

【经济法学】

论反垄断法的谦抑性适用

——基于总体执法观和具体方法论的分析

孔祥俊

【摘要】反垄断法的谦抑性适用是指在总体执法态度和方法路径上的必要、适度、克制和非冒进的适用姿态。反垄断法执行的理想状态是不枉不纵、恰如其分和精准定位,但这种目标只可尽量接近而又难以企及,因而只能在总体执法效果上退而求其次。由于市场认知的困难性以及市场强大的自愈能力,在次优效果的追求中总体上可以采取必要的“宁纵不枉”的谦抑执法观,以尽量减少错误成本。反垄断法是经济与法律的结合体,经常以经济学分析为体,以法律方法为用,其谦抑性需要进行方法论上的贯彻。反垄断法兼具刚性和柔性,以法律解释为核心的法律方法是调和刚柔的路径与载体,通过谦抑的解释实现刚柔相济。经济学分析是反垄断法执行的重要支撑,但仍有其局限性。执法毕竟涉及“生杀予夺”,运用经济学分析应当谨慎和适度,在反垄断法施行初期尤其要防止经济学分析“拜物教”。

【关键词】反垄断法执行;谦抑性;法律方法;宽严相济;经济学分析

【作者简介】孔祥俊,上海交通大学讲席教授

【原文出处】《法学评论》(武汉),2022.1.31~42

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“数字网络空间的知识产权治理体系研究”(项目编号:19ZDA164)的阶段性成果。

引言

反垄断法既有总体的目标,又通过法律方法和经济学方法落到实处。反垄断法执行需要与其相适应的总体执法观和方法论,实现总体执行态度与具体路径方法的有机结合。反垄断法执行的谦抑性则是对其必要、适度、克制和非冒进的执法态度的概括描述。

近年来伴随经济法理论引入谦抑性研究,^①学界对于反垄断法执法的谦抑性进行了一定的探讨,主要集中于两个方面:一是将谦抑性融入反垄断法的调整目标、调整范围以及基本原则之中,并为《反垄断法》的修改提供建议;^②二是以互联网行业为具体

研究对象,聚焦于讨论行政机关在具体反垄断执法时所应具有谦抑性监管理念。例如,孙晋教授对互联网服务行业在竞争效果评估、救济措施选择及其实施等三个阶段中的特征进行比较后,认为其与传统行业大相径庭,故而对其应适用于经营者集中救济,在执法原则上宜确立谦抑理念,实现包容审慎监管;^③焦海涛教授则通过对互联网行业的反垄断目标以及滥用市场支配地位认定进行分析,指出对互联网领域应当秉持执法谦抑的理念。^④

与之前的研究相比,本文拟对反垄断法执行的总体执法观和具体方法论的谦抑性进行总分式的研究,包括总体上的执法谦抑态度,以及法律方法和经

经济学方法运用上的具体谦抑态度。

一、总体的执法谦抑观

基于反垄断法的种种特性,除有特殊的政治和政策需求外,反垄断法执行应当奉行谦抑的总体执法观,在执法上甚至允许适度和必要的“宁纵不枉”。

(一)市场的不确定性与反垄断认知的难度

市场是一个复杂的生态系统,具有像“看不见的手”之类的固有的内在调节机制,且对其既能够有所认识而又难以充分认识。特别是,客观事物纷繁复杂,人的认识能力又有限度。以有限的认识能力应对无限丰富复杂的客观事物,必然既面对确定性,又面对不确定性。在确定性知识的外面,是更大的非确定性领域,也即更大的未知领域。古往今来,人们掌握的确定性知识越来越多,确定性领域越来越大,但同时又把能够接触到的非确定性领域扩展得越来越大。这是一个现实的悖论。确定性只是有限的一小点,非确定性则是无限的虚空。在认知的前沿,我们一直在摸黑赶路。鉴此,对于确定性领域和非确定性领域,应该适用两套不同的思维体系。一方面,确定性领域的对与错有确定性的答案,如果对其采用非确定性领域的思维方法,必然是不尊重事实和科学。另一方面,在非确定性领域,正确答案则是未知的,如果采用确定性思维,必然陷于迷信科学或者教条主义。在一般情况下,对于非确定性问题的处置,通常是先尝试后调整、接受无常、中庸之道和实事求是。具体到反垄断法执行,对于不确定性的领域和问题,同样需要不断地尝试、试错、调适和谨慎行事,不能盲目冒进和冒然处置。市场经济的不确定性,与人的认识能力有限性之间存在巨大的鸿沟,因而不能夸大人的认知能力,否则会导致认识的误差甚至灾难性后果。^⑤

在广袤无垠的不确定性面前,人类需要保持必要的谦卑。人们总喜欢追求确定性答案。以为凡事一定能分清对错曲直,会有最优解。但是许多事情

并不在确定性领域之中。没发生之前,没人知道事情会如何发展,且不会有第二次机会让你跟自己做对比。事物之间的诸多条件又不同,也没有绝对的可比性。此时,立于“最优解”来做道德批判,是一个妄念。只能不断去试、去调整,没有必然的最优解。在变动不居的市场范围内和纷繁复杂的反垄断执法领域,是非曲直经常并不清晰,需要不断地探寻摸索和应时而变,因而执法者需要保持必要的谦卑和谦抑。

即便在反垄断法最为发达的美国,如美国学者 Ken Heyer 所说:“尽管过去四分之一世纪取得长足发展,但反垄断执行仍是一个高度不精确的事业。无论是美国还是其他国家,虽然执法者通过日益精深的技术实施基于经济学的、福利导向的分析框架,但极大的不确定性仍然存在。虽然经济学的科学方法提供了一个确定性的外表,反垄断执行仍存在大量的潜在执行错误,这些错误可能导致极大的经济成本。”^⑥美国法院不断调整垄断行为的判断标准和改变法理认识,足以说明执法标准本身难以划定并需要不断改变。根本原因是市场及市场竞争异常复杂,经常难以作出充分的准确认知,经常难以对调整对象划分出泾渭分明的界限;^⑦即便执法者小心翼翼殚精竭虑,所作出的认定也不一定符合实际和精确妥当,或枉或纵的现象在所难免,随时会导致执法错误和错误成本。执法应该是理性的,在错误发生不可避免,且错误执法还可能对正当竞争放大寒蝉效应的前提下,需要探寻减少错误的路径。不断地改变法律标准和法理认识是一种路径,而在执法上保持谦抑则是另一种路径。当然,两种路径的选择各有利弊得失的比较取舍问题。

(二)市场竞争的两面性与利弊取舍的不易

市场竞争基于多种因素和条件,是一种复杂的机制,经常具有矛盾性和两面性。比如,反垄断法基于市场能够自我调整的基础观念,即市场调节能够优化资源配置,优于政府的管制,但理想的市场状态

又难以实现,需要进行包括反垄断在内的必要干预;自由竞争是市场经济的本质,但竞争者又对自由竞争天然地充满敌意,具有破坏竞争的动机;静态竞争(效率)与动态竞争(效率)、短期效应与长期效应等矛盾随处可见,如特定市场中的短期垄断价格可以造成社会损失,但可能为动态效率所带来的社会收益所抵消,而动态效率正是来源于垄断价格带来的利润,如抬高价格带来的利润被用于研发再投资,生产出更优质的产品。^⑧市场竞争的矛盾性和两面性,为认识和判断垄断行为增添了诸多变量、难题和迷雾,也产生了反垄断领域的独特分析判断方法。

比如,竞争行为的垄断性,经常最终取决于其竞争效果分析,而竞争效果往往具有两面性,即同一行为兼有促进竞争和反竞争的效果,需要在对比衡量和权衡利弊之后得出结论,在定性上具有很大的弹性和裁量空间,不具有完全的确定性。实践中经常会为行为的定性争论不休,甚至裁判标准反复无常。鉴此,垄断性的认定发生判断错误的几率提升,需要保持必要的适度 and 谦抑。

反垄断法历史上此类事例不胜枚举。“法院的(反垄断)发展不是平直和一帆风顺的。”^⑨例如,美国法院对于谢尔曼法第2条“垄断”的构成,究竟是仅有垄断势力即可,还是需要不当的获取或者维持垄断行为,在裁判中时有反复。而且,美国反垄断法执行经常有阶段性的摇摆期,致使执法态度宽严不一。虽然这些总体性变化受宏观的政治经济政策影响,但对于垄断行为的认知差异也是重要因素。

总之,市场行为的矛盾性和两面性使得合理分析等弹性标准大行其道,且竞争效果的利弊分析几乎贯穿于全部反垄断法执行,成为垄断行为认定的根本方法。利弊比较毕竟是相对性和裁量性的方法,在许多情况下难以确保准确性,因而在这些不确定性的领域保持必要的执法谦抑,更利于趋利避害。

(三)市场自我矫正机制与减少执法错误成本

市场的自我调节是反垄断法的基础政策,即其基本信念是,如果不被不适当干预,市场不仅能够实现自我调节,而且通常比政府调节更好;但良好的自我调节需要满足特定的条件,反垄断法则是尽可能使市场趋于理想状态的一种制度设计。^⑩因此,反垄断法的制度基础首先是相信和依靠市场调节,而必要干预的目的是使偏离轨道的市场回归自我调节。

反垄断法是抽象概括的一般性规范,在抽象意义上更可能符合市场发展需求,但具体执法又有不同,即其可能完全符合法律规定和市场实际,但又难免会发生错误和偏差。于是,对错误成本的考虑必然会影响对不确定后果的行动的决策。特别是,当我们根据不完美信息采取行动时,不仅要考虑事件的发生概率,还要考虑犯错的预期成本。^⑪例如,执法者通过划分自身违法和合理原则等路径,其目的是尽可能实现反垄断法执行标准的准确性,尽可能使得对垄断行为的判定不枉不纵,“把错误降低到可以容忍的地步”。但是,仍难以避免错误的发生,即“既有可能谴责了一些本来有利于竞争的良性行为,也有可能放过一些反竞争行为”。^⑫这就为反垄断执法设定了客观的限制。反垄断的错误执行及由此确立的错误标准可能谬种流传,可能比适当“放纵”的不利后果更严重,而且,过于积极的反垄断法执行还可能对于本来是促进竞争的大胆作为有寒蝉效应,使得经营者畏首畏尾畏葸不前,窒息本来应有的创新和市场活力。^⑬鉴此,对错误成本的考量源于反垄断执行中的不确定性,同时又是对反垄断法执行妥当性的一种重要探索。

例如,美国现代司法关注反垄断成本问题,特别是担心其不经意间窒息促进竞争的行为。^⑭“现在的法院经常认为,即使某些行为可能是反竞争的,但因为存在认识错误以及有禁止实际上促进竞争的行为的风险,而不认定这些行为违法,这要比允许某些坏

的行为在特定条件下继续存在具有更坏的后果。”^⑮在一个标杆性判例中,美国最高法院认为,在考虑反托拉斯干预的价值时,(法院)必须对这些干预的代价进行现实的评估。即便是在最好的情况下适用反托拉斯法也是困难的,因为(限制竞争行为)的手段,正如合法竞争的方法一样,存在无数种情形。错误的推论,以及由此而导致的错误的违法认定,将极具代价,因为这会阻吓那些正是反托拉斯法所要保护的行为。假阳性(false positives)带来的成本告诫我们不能过度扩大责任范围。^⑯这种观点认为,假阳性(即行为被认定为反竞争而实则不然)比假阴性(false negative)(即认为不具有反竞争性而实则不然)更糟糕。除非被告具有重大市场势力,大多数反竞争行为反而会受到竞争的惩罚,会弄巧成拙而由市场自我纠正。假阳性的执法结果会持久地破坏将来的行为。^⑰

既然完美执法和完全不枉不纵不能实现,次优选择必然是保持必要的谦抑,防止执行上的轻率冒进,将棘手的问题留给市场解决。反垄断法执行的谦抑既有特殊的市场意义,又有坚实的市场经济根基。最为根本的基础和保障是,市场具有像“看不见的手”之类的固有的内在调整和修复机制。而且,“市场如果要履行其公共利益的功能,^⑱必须享有一些受保护的独立性,从而根据市场自身的测算方法实现有效的资源配置。”^⑲托底的是市场自我调整功能,即便干预不到位,最终结果也坏不到哪里。正是因为错误的不可避免,完美的执法难以实现,而对于边界不清晰的行为即便不通过反垄断法介入,因市场本身的自我调节机制,也不至于因为执法的不介入而带来更大的市场危害,因而以谦抑的执法遏制执法的冒进,总体上利大于弊和具有正当性。

总之,对于垄断行为的判断既有确定性领域,可以采取明晰的违法性判断标准和确定的方法;又有不清晰的或者未知的不确定性领域,需要采取合

理分析等不确定性的方法。由于市场本身的复杂性、事物属性展开的程度以及认识能力的有限性,即便在不确定性方法的运用上极尽能事,在不确定性的领域终究难免有较大的误判概率。如果相信不确定性方法是万能的,未知的市场领域都能够得出违法与否的准确判断,那必然是不符合实际和违背科学精神,一定会给市场造成灾难。因此,如何正确对待法律执行的局限性及误判等负面效果,涉及采取什么样的执法观。鉴于市场本身的强大自我调整功能和自愈能力,对于以不确定方法难以取得积极效果的未知领域,以采取谦抑的执法观为宜。突出的表现是,既然反垄断执行的不枉不纵难以完全实现,退而求其次的可行性态度是在未知领域相信市场和依靠市场,保持宽松的执法,奉行必要的“宁纵不枉”,防止执法惩罚的过度和禁止范围的过宽过严。

二、反垄断法执行的刚与柔:法律解释的谦抑

(一)反垄断法的刚柔兼具与谦抑性

反垄断法以法条抽象原则、弹性空间大、政策色彩浓厚等特点著称,刚性规定相对较少,而柔性规定居多。法律规范的刚性和柔性不是任意选择的。刚性规范是以对调整对象的充分认知和准确把握为前提,其特点是规范的羁束性强、标准清晰、简单明了、泾渭分明和整齐划一,而柔性规范则是调整对象复杂多样、难以给出明晰化或者一律化的是非分明标准的结果,涉及的调整领域不是非黑即白,其特点则是裁量余地大、标准模糊、因事制宜和结果多样化。例如,本身违法体现的是刚性,合理分析体现的是柔性。反垄断法调整对象的特殊性,决定了其规范的刚性少而柔性多。反垄断法的刚性与柔性又是互补和转化的,理想的状态是当刚则刚、当柔则柔和刚柔并济。为此,反垄断法的执行需要刚与柔的统筹兼顾,不能以刚废柔或者以柔废刚。当柔而刚,如将宜合理分析的情形一概以本身违法对待,必然导致执法过度和冒进。反之,则会导致执法弱化。恰当的

法律解释是实现刚柔并济的载体和路径。特别是,面对复杂的调整对象和市场关系,反垄断法的柔性调整不可避免,这就要求法律解释保持必要的谦抑和适度,防止简单化思维和过于冒进,尤其不能简单化地拔苗助长以刚代柔。

例如,对于《反垄断法》第14条列举的纵向垄断协议,一种态度是,只要不属于第15条的豁免范围,即构成当然违法,不必再另外单独考虑“排除、限制竞争”。此即所谓垄断协议的“原则禁止+例外允许”。^⑤另一种态度是,除《反垄断法》第15条规定的豁免事由外,纵向垄断协议仍可能并不当然违法,仍将是是否“排除、限制竞争”纳入考量范围。也即,《反垄断法》第15条规定的豁免事由是类型化的事由,依据个案认定的正当理由属于个案事由和法律的平衡适用,两者具有不同的属性,可以并行不悖。^⑥

两种态度的分歧既有奉行不同的法律思维和方法的原因,又有是否更追求执法便利等功利性原因。行政执法的态度或者效果显然是使尽可能多的垄断协议纳入禁止范围,并使这种纳入更简便。这是一种刚性的甚至冒进的态度。司法的态度则强调纳入禁止的协议名副其实,所持的禁止态度更为谨慎。但是,就谦抑性而言,反垄断法执行的妥当性更为重要,执法的便利性应当从属于妥当性。比如,就执行的便利性和法律的确定性而言,本身违法显然优于合理原则,而70年代以来美国法院压缩自身违法范围而更多转向合理分析,显然是不避合理分析的高成本和复杂性,而宁愿选择追求妥当性。澄清相关的思维模式和解释方法,执法的妥当性问题大多都能够迎刃而解。

(二)遵循通用的方法和逻辑

法律解释方法具有多样性,且通常是在效果取向下进行取舍。《反垄断法》第14条的列举性规定,不能得出纵向垄断协议当然违法的解释,即其至少有两种解释路径,这就为理解和适用上的分歧埋下伏笔。一种解释是,纵向垄断协议的列举性规定都

是自洽的,即其本身具有完整的法律结构,符合其规定就构成违法,不需要另外纳入其他构成要素。或者说,除第15条规定的豁免事由外,纵向垄断协议即本身违法,两者构成一个体系,即此类行为的“原则禁止+例外豁免”模式。另一种解释是,列举性垄断协议规定的适用要件并不自足自洽,更多是对于协议形式(类型)的规定,即将相关垄断协议类型化;第13条第2款的规定仍是垄断协议的组成要素,即将垄断协议的内涵和外延进行界定,其中“排除、限制竞争”规定的是属性(定性),属于定性要素或者内涵要素,而“协议、决定或者其他协同行为”则是协议的形式(外延)。垄断协议的完整构成要素蕴含于两款规定之中。第13条第2款完全可以解读为对垄断协议类型化规定的进一步限定。比如,第13条规定完全可以合并为一款规定,即“禁止具有竞争关系的经营者达成排除、限制竞争的下列垄断协议、决定或者其他协同行为……”。第14条以此类推。如此表达就会使“排除、限制竞争”的要素更为明晰化,而分成两款规定并未改变其行为本身的界定属性。上述两种解释均不背离第13条和第14条的文义解释。

文义解释常常是法律适用的起点,即含义清晰明了时只需依其字面含义适用法律,但这毕竟是一种理想的法律适用状态,事实上文义解释经常不足以满足法律适用的需要,因而需要借助于其他解释方法。换言之,在文义解释存在分歧时,需要根据立法目的(目的解释)等其他方式确定法律的含义。诚如美国最高法院在IBM案的判决中所说,“不费力的标签并不总是提供现成的答案”,并警告适用本身违法原则的限于文义的解决途径“过于简单和常常过于广泛”。在为适用本身违法原则而对行为进行定性时,调查必须集中在“该做法是否看起来将总是或几乎总是限制竞争并减少产出……或者是用于‘增进市场效率并给市场带来更多的竞争而非更少’”。^⑦如果文义解释的结果不符合法律目

的,则需要进一步采用符合法律目的的解释,包括体系解释和目的解释。法律解释的复杂性,是因为所针对的事物和调整的对象不简单,不能作简单化处理,否则真的会导致处理上的简单化。垄断协议尤其是纵向垄断协议的竞争损益情况比较复杂,并非只是单一性和单向度,有竞争损益比较的较大余地。如果证据表明垄断协议不具有“排除、限制竞争”的效果,或者促进竞争的效果占优势,此时即便不能归入第15条规定的豁免情形,认定其构成违法行为显然与制止垄断行为的立法目的相背离。因此,根据体系解释和目的解释,对于垄断协议仍应引入必要的或者一定程度的“排除、限制竞争”的竞争效果分析,给予行为人举证证明合理性的免责机会。

(三)协议的两面性与竞争效果分析

有学者认为,反垄断司法解释第7条规定的排除限制竞争效果反证制度,是对《反垄断法》第13条和第14条禁止垄断协议与第15条例外豁免(禁止+豁免)的原则性改动,属于法官造法,与我国成文法制度相背离。这种观点似乎没有足够的法律支撑。如参与立法者所作的解释,“本法对垄断协议的界定,是以其是否排除、限制竞争为标准。所以对本条列举的协议,如果其符合本法关于垄断协议定义的规定,即属于垄断协议。反之,则不属于。”^②这表明,是否排除、限制竞争是垄断协议的根本判断标准,仅是“本条列举的协议”还不足以构成垄断协议,还需要视其是否排除、限制竞争,而且不排除、限制竞争的情形也并没有限于第15条的情形。

稍有司法经验的人都知道,法律适用从来都不是简单地在法条之中的对号入座,法律的扩张或者限缩解释、甚至漏洞填补,都是法律适用的常态。不能简单地以我国属于制定法体系,而将法律解释问题设想得过于简单单一,也不能简单化理解立法与司法的关系。况且,垄断协议是否引入“排除、限制竞争”元素只是一般性法律解释问题,还

谈不上漏洞填补和法官造法,更谈不上抵触立法规定问题。

将不具有排除、限制竞争效果的协议排除于《反垄断法》第13条和第14条规定的垄断协议之外,属于常规的目的解释和当然解释范畴,并未实质性改变法律禁止性规定以及一般禁止与类型化豁免的体系关系。而且,法律解释不是玩文字游戏,采取什么样的法律解释,并不是任意和随意的,而具有可验证性,本质上是如何解释更符合事物本身的实质属性及法律调整的实质需求,或者如何才能取得更好的施行效果。尤其是解释的结果是否符合实际,是否荒谬,是否导致法律过宽或者过窄的适用等,都是重要的考量因素。例如,如果将不具有反竞争效果的协议纳入禁止范围,会导致禁止性规定适用范围过宽,其结果必然是荒谬的,因而有必要纳入竞争效果反证制度。再如,对于纵向价格维持等纵向协议,之所以不应该适用严格的“行为即违法”的原则,是因为除其具有限制竞争的一面外,还有能够促进竞争的另一面,因而不能进行简单化的处置,需要进行必要的竞争效果反证分析。确切地说,此时直接限制的是品牌内竞争,还可能延伸至品牌间的竞争,但此类纵向限制又有促进品牌之间竞争等诸多有益于竞争的好处,这些好处恰是美国等对于纵向价格限制等行为态度变化的重要原因。因此,仅举其限制竞争的一端而得出“具有排除、限制竞争的影响”,以及“对此类协议的适用原则依法为原则禁止加例外豁免”,难免过于简单化和片面化。

因此,根据《反垄断法》第13条第2款的定义性规范,认定垄断协议构成违法,除具有协议本身以外,还要有“排除、限制竞争”的效果,也即禁止排除、限制竞争的协议符合《反垄断法》的目的,而不具有“排除、限制竞争”效果的垄断协议,不在法律的禁止之列。这种解读显然符合体系解释和目的解释。

(四)宽严相济的折中路径

垄断协议认定引入“排除、限制竞争”分析,至少有两种路径。一种是主动的和正面的合理分析,即执法者和法官主动对垄断协议的竞争效果进行正面分析,如“强生垄断案”判决均采用这种路径;另一种是不具有排除、限制竞争的反证制度,即由行为人对其行为不具有排除、限制竞争效果进行举证,不足以提供支持其主张的证据的,垄断协议构成违法。最高人民法院在“海南裕泰公司固定价格行政处罚案”中认为,对于垄断协议原则上禁止,并允许对于不具有竞争效果提供反证。^④

可见,垄断协议的合理分析可以有多种实现路径,既可以是由执法者立于主导和主动地位,由执法者对于垄断协议进行正反两方面的正面和全面衡量评价,又可以是例外和被动地进行合理分析。反垄断司法解释第7条首先将“排除、限制竞争的效果”纳入垄断协议是否构成违法的考虑因素之内,但采取了举证责任倒置的方式,即让主张不具有排除、限制后果的行为人承担举证责任。这意味着,如果不能就此提出达到证明程度的证据,执法机构和法院即可认定构成垄断协议。这实际上是对于限定价格等协议采取了违法性推定,即不能举证其具有“排除、限制竞争的效果”,就认定其构成违法的垄断协议。^⑤

垄断协议的合理分析性质上仍属于法律解释的范畴。“合理原则其实就是解释原则”。^⑥依据文义解释不完全符合立法目的的,通常会通过体系解释和目的解释等达成符合立法目的的解释。《反垄断法》第15条规定的豁免属于法定的类型化除外规定,而执法者根据个案情况通过法条解读,将貌似垄断协议而实则不具有排除、限制竞争效果,纳入法条即不合立法目的的情形排除于法条适用之外,乃属于法条的解释、甄别和适用问题。两条路径并行不悖,不能因为法律已有类型化的除外规定,就当然排斥法条本身的恰当适用,所谓的“原则禁止+例外豁免”与

法条的常规解释适用并不矛盾。司法解释和裁判之所以允许被告就不具有排除、限制竞争的效果举证,实则是将垄断协议的涵盖范围进行实质性精准甄别,其逻辑在于不具有排除、限制竞争效果的协议,当然不应该属于应当禁止的协议范围,也即性质上需要将其排除于垄断协议之外。此时如果无视其效果而一概纳入垄断协议的禁止范围,则属于超范围禁止和禁止过度,与法律调整的正当目标相悖。这是当前司法解释和裁判允许就排除、限制竞争效果举反证的正当性所在,是法律适用和司法的普遍做法在反垄断法施行中的具体化,因而与反垄断法垄断协议条款并不抵触。

司法解释所采取的竞争效果反证豁免可以归入合理分析的范畴,且是一种有限度的合理分析,只是给予行政相对人或者被告提供不具有排除、限制竞争效果的反证的机会,仅在其提出反证时予以审查判断,反证不成立的不予支持。如此处理的结果是,实质上是对于垄断协议采取了原则禁止、例外个案豁免的态度,且执法者或者法官无须主动正面审查竞争效果,在没有足以成立的反证时,认定构成垄断协议即可。因此,这是一种宽严相济的折中式合理分析。

综上,反垄断法执行不是孤岛,需要打破认知上的壁垒而遵循普适性的法律方法,同时又要使一般性法律思维契合反垄断执行场景。准确的法律解释是反垄断法执行的关键环节,需要开阔的视野和开放的思维,其妥当性关乎反垄断执行的合目的性。反垄断法的解释以精准执行反垄断法为目标,以契合垄断行为认定为取向,既要避免解释上的过于刚性而使得法律执行简单化和机械化,导致禁止过度,又要避免不必要的烦琐化而损害执法效率。比如,对于横向协议与纵向协议的违法性认定要区别对待,横向协议中的不同协议也有竞争损益的差别。区别对待的目的是确保法律适用的尽量精准,同时尽可能以类型化的归纳判断便利执法认定和提高执

法效率。总之,反垄断法的解释仍应在是否符合实际上保持必要的敬畏和谦抑。

三、运用经济学分析的谦抑性

(一)经济学分析的两面性与谦抑的必要

早期的反垄断法与经济学似乎并无太多联系,^②但至少近几十年来,尤其是20世纪七十年代以来,反垄断法与经济学已水乳交融和密不可分,经济学已成为反垄断法施行的基本支撑。诸如,“现在的反垄断本质上是经济学理论的一种应用。”“作为美国的一种政策,当代美国反垄断在很大程度上是微观经济学理论的一种应用,且理解反垄断案件需要借助多少有点复杂的经济学理论。”^③竞争法本质上是法律和经济学混合体。^④除一些核心卡特尔之类的反竞争行为外,其他反竞争行为的认定几乎都是基于个案的经济分析。^⑤反垄断法与经济学的关系有两个层面,即一个是总体法律框架上的经济学基础支撑,如根据经济学原理设计竞争法的政策、框架和规则;^⑥另一个是个案中经济分析的直接的和较为广泛的具体运用。

但是,反垄断法的经济学分析应当有清晰恰当的定位。如:“经济分析不是灵丹妙药(panacea)。它并不必然告知竞争执法机构任何特定协议或者行为会有什么效果。经济学本身运用假定,经济学家对任何特定问题均可能得出不同的结论,经济学也不能为所有问题提供答案。”^⑦“对传统经济学批评的一个永恒主题是,认为经济学对现实世界的复杂性作了过多的假设,这使得它们在反托拉斯民事诉讼中无法对这种复杂性进行合理解释。”^⑧经济分析的两面性,决定了在反垄断法施行中既要重视其作用,又要保持必要的谨慎谦抑。

特别是,反垄断法有宏观功能,受政治和政策因素的驱动,政治和政策可以阶段性地决定反垄断法执行的宽严松紧。反垄断法又通过法律的和经济的方式实现功能,实现特定的政治经济目标。经济和法律的技术主义不过是反垄断所展现的一种策略和

进路,而不是对于反垄断法功能属性的消解。^⑨

(二)不简单采纳某种理论学说

反垄断法的经济学理论基于微观经济学的两个分支,即价格理论和产业组织理论。这些学说涉及多种竞争条件下的企业行为和结构。^⑩理论学说可以为反垄断法提供宏观支撑和技术性分析工具,但反垄断执法不宜简单地以特定理论学说为依托,而更注重追求与目标相一致的结果。而且,“经济学理论和反垄断分析学派不断发展变化,今天的正统理论可能会为新的思想所取代。”^⑪诸如,与反垄断法密切相关的哈佛学派、芝加哥学派、后芝加哥学派及新芝加哥学派川流不息,博弈论、交易成本经济学、奥地利学派、效能竞争、新布兰代斯学派等理论异彩纷呈。这些学说或多或少地能够在反垄断法执行中留下痕迹。反垄断法执行中对于适合的理论学说进行阶段性和现实性的取舍,且以契合实际和需求为选择标准。“随着经济理论发展,新的经验工具被创造,反托拉斯解释将超越芝加哥学派学说而进行发展。”^⑫

司法毕竟有自身的逻辑,可以受理论影响和接受理论工具,但并不刻意追求理论,不简单地采纳特定学说。尤其是在我国反垄断法施行初期,与相关的经济学理论支撑有磨合的过程。鉴于反垄断法施行与经济学说的特殊关系,应当重视发挥经济学说的支撑作用,但毕竟执法司法有独特的使命,经济学说只能作为达到法律施行目的的工具,以其是否适合适用为根本判断标准,而不能在适用中迷失方向,简单地选择和采纳哪一种经济学说。

(三)经济分析的局限性与替代方式

无论是定性还是定量,经济分析都有独特的优势。比如,用数学方法研究事物之间的内在联系,定量方法具有不可替代的优势,它不仅可以通过各种统计数字描述和揭示一个社会或众多社会现象间的关系,也可以通过推断局部以知道总体的状况。同时,定量研究还具有逻辑上的严密性和科学

性,在结论的呈现上也具有高度的精确性和简洁性。但是,经济学方法具有局限性。比如,“定量霸权”的形成却有可能蚕食一个学术界的重要共识——方法的多样性。^③诺贝尔经济学奖得主克鲁格曼认为,经济学过于依赖数学。“经济学专业之所以误入歧途,是因为经济学家作为一个群体,误将披着令人印象深刻的数学外衣的美感当成真理。”经济学家过多依赖基于数理推导的模型,带来了现实的曲解,许多重要的经济问题并不符合“约束性优化”条件,如民主体制的脆弱性及其对不平等问题敏感性。^④

由于美国法经济学研究发达,加上法律文化和社会背景等因素,美国反托拉斯法实施中,经济分析方法广泛使用。例如,“经济学家已经有效地证明,在反托拉斯的绝大部分领域,如果缺乏对某行为经济背景的足够了解,将难以准确预测该行为的效果。因此,他们称,应删除本身违法原则,只保留极个别的例外,如果横向协议之类的经济学高度相信其行为结果之有害性的情况。法院接受了这种分析,开始逐渐减少本身违法行为的种类。这使得几乎所有行为都根据合理原则来审查。”^⑤即便像美国反垄断法如此发达,仍不时面临各种难题。比如,法院感到本身违法规则和合理原则的两分法存在局限性,其中间的模糊界限不好处理,同时又感到一概适用经济学分析就会过于复杂和烦琐,因而在实践中寻求中间方法。尤其是,20世纪70年代以来,联邦最高法院越来越多地承认这种两分法的局限性,表示本身违法原则与合理原则并非相互割裂的两极,中间存在过渡地带。这些判断已开始否认两分法的形式主义标签,在探寻竞争的益处和害处时开始适用简易的合理分析。一些判例随之开始采用所谓的“框架性的”(structured)或“简化性的”(truncated)合理性原则,如认定一些限制性商业行为的非法性不需要创建和评估大量的证据记录。^⑥法院认为,在认定违反《谢尔曼法》第1条时,适用合理原则并非

总是要穷追不舍地挖掘与市场状况相关的事实证据,然后进行事实密集型的产业状况分析;原告有机会在合理原则适用时获得胜诉。^⑦在CDA案中,联邦最高法院指出,NCAA案、Professional Engineer案和Indiana Dentists案的判决已经奠定了简单或者快速分析法的基础。一个仅需具备基本经济常识的人都能够判断出涉案协议安排对于消费者和市场来说具有反竞争效果。法院还指出:“我们所使用的分析方法种类……要超出本身违法原则、迅速浏览和合理原则……总是存在着那么一把滑尺……必须根据具体案情对市场环境、行为细节和限制原因等进行调查。”^⑧当然,联邦最高法院在“滑尺”操作上几乎无所作为。评论者认为,只要被告能够提出似乎可以接受的正当性理由,原告就负有证明实际反竞争效果的义务,即证明市场势力、价格的提高或者产量的降低。^⑨

美国和欧盟竞争法采取的新古典经济学方法是以成熟稳定的市场环境为基础,且有丰富的竞争执法经验和学术积淀为支撑,并服务于单一的消费者福利目标。我国反垄断法运行的基础条件有重大差异。我国有特殊的市场结构、发展阶段和发展需求以及其他国情条件,我国反垄断目标是多元而非单一的,决定了全面引进新古典经济学方法不一定符合实际,因而要有适合我国国情和实际的经济分析方法。这些方法的形成需要经过深入的研究探索,需要达成基本共识。尽管司法需要尝试和积累,但司法毕竟由当事人承担裁判后果,在司法中运用经济分析方法总体上要保持谨慎,特别要注意运用能够达成基本共识、具有可重复性和比较成熟的方法,而不能轻率地进行尝试性使用。目前我国有关这方面的智识和学术准备似乎还相对不足,还需要在实践中逐步形成和探索,还不能过于依赖经济分析,而应当多种方法并用,重视替代性方法的使用。所涉及的经济和技术市场复杂、市场化程度较高领域的反垄断问题,可以考虑更多地运用经济分析方法,特

别是注意经济分析方法的探索和总结;对于明显可以用经济学常识和经验判断的反垄断问题,可以使用常识和经验的判断方法;对于市场与其他因素交织的反垄断问题,可以根据情况采取多种方法或者相应的方法。

(四)事实与事实认定的经济分析

执法需要依靠事实和判断,司法权更是一种判断权,事实和判断经常涉及时过境迁问题或者带有较大不可知性,经常不能完全获得或者认知,需要借助一定的分析认定工具,寻找最为接近或者最能接近事实的方法。由于经济学与反垄断法的特殊关系,经济分析方法天然地成为探寻事实或者帮助进行事实认定的重要路径。我国执法司法尤其是疑难案件的处理,已较多地运用经济学工具。反垄断司法解释第13条特意就运用经济分析查明事实作出明文规定。但是,经济分析毕竟是探寻事实的路径,它本身并不是客观事实本身。尤其是,经济学分析具有较强的迷惑性,容易使人迷信其结论,对于经济分析的定位和把握容易产生偏差。因此,需要摆正事实与事实的探寻路径之间的关系。

反垄断法施行中的经济分析涉及竞争状况、效果和损害等的定性和定量,但经济分析结论的妥当性取决于多种条件,且在不确定事实的判断上出现误差亦属正常,本来也易于产生分歧。例如,竞争法应当实现消费者福利是共识,但如何在分配效率、生产效率和动态效率之间进行权衡,某些行为的福利的含义是什么,以及短期内保护竞争者对于保护竞争和消费者的长期福利是否必要,则存在分歧。这些争论体现于不同案件的裁判中。^⑤经济分析涉及基于事实的判断与基于理论判断之分,基于经济学理论和工具。其中,确定性在市场决策中无处不在,但在主流经济学理论中,却被轻描淡写地简化为概率计算,这是不合理的。因为在大多数重要决策中,各种经济状态的概率分布完全未知,需要加以判断。卡尼曼(D. Kahneman)已经证明,人们估算概率

的难度有多大,而基于经验的判断力,则是分析经济必须掌握的一项重要技能。^⑥经济理论和模型基于并围绕假定,其好处是能够依据多种元素形成特定结论或者前景预测。但是,这些假定又不能覆盖现实生活的真实图景,且如果假定发生改变,就可能有截然不同的模型结果。由此决定了经济理论的运用不能总会给出清晰和确定的答案,如公司合并或者共谋究竟能给市场造成什么后果。^⑦因此,经济分析具有固有的局限性。最佳的结果是,经济学原理只是提供融贯的分析框架、相关的推理路径、识别能够依据特定竞争损害理论进行审查的主要问题以及排除特定后果的可能性。也即,“经济学有助于讲出貌似可信的最佳故事”。个案中,经济学需要首先发现最为符合个案实际市场条件的概念和模型,并对实际的或者潜在的竞争后果进行分析。经济预测还可以帮助政策规则的形成,指出在何种条件下反竞争后果非常不可能、非常可能或者比较可能,并有助于设计安全港。^⑧

鉴此,在执法司法中纳入经济分析,需要通过尽可能完善的制度防止误判和偏差。首先,要注重审查基础数据和事实的可靠性。反垄断执法司法中运用经济学分析方法是相对的。经济学方法在执法司法实务中更多是起到辅助作用,而且往往需要建立在所需数据可获得、足够充分、真实且可校验的前提下才可以更稳健地开展。这使得在很多情况下经济学分析可能难以开展,或者经常可能基于不同模型得出不同结论。因此,在执法司法实务中对于经济分析应当着重进行审查判断。同时,要立足于个案,高度重视经济分析在个案场景下是否妥当。其次,可以区分基础性经济分析与复杂性高阶经济分析。反垄断经济学并不都是高深莫测的。即便如美国的实践所显示的,“在绝大多数反垄断案件中,都可以在无须运用大量经济学原理的情况下,给出大致合理的粗略的答案,而不需要太多的经济学理论。”这些基础性的原理被称为“反垄断经济学基础规则”

(the "Ground Rules of Antitrust Economics")”。^④这些基础性原理可以成为判断案件事实的共识,也易于为执法者所掌握,据此判断的案件事实具有较强的认知稳定性和可采性。还有一些涉及复杂经济学分析的情形,对于用于分析的经济学理论易于产生争议,此时应当兼听则明和谨慎对待,依据相关经济分析不足以认定特定主张的,应当不予认定。再次,要强调执法司法者的主导地位。经济分析是认定事实的路径和方法,执法司法者居于审查判断的主导地位,应当加强对于经济分析妥当性的积极主动审查,防止轻率地盲从经济学分析而致使执法司法权旁落。再其次,完善程序设计。比如,通过多元化多途径的质证对抗程序,同时注重发挥经济分析报告、专家证人的综合作用,尽量确保经济分析的妥当与合理。

(五)谦抑性:引入经济分析的执法司法克制

在反垄断执法中引入和强化经济分析,是为了使反垄断法施行更符合经济实际和市场规律。但是,经济理论对于市场的判断未必尽皆准确,且很可能众说不一和难辨真伪。况且,法律执行与经济分析并非一回事,反垄断法执行毕竟只是有限度引入经济分析,且保持必要的界限。如美国反垄断法学者希尔顿所说,“在试图获得有关经济合理性的时候,经济理论显然是非常有用的,也可能是非常必要的,我并不认为存在着太过抽象以至于无法发挥作用的经济学分析”。但是,“反垄断原则是否应当反映或者应当考虑经济学家的所有关注,答案显然是否定的”。^⑤正如布雷耶大法官在 Barry Wright 案中所说:“尽管技术性的经济分析有助于阐释反垄断法,但这些法律无法精确地复制经济学家的(有时是冲突的)观点。因为,与经济学不同,法律是一个执行制度(administrative system),其作用只有当规则和先例被法官和陪审团所适用、被律师用作向其客户提供建议的时候,才能显现。那种通过执行中的奇思妙想,寻求体现各种经济学复杂性和限定性的规则,

被证明是徒劳的,反而会削弱他们试图寻求的经济学目标。”^⑥

因此,反垄断原则“必须考虑司法错误的可能性及其成本。在预期的错误成本很高的场合,在确定反垄断原则时应当停止向经济学家咨询所有的事情。”“当然,有争议的部分就是认定此类场合,其中,预期的错误成本高得足以证明采取这种措施是正确的”。“经济分析允许我们对反垄断诉讼中的错误的裁决无罪和错误的裁决有罪的相对成本进行假设。如果对于特定类型的诉讼请求(比如说,掠夺性定价),经济推理导致我们假设错误地裁决有罪的预期成本比错误地裁决无罪的预期成本要高,那么,我们就倾向于采取本身合法规则去裁决这个诉讼。反之,我们就会采取本身违法规则”。^⑦即便是芝加哥学派等产生深远影响,但其总体基调是限制干预和缩小垄断范围,给市场自我调节留下更多空间,因而实际上更利于降低反垄断执法的错误成本,也即二者之间是正相关关系。

我国反垄断法施行初期,特别要保持运用经济分析上的克制,保持对于市场机制和市场竞争的必要敬畏,有所用有所不用。对于外国的经验和做法可以适当借鉴,但不能迷信和盲从。^⑧

四、结语

反垄断法通过遏制非效率的反竞争行为,使扭曲的市场竞争回归良性的市场竞争状态。“竞争法致力于确保企业(经营者)在自由市场经济中运行,避免因限制或者扭曲竞争而妨碍市场发挥最优功能。”^⑨由于市场机制的复杂性、市场调节的自动性和人的认知能力的局限性,市场具有强大的自我疗愈和自我净化能力,因而通过反垄断法干预市场应当保持适当的幅度和必要的谦抑,总体上奉行谦抑的执法司法观。反垄断法是兼具法律性和经济性的部门法,法律方法和经济方法是反垄断法施行的两根支柱。反垄断法首先是法律,应当将反垄断法执行置于广阔的法律背景之下,避免狭隘的专业化

知识壁垒,确保融贯性地遵循通行的法律思维和法律逻辑,同时又要使法律方法符合反垄断法实际,确保一般正义与个案正义相契合。当代反垄断法与经济学水乳交融,经济学方法的深度融入使得反垄断法的施行独树一帜,但经济学方法仍有其局限性,应当高度重视其具体应用的恰当性,避免迷信和盲从。

注释:

①孙晋:《谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适》,载《中国法学》2018年第6期。

②张守文:《反垄断法的完善:定位、定向与定则》,载《华东政法大学学报》2020年第2期。

③同前注①,孙晋文。

④焦海涛:《论互联网行业反垄断执法的谦抑性——以市场支配地位滥用行为规制为中心》,载《交大法学》2013年第2期。

⑤[德]约翰·考姆勒斯:《过时的新古典经济学范式该改变了》,载《中国社会科学评价》2021年第2期。

⑥Ken Heyer, "A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust", *Antitrust Law Journal* 72(2005), 375-422.

⑦反垄断法的新手总是觉得或者奢求反垄断法具有黑白分明的界限,有时候律师和法官也支持简单明晰的标准(simple 'bright-line' tests)。但这经常不是现实。A. E. Rodriguez, Ashok Menon, "The Limits of Competition Policy: The Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies", *Wolters Kluwer*, 32.

⑧Christopher L. Sagers, *Antitrust*, Wolters Kluwer(2011), 23-25.

⑨Ernest Gellhorn, William E. Kovacic, Stephen Calkins, "Antitrust Law and Economics in a Nutshell" (fifth edition), West Publishing co. (2004), 150.

⑩Christopher L. Sagers, *Antitrust*, Wolters Kluwer(2011), 23.

⑪Herbert Hovenkamp, "Antitrust Error Costs", June, 2021.

⑫[美]欧内斯特·盖尔霍恩,威廉姆·科瓦契奇,斯蒂芬·卡尔金斯:《反托拉斯法与经济学》(第5版),任勇等译,法律出版社2009年版,第165页。

⑬A. E. Rodriguez, Ashok Menon, "The Limits of Competition Policy: The Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies", *Wolters Kluwer*, chap. 3, 35-36.

⑭这种争论实际上始于美国谢尔曼法施行伊始,即在法律施行上有强调市场自我纠正机制与强调干预的方法论之争。[美]克里斯托弗·L. 萨格尔斯:《反托拉斯法:案例与解析》,谭袁译,商务印书馆2021年版,第100-101页。

⑮Christopher L. Sagers, *Antitrust*, Wolters Kluwer(2011), 60-61. 1984年弗兰克·伊斯特布鲁克撰文以错误成本合理解释反垄断执行的偏好(anti-enforcement bias),认为市场也可能在相对较短的时间内纠正垄断,司法错误则持续存在,因此假阳性比假阴性的成本更高。Rank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 TEX. L. REV. 1, 2-3(1984). 此种错误成本见解虽然在反垄断案件中不太被明确提及,但其影响广泛而深远,指导着推定和举证责任。反垄断执行偏好理论还可以追溯更远,20世纪四五十年代乔治·J. 斯蒂格勒和米尔顿·弗里德曼的著作中即已论及。参见 Herbert Hovenkamp, "Antitrust Error Costs", June, 2021.

⑯"Verizon Commcns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U. S. 398, 412-415(2004)."(“魏瑞森通信公司诉柯蒂斯·V. 特林科律师事务所案”)。Christopher L. Sagers, *Antitrust*, Wolters Kluwer(2011), 61. 但是,也有相反的观点。见该书第71页。这一观点后来逐渐被称为“哈佛学派”,也被认为“哈佛学派”对反垄断法的一大贡献。

⑰当然也有持不同观点,如自我纠正需要的时间等。如有人指出:“(诸如反垄断诉讼的)应用性活动关注在现实世界中作出的决定。在现实世界中,不做改变与做出改变恰恰是一样的,即错误地没有改变商业行为、政府政策或者法律规则,与对此进行错误的改变,其代价是一样的,或者不改变的错误成本更高。”Christopher L. Sagers, *Antitrust*, Wolters Kluwer(2011), 61.

⑱Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. 1, bk. iv. ch. ii(1776).

①[美]詹姆斯·魏拉得·赫斯特:《美国史上的市场与法律:各利益间的不同交易方式》,郑达轩等译,法律出版社第17页。

②国家市场监督管理总局反垄断局:《中国反垄断立法与执法实践》,中国工商出版社2020年版,第77页。另如“扬子江药业集团有限公司纵向价格垄断协议案”行政处罚决定,国家市场监督管理总局国市监处[2021]29号行政处罚决定书。

③反垄断司法解释和大多数裁判持这种态度。例如,《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》(以下简称“反垄断司法解释”)第7条规定;“锐邦公司与强生公司纵向垄断协议纠纷案”,海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书;“海南裕泰公司固定价格行政处罚案”,最高人民法院(2018)最高法行申4675号行政裁定书。

④同前注⑫,[美]欧内斯特·盖尔霍恩,威廉姆·科瓦契奇,斯蒂芬·卡尔金斯书,第285页。

⑤全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国反垄断法释义》,法律出版社2007年版,第39页。参与立法者对于立法原意的解读,是制定反垄断司法解释的重要参考。

⑥最高人民法院(2018)最高法行申4675号行政裁定书。

⑦如果将垄断协议等同于违法协议,那么能够证明不具有排除、限制竞争效果的限定价格等协议,可以从垄断协议中排除出去。有学者认为,反垄断司法解释第7条规定的“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”,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、限制竞争的效果承担举证责任”。王晓晔:《转售价格维持的反垄断规制适用“合理原则”之批判》,载《法商研究》2021年第1期。实际上,第7条是关于举证责任分配的规定,且采取的方式是基于原则与例外的关系,即《反垄断法》第13条第1款和第14条所列举的垄断协议以构成违法为原则,以不具有反竞争效果而不构成违法为例外,主张例外者对其主张的事实负举证责任。如果不能举证或者不足以提供反证,则其主张不得得到支持。鉴此,这句话显然不能同时理解为原告也可以负举证责任。

⑧同前注⑫,[美]欧内斯特·盖尔霍恩,威廉姆·科瓦契奇,斯蒂芬·卡尔金斯书,第10页。

⑨同前注⑫,[美]欧内斯特·盖尔霍恩,威廉姆·科瓦契奇,斯蒂芬·卡尔金斯书,第19页。

⑩Christopher L. Sagers, Antitrust, Wolters Kluwer(2011), 23, 14. 美国反垄断高官甚至曾声称,只有基于美国模板的经济分析的反垄断法,才称得上真正的反垄断法。DAVID J. GERBER, "COMPETITION LAW AND ANTITRUST: A Global Guide", OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2020, P13.

⑪Whish, Richard & Bailey, David, Competition Law, 7th ed., Oxford University Press, 2012, p4.

⑫David Telyas, The Interface between Competition Law, Patents and Technical Standards, Wolters Kluwer 2014, P17.

⑬J. Faull and A. Nikpay(eds.), The EC Law of Competition, 2nd edn., Oxford University Press, 2007, 4.

⑭Alison Jones and Brenda Sufrin, "EU Competition Law: Text, Cases, and Materials(fifth Edition)", Oxford University Press (2011), p58.

⑮Christopher L. Sagers, Antitrust, Wolters Kluwer(2011), 22.

⑯孔祥俊:《论互联网平台反垄断的宏观定位——基于政治、政策和法律的分析》,载《比较法研究》2021年第2期。

⑰E. Thomas Sullivan, Herbert Hovenkamp, Howard A. Shelanski, Christopher R. Leslie, Antitrust Law, Policy, and Procedure: Cases, Materials, Problems(eight edition), Carolina Academic Press(2019), 41.

⑱Hish, Richard & Bailey, David, Competition Law, 7th ed., Oxford University Press, 2012, p58.

⑲Baker, "Recent Development" 655,转引自David Ramsey, Antitrust and the Supreme Court 161(LFB Scholarly Publishing LLC El Paso 2012).

⑳葛传红:《西方政治学界对于“定量霸权”的反思与批判》,载《国际政治研究》2019年第1期。

㉑[德]约翰·考姆勒:《过时的新古典经济学范式该改变了》,载《中国社会科学评价》2021年第2期。

㉒[美]戴维·格伯尔:《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第159-160页。

㉓同前注⑫,[美]欧内斯特·盖尔霍恩等书,第181-182页。

㉔同上注,第187页。

④③同上注,第189-190页。

④④同上注,第190页。

④⑤ Alison Jones and Brenda Sufrin, "EU Competition Law: Text, Cases, and Materials(fifth Edition)", Oxford University Press (2011), p58.

④⑥[德]约翰·考姆勒斯:《过时的新古典经济学范式该改变了》,中译文载《中国社会科学评价》2021年第2期。

④⑦J. Faull and A. Nikpay(eds.), The EC Law of Competition, 2nd edn., Oxford University Press, 2007, 4.

④⑧同上注。

④⑨Christopher L. Sagers, Antitrust, Wolters Kluwer(2011), 20.

⑤⑩[美]基斯·N. 希尔顿:《反垄断法:经济学原理和普通法演进》,赵玲译,北京大学出版社2009年版,第6页。

⑤⑪Barry Wright v. ITT Grinnell Corp., 724 F. 2d 227, 234(1st Cir. 1983).

⑤⑫同前注⑤⑩,[美]基斯·N. 希尔顿书,第6-7页。

⑤⑬国内的很多因素是外国不存在的,尤其是一些政策影响,以及特有的权力运行、社会传统、国有企业与民营企业与政府的关系等因素。

⑤⑭ Alison Jones and Brenda Sufrin, "EU Competition Law: Text, Cases, and materials(fifth Edition)", Oxford University Press (2011), p1.

On Modest Application of Antimonopoly Law

Kong Xiangjun

Abstract: The modest and restrained principle of anti-monopoly law enforcement refers to the necessary, moderate, restrained and non-aggressive attitude in the general law enforcement view and the path method. The ideal state of anti-monopoly law enforcement is impartial, appropriate and precise positioning. However, the ideal goal could not reach utterly but only could be as close as possible. Thus, it can only settle for less-than-ideal alternative on general enforcement effects. Due to the difficulty of understanding and the strong self-healing ability of the market, in the pursuit of less-than-ideal alternative, we could adopt the modest and restrained principle of law enforcement that "rather let off than treat unjustly" to minimize the cost of errors. Anti-monopoly law is a combination of economy and law. It often takes economic analysis as its essence and legal method as its manifestation. Its modest and restrained principle needs to be implemented in methodology. The anti-monopoly law has both rigidity and flexibility. The legal method with legal interpretation as the core is the path and carrier to reconcile rigidity and flexibility. The modest and restrained interpretation could realize the combination of rigidity and flexibility. Economic analysis is an important support for the implementation of the anti-monopoly law, but it still has its limitations. Since law enforcement involves "life or death" after all, economic analysis should be used cautiously and appropriately. In the early stage of the implementation of the anti-monopoly law, it is especially necessary to prevent "fetishism" of economic analysis.

Key words: Anti-Monopoly Law Enforcement; The Modest and Restrained Principle; Legal Method; Combination of Leniency and Punishment; Economic Analysis