

航运联盟协议反垄断的制度构建及立法建议

林子樱

(辽宁师范大学 法学院, 辽宁 大连 116081)

摘要: 航运联盟协议是国际班轮运输经营者在全球范围内达成的商业协议,在国际班轮运输市场中产生双重的竞争效果。通过总结正在运营的联盟协议内容,对航运联盟垄断风险进行评析。运用行为法经济学原理,诠释航运联盟协议达成共谋的历史基础和潜在风险,结合航运联盟企业合营的法律性质和国际航运业的特殊性,论证中国应当从规制和豁免两方面构建航运联盟协议反垄断制度的必要性和合理性。进而,对比欧盟、美国和中国国际航运反垄断制度及立法动态,结合国际航运反垄断立法经验,提出中国应当加快构建航运反垄断法律制度的具体立法条文建议。

关键词: 航运联盟;共谋;行为反垄断;反垄断豁免制度

中图分类号: D922.294 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2023)02-0081-13

Rules Construction and Legislative Suggestions of Anti-Monopoly of Shipping Alliance Agreement

LIN Ziying

(School of Law, Liaoning Normal University, Dalian 116081, China)

Abstract: The agreement of shipping alliance is the commercial agreement concluded by international liner shipping operators on a global scale, which brings dual competition effects in international liner shipping market. This essay analyses the contents of the alliance agreements in operation to analyze shipping alliance monopoly risks. Anti-monopoly theory of behavioral economics is introduced to interpret the historical basis and potential risks of collusion in shipping alliance agreement and further demonstrate the necessity and rationality for China to establish anti-monopoly of shipping alliance agreement regulations from the perspective of regulating and exemption by combing the legal nature of joint venture of shipping alliance and the particularity of international shipping industry. Moreover, specific legislative provisions should be proposed by contrasting the anti-monopoly regulations of shipping alliance and the recent developments in the European Union, the United States and China and combing the international shipping antitrust legislation experience.

Key words: shipping alliance; collusion; behavioral antitrust; anti-monopoly exemption regulation

航运联盟已经成为国际班轮运输市场的重要特征。2M 联盟(2M Alliance)、海洋联盟(Ocean Alliance)和 THE 联盟(THA Alliance)集合了世界上最大的 9 家集装箱班轮公司,约占全球集装箱贸易市场份额的 80%,约占全球集装箱运输最主要的东西贸易航线上运营的总船舶运力市场份额的 95%。这一合作形式在国际班轮运输市场中产生双重的竞争效果,一方面形成规模经济,产生成本效益,在提高航运服务范围和频率、促进经济和技术发展等方面

具有积极作用;另一方面,航运联盟协议中有关协调船期和港口、联合提供服务和配套设施,甚至可以分享有关某条航线经营方面的信息等约定,具有一定的垄断性,会产生损害市场竞争的效果。航运联盟协议的内容及所带来的垄断风险引发各国反垄断立法的共同关注,如何从立法上既实现对其反竞争性的有效规制又能维护其积极意义,是各国反垄断立法机构的共同课题,也是中国航运反垄断立法的焦点问题。

收稿日期:2023-04-11

基金项目:2022 年度交通运输部水运科学研究所委托课题“集装箱海运领域反垄断豁免制度”

作者简介:林子樱,女,法学博士,辽宁师范大学法学院讲师。

一、航运联盟协议的垄断风险

航运联盟协议的内容在不同历史背景下呈现不同特点,并且随着历代航运联盟的发展不断丰富和完善。通过对三大航运联盟主协议的分析可以发现,它们所涵盖的主要内容相似,都包括协议全称、协议目的、协议各方、协议地域范围、协议授权、协议管理、表决、协议期间和终止、法律适用和争议解决、其他事项和法律合规等。其中可能构成垄断风险的协议内容主要体现在以下方面。

(一) 成员范围控制

从航运联盟的成立与发展历程来看,超大型集装箱船舶的航线部署引发了经济和财务风险,迫使最大的几家班轮公司以联盟形式加强合作,国际班轮运输业整体上不断整合衍生出如今的三大航运联盟。三大联盟的成员内部没有明显占据主导地位的班轮公司,且排名前9位的班轮公司均在联盟之列。^① 联盟成员对规模较小的班轮公司通常实行并购策略,不会与他们进行联盟合作。航运联盟以此种方式进行合作与并购会严重减少潜在竞争者的数量。当两个或两个以上的航运企业经营者共同设立航运联盟进入某一目标航运市场后,各航运公司单独进入该目标市场的可能性就大大减小。联盟成员越多,则潜在市场进入者的数量减少得越多,潜在的竞争将受到更大的损害。虽然目标市场因该航运联盟的进入而在数量上增加了一个竞争者,但相对于大量减少的潜在进入者的数量而言,这种增加可能是微不足道的。在国际班轮运输市场中,占据主导地位的航运联盟所受到的来自外部的竞争压力将形同虚设,从而增加国际班轮运输市场内经营者滥用市场优势地位的行为,或者达成垄断协议的可能性。^② 航运联盟协议如果设定成员范围,控制联盟成员的加入,会造成涵盖范围过窄,可能使得下游企业不得不全部选择或实质性地倾斜选择该联盟的产品或服务,从而可能对非联盟成员产生排斥效果。如果过度开放成员资格,造成涵盖范围过广,拥有更大的市场份额,会在相关市场中构成强大的市场力量,相对于上下游企业具有“实质性竞争优势”,从而可以剥削上下游企业,以获取垄断利润。

(二) 时间存续条款

航运联盟协议通常设定存续时间,如果持续时间跨度过长,超出了联营促进竞争和提升效率所必须的期间,将使联盟的参与者对未来的竞争状况具有较稳定的预期。例如,2M 联盟协议对到期日没有明确规定,且存续时间较长,该协议第8条第1款规定:“……本协议自根据美国《1984年航运法》(经修订)有效之日起生效,或双方书面同意的较晚日期生效,并且生效应持续至少10年。”海洋联盟协议和THE 联盟协议具有存续时间较长,且自动延期的特点。此种约定将会导致协议内容所涉及的垄断风险对市场造成长时间的持续影响,特别是存在限制竞争的协议安排的情况下,班轮公司更加不容易背离此等安排,进而很大程度上增加了联盟成员进行共谋的可能性。由此,航运联盟可能异化成为各成员提供一个从事固定价格、划分地域范围或者其他限制竞争的共谋行为的机制。相较于不存在联盟的市场,航运联盟的发展使航运市场集中度提高,航运市场的垄断程度加深。货主控诉班轮公司团体议价能力因航运联盟而客观增强,尤其是运量较小、谈判能力较弱的中小型货主。货方对航运联盟的控诉,很大程度上是基于对固定运价和参与合作协议的班轮公司信息交换不透明的担忧,这些造成货方在航运市场的竞争劣势。并且,此种担忧事项的证据很难获取。表面上,三大主要贸易航线上的即期运价仍处于历史低位,无实际证据表明航运联盟企业之间形成勾结,损害消费者及社会福利。

(三) 运力控制条款

航运联盟协议中有关运力控制的约定主要体现在两个方面:^③一是共享船舶、共享舱位运力分配和舱位使用。协议约定各方可以讨论并商定本协议下整体运营和各自提供的船舶的大小、速度、数量和类型,也可约定舱位分配及调整的原则及程序;甚至当利用率可能低于约定所设定的门槛时,有权选择空航(即取消航次或越过某挂靠港)。二是与第三方交易的限制。除另有约定,联盟成员不得与第三方班轮公司就协议约定的贸易再签订收购、处置或共享舱位的协议。对于未使用的舱位,联盟成员有义

^① 2M 联盟成员包括地中海航运公司(Mediterranean Shipping Company S. A.,简称地中海航运)和丹麦穆勒-马士基集团(A. P. Møller-Maersk A/S,简称马士基),海洋联盟包括中远海运集装箱运输有限公司(简称中远海运)、法国达飞海运集团公司(CMA-CGM,简称达飞)和长荣海运股份有限公司(Evergreen Marine Corp,简称长荣海运),THE 联盟包括赫伯罗特船务有限公司(Hapag-Lloyd AG,简称赫伯罗特)、阳明海运股份有限公司(简称阳明海运)、海洋网联船务有限公司(Ocean Network Express)和韩国现代商船株式会社(Hyundai Merchant Marine,简称现代商船)。

^② 参见谭袁:《企业合营的反垄断分析及其规制》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2015年第3期,第48页。

^③ 例如,2M 协议第5条第1款至第4款。

务按照协议成员优先的顺位进行出售或出租。反之,如果一方需要长期的额外舱位,也应优先向联盟协议方寻求该舱位。协议方成员放弃优先权时,才可与第三方交易。

运力控制条款可以消除、减弱已经在市场中的航运公司间的既有竞争,不仅可能构成反垄断法中“限制商品的生产数量和销售数量”的垄断协议,甚至可能因其有将运力供应限制在联盟范围内之嫌疑,而被当作企业间固定价格、监控价格竞争或商谈未来价格、产量或销售数据的场所或工具。尽管联盟合作不涉及运价内容,但其对运力的调控可能最终体现在运价上,不排除航运联盟意图通过及时减少运力实现运价上涨的可能性。例如,2019年4月全球集装箱运价下滑4.2%,亚洲至北欧航线即期运价创1年来最低记录,^①现代商船便计划取消在亚洲至北欧AEX航线新增运力的计划。^②联盟化进程不断深入,各国航运涉嫌垄断方面的监管挑战也越来越多。如果某一班轮公司同时属于不同联盟,可能成为协调枢纽,产生网络效果。这可能进一步造成航运联盟在市场中滥用优势地位的风险。如果航运联盟在相关市场上具有市场优势地位,当其拒绝与各成员所在市场上的其他经营者进行交易,或者提出不利的交易条件,则其他经营者可能会被完全逐出市场,或者不得不接受航运联盟所提出的不利竞争条件。

(四) 信息交换机制

航运联盟的高效率一部分来自于班轮公司间的信息交换。从反垄断的角度,班轮公司之间最理想的船舶共享协议应当仅限于装卸计划、船期安排和运营安排等信息交换内容。2M联盟、海洋联盟和THE联盟的协议内容都会包括“独立身份的保持”“敏感信息交换禁止”的规定。^③独立身份和敏感信息的关系是,通过禁止“销售、定价和营销能力”等敏感信息的交换来保持独立的身份。然而,相对于简略地规定“独立身份的保持”和“敏感信息交换禁止”的条款内容,协议内容似乎更注重列明可以交换何种信息,海洋联盟与THE联盟更是作了详尽的可交换信息列举。^④例如,THE联盟协议第5.3条(a)项约定“无论下列内容是由当事方准备的,还是从外

部资源获得的,各方均有权获得、汇编、维护和相互交换,关于贸易中共同运营有关的信息、记录、统计数据、研究、汇编、咨询报告和预测/推测,以及关于标准港口费率,第三方费用包括供应商、码头、燃油成本和消耗,货物运输,船舶和设备利用率,供求关系和船舶利用率的预测/推测,船舶和码头的运营数据,多式联运/铁路运输,停留时间,船舶级联计划和信息,船期执行效果,干船坞计划,船舶起重,港口/码头停留时间长度,生产力,港口匹配信息,和市场份额信息等相关的信息、记录、统计数据、研究、汇编、咨询报告和预测/推测……”。这些信息不仅涉及挂靠港口、挂港顺序、行程、服务速度、服务结构和日程安排等运营层面的所有方面,还包括了成本消耗与市场份额层面,虽没有直接协商运价,但会对班轮公司定价产生直接影响。并且,航运联盟成员可商定,在同一服务中购买巨型船舶共同进行运力部署,这很可能造成行业进入壁垒。因此,未加入联盟的班轮公司、货主和港口经营人等其他利益相关方共同呼吁加强对航运供应链的监管,尤其是加强对航运联盟协议反竞争性的规制。反垄断执法机构的困境在于共谋行为界定问题,难以找到切实证据证明航运联盟成员间通过上述信息的交换进行价格合谋,进而作出垄断性定价策略。正是由于合谋难以证实,反垄断政策制定者也面临垄断规制与反垄断豁免之间的尺度难以把握的立法难题。

此处的信息交换机制应当与协议中的保密条款相区别。与2M联盟相比,海洋联盟和THE联盟的协议中都增加了保密条款。^⑤除非有法律或任何其他监管机构的要求,未经其他各方事先书面批准,协议项下的活动应视为各方保密,任何一方不得为其本身或为其雇员、代理和分销商的利益泄露与本协议相关的任何信息,以及由本协议进行的讨论或是根据本协议产生的信息而获取或接收的其他方的业务和事务。保密条款主要是为保护协议内容以及所涉信息的安全,防止擅自泄露的情况,但不应当理解为免除反垄断司法辖区要求的备案义务。协议各方仍应按照各国主管机构的要求披露协议内容,配合反垄断审查。

① 参见《全球集装箱运价4月下滑4.2%》,载海事服务网2019年5月7日,<https://www.cnss.com.cn/html/hygc/20190507/327027.html>。

② 参见《亚洲至北欧航线运价降至一年来最低,海洋联盟计划暂停部分航次》,载搜狐网2019年4月18日,https://www.sohu.com/a/308898556_265147。

③ 例如,2M联盟协议第5条第5款。

④ 详见海洋联盟协议第5条第3款(a)项与THE联盟协议第5条第3款(a)项。

⑤ 详见海洋联盟协议第8条和THE联盟协议第9条。

二、航运联盟协议反垄断的特殊性

从理论上来看,除传统法经济学的反垄断理论应用外,行为法经济学也为规制航运联盟协议的反竞争性提供新的理论基础。然而,许多国家长期实行国际航运反垄断豁免制度,赋予航运联盟协议不同程度上排除一般反垄断体系规制的特殊待遇。究其原因,是航运联盟的法律性质和国际航运业都具有一定的特殊性。反垄断立法者应当正确认识这些特殊性,避免制度构建的片面化。

(一)行为法经济学下航运联盟协议反垄断的特殊性

现实中垄断协议的认定不会局限于某个固定范式。行为法经济学提出行为力(Behavioral Forces)比传统反垄断理论更能促成卡特化(Cartelization)的产生或使卡特化更加稳定、持久。根据传统法经济学观点,现实生活中的工业和产品市场中的显露和运营的许多个卡特尔,都不应当存在,也不可能得到长期的繁荣发展。因为无论是国内还是全球范围内,这些卡特尔通常是具有跨越了拥有大量竞争对手的市场,进入壁垒相对较低、拥有定价和成本结构复杂的非同质产品,以及其他使得卡特化不太可能成为严格理性参与者的选择的特征。19世纪航运史上的班轮公会被认为是此类卡特尔中最典型和古老的案例之一。^①行为反垄断理论给予航运垄断行为以更科学、合理的解释。行为反垄断理论认为,人类的心理动机和行为人在特定环境下的心理调整过程,使卡特尔更加可能和稳定。班轮公会的产生与繁荣正印证了这一理论,主要体现在两方面:其一,卡特尔成员使用社会地位评估与市场进入者合作的可能性很高,即社会地位是班轮公会考核成员的一项重要因素。高社会地位往往伴随着政治地位或经济财富等能够使卡特尔成员获益的特点。其二,成熟企业的成长史是有据可循的,可以作为衡量其社会地位的参考因素。那么,相似背景和起源的企业更容易产生信任,达成卡特尔并得以长久发展。这一点在班轮公会上主要体现为地域关联,例如,相较于德国航运企业,英国班轮公会更愿意吸收英国航运企业作为卡特尔的成员出口英国货物。基于社会地位和地域关联成立的班轮公会,其内部的忠诚

度是相当高的,这也是班轮公会长期垄断市场的重要内因。

随着世界经济全球化的发展,地域关联已不再是影响国际班轮运输市场参与者的一个重要参考因素,但从社会地位和相似背景及起源角度依然能够更好地分析和理解航运联盟合作协议。错误的联盟伙伴是导致战略联盟失败的最根本最重要的原因之一,有效的联盟管理始于选择正确的联盟伙伴。航运联盟是由全球班轮公司组成,^②各航运企业的发展历史均公开可考。航运联盟成员几乎都是家族企业或是国企,内部结合较为紧密,发展较为稳定,对外联系的信誉度较高。航运联盟的组建和发展逐渐呈现强强联合的特点,各代航运联盟均综合考虑成员的社会地位与企业背景,包括结构单位、管理系统及人员安排等,以便于建立完善的治理和信任机制。从行为法经济学的角度而言,航运联盟的不稳定性也有很大一部分原因是企业调整战略,谋求更好更合适的合作伙伴。例如,三大联盟成员是占据全球班轮运输市场运力份额排名前9位的班轮公司。马士基与地中海航运有史以来都是占据全球班轮运输市场运力及份额排名前两位的班轮公司,达飞排名第三。在P3网络联盟被中国商务部否决未能成立后,马士基与地中海航运放弃达飞,组建2M联盟。达飞与中远海运近几年的份额也几乎相当,故选择与长荣海运联合组成海洋联盟。THE联盟的各成员亦是排名相当的组合,联合后的市场运力份额可与其他联盟相抗衡,这才形成了如今的“三足鼎立”。行为法经济学理论进一步提出,相较于没有合作历史的企业,合作过的企业更容易产生认同感,而互相认同的寡头垄断企业间更容易产生共谋行为。企业决策者在信任与合作方面的社会偏好、人际关系、社交网络和习惯等传统经济学理论中理性经济人模型所忽视的因素,都会有助于竞争企业间建立和维持共谋安排。^③因此,有班轮公会这一历史合作基础,航运联盟成员间建立合作关系更为容易,发展成共谋的可能性也更大,反垄断法应当给予更高度的重视。

在反垄断规则制定上,行为反垄断理论更加强调合理原则的运用和个案分析的重要性。因此,在

^① Avishalom Tor, *Understanding Behavioral Antitrust*, Texas Law Review, Vol. 92:573, p. 594-595 (2014).

^② 全球班轮公司是区域班轮公司相对应的概念。在目前国际贸易中最重要的三条贸易航线亚欧航线、太平洋航线和大西洋航线上,通常认为能够覆盖其中两条就可称为全球班轮公司。区域班轮公司主要经营南北航线运输,包括欧洲、亚洲、北美洲至南美、非洲、澳大利亚等地的航线,以及亚洲、欧洲和南北美洲各自区域内的航线。

^③ Maurice Stucke, *Hearing on Competition and Behavioural Economics*, Organisation for Economic Co-operation and Development (25 July 2012), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2012\)12&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2012)12&docLanguage=En).

制定反垄断规则及豁免规则时,应当注意明线规则(Bright-line Rule)和细线规则(Fine-line Rule)的结合。明线规则通常用于法律方面,其含义是在定义某些东西的时候,定义得非常清晰,以至于完全不能有其他解释或者很少有其他解释。它是一个明确的规则或者标准,很少受到客观因素的干扰,基本上不会有可以“讨论”的空间或者这种可“讨论”空间很小。制定明线规则的目的是为了在法律的适用范围内,造成一个可以预见的、一致的结果。而细线规则又称细线测试(Fine-line Testing)、平衡规则(Balancing Rule)、平衡测试(Balancing Test),与明线规则相对应,依据细线测试作出的裁决结果,要权衡多个因素,甚至会受到主观因素的干扰。

(二) 航运联盟法律性质的特殊性

航运联盟的合作形式十分复杂且具有很大差异。有的航运联盟成员间是高度紧密的联合,需要高水平投资才能达成。例如,由于购买或租赁船舶,尤其是为成立航运联盟自身或者建设联合运营中心而联合投入资金。有的航运联盟成员间仅是通过松散的舱位互换协议达成合作。在对航运联盟进行反垄断分析时,航运联盟通过协议进行合作的这一法律形式,远远没有航运联盟成员提供联合服务这一根本的经济现实重要。航运联盟协议中共享运力和协调各方运输服务等方面的合作,会引起其他一系列的竞争问题。例如,当原本由各班轮公司单独提供的运输服务,通过航运联盟转变为联合提供时,在运输班次、停靠港口、航行速度、货运码头的选择和其他原本会相互竞争的服务因素上不再竞争,在相关市场上形成一股新的市场力量,发展到一定程度时,可能达到相对于交易相对方的优势地位甚至市场支配地位。当某一航运联盟在相关市场上拥有一定程度的市场优势地位时,可能通过联盟成员之间互相交换商业敏感数据,更轻易达成统一市场价格,导致运费上涨。不同航运联盟成员间还可能在特定贸易航线上达成协议,建立复杂的联系网络和运力共享途径。国际班轮运输市场很可能发生更深层次的合并和收购,进一步的整合和集中会带来更大的反垄断挑战。

航运联盟以协议为基础,但很难简单、直接地将航运联盟归于现行反垄断法中任何一类典型的横向垄断协议中,而能否将其定性为“排除、限制竞争的

协议”依赖于对其竞争效果的分析。正是突出的协议特点,决定了航运联盟区别于纯粹意义上的航运企业合并。航运企业合并是指两个或两个以上的航运企业合并成为一个航运企业,此种合并行为会产生法律上主体的变化,直接改变市场格局及市场上所涉企业的竞争关系。航运联盟的联合不以资产为纽带,不涉及股权及资产的联合或转移。从结果上看,班轮公司暂未出现通过联盟协议取得对联盟内部其他成员的控制权的情形。因此,也无法直接适用经营者集中控制规则对航运联盟进行调整。在反垄断法语境下,航运联盟应当属于企业合营(Joint Venture)的性质。从类似于并购的交易到研发、生产或分销的纯合作协议,企业合营的形式可以很松散,不一定非要形成一个“合营企业”,甚至往往与“战略联盟”同义或简称为“合作协议”。^①然而,企业合营这一定性并不能说明其对竞争的影响如何,也不能说明其在反垄断法上的合法性如何。企业合营可以通过比独立企业更加有效、成本更低的形式从事经营活动,使消费者获益,或者创造一种依靠独立企业无法创造出的新型或改进的产品或服务。同时,当竞争对手在商业活动上进行合作时,这一合作本身可能会阻碍竞争,并导致价格的提升或产量、质量或创新的降低。竞争对手间的合作也可通过减少企业合营各方互相的竞争激励,或者为竞争对手提供分享竞争敏感信息的机会来损害市场竞争。因此,将航运联盟定义为企业合营属性,本身不能说明航运联盟对竞争的影响如何,也不能说明其在反垄断法上的合法性如何。由于企业合营形式多样、结构复杂,在立法中没有被明确归类,垄断协议和企业集中的界限难以捉摸,许多交易可能同属这两类,垄断协议与经营者集中的法律适用也可能发生竞合。在理论界关于企业合营的讨论中,将横向垄断协议和经营者横向集中视作两极,而处于二者之间的商业安排,由于其促进竞争和反竞争效果同样明显,不能简单认定为违法,必须就个案进行分析。^②

以企业合营为基础,对航运联盟协议进行分析时,不能忽视附属性限制原理。根据附属性限制原理,关键是分析反竞争限制协议或协议条款,是否附属于本来应当是促进竞争的或者合法的交易。有些协议可能单独来看属于非法或者处于非法边缘,但

^① 参见[美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》(第3版),许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第214页;转引自张世明:《论反垄断法三大支柱的关系》,载《经济法学评论》2018年第18期,第30页。

^② 参见江山:《论协议型企业联营的反垄断规制》,载《环球法律评论》2017年第6期,第105-121页。

是若放到企业联营的语境下却是为实现企业联营的目的所必不可少的,则在不超出其范围的情况下有可能是合法的;而如果附属的协议与企业联营的形成和运营并不合理相关,则应当作为独立的违法行为予以判处,甚至可能影响对整个企业联营合法性的判断。企业合营判断附属性限制的标准是:对于企业合营成员之间的竞争所实施的限制被认为是附属性的,而合营成员在合营之外所施加的竞争限制则不属于附属性限制的范围。在此基础上,还应利用合理原则进行更深层次的分析,可将一项限制对于实现企业合营目标的必要性和合理限度等因素,纳入认定该项限制的违法性或是否豁免该项限制的衡量因素中。^① 附属性限制的合理分析,是欧盟航运竞争法与美国航运法允许航运联盟协议中与第三方交易限制条款的理论基础,因为他们认为航运联盟的内部限制是为实现航运联盟目的而必不可少的辅助行为。

(三) 国际航运业的行业特殊性

航运经济的内在特点对航运竞争有较大的影响。国际班轮运输市场总需求弹性较小,受世界经济波动影响较大而受价格影响较小;而航运供给具有一定刚性,班轮公司持有稳定航线经营而不会轻易退出市场,运力较为固定。在需求总量一定时,班轮公司间只好通过“价格战”争抢货源避免空舱带来损失,以保障本公司经营利润,从而导致市场进入无序、混乱竞争的状态。为弥补此类状态造成的巨大经济损失及避免过度竞争的出现,国际航运反垄断豁免制度应运而生,并在不同航运历史背景下被赋予不同的含义。班轮运输经营者互相合作的主要原因是国际班轮运输业具有高固定成本结构的特点,即不以利用率为前提,在特定航线上投资一系列船舶每周提供运输服务。而采取航运联盟这一合作形式的原因可以归结为低价格和广泛的服务覆盖范围,这两项是促进班轮运输经营者之间竞争的重要因素。航运联盟可以实现资源的优化配置,创造规模经济和范围经济。因此,航运反垄断在保护竞争的同时必须注意防止过度竞争,对能够提高效率的垄断给予一定程度的容忍。这就要求在构建航运协议反垄断立法时,既要做到保护规模经济发挥优势,又要减轻垄断带来的不利后果。可见,国际航运反垄断豁免制度主要起源于航运实践经验及航运市场发展的需要。尽管存在违反公平竞争原则等争议,

各国竞争法一般都赋予国际班轮运输经营者一定的反垄断豁免特权。

三、航运联盟协议反垄断的国际立法与发展

航运联盟得到欧盟和美国等反垄断司法辖区的政策支持,但其也逐渐意识到航运联盟对航运供应链整体的负面竞争效果,航运联盟协议的反垄断豁免能否带来消费者福利遭到质疑。以欧盟和美国为代表,各反垄断司法辖区从规制和豁免两方面重新审视航运联盟协议反垄断制度。

(一) 国际立法概况

现行各国家和地区的反垄断法对航运联盟的规制方式主要可分为三类(如表1所示)。一些国家没有赋予航运业特殊豁免权。在这些国家,航运企业之间的协议需要符合一般反垄断规则的豁免制度要求,方可被允许实施。例如,土耳其、智利、巴西、南非、俄罗斯、越南和印度尼西亚等。然而,这不排除其中有的国家反垄断监管机构有权对经济效益超过其反竞争效果的航运联盟给予个案豁免。一些国家和地区赋予航运联盟集体豁免权,主要包括欧盟、新西兰(自2019年起)、以色列和中国香港地区。马来西亚也可以被视为这一类型,且集体豁免权延伸至自愿讨论协议,提供广泛的信息交换自由并建立不具约束力的价格指南。许多国家制定具体的航运立法,豁免所有的航运企业或航运组织间的合作协议,包括班轮公会等,最为典型的国家是新加坡,美国和加拿大也可以归为这一类别,但美国和加拿大的航运立法几乎消灭了班轮公会在涉及两国的航线中的生存空间。

表1 各国家和地区的反垄断法对
航运联盟的规制方式及代表性国家和地区

规制方式	代表性国家和地区
不赋予航运业任何类型的豁免	土耳其、智利、巴西、南非、俄罗斯、越南、印度尼西亚
赋予航运联盟集体豁免	欧盟、新西兰(2019)、以色列、中国香港地区
赋予所有类型的航运协议豁免	新加坡、美国、加拿大

(二) 欧美立法及其最新发展

欧盟与美国采取的是不同的航运协议反垄断制度构建模式。航运协议反垄断规制的难点之一在于“协同行为”或“共谋行为”的认定。航运联盟的协

^① 参见江山:《论协议型企业联营的反垄断规制》,载《环球法律评论》2017年第6期,第117-118页。

同行为隐蔽性最强,认定极其复杂。欧盟反垄断执法机构在注重经济分析的同时,采用主客观相呼应的事实推定的方法。而在共谋行为的认定,尤其是共谋行为的认定标准上,美国更加重视判例法的重要作用。

1. 欧盟航运协议反垄断制度与立法

在反垄断规则上,欧盟航运反垄断立法以《欧洲联盟运行条约》(*Treaty on the Functioning of the European Union*)第101条为基础,班轮公司间即使没有达成联盟协议,或是航运联盟成员在达成协议内容之外产生限制竞争行为,也要受竞争法规制。反垄断执法机构认定航运联盟成员间存在协同行为的难度很大,需要满足两个要件:一是航运联盟成员间主观的意思联络,二是客观上一致的市场行为。两个要件是紧密相关、相互作用的关系。首先,航运联盟成员间存在主观意思联络,是认定协同行为最基本的因素,也是协同行为(有共谋的平行行为)区别于单纯的平行行为的最大特点。例如,2020年下半年以来,多家班轮公司宣布取消一定船舶的运营安排并提高运价。作为THE联盟中最大的公司,赫伯罗特已经在全球范围内提高了费率,而其他成员如阳明海运等班轮公司也频频向主管机关申报涨价方案。因此,货主控诉班轮公司正在联合抬高运价。而这种控诉是否成立的关键在于,“联合”是班轮公司主观达成的运价协同合意,还是经过对市场独立的判断而作出的相似的涨价策略。航运联盟构成意思联络,可以是联盟成员表现出共同行为的协调意愿,也可以是联盟成员“被动知会”相关信息并作出相应的协调行为。其次,航运联盟成员客观上存在协调一致的市场行为,且该市场行为是基于上述意思表示所作出的后续行为。以联合涨价行为为例,班轮公司通过意思联络达成共同涨价的协同意愿,而后实施了联合上涨运价的行为。如果航运联盟只有事实上的行为,而没有过意思联络,或是与意思联络没有因果关系,这种行为属于市场规律引发的单纯的平行行为,不构成协同行为。

在豁免规则上,欧盟单独颁布《航运联营体集体豁免条例》(*Consortia Block Exemption Regulation*,简称CBER),以立法形式赋予航运联盟协议反垄断豁免权。此种豁免是附条件的有限豁免,既承认航运联盟对经济的积极促进作用,也通过所附条件控制垄断可能对竞争造成的不利影响。其中一个条件为“在相关市场上所占有的市场份额原则上不超过30%”,超过30%的航运联营体及航运联盟将不适用

该集体豁免条例的规定,并要求超出30%份额的航运联盟,视超出情况来进行自我评估。这一“30%”的红线,属于明线规则。目前,2M联盟和海洋联盟都超过了这一红线,应当展开自我评估。而如何评价航运联营体及航运联盟的自我评估,或者说如何对占据市场份额30%以上的航运联盟的竞争效果进行分析,则需要细线测试。欧盟委员会在对航运联盟协议的反垄断规制方面所考虑的因素是比较科学、合理的。中国在研讨是否有必要构建国际航运反垄断豁免制度时,可从法律效益、经济效率、制度重要性、制度一致性和发展航运经济的需要五个方面进行考察与分析。2020年3月24日,欧盟委员会作出继续延用第906/2009号条例的决定,继续赋予航运联盟协议反垄断豁免权。这是经过慎重评估后对航运联盟协议的肯定,也是利益平衡的抉择。由于航运企业对航运竞争指导方针已经有很好的理解,在CBER确定的市场份额门槛(小于30%)内,承运人可以在短期内快速响应变化的运营需求,保持较低合规成本。托运人以较低的价格保留了有保障的服务,但非货币服务可能有所欠缺,码头经营者、港口和内陆经营者依然面临现实的挑战。在现行CBER的规制下,欧盟委员会认为,2M联盟协议、海洋联盟协议和THE联盟协议的约定符合欧盟竞争法的要求,应当赋予其反垄断豁免权。欧盟委员会此次延续期限为4年,似乎代表了缩短审查期限的趋势,努力寻求船货双方的利益平衡。从政策决策的角度,是否继续豁免的抉择,更多依赖于各国的经济保护政策或政治抉择。中国在构建航运反垄断豁免制度时,也应当分类讨论,以“成本—效益”为基础分别探讨不予豁免、给予有限豁免或其他方式豁免。既要参考欧盟的先进经验,也要结合中国航运经济的发展需要,尽可能在平衡船货双方利益的基础上,作出宏观抉择,再进一步细化规则设计。在程序规则上,由欧盟委员会统一对航运联盟进行监管,采取事后监管的模式。这意味着如果航运联盟协议运营过程中,被发现不再满足豁免条件,比如违反《欧盟运行条约》第102条禁止滥用市场支配地位的规定等,航运联盟协议的豁免将面临被撤销的风险,欧盟委员会将依据相应规则对航运联盟进行处罚。

2. 美国航运协议反垄断制度与立法

美国1890年《谢尔曼法》(*Sherman Act*)虽措辞严厉,却不甚明确,且仅有8个法条,反垄断执法面临诸多不便。美国法下垄断协议的认定标准很多形

成于判例法之中。在航运反垄断领域,美国采取统一立法的模式,航运竞争法律制度是美国航运法的核心内容,主要见于美国《1984年航运法》(*Shipping Act of 1984*)和美国《1998年航运改革法》(*Ocean Shipping Reform Act 1998*)。班轮运输经营者间的航运合作协议只要经过联邦海事委员会(Federal Maritime Commission,简称FMC)审查,认为其符合航运法明确规定的豁免类型,即可实施。协议实施过程中,FMC如果发现协议产生限制竞争、不合理减少运输服务或不合理提高运费的效果时,有权禁止其继续实施。在航运反垄断监管方面,FMC独立承担国际航运管理方面的职责,美国司法部(Department of Justice)的权力限制在FMC排他性管辖之外的反垄断事项上。FMC通过评估和监管为美国远洋贸易提供服务的海运公共班轮公司和码头经营人之间的协议,确保他们不会引起运输成本的实质性增加或运输服务的减少,以达到保持高效且竞争的国际海运市场体系的宗旨。

《2018年法兰克福洛比翁多海岸警卫队授权法案》(*Frank LoBiondo Coast Guard Authorization Act of 2018*)修改航运法关于禁止反竞争行为的规定,增加了两项针对航运联盟和其他承运人联合团体在谈判或协议上的限制:完全禁止与拖船经营人的谈判;并且,要求承运人联合码头经营人就购买特定的港口服务谈判和达成协议,这符合反垄断法的要求和航运法的目的。《2018年海岸警卫队授权法案》还增加了FMC处理减少码头经营人服务竞争的协议的监管权,以及相关的报告要求。此外,明确FMC有权拒绝“实质性减少在购买特定涵盖服务方面的竞争”的协议,并考虑任何受影响市场的相关竞争因素,包括“所审查的协议以外的协议的竞争效力”。FMC的年度报告必须包括分析航运联盟购买特定的涵盖码头经营人服务的竞争影响,以及任何可能的纠正措施。

拜登总统在2021年7月颁布“促进美国经济竞争的行政命令”,^①指示联邦机构加强对重点行业中少数具有优势地位的公司垄断控制的反竞争效果的监管,旨在遏制包括海运和货运铁路行业在内的72个行业潜在的反竞争行为。其中,海运的监管命令

向海事监管机构施加压力,要求其打击非法行为,希望能够解决集装箱航运业的整合以及反竞争定价等问题,鼓励FMC确保对向美国出口商收取过高费用的承运人采取有力执法。疫情期间,美国国会和FMC一直收到来自美国各利益方(进口商、出口商、汽车运输公司)的大量投诉,涉及与国际海洋运输相关的各种问题,包括高运费、承运人和码头征收的附加费(滞箱费和滞港费)、舱位不足(尤其是美国出口货物)、设备短缺、服务差(尤其是未与客户充分沟通的港口挂靠/船舶时刻表的变化)以及码头拥挤。尽管FMC在2022年5月公布的《关于疫情对美国供应链的影响》^②的最终调查报告中认为,海运费飙升、供应链受阻并非源于承运人的垄断,而是市场供求关系的结果,更是疫情中美国消费者支出超预期,且前所未有的购买力激增对供应链带来挑战的结果,美国政府仍于2022年6月颁布了美国《2022年航运改革法》,旨在从立法上缓解上述问题带来的一系列后果。^③

四、中国航运联盟协议反垄断立法现状 及制度构建建议

上文未将中国归为上述任何一类航运联盟协议规制模式之中,是由于中国法律尚未构建航运联盟协议反垄断规制体系,也没有具体的关于航运联盟协议反垄断规制和豁免的明确规定。因此,在分析现行相关规定的基础上,从垄断性认定标准和豁免标准两方面提出制度构建建议,以期弥补立法缺失。

(一)立法现状

1.《中华人民共和国国际海运条例》

《中华人民共和国国际海运条例》(简称《国际海运条例》)确立了航运协议反垄断规则,包括航运联盟的备案制度和调查制度等。但具体制度规则的设计过于笼统,没有确立航运协议垄断性的认定标准,也没有相对应的豁免标准,极易引发争议。首先,根据备案制度的要求,航运联盟有义务将其协议向国务院交通主管部门备案。但此种备案能否理解为一种事前审查机制?还是主管部门仅可进行登记而无权审查?对备案制度功能的理解,直接影响到协议垄断性的认定和航运反垄断豁免制度的基础,

^① *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, The White House (9 July 2021), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy>.

^② Federal Maritime Commission, *Final Finding Investigation 29 Final Report, Effects of the COVID-19 Pandemic on the U. S. International Ocean Supply Chain; Stakeholder Engagement and Possible Violations of 46 U. S. C. § 41104(c)*, FMC Official Website (31 May 2022), <https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FFno29/Fact%20Finding%202029%20Final%20Report.pdf>.

^③ 参见夏旭丽、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》,载《中国海商法研究》2022年第4期,第101页。

进而引发另一争议,即备案制度是否暗含航运反垄断豁免制度的效果?《国际海运条例》仅对未备案协议的处罚作了规定,没有规定未备案协议的法律效力问题,其是否有效与备案制度无关,需依据《中华人民共和国民法典》合同编进行判断。有观点认为,备案制度间接承认运营协议的效力,一定程度上体现了豁免精神。按照这一理解,如果备案制度仅是登记功能而无审查机制,则所有航运联盟协议,无论其垄断性质如何,均可在登记后合法运营,相当于享有中国法下的航运反垄断豁免权。实践中采取此种做法,并不尽合理。中国备案制度借鉴了美国航运法中航运协议需向 FMC 备案,由 FMC 进行形式审查的规定。然而,美国备案制度是建立在航运法明确以类型化认定航运垄断协议及豁免的前提下的。《国际海运条例》缺乏对垄断协议认定与豁免的明确标准,这一理解有失偏颇,导致对航运联盟的监管完全依赖于事后调查。《国际海运条例》下的调查制度可依职权或依利害关系人申请而启动,调查事项可视作《国际海运条例》下航运联盟垄断协议的认定标准。航运联盟协议可能涉嫌垄断的原因包括:航运联盟协议涉及中国港口,并可能损害公平竞争;航运联盟在中国港口某一航线的承运份额,持续超过该航线总运量的 30%,并可能对公平竞争造成损害;以低于正常、合理水平的运价提供服务,妨碍公平竞争;在会计账簿之外暗中给予货方回扣,承揽货物;滥用优势地位,以歧视性价格或者其他限制性条件给交易对方造成损害;其他损害交易对方或者国际海上运输市场秩序的行为。

首先,从上述事项可知,航运联盟垄断协议的认定要求“可能损害公平竞争”或“可能损害交易相对方”的结果要件,甚至依赖于这一结果要件。此种标准过于宽泛和模糊,无法为航运反垄断实践提供具体指引,还可能导致反垄断执法机构滥用调查权。

其次,以市场份额为认定垄断性的依据存在一定合理性,设定 30% 的标准与欧盟 CBER 所设的份额一致。但是,《国际海运条例》并未明确超过这一市场份额的后果,在适用时可能出现多种解释。即使 30% 是一个确切的数值,却不具有法律意义上的确定性。如果调查结论表明航运联盟违反上述规定,则由交通主管部门联合市场监督管理部门依照有关法律、行政法规的规定给予处罚。此处应该包括《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共

和国价格法》《中华人民共和国反垄断法》(简称《反垄断法》)等法律。然而,交通运输部无权适用《反垄断法》处罚航运联盟的垄断行为,也无权要求市场监督管理部门必须对航运联盟的垄断行为作出处罚,这一规定对于违反《国际海运条例》的航运联盟来说,形同虚设。

2.《反垄断法》

《反垄断法》确立了垄断协议认定的一般标准。《反垄断法》第 13 条明确垄断协议的表现形式包括协议、决议和协同行为三种,并列举了几类典型的横向垄断协议。航运联盟协议中集体增加和取消航次、航线和运力的约定,很可能构成对商品生产数量和销售数量的限制,基础舱位的分配也可能涉及分割销售市场等,违反《反垄断法》的规定。即使没有达成正式协议,或者在协议之外航运联盟及成员进行协同行为,也构成中国反垄断法下的“垄断协议”。但是,协同行为在《反垄断法》实施后很长一段时间内并没有得到实践检验,直到 2016 年国家发展和改革委员会(简称发改委)对三家药厂作出艾司唑仑药品垄断协议的处罚决定书。^① 发改委认定涉案企业达成固定或变更商品价格的垄断协议时,并未仅基于企业间参加会议的事实即作出判断,而是综合分析了相关市场结构、三方当事人的意思联络及信息交换的详细事实,以及相关企业的后续市场行为等因素。这是中国反垄断执法机构自《反垄断法》生效以来对“协同行为”的首次认定,对中国协同行为理论与实践产生重要影响。根据该案的经验,经营者将很难以自己仅作为参会者被动地接收其竞争者披露的敏感信息为由进行开脱。因此,经营者需要更加谨慎地对待与竞争者的信息交换。竞争者之间的战略敏感信息交换可能会减少市场上有关价格、产量等方面的不确定性,容易促成竞争者之间的合谋,构成协同行为。国际班轮运输市场的集中度较高,航运联盟协议中的信息交换机制应当引起监管的高度重视。如果航运联盟成员利用信息交换机制,达成控制交易或控制市场的效果,则应当属于《反垄断法》所规制的垄断协议。2019 年,国家市场监督管理总局发布的《禁止垄断协议暂行规定》填补了协同行为认定标准的立法空白,明确协同行为应当考虑一致性、意思联络、是否存在合理性抗辩及相关市场条件等因素,为判断协同行为提供标准。此后,协同行为的认定也只是零星见于反垄断执法实

^① 国家发展和改革委员会行政处罚决定书[2016]5 号、6 号和 7 号。

践中,暂未有应用于航运反垄断的案例,其理论与应用都有待进一步检验。

2022年修正《反垄断法》时,第18条新增了纵向垄断协议的安全港条款。如果纵向垄断协议各方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,则可不追究其垄断协议的责任,但有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外。这一规则吸收了国外安全港条款的立法理念,即在符合特定条件下将某种行为推定为垄断行为或者合法行为。虽然这一规则目前在《反垄断法》中仅适用于纵向垄断协议,但也可适当将其引入于航运联盟垄断协议这一横向垄断协议的反垄断制度构建之中。引入该规则在一定程度上可以减轻执法压力,为经营者的善意经营活动提供反垄断法的宽容空间。只不过该条作为一种合法推定,如果适用的条件过于宽松,有可能产生对垄断协议执法不力的问题。因此,在引入时应当对该规则作细化处理,包括设置市场份额标准、违反安全港规则的法律后果和这一规则下“排除、限制竞争”的证明事项等。

(二) 构建航运联盟协议垄断性推定标准

航运联盟协议垄断性认定的难点在于对共谋的认定。由于通常很难捕捉到当事人的意思交流,甚至有的共谋也没有必要发生交流,导致共谋的认定极为复杂。在构建航运联盟协议垄断性认定标准时,重点应当是航运联盟协议中的信息交换机制。竞争对手间的信息交换能够在一定程度上促进效率。但是,反垄断执法机构应当格外注意,信息交换协议为企业间共谋提供便利。信息交换机制的竞争效果取决于相关市场的结构和所交换的信息性质。在市场集中度较高的市场中,如果竞争对手间定期和频繁地分享,暴露竞争者商业策略的敏感信息,包括价格、运力或成本等,更容易引发竞争问题。例如,通过价格公告的方式进行价格信息共享,可能被认定为协同行为的表现。信息的聚合水平(level of aggregation)、披露频率及信息的时效性,都是评估信息交换的潜在影响的重要因素。越低的聚合水平、越高的披露频率和时效性越强的信息之间的交换,

对市场中相互依赖的竞争者行为的潜在影响越大。在国际班轮运输市场,涉及总运力预测的信息交换可能涉及不同贸易航线的运力部署,而运力是该市场发生协同行为的基本性信息,应当被谨慎评估。然而,由于国际班轮运输业对信息共享的依赖由来已久,班轮运输市场信息交换引发的竞争风险也不可被过分夸大。

共谋的推定可以分为两个步骤:第一步,识别哪些市场的具体条件有利于产生共谋;第二步,判断在这些市场中是否确实存在共谋行为。按照这一分析方式,认定航运联盟共谋行为,首先需要判断国际班轮运输市场的市场结构,如果存在有利于共谋的市场条件,则应高度关注,并进一步考察航运联盟的行为;如果不存在这些条件,即使班轮公司间存在交换价格信息等行为,也一般不认为班轮公司构成共谋。波斯纳总结出17类有利于共谋的市场条件和14类共谋行为的表现形式。^①中国在构建航运联盟协议垄断性推定标准时,也可以从市场和行为两个角度来确定。

从市场角度,国际班轮运输市场至少符合上述市场条件中的13类特征,包括:(1)符合市场卖方集中的条件特征。航运联盟占据全球集装箱班轮运输市场80%左右的运力份额,相对于分散至数十家乃至数百家班轮公司而言,更容易达成统一的条件,组织卡特尔的成本较低,可以及时发现成员背叛或欺骗行为,更利于维持共谋。(2)符合缺乏小企业存在的条件特征。因不具备资本和运营网络覆盖面等竞争优势,中小型班轮公司逐渐被挤出全球运输主干线。(3)符合在竞争价格上,需求弹性低的特征。国际海运在各国贸易中都是不可缺少的一环,对外贸易高度依赖于国际海运,很难找到替代运输方式,出口方通常将运费成本转换至商品价格上。因此,运价对需求量的影响很小,国际班轮运输市场的需求弹性总体较低。(4)符合市场进入需要很长时间的的条件特征。船舶投资的寿命一般是20年,潜在航运竞争者进入国际班轮运输市场需要一定时间。(5)符合市场上的买方不集中的条件特征。相较于规模化运营较成熟的航运联盟而言,货主的力量较

^① 17类有利于共谋的市场条件有:市场上卖方集中;没有外围小企业存在;在竞争价格上,需求缺乏弹性;市场进入需要很长的时间;市场上的买方不集中;所涉产品是标准化的;所涉产品是非耐用品;主要企业在分销链上的同一层次进行销售;价格竞争比其他形式的竞争更重要;固定成本对可变成本的比率较高;各卖方的成本结构和生产过程相似;相关市场上的总需求不变,或随着时间流逝不断下降;价格可以迅速变化;交易采用秘密投标方式;市场的地域范围不大;各企业间存在合作活动;该产业以往发生过共谋行为。14类共谋行为的表现形式有:固定的相关市场份额;整个市场范围内的价格歧视;交换价格信息;区域性价格差异;相同的出价;在卡特尔形成时价格、产出或生产能力的变化;行业转售价格的维持;领导者的市场份额不断下降;价格变化的幅度和波动性;需求在市场价格上有弹性;利润水平和利润模式;市场价格与企业数量或需求弹性负相关;基点定价;排挤性行为。参见许光耀:《垄断协议的反垄断法调整》,人民出版社2018年版,第72-84页。

为分散,尤其中小型货主在与航运联盟谈判时明显处于弱势地位。(6)符合所涉产品是标准化的条件特征。同质性商品更容易达成共谋,也更容易监督。标准化是同质化的最高标准。航运联盟在全球范围内进行班轮运输,班轮运输服务具有同质性,缺乏差异的集装箱航线供应,使集装箱运输服务成为一种类似的商品提供的服务。(7)符合主要企业在同一经营环节的条件特征。航运联盟各成员均从事远洋运输环节的经营。如果班轮公司不跨环节经营,更容易达成与维持卡特尔。(8)符合价格竞争比其他形式的竞争更重要的条件特征。由于需求稳定性及供给刚性等特点,尽管航运联盟成员尝试推出不同的增值服务,但总体而言,航运联盟主要运输服务的差异化较低,也几乎没有广告服务的竞争,国际班轮运输市场价格以外的竞争(如服务竞争、广告宣传上的竞争)不强。(9)符合固定成本对可变成本的比率较高的条件特征。国际班轮运输业是一个竞争非常激烈的行业,收益波动大,固定成本高,回收周期长。班轮公司在国际班轮运输市场的合作,不一定是追求垄断利润,更在于缓和竞争的强度。因此,航运联盟成员共谋的动机更强。市场潜在竞争压力不强,也为航运联盟进一步共谋提供了可行性。(10)符合成本结构和生产过程相似的条件特征。从航运联盟现状的角度,三大航运联盟内部无明显占主导地位的班轮公司,且排名全球前9位班轮公司均在联盟之列,其组合模式具有共同点。从航运联盟成员的角度,海洋运输的成本包括船舶投资成本、船舶固定费用、航次运营费用等,各班轮公司成本结构和运营过程相似。(11)符合市场总需求稳定的条件特征。这是由国际班轮运输市场需求弹性低及供给刚性的特点决定的。总需求稳定更利于对共谋进行监督和维持。如果总需求波动很大,则无法准确判断是市场因素导致产出增加,还是共谋成员通过价格战招揽客户。(12)符合各企业间存在合作活动的条件特征。自19世纪的班轮公会以来,国际班轮运输市场的班轮公司一直保持合作,地域范围从区域到全球,合作形式从以班轮公会为主到以航运联盟为主。(13)符合产业以往发生过共谋行为的条件特征。这一条件对于分析国际班轮运输市场下的共谋行为尤为重要,班轮公会作为航运联盟的前身,班轮公会的垄断性是没有争议的。结合上文行为法经济学理论中历史背景、社会地位等因素,航运联盟

成员达成共谋有市场结构基础。即使不存在班轮公会,国际班轮运输市场作为寡头垄断结构,自身也是有利于共谋的。因此,可以得出结论,从市场结构和市场条件来看,国际班轮运输市场具备有利于共谋的市场条件,应当予以重视,有必要结合班轮公司和航运联盟的具体行为,进行下一步共谋行为的分析。

三大航运联盟成立及稳定以来,2M联盟和海洋联盟的市场份额各自稳定在30%左右,THE联盟稳定在20%左右。虽然联盟协议禁止约定分配市场份额,但均约定基本舱位分配等可能影响市场份额的因素,并且允许市场份额信息的交换等,导致联盟成员间的市场份额相较于竞争性条件下波动较小。波斯纳认为,如果相关市场上大企业之间的市场份额对比在很长时间内相对稳定,则表明可能存在共谋,这种稳定是由于共谋者固定价格、划分市场、限制产出造成的,是竞争被共谋所消除的结果。并且,在市场条件不利于共谋时,卖方数量多且分散,不足以构成共谋,价格信息交换有益于企业合理确定各自价格,甚至还有可能是促进竞争的市场特征。但当市场条件有利于共谋时,竞争者之间交换价格信息可以成为证明共谋定价的有力证据。^①航运联盟内部建立信息交换机制,除敏感信息外,各方有权获取、汇编、维护和交换贸易中与经营相关的任何方面的信息。一般认为,运价是航运企业间的敏感信息。然而,协议中的信息交换涉及供应成本、第三方费用、船舶信息、市场及市场份额等影响定价的重要因素。各方可使用任何此类信息来共同作出运力和服务结构的安排,最终也会体现在运价上。如果构建上述推定标准,航运联盟成员进行现在协议中的信息交换行为,会被认定为辅助共谋的手段。

(三)细化航运联盟协议豁免规则

1. 构建航运联盟协议享受豁免的明线规则

首先,明确禁止固定运价、歧视性定价、划分市场等涉及“核心卡特尔”的垄断协议享受豁免。因为该类行为会对市场竞争产生严重破坏,为避免重蹈覆辙,维护国际班轮运输市场平稳运行,应当严格禁止。其次,航运联盟在相关市场的市场份额是享受豁免的重要因素之一,航运联盟在相关市场的市场份额过高,势必会影响市场竞争。建议规定航运联盟可享受豁免的市场份额原则上不超过30%,这也与《国际海运条例》中所要求的份额一致。但是,这并不意味着航运联盟所占市场份额超过30%时会

^① 参见许光耀:《垄断协议的反垄断法调整》,人民出版社2018年版,第85、90页。

自动被视为违法而不享受豁免,而是说在超过30%的情况下,有待于反垄断审查机构进一步对航运联盟协议的竞争效果进行分析与判断。在后续审查中,航运联盟负担举证责任,由反垄断审查机构结合法律效益、经济效率、重要性、一致性和中国航运业发展附加价值等方面决定是否继续赋予其豁免。

2. 确立航运联盟协议个案豁免准则

反垄断审查机构在进行个案审查时,可以依据企业合营的附属性限制原理,区分航运联盟的内部限制和外部限制。对于航运联盟成员在联盟合作之外所施加的竞争限制,例如对货主或其他交易相对方施加的限制,应被视为独立行为进行审查和判断;对于航运联盟成员间的内部限制,即航运联盟的附属性限制,应当进一步审查该项限制对于实现航运联盟目标的作用。无论是对于内部还是外部限制的豁免,都应当对经济效率进行审查。如果其对航运联盟实现经济效率是合理必要的,即使该项限制在其他情况下本应构成违法,也可准许其享有豁免权。这一项审查的实质在于,航运联盟协议享受豁免的根本原因是存在经济效率。经济效率涵盖各种客观的经济效率,包括成本效率及质量效率,在司法实践中应当被谨慎适用。结合《反垄断法》第15条豁免的类型,至少同时符合以下4个条件,经济效率豁免才可以适用:条件一,改善产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;或为促进技术、经济发展作出贡献,包括通过规模经济提升效率,或提升研究开发新产品的效率。条件二,消费者可公平地分享合作所带来的利益。条件三,合作协议是要达到特定经济效率所不可或缺的。条件四,合作协议不会“严重妨害”或“实质性消除”相关市场竞争。并且,无论是在事前审查环节还是事后调查环节,申请豁免(或被调查)的企业或组织应承担举证责任,证明其协议或集中符合经济效率豁免的每项要求。因此,航运联盟协议若要证明自身适用经济效率豁免,需相应证明符合这四个条件。

证明航运联盟符合条件一,可从以下方面考虑:因服务覆盖范围更广、航次更多而提升了服务质量;产生成本效益;降低进入市场及扩张业务的成本;提升港口利用率;带来环境效益。

证明航运联盟符合条件二,可从以下方面考虑:因服务覆盖范围更广、航次更多而提升了服务质量,消费者因此获益;降低运费;增加参与特定航线竞争的班轮公司数量。

证明航运联盟符合条件三,需要证明航运联盟

对达到经济效率是合理必要的,且没有其他在经济上可行而限制更少的方式能够达到同等经济效率。

证明航运联盟符合条件四,需要航运联盟协议中不涉及任何共谋定价、限制载货舱容、分配市场、联合推广或利益分配等条款,并且航运联盟各方共同拥有的市场份额不超过规定的上限。只有满足这两个条件,航运联盟成员才有可能在关键的竞争因素(诸如价格等)方面,仍保持互相竞争的关系。

3. 明确航运联盟成员享有自由退出的权利

航运联盟作为班轮公司间的运营协议,不应与联盟成员考虑自身利益相冲突。在成员企业的利益与联盟整体利益不能协调的情况下,成员企业可能为更好实现自身经济利益而选择退出联盟。此种权利由法律明确规定,更符合航运联盟合作的本质需求和国际航运反垄断法律制度的目的。至于退出的具体条件及步骤,诸如提前通知的时间等,则可在协议中详细约定。

4. 立法条文设计

《反垄断法》作为竞争领域的基本法,为各行业的反垄断提供宏观指导,在促进市场自由公平竞争、维护市场正常秩序和推动经济发展等方面发挥了重要作用。由于其基础性的特征,《反垄断法》主要是就反垄断的一般技术性问题进行规制,而不是侧重于某个领域或行业。中国航运反垄断立法,应当建立在《反垄断法》的基础上,结合航运业的特殊性作出规定。正值《国际海运条例》修改之际,建议在修改建议稿中关于航运联盟协议反垄断的规制方面作出如下条文设计:

“第xx条(航运联盟协议的豁免)

航运联盟或其成员能够证明所达成的协议属于下列情形之一的,不适用《反垄断法》禁止达成垄断协议的规定:

(一) 国际班轮运输市场中的合作运营行为:

1. 协调或联合确定船期和停靠港口;
2. 互换、租赁或互租船舶舱位或箱位;
3. 共享船舶或港口设施;
4. 使用一个或多个联合运营办公室;
5. 提供集装箱、底盘车和其他设备,或出租、租赁或购买上述设备的合同。

(二) 为应对供求波动调整运力;

(三) 联合运营或使用港口码头作业和相关服务(例如,引航或装卸服务);

(四) 本条第(一)款、第(二)款和第(三)款所述活动实施所必需的其他任何附属性活动,包括:

1. 使用数字信息交换系统;
 2. 航运联盟成员有义务在相关市场中使用航运联盟协议项下的船舶,并且不得向第三方租赁船舶箱位;
 3. 除航运联盟其他成员事先书面同意外,航运联盟成员不得将船舶箱位转让或出租给相关市场的其他船舶承运人;
 4. 其他附属性活动。
- 第 xx 条(航运联盟协议豁免的限制条件)
- 本法第 xx 条垄断协议的豁免不适用于下列严重排除、限制竞争的航运联盟:

(一)核心卡特尔限制

固定运价协议,为应对供求波动以外调整运力的协议,以及分配市场和客户的协议;

(二)市场份额限制

1. 航运联盟在相关市场的共同市场份额不超过总运量的 30%;

2. 为确定航运联盟成员的市场份额,应将相关市场上货物总运量计入在内,不论这些货量是否被实际运载,包括:

- (1) 航运联盟自身的运量;
- (2) 航运联盟成员所在的其他航运联盟的运量;
- (3) 航运联盟成员在联盟之外的运量或在第三方船舶上的运量。

3. 反垄断执法机构依法对市场份额超出 30% 的航运联盟进行调查,如果被调查的航运联盟符合以下因素,则反垄断执法机构有权作出予以豁免的决定:

- (1) 因服务覆盖范围更广、航次更多而提升了服务质量;产生成本效益;降低进入市场及扩张业务的成本;提升港口利用率;带来环境效益;
- (2) 因服务覆盖范围更广、航次更多而提升了服务质量,消费者因此获益;降低运费;增加参与特定航线竞争的班轮公司数量;
- (3) 被调查的航运联盟对达到经济效率是合理必要的,且没有其他在经济上可行而限制更少的方式能够达到同等经济效率;

(4) 航运联盟协议中不违背本条第 1 款和第 2 款的限制性规定。”

(四)自由退出权

从立法上明确航运联盟协议应当赋予成员自由退出权。航运联盟成员退出联盟不当受到任何经济处罚或其他处罚,特别是不得要求退出的联盟成员停止在联盟活动所涉及的相关市场的所有运输活动,无论是否以该活动可在特定时期内恢复为条件。航运联盟成员行使自由退出权,应当至少提前 6 个月发出通知。但是,航运联盟协议中可约定,该通知最早可在协议生效之日起 24 个月后发出,或自服务开始后的较晚日期发出。如果是紧密型航运联盟,通知期限可最多延长 12 个月,并且,航运联盟可约定该通知最早可在协议生效之日起 36 个月后发出,或自服务开始后的较晚日期发出。

五、结语

2023 年 1 月,马士基和地中海航运发表联合声明,^①表示双方基于不同的战略选择,决定 2025 年不再继续联盟合作。2M 联盟的合作终止可能会在马士基和地中海航运之间创造更多竞争,尤其是在亚欧、跨大西洋和跨太平洋贸易上更直接地相互竞争,引起短暂的航运费率下降。但双方为维系和吸引更多客户,则需要增加各自的海运舰队来确保货物的顺利运输,并对海运服务进行优化以满足客户的需求,这也可能会推动两家公司和其他班轮公司组成新的联盟。不论如何,作为世界最大的两家班轮公司,马士基和地中海航运共同控制着全球约 1/3 的集装箱运力,并各自拥有超过 400 万 TEU 的运力,不再继续合作会引起全球航运市场的波澜甚至动荡。无论是为适应航运联盟格局动荡下发展航运经济的需要,还是为弥补中国航运立法的缺失,中国都应当认识到以立法形式构建航运协议反垄断制度具有重要意义。中国应当担负起航运大国与贸易大国双重身份的责任,以船货利益平衡的视角,从立法上确立航运联盟协议垄断性推定的标准和细化国际航运反垄断豁免制度规则,实现对航运联盟协议反竞争性的有效规制,同时维护其积极意义,以保证国际班轮运输市场健康、有序、可持续的发展。

^① Maersk, *Maersk and MSC to Discontinue 2M Alliance in 2025*, Maersk (25 January 2023), <https://www.maersk.com.cn/news/articles/2023/01/25/maersk-and-msc-to-discontinue-2m-alliance-in-2025>.