

# 反垄断法学的本土建构：“中国问题”抑或主要难题

On the Local Construction of Antimonopoly Law: China's Problem or Main Problem

郝俊淇

HAO Junqi

**【摘要】** 原本来看，“中国问题”是文化问题。反垄断法植根于市场经济，其所关注问题的内在属性是经济性。我国反垄断法所涉问题在偏离或满足现代市场经济构成要素上的特殊性不具有与该等要素相反的异质性，因此不存在严格意义上的反垄断法的“中国问题”。基于反垄断法的“中国问题”建构反垄断法的“中国理论”和“中国制度”之主张，颠倒了理论、制度与问题之间的因果逻辑。问题并非定在之物，而源于理论和制度。我国反垄断法所面临的主要难题，即对美国反托拉斯法和欧盟竞争法的制度、理论在借鉴、杂糅过程中自我理解和自我推进的难题；其根本上是由于不同来源的制度经验和理论观念因无力解释和解决由其自身作用和相互作用而产生的各种问题而导致的我国反垄断法的范失危机。化解危机，需要我国反垄断法学人回返到欧美反垄断法的制度、经验、理论、观念等层面，爬梳清楚其脉络及差异，在反思和批判中开发出建构本土反垄断法学的可欲方向，并找到能够解释、评价、捍卫抑或改进我国反垄断法律制度的判断标准。在此进程中，我们应赋予经验方法以重要地位。

**【关键词】** 反垄断法 中国问题 范失危机 判断标准 法教义学 经验方法

**【中图分类号】** DF414 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 02-0126-18

**Abstract:** Originally, the terminology of China's problem is referred to cultural issues. The antimonopoly law is rooted in the market economy, the inherent regularity of its problems lie in economy. The particularity of the problems involved in China's antimonopoly law in deviating from or satisfying the elements of the modern market economy does not have the heterogeneity opposite to those elements. Therefore, there is no strict China's problem of the antimonopoly law. The proposition of constructing China's antimonopoly law theory and institution based on China's problem has reversed the causal logic between theory, institution and problem. A problem is not an objective existence, but resulting from theory and institution. The main problem existing in China's antimonopoly law is the problem of self-understanding and self-advancing while learning from and internalizing the institutions and the theories of the U. S. antitrust law and the E. U. competition law. This is fundamentally that the institutional experiences and theoretical concepts of different sources are unable to explain and solve the problems arising from their own role and interaction, which leads to the order crisis of China's antimonopoly law. To address this crisis, China's antimonopoly law scholars are supposed to return to the various aspects of E. U. and U. S. antimonopoly laws such as the institutions, experiences, theories and concepts, to sort out their veins and differences, to reveal a desirable direction of local construction of antimonopoly law, and to find a judgment standard for explaining, evaluating, defending or improving China's antimonopoly law. In this process, an empirical approach should be given an important status.

**Key words:** Antimonopoly law China's problem Order crisis Judgment standard Dogmatics of law Empirical approach

**【收稿日期】** 2017-12-23

**【作者简介】** 郝俊淇，男，1991年3月生，中国政法大学民商经济法学院博士研究生，研究方向为竞争法。

## 一、引论：商榷与追问

2017年,金善明副研究员发表了《中国反垄断法研究进路的反思与转型》一文(以下简称“金文”),<sup>[1]</sup>就笔者阅读、检索的范围来看,这确属第一篇对我国反垄断法研究状况进行系统检讨和整体反思的文章,尤其是“研究进路的反思与转型”这一语式所隐含的对现实的诘问,不由使人对其掷以目光。

金文首先对中国反垄断法研究的演化进路进行考察,以《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)的颁布为界点,梳理了其颁布前后的研究状况,并将此间演化进路的内在逻辑概括为文本颁布前规范构造研究的努力和文本颁布后规范适用研究的努力。金文认为该研究体系存在以下局限:一是问题预设是否合乎本土规律存疑;二是始终依赖场景借用对域外经验和理论进行比较研究不尽妥当;三是中国问题意识缺位导致研究碎片化和同质化。基于此,金文提出中国反垄断法研究进路的转型:首先应赋予法教义学在反垄断法研究中的应有地位;其次应增强论题选择的中国特色;最后应以问题为导向多维并举、综合研究。统合来看,金文的基本观点是:《反垄断法》文本固定后,研究进路就应当转型,即应以文本具体规范的自觉适用为重心,而不应纠缠于中国文本规范及其适用是否契合域外之“标准做法”,并以立法中心主义的思维强调对《反垄断法》文本的改造,忽视垄断规制及其问题的本土性。金文的终极愿景毋宁在于立足中国场景、依据中国问题,通过对《反垄断法》文本规范及其适用的自觉研究,开拓中国的反垄断之道,形成反垄断法的中国思维、规范表达和话语体系。

不难看出,“文本固定前—文本固定后”在金文的论证体系中至为重要,它不仅是一个客观描述,而且负载着沉重的方法论意义,是支撑金文核心观点并作为其发现、解释和组织论据的基本方式。按照金文的交代,这种“二分法”取源于陈甦教授提出的“体系前研究”和“体系后研究”的范式。<sup>[2]</sup>从行文理路看,金文受陈甦教授研究的影响较为明显。<sup>[3]</sup>研究视角、概念工具、基本判断的“场景借用”本身无可厚非,但是在未对不同论域的相关性做必要检验并对其做必要衔接的情况下,将作为整体的中国法学研究范式的一般性论断强制赋予反垄断法学这一局部场域则很可能导致“场景误置”。陈甦教授对“体系前研究”和“体系后研究”这对范式的适用限度开篇就做了强调,“这种划分是对法学研究总体状况中的部分现象做出的特称判断,既不表明所有的法学研究都可以划分为体系前研究和体系后研究,也不表明某一具体的法学研究属于体系前

[1] 参见金善明:“中国反垄断法研究进路的反思与转型”,《法商研究》2017年第4期,第71~80页。

[2] 参见陈甦:“体系前研究到体系后研究的范式转型”,《法学研究》2011年第5期,第3页。

[3] 陈甦教授认为,体系前研究具有以下特征:(1)以功能设计与规范建构为路径的立法论研究范式;(2)大规模引进域外立法材料导致的外源型研究范式;(3)基于立法引导型建构的学术导向范式。中国法学研究范式转型的必要性在于:(1)随着我国法律体系的形成,大规模、高密度的“成建制”立法时期已经过去,体系前研究难以照旧为继;(2)体系前外源型研究范式的普及化导致了理论运用和学术判断上某种程度上的僵化与偏差;(3)体系前研究不能适应体系后的法治需求。基于此,体系后研究的建构要点包括:(1)确立中国问题中心主义的法学研究趋向;(2)立足中国场景寻找中国问题;(3)基于平等心态拓展法学知识的域际交流;(4)开展问题导向的新综合研究;(5)赋予解释论研究以应有的时代使命。同上注,第3~19页。

研究或体系后研究。”〔4〕事实上，反垄断法——包括我国反垄断法，无论在理念追求、背景依赖，还是在制度（规范）的生成、构成、运作上都具有显著的“非传统性”。〔5〕此际，稳健之举不是将反垄断法与其他法律部门做先验的同构处理，而应当经验地检视反垄断法，细致地梳理其特异性及其与其他法律部门的相关性，以此厘清论题境域，而不是采取不假思索的“范式拿来主义”、概念先行、立场开道，最终混淆境域，虚置研究的前提和基础。因此，金文针对我国反垄断法所主张的文本固定后研究范式或体系后研究范式在逻辑上是比较脆弱的，它不足以支撑整个论证体系。

即便如此，这并不妨碍我们将金文的观点和愿景作为认真凝视的对象，横贯其间的是一幅由“中国问题”“中国场景”“中国思维”与“域外制度”“域外经验”“异域色彩”等语词所勾连的二分构图。在这种深描下，“中国”与“域外”不能持续通约，反垄断法研究里“中国”是缺位的，我国反垄断法学似乎正在受到邓正来先生笔下“西方现代化范式”的宰制而沦为当然信奉“西方理想图景”之权威的“不思”的领域。〔6〕由是金文哀叹：“《中华人民共和国反垄断法》出台至今已近十年，相关问题的研究仍未脱离当初制度移植式的简单对比分析，缺少基于反垄断法一般原理对本土资源的挖掘和中国问题的回答，不能不说有点遗憾了！”然而，当笔者满怀期待金文揭开“中国问题”的面纱时，金文却始终闪烁其词，仅仅用“譬如，国有企业垄断问题”一笔带过。由此，“中国问题”成为金文之谜思。实际上，金文里“中国问题”与“中国文本”“中国场景”等划界概念的堆叠，其目的无非是要烘托并服务于金文更为根本的主张，即立基于反垄断法的“中国问题”建构反垄断法的“中国理论”和“中国制度”。在此进路之下，对《反垄断法》本土文本的自觉适用和赋予法教义学在反垄断法研究中的应有地位成为金文的核心关注。然而，到底什么是反垄断法的“中国问题”？以上主张所暗含的“问题→理论、制度”之逻辑是否得当？法教义学的应有地位该不该有？在什么情况下有？对该等问题的回答涉及对我国反垄断法的研究取向和研究方法的重新审视，最终关系着我国反垄断法学的本土建构。职是之故，笔者愿以一己管见，就教于学界前辈和同仁。

## 二、反垄断法的“中国问题”之批判

### （一）“中国问题”：话语起源及变异

“中国问题”是近代中国的一个“元”问题，不对“中国问题”进行通透的认识和把握，中国人的自我理解和身份认同就找不到入口。因为自近代中国传统儒教文明遭遇西方基督教文明以来，数千年经史子集的知识系统受到极大颠覆，西方学术系统的强行植入，使中华士子承受着莫大的知识屈辱。此间要害在于，中国人丧失了依据自身经验和逻辑而展开叙事的能力，“中国形象并不是以中国为根据，相反，它是以西方为根据的；西方的概念来自于西方的历史经验，却成为中国自我理解的准则。”〔7〕此际，“中国问题”的实

〔4〕 同上注，第3页。

〔5〕 参见张守文：《经济法理论的重构》，人民出版社2004年版，第227～244页。

〔6〕 参见邓正来：《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》（第二版），商务印书馆2014年版，第12～33页。

〔7〕 参见魏敦友：《当代中国法哲学的反思与建构》，法律出版社2011年版，第6页。

质是中国如何自处、去向何方。梁漱溟先生认为问题的根本在于“文化失调”。〔8〕因而如何建立中国传统文化通向现代的道路成为关键，这涉及中国文化意义世界的重建或融合，以及相应的政治、经济、社会的现代变构。本质上看，“中国问题”是一个文化问题。

然而当下所谓“中国问题”却发生了变异。诸多自然科学家、社会科学人士突发语言学转向，齐谈“中国问题”，一些法学家和法律人也加入其中予以和声。“中国问题”的异化路径大致有两种，第一种是将问题做伦理化处理，或突出强调问题的伦理（文化）维度。以法学研究为例，有法哲学论者主张应从历史中寻找中国法学的“文化基因”，构筑民族国家的政道法理，创造中华民族的“汉语法学”。〔9〕第二种异化路径则将中国域内具有特性的问题打上“中国问题”的烙印。这些问题散落在各部门法的研究中，例如党内法规的规范属性问题、集体建设用地的物权属性问题、乡镇企业造成的环境污染问题、城乡二元结构下的消费者保护问题，以及金文提出的国有企业垄断问题等。在这里，中国问题有无具体内涵并非“中国问题”强调者着急的事，凸显“中国问题”特殊论是他们真正在乎的。〔10〕

论旨和能力所限，笔者不可能对“中国问题”异化现象做更深入的追究。爬梳“中国问题”的起源和异化，目的在于为检验反垄断法的“中国问题”之存在与否及其妥当性树立参照。概言之，原本的“中国问题”是一个文化问题，异化的“中国问题”突出了伦理（文化）之维和中国特殊论之维。本文认为，反垄断法的“中国问题”之叙说，在形式上不符，在实质上无法自立，因而不存在严格意义上的反垄断法的“中国问题”；基于反垄断法的“中国问题”建构反垄断法的“中国理论”和“中国制度”的主张，〔11〕颠倒了问题与理论、制度之间的因果逻辑，越是伸张反垄断法的“中国问题”反而越会遮蔽、误导我们研究、解决本土反垄断法难题的正确取向。

## （二）反垄断并非伦理事业

原本来看，“中国问题”的声称暗含着强烈的文化主张。然而，反垄断法的问题在本质上与文化无关，反垄断法所关注问题的内在属性是经济性。事实上，包括反垄断法在内的整个经济法都内含着经济性的特质，经济法是渗透着经济精神的现代法，其调整具有“降低社会成本，增进整体收益，从而使主体行为及其结果更为‘经济’的特性……它以提高社会整体福利、社会总体的经济效益和社会效益为目标，因而经济法在这个意义上也可以称为效益法。”〔12〕反垄断法是经济法的核心，是市场竞争的守护神，是自由企业的大宪章，并被广泛誉为“经济宪法”。〔13〕此际，反垄断法对经济精神的追求与“中国问题”固有的文化指向之间存在张力。退一步讲，尽管反垄断法的某些问题会涉及文化因素，尤其是在反垄断法的实施领域，比如竞争推进或竞争倡导，〔14〕但是，

〔8〕 参见郑建功：“梁漱溟对中国问题特殊性的探究”，《浙江学刊》2007年第4期，第194页。

〔9〕 参见许章润：《汉语法学论纲》，广西师范大学出版社2014年版，第1~4页。

〔10〕 参见郑永流：“‘中国问题’及其法学辨析”，《清华法学》2016年第2期，第10页。

〔11〕 参见前注〔1〕，金善明文，第77页。

〔12〕 参见前注〔5〕，张守文书，第221、222页。

〔13〕 参见王晓晔：“经济体制改革与我国反垄断法”，《东方法学》2009年第3期，第77页。

〔14〕 参见黄勇、江山：“反垄断法实施的文化维度论纲——以竞争文化、诉讼文化与权利文化为中心”，《江西社会科学》2008年第7期，第13~18页；徐士英、应品广：“竞争文化的培育和发展——从日本竞争主管机关竞争执法、竞争推进谈起”，《江苏大学学报（社会科学版）》2011年第5期，第64~78页。

学术研究不应将反垄断法所关注问题的本体——预防和制止垄断行为——伦理化，以充满地域价值的伦理性或文化性替代反垄断事项本身的构成性。诚如霍温坎普所言，“反垄断是一项经济性事业（economic enterprise），而不是伦理性事业（moral enterprise）。”<sup>〔15〕</sup>

对以上话语逻辑的解构，不仅在于揭示其内部张力，更重要的，这有助于我们强化以下共识：反垄断法植根于市场经济，市场经济内在地需要反垄断法，并且社会经济生活对反垄断法的需求与市场的成熟程度成正比。<sup>〔16〕</sup>因此，无论哪个司法辖区的反垄断法，它所应对的问题都是在维护市场竞争机制的有效性和可持续性的意义上展开的。惟其如此，“反垄断法不管是在哪里实施，都是基于学术体共同构建的分析框架：福利目标、被广泛接受的经济分析方法，还有在世界范围大体相同的基本分析结构等。”<sup>〔17〕</sup>我们无法想象卡特尔在其他国家有害而在中国就变得有益，“相关市场”这一市场力量的评估工具在域外有用到中国就失效。我们更不能认为波斯纳（Richard A. Posner）是美国人，所以他提出的简化反垄断法实体规则的关切就是“美国问题”，巴里·霍克（Barry E. Hawk）是欧洲人，所以他提出的纵向限制的规制改进就仅能指向“欧盟问题”，最终谁又能真正提出反垄断法的“中国问题”呢？

根本上，立足于市场经济和竞争机制的各国反垄断法及其经验、理论是可通约的“共享知识”，而非基尔兹在文化阐释学意义上所称的“地方性知识”（local knowledge）。<sup>〔18〕</sup>这正是美国反托拉斯法和欧盟竞争法能够在世界范围内产生强大示范效应并推动世界各国竞争政策发展的实质基础。<sup>〔19〕</sup>在中国，不存在反垄断法的“文化基因”，民族共同意识也并非反垄断法之居所，中国反垄断法实际是在美国反托拉斯法和欧盟竞争法的观照下得以孕育并不断生长。现代反垄断法的三大主体制度，垄断协议禁止制度、滥用市场支配地位禁止制度、经营者集中控制制度，我国立法都综合借鉴了美国反托拉斯法和欧盟竞争法的经验。<sup>〔20〕</sup>可以这样说，脱离美国反托拉斯法和欧盟竞争法的理论、制度、概念及其经验基础，我们对自身反垄断法的理解将会变得异常艰辛。这一判断很重要，它不仅适用于《反垄断法》文本固定前，更加适用于《反垄断法》文本固定后的当前阶段及此后相当阶段。对此，后文将进一步论证。

### （三）问题并非定在之物

如前文所述，“中国问题”有无具体内涵并非“中国问题”强调者着急的事，凸

〔15〕 [美] 赫伯特·霍温坎普：《反垄断事业：原理与执行》，吴绪亮等译，东北财经大学出版社，第10页。

〔16〕 参见时建中主编：《反垄断法——法典释评与学理探源》，中国人民大学出版社2008年版，第1页。

〔17〕 李剑：“中国反垄断法实施中的体系冲突与化解”，《中国法学》2014年第6期，第141页。

〔18〕 基尔兹在文化阐释学的意义上，提出了著名的论断“法律是一种地方性知识”。参见福德·基尔兹：“地方性知识：事实与法律的比较透视”，载梁治平主编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版，第73页。

〔19〕 美国反托拉斯法的历史最长、影响最大，而欧盟竞争法业已发展出成熟的适应于大陆法传统的独立体系，二者展现出不同反垄断法体系间的差异、竞争与融合，并协同推进国际竞争政策的发展。参见William E. Kovacic, Competition Policy in the European Union and the United State: Convergence or Divergence in the Future Treatment of Dominant Firms, Competition Law International, 4 (2008), p. 8.

〔20〕 参见王晓晔：“《中华人民共和国反垄断法》析评”，《法学研究》2008年第4期，第68～82页。

显“中国问题”特殊论是他们真正在乎的。然而，泛化“中国问题”，虚置“中国问题”的内涵而刻意对其采取特殊论，所体现的难道不是狭隘的民族主义？即便我们把一些具有中国特性的反垄断法问题称作“中国问题”，它们也都是在我国传统计划经济体制向现代市场经济体制转型过程中发生的，在偏离或满足现代市场经济构成要素上的特殊性并不具有与该等要素相反的异质性。因此，金文所称国有企业垄断问题，以及其他肯定有人声称的行政垄断问题、行业垄断问题等，它们其实是与美国、欧盟以及其他反垄断法制国家所共同面临的共性问题同质的别样版本，而不是具有绝对异质性的个性化问题。经验地看，转型国家普遍存在以上类似问题并采取了相应的反垄断规制策略。<sup>[21]</sup>应当看到，我国当前的行政垄断、国有企业垄断、行业垄断等问题都在受到现代市场经济的规训，并藉由包括反垄断法在内的系统性制度措施的促进而逐步迈向彼岸。

更要紧的，基于反垄断法的“中国问题”建构反垄断法的“中国理论”和“中国制度”之主张，除了展现某种姿态，不会对学术研究带来新的刺激。因为以上认识颠倒了理论、制度与问题之间的逻辑关系。须知，问题不是既定的自在之物，而是由理论和制度所制造，换言之，问题是源于预设与事实的不一致，而预设总是受导于某种理论和制度及观念，因而问题是否存在总是以某种理论和制度为判断标准，即不存在未经任何理论和制度染指的作为纯粹事实的问题。申言之，问题是理论和制度制造出来的，是规范与情事状态不对称的表现；没有理论和制度这套判断标准，也就无所谓问题。<sup>[22]</sup>正所谓“道可道非常道，名可名非常名”。<sup>[23]</sup>一旦我们用固定的理论、观念、规范来剪裁动态多元的事实，问题就会滋生。正因如此，张五常先生强调，“不可能被事实推翻的理论，是没有解释能力的。”<sup>[24]</sup>英国哲学家波普尔也认为，“某项理论科学性的标准在于其错误可证实性，或可反驳性、可检验性。”<sup>[25]</sup>这意味着，任何理论和制度都有其限度，它们需要不断调适和更迭。但应注意，理论的初始选择和制度的原始构造及其条件

[21] 参见马幸荣：“经济转型国家竞争立法变迁路径及对我国的启示——基于对俄罗斯、乌兹别克斯坦、越南竞争法的分析”，《东北大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期，第27~32页；刘继峰：“俄罗斯反垄断法规制行政垄断之借鉴”，《环球法律评论》2010年第2期，第124~131页；应品广：“波兰竞争法及其实施评介：一个转轨经济体的经验与启示”，《上海对外经贸大学学报》2014年第4期，第70~80页；OECD Policy Roundtables, Competition Policy, Industrial Policy and National Champions, 2009, 载 <http://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf>, pp. 11~17.

[22] 参见前注〔10〕，郑永流文，第11页。

[23] 《道德经》开篇的这句话能够间接佐证问题源于规范和理论的判断。根据赵汀阳教授的解读，这句话的意涵是“凡有规可循之道，就不是一般普适之道；凡可明确定义之名，就不是普遍概括之通名”。它反映了老子“反规范”的核心观点，即对伦理经术政教礼法以及各种操作规则、章程规制、日用技术等能够规范化、制度化、程序化事物的反对，因为这些东西会滋生更多的现实问题；相反，老子推崇符合自然的、无法固定的、灵活弹性的、始终跟随形势而变化的形而上之道。参见赵汀阳：“道的可能解法与合理解法”，《江海学刊》2011年第1期，第5页。关于道家“反规范”的更多论述，也请参见金观涛，刘青峰：《中国思想史十讲（上卷）》，法律出版社2015年版，第29~33页。

[24] 张五常：《经济解释（卷一：科学说需求）》，中信出版社2010年版，第46页。

[25] Karl Popper, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge, 1989, p. 37.

对其此后的演变会创设相应的路径依赖。

总之，反垄断法所涉问题在本质上不是伦理问题或文化问题，其内在属性是经济性；我国转型时期存在的某些反垄断法问题并不具有与现代化市场经济构成要素相反的异质性，也不具有绝对化的特殊性和排他性，因此，不存在严格意义上的反垄断法的“中国问题”。同时，基于反垄断法的“中国问题”建构反垄断法的“中国理论”和“中国制度”之主张，听起来顺耳，说出来令人心动，但着实颠倒了问题与理论、制度之间的因果关系。这一逻辑错误的弊害在于，它会遮蔽、误导我们发现、研究、解决本土反垄断法难题的应然取向，进而阻碍反垄断法学的本土建构。

### 三、我国反垄断法的主要难题

厘清理论、制度是问题的来源具有重大意义，因为它将揭示我国反垄断法在当前所面临以及今后相当阶段将进一步面临的主要问题，或曰主要难题，<sup>〔26〕</sup>即多域制度和理论借鉴下的反垄断法范失危机。

#### （一）我国反垄断法的范失危机

我国是一个没有反垄断法传统的国家，本土制度和观念结构中并无反垄断基因。由于法律内生的迟缓性，法律移植成为当代国家充分利用其他国家文明成果，推进法制完善的一种有效手段。《反垄断法》是伴随着我国迅猛发展的市场经济及其内在需求而被建构起来的。此间，欧盟竞争法和美国反托拉斯法是我国反垄断法主要借鉴和移植的对象，垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中控制等制度都吸纳整合了以上司法辖区的经验。<sup>〔27〕</sup>与制度移植相伴随，域外各种反垄断理论亦渐次“空降”中国，比如美国反托拉斯法上的哈佛学派理论、芝加哥学派理论、后芝加哥学派理论、新产业组织理论，又如欧盟竞争法上的弗赖堡学派理论（秩序自由主义）。此际，中国好比美欧反垄断法制度、理论争相占领的“新大陆”。

尽管21世纪以来，欧盟竞争法与美国反托拉斯法在理论、制度等方面趋同、融合的程度显著增强，但其差异仍植根于二者不同的政治、经济、社会条件之中。即便在将来，期待统一美国反托拉斯法和欧盟竞争法的制度、理论，甚或统一国际竞争政策，似乎都是唐吉珂德式的幻想。<sup>〔28〕</sup>这意味着，美国和欧盟在反垄断法制度、理论上显性或隐性的差异很可能为仓促杂糅而成的我国《反垄断法》的自我理解埋下隐患。《反垄断法》文本的固定不当然意味着我们对法律借鉴中的制度选择及其背后的理论观念有了清醒的认识（参见表1）。

〔26〕 问题可分为缺陷和难题，缺陷意义上的问题是指理论和制度本身不够融贯，而难题意义上的问题是指预设（理论/制度）与事实不一致的情况。

〔27〕 参见前注〔20〕，王晓晔文，第68~82页。

〔28〕 大卫·埃文斯教授认为由于各国政治、经济、社会条件的不同，反垄断法规则的趋同是有限度的，并提出了“差异是反垄断法规则的内在规定性”（divergence is the norm for antitrust rules）的观点。See David S. Evans, Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules, *Chicago Journal of International Law*, 10 (2009), p. 161.

表 1 美国反托拉斯法和欧盟竞争法之间隐性/显性差异的简要归纳

差异事项	美国反托拉斯法	欧盟竞争法
基础情事	发达的市场经济、完善的市场条件，市场本身的纠偏能力强，反垄断干预的积极失误（false positive）更显著。	超国家的区域组织，市场条件不尽完善，统一内部市场建设仍面临诸多阻碍，成员国之间市场化程度差异大。整体市场的纠偏能力有限，反垄断干预的消极失误（false negative）更显著。
理论流派	古典哈佛学派、芝加哥学派、后芝加哥学派、新产业组织理论（新哈佛学派）	弗赖堡学派（秩序自由主义）
目标范式	竞争结果范式：保护竞争是为了实现特定的目标和结果，即经济效率或消费者福利。	竞争过程范式：以保护竞争过程为目标，而结果是开放的，比如促进市场的统一开放、经济自由、经济公平、经济效率、消费者福利等。
制度措置	1. 市场支配地位认定的门槛较高；2. 对单边行为的规制趋于温和，比如从来不对超高定价，几乎不再规制价格歧视，对搭售、拒绝交易等行为的规制也比较温和；3. 对非价格甚至价格的纵向限制趋于宽容。	1. 市场支配地位认定的门槛较低，并且还相对优势地位、共同支配地位滥用禁止制度的补充；2. 对单边行为采取严厉的规制，比如存在超高定价禁止制度，对搭售、拒绝交易、价格歧视等行为的规制较严厉；3. 转售价格维持和独占地域限制属于核心限制。
分析模式	长期以来在本身违法规则和合理原则的二分框架下进行分析。近来二者展现出融合的趋势，并且实质化标准（standard）的作用范围不断增大而形式化规则（rule）的运用范围逐渐缩小。	包括目标限制（违法推定）、效果限制（合理分析）、合法推定、推定缺乏效果等。总体上看，形式化规则（rule）的覆盖范围庞大（例如倚重集体豁免）而实质化标准（standard）的运用仍在不断嵌入。
概念术语	例如：限制贸易（restraint of trade）、附属限制（ancillary restraints）、州行为法则（state action doctrine）、排他性交易（exclusive dealing）、产出约束（output contract）等。	例如：限制竞争（restriction of competition）、比例原则（principle of proportionality）、国家援助（state aids）、单一品牌（single branding）、独家供应（exclusive supply）等。
实施结构	联邦和州双层实施；FTC 与 DOJ 双头实施；大量运用同意令和同意裁决；三倍赔偿、陪审团以及发达的私人诉讼（集团诉讼）；垄断行为可导致刑事制裁。	欧委会长期对 101 条第 3 款享有独占实施权；2004 年以后欧盟和成员国分散实施；倚重行政的力量推动实施；私人诉讼数量和作用都有限；垄断行为不会导致刑事制裁。

再者，由于反垄断法规则较为抽象且富有弹性，<sup>[29]</sup> 难免语义模糊且使概念、规则具有不确定性，它虽然是制定法，但其实只是宣告了一个反对垄断行为的公共政策，这

[29] 美国反托拉斯法中，实际发挥作用的规则仅有 6 条：《谢尔曼法》第 1、2 条，《克莱顿法》第 2、3、7 条，《联邦贸易委员会法》第 5 条。欧盟竞争法中，《欧盟运行条约》涉及竞争的条文主要是第 101、102 条。我国《反垄断法》虽然有 57 个条文，仍难免粗线条立法的特征。

个领域内实际的法律主要是由执法机构和法院来“制定”。<sup>[30]</sup>这意味着,《反垄断法》文本固定的“拘束力”是有限的,其文本不够清晰,却也不宜清晰,因而似乎不足以树立起为法教义论者所心仪的法律信条,相反倒可能被诟病为“形式上的恶法”。但是,反垄断法又被广泛誉为“经济宪法”,重要原因之一或许在于反垄断法的抽象义理担当着规范生产和再生产的依据的角色,它是竞争秩序的“基础规范”(basic norm)。<sup>[31]</sup>进而言之,如何发现反垄断法和阐释反垄断法成为关键,这在很大程度上又依赖于 Daniel A. Crane 教授所谓的反垄断执法/司法的“规范塑造”(norms creation)机制,<sup>[32]</sup>即将“政策法”转录为“规范法”的表达机制,正是在此过程中,美国反托拉斯法和欧盟竞争法的制度经验、理论观念都可能被竞相采取而填充我国反垄断法的规范罅隙和空缺结构。一旦适法主体,尤其是不同的公权力主体依凭不同的域外“最佳实践”、不同的观念偏好甚或基于不同的利益追求,对《反垄断法》采取不同的理解和不同的适法路径,以至于得出相互抵触的法律结果,甚者,这种冲突上升到反垄断法配套规范的层面而形成某种固化的、对峙的力量,那么中国这块“新大陆”毋宁沦为不同司法辖区反垄断法制度竞争、理论博弈的“练兵场”。在此意义上,本文所谓我国反垄断法的主要难题,即是由于不同来源的制度经验和理论观念因无力解释和解决由其自身作用和相互作用而产生的各种问题,最终导致我国反垄断法的规范失序危机,即我国反垄断法制度和意义系统被解构的风险。

## (二) 规范失序的初步表现

规范失序绝非耸人听闻,目前我国反垄断实践已经展露出范失的前奏,最显著的例子莫过于反垄断执法机构和法院对转售价格维持(resale price maintenance,以下简称:RPM)<sup>[33]</sup>反垄断案件处理模式的持续性冲突。

我国《反垄断法》有关RPM的规范设计与欧盟竞争法具有相似构造。<sup>[34]</sup>RPM在欧盟竞争法中属于“核心限制”(hardcore restriction),即行为通常被认为不产生客观的经济利益,不会利及消费者,也不是实现效率主张所不可或缺的。<sup>[35]</sup>换言之,RPM是一

[30] 参见[美]理查德·波斯纳:《反托拉斯法》(第二版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,代译序,第11页。

[31] 关于“基础规范”的概念,参见[奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第126页。

[32] See Daniel A. Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2010, p. 93.

[33] 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的价格进行限制的情形。转售价格维持一般包括四种情形: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。参见郝俊淇:“反思与权衡:转售价格维持的反垄断法分析模式探析”,《竞争政策研究》2017年第4期,第33页。

[34] 《反垄断法》第13条第2款是垄断协议的定义;第14条是对典型纵向垄断协议的禁止性列举(包括固定转售价格和限制最低转售价格);第15条是对垄断协议豁免事由和豁免条件的规定。《欧盟运行条约》第101条第1款未区分横向垄断协议和纵向垄断协议,而对系列典型垄断协议予以禁止性列举;第101条第2款确认垄断协议无效;第101条第3款规定垄断协议的豁免事由和豁免条件。

[35] See Alison Jones, William E. Kovacic, *Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Analytical Framework*, *Antitrust Bulletin*, 62 (2017), p. 254.

种违法特征非常明显的垄断行为。<sup>[36]</sup>基于此, RPM 不适用欧盟《纵向协议集体豁免条例》, 即便 RPM 具有个案豁免的可能, 但仍被推定通常不满足《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款的四个豁免条件。<sup>[37]</sup>对 RPM 适用目标限制分析而非效果限制分析, 其本质是一种违法推定。鉴于在 2010 年欧盟《纵向协议集体豁免条例》修订之前的 50 年中, 没有一个 RPM 抗辩成功而被豁免的案件,<sup>[38]</sup>因此所谓违法推定毋宁说是实质上的本身违法 (virtual illegal per se)。然而, RPM 毕竟具有促进竞争的可能,<sup>[39]</sup>欧盟竞争法的以上实践使得抗辩流于形式, 导致分析方法功能麻痹。因此, Barry E. Hawk 教授痛斥这种极端的法律形式主义, 称其为体系性失败, 并呼吁效果分析的嵌入。<sup>[40]</sup>由于我国反垄断法有关 RPM 的规定与欧盟竞争法具有相似性, 加之二者在反垄断法的实施体系上具有趋同性, 都强调运用行政力量来推动反垄断法的实施, 因此在 RPM 案件的执法立场和执法思路, 我国反垄断执法机构与欧盟委员会具有天然的亲和性。国家发改委及其授权的省级执法机构一贯秉持“禁止+豁免”的执法原则, 即坚持“我国《反垄断法》在立法技术上对纵向垄断协议采取了与横向垄断协议同样的方式, ‘禁止+豁免’的规定明确了对其所持的原则禁止与例外豁免的法律态度……其普遍违法性通过概括禁止的方式予以表达, 而其可能具有的合理性则通过豁免的条件体现出来……对反垄断执法机构而言, 只能依法办案, 而不能‘造法办案’”。<sup>[41]</sup>无论是“五粮液案”“茅台案”“奶粉案”“镜片案”还是新近的“汽车业反垄断案”和“海尔案”, 执法机构均未实质性考证 RPM 的排除限制竞争效果, 只要具有排除限制竞争的行为事实 (RPM 的协议或政策) 就被推定违法。截至目前, 尚未有依据《反垄断法》第 15 条抗辩成功的案件。<sup>[42]</sup>

中国《反垄断法》的立法蓝本虽然是欧盟竞争法, 但在实施过程中仍深受美国反托拉斯法的影响。<sup>[43]</sup>这种影响突出表现为我国法院与美国“最佳实践”的“接轨冲动”。

---

[36] 即便在 2007 年美国 Leegin 案废除 RPM 的本身违法规则而转向合理原则后, 欧盟竞争法也没有大举改革的态势, 美国的轰动事件在欧盟仅仅是“茶杯里的风暴”。See Josef Bejcek, *The Leegin Case: a US Antitrust Chief Event Versus a Storm In a European Teacup*, Josef Drexl, ed., *More Common Ground for International Competition Law?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 86.

[37] See Alison Jones, *Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article 101 (1)*, *European Competition Journal*, 6 (2010), p. 694.

[38] See Marsela Maci, *The Assessment of RPM under EU Competition Rules: Certain Inconsistencies Based on a Non-substantive Analysis*, *E. C. L. R.*, 35 (2014), p. 103.

[39] RPM 促进竞争的理由主要有三个: (1) 激励经销商或零售商更好地促销商品, 为客户提供服务; (2) 保证商品高品质的象征; (3) 便利新产品和需求不确定的产品进入市场。参见 [美] 欧内斯特·盖尔霍恩等:《反垄断法与经济学》(第五版), 任勇等译, 法律出版社 2009 年版, 第 280~282 页。

[40] See Barry E. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, *Common Market Law Review*, 32 (1995), p. 973.

[41] 参见国家发改委价监局反垄断二处:“纵向价格垄断协议法律适用问题研究”,《中国价格监督检查》2013 年第 11 期, 第 25 页; 许昆林:“宽大政策适用于纵向垄断协议”,载《中国经济导报》2013 年 10 月 31 日, 第 A03 版。

[42] 参见时建中、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”,《政治与法律》2017 年第 11 期, 第 30 页。

[43] 参见前注 [17], 李剑文, 第 138 页。

2007年美国的 Leegin 案废除了 RPM 的本身违法规则而转向合理原则。最高法院的多数意见认为, RPM 对于生产商具有诸多正当价值, 而非仅仅服务于经销商卡特尔的利益; RPM 并非总是或几乎总是具有严重的反竞争效果, 因此不应采用本身违法规则。<sup>[44]</sup> 这一转变在美国引起了激烈的争论, 同时也对包括我国在内的其他司法辖区有关 RPM 的政策实践带来了冲击。我国法院在关于 RPM 的“强生案”<sup>[45]</sup> 和新近的“格力案”<sup>[46]</sup> 中都实质性地贯彻着“合理原则”。其核心关注在于, RPM 的违法性认定不能仅以经营者与交易相对人是否达成了限定转售价格的协议为准, 而需要进一步考察此等协议是否具有排除、限制竞争效果。对此, “强生案”二审法院提出了对 RPM 进行合理分析的四个要素: 市场竞争的充分性、市场地位、行为动机、行为效果。“强生案”的主审法官曾公开撰文并声称, “有必要强调, 我国《反垄断法》制定时, 美国‘立晶’案对中国反垄断法学研究和立法影响还不大, 对限制最低转售价格行为负面效果的认识比较充分, 而对其正面效果的认识还很不够……限制最低转售价格行为不应适用‘本身违法’、‘原则禁止+例外豁免’的评价原则, 应该根据行为对市场竞争的实质性影响来判断行为的合法性。”<sup>[47]</sup>

综合来看, 在对 RPM 的违法性认定上, 我国反垄断执法机构因袭“欧盟范式”, 而法院则力主“美国范式”。事实上, 这种分裂的力量也表现在其他类型的反垄断案件中。比如, 在深圳有害生物防治协会横向垄断协议案中, 初审法院直言, “构成垄断协议的前提是‘排除、限制竞争’, 说明垄断协议的认定原则是合理原则。”<sup>[48]</sup> 这显然与我国反垄断执法机构对横向垄断协议(恶性卡特尔)所采取的基于形式的违法判定方法相冲突。再如, 我国《反垄断法》第13条对联合抵制行为的类型化原则取材于欧盟竞争法, 但在“番禺动漫协会案”中, 反垄断执法机构对联合抵制行为的处理模式却又借鉴了美国反托拉斯法。<sup>[49]</sup> 凡此种种, 以上二元不一统的矛盾, 或体系性冲突,<sup>[50]</sup> 印证了前文提出的基本观点, 即问题并非既定的自在之物而是由制度和理论所制造, 不同来源的制度经验和理论观念因无力解释和解决由其自身作用和相互作用而产生的各种问题, 最终导致我国反垄断法的范失危机。如何化解这种危机, 关键在于我国反垄断法规范秩序的统一性和有效性的建构, 而其前提一定是我们获得了广为认同的解释、评价、捍卫、批判抑或改进我国反垄断法律制度的判断标准。就判断标准的形成和发展而言, 反垄断法

[44] 与此同时, 最高法院认识到建构 RPM 评估方法的任务远未完成, 因而劝诫下级法院探索 RPM 的结构化合理原则 (structured rule of reason), 重构诉讼结构, 设计适当的证明责任分配规则, 以此助力反竞争 RPM 的识别。See *Leegin Creative Leather Products Inc. vs. PSKS, Inc.*, 551 US 892 (2007)。

[45] 参见上海市第一中级人民法院(2010)民五(知)初字第169号民事判决书;上海市高级人民法院(2012)民三(知)终字第63号民事判决书。

[46] 参见广州知识产权法院(2015)粤知法商民初字第33号民事判决书。

[47] 丁文联:“限制最低转售价格行为的司法评价”,《法律适用》2014年第7期,第59、61页。

[48] 参见广东省高级人民法院(2012)民三终字第155号民事判决书。对该案的评析,参见李剑:“横向垄断协议法律适用的误读与澄清——评深圳有害生物防治协会垄断案”,《法学》2014年第3期,第128~142页。

[49] 参见粤工商经处字〔2015〕第2号。对该案的评析,参见侯利阳:“垄断行为类型化中的跨界行为——以联合抵制为视角”,《中外法学》2016年第4期,第1039~1055页。

[50] 本文提出的我国反垄断法的范失危机与李剑教授提出的我国反垄断法的体系冲突具有本质上的同一性。参见前注〔17〕,李剑文,第138~152页。

学责无旁贷。反垄断法的学术研究不是简单的对反垄断法的镜像,而是要对其进行深度解析和追究并从中提炼出判断标准。<sup>[51]</sup>在更宏大的层面上看,判断标准的探求过程实际上就是我国反垄断法学的本土建构过程。

#### 四、反垄断法学的本土建构:取向和方法

1978年以后中国社会科学的发展,与一个规模空前的对西方学术的“知识引进运动”联系在一起。无论是我们的理论,还是我们的分析概念或工具等等,大都是从西方舶来的。我们必须承认,正是在这个基础上,经过无数学人的努力,我们开始建立中国社会科学的学术传统。<sup>[52]</sup>与其他法学部门或社科门类相比,我国反垄断法学研究起步更晚,直到20世纪90年代初才发轫。从一定意义上说,它甚至落后于经济社会实践,因为中国反垄断的任务早在1980年10月7日《国务院关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》中就提出来了。即便在《反垄断法》颁行10年后的当下,似乎也不能自信地认为我国反垄断法的学术传统业已建立。整体上看,我国反垄断法学研究滞后于法制实践,同时还表现出较强的“执法/司法驱动性”,即被动回应有余而主动引领不足。于是我们看到孤勇的执法机构、法院一次次地冲锋陷阵,尽管他们反而为此遭受了诸多学术批评。事实上,在大规模的制度借鉴移植的背景下,我国反垄断法学根本未能提供解释、评价、捍卫、批判抑或改进本土反垄断法制及其实践样态的判断标准,因而这是一个“有文本却少知识”“有法制却无判准”的时代。为了尽快结束这个时代,并建构起本土反垄断法的学术传统,我们一方面要秉持“从哪里来到哪里去”的方针,对他者的审视蕴藏着我国反垄断法自我理解的契机和自我推进的路径;另一方面,《反垄断法》的文本并非给定了某种教义或信条,其规范性仍有待塑造,因此反垄断法的研究应更多地运用经验方法,如果确实要赋予法教义学在反垄断法研究中的应有地位,那也是在个案层面的“经验教义法学”。

##### (一) 我国反垄断法的研究取向:“钻进去一走出来”

多域制度借鉴和理论糅合的路径依赖决定了我国反垄断法要实现自觉、自立、自洽,就必须回返到欧美反垄断法的文本、制度、经验、理论、观念等层面,爬梳清楚其脉络及差异,并持续与之进行“对话”,从而在反思和批判中开发出砥砺我国反垄断法律制度的判断标准以及找到建构本土反垄断法学的可欲方向。概言之,“钻进去”再“走出来”是不可分割的必由之路,其妥适性在于以下三方面的考量:

第一,虽然10年前我国就具备了《反垄断法》的文本,但正如前文所述,这一“基础规范”(basic norm)很大程度上只是宣布了反对系列垄断行为的公共政策。从当前情况来看,对我国反垄断法“规范塑造”(norms creation)的努力远未充分。“规范塑造”如果能够基于内源型的直接经验当然最为贴切,比如像美国反托拉斯法和欧盟竞争法漫长的生长历程那样,但是在法律实施的时间约束、执法资源和执法能力的约束、全球化共时态的约束以及反垄断法保守品性的约束下,内源型的直接经验注定是比较有限的。因此,当前我国反垄断法研究的重要之维仍应当是大规模的知识引进。外源型的间

[51] 理论的价值并非在于对理论的对象镜像表现,而需要对理论对象进行深度解析并提炼出判断标准。参见李平:《法学延伸的两个向度》,法律出版社2010年版,第6页。

[52] 参见邓正来:“中国社会科学的时代使命”,《社会科学》2008年第7期,第5页。

接经验并不具有与我国本土直接经验在现代市场经济构成要素方面相反的异质性。在这个意义上,全面地介绍、传播欧美反垄断法的制度经验、理论观念格外重要——哪怕它们是与本土问题意识无甚关联的介绍和传播,因为它们构成我国反垄断法“规范塑造”进程中最基础、最充分、最经济的质料。

第二,鉴于反垄断法知识的同质性及其较高的国际共享程度,我国反垄断法学术传统的建构显然不能独立于作为整体的世界反垄断法学术研究的大传统,这是学术场域自身逻辑以及有关知识传统与知识增量之间的关系定律所定格的。质言之,“我们所有的知识都是从我们的学术传统中生长和发展出来的,离开了学术传统就无所谓知识增量和不增量的问题。”<sup>[53]</sup>因此,脱离了美国反托拉斯法学、欧盟竞争法学的众多研究者经由个人努力而汇成的反垄断法的学术大传统,我们根据什么宣称自己的观点不是域外学人已经详尽阐释过的观点?我们又根据什么宣称自己的智识努力是一种贡献?因此,有关知识传统和知识增量的关系定律,要求我们必须投身于世界反垄断法学的大传统,必须回到欧美反垄断法学的“经典”,并通过这一努力而获悉本土反垄断法学知识工作的性质和方向。

第三,大规模的知识引进和投身到世界反垄断法学的大传统都只是“钻进去”的努力,我们可能就此迷失在欧美反垄断法制度经验、理论观念、概念术语的丛林中。如果任由这些纷繁复杂的外力在中国的场域中竞相恣意地发挥作用,那么我国反垄断法的范失危机无疑会进一步加剧。然而,风险之所在利益之所在也。“钻进去”只是我们建构本土反垄断法的学术传统的必要手段,它可能会附带着我国反垄断法系统性风险的增生,但成功的关键取决于我们能否“走出来”。就此而言,我们的知识工作绝不能沦为无反思性的接受,而必须对外源质料加以审慎性检验和反思性批判,并在此基础上提炼出真正能够解释、评价、捍卫抑或改进我国反垄断法律制度及其实践样态的判断标准,进而促成我国反垄断法规范秩序的统一性和有效性的建构。对外源质料的检验和批判之所以可能和必要,根本上是因为任何反垄断法知识都是有限度的,其限度主要是由于人的理性所具有的构成性限度所决定的。下文不妨以垄断协议的分析模式为例,以此说明回返到美欧反垄断法的语境中进行反思和批判对于我国反垄断法学建构的重要性。

事实上,美国反托拉斯法对垄断协议的分析长期是在本身违法规则和合理原则的二分框架下展开的,然而这种“贴标签”式的做法着实为美国反托拉斯法的发展埋下了隐患。在先例约束的普通法原则下,法院和执法机构为了迁就二元对立的分析模式,在法律的具体阐释中扭曲了太多的概念和制度,比如为了避免RPM适用本身违法规则可能导致的积极失误,法院刻意在RPM的概念构成上做文章,并炮制出所谓的“高露洁政策/权利”(Colgate Policy/Right);同样为了避免搭售案件全面受制于严苛的本身违法规则,法院又提出仅对满足一定条件的搭售案件适用“修正的本身违法规则”(modified illegal per se)。鉴于以上扭曲的状况,美国学者对传统二分框架的创造性转化付出了大量努力,当下较普遍的认识是反垄断法的分析都应服膺于合理原则,所谓本身违法其实是对行为违反合理原则的绝对推定(conclusive presumption)。<sup>[54]</sup>然而,合理原则实际

[53] 邓正来:“中国法学的重建——批判与建构”,《吉林大学社会科学学报》2003年第5期,第8页。

[54] See Mark S. Popofsky, Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules, *Antitrust Law Journal*, 73 (2006), p. 435.

又是非常空洞且高度不确定的标准 (standard), 它最大的弊端在于开放过度, 进而会给美国反托拉斯法带来异治性的风险。因此, 如果说美国反托拉斯法之前面临的难题之一是二分框架对法律概念和法律制度的扭曲, 那么当前它又不得不面对如何建构和发展出一套具有“可管理性”(administrability)的合理原则的系谱。

在这方面, 欧盟竞争法面临的难题与美国反托拉斯法大为不同, 它最大的难题是分析模式的结构失衡。由于在2004年“现代化改革”之前, 欧盟委员会一直享有对《欧盟运行条约》第101条第3款, 即垄断协议豁免条款的独占实施权, 为了汲取和巩固权力以及推动欧盟范围内竞争规则的一致性, 欧盟委员会把《欧盟运行条约》第101条第1款塑造成了一个几乎无所不包的 (overinclusive)、形式化的禁止规定, 从而使得企业间签订的很多合同都不得不按照第101条第3款的要求向欧盟委员会事前申报豁免。繁重的审批负荷促使欧盟委员会不得不创制出叠床架屋的一系列集体豁免条例、配套指南和通告。即便在改革后的当下, 欧盟竞争法看上去仍过于“条条框框”, 似乎有点尾大难掉。欧盟竞争法中垄断协议分析模式的结构失衡, 实质上反映了其法律形式主义的过分扩张, 导致的后果是101条第3款过度臃肿而101条第1款却陷入功能麻痹。

以上简略的分析意在表明, 无论是美国反托拉斯法还是欧盟竞争法在垄断协议分析模式方面都存在自身局限, 正是由于制度以及支撑制度的理论和知识的限度, 我们才具有对其反思和批判的可能。无论是美国传统的二分框架以及当下流行的合理原则的系谱, 还是欧盟非均衡的分析结构及其倚重的集体豁免制度, 我们都不能轻易地接受, 即不能无反思性地将别人经由自然时序发展的结果倒置为我们研究过程中当然信奉的前提。对欧美反垄断法制度经验、理论观念、概念术语的深入体验和反思批判, 根本目的是为了找到建构本土反垄断法学的阶梯和方向。仍以垄断协议的分析模式为例, “走出来”的关键实际上取决于我们能否在开放过度的“美国模式”和功能麻痹的“欧盟模式”的夹缝中提炼出一条经过扬弃的与中国的基础情事相契合的分析路径(判断标准)。在此不妨设想, 能否借鉴托依布纳(Cunter Teubner)提出的“反思法”的思想资源,<sup>[55]</sup>建构某种以程序措置为中介而兼蓄形式理性与实质理性并具有反思性整合功能的分析模式? 论旨所限, 本文不再详细展开。

## (二) 我国反垄断法的研究: 经验方法之提倡

上文提出的“钻进去一走出来”的研究取向无疑是奠定我国反垄断法经验基础并推动其持续发展的重要动力。事实上, “缺乏比较的眼光限制了分析反托拉斯的概念工具, 人为地缩小了它的经验基础。”<sup>[56]</sup>因此, 作为经验方法之域外向度的比较借鉴注定应在我国反垄断法的研究中占据重要地位。除了比较借鉴的经验方法以外, 从更根本的层面看, 笔者认为, 整个反垄断法生命首先是源于经验而不是规范逻辑, 换言之, 我们不能脱离经验基础而孤立地谈论反垄断法的规范或者“教义”, 这是因为:

[55] 托依布纳把程序的反思性与国家对社会的间接控制、社会自治自决的组织化理论结合起来, 提出了“反思法”的学说。他认为, 在形式合理性与实质合理性之外, 还存在反思合理性。“反思法”追求一种有管理的自治, 具有程序指向, 它倾向于利用程序规范来调整过程、组织关系、分配权利。See Cunter Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, Law and Society Review, 17 (1983), p. 239.

[56] [美]戴维·格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争——捍卫普罗米修斯》, 中国社会科学文献出版社2004年版, 第7页。

第一，无论是反垄断法的文本还是其“规范塑造”（norms creation）的过程都离不开经验的砥砺，没有厚实的经验素材作支撑的反垄断法规范，难免成为主观臆断或理性狂妄。美国反托拉斯法中的本身违法规则（rule of illegal per se）不是一开始就成为“规范共识”并被先验地摆在人们面前的，它是经过长期执法、司法经验的积累并形成对某类行为（比如价格卡特尔）限制竞争高度盖然性的统计判断之后才被硬化出来的。因此，舍弃经验基础实际上就阻隔了“规范形塑”或“教义生成”的进路。

第二，即便反垄断法规范已经初步形成，但这些规范在经验世界中很难具有持久稳定且易于识别的并与之一一对应的对象。例如，“市场支配地位”这一规范要素的确认，往往需要结合个案情境并进行大量的事实性、经济性的信息搜集和处理，因而现实世界中没有哪一个企业（即便是“大企业”）是与“市场支配地位”一目了然地对应起来的。质言之，反垄断法的调整对象具有复杂性和非常规性，我们不可能仅仅依靠反垄断法的某个概念或规则去涵摄甚或剪裁丰富驳杂的事实。这一点与传统部门法的民法规范（教义）、刑法规范（教义）存在巨大差异，因为后者所面对的生活形式具有普遍性和日常性，因而其间所提炼出的教义不仅具有在裁判中信息节约的优势，而且教义本身具有稳定性和连续性。

第三，反垄断法不可能是一个封闭自证、自给自足的体系，它也不能全然接受逻辑的统治。基于反垄断法所关涉事项的重大影响和溢出效应，我们应提倡“经验的正确性可以优先于规范的正确性”之理念。这不是说要抛弃反垄断法的形式理性和反垄断法安定性价值，而是说在规范与事实存在张力的时候，我们可以突破规范约束而寻求经验上的正确处理方式，但需要增加相应的论证负担。例如，明确界定相关市场是我国《反垄断法》滥用市场支配地位禁止制度中的应然规范要求，但是在奇虎360诉腾讯垄断案中，囿于互联网行业本身的特殊性，最高人民法院对相关市场的界定采取了变通操作，<sup>[57]</sup> 终审判决指出，“即使不明确界定相关市场，也可以通过排除或者妨碍竞争的直接证据对被诉经营者的市场地位及被诉垄断行为可能的市场影响进行评估。因此并非在每一个滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场。”<sup>[58]</sup> 由此可见，由于反垄断案件的复杂性及其处理结果的广泛重大影响性，在“规范的正确性”难免存在局限的时候，我们应当葆有经验性的眼光来观照反垄断案件处理的合理性。

第四，反垄断法的实施并不绝对地追求规范预设的后果，即反垄断法的实际作用并非简单地判断行为的违法性并对其做出处罚，而越来越突出地表现为对系统长远影响的判断以及对某种系统长远后果的追求，比如对消费者福利以及其他经济活动特点的塑造。此际，反垄断法的规范性很大程度上消融于反垄断法管制化的运作中。<sup>[59]</sup> 事实上，由于反垄断所面临的市场信息的庞杂性，<sup>[60]</sup> 严格执法有时候看上去似乎是一个“高贵

[57] 参见李平、郝俊淇：“互联网行业滥用市场支配地位认定中相关市场界定问题研究——基于‘奇虎诉腾讯垄断案’终审判决的思考”，《西部法学评论》2015年第4期，第60~67页。

[58] 参见最高人民法院（2013）民三终字第4号民事判决书。

[59] 关于反垄断执法管制化特征的详细论述，参见 Spencer Weber Waller, *Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement*, *Oregon Law Review*, 77 (1998), pp. 1383~1450.

[60] 霍温坎普认为，反垄断面临的最基本的问题是能力有限的执法机构如何处理复杂的市场信息。参见 [美] 赫伯特·霍温坎普：《反垄断事业：原理与执行》，吴绪亮等译，东北财经大学出版社2011年版，第11页。

的梦”。在某些情况下，尤其是对那些具有政治、经济、社会重要性但法律上模糊的问题的处理上，反垄断执法不是对垄断行为或有或无的逻辑判断，而是对有益效果或多或少的长远权衡。世界各司法辖区广泛运用的反垄断执法协商、执法和解抑或经营者承诺等多元实施方式都是软化执法以及管制化倾向的典型体现。<sup>[61]</sup>在这里，基于经验判断的后果思维置换了基于“教义”统摄的规范思维。

以上分析表明，经验方法在我国反垄断法研究中理应具有重要地位。除了基于域外向度的比较借鉴的经验方法外，在本土场域中，经验方法的运用可以在宏观、中观、微观三个层面展开。

从宏观层面看，反垄断法规则的形塑、变迁，不能脱离对本土基础情事的判断。<sup>[62]</sup>基础情事中最重要的是市场条件的完善程度，即市场自身的纠偏能力。这直接关系到设置反垄断法规则的严厉或宽松问题。如果市场条件比较完善，市场的纠偏能力比较充分，那么考虑设置宽松的反垄断法规则就具备合理性。此时我们应当警惕反垄断干预的积极失误（false positive）。反之，如果市场条件不甚健全，市场的纠偏能力比较有限，那么考虑设置严厉的反垄断法规则就具备合理性，此时我们应当预防反垄断过于保守而造成的消极失误（false negative）。<sup>[63]</sup>对以上基础情事的揭示依赖于市场调研、实证调查所形成的经验证据。从“学科导向”的角度来说，以上体量庞大的工作肯定不是反垄断法学人所能担纲，但是从“问题导向”的角度讲，反垄断法学人必须对基础情事的状况及其经验证据高度敏感。实际上，反垄断法学人完全可以积极倡导并参与执法案件的事后评估。通过执法评估，我们可以夯实反垄断的经验基础，比如执法案件对相关经济福利的改善情况，以及先前执法中规范运作、分析模式、举证责任配置等的利弊得失。以此为基础，我们可以进一步缓解反垄断执法的两类错误，并促进反垄断法规则持续性和累积性的改进。

从中观层面看，我们必须密切关注并不断探索反垄断法律制度，甚或涵义更广的竞争政策<sup>[64]</sup>与其他制度、政策的相互影响和制约。我国长期实行计划经济，改革开放以来，与赶超战略相适应，以产业政策为统领的经济政策体系大行其道。近来，虽然有《反垄断法》之出台以及竞争政策之发轫，<sup>[65]</sup>但是我国反垄断法和竞争政策的生存环境不容乐观，保护竞争的理念才刚刚萌芽，竞争政策的话语权仍需奋力争取。在这样的境域里，反垄断法学人应当拓宽视域，以视域融合的方式对反垄断法以及竞争政策在我国

[61] 参见焦海涛：“反垄断法承诺制度的功能解释——从我国实践案例切入”，《财经法学》2016年第6期，第62页。

[62] 支撑法律规则运作的基础情事往往是不加言明的，不能深刻理解法律规则背后的基础情事，就无法理解法律规则的形塑和变迁。See Suzanna Sherry, Foundational Facts and Doctrinal Change, University of Illinois Law Review, (2011), pp. 145~186.

[63] 伊斯特布鲁克法官认为，最优的反垄断法规则应该是最小化积极失误和消极失误的，即力争避免两类错误的发生。See Frank H. Easterbrook, The Limits of Antitrust, Texas Law Review, 63 (1984), pp. 1~40.

[64] 徐士英教授认为，我国竞争政策的体系主要包括五大部分：一是有效的竞争法律制度（以反垄断法为核心）；二是垄断行业的竞争性规制；三是政府反竞争行为的规制；四是国有企业垄断行为的规制；五是竞争推进（尤其是其中的公平竞争审查，或谓竞争评估）和竞争文化建设。参见徐士英：《竞争政策研究——国际比较与中国选择》，法律出版社2013年版，第12~18页。

[65] 参见时建中：“论竞争政策在经济政策体系中的地位——兼论反垄断法在管制型产业的适用”，《价格理论与实践》2014年第7期，第5~9页。

制度体系和政策系统中的定位及功能进行深刻的洞察，并着重对制约反垄断法以及竞争政策有效运作的各种外在因素进行剖析，以期找到优化权力关系配置，实现不同制度及政策“多元共和”的出路。<sup>[66]</sup> 反过来看，我国竞争政策的发轫和不断勃兴，丰富了反垄断法研究的视域，拓宽了反垄断法研究的场域，甚至把反垄断法研究从文本规范的狭窄空间中解放了出来，并且让我们的知识工作获得了某种“经世济民”的品性和担当。

从微观层面来看，反垄断法如何在个案中予以适用，涉及最需要谨慎处理的有关规范方法与经验方法的平衡问题，其本质是规范运用的适法权（legalism）与经济分析的技术权（technocracy）如何和谐共处的问题。在个案适法的过程中，规范方法与经验方法具有统一性，因为经济学知识能为反垄断案件的处理提供认识论基础和方法论工具，换言之，经济学知识塑造了反垄断法规范的解释方法和适用方式。然而，规范方法和经验方法又具有对立性，因为“强调合理原则，势必会使反垄断法减少语义逻辑性，加强经济性和事实性等因素，强调经济的合理性分析，减弱了反垄断法规则的体系性。”<sup>[67]</sup> 对于二者潜在的张力，笔者认为，反垄断法规范适用过程中法治的基本价值不能抛弃，经济分析具有重要性，但是该等经验方法必须“戴着规范的镣铐跳舞”，<sup>[68]</sup> 否则反垄断法实践很可能发生蜕变并流于精巧的素材、数据游戏。调和此间矛盾的出路理应是在反垄断法规范的领域内展开实证的经验分析，其核心是对规范的涵义进行沟通、商谈和论证。具体来说，我们可以设置特定的程序装置来综合各种涉案经验、知识、观点和利益，并在程序的参与性、交涉性、过程性的约束下收敛主体间分歧，形成规范共识，促成案件合意解决。在这个意义上，我们确实应赋予“法教义学”应有地位，但是它无法独善其身，尚且需要依靠法律程序中的沟通行为等媒介而实现各种分化的经验、知识、利益的动态均衡，因此它其实是一种“经验教义法学”。此际，反垄断法规范获得了确定性，但这种确定性不是基于某种形而上的实体，也不尽然是基于认识方法的严格，而是取决于沟通、商谈、论证的客观性。<sup>[69]</sup>

## 五、结语

在强调市场在资源配置中起决定作用的年代里，中国跟世界大多数国家一样分享着现代市场经济的生活形式。反垄断法植根于市场经济。在经济转型过程中，我国反垄断

[66] 在缓和经济政策冲突，促使政府管制政策以有利于竞争的方式制定和执行的意义上讲，我国反垄断执法机构力推的公平竞争审查制度在其中发挥着重要作用。公平竞争审查制度作为我国竞争政策体系的重要之维，如何发挥该制度应有的功用并实现其功效，值得反垄断法学人为之付诸努力并持续探索。参见时建中：“强化公平竞争审查制度的若干问题”，《行政管理改革》2017年第1期，第43~46页。

[67] 沈敏荣：《法律的不确定性——反垄断法规则分析》，法律出版社2001年版，第83页。

[68] 参见陈艳凤：“走出‘社科法学’迷思”，《中国社会科学报》2015年6月10日，第A07版。

[69] 波斯纳认为，法律存在三种意义上的客观性，即本体的、科学的（可复制的、汇聚性的）和交谈式的客观性。他主张：在大多数法律案件中第一种客观不可能；第二种客观有时可以获得，但由于法律职业的态度和制约，以及法律职业处理问题本身的性质，这种客观也经常不能获得；第三种客观是可以获得的。参见[美]理查德·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第42页。

法所面对的各种问题在偏离或满足现代市场经济构成要素上的特殊性不具有与现代市场经济构成要素相反的异质性,因此不具有严格意义上的、排他的反垄断法的“中国问题”。基于反垄断法的“中国问题”建构反垄断法的“中国理论”和“中国制度”之主张,颠倒了问题与制度、理论之间的因果逻辑。问题并非既定的自在之物,而是由理论和制度所制造,我国反垄断法当前所面临的主要难题,即在对美国反托拉斯法和欧盟竞争法制度、理论借鉴和杂糅过程中自我理解和自我推进的难题;其根本上是由于不同来源的制度经验和理论观念因无力解释和解决由其自身作用和相互作用而产生的各种问题而导致的我国反垄断法的范失危机。之所以会产生这种危机,重要原因在于我国反垄断法学未能提供解释、评价、捍卫、批判抑或改进我国反垄断法律制度及其实践样态的判断标准。因此,这是一个“有文本却无知识”“有法制却无判准”的时代。为了尽快终结这种局面,我们必须回返到欧美反垄断法的文本、制度、经验、理论、观念等层面,爬梳清楚其脉络及相互间差异,在反思和批判中找到真正能够砥砺我国反垄断法律制度的判断标准并开发出建构本土反垄断法学的可欲方向。在此进程中,我们应当赋予经验方法以重要地位,不仅要继续加大知识引进和反思性比较借鉴的力度,同时在宏观层面要注重对市场条件等基础情事的经验洞察,在中观层面要善于剖析反垄断法、竞争政策与其他制度、政策的相互关系和制约,在微观层面的反垄断法适用中应注重经验方法与规范方法的协同合作。

概言之,在当前以及此后相当阶段,10岁的中国《反垄断法》还需要127岁的美国反托拉斯法和60岁的欧盟竞争法施以援手,“超美越欧”还为时过早。

## 参考文献

- [1] 金善明. 中国反垄断法研究进路的反思与转型 [J]. 法商研究, 2017 (4).
- [2] 陈甦. 体系前研究到体系后研究的范式转型 [J]. 法学研究, 2011 (5).
- [3] 张守文. 经济法理论的重构 [M]. 北京: 人民出版社, 2004.
- [4] 魏敦友. 当代中国法哲学的反思与建构 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [5] 郑永流. “中国问题”及其法学辨析 [J]. 清华法学, 2016 (2).
- [6] 邓正来. 中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲 [M]. 北京: 商务印书馆, 2014.
- [7] 李剑. 中国反垄断法实施中的体系冲突与化解 [J]. 中国法学, 2014 (6).
- [8] 王晓晔. 《中华人民共和国反垄断法》析评 [J]. 法学研究, 2008 (4).
- [9] 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 [J]. 政治与法律, 2017 (11).
- [10] 邓正来. 中国法学的重建——批判与建构 [J]. 吉林大学社会科学学报, 2003 (5).
- [11] 焦海涛. 反垄断法承诺制度的功能解释——从我国实践案例切入 [J]. 财经法学, 2016 (6).
- [12] 沈敏荣. 法律的不确定性——反垄断法规则分析 [M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [13] 陈艳凤. 走出“社科学法”迷思 [N]. 中国社会科学报, 2015-06-10.

(责任编辑: 吴 韬 张安平)