

平台经济下轴辐协议的反垄断法规制研究

李艺波

北京工商大学法学院, 北京

收稿日期: 2023年11月9日; 录用日期: 2023年11月21日; 发布日期: 2024年2月23日

摘要

平台是一个参与方众多的复杂系统, 不仅存在基本的交易双方, 也聚集了繁多的第三方服务者。由于平台经济日渐的系统性和复杂性, 使平台经营者和其他服务者通过大数据与算法, 可以更便捷、更秘密、更容易地达成轴辐协议。轴辐协议的复杂性决定了其危害远大于横向垄断协议, 因为它既涉及横向垄断协议, 又涉及纵向垄断协议。本文主要通过介绍轴辐协议基本问题、概念和特征, 探讨平台经济下轴辐协议反垄断规则存在的问题。并提出通过区分轴心主体行为认定法律责任、通过“协同行为”认定横向共谋、区分违法行为认定原则等完善路径。

关键词

平台经济, 轴辐协议, 反垄断规制

Research on Anti-Monopoly Regulation of Hub and Spoke Agreement under Platform Economy

Yibo Li

School of Law, Beijing Technology and Business University, Beijing

Received: Nov. 9th, 2023; accepted: Nov. 21st, 2023; published: Feb. 23rd, 2024

Abstract

The platform is a complex system with many participants. There are not only basic transaction parties, but also a large number of third-party service providers. Due to the increasingly systematic and complex platform economy, platform operators and other service providers can reach hub and spoke agreement more conveniently, secretly and easily through big data and algorithms. The complexity of hub and spoke agreement determines that its harm is much greater than hori-

zontal monopoly agreement, because it involves both horizontal monopoly agreement and vertical monopoly agreement. This paper mainly introduces the basic problems, concepts and characteristics of hub and spoke agreement, and further analyzes the legal nature and anti-monopoly regulation path of hub and spoke agreement. And propose improvement paths such as identifying legal responsibility through distinguishing the behavior of axis subjects, identifying horizontal collusion through “collaborative behavior”, and distinguishing the principles of identifying illegal behavior.

Keywords

Platform Economy, Hub and Spoke Agreement, Anti-Monopoly Regulation

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

平台经济领域企业由于技术、数据、算法等全新要素的加入，远比传统企业反垄行为认定更复杂。与传统的横向协议和纵向协议制度框架不同，轴辐协议是一种新型的复杂垄断协议，它的出现使传统垄断协议二分法判断面临诸多的挑战。因此，这种平台经济环境下的轴辐协议成为了各国反垄断法重点规制与执法的对象。我国反垄断法在 2022 年修改之时首次在法律层面引入了“轴辐协议”的概念。在《指南》中，除传统的“横向垄断协议”和“纵向垄断协议”之外，特别新增一条有关“轴辐协议”的规定，正式将轴辐协议的概念通过立法的形式明确了下来，也是我国反垄断领域对算法影响下的平台经济产生的新问题作出的回应。其中第八条旨在回应平台经济体内新型垄断行为，将传统轴辐协议从原则性规定细化到适用于平台经济具体情景，近年来已成为反垄断规范焦点。

2. 平台经济下的轴辐协议

2.1. 轴辐协议的含义

在 1972 年的 Elder-Beerman 诉联合百货案中¹，美国法院提出了轴辐协议(Hub and Spoke Agreement)的三要素，即轴心经营者、相互之间具有竞争关系的辐条竞争者和轴缘共谋，三者呈现形态犹如车轮。轴心与辐条不集中在同一市场层级，而是类似于上下游关系。虽然各个缘辐之间存在竞争关系，但却又依靠轴心经营者达成间接横向联络，这种三要素定义法也被世界各国反垄断执法机构接受和采纳。

目前国内外一致认为，虽然轴辐协议表面为轴心经营者与各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通过轴心经营者传递和交换敏感信息来达成合作，最终间接地形成了排除限制竞争的横向合谋。因此，轴辐协议也叫“轴缘合谋”。据此可被定义为，同一产业链的不同层级中，由一个主体通过纵向关系协调处于若干个相同层级的经营者，表现形式为以决定、协议或其他联络方式间接实施排除、限制竞争的行为。

2.2. 轴辐协议的特性

二分模式要素的判断形成于 20 世纪的美国：垄断协议严格禁止制度规定同行经营者之间存在横向垄

¹Elder-Beerman Stores v. Federated Department Stores, 459 F.2d 138 (1972).

断协议，上下游经营者之间存在纵向垄断协议^[1]。在一系列诉讼案件中，确立了纵向协议按照合理原则处理的惯例，使得这种二分法具有实质意义，并且被其他法域所借鉴。

轴辐协议与传统二分法模式下的横向垄断与纵向垄断协议在特征上虽有不同之处，但与二者也有混同情形。它利用轴心经营者与辐条间的纵向协议掩盖轴条竞争者之间的横向共谋，涉及纵向协议和横向协议两种关系。具体外观表现为多个纵向协议，实际上还存在着潜在的横向协议，一起构成一个有机整体，从而共同达到横向共谋的垄断效果。从轴辐协议中的垄断行为与横向协议与纵向协议的关系、轴辐协议的实施主体、实施行为等方面来看，轴辐协议具有以下特性。

2.2.1. 同时存在横向关系和纵向关系

横向关系是指辐条企业之间的关系，通常辐条企业之间是竞争关系，比如同一产品市场中的经销商或生产商。轴辐协议是以表面的纵向协议掩盖横向共谋，同时这种横向关系的特殊性表现在辐条之间不直接进行联系，而是通过与轴心分别签订协议而达到横向共谋的效果；纵向关系是指轴心与辐条企业之间的关系，这是轴辐协议的外观表现。轴心与辐条之间的关系主要是上下游关系，比如处于同一链条上的生产商和经销商。横向关系往往是隐蔽的，难以用直接证据证明，而纵向关系一般可以通过明示的协议加以证明。

2.2.2. 发起垄断行为身份多元化

轴心既可以担任主动角色，也可以担任被动角色。在一般情形下，轴心经营者发挥积极主动的作用来促进辐条经营者之间达成横向垄断协议。但是这种情况也不是绝对的，在某些具体情况下，也可能是辐条经营者发挥主动作用，而轴心被动地辅助辐条经营者实施横向共谋。

轴心经营者作为发起方起主导作用，例如，在 Toys “R” Us 案中，轴心公司发起了一份纵向协议，这是由横向关系部分或全部来替代纵向关系进行的信息交流情形²；在“苹果电子书案”中，苹果公司主动联系出版商，积极促进一个针对亚马逊的价格卡特尔。但是，位于同一层级的多个竞争者主动寻求某个轴心主体的合作，以纵向关系掩盖横向共谋，也是属于典型场景。尽管有论者认为销售商作为发起人时更容易使生产商达成共谋，而生产商向销售商的纵向限制很难发挥限制竞争效果的作用。但这并不能排除轴心主体作为配合方甚至是单纯的信息交换工具，而非发起方或扮演主导角色的情形下，轴辐协议仍然具有被构建的可能性。因此，轴辐协议既有可能由轴心主体发起或主导，也有可能由各横向竞争者发起或主导，结构中各方对共谋的达成和实施所起的作用大小并不能影响轴辐协议结构和性质的认定。

2.2.3. 横向垄断的合谋行为隐蔽化

在横向垄断协议中，具有竞争关系的经营者协调沟通、分享意图是达成垄断合谋最直接且最具效率的方式，但轴辐协议创造了新的交流渠道。在轴辐协议中，辐条竞争者之间不设有现实的垄断协议，而是在各自与轴心经营者达成某种纵向关联后实施高度一致的商业行为，此种“不约而同”源自辐条经营者之间经由轴心传递某种促成垄断的敏感信息的隐蔽行为，且该行为通常缺乏实证可查。横向合谋奇妙的“隐身能力”不仅是轴辐协议的重要特征，更是刺穿轴辐协议神秘面纱所需打破的重要一环。

2.3. 轴辐协议的法律性质

明确轴辐协议的法律性质，直接关系到这类协议的法律适用和责任认定的选择。《反垄断法》规定了轴辐协议的专门条款，但对这类垄断协议的类型却没有明确规定^[2]。在美国反垄断研究中，多数学者将轴辐协议视为横向协议，纵向关系只是达成横向协议的手段，就违法确认模式的选择，如果辐条之间的横向共谋本身是违法的，那么整个轴辐协议就适用本身违法规则^[3]。我国对轴辐协议法律性质的研究

²Toys “R” Us, Inc. v. Federal Trade Commission, 221 F. 3d928 (2003).

认识也未达成统一。大多数观点认为轴辐协议本质是横向垄断协议，纵向关系只是掩盖横向协议的手段。第一，轴辐协议中的纵向关系不必然表现为纵向垄断协议。一方面，纵向垄断协议的违法主体为经营者，而若轴辐协议出现非经营者担任轴心主体时，轴心与辐条之间便丧失存在纵向垄断协议的可能。另一方面，当轴心为经营者时，若其与辐条之间的纵向关系表现为代理关系，则依据代理关系的固有属性，本人有权对代理人的商业行为施加限制，代理人行为等同本人行为，二者之间难言存在垄断协议[4]。第二，轴辐协议的违法性源于横向垄断协议。轴辐协议的基本单位是由一个轴心与两个辐条构成的三角扇面，倘若这一扇面失去辐条在弧面上的横向合谋，轴辐结构将退化为若干个独立的纵向垄断协议或一般商业交流行为，轴辐协议也将失去其独立存在的法律意义，甚至不再具有被指控违法的可能。在轴辐协议中，纵向关系只是达成并实施横向合谋的手段与工具，其作用在于帮助传统横向垄断协议突破“囚徒困境”，维持后者的稳定性。

3. 反垄断规则存在的问题

3.1. 轴心的身份认定存在困难

法律问题归根结底仍是责任的确认与承担问题，轴辐协议本质属于横向垄断协议，辐条经营者应当承担的法律責任已无所争议，但轴心主体对应的法律責任仍待进一步明确。目前，在理论上大多数研究者认为轴辐协议的实施主体必须是经营者，轴辐协议需要建立在上游主体与下游主体交易关系的基础上。然而现实实践中轴辐协议中的主体具有多元性，包括经营者、非经营者，其中经营者既包含上游经营者也包含下游经营者，非经营者既包括行业协会或类似组织、也可能包括政府行政机关，甚至在平台经济领域还可能包括计算机算法等[5]。因此，在认定轴辐协议涉事主体、特别是轴心的过程中，因为法律规制不完善，而导致的轴心身份认定存在困难的情况客观存在。

3.2. 横向共谋的合谋意图难以证明

在轴辐协议的具体认定上，确认意思联络依然是必不可少环节[6]。轴辐协议的违法性来自于横向垄断协议，所以证明辐条与辐条间达成横向共谋的意思联络成为证明构成轴辐协议的关键。在平台经济下算法研发运行的不透明性、轴心和轴条利用算法进行合谋意思联络行为的高技术与隐蔽性，使监管机构从外部行为特征有效识别合谋意图变得更加困难。此外，难以用直接证据证明轴心与辐条之间的共谋事实，反垄断法中并没有规定怎样利用算法方式、能够利用算法的程度、利用算法方式后合谋的范围。同时不同平台间的内部规则、算法等数据载体取代了原有垄断协议的“约定或决定”。反垄断法规要求达到“实质上存在协调一致的行为”，排除了垄断经营者基于其独立意图而做出的平行行为[7]。在轴辐协议中，是否可用间接证据来辅助证明经营者间主观意图，辐条间的意思联络证据是证明轴辐协议成立的关键证据。

3.3. 违法行为的责任认定不明

二分法是在美国反垄断法发展历史中逐渐形成的一种兼顾执法效率和维护竞争秩序的分析方法。在二分法基础上发展起来的合理原则和本身违法原则在轴辐协议的适用上也存在一定的问题。一般认为，轴辐协议在形式上兼具横向垄断协议和纵向垄断协议的特征，是横向垄断协议与纵向垄断协议的混合，或者是介于两种垄断协议之间的特殊垄断协议[8]。这一特征导致无法对轴辐协议的类型进行单一的划分，因此在二分法的立法模式下，对轴辐协议的规制存在一定的困难和障碍。此外，还因为目前实践中对轴辐协议的法律性质认定不明确，尚未达成统一观点，进而缺乏统一的规制路径和方式。

轴辐协议是在“二分法”之外的一种混合垄断协议，一般以纵向垄断协议的形式作出，但实际产生

横向垄断协议反竞争效果。相比之下，纵向协议排除限制竞争的效果具有不确定性，法院会采取审慎态度，根据合理原则对个案进行分析。然而，这样的分析过程冗长又复杂，其中不乏涉及大量的数据统计或是深入的经济学分析，若坚持“一案一分析”，则必然使每一次执法都陷入拉锯战，扩大执法成本的同时无益于效率提升。久而久之，在实践经验的积累与实践需求的倒逼下，反垄断执法逐渐摸索出了一套针对违法行为的认定原则——对于明显排除或限制竞争的横向垄断协议适用本身违法原则，行为一旦满足构成要件即是违法；对于反竞争效果不是那么截然明确的纵向垄断协议适用合理原则，审慎把握其对市场造成的不利影响。

4. 平台经济下轴辐协议的反垄断规制完善路径

4.1. 区分轴心主体行为

垄断协议组织帮助行为条款。轴心主体的法律责任应视主体的不同而有所差别，当轴心主体是组织者时，其作为主要发起人，积极推进轴辐协议的形成，为辐条经营者建立意思联络创造便利，轴心主体在轴辐合谋的计划进程中发挥着至关重要的作用，具有明显且强烈的主观恶性，应当受到严厉的法律制裁。当轴心主体是帮助者时，其不具备主导地位，作为轴心的组织帮助者尽管不是垄断协议的当事人，但是其实施的组织帮助行为对于垄断协议的达成或实施具有促进作用，对市场竞争秩序造成了实质性危害，也应受到《反垄断法》调整，可适用其中的垄断协议组织帮助行为条款进行调整。法律责任的配置需要结合主观故意作区分处理：若轴心主体明知轴辐协议的存在并配合辐条经营者实施限制、排除竞争的行为，则应承担不高于辐条经营者的相应责任，可比照辐条经营者责任从轻处罚；若轴心主体在不知情的情形下为辐条经营者达成共谋发挥了协调作用，则应酌情对其减轻处罚。

4.2. 通过“协同行为”认定横向共谋

算法影响下的轴辐协议很难满足审查明示共谋的要件，跟踪经营者间的算法信号交互及据此作出对策一直是举证核心，《平台反垄断指南》第九条提出了“可根据逻辑一致的间接证据”来进行认定，即如果是轴心经营者或平台内经营者间的一致性行为，不能合理地解释为独立的商业经营决策时，则可以推定其一致行为属于算法共谋。在轴辐类算法共谋的横向共谋中，虽然没有直接的意思联络，但合理的预见仍然可以包含在意思联络的表现形式范畴中。如果外部证据能够证明所有的竞争者都相信其他竞争对手会采取相同的定价算法，即经营者对一致行为知情，或者能够合理预见到这种一致性行为的存在而自觉遵守，在确保经营者之间存在合谋意图是出现一致行为的唯一合理解释时，可推定经营者存在意思联络，但是经营者可以提供相反的证据进行合理的解释。具体而言，可依据轴心经营者与每个轴条经营者进行的联络，推定轴条经营者之间通过轴心经营者进行了间接的意思联络，从而根据协同行为认定横向垄断协议成立^[9]。

4.3. 区分违法行为认定原则的适用情形

如果轴条经营者主导轴辐协议，轴心在轴辐协议中仅起促进帮助作用，则应适用本身违法原则。在这种关系中，辐条对轴心的依赖性不强，轴心主体加入并推进轴辐协议的通常不是经济利益驱动下的主动出击，而是在辐条经营者流露横向共谋的意愿前提下被动参与，具体可以表现为被轴心主体受到辐条经营者的利诱吸引或被强迫要求成为意思联络的“通讯工具”，轴心利用算法搭建纵向联络安排，在这类轴辐协议中，辐条经营者具有达成和维持轴辐协议的经济动力，而这种轴辐协议中的轴心主体只是形式主体。与轴心主导型轴辐协议相反，辐条主导型轴辐协议更符合本身违法原则，对这类轴辐协议适用本身违法原则不会造成对经济效率评价的缺失，也有助于提高执法效率。

如果轴心经营者主导轴辐协议以自身利益促成辐缘横向合谋中,适用合理原则进行认定较为合理。轴心在轴缘安排中始终是主导地位,因此需考虑纵向协议可能引起的辐缘横向限制,纵向关系导致辐缘经营者达成横向共谋的同时,还可能产生提升服务质量、促进纵向一体化经营、缓解“搭便车”现象、节约交易成本等积极效果,这种情况下采取本身违法原则进行认定可以提高执法效率^[10],但忽视这类轴辐协议创造的正面效率难免有失公平,将负面影响与正面影响进行比较,最终决定是否对其进行规制。

参考文献

- [1] 周纪元. 我国反垄断法中的宽恕制度探究[J]. 中国商论, 2021(17): 108-110.
- [2] 潘雯雯. 《反垄断法》纵向垄断协议条款的反思与重构[J]. 经济研究导刊, 2022(22): 159-161.
- [3] 江山. 论轴辐协议的反垄断规制[J]. 社会科学研究, 2021(4): 43-54.
- [4] 焦海涛. 反垄断法上轴辐协议的法律性质[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 2020(1): 25-36.
- [5] 刘继峰. “中心辐射型”卡特尔认定中的问题[J]. 价格理论与实践, 2016(6): 33-34.
- [6] 程威. 平台经济领域轴辐协议的反垄断: 国际经验、理论证成与路径建构[J]. 南方金融, 2021(9): 57-67.
- [7] 郑焯显. 平台经济领域轴辐协议的反垄断规制[J]. 中国集体经济, 2022(30): 91-93.
- [8] 焦海涛. 垄断协议达成中的组织与帮助行为[J]. 中州学刊, 2023(2): 46-54.
- [9] 李旭东. 平台企业价格轴辐合谋的认定[J]. 北京化工大学学报(社会科学版), 2020(1): 90-95+117.
- [10] 丁国民, 马芝钦. 垄断协议二分法的现实困境与因应策略——以轴辐协议为视角[J]. 东北农业大学学报(社会科学版), 2019, 17(5): 39-46.