

论协议型企业联营的反垄断规制

江山

内容提要:企业联营既有可能构成反竞争的经营者集中,也有可能构成垄断协议。为逃避规制,核心卡特尔经常披着协议型企业联营的面纱,而协议型企业联营也间或伪装成单一实体,使对其规制备具挑战,成为反垄断法实施水准的试金石。中国《反垄断法》目前对企业联营的垄断协议规制未作专门规定,在实践应对中,如若规制方法过于保守或僵化,则难免会陷于概念与类型化困境。只有揭开企业联营面纱,在法律规则及其适用对象之间穿梭往复,改造既有类型化方法,区分形式上与实质性的企业联营,根据市场环节的不同划分应予以不同强度规制的企业联营类型,识别内部结构限制与外部行为限制的表现方式与竞争影响,及其在剥离附属性限制与主要限制中的作用,才能提出制度架构和规制流程上的合意指引。

关键词:企业联营 反垄断法 垄断协议 核心卡特尔

江山,对外经济贸易大学法学院副教授。

一 引言

中国《反垄断法》实施以来,大量横向垄断协议得到有效规制。这些横向垄断协议,通常的达成方式是明示的,形式是简单的,性质或效果则是“赤裸裸”^[1]地排除、限制竞争。该等协议之盛行,源于企业间共谋的本能冲动无法一劳永逸地根除,也因法律实施初期横向垄断协议尚未深度进化。然而,横向垄断协议的形式外壳终究会随着中国竞争文化的培育和法规制下商业行为的调适而蜕变、演化。对此,学界应当作出充分的理论准备。根据已有经验,竞争者之间的复杂联系通常有两种方式:一是不存在明确协议安排的协同行为,规制的重点在于就其达成形式予以认定;二是以企业联营

[1] 如果竞争者之间的协议不涉及任何生产或销售组织的话,我们就说它是“赤裸裸”的。[美]霍温坎普著:《联邦反托拉斯政策》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第209页。

(joint venture)^[2]的组织形式来实现的, 规制则重在就其竞争影响进行评估。其中, 企业联营这一由两个或多个经营者形成的或松或紧的联合, 常常使得反垄断分析无从着力, 被称作是“反托拉斯法最黑暗的角落之一”。^[3] 举措过重, 则易造成错判(false positive), 苛责本可带来效率的企业组织形式创新; 规制放松, 则易产生漏判(false negative), 放过企业联营活动中的企业反竞争行为。反垄断法在规制对象、行为表现和竞争效果上形成的概括与类型化方法的僵化, 是法律适用陷入困境的主因。

目前的规制方法更似囫圇吞枣, 要么未将企业联营与核心卡特尔明确区分, 要么无视企业联营与单一实体的差别。后果是, 在现有粗放的类型化框架下, 结构性的合理规则的发展受到阻滞, 企业联营的效果权衡流于形式。为了克服这种现状, 首要任务应当是“揭开企业联营面纱”, 明确其与核心卡特尔和单一实体的区分, 将其确立为垄断协议反垄断法规制中的独立类型。众所周知, “揭开公司面纱”^[4]的经典命题, 聚焦于作为民商事活动主体, 公司内部结构项下股东与公司之间在资产、权益和责任方面的分离这一区分公司与股东民事责任、确立公司法人格的必要步骤。^[5] 唯有如此, 公司才能施展制度性的力量。在“揭开企业联营面纱”的命题下, 无论作为市场竞争主体的经营者的法人格属性为何, 其影响都不及于市场行为的合法性本身; 只有经营者外在行为的发生根源、功能指向和实质竞争影响才是竞争法的核心关切。唯有如此, 竞争才能造就市场的持续繁荣。当然, 面纱的揭开还不是全部。揭开企业联营面纱之后, 还应继续贯穿类型化的方法, 在“存在”与“当为”相互遭遇、“现实”与“价值”相互对应的过程中, 探寻企业联营的结构形式、功能实质与竞争效果; 最终, 通过结构化的合理规则, 聚焦协议关联性的认定和竞争效果的权衡, “使法律规范与现实的生活事实相调适”。^[6]

二 反垄断法语境下的企业联营

(一) 企业联营在反垄断法下的现实处境

企业联营在立法中难以被归类有其深刻现实原因。作为一种在现代经济中广泛存在

[2] 企业联营可以是近于经营者集中的整合, 也可以由经营者之间的协议构成。根据中国《反垄断法》, 经营者包括“从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织”。新颁布的《民法总则》规定, “其他组织”应当涵盖包括“个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等”在内的“非法人组织”。据此, 上述从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织之间所达成的协议安排或完全整合形式可以统称为企业联营。参见江山、黄勇:《论中国企业联营的经营者集中控制》,《法学杂志》2012年第10期,第144-145页。《民法总则》中未就“企业联营”作出规定,“……但不能得出实务中联营走向消亡的结论。相反,作为对企业之间合作的法律性描绘,联营已经成为现代企业发展和竞争的重要手段,只是该领域的重点和疑难问题已经转向了反垄断法领域。”王竹:《〈民法总则(草案)〉若干法律规范去留问题大数据分析》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第154页。

[3] Joseph F. Brodley, *The Legal Status of Joint Ventures Under the Antitrust Laws: A Summary Assessment*, 21 *Antitrust Bull.* 453, 453 (1976).

[4] 在英美法下被称为“揭开公司面纱”或“刺破公司面纱”;在德国法下被称为“直索责任”或“穿透责任”;在中国法下多被称为公司人格否定。参见朱慈蕴著:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第79-93页。

[5] 参见高旭军著:《我国公司人格否认制度适用研究》,法律出版社2014年版,第41页。

[6] [德]亚图·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业公司1999年版,第103页。

的组织形式,企业联营形式多样、结构复杂、“本身难以清晰定义”^[7],既可作为反竞争协议的实施工具,又可成为提升效率、促进创新的引擎。从结构和功能上考察,企业联营是由两个或多个母公司合作整合资源、运营和/或管理而成立的,却又独立于母公司的一个持续从事商业活动的企业实体,在欧盟被认为至少要由两个母公司共同控制,^[8]美国则强调其由两个或两个以上的企业联合起来,从事他们原要独立从事的活动^[9]。无论侧重为何,企业联营的基本特性是明确的,即需由两个或多个企业组建形成并控制的、以不同程度联合的实体。

然而仅对企业联营从概念上进行抽象定义通常不敷使用,只有诉诸于在内容上的较为丰富、有思想、有意义和直观的类型才可能被人们所理解。^[10] 此时,有必要深入拉伦茨的类型化世界,将“类型”作出经验性类型、逻辑的理念类型及规范的理念类型等区分。^[11] 基于此种认识,企业联营的“表现形象”得之于经验,因系通过各种细分的经验性类型(研发型、生产型、采购型、营销型和网络型等)方予以归纳;而其规制又必须基于规范性的观点(协议型、全功能型/完全整合型)来进行选择及界分,即需要将其置于反垄断法规范体系下考察。不仅如此,不同基本类型的要素,以特定方式结合成一种有意义的、彼此关联的规整。^[12] 这表现为在对商业交易进行精密区分的阶段,常常不可避免地出现“混合类型”。^[13] 可以认为企业联营这种跨越垄断行为规制结构的存在就是一种典型的混合类型,即“规范性的真实类型”^[14]。依此类型化理论脉络展开,应当将处于竞争者之间横向关系的横向垄断协议和经营者集中视作两极,而处于二者之间的商业安排,由于其促进竞争和反竞争效果同样明显,不能简单认定为违法,必须就个案进行分析。^[15] 根据这种划分,该等中间地带的竞争者间的商业安排应被归类为企业联营,并可根据其整合程度和运行方式分为规范意义上的协议型和全功能/完全整合型(见图1)。至此,在垄断行为的类型化谱系中,通过概念与类型的结合,企业联营从经验中被抽离出来,并摆脱了适用单一方法所可能造成的概念空洞或类型盲目。^[16]

[7] Peter Roth QC & Vivien Rose, *European Community Law of Competition*, Oxford University Press, 2008, p. 540.

[8] 参见 Peter Roth QC & Vivien Rose, *European Community Law of Competition*, Oxford University Press, 2008, p. 540.

[9] 参见[美]霍温坎普著:《联邦反托拉斯政策》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第214页。

[10] 参见[德]亚图·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业公司1999年版,第117页。

[11] 经验性形象类型,同时也算是平均类型,会有或多或少多数的样本,而实际上亦会遭逢他们;逻辑的理念类型虽然也是由经验中得来,但以“纯粹”的形态而言,经验现象中未必有其适例;规范的理念类型并非现实的“反映型”,而以其纯粹性或者不能完全实现,但应努力追求的模范型或目标型。参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第338-339页。

[12] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第341页。

[13] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第341页。

[14] “规范性的真实类型”是指,在形成类型及从事类型归属时,均同时有经验及规范性因素参与其中,此两类因素的结合正系此种类型的本质。[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第340页。

[15] 适用合理规则分析的框架,参见 Robert Pitofsky, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, 74 *Geo. L. J.* 1605, 1608-1615 (1986); 适用合理规则变体的分析,参见 Thomas A. Piraino, Jr., A Proposed Antitrust Approach to Collaborations Among Competitors, 86 *Iowa L. Rev.* 1137, 1151-1158 (2001)。

[16] 概念没有类型是空洞的,类型没有概念是盲目的。[德]亚图·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业公司1999年版,第117页。

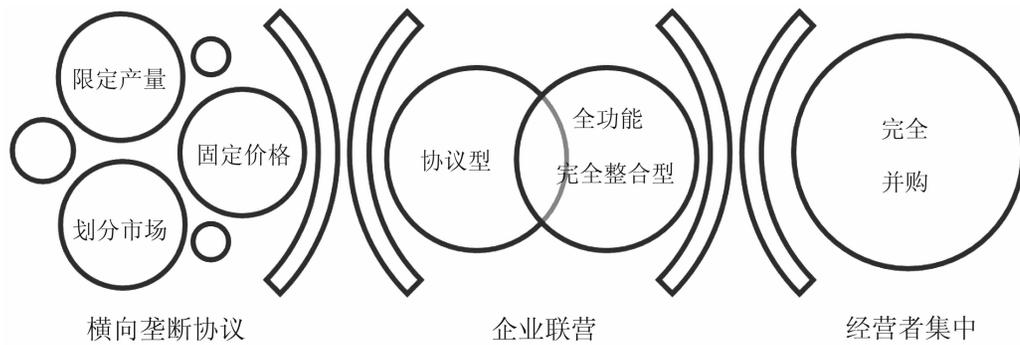


图 1 处于垄断行为类型化中间地带的企业联营

在此基础上,还需重塑企业联营的类型化认知,才能改善规制现状。企业联营的反垄断法规制的复杂性,源于其多样的内部构造和丰富的竞争效果;也与规制对象确定和规制标准选择上的模糊性有关。前者已有大量文献探讨,兹不赘述。在后者,规制对象确定上的模糊,是指由于没有法定的概念和条文作为支撑,将企业联营区隔于固定价格、限定产量与划分市场等垄断协议和完全并购的规制框架尚未定型;规制标准选择上的模糊,是指不论是基于效果还是功能的标准,区分全功能/完全整合型和协议型企业联营的边界都存在一定的模糊性。^[17] 而由于类型划分与规制方式的选择是一种对向交流的过程,企业联营若被界定为全功能/完全整合型则进入相对规整的经营者集中审查分析流程,若被界定为协议型则面向更为发散的分析路径。于是在归类的模糊地带,反垄断执法机构若将企业联营定性为协议型而难以被有效规制时,将其纳入经营者集中审查予以规制就成为便宜的选择。然而实施经营者集中审查,可能产生结构化的后果,且未必解决问题。例如,2014 年商务部曾作出对马士基、地中海航运和达飞轮船的 P3 航运联盟经营者集中的禁止性决定。^[18] 之后,马士基提出与地中海航运设立 2M 企业联营,可能存在垄断协议仍有待反垄断规制。可见,在由该等法律适用关键点连缀而成的实施路径中,任何一点上出现问题都可能伤及反垄断法的意义脉络。无论是为避免规制对象上的模糊所引起的漏判,还是为了防止规制模式选择上的模糊而造成的错判,都需要针对协议型企业联营确立清晰的规制架构和适用规则,以稳定商业运营的预期。

(二) 企业联营反垄断规制的逻辑结构

企业联营可能跨越多种垄断行为的边界,但其行为的主轴是垄断协议。可资借鉴的欧美等主要法域的垄断协议规制模式差异显著。在中国法下建构清晰、完备的企业联营规制框架,需要基于功能主义的比较观,鉴别类型化的路径和制度运行的逻辑

[17] 效果导向的标准,着重相关市场经济活动的增效一体化的形成;功能导向的标准,强调企业联营作为一个独立运营的正常企业的是否可以行使其功能。参见江山、黄勇:《论中国企业联营的经营者集中控制》,《法学杂志》2012 年第 10 期,第 146 页。

[18] 《关于禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心经营者集中反垄断审查决定的公告》,商务部公告[2014]第 46 号。

辑。^[19] 特别是在反垄断法律制度架构与欧盟近似,但个案适用参引美国判例经验的情况下,中国法需明晰与欧盟法结构的异同以完善规制架构,并吸收美国法的适用流程和规则以充实结构项下的功能区间。

在欧盟竞争法现代化之后,垄断协议规制形成了“一般禁止一成批豁免一个案豁免”的基本构架。2000年,欧盟委员会颁布《关于横向合作协议的指南》(以下简称“《合作指南》”),^[20]确定未引起结构性变化的企业联营应适用《欧共同体条约》第101条关于垄断协议的规定。同时,为了对一些最为普遍类型的横向协作提供分析框架,委员会为研发^[21]和专业化^[22]协议补充了新的成批豁免规则。^[23]随着执法经验的累积,2011年新《合作指南》^[24]对企业联营作出了更为细致的类型化分析,并强化了经济分析的内容。据此,欧盟塑造的规制流程层次分明:垄断协议的适用,如果符合法定的市场份额门槛及其他要求,可以通过成批豁免的,则在该步骤即认定为合法;如果成批豁免的条件无法满足则进行个别豁免考量,符合个别豁免条件和标准的,即被认定为合法;若亦不能满足个别豁免的要求,则最终形成违法性判断。

垄断协议规制的美国模式,则长期以“本身违法”与“合理规则”分析为中轴。“合理规则”分析是常态,本身违法规则只适用于有限的情形^[25]——即价格固定、限制产量、横向地域或者客户划分等几乎没有任何促进竞争效果的行为。实践中仅仅因为一项协议被称为“企业联营”并不会使本身违法规则被弃用,而必须确定协议是否涉及到当事方经济资源的充分整合、获得由单个企业无法获得的促进竞争效果。^[26]因为要转向适用合理规则,要么是没有足够的经验认知来支撑本身违法规则的适用,要么是联营所涉限制与制造新产品有关、有助于创造新形式的竞争、相对于联营所创造的效率具有附属性或者能够解决搭便车的问题。^[27]当然,无论个案适用如何选择,经由判例法确立的规则和流程适用

[19] 基于比较法的功能性(Funktionalität)原则,每个社会的法律在实质上都面临着同样的问题,虽然最终的结果是相同的,但是各种不同的法律制度以极不相同的方法解决这些问题。[德]茨威格特、克茨著:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第34页。

[20] Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation Agreements [Official Journal C 003, 06/01/2001].

[21] Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of research and development agreements [Official Journal L 304, 05.12.2000].

[22] Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of specialisation agreements [Official Journal L 304 of 05.12.2000].

[23] Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2008, pp. 1105 - 1106.

[24] Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [Official Journal C 11 of 14.1.2011].

[25] 只有在经过相当多的经验积累之后,才可以将特定的商业关系归入违反本身“违法行为”。参见 *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 607 - 608 (1972); *Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad Sys., Inc.*, 441 U.S. 1, 9 (1979)。

[26] ABA Section of Antitrust Law, *Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors*, ABA Publishing, 2006, pp. 43 - 44.

[27] ABA Section of Antitrust Law, *Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors*, ABA Publishing, 2006, p. 46.

于企业联营无疑。

中国法在垄断协议反垄断法规制问题上没有直接采取欧盟法的“一般禁止—成批豁免—个别豁免”相结合的模式,也未明确吸纳美国法在实践中确立的本身违法和合理规则。在法律适用中,中国法应当突破简单的移植思维,吸纳合理的规制立场、分析方法和适用流程。其中,首先要明确企业联营规制的理念前提。第一,应认识到企业联营与无任何促进竞争效果的横向垄断协议的区别,以及相对于单一企业而言其内在管理和协调上的复杂性,确立审慎、中立的规制立场;第二,在法律并未明确规定的情况下,基于立法机关原则上的认同^[28]和法律适用灵活性的需要,可根据当前反垄断法律框架引入“本身违法”和“合理规则”作为实践中的判断规则;第三,应当充分运用体系解释方法,将合理规则的适用融入到《反垄断法》第 15 条“不适用”情形的解析与阐释之中,在实践中完善包括企业联营在内的反垄断法规制实施路径建构。^[29]在此基础上,应拓展合理规则在企业联营反垄断规制中的适用空间,结合企业联营的特点而精准识别其反竞争效果的类型,进而适用附属性限制理论明确所涉限制与促进竞争效果的关联性,权衡竞争效果,最终实现行为性质认定的目标。

三 揭开面纱:企业联营的形式甄别

在反垄断法的视野下,与企业联营活动相关的两种现象值得密切关注,一是披着企业联营面纱的核心卡特尔,二是伪装成单一实体的企业联营。反垄断规制的关键,于前者是揭开企业联营面纱,否定其企业联营之性质,还原核心卡特尔的本来面目;于后者则是反向揭开企业联营面纱,否定其对自身企业联营法律性质的否定,还原其企业联营而非单一实体的形态认定。这与揭开公司面纱的逻辑亦有异曲同工之处。^[30]其差别在于,揭开企业联营面纱仅限于对经营者组织形态的认定,并不直接指向反垄断法律责任的承担。

(一) 企业联营面纱下的核心卡特尔

明确企业联营反垄断法规制的内在逻辑之后,现行法下建构反垄断法适用于企业联营垄断协议的路径首先应当确立甄别机制以区分形式与实质或“真实的”企业联营。“真实的”企业联营的确立,在于确认母公司在不完全放弃原有独立企业架构的情况下,企业之间的协议联结是否可以在有限时间内、基于有限目的集中企业资源,^[31]带来不同种类的经济活动整合,通过实现规模经济、标准设定、市场进入和促进创新来提升效率而促进竞争。

然而,企业联营与核心卡特尔甄别并不是自始就具有价值。因为企业联营并不是由

[28] 参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室编:《〈中华人民共和国反垄断法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2007 年版,第 68 页。

[29] 在实施经验和案例积累到一定程度之后,可以考虑针对特定的企业联营采取设立安全港或成批豁免。

[30] “反向揭开公司面纱”,主要是指公司面纱被揭开后责任流向与传统正好相对,由公司替股东承担责任。参见朱慈蕴著:《公司法人格否认制度:理论与实践》,人民法院出版社 2009 年版,第 7 页。

[31] Robert Pitofsky, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, 74 *Geo. L. J.* 1605, 1605 (1986).

反垄断立法生成的概念或确定的垄断行为类型,而是在法律实施中逐步获得其类型化意义。这一过程在美国法下得到完整呈现。在早期的 *United States v. Timken Roller Bearing Co.* 案^[32]中,法院认为相关协议形成了限制贸易的集合,不论是否附属于“企业联营”,都应当禁止;在 *United States v. Sealy, Inc.* 案^[33]中,法院认为 *Sealy* 是股东与被许可人所组成的企业联营,其固定价格和划分地域的行为本身违法;^[34]在 *United States v. Topco Assocs.* 案^[35]中, *Topco* 企业联营在零售环节将竞争最小化的划分地域的方案被认为是横向限制,从而本身违法。^[36] 这一趋势在 *BMI v. CBS, Inc.* 案^[37]中开始转变,法院认为一揽子许可协议不构成适用本身违法的固定价格,应适用合理规则;而在 2006 年的 *Texaco Inc. v. Dagher* 案中,^[38]法院进一步指出,一个实现了经济整合的合法的企业联营设定其产品价格的行为不构成本身违法。^[39] 这意味着企业联营本身作为一种协议的类型或类型集合,明确获得判例法上的类型化意义。该等类型划分源于其实质性促进竞争的效果,以及与由此衍生的与核心卡特尔进行区分以防止错判的需要。

甄别机制发挥作用的过程,亦是企业联营作为一种独立类型确立的过程。作为有联系的、有意识的意义关联的类型,在它的接近现实性、直观性与具体性中无法加以定义,而只能“加以说明”;亦无法将具体事实如同“涵摄”于概念之下一样涵摄于类型之下,而只能以一种较高或较少的程度,将具体事实“归类”于类型之下,“使产生对应”。^[40] 在法律适用中,类型化进一步展现出“事实描述”与“事实涵摄”的关键区别。对于“当事人构建出来的事实”的确认,若属“事实描述”只需要审查其真实性(涉及证据问题),并不需要审查描述者认识层面的准确性;而“事实涵摄”不仅要审查其所描述对象的真实性问题,而且需要审查描述者归类过程的正确性问题。^[41] 依此检视,美国最高法院早在 *Timken* 案中就已开启类型化辨析的空间:分立的个人和企业之间所达成的压抑竞争的协议,不能因为将其描绘为“企业联营”就具有正当性。^[42] 那么,对企业联营就必须作出形式与实质的区分和归类。*Topco* 案则指出,只有当对特定商业关系拥有一定的经验之后才将之归入本身违法的范围,^[43]强调了规则适用的开放性。在 *BMI* 案中,法院的阐发更加积极,认为企业联营和其他合作性安排……并不都是违法的,至少不能与固定价格安排等同——因

[32] 341 U. S. 593 (1951).

[33] 388 U. S. 350 (1967).

[34] 388 U. S. 350, 352-358 (1967).

[35] 450 U. S. 596 (1972).

[36] 450 U. S. 596, 606-612 (1972).

[37] 441 U. S. 1 (1979).

[38] 547 U. S. 1 (2006).

[39] 6 U. S. 1 (2006).

[40] [德]亚图·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业公司 1999 年版,第 111-113 页。

[41] 参见卢佩:《“法律适用”之逻辑结构分析》,《当代法学》2017 年第 2 期,第 103 页。

[42] 341 U. S. 593, 597-598 (1951).

[43] 450 U. S. 596, 607-608 (1972).

为其价格安排可能对销售产品来说是必须的。^[44] 该等说明性的、归类式的辨析方式所达致的效果,恰恰是概念所无法赋予的。然而,Dagher 案之前的判决并未将相关协议是否构成“真实的”企业联营的分析作为独立环节。而该案之后,前置环节是应对企业联营的真实性予以确认,即该企业联营仅仅是字面上的、形式意义上的,还是具有效率内涵的、实质意义上的企业联营,从而将其与构成垄断协议的核心卡特尔作出区分。至此,企业联营才真正具备了在反垄断法类型上的独立性。

要言之,协议型企业联营反垄断法规制的前提在于甄别“真实的”企业联营;而该甄别机制的关键在于区分核心卡特尔与企业联营。区分的标准在于,企业联营具有促进竞争效果,而核心卡特尔则几乎总是反竞争的且缺乏效率等可以弥补其所造成的排除、限制竞争效果。^[45] 进而,“真实的”企业联营促进竞争效果的核心在于联营成员企业之间是否存在一定程度的资源整合。该等资源整合的表现形式是多样的,其存在应当由当事方举证证明——通常需要结合市场的特征分析,考察联营成员所处相关市场的重叠性,是否有利于实现规模经济、标准设定、市场进入和促进创新,以及对相关市场竞争的影响等。当然,这种分析只能是定性的,只要明确具有资源整合效果、足以区分核心卡特尔和“真实的”企业联营即可。

(二) 伪装成单一实体的企业联营

企业联营还可能会伪装成单一实体,从而逃逸出垄断协议的反垄断法规制范围。因为,企业联营既然以协议作为其联结的形式,如果形成单一实体就意味着失去了其形式外壳,似乎就不能再称之为企业联营。问题是,取而代之的单一实体转化为企业内部以命令与执行为联结的科层体系,将产生更具结构性的竞争影响。就此,反垄断法下的校正方案只能从滥用市场支配地位规制和经营者集中审查中选择。然而,如果企业联营成员的控制权没有转移就不能够被认定为构成经营者集中;^[46] 若将企业法人等同于反垄断法上的单一实体,进而通过滥用市场支配地位予以规制,则可能因为不构成市场支配地位或由于既有的支配地位滥用标准的模糊而合法化。在此必须追问:企业法上的独立实体就是反垄断法上的单一实体吗?

在 Copperweld 案中,美国最高法院指出,母公司和其完全控制的子公司之间不能实施反垄断法上的共谋。^[47] 晚近的 American Needle 案中,美国橄榄球联盟主张 Copperweld 案原理应当扩展至由独立所有和控制的成员所组成的“真实的”企业联营——如果协作

[44] 441 U. S. 1, 23 (1979).

[45] 河南省固始县悦东公司案即为伪装成企业联营的核心卡特尔的典型。2015 年,固始县悦东公司等 5 家烟花爆竹经营者以“规范烟花爆竹生产、经营、贮存、销售,安全经营,安全管理,消除安全隐患”为由,达成联合经营协议。但是,实际上并未产生任何促进竞争效果,反而“对相同规格的烟花爆竹,通过变更外包装等形式,在不改变进价的情况下,不但通过统一零售市场销售的价格,消除各级经销商间的市场竞争,而且价格上涨了 15% - 20% ……”参见《河南省工商行政管理局行政处罚决定书》,豫工商处字〔2016〕第 15 号。

[46] 参见江山、黄勇:《论中国企业联营的经营者集中控制》,《法学杂志》2012 年第 10 期,第 147 - 148 页。

[47] Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U. S. 752 (1984).

构成联营提供其联合产品必不可少要素。^[48] 最高法院一致否决了该主张,认定由 32 个俱乐部成员所构成的协议所支配(为制造带标识的球队服饰提供许可)的美国橄榄球联盟不构成反垄断意义上的单一企业,而可能被认定为共谋,虽然最终的认定方式是合理规则而非本身违法。^[49] 判决将由单一经济实体所控制、基于该企业的利润作为唯一考量而作出的关键决策,与由企业联营的成员所控制、基于成员的利益而非联营的福利而作出的关键决策进行了区分。^[50] 该分析穿透了商业组织的形式,直接进入到反垄断的核心问题:自然人、机构,或者其他经济主体如何构成反垄断意义上的“人”?^[51] 当然,企业联营成员对联营活动的集体控制,是与成员企业对自身活动独立控制的让渡为基础的。从这一角度考察,霍温坎普(Hovenkamp)和莱斯利(Leslie)认为,问题的关键不是“谁在控制”,而是“谁被控制了”。^[52] 在该案中,美国橄榄球联盟之所以具有潜在的反竞争性,并不是因为单个球队拥有日常的控制权,而是因为他们缺乏日常经营的控制。^[53] 进一步地,罗斯(Stephen F. Ross)^[54] 和布斯(Richard A. Booth)^[55] 指出,单一实体问题的核心是该等实体内的管理人员是否负有信义义务。^[56] 也就是说,如果联营参与者只是消极的财产所有者,或者将控制权让渡给具有信义义务和经济激励的管理人员来将企业联营作为一个整体来运营,那么就应当视其为单一实体;否则,则反证当事方的联结系以合同的方式存在。惟其问题是:民商法框架下设定的包括“注意义务”和“忠实义务”在内的信义义务旨在厘定董事等管理人员作出商业判断的权责,^[57] 却不能有效澄清所涉商业组织是否可以产生反垄断意义上的竞争影响。

应当明确,反垄断法意义上的“人”的确立,最终需要聚焦于相关协议的结构和功能。第一,分析涉案组织实际上是否构成独立的经济决策者的结合,他们分别拥有剩余的和潜在竞争的商业利益;第二,所涉限制是否使得市场失去了独立的决策中心。^[58] 一方面,相较于法人是民法的一种法律拟制,反垄断法上的“人”的确立却并不必新设法律拟制的主体。因为若将企业联营恰当界定为从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和法人组织之间所达成的协议安排或完全整合,民商法意义上的“人”在“从事商品生产、经营或者提供服务”时即成为反垄断法意义上的“经营者”,直接明了。另一方面,民商法上

[48] 参见 Brief for the NFL Respondents at 20-24, *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201 (2010). (No. 08-661), 2009 WL 3865438.

[49] *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201, 2201 (2010).

[50] *Am. Needle, Inc. v. NFL*, 130 S. Ct. 2201 (2010).

[51] 参见 Herbert Hovenkamp & Christopher R. Leslie, *The Firm as Cartel Manager*, 64 *Vand. L. Rev.* 813, 815 (2011).

[52] Herbert Hovenkamp & Christopher R. Leslie, *The Firm as Cartel Manager*, 64 *Vand. L. Rev.* 813, 815 (2011).

[53] 参见 Herbert Hovenkamp & Christopher R. Leslie, *The Firm as Cartel Manager*, 64 *Vand. L. Rev.* 813, 817 (2011).

[54] 参见 Stephen F. Ross, *The Supreme Court's Renewed Focus on Inefficiently Structured Joint Ventures*, 14 *U. Pa. J. Bus. L.* 261, 278 (2011).

[55] 参见 Richard A. Booth, *Partnership Law and the Single Entity Defense*, 8 *Stan. J. L. Bus. & Fin.* 1, 7-8 (2012).

[56] 信义义务的核心是忠实义务,其行为标准高于市场自由交易主体的行为标准,要求受托人在履行受托职责的过程中以委托人或受益人利益为一切决策的出发点,不得从事任何与受益人利益相背的行为。参见朱圆:《论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入》,《环球法律评论》2016年第2期,第85页。

[57] 梁爽:《董事信义义务结构重组及对“中国模式”的反思》,《中外法学》2016年第1期,第220-222页。

[58] Herbert Hovenkamp & Christopher R. Leslie, *The Firm as Cartel Manager*, 64 *Vand. L. Rev.* 813, 822 (2011).

“人”的理念扩展,对反垄断法上“人”的确立又是必须的。以“经济决策”为中心对“人”的理解切合了反垄断法的内在逻辑。易言之,反垄断法并不意在把握所有权(可以产生控制权的所有权除外),而主要针对控制权;且控制权的具体指向是对“经济决策”的控制及其竞争影响,而非财产本身及其关联的债权债务关系。^[59] 而只有对经济决策的控制,才能够转化为经营者的市场行为,并直接体现在对市场竞争的影响上,进而引发反垄断法的关切。

明确了伪装成单一实体的企业联营的性质,并不意味着其违法性的成立。^[60] 这一分析路径在合理规则成为主流的当代反垄断法下才有适用空间。随着判例法的序贯推进,Dagher 案明确了企业联营应适用于合理规则,从而极大地避免了错判问题;Copperweld 案提出了母子公司之间进而多个企业之间的联结是否构成单一实体的问题;进而到了 American Needle 案,将单一实体进行企业法和反垄断法意义上的严格区分存在重要的现实意义。因为,如果在本身违法规则盛行的时代,将单一实体做进一步剖析的结果,不论被分离出来的企业间安排为何都会被认定为违法,这将存在极大的错判风险,甚至超过漏判的损害。而在合理规则时代,若不识别伪装成单一实体的企业联营,则会引致本可以避免的漏判。

四 企业联营竞争效果分析的层次

揭开企业联营面纱之后,企业联营的垄断协议规制才进入实质流程。毋庸置疑,Dagher 案改变了关于价格或相似类型的企业联营的判断规则,开放出对影响联营产品/服务价格的协议主张合理性的空间。但从判例法的谱系上看,该案只解决了企业联营的真实性本身这一前置性问题,显然不是终点。在确定了企业联营本身的真实性之后,反垄断分析应聚焦于反竞争效果的识别和性质的区分,并在此基础上分类型、结构化地适用反垄断法。

(一) 企业联营的协议结构与反竞争效果的识别

在对企业联营经验类型作静态描述的基础上,进入审查流程评估是否需要进入反垄断审查的下一环节,首先就要提出反竞争效果的证据并予以识别、刻画。根据企业联营协议的内部结构和外部行为限制两组划分,企业联营反竞争效果可以被归纳为四类(见表 1)。在认清其竞争影响程度的基础上,识别并类型化与企业联营的协议架构直接关联的潜在反竞争效果及其来源,可以初步筛选出可能存在较大反竞争隐患的企业联营。

[59] 在公司人格否定中也存在“过度控制”的问题,但该等控制所指向的结果是损害了公司债权人的利益。参见朱慈蕴著:《公司法人格否认制度:理论与实践》,人民法院出版社 2009 年版,第 142 页。

[60] 当然,不少案件的违法性认定关键点在于判断其是否构成单一实体。2007 年娄底市保险行业协会牵头组织 11 家财险公司设娄底市支公司与湖南瑞特保险经纪有限公司,共同组建娄底市新车保险服务中心,并与 11 家财险公司先后签订“合作协议”,规定所有新车保险业务必须集中在该中心办理,并划分了各公司在新车保险业务中的市场份额。很明显,一旦“中心”不被认定单一实体,该协议的违法性直接可见。参见环球网:《湖南娄底新车险市场垄断被查处 7 个单位罚 219 万》,http://china.huanqiu.com/hot/2012-12/3430735.html,最近访问时间[2017-09-01]。

表 1 企业联营的反竞争效果类型^[61]

协议架构		潜在反竞争效果
内部结构限制	范围限制: 设定企业联营的成员范围	企业联营过度开放成员资格, 造成涵盖过广 ^[62] , 拥有较大的市场份额, 会在相关市场构成强大的市场力量, 相对于上下游企业具有“实质性竞争优势”, 从而可能剥削上下游的企业, 获取垄断利润。
	时间限制: 设定企业联营的存续时间	企业联营的持续时间跨度过长, 超出了完成联营促进竞争和提升效率的功能所必须的期间, 将使联营的参与者对未来的竞争状况具有较稳定的预期, 在存在限制竞争的协议安排的情况下, 更加不容易背离该等安排。
外部行为限制	横向限制: 与处于同一市场的母公司达成反竞争协议	企业联营可以消除、减弱已经在市场中的母公司之间的既有竞争, 或作为母公司固定价格、监控价格竞争或商谈未来价格、产量或销售数据的场所或工具; 若同属于若干竞争性联营, 可能成为协调枢纽, 产生网络效果。
	纵向限制: 与处于上下游市场的母公司达成反竞争协议	企业联营可能使原本要进入该市场的母公司不再实施进入, 或协商一致不与其企业联营竞争, 消除、减弱潜在竞争; 企业联营与母公司之间处于上下游的关系, 将会影响非联营企业获得供应或开展销售。

据此, 结合企业联营的限制类型审查发现不存在反竞争性损害, 则应结束调查而无需详考促进竞争的利益。若证实存在反竞争效果且存在明显的促进竞争效果, 就应进入基于合理规则的全面审查展开细致的市场分析, 聚焦于企业联营成员彼此独立竞争的能力和动力, 并界定相关市场、判定市场力量及其约束条件。^[63] 为了节约司法资源, 美国法发展出“快速审查”或“截略的合理规则(Truncated Rule of Reason)”,^[64] 在原告提出充分的证据证明反竞争效果, 而被告几乎无法提出有力的证据证明促进竞争效果的情形中适用。而该规则的适用, 同样须考察“所涉限制的发生环境、细节和逻辑”,^[65] 只是合理规则审查的程度不同。

(二) 企业联营的功能类型与竞争影响程度

作为判例法中抽象出来的“规范性的真实类型”, 企业联营除了在规范意义上可分为

[61] 表 1 中的材料来源, 系笔者根据相关研究综合分析归类而成。参见 Peter Roth QC & Vivien Rose, *European Community Law of Competition*, Oxford University Press, 2008, pp. 559 - 560; Robert Pitofsky, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, 74 *Geo. L. J.* 1605, 1610 - 1613 (1986); ABA Section of Antitrust Law, *Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors*, ABA Publishing, 2006, pp. 7 - 14; Joseph F. Brodley, Joint Ventures and Antitrust Policy, 95 *Harv. L. Rev.* 1521, 1552 - 1588 (1981)。

[62] 企业联营对成员加入的控制, 亦可造成涵盖过窄, 可能会使得下游企业不得不全部选择或实质性地倾斜选择该企业联营的产品或服务, 从而可能对非联营成员产生排斥效果。参见 Howard Chang, David Evans and Richard Schmalensee, Some Economic Principle for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures, 1998 *Colum. Bus. Rev.* 223, 252 - 255 (1998)。这种情况通常应当可以由市场机制自身解决, 仅发生在构成必需设施的限定情况下需要法律干预, 而其适用规则应指向市场支配地位滥用。

[63] U. S. Dep't of Justice & Federal Trade Comm'n, *Antitrust Guidelines of Collaborations Among Competitors*, reprinted in 4 Trade Reg. Rep., 2000, pp. 10 - 25.

[64] 参见 *Cal. Dental Ass'n v. FTC*, 526 U. S. 756, 770 (1999)。

[65] ABA Section of Antitrust Law, *Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors*, ABA Publishing, 2006, p. 53.

协议型和全功能/完全整合型之外,在经验意义上可分为研发型、生产型、采购型、营销型和网络型五种。^[66] 诚然,类型无法被定义,只能被描述;且这种描述只能不断地接近类型,但无法掌握其精细性;^[67] 但是足够接近经验的规范类型对于法律适用大有裨益。有鉴于此,根据运营环节与市场的距离,可将企业联营分为研发、采购—生产、营销环节三组。^[68] 对于反垄断法分析而言,离市场环节越近则排除、限制竞争的空间越大,规制强度也相应增加。

一是研发环节的企业联营。^[69] 研究开发属于企业产品投放之前的活动,尚未直接面对市场,处于预竞争阶段,促进竞争效果最为显著。研发型企业联营如果不通过协调影响研发的进度,且对后续的研发成果不作出与研发促进不相关联的限制,通常不会引发竞争忧虑。当然,处于研发环节的企业联营亦可就敏感信息进行交流,排斥横向竞争或提高上下游竞争者的成本,从而产生反竞争效果。研发环节上的企业联营所施加的限制多为面向企业联营成员的内部结构限制。考虑到其所处的运营环节与市场的距离,通常应施以较为宽松的规制。而一旦发现该等联营的协议将限制扩展到联营外部行为,则需要给予更加密切的审查。

二是生产环节的企业联营活动,如果与生产协议目的密切相关——如“为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工”,而非简单地限定产量,通常存在促进竞争效果;加之生产与研发的有效反馈互动,还对创新有促进效果。当然,该等类型的企业联营接近市场投放的商业化阶段,若就产量等敏感信息进行交流,或者对产品的质量规格进行限定,消除联营企业之间的非价格竞争。类似地,采购环节的企业联营能够带来管理上的信息共享,服务于研发或者生产则有利于实现规模效应和成本的节约,但如果企业联营向母公司提供必需的投入物,而具有市场力量的母公司不从其他来源采购其投入物,则可能构成上游的市场排斥;若企业联营是拥有实质性的规模经济性,母公司的竞争者被拒绝以同等条件获得投入物,则可能构成下游的市场排斥。生产—采购环节的企业联营所施加的限制若是混合型的,尤应分析内部限制的必要性及其对外部限制的影响。

三是在面向市场的营销环节,企业联营能够带来管理上的信息分享,与直接竞争者一起作出拓展市场的计划与安排,在品牌、渠道上实现共享,甚至推出共同的营销品牌。如果市场力量较小的企业之间进行该等联营,确可在一定程度上形成规模效应、节约营销成本。如果联营能够在整合分散的资源生产出企业原有产品之外的新产品,更可以构成新

[66] 参见 ABA Section of Antitrust Law, *Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors*, ABA Publishing, 2006, pp. 7-14。

[67] 参见[德]亚图·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业公司 1999 年版,第 117 页。

[68] 一个产业内所有或部分企业联合在一起形成网络型企业联营,由于其成员之间实施广泛的合作带来规模效应,同时可能具有市场封锁效果。参见 ABA Section of Antitrust Law, *Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors*, ABA Publishing, 2006, pp. 8-9。就此,网络型企业联营的反垄断法规制不应单列,可以归入研发、生产、采购和营销中予以规制。

[69] 参见江山、苏竣:《论企业联营合作创新的反垄断法规制》,《东方法学》2014 年第 2 期,第 88 页。

的市场进入。^[70] 然而,若营销型企业联营的母公司具有市场力量,或者在高集中度的市场中占有实质性的市场份额,则给予更高关注。而且,零售商组成的企业联营直面消费者,此时不论是从产品的特性上看还是从抵消性力量上看,竞争者之间协议的排除、限制竞争影响更甚。基于销售环节企业联营的市场近距特性,对涉及外部限制的行为进行严密关注和监管。

(三) 协议关联性的认定与竞争效果的权衡

1. 确定反竞争限制的关联性: 附属性限制原理

如果调查表明企业联营行为存在反竞争性损害,并在此基础上通过内部—外部限制的区分确立规制的侧重,下一步就需要确定反竞争限制关联性。根据附属性限制原理,关键是分析反竞争限制(协议或者协议条款)是否附属于本来应当是促进竞争的或者合法的交易。就此,皮托夫斯基(Robert Pitofsky)指出,有些协议如果单独来看属于非法或者处于非法边缘,但是若放到企业联营的语境下却为实现企业联营的目的所必不可少,则在不超出其范围的情况下就有可能是合法的;而如果附属的协议与企业联营的形成和运营并不合理相关,则应当作为独立的违法行为予以判处,甚至可能影响对整个企业联营合法性的判断。^[71] 这一主张是企业联营固有特性的合乎逻辑的折射:既然历经筛选进入到全面审查,就必然不再只是简单的形式和实质的非此即彼的区分,也不再是只有促进竞争效果的、在初步审查阶段就可以开闸放行的企业联营,而是深具双重竞争效果的复杂安排。需要经过条分缕析,直至承载该等效果的协议或协议条款被清晰归类,其相关性、范围和边界都能够被有效识别。

对联营目的实现和运营至关重要的协议,例如资本、管理和资源的投入或者是为了避免企业联营的分化而约定不为特定的行为,^[72] 如果其客观目的是降低价格或者增加产出或有可能产生此种效果,一般称之为附属性的限制。^[73] 附属性限制不必然违法,也不必然合法,而是应适用合理规则对其进行深入效果分析与权衡。一项协议安排被确认为附属性限制,可以理解为实际上是为相关协议或协议条款加盖了保护层。因为在一项限制被识别确认为附属性限制之后,如果其对于一项“能够促进效率的经济活动整合”是“合理必要的”,那么即使该限制在其他情况下本应构成本身违法,也应当受到合理规则的审查。^[74]

打开这一保护层,关键在于区分内部结构限制与外部行为限制。^[75] 根据科斯的洞见,企业的性质实际上是非正式的内部合约;而对由企业内的非正式合约来整合生产要素

[70] 参见 Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson/West, 2006, pp. 692 - 694。

[71] Robert Pitofsky, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, 74 *Geo. L. J.* 1605, 1612 (1986)。

[72] Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson/West, 2006, pp. 702 - 703。

[73] 参见 *Polk Brothers v. Forest City Enters.*, 776 F.2d 185, 190 (7th Cir. 1985)。

[74] 参见 U. S. Dep't of Justice & Federal Trade Comm'n, *Antitrust Guidelines of Collaborations Among Competitors*, reprinted in 4 *Trade Reg. Rep.*, 2000, p. 4。

[75] 参见 Piraino, Jr., *The Antitrust Analysis of Joint Ventures After The Supreme Court's Dagher Decision*, 57 *Emory L. J.* 735, 753 - 755 (2008)。

和由正式合约连接独立企业作出优劣比较,是企业确立其范围的依据。^[76] 实际上,企业联营这种组织形式实现了参与成员的部分整合,使其可以同时运用非正式合约和正式合约。^[77] 由于这种特性,企业联营所涉合约引发的内部限制一般是结构性的,包括联营的形成、准入政策、部分整合的性质和范围等涉及联营边界和整合程度等议题;而外部限制通常是运营上的,包括定价和产出政策,以及影响涉及共同所有财产之运营使用的规则。^[78] 转化为反垄断法的表达可以是:对于企业联营成员之间的竞争所实施的限制被认为是附属性的,而联营成员在联营之外所施加的竞争限制则不属于附属性限制的范围。^[79] 因为,如果企业联营因为结构性内部限制而适用本身违法,那么单一企业从事同样的行为仅仅因为其内部规则或政策是非明示的就可以免受本身违法规则的严厉规制,则显然会使得反垄断政策偏离中立,影响企业对商业组织形式的选择,可能导致较低效率或无效率。^[80] 需要明确,该等内部/外部分类考察方式的意义,不在于直接支撑违法性认定,而是依据此种逻辑的理念类型,可以借着与“纯粹的”类型相比较,更能理解现实生活中遭遇到的混合方式,^[81]可以依此确立规制的侧重。

2. 权衡竞争效果:衡量效果实现的程度、方式和比重

在确立附属性限制原理的基础上,不能仅仅将促进竞争效果列明了事,也不能仅仅只简单确认相关性、范围和边界。然而,进一步的分析深具挑战。一方面是因为促进竞争效果本身难以量化,另一方面则源于促进竞争与反竞争效果之间的权衡困难。实践中,法院发展出了三种解释:第一种要求证明一项限制对于实现联营的目标是相当必要的;第二种要求一项限制对于实现促进竞争目的是合理必要的,但并不明确是否要审查较少限制竞争的其他选择;第三种是多数法院则要求限制应当要合理地关联于、并不超过有必要实现企业联营的促进竞争效果的限度,为此必须考察是否存在实质性的、具有较少限制的选择可以实现这些目标。^[82] 显然,完整的解释应包括关联的合理性、范围的必要性和较少限制选择的可得性三因素。据此,应就所涉限制与效果实现的程度、方式和比重三个方面展开竞争效果权衡的系统分析。

第一,评估联营实现的整合及其效率实现的程度。考察所涉限制与效果实现的程度是三因素标准的基础。协议型企业联营具有包括规模经济、联合运用互补资源的协同效应、基于风险分担的资本优势、产生新产品或新形式的竞争、解决搭便车问题等促进竞争

[76] [美] 罗纳德·科斯著:《企业、市场与法律》,格致出版社·三联书店·上海人民出版社 2009 年版,第 38-45 页。

[77] Howard Chang, David Evans and Richard Schmalensee, Some Economic Principle for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures, 1998 *Colum. Bus. Rev.* 223, 239 (1998).

[78] 参见 Howard Chang, David Evans and Richard Schmalensee, Some Economic Principle for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures, 1998 *Colum. Bus. Rev.* 223, 252 (1998)。

[79] 参见 Gregory J. Werden, Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview, 66 *Antitrust Law Journal*, 701, 707, 708 (1998)。

[80] 参见 Howard Chang, David Evans and Richard Schmalensee, Some Economic Principle for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures, 1998 *Colum. Bus. Rev.* 223, 262-273 (1998)。

[81] [德] 卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 339 页。

[82] 参见 ABA Section of Antitrust Law, *Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors*, ABA Publishing, 2006, pp. 91-95。

效果,其所体现的整合和效率实现的程度各不相同。而效率水平一般只有诉诸于整合的程度予以预测。^[83]那么,确定总的效果实现程度主要就是确认企业联营实现的整合程度。在此基础上,通常还需要证明能够使消费者分享由此产生的利益,或者这种效率应当能够传递给消费者。

第二,促进竞争效果的分析中,应当考察企业联营所涉限制是否对于实现效率、实现足以抵消反竞争性损害的促进竞争性利益来说是合理必需的。在此,确认是否存在可以实现目标的实质性的具有较少限制的选择,是对效果实现方式的必要考察。这里实际上包含了类似于行政法中比例原则和必要性原则的安排,前者要求目的与手段之间应维持“适度的比例”,为达成某种目的时,相对于此目的,手段不可失衡;后者意味着在同样可以达成目的多数手段中,应该选择造成侵害后果最轻微者。^[84]同时,较少限制选择的确认,不应成为一种僵化标准,而更适合作为一种弹性考量,与效果评估相连接。也就是说,若存在通过较小限制竞争的方式获得相同和相似效率的情形,不一定就径直判定该企业联营违法;而可以考虑将较小的限制竞争方式作为一种参照,在进入效果权衡环节之时进行效率的抵扣。^[85]

第三,权衡明显可识别的效率、促进竞争性利益和反竞争性损害的比重。以确定该协议对相关市场竞争的实际上或可能的总体效果——在这种情况下,往往要考虑明显可识别的效率能否足以抵消协议在相关市场可能对消费者造成的损害。^[86]实践中,两造效率本身及其相互之间抵消是否可以量化,存在较大疑问。但是根据欧盟法和中国法的规定,^[87]对二者比重权衡标准是存在的,即判断是否使有关企业有可能排除该相关产品或服务的实质性竞争。因此,所谓的竞争效果权衡,与其选择评估可识别的效率和所造成的消费者损害,从而陷入将二者进行权衡折抵的困局;不如指向效率带来的产品或服务的竞争力提升和品牌间竞争的增强,并结合将市场进入、促进创新等竞争性利益纳入考量,由此落实到可资比较的促进竞争与反竞争效果权衡来作出企业联营的违法/合法认定,最终收敛整个分析判断流程。

经历层层筛查,协议型企业联营的反垄断法分析实际很少会进入到效果权衡环节。当然,虽然对效果的量化和权衡确实存在操作上的困难,但并不意味着可以忽略该环节。^[88]这也就引出了皮托夫斯基所指出的在类型化阶段之后并不能忽略整合/效率的议题:不能够仅仅依据相关行为属于附属性限制,而相关限制在某种程度上“从属于”与交易相关的效率,就认为该交易是合法的;而是应当对所实现效率的程度进行必要分析,比

[83] 参见 Robert Pitofsky, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, 74 *Geo. L. J.* 1605, 1620 (1986)。

[84] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第354页。

[85] 参见 Robert Pitofsky, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, 74 *Geo. L. J.* 1605, 1620 (1986)。

[86] 参见 U. S. Dep't of Justice & Federal Trade Comm'n, *Antitrust Guidelines of Collaborations Among Competitors*, reprinted in 4 Trade Reg. Rep., 2000, pp. 24-25。

[87] 《欧共体竞争法》第101条规定,协议、决定或一致行动“不致使企业有可能在相关产品的重要部分消除竞争”;中国《反垄断法》第15条规定,“经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争”。

[88] 参见 Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 35。

如可以根据整合的程度来推定所产生的实质性效率的高低,并据此在分析过程之中通过举证责任配置等方式对效率的“权衡”予以切实落实。^[89]在对效率进行权衡的过程中,要核实相关产品或服务的实质性竞争是否可能被排除这一底线,必要的时候应对相关市场、市场份额和市场集中度进行测算,以评估协议是否创造或增加市场力量或促进市场力量的行使,并就进入是否及时、可能并足以阻止或抵消反竞争性危害等市场情形进行完整、全面评估。

五 结 论

企业联营形式丰富、性质复杂、影响广泛,是横向垄断协议反垄断规制水准的试金石。一百余年来,就其展开的理论与实践探索至今未歇。然而,形式遮蔽内容,概念难以框定实践中的现象。惟有认识到相似的表象在不同规制语境中的不同含义和差异的表象在同一规制语境里的相同含义,有效运用类型化思维和方法揭开企业联营面纱,方能直接指向事物本质。^[90]基于世界经济市场化条件下反垄断法的功能共通性,比较主要法域的经验足以确立中国法下可充分实现同等功能的协议型企业联营反垄断法规制结构:即先考察协议是否违反《反垄断法》第 13 条,继而考察是否可依第 15 条的“不适用”情形,并在适用中充分吸收合理规则的内涵。在此基础上,可将中国法下的规制结构分为五个步骤。

第一步,确立协议型企业联营的反垄断法规制的基调。明确即便涉及影响产品的价格,也不能排除通过合理规则来主张企业联营行为的可能性。^[91]在此,一是需要区分“真实的”企业联营与核心卡特尔,不产生资源整合效果的,不能够认定为企业联营,而直接适用本身违法;如果认定为“真实的”企业联营,则进入下一个步骤。二是需要对伪装成单一实体的企业联营作出甄别;如果经营决策和利益分享并未实质性地集中,则应认定为企业联营,进而导入下一步的分析。

第二步,应结合《反垄断法》第 15 条的规定进行合理规则下的分析,确认企业联营具有客观的反竞争效果,并结合包括市场力量在内的因素予以评估,如果反竞争效果不明显,则无需继续分析;如果具有可观的由企业联营所引致的反竞争效果,则应当进一步从内部结构限制和外部行为限制两个方面区分其反竞争效果,以确定反垄断法规制的侧重。

第三步,可以进一步根据企业联营的活动与市场的距离,识别其所带来的反竞争风险。对于研发型企业联营,应明确其处于预竞争阶段的定位,在分析中聚焦联营内部限制与促进研发活动的关系;对于生产型、采购型企业联营,应当区分其所施加限制的内外混合性,厘清内部限制的必要性及其对外部限制的影响;对于营销型企业联营,应当把握其

[89] 参见 Robert Pitofsky, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, 74 *Geo. L. J.* 1605, 1623-1624 (1986)。

[90] 参见[德]亚图·考夫曼著:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业公司 1999 年版,第 103 页。

[91] 参见 Piraino, Jr., The Antitrust Analysis of Joint Ventures After The Supreme Court's Dagher Decision, 57 *Emory L. J.* 735, 737 (2008)。

与市场的近距特性,结合联营营销活动所处的纵向环节考察其外部限制的影响大小。

第四步,依据附属性限制原理评估反竞争限制的关联性,确认其对于实现企业联营目的是否必不可少。通过对协议或协议条款的范围、边界及其与企业联营相关性的识别,重点区分:为了避免企业联营的分化而对联营形成、准入和整合程度等作出约定的内部结构限制,以及对于促进效率的经济活动整合并非合理必要的定价和产出等外部运营政策。

第五步,应全面衡量效果实现的程度和方式,基于相关市场竞争是否实质性地被排除这一标准权衡竞争效果和反竞争效果。分析焦点是识别可被消费者分享的联营所实现的整合和效率实现的程度,以及明显可识别的效率能否足以抵消协议在相关市场可能对消费者造成的损害。就后者而言,应通过分析效率带来的产品或服务的竞争力提升和品牌间竞争的增强,进而落实到可资比较的促进竞争与反竞争效果权衡,以作出企业联营合法性的最终认定。

至此,通过说明而非定义,事实涵摄而非事实描述的方式系统地认识企业联营,并通过在分析诸环节区分经验性类型、逻辑的理念类型、规范的理念类型以及规范性的真实类型等各种类型来深化理解和认识,使协议型企业联营的反垄断法规制的完整结构得以清晰地建构起来。

[**Abstract**] A joint venture may constitute a concentration of undertakings of anti-competitive nature or a monopolistic agreement. To avoid regulation, a hardcore cartel often puts on the veil of agreement type joint venture and an agreement type joint venture often disguises itself as a single entity, making the regulation of joint venture a real challenge, and thus a touchstone of anti-monopoly application. In China, the current Anti-monopoly Law does not contain a specific stipulation on joint venture. If only we can base our research on effective regulatory method, the theory and practice of joint venture regulation will not be lost in a maze of notions and typologies. Furthermore, to provide a desirable guidance concerning institutional framework and application process, we have to reshape the current method of categorization to match the legal regulation and the object it is designed to regulate, to distinguish joint ventures in form and those in substance, to put different weights on different types of joint ventures according to their positions in the commercialization process, to discern the manifestation and competitive effect of internal structural restraints and external behavioral restraints of joint ventures, as well as their role in separating the ancillary restraints from major restraints.

(责任编辑:姚 佳)