论纵向合并审查中竞争损害理论的证明
——以 AT&T 收购时代华纳案为切入点

吴白丁

摘　要：芝加哥学派所坚持的“消除双重边际化”为宽松的纵向合并审查奠定了基础。而聚焦企业策略行为的后芝加哥学派，则发现了纵向合并可能的封锁和协调效应所带来的竞争损害，并倡导更严格的纵向合并审查。AT&T 收购时代华纳案，就代表了美国司法部在严格审查纵向合并方面的新尝试。这一尝试的失败反映了法院对潜在竞争损害需获得真实证据支持的严苛态度。中国执法机构的纵向合并审查经验逐步成熟，能够对多种竞争损害予以细致考察，但仍有诸多改进之处。执法机构可以在未来完善对封锁策略有“损害竞争的动机”的证明、重视效率增进和更有逻辑地论证“合并对竞争的影响”。

关键词：纵向合并；竞争损害；封锁效应；协调效应

[中图分类号] D912.294　　[文献识别码] A　　[文章编号] 2096-6180 (2019) 05-0073-21

一、问题的提出

在竞争法中，损害理论有广义、狭义两种。广义的竞争损害理论（theory of competition harm）是竞争执法机构或者反垄断民事和行政诉讼原告，依据反垄断法判断企业或者政府行为违法的主张或者理由。常见的竞争损害理论包括政府行为阻碍生产要素的自由流动，企业合谋抬高产品价格，具有支配地位的企业实施搭售策略，以及企业合并可能提价、降低产品质量或者抑制创新等。狭义的竞争损害理论则局限于企业行为损害竞争的多种机制。不论是广义的还是狭义的竞争损害理论，它们都只是被调查方或者被告的行为有损害竞争机制的可能性。对于执法机构或者反垄断诉讼的原告而言，他们都需要对这种可能性承担举证责任。当执法机构不能证明被调查方的行为损害了竞争机制并最终损害了消费者福利时，执法机构就只能决定不处罚（行政主导模式）或者败诉（司法主导模式）。同理，对于反垄断民事诉讼私人原告而言，若无法证明竞争损害理论，他们也要承担败诉的后果。考虑到不同竞争损害理论的证明难度有差异，立法者或者法院会根据行为类型相应地为执法机构或者原告分配不同的举证责任，以兼顾反垄断法实施的效能和被调查方或被告的抗辩权利。

［作者简介］吴白丁，法学博士，美国乔治华盛顿大学法学院博士后。

世界上主要反垄断辖区的实践表明，执法者们对于横向合并的竞争损害理论及其证明方式基本一致。但是，他们在纵向合并和混合合并中的实践有所不同，尤其是对如何证明纵向合并的竞争损害存在差异。近期饱受争议的美国司法部诉 AT&T 收购时代华纳案（Time Warner）（下称 AT&T 收购时代华纳案）为我们提供了审视美国纵向合并审查制度的机会。而通过对本案以及欧盟和我国执法实践的分析和总结，可以为改进我国的实践提供建议。

二、纵向合并审查中竞争损害理论的变迁

美国自 20 世纪 70 年代至今的并购实践表明，联邦反垄断执法机构（司法部和联邦贸易委员会）和联邦法院对纵向合并的担忧远小于横向合并。在 2018 年司法部起诉 AT&T 收购时代华纳案之前，联邦反垄断执法机构在长达 40 年的时间里没有禁止或者起诉请求法院禁止过一起纵向合并。[1] 即便是在机构认为纵向合并可能会实质性地减少竞争的案件中，它们通常也是在与合并双方商谈好救济条件之后，请求法院批准交易。整体来看，导致机构和法院对纵向合并更宽容的理论根据有三。

第一，至今颇具影响力的芝加哥学派将纵向合并可以“消除双重边际化”视为纵向合并产生“内生”福利的主要原因。所谓双重边际化，是指纵向链条上分离的企业在不考虑客户流失对各自利润的负面影响时，分别设定零售边际价格和批发边际价格，这种价格设置会导致无效率的高价。消除双重边际化理论所隐含的政策启示是，纵向合并基本无须反垄断执法机构的审查。[2] 因为，纵向合并使得这两个企业有动机通过只设定一个边际价格的方式降价，这会促使双方将更多需求内部化，并对供应链其他层面的企业产生积极影响。[3]

第二，纵向合并不会增强合并实体在任一上下游相关市场中的集中度，因而对竞争的损害是间接的。横向合并会直接导致合并实体在上游或者下游相关市场的集中度增加，可能减少竞争对手施加给合并实体的直接竞争约束，从而增加了合并实体提价的能力和动机。相反，在纵向合并中，合并实体是通过多种策略来损害其上游或者下游部门的竞争对手，从而最终影响消费者福利。[4]

第三，纵向合并可以减少交易成本、改善产品质量、完善设计流程等，从而提升了企业效率。纵向合并减少交易成本这一假定，源自罗纳德·科斯（Ronald Coase）、奥利弗·威廉姆森（Oliver Williamson）等人的论述。科斯在《企业的性质》一文中提出，人们成立公司或者其他商业实体生产产品，而非在市场上通过合同进行外包的主要原因是避免交易成本。通过市场购买产品的成本会高于产品价格本身。具体而言，搜索和信息成本、议价成本、保护商业秘密的成本，以及监

〔1〕 The Wall Street Journal，*AT&T Beats U.S. in Antitrust Fight Over Time Warner*，https://www.wsj.com/articles/judge-is-set-to-decide-whether-at-t-and-time-warner-can-merge-1528832942?mod=article_inline（last visited Jun. 23，2019）.

〔2〕Jeffrey Church，*Vertical Mergers*，*in* 2 Issues in COMPETITION LAW AND POLICY 1466-68（ABA Section of Antitrust Law 2008）.

〔3〕OECD，*Vertical Mergers in the Technology，Media and Telecom Sector：Background Note by the Secretariat*，p.27，https://one.oecd.org/document/DAF/COMP（2019）5/en/pdf（last visited Jun. 7 2019）.

〔4〕 *Id.*，at 5.

督执行成本都是通过市场购买产品所要支付的额外成本。同时，企业与日俱增的管理成本和经理人错配资源的习惯等，也限制了企业内部生产的产品范围。内外两大类成本决定了企业的规模。[5] 协调处于“生产—分销”链条上不同层次的企业，可以减少成本和改善产品质量。[6]

但是，近来呼吁更严格的对纵向合并进行审查的学者们，如后芝加哥学派代表人物史蒂文·萨洛普（Steven Salop）、乔纳森·贝克（Jonathan Baker）和迈克尔·塞林杰（Michael Salinger），质疑芝加哥学派的多个理论假设，认为纵向合并对消费者的福利效果是不确定的。合并是否会增进消费者福利，取决于合并带来的效率是否大于潜在的反竞争效果。后芝加哥学派的主要质疑有二。

一方面，消除双重边际化可能不足以抵消潜在的竞争损害。其一，下游部门的“机会成本”可能不等于边际成本；其二，上游部门和下游部门可能已经在合并前签订了复杂的合同或者有复杂的关系；其三，消除双重边际化可能不是合并所特有的，纵向合同也可以实现效率；其四，由于产品不兼容等原因，导致下游部门无法使用上游部门的投入品，此时没有消除双重边际化；其五，代理成本可能会导致合并实体的部门之间相互保持距离，从而弱化了部门之间的竞争，或者为了根据管理层的绩效来补偿他们，并维护每个部门的管理效率，此时并不涉及消除双重边际化。[7] 在 Comcast/NBCU 案中，联邦通讯委员会（Federal Communication Commission）和司法部就对是否会消除双重边际化产生怀疑，因为双方存在合并前的合同条款和机会成本问题。[8]

另一方面，合并实体可能实施多种反竞争策略。芝加哥学派所主张的单一垄断利润理论认为，一个不受政府管制的垄断者仅可以获得单一垄断利润（Single Monopoly Profit），因此，它不会通过搭售或者纵向合并中的封锁来获得任何额外的市场力量。[9] 如萨洛普所言，这一假设虽然简单，但是需要同时满足三个条件。其一，上游的合并企业是一个不受管制的垄断者，并受到禁止性准入壁垒的保护；其二，下游企业以固定比例使用上游垄断者的产品和其他投入品；其三，下游市场是一个完全竞争市场。当这三个严苛条件同时满足时，上游垄断者才无法通过收购部分下游企业，并封锁其他下游企业来将其上游市场力量传导到其他市场的方式获得额外垄断利润。[10] 单一垄断利润理论适用情形的有限性，决定了其不宜作为纵向合并政策的一般性理论基础。

对于纵向合并的反竞争关切，1984 年版美国《非横向合并指南》聚焦于“竞争者难以同时进

---

〔5〕 Ronald Coase，*The Nature of the Firm*，4 ECONOMICA 386，191-92（1937）.

〔6〕Oliver Williamson，*The Vertical Integration of Production：Market Failure Considerations*，61 AMERICAN ECON. REV. 112，115（1971）.

〔7〕 Steven Salop & Daniel Culley，*Revising the US Vertical Merger Guidelines：Policy Issues and An Interim Guide for Practitioners*，4 JOURNAL OF ANTITRUST ENFORCEMENT 1，34-35（2016）.

〔8〕 *U.S. v. Comcast*，Case 1：11-cv-00106（DDC，2011），https://www.justice.gov/atr/case/us-and-plaintiff-states-v-comcast-corp-et-al（last visited July 8，2019）.

〔9〕 *See* Robert Bork，THE ANTITRUST PARADOX 229（1978）; Richard Posner，ANTITRUST LAW 198-99（2nd *ed.* 2001）.

〔10〕Steven Salop，*Invigorating Vertical Merger Enforcement*，127 YALE LAW JOURNAL 1962，1968-69（2018）; Also *see* Einer Elhauge，*Tying，Bundled Discounts，and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*，2 HARVARD LAW REVIEW 123，397（2009）.

入纵向合并企业所在的上下游两个市场”。[11] 近期的产业组织经济学和执法实践已经转移了关注焦点。经济合作与发展组织（OECD）近期的《科技、媒体和通讯行业纵向合并报告》（下称 TMT 行业纵向合并报告）以资产类型为分类标准，列举了纵向合并常见的投入品和客户群封锁、搭售互补品，以及滥用或者交换敏感信息等竞争损害（见表 1）。现任联邦贸易委员会竞争局局长布鲁斯·霍夫曼（Bruce Hoffman）也指出，执法机构目前关注多种反竞争效果，包括减少双方进入对方市场的可能、投入品或者销售渠道封锁、获取对手敏感的竞争信息，以及便利共谋。[12]

表 1　根据资产类型划分的纵向合并竞争损害[13]

资产	单边效应	协调效应
投入品	投入品封锁	消除扰乱型卖家
客户群	客户封锁	消除扰乱型买家
互补品	通过搭售实现封锁	无
商业敏感信息	滥用商业敏感信息	交换商业敏感信息

首先，投入品和客户群封锁所导致的单边效应是最为常见的竞争损害。传统的观点认为，合并实体拒绝向其下游部门的竞争者供货（投入品封锁），或者拒绝购买上游部门的竞争者产品（顾客封锁），才属于封锁的范畴。但现代的观点扩展了此前完全封锁的外延。只要通过多种策略提高竞争对手成本（部分封锁），从而弱化竞争者的有效竞争，就属于封锁效应的范畴。[14] 在 TMT 行业中，重要而稀缺的投入品包括半导体零件、网络基础设施、付费电视频道、操作系统和不同类型的数据。典型的客户群封锁，如合并实体封锁电视频道接入多频道视频节目分销商。[15]

其次，通过搭售或者捆绑实现封锁。搭售或者捆绑通常会是混合合并的核心考虑，但是，混合效应也可能出现在本质上是纵向关系的合并中。这是因为纵向关联企业通常生产互补零件或者产品。例如，机顶盒的流媒体内容提供商通常将流媒体内容与电信服务进行搭售，而前者一般是单独销售的。[16]

再次，滥用或者交换商业敏感信息也是执法机构的担忧之一。滥用商业敏感信息涉及的是合并实体的单方行为，因而属于单边效应的范畴。它是指，合并前的上游公司掌握了多家下游公司

〔11〕US Department of Justice，*Non-Horizontal Merger Guidelines（1984）*，https://www.justice.gov/atr/non-horizontal-merger-guidelines（last visited July 8，2019）.

〔12〕 Bruce Hoffman，*Vertical Merger Enforcement at the FTC*，Credit Suisse 2018 Washington Perspectives Conference，https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1304213/hoffman_vertical_merger_speech_final.pdf（last visited Jan. 10，2018）.

〔13〕 *Supra* note〔3〕，at 21.

〔14〕Steven Salop，*The Raising Rival's Cost Foreclosure Paradigm，Conditional Pricing Practices，and the Flawed Incremental Price-Cost Test*，81 ANTITRUST LAW JOURNAL 371，376-78（2017）.

〔15〕*Supra* note〔8〕. *See* also William Rogerson，*Vertical Mergers in the Video Programming and Distribution Industry：The Case of Comcast-NBCU*，The Antitrust Revolution，6th edition，Edited by John E. Kwoka，Jr. & Lawrence J. White，New York：Oxford University Press，2013.

〔16〕 *Supra* note〔3〕，at 22.

的敏感竞争信息，如产品批发价格、供货数量等。合并实体的下游部门可以通过上游部门获得对手的这些信息，从而可以作出更快的反应，或者先发制人来遏制对手促进竞争的措施。[17] 相反，交换商业敏感信息则涉及合并实体与其竞争者之间的共谋行为，因而落入协调效应的范畴。具体而言，合并前的市场中已经存在纵向一体化企业，合并实体的结构与其高度类似，这可能会增加两家纵向一体化相互协调的可能。[18]

最后，消除扰乱型买家或者弱化特立独行企业的行为，也是执法机构经常考虑的竞争损害。在下游买家为扰乱型买家的情况中，被收购的下游企业在合并前市场上是一个扰乱型买家，而上游市场又容易协调，那么，收购这一下游企业后，上游企业之间的协调便不会受到这一下游企业的干扰。而协调效应会导致更高的投入品价格，从而损害非合并下游企业，并最终以更高的下游价格传导给消费者；在弱化下游特立独行企业或者扰乱型竞争行为的情形中，纵向合并可以通过弱化这些行为来实现下游市场的协调。如果非合并企业是个特立独行企业，或者对合并前市场具有扰乱性的竞争影响，合并实体的上游部门可能会通过对扰乱型企业涨价，或者减少对其的投入品供应，来弱化它们实施扰乱性竞争行为的激励。[19]

三、美国司法部在 AT&T 收购时代华纳案中的竞争损害理论证明

执法机构在实践中，逐渐认识到纵向合并的竞争损害只是第一步，有效结合案件事实和竞争损害理论去挑战反竞争的纵向合并则更加复杂。执法的有效性既与每一届总统和执法机构负责人的倾向性有关，也与反竞争效果的证明难度有关。根据夏洛普和库里的统计，从 1994 年到 2018 年 7 月，司法部和联邦贸易委员会禁止的、附条件批准的和合并方因机构担忧而放弃的纵向合并共计 58 个。其中，克林顿执政时期为 31 个，小布什执政时期为 7 个，奥巴马执政时期为 10 个，特朗普执政时期目前为 10 个。[20]

此外，无论是 1984 年版的《非横向合并指南》，还是联邦法院，都没有建立起一个很有操作性的纵向合并分析框架，或者操作性强的证明竞争损害的框架。目前，法院遵循的三步法举证责任分配框架[21] 与《欧盟非横向合并评估指南》[22] 中的高度程式化框架有很大的差异。在举证责

---

〔17〕 *Supra* note〔7〕，at 25-26.

〔18〕 *Id.*，at 28-29.

〔19〕 *Id.*，at 29-30.

〔20〕Steven Salop & Daniel Culley，*Vertical Merger Enforcement Actions：1994-July 2018*，https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1529/（last visited July 8，2019）.

〔21〕 *See U.S. v. Baker Hughes Inc.，et al.*，908 F.2d 981（1990）. 首先，原告需要界定相关市场，并证明合并很有可能会“实质性地减少相关市场的竞争”；其次，如果原告完成了上一步，则举证责任转移给被告（拟议合并双方）。被告在这一步中需要提供充分的证据，来证明原告的举证未能准确预测交易对未来竞争很有可能的影响；最后，如果被告的证据充分反驳了原告的举证，那么提供更多关于反竞争效果的证据的责任又将转移给原告。

〔22〕 Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings（2008/C 265/07）. 关于欧盟的程式化框架，将在第四部分讨论。

任分配框架下，原告司法部通常需要借助经济学模型、获取的数据、之前交易的自然经验（natural experiment）等来量化竞争损害和效率福利（通常体现为消费者整体的支出节约）。[23] 通过对竞争损害和效率福利的数值比较，来判断合并是否会“实质性地减少相关市场的竞争”。在以下要讨论的 AT&T 收购时代华纳案中，原告司法部和被告并购方的主要争议，就是数据和交易条款是否支撑司法部的竞争损害理论。

2016 年 10 月 22 日，AT&T 宣布以约 850 亿美元收购时代华纳。美国司法部反垄断局对这起巨额交易进行了长达一年多的调查。2017 年 11 月 20 日，司法部向哥伦比亚特区联邦地区法院（下称地区法院）起诉 AT&T、时代华纳和 Direct TV（AT&T 负责节目分销的子公司），请求地区法院禁止本项交易。[24] 本案之所以引发较大关注，一方面是因为司法部本可以通过施加限制性条件来批准该案，但在总统的干预之下，司法部转而诉诸法院禁止该交易；另一方面则是意图改革纵向合并审查的人士，将本案视为确立新规则的一次绝好尝试。2018 年 6 月 12 日，理查德·利昂（Richard J. Leon）法官在 172 页的判决书中指出，司法部没有证明合并会“实质性减少竞争”，从而因未完成第一步举证责任而败诉。[25]

（一）本案的相关市场

本案涉及的美国视频节目产业分为节目创作、整合和分销三个环节。在创作环节，一般由独立工作室完成节目创作后出售给下游内容整合商。在内容整合环节，时代华纳旗下的 Turner、HBO 等内容整合商，将节目编排进其网络频道并许可给下游分销商。在分销环节，AT&T、Comcast 等分销商将各种网络频道捆绑，并分发给订阅用户。[26]

对于多频道视频节目市场的传统分销商 AT&T 而言，尽管其在多频道视频节目的传统分销市场（下称传统分销市场）中拥有庞大的用户，但近年来用户的持续减少导致其利润减少。导致用户减少的主要原因在于，通过互联网向用户提供节目的多视频节目市场虚拟分销商（下称虚拟分销商），以及奈飞、亚马逊、Hulu 等打通创作、整合与分销三个环节的企业参与了分销市场的竞争。这两类竞争者的用户订阅量与日俱增，削减了 AT&T 在传统分销市场中的份额。[27]

对于通过收取节目许可费和广告费盈利的内容整合商时代华纳而言，近来也面临谷歌和脸书等互联网企业的竞争。谷歌和脸书利用用户数据帮助广告商精准投放广告，为广告商带来了更大的收益，致使广告商减少了对时代华纳的广告投入，因而后者的利润也随之减少。通过此次纵向

---

〔23〕关于投入品封锁效应的量化原理与运用，参见引注 7。*See* Mike Walker & Simon Bishop，The Economics of EC Competition Law：Concepts，Application and Measurement，3rd edition，Sweet & Maxwell（2010）.

〔24〕Compliant，*United States v. AT&T，DirectTV and Time Warner*，U.S. District Court for the District of Columbia，No. 1：17-cv-02511，https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1012916/download（last visited Nov. 20，2017）.

〔25〕 *U.S. v. AT&T INC.，et al.*，U.S. District Court for the District of Columbia，Civil Case No. 17-2511（RJL）（last visited June 12，2018）.

〔26〕 *Id.*，at 8.

〔27〕 *Id.*，at 9-11.

合并，AT&T 可以节省许可成本，并在时代华纳高质量节目的帮助下开拓多频道视频节目的虚拟分销市场（下称虚拟分销市场）。时代华纳则可以利用 AT&T 掌握的用户数据，实现植入广告的精准投放，从而获取更多广告费。[28]

司法部将相关产品市场界定为 “多频道视频节目（传统）分销市场”。但是，法官同时考虑了虚拟分销市场和上游的内容整合市场。法官认为，虽然司法部只界定了“传统分销市场”这一个市场，但在其分析中大量地讨论了后两个市场。相关地理市场则最终被界定为约 1 200 个本地多频道视频分销市场，即传统分销商之间的重叠市场。之所以划分为本地市场，而非全国市场，是考虑到传统分销商的经营受到地面传输路线的限制。[29]

（二）司法部提出的“杠杆增强理论”

司法部认为，本次纵向合并会使得传统订阅电视服务的消费者支付更高价格。因为合并后的实体，有动力和能力提高传统分销商和在线分销商购买时代华纳旗下流行电视网络的价格。[30] 同时，司法部也认为本交易既不可能产生可以验证的、合并特有的效率，也没有新的进入者，因而难以抵消可能的反竞争效果，从而属于《克莱顿法》第 7 条所禁止的“可能实质性减少相关市场竞争”。[31]

考虑到司法部在一审和二审中均将“杠杆增强理论”（leverage-enhance theory）视为证明 AT&T 收购时代华纳案合并反竞争的核心理由，本文仅讨论“杠杆增强理论”。[32] 司法部认为，由于合并之后时代华纳旗下 Turner 和 AT&T 的紧密关系，Turner 在许可费协商中的议价地位会提升。这是因为 Turner 和 AT&T 都很清楚，如果 Turner 未能与其他分销商就许可条款达成一致，并且陷入长期的许可中断，那么，Turner 不再会面临许可费和广告收入损失。因为部分损失将会被 AT&T 分销部门获得的新收益所抵消。

在利昂法官看来，“杠杆增强理论”需要满足四个先后发生的假定条件。第一，合并后的 Turner 获得 AT&T 的财务支持，可以缓解其在与分销商之间的许可谈判破裂时，所要承担的财务损失风险；第二，部分 AT&T 的对手分销商的客户，会因缺少 Turner 的节目而离开这些分销商，或者不签约；第三，部分流失的客户会选择与 AT&T 的分销部门签约；第四，AT&T 从这些新增的订阅者获利。易言之，Turner 可以通过合并而改善与特定分销商谈判破裂后的不利局面。局面的改善会给予 Turner 在合并后向其他分销商索取高许可费的能力，而这些提价最终会传递给消费者。[33] 杠杆增强理论作用机制见图 1。

---

〔28〕 *Id.*，at 11-14.

〔29〕 *Id.*，at 61-65.

〔30〕 *Id.*，at 3.

〔31〕 *Id.*，at 21.

〔32〕 关于司法部提出的“单边理论”“协调理论”和“封锁理论”。*See Supra* note〔25〕，at 150-170.

〔33〕 *Supra* note〔25〕，at 73.

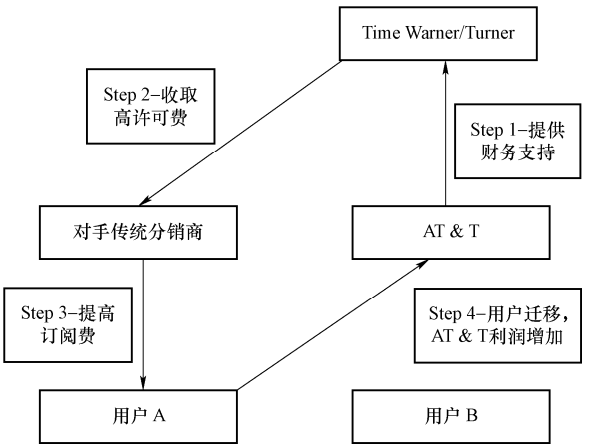

图 1　杠杆增强理论作用机制

从这四个要件可以看出，“杠杆增强理论”着眼于 AT&T 是否有涨价的动机和能力。涨价的动机涉及涨价策略是否可获利。涨价的能力涉及行为主体的市场力量。利昂法官主要关注 Turner 是否可以通过中止向特定分销商的许可来使得合并实体获利。Turner 也可以通过威胁分销商中止许可，但最终仍然许可这种策略来收取更高的许可费。由于内容整合商与分销商的许可协议涉及上百项条件，导致谈判异常艰难。但是，为了实现前者尽可能多地收取许可费、后者顺利获得节目以维持订阅量的双赢结果，双方即便陷入短暂的谈判僵局，也必须在谈判截止日前达成协议。从这一行业现实来看，第二种议价策略是可行的。此时，合并实体因第二个策略额外获利的来源有两个：Turner 向特定分销商收取的许可费增量，和特定分销商的部分客户迁移到 AT&T 的订阅费增量。实际上，前述威胁中止许可策略便源自“纳什议价理论”（Nash Bargaining）。[34]

纳什议价理论的应用很常见。除本案之外，司法部和联邦贸易委员会也多次采用纳什议价理论。[35] 根据纳什议价理论，在一个可以协商的市场中，协商结果取决于双方未能达成协商协议所遭受的相对损失。一方的相对损失越大，另一方的议价能力就越强，且在协商过程中可以索取的价格也就越高。如果合并改变了这种相对损失，那么，相对损失的变化会影响到均衡协商价格。合并方相对于买方的议价能力不仅可以在横向合并中获得提升，在纵向合并中也是如此。纵向合并可以减少合并实体因未能与买方达成协议而遭受的损失。这是因为合并企业的下游部门可以捕获买方的部分流失客户。这些动态变化并不意味着谈判破裂是常见的。相反，经济分析假定双方通常会达成协议。未能达成协议会使双方遭受损失，并因而是不效率的。即便未能达成协议的却会在纵向合并中使卖方获利，并使得完全封锁有利可图，但是，相对于放弃有效率的协议而言，

〔34〕关于纳什议价理论，参见 John F. Nash，Jr. *The Bargaining Problem*，18 Econometrica 155（1950）; Ken Binmore，Ariel Rubinstein & Asher Wolinsky，*The Nash Bargaining Solution in Economic Modeling*，17 Rand J Econ，176（1986）; Gautam Gowrisakaran，Aviv Nevo & Robert Town，*Mergers When Prices Are Negotiated：Evidence from the Hospital Industry*，105 Am Econ Rev. 172（2015）。

〔35〕*See ProMedica Health Sys，Inc. v. FTC*，749 F.3d 559，562，570（6th Cir. 2014）; *St Alphonsus Med Ctr-Nampa Inc. v. St Luke's Health Sys Ltd.*，778 F.3d 775（9th Cir. 2015）.

合并实体从索取高价中的获利更多。当达成协议能够使双方共同获利时，协商者通常会在其需求被满足之前威胁不会达成协议。威胁永久性的或者长期的谈判破裂可能缺乏可信度，但威胁拖延达成许可协议则是可信的。[36] 不过，利昂法官认为这种威胁中止许可的策略在本案中是不可信的。

（三）地区法院对司法部“杠杆增强理论”证明不充分的批评

利昂法官认为，司法部一方的经济学家卡尔·夏皮罗（Carl Shapiro）的经济学模型、数据，以及司法部提供的其他证据不支持这些假定条件。

第一，就证据而言，被告的证人认为，由于内容整合环节竞争激烈，Turner 拥有的“必需节目”并非分销商“必需”。业内人士理解的“必需节目”这一说法，仅表明“节目很受欢迎”。司法部也没有证明 Turner 拥有的“必需节目”在相关市场的份额大小，而主要通过 AT&T 对手分销商的证言来证明“必需节目”，最终未能获得法官的支持。[37] 换言之，法官认为 Turner 没有能力实施这一策略。此外，行业实践表明，Turner 也没有动机以许可陷入长期僵局作为获取高许可费的手段。对于 Turner 而言，其严重依靠许可费和广告费的商业模式，决定了只有尽可能将节目广泛许可给分销商，才能实现商业利益最大化。如果 Turner 与分销商的许可谈判陷入了长期僵局，其会遭受大量的财务损失。如果 Turner 最终不许可节目，则其与分销商会面临双输的后果，这在实践中基本不可能发生。[38]

第二，经济学模型的数据不支持夏皮罗的结论。在夏皮罗的经济学模型中，有长期订阅者损失率、分流率和 AT&T 的利润三个输入参数。夏皮罗和被告的首席经济学家丹尼斯·卡尔顿（Dennis Carlton）均认为，分流率与用户流失率紧密相关。但是，夏皮罗所援引的用户流失率不仅低于 AT&T 客户部调研获取的流失率，而且推导出这一流失率的计算方法有问题。[39] 此外，夏皮罗运用 AT&T 内部测算新用户对 AT&T“终身价值”（lifetime value）的数据，来计算 AT&T 的视频节目用户为其带来的月利润率，从而推算出 AT&T 通过 Turner 利用长期僵局索取高价许可费这种方式带来的金钱收益。但是，卡尔顿认为，夏皮罗援引的 2016 年中旬的 AT&T“终身价值”数据过时了。如果采用 2017 年中旬的最新数据计算，AT&T 的利润将会显著低于夏皮罗的结论。[40]

第三，就本项交易的特性而言，夏皮罗的模型中没有考虑到 Turner 许可协议的失效期和仲裁承诺。由于 Turner 的许可协议 2021 年才失效，夏皮罗预测的竞争损害不会合并后立刻发生。Turner 作出的许可费仲裁承诺要求其在仲裁期间，需按照与分销商之前达成的许可条款继续许可节目。法官相信，由于合并后的 AT&T 会受到巨大的声誉约束，它会继续遵守 Turner 的仲裁承诺。[41]

---

〔36〕Steven Salop，*The AT&T/Time Warner Merger：How Judge Leon Garbled Professor Nash*，6 Journal of Antitrust Enforcement 459，463（2018）.

〔37〕*Supra* note〔25〕，at 75-78.

〔38〕*Id.*，at 111-117.

〔39〕*Id.*，at 137-141.

〔40〕*Id.*，at 141-145.

〔41〕*Id.*，at 146-149.

一审败诉以后，司法部随即上诉到哥伦比亚特区上诉巡回法院。[42] 司法部的主要观点有二。第一，地区法院错误地判决合并不可能带来反竞争效果。原因是，一方面，法院的议价杠杆分析与基本的经济学逻辑和证据相悖；另一方面，法院错误理解且没有采用“整个公司利润最大化”这一公认原理，从而认为纳什议价在本案中不可行。第二，法院错误地驳回了量化的涨价和消费者损害。2019 年 2 月 26 日，上诉法院作出的二审判决支持一审判决，司法部败诉。司法部亦没有向联邦最高法院申请调卷令。上诉法院认为，第一，地区法院认可了“纳什议价理论”的基本经济学逻辑，但是本案的证据不足以支撑这种理论；第二，Turner 提出的不可撤销的“无中断许可仲裁协议”要约，限制了合并带来的潜在反竞争效果。这使得司法部担忧的反竞争效果可能不会在短期内出现。[43]

四、我国纵向合并审查中对竞争损害的证明与评价

（一）我国纵向合并审查中对竞争损害的证明

《中华人民共和国反垄断法》（下称《反垄断法》）没有规定纵向合并审查的分析框架。第 27 条仅要求执法机构考虑若干因素，包括参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力、相关市场的市场集中度、经营者集中对市场进入和技术进步的影响、集中对消费者和其他有关经营者的影响、对国民经济发展的影响，以及其他因素。此外，根据第 28 条，执法机构进行竞争分析以后，集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，机构应当禁止集中。但是，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，可以不予禁止。更为细化的商务部《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》（2011）[44]（下称《暂行规定》）第 4 条第 3 款在提及纵向合并时，要求“重点考察集中在上下游市场……是否具有或者可能具有排除、限制竞争效果”。而第 12 条规定，“还需综合考虑集中对公共利益的影响、对经济效率的影响、参与集中的经营者是否为濒临破产的企业、是否存在抵消性买方力量等因素”。综合这些因素，纵向合并审查的框架可以是“市场结构+竞争影响”。市场结构包含了市场份额、市场控制力以及市场集中度。竞争影响则囊括了合并对于市场进入、技术进步、消费者、其他经营者（抵消性买方力量）、国民经济发展、公共利益和经济效率等的影响。《反垄断法》和《暂行规定》并未规定对这些若干因素赋予多大的考量权重，也没有规定在多种影响可能存在冲突时，应该如何取舍。不过，相对宽泛的立法语言也留给了执法机构自行确立分析框架的机会。

实践中，执法机构也大体遵循了这一考量框架。程序上，执法机构首先通过市场结构（主要

〔42〕 Final，Corrected Brief of Compliant United States，*United Stated v. AT&T，INC.，et al.*，U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit，No. 18-5214，（Oct. 18，2018）. https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1085516/download（last visited July 8，2019）.

〔*43*〕 *Supra* note〔25〕.

〔44〕 商务部：《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》，http://fldj.mofcom.gov.cn/article/c/201109/20110907723357.shtml，最后访问时间：2019 年 7 月 8 日。

是合并方市场份额）筛查出可能引发竞争担忧的纵向合并；其次，执法机构根据案件事实提出一个或者多个竞争损害理论；再次，合并方可能提出效率抗辩，或者行为性救济措施来尽量消除执法机构的竞争担忧；最后，机构如果接受合并方提出的方案，通常会无条件或者附条件批准合并。在这个框架下，执法机构至少需要初步证明市场结构和竞争损害理论。而对竞争损害理论的证明精度，以及是否有经济学模型的支持，则视个案而定。

（二）对我国纵向合并审查中竞争损害证明的评价

从 2008 年 8 月 1 日《反垄断法》开始实施至 2019 年 4 月 30 日，原商务部反垄断局和现市场监管总局反垄断局总共附条件批准了 42 起合并，并禁止 2 起合并。其中，有 13 起附条件批准案件完全或者部分涉及纵向合并。[45] 在 13 个附条件批准决定中，执法机构明确讨论投入品封锁的案件有 11 个，讨论获取竞争性敏感信息的案件有 3 个，讨论集中后实体可能实施的滥用行为案件有 3 个。但是，没有批准决定提及客户封锁、协调效应、效率、破产企业抗辩等。在证明竞争损害时，这些附条件批准决定通常会讨论“损害竞争的能力”和“对竞争的影响”，部分近期的决定还会讨论“损害竞争的动机”。13 个附条件批准的纵向合并中考量的要点见表 2。

表 2　13 个附条件批准的纵向合并中考量的要点

	案件	损害竞争的能力（是否讨论市场份额）	是否讨论损害竞争的动机	竞争损害理论		滥用市场支配地位行为
				投入品封锁	获取对手竞争性敏感信息	
1	三菱丽阳/璐彩特（2009）	否，仅提及合并实体有能力对下游竞争者产生封锁效应	否	是		
2	美国通用汽车/福尔德（2009）	否	否	是	是，通用汽车可能获得德尔福掌握的国内其他汽车制造企业的研发技术、车型资料等竞争信息	
3	通用电气/神华煤制油（2011）	否	否	是		
4	汉高香港/天德化工（2012）	是，天德化工市场份额 45%～50%；汉高和合营企业总共从天德化工购买其 25%产能	否	是		
5	谷歌/摩托罗拉移动（2012）	是，谷歌的安卓系统在移动智能操作系统市场份额 73.99%；提及摩托罗拉拥有大量核心专利	是，谷歌有动机在专利许可中向相对方附加不合理的许可条件	是（可能在专利许可中附加不合理条件）		

〔45〕13 起涉及纵向合并的附条件批准包括：三菱丽阳/璐彩特（商务部公告 2009 年第 28 号）、美国通用汽车/福尔德（商务部公告 2009 年第 76 号）、通用电气/神华煤制油（商务部公告 2011 年第 74 号）、汉高香港/天德化工（商务部公告 2012 年第 6 号）、谷歌/摩托罗拉移动（商务部公告 2012 第 25 号）、安谋/捷德/金雅拓（商务部公告 2012 年第 87 号）、嘉能可/斯特拉塔（商务部公告 2013 年第 20 号）、丸红/高鸿（商务部公告 2013 年第 22 号）、微软/诺基亚（商务部公告 2014 年第 24 号）、科力远/丰田（商务部公告 2014 年第 49 号）、博通/博科（商务部公告 2017 年第 46 号）、马士基/汉堡南美（商务部公告 2017 年第 77 号）和科天/奥宝（市场监管总局公告 2019 年第 7 号）。

续表

	案件	损害竞争的能力（是否讨论市场份额）	是否讨论损害竞争的动机	竞争损害理论		滥用市场支配地位行为
				投入品封锁	获取对手竞争性敏感信息	
6	安谋/捷德/金雅拓（2012）	否	否	是		
7	嘉能可/斯特拉塔（2013）	是，提及合并方在铜精矿、锌精矿和铅精矿市场的份额	否	是		可能滥用市场支配地位损害下游买方
8	丸红/高鸿（2013）	否	否	否		可能滥用市场支配地位损害下游买方
9	微软/诺基亚（2014）	否，仅提及微软的安卓项目许可中的专利是实现安卓操作系统和安卓手机重要功能“必要的”技术组成部分。	是，为使微软的移动终端获得相对有利的市场地位，微软有动机通过提高其他智能终端制造商的专利使用费来提高对手成本；本项交易增加了诺基亚依赖专利许可盈利的动机	是		诺基亚可能对智能终端制造商拒绝许可专利、提高专利许可费或者歧视性许可
10	科力远/丰田中国（2014）	是，PEVE 在全球车用镍氢电池市场占有 66.4%的市场份额	否	是		
11	博通/博科（2017）	否	否	否	是，合并后的博通可能会通过不当使用第三方光纤通道交换机供应商的保密信息，以扩大其（当前博科产品）在下游光纤通道交换机市场的份额	可能实施捆绑或者搭售（混合合并部分）
12	马士基/汉堡南美（2017）	是	否	是		
13	科天/奥宝（2019）	是	是，合并实体具有排除、限制沉积和蚀刻设备市场竞争的动机和条件	是	是，科天向沉积和蚀刻设备制造商提供设备技术服务中，其技术人员有机会获得奥宝对手的竞争性敏感信息，可以帮助奥宝了解对手的设备情况和市场动向	可能实施搭售或者捆绑（混合合并部分）

1. 执法机构对合并损害竞争的能力的证明

在证明合并实体有“损害竞争的能力”时，执法机构通常会单独或者同时考虑三个因素。

其一，市场份额。市场份额往往是一个很重要的衡量指标。在 11 个涉及投入品封锁的案件中，有6个案件明确讨论合并方在上游和下游相关市场的市场份额。例如，在谷歌/摩托罗拉移动（2012）案中，执法机构认为谷歌拥有的安卓系统在 2011 年第四季度占据 73.99%的中国市场份额，并因此在移动智能终端操作系统中具有市场支配地位。对这一投入品（安卓系统）封锁的担忧，促使

执法机构要求合并之后，谷歌继续保持安卓系统的免费和开源特性。[46]

其二，标准必要专利或者非标准必要专利。在涉及专利许可的案件中，执法机构通常会担心合并实体利用特定专利实施滥用市场支配地位的行为，例如，拒绝专利许可、歧视性许可、收取不公平高价专利许可费。这一担忧往往会增强执法机构对于合并方有能力实施投入品封锁的证明。例如，在改革/摩托罗拉移动（2012）案中，执法机构担心谷歌收购摩托罗拉的标准必要专利之后，会借助其在移动智能终端市场的支配地位，有能力和动机在专利许可中向被许可人附加不合理的许可条件。为消除这一担忧，执法机构要求谷歌在交易完成后的五年内，继续遵守摩托罗拉移动专利方面现有的公平、合理和无歧视（FRAND）义务。[47]

其三，某些“必要的”产品。例如，在微软/诺基亚（2014）案中，机构认定微软具有通过许可限制下游智能手机市场竞争的能力的理由是，微软拥有的安卓项目许可专利是实现安卓操作系统和安卓手机重要功能“必要的”组成部分，而中国手机制造商难以通过技术设计规避使用，或者通过上游可行的技术方案予以替代。[48] 不过，这份决定书并没有披露，执法机构是否对“必要的组成部分”做过比较严谨的市场调查。欲证明合并实体有“损害竞争的能力”，执法机构需要对此类偏市场宣传的表述予以验证，核实其在具体统计样本中的有效性。

在前述的 AT&T 收购时代华纳案中，司法部提出的“杠杆增强模型”就假设 Turner 拥有下游分销商所“必需节目”，若缺少此类节目，下游分销商无法获得竞争优势。而被告的证人（下游分销商）则指出，所谓的“必需节目”只是一种商业用语，并非表达一个事实。虽然 Turner 的节目内容很受欢迎，但是节目内容市场竞争很激烈。Turner 的节目不仅会面对来自传统节目整合公司产品的竞争，还有来自奈飞、亚马逊等一体化公司的节目产品的竞争。利昂法官认为被告证人的证词可信，因而未采纳司法部的相应证据。

在相关实践更为成熟的欧盟，欧委会在证明合并实体是否有能力通过投入品封锁损害竞争时，不仅会考虑合并实体在上游相关市场的市场力量，还会考虑投入品的重要程度。《欧盟非横向合并评估指南》第 34 段指出，对投入品重要程度的评估，包括投入品是否是下游产品价格的重要成本因素、是否是下游产品的关键部件（没有这一部件则无法生产或者有效销售）、是否是下游产品差异化的一个重要来源，以及转换成本是否相对较高。欧委会还会考虑合并实体是否能够对下游市场投入品的整体供应产生负面影响、投入品市场是否是寡头垄断市场，以及上游对手公司是否有有效的和及时的反制措施。[49]

---

〔46〕 商务部公告 2012 年第 25 号《关于附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动经营者集中反垄断审查决定的公告》。

〔47〕 商务部公告 2012 年第 25 号《关于附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动经营者集中反垄断审查决定的公告》。

〔48〕商务部公告 2014 年第 24 号《关于附加限制性条件批准微软收购诺基亚设备和服务业务案经营者集中反垄断审查决定的公告》。

〔49〕 Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings（2008/C 265/07）. paras. 36-39.

2. 执法机构对合并损害竞争的动机（incentive）的证明

对于“损害竞争的动机”的讨论，实际上是回答合并实体实施策略行为的获利程度。在投入品封锁这种竞争损害理论中，执法机构需要考虑合并实体的投入品供应策略，对其上游部门带来的利润损失和对其下游部门带来的利润增加。具体而言，一方面，减少、延缓、拒绝对合并实体下游部门的竞争者的供应，可能会导致合并实体上游部门的利润减少；另一方面，因纵向合并带来的成本节约，可能会降低合并实体下游部门产品的价格，从而增加销量和利润。合并实体下游部门利润增加的另一个来源，是其竞争对手因合并实体的投入品供应策略导致获取替代投入品的成本增加，增加的成本最终反映到下游产品价格上，而竞争对手的客户因涨价会向合并实体和低价分销商转移。这部分新增用户会增加合并实体下游部门的利润。

在这 11 个涉及投入品封锁的案件中，有 4 个案件讨论了竞争损害的动机。其中，谷歌/摩托罗拉移动（2012）和微软/诺基亚（2014）两案的竞争损害与专利许可有关。谷歌/摩托罗拉移动（2012）案是执法机构第一次在决定中提及竞争损害的动机。在证明此种动机时，执法机构认为，谷歌在收购摩托罗拉移动的大量手机领域的标准必要专利以后，可以借助其在移动智能终端市场的支配地位，在专利许可中向相对方附加不合理许可条件。[50] 但是，案件决定并没有解释谷歌在标准必要专利的许可中附加不合理条件这种策略是否能获利，以及如果能获利，那么获利的程度如何。案件决定也没有揭示，是否有其他因素可以抑制谷歌可能的反竞争专利许可策略。

而在另一个与标准必要专利许可有关的微软/诺基亚（2014）案中，执法机构相信微软和诺基亚均有损害竞争的动机。对于微软，执法机构认为其有动机提高其他智能终端制造商的专利使用费，从而为其移动终端获得相对有利的市场地位。[51] 但是，执法机构同样没有讨论微软安卓项目中的标准必要专利许可是否会受到“公平、合理和无歧视”（FRAND）的约束；如果受到 FRAND 的约束，微软的策略是否可以获利。对于诺基亚，执法机构的解释更为清晰。执法机构认为合并改变了原有行为模式，增加了诺基亚依赖标准必要专利许可获利的动机。具体而言，交易后的诺基亚基本退出设备和服务市场，不需要就手机业务取得交叉许可，其维持较低水平的手机行业整体专利费水平的动力下降，此种需求缺失增加了其依赖专利许可获利的动机。

但是，执法机构的证明中有两个问题值得商榷。

其一，诺基亚可以避免交叉许可并因此提高许可费的策略，仅对拥有诺基亚所需专利的智能终端制造商有效。对于长期无力与诺基亚交叉许可的智能终端制造商而言，诺基亚在交易后可能没有提高专利费的动机，因为诺基亚和此类智能终端制造商的谈判地位在交易前后没有变化。因此，更为合理的说理方式是结合事实来证明，诺基亚针对哪些被许可人的专利许可费提价策略可以获利，以及获利的程度。

其二，微软收购的是诺基亚的硬件和服务部门，诺基亚的专利许可部门可能并非本案合并方。

〔50〕 商务部公告 2012 年第 25 号《关于附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动经营者集中反垄断审查决定的公告》。

〔51〕商务部公告 2014 年第 24 号《关于附加限制性条件批准微软收购诺基亚设备和服务业务案经营者集中反垄断审查决定的公告》。

理论上讲，执法机构在合并审查中一般仅对合并企业的潜在反竞争行为进行分析。而针对有关联的非合并企业，则可以在合并后调查其行为是否涉嫌滥用市场支配地位。在本案中，执法机构更为可取的方法是在合并后再关注诺基亚的许可策略。同样审理了本案的欧委会便采用了此种处理方式。它一方面无条件批准了此项合并，另一方面提及交易后的诺基亚专利组合许可可能引发竞争担忧。不过，欧委会认为，在合并中审查诺基亚的许可策略超出了《欧盟合并条例》的范畴。欧委会选择在合并后关注诺基亚是否会在专利许可时滥用市场支配地位。[52]

3. 执法机构对合并带来的竞争影响的证明

执法机构在每个案件中对“竞争影响”的分析存在很大差异。具体而言，在证明合并对竞争的影响时，执法机构在不同案件中会侧重于不同维度的影响。如前所述，《反垄断法》和《暂行规定》要求执法机构评估竞争对市场进入、技术进步、消费者、其他经营者、国民经济发展、公共利益和经济效率等的影响，同时还需要考虑破产企业抗辩和抵消性买方力量。13 份决定中对“竞争影响”主要着眼于交易对合并实体下游竞争者的影响（其他经营者/买方力量）、对消费者的影响和对市场进入的影响。尚无决定讨论交易对市场进入、技术进步、国民经济发展、公共利益和经济效率的影响，以及破产企业抗辩。纵向合并对竞争的影响见表 3。

表 3　纵向合并对竞争的影响

	合并对竞争的影响	案件	备注
1	合并对市场进入的影响（提高进入难度）	谷歌/摩托罗拉移动（2012）	移动智能终端操作系统的边缘竞争者或者新进入者都面临极高的进入门槛
		嘉能可/斯特拉塔（2013）	合并后嘉能可控制的含铜资源量将大幅提高，斯特拉塔的矿山储量和冶炼能力会进一步强化嘉能可的铜产业链优势，可能改变现有竞争格局下的供应条件，提高市场进入难度
		丸红/高鸿（2013）	交易完成后，丸红在中国大豆进口市场的控制力进一步增强，市场进入难度进一步增加
		微软/诺基亚（2014）	微软若滥用专利权，拒绝许可、提高专利许可费或者歧视性许可，将可能大幅提高智能手机市场的进入门槛
2	合并对合并实体下游部门的竞争者的影响	三菱丽阳/璐彩特（2009）	合并实体有能力对下游竞争者产生封锁效应
		美国通用汽车/福尔德（2009）	福尔德（上游汽车零部件经营者）对国内其他汽车制造企业的供货稳定性、价格和质量可能带来不利影响
		通用电气/神华煤制油（2011）	合营企业从事水煤浆气化技术许可，可能利用神华集团原料煤优势，通过控制原料煤的供应，限制水煤浆气化技术许可市场的竞争
		汉高香港/天德化工（2012）	天德化工在销售上游产品氰乙酸乙酯时，可能会对合营企业和其他下游生产氰基丙烯酸酯单体的企业采取区别性供给策略，从而削弱其他单体企业竞争力
		谷歌/摩托罗拉移动（2012）	（1）谷歌在交易完成后若改变其安卓系统目前免费、开源的商业模式将对移动智能终端制造商产生重大不利影响；（2）谷歌可能利用其在移动智能终端操作系统（安卓）上的市场支配地位，给予摩托罗拉移动优于其他移动智能终端制造商的待遇；（3）谷歌收购摩托罗拉移动的标准必要专利后，可能在专利许可中附加不合理条件，损害相关市场的竞争

〔52〕 Mergers，*Commission clears acquisition of Nokia's mobile device by Microsoft*，http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1210_en.htm（last visited July 8，2019）.

续表

	合并对竞争的影响	案件	备注
2	合并对合并实体下游部门的竞争者的影响	安谋/捷德/金雅拓（2012）	合营企业组建后，安谋可能利用其在家用电子产品应用处理器知识产权授权市场拥有的控制力，歧视合营企业以外的其他可信执行环境（TEE）技术研发者，或通过对自有知识产权的特殊设计降低第三方的 TEE 性能，使其他竞争者不能公平参与竞争，从而对 TEE 市场产生排除、限制竞争的效果
		微软/诺基亚（2014）	中国市场活跃的大部分智能手机制造商（90%以上）不具备与微软交叉许可的基础，它们对微软调高专利许可费或者索取过高专利许可费不具备有效抗衡能力，微软可能会在交易后凭借智能手机相关专利排除、限制智能手机市场竞争；且可能选择退出市场或者将该成本全部或者部分传导至智能手机消费者
		科力远/丰田中国（2014）	交易将削弱镍氢电池市场的竞争，阻碍下游其他混合动力汽车制造商获取车用镍氢电池，可能会对车用镍氢电池市场和混合动力汽车市场产生排除、限制竞争的影响
		科天/奥宝（2019）	合并实体既是沉积和蚀刻设备制造商的上游供应商，又是下游市场参与者，可能通过纵向封锁、捆绑搭售、交换敏感信息等行为赋予奥宝有别于其他竞争者的竞争优势，从而对沉积、蚀刻设备市场竞争产生不利影响
3	合并对消费者的影响（抵消性买方力量/直接买家）	嘉能可/斯特拉塔（2013）	中国铜冶炼企业、锌冶炼企业和铅冶炼企业生产规模小，买方力量弱，难以抵消合并对竞争的不利影响
		丸红/高鸿（2013）	国内大豆压榨企业集中度低，议价能力低，此项合并会进一步削弱下游大豆压榨企业的议价能力，最终可能损害下游客户（压榨企业）和最终消费者利益

从表 3 中可以发现，执法机构往往最关注封锁效应导致的对合并实体下游竞争者和消费者的影响。消费者不仅包括终端消费者，而且还包括介于合并实体与终端消费者之间的经营者。但是，从案件的决定书来看，执法机构在论述合并对竞争者和消费者的影响时，往往是定性分析而非定量分析。执法机构通常是在证明合并实体具有“损害竞争的能力”和“损害竞争的动机”后，推定合并会对二者产生负面影响，少有从定量的角度来证明这种负面影响或者竞争损害的数额。在前述 AT&T 收购时代华纳案中，司法部一方的首席经济学家夏皮罗试图证明，合并实体利用 Turner 的“必需节目”索取高价的策略所获得的利润，远高于合并因效率带来的对其订阅客户的降价福利。但是，被告一方经济学家在指出夏皮罗的数据错误后，根据更贴近实际情况的数据测算出的 Turner 利润增量不明显，并非显著高于效率带来的降价福利。

此外，在 13 个案件中，执法机构并没有提及纵向合并的效率增进。通常，纵向合并被认为因消除双重边际化、减少交易成本、整合上下游资源而更带来效率增进。从执法机构对待效率的态度，以及在个案中的基本分析流程，可以看出我国采用的是类似欧盟的高度程式化框架。这种高度程式化的框架更加重视对整体市场状况、合并实体损害竞争的能力和动机的分析，而对于合并对竞争者和消费者的影响以及效率的讨论不够充分。相较而言，在无推定分析框架指导下的美国纵向合并审查，更倾向于考虑所有这些因素，并以“经济学模型+证据”的方式，呈现为策略行为的可能盈利与消费者福利之间的数值比较。我国和欧盟的程式化框架对于执法机构证明竞争损害更加有利。从典型的涉及封锁效应的案件来看，执法机构只要能够证明合并实体具有较强的市

场控制力，并且可以通过投入品封锁盈利，一般也就完成了对竞争损害的证明。

4. 执法机构对合并实体获取对手敏感竞争信息的证明

在涉及获取对手敏感的竞争信息的 3 个决定中，执法机构的分析则不同于适用于封锁策略的“损害竞争的能力+损害竞争的动机+对竞争的影响”分析框架。执法机构通常会直接讨论获取敏感的竞争信息可能具有排除、限制竞争效果。在美国通用汽车/德尔福（2009）、博通/博科（2017）和科天/奥宝（2019）三案中，执法机构均担忧合并的一方会利用合并的另一方掌握的对手敏感竞争信息，来增强合并实体在相关市场的市场力量。这种担忧本质上是对单边效应的考量，它与获取信息便利共谋的协调效应考量存在根本性的差异。

在对该理论论述最为详细的博通/博科（2017）案[53]中，执法机构担心，博通（上游光纤通道交换机专用集成电路供应商）可能会不当使用其掌握的第三方光纤通道交换机供应商（博科所在的下游市场）的保密信息，从而在该市场产生排除、限制竞争的效果。为证明这一竞争损害理论，执法机构提出了三个要点。其一，专用集成电路是按照交换机供应商要求定制，集成电路供应商会参与到研发、生产和售后环节，并接触到交换机供应商的保密信息，例如，产品设计图、技术规格、进入市场时间、成本和销售额。其二，博通作为专用集成电路供应商，掌握了第三方交换机供应商的大量保密信息。若后者转换供应商，博通可能利用这些保密信息扩大合并实体在交换机市场的份额。其三，博通和第三方交换机供应商之前签署的保密协议，可能在合并后对博通的约束力有限，难以识别博通的商业行为是否受益于第三方交换机供应商的保密信息。

本案中，执法机构援用大量的事实来支撑其竞争损害理论。值得改进的是，执法机构可以进一步讨论博通如何利用敏感信息来策略性地增加其在交换机市场的份额。但可以理解的是，纵向合并审查制度本身就是预测合并在短期内可能产生的排除、限制竞争效果。这种前置审查对于竞争损害的证明标准，通常要低于执法机构对于已发生的卡特尔、滥用市场支配地位案件中竞争损害的证明标准。易言之，前者仅要求合并很有可能排除、限制竞争，后者则要求违法主体行为实际排除、限制了竞争。从这个角度来看，执法机构可能无须讨论博通如何不当利用敏感信息来获得竞争优势。但如若执法机构在以后的决定中，深入对合并实体的此种策略行为的讨论，则有助于提升执法的可预期性和信服力。

5. 执法机构对合并实体涉嫌滥用市场支配地位的证明

执法机构对于投入品封锁抑或顾客封锁的分析，都直接聚焦于合并对合并实体的上游部门或者下游部门所在相关市场的影响。在可以对效率增进进行定量分析的案件中，才可能测算合并带来的消费者福利。而在仅能定性分析的案件中，执法机构是通过“损害竞争的能力+损害竞争的动机”来推测合并带来的消费者福利。封锁效应考察合并对合并实体上游或下游部门相关市场的影响见图 2。如前所述，如果合并实体的上游部门在上游相关市场具有支配地位，则更有利于执

〔53〕商务部公告 2017 年第 46 号《关于附加限制性条件批准博通有限公司收购博科通讯系统公司股权案经营者集中反垄断审查决定的公告》。

法机构证明合并实体有能力实施投入品封锁；而如果合并实体的下游部门在下游相关市场具有支配地位，则更有利于执法机构证明合并实体有能力实施顾客封锁。

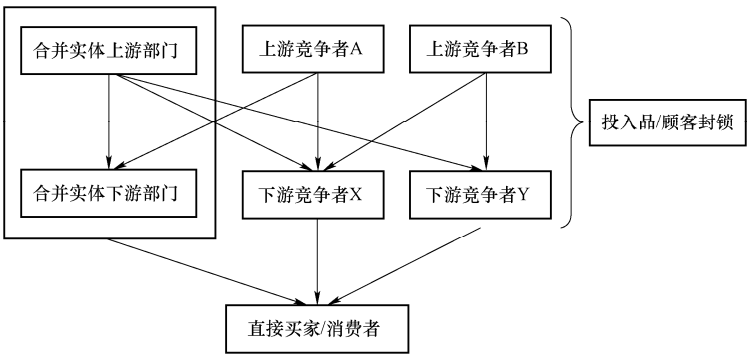

图 2　封锁效应考察合并对合并实体上游或下游部门相关市场的影响

而在某些案件中，当执法机构将目光聚焦于合并实体下游部门与其直接买家之间的关系时，它可能担忧合并实体的下游部门是否会滥用其市场支配地位。滥用市场支配地位考察合并实体下游部门对买家的影响见图 3。这种担忧在嘉能可/斯特拉塔（2013）和丸红/高鸿（2013）案中体现得尤为明显。

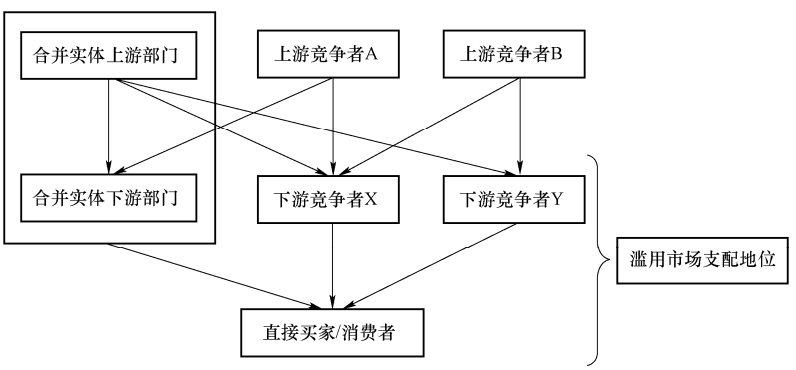

图 3　滥用市场支配地位考察合并实体下游部门对买家的影响

例如，在嘉能可/斯特拉塔（2012）案中，执法机构担心中国铜冶炼企业、锌冶炼企业和铅冶炼企业生产规模小，买方力量弱，难以抵消合并对竞争的不利影响。因此，执法机构要求，2013 年至 2020 年 12 月 31 日，嘉能可：（1）应每年向中国客户提供不低于最低数量的铜精矿长期合同报盘；（2）应当继续向中国客户提供锌精矿和铅精矿长期合同和现货合同报盘，其报盘条件应公平、合理，并在考虑产品质量、数量、交货期、付款条件、买方信誉以及其他相关因素的情况下与当时通行的国际市场条款一致。值得讨论的是，2011 年嘉能可和斯特拉塔向中国出口的铜精矿合计占中国进口总量的 17.8%、嘉能可向中国出口的铅精矿和锌精矿分别占中国进口总量的 33.3%和 21.7%。从这些数据来看，较难推断出嘉能可或者斯特拉塔在三个相关市场上具有市场支配地位。[54]

〔54〕商务部公告 2013 年第 20 号《关于附加限制性条件批准嘉能可国际公司收购斯特拉塔公司经营者集中反垄断审查决定的公告》。

（三）我国纵向合并审查中竞争损害证明的改进

从 13 个涉及纵向合并案件的决定文本来看，执法机构在过去的十年间（2009—2019）逐步积累了丰富的审查经验。对于竞争损害的证明逐步从非结构化框架转向相对结构化的框架。从最近的案件来看，执法机构基本遵从了“相关市场界定+损害竞争的能力+损害竞争的动机+对竞争的影响”这一分析框架。但是，对于竞争损害的证明，需要做两方面的改进。

一方面，效率需要纳入执法机构目前对竞争损害的证明中。就最为常见的投入品封锁而言，首先，执法机构需要证明消除双重边际化是否为合并所特有的（merger specific）。尽管反垄断经济学假设纵向合并可以消除双重边际化，但是，这并不意味着消除双重边际化是此项合并所特有的。如果行业中的其他企业可以通过合同方式消除双重边际化，那么，合并企业也可以这么做。在这种情况下，消除双重边际化就不是此项合并所特有的，因而不能被视为合并分析中的效率。其次，如果消除双重边际化是合并所特有的，那么，就需要量化消除双重边际化。这一数值可以是合并前下游部门支付的投入品价格和上游部门向下游企业提供投入品的边际成本之差。再次，如果完全封锁（拒绝提供投入品）或者部分封锁（提高对手成本）对下游竞争和最终消费者的损害也可以量化，那么，就可以对比这一损害与量化的消除双重边际化的大小。这实际上是在确定，合并在整体上是提高对所有下游企业的投入品成本还是降低投入品成本。对于合并实体的下游部门而言，它因消除双重边际化而降低了投入品成本；而对于下游部门的竞争者而言，它们却因合并实体的封锁策略而支付更高的投入品成本。进一步讲，如果竞争损害小于消除双重边际化，那么，纵向合并原则上是可以获得批准的。在夏皮罗看来，即便竞争损害大于消除双重边际化，如果合并可以带来重大的协同效应（significant synergies），执法机构还需要更全面地比较合并的效果。[55] 夏皮罗提出这一分析框架，有助于执法机构在证明了合并实体有能力和动机通过投入品封锁损害竞争后，权衡竞争损害与效率带来的消费者福利。[56] 这一框架也适用于客户封锁的情形。比较竞争损害与福利见图 4。

另一方面，执法机构需要更加细致地证明纵向合并对消费者福利的影响。在现代反垄断法中，判定企业竞争行为的违法性通常以消费者福利的减损为最终标准。[57] 实践中，消费者福利不仅包括获得低价产品、多样化的产品选择等，还包括促进创新。如前所述，在投入品封锁的情形下，可量化的消费者福利是消除双重边际化带来的福利（合并实体因成本降低而对其消费者降价）和封锁策略带来的竞争损害（因完全或者部分封锁而使得若干对手提价，这些提价最终传导给其消费者）之差。当然，并非每一个案件都有足够的数据来量化消费者福利。在无法量化消费者福利的情况下，执法机构可能只能作定性分析，通过对损害竞争的能力和动机的证明，间接推测封锁

〔55〕 Carl Shapiro，*Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure*，https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD（2019）75/en/pdf（last visited June 7，2019）.

〔56〕 *Id*，at 10.

〔57〕 Herbert Hovenkamp，*Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*，JOURNAL OF CORPORATE LAW，forthcoming 2019. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985.

对竞争和消费者的损害。在我国执法机构的 13 起涉及纵向合并的案件中，多起案件都采用了这种间接推测竞争损害可能性的方法，对最终消费者福利的讨论并不多。

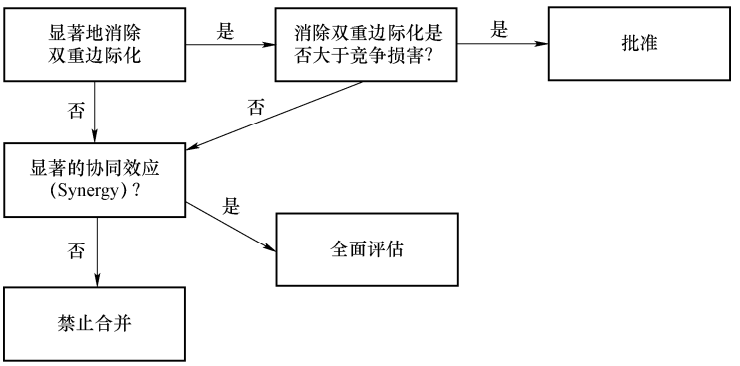

图 4　比较竞争损害与福利

我国实践中的这种方法并非孤例。欧委会在《欧盟非横向合并评估指南》指出，其在评估中会考虑合并的可能反竞争效果，以及有利于消费者的显著效率提升带来的可能促进竞争效果。欧委会会考察多种原因和效果的链条，以确定哪一种最为可能。合并的反竞争效果越接近、越直接，欧委会担忧竞争的可能性就越大。同理，合并的促进竞争效果越接近、越直接，欧委会认为其抵消任何反竞争效果的可能性就越大。[58]

合并审查是前置性的判断拟议合并是否可能实质性减弱竞争，因而执法机构只需要证明拟议合并很有可能弱化竞争，而非确定性地证明其一定会弱化竞争。为了防止这种损害竞争的可能性变为现实，执法机构会同时施加结构救济或者行为救济。相对而言，对反竞争行为的后置性调查，则要求执法机构确定性地证明企业行为已经损害了竞争和消费者福利，因而证明竞争损害的要求更高。尽管两种制度的设置差异可以解释执法机构在证明竞争损害时的不同要求，但是，这并不能佐证执法机构无须在合并审查中弱化对消费者福利影响的证明。具体而言，在数据允许的情况下，尽可能借助经济学计量模型对其进行量化分析；而在数据不充分的情况下，也需要详细说明合并实体在多大程度和范围内可能损害消费者福利。充分的说理分析有助于提升执法机构的权威性和市场的可预期性。

五、结语

过去的十年间，我国纵向合并审查中竞争损害的证明经历了一个从简单到详细、从非结构化到相对结构化的转变过程。识别出可能的竞争损害策略、强调合并实体可能损害竞争的能力和动机，都表明执法机构已经积累了相当的经验，但仍有待完善。虽与我国和欧盟存在实施机制上的差异，美国的纵向合并审查实践也能带来有益的启示。一方面，以法院为中心的反垄断实施模式，

〔58〕 Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings（2008/C 265/07），para.21.

更重视经济学理论是否获得足够的证据和数据支持，而非依赖单纯的经济学理论推导出的结论。我国执法机构的长期实践表明，在证明合并实体实施投入品封锁的动机时，其论述的详尽程度有待提升。具体而言，执法机构可以通过定性或者定量分析的方式，详细讨论合并方提交的证据，能否保证封锁策略（某一经济学理论）为合并实体带来最大化的盈利。另一方面，在现有的举证责任分配制度下，美国联邦执法机构需要同时考察竞争损害和效率增进。执法机构对效率增进的重视也符合“纵向合并通常会提升效率”这一预设。在我国纵向合并审查采纳的“损害竞争的能力+损害竞争的动机+对竞争的影响”模式中，效率增进被后置于“对竞争的影响”部分，且未得到足够的重视。如果执法机构在执法中能量化封锁效应的竞争损害，并重视合并方提出的量化效率增进，则有助于进一步提高案件质量和救济设计。

On Proving the Theory of Competition Harm in Vertical Merger Antitrust Review-Taking *U.S. v. AT&T/Time Warner* as an Introduction

WU Baiding

Abstract: The elimination of double marginalization that insisted by the Chicago School laid the foundation for a permissive vertical merger review policy. While the Post-Chicago School, which focused on the firm’s strategic conducts, found the potential competition harms that led by foreclosure and coordinated effects in vertical mergers, and proposed a strict review policy. The recent *U.S. v. AT&T/Time Warner* case shows the attempt of the Department of Justice to follow this strict approach. The failure of this attempt, however, reflects the federal court’s firm attitude to an evidence-based approach, which seeks real evidence to support any theory of competition harm. China’s central competition authority has been increasingly experienced in vertical merger review and able to carefully analyze various competition harms during the last decade. But more improvements are still needed. The competition authority is expected to better prove the incentive to harm competition in its foreclosure theory, value the efficiency welfare and discuss the merger’s impacts on competition in a logical manner.

Keywords: Vertical Merger; Competition Harm; Foreclosure Effect; Coordinated Effect

（责任编辑：江　山）