中州学刊

垄断协议达成中的组织与帮助行为

焦海涛

摘　要：我国《反垄断法》2022年修改时新增了经营者组织、帮助他人达成垄断协议的规定，行业协会组织本行业经营者达成垄断协议的规定则被保留。这使得同一立法中两则条文涉及组织行为，而相关规定却不尽一致。从理论上看，任何主体都不应组织或者帮助他人达成、实施垄断协议。组织或帮助行为由经营者还是行业协会实施，可能存在方式上的不同，但不应存在性质上的差异。被组织者、被帮助者是谁，组织、帮助的结果是垄断协议的“达成”还是“实施”，都不应影响组织或帮助行为本身的违法性。从主体、表现、作用等方面区分组织或帮助行为，更多应服务于法律责任的设定，即应当立足于个案中组织者、帮助者的角色、作用差异，坚持区分原则，设置过罚相当的责任体系。原则上，组织者、帮助者作为第三人不应与垄断协议当事人一体化归责，组织者与帮助者的责任也要有所区分。对行业协会施加罚款时，还要考虑特定成员的补缴责任，并允许执法机构作出单罚或双罚的裁量。

关键词：垄断协议的组织；实质性帮助；垄断协议的达成与实施；行业协会

中图分类号：D922.29　　**文献标识码：**A　　**文章编号：**1003-0751(2023)02-0046-09

垄断协议既可能由当事人自发达成，也可能在他人的组织或帮助下达成。2007年《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第16条规定“行业协会不得组织本行业的经营者”达成垄断协议。2022年《反垄断法》修改时，原法第16条被保留(调整为第21条)，同时新增了第19条：“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。”这样一来，新《反垄断法》中便有两则条文涉及垄断协议达成中的“组织”或“帮助”行为：一是行业协会的组织行为；二是经营者的组织与帮助行为。这两则条文规定的行为类似，但又存在主体和范围上的区分，这样很容易带来理解和适用上的难题。例如，经营者的组织行为与行业协会的组织行为有何不同？帮助行为与组织行为有何差异？为何2022年《反垄断法》在组织行为之外又创设了帮助行为？区分组织行为与帮助行为有何意义？为何仅禁止经营者的帮助行为，而不规定行业协会的帮助行为违法？

新《反垄断法》第19条和第21条关于组织与帮助行为的规定，核心内容可以从主体范围、认定标准、法律性质、责任区分四个方面来理解。要准确把握组织与帮助行为的含义，妥善适用这两则条文，也需要借助“主体—认定—性质—责任”的分析框架，并运用体系化的思维和必要的法律推理，将经营者的组织、帮助行为与行业协会的组织行为进行类比和关联分析。

一、组织与帮助行为的主体范围

(一)组织者与帮助者

垄断协议大多情况下由当事人直接联络、沟通而达成，但随着经营者对反垄断法越来越熟悉，以隐蔽方式达成垄断协议的情况越发普遍。借助第三人的组织或帮助而达成垄断协议，可能成为当事人规

收稿日期：2022-12-24

基金项目：中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(21CXTD08)；中国政法大学钱端升杰出学者支持计划。

作者简介：焦海涛，男，中国政法大学民商经济法学院教授(北京　100088)。

避反垄断法的手段。在特定情况下,第三人也有组织他人达成垄断协议的需求。这里的第三人可以是各类主体,比较常见的有行业协会、行业监管机构、协议当事人的共同客户或共同委托人等。它们的身份多样,可能未直接参与市场竞争,也可能就是反垄断法上的经营者。

《反垄断法》2022 年修改之前,行业协会组织本行业经营者达成垄断协议的行为被明确禁止。对于行政主体强制或者变相强制经营者从事垄断行为也有禁止性规定,这体现为原《反垄断法》第 36 条:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,强制经营者从事本法规定的垄断行为。”新《反垄断法》第 44 条将“强制”扩张为“强制或者变相强制”。这里虽然没有使用“组织”或者“帮助”的提法,但“强制或者变相强制”显然包含了主动追求、起着主导作用的含义,这与“组织”行为没有本质区别,可以看作是一种特别的“组织”方式。

上述两类主体之外的其他主体如普通经营者,一旦组织或者帮助他人达成垄断协议,依据原《反垄断法》就很难被追究法律责任。这在实践中已有多起案件发生。例如,在“湖南娄底市保险行业价格垄断”中,湖南省物价局经调查认定湖南娄底市保险行业协会、11 家财产保险公司娄底支公司和湖南瑞特保险经纪公司共同实施了“价格联盟”,但却仅处罚了行业协会和保险公司,为涉案垄断协议的达成提供帮助的湖南瑞特保险经纪有限公司并未受到任何处罚,湖南省物价局只是将其移交了有关部门处理①。又如,在“冰醋酸垄断协议案”中,正是由于本案原料药的批发商(“江西锦汉”)多次分别与三家当事人以电话、现场等多种方式沟通,交流冰醋酸原料药市场行情,交换产销量信息,才导致三家原料药生产商达成了价格垄断协议,但反垄断执法机构最终也仅处罚了三家生产商而未处罚促成垄断协议达成的批发商②。

2022 年《反垄断法》修改新增的第 19 条,明确将“经营者”组织、帮助他人达成垄断协议的行为纳入规制范围,主要目的就是弥补原《反垄断法》的漏洞。这样一来,不论是行业协会、行政主体还是普通经营者,都不得组织他人达成垄断协议。以列举方式不断扩大组织者的范围,虽然意图是好的,但仍存在漏洞。例如,普通个人的组织行为如何规制?从理论上看,任何主体都不应组织或者帮助他人达成垄断协议,因为垄断协议本身是违法的,对一个违法行为实施组织与帮助行为,不论由谁实施,都不可能合法。因此,最好的处理方式是,在《反垄断法》“总则”中规定,任何主体都不得组织他人从事垄断行为或者为他人从事垄断行为提供帮助。

(二)被组织者与被帮助者

关于组织(或帮助)的对象,新《反垄断法》第 19 条和第 21 条的规定有所不同。第 19 条禁止经营者组织或帮助“其他经营者”达成垄断协议,即不论组织或帮助的对象是谁,都属于违法;第 21 条则禁止行业协会组织“本行业的经营者”达成垄断协议,即被组织的对象是特定的。第 21 条之所以限于“本行业的经营者”,主要是考虑到行业协会做出的决议只能供本行业的经营者遵守,行业协会一般也只会对本行业的经营者行使管理权。基于行业管理实践而做出这样的规定本无可厚非,但法条一旦写出来,其含义就客观化了,人们会按照字面意思去理解,这可能带来法律适用的狭隘化问题。例如,这里的“本行业的经营者”是否限于行业协会的会员?如果行业协会组织非会员达成垄断协议,能否适用这里的禁止性规定?又如,行业协会组织其他行业的经营者达成垄断协议怎么处理?尽管实践中这种情况较为少见,可一旦出现,《反垄断法》第 21 条能否适用?

从我国目前的实践看,行业协会组织垄断协议的情形,主要体现为制定、发布含有排除、限制竞争内容的决定(可能表现为章程、决议、通知、标准等各种形式)供会员遵守。行业协会组织“本行业的经营者”达成垄断协议,基本都是面向会员的。而且我国行业协会大多具有“一地一业一会”的属性,即一个地方一个行业往往只有一个行业协会,所以“本行业的经营者”大多是行业协会的会员。不过,鉴于行业协会的加入、退出实行自愿原则,仍不排除有些经营者未加入当地的行业协会;行业协会的日常管理中,也可能出现终止某些会员资格的情形。此外,我国有些地方允许一个行业设立多个行业协会③,所以当地同行业的经营者也可能分属不同的行业协会。在上述情况下,某个行业协会做出的决定,可能会被一些非会员遵守。特别是行业协会制定的行业标准,可能在全行业推广。一旦这些决定或标准涉嫌构成垄断协议,则不论被组织者是否为行业协会会员,都不应影响行业协会组织行为的违法性认定。因此,《反垄断法》第 21 条所说的“本行业的经营者”,不宜被狭隘地理解为行业协会的会员。

此外,实践中也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情形。基于维护本行业利益的考虑,行业协会组织的垄断协议可能会涉及与本行业密切相关的其他行业经营者,甚至分属不同行业的多个行业协会之间也可能签订合作协议来相互组织经营者达成垄断协议。例如,2013年云南省工商局处理的"西双版纳州旅游市场垄断案"就是如此。本案涉及的主体范围较广:西双版纳州旅游协会组织了20家旅行社、2家旅游客运汽车公司、15家景区(点)、46家酒店签订了"自律公约";西双版纳旅行社协会则组织了24家旅行社签订"自律公约",与西双版纳州旅游饭店协会、西双版纳州景区(点)协会签订"合作协议"④。两家行业协会组织的对象都具有跨行业的特点。

《反垄断法》将行业协会组织的对象限于"本行业的经营者",也与当前行业协会的实践变化趋势不相吻合。行业协会的会员通常具有同业性,即来自同一行业。我国目前大多立法都强调行业协会的同业属性⑤,不过也有例外——《深圳经济特区行业协会条例》就规定,行业协会可以由"同行业或者跨行业的企业、其他经济组织以及个体工商户自愿组成"。从实践看,我国当前行业协会也逐渐具有了一定的开放性。某些主体的业务范围虽然与行业协会的绝大多数会员不同,但只要具有某种相关性,也可能被吸纳为行业协会会员。

基于上述理论与实践考虑,如果将行业协会组织垄断协议的对象限定为"本行业的经营者",甚至进一步局限为行业协会会员,则会大大限缩《反垄断法》第21条的适用范围,也使得实践中某些行业协会的组织行为难以被有效规制。

二、组织与帮助行为的认定标准

《反垄断法》第19条、第21条的适用关键,是准确理解组织与帮助行为的基本含义与认定标准。《禁止垄断协议暂行规定》对行业协会的组织行为进行了界定;2022年6月公布的《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》则对经营者的组织与帮助行为进行了解释。总的来说,组织与帮助行为都是促成垄断协议达成的具体方式,仅重要程度有所区别。

(一)组织行为

新《反垄断法》第19条和第21条分别规定了经营者的组织行为和行业协会的组织行为,两处的表述虽然都是"组织",但因行为主体不同,组织方式会有一定的差异。不过,在《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》中,两种组织行为似乎具有完全不同的含义。

行业协会的组织行为在2007年《反垄断法》中就有规定,所以《禁止垄断协议暂行规定》中一直有解释,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》对此也未作修改。这里的"组织"主要被解释为两种方式:一是行业协会直接制定、发布含有排除、限制竞争内容的行业协会章程、规则、决定、通知、标准等;二是行业协会召集、组织或者推动本行业的经营者达成含有排除、限制竞争内容的协议、决议、纪要、备忘录等⑥。两种方式的区别在于:第一种方式体现为行业协会的"决定",即行业协会直接制定、发布了一份决定,供会员企业遵守;第二种方式下的协议、决议、纪要、备忘录等,并非行业协会直接发布,而是在行业协会的召集、组织、推动下,本行业的经营者直接达成。

我国《反垄断法》将垄断协议分为协议、决定和其他协同行为三种类型,上述第一种方式对应的是"决定",第二种方式对应的是"协议"。这样一来,似乎缺少了"其他协同行为"这种形式。其实,在行业协会组织的场合下,特殊性仅在于行业协会在垄断协议的达成中发挥了主导作用,所达成的垄断协议仍可能表现为各种形式。因此,从协议、决定和其他协同行为这三个角度分别界定行业协会的组织行为可能更加妥当,否则极易引起理解上的分歧。也就是说,行业协会不得通过以下方式,组织本行业的经营者达成垄断协议:(1)制定、发布含有排除、限制竞争内容的决定——该决定可能体现为行业协会的章程、规则、决议、通知、意见、标准、备忘录、自律意见等;(2)召集、推动本行业的经营者达成含有排除、限制竞争内容的协议;(3)召集、推动本行业的经营者实施协调一致的行为。

经营者的组织行为是2022年《反垄断法》修改时的新增内容。相比于帮助行为,组织行为是指对垄断协议的达成具有决定性或主导性作用的行为,没有组织行为,垄断协议不会达成。《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》将经营者的组织行为主要界定为两种情形:一是经营者虽不属于垄断协议的协议方,但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;二是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,达成垄断协议⑦。这两种

情形的区分依据,是组织的方式体现为协议还是非协议。之所以做这样的区分,显然是为了回应轴辐协议的规制需要。轴辐协议的最大特点是,具有横向竞争关系的各“辐条”之间没有直接交流,而是分别向“轴心”传递信息,再由“轴心”将这些信息在“辐条”之间分享。实践中,各“辐条”的共同交易相对人,如上游的供货商或者下游的销售商,非常便于充当“轴心”的角色,所以,轴辐协议常体现为若干个比较明显的纵向协议和一个比较隐蔽的横向垄断协议。也就是说,“轴心”与“辐条”之间往往签订了纵向协议,该纵向协议也就成了“轴心”实施组织行为的主要表现。

从表面上看,上述规定更能契合轴辐协议的规制需要,但事实上具有很大的误导性。一方面,轴辐协议中的意思联络,并非都通过“轴心”与“辐条”之间的纵向协议来实现,协议只是典型方式,而并非全部方式[1]。“辐条”之间以什么方式联络并不重要,“辐条”向“轴心”打电话、发邮件等,都可以实现意思联络的目的。将联络方式局限于协议,会大大限缩轴辐协议的范围,反而不利于轴辐协议的规制。另一方面,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》将第二种组织方式界定为“经营者与多个交易相对人签订协议”,很容易使人误以为,这时既存在被组织者之间的横向垄断协议,也存在组织者与被组织者之间的纵向垄断协议,轴辐协议是横向垄断协议与纵向垄断协议的相加[2]。

对经营者组织行为的界定,也可以遵循行业协会组织行为的界定思路。如前所述,行业协会的组织行为分为三种,分别对应垄断协议的三种形式——“决定”“协议”和“协同行为”,而第一种形式即“决定”,是行业协会独有的,普通经营者无法通过发布“决定”的方式来实施组织行为。因此,经营者的组织行为,可以从两个维度予以界定:(1)“协议”类,即在第三方经营者的组织下,被组织的多个经营者直接沟通,进而达成了一份明确的垄断协议。这时,作为组织者的经营者,对他人达成垄断协议发挥了至关重要的作用,如主动召集他人并提出倡议、提供垄断协议范本、设定垄断协议的核心内容等,但整个垄断协议的沟通过程,仍由当事人直接完成。这种情形大致对应《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》所说的第一种组织。(2)“协同行为”类,即垄断协议当事人并没有直接交流,第三方经营者的组织作用,主要就是充当当事人意思联络的“媒介”,经过这种组织,当事人之间最终达成了一份“协同行为”的垄断协议。至于第三方经营者的具体组织方式,可以是分别与多个交易相对人签订协议,也可以不存在这种协议。因此,这种情形包含《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》所说的第二种组织,但比后者范围更广。

(二)帮助行为

帮助行为是指对垄断协议的达成起重要推动、促进作用的行为,如为垄断协议达成提供必要的支持、创造关键性的便利条件。没有帮助行为,垄断协议通常也会达成,但效果会受到一定的影响。因此,与组织行为相比,帮助行为中行为人的主观恶性和行为的实际损害效果都要轻一些。帮助行为的理解和适用,在现行《反垄断法》中主要有两个障碍。

第一,《反垄断法》第 19 条的适用难题,主要在于认定帮助行为具有“实质性”比较困难。《反垄断法》第 19 条对帮助行为的表述是“实质性帮助”,以区别于一般性帮助。增加“实质性”的限制,是为了区别被动和轻微的帮助行为,防止打击面过宽。例如,经营者预定某宾馆的会议室共谋提价,宾馆的行为就不宜认定为提供了实质性帮助。不过,“实质性”是一个非常难以解释和确定含义的概念。在 2020 年 1 月份市场监管总局公布的《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》中,帮助行为并无“实质性”的限定,当时的规定是“禁止经营者组织、帮助其他经营者达成垄断协议”。在 2021 年 10 月份公布的《反垄断法(修正草案)》和 2022 年修订的《反垄断法》中,“帮助”一词前均加了“实质性”的限制。

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。这就排除了被动帮助,如在不知情的情况下被他人利用。所谓显著性,指行为人的帮助具有较大的促进效果,而非可有可无。这尤其体现为帮助者提供了必要的、关键的条件。在发生实际案件时,执法机构需要证明帮助行为具有“实质性”。

第二,《反垄断法》第 21 条规定行业协会的组织行为时,并未提及“帮助”或“实质性帮助”,因此,本条的适用难题主要在于如何看待行业协会的帮助行为。《反垄断法》第 19 条将“组织”与“实质性帮助”并列,意味着二者含义不同。但事实上,如果经营者为他人达成垄断协议提供实质性帮助违法,则行业协会为本行业经营者达成垄断协议提供实质性帮助也应当违法。因此,如果对第 21 条做字面理

解,得出行业协会的组织行为违法而实质性帮助行为不违法的结论,可能有违基本法理,也不符合立法目的。2021年发布的《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》就突破了原法中行业协会组织行为的限制,该指南第12条明确规定:“行业协会不得组织原料药经营者达成垄断协议,也不得为原料药经营者达成垄断协议提供便利条件。”这里的“提供便利条件”,说的显然就是“帮助”。

基于此,要么将行业协会的组织行为做广义理解,以囊括实质性帮助行为,要么在后续立法或指南中补充规定行业协会的帮助行为。行业协会提供的实质性帮助,在实践中的最典型表现是帮助经营者交流敏感性商业信息。因此,可以将行业协会的下列帮助行为纳入规制范围:(1)将敏感性商业信息的讨论列入会议议程;(2)通过研讨会、年会等活动或者方式,故意为本行业的经营者交换、商讨敏感性商业信息提供平台或者充当媒介;(3)要求会员上报敏感性商业信息或者收集、整理会员的敏感性商业信息,并在协会内部共享、传阅;(4)收集协会外其他经营者的敏感性商业信息供会员参考;(5)与其他行业协会交换、商讨敏感性商业信息,为会员之间或者会员与其他经营者达成、实施垄断协议创造便利条件。

三、组织与帮助行为的性质认定

(一)组织与帮助行为的作用

《反垄断法》规定垄断协议时,区分了“达成”和“实施”两种行为。第17条、第18条中列举垄断协议的具体表现时,《反垄断法》使用了“达成”的提法,而在规定垄断协议法律责任时,区分了“达成未实施”和“达成并实施”两种情况。由此可知,垄断协议的违法性仅以“达成”为条件,不要求协议的“实施”[3],而“实施”会带来更重的法律责任。

在禁止第三人的组织或帮助行为时,《反垄断法》又使用了不完全一致的表述。在规定经营者的组织和帮助行为时,《反垄断法》第19条的表述是,经营者不得组织或者帮助其他经营者“达成”垄断协议,即组织和帮助行为指向的是垄断协议的“达成”。在规定行业协会组织行为时,《反垄断法》第21条的表述却是“行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为”。这里又使用了另外一个概念,即“从事”。从字面上看,“从事”的含义更广,应被解释为包括“达成”和“实施”。这样一来,行业协会的组织行为就比经营者的组织行为有更广泛的指向,至少包括三种情形:组织经营者达成垄断协议,组织经营者实施垄断协议,组织经营者达成并实施垄断协议。

由此可能产生新的争议:既然《反垄断法》第19条仅涉及垄断协议的“达成”,那么经营者组织或帮助他人“实施”垄断协议就不在法律的禁止范围。不过很显然,这样理解同样不符合法理,也有违立法目的。可能是考虑到了立法的局限,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》对经营者组织和帮助行为的解释就超出了垄断协议的“达成”。在《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》中,组织主要是指,在垄断协议“达成或者实施”过程中,经营者对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用;提供实质性帮助,包括经营者对“达成或者实施”垄断协议提供必要的支持、创造关键性的便利条件等。

总的来说,虽然第三人组织或帮助垄断协议的“达成”在实践中更为常见,但组织或帮助垄断协议“实施”的情形在特定情况下也会出现,也需要被纳入规制范围。垄断协议“实施”中的组织(或帮助)行为,主要是指,当事人未经他人组织而已经达成了垄断协议,但其他经营者或行业协会积极促成垄断协议的有效实施。行业协会因具有内部管理权,在组织垄断协议的“实施”上可能相比普通经营者更为便利。例如,行业协会可能会通过没收保证金、限制会员权益、取消会员资格等内部惩戒措施,或者通过将垄断协议实施情况与会员奖优评先挂钩等内部激励措施,来监督、促进、辅助本行业经营者已达成的垄断协议的有效实施。

(二)组织者与帮助者的角色

理解《反垄断法》第19条时,需要区分组织者、帮助者与垄断协议当事人之间的角色差异。即便组织者、帮助者就是普通的经营者时,也不应将其视为垄断协议的当事人[4]。第19条只是规定了垄断协议的特殊达成方式,即第三人发挥了组织和帮助作用,组织者和帮助者只是垄断协议的第三人。组织行为的本质,是组织他人达成垄断协议,组织行为虽然至关重要,但垄断协议的当事人仍是被组织者。帮助行为的本质,是为他人达成垄断协议提供协助,被帮助者才是垄断协议的当事人。

如前所述,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》界定经营者的组织行为时,为了突出轴辐协议的规制需要,特别强调了经营者“与多个交易相对人签

订协议”这种组织方式。这样规定可能使人误以为发挥组织作用的经营者也是轴辐协议的当事人之一。事实上,作为组织方式的“协议”,指组织者与每个横向垄断协议当事人分别签订的纵向协议,与作为被组织者的竞争者之间达成的横向垄断协议相互独立且存在本质区别。假设经营者甲组织 A、B、C 三个竞争性企业达成了横向垄断协议,组织方式是分别与 A、B、C 签订纵向协议,这时横向垄断协议的当事人仍然是 A、B、C 三个企业。至于甲和 A、B、C 之间存在的三个纵向协议,有可能属于反垄断法上的纵向垄断协议,但也可能就是普通的供货协议或其他协议。例如,A、B、C 是三个竞争性品牌的生产商,甲是它们的共同经销商,甲如果希望 A、B、C 之间不再竞争,很可能在与任一方签订供货合同时,透露另两方的敏感信息。这时,甲与 A、B、C 之间的供货合同,成为其组织 A、B、C 达成垄断协议的主要方式,而该合同本身可能就是普通的纵向协议,未必属于违法的纵向垄断协议。

当然,说组织者不是垄断协议的当事人,仅限于组织者为第三人的场合,实践中也可能存在组织者和垄断协议当事人的身份合而为一的情况。垄断协议的达成方式多种多样,在没有第三人的组织行为,经营者直接达成垄断协议时,不同经营者所发挥的作用也可能存在区别,如可能存在一个“组织者”。这时,组织者就是垄断协议的当事人之一。不过,2022 年《反垄断法》修改时新增的第 19 条,显然不是指这种情况。因为在上述情况下,组织者的行为性质认定与责任追究在原法中不存在任何障碍,没有必要通过修法再额外增加一条。2022 年《反垄断法》修改时,之所以加入经营者的组织行为,显然是为了解决实践难题,即第三方组织者不能被视为轴辐协议的当事人,进而按照原法无法被追究法律责任。

(三)《反垄断法》第 19 条与轴辐协议

《反垄断法》新增的第 19 条经常被直接理解为轴辐协议的规定。应当说,在各种组织帮助型垄断协议中,比较典型的一类是轴辐协议,但组织、帮助行为具有更丰富的内涵与外延,远远超出了轴辐协议的范围。轴辐协议是一种特殊形式的垄断协议,主要特点是,“辐条”之间没有直接的意思联络,但实际上它们之间又存在共谋。这种共谋主要借助“轴心”来完成,即具有横向竞争关系的经营者分别与“轴心”进行沟通,“轴心”将沟通的信息在不同竞争者之间传播,最终形成竞争者之间的一致意思,垄断协议得以达成。可见,轴辐协议的形成,很多时候体现为“轴心”的组织或帮助,这与我国《反垄断法》第 19 条的规定相吻合。

不过,基于以下两个原因,我们不宜将《反垄断法》第 19 条直接理解为轴辐协议的规定。第一,第 19 条规定的组织、帮助行为非常广泛,未必就是帮助竞争者传递信息,因而在外延上可能会超出轴辐协议的范围。例如,某经营者组织多个竞争性企业面对面地开会,如果参会者通过直接沟通达成了垄断协议,这就是普通的横向垄断协议,而不属于轴辐协议。第二,在轴辐协议中,“轴心”的作用是信息交换的媒介,其身份多种多样,不一定是经营者,而《反垄断法》第 19 条仅涉及经营者的组织与帮助行为。

四、组织与帮助行为的责任区分

(一)法律责任的现行规定

2022 年《反垄断法》第 56 条是关于垄断协议法律责任的规定:第一款规定了垄断协议当事人的法律责任,罚款额度主要是上一年度销售额的 1% 至 10%;第二款规定了经营者作为组织者、帮助者的法律责任,立法表述是“适用前款规定”;第四款规定了行业协会作为组织者的法律责任,最高罚款额度是 300 万元。

本条关于组织者、帮助者法律责任的规定,具有两个典型特点:第一,经营者作为组织者(或帮助者)时的法律责任,要远远超过行业协会从事组织行为时的责任幅度。之所以如此,可能并非因为经营者的组织与帮助行为相比行业协会的组织行为更加恶劣,而是经营者具有营利性收入,可以承担更重的法律责任。第二,“适用前款规定”的表述意味着,《反垄断法》有意将从事组织与帮助行为的经营者与垄断协议当事人一体归责,提高对组织、帮助行为的惩罚力度。不过,这里的“适用前款规定”,可以有两种理解:一是组织者、帮助者与垄断协议当事人同责,即垄断协议当事人承担什么样的法律责任,组织者、帮助者就承担什么样的法律责任;二是在第 56 条第一款规定的幅度内追究组织者、帮助者的法律责任,具体责任幅度可以与垄断协议当事人有所区别。

总的来说,《反垄断法》第 56 条未再区分组织者、帮助者与垄断协议当事人的责任差异,也没有进一步对组织者与帮助者的法律责任做出区分。这种

做法有利有弊,在加大违法行为处罚力度的同时,也可能不利于形成责任梯度。

(二)法律责任的类型化区分

基于过罚相当原则及最优威慑的考虑,建议从以下四个方面进一步区分垄断协议组织者、帮助者的法律责任。

1.区分组织者、帮助者与垄断协议当事人的责任

如前所述,组织者、帮助者并非垄断协议的当事人,组织与帮助行为虽然在垄断协议的达成中发挥了重要作用,但垄断协议造成的损害仍由当事人引起,因此,在原则上组织者、帮助者相比垄断协议当事人应当承担更轻的法律责任。《反垄断法》第56条第二款"适用前款规定"的表述,不应被理解为组织者、帮助者与垄断协议当事人完全同责。

不过在个案中,还需要考虑组织行为的特殊性。组织行为起着决定性、主导性作用,这与帮助行为总处于次要位置不同,因此,实践中可能出现被组织者未必具有达成垄断协议的自主意愿的情况。例如,在大企业的组织下,小企业可能不得不加入到垄断协议之中。组织行为不论由谁实施,行政主体的"强制或者变相强制"也好,行业协会或者大企业的组织也罢,都可能产生事实上的强制力。这时组织者反而具有更严重的违法性,需要承担更重的法律责任。总之,"适用前款规定"的模糊表述并不能兼顾实践中各种组织形态的差异,反垄断执法机构应当基于个案情况设定组织者的法律责任,而不应在被组织者责任确定后简单将其适用于组织者。

2.区分组织者与帮助者的责任

组织者对垄断协议的达成起着决定性或主导性作用,帮助者仅起着推动与促进作用,二者差异明显,因此,组织者相比帮助者需要承担更重的法律责任。《反垄断法》第56条将组织者与帮助者的法律责任一并表述为"适用前款规定",容易使人理解为二者法律责任相同。从行为性质角度看,区分组织与帮助行为没有意义,因为既然帮助行为都违法,举轻以明重,组织行为肯定违法,所以区分组织与帮助行为的必要性和意义主要在于责任设定。但遗憾的是,我国现行立法并没有在责任设定上对二者做出区分。这个问题的解决只能期待反垄断执法机构的个案裁量。

3.合理设定行业协会组织行为的责任

现行立法已经考虑到了行业协会身份的特殊性,对经营者和行业协会作为组织者时的责任做了区分,但对行业协会组织行为的追责,目前还存在一些亟待解决的问题。

一是行业协会组织垄断协议"实施"时的责任承担问题。根据《反垄断法》第21条,行业协会也不得组织垄断协议的"实施",但《反垄断法》第56条规定行业协会责任时,仅涉及行业协会"组织本行业的经营者达成垄断协议"的情形,法律责任和行为模式之间出现了脱节[5]。

二是追究行业协会责任还可能涉及会员企业兜底的问题。2022年《反垄断法》大幅度地提高了行业协会的罚款上限,由之前的50万元提高到300万元。这对威慑行业协会具有重要作用,但也可能引发另一个问题:行业协会财产不足以承担罚款责任时怎么处理?对此,欧盟1/2003号条例提供的解决方法是:当对行业协会处以罚款且该行业协会没有支付能力时,行业协会有义务从其会员那里收集款项以支付罚款;如果该款项没有在欧盟委员会规定的期限内向行业协会支付,则委员会可以要求任何参与行业协会决策的成员企业直接支付该罚款;为确保罚款全额缴纳,若后续再有需要,委员会还可以要求积极参与垄断行为的任何会员缴纳该部分罚款⑧。也就是说,当行业协会财产不足以缴纳全部罚款时,承担决策责任的会员优先补缴;仍有待缴款项的,参与垄断行为的会员继续缴纳。这种做法能够对企业利用行业协会达成垄断协议起到较好的遏制作用。行业协会虽然大多情况下是独立法人,但其本质是经营者联合体,且行业协会背后的操控者通常是部分大企业。如果行业协会没有支付能力,剩下的罚款责任就不再承担,则经营者可能会人为地控制行业协会的独立经费。因此,由行业协会背后的经营者来承担剩下的罚款责任,既具有正当性,也是防止经营者逃脱责任的重要手段。

4.妥善设定行业协会作为组织者时被组织经营者的责任

《反垄断法》第56条对行业协会组织的垄断协议案件,是否需要同时处罚行业协会和协会会员没有做出明确规定。这涉及在处理行业协会组织行为时,采用单罚制还是双罚制的选择问题。单罚制指仅处罚作为组织者的行业协会,双罚制指同时处罚行业协会和会员。

对于该问题,实践中各地反垄断执法机构采取的标准并不统一,在采取单罚制或者双罚制时,也并没有进行充分的论证说理。例如,在联合抵制的横向垄断协议案件中,部分执法机构仅处罚了行业协

会,对参与的会员没有进行处罚,“广州市番禺动漫游艺行业协会联合抵制交易案”“淮南市货运商会联合抵制案”都是如此;但在“巴林左旗餐饮行业商会联合抵制案”中,内蒙古自治区市场监督管理局则对巴林左旗餐饮行业商会和参与联合抵制的会员均进行了处罚,但这三起案件在案情方面并没有明显的区别。

单罚行业协会、不处罚作为垄断协议当事人的经营者,可能在立法上站不住脚。一方面,行业协会一旦完成组织行为,如发布一份供会员企业遵守的决议,只要该决议以行业协会名义发布,就被推定为代表会员意志,这意味着会员企业之间已经“达成”了垄断协议。按照我国《反垄断法》,垄断协议只要达成就属违法,不论协议是否实施。另一方面,一旦协议被实施了,则不论行业协会的组织作用多么重要,垄断协议的损害后果最终也是由参与协议的会员企业造成,不处罚会员企业不仅有违《反垄断法》规定,也有不公平之嫌。

不过,简单地采用双罚制,也会面临一些问题:其一,行业协会的部分决议可能仅代表大企业意志,小企业未必认同或者能从中受益。行业协会决议可能以投票方式通过,当其制定、发布含有排除、限制竞争内容的决定时,部分小企业会员未必能对决议的达成起到积极作用,甚至还可能在决议中投反对票,或者在决议发布后,从未实施过决议中要求的垄断行为。这种情况下,处罚这部分会员企业的正当性可能是存疑的。其二,由于我国行业协会存在“一地一业一会”的客观情况,部分行业协会的会员包含了本区域内的大多数甚至所有经营者,会员数量庞大,可能动辄上百,在这种情况下如果处罚所有会员,则难免“误伤”,也可能引发难以预计的社会效果,甚至面临操作性问题,例如,对于反垄断执法机构来说,执法过程中的调查取证、文书起草可能工作量过大。

基于上述考虑,可以原则上采取双罚制,但同时保留一些例外。具体而言,行业协会组织本行业的经营者达成垄断协议的,反垄断执法机构原则上依照《反垄断法》第56条的规定同时对行业协会及经营者予以处罚;如果经营者能够证明其对垄断协议的达成不知情或者在垄断协议的达成过程中持抵制态度,且未实施所达成的垄断协议的,反垄断执法机构可以依法对该经营者从轻、减轻或者免予处罚。需要注意的是,能够被“从轻、减轻或者免予处罚”的经营者,必须未实施所达成的垄断协议,一旦其已经实施该垄断协议,则应当依据《反垄断法》受到相应的更重处罚。

结　论

2022年《反垄断法》修改时虽然新增了第19条,对经营者组织、帮助他人达成垄断协议的行为做出规定,但行业协会组织本行业经营者达成垄断协议的规定在原法中一直存在,在新法中仅调整为第21条,内容未做任何修改。两种行为都涉及“组织”行为,却由两则条文规定,且一个包含“实质性帮助”,另一个不包含,这种规定方式使得对于组织、帮助行为的理解与适用面临很大障碍。要准确理解《反垄断法》中组织、帮助行为的含义,并妥善适用新法规定,一方面需要将这两则条文放在一起进行体系化的解释,另一方面也需要结合基本法理和反垄断法的立法目的,对组织与帮助行为的主体、对象、方式、作用等进行适度的扩展,并合理定位组织与帮助行为的法律性质,妥善设定组织与帮助行为的法律责任。

如果立足于字面含义,《反垄断法》第19条和第21条对组织、帮助行为的规定,范围都较为狭窄。这不利于规制实践中形式多变的组织或帮助行为。从主体层面看,不管组织者、帮助者是经营者、行业协会、行政主体还是其他任何主体,组织或者帮助他人达成垄断协议都应当被禁止;被组织者、被帮助者不论是行业协会的会员还是非会员、处在本行业还是外行业,都不影响行业协会组织或帮助行为的违法性。立法上更需要的是一般性规定,而非主体罗列。从行为表现看,组织与帮助行为的区分仅在于程度不同,而不在于性质差异,在法理上不可能存在经营者的帮助行为违法,行业协会的帮助行为却合法的情况。不论组织、帮助的是垄断协议的“达成”还是“实施”,都不应影响组织、帮助行为的性质认定:如果组织、帮助垄断协议的“达成”违法,组织、帮助垄断协议“实施”也不可能合法。在第三方的组织或帮助之下,经营者之间可能会达成一个明确的“协议”,也可能会实施协调一致的行动,行业协会的组织还可能导致垄断协议以“决定”的形式存在,但不论垄断协议的外在形式如何,组织者、帮助者的角色都是第三人,而非垄断协议的当事人。

追究组织者、帮助者的法律责任,要坚持区分原则。一方面要将其与垄断协议当事人做出区分,组织者、帮助者的法律责任原则上要较垄断协议当事

人更轻,但在特定情形下,组织者可能要承担更重的法律责任;另一方面,组织者的恶性要比帮助者严重,因此需要承担更重的法律责任。此外,行业协会的身份较为特殊,追究行业协会组织行为的法律责任,一般不能仅以行业协会的自身财产为限,必要时可以追究行业协会背后的实际控制者或其他违法会员的补缴责任。同时,如果行业协会被大企业控制,小企业被迫达成垄断协议且未付诸实施,则也可以考虑对这些小企业从轻、减轻或者免除法律责任。

注释

①肖建生:《湘首例价格垄断案查处,娄底保险业被罚 229 万》,https://hnrb.voc.com.cn/article/201212/201212282319146192.html,最后访问日期 2022 年 12 月 12 日。②国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处〔2018〕17 号、18 号、19 号。③例如,《深圳经济特区行业协会条例》(2013 年颁布,2019 年修改)第 11 条规定了设立行业协会应当符合的条件,其中第(七)项是"同级行政区域内已设立的相同行业协会少于三家"。这意味着深圳市允许同级行政区域内一个行业可以设立三家类似的行业协会。我国也有学者提出应当废除"一业一会"的做法,推进"一业多会"改革,参见易继明:《论行业协会的市场化改革》,《法学家》2014 年第 4 期。④原国家工商行政管理总局竞争执法公告 2013 年第 12 号"云南省西双版纳州旅游协会、西双版纳州旅行社协会组织本行业经营者从事垄断协议案",工商行政管理机关行政处罚决定书:云工商竞争处字(2013)第 01 号、第 02 号。⑤以下文件都对行业协会进行了界定,且强调会员来自同一行业:国家市场监督管理总局《禁止垄断协议暂行规定》(2019)、国家发改委《行业协会价格行为指南》(2017)、《上海市促进行业协会发展规定》(2002 年颁布,2010 年修正)、《无锡市促进行业协会发展条例》(2003 年颁布,2014 年修正)、《广东省行业协会条例》(2005 年颁布)、《江苏省行业协会条例》(2011 年颁布、2017 年修正)、《云南省行业协会条例》(2012 年颁布)。⑥参见《禁止垄断协议暂行规定》第 14 条。不过,第二种方式的立法规定是"召集、组织或者推动……",表述上略有不妥。被界定项是"组织",而界定的内容中也包含"组织"且"组织"与"召集""推定"并列,这会人为创造出一个广义"组织"和一个狭义"组织"。⑦《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》还有一个兜底项,即"(三)通过其他方式组织其他经营者达成垄断协议"。不过,协议类和非协议类的二分,实际上已经穷尽了"组织"的全部含义。⑧Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Art. 23(4).

参考文献

[1]郝俊淇.论我国垄断协议类型序列的立法完善[J].中国政法大学学报,2022(1):201-216.

[2]焦海涛.反垄断法上轴辐协议的法律性质[J].中国社会科学院研究生院学报,2020(1):25-36.

[3]郝俊淇.垄断协议构成判定中的"达成"与"实施":由首起纵向价格垄断协议行政处罚司法审查案引发的思考[J].法律适用(司法案例),2018(2):34-40.

[4]时建中.个人反垄断义务和责任的制度完善及其实施[J].中国应用法学,2022(5):60-70.

[5]吴韬.论行业协会组织经营者从事垄断协议行为的认定及法律责任[J].中国价格监管与反垄断,2014(5):6-7.

Organization and Helping Behavior in the Process of Monopoly Agreements

Jiao Haitao

Abstract: When *the Anti-monopoly Law of China* was amended in 2022, the provisions on operators' organizing and helping others to reach a monopoly agreement were added, while the provisions on industry associations' organizing operators of their own industry to reach a monopoly agreement were retained. This makes the two provisions in the same legislation relate to organizational behavior, but the relevant provisions are not consistent. Theoretically, no subject should organize or help others to reach and implement a monopoly agreement. No matter whether the organization or helping behavior is carried out by operators or the industry associations in different ways, there is no difference in nature. Who is organized and who is the person to be helped, and whether the result of the organization and help is the "conclusion" or "implementation" of the monopoly agreement should not affect the illegality of the organization or help itself. Distinguishing the organization or helping behavior from the aspects of subject, performance and function should more serve the setting of legal responsibility, that is, based on the differences in the roles and functions of organizers and helpers in the case, adhere to the principle of distinction, and set up a responsibility system with equal punishment. In principle, as a third party, organizers and helpers should not be integrated with the parties to the monopoly agreement, and the responsibilities of organizers and helpers should also be differentiated. When imposing fines on industry associations, the supplementary payment responsibilities of specific members should also be considered, and the law enforcement agencies should be allowed to make a single or double penalty discretion.

Key words: organization of monopoly agreements; substantive help; conclusion and implementation of monopoly agreement; industry association

责任编辑:一 鸣