

# 中心辐射型垄断协议的规制困境与制度回应

韩世鹏

(厦门大学 台湾研究院法律研究所,福建 厦门 361005)

**摘要:**中心辐射型垄断协议,虽然行为外观与纵向垄断协议相似,但是实质竞争效果却指向横向垄断。囿于外在表征与内在结构的复杂性,该类垄断协议在认定标准与法律属性层面遭遇了法理困境。规制中心辐射型垄断协议的前提是构建具有可操作性的认定标准,“平行行为+意思联络”双层结构的证据推定机制是值得借鉴的思路;平行行为可参考主体、行为与时间要素,而意思联络则需重视环境证据的作用。在法律属性层面,基于垄断目的与实际竞争效果的考量,中心辐射型垄断协议本质上宜归类为横向垄断协议。

**关键词:**中心辐射型垄断协议;意思联络;认定标准;法律性质

中图分类号:D922.29

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2023)02-0044-08

中心辐射型垄断协议又称“轴辐协议”,是横向垄断协议与纵向垄断协议的结合。2021年2月国务院反垄断委员会发布了《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《平台反垄断指南》),《平台反垄断指南》第八条阐述了平台轴辐协议的相关内容,即具有竞争关系的经营者可能借助与平台经营者之间的纵向关系,或者由平台经营者组织、协调,达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议。2022年最新修订的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》),在垄断协议一章中增加了一条(第十九条):“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。”这被部分学者认为是中心辐射型垄断协议的立法表现。虽然立法者对此特殊垄断协议的概念进行了规范阐释,但现行立法依然缺少对中心辐射型垄断协议认定标准的科学设计以及对中心辐射型垄断协议法律属性的详细表述。对此,有学者引入竞争分析系谱,主张其认定标准可采“平行行为+附加因素”的证明结构。<sup>[1]</sup>张晨颖认为,不同于横向、纵向垄断协议,中心辐射型垄断协议在认定方式上呈现出非典型性特征,证明的关键在于如何从纵向协议的外观中推断出横向协议的存在。<sup>[2]</sup>对于中心辐射型垄断协议的法律属性,刘继峰认为,中心辐射型垄断协议表面上是不同于横向协议与纵向协议的第三种类型,本质上却是典型的横向垄断协议,纵向协议不过是促成横向共谋的手段而已。<sup>[3]</sup>焦海涛认为,中心辐射型垄断协议既不是单纯的纵向协议,也不是横、纵协议的简单相加,基于实际竞争效果的考量,应为横向垄断协议。<sup>[4]</sup>吴韬、何晴认为,将中心辐射型垄断协议归入到纵向、横向垄断协议中的任何一种都可能造成两种类型协议关系的对立尖锐化。为妥善解决反垄断法自行纠偏能力弱化的难题,最稳妥的做法是将中心辐射型垄断协议定义为一种横、纵向垄断协议相加的协议。<sup>[5]</sup>不同于上述学者的主张,郭传凯立足于我国反垄断立法水平与执法经验的现实,建议扩大纵向协议的认定范围,将中心辐射型垄断协议归为纵向协议的特殊类型。<sup>[6]</sup>不难发现,中心辐射型垄断协议自身构成的复杂性决定了其法律属性的存疑,基于此,本文尝试探究中心辐射型垄断协议的认定要件,并在垄断目的与实际竞争效果的法理逻辑中厘清中心辐射型垄断协议的法律属性,以期对我国反垄断执法、司法有所裨益。

## 一、中心辐射型垄断协议的规制困境

中心辐射型垄断协议兼具形式要件(纵向垄断协议)以及实质要件(横向默示共谋)。囿于此种垄断

收稿日期:2022-11-14

作者简介:韩世鹏(1996—),男,山东聊城人,厦门大学台湾研究院法律研究所博士研究生。

协议的特殊性,当前反垄断法呈现不敷适用的规制困境。

### (一)中心辐射型垄断协议的基本结构

中心辐射型垄断协议既涉及上下游经营者的纵向协议,同时也包含横向竞争者(既可能是上游企业也可能是下游企业)之间的默示共谋。因此,中心辐射型垄断协议基本结构表现为两个方面:一是形式要件,即纵向垄断协议;二是实质要件,即横向默示共谋。

#### 1.形式要件

中心辐射型垄断协议中的纵向协议较为明显,往往以协会规章、公司决议、合同等形式呈现。如“苹果电子书案”<sup>①</sup>中的代理协议,“玩具反斗城案”<sup>②</sup>中的独家销售协议以及“洲际公司诉美国案”<sup>③</sup>中的信件等,均是纵向协议的典型表现。纵向协议的出现本无必要,横向经营者之间完全可以通过隐蔽的意思联络实现协同一致的行为。但综观典型的中心辐射垄断共谋的外在表征,纵向协议却是必不可少的,其背后的原因值得深思。实际上,从中心辐射型垄断协议的典型判决来看,纵向协议在垄断过程中起到了“伪装”的作用,往往被用来欺骗反垄断执法机构,一旦反垄断执法机关对横向经营者的垄断共谋有所怀疑,后者便可依据签订纵向协议的独立性、自身份额较小等理由进行抗辩,从而逃避反垄断执法机关的处罚。

#### 2.实质要件

中心辐射型垄断协议还包含数个横向经营者之间协同一致的行为。之所以称后者为“一致行为”,是因为横向经营者之间的合意并无可观察的形式予以证明,而是以纵向协议为桥梁,通过隐秘的信息交换来实现。如“玩具反斗城案”中,根据内部文件“如果其他竞争者退出,我也将退出”的规定,便可推断出参与轴辐协议的经营者已经预见到了即将发生的协同行为,并乐于参与其中,由此证明横向经营者意思联络的存在。“苹果电子书案”中的六大出版商与苹果公司实行“代理模式”,从而逼迫亚马逊公司接受涨价要求。同样,我国“娄底案”<sup>④</sup>中,11家保险公司与瑞特公司(保险经纪公司)之间签订的固定服务价格、划分市场份额等内容的协议条款,11家保险公司彼此都知道协议的存在,存在默示共谋的可能。

中心辐射型垄断协议的核心经营者可以是上游的生产商,也可以是下游的零售商。对于前者,上游企业往往凭借竞争优势垄断市场,并作为中心辐射型垄断协议的发起者与核心力量主导共谋;下游企业则为寡头市场,充当上游经营者的共谋代理。这类垄断协议的典型案例是“标准石油案”<sup>⑤</sup>“玩具反斗城案”“洲际公司诉美国案”等。对于后者,下游经营者则掌握绝对市场份额,买方力量的崛起导致议价权逐渐向下游经营者倾斜,并通过谈判将上游经营者作为自己的“信使”以实现垄断共谋,比如“娄底案”“苹果电子书案”等。值得注意的是,随着反垄断执法的迅速推进,轴心经营者可能是上游或者下游中的经营者,也有可能是任何实现间接信息交换的第三人,如政府官员、普通民众等。甚至在科技与经济加速融合的背景下,平台与算法作为轴心的情况也屡见不鲜,这无疑增加了该类垄断协议的识别难度。

### (二)规制困境:基于认定标准与法律属性的视角

横向、纵向垄断协议的二分法固然清晰,能够提升反垄断执法的效率。然而,面对复杂多变的经济生活,一旦将此种规则程序化,便会不可避免地暴露出诸多弊端。具体到中心辐射型垄断协议,其面临的困境主要集中在认定标准与法律属性两个方面。

#### 1.中心辐射型垄断协议认定标准的模糊

中心辐射型垄断协议给执法者带来了诸多挑战,首当其冲的便是认定标准的模糊困境。原因在于,

① United States v. Apple Inc., 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013).

② Toys “R” US, Inc. v. Federal Trade Commission, 221 F. 3d 928 (7th Cir. 2000).

③ Interstate Circuit v. United States, 306 U.S. 208 (1933).

④ 参见“湖南娄底保险行业协会联合 12 家单位搞垄断被处罚”, <http://finance.people.com.cn/insurance/n/2013/0108/c223018-20130807.html>, 最后访问日期:2023 年 1 月 6 日。

⑤ Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

意思联络在纵向协议与横向共谋中错乱交织,而且纵向协议的单一向度证明无法为横向经营者之间的默示共谋提供有益参考,即单纯依赖纵向协议无法证明横向经营者之间的意思联络,因此,两者虽然紧密联系,但证明彼此间的因果关系却殊为不易。

一方面,纵向协议的证明效力有限。反垄断执法机构可直接观察到中心辐射型垄断协议中的纵向协议,因此,纵向协议中意思联络的证明较为简单。遗憾的是,即便反垄断执法机关发现纵向主体间的意思联络,纵向主体同样可以市场份额较小、反垄断效果轻微甚至正常贸易行为、促进竞争等理由进行抗辩,使得最终的执法不了了之。

另一方面,横向共谋的证明标准严苛。与纵向协议相似,横向经营者之间的意思联络呈现出横向单一性的特征。但与纵向协议不同的是,横向共谋的证明标准异常严苛。原因在于,一方面,横向经营者的意思联络极为隐蔽,有可能只是一次茶话会,甚至仅仅依赖一个“心领神会”的眼神便可实现垄断目的。因此,反垄断执法机构很难找到直接有效的证据,只能任其“逍遥法外”。另一方面,通过协同一致的行为反推意思联络的存在于逻辑层面难以自洽。因为这种反推容易“误伤”市场交易中正常的商业磋商。如某经销商为压低商品价格,有意将询价信息透露给两个以上不同的生产商,这种典型的“讨价还价”也可以被认定为协同行为,而这无疑模糊了非法与合法的边界。<sup>[7]</sup>

综上,纵向协议的证明简单易行却掣肘于反竞争性不足而被否定,横向经营者默示共谋的证明往往因缺乏充足有效的证据而无法达到处罚和起诉标准,这就为中心辐射型垄断协议的认定增加了难度。

## 2. 中心辐射型垄断协议的法律属性难于辨识

中心辐射型垄断协议的法律属性同样是困扰着学界已久的问题:其究竟是横向垄断协议,还是纵向垄断协议,亦或是“横向+纵向”的复合垄断协议,甚至是不同于前两者的一类新型的垄断协议。目前学界的主流意见是将其定位为横向垄断协议。例如,郭传凯通过垄断效果分析,认为中心辐射型垄断协议只是表面上具有纵向协议的特征,实质上依然属于横向协议。<sup>[6]156</sup>持相同观点的还有刘继峰、侯利阳、焦海涛等。郭家昊则根据工具与结果的定位,主张纵向关系是协议行为所运用的工具,而横向关系是运用该工具所产生的结果;前者是主导行为,后者是辅助行为。<sup>[1]73</sup>易言之,中心辐射型垄断协议的本质是横向垄断协议。

与我国学界的主流观点不同,依据狭义的法教义视角,《平台反垄断指南》第八条(轴辐协议)与第六条(横向垄断协议)和第七条(纵向垄断协议)属于并列关系,说明立法者倾向于将中心辐射型垄断协议定位为一类新型的垄断协议。可见,对于中心辐射型垄断协议的属性定位问题目前仍没有定论,这无疑为反垄断执法机构的工作开展增加诸多现实障碍。

## 二、重塑认定标准:“平行行为+意思联络”双层结构的考量

中心辐射型垄断协议的特殊性表现在该协议涉及复合型经济主体,并且在法律关系上的指向必然也是多元的。<sup>[3]34</sup>申言之,这种垄断协议涉及两种法律关系,一是纵向主体与横向经营者之间的纵向协议,一是横向经营者之间的合谋。前者的垄断事实比较明确,外在行为也易于观察,精准识别并非难事。后者的认定过程则颇为“艰辛”,原因在于横向经营者之间往往心照不宣地关注并“模仿”对方的行为,从而实现协调一致的合谋。上述情形中的经营者不会直接进行交流,更谈不上签订协议,但这种隐蔽的、默契的共谋产生的垄断危害,丝毫不亚于传统意义上的垄断协议行为。<sup>[8]</sup>而且,卡特尔的参与者往往竭尽全力运用竞争技巧掩盖其共谋行为,以至于“冒着烟的枪”的决定性证据几乎不会存在。<sup>[9]</sup>因此,在美国,一个固定价格行为的密谋被联邦当局发现的可能性已经被估计为最高能在13%—17%之间。<sup>[10]</sup>可见,欲精准识别此类默示共谋,仅靠单一的协议内容或者被告人承认已然不能实现,必须借助间接证据链条方能合理推导出中心辐射型垄断协议的存在。

波斯纳认为,协议、监督和实施是固定价格卡特尔的核心要素,从而建议反垄断监管当局通过旁证推

导出共谋存在。<sup>[11]</sup>遗憾的是,该观点同样存在羸弱之处,因为用旁证推导共谋不等于其可以作为证明共谋的替代。这就意味着共谋的证明仍需要更多的证据参与,但究竟需要多少,波斯纳并没有提供详细的解释。对此,国内学者多以主体、行为、目的、效果四要件作为中心辐射型垄断协议的事实认定要件,但此种分析方式不仅复杂,而且过分关注主体、目的要件,以至于脱离了规范的分析路径。事实上,主观状态的推定同样依赖间接证据链条的逻辑导向,而且繁琐的主观证明有知识溢出之嫌。另外,国内部分学者对与中心辐射型垄断协议认定联系颇为密切的意思联络、辅助因素等内容的讨论浅尝辄止,这显然不利于中心辐射型垄断协议认定标准的构建。因此,笔者在总结前人理论成果的基础上,尝试构建以“平行行为+意思联络”双层结构的证据推定框架,从而实现了对中心辐射型垄断协议中默示共谋的精准判定。

### (一) 平行行为的认定

平行行为,即经营者之间的一致行为。平行行为之所以成为判定中心辐射型垄断协议的首要因素,是因为该行为极大减少了未来市场的不确定性,并且有效规避了个体行为可能遭遇的风险,从而为横向经营者提供了稳定预期。正是基于上述考量,对中心辐射型垄断协议认定体系的构建也应当首先考虑平行行为的认定。

平行行为是一个不带有价值判断的中性概念,是具有竞争关系的经营者共同就产品价格等因素进行相似幅度调整的客观事实。<sup>[5]165</sup>依据文义解释,平行意为“一致”,即两个经营者外在行为趋于一致,比如市场上的寡头企业同时以相同的幅度就产品产量、成本、价格等进行调整。只有相互合作与一致行为同时出现,方能认定垄断行为。<sup>[12]</sup>平行行为强调的是竞争行为的客观一致性,在理解平行行为在中心辐射型垄断协议认定中发挥核心作用的前提下,有必要对其基本结构要件展开详细论证。

首先,主体方面。平行行为强调的是横向经营者之间意思一致的外在表现,必然要求主体处于同一竞争层面。对这一问题的厘清至关重要,否则将不可避免地陷入逻辑前提错误的困境中,一个典型的案例便是部分学者对“娄底案”的误读。有学者认为瑞特公司(由娄底市八家保险公司组成的保险经纪公司)与保险公司属于上下游的关系,这种观点是有待商榷的。实际上,保险经纪公司与保险公司并不属于上下游关系,而是平等的法人之间的合作关系。原因在于,一方面,从经济学视角来看,上下游往往是市场产业链的概念,两者之间是供给与需求的关系。反观保险经纪公司与保险公司,两者之间在运行机制、盈利方式、管理组织等方面独立性相当明显,并不存在相互依存的紧密关系。因此,不宜以上下游关系予以界定。另一方面,从反垄断法理论分析,名义上为上游“经销商”性质的保险经纪公司,实际上只是各保险公司的联合,其与下游的保险公司本质相同,都在与其他外围保险公司竞争保险业务。甚至,保险经纪公司与作为其成员的保险公司在某些业务上也存在着竞争关系。综上,娄底案中的保险经纪公司与保险公司并非上下游的市场关系。

其次,行为方面。行为方面要求横向经营者之间的行为必须具有相同性或者相似性。考虑到横向经营者往往与核心经营者分别订立纵向协议,短时间内行为的差别并不足以成为横向垄断共谋的抗辩理由。当然,为了避免误伤市场交易中的正常行为,需要反垄断执法机构就行为后果、被告所处的市场环境以及接触的关联性事实等因素进行权衡,以便准确地识别平行行为。

最后,时间方面。平行行为最重要的一点便是相互合作与一致行为必须同时出现。因此,横向共谋中经营者之间的合作意思与外在行为必须同时存在。如此,方能组成中心辐射型垄断协议的完整结构,如果只保留两者之一将会落入横向垄断协议或纵向垄断协议的范畴。

### (二) 意思联络的证明

在引入核心经营者的过程中,横向经营者之间直接交流的需求被大大降低,而且,经验表明,司法机关依靠有限的、直接的证据几乎不可能证明默示共谋的存在。质言之,平行行为不必然构成默示共谋。这就意味着对横向共谋的认定还需证明“隐形的轮辘”——意思联络。然而,默示共谋中的意思联络是如此隐晦,以至于心领神会的一个眨眼胜过任何语言表达。因此,既然直接证明的方式业已无效,那么当前

亟待通过推定技术的引入来证明横向共谋的存在。美国、欧盟虽然同样明确表达了对间接信息交流的关注,但至今未能设计出评估这种信息交流的详细方案。<sup>[13]</sup>意思联络证明的关键在于将平行行为的效果置于市场环境中,同时参考经营者的抗辩理由,最终推断意思联络的存在与否。具体而言:

首先,考虑经营者协同一致行为的竞争效果。这一条件包含两个方面,一方面,是平行行为的认定,前文业已提及,此处不再赘述。值得注意的是,这里的平行行为不仅包含横向经营者之间的平行行为,还包括轴心经营者与轮缘经营者具有一致性的行为,而且在时间上,后者的行为往往早于前者。另一方面,是平行行为产生的排除、限制竞争的效果。此处的排除限制竞争的效果既强调对市场竞争现状的影响,也包括平行行为预计会给市场造成的影响。

其次,将具有排除、限制竞争效果的平行行为置于交易环境中,从而考察其行为的合理性。横向垄断共谋的认定不能仅仅依靠经营者之间的协同一致的行为,还要观察该行为是否具有正当性。若默示共谋是基于市场变化或者政策变更必然的反应,则无须责难。但是当执法机关发现当事人的一致行为违背市场规律,产生限制排斥竞争、损害消费者权益等不利后果时,则可认定为垄断行为。而判断协同行为合理性的重要依据便是“环境证据”。

“环境证据”是美国司法实践的名词,其最初的含义为,对于违反《谢尔曼法》的共谋行为可以通过主体之间的交易过程以及其他市场环境因素加以证明。<sup>[14]</sup>环境证据的存在是为了证明经营者行为本身的异常性和复杂性。一般而言,理性的经营者不会刻意偏离纳什均衡的竞争策略,独自作出与自身利益相悖的选择,除非有更好的回报。而执法者仅观察纯粹的行为难以捋清利益交错的因果关系,必然要借助环境证据的作用。将单个行为置于整个竞争环境中去,考察其短期亏损、预期盈利、以往行为、行业特色、其他竞争者的反应等因素,若单个经营者的行为对其利益是有损害的,只有各经营者之间协调一致,方能实现利益的最大化,便可推定经营者之间形成了意思联络。一个典型的案例便是“乳粉案”。包括合生元、美赞臣等在内的九家著名乳粉生产商分别与它们的经销商签订最低转售价格维持协议,在婴幼儿乳粉市场竞争白热化的背景下,九家乳粉生产商订立的协议无疑会提升产品的零售价格,从而将消费者拱手让与他人。更让人不解的是,即便高价出售产品,所得利润也不会回流至生产商。乳粉生产商做出如此“不理智”行为的合理的解释便是,生产商旨在构建以转售价格维持协议为表征,以横向卡特尔为本质的垄断行为机制。所谓的纵向协议(转售价格维持)无非是防止经销商背离卡特尔价格的手段,最终目的便是通过设计“固定转售价格—固定转售数量—固定生产数量”的逻辑链条实现生产商之间的价格卡特尔。<sup>[16]</sup>同理,在“州际公司诉美国案”中,法官同样没有证明发行人之间任何形式的交流,而只是依据行为人自身的利益进行推断。<sup>[16]</sup>

最后,权衡经营者的抗辩事由。由于推定的依据主要为经营者竞争行为的常态联系甚至是日常的经验法则,最终的结论具有高度盖然性,这就意味着执法者并不能完全排除偏差与错误的可能,因此,对于平行行为的认定应当允许当事人抗辩。若法院通过间接证据组成的逻辑链条,足以推导出经营者之间的协同行为有较大可能是基于合谋的结果,就可以认定垄断的存在。而如果经营者能够证明协同行为是自觉仿效使然,或者有其他值得法官考虑的抗辩理由,便可使推定规则失去效力。<sup>[17]</sup>比如跟随行为,跟随行为是经营者完全靠观测市场环境以及预测竞争者的市场行动实现自身经营行为的“策略性修正”,且该行为具有经济学上的合理性:一般而言在垄断市场尤其是寡头市场,市场环境相对稳定且封闭,整个市场往往被几个实力雄厚的经营者所控制。前述企业基于其敏锐的市场嗅觉以及强大的信息分析能力,将率先采取某种行为以顺应市场环境变化,而其他较为弱小的同类经营者为了自身利益的考量也会作出相同的决策。如此一来,尽管呈现出协同一致的表征,但实质上只是市场竞争的正常行为,不能当然地认定为垄断行为。<sup>[18]</sup>因此,如果确有证据能够证明涉及垄断的信息只是孤立的,那么仅就特定交易进行的合约商谈及行为策略在原则上不能被视为共谋,即便不同交易的不同主体之间基于行业惯例或者逐利目的导致合同内容高度趋同,亦是如此。

### 三、中心辐射型垄断协议法律属性的应然定位

在阐述中心辐射型垄断协议的定位之前,应当首先理清该类协议与滥用市场支配地位行为的交叉问题。事实上,中心辐射型垄断协议,尤其平台轴辐型共谋中的平台经营者往往具有市场支配地位,而其无论是组织还是帮助上、下游经营者达成垄断共谋,均可视为对市场支配地位的滥用。对此,有学者主张,对于此类情况(既构成滥用市场支配地位,又构成轴辐协议),可归为滥用市场支配地位行为;当平台经营者不具有市场支配地位时,共谋行为将只构成中心辐射型垄断协议。<sup>[19]</sup>

中心辐射型垄断协议难以归类为滥用市场支配行为。一方面,遵循立法原意,无论是《平台反垄断指南》还是《反垄断法》,均将中心辐射型垄断协议置于垄断协议的大类中。原因在于,就结构而言,中心辐射型垄断协议表现为纵向垄断协议形式;就竞争实质而言,中心辐射型垄断协议造成了横向共谋的最终效果,外在结构与内在实质均未能脱离二分法下的分类。另一方面,就执法便宜度而言,滥用市场支配地位的前提是相关市场的界定与市场支配地位的论证,这一工作因平台属性、服务类型、国别范畴等原因而非非常复杂,不易捉摸。因此,一体适用中心辐射型垄断协议进行规制,将有效减少执法判断过程中的阻碍,最大限度打击反竞争行为。

而对于中心辐射型垄断协议的法律属性,美国学界普遍认为其应当归为横向协议。<sup>[4]29</sup>不同于美国的主流观点,我国学界对于该类新型协议的争论虽然有限,但颇为多元。主张纵向协议者有之,强调横向协议者有之,认为是复合类型协议者亦有之。事实上,中心辐射型垄断协议并不具备成为纵向垄断协议的可行性,基于垄断目的与实际竞争效果考量,也不宜认为是纵向、横向垄断协议的简单相加。质言之,中心辐射型垄断协议实质上属于横向协议的范畴。理由如下:

#### (一)中心辐射型垄断协议区别于纵向垄断协议

中心辐射型垄断协议形式上属于“伪纵向协议”,虽然两者外在方面都呈现出纵向协议的表现形式,但仍有诸多区别。首先,在我国反垄断法的语境下,纵向垄断协议主体必须为产业链上下游企业,主要表现为生产商与经销商、经销商与零售商、投入品供应商与使用该投入品的生产商等。而且纵向垄断协议中上游企业一般为寡头市场,通过纵向协议控制下游的垄断市场。控制力的来源主要是驰名商标的品牌力量,如贵州茅台生产商控制经销商转售价格的固定和限制,就体现出了企业品牌商誉发挥的重要作用。而中心辐射型垄断协议中的垄断市场与寡头市场并不必然固定,存在下游企业为核心经营者的可能。同时,实务中的案例表明,执法机关并没有过多关注市场力量的影响,说明市场力量并非认定标准的考虑因素。其次,中心辐射型垄断协议纵向行为包含却不限于纵向协议,比如美国“苹果电子书案”的代理模式以及“洲际电影公司诉美国案”中的交易许可模式等。最后,中心辐射型垄断协议中纵向行为是被辐射企业横向垄断的“嫁衣”,最终目标仍是为了促进横向市场势力的扩张。而且,中心辐射型垄断协议认定标准中最重要的一点便是横向默示共谋的推定,而纵向协议的认定无须考虑横向经营者之间是否存在意思联络。因此,中心辐射型垄断协议表面上属于纵向垄断,但究其根本仍然是为了横向垄断目的服务,属于“伪纵向协议”。

#### (二)中心辐射性垄断协议并非横、纵垄断协议的简单相加

中心辐射型垄断协议并非横向、纵向垄断协议的简单相加,原因有三个方面。首先,中心辐射型垄断协议中的纵向主体并非均是经营者,也有可能是非经营者,这就打破了复合型协议的结构预设。其次,责任承担主体认定的不足。将中心辐射型垄断协议定位为横向、纵向垄断协议的结合,意味着执法机构将对横向协议与纵向协议同时处罚,这实际上犯了“无差别处罚”的错误。纵向主体依托其市场支配力强迫或者引诱横向经营者参与垄断共谋,对此种情形适用整体惩罚并无不妥。而一旦横向经营者居于主导地位,将纵向协议作为促成默示共谋的工具,如果同时对横向、纵向主体进行处罚便违反了法律适用的基本逻辑。正如刑法中的牵连犯,一般而言,纵向协议为手段行为,横向垄断共谋则为目的行为。两者虽然违

反了不同的反垄断法规范,但前后行为之间关系密切,缺一不可。目前,刑法总则并未明确规定牵连犯的处罚原则,但刑法理论通常认为对牵连犯应当从一重处罚或者从一重从重处罚。<sup>[20]</sup>最后,即便轴心是经营者,但如果其与辐条之间是代理关系,也不能认定纵向协议的存在。垄断协议当事人必须具有独立的决策能力,如果协议双方之间构成代理关系,意味着本人有权对代理人的商业行为施加限制,这是代理关系的固有属性,此时代理人行为等同本人行为,它们之间也就不可能存在垄断协议。

### (三)中心辐射型垄断协议更非新型垄断协议

中心辐射型垄断协议虽然在名称上迥异于传统的垄断协议,但其绝非一种新型的垄断协议。一方面,中心辐射型垄断协议与传统垄断协议同宗同源。中心辐射型垄断协议起源于美国标准石油与铁路公司的共谋,虽然形成于《谢尔曼法》之前,但仍然是当时垄断环境下的产物。无论是从结构特征还是垄断效果上来看,中心辐射型垄断协议均脱胎于原有的垄断体系,并无实质上的创新。另一方面,新型协议的法律定位具有不经济性。无论是参考国外司法案例还是我国执法经验,中心辐射型垄断协议或是参考横向垄断协议加以规制,或是笼统地归为垄断协议的大类,从成本效益原则考量,立法者并无扩展反垄断法制度空间的动因。而且,即便完成繁琐的立法工作,中心辐射型垄断协议与横向、纵向垄断协议也存在诸多重复、冲突的地方,未必能在司法实践中发挥预期的作用。

### (四)中心辐射型垄断协议本质为横向垄断协议

如前所述,中心辐射型垄断协议无法纳入纵向垄断协议、复合垄断协议或者新型垄断协议的范畴。如此,横向垄断协议便成为值得考量的对象。事实上,中心辐射型垄断协议中,上游经营者不一定居于核心地位,也有可能仅是信息传播与交流的媒介。然而,无论核心经营者的市场份额如何,也无论其是否主导中心辐射型垄断协议的启动与运行,均不影响该协议为横向垄断的法律本质。

为便于理解,笔者依据横向、纵向主体作用的不同,将中心辐射型垄断协议划分为一般性中心辐射型垄断协议和特殊性中心辐射型垄断协议。

一般性中心辐射型垄断协议是指下游横向经营者居于主导地位,纵向主体居于辅助地位的情形。换言之,前者是目的,后者是工具。典型案例如“娄底案”中的八家保险公司居于主导地位,而瑞特公司则居于辅助地位;“玩具反斗城案”中的玩具零售商居于主导地位,而玩具生产商则处于辅助地位。同样的例子还有“苹果电子书案”“州际公司诉美国案”等,均是处于市场下游的横向经营者胁迫或者引诱上游经营者参与垄断共谋,从而实现对下游市场的垄断。

在此类垄断协议中,纵向行为减少了横向经营者之间协调的频率,并通过可观察的协议形式为横向共谋披上了合法的“外衣”,从而实现掩盖与稳固共谋的目的。而且,在竞争效果方面,纵向协议只是限制品牌内的竞争,对品牌间竞争的影响则可忽略不计;而中心辐射型垄断协议实际上是以纵向协议掩饰横向共谋,明显地限制了品牌间的竞争。因此,一般性中心辐射型垄断协议是典型的横向垄断行为。

特殊性中心辐射型垄断协议是指上游横向经营者居于主导地位,下游经营者居于辅助地位的情形。实践中,具有市场支配地位的上游经营者一般不会主动寻求与下游公司的共谋,原因在于上游经营者完全可以自行开展垄断活动,而不必大费周章地与每一个下游企业签订纵向协议。而且,在传统经济学分析视角下,基于双重边际化减少价值链总利润的考量,上游经营者无论如何都不可能坐视下游企业成为垄断者,更遑论亲自加盟并稳固垄断市场。然而,越来越多的案例表明,上游经营者宁可主动推进看起来对自己有害的卡特尔,也要协调横向经营者之间的利益冲突,唯一的合理解释便是上游经营者最终将在卡特尔共谋得到远超短期损害的回报,获得高额回报往往成为上游经营者甘愿充当启动者与主导者的强烈动机。循此进路,最终影响中心辐射型垄断协议垄断效果的是横向经营者的默示共谋,因此,即便上游经营者居于主导的地位,即使该类型的垄断协议引起的限制竞争效果弱于经典的横向限制,但本质上仍是横向协议。

#### 四、结语

中心辐射型垄断协议的结构层面可分为四个部分,一为“中心”,即发起、主导纵向行为的核心经营者;二为“辐条”,即上游或下游企业;三为连接中心和辐条的纵向协议;四为连接辐条的“轮圈”——意思联络(默示共谋)。中心辐射型垄断协议的出现表明,纵向协议和横向协议之间的区别虽然存在“理论上尖锐”,在现实中却可能模糊不清甚至相互交融。究其本质,横向垄断协议与纵向垄断协议的划分实际上就是法律形式主义与经济实质主义的对抗与选择。而中心辐射型垄断协议无论在形式层面还是在实质层面均迥异于传统垄断协议,同时涉及比较法分析、经济学模型、法理逻辑推导等因素,使得执法、司法人员面临着认定标准不清、法律属性不明以及违法性分析难以判定的困境。中心辐射型垄断协议认定标准疑难的解决可以借助“平行行为+意思联络”的双层结构的证据推定机制。就法律属性而言,基于垄断目的与实际竞争效果的考量,将中心辐射型垄断协议的认定为横向垄断协议更为适宜。

#### 参考文献:

- [1] 郭家昊.中心辐射型卡特尔的规制[D].北京:中国政法大学,2018:73.
- [2] 张晨颖.垄断协议二分法检讨与禁止规则再造——从轴辐协议谈起[J].法商研究,2018(2):101-113.
- [3] 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):33-36.
- [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):29.
- [5] 吴韬,何晴.美国“苹果电子书价格垄断案”争点释疑[J].法学,2017(2):165.
- [6] 郭传凯.美国中心辐射型垄断协议认定经验之借鉴[J].法学论坛,2016(5):156
- [7] 侯利阳.轴辐协议的违法性辨析[J].中外法学,2019(6):1610-1616.
- [8] HOVENKAMP H, LESLIE C R. The firm as cartel manager[J]. Vanderbilt law review, 2011(3): 836-837.
- [9] GRASSO R. The E. U. leniency program and U. S. civil discovery rules: A fraternal fight? [J]. Michigan journal of international law, 2008(3): 568-698.
- [10] 伍特,威尔思.欧洲共同体竞争法中的罚款处[M].李国海,译.北京:中国方正出版社,2001:278.
- [11] 基斯·N.希尔顿.反垄断法:经济学原理和普通法演进[M].赵玲,译.北京:北京大学出版社,2009:70.
- [12] 王晓晔.中华人民共和国反垄断法析评[J].法学研究,2008(4):69.
- [13] VAN RUTTEN R L, BUTS C. Hub and spoke cartels: Incentives, mechanisms and stability[J]. European competition and regulatory law review, 2019(1): 4-16.
- [14] 陈云良,陈婷.垄断协议中协同行为的证明问题研究[J].政治与法律,2008(10):83.
- [15] 许光耀.反垄断法上的卡特尔宽大制度[J].政法论丛,2015(3):112.
- [16] 许光耀.论反垄断法上对“协议”的认定[J].价格理论与实践,2013(9):33.
- [17] 马敬.论反垄断法协同行为证明中的推定[J].政治与法律,2009(10):131.
- [18] 李志强.中国反垄断立法与执法评述[M].北京:社会科学文献出版社,2019:53
- [19] 程威.平台经济领域轴辐协议反垄断:国际经验、理论证成与路径建构[J].南方金融,2021(9):91-100.
- [20] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2014:439-440.

(下转第 74 页)



- [31] HADLOCK C J, PIERCE J R. New evidence on measuring financial constraints: Moving beyond the KZ index[J]. The review of financial studies, 2010(5): 1909-1940.
- [32] 鞠晓生, 卢荻, 虞义华. 融资约束、营运资本管理与企业创新可持续性[J]. 经济研究, 2013(1): 4-16.
- [33] 宋军, 陆旸. 非货币金融资产和经营收益率的 U 形关系——来自我国上市非金融公司的金融化证据[J]. 金融研究, 2015(6): 111-127.
- [34] BARON R M, KENNY D A. The moderator-mediator variable distinction in social psychological research: Conceptual, strategic, and statistical considerations[J]. Journal of personality and social psychology, 1986(6): 1173-1182.
- [35] 徐珊, 刘笃池. 企业金融化对技术创新影响的实证研究[J]. 科研管理, 2019(10): 240-249.
- [36] 王会娟, 张然, 胡诗阳. 私募股权投资与现金股利政策[J]. 会计研究, 2014(10): 51-58+97.

## Impact of Financialization in Manufacturing Enterprises on Cash Dividend Policy

ZHANG Jiangang, YU Xiaoqing, KANG Hong

(College of Economics and Management, Shandong University of Science and Technology, Qingdao, Shandong 266590, China)

**Abstract:** Taking A-share manufacturing listed companies in Shanghai and Shenzhen stock markets from 2007 to 2019 as the sample, this paper explores the impact of financialization in manufacturing enterprises on cash dividend policy. The research reveals that financialization in manufacturing enterprises inhibits cash dividend payment intention and level, with more obvious inhibition effect in the non-state-owned enterprises and small enterprises. Among them, both investment financialization and income financialization have significant inhibition effect on cash dividend payment level. Compared with investment financialization, income financialization has more obvious inhibition effect on cash dividend payment intention. Further mechanism tests show that financialization in manufacturing enterprises reduces operating profit mainly by crowding out the main investment, and thus inhibits the distribution of cash dividends. However, the path to promote the distribution of cash dividends by alleviating financing constraints is not significant. After robustness tests such as endogeneity, propensity score matching (PSM), substitution of explained variables and change of sample interval, the empirical conclusions remain robust. The enterprises should, with a healthy vision, focus on their main business to realize their own high-quality development as well as increase cash dividends to feed back the investors.

**Key words:** financialization of enterprises; cash dividend policy; mediating effect

(责任编辑:魏 霄)

(上接第 51 页)

## Regulation Dilemma and Institutional Response to the Hub-and-Spoke Conspiracy

HAN Shipeng

(Graduate Institute for Taiwan Studies, Xiamen University, Xiamen, Fujian 361005, China)

**Abstract:** Hub-and-spoke conspiracy, also known as hub-and-spoke monopoly agreement, seems to be a vertical agreement, but, in essence, is a horizontal monopoly agreement. Constrained by the complexity of external representation and internal structure, this type of monopoly agreement has encountered legal difficulties in terms of identification standard and legal attributes. The premise of regulating hub-and-spoke monopoly agreement is to construct an operable identification standard, and the evidence presumption mechanism of the two-layer structure of “parallel behavior + intentional connection” is an approach worthy of reference. Parallel behavior can refer to the subject, behavior and time elements, while intentional connection needs to pay attention to the role of environmental evidence. At the level of legal attributes, based on the consideration of monopoly purpose and actual competition effect, hub-and-spoke monopoly agreement should be classified as a horizontal monopoly agreement in nature.

**Key words:** hub-and-spoke conspiracy; intentional connection; identification standard; legal nature

(责任编辑:董兴佩)