

经济分析如何融入法律过程： 欧盟竞争法改革的得失及启示

吴 韬 郑东元*

内容提要：经济分析是认定垄断行为违法性的主要工具。我国在反垄断法律制度建构过程中，始终十分重视经济分析方法和经济证据的使用，但是，如何将经济分析有机融入规范分析的法律过程，始终是个难题。20 世纪 90 年代以来，欧盟竞争法经历了“基于效果的分析方法”的现代化改革，实现了核心价值目标的转换，构建了较为完备的经济分析规则体系，同时也面临经济分析的复杂性和不确定性对法律适用的挑战。结合欧盟竞争法改革的得失，保持反垄断基本法律的弹性、将经济分析与要件分析相结合并通过规则完善和规范经济分析的操作，或许是解决我国反垄断法在引入经济分析方法过程中面临的问题、实现大陆法系竞争法与经济分析方法之间有机融合的可行之道。为保持法条的包容性和稳定性，在《反垄断法》修订中不宜盲目或过度“做加法”。

关键词：基于效果的分析方法 欧盟竞争法 竞争法改革 反垄断法

一、引言

20 世纪 90 年代中后期至 21 世纪初，欧盟竞争法经历了一场针对竞争程序法和实体法展开的“现代化运动”。苏联解体后，欧盟东扩，其成员国不断增加，欧盟竞争执法面临工作量激增、资源不足的现实压力。^{〔1〕}为此，欧盟首先开展了以执法权“去中心化”为主要内容的竞争程序法改革。通过打破欧盟委员会对垄断协议豁免权的垄断、赋予成员国直接实施欧盟竞争法

* 吴韬，中央财经大学法学院教授；郑东元，北京市集佳律师事务所律师。

〔1〕 See Claus-Dieter Ehlermann, Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities, 17 *European Competition Law Review*, 88, 89 (1996).

的权力,以及鼓励私人竞争法诉讼等举措,欧盟竞争法实现了执法权向成员国的下放和执法程序的简化。〔2〕

执法权的下放必然导致执法主体的多元化。为避免欧盟及其成员国竞争法实施机构之间因政出多门导致执法标准不一,以重塑竞争执法分析方法为主要内容的实体法改革就提上了日程。〔3〕当时,新古典经济学已经获得全球市场经济国家的普遍认同,取得了压倒性地位;在竞争法领域,以新古典经济学为基础的效果分析方法也成为能被大多数经济学家认同和运用的话语和工具。〔4〕因此,欧盟竞争实体法改革就定位为以新古典经济学为指导、以行为的经济效果分析为基本方法,重塑欧洲竞争法中违法性认定方法和判断标准的改革,即所谓“基于效果的分析方法”或“基于经济学的分析方法”改革。〔5〕事实上,经济推理在改革前就已经适用于欧洲竞争法实践,但并不是主流方法,只是偶尔被临时用作竞争法规范分析的辅助手段。“基于效果的分析方法”改革则将现代经济学的理论、方法和话语体系推到了重新定义欧盟竞争法目标和方法的关键位置,从而使现代经济学在欧盟竞争法实践中扮演的角色更核心,影响也更深刻。〔6〕

经济分析方法源于美国反托拉斯法,是合理原则与经济学相结合的产物,是普通法实质主义法律传统在反垄断领域的集中体现。这种方法的引入,势必给欧洲大陆法系实体法中的形式主义法律传统带来强烈冲击,并使改革过程充满曲折。我国有浓厚的大陆法系色彩,并一直将欧盟竞争法作为我国反垄断法律制度建构过程中最为重要的形制意义上的模板,这与欧盟法进行比较并从中获得启发镜鉴提供了坚实基础。与欧盟法的演进历程略有不同的是,反垄断制度在我国发育较晚,且彼时经济分析方法已在世界范围内被广为认同和采行,因此,我国在反垄断法律制度的建构过程中自始就热情拥抱和接纳了经济分析方法,似乎并没有经历欧盟法的改革阵痛。然而,两种方法以及两大法系之间的天然龃龉不可能自然弥合,欧盟竞争法改革中遇到的经济分析对法律过程的融入问题,必然在我国反垄断法的实施中在不同程度上、以不同形态有所体现。因此,认真回顾和透视欧盟竞争法的改革过程,对于我国在反垄断法立法和执法中进一步协调好形式主义方法和经济分析方法,乃至英美与大陆两种法律文化的冲突,都至为重要。

二、欧盟竞争法改革的动因

在“基于效果的分析方法”改革之前,欧盟竞争法主要根据受质疑的企业行为的表现形式而

〔2〕 See Gerber D.J., Two Forms of Modernization in European Competition Law, 31 *Fordham International Law Journal*, 1235 (2007).

〔3〕 See Alberto Pera, Mario Todino, Enforcement of EC Competition Rules: Need for a Reform? in *Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute*, Transnational Juris Publications Incorporated, 1996, pp. 125, 140-142.

〔4〕 参见前引〔2〕, Gerber D.J. 文, 第1235页。

〔5〕 为了表述方便,简称“欧盟竞争法改革”。

〔6〕 See Hildebrand, Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, 2002, pp. 195-197.

非实际效果来判断其违法性，违法行为的表现形式主要靠立法的规定和实践的总结。以滥用行为禁止制度为例，形式主义方法论主要体现在两方面：一是以企业的市场份额这种形式标准作为判断其是否具有市场支配地位的最主要因素，欧盟相关典型案例如联合商标案；〔7〕二是仅依据企业的行为是否符合某种行为模式来判断其是否违法，而行为对效率和消费者福利的影响则忽略不计，欧盟相关典型案例如霍夫曼-拉罗什案〔8〕和米其林案〔9〕。

欧洲在传统上秉持的这种基于行为形式的竞争分析方法有其特定的形成原因。第一，欧共体建立之初将实现欧洲市场一体化作为最高目标。欧盟的雄心是整合所有成员国市场以创建一个统一开放的欧洲市场。〔10〕为此，欧盟通过努力，成功拆除了由成员国政府设置的关税和非关税市场壁垒，实现了市场要素在欧盟范围内的自由流动。〔11〕但是，具有市场支配地位的私人实体的滥用行为以及特定的垄断协议行为也可以制造市场壁垒，实现封锁市场的效果，为此，欧盟也将竞争政策当成保障欧洲市场一体化的重要工具。然而，这种以促进欧洲市场一体化为最高目标的竞争法必然忽视效率和消费者福利等其他更为核心的竞争法价值目标。

第二，历史上，欧盟竞争法深受弗莱堡学派（秩序自由主义学派）经济学理论的影响。秩序自由主义根植于欧洲大陆的整体主义文化，虽然也高度认同市场经济，但仍与自由主义经济学的主张有本质不同。它强调市场经济的内在缺陷无法获得自我修正，脆弱的竞争机制须由市场之外的力量予以“呵护”。在这一理论基础上建立起来的市场经济被称为“社会市场经济”。〔12〕因此，该学派对具有市场支配地位的企业抱有高度警惕，认为如果不采取积极措施促进竞争，支配企业就会颠覆市场经济的价值，而且还可能进一步破坏民主。基于这种认识，政府通过立法保护竞争、建立市场秩序就成为必然选择。〔13〕受弗莱堡学派思想的深刻影响，欧盟形成了严格限制支配企业市场行为的制度传统。应该说，对支配企业保持必要的警惕并于必要时予以干预的逻辑并无不妥，但是在如何干预的问题上，欧盟过去采取的简单以行为的表现形式判断违法性的做法，显然过于激进。

第三，欧盟是在法国、德国等欧洲大陆国家主导下建立的，其法律制度有深刻的大陆法系印记。在传统上，大陆法系一方面追求法律成文化和法律规范的严整性和确定性，另一方面将法官角色定位为“适用法律的机器”，尽力限制法官的裁量空间，而基于形式的违法性认定方法是对上述传统的最好回应。反观英美法系，崇尚法官造法、法律发展主要仰赖法官群体的能动性、以归纳为主的法律方法等法文化特征，都为经济分析的引入和繁盛提供了丰沃的土壤。

〔7〕 Case C-27/76, United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities, 1978, ECR 207, 274, 276.

〔8〕 Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. EC Commission, 1979, ECR 461.

〔9〕 Case 322/81, N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, 1983, ECR 3461.

〔10〕 See Weitbrecht, Andreas, From Freiburg to Chicago and Beyond: the First 50 Years of European Competition Law, 29 (2) *European Competition Law Review*, 81-88 (2008).

〔11〕 参见前引〔10〕, Weitbrecht, Andreas 文, 第81-88页。

〔12〕 参见〔德〕何梦笔主编：《德国秩序政策理论与实践》，庞健、冯兴元译，上海人民出版社2000年版，第4页。

〔13〕 See F. Felice, M. Vatterio, *Ordo and European competition law*, A Research Annual (Research in the History of Economic Thought and Methodology, Vol. 32), Emerald Group Publishing Limited, 2015, pp. 147-157.

既然“基于形式的分析方法”在欧洲有如此坚实的基础，那么，是什么原因导致该方法在存续几十年后又受到前所未有的挑战？

首先是促进欧洲经济发展的需要。20世纪90年代，欧洲与美国在世界经济竞技场上的地位出现了转换。原欧共体的整体国内生产总值（GDP）在1990年代初还高于美国，但至1990年代末却被美国反超。欧洲经济界普遍认为，欧共体严苛的竞争执法是制约欧洲经济发展的重要因素，亟需改革。^{〔14〕} 具体而言，一是仅凭行为的表现形式而不进行效果分析就限制企业的商业活动，“假阳性”概率高，为欧盟经济增长做出重要贡献的大企业因此备受打击。二是在欧盟竞争法传统的分析方法下，一方面支配企业受到过度限制，另一方面中小企业又受到过度保护。这种抑强扶弱的制度设计严重影响了欧洲经济的创新水平。以对拒绝交易行为的执法为例，不问效果地打击大企业的拒绝交易行为，严苛地要求支配企业向竞争对手开放产品和服务，重创了大企业的投资和创新积极性，从长远看降低了市场活力和整体经济效率。

其次是反垄断经济学的发展。在美国，对反垄断法产生重要影响的经济学理论先后经历了从哈佛学派到芝加哥学派、后芝加哥学派的演进，尤其是后两者为竞争分析提供了丰富的工具。^{〔15〕} 20世纪80年代起，一些欧洲学者就主张从美国反垄断经济学汲取营养，但是，由于芝加哥学派的自由化思想和经济学分析主张与欧洲寻求市场统一化的宏观目标相背离而没有得到足够重视。^{〔16〕} 90年代中期，随着竞争法改革需求出现，芝加哥学派的思想开始受到欧盟的欢迎，欧盟委员会内部也开始认可这种以效果为中心的经济分析方法。^{〔17〕} 这种方法能够弥补欧洲传统分析方法的不足，使那些在形式主义方法下被视为违法而事实上却有利于竞争或者消费者福利的行为获得客观公正的评价，从而更好地保护创新和效率。^{〔18〕}

再次是地缘政治的考虑。历史上，美欧两大执法区域的实体法差异导致的法律冲突一直不断。例如通用电气并购霍尼韦尔案，^{〔19〕} 在美国竞争执法机构已经批准的情况下，欧盟委员会仍否决了这项高达430亿美元的集中交易，并因此引发了美国律师界、企业界和执法官员的强烈批评。美欧之间的竞争法冲突在滥用行为禁止领域更为突出。由于双方执法标准不同，随着欧盟日益成为滥用支配地位案件的全球性重点执法区域，越来越多的美国公司（尤其是像谷歌、苹果等高科技公司）发现，其在本国管辖范围内被允许甚至被认为有益竞争的行为，在欧洲却被认定为严重违法。^{〔20〕} 这些冲突使欧盟委员会承受了来自美国的巨大压力。考虑到与美国的国际地位差异，欧盟不得不向美国反垄断法的分析方法靠拢，以尽量避免法律冲突。

最后是专业共同体的推动。美欧执法官员、律师、经济学家等竞争法专业人士在专业交流过

〔14〕 参见前引〔2〕，Gerber D.J. 文，第1235页。

〔15〕 See Johansen, Erik, I Say Antitrust; You Say Anticompetitive: Why bridging the Divide between US and EU Competition Policy Makes More Economic Sense, 24 *Penn State International Law Review*, 331 (2005).

〔16〕 参见前引〔10〕Weitbrecht、Andreas文，第81-88页。

〔17〕 参见前引〔2〕Gerber D.J. 文，第1235页。

〔18〕 参见前引〔6〕，Hildebrand、Doris书，第24-28页。

〔19〕 Case No. COMP/M. 2220—General Electric/Honeywell, 2001 O. J. (C 1746).

〔20〕 See Ahlborn C, Evans D.S., The Microsoft Judgment and Its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe, 75 (3) *Antitrust Law Journal*, 887-932 (2009).

程中形成了“跨大西洋竞争法共同体”这样一个非政府组织。^{〔21〕}随着这个专业共同体内部交流的增多以及彼此关系的日益密切，出于潜在共同利益的考虑，他们逐渐在加快改革欧盟竞争法这一问题上形成共识并积极予以推动，从而加快了欧盟竞争法与美国反垄断法的融合。^{〔22〕}

三、欧盟竞争法改革的成效

欧盟竞争法采行行政执法中心主义的实施体制。在这一体制之下，欧盟委员会是其竞争法改革的驱动者和实施者。经过较长时间的理论准备，欧盟委员会于1990年代末开始的近15年间，通过一系列法规、指南和政策性文件的制定和修改，在立法层面上基本实现了“基于效果的分析方法”的改革。改革主要包括两个层面的内容：一是竞争法核心价值目标的转换，二是具体分析方法的更新。

法的价值目标决定具体的规则设计。传统的欧盟竞争法以欧洲市场一体化和保护竞争过程为首要目标，并在该目标指引下建立了相应的竞争规则，因此，“基于效果的分析方法”改革不可能绕开，且必须始于竞争法核心价值目标的转换。随着欧洲内部市场整合目标的基本实现和欧洲经济增长压力的不断增大，统一市场目标的地位开始下降，效率、消费者福利开始受到更多关注。^{〔23〕}欧盟委员会在其1997年颁布的《关于纵向限制的竞争政策绿皮书》中提出：“提升消费者利益是竞争政策的核心，有效的竞争是消费者能够以最低的价格购买高质量产品的最佳保证。”^{〔24〕}此后，在欧盟委员会颁布的一系列指南和其他规范性文件中，消费者福利都被置于竞争法核心目标的地位。比如2009年《排他性滥用行为优先执法指南》（简称滥用指南）^{〔25〕}指出：即使是支配企业，也应当被允许在市场上从事激烈的竞争行为，只要这种竞争行为有利于消费者福利提升。在2005年丹麦邮政案^{〔26〕}中，欧洲法院也首次在判决书中提及消费者福利。

欧盟的相关竞争政策文件并未具体界定消费者福利，但是，从欧盟竞争法的执法实践来看，委员会对消费者福利的理解显然是比较宽泛的。首先，欧盟竞争法上的消费者福利并不局限于传统的价格意义上的福利。经济学通常认为，消费者福利主要以消费者剩余为衡量指标，而消费者剩余是指消费者实际支出的价格与其意愿价格之差；与意愿价格相比，消费者实际支出的价格越

〔21〕 See Patrick Massey, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, in *Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute*, Transnational Juris Publications Incorporated, 1996, p. 91.

〔22〕 参见前引〔2〕，Gerber D.J. 文，第1235页。

〔23〕 See Röller L. H., Stehmann O., The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-based Approach, 29 (4) *Review of Industrial Organization*, 281-304 (2006).

〔24〕 Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (Green Paper on Vertical Restraints) COM (96) 721 final, 1997, P. 17.

〔25〕 Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 13 December 2008, IP/08/1877, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>, last visited on Dec. 3, 2020.

〔26〕 Judgment of the Court of Justice in Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrenceraadet, ECLI: EU: C: 2015: 651.

低,消费者剩余和消费者福利也就越大。^[27]然而,如果将消费者福利局限于价格意义上的消费者剩余,势必忽视商品质量和创新给消费者带来的价值,从而导致消费者福利分析静态化和短期化。欧盟竞争执法实践表明,欧盟委员会在消费者福利评估中对质量意义上的消费者选择权以及创新之于消费者福利的价值的关注,甚至胜过了对价格的关注。^[28]其次,欧盟竞争法并未将消费者福利简化为“最终用户”或所谓“生活消费者”的福利。根据欧盟委员会2004年《关于适用〈欧共体条约〉第81条第3款的指南》^[29]的解释,“‘消费者’的概念,包括协议产品的所有直接或间接用户,包括把该产品用作投入物进行生产的生产商,以及批发商、零售商和最终消费者”^[30]。欧盟委员会2004年颁布的《横向合并指南》^[31]和2011年颁布的《横向合作协议指南》^[32]等规范性文件对消费者的定义也坚持了相同的解释。可见,欧盟竞争法所保护的消费者不仅包括最终消费者,还包括中间购买者;不仅包括自然人,还包括法人。最后,欧盟委员会甚至还将网络用户的隐私保护水平纳入消费者福利的评价体系。在对数据驱动型合并进行反垄断审查时,欧盟委员会指出,如果合并提升了集中方的市场力量,并进而对用户提出更多的个人数据要求从而降低隐私保护水平,则视同提高价格或降低产品质量。^[33]

在竞争法核心价值目标发生转换的同时,欧盟委员会将改革落脚于分析方法的转变。通过修订欧盟竞争法的大部分配套规范性文件,欧盟委员会试图将新自由主义经济理论、模型和工具纳入规则框架。相关改革成效突出体现于如下几方面:

第一,旗帜鲜明地摒弃“基于形式的分析方法”,引入“基于效果的分析方法”。在纵向限制领域,《关于纵向限制的竞争政策绿皮书》^[34]提出要对《欧共体条约》第81条项下的垄断协议进行经济分析,并提出两个核心观点:一是不能将纵向限制协议视为本身违法;二是执法应聚焦于协议对市场的实际影响而非协议的表现形式。1999年《纵向限制集体豁免条例》^[35]及2000年《纵向限制指南》^[36]进一步阐明了改革的新方向,为市场份额较低的企业间订立的纵向协议建立了合法性推定原则,并强调纵向协议必须在其法律和经济背景下进行分析。《纵向限制指南》颠覆了此前的竞争分析方法,明确指出并非所有限制企业行动自由的协议都必然属于第81条第1

[27] 参见经济合作与发展组织对于消费者福利的名词解释,载 <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3177>, 最后访问时间:2020年12月3日。

[28] See Daskalova V., Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (not) about? 11 (1) *The Competition Law Review*, 131-160 (2015).

[29] Commission (EU), Notice: Guidelines on the Application of Article 81 (3) of the Treaty [2004] OJ C 101/97.

[30] 许光耀主编:《欧共体竞争立法》,武汉大学出版社2006年版,第302页。

[31] Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings [2004] OJ C 31/5, endnote 105.

[32] Commission (EU), Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements [2011] OJ C11/1, [49].

[33] See Commission Decision of 03. 10. 2014, Case No COMP/M. 7217—Facebook/WhatsApp.

[34] Commission of the European Communities, Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (Jan. 22, 1997), available at https://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/96721en_en.pdf, last visited on Dec. 3, 2020.

[35] Regulation 2790/1999 on the Application of Article 81 (3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices [1999] O. J. L 336/21.

[36] Guidelines on Vertical Restraints [2000] O. J. C 291/01.

款的禁止范围。^{〔37〕} 在合并控制领域，2004 年《合并控制条例》^{〔38〕} 调整了合并审查的实质标准和程序，使合并调查“更彻底、更集中、更牢固地扎根于合理的经济分析中”。^{〔39〕} 在滥用行为禁止领域，2009 年滥用指南将对企业滥用市场支配地位行为违法性的评估聚焦于行为在多大程度上损害了消费者福利，而不是滥用行为的形式化定义。根据相关证据和经济学分析，如果行为未损害消费者福利，欧盟委员会将不会对支配企业采取干预措施。^{〔40〕}

第二，从分析步骤和证明责任等方面构建了效果分析的基本框架。在垄断协议领域，欧盟相关规范性文件就非目的违法协议的效果评估方法和证明责任构建了分析框架：首先由执法机构证明被调查协议导致了限制竞争效果且存在有力证据证明这种限制通过对价格、产量、创新或质量的影响降低了消费者福利。^{〔41〕} 之后，根据第 81 条第 3 款评估协议的限制竞争效果是否可能被其提升的经济效率所抵销。^{〔42〕} 其中，协议所带来的经济效率以及对消费者福利的益处、协议与效率提升之间的因果关系、效率提升的可能性和幅度、如何以及何时能够实现其声称的效率提升等事实，由被调查方举证证明。^{〔43〕} 实际上，这相当于对非目的违法的协议的认定适用了合理原则。

在滥用禁止领域，欧盟相关规范性文件确立了评估企业行为违法性的“两步测试法”：首先要证明企业行为构成反竞争的市场封锁；之后再证明这种行为会损害消费者福利。^{〔44〕} 这表明，如果行为只影响竞争结构或淘汰效率较低的竞争者，而不会对价格、质量或创新造成不利影响并进而损害消费者福利，欧盟委员会将不会根据第 82 条采取执法行动。与以前的欧盟相关案例体现出的规则相比，“两步测试法”强调行为对消费者福利的损害，并在这一点上与现代经济学理论取得了一致。^{〔45〕}

第三，在具体方法上，在分析行为的反竞争性时，滥用指南引入了“同等效率竞争者标准”（As-efficient Competitor Test, AEC 标准）这一经济方法。^{〔46〕} 指南强调：任何竞争者，只要在为消费者提供价格、选择、质量和创新方面做得更差，就将被市场淘汰；只有当其行为妨碍被认

〔37〕 See Damien M. B. Gerard, The Effects-Based Approach under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself? in J. Bourgeois, D. Waelbroeck ed., *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law Enforcement*, Bruylant, 2012, pp. 7-8.

〔38〕 Council Reg. 139/2004 of January 20, 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings, [2004] O. J. L24/1.

〔39〕 See Leon B. Greenfield, William J. Kolasky, Antitrust Modernization: Picking Up the European Guantlet, 22 *Antitrust*, 56 (2008).

〔40〕 See Peepers L., Viertiö K., Implementing an Effects-based Approach to Article 82, 2009 (1) *Competition policy newsletter*, 17-20 (2009).

〔41〕 See Witt A. C., The Enforcement of Article 101 TFEU: What has Happened to the Effects Analysis? 55 (2) *Common Market Law Review*, 417-448 (2018).

〔42〕 See Jones A., The Journey toward an Effects-Based Approach under Article 101 TFEU—The Case of Hardcore Restrictions, 55 (4) *The Antitrust Bulletin*, 783-818 (2010).

〔43〕 参见前引〔37〕，Damien M. B. Gerard 文，第 9-10 页。

〔44〕 See Monti G., Article 82 EC: What Future for the Effects-based Approach? 1 (1) *Journal of European Competition Law & Practice*, 2-11 (2010).

〔45〕 参见前引〔44〕，Monti G. 文，第 2-11 页。

〔46〕 该方法并非欧盟的原创。波斯纳在分析掠夺性定价行为的违法性时，就使用了“等效竞争者标准”（Equally Efficient Competitor Test）。参见理查德·A. 波斯纳：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 228-229 页。

为与具有支配地位的企业具有同等效率的竞争对手参与竞争时，欧盟委员会才会通过执法进行干预。^[47] 在 AEC 标准引入之前，虽然欧盟竞争法也强调竞争法保护的是竞争过程，但是在保护竞争和保护竞争者之间一直划不清界限，因为毕竟如果没有具体的竞争者的参与，就不会凭空产生竞争。基于这种认识，对竞争过程的保护就难以避免地衍化为对竞争者的保护。AEC 标准基于效率和消费者福利，明确了对竞争的保护不是对所有竞争者的竞争权都予以保护，而是仅保护与支配企业具有同等效率的竞争者的竞争权，即只有当与支配企业具有同等效率的竞争者受到排挤时，才意味着竞争受到了损害。因此，AEC 标准的引入被视为欧盟竞争法与旧的基于形式的分析方法决裂的重要标志。在著名的英特尔案^[48]中，欧盟委员会将同等效率竞争者测试应用于对忠诚折扣行为的效果分析，而欧盟普通法院^[49]却对该测试过程视而不见，未予以审查。^[50] 2017 年 9 月，欧盟法院在该案的终审判决中重申了欧盟竞争法不保护效率较低的竞争者的基本态度，并认可了 AEC 标准在评估限制竞争效果方面的重要作用。^[51]

四、欧盟竞争法改革的局限

欧盟竞争法改革在取得较为明显的成效的同时，也存在诸多局限。这些局限有的体现为相关立法或规范性文件的规定与“基于效果的分析方法”的基本理念不完全相符，有的则体现为在制度实施中经济分析方法贯彻得不彻底。

第一，对垄断协议禁止、合并控制和滥用禁止三大制度的改革不平衡。欧盟竞争法的这三项主要制度各有特点，改革前的状态和改革目标之间的差距也各不相同，因此，各领域的改革成效和进展也不平衡。在合并控制和垄断协议禁止领域，欧盟越来越多地遵循消费者福利目标和“基于效果的分析方法”，^[52] 而滥用禁止制度的改革成效并不理想。很多被视为增进消费者福利的行为可能被认为有损竞争，违反《欧盟运行条约》第 102 条。^[53] 此外，对剥削性滥用行为和价格歧视行为，滥用指南也没有亮明态度或给出分析框架，这也不能不说是一个很大的缺憾。究其原因，一方面是因为欧盟的滥用禁止制度在改革前与现代经济学理论之间的差异更大，改革任务十分艰巨；另一方面，滥用禁止制度本身的确也十分复杂。滥用行为的效果往往具有两面性，既有限制竞争效果，又可能产生提升效率和消费者福利、促进创新的效果；同时，滥用行为的分析环节也较多，无论是市场力量和行为效果的评估，还是客观合理理由的分析，都存在不少难点。正因为如此，欧盟竞争法改革的局限也集中体现在滥用禁止

[47] See Kadar Massimiliano, Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases, 10 (7) *Journal of European Competition Law & Practice*, 439–447 (2019).

[48] Case COMP/37.990 Intel (13 May 2009) para 925.

[49] 欧盟普通法院 (General Court) 即原欧共体初审法院，2009 年改为现名。

[50] Judgment of the General Court in Case T-286/09 Intel v. Commission, ECLI: EU: T: 2014: 547.

[51] Judgment of the Court of Justice in Case C-413/14 P Intel v. Commission, ECLI: EU: C: 2017: 632.

[52] 当然，对于转售价格维持行为，欧盟仍然坚持将其与价格卡特尔等横向垄断协议一起列为“核心限制”，这一点与芝加哥经济学理论和美国丽晶案判决的态度尚存在较大差异。

[53] 参见前引 [20]，Ahlborn C、Evans D S. 文，第 887–932 页。

领域。

第二，在市场支配地位的认定上，欧盟对市场份额在互联网等新经济领域的指示作用的局限性未能给予充分考虑。客观而言，在相关规范性文件中，欧盟对评估企业市场力量时应考虑的因素讨论得还是比较全面的，而且，市场份额指标在市场支配地位认定中的权重也已被大大降低。但不足的是，这种评估体系仍然是建立在对传统经济的认识之上，对于以网络和高技术创新为载体或主要驱动因素的新经济领域缺乏特别关注。尤其是对以平台竞争和动态竞争为生存特点的数字经济领域，传统的相关市场界定框架已很难承担起对数字市场竞争现象实现圆满解释的功能，市场份额这种静态意义上的指标非但不能准确指示企业的市场力量，而且还非常容易误导。显然，对于这一重要问题，欧盟相关规范性文件基本予以忽略，相关执法实践也依然在墨守成规。

第三，在执法实践中，“同等效率竞争者标准”并未得到普遍和彻底的适用。作为竞争损害的分析工具，“同等效率竞争者标准”以其经济逻辑的自洽性成为欧盟“基于效果的分析方法”改革的重要成果，然而，该方法在欧盟委员会的相关执法实践中并未得到充分的贯彻和适用，几乎沦为只是“看上去很美”的花瓶。导致这一情况的根本原因是“同等效率竞争者标准”的高度复杂性。该工具对相关数据的要求十分苛刻，在实践中可操作性较差。或许是考虑到“同等效率竞争者标准”的复杂性从而对其顺利推广缺乏信心，在制度设计层面上，欧盟滥用指南并未将这一新方法作为滥用行为竞争分析的唯一选项，而是在提出这一新方法的同时，继续重申了传统分析方法的可适用性。因此，实践中，欧盟委员会可以根据案件情况选择是否适用该方法。对此，有评论指出，这表明欧盟委员会缺乏打破过去的形式主义方法的足够勇气。^[54]

第四，在构成要件的设定及举证责任等方面，仍有片面强调形式主义之嫌。比如，对低于成本定价行为，现代经济学理论认为：只有当具有支配地位的企业能够在将来弥补其由于低价销售导致的经济损失时，这种低价策略对于行为人才有意义，否则，行为人没有合理动机采取这种策略。但是，这一点最终未能在滥用指南中得以反映。根据指南，即使支配企业能证明未在后期弥补掠夺性定价带来的经济损失，仍然有可能被认定为违法，因为指南认为，当支配企业通过故意在短期内蒙受损失或放弃利润以实现阻止竞争对手、加强或维持其市场力量的目的，损害消费者利益时，就可能被禁止。^[55]再如，关于滥用行为的效率抗辩，指南仍将举证责任加于支配企业身上，这种举证责任配置值得商榷。行政执法与私人诉讼不同，执法机构不是为了私利，而是为了实现公共利益而代表国家执法，因此，执法机构的态度应客观中性，既不能放纵违法，也不能过度干预；执法机构有义务对行为的效果进行全面分析，既要建立违法事实负责，也要对建立抗辩事实负责，包括对行为的积极效果的证明。何况相比市场主体，执法机构通常掌握着更强大的获取相关数据和其他证据的能力和资源。

[54] See J Killick, A Komninos, Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis, 2 *Antitrust Chronicle*, *Competition Policy International*, 4 (2009).

[55] 参见《排他性滥用行为优先执法指南》第63段。

第五,在是否采用“基于效果的分析方法”的问题上,欧盟法院与执法机构的观点不尽一致,有时存在冲突。通常,法院是法律传统的忠实传承者。作为纯粹的法律职业群体,法官对于经济学方法的态度往往趋于保守,欧洲法院也不例外。一直以来,对于涉嫌垄断行为的违法性认定,欧洲法院倾向于传统的基于形式主义的判断方法。以微软 Windows 系统捆绑媒体播放器软件案^[56]为例,欧盟委员会在执法过程中采用了基于效果的分析方法,认为媒体播放器软件容易获取且通常是免费的,因此这种捆绑行为不易导致竞争损害,然而法院拒绝接受欧盟委员会基于效果分析得出的结论,依然根据欧洲法院通过 1994 年 Hilti 案^[57]和 1996 年 Tetra-Pak 案^[58]建立起来的形式主义方法认定微软的搭售行为损害了竞争。^[59]行政法和司法在分析方法上的分歧可能导致两方面的危害:一是易导致欧盟委员会与成员国执法机构在行政执法上的不一致。根据欧盟法的运作机制,欧盟成员国的执法机构不受欧盟委员会颁布的指南的约束,而是要与欧洲法院的实务见解保持一致,因此,委员会和法院之间的观点差异可能导致对于相同或类似的限制行为,欧盟与成员国层面的行政执法态度相异。^[60]二是可能促使欧盟委员会出于机会主义考虑,偏离其倡导的经济分析方法。为了使案件胜诉,委员会可能会仍然按照欧洲法院基于形式主义的判例所确定的原则和标准处理案件,同时在执法决定中适当加入一些效果分析的内容,以给被调查企业一种已进行了经济分析的印象。^[61]

总之,纵观欧盟竞争法“基于效果的分析方法”改革,既有高调表态和实际成效,又充满纠结、妥协,甚至知行不一。虽然上述改革局限是由多方面原因导致的,但是,其中最主要、最根本的原因是具有强烈的英美法系基因的经济分析方法与大陆法系制度文化之间的兼容性问题。第一,经济分析方法是基于个案的实质判断方法,这与大陆法系对普适性抽象规则的追求相冲突。第二,经济分析方法的可预期性差,这与大陆法系实体法形式主义传统下对法的确定性追求相冲突。欧盟委员会颁布滥用指南的一个重要目的就是为企业更好地评估行为的违法性提供更清晰和可预测的分析框架。^[62]但是事实上,由于同等效率测试等经济学方法的复杂性,这一目标很难实现。^[63]第三,大陆法系缺少化解经济分析方法成本难题的制度环境。在美国,在司法中心主义基础上,发达的反垄断法私人实施、多倍损害赔偿和败诉方承担诉讼成本等制度设计,为高昂的经济分析成本的合理承担提供了坚实的制度基础。在大陆法系行政执法中心主义的反垄断法实施体制下,经济分析导致的过高执法成本和有限的行政预算相叠加,必然影响执法效果。

[56] Case T-201/04 Microsoft v. Commission judgment of 17 September 2007.

[57] Hilti AG v. Commission, Case C-53/92 P, ECR [1994] I-00667.

[58] Tetra Pak International SA v. Commission, Case C-333/94, [1996].

[59] 参见前引 [53], Ahlborn C、Evans D.S. 文,第 887-932 页。

[60] 参见前引 [44], Monti G. 文,第 2-11 页。

[61] See Geradin D., Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful? Available at SSRN 1569502 (2010).

[62] 参见前引 [40], Peepkorn L、Viertö K. 文,第 17-20 页。

[63] 参见前引 [47], Kadar Massimiliano 文,第 3-7 页。

五、对中国的启示

作为世界影响力最大的两个竞争法制度体系，美国法和欧盟法为我国反垄断立法提供了主要参考模板。其中，欧盟竞争法不仅以其严整的成文法体系影响了中国反垄断法的形制，而且还以其竞争法改革坚定了中国的反垄断法向经济分析路线靠拢的决心。正是拜“后发优势”之赐，中国反垄断法的起点较高，自始就十分重视经济分析方法和经济证据的使用。与欧盟相比，在对“基于效果的分析方法”的接纳与运用上，中国反垄断法有两个突出亮点：一是与欧盟法院相比，中国法院并没有扮演保守派的角色，相反，垄断民事纠纷领域的相关司法实践对经济分析方法的态度比行政执法更为积极，应用更为广泛和深入。2012年颁布的《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（简称《反垄断司法解释》）明确提出，排除、限制竞争效果是垄断协议行为的构成要件，并区分了横向与纵向垄断协议的排除、限制竞争效果的举证责任；对于滥用案件，《反垄断司法解释》规定，原告应当证明被告具有并滥用了市场支配地位。这显然都贯穿了效果主义和经济分析的思想。二是与欧盟相比，中国高度关注网络产业和平台经济对传统反垄断制度的挑战，在消化吸收西方经济学关于创新与动态竞争的理论成果的基础上，对互联网竞争给予了特别观照。尤其是奇虎360诉腾讯案中关于经营者市场份额对其市场地位的指示作用的见解，更是开世界反垄断司法风气之先。

但是，上述亮点显然并不代表我国反垄断立法和实施的整体水平，更不意味着中国在反垄断法经济分析领域超越了欧盟。其一，我国在《反垄断法》配套的经济分析规则体系的构建方面，远不如欧盟发达和完备。尽管我国在相关市场界定和垄断行为的违法性认定方面陆续制定了一些规范性文件，但是，其中有关行为效果和经济分析的规则在数量和质量上均无法与欧盟同日而语。其二，经济分析方法在我国反垄断法实施中应用的并不充分。相关研究表明，无论是在行政执法还是司法实践中，经济分析方法对于不同类型的垄断行为以及竞争分析的不同环节的适用广度和深度都不高。^[64]换言之，我国在经济分析方法应用过程中同样存在欧盟“基于效果的分析方法”改革中的问题。其三，更为重要的是，在是否采用经济分析方法的问题上，我国的反垄断行政执法实践表现出一定的实用主义倾向。比如，为了认定被调查行为的违法性，执法机构对于纵向垄断协议这种效果复杂行为的判断规避效果分析，采取了形式主义方法，而对于《反垄断法》未明确列举的违法行为态样（如忠诚折扣行为），又采用效果分析方法认定其竞争损害后果。总之，我国不仅在反垄断经济分析技术层面距欧盟有较大差距，在如何融合形式主义和经济分析两种方法的问题上，也尚未给出“中国方案”。

对于我国反垄断法导入经济分析方法中遇到的问题和困难，固然可以从能力缺失方面找原因，但是，对欧盟竞争法改革得失的分析表明，从制度设计入手，实现大陆法系对法的确定性、稳定性要求与经济分析方法之间的有效融合，才是解决问题的根本之道。笔者对此有如下

[64] 参见叶卫平：《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。

建议:

第一, 构建和完善多层次反垄断法律规则体系, 有效平衡规则的稳定性与适应性。现代社会的高度复杂性和动态性决定了立法必须取得稳定性和适应性的平衡。为此, 现代立法多采用由一部基础性法律统领, 配套制定行政法规、司法解释、规章等不同层次规范性文件的方式构建法律规则体系。根据国际惯例, 反垄断法领域还有指南这种特殊的规则载体。这些法的渊源和规则载体的制定(修订)成本顺次减弱, 灵活性和可操作性则顺次增强。其中, 基础性法律主要规定原则和基本规则, 是整个制度体系的压舱石, 需保持足够的稳定性和宽容度, 同时为配套立法留出空间和接口; 配套性立法则主要解决基础性法律的解释适用问题, 需明确具体、适应性强、因时而变。以欧盟竞争法为例, 经过几十年的发展, 欧盟竞争实体法形成了以《欧盟运行条约》第 101 条、第 102 条等核心条款为基础法律, 以配套法规、规章、指南和法院判例等为次级规范的法律体系。其基础法律以高度的概括性和宽容度有效维持了法的稳定性。配套法规、规章和指南等则始终与时俱进, 随着执法机构对反垄断经济学认识的不断加深而修改和完善。

在我国, 长期以来“立法层级不高、可操作性不强”成为批判现行立法的永恒金句。殊不知在一个规则体系之中, 法的不同渊源各司其职。如果将解释适用的功能强加于基础法律、过分强调基础法律的可操作性, 必然违背立法规律, 结果必然是适得其反。目前, 我国正在修订《反垄断法》。在修法过程中, 必须充分认识上述规律, 切不可过度追求细节化和可操作性。经济现实的瞬息万变和经济理论的快速发展需要成文法为执法留有弹性和空间, 过度追求基础法律的细节化反而会作茧自缚, 降低规则的适应性。为了调和经济分析的不确定性与法律规范的稳定性之间的矛盾, 作为基础性法律的《反垄断法》的任务是廓清原则、搭建框架, 因此, 应当条文疏朗, 尽量避免规定违法行为认定的细部规则, 以保证基础法律的稳定性和适应性; 操作性规则则应留给法规、司法解释、规章和指南来解决。现行《反垄断法》宽容度较高, 为解释适用留有足够空间, 因此, 除非其基本框架、基本规则上存在疏漏, 可能形成解释适用的障碍, 否则应尽量保持法条的稳定性, 不宜在修订中盲目或过度“做加法”。尤其是对于经济分析的操作性规则以及针对特定产业领域的分析规则, 即使是目前感觉较有把握的, 也不宜贸然体现于法律之中, 以免日后出现反复, 影响立法的严肃性。当然, 保持基础性法律的稳定性和兼容性, 并不意味着在对经济分析规则的探索和提炼上不作为, 相反, 对于开展经济分析不可或缺的具体规则, 比如纵向垄断协议的豁免规则、滥用行为的认定规则等, 要积极总结经验、加快制定。但是, 为了保持规则的弹性, 这类规则应体现于较低效力层级的立法之中。

第二, 规范分析为“体”, 经济分析为“用”, 融合效果分析方法和要件分析方法。竞争损害需通过经济分析方法评估, 经济分析是反垄断法的主要工具。但是, 违法性认定是价值判断的法律过程, 作为工具的经济分析一旦被纳入法律过程, 就须与法律规范分析技术有机融合以满足法治对于确定性的要求, 实现实质理性与形式理性的统一。^[65] 行为违法性认定的法律规范分析主

[65] 学者曾指出:“反垄断法解释中经济学分析并不意味着将反垄断法推衍成反垄断法的经济学分析, 而忽视其规范性的法本质。”金善明:《反垄断法解释中经济学分析的限度》, 载《环球法律评论》2018 年第 6 期, 第 115 页。

要通过要件分析这一基于形式主义的法律技术实现。构成要件提炼自违法行为的实践特征，要件事实决定案件的证明对象并进而影响举证责任的负担。

经济分析方法与要件分析的融合，主要是要处理好构成要件与行为效果的关系。目前，对于垄断行为构成要件的研究尚不充分，对要件的提炼还缺乏必要的共识，^{〔66〕}而基于效果的分析方法的引入无疑会使问题变得更为复杂——以行为效果为违法性判断的终极标准是否意味着在法律分析过程中，过错、市场支配地位、行为态样等都变得无足轻重，甚至完全被行为效果所屏蔽？

笔者认为，要件分析建构了规范性分析的基本框架，不同的要件在价值评判中承担着不同的重要使命；对行为的经济效果的分析应服务于要件分析，不能以效果屏蔽其他要件、以经济分析替代要件分析。通常，违法行为的构成要件由主体、过错、行为样态和行为后果等主客观元素构成。其中，主观性要件（尤其是行为人的过错）对于认定行为的有责性具有决定性意义。其实，在反垄断法上，对于违法垄断行为的认定都蕴含着对过错的证明。在垄断协议的违法性认定中，对“合意”的证明其实也是对当事人的共同过错的证明。在滥用市场支配地位行为的认定中，则通常适用“推定过错”原则，即只要具有支配地位的经营者违反了反垄断法规定的滥用行为禁止义务，就假定其有过错，如果行为人证明其不具有过错，则不构成违法；^{〔67〕}而行为人的无过错抗辩则蕴含于正当理由抗辩之中。

反垄断成文法规定的垄断行为的样态应否要件化？在大陆法系反垄断立法中，垄断行为样态通常以两种模式呈现：一是例举式，即对某类垄断行为概括禁止后，以几个典型行为样态为例对此类垄断行为进行说明，典型立法例如《欧盟运行条约》第102条；二是列举式，即在立法中尽量穷尽某类垄断行为的实践表现形式，并以兜底条款防止挂一漏万，典型立法例如我国《反垄断法》第17条第1款关于滥用行为的规定。例举式与列举式在法条表达方式上的主要区别在于，后者有兜底条款，而前者没有。二者在法律适用方面的区别则在于：在例举式立法下，法律给出行为样态的主要目的在于帮助理解相关禁止性规定，不具有要件意义，因此，适用法律时不必专门指出相关行为具体属于哪种行为样态；而在列举式立法模式下，行为样态则可起到提升法律适用效率、为主体建立预期的作用，通常具有要件意义，适用法律时应援引相关条款的具体规定，即指出违法行为属于哪种具体的行为态样，同时，为了维护法定行为态样创造的预期，行政执法机构通过援引兜底条款处理个案应受到严格约束。而基于效果的分析方法的引入，无疑将极大弱化行为样态在违法性判断中的意义——一方面，符合法定行为样态的行为不能被认定为违法；另一方面，如果特定行为虽然不符合法定的行为样态，但具有排除限制竞争效果，也可以被认定为违法。但是，考虑到列举式立法的规范原旨，仍宜将我国《反垄断法》第17条规定的行为样态作为垄断行为的要件；执法机构应尽量克制在个案中援引兜底条款处理案件的冲动；同时，为了提升法律规范的弹性以适应不断发展变化的经济现实，可以通过行政法规、规章或指南

〔66〕 比如，滥用行为是否以行为人的过错为构成要件？如果是，归责基础是过错还是推定过错？再如，《反垄断法》规定的垄断协议和滥用行为的行为态样是否应要件化？

〔67〕 关于行政违法行为的归责原则的论述，参见杨利敏：《论我国行政处罚中的责任原则——兼论应受行政处罚的过失违法行为》，载《华东政法大学学报》2020年第2期。

解释兜底条款的外延,不断丰富垄断行为的样态。

还应该指出的是,要件分析是一个有先后次序的过程。一般而言,分析成本低要件前置,分析成本高的要件后置。一旦前置要件不成就,在理论上就可终止分析过程,否定行为的违法性。这样,前置要件可以发挥过滤器的作用,有效减少进入后置分析环节的案件数量,从而节省法律适用成本,提高效率。以滥用市场支配地位行为为例,对行为人市场地位的评估本来是行为效果分析中的一个环节,但由于效果分析整体耗费成本巨大,而市场地位评估的分析成本相对较小,故而通常将其前置到第一分析顺位,即将具有市场支配地位作为行为主体的特征之一。这样,经过分析被认定行为人不具有支配地位的案件,就无需再进行复杂繁琐的效果分析,从而有效节省法律适用成本。

第三,规范操作,强化执法程序的对抗性和司法监督,努力克服经济学方法的弱点。经济学理论发展迅速,经济方法层出不穷,不同的理论和方法之间又多有抵牾;而且,经济方法对条件限定严格、对数据要求高,结论的可靠性不易得到保证。为此,在将经济学理论与方法引入法律过程时,除了要注意其成熟度和可操作性外,还要规范经济分析的操作流程和经济证据的呈现方式,完善经济证据证明力的分析认定规则,以提升其对法律分析的适配性。在基于效果的分析方法改革过程中,欧盟委员会意识到经济分析和经济证据与传统法律分析和证据采信的区别,专门针对包括数据的收集处理和评价、计量模型和实证方法的使用,乃至经济分析报告的表达方式等在内的经济证据的制作、采信等制定了操作规范和技术标准。^[68]以经济学家出具的分析报告或执法机构主动收集的市场数据为主要形式的经济证据,已在我国反垄断执法中被广泛应用,但是,相关收集、提交和采信的规范尚付之阙如,这对规范执法和保障执法结论的科学性与公正十分不利,亟待完善。

鉴于经济证据的可靠性和确定性较弱,在行政执法中应进一步加强对行政相对人程序性权利的保障,不断完善听证制度,增强听证程序的中立性和对抗性,以期使执法机构和被调查对象双方提出的经济证据均经受更多挑战和考验。此外,还要适当保持司法与执法的紧张关系,切实发挥行政诉讼机制的监督作用,通过司法审查对由经济分析获得的结论进行充分检视和有效纠错。

六、结 语

按照传统理解,法的经济分析通常仅在立法政策层面发挥影响,法的解释与适用则是法学的传统地盘。退一步讲,即便将经济分析引入法解释领域,也主要是在实定法规定空白的领域。^[69]然而,反垄断法对经济分析的引入却是全方位深层次的。在英美法系,实体法上的实质主义与法官造法传统,使其实现了经济分析与法律过程的较好融合,而欧洲和中国等大陆法系执法区域在

[68] 参见欧盟委员会:《适用〈欧盟运行条约〉第101、102条以及并购相关案件经济证据提交与数据收集最佳操作指南》中译本,载韩伟主编:《美欧反垄断新规选编》,法律出版社2016年版,第573页-593页。

[69] 参见简资修:《经济推理与法律》,元照出版社2007年版,第7-9页。

此过程中都不同程度上出现“消化不良”。将经济分析引入反垄断法，不仅是提升法的解释适用的科学化和精细化水平的需要，更是反垄断法本质属性的内在要求。作为先行者，欧盟在“基于效果的分析方法”改革中的得失，为我国反垄断法的立法与解释适用提供了借鉴。通过增强成文法的弹性，将经济分析融入要件分析，以及通过程序设计强化经济证据和分析结论的检视和纠错，或许能趋利避害，实现经济分析与大陆法系竞争法的有机融合。

Abstract: Economic analysis is the main tool to determine the illegality of monopoly behaviors. In the course of constructing the anti-monopoly legal system, China has always attached great importance to the use of economic analysis methods and the economic evidence. However, how to integrate economic analysis into the legal process of normative analysis is always a difficult problem. Since 1990s, the EU competition law has undergone a modernization of the “effect-based approach”, realized the transformation of core value goals, and constructed a relatively complete economic analysis rule system. At the same time, it also faces the challenges of the complexity and uncertainty of economic analysis to the application of law. According to the gains and losses of the EU competition law reform, maintaining the flexibility of the Anti-Monopoly Law, combining economic analysis and element analysis, and perfecting and regulating the operation of economic analysis through rules, may solve the problems faced by Chinese Anti-Monopoly Law in the process of introducing economic analysis methods. Also, it is perhaps a feasible way to achieve the organic integration between the civil law system competition law and economic analysis methods. In order to maintain the inclusiveness and stability of the law, it is not advisable to blindly or excessively “add” in the revision of the Anti-Monopoly Law.

Key Words: effect-based approach, EU competition law, competition law reform, anti-monopoly law

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)