

纵向非价格限制的违法性证成及认定——基于《反垄断法》视角的研究

[摘要] 纵向非价格限制行为因其竞争影响的复杂性以及双面性，现行立法未能对其明确态度，实践规制因此犹疑不定。但不能否认的是，纵向非价格限制具有反竞争风险及违法隐忧。深入剖析其竞争影响的原因发现，在竞争影响的作用机理上，纵向非价格限制与纵向价格限制存在一致性。纵向非价格限制本身具有作为独立违法行为的可能，在我国亦具有独立的规制空间。在违法性认定上，纵向非价格限制行为应当遵循个案判断的原则，立足于品牌间竞争的立场，只有影响品牌间竞争的纵向非价格限制行为方有规制的必要。在判断上，可借鉴纵向价格限制的认定思路，对市场力量、品牌间竞争状况、市场进入壁垒、效率促进等多方面因素加以综合衡量。

[关键词] 纵向非价格限制；违法性认定；品牌间竞争；合理原则

[中图分类号] D922.291 [文献标识码] A [文章编号] 1002-8129 (2023) 08-0066-14

一、问题的提出

2022年《反垄断法》修订施行，标志着我国反垄断立法、执法工作更上一层楼台阶。新法坚持问题导向和目标导向，针对反垄断法实施中的突出问题进一步完善相关制度，加大处罚力度，为强化反垄断和防止资本无序扩张提供了更为明确的法律依据和制度保障。当下，我国反垄断立法执法体系日趋完善，竞争意识对经济运行效率的促进作用实现了全面提升，竞争文化和竞争理念趋于成熟。然而，肯定之余，应当承认，我国反垄断法治拼图仍有薄弱之处，有待于理论回应和实践检验。其中，不能忽视和回避的问题之一是纵向非价格限制行为的违法定性问题。

《反垄断法》第17条规定，禁止具有竞争关系的经营者之间达成排除、限制竞争的横向协议，第18条规定，禁止经营者与交易相对人之间达成固定向第三人的转售价格、固定向第三人的转售最低价及反垄断执法机构认定的其他垄断协议。从体系角度理解，垄断协议行为可划分为横向垄断和纵向垄断两类，《反垄断法》分别以第17条、第18条规定之。但在纵向垄断上，《反垄断法》第18条仅列举了两种纵向价格垄断的情形，纵向非价格垄断规制略显薄弱，导致实践中纵向非价格限制地位较为尴尬。

目前，纵向非价格限制行为规制只能依据《反垄断法》第18条第三款的兜底条款，或借用禁止滥用市场支配地位条款，前者处罚依据较为空洞，实践中难以直接援引，后者不得不借助“禁止滥用市场支配地位”的规定，纵向垄断协议规制因缺少非价格垄断拼图存在体系性残缺。

相较于横向协议，纵向协议无论在竞争影响、垄断性表现、危害程度上均更为复杂。美国经100多年才探索建立了可行的纵向非价格限制规制的判断标准，期间经历了White Motor案的合理原则到Schwinn案的本身违法原则再到 Sylvania案合理原则的反复横跳。欧盟自建立之初一直在探索更加客观有效、符合经济规律的纵向垄断规制模式^[1]

¹⁴³。目前，纵向垄断的规制已成为大多数国家反垄断规制的重点^[2]

123

，但我国在这方面还处在起步阶段。对于纵向价格限制，已有不少执法案例，但对于纵向非价格限制，执法司法仍采取较为谨慎的态度，实践中大量的纵向非价格限制行为难以得到有效规制。例如，在美敦力纵向垄断行政处罚一案中，监管机构指出，美敦力业务部制定了产品经销商串货的处罚规定，还采取了限制经销商转售商品的销售对象和销售区域、禁止经销商销售具有竞争关系的其他品牌产品等纵向非价格限制措施。但因缺乏明确依据，监管机构最终将这些限制措施定性为强化固定转售价格和限定最低转售价格的实施效果的行为，回避了关于纵向非价格限制是否具有违法性的讨论。司法实践领域，亦有不少涉及纵向非价格限制情形的案例，但法院也基本未予正面回应。例如，在北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生（上海）医疗器械有限公司、强生（中国）医疗器械有限公司纵向垄断协议纠纷上诉案中，法院调查发现强生公司存在规定经销商不得销售其他品牌产品、在经销商间统一调配客户等纵向非价格限制行为，但却未对上述行为的性质及影响予以分析。

“反托拉斯法中很少有哪个领域能够像纵向价格与非价格限制那样，更能引起人们对已确立规则进行反思”^[3]

489

。纵向非价格限制的规制探索任重而道远，但一味回避并非长久之计。正视纵向非价格限制的理论与实践需求并予以恰当回应，才是应采取的正确态度。实践中缺乏纵向非价格限制规制成案并非意味着我国没有纵向非价格限制垄断风险的隐忧。事实上，世界上主要国家和地区均针对纵向非价格限制给出了较为明确的执法态度并建立起相对完善的规制体系。目前我国非纵向价格限制实践案例较少，并非系因缺乏规制的必要，更多是由于缺乏明确、统一标准而难以规制。一方面《反垄断法》尚未给出

明确态度，导致监管执法和司法实践不自觉地走向执法、司法回避。另一方面由于纵向非价格限制影响竞争状态的不确定性和复杂性，难以直接确立较为明确而统一的执法、司法标准。

目前，纵向非价格限制已成为不容忽视的现象并亟待理论回应。探索纵向非价格限制行为的规制路径，首先必须回答，纵向非价格限制行为是否具有独立的违法性和规制的必要性。《反垄断法》第18条的立法空白，是否意味着对其进行了合法性推定？鉴于纵向非价格限制对竞争影响的复杂性，如何认定和判断其违法性？纵向非价格限制游离在垄断协议和滥用市场支配地位之间，如何寻求准确的定位并合理规制？以上系本文试图回应的问题。

二、纵向非价格限制的竞争影响分析

竞争是反垄断法的基本概念之一，反垄断法是维护竞争秩序的法。不言而喻，“竞争”在反垄断法上具有突出的意义^[4]

248

。判断纵向非价格限制的违法性，绕不开对纵向非价格限制行为竞争效应的分析。明确纵向非价格限制的实践形式及特殊性，并据此评估其双面竞争效应，是权衡判断纵向非价格限制反竞争风险逻辑的起点。

（一）纵向非价格限制的实践表现

纵向非价格限制又名垂直限制或垂直约束，是指商品或服务不同层次上的经营主体之间达成的限制经营活动的协议^[5]

221。通常而言，纵向非价格限制是指同一产业上下游企业之间达成的非价格的限制经营协议^[6]

¹²⁴。纵向非价格限制在实践中表现为多种形式，其中以地域限制和客户限制最为典型。

地域限制一般表现为制造商对经销商经营地域的划分，要求经销商不得超出所划定的地域范围从事生产活动或要求经销商只能在特定的地点开展销售活动^[5]

220

。地域限制与横向划分市场的区别在于地域限制是同一品牌内部的经营者之间划分经营地域范围的行为。经销商虽然不能超出特定地域范围对某一品牌开展经营，但不影响其同时经营其他品牌的产品，也即地域限制行为不会导致同一地域仅经营一种品牌的产品，故区别于横向市场划分行为。

客户限制又称纵向限制客户，系对服务对象的限制，一般是指生产商对经销商转售产品的对象进行限制的行为。此处的客户可以指最终的消费者，也可以是中间的销售商、零售商^[1]

67

。地域限制和客户限制有时被称为排他性交易行为。排他性交易也即独家交易，美国《反托拉斯法》称之为“排他性交易”，而我国台湾地区则称之为“独家交易”，欧盟法体系对此类行为虽未规定某一具体的法律称谓，但规定了如排他性购买、排他性客户销售、排他性客户分配等一系列具有排他性特征的行为^[1]

⁹⁷。除此之外，纵向非价格限制还包括搭售、品类管理协议、进场费、特许经营等诸多形式。

总而言之，两个或两个以上在同一产业中处于不同环节或层次且有交易关系的企业实施的除转售价格固定等价格措施外的其他限制竞争行为均可归类为纵向非价格限制。本文所称纵向非价格限制主要为地域限制和客户限制两大类，这也是纵向非价格限制在我国最主要的表现形式。

（二）纵向非价格限制对竞争的影响

“市场经济是一种由竞争来指挥和监督微观经济过程的经济制度，市场经济必须与竞争相联系”^[7]

¹。竞争被认为是经济发展和市场繁荣的动力之源，但竞争并非强大到不需要任何保护^[8]

⁵¹，反垄断法由此应运而生。反垄断法的中心内容是维护市场自由竞争，消除排除、限制竞争行为^[4]

¹⁰。判断贸易规则或市场协议规则的合法性，必须评估其竞争影响。布兰迪斯法官(Louis Brandeis)在美国最高院1918年“芝加哥期货交易所案”中指出，任何贸易协议或贸易规则都有限制性，判断其合法性标准在于施加的限制是促进竞争还是压制并破坏竞争^{[8] 20}。

纵向非价格限制与其他垄断违法行为相比较而言的特殊性在于，其促进竞争与阻碍竞争的两造效果对抗更加激烈，是否实质性产生反竞争效果难以辨识，故难以对其违法性做出判定。这或许是反垄断法对纵向非价格限制搁置不言的原因之一。明确纵向非价格限制的规制态度前提是准确判断其违法性，这脱离不开对其竞争影响的分析。分析纵向非价格限制的竞争影响，能够帮助正确认识和评估纵向非价

格限制行为的社会效应，做出更为准确的判断。

1.效率及竞争促进。纵向协议是处在上下游不同经济层面的企业做出的协议安排，彼此间属于对纵向利益的分割而非横向交易机会的争夺，因此相较于横向协议，纵向双方缺乏降低彼此经济层面竞争的动机。纵向协议双方更容易构成“事实上的伙伴关系”，从而促进效率和横向层面的竞争^[9]

68

。纵向非价格限制对竞争的促进作用，构成其反垄断风险最主要抗辩。纵向非价格限制对效率及竞争促进作用主要体现在：

(1) 消除搭便车。以地域限制为例，如果同一地区有多个销售商，他们之间很可能出现搭便车的情况，彼此之间希望他人在广告营销、客户服务方面付出更多的成本，其本身则等待“坐享其成”，如此其可节约成本，以更低的溢价招揽客户。“搭便车心理”导致竞争的无效率。如果不同地域产品可互通互用，销售商可能会向价格高昂地区销售产品以获取利润而怠于开拓本地市场^[5]

230-231

。但如果划分销售商地域，则可以使销售商们互不交叉，有效避免此类问题。通过地域限制，同一品牌内部，经销商无需在意来自其他经销商的搭便车行为，可以放手去开展宣传、推销产品、提高服务，从而提升效率^{[8] 193}。

(2) 提高服务质量，促进品牌维护。如前所述，纵向划分地域及客户，可以避免搭便车行为，确保经销商不受来自同一品牌其他经销商的干扰和竞争，专注于服务质量的提升。另外，实施纵向限制的往往是汽车、钟表、珠宝、化妆品等高档奢侈品行业，具有较高的经营资质要求以确保提供良好的服务维护品牌形象，经营者通过独家授权、客户划分等纵向非价格手段可以有效地实现此种要求^{[10] 31}。

2.阳光背后：反竞争阴影。纵向非价格限制不仅具有促进经济效率的积极意义，其背后对市场竞争的消极作用也不可忽视。

(1) 降低品牌内竞争。“横向协议影响品牌间的竞争，而纵向协议则主要影响品牌内部的竞争”^[10]

28

。这也就意味着，只有在品牌间竞争激烈的前提下，品牌内的限制竞争就有被容忍的价值。如果品牌间竞争不够激烈，品牌内部的限制行为就应当引起人们的警惕。纵向限制具有降低品牌内竞争的本质，当品牌间竞争足够激烈时，这种品牌内竞争降低可以忽视，而一旦某一产品品牌间竞争平稳时，品牌内竞争的降低会导致生产者拥有不容忽视的垄断力量，此时纵向约束对于竞争的影响就应当另当别论。

（2）增加市场进入壁垒。当品牌间竞争较小时，如果几个经销商占据主要生产渠道，同时其他市场条件在短时间内有助于排除其他竞争者的进入，此时纵向约束将增加市场进入壁垒。排除横向竞争对手对市场的进入或对交易渠道的获得，产生反竞争影响^{[8] 156}。

（3）产生横向垄断效果。“有竞争关系的授权经销商有可能借纵向非价格限制协议来实现横向的市场分割”^[11]

。例如，独家销售形式就很可能被用作横向垄断的手段。为避免横向划分市场的违法性，如果市场上几个强大的销售商要求市场上每一家供应商均与他们签订独家协议并在其中限定销售地域，就会使市场上的供应商都捆绑到几个强大的生产商身上，从而形成一个个相对独立的独家销售网络。如此，生产商便可通过纵向非价格限制的方式，实现横向划分市场的效果^[12]

。即使当事人之间缺乏划分横向市场的合意或者共谋，累积效应也可客观上促进该效果的实现。累积效应是指相似协议的市场覆盖率。纵向非价格限制的反竞争效果在单个或少数实施的情况下可能并不明显，但如果行业内部均采取此种约束方式，竞争风险将会被放大^[2]

。因为这相当于主要供应商通过签订纵向协议的方式横向划分了经销市场，从而削弱和压低了品牌间竞争压力。2022年欧盟修订的《纵向限制集体豁免条例》第7条规定再次重申了累积效应不享受豁免：委员会可根据第19/65/EEC号法规第1a条法规宣布，如果类似垂直约束的平行网络覆盖相关市场的50%以上，则本法规不适用于包含与该市场相关的特定约束的垂直协议。

由此可见，纵向非价格限制行为在竞争影响上具有复杂性，既能够具有促进效率及竞争的优势，又具

有排除、限制竞争的风险，这也是非价格限制违法性争论激烈且难以定论的原因之一。纵向非价格限制对竞争的影响是复杂且模棱两可的，目前还没有经济理论能够成功地论证其纵向限制在总体上会提高社会福利，但也同样不能证明其在整体上会降低社会福利^[13]

20

。芝加哥学派认为垂直限制的目的是增加产品销售，提高生产者和消费者共同利益，有助于避免搭便车情况的出现。另一组相反观点则认为纵向非价格限制是多种商品的经销商剥削制造商和消费者或制造商阻碍其他竞争者利用有效率经销商的办法^[4]

¹⁹³。当下，不存在一项理论能确切地告诉我们纵向限制是促进竞争的还是反竞争的^[3]

507

，故纵向非价格限制行为并不能一概称其具有违法性，但也不能一概忽视其垄断风险和对竞争的消极影响。这或许是为什么《反垄断法》没有直接规定非纵向价格限制的原因。

（三）双面竞争影响特性：纵向限制行为共有

明确纵向非价格限制的实践状态和双面竞争影响后，有必要对其进行更深入一层的分析——纵向非价格限制复杂的双面竞争影响是否为纵向非价格限制独有？竞争影响复杂性的原因究竟是“纵向”还是“非价格”？事实上，虽然本文以纵向非价格限制为研究对象，但双面竞争影响的特性并非纵向非价格限制行为所独有，而为纵向约束行为共有之。换言之，纵向非价格限制具有如此复杂且难以定论的竞争效应并非出于其“非价格”的特性，而是由于其“纵向”的本质。

纵向限制行为是不同经济层面或环节的经营者达成的合同或协议安排，不同层面经营者不具有直接的竞争关系，故也不存在协同取得垄断地位的直接动机。纵向限制行为双方或多方达成的协议安排一般还是出于增加对方横向层面竞争以提高经济效率，降低成本的目的。供应商希望经销商层面竞争增加，如此其商品可以更低价格销售，提高销量。经销商希望供应商层面的竞争增加，这样可以以更低价格进货，压低成本^{[9] 68}。

“人们试图在市场参与者所结成的关系类型和他们在经济链中所处的地位之间建立联系。处于纵向关系的两个企业会试图缔结一种联盟关系，除非其中一个决定在另一个从业的市场上开展业务，横向关系才会引起企业间的对抗”^[14]

79

。横向协议直接影响品牌间竞争，其明显的反竞争效果不言而喻。但纵向协议则不然，纵向协议往往影响的是品牌内竞争，如果市场品牌间竞争激烈，其品牌内竞争削弱的后果并非不可容忍，品牌间竞争的增强以及经济效率的提高将较好地抵消品牌内限制竞争所带来的负面效应。因此，不同于横向限制的本身违法原则，对于纵向协议，美国最终确立了合理原则标准，而欧盟则给予较大程度的豁免空间。

明确纵向非价格限制的竞争复杂性的本质是由于其纵向性而不是“非价格”因素，纵向非价格限制和纵向价格限制的区分也就不再明显。也即，纵向协议内部，纵向价格限制和纵向非价格限制并不存在实质差异，只是一个采用价格手段，一个采用非价格手段。如在北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生（上海）医疗器材有限公司、强生（中国）医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷上诉案，国昌电器商店与晟世公司、合时公司纵向垄断协议纠纷案，武汉市汉阳光明贸易有限责任公司与上海韩某轮胎销售有限公司纵向垄断协议、滥用市场支配地位纠纷上诉案等诸多纵向价格限制行为案件的分析中，法院详细分析了纵向价格限制在促进效率和阻碍竞争两方面的影响，这证明双面竞争效应并非纵向非价格限制所独有。虽然纵向非价格限制不直接作用于商品价格，对竞争危害通常小于纵向价格限制，但其本质上仍不具有特殊性^[15]

39

。欧盟、美国等主要法域，均系针对“纵向限制”建立起较为完善的规制体系，而非仅针对“纵向价格限制”，盖因二者在规制上并无本质不同。认识到这一点，纵向非价格限制因立法空白所暂时具有的朦胧性和合法性推定面纱亦可被轻易揭开：既然纵向价格限制与纵向非价格限制并无本质不同，在相同的反竞争效果情况下，纵向非价格限制并不能仅因其使用的非价格手段逃脱法律制裁！这一结论充分奠定了纵向非价格限制违法可能性分析的前提基础。

三、纵向非价格限制的违法性及其认定

美国在1977年的GTE Sylvania案中最终确立了纵向非价格限制合理原则的适用。该案中，鲍威尔法院认为“纵向限制的市场影响是复杂的，因为它具有既减少品牌内竞争，又促进品牌间竞争潜力”^[6]

124

。这揭示了纵向非价格限制对竞争影响的复杂性和违法性判断之难度。然而，如上分析可见，纵向非价格限制与纵向价格限制本质上并无不同，均具有垄断风险。纵向非价格限制并不因为其未使用价格措施而被豁免。在此基础上，本部分试图证明在特定情况下纵向非价格限制违法性并给出初步的认定

框架，以供理论和实务参考。

（一）纵向非价格限制违法可能性分析

纵向非价格限制行为具有垄断风险。但这一垄断风险是否有上升到《反垄断法》规制门槛的必要仍存在疑问。实践中，纵向非价格垄断行为往往与纵向价格垄断交织出现，共同作用并起到进一步加强价格限制的作用^[16]

18

。如美敦力案、强生案、松下电器案中均交织出现了纵向非价格限制的身影，汉阳光明贸易与上海韩某轮胎销售公司纵向垄断纠纷案中原被告双方签订的《特约经销合同》第六条关于地域限制的内容纵向非价格限制特征亦十分明显，但执法机关或法院仅对纵向价格限制行为予以否定性评价。这就容易产生一个疑问：纵向非价格限制对竞争的限制程度是否足以使其成为可被《反垄断法》单独评价的违法行为？抑或将其当作纵向价格限制行为辅助性措施的一种看待即可？对该问题的回答是判断纵向非价格限制是否能够构成反垄断法项下独立违法类型的基础，也是纵向非价格限制违法性认定及规制完善的前提。

实践中纵向非价格限制常常与纵向价格限制交织出现，是否意味着其只能和纵向价格限制同时出现？答案显然是否定的。从逻辑上讲，二者没有必然的依存关系。垄断者为规避较为明显的价格规制规定，完全可以单独采取地域限制、客户限制等纵向非价格限制措施。其次，从竞争效果上而言，纵向非价格限制行为可单独实现排除、限制竞争的效果，具有垄断风险。以我国汽车行业为例，4S模式是我国汽车行业主导经销模式，相似的纵向协议已经形成较为全面的网络覆盖市场，具有较为明显的累积效应。在此情况下，品牌间竞争的约束作用被明显削弱，产品和服务的非竞争性定价现象较为突出，纵向非价格限制独立的垄断风险不容忽视。有学者指出，纵向价格限制的确是造成我国汽车高价的原因之一，但汽车行业的垄断问题远不止这些。尤其是售后市场，高价的主要原因不是价格垄断而是非价格垄断行为^[2]

124

。此外，纵向非价格限制还有抑制品牌内竞争、增加市场进入壁垒、促进横向垄断等诸多反竞争效果。这些效果可以不依赖于纵向价格限制措施单独实现。最后，纵向价格限制与纵向非价格限制并不具有位阶顺序，其在促进竞争及反竞争上并无本质不同，区别仅在于是否采用价格手段。在判断违法性上，应遵循一致的违法性判断原则。我国《反垄断法》明确规定了纵向价格限制应予规制，遵循同样判断逻辑，纵向非价格限制也具有违法可能。

（二）《反垄断法》下纵向非价格限制的规制空间

明确纵向非价格限制行为可单独产生排除、限制竞争效果的前提下，需要进一步明确我国《反垄断法》对纵向非价格限制行为是否留有规制的空间。细观纵向非价格限制的法律依据，只能寻觅《反垄断法》第18条第三款“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”这一兜底条款。另外，《反垄断法》第22条滥用市场支配地位条款在某些情况下也可提供一定的法律依据，但适用第22条，仍是被迫向禁止滥用市场支配地位条款寻求帮助，难以实现垄断协议体系内的逻辑自洽。总体来说，我国《反垄断法》对纵向价格限制态度较为明确，但对于纵向非价格限制的规制却未能提供定论。

我国法律对纵向非价格限制有无留存规制的空间？答案是肯定的。虽然《反垄断法》第18条仅列明了纵向价格限制的情形，但第三条兜底条款可为纵向非价格限制的规制提供较为充分的解释空间。鉴于纵向非价格限制行为竞争影响的复杂性和两造对抗性，在立法技术和条件尚未成熟之际，贸然以法律形式规定并非择优之选。相反，以委任性规则形式将具体规制内容交由相应国家机关通过法定途径或程序加以确定并从中逐步摸索出适合我国的纵向非价格限制规制方式更具合理性。这一点从《反垄断法》修改的文本中可见一斑。时任国家市场监督管理总局局长张工在2021年10月19日第十三届全国人大常委会第三十一次会议上作关于《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》的说明中指出，反垄断法修改的总体思路第三条即为“准确把握反垄断法作为基础性法律的定位和反垄断执法的专业性、复杂性等特点，在完善基本制度规则的同时，为制定反垄断指南和其他配套规定留出空间。”对于争议颇多的纵向非价格限制行为，《反垄断法》修改后仍未直接予以规定，正是遵循这一 □ □ □ 精神的体现。为避免《反垄断法》第18条第三款单纯沦为宣示性兜底条款，本次修法还配套完善反垄断执法体制机制，破除了以往由国家发展和改革委员会、国家工商管理总局和商务部三家执法，职能交叉不明的问题，第13条将执法权主体从“国务院规定的承担反垄断执法职责的机构（以下统称为“反垄断执法机构”）依照本法规定，负责反垄断执法工作”修改为“国务院反垄断执法机构负责反垄断统一执法工作”。当下，反垄断职能统一后，国家市场监督管理总局负责反垄断统一执法工作，消除“认定的其他垄断协议”的认定权限争议，为纵向非价格限制的规制奠定了基础。

纵向非价格限制在我国法律体系下具有较大的规制空间和基础，对此，监管机构相关配套规定亦可以佐证。2022年6月27日市场监管总局关于公开征求《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》意见的通知第14条规定，对于不属于已列明情形的其他协议、决定或者协同行为，但有证据证明排除、限制竞争的，应当认定为垄断协议并予以禁止。在非价格限制领域，我国监管机构已经认识到某些重点行业的纵向非价格限制的较为突出的垄断风险并出台相应措施予以规制。例如，2019年1月4日国务院反垄

断委员会印发《关于汽车业的反垄断指南》，第六条“汽车纵向垄断协议”第四款明确对“地域限制和客户限制”两类纵向非价格限制行为作出规定，指出“地域限制和客户限制可能削弱品牌内竞争、分割市场、形成价格歧视”。“限制导致其他经销商难以获得供货，阻碍更有效率的新型经销模式的推广，使商品和服务价格维持在高位”，并综合考量其对效率的促进因素列明纵向非价格限制导致排除、限制竞争效果的情形。在原料药领域，监管机关亦出台了《关于原料药领域的反垄断指南》，其第七条明确规定“原料药经营者实施地域限制或者客户限制，可能构成《反垄断法》第14条禁止的垄断协议行为”，同样承认纵向非价格具有垄断违法性的可能。

配套规定和重点行业指南的陆续出台，体现了执法机构对于纵向非价格协议的执法态度——虽然当下《反垄断法》并未直接规定纵向非价格限制的相关条款，但这并不意味着纵向非价格限制行为就当然取得合法性豁免资格，也不意味着执法可对纵向非价格限制行为不管不问。当下，暂时通过配套措施和指南予以规制是符合中国当下反垄断执法国情的切实可行的路径，也是监管认可并选择适用的方式。可见，鉴于非纵向价格限制的反竞争效果的复杂性和两造对抗性，我国采取的路径是通过指南等逐步探索纵向非价格限制行为垄断效果及规制方法，待相关政策成熟时，再予以恰当的立法评判。从这个角度讲，在对于纵向非价格限制立法技术尚不成熟的当下，选择由反垄断法执法机构根据各行各业的特点出具相应的指南作为行为指引更加符合我国的国情^[17]

59

。因此，反垄断法的兜底条款并非立法空白，而是有意而为之的立法留白，纵向非价格限制并不因此具有合法性推定的效果。

（三）纵向非价格限制违法性的认定思路

1. 个案判断原则。在明确纵向非价格限制行为具有独立违法性的基础上，另一个疑问附随而来：是不是实施了纵向非价格限制行为就具有违法性？这实际上关涉到纵向非价格限制行为本身违法原则还是合理的原则适用之争。本身违法原则在美国是一种不可推翻的违法推定原则，该原则下，只要客观上相关行为能够被证明实施，即推定其具有违法性，不再接受与之有关的抗辩。相较而言，合理原则是一种允许抗辩的原则，在认定时需要考虑个案情况，实施前后的市场变化、协议后果等因素，确认其确实具有排除、限制竞争效果方能认定具有违法性^{[18] 42-43}。

纵向非价格限制行为因系不同经济层面生产者或销售者的联合，因而不具有类似于横向垄断协议的显而易见的违法性。前述所证纵向非价格限制独立违法性应进一步解释为，纵向非价格限制独立违法性

的可能，而非任一纵向非价格限制行为均系违法的定论。某些情况下的纵向非价格限制行为其促进效率的作用胜于其阻碍竞争的效果，难称之为垄断协议，对其规制既不合理，也无必要。鉴于纵向协议对竞争影响的复杂性及个案情况的千差万别，对于纵向非价格限制行为的违法性应遵循个案判断的原则。从我国司法实践来看，司法机关对于纵向垄断协议的规制均采取的合理原则。在审理思路，首先通过是否具有排除、限制竞争效果判断其是否构成垄断协议。纵向垄断协议与横向协议仅在推定效果上有所不同，但均要求判断是否具有排除限制、限制竞争效果。具体理由为：《反垄断法》第16条规定，本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者协同行为。该条规定适用于整部法律而非个别条文。在适用上，第17条横向垄断协议和第18条纵向垄断协议都应服从于该定义，即构成垄断协议的前提是排除、限制竞争效果。横向协议以排除限制竞争效果为要件，举重以明轻，反竞争效果一般较轻的纵向协议更应当以排除、限制竞争效果为要件。例如在强生案中，法院从相关市场竞争是否充分、经营者市场地位是否强大、经营者实施限制最低转售价格的动机、限制最低转售价格的竞争效果等四方面情况来考量纵向协议行为的动机，认为行为人的纵向协议行为存在排除、限制竞争的效果，同时并不存在明显、足够的促进竞争的效果，故认定该纵向价格限制行为构成垄断协议。鉴于纵向价格限制和纵向非价格限制并无本质不同，故纵向非价格限制亦应该采取个案判断的原则，才能保证分析方法的连贯性和统一性，给予市场明确的法律预期。

2. 违法性一般考量因素。确定性和可预见性要求反垄断法的规范应当尽量明确具体，以方便行为人实施行为时清楚预见自己竞争行为后果。然而，竞争关系具有复杂性，行为和个案经济后果千差万别，适用统一的规则并不一定利于经济发展。如何协调确定性及可预见性与经济分析裁量性是反垄断立法执法的难题^{[4] 16}。

纵向非价格限制竞争效果具有双面性和复杂性，故目前立法难以妄下定论称其一概合法或一概违法，需要根据个案具体判断。这就要求执法司法机关在个案中权衡判断其经济合理性与排除限制竞争效果。然而，如何权衡？仅援引心理尺度作为象征是不够的^[19]

63

。判断某一纵向非价格限制行为的违法性，不能简单以自由裁量为由抛给法院或监管机关了事，而应在承认个案差异性的同时，尽可能明确相对统一的标准。鉴于纵向非价格限制与纵向价格限制反竞争效果的一致性，而纵向价格限制的研究分析相对而言已更为成熟，故本文在此借鉴纵向价格限制实践案例审理思路，提出几个判断纵向非价格限制违法性应考量因素，以供执法、司法参考。

(1) 市场力量。当事人的市场力量是判断纵向非价格限制是否构成垄断协议的重要因素。2022年市

市场监管总局关于公开征求《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第14条明确规定，在认定其他垄断协议时，应当考量“经营者在相关市场中的市场份额及其对市场的控制力”，这实际上是对市场力量的表述。强生案中，法院通过网站宣传的市场份额、相关缝线产品历年价格、市场声誉及对经销商的控制力等重点分析了强生公司在相关市场的市场地位并由此判断其能够对市场竞争产生的影响大小。“只有所涉企业在相关市场具备实质性的市场力量，品牌内限制才能外溢至品牌间限制。因此在纵向非价格限制反垄断规制中，用以衡量市场力量的市场份额成为筛选工具”^[20]

136

。对于不具有市场力量的主体，《反垄断法》默认其行为不对市场产生较大影响。从该点出发，《反垄断法》规定经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止。《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第14条进一步明确，“经营者与交易相对人……市场份额均不超过百分之二十五的，可以推定协议不会排除、限制竞争，有证据证明该协议排除、限制竞争的除外”。在比较法上，欧盟《纵向限制集体豁免条例》第一条市场份额门槛部分亦规定了30%的安全港规则^[21]

。由此可见，市场力量（注意并非市场份额，市场力量系综合判断的指标）应作为纵向非价格限制行为违法性判断的重要因素。

（2）市场进入壁垒。市场进入壁垒影响品牌间竞争的程度，市场进入壁垒低，意味着其他品牌容易进入相关市场参与竞争，纵向非价格限制行为对品牌间竞争的影响较小。反之，则应该更加慎重考虑纵向非价格限制的反竞争效果。例如在格力空调案中，二审法院在考虑纵向协议是否构成排除、限制竞争的垄断协议时，重点考虑了相关市场的进入难易程度，认为改革开放以来，我国的家电市场是市场竞争程度最为充分的领域，具有一定生产规模的相关行业生产企业都有可能进入空调行业，相关市场并不存在明显的进入障碍，综合考虑认定相关纵向限制行为没有产生排除和限制竞争的严重后果。

（3）效率促进。纵向非价格限制具有纵向协议共同的特性，即既有阻碍竞争的影响，又有促进效率的一面。这就决定了在判断排除、限制竞争效果时不得不考虑其对效率促进的影响。对此，《反垄断法》亦有相关规定。《反垄断法》第19条第二款规定，属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第17条、第18条第一款、第19条规定的，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，并且能够使消费者分享由此产生的利益。也即，当纵向非价格限制行为对相关市场竞争的限制不明显，但具有促进消费者利益保护的明显效果的，可得到垄断效果之豁免。因此，纵向非价格限制违法性判断应当考察促进竞争效果与阻碍竞争效果之间抵消后的净值，只有在实际产生难以克服、难以抵

消的限制竞争效果时，才能认定其为垄断协议进而予以规制。如纵向非价格限制行为具有促进产品质量和安全性提升、解决经销商“搭便车”问题之必要、促进新品牌新产品进入相关市场、维护产品声誉、鼓励库存、扩张经销商体系等其他经济学上可以解释的促进竞争并由消费者分享利益的效果的，可作为纵向非价格限制认定的重要因素予以考虑。

3. 违法性分析重要落脚点：品牌间竞争。与横向垄断不同，纵向非价格限制的语境下存在两种竞争：品牌内竞争与品牌间竞争。鉴于纵向非价格限制竞争效果的特殊性——限制品牌内竞争的同时可能促进品牌间竞争效率的提升，因此二者的权衡应成为判断纵向非价格限制违法性的重点。

对此，一种思路系立足于品牌内竞争。例如“欧盟Consten公司案”中，Grunding公司是电器制造商，为维护其在法国的独家销售权，以注册商标和独家代理协议的方式授予Consten公司独家代理权，阻塞Grunding电器由别国进入法国的平行进口。欧盟法院审理后认为该独家代理行为使Grunding公司的法国市场与统一市场分割开来，这一安排限制了不同国家经销商之间的竞争，具有限制、阻碍竞争的后果。虽然Grunding公司一再指出法国品牌间竞争十分激烈且Grunding公司品牌份额很小的事实，但法院并未接受其关于品牌间竞争未受到影响的抗辩。该案中，法院直接立足品牌内竞争的立场判断纵向非价格限制排除、限制竞争作用，在该案法院看来，虽然品牌间竞争一般而言较品牌内竞争更应予以关注，但并不能因增加品牌间竞争即豁免排除、阻碍品牌内竞争的协议。

然而，如以品牌内竞争影响效果作为判断纵向非价格限制违法性标准，毫无疑问，纵向非价格限制竞争影响的复杂性将被搁置不言，因为纵向非价格限制对品牌内竞争的限制作用是显而易见的。与之相反的是另一种审理思路：在违法性判断上，更加侧重考察品牌间竞争的影响，综合权衡判断纵向非价格限制的反竞争效果及可用于抵消的促进效率影响。例如，美国GTE Sylvania案中，法院推翻Schwin n案本身违法原则的重点考量就是纵向非价格协议对效率的促进，尤其是对品牌间竞争的促进，法院认为地域限制和客户限制在促进不同品牌间竞争的影响比品牌内竞争的限制更加值得关注^[22]

34-35

。市场竞争程度决定了纵向非价格限制对于品牌内竞争的限制在多大程度上可以被容忍。品牌间竞争越激烈，纵向非价格限制行为排除、限制竞争的影响越小。欧盟委员会在《纵向限制指南》中指出，如果品牌间竞争（即不同供应商的商品或服务的分销商之间的竞争）很强，则减少品牌内竞争（即同一供应商的商品或服务的分销商之间的竞争）本身不太可能对消费者造成负面影响^[23]

。《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第14条中指出，认定其他垄断协议时，应考虑市场竞争状况。据此，品牌间竞争程度应在衡量纵向非价格限制行为反竞争效果时被重点考量。

两种不同的审理思路反映出纵向非价格限制判断立足点的差异：立足于品牌内竞争还是品牌间竞争？这直接影响了纵向非价格限制违法性判断的最终标准。本文认为判断纵向非价格限制违法性，最终应落脚到品牌间竞争这一层面。立足于品牌内竞争的思路过于严苛，如采用这一思路，会出现将复杂问题不恰当简单化的弊端，盖因这一思路并未全面考量纵向非价格限制促进竞争一面的影响，虽然在司法适用上简单明确但却回避了应当回答的重要问题。“纵向限制市场影响的复杂性，恰恰在于其可能在减少品牌内竞争的同时促进品牌间竞争”^[20]

136

。此外，该思路不具有普适性的另一原因在于，典型案例“Grunding案”中，法院在纵向非价格限制违法性的判断中，重点考量了欧共体竞争法对欧洲统一大市场的维护，认为Grunding公司以独家交易划分市场的行为具有分离欧洲统一市场的效果，但这在我国并不具有普适性。最后，品牌内竞争的限制对经济福利的负面作用是存疑且不确定的。反垄断法一般更关注对于“品牌间竞争”的限制，只影响“品

[1] 102。

美国个案合理原则被大多数国家所采纳，也更加符合纵向非价格限制的违法性逻辑。在该思路下，实现效率所必需的限制是应当允许的，但超出了必要限度的规则应予禁止^[12]

9

。因此，应承认纵向非价格限制行为对效率及竞争的促进作用，在此基础上综合判断该有利影响是否能够抵消纵向非价格限制带来的负面竞争效果。其中，品牌间竞争是非常有说服力的辩解，因此考量品牌间竞争效果非常重要，如果品牌间竞争十分激烈，则品牌内限制的行为并不具有实质上阻碍竞争的效果，因为交易对手方仍可选择其他品牌的产品，由此带来品牌间对交易机会争夺的压力。

品牌内竞争减少只有在品牌间竞争有限时才会成为问题^[24]

14

。欧盟委员会指出，纵向限制应当将分析重点从品牌内竞争转向品牌间竞争，只有品牌间竞争减弱而

存在市场竞争障碍的时候，才认为具有反竞争效果^[4]

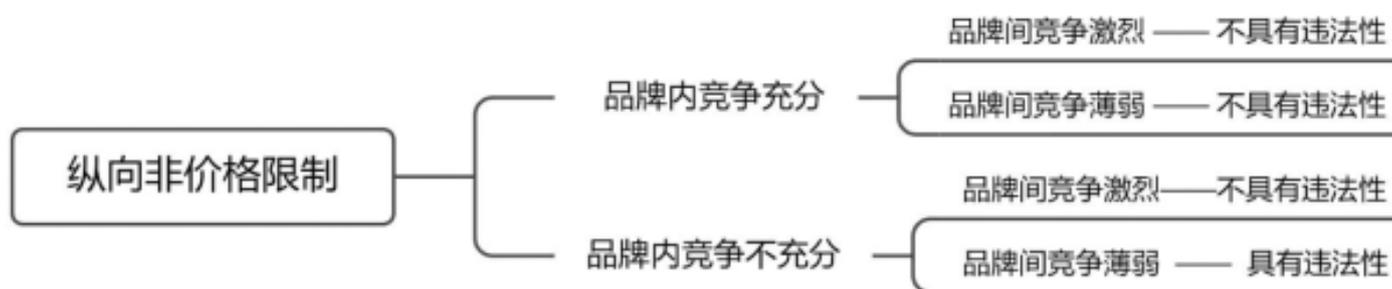
458

。从这个角度而言，判断纵向非价格限制的违法性，应当最终立足到品牌间竞争的层面而予以判断。纵向非价格限制只有影响品牌间竞争才有规制的必要^[25]

9

。这也是纵向协议内部一致性的要求。我国法院在审理纵向价格限制案件时，同样以品牌间竞争作为分析的逻辑起点。如在上海日进电气有限公司诉松下电器（中国）有限公司等垄断纠纷案中，法院以“品牌间竞争”为关注对象并拒绝将“品牌内竞争”作为唯一的关切，认为品牌内协议影响到品牌间竞争时才有规制的必要。在上海某轮胎公司纵向垄断协议纠纷案中，法院更是直截了当地指出，《反垄断法》所规定“排除、限制竞争”，应当理解为主要是排除、限制了品牌间竞争而非品牌内竞争。品牌间竞争比品牌内竞争更为重要，只要存在品牌间竞争，消费者就可以在不同品牌间选择，其利益可以得到品牌间竞争的保证。同时市场竞争中，品牌间竞争往往主导着品牌内竞争，反垄断执法更应当关注的是市场行为对品牌间竞争的影响。只有品牌间竞争受到严重影响时才有必要予以干预。鉴于纵向协议（无论是价格限制还是非价格限制），其对竞争的双面影响具有高度一致性，故在审理思路上也应保持一致——纵向价格限制以品牌间竞争为分析重点时，没有道理对纵向非价格限制采用不一致的分析方法。

基于“品牌间竞争”这一最终落脚点，可以大致将纵向非价格限制归为以下四种情况。虽然个案情况各有不同，需要具体判断并最终确定，但以下四种情况可为纵向非价格限制行为的违法性判断提供基本思路（见图1）：



（图1）纵向非价格限制行为违法性判断思路

综上所述，纵向非价格限制违法性认定上，应遵循从品牌内竞争起点出发并落脚到品牌间竞争影响判

断的思路。纵向非价格限制行为最终导致品牌间竞争因此削弱，则可认定其具有实质的排除、限制效果的垄断特性，应当受到规制。如果虽然品牌内竞争有所削弱，但品牌间仍存在激烈竞争，则应当对纵向非价格限制行为予以适当宽恕，因为其未实质性限制竞争。当然，如果纵向非价格限制甚至都未导致品牌内竞争削弱（但实践中一般会影响品牌内竞争，在此只做理论探讨），则品牌间竞争薄弱一般与纵向非价格限制行为无关，应寻找其他阻碍竞争因素，避免强加因果关系。最后，如果品牌内竞争充分，品牌间竞争亦激烈，应认为纵向非价格限制对竞争影响极小，自然不具有可归责性，亦无规制的必要。

四、结语

2022年3月17日召开的全国市场监管系统反垄断工作会议上指出，要“聚焦提高反垄断法治化水平，着力完善公平竞争法律制度体系，为市场主体提供更加清晰的行为指引”。长久以来，纵向非价格限制的反垄断规制一直是反垄断立法、执法的关注点，但至今《反垄断法》未能给出明确的回应和指引，导致实践推进过程中争议不断。这或许是由于纵向非价格限制规制自身复杂性和立法技术尚未完全成熟导致的。但将视野投向域外，主要法域已较为清晰地明确了对纵向非价格限制规制态度并建立起相对完善的规制体系。明确立法执法态度，完善纵向协议规制体系是大势所趋。我国监管机构已开始探索相关经验。上海市市场监督管理局《上海市经营者反垄断合规指引》明确提示独家销售、独家购买、限制经销商实施被动销售与交叉供货地域限制或客户限制等行为存在反垄断法风险。江苏省市场监督管理局关于发布《江苏省经营者反垄断合规指引》指出，一些如控制交易相对人交易渠道（划分经销商销售区或销售对象）及签订长期排他性条款的协议等非价格纵向限制行为存在违反《反垄断法》的风险。《关于汽车业的反垄断指南》《关于原料药领域的反垄断指南》等行业指南的出台，昭示着执法机构对重点领域的纵向非价格限制行为的执法态度已日趋明朗。纵向非价格限制行为最后一块立法拼图，有望在不远的未来顺利归位。

[参考文献]

[1] 古红梅.纵向限制竞争的反垄断法规制[M].北京:法律出版社,2011.

[2] 焦海涛.纵向非价格垄断协议的反垄断法规制:困境与出路[J].现代法学,2019,(4).

[3]

赫伯特·霍温坎普.联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践[M].许光耀,江山,王晨,译.北京:法律出版社,2009

[4] 孔祥俊.反垄断法原理[M].北京:中国法制出版社,2001.

[5] 缪因知.纵向地域及客户限制协议研究——兼论特许经营与选择性销售中的相关限制[J].经济法论丛,2007,(1).

[6] 郑鹏程.美国反垄断法“本身违法”与“合理法则”适用范围探讨[J].河北法学,2005,(10).

[7] 王晓焯.反垄断法[M].北京:法律出版社,2011.

[8] 王传辉.反垄断的经济学分析[M].北京:中国人民大学出版社,2004.

[9] 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,(2).

[10] 许光耀.纵向限制竞争协议与横向限制竞争协议的比较[J].西北政法大学学报,2007,(5).

[11] 万江.窜货的法律规制[J].中外法学,2016,(4).

[12] 许光耀.独家销售协议的反垄断法调整[J].中国物价,2014,(4).

[13] 于立,吴绪亮.纵向限制的经济逻辑与反垄断政策[J].中国工业经济,2005,(8).

[14] 纽尔.竞争与法律:权力机构、企业和消费者所处的地位[M].刘利,译.北京:法律出版社,2004.

[15] 张骏.我国《反垄断法》对于纵向垄断协议的法律规制研究——以《反垄断法》第14、15条为中心[J].河北科技大学学报(社会科学版),2012,(12).

- [16] 苗沛霖.论纵向非价格垄断协议的法律规制[J].郑州大学学报(哲学社会科学版),2019,(6).
- [17] 宁立志,贺敬林.纵向限制的反垄断法规制[J].法律适用,2021,(1).
- [18] 王健.垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究[J].法学,2014,(3).
- [19] 布莱克.反垄断的哲学基础[M].向国成,袁媛,译.大连:东北财经大学出版社,2010.
- [20] 江山.论纵向非价格限制的反垄断规制[J].法律科学(西北政法大学学报),2020,(1).
- [21] See Vertical Block Exemption Regulation (2022/720) [EB/OL].2022-12-31,<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R0720>.
- [22] 洪丽君,黄明涛.美国纵向非价格限制的反垄断规制——以地域限制和顾客限制为中心[J].价格理论与实践,2017,(4).
- [23] See Guidelines on Vertical Restraints (C (2022) 3006 final) [EB/OL].https://www.dolcelauda.com/fileadmin/user_upload/Guidelines_10.05.2022.pdf.
- [24] 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).
- [25] 许光耀.纵向价格限制的反垄断法理论与案例考察[J].政法论丛,2017,(1).

[责任编辑:胡梁 朱苗苗]

Justification and Identification of the Illegality of Vertical Non-price Restrictions :

A Study from the Perspective of ' Anti Monopoly Law'

MIAO Ping

Abstract: Due to the complexity and double-sidedness of vertical non-price restrictions in market competition, the current legislation has failed to make a clear stance towards it, leading nowhere of concerned law formulation and regulation. However, it cannot be denied that vertical non-price restrictions carry risks such as anticompetitive practices and potential violations of the law. Through an in-depth analysis of the factors for its competitive impact, it is found that there is consistency between vertical non-price restrictions and vertical price restrictions in terms of their competitive effects. Vertical non-price restriction can be illegal acts, and it has independent regulatory space in China. In terms of illegality identification on the vertical non-price restriction, the case-by-case principle should be followed in consideration of competitions between brands. Only when the vertical non-price restriction affects the competition between brands, corresponding regulations are necessary. In terms of making judgments, the identification approach for vertical price restrictions could be employed, taking into account various factors such as market power, competition among brands, market entry barriers, and efficiency promotion.

Keywords: vertical non-price restrictions ; illegality identification ; competition between brands ; rule of reason

[收稿日期] 2023-02-20

[作者简介] 苗萍（1999-），女，山东青岛人，中央财经大学法学院硕士研究生。