

论垄断协议参与者的可救济性

朱战威

【摘要】垄断协议参与者遭受损失能否获得救济,现行法尚未对此作出明确规定。司法实践中,有法院以参与者存在过错为由拒绝提供救济,也有法院作出截然相反的裁判。“同案不同判”不仅会造成司法体系的内部冲突,而且会损害垄断协议违法性要件的一致性和稳定性。鉴于垄断协议内部博弈的存在、整体竞争秩序的维护、垄断协议的隐蔽性等因素,应当深入考察垄断协议具体的内部形态及反垄断立法目的,避免“一刀切”式地否认参与者的可救济性。对此,应采取更具针对性的分类救济措施,具体包括引入“重大责任”及“累积性竞争效果损害”两项标准。

【关键词】垄断协议;参与者;可救济性;分类救济;反垄断法

【作者简介】朱战威(1986-),男,河南驻马店人,西南政法大学经济法学院讲师,法学博士(重庆 401120)。

【原文出处】《现代法学》(重庆),2023.2.100~111

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“互联网经济的法治保障研究”(18ZDA150);重庆市教育委员会人文社会科学研究一般项目“数据要素市场反垄断法实施困境及其制度破解研究”(22SKGH043)。

引言

垄断协议外部的消费者及其他经营者遭受损失时有权请求救济,急无疑义。然而,对于垄断协议内部参与者能否获得救济,我国法律尚未作出明确规定。司法实践中存在两种截然相反的做法:一是认可垄断协议参与者获得救济的权利,例如,“北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生(上海)医疗器材有限公司、强生(中国)医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案”(以下简称“锐邦诉强生案”)支持了垄断协议参与者的诉讼请求。^①二是以参与者自身存在过错为理由拒绝提供救济,“张某某与宜宾市砖瓦协会等横向垄断协议纠纷案”(以下简称“砖瓦协会案”)则是此类案件的典型代表,人民法院驳回了垄断协议参与者所有的赔偿请求。^②“同案不同判”不仅会造成司法裁判的内部冲突,而且影响垄断协议违法构成要件的一致性和稳定性。

那么,垄断协议参与者究竟是否有权获得救

济?对存在一定过错的垄断协议参与者提供救济,其正当性依据何在?是否应当划定明确的救济标准并对救济范围进行相应限制?垄断协议内部不同主体的主观目的和角色功能可能并不相同,是否需要作出区分?救济范围仅限于纵向垄断协议,还是应当同时包括横向垄断协议?对于这些问题,目前学界仅从诉讼资格方面进行了一些初步讨论^③,鲜有讨论能否救济及救济正当性的研究成果。基于此,本文拟从反垄断案件裁判冲突所凸显的可救济性问题出发,结合域内外经验,系统回答垄断协议参与者的救济正当性、救济方式及救济标准等更深层次问题,以促进反垄断法实施的一致性与科学性。

一、垄断协议参与者救济的司法裁判冲突

(一)“砖瓦协会案”:否认垄断协议参与者的可救济性

“砖瓦协会案”是最高人民法院2021年10月发布的“人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例”之

一。该案涉及的核心问题是,原告张仁勋作为垄断协议的实施者之一,是否有权要求垄断协议的其他实施主体赔偿经济损失。根据公开的判决书^④,案件主要事实如下:

2009年起,为消除当地砖瓦行业市场竞争,宜宾市砖瓦协会发布《宜宾市建材行业协会砖瓦分会暂行管理办法》(以下简称《管理办法》),规定56家成员企业中29家停产停工、27家继续生产,由生产企业向停产企业支付一定的补偿费用。2009年7月-2009年9月,砖瓦协会陆续与停产企业签订《停产整改合同》。合同约定,由宜宾市砖瓦协会按约支付停产扶持费,原告张仁勋所经营的数家砖厂在停产期间不得恢复生产,否则将承担相应违约金。2013年4月,原四川省工商行政管理局针对该事件正式进行立案调查,并对宜宾市砖瓦协会及协会主要发起企业进行了反垄断处罚。砖瓦协会及生产企业一直未对停产企业支付补偿费用。同时,因未能及时更新生产线和生产技术,停产企业逐渐被市场淘汰,从而产生一定的经济损失。

张仁勋提起诉讼,要求砖瓦协会及其发起人赔偿损失。在案件审理过程中,被告宜宾市砖瓦协会及相关企业拒不认可原告的诉讼主体资格和可救济性。理由是,原告作为横向垄断协议参与者同样是违法者,无权获得救济。再审过程中,最高人民法院完全支持了被告的抗辩理由,认为“张仁勋作为涉案横向垄断协议的实施者,其关于赔偿损失的诉讼请求不能成立,本院不予支持”^⑤。具体理由有三^⑥:一是《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第50条^⑦的立法目的不支持救济垄断协议参与者。最高人民法院认为,该条文的主要目的是对因垄断行为而受到损害的主体提供救济,原告并非《反垄断法》所规定的垄断行为受害者,而是垄断行为实施者,因而并非《反垄断法》所意图救济的对象。二是凡请求损害赔偿救济者,其行为必须正当合法。参与和实施违法行为的主体,即便遭受一定损失,但因自身行为的不正当性而不应获得救济。三是如果给予垄断行为实施者以损害赔偿,可能会产生鼓励垄断行为的消极后果。“砖瓦协会案”判决的核心观

点在于,因垄断协议具有违法性,原告作为参与者无权获得救济,否则,无疑等同于支持协议各方对垄断利益的瓜分。然而,反垄断实践并非第一次遭遇此类问题,早在2012年,“锐邦诉强生案”就已经面临是否应当对垄断协议参与者提供救济的问题,并且作出了截然相反的判决结果。

(二)“锐邦诉强生案”:支持垄断协议参与者的可救济性

“锐邦诉强生案”是我国判决的首例纵向垄断协议案件,影响非常广泛。该案的基本事实如下^⑧:

锐邦公司是强生(中国)公司、强生(上海)公司在北京地区的经销商,双方建立了长期合作关系。2008年1月2日,三公司继续签订《2008年经销合同》。其中,合同附件七对锐邦公司的经销区域以及经销指标作出约定,合同附件五第2条还约定锐邦公司不得以低于强生(中国)公司规定的产品价格进行销售。2008年7月,强生(上海)公司致函锐邦公司,以锐邦公司在竞标中私自降低销售价格为由,扣除锐邦公司保证金2万元,并取消了锐邦公司在相关医院的销售权。此后,强生公司对锐邦公司完全停止供货。锐邦公司提起诉讼,要求判令赔偿经济损失1439.93万元。

同样,该案争议的重要焦点之一是,原告锐邦公司是否享有诉讼主体资格及能否获得救济?对此,被告强生公司认为,案涉垄断协议由双方达成并共同实施,原告锐邦公司是垄断行为的直接参与者和实施者,即便因履行协议产生损失,也没有资格作为原告提起诉讼,更无权获得救济。

与“砖瓦协会案”明显不同的是,虽然“锐邦诉强生案”认定了案涉协议具有垄断违法性,但未据此否认原告锐邦公司的诉讼主体资格及获得救济的可能性。同样依据原《反垄断法》第50条的规定,人民法院认为强生公司应就其制定和实施垄断协议的行为承担损害赔偿责任。判决书明确认定:“被上诉人对上诉人违反限制最低转售价格协议行为所作处罚以及之后停止缝线产品供货的一系列行为,属于《反垄断法》禁止的垄断行为,应当对其垄断行为造成上诉人的经济损失承担赔偿责任。”^⑨对于是否

应当向垄断协议参与者提供救济,司法实践中出现了两种截然相反的判决结果,不仅可能产生裁判冲突问题,而且可能损害垄断协议违法性要件的一致性和稳定性。

(三)冲突聚焦:对垄断协议参与者的身份认知分歧

1. 垄断协议参与者是否属于反垄断法拟保护的主体

《反垄断法》第60条第1款(原《反垄断法》第50条)规定:“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。”其中,两案对“他人”的解释范围显然存在根本性分歧,由此可能导致截然相反的判决结果。

“砖瓦协会案”的裁判认为,该条规定的“他人”是指垄断协议以外的主体,并不包括内部各方当事人。由此得出的结论为,由于原告参与了垄断协议的达成及实施过程,从而不再属于“他人”的囊括范围。据此认定,“本案中,张仁勋系其所指控的本案横向垄断协议参与者和实施者之一,且因参与和实施本案被诉垄断行为在一定期间内获得了垄断利益的分享,其非反垄断法所意图救济的垄断行为受害者。”^⑩“砖瓦协会案”判决结论是“否定论”的集中体现,即因原告参与和实施了垄断协议,从而不再有获得救济的可能性。

与之相对应,“锐邦诉强生案”则更加关注垄断协议参与者作为内部弱势方的受害因素,将其纳入《反垄断法》中“他人”的解释范围并提供相应救济。该案生效判决认为:“垄断协议的当事人既可能是垄断行为的参与者、实施者,又同样可能是垄断协议的受害者,属于《反垄断法》第50条规定的因垄断行为遭受损失的主体范围。如果不允许这类当事人依据《反垄断法》针对垄断协议提起诉讼,将导致其民事权利救济无从实现。”^⑪不难看出,“锐邦诉强生案”认为,尽管锐邦公司参与了垄断协议,实质上仍属于垄断协议的受害者,应当成为《反垄断法》的保护对象。

2. 如何认识垄断协议参与者的双重身份

无论是否向垄断协议参与者提供救济,均无法回避一个更深层次的问题,即如何认识垄断协议参

与者独特的双重身份。易言之,垄断协议参与者既可能是垄断协议的组织者、推动者,又可能是被动参加者、受害者,这种双重身份正是争议根源所在。围绕着《反垄断法》第60条第1款(即原《反垄断法》第50条)产生的适用问题,更为实质的指向是,作为垄断协议参与者的原告,究竟属于垄断协议的实施者还是受害者?

就外部关系而言,垄断协议参与者确实从事了垄断违法行为,对消费者及竞争者等外部主体造成了损害。然而,垄断协议内部主体并非“铁板一块”,参与者可能并非实际上的加害者。正如共同犯罪存在主从犯甚至胁迫犯一样,垄断协议内部也可能存在“强—弱”关系对比,弱势参与者可能并非基于自愿,更可能因更强势主体的利益胁迫而沦为协议内部的受害者。“砖瓦协会案”中,根据一审法院查明的事实,“张仁勋旗下的砖厂在签订整改合同后,其生产行为被迫停止。按照砖瓦协会秘书长陈友钦关于‘停产厂家停产后就死定了,不但厂房设备闲置废弃,而且失去了市场,要翻身就几乎没有可能’的陈述,该停产行为必将给张仁勋旗下砖厂带来不可逆转的损失。”^⑫在参加垄断协议的砖瓦厂中,既有被告恒旭投资公司、吴桥公司、四和公司等行业协会发起方,又有诸如张仁勋等旗下被迫停产的企业。对于停产企业来说,停产基本上代表着厂房废弃、机器老化、技术更新停止,某种意义上预示着未来将退出市场,这显然很难视为停产企业主动追求的结果。

在“锐邦诉强生案”中,垄断协议内部主体之间的“强—弱”关系同样表现得十分明显。强生公司是全球知名企业,相对于下游经销商具有显著优势。在与锐邦公司订立的合同中,强生公司规定了医用缝线产品的最低转售价格,对于锐邦公司开拓市场、展开市场竞争实际上极为不利。正是为了更好地开拓市场、维护自身利益,锐邦公司才在“采购竞标过程中违反经销合同中限制转售价格条款而降低价格竞标,遭受两被告处罚,先是被取消在部分医院的经销权,继而完全停止供货”^⑬。可见,垄断协议内部同样存在着主体间的“强—弱”关系对比,由此导致利益分化格局。因此,应当对垄断协议参与者所饰

的两种角色分别进行考量,将可救济性问题建立在正当性基石之上。最高人民法院否定“砖瓦协会案”中垄断协议参与者的可救济性,势必对全国范围内的类似案件产生重要影响。然而,该案裁判理由未必成立,很可能因过于“一刀切”而失之武断。

二、否认垄断协议参与者可救济性的主要理由

否认垄断协议参与者可救济性的推论逻辑在于,垄断协议具有违法性,凡是参与了垄断协议的主体均具有“原罪”。即便此后再遭受损失,也无权获得相应救济。此种观点主要建立在不符合“诉之利益”及“有过错者无权获得救济”两种理由之上。

(一)难以满足“诉之利益”标准

根据民事诉讼理论,大陆法系中的“诉之利益”包含两方面要求:一是权利主体请求司法保护之资格;二是一种正当的合法利益。^①根据“诉之利益”标准,只有正当的合法利益才能受到保护,相应主体才能被赋予诉权。垄断协议参与者类似于共同侵权主体,可能与垄断协议发起者一道对竞争秩序及其他市场主体造成损害。依此观点,“加害行为”不仅使参与者区别于消费者、其他经营者等外部受害者,也使其失去了获得救济的合法性基础。

在此前的“锐邦诉强生案”中,被告强生公司即是此种理由的最初主张者。强生公司认为,锐邦公司是纵向垄断协议的参与者,属于共同的违法者和垄断行为实施者。在上诉阶段,强生公司进一步主张,《反垄断法》的保护对象是市场竞争秩序、消费者利益及社会公共利益,垄断协议实施者、参与者的利益并不在保护范围之内。因此,强生公司坚持认为,享有反垄断诉讼资格的主体仅仅包括遭受垄断行为损害的消费者和其他竞争者,并不包括垄断协议的参与者和实施者,故锐邦公司不应是本案诉讼的适格原告。^②实质上,强生公司质疑的是,锐邦公司作为纵向垄断协议的签订者、参与者,其向人民法院起诉是否具有合法性基础。可见,“加害行为”使得原告诉讼资格的合法性遭受质疑。

“砖瓦协会案”中被告方的观点及判决结果同“锐邦诉强生案”中被告方的观点极其相似。在审理过程中,上诉方吴桥公司认为,原告作为垄断协议的

参与者和实施者,不属于适格原告;反垄断法的保护目标是消费者利益和社会公共利益,不包括参与垄断协议的经营者。各被告均认为,原告是砖瓦协会的会员单位,作为垄断行为的实施者和加害者,不应作为本案垄断纠纷的适格主体,并据此主张原告提出的诉讼请求与法律规定相冲突。虽然人民法院从诉讼程序上认可了原告的诉讼主体资格,但判决结果并未支持原告的诉讼请求,而是完全采纳了被告的主张,甚至明确要求“请求损害赔偿救济者,其行为必须正当合法”^③。最高人民法院的公开说明再次确认了判决书观点,认为该案“阐明了垄断民事救济的宗旨和导向,明确了请求损害赔偿救济者,其行为必须正当合法的基本原则,揭示了横向垄断协议实施者要求其他实施者赔偿所谓损失的瓜分垄断利益本质。”^④追根溯源,该案仍严格坚持程序法“诉之利益”的合法性标准,要求可救济性必须以完美无瑕的合法性利益为基础。

(二)有过错者无权获得救济

在判例法国家,“任何人不得因其违法行为获利”^⑤的理念对垄断协议参与者可救济性同样产生了明显影响。1921年,美国“Eastman Kodak Co. v. Blackmore案”^⑥即认为,所有垄断协议参与者——不论发挥的是主要还是次要作用均参加了共谋行为,最终驳回了原告的诉讼请求。该案依据“同等过错”原则认为参与垄断协议的任何一方均无权获得损害赔偿,亦无权主张损害赔偿。^⑦依据审理法院的观点,无论垄断协议由何方发起,所有垄断协议参与者的可救济性均不应得到支持。三年后,“Tiden v. Qua Qats”案也基于同样的理由驳回了原告的损害赔偿请求。^⑧

2001年,英国上诉法院对“Courage Ltd. v. Bernard Crehan案”作出初步裁决,亦否认了垄断协议参与者的可救济性。该案基本案情如下^⑨:

1990年,Grand Met公司与Courage公司共同以所持有的不动产出资,成立酒吧运营不动产公司(Inntrepreneur Estates Ltd.,以下简称IEL)。IEL成立后,与股东Courage公司达成了一项十年期的协议,约定IEL的所有签约租户必须从Courage处购买啤酒。1991年,Crehan与IEL签订了20年的酒吧房屋

租赁合同。Crehan承租酒吧房屋的条件之一,是向Courage公司独家购买酒吧内销售用啤酒。合同履行过程中,Crehan认为Courage公司向市场供应的啤酒价格远远低于合同价格,中间价差使得他们难以同其他酒吧竞争,甚至面临被市场淘汰的危险。为此,Crehan拒绝向Courage公司支付相应的啤酒价款,Courage公司则将其诉至法院。在诉讼过程中,Crehan认为该合同违反了《欧洲经济共同体条约》第81条,由此提起反诉,要求Courage公司返还啤酒价差并赔偿因垄断高价造成的损失。

英国上诉法院遭遇的一个难题是,当合同被《欧洲经济共同体条约》第81条所禁止时,一方当事人是否有权就履行合同所造成的损失向合同他方提起赔偿之诉。^②对此,英国上诉法院作出的初步裁决为,“《欧洲经济共同体条约》第81条所保护的是合同之外第三方竞争者,而非被禁止合同的双方当事人——他们是扭曲、限制或阻碍竞争行为的始作俑者,并非受害者。”^③该法院甚至认为,Crehan一开始就不应参与该协议。^④可见,基于“任何人不得因其违法行为获利”的正义理念,英国上诉法院同样否认垄断协议参与者的诉讼资格及可救济性。不过,英国上诉法院的初步裁决并未被欧洲法院认同,最终被后者明确推翻。与欧洲法院的做法一致,我国“锐邦诉强生案”承认锐邦公司的诉讼主体资格并提供了相应救济。由此表明,垄断协议参与者的违法性并非反垄断案件的唯一考量要素,而是应当将受害因素一并纳入,进行更深入的综合考量,这亦是本文希望继续探讨的重点内容。

三、垄断协议参与者的可救济性证成

“不可救济论”仅着眼于垄断协议参与者的违法性一面,存在过于片面的问题。垄断协议内部高度分化的利益格局、市场竞争机制的维护以及垄断协议的隐蔽性,均要求超越私法视角的局限,更全面、深入地考量垄断协议的属性及其内部关系,从而支持垄断协议参与者的可救济性。

(一)内部博弈的存在要求救济弱势主体

从垄断协议内部格局看,垄断协议各主体的利益并非“铁板一块”,而是存在着不同利益诉求和主

观目的。垄断协议内部可能既有发起组织者、积极推动者,也有一般跟随者,甚至消极的被动参与者。此种情况下,如果将所有垄断协议参与者简单等同于绝对控制者、积极推动者,可能难以深入垄断协议内部复杂的关系形态,从而忽略垄断协议内部弱势主体的正当利益。在“锐邦诉强生案”中,人民法院明确认识到“垄断协议的当事人可能只是被动接受垄断协议而不是垄断行为实施者”^⑤。可见,垄断协议参与者并不一定都是发起组织者或积极推动者,可能仅仅是一般跟随者,甚至可能是被动参与者。为实现对垄断协议的科学规制,应当重视其内部博弈状态的存在。

美国“硬木案”比较典型地体现了垄断协议内部各主体之间利益博弈以及弱势主体的易受损性。该案中,硬木制造行业协会为避免激烈的市场竞争而实施“公开竞争计划”,要求会员每天提供报告,详尽说明包括价格、购买者在内的相关销售信息。在行业协会及强势企业控制市场的情况下,如果不遵守规定的经营者被贴上“不合作者”“另类企业”“叛徒”的标签,很可能难以继续立足于市场。美国法院明确认识到了会员企业面临的强大外部压力并认为:“显然,该计划的制裁对象是经济利益、(企业主之间)密切的私人关系及业内信誉,所有参与者都面临着背信弃义和被强大对手惩罚的约束。”^⑥即便本案属于性质上较为恶劣的横向垄断协议,但依然存在被迫提供价格、产量信息的弱势主体。

我国“砖瓦协会案”同样存在内部博弈中遭受损失的弱势主体。根据协议约定,宜宾市砖瓦协会56家会员中只有少数企业能够继续生产经营,多数企业必须停产停业。面对停产停业的经济利益损失,一些企业并不愿意服从停产安排,但面临协会和几家强势企业的重重压力,甚至遭遇上门围堵等暴力威胁事件。此种情况下,显然很少有企业自愿停产,因为这无疑代表着大概率将退出市场。原告张仁勋经营的砖厂关停之后再也无法重整旗鼓的客观事实,正是现实的应验。显然,协议控制者作为强势方可能对弱势主体施加多重压力。这些弱势主体在极其不利的情况下仍然选择参加协议,很大程度上可

能是基于“两害相权取其轻”的策略考量,而非主要出于追求超额垄断利益之目的。

在“锐邦诉强生案”中,作为强生公司的一名经销商,锐邦公司同样处于明显的弱势地位。在双方达成的垄断协议中,约定“锐邦公司不得低于被告规定的产品价格进行销售”^②。对于锐邦公司而言,这种约定具有明显的“自我损害”性质。如果严格遵守协议约定,最低限价的规定可能会对自身利益造成较大损害,很可能由于价格过高而失去市场份额,这亦是锐邦公司后来选择违约降价的主要原因。然而,若处于弱势地位的经销商不接受协议条款,可能面临更不利的结果——无法获得基本的代理权。基于此,人民法院已经明确认识到,“由于市场地位、市场力量悬殊,一些经营者被迫接受垄断协议或具有垄断性质条款的协议”^③。由此肯定了垄断协议内部弱势参与者的可救济性。

(二)竞争秩序的维护要求超越私法局限

对垄断协议参与者提供救济,出发点绝非容忍或奖励不法行为,而是维护自由公正的市场竞争秩序。反垄断法的使命不仅是解决经营者与消费者、经营者与经营者之间的个体纠纷,更重要的是承担维护整体竞争秩序的使命。垄断协议的主要危害在于破坏了市场竞争秩序,阻碍了市场竞争机制的正常运行。虽然垄断协议的“事实主体是私人,但从本质上具有公共利益属性,对垄断协议参与者提供救济并非仅仅为了补偿受害方”^④。相对于市场主体之间的个别法律关系,反垄断法更注重整体竞争秩序的维护。虽然从侵权行为角度看,垄断协议参与者具有私法意义上的过错。然而,反垄断法并非纯粹的私法,也不仅仅局限于处理私人主体之间的关系,而是与市场竞争机制所代表的公共利益存在密切关联。从反垄断执法实践看,大部分转售价格维持案件均处罚了协议中处于强势地位的一方,由此呈现出明显的单方逻辑特征。^⑤这种单方逻辑可能并非一种执法迷失,更可能是执法机构基于维护市场竞争秩序的考量,以解决主要矛盾的思路来应对执法资源不足。回到“砖瓦协会案”,裁决思路基本上围绕主体过错程度的纯粹私法视角展开,缺乏对维护

整体竞争机制的考量。为实现反垄断法的立法目的,应当超越单纯的私法角度,从维护整体竞争机制的公共利益视角出发看待协议参与者的可救济性问题。

维护整体竞争机制还应当避免对经营者完美人格的苛求,从而实现超越私法的公共利益。在激烈的博弈过程中,一些处于弱势地位的经营者为了求得生存,可能不得已接受强势企业的协议条件,甚至可能基于“两害相权取其轻”的策略而接受不利于己方的条款。在此种情况下,苛责市场主体一直保持完美人格未必符合市场客观状况。“假使法秩序是要为人类服务,而不拟苛求人类的话,那么法秩序也必须尊重存在于人类肉体、心灵及精神中的某些基本状态。”^⑥只有避免对完美人格的苛求,才能更全面地认识垄断协议参与者的可救济性问题;也只有避免对完美人格的苛求,才不会陷入私法过错原则的桎梏。出于保护公共利益的考量,即使“跟被告一样,原告可能同样应受到道德上的谴责,但法律应当鼓励其进行维权诉讼,目的是更好地促进竞争及实现公共利益。”^⑦否则,“对当事人过于挑剔的道德价值评判,只会严重破坏私人诉讼对垄断行为防御的功能。”^⑧因此,基于维护整体竞争机制的立法目的,应当对垄断协议的弱势参与者适度包容,避免过于完美的人格苛求。

(三)垄断协议的隐蔽性要求提供信息激励

垄断协议不仅广泛存在,危害后果严重,而且隐蔽性强,难以被发现。垄断协议参与者恰恰是掌握直接证据的主体,允许对其提供救济,有助于激励参与者及时揭露垄断行为并提供相应证据。即便在反垄断执法领域,鉴于垄断协议具有发现难和取证难的特点,宽大制度已经被越来越多的国家和地区引进。^⑨因此,在制度设计层面,应当提供相应的信息激励机制以解决垄断协议的隐蔽性问题。

如果不允许对知悉信息、掌握证据的垄断协议参与者提供救济,则其很难有动力对外主动提供违法行为信息。在此种情况下,垄断协议参与者之外的市场主体更难获得违法信息,垄断协议的发现难度也会大大增加。欧洲法院同样认为,“若无法获得

恢复原状或损害赔偿的救济,合同参与方的诉讼动力就会被消除,《欧洲经济共同体条约》第81条也就失去了对竞争的保护功能。”^⑧允许参与者提起诉讼,客观上能够提高对垄断协议的发现概率,从而提升反垄断法的威慑力,降低垄断协议未来发生的可能性。与之相类似,垄断协议宽大制度鼓励参与者检举和揭发其他成员,目的亦在于激励协议参与者提供相应的违法信息与证据,以解决广泛存在的“信息失灵”问题。对符合举报条件的参与者减轻或免于处罚,能够及早瓦解垄断协议以提升反垄断法的实施力度和威慑力。“锐邦诉强生案”中,正是基于激励诉讼、实现反垄断法目的的考量,人民法院最终肯定了锐邦公司的可救济性。

在前述“Courage Ltd. v. Bernard Crehan”案中,欧洲法院最终亦驳回了英国高等法院的裁决意见,认为即便作为垄断协议的参与者,原告也有权向成员国法院寻求相应救济。欧洲法院之所以重视对协议参与者的权利保护,很大程度上是基于发现垄断协议、推动反垄断法实施的考虑。“对于限制、扭曲竞争行为及合同所造成的损失,如果对个体的损害赔偿请求关闭了法律的大门,《欧洲经济共同体条约》第81条尤其是第1款的实际法律效力将被置于危险之中。”^⑨可见,对垄断协议参与者提供救济,能够有效激励内部弱势方进行诉讼的积极性,破除反垄断法实施时的信息缺乏状态,从而最大限度预防和制止垄断协议行为。因此,为激励参与者提供信息,破解垄断协议的隐蔽性难题,应当为垄断协议参与者提供相应的救济渠道。

四、垄断协议参与者的分类救济实现

鉴于垄断协议内部存在较为明显的“强—弱”关系对比、利益分化格局及主观目的差异,“一刀切”式地肯定或否定协议参与者的可救济性均不可取。更为科学的做法,是深入垄断协议内部,依据各主体所发挥的作用、主观目的及损害程度等因素实现有针对性的分类救济。

(一)分类救济之基本构想

法律的实践品格要求更为关注事物的本质,反垄断法实施应当符合市场竞争的实际状况。“很显

然,违法协议会呈现出一条由浅到深的光谱。”^⑩垄断协议内部各主体也具有不同的市场力量、利益诉求和主观目的,若不加分辨地肯定或否定垄断协议参与者的可救济性,要么容易放纵垄断协议组织者的滥诉行为,要么对作为真正受害者的消极参与者难以提供有效救济。不同法律具有不同的价值目标,主体间交易义务的范围也应当有所差别。^⑪因此,应当根据垄断协议参与者的主体地位、行为方式及主观状态确立分类救济路径。

首先,对垄断协议发起组织者、积极推动者等实际控制主体,无疑应当剥夺其获得救济的可能性。垄断协议内部的实际控制主体往往主观恶性程度较深,显然不应获得救济。比如,在“砖瓦协会案”中,垄断协议主要由四和建材公司、创力机砖公司以及曹培均作为投资人的高县福溪页岩砖厂等少数企业发起,且这些企业均享有继续生产的资格,属于协议内部力量较强的实际控制主体。原四川省工商行政管理局的处罚对象也主要包括宜宾市砖瓦协会、四和建材公司、创力机砖公司以及高县福溪页岩砖厂等起到组织、推动作用的企业。^⑫在“锐邦诉强生案”中,强生公司在达成垄断协议的过程中同样起主导作用,决定着产品的转售价格、销售对象、销售区域等一系列条件,因此被人民法院认定应当承担赔偿责任。可见,真正具有排除、限制竞争意图的往往是垄断协议发起者、组织者,这些实际控制主体的可救济性应当受到剥夺或限制。

其次,对处于弱势地位的消极参与者,应当提供相应的救济渠道和诉讼激励。在垄断协议内部,强势一方往往主要获利或获利更多,弱势一方更多实施跟随行为,甚至可能基于“两害相权取其轻”的策略而被迫加入。此种情况下,应当充分考虑垄断协议中较弱一方的主观意图、获益情况甚至受损状况,不应当“一刀切”式地将其与垄断协议发起组织者、积极推动者等同视之。比如,根据人民法院认定的事实,“砖瓦协会案”主要由少数几家企业通过砖瓦协会组织、推动其余多数砖瓦企业,并且庭审过程和一审判决表明,存在着弱势、不愿意加入的企业。根据认定的案件事实,委托管理单位“负责对既要生产

又不加入的砖厂动员劝说工作,仍不加入的,由理事会做工作,直至加入为止”^④,个别拒绝服从的弱势企业甚至遭遇上门围攻、封堵厂区等暴力威胁。弱势企业极有可能迫于压力而参与垄断协议,以避免因反抗引发更大的损失。实践表明,垄断协议中极有可能存在消极参与甚至被迫参与的弱势一方。即便回归到一般合同关系,也必须充分考虑当事人的缔约、履约能力,对较弱的一方当事人提供更多保护。^⑤因此,对垄断协议中处于劣势地位的消极参与者,应当提供相应救济渠道。

最后,分类救济路径的科学实现,需要在激励诉讼和预防滥诉之间维持平衡。过度宽松的救济门槛可能导致协议控制主体借此逃避义务,从而引发滥诉行为;过于严苛的救济要求,则会影响弱势主体寻求救济的积极性,不利于实现诉讼激励、获取信息的目的。在激励诉讼和预防滥诉之间,不同国家和地区各有侧重。比如,美国对于诉讼激励的考虑较多,除了对原告资格保持较为开放的态度之外,还规定了激励私人诉讼的三倍赔偿制度。制度设计缺乏激励或者激励不足,参与者提起反垄断诉讼的动力和意愿就会明显不足,进而影响反垄断法的实施效果。对于垄断协议主体的损害纠纷,应当在平衡激励诉讼和预防滥诉的前提下,设计更具可操作性的救济标准及更科学的救济措施。

(二)分类救济之标准设定

为保持激励诉讼和预防滥诉之间的平衡,需要对不同主体采取更有针对性的救济标准。可救济与不可救济之间的判断识别,应主要考量“重大责任”及“累积性竞争效果损害”两种标准。

1.“重大责任”标准的主要识别功能

由于垄断协议参与者的可救济性缺乏具体的法律规范,国外司法实践已经发展出了“重大责任”标准,用来确定垄断协议发起者、积极实施者应当承担的法律责任。该标准在“Courage Ltd. v. Bernard Crehan 案”中得以确立,针对被告 Bernard Crehan 关于原告不应当获得救济的抗辩,欧洲法院认为:“当协议一方对扭曲竞争负有重大责任时,对自己的违法行为所造成的损失,共同体法律并不阻止国内法

剥夺其获取补偿的权利。”^⑥亦即,在垄断协议内部主体之间,可以依据各自市场力量、行为方式、获利情况及主观目的等因素综合判定是否负有“重大责任”。发起组织或者积极推动垄断协议的主体对垄断行为负有重大责任,可以剥夺其获得救济的资格。

对于不符合“重大责任”标准的协议内弱势主体,则应当为其提供相应的救济渠道。在“Courage Ltd. v. Bernard Crehan 案”中,欧洲法院同样认为:“如果相对于协议另一方,一方当事人对垄断行为所负责任更少,则应获得恢复原状或损害赔偿之救济。”^⑦由于垄断协议参与者的力量不对等,并非所有内部主体都处于控制地位,也并非所有内部主体都能获得高额垄断利润,反而可能存在处于弱势地位、遭受利益损失的被动参与者,故应当保护被动参与者的正当利益。因此,依据“重大责任”标准,对垄断协议不负“重大责任”的参与者所遭受之损害,应当提供相应的救济渠道及诉讼激励。

2.“累积性竞争效果损害”标准的辅助判断功能

“累积性竞争效果损害”标准能够成为“重大责任”标准的有效补充,从而提升违法性判断的准确性。“累积性竞争效果损害”主要指垄断协议强势一方制定的相同或相似协议条款反复适用于不同协议相对方,通过多次适用协议条款对市场竞争产生累积性损害。^⑧“累积性竞争效果损害”标准主要通过垄断协议主体的行为方式进一步认定市场力量和主观恶性程度,比如具有强势地位的经营者制定标准条款、格式条款,进而反复将该条款施加给与之订立协议的其他市场主体,对市场竞争产生累积性的不利后果。“累积性竞争效果损害”标准能够有效识别出垄断协议控制方,从而更加准确地判断其是否符合“重大责任”标准。与之相对应,明显处于弱势地位的垄断协议被动参与者,很难有能力将具有反竞争效果的条款反复适用于多个相对方。“累积性竞争效果损害”标准聚焦于协议订立过程和主体行为方式,能够有效辅助“重大责任”标准的识别和认定效果。

在适用场景方面,“累积性竞争效果损害”标准

主要适用于“一对多”的协议场景中。一个经营者控制着多个相同或相似的合同,并将其中的核心条款反复适用于不同相对方,由此对竞争产生累积性不利后果,就可以认定具有“累积性竞争效果损害”。“累积性竞争效果损害”多见于纵向垄断协议中,比如,在汽车市场转售价格维持案件中,有学者注意到随着当事人类似行为的累积效应增加,会明显削弱各汽车品牌间的竞争,最终破坏汽车市场竞争秩序。^⑥此外,横向垄断协议类型亦可适用该标准,比如,行业协会的实际操纵者以协会名义将相同或相似的合同内容反复适用于多数弱势企业。“累积性竞争效果损害”标准的作用机理在于,由于参与主体的动机不同,其发挥的作用及行为方式也会有所区别,综合考虑参与者的功能角色、商业实力、谈判地位、其他经营者的依赖程度等因素,从而能够更准确地识别协议的发起组织者和主要获利者。基于既有经验,能够导致“累积性竞争效果损害”的主体往往是“一对多”垄断协议中处于控制地位的一方,对协议承担较少风险或获取更多收益。

“累积性竞争效果损害”标准与“重大责任”标准的配合使用,能够更加精准地识别垄断协议的组织发起者、积极推动者,从而区分发挥不同作用的垄断协议参与者。在“Courage Ltd. v. Bernard Crehan 案”中,欧洲法院认为:“一个看似独立的协议,可能仅仅是具有累积性竞争效果的一系列相似协议的组成部分,由此可以证明违反条约第81(1)条。此种情况下,与协议控制者缔约的相对方,一般不对违反第81(1)条承担重大责任;尤其是当协议控制者一方有强加合同条款的行为时,更是如此。”^⑦根据此标准,对处于弱势地位的被动参与者而言,若其过错并未达到“重大”程度,仍应获得相应救济。这种区分标准亦受到理论界的认可,“考虑到协议发起者所起到的控制作用,正如英国‘Courage Ltd. v. Bernard Crehan 案’所表明——当一方过于弱势而无法抵御来自另一方强势企业的压力时,不应当失去《欧洲经济共同体条约》第81条的保护。”^⑧可见,“累积性竞争效果损害”标准能够有效发挥区分作用,从而契合分类救济的实践需求。

结语

2022年11月,最高人民法院发布新的典型案例——“‘幼儿园’横向垄断协议纠纷案”,仍认为“横向垄断协议实施者根据该协议主张损害赔偿,实质上是要求瓜分垄断利益”^⑨,并未认识到领取经济补偿的一方恰恰可能是垄断协议内部的弱势主体。如果长期忽视垄断协议内部“强一弱”关系对比、利益分化格局及主观目的差异,“一刀切”式地否认弱势参与者的可救济性,可能会进一步影响司法裁判的公正性和权威性。鉴于此,垄断协议弱势参与者的损害赔偿请求不应简单地被视为强制执行垄断协议,更不应被“一刀切”式地等同于瓜分垄断利益,而是应当深入分析垄断协议内部利益分化程度并考虑垄断协议的信息激励需求,以实现更为科学的分类救济。此外,遭受损失的垄断协议参与者难以获得司法救济尚存在一定体制性因素。我国尚缺乏专门的竞争法院或竞争法庭,导致司法机关仍采用惯常的私法裁判思维。竞争秩序类纠纷案件涉及社会公共利益,专业性强,其性质、内容都有着不同于传统知识产权、民事、刑事以及行政案件的特点和规律,可考虑从司法体制改革角度设立独立、专业的竞争法院或竞争法庭^⑩,从而推动反垄断司法体制朝着更为专业、科学的方向发展。

注释:

①参见上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

②参见最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

③目前,有学者从原告的诉讼主体资格角度展开了一些初步讨论。参见丁茂中:《反垄断民事诉讼原告资格的特别构造》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第106-114页;王艺珲:《纵向垄断协议参与者司法救济可行性分析及路径选择》,载《研究生法学》2019年第1期,第78-85页;戴宾:《反垄断私人诉讼制度研究》,法律出版社2017年版,第166-170页;黄胜春:《论纵向垄断协议纠纷案件原告主体资格的确定》,载《东南司法评论》第7卷,厦门大学出版社2014年

版,第262-271页;符颖:《纵向垄断协议的诉讼资格及证明责任》,载《交大法学》2013年第2期,第68-77页。

⑭参见最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

⑮最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

⑯参见最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

⑰2022年,《反垄断法》修订之后,该条文序号变更为第60条第1款,具体内容未发生改变。

⑱参见上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

⑲上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

⑳最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

㉑上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

㉒最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

㉓上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

㉔参见黄胜春:《论纵向垄断协议纠纷案件原告主体资格的确定》,载《东南司法评论》第7卷,厦门大学出版社2014年版,第266页。

㉕参见上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

㉖最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

㉗《人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例》,载最高人民法院官方网站2021年9月27日, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-324491.html>, 2022年12月4日访问。

㉘“任何人不得因其违法行为获利”是英美法系发展出来的正义理念和法律原则。在美国“Riggs v. Palmer案”中,16岁的孙子帕尔默为了提前获得遗嘱财产,毒杀了自己的祖父。帕尔默的姑姑里格斯起诉要求剥夺帕尔默对祖父的继承权。纽约州上诉法院援引古老法谚——“任何人不得因其违法行为获利”,判决帕尔默因谋杀行为应当被剥夺继承遗产的权利,从而确立了这一法律理念的教义性地位。See Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188, 1889.

㉙See Eastman Kodak Co. v. Blackmore, 277, Fed. 694(2d Cir. 1921).

㉚英美司法实践以“Riggs v. Palmer案”为基础,在原告资格方面发展出“同等过错”原则。根据《布莱克法律词典》,“同等过错”条件下,参与违法行为的原告无权从违法行为中获得损害赔偿。

㉛See Tiden v. Qua Qats, 1F. 2d160(7th Cir. 1924).

㉜See Courage Ltd. v. Crehan(C-453/99)EU: C: 2001: 465; [2002]Q. B. 507; [2001]9 WLUK 246(ECJ).

㉝See Courage Ltd. v. Crehan(No. 1)[1999]U. K. C. L. R. 110; [1999]5 WLUK 448(CA).

㉞Courage Ltd. v. Crehan(No. 1)[1999]U. K. C. L. R. 110; [1999]5 WLUK 448(CA).

㉟See Courage Ltd. v. Crehan(No. 1)[1999]U. K. C. L. R. 110; [1999]5 WLUK 448(CA).

㊱上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

㊲American Column & Lumber Co. v. United States, 257 U. S. 377(1921).

㊳上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

㊴上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

㊵Wilkin Bushby, The Unknown Quantity in Private Antitrust Suit the Defense in Pari delicto, 42 Virginia Law Review 785, 788(1956).

㊶参见李剑:《转售价格维持规制中的单方逻辑迷思》,载《法学》2022年第3期,第148-149页。

㊷[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第290页。

㊸Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp, 392 U. S. 134-156(1968).

㊹Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp, 392 U. S. 134-156(1968).

㊺参见王先林:《竞争法律与政策前沿问题研究》,法律出版社2022年版,第160页。

㊻Okeoghene Odudu & James Edelman, Compensatory Damages for Breach of Article 81, 27 European Law Review 327, 331 (2002).

㊼Courage Ltd. v. Crehan(C-453/99)EU: C: 2001: 465; [2002]Q. B. 507; [2001]9 WLUK 246(ECJ).

⑳Okeoghene Odudu & James Edelman, Compensatory Damages for Breach of Article 81, 27 European Law Review 327, 333 (2002).

㉑参见郑鹏程:《论拒绝交易反垄断规制的立法完善——以原料药反垄断执法为切入点》,载《现代法学》2021年第5期,第170页。

㉒参见原四川省工商行政管理局川工商处字第(2013)7001号、7003号、7004号、7005号、7006号行政处罚决定书。

㉓参见最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

㉔参见王利明:《论合同法组织经济的功能》,载《中外法学》2017年第1期,第113页。

㉕Courage Ltd. v. Crehan(C-453/99)EU: C: 2001: 465; [2002] Q. B. 507; [2001]9 WLUK 246(ECJ).

㉖Okeoghene Odudu & James Edelman, Compensatory Damages for Breach of Article 81, 27 European Law Review 327, 331

(2002).

㉗See Okeoghene Odudu & James Edelman, Compensatory Damages for Breach of Article 81, 27 European Law Review 327, 331(2002).

㉘参见李剑:《转售价格维持规制中的单方逻辑迷思》,载《法学》2022年第3期,第150页。

㉙Courage Ltd. v. Crehan(C-453/99)EU: C: 2001: 465; [2002] Q. B. 507; [2001]9 WLUK 246(ECJ).

㉚Okeoghene Odudu & James Edelman, Compensatory Damages for Breach of Article 81, 27 European Law Review 327, 331 (2002).

㉛《人民法院反垄断典型案例》,载最高人民法院官方网站2022年11月17日, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-379701.html>, 2022年12月5日访问。

㉜参见孙晋:《〈反垄断法〉修订背景下设立竞争法庭的理据和进路》,载《法律科学》2022年第3期,第165页。

The Remediability of the Participant of Monopoly Agreement

Zhu Zhanwei

Abstract: The current law has not made clear whether the participants of monopoly agreement can obtain judicial relief for their losses. In judicial practice, some courts refuse to provide judicial relief on the grounds of participants' fault, and some courts make the opposite judgment results. "The same case with different judgments" will not only cause internal conflicts in the judicial system, but also damage the consistency and stability of the illegality requirements of the monopoly agreement. In view of the existence of internal gaming, the maintenance of overall competitive order, and the crypticity of monopoly agreement and so on, we should probe deeply into the internal forms of monopoly agreement and the antitrust legislative intent, in order to avoid arbitrarily denying the remediability of the participant of monopoly agreement. Facing the dilemma, we should focus on the antitrust practice, inducing the "significant responsibility" standard and considering the "cumulative competition effect damage" standard, thus part of the participant of monopoly agreement can be remedied by classified relief.

Key words: monopoly agreement; participant; remediability; classified relief; monopoly law