

转售价格维持反垄断法规制路径的发展及其启示

张 骏

(华侨大学 法学院,福建 泉州 362021)

【摘 要】确立转售价格维持反垄断法规制的理想路径需要权衡经济学理论与法律确定性。美国反托拉斯法分析框架的两分法模式无法平衡两者,欧盟竞争法的分析框架较为多元,可以两者兼顾。转售价格维持竞争效果的实证调查并无定论,至今仍无法证实真正、反面效果,哪种更有可能发生以及发生的频率更高。好的分析框架应以较低的成本来区分有益或有害的转售价格维持,欧盟竞争法的分析框架在这一点上也是可取的。因此,我国应坚定不移地学习欧盟竞争法的相关经验来完善反垄断法对转售价格维持的规制。

【关键词】合理原则;可抗辩的违法推定规则;经济学理论;法律确定性

【中图分类号】D912.294

【文献标识码】A

【文章编号】1671-6973(2017)01-0050-07

转售价格维持向来是反垄断法中最具争议的问题之一^①。近年来,现代反垄断法的两大体系代表——美国反托拉斯法和欧盟竞争法对转售价格维持的规制相继发生了重大的变化。2007年,美国联邦最高法院在丽晶案中推翻了适用近百年的运用本身违法规则判断转售价格维持的先例,认定转售价格维持应当运用合理原则予以判断^[1]。随后,这一里程碑式的判例对欧盟竞争法产生了剧烈冲击,理论界与实务界竞相探讨是否应当遵循美国的判例,将规制转售价格维持的可抗辩的违法推定规则转变为效果路径^②。2010年,欧盟委员会在审查有关纵向限制的法律制度时爆发了激烈的争论,继而修订了《纵向限制集体豁免条例》(以下简称“条例”)和《纵向限制指南》(以下简称“指南”),后者更是首次明确承认了转售价格维持具有潜在的促进竞争效果,但总体上仍旧维持了原有规则^[2]。我国《反垄断法》对转售价格维持的规定是以《欧盟运行条约》(以下简称“条约”)第101条为立法蓝本的^③,但在规制过程中又深受美国反托拉斯法的影响。这就导致了理论界和实务界对此问题的争议;绝大多数学者主张适用合理原则,仅有少数学者坚持可抗辩的违法推定规则;法院青睐合理原则,反垄断

执法机关则倾向于可抗辩的违法推定规则^④。有鉴于此,有必要厘清欧美转售价格维持反垄断法规制路径的发展,藉此作为我国参照借鉴的资源,以期能在一定程度上缓解我国在此领域内的争议。

一、转售价格维持反垄断法规制路径的发展逻辑

(一)欧美反垄断法分析框架释义

反垄断法所追求的直接效果是发现限制竞争行为并予以规制,它的所有制度都是为此过程而展开的。反垄断法的实施离不开理论界与实务界通过共同努力而建构出来的限制竞争行为分析框架的指导。欧美反垄断法都根据自身情况发展出了分析限制竞争行为的框架。

1. 美国反托拉斯法的分析框架。美国反托拉斯法规制限制竞争行为的分析框架是本身违法规则和合理原则的两分法模式^[3]。本身违法规则的实质是高度的违法性推定。一旦被证明有该行为即是违法,任何抗辩理由法院都将不予采纳^[4]。合理原则的实质是法院在具体对待诉讼案件时,对行为的排挤竞争效应和产生潜在效益进行比较,再来决定其违法性^[5]。

【收稿日期】2016-11-20

【基金项目】2015年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目第18号招标课题《经济全球化背景下中国反垄断战略研究》(15JZD018)

【作者简介】张骏(1982—),男,江苏江阴人,副教授,硕士生导师。主要研究方向:反垄断法。

2. 欧盟竞争法的分析框架。欧盟竞争法规限制竞争行为的分析框架大致可以分为四种：目标限制、效果限制、推定缺乏效果以及推定有益。目标限制的实质是可抗辩的违法推定，只要被告能举证行为对竞争的限制不明显或影响较小，或者行为能满足《条约》第 101 条第 3 款的豁免条件，它就能够不被禁止^[6]。效果限制的实质是根据经济、法律和实际情况来对行为进行综合分析，看其是否可能导致限制竞争的效果^[7]。假设缺乏效果的实质是行为可能并未显著影响成员国间的贸易，或可能不构成对竞争的显著限制^[8]。推定有益的要旨是行为所带来的经济效率总是可以抵消甚至超过其可能造成的反竞争效果^[9]。

（二）欧美转售价格维持反垄断法规制路径发展中两大因素的博弈

从反垄断法的角度而言，最为关键的问题是哪种分析框架适合转售价格维持。这就无可避免地要权衡经济学理论与法律确定性这两大形塑转售价格维持反垄断法分析框架的因素。欧美反垄断法对此有着截然不同的考量。

1. 美国反托拉斯法对两者的考量。丽晶案的里程碑意义在于转售价格维持脱离了长期以来的本身违法规则，转而适用合理原则。1911 年的迈尔

斯案奠定了转售价格维持的本身违法规则，但判决依据并非是基于经济分析，而是基于经销商的自由定价权^[10]。随着经济学理论的发展，经济分析逐渐成了美国反托拉斯立法和实施过程中的决策基础^[11]。在丽晶案中，判决依据完全采纳了经济学理论。联邦最高法院的多数法官认为分析转售价格维持的关键是判断它的效果是促进竞争还是反竞争的。经济文献中有很多制造商使用转售价格维持促进竞争的例子。在许多市场条件下，转售价格维持不会有反竞争效果。普遍的共识是一旦允许制造商控制货物销售的价格，其就会以各种方式促进品牌间竞争。而反垄断法的主要目的是保护品牌间竞争。因此，转售价格维持的竞争效果支持了该行为不符合本身违法规则的立场^[12]。

审视美国转售价格维持反垄断法规制路径的发展，便可知晓其是如何权衡经济学理论与法律确定性的。本身违法规则的实质是可以阻却一切抗辩理由的高度违法性推定，具有极强的法律确定性。但司法是会出错的，错误可以分成两类：其一为假阳性错误，即把本来是促进竞争的行为错判为反垄断违法；其二为假阴性错误，即把本来具有反竞争效果的行为错判为合法^[13]。基于多种原因，原谅假阴性错误更可取。因为错误地放过了限制竞

① 转售价格维持是指生产厂商要求销售商按照其规定的价格水平销售商品的行为，它一般包括固定转售价格、最低转售价格维持和最高转售价格维持三种形式。由于实践中较为常见并且被认为危害也较大的主要是和固定转售价格和最低转售价格维持，因此大多讨论主要围绕这二者展开，本文亦是如此。

② 《欧盟运行条约》第 101 条可以解释成一种效果路径，它依托于经济学理论所设定的标准，要求对行为进行全面的分析，通常要对行为所涉及的相关市场、反竞争效果及当事人的市场力量进行详尽的检查。

③ 我国《反垄断法》第 14—15 是关于转售价格维持的规定，从术语和逻辑上看主要借鉴的是《欧盟运行条约》第 101 条的规定。《反垄断法》第 14 条规定禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格。第 15 条规定经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：（一）为改进技术、研究开发新产品的；（二）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；（三）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；（四）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；（五）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；（六）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；（七）法律和国务院规定的其他情形。属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款（a）规定与统一市场不相容的以下行为应当禁止：经营者之间签订的可能影响成员国之间贸易，且目的或效果是排除、限制或者损害统一市场内竞争的各项协议、经营者协会的决定和协同行为，特别是：（a）直接或间接限定采购价格、销售价格或其他交易条件。第 3 款规定在下列情况下，可以不适用第 101（1）的规定：如果上述协议、决定、协同行为有助于促进商品生产、销售或促进技术改进、经济发展，并使消费者可以公平地分享由此而来的收益，并且不会：（a）为实现上述目标，向经营者施加不必要的限制；（b）使上述经营者可能实质性排除在相关产品间的竞争。参见万江：《中国反垄断法——理论、实践与国际比较》，北京：中国法制出版社 2015 年版，第 101 页。

④ 相关研究可参见：许光耀：《转售价格维持的反垄断法分析》，《政法论丛》2011 年第 4 期；刘蔚文：《美国控制转售价格判例的演进及其启示》，《华东政法大学学报》2012 年第 1 期；黄勇、刘燕南：《关于我国反垄断法转售价格维持协议的法律适用问题研究》，《社会科学》2013 年第 10 期；刘继峰：《反垄断法益分析方法的构建及其运用》，《中国法学》2013 年第 6 期；李剑：《论垄断协议违法性的分析模式——由我国首例限制转售价格案件引发的思考》，《社会科学》2014 年第 4 期；郭宗杰：《反垄断视角中转售价格限制的比较法研究》，《法学评论》2014 年第 5 期；丁茂中：《现行〈反垄断法〉框架下维持转售价格的违法认定困境与出路》，《当代法学》2015 年第 5 期；曾晶：《论转售价格维持的反垄断法规制》，《上海财经大学学报》2016 年第 2 期；兰磊：《转售价格维持违法推定之判断》，《清华法学》2016 年第 2 期；王健：《垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究》，《法学》2014 年第 3 期；洪莹莹：《我国限制转售价格制度的体系化解释及其完善》，《华东政法大学学报》2015 年第 4 期。

争行为而犯的错误的,会被市场竞争力量所纠正;而错误地惩罚促进竞争行为所犯的错误的,则可能带来显著的成本,对这一行为的惩罚会影响整个经济,并且不会被市场力量所弥补^[14]。本身违法规则由于其高度的违法推定性而无法兼顾经济学理论所揭示的转售价格维持的促进竞争效果,过于严苛以致容易产生假阳性错误,对经济发展不利。由于美国反托拉斯法分析框架的两分模式,转售价格维持自然只能转而适用合理原则,但它却是反托拉斯法中的最高标准,程序复杂、成本高昂^[15]。在转售价格维持案件中适用合理原则,原告为了证明案件的表面证据确凿,必须证明行为有实际的反竞争效果,或者因为被告有市场力量,行为可能会有反竞争效果。这无疑是令人头疼的工作。由于发现这些问题的证据通常需要大量的调查和高酬劳的经济学家,问题通常很复杂、需要具体问题具体分析并且时刻伴有争议,无法保证成功,所以存在着很大的法律适用上的不确定性^[16]。更为令人担忧的是合理原则的“亲商界”立场,让它甚至接近于本身合法。有学者分析了1999—2009年间发生的适用合理原则的反托拉斯案件判决,发现原告几乎无法获胜:在全部的222个案件中,法院以原告未能证明存在反竞争效果为由驳回了215个案件,剩下的7个案件,法院在比较了促进竞争与反竞争效果之后,只有1个是原告胜诉的^[17]。美国转售价格维持反垄断法分析框架的两分法模式存在着明显的困境:本身违法规则能保证法律确定性,但却违背了经济学理论揭示的促进竞争效果;合理原则能吸收经济学理论的成果,但却牺牲了法律确定性,更有成为事实上的本身合法的危险性。美国的宝贵经验是尝试将所有反竞争行为归为两种截然不同的分析模式必然会失败。由于各种可能的反竞争行为都有很多变化,所以简单地“贴标签”不可能解决问题,真正需要的是反垄断立法与实施的决策者们根据经济原则来评估证据要求,从而确保降低服从和执行的成本^[18]。

2. 欧盟竞争法对两者的考量。欧盟竞争法对转售价格维持的规制尽管受到了丽晶案的冲击,被要求引入效果路径,甚至还有学者和当事人不断地援引合理原则的概念,试图在现有的法律框架下寻找适用合理原则的方法,但最终只是稍微修正了一下本来的立场。根据欧盟竞争法的规定,转售价格维持属于核心限制的范畴,不适用有关集体豁免的规定,而是直接适用《条约》第101条第1款,原则上予以禁止,除非可以依据第3款予以个案豁免。《指南》更是具体地提出了三种效率理由,个案审查可

在此基础上予以豁免^[19]。由此可见,转售价格维持违法性认定原则上在目的限制的分析框架下进行。但在个案中,当事人仍然有机会主张效率抗辩,在效果限制的分析框架下要求豁免。

欧盟竞争法的分析框架较为多元,面对某个行为,不是首先去询问它可能造成什么样的损害竞争效果,而是考虑它会符合法律列举及在此基础上发展出来的哪种垄断行为形式。欧盟竞争法对限制竞争行为的规制立足于法律的技术性区分,通过提供多元的分析框架来保证较高程度的法律确定性,从而让企业行为有稳定的预期。但自2004年欧盟竞争政策改革后,它的各个方面也都清楚地表达出更多经济考量的倾向和内容。欧盟竞争法在转售价格维持领域也要再一次地权衡经济学理论与法律确定性。由于欧盟竞争法提供了多元的分析框架,故而欧盟委员会可以在高度重视法律确定性的基础上,适当地吸收经济学的观点来缓和过于绝对的法律确定性,又不会完全倒向效果路径。与现有的更为重视法律确定性的路径相比,效果路径需要依靠个案分析。但这种做法有明显的缺陷:首先,个案分析会给企业带来沉重的负担,因为它们本不需要对所从事的行为进行繁复的经济分析。这会导致企业宁可放弃收益,也要避免实施某些行为,从而损害经济效率和市场竞争。其次,个案分析还会给竞争主管机构执法和当事人提出反垄断诉讼带来沉重的负担,这会导致执法、司法不力,从而减弱对反竞争行为的威慑力,损害市场竞争。欧盟法院也一贯支持欧盟委员会的立场,认识到了欧盟竞争法与美国反托拉斯法在转售价格维持规制方面的本质区别,故而能够抵御合理原则的冲击,坚守原来的分析框架。首先,欧盟竞争法的目标更加宽泛。在转售价格维持领域,美国反托拉斯法只关注品牌间竞争,而欧盟竞争法不只关注消费者福利,还注重欧盟市场一体化目标以及保护企业在所有市场环节的竞争过程。这意味着在某些情况下,转售价格维持即便有中性甚至是正面的竞争效果,仍然会受到《条约》第101条的规制。其次,欧盟法院认为美国联邦最高法院推翻了将近百年之久的对转售价格维持适用本身违法规则的判例,走得太远了。转售价格维持竞争效果两面性的理由都被过分夸大了。这就导致了在丽晶案中,法官们的不同表决意见十分接近,从而激起了转售价格维持在将来应当怎样适用合理原则以及立法是否应当采纳法院对丽晶案的颠覆性意见这两大问题的持续争论。本案中的异议意见所引发的担忧得到了欧盟

委员会 2010 年颁布的《指南》的回应,它支持了转售价格维持应当被假定为违反《条约》第 101 条第 1 款的观点。最后,欧盟竞争法没有改变转售价格维持现有分析框架的迫切需求。在美国,原先为本身违法规则所禁止的转售价格维持无法用任何理由来予以正当化。但欧盟的当事人却有机会根据《条约》第 101 条第 3 款来豁免转售价格维持。在美国,迈尔斯案的意见看起来难以与发展中的判例法相协调,特别是美国联邦最高法院在随后的希尔维尼亚等案件中的主流意见都认为合理原则应当成为反托拉斯法的分析标准。而欧盟竞争法则以相同的方式对待品牌内的纵向价格与非价格限制,欧盟委员会对纵向地域限制的敌视在希尔维尼亚案后已经持续了三十年,与欧盟的判例法也并未产生矛盾。更何况欧盟委员会也没有支持效果路径^[20]。

二、转售价格维持竞争效果的经济理论与实证调查

(一)转售价格维持竞争效果的经济理论

选择转售价格维持的理想分析框架不能脱离经济学的指导,但要规制好转售价格维持,也不能只注重经济理论,而是要将经济理论所揭示的市场

竞争效果与反垄断法分析框架的内在属性结合起来。研究转售价格维持的经济理论及实证调查有助于进一步厘清欧美转售价格维持反垄断法规制路径的发展逻辑,从而为完善我国的相关规定奠定坚实的基础。

转售价格维持的经济评估包括以下两方面:一是转售价格维持竞争效果的经济分析少有争议,并能达成广泛的共识;二是转售价格维持竞争效果的实证调查鲜有共识,即便在主流经济学家之间也有着明显的分歧。转售价格维持竞争效果的经济理论可以分成两种:一种强调它会损害竞争,可以促进共谋和设置市场进入障碍;另一种则主张它能提高效率,可以解决委托—代理问题以及补救其他的机会主义行为^[21]。在积极的竞争效果方面,转售价格维持可以克服“搭便车”问题、保证商品品质以及促进市场进入^[22]。在消极的竞争效果方面,转售价格维持能够封锁市场以及协助供应商、零售商环节的共谋,推动价格卡特尔^[23]。

(二)转售价格维持竞争效果的实证调查

虽然转售价格维持竞争效果的经济学理论很重要,但使用转售价格维持是为了促进竞争还是损害竞争还得依靠实证调查来证明。

表 1 转售价格维持竞争效果的实证调查

Tab. 1 An Empirical Study on the Effect of Resale Price Maintenance on Rational Competition

论文、调研报告	产品	方法和数据	调查结果	研究结论
爱 途、 丸 山 (1990)	零售商店的产品	转售价格维持对产品毛利率影响的自然实验:美国在废除允许转售价格维持法案后,美日经销体系的毛利率对比	1986 年,美国已废除了允许转售价格维持的法案,但日本仍允许对指定产品的转售价格维持。此时,日本的经销体系利润率明显高于美国	转售价格维持有利于维持行业的利润率
依 波 利 托 (1991)	复杂性产品(如空调设备、电子设备、滑雪器材等)和简单产品(如汽油、纸制品、啤酒等)	针对 1976—1982 年间 203 起转售价格维持案件的样本研究:将案件分为私人起诉和政府起诉,检验转售价格维持的多种经济学理论	在众多的诉讼样本中,共谋理论最多适用于 13%左右的案件。大多数案件都可以用特殊服务理论来加以解释	对转售价格维持适用本身违法规则会妨碍“委托—代理”问题的解决,而对阻止共谋没什么作用
赫歇尔(1994)	白酒、商店出售的衣服、电子配件、家用电器、化妆用具、轮胎、手表等产品	美国联邦最高法院舒格曼案判决影响股票市场的案例研究:它在本质上减弱了转售价格维持合同的可实施性	判决对这个样本中的绝大多数公司产生了最小的股价变化。判决对上游制造商没有造成明显的损失,对于部分经销商则产生了正面影响	调查结果微弱地支持了转售价格维持便利经销商卡特尔的理论(主要是在消费电子产品行业)以及提高效率的理论。没有发现对制造商卡特尔的支持结论

论文、调研报告	产品	方法和数据	调查结果	研究结论
依波利托、奥弗斯特里特(1996)	玻璃器具类产品	美国联邦最高法院康宁案判决影响股票市场的案例研究:分析了(1)康宁及其竞争对手市场份额的变化;(2)当康宁使用转售价格维持被判决违法时,康宁及其竞争对手异常的股票收益	在被迫放弃转售价格维持之后的若干年里,康宁失去了市场份额。当联邦贸易委员会宣布起诉之时,康宁的股价就下跌了12%—16%,而它主要的竞争对手霍金的股价则上升了3%—7%	证据排除了转售价格维持便利经销商或制造商卡特尔的反竞争理论。相反,支持了“委托—代理”理论,转售价格维持可以帮助康宁增加产品的需求
日本公正交易委员会(1997)	化妆品、一般医药产品	转售价格维持指定商品范围缩小之后,产品价格变化的自然实验	随着允许转售价格维持的产品范围的缩小,这些产品降价比例增加,与一般产品价格之间的差别缩小	转售价格维持有利于推高零售产品的价格
尤顿(2000)	图书	英国图书出版行业的自然实验:转售价格维持与新书出版数量的变化关系	新书出版的数量变化不定,很难剥离其他影响因素来判断转售价格维持的作用	在特定行业中,转售价格维持的经济学理论难以得到适用

由此可见,现有的实证调查是比较薄弱的,数量和质量都很有限。转售价格维持的竞争效果在不同产业、不同市场条件下的结果并不确定,无法证明它的正、反面效果,哪种更有可能发生以及发生的频率更高。既然如此,可以设想理想的分析框架既不应让大多数案件违法,也不应使每个案件都合法,最好是能以较低的成本来区分有益或有害的转售价格维持。纵观美国转售价格维持反垄断法规制路径的发展,经济理论促成了分析框架的转向,这本无可厚非。但由于合理原则程序复杂、成本高昂且有成为变相的本身合法的危险,牺牲了法律确定性,故而并非理想模板。与之相比,欧盟竞争法的可抗辩的违法推定规则,既在总体上维持了原有规则,又吸收了经济理论的洞见,是明智的。首先,欧盟竞争法虽然严厉禁止转售价格维持,但仍然能用令人信服的证据加以反驳,通过《条约》第101条第3款来合法地予以豁免,《指南》更是为此提供了三种效率理由。其次,经济理论认为转售价格维持有着值得认真考虑的严重的反竞争效果,虽然这方面的实证调查证据不是很充分,但欧盟委员会仍然担心转售价格维持会妨碍欧盟市场一体化的目标,因而格外警惕效果路径。再次,欧盟委员会如果采取更多的个案分析来考察转售价格维持的竞争效果,势必会大大增加监管成本。最后,在个案中,欧盟法院对于转售价格维持竞争效果两面性的评估是有困难的。一旦判例法的实践出错就会付出高昂的代价,不仅会造成法律的不确定,还会推翻欧盟竞争法中每个企业都必须独立自主地规定自身经济政策的基本原则^[24]。

三、我国完善转售价格维持 反垄断法规制路径的方向

(一)我国转售价格维持反垄断法规制陷入困境的根源及其反思

1. 我国转售价格维持反垄断法规制陷入困境的原因。一方面,我国理论界对于转售价格维持的研究往往是重构的,将现实规定作为可变因素进行开放式讨论,大多以更能体现思辨性的合理原则为结论^[25]。实务界的分歧则可能带来严重后果,由于司法是正义的最后一道防线,这注定了反垄断执法机构和法院在转售价格维持的法律适用原则上局部所存在的适法分野迟早会打破“隔空对话、各行其是、相安无事”格局而直接交锋^[26]。学界及法院主张对转售价格维持适用合理原则显然深受美国丽晶案判决的影响,有意无意地忽略了我国现行的反垄断法律规范。我国若希望在欧盟的立法蓝本下直接融入美国的术语体系,不可能成功,因为在不同的价值判断、制度文本、事实假定及适用模式之下,本身违法或合理原则无法与我国现行的立法框架进行无缝对接而完美融合^[27]。但另一方面,学界支持可抗辩的违法推定规则的声音太过微弱,反垄断执法机构由于程序封闭加之处罚决定的理据简单,也会导致人们对其选择性执法及适用本身违法规则的质疑。即便在欧盟,也有学者指出本身违法规则与目标限制在实践中的界限并不清晰。它们在实践中区分程度取决于竞争主管机构和法院愿意考虑依据《条约》第101条第1款接受反驳论

据或依据第3款接受效率抗辩的程度。如果没有对上述证据进行充分考虑就排除的话,两者的区别就微乎其微了。据统计,在2010年修订《条例》之际,过去的五十年里,没有一家企业能够根据欧盟竞争法提出效率理由来成功地抗辩转售价格维持条款^[28]。所以,我国《反垄断法》对转售价格维持的现行规定会受到合理原则的巨大冲击也就不足为奇了。

2. 我国转售价格维持反垄断法规制继续遵循欧盟路径的原因。除了众所周知的政治、经济及法律移植等因素,基于以下理由,我国的转售价格维持反垄断法规制仍然应当遵循欧盟路径:首先,美国之所以对转售价格维持适用合理原则,是由于本身违法规则的高度违法性推定与经济理论所揭示的转售价格维持的促进竞争效果无法相容。与之相比,可抗辩的违法推定规则的违法性推定程度较低,具有抗辩可能,没有必要转向合理原则。其次,美国反托拉斯判例法试图在转售价格维持领域平衡经济学理论和法律确定性,可是分析框架的两分法模式难以实现一般法秩序和个案正义的平衡,欧盟竞争法则更加强调法律确定性,由于分析框架多元可以兼顾经济理论,就能够为个案预留一定的矫正空间。至于在实践中难以运行,更多的是欧盟委员会的技术性安排,而非原理上的不可变通。最后,欧盟竞争法理论界与实务界都在想方设法地完善可抗辩的违法推定规则,从而累积了丰富的智识资源和实务经验,我国完全可以借鉴它们来完善对转售价格维持的反垄断法规制,而非迅速转向美国的合理原则。

(二) 欧盟完善转售价格维持反垄断法规制路径的经验启示

我国反垄断执法机构常常被诟病为选择性执法及适用本身违法规则,因而有必要继续学习欧盟的相关经验,在坚持可抗辩的违法推定规则的基础上,继续积极推进反垄断执法,大力提高执法质量。

1. 反垄断执法机构要保证违法性假设是真正可以反驳的,有必要更为审慎地考虑被告的抗辩理由,使其具有成功的可能。它的当务之急是要扩大本身违法规则与目标限制这两种分析框架之间的间距。为了让被告的抗辩有的放矢,反垄断执法机构应当说明有关转售价格维持的一种或更多种的让人信服的损害竞争理论。当然,这些理论不必经

过验证,否则转售价格维持就该直接归入效果限制的分析框架了。但是,反垄断执法机构提出的损害竞争理论需要与案件的基本事实相符,比如被告使用转售价格维持的市场环境。为了维护法律确定性,被告提出的抗辩要求是很高的。被告只是提出反垄断执法机构没有证明转售价格维持很可能具有反竞争效果是不够的。相反,被告负有举证责任,他要提出事实证据来证明反垄断执法机构无法提出与案件事实相符的转售价格维持损害竞争的理论,其所实施的转售价格维持不可能具有反竞争效果^[29]。

2. 反垄断执法机构可以利用某些“筛漏”来考虑在具体的转售价格维持案件中是否可能存在可信的损害竞争理论,并在此基础上优先处理案件^①。依据现有的经济学文献,反垄断执法机构可以考虑以下三种相对简单的“筛漏”,如果要证实存在可信的转售价格维持损害竞争的理论,这其中至少得有一种是站得住脚的:(1)是否有单边的市场力量或者市场集中的上游?如果没有上游的市场力量,就不太可能有与维护这种市场力量相关的损害竞争理论;如果上游市场是分化的,也不太可能有促进上游共谋的损害竞争理论;(2)是否有明显的下游买方力量或者市场集中?如果没有下游买方力量或者市场集中,就不太可能有转售价格维持促进下游共谋或者故意排斥下游市场进入的损害竞争理论;(3)转售价格维持协议的网络是否覆盖了占据上游市场相当大份额的多个上游供应商?如果不是,就不太可能有将转售价格维持作为促进上游市场共谋工具的损害竞争理论^[30]。

四、结语

美国在丽晶案中推翻了对转售价格维持适用将近百年之久的本身违法规则,转而适用合理原则,这一转变对其他法域产生了巨大的冲击。我国《反垄断法》对转售价格维持的规定是以《条约》第101条为立法蓝本的,但在其规制过程中又深受美式合理原则的影响。从长远来看,这不利于我国对转售价格维持的反垄断法规制,有必要寻求解决之道。在转售价格维持反垄断法分析框架所需权衡的因素中,经济学理论与法律确定性无疑是最重要的。美国反托拉斯法分析框架的两分法模式无法兼顾两者,并非理想模板。反观欧盟竞争法,分析

^① 优先处理案件是指,反垄断执法机构处理案件时需要证明至少满足了某种“筛漏”的要求。如果它未能证明任何一种“筛漏”,则说明没有与具体的转售价格维持案件相关的可信的损害竞争理论,在这种情况下,转售价格维持可被视为合法。

框架较为多元,能够兼收并蓄。再从转售价格维持竞争效果的经济理论与实证调查来看,欧盟竞争法的规制路径也能以较低的成本来区分有益或有害的转售价格维持。总之,我国对转售价格维持的反垄断法规制应当继续遵循欧盟路径,无需转向美国的合理原则。我国反垄断执法机构亦可借鉴欧盟竞争法理论界与实务界的相关经验来进一步提高执法质量。

参 考 文 献

- [1] 刘蔚文. 美国控制转售价格判例的演进及其启示[J]. 华东政法大学学报, 2012 (1).
- [2] Marsela Maci. The assessment of RPM under EU competition rules: certain inconsistencies based on a non-substantive analysis [J]. European Competition Law Review, 2014, 45 (6): 106.
- [3] 李剑. 横向垄断协议法律适用的误读与澄清——评“深圳有害生物防治协会垄断案”[J]. 法学, 2014 (3).
- [4] 简资修. 经济推理与法律[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 263—264.
- [5] 李钟斌. 反垄断法的合理原则研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2005: 5.
- [6] Alison Jones. Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution: Leegin and its implication for EC competition law[J]. The Antitrust Bulletin, 2008, 53(4): 943—944.
- [7] 刘旭. 中欧垄断协议规制对限制竞争的理解[J]. 政法论坛, 2011 (1).
- [8] 苏华. 分销行为的反垄断规制[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 34.
- [9] 陈炎. 互联网经济下特殊产品经销协议的集体豁免规则[J]. 法治论丛, 2012 (5).
- [10] 吴玉玲. 契约自由的滥用与规制——美国反垄断法中的垄断协议[M]. 南京: 江苏人民出版社, 2007: 198—200.
- [11] 王传辉. 反垄断的经济学分析[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 2.
- [12] 张骏. 美国纵向限制研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 110.
- [13] 薛兆丰. 商业无边界——反垄断法的经济学革命[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 205.
- [14] 李剑. 中国反垄断法实施中的体系冲突与化解[J]. 中国法学, 2014 (3).
- [15] Maurice Stucke. Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law[J]. U. C Davis Law Review, 2009, 42 (3): 1375.
- [16] John Kirkwood. Rethinking Antitrust Policy Toward RPM[J]. The Antitrust Bulletin, 2010, 55 (2): 455.
- [17] Michael Carrier. The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century[J]. George Mason Law Review, 2009, 16 (3): 827.
- [18] Andreas Reindl. Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach [J]. Fordham International Law Journal, 2010, 67 (2): 5—6.
- [19] 方小敏. 竞争法视野中的欧洲法律统一[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 2010: 185.
- [20] Alison Jones. The journey toward an effects—based approach under Article 101 TEUF—The case of hard-core restraints[J]. The Antitrust Bulletin, 2010, 55 (4): 798—799.
- [21] 张骏. 完善转售价格维持反垄断法规制的路径选择[J]. 法学, 2013 (2).
- [22] 黄铭杰. 维持转售价格规范之再检讨[J]. 台大法学论丛, 2000 (1).
- [23] 王晓晔. 反垄断法[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 136—137.
- [24] George Kyprianides. Should Resale Price Maintenance Be Per Se Illegal? [J]. European Competition Law Review, 2012, 33 (8): 381.
- [25] 国家发展改革委价监局反垄断二处. 纵向垄断协议法律适用问题研究[J]. 中国价格监督检查, 2013 (11).
- [26] 丁茂中. 现行《反垄断法》框架下维持转售价格的违法认定困境与出路[J]. 当代法学, 2015 (5).
- [27] 洪莹莹. 我国限制转售价格制度的体系化解释及其完善[J]. 华东政法大学学报, 2015 (4).
- [28] Marsela Maci. The assessment of RPM under EU competition rules: certain inconsistencies based on a non-substantive analysis [J]. European Competition Law Review, 2014, 45 (6): 102.
- [29] George Kyprianides. Should Resale Price Maintenance Be Per Se Illegal? [J]. European Competition Law Review, 2012, 33 (8): 83—384.
- [30] Matthew Bennett. Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps towards a More Nuanced Policy[J]. Fordham International Law Journal, 2011, 33 (4): 1297—1298.

(责任编辑: 闫卫平)

(下转第 63 页)