

## 经营者促成他人达成垄断协议的规范认定

丁茂中

**内容提要:**经营者促成他人达成垄断协议是《反垄断法》修订新增的规制内容,由主体要件、行为要件和结果要件构成。主体要件是主体必须为经营者。经营者法律定义中的“提供服务”不应包括提供行政服务和除营利法人、非法人组织之外其他主体提供的无偿服务。母公司与子公司之间不应是经营者与其他经营者关系。行为要件是必须存在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行为。向自身之外的两个及以上经营者传递具体且具有同一性的垄断协议信息,即为组织。主观存在过错,相关行为不仅是达成垄断协议所必需的,而且对达成垄断起到直接作用,即为提供实质性帮助。结果要件是结果必须导致了其他经营者达成垄断协议。垄断协议仍为横向垄断协议和纵向垄断协议,符合修订后的《反垄断法》第18条第2款或者“安全港”制度的应当不属于垄断协议。如果经营者明确对垄断协议作出肯定性的意思表示或者实施了垄断协议,那么其就达成了垄断协议。

**关键词:**经营者 组织行为 实质性帮助 垄断协议 轴辐协议

丁茂中,上海政法学院上海司法研究所教授。

修订后的《反垄断法》第19条规定,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。这个条款禁止的内容就是所谓的经营者促成他人达成垄断协议,是《反垄断法》修订新增的规制事项之一。理论界通常认为修订前《反垄断法》有关垄断协议的二分法存在立法缺陷,该条款是针对这一问题所作的制度完善。<sup>[1]</sup>域内外实践经验充分表明,无论将这类情形称为什么,它们在具体认定上往往不会像横向垄断协议和纵向垄断协议那样相对简单,而平台、数据、算法的广泛应用及其不断深化带来的商业变革又使得这个问题在不少情况下变得更为复杂。但是修订后的《反垄断法》对经营者促成他人达成垄断协议规定的法律责任与横向垄断协议和纵向垄断协议完全相同,都是极为严苛的。在此背景下,经营者促成他人达成垄断协议的规范认定就

[1] 参见侯利阳:《轴辐协议的违法性辨析》,《中外法学》2019年第6期,第1600页。

显得较为突出。<sup>[2]</sup> 这不仅直接关系到修订后《反垄断法》的科学适用,而且直接关系到市场和企业的稳健发展。

## 一 禁止经营者促成他人达成垄断协议的立法定位

禁止经营者促成他人达成垄断协议在性质上不是《反垄断法》修订所增设的一类新的垄断协议,而是对可以导致垄断协议达成的成因所作的补漏。深刻把握这点对于经营者促成他人达成垄断协议的规范认定具有非常重要的基础意义。

### (一) 修订后《反垄断法》规定的垄断协议类型及其范畴澄清

对于修订后的《反垄断法》第 19 条规定的情形,理论界之前多称为轴辐协议,<sup>[3]</sup>也就是将其归为一类新的垄断协议。“轴辐协议便是一种游离在横向垄断协议、纵向垄断协议之外的新型垄断协议,它有自身独特的结构、性质与认定方法。”<sup>[4]</sup>在此背景下,禁止经营者促成他人达成垄断协议在性质上是否是修订后《反垄断法》增设的一类新的垄断协议自然就成为一个“前提性”问题,直接关系到经营者促成他人达成垄断协议的规范认定,即是否涉及对新型垄断协议的法律认定。

通过对比可以得出,修订后的《反垄断法》在垄断协议的类型上并没有突破修订前的《反垄断法》。修订后的《反垄断法》第 17 条与修订前的《反垄断法》第 13 条第 1 款完全相同,修订后的《反垄断法》第 18 条第 1 款与修订前的《反垄断法》第 14 条完全相同,即理论界通常所称的横向垄断协议与纵向垄断协议。虽然修订后的《反垄断法》第 19 条增加了禁止经营者促成他人达成垄断协议规定,但是该条并没有像修订后的《反垄断法》第 17 条和第 18 条第 1 款那样使用“下列垄断协议”这类表述并对相应情形进行具体列举,这就使得修订后的《反垄断法》第 19 条在性质上并未引入任何一类新的垄断协议,经营者促成他人达成垄断协议的垄断协议类型仍然指横向垄断协议和纵向垄断协议。

既然禁止经营者促成他人达成垄断协议在性质上不是《反垄断法》修订增设的一类新的垄断协议,那么经营者促成他人达成垄断协议的规范认定就不涉及对新型垄断协议

[2] 《反垄断法》修订完成前,学界就已形成了以轴辐协议及类似表述为主题的大量研究,不过这些研究的重点主要在于论述《反垄断法》修订引入此类规制条款的必要性及制度设计方案,对于具体适用问题基本只作了简要的说明;并且修订后《反垄断法》的立法表述在客观上也与学界的具体主张存在一定差异。《反垄断法》修订完成后,专门针对第 19 条的论文目前主要有两篇,分别是王玉辉:《垄断协议组织帮助行为条款缺陷及其补救》,《法学》2023 年第 2 期;焦海涛:《垄断协议达成中的组织与帮助行为》,《中州学刊》2023 年第 2 期。王玉辉教授重点论述了修订后《反垄断法》在这一文题上仍然存在的不足以及完善方案,并对如何认定该条款中的组织和提供实质性帮助行为作了相对简要的说明;焦海涛教授重点论述了如何认定该条款中的组织和提供实质性帮助行为。另外,国家市场监督管理总局在《禁止垄断协议规定》中也对如何认定第 19 条中的组织和提供实质性帮助行为作了比较原则的规定。这些都为经营者促成他人达成垄断协议的规范认定奠定了基础,但尚不能完全满足经营者促成他人达成垄断协议的规范认定所有需求。一方面,本文以仁者见仁智者见智的方式继续对如何认定该条款中的组织和提供实质性帮助行为进行拓补;另一方面,本文对该条款中的主体要件和结果要件进行厘清,期望通过这两个方面的有效结合能够为经营者促成他人达成垄断协议的规范认定提供一个较为完整、连贯、具体的参考方案。

[3] 参见叶明、石晗晗:《轴辐协议的反垄断法规制新思路》,《中国价格监管与反垄断》2021 年第 12 期,第 20-25 页。

[4] 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》,《法商研究》2018 年第 2 期,第 102 页。

的法律认定。但是由此又引发了一个新的问题,那就是所谓的垄断协议二分法的立法缺陷是否成立?从严格意义上讲,修订前的《反垄断法》将垄断协议分为横向垄断协议和纵向垄断协议,其本身并没有问题,真正的问题是没有周全考虑可以导致达成这些垄断协议的所有成因,从而无法为反垄断执法提供足够的法律依据对所有当事人进行追责。事实上,修订后的《反垄断法》第19条所作的禁止经营者促成他人达成垄断的规定就是根据这个思路来设计的,而非像美国等那样引入轴辐协议这类新的垄断协议。因此,经营者促成他人达成垄断协议的规范认定重点应当是修订后的《反垄断法》第19条规定的导致达成垄断协议的特定成因。

需要指出的是,虽然修订后的《反垄断法》在垄断协议的类型上没有变化,但是在垄断协议的范畴上却有着不小变化。首先,这表现在修订后的《反垄断法》第18条第2款规定上,即“对前款第一项和第二项规定的协议,经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止”。这也是《反垄断法》修订新增的条款,但它针对的只是纵向垄断协议的具体情形。一方面,第18条第2款的规定表明,并非所有的转售价格维持都是具有排除或者限制竞争效果的;另一方面,与修订前的《反垄断法》一样,修订后的《反垄断法》仍然将垄断协议定义为“排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”。因此,如果经营者证明所涉的转售价格维持不具有排除或者限制竞争效果,那么这些协议应当就不属于纵向垄断协议。

其次,这表现在修订后的《反垄断法》第18条第3款规定上,即“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准,并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的,不予禁止”。这被称为“安全港”制度,<sup>[5]</sup>也是《反垄断法》修订借鉴域外经验引入的新举措。“‘安全港’是指满足一定前提条件的协议,即可排除它们存在竞争损害或在无需评估具体市场情况即可认定其合法的规则。”<sup>[6]</sup>与修订前的《反垄断法》一样,修订后的《反垄断法》在第20条也规定了垄断协议的豁免制度。垄断协议的豁免制度前提是存在垄断协议,没有垄断协议也就没有所谓的豁免问题。<sup>[7]</sup>在此背景下,如果将符合“安全港”制度的经营者相关协议在性质上定位为垄断协议,那么“安全港”制度与垄断协议的豁免制度就没有差异了。<sup>[8]</sup>

修订后的《反垄断法》第18条第1款属于“安全港”制度的适用范围,<sup>[9]</sup>《禁止垄断

[5] 张工:《关于〈中华人民共和国反垄断法(修正草案)〉的说明——2021年10月19日在第十三届全国人民代表大会常务委员第三十一次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2022年第4号,第627页。

[6] 王晓晔:《〈反垄断法(修正草案)〉的评析》,《当代法学》2022年第3期,第45页。

[7] 参见钟刚:《反垄断法中的“豁免”及其体系》,《江西社会科学》2009年第6期,第174-175页。

[8] 对于“安全港”制度的性质问题,理论界与实务界目前出现了很大的争论,有观点认为它在性质上属于垄断协议的特殊豁免,参见王慧群:《中国垄断协议安全港规则的立法逻辑:信息成本的视角》,《法学家》2023年第1期,第57页;有观点认为它在性质上属于合法推定,也就是不属于垄断协议,参见徐则林:《垄断协议安全港规则的中国应用:从立法到实施》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2023年第3期,第174页。相较而言,应当是第二种更为合理,这样垄断规制的体系更为清晰。

[9] 对于“安全港”制度的适用范围,虽然反垄断执法机构和很多专家都认为修订后的《反垄断法》本意应当只是针对纵向垄断协议的规定,但是由于该条款使用的措辞是“经营者”,这就使得其是否也可以适用于横向垄断协议的规定出现了模糊性,理论界对此的看法也不完全一致。更无法排除的是,将来法院在审理垄断纠纷案件中也可能会出现将此适用于横向垄断协议。

协议规定》第 17 条已经对此进行了充分明确。而除了有关转售价格维持的规定之外,修订后的《反垄断法》第 18 条第 1 款还有一个兜底条款,即“(三)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”,而反垄断执法机构应当尽量避免适用该兜底条款。可以说,该兜底条款的法律指引性很低。一方面,任何商业交易活动在主体上都会有经营者和交易相对人;另一方面,所有交易结果在形式上确实又都会排除其他人对这个交易机会的获取。<sup>[10]</sup>当然,如果经营者及其与交易相对人达成的其他协议符合“安全港”制度,那么这些协议也应当不属于纵向垄断协议。同样,如果经营者及其转售价格维持符合“安全港”制度,那么这些协议也应当不属于纵向垄断协议。另外,如果“安全港”制度的适用范围也包括修订后的《反垄断法》第 17 条,那么只要具有竞争关系的经营者及其达成的固定或者变更商品价格等协议符合“安全港”制度,其也就不应属于横向垄断协议。

## (二) 修订后的《反垄断法》关注的垄断协议成因及其分治体系

就整体而言,修订后的《反垄断法》关注的垄断协议成因可以分为两大类:一类是经营者在没有外力干预的情况下自行达成垄断协议;另一类是经营者在有外力干预的情况下达成垄断协议。前一大类又可以分为两小类:第一类是具有竞争关系的经营者在没有外力干预的情况下自行达成垄断协议(《反垄断法》第 17 条);第二类是没有竞争关系的经营者在没有外力干预的情况下自行达成垄断协议(《反垄断法》第 18 条第 1 款)。后一大类又可以分为三小类:第一类是经营者在受到行政机关或者法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织干预的情况下达成垄断协议(《反垄断法》第 44 条);第二类是经营者在受到行业协议干预的情况下达成垄断协议(《反垄断法》第 21 条);第三类是经营者在受到其他经营者干预的情况下达成垄断协议(《反垄断法》第 19 条)。在这五小类中,只有《反垄断法》第 19 条的规定是新增的,其他均在修订前的《反垄断法》中已经存在。

从形式来看,修订后的《反垄断法》明显沿袭了修订前的《反垄断法》采用的分治体系。“为了使各类市场主体实施的垄断协议行为均可纳入《反垄断法》进行规制,垄断协议的类型化条款应当各司其职,共同构筑协调统一、周延有别的规则体系。”<sup>[11]</sup> 这点对于经营者在有外力干预的情况下达成垄断协议此类行为而言是至关重要的,修订后的《反垄断法》对其上述三小类设置的行政责任有着很大的差别。因此,对修订后的《反垄断法》第 19 条所作的禁止经营者促成他人达成垄断协议的规定进行精确适用就显得格外重要。只有如此,我们才能确保其仅起到对修订前的《反垄断法》在可以导致垄断协议达成的成因上存在的关注遗漏所作的弥补作用,而不是还会“侵扰”之前就存在的其他规定的“分治领地”,导致规则体系出现混乱或者不清晰问题。要做到这点,对经营者促成他人达成垄断协议的主体要件进行规范认定则是关键。显而易见,对于经营者在有外力干预的情况下达成垄断协议此类的分治,修订后的《反垄断法》仍然是按照主体身份进行体系构建的。只有主体身份是经营者,才可能归属于修订后的《反垄断法》第 19 条所作的禁止经营者促成他人达成垄断协议的规定“管辖”范围。

[10] 参见丁茂中:《纵向垄断协议兜底条款的适用困境及其出路》,《竞争政策研究》2019 年第 2 期,第 5-6 页。

[11] 王玉辉:《垄断协议组织帮助行为条款缺陷及其补救》,《法学》2023 年第 2 期,第 153 页。

### (三) 经营者的定义

对于何为经营者,修订后的《反垄断法》第15条第1款也作出明确规定,即“本法所称经营者,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”。应当讲,该定义中的“从事商品生产、经营”的范畴是比较清晰和具体的,但是“提供服务”的范畴就显得比较模糊和宽泛。毫无疑问,行政性服务不可能在这里的“提供服务”的范畴之内。除了行政性服务之外,其他只要提供的服务是有偿的,就都应当在此“提供服务”的范畴之内。但如果提供的服务是无偿的,则应当根据不同主体的具体类型进行区分。如果是营利法人和非法人组织,那么就仍然应当在此“提供服务”的范畴之内。<sup>[12]</sup>若是非营利法人等其他主体,则就不应当在该“提供服务”的范畴之内。

对经营者的认定重点之一是与行业协会的精确区分。当依法登记冠名某某行业协会、同业公会、联合会等非营利性社团法人,按照其设立宗旨及其具体细化规则为所属的同业经营者提供服务时,它在性质上应当是行业协会。一方面,这种情形下所提供的服务在性质上应属无偿;另一方面,这完全满足禁止行业协会组织本行业的经营者达成垄断协议的规制需求。当前述主体超出设立的宗旨及其具体细化规则为其他行业的经营者提供服务时,则需要根据具体情形进行区分。如果它们进行任何形式的收费或者从中获得任何实质性的经济利益,那么所提供的服务在性质上应属有偿,它们就成为了经营者。修订后的《反垄断法》针对行业协会所作的规定仍然存在重要缺陷,即将禁止行业协会组织达成垄断协议的对象仅限于本行业的经营者,而无论是在理论上还是在实践中确实都有可能出现行业协会组织其他行业的经营者达成垄断协议的问题。<sup>[13]</sup>通过对所涉主体身份的精确区分,修订后的《反垄断法》第19条的规定对此可以进行合理“补位”,但作用也是有限的。如果行业协会等主体没有进行任何形式的收费,也没有从中获得任何实质性的经济利益,那么《反垄断法》对这种情形之下它们组织其他行业的经营者达成垄断协议的规制就又面临着类似“湖南娄底保险案”遭遇的窘境。<sup>[14]</sup>

在确认主体身份是经营者的基础上,还需要进一步确认它们之间的实质关系。首先,这关系到与经营者在没有外力干预的情况下自行达成垄断协议的分治问题,特别是与《反垄断法》第17条的分治。在具有竞争关系的经营者达成垄断协议的情形下,确实通常会存在一个或者多个组织者。对此,只要经营者之间具有竞争关系,原则上就不属于经营者促成他人达成垄断协议中的经营者与其他经营者的关系,唯一例外的情况就是《反垄断法》第17条无法有效适用,例如经营者组织与自己有竞争关系的其他经营者达成垄断协议,但是自己却并未参与该垄断协议,<sup>[15]</sup>从而启用《反垄断法》第19条所作的禁止

[12] 在实践中,有不少营利法人在创立之后的一段时间内甚至一直到目前为止采取的都是免费模式或者核心服务采取的都是免费模式,这在平台经济领域表现得非常普遍,例如社交软件、支付软件、导航软件等免费使用。但是这并不改变这些营利法人是经营者的基本属性,它们只是在寻求或者等待可以实现营利的有效方式或者更佳方式。

[13] 参见曹胜亮:《我国行业协会限制竞争行为规制路径的反思与重构》,《法学论坛》2019年第2期,第57-62页。

[14] 参见湖南省价格监督检查与反垄断局:《娄底保险行业垄断行为被查处》,《中国价格监督检查》2013年第3期,第46页。

[15] 更为精确的表述是该经营者不是所达成的垄断协议的当事人,因为不存在“达成垄断协议”,所以也就无法适用修订后的《反垄断法》第17条规定。

经营者促成他人达成垄断协议的规定进行补漏。<sup>[16]</sup> 其次,这关系到整个《反垄断法》的适用范围。无论是修订前的《反垄断法》还是修订后的《反垄断法》,调整的都是市场竞争关系,而非企业管理关系。<sup>[17]</sup> 母公司对母公司与子公司或者母公司的不同子公司之间的具体安排在性质上应完全属于企业管理关系。母公司完全有权决定子公司与母公司或者母公司的不同子公司之间是否展开竞争,这属于企业经营自主权的范畴。所以,母公司与子公司之间应当都不属于经营者促成他人达成垄断协议中的经营者与其他经营者的关系。

## 二 经营者促成他人达成垄断协议的行为要件认定

禁止经营者促成他人达成垄断协议是《反垄断法》修订在可以导致垄断协议达成的成因上所作的弥补,这决定了经营者促成他人达成垄断协议的规范认定重点应当是修订后的《反垄断法》第 19 条规定的导致达成垄断协议的特定成因,而这对应的核心就是经营者促成他人达成垄断协议的行为要件。<sup>[18]</sup>

### (一) 组织其他经营者达成垄断协议行为的认定

无论是横向垄断协议还是纵向垄断协议,都是至少由两个经营者组成的。如果仅是一个经营者与另一个经营者达成垄断协议,那么无论它们是否具有竞争关系,修订前的《反垄断法》对此都可以进行有效规制。《反垄断法》对横向垄断协议和纵向垄断协议都设置了兜底条款,因此,经营者组织其他经营者达成垄断协议的对象应当是除其自身之外的两个或者两个以上的经营者,并且它们必须都是同一个目标垄断协议的当事人。<sup>[19]</sup> 但是,这并不等于经营者与除其自身之外的两个或者两个以上的经营者之间就不能有任何的协议关系。恰恰相反,不少经营者组织其他经营者达成垄断协议就是通过经营者与除其自身之外的两个或者两个以上的经营者分别签订协议的方式来实施的。例如在“湖北联兴民爆器材案”中,当事人湖北联兴民爆器材经营股份有限公司通过分别与生产企业股东、销售企业股东签订《民用爆破器材产品销售代理合同》《民用爆破器材产品购销委托合同》,要求其使用湖北民用爆炸物品综合管理系统的方式,形成湖北省所有生产企业只能将产品交由其销售、所有地市级销售企业股东只能通过其购进产品的省内民爆器材

[16] 因为修订后的《反垄断法》第 19 条与第 17 条的行政责任相同,所以前者对后者的“错位”适用不会导致严重后果,只是影响了分治体系的逻辑性。对具有竞争关系的经营者通过联合设立公司成立销售平台方式达成、实施垄断协议的,前者在形式上似乎比后者用得更为“顺手”。例如“山东淄博水泥案”,该案在实质上就是具有竞争关系的经营者达成并实施垄断协议;但是从形式上来看,它更符合经营者组织其他经营者达成垄断协议,淄博联和水泥企业管理有限公司就是这里的经营者,其他经营者是山东宝山科技有限公司、山东东华水泥有限公司、山东山铝环境新材料有限公司等,前者组织后者达成并实施垄断协议。参见山东省市场监督管理局鲁市监行处字(2021)11 号行政处罚决定书。

[17] 参见金善明:《竞争治理的逻辑体系及其法治化》,《法制与社会发展》2020 年第 6 期,第 118-120 页。

[18] 经营者促成他人达成垄断协议的行为要件是经营者的组织行为或者提供实质性帮助行为,本部分中所有属于组织其他经营者达成垄断协议行为和属于为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助行为之类表述都仅指这里的组织行为或者提供实质性帮助行为,不包括其他经营者达成垄断协议。其他经营者达成垄断协议是经营者促成他人达成垄断协议的结果要件,对此将在后文论述。

[19] 为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助行为也应当如此,后文不再赘述。

产品流通体系。<sup>[20]</sup> 需要特别强调的是,因为《反垄断法》第 17 条规定的垄断协议有多个不同的具体情形,所以同一个目标垄断协议不仅要求所涉的垄断协议信息必须适度具体化,而且要求所涉的垄断协议信息必须具有同一性。

对于何为组织其他经营者达成垄断协议行为,《禁止垄断协议规定》第 18 条第 1 款作了进一步的规定,即“反垄断法第十九条规定的经营者组织其他经营者达成垄断协议,包括下列情形:(一)经营者不属于垄断协议的协议方,在垄断协议达成或者实施过程中,对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用;(二)经营者与多个交易相对人签订协议,使具有竞争关系的交易相对人之间通过该经营者进行意思联络或者信息交流,达成本规定第八条至第十三条的垄断协议。(三)通过其他方式组织其他经营者达成垄断协议”。非常明显,此处采取了“列举+兜底”的方式。所列举的两种情形应当分别是根据类似“安徽支付密码器案”和“湖北联兴民爆器材案”所进行的归纳。<sup>[21]</sup> 虽然这在指引性上是比较强的,但毕竟数量非常有限。更好的做法应当是在此基础上进行进一步的归纳,总结出基本要义,并将此作为一个独立的条款置于《禁止垄断协议规定》第 18 条第 1 款的内容之前,也就是采取“概括+列举+兜底”的方式。

无论是通过纸质材料还是电子文档或者口头音讯等方式,只要向自身之外的两个或者两个以上的经营者传递了包含或者可以视为包含游说它们达成或者实施垄断协议信息,就应当属于实施了这里的组织行为。例如某个人独资企业的负责人向本地区另外两家个人独资企业的负责人发送电子邮件,建议他们阶段性降低产量以稳定当前的市场销售价格,就属于包含游说他们达成或者实施垄断协议信息。再如某公司的董事长在参加行业协会活动期间将本行业另外两家公司的董事长请到室外草坪上,婉言他们之间的价格战有损大家的和气生财,就属于可以视为包含游说他们达成或者实施垄断协议信息。至于就此采取的措施多寡,只是影响具体组织行为的力度。如果在传递信息之后还采取了其他措施,例如邀请其他经营者具体面议、给出详细操作方案、推荐各方守约担保人等,那么该组织行为的力度就很强。如果只是就传递了一次信息,那么该组织行为的力度就很弱。但是无论是前者还是后者,在性质上都基础性地构成了这里所言的组织行为。

分析《禁止垄断协议规定》第 18 条第 1 款列举的两种情形,二者在本质上都是经营者向自身之外的两个或者两个以上的经营者传递了包含或者可以视为包含游说它们达成或者实施垄断协议信息。若论差别,则仅是采用的方式不同而已。第一种情形的经营者采用的不是协议方式;第二种情形的经营者采用的是协议方式。但是,《禁止垄断协议规定》第 18 条第 1 款列举的两种情形都属于组织行为的力度很强的类型。在没有概括性条款的情况下,即便《禁止垄断协议规定》第 18 条第 1 款还有一个兜底款项,在客观上也极易产生一种误导效果,即只有经营者下了“大功夫”时才会属于实施了组织行为。而事实上,只要向自身之外的两个或者两个以上的经营者传递了包含或者可以视为包含游说它

[20] 参见湖北省市场监督管理局鄂市监终止字(2018)1号终止调查决定书。

[21] 中国人民银行合肥中心支行通过下发《关于安徽省支付密码推广有关工作的通知》和《关于安徽省银行业金融机构支付密码产品服务厂商分配方案的通知》对具有竞争关系的上海海基业高科技有限公司、北京兆日科技有限责任公司、信雅达系统工程股份有限公司在安徽省支付密码器销售市场的客户分配、产品型号、市场价格等进行了部署。参见安徽省工商行政管理局皖工商公处字(2016)2号行政处罚决定书。

们达成或者实施垄断协议信息,就应当属于实施了这里的组织行为。至于经营者在此基础上采取的措施多寡,这属于组织行为的强度问题,它影响的是其他经营者是否因此最终达成或者实施了垄断协议,而非属于组织行为的定性问题。

根据实践来看,向两个或者两个以上的经营者传递包含或者可以视为包含劝说它们达成或者实施垄断协议信息,客观上可能存在策划与执行相分离的情形。就具体潜在操作形式而言,可以有两种基本做法,一种是策划的经营者让一个执行者向两个或者两个以上的经营者传递信息,另一种是策划的经营者让两个或者两个以上的执行者分别向它们各自负责的一个经营者传递信息。而无论是前一种做法还是后一种做法,策划的经营者都属于实施了组织行为。至于执行者,则需要根据具体情况而论。属于经营者的,只要是向两个或者两个以上的经营者传递信息,就可以按照实施了组织行为进行处理。<sup>[22]</sup> 对于只是向负责的一个经营者传递信息的,不宜直接按照实施了组织行为进行处理,而应当根据为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助行为的认定标准进行判断。<sup>[23]</sup> 符合相应情形的,就属于为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助行为;不符合相应情形的,则按照“无罪”进行处理。属于行政机关、法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织或者行业协会的,符合修订后的《反垄断法》有关禁止滥用行政权力排除限制竞争和行业协会不得组织本行业的经营者达成或者实施垄断协议规定的,则应当另行按照相关规定处理。<sup>[24]</sup>

就传递信息的时间而言,有同时和异时两个基本情形。前者例如甲公司的采购经理向某个微信群的多个上游企业的销售经理发送一条信息,希望他们一起拒绝向不遵守销售价格要求的乙公司继续提供生产所需的原材料。后者例如丙公司的执行董事分别致电两家合作销售平台的业务主管,建议他们按照区域进行划分客户范围。因为同时传递信息使得传递的信息必然具有同一性,所以被传递对象必然可以是同一个目标垄断协议的当事人。虽然异时传递的信息也是可以具有同一性的,但是并非必然具有同一性。如果传递的信息具有同一性,则无论是由科学技术等客观原因还是实施计划等主观原因所致,即便前后相隔的时间很长,被传递对象也应当被认为是同一个目标垄断协议的当事人。例如某水泥经销商的负责人六年前劝说本地水泥生产企业甲公司与本地另一家水泥生产企业乙公司商量减产以稳定水泥销售价格,其后因本地一项大规模的基础设施改造使得水泥价格大涨而没有跟进向乙公司作出类似建言,而今因水泥市场价格再度低迷而促使其向乙公司建言与甲公司商量减产以提高水泥销售价格,此种情形下的甲公司与乙公司就可以是同一个目标垄断协议的当事人。如果传递的信息不具有同一性,例如向一个经营者传递的信息是劝说其与另一个经营者进行联合抵制,而向另一个经营者传递的信息是劝说其与前一个经营者进行划分市场,那么它们就不应当被认为是同一个目标垄断协议的当事人。<sup>[25]</sup>

[22] 组织其他经营者达成垄断协议的组织者不仅可以有多个,而且可以分为多个层级。

[23] 经营者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,在主观上应存在过错,但是在证明方式上应当是不同的。前者可以采取直接推定方式,后者必须采取单独证明方式。

[24] 除了行业协会组织其他行业的经营者达成或者实施垄断协议之外,修订后的《反垄断法》还对其他一些情形显得无能为力,例如执行者是不属于经营者的个人。

[25] 如果该经营者进一步采取了其他措施,只要新增的信息与之前的信息存在任何同一性或者新增的信息本身就具有同一性,那么就属于实施了这里的组织行为;除此之外,其他均应当根据为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的认定标准进行具体定性。

## (二) 为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助行为的认定

对于何为为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助行为,《禁止垄断协议规定》第18条第2款作出进一步规定,即“反垄断法第十九条规定的经营者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助,包括提供必要的支持、创造关键性的便利条件,或者其他重要帮助”。客观而言,这个规定的细化价值微乎其微,它并没有像《禁止垄断协议规定》第18条第1款那样明显增加规则适用的指引性,还需要进行进一步细化。本文认为,“实质性”的判断标准有如下两条。

第一,经营者提供的帮助为达成垄断协议所必需。垄断协议的达成所需的条件或者要素,整体上可以分为两类:其一是达成垄断协议所必需,没有所涉的条件或者要素,特定的垄断协议就不会达成;其二是虽非达成垄断协议所必需,但是所涉的条件或者要素有助于特定垄断协议的达成。前者例如替其他经营者向其某个竞争对手传递共谋提高特定商品销售价格的信息,<sup>[26]</sup>后者例如给共谋降低产量的几个企业代表提供商谈的场地。实质性帮助在原则上应当指第一类情形,它们对垄断协议的达成确实有着实质性影响。事实上,修订后的《反垄断法》将为其他经营者达成垄断提供帮助严格限于实质性帮助,有着深刻的缘由。一方面,即便是明知或者应知,第二类情形在性质上更多属于经营者可以向反垄断执法机构进行举报的内容,对此在制度设计上应当以赋予权利为基本导向,而非舍本逐末地加以苛责。另一方面,即便只是适用《反垄断法》第56条,对于第二类情形也存在严重的威慑过度,就更不用说适用《反垄断法》第63条了。

第二,经营者提供的帮助对达成垄断起到直接作用。达成垄断协议所必需的条件或者要素,整体上也可以分为两类:一类起直接作用,例如在其他经营者咨询如何扭转利润下滑局面时给出与竞争对手联合进行减产提价之策;另一类起间接作用,例如几个同业者因同一个平台经营者提出的最惠国条款而联合要求另一个平台经营者提高相关产品的销售价格。<sup>[27]</sup>实质性帮助应当进一步只限于前者,而不宜包括后者。反垄断法素有“经济宪法”之称,<sup>[28]</sup>这足以表明其对企业和市场的巨大影响。因此,反垄断法特别需要在适用

[26] 这并不等于就排除了其他经营者无法通过其他途径向某个竞争对手传递共谋提高特定商品销售价格的信息,或许正是因为这个信息传递途径,其他经营者才可能没有通过其他途径传递相关信息;但也正是因为这个途径传递的信息,特定的垄断协议才能达成。也就是说,任何垄断协议的达成都是基于特定的环境及相应的方式,只要对于基于特定的环境及相应的方式所达成的垄断协议而言是不可或缺的,就属于达成垄断协议所必需的,至于具体是何者在相应环节上扮演着相应的角色,这只是形式问题,它们只是个案承担相应法律责任的不同具体主体而已。

[27] 最惠国条款(most favoured nation clause,简称MFN条款)源起于12世纪,系国家、城邦或港口之间签订的特定协议,依据该协议,授予国赋予第三国的贸易特权应当拓展到协议对手方。随着商业实践发展,私主体之间关于价格的协定也出现了类似条款,并在各个行业广泛使用。参见谭晨:《互联网平台经济下最惠国条款的反垄断法规制》,《上海财经大学学报》2020年第2期,第138页。“在电子商务市场,亚马逊、苹果、Booking.com等平台都大量实施最惠国条款(简称MFN条款),成为在线商务市场一种典型的纵向限制合约。支配平台普遍实施的MFN条款引起了各国反垄断执法机关的关注。”参见唐要家、钱声:《平台最惠国条款的竞争效应与反垄断政策》,《竞争政策研究》2019年第4期,第56页。在《反垄断法》的修订过程中,理论界曾对是否需要将此写入《反垄断法》进行了讨论,其核心指向就是类似修订后的《反垄断法》第19条禁止的内容,只是在形式上是专门针对平台经营者的。对于平台经营者而言,使用最惠国条款的最大法律风险就是可能触及修订后的《反垄断法》第19条。所以,无论是在《反垄断法》修订过程中还是《反垄断法》修订完成后,平台经营者都非常关心这个条款。

[28] 参见张守文:《反垄断法的完善:定位、定向与定则》,《华东政法大学学报》2020年第2期,第7页。

上保持高度的谦抑性。<sup>[29]</sup> 但是如前面所示,修订后的《反垄断法》对垄断协议规定了更为严格的法律责任。而无论是为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助还是组织其他经营者达成垄断等,适用范围都是所有经营者,而不像禁止滥用市场支配地位那样仅是针对具有市场支配地位的经营者。平台最惠国条款究竟是垄断协议还是滥用市场支配地位行为,<sup>[30]</sup> 类似问题应置于禁止滥用市场支配地位之下进行评判更为合适。<sup>[31]</sup> 如果构成滥用市场支配地位,就依法进行规制。

对于应当属于为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的情形,《禁止垄断协议规定》第 18 条第 2 款尝试将它们进行列举:一是向一个经营者建言寻求与竞争对手达成垄断协议。即便并未进一步就如何与竞争对手达成垄断给出相对具体的操作建议,只要是向某个经营者建言寻求与竞争对手达成垄断协议,就应当属于为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。无论是主动还是应邀,此种情形下的经营者在主观过错上是非常明显的;即便是主观故意,在绝大多数情况下也不难进行证明。而催生或者强化他人竞争对手达成垄断协议的想法不仅是达成垄断协议所必需的,而且对达成垄断起到了直接作用。二是给明确谋求达成垄断协议的经营者引荐竞争对手。在一个经营者通过具体方式明确表示希望与竞争对手达成垄断协议的情况下,知晓情况的其他经营者有权决定是否向反垄断执法机构进行举报;如果仍然给明确谋求达成垄断协议的经营者引荐竞争对手,那么就属于为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。就主观过错而言,这种情形基本可以被证明是故意的,极少数或许确实系应知而不知的过失所致。但是无论是前者还是后者,它们所致的潜在的垄断协议当事人取得联络不仅是达成垄断协议所必需的,而且对达成垄断起到了直接作用。三是替他人向某个经营者传递寻求达成垄断协议信息。如果所传递的信息较清楚显示属于涉及垄断协议问题,例如邀请被传递的对象于某年某月某日到具体的地点与几位同行商议销售市场的划分事宜,那么就应当属于为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。一方面,即便无法证明是故意的,此时也至少比较容易证明传递信息的经营者在主观上存在过失;另一方面,这不仅是达成垄断协议所必需的,

[29] 参见孔祥俊:《论反垄断法的谦抑性适用——基于总体执法观和具体方法论的分析》,《法学评论》2022 年第 1 期,第 32-34 页。

[30] 焦海涛:《互联网平台最惠国条款的反垄断法适用》,《商业经济与管理》2021 年第 5 期,第 78 页。

[31] 将最惠国条款根据禁止垄断协议的规定来处理也不是不可以的,只是没有将最惠国条款置于禁止滥用市场支配地位的规定下进行考察更为合适。无论是平台经济领域何种类型的最惠国条款,特别是同等优惠要求,在经营者提出的诉求上都具有基础的合理性,即经营者希望在价格等竞争的起点上不会处于劣势。因此,直接将此置于垄断协议之下进行普遍性规制与市场的客观规律并不相符的。正如美国法院在“苹果电子书价格垄断案”中所作的论述,对于苹果公司与出版商之间的代销协议,法院认为构成本身违法,但作为该协议核心的最惠国条款又明显具有正负两方面的经济效果。参见吴韬、何晴:《美国“苹果电子书价格垄断案”争点释疑》,《法学》2017 年第 2 期,第 160 页。也正是因为如此,不少学者对欧盟的相关做法提出了严重的质疑。See Pinar Akman, A Competition Law Assessment of Platform Most-favored-customer Clauses, 12 *Journal of Competition Law and Economics* 781, 790-830 (2016). 而在反垄断法上,只有禁止滥用市场支配地位对具有市场支配地位的经营者苛加了特殊义务,且设置了必要的抗辩事由进行平衡。这样就不会出现最惠国条款极易违法问题,也不会使得涉及的所有主体都直接因此而受罚。事实上,在“苹果电子书价格垄断案”中,出版商对于苹果公司的最惠国条款可以作出的对策并非只有一起联合起来向亚马逊公司进行要求其提高销售价格,它们也可以挑战苹果公司滥用市场支配地位。

而且对达成垄断起了直接作用。

下列情形不能直接推定为为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。一是通用的算法提供。“轴辐类共谋是指多家企业使用相同的计算机算法决定市场价格或对市场做出反应。此时,单一的纵向协议自身不可能产生限制竞争的效果,也未必折射出行为人扭曲市场价格的意图。但是,同行业众多竞争者同时达成了类似的纵向协议,就可能导致经典的轴辐类共谋(hub-and-spoke),这时凭借计算机算法研发者(作为‘轴’)的帮助,可能形成全行业的合谋,导致价格上涨。”<sup>[32]</sup>即便在客观上出现了这种局面,也不能直接推定提供这类算法的经营者为其他经营者达成垄断协议提供了实质性帮助。除非能够证明提供这类算法的经营者在算法的研发或者投放市场时就存在主观故意或者过失,并且这类算法是达成垄断协议所必需的和对达成垄断起了直接作用,否则就不能要求经营者停止提供这类算法并对其进行处罚。<sup>[33]</sup>二是规范的数据交易。“数据交易是数据要素市场建构的关键一环”,<sup>[34]</sup>“以数据为内核驱动的商业模式,自动的定价算法对交易者进行追踪、预测与影响,甚至协助交易者进行策略,具有快速收集竞争者数据,并于瞬息之间决策与执行反应”。<sup>[35]</sup>这就意味着即便是规范的数据交易,也可能带来类似轴辐类共谋效果,但是我们不能就此直接推定销售数据的经营者以及经纪商为其他经营者达成垄断协议提供了实质性帮助。<sup>[36]</sup>只有证明出售数据的经营者或者经纪商存在主观故意或者过失,并且所交易的数据是达成垄断协议所必需的和对达成垄断起到了直接作用,才可以责令它们停止数据交易并给予处罚。三是正当的比价服务。比价服务是很多平台的重要内容,只是它们在关注范围、专业程度、规模大小等方面不尽相同而已。一方面,比价服务确实“使得消费者能够享受到更低的费率和更合理的报价,为消费者创造了价值”。<sup>[37]</sup>另一方面,比价服务在客观上也使得具有竞争关系的经营者更为便捷地掌握竞争对手的价格信息。但是即使因此出现了不同程度的价格协同现象,也不能就凭此直接推定比价服务的经营者为其他经营者达成垄断协议提供了实质性帮助。只有证明比价服务的经营者存在主观故意或者过失,并且比价服务是达成垄断协议所必需的和对达成垄断起到了直接作用,才可以责令它们停止比价服务并给予处罚。

### (三)组织和提供实质性帮助行为的主观过错及其证明

无论是组织其他经营者达成垄断协议行为还是为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助行为,在主观上都是必须存在过错。

“成员之间进行主动协调是成立卡特尔的基本条件。认定‘中心辐射型’卡特尔也需

[32] 李振利、李毅:《论算法共谋的反垄断规制路径》,《学术交流》2018年第7期,第74页。

[33] 反垄断执法机构对此应当根据具有竞争关系的经营者实施其他协同行为进行立案调查。

[34] 丁晓东:《数据交易如何破局——数据要素市场中的阿罗信息悖论与法律应对》,《东方法学》2022年第2期,第144页。

[35] 杨东:《论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战》,《中国法学》2020年第3期,第209页。

[36] 对此,反垄断执法机构也应当根据具有竞争关系的经营者实施其他协同行为进行立案调查。但是需要特别指出的是,如果是借数据交易之名行信息交换之实,那么符合修订后的《反垄断法》第17条的,就按照横向垄断协议的规定进行查处;符合修订后的《反垄断法》第19条的,就按照经营者促成他人达成垄断协议的规定进行查处。

[37] 钟园园:《药品比价平台,冲击美国传统药品零售市场》,《中国药店》2022年第1期,第81页。

要考察成员的主观条件。这种主观条件不是成员之间的协商,而是成员主体的‘平行认识’,即参与主体对行为的内容和结果事先有全面了解。”<sup>[38]</sup>也就是说,它们在主观上原则上应当是故意的。就组织其他经营者达成垄断协议而言,其中策划向自身之外的两个或者两个以上的经营者传递包含或者可以视为包含劝说它们达成或者实施垄断协议信息的经营者的经营者应当均是如此。无论策划者是否亲自参与了具体执行,应当都是明知它们在实施寻求组织其他经营者达成垄断协议行为。但执行者即便实施了这里的组织行为,在主观上也未必就是故意,还有可能是过失。虽然《反垄断法》实施已有十余年,但客观上仍有很多经营者并不清楚自己所实施的行为涉及的风险,这就可能导致它们因应知但是却不知而实施了一些垄断行为,<sup>[39]</sup>其中就包括因应知但是却不知而受人指使或者被人利用组织其他经营者达成垄断协议。

但无论是故意还是过失,在此都应当无需单独证明,只要实施了属于组织行为,就应当可以直接推定主观存在过错。《禁止垄断协议规定》第 18 条第 1 款列举的两种情形目前就是采纳这种做法,其有着非常坚实的理由。一方面,向自身之外的两个或者两个以上的经营者传递包含或者可以视为包含劝说它们达成或者实施垄断协议信息本身就是非常敏感的,所有经营者都应知晓此举的后果。事实上,其基本形态是向两个或者两个以上具有竞争关系的经营者传递这类信息,行为主体更应清楚其中利害。另一方面,根据目前查处的案件来看,组织其他经营者达成垄断协议的当事人在主观上确实基本上都是故意的。以“湖北联兴民爆器材案”为例,该案当事人湖北联兴民爆器材经营股份有限公司非常清楚自己的目的就是要控制湖北省民爆器材产品的流通体系,为此其有意识地通过制定《公司章程》《湖北联兴民爆器材经营股份有限公司业务程序及管理办法》《协议书》等文件,积极推进与各方签订所需协议。

对于提供实质性帮助,虽然从《禁止垄断协议规定》第 18 条第 2 款似乎看不出必须存在主观过错的含义,而且反垄断执法机构以往都是将主观过错作为充分而非必要条件,但主观过错必须像修订后的《反垄断法》第 19 条新增的内容那样突破性地存在。“如果经营者是‘组织’其他经营者从事法律禁止的垄断行为,组织者在达成和实施垄断协议中的作用更大,其主观恶意也更加明显,对其适用更加严厉的违法性判断标准应无争议。但是,如果经营者只是‘帮助’其他经营从事垄断协议行为,显然并不能和组织实施垄断协议行为秉持相同的违法认定标准。对于‘帮助’其他经营者达成和实施垄断协议行为的经营者的经营者,应当结合其是否有主观恶意进行判断。而主观恶意的判断标准,就在于经营者是否明知或应知其他经营者从事违法的垄断协议。”<sup>[40]</sup>首先,既然禁止经营者促成他人达成垄断协议是《反垄断法》为弥补可以导致垄断协议达成的成因的遗漏而作的修订,那么它就不能错位“伤及无辜”,使用“实质性”措辞来严控适用范围,也充分表明了这一态度和意图。其次,即便是在其他经营者达成垄断协议上起到了重要作用,客观上也存在经营

[38] 刘继峰:《“中心辐射型”卡特尔认定中的问题》,《价格理论与实践》2016 年第 6 期,第 36 页。

[39] 参见吴振国:《反垄断监管的中国路径:历史回顾与展望》,《清华法学》2022 年第 4 期,第 21-27 页。

[40] 戴龙:《论组织帮助型垄断协议的规制——兼议我国〈反垄断法〉的修订》,《法学评论》2021 年第 1 期,第 113 页。

者对此完全不知情或者不能被推定为应该知情的情形,例如几个处于疫情管控中的同行通过经营者的在线会议平台协商达成提高销售价格的协议。最后,“从目的解释的角度看,‘实质性帮助’的提法意在强调帮助行为的主动性和显著性。所谓主动性,指行为人故意、自主地为他人达成垄断协议提供帮助,即明知他人达成的是垄断协议而仍然主动提供帮助”。<sup>[41]</sup>

如果反垄断执法机构不能证明经营者在主观上存在故意或者过失,那么即便经营者在其他经营者达成垄断协议上提供了必要的支持、创造关键性的便利条件或者其他重要帮助,也不成立为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。对于经营者在主观上是存在故意或者过失的证明,反垄断执法机构不能仅仅根据经营者提供的帮助直接进行推定,而必须充分结合经营者提供的帮助以及人员关系、事情过程、所处环境等来判断经营者是否知道或者应当知道其他经营者是在寻求达成垄断协议。例如承接会议的酒店在按照约定为客户准备会议纸质材料时,就可以很容易从客户发过来的电子材料以及自己为客户准备的会议纸质材料中看出它是在准备与其竞争对手磋商联手进行限价保价,<sup>[42]</sup>如果该酒店在这种情况下仍然继续承办了此次会议,那么反垄断执法机构根据电子材料的发送、接收、打印及其内容便可以证明该酒店知道或者应当知道其他经营者是在寻求达成垄断协议。

### 三 经营者促成他人达成垄断协议的结果要件认定

即使经营者进行了组织或者提供了实质性帮助,其他经营者也未必就会因此达成垄断协议。其他经营者因此达成了垄断协议,是经营者促成他人达成垄断协议的结果要件,同样不可或缺。

#### (一) 垄断协议达成的衡量标准

垄断协议的达成必须以可以被证明的经营者行为为据。即便两个或者两个以上的经营者在各自内心对同一个经营者提出的排除或者限制竞争的倡议持赞同态度,只要没有通过行为表现出来,也就不能被认定为达成了垄断协议。例如某保险经纪公司的董事长请三家保险公司的业务经理协商统一它们的保险价格,虽然这三家保险公司的业务经理也正有此意,但是各自基于所谓的合规经验并没有马上对此作出任何表态。如果事情仅此而已,那么反垄断执法机构就不能认定它们达成了垄断协议。一方面,法律不能惩罚纯粹的想法或意图;另一方面,至少目前在技术上无法证明前述情况只有一个客观结果。<sup>[43]</sup>但是需要特别指出的是,只要其中有两个或者两个以上的经营者被证明达成垄断协议,在达成的垄断协议具有因果关系的情况下,就构成了其他经营者达成垄断协议,并非要求所

[41] 焦海涛:《垄断协议达成中的组织与帮助行为》,《中州学刊》2023年第2期,第49页。

[42] 此时的酒店是否进行举报是其权利,但是在其仍然继续承办了此次会议后则就发生了质变,它就面临着卷入为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的风险,这种情况下的举报在性质上属于申请宽大处理,即修订后的《反垄断法》第56条第3款规定的酌情减轻或者免除处罚。

[43] 参见江山:《论反垄断法规范中的规则与标准》,《环球法律评论》2021年第3期,第67-70页。

有计划内的被组织或者被提供实质性帮助的其他经营者都最终“成功”参与了该垄断协议的达成。<sup>[44]</sup>

如果经营者实施了垄断协议,那么它们就达成了垄断协议。虽然垄断协议的达成和垄断协议的实施在大多数情况下是分开的,但是垄断协议的达成在一些情况下正是通过垄断协议的实施才能表现出来。例如有意与市场份额紧随自己在本地排名第二的竞争对手达成并实施价格卡特尔的某大型零售商率先试探性地提高产品销售价格,也有此意的在本地市场份额排名第二的零售商心照不宣地立即跟进提高其产品销售价格。理论界通常将这类情形称为协同行为,是通过垄断协议实施表现垄断协议的达成的典型代表。<sup>[45]</sup>应当讲,垄断协议的达成是协同行为区别于跟随行为和平行行为的根本。所谓跟随行为是指一个经营者在产品定价等方面以同行的另一个经营者的动态为据及时进行相应调整,但是另一个经营者在产品定价等方面没有专门虑及该经营者的举动,而只是根据原材料、人工成本、供求情况等独自作出决策。从目前的实践来看,前者一般多为中小企业,后者一般多为行业龙头企业。所谓平行行为是指同行业的多个经营者集中在相同或者相似的时间点在产品定价等上作出相同或者相似的调整,但是它们在客观上均系各自基于原材料、人工成本、供求情况等独自作出决策,而非只是根据彼此的意思或者行为作出反应。比较之下不难看出,无论是跟随行为还是平行行为,在客观上都没有垄断协议的达成。<sup>[46]</sup>

如果经营者明确对垄断协议作出肯定性的意思表示,<sup>[47]</sup>那么它们就达成了垄断协议。根据实践来看,下列情形应当属于经营者明确对垄断协议作出肯定性的意思表示:一是经营者在含有垄断协议内容的合同、会议纪要、自律公约等纸质文件或者电子化文本上签字、盖章、按手印等;二是经营者通过电子邮件、短信息和社交软件文字聊天等对他人提议的垄断协议以文字方式表示同意、支持、配合等;三是经营者当面或者在通话录音、语音视频、在线会议等中对他人提议的垄断协议以口头方式表示同意、支持、配合等;四是经营者在视频窗口、社交软件聊天中或当面对他人提议的垄断协议以约定俗成或可以理解的手势、图片、表情等表示同意、支持、配合等。值得指出的是,因所涉的主体在利害关系上存在重大差异,<sup>[48]</sup>横向垄断协议和纵向垄断协议在此的表现是不尽相同的。前者在四种情形上均有不同程度的表现,不过目前在整体上逐渐变得越来越隐蔽;而后者不仅主要表现为第一种情形,而且多表现为经营者在相关合同上签字或者盖章。

[44] 对于没有达成垄断协议的其他经营者,就不能根据横向垄断协议或者纵向垄断协议的规定进行处罚。

[45] 参见江山:《反垄断法上协同行为的规范认定》,《法商研究》2021年第5期,第188-190页。

[46] 参见孙晋:《数字平台垄断与数字竞争规则的建构》,《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第4期,第71-72页。

[47] 所说的垄断协议必须是具体的,例如固定或者变更商品价格等。如果经营者只是明确对他人笼统提议的垄断协议作出肯定性的意思表示,例如甲只是向乙提议实施垄断协议,但是并未具体提及实施什么样的垄断协议,乙对甲说可以,那么不能认为它们达成了垄断协议。

[48] 因为具有竞争关系,横向垄断协议的经营者在根本上是存在严重的利益冲突的,所以横向垄断协议的达成基本具有明显的临时性,所用形式也往往不一定比较正式;而因为没有竞争关系,纵向垄断协议的经营者在根本上是不存在严重的利益冲突的,所以纵向垄断协议的达成通常是具有相对的稳定性,所用形式也就一般比较正式。

对于经营者在收到垄断协议信息之后只是进一步沟通的,不应认定它们达成了垄断协议。只是进行信息交换,未必就意味着经营者会达成垄断协议。垄断协议信息的被传递者可能是被动获得垄断协议信息的,且垄断协议信息的被传递者可能会直接拒绝或者置之不理。即使进行了进一步沟通,除非经营者在这个过程中明确对垄断协议作出肯定性的意思表示或者实施了垄断协议等,否则也不应当认定达成了垄断协议。首先,这比较符合基本事实和常规逻辑。垄断协议的达成在客观上都有一个过程,其结果是可以多样化的,至少可能有达成垄断协议和没有达成垄断协议两种。其次,这更为契合反垄断法的谦抑性要求。除了大幅提高行政处罚的上限之外,修订后的《反垄断法》第67条还概括性地规定了刑事责任。“第67条的规定呈开放式,除前述主体和行为之外,不排除严重垄断行为者入罪的可能。”<sup>[49]</sup>这更使得达成垄断协议成为企业的重大违法行为,对企业的财务、人事、融资等影响更加广泛。<sup>[50]</sup>因此,垄断协议的达成在衡量标准上必须进行最大限度的限缩。最后,这并不违背反垄断法的规制需求。即便经营者在进一步沟通的过程中事实上可能会“默示性”地达成垄断协议,只要能够有效证明它们在事实上达成了垄断协议,<sup>[51]</sup>那么就可以按照达成垄断协议进行查处;即使无法获得足够证据证明它们在事实上达成了垄断协议,只要它们最终没有实施垄断协议,也不会影响到市场竞争;而如果它们最终实施了垄断协议,那么按照达成并实施垄断协议进行查处、符合加重处罚的进行加倍处罚即可。

## (二) 达成垄断协议的因果关系要求

即使在经营者进行组织或者提供实质性帮助期间或者之后,其他经营者确实达成了垄断协议或者达成并实施了垄断协议,甚至不排除出现达成了多个垄断协议或者多次达成并实施了垄断协议的情况,也并不等于我们就可以将此一概归为经营者促成他人达成垄断协议。如果其他经营者达成了垄断协议或者达成并实施了垄断协议与经营者的组织或者提供实质性帮助行为并无必然的因果关系,那么,一方面,经营者的组织或者提供实质性帮助行为并未取得成功,其他经营者没有因此达成垄断协议;另一方面,经营者在这些其他经营者达成了垄断协议或者达成并实施了垄断协议中并不存在组织或者提供实质性帮助行为。只有其他经营者达成了垄断协议或者达成并实施了垄断协议与经营者的组织或者提供实质性帮助行为有着必然的因果关系,才可以将其归为经营者促成他人达成垄断协议。例如,甲公司与乙公司在某企业的组织下达成并实施固定商品价格,后为争夺客户而“毁约”竞相降价,又因激烈的“价格战”而多次直接商定和执行约定期间的商品涨价幅度和降价步调。前一次约定属于经营者促成他人达成垄断协议,而后一次约定属于经营者达成并实施横向垄断协议,与之前某企业组织它们达成并实施固定商品价格已无必然的因果关系,不能再认为该企业其中存在组织行为或者提供实质性帮助行为,也就

[49] 时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,《中国法律评论》2022年第4期,第189页。

[50] 参见李剑:《威慑与不确定性——新〈反垄断法〉法律责任条款评述》,《当代法学》2022年第6期,第134-137页。

[51] 例如如果有足够证明充分证明经营者在收到垄断协议信息之后还进行了进一步的具体沟通,并且在组织者明确表示若它们对垄断协议的具体内容还有异议的应立即提出时均保持沉默,那么这就可以认定它们达成了垄断协议。

不能再认定该企业构成经营者促成他人达成垄断协议并进行追责。

必须指出的是,除非可以证明达成垄断协议与经营者的组织或者提供实质性帮助行为没有必然的因果关系,是经营者为了规避《反垄断法》第 19 条的规定而刻意进行的安排,否则即便经营者的组织或者提供实质性帮助行为可能对其他经营者达成了垄断协议或者达成并实施了垄断协议有些影响,也不宜就认定经营者存在组织或者提供实质性帮助行为。例如,某食品厂在组织甲公司与乙公司划分销售市场时遭到二者明确拒绝,此后前者再未向后两者进行任何建议,而甲乙两公司在两年后通过协商达成了划分销售市场协议。除非证明两公司的明确拒绝是食品厂或者甲乙两公司的故意设计,否则就不宜认定食品厂在两年后的划分销售市场协议中存在组织行为或者提供实质性帮助行为。毕竟修订后的《反垄断法》对经营者促成他人达成垄断协议规定的法律责任是非常严苛的,对企业和市场有着举足轻重的影响。

## 四 结 语

综合全文讨论,本文认为,经营者促成他人达成垄断协议应满足如下要件。第一,主体要件为主体必须是经营者,即修订后的《反垄断法》第 15 条第 1 款所规定的“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”。第二,行为要件是必须存在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行为。只要是经营者向自身之外的两个及以上经营者传递具体且具有同一性的垄断协议信息,就属于实施了组织行为。经营者主观存在过错,相关行为不仅是达成垄断协议所必需的,而且对达成垄断起到了直接作用,就属于实施了提供实质性帮助行为。第三,结果要件是必须导致其他经营者达成垄断协议。只要其他经营者明确对垄断协议作出肯定性的意思表示或者实施了垄断协议,并且这与经营者进行组织或者提供实质性帮助行为有着因果关系,就属于导致其他经营者达成垄断协议,垄断协议的类型仍然包括横向垄断协议和纵向垄断协议两种。

虽然理论界和实务界对修订后的《反垄断法》还有一些争论,但其在整体上基本可以满足当前的竞争治理需求,包括对垄断协议的有效规制。接下来,一方面,经营者必须进一步加强自身的竞争合规,最大限度地确保自己避免触及经营者促成他人达成垄断协议。可以说,这对平台企业尤为重要。平台企业不仅往往会与诸多的入驻商户进行交易,而且通常需要采取措施进行平台管理,这使得它们可能触及经营者促成他人达成垄断协议的风险非常高。另一方面,反垄断执法机构应当确保对经营者促成他人达成垄断协议的规范认定,保证反垄断执法的审慎性。应当讲,这在修订后的《反垄断法》法律责任变得更严苛的情况下显得更为关键。只有如此,我们才能在最大程度上促进各类企业和市场的健康发展。

[本文为作者主持的 2022 年度国家社会科学基金一般项目“加强和改进平台经济领域反垄断执法的科学路径”(22BFX103)的研究成果。]

---

---

## Normative Identification of an Undertaking's Act of Facilitating Others to Reach a Monopoly Agreement

[ **Abstract** ] Prohibiting undertakings from facilitating others to reach a monopoly agreement is a new content added to the revised Anti-Monopoly Law. In nature, it is not a new category of monopoly agreement introduced by the revised Anti-Monopoly Law, but rather a remedy for the focus omission in the original Anti-Monopoly Law regarding factors that can lead to the formation of monopoly agreements. According to legal norms, an undertaking's act of facilitating others to reach a monopoly agreement should consist of the subject element, the conduct element, and the result element. The subject element of the act is that the undertaking must be the one defined in Article 15 Paragraph 1 of the revised Anti-Monopoly Law, namely, "a natural person, a legal person, or an unincorporated organization that engages in the production or distribution of commodities or the provision of services." Natural persons, legal persons, and unincorporated organizations providing administrative services are not undertakings in this context. With the exception of profit-making legal persons and unincorporated organizations, entities providing uncompensated services are also not considered undertakings in this context. Branches are not undertakings in any situation. Subsidiaries can be considered as undertakings, but the relationship between the parent company and subsidiaries should not be categorized as that between undertakings facilitating others to reach monopoly agreements and other undertakings. The conduct element of the act is that there must be an act of organizing other undertakings to reach monopoly agreements or providing substantive assistance for other undertakings to reach a monopoly agreement. Transmitting specific and identical information about a monopoly agreement to two or more undertakings other than oneself constitutes organizing. An act is considered as providing substantive assistance if a subjective fault exists and the act not only is necessary for reaching a monopoly agreement but also plays a direct role in the formation of a monopoly agreement. The result element is that the conduct must lead to the result of other undertakings reaching a monopoly agreement. As long as other undertakings clearly express affirmative intentions regarding a monopoly agreement or implement a monopoly agreement, which has a causal relationship with the undertaking's act of organizing or providing substantive assistance, the act falls within the scope of causing other undertakings to reach a monopoly agreement. The types of monopoly agreements continue to include only horizontal and vertical monopoly agreements. Those that comply with Article 18 Paragraph 2 of the revised Anti-Monopoly Law or the "safe harbor" system should not be considered monopoly agreements.

---

---

(责任编辑:余佳楠)