

# 中国反垄断法研究进路的反思与转型

金善明\*

---

摘要:反垄断法研究在中国反垄断法的制度构建和规范适用中发挥着不容忽视的作用,通过比较分析方法将域外制度与经验传递至中国,为中国反垄断法制度体系的构建提供了有益启示。但这一研究进路在文本固定后却未能得以及时更新,而仍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《中华人民共和国反垄断法》文本的改造,忽视了垄断规制及其问题的本土性,从而使得相应的研究重走老路、创新不足、贡献不大。因此,推动中国反垄断法研究进路转型,成为必然。这就意味着,要积极探究中国反垄断法研究的新思维、新范式、新论题,以为《中华人民共和国反垄断法》文本的优化和规范适用提供更多更好的理论指引和知识支持。

关键词:反垄断法研究 研究进路 研究体系 垄断规制

---

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2017.04.008

反垄断法对维护市场经济秩序具有举足轻重的作用,无论是域外经验抑或是国内实践都印证了这一点。对由计划经济向市场经济转型的中国来说,如何在经济体制改革中构建并实施契合国民经济发展需要的反垄断法并依此推进体制改革和经济发展,不仅是改革之制度诉求,更是经济社会发展之必然要求。反垄断法研究伴随着我国经济体制改革的深化而交织着各式价值追求在不断地行进着,对我国反垄断法制度构建和规范适用亦或多或少地提供了不同程度的知识支持和理论支撑。也正是因为如此,我国反垄断法研究逐渐呈现出一派繁荣景象。然而,《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)颁布实施后,我国反垄断法研究进路并未因此作出相应的改进和更新,仍墨守于过往的研究进路对市场运行中的垄断行为规制作立法中心主义型的研究,强调对规制制度的建构而忽视了文本规范的适用,偏好于文本制度层面的比较与移植而忽略了垄断规制的本土问题和规范分析。其结果是,反垄断法研究渐渐偏离或脱离垄断规制的现实需求,而多受诟病。因此,有必要对我国反垄断法研究进路进行理性反思,在简约梳理其来龙去脉的基础上对其优劣与得失予以客观评判,力求摆脱路径依赖、推进我国反垄断法研究进路的转型,以促进我国反垄断法文本规范的合理优化和准确适用。

## 一、中国反垄断法研究的演化进路

尽管各国(或地区)反垄断法在价值目标、规制范畴等方面仍存在诸多争议,但至少形成了这样一种共识,即反垄断法的基本精神就是维护竞争自由。我国经济体制改革的启动,为竞争的生成和反垄断法的实施提供了政策空间和制度可能。反垄断法在中国经历了从无到有、从立法到实施的生成与成长历程,这其中必然离不开反垄断法研究的知识供给和理论支撑。从理论上来说,研究进路在文本固定前后会呈现出一定的差异:文本固定前,相应的研究通常致力于文本规范的构建,具有浓厚的立法中心主义倾向;文本固

---

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员

定后,研究的重心则转移至规范的适用,相应的研究应关注执法者的活动以及裁判过程与方法。<sup>①</sup> 依此,笔者以2007年《反垄断法》文本的出台为节点,将我国反垄断法研究分为两个阶段予以展开:

### (一)《反垄断法》颁布前的研究

法律是法学研究的对象性存在。研究对象的形成过程与特点,势必影响研究状态的演化过程与特点。<sup>②</sup> 研究的进路和结论亦会反作用于法律规范的生成和质量,制度构建前的研究则主要集中于回应社会现实诉求和制度构建的知识积累。中国反垄断立法的进程,印证了这一基本原理,即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>③</sup> 由于经济体制改革推进的程度和经济发展水平不同,不同时期的研究所提供的知识供给和对策建议亦有所差异:

1. 1993年前,我国反垄断法研究处于萌芽状态,呈零星之势。1993年,将市场经济体制载入宪法,确立了市场经济体制建设目标。社会主义市场经济体制的确立所带来的改变绝不限于经济领域,中国社会的各个方面都因此发生了巨大的变化,法治领域因之而发生的变化尤为明显。<sup>④</sup> 然而,由于这一时期,国家经济体制改革尚处于由计划经济向有计划的商品经济再向市场经济转型的雏形时期,市场在资源配置中亦尚未取得基础性地位,竞争亦非经济运行的动力源泉和核心机制,因此,经济治理仍倚重于行政等传统思维和手段而强调管理、规制。尽管经济运行中引入了市场化的因素但垄断的影子仍在经济生活的每一个角度若隐若现,因为经济生活虽有变化但仍基本沿袭着计划经济的制度和机制,而旨在规制垄断的反垄断法相对于中国社会各界无不是个陌生的事物,与之相关的研究自然稀少。严格来说,这一时期不存在独立的反垄断法研究,相关研究尚依存于竞争或不正当竞争行为规制研究之中,<sup>⑤</sup> 相应的研究内容也主要侧重于诸如竞争、不正当竞争和垄断等概念性界定,笼统地强调市场竞争法律调整的重要性,并试图通过介绍或翻译域外相关竞争法论文以汲取制度经验和知识积累。

2. 1993年至2000年间,反垄断法研究的独立性日显,但仍处于潜伏期,未成规模效应。1993年发生的诸如《中华人民共和国反不正当竞争法》的颁布、“市场经济”入宪以及《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》出台等具有影响国家经济社会发展的系列重大事件,不仅引起了经济改革的热潮,更引发了“市场经济是法制经济”、“市场经济是竞争经济”等理论讨论。然而,遗憾的是,诸如此类的政治经济变化并未对反垄断法研究的深化产生显著效应,但激活了学术界至今仍争论不已的“经济法研究”,其在着力强调市场机制具有积极效应的同时亦存在失灵现象因而须导入国家干预机制。在这一学术生态下,反垄断法的相关论题被内嵌于其中并作为经济法之重要组成部分而得以提及,尽管尚未形成以今日眼光所审视的研究规模,但从客观上唤醒了社会各界对反垄断法的关注。因此,在所谓经济法研究视野之下独立存在的反垄断法研究成果较前一时期有明显变化,此时的反垄断法研究总体上呈现出系统化的研究之态势,其研究内容主要集中在反垄断立法之目标追求、框架设计、功能定性、调整范畴等基础性问题,与此同时,亦会涉及诸如企业合并、公用企业垄断、适用除外、域外适用等制度性问题。<sup>⑥</sup> 但由于反垄断法理

<sup>①</sup> 对此,有学者认为法律研究可以分为“上游研究”和“下游研究”:前者研究的是法律的产生过程,后者研究的是如何依据法律来解决各式各样的纠纷。参见喻中:《从立法中心主义转向司法中心主义?——关于几种“中心主义”研究范式的反思、延伸与比较》,《法商研究》2008年第1期。这是从特定法律角度来阐释文本固化前后的研究范式差异,亦有学者立足于整个中国法律体系的构建之研究而将相应的范式区分为“体系前研究”和“体系后研究”。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。当然,这种研究范式的转型只是相对的,并非绝对。但在考量既有研究时,这种分类方式则有利于逻辑展开和论证分析。因此,在对反垄断法研究进行回顾时,本文亦沿用这一分类思路和方法。

<sup>②</sup> 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。

<sup>③</sup> 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,“前言(代序)”第1页。

<sup>④</sup> 参见陈甦:《当代中国法学的历程——〈当代中国法学研究〉导论》,《中国社会科学院研究生院学报》2010年第6期。

<sup>⑤</sup> 有关竞争立法研究颇多,择其典型代表以表一二,如王希仁:《试论企业竞争的法律调整》,《法学》1985年第3期;杨春平、雷涵:《关于我国竞争立法的理论思考》,《法律科学》1989年第4期;吴汉东:《试论市场竞争机制的法律环境》,《中南政法学院学报》1989年第4期;王先林:《浅论我国的竞争立法》,《安徽大学学报》1991年第4期;等等。

<sup>⑥</sup> 参见戴奎生、邵建东、陈立虎:《竞争法研究》,中国大百科全书出版社1993年版;刘剑文、崔正军:《竞争法要论》,武汉大学出版社1996年版;曹士兵:《反垄断法研究——从制度到一般理论》,法律出版社1996年版;王晓晔:《企业合并中的反垄断问题》,法律出版社1996年版;张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,吉林大学出版社1998年版;吴宏伟:《竞争法有关问题研究》,中国人民大学出版社2000年版。

论不足、制度缺位、实践近乎空白等客观因素的存在,我国反垄断法研究面临着研究素材供给不足之现实,因而比较分析法成为反垄断法研究中常见的工具。

3. 2001年至2007年间,反垄断法研究逐渐成为显学,朝着专业化分工方向发展。2001年中国加入世界贸易组织(WTO),面临着深化市场经济体制改革的制度承诺和客观诉求;2003年通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》则进一步要求“深化经济体制改革”、“完善市场体系,规范市场秩序”、“加快建设全国统一市场”。通过法治培育和改善市场机制尤其是竞争运行环境,成为经济治理的首要环节,因而反垄断立法再次被推上国家经济生活的风口之上。此时的研究主要着力于满足反垄断立法及其规范构建之需,相应地,研究论题亦较为宽泛:从宏观层面来说,囊括了立法框架、价值重构、实施机制、知识产权规制等方面内容;从立法规范设计层面来说,则不仅就垄断协议、滥用市场支配地位和企业合并等反垄断法传统三大行为制度展开比较分析,还就中国经济体制转型中行政垄断规制及其规范构造予以创造性的关注。彼时,由于制度缺位和实践不足而使得比较分析方法备受学者青睐。

这一时期处于明显的经济体制转型之中,法本身构建的必要性尚处于争论之中,更遑论立足国情探寻契合自身经济需求之法制建设了。但当市场经济体制确立后,经济法治所需的相关制度规范就显得必要而紧迫了,尤其是内生需求和外部压力的结合更能催生制度规范及其相关机制的生成。反垄断法正是在市场经济体制逐步建立健全中因垄断规制需求与相应的制度规范缺失间的矛盾而问世,因而与此相关的反垄断法研究也随着这种需求变化而日渐变热。

## (二)《反垄断法》颁布后的研究

法的功能在于通过法律规范实现目的与价值,因而法学所研究的问题实际就是一个实现既定的价值与目标的调整方式的特殊问题。<sup>①</sup> 反垄断法是经济运行中政府与市场之间博弈和平衡的结果,亦是国家公权力介入市场,维护竞争的制度形式和文本依据。静态文本转化为动态规制,是实现国家反垄断作用机制之必然;否则,再完善的文本规范,也不过是“镜中花、水中月”。因此,《反垄断法》文本的出台意味着,我国反垄断法研究应转向更为具体的规范适用研究:

1. 2008年至2013年间,反垄断法研究日渐趋热、广受关注,但研究样态呈两分化之势,即普及性的条文解读或教科书相继涌现与制度性的专业化研究不断增多并存。之所以如此,主要原因在于《反垄断法》关注度高,且相关宣传和培训的市场需求潜力大,因而各出版社竞相邀请相关专家或机构作权威解读、合理解释,一时间此类研究成果大量问世。与此同时,一批以反垄断法研究为业的“学者”因自身研究旨趣、职业要求等需要而就反垄断法中关涉的各类问题作碎片化或体系化的研究。此时的研究论题涉及范围颇广,包括反垄断法行为制度研究以及反垄断法规范在知识产权等领域的具体适用问题。反垄断法研究一定程度上转向了制度规范具体适用的研究,尽管研究对象或成果存有差异,但论证思路和逻辑却出现趋同,即“问题提出—中国相关制度现状—域外经验或规范做法—相应的启发或对策建议”;或者是,问题论证的框架基于自身的逻辑偏好和知识储备而构建相应的问题论证框架,以域外相关制度材料或判例内容作支撑。从逻辑次序角度来看,这种研究进路无可厚非,但仍存在问题与研究材料是否排异或者所得结论是否可靠等风险。故这一时期的反垄断法研究尚停留在《反垄断法》文本中的问题推测和假想这一层面,试图以比较研究方法通过借鉴域外文本规范和实践素材为中国文本中的问题寻找答案,而中国反垄断法实践有或者将会有什么问题和挑战,还没有获得真切关注。

2. 2013年以来,反垄断法研究逐渐进入“新常态”,论题的选择与论证日渐转向行为规制研究本身。反垄断执法机构在制定和出台相关配套规定后逐渐增强执法力度,先后处置了数十起典型垄断案件,在赢得好评的同时也引起了质疑与争论。事实上,在这些争议的背后隐含着诸多值得深入研究的问题,这不仅是规范适用为理论研究提供的机遇,更是规范适用对研究提出的理论诉求。因此,在这一背景和情境中,就规范适用所可能遇到的挑战或掣肘之处提出问题并进行理论假设,通过比较分析给予论证,成为反垄断

<sup>①</sup> 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第133—134页。

法研究的基本进路。在研究方法上,个别学者采用案例分析方法对本土案件和制度规范展开实证分析,<sup>①</sup>以明规范之真实内涵和执法实践之得失。当然,从反垄断实践与规范体系的契合度出发对我国反垄断执法机构和法院反垄断诉讼的合目的性作整体考量和综合研究,亦成为新近反垄断法研究的新趋势:一方面强调推进我国反垄断制度变革的必要性和可操作性。由于《反垄断法》立法蓝本是欧盟竞争法,但实施中深受美国反托拉斯法的影响,而产生了如何将各种借鉴的制度相互融合以维持法律体系内在逻辑一致的问题。因此,中国应在目前所采纳的欧盟竞争法体系上,更好地梳理和确立自己的反垄断法体系,从而谨慎地推进制度变革。<sup>②</sup>另一方面,主张优化中国反垄断法分析模式。分析模式是反垄断法适用的核心环节,但中国反垄断法和司法机关在分析模式适用上存在差异,有悖法制统一性,因而需要在兼顾经济分析和法律形式主义的基础上借鉴国外成熟制度经验,并充分考虑中国反垄断法实施的约束性条件,型构中国恰当的反垄断法分析模式。<sup>③</sup>不难看出,这是对中国反垄断法实施以来的总体情况进行系统研究和反思的体现,但问题的解决方案仍充满异域色彩,并未从社会之本触及中国问题解决之道,研究方法重落比较分析之窠臼,因而最终问题解决的效果仍待实践检验。

这一时期的研究亦呈现出行为制度研究精细化和规范适用研究专业化等特点。由于某些反垄断规制领域或行业的特殊性和反垄断法的固有特质,这就要求反垄断法适用时,不仅需要持谨慎的态度,更要给予合理的分析,以回应不断发展变化的经济社会和新出现的经济生态。与此同时,理论界和实务界逐渐发现,反垄断法并不足以有效消弭市场运行中竞争扭曲的情形,因为并非所有竞争扭曲行为是市场私人主体所致,既有的体制机制、规范制度、权力滥用等亦是导致出现相关情形的帮凶甚至是元凶。因此,学界对反垄断法的研究呈扩张态势,开始触及诸如竞争中立、竞争评估等论题,<sup>④</sup>这在一定程度上虽有利于营造竞争环境、维护市场竞争,但严格来说并不是反垄断法范畴的制度研讨,故在此不再展开。

## 二、中国反垄断法研究进路的理性反思

反垄断法是高级的市场经济之法,或者说,是市场经济发展到一定高度的产物。<sup>⑤</sup>作为后起的市场经济国家,中国在市场经济建设中遭遇垄断之困时客观上亦必然需要制定相应的垄断规制之法,因而相应的域外制度与经验研究便成为其重要的知识供给和制度参考,也必然暗含着我国反垄断立法和执法中理论演化的逻辑。同时,为了更有效地发挥《反垄断法》应有的功效,对其进行理性反思和制度评估,也是深化反垄断法研究的使命之所在。

### (一)演化进路的内在逻辑

1. 文本颁布前规范构造研究的努力。《反垄断法》历经波折并最终于2007年颁布,此前相关研究主要是为了满足反垄断立法需求而展开的,即所谓“文本前研究”或“上游研究”。这一逻辑阶段的研究进路,主要从为什么要制定反垄断法、制定怎样的反垄断法以及如何制定这一反垄断法等维度展开,以回应现实需求、应对理论挑战:(1)为什么要制定反垄断法,即反垄断立法必要性之论证,为中国反垄断法的制定和存在寻求正当性和合理性。由于反垄断立法背后隐含着对经济体制改革的要求,这在中国经济发展中是个渐进的过程,但经济发展本身和社会民众对反垄断法的渴望度远超过体制改革的进度,因而反垄断立法首先得冲破既有的观念藩篱和意识形态禁区。这就要求反垄断法研究需从两个方面提供相应的支撑,一是

<sup>①</sup> 参见李剑:《标准必要专利许可费确认与事后之明偏见——反思华为诉IDC案》,《中外法学》2017年第1期;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;王健:《垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究》,《法学》2014年第3期;等等。

<sup>②</sup> 参见李剑:《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。

<sup>③</sup> 参见叶卫平:《反垄断法分析模式的中国选择》,《中国社会科学》2017年第3期。

<sup>④</sup> 张占江:《中国法律竞争评估制度的建构》,《法学》2015年第4期;王健:《政府管制的竞争评估》,《华东政法大学学报》2015年第4期;丁茂中:《我国竞争中立政策的引入及实施》,《法学》2015年第9期;等等。

<sup>⑤</sup> 参见史际春:《〈反垄断法〉与社会主义市场经济》,《法学家》2008年第1期;史际春等:《反垄断法理解与适用》,中国法制出版社2007年版,第1页。

超脱于反垄断法制度构建之论证而强调体制改革之必然性和紧迫性,体制改革的核心在于发挥市场在资源配置的基础性(党的十八届三中全会已将其升级为“决定性”)作用,其中关键设施便是竞争;另一则是着力于反垄断法自身规范功能之探究,以揭示其保护市场竞争之天然使命。这种制度性诉求的理论研究在文献中主要体现为“制定反垄断法的意义”、<sup>①</sup>“反垄断立法”等相关论题的研究。<sup>②</sup>其相应的制度效果和体现,便是为反垄断立法及相应的研究营造专业的话语体系和良好的政策环境。(2)制定什么样的反垄断法,即试图从理论层面上厘清中国需要什么样的反垄断法,以确保其未来文本规范之可行性和可操作性。现实之活法不可能基于凭空假想而推演臆造,必然要立足于现实、经验与价值并借助相应的逻辑创制而成。这就要求相应的法律只能建立在充实的立法材料基础之上,而内生于市场经济体制的反垄断法在中国却宛如巧妇为无米之炊,不仅既往的研究不足、规范缺位,甚至反垄断法所保护的主体即竞争亦并不充分、若隐若现。在此情境下,反垄断法不仅要规制所谓垄断,还要兼具培育和促进市场竞争之效。因此,在反垄断立法研究中,通过域外场景借用而模拟或设想中国遭遇垄断之可能及其形态,并依此导入和创设相应的规范体系,这是其中一类进路。与此相对应的是,立法框架、政策目标、性质定位、调整范畴等论题<sup>③</sup>成为此时学界关注热点,亦为学者研究所青睐。另一进路则是所谓立足国情,针对体制转型中的“行政垄断”进行特色立法,其相对应的文献关切主要是行政垄断是否应由反垄断法规制的问题。<sup>④</sup>(3)如何制定反垄断法,即将应然中的反垄断法在借鉴域外反垄断理论和制度经验的基础上转化为实然意义上的文本规范,以在经济生活中形塑体制、规范行为并保护竞争,亦是反垄断法文本制定中所不容忽视的问题。既有的研究成果能够为立法机关提供立法材料、启发源泉和对策建议等建设性的理论支撑;同时,开放性立法机制或民主立法程序的运行为相关专家参与反垄断立法提供了制度可能和实践机遇,方便其贡献专业知识和对策建议。由于市场机制发育不充分、反垄断实践的缺位,比较分析法成为我国反垄断立法研究中不可或缺的分析工具,不仅开阔了我国反垄断法研究的视野、丰富了我国反垄断法知识的供给,更是顺应了我国反垄断立法实践之势、契合了反垄断立法需要的必要之举。尽管比较分析法在我国反垄断立法中确实发挥了积极作用,但实践中也出现“比较法研究多于本土资源的挖掘”现象。<sup>⑤</sup>

2. 文本颁布后规范适用研究的尝试。《反垄断法》文本出台后,研究进路应由立法导向型的研究思维和方式转向规范适用导向型的研究思维和方式。文本颁行后的下游研究旨在解决反垄断法实施中最为关键的问题,即如何适用反垄断法规范并确保其与时俱进。一方面试图以比较分析方法寻求文本规范的“合理”解释。《反垄断法》颁布后,反垄断法本身固有的诸如不确定性、模糊性等属性,以及《反垄断法》文本简约等特性,不仅给我国反垄断实践带来诸多挑战,也为我国反垄断法研究预留了诸多空间。因此,如何合理解释文本规范,对《反垄断法》实施便显得至关重要;而与之相关的论题成为学界研究的焦点和重点,也就不难理解了。具体来说,相关市场界定、垄断行为违法性认定以及反垄断法如何在互联网、知识产权等

① 参见王晓晔、陶正华:《WTO的竞争政策及其对中国的影响——兼论制定反垄断法的意义》,《中国社会科学》2003年第5期。

② 参见王晓晔:《社会主义市场经济条件下的反垄断法》,《中国社会科学》1996年第1期;曹士兵:《论中国反垄断立法》,《法制与社会发展》1996年第3期;王先林:《论我国反垄断立法中的两个基本问题》,《中外法学》1997年第6期;王为农:《关于我国反垄断立法的再思考》,《中国法学》2004年第4期,等等。这些学者就是否应该制定反垄断法、制定反垄断法的意义展开了分析,为我国反垄断立法之必要性提供了理论证据。

③ 参见王晓晔:《我国反垄断立法的框架》,《法学研究》1996年第4期;陈秀山:《我国竞争制度与竞争目标模式的选择》,《中国社会科学》1995年第3期;王源扩:《我国竞争法的政策目标》,《法学研究》1996年第5期;沈敏荣:《反垄断法的性质》,《中国法学》1998年第4期,等等。学者们通过比较或规范的分析方法就上述论题展开分析。

④ 参见黄勇、邓志松:《论规制行政垄断的我国〈反垄断法〉特色——兼论行政垄断的政治与经济体制根源》,《法学杂志》2010年第7期;王晓晔:《行政垄断问题的再思考》,《中国社会科学院研究生院学报》2009年第4期;许光耀:《行政垄断的反垄断法规制》,《中国法学》2004年第6期;吴宏伟:《试论我国行政性垄断及其消除对策》,《法学家》2000年第6期;张淑芳:《行政垄断的成因分析及法律对策》,《法学研究》1999年第4期;王保树:《论反垄断法对行政垄断的规制》,《中国社会科学院研究生院学报》1998年第5期,等等。

⑤ 有学者曾指出,2007年度民法典创制背景下中国民法学研究的其中一大特点是“比较法的研究多于本土资源的挖掘”。王利明、周友军:《民法典创制中的中国民法学》,《中国法学》2008年第1期。事实上,反垄断立法研究又何尝不是如此?比较分析方法对于启蒙阶段的研究来说至关重要、不可或缺,能为我国反垄断立法研究提供制度经验的借鉴和理论供给。但《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!

新兴产业或特定领域适用等问题,无不与文本解释密切相关。但诚如上文所述,作为后起的反垄断法国家,我国在《反垄断法》实施之初必然要借鉴和吸收域外有益制度与经验,文本解释和规范适用也不例外。无论是在反垄断法的正式解释中还是在与之相关的研究中,规范适用中可能产生的问题形态及其所处场景、解决路径等内容,都带着浓烈的异域色彩,试图以此解决所谓因文本规范过于抽象而无法有效规制垄断的短板问题。一时间,诸如此类的问题,便成为研究中不错的论题选择。这不仅是我国反垄断规制现实的制度需求,也是《反垄断法》文本属性所导致的无奈之举。彼时的研究凸显了一定的回应性和及时性,论题选择亦呈现出不同程度的交叉和重复。当然,论题选择的重复本身并没有问题,但倘若相同论题下所开展的研究呈雷同或相似之趋势,或者说,其“研究成果”具有很大的同质化倾向,那么其研究效用就值得怀疑了。另一方面,仍延续着文本前立法主义的研究思维对文本规范作批判式建构主义研究。《反垄断法》出台后,执法机构通过规范解释和个案实施等路径和机制不断发挥其垄断规制效用,但文本自身也存有上文所述之不足而使得相关规范在实践中显得过于抽象、可操作性不强,因而以此作为论题并展开相应研究理应成为文本颁行后研究的重心之所在。与之相适应的是,研究进路亦应随之转型,切换至文本颁行后的下游研究,关注规范适用中与文本解释相关的论题。然而,现实并未如我们所期冀的那样发生,研究进路依旧停留在体系前的上游研究思维之中,以立法主导型的思维和方法应对和试图解决规范适用中的问题和挑战,其基本论证路径大抵为:“论题为我国法律规定者,就分析法律规定、列举域外经验、点出问题所在、提出修法意见;论题未被我国法律规定者,则明确论题意义、列举域外经验、阐述制度构造、提出立法意见”。<sup>①</sup>这种为立而破的比较式研究,不可否认在规范建构方面具有积极效用,但在规范业已建立的情形下动辄以域外经验代替中国文本、以预设场景取代本土实际,着实不可取。这从客观上就要求我国反垄断法研究需要更新研究思维、转换研究进路,立足中国问题,依据中国文本规范,借鉴域外经验,探究中国反垄断之道。当然,这尚须在检讨既有研究进路及其效用的基础上进一步选择和推进研究进路的转型。

## (二) 研究体系的逻辑检讨

当制度运行环境发生变化时,其相应的研究亦应随之进行改进,以为制度的有效实施和完善提供良好的理论基础和对策建议。这就需要既有研究进行系统地检讨和反思,从而为改进研究提供有益参考:

1. 问题预设的合规律性值得商榷。任何舶来之品,皆须有内生之诉求;否则,徒有文本形式而将罔顾当初立法宗旨或移植初衷。依据哈耶克的观点,秩序有内部秩序和外部秩序之分:内部秩序乃是一种自发秩序,是“人之行动而非人之设计的结果”,是一种非依赖于人之目的的高度复杂的秩序;而外部秩序是一种组织安排,是人们刻意创造出来的,服务于人之目的的相对简单的秩序。<sup>②</sup>与之相对应的是内部规则和外部规则,秩序的塑造与维系需要内部、外部规则的相互协调和共同作用;否则,易诱发秩序的失衡甚至紊乱。显然,反垄断法是国家塑造和建构的维护市场竞争的外部规则,但需与一国市场竞争之固有的内部规则相契合,方能和谐有效地打击垄断、维护竞争。因此,外部规则旨在顺应内在规律而影响或塑造社会秩序,但其前提是应了解和把握相应制度原生性的需求。对中国反垄断法来说,其天然职责在于确保经济体制转型和全面深化改革中市场竞争的可获得性和可持续性。

然而,既有的研究偏好或习惯于通过比较分析域外反垄断法理论构想与制度经验而获得移植式的结论或启发,认为中国反垄断法的目标追求和价值预期是消费者利益。这一理论预设的后果,便是导致执法机构将反垄断执法简单地等同于价格执法,只要出现价格异常便以反垄断之名介入。显然,这是对反垄断法的误解或曲解,反垄断法旨在矫治垄断行为、保护市场竞争,但不等于价格规制。反垄断法的使命在于维护市场竞争,对消费者来说则是其商品或服务选择权的保障而非一味的低价追求,否则就是一种简单而粗暴的“民粹主义”执法。之所以如此,其成因主要有两方面:一是我国反垄断法严格来说尚无自身独立而系统的理论体系,仅有碎片化知识积累,而这些知识又主要是通过移植式或翻译式的方法或路径获得

<sup>①</sup> 常鹏翱:《〈法学研究〉三十年:民法学》,《法学研究》2008年第3期。

<sup>②</sup> 参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第52—85页。

的。事实上并没有形成反垄断法的中国思维、规范表达和话语体系,因而无论是执法裁判还是理论研究都受制于或打上了域外经验之烙印,呈现出理论不自信、执法实践的简单粗暴。哪怕是这仅有的碎片化知识积累,同质化倾向亦很严重。<sup>①</sup>从时间维度来说,几十年来研究的论题未变,同一论题项下的研究思维、论证逻辑和文献材料也未曾有多大的变化或差异;从同一时代不同研究者来说,同一论题的研究亦呈现出诸多雷同或相似之处,同样在研究思维、分析方法、学说依据、观点主张等方面并无实质性差异。这种研究不仅无效,更是毫无意义。相应地,在此逻辑和生态之下,论题选择的科学性、合规性,就不能不引起人们的质疑和担忧。

2. 研究方法的妥适性值得商榷。每种学问都运用一定的方法,或遵循特定的方式来答复自己提出的问题。<sup>②</sup>反垄断法研究源自于中国经济体制改革和法治经济建设之制度诉求,却成就于立法实践的问题导向和域外经验的知识供应之合力。无论是文本前的上游研究抑或是文本颁行后的下游研究,皆致力于规范体系的构建与适用之研究,但本土思维和域外经验亦是其不容忽视的考量因素。由计划经济体制转型而来的中国试图通过构建契合自身需要的反垄断法,以培育和完善的市场经济体制、矫治和保护市场竞争,但由于彼时主客观因素的限制,立法所需的具有当代特质的本土资源尚未达至自给自足的程度,因而基于场景借用的域外制度经验与理论研究成为我国反垄断法研究的材料来源便具有正当性和合理性。在此逻辑之下,比较分析方法在我国反垄断法研究中占据了主导地位,旨在通过场景借用而由立法者甚至后来的执法者假想和预设我国市场运行中垄断行为表现及与之相应的规制路径,并依此创设或细化制度规范。这一研究方法的核心功能在于,通过场景借用而为中国立法者或研究者提供制度构建或适用的想象空间。

随着规范体系的完善和规范适用的深入,研究进路亦应作出相应的调整,即就中国问题理应根据中国法规范而展开分析,当然这其中并不排斥通过场景借用而借鉴或吸收域外经验,从而形成问题解决的思维模式或实践经验,但后者并不能代替现实的文本规范而成为判案依据。然而,遗憾的是,这一理论上的应然转换在反垄断法研究中的体现并不明显,即使有也只是为数不多的零星式的展开。虽然有部分学者开始就中国执法机构或法院的案件裁判展开研究,但是既有文献更多地显示为“问题提出—理论界定—域外分析—中国出路”这一逻辑套路。与此同时,文献中或文本上所呈现的研究方法就其形式表现来说虽然貌似多元,但都可归为比较分析方法,因为这些形式上多元化的方法在域外研究材料中就已呈现,而国内研究实际只做了一件事,即受其启发而作制度移植式的研究或借鉴。尽管比较视野中渗透着抑或夹杂着经济学分析、(个案)案例分析研究方法,但这是原始文献中就已运用的,在国内比较研究中最大的贡献就是将其翻译为中文,因而并未形成自己独立的问题意识和方法自觉。事实上,方法的运用取决于研究的对象及其相应的研究材料供给。在制度与实践皆缺乏的情形下,为制度构建,比较分析方法自然成为首选之法。何况整个中国法制环境或生态皆为移植式的启发研究占主流,无论是民法抑或刑法,无不是如此。作为后来者的反垄断法,又何尝不是如此呢?但随着文本的颁布和适用,研究方法亦应作相应的调整;否则,便可能存有降低研究效用的风险。

3. 研究进路的合理性,值得商榷。研究进路的有效展开,依赖于论题的选择、依据的学说理论、采用的制度样本、借用的域外场景等因素的综合作用。但这些因素的合理达至,则非任意为之,无不需要长时间的资料收集与整理、理论推演与验证。通过对比分析既有文献发现,不仅反垄断法碎片化、知识同质化倾向严重,而且反垄断法研究进路亦具同质化现象。同一问题,有不同学者反复研究本应呈现百家争鸣之势,其结果是不仅观点主张相同或相似,而且论证逻辑、分析方法亦相同或近似,从而失去了学术繁荣的可能性而沦为简单的重复建设。抛开学术创新不足这一因素外,出现此类现象的原因还在于,缺乏对学术动态的把握和研究成果的尊重。这在学术研究中主要体现为,忽视对既有成果及其所蕴含的理论之梳理与

<sup>①</sup> 这从另一个侧面也许体现了当下中国研究缺乏创新抑或创新不足的根源在于,现行科研机制导致学术研究之自治性和回应性不强,而疲于应付,继而形成了压制型研究。

<sup>②</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第19页。

综述(尽管未必能穷尽),因为系统的文献综述能够有效地反映当前特定领域的研究动态和研究水平,从而在一定程度上减少或防止重复“建设”和“伪创新”的出现。

与之相伴的是,论题选择之后分析论证的理论依据在反垄断法研究中亦呈现出简单的重复或无效的争论。譬如,习惯于欧美反垄断法分析思维的研究进路通常将哈佛、芝加哥以及后芝加哥等不同学派的经济学理论作为反垄断法实施或研究中重要的分析工具,从而能为合理地推导出结论提供更精确的经济学分析或证据。但在中国经济体制中和制度话语体系内,移植或吸纳上述理论的制度空间有多大、路径如何等似乎都存在着无形的墙阻隔着域外理论的简单嫁接或吸纳。同样,在比较分析中场景借用是否经过系统分析制度规范或案例裁判本身的内部逻辑以及其所存在的社会环境(有时甚至要从历史、文化等方面去考察),充分把握相应规范或判例的合理性,而非断章取义、按需索取。譬如,在讨论转售价格维持行为规制时,研究的切入点和进路理应是转售价格维持行为是否损害了中国市场上的“竞争”,而非着力研究美国2007年“李金创新皮革产品公司案”<sup>①</sup>中体现的转售价格维持行为规制由“本身违法原则”向“合理原则”的转向问题。<sup>②</sup>后者充其量仅是借鉴和参考的知识供给,而不应成为评判中国反垄断实践的标杆。尽管对该案研究能够给我们提供经验性知识,但并不意味着中国就要遵循美国裁判思维、分析原则和历史轨迹。其关键点在于,转售价格维持行为对中国市场中的竞争是否产生排除、限制效果!其他论题的选择与研究,亦须同样关注这一立法初心与制度初衷。

的确,既有研究不仅为我国反垄断法学理论体系的确立与丰富作出了积极的学术贡献,也为我国反垄断法规范体系的构建与适用提供了相应的知识积淀和智力支持。但值得注意的是,问题场景、制度设计、规范目标甚至经济社会环境等因素皆是我国反垄断法研究中不容忽视的参数。域外经验或理论能否成功移植或借鉴,仍要取决于中国问题解决的目标预设与现实场景,但非为适用或导入域外制度经验而塑造与此相匹配的“中国场景”;否则,便是削足适履,值得警惕。当然,这并不是要否定既有研究对中国反垄断法制度构建与规范适用的贡献,而是强调要针对中国反垄断问题形成自觉自主的研究意识、思维和方法。

### 三、中国反垄断法研究进路的转型

《反垄断法》文本规范的确立,从客观上就需要研究进路作相应的调整,即应由文本颁行前的立法主导型研究转向文本颁行后的规范适用型研究,为规范适用与反垄断实践架起理论桥梁,为垄断行为的规制提供充分的制度依据和合理的规范诠释。这就要求我国反垄断法研究应更多地站在规范适用者的立场上分析和解决相关问题;同时,需要展开更多的能动性研究,而不是简单地相关政策作注脚、为执法(司法)作背书。因此,应选择合理的逻辑机制并运用恰当的研究工具,积极推进我国反垄断法研究进路的转型:

1. 赋予法教义学在反垄断法研究中应有的地位。反垄断法自身的不确定性和我国反垄断法文本的原则性,易致反垄断实践中出现两种倾向:一是执法机构通过出台解释规范以弥补法律文本之不足,实则形成“以解释代立法”之恶果;二是偏好于援引欧美等域外制度或经验作为衡量中国反垄断执法妥适与否的标准,实际形成“二次裁判”之怪现象。反垄断法文本在实践中犹如被架空,出现了离开了实施细则无法裁判、离开域外制度与理论无法探究中国反垄断得失之陋习,其根源在于《反垄断法》文本未被信仰或者说未被信服。法治精神的阙如、契约意识的淡薄、对竞争的质疑或担心等主观或客观因素否定或抑制了法治之内心束缚,从而使得普通民众难以信服反垄断法,甚至反垄断法研究者亦产生了“月亮还是国外圆”之心态而否定或者解构反垄断法,动辄以自身观念中的认识重构反垄断法。这在文献研究中并不鲜见,即抛开现

<sup>①</sup> See *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). 在该案中,美国联邦最高法院推翻了1911年“米勒斯博士医学公司案”[*Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).]所确立的依据本身违法原则认定转售价格维持行为违法性的先例,转而采用合理原则进行分析判断。

<sup>②</sup> 近来便有学者通过对美国近十年来纵向价格限制行为的反垄断规制情况进行梳理后指出,合理原则已成为国际惯例以及该原则优于中国和欧盟等司法管辖区采用的“禁止+豁免”原则的观点,是基于对“李金创新皮革产品公司案”美国联邦最高法院判决及该判决后十年发展碎片化了解的结果,在很大程度上是一种虚化的想象。参见卢延纯、苏华:《美国纵向价格限制反垄断十年回顾:2007年—2016年》,《竞争政策研究》2017年第1期。

行反垄断法规范而自说自话,但凡针对问题出谋划策时必然要主张立法或修改法律。因此,笔者主张,在反垄断法研究中导入法教义学的认识思维和研究进路。

法教义学的核心在于,将现行实在法秩序作为其坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展解释、建构与体系化工作。<sup>①</sup>当然,信奉并不是说就要墨守成规,不能进行批判性研究或解构性研究;相反,更需要自反性现代化反思,实现自我更新和完善。法教义学是“由成熟的、解决法律问题的样本的经验组成的‘宝库’”,依据“法律制度所立足的世界观的基本价值”而“对法律适用具有重要作用……要取得学术认识上的进步,离开信条学(即法教义学)是不可能的,及时这种进步可能必须违背(现有的)信条”。<sup>②</sup>这就意味着,反垄断法法教义学的导入并不是条文规范的搬运,同样是学术创造过程,可以通过对既有规范进行审视和解释从而消解制度障碍和理论隔阂。当然,反垄断法研究进路的转型不应满足于或承袭于过往的比较研究,沉浸在域外理论与制度的导入之中,而应确立中国问题之学术导向,立足中国场景发现和分析问题,并检讨和反思既有的反垄断法规范。当然,还应注意的是,强调法教义学在反垄断法研究中的作用,并不是说反垄断法研究无须关注经济学、社会学等其他学科知识在规范适用中的运用和分析,而是要在既有的制度框架和理论范畴内更有针对性地展开规范研究和实证分析。

2. 增强论题选择的\*\*中国意识\*\*。法的功能在于通过法律规范实现其所承载的目的与价值。目光在事实与法律规范间“来回穿梭”是法律适用的普遍特征。<sup>③</sup>这实际是法律在具体案件中实现裁判功能的简略图,但并不是在每一个案件中目光都能够顺利穿梭的,尤其是当法律规范缺失或不健全时目光容易在法律这块面板上消失,此刻就需要循着目光消失的地方去寻找问题。之于反垄断法来说风险同样存在,反垄断法本身的不确定性与市场垄断行为的多样性和多变性时常使得反垄断法文本捉襟见肘,往返于垄断行为与文本规范的目光亦会黯然失色。但因法系、法治完备程度、市场体制发展水平等因素的不同,各国反垄断法实践中所遭遇的问题亦会有所差异。因此,在论题选择上,应立足本国市场运行中反垄断问题的法治研究。

当然,任何一个国家反垄断法实施所遭遇的问题,通常会呈现出两种品相:一是与国情无关的具有普遍性的问题,是特定或个别国家市场中方会遭遇的问题。对前者,即便是普遍性问题,域外制度与经验虽能够提供良好的知识供给和对策启发,但亦应注意,“纸张上的法律或许可以是外国的法律,但法的实践注定只能是中国的实践”,<sup>④</sup>因而为其提供智力支撑的研究亦必然要立足中国的问题。对后者,处于转型中的中国在市场经济运行中遭遇到的而又亟待研究的问题,不应回避,研究中更不应大而化之地一带而过。譬如,国有企业垄断问题,已经引起了社会各界广泛关注,然而,通过文献检索却发现相关研究甚少,<sup>⑤</sup>但这绝不意味着这个问题不重要。与此同时,研究在于发现真问题,探寻事物中的“真”,与实事求是之“是”具有相同之处。若仅仅依循“国外有一中国没有”的比较逻辑而机械地将相关制度或经验不加区分地导入中国,可能导致研究低效、实践无效的尴尬境地。因此,在强调研究论题选择要具有中国意识的同时,更要强调选择和研究“真问题”。

3. 以问题为导向多维并举、综合研究。研究的目的在于为实践提供知识供给和智力支持,以解决竞争治理中所遭遇的各式问题。但在法学研究中,探究问题解决方案或者理论证立时通常陷入某一特定部门法思维之中,难觅更开阔的解决问题的视野。对反垄断法来说,问题研究的维度和方法主要从两个方面展开:(1)比较分析思维和方法。恰如前文所述,几乎可以将所有的研究进路和路径,在某种程度上都可以归化为比较分析的范畴。2008年以前,由于制度和实践的双重缺失,研究的现实动力源自于制度构建的期许,然而现实土壤无法有效地提供足够养分孕育或创制制度规范及其实施机制,比较分析的思维和方法占

① 参见白斌:《宪法教义学》,北京大学出版社2014年版,第20页。

② [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第146—148页。

③ 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第296页。

④ 江伟:《民事诉讼法学的发展》,《法学家》2009年第5期。

⑤ 事实上,既有文献表明,我国反垄断法研究中经常出现“蝴蝶效应”。

据主流或成为主要研究方法便有其正当性和合理性。然而,《反垄断法》实施后,这种研究状态和思维在文献中并没有得到根本性的扭转和改变,依旧迷恋于欧美制度思维并以其规范标准来判断中国反垄断执法之是非对错,继而作相应的规范检讨。因此,从这个角度来说,反垄断法研究应摆脱仅有比较分析思维和方法之定势,而导入诸如(法)社会学、(法)史学等研究思维和方法,充实问题研究的基础和厚度。(2)经济学分析思维和方法。这是源于所谓反垄断法的经济属性,反垄断法研究具有很强的交叉学科特质,因而在诸多问题研究中导入所谓经济学分析方法。但对中国当下反垄断法学者来说,经济学的研究与运用实际仅限于概念厘清这一层面,难以通过技术性符号或数理分析模型来解释或解决相关问题,因而其成果亦难免显得十分蹩脚。

上述研究方法通常局限于某一领域而容易僵化解决问题的思维。事实上,为有效回应或解决垄断规制问题,需要理论研究提供多维论证、多面思考的综合性研究方案或解决方式,并非如因受部门法划分思维禁锢而就某一问题仅从某一特定学科提供“专业性”建议。尤其是诸如电信、互联网等信息科技行业的反垄断执法或研究,都无法依靠某一个部门、某一个法条就能解决问题或厘清来龙去脉。正是基于此,笔者认为,反垄断法研究亦须随着反垄断法规范适用领域的拓展和深化而不断更新和提升认识水平和研究能力,即在整个法律体系范畴内,反垄断法研究应从实体与程序、权力制约与权利保障、行政程序与司法审查、监督与救济等方面并举,对行为规制或问题定性展开研究;在法律体系之外,反垄断法研究应注重经济、社会、历史等学科知识的综合运用,提升反垄断法研究的水平和可信度。

值得注意的是,反垄断法研究进路从客观角度来说需要转型,但这一过程并非一蹴而就。透过文献不难发现,中国反垄断法的研究进路确实在转型,其问题的本土意识亦正在觉醒,只是不够或不充分。

#### 四、结语

综上所述,昔时的反垄断法研究理论供给不足,同质化倾向严重,纠缠于域外经验与思维模式,而忽视或缺乏本土意识。然而,随着反垄断法实施的推进,本土化的问题意识不断增强,研究方法亦日渐自觉、自立,逐步形成了相对成熟的研究路径和方法。虽然反垄断法研究中所遭遇的问题因其经济属性、市场规律等因素影响而具共同性,但因各国自身经济发展水平、法系传统、规范文本、执法力度等因素而对研究方法产生差别化的影响;同时,在尊重一个国家(地区)特性的同时,更应尊重具有共同性的价值或工具,如经济学的运用。尽管这也只是工具性的,但它对反垄断法的研究来说却是不可或缺的方法。反垄断法制度构建或适用中存在的问题需要研究,但研究进路本身亦需要研究,以实现研究能力的更新、维护和保证研究的品质。但愿随着时间的推移,中国反垄断法研究者不仅能冲破学科知识限制的藩篱,更能打破体制、机制方面的禁锢而取得更有质地的研究成果,从而为中国反垄断法规范体系的完善和规范适用提供更为丰富的理论支撑和制度参考。

责任编辑 翟中鞠