

论垄断行为的竞合

侯利阳*

内容提要 《反垄断法》对垄断行为的认定边界模糊,对作为关键构成要件的“排除限制竞争效果”也缺乏解释,导致垄断行为竞合的现象大量存在。垄断行为竞合引发三个问题,即需要认定何种垄断行为、需要认定几种垄断行为、是否可以提起多个诉讼。以规范法学中的竞合理论为基础,结合关于“排除限制竞争效果”的经济学理论和执法经验,可将垄断行为竞合分为三类处理:实质不竞合属于法条对立的范畴,应当选择最为恰当的法条适用;法条竞合应按照特殊法优先的原则认定一个垄断行为,也可通过修法进行消除;想象竞合构成多种垄断行为,在行政执法中择一处罚即可,在民事诉讼中虽成立多个请求权但仅构成一个诉讼。

关键词 垄断行为 竞合 行为类型化 排除限制竞争效果 保护法益

目 次

- 一、垄断行为竞合的具体表现
- 二、竞合的部门法形态与处断
- 三、垄断行为竞合的深层次辨析
- 四、垄断行为竞合的解决方案
- 五、结语

* 上海交通大学凯原法学院教授。本文系 2022 年度国家社科基金重点项目“平台经济领域的反垄断与规制研究”(项目批准号: 22AFX018) 的阶段性成果。

竞合是指同一事实行为可以被纳入多个法条规制射程的现象。成文法体系以法律行为为核心进行法条的建构,但任何类型化均无法避免法条的交叉和重叠,由此产生竞合。随着我国垄断案件数量的激增,因垄断行为竞合而引发的执法冲突在实践中大量出现。垄断行为竞合引发的问题主要有三:(1)需要认定何种垄断行为?如,对于燃气公司要求用户在安装燃气时购买燃气灶、报警器的行为,有的案件按照搭售处理,^①有的案件按照附加不合理条件认定^②。(2)需要认定几种垄断行为?如,在“扑尔敏原料药案”中,^③执法机构就当事人拒绝交易的一个事实行为认定了两种垄断行为,即不公平高价与拒绝交易。垄断行为的数量与罚款数额密切相关。《国务院反垄断委员会关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南(征求意见稿)》规定“在同一案件中实施多个垄断行为”属于从重情节^④。该文件虽未颁布,但将多个垄断行为视为从重情节属于国际惯例。^⑤(3)是否可以提起多个反垄断诉讼?若不对之明确,容易产生滥诉。如,象山捷达公司针对中国互联网信息中心不向其授予同一域名的行为先后提起垄断协议,滥用市场支配地位行为(以下简称“滥用行为”),滥用行政权力排除、限制竞争(以下简称“行政垄断”)等多个诉讼。^⑥对于竞合的研究多见于其他部门法,我国反垄断法学界尚未有系统性研究,此问题也是国际反垄断领域中的难点问题。有鉴于此,本文对垄断行为竞合进行规范法学研究,总结我国《反垄断法》中因竞合所导致的各种现象,结合处理竞合的部门法方法和路径,提出适合我国国情的解决方案。

一、垄断行为竞合的具体表现

(一) 一级类型化间的竞合表现

《反垄断法》设置了四个一级垄断行为。这四种行为在不同程度上存在交叉,由此产生了一级垄断行为之间的竞合,具体发生在三个层面。

第一,垄断协议与滥用行为的竞合。垄断协议禁止企业间的共谋行为;滥用行为禁止企业的单方行为。二者的法律要件差异明显,一般不会发生竞合。尤其是在单独支配地位的情形中,滥用行为只存在一个主体,无法满足垄断协议的多主体要求。但支配地位还存在共同支配地位的子类型,此时可能涉及拥有共同支配地位的多个主体之间“共

① 参见江苏省市场监督管理局苏市监反垄断案(2023)1号行政处罚决定书。

② 参见重庆市市场监督管理局渝市监处字(2022)300号行政处罚决定书。

③ 参见国家市场监督管理总局国市监处(2018)21号行政处罚决定书。

④ 参见《国务院反垄断委员会关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南(征求意见稿)》(2016年6月17日发布)第25条。

⑤ See European Commission Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003, OJ C 210/2, September 1, 2006, para.25.

⑥ 象山捷达公司因为中国互联网信息中心拒绝给其授予多个域名的行为共提起了373起垄断诉讼。其中,以象山捷达公司为原告共起诉121次;以天津市河西区速捷网络公司为原告共起诉252次。这两个公司的法定代表人为夫妻关系,且诉讼内容基本一致。相关数据从中国裁判文书网获取,数据搜集时间为2024年1月。

谋”的情形,滥用行为与垄断协议于此可能发生竞合。^⑦如,我国原料药行业频频发生的垄断情形,即某经销商同时与所有原料药生产商签订独家代理协议,从而获得市场上所有原料药的经销权。实践中对该商业模式的处理结论不一,有的案件将之认定为涉及所有主体的垄断协议,^⑧有的案件将之认定为原料药生产层面滥用共同支配地位的行为,^⑨还有案件将之视为原料药生产层面与经销层面的滥用共同支配地位行为^⑩。

第二,经营者集中与垄断协议的竞合。经营者集中与垄断协议和滥用行为均存在交叉。与垄断协议相比,经营者集中同样涉及多个企业的“共谋”(即并购协议);^⑪与滥用行为相比,经营者集中对于市场力量的要求同样达到了支配地位的程度^⑫。但经营者集中的发生原因是当事人之间的并购行为,而滥用行为并不存在类似的要求,因此经营者集中与滥用行为不会发生竞合。但经营者集中可能会与垄断协议存在交叉。如,在“合肥雪公司诉信继龙案”^⑬中,原告与被告共同成立一家新公司,约定新公司今后不得进入合肥雪公司的既有经营地域。原被告成立新公司的行为构成经营者集中,但对新公司经营范围的约定又涉嫌分割市场的垄断协议。对此,原告主张涉案行为应当按照垄断协议进行处理,而被告则提出应当认定为经营者集中。

第三,行政垄断与其他垄断行为的竞合。行政垄断的主体为“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”(以下统称为“行政机关”),而其他垄断行为的主体为私主体。主体性质的不同使得行政垄断一般不会与其他垄断行为发生竞合。但在行政机关限定交易以及组织企业实施垄断行为的案件中,会引发行政垄断与其他垄断行为的竞合。实践中的竞合表现有三:(1)行政机关要求多个企业固定价格,引发企业间的垄断协议;^⑭(2)行政机关授予企业排他性的经营权,引发该企业的滥用行为;^⑮(3)行政机关主导国有企业合并,引发这些企业的经营者集中^⑯。

(二) 细分垄断行为间的竞合表现

除了一级垄断行为之外,《反垄断法》中还存在二级甚至三级垄断行为的分类,这些细分类型之间也存在竞合的可能。其中,经营者集中较为特殊:虽然学理上存在横向集中、纵向集中、混合集中的二级分类,^⑰但《反垄断法》及其配套法规未对之作出规定,

^⑦ 参见张晨颖:《共同市场支配地位的理论基础与规则构造》,载《中国法学》2020年第2期,第109页。

^⑧ 参见国家市场监督管理总局国市监处(2020)8号行政处罚决定书。

^⑨ 参见国家市场监督管理总局国市监处(2018)21号行政处罚决定书;国家发展和改革委员会(2017)1号行政处罚决定书。

^⑩ 参见上海市市场监督管理局行政沪市监反垄处(2023)202301401、202301402号行政处罚决定书。

^⑪ 参见张晨颖:《比例原则视角下经营者集中反垄断执法的规则修正》,载《当代法学》2021年第4期,第108页。

^⑫ 参见王晓晔:《〈中华人民共和国反垄断法〉中经营者集中的评析》,载《法学杂志》2008年第1期,第5页。

^⑬ 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2019)辽01民终3318号民事判决书。

^⑭ 参见上海市市场监督管理局沪市监反垄处(2020)3202001-3202011号行政处罚决定书。

^⑮ 参见上海市高级人民法院(2017)沪民终75号民事判决书。

^⑯ 参见李刚:《上市公司并购重组动因及结果分析——以中国南北车合并为例》,载《财会通讯》2018年第20期,第97页。

^⑰ 参见王先林:《竞争法学》(第4版),中国人民大学出版社2023年版,第266-267页。

因此不涉及二级行为的竞合。行政垄断虽然存在市场封锁与指定交易的二级分类,但二者的违法目的迥异,前者是地区封锁,后者是行业垄断。二者的行为边界也非常清晰,不会发生竞合。但垄断协议与滥用行为的细分类型之间可能会发生竞合。

1. 垄断协议中的竞合

《反垄断法》将垄断协议分为横向协议与纵向协议。横向协议的主体处于同一个相关市场,纵向协议的主体不在同一个相关市场。二者对于涉案企业的竞争关系存在不同的要求,边界清晰,一般不会发生竞合,但在如下三种场景中可能会发生竞合:

其一,联合抵制涉及横向协议与纵向协议的竞合。联合抵制是指多个企业共谋不与其他企业交易的行为。该行为既包括横向联合抵制,也包括纵向联合抵制。^⑮《反垄断法》第17条中的联合抵制应当仅包含横向联合抵制。但在实践中,实施纵向联合抵制的主体之间可能既存在竞争关系,又存在上下游关系,此时会呈现横向与纵向联合抵制的竞合。如,在“番禺动漫协会案”^⑯中,番禺动漫协会联合会员单位抵制其他动漫展。番禺动漫协会是会员单位的行业协会,《反垄断法》推定二者具有竞争关系。但在联合抵制其他动漫展时,只有番禺动漫协会提供动漫展服务,会员单位并不提供该服务,因此二者属于上下游关系。不过,执法机构最终将之按照横向协议进行处理。

其二,轴辐协议涉及横向协议与纵向协议的竞合。轴辐协议是指具有竞争关系的企业“借助与其他企业之间的纵向关系,或者由其他企业组织、协调,达成的具有横向垄断协议效果”^⑰的协议。从定义可知,轴辐协议既涉及横向协议,也涉及纵向协议。有学者主张轴辐协议代表着横向协议与纵向协议类型化的不周延,属于二者竞合的范畴,提议将之认定为“上下游经营者之间达成的纵向关系和横向关系相互交织的第三类协议”^⑱。目前轴辐协议已经进入反垄断法的配套法规,与横向协议与纵向协议平行列出,似乎意味着我国的执法机构也认为横向协议与纵向协议存在竞合。

其三,除了二级分类之外,横向协议还具有其他垄断行为所不存在的三级分类,如固定价格、限制产出、分割市场、联合限制新技术、联合抵制等。^⑲这些三级行为可能涉及两类竞合:(1)固定价格与限制产出的竞合。二者虽然在行为外观上存在较大的差异,但从经济效果而言价格与产出存在直接的负相关关系。换言之,提升价格会降低产出,而提高产出也会降低价格。二者在实践中也经常成对出现,^⑳由此产生的问题是,此时应当认定为一个行为还是两个行为;(2)联合限制新技术与联合抵制的竞合。联合限制新技术是在新技术领域中的联合抵制,因此与联合抵制亦存在竞合关系。

^⑮ 参见李剑:《论联合抵制交易的违法性判断标准》,载《当代法学》2009年第3期,第104页。

^⑯ 参见广东省工商行政管理局粤工商经处字(2015)第2号行政处罚决定书。

^⑰ 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(2021年2月7日发布)第8条。

^⑱ 张晨颖:《垄断协议二分法检讨与禁止规则再造——从轴辐协议谈起》,载《法商研究》2018年第2期,第104页。

^⑲ 虽然横向协议、纵向协议、滥用行为均存在“其他垄断行为”的托底型分类,但本文中的竞合仅涉及明示的垄断行为,不具名的垄断行为不在本文的研究之列。

^⑳ 参见福建省市场监督管理局闽市监反垄断字(2023)001-004号行政处罚决定书;浙江省市场监督管理局浙市监案(2022)6-10号行政处罚决定书。

2. 滥用行为中的竞合

滥用行为被细分为八种二级行为：不公平高价、不公平低价、掠夺性定价、拒绝交易、独家交易、搭售、附加不合理条件、差别待遇。其中不公平低价仅具有理论层面的意义，在国际反垄断实践中从未真正出现过，因此本文不予讨论。这些行为按照是否涉及价格，可分为价格型和非价格型滥用行为。价格型滥用行为包括不公平高价和掠夺性定价。二者分别对应“卖得高”和“卖得低”两种行为，边界清晰，不会发生竞合。易发生竞合的主要是价格型和非价格型滥用行为的竞合以及非价格型滥用行为的竞合。

第一，不公平高价与所有非价格型滥用行为的竞合。不公平高价既可以是实施非价格型滥用行为的目的，也可以是实施非价格型滥用行为的手段。以拒绝交易为例：（1）为了实施不公平高价，垄断者可以将拒绝交易作为威胁手段；（2）为了实施拒绝交易，垄断者可以设定对方无法接受的价格。如，前述的“扑尔敏原料药案”就涉及拒绝交易与不公平高价的竞合。与之相似，垄断者实施独家交易、搭售、差别待遇等既可以是为了实现不公平价格的目的，也可以是以不公平高价为要挟手段。又如，在“吴小秦诉陕西广电案”^{②④}中，最高人民法院认定被告将数字电视基本收视服务与数字电视付费节目服务进行捆绑销售的行为为搭售。但有学者指出，被告实施该行为的目的可能是为了获取更多的利润，^{②⑤}这就涉及搭售与不公平高价的竞合。

第二，掠夺性定价与搭售的竞合。掠夺性定价可以通过单一商品实施，此时不涉及搭售的问题；也可以通过多个商品实施，此时就与搭售发生竞合。除了手段与目的层面的竞合之外，掠夺性定价和搭售还存在竞争损害层面的竞合。诺奖得主梯若尔指出，搭售的违法性应当是利润牺牲，因此只有产生掠夺性定价效果的搭售才构成垄断行为。^{②⑥}若此，搭售与掠夺性定价虽在行为外观上有差异，但从竞争损害而言却存在竞合。

第三，拒绝交易与其他非价格型滥用行为的竞合。首先，独家交易的目的是要求交易相对方不得与竞争者交易，该行为本身即包含拒绝交易的元素。如，在“异烟肼原料药案”^{②⑦}中，涉案企业以独家交易为由拒绝交易，被认定为同时构成独家交易和拒绝交易。其次，搭售是指垄断者要求交易相对人必须同时购买两种商品，此可被理解为不允许交易相对人单独购买其一商品的拒绝交易。虽然我国尚未有搭售与拒绝交易竞合的案件，但二者之间的关联已经得到学者的认可。^{②⑧}最后，差别待遇是指垄断者对多个交易相对方实施不同的交易条件，这可被解释为对于无法得到优惠待遇的交易相对方的拒绝交

^{②④} 参见最高人民法院（2016）最高法民再98号民事判决书。

^{②⑤} 参见李剑：《合理原则下的单一产品问题——基于中国反垄断法搭售案件的思考》，载《法学家》2015年第1期，第81-82页。

^{②⑥} See Jean Tirole, *The Analysis of Tying Cases: A Primer*, at <http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/analysis.pdf> (Last visited on June 10 2024).

^{②⑦} 参见国家发展和改革委员会行政处罚决定书（2017）1号和2号。

^{②⑧} 参见孟燕北：《搭售行为中的拒绝交易问题研究——由美国Kodak（1992）案谈起》，载《中国人民大学学报》2008年第6期，第126页。

易。我国学界多认为自我优待可以同时构成拒绝交易和差别待遇。^{②⑨}

第四,附加不合理条件与其他滥用行为的竞合。与前述竞合产生的原因不同,此处竞合是因为该行为的边界非常模糊。我国的执法机构将之解释为对合同期限、支付方式、商品运输交付、服务方式、销售地域、销售对象、售后服务等设置的不合理限制。^{③⑩}从这些因素即可得知,该行为可能会与拒绝交易、独家交易、搭售、差别待遇等发生竞合。此外,虽然附加不合理条件表面上仅与非价格行为相关,但还包括“交易时在价格之外附加不合理费用”。因此,附加不合理条件也能与价格型滥用行为发生竞合。

二、竞合的部门法形态与处断

《反垄断法》的法条和执法表明垄断行为竞合的情形确实大量存在,目前尚无统一的解决方案。关于竞合,我国刑法学界和民法学界已经产生了大量的研究成果,这些研究能够为垄断行为竞合的处理提供借鉴。

(一) 刑法中的竞合

刑法中的各种罪名以不竞合为原则,以竞合为例外。但由于立法的抽象性以及犯罪情形的错综复杂,刑法中存在大量竞合的情形。刑法学界认为竞合跟法条间的关系有关,法条间存在四种关系:^{③⑪}(1)对立关系。两个法条之间的立法逻辑完全不同,同一事实行为只能满足其中一个法条的构成要件,不能同时违反二者;(2)包容关系。一法条包含另一法条的全部构成要件,但在此之外又增加了其他要件;(3)交叉关系。两个法条的构成要件呈现部分交叉,但无法充分涵盖对方;(4)中立关系。两法条虽不存在前述三种关系,但因特定事实的发生而导致竞合。刑法学界通说认为呈现对立关系的两个法条在构成要件上相互排斥,同一事实行为不可能同时满足这两个法条的构成要件,属于实质的不竞合。^{③⑫}竞合只能发生在两个法条呈现其他三种关系的情形之中。

刑法学界区分法条竞合与想象竞合。法条竞合是指罪名之间因边界不清而导致一个事实行为同时符合数个法条犯罪构成的现象。对于法条竞合,“只要适用其中一个,就足以包涵该行为全部评价内容”^{③⑬}。比较复杂的是想象竞合。想象竞合同样是指一个事实行为同时符合数个罪名构成要件的情形。但在法条竞合中,涉案行为虽然符合数个罪名的构成要件,但仅侵害一个法益,因此只构成一个罪名。而想象竞合同时侵犯多个法益,实质上构成了多个罪名。法条竞合存在唯一适用的法条,是不真正的竞合;而想象竞合则是实质的竞合,构成实质上的多罪。

刑法学界对于法条因包容关系和中立关系而引发的竞合形态存在共识。当法条之

^{②⑨} 参见刘晓春:《数字平台自我优待的法律规制》,载《法商研究》2023年第1期,第72页。

^{③⑩} 参见《禁止滥用市场支配地位行为规定》(国家市场监督管理总局令第66号)第18条。

^{③⑪} 参见张明楷:《法条竞合中特别关系的确定与处理》,载《法学家》2011年第1期,第37页。

^{③⑫} 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第323页。

^{③⑬} 王强:《法条竞合特别关系及其处理》,载《法学研究》2012年第1期,第145页。

间存在包容关系时,成立法条竞合。包容关系使得这些法条存在一般法与特殊法的关系,应当按照特别法优先的原则处理。呈现中立关系的法条保护不同的法益,一般不会发生竞合;但在实践中可能因为“具体的、偶然的案件事实”^{③④}而发生竞合。不过二者的构成要件不存在特别的关联关系,因此只能引发想象竞合,不会导致法条竞合。但是刑法学界对于两个法条呈现交叉关系时,应当认定是法条竞合还是想象竞合存在争议。有学者指出,此时依然存在唯一适用的法条,因此属于法条竞合;^{③⑤}也有学者认为,交叉关系时应当认定想象竞合。^{③⑥}

法条竞合和想象竞合,除了在罪数认定上存在不同之外,在处罚上也有差异。法条竞合属于不真正的竞合,是真正的一罪,因此不存在处断上的问题。但想象竞合是真正的竞合,也即同一事实行为确实构成了数罪。关于想象竞合的处断,刑法学界认为应当在判决书中将涉案行为触犯的所有罪名一一列出;但在责任处理层面运用“重罪吸收轻罪”的原则,对之“从一重处”。^{③⑦}对此,刑法学界通说认为,“想象竞合犯虽然侵犯了数个法益,但客观上的一个行为与主观上的一个或准一个意思,导致量刑情节高度重合”^{③⑧},因此,虽然可以对之进行多重评价,但在处断上只存在一个法律行为。

除了法条竞合与想象竞合的分类之外,刑法中还存在牵连犯的特殊形态。^{③⑨}牵连犯是指犯罪的手段行为或结果行为分别触犯不同罪名,但这些行为之间存在手段行为与目的行为、原因行为与结果行为的牵连关系。牵连犯原则上应当按照目的行为或者结果行为认定罪名。

(二) 民法中的竞合

反垄断法实行公力执行和私力执行的二元体系。^{④⑩}公力执行可以对应刑法体系,其中的垄断行为竞合可以援引刑法中的相关理论进行处理;而私力执行则需借助民法中的相关理论进行处理。民法学界使用与刑法学界不同的措辞,如责任竞合、请求权竞合、制度竞合等。民法领域最典型的竞合是违约与侵权的竞合。违约与侵权产生竞合的原因有二:(1)加害给付型竞合,即债务人在交付物品或者履行服务的过程中给债权人造成人身损害的情形,比如在交通事故中受伤的乘客;(2)承担特殊保护义务的债务人给债权人造成人身损害的情形,比如消费者在商场购物因地板太滑而摔倒。^{④⑪}

民法与刑法解决竞合的目的相同,均为避免重复赔偿(处罚)与重复起诉。^{④⑫}不过

^{③④} 陈洪兵:《竞合处断原则探究:兼与周光权、张明楷二位教授商榷》,载《中外法学》2016年第3期,第819页。

^{③⑤} 参见周光权:《法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷》,载《中国法学》2010年第3期,第170页。

^{③⑥} 参见黎宏、赵兰学:《论法条竞合的成立范围、类型与处罚规则》,载《中国刑事法杂志》2013年第5期,第37页。

^{③⑦} 参见王彦强:《“从一重处断”竞合条款的理解与适用——兼谈我国竞合(罪数)体系的构建》,载《比较法研究》2017年第6期,第99页。

^{③⑧} 张明楷:《刑法学》(第5版上),法律出版社2016年版,第490页。

^{③⑨} 参见陈兴良:《从罪数论到竞合论——一个学术史的考察》,载《现代法学》2011年第3期,第111页。

^{④⑩} 参见王健:《中国反垄断法应确立二元执行体制》,载《法治研究》2007年第5期,第20页。

^{④⑪} 参见谢鸿飞:《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》,载《环球法律评论》2014年第6期,第10页以下。

^{④⑫} 参见赵秀举:《论请求权竞合理论与诉讼标的理论的冲突与协调》,载《交大法学》2018年第1期,第24页。

二者也存在两个差异。其一,二者对于竞合的评价机制不同。刑法要求公诉机关分析想象竞合涉及的所有法条,只是在处罚上遵循“从一重处”的原则。而民法则须遵循当事人的意志自由,司法机构仅依原告的诉讼请求进行评价,不要求当事人全面列举竞合涉及的所有法条。其二,二者对于竞合属于实体问题还是程序问题的理解不同。刑法学者认为竞合属于实体法问题,因此将竞合纳入罪数这个实体问题之中,以此解决程序问题。而民法学者则因为民事实体关系与诉讼请求并不必然一一对应,因此民事竞合的研究同时涉及实体法与程序法两个方面。

由于存在实体法和程序法两种切入角度,实体法学者与程序法学者对于民事竞合的处理存在差异,也引发了诸多观点的冲突。一方面,承认实质意义上的多种请求权并存容易造成重复诉讼,使得当事人或者规避法律或者获得不应获得的利益;但另一方面,不承认并存又可能会损害受害人的权益。民事实体法领域对于竞合的处理在早期沿用刑法的做法,适用法条竞合的理论。换言之,合同责任与侵权责任的冲突属于特别法条与普通法条的关系,原则上应当适用合同法进行解决。但该种学说忽视了合同法与侵权法的实质差异,仅适用合同责任可能会不利于受害人,因此已经被抛弃。目前主流的学说有请求权相互影响说(当事人拥有两个请求权,但只能适用其一)、请求权自由竞合说(承认多个请求权共存,当事人可以自由选择)、请求权基础竞合论(只有一个请求权,但支持该请求权的基础存在多个)。^{④③}甚至,还有学者提出“大竞合论”,主张打通违约责任与侵权责任的边界,将二者进行统一处理。^{④④}

为解决实体权利与程序权利的分离问题,民事程序法学者主张将实体法上的请求权与程序法上的请求权进行区分,并提出诉讼标的这个超越实体法的纯程序法概念。^{④⑤}不过关于诉讼标的也存在诸多相互冲突的理论。最早的理论是旧诉讼标的理论,主张以实体请求权来识别诉讼标的,也即竞合可以产生多个诉讼标的。但旧诉讼标的理论无法避免重复诉讼,因此新诉讼标的理论产生,主张以诉的声明和案件时间作为判断依据,而非实体请求权。依据该理论,竞合的原告只能选择一个请求权;若败诉,则失去基于其他请求权再次起诉的可能。此外,还存在新实体法说,主张在竞合时虽然存在多个请求权规范,但诉讼标的只有一个。^{④⑥}

民事实体法学者与程序法学者之间的争议并没有使得民事行为竞合的解决方案更加清晰。反映在实践中,我国法院并未真正接受任何一种观点。在处理竞合时,法院选择当事人在实体法上的法律关系作为评判标准;对于当事人不能一次性解决的竞合问题,通过扩展法官释明权的方式进行缓解。^{④⑦}具体而言,当被告的行为同时构成违约与侵

^{④③} 参见段厚省:《请求权竞合研究》,载《法学评论》2012年第2期,第53页。

^{④④} 参见叶明怡:《违约与侵权竞合实益之反思》,载《法学家》2015年第3期,第124页。

^{④⑤} 参见曹志勋:《德国诉讼标的实体法说的发展——关注对请求权竞合的程序处理》,载《交大法学》2018年第1期,第35页。

^{④⑥} 参见王福华:《民事诉讼法》,清华大学出版社2012年版,第169-171页。

^{④⑦} 参见袁琳:《基于“同一事实”的诉的客观合并》,载《法学家》2018年第2期,第159页。

权时,应当认定存在两个法律关系。原告可以选择其一提起诉讼,但不得同时提起两个诉讼。当事人有权在一审开庭前变更诉讼请求,但之后不得自行变更。在当事人不了解竞合之情形时,法院应当在庭审中予以释明,要求当事人选择;当事人未作选择的,之后不得以其他理由再次提起诉讼。^{④8} 不过,当受害人选定某一个请求权之后又发现无法获得充分补偿时,也会例外地允许当事人适用其他请求权寻求赔偿。

(三) 垄断行为竞合与部门法竞合理论的耦合

刑法与民法关于竞合理论存在冲突之处,上述梳理的目的是从相关成果中汲取营养,解决垄断行为竞合中的问题。

就竞合的定义而言,刑法与民法存在共通性,均将同一事实行为是否满足不同法律行为的构成要件作为判断是否存在竞合的基本标准。法条竞合属于寻找适用法的问题,而想象竞合才是真正的竞合。刑法将想象竞合理解为保护不同法益的行为。民法未从保护法益的角度解读违约与侵权的竞合。不过,侵权责任系“原始发生的损害赔偿责任”,而违约责任系“传来发生的损害赔偿责任”,^{④9} 因此也可认为二者存在不同的保护法益。将此应用至垄断行为竞合,则首先需要分析涉及竞合的两个法条之间的关系,以此判断其是否属于实质的不竞合;然后分析发生竞合的法条是否保护相同的法益。若是,则是法条竞合;若非,则是想象竞合。

关于想象竞合的解决,刑法与民法中的方案均体现了两个相同的目的:避免重复赔偿(处罚)与避免重复诉讼。在避免重复处罚方面,刑法要求在涉及想象竞合的情形中遵循“从一重处”的原则,从而在实体层面避免重复处罚。民法虽没有相对统合的理论,不过司法机关要求当事人在一审庭审前选择某一个请求权进行诉讼,其目的同样是为了避免当事人在多次诉讼中获益。在避免重复起诉方面,刑法要求公诉机关在公诉时必须全面列举想象竞合侵犯的各种法益。如此,可以避免公诉机关随后以其他法条再次起诉。民法则是禁止当事人以改变诉讼理由的方式再次提起诉讼。此外,鉴于民事原告对于法律的理解可能要弱于公诉机关,我国还在民事诉讼中为司法机构附加了释明义务。这些经验均可供反垄断行政执法与民事诉讼进行直接的借鉴。

三、垄断行为竞合的深层次辨析

在提出垄断行为竞合的具体解决方案之前,有必要按照其他部门法的相关理论对于垄断行为的类型化进行辨析,探知不同法条之间的法律关系与保护法益,分析垄断行为之间的内在关联,明晰垄断行为竞合的不同形态。

(一) 垄断行为类型化的规范性分析

解决一级垄断行为竞合的关键在于厘清一级类型化的分类逻辑,然后才能甄别这些

^{④8} 参见张平华:《违约责任与侵权责任竞合:理想模式、现实状态与未来趋向》,载《北方法学》2019年第5期,第7-8页。

^{④9} 参见汪世虎:《合同责任与侵权责任竞合问题研究》,载《现代法学》2002年第4期,第110页。

行为之间的法条关系。法律规则分为两类:(1)规范性规则的假定、行为模式、法律后果都是“明确、肯定和具体的,且可以直接适用,而不需要加以解释”;(2)标准性规则三个构成部分则“不甚具体和明确,往往需要根据具体情况或特殊对象加以解释和适用”^{⑤0}。《反垄断法》既包含规范性规则,也包含标准性规则。确立垄断行为之间的关系首先需要对规范性规则进行分析。

垄断协议与滥用行为是历史上最先被类型化出来的垄断行为,自1890年美国《谢尔曼法》颁布即出现。二者均为19世纪末垄断资本主义时期的产物,彼时引发了两种垄断行为:(1)生产效率的提升使得石油、运输等行业开始出现具有支配地位的企业;(2)经济危机带来的生产过剩促使竞争企业开始形成卡特尔。^{⑤1}反垄断法所调整的市场力量是指能够影响商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够影响其他企业进入相关市场的能力。垄断协议与滥用行为在市场力量来源、程度上均存在差异。垄断协议的市场力量因企业共谋而生,滥用行为的市场力量则是企业单独生成。垄断协议对于垄断力量程度的要求较低,滥用行为则要求相关企业的市场力量必须达到支配地位的程度。滥用行为在特殊情况下也会涉及多个主体,此即滥用共同支配地位的行为,但二者存在两个区别:(1)滥用行为对于市场力量存在支配地位的要求;(2)滥用行为对于垄断行为不存在共谋的要求。二者似乎属于法条对立的范畴。

经营者集中在反垄断立法史上的出现时间较晚,直至1914年的美国《克莱顿法案》才被正式纳入反垄断法的执法体系。经营者集中的出现来自《谢尔曼法》的漏洞,即垄断协议和滥用行为难以直接规制企业间的合并行为,是以美国在1895年—1904年间出现了大型企业的合并浪潮。^{⑤2}经营者集中被国际社会接受的时间更晚,如欧盟直至1989年才颁布了关于经营者集中的立法。^{⑤3}经营者集中与垄断协议、滥用行为均存在相似性:与垄断协议相比,同样涉及多个主体;与滥用行为相比,同样存在高市场力量的要求。但经营者集中与其他垄断行为的重大区别在于审查时间。经营者集中属于事先审查,而其他垄断行为则属于事后审查。在经营者集中审查之际,相关主体只是存在取得控制权的意向,尚未实施经营者集中的行为,故未对竞争机制造成任何真正的影响,因此也有学者指出经营者集中审查本质上属于行政许可。^{⑤4}

行政垄断与其他垄断行为最大的区别在于市场力量的来源。其他三类垄断行为所涉及的市场力量均由市场机制产生,而行政垄断的市场力量则来源于国家公权力。^{⑤5}此

^{⑤0} 《法理学》编写组:《法理学》,人民出版社2010年版,第40页。

^{⑤1} 参见[美]戴维·格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社2004年版,第89-91页。

^{⑤2} See Carlos D. Ramirez & Christian Eigen-Zucchi, *Understanding the Clayton Act of 1914: An Analysis of the Interest Group Hypothesis*, Public Choice, Vol.106:157, p.158 (2001).

^{⑤3} See Council Regulation (EEC) No. 4064/89 on the Control of Concentrations between Undertakings, O.J. L 395, December 30, 1989.

^{⑤4} 参见潘志成:《中美经营者集中审查程序比较——以英博收购AB案为例展开》,载《中外法学》2010年第3期,第443页。

^{⑤5} 参见许光耀:《行政垄断的反垄断法规制》,载《中国法学》2004年第6期,第124页。

外,行政垄断与其他垄断行为的另一本质不同在于处罚方式。根据《反垄断法》第61条规定,对于行政垄断的救济措施未采用行政处罚的方式,而是由反垄断执法机构建议违法主体的“上级机关责令改正”。其原因在于行政垄断来源于国家公权力,无法对之施以类似于私市场主体的行政处罚。处罚方式的特殊性也使得行政垄断与其他垄断行为区别明显。

上述的规范性分析显示经营者集中和行政垄断具有极为特殊的保护法益,二者与其他垄断行为属于法条对立关系。而对垄断协议和滥用行为的规范性分析似乎也能证明二者属于法条对立关系,但事实却并非如此简单。垄断协议和滥用行为虽然在行为外观上存在差异,但在保护法益上却有着相似性。二者的保护法益均为“公平竞争”,反映到法律要件上则为禁止“排除、限制竞争效果”。《反垄断法》并未给垄断协议和滥用行为创设分析排除限制竞争效果的不同方法。若在分析排除限制竞争效果时对二者适用相同的方法,则二者依然会发生竞合。如,在“深圳有害生物防治协会案”^{⑤6}中,法院判定涉案垄断协议不产生排除限制竞争效果的主要原因为“签署垄断协议的企业数量仅占相关市场企业总量的22.31%”,因此涉案企业不具有绝对影响力,也未严重排除限制竞争。该案被批评为以垄断协议分析之名实施滥用行为分析之实。^{⑤7}若按此处理的话,就会得出一个非常奇怪的结论:虽然垄断协议和滥用行为表面上是两种不同的垄断行为,但从竞争损害分析而言二者又无本质差异。对此,甚至还存在着一种非常极端的观点,即主张垄断协议本质上就是滥用行为,二者不是竞合的问题,而是应当统一至滥用行为的问题。^{⑤8}有鉴于此,规范性分析不能解决垄断协议与滥用行为之间的竞合问题。

(二) 本身违法与合理原则之分

垄断协议与滥用行为的二分法形成至今已经超过130年,那么二者一定存在《反垄断法》所未明示的保护法益。当规范性规则无法解释垄断行为的边界时,有必要引入标准性规则。对此,实务界和理论界经过百余年的努力,提供了细化排除限制竞争效果的多种学术理论。其中,最为重要且被广为接受的是本身违法与合理原则的二分。

本身违法与合理原则是美国反垄断实践中的术语,其本质是将垄断行为按照对于竞争秩序的危害程度进行类型化。危害程度较高的垄断行为适用本身违法,此类行为一经发现可以立即禁止,无需具体分析排除限制竞争效果;危害程度较低或者模糊的垄断行为适用合理原则,必须在个案中进行排除限制竞争的经济分析。^{⑤9}受芝加哥学派的影响,当前通说认为任何垄断行为都存在合理性。因此,当代意义上的本身违法与合理原则已经逐渐脱离原本的含义,而是转变为是否存在排除限制竞争效果的推定。^{⑥0}适用本身违

^{⑤6} 参见广东省高级人民法院(2012)粤高法民三终155号民事判决书。

^{⑤7} 参见李剑:《横向垄断协议法律适用的误读与澄清——评深圳有害生物防治协会案》,载《法学》2014年第3期,第137页。

^{⑤8} See Marilena Filippelli, *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law*, Edward Elgar, 2013, p.280-281.

^{⑤9} 参见郑鹏程:《美国反垄断法“本身违法”与“合理法则”适用范围探讨》,载《河北法学》2005年第10期,第122页。

^{⑥0} 参见王健:《垄断协议认定与排除限制竞争的关系研究》,载《法学》2014年第3期,第42页。

法的行为推定存在排除限制竞争效果,由相对方承担反证的举证责任;适用合理原则的行为则由执法机构或者原告承担排除限制竞争的举证责任。不过,二者对于垄断行为危害程度的假定依然不变。即便在芝加哥学派的影响下,也没有任何主流经济学理论试图证明适用本身违法的垄断行为大概率能够促进竞争。^{⑥1} 该种分类也被欧盟竞争法接受,只是欧盟采用了迥异的措辞,即“基于形式的方法”(对应本身违法)与“基于效果的方法”(对应合理原则)。^{⑥2} 因此,本身违法与合理原则代表着不同垄断行为产生的不同排除限制竞争效果,可以作为判断垄断行为保护法益的依据。

本身违法与合理原则不是我国《反垄断法》内生的标准性规则,对其是否接受在我国曾经出现过两次争议。第一次争议涉及《反垄断法》中明示的横向协议。如前述的“深圳有害生物防治协会案”本质上是按照合理原则进行处理。该问题已被最高人民法院通过司法解释纠正。最高人民法院将证明此类行为不具有排除限制竞争效果的举证责任分配给被告,^{⑥3} 也即将其设定为本身违法。第二次争议涉及转售价格维持。旧《反垄断法》对之适用何种标准未予明确。我国曾存在执法机构将之视为本身违法、司法机构将之视为合理原则的冲突。^{⑥4} 不过,新《反垄断法》第18条对之增加了“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止”的规定,也即将该行为排除限制竞争的举证责任交由经营者而非执法机构承担,或可认为亦是将其认定为本身违法。

时至今日,我国的反垄断法体系已然开始接受本身违法与合理原则的二分法。比如,《禁止垄断协议规定》规定:不属于《反垄断法》中明示的垄断协议的,“有证据证明排除、限制竞争的,应当认定为垄断协议并予以禁止”^{⑥5}。这意味着执法机构无需承担明示垄断协议具有排除限制竞争效果的举证责任,即这些行为属于本身违法。而对于其他行为,执法机构必须全面分析竞争损害,那么其他行为就属于合理原则的范畴。此外,最高人民法院在“裕泰诉海南省物价局案”^{⑥6} 的判决书中直接使用了本身违法和合理原则的措辞。综上,笔者认为本身违法与合理原则所对应的垄断行为具有程度迥异的排除限制竞争效果,二者属于法条对立的范畴。此论断存在国际经验的支撑。欧盟委员会在“平板玻璃案”^{⑥7} 中认定涉案行为既构成固定价格的垄断协议又构成滥用共同支配地位,但又说明应当选择最为严重的垄断行为进行处罚,最终将之认定为固定价格的垄断协议。

^{⑥1} See Jesse Markham, *The Per Se Doctrine and the New Rule of Reason*, Southern Economic Journal, Vol.22:22, p.22 (1955).

^{⑥2} 也有学者认为欧盟体系与美国体系还存在细微的区别。参见叶卫平:《反垄断法分析模式的中国选择》,载《中国社会科学》2017年第3期,第101页。

^{⑥3} 参见《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》(法释〔2012〕5号)第7条。

^{⑥4} 关于这些案例及争议,参见侯利阳:《转售价格维持的本土化探析:理论冲突、执法异化与路径选择》,载《法学家》2016年第6期,第74页以下。

^{⑥5} 《禁止垄断协议规定》(国家市场监督管理总局令第65号)第16条。

^{⑥6} 参见最高人民法院(2018)最高法行申4675号行政裁定书。

^{⑥7} See Case IV/31.906, Flat Glass, OJ L 33/44, February 4, 1989.

（三）剥削型垄断行为与排挤型垄断行为之分

适用合理原则的垄断行为是否还存在细分的保护法益呢？受到芝加哥学派的影响，目前普遍认为适用合理原则的垄断行为在不结合具体案情时同时产生促进竞争和限制竞争两种面向，因此需要进行全面的竞争损害分析。所谓的全面分析就是在个案中比较涉案行为限制竞争的面向与促进竞争的面向，仅禁止排除限制竞争效果较大的情形。^{⑥⑧}目前的通说认为合理原则本质上是分析垄断行为对于社会总福利（或者消费者福利）的影响：若社会总福利由此提升，则不违法；但若社会总福利下降，则违法。^{⑥⑨}

既然合理原则分析的是垄断行为对于社会总福利的影响，那么似乎适用合理原则的所有垄断行为均保护社会总福利这个统一的法益。进而，在合理原则之下对垄断行为继续类型化似乎意义不大，甚至可以说所有适用合理原则的行为并无本质的差异。但问题是社会总福利能否被直接测量。我国在实践中确实存在直接利用社会总福利变化进行判案的案件。如，“体娱诉中超案”^{⑦⑩}涉及独家交易、拒绝交易、附加不合理条件等多种垄断行为，最高人民法院并未明确该案的垄断行为类型，而是直接指出涉案行为对于社会总福利的影响，最终以涉案商品“数量大幅度增加”“销售均价不断下降”等事实，认为社会总福利和消费者福利不断增加，从而直接判决原告败诉。

鉴于合理原则与社会总福利的密切关系，伊斯特布鲁克主张无须为适用合理原则的垄断行为继续类型化，甚至提出可以构建合理原则的统一法律分析框架。^{⑦⑪}但与其说社会总福利是合理原则的分析方法，不如说是合理原则的分析理念。社会总福利只有在特殊情况下才可以被分析，在绝大多数的案件中都无法被直接测量。由于直接测量社会总福利不具有操作性，学界不得不对之作间接分析。测量不同垄断行为对于社会总福利影响的间接方法并不相同，因此适用合理原则的垄断行为还是可以被继续类型化。至今学界提出了两种广为接受的垄断行为类型，即剥削型垄断行为与排挤型垄断行为。

剥削型垄断行为是最早被提出的类型。1890年的《谢尔曼法》未具体阐释垄断行为的违法性理由。20世纪初的哈佛学派是最早对此进行注释的经济学理论。作为经济学的基本假设，任何企业在没有竞争约束时总会提高价格，剥削交易相对方；当价格被提高到竞争水平之上时会引发无谓损失，而无谓损失代表着社会总福利的降低。^{⑦⑫}由此哈佛学派开创了反垄断历史上著名的SCP分析模式（Structure-Conduct-Performance），提出特定的市场结构（Structure）会诱发特定的垄断行为（Conduct），特定的垄断行为会引发特定的排除限制竞争效果（Performance）。^{⑦⑬}哈佛学派把完美竞争的市场结构视为

^{⑥⑧} See Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen, 2000, p.72.

^{⑥⑨} See Steven Salop, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, *Antitrust Law Journal*, Vol.73:311, p.311 (2006).

^{⑦⑩} 参见最高人民法院（2021）最高法知民终1790号民事判决书。

^{⑦⑪} See Frank Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, *Texas Law Review*, Vol.61:1, p.19 (1984).

^{⑦⑫} See Christopher Leslie, *Antitrust Damages and Deadweight Loss*, *Antitrust Bulletin*, Vol.51:521, p.525 (2006).

^{⑦⑬} See Joe Bain, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956, p.155-156.

竞争的最优状态,认为一切偏离完美竞争的市场结构会导致垄断利润,从而产生排除限制竞争效果,因此必须禁止剥削型垄断行为。

虽然企业经营的最终目的是获取垄断利润,但绝大多数的企业都处于获得此等地位的过程之中。为了实施剥削型垄断行为,企业必须首先排挤其他竞争者,即实施排挤型垄断行为。禁止剥削型垄断行为的目的是防止企业将价格提升到竞争水平之上,而禁止排挤型垄断行为则是为了防止企业获得实施剥削型垄断行为的能力。因此,排挤型垄断行为与剥削型垄断行为在竞争损害测量方面存在细微差异,前者在行为发生之际尚未真正损害社会总福利,对之的法律评价只是预测其在未来可能会损害社会总福利。从这种意义而言,对于排挤型垄断行为的审查更接近于事先审查。有鉴于此,笔者以为剥削型垄断行为与排挤型垄断行为存在迥异的保护法益,二者同样属于法条对立的范畴。

(四) 排挤型垄断行为之细分

《反垄断法》为排挤型垄断行为设定了多种子行为类型(掠夺性定价、拒绝交易、搭售、独家交易等),如何处理这些行为之间的竞合呢?排挤型垄断行为似乎禁止同种排除限制竞争的效果,即排挤竞争者。若作此解释,则这些行为之间的交叉并非是竞合,而是同种法律行为的不同事实表现,那《反垄断法》对于排挤型垄断行为的类型化就没有任何意义。排挤型垄断行为之间是否存在不同的排除限制竞争效果呢?自从经济学理论被引入反垄断法分析之后,学界一直在为确立不同排挤型垄断行为的分析方法进行着诸多努力,并主要提出了两种相对主流的类型化方案。

其一为利润牺牲行为。认为某些排挤型垄断行为必须通过牺牲利润的方式才能排挤其他企业。企业存在的目的就是获取利润,如果明知无法获利还实施某种行为,那么实施这些行为就没有任何经济意义,从而也就可以推定其目的是排除限制竞争。^{⑦④}分析此类行为的关键在于判定相关主体在实施垄断行为之后是否能够保持盈利,或者说价格是否低于成本。^{⑦⑤}该类行为中最为典型的是掠夺性定价。不过也存在其他子类型,比如忠诚折扣。^{⑦⑥}

其二为排挤同等效率竞争者行为。波斯纳指出,此类垄断行为的违法性是“可能会把(与垄断主体相比)同样有效率或者更有效率的竞争者排挤出市场”^{⑦⑦}。该类行为与利润牺牲行为存在一定程度的重合,即垄断者也可通过牺牲利润的方式排挤同等效率竞争者。但二者也有区别,垄断者排挤其他企业并不总是需要牺牲利润。为便于分析,本文中的排挤同等效率竞争者仅指在不牺牲利润的情形下实施的垄断行为。比如,在拒绝交易案件中,虽然垄断者拒绝向他人供应必需设施会蒙受损失,但垄断者可以通过进入必

^{⑦④} See Gregory Werden, *Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The “No Economic Sense” Test*, Antitrust Law Journal, Vol.73:413, p.431 (2006).

^{⑦⑤} See Herbert Hovenkamp, *Exclusion and the Sherman Act*, University of Chicago Law Review, Vol.72:147, p.149 (2005).

^{⑦⑥} 虽然存在争议,但也有美国法院认为忠诚折扣属于利润牺牲行为。See United States, *Roundtable on Fidelity Rebates – Note by the United States*, DAF/COMP/WD(2016)20, 2016, para.12-14.

^{⑦⑦} [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227页。

需设施相邻市场的方式来弥补该损失。但市场中并不存在所谓的同等效率竞争者,因此在实践中这个同等效率竞争者往往就是垄断者自己。或可言之,该测试本质上是分析垄断者在没有市场支配地位时面对相同的垄断行为能否存活。^{⑦⑧}我国的执法机构对于同等效率竞争者测试也有所认可,比如“利乐案”^{⑦⑨}。

利润牺牲行为与排挤同等效率竞争者行为应当属于法条对立的关系。但这两种类型化举措只是学理层面的建议,是否属于标准性规则尚未得到一致认可。此外,还存在其他类型化标准,如萨罗普等提出的“提升竞争者成本”理论。该理论主张将滥用行为的违法性设定为垄断者通过提高竞争对手成本的方式来维持或巩固其市场力量,以此损害社会福利。^{⑧⑩}但垄断者的所有行为均可被理解为提高竞争对手成本,该理论未明确提升竞争者成本到何种程度才可被认定为违法。波斯纳指出完全依赖该理论可能会导致对滥用行为的误判,比如垄断者可以通过提升自身生产效率的方式来提升竞争者成本。^{⑧⑪}因此,笔者不建议在我国的相关执法中引入该理论。

四、垄断行为竞合的解决方案

(一) 垄断行为的实质不竞合

呈现对立关系的法条调整不同的法律行为。这些法律行为可能呈现交叉,但其保护法益完全不同,这不是择一适用的问题,而是存在唯一适用的法条。

1. 一级垄断行为的实质不竞合

第一,垄断协议与滥用共同支配地位行为的不竞合。二者在事实层面可能会发生交叉,但从构成要件而言,同一事实行为无法同时构成二者。如,前述原料药行业系列垄断案件中的核心事实行为是经销商与原料药生产商通过签署独家协议来提高原料药的价格。该行为若涉及经销商和原料药生产商共谋提升价格的行为,则应当被认定为垄断协议;若不涉及共谋行为,则应当分析其是否具有市场支配地位,但不应当出现垄断协议与滥用行为竞合的情形。这种处理方式也契合国际经验。共同市场支配地位的概念来自欧盟竞争法。在欧盟首个共同市场支配地位案件(“平板玻璃案”)中,欧盟委员会认定涉案行为同时构成垄断协议和滥用共同市场支配地位;但在后续的诉讼中,欧盟法院明确指出不能基于同一事实行为来认定垄断协议和滥用共同市场支配地位。^{⑧⑫}后来欧盟法院在“英国空游航空公司案”中再次明确“共同市场支配地位的成立与否与涉案企业

^{⑦⑧} See Kai-Uwe Kuhn & Miroslava Marinova, *The Role of the as Efficient Competitor Test after the CJEU Judgment in Intel*, Competition Law & Policy Debate, Vol.4:64, p.69 (2018).

^{⑦⑨} 参见国家工商行政管理总局工商竞争案字(2016)1号行政处罚决定书。

^{⑧⑩} See Steven Salop, *The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices, and the Flawed Incremental Price-Cost Test*, Antitrust Law Journal, Vol.81:371, p.371 (2017).

^{⑧⑪} 参见前注^{⑦⑧},理查德·波斯纳书,第229页。

^{⑧⑫} See Joined Cases T-68-77-78/89, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v. European Commission*, [1992] ECR II-01403, para.360.

是否签署垄断协议或者共同实施协同行为不存在任何关系”^{⑧3}。既然同一事实行为无法同时构成二者,则意味着欧盟法院同样认为二者不应发生竞合。^{⑧4}

第二,垄断协议与经营者集中的不竞合。垄断协议与经营者集中的“竞合”主要涉及企业联营的行为。但经营者集中涉及控制权变化的场景,而垄断协议不涉及控制权的变化。同一企业联营不可能既涉及控制权变化,又不涉及控制权变化,因此二者属于实质不竞合的范畴。涉及控制权变化的企业联营属于经营者集中,不涉及控制权变化的企业联营属于垄断协议。^{⑧5}我国的司法机构对此也予以认可。如,前述的“合肥雪公诉信继龙案”就将涉案合并协议中的市场分割行为认定为经营者集中,而非垄断协议。将垄断协议与经营者集中认定为实质不竞合同样是国际惯例。美国与我国的认定方式相似,即分析企业联营是否存在控制权的转移,并仅在控制权发生转移时才认定经营者集中。^{⑧6}欧盟未使用控制权的概念,而是将企业联营分为两类:全功能企业联营与其他企业联营。全功能企业联营是指“经营时限持久并且具备独立经济实体所有功能的企业联营”,属于经营者集中的范畴;其他企业联营则属于垄断协议的审查范畴。^{⑧7}虽然欧盟的术语体系与我国不同,但从其规定可以得知垄断协议与经营者集中在欧盟同样属于法条对立的实质不竞合。

第三,行政垄断与其他垄断行为的不竞合。对此,美国和欧盟的做法本质上是将之视为法条竞合,二者均为此种情形设定了“政府行为豁免”的规定,此时仅对政府行为进行处理,而不对企业行为进行垄断认定。^{⑧8}不过,我国的执法实践并未接受,而是对行政垄断行为与企业垄断行为进行了分别的认定。如,在“上海交通委组织游轮企业垄断协议案”中,执法机构既对上海市交通委的行为作出了行政垄断的认定,^{⑧9}也对游轮企业的行为按照垄断协议进行了处罚^{⑨0}。因此,我国并未把行政垄断和企业垄断的关联事实行为视为同一法律行为,而是按照主体之不同将之认定为不同的法律行为。换言之,行政垄断与其他垄断行为的“竞合”属于实质不竞合的情形。

从诉讼程序的角度来看,这种处理方式具有合理性。行政垄断与其他垄断行为涉及的诉讼程序存在本质差异:受害者对行政垄断只能提起行政诉讼,而对企业垄断只能提

^{⑧3} T-342/99, *Airtours v. Commission*, [2002] ECR II-2585, para.61.

^{⑧4} See Aldo Frignani, *The Collective Dominant Position*, in E. A. Raffaelli ed, *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruylant, 2007, p.199.

^{⑧5} 参见江山、黄勇:《论中国企业联营的经营者集中控制》,载《法学杂志》2012年第10期,第147页。

^{⑧6} See Federal Trade Commission Act 16 C.F.R. § 801.40-50 (2013).

^{⑧7} See Council Regulation (EC) No. 139/2004 on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ L 024, January 29, 2004, Art. 3(4).

^{⑧8} 关于美国的案件,参见 *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, No. 13-4791 (2d Cir. 2021)。关于欧盟的案件,参见 C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v. Commission*, ECLI:EU:C:2010:603.

^{⑧9} 参见张晗:《国家发改委集中公布四起行政垄断案件》,载中国财经网, <http://finance.china.com.cn/news/gnjj/20161229/4048838.shtml>, 2024年6月10日访问。

^{⑨0} 参见上海市市场监督管理局沪市监反垄处(2020)3202001-3202011号行政处罚决定书。

起民事诉讼。^{⑨①}刑法与民法对于竞合的研究均是针对单一诉讼程序而言,不涉及多种诉讼程序并行的情形。在同一行为涉及不同的诉讼程序时,学界通说认为不成立竞合,而应当按照不同的法条分别处理。^{⑨②}虽然行政垄断与其他垄断行为同被规定在《反垄断法》之中,但本质上却是完全不同的法律行为,属于跨部门法责任竞合的范畴。^{⑨③}退而言之,即便在行政执法程序中,执法机构将行政垄断与其引发的其他垄断行为按照竞合进行处理,但在随后的司法救济中,这两种事实行为依然只能按照行政诉讼程序和民事诉讼程序分别进行司法审查。那么,不将二者按照竞合处理就具有程序法上的必要性与合理性。

2. 细分垄断行为的实质不竞合

横向协议与纵向协议的不竞合主要涉及两种情形。第一,联合抵制。《反垄断法》第17条仅禁止横向的联合抵制,纵向的联合抵制属于第18条的调整范围。二者分别适用本身违法和合理原则的分析方法,存在非此即彼的关系,属于法条对立关系。因此,在“番禺动漫协会案”中,执法机构将涉案行为认定为横向联合抵制存在法律定性不清的问题,应当认定为纵向的联合抵制,并按照合理原则进行处理。^{⑨④}第二,轴辐协议。虽然轴辐协议既涉及横向协议,也涉及纵向协议,但其目的是实现“横向垄断协议的效果”,因此轴辐协议本质上应当被认定为横向协议。其所涉及的问题只是如何定性的争议,即便如何定性认知不清,也不至于出现既可认定为纵向协议又可认定为横向协议的情形。目前对轴辐协议进行执法的主要是美国和英国。^{⑨⑤}美国将之视为横向协议。^{⑨⑥}英国则将之视为事实行为,分两种情形进行处理:(1)若能证明多个辐缘竞争者通过轴心经营者共享敏感信息,则为横向协议;(2)若不能证明,则可能是辐缘竞争者与轴心经营者之间的纵向协议。^{⑨⑦}但无论何者,两国的执法机构均未将轴辐协议解释为横向协议与纵向协议的竞合。

滥用行为中的不竞合主要体现在剥削型与排挤型垄断行为之间。在此必须对垄断行为进行事实行为与法律行为的区分。学界在讨论垄断行为时往往将事实行为与法律行为混而谈之。比如,当搭售作为事实行为时,确实既可能产生剥削效果,也可能产生排挤效果。但作为法律行为的搭售,只能是通过搭售将市场支配地位传导至其他市场的排

^{⑨①} 参见侯利阳:《我国反垄断行政诉讼的困境及因应——基于165份判决书的实证分析》,载《法学》2022年第1期,第161页。

^{⑨②} 参见肖建国、宋春龙:《责任聚合下民刑交叉案件的诉讼程序——对“先刑后民”的反思》,载《法学杂志》2017年第3期,第22页。

^{⑨③} 关于跨部门法责任竞合,参见徐国栋:《〈民法总则〉第187条规定的民刑责任竞合的罗马法起源与比较法背景》,载《比较法研究》2017年第4期,第108页。

^{⑨④} 参见侯利阳:《垄断行为类型化中的跨界行为——以联合抵制为视角》,载《中外法学》2016年第4期,第1046页。

^{⑨⑤} See OCED, *Executive Summary of the Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements*, DAF/COMP/M(2019)2/ANN4/FINAL, 2020, p.3.

^{⑨⑥} See United States, *Hub-and-spoke Arrangements – Note by the United States*, DAF/COMP/WD(2019)88, 2019, para.1.

^{⑨⑦} See United Kingdom, *Hub-and-spoke Arrangements – Note by the United Kingdom*, DAF/COMP/WD(2019)106, 2019, para.45-48.

挤型垄断行为。^⑨若作为事实行为的搭售产生剥削效果,则应当按照剥削型垄断行为(即不公平高价)进行处理。就法律行为而言,剥削型与排挤型垄断行为之间的疑似竞合,主要涉及不公平高价与排挤型垄断行为之间的交叉,也即二者互为手段与目的的问题。但二者的行为目的完全对立,同一事实行为或者是为了获得垄断利润,或者是为了排挤竞争者,两个目的不可能同时实现。对此,可以借助刑法中的牵连关系进行处理,从垄断者的垄断意图出发,分析这些行为是否存在手段与目的、原因与结果的牵连关系,以目的的行为和结果行为作为适用法。如,在“扑尔敏原料药案”中,执法机构就当事人拒绝交易的事实行为认定了不公平高价与拒绝交易两种垄断行为。但从案情来看,当事人实施拒绝交易的目的是抬高原料药的价格(剥削型垄断行为),而不是为限制成品药市场的竞争(排挤型垄断行为)。因此,在该案中,作为事实行为的拒绝交易只是实施不公平高价这个法律行为的手段,应当按照不公平高价进行认定。

(二) 垄断行为的法条竞合

涉及法条竞合的两个法条在行为外观上呈现包容关系,并且二者在保护法益上也保持一致。涉及法条竞合的垄断行为主要有两种:

其一,因为一般法与特别法的包容关系而发生的法条竞合。具体包含两类:(1)联合抵制与联合限制新技术的法条竞合。二者属于一般法与特别法的包容关系。二者同为适用本身违法的垄断行为,在行为表现上的唯一差别在于联合限制新技术是联合抵制在新技术领域中的具体表现。二者在处罚层面也不存在任何差异。因此,二者之间的竞合属于法条竞合。(2)附加不合理条件与其他滥用行为的法条竞合。虽然我国《反垄断法》将附加不合理条件作为单独类型的滥用行为,但无论是剥削型还是排挤型垄断行为,均可解释为附加不合理条件的行为,因此该行为与其他滥用行为存在包容关系。进而,附加不合理条件和其他滥用行为均为适用合理原则的行为,在保护法益上也未呈现差异。因此,附加不合理条件与其他滥用行为的竞合属于法条竞合。该行为的直接立法借鉴了《欧盟运行条约》第102(a)条。但欧盟学者认为该条的设置存在极大的问题——其“或者可被其他滥用行为涵盖,或者本质上属于其他法律的规制射程,比如消费者权益保护法、反不正当竞争法,甚至合同法或者侵权法等”^⑩。

这两类竞合应当按照特殊法优于一般法的原则进行处理。对于联合抵制与联合限制新技术的竞合,在新技术领域中的联合抵制应当按照联合限制新技术进行认定。对于附加不合理条件与其他滥用行为的竞合,应当按照其他滥用行为进行处理。但此时难以解决的问题是,如果执法机构或者法院按照另一垄断行为判案,是否存在法律适用错误。对于法条竞合,刑法领域还存在“从一重处”“依照法律规定处理”“酌情处理”等方式。^⑪但《反垄断法》对于上述垄断行为的保护法益和处罚手段完全相同,在上述案件中认定联合抵制或者附加不合理条件既不会错误地彰显违法行为的排除限制竞争效果,也不会

^⑨ 参见最高人民法院(2013)最高法民三终4号民事判决书。

^⑩ Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2016, p.572.

^⑪ 参见前注^③,王强文,第153-154页。

加重或者减轻对于当事人的行政处罚或者民事赔偿。因此,笔者认为此时选择任何法条进行执法均不会导致法律适用错误的问题。

此外,也可通过修订《反垄断法》从根本上消除这两种法条竞合。对于联合抵制与联合限制新技术,建议将《反垄断法》第17条第1款第4项和第5项合并为“联合抵制,包括限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品”。附加不合理条件类似于其他滥用行为的兜底条款。由于《反垄断法》第22条第1款第7项存在“其他滥用市场支配地位的行为”的托底性条款,笔者赞同在《反垄断法》中删除附加不合理条件这个行为类型^⑩。

其二,固定价格与限制产出的法条竞合。固定价格与限制产出同时出现时,涉及应当认定一种行为还是两种行为的问题。此种竞合与其他竞合存在较大的差异,该竞合涉及两种事实行为与两个法条。二者不是竞合关系,而是两个事实行为分别构成两个法律行为的情形。但二者在分析方法和竞争损害层面完全一致。从分析方法而言,二者均适用本身违法;从竞争损害而言,二者存在较为紧密的负相关关系,也即侵害的是同种法益。因此,二者虽然表面上是两种法律行为,但本质上却是同一种法律行为。笔者将之纳入法条竞合的范畴,执法机构或者司法机构在事实层面既可以认定一种行为,也可以认定两种行为,但只能按照一种法律行为进行处罚。为从根本上解决二者的竞合,建议取消两种行为的单独分类,即将《反垄断法》第17条第1款第1项和第2项合并为“固定或者变更商品价格,包括限制商品的生产数量或者销售数量”。此亦存在国际实践,比如美国对垄断行为存在刑事责任的设定,但仅规定了三类垄断行为,即串通投标、固定价格、分割市场,其中的固定价格即包含限制产出。^⑪

(三) 垄断行为的想象竞合

想象竞合主要是指排挤型垄断行为之间的竞合。前述的分析表明,排挤型垄断行为可以分为利润牺牲行为与排挤同等效率竞争者行为。这两类细分行为之间原则上属于法条对立关系,不会发生竞合。前述的分析也表明,这种划分仅仅是学理上的类型化举措,既存在学理上的争议,也存在实践中的冲突,但这不能改变二者之间的法条对立关系。虽然学理和实践可能对于某个垄断行为的违法性认定标准存在争议,但同一事实行为不可能既构成利润牺牲行为,同时又构成排挤同等效率竞争者行为。当权力机构明确了该行为的违法性认定标准之后,这些竞合即属于法条对立的情形,只能选择其一进行执法。

真正的想象竞合,仅涉及利润牺牲行为与排挤同等效率竞争者行为这两个类别之内的竞合。下面以拒绝交易与搭售之间的竞合为例分析想象竞合中的垄断行为认定。拒绝交易与搭售在行为表现上存在差异:前者涉及拒绝向竞争者销售某种商品或者服务的行为,后者涉及将两种商品或者服务捆绑销售的行为。但二者在排除限制竞争效果分析上存在交叉。拒绝交易的违法性在于垄断者通过拒绝交易必需设施顺利进入下游市

^⑩ 参见郑鹏程:《论搭售的违法判断标准》,载《中国法学》2019年第2期,第200页。

^⑪ See United States Sentencing Commission Guidelines Manual § 2R1.1. commentary (2023).

场。^⑩ 若将必需设施与下游商品理解为两种单独的商品,则拒绝交易案件也可以按照搭售进行处理,即垄断者通过搭售排除限制下游市场中的竞争。如,在“柯达案”^⑪中,美国最高法院就柯达公司拒绝给独立维修商出售零部件的同一事实行为分别按照拒绝交易和搭售进行了司法审查。涉及想象竞合的滥用行为不存在唯一可适用的法条,同一事实行为可以构成多种《反垄断法》中的法律行为。

反垄断公力执法可以类比刑法的处理方式,反垄断私力执法则需要考虑民法中的处理方案。对于想象竞合,刑法要求一一列出同时被触犯的多种犯罪行为,但在处断上一般采用“择一重处”的原则。笔者认为这种处理方法对于反垄断公力执法要求过高,难以直接援用。适用合理原则的垄断行为需要执法机构在个案中进行全面的经济分析,通过市场数据证明涉案行为的排除限制竞争效果高于促进竞争效果。这种分析范式对于执法机构的举证责任要求很高,需要耗费大量的执法资源。^⑫ 能够证明一种垄断行为成立已经非常困难,若令执法机构证明涉及想象竞合的所有垄断行为均成立无疑是不现实的。因此,在涉及想象竞合的公力执法中,执法机构选择其一进行执法即可,无需证明所有的垄断行为均成立。若案情允许,执法机构也可同时认定多种垄断行为,但在处罚时只能按照一种垄断行为进行处罚。此亦存在国际实践。比如在前述的“平板玻璃案”中,欧盟委员会虽然认定涉案行为既构成固定价格的垄断协议,又构成滥用共同支配地位行为,但到处罚时只选择了最为严重的垄断行为进行处罚,即适用本身违法的固定价格行为。若选择其一进行执法,执法机构随后不得以其他垄断行为再次启动调查程序。而行政相对人或者利害关系人在其后的行政诉讼中,只能以不构成该种垄断行为进行起诉,不得以该行为同时构成其他垄断行为为由主张法律适用错误。若法院在行政诉讼中发现涉案行为不构成该种垄断行为,应当以法律适用错误发回执法机构,责令其按照其他垄断行为重新作出行政处罚决定。

对于想象竞合,民法允许原告选择全部或者其一进行诉讼。在原告仅选择其一进行诉讼时要求法官承担释明义务,当事人未做选择的,之后不得以其他理由再次提起诉讼。反垄断私力执法可以此为参考处理垄断行为的想象竞合。在涉及想象竞合的民事诉讼中,原告既可以在起诉书中主张所有的垄断行为均成立,也可以选择部分垄断行为提起诉讼。在后者的情形中,法官应当承担释明义务,告知原告未在起诉书中列明的垄断行为。为防止重复诉讼,原告败诉后不得以其他垄断行为为由再次提起诉讼。此外,《反垄断法》对于涉及想象竞合的垄断行为适用统一的损害赔偿计算方法。因此,当原告选择部分垄断行为进行起诉后发现无法获得充分补偿,也不得基于其他垄断行为再次提起诉讼。如有必要,应当以事实认定错误为由启动审判监督程序进行重新审判。

^⑩ 关于必需设施的分析要件,参见林平、马克斌、王轶群:《反垄断法中的必需设施原则:美国和欧盟的经验》,载《东岳论丛》2007年第1期,第21页以下。

^⑪ See Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).

^⑫ 参见李剑:《中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服》,载《法学家》2018年第1期,第91页。

五、结 语

反垄断分析在 20 世纪 70 年代之前还主要是法律的规范性分析,后来芝加哥学派一跃成为反垄断领域的主流学术理论,反垄断法的主要职能也从保护相对模糊的社会公共利益转变为保护相对具体的社会总福利。规范性分析侧重于定性研究,缺乏定量研究的各种工具,无法衡量社会总福利的损益。由此,反垄断法逐步演变成为各种经济学理论角逐的阵地。这种转变带来的是规范性分析在反垄断领域被经济学分析逐步侵蚀甚至替代。时至今日,无论是实务界还是理论界,总是聚焦于应当运用何种经济学理论测算垄断行为对社会福利的侵害,而甚少关注传统规范性分析中所呈现的各种问题。研究证明,经济学理论的引入虽然带来了反垄断分析的具体化和明确化,但依然无法消除法律规范分析中的传统问题。分析表明,规范性分析在经济学被大量引入的反垄断法中依然具有顽强的生命力,也能够弥补经济学的不足之处。

Abstract: Neither does the *Anti-monopoly Law* clearly delineate the boundaries of all monopolistic conduct, nor does it concretely explain the key condition, namely excluding or restricting competition effect. This results in tremendous concurrence of monopolistic conduct in theory, and also causes such disputes in practice. There are three questions raised thereby, namely what monopolistic conduct should apply, how many types of monopolistic conduct should be identified, and whether it is possible to file multiple lawsuits. Based on the theories on concurrence in criminal law and civil law, as well as the economics theories and the empirical practice on the excluding or restrictive competition effects, the concurrence of monopolistic conduct may be divided into three types: essential non-concurrence involves two conflicting rules, and must be handled with the most suitable one; apparent concurrence should be considered as single monopolistic conduct based on the principle of *lex specialis*, or can also be eliminated by modifying the *Anti-monopoly Law*; perfect concurrence, which constitutes multiple monopolistic conduct, should be resolved by only one in administrative procedures, and can only be sued in one procedure in civil litigation, though forming multiple *locus standi*.

(责任编辑:王莉萍)