论滥用市场支配地位行为规范的立法完善

丁茂中

摘　要：现行《反垄断法》就滥用市场支配地位的行为规范所作的规定存在以下四个立法问题：第一，立法宗旨的体现方式不协调；第二，支配地位的内化标准过于糅杂；第三，相对优势的制度确认比较模糊；第四，抗辩事由的立法表述明显多元。对此，从最为理想的角度来看，立法应当采取以下四项措施进行完善：首先，将规制对象严格限制在影响市场公平竞争的经营行为上；其次，直接确立市场结构标准在市场支配地位认定上的基础性地位；再次，明确否定相对优势地位理论在我国反垄断法中的制度应用；最后，对合理原则在反垄断法上的立法表述统一改用“没有正当理由”。

关键词：市场支配地位；竞争规制；行为规范

［中图分类号］D922.294　　［文献识别码］A　　［文章编号］2096-6180（2020）02-0120-15

滥用市场支配地位是各个国家和地区反垄断法的重要规制对象，2008 年 8 月 1 日开始施行的《中华人民共和国反垄断法》（下称现行《反垄断法》）第三章对该行为的认定规范作了基本规定。我国十余年的反垄断法实施实践充分表明，这些内容在客观上还存在诸多的立法问题，需要我们吸纳成熟法域的理论与经验，尽快采取科学措施及时加以完善。

一、立法宗旨的体现方式不协调

（一）立法宗旨的体现方式不协调的表现形式

根据现行《反垄断法》第 1 条的规定，我国反垄断法的立法宗旨应当有四个，即保护市场公平竞争、提高经济运行效率、维护消费者利益和维护社会公共利益。对我国反垄断法的终极目标还存在不同程度的争议，例如，有论者认为，由于反垄断法更擅长肩负生产功能，因此提高经济运行效率应当是其最为根本的任务[1]；有论者则认为，反垄断法应当以保护消费者利益为核心导向，立法、执法与司法必须对此予以有效保障。[2] 但在对保护市场公平竞争与提高经济运行效率、维护消费者利益、维护社会公共利益的关系在认识上，基本是一致的。如图 1 所示，前者是实现后者的基本方式，后者

［作者简介］丁茂中，法学博士，上海政法学院经济法学院教授，上海市曙光学者。

［基金项目］国家社科基金项目“反垄断法的修订研究”（项目批准号：19BFX161）。

〔1〕丁茂中：《反垄断法的目标选择及其功能优化刍议》，《现代财经》2011 年第 8 期，第 123 页。

〔2〕颜运秋：《反垄断法的终极目的及其司法保障》，《时代法学》2005 年第 6 期，第 45 页。

的实现主要依赖于前者，但是在个别情况下也会为了后者而不同程度地直接牺牲前者。

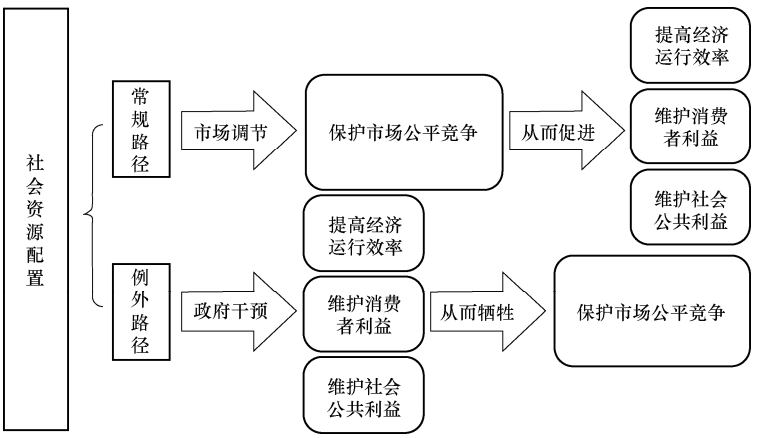

图 1　立法宗旨的相互关系

从具体条文来看，现行《反垄断法》所规制的垄断协议、经营者集中和行政性垄断在此都完全遵照了这个思路。就垄断协议而言，这充分表现在：现行《反垄断法》通过第 13 条和第 14 条分别对横向垄断协议和纵向垄断协议作了原则性的禁止规定，目的在于保护市场公平竞争；以此为基础，现行《反垄断法》通过第 15 条对少数有利于提高经济运行效率或者有利于维护消费者利益或者有利于维护社会公共利益的非严重限制市场竞争的协议作了豁免规定。[3] 就经营者集中而言，这充分表现在：现行《反垄断法》通过第 5 条表明立法在原则上并不反对经营者集中，只有当一项经营者集中具有或者可能具有排除限制竞争效果时，现行《反垄断法》才会通过第 28 条的非但书部分要求反垄断执法机构对此进行予以禁止，目的同样在于保护市场公平竞争；但是并非只要出现此种情形就必然都会被禁止，若经营者能够证明该项集中有利于提高经济运行效率或者有利于维护消费者利益或者有利于维护社会公共利益，则反垄断执法机构有权依据第 28 条的但书部分给予批准。[4] 就行政性垄断而言，这充分表现在：现行《反垄断法》通过第 8 条和第五章对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作了宣誓性的禁止规定，目的亦在于保护市场公平竞争。[5] 而即便在反垄断法框架内，法律也没有排除行政干预的正当性；根据行政法的基本理论，这些正当性就包括行政主体所采取的有利于提高经济运行效率，或者有利于维护消费者利益或者有利于维护社会公共利益的具体行政行为或者抽象行政行为。

但是滥用市场支配地位在此似乎并非完全如此。就所禁止的行为而言，除了兜底条款以外，现行《反垄断法》第 17 条第 1 款具体列举了以下六种做法，即超高定价或者超低定价、掠夺性定

〔3〕 钟刚：《反垄断法豁免制度研究》，北京大学出版社 2010 年版，第 105 页。

〔4〕 刘继峰：《反垄断法益分析方法的建构及其运用》，《中国法学》2013 年第 6 期，第 22 页。

〔5〕 张占江：《行政性垄断的反垄断法规制架构重构》，《华东政法大学学报》2015 年第 4 期，第 40 页。

价、拒绝交易、限定交易、搭售或者附加不合理的交易条件、差别待遇。根据实践来看，它们所涉的经营行为在对市场公平竞争的影响上是存在很大差异的。有些行为无论面对的交易相对人是经营者还是消费者，都会直接影响市场公平竞争。例如搭售，不管搭售发生在流通环节还是消费终端，都会影响被搭售商品的制造商或者经销商之间的公平竞争。有些行为只有在面对的交易相对人是经营者时，才会直接影响市场公平竞争。例如差别待遇，当条件相同的经营者在交易价格、结算方式、售后服务等方面遭受不同程度的商业歧视时，它们各自的竞争优势确实会因此而直接受损或者受益；若这种情形发生在消费者身上，则因现代市场已由卖方市场转为买方市场而根本不存在此类问题。有些行为无论面对的交易相对人是经营者还是消费者，其在严格意义上都不会直接影响市场公共竞争。例如超高定价，不管以不公平的高价销售商品发生在流通环节还是消费终端，此举只涉及交易当事人之间的利益分配。[6] 所以，不少专家明确指出此点规定并不以保护市场公平竞争为基本导向。[7] 比较一下不难看出，滥用市场支配地位在诸如搭售这些具体行为上与垄断协议、经营者集中、行政性垄断遵照了相同的思路，但是在诸如超高定价这些具体行为上似乎则完全另辟了蹊径，而在诸如差别待遇这些具体行为上似乎则因人而异。

（二）立法宗旨的体现方式不协调的解决路径

如果仅注重法律的实用主义，那么对此可以通过非系统化的法律理解来进行局部化的应对。由于现行《反垄断法》第 1 条并没有对保护市场公平竞争、提高经济运行效率、维护消费者利益和维护社会公共利益的相互关系作出明确规定，因此这给另一种较为牵强的法律理解提供了基本空间，即这四个立法目标可以属于平行关系，立法可以根据需要进行任意择用并据此进行制度化设计。非常明显，当按照这种思路审视现行《反垄断法》时，滥用市场支配地位自然就不存在前面所谓的立法问题。但是毫无疑问，这必然会在不同程度上造成滥用市场支配地位的法律适用在演绎逻辑上出现分野。从整体来看，滥用市场支配地位的各个具体行为无论是在构成要件的形式上还是在实质上都会存在一些差异。例如在合理性分析上，搭售可能考虑的基础性因素是所涉经营行为是否影响市场公平竞争，并据此选择性地进一步考虑是否存有提高经济运行效率或者维护消费者利益或者维护社会公共利益的更高抗辩事由，而超高定价可能考虑的关键性因素就是所涉经营行为是否损害消费者利益。从个案来看，这种局面完全可以出现在同一具体行为上，譬如差别待遇。除非反垄断执法机构将面向消费终端的所有差别待遇均视为具有正当理由的经营行为，否则就无可避免地将会产生此类问题。

除此以外，这还会带来制度竞合以及法律适用的选择问题。如果选择性地将滥用市场支配地位的立法宗旨定位为维护消费者利益，具有市场支配地位的经营者所实施的同一商业行为完全可能同时触及两部法律制度，即现行《反垄断法》和《中华人民共和国消费者权益保护法》（下称《消

〔6〕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 17 页。

〔7〕孔祥俊：《反垄断法原理》，中国法制出版社 2001 年版，第 562 页。

费者权益保护法》)。以不公平的高价销售商品为例，它不仅构成现行《反垄断法》所禁止的滥用市场支配地位行为，而且构成《消费者权益保护法》所禁止的侵害消费者公平交易权行为。[8] 而这两部立法在法律责任上却是存在很大的差异：前者对此的行政处罚较重，没收违法所得加上并处上一年度销售额 1%以上 10%以下的罚款，此数额可以高达数亿元；后者对此的行政处罚相较则显得非常轻，与前者可能呈现出几十倍甚至数百倍的悬差，最少可能也就几万元。因此，这就又产生了法律适用的选择问题。根据以往的经验来看，如果这个问题得不到妥善处理，那么将会导致很多严重后果。[9] 例如，若反垄断执法机构在不同的案件中依据不同的法律对违法的经营者作出行政处罚，则会出现竞争执法不公问题。又如，巨大的自由裁量权限在客观上极易使得反垄断执法人员进行权力寻租，从而导致出现权力腐败问题。[10]

有鉴于此，为维护法律的内在统一性，必须通过系统化的法律修订彻底解决。众所周知，反垄断法的基本使命就是预防和制止垄断，保护市场公平竞争。实际上，保护市场公平竞争只是优化社会资源配置过程中所采取的一种工具手段[11]，服务于提高经济运行效率、维护消费者利益、维护社会公共利益的根本目的;但是不能因此就可以用根本目的来直接否定工具手段的基础作用，否则就不仅会导致反垄断法失去应然的制度定位，而且会导致不同的法律制度出现功能趋同甚至重叠问题。就具体方案而言，可以采取以下操作路径：对于所涉的经营行为本身固然会对市场公平竞争产生影响的，则采用现行《反垄断法》对应项下的立法表述，包括掠夺性定价和搭售；对于所涉的经营行为本身会因交易对象的身份属性差异而对市场公平竞争产生不同影响的，则必须明确交易相对人必须是经营者这个要件，包括拒绝交易、限定交易、差别待遇和附加不合理的交易条件；对于所涉的经营行为本身固然不会对市场公平竞争产生影响的，则将其从现行《反垄断法》下直接移除，这应当包括超高定价和超低定价。

但是必须指出的是，这也只是在既定框架下从形式和内容上的最大限度完善。除非将来反垄断法直接对立法宗旨及其关系作出明确规定，或者滥用市场支配地位的具体规定特别对立法宗旨的体现方式作出明确的指引，否则就无法保证在法律适用中不会仍然出现此类问题。尽管随着我国反垄断执法的不断发展和国际竞争执法交流的日趋频繁，已经具备了滥用市场支配地位诸多表现形式的经验积累[12]，然而与其他国家或者地区一样，我们至今仍然无法对此进行穷尽列举。而成文法国家的立法惯例与当今反垄断法的发展趋势决定了我国不可能再像美国在制定《谢尔曼法》时那样对此完全采取高度原则的立法表述，这就使得在这一问题上必然会涉及兜底条款的使用。而在立法上，无论相关兜底条款是继续使用现行《反垄断法》所用的表述方式还是改用其他的表

〔8〕《中华人民共和国消费者权益保护法》第 10 条规定：“消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。”

〔9〕 戴治勇：《选择性执法》，《法学研究》2008 年第 4 期，第 28 页。

〔10〕 丁茂中：《垄断行为法律责任条款实施困境的消解》，《法学》2017 年第 9 期，第 159 页。

〔11〕 王健、朱宏文：《反垄断法实施问题研究》，法律出版社 2013 年版，第 47－49 页。

〔12〕 许光耀：《支配地位滥用行为的反垄断法调整》，人民出版社 2018 年版，第 63 页。

述方式，都会给法律适用留下巨大的操作空间。[13] 若反垄断执法机构据此仍然将具有市场支配地位的经营者所实施的超高定价或者超低定价，或者只是面向消费者的拒绝交易、限定交易、差别待遇或者附加不合理的交易条件裁定为滥用市场支配地位的做法，则前面所尝试解决的立法问题会不可避免地出现在后续法律适用之中。

二、支配地位的内化标准过于糅杂

（一）支配地位的内化标准过于糅杂的表现形式

就市场支配地位的判断标准而言，理论界截至目前一共提出了三种标准，即市场绩效标准、市场行为标准和市场结构标准。如表 1 所示，它们各有长处，也各有不足。[14]

表 1　　市场支配地位的判断标准

标准名称	标准要义	标准长处	标准不足
市场绩效标准	如果一个经营者所获得的利润率远远超过其在处于竞争性环境下的利润水平，那么就可以认定它具有市场支配地位	营利能力最为能够有效地反映出经营者的市场地位	因为在实践中无法精确测算出一个产品的边际成本，所以在实践中也就无法精确判断出利润的贡献源
市场行为标准	如果一个经营者在作出营销决策时基本不用考虑竞争对手所作的经营决策时，那么就可以认定它具有市场支配地位	行为表现确实可以经验化地反映出经营者的市场地位	因为在实践中无法精确测算出一个产品的边际成本，所以在实践中也就无法精确判断出企业定价的合理性
市场结构标准	如果一个经营者单独或者与他人一起在较长时间内始终占据着相关市场的很大份额时，那么就可以认定它具有市场支配地位	市场份额客观上可以基础性地反映出经营者的市场地位	因为在实践中无法排除他人力量的形成作用，所以在实践中也就无法完全保证运行的结果绝对精确

仔细对照立法条款，现行《反垄断法》似乎想将这三种判断标准全部吸纳。最为明显的是，现行《反垄断法》第 19 条系完全按照市场结构标准来进行设计的。根据这条规定，当一个经营者在相关市场上的市场份额达到 1/2，或者两个经营者在相关市场上的市场份额合计达到 2/3，或者三个经营者在相关市场上的市场份额合计达到 3/4 时，则反垄断执法机构就可以推定它们具有市场支配地位，除非单个经营者的市场份额不足 1/10 或者另有证据能够充分证明被推定具有市场支配地位的经营者客观不具有市场支配地位。对于市场行为标准，这也表现得十分明显。首先，现行《反垄断法》第 17 条第 2 款有关市场支配地位的定义就是基本按照此来进行铺开的，即对行为主体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充分强调。其次，现行《反垄断法》在第 18 条中明确规定，在认定一个经营者是否具有市场支配地位过程中应当合理考虑它对销售市场或者原材料采购市场的控制能力。在市场绩效标准上，虽然这没有在前面两者上那样表现得非常直观，但是这在形式与内容上也都是有迹可循的。根据现行《反垄断法》第 18 条的规定，经营者的财力是认定市场支配地位的重要权衡因素之一。

〔13〕 喻玲：《从威慑到合规指引——反垄断法实施的新趋势》，《中外法学》2013 年第 6 期，第 1214 页。

〔14〕 王晓晔：《反垄断法》，法律出版社 2011 年版，第 198－199 页。

而正如反垄断执法机构之前在发布的规范性文件中所指出的那样[15]，对此除了需要考察资产规模、融资能力等事项以外，还需要重点考察目标对象的盈利能力。

虽然此举在理论上确实有助于取长补短，但是实际效果似乎并不理想。[16] 首先，这使得现行《反垄断法》在市场支配地位判断标准上的立法明显缺乏内在的统一性。即便撇开法律表现不太明显的市场绩效标准的相关内容不谈，仅就市场行为标准和市场结构标准的相关内容而言，现行《反垄断法》的第 17 条第 2 款和第 19 条无论是在形式上还是在实质上都是明显各行其是，对市场支配地位的属性反应并未呈现融合态势。其次，现行《反垄断法》在市场支配地位判断标准上的立法亦未能完全就此作出有效的层次安排。仅从目前的实践来看，人们就已经对现行《反垄断法》的第 18 条和第 19 条在适用上的关系产生了不同程度的争议。事实上，除了还存在是否可以根据第 18 条的兜底条款援用司法审判机关创造的市场支配地位的反推规则这个问题以外[17]，无法排除将来在具体案件中不会出现直接根据第17条第2款对涉嫌垄断的经营者是否具有市场支配地位进行认定；而究竟应当如何适用这些规定，现行《反垄断法》并未对此作出有效指引。在上述两大问题的叠加作用下，市场支配地位的认定变得具有高度的不确定性，显而易见，依据不同标准就必然会得出不同的结论。反映到市场支配地位的具体规则适用上，即便是一个经营者在相关市场上的市场份额达到 1/2，依据第 18 条所规定的权衡因素也极有可能得出它不具有市场支配地位；即使仅限于援用第 18 条规定，对于在相关市场上的市场份额不超过 1/10 的单个经营者，也很有可能伴随着择用权衡因素的侧重点差异而得出不同的结论，这就更不用说如果还可以直接使用市场支配地位的定义条款。正是因为如此，无论是反垄断执法机构所调查的滥用市场支配地位案件还是法院所审理的滥用市场支配地位纠纷案件，其就当事人是否具有市场支配地位作出的法律认定容易遭到利害关系人的反对或者异议，而且往往会招致不同的批评或者质疑。客观而言，这种局面并不有利于促进我国反垄断法的科学实施。[18]

（二）支配地位的内化标准过于糅杂的解决路径

虽然仅就市场支配地位的现有判断标准而言，其各自均存有利弊就在客观上决定了立法应当兼收并蓄，以在最大程度上确保法律设立的认定标准之科学性；但是若就滥用市场支配地位的整体规制设计而言，这未必就是唯一可选路径。尽管如现行《反垄断法》第三章篇幅长短所示，是否具有市场支配地位对于一个经营者来说是非常重要的，这直接关系到特殊法律义务的潜在承担；然而也正如哈佛学派结构主义之后所有国家的反垄断法所形成的制度共识那样，经营者具有市场支配地位未必就违法，关键要看它所实施的行为是否影响市场公平竞争。既然如此，与其在身份属性上追求科学，还不如在行为评估上进行优化。因为一方面，虽然立法在主观上试图对市场支配地位的

〔15〕《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第 8 条。

〔16〕［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），任勇、邓志松、尹建平译，法律出版社 2009 年版，第 6－7 页。

〔17〕《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》第 10 条。

〔18〕 徐士英：《竞争政策研究——国际比较与中国选择》，法律出版社 2013 年版，第 231 页。

法律认定作出周全表述，以尽量减少经营者的潜在负担；但是立法在客观上却带来了很大的不确定性，导致经营者在竞争合规过程中往往难以对此作出有效判断。另一方面，无论是从形式上还是从实质上，现行《反垄断法》第 17 条第 2 款和第 18 条的内容都意味着对特定行为的外部影响及其合理性的分析上进行不同程度的综合考量，并且这个环节的安排越为完善就越能够精确反映出经营者所实施的行为对市场竞争产生的影响性质。[19] 所以，我们在此还可以选择以下路径：以有效完善反垄断法滥用市场支配地位的合理性抗辩为前提基础，立法放弃之前对市场支配地位的认定标准所尝试采取的完美主义，改为在最大程度上提高市场支配地位的法律认定之确定性。[20]

若采取此路径，市场结构标准尤其是采用推定方式应当是最为理想的选择。只要界定出案件所涉的相关市场，即便经营者实施的是免费模式，也可以得出其在特定阶段的市场份额，只是所采用的计算单位科学程度不同。就规则设计而言，立法应当重点做好以下三个方面的基础工作：第一，适度降低单个经营者具有绝对市场支配地位的门槛标准。对于单一标准来讲，要求一个经营者在相关市场上的市场份额达到 1/2 的标准还是很高的。[21] 例如波兰的《反垄断法》规定，如果一个经营者在相关市场上的市场份额达到 40%，那么就可以推定其具有市场支配地位。第二，适度降低多个经营者具有共同市场支配地位的门槛标准。同理，要求两个经营者在相关市场上的市场份额合计达到 2/3 或者三个经营者在相关市场上的市场份额合计达到 3/4，并且单个的市场份额不少于 1/2 的标准也是很高的。例如德国的《反对限制竞争法》规定，如果三个或者三个以下的经营者在相关市场上的市场份额合计达到 1/2 或者五个或者五个以下的经营者在相关市场上的市场份额合计达到 2/3，那么就可以推定它们具有共同市场支配地位。第三，适度增列可以直接推定具有市场支配地位的其他情形，例如依法具有独占地位的公用企业、经营者对外发布的信息能够证明其在相关市场内具有支配地位的等。考虑市场结构标准客观存在的一些不足，立法可以先行采取必要措施进行有限修正，但是内容在形式上必须具体明确。[22] 在针对共同市场支配地位的推定情形上，可以采取现行《反垄断法》的做法，限定单个经营者的最低市场份额。在针对所有推定情形上，可以合理借鉴域外较为科学的做法。例如，针对新兴市场或者夕阳产业等少数领域的特殊情形，韩国《规制垄断与公平交易法》规定，如果一个经营者的年销售额或者年购买额不足 10 亿韩元的，那么就直接排除其具有市场支配地位。

除此以外，我们还需要调整现行《反垄断法》的相关条款。首先应当直接删除市场支配地位的定义条款。事实上，即便不是为了在最大程度上追求市场支配地位的法律认定之确定性而单一适用市场结构标准，该定义条款也没有存在的特别价值。因为，市场支配地位并不像经营者那样是一个基础的身份属性，而只是经营者在参与市场竞争过程中的阶段性状态。问题的关键在于能够通过有效的工具手段进行客观反映，而非概念的立法精确厘定。这也就是为何大多数国家或者

〔19〕［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 542 页。

〔20〕 刘进：《法律不确定性视角下的反垄断法实施机制选择》，《竞争政策研究》2016 年第 2 期，第 42 页。

〔21〕 黄勇：《中国反垄断民事诉讼若干问题的思考》，《人民司法》2008 年第 19 期，第 21 页。

〔22〕 江山：《论反垄断法解释的知识转型与方法重构》，《现代法学》2018 年第 6 期，第 65－66 页。

地区的反垄断法并没有在滥用市场支配地位规制条款中专门对市场支配地位进行定义，目前也只有韩国、印度以及我国等少数国家采取了这种做法。更为重要的是，在立法对市场支配地位的法律认定作出规定的情况下，市场支配地位的定义条款在客观上还会干扰到一系列关联条款的适用。所以无论与否，它都没有存在的必要。其次应当实质分解第 18 条的权衡因素。一方面，诸如相关市场的竞争状况、进入相关市场的难易程度等完全可以在竞争评估环节进行有效反映；另一方面，诸如经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力、经营者的财力和技术条件等可以在合理性分析环节进行有效反映。仅以经营行为涉嫌掠夺性定价为例，前者当中的进入相关市场的难易程度可以充分表明掠夺性定价是否具备必要的市场环境，即实施掠夺性定价的可行性[23]；后者当中的经营者的财力可以直接反映行为主体的潜在能力，从而可以在较高程度上合理判断出其行为的主观动机。

三、相对优势的制度确认比较模糊

（一）相对优势的制度确认比较模糊的表现形式

根据权威媒体报道，我国近些年来各地发生多起因小区居民强烈认为提供物业服务的经营者收取的车位租金过高而形成的规模民事纠纷。[24] 对于这些社会问题的有效解决，就化解纠纷的法律选择问题而言，我们通常自然首先会想到合同法。小区居民和提供物业服务的经营者是具有平等关系的民事主体，它们之间至少存在事实性的服务协议。当前者认为后者收取的车位租金过高时，完全可以根据合同法有关显失公平的规定进行寻求法律救济。但是从公开的民事判决来看，采取此类做法的占比在整体上是非常低的。究其原因，主要应当有以下三个方面缘由：第一，胜诉难度较大，可能往往难以得到法院的支持；第二，诉讼成本较高，特别是时间成本；第三，惧怕后面遭到变相报复，譬如到期拒绝继续提供车位。在这种情况下，人们自然又会将目光转向《消费者权益保护法》。虽然为了生活购买服务使得小区居民具有完全的消费者适格身份，并且该法确实倾斜性地为消费者规定了多项具体的权利，但是其作用效果似乎并无明显改观，小区居民的诉求基本难以因此得到有效满足。而之所以会出现这种局面，核心在于《消费者权益保护法》的实施机制关键同样依赖于私力。尽管该法专门设立了各类消费者保护组织，并赋予其八项具体的公益性职责，然而它们并没有任何实质性的执法权限，因此也就难以直接提供强有力的帮助。

有鉴于此，包括很多专业人士在内的主体开始纷纷将视野聚集到现行《反垄断法》上。首先，现行《反垄断法》对超高定价作了原则性禁止规定。其次，现行《反垄断法》在实施机制上目前主要依赖于公共执法。根据该法第 38 条规定，任何单位或者个人只要采用书面形式并提供相关事实和证据进行举报的，反垄断执法机构都会进行调查，并为举报人保密。最后，现行《反垄断法》在有关超高定价的法律责任部分有责令停止的规定。虽然理论界对责令停止的法律性质还存在不

〔23〕 许光耀：《掠夺性定价行为的反垄断法分析》，《政法论丛》2018 年第 2 期，第 50 页。

〔24〕 王则楚：《小区停车费涨价，业主须有发言权》，《南方日报》2015 年 7 月 31 日第 AA2 版。

同程度的争议，但是它却完全可以满足此处小区居民的诉求；并且，没收违法所得加上并处上一年度销售额 1%以上 10%以下的罚款通常能够有效威慑提供物业服务的经营者再次提高或者变相提高车位租金。但是现行《反垄断法》有关超高定价的禁止性规定也存在严格的适用前提，即所涉的经营者必须具有市场支配地位。如果被调查对象不具有市场支配地位，那么此禁止性规定也就无法对其经营行为适用。根据实践来看，除非将案件所涉的相关地理市场界定为某个居民小区或者某个街道辖区或者其他较小的行政区划，否则大部分情形当中提供物业服务的经营者的市场份额其实是很小的，鲜有达到 1/10 的。而按照相关市场界定的基本原理，无论是某个居民小区还是某个街道辖区或者其他较小的行政区划，均难以构成独立的相关地理市场。因此，这些提供物业服务的经营者基本无法依据现行《反垄断法》第 19 条被推定为具有市场支配地位。但这并不等于它们就不可能被认定为具有市场支配地位，因为现行《反垄断法》第 18 条还规定了市场支配地位的综合认定方式。根据这条规定，市场份额只不过是其中一项权衡因素而已。而仔细对照这条规定所列举的其他权衡因素，除了第四项的依赖程度以外[25]，这些提供物业服务的经营者很多在对应指标上基本都呈现出比较弱势形态。针对这种情形，摆在我们面前的一个法律问题就是能否仅仅据此而认定一个经营者具有市场支配地位。

如果可以仅仅据此就认定一个经营者具有市场支配地位，那么就意味着现行《反垄断法》包容性地采纳了相对优势地位理论。“相对优势地位理论强调了企业之间的相互力量对比，并认为当交易方在一定情况下具有类似在市场中处于垄断地位的企业的市场力量时，会使得交易相对方‘依赖于’该企业，从而引起竞争法上的效果。”[26] 就小区居民与提供物业服务的经营者关系而言，前者对后者往往有着高度的依赖性。虽然由小区居民组成的业主委员会和居民委员会在理论上对诸如车位租金等物业事项有着决定权，但是受治理结构不健全、利益代表过于分散、博弈能力存在较大悬殊等多种因素的影响，提供物业服务的经营者在很多情况下却对此有着实质性的控制权。对于租赁车位的小区居民来讲：一方面，周边其他居民小区或者企事业单位对外通常采取的封闭性管理使得它们往往没有替代性选择；另一方面，即便附近有提供车位租赁服务的，这也不太符合我们日常所需的便捷性。因此，提供物业服务的经营者对于小区居民而言确实基本会拥有相对优势地位。若根据相对优势地位理论，就可以认定其具有市场支配地位；除非它们能够证明所采取的措施具有正当理由，否则就会构成反垄断法所禁止的超高定价。但是对于现行《反垄断法》是否包容性地采纳了相对优势地位理论，我国很多竞争法专家对此持着强烈的质疑与反对态度。[27] 但是单纯从法律条文上来看，立法似乎又并未对此作出明确的禁止。

〔25〕 需要指出的是，现行《反垄断法》对此所用的立法表述“其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度”本身就是存在立法问题的，不应仅仅限于“其他经营者”，而应当包括所有潜在的交易相对人。所以，我们在此就忽视小区居民的身份属性。事实上，小区居民与提供物业服务的经营者在车位租金上发生的纠纷也越来越多地发生在很多商户与物业公司之间，即经营者对经营者。

〔26〕 李剑：《相对优势地位理论质疑》，《现代法学》2005 年第 3 期，第 101 页。

〔27〕 陈丹舟：《相对优势地位理论基础研究》，《竞争政策研究》2016 年第 3 期，第 19 页。

（二）相对优势的制度确认比较模糊的解决路径

若要解决上述立法问题，则首先需要回答反垄断法是否应当引入相对优势地位理论这个问题。不言而喻，如果反垄断法对滥用市场支配地位的立法引入相对优势地位理论，那么滥用市场支配地位的法律适用门槛就会大大降低。在这种情况下，无论是作为交易相对人的消费者还是经营者的维权难度都会因此大幅降低。即便没有其他更为优化的安排，针对滥用市场支配地位的反垄断民事诉讼对于私人而言在诉讼效益上也将随之有所提高，而这将会有效促进反垄断法的私人实施。“从实施主体的性质和实施程序来说，反垄断法的实施有两个基本的实施途径和机制，即反垄断法的公共实施和私人实施。前者是指专门的反垄断执法机构依法调查处理垄断行为所进行的行政执法，后者是指有关主体（经营者、消费者等）就垄断行为追究民事责任而依法向法院提起的民事诉讼。它们相互配合、相互补充，共同维护市场竞争秩序，缺少其中任何一个方面都不利于反垄断法的全面和有效的实施。”[28] 但是，如果反垄断法对滥用市场支配地位的立法引入相对优势地位理论，那么恐怕将会直接严重影响保护市场公平竞争这个基本立法宗旨的有效实现。首先，所有经营者相对任何主体而言都会不同程度地拥有某些方面的相对优势。无论企业的规模大小，经济资本、商业技术、管理团队、政策待遇等诸多方面固有的个体差异所叠加产生的作用使得每个经营者相对交易相对人来讲总会存有某些相对优势，它们只是因人而异、因时而异或者程度不同而已。其次，市场竞争的动态化需要每个经营者充分发挥各自相对优势参与博弈。一方面，只有经营者能够不断扬长避短，才能使得它们不会被市场所迅速淘汰出局；另一方面，只有经营者不断扬长避短，才能有效促使其他企业特别是竞争对手不断进行技术创新。最后，法律根本无法对这种相对优势的使用界限作出一个合理而又明确的规定。因为相对优势源于不同主体之间的微观关系，所以相对优势的发挥在根本上只是涉及具体利益的分配问题，而历史经验已经充分证明，除非存在市场失灵情形，政府很难对此作出一个完全令所有人都信服的均衡安排。

因此，反垄断法不应当引入相对优势地位理论。从实质来看，我国曾经对此作出过较为间接的回答。回顾反垄断法的制定历程，就相对优势地位理论的引入问题并不是至今才被提出来的。早在 2007 年之前，社会各界就围绕反垄断法草案对此展开过激烈的争论。一部分人认为：为了能够有效保护消费者利益、实现实质性的公平与正义等，我国应当借鉴德国或者日本的做法，在反垄断法中对滥用相对优势地位的行为进行规制。[29] 另一部分人则认为：相对优势地位理论存在重大缺陷，我国不宜在反垄断法中对此加以反映，否则将会造成理论与实务出现严重混乱。[30] 而无论是从过去对外公布的反垄断法草案来看还是根据现行《反垄断法》的规定，相关条文表述确实并没有出现过相对优势地位字样。事实上，这并不是相对优势地位理论迄今唯一一次在我国的一部立法中被实质性地否定。众所周知，国务院法制办曾经在《中华人民共和国反不正当竞争法（修

〔28〕 王先林：《我国反垄断法实施的基本机制及其效果——兼论以垄断行业作为我国反垄断法实施的突破口》，《法学评论》2012 年第 5 期，第 98 页。

〔29〕 王丽娟、梅林：《相对优势地位滥用的反垄断法研究》，《法学》2006 年第 7 期，第 67 页。

〔30〕 王晓晔：《论滥用“相对优势地位”的法律规制》，《现代法学》2016 年第 9 期，第 79 页。

订草案送审稿）》第 6 条中明确规定，经营者不得利用相对优势地位，实施下列不公平交易行为：（1）没有正当理由，限定交易相对方的交易对象；（2）没有正当理由，限定交易相对方购买其指定的商品；（3）没有正当理由，限定交易相对方与其他经营者的交易条件；（4）滥收费用或者不合理地要求交易相对方提供其他经济利益；（5）附加其他不合理的交易条件。本法所称的相对优势地位，是指在具体交易过程中，交易一方在资金、技术、市场准入、销售渠道、原材料采购等方面处于优势地位，交易相对方对该经营者具有依赖性，难以转向其他经营者。经过审慎的权衡，修订后的《中华人民共和国反不正当竞争法》并没有纳入相对优势地位条款。

但是不可否认的是，现行《反垄断法》的规定确实存在模糊之处，必须从形式和实质上全面加以完善。若我们在针对市场支配地位的认定标准所存在的立法问题上采取前面所提的解决方法，则这个问题就可以被附带解决。以市场结构标准为基础，加上明确具体的有限修正，就可以有效确保在关于滥用市场支配地位的反垄断立法上不会再有此类问题。假如立法机关最终并不认为现行《反垄断法》在市场支配地位的认定标准上存在实质性问题，或者所采取的解决方法并不包含将现行《反垄断法》第 18 条的内容从形式上作出全部删除，特别是至少没有剔除该条第 4 项有关依赖性的权衡因素，那么在法律修订中则有必要直接对此项权衡因素的使用作出限制性指引。就核心内容而言，反垄断法必须明确考察不仅仅是两个特定的主体之间的具体关系，而必须基于目标对象与不特定的主体之间在整体上的关系。亦即，市场支配地位聚焦于目标对象对多数市场主体的力量程度，相对优势着重于特定两者之间的力量比较。在此规则约束下，即便仅仅依据这项权衡因素进行认定一个经营者是否具有市场支配地位，它在实质上也不会出现相对优势地位理论的实践结果。如果相关市场的大部分主体对目标对象的依赖程度都比较高，那么这应当可以表明其在相关市场上确实具有很强的支配地位，而不是它只是相对于个别或者少数主体具有相对的优势地位。

四、抗辩事由的立法表述明显多元

（一）抗辩事由的立法表述明显多元的表现形式

虽然反垄断法对具有市场支配地位的经营者设立了特殊的法律义务，但是这些法律义务的承担并不是无条件的。只有它们不能就自己所实施的经营行为提出合理的抗辩事由时，其所作所为才会被认定构成滥用市场支配地位。对于此类规则安排，理论界通常使用美国在反托拉斯法的司法实践中发展起来的合理原则进行概括。合理原则的基本要义即并不是只要经营者实施了某种行为就必然构成垄断行为，还需要根据行为动机、社会效果等多个因素进行综合评估后才能作出定论。[31] 从第 17 条第 1 款的具体条文来看，现行《反垄断法》对滥用市场支配地位的立法也是采用了合理原则。但是在抗辩事由的具体表述上，立法目前采取的做法并非完全一致。如表 2 所示，

〔31〕［美］基斯·N. 希尔顿：《反垄断法——经济学原理与普通法演进》，赵玲译，北京大学出版社 2009 年版，第 83 页。

这在整体上有三种用词方式。

表 2　　抗辩事由的三种用词

所用的词语	针对的经营行为
不公平的	以高价销售商品
	以低价购买商品
没有正当理由	以低于成本的价格销售商品
	拒绝与交易相对人进行交易
	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
	搭售商品
	对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇
不合理的	在交易时附加其他交易条件

毋庸置疑，分开来看，它们各自都能够有效支持合理原则的实际应用。就形式而言，这些限定措辞的使用，使得它们所对应的经营行为在受到的竞争规制态度上明显与美国在反托拉斯法的司法实践中发展起来的本身违法原则存在根本差别。所谓本身违法原则，即只要经营者实施了某种行为，不论其系基于何种动机或者可能会产生什么效果，都将会被直接认定构成垄断行为。[32] 应当可以说，现行《反垄断法》针对横向垄断协议的第 13 条第 1 款规定和针对纵向垄断协议的第 14 条规定就是采用了本身违法原则。而第 17 条第 1 款规定与此明显有着差别，最起码所涉的经营行为不像前面规定当中所列的分割销售市场或者原材料采购市场、限定向第三人转售商品的最低价格等那样就直接被法律所禁止。就内容而言，这些限定措辞的使用使得它们所对应的经营行为在性质认定上必须与合理性分析挂钩。以“不公平的”为限，意味着只要具有市场支配地位的经营者能够证明其所实施的以高价销售商品或者以低价购买商品是公平的，则不会被认定为构成超高定价或者超低定价。以“没有正当理由”为限，意味着只要具有市场支配地位的经营者能够证明其所实施的以低于成本的价格销售商品、拒绝与交易相对人进行交易、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、搭售商品、对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇是有着正当理由的，则不会被认为构成掠夺性定价、拒绝交易、限定交易、搭售、差别待遇。以“不合理的”为限，意味着只要具有市场支配地位的经营者能够证明其所实施的在交易时附加其他交易条件是合理的，则不会被认为构成附加不合理的交易条件。

但是，上述立法表述各自可以包含的抗辩内容彼此存在不同程度的差异。就“不公平的”与“没有正当理由”而言，后者的范围明显要比前者的范围宽泛得多。从性质上来讲，前者只涉及公平价值的判断，而后者则可以涉及很多价值的判断，除了公平以外，还包括诸如效率、自由、秩

〔32〕 李胜利：《美国联邦反托拉斯法百年历史经验与世界性影响》，法律出版社 2015 年版，第 49 页。

序等。[33] 就“没有正当理由”与“不合理的”而言，虽然两者在范围上应当是基本相同的，但是还是存在少许区别。在实践中，前者可以直接包含一部法律所作的具体规定，尽管这些规定可能因社会的发展而在合理性上大打折扣甚至完全丧失，而后者在要求上似乎很难容纳这些。就“不公平的”与“不合理的”而言，尽管后者在理论上应当也可以包含前者，然后两者在更多情况下似乎是完全平行的。以针对标准必要专利的 FRAND 原则为例，就要求专利持有者在其专利被纳入一个标准之后必须按照公平、合理、无歧视的方式向所有主体进行许可，虽然具有市场支配地位经营者所实施的不同经营行为在合理性抗辩的具体事由上可能甚至应当是不尽相同的。例如，就以低于成本的价格销售商品而言，可以为降价处理鲜活商品、季节性商品、有效期限即将到期的商品和积压商品的或者因清偿债务、转产、歇业降价销售商品的；就拒绝与交易相对人进行交易而言，可以为交易相对人有严重的不良信用记录或者出现经营状况持续恶化等情况，可能会给交易安全造成较大风险的。但反垄断法的立法表述在可以涵盖的范围上不存在差异。否则，姑且不论形式客观存在的不统一，都会在实质上使得滥用市场支配地位的合理性抗辩在标准上存在不统一，从而导致不同行为之间出现竞争规制不公现象，不同程度地影响立法的科学性。[34]

（二）抗辩事由的立法表述明显多元的解决路径

从经验上看，针对多元化事项导致内容不统一问题的解决方法在基本思路上并不复杂，通常将其单一化即可满足需求。具体就“不公平的”“没有正当理由”“不合理的”在实质上使得滥用市场支配地位的合理性抗辩在标准上存在不统一问题而言，立法只要统一使用三者当中的任何一个就可以解决目前所存在的问题。而对此，我们需要考虑的关键问题是究竟择用何者更为科学。[35] 上述对“不公平的”“没有正当理由”“不合理的”的组合比较应当能够表明，“没有正当理由”应当是最为恰当的立法表述。以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为例，它在合理性抗辩上至少应当包括以下四个事由：第一，为了保证产品质量和安全的；第二，为了维护品牌形象或者提高服务水平的；第三，代工协议履行；第四，涉及知识产权保护。从范畴涵盖的视角来看，“不公平的”应当无法有效包含诸如为了保证产品质量和安全之类的事项；而就代工协议履行和涉及知识产权保护两个事项而言，虽然它们在形式上都是直接基于其他法律的制度性规定，但是它们在通常情况下确实是属于较为合理的社会安排，但是这并不意味着“不合理的”就能够完全总是有效地涵盖它们。以涉及知识产权保护为例，人们对仿制价格非常昂贵的进口抗癌药物的评价就存在很大的差异，其中就包括合理性与合法性的不同程度分野。而“没有正当理由”则可以对这些事项进行有效涵盖，它能够在最大程度上满足合理原则的有效适用。

在对立法宗旨的体现方式不协调这个问题上，如果采取通过非系统化的法律理解来进行局部化的应对，那么立法结合抗辩事由的完善需求则应当作出如下规定，即禁止具有市场支配地位的

〔33〕 叶卫平：《反垄断法价值问题研究》，北京大学出版社 2012 年版，第 55－106 页。

〔34〕 丁茂中：《论差别待遇的合理性分析标准》，《上海对外经贸大学学报》2018 年第 5 期，第 40 页。

〔35〕 金善明：《〈反垄断法〉文本的优化及其路径选择——以〈反垄断法〉修订为背景》，《法商研究》2019 年第 2 期，第 66 页。

经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：（1）没有正当理由，以高价销售商品或者以低价购买商品；（2）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；（3）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；（4）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；（5）没有正当理由，搭售商品或者在交易时附加其他交易条件；（6）没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；（7）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。比较而言，如果采取通过系统化的法律修订来予以彻底解决，那么立法结合抗辩事由的完善需求则应当作出如下规定，即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：（1）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；（2）没有正当理由，搭售商品；（3）没有正当理由，拒绝与经营者进行交易；（4）没有正当理由，限定经营者只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；（5）没有正当理由，在与经营者交易时附加其他交易条件；（6）没有正当理由，对条件相同的经营者在交易价格等交易条件上实行差别待遇；（7）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。

五、结语

习近平同志在党的十九大报告中强调，全面依法治国是国家治理的一场深刻革命，必须坚持厉行法治，推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。虽然大型企业未必就具有市场支配地位，但是具有市场支配地位的经营者往往是大型企业。而根据世界近百年的经济发展规律来看，大型企业在一个国家的技术创新活动中通常扮演着十分重要的角色，它们一般都是“突进行动”的发起者和主导者。因此，反垄断法针对滥用市场支配地位的规制立法必须在最大程度上保持科学性。目前，十三届全国人民代表大会常务委员会已经将现行《反垄断法》的修订工作列入立法规划，期待立法能够对此及时加以完善，从而为我国社会主义市场经济的进一步发展提供更为健全的法律保障，促进政府与市场高度的耦合。

On Improving the Legislation on Abuse of Market Dominant Position

DING Maozhong

Abstract: With respect to the provisions on abuse of dominant position conducts,the current Anti-Monopoly Law has the following four problems: firstly, the embodiment of legislation purpose is not well coordinated; secondly, the internal standards for determining dominant position is over jumbled; thirdly, it is somehow blur of the system for determining

the relative dominance; lastly, phraseology of justifications are obviously multivariate. On these grounds, from a most ideal perspective, the legislation shall be improved through the corresponding four measures: firstly, to restrict the regulation objects strictly to the operational conducts that impede fair market competition; secondly, to establish the market structure standard directly as the fundamental standard in determining market dominant position; thirdly, to expressly reject the relative dominance theory from applying in the Chinese Anti-Monopoly Law; lastly, adopt the identical wording of without justification to express the Rule of Reason in Anti-Monopoly Law legislation.

Keywords: Market Dominant Position; Competition Regulation; Code of Conduct

（责任编辑：江山）