

## 垄断协议组织帮助行为条款缺陷及其补救

● 王玉辉\*

**【内容摘要】** 我国《反垄断法》新设的垄断协议组织帮助条款克服了传统垄断协议二分法困境,但仍存在适用范围窄、行为要件不明确、与其他条款协调适用规则不完备等问题。对此,应当遵循统一性、周延性和区分性原则,重塑垄断协议组织帮助条款体系,以涵盖非行业协会型经营者团体和行政机关等其他主体;明确组织帮助的作用对象为垄断协议达成或实施,主观上具有故意,表现为组建、策划、指挥、发起、召集等,以及提供实质性帮助,结果上导致排除、限制竞争的后果或危险且行为与结果具有促进因果关系的行为要件。同时基于高效便捷、有效追责的价值目标,建立与共同市场支配地位滥用条款等协调适用的规则体系。

**【关键词】** 垄断协议 轴辐协议 组织帮助行为 共同行为

我国新修订的《反垄断法》在第二章垄断协议中设置6个条款,从垄断协议定义、横向垄断协议、纵向垄断协议、经营者组织帮助行为、豁免制度、行业协会组织行为等方面对垄断协议进行了规定。同时,第五章第56条从垄断协议的达成者责任、组织帮助者责任、行业协会责任及宽大制度等方面规定了垄断协议的责任体系。在上述条款中,第19条经营者组织帮助行为条款和第56条第2款组织帮助行为法律责任条款,是本次修法的新增条款,旨在解决横向垄断协议和纵向垄断协议二分法无法对未参与垄断协议缔结但推动垄断协议达成的组织帮助者进行规制的制度困境。

为了贯彻落实修订后的《反垄断法》,国家市场监管总局发布了《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》,在第17条<sup>[1]</sup>对经营者组织帮助行为予以了细化,明确了组织行为的情形和帮助行为的概念。

\* 作者单位:郑州大学法学院。本文系国家社科基金项目“数据共谋法律规制研究”(20FFXB066)、河南省创新团队“数据共谋防控”的阶段性成果。

[1] 《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第17条规定,本条所称组织,是指下列情形:(一)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)经营者与多个交易相对人签订协议,故意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,达成本规定第八条之第十二条垄断协议的。本条所称实质性帮助,是指经营者虽未从事前款规定的组织行为,但对垄断协议达成或者实施提供支持,且与排除、限制竞争具有因果关系并且作用显著的行为。

《反垄断法》及《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》对经营者组织帮助行为的规定,使垄断协议的规制范围更为周延,进步性明显,但因现行的垄断协议组织帮助行为条款体系仅设定为第19条“经营者”组织帮助行为和第21条“行业协会”组织帮助行为两个方面,未将“非行业协会型社会团体”的组织帮助行为和“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”的组织帮助行为纳入反垄断法的调整范围,无法周延地适用于实践中可能出现的涉嫌违法的全部组织帮助行为。而且,对于垄断协议组织帮助行为的认定要件,《反垄断法》亦未有规定,而《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》的规定又较为原则,不够准确全面。

基于此,本文对垄断协议组织帮助行为展开研究,试图明晰组织帮助行为条款的体系及各类条款的范畴,细化组织帮助行为的认定标准,探明组织帮助行为条款如何与横向协议条款、纵向协议条款、共同市场支配地位滥用条款协调适用等问题,以期促进我国反垄断法有关共同行为规制条款的周延合理和协调统一,实现垄断协议案件的有效预防和制裁。

## 一、垄断协议组织帮助行为条款的引入及特色

### (一)引入垄断协议组织帮助行为条款的背景

垄断协议是一种严重排除、限制市场竞争的通谋行为。在该类行为中,如果有了组织帮助行为的介入,那么会使垄断协议的组织性更强,对市场的危害更大。在《反垄断法》修订过程中,为了解决我国垄断协议二分法的适用困境,引入了垄断协议组织帮助行为条款。

#### 1. 垄断协议二分法在执法实践中的失灵

在2022年《反垄断法》修订前,我国将垄断协议的类型划分为横向垄断协议与纵向垄断协议。前者适用于具有竞争关系的经营者之间达成的协议;后者适用于具有交易关系的经营者之间达成的协议。这种二分法使垄断协议的类型更为明确,有利于判定协议的性质、类型及排除、限制市场竞争的后果。但是,在市场经济活动中,参与垄断协议的行为并不全是“非横即纵”的分类,二分法的条款体系在垄断协议执法实践中产生了明显的适用困境。

一方面,二分法无法对未参与垄断协议缔结但组织帮助垄断协议达成的经营者进行规制。按照垄断协议二分法的划分,经营者要么与垄断协议缔结者之间存在竞争关系,适用横向垄断协议条款规制;要么存在纵向限制关系,适用纵向垄断协议条款。如果行为人与垄断协议缔结者之间这两种竞争关系都不存在,那么反垄断法将无法对该类主体的行为予以调整。例如,在“安徽信雅达等三家密码器企业垄断协议案”中,<sup>[2]</sup>人民银行合肥中心支行组织具有竞争关系的三家密码器公司召开会议,就安徽省支付密码器销售市场分配、产品型号、市场价格推广宣传、销售措施、培训及相关费用等事项达成一致意见。会后,人民银行合肥中心支行又下发了《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》。三家公司根据事前确定的方案实施了多项共谋行为。在本案中,由于人民银行合肥中心支行与上述三家公司不具有竞争关系或纵向限制关系,所以反垄断执法机关无法根据横向垄断协议条款和纵向垄断协议条款加以规制。另一方面,二分法无法高效处理纵横交错的混合型垄断协议。例如,在典型的轴辐协议案件中,对处于

[2] 参见“安徽信雅达等三家密码器企业垄断协议案”,国家市场监督管理总局竞争执法公告2016年第9号, [https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/xzcf/202204/t20220424\\_342048.html](https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/xzcf/202204/t20220424_342048.html), 2022年10月20日访问。

辐条经营者的通谋行为可通过横向垄断协议条款进行规制,但对处于轴心经营者的行为,则须分别依据其与辐条经营者之间达成的每一个纵向协议,分别对涉及的数个违法行为进行认定。可见,二分法对处于轴心经营者的处罚无法按照一个违法行为进行判定,该种规制方式不利于垄断协议案件的高效和一体化处理。

## 2. 组织帮助型垄断协议具有严重的市场危害

其一,组织帮助行为的介入使原本难以达成的垄断协议变得更容易于达成。乔治·施蒂格勒(George Stigler)曾指出,垄断协议自始面临形成和维持两个方面难以克服的障碍。<sup>[3]</sup>其中,协议形成困难主要在于经营者就垄断协议条款不易达成一致。在商定协议内容时,参加者须对产品类型、总产量、价格及成员间分配配额予以确定,但通谋者的利益诉求各有不同,如低成本的经营者优先于低价格,高成本的经营者优先于高价格;发展的企业希望将来有增长的市场份额,停滞或下降的企业期望维持当前的市场份额。即使对上述意愿达成一致,还需防止通谋者通过商定产品质量、附加服务等辅助性因素去额外争夺市场。例如,“二战”后国际航空运输联盟(IATA)虽然在近乎全部的国际航空路线对机票价格予以商定,但直到1958年才将飞行中提供的三明治的定义达成合意,在不断争执中对飞行中的电影费用达成一致。<sup>[4]</sup>可见,通谋者之间诉求和利益的差异化加大了经营者达成垄断协议的难度。但是,通谋中若有了组织帮助行为的介入,则会使通谋团体的协商过程变得更加有组织性,且目标更加明确。在组织行为介入的情形下,组织者常常对通谋参加者存在交易上的影响(制约)关系,进而能够引导、约束通谋者行为,甚至直接组织通谋者限定商品价格、产品数量或引入新设备、新技术等。在前述“安徽信雅达等三家密码器企业垄断协议案”中,人民银行合肥中心支行因对采购密码器的辖区银行具有管理关系,故能够有效组织辖区内商业银行的交易相对方——密码器企业达成市场分割协议。另外,组织帮助者在通谋场所、技术等方面的支持也可为通谋者的信息交换提供便利,也使通谋的实施更为方便和隐蔽。

其二,组织帮助行为的介入使垄断协议的实施更有组织,参与人数更多,危害更大。在组织帮助型垄断协议案件中,通常存在组织帮助者与垄断协议缔结者之间的分工协作,不仅参与人数众多,而且对市场竞争秩序的危害较普通垄断协议案件更为严重。例如,在“湖北民爆器材垄断协议案”中,湖北省所有民爆产品生产企业和销售企业作为股东成立统一的销售公司——湖北联兴民爆器材股份有限公司,并经由其组织实施统一销售行为,致使该省内所有的生产企业或销售者无法自由选择交易对象,严重限制了该地区的市场竞争。<sup>[5]</sup>尤其在平台经济领域,大型平台企业组织帮助平台内企业实施垄断协议的情况下,除了参与主体极为众多外,危害也更大。因为互联网平台企业的经营行为很大程度上都是利用平台作为搭建供需双方交易的核心,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,所以互联网平台在组织、帮助平台内企业进行经营和竞争方面具有天然的优势,所发挥的作用和轴心经营者十分类似。<sup>[6]</sup>例如,在“美国苹果电子书 iBook 案”中,<sup>[7]</sup>苹果公司通过“最惠国条款”及“代理销售模式”的设立,组织其 iBook 平台内的出版商集体实施了合谋

[3] See George J. Stigler, A Theory of Oligopoly, 72 J. Pol. Econ., 1964, p. 44.

[4] 参见[美]E. 吉尔霍恩:《反垄断法律与经济》,英文影印本,中国人民大学出版社2001年版,第163页。

[5] 参见国家市场监督管理总局发布湖北联兴民爆器材经营股份有限公司垄断经营案终止调查决定书, [https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/bgt/201902/t20190216\\_288680.html](https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/bgt/201902/t20190216_288680.html), 2022年1月20日访问。

[6] 参见戴龙:《论组织帮助型垄断协议的规制》,载《法学评论》2021年第1期,第106页。

[7] See United States v. Apple Inc., 952 F. Supp. 2d638(S. D. N. Y. 2013).

行为,使美国电子书销售市场竞争秩序受到严重破坏。

### 3. 基于轴辐协议条款的实施经验

在《反垄断法》引入经营者组织帮助行为条款之前,我国已在两部反垄断法指南中建立了类似的制度——轴辐协议条款。轴辐协议(hub and spoke conspiracy)与垄断协议组织帮助行为的界定视角不同,它来源于美国司法案例中有关纵横交叉混合型协议的描述,“它将当事人的行为比喻为一个自行车轮,其包含一个轴心和多个辐条,轴心与辐条并不处在市场的同一层次,往往是上下游关系,辐条之间则互为竞争对手,但辐条之间没有直接的意思联络,它们间的横向联系以每个辐条与轴心之间的纵向关系为纽带。”<sup>[8]</sup>具体来看,其是指由一个位于“轴心”的经营者与多个位于“辐条”的经营者达成的纵横交叉型混合协议。其中“轴心”经营者与“辐条”经营者之间达成纵向协议或者为“辐条”经营者之间的横向协议进行组织或提供帮助,“辐条”经营者之间依托其形成一个隐性的横向协议。

2021年2月7日颁布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》在第8条规定,禁止具有竞争关系的平台内经营者借助与平台经营者之间的纵向关系,或者由平台经营者组织、协调,达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议。同年11月15日颁布的《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》在第9条除了明确规定具有竞争关系的原料药经营者可能借助与其他经营者之间的纵向关系,或者由其他经营者组织、协调,达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议含义外,还首次提出了垄断协议的组织帮助行为,即经营者不得组织原料药经营者达成垄断协议或者为其达成垄断协议提供实质性帮助。两部指南将组织帮助情形均界定为“轴辐协议”,并认为轴辐协议本质上为横向协议,被组织帮助的协议应限定为“横向垄断协议”,另外还明确了协议违法的分析因素,指出平台领域的轴辐协议是否违法可考虑具有竞争关系的平台内经营者之间是否利用技术手段、平台规则、数据和算法等方式,达成、实施垄断协议,排除、限制相关市场竞争。原料药领域的轴辐协议主要考虑原料药经营者是否应知或明知其他经营者与同一原料药经销企业签订相同、相似或具有相互配合关系的协议。指南中轴辐协议条款的引入及实施为垄断协议组织帮助行为的入法提供了一定经验。

2022年在《反垄断法》的修订过程中,针对轴辐协议不是一个法律术语,仅是对纵横混合型协议的一种形象表述,若单纯引入轴辐协议类型,会导致垄断协议条款框架不周延等问题,立法未再采用轴辐协议的条款方式,而是采取了组织帮助者的视角进行了立法。

#### (二) 垄断协议组织帮助行为条款的特色

作为2022年《反垄断法》修法的一大亮点,第19条垄断协议组织帮助行为条款旨在禁止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的行为。该条款具有如下特色:(1)本条规定的“组织帮助者”,限定适用于经营者,非经营者实施的组织帮助行为无法适用本条规定。鉴于此限定,如果非经营者为行业协会,可依据第21条行业协会组织行为进行规制;但如果非行业协会型团队组织,依据现行的垄断协议条款框架则无法进行规制。(2)本条所称的“帮助”,限定为“实质性帮助”。《反垄断法》第19条对帮助行为的作用大小进行了区别对待,明确了仅将对垄断协议达成起直接促进作用的帮助行为纳入反垄断法规制,而将对垄断协议的达成起作用较小的帮助行为排除在外。(3)组织者、帮助者不是垄断协议的协议方,垄断协议未对其设定“限制竞争性经营活动的义务”。若组织者、帮助者参与垄断协议的达成、实施,可依据《反垄断法》第17条“横向协

[8] 焦海涛:《反垄断法上轴辐协议的法律性质》,载《中国社会科学院研究生院学报》2020年第1期,第26页。

议条款”或第18条“纵向协议条款”对其进行规制。反之,则依据本条进行规制。(4)本条涉及的组织帮助成立的垄断行为限定为“垄断协议”行为。其一,被帮助行为被限定为“垄断协议”,若被组织帮助他人实施共同市场支配地位的滥用行为,则不得适用。其二,本条所称的垄断协议,特指《反垄断法》第16条规定的“排除、限制竞争的协议、决议或其他协同行为”,即“被组织、帮助的垄断协议”包括《反垄断法》第17条规定的“横向协议”和第18条规定的“纵向协议”。

## 二、范畴厘定:组织帮助行为条款的适用主体

### (一) 现行法律适用的主体范畴及存在问题

2022年修订后的《反垄断法》垄断协议一章设置6条,其中有4条是有关垄断协议适用范围的规定,即第17条横向垄断协议条款适用于参与垄断协议缔结的竞争者;第18条纵向垄断协议条款适用于参与协议缔结的交易者;第19条经营者组织帮助行为条款适用于未参与垄断协议缔结,但提供组织帮助的经营者;第21条行业协会组织行为条款则适用于行业协会的组织行为。从上述规定看,现行垄断协议条款分两个类型进行了规定:第17、18条明确了垄断协议的基本类型,适用于达成垄断协议的经营者;第19、21条适用于垄断协议的组织者、帮助者。从主体角度来看,现行规定似乎周延地涵盖了各类情形(缔结者和组织者、帮助者)、各类主体(竞争者、交易者、经营者和行业协会)。但是,在组织帮助行为条款部分,如果结合我国社会团体和行政垄断的现行法律规定就会发现,修订后的组织帮助行为条款体系并不周延(参见表1)。

表1 我国垄断协议条款的类别及法律适用情况

行为类型		适用主体	行为性质	违法依据	责任依据	
横向垄断协议		竞争者	达成实施垄断协议	第17条	第56条1款	
纵向垄断协议		交易者	达成实施垄断协议	第18条	第56条1款	
经营者组织帮助行为		经营者	组织帮助未参与缔结实施	第19条	第56条2款	
社会团体组织帮助行为	行业协会	行业协会	组织未参与缔结实施	第21条	第56条4款	
	非行业协会型社会团体	商会等合法团体	合法的社会团体	组织帮助	无依据	无依据
		民间团队	未登记注册民间团体	组织帮助	无依据	无依据
行政机关、授权组织等组织帮助行为无法认定为变相强制的组织、帮助行为		强制或变相强制行为	行政机关等	强制	第44条	第55条
		行政机关等	组织帮助	无依据	无依据	

根据我国《反垄断法》的条款框架,第19条组织帮助行为的主体被限定为经营者。非经营者组织帮助其他经营者实施垄断协议行为,则不能适用第19条。在该种非经营者组织帮助情形下,如果

实施组织帮助的非经营者是行业协会的,那么可依据《反垄断法》第21条和第56条第4款“行业协会组织行为条款”规制。但是,如果实施主体不是行业协会型的团体组织,那么依据第19、21条均无法进行追责。当实施主体是行政机关或法律法规授权的具有公共事务管理职能的组织时,如果该行为无法认定为变相强制,那么该类组织帮助行为既无法适用第19条垄断协议组织帮助行为条款进行追责,<sup>[9]</sup>也无法适用第44条行政垄断条款进行规制。由此可见,我国《反垄断法》虽然在第21条行业协会组织行为条款的基础上新增了第19条经营者组织帮助行为条款,但现行垄断协议组织帮助行为条款体系仍不能涵盖涉嫌违法的全部组织帮助行为。

## (二)体系重塑与各条款范畴厘定的原则

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。由此,组织帮助行为条款的厘定应当遵循体系化思维,按照统一性、周延性、区分性原则确定科学的范畴和体系。

1. 统一性原则,即要求垄断协议类型化条款的根本属性和定位应当具有统一性。垄断协议的一般概念与类型序列共同构成调整垄断协议行为的两大规范基础。<sup>[10]</sup>一般概念确定适用于整体制度的抽象基本问题,我国《反垄断法》第16条即属于垄断协议的一般概念条款。垄断协议的类型化条款则搭建更为具体的行为模型。在我国,垄断协议的类型化条款由第17条横向垄断协议条款、第18条纵向垄断协议条款、第19条经营者组织帮助行为条款、第21条行业协会组织行为条款构成。垄断协议条款的统一性原则要求垄断协议的类型化条款就一般概念所确定的基本问题应当具有统一性,以垄断协议法律制度的基本属性和立场为主干,各类型条款以统一的主干为纽带,共同构筑一体化的垄断协议条款体系。也就是说,类型化条款的根本属性应当具有统一性,<sup>[11]</sup>即垄断协议的类型化条款在本质上均应当是调整与合谋排除、限制竞争行为有关的行为,而非滥用市场支配地位行为或非法的经营集中行为。

2. 周延性原则,即要求垄断协议类型化条款的总和应当涵盖垄断协议制度的全部范畴。《反垄断法》第16条规定的垄断协议的一般概念,在内涵上揭示了垄断协议的行为本质,在外延上明确了垄断协议制度的范畴,该范畴进一步具体为类型化条款。只有不同垄断协议条款的范畴总和等于垄断协议制度的范畴,才能确保市场经济中各类主体涉嫌垄断协议的各项违法行为均可纳入《反垄断法》进行制裁。若以数学工具S来表达垄断协议制度的范畴,则该范畴可以表述为下述有限集合:有且仅有数个可确定的条款ABCD作为元素,上述元素周延地涵盖垄断协议这一集合。但是,正如前文所分析,我国垄断协议的上述4个条款并不能涵盖垄断协议的全部范畴。在现行垄断协议类型化条款下,非行业协会型社会团队、行政机关等的组织帮助行为仍不被纳入反垄断法予以调整。鉴于此,在兼顾垄断协议条款体系整体周延性下的前提下,我们需要厘定组织帮助行为条款自身的合理范畴。

3. 区分性原则,即要求垄断协议的类型化条款之间应当相互独立。相互区分是形成不同类型化条款的基础前提之一。而作为法律规范的条款区分性原则主要体现在两个方面:(1)体现在逻辑上的相互独立,即同一范畴下的垄断协议类型条款相互独立。实现类型化条款间的相互独立,关键在于选

[9] 行政机关或者法律法规授权的具有公共事务管理职能的组织,如果实施的组织行为具有变相强制属性,那么可依据《反垄断法》第44条进行规制。

[10] 参见郝俊淇:《论我国垄断性协议类型序列的立法完善》,载《中国政法大学学报》2022年第1期,第203页。

[11] 比如,《刑法》的主犯、从犯、胁从犯及教唆犯,其属性均为两人以上共同参与实施犯罪行为构成要件情形下的共犯;再如,《民法典》规定的共同侵权、帮助教唆侵权、共同危险行为等,其属性均为区别于单独侵权的多数人侵权行为。

取科学的区分标准。周延性原则和区分性原则的实现均需依托合理的逻辑标准,对垄断协议条款进行科学分类。如我国《民法典》中的多数人侵权制度通过逐层推进体现条款设置的周延性和可区分性。在多数人侵权制度中,首先根据主体的侵权行为与结果是否形成整体性因果关系,将多数人侵权的第一层次划分为共同侵权与分别侵权;<sup>[12]</sup>其次在共同侵权范畴内进行了第二层次划分——共同实施侵权、教唆帮助侵权、共同危险行为。<sup>[13]</sup>从方法论角度看,逻辑上按照“是”与“否”的区分方式将基本范畴层层划分与细化,最终形成的具体条款才能够周延地涵摄所有问题。(2)体现在具体适用中的交叉协调。第17、18、21条互不交叉,是较为理想的独立关系。事实上,虽然条款作为逻辑上的纯粹类型,通常彼此独立,但是在涵摄多样案件事实的过程中难免交叉。简言之,原则上条款之间相互独立,例外情况下发生竞合关系,此时则需要确定明确的交叉适用规则。一方面,要跨越条款的框架整体分析;另一方面,要确定条款重叠部分的适用次序等。

综上,垄断协议条款在一般概念的属性及立场的指引下,外部整合达到共同周延,内部区分达到独立协调,而组织帮助行为条款的范畴厘定应当立足于上述体系,遵循上述原则。

### (三)组织帮助行为条款体系的重塑

如前所述,修订后的《反垄断法》仅可以对经营者组织帮助垄断协议达成的行为和行业协会的组织行为进行规制,而非行业协会型社会团体的组织帮助行为、行政机关及法律法规授权组织的组织帮助行为仍无法调整。对此,应在遵循统一性、周延性、区分性原则的基础上,重新厘定垄断协议组织帮助行为条款体系。

#### 1. “经营者团体”组织帮助行为的解决路径

在现行垄断协议组织帮助行为条款框架下,若实施组织行为的社会团体是行业协会,可依据《反垄断法》第21条和第56条第4款有关行业协会组织行为条款进行认定和追责。但是,若组织帮助者不是行业协会型的团体组织,因现行法律没有设置相应条款,故无法对该类组织帮助主体进行认定和追责。实践中,组织经营者达成垄断协议的团体组织并不限于“经民政部门登记注册、取得法人资格的行业协会”,某些行业的经营者自发成立的自治性团体,其进行自律性管理,但未登记注册、未取得法人资格的情形也较为常见,它们也会为谋求行业成员的共同非法利益,组织成员经营者实施联合限制竞争的同谋行为。除此之外,一些合法登记注册的团体组织,如商会,也会组织商会成员实施垄断协议。<sup>[14]</sup>对于上述两种类型的团体组织,《反垄断法》均无法纳入调整。

鉴于此,应当重新调整《反垄断法》垄断协议组织帮助行为条款的框架体系,具体选择路径有二:一是修订《反垄断法》第19条“经营者组织帮助行为条款”,将该条款的适用主体由经营者扩展为经营者和非行业协会型团体组织。这样一来,行业协会组织垄断协议的达成依据《反垄断法》第21条“行业协会组织行为条款”予以规制,经营者和非行业协会型团体组织的组织帮助行为依据《反垄断法》第19条“组织帮助行为条款”予以规制。另一种是修订《反垄断法》第21条“行业协会组织行为条款”,将该条的适用主体由行业协会调整为“经营者团体”。这样行业协会、商会及未登记注册的民间经营者团体均可纳入反垄断法调整。竞争法规制团体组织的目的,不在于对团体组织的一般性管理,而在于防范、制裁其组织市场主体实施联合限制市场竞争秩序的行为。若只将团体组织的范畴限于行业

[12] 参见张平华:《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》,载《东南学术》2020年第5期,第38页。

[13] 参见邵和平:《多数人侵权行为及责任的立法演进与司法适用》,载《河北法学》2015年第3期,第119页。

[14] 参见孙炜:《日本行业协会立法发展演进过程及其借鉴》,载《价格理论与实践》2021年第5期,第76页。

协会,势必导致团体组织的规制范畴过窄:一是将商会等非行业自治性组织排除在反垄断法的适用之外;二是若因我国《社会团体登记管理条例》规定,就要求反垄断法调整的社会团体也应具备法人条件,将行业自治性组织限定为经过登记注册、取得法人资格的行业协会,势必导致一些未经国家机关登记注册、尚未取得法人地位的民间性行业自治性组织无法纳入反垄断法规制,使该类主体实施的排除、限制竞争的行为逃脱法律制裁。建议从我国反垄断法的价值目标出发,将《反垄断法》第21条“行业协会”的主体表述修改为“经营者团体”,只要团体组织实施限制成员进行竞争性经营活动的行为,均可纳入反垄断法的调整范围。

比较上述两种修订方案,第二种方案根据实施主体标准,将组织帮助行为首先划分为经营者的组织帮助行为和经营者团体的组织帮助行为,其次在经营者团体内部划分为行业自治性团体(法人型的行业协会、非法人型的民间协会)的组织帮助行为和非行业自治性团体的组织帮助行为。这种修订方案在逻辑上更为科学和合理。基于此,我们可在反垄断法中将团体组织限制竞争行为的主体由“行业协会”调整为“经营者团体”,并明确经营者团体包括行业自治团体和非行业自治团体。行业自治团体包括法人型的行业协会和非法人型的行业自治团体,从而在根本上解决组织帮助行为条款框架体系不周延的问题。

## 2. 行政机关等组织帮助行为的解决路径

当国家行政机关或者法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织实施的组织帮助垄断协议达成的行为,在实践中仍然存在一定的法律适用难题。虽然《反垄断法》第44条规定了“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,强制或者变相强制经营者从事本法规定的垄断行为”,但是该条的适用范围仅限于公权力机关强制或变相强制经营者从事垄断行为的情形。而行政机关“组织”“帮助”经营者达成垄断协议时通常并不属于强制或变相强制经营者的情形。<sup>[15]</sup>因此,在行政机关或法律、法规授权的具有公共事务管理职能的组织,“组织”“帮助”其他经营者达成垄断协议时,若不具备变相强制经营者从事垄断行为的特性,则既无法援引《反垄断法》第44条行政垄断条款进行规制,更无法援引第19条经营者组织帮助行为条款进行规制。为此,建议我国《反垄断法》增加对该类主体组织帮助行为的规制条款,具体可在行政垄断条款中,在“强制行为”的基础上,增加“组织”“帮助”的行为情形。将该条修订为“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,组织、强制、帮助经营者从事本法规定的垄断行为”。

综上,我国在垄断协议类型化条款的重塑中,通过厘定、遵循科学合理的逻辑标准,实现垄断协议类型化条款的周延。具体而言,首先,我国可以行为作用为标准,将垄断协议划分为达成(实施)垄断协议行为和垄断协议的组织帮助行为。前者适用于垄断协议的缔结者(实施者),《反垄断法》第17条横向垄断协议条款和第18条纵向垄断协议条款即当定位为此种情形;后者适用于未参与垄断协议缔结的组织者、帮助者。其次,在组织帮助行为层面,根据实施主体再划分为经营者的组织帮助行为、经营者团体的组织帮助行为<sup>[16]</sup>和行政机关及法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织实施的组织帮助行为;经营者团体的组织帮助行为包括行业自治团体(行业协会和未登记注册的民间行业自治团体)和非行业自治团体的组织帮助行为,从而保障垄断协议的类型化条款可以涵摄市场经济中各类

[15] 参见许身健:《行政性垄断的概念构造及立法完善——基于〈反垄断法(修正草案)〉的分析》,载《行政法学研究》2022年第3期,第110页。

[16] 现行规定划分为行业协会的组织行为,而非社会团体的组织行为,故不周延。



涉嫌违法的通谋行为(参见表 2)。

表 2 行业协会组织帮助行为条款体系

行为类型		违法依据	责任依据
经营者		第 19 条	第 56 条 2 款
经营者 团体	行业自治团体	修订第 21 条	修订第 56 条 4 款
	行业协会		
	未登记注册的民间行业自治团体		
商会等非行业自治团体			
行政机关、授权组织等组织帮助行为		修订第 44 条	修订第 55 条

### 三、行为界定:组织帮助行为的认定要件

垄断协议组织帮助行为涉及“双层”复合结构,一层结构为组织帮助关系,另一层结构为被组织帮助形成的垄断协议关系。与一般垄断行为认定不同的是,组织帮助行为无法单独对反垄断法保护的法益造成侵害,需要借助被组织帮助达成的垄断协议方可侵害相关法益。由此,组织帮助行为的违法认定要件除了考虑组织帮助行为本身外,还需考虑组织帮助行为引致的垄断协议行为。具体来看,组织帮助行为的认定应把握好以下几方面要件。

#### (一)组织帮助行为的行为要件

##### 1. 组织帮助行为的作用对象:垄断协议的达成或实施

《反垄断法》第 19 条和《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第 17 条将组织帮助行为的作用对象表述为垄断协议“达成”,而《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第 17 条第 3 款在界定实质性帮助时,又将其作用对象表述为垄断协议“达成或者实施”,条款间出现了具体表述上的一致,而且规定亦不周延。

组织帮助行为介入垄断协议,产生推动垄断协议后果的阶段,并不限于垄断协议的达成阶段,还包括垄断协议的实施阶段,组织帮助行为在这两个环节都可能产生严重的市场危害性。其中,组织帮助行为如果介入垄断协议的达成阶段,那么可能直接催生垄断协议违法行为的发生;组织帮助行为如果介入垄断协议的实施阶段,那么可能催生排除、限制相关市场危害后果的出现。在垄断协议达成后,组织者组织垄断协议的协议方实施垄断协议,或者帮助者为通谋者提供垄断协议有效实施的算法工具,或者为通谋者提供监督垄断协议实施的监测工具,都会助推垄断协议得以实施,导致排除、限制市场竞争危害结果的出现或扩大。因而,将组织帮助行为的作用对象设定为垄断协议的“达成或者实施”更为周延。未来可在《反垄断法》和《禁止垄断协议规定》中将组织行为的作用对象统一表述为“组织其他经营者达成或者实施垄断协议”;将帮助行为的作用对象统一表述为“为垄断协议的达成或实施提供实质性帮助”。

##### 2. 组织行为的认定

组织行为是指行为人实施了组建、发起、策划、召集等对垄断协议达成起到决定性、支配性作用的行为。在市场经济活动中,行为人之所以有能力组织经营者实施垄断行为,往往缘于组织者与被组织者之间存在支配关系。在竞争法领域该种支配关系主要体现为以下两种形式:一种为组织者与被组织者之间存在交易关系,即交易上的支配关系。例如,组织者借由与下游销售商或上游供应商之间的

交易关系,对被组织者产生一定的支配性,被组织者对组织者存在一定的依赖性,进而组织者组织自己的交易相对人之间达成横向垄断协议。另一种为组织者与被组织者之间或者组织者与被组织者的交易相对人之间存在领导或管理关系,即管理上的支配关系。例如,前述“安徽信雅达等三家密码器企业垄断协议案”中,<sup>[17]</sup>人民银行合肥中心支行借由对该地区商业银行的管理关系,组织该地区商业银行的交易相对方——密码器生产企业实施市场分割等垄断协议行为。

对于组织行为的表现形式,我国《反垄断法》未作规定,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第17条规定了以下两种情形:(1)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;(2)经营者与多个交易相对人签订协议,故意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信息交流,达成《反垄断法》禁止的垄断协议。后者细化了组织行为的表现方式,有一定的进步性,未来还可尝试从以下方面进一步细化垄断协议组织行为的表现方式。

一是组建行为,即把分散的个人联系起来,按照一定的形式建立起稳定的“组织结构”,实施共谋行为。典型的轴辐协议即属于此种情形,轴心经营者通过与每个辐条经营者签订纵向垄断协议(如独家代理协议)或一般纵向协议,将下游或上游具有竞争关系的经营者联系起来,形成稳定的“轴辐”共同体组织,达到实施垄断协议行为。《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》列举的第二种情形即属于该种类型。

二是策划、指挥行为。策划是指制定垄断协议方案、实施方法等行为。其中,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》列举的第一种情形——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,即属于该种类型。指挥行为,即要求其他经营者按照通谋方案予以实施的行为。<sup>[18]</sup>一般情况下,在策划行为中,行为人须对垄断协议的主要要素予以确定。在“美国苹果电子书 iBook 案”中,<sup>[19]</sup>苹果公司通过最惠国条款,并通过为在自己 iBook 平台进行交易的相对方设置电子书“代理销售”的新模式,组织图书出版商之间达成合谋。

三是发起、召集行为。即行为人提出垄断协议的动议并召集其他经营者商定垄断协议的行为。该种行为与策划行为不同,指挥、策划行为一般表现为行为人确定垄断协议的实施主体、通谋内容、实施方法等主要内容,而发起、召集行为中,行为人仅是将经营者组织起来,并不确定垄断协议的具体内容,该内容仍由参与垄断协议缔结的经营者共同商定。

### 3. 实质性帮助行为的认定

帮助行为是指对垄断协议达成具有支持、促进作用的行为。我国《反垄断法》第19条将帮助行为限定为实质性帮助,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第17条对实质性帮助进行了界定。另外,在我国相关的法律中也有对帮助行为的规定,如《民法典》规定的帮助侵权、《刑法》规定的帮助犯等。相较于组织行为,帮助行为对垄断协议的达成作用较小,认定时需考虑的因素较多。对于《反垄断法》明确限定的实质性帮助,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第17条将其界定为经营者对垄断协议达成或者实施提供支持,与排除、限制竞争具有因果关系且作用显著的行为,从帮助内容(提供支持)和作用程度(与排除、限制竞争具有因果关系且作用显著)两个方面对帮助行为加以明确,虽有一定的进

[17] 参见“安徽信雅达等三家密码器企业垄断协议案”,国家市场监督管理总局竞争执法公告2016年第9号, [https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/xzcf/202204/t20220424\\_342048.html](https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/xzcf/202204/t20220424_342048.html), 2022年10月20日访问。

[18] 参见赵辉:《组织犯及其相关问题研究》,法律出版社2007年版,第73页。

[19] See *United States v. Apple Inc.*, 952 F. Supp. 2d638(S. D. N. Y. 2013).

步性,但仍需把握好如下方面的问题。

其一,在帮助行为的程度定性方面,明确“实质性”的内涵。“实质性”是指当事人的帮助行为与侵权行为须有直接因果关系。<sup>[20]</sup>在垄断协议案件中,即要求帮助行为与垄断协议存在直接的因果关系,具有直接关联,而不是间接关联。帮助行为只有直接支持了垄断协议行为,如推进了垄断协议达成的进程、扩大了垄断协议的危害后果时才属于“实质性帮助”。反之,如果与垄断协议的达成仅是间接关联,作用较小的,那么不应认定为实质性帮助。

其二,在帮助行为的内容方面,明确包含物理方面的帮助与心理方面的帮助两种情形。<sup>[21]</sup>其中,物理方面的帮助,主要是指提供物质、人力方面的支持,如为垄断协议达成提供场所、技术、资金以及进行通谋的算法工具、信息等物质上的支持,或者为垄断协议达成者提供技术人员方面的支持。心理方面的帮助,主要是指在主观上对他人实施垄断协议行为进行劝导。对此,可在《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第17条有关实质性帮助的规定中增加帮助内容的明确规定。

其三,在帮助行为的方式方面,明确帮助行为包括积极的作为和消极的不作为两种方式。一般情况下,帮助行为体现为积极的作为方式,即帮助者为其他经营者达成或实施垄断协议提供技术、资金、场所等支持。但是,在法律规定的情形下,如果帮助者负有积极的作为义务而怠于履行作为义务,且存在帮助垄断协议达成的故意,则该种消极的不作为行为也构成帮助行为。<sup>[22]</sup>

## (二)主观要件:行为人具有主观故意

### 1. 主观故意的范畴

反垄断法规制组织帮助行为,旨在惩戒违法行为人组织帮助他人实施垄断行为的主观恶性,故垄断协议组织帮助行为的认定,应以行为人的主观过错为前提。但是,对于组织行为与帮助行为的故意范畴是否相同,两者是否均包括直接故意和间接故意,尚需进一步探明。

其一,组织行为的主观故意,应以直接故意为限更为适宜。因为,组织行为是一种有目的的活动,指挥、策划他人实施垄断协议是一种基于积极目的而实施的行为。由此,垄断协议的组织行为应以故意为限,且只能限于直接故意。因为在组织行为中,行为人对垄断协议的达成或者实施,是持积极追求的目的态度,而非持听之任之垄断协议发生的心理态度,所以组织他人实施垄断协议行为的主观要件,应当限定为直接故意。

其二,帮助行为的主观故意,除包括直接故意外,还可能包括间接故意。按照帮助侵权的一般理论,帮助侵权人的主观过错应以故意为限。<sup>[23]</sup>此处需要注意的是,帮助行为与组织行为的主观要件,虽均以行为人故意为主观要件,但两者具有一定的差异性。因为组织行为是一种有目的的指挥、策划活动,所以行为人应以具有直接故意为限。而帮助行为则不同,其是对垄断协议达成具有支持、促进作用的行为。行为人明知自己的行为是在帮助其他经营者达成或实施垄断协议而积极推动可以构成,行为人若知道自己的行为会促成其他经营者达成或实施垄断协议而持放任的主观状态也可以构成,是故,帮助行为的主观故意,除了行为人具有直接故意外,间接故意也可能构成。例如,原料药经营者明知自己与下游销售商签订了相同内容或相互配合内容的协议,有助于销售商固定价格或进行市场分割,仍进行该行为。对于帮助行为,只要帮助者具有帮助的主观故意,无论直接故意还是间接故意,

[20] 参见刘家瑞:《论版权间接责任中的帮助侵权》,载《知识产权》2018年第6期,第37页。

[21] 参见陈兴良:《论中立的帮助行为》,载《东方法学》2022年第4期,第133页。

[22] 参见霍俊阁:《网络直播平台帮助犯罪行为的处罚边界》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2021年第2期,第146页。

[23] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第365页。

均可能构成违法。若经营者对其他经营者达成合谋的状况并不知情,或者在被胁迫的情况下被动提供帮助,此种情况下帮助者可以免责。另外,需注意的是,与共同加害行为不同,帮助侵权是一种拟制的共同侵权行为,在主观方面并不要求帮助人与实际侵权人存在意思联络,<sup>[24]</sup>即帮助行为的主观要件并不以垄断协议缔结者知晓该帮助为条件,<sup>[25]</sup>也就是说,垄断协议缔结者不知晓帮助人提供了帮助并不影响帮助行为的认定。

## 2. 主观故意的认定

在我国法律中主观故意表述为“知道”或“应知”,在域外一些国家,侵权法将其界定为“明知”(know)、“有理由知道”(have reason to know)和“应知”(should know),<sup>[26]</sup>其中,“明知”和“有理由知道”属于我国规定的知道范畴。在我国反垄断执法中,对主观故意的认定应当注意把握好以下几个方面的问题。

“知道”包含明知和有理由知道两个方面。其中,“明知”是指当事人在主观上知晓自己的行为是在组织或帮助其他经营者达成或实施垄断协议行为。其在证明行为人知悉方面的作用最大,但是需要执法机关或民事诉讼请求权人对行为人的主观状态进行证明,所以难度最大。“有理由知道”属于推定的知道,即根据一定的事实,推定具有平均智力水平的一般理性人,能够认识到自己的行为是在组织或帮助其他经营者达成或实施垄断协议。与“明知”是一种纯粹的主观判断标准相比,“有理由知道”是从行为人的认知角度考虑,属于一种客观的判断标准,可在一定程度上减轻执法机关及受害方的证明责任。

“应知”是指行为人应当知道,即行为人负有某种义务,应当认识到自己的行为是在组织或帮助其他经营者达成或实施垄断协议行为。该义务的判断须以法律或惯例为准。例如,平台企业对平台内经营者使用的算法具有监督、审核的义务,若平台内经营者利用相同的算法达成共谋,即可推定平台经营者应知。“应知”不同于“有理由知道”,其以行为人负有某种义务为前提;而“知道”并不要求行为人负有义务,仅要求当事人对相关信息进行正常思维推理。如果法律上规定行为人负有某种义务,才可推定其知悉。<sup>[27]</sup>在帮助行为的主观故意证明方面,“明知”为主观判断标准,证明最难;“有理由知道”和“应知”为客观判断标准,“应知”的证明最为简单,但须以行为人承担义务为前提,故“应知”在实践中的适用范围相对较窄。

### (三) 结果要件:组织帮助行为导致排除、限制竞争的结果或危险出现,且与之具有因果关系

在组织帮助行为结果要件的认定中,需重点明确两个问题:一是组织帮助行为引发的结果是什么?二是组织帮助行为与其结果之间存在怎样的因果关系?

#### 1. 组织帮助行为的结果是什么

在判定结果要件时,首先要判断结果是什么,即组织帮助行为导致了什么样的结果,与什么样的结果具有因果关系。组织帮助行为引发的结果到底是什么,学界一直存在争议。一些学者主张为引发违法行为发生;一些学者则认为单纯引发违法行为并不构成,还需使违法行为产生危害结果。在我国民法学和刑法学领域,立法上将其界定为“违法行为结果的出现”。如民法学领域要求帮助行为需

[24] 参见朱冬:《网络服务提供者间接侵权责任的移植与变异》,载《中外法学》2019年第5期,第1342页。

[25] 参见夏勇、罗立新:《论非共犯的帮助犯》,载《法学杂志》2000年第3期,第31页。

[26] 参见刘家瑞:《论版权间接责任中的帮助侵权》,载《知识产权》2018年第6期,第36页。

[27] 参见王迁:《网络环境中的著作权保护研究》,法律出版社2011年版,第282页。

要与受损害的法益具有因果关系；<sup>[28]</sup>刑法学领域要求帮助行为与法益侵害结果具有因果关系。<sup>[29]</sup>在竞争法领域，对于垄断协议组织帮助行为的结果要件，我国反垄断法没有明确规定，学界也尚未展开相关研究。《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第17条将结果要件规定为“帮助行为与排除、限制竞争具有因果关系”，该规定在适用中需要把握好以下几方面的特殊性。

其一，组织帮助行为属于间接侵害“市场竞争秩序”，与“排除、限制竞争”具有间接因果关系。按照因果关系论，从法律保护的法益目标出发，纳入法律处罚的行为必然与法益侵害具有关联性，该种关联性在不法行为构成要件方面体现为因果关系。与直接侵权不同，垄断协议的组织帮助行为无法单独构成对反垄断法保护法益“市场竞争秩序”的侵害，而需借助被组织帮助的垄断协议行为才能实现对相关法益的侵害。从直接关联关系看，组织帮助行为的结果在于促成垄断协议的达成或实施，组织帮助行为与垄断协议的达成或实施之间具有直接因果关系。同时，垄断协议的达成或实施引发了排除、限制市场竞争的损害后果或危险，故组织帮助行为属于间接引发了反垄断法保护法益的损害，在此层面“组织帮助行为与垄断协议引发的排除、限制竞争后果具有因果关系”。

其二，在组织帮助行为发挥作用的垄断协议达成或实施的两个环节，组织帮助行为引发的结果各有不同。垄断协议的认定规则与一般侵权行为或犯罪行为有所不同，在反垄断法领域，垄断协议的成立并不以垄断协议的实施为要件，只要垄断协议（通谋合意）达成即可认定违法。对此，我国《反垄断法》第56条第1款也配套规定了经营者达成垄断协议但尚未实施的，可以处三百万元以下的罚款。只要经营者达成垄断协议，即便其未实施，仍需要追责。这是因为垄断协议的实施主体在市场中多具有强大的经济力，尤其是横向垄断协议，更是市场中竞争者之间的通谋。竞争者之间达成的垄断协议一旦实施，势必对相关市场带来极大的破坏力。对于该种严重危害市场竞争秩序的违法行为，法律不会等到该协议引发无法挽回的严重后果时才对其予以规制，因而，垄断协议的成立并不以协议的实施、危害后果的出现为要件，只要垄断协议达成，存在排除、限制竞争的风险即可认定其违法并予以制裁。<sup>[30]</sup>由此，在组织帮助行为引发垄断协议达成的情形下，组织帮助行为引发的结果为“排除、限制竞争危险的出现”。在组织帮助行为仅是促进垄断协议发生的情况下，不能采取传统理论，认为组织帮助行为与法益受损的结果，即排除、限制竞争的结果具有因果关系。垄断协议的成立要件不同于一般侵权行为，如果在反垄断法领域也仿照传统理论，将组织帮助行为的结果限定为“排除、限制竞争结果的出现”，势必使那些确实存在主观故意，组织帮助他人达成了垄断协议的违法行为，因垄断协议尚未实施或未来得及实施而欠缺“排除、限制竞争后果出现”的要件，导致逃脱法律制裁。如果严格地要求实际损害后果的发生，那么对于该种情形，反垄断法只能放任其至实施阶段，出现无法挽回的排除、限制竞争严重后果时才可介入。该种判断方法和严重后果必然与竞争法抑制垄断、维护竞争秩序的价值目标及反垄断法预防和制止垄断行为的功能定位不相符合。由此，在组织帮助他人达成垄断协议的情形下，组织帮助行为引发的结果不是“排除、限制市场竞争结果的出现”，而应是“排除、限制竞争危险的出现”。另外，在组织帮助行为引发垄断协议实施的情形下，组织帮助行为引发的结果则为“排除、限制竞争结果的出现”。

综上，将垄断协议组织帮助行为的结果界定为“排除、限制竞争结果或存在排除、限制竞争的危

[28] 参见姬新江：《论教唆、帮助行为——以〈侵权责任法〉为视角》，载《河北法学》2013年第6期，第90页。

[29] 参见蔡桂生：《论帮助犯的要件及其归属》，载《北大法律评论》2015年第16卷第2辑，第22页。

[30] 参见郝俊淇：《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》，载《法律适用（司法案例）》2018年第2期，第36-37页。

险”更为准确。依据该要件规则,如果组织帮助其他经营者达成垄断协议,那么组织帮助行为与达成的垄断协议具有直接因果关系,与“可能产生的排除、限制市场竞争的危险”具有间接因果关系;如果组织帮助其他经营者实施垄断协议,那么组织帮助行为与垄断协议实施具有直接因果关系,与“出现的排除、限制竞争结果”具有间接因果关系。如此,在逻辑上既符合帮助行为引发的结果要件,在执法中也不会导致反垄断法适用过窄的困境,在法益维护上更符合反垄断法的功能目标。

## 2. 组织帮助行为与垄断协议达成的是何种因果关系

对于组织帮助行为与侵权行为的因果关系判断,我国学界主要存在“条件关系说”和“促进关系说”两种观点。<sup>[31]</sup>依据条件关系说,组织帮助行为应是侵权行为成立的条件,没有组织帮助行为,侵权行为就无法达成或实施。依据促进关系说,组织帮助行为促进了侵权行为的达成或实施。在我国反垄断法领域,学界尚未对组织帮助行为与垄断协议达成或实施的因果关系应当采取何种学说予以探讨,笔者认为我国宜采取“促进关系说”。因为依据条件关系说,组织帮助行为只有属于垄断协议达成或实施的条件,方可认定两者之间具有因果关系,这会导致对组织帮助行为的认定过于严苛,《反垄断法》第19条的适用范围过窄。例如,为他人提供共谋场所,则可能因欠缺条件因果关系,而无法予以追责。相反,采用促进关系说,则不以组织帮助行为是垄断协议达成或实施的条件为标准,只要组织帮助行为促进了垄断协议的达成或实施,均可予以追责,这样有助于制裁组织帮助行为,防范垄断协议的达成或实施。在“促进关系说”下,垄断协议达成或实施不是组织帮助行为认定的必要条件,组织帮助行为的作用程度仅是促进垄断协议达成或实施,而不能扩大为组织帮助行为是垄断协议达成或实施的必要要件。当事人不得通过证明即使没有组织帮助行为,垄断协议也会成立来免除其帮助行为责任。

## 四、组织帮助行为条款与其他条款的衔接适用

组织帮助型垄断协议涉及组织帮助和垄断协议达成双层关系。在该类垄断协议案件中,法律条款的适用情况较为复杂,还需做好与其他条款的衔接适用工作。

### (一) 横向垄断协议达成情形下的组织帮助行为的认定

一是组织帮助他人达成横向垄断协议,且组织帮助者与被组织帮助的垄断协议参与者之间存在纵向垄断协议,如组织帮助者是被组织帮助的垄断协议参与者的上游供货商或下游销售商。该种情形正是我们常说的经营者与多个交易相对人签订协议,故意使具有竞争关系的交易相对人通过该经营者进行意思联络或者信息交流,达成纵向与横向垄断协议交织的典型“轴辐协议”。<sup>[32]</sup>对于该种情形,参与被组织帮助垄断协议达成的经营者可以根据《反垄断法》第17条横向垄断协议条款进行规制。对组织帮助者,则有两种规制路径:第一是依据《反垄断法》第18条纵向垄断协议条款进行规制;第二是根据《反垄断法》第19条组织帮助行为条款进行规制。如果依据第18条进行规制,那么需要根据“组织帮助者”与每一个交易相对方签订的协议,就每一个纵向垄断协议分别加以判断,认定“组织帮助者”存在数个违法行为。相反,如果依据《反垄断法》第19条进行规制,那么可以将“组织帮助行为”认定为一个违法行为并加以规制。由是可见,第一种路径较为烦琐且无法实现一体化规制,

[31] 参见阎二鹏:《帮助犯因果关系:反思性检讨与教义学重塑》,载《政治与法律》2019年第2期,第130-131页。

[32] 参见郭传凯:《美国中心辐射型垄断协议认定经验之借鉴》,载《法学论坛》2016年第5期,第153页。

采取第二种路径更为高效、便捷与妥当。

二是组织帮助他人达成横向垄断协议,组织帮助者与被组织帮助的垄断协议参与者之间不存在纵向垄断协议关系,但存在纵向交易关系。在该种情形下,由于组织帮助者与垄断协议缔结者之间不存在纵向垄断协议,所以无法根据《反垄断法》第18条纵向垄断协议条款进行规制,只能依据第19条垄断协议组织帮助行为条款进行规制。参与被组织、帮助的垄断协议的其他经营者则根据《反垄断法》第17条横向垄断协议条款进行规制。

三是组织帮助其他经营者达成横向垄断协议,组织帮助者与被组织帮助的垄断协议参与者之间处于不同的交易阶段,但不具有纵向交易关系。轴辐协议中辐条与轴心之间的联结方式有多种,依托纵向协议形式只是最典型、最经典的一种,非纵向协议等其他联结方式也同样可以帮助横向经营者达成共谋。<sup>[33]</sup>在该种情形下,对被组织帮助垄断协议的参与者,依据《反垄断法》第17条横向垄断协议条款规制,而对于组织帮助者,与前述一情形一样,需要根据《反垄断法》第19条垄断协议组织帮助行为条款进行规制。

四是组织帮助他人达成横向垄断协议,且组织帮助者是与被组织帮助垄断协议的实施者位于同一交易阶段的竞争者。对于该种情形,从理论上,既可以将组织帮助者视为横向合谋的参与者,与其他参与经营者一起依据《反垄断法》第17条横向垄断协议条款进行规制,也可以单独对组织帮助者适用《反垄断法》第19条垄断协议组织帮助行为条款进行规制,由反垄断执法机关选择其一。

## (二)纵向垄断协议达成情形下的组织帮助行为的认定

经营者组织帮助他人达成横向垄断协议是一种典型的组织帮助行为,但在个别情况下,也可能存在经营者组织帮助其他经营者达成纵向垄断协议的情形,例如,商会组织所在地区具有较大经济力的企业仅向或优先向本省上游的原料供应商采购原材料,从而导致上游原料市场被排除、限制竞争。2022年《反垄断法》的修订没有像两个指南那样,将被帮助行为限定为横向垄断协议,而是宽泛性规定禁止经营者组织帮助其他经营者达成垄断协议,为规制组织帮助达成纵向垄断协议行为留有了空间,提供了法律依据。那么,在未来的反垄断执法中,对于该种情形,如果组织帮助者参与纵向垄断协议实施的,那么组织帮助者和垄断协议缔结者均可依《反垄断法》第18条进行规制;如果组织帮助者没有参与垄断协议实施,那么组织帮助者依该法第19条进行规制、垄断协议缔结者依该法第18条进行规制即可。

## (三)共同市场支配地位滥用情形下组织帮助行为的认定

《反垄断法》第二章垄断协议中组织帮助行为条款的适用,以被组织帮助的共同行为构成垄断协议为前提条件。但是,市场中的共同行为依托于掌握的证据,其既有可能构成垄断协议行为,也有可能构成共同市场支配地位滥用行为。由此,被组织帮助的共同行为可能存在垄断协议条款和共同市场支配地位滥用条款竞合或只能择一适用的情况。<sup>[34]</sup>在该种情形下,组织帮助行为的规制较为复杂。下文从帮助行为和组织行为两个角度展开分析讨论。

### 1. 帮助行为的认定

在帮助行为支持下达成的共同行为,在被帮助的共同行为的认定上可能存在“垄断协议条款”与“共同市场支配地位条款”的竞合选择适用或者只能择一适用的问题。对于该种情形,我们需分情况

[33] 参见郝俊淇:《论我国垄断性协议类型序列的立法完善》,载《中国政法大学学报》2022年第1期,第207页。

[34] 参见应品广:《共同市场支配地位的理论解构与制度调适》,载《社会科学》2022年第4期,第138页。

加以判断。

首先,如果被帮助情况下共同实施排除、限制市场竞争行为的经营者具有市场支配地位,且有证据证明实施共同行为的经营者之间存在意思联络,那么该种情形下被帮助的共同行为的认定存在“垄断协议条款”与“共同市场支配地位条款”竞合适用的问题。如果被帮助的共同行为被认定为共同市场支配地位滥用行为,那么帮助行为将无法依据《反垄断法》垄断协议一章中的第 19、21 条“组织帮助行为条款”进行追责;如果被帮助的共同行为被认定为垄断协议行为,那么帮助行为可以依据《反垄断法》第 19、21 条进行追责。所以,在此种情形下,反垄断执法机关选择适用垄断协议条款对共同行为人进行规制更为适宜,这样共同行为实施者和组织帮助者均可纳入反垄断法进行追责。

其次,如果被帮助情况下共同实施排除、限制市场竞争行为的经营者具有市场支配地位,但无证据证明实施共同行为的经营者之间具有意思联络,那么该种情形下被帮助的共同行为只能依据共同市场支配地位滥用条款进行规制。同时,帮助行为不能根据《反垄断法》第 19、21 条进行规制。

再次,如果被帮助情况下共同实施排除、限制市场竞争行为的经营者不具有市场支配地位,但有证据证明实施共同行为的经营者之间具有意思联络,那么该种情形下被帮助的共同行为仅可依据垄断协议条款进行规制。同时,帮助行为将根据《反垄断法》第 19、21 条进行规制。该种情形下共同行为实施者和帮助者均可以被追责。

最后,如果被帮助情况下共同实施排除、限制竞争行为的经营者不具有市场支配地位,且无证据证明实施共同行为的经营者之间存在意思联络,那么该种情形下被帮助的共同行为既无法依据共同市场支配地位滥用条款进行规制,也无法依据垄断协议条款进行规制,帮助行为也无法根据反垄断法予以规制。

## 2. 组织行为的认定

与帮助行为不同,组织其他经营者实施共同行为,引发“垄断协议条款”与“共同市场支配地位滥用条款”竞合适用的难题一般很少。这是因为行为人在组织多个经营者达成垄断协议的情况下,可依据组织者与每个垄断协议缔结者进行的联络,推定垄断协议缔结者之间通过组织者进行了间接的意思联络,从而根据协同行为认定被组织的垄断协议成立。也就是说,经营者在组织者组织下进行的共同行为,可通过间接意思联络的推定认定成立垄断协议行为。在该种情形下,原本举证困难的合意因为组织行为催生的间接意思联络而变得便捷可行。所以,在组织其他经营者实施共同行为的情况下,反垄断执法机关最优的方式是通过垄断协议条款将被组织的共同行为认定为违法,无须再考虑适用共同滥用市场支配地位的问题。并且,选择垄断协议条款规制的方式,使得共同行为和组织行为均可以得到有效规制。相反,如果选择共同市场支配地位滥用条款对共同行为进行规制,那么共同行为可以有效追责,但组织行为将无法获得法律制裁。

## 五、结语

为了实现各类市场主体实施的垄断协议组织帮助行为均能被纳入《反垄断法》进行规制,垄断协议组织帮助条款的体系设置和要件确定应当科学合理。一方面,从条款体系和范畴的厘定角度,垄断协议组织帮助行为的类型化条款应当遵循统一性、区分性、周延性原则,从而确保各类型化条款独立有别,类型化条款之间协调统一,类型化条款体系科学周延。对此,我国垄断协议条款的设置,首先在垄断协议组织帮助行为与其他垄断协议行为的外部区分层面,应以行为作用为标准,将垄断协议划分



为垄断协议的达成行为和垄断协议的组织帮助行为。前者适用于垄断协议的缔结者(实施者),后者适用于未参与垄断协议缔结的组织帮助者。其次在组织帮助行为内部划分层面,根据实施主体再划分为经营者的组织帮助行为、经营者团体的组织帮助行为和行政机关及法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织实施的组织帮助行为。其中,经营者团体的组织帮助行为包括行业自治团体(行业协会和未登记注册的民间行业自治团体)与非行业自治团体的组织帮助行为。另一方面,从行为要件界定角度,组织帮助行为的构成要件应当科学、量化,具有可操作性。垄断协议的组织行为在行为属性上应界定为对垄断协议达成起到决定性、支配性作用的行为;在外延上明确体现为组建、策划、指挥、发起、召集其他达成垄断协议等行为类型。垄断协议的帮助行为应当明确其主观上具有“明知或应知”的故意,行为上实施了对垄断协议达成或实施起到支持或促进作用的行为,后果方面导致了排除、限制竞争的结果或危险出现,且与之具有促进因果关系。另外,我国还应当建立组织帮助行为条款与横向垄断协议条款、纵向垄断协议条款和共同市场支配地位滥用条款的协调适用规则,从而保障反垄断法可以高效、便捷地威慑市场经济中各类涉嫌违法的通谋行为。

(责任编辑:谢 青)

---

**Abstract:** The revised Anti-Monopoly Act adds a new clause on organizing-assisted behavior of monopoly agreement to overcome the dilemma of the horizontal agreement and vertical agreement. However, the present rules still has some problems, such as narrow scope of application, unclear behavior requirements, and incomplete rules to coordinate with other clauses. Therefore, we should follow the principles of unification, comprehensive and differentiation to reshape the clause system to cover applicable subjects such as non-trade association operator groups and administrative organs; clarify that the object of organizing-assisted is the conclusion or implementation of a monopoly agreement, and that the subjective elements must be intentional, manifested in the form of formation, planning, directing, initiating, convening, etc., as well as substantive help, resulting in the consequence or danger of excluding or restricting competition, and that the conduct has a facilitating causal relationship with the result. Based on the value goal of efficient, convenient and effective accountability, a rule system is established to coordinate the application of the organizing-assisted behavior clause with common market dominance abuse clause, etc.

**Key Words:** monopoly agreement, hub and spoke conspiracy, organizing-assisted behavior, common behavior

---