

垄断行为类型化中的跨界行为

以联合抵制为视角

侯利阳*

摘 要 我国《反垄断法》设置了四个行为类型化的原则,即企业行为与政府行为两分、单方行为与多方行为有别、事先审查与事后审查分割、横向行为与纵向行为相离。这在降低执法难度的同时也带来自身所无法解决的问题:任何分类体系都不具有绝对性,而由此滋生的跨界行为又会引发适法错误。我国联合抵制第一案中所暴露的问题正是由此而起。本文经过比较法研究发现我国《反垄断法》中的联合抵制在来源上具有多重性的特点,其类型化原则取材于欧盟,但处理模式却又借鉴自美国。这种二元但却不一统的矛盾正是解决联合抵制分析困境的关键。为了调和这种矛盾,本文对联合抵制做出了进一步的类型化分析,进而对其子类别分别构建了分析框架。

关键词 反垄断法 行为类型化 跨界行为 联合抵制

引 言

世界各国的反垄断法均是以美国《谢尔曼法》作为蓝本进行制定,但种种迹象表明《谢尔曼法》的出台似乎只是一个偶然事件,当时的立法者只是设立了反垄断的基本框架,但对其具体适用缺乏成熟的、系统的思考。^{〔1〕} 因此,很多学者认为反垄断法是普通法,并非通常意义上

* 上海交通大学凯原法学院教授。本文系教育部哲学社会科学研究重大攻关项目(15JJD018)的阶段性成果。

〔1〕 See George Stigler, “The Origin of the Sherman Act”, in Thomas Sullivan ed., *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, Oxford University Press, 1991, p. 36; Thomas Hazlett, *The Legislative History of the Sherman Act Re-examined*, 30 *Economic Enquiry*, 263 (1992); Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principles and Execution*, Harvard University Press, 2008, p.41.

所说的成文法。^{〔2〕}在反垄断法产生一个多世纪以来,立法者、执法者以及学者竭尽全力所做的就是将《谢尔曼法》确立的原则逐步转为具体的、具有可执行性的反垄断行为。在此之中,垄断行为的类型化是反垄断理论史上的重要成果之一。类型化使得反垄断法的内容更为丰富和完善,也大大降低反垄断执法机构的执法成本。但是任何类型化都不是绝对的,实践中总会出现这样那样的跨界行为。联合抵制(boycott)就是反垄断法中跨界行为的代表。在我国反垄断执法进入深水区的大背景之下,对于跨界行为的研究虽然迫在眉睫,但在这个领域的成果尚为数不多。此外,我国联合抵制第一案中暴露的问题也表明对于跨界行为的探讨不仅仅限于理论层面,也开始影响到了执法层面。鉴于这些问题,本文拟以联合抵制为例分析垄断行为类型化的弊端,并提出相应的解决方案。

一、垄断行为类型化的原则及风险

反垄断法的目的具有多重性,但一般认为其主要目的在于维持市场中的自由竞争。^{〔3〕}但自由竞争已经被民商法为代表的其他市场法律规则所调整,反垄断法的适用范围应当被限定为其他部门法不能处理的行为。^{〔4〕}这个特征使得反垄断法的执法模式跟其他部门法存在很大的差别。就立法技术而言,其他部门法往往假定某些行为对于市场能够造成严重的危害,因此这些行为一经发现就立即禁止,^{〔5〕}这类执法模式或可称之为本身违法。而反垄断法虽然也从行为禁止入手,但是仅仅存在垄断行为本身往往不能认定该行为。在现代反垄断法的分析框架之中,执法者在发现垄断行为之后,不但需要分析该行为是否具有严重限制竞争的效果,而且还要考量该效果能否被市场机制自行解决。^{〔6〕}这种执法模式或可称之为合理原则。合理原则打破了本身违法之下非黑即白的执法逻辑,同时也给反垄断执法机构带来了极大的困难。为了解决这种困难,各国在实践中都逐步将各种垄断行为类型化,为每种垄断行为分别制定不同的分析要件,以此来指导执法机构的工作。^{〔7〕}行为类型化对于细化垄断行为、促进反垄断法执法工作具有重要意义,但是任何类型化原则都不是绝对的,尤其是在面对那些跨越于不同分类原则之间的垄断行为,类型化往往面临着困境。

(一)我国《反垄断法》中的类型化原则

作为一个新兴的反垄断法法域,我国《反垄断法》在立法之初就充分利用这种后发优势全

〔2〕 See William Reynolds & Spencer Waller, Legal Process and the Past of Antitrust, 48 *Southern Methodist University Law Review*, 1813(1995).

〔3〕 参见王先林:《竞争法学》,中国政法大学出版社2009年版,页205—206。

〔4〕 参见苏永钦:“私法自治与公平法的管制——公平法第二十四条的功用与滥用”,台湾《月旦法学杂志》2001年第3期。

〔5〕 参见陈兴良:“违法性的中国语境”,《清华法学》2015年第4期。

〔6〕 参见(美)欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦契奇、斯蒂芬·卡尔金斯:《反垄断法与经济学》,任勇、邓志松、尹建平译,法律出版社2009年版,页485—493。

〔7〕 See Mark Lemley & Christopher Leslie, “Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence”, 93 *Iowa Law Review*, 1209 (2008).

面借鉴了先进反垄断法法域的执法经验,这其中就包含垄断行为的类型化。具体而言,在我国《反垄断法》中大致构建了四个原则来解决垄断行为类型化的问题。

我国《反垄断法》类型化的第一大原则是企业行为与政府行为的两分法。竞争机制既可能会被拥有市场力量的企业破坏,更可能会受到拥有公权力的政府的限制。^{〔8〕}我国属于转型经济体制,政府利用行政权力限制竞争的情形屡见不鲜。^{〔9〕}与世界其他国家的反垄断法相比,我国《反垄断法》中增加了反行政垄断的内容。企业行为与政府行为的主要区别在于前者内生于市场机制,而后者则是外生性的力量。企业垄断行为的目的是获取私利益,对其禁止意味着反垄断法禁止通过某些形式获取利益。而政府行为除却官员个人腐败的因素,大体是为了实现公共利益而实施的。由此,反行政垄断与禁止企业限制竞争行为的目的不同——前者在于厘清政府在经济调节中的权力范围,也即政府行为应当以发挥市场机制本身为出发点,以弥补市场失灵为目的;后者则规制企业经营自主权的边界,也即企业不得通过自身的竞争优势限制其他企业的竞争力。^{〔10〕}二者区别虽然明显,但企业行为与政府行为的划分也存在例外,这就是国有垄断企业的行为。从一般角度而言,国有垄断企业跟其他私市场主体均为平等市场主体,但是国有垄断往往受到政府规制,其行为在一定程度上也代表着政府的意志。因此,对于国有垄断企业限制竞争行为的处理需要审慎平衡政府宏观调控与企业微观行为之间的细微差别。^{〔11〕}

对于企业限制竞争的行为而言,我国《反垄断法》类型化的第二大原则是区分单方行为与多方行为。这一原则也是借鉴了美国《谢尔曼法》中的类型化举措。《谢尔曼法》的实质条文是其第1条和第2条:第1条处理多个企业合谋限制竞争的行为,即多方行为;第2条处理单个企业滥用市场支配地位的行为,即单方行为。禁止多方行为的逻辑基础在于市场经济假设企业之间应当是竞争关系。合谋弱化甚至消除了参与者之间的竞争,因此应当被禁止。单方行为则是为了防止某个企业一支独大,从而压制其他市场主体的竞争。^{〔12〕}单方行为与多方行为在执法模式上的区别在于前者要求违法者必须拥有市场支配地位,后者则无此要求。虽然绝大多数的企业行为都可纳入单方行为与多方行为的分类框架之中,但只要是类型化就存在例外。经营者集中行为就是单方行为与多方行为划分中的跨界行为。该行为跟多方行为具有

〔8〕 参见王晓晔:“行政垄断问题的再思考”,《中国社会科学院研究生院学报》2009年第4期,页49—50。

〔9〕 参见于良春、于东华:“中国地区性行政垄断程度的测度研究”,《经济研究》2009年第2期,页119—131。

〔10〕 参见李剑:“反垄断法实施与产业政策的协调——产业政策与反垄断法的冲突与选择”,《东方法学》2011年第1期,页103—112。

〔11〕 关于国有垄断企业行为的跨界性以及我国《反垄断法》应当采取的处理方法参见 Liyang Hou, “When Competition Law Meets Telecom Regulation: The Chinese Context”, 31 *Computer Law & Security Review*, 689 (2015).

〔12〕 See International Competition Network, *The Objectives and Principles of Unilateral Laws* (2012), available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf>, 最后访问日期:2016年6月29日。

类似性——二者均属于多个企业的行为。^{〔13〕}但是这也仅仅只是起因相似而已。从结果而言,经营者集中将起初的多个企业合并为一个企业,这又符合单方行为的特征。

正是由于经营者集中的跨界性,反垄断法类型化又产生了第三大原则:事先审查与事后审查相分离。美国《谢尔曼法》所预见到的垄断行为只有垄断协议和滥用市场支配地位,并没有充分考虑到经营者集中的跨界性。在经营者集中被单独类型化之前,美国和欧盟反垄断执法机构都是将之类比单方行为或者多方行为进行处理的。^{〔14〕}但无论是单方行为还是多方行为都是以事后审查作为逻辑基础的,而经营者集中的审查契机只是企业之间合并的协议,这个协议本身对于市场机制是没有实际损害产生的。反垄断执法机构审查的只是该集中对于未来的市场是否会造成负面影响。这种事先审查性使得美国和欧盟最终都决定将经营者集中单独类型化,^{〔15〕}成为与单方行为和多方行为并列的第三类行为。不过即便是事先审查与事后审查的划分依然存在跨界行为,这就是承诺制度。在反垄断调查中执法机构可以接受被调查企业提出承诺条件,从而中止调查。^{〔16〕}这种针对未来行为所作出的承诺冲淡了事先审查与事后审查的边界,甚至有学者称之为形成了“管制型的竞争”(regulatory competition)。^{〔17〕}

上述三个原则只是划定了垄断行为的基础类型,也即反垄法规制四类垄断行为:行政垄断(政府行为)、垄断协议(企业行为、多方行为、事后审查)、滥用市场支配地位(企业行为、单方行为、事后审查)、经营者集中(企业行为、事先审查)。但是每一类行为的子行为依然千差万别,无法适用同一种分析方法进行处理。为了解决这个问题,垄断行为的类型化又发展出了第四个原则——横向行为与纵向行为分离。横向行为是竞争者之间的行为,受影响的是处于同一个相关市场的竞争者和该市场中的消费者。纵向行为则是处于生产链条相邻环节的企业之间的行为;这种行为的直接目的是排挤处于上游市场或者下游市场的竞争者。横向行为与纵向行为的区分细化了上述三大原则确立的垄断行为,建立了更为细致的分析方法。横向行为因为涉及竞争者之间的合谋,不但弱化甚至消除涉案者之间的竞争,更会改变市场结构,因此成为执法者审查的重点行为。比如,对于横向垄断协议行为而言,执法者只需发现该行为存在即推定其违法,学理上也称之为本身违法行为。^{〔18〕}再比如,在经营者集中案件中,横向集中也是执法者审查的重点。我国商务部截至2016年初公布了29个附条件批准或禁止集中的案件,其中有23个属于横向集中,约占80%。与之相对比,纵向行为一则不涉及直接竞争者之

〔13〕 此时还要区分合意收购与恶意收购。合意收购跟多方行为完全一样,但是恶意收购就属于单方行为。

〔14〕 关于美国在经营者集中单独立法前的历史参见 Magdalena Katarzyna Kakol, "The Evolution of US Merger Control Policy - Part 1: 1890-1973", 13 *Ekonomia i Prawo, Economics and Law*, 405 (2014). 关于欧盟在经营者集中单独立法前的历史参见 Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2011, pp.860-863.

〔15〕 See Neil Horner, "Unilateral Effects and the EC Merger Regulation - How The Commission Had its Cake and Ate it Too", 2 *Hanse Law Review*, 23 (2006).

〔16〕 参见《中华人民共和国反垄断法》第45条。

〔17〕 关于承诺制度的跨界性及其对反垄断法体系的冲击参见 Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, Cambridge University Press, 2015, pp. 69-72.

〔18〕 参见郑鹏程:“美国反垄断法‘本身违法’与‘合理原则’适用范围探讨”,《河北法学》2005年第10期。

间的竞争,二则不改变市场结构,因此执法机构对其的管控要相对宽松,一般不会直接推定其违法,而是依据合理原则进行个案分析。^{〔19〕}

(二)联合抵制的跨界性

横向行为和纵向行为的划分丰富了垄断行为类型化的内容,同时也使得类型化的指向更为清晰。这不但更加深刻揭示了不同垄断行为的本质,更极大地节省了执法资源。但是在横向行为和纵向行为的划分之中依然存在跨界行为,这就是联合抵制。国际学界对于前三种原则中的跨界行为探讨较多,但是对于横向行为与纵向行为中的跨界行为却研究不多。下面本文结合联合抵制来探讨横向行为和纵向行为分类的不绝对性。

联合抵制是我国《反垄断法》第13条明示禁止的横向垄断协议行为。该条划分了两类联合抵制的行为:一类是广义意义上的联合抵制(第13条第5款),另一类则是专门针对技术领域中发生的联合抵制,也即联合限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品(第13条第4款)。国家工商行政管理总局(以下简称“工商总局”)在《禁止垄断协议行为的规定》中将联合抵制界定为:“具有竞争关系的经营者联合拒绝向特定经营者供货或者销售商品、联合拒绝采购或者销售特定经营者的商品、或者联合限定特定经营者不得与其具有竞争关系的经营者进行交易。”^{〔20〕}这个定义进一步界定了联合抵制的三种表现形态,并明确了联合抵制的目的是通过限制交易相对方的选择自由来排挤其他竞争者。这些安排实质上是将联合抵制划归于企业行为、事后审查行为、多方行为和横向行为。基于这种类型化定位,我国很多学者认为联合抵制应当适用本身违法的处理模式。^{〔21〕}

但值得思考的是,联合抵制与我国《反垄断法》第13条中明示禁止的其他三类横向行为(固定价格、限制产出、分割市场)存在着四大差别。首先,二者在行为的独立性上存在不同。其他行为都可独立存在,或者说可以成为企业合谋的直接目的。而联合抵制既可能是企业合谋的直接目的,也可能是其他垄断行为的保障措施。比如,签订固定价格协议的竞争者可以将联合抵制作为不遵守该协议的处罚措施。其次,二者在限制对象方面也存在差异。其他横向行为的客体是参与者的经营自由,而联合抵制限制的是参与者之外的竞争者。再次,二者在限制竞争效果方面也不相同。其他行为的直接目的是减弱甚至消除参与者之间的竞争。这些行为发起于同一个相关市场,其限制竞争的效果也处于该相关市场。而联合抵制的直接目的是限制参与者与第三方的交易,因此联合抵制发起于一个相关市场,但其直接限制竞争的效果却落脚于另外一个相关市场。最后也是最为关键的是,二者还在联合对象方面有着巨大差异。其他横向行为仅仅涉及竞争者之间的合谋(横向行为),而联合抵制还可能涉及竞争者与非竞争者之间的合谋(纵向行为)。联合抵制的目的在于限制其他竞争者的竞争,但竞争者与竞争

〔19〕 关于横向行为与纵向行为经济学上认知的不同及其在法学分析方法上的映射参见 Vincent Verouden, “Vertical Agreements: Motivation and Impact”, in Wayne Collins ed., *Issues in Competition Law and Policy* (Vol. 3), American Bar Association, pp.1813—1840.

〔20〕 国家工商行政管理总局〔2010〕第53号。

〔21〕 王先林,见前注〔3〕,页238—240;王晓晔主编:《中华人民共和国反垄断法详解》,知识产权出版社2008年版。

者之间并无交易的发生,^{〔22〕}因此联合抵制主体无法针对其他竞争者直接实施抵制,只能通过与上下游的经营者联合方能实现。从实施效果而言,联合抵制又可能是纵向行为的一种。

综上所述,联合抵制的跨界性在于:其从行为的表现来看属于横向行为,但是从实施效果而言却又是纵向行为。横向行为类型化的目的是为了将归类为横向行为的垄断行为纳入本身违法的执法模式之中。但联合抵制的跨界性却又意味着这种两分法已经过于简单而无法适用。

二、联合抵制的执法困境

垄断行为的类型化大大降低了反垄断的执法难度,但是跨界行为的出现却又在不时冲击这些分类原则,这也造就了新的类型化原则的出台。但目前学界对于联合抵制的跨界性尚未产生足够的关注。实践表明这种理论探讨的缺失依然造成了适法错误的现实案例。

(一)联合抵制第一案

对于联合抵制本质认知的模糊直接反映在我国第一例联合抵制案件之中,这就是“番禺动漫协会案”。该案在2015年7月由广东省工商行政管理局(以下简称“广东省工商局”)作出处罚决定。^{〔23〕} 该案中的涉案企业番禺动漫协会为在广州市注册的管理动漫游艺行业、开展交流培训活动的社团法人。该协会除了具有管理职能之外,还主办番禺商用动漫游戏产业博览会(GAGA展),协办广州电子游戏产业展(GTI展)。在2012年,涉案企业在其“第二届理事工作会议”中与与会的19家会员企业签订《会展联盟协议书》(以下简称“涉案协议”)。会后,该协会又向其他会员企业征集签名,最终有52家会员企业成为签约企业。涉案协议主要涉及内容有三:①除本协议约定的特殊情况外,会员单位仅参加由本协会主导、主办或者承办的广州会展,如GAGA展、GTI展,并在参与上述会展过程中遵守协会的相关指引,共同打造文明办展、参展的良好行业氛围。②会员单位如需参与非协会主导、主办或者承办的其他广州会展,须在参展前30天书面向协会提出申请,并由协会书面批示方可。③会员单位一致同意,抵制非法会展、绝不参加与本行业无关或者协会认为不应参加的会展。

广东省工商局认为,《反垄断法》第13条规定所禁止的垄断协议的构成要件包括:行为人间存在竞争关系;行为人达成了协议、决定或者其他协同行为;行为人达成的协议、决定或者其他协同行为具有排除、限制竞争的效果。首先,涉案协议的签署者是52家会员企业,这些企业都从事动漫游艺开发,属于经营同种或类似业务的独立经营者,具有明显的竞争关系。其次,涉案协议由这52家会员企业达成,并签字、盖章。再次,涉案协议对签署企业参加展览会的选择权进行了限定,其实质是各签署企业联合抵制了广州市范围内除当事人主导、主办或者承办的动漫会展之外的其他动漫会展,这将排斥、限制动漫游戏会展行业本应有的自由竞争,

〔22〕 竞争者之间也可以产生交易活动。但此时二者的关系发生转变,也即从竞争关系变为非竞争关系。

〔23〕 参见粤工商经处字〔2015〕第2号。

对广州市动漫游戏会展市场的健康发展产生现实或潜在的危害。因此,涉案行为属于《反垄断法》第13条禁止的联合抵制行为。最后,鉴于番禺动漫协会在该案中的组织角色,广东省工商局仅对协会作出了行政处罚。

(二)评析

本文认为广东省工商局在本案中就是因为没有妥善地考虑联合抵制的跨界性,从而导致了适法错误。本案中的签约主体共计53家,可以分为两组:一组为番禺动漫协会,一组为52家提供动漫产品的会员企业。本案受抵制的对象为其他主办商在广州市举办的动漫游戏会展(如广州市鸿威展览服务有限公司承办的“广州鸿威展”等动漫会展)。由此可以得知,本案涉及两种产品或者服务:①动漫游戏会展;②动漫游戏产品。在该案中,番禺动漫协会也的确涉嫌组织这些企业的联合抵制。这些都意味着番禺动漫协会似乎违反了《反垄断法》的相关规定。

但是,本案的关键问题在于能否把番禺动漫协会看作是与这52家会员企业具有竞争关系的经营者。我国《反垄断法》一直未能明确经营者与行业协会的关系。从《反垄断法》对于经营者的定义来看,经营者应当以营利为目的,而行业协会应当被视为非营利的组织。^{〔24〕}那么由此产生的问题是:作为非营利组织的行业协会在垄断协议中扮演何种角色?徐士英将行业协会界定为“由同一行业的经营者组成,以保护和增进全体成员的共同利益为目的的一种社会组织”。^{〔25〕}依此定义通过行业协会达成的垄断协议应当被视为为了全体成员的共同利益而形成的合意。行业协会在这个过程中只是代表全体成员发布了该协议,是这些成员完成垄断协议的通道,^{〔26〕}因此行业协会在垄断协议之中不应当享有独立于成员之外的利益。我们甚至可以认为“将行业协会纳入卡特尔的适用范围是为了避免经营者通过行业协会规避法律。如此,卡特尔既包含经营者之间的直接合谋,也包含体制化形式的合作,比如通过行业协会这种共同体所实施的行为”。^{〔27〕}此外,行业协会自身并不参与生产经营,所以在确定反垄断罚款的时候,执法机构也无法按照其销售额的比例进行处罚,这也是为何我国《反垄断法》对于行业协会设立了以五十万元作为最高额进行处罚的执法模式。^{〔28〕}

那么番禺动漫协会在涉案协议中是否完全代表成员企业的利益,并且没有独立于成员之外的利益呢?根据案情显示,番禺动漫协会除了具有管理成员企业的公共职能之外,还提供举办动漫会展的服务。在管理成员企业的职能中,番禺动漫协会可以被认为与成员企业具有共同的利益。但在举办动漫会展这个相关市场中,我们就不能简单认为其与成员企业具有共同的利益。首先,涉案的52家动漫企业不提供动漫会展服务。其次,番禺动漫协会在举办会展

〔24〕 鲁篱:“行业协会限制竞争行为的责任制度研究”,《中国法学》2009年第2期,页88。

〔25〕 徐士英:“行业协会限制竞争行为的法律调整——解读反垄断法对行业协会的规制”,《法学》2007年第12期,页28。

〔26〕 参见曹珍:“我国行业协会价格垄断法律规制的反思与完善”,《中国物价》2015年第12期。

〔27〕 Jones & Sufrin, *supra* note 14, at 140.

〔28〕 参见《中华人民共和国反垄断法》第46条。

服务的时候其也未与会员企业分享举办动漫会所产生的利益。因此,番禺动漫协会在举办会展这个相关市场中的行为并不代表成员企业的利益,而是代表自己的利益。因此,在分析本案时我们应当剥离番禺动漫协会的公共管理职能与其举办动漫会展的商业职能。前者的主要目的是“协助政府进行行业管理,制定行规行约,维护会员权益,开展交流、培训等活动”,〔29〕而后者则是纯粹的营利性商业行为。综上,本文认为就本案涉及的联合抵制而言,番禺动漫协会与52家会员企业分属两个相关市场。虽然涉案协议的达成有赖于番禺动漫协会对于会员企业之间的管理职能,但这并不足以使得二者成为竞争者。因此,涉案协议不属于《反垄断法》第13条所禁止的横向行为。

广东省工商局在其行政处罚决定书中似乎也意识到了这个问题,所以在分析涉案协议排除限制竞争效果时,广东省工商局仅仅指出涉案的52家会员企业(不包括番禺动漫协会)具有明显的竞争关系,并以此判定涉案协议构成横向行为。那么进一步的问题就是我们能否以某协议的部分主体存在竞争关系来断定该行为的横向性质。如果这种做法可行的话,我们会发现很多商业行为都可以被认定为横向行为。比如,两个主体在设立合伙企业的时候约定不得吸纳新合伙人,这就有可能涉嫌联合抵制其他人成为合伙人。再比如,转售价格维持是一种典型的纵向垄断协议。〔30〕我们假定该行为约定如果经销商违约,其他经销商不得与该经销商进行交易。那么,如果我们仅仅考虑经销商之间的不得交易的行为的话,就会发现这种纵向行为也可以被转化为联合抵制。因此,广东省工商局的这种做法会扩张联合抵制的适用范围,这不符合我国《反垄断法》的立法意图。

三、欧美执法模式的比较研究

反垄断法作为一个年轻的法域,其中最为直接的法学构建方法是法律移植。世界上最有代表性的反垄断法法域为美国和欧盟。前者为反垄断法的发祥地,拥有一百多年的反垄断法经验;后者为我国《反垄断法》的蓝本法域。〔31〕因此,重新构建我国联合抵制的分析方法之前,我们必须首先对于美国和欧盟联合抵制的执法模式进行比较研究,从中吸取经验。

(一)美国的执法模式

联合抵制作为反垄断法的执法对象首先发起于美国。美国从第一个联合抵制案件至今已经有一百多年的执法历史。不过,《谢尔曼法》本身并未对联合抵制进行类型化,该行为的类型化是在随后的执法活动中慢慢确立的。美国对于联合抵制的执法模式可谓是一波三折:从20世纪初的合理原则始,到40年代后演变为本身违法,最后在80年代又重新回归合理原则。

〔29〕 见前注〔23〕。

〔30〕 参见许光耀:“转售价格维持的反垄断法分析”,《政法论丛》2011年第4期,页99。

〔31〕 参见王晓晔:“《中华人民共和国反垄断法》评析”,《法学研究》2008年第4期,页68及以下。

1. 早期的合理原则

美国联邦最高法院(以下简称“美国最高院”)[32]的第一起联合抵制案件发生在1914年,即“东部木材零售商协会案”。[33] 该案成为联合抵制适用合理原则的源头。在该案中,一些木材零售商(其在美国东部地区的木材零售市场占据多数市场份额)通过行业协会联合抵制提供木材零售的批发商。[34] 在分析之初,美国最高院直接引用了“标准石油案”[35]中创建的合理原则。[36] 法院发现这些零售商的行为不仅给木材批发商而且也给消费者施加了“强制性的影响”(coercive influence)。从案件后续的发展来看,涉案行为也限制了被抵制的批发商与涉案零售商之间的竞争,同时也阻止了其他零售商与被抵制的批发商进行交易。作为合理原则分析中的重要环节,美国最高院在最后也分析了涉案行为能否促进零售市场的发展并最终提高社会福利。[37] 但鉴于涉案行为已经产生了非常明显的限制竞争效果,涉案行为被裁定违反《谢尔曼法》第1条。

“东部木材零售商协会案”确立的合理原则在之后的案件中被多次引用,其中最为重要的案件是1941年的“美国时尚原创者协会案”。[38] 在该案中若干家女士服装生产商发现他们的创意经常被盗用。但因这些创意是否应当受到美国著作权法的保护比较模糊,这些厂商就联合起来抵制那些销售“盗版服装”的零售商。[39] 在判决书中,美国最高院依然沿用了合理原则的分析框架。法院注意到这些涉案企业具有很强的市场地位,[40]并且涉案行为不仅严重限制了其他服装生产商的竞争,而且也限制了零售商之间的竞争。[41] 在分析合理性要件的时候,上诉人抗辩其行为的目的是为了保护知识产权。但美国最高院认为,即便这些创意应

[32] 在美国除了联邦具有反垄断法(也即《谢尔曼法》)之外,每个州也都有自己单独的反垄断法。此外,在联邦除了最高院之外还有地区法院以及巡回法院,这些法院都有大量的联合抵制案件,真正上诉到最高院的案件非常少。考虑到只有最高院的判例才能真正被称为先例,因此本文的讨论仅仅集中于最高院具有历史意义的判例。关于其他法院的案例可以参见 Paul Rogers, “Consumer Welfare and Group Boycott”, 62 SMU Law Review, 665 (2009).

[33] 其实最早的联合抵制案件甚至可以追溯到 *W.W. Montague & Co. v. Lowry* 案 [193 U.S. 38 (1904)]。但该案处理的是工人联合罢工的问题,属于非经济目的的联合抵制。我国《反垄断法》仅仅处理经济行为,因此本文对于非经济目的的联合抵制不予讨论。关于美国对非经济目的的联合抵制的处理模式,参见 Coleman Bird, “Sherman Act Limitations on Noncommercial Concerted Refusals to Deal”, 1970 *Duke Law Journal*, 247 (1970)。

[34] *Eastern States Retail Lumber Dealers Association v. United States*, 234 U.S. 600 (1914).

[35] *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 58—59 (1911).

[36] *Eastern States Retail Lumber Dealers Association*, *supra* note 34, at 609—610.

[37] *Ibid.*, at 614.

[38] *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 U.S. 457 (1941).

[39] *Ibid.*, at para.2.

[40] 这些厂商在批发价为6.75美元以上的女士服装市场中拥有38%的集体市场份额,在批发价为10.75美元以上的女士服装市场中拥有60%以上的集体市场份额。*Ibid.*, at para.3.

[41] *Ibid.*, at para.6—7.

当受到知识产权法的保护,也不足以抵消其限制竞争的效果。^{〔42〕} 涉案行为最终被判定违反美国反垄断法。

2.中期的本身违法

虽然美国最高法院在上述案件中都适用合理原则进行分析,但是很多学者指出其分析缺乏市场数据支持,实质上是推定联合抵制具有强烈的限制竞争效果,这引发了联合抵制是否属于本身违法行为的讨论。^{〔43〕} 该讨论以美国最高法院 20 世纪 60 年代前后的“科勒尔案”和“通用汽车案”而收尾。

在 1959 年的“科勒尔案”中,上诉人科勒尔公司与被上诉人百老汇哈勒公司为相邻的家电零售商。^{〔44〕} 上诉人发现被上诉人与十几家著名电器生产商达成协议:这些生产商或者不给科勒尔公司供货,或者以很高的价格供货。在初审和上诉审中百老汇哈勒公司辩称:周边地区存在几百个家电零售商,涉案行为根本无法限制竞争。美国联邦加利福尼亚地区法院和联邦第十巡回法院均接受了该项辩解,裁定涉案行为不违法。^{〔45〕} 但美国最高法院在终审时一改先前判例,宣称联合抵制无论“从本质上还是从特征上都是严重限制竞争的行为”(unduly restrictive from their nature or character)。由此,法院认为无须深入分析市场竞争有没有真正受损。^{〔46〕} 百老汇哈勒公司的行为因此被直接判定违法。

这种将联合抵制视为本身违法的做法在两年后的“通用汽车案”得以巩固。^{〔47〕} 在该案中,通用汽车公司为了维持其汽车特许销售体系与 4S 经销商约定不得向非授权的汽车折扣商(Discount Houses)转销雪佛兰汽车。初审法院认为该行为的直接目的是维持汽车特许经销体系,因此不违反《谢尔曼法》第 1 条的规定。^{〔48〕} 但美国最高法院在终审中援用了“科勒尔案”的先例——联合抵制属于本身违法行为。^{〔49〕} 并且,最高法院再次强调:在审查该类行为的时候,第一无须审查该行为是通用公司与每一个经销商单独达成的还是共同达成的,^{〔50〕} 第二无须审查该协议是否具有合理的意图。^{〔51〕} 这意味着联合抵制违法的法律推定不可反驳,是彻底底的本身违法行为。通用公司的行为由此也被判定违法。

3.重新回归合理原则

随着 20 世纪 60 年代之后芝加哥学派的兴起,将联合抵制视为本身违法行为的做法开始受到强烈批判。芝加哥学派的代表人物波斯纳认为联合抵制只不过是自力救济的手段,在大

〔42〕 Ibid., at para.10.

〔43〕 See Edward Woolley, “Is a Boycott a Per Se Violation of the Antitrust Laws?”, 27 *Rutgers Law Review*, 773 (1974); and Philip Kissam, “Antitrust Boycott Doctrine”, 69 *Iowa Law Review*, 1165 (1984).

〔44〕 *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207, 209—10 (1959).

〔45〕 Ibid., at 210.

〔46〕 Ibid., at 211—212.

〔47〕 *United States v. General Motors*, 384 U.S. 127 (1966).

〔48〕 Ibid., at para.24.

〔49〕 Ibid., at para.31.

〔50〕 Ibid., at para.27—28.

〔51〕 Ibid., at para.32.

多情形中是理性行为;其只有在被用来实施其他垄断行为(比如作为固定价格的惩罚手段)的时候才可能成为反垄断法的执法对象,但此时联合抵制又是其他行为的附属行为。^[52] 芝加哥学派的另一位代表人物博克(Robert Bork)则认为绝大多数的联合抵制都不会严重限制竞争,只有在参与抵制的竞争者拥有足够大的市场力量(至少 80%—90% 的市场份额),且市场中不存在可替代的产品时,才有可能限制竞争,因此,推定联合抵制本身违法是很不合适的。^[53] 事实证明芝加哥学派的批判收到了良好的效果,美国最高院在 20 世纪 80 年代的两个案件中最终将联合抵制重新纳入合理原则的分析框架。

这个历史性的转变发生在 1985 年的“西北文具协会案”。^[54] 本案中的西北文具协会由美国西北部地区的一百多家文具零售商组成,主要职能是给成员集体批发文具。该协会也给非会员提供批发业务,不过价格要高于会员。案件的相对方太平洋文具和印刷公司曾是协会会员,同时兼营文具批发和零售业务。后来西北文具协会修改了章程,要求会员不得从事批发业务。章程修改之后案件相对方一直没有放弃批发业务,西北文具协会决定取消其会员资格。^[55] 太平洋文具和印刷公司以联合抵制为由提起诉讼。该案的审查颇为波折:先是初审法院驳回起诉;随后上诉法院联邦第九巡回法院又裁定西北文具协会违法;最后美国最高院终审判决涉案行为合法。在终审判决中,美国最高院在历史上首次全面梳理了联合抵制的所有判例,并认为这些判例具有三个共同点:①被抵制者无法通过其他途径获得赖以生存的供给或者设施,又或自身无法生产该产品;②联合抵制实施者的市场力量均较为强大;③这些行为均不能提高效率或者促进竞争。^[56] 据此,法院认为并不是所有的联合抵制都能造成严重限制竞争的效果,只有符合上述情况的联合抵制才可能被判定违法。具体到本案而言,西北文具协会所设立的这种联合批发体系能够使得会员单位达到规模效应,从而具有提升效率的效果。此外,该协会的市场力量也不强,没有控制其他零售商赖以生存的设施,所以涉案行为不太可能产生严重限制竞争的效果。^[57]

在该案判决仅仅一年后,美国最高院又在“印第安纳牙医联盟案”^[58]中重申了合理原则对于联合抵制的适用。当时美国的保险公司为了衡量医疗成本,会向牙医请求查看病人的 X 光照片。保险公司随后将这些照片交给专家进行评估,评估意见会影响病人的获赔金额。很多牙医感觉这种评估影响了他们的专业中立性,遂成立印第安纳牙医联盟,集体拒绝给保险公司提供 X 光照片。在判决中,美国最高院再次声明在审查联合抵制的时候法院应当分析涉案

[52] 参见(美)理查德·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社 2003 年版,页 280—288。

[53] See Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, Free Press, 1993, pp.330—344.

[54] *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985).

[55] *Ibid.*, at 287.

[56] *Ibid.*, at 294.

[57] *Ibid.*, at 297.

[58] *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 448 (1986).

主体是否具有市场力量,并且是否控制某种重要设施。^[59]随后,法院发现该联盟的成员虽然不到100个,但囊括了安德森地区的所有牙医以及拉法耶塔地区67%的牙医。^[60]鉴于牙医的地域市场一般都为本地,该联盟被认定为具有较强的市场地位。^[61]接着,法院又分析该联盟是否控制保险公司赖以生存的设施。经过调查发现,虽然保险公司可以通过其他方式进行评估,但这会大大提高评估成本,并最终提高病人的保险费用。^[62]因此,涉案行为符合联合抵制的法律要件,从而被判定违法。

(二)欧盟的执法模式

与美国轰轰烈烈的反联合抵制截然相反,联合抵制并不是欧盟竞争法类型化分类中的行为之一。关于这个结论,本文有如下五种证据。首先,横向行为由《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union)第101条规制,但联合抵制一词并未出现在该条之中。其次,欧盟竞争法在执法过程中发展出了核心限制竞争的行为(hardcore restriction)的概念。这些行为类似于美国的本身违法行为,^[63]包括固定价格、限制产出、分割市场等,^[64]联合抵制也不在其中。再次,笔者对于《欧盟运行条约》第101条的所有配套法规以“boycott”进行了全文搜索,^[65]发现欧盟仅在《纵向限制指南》提及了一次联合抵制,但也不是作为一种类型化的垄断行为进行描述的。^[66]又次,笔者对于欧盟普通法院(General Court of European Union)和欧盟法院(European Court of Justice)的所有案例以“boycott”为关键词进行了全文搜索,^[67]仅发现了一起案件。但在这起案件中联合抵制仅仅是作为固定价格、分割市场、限制产出等横向行为的附属行为出现,并且欧盟法院也未单独分析联合抵制的违法性。^[68]最后,笔者查阅了三本非常有代表性的欧盟竞争法教材,联合抵制没有被任何一本教材作为类型

[59] Ibid., at 458.

[60] Ibid., at 449-450.

[61] Ibid., at 460-461.

[62] Ibid., at 461-462.

[63] Case C-209/07, *BIDS*, [2008] ECR I-8637, para.17.

[64] European Commission, *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis)*, O.J. C 368/13, 22 December 2001.

[65] 《欧盟运行条约》第101条的所有配套法规可以在欧盟委员会的官方网站找到:<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>,最后访问日期:2016年6月29日。

[66] European Commission, *Guidelines on Vertical Restraints*, O.J. C 130/01, 19 May 2010, para.69.

[67] 欧盟法院与欧盟普通法院的所有案例都可以通过其提供的官方搜索引擎进行全文搜索,搜索网址为:<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>,最后访问日期:2016年6月29日。

[68] Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-206/02 P, C-207/02 P, C-208/02 P, and C-213/02 P, ECR 2005 p. I-5425.这个案件由于不同当事人的上诉形成多个判决书,但其实质内容均是针对欧盟委员会的一个反垄断行政裁决书 Commission Decision of 21 October 1998 relating to a proceeding under Article 85 of the EC Treaty (Case No IV/35.691/E-4: Pre-Insulated Pipe Cartel), O. J. L 24, 30 January 1999.

化的垄断行为。^{〔69〕}但这并不意味着欧盟对于联合抵制没有作出任何形式的规制。根据前文的论述,联合抵制是竞争者通过合谋排挤竞争者或者上下游经营者的行为。这种限制竞争的效果在欧盟被定义为市场封锁效应(Foreclosure Effect)。若作此种解释,我们就可以发现欧盟并非不禁止联合抵制,只是将其拆散到了其他类型化的行为之中。

联合抵制首先是一种横向行为。依据欧盟委员会《横向协议指南》中的规定,^{〔70〕}可能涉及联合抵制效果的横向协议有四类:联合研发协议(joint research and development agreements)、^{〔71〕}联合生产协议(joint production agreements)、^{〔72〕}联合购买协议(joint purchasing agreements)、^{〔73〕}标准化协议(standardization agreements)。^{〔74〕}欧盟委员会认为这四类协议均可产生类似于联合抵制的效果,^{〔75〕}但其并未将任何一种行为归类为核心限制竞争的行为。并且,欧盟委员会认为这些行为只有在同时满足如下两个条件的时候才有可能限制竞争:①签订协议的主体具有较强的市场力量;②市场中的替代性产品或者技术有限。^{〔76〕}此外,除了标准化协议之外,^{〔77〕}欧盟委员会对于其他三类行为中的市场力量也进行了量化:联合研发协议中涉案企业的集体市场份额低于25%,联合生产协议中涉案企业的集体市场份额低于20%,联合购买协议中涉案企业的集体市场份额低于15%。^{〔78〕}当涉案企业的市场份额低于规定限度时,其行为均可以被直接豁免。

其次,联合抵制也跨越于纵向行为。比如,在前述美国的“通用汽车案”中,涉案的联合抵制协议就是由通用汽车公司与下游的汽车经销商订立的。根据欧盟委员会的《纵向协议指南》,^{〔79〕}可能产生联合抵制效果的纵向协议有四:单一品牌协议(single branding)、^{〔80〕}排他性

〔69〕 Jones & Sufrin, *supra* note 14; Günther Hirsch, Frank Montag & Franz Jürgen Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell, 2008; Richard Whish & David Bailey, *Competition Law (7th Edition)*, Oxford University Press, 2012.

〔70〕 European Commission, *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, O.J. C 11/1, 14 January 2011.

〔71〕 联合研发协议是竞争者联合开发某种新技术、新产品或者联合指定第三方代其研发某种新技术、新产品的行为。Ibid., at para.111.

〔72〕 联合生产协议是指竞争者约定某种产品只能由其中一个竞争者或者几个竞争者进行生产的行为,包括代理加工协议和专业化协议。Ibid., at para.150.

〔73〕 联合购买协议指的是多个竞争者指定某个竞争者、设立一个企业或者协议联合购买某种产品。Ibid., at para.194.

〔74〕 标准化协议是指经营者统一界定某种产品、生产过程、服务或者生产方法的技术或者质量要求。Ibid., at para.257.

〔75〕 Ibid., at paras.137, 159, 203 and 264.

〔76〕 Ibid., at paras.138—139, 159, 203—203.

〔77〕 Ibid., at para.277.

〔78〕 Ibid., at paras.134, 169, and 208.

〔79〕 *Guidelines on Vertical Restraints*, *supra* note 66.

〔80〕 单一品牌协议的目的是让下游经营者或消费者只能从特定的供货商那里购买某个产品。对此,欧盟也并不是要求绝对的排他性购买,而是购买总体需求量的80%以上即可认定为单一品牌协议。Ibid., at para.129.

销售协议(exclusive distribution)、^{〔81〕}选择性分销协议(selective distribution)、排他性的顾客分配(exclusive customer allocation)。^{〔82〕} 这些协议均可产生联合抵制的效果。^{〔83〕} 但即便如此,欧盟委员会也认为当签署协议的主体在各自的相关市场中的市场份额低于30%时一般不具有限制竞争的效果,可以被直接豁免。^{〔84〕} 当市场份额高于30%时,欧盟委员会也不会对之直接禁止,而是要深入分析其他竞争者的市场力量、市场进入障碍、买方对抗力量、市场成熟度等进行综合判断。^{〔85〕}

(三)美欧模式之比较

通过上述的比较研究,我们可以发现美国和欧盟对于联合抵制的类型化路径存在两个共同点和两个不同点。第一个共同点是美国和欧盟都未把联合抵制视为本身违法行为(欧盟称之为核心限制竞争行为)。虽然早期的美国的确将联合抵制作为本身违法处理,但是自从20世纪八十年代之后联合抵制就被归类为合理原则分析的行为。而在欧盟,欧盟委员会甚至对于参与主体市场份额较低的联合抵制予以直接豁免。第二个共同点是美国和欧盟分析联合抵制的具体法律要件存在重合。美国认为联合抵制只有在参与者市场力量较大,并且控制其他经营者赖以生存的设施时,才可能限制竞争。与之类似,欧盟也会深入分析参与者的市场力量以及涉案行为对于市场的实质影响。

但欧盟与美国也存在重大差异。第一,联合抵制在与我国具有天然联系的欧盟竞争法体系中并不存在,反而是与我国关系较远的美国反垄断体系中的类型化产物。第二,美国的联合抵制并不区分参与者是横向关系或者纵向关系。^{〔86〕} 虽然美国大多数的案件都是横向联合抵制,但是“科勒尔案”与“通用汽车案”涉及的就是上下游企业之间达成的纵向联合抵制。而欧盟则是严格区分横向协议和纵向协议。并且,欧盟委员会对于纵向联合抵制豁免的市场份额标准是30%,而横向协议的豁免标准则为15%、20%或者25%。这意味欧盟认为纵向联合抵制限制竞争的效果总体上要低于横向联合抵制。

四、我国执法模式之构建

虽然有学者认为不存在真正意义上的法律移植,^{〔87〕}但不可否认的是我国近现代的法制

〔81〕 供给者答应只给某个特定的下游经营者供应某种产品。Ibid., at para.151.

〔82〕 供给者要求其经销商只能将某产品销售给特定的顾客。Ibid., at para.168.

〔83〕 Ibid., at para.130, 151, 168, and 175.

〔84〕 Ibid., at para.131, 152, 169, and 176.

〔85〕 Ibid., at paras.134—138, 153—159, and 177—181.

〔86〕 See Kenneth Glazer, “Concerted Refusals to Deal Under Section 1 of the Sherman Act”, 70 *Anti-trust Law Journal*, 1 (2002).

〔87〕 参见(德)弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,页7—12;苏力:“变法,法治建设及其本土资源”,《中外法学》1995年第5期,页4。

史就是一部西方法律移植史。^{〔88〕}学界一般认为法律移植存在三个阶段:①详观移植对象;②深析本土的制约性要素;③慎行本土化改造。^{〔89〕}这三个步骤并非截然分立、一蹴而就,需要在反复认知中得以提高,这也是我国诸多法律频繁修改的主要原因之一。^{〔90〕}在上一章中本文已经对法律移植的第一步作出了分析,本章则会对第二步和第三步进行研究,从而构建联合抵制的本土化执法模式。

(一)制约性要素比对

联合抵制是我国《反垄断法》第13条明令禁止的行为。因此,我国《反垄断法》为联合抵制设置了两个本土化的制约性要素:其一,联合抵制是明示的类型化行为;其二,联合抵制是横向行为。在前文中分析的“番禺动漫协议案”中,广东省工商局在认定联合抵制的时候就忽视了第二个制约性要素,从而产生了直接移植美国早期对于联合抵制的执法模式的错误。下面就这两个制约性要素与移植对象(美国和欧盟的执法模式)进行对比。

首先,我国与美国的相似点在于联合抵制都是明示的类型化行为。不过我国是在《反垄断法》中明示,美国则是在执法实践中确立。但二者也存在差异。我国对于横向行为与纵向行为有着严格的划分;而美国《谢尔曼法》第1条并不严格区分横向行为与纵向行为。前述分析的美国最高院的案例均不区分横向联合抵制与纵向联合抵制,二者均放置在同一个分析框架中进行处理。甚至最高院的大法官斯蒂文斯都认为:“从定义上来说所有限制竞争的协议都是横向的。”^{〔91〕}这个区别意味着我们在借鉴美国做法的时候必须要剥离纵向联合抵制的情形。

其次,与欧盟相比的话,我们会发现我国与欧盟都严格遵循横向行为与纵向行为的分类。横向与纵向的划分并未出现在《欧盟运行条约》第101条,其为欧盟在执法实践中逐渐确立的原则。^{〔92〕}但我国与欧盟也存在极大的不同点——联合抵制并非欧盟竞争法中的类型化行为。欧盟对于联合抵制的规制散落于其他类型化的垄断行为之中。欧盟的这种做法正是为了应对横向行为与纵向行为划分中的体系性风险。^{〔93〕}这对于同样遵从横向纵向之分的我国有着很强的借鉴意义。但因联合抵制不是欧盟竞争法框架下的类型化行为,我们在移植欧盟经

〔88〕 参见何勤华:“法的移植与法的本土化”,《中国法学》2002年第3期,页6;周少元:“二十世纪中国法律变革与法律移植”,《中外法学》1999年第2期,页13。

〔89〕 参见常鹏翱:“异议登记的制度建构:法律移植的微观分析”,《中国法学》2006年第6期,页45。

〔90〕 参见左为民:“当代中国刑事诉讼法律移植:经验与思考”,《中外法学》2012年第6期,页1151—1153。

〔91〕 *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics corp.*, 485 U.S. 717 (1988), Fn. 4.也有美国学者尝试在现有的体制中引入横向协议和纵向协议的区别,但最终还是认为难度颇大。参见 Jean Wegman Burns, “Rethinking the ‘Agreement’ Element in Vertical Antitrust Restraints”, 51 *Ohio State Law Journal*, 1 (1990)。

〔92〕 关于欧盟纵向协议被单独化处理的历史发展历程参见 Barry Hawk, “System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law”, 32 *Common Market Law Review*, 973 (1995)。

〔93〕 纵向协议也可以产生横向限制竞争的效果,参见 Jonathan Baker, “Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of ‘Most-Favored-Customer’ Clauses”, 64 *Antitrust Law Journal*, 517 (1996)。

验时又必须要甄别欧盟的特有术语体系。

综上所述,本文以为我国《反垄断法》对于联合抵制所设置的两个制约性要素实际上是综合采纳了美国和欧盟执法模式:①其类型化模式来源于美国;②横向行为与纵向行为的区分则受益于欧盟。这种立法模式虽然具备了一定的灵活性,但是其劣势也是明显的:由于这两个制约性要素的存在,无论是美国还是欧盟的执法模式都不能被我国直接移植,而必须要进行本土化改造。

(二)本土化改造

由于联合抵制跨越于横向行为与纵向行为之间,而我国《反垄断法》又严格区分横向行为与纵向行为,因此我们必须对于联合抵制做进一步分类。本文认为联合抵制可按如下两个原则进一步类型化:首先,按照联合抵制的对象不同,可以分为针对竞争者的联合抵制与针对非竞争者的联合抵制;其次,按照非竞争者的参与程度,可以再分为竞争者合谋的联合抵制与竞争者和非竞争者合谋的联合抵制。如此,联合抵制在逻辑上可以分为四类:

1.竞争者合谋抵制竞争者,如美国的“东部木材零售商协会案”“美国时尚原创者协会案”;

2.竞争者合谋抵制非竞争者,比如美国的“印第安纳牙医联盟案”,以及欧盟的联合研发协议、联合生产协议、排他性顾客分配协议;

3.竞争者与非竞争者合谋抵制竞争者,比如我国的“番禺动漫协会案”、美国的“科勒尔案”“通用汽车案”“西北文具协会诉太平洋文具和印刷公司案”,以及欧盟的联合购买协议、单一品牌协议、排他性或者选择性销售协议;

4.竞争者与非竞争者合谋抵制非竞争者。

第四类联合抵制只在逻辑划分上具有意义。在现实中,参与第四类联合抵制的非竞争者与被联合抵制的非竞争者之间总是存在竞争关系的。因此第四类联合抵制与第三类联合抵制在实践中完全重合。下面对每一类联合抵制的分析框架进行一一构建。

首先,第一类联合抵制行为只能通过联合其他非竞争者的途径才能实现。比如,在美国“东部木材零售商协会案”和“美国时尚原创者协会案”中,竞争者实施联合抵制的目的是排挤其他竞争者,但涉案竞争者均是通过抵制与其他竞争者进行交易的非竞争者的形式而实现的。有学者认为这类行为很难产生促进竞争的效果,因此称之为“赤裸裸的联合抵制”(naked boycott)。^[94] 该行为既限制了涉案竞争者的竞争(缩减了涉案竞争者可选择的交易方的范围),也排挤了其他竞争者的竞争(被抵制的竞争者无法找到交易方),此外也会限制上下游经营者的可选择范围。同时,这类联合抵制行为还会限制市场中的产出,并最终会提高价格。比如,波斯纳在分析美国“东部木材零售商协会案”时就指出东部木材零售商协会抵制实施零售行为的木材批发商的实际效果就是抬高零售价格。^[95] 因此,本文认为这一类的联合抵制可以被归类为本身违法行为。对此,我们目前的《反垄断法》及其配套法规形成的执法模式是合适的。

[94] See Gary Minda, “The Law and Metaphor of Boycott”, 41 *Buffalo Law Review*, 809 (1991).

[95] 波斯纳,见前注[52],页283—284。

其次,第二类联合抵制行为有违正常的市场交易逻辑。从正常的市场交易思维来看,经营者只有通过交易才能实现产品的增值,而联合抵制非竞争者(即交易方)意味着利润的损失。这类行为即便能在较短的时间内实施也不可能会长期维持下去。市场机制可以通过自身的纠错机制来解决,其结果可能有二:第一,交易方转向可替代的产品;第二,无利润可求导致联合抵制流产。因此,美国在分析这类联合抵制案件(如“印第安纳牙医联盟案”)时,详细分析了涉案企业的市场地位以及涉案产品的可替代性;认为只有在涉案竞争者的市场力量足够强大,并且涉案产品为交易相对方赖以生存的设施的时候才认定其违法。与之类似,欧盟在对联合研发协议、联合生产协议、排他性顾客分配协议进行分析的时候,也认为只有在涉案竞争者具有很强的市场力量并且市场中替代性产品不足的时候才会产生限制竞争的效果。因此,本文以为对于第二类联合抵制行为不宜援用本身违法的执法模式,而应当适用合理原则。执法机构在发现该类联合抵制行为之后,还需要进一步分析涉案企业的市场力量以及涉案产品的可替代程度。当这些条件满足之后方可认定这一类联合抵制的违法性。

最后,第三类(包括第四类)联合抵制行为涉及上下游企业之间的合作,是纯粹的纵向行为。这类行为应当由《反垄断法》第14条管辖,而不属于第13条中的联合抵制。进而,纵向合作(vertical collaboration)既非总是会提高社会福利,也非总是会降低社会福利,^[96]因此执法机构需要具体分析其限制竞争的效果,从而也排除本身违法的适用。从欧盟的执法模式中我们可以看出欧盟对于这一类联合抵制的态度非常宽松,其豁免适用的市场份额也较横向的联合抵制要高。再而,在“番禺动漫协会案”中我们甚至可以观察到涉案行为具有促进竞争的效果。该案的行政处罚决定书透漏该案的起因来自《广州日报》刊登的一篇报道。^[97]但该报道同时也指出广州的动漫会展市场存在产业过剩的迹象:不仅多个会展内容雷同(搭车展),而且同一时间举办多个会展(撞车展)。这不仅造成了参展企业无所适从的局面,也造成了消费观众的分流和困惑。会展主办商与动漫企业之间适度的排他性参展协议可以保证会展的独享性,这一方面可以提高参展企业的宣传效率,另一方面也可以增强观众的消费体验。当然,如果番禺动漫协会与过多的动漫企业签订排他性协议则又可能限制其他会展举办单位的竞争。因此,广东省工商局在未对会展举办市场的竞争状况进行分析的情况下就直接判定涉案行为违法则是不妥当的。综上,本文认为执法机构在认定此类行为的时候应当援用类似于第二类行为的分析方法,比较涉案行为促进竞争的效果和限制竞争的效果,并且在认定违法的时候还应当建立比第二类联合抵制更加宽松的法律要件。

五、结 语

反垄断法其他规制市场行为的部门法的托底条款,其核心分析方法并非着眼于行为,而

[96] 参见于立、吴绪亮:“纵向限制的经济逻辑与反垄断政策”,《中国工业经济》2005年第8期。

[97] 参见耿旭静:“广州会展业惊现‘排他协议’——产业过剩竞争激烈‘搭车展’、‘撞车展’频上演”,载《广州日报》2013年3月13日,第A114版。

是立足于社会福利的整体性衡量。这需要反垄断执法机构通过市场数据的深度挖掘来系统性地比较涉案行为限制竞争与促进竞争的效果。这种分析方法一则不具有完全的法律确定性,二则大大提高了执法成本。而行为类型化则是将这种抽象的原理转化为可执行的垄断行为的重要工具。我们甚至可以说无行为类型化即无反垄断法。但任何类型化的建立都不具有绝对性,总会存在无法完美归类的跨界行为,从而在具体分析方法上面无法做到整体统一。如不对之加以厘清,就会出现类似我国联合抵制第一案中的错误。解决跨界行为的路径无非有二:其一是重新构建类型化的原则将跨界行为单列,历史上对于经营者集中行为的处理就是采用了这种路径;其二则是对跨界行为施以进一步的类型化,将其子类别纳入既有的类型化框架之中。对于联合抵制这种跨越横向行为与纵向行为之间的行为,本文采取了第二种分析路径。

Abstract: China's Antimonopoly Law sets four principles to categorize antitrust conduct, i.e. bifurcation between enterprise conduct and governmental conduct, partition between unilateral conduct and multilateral conduct, division between *ex ante* review and *ex post* review, and divarication between horizontal conduct and vertical conduct. These principles exemplify abstract antitrust jurisprudence, and thus significantly lower the thresholds for enforcement. It nevertheless brings about issues pertaining to non-exclusivity of categorization, and inevitably leads to mistakes in enforcement. This problem exactly underlies the milestone boycott case in China. The comparative study of this article reveals that the sources for boycott are diversified for the categorical principle comes from the EU while the analytical framework is borrowed from the US. This contradiction points to the key to solving the problem. In order to mitigating the problem it, this article further categorizes boycott, and sets different analytical framework per its sub-categories.

Key Words: Antitrust; Categorical Analysis; Crossover; Boycott

(责任编辑:邓 峰)