

我国反垄断法纵向垄断协议安全港制度的完善

刘继峰

摘要: 在反垄断法中,纵向垄断协议行为具有鲜明的特性,其调整方法具有很强的特殊性,安全港制度便是一种特殊的调整方法。我国修正后的反垄断法增加了安全港制度,但留下了一些空白。正在建构的安全港制度混淆了其与普通豁免制度之间的关系,偏离了安全港制度的目标和效率。在我国,构建独立的安全港制度这个任务能否完成主要依赖“国务院反垄断执法机构规定的其他条件”如何建构。建构内容只能以简化程序、证实行为“不会产生显著不利影响”为中心展开。基于此,在内容上,“其他条件”既需要完善实体性条件,也需要细化程序条件。

关键词: 反垄断法;安全港制度;适用范围;程序条件;实体条件

中图分类号: D922.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2023)02-0064-09

在反垄断法中,纵向垄断协议是有别于横向垄断协议和滥用市场支配地位的一种特殊行为。在主体关系上,它至少包括三个主体——供应商、销售商和第三人。在行为模式上,供应商可能利用市场力量与销售商共谋损害消费者的利益。同时,也可能因在单一品牌实施背景下促进诸多销售商之间的服务竞争。这些特殊关系决定了应对纵向垄断协议需要特殊的法律调整方法。

在我国 2022 年修订的《反垄断法》中,增加了纵向垄断协议行为的安全港制度。这在行为性质的判定上改变了以往的单一认识或二元性认识^①,增加了法律对行为调整上的新的类别化标准。但是,在法律条文上,关于安全港制度的结构关系并不清晰、内容并不明确。例如,关于安全港制度的适用范围、安全港制度与豁免制度的关系等没有明确的界定,“国务院反垄断执法机构规定的其他条件”这一条款本身也为安全港制度留下了很大的“造法”空间。值得注意的是,对此进行细化的相关解释不但没有厘清相关问题,反而进一步增加了问题的复杂性。有鉴于此,我们需要分析现有制度建设中存在的问题及其产生的原因和不利影响,在结合我国产

业经济结构状况、适度借鉴有关国家和地区立法经验的基础上,为构建具有中国特色的安全港制度提出积极的建议。

一、反垄断法中安全港制度的价值

近年在有关国家或地区的反垄断法实施中,安全港制度的作用日益凸显,其适用范围也有扩大的趋势。但这一制度入法相对较晚,其制度特殊性,包括适用对象、与其他手段之间的关系等,还需要进一步分析。

(一) 安全港制度的适用对象

在立法上明确设立安全港制度的国家或地区并不多。最早以成文法方式创设安全港制度的是欧盟,其安全港制度源于两个立法例。最初适用于纵向垄断协议,体现为《纵向协议集体豁免条例》(2010 年颁布,2022 年修订)。之后发布的《微量不计协议通告》(2001 年颁布,2014 年修订)将安全港制度适用对象扩大,既适用于纵向垄断协议,也适用于横向垄断协议。俄罗斯竞争保护法也是首先适用于纵向垄断协议,后来扩展到横向垄断协议。我国

收稿日期:2023-01-06

作者简介:刘继峰,男,中国政法大学民商经济法学院副院长、教授、博士生导师(北京 100088)。

现行反垄断法中安全港制度只规定在纵向垄断协议条款下。由此可以看出,安全港制度首先针对的是纵向垄断协议行为。这和此种行为的特殊性紧密相关。

1. 纵向垄断协议行为的特殊性

纵向垄断协议的出现从根本上颠覆了契约当事人之间的利益均衡关系,把第三人的利益强制地纳入当事人的利益考量中,打破了原有契约关系人在社会关系中的安定状态。由于对价格、数量、地域等交易条件的限制破坏了市场经济的基本规则,因而在传统的意思自治中加入限制性的刚性要素,进而确立了“意思自治不等于合法”的新观念。由此,契约与协议在法律规制路径上也产生了分野。

从行为的外观上看,纵向垄断协议最为特殊,它集契约和协议于一身。就契约而言,纵向垄断协议包含着真实的交易,体现意思自治,但同时因夹带着一些限制或强制要素而偏离自由、平等、公平等契约价值;就协议而言,纵向垄断协议蕴含利益共享的属性,在特殊情况下可能促进形成卡特尔。

从行为的关系上看,纵向垄断协议和契约、横向垄断协议及滥用市场支配地位等行为之间的关系密切。如果将自由比喻成一束光,那么,契约就是直接受光并显现为明亮的阳面。由于反垄断法要“反”某些行为,被“反”的往往都是事物的阴暗面。这样,自由之光投射到交易物质面上呈现的垄断行为的光影图景就是:卡特尔属于背光的阴面;滥用市场支配地位行为是一种变异了的契约行为,属于交易的落影(影子),而纵向垄断协议由于具有契约和协议的双重属性,属于阳面与阴面的交界线,即阴线。在建筑设计上,加绘阴影能更加清晰地看出形状和空间的组合关系,并增强图形的立体感、结构感、空间感^[1]。在上述虚拟的图景中,纵向垄断协议处于契约、卡特尔的连接地带,同时,也和滥用市场支配地位行为具有一定的关联性。纵向垄断协议与卡特尔的共性在于二者都具有公益性,差异在于它处于纵向关系中;它与滥用支配地位行为的共性在于二者同属于纵向关系,差异在于市场力量和利益属性不同。因此,纵向垄断协议集契约、卡特尔、滥用市场支配地位三种行为于一身,这种身份上的高度复合性加大了行为识别的难度,需要更加多元的法律手段进行调整。

2. 纵向垄断协议行为效果的特殊性

从普遍意义上看,纵向垄断协议行为的积极效果与消极效果难分伯仲。这成了构建该种违法行为

认定标准的一个重大障碍。

在通常情况下,纵向垄断协议可能产生如下积极效果:

第一,增加不同品牌产品间的竞争和同一品牌各经销商间的服务竞争。纵向垄断协议限制的是某一品牌产品范围内主体间的产品竞争,可以促进其与外部品牌之间的竞争。另外,价格等要素的非自主性往往会使同一产品的销售商之间的竞争转为服务竞争:每个销售商会在售前、售中、售后服务上投资,努力改善销售场所的环境,提供商品展示、功能解说、售后服务等,从竞争对手处将顾客吸引过来。

第二,解决“搭便车”问题。如果各自独立经销,一个分销商可能搭另一个分销商在推广方面的“便车”。这种“搭便车”现象的存在,使提供售前服务的分销商要么降低售前服务的内容和质量,要么取消售前服务。长此以往,会降低产品的整体销售形象,甚至使产品的总销量下降,对供应商造成不利影响。为防止出现此类不利影响,在管理上,供应商可以规定一个最低销售价,并对提供售前服务的销售商给予特殊补贴。防止“搭便车”是实施纵向垄断协议的一个常规理由。欧盟《纵向限制指南》(2010年)还进一步细化了“搭便车问题”的类型,包括解决“搭乘他人资质的便车”的问题和解决套牢问题^②等。

第三,节约交易成本。为了实现规模经济而降低产品的零售价格,供应商可能希望将产品的转售集中于有限数量的经销商。在销售商可以自由定价的交易中,销售商对价格拥有自主权。为了达成交易,销售商与购买者通常要花费大量的时间来讨价还价,这就造成交易成本的增加。如果供应商限制销售商的转售价格或者限制销售数量,会省去讨价还价这一交易环节,节约交易成本。

同样,纵向垄断协议行为也会产生一定的消极影响,常见的消极影响主要如下:

第一,减少经营同一品牌产品的销售商之间的价格竞争。因签订纵向价格垄断协议的市场力量不同,实行价格限制可以弱化主体间的市场力量所产生的竞争影响。在存在纵向条件限制的情况下,具有市场力量的交易一方主体与诸多交易对方施加同类交易条件时,可以“起到卡特尔协调者和实施者的作用”^[2],即存在市场力量主体时,不同品牌的供应商在价格、地域、渠道等方面更容易进行主动协调或被协调。由此,纵向垄断协议可以促进卡特尔的形成。

第二,侵害消费者(包括作为销售商的第三人在内)的利益。这可以分为两种情况:一种情况是侵害消费者的选择福利。以供应商为中心的排斥、削弱竞争和实施共谋,可能损害消费者利益,尤其是通过提高产品批发价、限制产品的选择、降低质量、减少产品的创新度等。以销售商(分销商)为中心的排斥、削弱竞争和共谋,也可能损害消费者利益,如限制服务组合或分销模式的选择,减少零售服务或降低零售服务的质量,减少分销的创新度等。另一种情况是侵害消费者的价格福利。固定或限制最低转售价格是“以一种隐晦的方式对公众的掠夺行为,固定价格中保持不变或高价格最终将成为消费大众的费用”^[3]。甚至有人认为:“强化售前服务、提供消费资讯等,基本上乃系强加在蒙受高价不利益之消费者身上,即使高价格伴随着较好的服务,但消费者对于低价格商品之选择权益也不应被剥夺。”^[4]

第三,限制交易相对人的营业自由。营业自由包括营业地点的选择、经营产品的选择、产品的自由定价等方面。固定或限制转售价格侵害了交易相对人的自由定价权,选择性分销限制了销售对象(渠道)等。经营权属于经营者的私权,对其限制来源不同一般可分为源于权力的限制和源于权利的限制。前者通常为法定的限制,后者一般为约定的限制。约定的权利限制只有在不违反公共利益的情况下才有效。长期限制交易相对人的营业自由,会使交易主体之间产生依附性,违背平等、自由的交易规则,破坏市场秩序得以建立的基础。

如果仅从协议双方的利益来看,供应商与销售商是纵向垄断协议的发起者和受益者。如果从第三人的角度看,其可能在服务竞争中受益,也可能导致价格成本的增加。如果从社会福利角度而言,反垄断法关注消费者福利的变化,保护整体社会福利得到改进。因此,纵向垄断协议应当以“行为效益的总和”来分析和评价。正像“丽金案”中法官所指出的:“需要对案件的全部情节进行考察,包括相关市场的具体情况,该限制的历史及其性质,是否存在限制竞争的效果等。”^[5]“转售价格维持(RPM)是一种典型的纵向协议,包括最低限价、固定价格、最高限价和推荐价格等多种形式……如果一个RPM带来的正效果大于负效果,即存在正向净效果,法律应当做出此RPM协议合法的判定;反之,如果一个RPM带来的负效果高于正效果,即存在负向净效果,法律就应当做出此RPM违法的判定。”^[6]

(二)安全港制度的独立性与价值

安全港制度是为适应纵向垄断协议这种行为的特殊性而创设的一种特殊制度形态。尽管其进入反垄断法只是近十年的事,但是,这一制度因其独特性而显现出强大的制度生命力。

1.安全港制度的独立性

在反垄断法中,与不承担法律责任这一后果密切相关的制度有三个,分别是安全港制度、适用除外制度与豁免制度(以下如无特殊说明,分别简称为安全港、适用除外、豁免)。这三个制度同时存在,也就意味着它们之间有所不同。

在反垄断法的调整对象上,适用除外和安全港有着本质的不同。适用除外即调整对象在适用范围之外,或表述为不属于反垄断法所管辖的范围;安全港和豁免针对的对象则属于反垄断法适用范围之内。为什么反垄断法把不属于自己管辖的范围也纳入其调整的视野呢?主要原因是反垄断法的调整方法是否定式的(禁止或限制)。垄断是一个中性概念,对于应当维持垄断地位的行业或产业,无法适用否定式的调整方法。由此,基于否定式调整反垄断法划定了一个主导性的区域——在竞争中禁止垄断的区域,同时,又剥离开一个区域——允许垄断经营的区域。在俄罗斯这部分允许垄断经营的区域被单独立法——《自然垄断法》,在我国则没有从反垄断法视角单独立法。

从性质和调整方法上看,安全港和豁免存在本质的差异。在性质上,安全港意味着行为“是”合法的,豁免意味着行为“可能是”合法的(尽管在欧盟安全港制度产生之前,集体豁免类似于安全港制度,但证明的内容仍不同)。在调整方法上,安全港采取的是肯定式的调整方法;豁免首先采取的是否定的方法,需要“否定之否定”,才能得到肯定。换言之,安全港是从“正面”而来,豁免是从“反面”而来。

另外,尽管上述三种不同的制度均涉及不承担反垄断法上的责任,但它们各自所属的范畴不同:适用除外涉及的是整个反垄断法的调整范围问题;豁免制度适用于整个垄断协议制度;安全港制度主要适用于纵向垄断协议。由此,在纵向垄断协议行为上形成制度交叉的是安全港和豁免。安全港制度建构中需要适度剥离的对象自然是豁免。

2.安全港制度的特殊价值

就纵向垄断协议而言,不论在欧盟、俄罗斯,还是在我国,安全港制度创立之前,豁免制度就已经存在。安全港制度创设中的一大困境在于,其制度功

能是否可以由豁免制度替代。事实上,在制度丰富性和制度的实施功能上,安全港具有独特的价值。

第一,在模糊性制度中增加确定性。反垄断法具有极强的制度模糊性,在技术上表现为规范的弹性。制度模糊性的根源在于反垄断法建构的基础是包括消费者、不同经济环节的经营者以及行业总体发展状况、国民经济运行情况等在内的宏观环境。每一个涉嫌垄断的行为均需要将其放到一定的背景下来考察,形成一种宏大叙事,这明显不同于侵权行为。制度的模糊性会直接影响制度的预防性效果,即模糊性越强,制度的预期越差。以实施效率为目标,模糊性的法律首要的任务是减少模糊性。所以,需要一些方法化解制度的模糊性。在此意义上,安全港制度和本身违法原则具有同样的提升制度预期和效率的功能,差别仅在于本身违法原则是从反面确立某些垄断行为的应然违法性,安全港制度是从正面确定某些行为的当然合法性。

第二,对复杂行为的分化调整增强类型行为与规范之间的直接针对性。与其他两种垄断行为——卡特尔和滥用支持支配地位行为——相比较,纵向垄断协议行为更为复杂,处在契约、卡特尔和滥用市场支配地位三种行为的交叉地带。在美国,1911年的 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 案^③具有划时代的意义,它借用卡特尔理论替代了普通法的契约理论,第一次将限制转售低价问题纳入《谢尔曼法》所谴责的范畴,但在1997年的 *State Oil Company v. Khan* 案^④中,纵向垄断协议又被认为不是违法的,它可能被豁免。与美国通过法院判例确立分析原则和方法的做法不同,欧盟对纵向价格垄断协议的成文规定相当细致^⑤。欧盟监管机构2001年发布的《微量不计协议通告》明确建立了安全港的核心标准——市场份额标准:在横向市场中合计市场份额不超过10%的竞争对手之间的协议,以及在纵向市场中各自市场份额不超过15%的非竞争者之间的协议,不被视为欧盟竞争法下所禁止的垄断协议。虽然2014年欧盟进一步修订了上述通告,添加了“目的限制”要求,即那些旨在排除、限制竞争为目的的协议行为,将不再受到“安全港”规则的保护,但是,其开创了针对纵向垄断协议的安全港制度与豁免制度的基本架构。

第三,丰富行为对象的指导原则,提升制度的实施效率。针对行为的复杂性,需要法律设置不同的处理原则。从处理手段上解读纵向垄断协议,至少包括三类:禁止、可能被禁止、不被禁止。被禁

止的行为是因为存在核心限制,其对应适用的是本身违法原则。可能被禁止的行为因存在合法性与违法性的二元对立,需要进一步分析才能得出结论,故适用合理原则。不被禁止的行为指向的是一些对市场危害很小的行为,适用本身合法原则。不同原则在法律运行中的作用及在制度体系中的地位不同。本身违法原则和合理原则构成反垄断法调整制度的主体结构。本身违法原则本质上已经不是原则,而是制度规范(或规范性法律条文)了。安全港制度是在本身合理原则指导下构建的规范性制度。从效果上分析,如果说本身违法原则的适用是以经验的方法减轻了证明工作的实质性负担的话,那么本身合理原则的适用则是以类型化标准的方法确立适用对象的范围来提升制度的运行效率。

总之,安全港制度从属于垄断协议制度范畴,适用于纵向垄断协议是有关国家(地区)的共同做法。至于这一制度能否扩展适用到横向垄断协议上,尚存在一定的分歧。在这一前提下,分析我国反垄断法中的安全港制度存在的问题,有利于把握住我国安全港制度的基本语境,拓宽解决问题的思路。

二、我国反垄断安全港制度存在的问题及其不利影响

通过比较,我们可以发现,欧盟纵向垄断协议制度中的规定和我国修订前的反垄断法几乎是两个制度类型的极点,欧盟的制度规定如此丰富,以至于令人眼花缭乱;我国的制度设计中几乎没有任何针对这一特殊行为的特殊规定。2022年修订的《反垄断法》,在原来纵向垄断协议制度的基础上增加了两款,其中第十八条第三款规定的便是安全港制度。从条文属性上看,它属于完全但不完备的法条^⑥,所以说不完备,是因为这里包含着一个进一步细化的留白——“符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件”。这是构建安全港制度的核心,也是产生争议的问题点。

(一) 我国安全港制度中存在的问题

在结构上,第十八条的规定由三个部分组成,分别是:三种纵向垄断协议行为(第一款第一、二、三项)的列举,上述一、二项的特殊处理,不予禁止的情形与条件。安全港既是纵向垄断协议制度体系中的一环,其自身也是一个制度体系。所以,对安全港的理解,既需要在本条整体语境下把握,也需要在本款命题语境中解析。

1. 第十八条整体语境下的安全港问题

从第十八条三款各自的内容上看,其性质完全不同。第一款中列举的三种纵向垄断协议行为,既是本条规制的对象,也是纵向垄断协议制度得以存在的前提和基础。第二款的主要内容是“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止。”“证明……竞争效果”这一表述本身意味着,这是一个豁免制度。第三款的核心是“……不予禁止”,这便是安全港制度。总而言之,第十八条三款的内容分别是:行为类型、豁免制度和安全港制度。

值得注意的是,条文中规定的这三者之间的关系并不清晰。豁免和安全港是对涉嫌垄断行为的调整,这意味着,豁免或安全港是纵向协议行为的约束性条件,即纵向协议行为是否违法,最终结果是由豁免或安全港决定的。由此,这里至少包含着如下问题:(1)本条中豁免与第二十条规定的垄断协议的一般豁免的区别是什么。(2)从文本的规定上看,并不是所有的行为都适用本条规定的豁免,对于第二款约束之外的本条第一款第三项如何适用豁免?(3)本条中的豁免制度和安全港制度是什么关系?(4)安全港的适用范围是第一款中的三种行为,还是仅仅是第一款中的第三项行为?对这些问题的准确把握直接或间接影响着安全港中“符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件”的完善。从形式上看,三款内容各自的指向相对清晰,但从实质上看,仍存在诸多需要细化或厘清的问题。限于本文的主题,下文只对与安全港直接相关的问题展开讨论。

2. 第十八条第三款语境下的安全港问题

按照第十八条第三款的规定,安全港制度由两部分内容构成:一是“相关市场的市场份额”,二是“符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件”。前者是一个事实证明,具体市场份额需要结合经济的总体状况来制定。后者中最重要的问题是“其他条件”是什么。我国正在构建的安全港制度,包括司法解释和受委托的国务院反垄断执法机构的解释(以下称行政解释)。从法条和解释的内容上看,是否全部纵向垄断协议行为都适用安全港,存在认识上的分歧,“其他条件”的细化内容也值得商榷。

第一,法律条文上安全港适用范围比较模糊。按照第十八条第二款的规定,豁免制度适用固定价格转售协议和限制价格转售协议这两种行为,这就意味着,这两种行为不属于安全港制度的适用范畴,安全港制度的适用范围只是其他纵向垄断协议。如何解释本条中的“其他垄断协议”,也存在两种不同

的理解,一是按照第一项和第二项共同的指向内容——价格来理解,“其他垄断协议”应该指向“其他纵向价格垄断协议”,由此得出的结论是“限制转售高价”。二是不受第一项和第二项的约束来理解,“其他垄断协议”既包括其他纵向价格垄断协议,也包括纵向非价格垄断协议。

第二,司法解释中留存模糊之处。在《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》(2022年11月)(以下简称《最高院征求意见稿》)第二十五条第三款规定:“被诉垄断行为属于反垄断法第十八条第一款规定的垄断协议,被告能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的……”这里,不只是解释了谁来承担证明责任,也扩展解释了安全港适用的范围——所有的纵向垄断协议。但是,其中也保留了一个模糊之处——“国务院反垄断机构规定的其他条件”。这样处理一方面使司法解释中的安全港制度绕过了豁免制度,另一方面使安全港的具体条件和标准及构建的安全港是否合理取决于行政解释。

第三,行政解释打乱了豁免与安全港的关系,构建了混合适用的标准和条件。国家市场监督管理总局发布的《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》(2022年6月)第十五条规定:“经营者与交易相对人之间达成协议,经营者能够证明符合下列条件,不予禁止:(一)经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%,国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定;(二)无相反证据证明其排除、限制竞争。”在范畴上,这一行政解释将安全港的适用范围扩展为所有的纵向垄断协议。同时,由于适用标准是“符合下列条件”,也意味着上述两个条款是并用关系。这样混搭的结果便是安全港中的核心指标——“低于市场份额”这一条件无法发挥主导性的作用。换言之,即使低于规定的市场份额标准,仍然需要效果证明。

3. 安全港制度问题的核心

按照上述行政解释,“其他条件”被解读为“无相反证据证明其排除、限制竞争”,意味着,安全港的适用中需要进行效果证明。《最高院征求意见稿》第二十五条第二款规定:“被诉垄断行为属于反垄断法第十八条第一款第三项规定的垄断协议的,应当由原告对该协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任。”这里同样将与纵向价格垄断协议相比

较危害性更小的“其他纵向垄断协议”的安全港适用也附加了效果证明。

从总体上看,现有构建中的安全港制度,都将其和豁免制度混合在一起。混合了豁免制度的安全港已经不是纯粹的安全港制度。安全港制度的价值在于从正面简化反垄断法的模糊性,如果将第十八条第二款翻转到安全港之“其他条件”中——增加效果证明,即使是一种简化了的效果证明,也只是创新豁免制度而已,并且这种创新性融合是以损伤安全港制度为代价的。因此,目前的安全港制度与其说是构建了一种特殊的安全港,毋宁说是建立了一种特殊的豁免制度。

(二) 问题产生的原因与不利影响

从形式上看,我国构建中的安全港制度似乎在仿照欧盟《微量不计协议通告》中的安全港与核心限制例外的组合模式。但从实质上看,欧盟制度的核心限制只是有限的个别方面,整体上仍存在非核心限制的独立空间,即所谓“白底上的几个黑点”;我国的安全港制度并没有明确列出所谓核心限制,而是将全部的纵向垄断协议均纳入效果证明,形成与欧盟制度截然相反的“黑底上的几个白点”。由此,豁免制度彻底覆盖了安全港制度。

豁免制度是合法(白色)与非法(黑色)之间的灰色地带。在适用中,豁免制度和安全港制度之间的差异明显:一是适用的场景不同。豁免适用于依靠市场还是依靠政府存在模糊认识的情况下,需要启动一定的程序,并由此最终确定行为是合法还是非法;安全港制度则适用于相信依靠市场配置资源可以实现竞争的情况下。二是证明的内容不同。通常,豁免制度实施的核心内容是效果证明,即积极效果和消极效果的配比证明,如果能够证实前者大于后者,则构成豁免;反之,则行为违法。安全港是符合一定条件时行为即合法。安全港制度的实施不是效果证明,而是事实证明。效果证明是比事实证明更高的要求,不仅要证明事实,还要对事实关系中的价值进行衡量。由此,效果证明覆盖了事实证明。

在上述前提下,对反垄断法安全港制度的细化,不但没有构建起安全港制度,反而增加了制度间关系的复杂性。这种复杂性带来如下不利影响:

第一,打乱了本条上豁免和安全港制度之间的基本逻辑。按照第十八条规定的三款内容之间的关系,有合理理由认为,第一款是法律调整的对象(行为类型),而第二款和第三款都是该对象的调整方法。换言之,行为应当以类型化的方式确立哪些属

于豁免,哪些属于安全港。本条中豁免和安全港是各自独立的,需要构建的是有别于第二十条规定(一般豁免)的本条的特殊豁免制度和有别于本条中的特殊豁免的安全港制度。

第二,无法体现纵向垄断协议的特殊豁免和垄断协议的一般豁免的本质差异。从形式上看,第二十条规定的是整个纵向垄断协议的一般豁免,而第十八条规定的是纵向垄断协议的特殊豁免,这符合纵向垄断协议的特殊性,尤其是影响的双面性。但是,特殊豁免制度只有在这种前提下——建立的特殊豁免制度比一般豁免更为简洁——才符合逻辑。将本条中的特殊豁免植入安全港后,因为证明的内容是相同的——事实证明和效果证明,并不能产生优于一般豁免的特殊制度效率。

第三,法律解释内容的繁复超出法律条文的本意。上述《最高院征求意见稿》和国家市场监管局的征求意见稿均将反垄断法第十八条第二款和第三款拼合在一起,形成了安全港制度的“市场份额”+“其他条件”+“效果证明”的三重复合结构,解释的结果不但没有澄清模糊的规范内容,反而进一步增加了制度的复杂性。以“效果证明”来解释“其他条件”,和以“市场份额”来细化“效果证明”,这种相互解释违反了立法者的本意。在制度构造上,“其他条件”应该是本法律条文之外的条件。在外部寻求凸显安全港制度价值的要素,是细化安全港制度的基本思路。

三、我国反垄断安全港制度的完善

在很大程度上,上述司法解释和行政解释模糊了我国安全港制度的几个最重要的内容——制度独立性、适用范围和细化制度内容,这也为解决安全港制度构建问题提供了基本方向。

(一) 构建纯粹的安全港制度的必要性

在普遍意义上,横向垄断协议行为的危害性高于纵向垄断协议行为。横向垄断协议行为适用本身违法原则理所当然。纵向垄断协议行为的积极效果和消极效果关系上的不确定,决定了在认识上不能采取“一刀切”的做法,不能适用本身违法原则。由于纵向垄断协议所限制的主要是单一品牌下的经营者间的竞争,如果没有一定的市场份额,这种限制还保有以市场为基础的抵消性力量——“用脚投票”的对抗性,那么,像以往那样笼统地适用“合理原则”或“禁止加例外原则”,则忽略了这一抵消性力

量的对抗效果。

在欧盟、俄罗斯等相关国家或地区,安全港制度的实施已经积累了十余年的经验。安全港制度是一种从正向清晰化垄断行为的方法。安全港制度的特殊价值区别于豁免制度(包括特殊豁免制度),由此决定了它与豁免制度间的不可替代性。安全港制度是对纵向垄断协议分类治理的一种新形式,这也意味着我国以往法律实践中所坚守的单一原则——本身违法原则开始走向分化。分化的程度也超出了以往观念上的二元划分:本身违法原则和合理原则。多样化调整符合纵向垄断协议复杂性的基本要求和精确调控的基本目标。

(二)明确安全港制度的适用范围

对于安全港制度的适用范围,按照现有的制度结构,最大适用幅度只能是纵向垄断协议,这不同于现行的欧盟制度。尽管如此,按照现行制度的结构及其关系,在适用范围的构建上,仍然可以有广义和狭义两种理解。

在广义上,安全港制度的适用范围可以是所有的纵向垄断协议行为。根据现行安全港制度所处的位置,安全港无法适用于卡特尔行为。这不同于2019年生效的《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》中的相关规定——“横向市场经营者的市场份额合计不超过20%,纵向市场经营者在任一相关市场上的市场份额均不超过30%,则该等主体达成的知识产权协议将不被视为垄断协议。”从《反垄断法》第十八条规定的三个条款之间的关系结构上看,第二款规定豁免制度针对的是两种纵向价格垄断协议,似乎排除了这两种价格行为适用安全港。事实上,在坚持这一限制的前提下,广义上仍然可以进行安全港制度的再造。具体方案可以是,以市场份额之不同将第二款中的两种纵向价格垄断协议进行再分类,分为三种不同的类型:超过一定比例(如15%)的纵向价格垄断协议,构成本身违法;在一定比例之间(如10%—15%)的纵向价格垄断协议适用本条规定的特殊豁免制度;在一定比例之下(如10%)的纵向价格垄断协议,适用安全港制度。此种分类的合理性在于,在纵向垄断协议只约束单一品牌的前提下,主体的市场力量越小,被约束的下游主体的抵消性力量越强,由此越接近市场自由调节的状态。同时,这种分类不否定价格在市场交易中的敏感性,一旦价格被限定,市场配置资源的功能便无法发挥。比例越高,价格被限定的可能性越大。因此,以三个不同的阶梯分别解决纵向价

格垄断协议问题比简单的“一刀切”或二分法更符合行为本相及可能的市场效率的状况。

在狭义上,安全港制度的适用范围只限于第十八条第一款第三项中规定的“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”,具体而言,包含两类行为:纵向非价格垄断协议和限制转售高价协议。这种理解的基础是将第十八条第二款的功能放大,尊重其指向的第十八条前两款的效果证明,毕竟这是相对而言危害性最为严重的两种行为。这样,所留下的调整空间只有纵向非价格垄断协议和限制转售高价协议。相比较而言,后两类纵向垄断协议比前两类行为的危害性更小。如此建构的安全港其前提是接受对纵向垄断协议行为的二元划分,即只受豁免和安全港两个制度的调整,这意味着承认纵向价格垄断协议不适用本身违法原则。

总之,构建独立的安全港制度是必要的,至于采取广义的适用范围还是狭义的适用范围,主要取决于我国中小企业的数量和品牌效应。考虑到我国中小企业的数量相对较多,品牌效应正在不断增强,包括地方性品牌的力量正不断显现,建议以广义的适用范围为基础。在一定程度上,广义的安全港还可以为未来再次改造安全港——将核心限制纳入考虑的范围之内——留有余地。

(三)细化安全港制度中的“市场份额”与“其他条件”

现行法律制度将安全港的具体制度内容的细化授权给国务院反垄断执法机构。从制度的整体上看,需要进一步细化的模糊内容包括两个方面:“市场份额”和“其他条件”。安全港制度的基本标准是“市场份额”,但不是唯一标准。“市场份额”如何发挥作用,需要进一步明确。另外,其他标准和条件还有什么,需要进一步细化“其他条件”的具体内容。

1.“市场份额”标准的确立

作为安全港指标之一的市场份额标准可以包括三个方面的内容:市场份额的具体指标,市场发育程度,经营者在交易环节中所处的位置。

市场份额的具体指标指向的是经营者的规模或市场力量的大小。纵向垄断协议能够达成,可能基于市场力量,也可能基于双方的合意(民事契约)。市场力量是指将价格涨至竞争性水平以上,仍能够获取超常利润的能力。市场力量既可以来自供应商,也可以来自销售商。一般而言,如果销售商只经营单一品牌,则品牌供应商具有市场力量;如果销售商经营多种品牌,且销售商成为品牌销售的“主

力”,则销售商具有市场力量。在我国,以往的案件在描述市场力量时,使用的用语不同。“五粮液案”^⑦处理决定中使用的是“市场强势地位”,“茅台案”^⑧中使用的是“重要地位”,“强生公司案”^⑨中使用的是“很强的市场地位”,这些表述指向的都是市场力量这一核心要素,只是由于当时法律上没有规定具体的标准和适用要求,以至于无法统一表述具体的适用条件。

一个国家(地区)的市场发育程度越高,市场的供需关系越稳定,限制转售价格协议就越有可能产生消极效果^⑩。这是欧盟对纵向价格垄断协议不适用集体豁免的基本理由。对我国市场而言,一方面经营者不断开发应用新技术,需求相对活跃,产品品牌更迭相对较快,这使得市场本身消解纵向价格垄断协议危害性的能力较强;另一方面转型市场又具有脆弱性,放任对限制价格协议危害性的监管,将大大伤害市场的信心,进而破坏正常的市场秩序的建立。所以,在转型国家,如俄罗斯立法采取了折中的手法,既关注市场的危害,也顾及经营者的竞争能力,在纵向价格垄断协议的制度标准上采取了有别于发达市场的方式和标准:设置一个概括性的、相对高于欧盟制度的门槛。

完善我国反垄断法中的安全港制度,在吸收有关国家或地区反垄断法的立法经验的同时,立足于我国现实,摸清我国市场中不同行业的营销方式,同时关注我国市场上的品牌效应。一方面要防止知名品牌滥用品牌力量,另一方面也要为创建自主品牌提供政策空间。具体而言,安全港中的市场份额可以分两种不同情况分别设置。如果经营者只居于单一市场,其安全港标准可以是15%;如果经营者的业务在两个相关市场上,则安全港标准应该更低,如10%^⑪。因为在两个相关市场的情况下,经营者实施纵向垄断协议的危害会更大,如以交叉补贴方式或“自我优待”方式挤压竞争对手。

2.“其他条件”的细化

在很大程度上,“其他条件”是决定安全港是否“安全”的核心因素。这里,一个首要的问题就是,“其他条件”是实体性条件还是程序性条件,抑或二者兼而有之?

从上述国家市场监督管理总局和最高人民法院的征求意见稿中可以看出,“其他条件”既包括程序性条件,也包括实体性条件。如果在“其他条件”增加效果证明这类实体性条件,必然进一步增加规则相互关系的繁复程度。可以说,正是因为加入了属于其

他制度的实体性规则,才导致安全港制度的不纯粹,并产生与一般豁免制度的矛盾与冲突。因此,“其他条件”包括程序性条件当无异议,如果列入实体性条件,则应当慎重考虑。

在程序制度的建构上,涉及的主要是证明责任的分配,即谁来证明其身份低于安全港的标准。由于案件的性质不同,程序义务的主体也不同。如果是司法案件,事实证明责任应由被告来承担。即被告需要提供相关证据证明其“市场份额”低于安全港制度的标准。对于原告而言,可以提出反证,否定被告的证据效力。如果原告不提出反证,或提出的反证依据不充分,则被告一方提出的初始事实证明成立,法院确定被告行为符合安全港的要求。如果是行政案件,行政相对人应负责事实证明,反垄断执法机构可以对相对人提出的证明提出反证,指出相对人提出的事实证明存在与事实不符的情况。如果对反垄断执法机构推翻相对人提出的证据而作出的处理结论不服,相对人可以提交司法审查。

如果在“其他条件”中补充实体性内容,内容指向的只能是辅助证明行为对市场竞争不会产生“显著”不利影响的条件或标准。大致有两方面的参考要素:一是时间。基于纵向垄断协议是对单一品牌的交易条件限制,只有在被限制交易的产品的市场份额较高且持续一定的时间时,被侵害的消费者利益才具有“量广”的特性^[7],竞争者进入市场的阻碍才能体现得更为充分。市场份额反映市场危害程度并与其呈正相关的关系。只有在供应商环节或购买商环节出现一定程度和持续一定时间的市场力量时,才会产生品牌间的竞争不足,进而才会引发反垄断法的关注。因此,考察市场份额的稳定性,可以规定一定的时间范围,如半年内。二是交易额。欧盟的《微量不计协议通告》只是从市场份额的单一视角评价,俄罗斯竞争保护法中规定了双重标准:市场份额和交易总额,没有达到一定的交易额(8亿卢布/年)也不适用安全港。这种方法也值得我们参考。总之,安全港的实体标准可以在“市场份额”之外再辅助“持续时间”和(或)“交易额”。

结 论

安全港制度的建立是反垄断法制度结构走向深化的重要表现。进一步完善反垄断法第十八条规定的安全港制度,既要防范构建的内容与豁免制度混同,避免豁免制度掩盖了安全港制度,也要防范设置

的实体性条件不当从而肢解了安全港制度。安全港制度的内容包括“市场份额”和“其他条件”两个方面。“市场份额”需要结合我国的产业结构状况,并为创建品牌留有一定的发展空间。“其他条件”既可以指向程序性条件,也可以是辅助判断“影响相对较小”的实体性条件。

注释

①早期认为纵向垄断协议适用本身违法原则,在后来的法律实践中,有些案件适用本身违法原则,有的案件适用禁止加推定原则(或称为原则禁止加例外)。②在某些领域,一些零售商因仅仅销售“优质”产品而享有很高信誉。通过这些零售商销售新产品,对引入新产品可能至关重要。如果生产商最初不能将产品仅限于高档商店之中,就有可能承担产品下架的风险,产品的市场开拓可能失败。这意味着可能有必要在有限时间内允许排他分销或者选择性分销等限制。这段有限时间必须能够保证新产品的引入,但是不能过长而阻碍产品的大规模推广。此种利益在代表最终消费者大宗购买的“经验”产品或复杂产品中更为明显。关于解决套牢问题,指南表明了三个条件:第一,投资必须具有关系特定性;第二,该投资必须是短期内无法收回的长期投资;第三,该投资必须是不对称的,即合同一方的投资大于另一方的投资。③迈尔斯博士制造药品,使用一个秘密配方,他与诸多批发商和零售商签订了合同,他们都被要求遵守最低价格。后来某批发商引诱其他人违反价格协议而以“减价”销售药品,迈尔斯博士起诉了该批发商。参见 220 U.S. 373 (1911)。④参见 522 U.S. 3 (1997)。⑤如 2010 年 4 月 20 日欧盟委员会公布的第 330/2010 号《关于对几类纵向协议和协同行为适用〈里斯本条约〉第 101(3)条的条例》,取代了 1999 年 12 月 22 日公布的《委员会第

2790/1999 号关于对几类纵向协议和协同行为的规定》。同年 5 月,欧盟委员会还颁布了《纵向协议集体豁免条例》(该条例于 2022 年 5 月修订)。⑥完全法条,是在法条中兼备构成要件与法律效果这两个部分,并将该法律效果系于该构成要件。参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 127 页。⑦四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。⑧具体处罚决定书参见贵州省物价局 2013 年第 1 号公告。⑨锐邦涌和诉美国强生公司二审判决书上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第 63 号。⑩《欧共体关于纵向限制指南》第(130)段表述了成熟市场的特点及其与纵向垄断协议危害性的关系。⑪欧盟制度中,对市场竞争不会产生“显著”不利影响的协议是指在欧共体市场上份额没有达到 5%的横向协议以及没有达到 10%的纵向协议。如果一个协议既有横向限制竞争又有纵向限制竞争的内容,或者一个限制竞争不易区分横向或者纵向的性质,市场份额的标准也是 5%。

参考文献

[1] 曹晓楠,侯弟坤,董明光.构图透视解剖[M].沈阳:辽宁美术出版社,2007:77.
 [2] 基斯·N.希尔顿.反垄断法:经济学原理和普通法演进[M].赵玲,译.北京:北京大学出版社,2009:205.
 [3] 马歇尔·C.霍华德.美国反托拉斯法与贸易法规:典型问题与案例分析[M].孙南申,译.北京:中国社会科学出版社,1991:81.
 [4] 赖源河.公平交易法新论[M].台北:元照出版公司,2005:275.
 [5] LEEGIN CREATIVE LEATHER PRODUCTS, INC. v. PSKS, INC.
 [6] 黄勇.价格转售维持协议的执法分析路径探讨[J].价格理论与实践,2012(12):4-5.
 [7] 刘继峰.反垄断法益分析方法的建构及其运用[J].中国法学,2013(6):20-33.

Perfection of the Safe Harbor System of the Vertical Monopoly Agreement in China's Anti-monopoly Law

Liu Jifeng

Abstract: In the anti-monopoly law, the behavior of vertical monopoly agreement has distinct characteristics, and its adjustment method has strong particularity. The safe harbor system is a special adjustment method. China's amended anti-monopoly law has added the safe harbor system, but left some gaps. The safe harbor system under construction confuses its own relationship with the general exemption system, and deviates from the goal and efficiency of the safe harbor system. In China, whether the task of building an independent safe harbor system can be completed depends mainly on how to build "other conditions stipulated by the anti-monopoly law enforcement agency of the State Council". The construction content can only be carried out with the focus of simplifying the procedure and confirming that the behavior "will not have significant adverse effects". Based on this, in terms of content, "other conditions" not only need to improve entity conditions, but also need to refine procedural conditions.

Key words: Anti-monopoly Law; safe harbor system; scope of application; procedural conditions; entity conditions

责任编辑:一鸣