还有一种情况是搭其它销售商声誉的便车。在此情形下,零售商销售制造商的产品,但同时销售比制造商的产品更低价格和质量的替代产品,会造成对声誉的搭便车(Marvel, “Exclusive Dealing”, 25 *Journal of Law and Economics*, 1 (1982))。但这一情况在出版业中并不是非常严重的问题。

[29] 参见吴玉岭:《契约自由的滥用与规制——美国反托拉斯法中的垄断协议》,江苏人民出版社 2007 年版,页 192。

[30] 李剑、唐斐:“转售价格维持中的经销商服务理论:解释力与不足”,《东方法学》2008 年第 6 期。

从中取胜,则必须提供足够丰富的出版物种类,而这就是文化多样性的意义所在。^[31] 因为图书是一种纯粹的体验性产品(experience goods),只有通过阅读之后才能给予主观的价值评价,同时,关于个人品味和特定书之间是否合适的信息很难获得。不平衡的地方在于,很多书适合大多数的读者,但是有一小部分则不能。^[32] 读者需要一些建议,以找到适合他的书籍,出版商则需要人来提供这种中间服务。因为这些中间服务的提供者被假定对其销售的书很了解。传统书店能够在特定的读者和书中进行匹配,以找到适合读者口味的书。而打折书店、百货超市等只是将书放置在书架上,不提供什么有用的信息。因此,普通书店会尽可能地为小众图书与读者提供服务,在一定程度上也为多样性产品的生存提供了帮助。同时,中小书店靠近消费者的居住区,为消费者提供了不少方便。一旦中小书店破产,势必将图书网点的合理分布打破,同时导致图书种类的单一化,也影响作者创作积极性的发挥,最终消费者的利益也将受到损害。^[33]

而如果将定价权交由销售商,允许销售商(即书店)自由决定消费者(即读者)承担的最终价格的话,书店出于竞争的需要,降价将是最为直接的吸引读者的方式,而服务则会被弃之一旁。有学者认为:“降价售书表面上看对读者有利,实际上是一种短见的自由经济化的活动,其最终结果必将损害读者的利益,因为只有财力雄厚的书业集团和超级市场的图书部才可能持久降价售书,这就削减了一般书店的售书量,特别是‘快速书’(畅销书和市场看好的书)及百科全书、字典等贵重书的销售量。”^[34] 同时,在价格竞争中,大出版集团在折扣上偏袒连锁书店,由于连锁书店订购量多,大出版集团愿意提供高折扣。而为确保将畅销书放在最有利的书架位置上,大出版集团也会提供一大笔互相合作的广告费。独立书店在销售量日渐萎缩的情况下,显然得不到如此的眷顾。但正是这些书维持着一般书店的生存,使之不会破产倒闭。而一旦一般书店大规模的倒闭,就会破坏图书网点的分布,最终使得读者的利益受到损害。因此,由出版社来维持价格,将会保护十分脆弱的一般书店和专营书店的利益,限制大出版集团、书业集团和超级市场图书市场的恶性竞争,对于图书业的发展是非常有益处的。^[35]

正是基于上述考虑,使得很多国家和地区保留了对出版物转售价格维持的豁免。例如,1990年,日本的公正交易委员会对于出版行业中转售价格维持制度执行效果进行调查,以判断这一制度的存在是否有利于公平竞争和保护消费者权益等内容,并在1994年7月的“政府政策和竞争政策研究会”和“零售固定价格政策问题检讨委员会”上发表了调查报告。这一报

[31] Jürgen G. Backhaus & Reginald Hansen, “Resale Price Maintenance for Books in Germany and the European Union: A Legal and Economic Analysis”, <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=568>, 最后访问日期:2012年7月26日。

[32] R. E. Caves, *Creative Industries: Contracts between Art and Commerce*, Harvard University Press, 2002, p.179.

[33] 张书卿:“法国图书定价制度的变迁”,《出版发行研究》2004年第4期。

[34] 林雪云:“美国图书出版业集团化现象及其文化与伦理议题之探讨”,台湾南华大学出版学研究所2000年硕士论文,页54。

[35] 杨胜伟、燕汉生:《法国图书出版社》,中国书籍出版社1993年版,页127。

告认为转售价格维持制度是在违反反垄断法原则的基础上设立的,其积极意义并不明确,因而倾向于废除这一制度。但日本书籍出版协会、日本杂志协会、日本文艺家协会、音乐文化恳谈会等也相继提出了反对意见,理由是:出版物等文化产品是人类的文化财产,必须保护国民的知晓权和保证充足而丰富多样的媒体形式和媒介产品,保证文化产品的多样性和低价格,而只有采用转售价格维持制度才能保证上述事业的发展。对这一观点的考虑最终导致日本公平交易委员会在2002年4月决定继续维持这一制度。^[36]除日本之外,法国于1981年8月制定了著名的《雅克·朗法》,通过立法强制实行统一售价政策,保护中小书商利益。根据《雅克·朗法》的规定,由出版商确定图书的零售价格,并将定价印在书籍上,书商按统一书价出售,除非非常特殊的情况,不允许随意变价出售。1985年3月21日,法国最高法院还公布了《关于违反雅克·朗法的惩罚条例》,国务会议还制定了《条例》的实施细则,规定了对违反《条例》的行为进行处罚的措施。同时,在实践中,法国政府严格执法,通过一系列民事诉讼与罚款来维护了上述法规的权威性。^[37]可以说,法国是推行出版物转售价格维持最为严厉的代表。

二、困局:反垄断基本理论与实证研究的局限

支持者为在出版业中实施转售价格维持的观点给出了很多的理由,但有些观点是明显没有基础的。例如,他们认为对利润的追逐导致出版业的集团化,进而使得出版物多样性下降,但按照反垄断基本理论,横向并购会减少市场中竞争者的数量,使市场集中度上升,并导致共谋效应和单边效应——这实际上正是反垄断法需要介入而予以纠正的,而非促进了竞争才产生的抑制效果。对此,有学者认为,在这些市场中,特定的反垄断规则应当确保市场中存有比通常更多的竞争者才更加合适。^[38]因此,这一观点实际上是因果颠倒的。虽然存在一些缺陷,但是,不管具体的理由如何,要直接回答通过转售价格维持在一定程度上抑制竞争是否会促进出版物的多样性,却是非常困难的问题。其原因主要在于两个方面:首先,因为反垄断法的基本分析框架是一个静态的框架,而在这一框架下很难解决多样性保护这一问题,并由此导致反垄断政策的犹豫。其次,从实证的角度,很难确认转售价格维持下出版物的多样性是否增加,因为影响结果的因素太多而无法将单一影响因素从中剥离。这两个局限的存在,使得出版物多样性无法被有效地纳入到基本分析框架中,因而至今存在大量的争论。

(一)基本分析框架的局限

反垄断法基本模型关注的是价格与产量的关系,而非价格与产品多样性的直接关系,由此导致现有的基本模型缺乏这方面的解释力。反垄断法是对垄断者进行规制的法律,而垄断者指的是市场价格的制定者,他们能够将产业以高于竞争性水平的价格进行出售。其

[36] 崔保国等,见前注[14]。

[37] 吴贇,见前注[8]。

[38] Neil W. Averitt & Robert H. Lande, "Using the 'Consumer Choice' Approach to Antitrust Law", 74 *Antitrust Law Journal*, 187 (2007).

定价的逻辑在于:利润最大化的垄断者与利润最大化的竞争者一样,当其再增加一个单位的产出所引起的额外成本大于额外收入时,就不会再扩大产出,此时边际成本等于边际收入,而利润将最大化。二者之间的差异在于:对竞争者来说,它是市场价格的接受者而非确定者,其生产额外单位产品的收入与市场需求是一致的,最后一个产品的定价等于市场价格;而对垄断者来说,它是市场价格的决定者而非接受者,垄断者的产出比完全竞争者在同一市场上的产出要少,而其利润最大化的价格要高。^[39]也就是说,从根本性的原理来说,垄断之所以成为一个问题,在于垄断者通过控制产量来提高价格。如果产量不能被控制,则价格就不能被控制,垄断也就无法实现。因此,从经济学原理来看,垄断问题的核心并不是最终价格相比成本太高(如得天独厚的露天煤矿能够使生产商以非常低的成本获得煤炭,即便按照市场价格出售,其利润空间也非常大),而是对市场的控制能力。兰德斯和波斯纳有相似的定义,认为垄断力量是“一个公司(或者公司团体的联合行为)将价格维持在竞争水平之上,并不因此在短期内失去很多的销售量,而导致虽然价格增加却无利可图。”^[40]阿瑞达(Areeda)和特纳(Turner)则将垄断力量界定为“限制产出提高价格的能力”。他们还认为,“经济学术语上的市场力量是提高价格而不会失去大量销售的能力”。^[41]理论上的成果也为反垄断法执法机构所接受。1984年颁布的美国《司法部并购指南》将垄断力量界定为:“一个或多个公司将价格在一个显著的时间段里维持在竞争水平之上的能力。”^[42]这样一些界定实际上都认为,只有一般意义上的市场力量仅仅说明目前没有好的替代品,短期内企业可以有利可图地将价格提高到竞争水平之上,但是这种力量会被新产品的进入和竞争对手的扩张迅速地侵蚀。而垄断力量则可以有效地获得持续的超竞争水平的利润。

可见,在垄断的基本概念中,垄断者(包括横向联合的竞争者)对市场进行影响的关键是对产量的控制。因此,反垄断法的介入,实际上是提高产出量。在这一方面,对于转售价格维持违法性的判定也是基于此。但是,通过反垄断使得市场产量增加并不意味着市场上产品多样性的增加。例如,一个垄断的市场上原本出版50本书,每本书50元。而后通过反垄断法的规制,使得市场产出大幅度增加,变为了出版100本书,每本20元。从效果上看,市场产量增加,产品价格下降,消费者福利得以提升,反垄断法的作用得以体现。但是,产量的增加并不一定导致产品多样性的增加。市场垄断时所产出的50本书,尽管在引入竞争之后变为了100本书,但可能仍然是同一种书,例如都是《反垄断法》。从多样性的角度来说没有变化,亦即没有改进。而在讨论出版物转售价格维持时,这种利润空间与多样性之间的非关联性一直在很大程度上被忽略了。

[39] (美)赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,页15。

[40] See William M. Landes & Richard A. Posner, “Market Power in Antitrust Cases”, 94 *Harvard Law Review*, 937, 939 (1981).

[41] See P. Areeda & D. Turner, *Antitrust Law*, Little, Brown & Company, 1978, p.322.

[42] U.S. Dept of Justice Merger Guidelines (1984).

对于这种基本经济概念上所产生的问题,经济学家通常采用的方式是扩大“价格”所包含的意义范围。经济学家经常说,当他们使用“价格”这一术语的时候,是对相关的价格/质量、价格/种类组合的简单代替。从理论上讲,价格模型可以将各种因素压缩到“价格”这一术语中,包括质量、安全、种类、服务等。如果两辆在机械方面相同的汽车按照相同的价格出售,但是一辆喷的是比较流行的颜色,另一辆则是不流行的颜色,那么我们可以在理论上认为,由于考虑到质量的因素,后者的价格其实更高,从而对不那么具有吸引力的汽车难以出售做出解释。但是,在实际中,非价格因素极端难以衡量并转换为价格均衡。因此,在相关不可量化的非价格问题上,可量化的价格问题却吸引了所有的注意力。^[43]而多样性的问题同样很难通过上述反垄断法的基本理论模型来得出答案。由于传统反垄断法分析模型所存在的限制,有学者提出用新的理论予以补充,^[44]但仍然未能很好地解决这一问题。因此,总体而言,传统的分析框架,实际上关注的是静态的效率问题,即在投入不变的情况下,有更多数量的产出。而这种框架很难分析文化多样性保护这样的问题,这也是转售价格维持一直以来存在争议的重要因素。^[45]

(二)实证分析的说明力缺失

实证研究往往是对理论进行证实与证伪的重要方面。转售价格维持对于产品多样性的影响,通过实证的调查来进行确认,似乎是比较好的方式。但如果影响最终结果的因素太多而难以确认因果关系,则结论的可靠性就成为问题。

以日本为例,日本市场实施转售价格维持,其出版市场在20世纪90年代中期之前一直保持增长,但之后却开始萎缩。而在此之前,经济的波动如1980年代之后的广场协议、1980年代和1990年代的经济泡沫,对日本出版市场没有什么明显的影响。即便在经济泡沫破裂之后的一个时期也仍然保持了增长。但是,1990年代中后期,市场出现了二战之后的首次萎缩。^[46]对此日本学者缺乏明确的解释。日本的图书杂志统计如下:^[47]

[43] Neil W. Averitt, *Supra* note 38, at 187.

[44] 如以“消费者选择”是否增加来衡量反垄断法介入的程度。See Neil Averitt & Robert Lande, “Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law”, 65 *Antitrust Law Journal*, 713 (1997); Neil W. Averitt & Robert H. Lande, “Consumer Choice: The Practical Reason for Both Antitrust and Consumer Protection Law”, 10 *Loyola Consumer Law Review*, 44 (1998). 但这一方法往往缺乏传统价格理论下的精确,适用的范围比较有限。

[45] 还有学者建立模型,发现相比完全竞争,在转售价格维持下似乎有更多种类的图书出版。(See Frederick Van Der Ploeg, “Beyond the Dogma of the Fixed Book Price Agreement”, 28 *Journal of Cultural Economics*, 1-20 (2004). 但是,由于完全竞争的一个基本前提就是产品的同质化,因此,以完全竞争作为比较的基础,结论的说服力存在疑问。

[46] Dai Miyamoto, *Supra* note 24.

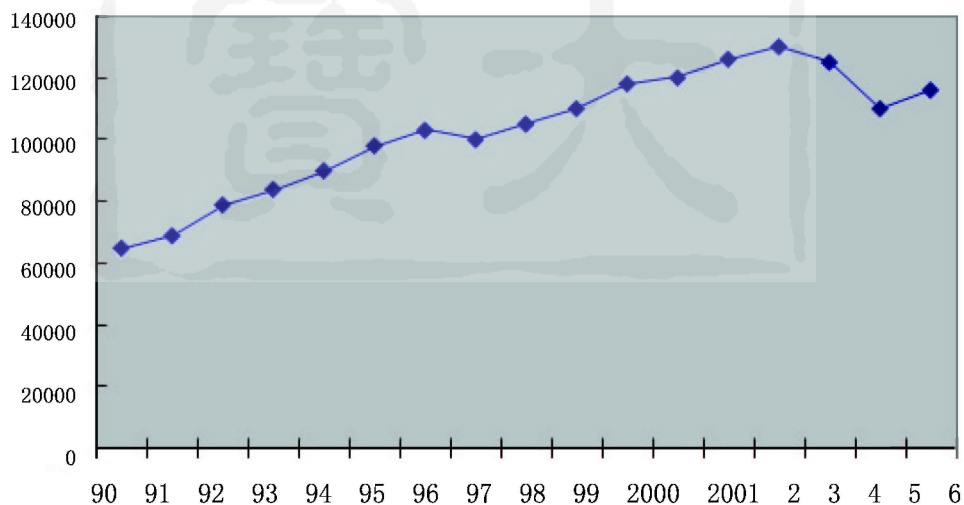
[47] See Brian Moran, “The Field of Japanese Publishing”, Creative Encounters Working Paper No. 46, http://openarchive.cbs.dk/bitstream/handle/10398/8051/46-Moran-Field_of_Japanese_Publishing.pdf?sequence=1, 最后访问日期:2012年5月19日。

日本图书和杂志出版统计 (1971—2006)

时间	出版种类	图书数量(百万)	图书售价(百万日元)
1971	20,158	520.00	233,017.20
1976	23,464	857.84	533,566.01
1981	29,362	1,090.25	690,833.58
1986	37,016	1304.67	715,715.86
1991	42,345	1400.78	926,363.88
1996	60,462	1544.21	1,099,601.05
2001	71,073	1385.78	1,003,174.46
2006	80,618	1436.03	1,009,450.11

日本一直实施出版物转售价格维持体系不同,英国曾经在出版业中实施转售价格维持,但在1995年又予以废除。从英国图书市场出版物种类的发展中可以看出:可能是由于净价书协议结束之后的不确定性,1997年新书数量有所下降,之后到2003年则持续增加。2003年之后到2006年,有证据表明有下降趋势。^{〔48〕}

英国新书出版年度统计表(截至2006年)



如果对比英国和日本的新书数量变化可以发现:一直实施转售价格维持的日本,在相当长

〔48〕 Michael Utton, “Books Are Not Different After All”, 7(1) *International Journal of the Economics of Business*, 115—126 (2000).

的时期内保持增长,但经历了原因不明的下降;英国在废除转售价格维持之前也是保持增长,废除之后基本延续了这一趋势,但从2003年开始出现新书数量下降。尽管之后2009年新书出版总数是133224,有了显著上升,但无法确认数字变化是否和净价书协议的废除直接相关;而是否和其他因素如英国出版商总数的增加有关(2009年增加3,009家,2001年增加2,248家,而2009年总数则达到了10000家),也无法确认。^[49]

实际上,就算是相对而言更为明确和直接一些的对转售价格维持与出版物价格之间的研究,也存在因果关联性判断的问题。以英国为例,有学者的研究发现,从1995年净价书协议被废除到2007年的12年间,图书价格指数上涨了49.6%,而同期消费者价格指数只上涨了27.6%。1995年到2007年,英国消费者在图书上的花费增加了59.5%。但这一结果的产生却有多方面的因素:^[50]第一,12年间消费者在整体消费支出上增加了48%,相比历史标准,这一阶段的增长非常迅速。第二,在图书上支出的增加,部分是因为图书的价格增长比普通商品快。那些购买不打折图书的消费者支付了更高的价格,但与此同时,绝大多数图书购买者属于高收入人群,对价格不敏感。第三,在同一时期,娱乐和文化支出增加了56%。在整个娱乐和文化支出中,图书支出占3.6%。而在1993年,这一数字是4.1%。第四,人们购买更多图书来阅读的另一个原因在于公共图书馆服务的下降。1995年3月,英国公共图书馆借出的图书总数是5亿3千4百万册;而12年后的2007年,这一数字下降为了3亿1千4百万册。也就是说,人们更倾向于自己购买图书而非向图书馆借。这些因素都需要予以考虑。此外,在看到图书消费支出增加的同时,也要看到在固定价格被废除之前已经出现的暗淡前景。文化、娱乐、休闲产品市场的竞争在这些年极大地增强了: DVD、带有高速网络的家用电脑、多频道数字电视、手机娱乐、Ipod等这些新产品都已经出现,并都会影响图书市场。

因此,从实证的数据上很难发现转售价格维持和出版物多样性之间的直接关联,太多的因素无法很好地排除。由此可见,多样性为反垄断法提出了难题,而在传统框架下很难得到合理的结论。

三、解析:基于产业链逻辑关系的思路

出版物的转售价格维持被赋予了很多文化的意义,以至于有些学者认为其所宣称的重要性已经达到了神秘的程度。^[51]与此同时,多样性问题在反垄断法中缺乏直接的分析范式,从而形成争议。这也使得一些学者回避直接的判断,转而从对“文化多样性”保护立法和反垄断法立法之间的效力高低来探讨法律适用的问题。^[52]这尽管是解决实然问题的途径,但却无

[49] Brian Moeran, *Supra* note 47, at 21.

[50] Francis Fishwick, *Supra* note 6, at 359—377.

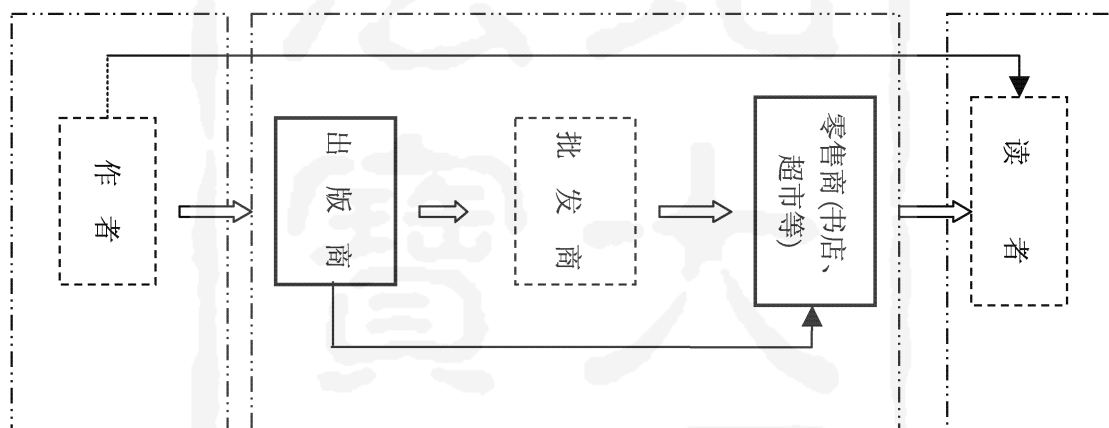
[51] Canoy, M., F. van der Ploeg, and J. C. van Ours, *The Economics of Books*, in V. Ginsburgh, and D. Throsby ed., *Handbook of the Economics of Art and Culture*, Elsevier, 2006, pp.722—759.

[52] Christoph U. Schmid, *Supra* note 4, at 153—170.

法帮助厘清转售价格维持与多样性的内在关系。因此,有必要转换分析的视角。

在颁布了反垄断法的国家和地区,除了个别的行业之外,^[53]反垄断法都普遍适用,由此认可的是竞争的基本作用和价值。在此情形下,如果要对特定限制竞争行为和行业进行豁免,则是在普遍原则上建立特例,需要非常充足的理由。对于支持出版物转售价格维持以获得多样性保护的观点而言,其内在的逻辑为:转售价格维持的存在能够确保出版商和普通书店出版发行一些不像畅销书那样赚钱、但有文化价值的图书。这一理由最大的问题在于:即便证明了转售价格维持可以导致多样性,但也无法说明一定要通过转售价格维持这一方式来实现。如果本身存在不通过具有限制性的转售价格维持就可以获得多样性,则其存在就显得多余。

此外,即便转售价格维持影响出版商和书店,进而会影响到多样性,但仅仅从出版商和普通书店这两个角度来思考转售价格维持的问题,也存在重大的缺失。因为出版物的生产和销售涉及很多环节,而每个环节都对最终产品的多样性具有影响。从简化的产业链来看,出版产业包含三个主要部分:一是生产者,二是中间环节,三是最终消费者。出版商和零售商仅仅是中间环节的一部分。作为整个环节有机构成的作者、批发商和读者所面临的变化,对于多样性同样存在巨大的影响。产业链的基本构成如下图所示:



(一)多样性保护是否只能通过转售价格维持来进行

事实上,出版物的多样性可以来自于作者出版方式的变化,以及销售形式的革新。也就是说,产业中存在转售价格维持的替代形式。这使得转售价格维持豁免无法成为出版物多样性保护的必要条件,其存在的合理性必然因此受到怀疑。

1. 作者层面的自主出版

出版业的真正生产者实际上是作者,而其他的环节都是为了将作者的创作有效地传递到读者面前。因此,尽可能地保障作者创作的作品得以传递到读者手中,是多样性保护的重要方面。正如格兰蒂内迪说:“如今的出版流程中,只有作者和读者是不可或缺的,连接两者的其余

[53] 通常为自然垄断行业如电信等,以及特殊的行业如国防、金融等。

环节,现在都可谓是危险与机遇并存。”^[54]作者能够创作出什么样的作品,当然直接决定了最终出版物的多样性。在传统的出版流程下,即便作者创作出来不同的作品,仍然需要出版商的认可,并和作者分享最终出版物的销售获利。而出版商的出版能力、审查标准会影响最终产品的多样性。实际上,受制于传统出版方式,只有很少量的作品能够出版。仅以中国为例,在中国目前所有的原创作品,大概只有5%可以通过出版社发表。^[55]而据《纽约时报》报道,历史上很多成为经典的著作或超级畅销书,都曾遭遇“九死一生”的退稿命运。其中包括J·K·罗琳的《哈里·波特》和纳博科夫的《洛丽塔》。^[56]因此,从作者的角度而言,如果存在便捷、低成本的方式,那么无疑会对出版物的多样性有着非常巨大的影响,完全可以不用转售价格维持系统的限制竞争方式。

诸如图书这样的文化产品,一个显著的特点就是能从技术发展中获益巨大。^[57]自助出版的出现,就是对这一需求最好的回应。所谓自助出版,即个人绕开出版社等传统出版发行机构,自主投资制作并出版发行数字化和实质的图书、期刊、音像制品等传播品的活动。自助出版服务模式大体是:客户先通过自助出版网站提供的傻瓜式编辑排版软件对作品进行处理并选择包装、封面,然后填写订单并支付制作费用。作品制作完成后,客户可要求网站将其邮递到某一个地址,或者要求网站代理申请ISBN即国际标准书号,并在网站上开设作品专区,销售作品的实质版和电子版。^[58]美国的lulu.com、blurb.com等许多网站相继推出了自助出版服务。根据美国鲍克(R.R.BoKer)公司的数据显示:2010年,传统出版商的出书品种增长5%至近32万种;非传统图书增长169%至277万种。自助出版社由CreateSpace拔得头筹,出书3.4万种,Lulu出版了1.1万种,Xlibris出版了1万余种,AuthorHouse出版了8502种。^[59]

自助出版带来的影响体现在几个方面:首先,其降低了出版的门槛。随着市场份额的增加,软件运用的成熟,出书的成本变得越来越低。以著名的Blurb为例,2006年5月刚开始时,对于Blurb的自助出版者来说,要想出版40页全色简装的图书,需要18.95美元,需要花29.95美元在同样规格的精装书籍上。440页的全色简装书需要69.95美元,同样规格的精装书需要79.95美元。短短的一年之内,该类自助出版图书成本已经降价。以前者为例,一本40页的全简装书从18.95下降到12.95美元;精装图书每本从29.95美元下降到17.95美元。^[60]而不管是79.95美元还是17.95美元,对于想出版作品的作者而言,都并非较大的负担,使得出

[54] 外滩画报:“亚马逊会消灭出版社吗”,<http://www.techweb.com.cn>,最后访问日期:2011年12月2日。

[55] 王积龙:“Blurb自助出版开启平民市场”,《出版参考》2007年第7期。

[56] 陈熙涵:“电子书将占北美图书市场销量1/3”,载《文汇报》2011年1月12日,第9版。

[57] See Van Der Ploeg, “Beyond the Dogma of the Fixed Book Price Agreement”, 28 *Journal of Cultural Economics*, 1-20(2004).

[58] 郑一卉:“美国自助出版热潮评析”,《中国出版》2008年第5期。

[59] 陆云:“美国传统出版社纸本书品种微增 自助出版按需印刷图书飙升”,载《中国图书商报》2011年5月20日,第13版。

[60] 王积龙,见前注[55]。

出版物多样性得以巨大提升。其次,自助出版下文学代理人将可能让作家绕过出版商,直接与电子书分销平台合作。与这些平台的合作,会为代理人增加与大型出版商谈判版税分成的筹码。以亚马逊为例,当作者对电子书的定价在 2.99 美元以上时,亚马逊向作者支付 70% 版税。不过,目前这个价位的图书销量还比较小。在 Kindle 畅销书榜上自助图书的定价多是 75 美分,每售出一本书,作者可获得 35% 版税,即 26.25 美分。即便如此,这也高于传统出版商 25% 的电子书版税标准。^[61] 在这些因素的共同作用下,市场上出版物的多样性无疑会显著地增加。尽管纸质出版仍然在当下占据主流,但依靠转售价格维持体系来实现出版物多样性的辩解理由则显得多余。

2. 销售层面的服务与成本节省

如今,网络、超市等的迅猛发展带来了新的革命,已经改变传统的完全依靠书店进行图书销售的模式。而这种变化乃是市场需求更有效的销售系统所带来的必然产物。以英国为例,其图书销售的市场构成如下:^[62]

英国图书销售份额(以销售额计算)

	1998	2004	2005	2006	2007
前 4 大连锁书店	38.5	43.3	41.4	39.6	37.5
其他专业书店	19.9	10.6	10.5	10.2	9.6
超市	4.0	6.4	8.0	9.0	11.0
读书俱乐部	24.7	17.8	15.3	14.9	10.9
网络	0.3	9.1	11.7	13.2	20.0
其他	12.6	12.8	13.1	13.1	11.0
总计	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

在经典转售价格维持分析中,转售价格维持能够促使销售商提供服务,而其即便带来了较高的价格,也可以视为是对服务的一种购买。但是,对于读者而言,这种服务只是其购买决定中的一部分,这也会反过来导致出版商和书店提供满足消费者其他需求的方式,进而促使产业的变化。以网络书店为例,它为节省搜寻成本提供了极大的方便,在为读者提供福利的同时,也提升了整体社会福利,因此获得快速发展。通常而言,消费者为了获得充分的产品质量和价格的信息,必然要付出一定的搜寻成本。搜寻成本包括消费者支付的金钱、时间和精力之和,如逛商店需要付出交通成本和时间成本。在信息的搜寻有代价的时候,人们对信息的搜寻是有节制的,即存在“成本—收益”衡量下的信息搜寻,否则,由此而引起的搜寻成本激增可能会使得搜寻活动得不偿失。^[63] Amazon Page 也是以最简单的方式和实惠的价格将实体书分

[61] 渠竞帆:“亚马逊何故强势杀入出版”,载《中国图书商报》2011 年 7 月 8 日,第 6 版。

[62] Francis Fishwick, *Supra* note 6, at 359—377.

[63] 李明志、柯旭清:《产业组织理论》,清华大学出版社 2004 年版,页 87。

开卖,消费者需要时,可只购买书中的单页或单章节内容;而 Amazon Upgrade^[64]则是使消费者在拥有实体书籍后,同时可再以便宜的价格获得该书的在线阅读版本。相比之下,实体书难以使用检索功能,加上实体书店书局库存量、空间限制,大多是提供热门书籍,书籍种类较不齐全,缺乏多元性,在此情况下消费者将花费更多的搜寻成本及交易成本。^[65]同时,实体书店往往也无法提供全天候关键词检索功能,所提供的部分服务脱离了网络环境也无法实现,如阅读该书的读者推荐的书籍。因此,成为直接替代品的可能性甚微。

按照豁免转售价格维持以促使多样性的观点,即便销售价格被固定,仍会促使数量众多的小书店提供越来越多种类的图书,以满足消费者的需求。只是,这一观点和保护中小书店观点明显存在逻辑上冲突。因为既然是中小型书店,就不可能有大量的图书供读者选择。而且,即便是大型实体书店也无疑会受到展示场地的限制。相比之下,网上书店只需要有实体的仓库即可,可以用于展示的图书几乎不受限制。而且,随着技术的发展,不少网上书店也根据消费者以往的购买和查询记录,自动推荐合乎读者品味的书籍。因此导致的网上书店的快速发展和实体书店的萎缩就并不奇怪。但这种现象的发生,实际上是和转售价格维持豁免的逻辑相悖的。合理认识这些现象的落脚点在于:不同的销售形式带来了不同的实现多样性的方式。例如,亚马逊进入日本市场之后非常成功,即便有转售价格维持,它仍然占据了12%的市场份额,并仍在增长。^[66]这一现象同样也和转售价格维持存在的理由有明显的冲突:如果书店允许产品打折,那么就会出现搭便车的问题;搭便车的书店会降低服务,鼓励消费者从其他书店获得服务,而从自己这里购买图书;网上书店没有提供普通书店的所谓“服务”,但对于读者来说,网上书店可以节省大量的搜寻成本、到实体店购买的路途花费,读者不必承担到了实体店找不到需要的书等风险。

由此种种,可以发现,促进出版物多样性的方式很多,并非只能依赖于转售价格维持,^[67]其作为多样性保护的必要条件是不能成立的。

(二)转售价格维持是否必然产生多样性保护的结果

即便认可转售价格维持能够促使出版商和书店为出版物多样性进行努力,但出版产业链条上还存在多个其他环节,这些环节也会受到转售价格维持的影响,进而影响多样性问题。

[64] Amazon Upgrade, AMAZON.COM, <http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=110744011>, 最后访问日期:2012年8月19日。

[65] Erik Brynjolfsson, Yu (Jeffrey) Hu & Michael D. Smith, “Consumer Surplus in the Digital Economy: Estimating the Value of Increased Product Variety”, 49 *Management Science*, 1580, 1592 (2003).

[66] Brian Moeran, *Supra* note 47, at 21.

[67] 出版资助也被认为是可以促进多样性的方式,以瑞典为例,瑞典在20世纪70年代实行报业资助制度,以避免从业企业之间的竞争过于激烈而导致相关企业退出市场。从1969年到1974年间,报纸种类从91种增加到94种;在1984到1986年的高峰时期,共有101种日报出版;目前,大多数1971年后新出的日报仍然存在。而实际上,平均所有被资助报纸收入的21%都来自于国家的报业资助制度(See Karl Erik Gustafsson, “The Market Consequences of Swedish Press Subsidies: Analysis commissioned by the Swedish Ministry of Culture”, www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/90/32/c6a0f7aa.pdf, 最后访问日期:2012年8月20日)。

1. 批发商环节的瓶颈效应

批发商对市场的巨大影响能力被忽视,而实际上在转售价格维持下可能导致突出的限制竞争效果,进而严重影响出版物多样性。支持出版物转售价格维持的观点,往往关注的是作为生产商的出版社以及作为零售终端的书店的生存状况,认为通过转售价格维持来确保他们获得利润空间,以便出版受众小但有价值的出版物。但从市场结构的角度来说,大部分国家和地区的出版市场在这两个环节的市场集中度并不高——也就是说,这两端竞争其实是较为充分的。在一定程度上讲,即便有转售价格维持的存在,对于这两个环节的企业,真正缓解竞争压力的作用可能比较有限。而被忽略的一个部分,则是出版物的批发环节。在这一环节上,市场往往呈现较高的垄断状态。以日本 2002 年的数据为例,日本全国有 4500 家左右的出版公司,其中 3 家最大的占有不到 30% 的市场份额,资本金在 201—300 万日元的为 259 家,职工在 10 人以下的出版社约 2250 家,分别占出版社总数的 5.94% 和 52%,97% 的出版社职工在 100 人以下。大约 60% 的书籍和杂志通过书店销售,而书店则有 18000 家左右。^[68] 在美国,设立出版单位仅需缴纳 20 美元注册费,所以美国登记的出版社有 28000 多家,年出书一种以上的有 4000 多家。^[69] 英国和法国在册出版社都在 4000 家以上,规模较大、经常出书的也在 500 家左右。德国 2004 年约有 1.5 万家出版社,但扣除出版量极少和以出版为副业的公司,严格说来应该只有 2000 家。2005 年英国有图书出版商 2719 家,期刊出版商 2086 家。而到 2002 年,我国台湾地区图书出版社则达到 8887 家。^[70] 但是,与此同时,许多发达国家的书刊销售都由专门的批发或零售公司来做。比如,日本市场上 70% 的书籍和 90% 的杂志通过批发商销售。批发商大约有 40 家,最大的 2 家占有 80% 的市场份额。^[71] 美国的图书批发商主要有英格纳姆公司,占全国图书批发额的 50%。^[72] 因此,整个市场中批发环节呈现较为明显的市场集中。

从转售价格维持的经济逻辑来讲,由于转售价格维持限制了零售产品的价格,会鼓励销售商在服务上投资来吸引更多的消费者,以赚取更多的利润。^[73] 而在出版业中,增加出版物的种类即多样性,是转售价格维持带来的重要好处之一。但是,正如前文的分析,转售价格维持也可以成为横向卡特尔的“掩盖方式”。经销商为了避免相互之间的竞争,共同实施横向限制竞争协议,同时为了避免因共谋而受到反垄断法的严厉制裁,转而向生产商施加压力,以生产商的名义来制定转售价格维持协议,最终达到固定价格的目的。当市场具有集中度大、市场参与者少的特点时,横向限制竞争协议成功的可能性会显著提高。因为在一个市场上生产同类产品的企业的数量极少,或者有较多数量的企业,但在规模上少数几家企业占支配性地位这样的市场结构下,企业之间结成和维持卡特尔的交易成本相对较低。^[74] 而逃避市场竞争的压

[68] 孙洪军:《日本出版产业》,吉林大学 2007 年博士论文,页 22。

[69] 黄河飞:“冰山一角:跨入新世纪的美国出版业管窥”,《出版广角》2002 年第 7 期。

[70] 魏玉山:“台湾图书出版业考察综述”,《出版发行研究》2002 年第 5 期。

[71] Dai Miyamoto, *Supra* note 24, at 40.

[72] 孙洪军,见前注[68],页 22。

[73] 李剑等,见前注[30]。

[74] 李剑、唐斐:“转售价格维持的违法性与法律规制”,《当代法学》2010 年第 6 期。

力,是所有市场参与者天然的本性。出版物批发环节的市场集中度高本身具有经济合理性,因为在这一市场上有典型的规模效应。但是,其带来的负面效应就是容易导致几个大的批发商控制上下游产业的状况,如果此时允许转售价格维持,无疑会产生严重的限制竞争效果,使得产业利润整体向批发环节转移,而风险则向上下游转移,导致出版商和书店的利润空间变小,和支持用转售价格维持来获得多样性的逻辑一致,但获得的结果却是相反。

以中国为例,在放开图书价格之后,出版、印刷、发行等出版产业环节利润分配比例发生变化,有 50%—55% 的利润进入发行环节的二级批发商和零售商,只有 10% 左右的利润留在出版社。^[75] 在日本,转售价格维持在整个销售环节都是合法的。出版商决定书的零售价格、净收入比例,书店则和批发商确定合同。合同的条款依赖于利益和谈判实力。但是,批发商特别是最大的两个批发商在每个合同中都获得主动。如果不使用批发商制定的合同,出版商和书店就无法进入批发环节。^[76] 同时,日本推行的销售商可以退还没有销售出去的书给出版商的制度,更加大了出版商的风险。近年来,日本占总量 39% 左右的书没有销售出去而被退回到出版商处销毁,以阻止打折。^[77] 批发环节的瓶颈效应使得经营风险向出版商、图书零售商集中,无疑会使受众面小、出版成本较高但具有文化多样性价值的图书的出版风险进一步加大,最终导致多样性被抑制。

当然,从竞争效果上来说,由于转售价格维持的存在,在增强了批发环节垄断力量的同时,可能会同时增强处于上下游的书店、出版商的市场力量,形成“卡拉布雷西假说”的抗衡效应。^[78] 但是,要形成抗衡效应需要满足一系列的前提要求。而按照目前的理论研究,要实现这一效应,往往需要假设产品本身是在同质化条件下进行,^[79]而这又和产品多样化的结果要求形成了矛盾。

2. 读者需求的动态满足

多样性保护的目,从根本的角度来说,是为读者提供价值。但从出版商和书店的角度论证多样性的诉求,更多地是从供给的角度来进行的解读。而作为需求方的读者,也就是出版物的最终消费者在转售价格维持的支持观点中被忽略。供给与需求是相辅相成。通过限制市场竞争来实现文化多样性的一个最重要的问题在于:这是通过出版商、零售商的角度来实现的

[75] 向志强:“对书号总量调控和图书价格放开政策的审视”,《出版发行研究》2008 年第 6 期。

[76] Dai Miyamoto, *Supra* note 24, at 40.

[77] Salil K. Mehra, “Copyright, Control and Comics: Japanese Battles Over Downstream Limits on Content”, 56 *Rutgers Law Review*, 181 (2004).

[78] “加尔布雷斯假说”源于约翰·肯尼思·加尔布雷斯(John Kenneth Galbraith)1952 年的一部著作——《美国资本主义:抗衡势力的概念》。在这部极具争议性的著作中,加尔布雷斯论述道:“具有一定程度垄断势力的卖者可以攫取一定程度的垄断收益。这一事实意味着,该卖者的上下游企业也有提高垄断势力的动力,因为籍此它们可以使自己免于被剥削。这也意味着它们这样做有利可图,因为可以分享对手的市场势力收益。通过这种途径,一种市场势力的存在会创造出另外一种市场势力形成的激励,并且中和前一种市场势力。”主要内容参考自吴绪亮:“买方集中、纵向限制与抗衡势力——解析‘加尔布雷斯假说’的反垄断涵义”,《财经问题研究》2005 年第 8 期。

[79] 同上注。

“主观的”供给的多样化,却未必是读者所认可的需求方面的多样化。实际上,不仅仅是出版物市场面临这一问题,在很多产业中都有选择上的困惑。在通用汽车(GM)还是美国市场的三巨头之一,并且没有什么进口车存在的时候,通用尽了它自己最大的努力拓展产品线以满足消费者的所有需求,而且,它还有详尽的公司战略来确保实施。^[80]但是,通用所有产品都长得差不多,而产品线也没有覆盖经济型轿车、小型运动车和真正的豪华车。这可能有很多原因,如节省设计资源的考虑,没有预测到消费者的偏好等,但不管如何,汽车实际上并没有满足所有产品线的消费者。^[81]而如果没有满足消费者的需求,那么产品生产的意义和实际价值也会因此降低。因此,多样性本身的问题应当是同时考虑供给与需求的综合性的问题。

从需求方来说,多样性问题不仅是供给方提供了多少选择,还包括多少选择是有效的。这种角度的转换,就如同计划经济与市场经济的差异。正如哈耶克所言,复杂的集权计划体系已经失败,因为计划者没有、也没有办法去收集庞大的数据,从而将数以千计的企业的供给与数以百万计的家庭的需求相匹配。^[82]就出版物多样性的本质而言,其实质是为读者提供更多的选择,让他们可以有更多机会广泛地接触各种思想、文化信息,因此,出版物多样性保护内在的要求应当是以读者为核心的。而当视角从供给者转向需求者之后,对于多样性的问题也就相应地转变为供给者对需求的争夺和满足,这实际上隐含了供给者的竞争,而不是消费者之间的竞争。因此,限制供给者之间竞争的转售价格维持违背了这一内在的逻辑。实际上,从文化多样性所包含的言论自由的角度来看,这种竞争更具有意义。美国联邦最高法院大法官奥利弗·温德尔·霍尔姆斯在“艾布拉姆斯诉合众国案”所持的反对意见中曾首创“思想自由市场”的观点,他认为:

如果人们能认识到许多曾经好斗的信念已然为时间所颠扑,那么他们就会比对自己的行为动机更加坚定地相信完美的愿望应当通过意见的自由交流才能更好地达到——检验真理的最好方法就是在“市场”的竞争中让思想自身的力量去赢得受众,而这真理是人们的愿望能够得以真正实现的唯一的基础。不管怎么说,这才是我们的宪法原理。^[83]

很难想象,如果提供言论承载、传播者自己都从事限制竞争行为,其提供的所谓多样性的出版物又有何价值。

四、结语:竞争实现多样化

对于以出版物多样性保护来为转售价格维持辩护的观点,其存在的问题可以简单地归结为:充分条件不充分,必要条件被忽略。在竞争作为市场机制最为核心的部分而被广泛接受

[80] Mira Wilkins, “Multinational Automobile Enterprises and Regulation: An Historical Overview”, in Douglas Ginsburg & William Abernathy eds., *Government, Technology, and The Future of The Automobile*, McGraw-Hill, 1980, p.227.

[81] Neil W. Averitt, *Supra* note 38, at 187.

[82] F. A. Hayek, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, Routledge, 1988, pp. 7, 43.

[83] (美)吉尔摩等:《美国大众传播法:判例评析》(第六版),清华大学出版社2002年版,页26。

时,限制竞争的理由需要有坚实的基础,而出版物转售价格维持显然缺少这一基础。因此,即便是不少欧盟的成员国如法国、德国、奥地利在出版业中实施转售价格维持,但欧盟很少对涉及成员国之间的图书转售价格维持行为给予豁免。^[84] 主要原因就在于,欧盟委员会认为相关当事方无法说明用转售价格维持来固定价格是促进文化多样性所必需的,没有其他较小限制的形式可以替代。^[85] 市场竞争的确是非常复杂的现象,有多种维度。^[86] 法瑞尔(Farrell)认为,竞争通常有多种好处,但却无法详尽地予以证明,而多样性就是其中之一。^[87] 目前世界上对出版物保留了转售价格维持豁免的国家,都有很深的历史原因或者政治原因。^[88] 在很多时候,多样性保护更多地成为了产业保护的遁词。出版物往往由于语言的问题会形成地区性的较为封闭的市场,在限制竞争措施的保护下,对于产业的竞争力提升会产生更大的负面影响。而在一些和出版物同属文化产业的电影等行业中,这种保护性措施所带来的非效率性则相当显著。^[89] 从更宽泛的角度来说,并非只有出版物才追求多样性——不管是否基于文化多样性或者言论自由这样“崇高”的目的,竞争从来都不可能是单纯的经济竞争。经济状况中无疑会包含众多的文化因素,例如企业的文化环境会对企业的层级结构、聘任制度产生影响,进而影响职工的福利、薪资,以及企业的人力资源成本。反过来说,大多数产品也是文化的载体,而不单单是出版物。那么,如果在此问题上进行扩展,则几乎所有行业都有豁免竞争的“正当理由”。因此,在出版业中,利用竞争来促进多样性仍然是一个基本的原则。

(责任编辑:张双根)

[84] 相关案例可参考:Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc and others v. SARL “Au. Ble Vert” and others, case 229/83 ECR [1985]; Boriello v. Alain Darras and Dominique Tostain, case 95/84 ECR [1986]。当然,欧盟对于这些案件也非常谨慎。从欧盟第一个成员国之间图书贸易涉及价格固定问题的案件(Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen (VBVB) and Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (VBBB) v. Commission of the European Communities, joined cases 43/82 and 63/82 ECR [1984])来看,欧盟委员会关注到这些固定价格协议是在1962年,但15年之后才开始调查,并最终在1981年认定其固定成员国之间的商品、图书价格违反了欧盟条约第81条。(Miklos Kiraly, “Book Trade And The Internal Market”, 63 *Revue Hellénique de Droit International*, 581—597(2010).)

[85] Miklos Kiraly, “Book Trade And The Internal Market”, 63 *Revue Hellénique de Droit International*, 581—597(2010)。相关案例还可参见:Commission of the European Communities v. French Republic, 269/83 ECR [1985].

[86] Wolfgang Kerber, *Competition, Innovation and Maintaining Diversity through Competition Law Economic Approaches to Competition Law: Foundations and Limitations*, edited by Josef Drexler, Wolfgang Kerber & Rupprecht Podszun, Edward Elgar, 2010, p.173.

[87] Joseph Farrell, “Complexity, Diversity, and Antitrust”, 51 *The Antitrust Bulletin*, 171 (2006).

[88] Jürgen G. Backhaus, *Supra* note 31, at 7—8.

[89] Evangelia Psychogiopoulou, “EC competition law and cultural diversity: the case of the cinema, music and book publishing industries”, 30(6) *European Law Review*, 838—861 (2005).