市场支配地位与实质性市场势力之辨析

——兼及《反垄断法》第17条第2款的修改

郝俊淇*

内容提要：市场支配地位是特定于反垄断法的规范概念，但它通常被等同于实质性市场势力的经济学概念。我国《反垄断法》第17条第2款对市场支配地位的定义，实际是在传递实质性市场势力的经济学含义。市场支配地位与实质性市场势力被等同看待有其缘由。然而，基于市场支配地位的价值意蕴、规范目的、所反映经济现象的根本特征，实质性市场势力的定义缺陷、作用的异质性，以及市场支配地位与实质性市场势力所涉制度在外延上的差异等理由，有必要对两个概念加以区分。市场支配地位应当是指：单个经营者或者两个以上经营者组成的整体，具备强大的经济实力，不受充分有效的竞争约束，并且能够妨碍相关市场的公平、有效竞争的市场地位。该定义涵盖了评估市场支配地位的三方面操作指引，符合我国《反垄断法》第17条第2款的修改需要。

关键词：市场支配地位；实质性市场势力；反垄断法与经济学；公平与有效竞争

引言

市场支配地位是特定于反垄断法的规范概念，它不单是滥用市场支配地位制度的基本要件，同时也可以嵌入垄断协议制度与经营者集中审查制度的规范环节。市场支配地位为反垄断法各项制度提供了规范统合的基础和相互联系的视角。尽管市场支配地位如此重要，但很难说人们已对其规范内涵形成了确切的认识。需要引起重视的问题在于，当前反垄断法学说、立法及实践存在一种极为流行却不加质疑的认识，即市场支配地位的法律概念与市场势力（market power）、实质性市场势力（substantial market power）或垄断势力（monopoly power）的经济学概念（以下统称“实质性市场势力”），^{（1）}是可以相互替换的概念。我国《反垄断法》第17条第2款对市场支配地位的定义，实际也是在传递实质性市场势力的经济学含义，不仅没有体现法律概念应有的规范特质，也未能给市场支配地位的认定提供可资操作的一般性指引。^{（2）}不可否认，反垄断法与经济学的深度融合冲淡了市场支配地位与实质性市场势力的概念界限。但是，反垄断法与经济学仍属于不同的系统，二者的认识论、方法论不尽一致，因而市场支配地位与实质性市场势力的内涵难免发生错位，有必要对这两个概念加以辨别。有鉴于此，本文首先对不同概念的内涵及其相

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员，法学博士。本文系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”（19CFX075）的阶段成果。

（1）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。

（2）事实上，我国《反垄断法》实施十余年来，虽然发生了许多滥用市场支配地位案件，但反垄断执法机构和法院从未依据《反垄断法》第17条第2款来认定经营者的市场支配地位，也鲜有结合该条款的阐释与说理。换言之，该条款缺乏应有的裁判和指引功能。

互混同的现象与缘由进行考察；在此基础上，重点阐述对市场支配地位与实质性市场势力加以区分的理据；藉此提炼市场支配地位的规范内涵和定义要点，以期助益于我国《反垄断法》第17条第2款的修改，为市场支配地位的认定提供一般性的操作指引。

一、不同的概念术语及其相互混同

反垄断法对经营者行为的限制或禁止，一般需要满足特定的结构性前提条件。然而，用以概括此类条件的概念术语并不统一。就历史悠久、积淀深厚的两大反垄断法域来看，美国采用了实质性市场势力的概念，欧盟则采用了市场支配地位的概念。对于两个原本不同的概念，当前的理论和实践存在等同视之的现象。

（一）实质性市场势力：美国反托拉斯法的基石范畴

市场势力是与经济垄断相伴生的现象。如何看待市场势力的性质、范围及其结果，在经济学历史上一直存在很大的分歧。⁽³⁾ 按照当前主流的新古典经济学（福利经济学）的定义，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，亦即经营者持续性地获取超竞争性水平利润的能力。⁽⁴⁾ 实质性市场势力或垄断势力是高度的市场势力。由于实质性市场势力的存在会造成一系列福利损失，比如配置效率损失（福利净损失）、经营者的内部效率损失（“X—非效率”）、租金耗散（寻租的成本）等等，因而反垄断的介入具备了理论基础。⁽⁵⁾ 在这种只关注福利效应的经济学理论框架下，反垄断法作用于实质性市场势力的惟一目标是促进经济学意义上的效率。⁽⁶⁾ 自从20世纪70年代芝加哥学派革命以来，人们对市场势力可能造成的各种问题的看法及担忧已很大程度上简化为以福利来加以衡量的效率损失。在福利经济学的理论框架下，美国反托拉斯法蜕变成一套关于治理实质性市场势力的规范体系，它旨在预防和制止实质性市场势力的不正当变动，即预防和制止经营者为获取、维持、加强实质性市场势力而采取的反竞争行为。⁽⁷⁾ 而此间“实质性市场势力”的内涵完全由经济学给出，即“一个企业（或一群进行一致行动的企业）可以将价格提升到竞争性水平之上，而其销售额的损失不会如此之大和如此迅速以至于这一涨价行为变得无利可图”。⁽⁸⁾ 循此，美国1984年颁布的《司法部并购指南》将实质性市场势力径直界定为，“一个或多个公司将价格在一个显著的时间段里维持在竞争水平之上的能力。”⁽⁹⁾ 进一步看，这种较为持久的超竞争性水平的定价能力和获利能力，涵盖了两种相互关联、不可分割的能力：一是控制价格的能力；二是抵制竞争的能力。控制价格的能力侧重于结果而言，抵制竞争的能力侧重于过程而言。正是在此意义上，美国最高法院在“Du Pont案”等案件中，也将实质性市场势力界定为“控制价格或者排除竞争的能力”。⁽¹⁰⁾

（二）市场支配地位在欧盟竞争法中的多维含义、特征与关切

欧盟竞争法虽然采用了市场支配地位的术语，但其法律文本并未给出市场支配地位的确切定

(3) 参见 [美] 威廉·谢佩德 《市场势力与经济福利导论》，易家详译，商务印书馆1980年版，第12-32页。

(4) 参见 [意] 马西莫·莫塔 《竞争政策——理论与实践》，沈国华译，上海财经大学出版社2006年版，第33页。

(5) 参见刘志成 《中国反垄断：经济理论与政策实践》，经济科学出版社2015年版，第69-70页。

(6) 参见 [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3页。

(7) 反托拉斯法的关注对象不是静态垄断，而是使得垄断得以产生或维持的种种机制。参见 [美] 赫伯特·霍温坎普：《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》，许光耀、江山、王晨译，法律出版社2009年版，第21页。

(8) William M. Landes & Richard A. Posner, "Market Power in Antitrust Cases", 94 *Harvard Law Review* 937 (1981).

(9) See U. S. Dep't of Justice *Merger Guidelines*, 1984. 转引自李剑 《市场支配地位认定与对冲基金的市场控制力——评〈反垄断法〉第17、18、19条》，《法学论坛》2007年第6期，第54页。

(10) *United States v. Du Pont de Nemours & Co.* 351 U. S. 377, 391 (1956).

义。通过考察欧盟竞争法的相关判例、著述以及政策文件，可以大致归纳出市场支配地位的以下多维含义、特征与关切。

第一，市场支配地位通常依托于经营者强大的经济实力（economic strength），比如与经营者取得重大竞争优势和市场份额相关的技术秘密、商标权、资金渠道、采购渠道、销售网络等。⁽¹¹⁾ 第二，市场支配地位是由若干因素特别是与市场结构相关的因素综合而成，因而单独考虑这些因素，不一定具有决定性。⁽¹²⁾ 第三，市场支配地位意味着经营者对竞争对手的竞争反应和消费者行为的正常约束具有高度免疫力，即经营者“能够在相当大的程度上独立于竞争对手、客户，最终独立于消费者行事”。⁽¹³⁾ 第四，市场支配地位是能够阻碍相关市场有效竞争（effective competition）的能力。对此，德国学者霍夫曼指出，“一种行为若由其他企业实施则可能是正常的竞争，但若由拥有市场支配地位的企业实施就构成‘滥用’并受到禁止，因为在第二种情况下该行为对市场结构将产生充分的影响并将威胁到有效竞争”。⁽¹⁴⁾ 第五，市场支配地位具有法律上的义务内涵，即具有市场支配地位的经营者承担着不得扭曲市场竞争的特殊义务（special responsibility）。⁽¹⁵⁾ 第六，在滥用市场支配地位制度下，经营者具有市场支配地位本身并不违法，且该经营者有权利用此优势进行竞争。⁽¹⁶⁾ 但与此不同，在经营者集中审查制度下，创设或加强市场支配地位的经营者集中一般会被认定为非法从而受到禁止。⁽¹⁷⁾ 第七，市场支配地位不仅限于单个经营者的市场支配地位，还包括两个以上经营者的共同市场支配地位（collective dominance）。第八，市场支配地位作为一个法律上的目的性概念，蕴含着法的观念和价值，因而不能孤立于经济自由、经济公平、经济效率、有效竞争、消费者利益、市场一体化等欧盟竞争法的广泛目标来对其进行理解。⁽¹⁸⁾

（三）市场支配地位与实质性市场势力的混同

上文分析可见，实质性市场势力原本是经济学概念，美国反托拉斯法采纳了这一概念以及相应的经济学理论和方法，并将其作为制度统合和运行的基础。而市场支配地位是特定于欧盟竞争法以及我国反垄断法的概念。尽管实质性市场势力与市场支配地位是分属不同领域的概念，但当前理论、立法及实践却展现出将二者等同起来的现象。对此，下文将结合欧盟竞争法、国际组织的有关报告以及我国《反垄断法》的规定加以考察和说明。

欧盟竞争法自20世纪50年代实施以来，诸多判例、著述与政策文件从不同维度呈现了市场支配地位的丰富含义、特征与关切。然而，自从20世纪90年代初欧盟委员会对竞争法启动“更加经济学的方法”（the more economic approach）变革后，⁽¹⁹⁾ 其对市场支配地位的理解逐渐转向

(11) See *Continental Can Company*, OJ 1972 L 7/25.

(12) See *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207 para. 65.

(13) Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission* [1979] ECR 461, para. 39.

(14) 转引自曹士兵《反垄断法研究》，法律出版社1996年版，第140页。

(15) Joined Cases T-191/98 and T-212 to 214/98 *Atlantic Container Line AB and others v Commission* [2003] ECR II-3257, para. 109.

(16) See EU Commission, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, [2009] OJ C 45/7, para. 1.

(17) See Council Regulation (EC) NO. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentration between undertakings, OJ 1989 L 395/1, para. 24.

(18) 参见 [德] 乌尔里希·施瓦贝、丹尼尔·齐默尔《卡特尔法与经济学》，顾一泉、刘旭译，法律出版社2014年版，第359页。

(19) 许多因素叠加在一起导致了这场变革，包括市场一体化的初步完成，欧盟学者对既往执法的批评，大西洋两岸的冲突（即与美国反托拉斯法的冲突），法院对欧盟委员会所查处的系列案件的失望和排拒，时任欧盟委员会竞争事务委员蒙蒂（Monti）的卓越领导，国际合作的需要等等。See Anne C Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Hart Publishing, 2016, pp. 7-39.

了基于经济学的视角，以至于市场支配地位与实质性市场势力的概念边界变得十分模糊。在欧盟委员会 2009 年发布的《适用欧共同体条约第 82 条查处市场支配地位企业排他性滥用行为的执法重点指南》中，市场支配地位毋宁就是实质性市场势力的代名词。委员会指出，“评估一个企业是否占据市场支配地位及其具有市场势力的程度是适用第 82 条的第一步”，“如果一家企业能够较长时期内以高于竞争性水平的价格赢利，说明该企业没有受到竞争约束，因此该企业通常被认为具有市场支配地位”。⁽²⁰⁾ 在国际组织层面，市场支配地位与实质性市场势力被等同看待的现象更加明显。例如，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。⁽²¹⁾

在我国，《反垄断法》的制定参照了欧盟竞争法，同样采用了市场支配地位的术语。《反垄断法》第 17 条第 2 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，二者不可分割。因而我国反垄断法对市场支配地位的定义，不仅是在传递实质性市场势力的经济学含义，而且很大程度上是美国“Du Pont 案”等案件中法院对实质性市场势力之定义（即控制价格或者排除竞争的能力）的翻版。

二、概念混同的缘由以及对其加以区分的理据

市场支配地位与实质性市场势力的概念混同有其特定的缘由。但也应看到，完全将二者等同，不仅会使市场支配地位这一特定于反垄断法的概念丧失其应有的规范特质，而且会过分夸大或拔高实质性市场势力在反垄断法运行中的作用。

（一）概念混同的缘由

市场支配地位与实质性市场势力之所以被等同对待，主要是基于以下四方面的缘由或考量：（1）经济学向反垄断法的深度渗透。尽管经济学与许多法律部门存在联系，但它与反垄断法之间的关系最为紧密。因为经济学特别是产业组织经济学能够为反垄断法的解释、应用、改进提供较为可靠的认识论基础和方法论保障。⁽²²⁾ 它一方面为反垄断法提供经验实证支持，另一方面拓宽了反垄断法的视角和方法，避免了传统法律思维僵化、封闭的短板。⁽²³⁾（2）美国反托拉斯法的示范效应。美国反托拉斯法是现代反垄断法的鼻祖，其“历史最长，影响最大，任何国家在制定其反垄断法时都不能不考虑美国的法律”。⁽²⁴⁾ 在这样的背景下，美国反托拉斯法推行的经济学方法以及实质性市场势力等概念，对于其他法域反垄断法的制定、实施与研究来讲，具备了强大的示范效应与标杆作用。（3）各法域反垄断法趋同的潜在动力。一方面，反垄断法植根于市场经济，⁽²⁵⁾ 不同国家和地区的市场经济体系在构成要素上的同质性，为全球通行的反垄断法

(20) EU Commission, *supra* note [16], paras. 9, 10.

(21) See ICN, *Dominance/Substantial Market Power Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws*, p. 1, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc317.pdf>, last visited on 15 August 2019.

(22) 参见前引〔7〕，赫伯特·霍温坎普书，第 64-82 页。

(23) 参见李剑《论经济分析方法在反垄断法中的应用》，《学习与探索》2011 年第 4 期，第 137-138 页。

(24) 王晓晔《紧盯国际卡特尔——美国反托拉斯法及其新发展》，《国际贸易》2002 年第 3 期，第 39 页。

(25) 时建中主编《反垄断法——法典释评与学理探源》，中国人民大学出版社 2008 年版，前言。

概念、语言铺垫了客观基础。另一方面，在全球经济一体化的背景下，各法域反垄断法概念、宗旨、制度、程序等方面的差异和张力，不仅无法给跨国经营者提供一致的合法预期，而且还会给经济全球化带来制度性阻碍。因此，反垄断法趋同性的增强，对各市场经济体都具有一定的吸引力。这样做有助于缓解制度性摩擦并给经营者带来便利。^[26]（4）法律概念通常讲求可操作性，市场支配地位也是如此。对市场支配地位的认定不能诉诸抽象的感知，而应具备可靠的方法保障。此际，如果把市场支配地位用经济学的方式加以定义，即定义为实质性市场势力，那么经济学中用来评估市场势力的诸多方法和工具，比如市场绩效法、市场行为法、市场结构法以及与此相关的勒纳指数、罗斯柴尔指数、贝恩指数等等，^[27]就可以运用到市场支配地位的评估。

（二）区分市场支配地位与实质性市场势力的理据

将两个原本不同的概念等同起来纵然有其缘由，但市场支配地位归根结底是特定于反垄断法的规范概念。基于以下理据，有必要对市场支配地位与实质性市场势力加以区分。

第一，就市场支配地位的规范目的来看，具有市场支配地位的经营者承担着概括性的不得妨碍公平、有效竞争的特殊义务。以反垄断法的损害理论为基础，这种特殊义务可以进一步分化为“非排他义务”（不能制造排他效应/一线竞争损害）、“非扭曲义务”（不能制造扭曲效应/二线竞争损害）、“非剥削义务”（不能制造剥削效应）、“非共谋义务”（不能制造共谋效应/协同效应）等。实际上，在管制型行业或放松管制不久的行业，特殊义务的程度一般更高。因为该等行业中经营者市场支配地位的存在往往是基于政府的扶持和保护，与自身的努力、效率不具有明显关联。这意味着，特殊义务的具体性质和程度需要结合行业和个案进行判断。市场支配地位具有重要的义务内涵，并且这种义务与公平竞争、有效竞争的反垄断法目标密切相关。

第二，就更广泛的价值意蕴来讲，市场支配地位作为法律概念，除了与公平竞争、有效竞争的价值目标存在联系外，还涵盖了保护其他经营者的经济自由、参与竞争的权利、免受支配性经营者的歧视、盘剥、不合理对待等关注。^[28]实际上，“保护竞争而非保护竞争者”^[29]不尽然是反垄断法的真实面貌。因为从反垄断法的价值体系来看，“保护竞争”与“保护竞争者”属于不同层次的价值，二者并不矛盾。^[30]现实中，保障中小企业参与竞争的自由和权利，一直是反垄断法实施的重要考量。^[31]这些关注与公平竞争、经济自由的价值息息相关。然而，实质性市场势力的经济学概念显然不能涵盖这些关注，最多只对其作间接考察。^[32]

第三，从所反映的经济现象来看，虽然市场支配地位的确可以呈现为经营者对价格等交易条件的控制以及对外部竞争的抵制或排斥，但作为一个“结构性概念”，它更应当反映经营者相互间的结构关系以及市场上的竞争状况。一方面，对市场支配地位的认识，有必要将“有效竞争”或“有效竞争的市场结构”作为参照。另一方面，缺乏充分有效的竞争约束或市场约束，亦即经营者很大程度上的行为独立性，似乎更能揭露市场支配地位所反映经济现象的根本特征。

第四，在市场支配地位与排他效应产生联系的场合，就考察哪些行为属于排他性滥用而言，

[26]然而，反垄断法的趋同是有限度的，因为各法域有着不同的政治文化环境。See David S. Evans, “Why Different Jurisdictions Do not (and Should not) Adopt the Same Antitrust Rules”, 10 *Chicago Journal of International Law* 161-163 (2009).

[27]参见王传辉《反垄断的经济学分析》，中国人民大学出版社2004年版，第110页。

[28]See Oles Andriychuk, “Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process”, 6 *European Competition Journal* 575-577 (2010).

[29]U. S. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, 2008, Chapter 1, www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm, last visited on 17 August 2019.

[30]参见吴宏伟、谭袁《保护竞争而不保护竞争者？——对主流反垄断法观点的审视》，《北方学》2013年第4期，第110页。

[31]参见骆小春、董新凯《中小企业促进与反垄断法》，《现代法学》2003年第6期，第158页。

[32]参见前引[18]，乌尔里希·施瓦尔贝、丹尼尔·齐默尔书，第76页。

答案通常不取决于经营者是否有把价格提高到边际成本以上的抽象能力，而取决于它是否有“支配”市场的实力。⁽³³⁾ 例如，一个经营者要实施掠夺性定价，首先要做的不是把价格提升到成本以上，相反，需要低于成本定价，且能够承担掠夺的损失。实质性市场势力并不具有相关性（至少在掠夺阶段），而真正具有相关性的是经营者的“经济实力”，包括其市场份额、自身财力、融资能力、交叉补贴能力，等等。同样地，某个经营者要通过独家交易、忠诚折扣、捆绑折扣、搭售等纵向限制行为来排挤竞争对手，如果它不具有雄厚的经济实力来购买或补偿大量“关涉竞争对手的合同”（contracts referencing rivals），那么反竞争的封锁效应永远不会发生。⁽³⁴⁾

第五，市场支配地位与实质性市场势力所涉制度在外延上并不一致。市场支配地位制度不仅限于单独市场支配地位制度，还包括共同市场支配地位制度。共同市场支配地位制度旨在应对寡头垄断问题以及两个以上经营者的默示共谋，并且在欧盟竞争法和我国《反垄断法》上都有潜在的法律依据。但是，对应到实质性市场势力的制度领域，却不存在“共同垄断势力”或“共同实质性市场势力”的制度。尽管为应对寡头垄断问题，美国学者特纳曾经提出过“共同垄断”（shared monopoly）的制度构想，但美国立法和司法从未采纳。⁽³⁵⁾

第六，实质性市场势力的定义本身是不完善的，因而将市场支配地位简单地等同于实质性市场势力，可能会误导市场支配地位的准确认定。在新古典经济学的框架里，市场势力一般被定义为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以上的能力。但该定义至少面临着以下问题和挑战：首先，它低估了一个事实，即市场势力可以在价格以外的因素上发挥作用，例如质量、服务、选择、创新等。这些因素在平台经济、网络经济、数字经济兴起的当下，具有更为显著的相关性和重要性。其次，该定义需要确定竞争性价格水平，然而这是一项众所周知的艰巨任务。如果确定竞争性价格水平是可能的，那么就没有必要考虑市场支配地位的概念，而可以径直对任何经营者的“垄断绩效”进行追究。⁽³⁶⁾

第七，具有市场支配地位的经营者负有不得妨碍公平、有效竞争的特殊义务，正是这种地位和义务构成个案对经营者行为反竞争解释以及责任承担的基础。换言之，市场支配地位与行为反竞争的解释以及责任承担之间具有正相关性。但与之不同，实质性市场势力的作用并非是同质性的，既可以充当行为反竞争的解释，也可以嵌入行为促进竞争的解释。实质性市场势力本质上是一个静态概念，它并不反映动态效率。然而，动态效率的实现需要存在一定程度的市场势力。在分析动态效率时，经营者之间通过产品和生产技术的创新来竞争，而不是通过产品价格或产量来竞争。只有当投入研发的经营者能够收获投资产生的回报时，这样的竞争才是切实有效的竞争。⁽³⁷⁾

三、市场支配地位的再定义

基于对市场支配地位与实质性市场势力加以区分的若干理据，本文进一步认为，市场支配地位的概念应建立在以下三项规范要素或定义要点之上：一是“强大的经济实力”，二是“不受充分有效的竞争约束”，三是“能够阻碍相关市场的公平、有效竞争”。概言之，市场支配地位应

(33) 参见前引〔7〕，赫伯特·霍温坎普书，第87页。

(34) See Douglas Bernheim & Randal Heeb, “A Framework for the Economic Analysis of Exclusionary Conduct”, in Roger D. Blair & D. Daniel Sokol (ed.), *International Antitrust Economics*, Vol. 1, Oxford University Press, 2015, pp. 4-5.

(35) 参见〔美〕欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦西奇、斯蒂芬·卡尔金斯《反垄断法与经济学》，任勇、邓志松、尹建平译，法律出版社2009年版，第264页。

(36) See Damien Geradin, et. al, *The Concept of Dominance in EC Competition Law*, p. 5, <https://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm>, last visited on 19 August 2019.

(37) 参见前引〔18〕，乌尔里希·施瓦尔贝、丹尼尔·齐默尔书，第75页。

当是指：单个经营者或者两个以上经营者组成的整体，具备强大的经济实力，不受充分有效的竞争约束，并且能够妨碍相关市场的公平、有效竞争的市场地位。该定义并非追求抽象的理论满足，它涵盖了评估市场支配地位的三方面操作指引。

（一）强大的经济实力

前已述及，在很多情况下，经营者行为的违法性并不取决于它是否具有把价格提升到边际成本以上的抽象能力，而取决于它是否具有“支配”市场的实际能力，即综合性的经济实力。因此，评估经营者的经济实力，对于市场支配地位的认定具有初始性的重要意义。

能够体现经营者经济实力的因素，包括但不限于：（1）市场份额。市场份额不仅是经营者市场地位、竞争实力及其过去是否成功的直观体现，而且在很多情况下还是判定行为违法与否的直接依据，这尤其体现在与“份额经济”（share economy）相关的案件中。比如，独家交易、搭售、忠诚折扣、捆绑折扣等纵向限制行为之所以违法，是因为经营者能够进行大范围的市场圈占，形成较高的市场占有率或封锁率，卡断竞争对手的供货来源或销售渠道，使其无法达到最小有效规模，最终造成实质性封锁。^[38]（2）盈利能力。一般来说，经营者的产品价格应当与其成本所反映的产品的经济价值合理相关，即获得正常的销售利润。但如果经营者对产品收取的价格与产品实际发生的成本之间存在显著差额，那么该经营者就具有突出的盈利能力。这一般有助于说明市场支配地位的存在。^[39]（3）纵向整合和跨行业整合。实行纵向或跨行业整合的经营者，可以将经营外部性内部化，提高总资产回报率。同时，纵向或跨行业整合还能对竞争对手形成纵向封锁或跨行业封锁，使其面临在产业链或经济生态不同部分同时进入的压力，从而提升竞争对手的经营成本。^[40]（4）财力和金融实力。经营者具有强大的财力和金融实力，即所谓的“财力雄厚”（deep pockets），是经营者实施许多反竞争的定价结构、产能结构的基础。^[41]（5）核心技术和关键设施。经营者享有的某些知识产权、技术标准、商业秘密、数据集、网络管道、网络平台等可能是其至关重要的核心技术和关键设施。虽然这些技术和设施在性质上属于“边界型排他权”而非“市场型排他权”，^[42]但一旦经营者拒绝分享该等核心技术、关键设施或对其加以不当利用，而竞争对手又无法以经济合理的方式找到替代来源，就会产生限制竞争之虞。（6）收集、储存、处理、利用相关数据的能力。伴随着数字经济的蓬勃发展，数据成为一种至关重要的竞争要素。经营者对海量数据进行收集、储存、分析、利用的能力，纵然有助于其优化业务流程、提高经营效率，但也可以帮助其更清晰地掌控竞争对手的动态和决策、更迅速地做出预测和反应、更精准地透视和宰割消费者，从而使市场被一只“数字化的手”操纵。^[43]

（二）不受充分有效的竞争约束

现实中，经营者在市场上开展竞争，一般面临着各种各样的约束。我们可以将其称为经营者面临的市场约束或竞争约束，即经营者在争夺交易机会、追求利润、实现增长的过程中面临的制约。实际上，从所反映的经济现象来看，市场支配地位最根本的特征就是不受充分有效的竞争约

[38] See Daniel A. Crane & Graciela Miralles, “Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints”, 84 *California Law Review* 605-610 (2011).

[39] See OXERA, *Assessing Profitability in Competition Policy Analysis*, prepared for the Office of Fair Trading, Economic Discussion Paper No. 6, 2003, pp. 67-85.

[40] 参见 [美] 基斯·希尔顿 《反垄断法：经济学原理和普通法演进》，赵玲译，北京大学出版社 2009 年版，第 245 页。

[41] 与此相关的例子是掠夺性定价的不对称财力限制理论、金融市场掠夺理论。See Patrick Bolton, Joseph F. Brodley, Michael H. Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, 88 *Georgetown Law Journal* 2239-2330 (2000).

[42] 参见 [美] 克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普 《创造无界限：促进创新中的自由与竞争》，兰磊译，法律出版社 2016 年版，第 326 页。

[43] 参见 [英] 阿里尔·扎拉奇、[美] 莫里斯·E. 斯图克 《算法的陷阱：超级平台、算法垄断与场景欺骗》，余潇译，中信出版社 2018 年版，序言。

束。因而识别竞争约束的来源,评估该等约束是否充分有效,是认定市场支配地位的关键。在这方面,波特的“五力模型”提供了有用的指引。⁽⁴⁴⁾在他看来,存在五种不同的力量制约着某一行业的竞争强度。这五种力量分别是:现有竞争者之间的竞争、新进入者的威胁、替代产品或服务的威胁、供应商的议价能力、买方的议价能力。⁽⁴⁵⁾从分析经营者竞争约束的角度考虑,以上“五力”其实可以被凝练为“三力”。具体来说,“替代产品或服务的威胁”无非包括“实际替代威胁”与“潜在替代威胁”两种情形,因而可分别纳入“现有竞争者之间的竞争”(简称“现有竞争”)和“新进入者威胁”(简称“潜在竞争”)的范畴。而“供应商的议价能力”和“买方的议价能力”,则可统括为纵向经济关系(契约关系)中的“抗衡力量”(countervailing power)。对于这三方面的竞争约束,分述如下。

就现有竞争来看,最重要的因素是经营者的市场份额。市场份额也称市场占有率,是指一定时期内经营者的特定商品销售金额、销售数量或者其他指标在相关市场所占的比重。在具体案件中,选择市场份额计算指标的标准应当是,看这一指标能否贴切地反映出市场竞争和特定企业市场地位的实际情况。⁽⁴⁶⁾由于市场份额是对经营者的规模分布的呈现,可以说明不同经营者在市场竞争中的重要程度,因而是反映现有市场竞争状况的可靠指标。此外,也不应忽视竞争对手的市场份额以及主要竞争对手的累积市场份额,这些指标也反映当前市场的竞争状况。⁽⁴⁷⁾除了市场份额之外,对市场竞争状况的考察还应关注产业的发展状况与市场的均衡状况。在产业初创阶段,即市场处于非均衡状态时,经营者频繁进入和退出市场,为产业发展不断试错。此时,市场自身更可能纠正任何反竞争策略的负面效应,因而不宜对某个具有“冒尖”苗头的经营者贴上“市场支配地位”的标签。相反,当产业处于过度或成熟阶段,即市场趋于均衡时,市场的动态性随之减弱,此时认定某个“冒尖”的经营者具有市场支配地位相对更为可信。⁽⁴⁸⁾

就潜在竞争而言,这涉及到一系列与进入壁垒相关因素的分析。进入壁垒的理论定义充满争议,但从反垄断实践的角度考虑,重要的问题在于,“是否、何时以及到什么程度市场进入可能发生”。⁽⁴⁹⁾因而可以认为,任何阻碍、延缓进入或扩张,从而使在位经营者的经营行为很大程度上不受约束的因素,都与进入壁垒相关。这些因素大体可分为四类:(1)行政性进入壁垒。行政性进入壁垒的存在可以是合法的,比如通过立法授予的国家垄断(法定垄断);也有可能是非法的,即行政性垄断。(2)结构性进入壁垒。在许多情况下,阻碍市场进入的根源来自市场结构或行业所固有的某些特征,包括但不限于规模经济、范围经济、产品差异、品牌广告、庞大的初始投资或沉没成本、投产与实际销售的间隔期间过长等等。在“新经济”领域,尤其需要重视网络效应、锁定效应、转换成本、学习效应、用户习惯、消费者的行为偏见等可能阻碍市场进入的因素。(3)策略性进入壁垒。策略性进入壁垒即在位经营者为阻碍竞争对手进入市场而采取的排他行为。事实上,经营者市场支配地位的认定与限制竞争行为的评估,不应当是截然二分的。因为,如果反垄断法关心的是经营者市场支配地位的变化(维持和加强),而不仅仅是市场地位的显著程度,那么就不应脱离涉案行为而孤立地对市场支配地位进行考察。⁽⁵⁰⁾

(44)波特“五力模型”对经营者集中审查的启示,参见王继荣《我国经营者集中竞争评估审查因素的改造及完善路径:以波特“五力模型”为基础》,《当代法学》2019年第4期,第120-122页。

(45)参见[美]迈克尔·波特《竞争战略》,陈丽芳译,中信出版社2014年版,第4页。

(46)参见吴韬《互联网反垄断案件中的市场份额与经营者市场地位评估》,《竞争政策研究》2015年第3期,第22页。

(47)See R. O' Donoghue & J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, p. 115.

(48)See Thibault Schrepel, “A New Structured Rule of Reason for High-tech Markets”, 50 *Suffolk University Law Review* 125-126 (2017).

(49)OECD, *Barriers to Entry*, 2005, p. 9, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/36344429.pdf>, last visited on 18 August 2019.

(50)See Louis Kaplow, “On the Relevance of Market Power”, 130 *Harvard Law Review* 1304-1311 (2017).

就抗衡力量来说,关键买家或卖家的谈判地位、议价能力和商业行为会影响市场竞争状况,因而抗衡力量也构成经营者竞争约束的重要来源。我们主要从认定卖方市场支配地位的角度来评估买方抗衡力量,包含以下步骤:第一,界定相关采购市场,相关采购市场包括供应商可能实际销售其产品的那些需求来源。第二,考察客户在相关采购市场的集中度,这是评估市场受买方力量影响程度的最重要的因素。第三,考虑客户(同时作为转售商)的行为给供应商带来的制约。第四,应当对供应商和客户的转换成本进行比较。当大客户有多种外部选择,而它们的供应商很少时,它们将拥有强大的买方抗衡力量。⁽⁵¹⁾有必要说明的是,如果只有特定的或有限的客户不受涉嫌占支配地位的卖方的影响,买方抗衡力量便不是一种充分有效的竞争约束。质言之,强劲的买方不仅要保护自己还要有效地保护市场。

(三) 能够妨碍相关市场的公平、有效竞争

追求公平是法律的永恒主题,反垄断法亦莫能外。⁽⁵²⁾在“正义即公平”的理论中,罗尔斯提出了正义的两个优先性原则:一是自由的优先性原则;二是正义对效率和福利的优先性原则。⁽⁵³⁾事实上,尽管美国反托拉斯法将经济效率奉为圭臬,对其大力鼓吹,但其他法域的反垄断法并没有忽视对经济自由、公平竞争、市场开放、社会公共利益等多元价值目标的关注。例如,我国《反垄断法》第1条就把“保护市场公平竞争”置于各种高层次价值目标的首要位置。⁽⁵⁴⁾市场支配地位作为一个规范概念,应当蕴含这些价值关注及其相应的义务内涵。具体来讲,这种义务内涵可归结为不得妨碍公平竞争与有效竞争。

就不得妨碍公平竞争的义务而言,公平竞争的价值包含了自由竞争的价值,因为追求公平在一定意义上意味着自由的优先性;再者,自由很大程度上是竞争的内在属性。“不得妨碍公平竞争”,直接体现了对支配性经营者的不公平行为予以规制的道义论基础。这些行为包括不公平高价、不公平低价、盘剥性的价格歧视、不公正的合同条款、不合理的交易条件等等。换言之,正是基于这种道义论的竞争概念——公平竞争,“剥削”得以成为反垄断法的一种损害理论,“剥削性滥用”得以成为滥用市场支配地位的一种基本类别。

就不得妨碍有效竞争的义务来讲,这里所谓的有效竞争是关于竞争的一种功利论概念,体现为结果意义上的效率或福利。⁽⁵⁵⁾“不得妨碍有效竞争”,体现了对支配性经营者的反竞争行为予以规制的功利论基础。这些行为包括造成一线竞争损害的排他性滥用行为,比如掠夺性定价、拒绝交易、独家交易、搭售、捆绑折扣、忠诚折扣、利润挤压等等,也包括造成二线竞争损害的扭曲性滥用行为(歧视待遇行为)。这些行为受到谴责是因为它们在结果上有损于效率或福利。

有必要强调的是,“提高经济运行效率”是反垄断法在公平价值之外亦需要追求的目标,然而经济效率具有多种形态,不仅包括静态或短期意义上的配置效率、生产效率,也包括动态或长期意义上的创新效率。这意味着,认定经营者是否具有市场支配地位,应当对两类效率统筹考量并谋求平衡。有效竞争作为反垄断法的价值目标,⁽⁵⁶⁾同时作为一种操作指引乃至判断标准,有助于在静态效率与创新效率之间建立联系,从而使市场支配地位的认定变得更加可靠。实际上,

(51) See R. O' Donoghue & J. Padilla, *supra* note [47], pp. 130-131.

(52) 社会公平和竞争自由是反垄断法的核心价值,并且是经济效率的上位价值。参见李剑、王茜《论反垄断法在市场经济中的价值意蕴》,《当代法学》2012年第5期,第120-122页。

(53) 参见[美]约翰·罗尔斯《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第60-62页。

(54) 《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。”在这当中,“预防和制止垄断行为”是基础性目标,“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”是高层次目标。关于经济法的基础性目标与高层次目标的论述,参见张守文《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版,第299页。

(55) 参见[英]奥利弗·布莱克《反垄断的哲学基础》,向国成等译,东北财经大学出版社2010年版,第29-31页。

(56) 参见王晓晔《有效竞争——我国竞争政策和反垄断法的目标模式》,《法学家》1998年第2期,第37-45页。

有效竞争不仅是规模经济与竞争活力相兼容的一种竞争状态，而且是“突进行动”和“追踪反应”这两个阶段构成的一个无止境的动态过程；有效竞争承认，市场的某些不完善因素或垄断因素，是实现更大创新竞争收益的必不可少的前提条件。⁽⁵⁷⁾

四、余论：修改《反垄断法》第17条第2款的需要

行文至此，回到我国《反垄断法》第17条第2款关于市场支配地位的定义，本文主张将其修改为“本法所称市场支配地位，是指单个经营者或者两个以上经营者组成的整体，具备强大的经济实力，不受充分有效的竞争约束，并且能够妨碍相关市场的公平、有效竞争的市场地位。”之所以需要作这样的修改，不仅是因为现行条款很大程度上是在复制实质性市场势力的经济学含义，对两个概念加以区分具有必要性和合理性，同时其缘由还在于以下两方面。

一方面，激活《反垄断法》第17条第2款的裁判功能和指引功能，使其担负起评估市场支配地位之“一般条款”的角色。实际上，《反垄断法》第18条所列认定市场支配地位应当考虑的因素不尽全面，比如它没有写明“抗衡力量”这一重要因素，也未与时俱进地规定与互联网经营者之市场支配地位认定密切相关的系列因素，例如经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、掌握和处理相关数据的能力、消费者的行为偏见等等。为应对上述难免存在的立法空白和滞后，反垄断执法机构和法院可以诉诸修改后的“市场支配地位”定义条款，据其规范要素和操作指引，更全面和准确地考虑与涉案经营者的市场支配地位认定相关的因素。

另一方面，夯实共同市场支配地位的法律依据。我国《反垄断法》第19条关于多个经营者之市场支配地位的推定规则，隐含着共同市场支配地位的概念和制度。然而，理论界和实务界对该制度的认识并不清晰。例如，我国反垄断执法机构查处的“异烟肼原料药垄断案”，虽然涉及上述推定规则的运用，但却对本应被作为整体认定具有共同市场支配地位的两个经营者，将其分别认定具有单独市场支配地位。⁽⁵⁸⁾ 为避免解释的疑义与应用的误区，有必要在修改《反垄断法》第17条第2款时，明确突出“单个经营者或者两个以上经营者组成的整体”的主体情状，以此夯实共同市场支配地位制度的法律依据，增进人们对该制度的规范认识。

责任编辑：李 剑

⁽⁵⁷⁾ 参见王俊豪《论有效竞争》，《中南财经大学学报》1995年第5期，第56-61页；吴小丁《现代竞争理论的发展与流派》，《吉林大学社会科学学报》2001年第2期，第67-72页。

⁽⁵⁸⁾ 参见国家发展和改革委员会行政处罚决定书（2017）1号、2号。