

社会政策目标的反垄断法豁免标准*

焦海涛**

内容摘要:反垄断法的实施面临多种利益冲突,包括经济目标与社会目标的冲突。现代反垄断法在追求经济效率的同时,也应兼顾环境保护和文化多样性保护等社会政策目标。豁免制度是解决利益冲突的主要手段之一。反垄断法主要通过效率抗辩与附属限制理论两条路径来解决社会政策目标的豁免问题。效率抗辩主要适用于能够直接带来经济效率或可以转化为经济效率的社会政策目标豁免;那些难以或不能转化为经济效率的社会政策目标,可以借助附属限制理论寻求豁免。反垄断法豁免制度的分析框架,由此可概括为定量分析与定性分析两种。我国反垄断法中的垄断协议豁免制度,混淆了经济性利益与非经济性利益的区分,统一适用效率抗辩的分析思路,不利于社会政策目标的实现。相比之下,经营者集中豁免制度对此作了区分,但规定的社会公共利益豁免条件又过于宽松。

关键词:社会政策目标 反垄断法豁免制度 效率抗辩 附属限制理论

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2017.04.013

一、社会政策目标的反垄断法地位

(一)反垄断法实施中的社会政策目标

一个广受认可的观点是,反垄断法作为竞争政策,以维护竞争为己任,而竞争代表的是一种经济效率,所以反垄断法的价值目标主要是经济效率。人们似乎不愿在反垄断法上考虑更多的非经济性问题。波斯纳就认为,“没有任何理由用反托拉斯法来达到与效率无关甚或对立的目标,比如促进小企业群体的发展,这是一个无论有什么内在价值都不能在反托拉斯的原则和程序框架下实现的目标”;“反托拉斯法的唯一目标应当是促进经济学意义上的效率”。^①这种担忧的理由在于,考虑非经济因素不仅可能牺牲效率,也会增加反垄断法实施的不一致性和不确定性。

对非经济因素持谨慎态度本身没有问题,但如果过分强调效率,不可回避的一个问题是,效率的界限在哪里?那些难以包含在效率之中的公共利益,如社会层面的环境保护、文化多样性保护等价值,是否必然被排斥在反垄断法制度之外?突出例子是,企业间基于自我规制而达成的有助于实现特定社会政策目标的协议,如果产生了限制竞争效果,在竞争法上应如何对待?有学者就担心,过于强调经济效率的竞争法,可能会阻碍企业通过协议来履行社会责任,^②也可能不利于企业间通过环境协议来解决环境问题,^③或影响文化多样性的有效保护。^④

* 本文系司法部国家法治与法学理论项目“我国反垄断法绿色豁免制度的建构”(14SFB30035);中国经济法学研究会学术基金项目“反垄断法上的公共利益豁免制度研究——以环保豁免为例”。

** 中国政法大学博士后流动站研究人员,安徽大学法学院副教授。

① [美]理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第2、3页。

② WimDubbink&Frans Paul van der Putten, Is Competition Law an Impediment to CSR? J. BUS. ETHICS, 2007, 83(3), 381—395.

③ Victor Sand Holmberg, EU Competition Law and Environmental Protection — Integrate or Isolate? <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/4905155>, p.4.

④ EvangeliaPsychogiopoulou, EC Competition Law and Cultural Diversity: the Case of the Cinema, Music and Book Publishing Industries, E.L. Rev. 2005, 30(6), 838—861.

事实上,不以非经济性价值为目标,不意味着反垄断法的实施完全不用考虑其他社会政策目标。多年来,不论经济学界、法学界,还是理论界与实务界,一直争论着非经济性目标在反垄断法实施中的地位。即便在美国,经济效率主导着反托拉斯法的实施,也有关于反托拉斯法非经济目标的争论。^⑤ 反垄断法的实施之所以应当考虑社会政策目标,主要原因在于:

第一,不同政策目标之间发生冲突是常见的法律现象,在解决冲突时,很难说哪种目标是当然可牺牲的。随着经济与社会的发展,在反垄断法实施中,不仅经济效率内部会涉及不同种类效率之间的权衡,经济效率与社会政策目标之间的价值取舍也变得十分普遍。主要原因是,各种经济的或非经济的公共利益都需要法律保护,而不同法律制度在实现这些目标上可能存在冲突。在发生冲突的场合,固然可以依据目标的等级来决定价值取舍,但这更多是一种理论上的解说,现实中很难给不同的目标确立等级。有学者就指出,在反垄断法的实施中,判断哪个目标更重要非常困难。竞争法的目标本身就充满矛盾,例如,图书行业的转售价格维持,从经济效率角度看限制了竞争,从社会利益角度看却保护了文化多样性,我们很难说哪个更加重要。^⑥ 我们只能说,反垄断法的主要目标是经济效率,但其他社会政策也有自身目标,在这些社会政策内部,经济效率就未必是主导性的。

第二,反垄断法不是孤立的法律制度,其实施必须置于一国法律体系的整体之中进行考察,必须注重法律制度之间的协调与整合效果。在反垄断法上,我们也许可以理直气壮地说,没理由要求牺牲经济效率来保护环境或文化的多样性,但在环境法和文化保护法上,牺牲环境利益、文化多样性来促进经济效率同样是没有道理的。这是一种执法中常见的悖论。现实中,如果追求不同目标的法由不同的机构来执行,它们处理问题的方法往往很简单:执行反垄断法的机构只考虑经济效率,执行其他法的机构只考虑相应的社会政策目标。这种做法直截了当,但没有考虑到一国法律体系内部的协调性,没有关注到不同法律制度整合的需要,实际上回避了问题。如果不同法律制度在各自的价值目标指导下“各自为政”,法律制度间的相互抵牾就不可避免,这会削弱法律制度实施的整体效果。假设环境保护法基于环境利益的考虑,不顾企业行为对竞争的限制,而反垄断法只关注竞争维护,不顾及有些限制竞争行为恰能带来极大的环境收益,这样一来,单从环境保护法或反垄断法的角度看,各自的价值目标也许实现得较好,但却给对方带来了极大的价值破坏,从整体上看,积极效果与消极效果可能相互抵消。所以,不论着眼于理论还是实践,不同价值目标之间必须实现平衡。反垄断法实施在追求自身目标的同时,也应对其他政策的目标予以兼顾。

第三,反垄断法自身可能存在错误。反垄断法是一种对市场的人为干预,目的是为了了解决特定的市场失灵问题,但不论立法者还是执法者,对市场的判断都可能出错。尤其是随着经济发展,不仅垄断行为的表现形式日趋复杂,垄断行为的经济效果也可能具有较大的不确定性,这更增加了市场判断的难度。判断错误会伴随着不当干预的风险,结果可能损害了经济效率。所以,反垄断干预必须尽力谦和,尽力不影响对公共利益有益的市场交易。一项垄断协议是否影响了公共利益,是各国反垄断法规制该协议时均予以考虑的因素。对垄断行为的规制,必须兼顾经济效率与其他公共利益的平衡。^⑦

第四,经济效率与社会政策目标之间很难截然分开。追求社会政策目标未必会带来经济效率损失,有些社会政策目标本身也能带来经济效率,这时给予其豁免并不违背反垄断法的目标。极力推崇经济效率价值的芝加哥学派的代表人物波斯纳也说,“在经济分析中,我们重视竞争是因为它们提高了效率——也就是说,竞争是一个手段而不是一个目的——那么,看来只要垄断可以增进效率,就应当容忍垄断,甚至鼓励垄断。”^⑧ 追求社会政策目标的垄断行为同时也带来了经济效率的案件并不少见,在欧盟执法或司法实践中,很多垄断行为因此得到了豁免。《欧盟运行条约》(TFEU)第 101(3)条规定的豁免条件是典型的效率要件,但

^⑤ Aleksander Maziarz, Do Non-economic Goals Count in Interpreting Article 101(3) TFEU? E.C.J. Vol. 10 No 2, p. 341.

^⑥ 参见前注^⑤, p.355.

^⑦ Jacqueline Bos, Antitrust Treatment of Cartels: a Comparative Survey of Competition Law Exemptions in the United States, the European Union, Australia and Japan, 1 Wash. U. Global Stud. L. Rev. pp.429-430.

^⑧ [美]理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第31页。

它并不排斥非经济性目标,尤其当这些非经济性目标能转化为经济效率时。例如,在 Philips/Osram 案中,^⑨飞利浦和欧司朗达成了一项关于白炽灯和荧光灯铅玻璃管的生产和销售方面的合营协议。欧盟委员会认为,尽管协议限制了竞争,但通过关闭废旧工厂,能够降低能源消耗,并有助于节能减排方案的实施;通过使用更高效的设施,也会减轻环境污染;此外,通过双方合作,也能实现规模经济,有利于双方致力于开发无铅产品。这些好处最终会直接或间接有利于消费者,所以本案中的协议符合效率抗辩的要求,应当给予豁免。在 Metro SB 案中,^⑩法院在豁免制度中考虑了就业保护,认为当事人引入的选择性分销系统(selective distribution system)有利于创造就业机会,或者维持已有的就业机会,而就业改进能促进一般意义上的生产效率,尤其在经济环境不好时。在 Remia BV 案中,^⑪考虑非经济目标的做法得到了进一步支持,法院认为,尽管效率是主要的豁免因素,但只要满足效率抗辩的要件,非经济因素也应予以考虑。

总之,在垄断行为规制中考虑非经济因素,不一定会损害反垄断法所追求的经济效率目标,只要适用条件设置得当,还有可能进一步促进经济效率。在如今价值多元的时代,反垄断法的实施中考虑其他社会政策的目标,已成为现代反垄断法的发展趋势之一。这样做不是说要将这些非经济价值作为反垄断法的目标体系之一,而是说反垄断法在追求经济效率的同时,应将这些非经济目标纳入考虑范围。有些社会政策目标本身就可以在效率的目标下得到豁免,即便二者发生冲突,也不应绝对地以效率来否定其他社会价值,而应统筹考虑,注重不同法律制度之间的协调与整合效果,进而作出取舍。

(二) 社会政策目标的出路:社会性豁免制度

解决价值冲突的主要手段是利益衡量。在反垄断法上,利益衡量的载体之一是豁免制度。能在反垄断法的实施中为社会政策目标的兼顾提供一席之地的,主要是社会性豁免制度。所谓社会性豁免,是指在反垄断法的实施中,如果某些行为构成了反垄断法上的垄断行为,但却有利于其他社会政策目标的实现,则在利益衡量之后,对垄断行为不予禁止的制度。这里的社会政策目标,主要指非经济方面的社会公共利益,如环境保护和文化多样性保护等。

社会性豁免是一个理论提法,但在我国反垄断法中有明确规定,主要体现在以下两则条文:一是《反垄断法》第十五条规定的垄断协议豁免制度中,第(四)项是“为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的”,这里明确将节约能源、保护环境、救灾救助等社会政策目标作为豁免理由;二是《反垄断法》第二十八条规定,“经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定”,这里规定的两种情形中,前者即集中的促进竞争效果指的主要就是经济效率,这样一来,“符合社会公共利益”指的就是非经济方面的效果,所以这也属于社会性豁免的规定。

但是,如果将这两者条文对比,我们会发现,尽管它们规定的都是社会性豁免制度,却使用了不同的豁免标准:第十五条使用的是“为实现……的”的表述方式,第二十八条却要求“符合”社会公共利益,这是两种不同的判断标准,前者可理解为“目的型豁免”,后者则属于“效果型豁免”。此外,第二十八条也没有像第十五条第二款那样,设置诸如“不会严重限制相关市场的竞争”、“能够使消费者分享由此产生的利益”等程度方面的附加条件。这样一来,很容易就产生如下疑问:社会性豁免的判断标准是什么?应该从目的与手段方面进行判断,还是要考虑行为所实现的社会政策效果?

社会性豁免的判断标准,在我国鲜有讨论,但在国外尤其是欧盟却是一个争论已久的问题。总的来说,定量分析与定性分析是解决社会政策目标豁免问题的两条路径,只不过应偏重于哪个标准,理论界与实务界尚未形成一致意见。

二、社会性豁免的定量分析:效率抗辩

效率抗辩是一种定量分析的思路,一般被作为豁免分析的主要框架。效率抗辩的基本逻辑在于,既然反

^⑨ Case IV/34.252 — Philips/Osram, OJ [1994] L378/37.

^⑩ Case 26/76, Metro SB— Grobmarkte GmbH & Co KG v Commission, [1977] ECR I—1875.

^⑪ Case C—42/84, Remia BV and others v Commission, [1985] ECR I—2545.

垄断法的目标是经济效率,效率就可以作为垄断行为的抗辩理由。社会政策目标即便不是反垄断法豁免的当然理由,但只要社会政策目标能够效率化,就可以进行豁免分析。效率抗辩与反垄断法目标具有内在的一致性,基于效率抗辩而实现的垄断行为豁免,不仅不会伤害反垄断法目标,还是反垄断法追求经济效率的当然结果。因此,效率抗辩原则上适用于所有垄断行为的豁免,也是社会政策目标豁免的主要分析路径。

(一)效率抗辩的普遍性

反垄断法上的效率抗辩更多在合并控制中提及。^⑫ 欧盟《横向合并指南》指出,合并带来的效率可能会抵消合并所带来的竞争影响,如果合并带来的效率同时满足了使消费者受益、是合并特有的效率(merger-specific)并且具有可验证性(verifiability)这三个条件,则没有理由宣布该项合并与欧盟内部市场不相容。^⑬ 《非横向合并指南》对效率抗辩的评估,遵循《横向合并指南》同样的标准。^⑭ 美国《横向合并指南》、《非横向合并指南》也允许效率抗辩,并同样将效率界定为“合并特有的效率”,意即该效率由合并产生,且在没有任何合并或不采取其他具有相同反竞争效果的措施时就不可能获得该效率。^⑮

效率抗辩虽然主要用于并购控制中,但实际上,在滥用市场支配地位和垄断协议制度中,效率抗辩同样具有适用性。^⑯ 在滥用市场支配地位行为规制中,效率抗辩是评估滥用行为是否具有“正当理由”的路径之一。欧盟委员会《关于适用欧共体条约第 82 条查处市场支配地位企业滥用性排他行为的执法重点指南》(以下简称欧盟滥用行为指南)指出,委员会在执行条约第 82 条时,^⑰具有支配地位的企业可以以其行为产生的效率为由进行辩护。^⑱ 垄断协议分析中的效率抗辩就更为普遍。欧盟竞争法中的垄断协议豁免,主要规则是 TFEU 第 101(3)条,该条规定了垄断协议豁免的四个条件:有助于改进商品的生产或销售,或者有助于促进技术或者经济进步;能使消费者公平地分享到由此产生的收益;限制行为对实现上述目标必不可少;不会在相关产品的重要部分消除竞争。这四个条件确立的实际上就是一种效率抗辩的思路。实践中,法院和欧盟委员会也基本将 TFEU 第 101(3)条的豁免条件理解为经济效率。在 GlaxoSmithKline 案中,法院就直接将 TFEU101(3)所说的商品的生产、销售,技术或经济进步这几种好处界定为效率,并分析了涉案行为是否获得了这种效率(evidence of a gain in efficiency)。^⑲ 欧盟委员会的观点更为明确,在他们看来,通常只有那些能够直接带来“经济效益”或具有“经济合理性”的协议,才能得到豁免。例如,欧盟委员会竞争总司官员 Kjolbye 认为,只有能转化为经济效益(translates into economic benefits)的社会政策目标才能被视为满足 TFEU101(3)的四个条件,因此,那些非经济性的目标如保护环境、促进就业等,并不能当然得到豁免。^⑳

(二)效率抗辩的判断标准

1.效率具有客观性

效率抗辩是当事人提出的主张,当局必须审查这种效率是否具有客观性。客观性意味着不能根据当事人的主观看法来评估效率。美国《横向合并指南》提出,效率很难核实与量化,因此,参与合并的当事人必须

^⑫ PálSzilágyi, How to Give a Meaningful Interpretation to The Efficiency Defence in European Competition Law? E.C.L.R. 2014, 35(11), 539-541.

^⑬ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ [2004] C31/5, para 78.

^⑭ Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ [2008] C265/6, para.53.

^⑮ Horizontal Merger Guidelines: U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (August 19, 2010), p.30.

^⑯ Erik Kloosterhuis & Machiel Mulder, Competition Law and Environmental Protection: The Dutch Agreement on Coal-Fired Power Plants, 11 J. Comp. L. & Econ. 855 (2015), p.856.

^⑰ 《欧共体条约》第 81 条和 82 条即现在的《欧盟运行条约》第 101 条和第 102 条,欧盟委员会的有些指南颁布于《欧盟运行条约》生效前,所以仍使用《欧共体条约》的提法。基于此,文章有时对二者也未刻意作出区分。

^⑱ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), OJ [2009] C 45/7, para.29.

^⑲ Case T-168/01, GlaxoSmithKline v. Commission, [2006] ECR II-02969.

^⑳ L. Kjolbye, The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81, E.C.L.R. 2004, 25 (9), p.570.

证实其效率主张;如果当事人所主张的效率是模糊的、推测性的或者难以通过适当的方式证实,则效率主张将不被接受。^①在1966年判决的 *Consten and Grundig* 案中,欧盟法院也确立了一项能够豁免的协议必须具有“显著的客观收益”(appreciable objective advantages)的标准。^②欧盟委员会在其垄断协议豁免指南中认可法院观点,同样认为只有客观收益才被考虑。^③在合并指南中,欧盟委员会同样要求所主张的效率必须具有可验证性,所主张的效率越准确和可信,委员会就越能更好地评估这些主张,在可能的情况下,应该对效率和给消费者带来的好处进行量化。^④

2. 限制竞争行为与效率之间具有因果关系

效率抗辩必须能够证明限制竞争行为与效率之间的因果联系,也即效率必须由限制竞争行为所产生。这是效率抗辩的基本要求,但这种因果联系应具体化到何种程度,现实中可能难以判断。欧盟委员会要求这种因果联系必须是直接的,^⑤间接联系下的效率因为太不确定、太遥远而不必予以考虑。间接联系的一个例子是,声称限制行为可以使相关企业增加收益,从而可以为最终消费者投入更多的研发费用。虽然收益与研发之间可能存在联系,但这种联系过于不确定,一般不足以在 TFEU 第 101(3)条项下被考虑。

3. 限制竞争的必不可少性

必不可少性意指对竞争的限制,是获得效率的不可或缺的手段。如果有其他非限制性手段或更小限制的手段来获得同样的目标,对竞争施加的限制就并非是必不可少的。必不可少性强调的是手段与目标之间的比例关系,通常可具体化为两个要求:(1)只有采用限制竞争的方式才能实现这种效率。如果存在其他合法的非限制竞争的措施能够实现同样的效率,这种效率就不是限制行为所特有的,就没有必要采用限制竞争的方式来实现。(2)没有其他限制竞争效果更小的替代性措施。在只有限制竞争才能实现这种效率时,也应采取一个限制效果最小的措施,因此,除非采用其他方式的消极效果更为严重,或者至少与当前行为的效果相当,该限制竞争行为才能被豁免。

必不可少性很容易阻碍社会政策目标的反垄断法豁免,因为实现某一社会政策目标的手段通常是多样的,在有多种可选性措施的情况下,不一定非要通过限制竞争的方式。尤其是,既然是一种社会政策,政府就有义务去推行它,很多公法上的措施就是实现社会政策目标的手段。换言之,实现社会政策目标更多是政府的职责,没有必要以市场主体限制竞争的方式来追求这一目标。环境保护和文化多样性保护都具有这种性质。基于追求这些目标的限制竞争行为,在效率抗辩路径下评估反垄断法豁免时,必不可少性都是一个较大障碍。

(三)效率抗辩路径下的社会政策目标

效率抗辩原则上适用于所有垄断行为分析,也就可以为社会政策目标豁免提供一条路径,但这条路径十分艰难。因为大多社会政策目标本身都不是经济性的,其产生的收益很多与经济效率无关,即便可以产生经济效率,也不一定就是反垄断法意义上的经济效率,例如,它不一定能促进商品的生产、销售,技术或经济进步,也不一定都能传递给消费者。当然,艰难并不意味着没有可能,实践中仍有不少社会政策目标在效率抗辩的路径下得到了豁免。这种豁免主要表现为两种方式:

1. 将社会政策目标转化为经济效率

将社会政策目标转化为反垄断法上的经济效率,是效率抗辩路径下社会政策目标豁免的主要方式。欧盟委员会即便对非经济目标较为排斥,但也认为,只要社会政策目标能够转化为经济效率,就可按照一般的豁免要件予以分析。

^① Horizontal Merger Guidelines; U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (August 19, 2010), p.30.

^② Joined cases 56 and 58 — 64, *Consten and Grundig v Commission*, [1966] ECR 229, p.348.

^③ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), OJ [2004] C 101/97, para. 49.

^④ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ [2004] C31/5, para 86.

^⑤ Cases IV/36.957/F3 — *Glaxo Wellcome* (notification), IV/36.997/F3 — *Aseprofar and Fedifar* (complaint), IV/37.121/F3 — *Spain Pharma* (complaint), IV/37.138/F3 — *BAI* (complaint), IV/37.380/F3 — *EAEPC* (complaint), OJ [2001] L 302/1.

通过总结执法实践可以看出,欧盟委员会以单纯的经济效率来分析社会政策目标的做法在第 1/2003 号条例(即所谓的“现代化条例”)颁布之后表现得极为明显。如果说在此之前,委员会在不少案件中还考虑了非效率的目标——尽管这类案件也不多,那么之后,委员会基本只会考虑经济收益,除非其他非经济目标能够经济化。^⑤之所以第 1/2003 号条例是一个分界点,是因为在 1962 年的第 17 号条例之下,欧盟委员会具有 TFEU 第 101(3)条的排他性实施权。这时的欧盟委员会具有双重身份:既是豁免条款的排他性执法机构,又是政策的制定者,对豁免条款拥有广泛的解释权。但这种集权性实施体制日益不满足现实需要,于是,欧盟委员会 1999 年发布了一份改革竞争法实施体制的白皮书。^⑥随着取代第 17/62 号条例的第 1/2003 号条例的颁布实施,新的竞争法实施体制确立,法院也可直接适用豁免条款。这时,为了避免不同主体适用豁免条款的标准不统一,委员会在适用 TFEU 第 101(3)条时不再具有旧模式下极大的裁量权。正是基于裁量权的缺失,委员会提出了“更多的经济分析”的思路,认为 TFEU 第 101(3)条提供了评估限制行为的“经济分析”框架,而不能基于政治或其他非经济方面的考虑。这一观点在欧盟委员会随后颁布的垄断协议豁免指南中有了集中体现。在该指南中,尽管委员会认为 TFEU 第 101(3)条所列举的效率类型比较宽泛,但还是将成本效率(cost efficiencies)和质量效率(qualitative efficiencies)作为典型的效率收益。在之后的案件中,欧盟委员会基本坚持了单纯的经济效率主张,并以此来决定是否豁免一项限制竞争行为,对待社会政策目标也是如此。

对那些不能转化为经济效率的社会政策目标,欧盟委员基本不会允许予以豁免。涉及文化多样性保护的案件大多如此,CISAC 案是一个典型案件。^⑦本案事实是,国际作者作曲者协会联合会(CISAC)的 24 个集体管理组织会员达成一份互惠协议:在各自所在地,这些集体管理组织是其他集体管理组织的独家代表,在对境外集体管理组织的曲目许可和管理上,当地组织具有排他权。委员会认为该独占安排限制了竞争。这些组织辩解,如果禁止该协议会损害文化多样性,因为这将导致人们只关注流行曲目,而不关注那些小国家的曲目。基于此,它们主张,委员会应该考虑文化多样性的政策目标,给予这类协议豁免。委员会依据 TFEU 第 101(3)条的标准分析了该协议,认为协议并没有产生可予以豁免的效率,最后拒绝了当事人的抗辩。

2. 将社会政策目标直接解释为广义的效率

如果对效率的内涵与外延作宽泛解释,社会政策目标也可能在效率抗辩下直接得到豁免,但这种可能性较小,实践中的案例也不多。

在第 1/2003 号条例实施之前,欧盟委员会的经济分析思路还不是那么坚定,其处理的有些案件就直接考虑了社会政策目标。在早期的 Exxon/Shell 案中,^⑧涉案行为是一项生产聚乙烯的合营协议,协议目的是引进一项先进技术,该技术能减少原料投入和塑料废物,进而能提高生产效率,并对消费者有利。即便按照严格的经济分析思路,本案行为也可以得到豁免,但欧盟委员会还是顺带分析了协议其他方面的积极效果,如能够减少原料运输过程中的环境污染。欧盟委员会在本案中提出,环境保护已经成为一个需要关注的公共问题。

在 Ford/Volkswagen 案中,^⑨欧盟委员会考虑了就业问题。该案涉及福特公司和大众公司之间一项在葡萄牙生产多用途汽车的合营协议,尽管协议限制了竞争,但双方将合伙经营现有技术,所以会促进技术进步,这符合 TFEU 第 101(3)条所确立的豁免要件。除此之外,委员会还考虑了协议将直接创造 5000 多个、间接创造 10000 多个就业机会的事实,认为就业机会的增加会带来多种好处,如有助于缩小地区差异,促进欧盟经济一体化等。委员会的豁免决定随后被协议当事人的竞争对手告到法院,原告认为这项协议没有带

^⑤ Anne C. Witt, Public Policy Goals under EU Competition Law – Now is the Time to Set The House in Order, <http://ssrn.com/abstract=2407962>, p.25.

^⑥ EU Commission, White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Art. 85 and 86 of the EC Treaty, OJ [1999] C 132/1.

^⑦ Case COMP/C-2/38.698 – CISAC, OJ [2008] C 323/12.

^⑧ Case IV/33.640 – Exxon/Shell, OJ [1994] L144/20.

^⑨ Case IV/33.814 – Ford/Volkswagen, OJ [1996] L20/14.

来经济上的效率,不符合豁免要件。委员会在辩解时极力主张,经济效率应做广义理解,那些未被规定在 TFEU 第 101(3)条中的好处也应考虑进去。^④

2000 年的 CECED 案典型反映了欧盟委员会对待环境收益的宽容态度。本案涉及一项家电厂商间达成的停止生产或进口高能耗洗衣机的协议,协议具有明显的限制竞争效果,例如,它会削弱生产厂商及进口商内部的竞争,减少消费者的选择机会,并增加消费者选择新洗衣机的成本。这项协议最终还是被豁免了,在分析协议是否促进了经济或技术进步时,欧盟委员会主要分析了两点:一是协议的实施会减少电力消耗;二是电力消耗的减少会间接导致发电环节环境污染的减少。^⑤这就意味着,环境收益在该案中被欧盟委员会直接作为经济效率的内容,而不必再依赖转化过程。

尽管在上述案件中,欧盟委员会考虑了非经济性目标,但总的来说,欧盟委员会较为慎重,在竞争政策与其他政策发生冲突时,不大情愿牺牲竞争政策的目标。^⑥第 1/2003 号条例实施之后,欧盟委员会的态度更为严格,只有社会政策目标促进了 TFEU 第 101(3)条项下的效率,才有可能给予豁免。相比之下,法院的观点要宽松得多。法院不同意将竞争法的功能单纯理解为消费者利益导向的经济效率,而是持更广的态度。在较早的 *Roquette Frères* 案中,法院认为防止竞争扭曲,避免公共利益、企业和消费者因此受到损害都应是竞争法的功能。^⑦在之后的几起案件中,^⑧法院重申了其态度,认为反竞争效果不一定意味着消费者直接受损,通过限制竞争,间接损害消费者的行为也应被认定有反竞争效果。基于此,法院主张各项公共政策的执行应保持一致性,竞争政策必须结合其他政策目标来理解,而不能孤立地实施。^⑨

总体上,欧盟法院对社会政策目标给予了较多关注,法院倾向于对限制行为的积极方面作非常宽泛的理解,而不仅限于消费者福利,甚至不限于经济方面的收益。如前所述,法院在判例中确立了一项能够豁免的协议的标准是“显著的客观收益”,至于这种收益是否为经济方面的,能否直接传递给消费者,法院不会过分在乎。环境保护、就业促进都被视为 TFEU 第 101(3)条所说的效率。甚至对欧盟委员会较为排斥的文化保护,法院也较为宽容。文化市场上常见的限制竞争行为是转售价格维持,这种行为在欧盟委员会的纵向协议集体豁免条例中被称为核心限制,不享受集体豁免。^⑩在 *SA Binon & Cie* 案中,法院认为,如果转售价格维持是作为负担未售出报纸或杂志退回成本的唯一措施,并且对确保读者有更多的报纸或杂志的选择机会必不可少时,欧盟委员会在审查时应当考虑这些因素,进而决定是否给予豁免。^⑪

三、社会性豁免的定性分析:附属限制理论

效率抗辩具有一定的适用性,但不是所有的社会政策目标都能效率化,甚至可以说,大部分社会政策目标都难以效率化,而对效率的广义解释也不是一项普遍性准则。所以,有必要在效率抗辩之外寻找另一条社会政策目标的豁免路径。产生于美国判例法,并在美国与欧盟司法实践中得到广泛运用的附属限制理论 (ancillary restraint doctrine),也许是一个可行方法。

^④ Case T-17/93, *Matra Hachette SA v Commission*, [1994] ECR II-598, para 96.

^⑤ Case IV.F.1/36.718. — CECED, OJ [2000] L 187/47, paras.47, 48.

^⑥ Heike Schweitzer, *Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship. The Example of Art. 81*, EUI Working Papers LAW 2007/30, p.7.

^⑦ Case C-94/00, *Roquette Frères* [2002] ECR I-9011, para 42.

^⑧ Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV and Others v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, [2009] ECR I-4529, para 38. *Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P, GlaxoSmith-Kline v. Commission*, [2009] ECR I-9291, paras 63, 64. *Case C-52/09, Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, [2011] ECR I-00527, paras 23, 24.

^⑨ Anne C. Witt, *Public Policy Goals under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order*, <http://ssrn.com/abstract=2407962>, p.31.

^⑩ COMMISSION REGULATION (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ [2010] L 102/1, Art.4.

^⑪ Case 243/83, *Binon v AMP*, [1985] ECR 2015, paras.46-47.

(一)附属限制理论的产生

附属限制是普通法上的概念,由美国的 Taft 法官(后成为美国总统)在 1898 年的 *Addyston Pipe & Steel Co* 案中引入谢尔曼法。在该案判决中,Taft 法官认为,任何人都不应对交易施加限制,除非从合同内容看,这种限制相对于合同目标来说具有附属性,并且为保护一方当事人享受合同成果,或使其免受另一方当事人不当利用合同成果之害所必需。^③ 在 Taft 法官看来,当一项限制构成附属限制,法律就不应禁止它,换言之,附属限制是一种“本身合法”的限制。这一概念在提出后的较长时间没有引起人们关注,直到 1959 年 Robert Bork 拓展了这个概念。^④ 在 1986 年 *Rothery* 案中,Bork 关于附属限制的论述被封为经典:作为一种附属限制,进而免于适用本身违法原则,该限制必须从属或附属于一项独立、合法的交易所;所谓附属性,是指该限制更有助于主合同目标的有效实现。^⑤ 之后,最高法院在多个案件中数次谈及附属限制理论,有关附属限制是一种合法限制的观点也逐渐得到了修正,大多数人开始认同,附属限制不一定是合法限制,但至少,附属限制不构成“本身违法”,而是一种需要进行合理分析的限制。^⑥

美国的附属限制理论对欧盟也产生了影响,这一理论逐渐运用到欧盟司法实践中。欧盟法院最早在 1977 年判决的一个案件中萌芽了附属限制的概念。^⑦ 在该案中,SABA 建立了选择性分销系统,基于提供更高服务质量的目的,SABA 对其零售商间的价格竞争施加了限制。针对这种限制,法院认为,价格竞争固然重要,但不是有效竞争的全部内容,为了确保服务的高质量,以及选择性分销系统的有效运行,必要时可以限制价格竞争。法院虽然没有提出附属限制的概念,但其观点是,当限制行为附属于一个合法目标时,就可能被认为是正当的,这正是附属限制的核心内容。1980 年判决的 *L'Oréal* 案^⑧也是一个关于选择性分销系统的案件,法院在该案中认为,如果选择性分销系统对确保服务质量和产品质量是必要的,则不构成应予禁止的垄断协议。

1994 年的 *DLG* 案也是一个实质上运用了附属限制理论的典型案件。^⑨ 本案中的被告 DLG 是一个农业合作社,代表其会员进行采购谈判,但之后 DLG 收购了其部分会员,并直接在零售市场上供应农业物资。其他独立会员随后成立了一个采购代理机构 LAG,削弱了 DLG 的力量。作为反击措施,DLG 通过了一项规则禁止其会员从事与其相竞争的购买业务,并开除了一些 LAG 会员。这些被开除的会员向法院起诉 DLG。DLG 辩称,为了确保合作社的正常运作,其会员必须对合作社保持忠诚。案件总法律顾问 Tesauro 接受了这一主张,认为当事人可以通过一些必要且相称的限制行为来保护合法目的。

在 1999 年的 *Albany* 案中,欧盟法院提出了与附属限制相近的“固有限制”(inherent restrictions)的概念。法院在判决中认为,在经劳资双方集体谈判而达成的以改善劳动条件为目标的协议中,某些限制竞争条款是固有的,如果对这些条款适用《欧盟运行条约》第 101(1)条,则集体协议所追求的社会政策目标便会落空。^⑩

在 2001 年的 *M6* 案中,法院第一次清楚地阐明了什么是附属限制。法院指出,欧盟竞争法中的附属限制,是指与一项主要目标的实现具有直接关联并且必要的(directly related and necessary)限制。直接关联是指该限制从属于主要目标。必要性的评估包括两个方面:一是该限制对主要目标的实现具有客观必要性

^③ *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *affd as modified*, 175 U.S. 211 (1899).

^④ Gregory J. Werden, *The Ancillary Restraints Doctrine after Dagher*, 8 *Sedona Conf. J.* 17, p.17.

^⑤ *Rathery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 224 (D.C. Cir. 1986).

^⑥ Gary R. Roberts, *The Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints*, 61 *S. Cal. L. Rev.* 943, p.1001.

^⑦ Case 26/76, *Metro SB—Großmärkte GmbH & Co. v. Commission* [1977] ECR 1875.

^⑧ Case 31/80, *L'Oréal v De Nieuwe AMCK* [1980] ECR 3775.

^⑨ Case C—250/92, *Gøttrup—KlimGrovvareforening and Others v. Dansk LandbrugsGrovvareselskab AmbA (DLG)*, [1994] ECR I—5641.

^⑩ Case C—67/96, *Albany International BV v StichtingBedrijfspensioenfondstextielindustrie*, [1999] ECR I—5751, para.59.

(objective necessity);二是该限制还应合乎比例,即与目标相比具有相称性(proportionality)。④⑦ 在2012年的万事达信用卡案中,法院完全重申了M6案确定的附属限制的概念。④⑧

从上述判例可知,美国与欧盟关于附属限制的观点基本相同,指的是附属于一项独立、合法的交易,对该交易目标的实现必不可少且限制性手段与目标相比具有相称性的限制。这种限制在现实中较为常见,例如,在一项合法的信用卡合营协议中,要求成员不得发行具有竞争性的信用卡,这就属于附属限制。欧盟委员会在垄断协议豁免指南中也认可附属限制的存在,其对附属限制的界定也直接援引了M6案判决书中的界定。④⑨

(二)附属限制的判断标准

附属限制理论不仅适用于垄断协议规制,与效率抗辩一样,在所有的垄断行为中都可以适用。并购中的附属限制十分常见,④⑩ 欧盟还就并购中的附属限制发布了专门指南。④⑪ 在滥用行为规制中,欧盟委员会给当事人提供了两种抗辩路径:客观必然性(objective necessity)和效率(efficiencies)。其中的客观必然性,指的就是附属限制。在具体执法中,占支配地位的企业可以证明其行为是客观必要的,这时,欧盟委员会将对所涉行为是否属于不可或缺以及是否与占支配地位的企业所追求的目标相称进行评估。④⑫

从欧美判例看,构成一项附属限制,必须满足如下标准:(1)存在一个主合同或主行为(以下统称主合同)。如果没有主合同,也就不存在所谓的“附属”限制了。换言之,附属限制只是从属于主合同的个别条款或措施。(2)主合同的目标必须合法,即附属限制是为了实现一项合法的目标。如果目的不合法,手段就无须再分析。在反垄断法上,如果一个合同的目的是限制竞争的,则推定整个合同限制竞争,也就不存在所谓的附属限制了;这类协议要想得到豁免,只能依据效率抗辩。在欧盟竞争法实施中,目的分析是第一步。④⑬ 在1965年的STM案中,④⑭ 法院认为,限制竞争的目的或效果只需考虑一项,有目的则无需考虑效果,无法判断目的,则需要分析实际效果。当然,这里的目的是指通过分析协议中的条款来判断目的,即根据合同条款推导出来,而不是指纯粹的主观目的。(3)限制行为具有附属性。附属性意味着限制行为相对于主合同来说处于次要的辅助地位,即是为了实现合同目标的手段,而不构成主合同的核心内容。所以,主合同的目标合法,也可理解为主合同的主要内容没有合法性障碍;就竞争法来说,主要指主合同本身不是限制竞争的。(4)限制行为具有必要性。是否具有必要性,主要取决于这种限制与所保护的目标之间是否合乎比例,所以必要性实际上包含必要且适当两个相辅相成的要求:必要意味着限制行为对实现合同目标必不可少,适当主要指手段与目标之间合乎比例即不超过必要的限度。例如,在选择性分销系统中,基于产品性质或服务要求,对分销商资格予以限制是必要的,但对分销商施加数量限制就没有必要。在L'Oréal案中,法院就认为,选择性分销可以建立在质量标准之上,但如果以数量标准(quantitative criteria)选择分销商,就落入了TFEU第101(1)条的禁止范围。④⑮

在附属限制评估中,较为复杂的是必要性分析。必要性达到何种程度,司法实践中存在两个标准:一是“最小限制性替代措施”标准(least restrictive alternative),这个标准要求当事人必须证明其限制属于最小限

④⑦ Case T-112/99, Métropole-télévision (M6) and others v Commission, [2001] ECR, II-2459, paras 104-106.

④⑧ Case T-111/08, MasterCard, Inc. and Others v European Commission, [2012] ECR 0000, para 77.

④⑨ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), OJ [2004] C 101/97, para 29.

④⑩ Duncan Sinclair, Ancillary Restraints under the Merger Regulation: the Commission's Approach Cast into Doubt by the Court of First Instance, E.C.L.R. 2003, 24(7), 315-320.

④⑪ Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2001/C 188/03), OJ [2001] C 188/5. Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C 56/03), OJ [2005] C 56/24.

④⑫ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), OJ [2009] C 45/7, paras. 27, 28.

④⑬ Yi Heng Alvin Sng, The Distinction between "Object" and "Effect" in EU Competition Law and Concerns after Groupement des cartes bancaires (C-67/13P), E.C.L.R. 2016, 37(5), p.179.

④⑭ Case 56/65, Société La Technique Minière (STM) v. Maschinenbau, [1966] ECR 234.

④⑮ Case 31/80, L'Oréal v De Nieuwe AMCK [1980] ECR 3775, para 17.

制,也即没有其他任何可行的限制效果更小的替代性措施;二是“合理必要性”标准(reasonably necessary),即只要限制行为对实现合同目标具有合理的必要性即可。^⑤可能最小限制性替代措施标准过于严格,给当事人带来了过重负担,所以大多法院倾向于采用合理必要性标准。^⑥合理必要性标准并不是放弃了限制行为与合法目标之间的比例关系,而是仍然要求这种必要性应达到合理的程度,只不过在该标准下,当事人不需要再证明这种限制属于最小限制。判断是否属于最小限制,意味着当事人要穷尽分析所有可能的替代性措施,这是一项沉重的负担,甚至是难以完成的任务。从这个意义上说,最小限制性替代措施标准更像是一种理想标准,合理必要性标准更具有现实性。

(三)附属限制理论下的社会政策目标

附属限制理论具有不同于效率抗辩的评估方法,更加适合用来分析社会政策目标的豁免。效率抗辩本质上是一种效果衡量,只有限制行为产生的经济效率超过其限制效果才能得到豁免。附属限制理论更加强限制行为的属性判断,是一种定性分析的方法——只要构成了附属限制,就无需进行效果分析,直接推定予以豁免。判断是否具有附属性,主要看手段与目的之间的关系,而不是正负效果衡量。很多社会政策目标本身不能带来经济效率,或者至少很难带来直接的经济效率,因此也就无法或很难进行效果衡量。

评估方法的不同决定了尽管效率抗辩与附属限制理论都可在一定程度上解决社会政策目标的豁免问题,但附属限制理论更加适合用来豁免那些难以经济化的社会政策目标。如果某些限制行为本身也促进了直接的经济效率,这时,即便没有附属限制理论,效率抗辩也能解决豁免问题。例如,限产协议通常会限制竞争,但如果双方约定淘汰高污染、高能耗的原料或技术,转而使用更环保、更先进的原料与技术,这种限制行为一般也能通过效率抗辩得到豁免,因为它很显然也促进了技术进步。但大多社会政策目标不具有这个特点,其促进的经济效率通常是间接的,甚至无法带来经济上的效率。例如,有些环境保护措施就与经济或技术进步无关,环境收益对经济效率的贡献基本是间接的;有关文化多样性保护的协议就更难与经济效率联系起来,相反,它可能使得消费者需要支付更昂贵的图书价格。这时要想豁免这类社会政策目标,似乎只能依据附属限制理论。

两种豁免路径之间也有一些共同点:一是尽管它们的评估方法不同,这决定了同一种限制行为依据不同的路径可能会获得不同的结果,但二者的目标一致,都是为了解决法律适用中的价值冲突;二是对特定限制行为的豁免分析,究竟采用哪种方法,立法或实践中并没有明确的标准,行为人可以根据限制竞争行为的特点,选择不同的抗辩路径,所以二者适用的限制竞争行为范围,并没有规范上或判例中的严格区分,只不过不同的机构可能偏好不同,例如在欧盟,法院倾向于适用附属限制理论,欧盟委员会则更加青睐效率抗辩,这也导致类似行为在不同时候或由不同机构处理,行为人选择不同的抗辩路径,结果可能相差较大;三是附属限制理论的适用虽然不进行效果衡量,但强调限制行为在实现主合同目标方面的必要性与适当性,这与效率抗辩中的“必不可少性”基本一样,指的都是手段与目标之间的比例关系,所以二者的判断标准也有相同之处。

附属限制理论在欧盟的引入,实际上是法院寻求效率抗辩替代物的结果。欧盟有学者就认为,随着TFEU第101(3)条在法院也可直接适用,附属限制理论已没有必要存在。这个观点忽视的一个事实是,很多适用了附属限制理论案件,都是欧盟委员会被诉的案件,也即在委员会作决定时,是可以适用TFEU第101(3)条的,法院基于此而审案,当然也可以分析TFEU第101(3)条能否适用于该案。但法院却在TFEU第101(3)条之外创造性地运用了附属限制理论,所以在法院看来,附属限制理论不是效率抗辩的替代,而是对后者的补充。^⑦

欧盟法院2002年判决的Wouters案^⑧典型地反映了附属限制理论提供了效率抗辩所不能包含的解决

^⑤ Claire E. Trunzo, Ancillary Restraints in a Competitive Global Economy: does the Possibility Exist for an Ancillary Restriction to be Reasonable in light of Section 1 of the Sherman act? 29 Duq. L. Rev. 291, p.301.

^⑥ American Motor Inns, Inc. v Holiday Inns, Inc., 521 F2d 1230, 1248 (3d Cir 1975).

^⑦ KayvanHazemiJebelli, EU Ancillary Restraints: a Reasoned Approach to Article 101(1), <http://ssrn.com/abstract=2166318>, p.33.

^⑧ Case C-309/99, Wouters v. Alegemene Raad van de Nederlandse Order van Advocaten, [2002] ECR I-1577.

方法。本案当事人荷兰律师协会出台了一个禁止多学科合伙提供法律服务的规则,孤立地看,该规则显然违反了 TFEU 第 101(1)条,而且这种行为不大可能具有直接效率。但作为职业协会,荷兰律协这样做基于完全合法的目的:保护自身声誉,并确保其会员提供的法律服务的质量。这些很难在效率抗辩下得到豁免。法院认为,禁止多学科合伙尽管限制了竞争,但对确保最终客户获得完整的、独立的法律服务是必不可少的。基于此,法院认为这项规则不构成对 TFEU 第 101(1)条的违反。如果没有附属限制理论,荷兰律协将很难证明其限制行为符合效率抗辩的标准。所以,从现实角度看,除非扩大效率抗辩下的效率内容,否则就应继续保留附属限制理论。

四、效率抗辩与附属限制理论的适用关系

(一)适用次序上的区别

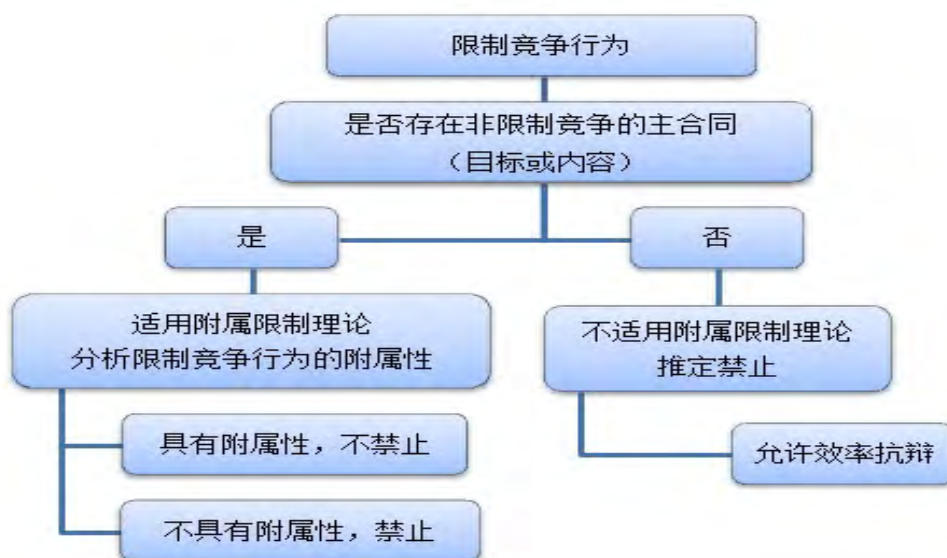
实践中,判断一项限制竞争行为是禁止还是豁免,既可以进行效率分析,也可以进行附属性分析。但严格来说,附属性分析并不是豁免制度下的分析步骤,而是先于豁免制度或者说与豁免制度相并列的一种分析框架。也就是说,这两种分析路径在适用次序上存在区别:一般可以先进行附属性分析,构成附属限制的话,不予禁止,也就不必再进行效率分析;只有在不能满足附属限制的适用条件时,才有必要进行效率分析。当然,附属性分析也好,效率分析也好,在立法上,往往都规定为行为人的抗辩措施,因此,在行为人没有提出附属性抗辩时,也可以跳过附属性分析的步骤,直接对一项限制竞争行为进行效率分析。

附属限制理论解决的涉案行为是否属于反垄断法所禁止的垄断行为范围,一项限制行为构成了附属限制,效果上等于宣布不适用反垄断法的禁止性规定;效率抗辩则是适用禁止性规定的结果,只不过因为产生了更多的经济效率,没有必要予以禁止。在欧盟竞争法中,TFEU 第 101(3)条确立的效率抗辩,有一个先决的适用条件,即一项行为必须首先满足第 101(1)条的禁止性规定。因此,评估一项限制行为通常包括两个步骤:先是评估行为是否具有反竞争目标或有此效果;如果该行为是限制竞争的,则要进行第二步,判断其产生的经济效率,并评估这些效率是否大于反竞争效果。^⑥ 如果某种行为不属于第 101(1)条意义上的限制行为,也就不可能也没必要再适用第 101(3)条。附属限制理论解决的主要问题就是一项限制行为是否落入第 101(1)条的调整范围。一旦证明构成了附属限制,就意味着不属于法律所禁止的限制行为,也就无需再进行效果衡量。

一项限制竞争行为构成附属限制的前提是,必须存在一个能使其附属的合法目标,也即存在一个独立的、合法的主合同,该合同的主要目标和主要内容应当不是限制竞争的。如果主合同的目标或主要内容本身就是限制竞争的,则不可能存在能附属于其上的其他限制,这类合同要想豁免,只能通过效率抗辩的途径。这是附属限制理论与效率抗辩的一个重要区别,即前者对限制竞争行为的附属性要求较高,后者则无视这种附属性。所谓附属性,即与主合同的内容相比,限制竞争行为不过是一种个别限制,是实现主合同目标的手段,而不构成主合同的主要内容。例如,在一项选择性分销协议中,协议目标是为产品销售建立合理的分销网络,如果依据产品特性(如产品专业性较强)设定分销商的选择资格,尽管这也会排除部分分销商,但这种限制显然不是选择性分销协议的主要内容,而是确保所销售产品的安全、性能必不可少的辅助措施,所以应认定构成了附属限制。在 L'Oréal 案中,欧盟法院清楚地表明了这一点。但诸如中小企业卡特尔这样的协议中,限制竞争行为本身就是协议的主要内容,这时要认定它们构成附属限制基本是不可能的,所以对这类协议只能进行效率分析,判断其带来的效率受益能否抵消竞争损失。

对上述适用关系,可以用下图表示:

^⑥ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), OJ [2004] C 101/97, para 11.



(图 1:附属限制理论与效率抗辩的适用关系)

(二)适用范围上的偏重

如前所述,尽管对所有的限制竞争行为都可进行附属性分析或效率分析,但由于认定附属性要求存在非限制性的主合同,所以,真正能在附属限制理论下得到豁免的限制竞争行为的范围相对较窄。而效率抗辩原则上可用于对所有限制竞争行为进行豁免分析。

就社会政策目标来说,如果它们在实现公共利益的同时,也能够提升为反垄断法上的经济效率,则完全可以在效率抗辩的框架下进行分析(当然,也可以进行附属性分析);但如果它们不能转化为经济效率,或不应进行经济上的效果衡量,则可考虑分析这些旨在追求社会政策目标的限制竞争行为是否具有附属性。所以,效率抗辩和附属限制理论在解决公共利益豁免问题上各有优势,实践中可以根据不同情况来选择不同的豁免路径。

1.可经济化的社会政策目标:可以进行效率分析

反垄断法所维护的竞争机制,在性质上是一种经济效率,所以,如果一些限制竞争行为本身也能促进经济效率,则可以进行效果衡量,只要利大于弊,就没有必要禁止它。基于这种理解,如果某种限制竞争行为所追求的目标本身就是经济性的,或虽然不是经济性的,但能够转化为经济效率,就可以通过定量分析,在效率抗辩路径下评估其能否得到豁免。

社会政策目标表面上看是非经济性的,但有些或有时可以转化为经济效率,则在转化之后就可以与限制竞争效果进行效果衡量。欧盟委员会对社会政策目标的处理,基本按照这一思路,其在垄断协议豁免指南中明确指出,TFEU 其他条款追求的目标也可以列入考虑范围,只要它们可以在第 101(3)条规定的四个条件之下考虑。^⑥ 这里所说的其他条款追求的目标,很多就是非经济性的社会政策目标。例如,TFEU 第 9 条要求欧盟在政策制定和实施中必须考虑就业、社保、教育、医疗保健等目标,第 11 条要求考虑环境保护,第 12 条要求保护消费者利益,第 167(4)条要求保护文化多样性。这些目标如果能够满足 TFEU 第 101(3)条的豁免条件,也即如果能够经济化,并在经济化之后的收益超过限制竞争效果,就可以被豁免。

2.不可或不应经济化的公共利益:主要进行附属性分析

与效率抗辩的定量分析不同,附属限制理论适用的核心标准是确定限制行为是否具有附属性,而附属性的判断不涉及行为的积极效果,是一种单纯的定性分析的思路。

附属限制理论适用于社会政策目标豁免,既具有可行性也具有必要性。从可行性上看,对那些旨在追求社会政策目标的限制行为进行附属性分析基本没有理论适用上的障碍,因为它们背后往往都存在一个合法

^⑥ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), OJ [2004] C 101/97, para 42.

的、非限制性的主合同,即独立的社会政策目标及相应的实现行为。例如,在企业间达成的环境协议中,协议目标及主要内容可能是为了履行环境法上的义务,如废物回收义务。从必要性上看,离开了附属限制理论,单纯依靠效率抗辩,很多社会政策目标便可能在反垄断法上被经济效率目标所排斥。前文已多次提到,不是所有的社会政策目标都能效率化,但这些社会政策目标又有兼顾的必要。

此外,有些社会政策目标,因其性质特殊,本身也不宜进行效率分析。所谓不宜进行效率分析的社会政策目标,主要指那些比反垄断法所追求的经济效率更为重要的价值目标。效率抗辩是一种定量分析,定量分析隐含的前提是,产生冲突的价值目标之间处于同等位阶,因为只有在“质”上同等重要,才有在“量”上比较的必要。如果位阶不同,则基本的判断标准应该是保护更为重要的价值。在此意义上,对有些社会政策目标来说,如果它们本身比经济效率更为重要,是否产生经济收益就不应是主要的考虑因素。这时,只要限制竞争的“手段”合乎比例,具有“合理必要性”,就应服从于更为重要的“目的”性要求。

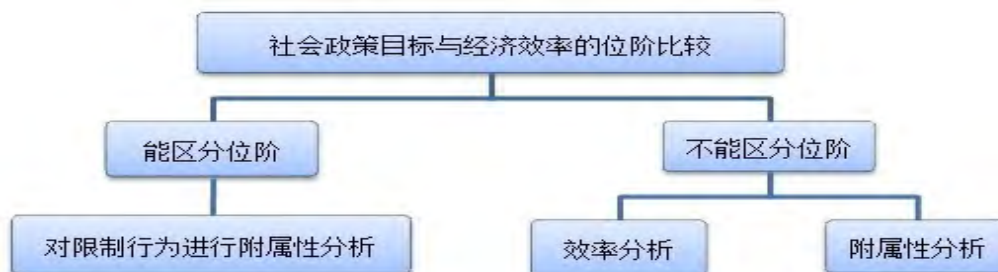
这就意味着,实践中判断是否豁免一项限制竞争行为,首先可进行“质”上的比较,如果能够确定“质”的高低,就不必再进行“量”的衡量,而只需分析限制竞争的手段在实现具有更高位阶的价值目标上是否具有“合理必要性”即可。换言之,定量分析应主要适用于发生冲突的价值目标之间不存在位阶之分的场合,附属限制理论更加适合豁免那些比经济效率具有更高位阶的社会政策目标。

当然,在实践中,在不同的政策目标发生冲突时,从一般意义上来确定哪个价值目标更高可能是困难的。但历史地看,在一国经济与社会发展的特定时期,这些目标之间可能存在细微的层级之分。我们知道,反垄断法作为竞争政策,追求的是一种经济效率,经济效率在任何时候都很重要,但在特定的阶段或场合,经济效率可能需要让位于更加重要的社会政策目标。这方面的典型例子是环保。追求环境保护可能会限制竞争,但在全球环境问题如此严重的今天,以追求经济效益来牺牲环境显然已经不合时宜,所以,那些促进了竞争但损害了环境的行为通常不会得到法律支持;同时,各种环境保护行为尤其是企业之间达成的环境协议,哪怕在结果上限制了竞争,反垄断法也应考虑给予这类行为豁免。

经济越是发达的国家或地区,对非经济性价值的重视程度也就越高。例如,TFEU第11条明确规定,为了促进可持续发展,环境保护的要求必须整合到欧盟其他政策的制定与实施中。这条规定在欧盟被称为“整合原则”。^②所以在欧盟竞争立法与实践中,竞争价值让位于环保价值的例子较为普遍。这也反映了不同价值目标之间的高低判断取决于非经济性价值的性质以及特定时期一国或地区对该价值的特别需求。一方面,并非所有的非经济性目标都高于经济性价值,例如,促进就业就未必当然地比经济效率更为重要;另一方面,不同价值之间的层级关系,会因经济与社会发展而不断变化,例如在经济落后地区,人们就不大可能认为环境保护的地位会超过经济效益。

考虑到不同价值目标的位阶差异之后,定性分析包括两个层次:先判断发生冲突的价值目标之间是否存在位阶差异,如果能够认定社会政策目标的位阶超过经济效率,则不宜进行效率分析,主要应判断附属性。如果发生冲突的价值目标之间不存在或难以确定位阶差异,则主要进行效率分析,当然,也可以进行附属性分析。

对上述适用关系,可以用下图表示:



(图2:考虑价值位阶之后的适用关系)

^② Hannes Veinla, Scope and Substance of the Integration Principle in EC Law and Its Application in Estonia, *Juridica International*, XV/2008, p.4.

五、我国《反垄断法》中的社会政策目标条款

我国《反垄断法》中提及环境保护等社会政策目标时,使用的是“社会公共利益”的概念。《反垄断法》有三则条文提到了“社会公共利益”:一则是立法目的,两则是豁免制度。将这三条结合起来理解,会发现我国立法中的社会公共利益条款存在如下问题:

(一)词不达意的悖论

《反垄断法》第一条将“社会公共利益”作为反垄断法的目标之一,这会让我们将社会公共利益理解经济技术进步、消费者福利等经济方面的利益,因为能作为反垄断法目标的,应该主要是指这方面的公共利益。但《反垄断法》第十五条和第二十八条并不这样理解。第十五条将“实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益”作为法定豁免情形之一,并与其他直接追求经济效率的垄断行为如联合研发、专业分工等协议相并列,第二十八条也将“符合社会公共利益”作为经营者集中效率抗辩之外的另一种豁免情形。这就意味着,这两处的“社会公共利益”仅指非经济效率方面的公共利益,也即本文所称的社会政策目标。既然是非经济性的社会政策目标,就不可能成为反垄断法的立法目的,而只能是反垄断法的例外情形。

《反垄断法》第一条的表述本身也存在一些逻辑问题。它在“社会公共利益”之外还提到了“市场公平竞争”、“经济运行效率”、“消费者利益”等目标,这些目标显然与社会公共利益之间不是并列关系。我们常说反垄断法本身就是社会公共利益之法,指的就是反垄断法以维护市场竞争秩序、提高经济运行效率,最终保护消费者利益为目标,也就是说,作为反垄断法价值目标的社会公共利益,应该是一个范围极广的概念,应能涵盖竞争秩序、经济效率和消费者福利等价值目标。

可见,从体系解释与逻辑解释的角度,我们只能将《反垄断法》中的“社会公共利益”作狭义理解,仅指那些非经济性的社会政策目标;但这样的话,它又不能作为反垄断法的价值目标,也就不能在立法目的条款中出现。解决这个悖论的方法很简单,可以直接在立法目的条款中删除“社会公共利益”的表述。

(二)不适当的分析框架

《反垄断法》第十五条和第二十八条规定了社会性豁免制度,这本身是值得肯定的,但因为表述不当,所确立的分析框架可能存在一些问题。

《反垄断法》第十五条将经济性豁免(直接追求经济效率的垄断行为豁免)与社会性豁免同等对待,确立了相同的定量分析框架,这不足以反映社会政策目标的特殊性,也可能导致社会性豁免实践中被架空。第十五条列举的垄断协议豁免情形有七种,除对外贸易外,另六种情形即研发协议、标准化协议、专业分工协议、中小企业协议、危机卡特尔、社会公共利益协议等,都需要证明“所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益”。这两个条件完全以欧盟 TFEU 第 101(3)条为蓝本,而欧盟 TFEU 第 101(3)条确立的是一种典型的效率抗辩思路。对研发协议、标准化协议、专业分工协议的豁免,以效率抗辩为分析路径是没有问题的,因为这些协议所追求及带来的收益都是经济性的,要想在反垄断法中得到豁免,可以进行效果衡量,并要求不会严重限制竞争,使消费者分享收益。中小企业协议、危机卡特尔尽管不是追求单纯的经济利益,因为保护中小企业、让困难企业度过危机本身也可视为一种社会目标,但这种收益可以直接转化为经济效率,所以也可以进行效率抗辩。但节约能源、保护环境、救灾救助等社会政策目标就难以或不能经济化,对它们进行经济分析,并要求消费者分享收益,基本就将这些价值排除在豁免之外。例如,为节约能源,企业可能会选择共同关闭高能耗工厂,这种限产协议节约了能源,却导致产品供应减少,产品价格随之上升,消费者为此需要付出更高的消费成本。环境协议,有些能让消费者获利,如联合抵制污染严重、技术落后的企业,能使消费者获得更优的产品;有些则未必,如企业间订立的共同回收或委托他人回收产品包装的协议,可能使得所包装的产品价格变高,产品品质却没有任何提升,这对消费者实际上是不利的,但对减少包装废物污染十分有用。救灾救助协议也是如此,要证明消费者分享利益往往非常困难,这些协议对被救助者有利,对其他消费者很可能是不利的。

其实,对《反垄断法》第十五条第(四)项所规定的各种社会公共利益,不宜完全进行定量分析。这些利益在我国现今,实际上比经济效率处于更高地位,当它们与经济效率发生冲突,无需进行效果衡量,也不宜要求消费者受益,而只需判断限制竞争行为是否具有附属性,并据此决定是否予以豁免。也就是说,对这些比经

济效率更重要的价值应当坚持定性分析的思路。

在这方面,《反垄断法》第二十八条的规定相对较科学。根据该条,如果一项集中“对竞争产生的有利影响明显大于不利影响”或者“符合社会公共利益”的,就应予以豁免。这里规定了豁免的两种情形。其中,“对竞争产生的有利影响”指的就是经济收益,因为竞争收益本身就是一种经济效率。如果一项集中对竞争产生的有利影响也即其产生的经济收益明显大于造成的经济损失,当然可以基于效率抗辩而得到豁免。另一种情形即“符合社会公共利益”的,尽管含义在这里比较模糊,但如果与第一种豁免情形即效率抗辩联系起来理解,应该可以确定,这里的社会公共利益指的就是一种针对非经济性收益的豁免情形,也即如果一项集中带来了比经济效率更为重要的社会层面的价值,则可予以豁免。对社会政策目标的豁免,这里并没有要求利大于弊,也没有要求消费者分享收益。这种分析框架较为符合社会政策目标的特点。

第二十八条的规定也并非毫无问题。一方面,它不像第十五条对节约能源、保护环境、救灾救助等价值作了典型列举之后,社会公共利益的含义就被特定化为非经济性的社会政策目标了,这里的“社会公共利益”表述过于抽象,可能会使人扩大对社会公共利益的理解;另一方面,“符合社会公共利益”也是一个较为宽松的条件,根据这种界定,只要能证明结果上符合了社会公共利益就应予以豁免,而不论当事人是否为了追求该社会公共利益的目标,也不论集中行为在实现这一目标上是否具有必不可少性。换言之,附属限制理论中所要求的“目标合法”与“手段合乎比例”这两个要件,在第二十八条中基本没有体现。这种宽松的规定,可能会不当扩大豁免的范围。所以,仍有必要对这里的社会公共利益作狭义界定,并设置必要的豁免标准。

相比之下,《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(国发〔2016〕34号,以下简称国务院《意见》)确立的豁免标准较为科学。根据国务院《意见》规定,具有限制竞争效果的政策措施,得到豁免的前提是具有社会公共利益目标,即为了实现节约能源资源、保护生态环境、扶贫开发、救灾救助等社会公共利益。目标判断只是第一步,《意见》还要求,政策制定机关还应说明相关政策措施对实现政策目的不可或缺,且不会严重排除和限制市场竞争,并明确实施期限。这实际上就是比例原则的要求。为了将比例原则贯彻到政策措施实施的整个过程,而非仅在政策制定时要求合乎比例,《意见》还规定了两个措施:一是“政策制定机关要逐年评估相关政策措施的实施效果”;二是“实施期限到期或未达到预期效果的政策措施,应当及时停止执行或者进行调整”。

Abstract: The enforcement of anti-monopoly law faces a variety of conflicts of interests; the exemption system is one of the main means to solve these conflicts. In the pursuit of economic efficiency, modern anti-monopoly law should also take into consideration such public policy goals as the environment, employment and cultural diversity. From the perspective of practices, public interests may be exempted in anti-monopoly law through the approach of efficiency defense or the ancillary restraint doctrine. Those public interests which directly realize efficiencies or can be translated into economic benefits may easily fall into the conditions of exemption from the approach of efficiency defense. However, most public interests have no direct relationship with economic efficiency. In these cases, they can only be exempted by the doctrine of ancillary restraint. In sum, the analytical framework of public interests exemption system can be summed up as quantitative analysis and qualitative analysis. Art.15 of China's Anti-monopoly Law, which confuses the distinction between economic benefits and non-economic benefits, is not conducive to the realization of social policy goals. Art.28, by contrast, distinguishes the two kinds of benefits, but the exemption conditions it prescribed can be satisfied very easily.

Key Words: Social Policy Goals; Exemption System in AML; Efficiency Defense; the Ancillary Restraint Doctrine

(责任编辑:孙 晋)