

转售价格维持的反垄断规制适用 “合理原则”之批判

王 晓 晔^{*}

摘 要:2007 年美国联邦最高法院在“丽晶创新皮革制品公司案”中推翻了其在 1911 年“迈尔斯博士医药公司案”中确立的针对转售价格维持行为的“本身违法原则”,确立了针对转售价格维持行为的“合理原则”。但是,“丽晶皮革创新制品公司案”确立的“合理原则”并没有获得各国或地区的普遍认可。针对转售价格维持案件,我国的司法实践和相关的司法解释移植了美国联邦最高法院确立的“合理原则”,这不仅与《中华人民共和国反垄断法》规制转售价格维持行为的“原则禁止+例外豁免”分析框架相冲突,没有充分评估国际社会对转售价格维持案件的基本态度和立法趋势,也没有考虑我国零售业普遍存在转售价格维持行为的现状。最高人民法院应修改其相关司法解释中的相关规定,提高我国反垄断法的权威、效率和执法的稳定性、透明度。

关键词:转售价格维持 本身违法原则 合理原则 例外豁免 反垄断法

一、问题的提出

转售价格维持,是指生产商或供货商固定零售商转售其产品的价格或者限定最低转售价格。《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第 14 条对上述两种行为做出了禁止性的规定,行政执法机关在处理“茅台”酒、“五粮液”酒、婴儿奶粉、“奔驰”汽车等很多案件时均依据该条款对转售价格维持作出了违法行为的认定,并处以罚款。^①然而,我国法院在审理转售价格维持案件时则是适用“合理原则”,且基本上认定这种行为合法。^②反垄断行政执法机关和法院审理转售价格维持案件的不同思路尤其表现在涉及“海尔”空调和“格力”空调的两个案件上:上海市

^{*} 深圳大学特聘教授

^① 参见时建中、焦海涛、戴龙编:《反垄断行政执法典型案例分析与解读(2008—2018)》,中国政法大学出版社 2018 年版,第 256~272 页。

^② 参见上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第 63 号民事判决书;广东省高级人民法院(2016)粤民终 1771 号民事判决书;上海市高级人民法院(2018)沪民终 475 号民事判决书等。海南省高级人民法院(2017)琼行终 1180 号行政判决书首次认可《中华人民共和国反垄断法》规制转售价格维持行为的原则是“原则禁止+例外豁免”,但目前在司法系统尚属例外。

物价局 2016 年 8 月认定海尔重庆子公司的转售价格维持行为违法,并处以罚款 1 234 万元;^①广州知识产权法院在 2016 年判决的“东莞市横沥国昌电器商店案”^②则依据“合理原则”认定转售价格维持合法,广东省高级人民法院 2018 年对该案的终审判决与初审法院持相同的观点。^③我国法院和反垄断行政执法机关审理转售价格维持案件的思路有如此大的差异,判决结果大相径庭,这不仅对反垄断法的权威性和执法效率产生严重不利影响,而且损害企业对转售价格维持行为后果的可预期性。随着《反垄断法》修订在社会上征求意见,学术界就转售价格维持行为的反垄断规制发表了很多不同观点。^④笔者在此围绕美国两个著名的转售价格维持案件,分析转售价格维持行为对市场竞争和消费者的影响,探讨当今规制转售价格维持行为的立法趋势和执法实践,探讨我国法院审理转售价格维持案件适用“合理原则”的问题,并提出《反垄断法》规制转售价格维持行为应当采取的立场,建议最高人民法院修改和完善其 2012 年发布的《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》(以下简称《规定》)中涉及转售价格维持的条款。

二、两例具有重大国际影响力的转售价格维持案件

(一)适用“本身违法原则”的“迈尔斯博士医药公司案”

国际上最早涉及转售价格维持的反垄断案件是美国联邦最高法院 1911 年判决的“迈尔斯博士医药公司案”。^⑤原告迈尔斯博士医药公司作为药品生产商在诉状中列举了转售价格维持的诸多好处,指控被告违反协议,给其经营活动带来了“混乱、麻烦和损害”,特别是影响了迈尔斯博士本人和其产品的声誉,减少了产品销售。^⑥法院理解迈尔斯博士医药公司固定其产品的转售价格是为了提高其产品与其他产品在竞争中的地位,也理解其对销售商的关切,因为是销售商购买了产品后向消费者进行转售,他们在很大程度上承担着品牌间竞争的风险。法院还指出,它不是盲目地认为限制竞争行为都是违法的,因为“合同自由”是美国经济社会的基本原则。^⑦但是,法院指出,《谢尔曼法》禁止不合理的限制竞争是从历史的观点看问题,即一种限制竞争如果对公共政策有害,它就不合理。公共政策应当使人们享有极大的自由,这就像人们可随意把一个东西从左手转到右手一样。然而,该案中的“限制”保护了原告对其售出去的商品有固定转售价格的权利,妨碍了零售商之间的竞争,这种限制是背离社会公共政策、违反《谢尔曼法》的。法院还总结了认定转售价格维持协议“本身违法”的 3 个理由:(1)市场价格应当由市场来决定,生产商无

① 参见《经销商有定价权! 海尔垄断案给汽车业的启示》, https://www.sohu.com/a/110652090_468752, 2020-04-20。

② 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。

③ 参见广东省高级人民法院(2016)粤民终 1771 号民事判决书。

④ 参见许光耀:《转售价格维持的反垄断法分析》,《政法论丛》2011 年第 4 期;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;丁茂中:《现行〈反垄断法〉框架下维持转售价格的违法认定困境与出路》,《当代法学》2015 年第 5 期;李剑:《制度成本与规范化的反垄断法当然违法原则的回归》,《中外法学》2019 年第 4 期。

⑤ See Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

⑥ See Matthew Moloshok, Dr. Miles—A Rock of Ages, The Antitrust Source, February 2007.

⑦ See Matthew Moloshok, Dr. Miles—A Rock of Ages, The Antitrust Source, February 2007.

权对其销售了的商品固定转售价格；(2)转售价格维持与价格卡特尔一样，其结果是导致零售价格的抬高；(3)消费者本来可以通过零售商之间的价格竞争得到好处，转售价格维持却使他们失去了机会。

“迈尔斯博士医药公司案”是美国联邦最高法院依据《谢尔曼法》首次认定转售价格维持行为“本身违法”的判例。美国反托拉斯法进行过多次修订和改革，1914年颁布了《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》，但在美国联邦最高法院2007年做出“丽晶创新皮革制品公司案”^①判决之前，“本身违法原则”一直是美国法院审理转售价格维持案件的基本原则。美国联邦最高法院1980年“加利福尼亚酒精饮料零售商协会案”^②判决还指出，纵向限价大大提高了市场透明度，即除了统一价格，零售商之间还可能就产品销售达成其他方面的限制竞争协议，如统一售前或售后服务的条件。美国联邦最高法院1977年判决的“大陆电视公司案”^③虽然将纵向地域限制从适用“本身违法原则”改为适用“合理原则”，但判决指出，“纵向限价适用‘本身违法’是多年来的既定原则，它的分析和政策与本案中的地域限制有重大区别”。

(二)适用“合理原则”的“丽晶创新皮革制品公司案”

美国联邦反托拉斯法针对转售价格维持行为的重大变革是从1911年“迈尔斯博士医药公司案”确立的“本身违法原则”转变为2007年“丽晶创新皮革制品公司案”适用的“合理原则”。“合理原则”是指审案法院依当事人提供的证据，衡量限制竞争行为的好处和坏处，然后认定该行为合法还是违法。在美国联邦最高法院“丽晶创新皮革制品公司案”中，原告丽晶创新皮革制品公司是一家设计、生产和销售皮制饰品的企业，旗下的“布莱顿(Brighton)”是妇女时尚饰品的重要品牌。该公司的理念是，大超市没有人情味，精品小店和专卖店可以给消费者提供比较好的服务，因此与五千多家精品店和专卖店订立了“布莱顿”品牌产品的供货协议。被告PSKS是一家妇女饰品专卖店，“布莱顿”是其主打品牌，占其销售额的40%~50%。原告自1997年起采用转售价格维持销售模式，即零售商如低于其推荐价格销售产品，它会拒绝供货。2002年原告发现PSKS销售其品牌产品的价格低于其推荐价格，遂提出不停止打折便不再供货的警告。PSKS在美国得克萨斯州联邦地方法院起诉了丽晶创新皮革制品公司，指控它单边订立转售价格维持，违反了《谢尔曼法》。法院依据“迈尔斯博士医药公司案”的判决驳回丽晶创新皮革制品公司的请求，并要求其支付3倍损害赔偿及其他费用。丽晶创新皮革制品公司遂向美国联邦第五巡回法院上诉，该巡回法院以转售价格维持“本身违法”为由驳回了上诉。丽晶创新皮革制品公司随后向美国联邦最高法院提起上诉。

“丽晶创新皮革制品公司案”在美国联邦最高法院则出现了转机。2007年，美国联邦最高法院9名大法官以5:4的表决结果推翻了转售价格维持适用“本身违法原则”的“迈尔斯博士医药公司案”。法院的主要观点是，转售价格维持虽然限制同一品牌零售商之间的价格竞争，但可能有利于品牌间的竞争，而品牌间的竞争比同一品牌零售商之间的竞争更重要。判决书还指出：“‘本身违法’仅限于‘总是或几乎总是’限制价格或减少数量的限制竞争……‘合理原则’则取决于经济效果，而不是基于形式主义。”

① See *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877.

② See *California Retail Liquor Dealers' Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980).

③ See *Continental T. V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977).

“丽晶创新皮革制品公司案”是美国反托拉斯法在纵向协议领域的重大发展。“大陆电视公司案”判决将纵向地域限制从过去适用的“本身违法原则”改为适用“合理原则”。该案起因是被告西尔瓦尼亚公司为应对产品销量下滑采用了“独占地域”的销售策略,即一方面减少销售商数量,另一方面限定特许销售商仅在一定地域销售商品;原告大陆电视公司因在其他销售商的地域销售了商品,西尔瓦尼亚公司与其终止了销售协议。原告指控被告限制竞争,请求法院认定“独占地域”协议“本身违法”。美国联邦最高法院在其终审判决书中指出:“除非是纵向价格协议,纵向非价格限制应当适用‘合理原则’。因为这虽然对销售商之间的竞争有直接和显著的影响,但它能够提高生产商销售产品的效率,有助于品牌竞争。”随着 2007 年“丽晶创新皮革制品公司案”作出了关于纵向价格协议的判决,美国联邦反托拉斯法几乎对所有的纵向协议都适用了“合理原则”。

美国反托拉斯法对纵向限制包括转售价格维持适用“合理原则”,主要是受到了芝加哥学派的影响。美国学者波斯纳曾在“大陆电视公司案”判决之前指出:“作为经济问题,纵向非价格限制一般不会产生反竞争后果。因为这可以减少销售商之间的搭便车行为,有助于品牌产品的售前或售后服务竞争,从而有利于消费者。”^①“大陆电视公司案”判决之后,他又撰文指出:“纵向价格协议与纵向非价格协议有相同的经济后果,即有助于解决零售商之间的搭便车问题,有助于推动品牌竞争,因此应当与纵向非价格限制一样得到宽容的待遇”。^②

然而,美国联邦最高法院的“丽晶创新皮革制品公司案”判决却给反垄断学界留下许多悬而未决的问题。理论上说,适用“合理原则”的转售价格维持行为人应举证其“限制品牌内的竞争是合理的”,但现实中的转售价格维持一旦适用“合理原则”,指控转售价格维持的原告得承担全部举证责任,其结果往往是原告败诉,涉案的转售价格维持则被视为合法。因此,自“丽晶创新皮革制品公司案”判决以来,转售价格维持的反垄断规制成为世界反垄断学界讨论的热点问题。

三、转售价格维持规制的国际比较

“丽晶创新皮革制品公司案”判决过去十多年了,其对世界各国的反垄断立法后的司法影响如何? 以下试讨论美国、澳大利亚、欧盟和德国的情况。

(一) 美国

在“丽晶创新皮革制品公司案”判决中,美国联邦最高法院 9 名大法官的表决结果是 5:4,这说明大法官们对转售价格维持的竞争分析存在严重分歧。大法官布雷耶的反对意见指出,如果判决转售价格维持合法,那么“美国普通家庭每年由此得多支出一千多美元”。^③ 美国法学界对这个判决的批评也非常激烈,如格里姆斯教授不仅指出转售价格维持存在的四大问题:即无效的

^① C. Scott Hemphill, Posner on Vertical Restraints, 86 The University of Chicago Law Review, 2057—1075 (2019).

^② C. Scott Hemphill, Posner on Vertical Restraints, 86 The University of Chicago Law Review, 1057—1075 (2019).

^③ Wharton, Retail Price Maintenance Policies: A Bane for Retailers, But a Boon for Consumers? <http://knowledge.wharton.upenn.edu/article/retail-price-maintenance-policies-a-bane-for-retailers-but-a-boon-for-consumers/>, 2020-04-05.

品牌推广、销售商的高利润、扭曲竞争、妨碍零售创新,还进一步指出:“生产商是通过抬高价格和扩大销量增加利润,零售商则是通过扩大批发和零售差价增加利润,转售价格维持由此成为生产商鼓励零售商扩大品牌销售的有效方式。但是,《谢尔曼法》的宗旨是推动和保护竞争,而不是鼓励经营者获取更多的利润”。^① 消费者组织和很多行业协会也是坚决反对转售价格维持,如美国服装业协会的赫尔曼先生指出:“有人以为‘丽晶创新皮革制品公司案’支持服装和鞋业制造商的转售价格维持协议,但事实上这些产品的零售价牢牢掌握在零售商手里。即便有的奢侈品牌如蔻驰·连我(Coach Line)、莫罗·伯拉尼克(Manolo Blahnik)的零售商可能存在转售价格维持限制,但‘丽晶创新皮革制品公司案’判决对美国服装业的生产商几乎没有影响”。^②

“丽晶创新皮革制品公司案”对美国法院今天审理转售价格维持案件也没有产生大的影响,主要原因是美国各州都有自己的反托拉斯法。美国联邦最高法院在“加利福尼亚案”^③判决中指出:“国会认为,联邦反托拉斯法是州反托拉斯法的补充,而不是取代。”美国肯萨斯州高等法院在其2012年“奥·布赖恩案”^④判决中还指出:“尽管存在联邦反托拉斯法,如《谢尔曼法》及其很多解释性判例,但反托拉斯传统上是州的职权……联邦反托拉斯法可就肯萨斯法在这方面的法律救济做出补充,但不能取代肯萨斯州的反托拉斯法。”鉴于美国反托拉斯法传统上认定转售价格维持本身违法,在大多数州没有跟随“丽晶创新皮革制品公司案”修订其反托拉斯法的情况下,它们至今仍将转售价格维持视为“本身违法”。例如,美国加利福尼亚州联邦地方法院在其2013年“达鲁什医学博士案”^⑤判决中指出:“根据加利福尼亚州的卡特赖特法(Cartwright Act),转售价格维持本身违法。……尽管联邦最高法院的‘丽晶创新皮革制品公司案’改变了适用《谢尔曼法》的思路,但这并不意味加利福尼亚州高等法院必须修订卡特赖特法。既然加利福尼亚州高等法院尚未修订卡特赖特法,本院不能违反加利福尼亚州高等法院在‘丽晶创新皮革制品公司案’判决之前的相关判例”。除了美国加利福尼亚州法院就转售价格维持的民事诉讼坚持“本身违法”原则,加利福尼亚州检察长还依据卡特赖特法就转售价格维持行为提起了多起集团诉讼,这些案件虽以和解方式结案,但实施转售价格维持行为的供货商支付了损害赔偿金。^⑥ 美国佛罗里达州中区联邦地方法院2015年审理的“好事多批发公司案”^⑦中,原告好事多批发公司指控被告限定其转售隐形眼镜的最低价格,禁止其促销优惠活动,违反了《谢尔曼法》。被告强生公司

① See Warren S. Grimes, A Dynamic Analysis of Resale Price Maintenance: Inefficient Brand Promotion, Higher Margins, Distorted Choices, and Retarded Retailer Innovation, The Antitrust Bulletin, Spring 2010, pp.101—149.

② Wharton, Retail Price Maintenance Policies: A Bane for Retailers, but a Boon for Consumers?, <https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/retail-price-maintenance-policies-a-bane-for-retailers-but-a-boon-for-consumers/>, 2020-04-05.

③ See California v. ARC America Corp., 490 U.S. 93 (1989).

④ See O'Brien v. Leegin Creative Leather Products, Inc., 294 Kan. 318, 277 P.3d 1062, 1067—68 (Kan. 2012).

⑤ See Darush MD APC v. Revision LP, No. 12-cv-10296, 2013 WL 1749539 (C.D. Cal. Apr. 10, 2013).

⑥ See Michael A. Lindsay, Contact Lenses and Contact Sports: An Update on State RPM Laws, The Antitrust Source, April 2017.

⑦ See Costco Wholesale Corp. v. Johnson & Johnson Vision Care, Inc., No. 3:15-cv-00734 (M.D. Fla. Nov. 4, 2015).

抗辩说,这个最低价格是其单方面决定的,没有征求任何零售商或经销商的意见,不能视为其与零售商达成了转售价格维持协议。但是,法院依据原告的下列指控认定被告与原告达成了转售价格维持协议:(1)被告是依零售商要求实施其价格政策;(2)被告依零售商要求修改其价格政策;(3)被告与批发商一起强迫零售商按其指定价格转售产品;(4)被告强迫零售商包括好事多与其订立限价协议。法院的结论是,被告强生公司强迫零售商与其订立转售价格维持协议,这个价格政策不合理地排除和限制了零售商之间的价格竞争,因此是违法的。

(二) 欧盟

欧盟竞争法规制纵向协议包括转售价格维持协议的主要法规是欧盟委员会 2010 年发布的《纵向协议和协调行为适用条约第 101 条第 3 款的第 330/2010 号条例》^①(以下简称《纵向协议集体豁免条例》)以及《纵向协议集体豁免条例适用指南》(以下简称《指南》)。根据《纵向协议集体豁免条例》第 4 条规定,不适用《纵向协议集体豁免条例》的“核心限制”包括“直接或间接、单独或与其他因素相结合的固定转售价格或者限定最低转售价格的转售价格维持协议”。《指南》解释了转售价格维持被视为“核心限制”的理由,即它“不仅被推定为违反了条约第 101 条第 1 款,且被推定为难以满足条约第 101 条第 3 款规定的豁免条件”。但是,《指南》第 223 段指出:“经营者可在具体案件依条约第 101 条第 3 款进行效率抗辩,即不仅证明转售价格维持产生了效率,且得证明该协议满足了条约第 101 条第 3 款规定的全部条件。认定协议是否满足条约第 101 条第 3 款规定的条件之前,委员会应就该协议对竞争和消费者产生的消极影响做出有效评估”。

为提高执法透明度,《指南》第 224 段还指出转售价格维持可能引起的反竞争问题:(1)提高价格透明度,推动供货商之间的共谋;(2)消灭品牌内的价格竞争,推动零售商之间的共谋;(3)在制造业普遍使用转售价格维持的情况下,削弱所有产品的生产商之间和零售商之间的竞争;(4)阻止零售商降价销售,其直接后果是抬高价格;(5)减少生产商的利润压力,这导致生产商对其零售商实施最惠国待遇;(6)予以零售商的高利润导致具有市场势力的生产商排除竞争对手;(7)妨碍高效率的零售商如折扣店和低价销售模式进入市场,损害销售领域的创新。《指南》第 225 段也指出经营者依据条约第 101 条第 3 款进行效率抗辩和申请转售价格维持豁免的可能性:如转售价格维持有助于推销新产品和扩大市场需求;在特许经营及类似的分销模式中,转售价格维持有助于销售商之间进行短期(2~6 周)价格协调;在技术复杂的产品销售中,转售价格维持有助于销售商提高售前服务水平和减少销售商之间的搭便车行为。这说明,欧盟竞争法中的转售价格维持属“核心限制”而不是“本身违法”,即能否得到豁免完全取决于执法机关的竞争分析,即评估它对竞争和消费者的积极影响和消极影响。

欧盟境内的转售价格维持案件一般由成员国竞争执法机关来审理。随着欧盟 2015 年发布了《欧洲数字单一市场战略》,转售价格维持成为欧盟委员会和成员国竞争执法机关重点关注的问题。^② 欧盟委员会已多次处罚过电子商务中的转售价格维持行为,如 2018 年对日本的天龙公

^① 此处的条约系《欧盟职能条约》。《欧盟职能条约》第 101 条第 1 款禁止的协议包括“直接或间接固定购买或者销售价格或者其他交易条件”;第 101 条第 3 款规定得到豁免的 4 个前提条件是:(1)有助于改善商品生产或分配或有助于推动技术或经济进步;(2)消费者从中得到适当好处;(3)为实现上述目的限制竞争不可避免;(4)限制竞争尚未达到严重影响市场竞争的程度。参见王晓晔:《反垄断法》,法律出版社 2011 年版,第 104~106 页。

^② See EU Commission Staff Working Document to the Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry, 10.5. 2017, Paras. 334.

司、马兰士公司和先锋公司以及荷兰的飞利浦公司和我国台湾地区的华硕公司分别做出行政处罚,共计罚款 1.11 亿欧元,涉及的产品有电脑及其零配件、视频产品、家用电器等。这些企业除在线上销售中订立转售价格维持协议外,还使用了技术手段跟踪其零售网点的价格。欧盟委员会竞争委员韦斯塔格尔指出:“这些处罚决定说明,企业通过转售价格维持妨碍价格竞争的行为是违法的,欧盟竞争法就是要保护消费者。”^①

(三) 德国

《德国反对限制竞争法》规制转售价格维持行为的法律依据也是《纵向协议集体豁免条例》和《指南》,因此转售价格维持属核心限制,原则上违法。德国联邦卡特尔局迄今审理过很多转售价格维持案件,涉及的产品有助听器、隐形眼镜、床垫、玩具、化妆品、导航仪、床垫等。^② 德国联邦卡特尔局局长蒙特指出:“零售商可自由定价,生产商可做出不具约束力的价格推荐,但生产商不得以停止供货相威胁,迫使零售商按其限定的价格转售商品。德国自 20 世纪 70 年代就严禁转售价格维持,但时至今日仍会收到各行业的投诉。”^③2016 年德国联邦卡特尔局还对 5 家床垫生产商共计罚款 443 万欧元,对 27 家食品生产商共计罚款 2.6 亿欧元。^④ 鉴于供货商使用技术手段监控其线上零售商是否遵守其规定的最低限价,德国联邦卡特尔局和欧盟委员会一样,非常关注电子商务中的转售价格维持行为。^⑤

需要指出的是,德国法与欧盟法对转售价格维持虽然一致采取原则上禁止的立场,但其理念有差异。欧盟法主要关注转售价格维持的经济后果,即这在事实上与零售商之间的价格共谋行为一样;德国法则强调经济自由,即生产商既然将其产品卖给了销售商,它就没有权利限制销售商的转售价格。德国联邦卡特尔局在其 2013 年发布的《互联网经济下纵向限制指南》中指出:“转售价格维持限制零售商的自主定价权,构成《纵向协议集体豁免条例》第 4(a)条规定的核心限制。这种协议即便存在个别豁免的可能性,但一般不能满足个别豁免所要求的前提条件。”^⑥

(四) 澳大利亚

根据 2017 年修订后的《澳大利亚竞争和消费者法》第 48 条,转售价格维持一如既往地被视为“本身违法”,但一个重大修订是依据该法第 93 条,企业可向澳大利亚竞争和消费者委员会提出豁免申请。澳大利亚竞争和消费者委员会早在 1995 年就公告过通过申请转售价格维持可获

① EU Commission Press Corner, Antitrust: Electronics Manufacturers Fined for Resale Price Fixing, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4601, 2020-05-10.

② See Falk Schöning, Resale Price Maintenance for On-line Businesses: The Hard Position of the Federal Cartel Office (Germany), 6 (9) Journal of European Competition Law & Practice, 659-663 (2015).

③ FCO, First Fine Imposed for Resale Price Maintenance in Mattress Case, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/22_08_2014_Matratzen.html, 2020-05-10.

④ See German Antitrust Authority Issues Guidelines on Resale Price Maintenance, <https://www.antitrust-alert.com/2017/07/articles/ec-developments/the-latest-german-antitrust-authority-issues-guidelines-on-resale-price-maintenance/>, 2020-09-01.

⑤ See FCO, Vertical Restraints in the Internet Economy, Meeting of the Working Group on Competition Law on 10 October 2013, p.19.

⑥ FCO, Vertical Restraints in the Internet Economy, Meeting of the Working Group on Competition Law on 10 October 2013, p.19.

得豁免的规定。^① 因此,在澳大利亚竞争法中,转售价格维持在事实上不是“本身违法”。

澳大利亚竞争和消费者委员会已于 2014 年批准过图特斯公司为销售“费斯托”高级电动工具与其零售商达成的最低转售价格协议,且批准书附加了很多限制性条件(以下简称“图特斯公司案”)。^② 图特斯公司是一家进口商,也是在澳大利亚独家销售“费斯托”高级电动工具的批发商。澳大利亚竞争和消费者委员会的这个豁免决定考虑了以下因素:(1)图特斯公司在澳大利亚的市场份额不足 10%;(2)涉案电动工具之间的品牌竞争十分激烈,错误的销售政策会受到消费者的惩罚;(3)图特斯公司没有将产品价格提高到竞争性价格之上的动机,且事实上倾向于低价促销;(4)这个转售价格维持有助于抵制零售商之间的搭便车行为;(5)申请转售价格维持销售模式的产品技术很复杂,零售商有必要提供售前技术咨询、产品展示、先试后买和售后服务;(6)证据表明,提供售前服务的零售商与那些仅提供基本服务或线上销售的零售商相比,在竞争中处于不利地位。通过这些分析,澳大利亚竞争和消费者委员会认定图特斯公司申请的转售价格维持总体上为社会带来的好处大于其因限制零售商之间的价格竞争所产生的不利影响。

“图特斯公司案”是澳大利亚竞争执法机关迄今豁免转售价格维持的唯一案件。在“图特斯公司案”是否为澳大利亚境内的转售价格维持打开了“洪水闸门”这个问题上,澳大利亚的竞争法专家则持否定态度,理由是转售价格维持在澳大利亚得到豁免的成本很高:(1)要求申请豁免的转售价格维持在推动竞争方面的好处非常明显,限制竞争的负面影响则非常有限;(2)申请人得到豁免的等待期是 6 个月。^③ 即澳大利亚虽然对转售价格维持有豁免规定,但得到豁免的是例外情况。

(五)小结

考虑到欧盟有 27 个成员国,且日本^④、韩国、^⑤英国、^⑥俄罗斯、^⑦南非^⑧等一些重要的国家均没有跟随“丽晶创新皮革制品公司案”对转售价格维持行为适用“合理原则”,由此不难发现“丽晶

^① See ACCC, Resale Price Maintenance Notification Guidelines, <https://www.accc.gov.au/system/files/Resale%20Price%20Maintenance%20Notification%20Guidelines.pdf>, 2020-05-01.

^② See Australian Competition Law, Case Tooltechnic, <https://australiancompetitionlaw.org/cases/accc/2014rpm-tooltechnic.html>, 2020-04-20.

^③ See Johnson Winter & Slattery, Landmark Decision by ACCC to Authorise Resale Price Maintenance on Public Benefit Grounds — Will this Open the Floodgates? <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=edcf9e18-9824-4292-8eb8-ddeb834f3f99>, 2020-04-20.

^④ See Japan Fair Trade Commission, Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices Under the Antimonopoly Act, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170616.html>, 2020-05-20.

^⑤ See Competition Policy International (CPI), South Korea: Tiremaker Fined for Preventing Retailers from Cutting Prices, <https://www.competitionpolicyinternational.com/south-korea-tiremaker-fined-for-preventing-retailers-from-cutting-prices/>, 2020-08-10.

^⑥ See CMA, £4.5 Million Fine for Fender for Illegally Preventing Online Price Discounts, <https://www.gov.uk/government/case-studies/45-million-fine-for-fender-for-illegally-preventing-online-price-discounts>, 2020-08-10.

^⑦ See Russian Federal Law on Protection of Competition (As Amended In 2016), Section 11.1.

^⑧ See Section 5(2) of the South African Competition Act, https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a89-98.pdf, 2020-08-20.

创新皮革制品公司案”判决并不具有权威性。^① 韩国公平交易委员会 2019 年对韩国韩泰轮胎公司罚款 10 万美金,^②英国竞争与市场监管局 2020 年对“费德尔”吉他生产商罚款 450 万英镑,理由都是涉案企业实施了转售价格维持,阻止其零售商降低销售价格。^③ 英国竞争与市场监管局的处罚决定书还指出转售价格维持的最高罚金是违法企业上一营业年度全球市场销售额的 10%。^④ 一言以蔽之,虽然美国反托拉斯法被认为是世界各国和地区反垄断法的母法,但其具体条款和法院判例并非金科玉律。其他国家和地区的反垄断法是否借鉴美国的相关立法和司法实践,需要考虑本国和本地区的经济发展水平、竞争秩序、经济理论、相关执法经验等。

四、我国法院审理转售价格维持案件适用“合理原则”存在的问题

我国法院审理的转售价格维持案件几乎都适用了“合理原则”。做出我国首个转售价格维持案件终审判决的主审法官指出:“在无充分实证依据表明大多数限制最低转售价格行为损害竞争的情形下,作为新兴市场国家的中国,对限制最低转售价格行为采用‘本身违法’或‘原则禁止+例外豁免’都不是明智选择;‘合理原则’比较契合市场实际需要……”^⑤这说明,虽然“丽晶创新皮革制品公司案”对绝大多数国家和地区没有产生影响,但对我国法院的审理产生了重大影响。

(一)“合理原则”的适用总体上不利于我国的消费者

当今世界各国和地区包括美国各州的反托拉斯法之所以并没有普遍接受“丽晶创新皮革制品公司案”确立的“合理原则”,^⑥一方面是因为基于反垄断法一百多年来的经验,转售价格维持对市场竞争的负面影响非常明显:(1)转售价格维持旨在抬高产品的批发和零售之间的差价,这不仅导致同一品牌零售商之间形成价格卡特尔,而且转售价格维持提高市场价格的透明度,也有助于推动同类产品生产商之间的价格卡特尔。(2)转售价格维持剥夺了零售商的定价权,虽然保护了无效率的零售商,但可能排除高效率的零售商和零售模式进入市场,从而扼杀销售领域的创新。(3)转售价格维持排除零售商之间的价格竞争,由此也排除了消费者获得低价产品的机会。

① See K&L Gates, Heightened Enforcement Against Brands' Control of Resale Pricing by Competition Authorities Worldwide, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6ea1a51-5876-496a-8703-de859fdb2999>, 2020-05-01. 笔者迄今仅发现加拿大竞争法对转售价格维持的规制改为适用“合理原则”, See Canadian Competition Act, Section 76 (1) (b).

② See Competition Policy International (CPI), South Korea: Tiremaker Fined for Preventing Retailers from Cutting Prices, <https://www.competitionpolicyinternational.com/south-korea-tiremaker-fined-for-preventing-retailers-from-cutting-prices/>, 2020-08-10.

③ See CMA, £4.5 Million Fine for Fender for Illegally Preventing Online Price Discounts, <https://www.gov.uk/government/case-studies/45-million-fine-for-fender-for-illegally-preventing-online-price-discounts>, 2020-08-10.

④ See CMA, £4.5 Million Fine for Fender for Illegally Preventing Online Price Discounts, <https://www.gov.uk/government/case-studies/45-million-fine-for-fender-for-illegally-preventing-online-price-discounts>, 2020-08-10.

⑤ 参见丁文联:《限制最低转售价格行为的司法评价》,《法律适用》2014年第7期。

⑥ See Brian McCalmon, Forming and Maintaining Legal Resale Price Control Policies, <https://www.corporatecomplianceinsights.com/forming-and-maintaining-legal-resale-price-control-policies/>, 2020-04-20.

例如,美国联邦贸易委员会 2000 年与索尼、时代华纳、百代音乐等小型激光盘(CD)唱片公司达成的和解协议指出,这些企业在美国音乐光盘市场共计占 85% 的份额,年销售额达到 150 亿美元,但其中通过转售价格维持向消费者多收的费用达到 4.8 亿美元。^① (4)转售价格维持给予零售商的大幅折扣会提高产品销售成本,加之这些零售商可能不愿意甚至拒绝销售其他竞争性的产品,故也会损害品牌之间的竞争。^② 另一方面是因为适用“合理原则”的程序。即“合理原则”似乎体现了法官对原告和被告的中立态度,但实际上其态度并非中立的。从源头上看,美国反托拉斯法除了适用“合理原则”,还有“本身违法原则”;既然适用“本身违法”的行为被视为违法,那么适用“合理原则”的行为基本上则被视为合法。在这种情况下,原告的举证责任很重。因为举证难度大,1999 ~ 2009 年期间,在美国联邦法院依照“合理原则”审理的 222 件案件中,一审法院驳回原告诉求的有 215 件,占案件总数的 96.8%,其理由都是原告没能举证被指控行为的反竞争后果。在这些案件中,法院对原告指控和被告抗辩进行过衡量的仅有 5 件,其中原告胜诉的仅 1 件。这说明,在适用“合理原则”的案件中,原告胜诉的可能性极小。^③

我国法院审理的转售价格维持案件也基本是这种情况,即原告败诉不一定因为涉案的转售价格维持有利于市场竞争,而是适用“合理原则”的程序明显有利于被告。例如,根据“北京锐邦涌和科贸有限公司案”^④的分析框架,“相关市场的市场结构、实施企业的市场地位、实施限制最低转售价格的行为动机、实施限制最低转售价格的实际竞争效果是最为重要的四个判断因素……这个分析框架中,原告应对被告实质性损害竞争承担举证责任,法官根据具体案情把握证明标准”。^⑤ 随着这个判决成为转售价格维持民事诉讼的指导性案例,随后的转售价格维持民事诉讼也都采用了这种分析思路。例如,“东莞市横沥国昌电器商店案”的终审判决指出:“判断(转售价格维持)是否具有排除、限制竞争效果,应考虑相关市场竞争是否充分、被告市场地位是否强大、被告实施限制最低转售价格的目的及后果等因素。纵向垄断协议应当由原告对本案限制最低转售价格协议是否具有排除、限制竞争效果承担证明责任”。这种分析思路也决定了法院判决的清一色,即“被告要求原告遵守最低转售价格的条款不具排除限制竞争的效果,不属反垄断法禁止的垄断协议”。

笔者认为,我国法院审理转售价格维持案件适用“合理原则”对我国消费者的不利影响远远大于美国法院就转售价格维持案件适用“合理原则”对美国消费者的不利影响。与美国法相比,《反垄断法》颁布的时间比较晚,企业界普遍缺乏反垄断意识和竞争文化,因此实施转售价格维持的企业普遍没有认识到这种行为会损害竞争和损害消费者的利益,有些企业甚至还认为价格卡

① See Federal Trade Commission, Record Companies Settle FTC Charges of Restraining Competition in CD Music Market, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/05/record-companies-settle-ftc-charges-restraining-competition-cd>, 2020-04-20.

② See Warren S. Grimes, A Dynamic Analysis of Resale Price Maintenance: Inefficient Brand Promotion, Higher Margins, Distorted Choices, and Retarded Retailer Innovation, 55 Antitrust Bulliten, 101 (Spring 2010).

③ 参见李剑:《制度成本与规范化的反垄断法》,《中外法学》2019 年第 4 期。

④ 参见上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第 63 号民事判决书。

⑤ 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。

特尔也是合理合法的。^①从实际效果看,即便“丽晶创新皮革制品公司案”将转售价格维持的审判原则从“本身违法原则”改为适用“合理原则”,考虑到美国反托拉斯法传统上对转售价格维持采取禁止的态度,“丽晶创新皮革制品公司案”对美国市场上的产品销售也不会产生大的影响。“丽晶创新皮革制品公司案”的判决书也指出:“即便美国法律环境有利于企业实施转售价格维持,但实际上使用转售价格维持的生产商不足1%,消费者购买的商品中充其量也达不到10%。……即便在美国零售业采用转售价格维持模式的鼎盛时期,这种零售模式也仅占全部零售额的4%~10%。”然而,即便我国从2008年就开始实施《反垄断法》,我国市场上很多产品销售还是普遍存在转售价格维持的问题。以国家发展和改革委员会2013年处理的“婴儿奶粉案”^②为例,“合生元”“美赞臣”“多美滋”“雅培”“富仕兰”“恒天然”“惠氏”“贝因美”“明治”以及其他品牌的奶粉生产商和批发商普遍与零售商订立了转售价格维持协议,其结果就是我国市场上的奶粉质量不一定是全球最好的,但其价格可能是全球最高的,其中一个重要的原因就是转售价格维持剥夺了零售商的定价自主权,消费者不能通过零售商之间的价格竞争获取相对低价的产品。从涉及“格力”空调和“海尔”空调的两个转售价格维持案件还可以看出,我国市场集中度很高的行业同样存在严重的转售价格维持问题。法院提供的数据显示,2012年至2013年期间,“格力”“海尔”“格兰仕”“美的”“海信”这五大品牌占据家用空调市场70%~80%的份额,其中“格力”品牌约占40.8%，“海尔”品牌约占12.3%。^③考虑到“格力”品牌和“海尔”品牌均采取了转售价格维持销售模式,其他品牌的空调生产企业势必也得通过转售价格维持使其零售商能够获取较高的利润,否则其产品销售会遇到阻力。由此可见,我国市场上的家用空调几乎全部包括了一个高额的零售费用。2019年北京市市场监管局就联想公司的转售价格维持行为做出了中止调查的决定。^④这个案件说明,联想公司作为我国个人计算机市场最大的生产企业,其各种产品销售包括零配件和维修服务长期使用了转售价格维持模式。这些案件一方面使人不禁想到我国市场上转售价格维持的严重程度,另一方面痛惜我国有6亿人口在月收入不足1000元人民币^⑤的条件下还须为这些转售价格维持销售支付不合理的高价。

(二)法院适用“合理原则”的经济分析能力不足

美国著名法官伊斯特布鲁克曾指出适用“合理原则”存在的问题,^⑥即“合理原则”需要对案件进行很多经济分析,包括行业特点、限制竞争前后的市场变化、限制竞争行为的性质及其影响、限制竞争的事实及其可能性等。这些经济分析不仅很多是形式主义的,内容是空洞的,而且即便法院有条件安排很多经济学家就同一案件进行经济分析,并提供各种可能获得的经济数据,配备超级计算机,这些经济学家们未必能够就同一案件是有利于竞争还是损害竞争得出一致的看法。

① 例如,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,广东省深圳市有害生物防治协会要求会员订立的《自律公约》规定了“除四害”服务最低收费标准和低于标准收费的处罚措施。参见广东省高级人民法院(2012)粤高法民三终字第155号民事判决书。

② 参见《多美滋惠氏等奶粉遭反垄断调查》,http://finance.sina.com.cn/focus/nfqyzt/,2020-05-01。

③ 参见广东省高级人民法院(2016)粤民终1771号民事判决书。

④ 参见《反垄断调查中止因联想积极配合?》,https://finance.sina.com.cn/stock/relnews/hk/2019-11-19/doc-iiahzhfz0353432.shtml,2020-05-01。

⑤ 参见赵语涵:《6亿人月收入1000元?国家统计局给出解答》,《北京晚报》2020年6月16日。

⑥ See Frank H. Easterbrook, Limits of Antitrust, 63 Texas Law Review, 1-12 (1984).

他还指出,也许经济学家们有能力通过经济模型分析一个行为是否损害竞争,但是法官和法院一般没有这个能力,因为法院审查复杂经济问题的能力有限,这方面装备不足,不适合分析、解释和评估竞争中存在着的无数个利益和无穷无尽的数据,但这些利益和数据又是最终决定的基础。

与美国法院相比,我国法院适用“合理原则”审理案件的经济分析能力也不是没有问题。美国法院在“丽晶创新皮革制品公司案”判决书中提出应从过去的“本身违法原则”改为适用“合理原则”,主要是考虑到转售价格维持有可能推动品牌间的竞争。特别是当复杂的新产品进入市场时,如果没有转售价格维持,零售商之间可能产生搭便车行为,即消费者可能首先通过提供售前服务的零售商了解新产品的信息,然后向不提供售前服务但售价较低的零售商购买产品。“丽晶创新皮革制品公司案”的判决书还引用了“大陆电视公司案”的判决指出,新的生产商和进入新市场的生产商可使用转售价格维持激励有能力、有闯劲的零售商为销售那些消费者不知晓的产品投放其资金和劳动。我国法院审理的转售价格维持案件,尚没有涉及刚进入市场的新产品,或者涉及刚进入市场的新企业。“丽晶创新皮革制品公司案”的判决书还提及“合理原则”有助于零售商向消费者提供优质的售前服务。但在我国法院审理的相关案件中,笔者很难发现为保障优质的售前服务而抬高零售价格以及出现搭便车行为的。

此外,即便“丽晶创新皮革制品公司案”确立了“合理原则”,但它仍然强调转售价格维持并非都是合法的,因此“不能忽视或者低估纵向价格限制潜在的反竞争后果”。该案判决书还指出这种案件应当严格审查的一些反竞争因素:相互竞争的生产商如果大多采取了转售价格维持定价模式,那么这些转售价格维持的反竞争影响将很大,因为高度透明的市场价格不仅可以导致零售商之间的价格卡特尔,还会导致生产商之间的价格卡特尔;一个转售价格维持如果是零售商推动的结果,其极可能具反竞争性,因为事实上这就是一个零售商价格卡特尔;如果推动转售价格维持的生产商或零售商具有市场势力,那么转售价格维持的反竞争风险会相当大,在零售商具有市场势力的情况下,它会要求生产商通过转售价格维持排除具有创新性和降价销售的零售商。

我国法院在审理转售价格维持案件时似乎很少考虑反竞争问题。例如,“东莞市横沥国昌电器商店案”的二审判决书指出:“限制最低转售价格行为既可能限制竞争,也可能对竞争有一定促进作用。例如,限制最低转售价格协议在制止品牌内经销商之间的竞争的同时,客观上会加强品牌之间的竞争;再如,限制最低转售价格协议可以解决经销商之间‘搭便车’,杜绝经销商以减少差价的方式进行恶性竞争;又如,已经具有较好声誉和市场占有率的商品保持一个相对合理的价格,有利于促进新品牌、新产品进入相关市场”。这听起来似乎任何一个转售价格维持都是有利于市场竞争的。根据这个判决,2013 年我国家用空调零售总量约 4 360 万台,其中“格力”空调销售 1 779 万台,“海尔”空调销售 536 万台,即便不考虑“格兰仕”“美的”“三菱”等其他品牌是否采用了转售价格维持零售模式,仅“格力”和“海尔”两个品牌的销量就占全国销量的 50% 以上,这不能说明“格力”空调的转售价格维持行为有利于消费者。“丽晶创新皮革制品公司案”的判决书还指出:“品牌间的竞争可以使消费者转移到价格低廉的替代品,由此减少零售商通过单一品牌的限价销售可获得的好处……但是,相互竞争的生产商如果一致采用转售价格维持限定其最低转售价格,即当转售价格维持模式覆盖一个行业大部分产量的情况下,这会剥夺消费者在产品高价销售和低价销售之间进行合理选择的机会。”然而,“东莞市横沥国昌电器商店案”的二审判决书指出:“家用空调商品属于反复使用的耐用型商品,商品寿命往往达十余年,对售后服务的要求比较高。如果销售过程中追求低价竞争,虽然可以使消费者获得短期利益,但从长远来看,经

营者的业绩下降,提供高质量的售后服务的积极性受损,会使消费者长期利益得不到保证”。这似乎表明,针对耐用型商品应允许生产商实施转售价格维持,否则不能保证产品售后服务。这里笔者不禁要问,这里的售后服务是个什么概念?耐用型商品如“三包”商品的产品质量或安全问题都是由零售商承担的吗?

此番评论并非旨在批评我国法院对转售价格维持案例的经济分析不到位,而是强调法院应区分法律规范的适用与经济学理论的运用,即法院不能也不应当复制经济学家们提出的而且经常是相互矛盾的观点。伊斯特布鲁克还指出:“一个案件即便进行全球性调查也未必能够得出结论,因为调查中需考虑的问题太多了。如果就一个实际问题要得出答案,执法者应当一开始对该问题就有一个基本判断,确定其需要考虑的问题。”^①这也即是说,经济学家可以就同一问题做出大相径庭的判断,但适用法律的法官们判断某种行为时应当基本上有一个可预期性。法律规范的基本要求是稳定性,应当可以预测某种行为的结果,这与转售价格维持的反垄断规制适用“合理原则”存在着冲突。^②

(三)转售价格维持适用“合理原则”与我国现行法相冲突

我国2007年8月30日颁布的《反垄断法》顺应了反垄断规制转售价格维持的潮流,其第14条明确规定:“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议:(1)固定向第三人转售商品的价格;(2)限定向第三人转售商品的最低价格”。《反垄断法》的转售价格维持规制没有采纳“迈尔斯博士医药公司案”提出的“本身违法原则”。根据《反垄断法》第15条第1款的规定,经营者达成的协议属某些情况的,可以不适用第14条的禁止性规定;根据第15条第2款的规定,不适用第14条禁止性规定的,“经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益”。

《反垄断法》虽然实施10多年了,但即便在今天看来,其对转售价格维持的规制仍然与当今世界的主流观点和立法趋势相一致:一方面考虑到转售价格维持抬高零售价格、损害消费者利益,适用“合理原则”太宽松、太迁就,因此原则上应当予以禁止;另一方面,考虑到转售价格维持可能具有推动竞争的效果,绝对的禁止会出现“假阳性”案件,因此赋予当事人通过效率抗辩获得反垄断豁免的机会。需要强调的是,转售价格维持适用“原则禁止+例外豁免”的分析框架是基于转售价格维持的合法性受到了怀疑,因此请求豁免的当事人应当自己承担举证责任。依据《反垄断法》,国务院反垄断委员会2019年发布的《关于汽车业的反垄断指南》第6条也明确了规制汽车业转售价格维持的分析框架是“原则禁止+例外豁免”,并指出了几种可以得到豁免的情况。

然而,正如本文开始时指出的,《反垄断法》当前规制转售价格维持的最大问题是法院和行政执法机关审理此类案件的思路存在严重不一致的情况。行政执法机关依据《反垄断法》第14条的禁止性规定,一般认定这种行为是违法的;法院则是适用“合理原则”,一般认为被指控的转售价格维持是合法的。很明显,法院判决的依据不是《反垄断法》的相关条款,而是依据了《规定》。《规定》第7条指出:“被诉垄断行为属反垄断法第13条第1款第1—5项规定的垄断协议的,被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。”很明显,这句话也可以理解为“被诉垄断行为属反垄断法第14条规定的垄断协议的,原告应对该协议具有排除、限制竞争的效果

① Frank H. Easterbrook, Limits of Antitrust, 63 Texas Law Review, 11 (1984).

② 参见李剑:《制度成本与规范化的反垄断法》,《中外法学》2019年第4期。

承担举证责任”。因为(1)《反垄断法》第 13 条和第 14 条分别禁止某些横向协议和纵向协议;(2)第 15 条规定被禁止的协议个别情况下可以得到豁免,但申请豁免的经营者应承担举证责任,特别“还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益”。故《规定》第 7 条与《反垄断法》关于垄断协议的规定存在严重不一致的情况。

那么,最高人民法院有权通过司法解释对《反垄断法》禁止转售价格维持的第 14 条和例外情况下予以豁免的第 15 条做出原则性改动吗?法律解释是对法律条款的含义、内容、概念、术语以及适用条件等方面的说明,目的是在法律适用中为法律规范的细化和具体化提供正当性的保障。在英美法系,鉴于法官可以造法,“丽晶创新皮革制品公司案”推翻了“迈尔斯博士医药公司案”,由此导致美国联邦最高法院审理转售价格维持案件的立场和思路发生了变化。但在大陆法系,法律的解释权囿于成文法,法官应当遵守法律规范,即依照法律条文审理案件。^①我国传统上不是判例法国家,法官没有造法功能,无论是行政执法还是司法,均应当依照法律规定来解释法律和审理案件,而不能以立法性十足的方式来解释法律。其实,不仅大陆法系的法官和行政执法机关不能随意解释法律和审理案件,即便英美法系的法官也不是我们想象的那样,可随意审理案件和解释法律。例如,“达鲁什医学博士案”判决书指出,即便“丽晶创新皮革制品公司案”改变了适用《谢尔曼法》的思路,但是对于在“丽晶创新皮革制品公司案”判决之前颁布的《卡特赖特法》,法院仍得依据《卡特赖特法》认定转售价格维持属本身违法。^②就《规定》而言,其应当以《反垄断法》为依据,而不应当对《反垄断法》第 13 条、第 14 条和第 15 条之间的逻辑关系进行改动,更不应当把《反垄断法》第 15 条规定的举证责任倒置改变为由指控转售价格维持行为的原告承担举证责任。

海南省高级人民法院 2017 年就“海南省物价局案”^③的二审判决推翻了海口市中级人民法院做出的一审判决,在法院系统首次认可了《反垄断法》规制转售价格维持的“原则禁止+例外豁免”分析框架。最高人民法院于 2018 年 12 月做出了一个支持海南省高级人民法院“海南省物价局案”二审判决的行政裁决。^④裁决指出:“《反垄断法》第 14 条规定的固定转售价格及限制最低转售价格是较为典型的纵向垄断协议,往往具有限制竞争和促进竞争的双面效应。在当前我国市场条件不够完善及市场本身纠偏能力较弱的情况下,纵向垄断协议的限制竞争效果更需要受到重视和规制,对此类协议的规制和处罚是当前反垄断执法工作的重点。在当前的市场体制环境和反垄断执法处于初期阶段的情况下,如果要求反垄断执法机构在实践中对纵向垄断协议都进行全面调查和复杂的经济分析,以确定其对竞争秩序的影响,将极大增加执法成本,降低执法效率,不能满足当前我国反垄断执法工作的需要。”最高人民法院的这个裁决理应对法院系统审理相关案件产生重要影响,因为它既然考虑到反垄断行政执法机关就其审理的转售价格维持行为无须进行全面和复杂的经济分析,在相关诉讼中也就没有太大必要要求原告对案件进行全面和复杂的经济分析。但是,这个裁决还指出:“在反垄断民事诉讼中,法院审查垄断协议是否具有

① 参见金善明:《论反垄断法解释权的规制》,《法商研究》2015 年第 6 期。

② See Darush MD APC v. Revision LP, No. 12-cv-10296, 2013 WL 1749539 (C.D. Cal. Apr. 10, 2013).

③ 参见海南省海口市中级人民法院(2017)琼 01 行初 681 号行政判决书;海南省高级人民法院(2017)琼行终 1180 号行政判决书。

④ 参见最高人民法院(2018)最高法行申 4675 号行政裁定书。

排除、限制竞争效果,并在此基础上进而判定是否支持原告的诉讼请求,并无不当。……行政诉讼中对反垄断机构执法中认定纵向垄断协议行为合法性的判断标准,与民事诉讼中对纵向垄断协议的审查标准,存在明显差别”。这似乎指出这个判决对涉及转售价格维持的反垄断民事诉讼和《规定》第7条没有太大影响。

五、结 语

伊斯特布鲁克法官曾就反垄断规制提出了著名的“错误—成本理论”。^① 据此,反垄断规制应考虑以下3个重要因素:(1)考虑规制的行为是否具严重的反竞争效果;(2)鉴于任何法律规则均不可避免地会产生错误的评估,即将“假阳性”谴责为反竞争性,或将“假阴性”认定为不具反竞争性,因此任何一个责任条款都应当考虑错误评估可能导致社会成本的大小;(3)考虑替代性法律规则的执法成本,如明令禁止的监管成本会明显低于逐案评估反竞争效果的监管标准。比较世界各国和地区当今规制转售价格维持适用的“本身违法原则”“合理原则”和“原则禁止+例外豁免”这3种选择,《反垄断法》选择第三种方法是正确的。即一方面基于转售价格维持对市场竞争和消费者的严重损害,适用“合理原则”不仅可能出现很多“假阴性”案件,而且这种分析框架下的任何案件都要逐案评估,执法成本太大,适用“合理原则”不合理;另一方面,考虑到转售价格维持适用“本身违法原则”不可避免会产生“假阳性”案件,“原则禁止+例外豁免”的分析思路就比较科学和合理,因为其不仅可以降低错误评估的概率,而且可以降低执法成本,提高执法效率。

就转售价格维持的审理,《规定》适用“合理原则”,过多考虑了“丽晶创新皮革制品公司案”的判决,而过少考虑《反垄断法》关于转售价格维持的明确规定。转售价格维持的反垄断民事诉讼适用“合理原则”也不符合当今国际社会的主流趋势,因为绝大多数国家和地区并没有接受“丽晶创新皮革制品公司案”的观点。更重要的是,转售价格维持适用“合理原则”也不符合我国的国情,在产业界相当多企业采用转售价格维持销售模式的情况下,我国消费者相当大程度支付了不合理高价。简言之,转售价格维持的反垄断规制不仅应当考虑经济理论,还应当考虑国内外的经济实践。我国在这方面的立法也可能随着时间推移会发生变化,但是根据《反垄断法》和国际社会关于转售价格维持的竞争评估,考虑适用“合理原则”的转售价格维持可能存在“假阳性”的概率,我国法院系统应改变其审理转售价格维持的思路,以避免和减少与反垄断行政执法存在严重冲突的情况,从而提高我国反垄断执法的稳定性、透明度和反垄断法的权威、效率,使我国消费者能通过市场竞争获得更多和更大的社会福利。

责任编辑 翟中鞠

^① See Frank H. Easterbrook, Limits of Antitrust, 63 Texas Law Review, 1 (1984).