

论转售价格维持的反垄断法规制

曾 晶

(华东政法大学 经济法学院,上海 201620)

摘要:当今反垄断法在考察转售价格维持时,应适用合理规则,而不是本身违法规则。这主要分为两个步骤:首先,考察转售价格维持的负面效果,如果没有这类效果,则直接推定不予禁止;然后,再对此效果的行为进行效率考察,如果该行为产生的效率能弥补其负面效果,则也不受禁止,反之则应禁止。2013年我国发展改革委员会和上海市高等法院处理的三个转售价格维持案件,均没有完整准确地把握这一方法,这将不利于我国反垄断法的实践。基于反垄断执法的现实需要,我国今后应结合国外成熟经验和本土实际情况,尽早摸索出可行的规制路径。

关键词:转售价格维持;生产商价格卡特尔;零售商价格卡特尔;支配性零售商封锁手段

中图分类号:DF414 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-0150(2016)02-0116-13

一、问题的提出

转售价格维持自诞生之日起,世界各国反垄断法就予以高度关注,长期采用“本身违法规则”的严厉规制态度。但20世纪70年代以后,随着反垄断法价值目标与考察重心的转变,转售价格维持逐渐不再适用“本身违法规则”,转而适用“合理规则”。这表明,转售价格维持在当前反垄断法框架下,只有经过正负竞争效果的全面分析,方可判断其是否违法,而非一律不合法。

我国《反垄断法》也试图对转售价格维持采用类似的规制套路,但如何根据第14条和第15条的规定来具体分析其正负竞争效果,我国目前尚没有既存的做法可循,仍需借鉴他国的成熟经验。^①当下,我国经济体制改革已涉“深水区”,许多行业中转售价格维持的现象日益凸显,这明显不利于我国市场经济的持续健康发展,因而运用反垄断法来规制这类行为,维持市场有效竞争结构已迫在眉睫。2013年伊始,我国发改委和上海市高院就陆续处理了三个典型的转售价格维持案件,尤其是后者判决的“锐邦诉强生案”,更是我国法院处理的第一起转售价格维持案件,也是我国反垄断司法实践的一个标志性事件。因此,运用反垄断法的基本原理来分析这几个案件,对厘清转售价格维持的分析思路,完善相应的考察标准及流程具有重大实际意义。

在近期茅台、五粮液及洋奶粉案件中^②,我国发改委只考察了转售价格维持对同一品牌内价格竞争、不同品牌间竞争、消费者利益与选择,以及公平有序市场竞争秩序的负面影响,而没有考察该

收稿日期:2015-11-16

基金项目:上海市哲学社会科学青年项目“转售价格维持反垄断法规制方法研究”(2015EFX005)。

作者简介:曾晶(1984—),男,湖南邵阳人,华东政法大学经济法学院讲师。

^① 对此,我国学者既有主张借鉴欧盟的做法,也有主张借鉴美国的做法,同时还比较了这两方面做法的优劣。

^② 茅台案是指贵州省物价局对贵州省茅台酒销售有限公司限定经销商向第三人销售茅台酒最低价格进行处罚的案件;五粮液案是指四川省发改委对宜宾五粮液酒类销售有限责任公司限定全国经销商向第三人销售白酒最低价格,并达成实施白酒销售价格纵向垄断协议进行处罚的案件;而洋奶粉案则是指国家发改委反垄断局对多美滋、合生元、美赞臣、惠氏、雅培等洋奶粉企业通过一系列手段控制经销商转售价格进行处罚的案件。

行为对竞争的正面积极影响,就直接依据《反垄断法》第14条予以禁止。而在锐邦诉强生案中,上海市高院则既论证了转售价格维持将产生明显排除品牌内竞争、降低品牌间价格竞争以及限制经销商定价自由等负面影响,又论证了其不存在促进产品质量和安全性提升、解决零售商“搭便车”问题、促进新品牌与新产品进入市场以及其他明显促进竞争效果。可见,我国在考察转售价格维持的负面竞争效果时,往往只关注其纵向竞争效果,而忽略其横向竞争效果,或没有将考察重心放在后者上。但经营者实施转售价格维持的最终目的绝非是为了限制品牌内部竞争,而是希望通过该行为来变相固定产品之间的价格,以便达成和维持横向价格卡特尔,削弱品牌之间的有效竞争,获取高额垄断利润,最终导致产品价格上涨,总产出减少,这是反垄断法所禁止的。因此,在茅台等案中,应重点考察品牌间的竞争是否受到损害,若这方面竞争充分,则即便限制了品牌内部竞争,一般也不受禁止;只有当前者竞争不充分时,才应重视转售价格维持对后者的影响。

转售价格维持也会促进竞争,因而考察其是否具有正面竞争效果是不可或缺的环节。而对于这一方面的内容,我国发改委和上海市高院在上述案件中,要么不做任何解释与说明,而断然放弃考察转售价格维持是否具有积极效果;要么虽有所关注,但又刻意混淆考察因素与步骤,让人无法弄清其真实意图。我国这种对转售价格维持竞争效果的片面考察,不仅会加剧争议的产生,也会阻碍今后对其进行科学有效的规制,尤其是当重点关注石油、电信、汽车以及银行等行业的类似行为时。为此,本文拟参考世界各国考察转售价格维持的通行做法,结合我国《反垄断法》第14、15条的立法原意,并在具体分析上述案件的过程中,尽可能勾勒出考察转售价格维持的路线图,以期为我国构建完整的转售价格维持规制方法与操作规程提供一种参考。

二、转售价格维持的界定:考察之先决条件

转售价格维持是否应受到反垄断法的审查,首先是看其是否构成纵向垄断协议,这在我国就是看其是否符合《反垄断法》第14条前两款关于“固定”或“限定”转售价格的规定,因而其又被称为“纵向价格限制协议”,它特指生产商先将产品卖给经销商,后又通过合同或协议试图控制其转售价格的行为。^① 这具体包括以下几个方面:

(一)“转售价格”的内涵

在反垄断法上,“转售价格”的核心就在于“转售”一词。它意味着产品发生了两次销售,而且每次销售所有权都进行了转移:(1)生产商将其产品卖给经销商或零售商,这时后者已经取得了该产品所有权;(2)经销商或零售商再将该产品卖给第三人,比如终端消费者,这次销售又称为“转售”,此时第三人已是该产品的所有权人。

由于生产商在第一次销售中是其产品的所有权人,因而它当然有权决定以什么样的价格,将该产品卖给经销商或零售商,这是财产所有权制度赋予它的定价自由,无论价格高低,反垄断法均无权也无需过问;而在“转售”关系中,生产商既不是所有权人,也不是销售当事人,却要限定该产品的转售价格,并要求经销商或零售商遵循,似乎就没什么道理可言,因为根据财产转让规则,该行为侵犯了经销商或零售商的财产权与契约自由,是不合法的。^②

如果在这两次销售中,所有权并没有像上述一样发生两次转移,则就不构成“转售”,^③这是与“委托代理行为或协议”的显著区别。在委托代理中,代理人并没有拥有所有权,它的一切行为都是

^① 赖源河:《公平交易法》,中国政法大学出版社2002年版,第271页。

^② Dr. Miles Medical Co. v. John D Park & Sons Co., 220 U. S. 373(1911).

^③ Levine v. Central Fla. Med. Affiliates, 72 F. 3d 1538(11th Cir.), cert. denied, 519 U.S.820, 117 S. Ct. 75(1996).

被代理人意志的体现,因而这里只发生了一次销售,所有权也只转移了一次,即从被代理人直接转移到第三人,那么它要求代理人按照其所定的价格销售,就不构成转售价格维持,因为被代理人作为所有权人,理应享有自由定价权。^①

但如果生产商假借“委托代理”之名,而行“限制转售价格”之实,则即便在形式上属于“委托代理关系”,也应认定为构成“转售”。事实上,生产商很容易在形式上将其转售合同,改变成像是个委托代理协议,因而要想使“委托代理合同”不成为“规避反对固定价格的规则”,我们在对这类协议的真实性和合法性进行考察时,应着重关注双方当事人之间的风险划分,而不是书面合同上写了什么。^②因此,所有权是否发生转移以及当事人之间风险如何划分,是区分“委托代理”与“转售”的关键因素。若代理人既没有所有权,又不承担任何风险,或承担风险很小,则就构成“委托代理”,而不是“转售”,反之亦然。^③

另外,“转售价格”是一种关于价格的行为,它仅限指经销商或零售商将产品转售给第三人的价格,不包括其他非价格交易条件,但其与横向固定价格又有所不同:(1)横向固定价格的目的是消除协议当事人之间的竞争,因而它既可以采用直接方式来固定价格,如固定明确的金额、差价及价格波动幅度等,又可以采用间接方式,如固定销售利润、最高折扣水平等;而转售价格维持则一般是直接确定转售价格的金额,但也不完全排除采用其他方式,这需要具体个案具体分析。(2)对于转售价格维持的认定,不仅须证明价格协议的内容,还须证明价格约定是该协议的目的;而横向固定价格则只须证明是否就价格达成了协调,无须证明其内容。^④

(二)“协议”的证明

我们要谴责转售价格维持,就要证明其构成纵向限制协议,^⑤即证明经营者是否订立了《反垄断法》第14条所禁止的垄断协议:(1)当事人须就转售价格达成一致意见或共同方案,并能产生强制性约束力;(2)协议中须有确定具体的转售价格或价格水平,而不是仅涉及“价格”;(3)当事人有共同从事非法目的的意识或企图。

要证明转售价格维持构成纵向限制协议,应首先考察当事人是否就转售价格达成合意,而且均严格遵守这一约定。如果当事人没有统一意见,而是某一方单独决定限制转售价格,则其就不构成纵向限制协议,只能视为纯粹的单方行为。而即便有约定,但如果没有约束力,则也不能认定为构成纵向限制协议,所以没有约束力的价格建议就不在此列。但是,在个案中也应注意考察“建议”的真实性,以免当事人借“建议”的假相来掩盖“约束”的实质。^⑥

在 *United States v. Colgate & Co* 案中,美国最高法院对单方行为与转售价格维持协议进行了区分。它指出,Colgate 事先单独宣布它在什么情况下拒绝销售其产品,是契约自由原则赋予它的应然权利,并不构成转售价格维持,因为后者是一种当事人关于转售价格达成合意的协议。^⑦ 在此

^① *Illinois Corporate Travel, Inc. v. American Airlines*, 806 F.2d 725(7th Cir. 1986), after remand, 889F. 2d 751, 752—753(7th Cir. 1989), cert. denied, 495 U.S.919, 110S.Ct. 1948(1990).

^② *Simpson v. Union Oil Co*, 377 U. S. 13, 84 S. Ct. 1051(1964).

^③ 黄勇、董灵:《反垄断法经典判例解析》,人民法院出版社2002年版,第336页;[美]理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第209—210页。

^④ William E. Kovacic, *The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws*, *Antitrust Bull.*, Vol. 38, 5—16 (1993).

^⑤ [美]欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦契奇等:《反垄断法与经济学》,任勇等译,法律出版社2009年版,第214—217页。

^⑥ Richard A. Givens, *Antitrust: an Economic Approach*, Philadelphia: Law Journal Seminars Press, 2005, pp. 8—26.

^⑦ *United States v. Colgate & Co*, 250 U. S. 300, 39 S. Ct. 465(1919).

基础上,美国法院形成了一个区分二者的 Colgate 原则:(1)生产商单独宣布其交易条件,并拒绝一切不接受该条件者,即便这时零售商没有降价,也属于单方行为;但如果双方为此有过协商,或生产商对零售商施加过任何形式的强迫,则就属于转售价格维持协议。(2)如果某个零售商向生产商抱怨另一个零售商正在降价,这时生产商不能终止与后者的交易,否则就构成通谋行为,而不是单方行为。^①

如果禁止生产商拒绝与零售商交易的行为,仅是由于其据以采取这种行为的信息最初是起源于对价格的抱怨,则这样的规则会使市场发生不合理的错误配置。^②因此,美国最高法院在 *Spray-Rite Service Corp. v. Monsanto Co* 案中,否决了 Colgate 原则,认为“不能仅根据抱怨的存在来推定构成转售价格维持协议,哪怕生产商确因为这种抱怨而终止了与降价零售商的交易。只有当我们能证明‘双方有意识地从事一个追求某种非法目标的共同方案’时,才能认定存在转售价格维持协议”。^③“现实交易中生产商通常会与其零售商交换价格信息,但我们不能据此就认定构成转售价格维持协议。虽然抱怨者举报的是价格,而 Monsanto 终止的真正原因则是 Spray-Rite 没有按照其要求,去配备‘受到技术训练的、能够促销 Monsanto 产品的专业人员’,这是前者所特别关心的。因此该案的实质不是价格限制,而是非价格限制,价格抱怨只不过是其终止交易的借口而已。”^④自 Monsanto 案后,美国有些法院就刻意削弱了 Colgate 原则的适用,而更关注是否存在关于“价格”的适格协议。^⑤但明确要求“协议不能只是‘关于价格’的,必须要有确定具体的转售价格或价格水平”,则还是 *Business v. Sharp* 案之后的事情。美国最高法院认为,Sharp 因零售商扬言威胁而采用建议零售价格体系虽构成协议,但并不是关于转售价格的协议,因为它们之间必须要有“零售商须采用什么价格比较具体的协议”时,才能予以认定。如果没有关于价格或价格水平的协议,则这一行为就不是本身违法的,不应受禁止。因此,我们不能只证明是“关于价格”的,还必须证明价格的具体水平。^⑥

在茅台等案中,所涉产品均发生了两次销售,所有权也进行了两次转移:(1)茅台、五粮液、洋奶粉企业以及强生将其产品卖给零售商或经销商,这时后者取得了该产品的所有权,并独立承担所有经营亏损风险;(2)零售商或经销商独自将该产品卖给了独立的第三人,这时后者成为所有权人,因而茅台等生产商与其零售商或经销商之间不存在“委托代理”关系。同时,双方还通过合同约定、价格管控、考核奖惩等方式,对产品的转售价格达成了合意,约定不得以低于具体价格来销售,并严惩私自降价者,以实现控制产品价格的非法目的。这均足以表明我国发改委和上海市高院根据《反垄断法》第 14 条来规制上述行为是正确的。

(三)最高转售价格维持与最低转售价格维持的区别

起初,反垄断法对最高转售价格维持与最低转售价格维持一律采用“本身违法规则”来禁止。

^① E. P. Krugman Soap, Cream of Wheat and Bakeries, the Intellectual Origins of the Colgate Doctrine, St. John's L. Rev., Vol.65: 827(1991).

^② [美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》,许光耀等译,法律出版社 2009 年版,第 510 页。

^③ *Spray-Rite Service Corp. v. Monsanto Co*, Monsanto, note 9, 465 U.S. at 768, 104 S. Ct. at 1471.

^④ Phillip Areeda, Louis Kaplow, Aaron S. Edlin, *Antitrust Analysis-Problems: Text and Cases*, New York: Aspen Publishers, 2004, p. 668.

^⑤ 例如,在 *Isaksen* 案中,法院指出即便生产商对价格进行了骚扰,这也不一定是违法的,除非该骚扰实际上使得零售商提高了价格。参见 *Isaksen v. Vermont Castings, Inc.*, 825 F.2d 1158, 1163(7th Cir. 1987), cert. denied, 486 U.S. 1005, 108 S. Ct. 1728(1988)。另外,在 *Jeanery, Inc. v. James Jeans, Inc* 案中,“对零售商提出劝告,如果不遵守转售价格就终止交易关系,这并不违法”。参见 *Jeanery, Inc. v. James Jeans, Inc.*, 849 F.2d1148—1159(9th Cir. 1988)。

^⑥ *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 728, 108 S. Ct. 1515,1521(1988)。

但人们逐渐认识到最高转售价格维持一方面不会限制经营者的竞争行为,另一方面又能限制零售商的市场力量,对生产商和消费者均有好处,因而其一般应是合法的,可以不作为纵向垄断协议看待,除非它是以“固定最高转售价格”之名,达成“固定最低转售价格”之实。

早期反垄断法禁止最高转售价格维持的理由,也主要是基于“所有权、契约自由”等自然权利。在 *Albrecht v. The Herald Co* 案中,美国最高法院认为, *Herald* 公司规定报纸投递机构的最高转售价格属于本身违法,应予禁止:(1)零售商应有确定自己售价的自由,不论是固定最高转售价格,还是最低转售价格,都会损害到这种自由,这将从根本上把零售商彻底清除掉;(2)如果生产商基于错误的认识,将最高转售价格定得过低了,这会导致零售商无力为消费者提供必需的或想要的服务;(3)最高转售价格维持有可能会损害经营规模小、成本高的零售商,而有利于经营规模较大、成本较低的零售商来进行销售。^①

但美国许多学者对此诟病不已,他们认为, *Herald* 采用最高转售价格维持是为了控制零售商长期的固定价格,以便使报纸的零售价格更接近于竞争性水平,这既会增加产出,又会降低价格,对 *Herald* 和读者均有利。^② 不论反托拉斯法的目标是强调效率,还是强调消费者福利,或是防止财富从消费者转移到垄断者,都应该允许这种善意的最高转售价格维持,因而对其适用本身违法规则均北辕适楚。^③ 鉴于此,美国最高法院在 1997 年的 *State Oil Co. v. Khan* 案中,推翻了这一长达 30 年的判例,并指出最高转售价格维持并不会显著损害竞争,而且通常还有利于消费者的福利,应适用合理规则,而非本身违法规则。 *State Oil Co* 虽对 *Khan* 只提出了建议价格,但由于存在附加限制条件,实则具有固定价格的效力;如果 *Khan* 的零售价高于建议价格,则进价也会相应提高,而且超出部分还必须上交给 *State Oil Co*,这是无利可图的,因而它只会遵守建议价格的规定,这显然与直接固定最高转售价格无异。我们只有对最高转售价格维持的负面影响有了充分了解时,才能适用本身违法规则来禁止,否则就只能适用合理规则,以免扼杀无辜者。生产商采用最高转售价格维持能确保零售商在不受任何竞争约束的情况下,也不能采用垄断高价来损害它和消费者的利益,这对竞争而言是有利的,因而最高转售价格维持一般应当是合法的。尽管 *State Oil Co* 固定的是“最高转售价格”,但它要求双方当事人按其建议的“最高价格”来调整各自价格,并尽量使之相互靠拢,这显然是以此来达到固定“最低转售价格”的真实目的,应作最低转售价格维持来对待。^④

三、转售价格维持的负面效果:禁止的基本理由

转售价格维持是否应受到反垄断法的禁止,并不在于其是否构成纵向垄断协议,而在于其是否会对竞争产生负面影响,若有则应禁止,反之则不用禁止。这与横向固定价格不同,只要存在横向固定价格协议,不论是明示的还是默示的,一律视为本身违法的。纵使我国发改委和上海市高院在茅台等案中,能够证明其行为构成纵向垄断协议,也不应像第 13 条对待横向垄断协议那样直接禁止,而应进一步考察其是否会产生不利竞争效果。

(一)普通法上的禁止理由

对转售价格维持一律禁止最早起源于美国 1911 年的 *Dr. Miles Medical Co. v. John D Park &*

^① *Albrecht v. The Herald Co.*, 390 U. S. 145, 88 S. Ct. 869(1968).

^② Blair, G. L. Lang, *Albrecht ARCO: Maximum Resale Fixing Moves Toward the rule of Reason*, *Yale. L. Rev.*, Vol.44: 1007(1991).

^③ R. Blair A. Fesmire, *Maximum Price Fixing and the Goals of Antitrust*, *Syracuse L. Rev.*, Vol.37: 43(1986); F. Easterbrook, *Maximum Price Fixing*, *U. Chi. L. Rev.*, Vol.48: 886—890(1981).

^④ *State Oil Co. v. Khan*, 522 U. S. 3, 118 S. Ct. 273, 280, 281, 282, 285(1997).

Sons Co.案。由于该案被告 John D Park & Sons Co 私自违背了原告 Dr. Miles 所制定的最低转售价格政策,因而后者以恶意干涉其与批发商所订立的合同,并引诱批发商违反合同造成相应损失为由,向法院起诉了前者,要求禁止其行为。肯塔基州东区联邦法院、第六巡回上诉法院以及联邦最高法院一致认为,根据普通法上关于财产转让的规则,Dr. Miles 对批发商的转售价格进行限制是不合法的、无效的。

Dr. Miles 并不赞同法院的观点。它申辩道,限制最低转售价格是防止他人通过折扣来干扰其经销体系所必需的手段。但联邦最高法院并没有接受这一理由,认为“生产商实施转售价格维持就是为了通过固定产品销售价格来限制或破坏竞争,这不仅会阻碍经营者之间的贸易往来、买卖交易、协商谈判和合同签订,也无助于社会公共利益的提升,因而 Dr. Miles 这种限制最低转售价格的契约,违反了《谢尔曼法》第 1 条的规定,是彻头彻尾的限制,是完全的非法,应以本身违法规则来一律禁止”。^①

此后近一百年里,美国法院虽一直遵循该判例来规制转售价格维持,但经过 U. S. v. Colgate & Co.案、《公平贸易法》、《米勒—泰丁斯法》、《麦克盖瑞法》、《消费商品定价法》、California retail Dealers Assn'v. Midcal Aluminum 案、Monsanto Company v. Spray-rite service Corporation 案、Business Electronics v Sharp Electronics 案等法律法规与经典案例的诠释和发展,美国已不再根据普通法上的财产转移规则来考察该行为的违法性,而开始注重考察其对有效竞争存在的不利影响。^② 概括起来说有两方面:一是有利于生产商相互达成价格卡特尔;二是有利于零售商相互达成价格卡特尔或拥有支配地位的零售商封锁相关零售市场。

(二)有利于生产商达成价格卡特尔

由于生产商价格卡特尔的整体利益与其成员的个体利益往往不一致,这一性质注定了其成员会进行欺骗与背叛。而转售价格维持则能有效防止该行为的发生:(1)在零售价格固定的情况下,生产商价格卡特尔成员私自降低产品价格,并不会增加其产品销售量,反倒会让零售商白白获利,因而它就缺少欺骗和背叛的动力。^③ (2)产品零售价格往往高度透明,生产商价格卡特尔不仅能够轻易获得和知晓,也更容易以此来监督成员的欺骗和背叛行为,因为零售价格一般是公开的,在特定地点通常还是相对标准化的,任何形式的降价均容易让竞争对手发现。^④

但如果生产商既没有市场支配力量,也不同时实施转售价格维持,则其就不可能达成价格卡特尔。^⑤ 如果在相关市场上,实施转售价格维持的生产商不足 50%,则该行为就不大可能会有利于生产商达成价格卡特尔;而如果实施者超过了 50%,则我们就应考察实施者的集中水平,即它们联合起来的市场份额有多大。如果市场份额加起来不到 50%,或 HHI 指数低于 1000,则该市场上的生产商达成价格卡特尔的可能性就很小,反之就较大。^⑥

在我国,低端白酒与高端白酒之间的替代性很低,消费者群体的交叉程度也较低,尤其是茅台和五粮液。在消费者看来,茅台和五粮液是身份高贵和显赫的象征,普通人根本喝不起,也几乎无

^① Dr. Miles Medical Co. v John D Park & Sons Co., 220 U. S. at 407—408, 31 S. Ct. at 373, 375, 379, 382, 384, 386, 389, 391(1911).

^② R. Lamer, Vertical Price Restraints: Per se or Rule of Reason?, Economics and Antitrust Policy Bull, Vol.73: 123—131 (1989).

^③ S. Walters, Reciprocity Reexamined: the Consolidated Foods Case, J. L. & Econ, Vol.29: 423(1986).

^④ S. Ornstein, Resale Price Maintenance and Cartels, Antitrust Bull, Vol. 30: 401, 430—431(1985).

^⑤ Thomas A. Lambert, Dr. Miles is Dead? Now What Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance, William & Mary Law Review, Vol.38: 257—258(2009).

^⑥ T. R. Saving, Concentration Ratios and the Degree Monopoly, Int'l. Econ. Rev, Vol.11: 139(1970).

法购买到,^①因而低端白酒和高端白酒属于两个独立的相关市场,至少是与茅台、五粮液分属不同市场。而在高端白酒市场上,无论是产品的年销售量,还是市场占有率,五粮液和茅台在全国各地都长年占据前两位,^②这意味着它们联合起来将拥有支配性市场份额,具备了通过转售价格维持达成价格卡特尔的市场力量。而且,自2012年开始,五粮液和茅台几乎同时通过合同约定、价格管控、考核奖惩等方式,对其全国经销商向第三人的最低转售价格进行限定,并通过扣除保证金、罚款等方式严厉处罚擅自违规的经销商,同时这一举措还促使其他高端白酒生产商采用类似的行为,^③这表明它们能有效监督各自的价格,并共同将其维持在竞争性价格水平之上。因此,茅台和五粮液实施转售价格维持,将有利于它们达成价格卡特尔,其目的就是为了排除品牌之间的竞争,以及其他高端白酒生产商的价格约束,从而获取高额的垄断利润,应受反垄断法禁止。

在锐邦诉强生案中,我国医用缝合线行业集中度较高,只存在极少几个品牌产品,市场竞争不够充分,进入壁垒也比较高。强生在该行业的市场占有率超过了60%,尤其是整个北京地区,其占有率就更高了。而且,强生在全国各级医院中深受好评,是它们首选的知名品牌,产品忠诚度高。另外,强生在该行业中长期具有很强的定价能力,其产品价格自进入中国市场以来基本保持不变,这表明其在价格上几乎没有面临任何竞争压力,同时它还严格控制其经销商既不得销售其他竞争性产品,也不得跨地区、跨区域销售,更不得以低于其要求的价格来销售,若违反必将严惩。即便条件如此苛刻,原告锐邦在案发前也与其合作了15年,这表明经销商完全受制于强生公司。^④因此,强生在该行业中拥有支配性地位,其实施转售价格维持将促使其他生产商与之达成价格卡特尔,因为其他生产商只有与强生的价格保持一致,才符合其根本利益,否则只要一降价就会被强生排挤出市场,这显然是它们不愿意看到的,也是非理性的。^⑤

而在洋奶粉案中,自2008年以来,我国本土奶粉品牌屡次爆出质量问题,消费者基于自身安全的考虑,纷纷转而选择洋奶粉品牌,造成其需求量连年攀升,供不应求。据统计,在2012年我国奶粉市场前十大品牌中,本案所涉洋奶粉品牌就占据了6席之多,其中惠氏、雅培、美赞臣、富仕兰、明治、多美滋分别占据了第一、三、四、五、八、十位,而且这前十位品牌的市场占有率高达75.9%,并有继续提升的明显趋势,^⑥这足以表明本案所涉企业联合起来,具有达成价格卡特尔的支配性力量。同时,这几个企业还通过各种手段来控制零售商的定价自由,以达到最终固定奶粉转售价格,获取垄断高价的非法目的。因此,合生元等洋奶粉企业实施转售价格维持,将有利于它们相互达成价格卡特尔,消除了我国奶粉品牌之间的有效竞争,反垄断法应予以禁止。

(三)有利于零售商达成价格卡特尔或封锁相关零售市场

由于零售商之间一般互不交易,因而其均无法完全获得所有竞争对手的价格信息,这意味着它们既不容易达成价格卡特尔,也难以有效防止欺骗与背叛行为。而生产商则与每个零售商均进行交易,故其更容易监督零售商的价格行为。如果零售商联合起来拥有支配性市场力量,就能向生产

① 茅台和五粮液的消费群体主要分为四类:一是公款消费,消费比例占50%;二是私企老板相互间的宴请接待,消费比例占30%;三是婚丧嫁娶和一些庆典活动,消费比例占15%;四是普通消费者的购买和收藏。在我国,前两类消费群体都是成功人士的代表,地位崇高显赫,经济实力亦不俗,而婚丧嫁娶和庆典活动要喝上这两种酒,若没有足够的财力也恐难以实现。即便是个人购买和收藏,如果经济不够宽裕,谁也不会冲动地去买这么昂贵的白酒,而且这个群体的消费比例还不到5%。

② 据有关统计,2006年至2011年,五粮液和茅台的营业收入数据和市场占有率一直占据第一、二位。

③ 四川省发改委和贵州省物价局的处罚决定书。

④ 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,第16、20、25、43、44、47、49页。

⑤ 陈秀山:《现代竞争理论与竞争政策》,商务印书馆1997年版,第36—60页。

⑥ 王锦:《市场扩容政策助推婴幼儿奶粉市场集中度有望提升》,http://finance.ifeng.com/a/20130603/10003974_0.shtml,最后访问日期2013年8月20日。

商施加压力,迫使其固定所有零售商的转售价格,这将大大有利于零售商达成价格卡特尔。^①而如果某个零售商在其相关零售市场内是一个垄断者或支配者,则其为了实现自身利益的最大化,也将倾向于强迫生产商实施转售价格维持,因为这不仅能帮助其排除现有零售商所施加的竞争压力,也能帮助其有效阻止新零售商的积极进入,最终实现其封锁相关零售市场的非法目的。^②但如果不存在以下两个条件,则上述情形也难以产生:一是被强迫的生产商在相关零售市场上须有支配地位;二是零售商在产品销售区域内须有50%以上的市场份额。^③

茅台和五粮液的销售体系主要是经销商和专卖店,大型的零售商如沃尔玛这类超市几乎没有加入到其销售渠道。而且,它们对其产品实行特许经营制度,在全国各地根据产品种类设立许多一级经销商和专卖店,并严格限定它们的产品供应量,^④这意味着在茅台和五粮液的零售市场上,既不可能产生拥有支配地位的经销商,也不可能出现数家经销商联合起来强迫它们实施转售价格维持,以有利于经销商达成价格卡特尔的情形。

同样,在与经销商的关系中,强生处于绝对优势支配地位,在销售上具有全方位的控制力,因而经销商也不可能有能力强迫其固定转售价格。(1)经销商只能专售强生的产品,不得销售其他与之竞争的产品,否则经销资格就不保;(2)经销商必须遵循强生关于销售的“区域划分”,在每一家医院的销售都必须获得其许可,而且一个医院对应一个经销商,无法争取在其他医院销售;(3)强生对经销商的转售价格和销售条件实施严格监督管理制度,以至于后者无法摆脱前者的控制而展开相互竞争;(4)强生对所有经销商均采取为期一年的短期合同,即便经销商表现好也无法获得长期合同,这说明其完全受制于强生,而没有任何主动选择权。^⑤

而在洋奶粉案中,合生元等奶粉是我国知名品牌,深受消费者的喜爱和信赖,常常出现供不应求的景象,这对于奶粉零售商而言,不论是单个专卖店还是沃尔玛之类的大型超市,都必须销售这些品牌的奶粉,否则不仅会丧失更多的利润,还会在竞争中处于不利地位,实非明智之举。同时,在全国范围内这些品牌的零售商众多,并被严格按照地域范围区分开来,一个或几个零售商根本无法强迫它们做任何事情。即便像沃尔玛这种全国性的大型超市,也不可能强迫这些品牌同时采取转售价格维持,因为它一旦这么做,后者很容易找到新的销售渠道,并拒绝向其继续供应产品,这显然于它不利。试想一个这么知名的超市,居然不销售上述品牌的奶粉,将会失去多大的消费群体?^⑥因此,合生元等洋奶粉企业采取转售价格维持,不可能是因受到零售商的强迫而被动实施的,其真实目的应是为了达成生产商之间的价格卡特尔。

可见,茅台等案并不会产生有利于零售商达成价格卡特尔,或拥有支配地位的零售商封锁相关零售市场的负面效果,即限制品牌内部的纵向竞争,因而其惟一的负面效果应是将有利于生产商之间达成价格卡特尔,即排除品牌之间的横向竞争。但我国发改委和上海市高院在考察过程中,都没有着重从这方面入手:要么避重就轻,将这种负面效果作为裁决的辅助性理由;要么根本不触及这方面,只考察纵向竞争效果。这均将导致其结论争议不断,或难以成立,值得进一步商榷和考量。

① Scherer Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1990, p.238.

② W. Liebler, *Intra-brand "Cartels" under GTE Sylvania*, *UCLA Law Rev.*, Vol.30: 1(1982).

③ W. Liebler, *Economic Review of Antitrust Developments: The Distinction Between Price and Non-price Distribution Restrictions*, *UCLA Law Rev.*, Vol.31: 384(1983).

④ 潘洁:《五粮液惩经销商保高价处罚12家》, <http://finance.people.com.cn/n/2013/0109/c1004-20135411.html>, 最后访问日期 2013年9月10日。

⑤ 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,第49-50页。

⑥ 孙卫涛、郭梦仪:《大牌乳企越级控制下游轮流坐庄涨价》, <http://news.hexun.com/2013-08-08/156897122.html>, 最后访问日期 2013年8月21日。

四、转售价格维持的积极效果:豁免之效率抗辩

在2007年美国Leegin案之前,只要转售价格维持产生了上述负面效果,反垄断法就一律予以禁止。但该案美国最高法院摒弃了这一做法,认为即便转售价格维持对竞争不利,也不应当然禁止,而应看其能否产生有利于竞争的效率,并权衡比较这两方面的利弊,即运用合理规则来评估其正负竞争效果。这一转变导致世界各国反垄断法纷纷效仿美国的做法。我国也不例外,在《反垄断法》第15条中明确规定,转售价格维持产生了哪些效率应予以豁免。因此,在茅台等案中,我们除了要证明其负面效果,还要考察其是否会产生效率,以及效率有多大,能否抵消对竞争的不利影响。

在本身违法规则的框架下,转售价格维持只会破坏竞争,而不会有利于竞争。但转售价格维持确实会产生促进市场竞争的效率:(1)转售价格维持能促进零售商在非价格领域如服务(修理、退货、赊购)和促销(如广告)等方面更积极地进行竞争,提高产品销售量,从而最终增加社会总产出。^①(2)转售价格维持有助于消除“搭便车”现象。搭便车主要发生在零售商之间,一家零售商促销,全体零售商受益。但做出了促销贡献的零售商因投入了促销成本,其价格相对较高,在竞争中反倒处于不利地位。而如果转售价格固定,则所有零售商均必须为促销努力,不然就将面临不利竞争后果。^②(3)转售价格维持有利于开辟或进入新的市场。对于打算首次进入一个市场的生产商来说,必须尽快让其产品在零售商们的商店内广泛铺开,但如果没有转售价格维持的保护,则后者一般都不愿意冒此风险,因为其不能确定,如果接受这种产品,所产生的收益能否收回为此所做出的投入。^③(4)转售价格维持有利于产品的统一性及质量的标准化,能帮助生产商或零售商树立品牌形象,增强产品对最终消费者的吸引力,从而有助于扩大销售。^④

因此,芝加哥学派认为,转售价格维持总是产生效率,而又甚少不利于竞争,因而应一律视其为合法的。^⑤但这一观点过于片面,因为当零售环节存在规模经济或范围经济时,零售商就能强迫生产商接受它的条件而实施转售价格维持。这时,不论生产商多么有力量,一般也不可能摆脱零售商的销售渠道,而单独开辟新的渠道来销售产品。^⑥比如,沃尔玛或家乐福这类大型超市是果汁饮料销售的必要渠道,即便其市场份额不高,也能对果汁饮料生产商拥有强迫力量,因为后者无法亲自进入这一零售渠道,一旦丧失了该类零售商,其产品销售量的减少就不可避免。同时,这类超市的规模经济效应也同样会使果汁饮料生产商对它们有所依赖,因为这时后者转换销售渠道既不经济,成本也很高,不符合其利益最大化的诉求。^⑦所以,后芝加哥学派对转售价格维持的态度要更为理性,认为其既不天然合法,也不天然违法,反垄断法禁止与否应在个案中运用合理规则来加以判断。^⑧

① R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, U. Pa. L. Rev., Vol.127: 925(1979).

② B. Yamey, *The Economics of Resale Price Maintenance*, *Journal of Law and Economics*, Vol.73: 3-27(1954).

③ S. Mc Cafferty, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, *Rand. J. Econ.*, Vol.15: 346(1984).

④ Comanor, Wilson, *The Effect of Advertising Competition: A Survey*, *J. Pol. Econ.*, Vol.17:453(1979).

⑤ O. Williamson, *Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach*, U. Pa. L. Rev., Vol.127: 953(1979).

⑥ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Atlanta: West Publishing Company, 2005, p.579.

⑦ 又如,在 *Burlington Coat Factory Warehouse Corp. v. Esprit De Corp* 案中,在多个市场从事经营的零售商宣布了这样一项政策:“谁要向折扣店供货,我就不卖它的衣服。”这时,所有的供应商都知道,违反这个零售商的政策就意味着丧失其销售渠道,这将是一个很大的损失。参见 *Burlington Coat Factory Warehouse Corp. v. Esprit De Corp.*, 769 F. 2d 919, 922(2d Cir. 1985)。

⑧ E. Kitch, *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago*, *J. L. & Econ.*, Vol.26: 163(1983).

在此影响下,20世纪80年代美国反垄断法开始明显放松了对转售价格维持的严格规制,^①但彻底推翻 Dr. Miles 案所确立的本身违法规则,对其适用合理规则,则还是2007年 Leegin 案的事情。不过,联邦最高法院九大法官并没对此达成共识。赞同者认为:“根据《谢尔曼法》,如果一项协议或联合是以提高、压低、固定、限制或稳定某种商品的价格为目的并由此效果……则是本身违法的,而转售价格维持并非总有此目的或效果。”“在特定的情况下,转售价格维持的确有可能会破坏竞争,如有利于生产商或零售商达成价格卡特尔,但它通常也有可能会产生效率等正面效果,如扩大产品销售量,提高零售商的服务质量等,因此不应再适用本身违法规则。”而反对者则认为:第一,转售价格维持虽有时能促进效率,但到目前为止,我们仍无法准确弄清楚它促进的效率到底如何,而反竞争效果则俯首皆是;第二,本身违法规则已适用了近一百年,法院据此做出了很多判决,并提出了大量建议,这对司法实践仍具有指导意义,因而不适合随意改变;第三,法院能否有效运用合理规则来准确评估转售价格维持所产生的效率,让人值得怀疑。^②

上述反对者的理由并不完全站得住脚,因为法律制度须响应社会要求,或适应时代的发展,而非相反。^③现代反垄断法更注重效率的考察,不论我们能否准确评估转售价格维持损害竞争与促进效率之间的联系,但它能产生效率已成共识。本身违法规则意味着只要符合法律构成要件,就一律予以禁止,而不考虑效率等因素。如果我们机械地适用该规则,就无疑会扼杀掉这些效率;而如果适用合理规则,则这些效率将会得到充分考虑,这显然更契合现代反垄断法的精神。此外,适用合理规则要求我们应考虑到所有因素,而这些因素又因案而异,所以担心法院能否具体操作合理规则不无道理,它在实践中确实会遇到很多麻烦,但解决这一问题的根本之道,应是尽可能完善合理规则的可操作性,而非继续采用不合时宜的本身违法规则。

Leegin 案后,欧盟也开始放松了对转售价格维持的严厉规制,允许行为人以效率为由来抗辩。2010年欧盟颁布的《纵向限制指南》就详细论述了转售价格维持将产生以下三方面的效率:(1)转售价格维持能促使零售商积极推销生产商的产品,扩大产品的销售量,从而更好地维护生产商的利益。(2)转售价格维持在特许经营或统一销售模式中,有利于消费者福利的提高,因为它是短期低价促销活动的必要手段。(3)转售价格维持能防止销售阶段的“搭便车”现象。如果转售价格维持被证明确实存在上述效率,则欧盟就通过评估它对竞争和消费者的正负影响,以决定其是否满足第101条第3款的全部条件。

我国《反垄断法》第15条在对“效率”的规定上,采用了“列举+兜底”的模式,但列举方式是不可能穷尽所有情况的,因而有必要增加能明确效率认定一般标准的条款,不然在对转售价格维持进行豁免考察时,该条关于“效率”的规定就尤其显得不完备。例如:(1)该条列举了许多种效率,但均指生产、研发环节的效率,并不包括销售环节的效率;而转售价格维持的效率则刚好发生在后一环节,如改善产品销售、促进服务竞争、推广新产品、进入新的市场、解决“搭便车”等。(2)该条所规定的“效率”并没有包括“增加产出”,而这是转售价格维持最主要的效率之一,即便对第二项中的“增进效率”做宽泛理解,勉强能将其涵括进去,但前者本身的含义又很难说是确切的。(3)该条第三项只提及了中小经营者的效率,但它们实施转售价格维持时,反垄断法一般不予关注;只有大企业实施了这种行为才需要考察效率,而对于这方面的效率,该条又没做任何规定。(4)该条第四、五、六

① [美]马歇尔·C. 霍华德:《美国反托拉斯法与贸易法规》,孙南申译,中国社会科学出版社1991年版,第206页。

② Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S.87,105, 108,119,123,131(2007).

③ [美]劳伦斯·M. 弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社2004年版,第19页。

项与转售价格维持的效率基本无关。

在茅台、五粮液及洋奶粉案中,生产商实施转售价格维持没有产生任何效率。首先,白酒和奶粉作为一次性消费品,不论是知名品牌还是非知名品牌,均不需要零售商像汽车经销商那样提供额外服务,如售前试驾服务或售后维修服务,以增加其产品销售量。即便某个零售商愿意额外提供服务,如改善服务态度或增加销售途径,^①其他零售商也无法从中获益,这不会使其在竞争中处于不利地位。另外,白酒和奶粉要想扩大其知名度,广告宣传方面的投入就必不可少,但这一投入通常是由生产商来承担,而非零售商。^②即便一些零售商为促销而进行了额外的广告宣传,其他零售商也不可能搭它的便车,并以此来提高其产品销售量。因此,零售商不存在“搭便车”的问题,生产商实施转售价格维持的目的显然不在此。

其次,茅台、五粮液以及合生元等虽是高端白酒和知名奶粉品牌,但零售商要想销售这些产品,并不需要进行大量长期的沉没投资,通常它们只需像一般产品零售商那样,购买或租赁一个店面,置办必备的售货架,以及进行简要的装修即可。即便这些企业对此有一定的要求,它也不可能像奢侈品那样要求,必须提供高贵华丽的销售环境且不能用作他途。因此,零售商这类投资既可用于其他用途,又能在短期内收回,不具有沉没性,无需采用转售价格维持来保护。

再次,这些企业要将其产品销售出去,亦无需做大量沉没投资。其理由如下:一是它们的产品在运输上没有特殊要求,最普通的物流公司即可将其投送到任何地方,因而无需投资建立专门的配送体系;二是这些产品是全国著名品牌,在消费者心目中有很高的声誉和忠诚度,零售商们都愿意进行销售,因而无需像新进入产品那样在销售系统上投资。

最后,白酒和奶粉也不是什么技术复杂的高科技产品,无论是在产品的统一性上,还是在质量的标准上,均不需对其零售商做任何特殊的要求。即便有食品安全方面的质量标准和要求,也主要是针对生产商而言的,基本上与零售商没关系。

而强生对锐邦等经销商所实施的转售价格维持,也不会产生上述任何效率。(1)强生对其经销商与医院的销售模式,采取绝对“一对一”的专门授权制度,即一个经销商只能对一家医院销售产品,而不能向授权之外的医院销售,因而其所有经销商之间不存在任何“搭便车”的可能和空间。(2)强生是我国医用缝合线市场上的著名品牌,自进入我国市场15年来,深受全国医院的一致好评,是绝大部分医院的首选产品,因而无需通过转售价格维持来推广新产品,或进入新的市场。(3)医用缝合线产品的质量与安全性至关重要,但这主要是由生产商(强生)来保障,而非经销商。同时,强生自己负责其产品的运输、存储等主要环节,而经销商只参与了送货到医院这一短暂过程,对质量与安全性的影响几乎没有。因此,该行为既没有提升强生产品的质量与安全,也没有改善经销商的服务,促进产品的销售。(4)这种行为也没有促进其他方面的效率,如基于维护产品声誉与形象、鼓励库存和减少市场不确定风险、保护和扩张经销商体系,以及鼓励经销商扩大自己品牌销售的需要。^③

由此可见,茅台等案的转售价格维持没有产生任何效率,不能依据我国《反垄断法》第15条来豁免,故应受到禁止。在茅台、五粮液及洋奶粉案的禁止理由中,我国发改委虽提到了“效率”,但只是作为论证转售价格维持负面竞争效果的证据之一,而且该机构自始至终也没有说明转售价格维

^① 比如,某些茅台、五粮液以及洋奶粉的经销商为了在互联网上扩大其影响力,而向专业服务测评网站支付一定的费用,以获得更好的评价。

^② 这些年来,茅台、五粮液、洋奶粉企业为了将其产品打造成全国知名高端品牌,而花巨资在全国各大电视台的黄金时段播其广告,就足以证明这一点。

^③ 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,第56—59页。

持损害了哪些效率,以及它又考察了哪些效率。这表明我国发改委尚未掌握《反垄断法》第15条关于转售价格维持效率的考察方法,造成人们认为它适用的是本身违法规则,而非合理规则的错觉。而上海市高院对强生转售价格维持效率的考察,基本上把握了分析的一般套路,并注意从产品销售环节来分析该行为,是否能产生满足第15条豁免条件的效率,这对我国今后准确评估该行为的效率,以及《反垄断法》第15条的完善是有所裨益的,应予以肯定与提倡。但美中不足的是,该院又混淆了效率考察的具体因素与步骤,以至于出现了以偏概全的状况。

五、结 论

由上文分析可知,我国转售价格维持规制的基本路线图应是:首先考察转售价格维持是否符合《反垄断法》第14条的规定,这需要证明其是否构成固定或限定转售商品价格的纵向垄断协议,以及是否具备相应市场结构条件来有利于生产商或零售商相互间达成价格卡特尔,或有利于支配性零售商封锁相关零售市场。如果市场结构条件表明,转售价格维持难以产生上述负面竞争效果,则对该行为的考察就到此结束,其不受反垄断法的禁止,反之则需进一步考察其是否具有正面竞争效果(主要是指效率)。这一步骤就是考察转售价格维持是否会产生《反垄断法》第15条所规定的效率,如果能有效弥补其对竞争的损害,并使消费者公平分享效率所带来的好处,则应予以豁免,反之则应禁止。

茅台等案件表明,我国反垄断执法机构和法院尚未准确把握转售价格维持的考察评估方法。出现这一局面的原因有:(1)我国目前对转售价格维持倾向于采用严格规制主义态度,过分关注该行为对竞争的不利影响,但对此又没有形成统一的理论体系与考察标准,因而在执法实践中,无法准确把握该行为负面竞争效果的考察重点,混淆纵向竞争效果和横向竞争效果之间的有机联系,这也是茅台、五粮液及洋奶粉等案没有公布具体论证过程的最重要原因。(2)由于我国反垄断法对转售价格维持效率豁免条件规定不完备,造成反垄断执法机构和法院在具体案件中,要么选择回避考察转售价格维持的正面竞争效果(如茅台案、五粮液案及洋奶粉案),要么虽在形式上对这一效果进行考察,但最终却只是作为禁止转售价格维持的辅助性理由(如强生案),这显然不利于准确评估该行为的竞争效果。(3)我国并没有明确对转售价格维持的规制原则与路径,而是将欧盟和美国的做法人为地糅合在一起,造成体系上的冲突与混乱;同时,在借鉴过程中,又没有对“本身违法规则”、“合理规则”以及“豁免制度”的具体操作方法、考察因素及其背后的含义进行深入挖掘,而只停留在简单区分这些制度的基本内涵上,以至于茅台等案中出现“适法分野、各行其是、相互矛盾”的情况。

因此,我国应尽快明确和统一转售价格维持的规制方法与路径,强调全面评估其对竞争的正负影响。对于负面竞争影响,应以转售价格维持是否会损害横向竞争为考察的基本依据,并建立其相应的评估标准与规则;而对于正面竞争影响(主要是指效率),应进一步完善其具体表现形式及相关分析方法,最终形成一整套完整的、科学的、有效的及合理的转售价格维持正负竞争效果权衡比较规则与制度。

The Anti-monopoly Law Regulation on Maintenance of Resale Prices

Zeng Jing

(School of Economic Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: The examination of the maintenance of resale prices on the anti-monopoly law

should apply the rule of reason, rather than the per se rule at present. This is mainly divided into two steps: the first step is to examine the negative effect of the maintenance of resale prices, and if it has not such effect, it should presume that the maintenance of resale prices would not be prohibited directly; the second step is to examine whether it will bring efficiency if the maintenance of resale prices has such effect, and if this efficiency could compensate for the negative effect of the maintenance of resale prices, it also would not be prohibited; on the contrary, it would be prohibited. The National Development and Reform Commission and Shanghai High People's Court have processed three cases about the maintenance of resale prices in 2013, but they do not grasp this approach completely and accurately. It does not benefit the practice of anti-monopoly law in China. Based on the practical needs of anti-monopoly's enforcement, henceforth China should combine mature foreign experience with domestic actual situation and find out a workable regulatory method as soon as possible.

Key words: maintenance of resale prices; producers' price cartel; retailers' price cartel; dominant retailers' blocking measure

(责任编辑:海林)

(上接第 103 页)

Challenges and Reconstruction of Competition Policy in Taxi Market Resulting from APP

Li Junfeng

(School of Law, Shanghai University, Shanghai 200444, China)

Abstract: The majority of regulatory authorities in the world prohibit free access to taxi market and free bargaining for taxi fares between drivers and passengers. This kind of policy restricting competition results from the game between interests groups, but also matches with significant information asymmetry in taxi market. APP remodels information transmission and trade competition mechanisms in taxi market, overturns the legitimacy foundation of restricting competition policy, and makes taxi market policy pattern with global convergence fall apart. A triangle analytical framework, so called group games-institutional environment-economic thoughts, as the important means for studying the transition of competition policy, can be used to reveal the general reasons for the transition of market regulation policy between competition openness and competition ban, and indicates that taxi markets in different law domains will achieve competition liberalization asynchronously and converge constantly to regulation policy encouraging competition.

Key words: taxi; APP; competition policy; transition; information asymmetry

(责任编辑:海林)