

滥用市场支配地位理论的司法考量

刘贵祥^{*}

内容提要 司法实践中认定滥用市场支配地位行为已经形成了较为固定的思维模式,但是某些关键性问题仍需要更深入研究和思考。界定相关市场时,定性分析方法(替代分析法)和定量分析方法(假定垄断者测试法)需要更合理的解释和操作方法;而涉知识产权案件、涉行业协会等特殊主体案件中市场支配地位的特殊性,进一步应证了“市场份额在判定市场支配地位时作用相对弱化”的观点;行为导致限制竞争的结果虽然是认定滥用市场支配地位行为的必要要件,但个案中可通过要求被告证明“合理理由”的存在减轻原告的举证责任。

关键词 相关市场 市场支配地位 交叉弹性 反垄断法

引言

我国《反垄断法》通过对垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中三类主要垄断行为以及行政垄断的规制,构建了反垄断法体系的基本框架。而其中滥用市场支配地位是指具有市场支配地位的经营者,通过垄断定价、掠夺定价、拒绝交易、限定交易、捆绑交易、差别待遇等手段,^①从事排除、限制竞争的行为。为便于识别滥用市场支配地位的行为,反垄断法还对市场支配地位的定义及认定市场支配地位应考虑的因素作了规定。

司法实践中,在反垄断民事案件的司法实践中,依据要件主义的思维范式,针对滥用支配地位行为的认定已经形成了较为固定的模式,其步骤如下:(1) 界定相关市场的范围,即被告是否与原告处于相关市场以及相关市场的范围确定;(2) 被告在已经确定市场语境下是否具有市场支配地位;(3) 被告即具有市场支配地位的经营者存在法律禁止的滥用市场支配地位的行为,该行为主要包括:垄断定价、掠夺定价、拒绝交易、限定交易、捆绑交易、差别待遇、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

^{*} 最高人民法院审判委员会专职委员,二级大法官。

^① 参见最高人民法院民事案件案由规定课题组编著《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第287页。

为;(4)上述行为产生的排除、限制竞争的效果。上述四步骤逻辑上是剥丝抽茧、层层递进的关系。即如果原告不能证明与被告处于同一相关市场,则无需再认定是否构成滥用支配地位。如果确定被告不具市场支配地位,那么即使存在《反垄断法》中规定的典型违法行为也不能受该法的规制,但不排除适用他法,如《反不正当竞争法》等。^②当最终步骤完成并能得出肯定结论时,方能确定经营者具有滥用市场支配地位的行为,并承担相应的民事责任。

《反垄断法》(2009)和最高人民法院《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》(2012)出台后,我国反垄断民事案件数量呈逐年上升的势头,2014年度全国反垄断民事案件共86件,而2015年度该数字则上升至156件,^③其中以滥用市场支配地位为由提起民事诉讼的案件更是反垄断民事案件的主流,新类型案件层出不穷。本文作为分析样本的案例,为称“体育界反垄断第一案”的广东粤超体育发展股份有限公司诉广东省足球协会、广州珠超联赛体育经营管理有限公司垄断纠纷案(以下简称“粤超诉广东足协案”)^④,该案确定了行业协会等特殊主体可能构成相关市场支配地位。此外,北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位案(以下简称“奇虎360诉腾讯案”)^⑤,以及华为技术有限公司诉交互数字技术公司、交互数字通信有限公司、交互数字公司滥用市场支配地位案(以下简称“华为诉IDC案”)^⑥在本文中也有非常重要的研究和参考价值。其中奇虎360诉腾讯案、粤超诉广东足协案两案为最高人民法院做出裁判结果,代表了我国最高审判机关在反垄断法领域的基本态度,而华为诉IDC案是我国首起针对知识产权滥用提起反垄断调查的案件,有一定的国际影响力。上述三案裁判中都精确地使用了“界定相关市场(商品市场及地域市场)——市场支配地位——构成滥用行为”的经典思维范式,但同时又对确定滥用市场地位的行为的理论和思维方法有新的思考。本文将以上述三案为主要分析样本,对判断滥用市场支配地位的各步骤提出自己的观点。

② 《反垄断法》与《反不正当竞争法》之间确认的违法行为多有相似之处,如后者第11条规定,经营者不得以排挤对手为目的,以低于成本的价格销售商品,类似于“掠夺定价”的行为。实则,《反不正当竞争法》同样有防止垄断、保护市场竞争的职能。

③ 参见2014年度和2015年度的《中国法院知识产权司法保护状况》,载最高人民法院官网:<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14207.html>。

④ 参见最高人民法院(2015)民申字第2313号民事裁定书,以下所引用的裁判文书均来源中国裁判文书网,载<http://wenshu.court.gov.cn/>。

⑤ 参见最高人民法院(2013)民三终字第4号民事判决书。

⑥ 参见广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第396号民事判决书。

反垄断民事案件基本情况列表(以生效裁判认定为准)

	相关商品市场	相关地域市场	是否具有支配地位	是否构成滥用
奇虎 360 诉腾讯案	综合性即时通信服务与非综合性即时通信服务、移动端即时通信服务共同构成的服务市场	中国大陆地区	否	否
华为诉 IDC 案	IDC 的 3G 无线通信技术标准中的每一个必要专利许可市场,均构成一个独立的相关市场。	中国或美国	是	是
粤超诉广东足协案	五人制足球赛(商业经营)	广东省	是	否

一、精确界定相关市场的科学方法

在 1948 年哥伦比亚钢铁公司案中,美国最高法院首次使用了“相关市场”(Relevant Market)一词。该概念一经推出,即被公认为是反垄断的核心概念,相关市场的界定被认为是反垄断调查的逻辑起点,是“反垄断司法过程中一项最基础、最核心和最关键的工作”。^⑦之所以“最关键”,在于任何一个市场主体被认定为“垄断”,都是一种在特定市场范围内的“相对的”垄断,即在一种市场语境下可以认定为垄断,在另一种语境下又“丧失”其垄断地位。如在杜邦公司玻璃纸案中,美国政府部门认为杜邦公司生产的玻璃纸占美国玻璃纸包装材料市场 75% 而提起反托拉斯民事诉讼。哥伦比亚地区法院则认为,决定杜邦公司是否具有市场支配地位的相关市场应当是“灵活材料包装市场”,包括透明纸、防油纸等,杜邦公司在该市场不具有市场支配地位,以此驳回诉讼请求。^⑧在该案中,从“玻璃纸包装材料市场”到“灵活材料包装市场”的市场界定范围的变化直接决定了案件的最终结果。

《反垄断法》第 12 条第 2 款规定,相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。所谓相关市场其法律涵义为,与处于市场支配地位的涉嫌垄断者提供的商品与服务销售相关的市场范围。相关一词,顾名思义,为有关系、有客观联系之意。司法中对于“相关”的审查,是针对市场上竞争者关系的实体审查,界定相关市场的首要任务是确定谁是涉嫌垄断者的竞争者,在选择全部市场竞争

⑦ 刘伟《序》,载李虹《相关市场理论与实践——反垄断中相关市场界定的经济学分析》,商务印书馆 2011 年版。

⑧ 参见[美]马歇尔·C·霍华德《美国反托拉斯法与贸易法规》,孙南申译,中国社会科学出版社 1991 年版,第 25 页。

者对象后方能确定所谓相关市场的框架,并最终作为确定经营者是否处于市场支配地位的前提。

从法律条文出发解释,确定相关市场的范围应考虑实体竞争关系,竞争关系包括两个方面:一是根据商品的特性、价格及其使用目的等因素可以相互替代的一组或者一类商品所构成的市场,即商品市场;二是相关经营者供给或者消费者购买相关商品的地域范围,即地域市场。^⑨商品和地域是界定相关市场过程中必须审查的两个维度,是指同一个市场。此外,在相关市场的界定中有时还需要考虑相关商品市场和相关地域市场内经营者所能展开竞争的时间范围。但如何界定相关市场范围,是反垄断法的一个关键性难题,“相关市场”的范围在实践中变幻莫测让人深感迷惑。因此我国司法实践也在具体个案中不断探索界定相关市场的科学方法。

(一) 定性分析方法——替代分析方法的应用

国务院反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》(2009)第4条为市场界定提供了一般分析方法,即替代分析法,《指南》规定“在反垄断执法实践中,相关市场范围的大小主要取决于商品(地域)的可替代程度。”界定相关市场,一般的思维逻辑是从需求者角度出发,发现市场里存在的需求者认为具有较强替代关系的商品或服务,界定相关市场主要方法就是进行需求替代分析。但是,当需求分析有较大难度时,且“当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时”,也应考虑供给替代。

需求替代分析,是从消费者、购买者的角度,根据被诉垄断商品的性能、用途、生产工艺、表面特征、价格定位等因素,寻找可以相互交换或者相互替代的所有商品。如果发现其他商品,则认为该商品与被诉垄断商品处于“同一相关商品市场”。如将同样可用于消暑的雪糕和冰淇淋认定为属于同一个商品市场^⑩;虽然性能基本相同,中低档轿车和高档轿车因其价格悬殊、受众消费水平不同,也可被认为不属于同一商品市场;在酒类商品中,即使用途、价格近似,但是酱香型和清香型白酒也可能认为不属于同一商品市场。

依据司法实践中的一般推理模式,对于与被诉垄断商品有较高相似性的“最有可能具有紧密替代性关系”的其他商品,可以作为判定相关市场范围界定的逻辑起点,这也是替代分析方法提供的针对较为简单的市场环境下比较效率的界定市场分析方法。尤其结合类推等逻辑方法,在审查中能够快速地得出结论。《指南》第3条规定,相关商品市场的界定一般首先从反垄断审查关注的经营者提供的商品(目标商品)开始考虑,逐步考察最有可能具有紧密替代性关系的其他商品。如果该商品被认为是可替代的,则该商品应纳入“相关市场”范畴,下一步则继续选择“最有可能具有紧密替代性关系”的

^⑨ 参见王先林《论反垄断法实施中的相关市场界定》,载《法律科学》2008年第1期。

^⑩ 参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第61页。

另一商品。如果发现选择之商品不具替代性,则根据“举重以明轻”的一般逻辑原则,就可不再寻找其他特性相类似的替代商品,相关市场的范围即可确定。

上述方法在粤超诉广东足协案中得以适用。反垄断审查关注的经营者提供的目标商品为五人制足球联赛的组织(商业化运营),审查中首先应确定考察的市场对象,若以“非十一人制的足球赛事的商业化运营”作为对象显然就范围过广,增加了判断的复杂程度。裁判者选择了对于场地、参赛人数要求相近,规则基本相同又具有一定市场影响力的七人制足球联赛的商业运营作为最有可能具有紧密替代性关系的其他商品予以考察。判决书分别从作为体育项目的规则和赛事运营的替代性寻找答案,得出的结论是:五人制足球联赛与七人制足球联赛在参赛球队(俱乐部)、裁判、观众、赞助商、媒体等要素上不存在排他性的此消彼长关系。既然二相似商品不具备任何替代关系,一种商品的价格浮动也不会导致另一种商品的需求浮动。再继续运用类推的方法,其他“非十一人制的足球赛事的商业化运营”也不与五人制足球联赛存在可替代的关系,自然就无需多费唇舌考察。因此得出以下结论:五人制足球联赛的组织(商业化运营)单独可以被界定为是一个独立的市场。该案中使用的分析方法就是选择“最具有紧密替代性关系”商品进行比对,比对中即得出该商品与目标商品不属于同一相关市场的结论,同时其他可能具有替代关系的商品与“最具有紧密替代性关系”商品从特性上基本一致,那么就可以直接确定相关市场的范围,而无需进行其他的替代分析。

替代分析方法本身有一定的局限性,替代性商品本身就很难划分,尤其在商品市场边界模糊的领域,以替代分析方法确定同一相关市场即有一定难度。在奇虎360诉腾讯案判决中,在确认综合性即时通信服务(如腾讯QQ)作为目标商品后,裁判者将文字、音频以及视频等非综合性即时通信服务、移动端即时通信服务、社交网站、微博服务、手机短信、电子邮箱服务作为替代商品与目标商品一一比对。而比对的内容,主要包括从需求替代出发比对商品功能、特性、质量、功能用途、获得渠道以及从供给替代出发比对转产的难易程度。^⑪相对于以往的反垄断案件,奇虎360诉腾讯案中需要界定的市场情况更为复杂,综合性即时通信服务与其他网络通讯服务界限不清,服务有的部分功能相同,但是又各自有其特性,因此替代比对时不得不选择多个商品,一一进行详细地比对,一一确定与综合性即时通信服务是否应当界定为同一市场,待全部论证完毕后,方能在已经确定的市场范围内判定经营者是否处于市场支配地位。从而得出单一文字、音频以及视频等非综合性即时通信服务应纳入与QQ相关商品市场范围、原告关于综合性

^⑪ 如判决里在比对认综合性即时通信服务和非综合性即时通信服务时,提到“腾讯QQ即时通信服务是一种可以提供文字、音频以及视频三种通信功能的综合性即时通信服务,非综合性即时通信服务包括文字、音频、视频单一功能即时通信以及包括了文字、音频两种功能的即时通信。”此外,从商品使用特性的角度具有几乎完全相同的特性,即“基于互联网、可以检测用户在线状态、即时交流、隐秘交流、免费等”。从商品的可获得性角度来看,均可以非常容易地从互联网上免费取得。最后,从供给替代的角度考虑,“提供非综合性即时通信服务的经营者可以非常容易地转而提供全方位、综合性的即时通信服务”。

即时通信服务单独构成相关市场的主张不成立的结论。

结合民事案件审判自身的特点,司法实践中对于相关市场界定的过程已经形成了较有特色的方法:

一是在选择作为分析对象的替代商品时,灵活运用我国民事诉讼中的主张和举证规则,将被动选择和主动选择结合起来确定作为替代商品的“标靶”。裁判者除了对当事人主张的替代商品一一审查分析外,还可以以职权主义的思路主动选择替代商品,而不再拘泥于当事人的主张,这样能够更高效更准确地得出结论。^⑫在上述案例中,法院直接在市场中选取与目标商品性质类似的“标靶”,即七人制足球赛的商业运营,这种大胆的选择直刺案件的要害,使得审查更具说服力,尤其当当事人主张的相关市场商品并非“最紧密联系”时,采用主动选取“标靶”结合类推的方式,将免去繁琐的商品比对环节。替代分析时在确定替代品时,选择初始商品是非常重要的。^⑬如果能够准确地选择“最有可能具有紧密替代性关系”的商品作为分析对象,如粤超诉广东足协案中选择“七人制足球联赛”,奇虎360诉腾讯案中选择“文字、音频以及视频等非综合性即时通信服务”作为标靶,依据相似性的远近一一分析纳入或排除出相关市场。同时,对于同质化的商品可采取类推方法,若最紧密关系商品(如七人制足球赛的商业运营)不属于相关市场,则次紧密关系商品(其他非十一人制足球赛的商业运营)更不属于相关市场,对于其他商品也无需一一分析。那么将大大降低反垄断审查的难度,并能更接近正确的结论。

二是丰富了比对目标商品和替代商品时应考虑的“未来”因素,同时对商品特性的分析元素也更加多样化。粤超诉广东足协案中分析了作为商品的五人制和七人制足球联赛的竞赛规则及二者的参与者、赞助商等的关系,实际上是以未来的一定时间的市场潜力为分析目标,奇虎360诉腾讯案中涉及的比对因素更是包括软件的具体功能、用户偏好功能、主要使用功能、多个功能的重合度、获取渠道等。在界定相关市场时,同样考虑在可预见的未来具有现实可能性的市场反应和变化,裁判者认为“如果经营者缺乏一定时期内较为持久的市场支配力,难以对竞争产生影响。”尤其是在互联网市场“动态竞争”的环境下,分析时不再局限于以某个时间点做静态分析,而是以未来的一个时间段的用户偏好和预期作动态分析,动态分析以两种商品之间的相关性为终极目标,能够发现需要选择的“标靶”商品及商品特性。

综上,替代分析方法是反垄断审查中最为常用、也是非常有效的一种界定市场的方法,司法实践中也多采用这种分析方法,以发现同一相关市场的竞争者。但是在比较复

^⑫ 奇虎360诉腾讯案二审判决书中表述称:上诉人主张移动端即时通信服务是否属于本案相关商品市场的问题在一审过程中没有涉及,不属于二审审理范围。本院认为,相关市场的界定本质上属于案件事实认定问题,也是本案据以裁判的基础事实。对于一审法院没有查明的基本事实,当事人在二审过程中发生争议,本院理应予以补充查明。

^⑬ 参见前引^⑨,王先林文。

杂的市场环境中,替代分析方法的应用有一定的难度。

(二) 定量分析方法——假定垄断者测试法的反思

无论《关于相关市场界定的指南》还是在奇虎360诉腾讯案的判决中,都提供了一种以定量分析确定相关市场的分析方法——假定垄断者测试(Hypothetical Monopolist Test, HMT)是美国《横向并购指南》(1982)提出的一种以抽象方法的界定相关市场的思维范式。其中较常见的是SSNIP(Small but Significant Non-transitory Increase in Price)法,其核心内容为当经营者集中成为某个市场垄断者时,如其他条件不变,考察追求自利最大化的该垄断者是否可以以小幅的、显著的、非暂时的方式提高产品价格,而不影响其市场地位。如果答案是肯定的,则垄断者所处市场构成相关市场,否则,进一步虚拟拓展垄断者控制的产品或地域范围,直至答案变肯定为止。^⑭其基本逻辑,是当市场竞争者无法直接通过常理确定,或市场过分活跃导致竞争者过多,市场界限模糊不清的情况下,通过以垄断者本身的视角,通过假定垄断者提供的商品价格上涨,观察替代商品和替代竞争者的出现,进行虚拟推断,确定竞争者的方法。

SSNIP的经济学基本原理为所谓弹性交叉(cross-elasticity)理论。^⑮即一般情况下,某种商品的价格上涨,将直接导致对该商品的需求下降,当其他商品价格不变的情况下,对另一种可替代商品的需求就会增加。那么从另一个角度推断,如果不存在弹性交叉性,即一商品的价格下降并未导致另一商品的需求上升,即可认为二商品不具备互相替代关系,不处于同一相关市场中。举个简单的例子,如摩托车的价格上涨导致自行车的需求上升,则二者可以认为属于相关市场商品,但对汽车的需求量并无影响,故摩托车与汽车则不属于同一相关市场。如《指南》第10条提供的分析思路,假定垄断者持久地(一般为1年)小幅(一般为5-10%)提高目标商品的价格,目标商品涨价会导致需求者转向购买具有紧密替代关系的其他商品,从而引起假定垄断者销售量下降。如果目标商品涨价后,即使假定垄断者销售量下降,但其仍然有利可图,则目标商品就构成相关商品市场。

本质上看,假定垄断者测试的根本目标,同样是寻找目标商品的替代者,与传统的替代分析方法并无二致。仅是替代分析方法类型下的利用经济学方法的一种更精确的量化分析方法,适用于较为模糊的市场环境。区别于一般的替代分析法,垄断者测试仅仅是一种变通的寻找市场替代者的方法,相对于替代分析法更复杂、更不效率,但是更精确、更有说服力,是将逻辑无法解决的问题交由数字解决。

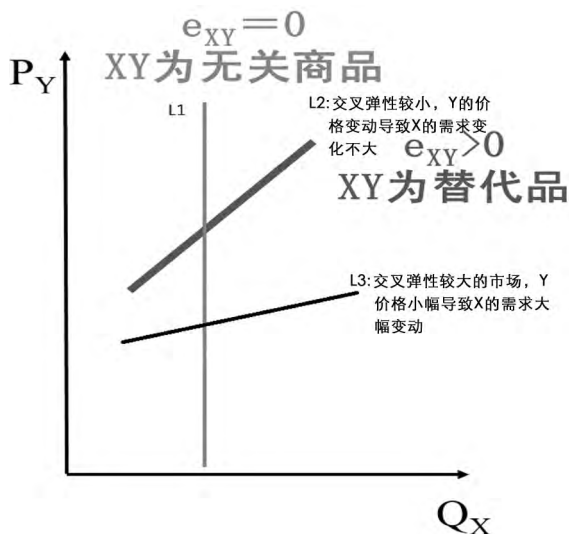
在奇虎360诉腾讯案中,一审法院大胆使用了垄断者测试法确定相关同一市场。一审法院假设腾讯公司持久地(假定为一年)从零价格到小幅度收费后,考察是否有证

^⑭ 参见黄坤、张昕竹《盲人摸象与相关市场界定——假定垄断者测试及其执行方法的一个框架》,载《财经问题研究》2013年7月期。

^⑮ 参见金朝武《论相关市场的界定原则和方法》,载《中国法学》2001年第4期。

据支撑需求者会转向那些具有紧密替代关系的其他商品,并认为有理由相信需求者完全有可能转而选择免费的文字即时通信、音频或者视频通话中的任何一种服务,从而得出“综合性的即时通信与文字、音频以及视频等单一的即时通信属于同一相关市场”的结论。二审法院则对此持不同观点,二审法院认为,正因为免费成为互联网产业通行的、基本的因而也才是可行的服务模式,将价格由免费转变为收费也意味着商品特性和经营模式的重大变化,因此,基于相对价格上涨的假定垄断者测试并不完全适宜在本案中适用。该案选择可以通过数量不大但有意义且并非短暂的质量下降的方法(SSNDQ)进行。这提供了一种结论:即 SSNIP 法有其适用的局限性,可以通过假定以价格以外的因素(如产品质量)作为变量完成假定垄断者测试。

互联网产业是商品具有高替代性的市场,交叉弹性大的商品通常具备以下特征:面临激烈市场竞争、替代产品较多、非生活必需品属性、准入门槛低等特征。较典型的如消费类电子产品(手机、数码相机等),如果价格有一定幅度下调,会激发更大规模的销量增长,市场中企业经常会受价格战的困扰。而互联网行业多采取免费的服务模式,一旦小幅度收费后,即使免费产品所消耗的机会成本高,消费者的第一选择是改用其他免费产品。在零价格的背后是准入门槛低、互联网公司之间激烈竞争的后果,互联网公司都非常清楚收费意味着失去大量的市场份额,更多免费的替代商品将进入,目标商品本身的需求量将现断层式下跌,导致假定垄断者测试结果不准确。^{①⑥}



上图为经济学中的弹性交叉效应图,以表现两种可能相关的商品之间的替代关系。其中横轴代表商品 X 的需求量,纵轴代表商品 Y 的价格。若商品 Y 的价格与商品 X 的需求正相关(如 L2、L3 所示),则可认为 X、Y 间为替代品。

^{①⑥} 关于 SSNIP 法的局限性,可参见丁春燕《论我国反垄断法适用中关于“相关市场”确定方法的完善——兼论 SSNIP 方法界定网络相关市场的局限性》,载《政治与法律》2015 年 3 期。

在使用假定垄断者测试方法时,如果暂定目标商品为Y,若Y的价格上涨,导致商品X需求增加幅度明显,则可认为商品X与Y为同一相关市场;但如L1所示,若Y的价格上涨对X的需求无任何影响,则认为二者不处于相关市场,不具替代性。此外,需求的交叉弹性的大小也将直接决定相关市场的性质,L2代表的交叉弹性较小,Y商品价格变动对X需求变动的的影响较小,L3代表的交叉弹性大,Y价格的轻微上涨将导致X商品的需求大幅上涨,奇虎360诉腾讯案中的相关同一市场就属此类。

对于假定垄断者测试方法应用的可行性,仍然存在不小的质疑,如有学者认为,即使通过强制手段,当前的调查方法也无法获得假定垄断者测试所需要的精确数据,可操作性较差;其次是基准价格的取得是以竞争性价格为准(本身就很难取得),还是以当前价格为准;再次,提高目标商品的价格的幅度如何确定。^{①7}总之,假定垄断者测试一般依赖于一个较复杂的数学模型,这种方法是建立在经济学模型上的量化方法,运用该方法应建立在准确的数据分析和计算、市场调查的基础上。假设小幅提高目标商品的价格,并寻找和观察替代者,因为设定条件的严苛和精确,因此得出结论需要大量的数据支持,以进行充分的量化分析。应该说,现阶段法院在审判中使用假定垄断者测试方法界定相关市场有一定的操作难度,选择使用时也可以尝试利用委托专业机构的专门研究报告,以充实的数据对案件事实的认定提供参考。

二、认定市场支配地位相关理论的应用和反思

所谓市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、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。市场支配地位一般包括几种典型的表征:一是独占市场,是指一家企业在特定市场上没有其他任何竞争者,此时潜在竞争者进入市场有重大障碍;二是突出的市场地位,一家企业在市场上虽有竞争者,但是因为该企业巨大的竞争优势,市场的实质性竞争只是在小范围、低层次和低强度的情况下进行。^{①8}如何判定经营者的市场支配地位同样也是困扰裁判者许久的问题之一。

(一) 市场份额在判定市场支配地位时作用的相对弱化

确定市场支配地位的一般方法,是《反垄断法》第18条规定的根据市场份额、竞争状况、经营者控制市场的能力、财力和技术条件、其他经营者的依赖程度等等的正面论证方法,及第19条规定的达到一定市场份额的推定法。实践中各个案件中相关市场的差异较大,分析起来缺乏一定的共性,但其中利用市场份额的推定,再要求被控垄断者提供反证确定是否构成市场支配地位为判断市场支配地位经常使用的方法。市场份额

^{①7} 参见前引^{①4},黄坤、张昕竹文。

^{①8} 参见王晓晔《竞争法研究》,法律出版社1999年版,第189-190页。

因素在传统商品领域确定市场支配地位时起到举足轻重的作用。

但是,越来越多的案例证明,很多情况下,市场份额在决定商品的市场支配地位时起到的作用已经相对微弱,市场份额不再直接决定支配地位,决定支配地位的恰恰是“经营者控制市场的能力”,而市场份额仅仅是控制市场的结果和一般表征之一。从消费者角度出发,客户考虑特定占据大比例市场份额的公司销售的产品可能仅仅是一种习惯,并不能证明卖家在他们身上的任何定价权。许多因素被发现与市场份额有相同重要的作用。司法实践中也越来越倾向于从市场本身的特征出发,再结合商品在 market 中的具体份额,决定是否构成市场支配地位。如在奇虎 360 诉腾讯案判决书即认为高的市场份额并不当然意味着市场支配地位的存在。在案例中,裁判者通常关注以下因素有其重要的意义:

一是市场的基本状况和特征,如替代商品的种类和数量、竞争不同于传统市场的特征、可替代商品之间竞争的激烈程度以及弹性。如判决认为即时通信领域的竞争呈现出创新竞争、动态竞争的显著特征,经营者需要持续创新,产品创新周期较短,若不及时创新已有商品恐怕难以立足。裁判者还指出了互联网市场中双边市场的属性,即“为了获取广告业务和增值业务的盈利,即时通信服务经营者必须在用户端持续吸引大量的用户”。以上是对即时通信商品市场的特征总结,实际上适用于大部分的新型商品或服务市场,如互联网市场、电子通讯服务市场等。此外,如前所述,需求交叉弹性(即市场中商品间的可替代性)也是市场状况的重要考察因素,即时通信服务经营者向广大用户提供的基础即时通信服务均为免费,用户也缺乏付费意愿,一旦价格上涨必将导致大量的用户群转投其他商品,是典型的需求交叉弹性大的市场。市场的基本状况本身并无直接的证明意义,但恰恰是据此得出经营者是否有控制市场能力结论的前提。在司法实践中,裁判者基本上已经形成了以市场特征作为分析出发点的思维惯性。

二是其他经营者进入市场的壁垒。市场进入壁垒因素从另一个侧面影响了经营者的支配地位。如有观点认为互联网市场为典型的动态市场,即市场地位随时处于动态变化之中,拥有再大的市场份额也可能因其他企业的更优质化的创新而迅速丧失市场地位。在美国诉 Syufy 公司垄断案中,法院认为“Syufy 公司拥有很大的市场份额,但是对构成垄断没有重要意义。在判断垄断力量的时候,不是看市场份额,而是要看经营者是否具有维持巨大市场份额的能力。”^{①9}此时相关同一市场的范围是一个开放的、不断发展的、动态的,某一市场的稳定性有限,在该市场环境下可能仅能维持较短的时间,因为新的竞争者可能因为创新或其他原因不断地进入市场,相关市场的范围也不断地随之发生变化。在市场准入低、壁垒低的市场,垄断是很难形成的。“虽然具有较高的市场份额会让人联想到垄断,但是如果是在一个市场准入很低或者被告不可能控制价格

^{①9} United States v. Syufy Enterprises, 903 F. 2d 659 (9th Cir. 1990).

或者排除竞争的市场中,就不会被认定为是垄断。”^⑩

三是经营者控制商品价格、质量、数量或者其他交易条件的能力,即控制市场的能力。有学者提出企业的销售价格和生产成本之间的显著差别而产生的非同寻常的盈利时,或一个企业在确定其销售和价格政策时不受其竞争者销售和价格政策的影响,均认为该企业具有控制市场的能力。^⑪在美国微软垄断案中,微软主导准入门槛高的新操作系统的市场份额,消费者如果试图切换到其它计算机操作平台将付出高昂的成本,这意味着微软有相当大的能量来确定兼容个人电脑操作系统的市场价格,开发、测试新的操作系统将花费大量的时间。^⑫此时经营者得控制价格,不受其他竞争者的影响。此外,还可以判断其是否能够控制质量,或控制商品数量以及其他交易条件的能力,即适当降低服务质量或改变交易条件是否会导致用户的减少,如果作上述改变也不会导致用户减少,则可以认为是对市场有控制力的。奇虎360诉腾讯案中,裁判者就以被告是否能够控制质量为出发点论证被告不具备控制市场的能力。实际上,在一些新兴市场,需求交叉弹性较大,控制市场本身有相当难度,经营者控制商品价格、质量、数量或者其他交易条件的能力都相对较弱。

综上,在决定市场支配地位的诸因素中,具决定性的因素是控制市场的能力,控制市场能力是从市场份额、进入壁垒以及其他结构性因素推导出的一个抽象的“质”^⑬,而市场份额、市场的基本特征、进入相关市场的壁垒实际上都是侧面论证经营者控制市场能力的注脚。对市场支配地位的判断是一个全方位的综合性的判断,也具有较高的难度,司法实践中体现的理论发展趋势实际上与世界各国反垄断法的发展趋势是高度吻合的,即市场份额决定论的相对弱化,市场份额在认定支配地位时渐渐扮演辅助地位。许多情况下,经营者的高市场份额已经无法直接得出市场支配地位的结论。

(二) 涉知识产权案件中判定市场支配地位的特殊性

知识产权在反垄断法中一直是一个特殊的存在。如《反垄断法》第55条规定,经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。知识产权具有天生的垄断性,知识产权权利合理性来源于知识产权制度本身是以绝对的公开换取“拟制”的垄断的制度。

知识产权的客体是智力成果和工商业标记,其本质是一种广义上的“知识”。知识具有许多独异的特征,其最为重要的特征,许多学者称之为无形性(intangibility),因此

^⑩ 沈四宝、刘彤:《美国反垄断法原理与典型案例研究》,法律出版社2006年版,第13页。

^⑪ 参见王先林:《论滥用市场支配地位行为的法律规制——〈中华人民共和国反垄断法(草案)〉》相关部分评析》,载《法商研究》2007年第6期。

^⑫ See RJ Gilbert: Networks, Standards, and the Use of Market Dominance: Microsoft (1995), Antitrust Revolution the Role of Economics, 1998.

^⑬ See DA Crane: Market power without market definition, Notre Dame Law Review, 2014, 90(1): 31-79.

这里的无形指客体“知识”具有无形性,以区别于有形、有体的物。^{②④} 知识是看的见摸不着,无法通过事实占有控制的财产,但它需要通过有形有体的载体表现出来。知识产权客体的无形性决定了:(1)知识的共享性。两个或两个以上被许可人可在同一时间使用同一知识而不损失内容量。(2)知识的永恒存在、非消耗性,“知识财产在空间上没有边界,或者除了它的开始,它在时间上也没有边界,而且由于它不是物质性,所以它就是不可毁灭的,也不具有任何空间限制。”^{②⑤} 知识产权受到期限的限制,但知识只要不被人类遗忘,却永恒存在,不受固体载体是否灭失的限制,只不过可能经过一定的期限知识不属于私人财产的范畴,而进入公有领域。(3)知识的依附性。知识必须借助于一定的载体形式表现出来并为人所感知,早期的载体均是有体物,但随着科技的发展,也有可能是电子数据。知识在变换载体时,其内容保持不变,知识对所依附的载体可选择性。(4)知识载体的无限复制性,载体可以不断复制自身,知识也可以以不同的载体形式再现知识。(5)知识载体的无限多样性,技术的不断进步导致知识的载体不断推陈出新,以著作权为例,电子书、有声读物等已经大大冲击了原有的以纸质书载体市场。^{②⑥}

结合上述对于知识产权客体的分析,涉知识产权案件中判定市场支配地位的特殊性体现在:

一是知识产权经营者的市场支配地位不同于其他商品,一般不同于传统市场主要来源于长期的竞争形成的历史地位,而是来源于商品即知识产品本身的创新优势和市场迎合度。一个好的知识产品能够使得默默无闻的企业瞬间具有市场支配地位,并不是源于长期的市场经营,而是源于商品优于其他商品的先天优越性。因为知识产权市场与互联网市场紧密相连,而互联网时代人与人之间的沟通成本低、信息传递成本低,信息和知识的传递快速而便捷。同时,知识的载体具备多样性和无限复制性的特点,更加放大了互联网市场效应。

二是知识产品在市场中的替代性相对较低,导致其相关市场的范围一般较小。一个知识产品构成一个相关市场的例子常有,其原因各有不同,著作权中作品较强的个性表达导致作品的替代性较低,喜欢《三国演义》的不会因为该书籍涨价去看《红楼梦》,喜欢贝多芬的不会因为唱片涨价去听莫扎特;而专利权因专利申请制度的类型化管理和专利功能的不同导致相关市场细分,而权利人的专有权利导致任何经营者进入市场无法选择其他的交易对象,每一个需求者对于知识产品的需求曲线都体现出相对的刚性,并不会因价格的变化导致需求的变化。权利人可能凭借其权利产生的“锁定效应”而排除行业中的竞争对手。^{②⑦}

^{②④} 参见吴汉东《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识以财产所有权为比较研究对象》,载《法学评论》2000年第5期。

^{②⑤} [美]威廉·兰德斯、理查德·波斯纳《知识产权法经济结构》金海军译,北京大学出版社2005年版,第40页。

^{②⑥} 参见刘春田《知识产权解析》,载《中国社会科学》2003年第4期。

^{②⑦} 参见王晓晔《标准必要专利反垄断诉讼问题研究》,载《中国法学》2015年第6期。

如果知识产权出现“一个商品一个相关市场”的结论,那么该知识产权的权利人或独占许可权人就极易成为市场上唯一的经营者,而直接获得市场支配地位。在华为诉IDC案中,产品制造商要生产符合标准的产品,实施必要专利不可替代,必要专利的专利权人获得“超越专利权内涵”的市场支配力量。IDC作为涉案必要专利许可市场唯一的供给方,其在每一个必要专利许可市场具有完全的份额,完全具有阻碍或者影响其他经营者进入相关市场的能力。故IDC在相关必要专利许可市场具有市场支配地位。法院最终关于相关市场得出的结论是:IDC的3G无线通信技术标准中的每一个必要专利许可市场,均构成一个独立的相关市场,本案的相关市场是该一个个独立相关市场的集合,即“一个商品一个相关市场”。

三是知识产权权利人的市场支配地位相对较强。对知识的垄断不同于传统法中对于物的控制,不是通过接触或占有物来完成,而是通过法律的拟制来完成。因此,虽然在个体上知识产权及其许可债权的支配属性与物权相较,其支配效力较弱。但是考虑到对于市场的支配力较广,其效力之“总量”更大。物权的支配虽是全面的支配,但却受制于该有体物的物理存在,支配权的实现并不会对该有体物之外产生影响,更不会对相关市场产生影响。而知识产权及其许可债权显然有更大的魔力,从后果上看,支配作用的发挥体现出强大的“衍生性”^⑳。“知识产权人通过对智力成果的生产经营性支配,可以控制相关的有形载体或说有体财产,进而形成一种垄断性的市场支配力量。”^㉑知识产权的支配权能够及于已经销售的物质载体,能够影响不特定多数人对于物的使用方式,限制权利载体的买方使用的方式,这种垄断显然比事实占有的方式范围更广,对市场更具统治力。知识产权对知识本身虽然是弱支配性的垄断权利,但在市场上却是最具市场支配力的革命性的“垄断”方式。

因此,在涉知识产权的反垄断案件中,判断市场支配地位就不再受传统市场份额等理论的限制。当确定相关同一市场后,首要的任务是寻找知识产权的权利人而非市场份额最大的经营者,正因未经知识产权授权的销售行为均为侵权行为,即使获得相当的市场份额但权利来源不合法,也无法取得市场支配地位。而知识产权权利人即使尚未进入市场,也同样可以获得支配市场的能力,因为他随时可以通过侵权诉讼禁令、直接实施、广泛授权等方式,迅速占领市场,从而获得控制商品价格、质量、数量或者其他交易条件的能力。在知识产权反垄断案件中,知识产权权利人或独占许可权人是最可能获得市场支配地位的经营者。

但是一旦知识产权失效,如超过法律规定的保护期间,知识进入公有领域,以知识

^⑳ 王宏军《作为排他权与支配权的知识产权——从与物权比较的视角》,载《知识产权》2007年第5期。

^㉑ 德霍斯认为,在抽象物(智力成果)上设立财产权、知识产权的后果:一是会产生威胁权力,强化人身依附关系;二是通过权利扩张,使社会制度的分配越来越不均衡。参见[美]德霍斯《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2008年版,第32页。

垄断为核心的相关同一市场将演变成以载体为核心的市场,那么对于市场支配地位的判断将回归传统的以市场份额为主要考量对象的判断方式。如某部小说在著作权法规定的权利保护期间内其市场支配地位由其作者或作者独家授权出版的商业机构获得,一旦超过著作权法的保护期,其他人亦有出版发行等权利,那么就要通过传统的市场份额分析等方式重新认定市场支配地位的获得者。

鉴于知识产权的权利人较易获得相关市场的支配地位,但过分的限制其行使权利将挫伤权利人进行创造性劳动的主观能动性,故反垄断法规定,依据知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不构成垄断行为,但是,经营者滥用知识产权阻碍竞争的,同样受到反垄断法的制约。

(三) 行业协会等特殊主体市场支配地位的认定

判定市场支配地位时,特殊主体作为经营者的介入也可能导致市场支配地位的认定更具特殊性,尤其是当一些有公共管理职能的组织进入市场时,此时确定市场支配地位体现出不同于传统的新规则。

在粤超诉广东足协案中,广东省足协与珠超公司签订协议书,约定广东省足协批准珠超公司独家在广东省境内投资、组织、管理、运营和举办广东省室内五人制足球联赛,广东省足协向珠超公司提供诸如争取有关政府机构和主管部门对联赛的支持和批准等与举办联赛相关的协助服务,珠超公司支付相应劳务费用。后另一市场经营者粤超公司提起诉讼称,上述协议具有排除、限制竞争的效果,请求判令无效。纵观本案,对案件处理有决定性意义的争议焦点在于,被告广东省足球协会能否作为反垄断民事案件的适格的被告?如何认定行业协会等特殊主体是否具有市场支配地位?如果具有市场支配地位如何区分行政垄断和民事垄断?

《反垄断法》第11条规定,行业协会应当加强行业自律,引导本行业的经营者的依法竞争,维护市场竞争秩序。这是立法对于行业协会等组织的指引性要求,既非设定义务,也非赋予权利。第16条规定禁止行业协会组织本行业的经营者的从事签订垄断协议的行为,否则应按照第46条的规定承担行政责任。但是行业协会能否成为滥用市场支配地位的“经营者”,而承担相应的民事责任呢?依据第12条规定,经营者是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织,并没有给出明确的答案。

行业协会是指由同一行业的商事主体为增进共同利益、维护合法权益而自愿组成的非营利性社会团体法人。行业协会的成员一般应当是从事营利性活动的商事主体。^③关于行业协会的法人资格,我国在实践中对行业协会一直是按《社会团体登记管理条例》将其登记为社会团体法人来管理的,即使未进行法人登记,依一般理论,也可以认为是虽不具有法人资格,但得以自己的名义从事民事活动,具有特定的民事主体资格的组织体,即“其他组织”的范畴。因此行业协会若从事商品生产、经营或者提供服务,依据

^③ 参见姚旭、车流畅《论行业协会组织的法律性质》,载《法学杂志》2011年第5期。

法理可以认为是属于《反垄断法》第12条规定的经营者的概念范畴。^③

虽然行业协会以非营利性、互益性为其根本特征,但是为了协会的自身有效运转并最大化地实现其会员利益,除了按照行业章程和惯例发挥自身管理职能,如制定行业规则、对违反行规的会员予以惩戒外,不可避免地会参与经济生活中的各项经营活动。行业协会谋求的是超越会员利益之上的整个行业的群体公共利益。行业协会的经营活动,多是代表所有成员与行业上游或下游企业发生联系。在粤超诉广东足协案中,广东足协即是代表协会会员的利益与其他非会员公司签订协议,参加经营活动,成为一个地道的“经营者”,而原告认为足协的上述经营活动具有排除、限制竞争的效果,应当承担反垄断法规定的相应法律后果——合同确认无效。因此本案中,广东足协作为反垄断民事诉讼中的被告,是适格的。

当行业协会作为经营者的身份出现时,其获得市场支配地位,是有其天然的优势的。反垄断法专门规定了行业协会组织本行业的经营者签订垄断协议的行政责任,从侧面证明了行业协会利用其行业内的影响力和协调能力,完全有能力获得对市场的支配地位,甚至通过纵向垄断协议,限制市场竞争,从而对下游企业的经营产生影响。粤超诉广东足协案中,一个新兴的、正在积极培育和迅速发展、经营者所占的市场份额变化较快的体育市场,各经营者的市场份额较难确定。而从足协经营市场的地位和职能出发,因被告广东足协与担负着一定行政管理职能的广东省足管中心系“一套人马,两块牌子”,因此广东足协不仅系市场经营者,还是承担公共事务管理职能的管理者,广东足协控制市场的能力时“需要特别考虑我国历史形成的足球管理体制以及广东省足协的多重身份对上述因素产生的实际影响”。这种实际影响体现在:一是足协对足球运动员资质的注册管理职能,对比赛参与者有较大的影响力和控制力;二是对足球队或足球俱乐部参赛资格的管理职能,各参赛俱乐部(运动队)必须隶属中国足球协会的各足球协会才能参加国家正式比赛;三是对足球裁判员的资质管理职能,足球裁判员需参加足协组织的年度培训,并通过考核、注册才能获得从事裁判工作的资格。通过对足球竞赛参与者的较强的控制力,足协获得的是强大的行业资源整合能力,其主办的赛事有着无可比拟的权威性和“正式性”,虽然法律法规并未排除其他民间组织主办五人制足球比赛,但是这种比赛因其参与人——运动员、裁判员、运动队的资质问题,可能既不被官方正式承认,参与人因赛事的“非正式性”也怠于参加这种比赛,也无法获得可供商业运营的市场影响力。因此,根据对于商品(足球比赛商业经营)特性的分析和对主体(足协)本身性质的分析,法院最终认为,广东足协使其对组织五人制足球联赛的基本要素具有较强的市场控制力,其他经营者在市场基本要素方面对其有较高程度的依赖性,“应当认定广东足协在五人制足球联赛的组织(商业化运营)市场中具有支配地位”。

^③ 有学者认为具体到行业协会限制竞争行为民事责任的追究方面,可以根据行业协会在限制竞争行为中所扮演的角色而区别对待。参见鲁篱《行业协会限制竞争行为的责任制度研究》,载《中国法学》2009年第2期。

本案属于比较典型的独占市场的情况。经营者利用了其对于比赛参与者资质的管理这一支配市场的无可比拟的优势,因为资质管理一直以来都是行业协会及类似组织的重要职能,但是多数行业协会的职能仅限于资质管理,行业会员之间服务、咨询、沟通、监督、自律、协调等,很少直接进入市场经营阶段。我国的体育协会确有其独特的地位,实践中体育协会最重要的职责,就是为了会员利益的最大化,而举办和运营各类“正式比赛”。虽然行业协会应该非营利性的,但是体育协会举办比赛、参加经营性活动为常态。

行业协会等组织支配地位的形成过程,类似于公用企业。中国的公用企业行业长期处于企业的市场经营与行业管理相结合的法律地位。一方面,它们是供应自来水、煤气、电力等,承担铁路、航空客货运输,从事邮电和电话业务的民事主体,另一方面在管理职能上,它们又是管理行业的行政主体。^②这种类型的经营者的市场支配地位是天生的。《体育法》第31条规定“全国单项体育竞赛由该项运动的全国性协会负责管理。”即以法律名义赋予全国性体育协会拥有竞赛主办权。而各省体育协会虽然没有法律的明确授权,但是因其各方面的管理职能,即使举办“正式比赛”并未有明文的授权,但是足协获得了举办的先天优势。^③虽然缺少市场份额的数据支持,但对这种将管理职能和经营活动集于一身的经营者,因为其先天优势,可以根据其自身的性质和职能,认定为具备市场支配地位的经营者,受《反垄断法》的约束。

以上确定市场支配地位的方法当然不仅仅限于体育协会作为市场经营者的案件中,其他行业协会或被授权管理职能的事业单位、其他组织在经济生活中多数扮演着市场管理者、规则制定者、从业人员资质管理者的多重身份,这些组织原则上不直接参与市场经营,但是一旦参加,与其管理职能相关的先天的垄断优势就不自觉地展现出来,尤其是针对下游企业的经营活动中。在被诉纵向垄断行为的案件中,行业协会等组织作为被告只要参与了市场经营,认定其具有市场支配地位就具备了现实可能性。

在上述行业协会等特殊主体作为涉嫌垄断者的案件中,特别需要注意的是必须区分一般垄断行为和行政垄断行为。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滥用行政权力,排除、限制竞争的行为,称为行政垄断行为。我国对于一般垄断行为和行政垄断行为给受侵害人提供泾渭分明的救济渠道,《行政诉讼法》第12条明确将行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的行为列入行政诉讼案件的受理范围。

在粤超诉广东足协案中,如果认为涉嫌行政垄断行为,那么该案件就不属于民事案件的主管范围,而应当通过其他渠道解决纠纷。根据现行体育法规的规定,足球协会依法授权可以享有的行政权力:一是规则制定权,中国足协享有该行业的规则制定权。

^② 王晓晔《公用企业滥用优势地位行为的法律管制》,载《法学杂志》2005年第1期。

^③ 当然,国内已经有某些单项体育协会尝试成立单项运动职业联盟,以职业联盟来扮演比赛的商业运营、赛事管理的角色。

二是足球竞赛事务管理权,包括足球竞赛管理权^③、足球竞赛监督权、足球竞赛运动员管理权、足球竞赛违规行为处罚权。三是《反兴奋剂条例》规定的具体行政行为。^④ 这些公共事务管理职能来源于上述法律法规的授权,中国足协和地方各级足协具备法律、法规、规章授权的组织的性质,在某些行为中具备行政法意义上的行政主体的资格。除了法律授权外,行政机关还可以就特别事项具体授权。但是其在具体行为中是属于行政法意义上的授权的行政行为,还是一般的民事行为,则还需要根据其作出具体行为的性质具体分析。

对于地区级别的赛事举办权,如本案中的广东省“五人制足球赛事”的举办和经营权问题,“五人制足球赛”本身就是新兴的体育运动,广东足协举办和经营省级“五人制足球赛”并形成市场支配地位,并无明确法律的授权或者行政机关的特别授权,因此不能认为是具体行政行为,故不在行政垄断的范围内讨论。如前所述,广东足协的市场支配地位来源于其承担部分管理职能的先天优势,应该说与行政权有一定的关系,但并不是行使行政权,故仍然应审查是否属于一般垄断行为,而非行政垄断行为。

粤超诉广东足协案对于其他以行业协会或其他承担部分行政管理职能的组织为被告提起民事诉讼的反垄断案件,有一定的示范效应。对于类似民事案件的审查,首先,第一步应审查协会或其他组织是否构成行使行政权的行政行为,若排除行政垄断的情况,方能进入民事案件的审查程序。其次,对于有部分行政管理职能的组织,因行政管理职能产生的特别优势地位,当其同时作为市场的经营者身份出现时,可以通过对其身份、组织性质、行政权力与经营商品的相关性来确定是否构成支配性的市场地位。

三、行为导致限制竞争后果的要件分析

如前所述,判断是否构成滥用市场地位的四个步骤中,相关同一市场的认定、市场支配地位、滥用行为的发生都是司法裁判中主要论述的焦点问题,但是滥用行为导致限制竞争的结果,是否是反垄断民事诉讼中必不可少的环节?值得探讨。

《反垄断法》第17条规定“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:...”从反垄断法规制的对象分析,只要构成第17条规定的垄断定价、掠夺定价、拒绝交易等行为,即构成滥用,而认为是反垄断法予以严禁和规制的行为,无需再做判断该行为是否能够造成排除、限制竞争,反垄断法直接推定上述行为可能导致排除、限制竞争的结果,应予规制。排除、限制竞争的结果似乎并非是证明滥用市场支

^③ 《全国体育竞赛管理办法(试行)》第6条规定,“国务院体育行政部门和县级以上地方各级人民政府体育行政部门每年年底统一审批、制定第二年体育竞赛计划,由各级单项体育协会或经审批机关授权的单位管理和组织实施。”

^④ 《反兴奋剂条例》第20条规定,全国性体育社会团体应当对在本体育社团注册的成员就有关兴奋剂事项规定处理措施和处理程序。

配地位的必要要件。

判定滥用市场支配地位行为是否需要以排除、限制竞争的结果为要件,排除、限制竞争的结果是否是审理该类民事案件的必要步骤。司法案例反映出裁判者对此亦存在一定的分歧,如奇虎360诉腾讯案中,裁判者用专门的论述说明实施“产品不兼容”行为对竞争的实际影响,判决中得出的结论是:实施“产品不兼容”行为的确对上诉人的市场份额造成一定程度的消极影响,但对安全软件市场的影响是极其微弱的,并未显著排除或者限制安全软件市场的竞争。判决中明确将“对竞争的实际影响”作为考量要件。但是华为诉IDC案中,就没有明确将排除、限制竞争的结果作为滥用市场支配地位的行为要件之一,而是将焦点置于是否构成搭售行为、不公平定价行为上,证明IDC已经构成不公平定价,是否存在排除、限制竞争的结果,就无需证明而直接得出结论了。但奇虎360诉腾讯案本身有一定的特殊性,腾讯公司发出公告明示禁止其用户使用奇虎公司的360软件、否则停止QQ软件服务的“产品不兼容”的行为,虽然与拒绝交易(许可)^{③⑥}行为有相似之处,但其严格意义上并不属于《反垄断法》第17条所列举的典型的滥用行为之一,因此法院对于“排除、限制竞争的结果”的论证,可解释为是出于对行为违法性定性的客观需要,而非将排除、限制竞争的结果认定为构成滥用行为的要件。

笔者认为,从法律文义出发进行解释,确定滥用市场支配地位的行为虽然仍应以“证明排除、限制竞争的结果”为必要要件,但《反垄断法》第17条中规定的垄断定价、掠夺定价、拒绝交易等,其本身就是影响市场竞争的情节较严重、性质较恶劣的行为,足以推定产生排除、限制竞争的结果,从行为的违法性角度,如能在司法中证明具有支配地位的市场经营者在相关同一市场中有上述行为发生,即可认定为滥用,即可认定为违反反垄断法的行为。除非被告有“合理的理由”进行抗辩,反证其行为不足以认定为存在“排除、限制竞争的结果”的结果,否则即认定为滥用。换言之,滥用支配地位的行为认定类似于刑法中的“行为犯”的认定,而非“结果犯”,以法律规定的几种典型行为的发生作为认定依据即可。但是,在多数反垄断民事诉讼中仍要特别关注是否发生“排除、限制竞争的结果”的问题。原因有三:

一是对于市场支配地位经营者实施的非典型的滥用行为,是否构成滥用,应结合“排除、限制竞争的结果”加以判断。

如果经营者的行为并不属于《反垄断法》第17条列举的典型的滥用行为,如奇虎360诉腾讯案中腾讯公司要求用户在两款软件中“二选其一”的行为定性就不能简单地依法条直接得出结论,此时对造成的结果的分析将直接影响行为是否违法的定性。该案中因“行为对安全软件市场的影响是极其微弱的”,因此该非典型的行为被认为不属于滥用市场支配地位行为的范畴。

二是在纵向垄断案件中,原、被告所属市场之间的“相关”关系,必须结合“排除、限

^{③⑥} 涉及知识产权的拒绝交易,多以拒绝知识产权许可的方式表现出来。

制竞争的结果”加以判断。

反垄断法所规制垄断行为,既包括以限制同一相关市场竞争为目的的横向垄断行为,也包括以限制下游市场竞争为目的的纵向垄断行为,拒绝交易、差别待遇等就是比较典型的纵向垄断行为。纵向垄断案件中原告是否能够作为反垄断民事案件适格的原告,则取决于是否处于上下游市场的关系,如果经审查被告对于其所据市场的支配地位的滥用,与原告所处市场并无关系、对原告所处市场的竞争并无实际影响,则原告在本案中的请求本身从性质上不具有以判决确定的适当性,而被告即使构成对市场的垄断地位并存在滥用行为之处,原告也无法胜诉。

涉嫌纵向垄断行为时,原、被告肯定不属于同一相关市场,而恰恰应属于上下游的不同市场,如华为诉IDC案中,华为处于手机等移动设备生产厂商市场,而IDC处于“3G无线通信技术标准中的每一个必要专利许可市场”。可见,原被告间存在交易关系或潜在的交易关系时,一般可以推定是存在上下游的关系,但是在另一些案件中,原被告之间并不存在任何可能的交易关系,称之为“纵向垄断行为”都有些另类,如奇虎360与腾讯,一个处于安全软件市场,一个处于即时通信服务市场,两个市场相关性较低,唯一的关联是有安装在同一设备上、同一操作系统中的可能性。此时,就有必要利用“排除、限制竞争的结果”是否存在来论证两个市场的相关性,如果对于即时通信服务市场的支配及其行为能够限制安全软件市场的竞争,那么可以认定滥用行为的存在。因此,在奇虎360诉腾讯案中,行为排除、限制竞争的结果的证明有非常重要的意义,已经成为了判定是否构成滥用市场支配地位行为的必要要件之一。

三是在判断经营者因滥用市场支配地位行为而是否应当承担民事责任问题上,排除、限制竞争的结果是对原告主张因被告的滥用行为造成损失承担损害赔偿的民事责任的重要佐证之一。

反垄断法作为国家干预市场竞争行为的产物,理论上应具备典型的公法属性。然而我国长期存在集公法、私法属性为一身的立法模式,兼容并蓄,民法、行政法应规范的内容均包括某一部法律内,故多数学者认为反垄断法应归于经济法部门法下。^① 反垄断法所调整的市场竞争关系表面上是平等民事主体之间的关系,属于私法的范畴,但调整方法却是公法的方法。“用公法的方法调整原本由私法调整的领域,这正是反垄断法乃至整个经济法之所以具有公法性又具有私法性的主要原因。”^② 反垄断法的立法模式,是将行政权对于垄断行为的干预和规制与因垄断行为造成当事人不利益的私权救济融为一体。《反垄断法》通过第7章“法律责任”的规定,确立了行政执法和民事诉讼双轨并行的执法体制。现行立法中规定的承担反垄断民事责任的方式,规定在《最高人民法院

^① 即所谓经济管理关系、维护公平竞争关系、组织管理性的流转和协作关系的法。参见潘静成、刘文华主编《经济法》,中国人民大学出版社1999年版,第55页。

^② 曹士兵《反垄断法研究》,法律出版社1996年版,第10页。

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》中,包括两种:一是上述司法解释第14条规定的实施垄断行为,给原告造成损失的,承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。原告可以一个或多个经营者为被告,要求经营者为其实施垄断行为停止侵害、赔偿损失。二是被诉合同内容、行业协会的章程等违反强制性规定的,认定该合同、章程无效。

我国现行立法中惩罚性民事赔偿的法理基础较为少见,因此赔偿经营者已发生的损失就成为损害赔偿的常态。^③虽然反垄断法主要关注健康的市场竞争机制不受扭曲或者破坏,而并非个别经营者的利益。但反垄断法中的民事赔偿仍应以填平原告的损失作为原则,以损失证明作为赔偿依据。依法理,损害赔偿的一般要件,包括被告的行为、原告的损失及二者的因果关系。而“排除、限制竞争的结果”恰恰是行为与损失之间的连接点,如不能证明违法行为足以产生排除竞争的结果,就更不能证明该行为能够足以造成原告的损害,则即使被告之行为违法,也不应判定承担民事赔偿责任。

结 论

法律的生命不仅在于逻辑,而且在于经验。司法实践告诉我们,经验使得书本上的法律更鲜活,更出人意料。实践使得理论不断丰富和突破自我。我国的反垄断法的发展尚处于起步阶段,尤其是反垄断民事案件整体数量较少,政府提起反垄断审查并实施行政处罚的情况仍是法律实施的主流。在很长的一段时间,反垄断民事案件原告方甚至出现“零胜率”的情况,这一方面说明当事人还欠缺利用反垄断法保护自己合法权益的经验,另一方面说明反垄断法理论还需要不断在实践中完善,使得反垄断民事诉讼更具可操作性。

本文通过分析反垄断经典案例,对相关民事案件中一些关键性的判断滥用市场支配地位行为的步骤、要件进行了新的思考:一是对相关市场界定方法在实践中的操作方法,即作为定性分析的替代分析法及作为定量分析的垄断者假定方法的实际应用;二是通过讨论当被诉主体为行业协会等特殊主体支配相关市场,知识产权权利人支配相关市场的特殊性,印证市场份额作为决定市场支配地位的因素在实践中显现出相对弱化的地位的观点;三是讨论滥用行为导致的限制竞争的后果是否判定滥用行为的必要要件,有新的观点。总而言之,其目的都是使得反垄断法在民事诉讼中更具可操作性,更能有效率地保护当事人的合法权益。

必须指出的是,经营者获得“市场支配地位”有多种原因,有的通过多年的拼搏创

^③ 世界各国反垄断法的赔偿方法,有三倍损害赔偿、单倍损害赔偿、三倍以下酌定损害赔偿、损害利益赔偿等多种方式,但我国未有明确规定。参见李俊锋《垄断损害赔偿倍率问题研究——兼论我国反垄断法草案的相关制度选择》,载《比较法研究》2007年第4期。

新、市场竞争获得,有的因自身的公共设施地位或国家的行业管制获得,经营者无论通过何种原因获取“市场支配地位”或称“垄断地位”都是合法的,也具备一定的现实合理性。但经营者如果不当地利用了其已合法取得的“市场支配地位”实施《反垄断法》规定的一系列禁止性行为,则涉嫌违法。《反垄断法》的目的是反滥用“垄断地位”实施的“垄断行为”,而不是要反“垄断地位”本身。裁判者在审理案件时应准确把握这一尺度,严格依法办事、依法裁判。

Abstract: As it has been a fixed mind-set that the abuse of market dominance is affirmed in judicial practice, some key issues are still needed to be further studied and reflected. When defining the relevant market, qualitative analysis (alternative analysis method) and quantitative analysis (the hypothetical monopolist test) need more reasonable explanation and method of operation; the specialty of market dominance in cases of special subject, which involves intellectual property and industry association, further verifies the point of view “market share is playing a relatively weakening role in judging market dominance”. Although the fact the behavior restricts the competition is the essential condition to identify the behavior of abusing market dominance, the plaintiff’s burden of proof can be reduced through requiring the defendant to demonstrate “reasonable grounds” in the case.

(责任编辑:王莉萍)