

轴辐协议的违法性辨析

侯利阳*

摘要 反垄断法大体维持横向协议适用本身违法、纵向协议适用合理原则的分类执法原则,但近期几个同时涉及横向竞争者与纵向经营者的案件引发了实务界法律适用的困难。为此,有学者主张应当在《反垄断法》中引入轴辐协议规则,以适应我国反垄断实践需要。但目前学界所提出的轴辐协议的定义及构成要件存在诸多不严谨之处,与已经类型化的垄断行为甚至合法行为存在严重交叉。基于反垄断法的立法目的及国外的相关实践,轴辐协议虽然同时涉及横向协议与纵向协议,但从竞争效果出发应当将其视为横向协议;但与当然违法的横向垄断协议相比,轴辐协议的构成应当包含两个额外要件:一为横向竞争者之间的合谋,一为纵向经营者积极促进横向合谋的形成。

关键词 轴辐协议 横向协议 纵向协议 本身违法 合理原则

反垄断法通过制止经营者合谋限制竞争或者基于市场支配地位单独限制竞争来保护消费者权益,并由此产生了垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中审查等类型化的垄断行为。就合谋限制竞争(或者垄断协议)这种垄断类型来说,现代反垄断法进行了横向协议与纵向协议的行为类型划分,区分二者的本质在于对之匹配不同的分析模式。前者由于对排除限制竞争的效果非常明显,一般适用本身违法的分析方式;后者则因其排除限制竞争的效果不甚明显,故适用合理原则的分析框架。我国《反垄断法》第13条和第14条就对横向协议与纵向协议分别加以规制。但任何分类体系总是不绝对的,横向协议与纵向协议的划分也不例外。^{〔1〕}我国近期的一些执法案件已经出现多个竞争者与位于上下游的某个经营者合谋限制竞争的情

* 上海交通大学凯原法学院教授。本文系上海市教委曙光计划课题(17SG16)的阶段性成果。

〔1〕 参见侯利阳:“垄断行为类型化中的跨界行为——以联合抵制为视角”,《中外法学》2016年第4期,第1042页。

形。国外学者称之为 Hub and Spoke Conspiracy,我国学界将翻译为轴辐协议或者中心辐射型垄断协议。本文采用轴辐协议的翻译方式。由于我国《反垄断法》遵循横向关系与纵向协议的严格划分,同时包含横向协议与纵向协议的案件无法被直接处理,由此引发了一系列执法困难,所以我国有学者呼吁在《反垄断法》中引入此概念。

虽然引入轴辐协议有助于反垄断执法机构揭开“伪纵向协议”的面纱,从而廓清反垄断的执法范围,但是轴辐协议在打破横向协议与纵向协议分类的同时,也在冲击反垄断法的相关基础理论。目前我国学界对于轴辐协议的研究成果尚少,有限的研究成果一方面尚未达成概念共识,另一方面也存在对轴辐协议构成要件的误解。这些误解可能会让轴辐协议的适用范围无限扩大,从而产生假阳性的执法错误。同时,即便在欧美等具有多年执法经验的国家轴辐协议也属于较新的概念。我国作为与欧美并列的世界反垄断三大法域之一,结合具体国情确立轴辐协议的构成要件,既具有现实的紧迫性,也是应有的大国担当。鉴此,本文拟对轴辐协议的相关概念以及法律要件进行分析,为我国今后在该领域的反垄断执法提供理论支持与经验。

一、规范法学中的漏洞

(一)文献梳理

轴辐协议作为一个新概念被引入我国的主要原因是我国近期出现的三起有代表性的案件:“湖南娄底保险行业价格垄断案”(以下简称“娄底案”)、〔2〕“上海日进电气诉松下电器等垄断纠纷案”(以下简称“日进诉松下案”)、〔3〕“武汉新兴精英医药有限公司滥用市场支配地位案”(以下简称“新兴精英案”)。〔4〕根据我国《反垄断法》第13条的规定,只有具有直接竞争关系的经营者才可能涉嫌合谋限制横向竞争的行为。但上述案件除了涉及具有直接竞争关系的经营者之外,还涉及其他处于上游或者下游市场中的经营者。比如“娄底案”涉及保险行业协会组织保险公司固定价格的垄断协议,但同时又涉及一个保险经纪公司(属于保险公司的下游经营者),涉案行业协会要求所有的保险公司必须通过这个保险经纪公司进行出单。又如在“日进诉松下案”中被告松下公司(上游经营者)要求所有经销商(下游经营者)在向其他经销商保护圈内的客户销售产品时报价必须高于正常价格的115%。“新兴精英案”则涉及某销售公司(下游经营者)在与两家原料药生产商(上游经营者)单独达成独家销售协议之后大幅度提价的行为。由于这些案件同时涉及上下游市场中的经营者,反垄断执法机构或法院都遇到了

〔2〕 该案的行政处罚决定没有公开,其主要内容参见“湖南娄底保险行业协会联合12家单位搞垄断被处罚”,载人民网,<http://finance.people.com.cn/insurance/n/2013/0108/c223018-20130807.html>,最后访问日期:2019年11月9日。

〔3〕 (2014)沪一中民五(知)初字第120号。

〔4〕 鄂工商处字(2017)201号。

不同程度的执法困难。在“娄底案”中,执法机构只能依据《反垄断法》第13条处罚具有竞争关系的保险公司以及行业协会,无法处罚处于下游市场的保险经纪公司。在“日进诉松下案”中,原告主张松下公司的行为“名为纵向限制实为横向限制”,但法院认为:由于松下公司与经销商不具有竞争关系,因此该案中的行为不是横向协议,而是纵向协议。“新兴精英案”中的执法机构则更为纠结,由于无法将涉案上下游企业的行为同时定性,最终只能认定涉案的销售公司通过独家销售协议滥用了市场支配地位,对两家原材料公司没有采取任何措施。

这些案件呈现的执法困难引发了我国学界的思考,并产生了若干研究成果。目前,学者均表示这些案件暴露了我国《反垄断法》第13条和第14条硬性划分所横向协议与纵向协议产生的问题,并呼吁在垄断协议中尽快引入轴辐协议的概念,以弥补我国《反垄断法》的立法不足。总体而言,我国学界对于轴辐协议的概念及其制度建构的研究可总结为如下四点认识。

首先,轴辐协议与传统的横向协议和纵向协议均不相同。传统横向协议的主体具有同质性,即具有竞争关系的经营者。而轴辐协议涉及两组不同的经营者,一组是作为轴心(Hub)的经营者(往往只有一个),另一组是作为辐条(Spoke)的具有竞争关系的经营者(至少为两个以上)。前者以下简称“轴心经营者”,后者则为“辐条竞争者”。与传统的横向协议相比,轴辐协议涉及不具有直接竞争关系的市场主体。此外,由于轴心经营者与辐条竞争者之间的协议属于纵向协议,按照传统观点应当由我国《反垄断法》第14条来处理。不过,学者发现虽然轴辐协议表面上表现为轴心经营者与每一个辐条竞争者单独签署的纵向协议的集合,但从实质效果来看,辐条竞争者在与轴心经营者进行业务洽谈的时候,通过轴心经营者来传递、交流敏感信息,并最终间接地形成了排除限制竞争的横向合谋。因此,我国学者均认为应当将轴辐协议比照横向协议进行处理。^{〔5〕}

其次,我国学者认为辐条竞争者应当存在排除限制横向竞争的合谋,这也就是所谓的“辐缘(Rim)合谋”。据此,轴辐协议应当具备两种形态的共谋:(1)轴心经营者与辐条竞争者的纵向共谋;(2)辐条竞争者之间横向共谋。但学者们对于认定辐缘合谋的证据以及证明标准尚未形成定论。刘继峰主张通过认定《反垄断法》第13条中“协同行为”的方法来认定辐缘合谋,并设定了两个法律要件:一是辐条竞争者的行为具有一致性,即所有纵向协议涉及的交易条件基本相同;二是辐条竞争者之间具有一定的意思联络,即辐条竞争者应当意识到与轴心经营者签署协议对于所有的成员都是有利的。^{〔6〕}但张晨颖则认为纵向交易关系在现实中具有复杂性,即便是平行行为也无法必然证明横向共谋的存在。因此,她倾向于通过其他“附加因素”所

〔5〕 刘继峰:“‘中心辐射型’卡特尔认定中的问题”,《价格理论与实践》2016年第6期,第33页;郭传凯:“美国中心辐射型垄断协议认定经验之借鉴”,《法学论坛》2016年第9期,第151页;张晨颖:“垄断协议二分法检讨与禁止规则再造——从轴辐协议谈起”,《法商研究》2018年第2期,第102页。

〔6〕 刘继峰,见前注〔5〕,第35页。

形成的环境证据来认定辐条竞争者的合谋。这些附加因素包括信息交换与传递、行为本身的异常性、合理理由等。^{〔7〕}

再次,我国学者均认为在处理轴辐协议案件时不需要分析轴心经营者是否需要具备市场力量。刘继峰和郭传凯认为轴辐协议应当按照本身违法行为来处理;而轴心经营者在此所起的仅仅是组织协调的作用,因此不要求分析轴心经营者的市场力量。^{〔8〕}张晨颖也同意该观点,但基于不同的理由。她认为如果轴心经营者具有较强的市场力量,则其没有必要与辐条竞争者达成垄断协议,因为这反而会损害轴心经营者的个体利益。只有当轴心经营者市场力量较弱时,才需要寻求其他经营者的配合。^{〔9〕}

进而,我国学者对于轴辐协议应该适用本身违法还是合理原则存在分歧。刘继峰和郭传凯认为轴辐协议只是表面上具有纵向协议的特征,但实质上依然属于横向协议,因此应当按照横向协议来处理,也即适用本身违法。^{〔10〕}而张晨颖在论证轴辐协议的分析模式的时候并未使用本身违法与合理原则的术语,而是主张轴辐协议应当适用效果分析。^{〔11〕}本身违法与合理原则是美国反托拉斯法的术语体系,目的分析和效果分析是欧盟竞争法的术语体系。二者的细微区别将在本文第二部分详细论述。简言之,目的分析接近于本身违法,而效果分析则近似于合理原则。因此,张晨颖实质上是支持运用合理原则来处理设计轴辐协议的案件。

综上,上述文献认为虽然轴辐协议同时涉及纵向协议与横向协议,但却是处于上下游相关市场的经营者借纵向协议的外衣行横向协议实质的行为,因此应当按照横向协议的相关规定对涉案的上下游市场主体进行处罚。轴辐协议作为一个新概念,目的和内涵都相对比较清晰,但仍存在两个争议。其一,如何认定辐缘合谋?其二,执法机构究竟应当适用本身违法还是合理原则来处理轴辐协议?

(二)不严谨的概念界定

随着我国反垄断执法活动的深入,经营者会尽量避免直接的、简单的垄断协议,而会通过各种隐秘的手段来规避反垄断法的处罚。因此,可以预见在未来执法活动中竞争者通过上下游企业共谋的案件将会大大增加,因此引入轴辐协议确实存在现实的必要性。如果这个概念能够无缝植入既有的反垄断法体系,将有助于新时期反垄断执法工作。但笔者发现依照现有《反垄断法》的条文对轴辐协议进行规范法学分析的话,学界目前的定义存在两个不严谨的地方。

〔7〕 张晨颖,见前注〔5〕,第109页。

〔8〕 刘继峰,见前注〔5〕,第36页;郭传凯,见前注〔5〕,第157—158页。

〔9〕 张晨颖,见前注〔5〕,第110页。

〔10〕 刘继峰,见前注〔5〕,第3页;郭传凯,见前注〔5〕,第156页。

〔11〕 张晨颖,见前注〔5〕,第113页。

第一,轴辐协议与已经类型化的纵向垄断协议存在严重交叉。轴辐协议的外在表现为多个纵向协议的集合。按照我国《反垄断法》对纵向协议的执法逻辑,反垄断执法机构应当只分析涉案协议中轴心经营者与辐条竞争者对于纵向竞争的限制。但面对轴辐协议所构建的体系,反垄断执法机构此时应当揭开纵向协议的面纱,探究这种纵向协议的集合所产生的横向限制竞争的效果。但若按这种思路进行解释,那么所有涉及多个上下游主体的纵向协议都有可能被归类为轴辐协议。比如转售价格维持行为是我国《反垄断法》第14条明令禁止的纵向协议。该行为是指生产商或者批发商与多个零售商签订的限定零售价格的协议。若将此行为置入轴辐协议的分析框架,那么我们也可以将转售价格维持理解为以某生产商或者批发商为核心经营者、以零售商为辐条竞争者的轴辐协议。若此,我国《反垄断法》第14条将被第13条吸收,从而变得毫无意义。依据法解释学的一般原则,没有重大并且充分的理由不得扩张或者限缩既有法律实施的范围。^[12]因此,学界现有对于轴辐协议的定义与《反垄断法》第14条的实施范围存在冲突。

第二,轴辐协议与实践中认可的合法行为存在交叉。我国学者认为轴辐协议的构成要件除了核心经营者与辐条竞争者之间的纵向协议之外,还应当存在辐条竞争者之间的辐缘合谋。但学界同时也认为这种合谋并非直接的合谋,而是通过轴心经营者所实施的间接合谋。这个主张确实比较合理,缺乏辐缘合谋的纵向协议失却了横向协议对于竞争者间排除限制竞争的要求,因此不能被认定为横向协议。但学界对如何判断辐条竞争者存在合谋则存在争议。如果采用刘继峰等的观点,这种间接的合谋可以通过辐条经营者的平行行为以及他们通过轴心经营者而实施的间接信息沟通来认定。^[13]但问题是间接的信息沟通在正常的市场交易中比比皆是。比如某经营者为购买商品向两个生产商询价;随后,为了压价将相关价格信息分别透漏给这两个生产商;最后,两个生产商给出了大致相似的最终价格。若依轴辐协议构建的框架,我们似乎也可以认为这两个生产商(作为辐条竞争者)通过该经营者(作为核心经营者)实现了固定价格的非法目的。但在讨价还价的时候利用其他生产商的价格进行压价是一种正常的市场行为。因此,轴辐协议无法厘清行为合法与违法的边界,贸然引入会导致假阳性的执法错误。

综上,轴辐协议作为一个新概念确实能够解决实践中的困难,但其定义尚不够严谨,与其他行为存在重合,因此既有的研究尚不足以让我们在《反垄断法》中直接引入轴辐协议。这就要求深入理论层面,研究上述规范法学分析中的冲突是否可以在理论层面予以解决。如果轴辐协议既与现有的法律体系存在规范冲突,又不符合反垄断的基本理论,那么即便具有一定的实践价值也没有引入的必要。但如果轴辐协议与反垄断的基础理论吻合,只是在规范层面存

[12] 疏义红:“法律解释方法的发现与归类”,《法商研究》2014年第2期,第20页。

[13] 刘继峰,见前注[5],第35页。

在冲突,那么依然存在改造后引入的余地。

二、理论分析中的冲突

(一)垄断协议的危害性

反垄断法相较于其他主流部门法出现较晚,直到美国在 1890 年颁布《谢尔曼反垄断法案》之后才在世界舞台上登场。反垄断法出现之前的市场法律体系主要建立在“理性经济人假设”之上。理性经济人假设认为每个市场主体都是利益最大化主体。为实现个体的利益最大化,理性经济人之间必然呈现激烈的竞争状态;而在每个人都去实现利益最大化过程中,整个社会也会呈现利益最大化的结果。在这种思潮的影响之下,政府被认为无需对市场交易进行任何管控,市场机制或“看不见的手”可以及时有效地处理市场中的所有问题,此时反垄断法自然也没有存在的必要。但 19 世纪中后期出现的第二次工业革命迅速从两个方面击破了这个隐含假设。其一,它使得资本主义完成了从自由资本主义向垄断资本主义的转型,并在重工业、交通运输业、石油开采业等行业造就了大量的垄断企业。垄断企业的存在从竞争数量以及竞争质量两个层面严重削弱甚至排除了竞争机制。其二,它使得人类社会在 19 世纪七十年代首次见证了经济危机的威力。为了应对经济危机,各种形式的垄断组织(卡特尔、辛迪加、托拉斯等)纷纷出现。这些垄断组织大大降低市场中的竞争程度,而当竞争不足甚或不存在的时候,即便是理性的经济人也无法与垄断者对抗,客观环境要求反垄断法必须出台。^[14]

垄断协议的禁止正是为了应对竞争者之间合谋限制竞争的行为。历史上,对垄断协议违法性的认定经历了一个漫长的认知过程。在垄断协议这种组织形式浮现之初,欧美各国对之反而较为鼓励,甚至认为垄断协议具有稳定社会发展、提升就业率的正面效果。^[15]事实上,对于垄断协议的这种认可态度即便到了现在也屡见不鲜。比如我国的“深圳有害生物防治协会垄断案”对于垄断协议就没有持敌对态度,^[16]甚至认为涉案垄断协议可以确保企业的盈利,能够保障企业提供更好的服务。美国对垄断协议的规制主要是从规制公用事业(Public Utilities)行业(比如铁路、电报等)开始的。其出发点是这些行业存在公共属性,因此不能完全由私人控制。因此,有学者认为《谢尔曼反垄断法案》出台的主要原因就是为了制止公共行业

[14] 侯利阳:“市场与政府关系的法学解构”,《中国法学》2019 年第 1 期,第 189 页。

[15] (美)戴维·格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社 2004 年版,第 29-32、105-107 页。

[16] 本案由深圳市中级人民法院做出初审判决,(2001)深中法知民初字第 67 号;由广东省高级人民法院做出终审判决,(2012)粤高法民三终字第 155 号。

中的经营者合谋限制竞争的行为。^[17] 欧洲直至 19 世纪末才逐渐意识到垄断协议在消灭竞争的同时也会提高价格,因此从长远来看会侵害社会利益,从而开始呼吁规制垄断协议。^[18] 时至今日,一般认为垄断协议的危害性主要表现为三个方面:一是限制和损害市场的竞争机制,使市场丧失合理配置资源和实现社会福祉的原动力;二是提高价格、降低产量,并最终损害消费者利益;三是阻碍创新,限制市场的进一步发展。^[19] 至今,垄断协议已经成为世界各国反垄断法禁止的核心行为之一。

(二)本身违法与合理原则之分

在将垄断协议作行为定性之后,反垄断法还面临着一个挑战:任何行为都同时具有排除限制竞争及促进竞争的双重效果。^[20] 因此,反垄断执法机构禁止垄断行为原则上必须证明涉案行为排除限制竞争的效果高于促进竞争的效果。但对竞争的限制或者促进都是针对整个社会利益而言的,而非单单针对某一个特定的市场主体。因此,一旦要做竞争效果的比对分析,反垄断执法机构就必须要对整个市场中的竞争状况进行全面的梳理。这种分析非常复杂,不但需要搜集大量的数据,还要进行深入的经济学分析。时至今日,反垄断法以其执法过程的旷日持久而“著称”。^[21] 为了方便执法工作,反垄断法在多年的执法实践中逐渐演变出了本身违法与合理原则两种分析模式。^[22] 这两种模式由美国首创,在欧洲演变成为目的违法与效果违法。虽然欧美的术语体系有所区别,但其分析过程基本类似。^[23] 本身违法(对应目的违法)的行为被推定为具有排除限制竞争的效果,反垄断执法机构只需证明垄断行为存在即可,随后由被调查的企业来证明其行为要么不具有严重的排除限制竞争的效果,要么所产生的促进竞争的效果大于排除限制竞争的效果。适用合理原则(对应效果违法)的行为则不存在这种推定,其分析过程遵循“谁主张谁举证”的逻辑。换言之,反垄断执法机构不仅要证明垄断行为存在,还需要证明该行为存在排除限制竞争的效果;随后由被调查的企业来证明其行为促进竞争的效果大于排除限制竞争的效果。^[24]

[17] 陈兵:“美国反托拉斯法生成进路研究——以规制铁路公司垄断为线索”,《法制与社会发展》2012年第2期,第28页。

[18] 格伯尔,见前注[15],第66、128页。

[19] 金美蓉:“论核心卡特尔的危害性”,《中国青年政治学院学报》2008年第1期,第94页。

[20] 李剑:“横向垄断协议法律适用的误读与澄清——评‘深圳有害生物防治协会垄断案’”,《法学》2014年第3期,第140页。

[21] 前国家工商总局及各地工商局垄断案件的平均执法时间为14个月。国外的反垄断机构执法时间更长,如欧盟垄断案件的平均执法时间为51个月。李剑:“中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服”,《法学家》2018年第1期,第91页。

[22] 许光耀:“‘合理原则’及其立法模式比较”,《法学评论》2005年第2期,第87页;陈兵:“美国反托拉斯法合理规则的源起——以19世纪下半叶州判例法为中心的考察”,《法律方法》2011年第1期,第279页。

[23] Richard Whish, *Competition Law*, Oxford University Press, 2009, pp.116-119.

[24] 兰磊:“论我国垄断协议规制的双层平衡模式”,《清华法学》2017年第5期,第166页。

从逻辑分析即可推知本身违法适用于排除限制竞争效果特别严重的行为,而合理原则适用于排除限制竞争效果并非截然明确的行为。但问题是没有办法简单区分何者属于本身违法,何者属于合理原则。反垄断执法虽已过百年,但其类型化依然不足,直到现在依然存在诸多无法形成共识的垄断行为。这在我国目前最为明显的就是转售价格维持。上海高院在反垄断民事诉讼中对之以合理原则进行分析,^[25]但最高院在支持上海高院做法的同时却又认为反垄断执法机构可以在行政调查程序中对之按照本身违法来处理。^[26]这就造成了一个非常奇怪的现象:同一行为仅仅因为执法主体不同就可以适用不同的分析路径。^[27]笔者无意对于垄断行为的定性进行概而全的分析,不过可以大致从垄断利润来源的不同,粗略分析一下适用本身违法与合理原则的垄断行为的区别。由于本身违法与合理原则的分析模式主要存在于垄断协议的行为之中,^[28]这里以垄断协议为例分析二者之间的异同。所有的协议都是在重新调配市场资源,但与正常的市场资源调配不同,垄断协议是在损害其他市场主体利益的基础上提升实施主体垄断利润的行为。依据资源配置的流向以及垄断利润的来源不同,可以将垄断行为分为两类:(1)仅在单一相关市场内进行资源调配的垄断行为,即横向协议;(2)在上下游市场之间进行资源调配的行为,即纵向协议。

就横向协议而言,理性经济人假设认为竞争主体应该相互独立,并且应该只存在竞争关系。因此,竞争者不得就竞争关系进行合谋,尤其是对于敏感经营信息的合谋,比如价格、产出、销售区域等。因此,竞争者就竞争关系进行约定会妨碍市场资源在竞争者间的自由流动,从而被赋予本身违法的色彩。对敏感经营信息的合谋适用本身违法几乎是当前反垄断法学界看法最为一致的领域。即便是颠覆所有反垄断传统理论的芝加哥学派也同意将这些行为按照当然违法来处理。^[29]不过竞争者之间的合作行为也并不总是具有大概率上的排除限制竞争效果。比如竞争者之间的共同研发行为,就会因可能攻克某些重大创新难题从而具有促进竞争的效果。^[30]因此,反垄断法对于横向协议具有排除限制竞争效果的推定也仅仅限于敏

[25] (2012)沪高民三(知)终字第63号。

[26] (2018)最高法行申4675号。

[27] 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年第6期,第70页。

[28] 也有学者认为本身违法的分析模式也存在于其他垄断行为的分析之中,比如作为滥用市场支配地位行为的掠夺性定价。在此类案件的时候,反垄断执法机构只需证明涉案企业具有市场支配地位(事实分析),并且其价格低于成本(事实分析),随后就可以假定该行为具有排除限制竞争的效果。有学者认为这种分析方法实际上属于本身违法的分析框架。Sanjana Krnjak, “Per Se Versus Rule of Reason: Economic Analysis of US Supreme Court Predatory Pricing Cases”, http://www.etd.ceu.hu/2012/krnjak_sanjana.pdf, 最后访问日期:2019年7月30日。

[29] 李剑,见前注[20],第134页。

[30] 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. C11/1, 2011, para.110.

感经营信息的沟通及合作。

纵向行为的分析则比较复杂。纵向行为是通过调配上下游市场之间的资源来实现利润最大化。从垄断利润的获得而言,纵向协议确实存在限制竞争的问题,尤其会限制品牌内经销商之间的竞争。^[31]当涉及上下游市场间资源调配的时候总是不可避免地会触及上下游企业纵向一体化的内容,而纵向一体化虽然也会带来排除限制竞争的负面效果,^[32]但大体上可以降低交易成本。^[33]因此,对纵向行为往往无法通过简单的事实分析来推定具有排除限制竞争的效果,需要结合案件的具体情形进行深入分析。这也是为何涉及上下游资源配置的行为往往适用合理原则分析的主要原因。^[34]不过,纵向行为中也存在排除限制竞争效果特别明显的行为。比如很多国家认为生产者或者批发商不得限制位于其他经销商独占区域的消费者跨区域主动购买的行为,并将该纵向限制认定为本身违法。^[35]目前,我国除了行政执法程序中的转售价格维持行为,其他类型的纵向协议原则上均适用合理原则的分析模式。^[36]

(三)轴辐协议的理论挑战

从定义来看,轴辐协议涉及两类市场资源的调配:一类是竞争者之间资源的调配;另一类是这些竞争者与上下游企业的资源整合。竞争者之间的资源调配如果涉及敏感信息的沟通与协作,确实可以按照本身违法来处理。但轴辐协议同时又涉及竞争者与上下游企业之间的纵向一体化,因此也存在促进竞争并适用合理原则的可能性。不过引入轴辐协议的本意是希望将案件中上下游企业的所有行为整体性地认定为横向协议,并将之纳入后者的分析框架。因此,在轴辐协议中考量纵向一体化所带来的社会福利增加就与反垄断法多年演化出来的分类理念存在冲突。进而,如果横向行为与纵向行为的分析模式完全一样的话,那么轴辐协议的引入即使混淆了横向协议与纵向协议的分类,也不会产生分析结果上的差异。比如按照最高院的理解,行政执法程序中的转售价格维持可以适用本身违法的分析模式,那么即便将转售价格

[31] (2014)沪一中民五(知)初字第120号。

[32] 杨川、川岛康男:“纵向一体化企业的理性策略:价格压榨”,《中国工业经济》2012年第9期,第51页。

[33] 郑方:“从纵向一体化到纵向分离——基于对立统一关系的分析”,《中国工业经济》2010年第11期,第98页。

[34] 兰磊:“论横向垄断协议与纵向垄断协议的区分——评上海日进电气诉松下电器等垄断纠纷案”,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第68页。

[35] 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, OJ C 368/13, 2001, Article 11(c).

[36] 参见(2018)最高法行申4675号判决书以及《国家市场监督管理总局禁止垄断协议行为的规定(征求意见稿)》第13条, http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/bgt/201902/t20190216_288687.html, 最后访问日期:2019年11月9日。该条规定不属于我国《反垄断法》明示的垄断协议必须证明排除限制竞争的效果。虽然该条没有直接使用合理原则的字样,但从分析效果而言确实属于合理原则的分析范畴。

维持理解为轴辐协议,也不会对执法结果造成影响。但如前所述,我国对于其他类型的纵向协议总体上持合理原则的态度。因此,当轴辐协议涉及非价格合谋的时候就没有办法作简单处理了。如前所述,我国学界对轴辐协议是应当采用本身违法还是合理原则的分析模式也存在争议。

但轴辐协议所展现的理论冲突是否会让现有反垄断法的理论基础崩溃呢?笔者认为未必。本身违法与合理原则的区分并非是现代反垄断法贯彻始终的原则。历史上多次出现适用本身违法的垄断行为被转换适用合理原则的情形。^[37]随着经济学在反垄断分析中的广泛应用,本身违法的适用范围已经被大幅度限缩。特别是近年来反垄断案情日益复杂,我国学者也表示本身违法与合理原则的适用范围可以根据我国的具体国情进行调整。^[38]因此,轴辐协议将相关的横向协议与纵向协议整体性地认定横向协议这种分析方式与反垄断法的基础理论不存在本质的冲突;目前所呈现的冲突仅仅是认定横向协议之后是否可以自动适用本身违法的问题。但即便是纯粹的横向协议也并不必然适用本身违法。因此,呈现表面理论冲突的轴辐协议依然存在植入现行法律体系的可能。最关键的问题就是如何解决轴辐协议与其他行为之间的交叉。这就需要分析轴辐协议这个概念是否存在继续细化的可能,即是否可以将此概念进行限缩,使之不再与其他行为发生交叉。研究这种限缩最为直接的材料就是相关的执法实践,但我国尚未有适用轴辐协议的案件,因此下文将关注点转移到其他法域,试图从中总结轴辐协议的核心要件。

三、比较实践之弥补

在搜索轴辐协议国际实践的过程中,笔者发现轴辐协议这个概念仅存在于美国反托拉斯法的体系之中,反垄断法的另一代表性法域欧盟并没有轴辐协议这个概念。跟我国类似,欧盟对于轴辐协议的讨论目前也仅限于学术界,^[39]实践层面尚未产生适用轴辐协议的案件。^[40]一些欧洲学者认为欧盟某些成员国的反垄断执法机构曾经适用轴辐协议处理过案件,但仔细阅读这些案例就会发现这些涉案行为并非严格意义上的轴辐协议。比如被欧洲学者认为最有

[37] 许光耀,见前注[22],第89页。

[38] 叶卫平:“反垄断法分析模式的中国选择”,《中国社会科学》2017年第3期,第112页。

[39] Ioannis Lianos, “Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC”, *Common Market Law Review*, Vol.45, No.4, 2008, pp.1027-1077; Okeoghene Odudu, “Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion”, *European Competition Journal*, Vol.7, No.2, 2011, pp.205-242.

[40] Alison Jones & Brenda Suffin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2016, p.161.

代表性的轴辐协议案件是英国的“Replica Football Kit案”。^[41] 该案中,运动品生产商茵宝(Umbro)公司与几家运动商品零售商合谋达成了限定最低转售价格的协议。该案确实也存在以茵宝为核心的纵向合谋与横向合谋。但英国公平贸易办公室(Office for Fair Trade)自己也认为本案属于转售价格维持的行为,可以依据英国竞争法的相关规定按照本身违法来处理,^[42]因此并没有直接运用轴辐协议这个概念。引入新概念的目的应当是解决既有体系无法解决的问题。如果引入新概念仅仅是对以往成熟的执法实践进行重新解释,那么则完全没有引入的必要。因此,若要探讨轴辐协议的相关具体实践,我们只能将目光转向美国。

美国研究轴辐协议的学者都将轴辐协议的执法历史追溯到1939年美国最高院的“Interstate Circuit案”,^[43]有些学者甚至将之上溯到《谢尔曼反垄断法案》颁布前标准石油公司与铁路运输公司实施的合谋行为。^[44]但在20世纪六七十年代后,由于受到芝加哥经济学派的影响,美国的反垄断执法发生了较大的变化,^[45]很难说这些早期的案例对于当代的反垄断执法究竟有多大的影响。因此,笔者将案例搜集的范围限定在上个世纪七十年代以后。在这个时间段,美国联邦法院审理的比较有影响力的轴辐协议案件主要有三个,^[46]分别为1972年的“Elder—Beerman案”、^[47]2000年的“玩具反斗城案”^[48]以及2013年的“苹果电子书案”。^[49]

“Elder—Beerman案”的被告垄断行为是被告Federated Department Stores公司(零售商)与66家生产商单独签署的独家销售协议。这些独家销售协议被原告Elder—Beerman Stores公司(被告的竞争者)认为是以被告为轴心以生产商为辐条的轴辐协议。美国联邦第六巡回法院在判决中确立了轴辐协议的三个分析要件:(1)存在整体性的非法计划或共同方案(Common Design);(2)涉案所有成员都知道其他成员一定会参与该项计划,即便不是所有成员都知道该项计划的所有细节,但至少每个成员都知道该项计划的目的及后果;(3)有证据证明每个成员都积极参与了该项计划。^[50]在随后的分析中,法院发现虽然原告提供证据证明

[41] CP/0871/01, *Price—fixing of Replica Football Kit*, Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/06/2003, 1 August 2003.

[42] *Ibid.*, para.494.

[43] *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208, 225—29 (1939).

[44] Benjamin Klein, “The Apple E—Books Case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub—and—Spoke Conspiracy?”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol.13, No.7, 2017, pp.423—474.

[45] 侯利阳:“大历史视角下的反垄断法与本土化移植”,《交大法学》2018年第4期,第67页。

[46] 目前尚没有美国联邦最高法院审理轴辐协议的判例。

[47] *Elder—Beerman Stores v. Federated Department Stores*, 459 F.2d 138 (1972).

[48] *Toys “R” US, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

[49] *United States v. Apple Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013)

[50] *Case Elder—Beerman Stores*, *supra* note 47, p.146.

了被告与 66 家生产商签署了独家销售协议,但却无法证明这些生产商之间存在横向共谋。换言之,法院认为原告试图构建一个不存在辐缘合谋而只有轴心与辐条的轴辐协议(Rimless Hub and Spoke Conspiracy)。^[51] 法院认为辐缘合谋是轴辐协议必备要件,并以此驳回了原告的起诉。

虽然“Elder—Beerman 案”明确了轴辐协议的三要素——核心经营者、辐条竞争者、辐缘合谋,但并未具体解释如何证明辐缘关系。随后的“玩具反斗城案”对该问题进行了详细的说明。该案中,玩具反斗城公司(零售商)为了应对玩具打折店(玩具反斗城的竞争者)的竞争与十家玩具生产商单独签署了内容大致相同的独家销售协议。根据这些协议,这十家玩具生产商必须为玩具反斗城提供一些独占的玩具,这些玩具不能被卖给玩具打折店。如此安排之后消费者就无法直接比对玩具反斗城与玩具打折店的价格。在答辩中,玩具反斗城与玩具生产商声称他们之间的协议都是单独签订的,因此玩具生产商之间不存在辐缘合谋。美国联邦贸易委员会提供了两条证据来证明横向合谋是存在的。第一,玩具生产商的内部资料显示他们都认为玩具打折店的低价策略可能会阻碍他们今后提升价格的能力。第二,本案中的独家销售协议存在一个特别条款,即合同的生效取决于其他玩具生产商也会签署类似的协议。^[52] 换言之,玩具生产商会间接地了解到其他生产商也会做出相同的行为。

美国联邦第七巡回法院后续的分析证明这两个证据构成了玩具反斗城与玩具零售商之间存在横向和纵向合谋的关键证据。法院认为:为了实现利润最大化,玩具生产商本应将自己的产品卖给更多的零售商,而不应该只卖给玩具反斗城。因此,这些企业的做法实质上是在降低自己的销售额,这不符合正常的市场逻辑。^[53] 虽然玩具生产商存在向玩具打折店提价的愿望,但是受制于市场环境,玩具生产商们既没有办法单独提价(担心自己提价而竞争者降价,会蒙受利润损失),也无法联合起来共同提价(因涉及成员太多使得合谋成本太高)。而玩具反斗城是美国最大的玩具零售商,在全美有 20% 的市场份额,在某些地区其市场份额甚至在 50% 以上,是没有任何一家玩具生产商可以忽视的零售商。^[54] 如果不是玩具反斗城居中协调,玩具生产商们不可能与之签署内容类似的独家销售协议。因此,玩具反斗城与玩具生产商首先存在打压玩具打折店的共同非法目的,其次为了实现这个非法目的玩具生产商也存在横向共谋的意图和行为。该案中的排除限制竞争效果表现在两个层面:一是玩具生产商限制了玩具打折店的竞争,二是玩具生产商限制了自身之间的竞争。最终,法院认为涉案的独家销售协议实现了玩具生产商之间横向排除限制竞争的目的,并因此认定其属于轴辐协议。

[51] Case *Elder—Beerman Stores*, supra note 47, p.153.

[52] Case *Toys R Us*, supra note 48, p.932.

[53] Case *Toys R Us*, supra note 48, p.932.

[54] Case *Toys R Us*, supra note 48, p.931.

“玩具反斗城案”虽然解决了横向合谋的证据认定问题,但在该案中玩具反斗城联合上游企业的实施非法目的的意图非常明显,所以该案并没有深入分析核心经营者与辐条经营者之间合谋的具体构成要件,尤其是核心经营者是否必须具备市场力量。2013年“苹果电子书案”对这个问题作了全面的回应。“苹果电子书案”的案情非常复杂,但大致的情节如下。在苹果公司推出电子书业务之前,市场上超过90%的电子书都是通过亚马逊公司的Kindle系统进行销售的。亚马逊与图书出版商签订的是批发零售协议,并将电子书的零售价格设定在9.99美元,在某些时候这个价格甚至低于出版商给予亚马逊的批发价。对于亚马逊的低价策略,图书出版商虽然没有蒙受损失,但都非常不满,认为从长期来看这将影响出版商对于纸质书的定价权,因此一直密谋希望迫使亚马逊提高电子书零售价格。但亚马逊在电子书零售市场超强的市场地位让出版商担心受到报复,所以该计划一直无法实施。后来,苹果为了推出自己的电子书业务与六家最大的图书出版商进行洽谈。在洽谈的过程中,苹果获悉了出版商的合谋,于是设计了代销的图书销售模式,也即由出版商定价销售、苹果抽取佣金的商业模式。出版商在与苹果签订代销协议之后就与亚马逊展开了谈判,希望将苹果模式适用于后者。由于出版商已经形成了利益统一体,亚马逊不得不接受出版商的要求,最终代销模式成为市场中的主流销售模式,所有销售体系中的电子书零售价都被提升至12.99美元。在亚马逊的举报之下,美国司法部以出版商与苹果合谋限定价格为由发起反垄断调查。在调查中出版商直接供认了合谋行为,与美国司法部和解结案。但苹果认为其行为完全合法,拒绝达成和解,后被美国司法部提起反垄断诉讼。

苹果在诉讼中提出了多项抗辩,主要的抗辩理由为:虽然出版商之间存在固定价格的共谋,但苹果在电子书市场根本不具备任何市场力量,完全是为了自身的商业利益签署了代售协议,因此不是也不应当是涉案的共谋主体。在分析中,法院首先指出出版商从批发模式转换为代售模式不符合出版商的商业利益。虽然图书的零售价从9.99美元提升到12.99美元,但由于苹果需要抽取30%的佣金,因此出版商在代售模式获取的利润实际上并不高于批发模式。此外,出版商在批发模式中给予亚马逊的批发价往往高于零售价,因此出版商是盈利的;但在转为代售模式后出版商要承担百万美元级别的经济损失。^[55]因此,法院认为出版商将批发模式转为零售模式是一种不正常的市场行为,^[56]据此可以推定涉案行为具有目的上的不正当性。其次,对于如何证明轴辐协议中

[55] Case *Apple*, supra note 49, pp.665-667.

[56] 出版商愿意承担巨大经济损失的主要原因是因为他们担心亚马逊的低价销售行为可能会在两方面影响他们的长期利益。一方面,他们担心消费者会习惯于9.99美元的定价,从而迫使他们降低纸质书的定价。另一方面,亚马逊同时也在鼓励作者直接在Kindle系统上出版电子书,出版商担心长此以往作者会脱离出版商进行出版。

的核心经营者积极参与横向共谋这个问题,法院认为:“纵向主体必须知道整个合谋的内容,并且积极协助合谋成立”。^[57] 法院随后发现本案的证据充分证明了苹果不但对出版商想要提价的目的非常了解,并且为此专门设计了代售模式,其目的就是为了让出版商获得电子书的定价权。事实上,由于转入代售模式需要出版商承担巨大的经济损失,部分出版商对此也存在犹豫。但苹果在谈判中一直强调两点:第一,其与所有出版商签订的代售协议内容大体相同;第二,除了苹果没有任何公司可以帮助出版商获得定价权,如果不签署合同,以后就再也没有类似的机会了。^[58] 值得注意的是,苹果还抗辩自己是新的市场进入者,签署协议的时候不但没有任何市场力量,还为电子书市场引入了一个新的竞争者,因此不但没有限制竞争,反而促进了竞争。但法院认为在轴辐协议的审查框架下无需回应这些抗辩,最终认定本案中的轴辐协议成立,苹果应当承担与出版商类似的法律 responsibility。

综上,我们可以看出美国法院关于轴辐协议的构成要件大致存在如下几个共识。首先,轴辐协议应当具有两类主体以及两类协议。两类主体分别为上下游企业,两类协议是多个纵向协议(均为明示的)和横向协议(主要是默示的)。其次,轴辐协议能够成立是因为核心经营者和辐条竞争者均认为限制竞争对于他们都是有利的。再次,对于辐缘合谋来说,辐条竞争者虽然存在共同提价的意愿,但他们要么没有办法直接达成横向合谋(如“玩具反斗城案”),要么可以达成合谋但无法实施(如“苹果电子书案”)。辐条竞争者只有通过核心经营者的组织协调才能真正实现合谋的非法目的。最后,核心经营者在这个过程中是否具有市场力量或者是否为了实现了其他正当的商业目的并不是轴辐协议关注的重点。从这些特征我们可以看出美国法院将轴辐协议的适用范围进行了大幅度的限缩。实际上即便在美国,学界对于轴辐协议的批评也为数不少,这种限缩可能也是为了应对这些批评而做出的必要调整。^[59] 无论如何,美国这种限缩型的执法模式确实为我国引入轴辐协议这个新概念提供了很好的借鉴对象。

四、构成要件的证成

(一)轴辐协议的理论基础

经济学家认为竞争者即便达成合谋也未必能形成稳定的垄断组织。斯蒂格勒为横向垄断

[57] Case *Apple*, supra note 49, pp.690—691.

[58] Case *Apple*, supra note 49, pp.693—694.

[59] Patrick J.G. Van Cayseele, “Hub—and—spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol.5, No.3, 2014, pp.164—168.

协议有效实施设置了两个要件。^{〔60〕} 第一,参与的竞争者必须能够就合谋的价格达成一致。但这可能面临着两个挑战。其一,在某些市场中竞争者销售的商品可能并不完全相同,或者具有不同的成本结构。其次,某些市场变化很快,经营者必须时刻调整价格。无论是哪种情形,竞争者都很难就统一价格达成共识。第二,参与的竞争者必须能观测到其他参与者的价格,并能对偏离统一定价的行为进行处罚。缺乏这两种机制的保障,对于任何参与横向协议的主体最优的选择总是在别人提价的时候自己降价,从而获取最大利益。这种对于别人在自己提价之后降价的担忧使得很多横向协议都没有办法有效执行。我国反垄断第一案“连云港市混凝土行业垄断协议案”就凸显了上述两要素的完美结合。^{〔61〕} 水泥是技术成熟、价格稳定的商品,生产商的成本差别不大。但即便如此,涉案企业依然设计了价格偏离的监测机制:(1)组织了一个行业联合体,来负责搜集市场信息、监督成员的市场行为;(2)不允许成员绕过行业联合体私自接活;(3)制定了非常细致的处罚措施以及利润分配方案。此外,我国业已存在多个已经签署协议但因缺乏协调机制最终未被执行的案件。^{〔62〕} 轴辐协议的出现为实现斯蒂格勒所界定的横向合谋提供了合适的土壤以及更为隐蔽的手段。轴辐协议中的非竞争主体可以为横向协议的参与方提供必要的信息沟通与协调机制,并且通过构建价格监督与惩罚机制来消除这些主体对于其他主体降价的担忧,从而将不稳定的垄断组织稳定化。因此,轴辐协议的引入存在客观的合理理由。

同时,轴辐协议的引入也弥补了目前我国反垄断法理论体系中的两个弊端。首先是弥补了硬性区分横向协议与纵向协议的弊端。美国反托拉斯法与欧盟竞争法对于横向与纵向协议的区分是在执法中确立的,我国则在《反垄断法》用不同的法条对二者进行明确区分。但横纵向协议的边界其实没有那么明确。比如转售价格维持是我国《反垄断法》明示的纵向协议,但单单对接受转售价格维持的零售商来说就产生横向固定价格的效果。我国学术界通说认为转售价格维持虽然限制了品牌内的竞争,但只要存在有效的品牌间竞争,该行为就可以被豁免。^{〔63〕} 但若是某个品牌的零售商直接合谋固定价格,即便存在强有力的品牌间竞争,上述理论却又不适用了,而是将之直接认定为本身违法的横向协议。因此,硬性区分横向协议与纵向协议本身就存在逻辑漏洞。其次是弥补了传统反垄断法只关注单一行为的弊端。传统的反垄断法往往关注某个垄断行为对于竞争的影响,而甚少分析该行为与他行为之间的关系。这在垄断协议中如是,在滥用市场支

〔60〕 George J. Stigler, “A Theory of Oligopoly”, *Journal of Political Economics*, Vol.72, No.1, 1964, p.45.

〔61〕 苏工商案字(2010)第00037号。

〔62〕 比如鲁工商公处字(2018)第1号。

〔63〕 许光耀:“纵向价格限制的反垄断法理论与案例考察”,《政法论丛》2017年第1期,第7页。

配地位的案件中也是如此。^[64] 而轴辐协议则是通过多个纵向协议的集合来实现既有联系又有区别的横向排除限制竞争的目的。因此,轴辐协议虽然对传统反垄断法的基础理论提出了挑战,但这些挑战确实是针对这些基础理论的弊端所提出的,因此我们不能以既有研究中的不严谨来全盘否定轴辐协议在理论层面的价值。

但轴辐协议研究中不严谨的地方确实也产生了很大的问题。毕竟我国《反垄断法》不存在涉及横纵向混合协议的法律条款,那么由此产生的最根本问题是——适用《反垄断法》中的哪个法条来处理轴辐协议。笔者认为我们应当适用《反垄断法》第 13 条对之进行矫正。轴辐协议的最终目的是限制核心经营者所在的相关市场的竞争。比如,上述“玩具反斗城案”中的轴辐协议是为了限制玩具打折店的降价行为;又如,“苹果电子书案”中的行为是为了应对亚马逊低价销售电子书的商业策略。轴辐协议中的辐条竞争者存在共谋的意愿以及共谋的共同目标,他们只是需要核心经营者作为一个媒介居中协调。因此轴辐协议能够产生该效果的根源是辐条竞争者之间的合谋,而限制核心经营者所在的相关市场的竞争只是实现该横向合谋的附带效果。这一点使得轴辐协议与《反垄断法》第 14 条中的纵向协议存在较大的区别。例如,在我国的“日进诉松下案”中松下公司要求所有经销商在向其他经销商保护圈内的客户销售产品时的报价必须高于标准价格。这个案件存在类似于轴辐协议的核心经营者(松下)以及辐条经营者(经销商)。但至少从判决书提供的证据来看,该案并不存在辐缘合谋。此外,我们也很难想象这些经销商与松下公司存在限制其他经销商竞争的共同目的。因此,虽然法院在该案中的分析没有涉及轴辐协议,但还是正确地将涉案协议认定为纵向协议。

(二)轴辐协议的构成要件

轴辐协议是一种特殊的横向协议,其特殊性在于此类协议涉及一个与所有的横向竞争者都发生交易关系的纵向主体。因此,轴辐协议应当存在两类法律主体以及两种法律关系。两类主体是核心经营者与辐条竞争者;两种法律关系一为核心经营者与辐条竞争者之间的纵向协议,一为辐条竞争者之间的横向合谋。在涉及轴辐协议的案件中,比较明确的事实往往是轴心经营者与辐条竞争者之间的纵向协议。这类协议通常内容公开,反垄断执法机构比较容易获取证据对之进行证明。但轴辐协议在法律认定中存在两个难点:一是如何认定辐条竞争者之间存在辐缘合谋,二是如何认定核心经营者积极促进了横向合谋的形成。如果不能对这两

[64] 比如我国近期出现多起移动通讯标准必要专利权人与手机生产商之间因许可费过高所产生的诉讼纠纷或者反垄断行政执法案件。虽然法院和反垄断执法机构依据《反垄断法》判定该行为违法,并以此大大降低了标准必要专利的许可费率,但标准必要专利权人与手机生产商事后并未执行该费率,而是通过其他方式协商解决。若在反垄断法执法中对于各方的利益进行综合考量,则不会出现类似“藐视”执法权威的情形。

类合谋予以明确,则轴辐协议在外表上可能会与一般的纵向协议产生重叠。

依据合谋形式的不同,轴辐协议中辐缘合谋可以分为明示的合谋与默示的合谋两种。辐条竞争者之间明示合谋的案件可见前述美国的“苹果电子书案”,这在我国的“娄底案”中也有所体现。“娄底案”不但存在保险公司之间签署的限制竞争的协议,而且也存在保险公司与保险经纪公司之间签订的纵向协议。该案属于竞争者虽然可以形成直接合谋但难以实施的案件类型。保险业务具有私密性,保险公司之间虽然可以固定保险合同的价格,但却很难观测其他竞争者的打折行为。为了保证横向合谋的顺利实施,该案中的保险公司约定将所有新车保险业务集中在涉案的保险经纪公司处办理,并且约定了“违规”的处罚条款。由于明示的横向协议与纵向协议的同时存在,“娄底案”中所有的涉案主体(辐条竞争者与核心经营者)对于该轴辐协议所要实现的目的、内容、细节必然都是非常明确了解的,也都是积极参与的。因此,“娄底案”可以被直接认定为轴辐协议,反垄断执法机构应当适用《反垄断法》第13条同时处罚涉案的保险公司和涉案的保险经纪公司。

但认定默示合谋的轴辐协议就存在较大的困难。默示共谋的出现是因为辐条竞争者存在不同的个体利益而无法实现直接共谋,因此需要借助核心经营者来创造合谋的环境。在此,核心经营者既可能具备市场力量(如“玩具反斗城案”),也可能不具备市场力量(如“苹果电子书案”)。结合美国的执法实践,笔者以为默示共谋的认定应当包含如下三个要素。首先,核心经营者和辐条竞争者具有共同的非法利益,也即排除限制核心经营者所在的相关市场的经营者的竞争。同时,核心经营者与辐条竞争者应当是相互依存的关系,二者无法单独实现涉案的垄断目的。其次,核心经营者必须知悉整个垄断计划以及计划实施的后果,并且必须积极主动地组织协调辐条经营者之间的合谋。再次,辐条竞争者存在限制核心经营者所在的相关市场的经营者竞争的共同非法目的,并且积极参与横向共谋。辐条竞争者的共同非法目的主要是为了提高对于上下游市场经营者的议价权。在实施轴辐协议的过程中,辐条竞争者可能会蒙受短期损失(如“苹果电子书案”),不过长期来看会提高价格并获取非法利益。积极参与横向共谋既可能是主动的,比如“玩具反斗城案”中玩具生产商在纵向协议中添加协议生效取决于其他玩具生产商也会签订类似条款的内容;也可能是被动的,比如“苹果电子书案”中出版商通过苹果公司了解到其他出版商也签署了类似的协议。

下面,笔者简要分析一下本文开头提及的“新兴精英案”。该案涉及一家医药原材料销售公司与两家原材料生产公司签署的独家代售协议。类似案情的行政执法案件为数不少,比如“汉德威和新赛科滥用共同市场支配地位案”、^[65]“重庆西南制药二厂垄断行为案”等。^[66]但

[65] 国家发展和改革委员会行政处罚决定书(2017)1号;国家发展和改革委员会行政处罚决定书(2017)2号。

[66] 渝工商经处字(2016)15号。

这些案件的处理结果迥异。“新兴精英案”认定销售公司滥用市场支配地位,而其他两个案件则认为是原材料公司滥用市场支配地位。这也凸显了不引入轴辐协议所导致的执法困境。笔者以为适用轴辐协议可以较好地解决这种适法混乱的问题。例如“新兴精英案”符合轴辐协议的主体特征,即新兴经营公司为核心经营者、两家原材料生产商为辐条竞争者。虽然核心经营者与辐条竞争者之间存在独家销售协议,但两家原材料生产商之间不存在明示合谋。我们对此按照前述默示合谋的三要素逐一分析。第一,新兴精英公司与原材料生产商存在共同利益,即提高涉案商品的价格。第二,新兴精英公司积极主动地设计了整个垄断计划,分别与两家原材料生产商签署了独家代售协议,控制了相关市场中所有的原材料。第三,原材料公司存在向下游市场经营者提价的共同目的,并且积极参与了横向共谋。虽然两家原材料生产商不存在明示合谋,但由于该市场较小,且比较透明,原材料生产商事后应当立即知道新兴精英公司大幅度提价的行为。但事实是面对巨大的价格差价(五至十倍),二者不但没有制止,甚至依然以低于先前市场价的价格将原材料销售给新兴精英公司,这有违正常的市场逻辑。因此,笔者以为可以推定该案中的行为属于轴辐协议。

最后的问题是轴辐协议应当适用本身违法还是合理原则的分析模式。轴辐协议是特殊的横向协议,原则上应当本身违法的分析方法来处理。但从上述构成要件可知轴辐协议的认定需要对市场条件进行深入分析。虽然上述要件一旦成立就可以认定轴辐协议的参与主体违法,但由于这些分析已经包含排除限制竞争效果分析的相关因素,因此实质上属于合理原则的范畴。也正是因为轴辐协议应当适用合理原则的分析模式,所以当涉及本身违法的纵向协议的时候就没有必要使用轴辐协议这个概念。前面的论述已经指出我国最高院认为转售价格维持行为在行政执法程序中可以按照本身违法来处理。如此,反垄断执法机构就可以对所有的经营者(无论是核心经营者还是辐条竞争者)直接进行处罚,而无需引入轴辐协议这个概念。

五、余 论

反垄断法旨在禁止排除限制竞争的垄断行为。但竞争具有两面性——企业进行竞争的行为同时也是排除限制竞争的行为。因此,反垄断法不得不在促进竞争与限制竞争之间模糊的界线上小心前行。从这个角度而言,任何垄断行为的分析都应当适用合理原则,即基于具体案情精细比较涉案行为促进竞争以及限制竞争的双重效果。但这种分析太过繁琐。为了执法便利,实践中发展出了本身违法与合理原则两种分析模式。当我们假定各种垄断行为的内涵和外延都没有交叉的时候,确实可以通过“一行为一定性”的方式进行解决。但轴辐协议的出现打破了反垄断法的既有思路,尤其是其中横向行为与纵向行为的交叉使得目前对于本身违法和合理原则的硬性划分难以为继。无论轴辐协议今后是否被我国的反垄断执法机构采纳,此

概念的提出为理论界及实务界思考是否需要继续坚持反垄断执法本身违法与合理原则的二元模式提供了很好的契机与材料。

Abstract: The Anti-monopoly Law in principle maintains that horizontal agreements are per se illegal while vertical agreements are evaluated under rule of reason. However, a number of recent cases simultaneously involving both horizontal competitors and vertical operator(s) demonstrate the limit of this principle. Hence some scholars have submitted to introduce the hub and spoke conspiracy in order to fill such a gap. The definition and conditions of hub and spoke conspiracy proposed by the academia nonetheless entail some cracks, and are thus overlapped with categorized conduct and even legal conduct. Based on the study on the legislative objective of the Anti-monopoly Law and the relevant international practice, the hub and spoke conspiracy, though superficially embracing vertical agreements, should be viewed essentially as horizontal agreement. Moreover, the hub and spoke conspiracy differs from orthodox horizontal agreements in two key factors, conspiracy between horizontal competitors and active participation of vertical operator(s).

Key Words: Hub and Spoke Conspiracy; Horizontal Agreements; Vertical Agreements; Per Se Illegal; Rule of Reasons

(责任编辑:邓 峰)