论垄断行为分析模式的配置逻辑

兰　磊

摘　要：市场经济的基本逻辑要求凡干预均须证成。反垄断法证成其干预措施的内置机制是为垄断行为设定竞争损害要件，此要件的证明方式即垄断行为的分析模式，它是反垄断法适用和规则发展的核心环节。垄断行为分析采用合理原则的总体理念，但它可具体化为不同的形态，形成一个由多种具体分析模式组成的系谱。为垄断行为配置分析模式时应以合理原则为基础模式，并针对行为类型、竞争损害类型进行量身定制；综合考量多重因素，但以竞争效果为根本考量；谨慎设置强干预性分析模式，尤其是只有明显损害竞争的行为才可设置本身违法原则。设置分析模式时应以市场经济体制为制度前提，为市场主体保留充分的行为自由空间；以充分的司法经验为认识论前提，保持谨慎的态度；可操作性虽为一个重要考量，但其本身不足以证成设置强干预性分析模式。我国反垄断实践中，对于三类经济垄断行为配置分析模式时均存在过于随意、粗糙、贴合度差等问题。

关键词：反垄断法；分析模式；垄断协议；转售价格维持；合理原则；本身违法原则

［中图分类号］D912.294　　［文献识别码］A　　［文章编号］2096-6180（2021）02-0023-26

一、垄断行为分析模式之争及其意义

（一）转售价格维持案件引发的垄断行为分析模式之争

2018 年 12 月 18 日，最高人民法院就再审申请人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案（下称裕泰再审案）作出再审行政裁定[1]，为我国最高司法机构就转售价格维持（RPM）案件直接裁决的第一案。[2] 该案深入探讨了反垄断法上的一个基础性问题，即认定垄断协议时，是否需要个案证明竞争损害[3]，学理上称之为垄断协议的“分析模式”（mode of analysis）

［作者简介］兰磊，法学博士，华东政法大学知识产权学院副教授。

〔1〕最高人民法院行政裁定书，（2018）最高法行申 4675 号。

〔2〕转售价格维持是指生产商或供应商在将产品出售给分销商或零售商时，对后者向第三人进行转售时收取之价格进行限制的情形。参见黄勇、刘燕南：《关于我国反垄断法转售价格维持协议的法律适用问题研究》，载《社会科学》2013 年 10 期，第 82 页。一般认为，转售价格维持包含四种情形：固定转售价格、最低转售价格维持、最高转售价格维持和推荐转售价格（建议零售价）。本文中，转售价格维持特指固定转售价格和最低转售价格维持。

〔3〕“竞争损害”是一个通用术语，不同法域可能使用不同的实证法概念。如《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款规定的“阻碍、限制或扭曲竞争之目的或效果”，美国《克莱顿法》第 2 条规定的“显著减弱竞争或趋于形成垄断”，以及中国《反垄断法》第 13 条第 2 款规定的“排除、限制竞争”，均是“竞争损害”概念的具体体现。

问题。传统二元论认为，垄断协议的基本分析模式有本身违法原则与合理原则两种，前者不要求个案证明竞争损害，后者则需要个案证明。裁定书明确使用了“本身违法原则”之术语，并认为其适用于“一旦形成，必然会产生排除或者限制竞争的后果”的协议；其他协议则需要个案分析竞争效果，即“是否排除、限制竞争应当进行具体分析，在综合考虑协议所涉及的市场具体情况、协议实施前后的市场变化情况、协议的性质和后果等因素后，对是否构成垄断协议进行判断”。[4]

然而，针对 RPM 的反垄断法分析，合议庭一方面承认 RPM“往往具有限制竞争和促进竞争的双面效应”，另一方面对其设立了一种严苛的分析模式：RPM“一般情况下本身就属于垄断协议”，但被告可以“通过提交证据进行抗辩予以推翻”。[5] 这种方式既不契合合议庭前述界定的本身违法原则，亦不契合其描述的合理原则，同样也不同于最高人民法院此前发布的司法解释。《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（法释〔2012〕5 号，下称《垄断行为规定》）第 7 条规定：“被诉垄断行为属于反垄断法第十三条第一款第（一）项至第（五）项规定的垄断协议的，被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。”言外之意是，《中华人民共和国反垄断法》（下称《反垄断法》）第 14 条列举项按照“谁主张、谁举证”的通常举证责任分配方式，由原告负责个案证明竞争损害（即合理原则分析）。[6]

反垄断执法机构对 RPM 采用的分析模式与前二者又有所不同。2019 年国家市场监督管理总局发布的《禁止垄断协议暂行规定》（国家市场监督管理总局令第 10 号，下称《协议规定》）第 7 条至第 12 条从行为形式方面逐一细化了《反垄断法》第 13 条、第 14 条列举项，第 13 条第 1 款紧接着规定：“不属于本规定第七条至第十二条所列情形的其他协议、决定或者协同行为，有证据证明排除、限制竞争的，应当认定为垄断协议并予以禁止。”其言外之意是，第 7 条至第 12 条所列情形（包括 RPM）无需个案证明竞争损害，而是直接推定竞争损害。然而，并不明确的是，这种推定是否可以像《垄断行为规定》第 7 条那样，通过被告证明不具有竞争损害效果进行反驳。

2019 年 1 月 4 日国务院反垄断委员会印发的《关于汽车业的反垄断指南》（国反垄发〔2019〕2 号，下称《汽车业指南》）对于《反垄断法》第 14 条列举的 RPM 明确采取所谓“禁止+豁免”

〔4〕这一基本内涵与美国布兰代斯大法官对全面型合理原则的如下“经典表述”如出一辙：“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。”Chicago Board of Trade *v.* United States, 246 U.S. 231, 238 (1918). 由此可见，在裕泰再审案中，最高人民法院虽未明确使用“合理原则”的措辞，但显然引进了此概念及其方法。

〔5〕它提供了两种反驳方式：“经营者……可以提交证据证明其签订的协议不符合‘排除、限制竞争’，或者属于《反垄断法》第 15 条规定的豁免情形。”而且，这两种反驳方式均是在第 14 条项下进行考察的。

〔6〕《反垄断法》第 13 条第 1 款就横向垄断协议规定如下：“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；（二）限制商品的生产数量或者销售数量；（三）分割销售市场或者原材料采购市场；（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；（五）联合抵制交易；（六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”学理上把前五项称为列举项，把第六项称为兜底项。《反垄断法》第 14 条就纵向垄断协议规定如下：“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格；（三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”学理上把前两项称为列举项，把第三项称为兜底项。

的方式，即在第 14 条项下采取本身违法原则，但允许经营者在第 15 条豁免条款项下主张豁免。[7] 以下文件采取了同样的态度：《短缺药品和原料药经营者价格行为指南》第 6 条第 1 款规定，“执法实践中，对于价格垄断协议案件，反垄断执法机关严格按照‘禁止+豁免’的原则，《反垄断法》第十三条、第十四条规定的情形属于明令禁止的行为，但是符合《反垄断法》第 15 条规定的经营者可以依法主张豁免”；《关于原料药领域的反垄断指南（征求意见稿）》第二章规定，“《反垄断法》第十三条禁止横向垄断协议，第十四条禁止纵向垄断协议，第十五条规定了垄断协议的豁免情形和条件”，“《反垄断法》第 14 条明确禁止固定转售价和限定最低转售价”。这三项指南或征求意见稿以下统称“三项指南”。

在当前修改《反垄断法》的过程中，学术界和执法机构针对 RPM 又提出了与前几种路径均不同的分析模式。例如，2020 年国家市场监督管理总局提交的《〈中华人民共和国反垄断法〉修订草案送审稿》（下称《反垄断法修订稿》）第 18 条规定：“对于符合本法第十六条第一项至第五项、第十七条第一项和第二项的协议、决定或者协同行为，推定其具有排除、限制竞争的目的，应当予以禁止，经营者能够证明不具有排除、限制竞争效果的除外。”[8] 此修改建议将《垄断行为规定》第 7 条有关横向协议列举项的分析模式上升为法律，并扩展适用于 RPM。

中国政法大学竞争法研究中心提出的《〈中华人民共和国反垄断法〉专家修改建议稿》（下称《反垄断法专家稿》）采取了类似的路径，但更进一步将审查豁免的权力独家授予反垄断执法机构。该建议稿第 18 条规定：“本法第十三条第一项至第六项、第十四条第一款第一项至第四项所列的垄断协议，可以推定具有排除、限制竞争的效果，经营者能够证明所达成的协议符合本法第十七条规定的，国务院反垄断执法机构可以豁免协议适用本法的禁止性规定。”[9]

不难看出，针对 RPM 的反垄断分析模式，理论界和实务界存在非常大的分歧。按照规制严厉态度递增的顺序，上述分析模式呈现出如下系谱。

（1）《垄断行为规定》：普通的合理原则——谁主张、谁举证；

（2）裕泰再审案：竞争损害推定，但可在第 14 条项下反证没有竞争损害效果或者符合豁免条件；

（3）《反垄断法修订稿》：竞争损害推定，但可在第 14 条项下反证没有竞争损害效果；

（4）《协议规定》：竞争损害推定，不清楚是否可在第 14 条项下反证；

（5）三项指南：“禁止+豁免”原则，实际是在第 14 条项下本身违法原则，在第 15 条项下主张个案豁免；

（6）《反垄断法专家稿》：“禁止+豁免”原则，实际是在第 14 条项下本身违法原则，在第 15

〔7〕 2020 年 11 月 10 日发布的《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》采此态度（“对《反垄断法》第十三条、第十四条明确列举的垄断协议，原则予以禁止”）；但 2021 年 2 月 7 日发布的正式《关于平台经济领域的反垄断指南》（国反垄发〔2021〕1 号）将其中的“原则予以禁止”修改为“依法予以禁止”。其实质是拒绝就分析模式提供指南。

〔8〕 此处第 16、17 条分别对应现行《反垄断法》第 13、14 条。

〔9〕 时建中主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉专家修改建议稿及详细说明》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 48－49 页。此建议稿第 14 条第 1 款第 1、2 项对应现行《反垄断法》第 14 条第 1、2 项；第 17 条对应后者第 15 条，略有修改，但基本内容相同。

条项下主张个案豁免，但处理豁免的权力仅由反垄断执法机构行使。

《反垄断法》第 13 条列举项的分析模式也不无争议。如《垄断行为规定》第 7 条采取可反驳竞争损害推定模式；裕泰再审案对其中三项采用本身违法原则，其余二项采用可反驳竞争损害推定模式；《协议规定》采取竞争损害推定，但并不清楚此推定是否可反驳；三项指南采用本身违法原则；《反垄断法专家稿》同三项指南，但收缩了豁免条款的行使主体范围。面对如此纷繁的理论与实务乱象，急需厘清如何为垄断协议配置恰当的分析模式。

（二）分析模式是反垄断法的一个基础概念

一方面，所有垄断行为认定都要处理分析模式选择问题。本身违法原则和合理原则最初是在垄断协议领域发展起来的两种分析模式。然而，随着实践发展和学理探讨的深入，反垄断法界认识到，滥用市场支配地位和经营者集中审查领域同样需要讨论分析模式的配置问题。虽然这两个领域已形成适用合理原则的基本共识，但仍须对分析模式作进一步的雕琢，使其更具贴合性。

滥用市场支配地位行为和经营者集中行为均存在多种具体类型，不同具体类型行为之间仍然存在巨大差异。例如，虽然搭售、独家交易、价格歧视、垄断高价、拒绝交易、掠夺性定价、忠诚折扣同为滥用行为，但它们的竞争损害机理及其发生条件显然存在很大差异。经营者集中领域的纵向并购、横向并购、混合并购类型区分同样如此。即便同一种滥用行为或经营者集中行为，也可能会产生不同类型的竞争损害效应。例如，搭售可能产生巩固搭售品市场支配地位的效应或者对被搭售品市场的封锁效应；横向并购可能产生单边效应或者协调效应。这些不同的反竞争效应具有不同的竞争损害发生机理和发生条件，需要作针对性的规范设计。

正因为分析模式问题具有普适性，垄断协议领域发展的分析模式术语和框架已被越来越多地应用于滥用行为和经营者集中这两个领域。囿于篇幅，本文主要围绕垄断协议展开讨论，但讨论过程和研究结论会涉及并适用于其他两个领域。

另一方面，分析模式是关涉反垄断法实施的基础问题。反垄断法以具有竞争损害的市场行为作为规制对象。因此，作为规制前提，必须首先查明拟规制行为损害竞争。适法者在处理任何一个涉嫌垄断行为时，都必须首先确定以什么方式判断它有无竞争损害，从而确实它是否构成垄断行为。这就决定了，“现代反垄断法分析模式是反垄断法适用的核心环节”。[10] 分析模式还是反垄断规则发展的核心环节。规则通常需要包括主体要件、行为要件和效果要件。分析模式所处理的正是效果要件的设置问题，其结构化过程还可能在一定程度上纳入了对主体要件和行为要件的考量。因此，反垄断法规则的设计主要是分析模式的设置问题。一旦为一类行为准确确定了适用的分析模式，基本上也就确定了其调整规则。

反垄断法调整的市场行为千变万化。每种行为的竞争效果都高度取决于行业结构、监管状况、产品特性等具体因素。至少在目前的知识状态下，任何立法机构都缺乏对各种行为的全面认识。因

〔10〕 叶卫平：《反垄断法分析模式的中国选择》，载《中国社会科学》2017 年第 3 期，第 96 页。

此，各国反垄断法通常只宣布禁止反竞争行为的一般原则，而把判断各类行为采用何种分析模式的问题交由法律实践逐步探索解决。正如叶卫平指出，“分析模式属于反垄断法应用层面的问题”。[11]

当然，我们不排除个别法域的立法机构根据立法当时对个别行为类型之竞争效果的认识（或对其他关切的考量），为其设置特定的分析模式。但更为普遍的做法是立法仅规定基本原则和基本框架，具体问题（包括分析模式）则交由执法/司法机构在实践中逐步探索。[12] 人类对市场行为的认识具有阶段性和暂时性，并需要持续接受理论与实践的检验。至少在现阶段，我们还无力就众多行为类型的竞争效果及其最为恰当的分析模式作出相对稳定的判断。因此，垄断行为分析模式是反垄断法界很长时期内需要持续考量和研究的一个基础问题。甚至可以说，一旦完成对众多行为类型的分析模式配置工作，反垄断法便基本完成了规范的类型化，实现了规范体系的成熟。

二、垄断行为分析模式的系谱论

从 1890 年第一部现代反垄断法《谢尔曼法》诞生以来，反垄断法只有 130 余年的发展史。一个如此年轻、调整对象如此复杂的法律领域，仍在以“摸着石头过河”的方式探索分析模式毫不为奇，其间存在观点之争亦不足为怪。垄断行为分析模式大体而言存在一元论、二元论、三元论、系谱论等学说。

（一）分析模式的系谱构造

关于垄断协议分析模式，最为流行也最为原始的观点是二元论，认为分析模式包括本身违法原则和合理原则两种。[13] 概言之，合理原则的分析方法是在综合考察案件全部事实的基础上，认定涉案协议是否具有合理性（并以竞争损害作为其评判标准）；本身违法原则是认为某类协议具有竞争损害的不可反驳推定，证明涉案协议在形式上符合特定协议类型即可直接推定其损害竞争。

一元论认为，二元论中的本身违法原则只不过是合理原则的一种特殊情况，本质上仍属于合理原则的范畴。三元论则是在二元论的基础上增加一个称为“快速检视”（quick look）的合理原则类别。系谱论是以上各说的整合和扩充，它认为各种垄断行为应采用与其类型特征相适应的分析模式，这些分析模式在本质上都是合理原则。

根据系谱论，合理原则存在上下位概念之分。上位概念的合理原则是一种通过考量竞争影响判断垄断行为的理念。垄断行为均需包含竞争损害要件，无论采取何种分析模式。就此意义而言，垄断行为均需接受合理原则检验。正是在此意义上，裕泰再审案认为：“在反垄断执法过程中，对经营者之间的协议、决议或者其他协同行为，是否构成《反垄断法》所禁止的垄断协议，应当以

〔11〕 叶卫平：《反垄断法分析模式的中国选择》，载《中国社会科学》2017 年第 3 期，第 107 页。

〔12〕 全国人大常委会办公厅供稿：《中华人民共和国反垄断法》，中国民主法制出版社 2007 年版，第 22 页（“当前在反垄断法中要将反垄断的基本原则、基本制度确立起来……经过一段时间的实践，积累经验后，再及时加以修改和完善”）。

〔13〕 关于合理原则的详细讨论，参见［美］赫伯特·霍温坎普：《论反垄断法上的合理原则》（上），兰磊译，载《竞争政策研究》2018 年第 6 期，第 22－47 页；［美］赫伯特·霍温坎普：《论反垄断法上的合理原则》（下），兰磊译，载《竞争政策研究》2019 年第 1 期，第 18－48 页。

该协议是否排除、限制竞争为标准。”

然而，不同行为的竞争影响及其产生条件千差万别。真正重要的并非确认垄断行为认定需包含竞争损害分析，而是确保每个垄断行为的认定都需接受与其相适应、相贴合的竞争损害分析。合理原则理念可以针对不同行为类型甚至针对同一行为类型的不同损害类型进行细化，从而提炼出各种更为具体的分析模式，以此方式可以实现合理原则的类型化。通过总结反垄断实践可以发现，经过类型化的合理原则形成一条规制严苛程度从高到低的分析模式系谱。[14]

模式 1：本身违法原则。它是不可反驳的竞争损害推定。[15] 通常认为赤裸裸的固定价格或产出的卡特尔属本身违法的行为。其他行为也可能被设定为适用本身违法原则，只要法律条文清晰明确地直接禁止相关行为本身即属适例。例如《南非竞争法》第（2）5 条规定，“最低转售价格维持行为受到禁止”；1986 年《新西兰商业法》第 37（1）条规定，“任何人均不得从事转售价格行为”。当然，这种设置可能不具有实质正当性。

模式 2：准本身违法原则。其实质是可反驳的竞争损害推定，即原告证明行为要件之后便推定损害竞争，被告必须反证其行为不具有竞争损害效果。例如，《垄断行为规定》第 7 条对于《反垄断法》第 13 条列举项采用的分析模式。又如，2015 年修正的我国台湾地区“公平交易法”第 19 条规定“事业不得限制其交易相对人，就供给之商品转售于第三人或第三人再转售时之价格。但有正当理由者，不在此限”。这类行为常被称为“内在可疑行为”（inherently suspect）。

模式 3：“快速检视”的合理原则。它是一种可反驳的适用本身违法原则的推定。反驳此推定时，被告只需提出似真的（plausible）促进竞争理由，反驳的效力是转为适用合理原则分析。例如，美国联邦最高法院处理的 BMI 案和 NCAA 案就采用了这种分析模式。[16] 前述我国台湾地区“公平交易法”第 19 条“正当理由”抗辩若作宽松解释，亦可归属此类。

模式 4：常规结构型合理原则。此模式下，证明一些定型化的要件之后即可推断竞争损害。例如，掠夺性定价的双分支考察框架，搭售的四要件判断标准（参见后文），美国判例法发展的医药反向支付和解规则[17]，以及学术界探讨的 RPM 的结构型合理原则分析方式[18]，均属实例。

模式 5：全面型合理原则。这里不存在推定，需要原告证明反竞争效果、被告证明促进竞争效果并将二者加以平衡。最典型的实例即布兰代斯大法官阐述的“经典合理原则”。又如，2002

〔14〕对此的进一步介绍，参见兰磊：《论反垄断法多元价值的平衡》，法律出版社 2017 年版，第 123－128 页；兰磊：《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〉》，载《经贸法律评论》2020 年第 3 期，第 106－109 页；Spencer Weber Waller, *Justice Stevens and the Rule of Reason*, 62 SMU Law Review 693, 700－701 (2009).

〔15〕在讨论分析模式时通常假定其他要件（如主体要件和协议要件）已得到满足，因此一旦依某种分析模式证明竞争损害即可认定违法。正是在此意义上，我们称本身违法原则为“推定违法”，虽然它实际上只是“竞争损害”推定。

〔16〕Broadcast Music, Inc.(BMI) *v.* Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1 (1979); N.C.A.A. *v.* Board of Regents of The University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

〔17〕兰磊：《转售价格维持违法推定之批判》，载《清华法学》2016 年第 2 期，第 101 页。

〔18〕对于 RPM 结构型合理原则分析方法的探讨，参见兰磊：《最低转售价格维持的结构型合理原则分析》，载王先林主编：《竞争政策与法律评论》第 5 卷，法律出版社 2019 年版，第 62－67 页。

年《印度竞争法》第 3 条第 4 款规定，RPM“协议如果导致或者相当可能导致对印度境内显著的负面竞争影响，则构成违反本条第 1 款的协议”。再如，2015 年修订后的《加拿大竞争法》第 76 条规定，如果 RPM“已经、正在或者可能对某个市场上的竞争具有负面效果”，则受该法禁止。这些规定只是规定需个案考察竞争损害要件，但对于如何考察竞争损害没有提供任何具体指引。

模式 6：准本身合法原则，亦称“安全港”。此模式下，只要满足一定条件即可推定不具有竞争损害。当然，此等条件本身蕴含着对竞争效果的考量，如低于一定市场份额门槛可推定不会产生竞争损害。例如，欧盟《微量不计通知》规定的低于规定市场份额的经营者达成的协议“不具有显著限制竞争”效果，因此不受《欧盟运行条约》第 101 条的调整。[19]

模式 7：本身合法原则。此模式下，只要满足特定行为形式即可推定不具有竞争损害。模式 6 和模式 7 的不同之处在于，前者以满足特定条件为前提；后者则不以满足此等条件为前提，仅从行为形式上作判断。反垄断实务中此种模式并不常见，但学术讨论中有其适例。[20]

以上七种模式本质上都或明或暗地包含着竞争损害考量，均是下位概念的合理原则。但通常所说的下位概念的合理原则仅指全面型合理原则（模式 5）。裕泰再审案裁定书所描述的合理原则分析方法即属此类[21]，我国多数学者所理解的合理原则亦属此类。[22] 除全面型合理原则外，其余六种模式均属结构型合理原则。但它们的结构化程度和形态存在较大差异。本身违法原则（模式 1）和本身合法原则（模式 7）完全无须在个案中考量竞争效果，而是直接根据行为本身进行推定，表面上已高度区别于合理原则考察效果的基本含义，通常也不将其视为合理原则分析。因而，结构型合理原则通常所指的是其他四种分析模式（即模式 2、3、4、6）。

（二）几类分析模式之间的关系

根据竞争损害要件的证明责任分配样态不同，结构型合理原则可区分为常规和非常规两大类。前者（模式 4）仍采用传统“谁主张、谁举证”的证明责任分配方式，由原告负责竞争损害的证明责任；后者（模式 2、3、6）就竞争损害要件实行证明责任倒置。前者的结构化程度不及后者，但内涵更加丰富，包含多种更加具体的子模式。

常规结构型合理原则与全面型合理原则的差异在于，竞争损害考察的固定化和定型化程度不同。后者需要在个案中考察与竞争损害相关的众多事实，或者随机性地（*ad hoc*）寻找经济学可

〔19〕 See Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) 2014 /C 291/01.

〔20〕 See Richard A. Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 48 The University of Chicago Law Review 6 (1981).

〔21〕 持有相同理解的案例包括北京锐邦涌和科贸有限公司与强生（上海）医疗器材有限公司、强生（中国）医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案，上海市高级人民法院民事判决书（2012）沪高民三（知）终字第 63 号；原告武汉市汉阳光明贸易有限责任公司与被告上海韩泰轮胎销售有限公司纵向垄断协议、滥用市场支配地位纠纷案，上海知识产权法院民事判决书（2016）沪 73 民初 866 号。

〔22〕 例如，参见曾晶：《反垄断法上转售价格维持的规制路径及标准》，载《政治与法律》2016 年第 4 期，第 30 页；李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，载《中外法学》2019 年第 4 期；张骏：《转售价格维持规制路径选择的评判标准》，载《法学》2018 年第 12 期，第 163 页。

能提供的损害竞争机制理论。前者针对特定行为类型已经识别出常见的竞争损害发生机制，实现了竞争损害内容的相对定型化。当然，全面型合理原则亦非布兰代斯表述的那种漫无目的的考察。经过理论和实务界的不断探索，全面型合理原则也有了一定的考察结构。[23]

由于各类行为发生竞争损害的机制不尽相同，而反垄断法调整的行为类型不断增加，相应的结构型合理原则分析模式也会不断增加并呈现出形态各异的外观。又由于同一行为可能产生多种不同形态的具体竞争损害，对于同一行为类型有可能需要针对不同竞争损害形态发展多个具体分析模式，从而形成同一行为类型配套多个结构型合理原则分析模式的现象。例如，RPM 主要产生四类竞争损害，因此其分析模式可以相应地包含四条采用结构型合理原则的具体规则。[24]

严格意义上，模式 3 是一种分析模式筛选机制，其作用在于确定原本适用本身违法原则的行为，是否因为被告提出似真的促进竞争理由而改为适用合理原则。其背后的实体基础是赤裸限制与附带限制的区分。当一行为落入某事先划定的本身违法行为类型（如横向固定价格）时，原本推定损害竞争，并因此推定适用本身违法原则；但如果被告提出似真的促进竞争理由，则说明该行为并非确定属于赤裸限制，原本的推定存疑，应以合理原则进行更加充分的考察；如果被告不能提出这种理由，说明其行为是仅有坏处的赤裸限制，继续适用本身违法原则。[25] 然而，由于快速检视法与模式 2 比较接近，并且经常被拿来与所谓的“可抗辩的违法推定”模式相提并论（参见后文），本文姑且将其视为一种结构型合理原则分析模式，如此处理有助于澄清各项关系。

模式 2 和模式 3 的区别在于，在模式 2 之下，竞争损害要件的举证责任和证明责任均由被告承担，抗辩理由仅限于实际产生的竞争效果，举证需达到盖然性平衡的程度；在模式 3 之下，竞争损害要件的证明责任由原告承担，但提出抗辩理由并加以举证的责任在被告，抗辩类型为促进竞争理由而非实际促进竞争效果，举证只需达到“似真的”程度。“似真的”[26] 证明标准远远低于“盖然性平衡”，“如果不经广泛的事实考察便不能拒绝接受一项正当理由，它就是似真的”。[27]

---

〔23〕 现代全面型合理原则采用所谓三步骤证据负担转移框架。对此框架的描述，参见［美］赫伯特·霍温坎普：《论反垄断法上的合理原则》（下），兰磊译，载《竞争政策研究》2019 年第 1 期，第 37－44 页。

〔24〕 对 RPM 规则的讨论，参见兰磊：《最低转售价格维持的结构型合理原则分析》，载王先林主编：《竞争政策与法律评论》第 5 卷，法律出版社 2019 年版，第 62－67 页。

〔25〕 对于“附带限制”的介绍，参见 Robert H. Bork, *Ancillary Restraints and the Sherman Act*, 15 ABA Section of Antitrust Law 211 (1959)；兰磊：《论欧盟垄断协议规制制度的困境及其对我国的启示》，载王先林主编：《竞争法律与政策评论》第 1 卷，上海交通大学出版社 2015 年版，第 96－98 页。

〔26〕 国内逻辑学者将 plausible 译为“似真的”，并认为似真推理是不同于演绎推理和归纳推理的第三种推理形式。这种推理形式的结论作为一种假设被暂时接受，故其结论是非决定性的，随着新证据的出现可能被修正。参见杜文静：《论似真推理的价值证成》，载《学术交流》2016 年第 4 期，第 107 页。

〔27〕 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (vol.7, 3rd ed.), Wolter Kluwer, 2010, p.487 (quoting PolyGram Holding, Inc., 136 F.T.C. 310 (2003)).

（三）分析模式系谱论的理论基础

二元论的确立基础在于，假设市场行为的竞争影响具有非此即彼的纯粹性，即要么明显损害竞争，要么不明显损害竞争。然而，事实上，不同行为类型具有的竞争效果无论在类型、发生条件还是发生几率方面均不尽相同。为了更准确地识别反竞争行为，必然不能仅仅笼统地要求考虑一些相关因素。基于此，系谱论对企业市场行为采取了一种更加微妙的认识图景，认为各种行为的竞争影响存在渐进的细微差异，对它们应分别设计有针对性的分析模式。正如著名的阿瑞达－霍温坎普《反托拉斯法释论》（下称《释论》）指出："在任何案件中，证明违法性所需的证据数量和类型（根据案情）是不同的……两个极端处的考察范畴容易表述：在本身违法原则下，市场势力、意图、效果及大多数抗辩均无须证明；在（全面型）合理原则之下，这些要素均需证明；然而中间地带可能需要不同数量和类型的信息，以使法院能够作出合理性判断。"[28]

这种认识得到反垄断司法实践的确认。例如，美国最高法院指出，合理原则并不总是要求"对市场势力作冗长的分析"，它"有时候可在眨眼间得以适用"。[29] 该院还指出，"评估合理性时总是存在一个滑尺一样的东西……所需证明根据情况的不同而不同"；个案所需的考察必须量身定制，以使其"根据一项限制的具体情况、细节和逻辑而适合个案"。[30] 因此，在为一种行为选择分析模式时，即便在识别出适用合理原则之后，也不应该以合理原则的一般形态敷衍了事，而应该继续探索其结构化形态。这一点在有关 RPM 分析模式的争论中体现得淋漓尽致。美国反垄断法界清楚地认识到，丽锦案判决 RPM 改为适用合理原则，这只是 RPM 分析模式探索工作的起点。正如时任美国联邦贸易委员会（FTC）委员莱特指出，"尽管 2007 年美国联邦最高法院在丽锦案中判决最低 RPM 采用合理原则，关于在美国适用何种恰当的处理最低 RPM 的法律方式仍存在严重争议"。[31]

否认分析模式的多样性还容易发生张冠李戴的错误。例如，学者在比较不同法域的垄断协议分析模式时常常发生一个错误，即认为因为《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款（或我国《反垄断法》第 15 条）允许抗辩，所以欧盟（或我国）采用的分析模式与美国相同，都是合理原则。例如，欧洲学者惠希等认为，"美国最高法院在丽锦案中判决最低 RPM 适用合理原则分析而非本身违法原则，由此将美国法与欧盟法协调一致了：在欧盟法项下，当事人总是可能辩称 RPM 满足第 101 条第 3 款，即便在第 101 条第 1 款项下被归类为目的限制竞争"。[32] 上述观点的最大问题在于，

---

〔28〕 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (vol.11, 3rd ed.), Wolter Kluwer, 2011, p.326.

〔29〕 N.C.A.A. *v.* Board of Regents of The University of Oklahoma, 468 U.S. 85, 100 n. 42, 109 n.39 (1984).

〔30〕 California Dental Assn.(CDA) *v.* FTC, 526 U.S. 756, 780, 781 (1999).

〔31〕 Joshua D. Wright, *The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy*, Remarks Before the British Institute of International Comparative Law (9 April 2014), p.3, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/302501/140409rpm.pdf.

〔32〕 Richard Whish and David Bailey, *Competition Law* (8th ed.), Oxford University Press, 2015, p.129.

它把第 3 款项下的公共政策豁免误认为促进竞争效果抗辩。第二个严重问题在于，即便第 3 款是促进竞争效果抗辩，它与第 1 款相结合也只是“类似于”合理原则系谱中的一个具体结构型合理原则（模式 2），完全不能认为它与全系谱的合理原则相等同；更不能认为因为欧盟有一种子类型的结构型合理原则，所以欧盟法与美国法一样均承认全系谱的合理原则。[33]

（四）“可抗辩的违法推定”不是一种分析模式

在中国，诸多论者提出《反垄断法》对垄断协议采用了所谓 “禁止+豁免”（也称“原则禁止+例外豁免”）或者“可抗辩的违法推定”模式。[34] 他们理解的“禁止+豁免”是指《反垄断法》第 13、14 条列举的行为因为内在具有严重反竞争性而“本身受到禁止”（即本身违法），但是仍可按照第 15 条主张并证明豁免。“可抗辩的违法推定”这一表述与“禁止+豁免”本质相同，其中“违法推定”对应后一表述中的“禁止”，“抗辩”则对应“豁免”（以下统称“可抗辩的违法推定”）。表面上看，此模式与模式 2 或 3 一样属于竞争损害推定，并允许被告推翻此推定，实则大相径庭。

恰当的理解是，垄断协议应当涉及两个层面的平衡：第 13、14 条处理的是竞争政策内部不同竞争效果的考察与平衡，所要解决的是竞争损害（及垄断协议）的认定问题；第 15 条处理的是竞争政策与其他公共政策的外部平衡，所要解决的是已认定的垄断协议是否可因其他公共政策而被豁免的问题。[35] 分析模式所要解决的是竞争损害的认定问题，而非政策协调问题。只有内部平衡才考察竞争损害，属于分析模式问题。模式 2 和模式 3 是在《反垄断法》第 13、14 条项下处理竞争政策内部平衡的工具，是两种具体的结构型合理原则分析模式，实质是可反驳的竞争损害推定：其考察对象是竞争效果，且无须满足第 15 条规定的严格的豁免条件。

“可抗辩的违法推定”则混淆了两个不同层面的问题和平衡操作，将为外部平衡设计的法律制度误用于解决内部平衡问题。依此框架进行内部平衡操作会造成各种困难：（1）抗辩理由的范围极其广泛，包括各种公共政策；（2）被告就抗辩理由同时承担举证责任和证明责任；（3）需要满足第 15 条专为外部平衡设计的严格条件。

上述有关“可抗辩的违法推定”论述常以欧盟实践为依据。然而，欧盟对《欧盟运行条约》

〔33〕同样的错误，参见张骏：《转售价格维持可抗辩违法推定规则的证成》，载《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 6 期，第 94 页（“可抗辩的违法推定规则也是一种结构性合理原则。学界及法院认为转售价格维持适用合理原则亦无不可，只不过具体形式应当是可抗辩的违法推定规则”）；［日］柳川隆：《法经济学视野下的转售价格维持行为之合法性》，其木提译，载《交大法学》2017 年第 1 期，第 120 页（“在此次《指南》修订案中最大的变更是，合理事由免费搭车问题的消除成为合理事由的一例，在这一情况下容许转售价格维持行为。这实际上是采纳了美国等国对于转售价格维持行为的规制方法”）。

〔34〕王健：《垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究》，载《法学》2014 年第 3 期，第 47 页；张骏：《转售价格维持反垄断法规制路径之争的化解》，载《法学》2017 年第 7 期，第 68 页；时建中、郝俊淇：《原则性禁止转售价格维持的立法正确性及其实施改进》，载《政治与法律》2017 年第 11 期，第 26、29 页；曾晶：《转售价格维持垄断行为的解释论分析》，载《湖南师范大学社会科学学报》2015 年第 3 期，第 103－104 页；刘继峰、孙蕾蕾：《论严重限制相关市场竞争的适用标准》，载《价格理论与实践》2019 年第 6 期，第 39 页。

〔35〕兰磊：《论我国垄断协议规制的双层平衡模式》，载《清华法学》2017 年第 5 期；兰磊：《论欧盟垄断协议规制制度的困境及其对我国的启示》，载王先林主编：《竞争法律与政策评论》第 1 卷，上海交通大学出版社 2015 年版，第 93－95、102－107 页。

第 101 条第 3 款的定位存在严重的人为扭曲现象。[36] 第 3 款的定位原本具有一定模糊性，既可解释为促进竞争效果抗辩，也可解释为公共政策豁免。[37] 然而，随着欧盟不断推进竞争执法的去中心化，第 3 款的实施主体由欧委会一家扩张至成员国反垄断执法机构和法院多家。这就不可避免地引发一种关切：成员国过度解读第 3 款，以本国公共政策压制欧盟竞争政策。为应对这种关切，欧盟积极推进将第 3 款解读为效率抗辩，从而排除在此款项下考量非竞争政策的空间。欧盟对第 3 款的这种解读看似如模式 2——首先推定行为损害竞争，然后由被告反证不具有竞争损害——但二者具有一项非常明显的差别。在此进路下，被告不但承担证明责任，而且必须满足豁免条款设定的苛刻条件。正如多位论者所指出的，这一路径虽在理论上允许被告反驳竞争损害推定，事实上与本身违法原则并无真正的区别。[38] 例如，研究表明，在欧委会和欧盟法院处理的最低 RPM 案件中，没有一个被告成功地证明了第 3 款项下的豁免；尽管在成员国层面有成功援引第 3 款的先例，但也是在最低 RPM 对竞争没有造成任何显著影响的情况下才得以援引。[39] 因此，如果非要将此分析方法视为一种分析模式的话，其严厉程度介于模式 1 和模式 2 之间；模式 2 是“准本身违法原则”，它就是一种“超级准本身违法原则”或者“事实上的本身违法原则”（姑且称之为模式 2+）。[40]

三、不同分析模式的配比关系及契合度

（一）合理原则是垄断协议的基础分析模式

美国垄断协议分析模式的法理是伴随《谢尔曼法》第 1 条的解释历史发展起来的。该条以极其原则性的语言禁止限制贸易行为[41]，既未规定任何分析模式，也未规定竞争损害要件，甚至对“竞争”也只字未提。因此，美国反垄断法对分析模式的认识经历了长期摸索才逐渐走向成熟。

美国联邦最高法院最初处理的第 1 条案件涉及一个横向固定价格的卡特尔行为，其竞争损害性质显而易见，于是该院以偏概全地宣布对该条的解释采用本身违法原则。[42] 但随着其他类型垄断协议案件的出现，该院很快发现本身违法原则并不能适用于该条调整的所有案件，并在 1911 年标准石油案[43] 中承认合理原则的分析方法。布兰代斯大法官在 1918 年芝加哥交易局案中呈现

〔36〕 对于欧盟垄断协议制度问题的详细评价，参见兰磊：《论欧盟垄断协议规制制度的困境及其对我国的启示》，载王先林主编：《竞争法律与政策评论》第 1 卷，上海交通大学出版社 2015 年版，第 93－95、102－107 页。

〔37〕 我国《反垄断法》第 15 条所列的众多豁免事由（尤其是第 3－6 项）则只能解释为公共政策抗辩。

〔38〕Paul Lugard, *Some Reflections on Resale Price Maintenance,* 37 (1) Legal Issues of Economic Integration 13, 20 (2010)；张世明：《结果论与目的论：垄断协议认定的法律原理》，载《政法论丛》2020 年第 6 期，第 7 页（“作为一个实践问题，美国反托拉斯法的本身违法和欧盟竞争法的反竞争目的之间的分歧微乎其微”）。

〔39〕 Deirde Trapp, *Resale Price Maintenance and Hub-and-Spoke Collusion: EU Perspective on Recent Developments*, ABA Section of International Law, 2011 Fall Meeting (October 2011), p. 8－9.

〔40〕《反垄断法专家稿》更进一步收缩豁免审查权，比模式 2+还严厉，可称之为模式 2++。

〔41〕《谢尔曼法》第 1 条规定：“任何限制州际间或与外国之间的贸易或商业的合同，以托拉斯形式或其他形式的联合，或合谋，都是非法的……”

〔42〕 United States *v.* Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897).

〔43〕 Standard Oil Co. of New Jersey *v.* U.S., 221 U.S. 1 (1911).

了合理原则的“经典描述”。[44] 在 1940 年美孚石油案 [45] 中，联邦最高法院判决固定价格的协议本身违法。经过之后一系列案件的发展，本身违法原则的适用范围达到顶点。[46]

然而，随着认识的深入，本身违法原则逐渐式微。早在 1958 年北太平洋铁路公司案中，美国最高法院就已指出本身违法原则具有例外性：“存在一些协议或行为，它们因为具有有害竞争且缺乏任何可补偿价值而被结论性地推定为不合理并因此非法……”[47] 在 1972 年托普柯案中，该院再次强调了这种例外性质，并指出合理原则适用于“大多数”行为：“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。”[48] 在 1977 年希尔伐尼亚案中，该院明确宣告了合理原则的主导性：“自从本世纪之初，对《谢尔曼法》第 1 条的司法解读就已确立了‘合理原则’的主导分析标准地位。……仅在涉及明显反竞争的行为时，才适合使用本身违法规则。”[49] 后续判例多次重申这一观点。例如，1985 年西北批发文具案判决，在决定一项行为是否属于违反该条项下的不合理限制时，“以合理原则分析作为考察指引”。[50] 在 1988 年夏普案中，该院指出，“具体协调行为是否违反《谢尔曼法》第 1 条通常根据个案适用所谓合理原则加以确定……本身违法原则仅适于‘明显反竞争的’行为”。[51]

经过漫长的探索，美国判例法已经牢固确立了“以合理原则为原则，以本身违法原则为例外”的分析模式配置总原则。由于分析模式的二分法在当时占主导地位，此处的“合理原则”和“本身违法原则”均是二分法意义上的。比较而言，《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款明确将“目的”和“效果”作为并列的两种分析模式 [52]。然而，欧盟在长期司法实践中同样确立了“效果”限制为主导模式的总体配置原则。例如，在布达佩斯银行案中，欧盟法院重申“对目的限制竞争的概念必须作限制性解释。它只能适用于特定类型经营者之间的协调，其中揭示出充分程度的竞争损害，足以被认定为无须考察其效果”。[53] 在 CB 信用卡集团案中，该案佐审官归纳道：“仅有那些借助经验和经济学已经证明且可轻易指明有害性质的行为，方可视为目的限制竞争”，“把某个协

〔44〕 Chicago Board of Trade *v.* United States, 246 U.S. 231, 238 (1918).

〔45〕 United States *v.* Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150 (1940).

〔46〕 Northern Pacific R. Co. *v.* United States, 356 U.S. 1 (1958)（搭售），Klor's, Inc. *v.* Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207 (1959)（联合抵制），United States *v.* Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)（纵向地域限制），Albrecht *v.* Herald Co., 390 U.S. 145 (1968)（最高 RPM），United States *v.* Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 607 (1972)（市场分割）.

〔47〕 Northern Pacific R. Co. *v.* United States, 356 U.S. 1, 5 (1958).

〔48〕 United States *v.* Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 607 (1972).

〔49〕 Continental T.V., Inc. *v.* GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 49 – 50 (1977).

〔50〕 Northwest Wholesale Stationers, Inc. *v.* Pacific Stationery & Printing Co.,472 US 284, 289 (1985).

〔51〕 Business Electronics Corp. *v.* Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 723 (1988).

〔52〕 其中，目的限制的分析方法与本身违法原则相对应，效果限制的分析方法与合理原则相对应。具体阐释，参见兰磊：《转售价格维持违法推定之批判》，载《清华法学》2016 年第 2 期，第 104、108 – 109 页。

〔53〕 C-228/18, Gazdasági Versenyhivatal *v.* Budapest Bank and Others EU:C:2019:678, para. 54.

议识别为目的限制的工作必然是节制性的，仅仅适用于内在呈现一定程度损害的协议”。[54] 东芝案佐审官亦指出，目的限制这种“简易方式只有在涉及如下行为时才是正当的判断方法：……该等行为具有特别严重有害效果的内在风险，即内在具有一定程度损害的限制”。[55]

（二）配置本身违法原则时应满足严格的竞争损害标准

美国法院对本身违法原则提出了很高的实体标准要求，即必须造成较高程度的竞争损害。判例法对此有不同表述，但基本含义相同：“明显反竞争”（manifestly anticompetitive）[56]，“突出反竞争”（predominantly anticompetitive）[57]，“具有有害竞争效果且缺乏任何可补偿价值”（pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue）[58]，“明显反竞争且缺乏任何可补偿价值”（plainly anticompetitive and lack any redeeming virtue），或者“总是或者几乎总是趋于排除竞争或者减少产出”（always or almost always tend to restrict competition and decrease output）[59]。

欧盟竞争法对于“目的限制”同样提出相当严苛的判断标准。早在 1966 年 STM 案中，欧盟法院就已提出，协议条款“具有充分排除性的竞争效果”（sufficiently deleterious）[60] 方可认定为目的限制。后来的判例虽在用语上有所变换，但这种严苛性始终得以保留。例如，判例法要求协议具有“充分程度的竞争损害”（a sufficient degree of harm to competition）方可构成目的限制。[61] 在 CB 信用卡集团案中，普通法院一度试图放松目的限制的实体标准 [62]，但立即遭到欧盟法院的纠正：“‘目的’限制竞争这一概念仅能适用于经营者之间的如下协调，即它揭示出充分程度的竞争损害，因此可认定无须考察其效果；否则，对于那些没有以任何方式证明依其性质对正常竞争的正常运行有害的协议，欧委会将被免于证明此等协议对市场产生实际效果的义务。”该案佐审官更加直白而深刻地阐述了这种高标准要求：“（目的限制）这一概念应该仅仅用于内在具有一定程度的严重性或损害因而其负面竞争影响看起来具有高度可能性的协议；内在意指无须评估其实际或潜在效果。”[63] 惠希等根据判例法总结道：“识别一项目的限制的关键标准是，经营者之间的行为协调是否本身揭示了充分程度的竞争损害。”[64]

前述设置本身违法原则的实体标准可以统称为“明显”损害竞争，其门槛高于认定垄断协议

〔54〕 Case C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) *v.* European Commission, paras. 56, 58.

〔55〕 Opinion of Advocate General Wathelet in Case C-373/14 P, Toshiba Corporation *v.* Commission, para. 70.

〔56〕 Continental T.V., Inc. *v.* GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 49 – 50 (1977).

〔57〕 Northwest Wholesale Stationers, Inc. *v.* Pacific Stationery & Printing Co.,472 US 284, 289 (1985).

〔58〕 Northern Pacific R. Co. *v.* United States, 356 U.S. 1, 5 (1958).

〔59〕 Broadcast Music, Inc. *v.* Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1, 8, 19 – 20 (1979).

〔60〕 E.g., Case 56/65, Société La Technique Minière (STM) *v.* Maschinebau Ulm GmbH, p.249.

〔61〕 E.g., Case C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires *v.* European Commission, paras. 49, 52- 53, 57- 58; C-99/17 P, Infineon Technologies *v.* Commission, paras. 150, 155- 156; C-98/17 P, Philips and Philips France *v.* Commission, paras. 27 – 30, 34 – 36, 39.

〔62〕 T-491/07, RENV Cartes Bancaires *v.* Commission, para. 125（协议“具有产生负面竞争影响的可能性（potential）就足够了。易言之，在考虑到具体法律和经济背景的情况下，协议或决定只需在个案中能够（capable）阻止、限制或扭曲共同市场上的竞争”）.

〔63〕 Case C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires *v*. European Commission, para. 58.

〔64〕 Richard Whish & David Bailey, *Competition Law* (8th ed.), Oxford University Press, 2015, p.125.

时需要满足的标准，即“显著”损害竞争。当然，设置本身违法原则时并不要求极高的程度，尤其是无须达到豁免条款要求满足的一项否定性条件：不得“严重”损害竞争。依《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款和我国《反垄断法》第 15 条，“严重”限制竞争的垄断协议不能得到豁免——二者对此的表述有所不同，前者用语是“排除”竞争，后者用语是“严重限制”竞争。若本身违法原则以“严重”限制竞争为实体标准，等于是排除本身违法协议的豁免资格。这与立法框架相冲突，也与欧盟法反复强调目的限制亦适用个案豁免的法理相冲突。[65] 有学者将豁免意义上的“严重”损害竞争与垄断协议认定意义上的“显著”损害竞争或“明显”损害竞争混为一谈，值得注意。[66]

（三）配置结构型合理原则时应确保分析模式与行为间的契合度

结构型合理原则的本质是针对不同行为类型甚至竞争损害类型“量身定制”分析模式，以期简化并定型化对竞争损害要件的考察。简化方式有多种，定制的具体分析模式形态必须贴合具体行为及其竞争损害形态，以最适当且有限的考察，既准确又经济地识别竞争损害。这要求我们在设置结构型合理原则时，需要将分析模式的严苛程度与已揭示的行为的竞争损害程度和几率相适应。分析模式越严苛，其对经营自由的干预力度必然越大。根据阿列克西的权重公式[67]，行为措施的干预力度越大，要求其越有助于实现某种正当利益（反垄断法场景中即防止竞争损害的发生），这要求其针对的行为具有的竞争损害程度及其发生几率也必须越高。结构型合理原则因为要定型化竞争损害考察，所以要求行为至少在可识别的特定情形下反竞争，从而可以将此等情形上升为法律规则的事实要件。这些事实要件是证明竞争损害的环境证据。

分析模式结构化的一个重要方面是举证/证明责任的分配。由于不同行为的竞争效果在类型和发生几率方面各不相同，在针对竞争损害提炼事实要件的过程中，应对举证/证明责任有不同的分配，完成举证责任所需证明的内容亦应有所不同。对于反竞争效果和促进竞争效果大致相当或者后者大于前者的行为，应对原告的证明责任要求高一些，适用证明责任分配的一般规则，即“谁主张、谁举证”；对于反竞争效果较大的行为，则应采用可反驳的竞争损害推定方式；而对于总是或者几乎总是明显反竞争的行为，则应采用不可反驳的竞争损害推定方式（本身违法）。

以搭售规则为例。经济学就搭售的竞争效果已形成如下共识：“它们具有节约成本或者改进产品或服务质量的显著能力，但仅有导致竞争损害的有限能力。”[68] 有鉴于此，对搭售采用合理原则分析是恰当的。又由于搭售发生反竞争效果的机制较为固定，对此分析加以结构化更为可取。

---

〔65〕 关于“显著”和“严重”损害竞争之区分，参见兰磊：《转售价格维持违法推定之批判》，载《清华法学》2016 年第 2 期，第 107－108 页。

〔66〕 刘继峰：《再论垄断协议的概念问题》，载《法学家》2020 年第 6 期，第 157 页（“目前，‘严重限制相关市场的竞争’这一标准发挥作为豁免的反向证明的功能。需要转换其功能，将其变为本身违法的理由，并构建类型行为的‘黑名单’制度”）。

〔67〕 兰磊：《论反垄断法多元价值的平衡》，法律出版社 2017 年版，第 66－73 页。

〔68〕 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (vol. 9, 3rd ed.), Wolter Kluwer, 2011, p.259. 另见［美］克里斯蒂娜·博翰楠、［美］赫伯特·霍温坎普：《创造无羁限——促进创新中的自由与竞争》，兰磊译，法律出版社 2016 年版，第 18－37 页。

但经济学成果并没有发现搭售的反竞争效果或促进竞争效果更为突出，因此证明责任分配方面无须作特殊安排，通常的“谁主张、谁举证”比较恰当（模式 4）。按照美国目前的判例法，满足以下四项条件时，搭售行为违法：（1）搭售品和被搭售品是两个相互独立的产品；（2）迫使购买者同时购买搭售品和被搭售品；（3）被告在搭售品市场具有市场势力；和（4）搭售行为影响被搭售品市场上非微不足道的交易量。[69] 虽然这一规则名为“本身违法”或“准本身违法”规则，实则是一种结构型合理原则分析。[70] 它在一定程度上吸收了经济学揭示的搭售损害竞争效果的发生条件。然而，这一规则存在一个严重问题，即它包含的结构型竞争损害分析并不契合搭售行为的竞争效果特征。搭售造成的竞争损害主要体现为对被搭售品市场的封锁效应以及对搭售品市场的垄断地位维持效应。因此，针对搭售的结构型合理原则分析模式，应针对这两种可能竞争损害提炼事实要件。然而，在搭售品市场具有市场势力以及影响并非微不足道数量的州际商业这两个分析要素，无助于揭示和简化搭售发生反竞争效果的条件（和规则的事实要件）。

同样，强生案认识到 RPM 具有双重效应，并试图将 RPM 竞争效果考察结构化为四个考量因素。[71] 总体而言，这种模式 4 的安排比较适合目前对 RPM 的认识。但这一路径并没有清晰地界定 RPM 可能的竞争损害机制（目前普遍认为有四种），并针对它们设计更具贴合性的分析模式。

四、分析模式配置中的制度考量

（一）分析模式配置的制度前提是市场经济体制

市场经济的本质是依靠市场主体的自主决策自发形成经济秩序：各市场主体出于自利考虑、根据各种市场信号自由作出生产、经营决策，从而实现社会资源的最优配置。据此，必须依赖企业自主经营来配置社会资源，给予市场主体充分的经营自主权。当然，出现市场失灵时需要国家进行干预，以恢复市场的正常运作机能。但该等干预必然会妨碍作为市场经济基本前提的经营自由。若经营自由无端受到干涉，市场经济的基础将不复存在。[72] 这就要求国家纠正市场失灵时必须首先证成干预的正当性。

反垄断法以保护市场自由竞争为直接立法目的，它证成自己干预正当性的理由内置地体现为

---

〔69〕 See Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 *v.* Hyde, 466 U.S. 2 (1983).

〔70〕 See Emilio Varanini, *Competition as Policy Reform: The Use of Vigorous Antitrust Enforcement, Market-Governance Rules, and Incentives in Health Care*, 11(1) Saint Louis University Journal of Health Law and Policy 69, 79 (2017); Einer Elhauge, *Rehabilitating Jefferson Parish: Why Ties Without a Substantial Foreclosure Share Should Not Be Per Se Legal*, 80(3) Antitrust Law Journal 463, 464 (2016).

〔71〕 北京锐邦涌和科贸有限公司与强生（上海）医疗器材有限公司、强生（中国）医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案，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（“本院认为，在对限制最低转售价格行为性质的分析判断中，相关市场竞争是否充分、被告市场地位是否强大、被告实施限制最低转售价格的动机、限制最低转售价格的竞争效果等四方面情况是最重要的考量因素”）。

〔72〕 这一基本逻辑与如下基本法律原则相一致：在私权范围内，“法无禁止即自由”（也称“法无禁止即可为”）。参见龚柏华：《“法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”模式》，载《东方法学》2013 年第 6 期，第 138 页。

垄断行为必须满足一个重要构成要件，即竞争损害。一个行为若无竞争损害就无侵害反垄断法立法目的，就不可能违反该法。[73] 要避免这一证成工作流于形式，就要求司法/执法机构每认定一个垄断行为都应该认定其损害了或可能损害竞争。当然既可采个案证明方式，亦可采推定方式，因为推定也是一种证明方法[74]，即通过证明基础事实间接证明待证事实（推定事实）。但是，根据推定之本质，基础事实与推定事实之间必须存在常态的联系；易言之，“推定的基础事实必须是一项（对于推定事实）具有盖然效力的证据”。[75] 这种“盖然性的证据”效力不是凭空设定的，而必须有扎实的经验依据，即必须以个案之外的证据加以证成。唯有借此案外证成“盖然忖度”基础，推定方才具有在个案中替代直接证明待证事实的功能。

本身违法原则是对竞争损害的推定，须满足设置推定时所要满足的严格要求，否则就应适用合理原则。合理原则是揭示和证成本身违法原则所含竞争损害推定的渠道和过程。通过适用合理原则，我们可以对某些行为积累更丰富的认识，实现竞争损害之证明方式的结构化，直至结论性地推定特定行为明显反竞争，从而上升为本身违法规则。但在就某种行为取得此种深刻认识之前，便没有理由设定竞争损害推定。历史经验表明，在未经司法经验检验的情况下轻率设置本身违法原则很容易出错，干扰市场的正常运作。正如美国法学教授霍温坎普所告诫的那样：“反垄断执法可能犯下的最严重错误之一是，在充分理解创新或市场反应之前过早谴责商业做法。”[76]

这种谨慎的态度体现着对市场经济运行规律的应有敬畏和尊重，并得到学术界和实务界的广泛认同。例如，霍温坎普指出：“如果运用得当，在现有理论尚没有达到足够健全的程度时，合理原则是供反垄断法驻足的安全场所。它能够确保将诉讼资源集中用于考察一系列恰切的问题，这些问题涉及市场势力和反竞争效应。”[77] 他接着对美国搭售规则评价道：“联邦最高法院用以评估搭售的、构想拙劣的本身违法规则，是在人们对此类行为知之甚少时采纳的，而且法院对其潜在危害的印象有明显夸大之嫌。”[78] Csorgo 在讨论 RPM 的分析模式时亦指出，由于 RPM 可能产生多种竞争效果，从提高效率到便利卡特尔不一而足，“正当的 RPM 立法要求（1）实证经验表明，总体而言，RPM 的反竞争效果相当可能占有强烈主导优势（strongly dominate），足以证成对 RPM

〔73〕 有学者主张直接以消费者损害作为适用反垄断法的标准。参见陈兵：《法治视阈下数字经济发展与规制系统创新》，载《上海大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 106 页。这一主张混淆了反垄断法与消费者权益保护法的调整边界。对此的批判性分析，参见兰磊：《反垄断法上消费者利益的误用批判》（上），载《竞争政策研究》2016 年 9 月号；兰磊：《反垄断法上消费者利益的误用批判》（下），载《竞争政策研究》2016 年 11 月号。

〔74〕 裴苍龄：《再论推定》，载《法学研究》2006 年第 3 期，第 120 页（“推定是指通过对基础事实与未知事实之间常态联系的肯定来认定事实的特殊方法”）。

〔75〕 裴苍龄：《再论推定》，载《法学研究》2006 年第 3 期，第 122 页。另见雷立柏编：《拉-英-德-汉法律格言辞典》，宗教文化出版社 2008 年版，第 179 页（拉丁法彦：“称推定，谓未定事实之盖然忖度”）。

〔76〕 Herbert Hovenkamp, *Antitrust and the Design of Production*, 103 Cornell Law Review 1155, 1160 (2018).

〔77〕 Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement*?, 94 Notre Dame Law Review 583, 607 (2019).

〔78〕 Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement*?, 94 Notre Dame Law Review 583, 607 (2019).

采用一种明确且严格的本身违法方式；否则（2）若缺乏此种根据，就应该采用合理原则的模式，其灵活性足以处理一系列反竞争场景，同时也能够承认并允许有效率的 RPM，尽管它可能导致价格高于不采此行为时的情形”。[79]

（二）分析模式配置的认识论前提是司法经验

无论是本身违法原则还是结构型合理原则的设置，都需要贴合实际揭示的竞争损害，并适当考虑可操作性等相关考量因素。质言之，任何分析模式的设定都不是随意而为的，而应该秉持非常谨慎的态度，以坚实的理论研究成果和实践经验为依托。[80]

以本身违法原则为例，根据《释论》的归纳：“通常只有当法院在评估某种行为方面拥有显著经验之后，方使用‘本身违法’的标签。”[81] 例如，在托普柯案和 BMI 案中，美国最高法院指出，“只有当法院对某些商业关系具有大量经验之后，才会将其划为本身违反《谢尔曼法》的行为类型”。[82] 在丽锦案中，该院重申“只有当法院对系争类型的限制具有大量经验之后，本身违法原则才是恰当的”。[83] 在柯达案中，斯卡利亚大法官在异议意见中指出，“本身违法的反垄断原则仅适用于如下情形：逻辑和经验表明竞争损害风险……如此明显，以至于对行为的促进竞争效益与反竞争成本之间的平衡进行通常的司法考察是无必要的和浪费的”。[84] 欧盟竞争法实践中采取了类似做法。例如，在 CB 信用卡集团案中，该案佐审官指出，“只有当基于经济分析的经验表明某限制一贯被禁止时，出于程序经济的原因直接对其加以制裁似乎才是合理的”。[85] 欧委会在《欧盟运行条例》第 101 条第 3 款指南中亦指出，目的限制所蕴含的“（竞争效果之）推定立基于该限制的严重性质，以及经验表明目的限制竞争相当可能在市场上产生负面效果并危及共同体竞争规则追求的各种目的”。[86]

相反，如果法院认为有关一项行为的司法经验不足，便会拒绝将其识别为本身违法。例如在怀特汽车案中，美国最高法院判决：“对于产生这些安排的经济和商业情势，我们所知的东西并不

---

〔79〕 Lilla Csorgo, *Resale Price Maintenance Provisions: Who has It Right?*, Paper presented at the 9th Annual University of South Australia Competition and Consumer Workshop, Adelaide (15 October 2011), p.2, http://w3.unisa.edu.au/crma/docs/CCW%202011/Paper%20and%20Commentaries/Day2session1.pdf; see also Joshua D. Wright, *The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy*, Remarks Before the British Institute of International Comparative Law (9 April 2014), p.16, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/302501/140409rpm.pdf.

〔80〕 由于有关垄断行为判断的理论成果（主要是产业组织经济学）主要围绕反垄断法的需求而展开，实践经验也主要通过执法、司法实践获得积累，所以它们通常被统称为“司法经验”（judicial experience）。

〔81〕 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (vol.7, 3rd ed.), Wolter Kluwer, 2010, p.451 – 452 (quoting PolyGram Holding, Inc., 136 F.T.C. 310 (2003)).

〔82〕United States *v.* Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 607 – 608 (1972); Broadcast Music, Inc. *v.* Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1, 9 (1979).

〔83〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. *v.* PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 886 – 887 (2007).

〔84〕 Eastman Kodak *v.* Image Technical Servs., 504 U.S. 451, 486 – 487 (1992).

〔85〕 Opinion of Advocate General Wahl in Case C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires *v.* European Commission, para. 55.

〔86〕 Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), para. 21.

够。它们可能过于危险而不应被批准，它们可能是可允许的应付激烈竞争对手的保护措施，又或者是小企业进入或持续经营所需的唯一可行的方式……因而受合理原则调整。”[87] 同样，在布达佩斯银行案中，欧盟法院也以司法经验不足为由，拒绝将涉案限制认定为目的限制：“具体到本案，根据为此目的而提供的信息，无法得出如下结论，即我们已有足够一般和连贯的经验，可以认为主程序中系争的协议具有的竞争危害性，能够无需对该协议的具体竞争影响作任何考察。”[88] 总之，正是认识到人类认知的有限性和市场行为的无限性，成熟市场经济体的反垄断法在设置本身违法规则时越来越谨慎，适用此原则的行为类型也越来越少。[89]

毫无疑问，设置结构型合理原则时也要保持同样谨慎的态度，以充足的司法经验为基础。这是因为，任何结构型合理原则的分析模式都是对考察范围和方式的一定程度的定型化，亦可能对当事人双方的举证和证明责任造成严重影响，进而影响其权利义务的分配。因此，设置结构型合理原则时，必须将具体分析模式的选取立基于相关行为的具体竞争效果，对于行为竞争效果及其发生条件的认识必须源于可靠且连贯的司法经验认知。“正如（证明某协议适用本身违法分析模式时）一样，（证明结构型合理原则分析模式）时，也需要以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。”[90]

（三）可操作性在配置分析模式时是重要但绝非决定性的考量因素

市场经济千变万化，任何机构或个人都不可能完全准确地认识哪怕是一类行为的竞争效果，更妄论所有各类行为。我们不可能要求百分之百准确地认识某类行为的竞争效果之后，才允许将其识别为本身违法原则或适用结构型合理原则分析模式。事实上，即使我们准确识别了某类行为的竞争效果，它在法律规则制定过程中也不具有绝对重要的权重；除此之外还需要考虑和权衡多方面的因素，包括错误成本、执法效率、可操作性等。[91] 当然，这些考虑因素也不能排除对竞争效果的考量，而成为决定性的因素。[92] 此处仅以可操作性为例进行说明。

经济学可以运用复杂模型将各种变量纳入考量，以揭示行为的竞争效果。但法律规则对变量的容纳能力有限，并且规则若要服务于调整社会关系之目的，就不能过于复杂。正如布雷耶大法官指出：“反垄断法不能也不应精确复制经济学家（有时相互冲突的）观点。这是因为跟经济学不同，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

〔87〕 White Motor Co. *v.* U.S., 372 U.S. 253, 263 (1963).

〔88〕 C-228/18, Gazdasági Versenyhivatal *v.* Budapest Bank and Others EU:C:2019:678, para. 79.

〔89〕［美］赫伯特·霍温坎普：《论反垄断法上的合理原则》（下），兰磊译，载《竞争政策研究》2019 年第 1 期，第 23 页（“法院根据‘合理原则’评估大多数反垄断之诉……本身违法原则的适用领域在持续收窄”）。

〔90〕 Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, 33 Fordham International Law Journal 1300, 1309 (2010).

〔91〕 李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，载《中外法学》2019 年第 4 期，第 1017－1018 页。

〔92〕 关于价值平衡的一般理论，参见兰磊：《论反垄断法多元价值的平衡》，法律出版社 2017 年版，第 51－92 页。

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。”[93] 事实上，对于当代反垄断法理发展具有巨大影响的新哈佛学派高度重视反垄断规则的可操作性，将其作为规则设计的核心考量内容。[94]

因此，在制定反垄断法律规则的过程中，不同价值发生冲突时，一定的牺牲和妥协不可避免。当竞争效果的识别准确性及规则的可操作性这两个价值相遇时，也不例外。例如，被识别为本身违法的行为并不要求“总是”损害竞争，为增强可操作性可允许一定程度的误差。正如美国最高法院指出：“本身违法原则要求本院就特定商业做法的社会效用作宽泛的概括。……可能存在不满足该等概括的情形。但一条本身违法规则反映了一项判断，即该等例外情形的普遍性或重要性较小，不值得为识别它们花费时间和费用。”[95] 同样，我们将某类行为设定为适用结构型合理原则时，也不可能要求百分之百的精确，为增强可操作性就需要牺牲一些准确性。

但规则所能容许的误差绝对不能太大。如果大量对竞争无害的市场行为被一条规则识别为垄断行为，该规则就会因为缺乏干预正当性而有悖市场经济的逻辑。[96] 正如 Ong 指出：“如果竞争执法机构不加批判地使用‘目的’限制方式，（新加坡《竞争法》）第 34 条的禁止性规定可能遏制非常广泛的商业活动。这进而将对经营者从事各种形式如下多方行为之自由施加未得证成的限制：这些行为可能具有正面的社会—经济效果，但该等效果并未在行为的法律评估过程中得到充分考量。”[97] 因此，“本身违法规则提供的司法便利以及提升的可预见性，在反垄断法案件中并不构成压倒性的考量因素，足以证成未经结合《谢尔曼法》之基本政策和目的仔细事先考量相关经济现实就制定出该等本身违法规则”。法院在反垄断法下承担的角色要求其“考察复杂的经济问题……我们无疑可以减轻自己的工作，但是不应该通过如下方式放弃这一角色，即除了提升可预见性和减少司法调查以外，没有其他证成理由地制定本身违法规则”。[98]

一言以蔽之，在反垄断法规则制定过程中，可操作性无疑是重要的考量因素，但它也只是其中一个考量因素并且权重有限，远远不足以排除对行为竞争效果的考量。如果脱离对竞争效果的考量，可操作性将把我们带向执法者期望的任何方向，即本身违法，抑或本身合法，毕竟二者的

---

〔93〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. *v.* PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 915 (2007).

〔94〕 具体阐述，参见兰磊：《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〉》，载《经贸法律评论》2020 年第 3 期，第 118－121 页；参见［美］赫伯特·霍温坎普：《〈论反托拉斯法〉的分析方法》，兰磊译，载胡家勇、宋巍主编：《经济与法论丛》第 2 卷，中国社会科学出版社 2016 年版，第 220－222 页。

〔95〕 Continental T.V., Inc. *v.* GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 50 fn.16 (1977).

〔96〕在西方市场经济国家，此种法律规则还会因为过度宽泛而导致违宪和无效。参见［美］克里斯蒂娜·博翰楠、［美］赫伯特·霍温坎普：《创造无羁限——促进创新中的自由与竞争》，兰磊译，法律出版社 2016 年版，第 170－174 页。

〔97〕Burton Ong, *Catching Cartels and Other Anti-competitive Agreements in Singapore*, in Thomas Cheng, Sandra Marco Colino & Burton Ong eds., Cartels in Asia: Law & Practice, Wolters Kluwer, 2015, p.210.

〔98〕 United States *v.* Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 614－615, 622 (1972).

可操作性相同。[99] 正如《释论》指出："我们不能切合实际地希望知悉并自信地权衡具有竞争影响的全部因素。然而，我们亦不能通过如下方式来消除这种不确定性，即谴责可能削弱竞争的一切行为，或者放行可能服务竞争的一切行为。前者违背标准石油案[100] 确立的（合理原则）要求，后者阉割了法律。"[101] 亦如该《释论》的发起人阿瑞达指出："评估具体行为之竞争优劣性时面临的操作困难，若可证成本身违法规则，它同样亦可证成本身合法规则。"[102]

上述过大误差的破坏性，不仅出现于对行为竞争效果认识不足的情形，同样出现于对行为竞争效果认识充分但基于其他考量因素而有意加以偏离的情形，如提高执法效率、消除规则不确定性。若规则与行为的真正竞争效果之间存在重大误差，规则的可操作性越强、执法效率越高，对经济的破坏力度就越大。正因如此，美国最高法院明确判决，尽管本身违法原则具有提供明确指引和降低执法成本的优势，"但该优势本身并不足以证成设定本身违法规则。若如此，所有反垄断法均将简化为本身违法规则，从而导入出人意料且不可取的法律僵硬性"。该法院还明确提出设置本身违法原则的理据是经济效果，而非其他考量："我们在本案中确实澄清了一点，即对合理原则的偏离只能立基于可证明的经济效果，而非像施文案那样基于形式主义的划线。"[103]

五、我国垄断行为分析模式配置实践的批判分析

（一）我国垄断协议分析模式配置实践中存在的问题

虽然我国学术和实务界对垄断协议广泛采用本身违法原则或准本身违法原则，但他们从未明确提出过配置这些分析模式的实体标准。在裕泰再审案中，最高人民法院把本身违法原则的配置标准表述为"必然会产生排除或者限制竞争的后果""具有有害竞争效果且缺乏可补偿价值"。这一标准与欧美实践中对本身违法原则设置的"明显"损害竞争标准似无差异。不过，合议庭对行为产生反竞争效果的确定性似乎设置了更高的标准，要求达到"必然会"的程度，美国要求"总是或者几乎总是"，欧盟似无明确提出概率程度方面的要求。

关于我国《反垄断法》第 13、14 条列举项应采用何种分析模式，实务中存在巨大差异。[104]

---

〔99〕 正因为如此，国内学者往往引用美国芝加哥学派对经典合理原则复杂性的批判，得出与该学派完全相反的观点。例如，伊斯特布鲁克法官在批判传统合理原则复杂之后，提出应该采用简化的合理原则分析（即结构型合理原则），而王晓晔教授根据伊斯特布鲁克法官的这一批判主张对 RPM 采用"禁止+豁免"（实质为本身违法规则）模式。参见王晓晔：《转售价格维持的反垄断规制适用"合理原则"之批判》，载《法商研究》2021 年第 1 期，第 49－51 页；Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 Texas Law Review 1, 14 (1984)（主张在合理原则分析中采取多重过滤机制）.

〔100〕 Standard Oil Co. of New Jersey *v.* U. S., 221 U.S. 1 (1911).

〔101〕 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (vol.7, 3rd ed.), Wolter Kluwer, 2010, p.382 (quoting PolyGram Holding, Inc., 136 F.T.C. 310 (2003)).

〔102〕 Phillip Areeda, *The "Rule of Reason" in Antitrust Analysis: General Issues*, Cambridge, Massachusetts June, 1981, p.23, https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/Antitrust.pdf.

〔103〕 Continental T.V., Inc. *v.* GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 50 fn. 16, 58－59 (1977).

〔104〕 各方对于第 13、14 条兜底项应采用合理原则分析基本不存在分歧。

如前所述，《垄断行为规定》第 7 条对于《反垄断法》第 13 条列举的横向协议采取可反驳竞争损害推定（模式 2）。这是合理原则系谱中最为接近本身违法原则的一种结构型合理原则分析模式。裕泰再审案进一步将《反垄断法》第 13 条第 1 款前三项所列横向协议直接设定为适用本身违法原则（模式 1）。应当承认《反垄断法》第 13 条列举项通常具有较高的损害竞争可能性，推定其具有竞争损害并无不妥。关键问题是如何反驳此种推定。反垄断法实践中主要有两种方式：一种是直至被告反证不具有竞争损害效果，竞争损害推定一直有效（模式 2）；另一种是由被告反证不适用竞争损害推定（模式 3）。两种模式下，原被告承担的证明责任存在巨大差异。模式 2 之下被告承担净促进竞争效果的证明责任。“举证之所在，败诉之所在。”要完成这一证明责任非常困难。

那么，《垄断行为规定》采用模式 2 这一严苛的分析模式是否符合《反垄断法》第 13 条列举项的分析模式需求呢？显然不符合。[105] 反垄断理论与实务界广泛承认竞争者之间的协议不乏促进竞争效果的可能性，即便是第 13 条列举的横向协议。[106] 例如，“虽然赤裸裸的固定价格属于分销限制，但许多此类协议实际上是对生产的重组，因此，反垄断法应该对它们采取更宽容的对待”。[107] 正是认识到这一点，反垄断法上发展了一个庞大的规范体系来处理这类具有双重竞争效果的横向协议现象，即企业联营（joint venture）。例如，《释论》以两卷篇幅（第 12、13 卷）讨论企业联营中的限制措施问题。主要反垄断法域针对这一领域制定有相应的反垄断指南，以帮助企业自行评估企业联营中的限制措施。[108] 即便是我国反垄断执法机构亦在特定语境中承认横向限制措施可能具有促进竞争效果。例如，《汽车业指南》第 5 条指出：“（一）某些类型的横向协议，如研究与开发协议、专业化协议、技术标准化协议、联合生产协议、联合采购协议等，通常能够增进效率和促进竞争，有利于增加消费者福利。比如新能源汽车研发与生产过程中的横向协议，可以使经营者分担投资风险、提高效率、促进社会公共利益……”如果此类协议中包含《反垄断法》第 13 条列举的横向协议，但符合附带限制的判断标准，是否仍要求依据模式 2 进行反证呢？

既然承认横向限制具有促进竞争的可能性，就应该给予经营者合法达成并实施此种限制的切实可能性，为其配置相应的分析模式。过于严苛的分析模式只能以理论上可能的促进竞争效果抗辩掩盖事实上的本身违法原则。《垄断行为规定》第 7 条采用的模式 2 显然会具有此种效果。三项指南则采取了模式 2+这一超级准本身违法原则。

---

〔105〕 裕泰再审案对于其中三项所列核心协议直接采用本身违法原则，其不当之处更是自不待言。

〔106〕 See Donald F. Turner, *Cooperation among Competitors*, 61 Northwestern University Law Review 865 (1966)；Herbert Hovenkamp, *Antitrust and the Design of Production*, 103 Cornell Law Review 1155, 1200 (2018)（“如今，竞争对手之间达成的许多影响价格的协议都按照反垄断法的合理原则进行分析”）.

〔107〕 Herbert Hovenkamp, *Antitrust and the Design of Production*, 103 Cornell Law Review 1155, 1160 – 1161 (2018).

〔108〕 U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors, April 2000（共 35 页）; Communication from the Commission-Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements（共 72 页）, 2011/C 11/01; Competition Bureau, Enforcement Guidelines: Competitor Collaboration Guidelines, May 8, 2009（共 51 页）.

更具争议的是纵向协议的分析模式配置问题。即便是其中被视为损害竞争可能性较大的纵向价格限制（即 RPM），经济学界的大量研究也早已揭示出，它们具有双重效果。[109] 基于司法经验对于 RPM 竞争效果的此种认识，显然应该对其采用合理原则分析，或者配置更加具有针对性的结构型合理原则分析模式。在以往的反垄断实践中，执法机构采用了所谓“禁止+豁免”的分析模式（模式 2+），而法院通常采用合理原则（模式 5）。根据前文分析，法院的做法虽然不是最为理想的选择，但在现有司法经验之下，其选择无疑是最为恰当的，为后续探索更加结构化的合理原则分析模式奠定了基础，预留了空间。然而，非常遗憾的是，执法机构在反垄断实践中不但选择了不符合前述配置逻辑的分析模式（三项指南采用模式 2+），而且试图通过修改法律的方式将一种不恰当的分析模式法典化（《反垄断法修订稿》采用模式 2）。

裕泰再审案对 RPM 采取了自相矛盾的分析模式。它明确指出，RPM“往往具有限制竞争和促进竞争的双面效应”。但它出于执法成本和效率方面的考虑，对 RPM 采用了严苛的分析模式：RPM“一般情况下本身就属于垄断协议”。[110] 更严重的问题是，前述司法/执法机构甚至学术界在为垄断协议设置各种严厉的分析模式时，并没有以揭示相关行为竞争损害的司法经验作为依据，也没有提供相关的有说服力的论证。[111] 他们多数采用了形式主义的论证路径，即认为《反垄断法》列举某些协议形式，这一事实表明立法机构已经认定它们具有明显损害竞争的属性。[112]

（二）我国滥用市场支配地位行为分析模式配置实践中存在的问题

《反垄断法》第 17 条就滥用市场支配地位行为仅作了原则性规定。依此滥用行为规制框架认定滥用市场支配地位行为时，需要首先满足主体具有市场支配地位的条件。此要件的目的在于筛选可能损害竞争的行为，实际是从主体方面对合理原则分析模式的结构化。仅凭这一点就足以说明滥用行为的规制采用了合理原则分析模式。但这远远不够。[113] 根据反垄断法界的共识，即便是具有市场支配地位企业从事的前述列举行为，也并非必然就有竞争损害，经常还会具有促进竞争效果。因此，除证明市场支配地位以外，在认定滥用市场支配地位行为时，还需要个案证明竞争损害。这一点不但为《反垄断法》第 6 条 [114] 所明确，而且得到我国最高人民法院的多次

〔109〕 相关介绍，参见兰磊：《最低转售价格维持的结构型合理原则分析》，载王先林主编：《竞争政策与法律评论》第 5 卷，法律出版社 2019 年版，第 32－50 页；王自力、黄文韬：《制造商为什么要实施转售价格维持：一个文献述评》，载《产业组织评论》2018 年第 1 期，第 186－208 页。

〔110〕 笔者对裕泰再审案裁判意见中存在的问题，专门撰文讨论，此处不再赘述。

〔111〕 例如，前文指出，三项指南均对 RPM 采用“禁止+豁免”的态度（模式 2+）。但仅有《关于原料药领域的反垄断指南（征求意见稿）》和《汽车业指南》简要提及 RPM 的危害。前者指出，“转售价格限制的负面效应主要表现在维持原料药高价、削弱市场竞争等方面”；后者指出，“转售价格限制的负面效应主要表现在维持高价、促进横向共谋、削弱品牌间竞争和品牌内竞争、排斥竞争者等方面”。这些所谓的竞争损害均不足以证成对 RPM 采取严厉的分析模式。笔者对此另作专门分析。

〔112〕 对此的批判性分析，参见兰磊：《转售价格维持案件违法性判定标准的立法史解释》，载《南大法学》2021 年第 1 期。

〔113〕 本文中对于滥用市场支配地位行为分析模式的讨论，不考虑主体要件（即具有市场支配地位），正如对于垄断协议分析模式的讨论也不考虑主体要件一样。

〔114〕《反垄断法》第 6 条规定：“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。”

确认。[115] 鉴于滥用市场支配地位行为的认定包含竞争损害要件，必然就涉及分析模式的配置问题，即除了证明市场支配地位，还需要进一步探讨滥用行为的结构型分析模式，包括举证责任和证明责任的分配，以及更贴合各类滥用行为的更加结构化的行为要件和效果要件。绝不能因为市场支配地位要件已保证滥用市场支配地位行为的判断适用了合理原则，便可以任意设计规则体系的行为要件，或者笼统地适用全面型合理原则。

然而，我国反垄断实践中广泛存在着对滥用市场支配地位行为任意设置分析模式的问题。例如，《垄断行为规定》第 8 条规定："被诉垄断行为属于反垄断法第十七条第一款规定的滥用市场支配地位的，原告应当对被告在相关市场内具有支配地位和其滥用市场支配地位承担举证责任。被告以其行为具有正当性为由进行抗辩的，应当承担举证责任。"这一分析路径仅考量三个要件：市场支配地位，滥用市场支配地位行为，以及正当理由。市场支配地位和正当理由两个要件的存在表明，该路径采用了合理原则的分析模式。但这还不足以区分损害竞争的行为与合法行为。该条并未明确指出"滥用市场支配地位"要件是否包含《反垄断法》第 6 条规定的"排除、限制竞争"要件。如若不要求这一要件，此等规定等于是将"滥用市场支配地位"解读为《反垄断法》第 17 条列举的具体行为，即具有市场支配地位的企业从事列举行为时，均被推定具有竞争损害（类似于模式 2）。国家市场监督管理总局发布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》（国家市场监督管理总局令第 11 号）便明确采用了这一路径。该文件第 15—19 条分别对掠夺性定价、拒绝交易、独家交易、搭售和差别待遇行为采用如下分析进路：市场支配地位，推定前述各行为反竞争，经营者通过提出"正当理由"进行反证。

《反垄断法专家稿》则建议将这种解读法典化。该建议稿第 23 条第 2 款规定："具有市场支配地位的经营者从事前款第二项至第六项行为，如果能够证明存在正当理由的，不予禁止。"[116] 该建议稿的修改说明指出："一般来说，滥用市场支配地位行为的分析步骤为：（1）界定相关市场；（2）判断行为人在相关市场上是否具有市场支配地位；（3）是否实施了具有或者可能具有排除限制竞争效果的滥用行为；（4）是否存在正当理由。"[117] 尽管该分析框架承认滥用行为包含竞争损害要件——"具有或者可能具有排除限制竞争效果的滥用行为"，但它不但没有在建议的法律条文中明确该要件的独立地位，也没有将这种效果评价结构型地融入对于行为本身的界定之中，而是直接将"第二项至第六项行为"称为"滥用市场支配地位的行为"。这表明它直接将列举项推定为

〔115〕 例如，广东粤超体育发展股份有限公司与广州珠超联赛体育经营管理有限公司、广东省足球协会垄断纠纷再审案，最高人民法院民事裁定书（2015）民申字第 2313 号；吴小秦因与陕西广电网络传媒（集团）股份有限公司捆绑交易纠纷案，最高人民法院民事判决书（2016）最高法民再 98 号；北京奇虎科技有限公司与被上诉人腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位纠纷案，最高人民法院民事判决书（2013）民三终字第 4 号。

〔116〕 时建中主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉专家修改建议稿及详细说明》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 280 页。该条第 1 款第 2 项至第 6 项分别规定了掠夺性定价、拒绝交易、独家交易、搭售、差别待遇。

〔117〕 时建中主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉专家修改建议稿及详细说明》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 74－75 页。

具有竞争损害的滥用市场支配行为（模式 2）。这种推定显然不符合经济学对于这些涉嫌滥用行为的认识——绝大多数情况下它们均对竞争有益，即便实施主体是具有市场支配地位的经营者。

当然，举证责任和证明责任的分配问题只是合理原则结构化的第一步。此外，鉴于各类列举涉嫌滥用行为的损害竞争机制不尽相同，还有必要结合其可能的竞争损害效应进一步探讨，设计出契合每一种涉嫌滥用行为的具体分析模式。由于前述实践甚至还没有承认竞争损害要件的独立地位，竞争损害要件的结构化更似遥遥无期。

（三）我国经营者集中分析模式配置实践中存在的问题

《反垄断法》第 27 条[118] 明确列举了分析经营者集中是否具有竞争损害时需要考察的多项要素。相对于布兰代斯式的经典合理原则分析模式，它无疑具有一定程度的结构化特征。但这种结构化仍然处于极低水平。首先，现代反垄断法通常将经营者集中行为划分为横向并购、纵向并购和混合并购，三类并购损害竞争的机制不尽相同，设计规则时自然应有所差异。例如，横向并购或者潜在竞争并购会减损并购参与方之间的竞争或潜在竞争。纵向并购中的竞争减损通常并非发生于并购参与方之间，而是发生于合并后企业与非并购参与方之间。[119] 正因为如此，美国和欧盟反垄断执法机构均分别制定了横向并购指南和纵向（非横向）并购指南。

其次，即便是在横向并购或者非横向并购类型之中，不同并购甚或同一并购也可能产生不同类型的竞争损害。例如，针对横向并购，现代反垄断法主要承认两类竞争损害：传统的协调效应，以及近年来发展起来的单边效应。协调效应考量的是并购对于集中完成后相关市场上发生共谋行为的促进作用；而共谋行为的发生通常依赖于特定的市场结构，尤其是市场集中度和经营者数量。相反，单边效应考量的是集中完成后，参与方单边提价的能力是否会有所提升；与这种效应更为相关的因素并非市场结构，而是参与方之间产品的差异化程度。分析这两类竞争损害时需要考察的要素有所不同，因此需要为它们分别设定有针对性的分析模式。

以美国《横向并购指南》为例。2010 年之前的指南主要关注协调效应，因此指南主要记载了与之相关的考量因素，如相关市场界定、市场份额、市场集中度。尽管 1992 年指南将单边效应作为关切的竞争损害之一（第 2.2 节），但是囿于当时对此竞争损害的认识不足，指南的整个分析框架仍然主要围绕着协调效应展开。正因为如此，1992 年指南中的单边效应标准被讥讽为“一种反垄断法人马怪，单边效应分析之头被安装到协调效应分析之身”。[120] 2010 年指南则将两种效应同等对待，分别提出分析框架并列举相应的考量因素（第 6 节单边效应，第 7 节协调效应）；其结果

〔118〕《反垄断法》第 27 条规定：“审查经营者集中，应当考虑下列因素：（一）参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；（二）相关市场的市场集中度；（三）经营者集中对市场进入、技术进步的影响；（四）经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；（五）经营者集中对国民经济发展的影响；（六）国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。”

〔119〕 See Herbert Hovenkamp, *Competitive Harm from Vertical Mergers* (24 October 2020), University of Pennsylvania, Institute for Law and Economics Research Paper No. 20 – 51, p.1, https://ssrn.com/abstract=3683386.

〔120〕 Comment of Dan Wall, *Horizontal Merger Guidelines Review Project*, Fourth in a Series of Five FTC/DOJ Workshops, Stanford University (14 January 2010), p.166, http://www.ftc.gov/bc/workshops/hmg/transcripts/100114transcriptstanford.pdf.

是，大大弱化了市场份额、市场集中度、相关市场界定在并购审查框架下的作用，而增加了对“转移销售价值”的讨论。[121]

中国《反垄断法》第 27 条仅仅列举了众多考量要素，而没有对如何考量这些要素、各个要素的权重和考量顺序等作出具体规定。单纯列举考量因素并无助于有效判断一项经营者集中行为的竞争效果。美国并购控制法的发展初期也曾尝试过这种“暴力堆积型”的罗列方式，但最终被更加结构化的考察方式所取代。我国并购审查制度应该借鉴域外经验，首先厘清所要规制的具体竞争损害类型，并据此设计有针对性的分析模式（当然这种工作无需通过《反垄断法》本身来完成）。

六、结语

在市场经济中，干预必经证成，证成必有依据。在反垄断法领域，证成反垄断干预的主要方式就是以竞争损害作为认定垄断行为的效果要件。证明这一要件的方式即分析模式的选择问题。分析模式具有多种形态，它们对市场主体的干预性存在强弱差异，干预性越强需要满足越高的证成要求，即需要证明更严重的竞争损害以及发生此等损害的更高几率。

行为竞争影响的这种系谱性特征决定了，对于不同行为的分析模式要“对号入座”“量体裁衣”，形成一个包含各种形态子模式的分析模式系统。这要求我们对待《反垄断法》规定的垄断行为时，不能“粗枝大叶”地以某种形式标准区分适用分析模式。

我们应该更加深入地研究各类行为的竞争效果及其发生条件，并以它们是否具有竞争损害、具有何种类型的竞争损害、在何种情况下具有何种竞争损害作为核心关注点；据此探讨各类行为适用本身违法原则抑或合理原则，全面型合理原则抑或结构型合理原则，以及最为恰当的具体结构型合理原则分析模式。唯有如此，才能期待《反垄断法》的强大威力被用于保护自由竞争秩序，而非破坏营商环境。

The Logic of Configuring Modes of Analysis for Monopolistic Conducts

LAN Lei

Abstract: The fundamental logic of market economy mandates that any intervention in the market must be justified. The built-in mechanism for antitrust law to justify its intervention is the requisite element of competitive harm for monopolistic conducts. Methods of proving this element are modes of analysis for monopolistic conducts, which is the essential task for both the application

〔121〕 Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to fox in Forty Years*, 77 Antitrust Law Journal 65 (2010).

and rule-development of antitrust laws. Analysis of monopolistic conducts is proceeded with the overall method of rule of reason. This rule of reason takes different specific shapes which form a spectrum consisted of many specific modes of analysis. The rule of reason shall be the default mode and be tailored to specific categories of conducts and competitive harms; competitive effects shall be the basic consideration and balanced with multiple factors; and harsher interventive modes shall be used judiciously, with the rule of per se illegality reserved for manifestly anticompetitive practices. In configuring modes of analysis for monopolistic conducts, we shall take the market economy system as the default institutional settings, preserving sufficient space for market participants' autonomy; and take sufficient judicial experience as the epistemological basis, approaching prudentially. Administrability is an important consideration, but does not suffice by itself to justify strong interventive modes of analysis. In China's antitrust practice, as for the three categories of economic monopolistic conducts, there are problems of deploying modes of analysis excessively casually and roughly, lacking sufficient fitness.

Keywords: Antitrust Law; Mode of Analysis; Monopolistic Agreement; Resale Price Maintenance (RPM); Rule of Reason; Per Se Rule

（责任编辑：江山　汪友年）