

美国反托拉斯法中的违法判断准则^{*}

李胜利 王超

内容提要 对各种垄断行为的认定,《谢尔曼法》并未提出自身违法规则或者合理规则,而是在此后由法院逐渐发展出上述两项规则。历史上看联邦法院在合理规则与自身违法规则的适用方面存在着摆动现象,在不同的历史阶段占据着主导地位。在较晚时期出现了快速审查式的合理规则这一新的形态。美国反托拉斯法中的违法判断准则的历史发展值得我们深入研究,为我国《反垄断法》的应有态度提供借鉴。

关键词 美国反托拉斯法 自身违法规则 合理规则 快速审查式的合理规则

DOI:10.16091/j.cnki.cn32-1308/c.2016.03.028

有美国学者曾言“尽管提起反托拉斯法,一般都会将其视为制定法的一部分,但是事实上无论是1890年之前还是其后,所有的反托拉斯规则都是由法官们创造的。”^①这也是美国反托拉斯法实施机制的一个显著特征:当其他国家或者地区往往要依赖立法机关确定主要原则、专门性质机构和专门法院去解决具体争议的时候,美国则主要依靠联邦普通法院系统完成了上述任务。现代竞争法所通行的判断一项商业行为是否违法的规则——合理规则(reason of reason)与自身违法规则(per se rule),也是美国法官们的杰出作品。

自身违法规则

(一) 自身违法规则的历史发展

关于联邦反托拉斯法、特别是谢尔曼法作为“自由企业大宪章”的看法,以及在证明损害存在及其数额的困难,导致了法院在某些案件中采用自身违法规则。而谢尔曼法第1条所使用的字眼

(Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy) 也被很多人认为该法所表达的就是自身违法的含义。

尽管在横向限制协议案件中,法院早就采纳了对于某些行为认定为自身违法的做法,^②但是直到1911年Standard Oil案中最高法院才正式提出了自身违法规则(doctrine of per se illegality),对于某些具有明确的反竞争效果的行为提出了指引。在1927年的Trenton Potteries案中,最高法院指出一个在竞争者之间固定价格的协议本身就是对贸易的不合理限制,不需要花费任何时间去调查这种行为是否合理。^③在1940年Socony - Vacuum案中,最高法院重申固定价格协议是自身违法的,被告不能以这些协议是为了消除或者减少所谓的竞争带来的滥用或罪恶为由提出任何抗辩。^④一般来说,至少在固定价格、划分市场、集体抵制、搭售安排等领域^⑤,美国法院有着适用自身违法规则的长期历史。

^{*} 本文系国家社科基金年度项目“反不正当竞争法与反垄断法的关系研究”(项目号:15BFX123)、安徽大学博士科研启动经费资助项目“我国《反垄断法》实施有关疑难问题研究”(项目号:01001912)的阶段性成果。

自身违法规则“是反托拉斯法中的王牌,当一个反托拉斯原告成功地打出这张牌,他需要做的只是计算得分而已。”^⑥在司法实践中,该规则也因为其不同于模糊的合理规则,有着清晰的界限(a bright-line test)而受到赞誉。^⑦

在1958年Northern Pacific Ry案中,最高法院对自身违法分析的基本原理做出了清晰的解读:^⑧某些协议或者行为由于其对竞争的有害影响、缺少任何弥补上述影响的功效,应最终被推定为不合理的,因而也是违法的,不需要进行详尽的调查去精确地确定危害程度,或者考虑什么商业上的理由。对这些协议或行为作出自身违法的认定,不仅使得对这些谢尔曼法所描述的限制性行为的定性更加明确,从而有利于相关各方;也是为了避免对所涉产业及相关产业的全部历史进行极度复杂、持续很久的经济调查,以决定这些限制是否是不合理的。

(二) 自身违法规则的优缺点

就自身违法规则而言,原告方无需:(1)证明被告拥有市场力量;(2)证明被告的行为导致了不合理的结果,例如更高价格和更低产出;(3)反驳被告的辩解理由。^⑨前两点减轻了原告的举证负担,最后一点则剥夺了被告通过举证推翻原告的反竞争指控、为自己进行辩解的权利。这么做的好处是明显的:第一,适用自身违法规则的企业行为,往往是那些被公认为具有较大危害性(损害社会效率和消费者利益)的行为,但是由于经济生活的复杂性,即使是这些企业行为,也往往可以找到若干利于提升经济效率、促进竞争的因素,如果在每一个案件中都对此进行全面的考察(合理规则的适用),则意味着极大的包括司法资源在内的社会资源的占用和浪费。适用自身违法规则可以避免上述问题;第二,鉴于反托拉斯诉讼中,被告一般总是大型企业,可以动用的诉讼资源往往远超作为原告的中小企业和消费者,如果不作出这种“一刀切”式的规定,就很难抵消双方之间压倒性的地位差异,也很难称得上是正义的。至少由于上述原因的存在,才使得自身违法规则获得了作为反托拉斯法中违法行为判断的基本规则的地位。

但是长期以来,自身违法规则也因其简单明了的绝对化而在多个领域引发争议。在最近的一

些案件中,法院担心自身违法规则的适用可能会因为易于提起轻率无聊的诉讼而导致诉讼成本增加。^⑩然而法院的这一态度被解读为“亲商界”(pro-business)的,因为人们普遍认为反托拉斯原告往往是那些中小企业和消费者,合理规则很难被认为是有利于原告的(plaintiff-friendly)。^⑪在排除自身违法规则适用的情况下,作为中小企业和消费者的原告几乎没有胜诉的机会。

也有学者研究认为,自身违法规则在节约司法成本、提高审判效率、提供更加明确的指引等方面的好处被高估了,事实上自身违法规则比合理规则更加昂贵。^⑫当然,美国反托拉斯学界的主流观点仍然认同自身违法规则所能提供的确定性、可预期性以及对于司法资源的节约这些优势。

合理规则

(一) 合理规则的历史发展

在最早的反托拉斯案件中,法院严格按照谢尔曼法的字面意思去解释法律,拒绝了被告以及怀特(White)大法官提出的合理规则(即认为谢尔曼法仅仅禁止那些不合理的贸易限制)。^⑬到了1911年,已经成为首席大法官的怀特所坚持的合理规则在Standard Oil案和American Tobacco案中得到了采纳。

1911年的Standard Oil案中,最高法院正式宣布了合理规则(Rule of Reason),认为根据谢尔曼法的法律原则和体现出的公共政策,该法应该被视为禁止那些对贸易的不合理限制。^⑭该案也被视为联邦反托拉斯法发展历史中的一个分水岭(watershed decision)^⑮;同一年的另外一起案件(American Tobacco案)中,最高法院则强调了合理规则的基础性地位。^⑯而在1918年的芝加哥贸易协会案中,布兰代斯(Brandeis)大法官代表最高法院明确了合理规则适用需要的所有相关因素,指出:判断一项限制是否违法,法院通常应考虑该限制性贸易行为中所有的事实,特别是那些特有的部分;在该限制发生之前和之后的状况;该限制的本质和效果,现实性和可能性,以及限制的历史、罪恶的存在,采纳某种救济措施的原因,获得救济的目的和结果。^⑰此后的20年中,合理规则成为反托拉斯案件中的主流规则。

为了实现对被告行为的反竞争效果和促进竞

争效果的衡量,法院常常使用一种证据负担转换(burden-shifting)的方法。在第一阶段,要求原告出示被告行为具有显著的反竞争效果的证据,如果不行则予以驳回;第二阶段则是要求被告证明其行为具有合法的促进竞争的效果,如果做不到则意味着可以断定其行为违反了反托拉斯法;第三阶段则是由原告举证证明被告的行为对竞争的限制是不必要不适度的,或者被告可以通过其他较少限制竞争的方式来达到其本来目的。¹⁸事实上,只有反托拉斯案件进行到第三个阶段之后,才会有所谓的反竞争和促进竞争的效果之间的衡量。¹⁹

值得注意的是,合理规则并不支持一项建立在“竞争本身是不合理的”认识之上的辩解。法院认为这样的观点只能造成 Addyston 案中塔夫脱(Taft)大法官拒绝接受的“疑问之海”(sea of doubt),这也是现在的联邦最高法院所坚决要避免的。²⁰

(二) 关于合理规则的争议

合理规则在一开始就受到了不少批评。怀特大法官在 1911 年 Standard Oil 和 American Tobacco 案坚持并确立的合理规则,在那个时代就引发了激烈的批评,²¹而 Harlan 大法官更是抨击最高法院的多数意见是“法院立法”(judicial legislation),是司法对国会宪法领地的入侵;合理规则对谢尔曼法第 1 条的语言施加了过严的限制,从而导致太多的反竞争行为逃脱了国会的监管意图。²²也有学者批评说,法院用合理规则取代谢尔曼法字面上的解释,但是从未演化成为具有可操作性的规则,也未能与法治理念保持一致。²³

至于前述布兰代斯大法官在 1918 年芝加哥贸易协会案中对于合理规则的阐述,有学者批评说,是反托拉斯历史记录中最具有破坏性的阐述之一。他的阐述使得许多法院认为,如果适用合理规则的话,则几乎所有的东西都需要分析,²⁴从而无法从中辨认出最重要的事实和影响因素。

甚至有学者提出,合理规则根本不是一项规则,而仅仅提出了一组模糊不清而又前后矛盾的目标,法院只能自己去评估反托拉斯诉讼中的行为。²⁵合理规则天生就具有不确定性(uncertain)和开放式的特质(open-ended),²⁶这给学者们、法官们、律师们尤其是诉讼当事人带来了极大的

困扰,以至于有学者指责法院发展出来的一套合理分析方法有违法治原则(rule of law)。²⁷

另外,合理规则还被怀疑为立场有偏差。在最近完成的一项研究中,有学者通过对 1999 - 2009 年发生的以合理规则作出最终处理的反托拉斯案件的分析,发现原告几乎无法获得胜利:全部 222 个案件中,有接近 97% 的案件(215 件)法院以原告未能证明存在反竞争效果为由予以驳回,剩下的 7 件案件在进行反竞争效果和促进竞争效果的权衡后,仅仅只有一件是原告获胜,²⁸而这仅仅是 1977 年(指排除自身违法规则适用的 Continental T. V. 案——作者注)以来联邦法院适用合理规则的最终效果的一个延续。²⁹由此,合理规则是一项“亲商界”的分析方法的说法不是没有道理的。

尽管从理论上讲,对于所有的反托拉斯诉讼都适用合理规则,应该会最好地解决每一个案件,从这一角度来看,自 1977 年以来一系列拓展合理规则适用范围的判例不失为一种进步。但是,考虑到诉讼成本,以及诉讼参与者、特别是法官的知识结构和能力,至少对于联邦下级法院来说,在包括各种纵向与横向限制协议在内的许多反托拉斯案件的审理中,适用合理规则是一个极其沉重、以至于难以完成的负担。同时考虑到原被告之间信息偏在的状况,联邦法院现行的合理规则下的举证责任转换也对原告过分不利。至少以上两点是合理规则支持者难以轻易否认的现实。

合理规则与自身违法规则的关系

不少学者认为合理规则与自身违法规则与其说是两种不同的方法,不如说是一个连续统一体(less a dichotomy than a continuum),³⁰这一观点近年来也得到了法院的认同,³¹联邦最高法院甚至提出要正确理解二者间的关系,认为合理规则的反托拉斯分析与自身违法规则的反托拉斯分析之间不存在明显区别,相反,那些自身违法的协议仅仅是宽泛的不合理限制贸易的协议中的一类,对于自身违法规则而言,只是要求用较少的证据来支持违法性判断,毫无疑问这些行为也违反了基本的合理规则。³²“反托拉斯法的学生、学者、从业者、决策者和法官们都在寻找这个中心问题的答案:什么时候一个协议不合理地限制了竞争?

统一的合理规则提供了一个始终如一的方法,尽管有时并不能从这个方法中轻易得到答案。”^③

但是,也有学者指出自身违法规则并非合理规则的一部分,某个争议行为的合理性与之没有任何关系,^④把二者作为一个连续统一体是对基础性的反托拉斯规则的根本误解。无论是合理规则还是自身违法规则的分析都力图界定这些行为是否落在“不合理”(unreasonable)的范围之内,每种方法都有自己的行动方针。自身违法规则是纯粹的、绝对的,如果某项限制性行为落在了这一领域,则该行为就会被彻底谴责。事实上如果二者如同法院所说的那样没有明显区别,那么,就不会有那么多的诉讼当事人、律师和法官进行如此激烈的辩论,为了在某一个反托拉斯案件中究竟适用哪一个规则而苦恼了。

笔者认为,合理规则与自身违法规则究竟是两种截然不同的方法还是一个连续的统一体,可能取决于看问题的角度。从对两个规则追根溯源的理论分析来看,某种程度上说自身违法规则的确可以归结到合理规则之中。毕竟,只有对那些公认的、基本上不存在促进竞争效果的限制行为,如横向的价格协议,才适用自身违法规则,其理由就在于这一行为总是存在确定的“不合理限制”,在促进竞争和提升经济效率方面总是消极的。然而,从司法实践来看,则有必要对二者予以明确区分,分别划定各自疆域。毕竟二者在构成要件上是截然不同的。

联邦法院在合理规则 与自身违法规则之间的摆动

(一) 联邦法院的摆动:以纵向价格限制的判断为例

联邦反托拉斯法中的这两项违法判断标准或者说规则的适用范围有时并非特别清楚,并随着时间和大的社会经济政治环境的改变而改变。例如,搭售安排一般使用合理规则,但是如果意图在于排除大量的商业活动,则有可能适用自身违法规则;根据最高法院的有关判例,集体抵制既有可能是合理的,也可能是自身违法的;这显示出法院在这两项基本规则之间的选择存在空间和弹性。当然最为引人注目、也最富于争议的是关于纵向价格限制的判断准则。

尽管法院很早之前就对横向的价格限制根据谢尔曼法适用自身违法规则,1911年 Dr. Miles 案才开始对纵向的价格限制适用这一规则,在该案中,最高法院把固定零售价格的计划比作横向价格限制行为,认为它们都具有压倒性的对竞争的消极影响。在1967年的 Schwinn 案中,法院认为纵向的地域限制也是自身违法的,^⑤从而把自身违法规则的适用范围扩大到了纵向的非价格限制。

但是在1977年 Continental T. V. 案中,最高法院开始转向了合理规则。该案中地区法院依据之前的判例指示陪审团该限制是自身违法的,但是上诉法院以被告的非价格的地区限制对于竞争的潜在危害较小为由,采用了合理规则。最高法院对这一结果予以确认,改变了自己在10年前的 Schwinn 案中的立场,拒绝认定所有的非价格纵向限制是自身违法的。^⑥1997年的 Kahn 案中最高法院进一步明确对纵向的限制最高价格的行为不是本身违反谢尔曼法的行为,因为“对于纵向的固定最高价格的行为予以自身违法对待,缺少充足的经济学上的理由。”^⑦最高法院的这一趋势在2007年的 Leegin 案达到了顶峰:

被告 Leegin 是一家全国性的服饰生产商,在1997年制定了一项“零售定价和促进政策”(Retail Pricing and Promotion Policy)禁止所有经销商低于特定价格销售其产品。原告是被告的一家经销商,在被发现低于规定价格销售被告商品后,被拒绝供货。原告遂在联邦地区法院指控 Leegin 的零售定价政策人为地固定价格,因而违反了谢尔曼法第1条。地区法院根据1911年 Dr. Miles 案的原则,判令被告赔偿原告将近400万美元的三倍损害赔偿和律师费。^⑧Leegin 提起了上诉,在上诉中该公司并未辩称其定价政策不构成一项非法的纵向价格限制,而是认为法院应该适用较为温和的合理规则去评估该协议。尽管这一主张被上诉法院拒绝,但是联邦最高法院决定提审该案,以决定类似的维持最低转售价格的行为是否继续依据谢尔曼法第1条进行自身违法的审查。经过对这一限制的经济影响的独立评估后,联邦最高法院以5:4的投票决定不再适用96年前 Dr. Miles 案所确立的先例,要按照合理规则而非自身违法规则对此类行为进行审查,从而改写了最高

法院将近一个世纪的立场。其理由是:该判决是僵化的(rigid)和形式主义(formalistic)的,没有建立在“可论证的经济学效果”(demonstrable economic effect)之上,认为无法得出转售价格维持总会或者几乎总是会限制竞争和减少产出的结论。^{③⑨}最终的发展是各级法院认为除了水平的固定价格卡特尔外,其他所有的贸易限制行为都适用合理规则。^{④⑩}

2010年的Needle案则进一步巩固了合理规则在联邦反托拉斯法中的统治地位。最高法院确认,职业球队之间的一致行动仍受谢尔曼法第1条的管辖,但是所构成的横向限制适用合理规则,因为“足球队之间需要合作,不会被反托拉斯法所禁止。……由于某些对竞争的限制是生产NFL产品所必须的,一般应该对此适用合理规则,球队之间的合作也可能是允许的。”^{④⑪}

对于上述这段历史中自身违法规则与合理规则在反托拉斯案件中的应用,有学者观察到似乎存在着周期性的此消彼长现象。

在1911年Standard Oil和American Tobacco案最高法院确认了合理规则之后的20年间,合理规则成为反托拉斯案件的主要准则,这在1918年的Chicago Board of Trade案中得到了很好的体现。而1937年后,随着联邦政府权力的扩张,法院也开始越来越多地宣布各种商业行为或者协议自身违法,而不再对其损害或者辩解理由进行细致的调查。自身违法规则也统治了1940-1960年代的反托拉斯案件,1958年Northern Pacific Railway案是其典型。当1970年代开始了全球性的放松管制(deregulation)、回归自由市场的浪潮后,法院又开始逐渐限制自身违法规则的适用(以1977年Continental T. V.案为标志),合理规则又重新成为占据统治地位的规则。至于1980年代之后发展起来的快速审查式的合理规则,其实可以视为对自身违法规则领地的逐渐侵蚀,在纵向限制领域取代了自身违法规则,最为显著的标志就是前述2007年Leegin案。

然而,Leegin案在学术界引起了极大争论。各州也反应不一,在联邦最高法院审理Leegin案期间,37个州的司法部长联合以法庭之友的身份,呼吁最高法院维持Dr. Miles案中确立的自身违法规则;^{④⑫}而在该案定讞后,马里兰州甚至颁布

法令要求对转售价格维持行为进行自身违法审查,作为对最高法院Leegin案的回应。之后分别于2010年和2011年在纽约和加利福尼亚两家法院审理的类似案件也出现了与Leegin案不同的结果。^{④⑬}这些在美国经济版图占据最为重要地位的大州的立法和司法态度,不能不对企业界产生重要影响。因此,联邦法院系统在纵向限制领域是否由合理规则一统天下,会不会出现某些逆转,仍值得进一步的观察;而企业界仍将对此保持谨慎态度则是一个可以预料的局面。

(二) 评论

对于最近30年合理规则的扩张,一些学者认为这是法院接受了自由市场、亲商业、反政府的哲学,合理规则作为其中的一部分将会显著提高经济集中度;另外一些人则对自身违法规则的衰落表示欢迎,认为它赖以存在的经济学理论是不健康的;也有评论家批评合理规则缺少实质性内容,它仅仅提出了一个冗长的加权因素清单,导致了一个毫无限制、随心所欲、昂贵的司法调查,而没有为法庭和商业企业提供足够的指引;另外则有人担心自身违法规则的适用,可能会将那些本应是合法的、对竞争有益的商业行为宣布为非法,从而对竞争造成损害。但是无论如何,合理规则提供了一个适应不断变化的经济学理论和政治经济环境的工具。2007年美国反托拉斯现代化委员会在最终报告中也提出,经济学知识的进步促使法院用合理规则下更具弹性的分析方法来取代自身违法规则。^{④⑭}合理规则与自身违法规则之间领地的消长基本上反映了那个时代的发展状况、人们对于经济发展的认识(包括经济学知识的积累和经济学理论的演进),在这个社会政治经济的大背景下,两项基本规则适用范围的消长体现了当时的社会(主流意识形态)对于一项市场行为的认识与评价。

另外,反垄断经济学家还提出了另一个颇有意思的观点:“随着经济学家针对某项价格操纵的串谋行为进行经济效应分析能力增强,最优反垄断政策就会减少对本身违法原则的依赖。”^{④⑮}某种程度上看的确如此。如果经济学家能够将所有企业行为促进竞争和反竞争效果快速而低成本地测算出来,那么反托拉斯法的实施将会是一件极为简单的事情。然而,这种情形会令人想起古典

学者曾经设想过的自动售货机一样的法律制度和法官。现代法律制度尽管比起此前已经严密了很多,分析工具与方法也丰富了很多,但是仍然无法轻易解决所有的社会问题,所以才会有诸多一般条款存在,并在个案中时常引发激烈争论。所以至少在可以预见的将来,自动售货机式的制度不可能出现。同理,尽管有了巨大进步,经济学也不可能透彻地分析所有的经济行为。那么对于一些几乎总是具有严重的反竞争效果的行为按照自身违法规则处理,就仍是合理的。

快速审查式的合理规则——第三项规则?

尽管合理规则与自身违法规则的二分法貌似严密、全面,但是实践中法院还是不可避免地面对这样一个问题:如何决定一个案件究竟是适用前者、还是后者?逻辑上,法院应该在考虑该行为的经济效果后作出决定。但是这又不可避免地落到合理规则的范围之内,从而与自身违法规则的要求相冲突。

为了解决这一难题,从1980年代开始,法院发展出一种删减版(abbreviated)或者说快速审查式(quick look)的合理规则,以界定争议行为的基本特征。在1984年NCAA案中,Stevens法官否定了下级法院适用自身违法规则的做法,指出因为在这个行业,横向限制竞争协议的存在使得NCAA所提供的产品进入市场,并加剧了相关市场的竞争。在两个注释中阐述了他对于合理规则作为一个统一体的看法:事实上,在合理规则与自身违法规则之间常常并不存在一个明确的界限。自身违法规则可能需要针对市场条件进行相当大量的调查之后,才能根据证据形成存在反竞争行为的推测。而在合理规则这一连续体的光谱图的一端,当反竞争损害的存在显而易见的时候,合理规则的应用有时只需要“一眨眼的功夫”(the twinkling of an eye)。^④这差不多是快速审查式的合理规则在最高法院的最早表述。

快速审查式的合理规则使得法院可以对于一种看起来具有反竞争效果的新类型的行为是否适用自身违法规则,可以要求被告展示任何该行为是促进竞争的证据。如果被告方能够提供貌似可信的(plausible)经济理由来证明该行为是有益于竞争的,则法院将会以合理规则来审查该案,对该

行为带来的促进和限制竞争两方面效果进行衡量。如果被告无法做到,那么该行为就是自身违法的。^④从这个角度来看,该方法更近似于一种程序性的规则,用以决定某种行为究竟是应用合理规则还是自身违法规则。

但是,也有学者反对将这一方法仅仅是作为决定传统的两项违法行为判断标准的选择方法,而视之为介于合理规则与自身违法规则之间的调查方法。^④另有学者指出,最近一些判例显示出最高法院更倾向于将快速审查式的合理规则作为一种独立的违法行为判断标准,^④这意味着现在开启了反托拉斯的三规则时代:自身违法规则、合理规则,以及中间规则(使得在被告能够提供一定抗辩时可以转向合理规则)。^⑤

限制竞争行为合法性三大判断标准的简要对照表

	自身违法规则	快速审查式的合理规则	合理规则
限制竞争的本质	本质上限制竞争	本质上令人怀疑	可能或有限制竞争因素
市场势力	不需要	不需要	需要
实际的不利效果	不需要	不需要	需要
被告提出正当理由	无需考虑	衡量有利于竞争和不利于竞争的效果	衡量有利于竞争和不利于竞争的效果

笔者认为,所谓的删减版(abbreviated)或者说快速审查式(quick look)的合理规则,本质上应该只是一种程序上的规则,而不能构成对于某一个争议行为合法性的实质判断。我们能否通过这一规则来直接断定某种行为是否违反谢尔曼法?显然不能。最终对于该行为合法性的判断还是要落脚于传统的合理规则和自身违法规则。当然,该规则的提出及应用可以视为对传统违法判断规则应用方法的改进,使得法院可以更好地去考察那些介于合理规则与自身违法规则之间的广大灰色地带中的行为,在保证断案效率(自身违法规则的采用)和审慎地介入市场、确保不阻碍那些可能具有促进竞争效果的创新性市场行为(合理规则的采用)之间取得平衡。当然从某种角度来看,这也意味着法院的自由裁量权的进一步扩张——尽管原有合理规则的应用就已经赋予了法院几乎毫无限制的判断权力。

结束语

中国《反垄断法》实施不足5年,仍处于刚刚

起步的阶段,反垄断政策远未达到清晰稳定的阶段。因此对于《反垄断法》中明示的“经营者达成垄断协议”“经营者滥用市场支配地位”和“滥用行政权力排除、限制竞争”这些违法行为的判断标准,究竟是采用自身违法规则、合理规则,亦或是快速审查式的合理规则这一过渡类型,尚难有定论。从法条自身来看,无论是第13、14条关于垄断协议的禁止,第17条关于滥用市场支配地位的禁止,还是第五章关于滥用行政权力排除、限制竞争行为的禁止,解读为自身违法规则的体现并无不可。然而司法实践中法院更愿意采纳合理规则,无论是发生在上海的锐邦诉强生案^①、还是发生在广东而最终由最高人民法院审结的奇虎诉腾讯案均莫不如此。在深圳市惠尔讯科技有限公司诉深圳市有害生物防治协会案中,法院甚至直接提出“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”。^②而在“茅台、五粮液限制转售价格处罚案”中,从公开资料分析,有关行政执法机构的态度则更近于自身违法规则的采用。

我们究竟是在认识到作为新生的反垄断法国家,应采用合理规则以保持必要的谨慎态度、尽可能少的干预到市场竞争之中去,而不是成为市场竞争失败者逃避竞争的借口和手段;还是通过海内外理论和实践经验,大胆地确定对某些垄断行为予以自身违法规则的适用,仍需要更进一步的理论分析与实证研究。^③

①Milton Handler, The Judicial Architects of the Rule of Reason, 10 ABA ANTITRUST SECTION 21, 21 (1957).

②例如 United States v. E. C. Knight Co., 156 U.S. 1 (1895), Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899).

③United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 397 (1927).

④United States v. Socony - Vacuum Oil Co., 310 U.S. 218 (1940).

⑤Northern Pacific Ry. v. United States, 356 U.S. 1 (1958).

⑥United States v. Realty Multi - List, Inc., 629 F.2d 1351, 1362 - 63 (5th Cir. 1980).

⑦See Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 127 S.Ct. 2736 (2007). (Breyer, J., dissenting).

⑧ See Northern Pacific Ry. v. United States, 356 U.S. 1 (1958).

⑨Patrick L. Anderson, Theodore R. Bolema, Ilhan K. Geckil, Damages in Antitrust Cases, AEG Working Paper 2007 - 2.

⑩Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 127 S.Ct. 2705, 2718 (2007).

⑪See Pamela Jones Harbour, The Supreme Court's Antitrust Future: New Directions or Revisiting Old Cases?, the antitrust source, December 2007.

⑫Wood, William C., Costs and Benefits of Per Se Rules in Antitrust Enforcement, 38 Antitrust Bull. 887 (1993).

⑬United States v. Trans - Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290, 329 (1897).

⑭See Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 64 (1911).

⑮Nikhil Parikshith, Demystifying the Rule of Per se and Rule of Reason in the Indian Context, Final Report Prepared for the Competition Commission of India, JUNE 2011.

⑯See United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911).

⑰See Chicago Board of Trade v. United States, 238 U.S. 231 (1918).

⑱See Michael A. Carrier, The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century (September 29, 2009). George Mason Law Review, Vol. 16, No. 827, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1480440>. 2015 - 09 - 28.

⑲根据美国学者的实证研究,在1977 - 1999年之间,只有4%的反托拉斯案件真正进入到了法院对反竞争效果和促进竞争效果的衡量阶段。See Michael A. Carrier, The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect, 1999 B. Y. U. L. REV. 1269. 而在1999 - 2009年之间,这一比例为2%。See Michael A. Carrier, The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century (September 29, 2009). George Mason Law Review, Vol. 16, No. 827, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1480440>. 2015 - 09 - 28.

⑳National Society of Professional Engineers. v. United States. 435 U.S. 679 (1978).

㉑Herbert H. Naujoks, Monopoly and Restraint of Trade Under the Sherman Act, 5 WIS. L. REV. 129, 133 (1929).

㉒See, e.g., Standard Oil, 221 U.S. at 93 - 96 (Harlan, J., dissenting).

㉓Stucke, Maurice E., Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law? (September 12, 2008). UC Davis Law Review, Vol. 42, No. 5, 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1267359>. 2015 - 10 - 20.

㉔[美]赫伯特·霍温坎普《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社,2009年,第278 - 279页。

㉕Markham, Jesse W., Sailing a Sea of Doubt: A Critique of the

- Rule of Reason in U. S. Antitrust Law (August 24 , 2011). Fordham Journal of Corporate and Financial Law ,Forthcoming; Univ. of San Francisco Law Research Paper No. 2011 - 25. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1916223>. 2015 - 10 - 10.
- ②⑥ See , e. g. , Daniel A. Crane , Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication , 64 WASH. & LEE L. REV. 49 , 49 (2007).
- ②⑦ Stucke , Maurice E. , Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law? (September 12 , 2008). UC Davis Law Review , Vol. 42 , No. 5 , 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1267359>. 2015 - 10 - 20.
- ②⑧ Michael A. Carrier , The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century (September 29 , 2009). George Mason Law Review , Vol. 16 , No. 827 , 2009. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1480440>.
- ②⑨ Michael A. Carrier , The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect , 1999 B. Y. U. L. REV. 1265 , 1267.
- ③⑩ See ABA Antitrust Section , Monograph NO. 23 , The Rule of Reason , 10 (1999). Also see Thomas A. Piraino , Jr. , Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century , 82 IND. L. J. 345 , 347 (2007).
- ③⑪ See Cont' l Airlines , Inc. v. United Airlines , Inc. , 277 F.3d 499 , 509 (4th Cir. 2002).
- ③⑫ United States v. U. S. Gypsum Co. , 438 U. S. 422 , 476 (1978).
- ③⑬ Waller , Spencer Weber , Justice Stevens and the Rule of Reason , 61 SMU L. Rev. xx (2009).
- ③⑭ Timothy Muris , The Federal Trade Commission and the Rule of Reason: In Defense of Massachusetts Board , 66 ANTITRUST L. J. 773 , 793 (1998).
- ③⑮ United States v. Arnold , Schwinn & Co. 388 U. S. 365 (1967).
- ③⑯ Continental T. V. , Inc. v. GTE Sylvania , Inc. , 433 U. S. 57 - 58 (1977).
- ③⑰ State Oil v. Kahn. , 522 U. S. 18 (1997).
- ③⑱ PSKS , Inc. v. Leegin , Inc. , 127 S. Ct. 2712 (2004).
- ③⑲ See Leegin Creative Leather Prods. , Inc. v. PSKS , Inc. , 127 S. Ct. 2705 , 2714 , 2720 (2007).
- ④⑰ Jason A. Casey , The Rule of Reason After Leegin: Reconsidering the Use of Economic Analysis in the Antitrust Arena , Suffolk University Law Review , Vol. XLII: 919 - 938. (2009).
- ④⑱ See Am. Needle , Inc. v. Nat' l Football League , 555 U. S. 1168 , 130 S. Ct. 2216 (2010).
- ④⑲ M. Russell Wofford , Jr. & Kristen C. Limarzi , The Reach of Leegin: Will the States Resuscitate Dr. Miles? The Antitrust Source , October 2007.
- ④⑳ See Barbara T. Sicalides , The Latest on Leegin and Resale Price Maintenance - Should Manufacturers Rest Easy after the Tempur - Pedic Decision , The Antitrust Counselor (Vol. 5. 2) , April 2011.
- ④㉑ AMC , REPORT AND RECOMMENDATION 38 (Apr. 2007).
- ④㉒ [美]迈克尔·D. 温斯顿《反垄断经济学前沿》张嫫、吴绪亮、章爱民译,东北财经大学出版社 2007 年 第 14 页。
- ④㉓ NCAA v. Bd. of Regents of the Univ. of Okla. , 468 U. S. 104 , 109 (1984).
- ④㉔ Lemley , Mark A. & Leslie , Christopher R. , Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence (November 1 , 2007). Iowa Law Review , Vol. 93 , p. 1207 , 2008; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 348. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1026967>. 2015 - 10 - 12.
- ④㉕ Herbert Hovenkamp , Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice 265 (3d ed. 2005).
- ④㉖ Texaco Inc. v. Dagher , 547 U. S. 1 , 4 (2006).
- ④㉗ Lemley , Mark A. & Leslie , Christopher R. , Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence (November 1 , 2007). Iowa Law Review , Vol. 93 , p. 1207 , 2008; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 348. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1026967>. 2015 - 10 - 12.
- ⑤① 该案二审法官在一篇关于本案的总结文章中提出了“实质效果原则” ,即有意过滤一些对市场竞争影响不够大、不够重要的因素 ,仅关注那些市场竞争产生实质性影响的因素(相关市场竞争是否充分、被告市场地位是否强大、被告维持转售价格的动机、维持转售价格的实际效果等四方面情况) 并以此评价限制最低转售价格行为是否合法。原告应对被告实质性损害竞争承担举证责任。(丁文联《限制最低转售价格行为的司法评价》载《法律适用》2014 年第 7 期) 笔者认为, 该“实质效果原则”或可称为“实质上的合理原则” ,因为其分析思路与美国反托拉斯法中合理规则的适用相近 ,至少可以说是其变种。
- ⑤② 参见(2012) 粤高法民三终字第 155 号民事判决书。笔者认为该判决书的这一说法是武断、鲁莽的 ,缺乏充足的理论和立法依据。

作者简介: 李胜利 ,法学博士 ,安徽大学法学院暨经济法制研究中心教授、博士生导师; 王超 ,安徽大学法学院经济法学专业博士 ,安徽大学办公室 政工师。合肥 230601

(责任编辑: 蒋秋明)