

我国反垄断法中垄断协议与豁免 在实践应用中的模糊性研究与启示

廖香 代欣

吉林外国语学院 吉林长春 130117

摘要:我国《反垄断法》第16条对垄断协议作出了明确规定,系产生排除或限制竞争效果之行为,而第20条则列举了豁免制度的适用范围,但因法律规定并未对二者作出详细地认定解释,就使二者的构成要件具有模糊性,进而致使反垄断执法机构同各法院在处理同类案件时采用了不同的分析模式,产生了同种行为认定不同的情况。鉴于垄断协议同豁免制度在司法应用中的认定实际纳入了欧盟《横向合作协议指南》与美国《谢尔曼法》的分析模式,为尽量减少对于先前司法实践判决、裁定等的影响,拟以中和之道确立“三+三”分析模式,对一行为的法律性质作出终局性判定。

关键词:反垄断法;垄断协议;豁免制度;实践应用;模糊性

引言

垄断协议是指由多个独立的经营者,通过协议、决定或协同行为等方式共同进行的一种垄断行为,我国《反垄断法》将其定义为具有排除或限制竞争效果的行为;而豁免制度则是一种例外原则,我国《反垄断法》第20条中列举了该制度的具体适用范围。然而,学界与实务界、实务界内部对于一协议是否属于垄断协议、能否适用豁免制度的分析模式有所差别,具体标准并不统一,实际案件中存在同种行为认定不同的情况,例如,在“强生案”中,一审法院认为反竞争效果并非是构成纵向垄断协议的必要条件,二审法院则反之。这极大地妨碍了反垄断法从“形式禁止”向“实质治理”的转型。因此,建立统一的分析模式有助于实现反垄断规制的公平公正。本文首先从探究反垄断执法机构与法院处理案件产生分歧的根源着手,分析垄断协议与豁免制度于实践应用中存在模糊性问题的表现,并引入“强生案”进行讨论;其次,借鉴欧盟《横向合作协议指南》与美国《谢尔曼法》中的相关分析模式,从比较法的角度提出“三+三”的分析模式,为垄断协议的认定及豁免制度的适用提供解决思路。

1. 概述垄断协议与豁免制度

垄断协议和豁免制度的规范化适用前提是明确两者的内涵和外延的关联度。我国垄断协议与豁免制度分别规定于《反垄断法》第16条及第20条,其中垄断协议是指产生排除或限制竞争效果之行为,主要包括横向垄断协议与纵向垄断协议,而豁免制度的内容则主要包括如果经营者的垄断行

为可以被豁免,那么它的目标必须同时满足正当且合理两个条件:为了发展科学技术,提质增效,保护中小经营者,实现社会公共利益,减轻在经济衰退中产生的问题以及推动对外经济发展等有益于我国社会发展的具有合理性的目的;或者其符合法律、国务院另行规定的其他情形。如此一来,该行为便可构成豁免,从而排除对于所涉《反垄断法》相关条文的适用,免于相应责任。同时如果经营者主张其行为不适用《反垄断法》第17条、18条第1款和19条,也即不构成垄断协议时,其须举证其行为不会对相关市场竞争造成严重限制,且能使消费者共享此行为所带来的好处。

这一制度首创于1998年美国《数字千年版权法案》中的避风港条款,也即“通知+移除”的规则,是指网络服务提供者,在未被通知的范围内享有法律上的安全。目前,豁免制度在各国的理论与实践应用中也各有不同。作为一个反垄断法的后发国家,一方面,我国对欧盟竞争法进行了借鉴,如《欧盟运行条约》第101条第1款,以及《横向合作协议指南》^[1]所采用的“目的性限制+效果性限制”这一双限制模式;另一方面,我国又广泛引入美国所适用的两项原则模式,如美国《谢尔曼法》第1条所采用的“本身违法原则+合理原则”这一双原则模式。“目的性限制与本身违法原则”被纳入我国《反垄断法》第17、18条兜底项之前列举的禁止性规定;“效果性限制+合理原则”被纳入我国《反垄断法》第20条兜底项之前列举的豁免性规定。目前我国所采用的是“原则上应禁止+例外时可豁免”的

模式，而该模式值得我们关注的是，上述豁免条款并不能对实务中出现的问题覆盖完整，存在诸多例如构成垄断协议需要达到的市场份额不明确等模糊情形，且对于欧盟竞争法与美国相关法的借鉴存在着适用顺序的混乱问题，导致不同机构之间、法院内部之间出现了具体操作上的差异，影响了公平原则在具体案件中的体现。

2. 垄断协议与豁免制度于实践应用中存在模糊性问题的表现

在实践应用中，法院与反垄断执法机构因受美国与欧盟不同分析模式的影响，存在“同案不同判”的情况，对垄断协议的认定标准、豁免制度的适用标准等方面认知模糊或不一致的状况较多。

2.1 反垄断执法机构与法院于实践中对垄断协议的认定标准各有不同

总的来看，反垄断执法机构侧重于事实部分的分析，对竞争损害仅作简要叙述；而法院则侧重于对竞争损害的分析并要求原告进行相关举证。

我国反垄断执法机构仅在某案件中的协议涉及《反垄断法》第17条和第18条规定的“兜底项”的情况下，才具体地分析其是否具有排除、限制竞争的效果。除极少数的例外情形外，从过去的案例来看，针对《反垄断法》所列举的典型（特殊）垄断协议，反垄断执法部门主要关注的是协议的内容、协议的签订以及协议的执行等客观的事实，而非并非对协议是否具有排除或限制竞争的效果作出详细分析，其仅于少数案件中对涉案行为的表现进行描述，并对竞争之损害作简要的说明。

相反，目前国内法院主要参照《反垄断法》和2012年颁布的《反垄断法司法解释》对垄断协议进行审理。上述司法解释第七条明晰了在个案中排除、限制竞争的证明责任划分，但对于《反垄断法》第17条以及第18条中的“兜底项”以外的其他非典型（特殊）垄断协议，则要求原告对于其是否具有排除或限制竞争之效果作出举证。^[2]

2.2 反垄断执法机构与法院对豁免制度的适用存在标准上的差异

反垄断执法机构与法院对适用豁免制度的举证责任分配不同导致了两者适用标准上的差异。反垄断执法机构在实践中采用了原则上禁止适用、例外可予豁免的标准，即在认定一协议属于典型（特殊）垄断协议后，直接推定其具有竞

争损害，由经营者承担后续提出豁免抗辩的举证责任。而法院则并不以当事人是否提出抗辩为前提，其可能会积极审查该协议是否具有积极效果。但是，在实际操作中，这样的分析方式忽略了《反垄断法》中关于豁免制度与积极效果具有独立的特性。法院虽对垄断协议的正反两方面作出全面的评价，但其并未严格遵照《反垄断法》的规定，而是采用了“合理原则”，将《反垄断法》第十八条的正反两种效果进行“打包评估”，致使其在具体案件中失去了其应有的法律意义。^[3]然而，不仅是正反效果的评估出现了混淆，对于垄断协议的认定顺序也是如此。

2.3 “垄断协议的认定”与“垄断协议违法性的认定”的混淆问题

最高院在对原《反垄断法》进行性质解释时，明确了其第13条第1款（现第17条）以及第14条（现第18条）中对于横向垄断协议、纵向垄断协议的定义，第15条（现第20条）则对两者作出了具体的规定，而这恰恰就造成了两个立法条文在功能上的混乱，即行为人在以原法第15条（现第20条）为依据提出抗辩时，所产生的法律效果并不能认定涉案协议不是垄断协议，而是应该宣称已经确定为垄断协议的协议不再被禁止，这就造成了认定顺序上地错乱。

2.4 “安全港”制度（豁免制度）在适用范围及条件上的模糊性问题

以“安全港”制度为核心的一系列法律文件（如《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《禁止垄断协议规定》等）中，呈现出明显的形式化、虚置化和西方化等特点，使其实用性受到一定程度的限制。例如，在适用范围上，《反垄断法》删去了相关的规定，造成了适用范围的模糊性【2021年公布的《〈反垄断法〉修订草案》明确了安全港制度的适用范围为所有的纵向垄断协议；而2022年出台的《反垄断法》则将这一规定去除了】；在适用条件上，条文中有关应满足市场份额和其他条件的笼统表述，引起了大量争议【2022年出台的《禁止垄断协议行为的规定》将“市场份额”设定为15%，“其他条件”解释为无相反的证据证明排除或限制竞争；而最终出台的《禁止垄断协议规定》则删除了这一规定】。^[4]

3. “强生案”：纵向垄断协议案件的典型样本与反垄断法实施困境

上述内容中所提到的垄断协议的认定及豁免制度的适

用存在的模糊性问题,在“强生案”的审理过程中,有非常典型的体现,以下做具体论述:

“强生案”作为我国《反垄断法》施行后原告胜诉的首例纵向垄断协议案件,在反垄断法领域意义重大,特别是本案在审理过程中,凸显了现行法律在垄断协议的认定、豁免制度的适用以及举证责任划分上的应用问题,对于完善相关立法、推动司法实践中的统一等方面具有较强的借鉴意义。

本案中,原告北京锐邦是被告强生公司的下游代理商,根据协议,强生公司委托北京锐邦代理售出其产品,且北京锐邦的销售价格不得低于强生公司的销售价格。2008年,北京锐邦未经强生公司许可,擅自降低产品价格,强生公司据此扣除其保证金并收回部分销售权,拒绝继续供货。

起初该案为合同纠纷,后因北京锐邦主张强生公司违反《反垄断法》相关条款,转变为垄断侵权纠纷。本案争议的一个中心问题是,纵向价格垄断协议的构成要件中,是否存在反竞争效果。^[5]而这一争议便对应着理论界的“目的违法说”以及“效果违法说”,“目的违法说”认为构成纵向垄断协议无需具备反竞争效果,而“效果违法说”持相反观点。^[6]

在一审中,北京锐邦主张“目的违法说”,认为强生公司行为符合《反垄断法》的规定,即有关维持最低转售价格之规定,成立纵向垄断协议,而反竞争效果非必要构成要件;而强生公司则主张“效果违法说”,认为纵向垄断协议需同时具备法定条件和反竞争效果。最终,法院支持了强生公司的观点,因为北京锐邦不能举证涉案协议具有很强的排除或限制竞争之效果;在二审中,北京锐邦仍然坚持“目的违法说”,但是,法院认为强生公司的行为具有排除或限制竞争的效果,构成纵向垄断协议,判决北京锐邦胜诉。

二审法院实际上都采纳了“效果违法说”,认为只有垄断行为和反竞争效果并存,才能成立纵向垄断协议。

然而,在案件审理中存在着一个明显的问题。法院与当事人在《反垄断法》第18条(原法第14条)下进行协议正负竞争效果的判断与证明,导致《反垄断法》第20条的适用空间被架空,致使诉讼证明责任的分配出现混乱。该问题出现的根本原因在于,我国《反垄断法》第17、18条本身是作为禁止性规定存在的,却将美国的“合理原则”这一豁免性的原则引入其中,忽略了《反垄断法》第20条这一独立存在的豁免制度。一审法院直接将效果作为协议成立要

件,二审虽进行了纠正但未明确分阶段逻辑,导致各法律适用环节的顺序混乱。^[7]

“强生案”深刻揭示了我国反垄断法实施中对于垄断协议的认定标准不统一、豁免制度虚置、阶段混淆等深层次的问题,进一步细化相关司法解释,推动执法与司法的协同,以实现反垄断法从“形式禁止”向“实质治理”的转型,促进我国反垄断立法和执法的“同文共轨”。因此,为解决上述提及的理论与实践问题,下面将抽象构建垄断协议的分析模型,具体探索如下。

4. “三+三”分析模式在解决前述模糊性问题的适用探索

所谓“三+三”是指,解决有关垄断协议与豁免制度的问题时,第一步要明晰垄断协议的认定与豁免制度的适用问题,第二步要分析“安全港”制度的定性与适用,第三步要判断垄断协议构成要件在实践中的举证责任归属,而在这其中最重要的要属第一步的分析,其具体又可细分为三步,故称其为“三+三”分析模式。该模式的合理性主要由两点,一是法律适用顺序的恰当性,即先分析一行为是否构成垄断协议,若构成,则进一步分析其是否符合豁免条款,最后明确相关举证责任的归属;二是在探究解决路径时,我们应考虑尽可能降低对先前实践的影响程度,防止更倾向于美国或者欧盟分析模式的其中一种,而几近完全否定另一种后,影响先前的司法实践判决、裁定的权威性与稳定性。下面将结合美国与欧盟的分析模式,寻求中和之道,采用“三+三”分析模式,帮助前述问题的解决。

4.1 三个步骤明晰垄断协议的认定与豁免制度的适用问题

首先,应判断涉案协议是否属于《反垄断法》第17条、18条明令禁止的典型(特殊)协议类型;若不符合,则进一步分析涉案协议是否因满足两个条件而属于垄断协议;若构成垄断协议,则继续判断涉案协议能否适用豁免制度。具体适用如下:

(1) 判断涉案协议是否属于典型(特殊)协议类型

依据《反垄断法》第17条、18条兜底条款前的各项列举性条款,结合目的性限制与本身违法原则,可判定一协议是否符合典型(特殊)垄断协议类型,若符合,则可视其存在绝对性与特殊性,推定或直接认定其存在竞争损害,且不可适用豁免制度;若不符合,则进入下一个步骤。

(2) 分析涉案协议是否符合两个条件进而判断其是否属于垄断协议

第一,采用一种客观上效果的推定机制可以认为该协议具有潜在损害或存在限制竞争的可能性,或者结合效果性限制与合理原则认定其具有实际损害;

第二,进一步结合欧盟竞争法在实施中基于经验确立的定量与定性推定规则进行分析,分析该垄断协议是否满足“达到显著程度”与“限制竞争行为不具有附属性”。

若涉案协议符合两个条件,则认定其属于垄断协议,进入最后一个步骤的评估,讨论其能否适用我国《反垄断法》规定的“安全港”制度。

(3) 判断涉案协议能否适用“安全港”制度

依据我国《反垄断法》第20条所规定的豁免制度,同时,结合《欧盟运行条约》第101条第3款之规定,可对涉案协议是否满足三项条件进行分析:净效果为正、予消费者好处、必要且不可替代性,如果其满足或者其构成欧盟竞争法规定的集体豁免,那么涉案协议便构成一种类似刑法上的违法阻却事由,得以排除自身的违法性。

4.2 进一步分析“安全港”制度的定性与具体适用

针对这一问题,首先要对“安全港”制度进行性质定位。根据《反垄断法》的相关规定,如果一项协议不会造成竞争损害或者是造成的竞争损害较小,抑或其虽然造成了较大的竞争损害,但同时它带来了更大的好处,那么它也可以被看作是一种安全的协议。^[8]我们可以将其理解作为一种刑法上的违法阻却事由。进一步的,我们可分别从实体条件与程序条件方面分析如何进行具体适用这一制度。从实体条件上入手,我国以“市场份额”作为“安全港”制度的适用条件,其核心要素在于市场力量,而鉴于市场份额在数字经济时代难以单独有效地衡量市场力量,增加其他的认定要素便有了一定的必要性。但考虑到“安全港”制度目前仍处于新生状态、执法资源有限,暂时无需通过“其他条件”补足实体条件,因此我们仍可以市场份额来推定竞争效果;在程序条件上,在尽量让流程变得简明扼要的同时,应覆盖启动、审查、决定三个阶段,特别是要明确为什么以及什么时候启动;确定在具体案件中应当采取实质性的还是形式上的审查;在充分考虑到经营者的有限理性基础上,建立相应的机制,以保证信息的全面和真实。^[9]

4.3 判断垄断协议构成要件在实践中的举证责任归属

在讨论了如何判定垄断协议与能否适用、如何适用豁免制度的可行路径后,不容忽略的是举证责任的分配问题。

第一个步骤—关于涉案协议是否构成典型(特殊)垄断协议与第二个步骤—分析涉案协议是否符合两个条件进而判断其是否属于垄断协议的举证责任归属问题。2024年6月24日,最高院正式发布了《关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,该解释第14条第1款规定,在审查垄断民事纠纷中,原则上应当以“相关市场界定”为起点,且原告对此承担举证责任,即按照一般性原则来讲,应通过反垄断执法机构或原告举证(对于核心卡特尔或者纵向价格限制行为,由于其排除、限制竞争影响的分析并不需要明确界定相关市场,因此原告无需再对相关行为所涉及的相关市场界定予以举证);而对于第三个步骤,为了同《反垄断法》的立法目的相匹配,应当由被告对自身行为满足豁免制度(满足《反垄断法》第20条的规定)承担举证责任,这也类似于一种抗辩。

将“三+三”模式代入上述“强生案”中具体分析,若涉案协议符合第18条第2款的规定(限定最低转售价格),则可直接推定其具有竞争损害,而无需冗余地让原告举证损害效果;进一步地,在认定其属于垄断协议后,评估其是否满足豁免条件(如促进效率等),而非在协议成立阶段就直接否定掉该协议的合法性。

综上,按照此种分析模式对垄断协议及其豁免制度的适用标准进行判定,既能够推动对于垄断协议和豁免制度判断标准上的统一,又能够中和我国反垄断执法机构和法院对两个问题的判断路径,促使后续相关法律实践的低阻碍过渡。

5. 结论

探究能够帮助解决我国垄断协议与豁免制度适用的模糊性问题的分析模式时,应基于我国法律规范,结合欧盟与美国两种实践分析模式,厘清其间逻辑关系。建议采用“三+三”分析模式:第一步,判定一协议是否符合典型(特殊)垄断协议类型,若符合,则可推定或直接认定其具有竞争损害,判定该协议不可适用豁免制度;若不符合,则进入第二步,评估其是否具有反垄断法意义上的限制竞争效果,一般可通过反垄断执法机构或是原告举证,并分析其是否满足两个条件且构成“安全港”制度,要求行为人承担举证责任。若皆达致,便可进入第三步,评估该垄断协议是否具有足够的积极效果或属集体豁免,由行为人承担举证责任,若具有,则可排除该协议的违法性。同时,在处理“安全港”制度的模糊性问题时,可通过在实体条件上区别两种属性,分别规

定差别的适用范围和设定不同的市场占有率门槛；在程序条件上适用“启动—审查—决定”流程，最后设置制度保障提交信息的全面性与真实性，来帮助解决我国反垄断法中垄断协议与豁免在实践应用中的模糊性问题，推动中国特色社会主义法治体系的在实践中的统一适用。

参考文献：

- [1] 参见欧盟《横向合作协议指南》（2023年修订版）。
- [2] 参见焦海涛：《我国反垄断法中垄断协议违法性的分析模式》，载《法学》2024年第2期，第151-152页。
- [3] 参见焦海涛：《我国反垄断法中垄断协议违法性的分析模式》，载《法学》2024年第2期，第161页。
- [4] 参见乔韵：《我国反垄断法安全港规则的解释论初探》，载《竞争政策研究》2025年第1期，第64、70-72页。

[5] 参见戴宾，曾凡宇：《纵向价格垄断协议民事诉讼法律问题研究——以强生案为视角展开》，载《法律适用》，2016年第3期，第97页。

[6] 参见戴宾，曾凡宇：《纵向价格垄断协议民事诉讼法律问题研究——以强生案为视角展开》，载《法律适用》，2016年第3期，第99-100页。

[7] 参见焦海涛：《我国反垄断法中垄断协议违法性的分析模式》，载《法学》2024年第2期，第157页。

[8] 参见焦海涛：《垄断协议“安全港”制度的性质定位与规范修复》，载《环球法律评论》2023年第6期，第78页。

[9] 参见乔韵：《我国反垄断法安全港规则的解释论初探》，载《竞争政策研究》2025年第1期，第72-74页。