

## 转售价格维持本身违法原则质疑： 先例形成的历史探源

兰 磊\*

**内容提要：**1911年美国联邦最高法院在迈尔斯博士案中判决涉案转售价格维持（RPM）违反《谢尔曼法》。后世逐渐将其解读为确立了RPM本身违法原则，并认为如此判定的理据有二。这种理解对我国反垄断法界认识RPM产生了深远影响。然而，这是一种严重误读。该案引用禁止限制产权让渡法则的目的，并不在于论证限制产权让渡即损害竞争。涉案行为是一种高度复杂的涉及RPM的垄断协议，与经销商横向卡特尔具有相同竞争效果，但并不能由此推出所有RPM均具有此种效果。该案被解读为RPM本身违法权威的过程是一个通过反复援引和不断扭曲形成错误先例的过程。由于大量例外的存在，美国联邦系统从来也不存在真正意义的RPM本身违法规则。在借鉴美国法理时应避免被其先例拘束，而应该专注于探究实体理据。

**关键词：**反垄断法 垄断协议 转售价格维持（RPM） 本身违法原则

### 一、问题的提出

1911年美国联邦最高法院在迈尔斯博士医药公司诉约翰·D. 帕克父子公司案（以下简称迈尔斯博士案）<sup>〔1〕</sup>中判决，涉案转售价格维持（RPM）<sup>〔2〕</sup>因违反《谢尔曼法》第1条禁止限制贸

\* 兰磊，华东政法大学知识产权学院副教授。

本文系2018年华东政法大学科学研究项目“大数据环境下限制竞争行为规制研究”（18HZK006）的阶段性成果。

〔1〕 Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911). 本文中括号内的页码均指该案原文判决书的页码。

〔2〕 转售价格维持（RPM）是指产品销售链条中（链条的长短在具体情形下有所不同，依次可能包括生产商、批发商、分销商、经销商、零售商）上游经营者在将产品出售给下游经营者时，对后者转售时收取之价格设置限制的情形。一般认为，根据限制形态的不同，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（RPM）特指固定转售价格和最低转售价格维持。

易的规定而违法。该案逐渐被解释为确立了 RPM 适用本身违法原则的先例。<sup>〔3〕</sup>事实上，直到 2007 年被丽锦案推翻，该案无论在学术界还是司法界，无论在美国还是其他法域，均一直被视为支持 RPM 本身违法的权威判例。

按照主流观点的解读，迈尔斯博士案判决 RPM 本身违法的主要理据有两点：<sup>〔4〕</sup>一是反对“限制产权让渡”的普通法政策；二是认为生产商实施的 RPM 与经销商之间形成的横向卡特尔具有同等恶劣的竞争效果。这一认识直接或间接地影响着人们对 RPM 福利效果的理解。<sup>〔5〕</sup>

我国学术界对《中华人民共和国反垄断法》第 14 条 RPM 条款的理解深受迈尔斯博士案（尤其是其理据二）的直接或间接影响，不少学者认为 RPM 与横向限制具有同等反竞争效果，或者 RPM 等同于共谋，因此应采用本身违法原则或者类似的严厉规制态度；<sup>〔6〕</sup>有学者在论证 RPM 严重限制竞争的命题时，直接以美国实践作为依据或论据，<sup>〔7〕</sup>甚至更具体地以迈尔斯博士案为依据<sup>〔8〕</sup>。

学术界对迈尔斯博士案或美国实践的前述认识，也影响到相关公共机关。例如，全国人大常委会法制工作委员会经济法室和国务院反垄断委员会编写的反垄断法资料，均直接或间接地以该案或者前述主流解读为根据，认为 RPM 严重限制竞争。<sup>〔9〕</sup>

然而，迈尔斯博士案只是判决涉案 RPM 违法，根本没有概括性地判决 RPM 本身违法。但它却从一个针对个案行为的判决演变成了一个针对一类行为的规则先例。这是如何发生的？美国反垄断法界又是如何对待这一所谓“先例”的？丽锦案之前美国联邦反垄断法是否真的对 RPM 采用本身违法原则？澄清这些问题不但有助于解决我国当下如火如荼的关于 RPM 分析模式的争议，而且有利于预防法律移植过程中存在的错误倾向。

〔3〕 本身违法原则是一种垄断行为分析模式，与合理原则相对应。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对竞争的限制效果是否具有合理性，不合理的协议才构成违法。本身违法原则是认为某类协议具有竞争损害的不可反驳的推定，只要个案中证明涉案协议在形式上符合特定协议类型即可直接认定其损害竞争。对现代合理原则分析框架的介绍，参见兰磊：《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。

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

〔5〕 例如 Frank Mathewson, Ralph Winter, *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, 13 *Review of Industrial Organization*, 58-59 (1998) (指出大多数国家对 RPM 向来持有敌意态度的“两个智识基础来源”，是产权让渡法则以及纵向限制明显降低经销商之间的竞争)。

〔6〕 例如，王晓晔主编：《中华人民共和国反垄断法详解》，知识产权出版社 2008 年版，第 104 页；王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 248 页；周昀：《反垄断法新论》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 165-166 页。

〔7〕 例如，孟雁北：《反垄断法》，北京大学出版社 2017 年版，第 120 页；时建中主编：《反垄断法——法典释评与学理探源》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 163、173 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。

〔8〕 例如，王晓晔：《竞争法学》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 269 页；王晓晔：《王晓晔论反垄断法》，社会科学文献出版社 2010 年 5 月，第 135 页；王晓晔：《RPM——中国反垄断执法乱象探析》，载《经济法研究》2018 年第 2 期；种明钊主编：《竞争法学》，高等教育出版社 2012 年版，第 264 页；邵建东、方小敏、王炳、唐晋伟：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 245-246 页；孙晋：《反垄断法——制度与原理》，武汉大学出版社 2010 年版，第 68 页；孙晋、李胜利：《竞争法原论》，武汉大学出版社 2011 年版，第 80 页。

〔9〕 参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室编：《中华人民共和国反垄断法：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2007 年 9 月，第 80 页，但它并没有因此得出 RPM 本身违法的结论；国务院反垄断委员会编：《〈中华人民共和国反垄断法〉知识读本》，人民出版社 2012 年版，第 78、80 页，但它并没有因此得出 RPM 本身违法的结论，参见该书第 77-78、81、83 页。

## 二、迈尔斯博士案的时代背景

### （一）RPM野蛮生长期的大量反竞争表现

在19世纪下半叶，产品包装、品牌化和广告活动开始广泛兴起。消费者可以轻易发现不同店铺销售同一商品的价格差异，从而激化了价格竞争。与此同时，依靠低价策略的大型百货商店和多店销售企业迅速兴起。在此背景下，RPM不但成为一种可能，而且成为小店铺维护既得利益的工具。<sup>〔10〕</sup> 1890年《谢尔曼法》制定之后，RPM在美国迅速成为最具争议的纵向行为之一。<sup>〔11〕</sup>

美国学者乔纳森·贝克尔指出，法律规则具有形塑企业行为的功能，进而会影响人们能够观察到的竞争效果。如果法律规则禁止系争行为的反竞争情形，人们观察到此类反竞争情形就会减少。<sup>〔12〕</sup>

早期法院主要根据普通法判断RPM的合法性。受当时流行的古典政治经济学不干预思想的影响，多数法院认为RPM合法。<sup>〔13〕</sup> 这种法律状态不但为促进竞争的RPM创造了良好发展空间，也成为滋生反竞争RPM的温床。

在当时的法律环境下，横向固定价格协议经常被视为非法。如果经销商想要固定某产品的价格，最有效的方法莫过于强迫生产商对所有经销商施加RPM。生产商不但可以请求法院强制执行RPM，而且可以使用当时非常盛行的一种执行RPM的方法，即通过行业协会实施的集体安排：每个会员生产商将其固定的转售价格通报给行业协会的秘书，由协会负责执行，一旦发现经销商折价销售将予以警告，若有再犯则将其列入禁止供货名单，并指示所有会员生产商向其断货。<sup>〔14〕</sup>

在此宽松的法律环境下，很多行业都出现了利用RPM实施横向卡特尔的现象。<sup>〔15〕</sup> 最为突出的领域是医药行业，其乱象深刻影响了后世RPM的法理发展。

### （二）早期美国医药领域广泛存在借助RPM实施卡特尔的现象

早期美国医药市场的规制相当宽松，因此充斥着低成本、小规模的产品生产商。日益增多的折扣药品批发商和零售商不断加剧价格竞争的压力，为该产业的经营者弱化价格竞争提供了强大动力。<sup>〔16〕</sup> 其中，医药零售商为维护自身利益、避免低价新型经销商的竞争，尤其拥有充

〔10〕 See B. S. Yamey, United Kingdom, in B. S. Yamey ed., *Resale Price Maintenance*, Aldine Publishing Company, 1966, p. 251.

〔11〕 See J. Fortenberry, A History of the Antitrust Law of Vertical Practices, in Richard O. Zerbe, Jr. ed., *Research in Law & Economics*, Vol. 11, JAI Press Inc., 1988, p. 146.

〔12〕 See Jonathan B. Baker, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019, p. 87.

〔13〕 See Herbert Hovenkamp, *Enterprise and American Law, 1836—1937*, Harvard University Press, 1991, p. 343.

〔14〕 See G. C. Allen, *Monopoly and Restrictive Practices*, George Allen & Unwin Ltd, 1968, p. 105.

〔15〕 不但美国如此，许多国家在RPM出现初期均广泛存在此类现象。See B. S. Yamey ed., *Resale Price Maintenance*, Aldine Publishing Company, 1966, p. 31（加拿大），p. 197（荷兰），p. 231（爱尔兰），p. 251（英国）。

〔16〕 See Rudolph J. R. Peritz, “Nervine” and Knavery: The Life and Times of Dr. Miles Medical Company, in Eleanor Fox, Dan Crane eds., *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, pp. 63–73.

分的动力团结一致，要求维持经销利润率。

但该产业的特点决定了要弱化价格竞争必须走“联合”之路。药品分销采用传统的生产商—批发商—零售商（药店）—消费者模式。各个环节均存在影响力巨大的行业协会。生产商层面早在 1881 年就成立了专利药协会（PA），<sup>〔17〕</sup>旨在保护大型药品生产商的利益，主要活动包括游说政府、起草统一格式的分销合同和广告合同、协调商标保护和维持转售价格。<sup>〔18〕</sup>批发商层面存在全美医药批发商协会（NWDA），旨在垄断和控制专利药方面的销售业务，以及阻止其间竞争，1882 和 1883 年其垄断和控制了全美 90% 的药品批发业务。<sup>〔19〕</sup>零售商层面存在成立于 1898 年的全美医药零售商协会（NARD）。1906 年的一个案件显示，当时 PA 代表全美 90% 的药品生产商，NARD 代表全美 95% 的医药零售商。<sup>〔20〕</sup>NARD 是一个具有巨大政治影响力的组织。它不但在迈尔斯博士案之前积极参与该行业的 RPM 政策制定和执行，之后亦长期致力于游说联邦国会和州议会制定豁免迈尔斯博士案规则的“公平贸易法”及其他类似的保护经销利润率的法律。<sup>〔21〕</sup>

这些行业协会的存在为药品行业利用 RPM 从事反竞争行为提供了极大便利。例如，在 1903 年帕克诉 NWDA 案中，纽约州上诉法院指出，早期药品生产商并不维持统一价格，这导致不同批发商的进货条件不同，进而影响其盈利状况，为解决这一问题才成立了 NWDA。“该协会在一次会议上制定和通过了专利药销售业务行动计划，要求生产商对于固定的数量固定统一的批发价和零售价，他们约定维持该等价格……”<sup>〔22〕</sup>在 1906 年洛德诉杰恩案<sup>〔23〕</sup>中，原告证明了美国医药领域存在一个同时涉及 PA、NWDA 和 NARD 的卡特尔。NARD 定期开会制定最低 RPM 并收集系统性折价销售的零售商名称，PA 和 NWDA 则拒绝与折价零售商交易。<sup>〔24〕</sup>

然而，在存在众多经营者的情形下，追踪折扣零售商的货源并非易事。为解决这一难题，医药行业开发了所谓的“直接合同”销售方式（生产商与批发商、零售商均直接签订要求它们维持转售价格的合同）；并且生产商每单出货都标有序列号，要求批发商向生产商报告货物的流向。<sup>〔25〕</sup>药品领域的 RPM 还有一个重要特征，即采取所谓集体实施、集体执行方式。简言之，生产商统一采用标准格式的分销合同，并与批发商、零售商的合同系统相互配合，后者设定统一零售价格，前者负责执行，共同限制价格竞争，保护品牌生产商和分销网络。<sup>〔26〕</sup>

集体实施和集体执行 RPM 是一种典型的横向卡特尔，其竞争危害性显而易见。在个体实施

〔17〕 1989 年更名为非处方药生产商协会（Nonprescription Drug Manufacturers Association, NDMA）。早期药品领域通常区分处方药和非处方药，后者也称“专利药”（patent drug 或 proprietary drug）。

〔18〕 参见前引〔16〕，Peritz 文，第 65 页。

〔19〕 See John D. Park & Sons Co. v. NWDA, 67 N. E. 136, 137-138 (1903).

〔20〕 See Loder v. Jayne, 142 F. 1010, 1013 (C. C. E. D. Pa., 1906).

〔21〕 See S. C. Hollander, United States of America, in B. S. Yamey ed., *Resale Price Maintenance*, Aldine Publishing Company, 1966, pp. 68-73（积极支持“质量稳定法”议案，此议案授权品牌商固定零售价格）。

〔22〕 John D. Park & Sons Co. v. NWDA, 67 N. E. 136, 137-138 (1903).

〔23〕 Loder v. Jayne, 142 F. 1010, 1014 (C. C. E. D. Pa., 1906).

〔24〕 参见前引〔13〕，Hovenkamp 书，第 345 页；前引〔11〕，Fortenberry 文，第 211 页。

〔25〕 参见前引〔11〕，Fortenberry 文，第 147-148 页。

〔26〕 参见前引〔16〕，Peritz 文，第 79 页。



的情况下,各个生产商根据自身利益考量决定是否实施、实施何种类型的RPM。现代经济学认为,除非具备可以从事反竞争行为的特定条件,否则只有在RPM能够为消费者带来更大利益的情况下,生产商实施RPM才能得到消费者青睐并为双方均带来更大利益。因此,生产商自主决定实施RPM通常是因为此举对竞争有利。<sup>[27]</sup>然而在集体实施、集体执行的情况下,原本不具有反竞争能力的生产商集中起来便可以具有从事反竞争行为的足够市场势力。迫使原本无动力采用RPM的生产商加入实施者的行列,即便未带来服务水平和竞争层次的提高,亦可能通过限制竞争有利可图。

“当法院判决迈尔斯(博士)案时,共谋的‘瘟疫’正蔓延于美国的制药业。许许多多由药品批发商和零售商组成的药品贸易协会都达成了以维持专利和私人享有生产技术药品的转售价格为目的的协议。”<sup>[28]</sup>事实上,医药领域只不过是当时最经常使用RPM协助卡特尔的一个领域,其他行业同样存在这种现象。例如在大陆墙纸案中,联邦最高法院判决,同时包含RPM和横向固定价格的行为违反《谢尔曼法》。<sup>[29]</sup>

不过,当时人们对于此类RPM的危害性并无清晰的认识。在迈尔斯博士案判决前的几十年间,很多生产商请求强制执行“直接合同”计划。早期案例主要运用财产法的思维确认了此类合同的合法性。<sup>[30]</sup>法院在考察此类合同时,经常没有严格区分集体实施和个体实施。

### (三) 反垄断法界对医药领域RPM性质的认识转变

随着思想领域的变化,反垄断法实务界对于“直接合同”计划合法性的认识也在发生改变。在1903年帕克诉MWDA案中,纽约州上诉法院对此计划的危害性就已经发生了严重分歧。<sup>[31]</sup>多数意见仍然采用财产权的思路,认为生产商的发明创造赋予其对受专利和商标覆盖之产品享有控制权,包括规定价格和要求经销商维持该等价格;NWDA作为中介人亦从生产商行使财产权的行为之中得到从事此类限制的授权。异议意见则认为,NWDA的组织目的就是要垄断和控制全美医药批发业务以及阻碍其间竞争。

在1907年判决的哈特曼诉帕克案中,医药生产商哈特曼公司起诉帕克公司侵权性干预其直接合同系统,帕克提出该系统违反反垄断法的抗辩。初审法院判决哈特曼的合同系统属于合理的附带限制,并对帕克发布禁令。第六巡回法院勒顿法官撤销了一审判决。判决书开篇便指出本案涉及的并非单个生产商针对单个转售商强制执行RPM的行为,并在后续分析中一再强调这一点。<sup>[32]</sup>

勒顿法官以大陆墙纸案这个横向卡特尔案件作为支撑先例,认定本案涉及的系统具有严

[27] See Benjamin Klein, Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding, 76 (2) *Antitrust L. J.*, 431 (2009).

[28] 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75页。

[29] See *Continental Wall Paper Co. v. Voight & Sons Co.*, 212 U.S. 227 (1909).

[30] See, e. g., *Grogan v. Chaffee*, 156 Cal. 611 (1909); *Dr. Miles Medical Co. v. Platt*, 142 F. 606 (C. C. D. Ill. 1906); *Dr. Miles Medical Co. v. Jaynes Drug Co.*, 149 Fed. 838 (C. C. D. Mass. 1906); *Dr. Miles Medical Co. v. Goldthwaite*, 133 F. 794 (C. C. D. Mass. 1904).

[31] See *Park & Sons Co. v. NWDA*, 175 N. Y. 1, 31 (N. Y. Ct. App. 1903).

[32] See *John D. Park & Sons Co. v. Hartman*, 153 F. 24, 26, 41, 43 (6th Cir. 1907).

重的竞争危害：“每个单独合同的通用目的都是规制原告所产药剂的价格和销售。一个共同目的将所有订约人相互连接起来，该‘系统’应被解释为‘一个整体’，原告和每一个作出允诺的经销商（无论是批发商还是零售商）是其当事人，每个该等订约人作出的仅按生产商要求之价格进行销售的允诺共同构成一个总体计划。”<sup>〔33〕</sup>按照现代的术语来说，它们实际构成一个以生产商为轴心、以经销商为辐条的轴辐式卡特尔。<sup>〔34〕</sup>

#### （四）哈特曼案判决涉案 RPM 非法时适用的分析模式是合理原则

勒顿法官具体分析了涉案总体计划的竞争危害：“该‘合同系统’的明显效果是……第一，摧毁了批发商之间在销售原告药剂方面的所有竞争……第二，摧毁了零售商之间的所有竞争……因此，造成了一个在生产商、批发商和零售商之间维持价格和压制竞争的整合（combination）。”<sup>〔35〕</sup>

勒顿法官的分析看似没有明确平衡反竞争效果与促进竞争效果，并且看似仅关注品牌内价格竞争，实则采用了合理原则的分析模式：只是因为本案事实情况下反竞争效果明显，且没有促进竞争效果可与之进行平衡，因此也就无需作明示的平衡操作。但他采用合理原则分析的思路是非常明显的。

勒顿法官以阿迪斯顿管道案中提出的“赤裸限制—附带限制二分法”（合理原则的一个特例）作为分析框架。<sup>〔36〕</sup>首先，他援引普通法禁止限制产权让渡的政策推定 RPM 限制贸易：<sup>〔37〕</sup>

让渡权是动产一般财产权包含的至关重要的内容之一，限制产权让渡通常被视为有害公共政策，物品在不同人之间流转的极大自由最有利于该等公共政策的实现。对物品、物件、财产让渡的一般限制……通常被判无效。“如果某人”，柯克爵士在《柯克论利特尔顿》第 360 节谈到，“占有……一匹马或者任何其他财产，无论是不动产还是动产，并且以受赠人或买方不得让渡该财产的产权为条件，将他在其中的全部利益或财产进行赠与或者销售，该条件无效，因为全部利益和财产都已脱离了他，因此他没有任何恢复该利益的可能；并且这样做也违反贸易、交易以及人与人之间的谈判和缔约。”<sup>〔38〕</sup>

其次，他要求原告（生产商）通过证明涉案限制的附带性质来反驳这一推定：该等合同表面上就明显限制贸易，“除非原告施加给其买方和更下游买方的约束，仅仅是保护其自身利益所需的合理且部分性限制，如出售业务或财产之人可以合法索要的那种限制”<sup>〔39〕</sup>，“原告必须证明该等约文不超过保护自身免受不当使用损害其保留业务所需的必要程度”<sup>〔40〕</sup>。

〔33〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 41 (6th Cir. 1907).

〔34〕 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。

〔35〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 42 (6th Cir. 1907).

〔36〕 See Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211, 282 (1899)（附带限制是指如下合同限制，其“仅仅附属于合法合同的主目的，并且为保护受诺人享有合同合法成果或者为保护其免于另一方不正当使用该等成果所必需”）。

〔37〕 这种理解已被现代反垄断法所抛弃。See Herbert Hovenkamp, Reasonable Patent Exhaustion, 35 Yale J. on Reg., 534–538 (2018); Herbert Hovenkamp, Antitrust and the Design of Production, 103 Cornell L. Rev., 1162–1166 (2018). 不过，在哈特曼案中，该推定得到前述详细反竞争效果分析的补强，因此并不影响“勒顿法官采用了合理原则”之结论。

〔38〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 39 (6th Cir. 1907).

〔39〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 40 (6th Cir. 1907).

〔40〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 44 (6th Cir. 1907).

然而,该案原告除了一般性地提及百货店和削价店对其业务造成困扰,对其声誉造成不利影响,造成产品销售枯竭之外,并没有提供足够事实证明直接合同系统具有正当性:“并不清楚压制其买方和更下游买方之间的竞争如何会确保其享有销售合同带来的合法成果——这是限制性约文所依附的对象——或者如何保护其免于不公正竞争之害,起诉状也没有主张事实供我们确定这些约文是否必要、合理。”<sup>〔41〕</sup>易言之,原告并未证明涉案行为属于附带限制,从而未能反驳前述推定。

总而言之,“勒顿法官清晰表明他之所以谴责该 RPM 协议,只是因为卷宗表明该 RPM 被用于便利共谋”<sup>〔42〕</sup>。卷宗清晰揭示了一个实实在在损害竞争的限制措施,RPM 只是其重要组成部分:在一个充斥着卡特尔的行业之中,广泛存在着维持转售价格的标准合同系统;转售商卡特尔在此行业广泛存在,并对生产商施加各种压力;该合同系统对生产商带来的利益显而易见——消除其间的任何竞争。法院不但认定涉案 RPM 行为违反了禁止限制产权让渡的普通法政策,而且认定它对市场竞争具有严重影响,甚至认定了一个包含生产商、批发商和零售商的总体卡特尔方案。相反,生产商未能对此合同如何服务其合法利益提供任何令人满意的解释。法官只能做出合同不可强制执行的结论。判决涉案 RPM 违法的理由,并非基于对 RPM 竞争损害性质的“概括判断”,而是基于涉案 RPM 的“个案判断”。

### 三、迈尔斯博士案的判决意见分析

#### (一) 迈尔斯博士案的诉讼史

1908年,迈尔斯博士公司又提起了一起强制执行合同计划的诉讼。此案与哈特曼案的被告都是帕克公司,起诉状由相同的律师起草,<sup>〔43〕</sup>采取了基本相同的诉讼策略。地区法院判决迈尔斯博士公司败诉。上诉审由审理哈特曼案的同一个合议庭处理,并且同样由勒顿法官撰写判决意见。<sup>〔44〕</sup>

他在判决意见中写道:“原告寻求救济的行为正是哈特曼案中指控的行为。”<sup>〔45〕</sup>判决迈尔斯博士公司败诉。后者不服,向联邦最高法院提起调卷令申请。

联邦最高法院多数意见高度依赖勒顿法官(此时已晋升为联邦最高法院大法官)在哈特曼案中的判决意见。还大段引用了该案有关判词。最终,多数意见维持了下级法院所作的无效判决。

#### (二) 迈尔斯博士案对涉案 RPM 的竞争效果评价

以现代经济学的眼光来看,多数意见的分析确实存在一些可商榷之处。但它无疑采用了合理原则的分析模式。重要的是,多数意见并未由此延伸得出 RPM 一概损害竞争且缺乏正当理由的结论。

多数意见的分析结构相当简单。它首先指出,涉案协议是一套有 400 多家批发商和 25000 多家零售商参与的“精心设计的系统,(迈尔斯博士公司)据以寻求维持它为自己产品在批发和零售层面的所有销售所固定的特定价格”(第 394 页),并把争议的“主要问题”界定为“涉案限制

〔41〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 44 (6th Cir. 1907).

〔42〕 前引〔13〕, Hovenkamp 书, 第 346 页。

〔43〕 参见前引〔11〕, Fortenberry 文, 第 214 页。

〔44〕 See Dr. Miles Medical Co. v. Park & Sons Co., 164 Fed. Rep. 803 (6th Cir. 1908).

〔45〕 Dr. Miles Medical Co. v. Park & Sons Co., 164 Fed. Rep. 804 (6th Cir. 1908).

性协议的有效性”（第 395 页）。

多数意见把对此问题的实体考察归纳为原告是否“有权维持和保有其制定和建立的前述合同和销售系统及方法”。它对此作了否定回答：“这是一个相互锁扣的限制系统，原告据以寻求不仅控制代理人销售其产品的价格，而且控制批发或零售层面所有经销商（无论是买方还是更下游买方）进行所有销售的价格，从而固定消费者支付的价格，消除了所有竞争。”（第 399 页）

多数意见引用哈特曼案意见，指出该案“已描述了该系统的关键特征”，它“造成了一个在生产商、批发商和零售商之间维持价格和压制竞争的整合”。“在与‘全国大多数医药批发商和多数医药零售商’订立之后，并且以控制全部贸易为目的，这些协议……限制州际贸易和商业。”（第 399 - 400 页）

此等评价完全围绕涉案限制展开讨论，而非一般性地评价 RPM 的竞争影响。

### （三）RPM 本身违法规则理据一的原意

然而，迈尔斯博士公司对其合同系统提出了两方面的抗辩，多数意见的主要篇幅均围绕这两个抗辩展开讨论。<sup>〔46〕</sup>多数意见将第二项抗辩（生产商有权控制自己产品所有销售之价格）的真正含义归纳为：“由于生产商可以自己选择是否生产和销售，因此它也可以就……买方处置其产品时收取的价格附加条件。它主张，该等限制的正当性源于生产商的自由。”多数意见明确否定了这一逻辑：“但是，生产商没有义务生产或销售，并不能从中推导出若其实际进行销售则可以对买方设置任何类型的限制。”（第 404 页）

多数意见并非旨在禁止生产商设置“任何一种限制”，而是允许其基于生产商自由设置限制，但并非可以随心所欲地设置“任何类型的限制”，它为此举了两个反例：其一，在普通法上“对财产权让渡的一般限制通常无效”，并为此引证了哈特曼案的大段表述（第 404 - 405 页）；<sup>〔47〕</sup>其二，以版权领域先例为例提出的另一项原则，即“如果不存在合同或法定权利，生产商亦不能以通知方式固定未来销售之价格，即便买方知悉该等限制”，因为“不管生产商拥有什么权利将其控制权延伸到自己所作销售行为之外，它在这样做时都不能依赖依附于生产及原始所有权的内在权力，而必须依赖协议”（第 405 页）。

虽然迈尔斯博士案和哈特曼案使用了有关禁止限制产权让渡的同样一段判词，但它在两个案件中的作用却截然不同。在哈特曼案中，它用于支持如下命题：“该等限制销售和价格的系统……违反了动产或仅依交付而让渡之其他物品的普通及正常交易自由”，因此会导致设置此等限制的协议无效。<sup>〔48〕</sup>易言之，禁止限制产权让渡理论在此被用于对生产商设置的转让限制作否定性评价。这种理解正是后人通常理解的迈尔斯博士案的理据一。由于反垄断法评价行为有效性的唯一标准是相关行为是否损害竞争，此便意味着，限制产权让渡即构成竞争损害。问题在于，禁止限制产权让渡法则的关切并非竞争自由，以此作为判断竞争损害的标准并不恰当。

迈尔斯博士案则完全在另一种意义上使用这一法则，它与对转售限制的竞争性评价并无直接

〔46〕 第一项抗辩（秘密制造制作方法例外）不是本文讨论的重点，我们只需指出，多数意见否定了这一抗辩。

〔47〕 即前引〔38〕所指整段引文。

〔48〕 See John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 24, 39 (6th Cir. 1907).



关系，仅仅在于说明并非生产商设置的任何转让限制均可基于生产商自由而有效——普通法上的反对产权让渡法则是一例，版权法上的反对延伸控制权法则是另一例。这些反例无需立基于竞争政策；迈尔斯博士案也从未将涉案限制与反对产权让渡法则直接相联系。<sup>〔49〕</sup> 后世将禁止限制产权让渡法则作为迈尔斯博士案判决 RPM 本身违法的理据之一，属于断章取义。

#### （四）RPM 本身违法规则理据二的原意

多数意见又分两个步骤对涉案限制做了更为深入的实体考察。它首先将评判一项限制是否违法的标准归纳为：“要维持一项限制的效力，必须认定其对于公众和当事人而言均是合理的，并且仅以个案情况下保护受诺人公允所需的程度为限。否则，限制贸易行为因违反公共政策而无效。”（第 406 页）此标准与现代合理原则具有相同的核心内容。

在此基础上，多数意见运用前述塔夫脱法官提出的“赤裸限制—附带限制二分法”框架，评估涉案限制是否能够得到证成。在排除塔夫脱法官列举的四种认定附带限制的主交易类型以后，多数意见继而考察了如下利益是否可证成反竞争效果，即“起诉状主张标准零售价格具有重要性，并一般性地主张低于固定价格销售造成困惑和损害”（第 407 页）。

多数意见从两个角度对此进行回应：其一，从事实角度看，RPM 并不能使生产商（迈尔斯博士公司）受益。这是因为 RPM 主要使经销商受益，生产商因低于固定价格销售行为而遭受的所谓损害是指，经销商之间的竞争导致某些经销商无法享受到 RPM 带来的更大利润（第 407 页）。在当时对 RPM 的认知状态下，联邦最高法院无法理解经销商利润下降如何会损害生产商的利益。<sup>〔50〕</sup> 这就否定了迈尔斯博士公司以此利益证成限制行为的可能性。

其二，从法律角度看，退一步讲，即使 RPM 使生产商受益，还要考察“它是否属于这样一种利益，即生产商有权为了确保其实现而对拥有所售货物的经销商设置交易自由之限制”（第 407 - 408 页）。多数意见在回答这一问题时，将迈尔斯博士公司实施的涉案限制类比为经销商横向卡特尔。

第一步，多数意见首先设定如下类比基础：“就此问题而言，原告实施的包含众多相同合同的计划在法律上并不比如下情况更受优待，即经销商自己通过相互达成协议组建一个整合，试图设定与之相同的限制，并以此实现与之相同的结果。如果经销商由此获取的直接利益不足以支持此等直接协议，原告据称的隐蔽利益亦不可视为足以支持其系统。”（第 408 页）

这一步隐含着一个命题：由原告生产商实施的限制经销商之间竞争的纵向限制（即原告实施的“包含众多相同合同的计划”）与经销商相互间实施的横向卡特尔（即“经销商自己通过相互达成协议组建一个整合”）具有相同的竞争效果，否则这一类比基础就无法成立。

第二步，多数意见引用大量先例指出，经销商横向卡特尔无效，“经销商之间以破坏竞争和

〔49〕 多数意见提出两个基于各自政策的反例，目的在于说明以竞争政策为基础设置第三个反例同样成立。

〔50〕 当然，20 世纪 60 年代之后学术界陆续提出了多种对 RPM 作促进竞争解释的理论，它们澄清了这一损害机制。其中最为著名的几种解释包括防止搭便车、扩大分销渠道、执行不完全合同。其基本理念是，生产商的产品销售依赖经销商提供各种服务，这些服务是有成本的，如果经销商不能从经销生产商产品中获得足够的回报，（至少有些）经销商将放弃经销其产品，从而对生产商不利。相关梳理，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 - 40 页。

固定价格为唯一目的的协议或整合损害公共利益且无效。它们并不因为参与方预期从消费者支付的价格上涨中获益而得以免责。”（第 408 页）

第三步，多数意见顺理成章地得出本案限制同样无效的结论：“原告的计划落入谴责此类合同之原则的适用范围。就效果而言，它形成了一个追求被禁止之目的的整合。”（第 408 页）

整个推理过程的形式为：

由于经销商横向卡特尔无效（第二步的命题）（前提 1），

并且本案生产商实施的包含众多相同合同的计划与经销商横向卡特尔具有相同竞争效果（第一步的隐含命题）（前提 2），

所以，本案生产商实施的包含众多相同合同的计划无效（第三步的命题）（结论）。

这一推理过程中，前提 1 得到大量判例的支持，是成立的。根据多数意见对涉案合同系统的判断，前提 2 也是成立的，因为涉案合同系统虽然表面上为纵向限制，实则是赤裸裸的横向限制，与经销商横向卡特尔在竞争效果方面无异。因此，这一推理显然是没有问题的。

然而，第一步的隐含命题（前提 2）被后人脱离语境地作了误读，从而得出一个与经济学研究成果不一致的错误命题：纵向限制的竞争效果与横向卡特尔相同。例如，丽锦案即将迈尔斯博士案判决 RPM 本身违法的理据二总结为：生产商控制转售价格的“协议将对分销商而非生产商有利，并可类比为竞争分销商之间的整合，而法律视后者为无效”<sup>〔51〕</sup>。

但是，在迈尔斯博士案作为类比基础的判词之中，用以与经销商横向卡特尔相提并论的是“该案涉案合同计划”，而非所有“RPM”，更非所有“纵向限制”。涉案合同计划显然与经销商横向卡特尔具有可比性，但它只不过是一个包含 RPM 和纵向限制因素的高度复杂的横向卡特尔，它与通常的 RPM 或纵向限制并不具有任何可比性。正如著名的阿瑞达-霍温坎普《反托拉斯法释论》（以下简称《释论》）指出：“虽然纵向固定价格协议和横向（经销商）固定价格协议均消除经销商之间的品牌内价格竞争，但它们存在根本差异。生产商可能拥有限制转售价格的促进竞争理由；若非如此，经销商就无以证成其间的横向固定价格。”<sup>〔52〕</sup>认为迈尔斯博士案将横向限制与纵向限制相等同，是典型的偷换概念：把原判决中的“涉及 RPM 的经销商横向卡特尔”偷换为一个具有完全不同竞争效果的概念——RPM。

## 四、迈尔斯博士案的命运起伏

### （一）迈尔斯博士案并未立即被视为 RPM 本身违法的先例

霍温坎普把迈尔斯博士案称作“最令人困惑的早期《谢尔曼法》反垄断案件之一”<sup>〔53〕</sup>。它被后世尊为 RPM 本身违法的权威先例。然而，在该案判决之后的相当长一段时间内，法院并没有

〔51〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 887 (2007).

〔52〕 Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol. 8, Wolter Kluwer, 2010, p. 230.

〔53〕 前引〔13〕，Hovenkamp 书，第 340 页。

如此看待它。奥弗斯特里特在1983年为FTC准备的一份报告中总结道：“从1908年直到20世纪20年代初，（RPM）的合法性基本处于不确定状态。……相互抵触和不分伯仲的下级法院判决，分裂的判决意见，针对非合同形式RPM之一般规则的缺乏，以及1914年《克莱顿法》的含义模糊，凡此种种阻碍了共识的形成。”<sup>〔54〕</sup>

例如，1912年勒顿大法官在亨利诉A. B. 迪克案中撰写的判决意见，想当然地认为一项专利产品的卖方有权要求订立RPM协议。<sup>〔55〕</sup>在1913年弗丘案<sup>〔56〕</sup>中，食品制作器械专利权人Owatonna公司与Creamery公司签订合同，规定后者担任其产品的销售代理并固定了其目录价格。联邦最高法院在分析过程中并未援引迈尔斯博士案判决此行为因构成RPM而非法。

事实上，即便在1918年高露洁案<sup>〔57〕</sup>中，联邦最高法院也没有明确指出迈尔斯博士案确立了RPM本身违法的规则，而只是指出“在迈尔斯博士案中，非法整合行为是通过旨在阻止经销商自由行使销售权的系列合同实施的”<sup>〔58〕</sup>。这一表述并非旨在从非法整合认定过程中排除考察竞争损害分析，而是恰恰相反，旨在强调迈尔斯博士案认定非法整合的原因在于经销商横向卡特尔损害了竞争。

在1920年施拉德案中，该院区分了高露洁案和迈尔斯博士案，但也没有认为后者判决RPM本身违法，而是强调前者涉及生产商的单方行为，后者涉及协议行为；并且指出迈尔斯博士案是依该案事实判决涉案RPM非法：“在（迈尔斯博士案）中，当事人通过旨在实现如下目的之协议进行整合，即……破坏竞争并且限制州际商业的自由、自然流动。”<sup>〔59〕</sup>

这一时期的州法院也清晰地强调，迈尔斯博士案判决行为非法的基础是个案行为的反竞争情势。例如，在1912年亨希克案<sup>〔60〕</sup>中，加利福尼亚州最高法院判决，哈特曼案和迈尔斯博士案均不适用于竞争性市场上卖方实施的RPM，因为这两个先例均涉及垄断性卖方。在1913年斯旺森案中，华盛顿州最高法院认为，迈尔斯博士案与竞争性市场上卖方实施的RPM可加以区分，因为迈尔斯公司实施的系统具有非常复杂的特征，除了形成和固化垄断以外别无他用；法院还指出，虽然迈尔斯博士案多数意见中的“某些表述与本院阐述的观点似乎相反，但该判决意见明确称产生某种限制之本身并不必然导致合同无效”<sup>〔61〕</sup>。在1915年家乐氏案中，法院将迈尔斯博士案解释为代表如下命题，即“生产商借助生产商、批发商和零售商之间的合同系统，试图控制所有经销商的所有销售价格”是非法的。<sup>〔62〕</sup>

## （二）迈尔斯博士案向RPM本身违法先例的嬗变

“从1921年到1929年间，各级法院和FTC的决定逐渐限缩可允许的RPM的范围，直至几

〔54〕 Thomas R. Overstreet, Jr., Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1983, p. 3.

〔55〕 See Henry v. A. B. Dick Co., 224 U.S. 1, 38-39 (1912).

〔56〕 Virtue v. Creamery Package Mfg. Co., 227 U.S. 8, 33 (1913).

〔57〕 该案被普遍视为对迈尔斯博士案RPM本身违法规则设置了一项例外——真实代理。

〔58〕 U.S. v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307-308 (1919).

〔59〕 U.S. v. A. Schrader's Son, Inc., 252 U.S. 85, 99 (1920).

〔60〕 D. Ghirardelli Co. v. Hunsicker, 164 Cal. 355, 360 (1912).

〔61〕 Fisher Flouring Mills Co. v. Swanson, 76 Wash. 649, 667 (1913).

〔62〕 See U.S. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co., 222 F. 725, 728 (E. D. Mich. 1915).

乎本身违法。”<sup>〔63〕</sup>在1927年特伦陶案中，美国联邦最高法院清晰地朝着本身违法的方向解释迈尔斯博士案：“在迈尔斯博士案中……根据涉及竞争者之间固定价格安排的案例，固定合理转售价格的合同被宣告不可强制执行。”<sup>〔64〕</sup>“本院作出的不论价格合理一概拒绝转售价格协议有效性的决定，虽然在本案中不必然具有决定意义，但具有说服力。”<sup>〔65〕</sup>在1939年州际巡回放映案中最高法院指出，RPM协议“已被判定为违反《谢尔曼法》的不合理协议”<sup>〔66〕</sup>。在1947年麦格雷戈案中该院指出：“自从迈尔斯博士案以来，本院作为一个反映于立法之中的司法政策问题，一直拒绝强制执行禁止低于固定价格销售货品的协议。”<sup>〔67〕</sup>

从1948年起美国联邦最高法院开始将RPM、本身违法与迈尔斯博士案相联系。在线材公司案中，该院判决：“若无专利或其他法定授权（如《米勒-泰汀斯法》），固定或维持州际商务中价格的合同长久以来一直被视为《谢尔曼法》项下本身违法（引证案例之一是迈尔斯博士案）。无论固定的价格是否合理，均是如此。无论生产商之间订立的销售价格协议，还是生产商与分销商之间订立的转售价格协议，亦均是如此。”<sup>〔68〕</sup>在1951年卡尔弗特案中，该院判决：“固定最低价格与其他类型的固定价格行为一样均属本身违法。事实上，RPM在迈尔斯博士案中受到制裁。”<sup>〔69〕</sup>在1964年赫德森案中，该院判决道，“俄亥俄州公平贸易法授权的……（纵向）固定价格在《谢尔曼法》项下明显非法”<sup>〔70〕</sup>，它为此同时引证了迈尔斯博士案以及卡尔弗特案关于固定最低价格本身违法的表述。

在1974年希尔伐尼亚案中，联邦最高法院再次将RPM、本身违法与迈尔斯博士案相联系，并对迈尔斯博士案的判决理由作了扭曲。它指出，迈尔斯博士案“判决一系列RPM协议本身违法”<sup>〔71〕</sup>。此处“一系列”的措辞似乎旨在强调迈尔斯博士案仅判决RPM在该案事实下违法，将其与“本身违法”之措辞相结合具有很大的误导性。该案还指出：“在迈尔斯博士案中，本院引证《柯克论利特尔顿》认为‘对财产权让渡的一般限制通常无效’，并强调该案涉及‘对拥有所售货物的经销商设置交易自由之限制的协议’。”<sup>〔72〕</sup>

该院此处对迈尔斯博士案有关限制产权让渡法则运用的解读，显然是正确的，但所服务的目的却扭曲了该案的原意。如前所述，迈尔斯博士案引用此法则的目的在于说明，生产商并不能随心所欲地就其实际生产并销售的产品设置任何条件。但此处旨在论证的命题是，限制产权让渡“违反《谢尔曼法》第1条”。由于该条以竞争损害作为认定违法的核心要件，这一命题隐含的意义便是，迈尔斯博士案判决限制产权让渡即损害竞争。由此确立了支持迈尔斯博士案规则的所谓“理据一”。

〔63〕 前引〔54〕，Overstreet文，第3-4页。

〔64〕 U. S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392, 399 (1927).

〔65〕 U. S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392, 401 (1927) [引证迈尔斯博士案、Boston Store of Chicago v. American Graphophone Co. 246 U.S. 8 (1918)、施拉德案以及F. T. C. v. Beech-Nut Packing Co., 257 U.S. 441 (1922)].

〔66〕 Interstate Circuit v. U. S., 306 U.S. 208, 232 (1939) (引证迈尔斯博士案、施拉德案和特伦陶案)。

〔67〕 MacGregor v. Westinghouse Elec. & Mfg. Co., 329 U.S. 402, 411 (1947).

〔68〕 U. S. v. Line Material Co., 333 U.S. 287, 307-308 (1948).

〔69〕 Schwegmann Brothers v. Calvert Corp., 341 U.S. 384, 386 (1951).

〔70〕 Hudson Distributors, Inc. v. Eli Lilly & Co. 377 U.S. 386, 395 (1964).

〔71〕 Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36, 67 (1977).

〔72〕 Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36, 67 (1977).



在1980年米德科铝公司案中,联邦最高法院宣称“本院一贯判决RPM非法限制贸易”。该院为此引证了迈尔斯博士案,并对其原始含义进行了扭曲。首先,迈尔斯博士案判决涉案的“这些协议”“旨在于原告脱离货物产权之后维持价格,并阻止交易商之间的竞争”(第407页),但在米德科铝公司案中,该个案认定被一般化为所有RPM具有的特征:“该等安排‘旨在于原告脱离货物产权之后维持价格,并阻止(相竞争货品)交易商之间的竞争’。”<sup>[73]</sup>其次,迈尔斯博士案作为类比基础提出,“原告实施的包含众多相同合同的计划”并不比经销商横向卡特尔更受优待,米德科铝公司案同样将该等个案计划一般化为所有RPM:“正如休斯大法官在迈尔斯博士案中指出,该等纵向控制与如下情形同等有效地摧毁横向竞争,即批发商‘自己通过相互达成协议组建一个整合,并试图设定相同的限制’。”<sup>[74]</sup>这里的“该等纵向控制”即RPM。由此确立了支持迈尔斯博士案规则的所谓“理据二”。

从此以后,联邦最高法院似乎认为自己已充分证成了RPM本身违法,在后续案件中多次直接断言这一命题,并将其源头指向迈尔斯博士案。例如,在1982年赖斯案中,该院将米德科铝公司案解读为:“我们判决涉案州制定法与《谢尔曼法》表面上就存在冲突,因为它要求实施RPM,而该行为长久以来一直被视为本身违反《谢尔曼法》。”<sup>[75]</sup>又如,该院在1984年孟山都案中指出,RPM“自本国反垄断执法之初以来一直本身违法”<sup>[76]</sup>;在1986年费希尔案中指出,“固定价格传统上一直被判决本身违反《谢尔曼法》”<sup>[77]</sup>;在1988年夏普案中指出,“自迈尔斯博士案以来纵向转让价格协议一直本身违法”<sup>[78]</sup>;在1987年可汗案中指出,“自迈尔斯博士案以来,本院就一直承认如下协议非法,即生产商或供应商设定其分销商收取之最低转售价格”<sup>[79]</sup>。这些表述均以迈尔斯博士案作为唯一依据。

经过前述一系列演化,迈尔斯博士案从一个仅仅判决涉案RPM相关横向垄断协议非法的案例,被莫名其妙地解释成了由两个理据支持的RPM本身违法的先例。<sup>[80]</sup>而这里所谓的“解释”毋宁是简单的援引、不断的重复和断章取义的扭曲。经过多次以讹传讹,迈尔斯博士案的真正判决本身早已被人们完全遗忘,沦落为一个代表RPM本身违法的符号。

### (三) 判例对RPM本身违法的唯一论证尝试

在丽锦案之前,美国联邦最高法院从未认真重新评估过RPM本身违法的合理性。它仅在1977年希尔伐亚案的一个脚注中<sup>[81]</sup>试图从实体上论证RPM本身违法规则。该院为此列举了三

[73] California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 455 U.S. 97, 102 (1980) [引证迈尔斯博士案、施拉德案、Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968) 以及 U.S. v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960)]。

[74] California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 455 U.S. 97, 103 (1980)。

[75] Rice v. Norman Williams Co., 458 U.S. 654, 659-660 (1982)。

[76] Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 761 (1984)。

[77] Fisher v. Berkeley, 475 U.S. 260, 275 (1986)。

[78] Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 724 (1988)。

[79] State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 10-11 (1997)。

[80] 在2007年丽锦案中,联邦最高法院非常准确地指出,“本院一直将迈尔斯博士案解释为设定了……最低RPM本身违法规则”[Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 887 (2007)],而非“迈尔斯博士案建立了最低RPM本身违法规则”。这似乎表明该院认识到了迈尔斯博士案并未判决RPM本身违法。

[81] See Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36, 51 fn. 18 (1977)。此案涉及纵向非价格限制,因此该案有关RPM的讨论并非作出该案判决所需,属于附带意见而非判决理由。

方面的理由：第一，布伦南大法官在怀特汽车案附带意见中认为，“RPM 不但旨在而且事实上几乎总是既降低受影响产品卖方之间的价格竞争，又同等程度地降低该产品与竞争品牌之间的价格竞争”<sup>〔82〕</sup>。前者称为“对品牌内竞争的影响”，后者称为“对品牌间竞争的影响”。第二，波斯纳等学者认为，“全行业性的 RPM 可能便利卡特尔”。第三，联邦国会 1975 年《消费品定价法》废除了《米勒-泰丁斯法》和《麦奎尔法》之中承认州以公平贸易法合法化 RPM 的条款，此举表明其批准了 RPM 本身违法规则。

然而，这三个理由均不能证成 RPM 本身违法。第一，怀特大法官陈述前述观点的唯一依据是帕克·戴维斯案，<sup>〔83〕</sup>而该案是一个横向卡特尔案件，不能支持对待纵向限制的态度；并且虽然 RPM 必然限制品牌内竞争，但其“旨在而且几乎总是……同等程度上降低品牌间竞争”的断言，已如前述，与现代经济学的普遍认识相悖。

第二，波斯纳观点是“全行业性的”RPM “可能”便利卡特尔，其含义是满足特定条件时 RPM 才有可能损害竞争（如迈尔斯博士案中的 RPM）。这一观点远远不足以支撑 RPM 本身违法原则，后者的含义是此类行为不论条件差异总是或者几乎总是损害竞争。

第三，州公平贸易法是在小型零售商的游说下制定的具有浓厚保护主义色彩的法律，其对待 RPM 的态度并不止于合理原则，而是极其宽松的准本身合法原则。这就不可避免地将某些涉及 RPM 形式的卡特尔合法化。联邦国会废除这样的立法，从中只能导出其放弃了 RPM 准本身合法态度，而不能导出 RPM 本身违法，因为从中同样可以导出合理原则。正如联邦最高法院在丽锦案中正确指出：“《消费品定价法》的文本并未法典化纵向价格限制本身违法规则，它只是废除了规定其本身合法的制定法条文。联邦国会重新将这些限制置于《谢尔曼法》第 1 条的调整之下。”<sup>〔84〕</sup>即使联邦国会确实有意批准 RPM 本身违法规则，只要其没有将这种意志落实于制定法之中，对法院便没有约束力，尤其当这种立场与理性分析得出的结论发生冲突时。

总之，RPM 本身违法规则从一开始建立直至被推翻，始终没有经过真正严肃的论证，更从来没有经得起联邦最高法院后来提出并一再重申的设置本身违法原则的严苛标准的检验。<sup>〔85〕</sup>

#### （四）RPM 本身违法规则在实践中逐渐被“掏空”

迈尔斯博士案判决之后，联邦最高法院一方面朝着 RPM 本身违法的方向对其进行解读，另一方面也认识到如此解读存在调整过宽的问题，并以设置例外的方式从两个方向上对此危害加以限制。<sup>〔86〕</sup>总之，“自从迈尔斯博士案以来，即便是狭隘解释的 RPM 禁止也非一以贯之”<sup>〔87〕</sup>。

〔82〕 White Motor Co. v. U. S., 372 U.S. 253, 268 (1963).

〔83〕 U. S. v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).

〔84〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 905 (2007).

〔85〕 例如 Northern Pac. R. Co. v. U. S., 356 U.S. 1, 5 (1958) (“存在一些协议或行为，由于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而非法”)；Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co., 472 US 284, 289 (1985) (“本身违法方式允许就下述某些商业行为作概括式的评价，即那些已经证明突出反竞争的商业行为”)；Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1, 8 (1979) (“某些协议或行为如此‘明显反竞争’并且如此经常‘缺乏任何可补偿价值’，被结论性地推定为非法”)。

〔86〕 州议会和联邦国会对于 RPM 的态度也在不断摇摆，从 1937 年到 1975 年整整 39 年间一直通过公平贸易法设置本身违法之例外。

〔87〕 前引〔5〕，Mathewson 等文，第 61 页。

在一个方向上,联邦最高法院逐步收紧RPM案件中的“协议”概念,“在《谢尔曼法》第1条项下,纵向限制案件中的‘协议’要件被解释得远比横向固定价格案件中狭窄。很明显,部分原因在于法院努力以此限缩解释具有过度威慑性的本身违法规则”<sup>[88]</sup>。正如丽锦案多数意见描述的那样,“就在迈尔斯博士案判决8年后,本院便开始控制这一决定,1919年(在高露洁案中)判决,生产商可以单方宣布建议转售价格并拒绝与不遵守此价格的分销商交易”<sup>[89]</sup>。该案导致了RPM领域著名的单边行为与协议行为的区分,尽管它们的经济效果并没有明显差别,法律效果却有天壤之别。

在1984年孟山都案中,该院扩张了高露洁案例外,判决经销商抱怨是经销体系中信息自然流动的组成部分,干预这种流动会导致市场无效率。因此,它要求,原告指控纵向固定价格时提交的证据,必须足以排除生产商及其经销商各自独立行事的可能性。“仅从存在抱怨之事实,甚或终止经销商是‘回应’其他经销商的抱怨而发生之事实,”并不能推断出它们“对一个旨在实现非法目的的共同方案进行有意识承诺”<sup>[90]</sup>。

在1988年夏普案中,联邦最高法院进一步收紧了RPM案件中的协议要件。该院判决,要判决生产商与一个经销商达成的终止另一经销商(折扣商)的协议适用RPM本身违法规则,必须认定第一个经销商“明示或默示地同意在某一水平设定其价格,尽管不是一个具体价格”;易言之,“纵向协议必须包括对价格或价格水平的某种约定方才本身违法”<sup>[91]</sup>。

在另一个方向上,联邦最高法院试图通过区分生产商与经销商之间的交易类型,来限缩RPM本身违法规则的适用范围。在通用电气案<sup>[92]</sup>中,该院判决,迈尔斯博士案的规则不适用于代理关系或者以寄售方式出售的货物。但在1964年辛普森案<sup>[93]</sup>中,最高法院限缩了通用电气案例外的适用范围。然而,在20世纪80年代这一例外在第七巡回法院又得以重现。<sup>[94]</sup>

经过上述一系列收缩,在丽锦案之前,虽然RPM名义上仍然适用本身违法原则,但它实际上已被各种例外和高度复杂的技术性要件所“掏空”。正如著名产业经济学家谢尔和罗斯指出:“在很长时期内,美国对待RPM的政策都比其他领先工业化国家更加宽松。”<sup>[95]</sup>

#### (五) RPM复杂规则体系的“后遗症”

前述种种例外制度虽然从实体方面阻却了RPM本身违法规则造成的经营困难,最大程度上减轻了假阳性错误的危害,但这一路径的代价也是非常高昂的。正如丽锦案判决指出:“它是一个有缺陷的反垄断法规则,通过创设诸多区分给那些不谨慎的人设置陷阱,让律师获得更

[88] 前引[52], Areeda等书,第249页。

[89] Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 901 (2007).

[90] Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 763-764 (1984).

[91] Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 735-736 (1988).

[92] U.S. v. General Electric, 272 US 476 (1926).

[93] Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13 (1964).

[94] See Morrison v. Murray Biscuit Co. 797 F. 2d 1430 (7th Cir. 1986); Illinois Corporate Travel v. American Airlines Inc., 806 F. 2d 722 (7th Cir. 1986).

[95] F. M. Scherer, D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, 1990, p. 549.

大利益，而非服务于消费者的利益，易言之，它要求制造商选择达至良好商业目标的次优选项。”〔96〕

由于 RPM 本身违法规则存在大量例外，原告也很少能证明被告的行为落入该规则的调整范围。表面上看 RPM 本身违法，实际上这一规则并没有给法律适用带来任何简化。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，原告的处境可能会好于其目前在本身违法规则下的处境”〔97〕。

迈尔斯博士案的不幸经历对于法律规则的发展也造成了巨大麻烦。反垄断法领域的许多现有规则都是在 RPM 本身违法时代发展起来的，例如，纵向限制领域单边行为与多边行为的区分、寄售与销售的区分、纵向价格限制与纵向非价格限制的区分。除了规避适用本身违法规则，它们对于揭示竞争效果并没有真正的意义或者意义不大。

在 RPM 本身违法规则被废除之后，这些旧时代的附属规则便失去了原有功能。正如《释论》在谈到下级法院今后如何为 RPM 制定合理原则分析标准时指出，这一过程中遇到的困难“仅仅部分在于复杂经济学阻碍对此行为的理解。更大的问题在于迈尔斯博士案在采用本身违法规则的一个世纪里导致的体量庞大的包袱，以及联邦最高法院很少就这些判决之中还有多少尚属有效法律提供指引。”〔98〕

## 五、结语：回到未来

英国普通法学家梅特兰有一句名言：“我们已经埋葬了诉讼形式，但它们依然从坟墓中统治着我们。”〔99〕这一关于诉讼形式的描述同样适用于 RPM 的法理。美国普通法通过以讹传讹的方式创设了一个 RPM 本身违法的虚假先例。这一先例通过轻率的法律移植深刻影响着我国对待 RPM 的态度，使很多人仅凭美国的这一先例就“先入为主地”认为 RPM 本身违法。

然而，尽管美国判例法长期把迈尔斯博士案奉为圭臬，学术界却早已在反思这一先例背后的理论支撑，不断揭示出其空洞虚弱的根基。有鉴于此，至少在联邦层面，美国法院已经亲手埋葬了迈尔斯博士案这一虚假的“权威”。我国学术界却似乎拒绝反思这一规则背后的理据，心甘情愿地自我套上美国先例的枷锁，继续臣服于“迈尔斯博士案从坟墓中实施的统治”。

反垄断法是典型的舶来品。我国在发展反垄断法理的过程中无疑需要借鉴先进国家的理论与实践。〔100〕但外国法理之中显然并非都是精华，也不乏 RPM 本身违法规则这样的糟粕。在判例法国家，由于“先例拘束原则”的存在，理论认识与法律规则变动之间往往存在一定时滞，判例

〔96〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 904 (2007).

〔97〕 前引〔52〕，Areeda 等书，第 248 页。对本身违法原则复杂性更详细的讨论，参见兰磊：《重估本身违法原则的制度成本》，载《竞争政策研究》2020 年第 2 期。

〔98〕 前引〔52〕，Areeda 等书，第 216 页。

〔99〕 [英] 梅特兰：《普通法的诉讼形式》，王云霞等译，商务印书馆 2009 年版，第 34 页。

〔100〕 参见郝俊淇：《反垄断法学的本土建构：“中国问题”抑或主要难题》，载《财经法学》2018 年第 2 期。



法经常仅仅因为囿于先例的拘束而没有及时解决已揭示出来的问题。<sup>〔10〕</sup>我国在学习和借鉴域外经验时应该超越国外先例的羁绊，吸纳最前沿的理论研究成果。

在外国法已经依据最新理论改变先例的情况下，我们更没有必要固守他国先例，除非我们可以从实体上论证原有做法更为可取。我国学术界对于迈尔斯博士案所谓“先例规则”的遵循显然并没有立基于此。如果希望维持 RPM 本身违法规则，显然应该回归当下，依据现有理论成果论证此规则背后的基础理据，而不是简单地穿越到过去寻找古老的“先例”权威。

---

**Abstract:** In the 1911 *Dr. Miles Case*, U. S. Supreme Court ruled that the resale price maintenance (RPM) in issue violated the Sherman Act. Later jurisprudence interpreted it as setting up the per se illegality rule for RPM, and such reading supported by two rationales. This interpretation carries great weight with the cognizance of RPM by the Chinese antitrust community. However, this is a serious misreading of the case. Its citation of the doctrine of restraint on alienation doesn't mean to argue that a restraint on alienation constitutes harm to competition. The conduct in issue is a set of highly complex monopolistic agreements involving RPM, which have the same competitive effects with horizontal cartel among dealers; however, it does not follow that each and every RPM has such competitive effects. The process of this case being interpreted as an authority on RPM per se illegality is one in which an incorrect precedent is set up through repeated citations and distortions. Due to the existence of various exceptions, there has never been a real RPM per se illegality rule in the U. S. federal jurisdiction. When drawing upon American antitrust jurisprudence, we shall focus on underlying rationales of its precedents, instead of being bound by its precedents themselves.

**Key Words:** antitrust, monopolistic agreements, resale price maintenance (RPM), per se illegal rule

---

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

---

〔10〕 有趣的是，有学者在论证我国不宜“不假思索地”借鉴丽锦案时指出：“Leegin 案推翻 *Dr. Miles* 案关系到美国判例法至关重要的遵循先例原则的约束强度问题，如果在 RPM 存在很大争议的情况下，美国联邦最高法院就轻易打开推翻先例的豁口，这无疑会弱化遵循先例这一根本原则的适用标准。”（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 23 页。）照此逻辑，丽锦案推翻先例恰恰说明（至少理论界）已经对 RPM 的竞争效果形成了足以挣脱先例拘束的相当高度的共识。