

郝俊淇

排他性滥用行为的规范定义和检验标准

内容提要:具有市场支配地位的经营者实施的排他性滥用行为是各法域反垄断法重点规制的对象。尽管理论和实务界习惯于聚焦特定行为,构建相应的类型化规则,但这并不排斥提炼排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准的必要性及重要性。以“牺牲利润”“无经济意义”“同等效率竞争者”“消费者损害”为定义重心并构建相应的检验标准,虽从不同侧面揭示了排他性滥用行为的特质,但各自存在局限。排他性滥用行为应当是,具有市场支配地位的经营者采取旨在限制具备一定可识别效率的竞争对手的商业机会,或者打压其竞争性反应,进而损害竞争过程,以此有利可图地维持或加强市场支配地位,却未带来相应的补偿性利益特别是消费者利益的行为。该规范定义蕴含了排他性滥用行为的普适性检验标准及两大方面的证明事项,具有广泛的实践运用价值。

关键词:排他性滥用行为 检验标准 反垄断法 “二选一”行为

DOI: 10.19851/j.cnki.CN11-1010/F.2023.03.052

一、问题的提出及其研究意义

滥用市场支配地位行为(以下简称“滥用行为”)是各法域反垄断法重点规制的对象。我国《反垄断法》第七条规定:具有市场支配地位的经营者,不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争。《反垄断法》第二十二条对不公平高价、不公平低价、掠夺性定价、拒绝交易、搭售、附加不合理的交易条件、限定交易、差别待遇等滥用行为作了禁止性列举。一般认为,不公平高价、不公平低价、附加不合理的交易条件是典型的剥削性滥用行为,即经营者利用市场支配地位得到的商业机会和谈判势力,通过直接侵害交易相对人或消费者利益的行为方式(不涉及对竞争过程的损害),榨取其在正常和充分有效竞争情形下无法获取的商业利益。而掠夺性定价、搭售、限定交易、差别待遇则通常被认为是典型的排他性滥用行为(也称排挤性滥用行为或妨碍性滥用行为)。然而,对于何为排他性滥用行为,或者说排他性滥用行为的规范定义和检验标准是什么?国内理论和实务界大多语焉不详,要么将其粗糙地理解为排除、限制竞争的滥用行为,要么有意无意地回避该问题,以至于只使用“排他性滥用行为”的术语,而不深究和解释其含义。之所以形成这种局面,其重要原因在于:我国理论和实务界习惯于聚焦特定的行为类型,构建相应的违法性认定规则。例如,搭售被认定为排他性滥用行为,一般须满足以下要件:一是经营者在搭售品市场具有市场支配地位;二是搭售品与被搭售品属于不同的独立产品;三是搭售造成反竞争的封锁效应。再如,限定交易被认定为排他性滥用行

为,一般须满足以下要件:一是实施限定交易的经营者具有市场支配地位;二是限定交易造成的市场净封锁率一般不低于30%;三是限定交易不能提前终止或并非短期安排;四是不存在可行的替代性交易安排。

诚然,基于行为类型化的规则构建具有重要的理论和实践价值,尤其有助于降低法律实施成本和发生错误的概率。但是,强调“规则之治”的重要性,并不排斥提炼排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准的必要性及重要性。一方面,排他性滥用行为远不限于《反垄断法》列举的掠夺性定价、拒绝交易、搭售、限定交易等典型情形。从欧美等先进法域经验看,还可能涉及策略性的产能结构、限制性定价、售后市场锁定、掠夺性的产品设计或更新、与标准制定相关的专利伏击或专利劫持、滥用政府程序操纵管制措施,以及平台经济领域的强制“二选一”、自我优待、强制性搭便车、平台包抄等非典型情形(卢均晓,2020;富新梅,2022)。要对这些繁复多样的潜在排他性滥用行为一一构建类型化规则,恐怕力所不及,且难以保证所构建规则的体系性和有效性,反而可能造成“只见树木、不见森林”的窘境。换言之,在类型化规则存在漏洞或空白的情形下,一般性的规范定义和检验标准能够起到拾漏补缺的作用。另一方面,事物具有普遍联系,不同排他性滥用行为在对竞争过程和消费者的损害机理上存在共通之处,提炼排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准有助于发掘反垄断法规制这些行为的普遍规律和基本法理,有利于推动“规则—标准”的良性互动,

促进具体排他性滥用行为类型化规则的完善,增进排他性滥用行为法律规范体系的融贯性,缓解反垄断法的不确定性,提升经营者对自身行为的合法预期。有鉴于此,下文首先对排他性滥用行为的几种潜在定义方案和检验标准予以检视,进而尝试提炼出更优的规范定义和检验标准。

二、排他性滥用行为潜在定义方案和检验标准之检视

从域外经验看,在处理纷繁复杂的排他性滥用行为时,反垄断执法司法机关深陷于修辞的紊乱和逻辑的矛盾之中。一方面,“积极竞争”(aggressive competition)、“效能竞争”(competition on the merits)、“正常竞争”(normal competition)、“真正不被扭曲的竞争”(genuine undistorted competition)等含义模糊的语词充斥在排他性滥用行为的释义之中;另一方面,为了改变这种混沌局面,学界和实务界提出了诸如“牺牲利润”(profit sacrifice)、“无经济意义”(no economic sense)、“同等效率竞争者”(equally efficient competitor)、“消费者损害”(consumer harm)等关于排他性滥用行为的定义要点和检验标准。整体而言,这些定义和标准从不同侧面揭示了排他性滥用行为的特质,但各自存在局限。

(一) 牺牲利润标准

纵观美国反垄断实践,有关《谢尔曼法》第2条所禁止的排他行为(exclusionary conduct,即排他性滥用行为)的规范定义,长期以来被诟病为过于空洞、模糊、混乱。不过,Areeda和Turner(1975)率先提出的掠夺性定价理论及其在后续案件中的成功运用,促使一些法官和学者试图将该理论转化为一种具有普适性的检验标准,以确定哪些行为会受到《谢尔曼法》第2条的谴责。人们倾向于把“掠夺”(predation)作为违法性判断的核心因素,并将其界定为如下行为:经营者实施了牺牲短期利润的行为,这种行为如果不是为了排挤或钳制竞争对手进而使自己获得长期垄断性回报,那么其是无利可图的。简言之,在牺牲利润标准之下,《谢尔曼法》第2条将谴责那些除了排挤竞争对手并由此产生或巩固市场支配地位(垄断力量)之外,别无其他积极意义或正面效果的行为。例如,Bork(1978)认为,掠夺行为(排他性滥用行为)不以利润最大化为目的,反而通过牺牲利润来攻击或排挤竞争对手,亦即掠夺行为除了基于以下目的,别无其他目的:(1)真实竞争对手将被排挤出市场,或者潜在竞争对手将被阻止或拖延进入市场。这样,掠夺者将获得或保留足以获得垄断利润的市场份额。(2)竞争对手将受到足够严厉且迅速的报复,从而放弃威胁在位经营者实现垄断利润的竞争动机及行为,即竞争性反应受到打压。

牺牲利润标准虽然在表面上具有吸引力,但实

际上具有下列缺陷:(1)该标准曲解了掠夺性定价理论,甚至不能解释其试图推广的掠夺性定价理论。掠夺性定价是以特定的成本为判断基准,如平均可变成本、平均可避免成本、平均长期增量成本等,而牺牲利润是以利润最大化的价格为判断基准。具有市场支配地位(垄断力量)的经营者在利润最大化的价格与特定成本之间设定的价格,必然涉及牺牲利润,但这并不符合掠夺性定价理论,也就不必然构成排他性滥用行为。(2)牺牲利润标准可能打击面过广,捕获某些实质上促进市场竞争、提升经济效率、激发创新活力的无害行为。例如,对知识产权、技术、创新的研发投入,皆非短期内利润最大化的行为,且最初通常是无利可图的,但具有获得垄断性回报的前景,因而这些行为可能被不当贴上“牺牲利润”的标签。(3)牺牲利润标准也可能捕捉不到某些具有真正危害的排他性滥用行为。例如,与标准制定有关的机会主义行为、欺诈性获取专利的行为、操纵政府监管措施的行为等等,这些排他性滥用行为根本不涉及牺牲利润。此外,诸如限定交易、搭售、捆绑等排他性滥用行为,可能使具有市场支配地位的经营者一开始就获利,因而短期的牺牲利润和获得补偿的前景都是不必要的。(4)牺牲利润标准还涉及一些悬而未决的疑问。例如,是否任何低于利润最大化的定价都是违法的牺牲利润?换言之,经营者是否必须在事前完全清楚自身利润最大化的行动方案?再如,牺牲利润是否自动等同于排他性滥用行为?或者说,多大程度的牺牲利润才构成排他性滥用行为?

综上所述,牺牲利润标准是一种较为严苛的违法性认定标准。但是,经营者牺牲短期利润仅仅是排他性滥用行为的潜在实施机制或表现形式之一,就排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准而言,牺牲利润既不是充分因素,也不是必要因素。尽管如此,牺牲利润标准并非毫无可取之处,其至少揭示了排他性滥用行为之有利可图的特点。

(二) 无经济意义标准

鉴于牺牲利润标准的缺陷,Werden(2006)提出了这一标准的变体——无经济意义标准,即如果不考虑消除竞争可能带来的收益,被质疑的行为是否还是有利可图的。在美国最高法院审理的“Trinko案”的法庭之友意见中,美国司法部(DOJ)也指出,在无经济意义标准之下,除非具有市场支配地位(垄断力量)的经营者行为在消除或减少竞争之外别无其他经济意义,否则该行为不构成排他性滥用行为。显然,无经济意义标准没有把每一次偏离短期利润最大化的行为都定性为非法,而这种行为在牺牲利润标准之下被认为是非常可疑的。无经济意义标准的检验重点是对两种相反情况的比较分析,即存在被质疑行为(竞争受到限制的情况)与不存在被质疑行为(竞争未受限制的情况)的比较分析。具体来说,如

果忽略被质疑行为消除竞争所带来的收益,其仍然能够带来其他收益,那么这种行为就具有经济意义,因而不属于排他性滥用行为;相反,如果忽略被质疑行为消除竞争所带来的收益,其未能带来其他收益,那么这种行为就无经济意义,因而属于排他性滥用行为。由此不难看出,这里“无经济意义”的意思可以诠释为某行为之所以有利可图,是纯粹建立在损害或惩罚竞争对手并妨碍竞争过程的基础上。基于此,也可将无经济意义标准理解为“唯一目的和效果”标准,即只有当排他行为的唯一目的和效果是增加竞争壁垒时,其才会受到谴责;反之,如果行为有任何有益的影响,比如降低成本或创造更好的产品,其将被允许。

尽管无经济意义标准在理论上非常清晰,也更具备客观性,但其仍存在两方面的缺陷:(1)在行为既能带来合法利润,也能由于消除竞争带来非法利润的情况下,无经济意义标准可能难以付诸操作。因为,评估某行为预期利润的哪部分源于排除、限制竞争的影响,哪部分源于效能竞争的影响,依赖于两种相反情况的精确比较。但在很多情况下,竞争未受限制的情况要么不清楚,要么需要花费大量精力和资源才能被阐述和构建。(2)无经济意义标准对具有市场支配地位(垄断力量)的经营者太过宽容,即便排他行为对竞争过程和消费者造成巨大损害,但只要行为贡献了其他收益——哪怕是很小、极不相称的收益,这种行为仍会被允许。

综上所述,无经济意义标准是一种相对宽松的违法性认定标准。就排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准而言,行为无经济意义至多是一项充分因素,而不是一项必要因素。尽管如此,透过无经济意义标准,排他性滥用行为之有利可图的特点再次清晰可见,并且,这种有利可图性即市场支配地位的维持或加强,建立在不法原因和行为之上。

(三)同等效率竞争者标准

将排他性滥用行为界定为排除同等效率竞争对手的行为,这最初由芝加哥学派的另一位代表人物波斯纳(Richard A. Posner)提出。在他看来,涉及排他性滥用行为的案件,原告必须首先证明被告具有垄断力量(市场支配地位),然后证明所指控的行为可能会把同样有效率或更有效率的竞争对手排挤出被告所在市场;此后,被告可以反驳并证明,虽然其是一个具有垄断力量的经营者,被指控的行为也具有排他性,但总的来看,该行为是有效率的。不可否认,同等效率竞争者标准具备扎实的经济学基础,优胜劣汰的市场法则意味着只有高效的经营者才能立于不败、才能更好服务消费者。进而言之,经营者在降低成本的基础上展开的效能竞争,不仅不应受到反垄断法谴责,反而应当得到鼓励,不能因为具有市场支配地位的经营者成本比竞争对手低,就草率地将其实施的具有排挤性的行为认定为排他

性滥用行为。要求具有市场支配地位的经营者为效率不高的竞争对手提供价格保护伞,显然是违背市场规律的做法。事实上,同等效率竞争者标准可以广泛运用到各种以价格为基础的排他性滥用行为中,如掠夺性定价、利润挤压、忠诚折扣、数量折扣、捆绑折扣,等等。此外,由于同等效率竞争者标准便于具有市场支配地位的经营者在一开始就依据自身成本对即将做出行为的合法性进行评估,因而具有显著的可预见性优势。

不过,同等效率竞争者标准也时常受到诟病:(1)效率较低的竞争对手并非总是“多余”的,其与具有市场支配地位的经营者展开竞争所增进的经济利益特别是消费者利益可能超过自身相对低效的成本,因而并非总是无足轻重的存在。实际上,落入《欧盟运行条约》第102条调整范围的排他性滥用行为,不仅限于排挤同等效率竞争对手,还包括排挤效率相对较低的竞争对手。例如,在“CEWAL II案”中,欧盟法院指出:成本以上的无条件的价格削减在某些情况下可能构成排他性滥用行为。这表明,即使是相对效率较低的竞争对手,其仍可能在推动有效竞争和提升经济效率方面发挥作用。(2)在创新活跃、增长快速的市场上,同等效率竞争者标准可能过于宽松,会错误赦免某些本来有害的排他行为,造成威慑不足的法律实施效果。因为把竞争对手的效率与具有市场支配地位经营者的效率进行比较并非总是恰当。例如,初创经营者的效率即便在当前较低,但可以伴随创新效应、规模效应、网络效应、学习效应的积累而变得富有效率,从而给在位经营者施加强大的竞争约束。换言之,针对效率尚不显著的初创经营者实施的排他行为,并非当然地豁免于反垄断法规制。(3)同等效率的竞争对手并非轻易能够识别。例如,某个经营者只生产单一产品(目标产品),而不生产与搭售或捆绑相关的其他产品,那么,其能否像具有市场支配地位的经营者那样高效地生产目标产品,这是很难判断的。因为在涉及共同成本的多产品情况下,很难对成本进行准确分摊,也就难以准确衡量和比较效率。(4)对于某些排他性滥用行为,同等效率竞争者标准存在更大的缺陷。例如,具有市场支配地位的经营者操纵政府监管方案,或者在标准制定过程中隐瞒重要专利。如果这些行为实质性地限制了竞争对手进入市场,那么竞争对手的相对效率状况几乎不具有任何相关性。

综上所述,同等效率竞争者标准是一种以不尽合乎现实的纯粹经济学逻辑为支撑的违法性认定标准。就排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准而言,行为排除、限制同等效率竞争对手的竞争能力,至多是一项充分因素,并非是一项必要因素。换言之,效率较低的竞争对手也可能给具有市场支配地位的经营者施加竞争约束,其在排他性滥用行为的违法性认定中并非无足轻重。当然,同等效率竞争者标准仍具有启发意义,其至少揭示了特定竞争者

受损与竞争受损之间的逻辑关联,进而为排他性滥用行为规范定义和检验标准的确立提供重要的方法指引。

(四)消费者损害标准

消费者损害标准,亦即效果平衡标准,Salop (2006)对此极力推崇。该标准聚焦于量化评估排他行为的促进竞争效应和反竞争效应以及对消费者福利的净影响。根据该标准,如果具有市场支配地位经营者的行为减损竞争而不带来充分的绩效改善或补偿性利益,以充分抵消这些潜在的负面效应从而防止消费者受到损害,那么这种行为就构成排他性滥用行为。从操作方法上看,消费者损害标准需要对相关市场上存在排他行为时的效果,与不存在排他行为时的可能竞争状况进行比较分析。检验的重点是识别在没有排他行为的情况下会出现的市场绩效。相较于前述标准,消费者损害标准触及了界定排他性滥用行为更为根本性的问题,即行为是否对消费者造成净损害。反垄断法旨在保护竞争,而所谓“竞争”,不妨将其理解作为一种消费者福利不能通过进一步竞争加以改善的状态。事实上,维护消费者利益是中国、美国、欧盟等诸法域反垄断法的共同目标,而任何排他性滥用行为都是损害竞争过程进而损害消费者利益的行为。因此,排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准,不应忽略消费者利益要素。

然而,消费者损害标准所依赖的方法也存在下列不足:(1)该标准并不易于操作。消费者损害标准的运用需要对具有市场支配地位经营者排他行为的促进竞争效应和反竞争效应展开全面调查,不仅包括对当前状况和反事实状况进行比较,也包括对短期负面影响和长期潜在利益进行比较。这种“无所不包”的比较分析、跨时间的计量分析,无疑会带来极大挑战。实际上,消费者损害标准或效果平衡标准的有效性,几乎是建立在对执法司法资源以及相关人员认知能力无限性的假设之上。遗憾的是这些假设通通落入了反垄断所面临的局限条件之中。用Easterbrook (1984)的话来说:反垄断是极其昂贵的,执法者和法官处理涉案行为并不具有完善的信息,获取信息的成本构成反垄断的重大局限。(2)该标准不能为经营者提供充分的可预见性。由于经验、信息、认知能力的局限,经营者几乎不可能在一开始就对行为促进竞争效应和反竞争效应以及二者之间的恰当平衡做出评估。而且,由于市场在很大程度上是一个随机的过程,经营者对行为效果的事前预期完全可能与事后结果大相径庭。(3)消费者损害标准所需开展繁冗的事实调查和比较分析,与反垄断法作为法律的定位存在强烈冲突。正如布雷耶(Stephen Breyer)所言:尽管技术性的经济讨论有助于指引反垄断法的实施,但反垄断法不应精确地

复制经济学家的观点——有时是相互矛盾的观点。因为与经济学不同,法律是一种管理体制,试图体现每一种经济复杂性和经济学逻辑的法律,很可能由于管理的反复无常而适得其反,甚至削弱其所追求的经济目的。

综上可见,相较于同等效率竞争者标准,消费者损害标准或效果平衡标准是一种以更为超脱现实的纯粹经济学逻辑为支撑的违法性认定标准,其运用成本高昂,且具有很大的开放性和不确定性,经营者很难据此建立起对行为合法与否的稳定预期。不过,效果平衡标准亦有其贡献,即突出了消费者利益在行为违法性认定中的权重。考虑到维护消费者利益是反垄断法的重要目标或终极目标,排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准不应舍弃消费者利益要素。

三、排他性滥用行为规范定义和检验标准的提炼

(一)定义和标准的初步提炼

上述四种定义方案和检验标准分别从不同侧面揭示了排他性滥用行为的特质,但各自存在局限。从一定意义上讲,这些局限可以被统归为“以偏概全”。套用博登海默(Edgar Bodenheimer)对“什么是法”的经典比喻,排他性滥用行为仿佛是一座有许多厅、室、角落的大厦,用一盏灯很难同时照到每个厅室和角落,从不同的角度去观察排他性滥用行为会有不同的结论。牺牲利润标准和无经济意义标准分享一个相同主题,即突出了排他性滥用行为有利可图的特性或可盈利性的特征——无论是盈利的前景还是盈利的能力。并且,这种有利可图性或可盈利性建立在不法原因和行为之上,内涵于经营者市场支配地位的维持或加强,即经营者持续性获得超额利润能力的维持或加强。在此意义上,排他性滥用行为是一种有利可图地维持或加强市场支配地位的行为。

同等效率竞争者标准突出了排他性滥用行为损害同等效率或更高效率竞争对手,进而损害竞争过程的特征。不过,正如前文所述,效率较低的竞争对手也可以给具有市场支配地位的经营者施加竞争约束,因而恰当的认识是:只要具有市场支配地位的经营者行为所排挤的对象不是一个毫无效率或效率极低的“盆景竞争对手”(bonsai competitor),而是一个相对有效率的竞争对手,那么就可以推定竞争过程受到了损害。实际上,在美国反托拉斯法上,就有所谓的“莫顿损害推断”(Morton injury inference),即竞争损害的法定要求可以从个别竞争者受损的事实中推断出来。在此意义上,排他性滥用行为是一种限制具备一定可识别效率的竞争对手的商业机会或者打压其竞争性反应进而损害竞争过程的行为。至于如何识别竞争对手的相对效率,这需要综合其市场份额、用户规模、技术条件、创新能力、财务和

金融能力等因素,进行定性和定量相结合的评判。

消费者损害标准或效果平衡标准则突出了排他性滥用行为最终对消费者利益造成损害的特征,同时也突出了认定排他性滥用行为可能涉及的对各种相互冲突的效果、利益进行平衡的需要。尽管由于获取信息的成本和认识局限,几乎不可能做到全面的量化评估、比较平衡,但退一步看,不妨认为排他性滥用行为是一种实质不合理的行为,即没有正当理由的行为,亦即损害竞争却未带来相应的补偿性利益特别是消费者利益的行为。

通过对排他性滥用行为多维特征和关键定义要素的分解,本文试图给出排他性滥用行为的如下一般性规范定义:排他性滥用行为,是具有市场支配地位的经营者采取旨在限制具备一定可识别效率的竞争对手的商业机会,或者打压其竞争性反应,进而损害竞争过程,以此有利可图地维持或加强市场支配地位,却未带来相应的补偿性利益特别是消费者利益的行为。该规范定义也蕴含了排他性滥用行为的普适性检验标准。具体来说,认定一个排他性滥用行为至少需要证明以下事项:(1)具有市场支配地位经营者的行为限制了具备一定可识别效率的竞争对手的商业机会或者打压了其竞争性反应,损害竞争过程的同时,有利可图地维持或加强了市场支配地位;(2)具有市场支配地位的经营者的行为,或者根本不能带来补偿性利益特别是消费者利益,或者对于所带来的补偿性利益特别是消费者利益并非合理必要,或者产生的损害与带来的补偿性利益特别是消费者利益不相称。实际上,我国《反垄断法》第二十二条有关掠夺性定价、拒绝交易、搭售、限定交易、差别待遇等滥用行为的禁止性规定,皆设置了“没有正当理由”的限定条件。上述检验标准中的第一类事项大致对应于建立一个“具备初步证据的排他性滥用行为案件”^①,其证明责任属于控诉方;第二类事项大致对应于基于正当理由的抗辩和衡量,其证明责任属于被控诉经营者。

(二)定义和标准的应用演示

我国《反垄断法》第二十二条明文禁止具有市场支配地位的经营者“没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”,但这一粗线条的立法表述,并未蕴含限定交易行为的违法性要件或责任要素,更像是宣示了一项反对无正当理由限定交易的反垄断政策。因此,作为限定交易行为的一种表现形式,不妨以多发于平台经济领域的强制“二选一”行为为例,对排他性滥用行为的检验标准加以应用演示。假定A电商平台在我国网络零售平台服务市场具有市场支配地位,其实施“二选一”行为,通过禁止商户在B竞争性

平台开店的方式,限定商户只能与A进行交易,并以多种奖惩措施保障行为实施。基于以上事实,认定“二选一”行为属于排他性滥用行为,至少须证明以下两方面的事项。

一方面,为了建立一个“具备初步证据的排他性滥用行为案件”,反垄断执法机构或原告须证明下列事项:(1)B是具备一定可识别效率的竞争者而非仅仅是一个“盆景竞争者”。这可以结合B的市场份额、经济体量、用户规模、财力和技术条件、创新能力、金融能力等因素予以综合考量。(2)“二选一”行为限制了B的商业机会或者打压了B的竞争性反应,进而损害了竞争过程。其重点在于证明“二选一”行为对商户造成锁定效应,进而对竞争造成封锁效应。商户特别是优质商户是A和B竞相争夺的基础资源,也是制约二者竞争能力、经营绩效的关键,如果A对商户的圈占不是建立在自愿合约的基础上,而是凭借自身市场支配地位即“不可避免的交易对象”(unavoidable trading partner)的优势,采取降低搜索排位、减少促销活动资源支持、取消参加促销活动资格、取消在平台上的其他重大权益等惩戒措施来强制性地圈占商户,迫使商户锁定于A而无法转换到B,此时,B丧失了驱动效率的商户资源,其竞争能力受到严重限制,进一步投资开展竞争的动机也受到打压,“二选一”行为造成的商户锁定效应最终演变成竞争封锁效应。(3)通过“二选一”行为,A有利可图地维持或加强了市场支配地位。该证明步骤与前一证明步骤其实是一体两面的关系,即B之受损与A之获利是彼此关联、相互印证的。易言之,“二选一”行为可以是一种防御性策略,也可是一种攻击性策略,最终服务于A的市场支配地位的维持或加强。

另一方面,被调查经营者或被告可以对指控进行抗辩,即对行为具有正当理由承担证明责任,如果抗辩失败,排他性滥用行为的指控就将坐实。展开来讲,A可能会提出以下抗辩及正当理由:(1)市场竞争的本质是争夺交易机会(合同机会),“二选一”是激烈的合同竞争的正常表现,能否争取并圈占到商户完全是凭本事、拼能耐的过程,体现的恰恰是市场竞争的内在规律;并且,“二选一”现象在其他市场领域并不鲜见,如房产交易中中介平台向房屋产权人索求独家代理协议等。(2)“二选一”是基于商户自愿签订的合作协议,并非是基于A单方面的强迫或威胁,并且A会根据合作协议给予入驻商户独特资源作为对价,属于激励性措施;而搜索降权、减少促销活动资源支持、取消参加促销活动资格、取消在平台上的其他重大权益等措施,是针对商户没有按照约定执行的情况,为补救交易的特定投入所必须。(3)“二选

^①“具备初步证据的案件”(a prima facie case)最为常用的含义是,一方当事人举出的证据足以使事实推理者推断出系争事实并做出对其有利的裁决。

一”是一种更高形式的竞争,是市场经济下非常自然的资源分配方式,其本质是A对其流量、服务等稀缺平台资源的分配协议,即对于遵照“二选一”的商户给予流量、服务等资源优待,对不遵照“二选一”的商户不给予流量、服务等资源优待。事实上,所有平台经营者都需要通过某种方式来有效分配自身宝贵的流量、服务等资源,只不过方式不同罢了。例如,有的通过竞价排名的方式来分配,有的基于商业关系亲疏(是否具有股权投资关系)来分配,有的则通过一对一的“二选一”协议来分配。尽管A可能提出上述抗辩及正当理由,但不一定获得认可。如果经反垄断执法机构或法院验证后发现:(1)“二选一”行为根本不会带来促进竞争的利益,即不具有任何补偿性利益,也不会为消费者带来些许助益;(2)“二选一”行为即便能在一定程度上增加平台经营者之间的竞争,并提升经济效率和消费者福利,但实现这些利益有很多手段,“二选一”并非是一种合理必要的手段;(3)即便“二选一”行为是一种必要手段,能够增加平台经营者之间的竞争,但其所带来的利益与“二选一”行为所造成的损害——如削弱品牌内竞争程度、减损平台内商户经营自主权、限制消费者自由选择权和公平交易权等,并不相称即不合比例;那么,无论依据以上何种验证结论,A实施的“二选一”行为都将被正式定性为排他性滥用行为,并受到反垄断法制裁。

四、结语

排他性滥用行为是具有市场支配地位的经营者优先采取旨在限制具备一定可识别效率的竞争对手的商业机会,或者打压其竞争性反应,进而损害竞争过程,以此有利可图地维持或加强市场支配地位,却未带来相应的补偿性利益特别是消费者利益的行为。这一关于排他性滥用行为的一般性规范定义和检验标准,不仅有助于弥补聚焦特定行为的类型化规则的不足或空白,而且有利于增进排他性滥用行为法律规范体系的融贯性、缓解反垄断法的不确定性、提升经营者对自身行为的合法预期。当然,上述定义和标准不一定完全妥当,希望能起到抛砖引玉之效。

参考文献:

- [1]卢均晓.论类型化的不正当限制交易行为——以“二选一”行为规制为视角[J].价格理论与实践,2020(08):23-28.
 - [2]富新梅.美国数字经济领域反垄断的转向及其启示[J].价格理论与实践,2022(09):43-47.
 - [3][美]理查德·波斯纳.反托拉斯法[M].孙秋宁译.中国政法大学出版社,2003.
 - [4]Phillip E. Areeda, Donald F. Turner. Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act[J]. Harvard Law Review,1975(88):697.
 - [5]Robert H. Bork. The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself [M].Basic Books, 1978.
 - [6]Gregory J. Werden. Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The “No Economic Sense” Test[J]. Antitrust Law Journal,2006(73):414.
 - [7]Steven C. Salop. Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard[J]. Antitrust Law Journal,2006(73):313.
 - [8]Frank H. Easterbrook. The Limits of Antitrust[J].Texas Law Review,1984(63):4.
- (作者单位:中国社会科学院法学研究所)

Normative Definition and Inspection Standards for Exclusive Abuse Behavior

HAO Junqi

Abstract:The exclusive abuse behavior carried out by operators with dominant market positions is a key regulatory object of antitrust laws in various jurisdictions.Although the theoretical and practical communities are accustomed to focusing on specific behaviors and constructing corresponding typed rules, this does not exclude the necessity and importance of refining general normative definitions and inspection standards for exclusive abuse behavior.By defining "sacrificing profits", "economically meaningless", "equally efficient competitors", and "consumer harm" as the focus and constructing corresponding inspection standards, although the characteristics of exclusive abuse behavior are revealed from different perspectives, each has its own limitations. Exclusive abuse behavior should refer to the exclusive behavior taken by operators with a dominant market position, aimed at limiting the business opportunities of competitors with certain identifiable efficiency, or suppressing their competitive reactions, thereby damaging the competitive process, in order to maintain or strengthen the dominant market position profitably, but not in proportion to compensate for the interests of consumers, especially consumers. Such normative definition contains universal inspection standards for exclusive abuse behavior and two major aspects of proof, which have broad practical application value.

Keywords:exclusive abuse behavior; inspection standards; anti-monopoly law; the “one out of two” behavior

(王成仁英文翻译)

Analysis and Suggestions on the Situation of Ensuring Supply and Stabling Price of Fossil Energy in China

WANG Chengren , CHEN Yan and LIU Meng

Abstract: In recent years, the domestic and international situations have undergone complex changes, which have had a profound impact on global energy supply.Internationally, COVID-19 pandemic, geopolitics, Ukraine crisis, rising commodity prices and other factors are intertwined, which highlight the importance of ensuring energy supply security.From the domestic perspective, in the next 10-15 years, China's energy demand will continue to increase, and fossil fuels will still be the main energy source.Under the "dual carbon" goal, strengthening China's energy security capabilities and ensuring stable energy supply and prices, have become important foundations for promoting high-quality economic development and achieving the "dual carbon" goal. We should further enhance our domestic coal production and emergency support capabilities, ensure the supply of overseas oil and gas resources through multiple channels, enhance our oil and gas reserve capacity in multiple ways, accelerate the formation of the "Chinese price" for oil and gas, and coordinate the promotion of economic growth, energy security, and the achievement of the "dual carbon" goals.

Keywords: fossil energy; ensure supply and stable price; energy security; price mechanism