

基于不同成因的市场支配地位 及其反垄断法关注与应对

郝俊淇

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

摘要: 市场支配地位是反垄断法的基石范畴和核心关注。市场支配地位被不当创造、维持、加强的过程会造成系列社会危害。在“政府行为—经济竞争”的反垄断法框架下, 根据不同的成因, 市场支配地位可划分为四种类别, 并需要采取与之适配的应对策略和规范路径: 对基于合法授权的市场支配地位, 应着力平衡反垄断与管制的关系; 对基于行政垄断的市场支配地位, 应密切关注对受益经营者实施的垄断行为一并制裁的可能性; 对基于效能竞争的市场支配地位, 应重点防范互联网平台经营者倾覆市场的危险, 对其保留结构性的反垄断规制措施; 对基于不当竞争的市场支配地位, 应尝试拓宽有关单边行为的反垄断法制度, 禁止具有相对市场优势地位的经营者不当创造市场支配地位的特定单边行为。

关键词: 市场支配地位; 反垄断法; 行政垄断; 效能竞争; 相对市场优势地位

中图分类号: DF414 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-7462 (2020) 04-0089-07

DOI: 10.13977/j.cnki.lnxk.2020.04.013

市场支配地位是对经济垄断现象的法律反映和表达。尽管“垄断”在现实生活中备受质疑, 但从规范层面看, 市场支配地位的状态一般并不违法, 反垄断法预防和制止的是市场支配地位被不当创造、维持、加强的种种机制及其过程。滥用市场支配地位的行为涉及对市场支配地位的维持和加强, 而垄断协议和经营者集中都可以充当创造市场支配地位乃至维持、加强市场支配地位的手段。在此意义上, 可以说市场支配地位为反垄断法的三大支柱性制度提供了规范整合的视角和呼应交集的基础。然而, 市场支配地位的重要性并没有反映在国内学界对其研究的全面性上, 即有关市场支配地位的研究, 通常局限在禁止滥用市场支配地位制度的框架内, 并且关注的重点又限定于技术层面的市场支配地位认定问题, 以及相应的评估方法优化、规范改进等问题。这些研究固然有重要意义, 但不能因此忽视对市场支配地位之基本类别的理论分析和规范建构。实际上, 分类(类型化)不仅是一种重要的认知方法, 还是一种有效的法律方法。^[1] 市场支配地位存在多种分类方式。在“政府行为—经济竞争”的反垄断法框架下, 基于不同的成因, 可将市场支配地位划分为四种类别, 即基于合法授权的市场支配地位、基于行政垄断的市场支配地位、基于效能竞争的市场支配地位、基于不当竞争的市场支配地位。^① 它们暗含不同的反垄断法关注, 需要采取与之适配的应对策略和规范路径。

一、市场支配地位的内涵、潜在危害及其分类方式

虽然对市场支配地位的内涵存在不同角度的理解, 但是从现实关切的层面看, 市场支配地位是对市场有效竞争机制的威胁, 市场支配地位被不当创造、维持、加强的过程, 会造成系列社会危害。对市场支配地位进行类型

收稿日期: 2020-03-17

基金项目: 2019 年国家社科基金青年项目《应对数字市场反垄断制度变革的中国方案研究》(编号: 19CFX075)。

作者简介: 郝俊淇(1991-), 男, 四川汉源人, 中国社会科学院法学研究所助理研究员, 经济法博士, 主要研究方向为竞争法。

化解构,有助于揭示隐含其中的不同反垄断法关注。

(一) 市场支配地位的内涵

对于市场支配地位的内涵,主要有两种理解。第一种是基于经济学视角的理解,即把市场支配地位等同于实质性市场势力、重大市场势力或垄断势力(以下统称“实质性市场势力”)等经济学概念。^[2]在经济学中,实质性市场势力是指经营者通过有利可图的方式在相当长的一段时间内把价格提高到竞争性水平(基准价格/边际成本)以上的能力。^{[2]90}基于此,有学者认为,“市场支配地位是指一个企业控制市场且将价格持续地提升到成本以上从而获得超额利润的能力”^{[3]24}。国际竞争网络(ICN)发布的报告《依据单边行为法对市场支配地位/实质性市场势力的分析》,径直将市场支配地位和实质性市场势力视为两个可以相互替换的概念,并且认为二者都体现了经营者在以下两方面的能力:一是将价格有利可图地提升到竞争性水平之上的能力;二是将这种超竞争性水平的价格维持在相当长时间的能力。^[4]由于这种超竞争性水平的定价能力或获利能力,内在需要经营者不仅具有结果意义上的“价格控制能力”,还要具有过程意义上的“竞争抵制能力”,因而市场支配地位也被理解为经营者“控制价格或者排斥竞争的能力”。^{[3]25}第二种对市场支配地位的理解,则偏向于法学的视角。欧盟法院在1978年的“United Brands案”中指出,“市场支配地位是指企业所享有的经济实力,使其能够阻碍相关市场上有效竞争之维持,并使其能够在相当大的程度上独立于竞争对手、客户,最终独立于消费者而行事。”^{[5]191}该定义不仅是对一类经济现象的反映,同时还涵盖了具有市场支配地位的经营者不得妨碍或扭曲共同市场有效竞争的特殊义务(special responsibility)。市场支配地位的上述义务内涵在此后的案件中被欧盟法院不断强调,并且被欧盟委员会写入了相关反垄断指南。^{[6]289}

我国反垄断法的制定虽然主要以欧盟竞争法作为参照,但《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第17条第2款对市场支配地位的定义却没有采纳欧盟竞争法的相关表述,该款规定“本法所称市场支配地位,是指经营者在相关市场内具有控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”这里市场支配地位的定义由两部分构成:一是经营者对价格等交易条件的控制能力,二是经营者抵制或排斥外部竞争的能力。正如前文所述,这两种能力其实是实质性市场势力在结果和过程层面的关联体现。因而不难看出,我国反垄断法对市场支配地位之定义采取的是经济学的视角和方式。^[3]

(二) 市场支配地位被不当创造、维持、加强的社会危害

虽然人们对市场支配地位的理解存在不同的视角,但从现实关切的层面讲,这些情势、状态或后果都应当引起反垄断法的警惕和重视。因为捍卫市场有效竞争机制,进而增进各种社会福祉尤其是消费者福祉(well-being),构成反垄断法的核心任务。^{[7]29-54}一般来讲,反垄断法并不反对正当存续的市场支配地位,经营者也有权利利用此优势进行竞争;反垄断法意在防范和制止的是致使市场支配地位被不当创造、维持、加强的种种机制及其过程。^{[8]21}

实际上,市场支配地位被不当创造、维持、加强的过程会造成一系列社会成本和危害,不仅包括经济学意义上的效率损失或福利损失(welfare loss),比如资源配置无效率(福利的无谓损失或净损失)、经营者的内部效率损失或生产效率损失(“X—非效率”)、租金耗散或寻租的成本(经营者将垄断利润用于巩固既得利益而从事非生产性的寻租活动),^{[9]69-70}而且包括对其他公共价值或利益的消极影响,比如对经济竞争或竞争过程之独立价值的威胁,对分配正义的扭曲(消费者的财富向经营者转移)、对经济自由以及中小经营者参与竞争权益的冲击、对思想或文化多样性的减损、对政治民主性的侵蚀等等。^[10]对市场支配地位被不当创造、维持、加强的社会危害形成概括性认识后,有必要进一步考察市场支配地位的不同分类方式,以期洞察其间更为具体的反垄断法关注。

(三) 市场支配地位的分类方式

对市场支配地位进行类型化研究具有重要意义,因为“类型化”有助于建立看待和处理问题的较为稳定的“认知模型”,有助于节约反垄断法实施的信息成本,优化反垄断法实施的效率和效果,有利于促进反垄断法的逻辑化和体系化。

根据不同的分类标准,市场支配地位可以被划分为多种类别。以构成市场支配地位的经营者数量为标准,市场支配地位可划分为单个经营者的市场支配地位即“单独市场支配地位”和两个以上经营者的整体性市场支配地位即“共同市场支配地位”。以纵向经济关系中经营者所处的环节和角色为标准,市场支配地位可以划分为“卖方市场支配地位”和“买方市场支配地位”。以市场支配地位的显著程度及其所反映的市场样态为标准,市场支配地位可以划分为“垄断”(无竞争状态)、“准垄断”(没有实质上的竞争)、“突出的市场地位”(或压倒性市场地位)、“寡占地位”,欧盟竞争法的一些执法决定和判例还提到了“超级市场支配地位”(super-dominance)的类别,即一种近乎垄断的状态。以上分类从不同角度暗示了现实中可能存在的反垄断法关注。比如,“共同市场支配地位”暗含着两个以上经营者经协调而产生共谋效应或协同效应的关注。再如,“买方市场支配地位”暗含着大

型采购商或零售商对上游小型供应商的压榨、盘剥和歧视等关注。又如,“垄断”“准垄断”或“超级市场支配地位”暗含着如何引入竞争、培植竞争、促进竞争的关注,即超越了通常所谓“保护竞争”的关注。这些分类具有重要意义。但在此之外,下文试图在“政府行为—经济竞争”的反垄断法框架下,以市场支配地位的成因作为标准,将市场支配地位划分为“基于政府行为的市场支配地位”和“基于经济竞争的市场支配地位”,解构二者的细化类别,揭示其中反垄断法关注的紧要之处,并提出与之适配的应对策略和规范路径。

二、基于政府行为的市场支配地位及其反垄断法关注与应对

经营者市场支配地位的形成可以基于政府(国家)的授权、扶持,即基于概括性的政府行为。然而,政府的授权、扶持作为原因行为,并不尽然合法。因此,“基于政府行为的市场支配地位”可进一步划分为“基于合法授权的市场支配地位”与“基于行政垄断的市场支配地位”。

(一) 基于合法授权的市场支配地位及其反垄断法关注与应对

基于合法授权的市场支配地位,也称“法定垄断”或“政策性垄断”。具体来讲,经营者市场支配地位的取得及其“垄断经营”的状态,是基于国家法律的明确授权。这种授权有其特定的政策考量,比如涉及到需要国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业,或者需要实行专营专卖的行业,或者所涉行业具有自然垄断属性,等等。从企业性质上看,垄断国有企业^④和公用企业^⑤是基于合法授权的支配性经营者的典型代表。在我国,这类支配性经营者主要存在于电力、电信、铁路、民航、能源、烟草、食盐、城市公用事业(包括城市供水、供气、供热、公交、地铁等),以及教育、医疗、金融等领域。该类经营者一般具有以下特征:垄断性、产品与服务的特殊性、交易的不可选择性、社会公益性、政府管制性、部分业务可竞争性。^[11]由此,基于合法授权的市场支配地位暗含下列反垄断法关注,并应采取适配的应对策略和规范措施。

从宏观层面看,基于合法授权的支配性经营者,其经营行为通常受到管制政策、法律的约束。这就带来如下问题和关注:当该类经营者实施反垄断法禁止的行为时,反垄断法能否适用于该类经营者?换言之,反垄断法与行业管制法是何种关系?答案并非一目了然。这不仅涉及到反垄断法与行业管制法的关系,而且涉及到一国竞争政策与其他经济政策的关系。^[12]如何处理反垄断与管制的关系是世界各法域的共同难题。我国《反垄断法》在制订过程中曾尝试对上述“关系”设计一些条款,但都因为有争议而被删除了,问题却仍然存在。^[13]实际上,管制与反垄断不应是非此即彼的存在。鉴于竞争政策在我国经济政策体系中的地位不断提升,党的十九届四中全会明确提出“强化竞争政策基础地位”的要求,以及反垄断政策与管制政策协同互补的重要意义。^[14]建议我国《反垄断法》将来的修订,对反垄断与管制的关系定位,可以参考我国台湾地区“公平交易法”第46条的规定“事业关于竞争之行为,另有其他法律规定者,于不抵触本法立法意旨之范围内,优先适用该其他法律之规定”^[15]172。

从微观层面看,基于合法授权的市场支配地位还具有以下反垄断政策含义:第一,反垄断法适用于公用企业或垄断国有企业时,可以推定该类经营者具有市场支配地位。^⑥第二,剥削性滥用行为应当成为反垄断规制的重点。由于公用企业、垄断国有企业所提供的产品或服务为消费者日常生活的必需品,消费者通常处于别无选择的境地,因而反垄断法应当密切关注该类经营者实施的不公平高价、不合理的交易条件等剥削行为。第三,基于合法授权的支配性经营者通常掌控产业链上的“瓶颈设施”,因而反垄断法还应关注该类经营者可能据此实施的拒绝交易、利润挤压、差别待遇等排他行为和扭曲行为。第四,在反垄断个案中,基于合法授权的支配性经营者可能会提出“管制行为抗辩”。然而,这种抗辩的成立至少需要满足两项条件:一是存在授权性的管制立法,并且其位阶不能低于《反垄断法》;二是管制机构对经营者的经营行为处于积极监督的履职状态。第五,在放松管制的大趋势下,一旦经营者的市场支配地位不再得到法律授权,强化反垄断执法便具有迫切的必要性。因为反垄断执法如果不及时跟进,放松管制留下的制度空白就无法填补。同时,由于该类经营者有过政府干预和扶持的历史,其残存的市场支配地位与效率的关系一般不太明显,因而对其不当行为进行更严厉的反垄断规制,不太可能给市场竞争带来负面影响。

(二) 基于行政垄断的市场支配地位及其反垄断法关注与应对

行政垄断,也称行政性垄断或行政性限制竞争,特指行政主体利用行政权力实施损害市场竞争和经济秩序的违法行为。^[16]¹⁵明确禁止行政垄断是我国《反垄断法》的鲜明特色。《反垄断法》总则第8条规定“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不得滥用行政权力,排除、限制竞争。”《反垄断法》第五章则专章对若干行政垄断行为作了禁止性列举。此外,鉴于行政垄断可以通过抽象行为即政策文件的方式呈现,我国还专门建立了公平竞争审查制度。《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(国发〔2016〕34号)明确要求,“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制定市场准入、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措

施,应当进行公平竞争审查。”^[17]毫无疑问,无论是具体的行政垄断行为还是抽象的行政垄断行为,都具有资源分配的效果,从而会影响市场竞争态势,致使个别经营者获得竞争优势乃至市场支配地位。进一步讲,虽然行政垄断是由行政主体所决定和启动,但行政垄断的限制竞争后果总是由特定经营者的经营行为来加以落实。^[18]换言之,行政垄断行为与经济垄断行为往往紧密交织在一起。由此带来的反垄断法关注在于,受益于行政垄断的支配性经营者所实施的垄断行为,是否应当同与之关联的行政垄断一并受到反垄断法的制裁?

从政策考量的大方向看,制裁行政垄断责任主体的同时,一并制裁受益于行政垄断的支配性经营者,不仅必要而且重要。其理据在于以下两方面:一方面,无论是《反垄断法》还是公平竞争审查制度,对于行政垄断设置的制裁方式都较为薄弱,仅包括上级机关针对行政主体的“责令改正”以及针对相关责任人员的“行政处分”。此际,对受益于行政垄断的支配性经营者的垄断行为一并加以制裁,比如课以高昂的罚款或从业禁止,无疑有助于提升反行政垄断执法的威慑作用,从而对各关联主体实施行政垄断行为以及经济垄断行为的动机和能力形成制约。^[19]另一方面,法谚有云,“任何人不能从自己的违法行为中获利”,因而对受益于行政垄断的支配性经营者的垄断行为一并制裁,符合“矫正正义”的法律追求。

然而,从现实情境考虑,不加区分地对所有受益于行政垄断的支配性经营者的垄断行为一并制裁,也不尽合理。实际上,经营者市场支配地位的取得及其所实施的垄断行为,可能是行政主体单方面强制或胁迫的结果,因而缺乏归责和制裁的基础。换言之,受益于行政垄断的支配性经营者的垄断行为要受到制裁,要么是由于经营者积极主动地“俘获”了行政主体,要么是由于经营者与行政主体建立了“合谋”;纯粹受到行政主体强制或胁迫的“被动受益”经营者,其所实施的垄断行为不应受到反垄断法的制裁。进一步讲,一并制裁“主动受益”经营者的垄断行为具有适当性,而“被动受益”经营者得主张受强制或胁迫之抗辩事由,免除自身的反垄断法责任。

三、基于经济竞争的市场支配地位及其反垄断法关注与应对

经济竞争遵循优胜劣汰的市场法则,任何经营者都具有为赢得市场或占据市场支配地位而不懈竞争的内在动力。尽管自由竞争是市场体制的核心,但绝对的竞争自由又容易造成不正当竞争(包括限制竞争)的恶果,甚至埋下毁灭市场的种子。自此而言,“基于经济竞争的市场支配地位”可进一步划分为“基于效能竞争的市场支配地位”与“基于不当竞争的市场支配地位”。

(一) 基于效能竞争的市场支配地位及其反垄断法关注与应对

效能竞争或凭业绩竞争(competition on the merits),是受到法律尤其是竞争法律鼓励和保护的竞争。它是不当竞争的相对概念,指经营者通过降低成本、提高质量、丰富选择、优化服务、改善管理、拓展模式、积极创新等方式,促进生产效率、助推业务扩张、增加营业利润、实现长期增长,从而赢得市场优势乃至市场支配地位。德国竞争法上历来有效能竞争的说法,“竞争正当性判断的定位点在于效能竞争理论,即是否以自己的商品或服务的优质优价即自己经营活动的业绩去开展竞争。”^[20]

实际上,当下人们耳熟能详的许多“科技巨头”,比如美国的谷歌、微软、苹果、Facebook、亚马逊等公司,中国的阿里巴巴、腾讯、百度、美团、京东、滴滴等公司,它们原本都是普通的创新型企业。在激烈的市场竞争中,它们凭借敏锐的洞察、出色的经营,加之某些历史偶然性,逐渐获得了显著的市场地位和竞争优势。不可否认,这些公司都是成功的竞争者,法律不应该在它们凭借业绩获得成功时去攻击它们。但是,也应当看到,由于互联网行业具有突出的网络效应、平台架构(多边属性)、极度规模报酬等特征,因而易于出现市场倾覆(tipping)。^[21]¹⁶⁻²⁹换言之,以上“科技巨头”一旦在“争夺市场的竞争”中胜出,它们通常就赢得了所有,即所谓“赢者通吃”。事实上,在这些“科技巨头”各自搭建的经济生态中,它们不仅是市场的参与者,更是运作市场、链接市场的管理者;它们一方面撮合、匹配、创造不可计数的市场交易,另一方面又决定交易的形式、条件甚至经济生活的样态。此际,1890年美国参议员约翰·谢尔曼在国会辩论时的慷慨陈词似乎就在耳边:如果人们不愿忍受作为政治权力存在的皇帝,人们也不应该屈从于一个能控制生产销售、阻止竞争、固定商品价格的贸易独裁者。^[22]

一般来讲,经营者通过效能竞争获取市场支配地位,不仅不违法,反而值得鼓励。但是,伴随互联网经济、数字经济、平台经济的兴起,那些凭借自身业绩获得成功并在相关市场中“一家独大”甚至“大而不倒”的经营者,却需要引起反垄断法格外的关注和重视。一方面,这些经营者虽然凭借业绩获得成功,但它们具有维护既得利益的强烈动机,这可能体现在它们继续采用高效的经营方式来巩固其市场地位,也可能体现为它们采取滥用支配地位的行为来维持和加强自身市场优势并榨取垄断性收益。因此,该类支配性经营者实施的掠夺性定价、独家交易、拒绝交易、搭售、差别待遇等排他性滥用行为,以及不公平的合同条款、不合理的交易条件、过度收集消费者个人数据(侵犯隐私)、基于算法的个性化定价等剥削性滥用行为都应当受到反垄断法的密切关注。另一方面,如何对待“科技巨头”,涉及到人们对反垄断法宗旨的认识和反思,进而涉及到人们对市场支配地位秉持何种观念和立场。具体来讲,如果反垄断法的宗旨仅限于促进经济学意义上的效率或福利,那么它不太可能对“科技

巨头”的支配性势力的广泛影响作出有效的应对。事实上,“科技巨头”市场支配地位的不当维持和加强,不单对经济效率或经济福利产生影响,还可能威胁到上文提及的诸多公共价值或利益,比如竞争过程的有效性、经济参与的自由性和开放性、政治的民主性、文化的多样性、分配的正义性、交易的公平性等等。^[23]德国联邦卡特尔局于2019年对Facebook公司过度收集消费者个人数据的行为,作出剥削性滥用的定性和处罚,已经反映出对“科技巨头”市场支配地位及其相关行为的扩张关注和担忧。反观我国《反垄断法》,该法第1条规定了多元的立法宗旨,包括“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”等,因此,我们对于“科技巨头”市场支配地位的认识和看法不应局限甚至迷失在“效率话语”之中,对其市场支配地位及关联行为的担忧也不应简化为以福利来加以衡量的效率损失。考虑到“科技巨头”市场支配地位的持久性及其倾覆市场的危险,作为一种保留措施,在必要和适当的情况下,可以考虑对该类支配性经营者采取横向拆分、纵向重组等结构性的反垄断规制措施。这体现了反垄断执法的管制化运作,需要强有力的政治支持。

(二) 基于不当竞争的市场支配地位及其反垄断法关注与应对

不当竞争是与效能竞争相对而言的,即非凭借业绩的竞争,亦即是对竞争自由的滥用。经营者市场支配地位的取得可能是基于不当行为,比如炸毁竞争对手的工厂、打砸竞争对手的门店等极端例子,又如盗窃竞争对手的商业秘密、恶意贬损竞争对手的商业信誉和商品声誉、贿赂重要的交易相对人并获得排他性的交易机会等更为现实的例子。然而,由于这些不当行为通常受到刑法、侵权法、反不正当竞争法等法律的严厉禁止,因此它们并没有引起学界从反垄断法的层面提出有实质意义的问题以供分析。换言之,这里需要关注的是那些创造市场支配地位并应当受到反垄断法禁止的不当行为。显然,垄断协议、具有限制竞争效果的经营者集中,都可能涉及创造市场支配地位而受到反垄断法的谴责。就垄断协议而言,其核心追求在于相互协调的经营者能够持续、稳定地控制共谋性结构,从而获取、维持实质性市场势力或市场支配地位。而创造市场支配地位的另一种更为简便的方式是经营者集中,以是否产生市场支配地位,很大程度上构成经营者集中审查的重大关注和检验标准。^[24]

可见,“创造市场支配地位”(creation of dominance)为反垄断法禁止垄断协议、经营者集中等多边行为(multilateral conduct)提供了统合性的规范理据和分析视角。尚有疑问的是,经营者的单边行为(unilateral conduct)是否也能基于创造市场支配地位而受到反垄断法的禁止?从实在法的层面看,包括我国、欧盟在内的大多数国家和地区的反垄断法都没有关于经营者通过单边行为创造市场支配地位的禁止性规定,但是,美国《谢尔曼法》第2条关于禁止“企图垄断”(attempt to monopolize)的规定却反映了这方面的反垄断法关注。在美国,“垄断化案件”(monopolization cases)涉及已经具有垄断势力(市场支配地位)的经营者实施的单边排他行为;而“企图垄断案件”则涉及尚未具备垄断势力(市场支配地位)的经营者实施单边排他行为以图获得市场支配地位。“企图垄断”的违法性构成要件包括:(1)经营者具有在某些部分的商业中控制价格或者毁灭竞争的特定意图;(2)从事了旨在达到上述非法意图的反竞争行为;(3)这种行为具有成功的危险的可能性。纵观美国判例法,受到“企图垄断”指控最多的行为是掠夺性定价。^{[8] 397-399}正因为对掠夺性定价的违法判定更多发生在“企图垄断案件”而非“垄断化案件”中,美国法院才一再强调,掠夺性定价要受到谴责,不仅要证明经营者定价低于特定的成本衡量标准,而且还要证明经营者在将来有可能“补偿”损失。^⑦

由此进一步产生的问题是,我国《反垄断法》有无必要增设相关规定,禁止经营者创造市场支配地位的不当单边行为?对此,有必要一分为二地予以考量。一方面,增设这样的规定不能全凭理论,也不能盲目效仿,而需要具备牢靠的实证基础,即需要对经营者纯粹依靠不当单边行为来获取市场支配地位的盖然性程度,形成一个综合性的经验判断。如果盖然性的程度较高,才有必要增设这样的规定。实际上,即便在美国,人们也时常担忧“企图垄断”的禁止性规定可能对竞争过程造成负面影响。因为,太过于关注对“企图”的分析,片面强调行为的不正当性,而对市场结构条件的关注太少,这种做法实际上是在保护低效率的经营者免受来自于高效率经营者的竞争压力。另一方面,考虑到一些单边行为除了“赤裸裸”(naked)地排斥竞争对手从而获得市场支配地位外,别无其他可取的目的或补偿性利益^⑧,因而增设相关规定,禁止创造市场支配地位的不当单边行为,又具有必要性。综上所述,将来我国《反垄断法》的修订,在具备较为扎实的经验判断的基础上,可以考虑增设通过不当单边行为创造市场支配地位的禁止性规定。但是,对该制度的适用需要作出两方面的限定。

一方面是主体限定,即该制度的适用应限定为具有相对市场优势地位的经营者。相对市场优势地位不同于相对交易优势地位。相对交易优势地位是交易关系中强势一方经营者的市场地位,这种地位导致中小客户对与其交易具有高度依赖性,即中小客户缺乏足够的和可预期的转向可能性。而相对市场优势地位是相关市场中经营者相对于其他竞争者和交易对手具有比较优势的市场地位,即“弱化版”的市场支配地位。^[25]实际上,在经营者数量较多且经营者较为对称的竞争性市场中,如果一个经营者不凭借其出众的效率和卓越的业绩,就无法通过纯粹的单边排他行为来获取市场支配地位。^{[8] 308}换言之,在该制度中,创造市场支配地位的主体须具备较为显著的市场优势和市场地位,但这种市场优势和市场地位的显著性尚未达到市场支配地位的程度,否则相关行为就属于禁止滥

用市场支配地位制度的调整范围。对相对市场优势地位的认定同样涉及对现有竞争、潜在竞争、纵向契约关系中抗衡力量等市场结构因素的评估。^[26]为增强法律确定性和经营者的合法预期，可考虑设置以市场份额为基础的“否定性推定”安全港制度，比如规定：经营者在相关市场的市场份额不足 30% 的，不应当推定该经营者具有相对市场优势地位，但有相反证据的除外。

另一方面是行为限定，即该制度的适用范围原则上应限定于那些具有赤裸裸的排他效应的单边行为，主要包括：（1）与技术标准制定相关的机会主义行为。比如行为人在参加技术标准制定时，违反标准制定组织的专利信息披露义务，故意隐瞒与标准所涉技术相关的专利权信息，并在技术标准的实施过程中主张专利权，从而导致“专利劫持”。^[27]（2）具有欺诈性质的行为。比如以欺骗专利管理部门的方式获取重要专利，或者以欺诈政府的方式获得特许经营。（3）操纵政府程序。比如经营者为了排斥外国竞争对手，误导政府启动对该竞争对手的产品的反倾销程序。再如生产专利药的经营者操纵药品监管审批程序，阻碍竞争性仿制药的市场进入。（4）滥用诉讼权利。当诉讼双方的成本极不对称时，发动诉讼可以提高竞争对手的经营成本、拖延或阻止竞争对手进入市场，进而有助于经营者市场支配地位的获取。例如，与知识产权相关的禁令救济诉讼，可能是经营者企图获取市场支配地位的排他性策略的关键手段。^[28]

四、结论

综上，在“政府行为—经济竞争”的反垄断法框架下，以市场支配地位的成因作为标准，可将市场支配地位划分为“基于政府行为的市场支配地位”和“基于经济竞争的市场支配地位”，二者可进一步衍生出细化类别。它们暗含不同的反垄断法关注，需要采取与之适配的应对策略和规范路径。具体如表 1 所示：

表 1 市场支配地位及其反垄断法关注与应对

市场支配地位的类别		反垄断法的核心关注	应对策略与规范路径
基于政府行为的市场支配地位	基于合法授权的市场支配地位	反垄断与管制的关系	管制法律在不抵触反垄断法宗旨的前提下可优先适用
	基于行政垄断的市场支配地位	受益经营者的可制裁性	一并制裁“主动受益”经营者的垄断行为具有适当性，而纯粹受到行政主体强制或胁迫的“被动受益”经营者不应受到制裁
基于经济竞争的市场支配地位	基于效能竞争的市场支配地位	“科技巨头”倾覆市场的危险	在必要和适当的情况下，可以考虑对“科技巨头”采取横向拆分、纵向重组等结构性的反垄断规制措施
	基于不当竞争的市场支配地位	通过单边不当行为创造市场支配地位的可谴责性	增设通过不当单边行为创造市场支配地位的禁止性规定，应将主体限定为具有相对市场优势地位的经营者，原则上将行为限定为赤裸裸的排他行为

市场支配地位是反垄断法的基石范畴和核心关注。对不同类别的市场支配地位进行深入探究，不仅有助于夯实和拓补市场支配地位的基础理论、发掘反垄断法的基本原理，而且有助于对市场支配地位及其关联行为形成整体性的制度关照，有利于我国反垄断法及竞争政策的体系健全与实践运用。

注释：

①现实中，经营者市场支配地位的产生和存续可能是基于四种成因之一，也可能是基于两种以上成因。换言之，经验上可能存在无法与这些类别一一对应的经营者，而只能说它在特征上比较靠近某种类别。

②这些概念都是市场势力的衍生概念，仅具有程度差异，并无本质不同。

③有必要说明，这里对市场支配地位采取“务实”的眼光来加以看待，并非否认在理论或概念层面深究市场支配地位之规范内涵的必要性。实际上，市场支配地位作为反垄断法的规范概念，有其特定的价值意蕴、规范目的，完全将其等同于实质性市场势力的经济学概念，不尽妥当。

④垄断国有企业有两层含义：一是该企业具有政府（国家）赋予的生产经营中的特权或者特别优势，二是国有资产在该企业资本结构中具有独立或者控股的地位。

⑤公用企业（公用事业），主要是基于所经营的产业在社会经济生活中的重要地位而言。

⑥最高人民法院 2012 年发布的《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 9 条规定“被诉垄断行为属于公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者滥用市场支配地位的，人民法院可以根据市场结构和竞争状况的具体情况，认定被告在相关市场内具有支配地位，但有相反证据足以推翻的除外。”

⑦“补偿”要件在欧盟竞争法和我国反垄断法的相关规定和案件中并非必然要求。其原因在于：当掠夺性定

价涉及滥用市场支配地位时,证明经营者具有市场支配地位,本身就需要对市场结构进行评估,包括市场份额、产能和进入壁垒等因素,而这些因素同时也是“补偿”分析的结构性的特征。因此,便利市场支配地位形成和维持的市场条件可以提供可靠的迹象,即竞争对手由于掠夺性定价而被排斥将导致未来价格上涨,因而掠夺者有很大的可能会获得补偿。

⑧“赤裸裸的排他”(naked exclusion)也称“廉价的排他”(cheap exclusion)或“纯粹的排他”(plain exclusion),这些术语用以指代某些排他行为所具有的以下特点:第一,实施这种行为的成本低廉;第二,这种行为并不创造财富,仅仅转移财富,因而在任何情况下几乎不具有可识别的效率或补偿性价值;第三,经由这种行为所获得的垄断性收益与实施这种行为的成本严重不相称。基于此,赤裸裸的排他行为一旦得到确认,在很大程度上就会被认定为非法,且经营者对行为的合理性辩解一般不被接受。

参考文献:

- [1] 蒋舸. 作为算法的法律 [J]. 清华法学, 2019, (1).
- [2] [美] 欧内斯特·盖尔霍恩, 威廉姆·科瓦契奇, 斯蒂芬·卡尔金斯. 反垄断法与经济学 (第5版) [M]. 任勇, 邓志松, 尹建平译. 北京: 法律出版社, 2009.
- [3] M. A. Utton. Market Dominance and Antitrust Policy [M]. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2003.
- [4] ICN. Dominance/Substantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws [EB/OL]. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_RP_DomMarPower.pdf 2018-07-11.
- [5] 王晓晔. 反垄断法 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [6] 韩伟. 美欧反垄断新规选编 [M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [7] [英] 奥利弗·布莱克. 反垄断的哲学基础 [M]. 向国成等译. 大连: 东北财经大学出版社, 2010.
- [8] [美] 赫伯特·霍温坎普. 联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践 (第3版) [M]. 许光耀, 江山, 王晨译. 北京: 法律出版社, 2009.
- [9] 刘志成. 中国反垄断: 经济理论与政策实践 [M]. 北京: 经济科学出版社, 2015.
- [10] Lina M. Kahn. The Ideological Roots of America's Market Power Problem [EB/OL]. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3367602 2019-05-08.
- [11] 郑鹏程. 论我国自然垄断行业的垄断特征与法律规制 [J]. 法学评论, 2001, (6).
- [12] 时建中. 论竞争政策在经济政策体系中的地位——兼论反垄断法在管制型产业的适用 [J]. 价格理论与实践, 2014, (7).
- [13] 时建中. 我国《反垄断法》的特色制度、亮点制度及重大不足 [J]. 法学家, 2008, (1).
- [14] 张占江. 反垄断法的地位及其政策含义 [J]. 当代法学, 2014, (5).
- [15] 中华人民共和国商务部反垄断局. 世界主要国家和地区反垄断法律汇编 (上册) [M]. 北京: 中国商务出版社, 2013.
- [16] 郭宗杰. 行政性垄断之问题与规制 [M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [17] 国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见 [EB/OL]. http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-06/14/content_5082066.htm 2016-06-14.
- [18] 李国海. 行政性垄断受益经营者可制裁性分析 [J]. 法学评论, 2019, (5).
- [19] 李国海, 彭诗程. 制裁行政垄断受益经营者: 动因、范式与规则 [J]. 法学杂志, 2019, (8).
- [20] 郑友德, 范长军. 反不正当竞争法一般条款具体化研究——兼论《中华人民共和国反不正当竞争法》的完善 [J]. 法商研究, 2005, (5).
- [21] 韩伟. 迈向智能时代的反垄断法演化 [M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [22] Thomas Hazlett. The Legislative History of the Sherman Act Reexamined [J]. Economic Enquiry, 1992, (2).
- [23] 吴汉洪, 王申. 数字经济的反垄断: 近期美国反垄断领域争论的启示 [J]. 教学与研究, 2020, (2).
- [24] 时建中. 共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究 [J]. 中国法学, 2020, (2).
- [25] 袁嘉. 德国滥用相对优势地位行为规制研究——相对交易优势地位与相对市场优势地位的区分 [J]. 法治研究, 2016, (5).
- [26] 郝俊淇. 经营者竞争约束的来源与市场支配地位的认定 [J]. 中国市场监管研究, 2019, (11).
- [27] 李剑. 论反垄断法对标准必要专利垄断的规制 [J]. 法商研究, 2018, (1).
- [28] 袁波. 标准必要专利禁令救济立法之反思与完善 [J]. 上海财经大学学报, 2018, (3).

责任编辑: 朱海波, 曹艳红