

垄断协议与垄断条款的区分研究

姜梓枫

湘潭大学法学院, 湖南 湘潭

收稿日期: 2023年8月9日; 录用日期: 2023年8月17日; 发布日期: 2023年11月8日

摘要

我国反垄断法垄断协议制度借助《民法典》第153条原则性地对限制竞争协议的效力认定进行规定, 一般情况下垄断协议因具有限制竞争目的或效果, 产生扰乱市场公平竞争秩序的负面效应, 违反《反垄断法》效力性强制性规定, 当属无效民事法律行为, 然而在司法实践及学理研究中, 也存在协议因包含垄断条款而部分无效的情形。笔者通过考察垄断协议与垄断条款的区分必要性, 建议将垄断条款概念引入垄断协议制度框架下, 并分析垄断协议与垄断条款的识别要点, 以满足精细化立法的现代化法治要求。

关键词

垄断协议, 垄断条款, 协议效力

The Study on Distinction between Monopoly Agreements and Monopoly Clauses

Zifeng Jiang

Law School of Xiangtan University, Xiangtan Hunan

Received: Aug. 9th, 2023; accepted: Aug. 17th, 2023; published: Nov. 8th, 2023

Abstract

The provisions of monopoly agreements in China's *Anti-Monopoly Law* regulate, in principle, the effectiveness of agreements restricting competition under Article 153 of China's *Civil Code*. In general, due to the purpose or effect of restricting competition and the negative effect of disrupting the order of fair competition in the market, the monopoly agreements violate the mandatory provisions on effectiveness of the *Anti-Monopoly Law*, and therefore the monopoly agreements belong to invalid civil legal behavior. However, in judicial practice and theological studies, there are also cases where an agreement containing a monopoly clause is partially ineffective. By examining the necessity of distinguishing between monopoly agreements and monopoly clauses, I propose to in-

roduce the concept of monopoly clauses into the provisions of monopoly agreements. And I analyze the key points for identifying monopoly agreements and monopoly clauses in order to meet the requirements of the modern legal code with regard to precise legislation.

Keywords

Monopoly Agreements, Monopoly Clauses, Effectiveness of Agreements

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

相较于垄断协议，垄断条款并非既有成熟概念，在我国反垄断法律体系中，也未对垄断条款概念做出明文规定。然而在司法判决及学者研究中，隐含着垄断条款概念，即仅将协议部分条款认定为限制竞争行为，而非将协议整体认定为限制竞争行为，核心意义在于区分不同的效力认定。

关于垄断协议的效力，最高人民法院在台州驾校联营案中指出，《反垄断法》禁止垄断协议的规定原则上属于效力性强制性规定，垄断协议当属无效的民事法律行为¹。2012年发布的《最高人民法院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2012年规定)第15条规定：人民法院在审理案件过程中应对垄断协议做无效认定，而在2022年发布的《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》(以下简称2022年规定)中，直接将垄断协议效力判定指向《民法典》第153条。因此在一般的反垄断实践中，一旦涉案合同被认定为垄断协议，整个协议属于不受法律强制力保护的无效协议，当事人应依据《民法典》第153条、第157条等，采取返还财产、补偿损失、赔偿损失等行为，恢复到协议订立前的状态。

若协议被认定为仅包含部分垄断条款，合同当事人仍然被剩余有效合同所约束，可参考《民法典》第156条，只对垄断条款部分按照无效民事法律行为进行处理。比如在重庆启立诉玖玺等案中，法院认定原被告之间的购销合同包含转售价格维持条款，违反《反垄断法》第14条有关纵向垄断协议的规定，但是仅对该垄断条款做无效认定，原被告之间的剩余购销合同仍然合法有效，被告亦无需承担未履行垄断条款的法律责任²。

此外，在反垄断学者研究中也发现对垄断条款概念的阐述。王侯璇通过分析美国Paramount案与First National Pictures案，指出具有限制竞争性质的格式条款应属无效条款[1]。Orly Lobel提出“合同丛林”概念，假设合同中存在轻度限制市场竞争的条款，仅审查该条款难以确认其违背反垄断法，但是当相关市场中存在大量同质合同时，多个合同之间的轻度限制竞争条款横向勾连，共同导致限制市场自由竞争结果，则应当单独否认垄断条款的法律效力[2]。跳出反垄断领域，回归到对《民法典》第153条的理解上，杨代雄认为，“如果民事法律行为只有部分条款违反强制性(禁止性)法律规定，原则上仅此部分条款无效，除非让其他条款有效违背法律目的”[3]。

由此可见，为了区分协议整体无效与部分无效的不同法律后果，有必要在反垄断法垄断协议概念下对垄断条款进行额外规定，不仅满足反垄断领域执法、司法实践需求，同时也是对反垄断法工具本身进

¹ 台州市路桥吉利驾驶培训公司等“驾校联盟”横向垄断协议纠纷案(2021)最高法知民终1722号。

² 重庆启立商贸有限责任公司与重庆邀玖邀玖电子商务有限公司，重庆玖玺供应链管理有限公司合同纠纷案(2022)渝0104民初411号。

行创新。笔者通过分析垄断条款概念引入的必要性以及垄断条款的判定要素，旨在抛砖引玉，希望能带来更多关于垄断条款的研究。

2. 垄断协议与垄断条款的区分必要性

2.1. 法理依据

如前所述，效力认定是区分垄断协议与垄断条款的核心意义，首先应对效力认定相关规定追根溯源，进一步明确无效判定的法理依据，以此作为否定垄断协议或垄断条款效力的正当性来源。

“强制性规定”一词最早源于《中华人民共和国合同法》第52条第5项，后《合同法解释(二)》将其限定为“效力性强制性规定”，效力性强制性规定与管理性强制性规定原为一组对立概念，效力性强制性规定以维系法的价值为核心，以否定非法行为为目的；管理性强制性规定以尊重事实价值为核心，以禁止非法行为为目的[4]。《民法典》第153条并没有采纳效力性强制性规定与管理性强制性规定的二元分类，而是采取效力性强制性规定与非效力性强制性规定的对称区分[5]，对于违反非效力性强制性规定的民事法律行为，通过行政处罚、行政强制等行政手段即可达到社会管理目的，没有必要一定侵入意思自治的领域并否定行为效力。司法机关在司法实践中也总结出对强制性规定的适用模式，即首先对具体法律条文进行比对与提取，结合各类法律规定、指导性文件、理论共识等相关信息，分析法条是否属于影响合同效力的强制性规定，而对于实务界新型疑难问题，则可在考察法条的立法目的与通常解释后确定其归属，如若司法机关认为该条文影响合同的实质性效力，仍需结合具体的法益保护、行为后果等进行利益衡量，确保在合同效力领域正确适用相关规定[6]。

按照学界主流观点，对于横向、纵向、轴辐等形式的垄断协议，必须从根本上否定协议以实现反垄断法的价值，故反垄断法中的禁止垄断协议相关制度属于效力性强制性规定[7]。但是垄断协议一概无效的观点忽视协议本身的可分割性，面对包含垄断条款的协议，否定全部或否定部分均可实现阻止垄断行为、维护市场公平竞争秩序等反垄断法立法目的，而在私人法益层面，否定部分条款能够促使协议主体继续履行协议内容，尽可能保留原始协议的预期正价值以及意思自治完整性，变相维护局部的市场竞争秩序。因此从公法与私法的法益权衡角度看，相较于否定全部协议，否定部分条款可于整体上保护更多法益，在无效认定的法理依据上更具说服力。

2.2. 维护交易安全

从《民法典》所规定的基本原则来看，垄断协议的效力问题涉及自愿原则(第五条)和合法性原则(第八条)，《民法典》将自愿原则置于合法性原则之前，表明私法自治是民法的基本价值，且不低于合法性原则的位阶，为此在探讨垄断协议效力处理时，应兼顾自愿原则与合法性原则，减少对意思自治的过度干预。

从民法的精神来看，民法以私法自治为原则、以限制私法自治为例外。由于合同是受法律保护的市场关系纽带，因而激发市场主体能动性、保护市场主体交易的合理预期、促使各类要素畅通无阻均离不开合同自由与合同安全，过多的效力性强制性规范则可能导致负面效应。可见私法自治要求放松管制，而国家管制存在之目的是弥补私法自治的不足，只能属于例外情形，违反强制性规定的民事法律行为应当以有效为一般性原则，以无效为例外。

从法律后果上看，原则性规定要从宽解释，但书条款范围狭小且只能从严解释。如果以垄断协议整体无效为原则，可能导致法官依法裁判过于僵化，全盘否定包含限制竞争条款的良性协议，一定程度上违反合同严守原则，后续恢复原状等繁琐流程也会导致财富的损失浪费，而从立法演进来看，这正是立法机关努力要避免发生的现象。如果协议的限制竞争效果轻微，仅包含数条垄断条款，恶意合同当事人

可能以无效为由肆意毁约，严重违反诚信原则，损害另一方当事人的合法权益，动辄以违反强制性规定否弃合同全部效力，必将有损善意当事人的合理信赖和交易安全，这与合同法保障交易安全的理念不符。

意思自治和公共管制是公法与私法相接轨的衔接点，在垄断协议制度下对垄断条款相关概念进行额外规定，能够填补《反垄断法》与《民法典》在垄断协议制度下的衔接空白，进而维护民事主体的交易秩序和安全，正确处理私法自治与国家管制的关系。

2.3. 满足反垄断实践需求

在我国司法裁判案例中，若涉案协议具有限制竞争目的或影响，则法院一般会依据反垄断法将协议整体认定为无效协议，然而笔者在裁判文书网中亦能检索到协议部分无效的判决，包括重庆启立诉玖玺等案、欧志海等股权转让纠纷案³、毛冬军与李旭东等垄断协议纠纷案⁴，第一例涉及纵向垄断协议中的转售价格维持条款，第二例涉及横向垄断协议中的分割市场条款，第三例涉及横向垄断协议中的限制生产销售数量条款。由此可见，司法实践中存在仅否认部分条款效力的情形，虽然《反垄断法》及现行 2012 年规定并未明确规定垄断协议与垄断条款的不同，但是上述案例中的法院在综合考量协议目的、协议影响、协议履行情况等因素后，从协议中剥离出垄断条款并作无效认定，仍处于垄断协议相关规定的合法裁量空间内，在维护社会公共利益与商事交易安全之间取得良好的平衡。

不仅在司法审判领域存在对垄断条款概念的实践需求，反垄断执法领域可能同样面临垄断协议与垄断条款相关规范不明确甚至规范空白等情况。反垄断法通过消极禁止性规定来实现对市场垄断行为的矫正与规制，具有显著的公法属性，而执法机关与司法机关精准把握垄断协议效力的前提是有法可依，矫正与规制功能的发挥有赖于文本规范的明示和说明，这从客观上要求反垄断法不仅要努力克服固有的不确定属性，更要在规范完整、明确的基础上加强法条适用的活力[8]。在垄断协议制度内对垄断条款进行细化规定，能够弥补文本规范的不足之处，满足反垄断监管与反垄断规制的现实需要，进而确保反垄断法实施的透明度和正当性。

3. 垄断协议与垄断条款的区分要点

当司法机关或执法机关确定涉案协议中的部分条款具有限制竞争性质时，必然面对垄断协议与垄断条款的识别问题，笔者建议将以下要点列入识别垄断条款的“综合考量”因素，减少反垄断实践应用中的不确定性，提高法律理解及法律适用的统一性。

3.1. 条款是否可分割

英美法律中可分割性条款(Severability Clause)是指在法律法规或民事合同内对法律效力做出约定的专门条款，条款内容可概括为：“即使部分条款无效或不可执行，也不影响其余部分效力”[9]。而在区分垄断协议与垄断条款时，即使协议不包含专门的分割性条款，也应当考察限制竞争条款与其余内容之间的文本性关联程度以及结构性关联程度，如若限制竞争条款与其余部分紧密相连不可分割，则应当从整体上否定该协议的法律效力，这与 2022 年规定第 49 条第 2 款如出一辙，将反垄断法所保护的公共利益置于优先地位，反之需从协议中剥离出限制竞争条款，以试图保护原协议的合法性与可执行性。

一方面，文本性关联程度是指合同内的不同条款在文本上互相关联、相互支持并形成完整的逻辑整体，包括权利及义务关联条款、纠纷及解决关联条款、交叉引用关联条款、补充及被补充关联条款等文本性关联条款。另一方面，本着“整体大于部分之和”的整体论原则，在考察条款之间的结构性关联程度时，要着重分析条款聚合后的外部效应，例如，分散地占有一片广阔土地会导致对整片土地的实

³ 欧志海、欧冬成股权转让纠纷案(2020)桂 03 民终 1757 号。

⁴ 毛冬军与李旭东、陈述垄断协议纠纷案(2019)浙 01 民初 2522 号。

质性占据，零星地控制某领域内数个知识产权会实现对该领域的实际控制力，这实质上是要求将限制竞争条款放置在一个更宽泛的语境下进行全面考察，以确定是否满足可分割性。

3.2. 订立者的主观意图

面对包含限制竞争条款的协议，司法机关、执法机关等相关主体应当考察订立者的主观意图，若协议核心目的具有限制竞争意图，即使该协议能够分离出合法的可执行部分，整个协议仍然自始无效、当然无效、绝对无效，其意义在于通过对垄断行为的强硬事后矫正，能够维护市场竞争性结构、巩固竞争性市场体制、发挥反垄断法的预防与威慑效能。在台州驾校联营案中，一审法院判决与固定价格(驾校收费)、限制商品产销量(教练车辆及教练员流动)、分割市场(驾驶培训市场)相关的条款无效，而二审最高院改判联营协议及自律公约全部无效，原因是协议订立者的身份关系为区域性竞争者，联营协议核心目的在于恶意合谋、排除竞争。与之相反，若预期实现的民事法律行为主体部分合规合法，垄断条款在整个协议中处于边缘地位，即可认定协议订立者的主观意图不具有限制竞争的恶意，考察视角应倾向于保护交易安全等民商事私法原则。

3.3. 条款的表现形式

条款本身的表现形式侧面体现了限制竞争恶性程度，继而关系着是否应当从根本上否认协议效力。反垄断法对不同表现形式协议的差别对待，反映出差异化的恶性程度，比如，横向垄断协议明显比纵向垄断协议危害性更大，价格固定或价格限制协议明显比其他类型的协议危害性更大，保护国家利益或公共利益的协议明显比其他类型的协议危险性更小。为精准区分垄断协议与垄断条款，可参考反垄断实体法及程序中相关规定，基于条款的表现形式确定该条款的限制竞争恶性程度，对于包含较高恶性程度条款的协议采用更为严格的效力认定标准。此外，实体性条款与程序性条款也属于条款的表现形式，一般而言，垄断条款均以实体性条款的形式存在，订立者通过直接约定不受法律保护的权利与义务以期遏止竞争，但是理论上程序性条款也可导致垄断效应，例如，雇主们在雇佣合同中借助程序性条款增大雇员离职后的纠纷解决成本，共同导致类似互不挖墙脚协议的效果，限制行业内部从业人员的流动与竞争^[10]，所以在基于表现形式识别垄断条款时，也不能彻底忽视程序性条款的作用。

3.4. 无效的预期影响

垄断条款单独无效或者垄断协议整体无效的预期影响也是考察要素之一。首先，协议当事人之间的权利义务关系是无效认定所直接调整的对象，若协议订立者尚未开始履行包含垄断条款的协议，则无需承担恢复至协议订立前的过高负担，将协议整体认定为垄断行为并确认其无效不会导致巨额成本，即使订立者有意继续履行垄断条款以外的合同内容，可选择事后另立新合同的方式实现目的，因此宜将协议整体认定为垄断协议。其次，公平竞争市场秩序属于无效认定所间接调整的对象，条款无效或者协议无效不仅影响到订立者本身，也对协议所处相关市场及其他竞争者产生作用，市场体系是由多个种类不同、功能各异的市场以其内在固有方式紧密联系而组成的一整套有机体系，故司法机关或执法机关相关主体应全面审查条款无效与协议无效的预期效果，充分发挥反垄断法的竞争性经济法属性。

4. 结语

针对垄断条款概念的制度安排，笔者建议将其规定在与垄断协议相关的司法解释中，视为垄断协议制度下的特殊处理，确保垄断条款相关规范不超越垄断协议制度的内涵及外延。当执法机关或司法机关处理包含限制竞争条款的协议时，应依法对限制竞争条款可分割性、订立者主观意图、条款表现形式、条款无效或协议无效的预期影响等因素进行综合考察，合理区分协议整体无效或具体条款无效的不同情

形，在打击垄断行为的过程中加深对反垄断法理解与适用的精准性。

垄断条款和垄断协议的区分是完善我国现行反垄断法制度的良措，不仅在效力否定的正当性上更具说服力，正确解释反垄断法刚性强制力的来源，也维护了市场公平竞争秩序与民商私人交易安全之间的平衡。从宏观层面上看，解决反垄断实践需求与反垄断法法律条文供给之间的矛盾，是优化我国反垄断法法律规范体系及其治理水平的关键环节，以完善市场竞争配套措施为切入点，为我国社会主义市场经济高质量发展保驾护航。

参考文献

- [1] 王侯璇. 格式条款标准化的垄断协议认定[J]. 法学论坛, 2020, 35(2): 108-118.
- [2] Lobel, O. (2021) Boilerplate Collusion: Clause Aggregation, Antitrust Law & Contract Governance. *Minnesota Law Review*, 106, 877-949.
- [3] 杨代雄. 《民法典》第 153 条第 1 款评注[J]. 法治研究, 2020(5): 124-132.
- [4] 董万程, 王继君. 《民法总则》中的效力性强制性规定立法问题研究[J]. 法律适用, 2017(11): 43-48.
- [5] 王利明. 论效力性和非效力性强制性规定的区分——以《民法典》第 153 条为中心[J]. 法学评论, 2023, 41(2): 20-32.
- [6] 陈树森. 识别影响合同效力强制性规定的路径思考[J]. 中国应用法学, 2021(5): 109-120.
- [7] 冉克平. 论效力性强制规范与私法自治——兼析《民法总则》第 153 条第 1 款[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2019(1): 145-157.
- [8] 金善明. 《反垄断法》文本的优化及其路径选择——以《反垄断法》修订为背景[J]. 法商研究, 2019, 36(2): 66-77.
- [9] Benoliel, U. (2019) Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability Clauses. *The Business & Finance Law Review*, 3, 90-112.
- [10] 凌尧帆, 胡晓琪, 喻玲. 互不挖角协议的垄断风险与管理: 以企业反垄断合规为视角[J]. 中国人力资源开发, 2021, 38(12): 86-98.