

“二选一”行为的反垄断法分析

The Analysis of Exclusive Choosing from the Perspective of Anti-monopoly Law

焦海涛

JIAO Haitao

【摘要】 “二选一”行为在线下市场与线上市场中都较为普遍，它可能构成滥用市场支配地位行为；当其以协议方式存在时，也可被认定为纵向限制。将“二选一”行为定性为纵向限制，可以避免市场支配地位认定的不确定性，但我国《反垄断法》框架又面临适用“兜底条款”的难题。不论如何定性，反垄断法规范“二选一”行为都需要详细分析市场结构、竞争损害及是否存在正当理由。通常，只有行为人具有一定的市场地位，“二选一”行为才有可能被实施或产生排除竞争效果。有些“二选一”行为基于解决“套牢”或“搭便车”问题而产生，或者有助于改善销售体系。这时，只有经过正负效果衡量，才能对“二选一”行为作出适当的禁止或豁免决定。

【关键词】 二选一 限定交易 滥用市场支配地位 纵向限制

【中图分类号】 DF414 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)05-0078-15

Abstract: The exclusive choosing that often appears in our daily life is essentially an exclusive dealing, which can exist in online or offline market. Such behavior is usually identified as an abuse of market dominance, but it can also be identified as a vertical restraint when it exists in the form of an agreement. The identification of vertical restraints does not need to confirm the existence of market dominant positions. However, non-price vertical restraints are not clearly stipulated in China's AML. No matter how to determine the nature of exclusive choosing, the assessment of its market influence will take into account the competitive structure of the market, the possible competitive damages and whether there are some justifications. Generally speaking, only when an undertaking has certain market power, exclusive dealing can be implemented and restrictions of competition can be produced. Sometimes, exclusive dealing is based on solving the problem of “hold-up” or “free-rider”, or helps to improve the distribution system. Under such circumstances, only by considering these positive effects we can make a decision whether to prohibit it or to exempt it.

Key words: Exclusive choosing Exclusive dealing Abuse of market dominance Vertical restraints

【收稿日期】 2018-06-27

【作者简介】 焦海涛，男，1982年3月生，中国政法大学民商经济法学院副教授，研究方向为竞争法、经济法理论。

一、问题的提出

近年来,电商平台“二选一”行为不断上演。最近的例子出现在餐饮外卖行业。2018年4月9日,滴滴外卖正式在无锡上线,由此引发包括美团外卖、饿了么等三家外卖平台的补贴大战。在抢占市场份额的过程中,有商户因上线滴滴外卖而被美团外卖和饿了么强制下线;此外还出现了商家拒绝接单、订单被迫取消等现象。4月11日,无锡市工商局对三大外卖平台紧急约谈,要求企业停止相关违法行为,规范市场秩序。对此,三大外卖平台分别表态,将按照要求立即整改。^{〔1〕}

除外卖行业外,其他电商领域的“二选一”行为也曾被曝出。例如,2015年11月3日,京东在其微信号“京东黑板报”称,商家反映说如果参加天猫“双11”主会场活动,就不被允许参加其他平台“双11”主会场活动;已和其他平台达成合作意向的商家也必须退出,否则会在流量和资源等方面进行处罚或制裁。^{〔2〕}甚至有媒体称,从2013年开始,阿里巴巴就要求商家在“双11”时“二选一”,至2017年“双11”期间,“二选一”行为仍在上演。^{〔3〕}再把时间推前,2010年爆发的“3Q大战”中,腾讯在所有装有360软件的电脑上停止运行QQ的行为,本质上也是“二选一”。只不过,与前述平台企业“二选一”行为不同的是,腾讯行为直接针对终端用户。

“二选一”行为主要因互联网企业间的竞争而进入大众视野,但其实“二选一”在线下也较为常见。例如,2018年5月,瑞幸咖啡在《致星巴克的一封公开信》中称,星巴克与很多物业签订的合同中存在排他性条款,排他对象既包括国内外大大小小的数十家咖啡连锁品牌,还包括咖啡占营业收入30%以上的店铺,甚至名称与“咖啡”字样相关的任何商家;瑞幸咖啡还指控星巴克对其供应商伙伴频繁施压要求站队,要求多家机器设备、包装包材、食品原料的供应商停止向瑞幸咖啡供货。^{〔4〕}如果上述事实存在,星巴克的行为本质上也是要求物业和供应商进行“二选一”。

单从生活经验的角度出发,我们就能判断出“二选一”行为具有不言自明的危害性。学界与媒体对“二选一”行为也主要持批评态度,并认为其涉嫌违反《反垄断法》。不过,笼统地说“二选一”行为构成垄断没有意义,真要用《反垄断法》来禁止它,必须分析“二选一”行为具体构成哪种垄断行为,并证明其造成了反垄断法意义上的损害后果即“竞争损害”,且缺乏能被豁免的正当理由。下文在简要介绍“二选一”行为的限定方式后,主要围绕这三个问题进行阐述。

二、“二选一”行为的限定方式

“二选一”行为主要涉及三方主体:行为人、行为人的竞争对手和被限制方,且被

〔1〕 参见温婧:“美团滴滴饿了么被紧急约谈三大外卖平台分别表态将按照要求立即整改”,载《北京青年报》2018年4月12日,第A13版。

〔2〕 参见薛松:“京东实名举报阿里胁迫商家‘二选一’”,载《广州日报》2015年11月4日,第A13版。

〔3〕 参见王峰:“电商平台‘二选一’争议持续专家呼吁监管部门及时表态”,载《21世纪经济报道》2017年7月13日,第006版。

〔4〕 参见“瑞幸咖啡发布公开信称将起诉星巴克涉嫌垄断星巴克回应”,载 http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201805/15/t20180515_29141827.shtml,最后访问时间:2018年6月30日。

限制方同为行为人与行为人竞争对手的共同客户或潜在客户；“二选一”的表现形式主要为，行为人要求被限制方只能与自己合作，或者不与特定的竞争对手合作。

实践中，能够实施“二选一”的企业，通常相对于被限制方具有较强的市场地位，表现为后者对前者具有一定的依赖性，从而不得不接受该限制。在互联网领域，“二选一”行为的实施者主要是平台企业，被限制方主要是入驻平台的商家。平台与商家之间，很难存在真正平等的交易结构，因为相对于分散的入驻商家来说，电商平台企业不仅技术性更强，网络效果的形成也使其更有实力。特殊情况下，“二选一”行为也可能针对终端用户实施，如“3Q大战”中腾讯公司的行为，不过这种情况较为少见，因为“二选一”的目的就是通过排挤竞争对手来争夺终端用户，直接要求终端用户“二选一”的，不可避免会导致部分终端用户流失。在线下，既有平台企业对商家的限制，如大型零售商对小型供货商的限制，也有商家对实体平台企业的限制，如前述星巴克咖啡对物业经营者的限制，关键是哪一方的市场力量更大。

在违法性认定上，主流观点认为“二选一”行为涉嫌构成垄断；至于构成何种垄断，大多数文献援引我国《反垄断法》第17条的“限定交易”。“二选一”行为由此在理论上也被称为限定交易。我国《反垄断法》关于限定交易的表述是，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”。限定交易行为的目的非常明确，既不是为了“剥削”，也不是为了限制上下游市场的竞争，就是为了排挤竞争对手，即通过将交易相对人锁定在己方身上，限制行为人所在市场的竞争。

为实现排挤竞争对手的目的，实践中限定交易的方式有多种，不仅包括我国《反垄断法》规定的“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”，还包括限定交易相对人“不得与其竞争对手进行交易”。大多时候，限定相对人“不得与其竞争对手进行交易”也就是限定相对人只能与自己或其指定的经营者交易，所以它实际上是同一行为的不同说法。不过，从文义解释的角度看，如果相关市场上的经营者数量众多，行为人仅限定相对人不与其中的一个或很少的几个竞争对手交易，则未必能够被认定为《反垄断法》中的限定交易行为。基于这种考虑，国家工商行政管理总局2010年颁布的《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》中，就将“限定交易相对人不得与其竞争对手进行交易”作为限定交易的一种独立形式。只不过，部门规章的适用效力有限，为避免出现法律适用漏洞，在《反垄断法》修改时或在行政法规中作出相关规定可能更好。

限定交易的方式除了直接限定，如强制、胁迫外，还包括各种间接限定或称变相限定，即通过相应的利诱安排使得交易相对人不大可能与行为人的竞争对手合作。间接限定的典型表现是忠诚折扣（loyalty discounts），其与有条件折扣（conditional discounts）、^{〔5〕}有条件定价（conditional pricing）^{〔6〕}基本同义，主要指行为人根据交易相对人的忠诚度给予不同比例的折扣，忠诚度越高，获得的折扣就越低。忠诚折扣实践中

〔5〕 See Derek W. Moore, Joshua D. Wright, Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing, GEO. MASON L. REV. 22 (5), 2015, pp. 1205~1246.

〔6〕 See B. Genchev, J. H. Mortimer, Empirical Evidence on Conditional Pricing Practices, at http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/economics/pdf/workingpapers/wp908.pdf, last visited Jun. 30, 2018.

有各种表现形式：可以是增量折扣（incremental rebates），即只对超过一定量之后的购买行为给予折扣，也可以是追溯折扣（retroactive rebates），即采购量达到一定标准后，所有的购买行为（包括之前的购买行为）都可享受折扣；既可以是总量折扣（volume discounts），即采购量达到某一具体数值时可享受折扣价格，也可以是市场份额折扣（market-share discounts），即采购量达到采购人总需求的一定比例时可享受折扣价格；既可以是个性化折扣（individualised discounts），即对不同采购人设置不同的折扣门槛，也可以是标准化折扣（standardised discounts），即对所有的采购人设置统一的折扣门槛。^{〔7〕}

一般来说，给予折扣是一种定价方式，企业为吸引更多需求而提供折扣，是市场竞争的正常表现，折扣行为也可能会刺激需求且使消费者受益，所以，反垄断法不会干涉正常的折扣行为。忠诚折扣表面上看也不像“二选一”行为那样绝对，因为交易相对人仍然可以选择与其他市场主体合作，但是，当行为人具有较大的市场力量时，不当的忠诚折扣设置与直接的限定交易行为类似，很可能会产生实际或潜在的市场封锁效应。尤其是追溯折扣，封锁市场的效果更为明显，因为如果采购人将需求转向可替代的其他供应商，不仅其后续购买行为失去折扣，之前的所有购买行为也将失去折扣，这毫无疑问会大大降低采购人转移需求的动力。忠诚折扣通常还具有累计性，即购买量或购买比例越高，能享受到的折扣率越高，这会不断刺激采购人增加购买量，以便适用更高的折扣率，这样一来，采购人更加不可能将采购需求转向替代性供应商。可见，诸如此类的折扣设置，很容易产生反竞争性封锁效应，其他供应商不仅因此难以进行市场扩张，甚至找不到足够的购买商，潜在竞争者的市场进入也会变得十分困难。所以，忠诚折扣有时和“二选一”行为这类直接的限定交易并无本质差异。

欧盟委员会2006年查处的Tomra案就是一起涉及忠诚折扣的典型案件。^{〔8〕}涉案的Tomra公司在欧盟经济区的业务主要是供应一种二手饮料容器的自动收集机（reverse vending machines, RVMs），并提供这种机器的维修与保养服务。欧盟委员会查实，在1998~2002年期间，为了确保领先地位，Tomra公司在五国实施了一系列阻止市场进入、削弱竞争对手的反竞争行为，其中涉及忠诚折扣的行为包括：一是个性化折扣，即赋予其客户差异化的数量承诺义务，由后者承诺在一定时期内购买一定数量的RVMs，并根据客户承诺的数量目标给予不同的折扣；二是追溯折扣计划（retroactive rebate schemes），即根据零售商在特定期间的销售量来回溯地支付返利。欧盟委员会认为，忠诚折扣的消极后果主要表现在对行为人竞争对手的排除，因为通过上述安排，购买方的大部分甚至全部需求都被直接或间接地锁定在了Tomra公司，Tomra公司的现实或潜在竞争者也就难以进行市场扩张或进入市场。基于此，欧盟委员会对Tomra公司作出了2400万欧元的罚款。

我国国家工商行政管理总局2016年查处的利乐公司滥用市场支配地位案也涉及忠

〔7〕 在反垄断法上，与折扣相关的英文词汇有两个：discount和rebate。严格来说，二者存在区分：discount就是我们常说的折扣，即在购买当时就已减去折扣数额，买家支付的是折后价；rebate的直译是“回扣”，但与我国法律体系中违法的“回扣”不同，主要指买家先支付原价，之后再根据购买量或购买比例返还一部分价款，也即口语中所说“返利”或“返点”。这两种折扣方式，都可用于实施限定交易行为，也都属于忠诚折扣体系的内容。本文对二者不作严格区分，统称为“折扣”。

〔8〕 See Case COMP/E-1/38.113-Prokent/Tomra, OJ [2008] C 219/5.

诚折扣。只不过，该案将忠诚折扣定性为“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”，并与《反垄断法》第17条第1款第4项规定的限定交易行为并列。其实，忠诚折扣完全可以被限定交易行为包含。该案处罚决定书对忠诚折扣的定义是，“经营者以交易相对人在一定时期内累计的商品交易数量、交易金额、交易份额为条件或根据其他忠诚度表现给予的折扣”。〔9〕

此外，限定交易还可能以较隐蔽的方式出现，例如，行为人虽未明确限制交易相对人向他人供货，但对相对人提出了所谓的“存货要求”（stocking requirements），即要求相对人将一定数量的商品存入其指定的仓库并锁定。这时，如果被锁定的商品数量足够大，实质上就使得被限制方无法再向他人供货。

总之，限定交易的方式实践中较为多样，既有直接限定，也有变相限定，既有全部限定，也有部分限定。不论限定方式如何，这类行为的目的非常明确，就是为了排除交易相对人与行为人竞争对手的合作。

三、作为滥用行为的“二选一”

从行为表现看，“二选一”行为与我国《反垄断法》中的限定交易吻合。不过，限定交易作为滥用市场支配地位行为的一种，反垄断法禁止它的前提是行为人具有市场支配地位。

反垄断法之所以要求限定交易的行为人具有市场支配地位，主要原因是，行为人不具有市场支配地位时，限定交易行为基本无法实施，或者即便实施了，限制竞争的效果也十分有限。限定交易的本质是将客户“锁定”在自己身上，如果行为人不具有足够的市场力量，限定行为很难具有实质上的强制性，其客户也不大可能会为其放弃市场力量更大的其他交易相对人。

当然，例外情况下，不具有市场力量的行为人也可能实施限定交易行为。只不过，在行为人市场力量较小时，被限制方仍然遵守“二选一”的限制，往往不是因为限定行为具有强制效果，而是因为被限制方本身的供应能力有限，即在向行为人供货外，基本已无能力再向其他主体供货。既然供货能力有限，也就没必要再去挑战“二选一”行为的合法性或合理性，加上如果存在长期的交易习惯，就更加不会对“二选一”行为提出质疑。但总体来说，这样的被限制方数量必然有限，即便被“锁定”在行为人身，由于被限制方所在市场竞争的充分性，行为人的竞争对手也不会因此遭受不利影响，因为它们仍可在市场上找到足够的合作对象。同样，消费者被剥夺的选择机会也会因市场竞争的充分性而基本可以忽略。

此外，行为人不具有市场支配地位，意味着其在相关市场上所占份额有限，即便它实施“二选一”行为，也不会针对所有的合作对象，而只会针对与其市场份额相适应的部分，这时，大部分合作对象没有被限制“二选一”，行为人的竞争对手也就不会因此受到排斥。例如，假设某外卖平台的市场份额为20%，当其实施“二选一”时，最多

〔9〕 根据处罚决定书，利乐公司涉嫌通过忠诚折扣排挤竞争对手的行为主要表现为：一是追溯性累计折扣，即忠诚折扣在时间上具有“追溯性”，在数量上具有“累计性”，这是利乐公司忠诚折扣体系的核心；二是个性化目标折扣，即利乐公司根据具体客户的情况，为不同客户量身定做不同的目标折扣。

只会针对能满足20%外卖需求的入驻商家,因为行为人只需满足20%的市场需求,短时间扩大需求又较为困难,“锁定”更多的入驻商家没有任何意义。

可见,“二选一”行为是否构成滥用,关键是行为人是否具有市场支配地位。市场支配地位本质上是一种控制商品或服务价格的能力,即提高商品或服务价格而仍然能够持续获利。对大多电商平台来说,其一端是入驻商家,另一端是消费者,这是一个典型的双边市场。“二选一”行为主要发生在电商平台与入驻商家之间,所以,判断某电商平台是否具有市场支配地位,主要看其提高入驻服务的价格或降低入驻服务的质量时,是否会导致大量商家转移至别的平台,导致其无利可图。

在竞争性市场条件下,行为人提高价格或降低服务会导致客户“用脚投票”,得不偿失。要想客户无法转移,通常需满足一定条件:一是行为人现有的竞争对手无法接纳转移而来的客户,即竞争对手无法在短时间内进行市场扩张,这通常需要行为人拥有较大的市场份额,以及相对于竞争对手来说具有更强的财务能力和技术条件(即竞争对手能力有限,无法短期内扩大供应能力);二是行为人的潜在竞争对手无法迅速进入市场,如果市场进入是自由、及时的,行为人也就无法通过涨价来获利;三是被限制方(即行为人的客户)没有足够的抗衡能力,抗衡能力在欧盟竞争法中被表述为“抵消性买方力量”(countervailing buyer power),即客户讨价还价的能力,^[10]如果被限制方能够实质性地讨价还价(如与行为人互为重要客户),则行为人即便具有较高的市场份额,也很难对客户施加限制。总的来说,市场支配地位的认定较为复杂,主要考虑市场扩张或市场进入(expansion or entry)的难易程度及抗衡力量是否存在。我国《反垄断法》第18条主要就是从这些方面来认定市场支配地位的。

如前所述,“二选一”行为在线下与线上都可能发生,支配地位的认定基本遵循相同思路,但也有所区别。在线下市场中,市场扩张或市场进入一般需要较大的投入,企业的存在时间也是重要影响因素,因为挑战一个已长期存在的知名企业通常需要较长时间,但在线上市场,这些因素都不太重要。不论市场扩张还是市场进入成本,在互联网行业都相对有限,甚至微不足道,所以互联网行业具有高度的动态性。例如,当消费者从美团外卖转向饿了么,后者一般不会因为消费者的突然增多而缺乏供应能力,但在线下餐饮行业,任一家餐饮企业的供应能力都是有限的,短期内扩大供应能力(如开分店或增加店面面积、人手等)几乎不可能,管理难度也会迅速上升。再看市场进入,滴滴公司从网约车市场进入外卖市场,成本也远比传统的出租车企业开始经营餐饮服务要低得多。基于这些差异,电商平台要想通过限制竞争对手的市场扩张或市场进入来获取或维持自己的市场支配地位无疑十分困难,也即相对于传统线下产业,互联网行业的市场支配地位更难获得,也更易失去。当然,也不是说互联网行业不可能存在市场支配地位,只是说认定市场支配地位更应慎重,更应考虑互联网行业的特殊性。

在第18条的“认定”之外,《反垄断法》第19条还规定了市场支配地位的“推定”。推定依据是企业的市场份额,因为在市场支配地位认定的各种因素中,市场份额最为直观,也最能反映企业的市场力量。依据《反垄断法》,如果一个企业在相关市场的市场份额达到1/2的,可以推定该经营者具有市场支配地位。不过,与线下市场不同,除极少数领域外,依托互联网的电商市场目前仍属于一个新兴市场,尤其是近几年

[10] See Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), OJ [2009] C 45/7, para. 12.

才出现的网约车、外卖等市场，竞争者层出不穷，很难说哪个平台企业能在长时间内维持1/2以上的市场份额。

除基于单一企业的市场份额进行推定外，《反垄断法》还规定了将多个企业的市场份额“打包”推定的情形。前者指单一市场支配地位，后者指集体市场支配地位。《反垄断法》第19条第1款2、3项规定，两个经营者的市场份额合计达到2/3或三个经营者的市场份额合计达到3/4的，可以推定这些经营者共同具有市场支配地位。在互联网行业，单个企业具有1/2以上市场份额的情况较少，但多个企业合计达到2/3或3/4以上市场份额的情况有可能出现。

集体市场支配地位主要适用于寡头型市场结构，^{〔11〕}在这类市场上，单看每个企业，市场份额都不够大，但如果将排名靠前的几个企业合计起来，则市场份额巨大。这类市场的特点是，不仅市场透明度高，寡头企业间很容易从事协调行为，而且有效的市场竞争的维持，基本依靠这些排名靠前的企业之间的竞争，一旦它们的行为高度一致，市场基本就被垄断了。基于这些特殊性，如果寡头企业之间从事了类似行为，又无法证明它们之间存在意思联络，进而无法认定垄断协议存在时，就可推定它们集体具有市场支配地位，以便将其一致行为纳入反垄断法的调整范围。

当然，推定不同于认定，推定的本质是举证责任倒置，即被推定的企业可以抗辩。换言之，即便某个企业拥有1/2以上的市场份额，也不代表其一定就有市场支配地位。“3Q案”判决书明确告诉我们，“市场份额只是判断市场支配地位的一项比较粗糙且可能具有误导性的指标。在市场进入比较容易，或者高市场份额源于经营者更高的市场效率或者提供了更优异的产品，或者市场外产品对经营者形成较强的竞争约束等情况下，高的市场份额并不能直接推断出市场支配地位的存在。特别是，互联网环境下的竞争存在高度动态的特征，相关市场的边界远不如传统领域那样清晰，在此情况下，更不能高估市场份额的指示作用”。^{〔12〕}

四、垄断协议视角下的“二选一”

总的来说，市场支配地位的认定门槛较高，“二选一”行为可能难以被认定为市场支配地位的滥用。其实，在我国《反垄断法》框架内，“二选一”行为规制还存在另一个路径，即纵向垄断协议制度。

很多“二选一”行为以协议方式存在，而行为人与被限制方之间属于交易关系，故这种行为符合纵向垄断协议的形式要求，“二选一”行为由此可被认定为一种纵向限制，当其产生限制竞争效果时，可依据我国《反垄断法》第14条予以禁止。适用纵向垄断协议制度的好处是不需要认定行为人具有市场支配地位，但难题在于，一是要证明存在某种形式的“协议”，二是第14条只列举了转售价格维持行为，认定“二选一”构成纵向限制只能依靠“兜底条款”，而兜底条款的适用面临较大的不确定性。

纵向垄断协议制度与滥用市场支配地位制度可能规范同一行为，二者之间有一定交叉，但适用条件存在明显区别：纵向限制具有合意性的特征，通常是行为双方共同接受

〔11〕 See Erik Kloosterhuis, Joint Dominance and the Interaction between Firms, E. C. L. R. 22 (3), 2001, p. 79.

〔12〕 《最高人民法院民事判决书》，（2013）民三终字第4号。

某种限制,其合意体现为双方签订的协议,且大多纵向限制具有相互性,即相互施加限制,否则合意很难达成;滥用市场支配地位则是单一主体行为,行为双方之间不存在合意,往往是一方对另一方施加限制,被限制方对限制行为具有抵触性,只是迫于行为人的市场力量,不得不接受这种限制。

实践中,需要结合个案来选择制度适用。通常,是否存在合意,是判断某种限制行为适用哪种制度的关键。如果能够证明协议的存在,就大可不必适用门槛较高的滥用市场支配地位制度。换言之,在难以证明行为人具有市场支配地位时,只要能证明存在多个主体间的合意,就可依据纵向垄断协议制度进行规制。同理,当很难证明存在协议时,只要能证明限制方具有市场支配地位,也能依据滥用制度来予以调整。此外,纵向限制是经营者之间的行为,如果被限制方为终端消费者,则不构成垄断协议,规制这类限制,只能依据滥用市场支配地位制度。所以总的来说,两项制度在法律适用上是互补关系,不宜删除其中任何一项,否则极易造成法律规避。

《欧盟运行条约》(TFEU)第101条规定的“垄断协议制度”和第102条规定的“滥用市场支配地位制度”之间就是一种典型的交叉关系,其中有多项内容的表述完全一致。在法律适用上,这并没有成为一个问题。^[13]在欧洲法院2000年作出的CMB案判决中,法院在阐明TFEU第101条和第102条之间的关系时指出,同一行为可以同时违反两个条文,因此,不能先验地说这两个条文不能同时适用,但两个条文追求的目标不同:第101条适用于可能显著地影响成员国间贸易的协议行为,而不管所涉企业的市场地位如何;第102条则适用于一个或多个企业从事的滥用经济力量行为。^[14]

在欧盟《关于适用欧共同体条约第82条查处市场支配地位企业滥用性排他行为的执法重点指南》中,限定交易主要指排他性采购(exclusive purchasing),即交易相对人被要求只从占支配地位的企业处进行采购,或者主要从占支配地位的企业处进行采购。^[15]同时,欧盟《纵向限制指南》又将限定交易作为纵向限制的典型表现之一。^[16]该指南将限定交易称为“单一品牌”(single branding)条款,主要指购买商被要求或诱导只能或主要向某供应商购买特定品牌商品,而不能购买、转售竞争性商品。单一品牌限制的目的就是排斥竞争性供应商,也即我们所说的“二选一”行为。

只不过,欧盟界定的单一品牌限制内容较为全面,包括两种情况:一是不竞争义务(non-compete),指购买商只能从一个供应商处购买其全部或绝大部分(80%以上)需求,基本不能购买其他供应商的竞争性商品;二是数量强制义务(quantity-forcing),该限制可以说是不竞争义务的一种较弱表现形式,指购买商的购买比例只需达到双方的约定水平即可,如50%需求,约定水平之外的购买需求仍可来自其他供应商的竞争性商品。数量强制义务的限制竞争效果通常要比不竞争义务小,但如果双方约定的购买比例过高,尽管未必达到80%的程度,在限制方具有较大的市场地位时,仍然可能产生市场锁定效果。例如,假设生产商A占有40%的市场份额,它通过合同销售其80%产品(剩下20%自己销售或者对销售商不施加限制),合同明确规定,销售商对于该类产品的

[13] 具体论述参见许光耀:《欧共同体竞争法通论》,武汉大学出版社2006年版,第420~422页。

[14] See Joined cases C-395/96 P and C-396/96 P, CMBT and others v Commission, [2000] ECR I-01365, paras. 33~34.

[15] 参见前注〔10〕,第33段。

[16] See Guidelines on Vertical Restraints, OJ [2010] C 130/1, paras 129~150.

至少75%需求必须向A购买,则A实际锁定的市场份额为 $40\% \times 80\% \times 75\% = 24\%$ 。

基于上述分析,如果“二选一”行为存在于合同之中,如电商平台与入驻企业签订的服务合同中明确要求后者不再入驻同类平台,则构成纵向限制。这时,不要求行为人具有市场支配地位,只要“二选一”行为产生了限制竞争效果,就可以适用我国《反垄断法》第14条。认定纵向限制的关键是证明协议的存在,协议可表现为各种形式。实践中,如果是被限制方不满“二选一”条款而选择向执法机构投诉或向法院起诉,则是否存在协议一目了然,被限制方本身就能完成举证工作。但如果被限制方欣然接受这种限制,“二选一”条款被第三方(通常是行为人的竞争对手)举报,能否证明存在协议就面临很大的不确定性,因为即便真的存在协议,往往也因商业秘密的因素而不为公众所知。

在我国《反垄断法》框架下,适用第14条还有一个难题,即第14条的规定不仅简单而且存在错漏。可能因为大多纵向协议的消极后果不像横向协议那样明显,《反垄断法》第14条只列举了转售价格维持行为,其他纵向非价格限制要想适用第14条,只能启动兜底条款。实践中,该条的兜底条款尚未适用过。不过,这还不是主要障碍,因为《反垄断法》第17条也有一个兜底条款,工商部门在2016年处理的利乐案中就适用了第17条的兜底条款。

第14条适用的更大障碍在于兜底条款的表述方式不当,该表述是“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”。从字面看,这种表述限定了其他垄断协议的有权认定主体是“国务院反垄断执法机构”。《反垄断法》属于全国人大常委会通过的法律,如果严格理解,这一规定意味着立法机关将纵向非价格限制的认定权“垄断”性地交给了国务院反垄断执法机构。那么,法院是否有权做出这样的认定?

由执法机构主导兜底条款的适用,可能会带来很多问题。反垄断执法的本质是行政权对市场的干预,最基本的要求是权力法定,也即哪些行为需要禁止,应由立法明确规定,在无立法规定的情况下,执法机构不宜主动认定某类行为违法。如果任由执法机构在个案中解释与适用兜底条款,权力法定的基本要求很容易被违背。此外,在我国当前,由执法机构适用兜底条款还可能面临执法资源与执法能力的束缚问题。在执法资源十分有限的情况下,如果明确列举的垄断行为尚不能得到全部处理,执法机构基本不会去选择适用分析过程更为繁杂的兜底条款,我们也不应要求执法机构去这样做。同时,设置兜底条款是一种立法技术,是防止列举造成遗漏的不得已措施,适用兜底条款需要严密的分析与推导过程,是从立法目的推导结果的一种执法方式,它更注重条文本身对目的的服从性。所以在反垄断执法中,适用兜底条款离不开经济分析,可它对执法机构的能力要求较高,在执法能力不足时容易造成错误,并带来高昂的错误成本,故其作用不宜被夸大。

五、“二选一”行为的反垄断法分析方法

不论将“二选一”认定为市场支配地位滥用行为还是纵向限制,反垄断法的分析方法大同小异:先是分析市场结构;再分析限制竞争行为的消极效果;最后分析是否具有正当性即能否被豁免。

(一) 市场结构

市场结构是所有垄断行为分析都必须考虑的因素,而限于滥用市场支配地位行为

的认定。分析相关市场结构，主要是判断行为人的市场地位。在滥用行为认定中，判断行为人的市场地位是先决条件，所以，市场结构因素显得特别重要。在纵向协议认定中，之所以也需要分析市场结构，主要是因为行为人不具有显著的市场力量时，纵向协议一般不大可能产生限制竞争效果，也就无需反垄断法的禁止。

纵向协议与横向协议的反竞争效果具有明显区别。在横向关系中，一个经营者提高产品价格，可能使竞争对手受益，因为竞争对手也可随之提高价格。这会激励竞争者之间诱导彼此从事限制竞争行为。但在纵向关系中，协议各方的活动存在互补性，无论限制行为来自上游还是下游，被限制方的需求可能都会因此受到损害。因此，纵向协议当事人通常有阻止另一方施加限制的动机，这使得纵向限制具有自我控制特性。不过，在限制方拥有一定的市场力量时，这种自我控制特性就会失效。因为这时，尽管限制条件未必合理，被限制方迫于压力，也可能会接受这种限制，这时就会产生限制竞争效果。

正因为市场力量对纵向限制的消极效果具有如此重要的影响作用，有学者指出，欧盟竞争法对纵向限制的主要担忧就来自于市场力量。^{〔17〕} 欧盟《纵向限制指南》亦明确指出，“对于多数纵向限制，只有在一个或者多个贸易环节的竞争不充分的情形下，即在供应商环节或者购买商环节，或者这两个环节同时存在一定程度的市场力量时，才会导致竞争问题。”^{〔18〕}

具体来说，在对“二选一”行为进行纵向限制分析时，市场结构的重要性主要表现在两个方面：首先，一定的市场地位是行为人得以实施“二选一”行为的必要条件。“二选一”的本质不是拒绝交易，而是让被限制方放弃行为人的竞争对手，行为人之所以如此自信，觉得被限制方一定会选择自己，通常是因为自己比竞争对手强大。实践也表明，敢于做出“二选一”限制的基本都是大平台，通常也进入市场较早并牢牢掌握一大批终端用户。其次，行为人的市场地位是衡量“二选一”行为限制竞争效果大小的重要因素。“二选一”行为的目的是封锁市场，行为人的市场地位越高，被封锁的市场就越大，反竞争效果就越明显。相反，如果行为人市场力量较小，被封锁的市场有限，限制竞争效果也就较小。正因如此，欧盟《纵向协议集体豁免条例》依据市场份额标准为纵向协议创设了合法推定，即所谓的“安全港”制度（safe harbour），具体是指，当纵向协议双方在相关市场上的市场份额都不超过30%时，可以推定其符合《欧盟运行条约》第101（3）条的豁免条件。^{〔19〕}

任何情况下，评估限定交易行为的限制竞争效果，都不能离开行为人市场地位。不同程度的限定交易，限制竞争效果不同。从绝对不能与竞争对手合作，到绝大多数需求不能与竞争对手合作，再到仅施加一定的数量强制义务，限制竞争效果原则上是逐渐递减的，但如果忽略了行为人的市场地位，这种判断很可能不准确。一般来说，数量强制义务的损害效果最低，但即便是这类限制，在行为人的市场份额足够大时，也能产生明

〔17〕 See P. Sean Morris, Vertical Restraints and Parallel Trade: Selective Distribution and Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union in light of the Revised Rules on Vertical Agreements, U. La Verne L. Rev. 32, 2010 - 2011, p. 196.

〔18〕 前注〔16〕，第6段。

〔19〕 See COMMISSION REGULATION (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ [2010] L 102/1, Art. 3.

显的市场封锁效果。我们可以假设如下情形：生产商 A 占有 10% 的市场份额，它通过合同销售其 80% 产品，则即便合同要求所有的销售商只能 100% 采购自己的产品，其锁定的市场份额也仅为 $10\% \times 80\% = 8\%$ ；如果 A 的市场份额为 20%，限制条款相同的话，其锁定的市场份额为 16%；如果 A 的市场份额为 40%，则即便其仅要求销售商 60% 的需求向自己采购，其锁定的市场份额也达到了 $40\% \times 80\% \times 60\% = 19.2\%$ 。

至于达到多大的市场份额，反垄断法才应禁止一项纵向限制，很显然没有绝对的标准。即便欧盟采用 30% 市场份额的安全港标准，也不意味着 30% 以下必然会被豁免，30% 以上一定会被禁止。安全港只是一种豁免推定，个案中完全可以被推翻。如果欧盟委员会能够证明，符合安全港标准的纵向协议在实践中产生了明显的限制竞争效果，则可以撤销《纵向协议集体豁免条例》赋予的合法推定。同时，即便行为人的市场份额超过 30%，也不影响其依据《欧盟运行条约》第 101（3）条寻求个案豁免。

不过，可以肯定的是，反垄断法禁止一项纵向协议，对市场力量的要求显然不必达到支配地位的程度。因为即便行为人的市场力量不足以支配市场，仍有其他因素可能导致纵向限制被遵守，进而产生限制竞争效果：（1）合同约定是重要因素之一，如果“二选一”被明确规定为合同义务，则违反该义务可能需要承担较重的违约责任，基于对违约责任的顾虑，即便行为人没有市场支配地位，被限制方也可能会接受这种限制；（2）因长期交易习惯而形成的依赖性，即所谓的“相对优势地位”，也可能对被限制方形成足够压力，使其不得不接受“二选一”限制；（3）转移成本也是考虑因素，如果被限制方转移到其他合作对象需承担额外成本，在该成本足够大时，被限制方也容易被锁定——转移成本的典型例子是，被限制方为与行为人合作，先前已进行了大量的专属投资，而该投资无法转移或转移成本巨大。

此外，还有一个重要因素是“累积效果”（cumulative effects），也可称网络效应（network effects）。^[20] 累积效果即相似协议的市场覆盖率，在一个行业中，如果大部分或者全部市场主体都实施相似的纵向协议，则会产生累积效果。在行为人市场地位有限时，单个或者少数纵向限制的限制竞争效果并不明显，但如果这类限制数量众多，甚至整个行业都在实施这种限制，竞争风险就会被放大。累积效果的竞争风险，主要表现在通过市场封锁，可能会削弱行为人之间竞争的压力，潜在竞争也很容易被排除。存在累积效果的情况下，行为人通过各自实施的纵向限制，分别控制了一批合作对象，将这些合作对象束缚在自己身上，而不对竞争对手开放，从而形成以各个行为人为核心的销售或供应网络，这会使得它们面对竞争对手的竞争压力减少，也会使得潜在竞争者找不到足够的合作对象，市场进入变得困难。我们可以用以下例子说明累积效果的危害性：假设 A、B、C、D、E 均为外卖平台企业，它们分别占有 15% 的市场份额，单看每个平台，15% 的市场份额并不足以支配市场，所以，如果只有一家或两家平台实施“二选一”，有效的市场竞争仍能维持，但如果它们均通过“二选一”各自控制了一批入驻商家，则 75% 的市场份额就被封锁了——该市场上实际有效竞争的市场份额只有 25%，其他外卖平台只能在这 25% 的市场份额中选择合作商家，潜在竞争者进入该市场也只能就该部分份额进行争夺。

^[20] See Frances Dethmers, Ten Years on: Vertical Agreements under Article 81, E. C. L. R. 30 (9), 2009, p. 437.

（二）竞争损害

反垄断法旨在维护竞争秩序，而非保护特定主体利益，反垄断法介入市场行为的前提是该行为导致了“竞争损害”，而不仅仅造成特定主体损失。只有“二选一”行为可能损害市场竞争秩序，反垄断法才会予以调整。一般来说，在满足特定的市场结构条件时，“二选一”可能会在以下三个方面产生竞争损害：

一是限制当前市场的竞争，即限制了行为人所在市场上的竞争。“二选一”行为的主要目的就是排挤竞争对手，行为人通过强迫或诱导交易相对人“站队”，使竞争对手可能无法获得足够的合作对象，进而竞争能力被削弱，甚至被排挤出市场，潜在竞争也会同样受到限制。例如，当平台A要求所有入驻商家都不得入驻平台B时，B会因没有足够的合作对象而缺乏竞争力，这会在A、B之间产生限制竞争效果；如果A要求所有入驻商家只能在自己平台入驻，则A的所有竞争对手包括潜在竞争者，都将无法与A的入驻商家进行合作。这类限制竞争效果，前文已多次提及，它是“二选一”行为最主要的竞争损害。

二是限制下游市场的竞争，即被限制方所在市场上的竞争受到抑制。“二选一”使得被限制方丧失了足够的经营自由权，无法充分地在市场上选择合作对象，而只能与行为人或其指定的主体进行合作，这本身就是对被限制方竞争能力的限制。竞争的基本含义就是选择自由，更何况与行为人合作未必符合成本效率。例如，入驻B平台成本更低，但因为A平台实施“二选一”策略，因存在各种顾虑，很多商家可能会选择放弃B平台。此外，合作对象的减少，也会降低被限制方的销售额，以及其面向消费者的吸引力，这也会削弱其竞争能力，因为企业总希望拥有更多的销售渠道，消费者也希望有更多的选择机会。设想一下，当某企业的产品只能在A平台销售而无法在其他平台提供时，不仅销售额可能降低，消费者对其产品的认可度也会受到影响。对成长初期的企业来说，这种限制更是“雪上加霜”，因为它们急需通过快速的市场扩展来提高知名度，以便在市场上站稳脚跟，而销售渠道的减少无疑让它们的扩展之路障碍重重。事实恰恰是，越是小企业或新品牌，越有可能被施加“二选一”的限制，且对“二选一”行为毫无抵抗能力。设想一下，电商平台会对那些知名企业或知名品牌实施“二选一”吗？

三是损害终端消费者利益。反垄断法维护的竞争利益，本质上是消费者利益，竞争受到限制，损害最终会传递到终端消费者身上。反垄断法所关注的消费者利益，主要包括成本效率、质量效率和选择的多样性等方面。“二选一”行为在这些方面都可能损害消费者利益。首先，被限制方销售渠道的减少，使其可能通过“厚利少销”的方式来回收成本或确保利润，而“薄利多销”才更符合消费者利益；而且，通过“二选一”产生锁定效果，让合作方无法转移至行为人的竞争对手，也会便于行为人对合作方施加其他不合理限制，如收取更高的服务费，这些成本增加最终都会转嫁到消费者身上。其次，通过削弱竞争对手的竞争能力，“二选一”会对竞争对手产生排斥效果，在无足够竞争约束的情况下，行为人也就没有提供更好产品、更优服务的动力。“二选一”行为的实施者大多是互联网平台企业，本身未必提供产品，但会提供相关服务，尤其在商品由入驻商家提供，相关服务由平台企业提供的情况下，售前、售中与售后服务都特别重要。如果大多商家都不得不在当前平台入驻，该平台就不必担心因服务不好而流失客户，因为不论入驻商家还是终端消费者，都无法真正“用脚投票”。最后，“二选一”的直接结果就是消费者的选择机会变少，既表现为某品牌的商品只能在特定的销售渠道（如某电商平台）获得，即“品牌内竞争”的减少，也表现为在某个销售渠道（如某电商平台）

中，只能买到有限的不同品牌的同类商品，即“品牌间竞争”的减少。

可见，“二选一”行为可能以牺牲竞争对手、合作客户和终端消费者利益为代价，来维持、强化行为人的自身利益和市场地位。这类行为既可能限制“品牌内竞争”，也可能限制“品牌间竞争”。对行为人所在市场上竞争的限制，主要是“品牌间竞争”，即排斥行为人的竞争对手；对被限制人所在市场竞争的限制，主要也是“品牌间竞争”，即通过削弱被限制方的竞争能力，限制下游市场的竞争程度，但也可能涉及“品牌内竞争”，主要体现为同一品牌的商品，销售渠道被人为地限缩。相比于对“品牌内竞争”的限制，“二选一”行为对“品牌间竞争”的限制更为主要，这类竞争限制恰恰是反垄断法关注的重点。不论哪种限制，所带来的损害最终都会传递到消费者身上，消费者是“二选一”行为的最终买单者。

（三）正当理由

确认限制竞争效果后，垄断行为的禁止还需进行正负效果衡量。滥用市场支配地位行为规制允许当事人提出“正当理由”抗辩，垄断协议的认定也允许当事人提出豁免申请。只有不存在正当理由的限制竞争行为，才会被最终禁止。

限定交易可能在如下方面带来积极效果，因而需要纳入与消极效果的衡量之中：

一是解决“套牢”问题（hold-up problem）。有时为了达成某项交易，行为人可能需要针对特定相对人进行专属投资，在投资完成后，如果不通过某些限制条款来确保投资人利益，投资人就很可能被“套牢”。在相关限制性安排确认之前，行为人也不会有投资动力，交易也就无法达成。所以这类限制性安排通常被认为有助于提升效率。与交易相关的特殊设备采购、特殊设施建设、特殊员工培训等，都可能构成专属投资。当然，只有专属投资符合下列条件，基于此而实施的限制行为才能被认为具有合理性：一是投资必须具有专属性，即欧盟《纵向限制指南》所说的“关系特定性”（relationship-specific），^{〔21〕}指该投资针对特定相对人，无法转移用于与其他市场主体的合作，一旦与特定相对人的交易终止，该投资基本成为“沉没成本”，如只能服务特定品牌商品的大型设备；二是投资成本巨大且无法在短期内回收；三是投资具有不对称性，即一方当事人的投资大于另一方的投资，因此其面临更大的被“套牢”的风险。如果满足上述条件，则在投资成本能够回收的合理时间内，数量强制义务乃至不竞争义务等限定交易安排，应当被认为具有正当理由而得到豁免。

二是解决“搭便车”问题（free-rider problem）。在同一相关市场内，由于商品的相同或相似性，经营者很容易搭上竞争对手在商品推广方面的“便车”。“搭便车”问题不仅容易在销售商间发生，供应商之间也会发生。前者如一个销售商对商品的宣传，会使销售同一品牌商品的其他销售商从中获利；后者如一个供应商对自己产品的宣传，会使提供同类商品的其他供应商从中获利。限定交易行为可能为解决这两种“搭便车”问题而出现，这时限定交易的积极效果需要被考虑。例如，某卖场或平台对供货商施加“二选一”的限制，可能因为在特定时期内，该卖场需要对供货商的产品进行大量宣传；又如，某供货商要求销售商不得同时销售竞争性品牌，可能因为它需要在销售商的经营场所推广同类产品。第二个例子中，“搭便车”问题不太普遍，因为当推广行为由供货商实施时，针对性一般很强，如在供货商自己的经营场所、网站，或者仅针对自己的品牌

〔21〕 前注〔16〕，第107（d）段。

进行推广,这类推广活动的指示性明显,竞争对手很难“搭便车”。不过,也不排除供货商会在销售商的经营场所内进行针对性弱的一般推广,这时限定交易行为就有助于解决“搭便车”问题。

三是有助于改善销售体系。实践中很多销售行为以“专卖店”的形式出现,既然是“专卖”,自然不能销售竞争性品牌。有些“专卖”要求可能是供货商施加的,这构成限定交易,之所以如此,可能是为了建立更好的销售体系。例如,对一些高档产品来说,不仅产品的声誉、形象至关重要,购物环境与售后服务同样重要,而专卖有助于商品销售,并能给消费者提供更好的购买体验与售后服务。此外,有些商品或服务的销售需要重大投资(如汽车销售),销售商未必具有足够的投资能力,这时,如果生产商完成或参与投资,则其往往会要求销售商不得同时销售竞争性品牌。这类限定交易行为不仅有利于商品销售体系的建立,进而增加市场竞争,也可避免投资完成后竞争性品牌“搭便车”。

不过,就目前热议的电商平台“二选一”行为来说,上述正当理由似乎很难成立。首先,由于互联网的无形性、无地域性,电商平台接纳入驻商家的成本微不足道,既不需要新建店面、配备专门人手,也不会产生无法转移的专属投资,所以不存在被“套牢”的风险,也就没必要将商家绑在自己身上;其次,电商平台可能会推广自己的商品或服务,但由于入驻商家众多,平台的推广行为几乎不会涉及特定的商家(在平台首页显示特定商家促销信息的情形,主要是商家自己购买的广告位),更多的是在商品种类、物流时效、售后服务等方面进行宣传,这些推广活动具有较强的针对性,不大可能在商家入驻其他平台时被其他平台“搭便车”;最后,电商平台的出现的确丰富了商品或服务的销售体系,也降低了销售与购买成本,但是,这种好处是整个电商产业带来的,不是哪一家平台的贡献,更不是说商家入驻其他平台了,销售体系就会被破坏,相反,商家入驻的平台越多,销售体系就越完备,消费者也就越能享受到更好的服务。

所以总的来说,限定交易行为未必都是限制竞争的,可能在限制竞争的同时也有促进竞争效果,但这种积极效果必须结合市场状况乃至个案行为进行评估,显然不是每个限定交易行为都能带来上述好处。

判断是否具有正当理由,主要是评估限定交易行为是否可能带来积极效果。积极效果的判断较为复杂,通常需要考虑行为人的目的。目的正当性判断对限制行为的合法性认定非常重要。欧盟将垄断协议分为“目的型限制”(restrictions by object)和“效果型限制”(restrictions by effect)——如果协议的目的是限制竞争的,就无须考虑效果而可以推定禁止;只有目的不是限制竞争的,才进入效果分析的步骤。^[22]当然,目的判断不是纯粹地探究行为人的主观意图,因为这是难以完成的任务,而是指通过协议的内容与履行方式等外部因素去推导。例如,可以考虑限定交易行为的排挤对象,如果行为人只是要求被限制方不能与其特定的竞争对手进行交易,则很难说是为了解决“套牢”或“搭便车”问题,因为基于这些正当目的而实施的限定交易行为通常具有一般性,即针对所有或大部分竞争对手。再如,还可以考虑限定交易行为的实施时机,如果“二选一”行为是在新的竞争对手进入市场之后立即实施的,在竞争对手出现之前,行为人并未施加类似限制,那么这类行为的目的更可能是为了抑制市场进入。

此外,正当理由分析中,仅确认限定交易行为能带来积极效果还不够,还应强调手

[22] See Yi Heng Alvin Sng, The Distinction between “Object” and “Effect” in EU Competition Law and Concerns after Groupement des cartesbancaires (C - 67/13P), E. C. L. R. 37 (5), 2016, p. 179.

段的“必不可少性”(indispensability)。如果存在非限制竞争的方式或者限制效果更小的方式也能实现同样的目的,则限定交易的手段就很难构成正当理由。

六、结论

电商平台近年来不断上演的“二选一”行为,在理论上被称为限定交易,它不仅存在于互联网领域,在线下市场也较为常见。限定交易实践中有多种方式,除直接要求相对人“二选一”外,还可表现为忠诚折扣等变相限定。

在我国《反垄断法》框架内,“二选一”行为可能构成市场支配地位的滥用,但滥用行为的规制门槛较高,很多时候行为人未必具有支配地位,尤其在互联网行业,支配地位的认定更加困难。在滥用行为之外,纵向垄断协议制度一定程度上也能解决“二选一”问题。在以协议方式呈现时,“二选一”行为可能属于“单一品牌”条款,构成纵向限制的一种。我国《反垄断法》第14条虽未明确列举这类纵向限制,但在作为我国《反垄断法》“蓝本”的欧盟竞争法中,“单一品牌”条款就被视为纵向限制的典型表现。所以,从理论上讲,《反垄断法》第14条的“兜底条款”可以作为“二选一”行为的规范依据。只不过,执法机构适用兜底条款可能会带来各种问题,最好的方式是事前对兜底条款进行细化。

总的来说,“二选一”既可能构成市场支配地位的滥用,也可能构成纵向限制。依据何种行为定性,取决于是否存在协议以及行为人的市场地位。如果能够证明协议的存在,原则上不必依靠滥用市场支配地位制度;只有协议不存在或难以证明时,才需适用滥用市场支配地位制度。

不论对“二选一”行为如何定性,反垄断法要禁止它,都离不开对市场结构、竞争损害和正当理由的分析。通常,只有行为人具有一定的市场地位,“二选一”行为才有可能实施,或者才能产生限制竞争效果。“二选一”行为的竞争损害主要表现为通过市场封锁,对行为人的竞争对手产生排除效果,同时削弱被限制方的竞争能力,这最终都会转化为消费者利益损失。“二选一”行为也可能存在合理性,主要表现为能够解决“套牢”和“搭便车”问题,也可能有助于改善商品或服务的销售体系。所以,只有经过正负效果衡量,并判断手段是否具有必要性后,才能决定是禁止“二选一”行为还是豁免它。

当然,“二选一”行为不仅仅是一个反垄断法问题,只是本文主要进行反垄断法分析。正在起草并已经过立法机关“三审”的《电子商务法(草案)》就对“二选一”行为作了规定。此外,在谈及“二选一”行为的违法性时,很多人都会援引国家工商行政管理总局2015年颁布的《网络商品和服务集中促销活动管理暂行规定》,因为其第11条明确规定,“网络集中促销组织者不得违反《反垄断法》《反不正当竞争法》等法律、法规、规章的规定,限制、排斥平台内的网络集中促销经营者参加其他第三方交易平台组织的促销活动”。但其实,这部规章无法真正规范“二选一”行为,因为一方面,它只适用于“网络集中促销”活动,即“在特定时间内网络集中促销组织者组织网络集中促销经营者在互联网上,通过提供优惠条件开展销售商品或者提供服务的经营活动”;另一方面,它是反垄断法的下位法,本身不能超出反垄断法的规定范围,且根据第11条的表述,依据该规章处理“二选一”行为时,仍需回到《反垄断法》的相关规定上来。

(下转第117页)

- [26] April Stroud. Making sense of landlaw [M]. Palgrave Macmillan, 2013.
- [27] Morgan G. Easements in Gross Revisited [J]. Anglo-American Law Review, 1999, 28 (2).
- [28] Robert S. The Cemetery Lot: Rights and Restrictions [J]. University of Pennsylvania Law Review, 1961, 109 (3).
- [29] [韩] 金玄卿. 论韩国民法对所有权的限制——以坟墓基地权为视角 [J]. 河北法学, 2010 (6).
- [30] 黄道霞. 建国以来农业合作化史料汇编 [M]. 北京: 中共党史出版社, 1992.
- [31] 肖泽晟. 墓地上的宪法权利 [J]. 法学, 2011 (7).
- [32] 吴鹏. 民政部回应墓地满20年续费 [N]. 新京报, 2011-04-03.
- [33] 安徽省地方税务局纳税咨询. 再问经营性公墓税收政策? [EB/OL]. (2011-05-03) [2016-07-11]. <http://www.ah-l-tax.gov.cn/portal/bsfu/zx/1303845423242136.htm>.
- [34] 潘跃. 墓地使用年限可延长 [N]. 人民日报, 2011-04-05.
- [35] 张力, 公杰. 现行法律体系下的经营性墓地法律问题研究 [J]. 河北法学, 2016 (2).
- [36] 陈国军. 论墓地的权利属性——债权抑或物权 [J]. 政治与法律, 2014 (3).
- [37] 杜智娜. 爱新觉罗后裔与村民的墓地纷争 [J]. 法律与生活, 2013 (21).

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

(上接第92页)

参考文献

- [1] 温婧. 美团滴滴饿了么被紧急约谈三大外卖平台分别表态将按照要求立即整改 [N]. 北京青年报, 2018-04-12.
- [2] 薛松. 京东实名举报阿里胁迫商家“二选一” [N]. 广州日报, 2015-11-04.
- [3] 王峰. 电商平台“二选一”争议持续专家呼吁监管部门及时表态 [N]. 21世纪经济报道, 2017-07-13.
- [4] 瑞幸咖啡发布公开信称将起诉星巴克涉嫌垄断星巴克回应 [EB/OL]. [2018-06-30]. http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201805/15/t20180515_29141827.shtml.
- [5] Derek W. Moore, Joshua D. Wright. Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing [J]. GEO. MASON L. REV., 2015, 22 (5).
- [6] B. Genchev, J. H. Mortimer. Empirical Evidence on Conditional Pricing Practices [EB/OL]. [2018-06-30]. http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/economics/pdf/workingpapers/wp908.pdf.
- [7] Erik Kloosterhuis. Joint Dominance and the Interaction between Firms [J]. E. C. L. R., 2001, 22 (3).
- [8] 许光耀. 欧共体竞争法通论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2006.
- [9] P. Sean Morris. Vertical Restraints and Parallel Trade: Selective Distribution and Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union in light of the Revised Rules on Vertical Agreements [J]. U. La Verne L. Rev., 2010-2011 (32).
- [10] Frances Dethmers. Ten Years on: Vertical Agreements under Article 81 [J]. E. C. L. R., 2009, 30 (9).
- [11] Yi Heng Alvin Sng. The Distinction between “Object” and “Effect” in EU Competition Law and Concerns after Groupement des cartes bancaires (C-67/13P) [J]. E. C. L. R., 2016, 37 (5).

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)