

## 论反垄断法规范中的规则与标准

江 山

**内容提要:**中国《反垄断法》实施十余年来,对垄断行为的规制在法律适用中不断积累经验。然而,对于反垄断法规范的性质及其构成的认识,却仍存较多模糊之处,亟待厘清。识别反垄断法规范中的规则与标准构成,是检视当前发展路径的应然选择。为此,应当厘清横向垄断协议和经营者集中申报法规范的规则性质,以及纵向垄断协议、市场支配地位滥用行为认定和经营者集中审查法规范的标准性质。在此基础上,于法律适用中,必须坚持规则的归规则,标准的归标准。只有在成文法中纳入形成共识的标准,才能够确立并保有法律解释的一致性和法律适用的稳定性,最终于规则与标准的结合适用中迈向实质正义。

**关键词:**规则 标准 垄断协议 支配地位滥用 经营者集中

江山,对外经济贸易大学法学院副教授。

庞德指出,“律令体乃是由规则(rules)、原则(principles)、界定概念的律令以及确立标准(standard)的律令构成的”。<sup>[1]</sup>其中,概念固然重要但不构成独立的法律规范,原则举足轻重却占比有限,规则 and 标准方构成法律规范的主体。而法律规范采取规则的形式还是采取标准的形式,区别在于法律后果的发生系取决于某一项或多项事前订明的具体事实是否出现,还是对诸多与立法目标相关的事实因素的综合考虑。<sup>[2]</sup>基于法律性质与规制对象的不同,规则与标准的作用空间也存在差异。在反垄断法中,标准作为调和规则适用的相对狭隘性所引入的一种法律渊源,发挥着巨大的作用。不仅如此,适用于垄断行为的规则与标准,于不同法律传统下法律规范中的表达也不尽相同。在判例法传统下,反垄断法规范文本简洁,规则精要,将繁复的标准适用融于庞大的判例体系之中,渐进确立标准并促进规制共识的形成。而在成文法传统下,则多沿用以规则为主体的规范文本,规

[1] [美]罗斯科·庞德著:《法理学》(第二卷),邓正来译,中国政法大学出版社2007年版,第123页。

[2] See Ward Farnsworth, *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law*, University of Chicago Press, 2007, pp. 163-164.

则意识统领法律的解释与适用,标准观念及其体系尚未确立。反垄断法深嵌于市场之中,自治一回应型法特性突出。<sup>[3]</sup> 与此相契,从规则和标准的性质着手,在规范文本中区分配置规则与标准,进而在解释与适用中充分释放反垄断法规范的功能,是中国《反垄断法》走向成熟和竞争秩序形成稳态的必由之路。

## 一 《反垄断法》文本的规范组成

反垄断法中涉及概念和原则的条文殊少,主要是由规则 and 标准构成反垄断规范文本的主体。据此,下文将廓清反垄断法文本的规范组成,遵循规则与标准相区分的思路,进而识别与区分规则与标准。

### (一) 区分规则与标准的意义

不论是规则还是标准,都是法律规范中直面法律问题的文本选择。波斯纳指出,多数法律问题是以三段论的方式解决的,法官从制定法以及先前的判决中抽象出一些规则,然后以之作为前提,三段论式地决定案件。但确定小前提(调查事实)就经常很困难,有些规则需要对事实进行相对广泛的调查才能确立小前提,有别于那些小前提只叙述单一事实的比较简单规则,其被称为“标准”。<sup>[4]</sup> 拉伦茨也认为,在很多情况下,“确定法效果的三段论法”尚不能精确规定法效果,其只能适用在案件事实及法效果均相当确定的法条;有些法条运用不确定的概念、须填补的标准来规定案件事实或法效果,则涵摄程序并不能完全解决问题。<sup>[5]</sup> 在一定意义上,规则与标准具有天然的互补性。而标准和不同程度概括性的规则之间的选择的重要性,凸显于处理法律形式问题的过程之中;规则的优点在于可以限制任意性和保有确定性,但将会在实现规则背后目标的过程中牺牲精确性。<sup>[6]</sup> 如此看来,一个均衡的法律规范文本,应当是规则与标准的融合构造。

进一步地,在法律规范的文本选择中以规则为主还是以标准为主,是根据法律规范的性质决定的。在传统法律领域,多数行为的社会危害性根据其行为本身就可以判断,形成以规则为主体的法律规范是限制任意性和保有确定性的必然选择。与此不同,“在反垄断法下,一种行为是否对社会(即对竞争)有害,不能仅凭行为本身作出判断,而必须以行为人的市场势力大小、所处的相关市场结构、社会经济环境等因素综合分析才能作出判断。”<sup>[7]</sup> 如果简单依赖规则,则难以实现法律适用的精确性。在这个意义上,反垄断法规范从来不是,也不可能是完全由规则构成的体系。然而在成文法传统下,反垄断法规范中规则与标准区分的观念淡薄,使得法律适用中大量模糊地带处于不受检视的状态。改变这一现状,应从形式与实质两方面入手展开分析,识别反垄断法中规则与标准的

[3] 参见黄勇、江山:《“国家一市场”尺度下的反垄断法三十年:迈向“自治一回应”型法》,《法学论坛》2008年第5期,第17-18页。

[4] 参见[美]理查德·波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第54-57页。

[5] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第155-156页。

[6] See Duncan Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1687-1688 (1976).

[7] 刘水林:《反垄断法的挑战——对反垄断法的整体主义解释》,《法学家》2010年第1期,第91页。

实然。

## (二) 反垄断法下规则与标准的识别

在形式上,法律规则为一种明确详尽的事实状态附加了一个明确详尽的法律后果;而标准乃是一种由法律规定的行为尺度,如果谁背离了该尺度,就必须对由此导致的损害负责,或必须承担起所作所为被法律判断无效的风险。<sup>[8]</sup>进一步地,形式可实现性要求规则在一系列可以简单区别的实施情况出现之时,以一种决定性的方式进行干预;而标准直接指向法律秩序的实质性目标,其适用不仅要求法官发现特定情境的事实,还必须根据标准中所包含的目的或社会价值对事实进行评估。<sup>[9]</sup>因此,单纯从法律规范的文本本身,并不能得出其属于规则或标准的结论。无论是在判例法还是在成文法传统下,反垄断法下规则与标准的识别都需要结合百余年来反垄断法适用共同经验的代际综合,作出特定时空下的近距离观察与当代认知。

可以认为,当今反垄断法下法律后果的发生,在有限的情形下,取决于某一项或多项事前订明的具体事实是否出现,如核心卡特尔的本身违法认定;在更多的情形下,则取决于对与立法目标相关的诸事实因素的综合考虑,如对纵向限制、支配地位滥用和经营者集中的合理分析。对于存在固定价格、限定产量和划分市场等事实状态的核心卡特尔而言,由于其总是或者几乎总是排除、限制竞争的性质,规则关于行为本身的规定就具备了实际内容,通过三段论的推理就可以有效适用并附加明确详尽的法律后果。而对其他垄断行为的合理分析的过程,不仅需要事实的广泛调查,很多时候还需要通过经济学方法评估其效果。在这种情况下,垄断行为的认定无法诉诸于简单规则的直接适用,而多有赖于标准的指引。

## (三) 反垄断法下规则与标准的分布

以规则与标准为主要构件,作为法律规范体系的反垄断法包括了二者之间的多种中间样态形式。孙斯坦指出,从规则到不受约束的自由裁量权之间存在一个缓冲区,各种因素、标准和指南就落在两者之间。<sup>[10]</sup>其中,规则、规则的例外、因素是大陆法系反垄断法文本的惯常形式,规则 and 标准通行于英美法系的反垄断判例法,而指南是执法机构颁布的无法律约束力但有指引意义的文件。就反垄断法规范文本而言,应着重考察规则、规则的例外、因素与标准四种文本形式。

聚焦中国《反垄断法》涉及垄断行为的规范性条文,主要有以下四组形式:关于垄断协议认定的规定;市场支配地位推定、认定与滥用市场支配地位行为认定的规定;经营者集中申报的规定;经营者集中审查的规定。一般认为,规范的性质不可能从其原文中读出,一切都依赖于对实践的解释。<sup>[11]</sup>因此,上述反垄断法规范的性质亦有待分别考察。

[8] 参见[美]罗斯科·庞德著:《法理学》(第二卷),邓正来译,中国政法大学出版社2007年版,第123-126页。

[9] See Duncan Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1687-1688 (1976).

[10] 参见[美]凯斯·孙斯坦著:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,中国政法大学出版社2004年版,第23页。

[11] 参见[美]凯斯·孙斯坦著:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,中国政法大学出版社2004年版,第30页。

从形式上看,包括垄断协议认定、支配地位推定、滥用支配地位行为认定、经营者集中申报等规则大多存在例外;而支配地位认定和经营者集中审查中的法律规范,则以应当考虑的因素得以呈现。有鉴于此,还应当厘清反垄断法下的规则例外与标准,以及因素与标准之间的关系。

第一,反垄断法下的规则例外与标准。有规则就必然存在例外。波斯纳指出,实用主义法官可能会更容易为规则建立例外,同时其比形式主义法官更容易看到按照只允许有限、严格之例外的规则进行裁判的实际好处。<sup>[12]</sup>《反垄断法》中规则的例外多有体现,垄断协议认定中的“不适用”情形、支配地位推定的抗辩、支配地位滥用行为中的“没有正当理由”、经营者集中申报中“可以不向国务院反垄断执法机构申报”的规定都为规则例外的典型。

第二,反垄断法下的因素与标准。孙斯坦指出,在许多法律场合中,决策者通过评估衡量一定数量的相关因素作出特定的判断,而其具体内容事先没有加以明确规定。<sup>[13]</sup>中国《反垄断法》下市场支配地位认定和经营者集中审查的规定就是典型。因素和标准的共同点是仅预先对后果作出评估,前者的不同在于其至少在某种程度上将具体适用时需要考虑的各种情况列举出来;而规则与因素之间的区别只是程度而非性质上的,因为对最明显的规则作出解释的人至少有时候必须确定其内容的一部分,因此因素不是跟规则完全相对立的。<sup>[14]</sup>进一步地,就因素作出规定,需要列举纳入考量范围的主要事项。问题是,简单列举并不能够直接转化为可适用的规则。因为存在多项因素,如果其存在强逻辑关联以及优先位序,则易转化为规则;反之,若仅存在较弱的逻辑关联,则易转化为标准。据此,因素亦具有双重属性,其向规则或标准的转换应当结合具体适用的场景作出分析。

## 二 垄断协议规制中的规则与标准分野

在《反垄断法》下,垄断协议中存在两组法律规范:一是认定横向垄断协议的规则及其例外,二是认定纵向垄断协议的规则及其例外。其中,规则于横向垄断协议认定中占主导,而在纵向垄断协议的认定中随着时间的推移标准渐成主流。

### (一) 反垄断法下“协议”认定的规则

垄断协议分析的起点是其概念,而该概念的基底是“协议”。认定具有竞争关系的经营者之间或者经营者与交易相对人之间达成垄断协议,首先要认定其达成的是反垄断法意义上的“协议”。就此,《反垄断法》通过概念将协议、决定和协同行为纳入反垄断法的“协议”范围之内,是统合垄断协议认定之必须。

[12] 参见[美]波斯纳著:《法律、实用主义与民主》,凌斌、李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第85页。

[13] 参见[美]凯斯·孙斯坦著:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,中国政法大学出版社2004年版,第31页。

[14] 参见[美]凯斯·孙斯坦著:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,中国政法大学出版社2004年版,第31页。

但如果仅界定概念,法律规范在遭遇效果分析上或形式认定上较为复杂的协议时仍将不敷使用。效果分析上的复杂性如企业联营,其兼具实质性的促进竞争和反竞争效果,需审慎评估。形式认定上的复杂性如协同行为,又分为双边协同行为和三边协同行为(或称轴辐协议)。前者指在不存在口头或书面的协议或决定的情况下,经营者之间达成的有意识协同;后者指通过共同的纵向交易相对人来协调横向关系。协同行为的认定难,在于查证难。据此,一方面,应就协同行为的认定确立更加清晰的规则,以明确查证的方向在于证明以下事实:竞争者之间存在信息传递,且相关市场的市场结构、竞争状况和产品信息特性等结构证据能够重要、明显、一致地指向竞争者之间达成“意思一致”。另一方面,应就三边协同行为这一变体设定规则,明确作为共同纵向交易相对人的轴心经营者应视为横向垄断协议的参与者,承担相应责任;禁止经营者、行业协会等组织、促进其他经营者达成垄断协议,监督其他经营者实施垄断协议。当然,“协议”形式的认定本身并不产生法律后果(其排斥、限制竞争性质待定),不能构成一个完整的规则。为此,应进一步分析横向/纵向垄断协议的规范性质。

## (二) 横向垄断协议认定中的规则及其例外

对于横向垄断协议的认定而言,其规范即以此种规则为主体。一旦认定具有竞争关系的经营者之间存在反垄断法意义上的“协议”,且所涉协议内容落入《反垄断法》规定的固定价格、限定产量、划分市场、限制技术、联合抵制等行为类型,而又不符合“不适用”情形的,将被认定为违法。一般认为,在横向垄断协议的认定中,上述规定“为一种明确详尽的事实状态附加了一个明确详尽的法律后果”,构成反垄断法下的包含例外的规则。在此,例外之所被认为包裹在规则之中,是因为竞争者之间的核心卡特尔协议总是或几乎总是排除、限制竞争的性质,决定了满足例外条件的情形较少,且例外规定列明的事实状态相对而言仍然是明确详尽的。

具体来看,在中国《反垄断法》下,如果证明(1)存在可识别的法定效率;(2)经营者所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争;并且(3)能够使消费者分享由此产生的利益,则不能直接依据横向协议的行为类型认定违法。这种“不适用”情形,显然属于规则例外的一种形式。在此,以列举加兜底条款的方式规定,使每一种例外的类型得以明确,且同时要满足“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”的证明。在横向垄断协议项下,分析该例外应识别所产生的效率,并在此基础上与反竞争效果进行比较。其比较的维度单一,聚焦于对同一层面的竞争削弱所造成的价格的升高和产出的减少,无需引入标准。即便是在企业联营这一复杂形式中,依据附属性限制原理评估反竞争限制的关联性,确认其对于实现企业联营目的是否必不可少,进而通过衡量效果实现的程度、方式和比重,考察相关市场竞争是否实质性地被排除即可作出认定。因企业联营组织形式不同带来的效果分析差异,也可通过类型化解决。问题是,当前例外规定缺失一项评估的必备要素,即经营者应当证明所达成的协议“未施加对效率目标之实现并非必不可少的限制”,应作出补充。易言之,在横向垄断协议的认定中,“不适用”情形的规定构成规则的例外,但仍属于规则。而该规则例外在纵向垄断协

议规制中的属性,随着理论与实践的发展产生了有别于横向垄断协议的显著变化,脱离了规则的范畴。

### (三)纵向垄断协议认定中的标准转向

纵向与横向协议的反垄断法规制方法存在显著差异。这一差异并未体现在规范文本的表达上,而是反映在法律解释中。《反垄断法》规定:禁止经营者与交易相对人达成固定向第三人转售商品的价格、限定向第三人转售商品的最低价格的垄断协议、相关“不适用”情形,以及相应的法律后果。鉴于横向与纵向垄断协议竞争影响的经验性差异,该条与前者结合构成规则,而与后者结合则构成标准。该等分野并非一成不变,而是垄断协议规制长期演进的产物。在判例法下,纵向限制的规制逐渐从本身违法走向合理分析。在成文法下,纵向垄断协议的认定中,例外规定吞掉了规则,转向标准的适用。

#### 1. 规则时代的纵向垄断协议

以转售价格维持为典型的纵向限制,长期以来一直被视为本身违法。最早在 1911 年,美国最高法院指出所涉转售价格维持协议实际上等同于竞争者之间的固定价格协议,明显构成了一种损害竞争的行为。<sup>[15]</sup> 在判决中,没有进行对竞争效果的实质分析。此后,对该案适用本身违法的解读占据主流,并在 20 世纪 60 年代从价格类逐步扩展至非价格类纵向限制。当然,其中也存在反复。最高法院先是拒绝对纵向地域限制适用本身违法,<sup>[16]</sup>继而宣布供应商对批发商和零售商施加的所有限制皆为本身违法。<sup>[17]</sup> 适用本身违法,也就意味着只要相关协议符合《谢尔曼法》第 1 条所明确的详尽的事实状态——“任何契约,以托拉斯形式或其它形式的联合、共谋,用来限制州际间与外国之间的贸易或商业”,其附加的明确详尽法律后果即为“非法”并承担相应的法律责任。那么,其适用严格依照规则。

在 1977 年 *Sylvania* 案中,美国最高法院在纵向非价格限制的分析中开始转向,认定制造商试图通过划分地理区域限制零售商销售产品范围的行为,应当适用合理分析——只有在存在“明显经济效果”的情况下,才能够排除“合理分析的适用”。在该案中,由制造商施加的地域限制鼓励零售商“投入促销互动或提供服务 and 维修用于产品有效营销所需的设施”来促进竞争;而零售商开展非价格竞争而使得制造商的品牌比其他品牌更有竞争力,地域限制可以促进品牌间竞争。<sup>[18]</sup> 品牌内一品牌间竞争分析标准由此确立,使得本身违法及其关联的规则适用路径在纵向限制反垄断规制中逐渐瓦解,合理分析渐次展开。此后,法院系统推翻诸多适用本身违法规则的先例,转向更多依靠经济学分析。<sup>[19]</sup> 在 1997 年的 *Khan* 案<sup>[20]</sup>中,最高法院认定对纵向限定最高转售价格不适用本身违法。

[15] See *Dr. Miles v. John D. Park & Sons*, 220 U. S. 373, 408-409 (1911).

[16] See *White Motor Co. v. United States*, 372 U. S. 253 (1963).

[17] See *United States v. Arnold Schwinn*, 388 U. S. 365 (1967).

[18] See *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U. S. 36, 55, 58-59 (1977).

[19] See Andrew Gavil, William Kovacic & Jonathan Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, Thomson/West, 2002, p. 358.

[20] See *State Oil Co. v. Khan*, 522 U. S. 3, 22 (1997).

2007年,最高法院更是在 *Leegin* 案中指出,转售价格维持具有“促进竞争的合理理由”是公认的;并由此评估认为,最低转售价格维持可以通过降低品牌内竞争来促进品牌间竞争,不应当适用本身违法规则。<sup>[21]</sup> 这一判决推翻了 *Dr. Miles* 案的先例,实现了合理分析对纵向限制的全面覆盖。在美国法下,这就意味着对所有纵向限制类案件都不能依据《谢尔曼法》第1条给定的事实状态直接附加法律后果。这一判决影响了主要法域对于纵向转售价格维持的分析方法。而适用合理分析,通过经济学评估促进竞争的合理理由并在此基础上权衡竞争效果,就势必需要引入标准。

## 2. 纵向垄断协议规制转型下的标准适用

在纵向限制的反垄断规制中采用合理分析,意味着法律适用从基于规则转向立足于标准,即品牌内—品牌间竞争分析标准。在判例法下,该标准的适用深嵌于案件论证过程之中。在成文法下,该标准应基于对规制例外的解释和适用,分别评估所涉行为对品牌内竞争与品牌间竞争的影响,并对两种竞争影响进行权衡。

回到中国法,在纵向限制的反垄断规制中,《反垄断法》中的“不适用”条款不能在规范意义上被理解为“规则的例外”。因为,在“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”的证明中,所涉及的品牌内—品牌间竞争的权衡并不能够简单地通过规则适用解决。适用这一“规则的例外”,通常会反过来吞噬掉纵向限制的反垄断规则。此时,应当挖掘“不适用”条款的标准属性。如前所述,从这一条款的构成来看,识别法定效率和证明消费者能够分享利益主要依赖于定性分析,而是否会“严重影响相关市场的竞争”则涉及到定量分析或权衡。在欧盟法下,通常还需要考察是否存在“对竞争较小限制的选择”。其益处在于,这一比较可以筛查出部分案件,而避免进行难度更大的竞争影响权衡。但若不存在上述选择,仍需要进入最后的权衡阶段。由此,引入品牌内—品牌间竞争分析标准,是对是否“严重影响相关市场的竞争”进行法律解释的必然选择。当然,这一评估具备挑战,因为将一种竞争影响与另外一种竞争影响进行权衡没有比较的标尺。<sup>[22]</sup> 即便如此,比较并非没有方向,通常有两种方法:一是将品牌内竞争限制所致消费者选择的减少,与供应商之间品牌间竞争的增强进行比较;二是直接聚焦于品牌间竞争是否增强(因消费者将从中最终受益)。<sup>[23]</sup> 进一步地,在竞争影响评估中,效果权衡其实只是表象,确认品牌内限制向品牌间竞争促进的转化才是实质所在;因此,应重在识别和评估品牌内竞争的“过度”限制,品牌间竞争的“可能”促进,进而分析效率及其促进竞争转化。分析的关键,是评估供应商利用品牌内限制是否能更有效地与其他供应商竞争,在品牌间竞争中推动价格降低、产出增加或服务提升。

就当前纵向垄断协议的行政执法来看,中国反垄断法适用呈现出一定的波动。在最早的茅台/五粮液案<sup>[24]</sup>中,执法机构尚从品牌间竞争、品牌内竞争和消费者利益三个方

[21] See *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U. S. 877, 886–892 (2007).

[22] See Frank Easterbrook, *Limits of Antitrust*, 63 *Tex. L. Rev.* 1, 13 (1984).

[23] See Kevin J. Arquit, *Market Power in Vertical Cases*, 60 *Antitrust L. J.* 921, 922 (1992).

[24] 参见四川省发改委网站, <http://www.scdrc.gov.cn/dir25/159074.htm>, 最近访问时间[2021-01-10]。

面展开分析纵向垄断协议的效果;在后来的奶粉案中,<sup>[25]</sup> 仅仅简略提及上述三点,并未作出进一步的说明;而到眼镜案<sup>[26]</sup> 中,则仅直接指向“排除、限制了市场价格竞争”的规定,未作任何分解。之后,在美敦力<sup>[27]</sup> 案中,执法机构又重新强调品牌内一品牌间竞争分析。相较而言,在司法实践中,强生案<sup>[28]</sup> 二审法院提出了一套多因素的分析框架,融汇了品牌内竞争—品牌间竞争标准的详尽分析。很明显,在转售价格维持规制上,反垄断行政执法和司法实践之间存在着分歧,即法律适用应依照“禁止+豁免”的路径展开,还是应当以品牌内—品牌间竞争分析进行经济分析和效果权衡。最后,在海南裕泰案中,最高人民法院再审明确了《反垄断法》就垄断协议的定义当然同样适用于对纵向垄断协议的规定,亦即限制固定转售价格的垄断协议同样以“排除、限制竞争”为构成要件。<sup>[29]</sup> 可以认为,最高人民法院虽未充分展开品牌内—品牌间竞争的分析,但为该标准留出了空间。因其从证据的角度提出了行政执法与民事诉讼中需要证明的待证事实的差异,即证明排除、限制竞争的性质与证明排除、限制竞争影响的存在(损害)之间的差异。在这个意义上,行政执法与民事诉讼的不同在于证明的程度,在证明方法上不应存在实质性差别。至此,在纵向垄断协议的规制中,适用规则抑或标准仍有分歧。为此,应当保留当前法律文本的开放结构,以期在法律适用中巩固品牌内—品牌间标准的共识。

### 三 经营者集中规制中的标准演化

《反垄断法》中关于经营者集中的文本由两组规范构成:一是针对经营者集中申报的规则及其例外,二是针对经营者集中审查中的因素与标准。在前者,规则是主体,例外仍是规则的一部分;而在后者,标准是主体,因素被吸纳其中,而标准本身也逐渐从结构性标准向行为性标准演化。

#### (一) 经营者集中规制中的规则与标准

有别于垄断协议、滥用市场支配地位的事后调查,主要法域的经营者集中规制实行的是事前申报制度。其中,经营者集中申报通常是后续审查的必经环节,构成了与经营者集中审查紧密关联但又相对独立的一组规范。<sup>[30]</sup> 《反垄断法》第 20、21 条明确规定了什么是反垄断法意义上的经营者集中,以及何种经营者集中需要进行申报。进而,《反垄断法》规定了该规则的例外,即符合经营者集中形式且满足申报标准的行为,若控制权仅存在形式性变化但并无控制权实质性转移的行为,仍然可以免于申报(第 22 条)。在此基础上,法律规则为应报未报的事实状态附加了明确详尽的法律后果,即课以罚款、责令停

[25] 参见“发改委对六家乳企罚款 6.7 亿 涉案企业提整改措施”报道,中国新闻网,<http://www.chinanews.com/gn/2013/08-07/5133709.shtml>,最近访问时间[2021-01-21]。

[26] 参见发改委:《博士伦等眼镜企业维持转售价格被罚 1900 万》,中国法院网,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/05/id/1306167.shtml>,最近访问时间[2021-02-20]。

[27] 参见国家发展和改革委员会(2016)8 号行政处罚决定书。

[28] 参见上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第 63 号民事判决书。

[29] 参见最高人民法院(2018)最高法行申 4675 号行政裁定书。

[30] 参见经营者申报标准并不是一种由法律规定的行为尺度,而是申报的量化门槛,并非与实质意义的“标准”。

止实施集中并采取必要措施恢复到集中前的状态(第48条)。可以认为,在经营者集中申报中,由规则及其例外形成了一组明确、完整的规范。在此,例外的范围清晰,并未远离规范性,该等有例外的规则仍然是规则。

经营者提交集中申报之后,执法机构依法进行审查。《反垄断法》第27、28条规定了审查应当考虑的因素,以及判断经营者集中是否“具有或者可能具有排除、限制竞争效果”,并给予经营者证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响的空间,以作出是否禁止经营者集中的决定。该等合理分析的过程,涉及竞争影响的权衡,不能简单地依法条所列举的若干因素来完成,实践中存在宽泛的自由裁量空间,可能使得该规范因此远离规则性。这不仅因为横向、纵向和混合三种类型的经营者集中审查考察相关因素的侧重有所不同;还在于即便是对横向经营者集中的审查,由于市场结构条件和产品差异化程度的不同,所考量上述因素的组合和权重亦不相同。由此,就上述一组因素的考量更趋近于标准的适用,盖因经营者集中审查中涉及效果或其他权衡;或者说,在长期的经验积累中“标准”确已吸收了“因素”。

## (二)从结构性标准向行为性标准的转化

判定“经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果”,必须进行分解细化。而根据《反垄断法》,相关因素既有结构性的,也有行为性的。为优化适用因素组合,主要法域长期以来衍生出支配地位标准(Dominance Test)和实质削弱竞争标准(Substantial Lessening of Competition, SLC-Test)或严重妨碍有效竞争标准(Substantial Impediment of Effective Competition, SIEC-Test)两组标准。

支配地位标准是结构主义在经营者集中审查中的体现。该标准以市场份额为重心,将竞争影响预测系于市场结构的高度集中和企业的支配地位状态。一般而言,集中之后若形成独占,所涉企业可以直接攫取垄断利润;若形成寡头市场结构,所涉企业可以更容易地达成价格协同。在支配地位标准下,当企业合并导致出现独占垄断企业或者出现仅面临边缘竞争的支配企业时,市场竞争要么被完全消除,要么就只剩下不能有效影响市场结果的边缘竞争。<sup>[31]</sup>当然,独占的情形并不常见,现实中寡头市场结构居多,但无论如何消费者福利都将受损。基于这一朴素认知,在不同法域的一定发展阶段该标准都曾占据过或仍占据重要地位,但也暴露出诸多问题。特别是,其是否适用于差异性产品或企业之间并购的评估?

拉长视距,在结构主义起源的美国,横向合并规制长期依赖市场集中度分析。在1968年《横向合并指南》中,提高市场集中度的合并被认为在本质上就是可能削弱竞争的。<sup>[32]</sup>相似地,在欧盟,很长的一段时间内参与合并企业绝对市场份额之和对合并案能否被批准有特别大的影响。<sup>[33]</sup>然而,这种结构主义的立场在Heinz案中遭遇极大挑战。

[31] 参见[德]乌尔里希·施瓦尔贝、丹尼尔·齐默尔著:《卡特法与经济学》,顾一泉、刘旭译,法律出版社2014年版,第270页。

[32] See Carl Shapiro, The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years, 77 *Antitrust L. J.* 49, 50-51 (2010).

[33] 参见[德]乌尔里希·施瓦尔贝、丹尼尔·齐默尔著:《卡特法与经济学》,顾一泉、刘旭译,法律出版社2014年版,第275页。

在该案中,合并后双方 33% 的市场份额远落后于市场领先者 65% 的市场份额,支配地位标准无法适用,但合并会消除对第二货架位的竞争者之间的竞争。<sup>[34]</sup> 在这种产品差异显著的情况下,即便不占绝对市场份额优势的企业进行合并,也可能使竞争者无法对合并后企业的可能涨价施加竞争性约束。很明显,依托市场份额指标确立的支配地位标准顿失着力点。为此,美国《克莱顿法》第 7 条下实质削弱竞争标准长期被遮蔽的内涵得以发扬,以回应可能造成的漏判。

20 世纪 70 年代以来,考虑到新竞争者进入、非合并企业产出扩张的可能性,或者是合并带来的效率,芝加哥学派主张将被假定会引起竞争关切的横向合并的市场集中度门槛提高,并提倡更具弹性的经济分析,留出抗辩的空间。<sup>[35]</sup> 1982 年《横向合并指南》受其深刻影响,急剧背离了 1968 年的版本。<sup>[36]</sup> 但是,囿于在工业时代同质性产品占主导的思维定式,1982 年指南中对竞争效果分析重点限于“协调效应”,以防止共谋的发生。<sup>[37]</sup> 1992 年的《横向合并指南》更加全面地解释如何衡量不同类型的竞争效果,引入了“单边效应”。<sup>[38]</sup> 由此,从分析相对同质化的产品转向对更为差异化的产品,成为反垄断法实施从工业时代到信息时代的一个重要跨越。<sup>[39]</sup> 及至 2010 年《横向合并指南》颁布,市场份额和集中度的重要性大大减弱,强调合并分析最终是就竞争效果分析。<sup>[40]</sup> 比较而言,欧盟在 21 世纪初开始也从强调市场支配地位向聚焦竞争效果转型。2004 年,《欧共体理事会关于企业合并控制的第 139/2004 号条例》第 2 条规定:“如果通过企业合并将严重妨碍共同市场内或共同市场某一主要部分的有效竞争,尤其是通过促成或巩固某一市场支配地位的话,那么这样的企业合并就应当被认定是与共同市场不相融的。”<sup>[41]</sup> 由此,旧条例中排序靠后的“严重妨碍有效竞争”,如今被视为最核心的、唯一的构成要件;而此前的核心构成要件——促成或巩固市场支配地位,则变成了该规定中的一个列举。<sup>[42]</sup> 相应地,欧盟法下对合并是否巩固市场支配地位的考察退居次位。

### (三) 行为性标准下的结构性与行为性因素

支配地位标准退居次要地位,并不意味着其完全退出了反垄断法实施的舞台,而是以结构性因素的方式继续留存下来。关键在于,这些结构性因素必须置于严重妨碍有效竞

[34] See *F. T. C. v. H. J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 718–719 (2001).

[35] See Jonathan Baker, Carl Shapiro, *Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement*, in Robert Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U. S. Antitrust*, Oxford University Press, 2008, pp. 235–236.

[36] See <https://www.justice.gov/archives/atr/1982-merger-guidelines>.

[37] See Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77 *Antitrust L. J.* 49, 53 (2010).

[38] See <https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines>.

[39] See Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77 *Antitrust L. J.* 49, 54 (2010).

[40] See Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77 *Antitrust L. J.* 49, 60 (2010).

[41] Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

[42] 参见[德]乌尔里希·施瓦尔贝、丹尼尔·齐默尔著:《卡特法与经济学》,顾一泉、刘旭译,法律出版社 2014 年版,第 280 页。

争标准或实质削弱竞争标准的分析框架下与行为性因素结合分析。

### 1. 行为性标准中的结构性因素存留

从本质上看,实质削弱竞争标准和严重妨碍有效竞争标准并无根本区别,二者都聚焦于合并的效果,要求证明有效竞争被削弱或者妨碍,而不论这些效果将会如何实现;且二者都可以把所有对竞争构成威胁的案情涵盖其中,甚至包括那些目前还不为人知的情况。<sup>[43]</sup> 进而,在该等标准下又细分出协调效应(coordinated effect)、单边效应(unilateral effect)和封锁效应 foreclosure effect)标准,分类涵盖在经营者集中所涉及的特定竞争影响。这些标准无疑是对支配地位标准下简单聚焦集中度的超越,但在某种程度上又与结构性因素藕断丝连。单边效应的概念与单个企业支配地位的旧概念有密切联系,因为“支配地位”曾经被视作是“显著的市场力量”的代名词;而且,协调效应也可以被认为是共同支配地位的代名词。<sup>[44]</sup> 应当认为,结构性因素并未消失,不过随着标准的迁移和分析重心的下沉,单边效应或协调效应的认定比支配地位或共同支配地位的认定门槛更低。

无可争议的是,虽然权重存在差异,但是市场份额、集中度和市场进入,以及基于此生发的单边效应和协调效应都已成为主要法域的审查焦点。其中,经营者集中必然会使市场份额发生改变,进而使得市场集中度升高。但这还是不能解决审查的全部问题,尚需在实质削弱竞争标准下作出直接指向竞争影响分析。在判例法传统下,实质削弱竞争标准的分解主要在案件论证中得以体现,而在成文法中则需通过对因素的组合适用或者通过“指南”这一规范形式予以阐明。但问题是,当事方的律师和经济学家将指南看作是一组严格的数学公式和“包含审查要点的清单,结果因忽略其背后的理念而遮蔽了市场的动态性”。<sup>[45]</sup> 为此,需要对各项结构性与行为性因素的组合及其权重分配进行系统分析。

### 2. 因素组合和权重分配中标准导向

结构性与行为性因素组合的方式是由标准决定的。同样的因素,在支配地位标准或实质削弱竞争标准下,将产生不同组合并分配相应权重。这在美国法下体现得最为充分。早期美国最高法院认为鉴于产业中“经济集中的上升势头”,即便是其“削弱竞争的趋势尚处于萌芽阶段”也应当被遏制;<sup>[46]</sup> 并认定推定违法的规则适用于“造成市场集中度实质性提升”以及使企业具有“过度市场份额”的并购。<sup>[47]</sup> 直至 Heinz 案,这一趋势才得到扭转。而即便自 1992 年指南修订以来就已将举证责任推移超出结构性清单而必须考察竞争效果,<sup>[48]</sup> 结构性与行为性因素的比重及其在实质削弱竞争标准下的呈现方式亦存差异。

一方面,在单边效应分析中,经济学理论将差异化产品中的单边价格效应更直接地

[43] 参见[德]乌尔里希·施瓦尔贝、丹尼尔·齐默尔著:《卡特法与经济学》,顾一泉、刘旭译,法律出版社 2014 年版,第 305 页。

[44] 参见[英]西蒙·毕晓普、迈克·沃克著:《欧盟竞争法的经济学:概念、引用和测量》,董红霞译,人民出版社 2016 年版,第 375 页。

[45] Daniel Oliver, et al., 60 Minutes with Daniel Oliver, Chairman, Federal Trade Commission, 57 *Antitrust L. J.* 235, 238 (1988).

[46] *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294, 317-318 (1962).

[47] *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321, 363 (1963).

[48] See Malcolm Coate, *Merger Analysis: Alive and Clicking: Collusion Theories in Merger Analysis at The Federal Trade Commission*, 8 *Competition Pol'y Int'l* 112, 112 (2012).

与分流比,而不是与合并企业的加总市场份额相关联。<sup>[49]</sup> 其内在逻辑,是将实际和潜在竞争性企业的市场行为视作不变,评估合并之后交易对于当事方提高价格或者降低质量的动机和能力的影响。这种静态的效应通常更容易根据模型进行严格分析。<sup>[50]</sup> 基于经济学数学化的驱动,以及晚近以来司法部并购审查聚焦于单边效应的现实,单边效应分析在新指南中得到强化。<sup>[51]</sup> 可以认为,在单边效应分析中结构性因素的作用得到了一定的程度削弱——特别是市场份额和集中度的分析在某些场景下可以被分流比的分析替代。但是,市场进入壁垒的分析对于潜在竞争者是否能够形成竞争约束的判断仍然是不可或缺的。不仅如此,在考察买方力量之时,买方的市场份额和集中度的考量也依旧十分重要。

另一方面,就协调效应而言,执法机构可以证明集中后企业能够控制相关市场的过度市场份额,进而可能造成企业集中度实质性增长,以确立违法性的推定。<sup>[52]</sup> 由此,并购审查一度形成如下定式:第一步是识别初始集中度高并可能在并购后实质提升集中度的市场;第二步是考虑包括市场进入在内的多种市场因素,确定企业在这些市场中是否可以实际以共谋的方式行为。<sup>[53]</sup> 当前,在协调效应的分析框架下,结构主义影响仍然显著,但是行为性因素已经开始逐渐渗透到效果评估的方方面面。其内在逻辑,是评估并购后市场中是否更容易达成、维持(包括监督并惩罚背离行为)卡特尔。由此,不能仅对市场结构进行静态的描述,而应当综合分析市场竞争的内部因素、外部因素,以及并购对这些因素的改变,<sup>[54]</sup> 是否提高了经营者排除、限制竞争的能力、动机和可能性。

基于上述认识,盘点中国法下的经营者集中审查,标准下的因素组合和权重分配逐渐清晰,并随着标准导向的变化而变化。在早期,执法机构在 2009 年可口可乐收购汇源公司案<sup>[55]</sup>中,着重强调了支配地位标准,并由此延续到 2020 年丹纳赫收购通用电气生物制药业务案。<sup>[56]</sup> 与此平行,在松下收购三洋电机案、<sup>[57]</sup> 百特国际收购金宝公司案<sup>[58]</sup>中,执法机构在证明支配地位存在的同时,也对单边效应、协调效应进行了不同程度的分析。由此可见,执法机构虽未完全脱离支配地位标准的路径,但已开始向实质削弱竞争标准转型。与此同时,实质削弱竞争标准也从 2001 年开始逐渐适用。其中,在希捷收购三星硬

[49] See Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77 *Antitrust L. J.* 49, 70 (2010).

[50] See Janusz Ordover, *Coordinated Effects in Merger Analysis: An Introduction*, 2007 *Colum. Bus. L. Rev.* 411, 413–414 (2007).

[51] See Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77 *Antitrust L. J.* 49, 60 (2010).

[52] See *FTC v. University Health, Inc.*, 938 F.2d 1206, 1218 (11th Cir. 1991).

[53] See Andrew Chin, *Antitrust by Chance: A Unified Theory of Horizontal Merger Doctrine*, 106 *Yale L. J.* 1165, 1171 (1997).

[54] 参见[英]西蒙·毕晓普、迈克·沃克著:《欧盟竞争法之经济学:概念、引用和测量》,董红霞译,人民出版社 2016 年版,第 416 页。

[55] 参见商务部公告 2009 年第 22 号。

[56] 参见市场监管总局关于附加限制性条件批准丹纳赫公司收购通用电气医疗生命科学生物制药业务案反垄断审查决定的公告。

[57] 参见商务部公告 2009 年第 82 号。

[58] 参见商务部公告 2013 年第 58 号。

盘驱动器业务案<sup>[59]</sup>西部数据收购日立存储案<sup>[60]</sup>和高意收购菲尼萨股权案<sup>[61]</sup>中,都凸显了协调效应的分析。在恩智浦收购飞思卡尔全部股权案<sup>[62]</sup>日月光收购矽品公司股权案<sup>[63]</sup>中,则凸显了单边效应的分析。在近年来的一些案件中,<sup>[64]</sup>执法机构开始同时分析单边效应与协调效应。照此趋势,中国法下的标准将继续从结构性向行为性演化。进一步地,应摆脱支配地位标准的路径依赖,确立实质削弱竞争标准的主导地位。

## 四 市场支配地位滥用规制中的标准生成

《反垄断法》中关于市场支配地位滥用的文本,由市场支配地位判定和滥用行为认定两阶段的规范构成:一是判定市场支配地位的规则与因素,二是认定滥用行为的规则及其例外。当前,在滥用市场支配地位的规范中,虽然法律文本体现为规则及其例外,但在实施中标准适用构成主流。由于经验积累的缺乏和理论分歧的严重,相关标准的共识尚处于形成阶段。

### (一) 市场支配地位滥用规制中的规则与标准

#### 1. 市场支配地位判定中的规则

市场支配地位的判定有两种方式。一是在存在恰当界定的相关市场且市场份额的计算比较可靠的情况下,经由推定再进行推定的抗辩。二是当相关市场界定相对宽泛、市场份额计算不一定可靠的情况下,则应当直接考察认定因素对市场支配地位认定。概括来看,其规范性质主要取决于支配地位认定因素的性质。

通常,一组因素可以被理解为一个复杂的规则或准则。<sup>[65]</sup>而只有当详尽、具体地描述了相关的考虑事项并考虑了其各自的重要程度,因素才转化为规则。但在大多数情况下,事先列出的各种因素不可能穷尽所有情况。在反垄断法中,因素是更接近于规则还是标准,主要取决于经验认识的累积程度和是否涉及效果等权衡。中国《反垄断法》下的因素,主要从所涉企业的市场份额、市场进入壁垒,及相关市场的在位竞争者、潜在竞争者和买/卖方力量可以施加的竞争约束进行评估,来分析相关企业是否能够在相关市场中控制价格、产量及其他交易条件。上述列举虽未穷尽,但围绕市场控制能力且不涉及效果及其他权衡,更接近规则。即便是在数字经济领域,市场支配地位的认定因素应考虑网络效应和锁定效应,也并未改变其认定模式,而主要是改变了不同因素之间的相对权重。同样应指出的是,具有支配地位本身并不产生法律后果,其定不能构成一个完整的规则。据此,应当进一步分析滥用行为的规范性质。

[59] 参见商务部公告 2011 年第 90 号。

[60] 参见商务部公告 2012 年第 9 号。

[61] 参见市场监管总局关于附加限制性条件批准高意股份有限公司收购菲尼萨股份有限公司股权案反垄断审查决定的公告。

[62] 参见商务部公告 2015 年第 64 号。

[63] 参见商务部公告 2017 年第 81 号。

[64] 参见市场监管总局关于附加限制性条件批准诺贝丽斯公司收购爱励公司股权案反垄断审查决定的公告。

[65] 参见[美]凯斯·孙斯坦著:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 31 页。

## 2. 滥用市场支配地位行为认定的标准：以排斥性滥用为中心

波斯纳指出，“受规制的活动越具有流动性，它就越少可能完全为规则治理”<sup>[66]</sup>。此时，规则治理应当让位于标准治理。在市场竞争中，滥用市场支配地位的行为形式多样，反竞争效果和促进竞争效果盘根错节，为标准生成的丰厚土壤。《反垄断法》规定，禁止具有市场支配地位的经营者从事不公平的高价或低价、掠夺性定价、拒绝交易、排他性交易、搭售和歧视性待遇六类滥用市场支配地位的行为（第 17 条）。其中，除了关于剥削性滥用的规定之外，其他规定都以“没有正当理由”为判定违法的前提。“没有正当理由”在形式上表现为例外，而在法律适用中这类特例处理逐步制度化，发展出针对排斥性滥用的标准体制。

在支配地位滥用反垄断规制中，几乎没有哪类单边行为可以被归入这种类型。<sup>[67]</sup> 同时，也没有充分经验累积可以确认特定行为在总体上是促进竞争的，对于反竞争影响与促进竞争影响必须个案权衡。这就必然产生适用标准的需求。就此，欧盟发布了《委员会就支配地位企业排斥性滥用行为适用欧共同体条约第 82 条执法重点的指引》，<sup>[68]</sup> 确立了执法优先级，明确需要考察企业是否存在效率和客观合理性抗辩，进而评估是否构成排除、限制竞争。由于没就主要的滥用行为提出明确的认定标准，该等指引中的类型化列举作用有限。在美国法上，最高法院则提出认定不恰当的排斥性行为的条件：（1）损害竞争者的机会；（2）要么不能够促进绩效竞争，要么施加了不必要的限制。<sup>[69]</sup> 这些条件的抽象性，促发了标准的生成。<sup>[70]</sup> 其中，包括并非专门适用于滥用行为的权衡标准（Balancing Test）和消费者福利标准（Consumer Welfare Test）；<sup>[71]</sup> 对标支配地位企业本身的利益牺牲标准（Profit Sacrifice Test）、无经济意义标准（No Economic Sense Test），以及对标支配地位企业竞争者的合比例性标准（Disproportionality Test）、较低效率竞争者标准（Less Efficient Competitor Test）和提高竞争对手成本标准（Raising Rivals’ Costs Test）。由此，可以探究滥用市场支配地位中标准适用的空间与选择。

### （二）对标支配地位企业本身的标准

第一，聚焦于成本的“利益牺牲标准”。该标准关注“被告是否牺牲了即时利益，而将这种牺牲作为其战略的一部分，以期在排除竞争对手之后将利润收回”；或是“即使在不排除竞争者的情况下，涉嫌的反竞争行为对于被告来说是否是可获利的，是否也可以具有商业意义，进而产生或维持了被告的垄断力量。”<sup>[72]</sup> 利益牺牲标准首先在 Brooke Group 案中确立，美国最高法院要求原告证明：一是掠夺者的定价低于恰当测定的成本；二是掠夺

[66] 参见[美]理查德·波斯纳著：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 59 页。

[67] See John Temple Lang & Robert O’Donoghue, *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC*, 26 *Fordham Int’l L. J.* 83, 91 (2002).

[68] See Communication from the Commission, *Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, (2009/C 45/02).

[69] See Antitrust Modernization Commission, *Final Report*, 2007, p. 81.

[70] See Antitrust Modernization Commission, *Final Report*, 2007, pp. 91–94.

[71] See Steven Salop, *Avoiding Error in the Antitrust Analysis of Unilateral Refusals to Deal*, Statement for the Hearing of the Antitrust Modernization Commission “Exclusionary Conduct”, Sept. 21, 2005, p. 6. [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Salop\\_Statement\\_Revised%209-21.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Salop_Statement_Revised%209-21.pdf), 最近访问时间[2021-01-21]。

[72] Antitrust Modernization Commission, *Final Report*, 2007, p. 92.

者合理地预见或有极大的可能收回其低于成本定价所遭受的损失。<sup>[73]</sup> 欧洲法院在 AKZO 案中指出,价格低于平均可变成本构成滥用;价格在平均总成本和平均可变成本之间时,如果定价属于排挤竞争对手计划的一部分,则构成滥用;<sup>[74]</sup> 在 Tetra Pak 案中则提出,证明收回损失的可能性并不是认定掠夺性定价的必要前提。<sup>[75]</sup> 从标准应当清晰可预测以利于操作适用这个意义上,该标准虽然对高于成本定价的行为可能造成漏判,但“提供了简单且有意义的指引”。<sup>[76]</sup> 其问题是,必须在一个假定的、若非即是(but-for)的世界中进行行为评估,确定不具有排斥性的恰当基准水平非常困难。<sup>[77]</sup>

第二,聚焦于目的的“无经济意义标准”。该标准由美国司法部在 Microsoft 案<sup>[78]</sup> Dentsply 案<sup>[79]</sup> 和 Trinko 案<sup>[80]</sup> 中提出,但都未获法院采纳。该标准主要考察“基于被挑战行为发生之时企业所能获得的信息,该等行为在不减少或排除竞争的情况下,是否具有经济意义”。<sup>[81]</sup> 该标准不需要证明在一定期间内支配地位企业的利润低于其在实施排他性行为之前的利润,<sup>[82]</sup> 仅只在行为反竞争目标并不模糊的时候才认定其非法——因其若非为获得或者维持垄断力量就不会发生。<sup>[83]</sup> 这要求原告满足很强的证据要求才能够启动司法程序,<sup>[84]</sup> 而且可能造成只关注支配地位企业的动机、不直接评估竞争影响,而忽略其行为对于竞争者和消费者的影响,并可能允许那些轻微增进了垄断者效率但具有更大反竞争影响的行为。<sup>[85]</sup> 特别是对于以排斥作为行为机制的排他性交易类案件而言,该标准无法适用。<sup>[86]</sup>

在中国法下,如何于“合理理由”的法律适用中有效吸收上述标准,首先要明确:是否存在针对所有支配地位滥用行为的统一标准? 当前的共识是,没有任何一项标准足以评估所有的滥用市场支配地位行为。<sup>[87]</sup> 就如何在拒绝交易的规制中分析合理理由,中国法上作出了初步探索。<sup>[88]</sup> 这一分析虽然未直接引用特定标准,但已展现标准适用的雏形。

[73] See *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222–224 (1993).

[74] See Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*, para. 71 (1991).

[75] See Case C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, para. 44 (1996).

[76] Douglas Melamed, *Exclusionary Conduct under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal*, 20 *Berkeley Tech. L. J.* 1247, 1257 (2005).

[77] See Steven Salop, *Avoiding Error in the Antitrust Analysis of Unilateral Refusals to Deal*, Statement for the Hearing of the Antitrust Modernization Commission “Exclusionary Conduct”, Sept. 21, 2005, p. 12. [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Salop\\_Statement\\_Revised%209-21.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Salop_Statement_Revised%209-21.pdf), 最近访问时间[2021-01-21]。

[78] See Brief for Appellees, *United States v. Microsoft Corp.*, Nos. 00–5212, 00–5213 (D. C. Cir. Feb. 9, 2001).

[79] See Brief for the United States, *United States v. Dentsply Int’l, Inc.*, No. 03–4097 (3d Cir. May 14, 2004).

[80] See *Verizon Commc’ns, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

[81] Antitrust Modernization Commission, Final Report, 2007, p. 91.

[82] See Steven Salop, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, 73 *Antitrust L. J.* 311, 320 (2006).

[83] See Antitrust Modernization Commission, Final Report, 2007, p. 91.

[84] See Gregory J. Werden, *The “No Economic Sense” Test for Exclusionary Conduct*, 31 *J. Corp. L.* 293, 298 (2006).

[85] See Robert Pitofsky, *Standards for Exclusionary Behavior Under Section 2 of the Sherman Act* 5, Sept. 9, 2005, p. 98. [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Pitofsky.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Pitofsky.pdf).

[86] See Jonathan M. Jacobson & Scott A. Sher, *“No Economic Sense” Makes No Sense for Exclusive Dealing*, 73 *Antitrust L. J.* 779, 781 (2006).

[87] See Antitrust Modernization Commission, Final Report, 2007, p. 93.

[88] 参见重庆市工商行政管理局行政处罚决定书,渝工商经处字[2015]15号。

未来在个案中探求标准适用的方式时,应当明确:“无经济意义标准”过于依赖难以举证证明的“目的”,可能造成漏判和威慑不足;<sup>[89]</sup>“利益牺牲标准”适用空间更广,但存在难以确定排斥性基准的问题。据此,应当逐步确立掠夺性定价、拒绝交易类案件中利益牺牲标准的为主导地位,并探索与无经济意义标准结合适用的空间,以防止可能产生的漏判。

### (三) 对标支配地位企业竞争者的标准

第一,聚焦于损害竞争对手机会的标准。霍温坎普提出“合比例性标准”作为排斥性行为的认定标准:“(1)有合理的可能性,可以通过损害竞争对手的机会而创设、扩大或延长垄断力量的行为;(2)要么是根本就不会对消费者产生任何利益,要么是对于所产生的特定消费者收益来说并不是必须的行为,要么是所产生的损害和所造成的收益不成比例。”<sup>[90]</sup>比例检验标准旨在为不同类型的行为所应适用的不同规则提供一个分析框架,而不是提供对排斥性行为的具体界定。而且问题是,该检验标准对于所权衡的事项并不清晰,没有明确到底是对价格的净影响、对消费者的净影响或者是对消费者的损害与效率收益进行权衡。<sup>[91]</sup>

第二,聚焦于效率比较的标准。一是“较低效率竞争者标准”或“同等效率竞争者标准”。波斯纳提出该标准认为,不合理的排斥性行为“是一种可能将同等的或更有效率的竞争者排除出被告所在市场的行为。”<sup>[92]</sup>适用该标准无疑可以使得企业安全地利用其规模经济。但是,如果竞争者在尚未达到最小有效规模之前被排除,或者效率较低的竞争者将定价保持在低于垄断性定价的水平,则消费者将受到损害。<sup>[93]</sup>其假定存在问题,因为即便是较低效率竞争者的进入都可能降低价格和刺激竞争;<sup>[94]</sup>且即便成本较高的进入者也可能提供差异性产品而使得有偏好的消费者福利得到提升。<sup>[95]</sup>不仅如此,比较竞争者的效率在操作层面上相当困难。<sup>[96]</sup>二是损害竞争对手效率标准。埃尔霍格提出,恰当的标准必须聚焦在涉嫌排他性行为是通过哪种方式促进其垄断力量。如果仅仅是通过促进其自身的效率,即使其行为会将竞争对手的市场份额挤压到一个运营效率更低的区间也无可厚非;如果没有成功地促进支配地位企业自身的效率,反而通过损害竞争对手的效率而促进垄断力量,排他性行为就是非法的。<sup>[97]</sup>同样的问题是,效率损害难以衡量,特别是

[89] See Marina Lao, *Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The Case For Non-Universal Standards*, in *Fordham International Antitrust Law & Policy*, Barry Hawk, ed., Juris Publishing, 2006, p. 442.

[90] Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, Wolters Kluwer, 2002, 651a.

[91] See Douglas Melamed, *Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct-Are There Unifying Principles?*, 73 *Antitrust L. J.* 375, 380 (2006).

[92] [美]理查德·波斯纳著:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第227页。

[93] See American Bar Association, Section of Antitrust Law, *Public Comments Submitted to AMC Regarding Exclusionary Conduct*, pp. 11-12 (Mar. 17, 2006).

[94] See Andrew I. Gavil, *Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance*, 72 *Antitrust L. J.* 3, 59 (2004).

[95] See Steven Salop, *Avoiding Error in the Antitrust Analysis of Unilateral Refusals to Deal*, Statement for the Hearing of the Antitrust Modernization Commission “Exclusionary Conduct”, Sept. 21, 2005, p. 5. [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Salop\\_Statement\\_Revised%209-21.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Salop_Statement_Revised%209-21.pdf), 最近访问时间[2021-01-21]。

[96] See Andrew I. Gavil, *Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance*, 72 *Antitrust L. J.* 3, 60 (2004).

[97] See Einer Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 *Stan. L. Rev.* 253, 256-257 (2003).

确立对效率损害的恰当基准非常困难。

第三,提高竞争对手成本标准。支配地位企业可以通过滥用行为减少或消除竞争对手有效获取关键投入品或客户的封锁效果,<sup>[98]</sup>提高竞争对手成本或降低其产出,从而使实施封锁的企业获得、维持或巩固其市场力量,损害竞争及消费者福利。针对这一核心问题,萨洛普等提出提高竞争对手成本标准,主张寻找更直接的证据证明“(1)行为是否提高了竞争对手的成本;(2)行为是否实质性地提高了企业制定价格的市场力量”。<sup>[99]</sup>进而,评估是否存在限制性更小的方式,可以达到经营者所主张的效率提升。最后,通过测度市场中“最小可生存规模(MVS)”以判断竞争对手是否实质性地失去了交易机会。<sup>[100]</sup>波斯纳指出,该标准的问题在于提高竞争对手成本的一种方式使自己的效率比该竞争对手高出许多,以至于竞争对手无法实现规模经济。<sup>[101]</sup>无疑,在这种情况下确实可能产生误判。但是,这种误判在一定程度上可通过限制性更小方式的评估而避免。经历了三十余年的探讨,该标准逐渐被实务界所接受并扩展其在排斥性行为分析中的适用范围。

比较而言,聚焦于损害竞争对手机会的比例检验标准,实际上是对 Aspen 案以来所确立的排斥性行为分析框架的细化,很难说达到了标准所要求的“对事实进行相对广泛的调查才能确立小前提”的程度。最具有可操作性的,应当是提高竞争对手成本标准。在中国《反垄断法》下就排他性交易、搭售等行为的“合理理由”认定中,应当吸收该标准。在利乐包装滥用市场支配地位案<sup>[102]</sup>中,执法机构的论证涉及到上述成本标准,但已接近提高竞争对手成本标准的分析雏形。

## 五 结论:规则的归规则,标准的归标准

德沃金指出,“实证主义者把法律描绘成一副规则体系的图画,如果从这一规则模式中解脱出来,也许能够去建立一种对错错综复杂的实践更为真实的模式。”<sup>[103]</sup>事实上,只有廓清规则与标准的功能区间,优化反垄断法下的规则—标准布局,使规则的归规则,标准的归标准,方可支撑法律解释的一致性和法律适用的稳健性。

第一,规则的归规则。在反垄断法下,规则与标准的选择实际是确定性和精确性之间的权衡,应在不减损实质正义的情况下追求法律适用的确定性。因而,规则适用的场景应如下:一是当累积的经验已经明白地展现出某类行为的反竞争效果,而不需再考察案件的事实情况并作实质权衡即可将其认定为违法;二是即使可以在个案评估中获得更为准确的结论,但是这种评估的难度太高或不确定性太大。据此,于经验认识确凿且误判成本较低的核心卡特尔规制中,规则应当全面覆盖。

[98] 参见 O'Connor 大法官的异议意见, *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 44-46 (1984)。

[99] Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, 96 *Yale L. J.* 209, 291-292 (1986)。

[100] See Daniel A. Crane and Graciela Miralles, *Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints*, 84 *S. Cal. L. Rev.* 605, 608-609 (2011)。

[101] 参见[美]理查德·波斯纳著:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第229页。

[102] 参见国家工商行政管理总局行政处罚决定书,工商竞争案字[2016]1号。

[103] [美]罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第68页。

第二,标准的归标准。反垄断法的问题并不是标准太多,而相反却是过于依赖规则的认定。<sup>[104]</sup> 当前,对于纵向限制经历了从规则适用到标准适用的转向,品牌内—品牌间竞争标准逐步巩固但仍存在分歧,应探索形成标准适用的一致性共识。在经营者集中审查中标准适用已成必须,主导性标准由支配地位标准向实质削弱竞争标准迁移,且具体标准相对明确,应纳入成文法。在市场支配地位滥用规制中,统一的共识尚难形成,但利润牺牲标准、较低效率竞争者标准等逐渐成型,提高竞争对手成本标准的适用空间亦不断扩展,应于解释与适用中持续沉淀。

当前,在判例法中规则向标准的转化趋势确定无疑。晚近以来,美国法院和执法机构已经开始了从规则到标准的范式转型过程,在反托拉斯的分析中更加重视多因素的、以事实为基础的、以及事后分析导向的模式。<sup>[105]</sup> 而在成文法下,反垄断法为规范背后的政治和经济价值预留了裁量的巨大空间,合理吸收标准进入规范文本应成为中国反垄断法规范完善的重要目标,从而更大程度地实现实质正义。不仅如此,在法律解释中,亦应提升标准的作用空间,方可最大限度地保有法律稳定性的前提下应对新挑战。

[本文为作者主持的 2020 年度国家社会科学基金后期资助项目“反垄断法解释研究”(20FFXB025)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] China has been continuously accumulating experience in the regulation of monopolistic behaviour during the implementation of the Anti-Monopoly Law over the past decade. However, the understanding of antimonopoly law norms as a whole has not been improved in general and many vague ideas remain to be clarified. To improve this situation, it is necessary to identify the rules and standards in the antimonopoly legal norms. The legal norms concerning horizontal monopolistic agreements and the notification of undertaking concentration are rules in nature, while the legal norms concerning vertical monopolistic agreement, abuse of dominance, and the review of undertaking concentration are standards in nature. Thus, in the process of the law application, we should adhere to the rule - standards categorization and explore the way to integrate standards into the statutory law. Only in this way can we establish and maintain a consistency of legal interpretation and stability of law application, and achieve a substantive justice through combined application of rules and standards.

---

---

(责任编辑:姚 佳)

---

[104] See Mark Lemley & Christopher Leslie, Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence, 93 *Iowa Law Review* 1207, 1257 (2008).

[105] See Daniel Crane, Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication, 64 *Wash & Lee L. Rev.* 49, 56 (2007).