

反垄断法上协同行为的规范认定

江 山^{*}

摘 要:在反垄断法上,协同行为的概念和内涵不尽明确,其认定通常需要根据若干间接证据或“附加因素”进行推论。但这些因素的结构、权重、层次不明,存在较大的不确定性。为此,首先应确立协同行为的裁判逻辑:在不存在“意思一致”的情况下,当事人行为的一致性不符合市场正常条件或正常情况下其自身的利益。其次,应根据证明力的大小,对“附加因素”进行分类排序,区分一般与超级附加因素,并将其纳入证明间接事实与主要事实的证据环或证据链。最后,在以信息交流为起点的证明中,以交流证据推定证明“意思一致”和行为协同;在以平行行为为起点的证明中,宜采纳“优势证据”的证明标准而非直接推定。在此基础上,应当根据信息传递路径区分双边与三边协同行为,分类厘清证明的关键点。

关键词:反垄断法 协同行为 间接证据 附加因素 垄断协议

一、问题的提出

垄断行为规制长期面临两大困难:查证难与定性难。纵向垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中规制,难在确立其排除、限制竞争的性质。但对横向垄断协议或卡特尔而言,定性一般不是问题,关键在于查证协议、决定和协同行为存在的事实。一经查实,其通常具有排除、限制竞争的目的或效果且并无补偿价值。作为垄断协议的承载方式,协议与决定通常证据确凿,协同行为却不一定有迹可循。大量平行行为没有留下或者无法发现协调的充分书面或口头证据,若仅依协议、决定来认定将造成漏判。为此,具备部分协议特征但不具备完整的协议构成要件,而经营者之间又明确存在排除、限制竞争之意思一致(以下简称“意思一致”)的行为被概括称为协同行为。一个世纪以来,执法机构与法院都在努力框定这一消隐于市场信号噪音之中复杂行为的表现形式和运行机制。时至今日,虽产生了可观的认识积累,但协同行为认定的规范结构仍未完全形成。

^{*} 对外经济贸易大学法学院副教授
基金项目:国家社会科学基金项目(20FFXB025)

在成文法上,协议、决定与协同行为构成垄断协议的法定表现形式。问题是,主要法域的法律条文中并未界定协同行为的概念。欧盟法下,该项工作由法院完成。在“染料案”^①中,欧洲法院将协同行为初步界定为:经营者之间一种尚未达到所谓“订立协议”的阶段,但有意识地通过事实上的合作替代彼此间竞争风险的一种协调形式。^② 在中国法下,竞争执法机构则尝试在部门规章中厘清这一概念的内涵。国家市场监督管理总局《禁止垄断协议暂行规定》第5条明确规定:“其他协同行为是指经营者之间虽未明确订立协议或者决定,但实质上存在协调一致的行为。”概念界定为协同行为的认定提供了概括的范畴,但只是法律适用的起点,协同行为的认定规范化尚须考察其双边与三边协同行为两种类型,分析据以作出行为认定的主要事实与间接事实,在此基础上将证据予以分层刻画并进而作出事实推论与法律推定。

二、协同行为的类型化

在某种意义上,协同行为本身是无法完整界定的,或者是拒绝被定义的。在反垄断法规范中,至多是将其以“考虑因素”的方式进行列举。当前,类型化梳理是首要工作。类型化需要经验证据的积累,而证据发现活动并非自下而上或自上而下的单向进程:垄断行为的类型与规制结构定义了证据发现路径,而证据发现活动也相应调校着人们对行为的认知。实际上,作为区别于协议的垄断协议承载形式,协同行为就是在证据发现中生成并不断演化的。

(一)协同行为的典型表现

从经验上看,协同行为的典型表现是竞争者之间行为的协调一致。而在本质上,其运行机制为竞争者之间通过信息传递达成“意思一致”,进而作出行为的协调。考察协同行为的形式与实质,通常应聚焦于两个层次:一方面,反垄断法上的“协同”是意思达成一致之后转化为行动上的同一性,这就与平行行为区分开来;另一方面,信息传递是达成该等“意思一致”的必要条件,旨在区格寡头市场中重复博弈所导致的一致性行为。这一理念,在欧盟法下主要染料生产商同时在不同的成员国就其染料进行涨价的“染料案”中得到了充分体现。其中,留给法院的难题是,仅仅发现参与提价的主要染料厂商联络的事实,并未发现存在其达成协议的口头或书面证据时应如何认定?就此,欧洲法院明确协同行为具有独立意义,系一种没有达到可以称之为协议阶段的协调形式,有意识地通过实际的合作来替代竞争的风险;就其性质而言,协同行为不具有协议的所有要素,但从参与方的行为推论其可能主要是通过协调而形成的。法院进一步指出,该案中的协同行为只有在考虑到所涉产品相关市场的具体特性、全盘考虑相关证据的基础上做出判定。^③

“染料案”呈现出协同行为的典型形式,即竞争者之间在不存在口头或书面证据的情况下达成了“意思一致”和行为一致。比较而言,在垄断协议的三种形式中,涉嫌排除、限制竞争的行为不论是“行业协会的决定”还是“经营者之间达成的协议”,通常会存在书面的或口头的证据;而“协同行为”则是在不存在该等证据之时的兜底认定的范畴。协议与决定边界清晰,区分协议与协同行为才是难点。从立法技术上考察,作为可能构成垄断协议的协议与协同行为,存在性质上

① See Case 48/69, ICI v Commission, [1972] ECR 619, pp.657—661.

② See Case 48/69, ICI v Commission, [1972] ECR 619, p.655.

③ See Case 48/69, ICI v Commission, [1972] ECR 619, p.655.

的同一性,在形式上则具有互补性和排他性。但若从证据发现与认定的角度来考察,两者的形式区分则并非泾渭分明。有鉴于此,认定协同行为首先需要将其与协议在外观上予以厘清。就这一问题,欧盟法作出了较为清晰的判断:协同行为包括性质与协议相同的共谋形式,与协议的差别在于其表现形式和强度。^①

(二)外部区分:协议与协同行为

认识到协议与协同行为内涵的同一性和表现形式与强度上的差异性,有助于匡定协议与协同行为的边界。从法律条文的规定上看,两者之间的区分无疑是有必要的。值得深究的是,这种区分到底是行为发现上的需要还是行为认定上的要求?两者的边界在何种程度上需要被厘清?中国反垄断执法机构调查处理的“艾司唑仑药品垄断案”^②,为此提供了一个分析的样本。

在该案中,三家企业的行为构成垄断协议已有定论。案情特殊之处在于,三家涉案企业以不同的程度或强度参与了垄断协议:华中制药和山东信谊两家企业通过参会沟通的方式以协议的方式参与,常州四药虽然参会但未以书面或口头表达同意的方式参与。从公开资料上看,执法机构似乎未进行进一步的分解,而是对涉案企业的行为一揽子作出协同行为的认定。由此产生的问题是,在法律适用中是否需要对协议和协同行为作出精确划分?在该案中,将涉案协同行为统归于协同行为,并未对案件结果造成影响。因为无论是协议还是协同行为,一旦被判定为排除、限制竞争,则统摄于垄断协议这一反垄断法下的规范类型。立法上作出协议、决定与协同行为的分类处理,主要是为了概括性地包纳垄断协议的所有可能形式。在该规定的框架下,在个案中所呈现的证据自然指向特定的行为具体形式。也就是说,如果具备协议或决定的形式,就完全不需要引入协同行为这一概念;只有在证据不足以证明协议或决定的存在之时,才需要进入协同行为的法律适用场景。就此,主要法域存在基本共识。例如,在英国法下,协同行为就被视为不具有协议形式或确定性的安排,法院认为没有必要在法律上区分协议和协同行为,仅应根据实际需要考虑是否需要区分或者区分到何种程度。^③协同行为可以采取多种形式,法院通常也谨慎地不去界定或者限定何种行为才能够构成协同。^④法院这一谨慎判断背后的逻辑是,从法律上通过概念界定的方式明确厘定协议和协同行为的区别,不仅对预防和制止排除、限制竞争的行为没有增益,还会给法院和执法机构维护市场竞争秩序增加不必要的形式负担。即便如此,依然可以追问:既然协议和协同行为的区别主要是在表现形式和强度上,那么两者之间是否存在一个明确的、截然的分界点呢?

从证据角度切入,在缺乏协议达成的直接证据时,应当考察围绕协议达成所形成的间接证据。根据经济合作与发展组织发布的《在没有直接证据的情况下查处卡特尔报告》(以下简称《经合组织报告》),直接证据必须具体到足以认定协议的存在,包括实质上呈现为协议的文件或部分文件(包括可识别的协议参与方),以及卡特尔参与者描述卡特尔运行及其参与情况的口头或书

① See Case C-49/92 P, *Commission v Anic Partecipazioni*, [1999] ECR I-4125, I-4205.

② 参见国家发展和改革委员会行政处罚决定书 5 号、6 号、7 号[2016], http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202003/t20200326_313481.html, 2021-04-20.

③ See Case CP/0480-01, *Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd Fixing the Price of Hasbro Toys and Games*, para.21 [2003].

④ See Case CP/0480-01, *Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd Fixing the Price of Hasbro Toys and Games*, para.23 [2003].

面证据。而竞争者之间的电话记录(但不包括其内容),旅行到同一地点或者参加同一会议;当事方就敏感内容进行讨论的证据,包括就价格、需求或者产能利用进行过讨论的会议纪要、记录等,以及表明经营者知悉或了解竞争者定价策略的内部文件等证据,则构成间接证据中的交流证据。^①显然,若缺乏竞争者传递竞争敏感信息和达成完整合意的具体内容的证据,仅知悉其讨论过敏感信息的事实,不能构成直接证据。进而,若要将间接证据与直接证据做出截然划分,则需要精确评估所涉证据的证明力强度。问题是一旦涉及间接证据证明力强度的判断,则对当事人会面的频次、交流内容涉及信息的敏感程度及至市场结构对行为的影响大小等因素都可能要进行综合分析。这些考量固然重要,然而从垄断协议的认定上看,既然协议与协同行为本质相同,若明确其排除、限制竞争性质,似无在概念层面过度追究的必要。只待在个案分析中,所收集的证据自然地指向垄断协议的三种表现形式之一。

(三)内部区分:双边与三边协同行为

从运作机制上看,经营者之间的协同行为虽未达到订立协议的阶段,但必然需要某种形式的信息传递。从经验上看,信息传递形式可能包括电报、电话、电邮、短信、即时通讯、视讯、参会、聚会、信息发布等。在此,仅考察外在形式尚不充分,需根据信息传递路径作出深入的类型化探索,准确全面刻画协同行为的类型。由此应当认识到,当前将协同行为视为单一横向关系而忽略纵向关系的流行认知,存在显著的结构性问题。根据主要法域的既有经验,协同行为的信息传递应当分为双边和三边两种路径,而不论是仅涉及横向关系还是包含纵向关系,协同行为的竞争影响最终都归于对横向、有竞争关系的经营者之间竞争的排除或限制。

1. 双边协同行为的类型化特征

在产业链同一层次的竞争性企业之间直接达成、实施的协同行为,通常被称为“双边协同行为”。所谓“双边”,并非限定参与者数量,而是强调经营者所处的同一横向竞争层面,不存在实质的纵向关系。在双边协同行为中不存在固定的信息传递管道,协同的关键在于确保竞争者能够接收到该等信息,以达成“意思一致”。其中,相关证据若包含竞争者会面或者通过其他形式交流的记录但并未包含其交流实质内容的描述,则构成交流证据。根据这些交流证据,可以确立其产生了意思交流,但通常难以直接确立“意思一致”的达成。亦即获得交流证据并不困难,难在结合包括其他间接证据来推论处于协同行为双边的经营者之间达成了“意思一致”。在美国法下,联邦最高法院的主要判例皆指向这一问题。早在“剧院企业案”^②中,平行行为被认为系由企业基于相同的经济条件作出的独立决策,不构成违法。在“孟山都案”^③中,共谋的存在被判定为取决于相关证据合理指向涉案企业之间“就共同方案达成了有意识的承诺,以实现非法目标”。在“大西洋贝尔案”^④中,平行行为构成共谋被认为仅仅在特定语境中表明事先存在合意的情况下才能够主张。可以认为,从交流证据证明的客观事实达致推论协同行为存在的法律事实,关键在于证明“意思一致”。

① See OECD, Prosecuting Cartels Without Direct Evidence, DAF/COMP/GF (2006)7, p.20.

② See Theatre Enter. v. Paramount Film Distribution Corp., 346 U.S. 537, 541 (1954).

③ See Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 764 (1984).

④ See Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 557 (2007).

就“意思一致”的确立,欧盟法提炼出了基本原则。在“糖联盟案”^①中,欧洲法院指出,虽然“不能剥夺经营者通过分析其竞争者既有或预期行为进行商业决策的权利,但经营者之间的任何直接或间接联系,若其目的或效果是影响实际或潜在竞争者的市场行为,或是向上述竞争者披露其自身所决定采取的或考虑采取的市场行为,则是严格禁止的”。在“水泥案”^②中,欧洲初审法院指出,“协同行为的概念实际上意味着存在互惠性联络……当经营者将其在市场上的未来意图或行为披露给其竞争者就构成了这种联络,而不问是应后者的要求为此行为还是后者仅仅是接受了该等信息”。而且,要确证存在协同行为并不需要依托于正式的协议,只需要“竞争者通过表明其意图,排除或者至少实质性地降低了其他竞争者行为的不确定性就足够了”。^③从经验上看,“意思一致”可以通过明示的或默示的信息传递达成,即由竞争者以公开或非公开的方式传递竞争敏感信息,信息接收方以协同的市场行为作出回应。复杂的协同可能无法一次完成,需要信息的交流往复才能达成一致。在这一过程中,若产生直接证据就作为协议认定,若仅有交流证据则转入协同行为路径的分析。

2. 三边协同行为的类型化特征

在双边协同行为之外,包含纵向关系的协同行为很大程度上被忽略了,而通常依其表现形式被作为轴辐协议来分析。结果,双边协同似乎成为了协同行为的代名词和思维定式。实际上,协同行为的深层理念同样可以适用于供应商和经销商之间的纵向关系。^④在英国法下,含纵向关系的协同行为被作为“三边协同行为”或者A—B—C型协同行为认定。其中,A和C系具有横向竞争关系的经营者,B则为与A和C具有纵向关系的上游或下游经营者。在“玩具箱案”^⑤中,英国最高法院指出,“毋庸置疑,可能在两个或多个客户与其共同供应商之间,或者这些客户通过供应商进行间接联络而达成协同行为”。该等三边协同的信息传递方式,是将竞争敏感信息由A经由B传递至C。通过这一信息传递最终达成的垄断协议,其横向垄断协议的实质已为基本共识。但在术语选择上,轴辐协议的提法以美国法为代表,协同行为则在欧盟法和英国法下通行。轴辐协议在经验类型上的确立并无疑义,其概括也颇为形象。然而采用轴辐协议术语的问题在于,该等协议虽因同时包含横向与纵向关系而构成独立的经验类型,但在本质上应归于横向垄断协议这一规范类型。而且在形式上以“轴辐”来定义协议并不准确。因为由A—B—C三方交流的方式所决定,其信息传递并不构成反垄断法意义上的“协议”,其实质应为协同。相较而言,沿用协同行为概念更加明晰:协同行为本就是法律明文规定的经验类型,足以涵盖A—B—C三方交流模式下的各种行为;且主要法域多将排除、限制竞争的协同行为列为反垄断法下的规范类型。

进而,需要分解三边协同的信息传递机制。该等A—B—C的信息传递过程,在2012年英国

① See Joined Cases 40—48, 50, 54—56, 111, 113, 114—173, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA v Commission*, [1975] ECR 1663, para.174.

② See In Joined Cases T—25/95 etc., *Cimenteries CBR v Commission*, [2000] ECR II—491, para.1849.

③ In Joined Cases T—25/95 etc., *Cimenteries CBR v Commission*, [2000] ECR II—491, para.1852.

④ See Case No: 2005/1071, 1074 and 1623, *Argos, Littlewoods v OFT and JJB Sports v OFT*, [2006] EW-CA Civ 1318, paras.127, 131.

⑤ See Case No: 2005/1071, 1074 and 1623, *Argos, Littlewoods v OFT and JJB Sports v OFT*, [2006] EW-CA Civ 1318, para. 31.

竞争上诉法院判决的“奶酪案”^①中得到完整呈现。在该案中,法院将这一过程分解为5个环节:(1)竞争者A向供应商B披露其未来的(定价)意图;(2)竞争者A可能是希望或者预见向供应商B将运用该信息影响市场条件——通过将该信息传递给其他与A竞争的企业;(3)供应商B事实上将信息传递给竞争者C——并不需要B将其所掌握的所有或者是最显著的(零售价)竞争敏感信息传递出去;(4)竞争者C可能知悉竞争者A将信息披露给供应商B的具体环境;(5)竞争者C事实上运用所传递的信息决定自身的未来定价。由此可见,原本仅由A和C之间无法或很难达成的双边协同,通过B的组织或协调形成了固定的信息传递路径,信息传递经由由此管道形成闭环。在此,信息传递途径穿行于既定管道,使得协同行为的达成和维持更为便利,也使得反垄断规制的重心必须作出相应的迁移。

三、协同行为认定的事实基础

尽管双边与三边协同行为在规制结构上存在差异,但其认定的关键都是证明“意思一致”之达成。在此,信息传递方式的确认为证明“意思一致”的达成指明了方向。进一步地,应当根据证据法上的事实区分,识别协同行为认定中的主要事实、间接事实及其分层。^②

(一)主要事实的识别与界定

在横向垄断协议的反垄断法规范中,明文规定都聚焦于行为的具体类型,如固定价格、限定产量与划分市场等。但是,这些具体行为只能构成间接事实,如果未经合意,该等行为即便由竞争者共同采取也只能被视为平行行为。在此可以明确,横向垄断协议认定中的主要事实为:竞争者之间达成排除、限制竞争之“意思一致”的事实。只有达成了“意思一致”,以竞争者之间的合作代替竞争的风险,才能够完成从平行行为到横向垄断协议的跨越。证明“意思一致”,在垄断协议的承载方式为协议、决定的情况下,协议、决定的存在就是证明主要事实的直接证据;而在垄断协议的承载方式为协同行为的情况下,需基于间接事实根据经验法则推论主要事实。进而,由间接事实推论主要事实的存在,关键在于解决主要事实的证明到何种程度才算已经证明的问题,亦即确立证明标准的问题。

就此,有论者认为将“高度盖然性”作为一种“度量”尺度,无论如何都只能是一种抽象的概念,而无法作为一种具体的尺度;无论是将其予以具体细化还是客观化的努力都只能归于失败。^③也有论者将司法证明标准体系分为3个层次,认为前两个层次存在较大的共识:即第一层次的法律真实标准,第二层次的“证据确实充分”——在刑事诉讼中为“排除合理怀疑的证明”、民事和行政诉讼为“优势证据的证明”;在第三个层次的证明上,则应当将包括单独证据和全案证据的采信标准在内的两层内容作为努力的方向。^④有鉴于此,在协同行为的认定中,应当首先刻画

^① See Case 1188/1/1/11, Tesco Stores Ltd, Tesco Holdings Ltd and Tesco Plc v. OFT, [2012] CAT 31, para.57.

^② 主要事实又称为直接事实,是指对于权利的发生、变更或消灭所产生的法律效果有直接作用并且是必要的那些事实;间接事实就是指借助经验规则、法理规则能够推定其主要事实存在与否的事实。参见张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第235~238页。

^③ 参见张卫平:《证明标准建构的乌托邦》,《法学研究》2003年第4期。

^④ 参见何家弘:《司法证明标准与乌托邦:答刘金友兼与张卫平、王敏远商榷》,《法学研究》2004年第6期。

间接事实的范围与类型,进而从单独证据的角度分析其层次与证明力,最终通过经济学与法律相结合的分析,从全案证据的角度考察其可能的采信标准。

(二)间接事实的范围与类型

据以推论主要事实的间接事实的范围,通常是由可以证明间接事实的间接证据来界定的。与此同时,间接证据的类型也决定了间接事实的类型。为此,必须通过识别相关间接证据,方可廓清“意思一致”这一主要事实达成的外部环境、行为基础和内部意图,推论协同行为的存在。

在欧盟法下,通常以间接证据来总括所涉市场结构和行为证据。在“染料案”中,欧洲法院指出,“意思一致”的证明是一个证据问题,涉案产品所处市场的结构表明就所涉行为的一致性无法做出协同行为之外的解释。^①进一步地,《经合组织报告》将间接证据分为交流证据和经济证据,后者包括结构证据、行为证据和(共谋)便利行为证据。^②其中,虽不能证明卡特尔协议存在但可以使更可能被发现的市場结构因素构成结构证据,包括高市场集中度、上下游市场的低市场集中度、高市场进入壁垒、高度纵向一体化和标准化或同质化产品;行为证据系与经营者基于自身利益所实施的单方行为相背离的可疑行为,包括平行行为、异常的高额利润、稳定的市场份额和违反竞争法的历史记录;便利行为证据,则指能够促使竞争者更容易达成或维持垄断协议的行为,包括信息交换、释放价格信号、运费均等化、价格保护或最惠国政策以及产生不必要限制的产品标准等。^③该报告下的间接证据分类较为清晰。但当前就间接证据的讨论,在证明力的分类、排序上存在结构性缺陷。

在美国法下,协同行为的间接证据通常与“附加因素”长期混用。实际上,两者存在细微差别:“附加因素”被认为包括直接证据之外的额外经济证据,^④但范围多被限定为平行行为之外的证据。从法院的判决中可知“附加因素”的范围与类型。其中,有法院指出,原告“必须证明存在通常被称为‘附加因素’的额外情况,据此与平行行为一同考察,以使得事实认定者能够推论出共谋的存在”。^⑤也有法院指出,证明存在“附加因素”是为了确保惩处的是竞争者协同行为而不是单边、独立行为。^⑥还有法院指出,“附加因素”通常包括足以支撑推论共谋成立的间接事实:共谋的共同动机、证明平行行为系显然违背自身经济利益以及企业间的高频度交流的证据。^⑦美国学者加维尔等人从主观、行为、交流和市场等方面总结,概括“附加因素”的范围包括:若非形成了共同计划,该等行为与每个被告的自身利益相悖;某些现象只有解释为协同行为的结果才是合理的;被告创设了经常交流的机会的证据;稳定的市场份额和持续的实质性盈利等产业绩效;对于可疑的行为缺乏合理、合法的商业的理由。^⑧而波斯纳则对“附加因素”进行分类并详尽列举:

① See Case 48/69, ICI v Commission, [1972] ECR 619, p.643.

② See OECD, Prosecuting Cartels without Direct Evidence, DAF/COMP/GF(2006)7, p.10.

③ See OECD, Prosecuting Cartels without Direct Evidence, DAF/COMP/GF(2006)7, pp.20—22.

④ See ABA Section of Antitrust Law, Annual Review of Antitrust Law Developments (6th ed.), ABA Book Publishing, 2007, pp.11—16.

⑤ Apex Oil Co. v. DiMauro, 822 F.2d 246, 253 (2d Cir. 1987).

⑥ See In re Flat Glass Antitrust Litigation, 385 F.3d 350, 359—60 (3d Cir. 2004).

⑦ See Mayor & City Council of Baltimore, Md. v. Citigroup, Inc., 709 F.3d 129, 136 (2d Cir. 2013).

⑧ See Andrew Gavil et al., Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy (2nd ed.), Thomson/West, 2008, pp.310—311.

他根据 17 项因素确定相关市场上存在“有利于通谋的市场条件”后,认为如果在这些市场上存在 14 项“经济因素”,则存在通谋的可能性很大(参见表 1)。^① 这一分类既包括市场结构,也涵盖了企业行为,他的列举丰富了“附加因素”的基本范围,但仍未就诸多因素的权重分层排序。

(三)间接事实的层次与证明力

上述间接证据或“附加因素”证明的是间接事实,其作用是在不存在明示协议的情况下用以证明某种平行行为是否系由双方合意所形成,从而构成协同行为。在此,待证的主要事实是“意思一致”。问题是,间接证据或“附加因素”的列举不可穷尽,且若对所有因素都赋予一般权重,无疑将忽略其在影响程度上的差异。这又使论证的重心转移到间接事实的证明力问题上。在事实认定程序中,应以间接事实为小前提,经验法则为大前提,而得出主要事实认定的结论。^② 一般认为,间接事实的证明力是由经验法则的盖然性决定的。具有盖然性,意味着可以从证据中得出待证事实可能如此,但非必然如此的判断。具有高度盖然性,即虽适用时仍可能存在例外情形但呈现“如……则大多数(通常)……”的状态。^③ 在中国,审判人员审核证据时,应“运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断”;而对于“自然规律及定理”“根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则,能推定出的另一事实”,当事人则无须举证证明。^④ 其中,“日常生活经验法则”应解释为“具有高度盖然性的经验法则(经验原则)”。^⑤ 在此基础上,评估协同行为间接证据证明力的关键,在于其是否符合垄断协议语境下的具有高度盖然性的经验法则(经验原则):如满足某项间接证据或“附加因素”,是否可以确认在大多数(通常)情况下存在“意思一致”。

意识到仅做分类仍无法提供有效指引,有论者也主张对“附加因素”的强度进行排序。美国学者科瓦契奇认为,任何“附加因素”的强度都取决于存在共谋的情况下与不存在共谋的情况下同一行为发生的可能性对比;有些因素在不存在共谋的情况下几乎不可能发生,因此可以合理地推论卡特尔认为其对于共谋结构的实施和运行是重要的,从而构成“超级附加因素”。^⑥ 该等筛选承袭了判例法所确立的裁判基准:如果不是形成了共同计划,该等行为与每个被告的自身利益相悖。^⑦ 进而,从经验上判断或通过经济学量化分析,科瓦契奇提出可以得出蕴含明显反竞争潜能的 7 个“超级附加因素”(参见表 1)。

① 参见[美]理查德·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 81~108 页。

② 参见姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社 2017 年版,第 57 页。

③ 参见姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社 2017 年版,第 73~74 页。

④ 参见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 64、9 条。

⑤ 参见周翠:《从事实推定走向表见证明》,《现代法学》2014 年第 6 期。

⑥ See William Kovacic et al., Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, 110 Michigan Law Review, 414, 426 (2011).

⑦ See William Kovacic et al., Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, 110 Michigan Law Review, 414 (2011).

表 1 “附加因素”与“超级附加因素”比较表^①

	波斯纳：“附加因素”	科瓦契奇：“超级附加因素”
交流证据	(P'3)交换价格信息	(K4)一个企业或一组企业具有关于另外一个企业关于交易、产量、销售和/或库存的细节信息,而若后者单方披露该等信息将使自身处于竞争劣势;(K5)企业就资源转移开展企业间交易,而并没有共谋之外的建设性动机;(K6)在不同企业生产的产品多为同质性的行业内,一组企业中于特定期间存在企业内销售队伍激励机制的突然转变——从追求市场份额转变为维持提高的价格
市场结构证据	(P1)市场上卖方集中;(P2)没有外围小企业存在;(P3)在竞争价格上,需求缺乏弹性;(P4)市场进入需要很长的时间;(P5)市场上的买方不集中;(P6)所涉产品是标准化的;(P7)所涉产品是非耐用品;(P8)主要企业在分销链上的同一层次进行销售;(P9)价格竞争比其他形式的竞争更重要;(P10)固定成本对可变成本的比率较高;(P11)各卖方的成本结构和生产过程相似;(P12)相关市场上的总需求不变,或随着时间流逝不断下降;(P13)价格可以迅速变化;(P14)交易采用秘密投标方式;(P15)市场是地方性的,或者说,市场的地域范围不大;(P16)各企业间存在着合作活动;(P17)该产业以往发生过通谋行为	无
企业行为证据	(P'1)市场份额相对固定;(P'2)整个市场范围的价格歧视;(P'4)区域性价格差异;(P'5)对于非标准化产品的相同出价;(P'6)卡特尔形成时价格、产出或产能发生变化;(P'8)领导者的市场份额不断下降;(P'9)价格变化的幅度和波动性;(P'10)需求在市场上有弹性;(P'11)利润水平与利润模式;(P'12)市场价格与企业数量或需求弹性负相关;(P'14)排他行为	(K1)当价格或利润相对较高或处于增长势态时,一组企业限制产量;(K2)在企业拥有额外产能且价格或利润相对较高或处于增长势态时,一组制造商的市场份额、客户保有或者地域性支配地位处于稳定状态;(K3)通过可靠的预测性经济计量模型,比照基于被推论为非共谋的行为所产生的标杆数据,产生的价格预测不能够解释潜在共谋在当期或者该地域的实际价格路径,而处于特定的高阶状态;(K7)一组市场份额加总起来达到具有支配地位企业市场力量的企业,联合企业从事支配地位企业行为,而没有一个单一企业有足够的市场力量像支配地位企业一样单方面从事该行为
便利行为证据	(P'7)行业范围内的转售价格维持;(P'13)基点定价	无

^① P 代表波斯纳提出的判断“有利于通谋的市场条件”的因素,P'代表其提出的“经济因素”;K 代表科瓦契奇等提出的“超级附加因素”。

根据盖然性的高低对间接证据或“附加因素”排序的关键,是考察其是否达到证明“意思一致”的高度盖然性标准。在此,无论是结构性还是行为性的“附加因素”,都过于分散并受到其他变量的影响,不能直接据以作出企业间达成“意思一致”的结论。相较而言,“超级附加因素”的优点是在很大程度上对“附加因素”中离散的行为证据进行优化组合,提炼出具有高度盖然性的类型。亦即如果存在“超级附加因素”的证据,可以确认在大多数(通常)情况下存在“意思一致”。然而,对成文法下的法律适用而言,止步于此仍显不足。进一步地,应当将“超级附加因素”类型化,分为两组:一是可构成交流证据的 K4、K5 和 K6 三项,其中竞争性企业双方已知悉对方的竞争敏感信息,进而其是否利用该信息达成了“意思一致”具有高度盖然性;二是可构成企业行为证据的 K1、K2、K3 和 K7 四项,据此作出“意思一致”的事实推论具有高度盖然性。在明确证据分类布局的基础上,个案分析中方可有效建构起以“超级附加因素”为核心关键、以“附加因素”为补充支撑的格局,形成交流证据、企业行为证据、市场结构证据与便利行为证据有机结合的完整分析框架。

四、协同行为的认定方法

需要明确的是,无论是波斯纳提出的“附加因素”还是科瓦契奇提出的“超级附加因素”都只能证明可资推论的间接事实,并不能直接证明存在“意思一致”这一主要事实。进一步地,通过对间接证据或“附加因素”的分类、排序,将纯粹的经验性认识予以分层和类型化,无疑增强了协同行为反垄断规制的可操作性和合理预期。但类型化工作不应止步于此。协同行为反垄断规制的有效展开,尚取决于经济学分析的条理化以及法律适用的规范化。

(一)协同行为经济学分析的作用

在判例法下,推论协同行为的存在需要评估间接证据或“附加因素”,来判定当事人行为的一致性是否符合市场的正常条件,或是否符合正常情况下当事人自身的利益。其实质是运用经济学理论和经验研究对不同的市场环境条件赋予相应的法律意义和分析权重。前述波斯纳对确定相关市场上存在“有利于通谋的市场条件”和判断通谋可能性很大的“经济因素”的分析,是基于经济学分析的较早全面归纳;而科瓦契奇的“超级附加因素”则通过经济学分析将“附加因素”进行结构化的组合。在此,经济学原理虽未达到自然规律、定理和定律的水准,但因其逻辑推理的严密性构成有证明力的经验原则,可以认为,间接事实越符合协同行为的经济学原理,在“意思一致”这一主要事实的推论中就越具有证明力。

当然,经济学的作用不仅限于作为有证明力的经验原则,其知识与方法还型塑了间接事实及其表达方式。例如,“附加因素”中的 P'9、P'10 和 P'12 和“超级附加因素”K3 都需要进一步的经济分析。若模型和数据的可靠性得到检验,其相关性强度要大于一般经验推论,辅以竞争者之间信息传递的证据,作出事实推论具有高度盖然性。此外,其他因素都可以通过间接证据证明。在此,通过间接证据直接证明间接事实并非意味着不存在经济分析,而这些间接事实的提炼恰恰就是经济学原理型塑的结果。易言之,经济学分析的作用,一是为匡定并赋予这些间接证据或“附加因素”特定权重提供基本方法,经过分析确认后成为间接事实,其本身就可以成为据以推论存在“意思一致”这一主要事实之经济证据的重要组成部分;二是在发现间接事实的基础上,还需通过经济学的模型和工具对特定的复杂“附加因素”进行量化分析,以做出更精准地确认,进而成

为据以推论存在“意思一致”这一主要事实的强有力证据。然而,经济学分析多止步于此,其未能或者也无法解决如下问题:一是当多个间接证据或“附加因素”之间存在关联关系,需要结合各类证据考察其整体证明力时,无法提供有效的方法;二是无法直接从间接证据或“附加因素”确立的间接事实导向主要事实。

(二)行为协同间接事实的证据链与证据环

在法律分析的视界下,间接证据或“附加因素”一旦确立,则构成据以认定协同行为的间接事实。进而推论主要事实的存在,需要证明这些间接事实能够重要、明显、一致地指向特定事实,甚至能够“唯一合理”地解释协同行为之合意的存在。^①亦即所有证据都应聚焦于这一命题的证明。不仅如此,在事实认定程序中并非当然可以依据一间接事实而推论主要事实,其经常需多数间接事实结合方能推论主要事实。^②当存在多个间接事实之时,则需要进一步检讨该等间接事实之间的关系,考察其形成的是证据链还是证据环,以确定其证明力。如果数个间接证据处于同一等级,可以根据这些间接证据直接推论待证(主要)事实,若这些间接证据总数之整体证明力达到可推论待证事实所要求之证明度而无漏洞,就构成证据环;而如果个别证据彼此间存在层级关系,最后层级间接证据系用以推论前层级间接证据(事实),前层级依序往前推,最终层级的间接证据乃用以推论主要事实,则构成证据链。^③

根据前述分析,在协同行为的认定中,交流证据等间接证据主要指向证明间接事实,进而由相应的间接事实推论主要事实。可以认为,以间接事实认定协同行为的证据环应由“间接事实1:信息传递”“间接事实2:企业行为”“间接事实3:市场结构”“间接事实4:便利行为”组成,共同指向“主要事实:意思一致”的证明。上述不同间接事实的位序,大体上可以反映该类间接证据在推论主要事实上的证明力权重。在此,对特定间接事实证明主要事实具体赋予何种量化的盖然性并不是问题的关键,重点在于明确其证明力权重位序。在此基础上,应当进一步考察上述间接事实的证明问题。在每类间接事实的证明中,又存在次级证据环或证据链。这些次级证据环或证据链分别聚焦于证明以下间接事实:市场之中存在策略性信息传递、可能基于“意思一致”产生的企业行为、易于发生共谋行为的市场结构和便利实施共谋行为。由此产生了证明的两个基本层级,一是由次级证据环或证据链证明间接事实;二是由间接事实形成的证据环或证据链证明主要事实。

对每一层级的证据而言,所考察的都是其整体证明力。但需要注意证据链与证据环评估方法的不同。在证据链中,多个间接证据处于不同层级,复数的间接证据并不会强化“盖然性”,反而会强化其“非盖然性”。^④在证据环中,多个间接证据之间处于同一层级,相互之间是补强的关系。对递进层级的证据链而言,所考察的是其证据单个盖然性的乘积。据此,可以厘清多项“附加因素”的关联关系和累积效果,充分发掘多项证据的整体证明力。

(三)协同行为的事实推论与法律推定

经济学分析展示出信息传递、企业行为、市场结构和便利行为等间接事实与“意思一致”这一

① 参见吴秀明:《竞争法制之发轫与展开》,台湾元照出版公司2004年版,第54~55页。

② 参见姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社2017年版,第59页。

③ 转引自姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社2017年版,第116页。

④ 参见姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社2017年版,第57页。

待证(主要)事实之间或强或弱的相关关系,但无法据其确立因果关系。因此应由法律来搭建相关关系与因果关系之间的桥梁,将客观事实转化为法律事实:当特定客观事实存在时,推定待证法律事实的存在。而就事实认定问题创设推定规则,通常需要明确该事项是否具备创设推定规则的必要性、可能性和成熟性。^①在协同行为的认定中,“意思一致”通常无法通过证据证明或者缺乏证据证明,主要依赖于间接事实与该等主要事实之间的关系来证明,因而也就具备了设定法律推定规则的必要性。不仅如此,其中间接事实与待证的主要事实之间的伴生关系具有一定程度的稳定性和程度不同的盖然性,因而也就具备了设立法律推定规则的可能性。在此基础上,可进一步考察在协同行为认定中创设法律推定规则的成熟性。就此需要明确:交流证据是否构成证据环得以确立的必需环节?经济学理论指出,在完全竞争市场和完全寡头市场中,都可能在无须企业之间达成“意思一致”的情况下形成平行行为。特别引发激烈论争的是寡头之间相互依赖的情形,即企业通过独立认识到其自身利益的一致性而各自作出选择将价格定于非竞争性水平。这一结果被认为主要由寡头间重复博弈造成。^②留给法学家的问题是:“有意识的平行行为”是否属于协同行为?

美国学者特纳认为,寡头的相互依赖,若从纯粹的语言定义上看可以认为是一种共谋(协同行为),但也可以被描述为根据相关经济情势作出的个体理性决策;而且也不可能禁止被告在决定自己的价格和产出时考虑其竞争者可能作出的价格决策。^③伯克指出,对共谋的禁止应当限制在存在“明示的和可发现的合意”的基础上,但同时也主张运用市场行为作为证明共谋的间接证据。^④但波斯纳则持不同意见,认为寡头状态并不是非竞争性定价的充分条件,而只是必要条件,还需要大量的成本高昂决策、协调和执行工作予以配合。^⑤而且从经济学的角度来看,一个共谋定价机制是不是以一种能够产生实际联络证据的方式进行组织和执行,只是一个细节问题。^⑥卡普洛支持这一理论主张,并认为在美国的协议观念下通过寡头相互依赖来解决“意思一致”的问题是恰当的。^⑦佩奇则认为,应当围绕特定的信息交流来建构协同行为的认定标准。^⑧

目前,基于寡头的相互依赖推定协同行为的方法没有得到法院的认同。在“松下电器案”^⑨中,美国联邦最高法院指出,要通过即决判决或获得直接裁决,原告应当提出“证据趋于排除被告独立行为的可能性”。^⑩很明显,直接通过市场结构推定协同行为被认为不能成立。当然,这里的

① 参见何家弘:《司法证明方法与推定规则》,法律出版社2018年版,第243~245页。

② See Jonathan Baker, Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory, 38 Antitrust Bulletin, 153—160 (1993).

③ See Donald Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 Harvard Law Review, 665—669 (1962).

④ See Robert Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, Basic Books, 1978, p.175.

⑤ See Richard Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach, 21 Stanford Law Review, 1571—1572 (1968).

⑥ 参见[美]理查德·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第110页。

⑦ See Louis Kaplow, Competition Policy and Price Fixing, Princeton University Press, 2013, p.33.

⑧ See William Page, A Neo-Chicago Approach to Concerted Action, 78 Antitrust Law Journal, 174 (2012).

⑨ See Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588 (1986).

⑩ Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588 (1986).

可能性排除只要达到优势证据的证明标准。例如,在“玩具反斗城案”^①中,法院认为,适用“松下电器案”的标准并不意味着美国联邦贸易委员会必须排除制造商独立行为的所有可能性,而是要求其必须具备实质性的证据证明制造商之间共谋的存在是“更为可能的”。^② 在“大西洋贝尔案”中,法院指出,“当根据平行行为的存在来证明共谋之时,该等行为必须被置于表明存在先行合意的语境下,而不仅仅是同样可能只是独立行为”。^③ 就此,美国学者阿里达和霍温坎普认为,相互依赖是从平行行为推论共谋存在的必要条件,但不是充分条件;存在共谋的意图也不足以确立一项传统的共谋。^④ 这也就表明,从市场结构来直接推定共谋的存在亦无法构成充分条件。在此,相互依赖并非是或否的问题,而是一个程度问题:如果相互依赖程度低,所需要的其他共谋的证据就更多。^⑤ 就是否可以基于市场结构证据与企业行为证据相结合直接推定存在协同的问题,当前主流理论与实践并未达成一致。但可以认为,至少在寡头市场中,要确立整个证据环,就必须通过证据证明存在信息传递的事实或所传递的内容。

事实推论与法律推定的结合为协同行为规制廓清了基本路径。进而在法律适用中尚须结合信息传递机制适用差异化的证明。归纳来看,信息传递既可以作为协同行为证明的起点,也可以作为协同行为证明中的“附加因素”。在欧盟法下,信息传递兼具上述两种作用;在美国法下,信息传递通常被视为“附加因素”,用以支撑从平行行为到协同行为的证明。

在以信息传递为起点的协同行为证明中,策略性联络基于欧盟法下的“埃尼推定”(Anic Presumption)^⑥被严格禁止,美国法下则不能抛开平行行为而仅依据信息交流进行推定。美国法与欧盟法在证明标准上的区别,与在美国法下垄断协议或构成刑事违法有关。为了避免误判,证明标准实际达到了“排除合理怀疑”的程度,法律推定无法确立。^⑦ 比较而言,中国法采纳该等法律推定应当利大于弊,以前述之作为“超级附加因素”的 K4 充分涵盖策略性信息的基本构成,结合欧盟法实践据此推定协同行为具有合理性。因为,一方面垄断协议在中国一般不构成犯罪(串通投标除外),误判的社会成本较低;另一方面企业间的策略性信息传递也并不能够产生任何竞争性收益,漏判的社会成本较高。当然,必须明确的是,确认所传递的信息为策略性信息而非一般竞争敏感信息,构成该等法律推定的基础应当聚焦于“超级附加因素”中的交流证据。

在以平行行为为起点的协同行为证明中,法律实践并未确立推定规则。无论是在美国法还是在欧盟法下,仅仅存在平行行为都不被认为足以证明存在反垄断法意义上的协同行为,因其不

① See TOYS“R”US, INC., FTC, 221F. 301 928(2000).

② See TOYS “R” US, INC., v. FTC, 221 F.3d 928, 935—936 (2000).

③ Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 557 (2007).

④ See Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, Fundamentals of Antitrust Law (4th ed.), Aspen Publishers, 2013, p.14—47.

⑤ See Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, Fundamentals of Antitrust Law (4th ed.), Aspen Publishers, 2013, p.14—48.

⑥ “除非由相关经营者提出相反的证据,就应当假定在市场中活跃着的、参与一致性安排的企业,在决定其市场行为时已经将其与竞争者交换的信息纳入考虑范围——特别是当竞争者之间长期、经常协调的情况下更是如此。” See Case C—49/92 P, Commission v Anic Partecipazioni, [1999] ECR I—4125, para.121.

⑦ 在“苹果电子书案”中,其证明和认定过程因未达到“排除合理怀疑”的标准而受到质疑。参见吴韬、何晴:《美国“苹果电子书价格垄断案”争点释疑》,《法学》2017年第2期。

愿将认定协议安排的存在扩展至覆盖寡头相互依赖的情形。^① 有鉴于此,将平行行为结合交流证据、市场结构证据和便利行为证据的证明,应当诉诸恰当的证明规则。在中国法下,基于以行政执法和民事诉讼为主体的规制模式,协同行为适用“优势证据的证明”应是合理的选择。为此,应当在审查诉讼双方证据的真实性和证明力的基础上,评价双方证明结果的概率大小,其中概率占优势者即可胜诉或得到有利的判决。^② 为获得证据优势,通常还须以理性人标准考察行为人的主观状态及其行为表现,与交流证据互为补充。分类来看,在寡头市场中交流证据是证据环的必要组成部分;在非寡头市场中,主观状态的单独证据也有较强的证明力。

在三边协同行为信息传递结构下,竞争敏感信息通过 A 传递至 B,再经由 B 传递至 C(有时还需要从 C 回传至 A)。进一步分析,关键是讨论信息发布者和接收者的主观意图。亦即需要证明 A 将竞争敏感信息传递至 B,是希望 B 将该信息最终传递至 C;而 C 接受从 B 处传递的信息,并明知该信息来源于 A。其目标是确立横向关系企业 A 和 C 之间通过纵向企业 B 达致“意思一致”。在前述双边协同行为场景下,规制的重心在于通过间接证据或“附加因素”来推论协同行为的存在,主观状态的证明被尽量客观化。在三边协同行为中也应如此,通过经营者主观状态的直接证据和能够证明经营者目的的经济证据来推论协同行为的存在。

五、结 语

随着全球范围内针对卡特尔的反垄断规制日益严密,企业也在不断地调整其市场行为。遗憾的是,基于竞争者之间共谋的本能,垄断协议的参与者通过极力扫除协议、决定的证据,擦拭其交流的痕迹,试图以协同行为规避反垄断调查。协同行为的认定之难,在于查证难;破解查证难的问题,有赖于调查方法和技术的完善,更取决于其规范认定的结构优化水平。为此,需要协同行为规范认定的内在逻辑,即通过交流证据、企业行为证据、市场结构证据和便利行为证据形成的证据环,来完成从间接事实到“意思一致”这一主要事实的推论。在这一证据环之中,各项证据并非具有相同的权重,应当根据其证明力的强度予以分层。从主要法域的经验来看,市场结构证据和便利行为证据不能作为直接推论协同行为存在的证据,而以交流证据和企业行为证据为起点则逐渐形成协同行为认定相对清晰的两条路径。在以信息传递为起点的协同行为证明中,考虑到误判和漏判的可能性都较低,应直接以交流证据推定证明“意思一致”和行为协同,而不必拘泥于要求平行行为的证据作为补充。在以平行行为为起点的协同行为证明中,应通过交流证据和其他间接证据予以补强,在无法构成法律推定的情况下宜采纳“优势证据”的证明标准进行推论。最后,由于双边协同行为与三边协同行为在信息传递机制上的结构性差异,应当更多考察三边协同行为中行为人的主观意图。由此,协同行为的认定方可走出相对无序的状态,形成规范化的认定结构,以提升反垄断法适用的确定性。

责任编辑 翟中鞠

^① See Federico Ghezzi & Mariateresa Maggolino, Bridging EU Concerted Practices with U.S. Concerted Actions, 10 Journal of Competition Law & Economics, 648 (2014).

^② 参见何家弘:《司法证明方法与推定规则》,法律出版社 2018 年版,第 181 页。