

重估合理原则的制度成本

——兼评《制度成本与规范化的反垄断法》

兰 磊

摘 要:《制度成本与规范化的反垄断法》多角度论证了合理原则的弊端。但它以偏概全地基于某种复杂的合理原则子类型批判整个合理原则系谱,从而误判其制度成本。法律中包含较为抽象的原则,经由个案考量—正当化—类型化的过程逐渐得以细化。合理原则提供了这种细化机会,有助于降低规则的制定成本,结构型合理原则是此细化过程的结果。现行反垄断法范式下经济学是不可或缺的工具,相关费用并非全都归咎于合理原则。各种经济学理论满足必要条件时均可在个案中适用,并可纳入规则体系。原告胜诉率本身不是应追求的目的,并且许多表象掩盖了真实的原告胜诉率。《反垄断法》的规范化之路在于以合理原则为基础,通过处理大量案件积累经验,并经由类型化发展结构型合理原则。

关键词:合理原则;转售价格维持;法律规范;类型化;后芝加哥学派

[中图分类号] D912.29 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2020)03-0102-25

引言

李剑教授在《制度成本与规范化的反垄断法》⁽¹⁾(下称《制度成本》)一文中对本身违法原则与合理原则的制度成本和功能作了深入研究,体现了我国对垄断协议分析模式⁽²⁾研究的新高度。

第一,该文以中国垄断协议尤其是转售价格维持(RPM)的分析模式之争为讨论起点。它首先

[作者简介] 兰磊,华东政法大学知识产权学院副教授,法学博士。

(1) 李剑:《制度成本与规范化的反垄断法:当然违法原则的回归》,《中外法学》2019年第4期,第1004-1024页。

(2) 尽管本身违法原则和合理原则是在垄断协议领域发展起来的分析模式,但实践表明,其基本术语和方法体系同样适用于其他垄断行为领域。当然,本身违法原则在其他领域的可行性高度存疑。英文 *per se rule of illegality* (习惯简写为 *per se rule*) 通常译为“本身违法原则”,《制度成本》中译为“当然违法原则”。本文中二者通用。需要注意的是, *per se rule* 有时也译为“本身违法规则”,此时描述调整某种行为的某个具体规范,例如《南非竞争法》第5(2)条规定“禁止最低转售价格维持行为”。*per se rule* 译为“本身违法原则”时则是描述一种判断竞争损害效果的分析模式。欧盟竞争法上使用的类似概念是“目的限制”(对应本身违法原则)和“效果限制”(对应合理原则)。对此对应关系的讨论,参见兰磊:《转售价格维持违法推定之批判》,《清华法学》2016年第2期,第104-105页。

指出,根据经济学的研究成果,RPM适用合理原则应为共识性的结论⁽³⁾,但引入“制度成本”概念后需要对此结论作重新评估。该文以规则(rule)一标准(standard)二分法作为论证的基本理论,前者是更为明确、具体的规范,后者是更为抽象的规范。不同类型规范的制度成本不同。“制度成本”是指规范运行的四类成本(第1017—1018页):(1)规范建立成本,(2)案件查处成本,(3)行政成本,以及(4)错误成本。其认为本身违法原则具有制度成本优势,而“合理原则在法律适用、对违法行为的威慑以及稳定预期等方面都存在不容忽视的成本”(第1006页)。经过一系列分析,该文认为“对于中国反垄断法而言,制度的运行需要更为全面的视角来进行考察与制度设计,不能用理论上的可能性代替实际的结果”(第1024页)。具体到有关RPM的争议,该文的结论是,“认可合理原则在分析转售价格维持上的‘应然’地位……值得质疑”(第1023页)。这种立足现实问题、回应理论争议的研究方法,避免了“自说自话”的研究陷阱。

第二,《制度成本》旁征博引,多角度论证了合理原则的不足,即其“制度成本”(第二部分),包括其复杂性带来一系列后果,个案分析与法律规范性存在冲突,进而与法治原则相冲突并削弱反垄断执法的威慑效果。这种分析使我们更为深入地认识到合理原则存在的问题,引导我们关注经济学结论与法律规范之差异。

第三,《制度成本》借鉴大量域外研究成果,提出了应对前述问题的解决方案(第三部分):传统的本身违法原则与合理原则二分法存在缺陷,应该在此基础上推进分析模式的多样化和差异化。⁽⁴⁾它提出通过经济学理论与实证研究的积累和深化,通过“深入地类型化”,尽可能提炼出更具可操作性、更加明确的规则。

第四,与国内不少学者明示或默示地轻视经济学在反垄断法领域的作用不同,《制度成本》充分肯定了经济学在此领域的作用,尤其在规则发展中的作用。⁽⁵⁾

但《制度成本》也存在不少值得商榷之处。该文的基本分析思路是:标准导向的合理原则存在诸多弊端,规则有助于克服标准之弊端,因此我们应通过类型化的深入发展更多地转向规则。这一总体思路是完全正确的。

然而,《制度成本》在论证过程中混淆了诸多概念,导致其分析路径中存在大量逻辑跳跃,实际呈现为:全面型合理原则存在诸多弊端,本身违法原则有助于克服全面型合理原则之弊端,因此我们应该通过类型化的深入发展更多地转向本身违法原则。简言之,《制度成本》有两大理论基

(3) 李剑:《制度成本与规范化的反垄断法:当然违法原则的回归》,《中外法学》2019年第4期,第1016页(“学术上支持当然违法原则的观点与主张采用合理原则的观点看起来针锋相对,但也都认可:经济学研究已经证明转售价格维持有促进竞争的可能性,如果不考虑现行法的实际规定,则转售价格维持应该按照合理原则来分析”)。

(4) 李剑:《制度成本与规范化的反垄断法:当然违法原则的回归》,《中外法学》2019年第4期,第1023页(“有学者就认为……当前转向更多合理原则并不意味着拒绝适用规则导向的竞争法,而是要求更大差异化的规则”)。

(5) 参见李剑:《制度成本与规范化的反垄断法:当然违法原则的回归》,《中外法学》2019年第4期,第1017、1019、1023、1024页。

础：第一，合理原则存在诸多弊端；第二，本身违法原则的相对制度成本较低。⁽⁶⁾经过对这两个理论基础的层层论证与阐释，《制度成本》经由无意的概念置换最终得出反垄断法转向本身违法原则的结论。为支撑其论证，《制度成本》还使用了较多不恰当的论证材料。

在我国反垄断法界尚处于探索垄断行为分析模式的阶段，《制度成本》得出的回归本身违法原则的结论很容易被“别有用心之人”断章取义地利用，用以支持以本身违法原则分析垄断协议的主张。该文为论证其结论而使用的不当材料亦可能被主张本身违法原则者不恰当地利用。

为避免这些意料之外的后果，很有必要对该文的真意及其问题加以澄清。正如科斯在其诺贝尔获奖演讲中指出：“我深知，我所尊敬和赞赏的经济学家并不赞同我的观点，有些人甚至被它所激怒。但是对于一个学者而言，颇感欣慰的是他能够知道一点，那就是其观点若有错误会被及时指出，若是正确则可以看到它终将被接受。”⁽⁷⁾相信学术争论有助于推进对相关问题的深入认识。

一、狭隘理解合理原则导致误读其制度成本

《制度成本》的第一个理论基础是合理原则存在诸多弊端，即其“制度成本”高昂。⁽⁸⁾该文把这些成本分成两大类加以阐述：第一类是合理原则的复杂性带来的种种后果⁽⁹⁾；第二类是合理原则的模糊性和开放性导致其与法律规范相冲突。⁽¹⁰⁾第一类制度成本主要涉及合理原则的适用问题，第二类则涉及对合理原则的性质认识问题，本节仅对后者作初步考察。

关于第二类制度成本，《制度成本》的整体讨论思路是，作为法律，反垄断法“需要具备法的基本属性”（第1015页）。法的基本属性在于“规则具有一定的确定性，可以预测并规范行为，同时既定规则要求一定程度上忽略个体差异性”（第1015页）。其得出这一结论的依据之一是“法的普遍适用是法律的重要特征”（第1014页）。它要求法律具有一定的抽象性和可预见性，而不能是“下达给某个特定人的命令”（第1014页），亦“不以现实中个别人的实际状况为准据”（第1015页）。另一个依据是法律适用的“演绎证立模式（以司法三段论为典型形式）”（第1015页）。它要求司法判决的基础是“已确立的一般法律规则”而非“法官个人主观擅断或心血来潮”（第1015页），并且这种规则是“事先已经向公众公布的”（第1015页），从而保障司法判决具有可预见性。然而，合理原则“典型地体现了对经济学理论的采用”（第1015页）、“以经济学理论为内核”（第1017页）、“过于依赖具体条件设定”（第1017页），并且采用“个案分析”的裁判方式，这些特征不可避免地导致“经济学理论与法律规则之间的紧张关系”（第1014页）。

《制度成本》认为法律规范普遍性与合理原则个案分析方式之间的这种紧张和冲突会导致三方

(6) 囿于篇幅，本文仅评论《制度成本》的第一个理论基础；笔者在本文的姊妹篇中对该文第二个理论基础作单独评论。参见兰磊：《重估本身违法原则的制度成本》，《竞争政策研究》2020年第2期。

(7) Ronald Coase, *The Institutional Structure of Production*, 82 AM. ECON. REV. 713, 719 (1992).

(8) 李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019年第4期，第1011-1017页。

(9) 李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019年第4期，第1012-1014页。

(10) 李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019年第4期，第1014-1017页。

面的结果：第一，合理原则方式下不经详细分析就无法知道一个行为是否违法，这导致企业无法预测行为后果，执法机关自由裁量权过大，违背法治原则。第二，合理原则方式下企业无法理解其行为的确定效果，所以无法据此调整行为；合理原则还损害执法机构证明限制竞争效果的能力，从而削弱反垄断法的威慑效果。第三，相比之下，“普遍适用的规则可以节省大量的立法资源以及法律实施资源，减少个案分析中的错误”（第 1016 页），因此，“‘一刀切’的方式却具有显著的收益”（第 1016 页）。

《制度成本》指出，面对合理原则的上述重重困境，理论界“最经典也最有影响的回应来自于伊斯特布鲁克法官所引入的‘错误成本分析’”。^[11] 该理论认为假阴性错误比假阳性错误的社会成本更小，因此应尽量少规制。^[12] 《制度成本》认为该理论“包含了大量的假设前提，例如市场的有效性，对长期效果而非短期效果的关注等，而这些假设前提存在显著的局限”（第 1017 页），从而否定其在解决合理原则弊端方面的作用。《制度成本》据此提出需要反思合理原则的制度成本，并指出其个性化处理方式难以实现反垄断法的目标（第 1017 页）。

作为解决方案，《制度成本》指出，经济学知识在建立反垄断法律规则方面将有更大的用武之地，通过经济学和反垄断法“在制定规则上深度融合，让经济学的研究结论对于反垄断法的规范性具有价值”（第 1017 页）。我们据此完全有理由认为，这一方案旨在着力克服合理原则的弊端，毕竟反垄断法理较发达的法域（尤其是美国）承认合理原则是原则性分析模式，本身违法原则是例外性分析模式。^[13] 着力改进原则性而非例外性分析模式才符合原则——例外关系的基本分配模式，过度专注于例外的改进会导致规范体系的失衡。^[14]

但《制度成本》在此陡然调转方向，得出了回归本身违法原则的结论：“在这一意义上来说，当然违法原则在很大程度上的回归具有意义，只是需要包含新的内涵”（第 1017 页）。

《制度成本》在论述合理原则的上述种种弊端时犯了“以偏概全”的逻辑错误。从该文对合理原则的多处描述可以非常清晰地看出，其理解的合理原则其实是整个合理原则系谱之中最为复杂、最为粗糙的某个子类型。例如，“合理原则所依赖的经济学理论在本质上关注个案效果”（第 1006 页）；“经历过‘芝加哥革命’之后的合理原则以后芝加哥学派理论为内核”（第 1009 页）；“完整的[合理原则]分析因为依赖于经济学理论与证据而变得复杂且成本高昂……合理原则主要进行

[11] 李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019 年第 4 期，第 1016 页（See Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 TEX. LAW REV. 1 (1984)）。关于该理论，参见后文分析。

[12] 李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019 年第 4 期，第 1016-1017 页。《制度成本》作为应对合理原则危机的方案引入这一理论，由此似乎应该得出由合理原则改采本身合法原则的结论。但文中似乎有些逻辑脱节地指出，该理论促成了合理原则的扩张：“错误成本分析无疑和合理原则的不断扩张之间有内在的契合”（第 1017 页）。

[13] 例如，在 *Topco* 案中，美国联邦最高法院判决，“虽然本院使用‘合理原则’评估大多数涉嫌违反《谢尔曼法》之行为的合法性，它也发展了如下法则，即某些商业关系本身就违反该法，无须考虑其合理性”。*United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 607 (1972)。在希尔伐尼亚案中，该院判决，“对合理原则的偏离只能立基于可证明的经济效果，而非像施文案（*Schwinn*）那样基于形式主义的划线”。*Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 58 (1977)。

[14] 参见兰磊：《论我国垄断协议规制的双层平衡模式》，《清华法学》2017 年第 5 期，第 184-186 页。

事后救济，缺少足够的事前指引效果”（第 1011 页）；“合理原则被认为是反垄断法领域中最模糊、开放的规则”（第 1014 页）；“根据合理原则的经典表述来处理案件，会导致无限制和随心所欲的调查”（第 1015 页）；“过于依赖具体条件设定的合理原则”（第 1017 页）；“合理原则 [方式下]……如果任何行为类型最后都是评估对竞争的具体影响的话，类型的区分就失去了意义”（第 1019 页）；“目前反垄断法中类型化不够以至于只能通过合理原则来进行个案分析”（第 1019 页）；合理原则“只简单地分析案件发生之后相关行为对于市场的影响，并据此得出结论”（第 1021 页）。

大体而言，《制度成本》作为批判对象的合理原则有以下几个关键词：（1）“经典表述”的合理原则；（2）“完整的”合理原则分析；（3）“事后”分析的视角；（4）“个案分析”的方式；（5）考察内容为“具体影响”“个案效果”；（6）以“后芝加哥学派”的“博弈论”模型为内核。下文对上述问题逐一（但并非一一对应地）进行剖析。

二、反垄断法理中的合理原则结构化

所谓合理原则的“经典表述”是指布兰代斯大法官在 1918 年芝加哥交易局案^{〔15〕}中首次对合理原则所作的完整表述：“法院通常须考察作为该限制客体的业务所特有的事实；它在该限制实施前后的状况；该限制的性质及其实际的或者潜在的效果。该限制的发展历史，当时存在的弊害，采用该具体救济措施的原因，寻求实现的目的，所有这些都是相关的事实。这并非因为良好的意图可以挽救一个原本受质疑的管制或者相反，而是因为知道意图有助于法院解释事实以及预测后果。”^{〔16〕}这一表述被以后的学者和法官广泛引用。但是其缺陷亦为学术界所诟病。Markham 归纳道，“芝加哥交易局案判决及其表述的合理原则持续受到各个政治立场的学术批评。事实上，很难为布兰代斯的合理原则找到一句恭维之辞”。^{〔17〕}

正是由于经典合理原则具有高度复杂性，美国学术界和司法界自其诞生时起就开始不断探索更为简单的合理原则分析方法。在之后近百年的时间里，美国反垄断法不断简化合理原则的分析方法，还通过类型化的方式形成了合理原则的方法群（被形象地称为“系谱”）。

现代被广泛接受的合理原则总体分析框架远远不像经典表述那样混乱，而是呈现为一个“三要素+四阶段举证负担转移”的结构。所谓三要素即损害、正当理由和限制性更小替代方式，所谓举证负担转移系通过证明责任的分配和举证责任的不断转移来更为准确地挖掘案件事实和筛选案件。三要素与四阶段相结合之后，合理原则的总体结构呈现为由原告承担竞争损害的证明责任，但举证责任不断转移：第一阶段，由原告举证反竞争效果；若确立起一个表证案情（*prima facie case*），举证责任转移给被告，由其举证正当理由（促进竞争效果），此为第二阶段；若被告就正

〔15〕 *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

〔16〕 *Id.*, at 238.

〔17〕 Jesse W. Markham Jr., *Sailing a Sea of Doubt: A Critique of the Rule of Reason in U.S. Antitrust Law*, 17 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 591, 613 (2012).

当理由确立起一个表证案情，举证责任又转移给原告，由其举证存在限制性明显更小的替代方式，此为第三阶段；只有走完这一切程序仍不能处理案件时，方才需要原告负担证明反竞争效果超过促进竞争效果（即平衡操作）的举证责任，此为第四阶段。⁽¹⁸⁾ 美国著名反垄断法学者赫伯特·霍温坎普把这种方式称为“奥卡姆剃刀式”（Occam's Razor）的筛选机制⁽¹⁹⁾，“合理原则证明的整个逻辑在于，推迟和尽可能减少需要衡量及平衡促进竞争效果与反竞争效果的情形”。⁽²⁰⁾ 事实上，绝大多数适用合理原则的案件不到平衡阶段就被处理掉了。⁽²¹⁾

在此现代分析框架下，合理原则分析又大致分为两类，即“全面型合理原则”（full-blown/full/comprehensive rule of reason）和“结构型合理原则”（structured rule of reason）。在全面型合理原则方式下，虽然整体分析架构是确定的，但对于如何判断一个行为是否具有反竞争效果实际上仍然缺乏较为固定的程式，需要以“个案分析”的方式考察：可以考察实际产生的“具体影响”“个案效果”，如市场价格是否上涨、产出是否下降；亦可以提出适合案情的得到经济学认可的反竞争理论，以此预测相当可能产生反竞争效果。司法实践中，由于前一种方式更为困难，通常采用后一种方式。正如《反托拉斯法》（下称《释论》）指出，“在大多数[合理原则]案件中……产出影响都是通过根据协议性质和周边情况推断的方式加以评估的，而非实际测度实际效果”。⁽²²⁾ 赖恩戴尔在讨论 RPM 案件时亦指出：“要求每个 RPM 案件中的原告都必须提供实际福利效果的结论性证据，这样的规则无疑是不明智的，因为提供该等证据极其困难，甚至经常无法做到，即便在 RPM 最可能有害的案件中亦同。假设可以找出一些标准，合理准确地表明 RPM 在哪些情况下相当可能便利共谋结果[或者排斥结果]，上述要求也是成本无谓高昂的。”⁽²³⁾ 例如在 John Deere 案中，欧盟法院判决在“效果限制”理论之下，认真评估信息交换发生的情势就足以证明违反《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款，并不总是要求证明实际反竞争效果。⁽²⁴⁾ 但不管采用实际效果的方法还是理论推测的方法，在全面型合理原则方式下，个案中对竞争损害的证明都具有较大的随机性（*ad hoc*），没有可靠的指引事前告诉我们个案中证明哪些内容。

合理原则方法群中的另一类统称为结构型合理原则。它们的结构化程度比前述全面型合理原则更高，主要体现在反竞争效果证明阶段的高度结构化和定型化。正如赖恩戴尔指出，在欧盟法框架下，“如果原告依据‘效果限制’分析法证明限制竞争，其必须以个案证据表明实际或盖然的

(18) 参见 [美] 赫伯特·霍温坎普：《论反垄断法上的合理原则》，兰磊译，《竞争政策研究》（上）2018 年第 6 期，第 34-44 页。

(19) Herbert Hovenkamp, THE ANTITRUST ENTERPRISE 108 (2005).

(20) [美] 赫伯特·霍温坎普：《论反垄断法上的合理原则》，兰磊译，《竞争政策研究》（上）2018 年第 6 期，第 42 页。

(21) 参见李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019 年第 4 期，第 1013-1014 页。

(22) Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION (Vol. 11) 230 (3rd ed., 2011). 该套丛书由阿瑞达和特纳于 1978 年开始出版。2012 年第三版修订工作全部完成时，该套丛书正文部分共 22 卷。第三版大部分卷由阿瑞达和霍温坎普联合署名，一些卷由霍温坎普单独署名，2A 卷（救济）和 2B 卷（经济学和市场势力）还有其他学者署名。

(23) Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, 33 FORDHAM INT LAW J 1300, 1322 (2010).

(24) C-7/95 P, *Deere v. Commission*, paras. 72-8, 90.

(probable) 反竞争效果。然而, 即使这种情况下, 也可简化证明要求, 即原告可以用更有效的环境证据表明一项协议“限制竞争”。⁽²⁵⁾ 又如时任美国司法部代理助理检察总长克莱恩指出, “即便在非本身违法案件中, 合理的反垄断分析模式也不总是要求布兰代斯表述所指示的那种类型的全面型市场效果评估。相反, 两个传统方式之间的某种中间地带往往是有意义的。很多法院和评论者都有类似看法, 尽管他们的建议在实体和描述上都不尽相同, 并且使用各种名称, 如推定违法、严格反垄断审查、硬性合理原则、简化的合理原则或者快速检视”。⁽²⁶⁾

这种定型化源于经济学研究的深化和司法经验的积累。“正如 [证明某协议适用‘目的限制’分析模式时] 一样, 此时也需要依案例经验和连贯的经济理论证成该等简化分析, 因为必须以此说服决策者相信, 该等环境证据是竞争损害的良好替代指标。”⁽²⁷⁾

如果理论研究 (常常与司法经验相结合) 表明, 特定类型的行为 (如 RPM、搭售、反向支付和解) 造成的竞争损害通常表现为某种或某几种形式 (如 RPM 便利经销商或生产商实施封锁效应, 便利生产商或经销商共谋效应), 且每种形式的竞争损害发生均需要特定的条件成就⁽²⁸⁾, 则理论上可以将此类行为的竞争损害定型化、程式化: 涉及此类行为时, 只需考察其中一种或几种形式的竞争损害是否可能发生 (或实际发生) 即可, 而无须漫无目的地进行考察; 并且由于每种形式的竞争损害的发生条件也已程式化, 只须考察相对应的条件是否具备即可判断它是否会 (或者已经) 产生反竞争效果。正如赖恩戴尔在评述欧盟有关信息交换的法理时指出: “在信息交换案件中, 已经被接受的分析方式是分析一套有限的要素, 根据经济理论和经验, 这些要素被视为可合理良好地预测该行为是否便利协调行为, 因此相当可能有害; 然后, 必须把这些要素与一个似真的解释整合成一个故事/损害理论, 以说服决策者该行为违反了第 101 条第 1 款。”⁽²⁹⁾ 更为明显的合理原则结构化是已高度定型化 (甚至法典化) 的并购分析框架: 根据可能产生的不同反竞争效应 (单边效应或者协调效应) 分析相应的发生条件即可。⁽³⁰⁾

随着认识的深入, 合理原则分析的结构化程度还可进一步提升。例如, 理论和实践表明, 对于某类型的行为某种抗辩永远不可能成立, 因此可将其从正当理由中排除; 另一种抗辩则在此类行为中广泛得到认可 (虽然个案中未必成立), 因此可将其纳入应考察的正当理由之列。前者如以

(25) *Supra* note (23), at 1309.

(26) Joel Klein, *A Stepwise Approach to Antitrust Review of Horizontal Agreements*, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (Nov. 7, 1996), pp.4-5, <https://www.justice.gov/atr/speech/stepwiseapproach-antitrust-review-horizontal-agreements> (last visited Sep. 18, 2019).

(27) *Supra* note (23), at 1309.

(28) 关于 RPM 结构型合理原则的探讨: See Thomas A. Lambert, *Dr. Miles is Dead. Now What?: Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance*, 50 WM. & MARY L. REV. 1937 (2009); Christine A. Varney, *Antitrust Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation*, REMARKS AS PREPARED FOR THE NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL, New York, October 7, 2009, pp.7-14, <https://www.justice.gov/atr/file/519861/download> (last visited Sep. 18, 2019).

(29) *Supra* note (23), at 1322.

(30) 参见《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》(中华人民共和国商务部 2011 年第 55 号公告) 第 4 条。

保护较弱的参与者或者促进替代品的需求作为共谋的抗辩，后者如搭便车。⁽³¹⁾ 这样，合理原则分析框架中的第二步也被定型化、程式化。

通过上述演化发展出来的结构型合理原则分析方法，由于把竞争效果要件具体化为相应的事实条件，更加符合法律规则的结构——“以一般方式描述的案件事实（构成要件）被赋予同样以一般方式描绘的‘法效果’”。⁽³²⁾ 于此，更为定型化的竞争效果要件——表现为与不同竞争损害形式（竞争关切）相对应的成立条件——构成法律规则的构成要件。

随着研究的深入和经验的积累，合理原则分析的结构化程度越来越高，从合理原则的母体中大量分化出更接近于规则的具体合理原则分析方法。《制度成本》恰切地认识到了这种分化过程。在谈及美欧实践中出现的中间分析模式时，它正确地指出，“由于极高的制度成本，真正适用完整合理原则的案件并不太多”（第 1022 页）。该文还正确地指出，“这些方式在很大程度上是方法上‘折中’的产物，却隐含了……提炼行为违法构成要件的处理方式”（第 1023 页）。但它在“……”部分不当地插入了一个修饰成分“趋向于当然违法原则内核的”。这些“折中”分析方式趋向于“规则”的内核，而非“当然违法原则”的内核。⁽³³⁾

作为这一认识过程的极端，有些行为类型被发现总是（或者几乎总是）具有较严重的反竞争效果且无促进竞争效果，于是法律把其设定为本身违法——只要行为存在即可推定具有反竞争效果；另一些行为类型则被发现总是或者几乎总是具有较大促进竞争效果且无反竞争效果，于是法律把其设定为本身合法（亦称为安全港）。

这一发展突破了传统二分法，合理原则演变成一个系谱：首先是本身违法原则，它是一个仅根据行为的不可反驳的违法推定（如固定价格卡特尔）；其次是证明一些效果要件之后推定违法，根据要件的不同其具体形态各异（如搭售、反向支付和解、RPM）；接下来是可反驳的违法推定，在原告证明一定的效果要件（具体形态各异）之后，如果被告没有提出反驳即认定违法；再之后是开放式的、全面型合理原则，这里不存在推定；最后是不可反驳的本身合法原则。⁽³⁴⁾

由此深化过程可见，合理原则在“事后”考察“具体影响”或“个案效果”后才能确定是否违法，这一命题不成立。定型化的结构型合理原则事前就可以提供较为明确的指引。比如 RPM 便利经销商共谋效应的判断标准就是一个明确的规则，它包含如下事实要件⁽³⁵⁾：（1）RPM 由经销商发起。（2）经销商市场存在一定集中度，通常要求 HHI 大于 1 500。（3）相关产品具有一定同质性。（4）（a）受 RPM 等控制的一个生产商具有市场势力，通常要求市场份额大于 30%；或者

〔31〕 参见 [美] 赫伯特·霍温坎普：《论反垄断法上的合理原则》，兰磊译，《竞争政策研究》（上）2018 年第 6 期，第 40-42 页。

〔32〕 [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 133 页。

〔33〕 当然，由于本身违法原则亦体现为规则形式，此处表述亦不错误。但由于该文旨在论证回归“本身违法原则”而非“规则”，这一表述具有高度的误导性——导向回归“本身违法原则”而非迈向“规则”。

〔34〕 See Spencer Weber Waller, *Justice Stevens and the Rule of Reason*, 62 SMU LAW REVIEW 693, 700-701 (2009).

〔35〕 具体阐述参见兰磊：《最低转售价格维持的结构型合理原则分析》，载王先林：《竞争政策与法律评论》（第 5 卷），法律出版社 2019 年版，第 29-67 页。

(b) 生产商市场存在一定集中度，通常要求 HHI 大于 1 500，且相关产品所受限制的市场覆盖率较大（由被告证明不超过 50%）。(5) (a) 发起 RPM 的经销商（单独或合计）占有生产商一个品牌本地或全部销售的 30%以上；(b) 经销商市场存在较高进入壁垒；并且 (c) 生产商通过一体化进入经销商市场不现实，比如经销阶段存在范围经济。

相关经营者据此规则并结合对自身市场状况的了解，就可以作出大致正确的判断。当然，特定涉案行为是否实际构成垄断协议仍须经过个案分析考察。但这是演绎推理的法律适用过程——个案事实是否满足法律规则的构成要件，从而适用其法效果。无论多么清晰明确的规则，个案事实是否满足法条构成要件的判断都只能在审理之后才能具体确定。毕竟法律适用不是自动售货机，而是一个复杂过程，不但要对作为大前提的法律规范作恰当的选择、解释甚至虚造，而且“在判断案件事实是否符合法条的构成要件时，判断者要作各种不同种类的断定……法律适用的重心不在最终的涵摄，毋宁在于：就案件事实的个别部分，判断其是否符合构成要件中的各种要素”。⁽³⁶⁾

三、法律规范视角下的合理原则

《制度成本》理解的法律规范的普遍性和演绎推理模式显然是正确的。正如拉伦兹指出，“规则”除了具有“规范性特质”，还必须具有“一般性特质”（即普遍性）：“其非仅适用于特定事件，反之，于其地域及时间的效力范围内，对所有‘此类’事件均有其适用。”⁽³⁷⁾按照“确定法效果的三段论法”进行法律适用时，需要有一个包含适用之规定的法律规则作为大前提，最典型的是具有构成要件和法效果的完全法条。

法律规范具有不同形态。根据不同标准可对其作不同区分。其中一种分类标准是规范的抽象—具体程度。但不同学者使用的术语不尽相同。有的学者把规范区分为规则和原则。如阿列克西认为，“规范要么是规则，要么是原则”⁽³⁸⁾；德沃金⁽³⁹⁾和拉伦兹⁽⁴⁰⁾亦同。有些学者把规范区分为规则和标准。⁽⁴¹⁾拉伦兹在使用“原则”的同时，也使用了“标准”的概念。⁽⁴²⁾我们基本上可以把抽象的标准或原则视为同一类事物。如拉伦兹讨论的“法律原则”或“须填补的标准”与阿列克

(36) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 165 页。

(37) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 132 页。

(38) Robert Alexy, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, trans. By JULIAN RIVERS 48 (2002).

(39) See Ronald Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 22–31 (1977).

(40) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 132 页（“法律规则可以出现在法律、所谓的习惯法中，可以由现行有效的法规范中推论出来，也可以透过具体化法律原则而得，这些都是法院经常从事的工作”）。

(41) See Larry Alexander and Emily Sherwin, *The Deceptive Nature of Rules*, 142 UNIV. PA. LAW REV. 1191 (1994); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Duncan M. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. LAW REV. 1685 (1976); Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA LAW REV. 379 (1985); Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term—The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. LAW REV. 22 (1976).

(42) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 95 页（“法定的构成要件并非全以概念组成。……或者，法律会包含‘须填补’的评价标准，其直至‘适用’于具体事件时，始能被充分‘具体化’”）。

西所称的“原则”，或者与很多学者使用的“标准”相对应。阿列克西认为“原则”是一个广义的概念，常以价值、目的、简短公式、言论负担这些词语间接表达。⁽⁴³⁾ 不管术语如何⁽⁴⁴⁾，规则通常是指具体化程度相对较高的规范；原则或标准则是抽象程度较高的规范。不过，规则与标准/原则之间并不存在分明的界限，它们位于一个连续的规范系谱之上，规则位于更具体的一端，标准位于更抽象的一端，中间的过渡区域仅有更趋向于哪一端的区别，而无性质上的差异。⁽⁴⁵⁾

诚如拉伦兹所言：“法律定义包含一个（或多个）不能作单独涵摄的要素，这种情形亦非罕见。”⁽⁴⁶⁾ 例如，法律中大量存在着须填补的标准，如善良风俗、诚信原则、交易上必要的注意、重大事由、期待可能性、衡平。在适用这些标准判案时，裁判者并不能采用三段论的方式直接评判某个事实要件是否可涵摄到此等标准之下，因为这些标准本身包含的要素是不清晰的、须填补的。正如拉伦兹指出：“前述[关于三段论的]说明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（如‘诚实信用’或‘重大事由’）来规定案件事实或法效果，如是，则此处描述的涵摄程序并不能完全解决问题。”⁽⁴⁷⁾

对此等抽象标准的适用问题，拉伦兹指出：“在评断某行为‘有过失’或‘无过失’，某行为是否仍符合‘善良风俗’、‘诚信原则’，能否‘期待’义务人继续契约关系提出原定给付之前，判断者必须先填补判断的标准，使其具体化到可以适用于一个——在所有与判断有关的重要观点上，均与当下的个案相类似的——事件。”具体化的方式是首先借助价值评价作个案考量，即考虑“依法律的意义，于此，‘适当的’法效果为何”，以此“判断案件事实是否为须填补的标准所指称的事实”。⁽⁴⁸⁾ 阿列克西认为应以平衡之法适用原则，即在个案中根据具体事实和法律的约束来平衡相冲突原则的权重大小。总之，遇到须填补的法律标准时，首先应在个案中尽可能作出可正当化的恰当结果。正当化的依据是“法秩序、宪法以及被接受的法律原则中存在[的]一些有拘束力的评价标准”（其中包含着一般的法律思想）；正当化一项决定的过程即为“说明这项决定切合这些基本标准以及后者在法秩序中的进一步发展，包括由司法裁判推演出来的一些裁判标准”。⁽⁴⁹⁾

个案中发生的这种“具体化”过程是随机的。但是，随着类似案件的不断出现并在其中作出类似的处理，便可逐渐从中提炼出更具体的法律规则：“说明一些‘清楚的’事例，然后比较其他同样以此为据的事例，最后，进一步推演出比较特定的法律思想（它们是透过分析一些——出现一般法律思想的——事例而获得的），借助这些方法，司法裁判逐渐充实原本相当‘不确定的’标

(43) *Supra* note (38), at 44.

(44) 魏德士称之为“不确定的法律概念和一般条款”。参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第348页。

(45) Frederick Schauer, *The Convergence of Rules and Standards*, 1 *NEW ZEALAND LAW REVIEW* 303, 309 (2003).

(46) [德]卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第96页。

(47) [德]卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第156页。

(48) [德]卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第171页。

(49) [德]卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第172页。

准之内容，针对特定的事例及案件类型将之具体化，最后终于创造出有诸多裁判典范所构成的脉络，大部分新发生待判决的事例，亦均可归属到这个脉络的各该位置上去。”拉伦兹称此过程是一种“事件比较及类型化的方法”。这是一个“对向交流的”过程：一方面，一般的法律思想趋向于须依其为判断的事实，另一方面，这种生活事实趋向于此等一般的法律思想。⁽⁵⁰⁾但在此过程中形成了典型的事例和更为特定的法律思想，形成了更具体的规范，即规则。这是一个法律适用过程，同时也是一个借助于类型化立法的过程（或者辅助立法的过程）。

正如考夫曼指出，立法过程（法律规范形成过程）是“法律理念（或者说源自于它的普遍法律原理）与拟规范的、可能的、立法者思维上所预期的生活事实相互对应（调适，同化）。一方面，法律理念必须向着生活事实开放，它必须实质化，具体化，‘实证化’——另一方面，生活事实必须理念化，规范式一概念式地予以形塑，‘建构化’。立法者综合一群生活事实成为一个以概念方式加以表示的‘构成要件’，并对此规定一个法律效果，这群生活事实在一个被认为是‘重要的’观点下（例如某一特定利益状态或对某一个特定利益之侵害）被视为是‘相同的’”。⁽⁵¹⁾由此可见，法律规范的形成过程依赖于在基本法律理念或原则指导下对生活事实的认识，从中形成有意义的类型，并以概念方式将其提炼为构成要件、赋予相应的法效果。

然而，若脱离相应实践，立法者就难以具体认识拟调整的生活事实，于是只能规定一些抽象的原则、标准、一般条款等（即须填补的法律标准），而仰仗法律适用过程更深入地认识所调整的生活事实。之所以立法者能够仰仗这一过程，恰在于裁判具有的前述类型化功能。正如考夫曼指出：“这项事实：所有的法律发现都是一种类推的过程，而且指向扩张的结构，也说明这个一直令我们钦佩的现象：‘制定法比立法者聪明’，亦即，从制定法中可以解读出立法者根本未作规定的判断。如果我们把具体法律判决的获得单纯理解为一种‘法律适用’，那么上述这种现象将是个无法解答的谜。”⁽⁵²⁾裁判的这种独特的功能说明，赋予法律实施者尽可能多的处理案件的机会至关重要：“法院裁判的事件愈多，提供比较的可能性也随之增长；因此，作出确实可靠的裁判之机会也随之增加……因此，每次判断个案时成功的具体化，其同时也是对标准本身的续造……于此，法律适用及法的续造相伴随而来，它们本属同一过程。”⁽⁵³⁾

具体到反垄断法领域，垄断行为包含的“竞争损害”要件无疑是一个须填补的标准。要深入地细致地认识其内涵，特别是其相对于不同行为类型所具有的内涵，就必须向法院/执法者提供尽可能多的裁判和处理机会。本身违法原则因为不要求考察反竞争效果，会阻断这种可能性，合理原

(50) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 173 页。

(51) [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，颜厥安校，学林文化事业有限公司 1999 年版，第 97 页。

(52) [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，颜厥安校，学林文化事业有限公司 1999 年版，第 95 页。

(53) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 174 页。

则因为要求个案考察反竞争效果则会开放机会。域外实践的相关教训也从事实上印证了这一点。⁽⁵⁴⁾例如，赖恩戴尔在评价欧盟对 RPM 采用本身违法原则之现行制度时指出：“该等规则不合理地限制了执法机构和法院在 RPM 案件中收集如下操作所必需的必要经验和实证证据：发展分析 RPM 案件的更优方法，以及准确区分有害的 RPM 案件与良性或有益的 RPM 案件。”⁽⁵⁵⁾

这种开放性在法律发展的初期尤为重要。正如拉伦兹所言：“刚刚发布的规范，其内容仅有‘或多或少’的确定性，在自兹开始的适用程序中，它慢慢会被具体化。”“必须在适用的进程中，准则的内容才能达到足以保障在同类案件中作相同适用的确定程度；只有……那些认为规范适用一事已经被无所遗漏地规划完毕的人，才会对这种说法感到惊奇。”⁽⁵⁶⁾因此，在中国《反垄断法》实施初期，不可避免地存在着一些模糊性。正确的解决方案是放手探索，而非因噎废食。

事实上，这种模糊性大量存在于现行法之中，我们从未因此要求废除相关制度或术语。例如，中国《反不正当竞争法》第 2 条的一般条款包含着“诚实信用”“商业道德”等抽象的效果要件。无论学术界还是实务界都一直致力于阐明其含义，而非主张放弃效果要求，且直接依据原告是否受到损害判断是否构成不正当竞争行为。如果这样做，便导致《反不正当竞争法》的不正当行为判断与普通侵权责任的判断混为一谈。同样，2001 年中国《商标法》关于商标侵权的规定包含着“混淆”要件⁽⁵⁷⁾，理论和实务界长期致力于探索更好的判断标准，而非“回归”不要求“混淆可能性”状态。正是基于这一探索，2013 年修订《商标法》时作出类型化的规定，针对同种商品上使用相同商标的行为提炼出一类本身违法式的商标侵权的认定标准，其他情形则明确要求个案考察混淆可能性。⁽⁵⁸⁾

《制度成本》认为“合理原则下的个案分析方式”（第 1015 页）与规范的普遍适用性特征相冲突，理由是“合理原则导致行为在没有被详尽分析的情况下无法知道是否违法，这和法治原则直接冲突”（第 1015 页），即个案分析方式导致企业“不理解行为的确定效果”（第 1016 页）。

然而，正如前节指出，经过类型化的合理原则分化出大量具体规则（即结构型合理原则），只有少量案件适用全面型合理原则。适用结构型合理原则时企业可获知相当程度的可预见性。当然，由于反垄断法调整对象的特殊性，这些规则适用于个案时仍不免需要一定程度的分析，直到作出判决时才能确切地知道结果。但这是任何法律规则适用时都会遇到的问题。

即便适用全面型合理原则时⁽⁵⁹⁾可获至的可预见性程度较低，也不意味着反垄断法与规范普

(54) 参见兰磊：《转售价格维持违法推定之批判》，《清华法学》2016 年第 2 期，第 109—110 页。

(55) *Supra* note (23), at 1303.

(56) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 93 页。

(57) 2001 年《商标法》第 52 条规定：“有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的……”有趣的是，虽然字面上未明确规定“混淆”要件，但是从商标法的基本原理出发，理论和实践上均认为商标侵权必须包含这一要件。参见王迁：《知识产权法学》（第六版），中国人民大学出版社 2019 年版，第 501 页。

(58) 2013 年《商标法》第 57 条规定：“有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的……”

(59) 反垄断法发展初期这种适用的成分更大，随着其愈发成熟而不断下降。

遍适用性之间的冲突。如前所言，拉伦兹认为普适性是指“于其地域及时间的效力范围内，对所有‘此类’事件均有其适用”，而非“非仅适用于特定事件”。⁽⁶⁰⁾阿列克西亦指出，普适规范(universal norm)的抽象程度可高可低，前者如“人人享有宗教信仰自由”，后者如“每个囚犯都有权说服其他囚犯改变其信仰”。但它们都具有普适性，即“适用于某个开放型群体(人类/囚犯)中的全部个体”。普适规范的对立面是仅适用于特定个体的“个体规范”(individual norm)，如“X享有宗教信仰自由”，或者“X有权说服其他囚犯改变其信仰”。⁽⁶¹⁾

全面型合理原则可视为抽象程度较高的规范，但由于其适用于调整范围内的所有人，因此它具有普适性。至于适用合理原则分析竞争损害要件时，甲案和乙案可能考虑不同的事实要素，那是一个特定构成要件的解释和价值判断问题，并不构成针对不同案件适用了不同的规则。即便我们认为这(如前所述)是一个继续孕育新规则的过程，新规则的形成也是一个缓慢而长期的过程，在最终识别出新规则之前，亦不能说个案中考虑不同要素就是适用了不同规则。况且，分化出来的规则亦不是针对个体的，而是开放性地适用于“所有‘此类’事件”的普适规范。

四、经济学应用与合理原则的制度成本

《制度成本》对于经济学融入合理原则导致的复杂性作了多方面的论证，核心要旨是合理原则在个案中过度运用了经济学知识。该文指出，这导致了三种后果。第一，合理原则要求使用大量经济学证据，导致高昂的支持成本，如反垄断诉讼成本和相关咨询费极高。第二，合理原则对执法/司法官员提出了更高的经济学知识要求，通常超出其能力范围。第三，由于能力不足，执法/司法机关依赖“通常的经验法则”处理案件。

《制度成本》正确地指出，“经济学可以在两个层次上进行不同的适用：一是在处理个案时，经济学可以用于评估特定案件的具体福利效果；二是将经济学知识用于建立法律规则”(第1017页)。不过需要补充的是，在个案层面上，经济学的应用并不局限于“评估特定案件的具体福利效果”。如前所述，在大量(甚至大多数)案件中，考察竞争效果的方法不是以实际效果直接证明，而是以理论和环境证据间接地推断，即提出某个恰当的竞争损害理论⁽⁶²⁾，并证明其产生竞争损害的条件在本案事实中已得到满足。就此而言，《制度成本》指出的“新古典经济学理论有时候被当作特定行为竞争效果的直接证据”(第1013页)属于一种常见现象，只不过经济学理论在此过程中不是作为“直接证据”，而是作为“黏合剂”把各种证据连接成叙述竞争损害的故事。

当然，在确定某类案件适用合理原则还是本身违法原则，以及适用何种具体合理原则时，需要借助经济学对各类市场行为之经济效果形成的认识。此为经济学在规则建立层面的应用。就此而言，《制度成本》用以说明反垄断法以经济学理论作为竞争效果“直接证据”的两个案例——

(60) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第132页。

(61) *Supra* note (38), at 46.

(62) 在结构型合理原则情形下，该等理论固化为法律规则的构成要件。

美国丽锦案和上海强生案⁽⁶³⁾——其实都是在规则建立层面上应用经济学的实例。

《制度成本》讨论的三类成本主要关涉经济学在个案层面的应用。毫无疑问，由于反垄断规范本身蕴含着经济理论，将其适用于个案时必然要借助经济学证据，否则就无法完成法律适用的评价过程。如某个规范要求被告在相关市场具有较大的市场势力，个案中就必须界定相关市场，测度其在该市场的市场势力（通常要计算市场份额、考察进入壁垒甚至考察市场集中度），这就不可避免地要用到经济学证据。除非我们改变反垄断法的评价范式——由经济学范式转向非经济学范式，如美国曾经流行过的自由主义学派、普通法学派⁽⁶⁴⁾——或者全部采用本身违法原则（或本身合法原则），否则这种经济性考察就是反垄断法的“构造性”考察方式。

因此，无论是在规则制定层面，还是个案考察层面，无论适用抽象层次较高的全面型合理原则还是抽象程度较低的结构型合理原则，都会涉及经济学证据的运用。即便在适用被认为具体化程度很高的本身违法规则时，也会发生经济学证据的应用问题，此类规则的适用成本有时候完全不比合理原则小。由于本身违法规则具有严厉后果且适用范围往往难以准确界定，为了避免此等规则造成制裁过度，法院往往会为它们制定各种例外。长此以往，本身违法规则往往被大量例外所包围，个案中需要投入很多司法资源确定适用本身违法规则还是某个例外。例如，在美国，搭售长期适用一条本身违法规则，但围绕其适用条件形成了非常复杂的技术性规则。“搭售的某些极其技术性的要求，如单独产品，主要为缓冲过度激进的本身违法规则才发展出来的。”⁽⁶⁵⁾“搭售的本身违法规则导致法律系统复杂、成本高昂，且无效。与通常的本身违法规则不同，它的简化功能极小……搭售招致了本身违法原则的过度杀伤力，同时又没有简化规划或诉讼活动。”⁽⁶⁶⁾

可见，反垄断相关的诉讼费甚或经济学咨询费等“高昂的支持”，并不能说明合理原则存在问题。首先，这些成本是整个反垄断制度运行必然要发生的成本。尽管绝对值很大，相对于成功阻止的垄断的社会损失而言，可谓微不足道。例如，2008年欧委会委托的一份研究报告估算，仅欧盟范围内的卡特尔每年导致的福利损失和多收价款就高达134亿—366亿欧元之间。⁽⁶⁷⁾2008年欧盟仅对汽车玻璃卡特尔一案的罚款就高达11.86亿欧元。⁽⁶⁸⁾

〔63〕 李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019年第4期，第1013页（“Leegin案中，法院并没有评估转售价格维持产生了哪些促进竞争和限制竞争的效果，而是审阅了转售价格维持的经济学文献后，发现有理论认为转售价格维持同时包含了促进和限制竞争的效果，就决定采用合理原则。中国的锐邦诉强生案中也是如此”）。

〔64〕 See Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 MICH. LAW REV. 214, 214 (1985).

〔65〕 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* (Vol. 9) 261 (3rd ed., 2011).

〔66〕 *Id.*, at 416.

〔67〕 CEPS, EUR and LUISS, *Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios*, Final Report for the European Commission, 2008, p.107, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf (last visited Sep. 18, 2019). 《制度成本》指出，1980年美国花费在反托拉斯诉讼上的成本估计就达到了20亿美元，美国司法部对微软的反垄断诉讼花费了1330万美元。有学者估计欧盟2008年花费在反垄断相关经济学咨询上的支出达到了6000万欧元。参见李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019年第4期，第1012页。

〔68〕 *EU Cartel Statistics*, Table 1.5, <https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> (last visited Sep. 18, 2019).

其次，反垄断相关的诉讼费或咨询费并非仅发生于全面型合理原则；适用结构型合理原则甚至本身违法原则的案件同样发生此类成本，甚至可以认为大量成本发生于本身违法原则导致的复杂性。例如，在欧盟对纵向限制采用黑名单制度（类似于本身违法原则）的时期，经营者要花费大量法律资源尽可能将交易文件设计得不包含黑名单所列的行为形式。美国联邦最高法院在丽锦案中分析了RPM本身违法规则造成的一系列例外和问题之后总结道：“总之，它是一个有缺陷的反垄断法则，它创设的诸多区分给不谨慎者设置陷阱，让律师获得更大利益，而非服务于消费者的利益。”⁽⁶⁹⁾正如《释论》恰当指出的那样：“按照一个设计良好的合理原则起诉，原告的处境不会差于其在本身违法规则下的现有处境。”⁽⁷⁰⁾

最后，合理原则不但是处理个案的手段，也负担着积累司法经验、类型化分析标准的规则发展重任，带来不可估量的社会效益。毫无疑问，更加明确的规则可以“节省大量的法律实施资源”（第1016页）。但这种规范的制定成本却非常高昂，不但立法者需要投入巨大资源去认识事实，而且经验缺乏往往会导致认识错误，进而造成立法错误，由此导致的社会成本才是最大的立法成本。相反，较为抽象的规范虽然实施成本较高，但它同时是一个探索未知之实践过程，由此获得的对世界的新认识是通过其他方式（如学习域外经验或者借鉴理论研究）所无法企及的巨大财富。正如赖恩戴尔在讨论RPM分析模式时指出：“如果设计一个体制，它能够帮助收集案件经验、鼓励在RPM案件中试验和检验经济理论，并提供信息交流机制，则可以在相对较短的时间内就如何改进RPM的分析提供不可估量的洞见。”⁽⁷¹⁾

合理原则项下执法机关自由裁量权过大，或者司法机关选择不合适的处理方式（通常的经验法则），无疑是一种制度成本。不过，对此应予客观看待。

首先，这种局面是暂时性的，而非“构造性的”。随着类型化的发展，只有兜底的全面型合理原则才存在较大自由裁量权。波斯纳所担心的合理原则“无限制和随心所欲的调查”明确指向布兰代斯对合理原则的经典表述⁽⁷²⁾，而非指向结构型合理原则或者一般性地指向合理原则。因此，解决方案在于深入类型化，而非回归本身违法原则。

其次，合理原则方式下自由裁量权过大的真正原因不在于法律规范的模糊性，而在于执法/司法机关的法律适用方式。法官负有裁判说理义务自不待言。执法机关对其决定负有说理义务也应该是法律实施的基本要求，尤其在反垄断法这种处罚力度巨大的案件中。例如，欧盟普通法院通常对欧委会就垄断协议相关的决定采取“全面司法审查”的标准，审查其经济和市场分析的准

(69) *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705, 2723 (2007).

(70) Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* (Vol. 8) 218 (3rd ed., 2010).

(71) *Supra* note (23), at 1332–1333.

(72) Richard A. Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 U. CHI. L. REV. 6, 14 (1981) (“对合理原则的权威陈述仍然是布兰代斯大法官在芝加哥交易局案中的如下表述……这段判词邀请无限制和随心所欲的调查”）。

确性及背后推理⁽⁷³⁾，“不仅查明欧委会依赖的证据是否事实上准确、可靠、一致，而且必须查明该等证据是否包含了为评估一个复杂情形必须考量的所有信息，以及它是否足以支持从中得出的结论”。⁽⁷⁴⁾即便司法机关对某些事项采用“有限审查”标准，仍然要审查“该决定的合法性是否因为法律或事实错误、程序不当、推理瑕疵或者明显评估错误而无效”。⁽⁷⁵⁾在美国，如果审查事项被识别为具有自由裁量权的事项，法院适用“滥用自由裁量权”标准，考察执法机关在作出决定时是否付诸良好的、合理的以及合法的决策技巧。

如前所述，法律实施过程中不可避免地要进行大量无法直接借助涵摄完成的价值判断。理性的裁判不能借助适法者的地位强制人们接受其决定（判断），而要依靠“法秩序、宪法以及被接受的法律原则中存在一些有约束力的评价标准”⁽⁷⁶⁾，对其决定作客观的正当化。易言之，适法者在进行价值判断时并不是随心所欲的，而要依这些标准正当化其决定。在此过程中，这些评价标准借助司法经验和类型化，演化出更明确的裁判标准。

在判决大量案件之后，由此类型化过程形成的典型案例及其相应规则均可成为适法者评判的依据（甚至裁判规则）。正如拉伦兹所言，只有在出现非典型事件时，“法官对自己的裁判无法作彻底的说理，如是，而且只有如是，法官个人——对如何算是合乎标准——的确信才具有决定性的影响力”。⁽⁷⁷⁾

因此，理性的适法过程是一个法律推理和法律论证的过程。“法律推理的核心是一种论证过程，即对立双方均试图通过诉诸先例、原则、政策和目的以及构建和攻击论点，来证成自己提出的解释。”⁽⁷⁸⁾法律论证在反垄断法这样一个以原则性规定为主的法律领域尤为重要。它不但迫使适法者阐述推理过程，以供共同体评判，而且迫使适法者客观正当化其判断，为后续的法律适用和类型化发展提供丰富且有价值的素材。《释论》非常强调反垄断决策者披露推理过程：“通过暴露其推理，法官和评论者接受他人的批判性分析，进而促进未来更好的理解”⁽⁷⁹⁾；“唯有通过暴露、批评以及改进有关经济和经济理论的各种假设和判断，我们方能约束反垄断决策并实现其合理化。”⁽⁸⁰⁾因此，唯有执法机关和法院认真对待处理案件的过程，努力证成其结论，方有可能使其自由裁量权受到约束。如果适法者对决定不加说理，即便规则再清晰，也无法限制自由裁量权。

(73) David Bailey, *Scope of Judicial Review under Article 81 EC*, 41(5) COMMON MARKET LAW REVIEW 1327, 1332 (2004).

(74) Case T-79/12, *Cisco Systems and Messagenet v. Commission*, para. 50.

(75) *Supra* note (73), at 1333.

(76) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 172 页。

(77) [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 174 页。

(78) Sotirios Batsakis, George Baryannis, Guido Governatori, Ilias Tachmazidis and Grigoris Antoniou, *Legal Representation and Reasoning in Practice: A Critical Comparison*, in LEGAL KNOWLEDGE AND INFORMATION SYSTEMS 33 (Monica Palmirani ed., 2018).

(79) Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* (Vol. 7) 382 (3rd ed., 2010).

(80) *Id.*, at 431.

五、后芝加哥学派与合理原则的关系

《制度成本》在合理原则与后芝加哥学派（及博弈论模型）之间建立起一种必然联系：“完整的合理原则分析包含了复杂的、基于具体条件设定的博弈论模型”（第1012页）。这种认识是不恰当的。合理原则提供了将经济学理论纳入反垄断个案分析及规则设计的通道。^{〔81〕}正是由于合理原则允许考量竞争损害并且经济学理论是揭示竞争损害的手段之一，经济学的研究成果才可以经由个案导入诉讼程序^{〔82〕}；并在处理大量案件的经验基础上，通过类型化将个案中对经济理论的运用提升为法律规则的构成要件要素。所以，经由个案考察类型化的方式，各种经济理论均有可能进入合理原则的个案分析和规则形成过程。“后芝加哥”思潮（及其运用的博弈论）也不例外。

芝加哥学派根据非常简单的假设和模型看待市场，并认为市场是有效的，政府干预利大于弊。后芝加哥学派对此市场观加以修正，认为市场并不像后者认为的那样优雅，信息和转换成本可能很高等。总之，在后芝加哥学派看来，“市场远比芝加哥理论家愿意承认的更为多样和复杂。因此，反竞争行为的数量和种类是未知的和开放的”。^{〔83〕}后芝加哥学者致力于发现被芝加哥学派忽视的反竞争行为。例如，一些后芝加哥文献研究了独家交易、搭售及其他纵向限制如何在某些情形下以非效率方式便利获取或维持市场势力；有的成果研究了企业如何使用价格和非价格的混合策略阻吓竞争对手进入市场或扩张。^{〔84〕}总之，后芝加哥市场确实拓宽了反垄断规制的视野和容量，使得合理原则的类型化有可能更加深入。

不过必须澄清的是，合理原则与后芝加哥学派或博弈论之间并不存在必然联系，认为现代合理原则的“内核”是后芝加哥学派思想是不能成立的。事实上，各种各样的经济学理论均可能在合理原则中得到运用，并最终内化于提炼的法律规则之中。正如霍温坎普指出，美国反垄断历史上曾经出现过多个经济学派，其中包括垄断竞争学派、有效竞争学派、芝加哥学派等，“每个学派都流下了持久影响反垄断政策的印记，其中一些继续较其他学派发挥着远远更大的影响”。^{〔85〕}

例如，作为现代反垄断法的两支重要推动力量，芝加哥学派和新哈佛学派的思想无疑均体现

〔81〕 参见兰磊：《论我国垄断协议规制的双层平衡模式》，《清华法学》2017年第5期，第189页。

〔82〕 在美国反垄断民事诉讼中，原告在起诉状中可以使用任何经济理论帮助证明竞争损害，但需要经过法官的 Daubert 检验；通过此检验的理论可以成为判案的依据。关于 Daubert 检验，参见李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，《中外法学》2019年第4期，第1014页脚注68。

〔83〕 *Supra* note〔64〕, at 268.

〔84〕 William E. Kovacic, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, 2007 COLUM. BUS. L. REV. 1, 23-24 (2007). 《制度成本》讨论的博弈论模型——“企业在不同程度的信息不对称或信息不充分条件下（知道对手的需求和成本）进行决策，以及不同策略选择（例如选择价格或者数量）和不同的行为时间（观察到其他人行为之前还是之后行动）下的决策行为”（第1012页）——只是后芝加哥理论体系中的一种研究子类。

〔85〕 *Supra* note〔64〕, at 214. 亦参见唐斐：《转售价格维持的反垄断法规制》，西南政法大学2008年博士学位论文，第92页（“在美国战后至70年代前期，影响美国政府反垄断政策的不仅包括SCP范式，还有古典经济学、垄断竞争理论、寡占理论、熊彼特的理论等，其中并没有某个理论占主导地位”）。

于合理原则分析过程，并内化于结构型合理原则之中。据科瓦西科观察，“现在美国反垄断法则的智识 DNA 主要是一个双螺旋结构，其中包含两个相互交织的观点链，一支是来自博克、波斯纳和伊斯特布鲁克的芝加哥学派，另一支是来自阿瑞达、特纳和布雷耶的 [新] 哈佛学派”。⁽⁸⁶⁾ 又如，立足于传统价格理论（即哈伯格三角形）⁽⁸⁷⁾，横向固定价格被视为具有严重竞争危害性；但在 BMI 案⁽⁸⁸⁾ 中，法院基于交易成本经济学的理论，判决横向固定价格有时也对竞争有利。在该案中，单独许可音乐作品的交易成本极高，导致其许多使用形式完全无法存续；这种状况决定了集体管理对竞争有利，而要大规模集体许可就不可避免地需要规定获取和许可音乐作品的价格。

尤其需要指出的是，一个遭到国内学者普遍忽视的事实是，在哈佛学派之后出现的“新哈佛学派”对现代反垄断法规则的影响远远超过芝加哥学派。⁽⁸⁹⁾ 芝加哥学派的立场是“不干预主义”，主张对大多数行为采用本身合法原则。如果其主张被法院接受，反垄断法的调整范围将急剧收缩。而新哈佛学派的立场更为中庸，虽认为很多行为通常并不损害竞争，但也承认特定条件下可能如此，因此要制定较为精细的规则加以处理。⁽⁹⁰⁾ 正因为存在这种区别，芝加哥学派的代表作通常是一本著作，如博克的《反托拉斯法悖论》和波斯纳的《反托拉斯法》；而新哈佛学派的代表作《反托拉斯法》⁽⁹¹⁾（即《释论》）第 3 版的篇幅高达 22 卷，详细分析各种行为的损害和效益，并设计有针对性的结构型合理原则分析方法。

《释论》立足于梳理现行美国反垄断法实践，并适度推动其变革⁽⁹²⁾，对美国反垄断法实践具有举足轻重的影响。⁽⁹³⁾ 它对于各种经济学知识均保持开放的态度。正如该套巨著目前的唯一修订人霍温坎普⁽⁹⁴⁾ 指出，“《释论》事实上是一个经济学杂食动物，从各种各样的经济学理论中进行挑拣，以形成既在理论上合理又在操作上有用的法则”⁽⁹⁵⁾，其中当然包括后芝加哥思想。

不过，霍温坎普对于将后芝加哥思想和理论引入合理原则保持相当谨慎的态度。早在 2001

(86) *Supra* note (84), at 14.

(87) Arnold C. Harberger, *Monopoly and Resource Allocation*, 44(2) AM. ECON. REV. 77, 78 (1954).

(88) *BMI v. CBS*, 441 U.S. 1 (1979).

(89) *Supra* note (84), at 29 (“现代哈佛学派的兴起及其关键成员（阿瑞达、特纳和布雷耶）对美国反垄断制度的贡献，令人震惊地经常遭到美国境内外学者的忽视和低估”）。

(90) Herbert J. Hovenkamp, *Chicago and Its Alternatives*, 1(6) DUKE LAW J. 1014, 1016 (1986) and at 1020–1021(RPM).

(91) [美] 赫伯特·霍温坎普：《〈论反托拉斯法〉的分析方法》，兰磊译，《经济与法论丛》2016 年第 1 期，第 222 页（指出《释论》“采用新‘哈佛’学派的反托拉斯分析方法”）；*Supra* note (19), at 37（“这种新哈佛立场是本书最为一贯主张的立场，也是如今联邦法院最常遵循的立场”）。

(92) [美] 赫伯特·霍温坎普：《〈论反托拉斯法〉的分析方法》，兰磊译，《经济与法论丛》2016 年第 1 期，第 219 页。

(93) 这套释论受到美国法院和律师的广泛使用，“美国联邦最高法院斯蒂芬·布雷耶大法官（Justice Stephen Breyer）曾评价说……大多数律师更愿意援引‘阿瑞达反垄断法释论中的两段文字而非四个上诉法院或者三个最高法院大法官的意见’来支持自己的观点”。*Langdell's West Wing Renamed in Honor of Areeda*, HARVARD GAZETTE, Apr. 25, 1996.

(94) 有学者认为霍温坎普属芝加哥学派，事实并非如此。他撰写了多篇重要的批评芝加哥学派的论文。但他承认“自己一度是芝加哥学派的追随者”（*Supra* note (64), at 213），“包括我自己在内，无人能免于芝加哥学派对反垄断分析的影响”（*Supra* note (90), at 1020）。

(95) Herbert J. Hovenkamp, *Harvard, Chicago and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, 55 ANTITRUST BULL. 613, 618 (2010).

年他就指出，“后芝加哥反垄断经济学的最大缺点在于没有认真对待司法或者机构操作问题”。⁽⁹⁶⁾他认为，在决定是否将后芝加哥理论模型纳入反垄断程序（及规则）时，必须兼顾准确性和可操作性：“检验一个后芝加哥经济模型的标准，不仅是它是否发现了一种芝加哥学派理论未曾发现的反竞争策略。政策制定者还必须能够设计出无须造成不可接受之过高假阳性错误风险即可识别该等策略的规则，并且能够提供不会比所矫正之恶行造成更大社会成本的救济方式。”⁽⁹⁷⁾

正如《制度成本》认可以年龄作为刑事责任的区分标准这种“‘一刀切’的方式具有显著的收益”一样，《释论》和布雷耶均认为武断性的标准有时是必要的。例如，《释论》认为，“一个武断的门槛可能跟个案判断一样可靠，而且能够让筹划和诉讼均变得简单”。⁽⁹⁸⁾《释论》也从来热衷于引入复杂的经济理论和方法。正如霍温坎普指出：“《释论》的逻辑起点是，反托拉斯分析很难，除非法院采用一些简化问题的假设并加以遵循，否则他们很容易出错。因此，《释论》更愿意把许多重要问题作为法律问题对待，即便这样做会在个案判决中牺牲一定的准确性。……以上各例中，《释论》的预设前提并非它所主张的规则绝对准确，而是要保证事实认定的理性就需要使用一些简化问题的假设。”⁽⁹⁹⁾科瓦西科亦指出：“《释论》的一个突出特点是持续关注机构因素以及如下准则，即反垄断规则不应超越实施机构的能力。”⁽¹⁰⁰⁾佩奇指出，该丛书的发起人之一阿瑞达的研究方法“更具情境主义”，反映了“法律过程学法学的影响，强调机构能力以及经推理的司法决策”。⁽¹⁰¹⁾

新哈佛学派的另一位代表人物——美国联邦最高法院布雷耶大法官⁽¹⁰²⁾亦反复强调，反垄断法规的可操作性非常重要，有时甚至不惜牺牲一定的准确性。例如在 Barry 案中，时任第一巡回区上诉法官布雷耶在判决意见中写道：“跟经济学不同，法律是一套实施体系，其效果取决于从规则和先例中解读出来的内容即法官和陪审团在法院中以及律师在向客户提供咨询时如何适用规则和先例。试图捕捉每一种经济复杂性和限制条件的规则，经由实施中的不确定性，结果很可能适得其反，削弱其旨在追求实现的经济目的。”⁽¹⁰³⁾

然而，必须指出的是，《释论》和布雷耶重视规则可操作性绝不等同于主张全部采用本身违法原则，而是主张在反垄断法规设计中（当然离不开立基于合理原则分析的司法经验和经济学理论）不能过于追求绝对的准确性，而要兼顾可操作性。

他们要求，武断性不能没有任何依据，而应该以基本的准确性为前提。例如，《释论》竭力为每一种垄断行为设计实现准确性与可操作性最佳组合的判断标准（结构型合理原则）。又如，在加利福

(96) Herbert J. Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*, 2001 COLUM. BUS. L. REV. 257, 269 (2001).

(97) *Id.*, at 336.

(98) *Supra* note (70), at 104.

(99) [美]赫伯特·霍温坎普：《〈论反托拉斯法〉的分析方法》，兰磊译，《经济与法论丛》2016年第1期，第220页。

(100) *Supra* note (84), at 37.

(101) William H. Page, *Areeda, Chicago, and Antitrust Injury: Economic Efficiency and Legal Process*, 41 ANTITRUST BULL. 909, 912-913 (1996).

(102) *Supra* note (84), at 29, 30, 34 and 48 (“布雷耶的判决意见是把阿瑞达—特纳主张引入主流反垄断法学的一个主要导管”).

(103) *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (CA1 1983).

尼亚牙医协会案中，布雷耶大法官认为 FTC 采用的简化的合理原则分析方式是恰当的：“其对于说服负担的分配……努力地认真将反垄断法的促进竞争目的与操作必要性加以调和……相对于 FTC 必须提交和/或反驳一切可能事实和理论的旧做法，以及相对于严重简化反垄断法理论以至于阻止恰当分析的做法，这是一种显著的进步。前一做法导致案件无法得出结论……后一做法招致‘政府总赢’的批评。”⁽¹⁰⁴⁾以刑事责任能力为例，《释论》和布雷耶大法官绝对不会仅仅因为操作方便而把界限“切”在 0 岁（即取消年龄限制），而是“切”在大致精确的位置，如 14 岁、16 岁、18 岁。

还需要指出的是，反垄断法对引入后芝加哥思想保持谨慎的态度，并不意味着一概拒绝，而是要求相关理论具有足够的识别反竞争行为的能力和可操作性。若某种后芝加哥理论达到这一要求（通过 Daubert 检验），即可在法院程序中得以适用，并经由法官的认可上升为法律规则的一部分。正如霍温坎普指出：“不愿主张在反垄断诉讼中普遍使用后芝加哥经济学，应被视为一个偶发性和经验性真理，而非一个绝对和永恒的真理。在某些情形中，精细的经济分析已使得我们能够至少以与旧方法预测能力相当的方式识别反竞争结果。于此，制定新的反垄断规则不仅恰当而且至关重要。”⁽¹⁰⁵⁾两个成功的实例是“提高竞争对手”（RRC）理论和横向并购的单边效应理论，目前它们已得到反垄断法的广泛承认和运用。⁽¹⁰⁶⁾

六、原告胜诉率低的表象背后

《制度成本》高度重视合理原则复杂性导致原告胜诉率低以及“弱化反垄断法实施”的问题。例如，该文以美国学者卡里尔有关合理原则的两份实证研究⁽¹⁰⁷⁾，说明“复杂性导致了起诉和认定违法上更高的门槛”（第 1013 页）；以被告在美国联邦最高法院反垄断案件中的高胜诉率，说明“合理原则下被告行为被认定违法的可能性很低”（第 1021 页）；以我国“滥用市场支配地位案件是以合理原则的方式进行分析，对原告的举证责任要求高导致胜诉率低”（第 1023 页），说明“制度成本考虑对于中国《反垄断法》的实施的影响非常深远”（第 1023 页）。

然而，这些论证材料均不能达到其论证目的。

第一，《制度成本》对卡里尔数据的引用具有误导性。卡里尔的结论只是告诉我们合理原则分析各阶段的结案比例。以 1999 年的论文为例（下同），在第一阶段因原告未主张或举证反竞争效果而被驳回起诉的案件（被告胜诉）418 个，占全部 495 个案件的 84%；在第二阶段因被告未主张或举证促进竞争的正当理由而结案的案件（原告胜诉）14 个，占 3%；在第三阶段因原告成功举证限制性更小替代方式而结案的案件（原告胜诉）6 个，占 1%；在第四阶段法院进行平衡操作

(104) *California Dental Association v. FTC*, 526 U.S. 756, 793–794 (1999).

(105) *Supra* note (96), at 274–275.

(106) *Supra* note (96), at 337.

(107) Michael A. Carrier, *The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1 BRIGH YOUNG UNIV. LAW REV. 1265 (1999); Michael A. Carrier, *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, 16 GEO. MASON L. REV. 827 (2009).

的案件 20 个, 占 4%。⁽¹⁰⁸⁾《制度成本》引用这两篇论文时将关注点放在进入第四阶段平衡操作的案件比例上, 并据此认为“这一意义上可以说, 对于相关行为分析方式的初始划分基本就决定了案件的结果”(第 1014 页)。然而,《制度成本》此处使用的论据(平衡占比)并不能证明其论点(原告胜诉率低)。通过阅读卡里尔 1999 年文, 我们可以统计出原告的实际胜诉率为 7.7%。⁽¹⁰⁹⁾

第二, 原告胜诉率或者反垄断执法强度本身并非制度追求的目的。如果原告或执法机关发起的反垄断案件不是真正意义上的损害竞争案件——易言之, 不涉及真正的垄断行为——原告显然不应该胜诉, 执法机关亦应该终止案件。我国学者早就关注到所谓反垄断法“伪案”的问题。⁽¹¹⁰⁾所谓伪案即依据反垄断法起诉的案件, 就案由而言归入反垄断纠纷, 但实际上缺乏垄断行为的某些实质性构成要件, 最终根本不可能认定为垄断行为。无论在中国还是其他国家, 反垄断伪案均大量存在。很多原告把普通的合同纠纷(如许可合同、特许经营合同)包装成垄断纠纷并根据反垄断法起诉, 但由于缺乏竞争损害, 根本无法通过合理原则的第一道检验——反竞争效果考察。

美国反垄断伪案比例更高, 因为其体制下存在着私人提起反垄断诉讼的强大激励因素——三倍损害赔偿、单方赔偿律师费、风险代理、集团诉讼等。正如《释论》指出:“极高比例的初期处理动议发生于由不高兴的竞争对手、被替换的客户或供应商、被终止的经销商或不开心的买方提起的诉讼……在此类案件中, 原告的不幸很少产生获得[反垄断法]救济的权利。”⁽¹¹¹⁾在统计原告胜诉率时, 这些案件亦作为垄断案件计入分母, 但它们无论如何都不可能也不应该胜诉。

第三, 美国民事诉讼程序设置了多重筛选机制——其中最为重要的是因未陈述一个诉讼请求而驳回起诉的动议(下称驳回起诉动议)和简易判决动议。随着程序的推进, 大量案件都会在这些审前阶段被处理掉, 只有极少数案件进入审理阶段。驳回起诉动议旨在审查起诉状的法律充分性。在作此审查时, 法院假设起诉状中的事实主张全部属实。“原告起诉状必须主张其诉讼请求的诸法律要件……并且必须主张趋于证明该等法律要件的事实。”⁽¹¹²⁾如果原告不能充分主张竞争损害要件, 就应该作为“伪案”被驳回, 它们并不是真正的垄断争议。据统计, “2001—2005 年间, 美国联邦法院结案私人反垄断法诉讼 3 766 起, 其中 861 起(约 23%)通过自愿撤诉或私人和解结案; 2 828 起(约 75%)在审前由法院裁定驳回, 主要是应被告的驳回起诉动议或者简易判决动议; 只有 77 起(约 2%)进入实体审理”。⁽¹¹³⁾乔治城研究数

(108) Michael A. Carrier, *The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1 BRIGH YOUNG UNIV. LAW REV. 1265, 1293 (1999).

(109) 进入平衡的 20 个案件之中有 9 个是原告胜诉, 分别为脚注 43、129、140、172、187、190、196、198 和 202 所引证的案例。在另外 9 个案件中法院判决原告胜诉, 但未作详细的竞争效果分析(法院以此方式判决被告胜诉的案件更多, 所以将此类案件计作原告胜诉案件并不为过), 分别为脚注 35、36、94、112、113 各自提及的 1 个案件和脚注 61、79 各自提及的 2 个案件。以上 18 个案件加上前述第二和第三阶段原告胜诉的 14 个和 6 个案件, 一共有 38 个原告胜诉的案件, 占全部 495 个案件的 7.7%。

(110) 郑文通:《我国反垄断诉讼对“滥用市场支配地位”规定的误读》,《法学》2010 年第 5 期, 第 47 页。

(111) Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* (Vol. 2) 97 (3rd ed., 2007).

(112) *Id.*, at 95.

(113) *Supra* note (67), at 86.

据⁽¹¹⁴⁾考察了1973—1983年间共1946起反垄断案件，发现最终进入审理阶段的案件不足全部案件的6%。⁽¹¹⁵⁾由于进入审理程序的案件本身就很少，其中原告胜诉的案件（胜诉率的分子）就更少，这就导致原告胜诉率不可能高。

第四，原告胜诉率低并不代表被告胜诉率高。大量案件都是在法院作出某个动议决定之后，当事人和解结案。例如，Perloff and Rubinfeld利用乔治城研究数据发现各类垄断案件中和解率均非常高，其中固定价格案件最低（81.23%），并购案件最高（92.11%）。⁽¹¹⁶⁾和解方案是在现有规则之下根据双方案情的强弱状况设计的。例如，如果法院拒绝驳回起诉动议，就说明它在一定程度上认可了原告的诉讼理论和主张，这时就会为原告的和解决谈判添加一定的筹码。案件的推进程度越深，法院拒绝被告动议就会给原告带来越大的和解谈判筹码。例如，在完成证据开示之后，如果法院拒绝被告提出的简易判决动议⁽¹¹⁷⁾，说明原告的案情无论在事实上还是法律上均相当牢固。考虑后续诉讼的成本和胜负几率，被告很可能愿意和解。在和解案件中，虽然我们不能认为原告完全胜诉，但也不能认为其完全败诉。如果考虑大量和解（原告部分胜诉），原告（部分）胜诉率的分子将大幅提高。

第五，卡里尔使用的研究方法存在局限性，对其结论要进行非常谨慎的看待。首先，其研究对象是明确使用“合理原则”术语的反垄断案件（495个），因此不包含未使用合理原则术语但具有合理原则实质（结构型合理原则）的案件，如所谓的“准本身违法”的搭售案件。卡里尔还把“不公平竞争”（69个）这类传统上不认为是垄断纠纷的案件，“拒绝交易”这类传统上的滥用市场支配地位案件（142个），以及独家交易（70个）和搭售（33个）这类可以同时作为垄断协议和滥用市场支配地位行为的案件也纳入考量，人为增加了原告不易胜诉的案件数量。

其次，统计数字中包含大量依驳回起诉动议和简易判决动议结案的案件。⁽¹¹⁸⁾区分反垄断案件与其他案件的试金石是原告是否主张（并能够证明）竞争损害。正如美国第二巡回区联邦上诉法院认识到的，在反垄断案件中应要求原告首先证明反竞争的效果，此举旨在防止“商业竞争对手之间发生的原本普通的争议升级为反垄断诉讼的地位”。⁽¹¹⁹⁾卡里尔只是笼统地告诉我们84%的

〔114〕 乔治城私人反垄断诉讼项目（The Georgetown Project on Private Antitrust Litigation）旨在为有关反垄断救济方面的争论提供信息，其核心是收集1973—1983年间5个联邦地区法院受理的全部私人反垄断法诉讼。See Steven C. Salop and Lawrence J. White, *Treble Damages Reform: Implications of the Georgetown Project*, 55 ANTITRUST L.J. 73, 73—74 (1986).

〔115〕 Stephen Calkins, *Summary Judgment, Motions to Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System*, 74 GEO. L.J. 1065, 1129 (1986).

〔116〕 Jeffrey M. Perloff and Daniel L. Rubinfeld, *Settlements in Private Antitrust Litigation*, in PRIVATE ANTITRUST LITIGATION: NEW EVIDENCE, NEW MEANING 165 (Lawrence J. White ed., 1988).请注意，该数据与前述2001—2005年间的的数据（23%）存在明显差距，我们不清楚其中的原因。但即便是23%的和解率也相当高。

〔117〕 满足以下三个条件时，法院可以作出简易判决，即（1）就任何重大事实，（2）不存在真实的争议，且（3）作为法律问题，动议方有权获得判决。法院在判断是否符合这三项条件时必须从最有利于反对方的角度看待证据材料。这里法院所要考察的问题是，有没有可以交由陪审团审理的重大的真实争议，如果“没有合理的陪审团可能作出对对方有利的裁决”，则没有必要继续程序。

〔118〕 Michael A. Carrier, *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, 16 GEO. MASON L. REV. 827, 829 (2009)（“几乎所有收录的案件均属于法院准许简易判决和驳回起诉动议”）；*Supra* note (67), at 1269 fn.13.

〔119〕 *Tops Markets Inc. v. Quality Markets Inc.*, 142 F. 3d 90, 96 (2nd Cir. 1998).

案件因没有表明反竞争效果而败诉，但并未告知我们其中有多大比例是因为原告没有主张反竞争效果而被驳回的“伪案”。即便假设这一比例为 20%，那么在分母中剔除这部分伪案以后，原告胜诉率会再次大幅提升。

可见，经过分子和分母的上述各种调整，有理由相信合理原则案件中原告的（部分）胜诉率实际上远高于卡里尔得出的结论（7.7%）。

第六，反垄断法原告胜诉率低的一个重要原因是，全面型合理原则的竞争损害要件过于不清晰，对原告需要证明什么缺乏较为明确的指引。在这种模糊状态和各种制度激励下，许多普通争议的原告也会把其包装成垄断案件，以求通过和解获利。如果针对不同行为类型发展出有针对性的竞争效果理论，则可以较为清晰地告诉原告，起诉时至少要主张哪些要件及其配套的事实支持，否则构成伪案，完全无机会借规则的模糊性敲诈和解。“一旦法院界定了不合理限制行为的必要要件，许多合理原则就可以以简易方式作出判决。”⁽¹²⁰⁾ 这种情况下，许多明显不满足竞争效果要件的所谓反垄断案件根本就不会被提起，降低胜诉率的分母。

同样道理，我国滥用市场支配地位案件中原告胜诉率低的现状，与我国目前反垄断实体规则尚未得到澄清不无关系。但它并不能说明合理原则这种分析模式本身具有“构造性”的模糊性，亦不能说明我国合理原则分析方式下原告始终必然难以胜诉。这种局面会随着规则的澄清而有所改善，但澄清的方向绝不是对于滥用案件适用本身违法原则。

第七，美国联邦最高法院反垄断案件中被告胜诉率高，不能说明以合理原则难以认定垄断行为。该院并不审查事实问题，即并不直接决定哪一方在实体争议中胜诉，而是就法律问题作出裁判。该院作出对被告有利的判决仅仅意味着后者在系争法律问题上胜诉，最终是否在实体争议中胜诉则需要发回重审后由初审法院决定。例如在 2006 年审期，联邦最高法院判决了四个反垄断案件。在 *Weyerhaeuser* 案中，该院判决对于掠夺性标价（predatory bidding）应该适用与掠夺性定价相同的法律规则⁽¹²¹⁾；在托姆布雷案中，该院提高了民事诉讼的诉答标准⁽¹²²⁾；在 *Billing* 案中，该院判决证券承销行为因受联邦证券法规制而享受反垄断法豁免⁽¹²³⁾；在丽锦案中，该院判决对 RPM 采用合理原则，放弃本身违法原则。⁽¹²⁴⁾ 在这四个案件中，美国联邦最高法院均在系争法律问题上作出了对被告有利的判决。但这仅仅意味着该院调整了法律规则，至于被告最终是否在垄断行为判决中胜诉完全取决于进一步的程序。例如，托姆布雷案中原告可重新按照新的诉答要求起诉，丽锦案中采用合理原则后需要重新按合理原则审理被告行为。在《制度成本》引用的描述该等数据的文章中，作者开篇便声明道：“本文指出，联邦最高法院在方法上重组了反垄断法则，使

(120) *Supra* note (111), at 153.

(121) *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069 (2007).

(122) *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 127 S. Ct. 1955 (2007).

(123) *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing*, 127 S. Ct. 2383 (2007).

(124) *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

其与现代经济理解相一致，但完全不意味着其沉溺于亲被告或者反反垄断法的偏见。”⁽¹²⁵⁾

七、结语

鉴于其调整对象的复杂性和多变性，《反垄断法》无疑是一部实施难度较大的法律。但是，经过美国一百二十余年、欧盟六十余年的探索以及其他先行者的探索，反垄断法已经不像刚刚发端时那样复杂，我们已经拥有了很多可资学习、借鉴的域外经验。

然而，不少学者完全无视域外在探索垄断行为分析模式方面所作的巨大努力和取得的巨大成就。他们把目光锁定在一百多年前合理原则的原初粗糙形态上⁽¹²⁶⁾，或者直接证明实际竞争损害效果的高度复杂的方法上⁽¹²⁷⁾，由此得出合理原则难以操作的结论⁽¹²⁸⁾，对此产生极度“畏难情绪”，并进而主张转向适用本身违法原则。

这种畏难情绪经由学术界传导到司法界。例如，最高人民法院在海南裕泰科技饲料有限公司与海南省物价局行政处罚纠纷一案裁定书⁽¹²⁹⁾中裁定，鉴于“当前的市场体制环境和反垄断执法处于初级阶段的情况”，以及鉴于“如果要求反垄断法执法机构在实践中对纵向协议都进行全面调查和复杂的经济分析，以确定其对竞争秩序的影响将极大增加执法成本，降低执法效率”，即便是“往往具有限制竞争和促进竞争的双面效应”的RPM，也应该定性为“一般情况下本身就属于垄断协议”。这种前后矛盾、逻辑混乱的说理，与司法机关对于合理原则的错误认识不无关系。

要改变这种局面，第一步应该是“解放思想”，正确认识合理原则的发展历史，全面认识合理原则的多样形态及其相应的制度成本。我国已有学者认识到了这种多样性。例如，“美国最高法院的近期审理案件的结论是，‘在合理原则和本身违法原则之间没有明显的界限’，执法者正确的努力方向是‘在两个极端之间寻求一把滑尺’。即按各种行为的性质分为不同的调查层次，形成类似光谱似的排列”。⁽¹³⁰⁾“合理规则……因其并非直接给出‘是’或‘否’的结论，而需经历细致的分析流程。在此分析流程中，反垄断法经验基础上的可靠知识逐步确立规制模式选择上的影响，从而形成了垄断行为类型化的细分规则结构……这些经由经验不断提炼、固化的规则，有效地在‘本身违法—合理规则’的基础上作出进一步类型化适用。”⁽¹³¹⁾

(125) Leah Brannon & Douglas H. Ginsburg, *Antitrust Decisions of the U.S. Supreme Court, 1967 to 2007*, 3 COMPETITION POL'Y INT'L 2, 3 (2007).

(126) 亦见曾晶：《反垄断法上转售价格维持的规制路径及标准》，《政治与法律》2016年第4期，第29、30页（对合理原则的描述几乎全面重述了布兰代斯的经典表述）。

(127) 亦见张骏：《转售价格维持规制路径选择的评判标准》，《法学》2018年第12期，第163页（“合理原则要求比较转售价格维持最终结果的正面效果与负面效果，体现出后果主义的评判标准，认为应当由行为所产生的结果来决定其正确与否”）。

(128) 张骏：《转售价格维持规制路径选择的评判标准》，《法学》2018年第12期，第165页（“后果主义标准无法应对竞争效果的不确定性”）。

(129) 中华人民共和国最高人民法院（2018）最高法行申4675号行政裁定书。

(130) 王先林：《论反垄断法中的本身违法规则和合理分析规则》，《中国物价》2013年第12期，第25页。

(131) 江山：《论反垄断法解释的知识转型与方法重构》，《现代法学》2018年第6期，第74页。

事实上,《制度成本》本身也认识到,美国和欧盟反垄断实践中出现了大量介于本身违法原则与完全市场分析之间的中间方式(第1022—1023页)。只是这种认识并未阻止其最终把目光锁定在经典合理原则之上。

下一步应该是借鉴域外经验和反垄断执法的本土实践,在经济学研究成果的基础上,借助类型化的方式,针对不同行为类型积极探索更加细化的结构型合理原则。唯有如此,才有可能实现反垄断规范在可预见性和准确性方面的最佳组合。

Re-assessing the Institutional Costs of Rule of Reason: Comments on Li Jian's "Institutional Costs and Normative Antimonopoly Law"

LAN Lei

Abstract: The Article "Institutional Costs and the Normative Antimonopoly Law" articulated many shortcomings of the rule of reason. However, the Article hastily generalized from some complex sub-type of rule of reason to the entire continuum of rule of reason, thereby mistakenly assessed its institutional costs. There are relatively abstract principles/standards in laws, which gradually become concretized through individual-deliberation-justification-categorization. Rule of reason offers opportunities for this concretization, which contributes to reducing the costs of making rules and ends in structured rules of reason. Upon satisfying certain criteria, economic theories from any school may be used in adjudicating individual antitrust cases and may be incorporated into legal rules. Plaintiff's win rate itself is not a goal worth pursuing in itself and factually is not as low as it seems. The rationalization of Antimonopoly Law lies in developing structured rules of reason through accumulating experience by dealing with huge amount of cases and categorizing from those cases, all only possible under the framework of the rule of reason.

Keywords: Rule of Reason; RPM; Legal Norms; Categorization; Post-Chicago School

(责任编辑:江山)