

论垄断行为的类型化规整

江 山

摘 要：法律解释与适用的基础是文本，文本的形成离不开经验认识的概念化与类型化。其中，类型因其贴合“事物本质”的特点，应当成为法律人的根本思维方式和法律体系建构的基本方法。在世界主要的反垄断法域，概念界定在法律文本中不占主导。盖因反垄断法所面对的纷繁的商业形式和竞争行为，单凭概念工具难以涵摄。反垄断法的类型化活动发展至今，以本身违法—合理规则的分析模式展开，经由单方限制与协同限制的逻辑类型对诸多经验类型的评估和筛选，已经形成了垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三大规范类型。随着类型化活动的深化，为厘定反垄断法下类型化的边界并解决其规范竞合，应当立足于垄断行为的“事物本质”，明确其“促成整体类型”的中心价值，以实现类型系列的规整。

关键词：垄断行为；类型化；概念；规范竞合；反垄断法

[中图分类号] D912.294 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 02-0049-22

德国社会学家和经济学家马克斯·韦伯认为，由于区分了“价值判断”与“经验知识”，也就假定了社会科学领域事实上存在一种绝对有效的认识，即对经验现实的思维整理。^{〔1〕}基于这种立场，思维活动以感性认识活动的结果作为起点，将感性认识多次重复形成的个别性经验认识作为最基本的素材，由思维活动对这些感性经验材料进行加工制作，从而从个别性经验认识中获得普遍性的认识。人类思维的这种特性，在法律的制定、解释与适用中也得到充分展现。反垄断法理论与实践中的类型化工作，就是不断通过思维活动对垄断行为的经验材料进行加工，在个别性经验认识中获得普遍性认识的活动。在获致就某一类垄断行为的普遍性认识之后，规范类型，通过立法、判例确立下来，以类推的方式规范相同或相似的涉嫌垄断行为。

历经百年变迁，反垄断法的类型化之路盘根错节，生成了垄断行为的庞杂类型群。根据垄断行为的经验形式，可分为价格类行为与非价格类行为；根据垄断行为的规范表达，可分为垄断协议、滥用市场支配地位与经营者集中；根据垄断行为的竞争逻辑，可以分为单方限制与协同限制。如此种种，不予规整，反垄断法解释和适用将陷入类型的迷宫，难觅出口。随着大数据时代的到

〔作者简介〕江山，法学博士，对外经济贸易大学法学院副教授。

〔基金项目〕国家社会科学基金后期资助项目“反垄断法解释研究”（项目批准号：20FFXB025）。

〔1〕〔德〕马克斯·韦伯：《社会科学方法论》，李秋零、田薇译，中国人民大学出版社1999年版，第11页。

来和网络经济的扩张，反垄断法下的类型化活动似有进一步蔓延之势。为此，更应当回归反垄断法类型化活动的本源，考察垄断行为的“事物本质”、生成机制与类型系列。

一、反垄断法下的经验认识与类型化方法

整理经验认识的过程中，“抽象概念”和“类型”构成了人类处理世界上不同性质、情境之事物的两种不同语言、思维策略。⁽²⁾在立法活动与法律适用中，概念与类型本无优劣之分，但就不同法律文本的适配度而言则存高低之别。经验沉淀历史悠久的法律部门概念运用更为频密，规制对象变动不居的法律部门则多诉诸类型化方法。在反垄断法的认识活动中，经验认识是概念制定与类型化的基本素材。然而，由反垄断法规制对象的性质所决定，经验认识的概念化固然是法规规范建构及其解释的必要构件，但其适用的广度和深度都是有限的。考察经验认识与类型化的方法论，是展开反垄断法解释框架的关键步骤。为此，在确立基本概念的基础上，应当通过经验认识和类型化的交融达致法律规范与现实世界的调和。

(一) 诠释学下的经验认识及其整理方法

自英国哲学家培根以来，科学的客观性就是以经久不变、能重复的经验为基础，排除经验中一切历史和文化的因素，保证这些基本经验可以为人所重复；德国哲学家狄尔泰接受了自然科学的经验观念，希望人文科学方法的整个过程也能像自然科学的实验方法那样可检验和证实。⁽³⁾然而，奥地利哲学家胡塞尔对“生活世界”的分析，却是要反对“科学世界”对于经验的垄断，主张生活世界的经验要先于经过科学理想化了的经验；德国哲学家黑格尔更是承认并强调经验的历史性因素，将其看作只是意识的运动，其最后导致一种不再有任何以异化于自己的东西的自我认识，即完成了意识和对象的同一。⁽⁴⁾进而，在德国哲学家伽达默尔看来，经验的真理始终包含一种朝向新经验的倾向，开放性和有限性构成了经验的一般结构，诠释学经验体现了经验内在的历史性，把科学的经验概念限制在一定的合理范围内，不让它扩展为人类生活最基本的经验。⁽⁵⁾

哲学的思辨深刻影响社会科学领域的探索。韦伯认为，社会科学在历史上最初是从实践的观点出发的，对国家的某些政策措施作出价值判断是它最直接的、最初唯一的目的；个人的世界观通常不断地影响科学的论证，会使人根据结果是减少还是加大实现个人理想的机会，及希求某种东西的可能性，而对科学论据的重要性作出判断。⁽⁶⁾据此，应当对“价值判断”与“经验知识”

(2) “抽象概念”通常是当我们希望把事物区分清楚时使用，要求明确化，而且事物本身也正好具有多数的共同特征，方便我们定义做成区隔。“类型”则是人类理智感受到某些事物明明具有“同理”，却在外在物性特征上未能同时具有一致性，但这个“同理性”，却在此生活领域中有极大的重要性，其对追求公平性的法律而言更是重要。参见林立：《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社2002年版，第139-140页。

(3) 张汝伦：《意义的探究——当代西方释义学》，辽宁人民出版社1986年版，第195-196页。

(4) 张汝伦：《意义的探究——当代西方释义学》，辽宁人民出版社1986年版，第196-197页。

(5) 张汝伦：《意义的探究——当代西方释义学》，辽宁人民出版社1986年版，第197-198页。

(6) [德] 马克斯·韦伯：《社会科学方法论》，李秋零、田薇译，中国人民大学出版社1999年版，第1-11页。

作出区分,寻求经验现实的思维整理这一在社会科学领域事实上存在的绝对有效认识。进一步地,就经验现实的整理应当如何进行的问题,韦伯指出,社会科学就其对现实的理性考察的整个方式而言,它也与自然科学相似,然而其用“规律”的阐述取代对现实的历史认识,或者反过来通过单纯地罗列历史考察来达到严格意义上的“规律”,在方法上是不可能的。⁽⁷⁾由此,韦伯提出了理想类型(idealtypus)的观念,认定其就抽象理论的构思而言,涉及人类文化的各门科学所特有的、在某种程度上必不可少的概念形成之形式的一个特例,涉及构思我们的想象力认为有利于去接近、因而“在客观上是可能的”、我们的规则学知识认为适当的联系。⁽⁸⁾类型在现象学上的依据,是多次重复出现而且具有大致相同的外部特征。⁽⁹⁾韦伯从经验认识引出了理想类型的概念,从而引出了类型化的方法。建基于此,超越概念及其体系的建构,类型化方法成为现代人文与社会科学研究的基本方法论范式。

(二) 法学方法中的类型化及其路径

无论是方法论特征,还是研究方式、具体研究方法与技术,现代语境下的法学研究都呈现出越来越多的社会科学研究的方法特征,应属于一门典型的社会科学。⁽¹⁰⁾在法学方法上,“类型”在具体化思考、法律发现及法律体系形成中的功能被法学家充分关注。在德国法学家拉伦茨的视界中,与凭借法律原则的发现及具体化和规定功能的概念一道,建构类型、类型系列,是法律体系化努力的重要方法。⁽¹¹⁾德国法学家拉德布鲁赫曾主张,“事物本然之理”就是法律人根本的思考方式。⁽¹²⁾德国法学家考夫曼则接续这一主张,将类型化思考与“事物本质”结合起来,认为对事物本质的思考直接指向类型的思考方式,是使规范正义与事物正义调和的中间点。⁽¹³⁾

在此基础上,类型通过与概念的区分而彰显。一方面,二者起点都是从有关的具体事物中区分出一般的特征、关系及比例,但在概念思考中,这些特征就被确定为孤立的要素,而借着一再地放弃这些要素,就构建出愈来愈一般的概念;类型思考则让类型的构成要素维持其结合的状态,仅系利用这些要素来描述(作为要素整体的)类型,同时还能够维持类型(借直观取得的)形象上的整体性。⁽¹⁴⁾另一方面,概念是封闭的、分离的,透过一些有限的、彼此分离的“特征”加以“定义(界定)”,其认识只能明确地“非此即彼”;类型是开放的、有联系的,其直观性与具体性无法加以定义的,只能是“加以说明的”,普遍的事物在其自身中直观地、“整体地”被掌握——

(7) 在自然科学诸学科中,用根据规律性联系对事实作出一般抽象和分析的方法,以一种具有形而上学的有效性和具有数学形式的概念体系的形态,达到对整个现实的一种纯“客观的”、摆脱一切价值的、绝对理性的和摆脱一切个体性的“偶然性”的一元论认识。[德] 马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,李秋零、田薇译,中国人民大学出版社1999年版,第30页。

(8) [德] 马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,李秋零、田薇译,中国人民大学出版社1999年版,第31-33页。

(9) [德] 亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业公司1999年版,第13页。

(10) 屈茂辉、肖霄:《法学何以是社会科学:法学的社会科学属性再论》,载《湖湘论坛》2018年第2期,第153页。

(11) [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第362页。

(12) 林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第147页。

(13) [德] 亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业公司1999年版,第103页。

(14) [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第338页。

虽有固定的核心，但没有固定的界限，以用以描述某一类型的“特征”得以或此或彼、或多或少，以适应复杂多样的现实。⁽¹⁵⁾具体事实无法如同“涵摄”于概念之下一样被一般地涵摄于类型之下，相反只能以一种较高或较少的程度将具体事实“归类”于类型之下，“使产生对应”。⁽¹⁶⁾

进一步地，拉伦茨主张将类型分为经验性形象类型、逻辑的理念类型及规范的理念类型。其中，经验性形象类型，同时也算是平均类型；逻辑的理念类型虽然也是由经验中得来，但以“纯粹”的形态而言，经验现象中未必有其适例；规范的理念类型并非现实的“反映型”，毋宁为其“模范型”或原型。⁽¹⁷⁾一般而言，法规范指示应参照交易伦理或商业习惯时，其涉及经验性的经常性类型——被提升为规范的经常性的或平均的类型；在规范类型中，其整个“表现形象”以经验性的类型为基础，但在选择标准的“表现形象”及详细地界分类型时，规范目的及规整背后的法律思想亦有决定性的影响。⁽¹⁸⁾质言之，必须给予规范性的观点来从事选择及界分。由是，在形成类型及从事类型归属时，均同时有经验性及规范性因素参与其中，其结合正系此种类型的本质，是为“规范性的真实类型”。⁽¹⁹⁾

沿着社会科学—法学方法论一脉传统，法律解释学在诠释学的知识框架下展开，认为不同于自然科学，法律并不是以“主体—客体”模式进行认识的；认为法律裁判的作出乃至法律的发现，是一个“解释学循环”的过程，一个规范与事实、解释者与文本“交互澄清”的过程。⁽²⁰⁾显然，自然科学的理论要澄清自然界的事物，其意欲追溯最一般的自然法则；而法学理论则不拟“澄清”何等事实，毋宁希望指明法秩序中的脉络关联。⁽²¹⁾进而，在类型的描述上，我们同意考夫曼的如下观点，即认为类型——意指规范类型，而非平均类型或频率类型，也不必是马克斯·韦伯意义下的“理想类型”——是法律理念与生活事实的这个中间点。⁽²²⁾在类型的区分上，我们兼采拉伦茨的分类，并聚焦经验类型、逻辑类型和规范（真实）类型。因为，一般而言，法学上的类型思考既强调出发点的一般性、概括性，又试图找到立足于经验观察、能够量化的分析工具，以一定的方式在理想类型和经验研究之间架设桥梁，是规范性的真实类型在法学方法论上的应有之义。⁽²³⁾在这种认识的基础上，通过类型化方法观照反垄断法，结合经验认识在反垄断法解释中的作用，以期可以厘定垄断行为的类型系列及其规整。

(15) [德] 亚图·考夫曼：《类推与事物本质——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业公司 1999 年版，第 111 页。

(16) [德] 亚图·考夫曼：《类推与事物本质——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业公司 1999 年版，第 111—113 页。

(17) [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 339 页。

(18) [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 340 页。

(19) [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 339—340 页。

(20) 雷磊：《方法和限度：回到事情“本身”——解析考夫曼〈类推与“事物本质”〉》，载《法哲学与法社会学论丛》2006 年第 1 期，第 253 页。

(21) [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 328 页。

(22) [德] 亚图·考夫曼：《类推与事物本质——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业公司 1999 年版，第 113 页。

(23) 周光权：《类型思考与中国法学研究》，载《中国社会科学评价》2015 年第 4 期，第 16 页。

二、反垄断法下的概念界定与类型化

马克斯·韦伯认为，理性的法律概念能够并且必须作为理想类型被运用。⁽²⁴⁾但在法律文本中，界定概念、确立原则的律令通常不占主流。⁽²⁵⁾比较而言，美国法、欧盟法皆无明文概念界定，而中国法则仅对部分关键概念作出了界定，法律规范主要以垄断行为类型化为基础展开。为此，检视概念界定与类型化的选择是首要工作。

(一) 反垄断法下的概念界定与类型化选择

从美国、欧盟再到中国，世界主要法域的反垄断法无不贯穿类型化方法。类型的广泛使用，并不意味着反垄断法已经放弃了概念定义的方法与实践。在普通法传统下，将判例语言转化为立法文本的路径天然欠缺概念定义的空间。由此，美国的《谢尔曼法》《联邦贸易委员会法》《克莱顿法》和英国的《竞争法》皆未进行任何概念界定。在成文法的传统下，概念定义在某种程度上是一种惯习，但在反垄断法下定义概念的作用空间亦不充分。欧共体竞争法因其条约性质，其中缺乏专门针对垄断行为的概念界定并不让人意外。但即便在大陆法传统深厚的德国，《德国反限制竞争法》中关于概念界定的条文亦属少见，仅有“竞争规则”⁽²⁶⁾的概念。在日本，《禁止私人垄断及确保公平交易法》则于总则中统一对“事业者”“事业者团体”“干部”“竞争”“私人垄断”“不合理交易限制”“垄断状态”“不公平交易行为”“子公司”作出了概念界定。⁽²⁷⁾在韩国，《规制垄断与公平交易法》同样在总则中界定了“经营者”（含“控股公司”“子公司”“孙公司”）与“企业集团”“附属公司”“经营者组织”“高级职员”“转售价格维持”“具有市场支配地位的经营者”“特定交易领域”“实质性限制竞争行为”“信贷”“金融业或保险业”的概念。综观上述成文法传统下的概念界定，德国法的规定虽然存在界定概念的实践，但其该“竞争规则”的概念并不属于反垄断法的核心内容，主要旨在规范协会的竞争行为。而在日本法和韩国法下，相关的概念界定则既涉及行为主体，也包括垄断行为，范围更广、体系化程度更高。

中国法下概念界定的密度，处在欧美和日韩之间。在《中华人民共和国反垄断法》（下称《反垄断法》）中，总共定义了“经营者”“相关市场”“垄断协议”“市场支配地位”四个关键概念。⁽²⁸⁾其中，经营者关涉反垄断法所规制的市场主体，相关市场通常构成竞争分析的起点或重要步骤，对于反垄断法的解释与适用至关重要。而垄断协议的概念界定则列明了垄断协议的表现形式和竞

(24) [德] 马克斯·韦伯：《社会科学方法论》，李秋零、田薇译，中国人民大学出版社1999年版，第146页。

(25) 按照庞德的分类，律令体由规则、原则、界定概念的律令以及确立标准的律令构成。参见[美] 罗斯科·庞德：《法理学》（第2卷），邓正来译，中国政法大学出版社2007年版，第123页。在中国，一般认为，可以把现代法律系统的要素简化为规则、原则和概念，其中在数量上规则占绝对多数。参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第49页。

(26) 《德国反限制竞争法》（2005年），第24条。参见时建中：《三十一国竞争法典》，中国政法大学出版社2009年版，第99页。

(27) 《禁止私人垄断及确保公平交易法》，第2条[定义]。参见时建中：《三十一国竞争法典》，中国政法大学出版社2009年版，第155-156页。

(28) 分列于《反垄断法》第12条第1款、第12条第2款、第13条第2款和第17条第2款。

争影响构件，成为对该等垄断行为进行规制的法律依据起点。除此之外，中国法未再就概念界定的范围进行扩展。⁽²⁹⁾其中值得注意的是：首先，垄断行为的概念并未得到界定，而是以列举的形式作出规定；其次，在垄断行为中，对于支配地位作出界定但并未给出支配地位滥用的概念而是直接规定行为类型，对于经营者集中也没有定义概念而是列举规定其主要情形；最后，对于“行政性垄断”行为亦未定义其概念，而是作出松散的列举。⁽³⁰⁾

由上可知，不同法域对于反垄断法下概念界定与类型化的选择，并无定法。究其原因，固然存在立法技术上的取舍，但法律概念在概括复杂多变的反垄断法适用对象时缺乏涵摄力应为主要考虑。比较而言，“抽象概念”是可以精确地列举出其固定不变的组成特征来加以“定义”，而“类型”虽拥有一个“意义”，但却容许形形色色的特征组合，即其都可能呈现出这种“意义”，所以对“类型”无法采用定义、无法列举出（物理）特征项目之相同，进而能诉诸一种“整体性观照”，在这种观照下，“直觉”到一事物整体所呈现的图像是“已经足以算是具有”某种意义，因而平均判定其属于某一类型。⁽³¹⁾或者说，只有当某事物满足所有定义特征时，它才属于某概念之外延，而事物本质和类推所凭借的是类型学的思考，强调的是类型边界的流动性、开放性和内部的层级性。⁽³²⁾在反垄断法中，相关市场、经营者、市场支配地位等事物或状态尚可用固定不变的组成特征加以定义，但垄断行为丰富多样的特性，使其无法完全诉诸概念。如拉伦茨所言，当抽象—一般概念及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时，大家首先会想到的补助思考形式是类型。⁽³³⁾在本体论诠释学的框架下，考夫曼更是强调法律适用（法律发现）的基本模式是等置而非涵摄，法律思维的基本范畴是类型而非抽象概念。⁽³⁴⁾这从一定程度上对法学理论进行了祛魅，因为长期以来认为事实可以被涵摄在法律概念之下的观念，已经极大地束缚了我们认识事实所需要的开放性的性格。⁽³⁵⁾在反垄断法领域，面对纷繁的商业形式，单凭概念工具难以涵摄，法律体系就不应再局限于用抽象概念搭建的体系，而应更多地借助于类型建构体系，并以类型—类推作为法律适用中的主要方法。

（二）反垄断法下垄断行为类型化的展开方式

“类型无法被定义，只能描述”⁽³⁶⁾，其几乎处于个别直观及具体的掌握与“抽象概念”两者之

〔29〕有学者指出，应对诸如“垄断行为”“协同行为”“不公平的高价（低价）”“控制权”以及“决定性影响”等概念的内涵和法律意义在文本规范中予以适当明确。金善明：《〈反垄断法〉文本的优化及其路径选择：以〈反垄断法〉修订为背景》，载《法商研究》2019年第2期，第76页。

〔30〕本文聚焦法定垄断行为，对行政性垄断的分析不予展开。

〔31〕Lothar Kuhlen, *Typuskonzeption in der Rechtstheorie*, Berlin 1977, S.93, 转引自林立：《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社2002年版，第131页。

〔32〕雷磊：《法理学与部门法学的三重关系》，载《河北法学》2020年第2期，第12页。

〔33〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第337页。

〔34〕雷磊：《法理学与部门法学的三重关系》，载《河北法学》2020年第2期，第11—12页。

〔35〕王晓：《法律类型理论和类推方式研究：以考夫曼类型理论为起点的认识论探究》，载《浙江学刊》2009年第5期，第151页。

〔36〕〔德〕亚图·考夫曼：《类推与事物本质——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业公司1999年版，第117页。

间,比概念更具体。⁽³⁷⁾在反垄断法下,类型化构成在经验积累的基础上提炼共性并进而简化分析的重要方式。最初,在《谢尔曼法》中,垄断行为依其实现方式经验直观地分为垄断协议与滥用市场支配地位两种。其展开方式,是美国判例法下根据分析模式,按照行为的违法性是否达到可以推定违法的程度划分具体行为类型。经过长期的经验积累,有些类型的行为因呈现出总是或者几乎总是排除、限制竞争的性质,其即被推定为违法而无须就其效果进行举证,除非行为人提出相反的证据证明其促进竞争效果。针对上述行为,形成了所谓“本身违法”的分析模式,而针对此外的行为则适用“合理规则”的分析模式。在欧盟竞争法下作出的相似划分,即基于形式的进路(目的限制)与基于效果的进路(效果限制)。⁽³⁸⁾时至今日,“本身违法—合理规则”也构成了反垄断法经验知识整理的基础框架。⁽³⁹⁾在本身违法的框架下,形成了基本稳定的行为类型;在合理规则的框架下,具体到个案分析则需进一步考察行为类型的细分、深化与杂糅。为此,应从本身违法和合理规则的理论基础与适用范围展开讨论。

1. 以本身违法为分析模式的行为类型

本身违法—合理规则提供了一个统一的分析结构,透过可能性去认识企业竞争活动的现实性,用以概括性地评判涉嫌垄断行为的可能的违法性程度。以本身违法—合理规则的分析模式对垄断行为进行类型划分之所以在反垄断法中广泛适用,在于其可以作为初步筛选机制,推断行为的违法性。⁽⁴⁰⁾在该等分析模式框架下,行为类型化一方面可以节约司法成本,因为依本身违法规则可以有效地制裁那些明显不合理的协议;另一方面可以提高可预见性,便于企业在从事经营活动的初始阶段就可以更为有针对性地合规,避开适用本身违法规则的限制竞争行为类型,大大降低违法的风险。当前,世界上主要法域的共识是,诸如横向价格固定、限定产量、划分市场等行为,由于已有经验的积累,可以直接通过本身违法规则认定为违法,从而将资源投入竞争影响复杂的限制之中。

(37) [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第338页。

(38) Richard Whish & David Bailey, *Competition Law* (8th ed.), Oxford University Press, 2015, p.123.

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

(40) 美国霍温坎普教授认为,本身违法与合理规则都属于分析模式,而不是正式的分类。Herbert Hovenkamp, *The Rule of Reason*, 70 *Florida Law Review* 81, 96-98 (2018). 美国反垄断学家伊斯特布鲁克也认为,反托拉斯有两种分析模式:本身违法和合理分析。Frank Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 65 *Texas Law Review* 1, 9 (1984). 在中国,有学者将其视为反垄断法的分析模式,借助其达到分类规制的目的。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97页。也有学者指出,在原则层面上,并无“本身违法原则”与“合理原则”的区分,二者都是判断行为违法性的具体标准与规则。许光耀:《“合理原则”及其立法模式比较》,载《法学评论》2005年第2期,第87-92页。还有学者认为, *per se rule* 译为“本身违法原则”时是描述一种判断竞争损害效果的分析模式。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102页。亦有学者指出,“本身违法原则”和“合理分析原则”是一种审查方法或者分析原则。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年第10期,第84页。进一步地,有学者认为,当然违法原则更接近规则,而合理原则则接近标准。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1004页。还有学者认为,本身违法与合理分析,为两大反垄断法适用原则。金善明:《〈反垄断法〉文本的优化及其路径选择:以〈反垄断法〉修订为背景》,载《法商研究》2019年第2期,第70页。

中国《反垄断法》第13条规定，禁止具有竞争关系的经营者达成固定价格、限定产量、划分市场等垄断协议。一般认为，上述行为应适用本身违法规则。其在司法解释中的体现，为“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，被告对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任”。⁽⁴¹⁾亦即，上述涉嫌构成横向垄断协议的行为，原告无须证明其具有排除、限制竞争效果，只有在被告举证证明该协议不具有排除、限制竞争效果的情况下，才进行后续效果权衡。也就是说，适用本身违法时反垄断法对竞争损害的关切完全融入特定的行为要件之中，行为形式与竞争损害之间存在着由前者推断后者的固定联系，这种联系已得到事前的验证和法律的认可。⁽⁴²⁾本身违法规则框架下的“类型化”，实际上构建了行为形式与竞争影响实质的统一。

本身违法规则的好处，在于证明具体类型行为的存在，而无须查明相关市场、测度市场力量和评估反竞争效果。⁽⁴³⁾20世纪五六十年代，某些几乎绝对有效率的竞争者协作也被认定为本身违法，因其划分市场⁽⁴⁴⁾或者构成联合拒绝交易⁽⁴⁵⁾。在纵向行为之中，最低和最高转售价格维持均被宣布为本身违法⁽⁴⁶⁾，许多搭售安排亦是如此⁽⁴⁷⁾，纵向非价格限制也被认为本身违法。⁽⁴⁸⁾在经营者集中审查中，如果合并方的市场份额超过某个门槛，并购交易也适用准本身违法规则。⁽⁴⁹⁾至今，调整纵向价格、非价格限制的本身违法规则已被明确推翻⁽⁵⁰⁾；调整联合抵制的本身违法规则被限缩适用于涉及至少两个竞争者的情形；并购非法的强结构推定也已经遭到极大幅度的稀释。⁽⁵¹⁾据此，霍温坎普教授指出本身违法规则的正确适用取决于如下判断：特定行为作为一个类别或族群是不合理的；要避免任意裁量，应当是将本身违法规则视为一种分析模式，而不是一种对竞争限制的归类方式。⁽⁵²⁾

2. 适用合理规则分析的行为类型

当前，在没有足够的经验证据确保适用本身违法规则的地方，非核心卡特尔、转售价格维持、

(41) 《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），第7条。其中，第五项联合抵制行为又可细分为不同类型，其是否应一揽子纳入本身违法，尚存争议（下文详述）。

(42) 兰磊：《重估本身违法原则的制度成本：评李剑教授〈制度成本与规范化的反垄断法〉》，载《竞争政策研究》2020年第2期，第73页。

(43) Herbert Hovenkamp, *The Rule of Reason*, 70 Florida Law Review 81, 98 (2018).

(44) *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 608 (1972); *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350, 357–58 (1967).

(45) *Radiant Burners, Inc. v. People's Gas Light & Coke Co.*, 364 U.S. 656, 659–60 (1961).

(46) *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 396 (1911); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 153 (1968).

(47) *Fortner Enters., Inc. v. U.S. Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 513 (1969)(Fortner I); *N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958); *Times-Picayune Publ'g Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 614 (1953).

(48) *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 372–73 (1967).

(49) *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362 (1963).

(50) *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977); *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997); *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

(51) Herbert Hovenkamp, *The Rule of Reason*, 70 Florida Law Review 81, 136 (2018).

(52) Herbert Hovenkamp, *The Rule of Reason*, 70 Florida Law Review 81, 136–166 (2018).

支配地位滥用和经营者集中审查都一体化适用合理规则。在中国法下适用合理规则分析的横向协议，主要涉及《反垄断法》第13条未明文规定但“通常不仅是良性而且是具有促进竞争效果的”⁽⁵³⁾竞争者协作或企业联营（joint venture）；第14条规定的“固定向第三人转售商品的价格”和“限定向第三人转售商品的最低价格”的协议，以及未明文规定的纵向非价格协议。其中，对于非核心卡特尔，依合理规则的流程审查事实，就可以得出是否具有反竞争效果的结论；对于纵向限制，因其促进竞争的效果和反竞争效果往往如影随形，还需要诉诸竞争效果的权衡。就支配地位滥用规制的合理规则适用，《反垄断法》第17条规定之超高/超低价、掠夺性定价、拒绝交易、排他性交易、搭售和差别待遇六类涉嫌滥用行为，显然不可推定违法，而需要对价格的高低、行为的反竞争影响进行评估，考察其是否构成“不公平”或者相关的“正当理由”是否成立，进而作出效果权衡。就经营者集中审查的合理规则适用，《反垄断法》第28条规定“经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的……可以作出对经营者集中不予禁止的决定”；结合第27条审查经营者集中考虑因素的规定，包含效果权衡的合理规则分析的立场清晰明确。

在此基础上，应当确立“本身违法—合理规则”适用的流程，分层过滤案件事实。目前，对于本身违法和合理规则的认识，一是将其视为两种分立的规则，法律适用必须在二者之间进行分此即彼的选择；二是将其视为规则连续体（continuum），其间实际上并无明显的分界线，根据个案的实际情况进行规则选择和法律适用。我们同意如下观点，即二者之间并不是一个二分的关系（dichotomy），应当将其看作一个测度涉嫌反竞争行为之合理性的反垄断分析连续体中的两极。⁽⁵⁴⁾进而，在统合规则的框架下，合理规则至少还可以细分为全面的合理规则（full-blown rule of reason）和结构化的合理规则（structured rule of reason）——包括截略的合理规则（truncated rule of reason）或“快速审查”（quick look）⁽⁵⁵⁾，后者可以看作是本身违法和全面合理规则之间的中间地带。⁽⁵⁶⁾在明确本身违法与合理规则的适用系属反垄断分析连续体的两极，而不是完全独立、分立的规则之后，在反垄断法的适用中就可以相应区分二者的界限和适用规则的流程。⁽⁵⁷⁾但究其根本，作为分析模式，本身违法—合理规则更侧重框定本身违法规则的适用范围，明确除此外其他涉嫌垄断

(53) FTC & DOJ, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, p.1 (2000).

(54) ABA Antitrust Section, Monograph No. 23, The Rule of Reason 9 (1999).

(55) Joel Klein, *A Stepwise Approach to Antitrust Review of Horizontal Agreements*, U.S. Department of Justice (7 November 1996), p. 4–5, also see <https://www.justice.gov/atr/speech/stepwiseapproach-antitrust-review-horizontal-agreements>.

(56) 有学者认为，这些方式在很大程度上是方法上“折中”的产物，却隐含了趋向于当然违法原则内核的，提炼行为违法构成要件的处理方式。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》，载《中外法学》2019年第4期，第1023页。另有学者则认为，合理原则承担着积累司法经验、类型化分析标准的规则发展重任，而就自由裁量问题，解决方案在于深入类型化，而非回归本身违法原则。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116页。

(57) 合理规则分析的路线图，参见[美]赫伯特·霍温坎普：《联邦反托拉斯政策》，许光耀、江山、王晨译，法律出版社2009年版，第283–284页。

行为的合理规则适用。而对于合理规则范围内的个案分析，仅仅明确适用流程是不够的，一般需要考察所涉行为是否以及如何不合理地限制了产出、损害了价格或非价格竞争，这就需要根据不同的垄断行为的表现形式、竞争影响及其二者之间的关系设定类型，以明确规制的进路。

三、“事物本质”与垄断行为的类型系列

立法是使法律理念与将来可能的生活事实相调适，法律发现是使法律规范与现实的生活事实相调适。⁽⁵⁸⁾ 本身违法—合理规则的适用，就是通过相互对应和调适将经验认识反馈到类型演化中，促进法律规范和法律判决的发展。这些提炼出的垄断行为类型，其基础都是经验类型，有的通过适当的剪裁、升华形成了逻辑类型，而逻辑类型为法所评价并接受为法秩序时，就演变成规范类型。⁽⁵⁹⁾ 进而，反垄断法下类型化规整的展开，首先是建构类型系列。通过这种系列建构，使过渡及混合类型的掌握成为可能：借着指定某类型在类型系列中的适当位置，表明该类型特色之特征，以及使其与毗邻类型相邻的特征更可以清楚地显示出来。⁽⁶⁰⁾ 在此基础上，类型化的终点就是在不同经验类型的交错杂糅中定位规范的真实类型。其关键，在于明确作为事实与规范的联结中介的“事物本质”，即“一个同样代表特殊与普遍，事实与规范的构造物，一个个别中的普遍，一个实然中的应然”。⁽⁶¹⁾

(一) 经验类型之典型：价格类限制与非价格类限制

在当今的反垄断法实践中，在分析一项涉嫌反竞争的限制之时，默认的一种分析起点是对行为的横向或纵向、价格与非价格进行区分。⁽⁶²⁾ 其中，价格限制与非价格限制长期以来是一种重要的划分。顾名思义，价格限制涉及的是与价格有关的限制或由价格造成的限制；而非价格限制涉及的主要是通过价格之外的作用机制所造成的限制。价格限制与非价格限制的类型划分是跨越垄断协议与滥用市场支配地位两种垄断行为的类型划分，其中以在垄断协议中的划分更为细致。

当前，主要反垄断法域都将横向垄断协议中的固定价格等行为视为本身违法，而对于固定最低转售价格等纵向限制则逐渐转变为合理规则。但是，在反垄断法发展的初期，无论是横向还是纵向协议中的固定价格类行为都是一体适用本身违法的。这种立场，与价格机制作为市场经济神经中枢的地位和作用密不可分：一旦涉及价格，则被认为应当无差别地引发严重的竞争关切。深入考察可知，在美国，法院适用本身违法规则处理的第一起转售价格维持案件就是关于固定最低价格的⁽⁶³⁾，进而才将规制范围扩展到固定最高价格。⁽⁶⁴⁾ 随后，法院认定固定最高转售价格应根

(58) [德] 亚图·考夫曼：《类推与事物本质——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业公司 1999 年版，第 103 页。

(59) 李可：《类型思维及其法学方法论意义》，载《金陵法律评论》2003 年秋季卷，第 128 页。

(60) [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 346 页。

(61) [德] 亚图·考夫曼：《类推与事物本质——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业公司 1999 年版，第 254 页。

(62) Mark Lemley & Christopher Leslie, *Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence*, 93 Iowa Law Review 1207, 1264 (2008).

(63) *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 394 (1911).

(64) *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 152–154 (1968).

据合理规则审查⁽⁶⁵⁾，从而使得最高转售价格限制与最低转售价格限制的区分变得意义重大。直至 *Leegin* 案，法院将最低转售价格也纳入合理规则审查之后，这种分类在美国又失去了意义。欧盟的《集体豁免条例》⁽⁶⁶⁾ 将转售价格维持作为核心限制整体排除出集体豁免的适用；而在《关于纵向限制的指南》⁽⁶⁷⁾ 中，转售价格维持被推定处于第 101 条第 1 款的适用范围且无法满足第 3 款的豁免条件。要证明该等行为的合法性，只能在个案中进行抗辩。在中国，根据《反垄断法》第 14 条的规定，“固定向第三人转售商品的价格”和“限定向第三人转售商品的最低价格”两种纵向行为均属于价格限制的范畴。但是，转售价格维持中并没有严格区分最高价格限制和最低价格限制，这在立法技术上应有缺失。然而，以当前的眼光来看，既已全面适用合理规则分析，这种区分已无关紧要。应当关注的，是对由企业自愿达成的与由具有市场力量的企业施加胁迫所达成的协议进行区分，从而识别协议的发起者和参与方，并预设抗辩中可能存在的效率考量。

时至今日，以价格类型与非价格类型为区分已逐渐弱化。这有其内在的原因，亦存在外部体制机制的因素。很显然，并非所有定价都是明显反竞争的。但是根据既有的证据，通常是很难或需要花费很大成本来确认哪些具体的定价是反竞争的。而全面禁止的立场规定所有定价均违法，则必须确定固定价格的行为无法有效地辨别良莠，且坏的所占的比例远远大于好的。这种规制模式自有其限度：在垄断协议规制中，其范围应当限缩到横向价格固定；在滥用市场支配地位行为中，同样有价格与非价格的形式区分，但其通常让位于竞争影响的直接分析。当然，在定价的案例中，中间目标（阻止反竞争的定价）和终极目标（资源优化配置）并没有改变。⁽⁶⁸⁾ 但将固定价格作为直接目标进行一揽子的禁止，或作为与非价格行为相对应的类型进行分析，已经失去了其类型化的价值。同时，由于反垄断执法机构职权的分割可能导致价格与非价格的类型区分。例如，在中国反垄断执法机构整合之前，根据政府传统职能的划分，主管价格的国家发展和改革委员会和国家工商总局在反垄断执法上的权限是以是否涉及价格为基准划分的。在机构整合之后，价格与非价格严格的区分在制度设计上和法律实施上都失去了实质意义。

考夫曼认为，“‘事物本质’是一种观点，在该观点中存在与当为互相遭遇，它是现实与价值互相联系（对应）的方法论所在。因此，从事实推论至规范，或者从规范推论至事实，一直是一种有关‘事物本质’的推论”。⁽⁶⁹⁾ 价格类与非价格类限制的划分无疑现实存在，但在规范性评价下无法直接推论作出竞争效果认定的价值当为。其作为经验类型仍不失价值，但无须上升为反垄断法的规范类型。

(65) *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 7 (1997).

(66) Block Exemption Regulation, Commission Regulation (EU) No 330/2010, article 4.

(67) Commission Notice, *Guidelines on Vertical Restraints*, C(2010) 2365, para. 41.

(68) [美] 罗伯特·萨默斯：《美国使用工具主义法学》，柯华庆译，中国法制出版社 2010 年版，第 66 页。

(69) [德] 亚图·考夫曼：《类推与事物本质——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业公司 1999 年版，第 103 页。

（二）规范类型之典型：垄断行为的三大支柱

当前，主要法域对于垄断行为的规范类型划分是以垄断行为的实现方式展开的，通常被分列为“三大支柱”：垄断协议、滥用市场支配地位和排除、限制竞争的经营者集中。这三大类行为又相互衔接、补充，形成垄断行为规制的闭环。

第一，垄断协议与滥用市场支配地位的划分。在美国，《谢尔曼法》第1条禁止的“任何契约，以托拉斯形式或其他形式用来限制州际间或与外国之间的贸易与商业的联合、共谋”与第2条禁止的“任何人垄断或企图垄断，或与他人联合、共谋垄断州际间或与外国间的商业和贸易”之间的区分，就在于垄断行为由双方合意达成，还是由支配地位企业单方行为实施。相应地，《欧盟运行条约》第101条所禁止的“可能影响成员国之间贸易并且具有阻止、限制或者扭曲共同市场内的竞争的目的或者效果的，企业之间的一切协议、企业团体所作的决定和协同一致的经营行为”和第102条禁止的“可能影响成员国之间贸易的，一个或多个在共同市场内或者其中的相当一部分地域内占有优势地位的企业滥用这种地位的任何行为”之间的区分，也主要在此。中国《反垄断法》延续此种共识，通过第二章“垄断协议”和第三章“滥用市场支配地位”对此种分类作出了明确肯认。

该等类型划分，将通过协议方式联合起来行使市场力量的行为和已经具有市场支配地位而足以单独行使市场力量的行为区分开来（共同支配地位滥用等跨类型的行为下文另述）。这一类型系列的形成，一方面，是经验类型的自然表达，即在经营者的竞争活动中自然形成的联合或单独排除、限制竞争的方式，与经营者排除、限制竞争的能力和动机密切相关。另一方面，是根据其竞争影响的逻辑的应然归纳，并将上述经验类型上升为规范类型，与经营者排除、限制竞争的可能性及其实现机制直接勾联。总体看来，垄断协议与滥用市场支配地位的类型系列基本满足分类上的完备性与排他性。但是，该等类型划分的方法仍不可避免地存在其限度，至少在两种类型上存在重叠：一是横向垄断协议与共同支配地位滥用的规范竞合；二是纵向垄断协议与（单方）滥用市场支配地位行为的规范竞合。

第二，垄断协议、滥用市场支配地位规制与经营者集中审查的划分。当前，在大多数法域，垄断协议与滥用市场支配地位划分为事后调查型垄断行为，而经营者集中被划分为事前申报型垄断行为。这一类型划分的形成与垄断行为的实现方式密切相关。就垄断协议而言，其一旦达成和/或实施，即构成排除、限制竞争的性质或造成排除、限制竞争的影响；就滥用市场支配地位而言，其一旦实施，即产生排除、限制竞争的影响。对于此二者，反垄断法介入的时机即发现该等涉嫌垄断行为的时间。就经营者集中而言，无论是横向还是纵向的集中都将造成市场结构的变化，以及经营者实施排除、限制竞争行为的能力、动机和可能性的变化。但是，在该等集中发生之时，上述变化并未转化为实际影响竞争的行为，亦不能马上产生排除、限制竞争的效果。就此，反垄断法介入的时机是预测到该等集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的时间，亦即事前审查之时。

上述类型划分并非一蹴而就，而是经过实践检验的结果。在 20 世纪相当长的时间内欧共体竞争法的规定中将垄断协议的规制也纳入事前申报的范围⁽⁷⁰⁾，耗费大量行政资源却未能收到预期的效果。直至后续的改革，才将该等类型化规制方案予以废除，全面推行垄断协议的事后调查。该等类型化思维的转变，也就意味着不再将横向、纵向协议看作是总体上弊大于利的经济活动。当然，这并不意指法律对经营者集中总体上持弊大于利的认知。因为，经营者集中审查前置的营业额门槛，已经筛选出体量较大、更可能具有排除、限制竞争影响的经营者集中予以关注，大量小规模经营者集中活动并不进入反垄断法审查的范围。当然，该等类型划分的方法仍存在限度，特别在企业联营这一类型上可能存在规范竞合。

第三，垄断行为规范类型闭环之形成。规范是一种类型的概括，立法者在制定规范的过程中描述生活事实中反复出现的各种类型，抽象出规范的形式；事实与规范的联结方法是类推，通过对事实加以抽象，与规范进行相似点的比较，从而使用演绎得出结论。⁽⁷¹⁾通过立法者的类型概括，再经由反垄断法适用中的类推实践，事实与规范的联结才得以验证，所谓“三大支柱”的垄断行为规范类型才得以确立。垄断协议、滥用市场支配地位与经营者集中审查三大规范类型之间，相互补足、完成。在垄断协议规制不及的品牌间纵向限制与无意思联络的寡头市场协同之处，滥用市场支配地位规制迅速进入角色。在垄断协议与市场支配地位规制皆由于市场结构的原因无法或难以实现之处，经营者集中审查则预先判断并作出结构性或行为性的预防安排，提前补足可能的规制缝隙。以考夫曼的视角，该等类型系列最为符合垄断行为之“事物本质”，即既符合市场中经营者所为之竞争活动的经验事实，又符合反垄断法的规范价值的构造物。据此，垄断行为的规范类型为体系建构确立了完整的主体框架，为解释与适用提供了清晰的切入点。

（三）逻辑类型之典型：单方限制与协同限制

在反垄断法的垄断行为类型系列中，单方限制与协同限制的分类虽然并未形成规范类型，但这一划分标准直接指向竞争影响及其分析路径。长期以来，就协同限制的反竞争效果及其规制已经产生了广泛的共识，但就单方限制的反竞争影响及其在何种程度上应当规制的问题仍存在较大的争议。该等分类不仅型塑了不同垄断行为的划分，也影响了同一垄断行为项下的类型细分，为典型的逻辑类型。

第一，单方限制与协同限制对于垄断行为分析的影响。从竞争影响评估的角度来看，单方限制与协同限制首先将垄断协议与支配地位滥用两类行为区分开来。横向协议所包含的是处于分销链条的同一环节的竞争者所达成的合同或者共谋；纵向协议所包含的是处于分销链条不同环节的企业所达成的协议。二者的共性，及其异于典型的支配地位滥用行为的特性在于，需要处于同一行业的竞争者之间或者经营者与交易相对人之间协同一致所施加的限制。之所以需要协同一致，或达成所谓的“意思一致”，主要是因为经营者囿于自身市场力量的限制，尚不足以独立为相应的

(70) 阮方民：《欧共体竞争法》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 403 页。

(71) 王晓：《法律类型理论和类推方式研究：以考夫曼类型理论为起点的认识论探究》，载《浙江学刊》2009 年第 5 期，第 151 页。

行为而能够维持其经营模式（包括定价、产出和创新水平）。以价格为例，市场力量较小的经营者若不与竞争者达成固定价格的意思一致，则无法有效地实施独立的价格上涨而不流失客户。同样地，市场力量较小的经营者若不与交易相对人达成固定转售价格的意思一致，则通常难以有效地保证转售价格维持的实施。在这种情形下，无论是横向还是纵向垄断协议的达成和实施都需要经营者之间在“意思一致”基础上不同程度的协同。而具有支配地位的企业则不然，其通常可以单边实施剥削性或排斥性行为，而无须与竞争对手和交易相对人达成任何共识，竞争对手或交易相对人只能接受由其剥削或被其排斥的现实。

第二，在垄断协议下，协同限制可以进一步分为横向与纵向限制。这种对垄断协议的纵横划分在美欧制定法中并未体现，只是美国在判例法中、欧盟在《关于横向合作协议的指南》⁽⁷²⁾和《关于纵向限制的指南》⁽⁷³⁾等规范性文件中对此种分类予以发展。在中国，《反垄断法》分别规定了“禁止具有竞争关系的经营者”“禁止经营者与交易相对人”达成垄断协议的情形，横向与纵向的区分已经法定化。据此，一方面，竞争者之间达成协议构成对竞争的赤裸裸的限制或附属性限制。其分类的逻辑是：若为赤裸裸的限制，相应的横向协议不能产生任何竞争补偿性价值；若为附属性限制，则存在与其可能的促进竞争影响进行权衡的空间。另一方面，经营者与交易商之间达成协议，限制品牌间竞争或品牌内竞争。其分类逻辑，则是若存在充分的品牌间竞争，则品牌内竞争限制尚可容忍；而容忍的前提，是品牌内竞争的限制可能以提供某种程度的效率以促进竞争。⁽⁷⁴⁾

第三，在典型的滥用市场支配地位行为下，单方限制可以进一步分为剥削性行为与排斥性行为。⁽⁷⁵⁾当然，对于“剥削性滥用行为”提供指南的要求并不迫切，实践中一般并不需要直接追究过高定价行为。⁽⁷⁶⁾二者的共性在于，通常都可以由支配地位企业独立实施，而不需要协同合作。二者的差异在于，在剥削性行为的情形下，支配地位企业已经获得了足够的市场力量，可以直接实施提价、限产等行为攫取垄断利润而不存在客户实质性流失的风险；在排斥性行为的情形下，支配地位企业虽已获得支配性的市场力量，但这种力量尚不足以使其在相关市场直接实施提价、限产等行为，尚需通过排斥可能对其施加竞争约束的现实或现在竞争者，以巩固或延伸其市场支配地位，最终以期实现其剥削性目标。

第四，在经营者集中审查中，单方限制与协同限制均有重要影响。在主要法域，经营者集中审查的效果评估多以单边效应、协调效应和封锁效应为路径展开。该等分析路径的确立，主要是受到单方限制和协同限制类型化思维的影响。以横向集中为例，协调效应最初简单聚焦于竞争者数

(72) European Commission, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, (2011/C 11/01).

(73) European Commission, Guidelines on Vertical Restraints, SEC(2010) 411.

(74) 江山：《论纵向非价格限制的反垄断规制》，载《法律科学》2020年第1期，第135-136页。

(75) European Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, COM(2008), para. 7.

(76) 许光耀：《支配地位滥用行为的反垄断法调整》，人民出版社2018年版，第40页。

量的减少可能促进共谋这一结构性假定；随着经验和理论的积累分析变为更复杂的评估，即在产品同质化情形下，并购后企业更加便于协同一致进行提价、限产等排除限制竞争的行为。而单边效应，则重在评估产品高度差异化行业的并购可能造成竞争性影响的额外复杂性，主要源自对市场份额的解释⁽⁷⁷⁾；预防集中实施后并购后企业进行单独提价，而其共同客户的分流将不足以约束该提价。在非横向合并中，则主要聚焦封锁效应，考察对原材料或客户的封锁和提高竞争对手成本，以及竞争性敏感信息的单边效应。⁽⁷⁸⁾由于纵向合并不直接改变相关市场的市场集中度，其协调效应通常涉及搅局企业或保密信息交换时才较为凸显，故在实践中对其关注不如单边效应。⁽⁷⁹⁾

上述基于竞争影响的类型化，通过单方限制与协同限制的划分直接指向垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三类规范类型下的垄断行为竞争影响评估，构成反垄断法下的逻辑类型。该等类型的重要意义在于，提供了分析垄断行为的重要思考方式，穿透形式多样的垄断行为具体表象，直接指向竞争影响本身，成为反垄断法下规范类型深化的重要支撑，亦为规范竞合提供了解释方法。

四、垄断行为的类型深化、规范竞合及其规整

类型的或多或少式的归类思维最大限度地将社会事实的本来面目展示给人们，在其中，繁多性、重叠性、关联性、交叉现象得以尽情生长。⁽⁸⁰⁾垄断行为类型化活动发展至今，已经形成无可争议的三大规范类型，类型化活动也在此基础上深化并产生规范竞合。无论是检视经验类型提升为规范类型的可能性，还是解决已有类型之间的规范竞合，都应当确立其指导性价值观点。如莱嫩所称，“在描述事物的属类时，类型学的思考总是维持其与指导性价值观点间的联系，因为所有被考量的特征都取向于这个——促成整体类型的——中心价值，惟有如此它们‘才具有价值’”。⁽⁸¹⁾在反垄断法中，整体类型的促成服务于以下指导性价值观点所为：修正因“价格—产出”受到限制或扭曲所造成的市场失灵。⁽⁸²⁾

（一）垄断行为的类型深化及其边界

行为类型化在反垄断法中之所以重要，因为实体规范旨在为垄断行为违法性的认定提供制度依据和法定标准，因而其设置的疏密关系到行为定性的准确性。⁽⁸³⁾但如果过度依赖类型化的行为，以之为依据作出非此即彼的判断，则可能失之毫厘差以千里。首先，类型本身和类型适用的过程中可能会产生偏差：一方面，类型本身会随着理论和实践的变化而迁移；另一方面，有些类型在

(77) [英] 西蒙·毕晓普、迈克·沃克：《欧盟竞争法的经济学：概念、引用和测量》，董红霞译，人民出版社2016年版，第378页。

(78) U.S. Department of Justice & The Federal Trade Commission, *Vertical Merger Guidelines*, p.4-10, Federal Trade Commission (1 January 2021), https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf.

(79) 宁度：《美国〈纵向合并指南〉的介评与启示：以竞争损害的认定为中心》，载《竞争政策研究》2020年第5期，第97页。

(80) 李可：《类型思维及其法学方法论意义》，载《金陵法律评论》2003年秋季卷，第112页。

(81) [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第101页。

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

(83) 金善明：《〈反垄断法〉文本的优化及其路径选择：以〈反垄断法〉修订为背景》，载《法商研究》2019年第2期，第76页。

反垄断法适用中比较易于受到人为的操作，例如横向/纵向协议、自愿的/胁迫的协议和单方/协同限制划分下的次级分类有些即处于模棱两可的状态。⁽⁸⁴⁾ 其次，对类型化的依赖，特别是对本身违法规则的依赖，因其通常具有一定的武断性，可能会造成误判（false positive）⁽⁸⁵⁾；还可能会造成漏判（false negative），如合理规则之下的纵向限制评估，因为违法性证明难度之大造成事实上的本身合法。⁽⁸⁶⁾ 最后，类型化进路会产生不精确的结果：由于许多行为并不是简单地属于某个特定类型，或者不同的类型本身就可能覆盖同一种行为，留下大量的不确定空间；而可能在类型化过程中耗费的时间甚至超过其在分析涉嫌违法行为竞争效果上的时间，抵消了类型化所可能带来的效率。⁽⁸⁷⁾ 以此为基础，可以评估三大垄断行为项下的类型深化。

第一，在横向垄断协议的情形下，相关协议可能同时存在限制和促进竞争的情形。此时，应当考察所涉限制系赤裸裸的限制还是附属性限制。前者是指那些对于竞争施加限制，却不存在新的产品或新增产量的限制竞争行为；后者是指那些本身作为更广泛的目标的一部分，并用来促进该类目标的形成而实施的限制。⁽⁸⁸⁾ 赤裸裸的限制一般适用本身违法规则，而附属性限制一般适用合理规则。一项限制是赤裸裸的还是附属性的，该问题既是一个法律问题，又是一个事实问题。⁽⁸⁹⁾ 因为，一旦确认所涉属于赤裸裸的限制，就意味着该等协议纯粹限制（品牌内和/或品牌间）竞争而无任何补偿性价值。而如果是附属性限制，则通常进入企业联营的分析框架规制。亦即，即便存在《反垄断法》第13条第1款规定的行为，若仅为附属性限制，服务于企业联营的效率整合目标，则该行为应当依据第15条进行合理规则分析以寻求豁免。上述分类，通常在法律解释与适用中形成，在立法上并不具备“促成整体类型”的中心价值，并无上升为规范类型的必要。

第二，在纵向垄断协议下，纵向价格限制的类型已经成熟。就纵向非价格限制而言，中国法没有作出明文规定，美国法下也仅作出笼统的类型划分。在欧盟的《纵向限制条例》当中，对纵向非价格限制作出了充分的类型化展开，包括单一品牌或排他性购买、排他性分销/排他性客户划分、排他性供应、选择性分销、特许经营、搭售、进场费、品类管理协议。⁽⁹⁰⁾ 为回应现实的需求，促进纵向非价格限制的行政执法与司法诉讼，需框定其规范类型。⁽⁹¹⁾ 具体而言，排他性购买、搭

(84) Mark Lemley & Christopher Leslie, *Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence*, 93 Iowa Law Review 1207, 1225–1248 (2008).

(85) 在本文中，False Positive 和 False Negative 分别译为误判和漏判，前者指本来不应构成违反反垄断法的行为而被判作违法，后者指本应构成违反反垄断法的行为而被判作合法。

(86) “在这类案件中，不能指望法官和陪审团适用复杂的经济分析而不犯相当数量的错误，这其中本身就很可能构成重要的成本。” *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705, 2730 (2007).

(87) Mark Lemley & Christopher Leslie, *Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence*, 93 Iowa Law Review 1207, 1260–1263 (2008).

(88) *Polk Bros., Inc. v. Forest City Enters., Inc.*, 776 F. 2d 185, 188–89 (7th Cir. 1985).

(89) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (3rd ed.), West Academic, 2005.

(90) Commission Regulation (EU) No. 330 /2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices.

(91) 我国法律也有相关的兜底条款，因此企业在日常运营中有关纵向非价格限制竞争协议的合法性判断就面临着很大的不确定性。参见王先林：《论我国垄断协议规制制度的实施与完善——以〈反垄断法〉修订为视角》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期，第114–115页。不仅如此，以所谓“窜货”为例，从《反垄断法》的角度处理窜货争议不只是费时耗力，法院甚（转下页）

售、品类管理协议这三种限制通常主要由供应商发起，直接作用于品牌间竞争；进场费、排他性分销、排他性供应、选择性分销和特许经营这五种限制由供应商或购买商发起，首先指向品牌内竞争。直接作用于品牌间竞争的纵向非价格限制在不具备支配性市场力量时，通常难以产生实质性的竞争限制，在纵向垄断协议中规定无法实现“促成整体类型”的中心价值。有鉴于此，反垄断法下纵向非价格限制规范类型的扩充，应限于直接影响品牌内竞争的纵向非价格限制。⁽⁹²⁾

第三，在滥用市场支配地位行为中，剥削性滥用一般单列为一类，而排斥性滥用则通常作出多项分解。长期以来，在主要法域，剥削性滥用要么不被规制，要么则聚焦于价格类剥削，即对下游的超高价格或对上游的超低价格，从而构成所谓剥削。但晚近以来，隐私保护渐被纳入反垄断的视野下考察，引发了对该等类型完备性的重估，以吸纳判例法中已经存在的对“剥削性商业条款”（exploitative business terms）的规制。⁽⁹³⁾就排斥性滥用而言，与主流法域的基本分类相吻合，中国法下细分为掠夺性定价、拒绝交易、排他性交易、搭售和差别待遇。在此基础上，价格挤压（price squeeze）⁽⁹⁴⁾、忠诚折扣（loyalty rebate）⁽⁹⁵⁾和自我优待（self-preferencing）⁽⁹⁶⁾等行为，有将其作为新的规范类型纳入反垄断法中的讨论。由此，排斥性

（接上页）至还面临着无权直接从《反垄断法》的角度处理纵向非价格限制争议的尴尬。参见万江：《窜货的法律规制》，载《中外法学》2016年第4期，第1112页。

（92）江山：《论纵向非价格限制的反垄断规制》，载《法律科学》2020年第1期，第134页。还有学者指出，有些纵向非价格垄断协议的消极效果不以市场力量为前提，当前需要增加纵向地域与客户限制。焦海涛：《纵向非价格垄断协议的反垄断法规制：困境与出路》，载《现代法学》2019年第4期，第128-133页。也有学者认为，应由反垄断委员会颁布统一《纵向限制指南》。张骏、王先林：《纵向地域限制的反垄断法规制研究》，载《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2015年第5期，第104页。

（93）德国联邦卡特尔局裁定 Facebook 在未经用户知晓或允许的情况下搜集个人数据，并形成用户的个性化数据库，以便于向广告商提供针对明确对象的广告，从而提高其收入，这构成了剥削其用户（而非排斥其竞争对手）的剥削性滥用。Bundeskartellamt Prohibits Facebook from Combining User Data from Different Sources, Bundeskartellamt (1 January 2021), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

（94）有学者认为，价格挤压可以分为非歧视性价格挤压、歧视性价格挤压（排他性、封锁性）和掠夺性价格挤压。唐要家、唐春晖、杨坦能：《电信主导运营商价格压榨的竞争效应》，载《中国工业经济》2012年第4期，第46页。还有学者认为，在典型的纵向市场结构下，上游厂商对下游厂商实行纵向价格歧视的典型形式就是价格挤压。喻言、任剑新：《价格挤压与反垄断规制》，载《广东财经大学学报》2014年第2期，第87页。也有学者认为，价格歧视与价格挤压存在区别。易芳、龚炯：《论价格挤压行为的反垄断分析思路》，载《价格理论与实践》2012年第1期，第30页。

（95）有学者认为，忠诚折扣在实践中通常被视为排他性交易、搭售或者掠夺性定价，但从逻辑推论上看，应当通过排他性交易来分析忠诚折扣，通过搭售来分析捆绑折扣，并避免适用掠夺性定价的明线规则。Sean Gates, *Antitrust by Analogy: Developing Rules for Loyalty Rebates and Bundled Discounts*, 79 *Antitrust Law Journal* 99, 129 (2013). 也有学者将忠诚折扣视作排他性交易的一种。Derek Moore & Joshua Wright, *Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing*, 22 *George Mason Law Review* 1205, 1205 (2015). 还有学者将该等行为定性为掠夺性定价、价格歧视或者市场封锁等违法行为。李俊峰：《“忠诚折扣”的垄断违法性判定：以利乐公司行政处罚案为材料》，载《当代法学》2019年第2期，第83-84页。另有学者则认为，上述观点忽略了忠诚折扣独家交易协议的差异。Steven Salop, *The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm: Conditional Pricing Practices and the Flawed Incremental Price-Cost Test*, 81 *Antitrust Law Journal* 371, 372 (2017). 还有学者认为，忠诚折扣的反竞争机制与反竞争效果与掠夺性定价、独家交易协议都存在区别，不能简单“类比”。钟洲、王麒植：《忠诚折扣、产品和消费者的异质性与竞争壁垒》，载《中国工业经济》2018年第9期，第175-176页。

（96）大型互联网平台企业利用其平台或服务的特殊设计，损害相关市场竞争者竞争能力或为自有产品、服务增加竞争优势，从而扭曲市场以消除潜在竞争威胁并巩固、扩大竞争优势。Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, U.S. House of Representative, *Investigation of Competition in Digital Market*, 2020, p. 381-383.

滥用项下的具体类型是否应当进一步深化？首先，就价格挤压而言，若相关行为不具有歧视性但对上下游企业的利润产生了实质性的削减，则一般应交由市场进行调节，只在特殊情形下依超高压定价的规制；若具有歧视性，则根据其排他性或封锁性进行竞争影响评估；若低于恰当界定的成本，则以掠夺性定价进行规制。其次，就忠诚折扣而言，当将折扣的金额计入成本之后，若支配地位企业的定价低于恰当界定的成本，那么此时折扣应当可以纳入掠夺性定价的类型来进行规制；若最终价格高于恰当界定的成本，一般而言该企业行为应属于有效竞争的范畴，除非构成阻碍竞争对手进入或提高竞争对手成本的情形。就此，在理论与实践尚待达成进一步的共识。最后，就自我优待而言，其内涵上并没有超出差别待遇的竞争影响范围，但外延上可能突破了当前差别待遇的基本表现，应当在差别待遇类型下作出法律解释的探索。总之，在滥用市场支配地位行为的类型化中，当前规范类型基本涵盖了已有经验类型，若相关类型对规范类型建构在整体上没有促成作用，在类型深化上应当审慎，以避免产生不必要的规范竞合。

第四，在经营者集中审查中，横向与非横向合并构成常见类型。反垄断机构和法院早期对各类合并不加区分地适用严格的结构主义规制标准。但1982年和1984年美国的《合并指南》都采用横向合并和非横向合并的两分法，对于非横向合并则采取了更为宽松的政策。⁽⁹⁷⁾ 横向和纵向合并的分类相对清晰，其中常见的单边效应与协调效应，系因并购企业都处于相同的一个或多个相关的市场，所产生的排除限制竞争影响也主要限于上述市场。而纵向合并与混合合并同被视为非横向合并⁽⁹⁸⁾，涉及的竞争影响则可能涵盖合并双方所在的不同相关市场。由此，竞争分析聚焦是两个相关市场之间市场力量相互巩固的问题。不同之处是，封锁效应在前者主要表现为原材料和客户的封锁⁽⁹⁹⁾；在后者主要表现为合并后企业能够在相互关联市场上的产品形成互补组合，整合后企业有能力通过捆绑销售、搭售或者其他排他行为，利用在一个市场上的强大地位而在另一市场上取得杠杆效应。⁽¹⁰⁰⁾ 分析至此，再将非横向合并进行细分无益于“促成整体类型”这一中心价值，不如更加聚焦于竞争影响，考察其封锁效应的作用方式和效果。

（二）垄断行为的混合类型与规范竞合

若法律中存在混合类型，则可能产生同一个案件事实可以被多个法律规范所指涉，构成规范竞合，造成三种后果：不同法律规范的法效果相同；它们的法效果不同但彼此不排斥；它们的法效果不同且彼此相互排斥。⁽¹⁰¹⁾ “在经济及商业交易作精密区分的阶段，‘混合类型’殆属不可避

(97) 胡甲庆：《美国合并反垄断法律规制的范式转型》，载《经济问题》2009年第8期，第112页。

(98) Guidelines on the Assessment of Non-horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, pars. 2-3, (2008/C 265/07); U.S. Department of Justice & The Federal Trade Commission, Vertical Merger Guidelines (2020).

(99) 其中，不仅仅包括完全封锁，也包括提高竞争对手的成本构成的部分封锁。Steven Salop, *The Raising Rival's Cost Foreclosure Paradigm: Conditional Pricing Practices and the Flawed Incremental Price-Cost Test*, 81 Antitrust Law Journal 371, 376-78 (2017).

(100) 黄勇、蒋涛：《非横向企业合并的反垄断规制：以欧盟〈非横向合并指南〉为基础展开》，载《清华法学》2009年第2期，第148-153页。当然，在纵向合并中也存在通过搭售与捆绑实现的封锁。吴白丁：《论纵向合并审查中竞争损害理论的证明——以AT&T收购时代华纳案为切入点》，载《经贸法律评论》2019年第5期，第76页。

(101) [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第146页。

免的现象。”^{〔102〕}随着垄断行为规范类型的深化,在反垄断法适用中存在或多或少的规范竞合。在对竞合规范的选择中,亦要着重把握类型思维的重要特点,即其总是维持其与指导性价值观之间的联系,明确所有被考量的因素都取决于“促成整体类型”的中心价值。

1. 横向与纵向垄断协议的规范竞合

第一,联合抵制。联合抵制的特点在于,既存在横向之间的联合,又存在纵向关系。典型的联合抵制场景是竞争者之间联合起来,要求其交易相对人不与上述竞争者之外的经营者进行交易。其实质是,单个竞争者没有足够的市场力量要求交易相对人从事上述行为,转而诉诸经营者之间的联合。一般认为,联合抵制一词是指如下情形,即若干企业在与另一个人谈判时,全部都提出与具体的合同标的并不相干的要求;如果一群企业只是坚持按其约定的价格销售,若不能得到这个价格就不销售,则它们的行为只是一个卡特尔。^{〔103〕}有学者以 *Eastern States* 案^{〔104〕}为典型,指出其中存在两种性质的“联合抵制”:木材零售商达成固定价格协议后,必须拒绝与低价购买者进行交易,是与固定价格“无法分割”的;而对批发商的联合抵制则是独立的行为,将其分割开来并不影响固定价格协议的存在与实施,而其合法性状况不能完全取决于固定价格协议的合法性。^{〔105〕}我们同意这一分析,究其本质,联合抵制的内涵仍为横向限制,但应适用合理规则分析。

第二,串通投标。不少法域将串通投标作为一种典型的垄断行为予以规制。有鉴于此,有学者指出,投标者相互之间的串通投标行为属于横向垄断协议的一种形式,而投标者和招标者直接的串通招投标行为属于纵向垄断协议的一种形式;我国虽然有专门的《招标投标法》,但不应排除在《反垄断法》中明确其垄断协议行为的性质和相应的法律适用,增加规定串通招投标条款。^{〔106〕}就此,投标者之间的串通投标行为属于横向垄断协议自无疑义,但投标者与招标者之间的串通投标是否属于纵向垄断协议的一种形式尚待明确。因为二者之间虽然存在纵向关系,但其行为既不属于典型的固定或限定转售商品的价格,也难以归于纵向非价格限制中的排他性购买等行为,并未产生纵向品牌内限制。由此,可以认为,反垄断法无须关注纵向的串通投标问题,而针对横向的串通投标则由横向垄断协议规制已足。

第三,轴辐协议。轴辐协议就其形式上看既存在纵向关系,也存在横向关系。然而,该等协议的实质是通过纵向的联系来促成横向固定价格,限定产量或划分市场的行为。从竞争影响来看,

〔102〕 [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 341 页。

〔103〕 [美] 赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》(第 3 版),许光耀、江山、王晨译,法律出版社 2009 年版,第 242 页。

〔104〕 法院认为零售商如果组织起来协议阻止任何直接与消费者进行交易的批发商或制造商,如果对公众或受抵制人造成了损害则可能被禁止或惩罚。*Eastern States Retail Lumber Dealers' Ass'n v. United States*, 234 U.S. 614 (1914)

〔105〕 许光耀:《联合抵制交易的反垄断法分析》,载《价格理论与实践》2016 年第 3 期,第 44 页。也有学者认为,联合抵制从行为的表现来看属于横向行为,但是从实施效果而言却又是纵向行为。侯利阳:《垄断行为类型化中的跨界行为:以联合抵制为视角》,载《中外法学》2016 年第 4 期,第 1044 页。还有学者认为,联合抵制分为横向与纵向联合抵制,前者应归横向垄断协议规制,而后者中的一部分可以视为滥用市场支配地位。李剑:《论联合抵制交易的违法性判断标准》,载《当代法学》2009 年第 3 期,第 104 页。

〔106〕 王先林:《论我国垄断协议规制制度的实施与完善——以〈反垄断法〉修订为视角》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 1 期,第 115 页。

轴辐协议并非如纵向协议一样，是以品牌内竞争的限制为出发点，而是直接指向品牌间限制。在这种情况下，就应当抛开其纵横交错的形式外观，直接聚焦于其竞争效果进而通过横向垄断协议的规制方法予以认定。⁽¹⁰⁷⁾ 究其本质，当前已有的规范类型足以涵盖作出协议的相关安排：其在形式上应当属于协同行为的一种，即三边协同⁽¹⁰⁸⁾；在效果上应当按照本身违法规则或者基于其总是或者几乎总是排除限制竞争的性质，推定其为违法。也就是说，从法律的解释与适用上看，并无必要将轴辐协议从经验类型上升为规范类型。但必须明确，为了解决轴心经营者的认定问题，应当新增相应条款予以规范。

2. 垄断协议与滥用支配地位的规范竞合

第一，纵向垄断协议与支配地位滥用行为。二者的交集主要存在于纵向非价格限制。在欧盟法下，《关于纵向限制的指南》将搭售和排他性购买列为纵向非价格限制之中的两种类型。⁽¹⁰⁹⁾ 而在中国《反垄断法》下，搭售和排他性交易则在滥用市场支配地位项下予以规制。在美国法与欧盟法下，搭售和排他性交易既可以依据垄断协议也可以依据滥用市场支配地位分析，但通常在当事人具有市场支配地位之时适用滥用市场支配地位的规制框架。⁽¹¹⁰⁾ 究其本质，搭售和排他性交易只有在行为企业具有市场支配地位之时才可能在下游（或上游）产生显著的排斥性效果，进而存在规制的必要。由此，在扩充纵向非价格限制的规范类型之时，不应将滥用市场支配地位行为的已有规定进行重复规制。同时，还需要防止另外一种倾向，即在反垄断法中就滥用市场支配地位立法引入相对优势地位理论。对此，当前的基本共识是：其理论上的重大缺陷可能会引起理论与实务的严重混乱⁽¹¹¹⁾，恐怕将会直接严重影响保护市场公平竞争这个基本立法宗旨的有效实现。⁽¹¹²⁾

第二，横向垄断协议与共同支配地位滥用。在特定情形下，具有一定市场力量的企业无法单独实施排除、限制竞争的滥用行为，而是需要与市场当中相应体量的企业共同实施。此时，其行为的表现形式符合滥用市场支配地位行为当中的具体类型；同时，具有竞争关系的经营者的联合又具有横向垄断协议的部分特征。由此，反垄断规制可能形成错位。一方面，如果以横向垄

(107) 有学者认为轴辐协议应按横向垄断协议规制。参见刘继峰：““中心辐射型”卡特尔认定中的问题”，载《价格理论与实践》2016年第6期，第33页；郭传凯：《美国中心辐射型垄断协议认定经验值借鉴》，载《法学论坛》2016年第5期，第153页；焦海涛：《反垄断法上轴辐协议的法律性质》，载《中国社会科学院研究生院学报》2020年第1期，第29页。也有学者认为应打破垄断协议二分法。参见张晨颖：《垄断协议二分法检讨与禁止规则再造：从轴辐协议谈起》，载《法商研究》2018年第2期，第105页；王先林：《论我国垄断协议规制制度的实施与完善——以〈反垄断法〉修订为视角》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期，第113页；丁茂中：《论规范垄断协议行为的立法完善》，载《政治与法律》2020年第3期，第145页。

(108) See Case No: 2005/1071, 1074 and 1623, Argos, Littlewoods v. OFT and JJB Sports v. OFT, [2006] EWCA Civ. 1318, paras.127, 131.

(109) Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, C(2010) 2365, paras.129, 214.

(110) 总体而言，无论是在美国还是在欧盟，以垄断协议规制排他性交易的案件并不多。[美]理查德·吉尔伯特：《排他性交易的经济分析》和《反垄断法》，黄昆译，载《经贸法律评论》2020年第5期，第103-115页。

(111) 王晓晔：《论滥用“相对优势地位”的法律规制》，载《现代法学》2016年第9期，第79页。不仅反垄断法如此，有论者认为，其亦不需要在《反不正当竞争法》当中单独规制。朱理：《滥用相对优势地位问题的法律规制——虚幻的敌人与真实的危险》，载《电子知识产权》2016年第6期，第39页。

(112) 丁茂中：《论滥用市场支配地位行为规范的立法完善》，载《经贸法律评论》2020年第2期，第129页。

断协议的路径进行规制，相应的涉嫌垄断行为却无法在横向垄断协议框架下找到适配的类型。另一方面，如果以滥用市场支配地位的路径进行规制，则需要解决相应的涉嫌垄断行为，是否需要支配地位企业达成意思一致的证据，方可予以规制。对此，理论界有诸多不同的认识。^{〔113〕}究其本质，若以竞争影响分析为最终归依，则不应在共同支配地位滥用中课以与垄断横向垄断协议规制相同或相近的要求。

3. 垄断行为调查与经营者集中审查的规范竞合

垄断行为调查与经营者集中审查之间可能存在的规范竞合，主要在于企业联营。企业联营作为特殊的企业间联合形态，其联结方式是通过协议完成的，但其最终的影响既可能是行为性的，也可能是结构性的。因为企业联营通常由母公司进行共同控制，如果构成全功能或者完全整合型的安排，其在结构上实质与企业合并无异。然而，当前企业联营在规制对象确定上存在模糊，由于没有法定的概念和条文作为支撑，将企业联营区隔于完全并购的规制框架尚未定型；而且，其在规制标准选择上也存在模糊，不论是基于效果还是基于功能的标准，区分全功能/完全整合型和协议型企业联营的边界都存在一定的模糊性。^{〔114〕}有鉴于此，一方面，要考察该等企业联营具备全功能，即考察是否符合长期经营和具有独立经济实体全部功能两个要件；另一方面，则要考察两个或多个企业或自然人有能力对另一个企业实施决定性影响，即存在所谓的“共同控制”。^{〔115〕}若具备这两项条件，则相应的企业联营应当归于经营者集中审查的范围，考察其结构性影响。

五、结语

考夫曼指出，“立法成功与失败，端赖立法者能否正确地掌握类型”。^{〔116〕}经过一百多年的发展，立法者、学者和司法者在各自的活动场域不断地累积反垄断法的经验认识，并从这些经验认识中归纳反垄断法下的经验类型、逻辑类型和规范类型。在这一过程中，形成了纷繁复杂的反垄断法类型系列。在该等类型系列下，反垄断法共同体进一步地将类型化的成果投射到市场经济的经验世界，进而又型塑了其中经营者、消费者、执法机构与法院的思想与行动。然而，类型化的活动不是没有止境的，应当把握垄断行为类型化的限度所在。立足于“事物本质”的类型化，在反垄断法中形成了垄断协议、滥用市场支配地位与经营者集中三大规范类型，在法律适用中根据基于竞争影响的逻辑类型，以单方限制与协同限制的分析框架评估经验类型及其规范类型转化，构成反垄断法下类型化活动的主轴。

当前，反垄断法下的类型化有其不尽完备和交叉重叠之处，应当进行规整。为此，一方面，应

〔113〕 有学者认为应以高透明度、制约机制、无外部对抗力量等为核心分析。侯利阳：《共同市场支配地位法律分析框架的建构》，载《法学》2018年第1期，第141页。也有学者指出，应将市场透明度较高、具有惩罚机制、缺少对抗力量作为其适用条件。喻玲、兰江华：《滥用市场支配地位诉讼举证困境及对策研究》，载《江西财经大学学报》2020年第4期，第132页。还有学者主张考察判断整体性的结构因素和行为因素。张晨颖：《共同市场支配地位的理论基础与规则构造》，载《中国法学》2020年第2期，第125-128页。

〔114〕 江山：《论协议型企业联营的反垄断规制》，载《环球法律评论》2017年第6期，第108页。

〔115〕 江山、黄勇：《论中国企业联营的经营者集中控制》，载《法学杂志》2012年第10期，第147-148页。

〔116〕 [德] 亚图·考夫曼：《类推与事物本质——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业公司1999年版，第115页。

当确立规范类型深化的前提⁽¹¹⁷⁾：一是根据经验证据的累积来恰当地界定本身违法与合理规则的类型边界，特别是类型化对案件处理起决定性作用之时；二是在实施合理规则的时候，限制类型化分析的使用，避免对其造成过度依赖——若相关限制不能很好地归入成熟的行为类型，应当直接就竞争效果评估。另一方面，在混合类型下产生规范竞合之时，应当将以竞争影响为中心的逻辑类型与垄断行为规范价值融合，在规范适用中立足行为的排除、限制竞争影响，以此为基点追溯行为的本源，亦避免法条竞合，作出恰当的规制选择。面向未来，在当前规范类型未涵盖可能出现的经验类型之时，应当善用类推适用的法律方法，解决在法律发现过程中如何使得事实与法律规范相对应、对接的问题。其根本，始终是解决如下问题：一个规范命题与一个事实命题如何得以等置。⁽¹¹⁸⁾

On the Structured Categorization of Monopolistic Conducts

JIANG Shan

Abstract: The foundation of legal interpretation and application is legal text, the formation of which is inseparable with conceptualization and categorization. With its characteristic fits the “essence of things”, categorization should be a fundamental way of thinking by lawyers, as well as a basic method of formulating legal institution. In the major anti-monopoly jurisdictions, the concepts do not constitute a substantial part of the legal text. The reason might be, in the world of antitrust, facing various business forms and activities, it is difficult for concepts to cover them all as a subsumption approach. Until now, the categorization activities under antimonopoly have been evolving based on the mode of analysis of rule of reason and illegal per se. Via the evaluation of logic category of unilateral restraints and concerted restraints, major experience categories have been screened and elevated to normative categories: monopolistic agreements, abuse of dominant market position, and concentration of undertakings. With the deepening of categorization activities, we should put the above-mentioned categorical sets in order by clarify the central value of “facilitating the categories as a whole”, based on the “essence of things” of monopolistic conducts.

Keywords: Monopolistic Conduct; Categorization; Concept; Conflicts of Norms; Anti-monopoly Law

(责任编辑：王乐兵 汪友年)

(117) Mark Lemley & Christopher Leslie, *Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence*, 93 Iowa Law Review 1207, 1263–1270 (2008).

(118) 王晓：《法律类型理论和类推方式研究：以考夫曼类型理论为起点的认识论探究》，载《浙江学刊》2009年第5期，第150页。