

夏旭丽,李天生. 航运联盟反垄断规范竞合论:企业联营理论的比较考察[J]. 中国海商法研究,2022,33(4):97-109

航运联盟反垄断规范竞合论:企业联营理论的比较考察

夏旭丽¹,李天生²

(1. 广州应用科技学院 法政学院,广东 广州 511370;2. 大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

摘要:在反垄断法的视域下,以航运联盟形成阶段的反垄断审查为考察对象,存在垄断协议与经营者集中反垄断规范竞合。中国现行规范体系尚未在航运联盟反垄断问题上提供清晰指引,航运联盟竞争分析的路径选择莫衷一是。通过对中美欧三大法域企业联营理论与航运反垄断立法与实践的多维度考察,提出中国航运联盟的反垄断应基于航运企业联合行为的本质,在企业联营反垄断视角下,充分考虑《中华人民共和国反垄断法》《中华人民共和国国际海运条例》及监管执法体系的特点,围绕航运联盟反垄断类型识别、法规协调、豁免模式、执法模式等规范竞合下的诸多问题开展规则建构,积极服务航运强国战略。

关键词:航运联盟;P3联盟;企业联营;反垄断豁免;控制权

中图分类号:D922.294 文献标志码:A 文章编号:2096-028X(2022)04-0097-13

On competition and cooperation of antitrust regulation in shipping alliance: a comparative investigation on the theory of joint venture

XIA Xu-li¹, LI Tian-sheng²

(1. School of Law and Politics, Guangzhou College of Applied Science and Technology, Guangzhou 511370, China;
2. Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: From the perspective of the anti-monopoly law, the anti-monopoly review in the formation stage of the shipping alliance is the object of investigation, and there is competition and cooperation between the monopoly agreement and the anti-monopoly regulation of the concentration of operators. China's current regulatory system has not yet provided clear guidance on the anti-monopoly issue of shipping alliances, and there is no consensus on the path choice of competition analysis of shipping alliances. Through the multi-dimensional investigation of the theory of joint venture and the legislation and practice of shipping anti-monopoly in the three major legal regions of China, the United States and Europe, it is proposed that the anti-monopoly of China's shipping alliance should be based on the essence of the joint behavior of shipping enterprises. From the perspective of joint venture and anti-monopoly, the characteristics of *Anti-monopoly Law of the People's Republic of China*, *Regulations of the People's Republic of China on International Ocean Shipping* and regulatory and law enforcement system should be fully considered and the anti-monopoly type identification, regulation coordination, exemption mode and the law enforcement mode, as well as many other issues under the standard competition and cooperation, should be constructed so as to actively serve the strategy of shipping power.

Key words: shipping alliance; P3 alliance; joint venture; antitrust exemption; control power

收稿日期:2022-08-20

基金项目:2018年度广东省哲学社会科学规划学科共建项目“‘海洋强国’战略背景下我国航运企业并购反垄断豁免制度研究”(GD18XFX07),2020年度广东省教育厅特色创新科研项目“‘一带一路’背景下国际航运并购反垄断豁免体系创新研究”(2020WTSCX078)

作者简介:夏旭丽,女,广州应用科技学院法政学院讲师,广东省社科研究基地城乡文化发展研究中心研究员,广州航海学院海商法研究中心兼职研究员;李天生,男,法学博士,大连海事大学法学院教授、博士生导师。

航运集中化和营运联盟化是航运市场自由化发展的产物。在反垄断领域,针对航运业的集中(主要指合并收购),基本按照经营者集中规则进行考察与评价;而针对航运联盟这种航运企业缔结合作协议的情形,世界主要法域基本是按照垄断协议的规制路径和豁免适用原则进行审查。一般情况下,典型的合并与收购行为产生永久性结构变化,企业合作显著表现为合谋协同,二者界分并不易致混淆。直到2014年,中国商务部适用经营者集中审查程序,作出禁止马士基、地中海航运、达飞(简称P3联盟)设立网络中心的决定时才出现端倪,不仅打破了自20世纪90年代航运联盟起步发展到不断重组整合的二十余年里未被反垄断机构发起禁令的传统,还揭露了一类容易被忽略的关系——垄断协议存在向经营者集中转变的可能性,或者说垄断协议达到某些法定条件可以归入经营者集中的范畴。德国法学家卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)认为:“若法律中存在混合类型,则可能产生同一个案件事实可以被多个法律规范所指涉,构成规范竞合,造成三种后果:不同法律规范的法效果相同;它们的法效果不同但彼此不排斥;它们的法效果不同且彼此相互排斥。”^[1]航运联盟反垄断审查规范竞合命题的展示,正契合拉伦茨笔下的这种“混合类型”,但这种法律现象并非航运联盟的专利。在反垄断语境下,企业联营作为特殊的企业间联合形态,其联结方式是通过协议完成的,但其最终的影响既可能是行为性的,也可能是结构性的,因而主要涉及到垄断协议与经营者集中的规制并常常在边界上表现模糊。^[2]⁶⁹ 欧洲共同体在1966年公布的《关于共同市场内集中问题的备忘录》中承认,卡特尔(垄断协议)与企业并购(经营者集中)之间的分界线落在何处,区分是难以捉摸的,限制竞争协议和经营者集中的法律适用同样也会发生竞合。^[3]⁵¹ 而航运联盟作为企业联营统辖下生成的一种行业性联营组织(协议),蕴含同样的规范竞合机理。因此,借助企业联营理论解释航运联盟反垄断审查规范竞合问题不失为一种有效路径。

一、相关术语的界定

(一) 企业联营

企业联营也称为企业合营,这一术语可以被用来描述包括两个或更多企业的几乎所有的商业安排。由于企业联营的内容、组织形式和结构的不同,在某种程度上可以说是难以对其作出清晰定义的。在欧盟,企业联营是指两个或多个企业为实现特定商业目的,整合它们的部分运营,设定联合控制的一

种安排。这种安排本身构成一个独立的商业实体。^[4]美国将企业联营等同于竞争者之间的合作或者竞争者协作,并针对企业联营定义的多元化指出其形式可以从仅仅是两个独立企业之间通过合同关系直接或间接控制资产到两个独立的企业共同出资成立一个新企业。^[5]⁷ 总体而言,从对企业联营的反垄断规制来看,这种联合或合作可以很紧密,也可以很松散,并非一定形成一个联营企业。学术界与实务界对企业联营的反垄断关注源于对其竞争影响双重属性的认识:基于降低生产成本、获得规模经济效益、增加生产能力、开发新产品、进入新市场等原因进行的联营合作将有利于竞争;而以固定价格、分割市场等损害竞争的目标采取合作策略,则将产生反竞争的效果。

在中国语境下,企业联营与企业合营亦是一组可以相互替代的概念。企业联营是肇始于改革开放初期的一种笼统的经济现象或宽泛的概念,在制度层面上通过类型化描述归纳为三种形式——1986年出台的《国务院关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》将联营分为紧密型、半紧密型与松散型,于同年颁布的原《中华人民共和国民法通则》将联营分为经济实体型、非经济实体型、合同型,除此之外还有法人型、合伙型和协作性等学理分类。^[6] 虽然各种分类用语不同,但根据内涵可以基本对应,如紧密型联营对应于经济实体型、法人型联营,半紧密型联营对应于合伙型联营,松散型联营对应于合同型、协作型联营。在中国法律制度不断完善后,这种横向经济联合的三种形式确定了新的归宿——紧密型法人型联营纳入《中华人民共和国公司法》调整,半紧密型联营归入《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)合伙合同和《中华人民共和国合伙企业法》调整,松散型联营归入《民法典》合同编调整,企业联营制度逐步肢解,^[7] 但不能由此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。^[8] 目前中国经营者集中制度中的“新设合营企业”便是企业联营理论转向反垄断法的表现。而在P3联盟执法实践中,更是直接引用中国传统企业联营理论中紧密型这一分类术语。因此,相对于欧美法对企业联营的概念化认识,中国更倾向于通过企业联营的类型化来把握其基本内涵。

(二) 航运联盟

国际航运企业合作是航运市场的一种主流形

态,学术界一般采用“三分法”将各种合作组织概括为三种类型:班轮公会、协商协议组织和运营协议组织。^[9]其中航运联盟属于运营协议组织的下位概念。对于航运联盟的界定,比较权威的版本出自经济合作与发展组织(简称经合组织)和欧盟。经合组织认为,航运联盟是两个或两个以上的航运公司为了共同开展一项联合行动而形成的联盟,该联盟可以是单独的法人机构,也可以是不具有法人地位的非独立机构。欧盟第870/95号规则规定,航运联盟是指两个或两个以上从事国际集装箱定期航线运输的承运人之间的协议,通过技术、运营或商业安排而非固定运价方式提高各自的运输水准。^[10]上述界定各有侧重,将表述中所蕴含的特征与因素组合起来有助于厘清航运联盟的基本涵义:联盟由两家或两家以上的航运企业组成,即通常所说的班轮运输企业;航运联盟的组织形式包括法人与非法人两种;联营内容涉及技术、运营或者其他不包括运价调控这种典型的核心卡特尔的商业安排,这也是其区别于班轮公会的显著方面。结合前述企业联营的界定可知,航运联盟是一种典型的企业联营,并根据合作内容、组织形式的差异而产生或紧密或松散的不同法律类型。

特别指出的是,“航运联营体”是与航运联盟相似的一个术语,二者在中国官方文件与学术文献中均有出现,但内涵不尽明了。《中华人民共和国国际海运条例》(简称《国际海运条例》)将“联营体”置于与班轮公会协议、运营协议、运价协议等概念并列的地位予以规制,《中华人民共和国国际海运条例实施细则》在运营协议的解释项下又将联盟协议、联营体协议并列表述。中国有学者试图从国际航线合作区域范围大小、国际航线数量^①、合作形式多寡对二者进行区分,但至多体现为“量”的区别,并非“质”的差异;而在对美国、欧盟航运竞争法律规则或者官方文件进行汉译时,联营体(*consortia*)与联盟(*alliance*)的定义也并未显示出本质区别。因此,更多学者倾向于在研究中对该组概念进行模糊处理,或者采取交替使用的策略。鉴于二者的同质性与语义解释的交互特征,笔者将联营(航运联营体)与联盟(航运联盟)视为可相互置换的概念。

(三) 规范竞合

规范竞合是指法律规范竞合,学理上解释为由于某种法律事实出现,导致两种以上的法律概念发

生,并使这些概念之间发生重叠或冲突的现象。^[11]规范竞合研究多出现在刑法和民法领域,但由于传统民法视域下企业联营理论的重心已经转向反垄断法,规范竞合近些年开始出现在竞争法研究领域。有学者认为,包括反垄断三大支柱(垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中)在内的不同维度的类型化进路可能会产生不精确的结果:由于许多行为并不是简单地属于某个特定类型,或者不同的类型本身就可能覆盖同一种行为,而留下大量的不确定空间,尤其是企业联营这一类型可能存在规范竞合,具体表现为垄断协议调查与经营者集中审查的规范竞合。^{[2]64-69}代表性的另一观点认为,垄断协议与经营者集中都由复数主体构成与实施,以及集中行为也主要是通过协议方式进行的复合特征,导致两类行为可能发生交叉进而产生法律适用上的竞合现象。^{[3]48}就航运联盟而言,由于航运企业通过协议缔结联盟的方式客观上产生了某种程度的排除或限制竞争的效果,因而归入垄断协议调查并无不妥;但在协议涉及结构性安排或影响而与经营者集中并无本质差异的情况下,此时的航运联盟归入经营者集中审查亦符合法理。鉴于此,笔者依托学界已有的研究基础,针对航运联盟提出规范竞合论,不仅是对规范竞合论在广度上的拓展,也是对中国反垄断实践问题的一种理论回应。需要说明的是,规范竞合还会在横向与纵向垄断协议之间、垄断协议与滥用支配地位之间存在,^{[2]67-69}但由于将考察限于航运企业缔结联盟协议这一行为及其形成阶段,笔者的研究聚焦于垄断协议与经营者集中的规范竞合,而不涉及前述的另外两种现象。

二、企业联营反垄断法规制框架

垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中构成了反垄断规范类型化的表达,三者相互衔接、补充,形成垄断行为规制的闭环。^{[2]60}但随着理论与实践的发展,企业联营内容的多样化与复杂化使得美国、欧盟、中国等主要竞争法域认识到难以依靠某单一类型的反垄断规范进行规制,面对被喻为“反托拉斯最黑暗的角落之一”的企业联营,亟需与之适应的反垄断规制理论予以支撑。

(一) 美国反垄断法考察

美国建立了复杂的企业联营反垄断规制体系。鉴于联营企业涉及独立的当事人之间的协议,因此,

^① 联营体大多是区域性的航运公司联合运营,通常集中于某一单独航线,而航运联盟可看作是全球范围的联合体。参见韩立新,林子樱:《航运联盟格局下中国反垄断豁免的法律应对》,发表于《中国海商法研究》,2020年第2期,第89-96页。

《谢尔曼法》第1条适用于设立联营企业行为,而如果联营企业的设立属于垄断、企图垄断或者共谋垄断,那么《谢尔曼法》第2条也同样适用。^[12]除此之外,受美国对企业联营的多元化定义以及相关判例的影响,企业合并并购规则亦可能对联营企业产生规制效果。司法部与联邦贸易委员会颁布的《竞争者合作行为反垄断指南》(简称《合作行为指南》)将企业联营界定为“竞争者之间除合并协议之外,共同从事经济活动而达成的一项或一系列协议以及因该协议而发生的经济行为”。美国学者保罗·麦格拉斯(J. Paul McGrath)认为企业联营主要包括六种基本类型,即全面整合、研究与开发、生产(服务)、营销、采购以及网络^①。虽然《合作行为指南》将合并排除在企业联营定义之外,但如果是全面整合式的企业联营,美国监管层便认为这种合作本质上构成了企业在相关市场上的业务合并,应按照《克莱顿法》第7条对并购行为的分析方法进行审查。一般而言,符合以下条件的企业联营便视为横向并购行为:一是主体,联营参与者是相关市场的竞争者;二是目的与行为范围,为在相关市场上提高经济效率而进行的整合型经济活动;三是效果,排除了在相关市场的经营者的所有竞争;四是期限,明确规定在某充分限制的期间内不会终止。同时《哈特-斯科特-罗迪诺反垄断改进法》(简称《改进法》)也明确规定,如果合作者之间组建了公司或者非公司企业(如合伙企业),那么这种企业联营中的合作者可能被视为“收购企业”,而企业联营则会被视为“被收购企业”,当资产、证券收购达到法定标准时,这种企业联营必须进行申报。^[51]¹⁹因此,美国反垄断法将符合构成要件的完全整合型企业联营或者组建了具有法律意义上的某类独立经济实体的企业联营,纳入并购范畴进行审查。据此,理论界认为企业联营反垄断规制应当视为介于卡特尔协议和完全并购之间中间地带的一种独立类型。

(二) 欧盟反垄断法考察

欧盟针对企业联营采取的是二元划分的规则体系,即合作型联营与集中型联营。合作型联营系指企业间以合同形式达成关于生产、科研、科技转让、供货等方面的合作协议,^[13]当产生明显阻碍市场竞

争的效果时,属于垄断行为范畴,纳入《欧洲共同体条约》第81条和第82条的管辖。^[3]³⁸⁻³⁹集中型联营又称为完全功能型联营,系指当达到集中规制所定的共同体规模,且在持久性基础上实行独立经济实体所有功能的联营,其转变了企业结构,属于垄断结构范畴,依据《欧盟理事会控制企业集中的第139/2004号条例》以及实施细则进行集中规制。而如何判断集中型联营,欧盟委员会《完全功能型联营企业的概念通告》明确了考察的三个观测点:一是共同控制。既包括母公司享有平等的投票权和联营企业主管人员的任命权,也包括持有另一个企业相对较少的股份但能施加“决定性影响”的情形。二是构成自主经济实体。联营企业具有独立市场主体所通常具有的功能:日常事务处理专职机构、财务、人事、资产等各种资源,且能够形成自身市场(如果仅是母公司实施特定功能的工具,便不符合全功能性质)。三是联营企业必须具有长期的运营计划,如果仅是基于短期目的或具体项目而设则不会被认为是长期运营。^[3]⁴⁰⁻⁴³

(三) 中国反垄断法考察

在《中华人民共和国反垄断法》(简称《反垄断法》)中,明确的企业联营反垄断规制主要见于经营者集中制度的“新设合营企业”。合营企业在中国反垄断法语境下明确为至少有两个经营者共同控制的企业,围绕“控制权”的取得方式,又划分为“经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权”和“经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响”两种情形。比照民商法语境中的合营企业分类视角,反垄断法下的合营企业既可以是具有法人资格的经济实体,也可以是具有合伙关系的非法人机构,据此,可以将其视为传统企业联营理论中的法人型联营与合伙型联营的反垄断规制的归宿。但反垄断法下的合营企业概念毕竟无法涵括企业联营的全部类型,用合营企业来指代企业联营制度的反垄断重塑显然是不周全的,在理论与实践,大量松散式协作型联营被置于垄断协议的调整视域,并判断是否构成排除、限制竞争。合营企业的组织特征如

^① 全面整合:参加者将特定商业领域的经营整体进行整合,形成包括生产、运输、市场推广、销售等在内的一个特定的商业链。研究与开发:参与者整合互补性的资产、技术和专有技术,以更加迅速和高效地开发新的或者已有的产品、服务或生产工艺。生产:参与者共同生产用于向第三方销售或者供各自生产使用的产品的行为。营销:参与者联合销售、分销、促销特定的产品或服务的行为。采购:联合采购用于参与企业生产流程所需的原料。网络:参与者交流与共享业务、物流、能源、电子脉冲以及相关信息,使某一产业中的全部或者部分要素集合到一起形成一个可以连接消费者的网络。参见美国律师协会反垄断分会:《企业合营——竞争者之间合作行为的反垄断分析》,北京大学出版社2011年出版,第8-15页。

表1所示。

表1 合营企业的组织特征

反垄断法(经营者集中)	民商法	组织特征
经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权	合资经营企业 ^①	设立具有法人资格的实体经济组织
经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响	合作经营企业 ^②	设立具有法人资格的实体经济组织或者组建不具有法人资格的联合机构(属于合伙关系)

(四) 评析

从以上内容来看,美国与欧盟在关注企业联营整合程度的基础上,建立了以垄断协议为主轴的企业联营反垄断立法体例,明确了企业联营所涉及的反垄断问题包括垄断协议规制与经营者集中规制两个方面的内容,以构成“全面整合”或“全面功能型”联营、建立具有法律意义上的独立经济实体作为适用集中规制的共同实体标准。中国目前在反垄断经营者集中制度中关注到企业联营理论下的“合营企业”问题,明确了“共同控制”的实体标准,虽然对企业联营是否成立独立经济实体没有明确规定,但“设立合营企业”本身并未脱离传统民商法理论中关于企业联营的类型范畴,而且“P3 联盟案”中认定网络中心为有限责任合伙制,证实了这一实体标准存在于中国理论与实践当中,除此之外的企业联营则纳入垄断协议的范畴进行规制。

三、航运联盟反垄断立法考察

在世界主要反垄断法域中,促进航运企业效率与效益提升,实现航运经济网络经济性、规模经济性和范围经济性的价值追求得到反垄断部门的充分考虑,航运联盟在宽松的管制环境中应运而生,并形成了区别于一般行业的反垄断传统——航运联盟依赖其他许多行业不具有的反垄断豁免权而得到特殊保护。这套有利于航运联盟发展的规范体系一般存在于反垄断特别法中。具体来说,在美国主要是《2022年航运改革法》,在欧盟主要是理事会906/2009号条例,在中国主要是《国际海运条例》及其实施细则。

(一) 美国航运联盟反垄断立法考察

美国赋予航运联盟何种程度的反垄断豁免主要依据《2022年航运改革法》^③确定。该法对《1998年航运改革法》所确立的监管思路和规则进行了调整,总体呈现出政府的监管从相对宽松到局部回归严格的趋势,但并未给航运业带来实质上的结构性变化——航运联盟不会解散并继续享有反垄断豁免权^④。该法对航运联盟置于远洋公共承运人之间的协议范畴进行规制,明确不得就运价、附加费、运力合理化、货载、收入、损失、客户、市场、服务合同等进行协商或达成协议,以及确保成员具有单独与托运人订立服务合同的行动权。除此之外,在遵循报备程序要求并通过审查后,该协议和根据该协议所实施的行为便不受美国反垄断法律的约束,即使后续对协议产生实质性反竞争质疑时,也可以通过禁令救济措施予以补救。换言之,《2022年航运改革法》主要在设置核心卡特尔(如运价协定、货载分配协定和共同分配等)禁区的基础上,认可了航运联盟的一般豁免地位,并按照特别法优于一般法的原则进行规制。

(二) 欧盟航运联盟反垄断立法考察

欧盟确定了航运联盟与联营体的集体豁免,但从其规定来看,航运联盟的集体豁免并非无条件的全面豁免,理事会906/2009号条例规定享受豁免应同时满足以下三个实体条件:不得从事固定运费、划分市场等属于核心卡特尔的行为;在相关市场所占份额原则上不超过30%;联盟成员享有自由退出的权利。^{[14]45} 在前述的三个条件中,核心卡特尔一般

① 合资经营企业又称股权式合资经营企业。由合营者共同出资、共同经营、共享利润、为经营共同事业所组成的具有法人资格的法律实体。能独立以自己的名义享受权利、承担义务及独立参加诉讼。参见邹瑜,顾明:《法学大辞典》,中国政法大学出版社1991年出版,第607页。

② 合作经营企业又称契约式合营企业。从事特定项目经营的企业各方依契约规定的分成比例分配收益和分担亏损。合作企业可以依合作各方的意思组成法人,也可以不组成法人,由各方的代表组成联合机构,进行经营管理和日常活动。不组成法人的合作经营关系是一种合伙关系,每一合作者对经营项目的债务负连带责任。参见邹瑜,顾明:《法学大辞典》,中国政法大学出版社1991年出版,第607页。

③ 该法是《1998年航运改革法》实施24年以来的首次重大改革,主要变化是增加了美国联邦海事委员会对国际海运市场的调查、监管职权,增加、细化了对公共承运人的监管内容,以增加倾向于托运人利益的条款来促进美国出口的增长与发展,确保美国海运业的高效和竞争力。参见 *Ocean Shipping Reform Act of 2022*, 访问网址: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/3580>。

④ 《2022年航运改革法》生效后,世界航运界相关领域的代表参与讨论并发表观点。《中国远洋海运》2022年7月1日刊登的《美国航运改革法之我见》集中了七位中外专家和行业代表的观点。

并不出现在航运联盟的协议中,但是航运联盟毕竟是一种以协议方式进行联合的组织,垄断协议所固有的合谋倾向不得不引起足够的警惕,以预防航运联盟协议内容向核心卡特尔方向转变。关于市场份额的限定,实际上是监管层对航运企业竞争转向航运联盟竞争态势的一种政策反应,也是欧盟对垄断协议建立“安全港规则”的具体表现,即通过分析工具对协议进行合理性评价,消除垄断性定价的结构基础。“成员退出自由权”则着眼于保持航运联盟组建与运营的弹性空间与灵活性,降低联营对其成员的约束力,避免过于严密的管理体制导致基于自愿原则达成协议的基础崩溃。在程序上,航运联盟根据欧盟第 1/2003 号条例的规定自动享有集体豁免权,欧盟竞争主管机关针对航运联盟主要采取事后监管方式来实现反垄断目标。但享受集体豁免的协议应限于充分满足《欧洲共同体条约》第 81 条第 3 款的内容,即有利于提高产品生产销售、经济发展、技术进步、消费者分享利益以及这种限制竞争是不可避免的且未排除竞争。

(三) 中国航运联盟的反垄断立法考察

根据《国际海运条例》及其实施细则的规定,航运联盟(联营体)的合法地位受到承认,但是否赋予其豁免地位语焉不详。根据对美国与欧盟的立法考察,反垄断豁免制度一般可以通过以下方面进行观测与识别:是否在表述上使用了“豁免”或近义的表述;是否明确豁免适用的实体条件;是否设置了宽松的实体条件或采取事后监管的措施。而中国立法在表述、实体条件与程序条件上均未充分体现,即使在程序上设置了协议“备案”“调查”等环节,也无法明确这类执法行为的性质。第一,所谓的“备案”是形式审查还是实体审查难以确定。一种观点认为,从条例本身的解释上看,因中国未对备案等待期、审查程序等作出规定,亦不存在配套文件,所以备案仅等同于“登记”;另一种观点认为,中国的备案制度主要参考美国的联邦海事委员会的协议备案制度,具有审查功能。^[15]第二,国务院交通主管部门会同反垄断部门有权依申请或依职权对包括航运联盟(协议)在内的对象进行调查,这种监管模式是否属于反垄断法意义上的行为也是模糊的。

(四) 评析

美国与欧盟的航运联盟反垄断规制既有共性也有区别,共性表现为二者均在一般竞争法之外制定

特别法赋予航运联盟反垄断豁免权;而个案豁免与集体豁免、备案审查与自动豁免构成了二者的区别。相比之下,虽然中国通过制定《国际海运条例》禁止包括航运联盟在内的航运组织的不正当竞争行为,但航运联盟豁免制度并未在条例框架下获得明确地位。针对豁免问题,中国学术界普遍对赋予航运联盟豁免权持肯定态度,建议结合中国航运反垄断的基本立场及中国航运反垄断豁免现状,通过制定“中华人民共和国航运法”(简称“航运法”)全面构建国际航运反垄断豁免制度,或者通过修订《国际海运条例》的次优方式实现过渡效果。^[16]

四、航运联盟反垄断规范竞合的展开与实践样态——以“P3 联盟案”为例

根据前述,无论是美国、欧盟亦或中国,都存在航运联盟反垄断规范竞合的现象。就美国而言,《合作行为指南》《改进法》与《2022 年航运改革法》构成了该法域航运联盟反垄断规范竞合来源,前两部法律文件确认了本质上属于集中情形的“全面整合型”企业联营,应当按照集中行为的分析方法进行审查,《2022 年航运改革法》则将第 7 条规定外的、包括航运联盟在内的各种航运业态的“协议”作为垄断协议,赋予其反垄断豁免权。就欧盟而言,《欧洲共同体条约》将企业联营细分为合作型与集中型两个类型,并将二者分别纳入垄断协议与经营者集中审查范畴;针对航运联盟,欧盟通过理事会 906/2009 号条例的颁布,明确了航运联盟的自动豁免权。而在中国,航运联盟反垄断规范竞合来自于《反垄断法》《国际海运条例》及其实施细则,形成了不同位阶的一般规定与特别规定交织的格局。显然,航运联盟在特定情况下处于集中控制与垄断协议的审查模糊区,已成为三大法域的共同现象。由于航运联盟“协议”的多样性以及法律规范文本表述的局限性,对竞合状态下的处理不能仅依靠文本解释,还需要从实践中考察,“P3 联盟案”便是经典的样本。以下将“P3 联盟案”代入美国、欧盟与中国法域视角,并展开分析。

(一) 美国法下的 P3 联盟协议反垄断实践评析

P3 联盟协议共有 11 条,核心条款主要是第 5 条的协议授权与第 6 条的协议管理,表 2 展示了将 P3 联盟协议核心内容代入美国反垄断法框架下的分析结果。

表2 美国法下的P3联盟协议反垄断分析

条款序号	内容	类型	分析
第5条第1款 船舶联营服务	(1)联营各方在预先确定的框架基础上协调运力,并在特定情况下对航线上的船舶以及航班进行中心部署。 (2)讨论和商定港口、行程、服务速度,以及根据本协议经营的服务的结构和时间安排的所有其他方面。 (3)运力调整。根据季节性变化、港口、航线分配决定运力的增加与减少。	生产(服务)	共享资源涉及生产(服务)联营,其利于实现规模经济效益、提高效率、改良产品,参与者之间仍是竞争关系,因此通常是促进竞争的,但运力协调涉及产量水平、关键性资产的使用,有可能影响定价,亦有可能促进共谋。
第5条第2款 箱位分配与使用	网络中心保证成员能够独立使用分配给自己的舱位,同时成员也可以在网络中心内部购买或者销售舱位(舱位互租)。	生产(服务)	互租舱位具有互补性,利于生产资源利用。
第5条第3款 与第三方交易	成员公司不得随意买卖或租用船舶运力。	生产(服务)	是运力协调的衍生问题,为发挥网络运营中心的调控效力。
第5条第4款 货柜码头、装卸工 及其他服务	与港口码头经营者谈判协调,包括港口停泊的时间表,港口设施、设备和服务的可用性,吞吐量的充足性,以及业务数据交换等。 确保成员企业独立地与海运码头经营者、装卸工、拖轮经营者、其他与船舶有关的货物和服务提供者或供应者谈判并签订独立的个别合同。 成员各自承担与集装箱有关的所有终端费用,利润非共享。	采购	采购型联营有助于降低管理与谈判支出,在一定程度上为共谋提供便利条件,具有加强买方市场力量的能力。美国在实践中几乎不对该类协议进行反垄断审查。 费用分摊与利润分配分别是“生产”“营销”衍生的两个方面。费用非分摊与利润非共享,表明参与各方的独立性。
第5条第5款 转运与支线运营	成员授权讨论决定。	—	—
第5条第6款 行动独立权与敏感 信息保留	各成员在定价、客户服务以及市场营销方面具有独立性,有权获得、收集、维护相关业务信息,但任何一方不得接受涉及他方的商业敏感信息。	非营销	营销是市场竞争中的最核心因素;定价与消费者。营销型联营一般允许竞争者交换商业敏感信息,为共谋实施核心卡特尔提供便利。本协议明确各成员在市场推广方面的独立性,显著降低了实施核心卡特尔行为的可能性。
第5条第7款 其他合作	略	—	—
第5条第8款 行政事务与执行	略	—	—
第6条第1款 网络中心	联营各方共同设立具有法律实体性的网络中心(有限责任公司),具有公司运作的特点,不少于1个办公地点,独立招聘或解聘员工,与成员方或者第三方建立服务合同关系。	—	网络中心涉及网络联营,其具有双面性:既表现出提高效率、促进创新等利于竞争的方面,也表现出封锁市场、形成稳固垄断地位的排除、限制竞争的方面。 设立有限责任公司,成员有可能被视为收购企业,网络中心有可能被视为“被收购企业”,而被要求收购前申报。
其他条款:合作年限	10年	—	—

根据对美国反垄断法的考察,当某一企业联营属于全面整合型^①,或者存在组建公司或者非公司企业的情况,那么,这类企业联营将会或可能被要求事先申报、纳入并购审查。如表2所示,P3联盟协议内容涵盖类型多样,但缺乏在销售这一商业链核

心环节的合作,不构成全面整合的企业联营,加之明确参与者独立使用自己的舱位、不存在费用分摊与利润分配等,强化了参与者合作中的独立性。如果从《改进法》设定的观测标准来看,因为参与者组建的是有限责任公司制的网络中心,这或许能够成为

^① 如果合作行为既涉及联合生产服务又包含联合销售,很可能被视为一种全面整合的企业联营。参见美国律师协会反垄断分会:《企业合营——竞争者之间合作行为的反垄断分析》,北京大学出版社2011年出版,第11页。

将 P3 联盟纳入集中审查的原因,但需要达到《改进法》规定的收购规模才完全符合标准。可见,航运联盟组织是否具有独立的实体形式,对审查路径的判断与选择非常重要。

实践中,P3 联盟在美国反垄断法的视域下并没有进入集中审查程序^①,而是在美国联邦海事委员会以 4 票赞成 1 票反对的结果审核通过。美国授权联邦海事委员会通过备案(事前审查)以及个案豁免的方式监管航运法调整范围内的航运协议(包括航运联盟)与航运行为,排除了一般反垄断法的适用,而且,美国联邦海事委员会在历史上未否定过任何一例承运人协议,^{[14]46-47} 被视为美国的事前审查流于形式的体现。综上分析,美国针对企业联营的反垄断问题建立了一套复杂的理论与制度体系,但

其效力范围是否涵盖航运联盟的这一特殊领域是不明确的——由于受到航运改革法的特殊照顾,实践中,航运联盟几乎游离于企业联营反垄断规制体系之外,局限于垄断协议的单一规制渠道。这种法律处理方式在航运联盟与企业联营之间架设了藩篱,可能导致那些全面整合型的航运联盟或者符合《改进法》的企业联营未能进入集中审查程序。毕竟,在美国反垄断法领域,相比被诟病为航运企业“自动取款机式反垄断法”的现行模式,美国一般意义上的反垄断法体系更加健全。

(二) 欧盟法下的 P3 联盟协议反垄断实践评析

表 3 展示了将 P3 联盟协议内容代入欧盟反垄断框架下的分析结果。

表 3 欧盟法下的 P3 联盟协议反垄断分析

观测点	相关协议内容与计划	分析
共同控制	联营各方共同设立网络中心(有限合伙制),开展日常运营。马士基航运亚欧航线的负责人将担任网络中心的首席执行官 ^② 。	设立有限合伙制的网络中心,决定了联盟成员共同控制的特点。历史上出现的其他航运联盟大体上遵循相似的原理设立营运管理中心,但组织的法律形式与实体性地位存在差异。
结构变化	(1)网络中心首席执行官负责建立 P3 联盟的组织架构,并统一运营庞大的集装箱班轮船队。 (2)网络中心落户伦敦,将吸引 200 名航运人才加入 ^③ 。 (3)成员投入的船舶,由网络中心统一管理和运营。 (4)网络中心安排航线运营,根据运力份额分配舱位,成员也可以在网络中心内部购买或者销售舱位(舱位互租),当舱位内部互租后仍有富余舱位的方可转卖或转租于非成员企业。 (5)未来网络中心可能有权根据航线设计和发展需要决定船舶建造方案。	与历史上其他航运联盟的运营体制比较,网络中心的实体性使其功能更为全面:统筹管理亚欧航线、跨太平洋航线和跨大西洋航线的船舶运力以及舱位分配、班期等,搭建组织架构,人事上具有相当程度的独立性,而且在未来的发展设想中包含了船舶建造方案的决定权。网络中心结构趋于完全功能性质,加强了当时世界排名前三的航运企业的集中。但是,P3 联盟设计师之一、马士基集团高级副总裁文森特·克拉克(Vincent Clerc)向新闻媒体表示,网络中心只承担成员公司所交代的任务,似乎欲证明网络中心是母公司的辅助性工具,未形成独立的市场。按照结构要素分析,是否最终构成全能型,还有进一步证明和辨析的空间。
运营期限	10 年	符合长期运营的一般认识 ^④

可见,在欧盟竞争法框架下,不排除 P3 联盟适用集中型联营反垄断规制的可能性。然而,欧盟启动对 P3 联盟的反垄断审查过程中,是否涉及集中型联营的分析,现有文献与报道并未公布相关细节,但据欧盟相关人士透露,由于联盟占据的市场份额超过 30% 的审查门槛,触发了航运联盟集体豁免的“暂停键”——有待对竞争影响进行评估后作出是否个别豁免的决定。不过,欧盟委员会最终还是停止了对联盟的进一步调查,而是表示会密切关注以

确保该运营始终符合欧盟竞争法律法规的要求。这意味 P3 联盟的组建获得了欧盟委员会的许可,监管转为事后审查模式——表现为与航运联盟集体豁免行政模式的一致性。因此,诸多报道以及中国学者几乎作出了一致的判断:欧盟委员会将 P3 联盟视为垄断协议并进行规制。

基于对欧盟实践的观察,相似案件是否按照统一标准与路径进行处理是存疑的。实际上,自航运联盟集体豁免制度建立后,欧盟委员会便多次采取

^① 除中国之外,国际上尚无按照经营者集中机制对航运联盟进行事先审查的先例。参见朱作贤:《反思当代国际航运反垄断规制的欧法路径——兼论中国特色模式之构建》,发表于《中国海商法研究》,2015 年第 3 期,第 49 页。

^② 参见《P3 联盟船舶运营中心落户伦敦》,访问网址:<https://www.cnss.com.cn/html/hygc/20131025/134966.html>。

^③ 参见《P3 联盟船舶运营中心落户伦敦》,访问网址:<https://www.cnss.com.cn/html/hygc/20131025/134966.html>。

^④ 目前存在的三大联盟 2M 联盟、OA 联盟和 THE 联盟都签订了为期十年的协议。参见徐剑华:《班轮业未来岁月预期》,发表于《中国船检》,2019 年第 10 期,第 40 页。

收紧该行业豁免特权的行动,突出表现为通过制定条例附加集体豁免的条件以及建立集体豁免的撤销程序。然而面对当时世界最大体量的航运联盟一案,即使该联盟合作的亚欧航线运力份额约占45%(中国统计结论是46.7%)^①,以一类实体的组织形式设立网络中心,并存在其他显著的竞争担忧,欧盟委员会仍然表示出对P3联盟的支持^②。据此推断,选择何种规制路径,是否达到了集中审查标准,可能并不在欧盟处理该案的考虑范畴内。

(三) 中国法下的 P3 联盟协议反垄断实践评析

表4 中国法下的 P3 联盟协议反垄断分析

观测点	相关协议内容与计划	分析
联营紧密程度	交易方共同设立网络中心,对包括费用结算分摊、箱位销售、停航决策等涉及运营的事项独立负责管理运营。	一般而言,传统航运联盟结构松散,成员之间一般采取船舶共享、箱位互换等合作形式,建立协调机构,推行船舶运营成本独立核算与承担,保留独立出售、转租的所有权利益,成员独立性显著。而P3联盟突破传统航运联盟的合作形式,成员让渡权利至网络中心,集中趋势明显,构成紧密型联营。
组织形式	网络中心采取有限合伙制。	理论上,有限合伙制类似于中国民商法领域中的合伙型联营,在反垄断法视域下对应于经营者集中制度中的“合营企业”。

这一做法引发了各种猜想与争论,焦点之一指向规制路径的选择。有观点认为,航运联盟并非经营者之间的合并,不属于《反垄断法》中的“经营者集中行为”,只能“准用”而非“适用”经营者集中的相关规定。^[17]也有观点认为,在航运联盟合理分类(紧密型与宽松型)的基础上施以不同的规制路径是构建中国特色模式的内涵之一,对紧密型联营采取经营者集中的事先审查机制,完全符合寡头垄断的经济学理论,是一种预防性措施的具体体现。^[18]此外还有观点认为,航运联盟形形色色,介乎限制竞争协议和集中之间,按照经营者集中审查并无不妥。^{[3]50}前述观点阐释角度各异,既有对中国航运联盟反垄断实践的质疑,也有持认可态度的,虽然已过去较长一段时间,但反映的问题(航运联盟成为经营者集中规制对象的适法困境、是否需要推动紧密型联营成为现行反垄断法律上的概念、航运联盟的规范竞合的路径选择)在中国反垄断法中尚未得到有效的回应。总体来说,航运联盟分别纳入垄断协议

在实践层面上,中国当时承担反垄断职责的商务部对“P3联盟案”展现出不同的处理思路:突破航运联盟传统的规制路径,将其纳入经营者集中的分析框架下进行评价,在认定P3联盟可能具有排除、限制竞争的效果后作出禁止决定。在商务部发布的《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》中,着重强调P3联盟构成“紧密型联营”与“设立一家有限责任公司网络中心”的组织特点,以此为集中行为的识别要素并展开竞争分析,具体如表4所示。

与经营者集中的实践素材有助于我们反观法规的科学性与合理性。

五、中国航运联盟反垄断规范竞合的规则建构

当前,航运联盟进入相对稳定期,但可以确定的是,国际航运业不仅不会止步于三大国际航运联盟(2M联盟、OA联盟以及THE联盟)的现有格局,还出现了跨联盟的新形态^③。而且随着三大联盟期限渐至^④,重组必将随之而至。面对层出不穷的航运联盟形态与复杂的联盟协议,中国亟需对“P3联盟案”留下的问题进行研究,作出适当的政策反应与调整,其中重点是对航运联盟反垄断规范竞合及其衍生问题进行规则建构。具体来说,航运联盟规范竞合首先体现于企业联营理论中的实体标准,即反垄断类型识别中的实体要件,在辨析航运联盟协议类型基础上选择代入垄断协议抑或经营者集中的竞争分析框架。而基于中国航运竞争立法与执法现状,竞合规范的建构必然面临个别豁免与集体豁免的模式

① 据法国航运咨询公司 Alphaliner 统计,P3联盟在亚欧航线的运力份额约占45%,跨大西洋航线的运力份额约占41%,跨太平洋航线的运力份额约占22%。中国官方统计的结果为P3联盟在亚欧航线的运力份额占46.7%。两组数据分别来源于Alphaliner官网以及商务部发布的《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》。

② 欧盟委员会认为P3联盟不会损害航运业的健康竞争,其象征创新服务,强化欧洲竞争力,为客户提供“增值服务”,在某种层面上能够与崛起的中国工业力量抗衡。参见《欧盟力挺P3联盟》,访问网址:http://www.eworldship.com/html/2013/Ship%20Market%20Observation_1219/80490.html。

③ 2022年分属THE联盟和OA联盟的ONE和长荣海运,向美国联邦海事委员会提交了一份跨太平洋航线的舱位交换协议。

④ 马士基和地中海航运组成的2M联盟将于2024年到期;中远海运、达飞和长荣组成的OA联盟将于2026年到期;赫伯罗特、ONE、阳明和现代商船组成的THE联盟将于2030年到期。

选择、一般竞争法与航运竞争特别规则的协调、反垄断统一执法与航运管理执法的协调等问题。因此,立足于中国的实践,笔者将以规范竞合的实体问题为中心,同时对法规协调、豁免模式、执法模式等竞合衍生的本土问题一并进行研究。

(一) 基本问题

通过对三大法域航运联盟反垄断立法与实践的考察,笔者认为,美国、欧盟这类反垄断传统法域虽然在规范建设上有突出优势,对企业联营这一复杂市场行为的竞争影响进行了充分考虑,设计了反垄断制度,但对于企业联营理论下的航运联盟这一具体形态,难免在实践中有放大其享有豁免特殊地位的嫌疑,忽视了企业联营理论与制度的运用,进而不排除审查遗漏的可能。而中国反垄断起步较晚,无论是一般领域还是航运业这类特别领域,立法与实践经验均不足,尚未厘清航运联盟规范竞合中包含的诸多问题——豁免适用、规则协调、行为类型、执法权配置等,虽然在“P3 联盟案”中展示了执法定力,但也暴露出中国相关理论与立法上的缺陷,比较视野下,域外反垄断法域的经验成果值得借鉴。

1. 豁免特权的去留

航运业具有规模性、统一开放性等特点。^[19]因此,与多数行业显著不同的是,航运企业普遍会选择“抱团取暖”,即便是世界航运巨头也概无例外。从班轮公会到航运联盟,航运企业间的合作已成为行业发展的某种固有传统。虽然监管部门持续保持着对这种合作的反垄断关注,但从目前的迹象来看,航运业反垄断豁免制度仍将维持运行。以欧盟为例,2018年,欧盟委员会开始对理事会906/2009号条例及其所构建的航运联盟集体豁免制度进行调查评估,以决定该条例在2020年有效期届满后是否继续赋予联盟集体豁免。通过对影响力、效率、相关性、一致性和欧盟附加价值五个方面的调查评估,得出基本的结论是:航运联盟集体豁免制度目前仍具有影响力,与班轮运输市场的特殊需求以及其他政策规定具有一致性,能够有效降低航运企业的运营成本 and 风险,带来班轮运输服务质量和效率的提高,豁免制度不仅为班轮公司提供“安全港”规则,也可以避免航运联营体在欧盟地区与其他地区的司法管辖发生分歧,^[20]并最终决定继续沿用理事会906/2009号条例至2024年4月5日^①。可见,对于现阶段的班轮运输市场来说,航运联盟集体豁免制度仍然可

以发挥其自身的价值和优势。但同时应注意到,针对航运业豁免特权是否应继续存在的质疑并未停止,从美国总统在2022年3月的国情咨文中敦促美国国会终止目前法律赋予航运联盟免于反垄断审查的特殊豁免待遇的提议可见一斑。美国作为托运人市场,面对由缺少美国班轮企业参与的航运联盟执掌全球班轮运输命脉的局面,正在谋求制度上的新平衡以接近“美国优先”宗旨,特殊利益、选民利益或者意识形态构成了美国反垄断审查动机变化的影响因素。^[21]因此,航运联盟反垄断豁免虽然在制度层面上得以保留,但美国供应链政策价值取向正在从市场与效率优先转向安全与韧性优先,不确定因素有所增加。不同法域基于对各自区域航运经济发展与政治安全的考量,对航运联盟反垄断豁免特权的具体态度不排除有扩大差异的可能。中国作为世界航运大国、贸易大国与港口大国,与欧盟的利益视角具有相似性。因此,在当前中国推动市场经济改革的过程中,以市场经济发达国家的竞争政策体系为参照或者坐标仍是必要的。^[22]虽然赋予航运联盟反垄断豁免权受到了挑战,但该做法仍然在国际航运业占据主流地位,是当前乃至将来较长时间内的国际通行做法。据此,在中国确立和维护航运联盟的反垄断豁免仍具有现实意义和战略意义。

2. 相关规则的协调

如前文分析,欧美法域表现为一般意义上的反垄断法与航运特别法并存,并明确优先适用特别规定,法规之间协调顺畅。反观中国航运反垄断的基本法规体系,《反垄断法》与《国际海运条例》由不同主体制定,处于不同法律位阶,并非严格意义上的一般法与特别法的关系,因此难以按照“特别法优于一般法”原则进行处理。具体来说,根据《反垄断法》“国务院反垄断执法机构负责反垄断统一执法工作”的规定和行政法定原则,国务院交通主管部门并未取得反垄断执法的主体资格,因此,《国际海运条例》规定的备案和调查权难以归入反垄断执法的范畴,但这又与《国际海运条例》“规范国际海上运输活动,保护公平竞争,维护国际海上运输市场秩序”的立法宗旨不符。

针对这一问题,大体可以从三个方向上考虑解决方案:一是借鉴美国航运特别法授予航运监管部门对航运联盟垄断和限制排除竞争的行为竞争执法

^① 参见 European Commission: *Antitrust: Commission Prolongs the Validity of Block Exemption for Liner Shipping Consortia*, 访问网址: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_518。

权的做法。二是借鉴欧盟做法,在维持竞争执法统一性的基础上通过颁布实施特别法予以规制。三是在维持中国现有航运竞争规范格局的基础上,对《国际海运条例》中含义模糊的“备案”“调查”等职权行为的性质予以明晰,并推动《国际海运条例》与《反垄断法》的衔接。前两种方式可归结为在反垄断一般法之外制定同位阶的航运特别规则来实现协调,后一种方式则主要是基于“下位法不违反上位法”的原则,对《国际海运条例》进行局部修改完善以促进规则协调。实际上,推动制定“航运法”在中国航运界已酝酿多年,甚至可追溯到20世纪末原交通部将“航运法”列入立法计划并研究起草的具体实践上,即使在21世纪初出现了立法目标转变——建立了以《国际海运条例》为核心的国际航运法律政策的基本体系,但推动制定“航运法”仍旧是航运界的共同努力方向。随着国际航运法律政策的发展和研究的深入,加快“航运法”立法进程的时机日益成熟。因此,通过制定航运特别法来实现与一般竞争法的协调或许可以成为优先期待的方案。

(二) 规则建构

1. 航运联盟行为类型识别

虽然中国反垄断执法实践反映了对航运联盟行为类型的认知,但由于缺乏系统的法规依据与学理支撑,反垄断竞争分析难免遭到质疑。建构一套识别标准对航运企业强化法律行为预判,提高政府执法效率具有重要意义。根据域外经验与中国实际,航运联盟行为类型识别可以通过联营理论的运用展开。

控制权常见于经济学和法学领域,分布在公司、证券、会计、反垄断等法规中,相关界定既有共性也有差异。在反垄断领域,依据施加控制的企业是单一的还是多数的划分为单独控制和共同控制,其中共同控制是企业联营的核心特征。因此对航运联盟问题的有效研究限定在共同控制的基础上。实际上,中国现行反垄断法已将控制权作为重要的法律概念并应用于三大垄断类型,其中在垄断协议与滥用市场支配地位的分析中对控制的考量一般是依据市场份额、对市场的控制力来解释的,并非经营者集中的“经营者取得其他经营者的控制权”的定义:两个或多个企业或自然人有能力对另一个企业实施决定性影响的表现,包括但不限于人事控制、战略性业务否决等形式。^[23]如此,在考察航运联盟的控制权时,当出现经营者集中意义上的共同控制时,便获得了进入集中审查的入场券,否则应纳入垄断协议范

畴进行规制。

控制权定义中“经营者取得对其他经营者的控制权”之结构性表达意味着,控制权人与受控制人均属于经营者,因此控制权的认定离不开“经济实体”这一要件。根据《反垄断法》的定义,经营者是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。其中,《民法典》明确非法人组织是指不具有法人资格但可以自己的名义进行民事活动的组织,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。航运联盟列入经营者集中审查对象,应当符合控制权定义,那么需要确定两个问题:一是控制权两端经营者的认定,二是独立经济实体的考察要素。

关于第一个问题,可以借鉴美国《改进法》,将航运联盟代入并购的解释语境进行定位:构成经营者集中的航运联盟,企业成员(合作者)可被视为收购企业,而航运联盟被视为被收购企业。换言之,航运联盟成员企业是享有控制权的经营者,航运联盟是居于受控制人地位的其他经营者。由于航运联盟涉及合作各方利益的平衡,组建的协调或决策组织往往成为其他经营者的具体形式,从某种意义上看,该组织等同于航运联盟——“P3联盟案”聚焦组建的有限合伙制网络中心,正是对其反垄断对象的确认。

关于第二个问题,欧盟反垄断法中关于联营的“全功能”要件制度可资借鉴。欧盟《统一管辖权通告》规定,全功能型联营企业的认定应着重考察五个方面的内容:具备市场独立运营的足够资源;联营活动一般超出为控制权人特定服务的范围,但如果基于控制权人的委托而运营属于他的分销网络或者营销渠道除外;控制权人在联营的上游或者下游市场具有强大的市场力量时应作为评估要素;长期经营;因控制权人的战略决策改变导致被控制人能够以全功能的形式运营。

此外,还需关注到中国实践中出现的与该实体要件有关的、具有传统联营理论痕迹的紧密型联营概念。从旧法角度来看,紧密型联营对应法人型联营,半紧密型联营对应于合伙型联营,那么“P3联盟案”中有限合伙制的网络中心被认定构成“紧密型联营”,则与传统联营的制度理论并不吻合,但这种“三分法”随着旧法退出历史舞台,也一并淹没在法治改革的浪潮中,现在学术界多采用紧密型联营和松散型联营的两分法,并在航运联盟研究领域被运用,但多数仅是结论式提法或者模糊化表述,并没有给出界分的具体标准或依据。具有参考价值的观点也寥

寥可数,比如:松散型联盟由各成员组成非实体的战略管理组织,采用定期联络磋商的协作会议制度维持运营,各成员在技术、营销、商务管理等方面仍具有很强的独立性与自由度,现有的航运联盟以该类型为主。紧密型联盟则通过选择联盟一方作为经营人或组建、登记一个新的经营人,由经营人以法律实体身份统一经营,具有公司实体制运作特征,实践中较少,仅在某些航线区域初步运作。^[24]实际上,两分法在航运联盟设立的经验上被证实存在一定的合理性。实践证明,那些以船舶共享、港口设施共享、舱位互租为主要合作内容,以及不具有实体经济特征的组织形式的联盟,确实不易受到监管机构的质疑和否定。比如,P3联盟计划失败后,马士基与地中海航运酝酿出2M联盟,计划在亚欧、跨大西洋、跨太平洋航线上进行为期10年的船舶共享协议。相比P3联盟,2M联盟减小了体量,降低了市场份额,在运营机构设立上也没有网络中心这一实体,而是以一个监管机构来协调舱位,且在货物配载、航次安排、港口作业、销售、定价、市场和客户服务等各个方面均完全独立,不包含任何商业任务和责任的分担。这些内容符合典型的松散型联盟的特点,达到了欧盟、美国、中国等有关法域的监管要求。^[25]目前,除P3联盟以外,其他联盟均通过了有关方的审查或者因符合推定豁免的条件而免受质疑。因此,在航运联盟的运营安排中,已经形成了以松散型为主,紧密型为例外的结构模式。鉴于分类标准的学理冲突以及传统联营理论所依托的社会经济与法治背景的变化,单纯从企业联营的历史经验中寻求理论支撑显然已不适宜,联营理论历史价值的重塑应成为一个重要的命题,为航运联盟反垄断提供更严密的理论支撑。

2. 航运联盟反垄断执法模式

中国已形成了本土化的反垄断执法体系与国际海运监管体系,不能照搬域外经验,而需要根据本国国情确定航运联盟的反垄断执法模式。

第一,采取“备而不审”的协议备案制符合行政法定原则。基于对保持与“国务院反垄断执法机构负责反垄断统一执法工作”基本内涵一致性的考量,国务院交通运输部无权行使反垄断执法权。因此,中国不能完全参照美国模式开展实质审查的备案,将其限定在登记层面能更好地协调相关执法规则。如此一来,中国可以形成类似于欧盟的集体豁免模式。

第二,完善与航运联盟反垄断相匹配的协议调

查制度。“备而不审”虽然符合中国执法权配置的基本逻辑,但过于宽松的监管手段并不利于航运联盟反垄断目标的实现,加强事后调查就显得尤为重要。《国际海运条例》针对包括航运联盟在内的协议设置了联合调查机制,国务院交通主管部门会同市场监督管理部门(2019年修订条例时保持与当时的反垄断执法机构名称的一致性)共同进行调查的执法权配置,形成了“行业监管+反垄断执法”的复合执法结构,为航运规则与反垄断规则的适用衔接提供了现实基础,从这个层面来说,调查已经融合了垄断协议反垄断审查属性。而被调查的航运联盟一旦满足了经营者集中申报的条件,应转入经营者集中的考察范围进行审查和处理。需要注意的是,由于这种情况是在事后发现,一旦联盟完成了集中并导致结构变化,则对竞争的损害可能是难以逆转的或者救济成本巨大,因此,需要将航运联盟反垄断的关注前移至组建完成之前,通过加强航运企业的合规管理环节,提高企业对协议法律效果的预判,并引导其作出符合反垄断法要求的行为。

3. 航运联盟反垄断豁免模式

“在有损于航运市场正常竞争的集体豁免制度与容易流于形式的美国式个体豁免方案之外,以协议类型为基础进行豁免资格审查的豁免制度不失为一种明智的选择。”^[26]考虑到航运联盟反垄断规范竞合的存在,豁免问题的展开需要分别置于垄断协议和经营者集中的框架下进行。在垄断协议的框架下,美国与欧盟通过航运法授权授予航运联盟豁免特权,并采取“肯定+否定”的立法技术明确了豁免的适用条件。根据前述分析,中国实行统一的反垄断执法模式,交通运输部在航运联盟协议备案阶段无法参照美国模式对其开展实质审查,形成了类似于集体豁免的效果,但通过利害关系人请求或者依职权决定的方式启动竞争审查的制度安排可见,航运联盟协议依然有可能成为《反垄断法》的评价对象。针对具有垄断协议性质的航运联盟,可直接援引《反垄断法》第17条的禁止规定以及第20条的豁免规定,当航运联盟符合降低成本、增进效率等法律所明确规定的“豁免”条件且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时,赋予个案豁免。在经营者集中的框架下,无论是美国亦或欧盟,都以一般竞争法规进行规制,即使对于性质复杂的企业联营,也建立了连接经营者集中制度的通道。经营者集中基本制度往往不存在对行业因素的特殊考量,即使存在也是隐存于竞争分析之中。因此,航

运联盟一旦纳入经营者集中规制范畴,便按照一般规则进行分析和评价,直接援引《反垄断法》第33条和第34条关于经营者集中的规定,综合考虑各竞争因素和有利影响作出决定。随着汽车业、知识产权、平台经济、原料药等领域反垄断指南的相继出台,中国反垄断立法精细化发展趋势强劲。航运业作为反垄断关注的传统领域,历来在反垄断规则体系中被置于特别考量的地位,反垄断政策也因受到贸易、安全、产业等因素的影响而发生区域性甚至全球性的调整变化,航运业反垄断经验不断积累,美国与欧盟的航运法即体现了对航运联盟协议反垄断认识的基本成果。对中国而言,航运竞争秩序的构建与维护是发展航运经济的重要维度,针对航运业(涵盖航运联盟等细分对象)的特点研究制定反垄断指南亦应

成为反垄断规范发展的重要选题。

六、结语

航运联盟反垄断规范竞合的产生是企业联营理论运用的结果,但当前中国企业联营的反垄断理论尚不成熟,规制对象模糊,体系尚未定型,如何在企业联营的框架下确定垄断协议与经营者集中的边界缺乏清晰的指引。鉴于此,需要挖掘与重塑企业联营的反垄断价值与理论体系,依联营的紧密程度进行科学分类,确定不同类型联营的反垄断分析框架与考察要素,在此基础上梳理《反垄断法》与航运特殊规则协调的路径,明确航运联盟类型识别、执法模式、豁免模式等关联问题,为有效应对航运联盟反垄断规范竞合的疑难问题提供指引。

参考文献:

- [1] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆,2003:146.
- [2] 江山. 论垄断行为的类型化规整[J]. 经贸法律评论,2021(2).
- [3] 张世明. 论反垄断法三大支柱的关系[J]. 经济法学评论,2018,18(1).
- [4] ROTH P, ROSE V. European community law of competition[M]. Oxford:Oxford University Press,2008:540.
- [5] 美国律师协会反垄断分会. 企业合营:竞争者之间合作行为的反垄断分析[M]. 孟雁北,李然,译. 北京:北京大学出版社,2011.
- [6] 伍再阳. 联营应如何分类[J]. 现代法学,1988(6):24.
- [7] 孔祥俊. 肢解和重塑:联营制度的必然走向[J]. 法学研究,1993(4):15.
- [8] 王竹. 《民法总则(草案)》若干法律规范去留问题大数据分析——以《民法通则》相应条文的司法适用大数据报告为基础[J]. 四川大学学报(哲学社会科学版),2017(1):154.
- [9] 於世成. 美国航运法研究[M]. 北京:北京大学出版社,2007:65.
- [10] 王杰,王琦. 国际航运组织的垄断与竞争[M]. 大连:大连海事大学出版社,2000:47.
- [11] 毛嵩. 法律竞合初论[J]. 现代法学,2001(2):140.
- [12] 美国律师协会反垄断分会. 合并与收购:理解反垄断问题[M]. 3版. 黄晋,译. 北京:北京大学出版社,2012:236-238.
- [13] 刘丽,陈彬. 欧盟控制企业集中法律制度研究[M]. 北京:北京理工大学出版社,2013:62.
- [14] 朱作贤. 反思当代国际航运反垄断规制的欧美法路径——兼论中国特色模式之构建[J]. 中国海商法研究,2015,26(1).
- [15] 王秋雯. 论国际航运垄断协议之竞争规则[J]. 中国海商法研究,2014(4):116.
- [16] 韩立新,林子樱. 航运联盟格局下中国反垄断豁免的法律应对[J]. 中国海商法研究,2020,31(2):94-97.
- [17] 朱作贤. P3联盟引发的国际航运反垄断思考[N]. 大连日报,2014-06-11(B05).
- [18] 李思慈,邹盈颖. 论海运联营体的反垄断法规制——以P3联盟被禁止为视角[J]. 中国海商法研究,2015,26(1):53.
- [19] 李光春. 航运法研究[M]. 北京:法律出版社,2016:7-9.
- [20] 康椿舟. 欧盟竞争法下航运联营体集体豁免制度研究[D]. 大连:大连海事大学,2020:39-40.
- [21] MEHTA M N, SRINIVASAN S, ZHAO Wan-li. The politics of M&A antitrust[J]. Journal of Accounting Research, 2020, 58(1):49.
- [22] 李华武,吕明瑜. 经济发展新常态视域下的并购反垄断与产业政策关系论[J]. 贵州社会科学,2019(4):119.
- [23] 江山,黄勇. 论中国企业联营的经营者集中控制[J]. 法学杂志,2012,33(10):147.
- [24] 孙勇志. 国际航运联营体经营模式比较研究[J]. 青岛远洋船员学院学报,2004,25(4):36.
- [25] 熊晓辉. 2M联盟获批 四大航运联盟瓜分海洋[N]. 中国经营报,2014-10-20(46).
- [26] 李天生,陈苏. 航运反垄断豁免法律制度回顾与展望[J]. 世界海运,2021,44(1):5.