论组织帮助型垄断协议的规制

——兼议我国《反垄断法》的修订

戴 龙

【摘 要】组织帮助型协议是区别于横向垄断协议和纵向垄断协议的混合型垄断协议，在我国反垄断法实行横向、纵向垄断协议规制的二分法背景下，如何应对这一混合型垄断协议面临很大的挑战。组织帮助型协议并不要求轴心经营者具有市场支配地位，关键在于其是否组织或帮助促成了横向合谋协议，产生了排除限制竞争效果和造成消费者福利损失。组织帮助型协议规制也不能当然适用本身违法原则，需要结合轴心经营者所在领域的竞争状况，灵活运用本身违法和合理分析原则进行个案判断。

【关 键 词】核心限制行为；组织帮助；轴辐协议；本身违法原则；合理分析原则

【作者简介】戴龙，中国政法大学国际法学院教授。

【原文出处】《法学评论》（武汉），2021.1.105～114

【基金项目】本文是作者主持的国家社科基金一般项目“竞争政策视野下的互联网平台规制研究”（项目编号：18BFX151）和中国政法大学科研创新引导专项项目（项目编号：19ZFY82001）的研究成果。

我国《反垄断法》实施十余年来，反垄断执法机构和司法机关办理了大量涉嫌垄断行为的案件，在国际上树立了和欧美并列的第三大反垄断辖区的形象。但是，反垄断法实施也暴露出我国制度层面存在的问题，第十三届全国人大常委会已经将《反垄断法》的修订列入了立法工作计划。2020年1月，国家市场监督管理总局公布了《中国人民共和国反垄断法》修订草案征求意见稿（以下简称“征求意见稿”），其中增设了一条关于混合型垄断协议规制的条文，即学界讨论的“轴辐协议”（hub and spoke conspiracy）规制。征求意见稿第17条规定：“禁止经营者组织、帮助具有竞争关系的经营者达成垄断协议。”该条款概括出轴辐协议特有的横纵交叉的混合型垄断协议特征，体现了立法起草部门的创新性和前瞻性。我国目前关于轴辐协议的研究尚不够深入，对轴辐协议的违法性判断和规制立场也存在很大争议。本文依据“修订意见稿”的原文规定，将这种混合型垄断协议称为“组织帮助型垄断协议”。本文认为，我国《反垄断法》修订时导入组织帮助型协议规制具有理论必要性和实践可行性，但应当处理好其与横向垄断协议、纵向垄断协议、行业协会组织实施垄断协议以及滥用市场支配地位规制的关系，明确其分析框架和违法认定标准，发挥我国在国际竞争法律发展中的引领作用。

一、我国反垄断实践中的组织帮助型垄断协议问题

如果稍加回顾，就会发现“征求意见稿”中增

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

设组织帮助型垄断协议规制，主要是出于我国反垄断实务中已经出现这种混合型垄断协议的实务考量。早在2012年的湖南省娄底保险业垄断协议案[①]中，湖南省物价局针对娄底市保险行业协会组织10家保险公司组建娄底市新车保险服务中心，共同实施固定价格及划分市场的垄断协议行为，对娄底保险行业协会和七家主要保险公司进行处罚。2013年，湖南省工商局针对湖南省常德市、彬州市、张家界市和永州市保险行业协会设立新车保险服务中心，组织各大保险公司共同从事市场分割的垄断协议行为，对涉案保险行业协会进行处罚，但是对主要保险公司和新车保险服务中心却免于处罚。[②]2018年11月，湖北省工商局针对湖北联兴民爆器材经营股份有限公司通过公司章程、代理合同、委托合同以及协议书等形式，建立起省内所有民爆企业统一的生产、销售和流通体系，在进行垄断行为调查后接受当事人承诺，发布了终止调查决定书进行结案，没有对当事企业进行处罚。[③]这几起案件的共同特征是，处于案件核心的新车保险服务中心或联兴民爆器材公司和实施垄断协议的保险企业、行业协会以及民爆企业之间没有竞争关系，但却成为上游经营者实施垄断协议的组织者和帮助者。

这几起案件引发理论界对我国《反垄断法》关于横向垄断协议与纵向垄断协议的“二分法”规制的探讨，围绕“轴辐协议”规制的研究也多了起来。[④]所谓“轴辐协议”，来源于美国司法案例中针对横向和纵向交叉的混合型协议的形象描述，并不是一个法律用语，但是刻画出这类混合型协议的外形特征。“轴辐协议”意在表明，该种混合型协议除了有一个位于核心的“轴心”(hub)经营者和多个位于边缘的“辐条”(spoke)经营者达成的纵向协议之外，辐条经营者相互之间还存在一个潜在的“辐缘”(rim)合谋，两者构成一个有机的整体，形成排除限制竞争的混合型垄断协议。

从经济学的视角来看，在存在纵向关系的上下游企业中，处于轴心地位的垄断供应商之所以愿意参与轴辐协议，因为对它来说这比让下游公司无效地共谋成本更低，参与共谋可以减少双重边际成本，既提高零售商的利润，又增加自身的利润。[⑤]从法学视角来看，轴辐协议就是通过一组维持转售价格(RPM)的纵向协议，实现在上下两个市场上都能够避免竞争的合谋协议。这体现在，RPM协议可以限制下游的品牌内竞争，提高行业价格和利润，降低福利；RPM协议也可以促进上游品牌间的共谋，相互竞争的制造商可以利用零售商作为“共同代理人”来协调价格。[⑥]当RPM协议被用来为零售商提供利润时，可以帮助在位者排除高效的进入者，既有助于限制下游竞争，又能保护上游企业免受潜在竞争。[⑦]正因如此，利用一组并行的RPM协议来掩盖横向共谋的轴辐协议，越来越受到具有上下游关系企业的青睐，成为各国竞争执法机构关注的新型反竞争行为。

我国《反垄断法》颁布实施以来，适逢以互联网为代表的新兴经济获得快速发展，新型竞争行为和经营模式不断翻新，出现了以互联网平台为核心的新兴经济业态。新经济业态的一大特点就是打破了传统经济中从生产端到消费端的信息不对称局面，通过网络平台的信息匹配功能，促成供需双方进行快捷的交易，从而大幅降低了流通成本，提高了经济效率。近年来，大型互联网平台企业利用大数据分析和其在交易中的核心地位，组织实施垄断协议、价格歧视或排他性交易等行为，已经频频被诉或被各国反垄断当局调查甚至处罚。谷歌因比价购物而被欧盟委员会处罚[⑧]以及苹果因电子书案件[⑨]被美国反托拉斯当局起诉，都是新经济业态中反竞争行为的典型表现。在我国，互联网平台竞争中也出现了诸如流量劫持、恶意屏蔽、大数据杀熟和“二选一”等诸多新型竞争问题。事实上，互联网平台企业的经营行为，很

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

大程度上都是利用平台作为搭建供需双方交易的核心地位，利用平台算法和交叉网络效应帮助双边市场的经营者和消费者完成交易行为。因而，互联网平台在组织、帮助平台内企业进行经营和竞争方面具有天然的优势，其发挥的作用和轴心经营者非常类似。2016年，美国康涅狄格州居民Spencer Meyer起诉Uber联合创始人兼前任CEO的Travis Kalanick，主张其与那些利用Uber定价算法的司机之间达成了合谋，限制了司机之间的价格竞争，损害了包括原告在内的Uber乘客的利益，违反《谢尔曼法》，第一次将互联网平台企业从事的“轴辐合谋”(hub and spoke conspiracy)问题诉至法院，引发了人们对平台竞争中广泛存在轴辐协议问题的反垄断关注。⑩

虽然我国当前尚没有发生诸如互联网平台企业组织、帮助平台内经营者从事轴辐协议的实际案例，但这一问题在我国互联网经济快速发展过程中是客观存在的。在医药、保险和汽车销售等民生领域，供应商和销售商以类似轴辐协议的新型销售方式，实施固定或提高销售价格等种种反竞争行为。这既是我国国家市场监督管理总局出台“征求意见稿”时导入组织帮助型垄断协议规制的背景，也表明我国反垄断法实施中有加强针对轴辐协议规制的必要性。“修订意见稿”创设出组织帮助型垄断协议规制，在国际上堪称是比较前沿的做法。但是回归到立法层面，要设立一个新的规制条款，必须思考设立组织帮助型垄断协议规制的理论基础及其在反垄断法框架下的合洽程度。就此而言，在探讨《反垄断法》修订时，是否需要引入组织帮助型垄断协议规制，尚需要对其理论必要性和实践可行性进行全面的分析论述。

二、组织帮助型垄断协议规制的理论基础

“征求意见稿”对现行《反垄断法》第二章的垄断协议规制的条文进行了重新安排。征求意见稿第14条规定：“禁止经营者之间达成垄断协议。本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者协同行为。”该条第1款首先对垄断协议进行原则性禁止，第2款则将垄断协议的概念界定适用于包括横向和纵向协议在内的所有垄断协议。在接下来的第15条、第16条、第17条和第19条，分别对横向垄断协议、纵向垄断协议、组织帮助型垄断协议和行业协会组织实施垄断行为做出规定，第18条则对不适用上述各条的豁免情形做出规定。从体系上看，“征求意见稿”将垄断协议区分成了上述四类垄断行为。征求意见稿第15条、第16条、第18条和第19条都是延续《反垄断法》的现行规定，只有第17条是新增规定。可见，国家市场监督管理总局意在弥补现有法律的漏洞，通过增设组织帮助型垄断协议条款来解决我国反垄断实践中缺乏混合型垄断协议规制法律依据的问题。

问题在于，“征求意见稿”的这种列举是否可以穷尽垄断协议规制的所有类型？将垄断协议规制类型扩充为横向垄断协议、纵向垄断协议、组织帮助型垄断协议和行业协会组织实施垄断行为，是否具有内在的合恰性？增设组织帮助型垄断协议是否具有理论必要性与实践可行性？如何认定组织帮助型垄断协议的违法标准？上述四个问题既相互关联又彼此区别，但前两个问题可以揉进后两个问题之中进行分析，本节先探讨导入组织帮助型垄断协议规制的理论必要性和现实可行性，下一节着重探讨组织帮助型垄断协议的违法标准问题。

(一)导入组织帮助型垄断协议规制的理论必要性

“征求意见稿”第17条规定：“禁止经营者组织、帮助具有竞争关系的经营者达成垄断协议。”依该条文，组织帮助型垄断协议涵盖了双层、双向的垄断协议。所谓“双层”，是指组织帮助型垄断

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

协议不仅存在具有竞争关系的多个经营者(即辐条经营者)之间达成的垄断协议,而且行为特征上表现为不具有竞争关系的第三方经营者(即轴心经营者)组织、帮助其达成了垄断协议。由于轴心经营者和辐条经营者之间并不存在竞争关系,所以组织帮助型垄断协议从结构上具有上下游企业间进行合作的双层特征。所谓"双向",是指辐条经营者之间具有横向竞争关系,虽然其具有达成垄断协议的意向,但是碍于反垄断法对于横向垄断协议的严格规制而不便实施,于是转变为通过和轴心经营者签署纵向供货或者销售合同,间接实现达成横向垄断协议的目的。因此,组织帮助型垄断协议体现出横向垄断和纵向协议同时存在,具有横纵交错的双向特征。正是基于组织帮助型垄断协议的双层双向特征,轴心经营者和辐条经营者共同组成了一个命运共同体,避开辐条经营者间本应利用质量和价格来争取客户而相互竞争的目的,并通过这种混合性协议保障自身的固定货源或销售圈,实现独家销售和高价销售的垄断协议效果。在此过程中,受到侵害的是市场经济体制下的自由竞争和公平竞争秩序,以及最终购买商品的消费者利益。就此而言,组织帮助型垄断协议的排除限制竞争的目的和效果不言而喻,其破坏市场竞争秩序的社会危害性和造成消费者福利损失的个体危害性也非常明显,这是反垄断法基于保护社会公共利益和消费者权益进行干预的理论前提。

结合上述关于轴辐协议的相关案例,可以看出组织帮助型垄断协议通过轴心经营者和辐条经营者的纵向代理或独家销售等协议形式,掩盖了辐条经营者之间的横向垄断协议。但是,这里需要将其和两种非常相似的垄断行为进行区分。一是,辐条经营者之间虽有达成辐缘合谋的用意,但是并没有签署明面上的合谋协议,能否根据协同行为理论进行规制的问题。如果答案是肯定的,则现行反垄断法的垄断协议规制已经涵盖了经营者之间达成协议、决定或协同行为,这意味着反垄断法工具箱内可以通过对协同行为的认定实现对辐缘合谋的规制,并不需要增设组织帮助型垄断协议规定,实现对于这种混合型垄断协议的规制。反垄断法框架下的协同行为规制,需要以经营者行为的一致性和经营者之间存在意思联络为条件,这已经成为理论和实务界的共识。[11]仅有经营者的行为一致并不必然构成协同行为,可能只是经营者的平行行为,这在寡头市场经常出现,其本身也并不违法。[12]只有证明经营者之间还进行了意思联络,才能适用协同行为规制。

二是,发挥组织帮助功能的经营者是否具有市场支配地位,如果答案是肯定的,则可以对发挥组织帮助作用的经营者适用滥用市场支配地位规制,而无须借助组织帮助型垄断协议规定来进行规制。例如,在武汉新兴精英医药公司案[13]中,市场上仅有两家从事水杨酸甲酯生产的锦前程公司和中南药化厂,而武汉新兴精英医药公司取得两家公司的独家经销权,其后多次提高水杨酸甲酯原料药价格。湖北省工商局认定武汉新兴精英医药公司在水杨酸甲酯原料药销售市场拥有支配地位,对武汉新兴精英医药公司按滥用市场支配地位行为进行了处罚。可见,通过对轴心经营者适用滥用市场支配地位规制,可以实现对具有市场支配地位的轴心经营者独家销售或高价销售的反垄断规制。

但是,上述两种替代性的规制途径都存在其固有的缺陷。在第一种情形下,如果辐条经营者存在行为的一致性,并且具有意思联络的证据,确实可以对辐条经营者的协同行为进行规制,但是却无法对处于组织帮助作用的轴心经营者进行处罚。这种情形在上述湖南保险业行业垄断协议案中,反垄断执法机构对保险公司和行业协会进行处罚,却对发挥帮助作用的新车保险服务中心无

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

法采取措施的案件处理中得以体现。在第二种情形下，正如武汉新兴精英医药公司案所示，市场上从事水杨酸甲酯生产的只有锦前程公司和中南药化厂两家，其本来应当是竞争关系。武汉新兴精英医药公司的市场支配地位是通过锦前程公司和中南药化厂的独家授权获得，随后大幅提高价格。虽然反垄断执法机构对武汉新兴精英医药公司适用滥用市场支配地位规制作出处罚，但对其上游的锦前程公司和中南药化厂并没有进行处罚。从公开的信息来看，两家公司是否存在合谋协议不得而知，但其将水杨酸甲酯独家授权给同一家公司进行垄断销售，其排除限制竞争的效果和获取垄断利益的目的不言而喻，但是反而没有受到处罚，这凸显出适用滥用市场支配地位规制的局限性。

事实上，上述两种情形都符合组织帮助型垄断协议的行为特征，应当将上下游经营者置于一个整体框架下进行综合考虑。组织帮助型垄断协议规制并不以轴心经营者具有市场支配力量为前提，而是以协议本身是否具有排除限制竞争的目的和效果作为违法判断标准。[14]在上述两种情形下，如果适用组织帮助型垄断协议规制，显然更适合对违法经营者不加遗漏的进行规制。

(二)导入组织帮助型垄断协议规制的实践可行性

在《反垄断法》修订时是否导入组织帮助型垄断协议规制，不仅要论证理论上导入这一新型规制的必要性，还需要考虑实践的可行性。首先，需要考虑组织帮助型垄断协议和现有横向垄断协议、纵向垄断协议以及行业行为组织实施垄断行为的规制是否合洽。这关乎组织帮助型垄断协议规制和现行三种垄断协议规制是否存在交叉或重复的问题。组织帮助型垄断协议是一种涵盖横向协议和纵向协议的混合型垄断协议，但其本质上是一种游离于横向协议和纵向协议之外的第三类垄断协议。[15]本文认为，组织帮助型垄断协议的双层双向特征，并不能仅靠将其拆分成横向和纵向垄断协议进行分别规制就能够完成。如果具有横向竞争关系的经营者之间达成的协议、决定或协同行为并不依赖于位于其上下游经营者的组织帮助，是可以适用横向垄断协议进行规制。同理，如果仅仅是经营者和具有上下游关系的经营者实施RPM协议，也可以适用纵向垄断协议规制。但组织帮助型垄断协议的重点在于，轴心经营者通过和辐条经营者签署的一组纵向合同，不仅可能排除限制辐条经营者之间的竞争，还有可能排除轴心经营者所在领域的竞争。[16]这种混合型垄断协议在上下游市场产生的双重排除限制竞争的效果密不可分，分别适用横向和纵向垄断协议规制将人为地割裂两者之间的内在联系，也很难对涉事的经营者进行有效规制。

其次，是否需要增设组织帮助型垄断协议规制，还需要合理界定其和行业协会组织实施垄断协议的关系。我国反垄断法明确禁止行业协会组织经营者从事垄断协议，而行业协会在组织本行业经营者达成和实施垄断协议时发挥的作用，和组织帮助型垄断协议中轴心经营者的角色非常类似。根据《反垄断法》第12条的规定，“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、法人和其他组织。”从主体身份来看，行业协会是特殊的非营利法人，[17]其本身不从事商品生产、经营，因而并不是反垄断法规制的经营者范畴。我国反垄断法立法之初，基于行业协会也可能实施排除、限制竞争行为的规制需要，将行业协会也列为适用对象，但是反垄断法规制的主体主要是经营者，行业协会不属于市场主体。[18]反垄断法对行业协会的规制，应当按照“实质高于形式”原则，[19]以其发挥的组织协调作用所产生的实际排除限制竞争效果为评估标准。本文认为，组织帮助型垄断协议规制的对象是经营者，这和反

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

垄断法对行业协会组织实施垄断协议的规定并不冲突。

最后，是否需要导入组织帮助型垄断协议规制，还需要和反垄断法框架下的共同支配地位规制进行协调性考虑。我国反垄断法效仿欧盟和德国反垄断法，引入了滥用共同市场支配地位规制。欧盟法中的滥用共同市场支配地位规制，是针对寡头市场上具有共同行为的特征，但是又缺乏证据很难按照协议或协同行为进行规制的共同限制竞争行为。[20]也就是说，对于经营者实施的协议或者协同行为，在无法证明其构成垄断协议的情况下，如果能够证明当事企业具有共同支配地位，则可以适用共同滥用市场支配地位行为进行规制。共同支配地位并不要求排除当事经营者之间的所有竞争，只是强调寡头市场成员行为的一致性，表现在相关市场作为一个共同主体，没有有效地进行实际或潜在的竞争，因而在某种程度上可用“非共谋型寡头”来表述。[21]在欧盟反垄断法实践中，很少有单独适用滥用共同市场支配地位的案例，大多是被认为同时违反了垄断协议和滥用共同市场支配地位。例如，在Italian Flat Glass案[22]中，欧盟委员会指控生产玻璃板的经营者之间的固定价格以及市场分割协议同时违反了欧盟反垄断法第101条和第102条。但是欧盟初审法院认为，构成共同滥用市场支配地位的行为需要证明经营者之间具有经济或者结构上的联系，否定了委员会关于违反第102条的指控。

在组织帮助型垄断协议的情形下，如果具有竞争关系的经营者具有共同市场支配地位，但并没有开展实质性竞争，具有适用滥用共同市场支配地位的可能性。在浙江新赛科和天津汉德威药业公司滥用市场支配地位案[23]中，两家公司在全国异烟肼原料药市场的份额合计超过三分之二且具有较强的市场控制能力，在无正当理由的情况下大幅上调原料药销售价格，并通过和潍坊隆舜和医药有限公司达成独家包销协议，拒绝向隆舜和公司指定的制剂企业、商业公司之外的其他制剂企业出售异烟肼原料药，导致其他制剂企业无法获得异烟肼原料药。国家发展和改革委员会对新赛科公司和汉德威公司适用滥用共同市场支配地位规制进行了处罚，就是一个具有代表性的案例。该案中，浙江新赛科公司和天津汉德威公司都从事异烟肼原料药生产，本来是竞争关系，但是两家公司通过和潍坊隆舜和医药有限公司签订独家包销协议，不仅实现了提高原料药价格，而且避免了相互竞争，其排除限制竞争的效果非常明显，本质上符合组织帮助型垄断协议的特征。但在该案中，国家发改委只对新赛科公司和汉德威公司的滥用共同市场支配地位行为进行处罚，对发挥帮助作用的潍坊隆舜和医药有限公司并没有进行处罚。就此而言，滥用共同市场支配地位规制仅在可以证明经营者具有共同支配地位的前提下适用，而且实践中可能漏掉对帮助其实施垄断行为的第三方的规制。在适用组织帮助型垄断协议规制的前提下，并不要求当事方经营者具有市场支配地位，只要上下游经营者共同实施的垄断协议具有排除限制竞争效果即可。因此，组织帮助型垄断协议和滥用共同市场支配地位规制之间并不存在本质的冲突，相反前者更适合于对上下游经营者共同实施垄断协议的当事人进行全面的规制。

三、组织帮助型垄断协议规制的违法认定标准

由于我国反垄断法采取二分法的垄断协议规制，实践中反垄断司法和行政执法又采取不同的违法分析模式，导致出现二元执法体制下的分歧与冲突。虽然在裕泰公司诉海南省物价局案中，[24]最高人民法院裁定反垄断执法机构在审理垄断协议案件时可以采取和司法诉讼的不同违法认定模式，但是并没有消弭何以在民事诉讼中本来就受制于信息不对称而处于弱势地位的原告要承担比

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

具有强大执法能力的行政机关还要沉重的举证责任的质疑。“征求意见稿”第14条原则禁止经营者之间达成垄断协议，并将垄断协议的定义置于该条第2款，显示起草部门欲通过针对垄断协议的原则性禁止规定和统一的概念界定，消除对现行法律框架产生不同解读的立法意向。但作为判断垄断协议违法的“排除、限制竞争”标准和构成要件，如何适用于组织帮助型垄断协议，仍然需要进行深入探讨。

(一)关于垄断协议违法性认定的理论梳理

如前所述，关于垄断协议的违法认定标准，我国反垄断执法机构的官员一致性地认为，《反垄断法》对横向和纵向垄断协议采取了同样的“禁止+豁免”方式，对法律明确列举的垄断协议行为持原则禁止态度，而经营者只能根据第15条规定进行例外豁免的抗辩。[25]在这一推理模式下，正如时任国家发展和改革委员会反垄断局局长许昆林所言，法律对于横向和纵向垄断协议的普遍违法性已经通过概括禁止的方式予以表达，而其可能具有的合理性则通过豁免的条件体现出来，因而对于法律明确列举的横向和纵向协议行为，只要证明其客观存在便可推定其具有排除限制竞争效果，无须进一步证明协议的排除限制竞争特征，也不一定非要贴上本身违法原则或合理分析原则的标签。[26]针对反垄断执法机构的违法认定方法，理论界也有相应的观点支撑。例如，王健认为，根据我国《反垄断法》规定，虽然排除限制竞争是垄断协议认定的构成要件或核心标准，但这并非意味对举证责任的配置提出了明确要求，也不是每一个垄断协议都必须要证明存在排除、限制竞争的情形，我国实际上采取了“可抗辩的违法推定”立法模式和认定思路。[27]这一看法与反垄断执法机构的分析思路是相通的，只是通过模式化处理，简化了反垄断行政执法的违法认定原则。

以司法机关为代表，通过一系列反垄断民事案件判决，形成了构成垄断协议的前提是行为具有排除限制竞争效果的认识。[28]2012年最高人民法院出台了《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》(以下简称“反垄断民事规定”)，对垄断协议的举证责任分配做出界定，即推定《反垄断法》列举的横向垄断协议行为具有排除限制竞争效果，免除了原告的第一位举证责任，但是对于未明确列举的横向垄断协议以及纵向垄断协议，仍由原告承担排除限制竞争效果的举证责任。有学者指出，将排除限制竞争效果作为考察垄断协议违法的实质审查标准，意味着在考虑垄断协议违法性的过程中，要考虑垄断协议的积极效果和消极效果，并将两者进行比较，但这样的分析模式与法律豁免的基本理论存在冲突，而且也造成反垄断法规则在逻辑结构上的矛盾。[29]我国反垄断法学界知名学者黄勇教授指出，正是由于现行《反垄断法》的条文安排导致了行政执法和司法审判出现关于同一条文的法律解释困境，虽然“可抗辩的违法推定”与《反垄断法》的文义解释更加契合，但是以此标准适用第14条时会陷入第15条所列的可抗辩情形(第15条第1款之七项的口袋条款除外)无法对应的窘境。[30]针对纵向协议本身具有的排除限制竞争效果和促进竞争效果，黄勇指出，我国目前阶段更为可取的态度是对固定转售价格和维持最低转售价格适用“合理分析原则”，同时应设置一些条件避免使此类协议成为事实上的本身合法。[31]

青年学者兰磊批评我国学术界和实务界对《反垄断法》垄断协议规制框架的判断出现整体失当，指出应当跳出用于考察排除限制竞争效果的一元结构模式，启用处理禁止与豁免关系的二分结构模式。[32]在二分结构分析模式中，实际上将同时具有反竞争效果和促进竞争效果需要进行合理分析的案件，以及将被推定具有严重净反竞争效

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

果的本身违法案件，都置于第一阶段考察，而这一阶段正是适用《反垄断法》第13条和第14条进行分析的过程，在第二阶段再根据《反垄断法》第15条进行公共政策抗辩。在兰磊看来，根据第13条、第14条认定垄断协议时，应综合考察协议的反竞争效果和促进竞争效果，只有在认定排除限制竞争效果的基础上，才可以认定构成垄断协议，但这只是基于反垄断法原理对竞争效果进行分析的第一步，目的是在竞争分析框架内建立“内部平衡”。在第二阶段，根据第15条进行公正政策抗辩，这属于考察竞争政策和其他公共政策的协调，本质上是在竞争政策之外建立和其他政策综合考量的“外部平衡”。外部平衡是以反垄断法维护竞争的价值追求之外的利益正当化垄断协议对竞争造成的损害，因此需要对被告苛以较高的证明义务，即不仅要由被告论证这种利益符合公共利益的正当性(符合第15条第1款所列七种情形)，还需要证明其造成限制竞争的合理性(符合第15条第2款所列竞争效率高于福利损失)。

笔者认为，我国《反垄断法》第15条所列举的豁免理由并非基于竞争效率考虑，因而被告据此进行的豁免抗辩不能视为竞争效率抗辩。这从《反垄断法》第15条第1款所列六种豁免情形其实都和竞争无关，而是属于竞争政策之外的产业政策和公共利益，可以看出立法原意并非在此要求经营者进行竞争效率抗辩，而是将竞争效率置于该条第2款下的竞争减损比较分析之中。因此，经营者依据第15条进行抗辩，源于其个案行为符合更为重要的产业政策和社会公共利益，并且由此导致的排除限制竞争效果并不显著(竞争减损比较分析)，而且还能够使消费者获益(消费者福利分析)。如此解读，既有助于解决我国理论和实务界对垄断协议违法性分析的分歧，也可以作为反垄断法修订时处理组织帮助型垄断协议相关规定的参考。

(二)组织帮助型垄断协议的构成要件分析

反垄断司法诉讼和行政执法关于垄断协议违法性认定的分歧，以及理论界关于横向、纵向垄断协议适用不同违法分析原则的探讨，加深了对我国垄断协议规制的认知，也暴露出《反垄断法》立法时的认识不足和理论研究的薄弱环节。关于横向、纵向垄断协议违法性认定原则和标准的探讨，对组织帮助型垄断协议的违法认定也具有基础性的理论和实践价值。

组织帮助型垄断协议和传统的横向、纵向垄断协议的不同之处在于其同时包含多个明面上的纵向协议和一个潜在的横向协议，组成一组双层、双向的混合型垄断协议。这种垄断协议看似多个纵向协议的并立，实则和潜在的横向协议构成一个有机的整体，在性质是一个协议。就此而言，组织帮助型垄断协议的构成应当具备三个核心条件：第一，轴心经营者和辐条经营者之间存在一组排除限制竞争的纵向协议；第二，辐条经营者之间具有一个潜在的横向垄断协议(即辐缘合谋)；第三，轴心经营者对于潜在横行垄断协议的达成和实施发挥了组织或帮助的作用。

对于第一个要件，一般而言，构成组织帮助型垄断协议的多个纵向协议是明面上的，这只要找到轴心经营者和一组辐条经营者之间签署的纵向协议即可。实践中，这种纵向协议既可以体现为一个生产商和多个销售商签署的代理或销售合同，也可以体现为多个生产商和一个销售商签署的独家代理或销售合同，还可以表现为一个供应商和多个零售商签署的许可合同。[33]这一组纵向协议彼此独立但内容大致相同，可能包含大致相同的限制转售价格(RPM)条款、供货条件、销售区域或客户安排等。要证明一组纵向协议的排除限制竞争效果也不难，因为纵向协议限制本身就具有排除上游或下游生产商或销售商之间竞争的目的，不过实践中更多是将其融入纵向协议具有的

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

促进竞争效果进行综合考虑，而不以其具有排除限制竞争效果作为违法性判断的唯一标准而已。

对于第二个要件，由于辐条经营者之间虽有合谋意图，并不存在真实的横向合谋的证据，要证明其达成或实施潜在的横向垄断协议(辐缘合谋)并不容易，但这恰恰是证明构成组织帮助型垄断协议的关键所在。因为一组彼此独立的纵向协议如果不能证明是为了实现一个横向共谋，只能视为是纵向合同安排。横向共谋可以分为明示的合谋与默示的合谋两种。[38]明示的合谋在前述湖南省娄底保险行业垄断案以及湖南省常德市、彬州市、张家界市和永州市保险行业垄断案中都有明显体现。这两起案件中，都有行业协会组织下各大保险公司达成《自律公约》《合作协议》等明显的横向协议，又都通过设立新车保险服务中心来帮助其实施垄断协议。默示合谋的认定可能比较困难，笔者认为，可以借助反垄断法关于协同行为的证成理论。也就是说，不仅需要证明辐条经营者之间存在一致性行为，还要证明其具有意思联络。意思联络不一定要求每个经营者真正见面，只要它们彼此之间知道共谋的计划即可。[39]我国反垄断执法机构官员认为，意思联络有明示、暗示和容任三种方式，在价格协同行为中，意思联络更多以暗示和容任的方式进行。[40]不论何种形式的意思联络，执法机构都应注意分析意思联络的方式与一致行为之间是否存在因果关系，虽然这可能对执法机构的调查取证和分析推理会带来一定的挑战。[41]

对于第三个要件，本质上是要证明轴心经营者对于辐条经营者达成横向合谋起到了组织、帮助的作用。没有轴心经营者的组织帮助，辐条经营者很难就辐缘合谋达成一致，或者即便达成合谋也很难实施。经济学研究证明，横向垄断协议具有非稳定性，合谋的成员基于自身利益最大化的考虑和信任危机，往往导致横向合谋走向瓦解。因此，为了避免合谋的瓦解，合谋成员需要一个第三者，来监督合谋的实施并对违约者进行惩罚。实践中，具有竞争关系的经营者，将合谋的组织和监督职能委托给一个共同的上下游企业，即可以有效实现横向合谋，又可以纵向合同掩盖横向合谋的意图。[38]事实上，在我国上海克莱斯勒汽车价格垄断案、[39]湖北一汽大众及部分奥迪经销商价格协议案、[40]江苏省奔驰汽车价格垄断案[41]等多起案件中，都存在品牌汽车销售商利用和下游经销商签署销售合同达成限定转售价格的同时，还设定对违规经销商进行监督和处罚的条款。虽然上述案件中并没有披露品牌销售商是否促成下游经销商的横向合谋，但执法机关还是认定经销商之间达成并实施了横向合谋，并做出了处罚。在美国苹果电子书案中，法院认为当每个出版商都在与苹果公司签订的代销协议中约定了相同的“分层式最高价格”条款时，该“最高价格”便成为了出版商之间对可接受的电子书零售价格的“共识”，因此可以认为，苹果公司通过分别与出版商签订代销协议的方式参与并促成了出版商之间关于固定电子书售价的共谋。[42]

(三)组织帮助型垄断协议的违法性标准辨析

就组织帮助型垄断协议的违法性标准而言，需要和其促成横向合谋的反竞争效果结合起来，确立统一的违法判断标准。实证研究表明，组织帮助型垄断协议大多数发生在中间产品市场，共谋的目的都是为了减少零售市场的竞争。[43]组织帮助型垄断协议的轴心经营者既有可能是上游的制造商，例如在上海日进电器诉松下电器及其经销商案[44]中的松下电器公司，也有可能是下游的零售商，例如苹果电子书案中的苹果公司。

组织帮助型垄断协议中，如果制造商充当轴心经营者，而且制造商所在领域的市场竞争是充分的，制造商和经销商之间的RPM协议，某种程度上能够促进上下游企业间的纵向一体化经营，

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

降低运营成本，改进流通效率、增进消费者福利以及减少“搭便车”现象。这种情形下的纵向协议安排，虽然存在限制同一品牌的经销商间竞争的一面，但是可能产生促进品牌间竞争的正面效果。就此而言，如果组织帮助者是上游的制造商，而制造商之间存在有效竞争，则该类组织帮助型垄断协议并不必然本身违法，需要就其限制品牌内竞争和促进品牌间竞争的效果进行综合评估，运用合理分析原则，进行违法性判断。例如，在日进电器诉松下公司及其经销商案中，法院虽然并未引用组织帮助型垄断协议的提法，但是认为纵向经济结构中平行成员之间达成协议，限制的是品牌内竞争，其对市场竞争的影响与纵向协议同理，均与相关市场的竞争状况、参与者的市场力量等因素密切相关，并不一定排除、限制市场竞争。[45]

如果组织帮助型垄断协议的真正目的是帮助实现上游或下游具有竞争关系的辐条经营者达成固定或变更价格、限定生产量或销售量、划分销售市场等所谓辐缘合谋，这时轴心经营者的组织帮助功能就完全沦为辐条经营者从事“核心限制”行为的工具。这种情形下，组织帮助型垄断协议的真正效果是达成了一个横向垄断协议，应当适用本身违法原则。在美国玩具反斗城案[46]中，玩具反斗城公司与其供应商签订了一系列纵向协议，从制造商处获取产品专卖权，以限制向其竞争对手玩具打折店的供货，虽然反斗城公司的这种行为是基于纵向协议，但其行为效果促成玩具供应商之间的横向合谋。由于玩具供应商是否参与合谋取决于其竞争对手是否同意同样的条款限制，而反斗城公司成功地促使供应商相信他们的竞争对手也会这么做。在这种情况下，美国第七巡回上诉法院认为，应当适用本身违法原则做出判决。

最后，还需要考虑经营者在从事组织帮助型垄断协议中的作用可能因为是“组织”还是“帮助”会有所不同。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，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。如果答案是肯定的，对帮助者实施严格的违法性判断标准也是合适的，但应当按照比例原则，对比组织者在处罚程度上采取略轻的违法责任追究。如果经营者对其他经营者从事违法垄断行为并不知情，或者是在无意或被动情境下不自觉地发挥了帮助作用，对其追究和组织者和知情帮助者相同的违法认定标准显然有失公允。在这种情况下，帮助者需要承担其并不知情或者是在无意或被动情形下帮助实施了垄断行为的证明责任。

依据我国《反垄断法》对组织帮助型垄断协议进行行政执法时，应当坚持两阶段分析框架。在第一阶段，由反垄断执法机构进行排除限制竞争效果和促进竞争效果的综合分析，如果认为其排除限制竞争效果并不明显，或者其促进品牌间竞争的效益更大，反垄断执法机构进行经济分析和综合评估后，可以接受经营者的承诺，也可以依法做出相应的处理决定。在认定协议的排除限制竞争效果明显大于促进竞争效果的情况下，进入第二阶段，由经营者根据豁免条款进行公共政策抗辩，如果经营者不能进行有效的公正政策抗辩，反垄断执法机构就可以依法作出处罚决定；即便经营者证明其行为符合反垄断法第15条所列的豁免情形，仍然需要证明所达成的协议是实现相关公共政策效果的必要条件，且不会严重限制相关市场的竞争(竞争减损比较分析)，并

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

且能够使消费者分享由此产生的利益(消费者福利分析)。

根据我国反垄断民事规定,法院在审理法律没有明确列举的其他横向协议以及纵向协议行为时,应当采用合理分析的违法认定模式。以此推论,对于组织帮助型垄断协议也应当坚持合理分析原则,由原告对达成组织帮助型垄断协议及其具有的排除限制竞争效果承担举证责任。这似乎加大了民事诉讼中原告的举证责任,但组织帮助型垄断协议诉讼的原告有可能是达成协议而又不遵守协议约束的辐条经营者,或者是轴心经营者所在领域的竞争对手。不管是哪一方,其对于轴心经营者和辐条经营者是否签署排除限制竞争的纵向协议,对于辐条经营者间有无意思联络等,比一个外部的原告或举报者都具有更加有利的地位,由其承担举证责任符合民事诉讼中"谁主张、谁举证"的基本原则。但是,如果组织帮助型垄断协议的达成和实施符合核心限制行为的行为特征,无论这种核心限制行为限制的是零售商之间的竞争,还是生产商或供应商之间的竞争,都应当依据本身违法原则做出判决。

四、结语

我国《反垄断法》"修订意见稿"将垄断协议规制分成包括横向垄断协议、纵向垄断协议、组织帮助型垄断协议和行业协会组织实施的垄断行为,具有改进我国《反垄断法》关于垄断协议规制架构的重要意义。新增的组织帮助型垄断协议规制,解决了现行法律框架下没有规定的混合型垄断协议,不仅能够回应新兴经济业态中普遍存在的平台企业充当轴心角色的轴辐协议问题,而且对医药、保险、汽车销售等传统领域中出现的独家销售、分销模式具有广泛的适用可能性。组织帮助型垄断协议的构成要件包括三个组成部分,一是存在轴心经营者和辐条经营者签署的一组排除限制竞争的纵向协议;二是辐条经营者之间存在一个潜在的横向共谋;三是轴心经营者对潜在横向共谋的达成和实施发挥了组织、帮助的作用。对组织帮助型垄断协议的违法性判断,需要结合其在上下游市场产生的排除限制竞争效果,进行经济分析和综合评估。组织帮助型垄断协议规制的适用,并不必然要求轴心经营者具有市场支配地位,关键在于其是否组织或帮助促成了横向合谋协议,产生了排除限制竞争效果和造成消费者福利损失。如果组织帮助型垄断协议促成核心限制行为,应当适用本身违法原则。如果组织帮助型垄断协议促成了核心限制行为之外的行为,或者轴心经营者所在领域存在有效竞争,则应适用合理分析原则进行判断。

注释:

①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》,载《中国价格监督检查》2013年第3期。

②国家工商总局竞争执法公告[2013]年第7号。

③鄂工商中止字[2018]年第1号。

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》,载《法商研究》2018年第2期;刘继峰:《"中心辐射型"卡特尔认定中的问题》,载《价格理论与实践》2016年第6期;侯利阳:《轴辐协议的违法性辨析》,载《中外法学》2019年第6期;郭传凯:《美国中心辐射性垄断协议认定经验之借鉴》,载《法学论坛》2016年第5期。

⑤Sahuguet Nicolas and Walckiers Alexis, Hub-and-Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of a Horizontal De sire? September 26, 2014. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2502147orhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn. 2502147。

⑥ Douglas Bernheim and Michael D. Whinston, Common Marketing Agency as a Device for Facilitating Collusion, Rand Journal of Economics, No. 16, 1985, pp. 269-281.

⑦John Asker and Heski Bar-Isaac, Raising Retailers´ Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals, American Eco-

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

nomic Review, 104(2),2014, pp. 672-686.

⑧参见翟巍:《欧盟谷歌反垄断案》,载《网络法律评论》2015年第1期。

⑨参见吴韬、何晴:《美国"苹果电子书价格垄断案"争点释疑》,载《法学》2017年第2期。

⑩韩伟、胡铁:《美国Uber反垄断案争点:算法合谋》,载《数字市场竞争政策研究》公众号,2017年12月19日。

⑪刘继峰:《依间接证据认定协同行为的证明结构》,载《证据科学》2010年第1期。我国国家市场监督管理总局公布的《禁止垄断协议暂行规定》(2019年6月26日)第6条也采纳了认定协同行为需要考虑经营者市场行为的一致性和经营者之间进行过意思联络存在信息交流,同时还增加了经营者能否对行为一致性作出合理解释以及考虑相关市场结构、竞争状况和市场变化等情况。

⑫周智高:《价格协同行为的认定思路分析》,载《中国价格监督检查》2013年第7期。

⑬鄂工商处字[2017]201号。

⑭刘继峰:《"中心辐射型"卡特尔认定中的问题》,载《价格理论与实践》2016年第6期。

⑮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》,载《法商研究》2018年第2期。

⑯Joseph E. Harrington and Patrick T. Harker, How du Hub and Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies, 24 August 2018. Available at https://joeharrington5201922.github.io/pdf.

⑰梁上上:《论行业协会的反竞争行为》,载《法学研究》1998年第4期。

⑱曹康泰:《中华人民共和国反垄断法解读——理念、制度、机制、措施》,中国法制出版社2007年版,第18页。

⑲盛杰民、焦海涛:《论中国反垄断法对行业协会的规制》,载《重庆大学学报》(社会科学版)2008年第4期。

⑳戴龙:《滥用市场支配地位的规制研究》,中国人民大学出版社2012年版,第127页。

㉑Lennart Ritter & W. David Braun, European Competition Law: A Practitioner's Guide, third edition, Kluwer Law International, 2004, pp. 412-413.

㉒SocietaItaliano v. Commission(Flat Glass) [1992]ECR 1403: 5 CMLR 302.

㉓国家发展和改革委员会行政处罚决定书[2017]1号至2号。

㉔参见海南省海口市中级人民法院[2017]琼01行初第681号;海南省高级人民法院[2017]琼行终第1180号;最高人民法院[2018]最高法行申4675号。

㉕许昆林:《宽大政策适用于纵向垄断协议》,载《中国经济导报》2013年10月31日,第A03版;国家发展改革委员会价监局反垄断二处:《纵向价格垄断协议法律适用问题研究》,载《中国价格监督检查》2013年第11期;卢延纯、苏华:《美国纵向价格限制反垄断十年回顾:2007年-2016年》,载《竞争政策研究》2017年第1期;徐新宇、苏华:《汽车售后市场反垄断对策研究》,载《中国价格监管与反垄断》2014年第11期;吴东美:《纵向价格垄断协议的法律规制探析》,载《中国价格监督检查》2014年第1期。

㉖同前注㉕,许昆林文。

㉗王健:《垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究》,载《法学》2014年第3期。

㉘上海市高级人民法院民事判决书[2012]沪高民三(知)终字第63号;广东省高级人民法院[2012]粤高法民三终字第155号;北京市高级人民法院[2013]高民终字第4325号。

㉙李剑:《论垄断协议违法新的分析模式——由我国首例限制转售价格案件引发的思考》,载《社会科学》2014年第4期。

㉚黄勇、刘燕南:《关于我国反垄断法转售价格维持协议的法律适用问题研究》,载《社会科学》2013年第10期。

㉛黄勇:《价格转售维持协议的执法分析路径探讨》,载《价格理论与实践》2012年第12期。

㉜兰磊:《论我国垄断协议规制的双层平衡模式》,载《清华法学》2017年第5期。

㉝刘继峰:《"中心辐射型"卡特尔认定中的问题》,载《价

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

格理论与实践》2016年第6期。

㉞侯利阳:《轴辐协议的违法性辨析》,载《中外法学》2019年第9期。

㉟同前注㉝,刘继峰文。

㊱周智高:《价格协同行为的认定思路分析》,载《中国价格监督检查》2013年第7期。

㊲靳静:《反垄断法价格协同行为的认定研究——以艾司唑仑药品垄断案为例》,载《中国价格监督与反垄断》2016年第1期。

㊳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》,载《法商研究》2018年第2期。

㊴上海市物价局行政处罚决定书第2520140077号至第2520140080号。

㊵鄂价检处[2014]1号、鄂价检处[2014]第14-22号。

㊶苏价检[2014]反垄断案2号。

㊷吴韬、何晴:《美国"苹果电子书价格垄断案"争点释疑》,载《法学》2017年第2期。

㊸Joseph E. Harrington and Patrick T. Harker, How du Hub and Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Stud ies, 24 August 2018. Available at https://joeharrington5201922.github.io/pdf.

㊹上海市第一中级人民法院[2014]沪一中民五(知)初字第120号。

㊺同上注。

㊻Toys "R" US, Inc. v. Federal Trade Commission, 221 F. 3d 928(7thCir. 2000).

On Regulation of Organizational-Assisted Monopoly Agreements

Dai Long

Abstract: As a new type of anti-competitive behavior in the new economy and the traditional economy, organizing-assisted monopoly agreement is a hybrid type which is different from horizontal and vertical monopoly agreement. Under the dichotomy of horizontal and vertical monopoly agreement in China's anti-monopoly law, how to deal with this hybrid monopoly agreement is a great challenge. The agreement of organizational help does not necessarily require the hub operator to have the dominant market position, the key is whether it helps to promote the horizontal collusion agreement and produces the effect of eliminating and restricting competition and causes the loss of consumer welfare. The regulation of organizing-assisted monopoly agreement can not be applied to per se illegal principle of itself, it is necessary to flexibly use per se illegal or rule of reason principle to judge individual cases according to the competition situation of the relevant market of the hub operators.

Key words: Hardcore Restriction; Organizing-Assisted; Hub and Spoke Conspiracy; Perse Illegal; Principles of Reasonable Analysis

 China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/