

# 反垄断法安全港规则的适用范围研究

冯琳琅

浙江理工大学法政学院, 史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年7月19日; 录用日期: 2023年8月1日; 发布日期: 2023年9月13日

## 摘要

反垄断法修改后, 在纵向垄断协议中规定了安全港规则, 完善了纵向垄断协议的分析框架, 丰富了经营者抗辩路径, 然而将适用范围限缩为纵向垄断协议与既往规定相异, 具体适用于哪一类型的纵向垄断协议也存在模糊之处。安全港规则在我国实践中已积累了多年经验, 厘清安全港规则的适用范围应从梳理立法实践入手, 剖析法律条文本身, 结合垄断协议的竞争效果进行分析, 将安全港规则的适用范围明确为除核心限制以外的其他横向或者纵向垄断协议, 同时应及时修改下位法的相关内容, 以维护我国反垄断法律体系的统一性。

## 关键词

安全港规则, 适用范围, 垄断协议, 竞争效果, 抗辩

# Research on the Scope of Application of the Safe Territory Rules of Anti-Monopoly Law

Linlang Feng

School of Law and Politics, Shiliangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Jul. 19<sup>th</sup>, 2023; accepted: Aug. 1<sup>st</sup>, 2023; published: Sep. 13<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

After the amendment of the anti-monopoly Law, the safe harbor rule is stipulated in the vertical monopoly agreement, the analysis framework of the vertical monopoly agreement is improved, and the defense path of operators is enriched. However, limiting the scope of application to vertical monopoly agreement is different from the previous provisions, and there are some ambiguities about which type of vertical monopoly agreement is applicable. The safe harbor rule has accumulated many years of experience in China's practice. Clarifying the scope of application of the

safe harbor rule should start from combing legislative practice, analyzing the legal provisions themselves, and analyzing the competition effect of monopoly agreements. The scope of application of the safe harbor rule should be defined as other horizontal or vertical monopoly agreements except the core restrictions to maintain the unity of our country's anti-monopoly legal system.

## Keywords

The Safe Harbor Rule, Scope of Application, Monopoly Agreement, Competitive Effect, Demurrer

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

2022年8月1日,经过首次修订的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称“反垄断法”)开始施行,此次修法存在诸多亮点,纵向垄断协议条款之下增加的安全港规则便是其中之一,安全港规则的确立是我国反垄断法的一大进步,也适应世界反垄断法潮流。然而,对于安全港规则的适用范围、性质、具体适用条件等在反垄断法修订草案公布期间,学术界便产生了颇多争议,现行反垄断法的实施也未使得各学者的意见趋同。同时,由于安全港规则的内容与以往规定相异,相关规范性文件对于安全港规则也并未作出更为详细的规定,可以预见实践中对于该条款的适用将存在一定的模糊之处。一种制度要想最大限度的发挥其自身优势、实现其独特价值,首先必须明确划分出该制度的适用范围,适用时才能够对症下药。基于此,本文仅针对反垄断法中安全港规则的适用范围进行探讨,以充实该理论的实体内容。

## 2. 安全港规则概述

### 2.1. 反垄断法语境下的安全港规则

“安全港”一词源自海运行业,原意是指在特定的时间内,对特定的船舶而言,可以安全到达、安全使用和安全驶离,而不会使船舶遭受损害风险的港口<sup>[1]</sup>。安全港是在充满未知风险的海上开辟的一处可以进行避险的港湾,管理者会提前设定某些条件,船舶在遭遇海难或其他危险时,满足特定条件即可驶入其中避难。后被引申至法律层面,泛指在法律明确禁止的行为规范中,因符合特定的例外规定而免于承担相应的法律责任。如我国民法典中对于网络服务提供者规定的“通知-删除”规则、证券法领域关于虚假陈述的预测性信息安全港制度等。

至于反垄断法领域的安全港规则,在美国被称为“安全区”,在欧盟则表现为集体豁免制度,目的是为那些在垄断协议规制的过程中对市场竞争未造成明显影响的行为提供一种确定性指引。我国作为与欧美并行的世界三大反垄断法域之一,2022年首次以成文法的形式正式确立了安全港规则,规定在现行反垄断法第十八条(即纵向垄断协议)第三款,具体内容为“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断机构规定的标准,并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的,不予禁止。”可以看出,我国反垄断法上的安全港规则是指经营者与交易相对人之间达成的垄断协议如果能够符合特定的前提条件,便可推定该行为合法而不为反垄断法所禁止。

从经济学的角度分析,在充满竞争的市场上,能否实施垄断行为、行为后果的损害程度与经营者的市场力量密切相关,事实上,在我国法院审理的多起垄断协议案件中,要证明行为成立,也都必须首先

证明被告在相关市场上具有一定的市场力量。但由于市场力量的计算非常复杂且难度太大,无法直接衡量,因此反垄断法以市场份额作为市场力量的“替代品”[2],经营者的市场份额越大,表明其市场力量越强、越容易实施垄断行为;相反,若经营者的市场份额较小,则表明其市场力量也微乎其微甚至于没有市场力量,达成的垄断协议一般也难以达到排除或者限制竞争的后果或者根本不会对市场竞争产生影响,因而反垄断法基于市场份额标准确立了安全港规则,为已被明确禁止的垄断协议划定了一片安全区域,此时市场份额的证明责任由经营者承担,只要经营者能够证明协议双方的市场份额在国务院反垄断机构规定的标准以内,即可进入这片区域,如果经营者的行为同时符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件,就能够免于承担反垄断法上的消极后果,相应地,反垄断执法机构无需再对行为进行效果证明。此举既能提升执法透明度和执法效率,又能节约执法资源,反垄断执法机构可将更多精力投入到查处那些严重限制、损害竞争的垄断案件中。

## 2.2. 我国反垄断法设立安全港规则的必要性

一般来说,纵向垄断协议是经营者与上、下游交易相对人之间达成合意而实施的,该行为对市场竞争造成的损害并没有横向垄断协议那样严重。随着经济学和反垄断法学的发展,学者们早已发现纵向垄断协议具有“两面性”:在产生损害竞争效果的同时也可能会带来促进经济效率的积极效果[3]。因此,对于纵向垄断协议的认定,美国在反托拉斯法的执法和司法实践的过程中经历了本身违法原则到合理原则的转变;而欧盟也在对纵向垄断协议类型划分的更为具体的情况下,针对其中一些行为规定了特殊的豁免制度。

由于纵向垄断协议在竞争效果上的“两面性”,我国反垄断法修改之前,纵向垄断协议条款已经不足以回应实践中存在的问题:反垄断执法和司法实践对于纵向垄断协议的违法性认定产生了持续性分歧,反垄断执法机构严格遵循“原则禁止+例外豁免”的思路进行认定,而法院则受到合理原则的影响,认为应当对纵向垄断协议所产生的竞争效果进行分析,如此截然不同的思路在实践中已经导致了大量同案不同判的结果,也暗藏着消解反垄断法制统一性的危机[4],学术界对此也进行了激烈讨论。此外,修法之前在纵向垄断协议的规制方面还存在以下困境:受执法机构对纵向垄断协议的违法性认定思路影响,虽然我国纵向非价格垄断协议在实践中也普遍存在,但只能适用兜底条款或者以滥用市场支配地位制度进行认定导致了纵向非价格垄断协议存在规制难题[5],同时也容易出现执法过严问题,因而反垄断执法机构对纵向非价格垄断协议的关注度不如纵向价格垄断协议;另外,在垄断协议的抗辩上,只有第十五条(现行反垄断法第二十条)规定了六种具体的豁免情形,然而实践中还未出现依据该条规定进行成功抗辩的案例,这也从侧面反映了纵向垄断协议想要得到豁免的难度之大。

现行反垄断法试图在法律层面调和执法机构和司法机关之间的矛盾,首先将垄断协议的定义独立成条并置于第二章第一条,这意味着无论哪种类型的垄断协议,只要满足法定的行为要件即违法,应当予以制止。但是仅有此举无法从根源上解决问题,而且若对所有的纵向垄断协议都一视同仁难免过于严厉,因此仍需结合其他制度对纵向垄断协议进行规制,现行反垄断法为纵向垄断协议明确禁止的两类行为规定了竞争效果抗辩,同时又以安全港规则将市场份额纳入纵向垄断协议违法性认定的考虑因素,如果经营者与交易相对人的行为对市场竞争不产生影响或者影响较小可以此条款进行抗辩,使得纵向垄断协议转向“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[6],如此一来,整个纵向垄断协议的分析框架趋于完善,为执法机构和司法机关确立了明确的规制路径。同时执法机构也可加大对纵向非价格垄断协议的查处力度而无须担心可能存在的执法过严问题:因为安全港规则确立之后,经营者存在多重抗辩路径。

总之,对于经营者来说,安全港规则能够为其提供明确的行为预期,使得经营者在经济活动中能够预

见其行为合法与否、在偏离轨道时及时予以修正，将其活动限定在反垄断法不予禁止的范围内，降低行为的违法性，还能指引中小企业合规行为，提高市场活力；对于执法机构及司法机关来说，由于安全港规则将满足相应条件的证明责任分配给经营者，降低了它们搜集信息的成本及错误成本<sup>[7]</sup>，经营者的行为只要符合特定条件即可适用，无需进一步审查行为是否产生了实质性损害竞争的效果。安全港规则的确立既能提升执法效率，又能节约司法资源，还能提高执法透明度、降低执法过程中的假阳性错误，可谓一举多得。

### 3. 我国垄断协议安全港规则适用范围存在的问题

#### 3.1. 现行立法不同于以往规定

其实在现行反垄断法确立安全港规则之前，我国反垄断执法机构出台的一些规范性文件文件中已经存在相关规定。最早将安全港规则引入反垄断法领域的是2015年国家市场监督管理总局发布的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》(以下简称《规定》)，依照该规定第五条，安全港规则的适用范围是“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”，无论该协议是横向垄断协议还是纵向垄断协议。2016年，国务院反垄断委员会发布《关于汽车业的反垄断指南(征求意见稿)》在形式上确立了安全港规则，即针对纵向垄断协议中的地域限制和客户限制以及横向垄断协议分别规定了推定豁免和个案豁免。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)》第十四条也规定了安全港规则，而国务院反垄断委员会《关于知识产权领域的反垄断指南》第十三条更是直接使用了“安全港规则”这一术语，二者所确立的安全港规则的适用范围与《规定》一致。2021年10月，《反垄断法(修正草案)》正式提出了安全港规则，根据草案的相关内容，其适用范围及于所有的横向垄断协议、纵向垄断协议以及组织帮助型垄断协议。2022年6月，新修订的反垄断法将安全港规则置于第十八条第三款，明确了安全港规则只能适用于纵向垄断协议。2023年，国家市场监督管理总局发布的《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》以及《禁止垄断协议规定》紧跟上位法的规定，也明确安全港规则适用于纵向垄断协议。

在规制特殊领域的垄断行为过程中，安全港规则已经积累了丰富经验，考虑到垄断协议的危害程度，大多数规范性文件规定的安全港规则适用于横向垄断协议和纵向垄断协议中的兜底条款，具有竞争关系的经营者之间或者经营者与其上下游之间达成的协议类型若符合兜底条款的规定便可以安全港规则进行抗辩，亦可依据现行反垄断法第二十条的规定申请豁免。现行反垄断法实施后，为安全港规则提供了效力层级上的上位法依据，反垄断法具有优先适用的效力，安全港规则的适用应当以反垄断法的规定为准，只有在反垄断法没有规定时，才可适用规范性文件的相关内容。但是，反垄断法将安全港规则的适用范围限缩于纵向垄断协议，完全排除了横向垄断协议的适用，这意味着如果经营者之间达成了未被反垄断法明确列举的其他横向垄断协议，只存在依据第二十条的相关内容请求豁免这一种抗辩路径，然而在经营者的市场份额较小、难以对市场竞争造成损害的情况下，若一味以本身违法原则来认定则显得过于严厉，从这个角度讲，反垄断法对安全港适用范围的限缩存在不合理之处。

#### 3.2. 法律条本身文存在模糊之处

从现行反垄断法对纵向垄断协议的条文设计来看，第一款是对明显具有排除、限制竞争效果的纵向垄断协议类型(以下称为“转售价格维持”)进行的明确列举以及兜底条款；第二款是针对转售价格维持行为所规定的“豁免”，是一种可抗辩的违法推定；第三款便是安全港规则。如此规定看似层层递进，实则存在不严谨之处，在对安全港规则适用范围的解读上就会使人产生分歧：一种是，在反垄断法修正草案一审稿中，安全港规则是独立成条的，但由于其适用范围囊括整个垄断协议，过于宽泛，与反垄断法的原则相背离，因此现行反垄断法进行了修改，将安全港规则置于纵向垄断协议条款之下，这就意味着



安全港规则对于包括转售价格维持在内的所有纵向垄断协议均可适用[8]；同时，《禁止垄断协议规定》第十七条规定：“经营者与交易相对人达成协议，经营者能够证明参与协议的经营者在相关市场的市场份额低于市场监管总局规定的标准，并符合市场监管总局规定的其他条件的，不予禁止。”这也肯定了安全港规则的适用范围是整个纵向垄断协议。另一种是，转售价格维持属于严重损害市场竞争的行为类型，第二款已经专门针对该行为规定了竞争效果抗辩：只要经营者能够证明其达成的转售价格维持协议不会对竞争产生影响，反垄断法就不予禁止，如果允许经营者适用此条款无果后，还可以适用特定于非明显反竞争的安全港规则进行抗辩，则会与转售价格维持的竞争损害效果产生冲突[9]，在执法过程中可能会产生假阴性或者假阳性错误。此外，在竞争效果的证明上，第二款与安全港规则类似，都要求经营者证明其与交易相对人之间达成的协议不会对竞争造成消极影响，在一个案件中若同时以第二款和安全港规则进行抗辩，无疑会浪费执法和司法资源，这与安全港规则的价值功能相违背，因此应当将转售价格维持排除在安全港规则的适用范围之外，安全港规则仅适用于其他纵向垄断协议。

上文提到，安全港规则的确立可以调和实践中执法机构和司法机关在垄断协议的认定上产生的分歧，同时也为纵向垄断协议的认定提供了新的规制框架，但是安全港规则适用范围的“模棱两可”将会导致在实践中选择适用时的不确定性，这种不确定性又会使得安全港规则的实施难以达到预期效果，是以安全港规则的适用范围亟待厘清。

#### 4. 安全港规则适用范围的完善路径

从我国反垄断执法实践中出台的一系列规范性文件对安全港规则进行探索，到现行反垄断法正式确立该规则，内容既符合我国国情、具有鲜明特色，又与世界反垄断法的步伐一致。然而目前的安全港规则还属于原则性规定，内容比较抽象、模糊，《禁止垄断协议规定》的相关内容仍然不够明确，除此之外目前尚无其他配套指南或者细则，将安全港规则的适用范围仅限于纵向垄断协议也引起学界争议，为了更好实现安全港规则的功能价值，有必要对其适用范围的发展和完善进行探讨。

##### 4.1. 细化纵向垄断协议项下安全港规则的适用范围

我国纵向垄断协议的行为类型包括转售价格维持和兜底条款。虽然转售价格维持具有纵向垄断协议的特征，可能对市场上的竞争有促进作用，但实践表明，通常能达成转售价格维持的经营者都具有一定的市场力量，并且转售价格维持对竞争的损害在于它不仅限制品牌内竞争，还会间接限制品牌间竞争，由此产生的垄断高价最终由消费者承担，损害了消费者福利，此类协议的达成也有利于经销商之间的横向价格固定，在这种情况下其对竞争的促进效果显得微不足道，仍会严重排除、损害竞争。再根据现行反垄断法的规定，经营者与上下游交易对手间达成转售价格维持协议的行为客观存在，无需进行效果分析便可推定其行为的违法性，欧盟反垄断法将这种行为称为“核心限制”，可见转售价格维持对竞争的影响程度，应当将转售价格维持行为排除在安全港规则的使用范围之外[1]。与此同时，还应当注意到在其他纵向垄断协议中也有一些行为对竞争产生的消极效果与核心限制相当，比如我国《关于汽车业的反垄断指南(征求意见稿)》中规定的纵向地域限制和客户限制条款，对这类协议安全港规则当然也不予适用。

综上，安全港规则仅适用于那些不属于核心限制的其他纵向垄断协议。在往后的实践中建议国务院反垄断执法机构出台配套规范对其他纵向垄断协议的行为类型进行细化，增加纵向垄断协议中的核心限制行为，使安全港规则的适用范围更加清晰明确，纵向垄断协议内容趋于完善。

##### 4.2. 将安全港规则适用范围适当扩展至横向垄断协议

横向垄断协议是处于同一相关市场的竞争者之间达成的，其对竞争造成的损害比纵向垄断协议更为

直接和明显。在横向垄断协议中，由于固定价格、限定数量、分割市场、限制技术、联合抵制这五类行为对市场竞争有着严重的不利影响，被我国反垄断法严格禁止。这类协议对竞争造成的影响是显著的，几乎不会产生促进竞争的效果，毫无疑问，这些行为也被欧盟反垄断法划入核心限制的范围内，美国反垄断法对这类行为亦适用较为严厉的本身违法原则。在安全港规则的适用上，美国反垄断法禁止包含核心限制的协议进入“安全区”，欧盟的集体豁免制度也排除核心限制的适用，而我国现行反垄断法则是将整个横向垄断协议都排除在安全港规则的适用范围之外。

核心限制会产生严重排除、损害市场竞争的后果，而安全港规则的目的之一是为那些不损害竞争或者对竞争损害较小的垄断协议提供明确的行为指引，避免执法机构对以垄断协议方式达成反竞争目的的行为进行过度规制。核心限制行为所产生的竞争效果与安全港规则大相径庭，当然无法适用安全港规则。但是不属于核心限制的其他横向垄断协议所产生的竞争损害较小，其违法性认定若与核心限制行为相同显得过分苛刻，而且其只得依据现行反垄断法第二十条申请豁免，本文认为应当将其他横向垄断协议也纳入安全港规则的适用范围内，使反垄断法在横向垄断协议的规制上宽严相济，为经营者提供更多的抗辩路径。

### 4.3. 维持反垄断法律体系的统一性

从法的效力等级来说，反垄断法在反垄断法律体系当中位阶最高，理应优先适用；从法的适用范围来讲，反垄断法属于一般法，具有普遍适用性，前文提到针对特殊领域的垄断行为进行规制的规范性文件相较于反垄断法来说是特殊法，特殊法相对一般法来说亦具有优先适用的效力。然而直至现在还有一些规范性反垄断法律文件在安全港规则适用范围上的规定与反垄断法不同，现行反垄断法施行后有关国家机关对于如何选择法律适用尚未进行说明，这可能导致实践中不同主体在法律适用上产生冲突，应尽快出台相应规定或说明进行明确，以避免争议的产生。同时，规范性反垄断法律文件中与反垄断法规定不一致的内容应当紧跟反垄断法的规定进行修改，以维护整个反垄断法律体系的统一性、完整性。

## 5. 结语

随着市场经济的发展、反垄断理论研究的不断深入，修法是题中之义。安全港规则是对执法和司法实践经验的总结，亦是对市场及经营者需求的回应，安全港规则能避免垄断协议的扩大化适用，在一定程度上完善了纵向垄断协议的整体框架，调和执法机构和司法机关的矛盾，提高执法效率的同时又能够减少负累。但是安全港规则适用范围与以往规定并不相同，进行了限缩，并且这种限缩在目前来说具有不可推翻性，由此还会导致经营者抗辩机会的减少，进而可能会产生假阳性错误。同时，若允许核心限制适用安全港规则会与反垄断法的基本原则相背离，因而应当合理界定安全港规则的适用范围，在分析垄断协议竞争效果的基础上进行讨论，将安全港规则的适用范围限定在核心限制外的其他纵向垄断协议和横向垄断协议，如此才能最大限度的发挥其制度功能。

## 参考文献

- [1] 李国海, 王伊宁. 我国反垄断法安全港规则的构建[J]. 吉首大学学报(社会科学版), 2022, 43(2): 60-71.
- [2] 赫伯特·霍温坎普. 联邦反托拉斯政策: 竞争法律及其实践[M]. 第3版. 许光耀, 江山, 王晨, 译. 北京: 法律出版社, 2009: 86-87.
- [3] 万江. 中国反垄断法: 理论、实践与比较[M]. 第3版. 北京: 法律出版社, 2021: 80.
- [4] 时建中, 郝俊淇. 原则性禁止转售价格维持的立法正确性及其实施改进[J]. 政治与律, 2017(11): 20-33.
- [5] 焦海涛. 纵向非价格垄断协议的反垄断法规制: 困境与出路[J]. 现代法学, 2019, 41(4): 123-139.
- [6] 徐则林. 垄断协议安全港规则的中国应用: 从立法到实施[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2023, 76(3):

174-184.

- [7] 王慧群. 中国垄断协议安全港规则的立法逻辑: 信息成本的视角[J]. 法学家, 2023(1): 57-73+193.
- [8] 刘继峰. 我国反垄断法纵向垄断协议安全港制度的完善[J]. 中州学刊, 2023(2): 64-72.
- [9] 时建中. 新《反垄断法》的现实意义与内容解读[J]. 中国法律评论, 2022(4): 182-194.