

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.05.004

# 论差别待遇的合理性分析标准

丁茂中

(上海政法学院经济法学院, 上海 201701)

**摘要:**虽然差别待遇是《中华人民共和国反垄断法》所规制的重要内容之一,但是无论是滥用市场支配地位的立法本身还是竞争执法机构发布的实施细则都没有对其合理性的分析标准作出细化指引。根据市场规制法则的基本原理,差别待遇的合理性分析应当按照终端性、间接性、客观性、保护性四个阶梯型的考察视角逐次进行逻辑展开。

**关键词:**反垄断法; 滥用市场支配地位; 差别待遇; 合理原则

**中图分类号:** DF414

**文献标识码:** A

**文章编号:** 2095—8072(2018)05—0040—13

根据《中华人民共和国反垄断法》(下称《反垄断法》)第17条规定,对滥用市场支配地位行为的法律认定需要进行合理性分析。欧美上百年的执法实践充分表明,这通常都是一项工作非常复杂的环节,具有较高的不确定性。因此,国务院反垄断执法机构在发布的相关配套文件中对这些内容特别进行了细化指引。国家工商总局采用了“总则模式”,即笼统地就整个滥用市场支配地位行为的合理性分析标准作了说明,《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第8条规定了在认定其管辖范围内的所有经营行为的合理性时将会考虑的因素,包括:(一)有关行为是否为经营者基于自身正常经营活动及正常效益而采取;(二)有关行为对经济运行效率、社会公共利益及经济发展的影响。国家发改委在此采用了“分则模式”,即分别就单个滥用市场支配地位行为的合理性分析标准作了说明,《反价格垄断规定》第11~14条分别规定了在认定其管辖范围内的各类经营行为的合理性时会考虑的因素。虽然国家工商总局的“总则模式”具有存在的必要性,但是国家发改委的“分则模式”更有所需的指导性。然而,发改委的“分则模式”即便仅在价格歧视范围内也恰恰“遗漏”了对差别待遇的合理性分析标准进行细化指引。故本文尝试对此进行探究,期望有助于促进我国差别待遇规制条款的科学适用。

## 一、阶梯型第一应然考察视角: 终端性

差别待遇的合理性分析标准首先应当考虑终端性问题,即所涉的经营行为是否直接指向消费者。如果是,那么原则上基本推定其具有合理性; 如果否,那么原则上初步推定其没有合理性。

### (一) 生产领域的差别待遇容易导致市场势力的不当延伸

纵览世界反垄断执法实践不难发现,凡是能够使经营者将自身在一个相关市场上

的优势地位延伸到另一个相关市场的商业行为在合理性上通常都因遭严重质疑而被普遍否定。<sup>①</sup>美国例如*Carbice Corp. v. American Patens Development Corp*案件, 布兰迪斯大法官在判决中对专利持有人要求冰盒的使用人必须使用其所提供的干冰的做法作出猛烈抨击: “专利所有人并不是从法律赋予其垄断的创造发明中获得利润, 而是从其创造发明所使用的供应产品中攫取利润, 而这绝不是专利垄断权的范围……如果垄断可以如此扩展, 对某一个产品拥有专利可能会形成在很大范围内适用于该制品之上的非专利物品的商业垄断。”<sup>②</sup>欧盟例如谷歌滥用搜索优势影响购物服务案件, 欧盟委员会在裁定中认为: 谷歌进入购物比价市场后, 利用其在网上搜索领域的主导地位, 操纵搜索结果, 不公平地把客户引向自己的购物服务, 使其他提供比价服务的公司无法获得竞争优势, 从而妨害了消费者的选择, 因此决定对谷歌处以24.2亿欧元的罚款。<sup>③</sup>中国例如可口可乐公司收购中国汇源公司案件, 商务部在该审查决定公告中明确指出: “商务部依法对此项集中进行了全面评估, 确认集中将产生如下不利影响: 1. 集中完成后, 可口可乐公司有能力将其在碳酸软饮料市场上的支配地位传导到果汁饮料市场, 对现有果汁饮料企业产生排除、限制竞争效果, 进而损害饮料消费者的合法权益。……因此, 决定禁止此项经营者集中。”<sup>④</sup>究其原因, 最为核心的缘由就是这类情形损害了或者将会损害市场公平竞争机制。除政府基于弥补市场失灵的需要而依法采取措施进行干预以外, 任何私人主体都无权对自身享有的经营自主权范围之外的市场秩序进行定向安排,<sup>⑤</sup>所有超出这个限制的经营行为在客观上都会不当地影响其他经营者在交易机会上的获取、在经营成本上的承担、在投资回报上的获得等相关事项, 从而直接导致市场公平竞争机制遭受不同程度的恶性扭曲问题。

而经营者对其他经营者采取的差别待遇在客观上恰恰比较容易导致将其在一个相关市场上的优势地位延伸到另一个相关市场。虽然不同的经营者是否属于同一个相关市场通常需要根据替代性原理从产品、地理、时间、技术等维度, 借助诸如假定垄断者测试法之类的方法进行界定后, 方可得出较为精确的结论, 但现代社会生产的高度分工化、所有交易特别是经营者实施的生产性交易都是以交易对方所提供的产品或服务系自身内在无法满足的需求为基础、竞争者相互进行交易的低频性等, 使得包括兼并投资在内的生产性交易活动在大多数情况下发生在属于两个或者两个以上不同相关市场的经营者之间。无论经营者对条件相同的经营者是在交易价格上还是在交易数量上或在交易品级、优惠条件、付款条件、交付方式、售后服务等上实行差别待遇, 这都会不同程度地影响到后者在相关市场上的公平竞争。当差别待遇所涉产品或服务直接构成另一产品或服务的组成部件, 或差别待遇所涉的交易事项直接关系到交易机会的潜在获取时, 这种效果就会表现得格外突出, 特别是当实施差别待遇的经营

① 刘宁元, 司平平, 林燕萍. 国际反垄断法(第二版)[M]. 上海: 上海人民出版社, 2009: 147.

② 邓峰. 传导、杠杆与中国反垄断法的定位——以可口可乐并购汇源反垄断法审查案为例[J]. 中国法学, 2011(1): 18.

③ 周武英. 欧盟巨额罚款致谷歌市值蒸发170亿美元[N]. 经济参考报, 2017-06-29(4).

④ 中华人民共和国商务部公告[2009年]第22号。

⑤ 王晓晔. 反垄断法[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 40.

者在相关市场上的市场份额很高且采取的歧视幅度很大时,甚至可能出现直接决定他人生死存亡的情形。而如果经营者采取的差别待遇只是针对消费者的,那就根本不会导致将其在一个相关市场上的优势地位延伸到另一个相关市场的情形。尽管经营的多元化及产品的多样性使得同一个经营者在消费领域可以处于不同的相关市场中,然而消费者只能作为相关市场界定权衡因素的客体,再加客体与主体无法完全脱节,这首先就决定了消费者无论是在具体层面上还是在抽象层面上都不可能与其实行差别待遇的经营者分属两个或者两个以上不同的相关市场,而“条件相同的交易相对人”这个差别待遇的前提限制条件则进一步决定了该种情形下的经营行为不可能存在超出同一个相关市场的问题。

## (二) 针对消费者保护的现行立法并未明确禁止差别待遇

“反垄断法作为现代经济法的核心组成部分,立法本身与随之的执法在本质上代表着政府对市场的干预。”<sup>①</sup>就政府干预的地位问题,党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》所提出的“经济体制改革是全面深化改革的重点,核心问题是处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”对此进行了历史性变革设计。“凡是市场有能力做好的事情就交给市场去做,政府的职责和作用主要是保持宏观经济稳定,加强和优化公共服务,保障公平竞争,加强市场监管,维护市场秩序,推动可持续发展,促进共同富裕,弥补市场失灵。”<sup>②</sup>而李克强总理在2014年3月会见采访第十二届全国人大二次会议的中外记者并回答提问时所指出的“市场经济也是法治经济,我们要努力做到让市场主体‘法无禁止即可为’,让政府部门‘法无授权不可为’”则为政府干预划出了更为清晰的边界。所有反垄断执法都应当严格根据这些基本精神进行科学实施,包括滥用市场支配地位的竞争规制。而对于作为经济性垄断只是针对少数经营者强加特殊义务的滥用市场支配地位而言,它的着力点就在于合理性的判断上。<sup>③</sup>如前所述,只是针对消费者的差别待遇不会导致将经营者在一个相关市场上的优势地位延伸到另一个相关市场。在这种首先可以排除存在反竞争问题的情形下,只是针对消费者差别待遇的合理性分析就应当仅限于考察其是否存在包含涉及违反其他法律规定的问题。仅就行为模式而言,包括《中华人民共和国消费者权益保护法》在内的其他法律规定都没有明确禁止经营者不能对消费者实施差别待遇,但是经营者在对消费者实施差别待遇过程中客观上确实可能存在违反其他强行法规定的情形。如果存在这种情形,例如其中针对部分消费者在产品“三包”上实行的差别待遇违反了《中华人民共和国产品质量法》有关保修期的最低年限规定,那么就应当最终认定其没有合理性。如果不存在这种情形,则应当最终认定其具有合理性,即因“法无禁止即可为”而默认属于

① 丁茂中. 论企业在反垄断执法中的权利救济制度[J]. 法治研究, 2008(5): 8.

② 韩俊. 任兴洲. 建设统一开放竞争有序的市场体系[N]. 人民日报, 2013-11-20(7).

③ 李钟斌. 反垄断法的合理原则研究[M]. 福建: 厦门大学出版社, 2005: 213.

经营自主权的范畴。

这与《反垄断法》将维护消费者利益作为立法宗旨之一的内容并不矛盾。第一，消费者利益的维护路径核心依赖于市场竞争机制。维护消费者利益在本质上是关注利益分配问题，较为良性的处理方式应当是，首先最大程度做大可以用来分配的经济蛋糕，而不只是不患寡而患不均。根据古今中外的实践来看，做大可以用来分配的经济蛋糕主要还是依靠市场竞争机制。“只有竞争，才能使价格随供求的变化而波动；只有竞争，才能使价值规律得以贯彻；只有竞争，才能使经济充满活力。……迫使他们去改进技术，改善经营管理，节约社会资源或劳动消耗，在优胜劣汰中促进资源不断优化配置，技术不断进步，生产力不断提高。”<sup>①</sup>第二，所有经济性垄断的规制立法都没有明确直接跳过市场竞争机制而只以维护消费者利益为导向。即便是在具体制度条款中明确突出消费者利益维护的垄断协议豁免规定，也没有完全牺牲市场竞争机制，而是明确要求经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争。<sup>②</sup>虽然有些专家认为滥用市场支配地位中的超高定价规制条款是直接以保护消费者利益为目的的，但以不公平的高价销售商品所发生领域的广泛性以及国家发改委在2015年对美国高通公司滥用市场支配地位所作的处罚，在客观上使这种观点很难得到立法本义与执法实践的支撑。第三，维护消费者利益须以整体为视角。无论选择哪个被歧视的消费群体作为参照对象，只是针对消费者的差别待遇都会存在受惠者和受损者；只要相关市场存在有效竞争，即便以消费群体人数的比例作为依据进行否定性执法都是不合适的，因为我们无权在部分甚至大部分消费者有其他选择余地的情况下消减部分甚至小部分消费者的选择空间。

## 二、阶梯型第二应然考察视角：间接性

差别待遇的合理性分析标准接下来应当考虑间接性问题，即针对经营者所涉的经营行为所产生的外部影响是否属于间接传导。如果是，那么最终认定其具有合理性；如果否，那么原则上进一步推定其没有合理性。

### （一）限于交易本体形成的接触性影响完全属于市场机体的良性作用

所有经营者实施的所有交易都会对所有相对人产生各种各样的外部影响。经营者参与市场资源的优化配置必须以拥有必要的质与量的经济利益为基础，经济利益的基础规模特别是经营过程中经济利益的增加与减损直接关系到它们各自的发展，而只要经营者之间发生正常的交易，就意味着必将出现经济利益的变动问题。<sup>①</sup>无论交易结果具有较高的互惠性还是较强的掠夺性，都会导致交易当事人的经济利益在内容上发生实质性的新陈代谢，只是各个具体交易在其外在表现形式上存在不同程度的差异而

① 王天义. 发挥市场在资源配置中的决定性作用[N]. 学习时报, 2013-11-18(4).

② 钟刚. 反垄断法豁免制度研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 178.

③ 周辉. 企业持续竞争优势源泉[M]. 北京: 知识产权出版社, 2008: 25.

已, 并因此进而动态性地影响着交易各方在各自市场上的经济地位。即便是具有市场支配地位的经营者所实施的交易, 包括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, 也都无法摆脱这种规律的约束。在这种环境下, 任何经营者在充分享有自主经营权的情况下都必须具有应对外部影响的基本能力。现代社会生产的高度分工化, 加之单个经营者根本没有能力建立一个完全自给自足的生产体系, 客观决定了任何企业不可能在生产走向消费这个过程中彻底与世隔绝, 它们必然会同其他经营者发生各种各样的交易接触。如果一个经营者不能对与这些交易接触过程必然伴生的某些外部影响产生基本的抵抗能力, 那么它就完全无法经受任何形式的市场洗礼而显得没有存在的价值。更为关键的是, 假设这种特质成为一种普遍问题存在于经济活动各个细胞中时, 整个市场也就因各个组织体系的单元或者部件过于脆弱无法进行分工合作而直接崩溃。产品或者服务的生产要素组成的多元性及其采购来源的多样性与产品或者服务的可延伸性及其方式的多样化使得任何市场参与者都或多或少地拥有一些可选空间来采取措施消化、吸收在交易过程中受到的接触性影响,<sup>①</sup>即便是面对具有市场支配地位的经营者实施的差别待遇, 哪怕是非常弱小的企业在很多情况下也是可以通过突出服务水平、优化产品质量、完善功能设计等措施进行抵消局部劣势而持续发展。

而凡是经营者自主经营应当能够应对外部影响都是有利于促进市场资源的优化配置的。所有经营者在交易过程中频频发生的经济利益变化不断地打破它们在单个时间节点上经济利益规模的静态格局, 这使得它们被持续地置于各种竞争压力之下。如果一个经营者不能将这些经济利益的变化进行优势转化或劣势抵消, 那就将逐渐处于市场地位的下降通道而可能濒临被淘汰出局的境地。这就驱使各个经营者必须时刻紧跟市场的节奏变化不断调整自身的经营布局以在有限的市场空间内最大程度地攫取其发展所需的资源, 有限的市场资源在不存在劣币驱除良币问题的生态环境中因此将持续地得到优化配置。在大多数情况下, 包括具有市场支配地位在内的经营者所实施的差别待遇都可以产生这种作用。以批发领域的价格歧视对零售市场的影响为例: 绝大部分的厂家通常都会对因采购规模较大而具有较强议价能力的大型零售企业采取比因采购规模较小而议价能力相对较弱的中小零售企业更为优惠的折扣, 后者相较前者在进货价格上确实存在不同程度的劣势, 但是它们在经营自主权范围内并非不能采取措施来进行综合平衡, 例如完全可以通过与大型零售企业在店铺选址上的错位而选择一些客流量基本能够满足店铺营运需求而且房租物业成本较低的地段或者片区。这在客观上促进了零售市场供给服务分布格局的均衡化, 有效地避免出现有些地方营业网点过度集中而有些地方营业网点严重不足的问题。除此以外, 中小零售企业还可以采取 24 小时营业、商品配送上门、开发自主品牌等诸多措施提升自己的竞争能力。伴随着上述各种措施在不同经营者之间的交叉使用, 零售市场一般会逐步趋于形成市场领导

<sup>①</sup> 何然. 买方势力——反垄断法视域下的新思考[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 2-3.

者、市场挑战者、市场跟随者、市场补缺者这样比较分明的势力格局，这非常有助于促进市场竞争的良性发展。

## （二）超出交易本体产生的控制性影响多数属于市场机体的恶性作用

正如欧共体委员会所言：“某企业取得市场支配地位这一事实并不能剥夺其在受到威胁时保护自己商业利益的权利，且该企业也应该有权利采取其认为保护自己商业利益所必需的适当措施。”<sup>①</sup>但是当它对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上所实行的差别待遇使得大多数不确定的经营者在自主经营范围内即便通过各种努力仍然无法进行有效应对的话，那么这就基本超出了正常交易所允许存在的对外影响力范畴。“市场机制之所以具有有效配置资源的功能，就在于其所坚持市场公平的原则。”<sup>②</sup>除了政府基于市场失灵而依法采取的干预以外，任何其他主体在任何其他情形下都无权插手所有经营者之间的公平竞争活动。而使得大多数不确定的经营者在自主经营范围内，即便通过各种努力仍然无法进行有效应对的差别待遇在实质上基本剥夺了他人的公平竞争权利，被歧视对象能否在相关市场上得以立足或者继续发展主要取决于具有市场支配地位的经营者在此给予的条件内容。如果是利好性质，那么随着利好程度的相对越高和利好时间的相对越长就越可以得到更多的发展空间；如果是利空性质，那么随着利空程度的相对越差和利空时间的相对越久就越难以维持生存。但是无论具体何者在此情形下受益或者受损，这一切都基本掌控在能够实施差别待遇的具有市场支配地位的经营者手中，而非交易相对人本身及其付出的努力，所以这种格局随着前者的态度变化完全可以随时随地发生翻天覆地的变化，后者只能听天由命而任人摆布。因此，美国《罗宾逊—帕特曼法》特别规定：从事商业的人在其商业过程中，直接或间接地对同一等级和质量商品的买者实行价格歧视，如果价格歧视的结果实质上减少竞争或旨在形成对商业的垄断，或妨害、破坏、阻止同那些准许或故意接受该歧视利益的人之间的竞争，或者是同他们的顾客之间的竞争，都是非法的。

根据以往经验看，以下情形中具有市场支配地位的经营者所实施的差别待遇，特别是歧视幅度相差较大时，在客观上比较容易导致出现这类问题。第一，所提供的产品或者服务属于核心组成部件的。当一个经营者所提供的产品或者服务是另一个经营者所提供的产品或者服务的核心组成部分时，这通常意味着后者对前者具有一定程度的依赖性。例如，包括联想、惠普、华硕等在内的电脑制造商基本都离不开CPU生产商英特尔和操作系统供应商微软的产品支持。如果前者（如英特尔、微软等）在相关市场上具有支配地位，那么后者（如联想、惠普等）在需求替代的选择空间上则往往比较有限。在这种情况下，它们之间发生的群体交易在横向比较上客观存在的差异就直接影响着后者在相关市场上的经营发展。无论是交易价格还是产品等级或者售后服务、付款方式等，相对受惠的交易相对人一般在其所提供的产品或者服务的销售价格、出货速度、质量体

<sup>①</sup> 朱理. 标准必要专利禁令救济问题的反垄断分析[J]. 中国知识产权, 2016(3): 50.

<sup>②</sup> 洪银兴. 论市场对资源配置起决定性作用后的政府作用[J]. 经济研究, 2014(1): 14.

系等方面都会规律性地比相对受损的交易相对人拥有各式各样的竞争优势。第二,所提供的产品或者服务属于关键展示平台的。虽然,“在平台经济模式下,交易双方不再以原子方式随机碰撞,而是在平台提供者或平台企业的组织下,通过信息纽带缔结在一起,平台企业为供求双方提供信息空间、撮合市场交易、降低交易成本、提升交易效率。”<sup>①</sup>但是,“平台经济明显体现了赢者通吃的法则,只有一两家公司可以存活,平台所有者因此能够从平台的所有用户中攫取相当大的利润。更严重的问题在于,因为平台是集中化的,平台所有者也就成为虚拟世界中事实上的独裁者,而平台所有者会依仗其权利压制其余生产者。”<sup>②</sup>一旦它们采取差别待遇特别是在平台的加入或者接入上实施歧视性标准时,除了通常会间接影响到交易相对人的经营成本与投资回报以外,还往往直接关系到交易相对人在获取各种交易机会上的公平竞争,进而在很大程度上决定着部分经营者的生死存亡。

### 三、阶梯型第三应然考察视角:客观性

差别待遇的合理性分析标准接下来应当考虑客观性问题,即针对经营者所涉经营行为所产生的外部影响是否属于人为所致。如果是,那么原则上进一步推定其没有合理性;如果否,那么最终认定其具有合理性。

#### (一)瞬息万变的市场自然决定经营者必须因时制宜

众所周知,无论哪个国家的市场或者哪个领域的市场都会随着时间的推移而不断发生变化。它们或表现为市场主体的诞生、重组、消亡等,或表现为生产要素的供给波动、价格起伏、技术革新等,或表现为政府干预的新政出台、旧法废止、力度调整等。市场固有的优胜劣汰规律迫使所有经营者不得不根据市场的变化及时采取措施调整自己的经营活动,否则必将遭受不同程度的市场惩罚。数不清的历史教训充分说明,这类后果轻则可能带来阶段性的发展挫折,重则可以直接导致企业被踢出局。若要在举此例,手机领域昔日的霸主诺基亚在近些年的急速陨落应当是这个方面最为生动的典型代表。伴随着微软以71.7亿美元并购诺基亚手机业务部门的交易完成,曾经连续十多年霸占全球手机市场销量第一的王者彻底离场。“诺基亚衰落的原因是多方面的:首先,随着时代的发展,诺基亚手机的设计理念逐渐落后于时代潮流,在我们的印象中,诺基亚手机是长时间呆板无变化的,而消费者的需求是多样的;其次,诺基亚顽固坚持其手机系统,Android系统早在2008年就已发布,而诺基亚手机在2011年之前还一直顽固坚持塞班系统,毫无危机意识;第三,诺基亚团队科技成果转化能力不强。不得不承认,在长达十几年的手机霸主岁月里,诺基亚研发团队有着很强的综合实力,而这种科技实力却没能充分展现在其商务和市场能力上,导致诺基亚在后期竞争中节节败退。”<sup>③</sup>

① 李凌. 平台经济发展与政府管制模式变革[J]. 经济学家, 2015(7): 28.

② [美]Martin Kenney, John Zysman, 贾开. 平台经济的崛起[J]. 经济导刊, 2016(6): 68.

③ 吴修乾. 诺基亚员工遭微软大淘汰探究诺基亚衰落的原因[EB/OL]. 前瞻网[2017-12-26]. <https://www.qianzhan.com>.

在根据市场的变化及时采取措施调整自己的经营活动过程中，经营者不可能在交易条件上不采取变化性的交易措施。首先，上游进货成本的大幅增加等因素客观决定了需要上调产品销售价格以进行成本抵消。如果经营者在这种情形下不进行相应幅度的提价，那么除了可能导致不同程度的经济亏损以外，还可能导致触及其他法律的禁止性规定问题。例如，《中华人民共和国反垄断法》第17条第1款禁止具有市场支配地位的经营者“没有正当理由，以低于成本的价格销售商品”。其次，部分交易相对人的博弈能力的相对变强客观决定了它们必须不同程度地作出让步。无论何种类型的经营者所主导的经济博弈都必然有个“逐顶”或者“逐底”的探索过程，<sup>①</sup>当它们遇到强劲的反弹力量时通常都会适度地进行妥协。譬如，在付款方式上由先提货后付款，甚至货物销售完毕再付款改为先付款后提货，甚至提前预定付款到期再提货，在售后培训上由先前派员但是收费模式改为免费派员进行培训模式，在保修范围上由先前的部分核心组件扩及到整个商品。再者，不稳定的自然条件客观决定了它们也无法确保所有商品特别是涉及农业的产品，尤其是在品质上，完全前后一致。从各国的实践来看，即便采用最先进的农业生产技术，亦会受到外界环境变化的巨大影响。

虽然时间的差异很有可能使不同的经营者因此属于条件不同的交易相对人，但不可能使所有经营者因此都属于条件不同的交易相对人；<sup>②</sup>否则，这将在很大程度上直接动摇整个差别待遇规制的立法基础，特别只是针对具有市场支配地位的经营者在此课征的特别义务。时间的差异并不完全妨碍条件相同的存在，意味着包括具有市场支配地位在内的经营者在根据市场的变化及时采取措施调整自己的经营活动过程中，往往难以避免地实施了各种各样的差别待遇，<sup>③</sup>而这其中又可能不乏有些完全超出被歧视对象在自主经营范围能够有效应对的情形。若有足够的证据能够有效证明这些非系行为主体的主观所愿而为的，那么则应当充分肯定它们存在的合理性。尽管这种情形下的差别待遇在形式上是通过经营者采取的调整措施表现出来的，然而它们在本质上完全是市场的一种自然作用方式。虽然这对于被歧视对象，特别是那些日常经营受到严重打击，甚至因此彻底退出市场的企业而言也是非常不公平的，但是这恰恰就是它们在参与市场活动中必须面临和承受的正常风险之一。

## （二）非应对之必要举措基本为不受待见的私权操纵

虽然市场的变化使得差别待遇成为经营者在参与市场竞争过程中必然面临的手段选择，但是这并不意味着它没有使用限度，所有经营者采取的任何歧视性措施都应当限于自身应对市场竞争的客观需要。例如：为了巩固自己的经销商队伍，经营者可以根据与交易相对人累计合作的年限长短，制定相应的忠诚度返利方案或者年度性奖励计划；为了提高商品的销售速度，经营者可以根据交易相对人的年度采购规模大小

① 即便是具有市场支配地位的经营者，它在决定自己的交易条件时也不可能一次性将利己事项全部最大化，总会存在一个逐步摸索的过程，这也客观决定了所有经营者不可能回避掉所有差别待遇。

② 兰磊. 非法价格歧视行为的判断标准研究[J]. 竞争政策研究, 2015(2): 58-60.

③ 李小明. 滥用市场支配地位法律规制研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2008: 176.



实施不同等级的优惠性折扣力度；为了能够有效地进入特定的目标市场，经营者可以给予部分特别的代理商更多的售后服务支持或者门店开张补贴费用。如果超出这个范畴，那么就带有很强的主观操纵色彩。判断经营者所采取的差别待遇是否超出应对之必要，应当主要考虑以下两个方面的因素：第一，用于歧视性分配的利益来源。差别待遇的本质是一种非均衡性的利益分配，而市场竞争的核心在于所有竞争者各自实力的持续较量。因此，经营者为了实施差别待遇而用来激励的经济利益应当是其在法律允许的博弈范围内可以获得的各种资源。若其中夹杂着以实质性侵占他人的经济利益而为的，则此举的基础就非常可疑。以经销商对供货商在付款方式上的歧视安排为例，前者可以对部分后者常规性地要求货到付款，前者也可以对部分后者采取先付款后提货，但是前者不应当对部分后者实行货物销售完毕再付款特别是再另行附加货款结算期限。第二，可以满足需求的选择空间。即便所用利益是自身通过正常的市场博弈获取的，它亦可以产生类似政府补贴带来的不同程度的排挤效果。所以，经营者实施的差别待遇应当是别无选择的方案。若还存在其他附带性损害更小的替代选项，则此举的使用也高度可疑。以制造商对零售商的价格歧视幅度为例，当窄幅的价格歧视足以实现自身的经营需求时，具有市场支配地位的经营者就不应当进一步采用更为宽幅的价格歧视，特别是此举客观上可以导致部分交易相对人因此可能被直接赶出市场。

显而易见，任何具体形式的私权操纵行为向来都是各国竞争规制的重点打击对象。美国《谢尔曼法》第2条非常直白地规定：任何人垄断或企图垄断，或与他人联合、共谋垄断州际间或与外国间的商业和贸易，将构成重罪。如果参与人是公司，将处以不超过1000万美元的罚款；如果参与人是个人，将处以不超过35万美元的罚款，或3年以下监禁。也可由法院酌情并用两种处罚。“在联合商标案中，欧共体委员会和法院都承认了支配地位企业‘为保护自己的商业利益’的权利，同时，对该权利的行使施加了一个条件，即不得利用该权利加强或者滥用支配地位。为了论证联合商标公司的拒绝交易行为不能因为‘保护自己的商业利益’而符合‘客观合理化’的要求，欧共体委员会指出，被控制方不可能不知道这一事实：如果采取这些措施的话，就会阻止其他的销售商或分销商支持其他品牌的广告运动，制裁措施施加于其中一个之上的威胁，会使它在相关市场的地位更为稳固。”<sup>①</sup>我国亦是如此，其中包括在这个范畴内的差别待遇。若要进一步细述这类社会现象的具体成因，可以从更为丰富的以下三个方面来解释：首先，经营者地位的平等性决定了私权操纵存立的弱民意基础。无论哪个类型的竞争者，它们在市场上的地位都是平等的，这意味着带有奴役性色彩的私权操纵从根本上往往难以天然性的得到大部分经营者发自内心的一贯支持。<sup>②</sup>其次，政府干预的合法存在决定了私权操纵存立的空间近零性。除了基于社会治理的各种需求而依法进行的授权以外，权威性的塑造与维护使得政府本身是不会容

① 肖伟志. 应对竞争的抗辩: 美国和欧共体反价格歧视法的比较与借鉴[J]. 河北法学, 2006(7): 126.

② 李冬. 竞争性缔约契约研究[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 17.

忍任何其他形式的私权操纵无论是在形式上还是实质上威胁公权力的干预地位。再者，公共利益的优先属性决定了私权操纵存立的冲突性压制。趋利避害的本性导致私权操纵通常只是谋求一己之利，由此进而在不同程度上可能直接影响到公共利益的实现，整体利益与个体利益的潜在冲突注定了社会群体在此方面所将作出的决策选择。

#### 四、阶梯型第四应然考察视角：保护性

差别待遇的合理性分析标准接下来应当考虑保护性问题，即针对经营者所涉的经营行为是否属于特别照顾中小企业的善意之举。如果是，那么最终认定其具有合理性；如果否，那么就最终认定其没有合理性。

##### （一）现代社会法则支持倾斜性帮扶中小企业发展的做法

虽然优胜劣汰是市场经济的基本规律，但是市场经济并不只是简单地奉行弱肉强食的法则。除了在经营者与消费者之间适度作些倾斜性照顾的制度安排以外，几乎所有国家和地区都还在经营者与经营者之间适度作了些倾斜性照顾的制度安排，这突出表现为当前全球所非常普遍存在的各式各样的中小企业特别保护制度。发达国家以澳大利亚为例，“澳大利亚联邦、州和地方政府都非常重视中小企业的发展。对于信息和通信行业，澳大利亚要求在硬件（电脑、网络设备、主机和打印机等）采购中，至少10%的合同（以金额计算）授予中小企业，在服务（系统集成、软件、技术咨询、通讯服务）采购中，至少20%的合同授予中小企业。”<sup>①</sup>发展中国家以中国为例，我国在2002年就专门颁布了《中华人民共和国中小企业促进法》，2017年修订后的法律从财税支持、融资促进、创业扶持、创新支持、市场开拓、服务措施、权益保护等7个方面特地对中小企业的健康发展作了系统性的保护设计。除此以外，我国还有很多法律对此作了特别规定，其中就包括经常被人们誉为“经济宪法”的反垄断法。《反垄断法》第15条第1款明确规定，经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第13条、第14条的规定：（一）为改进技术、研究开发新产品的；（二）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；（三）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；（四）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；（五）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；（六）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；（七）法律和国务院规定的其他情形。

为了促进中小企业特别保护制度的有效落实，法律不仅重点对政府规定了各种管理职责，而且还对企业规定了一些社会责任。从形式上看，这些社会责任大体有两类，一类可谓义务型，另外一类可谓鼓励型。前者明确要求企业对此必须采取积极举措，例如《中小企业促进法》第17条第2款规定：国有大型商业银行应当设立普惠金

<sup>①</sup> 许敏燕. 澳大利亚对扶持政策落实情况实行年检[N]. 政府采购信息报, 2013-06-21(4).

融机构，为小型微型企业提供金融服务。后者明确支持企业对此可以采取积极举措，例如《中小企业促进法》第39条规定：国家支持大型企业与中小企业建立以市场配置资源为基础的、稳定的原材料供应、生产、销售、服务外包、技术开发和技术改造等方面的协作关系，带动和促进中小企业发展。如果具有市场支配地位的经营者所实施的差别待遇确实属于这种范畴，那么它们就应当得到充分的肯定。而事实上，无论是具有市场支配地位的经营者还是一般类型的企业为了倾斜性照顾中小企业而实施的差别待遇都是与《反垄断法》的立法宗旨高度契合的。<sup>①</sup>首先，它们有助于促进市场的公平竞争。众所周知，公平价值在运行上客观可能出现不同程度的形式与实质的分野。“实质公平原则正是作为反垄断法的本质特征和价值被引入到反垄断法制度体系中来。”<sup>②</sup>成长的过程性使得中小企业在各种商业活动的起点上相较行业的领导者或者挑战者往往处于非常明显的劣势地位，而包括经营者在内的所有主体对中小企业的各种特别照顾通常可以逐步缩小两者之间的力量差距，从而使得它们能够在相关市场上同大企业实质性地展开较量。其次，它们有助于提高经济的运行效率。寡头结构的市场因容易形成各种方式的共谋而可能使得竞争的强度趋于下降，这就意味着由突进行动与追踪反应构成的动态变化过程将会因此放缓速度，市场创新无论是在数量上还是在质量上必然随之走低。而包括经营者在内的所有主体对中小企业的各种特别照顾可以使它们逐步由市场补缺者或者市场跟随者部分发展成为非常具有潜力的市场挑战者，由此不断增加或者循环巩固市场的竞争强度，从而持续性地驱使各类经营者进行技术创新。

## （二）可持续性发展的社会需求无法容忍损公肥私的做法

1962年，美国联邦最高法院首席大法官厄尔·沃伦（Earl Warren）在布朗鞋业公司诉美国案件中提出，反垄断法的价值目标是“保护竞争而不是竞争者”。<sup>③</sup>虽然这种表述遭到一些人的质疑，例如有的专家指出：“持‘保护竞争而不是竞争者’观点的人看到了反垄断法维护竞争秩序的价值，而忽视了这种抽象的价值目标最终也须通过对具体的权利主体的保护得以实现。如果没有具体的价值主体作支撑，任何抽象的价值目标都会显得空洞无力。”<sup>④</sup>但是它确实被很多国家和地区的反垄断法理论界与实务界所广泛接受，并被奉为圭臬。全面透视这种社会现象，深刻反映出当前人们对竞争规制活动的目标定位越来越趋于理性和科学。其实，“保护竞争而不是竞争者”的意思并不是说反垄断法不保护经营者的利益，而是强调反垄断法所保护的利益并不止于这等视野。当保护竞争者与保护竞争并行不悖甚至相辅相成时，反垄断法都会成人之美，前面展示的垄断协议豁免制度就是最好的例证；但是当保护竞争者与保护竞

① 《中华人民共和国反垄断法》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。

② 叶卫平. 反垄断法价值问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 85.

③ Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, (1962).

④ 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[J]. 北方法学, 2013(4): 115.

争背道而驰时，反垄断法将会毫不犹豫地牺牲前者保全后者，微软遭到世纪审判就是典型的例证。“微软的财富固然值得珍惜，但与其他同为优势阶层的大企业不同的是，微软以自己的实力损害了一种机制，一种能让更多的微软诞生的机制，那就是市场经济公平自由竞争的机制。正是这种机制造就了微软，美国人可能还想有更多、更大的微软，基于这种观念，忍痛牺牲一个微软也就没什么可惜的了。”<sup>①</sup>可以看出，人们对市场竞争机制崇拜的根本缘由在于追求长远的整体利益。20世纪30年代爆发的经济大危机给我们带来的深刻教训就是过于注重眼前的局部利益必然将会导致社会发展出现不同形式的灾难性后果。因此，一个社会要想可持续性发展就必须不断地超越眼前的局部利益而图谋长远的整体利益。所以，长远的整体利益不仅成为政府干预的存在基础，更成为竞争规制的灵魂标准。

而当具有市场支配地位的经营者只是为了自己的利益而超出非应对之必要对其他从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织实施具有控制性影响的差别待遇时，这种情形就完全有损于长远的整体利益。以国家发改委查处的联通、电信价格歧视案为例：为了最大程度的继续巩固自身的垄断利益，因先前负责全国性骨干网的基础设施建设而在互联网接入服务（ISP）市场具有非常明显优势地位的中国电信、中国联通对条件相同的交易相对人在交易价格上实行差别待遇。“中国电信和中国联通对有竞争关系和没有竞争关系的ISP给出了不同的宽带入网价，即与有竞争关系的中国移动、中国铁通等大型ISP的交易条件是100万/G.月，而且这些交易须经集团的审批，并且须在北京、上海、广州的指定点进行接入；对一些没有竞争的中小型ISP的接入条件是20~30万/G.月。”<sup>②</sup>由于此举是以价格挤压策略为基础的，即“在未经加工产品市场上具有支配地位的厂商，利用此产品制造深加工产品的同时将多余的未经加工产品在市场上出售，其制定的出售价格使下游竞争厂商无法在加工过程中获得足够的利润以维持其在深加工产品市场上竞争力的行为。”<sup>③</sup>因此也就不存在所谓为了倾斜性照顾中小企业的善意问题，它只是行为主体对需求不同的经营者收取不同的价格以达到利润最大化的均衡而已。“阚凯力表示，电信和联通给予这些二级运营商的价格非常高，但给自己的大客户例如银行价格只有这些中小接入商的几分之一，这样就使得批发价高于零售价。迫于成本压力，这些二级运营商无法降价与电信和联通竞争，致使两家骨干网运营商达到垄断市场的目的。”<sup>④</sup>这严重影响了我国宽带服务市场的健康发展，平均速率慢、接入费用贵、互联时延长、数据丢包率高、产品创新性弱、追赶后劲不足等都是典型的外化表现。虽然促进企业做大做强是我们经济政策的重要目标，而且大企业确实在技术创新、税收缴纳、吸收就业等事项上通常有着较为突出的贡献，但是如果它们妨碍了通过市场竞争机制可以创造与维持的长

① 王先林. 知识产权与反垄断法:知识产权滥用的反垄断问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 16.

② 王晓晔. 中国电信、中国联通涉嫌垄断案的再思考[J]. 交大法学, 2013(2): 7.

③ See Case T-5/97—Industrie des Poudres Spheriques v. Commission of the Europe Communities, 30 November 2000, 178.

④ 钟晶晶. 发改委否认宽带垄断案和解, 称已获得核心证据[N]. 新京报, 2011-11-22(B03).

远整体利益时，那就必须被及时有效地进行矫正甚至不惜彻底抛弃。

## 五、结语

差别待遇是企业在日常经营过程中最为常用的商业手段之一，而《反垄断法》则就此对具有市场支配地位的经营者强加了特殊的法律责任，即在没有正当理由的情况下不得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。因此，科学地明确差别待遇的合理性判断标准就显得至关重要，因为任何稍微严重的考虑不足必然都会导致“积极失误”的发生。<sup>①</sup>就浅层次而言，将会不同程度地影响特定经营者的正常发展。当事人不仅因此可能遭受商誉损害，而且通常因此面临巨额罚款。根据《反垄断法》第47条：经营者违反本法规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。就深层次而言，这将会不同程度地影响市场竞争机制的有效运行。越位的政府干预不仅可能伤害组织性的活动细胞，而且往往会扭曲系统性的商业规律。根据竞争规制的基本原理，本文对差别待遇的合理性分析标准提出了框架性方案，即按照终端性、间接性、客观性、保护性四个阶梯型的考察视角逐次进行逻辑展开，这应当对我国差别待遇规制条款的科学适用有些许参考价值；但是从应用角度看，各项内容都必须进一步细化设计，这有待于我们共同努力进行深度探索。

【作者简介】丁茂中：法学博士，上海政法学院经济法学院副教授。研究方向：竞争法学。

## The Analysis on Reasonableness Test of Discrimination Treatment

DING Mao-zhong

(Economic Law School, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai 201701, China)

**Abstract:** There are no detailed guidelines of abuse of dominant position by legislation perse or anti-monopoly enforcement regulations to analyze the reasonableness test of discrimination treatment, although discrimination treatment is one of the most significant parts of Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. On the basis of the fundamentals of competition regulation, reasonableness test of discrimination treatment will be logically considered by the four-tiered view of end user, indirection, objectiveness and protectiveness.

**Keywords:** anti-monopoly law; abuse of dominant position; discrimination treatment; rule of reason

(责任编辑：黄志瑾)

<sup>①</sup> 1984年，弗兰克·H·伊斯特布鲁克大法官在发表的经典论文《反垄断的局限性》中指出，反垄断执法机构对垄断行为的认定不可能百分之百的准确，失误是无法避免的；这些失误可以分为两类：一是积极失误（又称第I类失误、假阳性失误），即有效的竞争性行为被误认为是反竞争的，从而被反垄断执法机构禁止；二是消极失误（又称第II类失误、假阴性失误），即垄断行为被反垄断执法机构认定为正常的商业行为。参见：Frank H. Easterbrook, "The Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, 1984, 63: 1-40.