

垄断协议安全港规则的中国应用:从立法到实施

徐则林

摘要 与欧美国家普遍存在较长时间的实践不同,我国在制定《反垄断法》之初并未在垄断协议部分设置安全港规则,在新法修订过程中才加以补增。由于垄断协议与市场力量的联系存在特殊性,通过合理设定安全港规则的边界,能够较好地回应国内长期以来在反垄断执法与司法层面的分歧,降低法律实施成本,并在一定程度上保证反垄断规制的经济合理性。由此,纵向垄断协议的分析模式出现了新的变化:安全港规则补充了新的合法推定,从而形成了“禁止+合法推定+豁免”的全新格局。在欧美国家实践不断变化、国内反垄断法律制度不断完善的背景下,优化我国垄断协议安全港规则需要排除适用严重限制竞争的核心限制行为,在适用过程中合理界定相关市场,科学确定市场份额,并给予安全港规则以拓宽和限缩的空间,使其得以随着市场变化而动态调整。

关键词 垄断协议;安全港规则;《反垄断法》修订;市场力量;数字经济;竞争法;市场垄断

中图分类号 D922.294 文献标识码 A 文章编号 1672-7320(2023)03-0174-11

基金项目 国家社会科学基金重大项目(20&ZD194)

2021年10月,在《中华人民共和国反垄断法(修正草案)》(以下简称“《修正草案》”)中,垄断协议的安全港规则首次出现。2022年6月,我国历时14年的《反垄断法》正式修订,其第18条第三款保留了《修正草案》中的垄断协议安全港规则,并进一步调整了适用范围和适用标准。这一重要的制度修订一定程度上意在回应我国反垄断理论和实践中的激烈争议,垄断协议规制走到一个“穷则思变”的关键阶段。安全港规则的引入是对垄断协议规制理念和规制方式的最新制度调整,如何理解与适用这一规则就显得至关重要。

一、问题的提出

长久以来,在进行纵向垄断协议的违法性认定时,我国执法与司法之间存在巨大的分歧:反垄断执法机构在旧《反垄断法》所确立的“禁止+豁免”基本规则下严格执法,法院则在合理原则的思路下进行竞争效果分析,从而导致大量同案不同判案件的出现。在“海南裕泰案”的再审裁定中,最高院指出,执法和司法的双规不符合法律标准清晰、民众预期明确的基本法治要求(最高人民法院[2018]最高法行申4675号行政裁定书)。新《反垄断法》试图以第16条、第18条第二款和第三款应对这一现实困境,其中,只有第18条第三款所确立的安全港规则触碰到了分歧本质,成为解决争议的制度突破口。

源于海运行业的安全港,意指在充满风险的海洋运输中可以供船舶安全到达、安全使用和安全驶离的安全港湾,被延展用于法律领域,则常指法律主体因满足某些情形或某种规模而获得合法性。在数字经济时代,最负盛名的安全港规则当属从美国《数字千年版权法》发展而来的避风港规则,其又被称为“通知+删除”规则,指网络服务提供者在未被通知的范围内享有法律上的安全。在竞争法中,垄断协议

安全港规则是指当经营者在相关市场的市场份额低于特定标准、符合特定条件时,该经营者与其他经营者达成的协议不被认为属于法律所禁止的垄断协议,免于承受反垄断法规制的负面后果。我国学界一直呼吁应在垄断协议中引入安全港规则^[1](P116)。但是,由于这一规则并未在我国反垄断法颁布最初得以确立,此前与之类似的规定大多存在于某项特定的法律关系中而不具有普适性^①,具有普适性的法律文件也由于不能突破上位法戛然而止^②。对我国而言,作为一项被全新引入垄断协议规制中的新规则,垄断协议安全港规则的本土化经验几乎为零。与此同时,在新法修订的时候,域外实践也在发生变化。欧盟所确立的安全港规则始终处在动态变化和完善的过程中;与之相反,美国对这一规则的适用却在不断减少。甚至有学者认为,21世纪以来,美国竞争法中的安全港规则正在慢慢消亡^[2](P1205)。

在这一背景下,新《反垄断法》所确立的垄断协议安全港规则将遭遇巨大挑战。第一,垄断协议安全港规则何以能够应对上述国内实践中的分歧?这一问题的阐明将直接决定该规则的正当性证成,并进而影响规则的实际效能。第二,如何理解新法最终确立的安全港规则?在新规则之下,我国垄断协议的分析模式发生了何种变化?第三,在国际适用场景不断变化的背景下,我国《反垄断法》的这一变化是否合理,又是否具有现实的可操作性?法律解释的意义在于确定法律规范的具体内容,以填补法律漏洞,并对不明确的法律规定进行价值补充,故法律解释是法律实施和发展的前提^[3](P67)。因此,如果这些疑问不曾被厘清,则无法体现立法及法律实施之严肃性,下文将围绕三个方面逐一展开论证。

二、关注市场力量:以安全港规则调和我国反垄断司法与执法分歧

我国反垄断执法和司法之间的分歧,实质上是对纵向垄断协议与市场力量之间关系的认识分歧。与其他垄断行为相比,我国垄断协议与市场力量之间的法定联系非常薄弱,在旧法及配套法律文件中均未有明示。在这一立法背景下,我国反垄断行政执法很少考虑市场力量的影响。例如,在由上海市物价局处罚的“韩泰案”中,行政处罚书未曾提及当事人是否具有市场力量、垄断协议的反竞争效果是否受当事人市场力量的影响(上海市物价局行政处罚决定书第2520160001号)。而与之相背离的是,在涉垄断协议的司法判决中,例如在经典的纵向垄断协议案件——2012年“强生案”中,法院强调涉案企业必须具有很强的市场地位,这无疑是对市场力量的关注(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)。2017年的“海南裕泰案”,作为我国第一起纵向垄断协议的行政诉讼案件,其一审、二审判决以及最高院再审裁定将这种分歧展现得淋漓尽致^③。

(一) 从司法角度出发:垄断协议与市场力量之间存在特定联系

将安全港规则引入垄断协议规制之中,免除较小规模经营者达成垄断协议时的法律责任,无疑是在对市场力量的关注之下的反垄断法规则变化。

事实上,反垄断法中的市场力量是一个贯穿始终的重要概念,常指企业能够通过减少产出,将其产品价格提高到竞争性水平以上从而增加利润的能力^[4](P83)。美国《谢尔曼法》和《克莱顿法》都充分体现了市场力量认定的重要性,特别是在适用合理原则的案件中^[5](P937)。美国伊斯特布鲁克法官指出,“一个案件一旦被证实是无涉市场力量的,则被告不应该遭受反垄断惩罚”,而历史上一些受到评判的反垄断案件常忽视了市场力量的考量,因而表现出反托拉斯的局限性^[6](P20)。例如,在1967年“西里床垫公司案”中,由于水平划分市场,西里公司被认定为非法,但事实上床垫的市场集中度很低,西里公司的

① 例如,首次直接使用“安全港”规则一词的《关于滥用知识产权的反垄断指南(征求意见稿)》,按照是否具有竞争关系分别设定了20%和30%的市场份额标准;又如,《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》虽没有明示安全港规则,但以推定豁免的方式将“在相关市场上25%-30%以下市场份额的经营者”认定为不具有显著市场力量,推定适用旧《反垄断法》第15条的规定。

② 例如,2019年国家市场监督管理总局发布的《禁止垄断协议行为的规定(征求意见稿)》规定了安全港规则,将市场份额标准按照横向和纵向垄断协议分别设定为15%和25%。但由于与上位法(旧《反垄断法》)冲突,这一规定在最终颁布的《禁止垄断协议暂行规定》中被删除。

③ 一审(海南省海口市中级人民法院[2017]琼01行初681号行政判决书);二审(海南省高级人民法院[2017]琼行终1180号行政判决书);再审(最高人民法院[2018]最高法行申4675号行政裁定书)。

市场力量并不突出,造成的竞争损害微乎其微(United States v. Sealy Inc., 388 U.S. 350[1967])。市场力量的这一重要性与反垄断法律制度的起源和本质密切相关。随着产业革命引起生产高度社会化和垄断企业形成,以传统私法为基础的法制已无法满足市场经济继续发展的需求。市场主体为谋求自身的最大利益而限制竞争,如滥用权力、垄断价格、联合限制、划分市场等,市场缺陷的严重后果凸显。作为顺应市场失灵而生的现代国家经济职能,反垄断旨在解决市场障碍,以国家强制力反对垄断行为,让市场机制恢复应有的调节机制。市场力量几乎和所有的企业垄断行为都具有直接或者间接的关联,而“在没有市场力量的情况下,市场比法院更能区分有利与有害”^[6](P21),也就没有政府反垄断介入的必要性。

从原理上讲,反垄断法之所以禁止共谋行为,正是因为卡特尔成员^①通过建立稳定的协调机制,排除内部成员之间的竞争,使得整个卡特尔组织表现出非常强的市场力量^[7](P93)。垄断协议与市场力量之间的直接关联在经济学分析中得以彰显。经济学理论常认为转售价格维持有三种损害竞争的可能:第一,分销商之间形成卡特尔并维持转售价格以设定销售最低价格,制造商成为分销商达成卡特尔的掩护;第二,制造商之间形成卡特尔联盟,以固定向分销商收取价格的方式,控制和强化联盟关系;第三,具有很强市场势力和广阔销售渠道的制造商,为激励分销商专注于本产品,维持转售价格来保证分销商享有持续的利润回报^[8](P440)。因此,竞争损害的关键在于上游或下游厂商利用了明显的市场力量,无论这一市场力量是独占的,还是基于上游或下游卡特尔而存在的。基于此,转售价格维持能够成为横向垄断协议或滥用市场支配地位的工具,必须基于一定的市场条件才可能造成实际的竞争损害,否则应被认为合法。

随着古典经济学派的自由竞争理论被不断修正和解释,完全竞争论、垄断竞争论、不完全竞争论、动态竞争论和有效竞争论、可竞争论等逐渐出现。这些理论打破了自由和垄断非此即彼的固有观念,搭建了自由和垄断之间彼此联通的桥梁^[9](P95)。垄断不是原罪,不公平竞争被作为产生垄断的一种方式,取代自由竞争而被作为开展研究的起点。因此,在这一背景下,法院以市场力量的判定为原点,详细展开竞争效果的合理分析,有其正当的逻辑基础^②。从历史维度考察,安全港规则在美国现代反垄断领域中的兴起,正是芝加哥学派经济学合理分析的产物,其典型特征反映在结构—行为—绩效(Structure-Conduct-Performance, SCP)范式的拆除,以及在纵向限制中出现的越来越明显的经济学分析。虽然安全港规则大量出现在垄断协议、滥用行为和经营者集中三大制度之中,但有趣的是,本身违法原则向合理原则的转变首先出现在1977年的“希尔伐尼亚案”之中,而这正是关于纵向非价格的典型案例(Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36[1977])。总的来说,作为反垄断法规制的主要垄断行为之一,垄断协议的规制也应关注市场力量,以合理原则分析是否具有排除、限制竞争效果,新法中安全港规则的引入正是对这一核心论点的肯定,也是对长久以来法律实践分歧中司法理念的认可。

但是,与其他几类垄断行为相比,垄断协议与市场力量的联系存在特殊性,这会直接影响市场力量这一因素的影响范围和程度,从而为我国反垄断执法所秉持的理念也提供了正当性支持。

(二) 从执法角度出发:垄断协议与市场力量的联系存在特殊性

客观来说,一旦垄断协议各方之间的联系足够健全和稳定,必然存在足以影响市场的力量,经营者从而得以攫取垄断利润。寡头的默示共谋甚至可能被认定为滥用共同市场支配地位的行为,从而帮助反垄断执法机构更精准规制寡头平行定价和平行排他等涉嫌垄断的行为。例如,在扑尔敏原料药垄断

① 卡特尔是垄断组织的形式之一,通常指生产或销售某一同类商品的企业,为垄断市场、获取高额利润,通过在商品价格、产量和销售行为等方面订立协定而形成的同盟。

② 在“强生案”中,法院从该案相关市场竞争不够充分、强生公司在本案相关市场具有很强的市场地位等角度综合分析,认定该案中的限价协议构成垄断协议(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)。在“格力案”中,法院从东莞地区空调市场竞争充分、格力空调并不具备支配地位出发,认为限价协议既不会限制品牌间的竞争,也不会排除品牌内除价格竞争以外的其他竞争,从而认定该协议不构成垄断协议(广东省高级人民法院[2016]粤民终1771号民事判决书)。

案中, 涉案当事人是国内唯二两家生产扑尔敏原料药的生产商。由于两家公司的联合控制, 整个扑尔敏原料药的销售价格飞涨, 对市场竞争秩序造成极其恶劣的影响。

但另一方面, 垄断协议与市场力量的联系存在明显的特殊性。在规制滥用市场支配地位的行为时, 我国《反垄断法》规定若经营者市场份额不足十分之一, 不推定该经营者具有市场支配地位, 且这一规则不存在明示例外。而域外现行的垄断协议的安全港规则常排除了一些本身违法或核心限制的情形。美国司法部与联邦贸易委员会在《竞争者间合作行为之反垄断指南》的4.2中规定: 除特殊情形外, 当信息交换的合作方在每个所涉及的相关市场中的合计市场份额不超过20%时, 能够获得反垄断执法机构的审查豁免。但此条不适用于本身违法的垄断协议, 或是需要进一步市场分析的案件等。例如, 当信息交换作为价格或市场分割的共谋的促进行为时, 属于前述本身违法的垄断协议。欧盟在《纵向协议集体豁免条例》中同时附加了相应限制, 安全港规则的适用应“不包含核心限制”和“不属于被排除的限制”。

我国《反垄断法》在修订的过程中也体现了这一特殊性: 安全港规则从《修正草案》第19条调整到正式文本的第18条第三款, 不再适用于横向垄断协议。我国《反垄断法》所列举的横向垄断协议常被认为属于危害最为严重的卡特尔行为, 无需考虑经营者的市场力量即可被认定为违法行为, 故不应适用于安全港规则, 在修订之后被合理排除在安全港规则之外, 这在主流经济学分析中也鲜有争议^[10](P68)。同时, 虽然安全港规则目前属于第18条第三款, 但由于纵向垄断协议所列举的两种行为类型属于纵向价格协议, 具有严重的排除、限制竞争效果, 也被认为不应适用安全港规则。不难发现, 新《反垄断法》所确立的垄断协议安全港规则的适用范围是相对狭窄的。这一不断限缩的适用范围也体现了最新立法对我国现行反垄断执法理念的认可, 即在安全港规则适用的范围之外, 垄断协议的违法性认定仅需要满足法定的行为要件, 无需继续进行竞争效果分析。

因此, 通过引入安全港规则, 并合理设置该规则的适用范围, 能够巧妙调和我国反垄断司法与执法的分歧: 在衡量经营者之间达成的协议是否构成违法时, 经营者的市场力量也是重要的考虑因素, 司法判决所秉持的理念有其合理性, 需要适用以市场力量为主要评判因素的安全港规则; 但是, 对于核心限制型卡特尔, 亦即我国《反垄断法》所规定的横向垄断协议和纵向价格垄断协议, 则因其具有极其严重的竞争损害效果, 而无需进行市场力量判断与竞争效果分析, 以至于其违法性认定应转向我国反垄断执法的基本思路, 排除适用安全港规则。在此基础上, 安全港规则将进一步深刻影响纵向垄断协议的分析模式。

三、补充合法推定: 安全港规则下的纵向垄断协议分析模式

法律规则有特定的适用场景和作用空间, 安全港规则亦复如是。理性且客观地辨析各国纵向垄断协议的分析模式, 有助于更加全面理解安全港规则的独特价值, 这对更好地认识我国《反垄断法》新确立的垄断协议判定规则大有裨益。

(一) 各国垄断协议分析模式的差异存在与相互影响

垄断协议, 尤其是纵向垄断协议的分析模式, 长久以来是一个非常复杂的问题。在欧盟和美国, 由于竞争法律实施模式存在巨大差异, 也形成了迥异的垄断协议分析框架。美国竞争法由私人诉讼主导, 在司法实践中形成了本身违法原则和合理原则的区别; 欧盟竞争法则由行政行为主导, 依托《欧盟运行条约》的第101条考察是否“具有阻止、限制或扭曲内部市场竞争的目的或效果”以及满足条件的相应豁免。欧盟和美国都致力于向海外输出本国的竞争法规则, 以降低本国经营者的合规成本, 扩大公平竞争理念的国际认可度, 证明其法律价值体系的吸引力。从世界范围来看, 现已有130多个国家或地区制定了竞争法, 其中, 虽然美国《谢尔曼法》远早于欧盟竞争法, 但研究表明, 大多数国家采用了更为接近欧盟的竞争法律制度^[11](P4-5)。作为成文法国家, 基于我国反垄断实践需求, 我国旧法对垄断协议的规制采用了“禁止+豁免”的基本结构, 并在新法中得以继续延续。当然, 合理原则和本身违法原则也深刻影响

我国竞争法律实施,我国反垄断实践中的分歧正是对两种分析框架的不同选择。

事实上,欧盟的竞争法律规则也受到美国的影响,尽管欧洲学者往往不承认这一变化。20世纪80年代,《欧盟运行条约》第101条的适用开始面临困境。由于实际的豁免决定相对较少,欧盟委员会对协议限制竞争行为的法律谴责常显得过于严厉,因而受到广泛质疑。在寻求新思路的过程中,有学者指出,欧盟借用美国发展起来的语言和分析框架是无益的:合理原则仅适用于美国^[12](P36)。随后,欧盟通过限缩第101条第1款的范围,一定程度地引入经济学分析,采用集体豁免和强化企业竞争合规的方式,让这种法律适用困境得到了有效缓解^[13](P3-4)。其中,集体豁免制度,亦即市场力量小且不符合某些限制条件的企业之间的协议被视为满足了第101条第3款的条件,有效划定了第101条的适用边界。即便依然有声音否认欧盟受到美国合理原则的影响,但内化于第101条第1款中的经济分析常被欧洲法院所接受(非正式),用以分析限制竞争协议的积极和消极影响^[14](P262)。

无论是《欧盟运行条约》第101条的适用困境,还是合理原则的适用争议,都反映了垄断协议违法性认定的高度复杂性。既要明晰法律规则在合法和非法之间的边界,又要让经济干预的结果基于准确的效果评估,无论美国还是欧盟,都努力在法律确定性和经济合理性之间取得适当平衡。当然,欧盟虽一定程度上受到了美国合理原则规则的影响,但其逐渐成熟的豁免制度极大地帮助了欧盟探索新的平衡之道,而垄断协议的安全港规则正是由此发展而来。

区别于域外实践,如何理解《反垄断法》所确立的“禁止+豁免”分析模式,在我国理论界和实务界中均存在巨大争议。新法将垄断协议的概念从旧法第13条第二款(横向垄断协议)单列为第16条(第二章垄断协议的第一条),意味着横向和纵向垄断协议均需满足“排除、限制竞争”这一竞争损害要件,而此前实务界常认为仅在判断横向垄断协议时需要有此考虑。不过,这种修改并未直接起到定分止争的效果。竞争损害是否属于构成要件仅是旧法中法律体系解释上的一种模糊,应采取合理原则或本身违法原则分析竞争损害才是方法论上的一种本源分歧。而且,即便是在支持以合理原则作为违法认定规则的学者中,应该如何在“禁止+豁免”框架下进行合理分析,也依然存在重大争议。是将竞争效果考察和豁免考察结合视作合理分析^[15](P101),还是将违法推定与豁免相结合视作合理分析^[16](P46),或仅在旧法第13、14条的分析中考量竞争效果^[17](P166),学界一直存在完全迥异的态度。更有学者认为,以旧法第13、14、15条的框架分析竞争效果,会造成条文之间的排斥和架空^[18](P77)。

除了安全港规则,新法还在第18条中补增了第二款——经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止,使得这些争议暂时得以缓和。这一规定显然是将纵向垄断协议的排除、限制竞争效果分析从认定转向推定,经营者可以提出抗辩,从而回避了执法者到底应该以何种方式、何种框架分析纵向垄断协议竞争效果的难题。当然,这种举证责任的倒置仅能起到转移矛盾的效果,并未从正向明确纵向垄断协议的分析模式。

(二) 安全港规则对我国纵向垄断协议分析模式造成的影响

新法修订之后,真正给纵向垄断协议的分析模式带来实质性变化的,是第18条第三款所确立的安全港规则:纵向垄断协议转向“原则禁止+竞争效果抗辩+安全港抗辩+例外豁免”的基本分析模式,创设性地赋予经营者排除、限制竞争效果抗辩和安全港抗辩的权利。相较而言,竞争效果抗辩并不是垄断协议分析框架中的新鲜事物,新法只是在第16条确立了竞争损害要件的基础上,重新分配了竞争效果的证明责任,从而起到推定具有排除、限制竞争效果的作用。亦即,竞争效果抗辩仅仅是基于举证责任分配变化的一种规则强调。但是,安全港规则却完全不同于此,其在纵向垄断协议的分析框架中引入了市场份额这一全新考量因素,因而也彻底重塑了既有的分析框架。

从实施效果来看,安全港规则所致法律后果与豁免或适用除外规则相类似,符合安全港规则的经营者可以免于承担反垄断法上的消极后果。但是,从分析路径来看,安全港规则也存在明显差异,有必要予以甄别,否则将给纵向垄断协议的分析模式带来不必要的混乱和错误。旧法中,存在豁免或适用除外

的两种表达: 某些特殊情形下“不适用本法第13条、第14条的规定”和知识产权、农业等领域的“不适用本法”^①。豁免和适用除外存在显著差异。适用除外属于“本来界限”, 即某些产业和领域不被作为反垄断法所规制的对象; 而豁免属于“倒退界限”, 即某些属于反垄断法禁止的事项, 基于特殊政策原因构成违法阻却, 从而豁免受到反垄断法的规制。当然, 两者也具有鲜明的同质性, 使用豁免或者适用除外并不绝对表明立法者的立场不同, 其中的立法目的和理念应该是一样的。安全港规则显然不同于适用除外规则。适用除外制度的本来界限属性意味着某些领域位于反垄断法规制的范围之外, 而安全港规则是在范围内为经营者开辟的安全领域, 我国垄断协议中的安全领域直接与市场份额挂钩。从这个意义上来说, 安全港规则与豁免规则存在高度的相似之处。欧盟的安全港规则集中体现在《纵向协议集体豁免条例》之中, 从广义上讲, 安全港规则确实属于一种特殊的集体豁免。在《修正草案》中, 安全港规则曾与豁免条款的表达高度一致, 从文义解释的角度来说基本符合豁免的构成要件。但与欧盟实践有所差异的是, 我国新法第18条第三款与原有的豁免条款呈现出一定差别。这种差别也体现了其特殊性, 安全港规则下的豁免情形不同于既有的以行为类型或特殊情形为标准, 而采用了经营者的市场份额这一新型豁免标准。因此, 由于规则的抽象性和类型化有所差异, 证明难度也大相径庭, 垄断协议的安全港规则和豁免规则在新法中处于相对独立的规则状态, 并行不悖。

实际上, 安全港规则也常被称为合法推定的典型。与豁免制度不同, 推定是证据学上的基本概念, 常被分为法律推定和事实推定, 是一种用以形成准确逻辑判断的技术手段。推定散见于各类法律之中, 不论在实体法规则和程序法规则, 还是刑事或民事法律规则中, 都大量存在推定规则的运用。从功能上看, 法律上的推定常被分为两种情形: 一是将两种根本不相同的事实等同起来, 使之产生相同或者相反的法律效果; 二是将真假不明的事实确定为真或假, 包含将真假不明的事实拟制为真或拟制为假^[19] (P45)。推定往往源于某些立法或司法上的目的, 以期化解性质分析和结果判定上的难题, 提高法律准确性和法律适用的效率性。

在反垄断法中, 大量的经济学分析使得每个案件的充分论证显得尤为困难和复杂, 建立在经济学共识之上的法律推定成为一种合理的技术手段。因此, 推定的适用在反垄断法中并不少见, 各国竞争法中都存在法律推定, 它们都基于相似的理由——过去的经验、经济学理论、证据的接近性以及确保竞争法的可行性。一般而言, 反垄断分析是事实密集型的, 而安全港规则只考虑一些相对容易判断的因素。经过经济学上的有力论证, 这些因素帮助建立起立法者和执法者对安全港内行为的信任感, 即相信安全港内的行为不太可能引起实质性的竞争损害。因此, 安全港规则属于推定为合法的一种特殊规则。

当然, 推定也有被过度使用的风险。推定的局限性表现为推定确认的事实不可能百分百真实, 具有一定的盖然性。因此, 一方面, 推定应该允许被反驳, 尤其是在司法和执法实践中所运用的推定; 另一方面, 推定还应该谨防被滥用, 因果关系的确定性应成为推定的重要前提, 且不能排斥必要的调查取证和法律论证。是否具有排除、限制竞争效果曾在《修正草案》中被作为安全港规则的法定驳回事由, 后在新法中被确定为与安全港规则并列的一种抗辩事由。

不同于法律规则、原则和概念等现代法律体系的基本要素, 分析模式是反垄断法所特有的要素, 其通过内化经济分析方法以实现反垄断的合理性和可预期性, 平衡案件处理的效率和成本, 直接影响到反垄断法实施的宽严程度。安全港规则的引入, 让纵向垄断协议的分析模式转向了“禁止+合法推定+豁免”的全新格局, 提高了反垄断法规制的合理性, 带来了有利于法律实施的积极影响。

^① 除此之外, 《反垄断法》第8条规定: “国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业, 国家对其经营者的合法经营活动予以保护。”这些行业也常被学界认为在实质上得到了《反垄断法》的适用除外。

四、国际应用变化背景下国内安全港规则应用的挑战与应对

尽管法律规则常常需要相对稳定的确定性和实施预期,但不断变化的社会适用场景推动着安全港规则时刻处于调整和更新的状态。为了克服规则僵化和适用差异,安全港规则往往需要在变动不居的现实中根据实际需要适时打造规则适用的缓冲区,调节应然与实然间日益加剧的紧张关系。

(一) 欧美国家安全港规则变化与中国应用困境

欧盟和美国对安全港规则使用一直处在动态变化的过程中。2022年5月,欧盟委员会发布最新《纵向协议集体豁免条例》,在原有的安全港规则中引入了一些重要的变化,部分限缩和放宽了安全港的适用范围。而在美国,21世纪以来,越来越多法院驳回适用安全港规则的主张,几乎架空了在此之前建立各类安全港规则,在某些地区甚至完全取消了这一规则的适用。例如,2020年,美国《纵向合并指南》草案征求公众意见,规定如果合并各方在相关市场中的份额低于20%,并且相关产品在相关市场中的使用率低于20%,则主管机构不太可能对纵向合并提出质疑。在受到广泛批评后,正式文本删掉了这一规定,亦即,尽管集中度水平可能与评估交易的竞争影响有关,但主管机构不会完全依赖市场份额或集中度统计数据来筛选竞争损害。对于美国反垄断实践的这种变化,学者认为,安全港规则在反垄断法中的兴起不仅是对商业行为的更好的经济理解,也是经济分析在改变法律规则过程中发挥作用的结果;而安全港规则近年来在美国的弱化,并不能代表法律逻辑、经济理论或固有经验发生了巨大的变化,可能更多源于执法和司法当局对更自由裁量权的追求^[21](P1250)。

在这一背景之下,如何在域外迥异的法律实践影响下,甄别良莠,合理选择中国立场、解决中国问题,无疑是安全港规则引入之后的第一重挑战。自改革开放以来,我国在依法治国方略和市场决定理论的指引下,《反垄断法》意在应对实然层面的垄断和竞争不畅,并进而辅助协调社会的无序与有序、短期利益和长期利益纠葛、市场垄断与竞争交织、供给和需求匹配以及强势与弱势群体利益冲突等各个方面的次级矛盾^[20](P82-90)。这部年轻的法律承载着重要使命,但由于缺乏立法经验,它常显得过于原则化,因而在制定与实施的过程中略显严厉。在规制纵向垄断协议时,一方面,正如前文所述,执法和司法实践在分析模式上存在巨大的认定分歧,减损了法律实施的公信力;另一方面,豁免条款的适用情形较少,最终因满足豁免条件而被免除处罚的案件几乎为零。其中,没有与旧法第15条配套的执法程序机制是重要原因之一^[21](P51)。这些在安全港规则引入之前就切实存在的困境,是新规则在适用时难以回避的第二重挑战。

最后,从《修正草案》到新法的正式版,安全港规则适用的范围更窄,规则的清晰度也显著下降,经营者的市场份额除应低于“国务院反垄断执法机构规定的标准”外,还应“符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件”,这意味着这一规则必须有相应的配套规定才能够得以实施。新法修订之后,2022年国家市场监督管理总局就《禁止垄断协议规定》征求意见,该规定第15条确定了市场份额标准及计算依据,第16条则要求经营者以书面申请的方式提出抗辩以及申请书的具体内容。2023年3月24日,《禁止垄断协议规定》正式颁布。相较此前的征求意见稿,该规章与新法的规定一致,延续了安全港规则的模糊性,将这一规则交由国家市场监督管理总局继续细化明确。总的来说,安全港规则的明确性还有待进一步提升。应该如何优化现有规则,是直接影响该规则实施成效的第三重挑战。

在党的二十大报告中,习近平总书记提出以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴的重要论断,系统阐明了中国式现代化的基本特征和本质要求。中国式法治现代化是中国式现代化和法治化的有机融合,服务和保障中国式现代化伟大事业,根本任务是为高质量发展提供可靠的法治保障。调和反垄断执法和司法之间的分歧,是中国式法治现代化的必然要求。事实上,将纵向垄断协议的分析模式全面转向反垄断司法所采用的合理分析模式是不现实的。如上文所述,在新法修订中,我国反垄断法并没有改变“禁止+豁免”的基本框架,只是在此基础上补充了新的合法推定。客观来说,合理原则分析模式与这

一分析框架不符,不符合其他国家借鉴适用合理原则频次较低的国际现实,也不符合我国市场竞争维护的现实需求^[22](P53)。一方面,合理原则会让制度成本变高,违反法治原则,削弱威慑效果,反垄断法的规范性要求更多适用当然违法原则^[23](P1004)。但另一方面,在规制纵向垄断协议时继续沿用本身违法的思路,却也无益于改善反垄断法实施偏向严厉的客观事实。合理分析可以帮助抽象的法律原则得以细化,从而降低规则的制定成本,通过大量案件积累经验形成结构型合理原则能够帮助反垄断法走向规范化之路。

美国安全港规则的兴起与依托于经济学分析的合理原则勃兴密切相关,某些垄断协议也会促进福利和增进效率,因而被纳入安全港规则范围之内;欧盟安全港规则建立在集体豁免制度的体系之中,在是否应该援引美国法中的合理原则的讨论中逐渐构建起来。处于迥异的历史背景之中,安全港规则在我国的引入是对国内现实问题的中国式法治应对,故其也具有鲜明的中国特色。考虑到我国《反垄断法》的实施尚处于起步阶段,维持“禁止+豁免”的基本框架,并引入安全港规则,以降低反垄断法的实施成本并提高法律实施结果的可预见性,调和反垄断执法和司法之间的矛盾与分歧,是当下我国反垄断法的最好选择。

(二) 我国垄断协议安全港规则的优化与适用

为应对安全港规则适用所面临的多重挑战,需要立足于我国多年反垄断的执法和司法经验,合理借鉴欧盟仍在不断进行中的制度探索,优化我国垄断协议安全港规则,提升规则适用的科学性。

第一,排除适用严重限制竞争的核心限制行为,继续限缩安全港规则的适用范围。核心限制被认为是对竞争最为危险的行为,协议各方甚至在协议生效之前就已经试图扭曲或限制相关市场的竞争,故欧盟将其确定为始终非法的限制竞争行为^[24](P792)。在我国反垄断实践中,横向垄断协议常常被认为天然具有显著的反竞争效果。欧盟《纵向限制指南》也指出,核心限制与整个协议具有不可分割性,某一项核心限制条款都会导致整个协议不适用集体豁免。从范围上看,我国《反垄断法》所明确列举的横向和纵向价格垄断协议都属于核心限制行为。因此,在国内,纵向非价格垄断协议率先被呼吁应该建立安全港制度,概因当纵向协议双方的市场力量都较小时,非价格协定行为一般不会产生限制竞争效果。新法的修订过程也体现了这一倾向,将横向垄断协议从安全港规则的范围中剔除。在此基础上,相关配套制度还应继续将安全港规则的适用范围厘定在新法第18条第三款的范围之内。

此外,也有学者认为,应该给予包含核心限制协议豁免的可能性,建议在现有的市场份额标准之外,增设与核心限制属性相符的更严格标准,例如以1%-2%作为核心限制行为适用安全港规则的市场份额标准^[25](P239)。这一观点的出发点在于,核心限制行为也可能有利于竞争,而这一可能不应该被轻易忽视。除了市场份额极低难以给竞争带来损害之外,还存在一些特殊类型的合理情形,例如竞争者之间的研发协议,就被新法第20条认定为豁免情形。不过,当下我国垄断协议安全港规则刚刚建立,若过于复杂将直接减损其实践可能性。对于核心限制范围内的合理情形,可以依靠垄断协议的豁免条款暂得以回应。

第二,以市场力量作为逻辑出发点的安全港规则,应该在适用过程中合理界定相关市场,科学确定市场份额。

相关市场界定是市场力量判定的重要前提。我国《关于界定相关市场的指南》曾强调了相关市场范围的大小主要取决于商品的可替代程度,并且提出要考虑需要替代性和供给替代性,这基本奠定了我国相关市场界定的思路。同样,《欧共同体竞争法中界定相关市场的通告》也将企业面临的竞争压力界定为需求替代、供给替代和潜在竞争三个要素,并进一步指出其在界定相关市场中的作用。

但是,通常法律规定和实践中对相关市场的界定,都是服务于分析卖方行为或结构的。在数字经济时代,垄断协议的发生与买方势力密切相关,以买方为主导的相关市场界定需求明显。在分析卖方垄断问题中,通常相关市场分析以买方视角展开,而买方垄断时则应以卖方视角为分析起点^[26](P55)。一方

面,需求替代性对于卖方垄断的意义就是能够通过买方(消费者)的产品选择来制约卖方的市场支配力量。按照此逻辑,当垄断转移到买方身上时,买方市场支配地位的强弱就受到供给替代性的制约。因此对买方垄断的相关市场问题的分析,应以供给替代性为主,首先解决的问题是生产当前产品的厂商是否能够轻易地转换生产。从谈判理论的角度看,其逻辑是假如某种产品的生产者能够快速而较小成本地转换生产另外一种产品,那么就更有可能会增加其在谈判过程中的外部选择,使其具有更强的谈判力,从而抵销或超越买方的谈判力,使买方无法成为最终交易结果的决定者。另一方面,供给替代分析在界定卖方垄断下的相关市场起到的是补充的作用,其作用是分析哪些厂家是潜在的竞争者。相应的,在买方垄断中,需求替代性起到的作用相同。因此,与传统中对卖方垄断相关市场界定的角度相反,买方垄断相关市场的界定应当以供给替代为主、需求替代为辅。

同样,作为市场力量的重要体现,市场份额的标准高低也能够直接影响安全港规则的尺度大小。从2019年《禁止垄断协议行为的规定(征求意见稿)》的15%(横向垄断协议)和25%(纵向垄断协议),到2022年《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》的15%(纵向垄断协议),明显能够看出我国垄断协议安全港规则的严格程度显著上升。未来这一标准需要继续跟随实践而调整,如有必要甚至可以采取市场份额区间的方式,或者某些替代因素作为衡量标准,例如我国《关于滥用知识产权的反垄断指南(征求意见稿)》中还规定了在无法获取经营者相关市场份额时,以存在四个或者四个以上可以通过合理成本得到的由其他经营者控制的替代技术作为替代性的判断因素。

第三,科学的推定应允许被推翻,合理的安全港规则应处于动态调整的状态。随着市场变化和新型反竞争行为的出现,我国《反垄断法》的配套制度应给予安全港规则以拓宽和限缩的空间。

基于市场行为变化而随之调整的安全港规则具有高度的灵活性,能够与执法的准确性需求之间实现良好的逻辑自洽。欧盟最新发布的《纵向协议集体豁免条例》就涉及多处调整,例如,同时采用自营和他营模式的“双渠道经销”经营者应在零售环节适用更严格的市场份额标准(10%),超过这一标准将被排除在安全港规则之外。这一最新规定密切关联近年来爆发的平台封禁问题,并基于对这一问题的广泛共识而确立了具体规则。一方面,经营者的自我优待容易提高竞争对手的成本而发生排挤竞争者的反竞争效果,或者依靠所获取的平台内经营者数据个性化推荐自营产品,并通过平台的市场力量、品牌效应及网络效应放大这种竞争损害。由于双渠道经销模式下更易滋生反竞争行为,欧盟确立了更加严格的市场份额标准。但与此同时,双渠道经销行为不能采用本身违法原则进行竞争规制,这一行为有其合理性,自营产品所受到的优待可以被理解为平台开发与管理的回报。这也意味着,双渠道经销模式不会被完全排除在安全港规则的适用范围之外。

多年来,我国反垄断监管坚持以服务经济社会发展大局和维护消费者利益为工作主线。根据国家市场监督管理总局对《禁止垄断协议规定》的解读,截至2022年底,我国反垄断执法机构共查办垄断协议案件227件,罚没款68.08亿元,在一些重大案件中发挥了示范引领作用,获得了国际同行的广泛赞誉。例如,垄断协议中的最惠国待遇条款要求交易一方承诺在交易条件上必须优于另一方所有交易对象,可能会导致市场封锁、促进共谋和抑制价格竞争等反竞争损害,曾出现过“美国苹果电子书案”等案例(United States v. Apple Inc., 791 F.3d 290 [2d Cir. 2015])。2019年,伊士曼公司因联合使用照付不议条款和最惠国待遇条款受到上海市市场监督管理局的行政处罚,“伊士曼案”成为最惠国待遇条款反垄断规制的典型案例(沪市监案处字[2019]第000201710047号)。

当下,全球互联网发展进入数字经济时代,中国凭借多年积累的优势已经跻身潮流之巅,也积攒了大量的反垄断实践经验。因此,基于良好的国内反垄断法律实践基础,国家市场监督管理总局可以发布并定期修正安全港规则的适用标准与类型,让这一规则在动态调整中与市场相适应,并以此展现中国的先进经验和执法智慧。

五、结语

反垄断法受到自由主义和国家干预主义此消彼长的影响,在自由中建立秩序,在规制市场主体行为的过程中凝聚自由和公平的价值共识。公平竞争能够促进经济效率和社会公正,我国《反垄断法》的修订正是秉承这一宗旨的制度修正。垄断协议的安全港规则,作为新法中重要的一项制度补增,旨在法律确定性和经济合理性之间探索适当平衡。这对我国垄断协议规制而言具有重要意义。长久以来,我国反垄断实践中的分歧已然严重减损法律的权威性,不利于建立市场信心。新法基本维持了垄断协议传统的“禁止+豁免”的分析框架,并同时赋予安全港范围内经营者以推定合法。而安全港规则的本质,即低于一定市场份额的经营者一般较少会造成对竞争的实质损害,正是合理分析的体现。这种巧妙的制度设计能够最大化发挥本身违法原则和合理原则的优势,降低反垄断法的实施成本,提高法律实施结果的可预见性,并体现反垄断规制的经济合理性。

当然,科学的安全港规则需要立法和法律实施的双向配合,充分考虑垄断协议与市场力量之间联系的特殊性,排除核心限制类垄断协议的适用,并以动态调整的方式优化规则内容,再辅之以合理的相关市场界定和科学的市场份额确定,从而避免出现空白条款的尴尬情形,最终实现垄断协议安全港规则的实施落地。

参考文献

- [1] 王先林. 论我国垄断协议规制制度的实施与完善——以《反垄断法》修订为视角. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2020, (1).
- [2] Lindsey M. Edwards, Joshua D. Wright. The Death of Antitrust Safe Harbors: Causes and Consequences. *George Mason Law Review*, 2016, 23(5).
- [3] 张志铭. 当代中国的法律解释问题研究. 中国社会科学, 1996, (5).
- [4] 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、江山、王晨译. 北京: 法律出版社, 2009.
- [5] William M. Landes, Richard A. Posner. Market Power in Antitrust Cases. *Harvard Law Review*, 1981, 94(5).
- [6] Frank H. Easterbrook. Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, 1984, 63(1).
- [7] 时建中. 共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究. 中国法学, 2020, (2).
- [8] J. E·克伍卡, L. J·怀特. 反托拉斯革命——经济学、竞争与政策. 林平、臧旭恒等译. 北京: 经济科学出版社, 2017.
- [9] 陈秀山. 现代竞争理论与竞争政策. 北京: 商务印书馆, 1997.
- [10] 李国海, 王伊宁. 我国反垄断法安全港规则的构建. 吉首大学学报(社会科学版), 2022, (2).
- [11] Anu Bradford, Adam S. Clinton, Katerina Linos, Alex Weaver. The Global Dominance of European Competition Law over American Antitrust Law. *Journal of Empirical Legal Studies*, 2019, 16(4).
- [12] Richard Whish, Brenda Sufrin. Article 85 and the Rule of Reason. *Yearbook of European Law*, 1987, 7(1).
- [13] Pier L. Parcu, Giorgio Monti, Marco Botta. *Economic Analysis in EU Competition Policy: Recent Trends at the National and EU Level*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021.
- [14] Sonja Arsić. The Mechanisms of Competition Protection-significance of Applying “The Rule Of Reason”. *Facta Universitatis Series: Economics and Organization*, 2016, 13(3).
- [15] 叶卫平. 反垄断法分析模式的中国选择. 中国社会科学, 2017, (3).
- [16] 王健. 垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究. 法学, 2014, (3).
- [17] 兰磊. 论我国垄断协议规制的双层平衡模式. 清华法学, 2017, (5).
- [18] 侯利阳. 转售价格维持的本土化探析: 理论冲突、执法异化与路径选择. 法学家, 2016, (6).
- [19] 陈桂明. 论推定. 法学研究, 1993, (5).
- [20] 保罗·乌里奥. 走向繁荣的新长征——协调国家、社会和市场的关系. 清华大学国情研究院译. 北京: 中信出版集团, 2016.
- [21] 肖江平. 我国垄断协议豁免执法程序的制度设计——基于《反垄断法》修订的分析. 华东政法大学学报, 2020, (2).

- [22] 王晓晔. 转售价格维持的反垄断规制适用“合理原则”之批判. 法商研究, 2021, (1).
- [23] 李剑. 制度成本与规范化的反垄断法——当然违法原则的回归. 中外法学, 2019, (4).
- [24] Alison Jones. The Journey toward an Effects-based Approach under Article 101 TFEU——The Case of Hardcore Restraints. *The Antitrust Bulletin*, 2010, 55(4).
- [25] Alison Jones, Brenda Sufrin, Niamh Dunne. *Jones & Sufrin's EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. New York: Oxford University Press, 2019.
- [26] Roger D. Blair, Jeffrey L. Harrison. *Monopsony: Antitrust Law and Economics*. New Jersey: Princeton University Press, 1993.

The Application of Safe Harbor Rule for Monopoly Agreements In China: From Legislation to Implementation

Xu Zelin (Anhui University)

Abstract Different from the long-standing practice in European and American countries, China's *Anti-Monopoly Law* did not set a safe harbor rule in the monopoly agreements section at the beginning of its promulgation, and only added it during the revision process of the new law. Due to the particular connection between monopoly agreements and market forces, a safe harbor rule with boundaries reasonably set, can better respond to the long-standing differences between anti-monopoly law enforcement and judicial levels in China, reducing the implementation cost of the anti-monopoly law, and ensuring economic rationality to a certain extent. As a result, the analysis mode of vertical monopoly agreements has undergone new changes: new legal presumptions have been supplemented to the safe harbor rule, resulting in a new pattern of "prohibition + legal presumption + exemption". Under the background of the continuous changes in the practice of European and American countries and the continuous improvement of domestic anti-monopoly legal system, it is necessary to exclude the application of "core restrictions" that severely restrict competition, reasonably define the relevant market, scientifically determine market share, and give safe harbor rules room to expand and contract, allowing them to adjust dynamically as the market changes.

Key words monopoly agreements; safe harbor rules; amendments to *The Anti-Monopoly Law*; market forces; analytical models; digital economy; competition law; market monopoly

■ 收稿日期 2022-11-25

■ 作者简介 徐则林, 法学博士, 安徽大学法学院讲师、硕士生导师, 武汉大学竞争法与竞争政策研究中心兼职研究员; 安徽 合肥 230601。

■ 责任编辑 李 媛