

反垄断法解释中经济学分析的限度

金善明

内容提要:内生并服务于现代市场经济体制的反垄断法,与经济学存在着天然联系。作为反垄断法实施的逻辑前提,法律解释必然离不开经济学分析的指引。但从反垄断法角度出发,经济学分析并非仅限于经济学所流行的建模或公式的构造与运用,而是应强调法律之本,更应从整体上理解和把握文本解释的理念与路径:从宏观层面上来说,要求国家积极营造有利于确保竞争自由的秩序政策和法治框架,以发挥竞争在资源配置中的主导作用;从微观层面上来说,则要求执法机构基于经济学分析合理解释文本规范的内涵和法律意义,并将垄断问题涵摄于文本规范之中,以打击垄断、保护市场竞争。就我国反垄断法解释现状来看,需进一步将经济学分析融入反垄断法解释之中,但应把握好合理的“度”,以优化解释质量、保证反垄断法有效实施,从而维护市场竞争、提高经济运行效率。

关键词:反垄断法解释 经济学分析 竞争保护 经济效率

金善明,中国社会科学院法学研究所副研究员。

竞争是市场运行和经济繁荣的动力源泉,打击垄断、保护竞争是广受关注的政策焦点与理论命题。反垄断法便是现代国家确保市场竞争不因受限制而减少经济福利的政策和法律体系,^[1]其重要目标之一——也有人认为是唯一目标——就是维护市场的竞争性。^[2]我国《反垄断法》更是开宗明义地将“预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争”作为其立命之本,以求通过对市场运行中垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中以及行政垄断等行为的规制而创制与维护竞争性的市场结构和体制,从而提高经济运行效率、保障国民经济健康发展。在此目标追求进程中,国家依靠市场机制决定生产什么、如何生产、为谁生产;市场机制依靠消费者决定生产什么、生产多少,同时依靠生产者之间的竞争

[1] 参见[意]马西莫·莫塔著:《竞争政策——理论与实践》,沈国华译,上海财经大学出版社2006年版,第20页。

[2] Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*, Thomson Reuters, 2011, 4th ed., p. 3.

来决定由谁生产,足见反垄断法与经济学具有天然的联系。从制度实践层面来说,反垄断法与经济学之间的因缘由来已久,源于法律的规范性与经济学的理性之间的交融与互动。不容否认的是,对反垄断分析影响最大的因素便是将经济学导入并运用于反垄断法之中。^[3] 竞争是经济学分析的核心问题,经济学分析在反垄断法实施中发挥着举足轻重的作用。^[4]

无论是在反垄断法规范形成还是具体案件裁判中,经济学都始终扮演着重要角色。^[5] 反垄断法与生俱来的经济学底色需要依赖经济学分析为涉嫌垄断行为的违法性认定提供更为准确而理性的证据材料;离开经济学分析,反垄断法解释和适用很可能掉入简单的语义循环和逻辑重复之中,行为定性难以令人信服。我国《反垄断法》因采取“粗线条立法模式”而致其文本规范过于原则,^[6]“排除、限制竞争”、“没有正当理由”、“对竞争产生的有利影响明显大于不利影响”等修辞表达虽显专业但却需要依具体情形作进一步分析和阐明方能适用,因而使得文本规范在垄断规制实践中时常显得蹩脚甚至束手无策。因此,如何将市场中特定垄断行为或具体案件涵摄于文本规范之中,不可避免地需要执法者对反垄断法规范予以合理解释。作为反垄断法实施的逻辑前提,解释成为弥合文本规范与市场垄断之间间隙的桥梁与纽带。^[7] 基于文本与市场间的经济关联和经济学特质,反垄断法解释亦必然打上经济学烙印,但如何充分发挥经济学分析在反垄断法解释中的效用则值得进一步审视和研究。

一 反垄断法解释对经济学分析的需求

竞争是市场经济的核心机制,也仅在市场经济中方能发挥其应有功效。然而,市场经济(体制)和市场不是一回事。^[8] 市场经济的优越性在于通过竞争调动人们的积极性,通过竞争优化配置社会资源。但市场经济却时常因竞争在其运行过程中埋下毁灭自身的种

[3] E. Thomas Sullivan, Herbert Hovenkamp and Howard A. Shelanski, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, LexisNexis, 2009, 6th ed., p. 1.

[4] 作为重要的分析方法,经济分析在许多国家(或地区)的反垄断法制定和执行中发挥着关键作用,法院在审理垄断案件时也越来越多地关注和运用经济分析方法,在判决时更多地以经济理论与实证分析为依据。博弈论、信息经济学和交易成本经济学等理论也逐渐在反垄断实践中自觉或不自觉地被援引和利用,经济学日渐成为反垄断实践的重要理论基础。参见[美]杰伊·皮尔·乔伊著:《反垄断研究新进展:理论与证据》,张曼、崔文杰等译,东北财经大学出版社2008年版,前言第1页。

[5] 参见 Roger D. Blair and David L. Kaserman, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2008, 2nd ed., pp. 1-2。美国著名的反垄断法专家霍温坎普(Herbert Hovenkamp)也曾指出,《谢尔曼法》刚出台实施的岁月里,当事人便依循着当时主流经济学理论去解释某一特定行为是否限制竞争,参见 Herbert Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*, *Columbia Business Law Review* Vol. 2 (2001), p. 259。

[6] 参见时建中主编:《反垄断法——法典释评与学理探源》,中国人民大学出版社2008年版,前言(代序)第2页;时建中:《我国〈反垄断法〉的特色制度、亮点制度及重大不足》,《法学家》2008年第1期,第14-15页。

[7] 参见金善明:《反垄断法实施的逻辑前提:解释及其反思》,《法学评论》2013年第5期,第16页。

[8] 参见[美]C. E. 林德布鲁姆著:《市场体制的秘密》,耿修林译,江苏人民出版社2002年版,第3-4页。作者认为,不是所有的社会都拥有市场体制,但现在的社会几乎都毫无例外地利用着市场。因为市场体制只存在于通过市场实现增殖,并且用一种特殊的方式将人与人相互联结在一起的场合。

子^[9]而诱发“市场失灵”的风险或现象^[10]。这一风险或现象的防范与消解,则需要依靠制度予以实现。^[11] 制度提供人类在其中相互影响的框架,使协作和竞争的关系得以确定,从而构成一个社会特别是构成了一种经济秩序。^[12] 作为市场经济发展到一定高度的产物,^[13] 反垄断法是现代国家(地区)用以维护市场竞争、促进经济发展的路径选择和制度工具,其中内含着对经济学知识和理论的尊重和运用,因而反垄断实践中对文本规范的解释亦必然存在对经济学分析的追寻和依赖。

反垄断法源于市场经济中的竞争规律,但成就于国家经济职能的实施。^[14] 质言之,反垄断法是经济运行中政府与市场之间博弈和平衡的结果,亦是国家公权力介入市场、维护竞争的制度形式和文本依据。静态文本转化为动态规制,是国家实现反垄断作用机制之必然;否则,再美的文本规范,也不过是“镜中花、水中月”。解释则是这一机制发挥作用的关键一环,即在反垄断法由文本规范转向规制实践的过程中,执法者通过探求文本中规范内涵与法律意义而合理地适用反垄断法,以实现反垄断立法初衷与规制本意之融合与统一。这不仅是现代经济生活所衍生出的对法治之需求的制度体现与实践路径,更是缘于反垄断法自身属性而内生出的对经济学分析的诉求与运用。

一方面,反垄断法天然地蕴含着经济学分析。“竞争是获致繁荣和保证繁荣最有效的手段。只有竞争才能使作为消费的人们从经济发展中受到实惠。它保证随着生产力的提高而俱来的种种利益,终于归人们享受。”^[15] 没有竞争自由,就没有真正的市场经济和市场体制。“市场乃是一种仅仅以互惠互利原则为基础的秩序,而立基于这项原则,任何人的机遇都可能比他在任何其他情况下所享有的机会要多得多。”^[16] 言下之意,市场是经济发展最主要的动力,也是个人财富最大化的最直接渠道,因而经由市场促进经济发展才是最为可取的途径。但无论是经济学理论,还是国家实践都一再揭示“市场不是万能的”这一命题,因而市场失灵所诱发的各种社会问题,便成为政府介入市场的重要原因之一。竞争的“自我毁灭性”,为国家以“有形之手”介入市场竞争、创设反垄断法以规制限制竞争行为提供契机和制度可能。国家顺势而为,将限制竞争行为纳入反垄断法规制范畴,以

[9] 参见孔祥俊著:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第26-28页。有学者也指出,竞争一直既是上帝又是魔鬼。它许诺并提供了财富与经济进步;它也改变财富的分配,动摇共同体的跟进,向道德规范发起挑战。参见[美]戴维·J.格伯尔著:《二十世纪欧洲的法律与竞争》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社2004年版,第1页。

[10] 在竞争法甚至经济法语境中,“市场失灵”是个高频词,在一定程度上支撑着在经济运行中政府介入市场的正当性。参见[日]青木昌彦、冈崎哲二编著:《市场的作用,国家的作用》,林家彬等译,中国发展出版社2002年版,第83页。

[11] 参见洪银兴著:《市场秩序和规范》,上海三联书店、上海人民出版社2007年版,第1页。作者认为,现代市场经济既不是洪水猛兽,也不是驯服的羔羊。市场经济的驾驭,不是靠哪个人,也不是靠哪个机构,而是靠制度和秩序。

[12] [美]道格拉斯·C.诺思著:《经济史上的结构和变革》,厉以平译,商务印书馆1992年版,第227页。

[13] 参见史际春等著:《反垄断法理解与适用》,中国法制出版社2007年版,第1页;史际春:《〈反垄断法〉与社会主义市场经济》,《法学家》2008年第1期,第1-2页。

[14] 吴宏伟著:《竞争法有关问题研究》,中国人民大学出版社2000年版,第55页。

[15] [西德]路德维希·艾哈德著:《来自竞争的繁荣》,祝世康、穆家骥合译,商务印书馆1983年版,第11页。

[16] [英]弗里德里希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第199页。

激发竞争的积极性和创造性,预防和制止自我束缚和自我毁灭之一面的发生。这一制度路径,实际上是市场中限制、排除竞争行为在国家法治层面上的成像,即经济生活中危害竞争的行为经由国家法定程序进入文本规范并依相应程序予以规制甚至制裁,由经济学上的话语“翻译”转化为法律规制的对象。因此,作为反垄断法的制度体现,其文本规范天然地打上了经济学的烙印。

尽管反垄断法在现代经济生活中占据着不容忽视的地位,国家依此矫正限制竞争行为、恢复竞争性的市场结构,以维护竞争性的市场体制、确保经济发展的动力。然而,国家对于市场的直接干预,应定位于市场失效,即竞争机制的市场条件欠缺或遭到破坏的领域,并且通过干预能够提高经济绩效的情况,而不应不适当地扩大干预范围。^[17] 不难看出,反垄断法文本中弥漫着竞争、垄断、效率等经济学概念与表达,而其文本背后则更是隐含着政府与市场、权利与权力等之间博弈和平衡的经济学分析的规范表达与价值协调。当理论从应然追求转向实然运用时,文本背后的经济学分析便成为国家反垄断立法与执法(司法)的关键,亦是有效理解垄断现象、开展反垄断实践的理论基础。也正是因为此,波斯纳甚至认为,“垄断的经济学理论为反托拉斯政策提供了唯一正确的依据。”^[18] 经济学成为反垄断法生成的知识基础和语境体系,更是其得以有效实施的逻辑框架和分析工具,可见反垄断法生成于市场经济却升华于经济学。一旦国家形成反垄断法并试图将其适用于垄断规制实践时,文本规范与规制需求之间将不可避免地存有同隙或冲突,而亟需执法者能够通过对文本规范的合理解释予以弥合或消解,因而内生于经济学的反垄断法文本之解释自然离不开经济学分析的支撑与指引。

另一方面,反垄断法文本的适用需要经济学分析。市场经济的魅力在于竞争及其所产生的效率,其着力强调的是通过市场来配置资源,即通过竞争机制来决定将稀缺资源用于生产什么、生产多少以及为谁生产。在此体制下,个人和企业分散地自由作出计划和决策,再通过市场交换来协调这些决策,在这个过程中配置社会的稀缺资源。^[19] 但竞争在催生市场经济效率的同时,天然地具有限制竞争和损害竞争的倾向。市场竞争中取得支配地位的经营者自觉或不自觉、有形或无形地迫使交易对手接受其交易条件,或者单方面实施某种市场行为而损害其他竞争者或消费者利益,从而导致某一行业或领域由一个或少数几个经营者控制的垄断现象。事实上,由竞争到垄断,是契约自由和市场竞争的必然结果;作为国家矫治垄断、维护竞争的法治工具,反垄断法则必须对这一结果予以回应,从文本规范层面明确竞争保护的边界和对垄断的容忍度,以为具体规制行为提供规范指引和制度依据。

[17] 参见盛杰民、袁祝杰:《动态竞争观与我国竞争立法的路向》,《中国法学》2002年第2期,第24页。之所以如此,是因为无论从理论还是经验意义上来说,政府干预虽然可以弥补“市场失灵”的缺陷,但也存在着严重的“政府失灵”现象或风险,从而可能陷入“规制国的悖论”之中。所谓规制国的悖论,是指一些规制的目的本身是正当的,但由于选择了不适当的规则方法与策略,导致规制目的无法实现,被“自我挫败”。参见李洪雷:《规制法理学的初步建构(代译序)》,载[美]凯斯·R. 桑斯坦著:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版,第5页。

[18] [美]理查德·A. 波斯纳著:《反托拉斯法》(第二版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第9页。

[19] 参见左大培、裴小革著:《世界市场经济概论》,中国社会科学出版社2009年版,第9页。

然而,在市场运行中,竞争与垄断的界限并不像法律文本所规定的那般清晰,且各自优劣、利弊也非泾渭分明,甚至有时可能会相互转化。与此同时,在效率优先的目标理念支撑下反垄断法通常在文本规范中设定相应的抗辩理由,以更加包容的态度对待市场运行中的垄断行为,实践层面上更是要求执法机构必须借助经济学等可量化的分析工具来合理分析该行为竞争效果,从而不仅有利于规范并约束法律所赋予的自由裁量权,而且也使垄断行为违法性的认定更趋理性。文本规范中披上法律外衣的经济学术语或概念,更需要经济学理论的支撑并依此对其进行合目的性和合规律性的解释。但由此产生的后果便是,使原本就以不确定性著称的反垄断法^[20]在具体适用中面临着更多的不确定性。

经济学理论和法律规范互动的解释操作成为现代经济规制垄断、保护竞争的关键机制,这在美国百廿余年的反托拉斯历史实践中尤为明显。由于美国《谢尔曼法》主要条款直接涉及各种经济学上的概念,因而对其解释不可避免地需要经济学家的帮助。其结果是,在实际规制中经济学与法律不再毫无交集而呈现日趋融合之势。随着经济学理论的不不断变迁,反托拉斯法律原则和执法政策的框架也相应发生着变化。^[21]而且,由于市场运行机制和行业属性等因素,特定市场(或行业)中是竞争好还是垄断好亦非绝对,仍有待依据相关经济学理论和方法对特定市场(或行业)进行相关分析。反垄断法旨在通过保护竞争而提升经济运行效率,但并不意味着举凡垄断皆需纳入其规制范畴;相反,应通过经济学分析的考量而对文本规范进行合理解释,以实现通过行为的规范和事实的禁止达到提升效率、维护市场竞争的目标追求。

反垄断法是保护市场竞争,维护市场竞争秩序,充分发挥市场配置资源基础性作用的重要法律制度,……也是市场经济国家调控经济的重要政策工具。^[22]但因文本规范自身的原则性及其所致的模糊性(抑或不确定性)、市场瞬息万变等因素,反垄断法在对市场经济活动进行规制时离不开经济学的支持和保障;旨在弥合和消解文本与市场间的间隙或冲突的解释必然要求导入更多的经济学分析,以将市场垄断行为有效地涵摄于文本规范之中,从而调适市场中竞争与垄断的平衡、保护经济效率。

二 反垄断法解释对经济学分析的理解

反垄断实践中,解释是文本规范发挥作用、实现预期目标的必经环节。具体解释操作中,解释对象是源于市场经济的反垄断法文本规范而相应的解释结果则须适用于市场运行中多变的垄断行为,如何确保静态的文本规范能在动态的市场运行中得到合目的性与合规律性的解释,则是解释机制在反垄断实践中所应达至的目的之所在。这也恰如塞尔

[20] “反垄断法具有很强的不确定性”,在学界早已成为通说,中外皆然。对此进行具体而详细的论证和分析,更是不在少数。参见沈敏荣著:《法律的不确定性——反垄断法规则分析》,法律出版社2001年版,第73页。

[21] William E. Kovacic and Carl Shapiro, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14 (2000), Winter, p. 43.

[22] 参见安建主编:《中华人民共和国反垄断法释义》,法律出版社2007年版,第136页。

修斯(Celsus)所言,“法律解释不是拘泥于文字,而是要实现其意义和目的。”^[23]解释是获取文本规范之内涵和法律意义的实践路径和制度工具,而其本身则更是一个融合机制,即在文本规范的逻辑框架和制度范畴内交织着法学与经济学双重理性和思维的作用并导出符合立法原意和竞争规律的概念内涵与法律意义,从而激活和发挥反垄断法对市场垄断的实际规制作用。质言之,在法治逻辑下,经济学分析为文本规范的内涵和法律意义的探寻与追求提供宏观性价值引导和微观的制度分析工具,但不能也不应该代替法治思维及其规制方式。因此,该如何理解反垄断法解释中的经济学分析,尤其是如何能够契合市场体制和竞争规律进行界定与塑造,则是确保解释妥恰性的核心问题。

经济学分析是反垄断法解释合理展开的逻辑框架和演绎方法。反垄断法规范解释的适用对象是市场经济运行中瞬息万变的垄断行为,其违法与否须依法认定,其中必然离不开经济学的支撑和保障。“经济学研究的是一个社会如何利用稀缺资源以生产有价值的物品和劳务,并将它们在不同人中间进行分配。”其终极目标是“改善人们的日常生活条件,提高国内生产总值,而绝不是一场数字游戏”。^[24]可见,经济学不仅是关于资源配置,关于人的理性选择行为,关于经济运行机制和规律的理论知识体系,而且,它也是分析人的理性选择行为,解释和理解经济现象,探究经济活动规律的一种思维方式和方法。^[25]

经济学在反垄断法解释中的应用,亦相应地蕴含并体现着经济学的目标追求,因而解释中的经济学分析并不局限于垄断对资源配置的影响,更拓展性地关注竞争机制运行的经济环境、制度秩序。在此意义上,经济学在解释中所发挥的效用并不限于技术操作层面上的经验供给与模型构造,更是从价值规范层面上强调经济学思维的运用和经济目标的追求。

事实上,反垄断执法机构早已谙悉其中之道,将经济学分析作为其规范解释和制度运用的理论支撑和分析工具。对最早实施现代反垄断法的美国来说,其法院和执法机构在115年之多的反托拉斯历程中不断调适其反托拉斯法解释以与不断变迁着的主流经济学理论相匹配,(哈佛与芝加哥)两大经济学派在现代反托拉斯进程中更是争相斗艳、相互争宠。^[26]经济学的理论不仅为反垄断法的正当性提供了令人信服的理由,为反垄断法的

[23] 即 *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (Celsus, Dig. 1, 3, 17), 转引自[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第287页。

[24] [美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯著:《经济学》(第17版),萧琛译,人民邮电出版社2004年版,第2、4页。

[25] 叶升初、孙永平:《现代经济学思维方式及其逻辑演进》,《湖北经济学院学报》2007年第1期,第5页。

[26] Thomas A. Piraino, *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*, *Indiana Law Journal*, Vol. 82 (2007), p. 346. 事实上,这两大学派着实对美国反托拉斯实践产生了积极影响,但这也只是其中的历史片段。在反托拉斯法实施的一个多世纪里,经济学理论历经风霜发生了巨大变化。1890年,经济学的边际革命(Marginalist Revolution)刚刚开始确立,也许《谢尔曼法》的立法者们对边际概念却一无所知。20世纪的前四十年中,关于市场的经济学研究为两类自由主义者所支配:一是进步党人,一是新政党人,他们不怎么信任市场却很信任规制,而且认为很多市场行为对竞争者和消费者来说都是有害的。但60年代及其后,又复归于英美经济学对市场的信仰之传统,而不信于政府规制或其他对市场进行任何形式的干预。如今,由于博弈论导入产业组织之中,人们重新意识到,诸多市场行为之无效性,因而更强的政府干预颇具合理性。参见 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson Reuters, 2011, 4th ed., p. 82。

适用向可预见性和一致性发展指出了方向,实际上,经济学原理已经成为反垄断法演进的重要催化剂。^[27]当然,作为现代市场经济的制度基石,反垄断法无不蕴含着政治经济学之自由精神追求。^[28]美国联邦最高法院早在1936年的糖业协会诉美国案中便指出,作为自由之宪章,《谢尔曼反托拉斯法》拥有可与宪法规范相媲美的普适性和适应性。^[29]反垄断法文本规范所呈现的这一属性,使其具有有意识的自我革新能力,并依据过往经验和新情况不断调适自身以适应社会需求的潜力,赋予经济学家更多的权力和机会来影响反垄断决策和实践。^[30]

正是基于此,反垄断法解释中的经济学分析不同于学科意义上的经济学,并不局限于传统经济学上所强调的“稀缺性”与“效率”两个关键要素,更强调在特定经济体制或模式之中通过价值与制度的平衡协调机制促成市场机制效用的最大化。反垄断法缘于市场竞争的固有缺陷,但实务操作中市场缺陷的界定标准并不明确或确定,且随着市场情形的变化亦具有多变性,因而在规范适用时需更多地导入经济学分析。这种思路不仅是知识的引进,更是思维的拓展和理论的生成。反垄断法规范的实际解释操作,需在考虑规范所蕴含和承载的目标价值的同时,更要考虑目标价值所赖以生成的体制或制度环境并依此采用相应的经济模式和分析方法。因此,解释对经济学的需求和运用是立体而多维的。

经济学分析在解释中的体现和运用并不能狭隘地定义或界定为,在反垄断法适用中通过经济学模型或公式的运用而判定市场中某一特定行为是否构成反垄断法所禁止的“垄断行为”。这只是经济学在反垄断法解释中的浅表体现和末尾环节所生成的产品,经济学对解释的贡献实际并不止于这些,而更多地体现为:(1)塑造并维护妥恰的经济运行体制或发展模式;(2)确立并保障竞争机制的资源优化配置作用;(3)构造并运用合理的垄断行为违法性认定标准。经济学成为反垄断法解释操作中往返于价值、规范与行为之间的逻辑阶梯与指示标,对文本规范进行解释以完成对垄断行为违法性的认定则是在经济学所追求的效益最大化的体制生态下维护竞争机制正常运行的技术操作,但技术操作背后却隐藏着国家基于特定经济理论而塑造的经济模式和追求的社会目标。

经济学在反垄断法解释中直观地体现为技术操作层面的工具性分析,但其实际上并不止于工具性运用,不仅强调在追求经济效率的基础上对规范进行合理性解释,更强调经济学对解释的宏观指导与立体保障。反垄断法解释中的经济学分析需要充分而又系统地发挥经济学的作用,通过经济学分析合理阐明文本规范的内涵以正确适用法律,从而要实

[27] 黄勇:《代译序》,载[美]基斯·N. 希尔顿著:《反垄断法——经济学原理和普通法演进》,赵玲译,北京大学出版社2009年版,代译序第1页。

[28] Michele Grillo, *The Theory and Practice of Antitrust: A Perspective in the History of Economic Ideas*, *Storia del Pensiero Economico*, Vol. 2 (2006), p. 36.

[29] *Sugar Institute, Inc. v. United States* (297 U. S. 553 [1936]).

[30] 经济学家对反垄断法的影响抑或贡献,美国著名反垄断专家 William E. Kovacic 认为,主要体现在两方面:一是促使国家优先选择竞争作为其经济监管机制;另一则是引导国家反垄断政策的生成与运用。参见 William E. Kovacic and Carl Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14 (2000), Winter, pp. 58 - 59.

现经济目标、完善经济体制。基于此,反垄断法规范解释的经济学分析过程体现了竞争保护中经济学与法律规范之间的良性互动。

三 经济学分析的逻辑体系

反垄断法内生于市场竞争之自身悖论,形式上为规制市场中的垄断行为,实为克服市场竞争之固有缺陷抑或“市场失灵”现象而以“有形之手”与“无形之手”协同并用的制度平衡机制。反垄断法的实施,是现代国家在其所信仰的特定经济学理念指引下遵循一定的经济学逻辑并运用相应的经济学分析工具诠释市场体制、矫治垄断行为和保护市场竞争的动态系统工程,而反垄断法文本则是这一进程的静态体现。因此,在静态文本向动态实践发令时,对文本的解释则当然需要执法机构因循着法治思维和经济学分析逻辑来明确规范内涵并依此实现其所蕴含的价值。

(一) 大前提:市场体制

解释就是把不清楚的东西说清楚,法律解释顾名思义就是要厘清法律规范的内涵、明确其法律意义。但任何法律解释都离不开法律文本及其所适用的环境,反垄断法也不例外。作为市场经济基础性法律规范,反垄断法的解释自然离不开市场体制这一大背景、大前提,即反垄断法生成于市场体制并为之服务。不过,反垄断法为市场体制服务的前提,则是将生成于此的文本规范予以合理地解释并将市场中涉嫌垄断行为涵摄于其中,以打击垄断行为、保护市场竞争,从而保证和提高市场体制下资源配置的效率。市场体制是现代国家历经大浪淘沙后所选择的最有效率的国民经济发展模式。不过,“当代的市场经济国家在经济活动方面仍然呈现出很大的差别”,依据市场体制的特征而大致可分为“自由的市场经济”、“行政市场体制”、“法律规制的市场经济”、“福利国家”、“集体协调的市场经济”和“公有制的市场经济”六种不同类型。^[31] 尽管市场体制在各国(地区)的类型及其相应表征有所不同,但有一点是可以肯定的,即现代市场体制必定是市场与政府共同作用的运行机制,无非是政府多一点还是市场多一点的问题。因此,无论如何,市场体制决不是亚当·斯密所说的放任自由,同时它也不是那种依赖于小政府的市场机制。^[32] 确立市场经济的地位,并进而使之正常地发挥效应,均属于国家作用。^[33] 国家在解释反垄断法时应将其置于这样的体制环境中予以考量,从而将执法效果与立法意图在解释中进行平衡和协调。

反垄断法与市场体制密切相关,在我国更是如此。我国经济体制改革是在十一届三中全会吹响的改革开放号声之中循序渐进展开的,逐步由计划经济转向市场经济,并于 1993 年修宪时将“国家实行社会主义市场经济”写入宪法。至此,国家从宪法高度确立了

[31] 参见左大培、裴小革著:《世界市场经济概论》,中国社会科学出版社 2009 年版,第 4 页。

[32] [美] C. E. 林德布鲁姆著:《市场体制的秘密》,耿修林译,江苏人民出版社 2002 年版,第 7 页。

[33] [法] 贝尔纳·克莱芒著:《自由竞争》,黄传根译,商务印书馆 2001 年版,第 1 页。

市场经济体制建设目标,强调市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用。我国也由一个竞争文化严重缺失的国家逐步培育和发展成为倡导和鼓励市场竞争的经济体,重视竞争在国家经济建设中的地位和作用。但竞争在其经济社会生态环境中的运行并不会一蹴而就,也不会一帆风顺,时常会因为内外因素的干扰而偏离或者背离经济社会发展的正常轨道,亟须超越利益纷争主体的代表对竞争进行保驾护航。^[34]因而,为了建立一个开放、竞争和全国统一的大市场,为了给企业创造公平的竞争环境,使社会主义市场经济能够健康有序地向前发展,我国亟需建立反垄断的法律制度;^[35]与此同时,对于一个实施了几十年计划经济的国家,我国的反垄断立法是经济体制改革的结果。^[36]反垄断法抽象和概括地反映了(着)市场本身的规律,是经济本能和内在的要求,更是国家建设和实现市场经济体制目标的制度工具。

竞争相对于市场体制来说是天然的,但竞争秩序却非天然。依据哈耶克观点,秩序有内部秩序和外部秩序之分:内部秩序乃是一种自发秩序,是“人之行动而非人之设计的结果”,是一种非依赖于人之目的的高度复杂的秩序;而外部秩序是一种组织安排,是人们刻意创造出来的,服务于人之目的的相对简单的秩序。^[37]与之相对应的是内部规则和外部规则,秩序的塑造与维系需要内部、外部规则的相互协调和共同作用,否则,易诱发秩序的失衡甚至紊乱。

同样,良好的竞争秩序是自然演进秩序和国家理性构建秩序的统一,无论是从竞争秩序基本制度框架的建立,还是从不同利益主体博弈所形成的均衡状态或秩序规则来说,竞争秩序形成和演变从来都离不开国家理性构建的因素和力量。因此,我国《宪法》进一步要求,“国家加强经济立法,完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”基于这样的经济学思维和宪法关怀,执法机构在反垄断中自然需将文本规范纳入国家为确保市场主体竞争自由而塑造的制度框架和秩序政策之中予以诠释和权衡。在此框架之下,国家有义务培育和保护竞争,以实现经济增长、产业转型以及就业等经济或非经济目标,但竞争仅“是实现一种合乎人类尊严和有经济运作能力的秩序的适宜手段”,^[38]而非最终目的。

(二) 目标追求:经济效率

经济全球化日趋加剧的情形下,各国(地区)反垄断法文本所体现出来的规范表达虽大同小异,但各自生成背景和路径则大相径庭:美国反托拉斯法根源于,南北战争后经济迅猛增长继而形成经济托拉斯并威胁到美国人所热衷的民主、自由;欧盟竞争法是二战后旨在建立欧盟统一大市场并期待以经济上的统一促进欧盟共同体的形成,为消除这一进

[34] 参见金善明著:《反垄断法法益研究:范式与路径》,中国社会科学出版社2013年版,第47页。

[35] 王晓晔著:《竞争法研究》,中国法制出版社1999年版,第112页。

[36] 王晓晔:《经济体制改革与我国反垄断法》,《东方法学》2009年第3期,第75页。

[37] 参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第52-85页。

[38] [德]何梦笔主编:《秩序自由主义:德国秩序政策论集》,董靖等译,中国社会科学出版社2002年版,第30页。

程中阻碍统一大市场建立的因素而签订并逐渐完善；日本禁止独占法是二战后以美国为代表的盟军为了解散和消灭发动战争的经济支柱财阀而以美国反托拉斯法为蓝本制定，等等。而作为后发的市场经济国家，中国在历经改革开放数十年的高速发展后遭遇竞争悖论而借鉴和吸收域外反垄断法理论与实践经验，制定并实施反垄断法，以保护竞争、健全市场体制。可见，无论中外，反垄断法相对于市场竞争来说仅是手段，只是为了保护竞争而制定并实施。但竞争相对于市场体制来说，亦只是手段或工具，并非目标。解释意在厘清反垄断法规范内涵、明确其法律意义，便于反垄断法的适用，但这相对于反垄断法来说也是工具性的，因而需在此基础上进一步追寻和实现反垄断法的目标。

法的解释旨在明确法规范内涵和法律意义，以利于或促进法目标的实现。同样，对反垄断法的解释亦是如此，就是要通过解释来实现反垄断法文本规范所承载的目标追求，因而明确反垄断法目标追求则成为合理解释文本规范的前置性条件。然而，反垄断法所追求的目标究竟是什么，在学术界虽研究甚多，但依旧是个充满争议的问题。其中，关键的节点是反垄断法在保护竞争的基础上最终目标仅仅是提高经济效率，还是还包含着诸如社会公共利益等其他非经济目标，这依然是个问题！这个问题在不同国家（地区）有不同的答案，即便在同一个国家不同历史时期也有不同的答案。美国就存在反垄断法目标是一元抑或多元之争。持一元化观点的芝加哥学派认为，反垄断法的唯一目的就是提高经济效率；而持多元化观点的哈佛学派则认为，除了经济目标外，反垄断法还应追求和实现政治、社会等目标。

依今天各国（地区）反垄断实践来看，一元化观点所秉持的唯一目标观点过于绝对化，恰如美国联邦最高法院曾作出的判决指出一样，“谢尔曼法依据的前提是，不受限制的竞争将产生最好的资源配置、最低的价格、最高的质量和最大的物质进步，同时创造一个有助于维护我们民主的政治和社会制度的环境。”^[39] 但不难看出，经济效率确实是反垄断法目标追求的重要组成部分，且是反垄断法应否适用、如何适用等问题的衡量因素，因而反垄断法解释时必须考虑这一因素。当然，对反垄断法进行解释时应考虑经济效率并不是要排除反垄断法非经济方面的目标追求，^[40] 相反是在强调经济效率的基础上要更好

[39] M. C. Howard, *Antitrust and Trade Regulation: Selected Issues and Case Studies*, Prentice-Hall, 1983, p. 1.

[40] 尽管这一争论在学理上一直存在着，但之于我国《反垄断法》文本来说并不存在，因为该法第 1 条便开宗明义地明确了立法目标之多元性和使命的多重性。当然，之所以在美国存有此争议，与其反托拉斯法的文本表述和判例法传统等因素不无关系。由于在其判例法体系下，《谢尔曼法》《克莱顿法》《联邦贸易委员会法》等制定法并没有明确其立法宗旨或目标追求，因而给执法机构以很大的想象空间和价值创设的机会。也正因为此，才有了哈佛学派和芝加哥学派在其反托拉斯实践中的相互博弈、不断完善的理论进步和实践探索。实际上，即便美国反托拉斯法的立法史并未表明效率考量因素占居主导地位，反托拉斯法亦必须承认一些非经济性的价值追求存在。参见 Herbert Hovenkamp, *Distributive Justice and the Antitrust Laws*, *George Washington Law Review* Vol. 51 (1982), p. 1; L. Schwartz, "Justice" and Other Non-Economic Goals of Antitrust, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 127 (1976), p. 1076; R. Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 127 (1979), p. 1051. 国内也有学者对这一问题作了专门探讨并提出对“唯效率论”的质疑，直指其易导致反垄断法在理论和实践中产生悖论，同时也会束缚人们的思想等恶果，因而应依据我国《反垄断法》第 1 条从反垄断法案件着手发展我国的价值平衡理论，而非忽视该规定片面强调反垄断法是所谓更加可操作性的效率促进法。参见兰磊：《反垄断法唯效率论质疑》，《华东政法大学学报》2010 年第 4 期。

地实现非经济目标。

现代反垄断法所追求的经济效率,应从整个社会效益和公共利益出发来阐释,而不能仅仅局限于一国经济总量的数字化增长,因而在现代经济学理论的指引下宜将经济效率从两个层面进行剖析,即经济效率由生产效率和分配效率构成:前者强调的是企业产出与投入的比率;后者则是强调稀缺性资源的分配效率,且在竞争性市场条件下,价格等于边际成本时,达到最佳分配效率。反垄断法适用的目的在于,“努力改善分配效率,且又不严重损害生产效率,以免导致消费者福利无法产生收益或使之产生净损失。”^[41]因此,对反垄断法规范进行解释并适用于保护竞争时便不能不从经济学角度考虑其所应追求的目标及其内部逻辑秩序。

(三)表现形式:经济学分析

反垄断法的任务就是防止市场上出现垄断,以及对合法产生的垄断企业进行监督,防止它们滥用市场优势地位。^[42]这一任务通过禁止性的消极表达而体现在各国(地区)反垄断法文本规范之中,但若要真正落实则需文本经由合理解释向垄断规制实践转化,解释成为厘清文本规范内涵和法律意义的必经程序和重要路径。作为市场体制运行客观需要的自然反映,反垄断法的解释则要求理解竞争性市场体制及其运行方式、该体制的局限性以及维护市场竞争性结构的原因等问题。依此,通过考虑涉嫌垄断行为是否偏离了竞争性原则或者通过测算反垄断法适用所带来的利益和产生的成本,从而评估反垄断法及其解释的合理性。不难看出,竞争理论是理解垄断行为以及政府反垄断政策和对垄断产业进行管制的理论基础,^[43]经济学分析亦成为文本解释的关键工具,即经济学理论的工具化便是经济学分析的启动和运用。

经济学分析是一个极为宽泛的概念,在法律研究中不仅是一个工具,更是有相应理论体系作支撑的方法,其魅力不在于它的研究对象而是它的方法。经济学分析在反垄断解释中发挥作用,实际暗含着两个亟待厘清的理论范畴:一是经济学分析所支撑的价值追求何在,是否仅限于效率;二是经济学分析的工具选择,隐含着定量分析与定性分析之间的博弈与抉择。前者已经明确,不仅仅局限于经济效率目标的追求,更要成为经济民主、社会福利等非经济价值实现之利器。在实践层面上,经验性地引入经济学时,坚实的计量经济学理论与经济学理论基础是至关重要的。计量经济学理论为评估数据到底能否识别主旨的假定提供了一个框架;经济学理论为经验调查提供指导和原则。^[44]

当然,无论启动或采用何种经济学分析路径,其最根本的工具仍是最大化假定、均衡分析方法和效率标准。前两概念是实证经济学的核心,后者则是规范经济学的准绳;至于

[41] Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, Basic Books, 1993, p. 91.

[42] 王晓晔:《反垄断法制度》(为作者2002年6月29日为第九届全国人大常委会作第二十七次法制讲座的讲稿),载《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第7页。

[43] 王廷惠著:《竞争与垄断:过程竞争理论视角的分析》,经济科学出版社2007年版,第6页。

[44] 参见[英]彼得·戴维斯、伊莲娜·迦瑟斯著:《竞争与反垄断中的数量技术》,周德发、李三译,中国人民大学出版社2013年版,第1页。

成本—收益分析、替代分析、边际分析、供求分析、弹性分析等,则是具体问题的分析方法,但皆从属于上述三大工具。^[45] 反垄断法解释操作中,经济学分析需凭借上述理论工具及其所衍生的分析方法追寻文本规范中所蕴含的应有之义。

第一,基于净损失等因素考虑,明确规范内涵、判断要件并将所涉垄断协议涵摄于其中。即某一协议行为是否应当受到谴责或者只有当其产生严重损害后才应该受到谴责,这须取决于经济损害发生的可能性以及其他可能产生的效果。

第二,基于市场份额、市场进入壁垒、产品替代性等因素考虑,对经营者进行定量分析以界定其在特定市场中是否形成反垄断法所规定的“市场支配地位”,并依据这些“经济学证据”对是否构成滥用行为作相应判定。

第三,基于集中前后市场结构和竞争效果等因素考虑,判断集中后市场运行中的经营者是否会产生单边效应、协同效应或封锁效应,即是否易于达成垄断协议抑或增强市场控制能力,从而判定该项经营者集中是否实质上限制、排除竞争。但不容忽视的是,由于文本规范是静止的而市场则是瞬息万变的,因而反垄断法解释操作所依循的经济学分析逻辑和采用的具体分析方法并非一成不变,亦应随着市场情势的变化而作相应调整,以求文本的目标追求与实际规制效果的趋同和统一。

由此可见,经济学分析在反垄断法解释中是连接宏观理念和微观规范的逻辑演绎机制,具体体现为“目标—逻辑—方法”的运行体系:市场体制下,以效率优先,综合运用现代经济学方法对文本规范进行解读,力图预防和制止垄断行为、保护市场竞争,从而完善和健全市场体制;健全的市场体制,有助于型塑竞争秩序、促进竞争,进而提高经济效率。然而,反垄断实践中时常出现对经济学分析态度不一的情形,要么过分夸大经济学分析的作用,要么对经济学分析只字不提、视而不见,从而引起对反垄断法规范适用争议以及相应裁判结果合理性的质疑。因此,如何在现行运行机制下充分发挥经济学分析在反垄断法解释中的作用并依此优化反垄断法解释质量,成为我国深入实施反垄断法、推进经济体制转型的重要课题。

四 经济学分析的运行保障:解释的优化

市场体制之美在于竞争及其所产生的效率,反垄断法之功能在于打击垄断行为、维护市场竞争,经济学分析则是藉由合理解释反垄断法而维护市场竞争、提高经济效率的逻辑思维和分析方式。实践中,反垄断总是与特定经济学存在着某种密切联系,如“美国反托拉斯法总是在某种程度上追随主流经济学理论”。^[46] 反垄断法解释,亦总是自觉或不自觉地受经济学理论影响而运用经济学分析方法对相关规范内涵和法律意义展开分析,以

[45] 参见李政军:《“经济学分析”之分析》,《江苏社会科学》1997年第1期,第49页。

[46] Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson Reuters, 2011, 4th ed., p. 77.

为垄断行为违法性的认定提供具有可操作性的规范依据。但这种规范解释的操作不能脱离于案件情况而先验性地假设垄断情形或行为要件,否则会导致反垄断实践中执法机构对先验性解释规范作“二次解释”,甚至出现“以解释代替立法”的现象,从而影响反垄断法适用的预期效应。因此,有必要运用经济学理论多维地优化反垄断法解释机制、提高解释质量,但也要警惕对经济学分析作无边的夸大。

(一) 运行路径

经济学思维的关键在于,承认稀缺性的现实存在并探求合理方式以促进资源利用效益最大化、提高社会总福利,其核心是充分发挥竞争机制的作用。然而,竞争虽是天然的但并不会恒定存在,时常因经济力形成或人为联合而威胁或损害竞争,而需要现代反垄断法对其予以保驾护航。竞争理论是反垄断法的基础,经济学分析更是其有效适用的逻辑框架。不同时期竞争理论的发展影响着反垄断法的解释及其适用,反垄断观念在现代经济学理论的作用下亦由传统的结构规制主义转向行为规制主义,不再是简单地反对垄断状态而是更加注重对垄断行为的效率分析。在反垄断法具体适用中,强调充分运用局部均衡福利经济学、交易费用经济学、信息经济学和博弈论,深入研究特定组织行为的福利与效率后果,探究协约活动和交易技术的复杂情形,分析策略行为的可能影响,使反垄断法规范能够得以被恰当、合理地解释。然而,这对于我国当前反垄断执法体制下的解释操作来说,依旧是个挑战。

囿于我国法治发展水平和现行法律解释体制,我国法治实践偏好于作事先具有普遍适用效力的规范性解释,以明确法律文本规范的内涵和法律意义,甚至在某些情形下弥补法律漏洞或空白。这在我国反垄断法解释中甚为明显,即以事先的规范性解释代替对反垄断法实施中具体法律适用问题的解释,难以有效而合理地解释文本规范内涵并将具体案件涵摄于其中,从而造成解释低效甚至无效。同时,这一解释方式通常忽视甚至扼杀经济学分析的作用,反垄断执法机构在作规范性解释过程中往往基于自身解决问题的逻辑需要或方便对市场中可能出现的垄断行为或情形作先验性的假想并形成相应的解释规范,忽视了市场机制的千变万化、具体垄断案件的千差万别,而片面地强调解释规范的一般性和普遍性。因此,为确保解释的合理性、合宪性和自治性,应对我国反垄断法解释甚至整个法律解释机制进行改善。将反垄断法解释还原或塑造为原本法治意义上文本规范在特定案件中具体适用问题的解释,在经济学理论的指引下综合运用经济学分析工具,解决不同案件中排除、限制竞争的垄断问题,以保护竞争性市场体制、提高经济效率。在构建个案解释机制的基础上,由反垄断执法机构逐渐建立和完善反垄断指导性案例制度,通过典型案例的裁决具体而形象地明确规范内涵、型塑解释逻辑和践行反垄断理念。

在良好的解释机制之下,反垄断执法机构方能遵循经济学思维和理论、依据特定逻辑和运用分析方法优化反垄断法解释。但反垄断法解释操作中,经济学分析的运用通常面临两方面挑战。一方面,经济学分析应以何种方式作用于反垄断法解释。反垄断法是建立和维持市场体制的重要保证,经济效率是其重要目标,但具体的规制标准,不同的国家、同一国家不同时期的反垄断法规定未必一致。如何解释反垄断法、合理规制才能使市场体制更有效率,是随着经济理论的发展和法治实践的积累而不断被摸索和认识的。另一

方面,在反垄断法解释中经济学分析模式的选择。经济学分析对反垄断立法、解释以及执法等环节的影响无处不在,哈佛、芝加哥以及后芝加哥等学派基于各自思维与理念的考虑而从不同角度对反垄断法规范作了不同的解释,但有关哪种经济学观点及其分析模型是反垄断法解释值得信赖和依靠的逻辑思维和分析框架依然是个争议性话题。然而,不可否认的是,反垄断法解释中经济学分析关注的焦点依然是经济效率,效率仍是反垄断法解释的分析起点,但其终点却非止于经济效率。

(二) 经济学分析运用的限度

反垄断与经济学虽具有天然联系,但反垄断不等于经济学或者说就是经济学的任务。经济学分析对于反垄断来说只是其中的重要分析思维与方法,并非反垄断本身,亦不能替代反垄断的法定依据——反垄断法。反垄断得以有效推进的依据在于法治,而反垄断法治的践行却有赖于经济学的支持和保障。因此,反垄断法解释中,经济学分析强调的是,对经济学理念的遵循而非仅限于经济学分析工具的简单套用。

正处于转型期的中国不仅需要通过解释有效适用反垄断法、规制市场运行中的垄断行为,更要通过反垄断法的有效适用而型塑和完善市场体制,以促进经济效率、确保经济可持续发展。这也就意味着,解释操作中经济学分析的导入并非把非经济学的考虑因素彻底清除出反垄断范畴。由于很多目标会导致竞争政策的产生,但常常又有很多公共政策因素会影响竞争法及其实施,竞争执法机构由于要兼顾社会、政治和战略因素,而致使其在竞争问题上经常采取比单独考虑经济因素来的软弱的姿态。^[47] 因此,在反垄断法解释中,既要正视这些经济与非经济之间的价值冲突与制度矛盾,更要妥善协调和消解这些冲突和矛盾。实际上,反垄断法旨在通过合理解释得以有效实施,试图保证竞争的自由性、竞争手段的公正性、确保自由竞争的基本环境,从而力求在考虑经济效率的同时也必须承认反垄断的非经济学价值^[48]。

与此同时,反垄断法解释中的经济学分析需与解释场景中的具体经济现实相结合。西方有西方先进的经济学,但中国有中国现实的反垄断问题,因而解释中的思维方式可借鉴但不可简单嫁接。我国反垄断法解释最重要的场景便是,经济体制仍在改革之中。“所谓经济体制的改革,是要解决在中国这块土地上应当建立什么形式的社会主义经济的问题,这是社会主义建设的根本方针。”^[49] 虽然这一问题随着 1993 年《宪法》修订的完成从法律文本角度来说便告已完成,但从实践角度来说我国市场体制建设仍在路上。在此情形下,运用经济学分析对反垄断法进行解释时,应从两个层面予以把握:一是国家须从宏观上营造有利于确保市场主体竞争自由的秩序政策和法治框架,促使和维持竞争在社会资源配置中的决定性作用;另一层面则是通过反垄断法的解释和适用,排除市场中各

[47] 参见[意]马西莫·莫塔著:《竞争政策——理论与实践》,沈国华译,上海财经大学出版社 2006 年版,第 11、17 页。

[48] L. Schwartz, “Justice” and Other Non-Economic Goals of Antitrust, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 127 (1976), p. 1076; R. Pitofsky, The Political Content of Antitrust, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 127 (1979), p. 1051.

[49] 参见薛暮桥著:《薛暮桥回忆录》,天津人民出版社 1996 年版,第 357 页。

类垄断行为,以实现保护竞争、提高社会经济效率的基本目标。

当然,这一解释功能的实现离不开工具性的经济学分析,但经济学分析作为解决问题的方法,其作用很容易被夸大。近来,在世界范围内的竞争案例中,多元回归被应用得越来越多,但若详细审查则会发现,时常由于数据的原因而致回归结果无效。^[50]或者说,模型可能很好用,事实认定者可能也得到了做出预言所必需的大量信息,但又出现了一些该模型并未考虑到的价值,因而不得不作出与该模型的预言并不相同的判决。^[51]这也说明,尽管现代反垄断中数理分析所运用的技术性符号越来越多,但经济学的诸多结论因在其推演过程中为了模型构建和逻辑分析的方便而简化了现实复杂情形,而并不能在严格意义上得到有效或客观的验证,使得其在反垄断解释中缺乏可信度和可复制性。经济学并不只是数据模型的构建与运用,同样具有价值承载的规范分析之功能。因此,对反垄断法适用中的解释来说,最好的经济学应该是经济学界或著作中没有争议的、具有共识性的理论,既能避免竞争保护中国家过度介入所造成的危害,又能避免市场竞争所引发的毁灭性创造等问题。经济学分析和理论的选择,必须从我国市场体制和竞争秩序现状出发,这是基本要求。

在反垄断法解释中,执法机构在文本规范所蕴含的价值范畴和制度框架内充分运用经济学分析工具去诠释和明确规范内涵和法律意义,通过定量分析为垄断行为违法性的判定提供经济学证据。然而,我国当前仍处于经济体制转型之中,反垄断法解释不仅要充分运用经济学分析工具和模型塑造和确立垄断行为违法性的最低判定标准,更应依据相应的经济学理论关注宏观体制的构建与完善,从而为反垄断法的合理解释营造良好的体制环境。但反垄断法解释中经济学分析并不意味着将反垄断法推衍成反垄断法的经济学分析,而忽视其规范性的法本质;同时,经济学分析对反垄断的作用并非一成不变,而应是不断修正的过程。且在此基础上,综合考虑和运用伦理的哲学的观念、社会的、政治的以及法律制度、所得和财富的分配、经济力的分配及控制方法等影响的各类因素,才能有效维护市场竞争。

五 结 论

反垄断法是市场经济国家维护竞争的基础性法律制度,经济学分析对其解释具有不容忽视的作用。反垄断法解释需要通过经济学分析追寻和探究立法者意旨和文本规范内涵之所在,并依此将涉嫌垄断问题涵摄于文本规范之中予以处罚,以矫正垄断行为、保护市场竞争,从而实现市场体制下生产效率与分配效率平衡兼顾、协调发展。对正处于转型期的中国来说,反垄断法不仅肩负着打击垄断、保护竞争的基本功能,更承载着培育和完善市场体制的政策使命。这就意味着,中国反垄断法解释中,经济学分析的有效运用是项

[50] 参见[英]彼得·戴维斯、伊莲娜·迦瑟斯著:《竞争与反垄断中的数量技术》,周德发、李三译,中国人民大学出版社2013年版,第51页。

[51] Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson Reuters, 2011, 4th ed., p. 80.

系统工程。从宏观上来说,国家须立足经济现状,处理好政府与市场间的关系,推进和完善市场体制建设,为反垄断法的有效适用营造健康的体制环境;从微观上来说,国家则应立足我国市场垄断现实、掌握反垄断法使命所在,综合利用经济理论、经济模型和分析方法,准确合理地解释文本规范,为垄断行为违法性认定提供自恰而妥当的制度依据和规范机制。当然,经济学分析在反垄断法解释中固然重要,但其作用不宜被夸大,在考虑经济学因素的同时亦要包容非经济学目标,将市场体制作作为解释中协调各类矛盾或冲突的最终经济哲学。

[**Abstract**] Anti-Monopoly Law (AML), which is born in and works for the modern market economy system, has an inherent connection to economics. The interpretation of law, as the logic premise of AML enforcement, relies on the guidance of economic analysis. However, from the perspective of AML, economic analysis is not limited to the construction or application of economic models or formula, but should give more emphases to the understanding and grasping the ideas and methods of text interpretation as a whole. At the macro level, the state should actively create an order policy and rule-of-law framework conducive to free competition, so as to enable the market to play a decisive role in the allocation of resources. At the micro level, enforcement agencies should interpret the connotation and legal meaning of legal texts on the basis of economic theories and subsume issues of monopoly into normative texts, so as to fight against monopolistic conducts and protect competition in the market. As far as the current situation of AML interpretation in China is concerned, it is necessary to further integrate economic analysis into AML interpretation, which is conducive to optimizing the quality of interpretation and ensuring the effective implementation of AML, so as to uphold market competition and enhance the efficiency of economic operation.

(责任编辑:姚 佳)