

纵向非价格垄断协议的规制

郭月

北京工商大学, 法学院, 北京

收稿日期: 2023年10月20日; 录用日期: 2023年11月6日; 发布日期: 2024年1月29日

摘要

目前, 我国对纵向非价格垄断协议并未进行法律上的明文规定, 仅在理论界进行探讨, 但实践中出现的排他性交易、选择性分销、特许经营等行为是存在对其他市场主体造成排除、限制竞争的效果, 需要进行法律规制。在司法诉讼过程中, 由于法律内容的滞后性使得受害主体无法得到保护, 司法机关无法进行法律适用。法律内容在实体法上违法行为类型的不全面, 程序法上原告举证责任的负担过重, 认定主体的不全面等问题亟待解决。本文从纵向非价格垄断协议的概念、特征入手, 通过与国外相关法律进行比较, 对我国纵向非价格垄断协议需要独立性规制进行必要性分析和可行性分析。应当明确法律规制的具体行为类型、责任主体范围; 同时建立我国自己的安全港制度和豁免制度。

关键词

纵向非价格垄断协议, 行为类型, 安全港制度, 豁免制度

Regulation of Vertical Non-Price Monopoly Agreements

Yue Guo

Faculty of Law, Beijing Technology and Business University, Beijing

Received: Oct. 20th, 2023; accepted: Nov. 6th, 2023; published: Jan. 29th, 2024

Abstract

At present, China has not made clear legal provisions on vertical non-price monopoly agreements, and only discusses them in the theoretical circle. However, the exclusionary transactions, selective distribution, franchising and other behaviors that occur in practice have the effect of excluding and restricting competition among other market entities, and need legal regulation. In the process of judicial proceedings, due to the lagging nature of legal content, the victim cannot be protected, and the judicial authority cannot apply the law. The legal content is not comprehensive in the

substantive law, the burden of proof on the plaintiff in the procedural law is too heavy, and the identification of the subject is not comprehensive. This article starts with the concept and characteristics of vertical non-price monopoly agreements, and through comparison with relevant foreign laws, analyzes the necessity and feasibility of independent regulation of vertical non-price monopoly agreements in China. It is necessary to clarify the specific types of behaviors and the scope of responsible subjects under legal regulation; at the same time, establish our own safe harbor system and exemption system.

Keywords

Vertical Non-Price Monopoly Agreement, Behavior Type, Safe Harbor System, Exemption System

Copyright © 2024 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

随着市场经济的发展,各企业的法律意识的增加,在进行交易的过程涌现出各式各样新型的协议类型和行为类型。然而我国《反垄断法》中规制垄断行为的相关制度也无法发挥作用,法律制度存在漏洞、法律适用不恰当,以及一些非法的纵向非价格垄断协议的行为得不到规制,对市场其他竞争者造成排除、限制竞争影响。

纵向非价格垄断协议的独立性规制是对违法行为规制的与时俱进,对法律制度内容的完善,有利于受害者通过较轻的举证责任保护自己,有利于司法机关适用正确的法律并做到有法可依。

2. 纵向非价格垄断协议制度概述

2.1. 概念与特征

2.1.1. 概念

纵向非价格垄断协议的主体是指处在同一个相关市场领域的交易双方,仅包含处于市场交易的不同环节的当事人。例如,一个是生产环节的交易相对人,另一方是销售环节的相对人。该竞争者对商品价格以外的内容达成一致的意思表示[1]。

2.1.2. 特征

第一,协议的具体实质内容与商品的价格无关,因此无法被《反垄断法》第14条进行规制,这是与纵向价格垄断协议最大的区别。但对其他内容有所涉及,例如地点、主体等方面。

第二,经营者之间对非价格要素达成的一致协议并不必然对市场竞争达到实质抑制影响。需要运用合理原则对相应的市场具体分析,从而判定相应主体所实施的纵向非价格垄断协议行为对市场竞争的影响大小,从而认定是否构成垄断。

2.2. 法律制度

2.2.1. 我国的法律制度

我国相关法律并未直接进行明文规定,垄断协议制度、滥用市场支配地位制度、《禁止垄断协议暂行规定》以及《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》等都是对于垄断协议的规定,但

无法对纵向非价格垄断协议进行规制。

在行业性规定或者地方指导文件中对行为地点、行为主体进行限制的垄断协议明确指出需要对此进行规制，例如汽车行业。但由于该规定的法律位阶低，并且规制内容有限无法进行普遍适用。

2.2.2. 美国的法律制度

美国以《谢尔曼法》为基础，《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》为补充对垄断协议进行规制；《纵向垄断协议指南》对纵向协议进行指导[2]。在 *Sylvania* 案后，采用合理原则认定垄断行为，将具体的纵向非价格垄断协议案件先评估行为主体的市场力量，再从双重经济效果进行比较、权衡竞争效果，从而认定该行为是否违法是否需要规制。

2.2.3. 欧盟的法律制度

欧盟通过对“核心限制”(纵向地域限制或客户限制)的列举式的推定违法的原则禁止，同时规定了“低于 30% 市场份额的安全港制度”的集体豁免制度和个案豁免制度的例外豁免[3]。

3. 独立规制的法律分析

3.1. 纵向非价格垄断协议独立规制的必要性分析

3.1.1. 对市场竞争造成消极影响

第一，封锁市场。在协议中设置了市场的准入障碍，如约定高额的违约金、设置过高的资格标准等，使得其他市场竞争者无法以正常的成本进入市场从而形成了市场封闭的效果。例如，在选择性分销中，由于制造商选择经销商时设置了过高的商品制造标准或主体资格，使得其他想进入市场的经销商需要付出超过普通标准更高的成本，表面上有利于消费者，但从长远角度该制造商与经销商的联合容易形成垄断的局面，失去竞争活力，反而不利于消费者。

第二，诱发下游市场竞争者达成横向限制。上游经营者通过纵向非价格垄断协议对下游相关市场领域的销售对象、销售地点区域等方面进行具体划分。下游经营者若想销售上游主体的商品必须按照其限制从事经营活动。因此具有竞争关系的想销售该商品的下游经销商则不约而同的，与制造商达成内容相同的纵向非价格垄断协议作为手段，达成横向垄断协议的效果。

3.1.2. 规制的必要性分析

第一，对于行为主体的市场份额虽不及市场支配地位标准，但纵向非价格垄断协议造成排除、限制竞争的效果，需要对此进行法律规制，否则会造成规制漏洞，无法形成完整、全面的法律规制依据。因为并不是所有的主体都具有市场支配地位[4]，从其文义解释可知，具有市场支配地位的主体仅个别少数。尤其是涉及排他性购买、搭售的行为，原告因市场地位低而无法获得充足的证据因此无法证明被告具有市场支配地位或滥用市场支配地位；又或者被告能够自证自己不具备市场支配地位但存在实质的排除、限制竞争效果，《反垄断法》第 17 条滥用市场支配地位制度无法进行适用，法律存在漏洞，此时则会造成该违反行为无法得到有效的规制，从而有利于垄断的形成。

第二，《反垄断法》的规制类型无法涵盖纵向非价格垄断协议，需要明确扩展违法行为类型。例如，欧盟法中的“核心限制”、涉及多种纵向非价格垄断协议行为叠加适用的特许经营行为等，均需要被法律进行明文规定，使司法机关能够有法可依。

3.2. 纵向非价格垄断协议独立规制的可行性分析

3.2.1. 国外的分析模式

美国在认定纵向非价格垄断协议所采纳的认定原则有所改变，在 *White Motor* 案中明确指出应采用合

理原则进行分析；在 Schwinn 案中采用直接违法原则进行分析；最终在 Sylvania 案重新确立合理原则进行行为认定。

欧盟主要依据《纵向限制指南》对纵向非价格垄断协议进行法律规制。首先要对该行为主体进行市场份额的界定来判断是否具有排除、限制市场竞争的效果；然后进行集体豁免分析；若市场份额大于《集体豁免条例》中的规定则需要依据《欧盟豁免条例》进行个案分析，同时对此判断是否符合个案豁免的情形。

3.2.2. 规制的可行性分析

首先，分析协议双方在市场环节中的经济力量。可以参考滥用市场支配地位制度中的“市场份额”以及欧盟法中的“安全港”制度来判断当事人的市场竞争力。主要是评估上游市场与下游市场中，其中一个市场存在竞争力不足的情况。因为上下游市场均存在竞争力不足时，就算主体签订纵向非价格垄断协议也不会对市场造成影响；而上下游市场均存在强大竞争力时，其他主体签订纵向非价格垄断协议也无法撼动市场的现有格局也不会对市场造成影响，因此不需要进行规制。

其次，评估纵向非价格垄断协议的市场竞争影响效果。市场份额只具备警示意义，即便满足上一步骤所述市场结构评估标准，仍应结合个案具体情形综合各种考察因素权衡协议的竞争影响效果，以确定其最终净效果是否系排除、限制竞争。如果价格下降、产出增加，说明纵向非价格垄断协议行为实现了经济效率向积极效果的过渡；如果价格上升、产出减少，说明纵向非价格垄断协议行为具有相当程度的反竞争影响而应予纳入反垄断规制轨道；如果价格上升、产出也增加，则需要进一步深入至消费者福利的端口予以考量。

4. 行为类型

4.1. 案例：上海日进电气诉松下及其经销商划分客户案

案情简介：被告松下电器公司发布管理章程，要求包括原告日进电气公司在内的指定经销商对客户进行划分，并不得向不属于自己划分范围内的客户销售产品，否则必须超过经销价的 115% 报价。¹

依据法院裁判理由可以得知，日进公司、青英公司、铭达公司均系松下电器公司的经销商销售该公司产品，而松下电器公司制定、实施《管理章程》，要求经销商执行，否则予以惩罚。由此可见，松下电器公司与日进公司、青英公司、铭达公司系同一品牌内的上、下游经营者，分处生产和销售两个不同的经济阶段，双方既有合作，又有管理，构成典型的纵向经济关系[5]。

通过该案的法官分析，可以对横向垄断协议与纵向垄断协议区分得出司法判例的区分标准。纵向经济结构中平行成员之间达成协议，限制的是品牌内竞争，其对市场竞争的影响与纵向协议同理，均与相关市场的竞争状况、参与者的市场力量等因素密切相关，并不一定排除、限制市场竞争。只有在相关市场竞争不充分、存在一定市场力量的情形下，品牌内限制竞争协议的影响力才可能外溢到品牌间，构成垄断。

4.2. 直接对品牌内竞争施加限制的纵向非价格垄断协议

4.2.1. 排他性分销

是指生产商向唯一的销售商承诺，在某个市场或该市场某区域仅其一家能够销售自己的产品，属于在商品流通环节排除其他竞争者的协议。

4.2.2. 选择性分销

是指生产商依据自己制定的标准选择销售商进行合作。主要适用于奢侈品或高科技产品等行业中，

¹上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第 120 号民事判决书。

例如汽车、高档手表、高档首饰等[6]。但是这种资格、标准设置过高时，一定会抑制该行业的其他销售商的竞争，甚至将其排除出市场。

4.2.3. 特许经营

是指独立企业之间，一方许可另一方使用自己的商号、企业形象、厂商标记、专有技术和其他知识产权，提供技术上及经营上的帮助，并就其特许行为收取特许权使用费。为了维护企业形象会涉及到选择性分销、地域限制、排他性分销等行为，因此特许经营属于多种纵向非价格限制行为的组合。

4.3. 直接对品牌间竞争施加限制的纵向非价格垄断协议

4.3.1. 排他性购买

是指销售商只销售唯一生产商或供应商的产品。若该销售商具有一定的竞争力，竞争不足的生产商或供应商会因与其达成纵向非价格垄断协议而直接获得销售环节的竞争力从而获利、占领市场，甚至于从而扩大其在上游市场的竞争力，以至于排除在上游市场的其他生产商或供应商。大多存在于商品生产环节。

4.3.2. 搭售

是指经销商销售制造商的产品时需要同时销售该制造商的其他商品或者销售指定的第三方的商品。该经销商需要更高的成本付出，同时还会涉及排他性分销、地域限制等行为内容，从而扩大该制造商在下游流通环节的竞争力，反过来促进该制造商在上游生产环节的竞争力。

5. 规制方法

5.1. 法条内容的完善

5.1.1. 明确列举纵向非价格垄断协议的类型

应该将纵向非价格垄断协议单独进行规定，并且将该五种行为类型明确为纵向非价格垄断协议的具体行为类型进行规定。欧盟是在《纵向限制规制指南》中对纵向非价格垄断行为进行规定，我国也可以采用列举的方式进行规定。

5.1.2. 扩大认定垄断行为的主体范围

建议明确将有管辖权的法院赋予认定垄断行为的主体资格，扩大认定垄断行为的主体范围。因为依据《反垄断法》第 14 条和第 44 条指出国务院反垄断执法机构有权认定垄断行为，对于公权力是属于“法无明文规定即禁止”，因此其他主体无权进行认定。而在诉讼过程中，依据《反垄断法》第 14 条的兜底条款认定违法行为系纵向非价格垄断协议行为要结合法官的自由裁量权，因为无法援引对行为类型明确具体的法条。而法官的认定权并未规定，其是否能够在垄断协议的认定上运用自由裁量存在一定争议，属于法律漏洞需要进行完善。因此建议明确将有管辖权的法院赋予认定垄断行为的主体资格，扩大认定垄断行为的主体范围。这样有利于在司法、执法过程中形成一个紧密完整的体系，同时还能够使得法院在审理案件时能够有法可依。

5.2. 法律规范完善

5.2.1. 确立纵向非价格垄断协议安全港制度

建议确立纵向非价格垄断协议安全港制度其安全港门槛确定为 30%。行为主体的排除、限制竞争效果的判断太过于抽象，因此需要一个可以进行比较的量化的判断标准，可以参考滥用市场支配地位制度中的“市场份额”以及欧盟法中的“安全港”制度来判断当事人的市场竞争力。将安全港门槛确定为 30%

具有相当程度的合理性，一方面，可将大量对市场竞争影响轻微的协议经过过滤和筛选而被纳入合理性推定制度之中，节约执法成本的同时，亦有助于市场主体自我审核以大幅度提升市场预期；另一方面，若将设置得更高譬如 40%~50% 间，则近乎于宣告当且仅当企业具备市场支配地位时才能够实质性影响竞争，则市场有效竞争将面临相当程度上的削弱，也同时会造成法条的竞合。

5.2.2. 完善纵向非价格垄断协议的豁免制度

首先，建议关于豁免条件的规定中加入“必要性”要件の設定。《反垄断法》第 15 条通过列举式再加上经营者自证的方式进行豁免。而经营者的自证中“严重限制”、“分享利益”的标准过于抽象，没有一个具体的标准，可能会造成豁免的过于轻易。而“必要性”的加入会使得经营者慎重签订协议，属于对豁免的适用更严格一些。因为该协议是一定会造成排除、限制竞争的效果，如果不是必要性的，其实是反向鼓励经营者去签订协议，与《反垄断法》的目的相违背。

其次，建议将“为……的”表达方式改为“有利于……的”。因为现行法律的方式注重的目的，哪怕第二款的经营者自证有一定的效果规定，但不足够。不仅仅是因为自证的标准不够明确，而且该自证不足以抵消该协议订立实施后对相关市场造成的负面影响，消费者所享受到的利益也不一定能够弥补之前所受的不利结果，因此改为“有利于……的”表达方式，就是为相关市场填补负面影响，为消费者带来更切实际的利益。

5.2.3. 完善配套措施

美国和欧盟对于纵向垄断协议出台了相关指南，美国司法部和检察长协会发布了《纵向垄断协议指南》，欧盟委员会发布了《纵向限制规制指南》，我国也应吸收国外经验结合我国国情制定纵向垄断协议指南，建议由国家市场监督管理总局结合我国情形进行制定和公布。

6. 结语

应将纵向非价格垄断协议明确规定在纵向垄断协议制度中。因为无论是在实践中有需要被规制的纵向非价格垄断协议的行为，还是在理论上该协议能够被进行规制，都是纵向非价格垄断协议作为独立的垄断协议类型的必要选择。本文通过对纵向非价格垄断协议的概念、特征、行为类型进行分析，结合我国现行有效的法律制度以及参考外国相关的法律制度，对纵向非价格垄断协议进行独立规制的可行性分析，并且最后提出自己的一些建议，希望能够有所价值。

参考文献

- [1] 侍丹青, 张毅著. 建立非价格纵向限制豁免制度的思考[J]. 中国物价, 2016(11): 31-33.
- [2] 王旭. 纵向非价格垄断协议的分析框架之完善[D]: [硕士学位论文]. 上海: 上海交通大学, 2021.
- [3] 俞子勇. 论我国转售价格维持的法律规制[D]: [硕士学位论文]. 苏州: 苏州大学, 2020.
- [4] 许光耀. 垄断协议的反垄断法调整[M]. 北京: 人民出版社, 2018: 16-18.
- [5] 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[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版), 2018, 26(2): 65-75.
- [6] 时建中, 陶琦. 选择性分销协议的竞争效果分析[J]. 中国价格监管与反垄断, 2014(7): 12-17.