

涨价型竞争损害的误读与澄清

——以转售价格维持为视角

兰 磊*

目次

一、《〈反垄断法〉修订草案送审稿》第 18 条背景下的“涨价说”理据	格上涨
二、转售价格维持导致涨价的观点梳理	(三) RPM 导致涨价的数据具有误导性
(一) 认为 RPM 导致具体产品涨价的观点	四、转售价格维持导致涨价的法律意义追问
(二) 笼统认为 RPM 导致涨价的观点	(一) 涨价既非反垄断法判断竞争损害的充分条件,也非其必要条件
三、转售价格维持导致涨价的事实真伪考察	(二) 价格涨跌并非判断消费者福利的可靠指标
(一) RPM 的运作机理天然蕴涵着提升经销商价差	(三) 涨价缺乏区分 RPM 反竞争效果和促进竞争效果的能力
(二) RPM 事实上并不必然引起零售价	结语:超越 RPM 的意义

摘要 推定转售价格维持(RPM)竞争损害的一项重要理论支撑是,RPM 导致涨价。论者得出这一结论时使用了多种价格基准。以完全竞争价格为基准,实质是要求生产商以边际成本定价。以个别经销商收取的实际市场价格为基准,实质是禁止生产商维护正当利益。以假如不实施 RPM 原本会出现的价格为基准,不具有任何意义,因为此种涨价是 RPM 的本质所在和必然结果。以有效竞争状态下的价格为基准,要求在计算垄断涨价的过程中排除其他因素的影响,不具有可操作性。由于福利要素具有多样性,涨价本身并不能证明福利损害;由于涨价既不是竞争损害的必要条件也非充分条件,涨价也不能证明竞争损害。在美国公平贸易法实践提供的自然实验中,虽然观察到 RPM 导致涨价的表象,实质却是碎片化的实施体制导致的扭曲效应。论者论证 RPM 涨价时使用的相关数量或者使用数据的方式经常具有误导性。因此,RPM 导致涨价不足以支持 RPM 推定损害竞争。同样,直接以价格效应证明其他竞争损害的做法也值得怀疑。

关键词 反垄断法 转售价格维持 竞争损害 涨价

* 华东政法大学知识产权学院副教授、法学博士。

一、《〈反垄断法〉修订草案送审稿》 第 18 条背后的“涨价说”理据

《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第 13 条第 1 款将垄断协议定义为“排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”。第 14 条规定:“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议:(一)固定向第三人转售商品的价格;(二)限定向第三人转售商品的最低价格;(三)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”其中第一项调整的行为称为“固定转售价格”,第二项调整的行为称为“最低转售价格维持”。由于二者的竞争效果相同,学理上经常将二者一起加以讨论,并统称为“转售价格维持”(以下简称“RPM”)。^{〔1〕} 该法对于 RPM 适用何种分析模式未做具体规定,理论与实务界存在严重争议。^{〔2〕}

2020 年国家市场监督管理总局提交的《〈中华人民共和国反垄断法〉修订草案送审稿》(以下简称《修订稿》)第 18 条对 RPM 等列举项采用竞争损害推定:“对于符合本法第十六条第一项至第五项、第十七条第一项和第二项的协议、决定或者协同行为,推定其具有排除、限制竞争的目的,应当予以禁止,经营者能够证明不具有排除、限制竞争效果的除外。”此处第 17 条第 1 项和第 2 项对应现行《反垄断法》第 14 条第 1 项和第 2 项。若此建议被立法机关采纳,将严重限缩我国《反垄断法》在 RPM 问题上的解释空间,大幅降低 RPM 条款的灵活性。

《关于〈中华人民共和国反垄断法(修订草案送审稿)〉的说明》对此重大实体修改未做任何说明。然而,任何立法行为都是人类有意识的活动,没有无缘无故的立法,也没有无缘无故的修法。这一重大改变背后必然隐含着对 RPM 竞争损害性质的认识。

事实上,有关 RPM 分析模式的争论在全球范围由来已久,实践中对 RPM 的规制态度也经历过从宽松到严厉再到逐步放松的演变。^{〔3〕} 在此历史演进过程中,有一种观点发挥了巨大作用,即认为 RPM 导致价格上涨。^{〔4〕} 本文姑且称之为“涨价说”。正如美国的马弗尔和麦卡弗蒂(Marvel

〔1〕 “所谓转售价格维持,是指生产商或供应商在将产品出售给分销商或零售商时,对后者向第三人进行转售时的价格进行限制的情形。”黄勇、刘燕南:《关于我国反垄断法转售价格维持协议的法律适用问题研究》,载《社会科学》2013 年第 10 期,第 82 页。

〔2〕 垄断协议的“分析模式”(mode of analysis)即认定垄断协议时是否需要以及如何证明竞争损害的问题。“竞争损害”(harm to competition 或者 competitive harm)是一个通用术语,不同法域可能使用不同的实证法概念。如《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款规定的“阻碍、限制或扭曲竞争之目的或效果”,美国《克莱顿法》第 2 条规定的“显著减弱竞争或趋于形成垄断”,以及《反垄断法》第 13 条第 2 款规定的“排除、限制竞争”,均是“竞争损害”概念的具体体现。对于分析模式的详细论述,参见兰磊:《论垄断行为分析模式的配置逻辑》,载《经贸法律评论》2021 年第 2 期,第 23—48 页。

〔3〕 关于美国 RPM 法律规制态度演变的一个梳理,参见王自力:《转售价格维持反垄断治理问题研究》,经济管理出版社 2020 年版,第 2—26 页。

〔4〕 学理和实务中用以论证 RPM 本身违法的常见观点还有干预经销商定价自主权、限制经销商自由、损害消费者选择权、损害消费者低价利益、限制品牌内竞争、美国先例(迈尔斯博士案)、我国立法机关预判了 RPM 本身违法。对于干预经销商定价自主权观点的批判分析,参见兰磊:《干预定价自主权与垄断行为之关系辨析:以转售价格维持为切入点》,载《经济法论丛》2021 年第 1 期,第 3—34 页;对限制经销商自由观点的批判分析,参见兰磊:《纵向限制评判标准之限制经销商自由说驳论》,载《北方法学》2021 年第 3 期,第 71—86 页;对迈尔斯博士案作为先例的批判分析,参见兰磊:《转售价格维持本身违法原则质疑:先例形成的历史探源》,载《财经法学》2021 年第 1 期,第 32—48 页;对立法机关预判之观点的批判分析,参见兰磊:《转售价格维持案件违法性判定标准的立法史解释》,载《南大法学》2021 年第 2 期,第 114—131 页。对于损害消费者选择权和损害消费者低价利益两种(转下页)

& McCafferty)指出的那样,“RPM遭受的反对主要源于人们对于其提高价格的关切”。^{〔5〕}亦如我国学者李剑等所指出的,“正是(RPM导致涨价)这个原因,曾经允许转售价格维持的很多国家和地区,都逐渐倾向于对其采取更为严格的态度,或者进一步缩小允许的范围”。^{〔6〕}

例如,对后世理解 RPM 具有重大影响的伦敦政经学院经济学教授巴赛尔·亚米(Basil S. Yamey)指出,RPM“限制或消除受影响分销交易中的价格竞争。在通常情形中,它提高零售价格并减少消费者选择”。^{〔7〕}他还指出,“RPM必然提高受覆盖商品的零售价格”;^{〔8〕}RPM“阻止价格竞争并保持价格高于原本水平”;^{〔9〕}“本文对 RPM 的批判性评价立基于如下命题,即该等行为提高零售毛利率和价格。除了某些例外情形,这一命题不容置疑”。^{〔10〕}

在丽锦案^{〔11〕}中,37个州提交的支持被申请人的法庭之友意见书(下称“37州意见书”)争辩称,“实证证据确认了——如果需要确认的话——如下常识性观念,即消除价格竞争具有提高价格的反竞争效果。大多数数据来自一些州经联邦授权开展的一项自然实验。从1931年到1976年这些州制定的‘公平贸易’法豁免最低 RPM 受联邦反托拉斯法审查。^{〔12〕}……实证研究表明,公平贸易法及其授权的最低 RPM 实现了其目的:消费者价格上涨”。^{〔13〕}美国著名经济学家科马诺和谢勒尔(Comanor & Scherer)在丽锦案法庭之友意见中陈述道:“人们一致认为 RPM 及其他纵向限制导致消费者价格上涨。”^{〔14〕}上述法庭之友意见得到丽锦案异议法官的采纳。^{〔15〕}

(接上页)观点,笔者另作专门讨论。关于限制品牌内竞争之说,只需指出限制品牌内竞争通常并不能独立构成反垄断法关切的竞争损害,对此参见同上,兰磊:《纵向限制评判标准之限制经销商自由说驳论》,第80—81页。对于支持 RPM 本身违法之其他理由的批判分析,参见兰磊:《转售价格维持违法推定之批判》,载《清华法学》2016年第2期,第94—114页。鉴于以上支持 RPM 本身违法的观点均难以成立,并且 RPM 同时具有反竞争效果和促进竞争效果,笔者认为 RPM 应采用合理原则分析。对此分析模式在 RPM 场景中运用的详细探讨,参见兰磊:《最低转售价格维持的结构型合理原则分析》,载王先林主编:《竞争政策与法律评论》(第5卷),法律出版社2019年版,第29—67页。

〔5〕 Howard P. Marvel & Stephen McCafferty, *The Political Economy of Resale Price Maintenance*, 94 *Journal of Political Economy* 1074, 1074 (1986).

〔6〕 李剑、唐斐:《转售价格维持的违法性与法律规制》,载《当代法学(双月刊)》2010年第6期,第116页;见前注〔3〕,王自力书,第42页。

〔7〕 B.S. Yamey, *Introduction: The Main Economics Issues*, in B.S. Yamey ed., *Resale Price Maintenance*, Aldine Publishing Company, 1966, p.3.

〔8〕 B.S. Yamey, *Resale Price Maintenance and Shoppers' Choice*, The Stellar Press Ltd., 1964, p.29.

〔9〕 Ibid., at 31.

〔10〕 Ibid., at 33.

〔11〕 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

〔12〕 “公平贸易法”允许生产商针对州内贸易实施 RPM。此种法律由各州自行制定。1933年加州第一个制定了此种法律。1937年联邦《米勒—泰丁斯法》明确授权州制定此种法律,1952年《麦奎尔法》进一步强化了这种授权的效力,1975年《消费者价格法》废除了这两部法律。采取这种立场的州被称为“公平贸易州”(fair trade states);与之相对应的是“自由贸易州”(free trade states),禁止 RPM。

〔13〕 *Brief for the States of New York, Alaska, Arkansas, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Utah, Vermont, Washington, West Virginia, and Wyoming as Amici Curiae Supporting Respondent* (以下简称“*Brief of 37 States*”), 2007 U.S. S. Ct. Briefs LEXIS 251, p.17-19.

〔14〕 *Brief for William S. Comanor and Frederic M. Scherer as Amici Curiae Supporting Neither Party*, 2007 U.S. S. Ct. Briefs LEXIS 69 (January 22, 2007), p.4.

〔15〕 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 912-913 (2007).

正如下文所指出的,RPM 涨价说对我国学术界亦产生了重大影响,为不少有影响力的反垄断法学者所信奉。过去十多年间,我国反垄断执法机构亦在不同场合多次表态要严厉规制 RPM,并将 RPM 导致涨价作为一项重要理由。值此《反垄断法》修订之际,有必要认真分析这一观点的表现及其存在的严重错误,以免误导我国反垄断立法。

二、转售价格维持导致涨价的观点梳理

顾名思义,涨价说认为 RPM 导致产品价格上涨,进而认为 RPM 构成反垄断法应予关切的对象,甚至直接制裁的对象。通过梳理学术和执法实践可以发现,涨价说的具体观点不尽相同,大致可区分为如下三类:(1)将高于某一基准水平的高价作为反垄断法的关切;(2)以涨价证明竞争损害;(3)以涨价论证竞争损害的社会危害性。其中第一类观点较为具体地指出 RPM 导致涉案产品的转售价格高于某个基准水平,因此构成垄断行为;^{〔16〕}第二类观点将涨价作为认定竞争损害的替代指标,即以 RPM 导致涨价说明其造成竞争损害,从而论证 RPM 行为违反反垄断法;^{〔17〕}第三类观点将涨价作为竞争损害的自然结果和外在表现,以涨价论证竞争损害的可责性。^{〔18〕}

第一类观点关涉是否可以在事实上查明 RPM 导致了价格上涨;第二类观点关涉以何种方式证明竞争损害,具体而言,以价格上涨证明竞争损害是否恰当?其前提预设是能够查明 RPM 导致的涨价;第三类观点并非旨在探讨 RPM 的福利效果和竞争损害问题,而是在以其他方式证明竞争损害之后,以价格上涨论证竞争损害本身的社会危害性。本文仅讨论前两类观点。

(一) 认为 RPM 导致具体产品涨价的观点

涨价说论者通常较为具体地指出 RPM 导致涉案产品自身的转售价格高于某个基准水平,因此损害福利,构成垄断行为。不同论者使用的基准水平不尽相同,甚至同一论者经常交叉替换使用不同基准。

1. 一种观点以“不受限制时原本会出现的价格”作为比较基准(下称“基准 1”)。例如,37 州意见书认为,“在实施最低 RPM 时,供应商与零售商约定维持价格,使其高于若无此协议本将存在的价格”;^{〔19〕}“毕竟最低 RPM 是不降价约定。它们导致价格高于若无此协议时本将存在的价格”。^{〔20〕}黄秋娜认为,“消费者的福利因为该滥用行为而受到不利影响,因为相对优势企业对转售

〔16〕 严格来说,此类观点有脱离竞争损害而直接以涨价本身判断垄断行为之嫌,即混淆反垄断法与消费者权益保护法。对此的详细分析,参见兰磊:《反垄断法上消费者利益的误用批判(上)》,载《竞争政策研究》2016 年 9 月号,第 62—83 页;兰磊:《反垄断法上消费者利益的误用批判(下)》,载《竞争政策研究》2016 年 11 月号,第 73—84 页。

〔17〕 参见张骏:《转售价格维持反垄断法规制路径之争的化解》,载《法学》2017 年第 7 期,第 71—72 页;调查表明,“转售价格维持推高了零售商品的价格。由是可见,在行业内广泛使用转售价格维持会弱化市场竞争、损害消费者福利,最终造成危害后果”。

〔18〕 参见孟雁北:《反垄断法》,北京大学出版社 2003 年版,第 100 页:“限制转售价格行为实际上是供应商与零售商对零售行为的一种共谋,这种共谋可以提高对消费者的销售价格。”尚明主编:《反垄断法理论与中外案例评析》,北京大学出版社 2008 年版,第 139 页:固定转售价格“实际上是经营者与交易相对人对商品销售行为的一种共谋,通过这种共谋可以将商品的价格固定在一个较高水平”。

〔19〕 Brief of 37 States, *supra* note [13], at 17.

〔20〕 Ibid., at 23.

价格的限制必然导致产品价格高于不受限制时的价格”。^[21] 时建中等在一篇论文中提出,“在没有 RPM 的情况下,商品产量会增加,消费者价格会降低,RPM 是无效(率)的”。^[22]

我们以 p 表示实施行为前的零售价格,以上标^A表示实施行为(action)之后的状态,以上标^{~A}表示假如未实施行为本将出现的状态。采用基准 1 的观点可表示为 $p^A > p^{~A}$ 。实施 RPM 之后价格走势除了受 RPM 影响以外,还会受到很多其他因素的影响,如技术变化、宏观环境、成本变动(统一记为 α ,其取值可能为正、负或零)。在考察 RPM 对价格的影响时应剔除这些变化,即与 p^A 进行比较的反事实状态(counterfactual)^[23]不应是实施前的零售价(p),而应是将这些变化也纳入考量的一种重建的价格,即若无实施 RPM 本将出现的零售价: $p^{~A} = p + \alpha$ 。

2. 一些论者以“竞争性市场价”作为比较基准。“竞争性市场价”又有“竞争性市场条件下”的价格、“竞争价格”等类似表述。例如,学者王晓晔指出,“这样的价格约束必然会影响到消费者,导致他们不得不支付比竞争性市场条件下高出很多的价格”。^[24] 高牟认为,“这一被控制的终端零售价并非依据真实的市场选择,导致这一价格高于竞争性市场价,是缺乏市场效率的虚高价”。^[25] 冯锋等学者认为,“纵向价格垄断的直接效果就是阻止下游经营者实施降价”,“导致制定的终端零售价高于竞争性价格,是缺乏市场效率的虚高价”。^[26]

反垄断委员会编写的反垄断法知识读本在分析最低转售价格的危害时指出,“由于转售价格通常高于竞争价格,对消费者利益也会造成严重损害”,^[27]“消费者不得不支付更高的平均价格”。^[28] 国家市场监督管理总局在扬子江药业 RPM 案处罚决定书中分析涉案 RPM 排除、限制竞争效果时指出,“经济分析以上海市为样本,模拟当事人部分药品在 2018 年与 2019 年的竞争性零售价格,并与同期实际零售价、医院采购价进行对比,结果表明当事人固定和限定价格行为造成了药品价格的显著上涨”;“当事人的垄断行为不仅限制了市场竞争,而且直接或间接提高了相关产品价格,导致零售价格以及医院价格没有降到其应降到的竞争水平价格,损害了消费者的利益”。^[29]

但何谓“竞争性市场价”(“竞争价格”“竞争性零售价格”),含义并不甚清楚。实践中有不同理解。一种理解是完全竞争价格。^[30] 在经济学领域讨论竞争/市场形态时,若不加明确指出,“竞争”通常是指“完全竞争”(perfect competition),^[31]因此这里的“竞争性市场价”是指“完全竞争状态下的价格”(下称“基准 2”)。“完全竞争”是现代西方经济学上的一个重要概念,它指代一种极端的形态,其最为重要的特点是:(1) 市场上同时存在众多卖方和买方;(2) 这些卖方提供的商

[21] 黄秋娜:《转售价格维持的法律规制研究》,重庆大学 2017 年博士学位论文,第 94 页。

[22] 时建中、郝俊淇:《原则性禁止转售价格维持的立法正确性及其实施改进》,载《政治与法律》2017 年第 11 期,第 21 页。

[23] 在反垄断法领域,“反事实状态是指假如反垄断执法中涉案行为未发生情形下市场竞争会达到的(均衡)状态”。参见林平:《反事实状态与反垄断执法误差》,载《竞争政策研究》2016 年 5 月号,第 46 页。

[24] 王晓晔:《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社 2010 年版,第 147 页。

[25] 高牟:《中国纵向价格垄断:形态、来源、损害、认知误区与豁免》,中国科学技术大学 2015 年博士学位论文,第 106 页。

[26] 冯锋、高牟、苏志英:《纵向价格垄断的危害》,载《中国价格监督检查》2013 年第 9 期,第 28 页。

[27] 国务院反垄断委员会编:《〈中华人民共和国反垄断法〉知识读本》,人民出版社 2012 年版,第 79 页。

[28] 同上注,第 81 页。

[29] 国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处[2021]29 号。

[30] 另一种理解是“实际市场价格”(容后分析)。

[31] See N. Gregory Mankiw, *Principles of Microeconomics*, 9th ed., Cengage Learning, 2021, p.264.

品基本相同；(3) 厂商可自由进出市场。^[32]

在“完全竞争”状态下，竞争价格(p_c)等于厂商的边际成本(MC)。但 RPM 的发生必须以厂商具有一定的市场势力为前提，否则，一旦厂商提价，消费者就会完全转向其他厂商。因此，RPM 通常发生于垄断竞争市场(monopolistic competition)。^[33] 相对于完全竞争市场，此种市场的一个重要特征是，厂商收取的价格高于边际成本，即收取一定的加价(markup，记作 λ)。^[34] 易言之，此种市场上零售价原本就高于竞争价格(即 $p = p_c + \lambda$ ，其中 $\lambda > 0$)。若以完全竞争作为比较基准，认为 RPM 导致此种“涨价”即为损害竞争，实质是要求垄断竞争市场上的厂商像完全竞争性企业一样行事。这是非常糟糕的竞争政策。在垄断竞争市场上，尽管厂商收取加价，其经济利润已经为 0，^[35] 要求继续降价必然会导致其亏损经营。因此，基准 2 不应作为评判 RPM 福利效果的基准。

3. 个别论者以“充分竞争”价格作为比较基准。例如，在 Vivo 案中，江苏省物价局认为，“当事人通过维持各环节的转售价格，并对低价销售行为进行处罚，将产品价格固定于存在充分竞争的价格之上，使消费者付出更多的购买成本，损害了消费者利益……”^[36] 在强生二审案中，上海市高级人民法院在论证涉案 RPM 损害竞争时指出，“如果强生公司放开价格限制，在强生品牌内应该可以形成比较充分的价格竞争，强生公司缝线产品价格应有所下降”。^[37]

尽管有个别文献使用“充分竞争”一词，但它在经济学领域并非一个严格的学术概念。从论者赋予该词的含义来看，似乎所指的正是“完全竞争”。^[38] 例如，《当代国际贸易与金融大辞典》对于“充分竞争市场(perfectly competitive market)”词条的解释是：“充分竞争是资本主义市场结构的主要形式之一，其主要特征是生产某一产品的厂商众多，生产规模相对窄小，而所生产的产品具有同一性。在这一市场上，竞争，特别是价格竞争，尤为激烈。由于厂商众多，生产规模窄小，每一个厂商都无法左右市场的价格；又由于所生产的产品具有同一性，因而长期竞争的结果使市场价格有趋于同一的趋势。”^[39] 又如，“所谓充分竞争的有效市场，主要特点有两个：一是市场中的交易者很多，其中的任何交易者对价格的影响力都极小；二是市场交易信息的公开、充分”。^[40] 复如，“充分竞争领域一般指市场供需平衡、甚至供大于求，市场信息足够透明、竞争充分，不存在足以影响价格的企业或消费者的市场领域”。^[41]

[32] Mankiw, *supra* note [31], at 264.

[33] 经济学将市场结构划分为四种类型，即完全竞争、垄断竞争、寡头和垄断(独占)。简言之，完全竞争市场上，众多厂商销售相同产品；垄断竞争市场上许多厂商销售相似产品；寡头市场上，少数厂商销售相同或相似产品；垄断市场上一个厂商销售产品。Ibid., at 318-319. RPM 不但常发生于垄断竞争市场，也可能发生于寡头市场和垄断市场。其在三种市场上的原理相同，这里仅以垄断竞争市场为例进行分析。

[34] Mankiw, *supra* note [31], at 323.

[35] Ibid., at 322.

[36] 江苏省物价局行政处罚决定书，〔2016〕苏价反垄断案 1 号。

[37] 北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生(上海)医疗器材有限公司、强生(中国)医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案，上海市高级人民法院民事判决书(2012)沪高民三(知)终字第 63 号。

[38] 但也有赋予其不同含义者。如叶光亮：《公平竞争审查制度：统一政府调控与市场规律的润滑剂》，载《中国价格监管与反垄断》2016 年第 9 期，第 26 页。

[39] 薛荣久、王绍熙、刘舒年等主编：《当代国际贸易与金融大辞典》，对外经济贸易大学出版社 1998 年版，第 144—145 页。

[40] 刘响东、杨景宜、范海蓉：《证券投资信托业务的发展模式》，载《浙江金融》2006 年第 2 期，第 38 页。

[41] 王绛：《加快充分竞争领域国企改革》，载《经济参考报》2020 年 7 月 20 日，第 7 版。

因此,在该等涨价说论者没有具体阐述“充分竞争”是何含义的情况下,我们假定其使用该词的通常含义,即“完全竞争”。强生二审案中,上海市高级人民法院即清晰地表明其是在“完全竞争”意义上使用“充分竞争”一词的:“根据一般经验,如果在一个充分竞争的市场,所有企业都只能是竞争价格的接受者”;“本院认为,基于强生公司的市场地位,基于双方庭审陈述,……可以确认强生公司多年来所采取最低转售价格限制,帮助其缝线产品价格长期维持在竞争价格水平之上”。^[42]如前所述,此种意义上的“充分竞争价格”亦不应作为评判 RPM 福利效果的基准。

4. 较多论者以“有效竞争”价格作为比较基准(下称“基准 3”)。例如,国家市场监督管理总局反垄断局局长吴振国明确认为 RPM 本身违法,并表达了如下态度:“从执法角度看,转售价格维持严重限制分销商的定价自由,排除经销商之间的竞争,抬高价格,阻碍消费者享受源自有效竞争的利益,并损害社会福利。”^[43]商务部条约法律司组织编写的一份材料对最低 RPM 持严厉的规制态度,认为,“由于经营者限定了最低转售价格,很可能导致消费者要支付比在有效市场竞争条件下更高的价格”。^[44]在上海领鲜物流有限公司和上海通用汽车案中,上海市物价局做了完全一样的表述:“本机关认定,当事人的(RPM)行为……剥夺了经销商根据市场竞争状况作出相应价格调整的权利,造成最终消费者要支付比在有效市场竞争条件下更高的价格……。”^[45]

“有效竞争”(effective competition)也称为“可行竞争”(workable competition),最早由美国学者 J.M. 克拉克提出。他认为完全竞争并不存在,基于完全竞争的理论不能作为可靠的竞争政策的指引;作为政策指引的竞争模型应该允许对完全竞争的某些偏离。此种偏离完全竞争的竞争形态即有效竞争。^[46]尽管人们对于有效竞争的判断标准存在争议,但各国竞争执法机构实际都采用了某种形式的有效竞争形态作为指引。^[47]

在以“有效竞争”价格作为比较基准时,我们必须允许反垄断政策追求的理想状态可以在一定程度上偏离完全竞争状态。首先,我们需要容许垄断竞争市场本身所蕴含的厂商市场势力,即 p

^[42] 但在另一处,该案判决书对“充分竞争”有不同的理解:“在一个充分竞争的市场,消费者购买商品时有充分的选择,一个企业出于某种原因限制最低转售价格,可能会减少消费者对此产品的购买,却不会妨碍消费者的其他替代选择,经济效率和消费者利益没有受损。而在一个竞争不充分的市场,由于缺乏充分的替代选择,用户依赖于某一品牌或几种品牌的产品,在某一品牌产品上采用了最低价格限制,不仅会导致该品牌内产品失去价格竞争,而且可能在不同品牌产品间形成定价上的默契,或者虽然没有形成默契,但会由此缺乏价格竞争的动机,导致市场价格上涨或者维持在一个较高水平,导致经济效率和消费者利益受损。”从此段文字表述来看,其所谓“不充分竞争”似乎是指市场集中度较高。

^[43] Wei Tan, Zhenguo Wu, *SAMR: A Review of Achievement and Future Direction of Antimonopoly Law Enforcement in China*, Concurrences No.1 - 2019, p.6.

^[44] 见前注[18],尚明书,第 139 页。

^[45] 上海市物价局行政处罚决定书第 2520160027 号;上海市物价局行政处罚决定书第 2520160030 号。

^[46] See J. M. Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, 30(2) *The American Economic Review* 241, 241 - 256 (1940).

^[47] 参见经济合作与发展组织:《产业组织经济学和竞争法律术语解释》,崔书锋、吴汉洪译,中国经济出版社 2006 年版,第 149 页。张维迎教授多年来一直批评反垄断法追求完全竞争的理想状态。参见张维迎:《重新审视反垄断政策的经济基础》,载财新网,http://opinion.caixin.com/2017-11-30/101178184.html;张维迎:《从 3Q 大战看反垄断法面临的难题》,载爱思想网 2021 年 1 月 28 日,http://www.aisixiang.com/data/124794.html。这一批评犯了“稻草人”的谬误。也许一时一地的反垄断执法实践追求完全竞争(如本文列举的某些观点),但反垄断法并非天然地只能追求完全竞争,理性的反垄断法不应追求完全竞争,现代反垄断法实践也不以此作为追求目标。张教授的批判意见应该针对错误的反垄断实践和解释,而非针对反垄断法本身。

与 p_c 之差 λ 。其次,当市场存在缺陷(失灵)时,如“搭便车”问题、^{〔48〕}市场不确定导致的存货不足问题,还需要允许矫正此等失灵所需的限制措施及其必要的涨价幅度(计作 β)。例如,在实施 RPM 之前,现实市场因存在“搭便车”问题而发生服务供给不足。此时 p 与(有效竞争的)理想状态会有一定偏离,即实际价格 p 低于有效竞争状态下的价格。因此,在以“有效竞争”价格作为比较基准时,应允许生产商在 p 的基础上有一定程度的加价(β),不能仅仅因为实施 RPM 后的零售价 p^A 高于实施前的零售价 p ,就认为偏离了有效竞争,因为二者之差至少有一部分是用于矫正市场失灵的,还可能是其他因素(α)造成的。此时应该考察 p^A 是否高于 $p + \alpha + \beta$ 。只有 p^A 高于 $p + \alpha + \beta$ 的部分(计作 γ)才可视为由垄断行为造成的垄断涨价, $\gamma = p^A - (p + \alpha + \beta) = p^A - p - \alpha - \beta$ 。

5. 个别论者以“实际市场价格”作为比较基准(下称“基准 4”)。例如,据徐新宇披露,在茅台案^{〔49〕}和五粮液案^{〔50〕}中,执法机关处罚两公司 RPM 行为的理由之一是损害消费者利益:“两公司的行为导致消费者负担增加,直接损害消费者利益。比如茅台公司规定的零售价不能低于 1 519 元,而茅台酒实际市场价格已经低至 1 300 元左右,每瓶酒直接增加消费者负担 219 元。”^{〔51〕}

但何谓“实际市场价格”缺乏标准。实务中采用的一种做法是以个别经销商收取的价格作为实际市场价格。例如,高牟以“部分冒着被茅台处罚风险的经销商”收取的价格作为“实际零售价”,并将其与茅台公司规定的“最低零售价”之差称为“虚高价”。^{〔52〕}又如,冯锋等认为,“实施纵向价格垄断的经营者在制定终端零售价时大多出于‘维护品牌高端形象’‘维护渠道利润率’等理由,并非依据真实的市场选择,导致制定的终端零售价高于竞争性价格,是缺乏市场效率的虚高价”。^{〔53〕}他们定义“虚高价”的基准是“个别被生产商进行了实质性处罚的下游经营者的价格”。^{〔54〕}在强生二审案中,上海市高级人民法院在阐述竞争损害时似乎以“完全竞争”作为比较基准(如前所述),但在论证强生公司 RPM 反竞争时似乎又以个别违规降价经销商收取的价格作为基准:“本案中,上诉人(经销商)在人民医院降价后,强生公司缝线产品在人民医院的销售价格保持在上诉人的报价水平,上诉人降价销售并不导致其亏本经营,因此上诉人的降价销售完全属于市场正常的降价需求。”质言之,根据基准 4,只要是有任何经销商愿意承受的价格,无论多么低,都可以作为认定福利损害的基准。

然而,经销商愿意收取的价格经常低于生产商期待的最优水平。尤其是在面临“搭便车”问题的情形下,总会有些经销商愿意收取远低于生产商认为“最优”的转售价格。更为重要的是,若经

〔48〕 在 RPM 语境中,“搭便车”是一个外延非常宽泛的概念,包括零售商之间的横向外部性,生产商与经销商之间的纵向外部性,不同期间之间的跨期外部性引发的搭便车问题。参见前注〔3〕,王自力书,前言第 2 页、第 88—89 页。特尔泽(Telser)在著名论文《生产商为何需要公平贸易》一文中讨论的搭便车,仅为其中一个很小的子类,即有关特殊服务的横向搭便车问题。See Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* 3 The Journal of Law and Economics 86 (1960).

〔49〕 贵州省物价局关于“茅台价格垄断罚款”的公告(2013 年第 1 号)。

〔50〕 四川省发展和改革委员会行政处罚决定书,川发改价检处〔2013〕1 号。

〔51〕 徐新宇:《我国纵向垄断行为的监督框架建构研究》,中国科学技术大学 2016 年博士学位论文,第 70 页。公开资料显示,2012 年 1 月—2018 年 1 月徐新宇任国家发展改革委价格监督检查与反垄断局反价格垄断调查二处处长。参见徐新宇(挂职),载赣州市人民政府网, https://www.ganzhou.gov.cn/c101603/zw_sz2.shtml, 访问日期 2021 年 2 月 26 日。

〔52〕 参见前注〔25〕,高牟文,第 127 页,图 6.9。

〔53〕 见前注〔26〕,冯锋等文,第 28 页。同样观点,参见前注〔25〕,高牟文,第 106 页。

〔54〕 见前注〔26〕,冯锋等文,第 28 页。

销商以涉案产品作为“亏损诱饵”,其售价可能远远低于成本价,正如弗兰克尔(Frankel)所指出的,当产品被用作亏损诱饵时,“(禁止RPM的)区域内的最低价将低于(允许RPM的)区域内的最低价”。^[55]以此等经销商愿意收取的价格作为判断基准等于剥夺生产商维护自身正当利益的权利。因此,基准4也不应作为评判RPM福利效果的基准。

(二) 笼统认为RPM导致涨价的观点

有些论者较为笼统地认为RPM推动价格上涨,这一效果侵害消费者福利,因此RPM违反反垄断法。例如,学者王晓晔在论述转售价格的危害性时指出,“如果一个生产商限制其销售商的最低转售价格,这种纵向约束会推动商品的高价”。^[56]阮赞林认为,“最低转售价格会推动商品的高价”。^[57]张骏认为,“大量的实证调查也发现,转售价格维持会引发产品价格上升,损害消费者的利益”。^[58]时建中等在论述最低RPM的危害时指出,“由于价格必须在某一价格之上,这样会推动商品的高价”。^[59]

国务院反垄断委员会《关于汽车业的反垄断指南》(国反垄发[2019]2号)第6条(二)指出:“转售价格限制的负面效应主要表现在维持高价、促进横向共谋、削弱品牌间竞争和品牌内竞争、排斥竞争者等方面。”在美敦力案中,国家发改委认定,“由于当事人限定了相关医疗器械产品的最低转售价格、投标价格,以及到医院的最低价格,并且禁止各个转售环节降低价格,通过各种措施维持医疗器械产品高价,损害了医院等终端购买者的合法权益,增加了患者的负担”。^[60]在一汽-大众案中,湖北省物价局认为,“因一汽-大众……组织经销商达成并实施关于服务维修、整车销售价格垄断协议……抬高了整车和备件的销售价格……”^[61]

此类观点并未明确指出比较的基准。但各论者的描述似乎表明,他们得出价格上涨结论的依据是,比较RPM实施前后的价格变化,或者比较实施地区与不实施地区的价格差别。此时使用的比较基准是RPM实施前的实际价格(下称“基准5”),或者未实施地区的实际价格(下称“基准6”)。^[62]采用基准5的观点可以表示为: $p^A > p$ 。

具体而言,此类观点在论证RPM导致高价时,通常以美国1953—1976年间实施“公平贸易法”时期所提供的自然实验为论据。^[63]例如,37州意见书作为最低RPM具有直接反竞争效果的论据,罗列了多个此类实证研究报告:“学术界和政府机构比较了公平贸易州与‘自由贸易’州的价格……表明消费者价格上涨。”^[64]又如,时建中等援引美国一项针对1976年废除公平贸易法之价格效应的实证研究,提出在没有RPM的情况下,商品产量会增加,消费者价格会降低,

[55] See Marvin Frankel, *The Effects of Fair Trade: Fact and Fiction in the Statistical Findings*, 28 (3) *The Journal of Business* 182, 185-186 (1955).

[56] 王晓晔:《竞争法学》,社会科学文献出版社2007年版,第264页。

[57] 阮赞林:《反垄断法教程》,上海人民出版社2011年版,第97页。

[58] 张骏:《法经济学视阈下转售价格维持反垄断法实施的理想路径选择》,载《法学评论(双月刊)》2020年第4期,第92页。另见张骏:《转售价格维持适用合理原则的经济理据批判》,载《法治现代化研究》2019年第1期,第165—166页:“与理论研究结论相悖的是,实证调查却发现,转售价格维持引发产品价格上升,损害消费者利益。”

[59] 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,第163页。

[60] 国家发展和改革委员会[2016]8号行政处罚决定书。

[61] 湖北省物价局鄂价检处[2014]14号行政处罚决定书。

[62] 这两个基准存在的问题,参见后文分析。

[63] See Marvel & McCafferty, *supra* note [5], at 1076. “在美国,有关RPM价格效应的可得信息,立基于美国长期以来处理RPM的奇怪法律实践。”

[64] Brief of 37 States, *supra* note [13], at 19.

RPM 无效率。^[65] 学者龚炯在强生二审案中作为锐邦涌和公司的专家辅助人指出,“实证研究表明,限制最低转售价格往往导致市场价格上升。美国 AAI 的一份报告提到美国玩具和婴儿用品市场在实施限制转售价格之后产品价格普遍上涨 20%—40%,且各主要电商网站上所公布同种产品的价格出奇地一致。林恩·派波尔(Lynne Pepall)等人所著《Industrial Organization: Contemporary Theory and Practice》提到,美国各州法律对限制转售价格行为有不同评价,这导致相同商品在各州销售价格不一,在认为限制最低转售价格行为合法的州的产品价格较高,在认为限制最低转售价格行为非法的州的产品价格则较低,一些消费者宁愿驱车到限制最低转售价格行为为非法行为的州购买商品”。^[66] 徐新宇认为,“最低纵向价格限制必然导致消费者支付更高的价格,因此消费者不会获益”,^[67]并批判美国联邦最高法院丽锦案多数意见,“在纵向价格限制中推翻本身违法原则,无视公平交易法 40 年来的经验,即给消费者带来更高的价格却没有任何实际利益”。^[68]

三、转售价格维持导致涨价的事实真伪考察

(一) RPM 的运作机理天然蕴涵着提升经销商价差

生产商生产出商品之后需要将其送到消费者手中,才能实现生产的目的。这一过程需要发生一定的移动成本,分销服务成本无疑是其中一个重要成分。“生产商向零售商收取之价格(即批发价)与零售商向消费者收取之价格(即零售价)的差额,代表了生产商所要付出的部分分销成本”,^[69]该差额即经销商从经销产品中获得的价差(margin)。^[70] 若以 w 表示批发价(wholesale price),以 p 表示零售价(retail price),以 m 表示经销商价差,其间关系可表示为 $p=w+m$ 。在批发价(w)既定的情况下,零售价(p)越高经销商获得的价差($m=p-w$)就越大。反过来,在批发价既定的情况下,经销价差越大,零售价越高($p=w+m$)。

除非其中一方具有的市场势力足以强迫相对方牺牲自己的利益,否则多方商业行为的发生需要以它能够使双方共同受益为前提。这种共同受益可能源于反竞争效应,也可能源于促进竞争效应。因此,无论追求反竞争效果还是促进竞争效果,生产商都需要向经销商提供“对价”,以换取它们的合作。RPM 正是其中一种提供对价的方式。这是因为 RPM 的本质即维持较高的经销价差 m ,以此保证经销商每销售出一单位产品就能获得较为丰厚的利润。因此,毫无疑问,“RPM 的目的和盖然效果就是要将零售价差维持在较无 RPM 时更高的水平之上,至少

[65] 见前注[22],时建中等文,第 21 页。他们援引的文献是, Lawrence Shepard, *The Economic Effects of Repealing Fair Trade Laws*, 12 Journal of Consumer Affairs 220 (1978).

[66] 见前注[37],上海市高级人民法院民事判决书(2012)沪高民三(知)终字第 63 号。

[67] 见前注[51],徐新宇文,第 46 页。

[68] 同上注,第 47 页。

[69] *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 896 (2007).

[70] 在此意义上,margin 有时也译为“利润边际”或“利幅”。例如 Yamey, *supra* note [8], at 9,“经销商销售一件商品的毛价差等于其售价超过买价的部分”;P.W.S. Andrews & Frank A. Friday, *Fair Trade: Resale Price Maintenance Re-examined*, Macmillan & Co Ltd, 1960, p.19,“零售商的毛价差是其销售总额与购买所售商品的成本之差”;J. R. Gould and L. E. Preston, *Resale Price Maintenance and Retail Outlets*, 32 *Economica* 302, 302 (1965),“零售价差定义为零售价格与生产商向零售商所收取价格之差”。斯坦纳区分了“经销毛利率”(Percentage Retail Gross Margin)和“经销毛价差”(Dollar Retail Gross Margin)的概念。See Robert L. Steiner, *The Leegin Factors — A Mixed Bag*, 55(1) *Antitrust Bulletin* 25, 30 (2010).

短期内如此”。^{〔71〕} 易言之,在其他一切条件均保持不变的情况下(或者在足够短的期间内),实施RPM之情形相对于不实施之情形,经销商的经销价差会有所提高。若以符号表示,必然有 $m^A > m^{\sim A}$ 。

(二) RPM事实上并不必然引起零售价格上涨

根据 $p = w + m$,RPM的价差提高效应通常会表现为零售价上涨。这是因为,在批发价保持不变(即 $w^A = w$)并且 $m^A > m$ 的情况下,零售价会上涨,即 $p^A > p$ 。很多人据此有一种直观的感觉,即“因为零售价差提高,而一个利润最大化的生产商并不会通过降低向零售商收取的价格(即批发价)吸收价差上涨之任何部分,因此RPM会提高价格”。^{〔72〕}

正是基于上述关系,许多论者通过比较实施RPM前后的价格变动来考察RPM的福利效果(即基准5)。若以上标 Δ 表示变动关系,此种考察的实质即是以 p 为基准,考察 $p^\Delta = p^A - p$,并认为 $p^\Delta > 0$ 一定成立。但事实未必如此。这种所谓RPM引起“涨价”仅是相对意义上而言的,有两个预设前提: $w^A = w, m^A > m$ 。然而,事实上,零售价的变动幅度取决于批发价变动幅度与价差变动幅度的互动,即 $p^\Delta = w^\Delta + m^\Delta$ 。实际案件中, $w^A = w$ 和 $m^A > m$ 这两个前提条件都未必成立。首先, p^A 受到批发价变动情况(w^Δ)的影响。如果批发价下降且降幅($-w^\Delta$)大于经销价差的上涨幅度($+m^\Delta$),零售价会出现下降。^{〔73〕} 其次, $m^A > m$ 并非总是成立(容后分析)。因此,实施RPM未必表现为涨价,甚至可能出现价格下降。就此而言,基准5作为评判RPM福利效果的有效性高度存疑。理由分述如下。

第一,实施RPM后的经销价差未必更高,即 $m^A > m$ 未必成立。前文推导 $p^A > p$ 成立时假定了 $m^A > m$ 。但是,基准1仅说明RPM场景中 $m^A > m^{\sim A}$ 必然成立,但并未说明 $m^A > m$ 必然成立。这是因为 $m^{\sim A}$ 也受到 α 的影响,即 $m^{\sim A} = m + \alpha$,而 α 的正负是不确定的。

为实现某种对社会有益或者有害的目的,生产商通常需要向交易相对人提供“对价”,以换取后者从事该生产商希望它从事的行为(如放弃品牌内竞争,转向非价格竞争);提高价差是实现该等目的一种手段。但提高价差的方式亦有多种,如授予独家地域、独家负责某类客户、降低批发价、提高转售价(RPM)。这些旨在提高经销价差的不同方式,在成本和效率方面可能存在差异,而“对于市场参与者来说,任何决策都需要在既定规则下不断权衡可能的成本与收益”。^{〔74〕} 若生产商先前采用的方式效率更低且成本更高,其事实上向经销商支付了较高的经销价差。该企业可能通过试错发现,RPM是效率相对较高且成本相对较低的方式,因此改为采用RPM。若此举能够以更低成本诱使经销商提供生产商所需的促销等活动,不但不会引起经销价差上升,生产商反而可能因成本下降而调低经销价差(即 $m^A < m$,因为 α 为负值)。^{〔75〕}

第二,由于批发价的变动(w^Δ),“提高价差(也)并不必然引起价格上涨”。^{〔76〕} 这是因为,价格

〔71〕 William Baxter, *The Viability of Vertical Restraints Doctrine*, 75 California Law Review 933, 945 (1987).

〔72〕 Gould & Preston, *supra* note [70], at 310. 他们只是指出这一观点,但并不赞同。

〔73〕 Ibid.他们以图形展示了一种情形,“实施RPM的生产商发现,将价格降低到低于不实施RPM之水平有利可图”。

〔74〕 李剑:《制度成本与规范化的反垄断法——当然违法原则的回归》,载《中外法学》2019年第4期,第1021页。

〔75〕 See *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 896 (2007); Baxter, *supra* note [71], at 945.

〔76〕 Baxter, *supra* note [71], at 945.

变动受到很多因素的影响(α),包括总体物价水平、企业经营策略、市场竞争状况、技术改进等。例如,产品相关的技术水平进步可能导致生产成本大幅下降,从而导致批发价下降。当技术发生变革时,新技术状态下的零售价格水平即便受 RPM 约束,也相当可能低于旧技术状态下不受 RPM 约束的零售价格水平;甚至即便此时 RPM 被用于反竞争目的,实施 RPM 之后的零售价较实施之前也可能下降。正如古尔德和普莱斯顿(Gould & Preston)所指出的,“如果生产活动的边际成本下降,那么 RPM 不大可能导致涨价,甚至可能出现价格下降”。^[77]

又如,生产商的定价能力受到品牌间竞争状况的强烈影响。斯坦纳在一系列研究中发现,生产商和经销商之间存在着对价差的争夺关系。^[78] 如果生产商的品牌间竞争力较弱(如品牌初创时期),经销商就能够要求分享更大比例的价差;相反,如果生产商具有很强的品牌间竞争力(如品牌被广泛接受以后),经销商就会接受相对较低的经销价差,以获取经销该产品的资格。^[79] 凯夫斯(Caves)也指出,生产商与经销商之间的合同包含着双方力量权衡的结果,其包含什么样的纵向限制及其具体条款,都是由双方的力量对比决定的:“生产商和零售商在其关系中均拥有一定议价力量——每一方均缺乏现有合同的完美替代品,即便在短期内也是如此。因此,每一个合同预期都包含着诸条款的平衡,既包括纵向限制也包括仅影响私人关切的其他条款,反映了双方的议价力量。”^[80] 因此,如果生产商的品牌间竞争力不足,在设置 RPM 时可能通过降低批发价而不是提高零售价格的方式,来保障丰厚的经销价差。

另外,实施 RPM 本身就会对生产商的议价力造成不利影响。一些市场调查发现,买方对价格变化的反应灵敏度部分取决于其对价格水平的了解情况。由于 RPM 提高了产品的可获得性,固定了较为统一的价格,并且生产商更有可能在广告中宣布其价格,RPM 会帮助消费者了解产品价格,从而提升产品的需求弹性。^[81] 如此一来会降低生产商在与经销商谈判过程中的议价能力,使其更有可能通过降低批发价而非提高价差的方式补偿经销商。

总之,生产商有可能在实施 RPM 的同时降低批发价。例如,一份针对 207 种商品批发价的研究报告显示,其中被禁止实施 RPM 的商品的批发价上涨超过 24%,而允许实施 RPM 的商品的批发价上涨不足 14%。^[82] 又如在扬子江药业 RPM 案中,国家市场监督管理总局调查“蓝芩口服液、百乐眠胶囊、黄芪精、依帕司他片、苏黄止咳胶囊等”药品的转售价格维持行为,当事人提出在

[77] Gould & Preston, *supra* note [70], at 311.

[78] See Robert L. Steiner, *The Evolution and Applications of Dual-Stage Thinking*, 49 Antitrust Bulletin 877, 885 (2004),“生产商的品牌越强,其零售毛利率就越薄,其从零售价中分得的份额就越大”。Robert L. Steiner, *Vertical Competition, Horizontal Competition and Market Power*, 53 Antitrust Bulletin 251, 256 - 259 (2008).

[79] See Helen Mercer, *The Abolition of Resale Price Maintenance in Britain in 1964: a Turning Point for British Manufacturers?* Economic History working papers (39/98), Department of Economic History, London School of Economics and Political Science, London, UK, 1998, p.2. “零售利润率代表着如下各方竞争势力均衡状况的数学测度值:生产商、批发商和零售商。”

[80] Richard E. Caves, *Vertical Restraints as Integration by Contract: Evidence and Policy Implications*, in Ronald N. Lafferty, Robert H. Lande, and John B. Kirkwood eds., *Impact Evaluations of Federal Trade Commission Vertical Restraints Cases*, Report for Bureau of Competition & Bureau of Economics of Federal Trade Commission, August 1984, p.459.

[81] Gould & Preston, *supra* note [70], at 310 - 311.

[82] See Thomas R. Overstreet Jr., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1983, p.110.

RPM 实施期间其“产品出厂价(开票价)整体呈现下降趋势”;但该局在反驳这一抗辩时仅指出蓝芩口服液的零售渠道出厂价呈逐年上升趋势,似乎表明其他几种药品的出厂价(批发价)并未上涨。

第三,实证研究表明,实施 RPM 与零售价上涨之间不存在必然一致性。例如,在韩泰轮胎案中,法院认定“被告在 2012 至 2013 年间与经销商达成并实施了‘限制向第三人最低转售商品价格’的协议”,但同时认定在 2012 至 2016 年间“在本院最为关注的‘中国大陆地区乘用车轮胎替换市场’,不仅本案被诉的韩泰牌轮胎最低转售价格逐年下降,韩泰轮胎销售价格逐年下降,其他品牌轮胎价格也逐年下降”。这说明 RPM 并不必然导致转售价格绝对上涨。^{〔83〕} 美国学者针对加州和纽约州实施公平贸易法前后价格变化情况所作的考察均发现:全国性广告的药品在折扣店的售价上涨,在非折扣店的售价小幅下降;非全国性广告的药品未受影响。^{〔84〕} 另一项针对田纳西州公平贸易法影响的研究亦发现:受 RPM 约束的药品在折扣商店的售价上涨,但在传统药店的售价下降。^{〔85〕} 安德鲁和弗莱迪(Andrews & Friday)通过梳理大量研究成果以及实证研究,也得出 RPM 并不必然导致零售价格上涨的结论。^{〔86〕}

实证研究还表明,废止 RPM 也未必引起价格下降,这反证了 RPM 未必引起价格上涨。例如,从 1900 年开始英国图书业一直采用图书净价协议(Net Book Agreement)制度。它允许出版商协会的会员出版商实施自己的图书转售价格维持方案,协会帮助执行,但出版商相互之间并无横向协议。因受到各方压力,1995 年 9 月出版商协会自行终止了这一制度。按照 RPM 导致转售价格上涨的理论,该制度终止后图书价格将出现下降。然而,一项研究表明,随后一年间图书价格上涨了 10%,而同期总体通胀率为 2.7%。^{〔87〕} 安德鲁和弗莱迪也发现,取消 RPM 并不一定带来零售价格的下降。^{〔88〕} 他们据此总结道:“取消 RPM 将以降低价格的形式使消费者受益以及将以降低毛价差的方式改进分销,这个一般性主张只不过是一个巨大的幻觉而已。”^{〔89〕}

(三) RPM 导致涨价的数据具有误导性

数据虽然能够说明一定问题,但也经常会造成严重误导。此处仅举一例以作说明。托尔和林纳(Tor & Rinner)为论证 RPM 导致价格上涨且无效率,援引了两项实证研究。第一项研究比较了公平贸易法被废止前后的价格变动情况。先前被 RPM 严格约束的商品在“松绑”后的 12 个月内出现价格下降,其中折扣经销商的价格下降了 11.6%,而非折扣经销商的价格下降了 1.8%。^{〔90〕}

〔83〕 但是,韩泰案审理法院却由此得出涉案 RPM 未损害竞争的结论:“说明本案被诉行为并没有限制品牌内竞争,更没有限制品牌间竞争。”这是本文反对的以转售价格上涨与否作为竞争损害判断标准的做法。

〔84〕 See Overstreet, *supra* note 〔82〕, at 107.

〔85〕 Ibid., at 108.

〔86〕 See Andrews & Friday, *supra* note 〔70〕, at 29-35.

〔87〕 James Dearnley & John Feather, *The UK Bookselling Trade without Resale Price Maintenance: An Overview of Change 1995-2001*, Publishing Research Quarterly 16, 27 (Winter 2002). 同样的观察,参见 Francis Fishwick, *Book Prices in the UK Since the End of Resale Price Maintenance*, 15(2) International Journal of the Economics of Business 359, 365 (2008). 1996—2007 年间图书价格上涨 30.3%,一般消费者价格上涨 18.8%。

〔88〕 Andrews & Friday, *supra* note 〔70〕, at 35-39.

〔89〕 Ibid., at 39.

〔90〕 Shepard, *supra* note 〔65〕, at 228.

另一项研究考察了 RPM 对白酒的产量效应，^{〔91〕}以联邦废除公平交易法授权前后（1974 年至 1978 年之间）为对比。该项研究显示，在控制其他变量的情况下，RPM 使人均白酒消费量降低 8%；在加州，该法案被废除以后，白酒专卖店的牌照价值降低了 23% 至 25%。他们由此认为，这些调研都表明在没有 RPM 的情况下，商品产量会增加，消费者价格会降低，RPM 是无效的。^{〔92〕}

第一项数据的误导性在于混淆了现象与本质。^{〔93〕}该研究与大多数其他关注 RPM 导致涨价的实证研究一样，通过比较州制定或废除公平贸易法前后的价格水平（基准 5），得出实施 RPM 通常导致价格上涨的结论。

然而，马弗尔和麦卡弗蒂的研究发现，这种调查方法具有高度误导性，掩盖了问题的实质。他们通过一个模型揭示出，^{〔94〕}导致这一价格现象的真正原因是美国不是在联邦层面上统一实施允许 RPM 的公平贸易法，而是授权各州自行决定，造成碎片化的 RPM 实施体制。这种实施体制为自由贸易州的经销商针对公平贸易州的经销商进行“搭便车”创造了机会，使前者能够较后者收取更低的零售价。他们的模型首先假设全美统一允许 RPM 或者统一禁止 RPM，这种场景下，RPM 并不会导致涨价；^{〔95〕}因为在 RPM 不改变垄断价格的前提下，生产商通过降低批发价来抵消零售价上涨。^{〔96〕}但是，在生产商无法就批发价对不同州的经销商实施差别待遇的情况下，^{〔97〕}它只能对所有各州的经销商收取统一的批发价，即“采取反映两类市场需求的妥协策略”。^{〔98〕}其结果就是，批发价的降幅减小，原本由生产商提供的用以资助经销服务的部分成本转移给消费者承担（表现为零售价提高）；禁止 RPM 的邻近州不但享受了批发价的下降，而且避免了消费者支付服务成本，价格自然会低一些。^{〔99〕}这揭示了基准 6（比较相邻州的价格）并不能真正反映 RPM 造成了福利损害。

在这种体制下，先前禁止 RPM 的州如果改为允许 RPM，其经销商就要为提供生产商期待的服务而支付相应的成本，零售价自然会上升；相反，先前允许 RPM 的州如果改为禁止 RPM（废除公平贸易法），其经销商不再需要为提供服务支付成本，反而对相邻州的投资搭便车，甚至一定时期内可以享受先前投资形成的品牌资本，零售价自然会大幅下降。^{〔100〕}这揭示了基准 5（比较实施前后的价格）并不能真正反映 RPM 造成了福利损害。基于上述分析，马弗尔和麦卡弗蒂警告道：“本文的理论分析结果表明，在解释 RPM 对零售价格影响的实证测算时，必须高度谨慎。”^{〔101〕}

〔91〕 Stanley I. Ornstein & Dominique M. Hanssens, *Resale Price Maintenance: Output Increasing or Restricting? The Case of Distilled Spirits in the United States*, 36(1) *Journal of Industrial Economics* 1 (1987).

〔92〕 Avishalom Tor and William J. Rinner, *Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after Leegin*, 3 *University of Illinois Law Review* 816, 841 (2011). 这一观点为我国学者所接受。参见前注〔22〕，时建中等文，第 21 页。

〔93〕 对此调查的进一步分析，参见后文。

〔94〕 Marvel & McCafferty, *supra* note [5], at 1078 - 1084. 国内学者对此模型的运用，参见前注〔3〕，王自力书，第 28—32 页。

〔95〕 Marvel & McCafferty, *supra* note [5], at 1083.

〔96〕 *Ibid.*, at 1084.

〔97〕 此等行为受《罗宾逊—帕特曼法》的禁止。

〔98〕 Marvel & McCafferty, *supra* note [5], at 1076.

〔99〕 *Ibid.*, at 1086.

〔100〕 *Ibid.*, at 1089.

〔101〕 *Ibid.*, at 1088.

前述第二项数据的误导性在于,白酒行业的 RPM 具有高度特殊性,不具有普遍意义。^[102] 首先,它是全行业性实施的 RPM;其次,它是由政府强制实施的。^[103] 然而,这两个条件本身就蕴含着巨大的潜在竞争问题:“在全行业性 RPM 之下,如果产出没有增加,表明可能存在反竞争行为,生产商卡特尔或者经销商卡特尔”;而“正式施加的市场限制是发出的寻租邀约”。^[104] 质言之,此种市场上高度可能发生反竞争行为,RPM 只不过是其协助手段或者组成部分而已,因此,发生损害消费者的价格上涨和产出减少也都是预料之中的事。这些行业特征只能说明这一特定案例所涉及的特定产业中的 RPM 具有反竞争效果。但实践中发生的大量 RPM 都不具有这两个特征,从白酒行业 RPM 的数据完全不能一般性地推导出 RPM 无效或者损害消费者利益。正如该研究的作者所指出的,该文的目的是为了反驳一种“夸大其词”,即“历史上出现的所有零售 RPM 卡特尔例子都是 RPM 用于效率目的的事件”。^[105] 他们进一步指出这一研究证明的内容非常有限:“本研究足以证明效率并不能解释所有 RPM 案件。当 RPM 属于全行业性并且经由政府实施时,总是存在零售商寻租的机会。”^[106] 易言之,该文旨在证明 RPM 不应采用本身合法原则。但论者以此研究结果证明 RPM 导致涨价因而无效率(即应本身违法),显然是断章取义。

在有关 RPM 福利效果的辩论中,“涨价说”论者还经常以非常误导性的方式呈现数据。例如,37 州意见书在论证最低 RPM 导致“消费者价格上涨”时引用了两份文献中的观点:其一是马弗尔和麦卡弗蒂指出,“价格证据……强烈支持如下观点,即(公平贸易州)内的价格高于自由贸易州内的价格”;^[107] 其二是奥弗斯特里特(Overstreet)指出,“价格调查表明,在大多数案件中 RPM 均提高了实施 RPM 的商品的价格”。^[108] 然而,这两份文献在表述这两个观点之后,均立即指出或论证了这一事实本身没有任何意义。马弗尔和麦卡弗蒂整篇文章的核心就是要解释,公平贸易州和自由贸易州之间为何会出现价格不同。他们给出的答案是,“观察到的零售价格差异源于生产商不能在公平贸易州和自由贸易州之间就批发价实施差别待遇”;^[109] 而且他们的模型还表明“经销商价差提高未必导致零售价格上涨”。^[110] 质言之,他们根本不认为这种州际的价格差异是 RPM 导致的福利损失。前引奥弗斯特里特的观点事实上被引用者截取了“尽管并非总是如此”的限制。并且该报告紧接着写道:“不幸的是,由于 RPM 的反竞争经济理论和促进竞争经济理论均预测价

[102] 奥弗斯特里特(Overstreet)在评述有关 RPM 的大量实证研究成果时,一开始就明确排除了有关白酒行业的实证研究,“因为酒类零售市场的进入受到普遍限制,这大大限制了该行业研究对于其他产业的适用性”。Overstreet, *supra* note [82], at 106.

[103] Ornstein & Hanssens, *supra* note [91], at 439.

[104] Ibid., at 439.

[105] Ibid., at 452.

[106] Ibid., at 452. 事实上,这些数字甚至不能说明 RPM 在白酒行业有损消费者利益。例如,牌照价值下降的数字,正如研究者指出的,“如果 RPM 是由零售商寻租导致的,终止 RPM 将导致白酒店铺的牌照价值下降。当然,如果 RPM 是由效率原因导致的,终止 RPM 也将导致牌照的价值随着整个产业的销量下降而降低”。另外,1980 年到 1985 年间(废除公平贸易法以后)加州人均白酒消费量总体呈下降趋势(下降 17%),牌照价值下降也就不足为怪了。Ibid., at 442.

[107] Marvel & McCafferty, *supra* note [5], at 1084.

[108] Overstreet, *supra* note [82], at 160.

[109] Marvel & McCafferty, *supra* note [5], at 1084.

[110] Ibid., at 1075.

格维持通常会提高产品价格,我们从这些研究中并不能结论性地判断 RPM 对竞争有害还是有益。”^{〔11〕}

37 州意见书紧接着又列举了两份调查报告。一份报告是 1956 年美国联邦司法部调查发现,“公平贸易州的消费者比自由贸易州的消费者多支付 19%—27%”。^{〔12〕}然而,奥弗斯特里特对此调查结果的记述还指出,“对于所有 119 项商品,自由贸易州中的价格比公平贸易州平均低 10%”。^{〔13〕}第二份报告是 1970 年联邦司法部调查发现,“公平贸易州中的价格比自由贸易州高,最大幅度为 37.4%”。^{〔14〕}然而,奥弗斯特里特对此调查结果的记述是,该调查发现,“可比较商品的价格在自由贸易州比在公平贸易州低 0.2%—37.4%”。^{〔15〕}显而易见,这两份报告发现公平贸易州中的价格平均水平并不比自由贸易州高很多,但论者仅呈现上限水平,具有严重的误导性。

这种呈现方式成功地误导了丽锦案异议法官。他在罗列最低 RPM 的危害性时,转述了前述 37 州意见书对奥弗斯特里特报告以及对 1956 年司法部报告的误导性描述。^{〔16〕}

丽锦案异议法官自己也以高度误导性的方式陈述了有关最低 RPM 导致涨价的观点。例如,他在罗列最低 RPM 的危害性时引述了另两份文献。其一是著名的阿瑞达-霍温坎普的《反托拉斯法》(下称《释论》)的如下表述:“RPM 倾向于导致消费者价格高于原本水平……有关此点存在令人信服的证据。”^{〔17〕}其二是科马诺和谢勒尔提交的法庭之友意见书指出,“人们一致认为 RPM 及其他纵向限制导致消费者价格上涨”。^{〔18〕}这两处引述都具有误导性。前引《释论》表述所在段落的完整内容是:“RPM 倾向于导致消费者价格高于原本水平。^{〔19〕}有关此点存在令人信服的证据。事实上,如果一项限制不能将产品价格维持于原本会存在的水平之上,它并无存在的必要;其目的就是要阻止削价。因此,我们当然会预见到实施 RPM 时的价格会高于不实施之情形。”^{〔20〕}科马诺和谢勒尔的法庭之友意见书只是承认这种现象,但并非以此支持 RPM 造成福利损失的命题。他们明确指出,“完全有可能,RPM 安排在某些情形下提升效率,其他情形下损害消费者福利。鉴于这种效果多样性,人们可能非常合理地认为应该采用合理原则而非本身违法原则。……如果最高法院接受(对 RPM 采用合理原则的请求),至关重要的是它应该阐述供下级法院落实的指南。本意见书的主要目的就是要就此等指南发表意见”。^{〔21〕}

〔11〕 Overstreet, *supra* note [82], at 160. 类似的表述,参见该文件第 106、116—117 页。

〔12〕 Brief of 37 States, *supra* note [13], at 19, citing Quality Stabilization: Hearings Before a Subcomm. of the Senate Comm. on Commerce, 88th Cong. 6 (1963) (statement of Lee Loevinger, Assistant Attorney General, Antitrust Division, Department of Justice).

〔13〕 Overstreet, *supra* note [82], at 112.

〔14〕 Brief of 37 States, *supra* note [13], at 20.

〔15〕 Overstreet, *supra* note [82], at 112.

〔16〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 912 (2007).

〔17〕 Ibid., at 912, citing Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 8, 2nd ed., Wolter Kluwer, 2004, p.40.

〔18〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 912–913 (2007), citing *Brief for William S. Comanor and Frederic M. Scherer as Amici Curiae Supporting Neither Party*, 2007 U.S. S. Ct. Briefs LEXIS 69 (January 22, 2007), p.4.

〔19〕 原文脚注 24:“如果固定转售价格诱发的消费者看重的额外经销服务超过额外价格,他们以更高价格获得了更好的产品(即商品加服务)。”

〔20〕 Areeda & Hovenkamp, *supra* note [117], at 40.

〔21〕 Brief of Comanor & Scherer, *supra* note [118], at 4–5.

四、转售价格维持导致涨价的法律意义追问

(一) 涨价既非反垄断法判断竞争损害的充分条件,也非其必要条件

反垄断法的基础经济学以价格效应阐述垄断的社会成本和竞争的社会效益。^{〔122〕} 但通过观察价格表现本身,并不能决定一个行为是否损害竞争。价格水平本身并不受反垄断法规制,唯有经由竞争受损而发生的涨价表现,才受到反垄断法的关切。正如学者艾瑞克·霍温坎普(Erik Hovenkamp)指出的那样,“反垄断之所以关注价格效应,仅仅是因为它对福利变动所蕴含的意义”。^{〔123〕} 亦如《释论》所指出的,“垄断定价和垄断利润在《谢尔曼法》第2条项下既非‘排斥竞争行为’,亦非对市场势力的‘滥用行为’”。^{〔124〕}

首先,涨价不一定损害竞争,涨价并非损害竞争的充分条件。经济学早已揭示出,涨价既可能是损害竞争的机制,也可能是促进竞争的机制。涨价损害竞争的机制很容易理解。比如,纵向一体化企业向下游竞争对手高价出售某种重要投入品,导致其成本提高甚或退出市场,从而影响市场竞争。又如,市场支配地位企业通过与经销商签订独家交易合同,封锁竞争对手从该等经销商获得有效率的投入品或者分销渠道,导致后者的投入品成本或分销成本提高,亦可能损害竞争。

不过,涨价亦可能是促进竞争的机制。俗话说,“无利不起早”。适当的经济激励(往往表现为高价)通常能够带来促进竞争的效果。正如美国联邦最高法院在多林克案中的判决:“至少在短期内收取垄断价格之机会,正是吸引‘商业才智’的原初力量;它能激发冒险行为,从而带来创新和经济增长。”^{〔125〕} 最为著名的例子是知识产权制度。智力成果具有公共物品的属性。在自然状态下,创造者无法阻止他人未经付费而加以使用,这会导致智力成果对于创造者而言仅具有极小的经济价值。通过知识产权法赋予创造者排他权,并由国家强力保障强制执行,可为智力成果设置边界,大幅提升其对于创造者具有的经济价值,从而激励人们进行发明创造,促进市场竞争。正因为如此,《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄发〔2021〕1号)第15条明确承认“为保护知识产权、商业秘密或者数据安全所必须”,构成平台经济领域经营者从事限定交易行为的正当理由之一。

另一个例子是防止“搭便车”的法律制度,如反不正当竞争法对损害公平竞争秩序的“搭便车”行为的规制,以及反垄断法承认经营者具有防止“搭便车”的正当利益。它们均是以法律的形式,将搭便车者的获益成本“内部化”以及被搭便车者的投资获益“内部化”,实现激励投资的促进竞争目的。正如马弗尔和麦卡弗蒂在评论学界为RPM提出的众多效率解释时指出的那样,“根据其中每一种解释,生产商采取RPM以保护有助于提升产品销售的经销商投资。此等投资的成本性质

〔122〕 See Arnold C. Harberger, *Monopoly and Resource Allocation*, 44(2) *The American Economic Review* 77, 78(1954); Richard A. Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83(4) *Journal of Political Economy* 807, 807 - 808 (1975); Oliver E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, 58(1) *The American Economic Review* 18, 22 - 24 (1968).

〔123〕 Erik Hovenkamp, *Platform Antitrust*, 44(4) *Journal of Corporation Law* 713, 742 (2019).

〔124〕 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 3A, 3rd ed., Wolter Kluwer, 2008, p.3.

〔125〕 *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

决定了,生产商必须进行干预,以此为这些投资形成财产权”。^[126]

其次,竞争损害无须伴随涨价,涨价并非损害竞争的必要条件。竞争维度具有多元性,一个行为损害任何一个竞争维度即可初步认定其损害竞争。正如美国学者蓝德指出的,“限制竞争行为不仅仅会扭曲市场价格,还会扭曲供应品的其他竞争特征,对消费者而言所有重要的竞争方面——价格、质量、品种等——都是反垄断法的关切对象”。^[127]例如,在底特律汽车经销商协会案^[128]中,某个都会区的汽车经销商共谋限制营业时间,只在早九点到晚五点期间营业。此种行为虽不影响价格,但毫无疑问损害了竞争。又如,2010年美国《横向并购指南》明确规定:“如果一项合并可能鼓励一个或多个企业因竞争约束或激励减少而提高价格、降低产出、减少创新或以其他方式损害消费者,则构成该合并增强市场势力。……该等非价格效果可能与价格效果并存,也可能单独存在。”^[129]再如,2011年欧盟《横向合作协议指南》规定:“一个协议要具有第101(1)条意义上的限制竞争效果,必须对至少一个市场竞争参数具有或者可能具有明显的负面影响,如价格、产出、产品质量、产品种类或创新。”^[130]

申言之,低价甚至可能损害竞争,虽然一般认为低价有利于消费者。最明显的例子是掠夺性定价。虽然短期内消费者能够从低价行为中受益,但若满足特定的市场条件,低价倾销会导致竞争对手退出市场,长远来看对竞争有害。又如选择性的价格歧视行为。虽然它包含着针对特定客户的降价成分,但在特定条件下亦会损害竞争——行为人针对竞争对手的客户选择性地提供较低价格,即歧视自己的客户而优待竞争对手的客户,以此大量抢夺竞争对手的客户,排斥竞争对手,在特定市场条件下损害市场竞争。再如买方垄断行为。多数此类行为导致的直接后果是压低上游供应商获得的销售价格,但这种低价与卖方垄断中的高价一样均属于竞争受损的表现。

从上述两个方面来看,竞争损害与价格上涨之间并不存在直接对应关系。以价格的涨跌来判断竞争受损与否缺乏根据。在RPM场景中亦不能简单地以导致涨价作为判断竞争损害的标准。

(二) 价格涨跌并非判断消费者福利的可靠指标

消费者价值是一个包含多元要素的概念,价格只是其中之一。客户在购买商品时除看重价格以外,还看重很多非价格因素,^[131]包括相关服务,例如便利的营业时间、充足的存货、宜人的购物环境。对于复杂的产品,他们还需要相关的产品介绍和演示等。鉴于消费者价值要素的这种多元

^[126] Marvel & McCafferty, *supra* note [5], at 1079.

^[127] Robert H. Lande, *A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice*, 81 Fordham Law Review 2349, 2391 (2013).

^[128] *In re Detroit Auto Dealers Ass'n*, 111 F.T.C. 417 (1989).

^[129] U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines* (19 August 2010), p.2.

^[130] *Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements* (OJ C 11, 14.1.2011, p.1-72), para.27.

^[131] See *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 55 (1977):“服务和维修对许多产品而言至关重要,如汽车和大型家庭用品。是否提供该等服务及其质量会影响生产商的声誉及其产品的竞争力。”Ralph A. Winter, *Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition*, 108(1) *The Quarterly Journal of Economics* 61 (1993): 研究表明,消费者异质化程度较高时,如果经销商过度强调价格竞争而忽视服务竞争,将导致对生产商产品的最终需求下降,即便不存在搭便车问题。[美]莫里斯·E.斯图克、艾伦·P.格鲁内斯:《大数据与竞争政策》,兰磊译,法律出版社2016年版,第143页:“价格只是一个竞争参数,并且在多边市场上也不是一个非常重要的竞争参数。”

性,仅以其中一个价值要素作为消费者福利的指标,显然不具有科学性。

首先,涨价并不必然意味着消费者福利受损。价格上涨可能伴随着其他价值要素的提升,从而使消费者从中获得的福利水平总体上有所提升。正因为如此,如若以消费者福利作为衡量竞争损益的指标,必须非常谨慎地使用价格效果方面的证据:“价格观察并不能充分处理竞争问题。价格上涨的同时亦可能出现产出增加,如下情形即是如此:经销商提供了更多受客户青睐的销售点服务,或者生产商使用成本更高的策略、以其他方式实现其产品的差异化。”^[132]在这些情况下,虽然价格有所上涨,但消费者消费该产品的数量同时增加,导致其需求曲线向外移动(需求增加)。^[133]根据显示性偏好理论(revealed preference theory),^[134]某商品需求量的增加通常即表明商品更受消费者青睐,进而反映出消费者福利的提升。因此,正如赖因德尔(Reindl)所指出的,“即便某供应商的分销方案导致自己的产品价格上涨,这一效果也不必然表示消费者福利受损”。^[135]亦如乔戈(Csorgo)指出的那样,“虽然RPM确实经常导致涨价,但是应予考察的反事实状态是,若无实施RPM该零售商是否会同样广泛而有效地提供该产品,因而,在实施RPM的状态下该产品的总需求量更大,其中反映着消费者对各种相关‘服务’的赋值(这里的服务被宽泛界定为包含消费者看重的所有非价格竞争要素)”。^[136]

申言之,正是由于导致价值提升的众多因素都可能既提高价格又提升需求水平,若生产商希望以提升价值的方式赢得客户,其采取的众多竞争决策都可能存在涨价表象。正如美国联邦最高法院在丽锦案中指出,“生产商做出的以及通过一致行为实施的许多决策都可能导致涨价。例如,生产商可能与多个供应商签约,以获取有助于改进产品质量的高品质投入品,也可能聘请广告代理商促销其产品。但没有任何人会认为这些行为因导致涨价而违反《谢尔曼法》。反垄断法并不强迫生产商生产消费者不知道或不想要的通用产品。生产商之所以努力提高产品质量或促销品牌,是因为它相信此举虽导致价格上涨但也会提升需求”。^[137]

其次,降价亦不必然意味着消费者受益。一项措施采取之后,随着时间的推移往往会产生不同的影响。因此,采用长期视角还是短期视角,往往会得出不同的结论。例如,价格、服务和店铺档次都是传递产品质量的重要信号,而RPM有助于维护此等质量信号。禁止RPM之后,产品在消费者心目中的感知品质^[138]短期内尚未发生变化,但购买价格下降。消费者会认为在此价格购买此产品物有所值。这必然会带来更大销量。

但是,随着时间的推移,价格下降、服务减少和店铺档次降低将会导致产品的感知品质下降,

[132] Areeda & Hovenkamp, *supra* note [117], at 246.

[133] F. M. Scherer and D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd ed., Houghton-Mifflin, 1990, p.544 - 546.

[134] 该理论由保罗·萨缪尔森于1948年提出。基本含义是,消费者在一定价格条件下的购买行为暴露了或显示了其内在的偏好倾向,因此我们可以根据消费者的购买行为来推测其偏好。See Paul A. Samuelson, *Consumption Theory in Terms of Revealed Preference*, 15(60) *Economica*, New Series 243 (1948).

[135] Andreas P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, 33 *Fordham International Law Journal* 1300, 1319 (2010).

[136] Lilla Csorgo, *Resale Price Maintenance Provisions: Who has it Right?* Paper presented at the 9th Annual University of South Australia Competition and Consumer Workshop, Adelaide, 15 October 2011, p.12, <http://w3.unisa.edu.au/crma/docs/CCW%202011/Paper%20and%20Commentaries/Day2session1.pdf>.

[137] *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 896 - 897 (2007).

[138] 感知品质(perceived quality)即消费者对产品适用性和其他功能特性适合其使用目的的主观理解。

消费者认为下降后的价格不再物有所值,从而会减少购买量。^[139]正如克莱因(Klein)所指出的,考察取消 RPM 会产生的价格效应没有意义,因为“即便能够控制过渡期发生的行业其他要素,并且考察长期而非短期价格变化,该等效果也没有考虑法律行动诱发的产品质量变化。质量下降(例如提供的特殊服务水平下降)将导致物理产品的需求曲线下移,因此降低价格”。^[140]亦如马弗尔和麦卡弗蒂所指出的,“品牌商品的生产商显然为了保护其品牌资本而实施 RPM。禁止 RPM 之后,价格将会下降,销量将会增加,直至该等资本被耗尽”。^[141]

实证研究证明了这一观点。谢泼德(Shepard)通过考察 1976 年 1 月美国联邦废除公平贸易法之后 18 个月的数据(1976 年 1 月—1977 年 6 月),得出如下结论:“从零售商处收集的数据表明,零售层面价格竞争程度的提升,一定程度上弱化了促销、库存和顾客服务等方面的非价格竞争。”^[142]例如,有 15% 的受调查的零售商指出,在取消公平交易法之后,他们自己或者竞争对手减少了广告预算。1976 年的报纸广告数据也显示,在原来实施公平贸易法的区域,取消公平贸易法以后,零售广告增速大幅低于原本就禁止 RPM 的区域,分别为 5.53% 和 12.47%。非折扣类专门店的经理们还表示,他们终止了附近折扣店有售的某些产品线。被调查者还普遍表示,降价迫使零售商削减服务水平。1975 年 12 月到 1976 年 12 月之间,原来公平贸易州的零售雇员数量增速放缓(2.33%),低于原来自由贸易州的增速(2.94%);原来执行 RPM 较为严格的州,其零售雇员增速放缓尤其明显(1.97%)。^[143]

三位美国学者在评述联邦贸易委员会(FTC)处罚富乐绅公司 RPM 案时指出,“即便在 FTC 执法命令颁布后富乐绅鞋子的平均价格下降,消费者总体上还是受到了损害,因为该案对富乐绅的质量信号努力造成负面影响”。^[144]易言之,取消 RPM 后出现的价格下降可能是源于消费者感知的产品质量下降,进而引发需求减少和价格下降。

1977 年李维斯公司的 RPM 行为受到 FTC 调查。该公司随即主动放弃了 RPM。此后其牛仔服价格大幅下降,公司销售额和股价也随之飙升。这似乎说明了 RPM 导致了高价,损害消费者利益。例如,时建中等以此案例支持“RPM 被过度使用,最终不仅损害制造商,更损害消费者”的论断。^[145]然而,接下来发生的事情对此解释提出质疑。到 1980 年代初期,这种繁荣逐渐消退,李维斯公司和牛仔服市场的利润双双下降。这种下降是否与放弃 RPM 有关并不清楚。但至少存在如下可能,即 RPM 传递了李维斯高端品牌的形象,放弃 RPM 则玷污了这种形象,降低了其在消费者心中的价值。与此同时,1979 年兴起了一种新型牛仔裤——有设计师标名的名牌牛仔服(designer jeans),取代了李维斯原有的高端牛仔服地位。^[146]这也许在一定程度上也印证了 RPM 对于维护高端形象的重要性。

[139] Tibor Scitovszky, *Some Consequences of the Habit of Judging Quality by Price*, 12(2) *The Review of Economic Studies* 100 (1944). 该文认为,我们在商店看到一件商品时,通常赋予其两个价格:一个是正常价格,它是“价值的指标”;另一个是实际的、观察到的价格。

[140] Benjamin Klein, *Study Protocol for Design of the Vertical Restraints Research Project*, in Lafferty et al. eds., *supra* note [80], at 476.

[141] Marvel & McCafferty, *supra* note [5], at 1089.

[142] Shepard, *supra* note [65], at 231.

[143] *Ibid.*, at 231–233.

[144] Ronald et al., *supra* note [80], at 17.

[145] 见前注[22],时建中等文,第 31 页。

[146] Scherer & Ross, *supra* note [133], at 554.

（三）涨价缺乏区分 RPM 反竞争效果和促进竞争效果的能力

经济学研究成果揭示出,RPM 同时具有促进竞争效果和反竞争效果。^[147] 但 RPM 导致涨价这一事实本身并不能揭示涉案行为具有何种竞争效果。在以“不受限制时的原本价格”作为比较基准(基准 1)时,理论上我们可以测算出 P^A 与 $P^{\sim A}$ 的差额,但并不清楚该差额仅为垄断涨价 γ 、其他因素导致的涨价 α 抑或纠正市场失灵的涨价 β ,还是同时包含 α 、 β 和 γ 。这是因为涨价“总体上与实施 RPM 之促进竞争理论和反竞争理论均是一致的”。^[148] 质言之,涨价是 RPM 发生各种竞争效果时均需要具备的一个必要条件或效果的发生机制。

例如,RPM 被用于便利共谋和排斥效果时,固然都需要以较高的经销利润率吸引经销商接受反竞争的方案,从而需要以提高经销利润率作为手段。然而,RPM 应对“搭便车”问题时,亦需要约束经销商在价格方面的竞争,从而激励其在非价格方面展开竞争;RPM 的合同执行功能发挥,需要以 RPM 向经销商保障一定的利润水平,并威胁经销商如不执行经销合同会失去这些诱人的回报。

因此,毫不奇怪的是,有关 RPM 价格效果的实证研究都观察到 RPM 导致价格普遍上涨。布莱尔对此评价道:“然而这一结果恰是我们预期出现的。RPM 的关键就在于限制转售商的定价自主权以阻止降价。这一结果没有向我们透露 RPM 合理性方面的任何信息。”^[149]

事实上,众多国外著名反垄断法和经济学学者都认识到了 RPM 的这一特点。例如,科马诺指出,RPM 的“具体实施目的就是要限制品牌内竞争从而导致价格高于原本设定的水平。无论是由大型分销商出于反竞争目的煽动实施的,还是由生产商出于促进竞争目的主动实施的,都会导致这种结果。两种情况都会带来价格提高,因此该等限制的价格影响不能区分促进竞争的和反竞争的 RPM”。^[150]

伊斯特布鲁克(Easterbrook)法官指出,“如果不增加经销商利幅,生产商便无法要求经销商提供更多服务”。^[151] 霍温坎普指出,“根据具体情况的不同,品牌内限制反映的背后实质可能是经销商参与生产过程,也可能是反竞争的固定价格行为。……在适用合理原则的 RPM 案件中,真正要考察的反垄断法问题是,一个具体 RPM 行为实际属于生产过程的一部分,还是仅仅属于价格限制?”^[152]

时任 FTC 委员的约书亚·莱特(Joshua D. Wright)指出,“仅测度最低转售价格维持对价格的影响并不能揭示其竞争效果,因为促进竞争效果理论和反竞争效果理论均预测同等条件下会导

[147] 相关介绍,参见前注[4],兰磊:《最低转售价格维持的结构型合理原则分析》,第 32—50 页;王自力、黄文韬:《制造商为什么要实施转售价格维持:一个文献述评》,载《产业组织评论》2018 年第 1 期,第 186—208 页。

[148] Overstreet, *supra* note [82], at 106. See also Roger D. Blair, *The Demise of Dr. Miles: Some Troubling Consequences*, 53 Antitrust Bulletin 133, 147 (2008):“RPM 的本质——无论用于支持卡特尔还是促销产品——都需要把价格提高到没有 RPM 时本来会出现的水平之上。”Baxter, *supra* note [71], at 945:零售价格上涨尽管与 RPM 的损害竞争解释相一致,也“可与 RPM 的良性解释完全相一致”。

[149] Blair, *supra* note [148], at 147-148.

[150] William S. Comanor, *Antitrust Policy toward Resale Price Maintenance Following Leegin*, 55(1) Antitrust Bulletin 59, 69 (2010).

[151] Frank Easterbrook, *Vertical Agreements and the Rule of Reason*, 53 Antitrust Law Journal 135, 156 (1984).

[152] Herbert Hovenkamp, *Antitrust and the Design of Production*, 103 Cornell Law Review 1155, 1170-1171 (2018).

致涨价”。^{〔153〕} 时任新西兰商业委员会首席经济学家的莉拉·乔戈指出，“即便是有效率的 RPM 也会伴随比无此行为时更高的价格，很多人发现这种结果难以理解”。^{〔154〕}

卢格德(Lugard)指出，“涨价对于区分 RPM 的促进竞争效果与反竞争效果而言具有的意义不大甚或完全没有意义”。^{〔155〕} 雅各布(Jacobs)指出，“即便各种促进竞争效果理论通常也依赖更高转售价格作为带来其他消费者利益的机制”。^{〔156〕} 冈德拉奇(Gundlach)指出，“对 RPM 的促进竞争解释和反竞争解释均将涨价包含于对其竞争效果的描述之中”。^{〔157〕}

这些反垄断权威人士的论述足以说明，试图以 RPM 引起价格变化来判断其是否损害竞争，是徒劳的，因为价格变动方向与竞争损害之间并不存在一致性。

结语：超越 RPM 的意义

在有关 RPM 的争论中，导致涨价似乎成了不证自明的真理。然而，经过仔细剖析可见，这种主张存在众多问题。其用以判断价格上涨的基准往往是不明确的。在论者所用的可识别的几种比较基准之中，有些不具有任何政策意义（如基准 1），有些会导致糟糕的政策（如基准 2 和 4），有些虽然可取但不具有可操作性（如基准 3），有些则不具有判断福利/竞争损害的能力（如基准 5 和 6）。

本文研究表明，任何以导致涨价论证 RPM 损害竞争因而提出应对其采取严厉规制态度的主张，都是缺乏科学依据的。我们在个案中并无法采用这种方式判断 RPM 损害福利/竞争，何以能够以此支持蕴含 RPM 损害福利/竞争之判断的公共政策？

本文虽然围绕 RPM 的争议展开研究，但其结论具有更加普遍的意义。在反垄断法领域人们总是存在着以价格上涨认定或论证行为损害竞争（尽管不一定是本身违法）的冲动。例如，在食派士“二选一”案中，上海市市场监督管理局在论证涉案独家交易行为排除、限制竞争时，即以导致佣金和配送费上涨作为一个重要理由：“证据证明，当事人的上述行为造成合作餐厅商户的佣金比例和用户需要支付的配送费均有上涨，损害了合作餐厅商户和用户的福利。”^{〔158〕}

又如，在海瑞药业案中，南京市中级人民法院在分析被告从事以不合理高价销售商品行为时论述道：“商品销售价格是否公平、合理，需要根据不同的商品、不同的生产销售成本、不同的时间段生产销售商品等因素确定。但是在前述相关条件基本不变的情形下，一种商品的定价突然无缘由的忽高或忽低都不具有正当、合理性，其结果可能会出现排除、限制竞争，扰乱正常经营秩序，损

〔153〕 Joshua D. Wright, *The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy*, Remarks Before the British Institute of International Comparative Law 21 (April 9, 2014), p. 16, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/302501/140409rpm.pdf.

〔154〕 Csorgo, *supra* note 〔136〕, at 1.

〔155〕 Paul Lugard, *Some Reflections on Resale Price Maintenance*, 37(1) Legal Issues of Economic Integration 13, 18 (2010).

〔156〕 Michael E. Jacobs, *Legal Treatment of Vertical Restraints: Some Lessons from the Ongoing International Debates Regarding Resale Price Maintenance* (October 25, 2012), p. 12, <http://ssrn.com/abstract=2169113>.

〔157〕 Gregory T. Gundlach, *Resale Price Maintenance after Leegin: Topics and Questions for Research*, FTC Hearings on Resale Price Maintenance (May 20, 2009), p. 10, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/resale_price_maintenance_under_sherman_act_and_federal_trade_commission_act/ggundlachw.pdf.

〔158〕 上海市市场监督管理局行政处罚决定书，沪市监反垄处〔2020〕06201901001 号。

害其他经营者或消费者的合法权益的反竞争效果。”^{〔159〕}

以上案例均试图以价格的波动或高低本身来证明竞争损害。然而,前文分析表明,价格上涨并不能直接表明行为导致了竞争损害,此等证据并不具有独立的意义。

Abstract One important theoretical underpinning of the presumption of competitive harm by RPM is the opinion that RPM increases price. Holders of this opinion use quite a few benchmarks in drawing this conclusion. Taking complete competitive price as benchmark effectively demands manufacturers to price at their marginal costs. Taking the market price actually charged by a specific dealer effectively prohibits manufacturers from protecting their legitimate interests. Taking the price that would have existed without RPM as benchmark is meaningless, because this kind of price increase is the essence and necessary result of RPM. Taking price under workable competition as benchmark demands exclusion of other factors in calculating monopoly overcharge, being not administrative. Due to the multiplicity of elements of welfare, price increase by itself cannot prove injury to welfare; and price increase is neither necessary condition nor sufficient condition of competitive injury, therefore, price increase cannot prove competitive injury, either. In the natural experiments provided by the U.S. fair trade law practices, although RPM-induced price increases are observed, their essence is distortion caused by the fractured nature of RPM implementation in U.S. Data and methods of presenting data used to support the proposition of RPM increasing prices often are misleading. Therefore, that RPM increases price does not suffice to support the presumption of competitive harm by RPM. In the same token, the practice of using price effects as direct evidence of other competitive harm is also doubtful.

Keywords Antitrust, Resale Price Maintenance, Competitive Injury, Price Increase

(责任编辑:黄韬)

〔159〕 扬子江药业集团广州海瑞药业有限公司等与合肥医工医药股份有限公司垄断纠纷案,南京市中级人民法院民事判决书(2019)苏 01 民初 1271 号。