

从“鑫牛公司诉伊利集团案”探析垄断纠纷的可仲裁性

作者：钱晓强 杨桦

引言

2022年2月9日，最高人民法院作出“白城市鑫牛乳业有限公司垄断纠纷二审民事裁定书”（案号：（2021）最高法知民终924号，以下简称“**鑫牛案**”），认为“本案涉及因合同内容引发的垄断民事纠纷案件……涉案合同约定的仲裁条款不能当然排除人民法院的管辖权”，并据此撤销了吉林省长春市中级人民法院以涉案合同约定了仲裁条款为由不予受理原告白城市鑫牛乳业有限责任公司（以下简称“**鑫牛公司**”）起诉的一审裁定、指令长春市中级人民法院立案受理鑫牛公司起诉。

最高人民法院的前述裁定推翻了其于2020年6月10日在“山西昌林实业有限公司、壳牌（中国）有限公司滥用市场支配地位纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”（案号：（2019）最高法民申6242号，以下简称“**壳牌案**”）中作出的裁判观点。在壳牌案中，最高人民法院认为，关于一方在履行协议过程中是否存在垄断行为的争议仍受协议中的仲裁条款约束。

本文拟以鑫牛案为切入点，总结梳理最高人民法院及各级法院在垄断纠纷是否具有可仲裁性这一问题上的裁判观点，分析不同裁判观点的法律依据，参考欧美等主要司法辖区的在这一问题上的立法和司法实践，在此基础上，提出相关启示与建议。

一、鑫牛案案情简要介绍

2018年1月1日、2019年1月1日，鑫牛公司作为销售方分别与作为收购方的林甸伊利公司签订了两份《生鲜乳购销合同》，约定鑫牛公司应按照订单要求将生鲜乳交售给林甸伊利公司或者林甸伊利公司指定的第三方公司，合同履行期限分别为2018年1月1日至2021年3月31日及2019年1月1日至2022年4月30日。

2020年11月18日，鑫牛公司向长春市中级人民法院起诉，主张鑫牛公司与林甸伊利公司签订的涉案合同有多处限制竞争的垄断条款，林甸伊利公司、齐齐哈

尔伊利公司在与鑫牛公司履行合同过程中给鑫牛公司造成损失，请求法院确认其与林甸伊利公司签订的涉案合同无效。此外，鑫牛公司主张，林甸伊利公司、齐齐哈尔伊利公司均系伊利集团公司的全资子公司，涉案垄断协议及垄断行为涉及伊利集团公司对生鲜乳市场的整体经营模式，因此伊利集团公司也应对鑫牛公司的损失承担赔偿责任。

一审长春市中级人民法院认为，鑫牛公司要求法院确认涉案合同为垄断协议，认定该协议无效，并赔偿因垄断行为造成的损失的诉讼请求，与合同约定的义务密不可分，实质仍属于履行合同而产生的平等主体之间的争议。而合同争议或者与财产有关的争议并未超出仲裁机构有权调整的范围，因此，鑫牛公司与林甸伊利公司、齐齐哈尔伊利公司及伊利集团公司因涉案合同而产生的争议，仍应适用合同中约定的仲裁条款，并裁定不予受理鑫牛公司的起诉。

鑫牛公司不服长春市中级人民法院做出的不予受理裁定，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院认为，本案的核心争议焦点是，“本案是涉及因合同内容引发的垄断民事纠纷案件，如果合同中包含有仲裁条款，人民法院是否应当受理的问题”。针对前述核心争议焦点，最高人民法院认为，“垄断纠纷案件中涉案合同约定的仲裁条款不能当然排除人民法院的管辖权。在因合同签订、履行引发的垄断纠纷中，受害人与垄断行为人之间缔结的合同仅为垄断行为人实施垄断行为的载体或者工具，合同中涉及垄断的部分才是侵权行为的本源与侵害发生的根源，对垄断行为的认定与处理超出了受害人与垄断行为人之间的权利义务关系。因此，因合同的签订、履行引发的垄断纠纷所涉及的内容和审理对象，远远超出了受害人与垄断行为人之前约定的仲裁条款所涵盖的范围。再加上合同法和反垄断法立法目的不同、反垄断法具有明显的公法性质，在垄断行为的认定与处理远远超出了合同相对人之间的权利义务关系的情况下，本案当事人在合同中约定的仲裁条款不能成为排除人民法院管辖垄断纠纷的当然和绝对依据”。基于前述理由，最高人民法院最终裁定撤销长春市中级人民法院作出的不予受理裁定，并指令长春市中级人民法院立案受理鑫牛公司起诉。

最高人民法院关于鑫牛公司诉伊利集团垄断纠纷案做出的前述裁定，体现了最高人民法院关于垄断纠纷案件是否具有可仲裁性的最新裁判观点。在前述裁定中最高人民法院否定了垄断纠纷的可仲裁性，推翻了其在壳牌案中肯定了垄断纠纷可仲裁性的裁判观点。

二、我国司法实践中关于垄断纠纷可仲裁性问题的裁判观点梳理

纵观我国司法实践关于垄断纠纷可仲裁性问题的相关裁判，最高人民法院及各级法院关于这一问题的裁判观点存在不统一的情况，本文对历次有关裁判梳理如下。

2016年8月9日，江苏省高级人民法院在“南京嵩旭科技有限公司与三星（中国）投资有限公司垄断纠纷一案管辖权裁定书”（案号：（2015）苏知民辖终字第00072号）中所作裁定被认为是中国法院对垄断纠纷是否具有可仲裁性问题的首次回应。在该案中，江苏省高级人民法院以垄断纠纷涉及公共利益，且我国法律尚未明确规定垄断纠纷可以仲裁等为由，认定垄断纠纷不具有可仲裁性。

此后，最高人民法院及各级法院就垄断纠纷是否具有可仲裁性多次做出过裁定，以下是按照时间先后对相关裁判观点的简要梳理和总结：

裁判时间	审理法院	案件名称	案号	肯定或否定垄断纠纷具有可仲裁性
2016/8/29	江苏省高级人民法院	南京嵩旭科技有限公司与三星（中国）投资有限公司管辖裁定书	（2015）苏知民辖终字第00072号	否定
2019/6/28	北京市高级人民法院	壳牌（中国）有限公司与山西昌林实业有限公司滥用市场支配地位	（2019）京民辖终44号	肯定
2019/8/21	最高人民法院	上诉人壳牌（中国）有限公司与被上诉人呼和浩特市汇力物资有限责任公司横向垄断协议民事裁定书	（2019）最高法知民辖终46号、47号	否定
2019/12/01	最高人民法院	VISCAS 株式会社、国网上海市电力公司垄断协议纠纷二	（2019）最高法知	否定

		审裁定书	民辖终 356 号	
2020/6/10	最高人民法院	山西昌林实业、壳牌（中国）有限公司滥用市场支配地位纠纷再审审查与审判监督民事裁定书	（2019）最高法民申 6242 号	肯定
2021/10/12	内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院	赤峰犇鼎牛业有限公司、赤峰伊利乳业有限责任公司申请确认仲裁协议效力申请确认仲裁协议效力民事裁定书	（2021）内 01 民特 179 号	肯定
2021/10/12	内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院	喀喇沁旗天地御牛牛业有限公司、赤峰伊利乳业有限责任公司申请确认仲裁协议效力申请确认仲裁协议效力民事裁定书	（2021）内 01 民特 180 号	肯定
2022/2/9	最高人民法院	白城市鑫牛乳业有限责任公司垄断纠纷民事二审民事裁定书	（2021）最高法知民终 924 号	否定

三、对垄断纠纷可仲裁性进行裁判的主要理由和依据

在上文所列案件中，对于垄断纠纷是否具有可仲裁性这一问题，持肯定或者否定观点的裁判均提出了相应的法律及理论依据，简要总结如下：

1. 否定垄断纠纷具有可仲裁性的主要理由和依据，包括：

（1）垄断纠纷涉及公共政策，在各国长期都属于不可仲裁的纠纷。

《反垄断法》第1条规定，为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，提

高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。根据前述规定可以看出，《反垄断法》作为规范市场竞争秩序的法律，具有明显的公法性质。垄断纠纷涉及公共政策，在各国长期都属于不可仲裁的纠纷。

(2) 垄断纠纷不属于《仲裁法》规定的可仲裁的范围。

《仲裁法》第2条规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。《反垄断法》具有明显的公法性质，是否构成垄断的认定已超出了合同相对人之间的权利义务关系，案涉争议也不再限于“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”，因此不再属于《仲裁法》规定的可仲裁的范围。

(3) 法律并未明确规定垄断纠纷可通过仲裁解决。

《反垄断法》第10条规定，国务院规定的承担反垄断执法职责的机构（以下统称国务院反垄断执法机构）依照本法规定，负责反垄断执法工作。国务院反垄断执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照本法规定负责有关反垄断执法工作。第38条第1款规定，反垄断执法机构依法对涉嫌垄断行为进行调查。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。根据前述规定，对是否构成垄断的认定和处理，《反垄断法》仅规定了行政执法和民事诉讼两种方式，未明确规定可通过仲裁解决。

(4) 相关司法解释规定被解读为垄断纠纷应由法院专属管辖。

《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》第1条规定，本规定所称因垄断行为引发的民事纠纷（以下简称垄断民事纠纷案件），是指因垄断行为受到损失以及因合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法而发生争议的自然人、法人或者非法人组织，向人民法院提起的民事诉讼案件。第3条规定，第一审垄断民事纠纷案件，由知识产权法院，省、自治区、直辖市人民政府所在地的市、计划单列市中级人民法院以及最高人民法院指定的中级人民法院管辖。根据前述规定，反垄断民事争议仅能通过诉讼方式进行救济，且垄断纠纷民事诉讼的管辖仅限于省会城市/计划单列市中级人民法院和最高人民法院指定的中级人民法院，并未规定可通过仲裁方式解

决。

(5) 垄断纠纷超出了仲裁条款所涵盖的范围。

因垄断协议引发的确认垄断行为或者请求损害赔偿之诉与因一般合同关系发生的当事人可以选择的合同之诉或者侵权之诉不同。在一般合同关系中，如果当事人一方的违约行为侵害对方人身、财产权益，该侵权行为通常也是合同约定的履行行为，该侵权行为原则上不会超出合同范围或者合同当事人可以预想的范围。与此不同的是，在因垄断协议引发的侵害他人权益的诉讼中，受害人与垄断行为人之间缔结的合同仅是垄断行为人实施垄断行为的载体或者工具，合同中涉及垄断的部分才是侵权行为的本源与侵害发生根源，对垄断行为的认定与处理完全超出了受害人与垄断行为人之间的权利义务关系。基于此，因垄断协议引发的侵害他人权益的诉讼所涉及的内容与审理的对象，远远超出了受害人与垄断行为人之间的约定仲裁条款所涵盖的范围。

(6) 垄断纠纷涉及第三方及消费者利益，已突破合同约定，不能根据合同约定确定垄断纠纷应当通过仲裁解决。

垄断纠纷一方请求法院确认无效的合同很多都是合同另一方制作的并与其他多方签订的格式合同，垄断纠纷一方主张另一方实施的涉嫌垄断的行为不仅涉及案件当事方，还涉及与垄断协议一方具有相同地位的第三方、相关市场竞争、以及消费者的利益。虽然争议合同中约定了仲裁条款，约定协议履行过程中的任何争议或与协议本身有关的争议应提交仲裁，但相关约定具有合同相对性，垄断纠纷因涉及第三方及消费者利益，已突破双方合同约定，故不能根据前述约定确定案件应由仲裁解决。

2. 肯定垄断纠纷具有可仲裁性的主要理由和依据，包括：

(1) 垄断纠纷不属于《仲裁法》规定的不能仲裁或者导致仲裁协议无效的情形。

《仲裁法》第2条规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。第3条规定，下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。第17条规定，有下列情形之一的，仲裁协议无效：（一）约定的仲裁事

项超出法律规定的仲裁范围的；（二）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；（三）一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。垄断纠纷并不属于前述规定所述不能仲裁或者导致仲裁协议无效的情形。

（2）垄断协议并未超出仲裁协议范围。

从仲裁条款使用的措辞看，其约定的仲裁事项为“因本协议引起的任何争议”，因此与争议协议权利义务关系产生、与权利行使或义务履行有关的争议均属于仲裁事项。

《合同法》第122条、《民法典》第186条规定，因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。案件当事人以垄断侵权为由提起诉讼，实属在侵权责任和违约责任竞合状态下对诉由行使的选择权。案件管辖仍应受到合同有效仲裁条款的约束，不应允许当事人通过选择诉因而排除有效仲裁条款的适用。

（3）《仲裁法》和《民事诉讼法》对违背公共利益的仲裁裁决已设置了救济制度，涉及公共利益不等于违反公共利益，不应以涉及公共利益排除仲裁。

《仲裁法》第58条规定，人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。《民事诉讼法》第244条、第281条规定，人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。可见，《仲裁法》和《民事诉讼法》对于违背社会公共利益的仲裁裁决可通过撤销仲裁裁决或者不予执行仲裁裁决的方式予以救济。垄断纠纷虽涉及公共利益，但相关仲裁裁决并不当然违反公共利益，不当以涉及公共利益就完全排除仲裁。

四、欧美关于垄断纠纷可仲裁性的立法和司法实践变迁：从禁止到放开

在国外，因为反垄断法具有很强的公共政策性，在很长一段时间内各个国家都将垄断纠纷列为不可仲裁的纠纷。但在近年，欧美一些国家的立法与司法实践发生了变化，不再将公共政策作为反垄断争议可仲裁性问题上的决定因素，部分国家已将反垄断争议纳入仲裁事项的范畴。

1. 美国：从严格禁止，到逐步承认反垄断纠纷的可仲裁性

1968年，美国联邦巡回上诉法院在American Safety案中确立了反垄断纠纷不

具有可仲裁性的普遍观点，具体理由包括：第一，反垄断法涉及国家利益，违反反垄断法的行为会影响成千上万甚至上百万的人，会造成令人难以置信的经济破坏。国会也不希望通过非司法方式来解决此种争议。第二，反垄断案件实施过程通常很复杂，需要精细的法律和经济分析，而以迅速、简易、拥有衡平法基本观念以及生活常识的最低要求等优势特点的仲裁方式并不太适合解决这类纠纷。第三，在反垄断案件中，拥有优势地位的一方很可能迫使对方订立“附和合同”，使另一方不情愿地把可能产生的任何争议提交仲裁。第四，商事仲裁员通常来自商业社会，一般只具有衡平观念，因此，正如战争与和平的问题不能交由平民百姓决定一样，反垄断纠纷也不能让来自普通商业社会的仲裁员来解决，特别是不能交给对美国的法律和价值观念不甚了解的外国仲裁员去解决。

随着商事仲裁的不断发展，美国司法界在反垄断争议的可仲裁性问题上的态度逐渐发生了转变。自20世纪80年代，美国逐步放宽了对反垄断争议可仲裁性的限制，其中最重要的标志是1985年Mitsubishi案。在该案中美国最高法院认可国际反垄断纠纷具有可仲裁性，理由包括：第一，在缺乏事实依据的情况下，不宜假定仲裁协议是在不当影响或者另一方优势地位影响下签订的，单凭反垄断纠纷的外在特征不足以证明仲裁协议无效。第二，反垄断争议的潜在复杂性并不能从本质上说明反垄断事务天然不可适用仲裁方式解决纠纷。具有灵活性、适应性和专业性特征的仲裁方式，可通过仲裁规则选择具备较强反垄断法律知识、经济知识的专家作为仲裁员，同样可迅速解决争议。第三，仲裁庭并不天生对反垄断法下的商业行为限制怀有敌意。仲裁员可能来自商界又可能来自法律界。无论如何，当事方和仲裁机构都愿意尽力去选择公正的、有道德的、有能力的仲裁员参与仲裁程序。第四，国际反垄断争议的仲裁方式存在足够的补救措施。即使仲裁裁决内容或裁决程序不合法，法院仍有机会在裁决执行过程中维护反垄断法下商业行为的合法权益。

随后，垄断纠纷可仲裁性基本原则不仅适用于国际反垄断争议案件，而且还扩展到美国国内反垄断争议案件上。美国最高法院于1997年对Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.一案所作驳回该案申请移交诉讼的判决结果已表明，纯国内反垄断争议案件也可以通过仲裁方式解决。

2. 欧盟及欧洲国家的立法及司法实践：对垄断纠纷仲裁逐步放开限制

欧盟在立法上就仲裁相关的规定很少，也没有关于商事仲裁中相关事项可仲裁性问题的直接规定。就欧洲法院的司法实践而言，目前尚未出现关于竞争法争议是否具有可仲裁性的案例。在有些案件（如Eco Swiss案）中，欧洲法院并没有因为仲裁涉及竞争法而简单宣告仲裁庭无管辖权或仲裁裁决无效，而是审查当事人的协议是否违反了被视为欧盟公共政策的欧盟竞争法，仲裁庭是否有义务依职权适用欧盟的公共政策。欧洲法院在判决中并没有因仲裁涉及竞争法而宣布仲裁庭无管辖权，而是要求仲裁庭必须适用欧盟竞争法。

欧洲不少国家通过立法肯定了竞争法争议的可仲裁性。1996年瑞士通过《反限制竞争法》，不再含有限制仲裁的规定。1998年，德国通过《仲裁程序修订法》取消了德国《反限制竞争法》关于竞争法争议可仲裁性的传统限制。1999年，瑞典《仲裁法》直接肯定了竞争法争议的可仲裁性。

欧洲国家的司法实践也对竞争法争议的可仲裁性持开放态度。与欧盟一样，不少欧洲国家的法院和仲裁机构的司法实践将欧盟竞争法视为公共政策，仲裁员不仅有权而且有义务适用欧盟竞争法规则，同时必须依职权对仲裁协议是否符合欧盟竞争法的问题进行审查。

五、 启示与建议

通过我国和欧美等司法辖区反垄断法的立法司法实践，可以发现反垄断法的实施具有较强的政策性。作为司法政策的一部分，其需要保持一定的弹性和灵活性，以便基于社会的不同发展阶段，来回应不断发展变化的形势和价值目标。在我国反垄断法的实施过程中，目前最高人民法院和各级法院在垄断纠纷可仲裁性问题上裁判观点尚不统一，其实正是相关司法政策进行探索和发展的过程。在此背景下，对于作为市场主体的经营者，在日常商业活动中应对此问题予以关注：

第一，反垄断问题可能导致管辖的变更。在起草合同的过程中，需要注意，即便合同中约定了仲裁条款，如果双方在合同的履行过程中发生了争议，一方以合同内容约定违反《反垄断法》相关规定请求法院确认合同无效的或者提起其他与合同相关的垄断纠纷诉讼的，不排除法院可能会以垄断协议不具有可仲裁性为由认定相关案件应由法院而非仲裁机构管辖。

第二，反垄断问题可能引起法院依职权主动审查。法院在审查合同相关的案件

时，会首先对合同的效力进行审查。即便案件本身并非垄断纠纷，双方对于合同效力本身并无争议，也不排除法院会在案件审理的过程中识别合同本身可能存在违反《反垄断法》相关规定而应当被认定为无效的情形，并继而主动依职权进行审查。比如，最高人民法院在审理一起药品发明侵权纠纷案【（2021）最高法知民终388号上诉人阿斯利康有限公司与被上诉人江苏奥赛康药品有限公司侵害发明专利权纠纷】时，在双方当事人对涉案合同效力本身无争议的情况下，最高人民法院发现双方签订的《和解协议》涉嫌构成“药品专利反向支付协议”并首次在非垄断案由的案件中主动进行了初步审查。因此，在起草商业合同时，需留意涉及到“反垄断”等有公共政策属性的内容应与一般的商业内容区别对待，前者有可能属于公法范畴被司法机关依职权进行管辖和审查。

第三，密切关注反垄断的修订及其后续影响。目前最高人民法院和各级法院在垄断纠纷可仲裁性问题上裁判观点尚不统一，这一情况一定程度上减弱了对类案裁判结果的可预见性和确定性。同时，在当前对反垄断工作较为重视的整体司法政策大环境下，法院可能对涉垄断类案件更为关注。随着《反垄断法》修法以及随即有可能对有关垄断纠纷审理司法解释的修订，需要进一步密切跟踪，以评估其对相关商业合同、商业行为的影响。

2022-04-06