

# 反垄断法视野中的欺诈行为

刘 进

**【摘 要】**从域外实践来看,欺诈行为正逐渐受到反垄断法的关注,需求增加型市场力量论为反垄断法规制欺诈行为提供了理论基础。具有市场支配地位的企业实施欺诈行为可能产生获得或维持市场垄断力、增加竞争对手成本、客户先占等排除限制竞争的效果,而“消费者反冲”无法消除欺诈行为的竞争损害,因此,依靠市场自身力量无法应对虚假宣传行为的负面影响,反垄断法有其适用空间。在我国,将欺诈行为纳入反垄断法规制范畴有助于厘清反垄断法与反不正当竞争法的关系。在反垄断法规制欺诈行为视角下,我国关于“滥用市场支配地位行为”的立法存在不合理之处。以欺诈等“廉价排挤性行为”作为我国反垄断法执法重点的选择有利于合理配置执法资源,树立反垄断法的法律权威。

**【关键词】**“零件”行为;滥用市场支配地位;需求增加型市场力量

**【作者简介】**刘进,浙江理工大学法政学院(杭州 310018)。

**【原文出处】**《南京大学学报》:哲学·人文科学·社会科学,2018.1.51~64

**【基金项目】**教育部人文社会科学一般项目(15YJA820013)。

## 一、问题的提出

近代以来,欺诈的法律规制体系主要由合同法、侵权法和刑法来完成,“三者相辅相成,始可预防、压制欺诈,而保护及救济受欺诈人,既不必相互排斥,亦不必相伴也”<sup>①</sup>。在反不正当竞争法发展成独立法律部门之后,欺诈作为误导的典型表现方式,成为最普遍、最盛行的一种不公平竞争形式。<sup>②</sup>历史表明,欺诈行为一直未进入反垄断法的规制范畴,我国也是如此。对于以反垄断法规制欺诈行为的顾虑主要有以下几点:第一,相比合同法、反不正当竞争法,各国反垄断法的法律责任普遍要更为严厉,反垄断法的适用可能导致吓阻过度<sup>③</sup>;第二,反垄断诉讼是一种非常昂贵的诉讼,如果将普通的商业侵权行为也纳入反垄断案件中将造成诉讼资源的浪费<sup>④</sup>;第三,企业对自身的宣传本身对艺术性、夸张性有一定的需求,如果在传统法律之外再加上反垄断法律责任,可能导致反垄断法“假阳性错误”(false positive error)<sup>⑤</sup>。因此,一般认为侵权法、合同法、反不正当竞争法等

法律足以威慑欺诈行为并提供适当的救济,不必用反垄断法来规范欺诈行为。但近年来欺诈行为的排除限制竞争效果正在逐渐被域外反垄断执法机构所关注,司法实践中也出现了相关案例。<sup>⑥</sup>基于相关案例的增多,国外学者对此问题也开始关注。<sup>⑦</sup>目前,这一问题还未引起我国学者的重视,相关研究重点主要集中于专利标准制定中的欺诈行为可能引起的反垄断问题。<sup>⑧</sup>欺诈行为是否应作为一种典型的垄断行为纳入反垄断法规制范畴?反垄断法规制欺诈行为对我国反垄断法的立法与实施会产生怎样的影响?本文拟对上述问题进行探讨。

## 二、欺诈行为进入反垄断法视野:域外实践

从域外的相关实践来看,反垄断法所规制的欺诈行为主要有以下几个类型:

### (一)虚假广告

近年来,美国有不少涉及虚假广告与产品宣传的垄断案件被起诉到法院。以下两个案例,一个作为较早以虚假宣传为由提起的反垄断诉讼,另一个

作为原告胜诉的虚假宣传垄断案件值得我们关注。一是 Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co. 案<sup>⑨</sup>。1979 年的 Kodak 案是较早的以虚假宣传为由提起的垄断诉讼。Kodak 公司在其产品 Kodak 胶卷 II 的包装盒上注明该产品的使用期长达 14 个月,然而事实上,该胶卷在存放 3-6 个月之后就会导致拍摄速度下降,其竞争者 Berkey 公司以此为由提起了反垄断诉讼,认为 Kodak 公司的该虚假宣传行为加强了其垄断地位,同时也导致自己的销售量减少,处于不利的竞争地位。美国第二巡回法院驳回了原告的诉讼请求,其在判决书中指出:“《谢尔曼法》并非‘所有感染商业生命之恶的万能药’(a panacea for all evils that may infect business life)。”在此案的判决书中,以脚注的形式采纳了 Areeda 和 Hovenkamp 的观点:虚假宣传行为对竞争仅仅产生了微量影响(de minimis effect)。<sup>⑩</sup>此后,微量影响原则被多个法院在判决书中援引。<sup>⑪</sup>二是 Conwood Co. v. U. S. Tobacco Co. 案<sup>⑫</sup>。在 Conwood 一案中,被告是一个对湿鼻烟进行产品分类的公司,原告认为被告作为湿鼻烟产品分类信息市场上的垄断者,其为相关零售商提供了虚假的产品销售信息,导致零售商不愿销售原告所生产的原本销售量很大的湿鼻烟产品。在此案中,法院认为原告提供了充分的证据证明了零售商确实受到了产品分类商虚假信息的误导,被告的行为属于一种排他性的限制竞争行为,应受《谢尔曼反法》第 2 条的规制。法院指出,该种排他性限制竞争行为以一种不必要的限制性方式减少了竞争对手的竞争机会,且在实质上并无促进竞争的效果。最终,第六巡回法院对违法行为判处了 10 亿美元的反托拉斯损害赔偿。

## (二)“雾件”行为

“雾件”行为是新产品发布中的一种欺诈行为。在特定的情况下,企业会有意地发布一些虚假的新产品预告。这种经过预先发布,却迟迟未能按照承诺上市、甚至销声匿迹的新产品通常被称为“雾件”(Vaporware)。<sup>⑬</sup>到目前为止,越来越多的“雾件”行为进入到我们的视野,如微软的 MS DOS 5.0 和 7.0 操作系统、苹果和 IBM 联合开发的 Taligent 操作系统等。

在现实中,“雾件”行为很可能导致市场进入的

阻碍,也可能改变消费者的消费决策从而造成反竞争效应。鉴于“雾件”行为潜在的掠夺性和反竞争效应,该行为已受到反垄断法的关注与审查。在 20 世纪 60 年代的 IBM 案例中,IBM 过早宣布开发它的 360 系统和相关的外围设备,为此,美国联邦贸易委员会指控 IBM 作出了关于产品线的未成熟的、掠夺性产品预告。<sup>⑭</sup>真正使“雾件”一词名声大噪的是 1995 年的微软案,尽管该案的原告并未针对微软的雾件行为提出起诉,但法官 Stanley Sporkin 指出雾件行为“是一种欺骗性行为,所有市场主体同盟都明白这一点”<sup>⑮</sup>。由于司法部与微软达成的协议裁决中并未提到微软的雾件行为,法官因此而拒绝审查通过该协议裁决,并指出:“法院特别注意到微软的雾件行为,微软在操作系统上已经拥有了市场支配地位,政府专家认为该地位很难撼动。在此情况下,微软提前宣布其具有超级竞争力的新产品的行为只会不公平地加强其垄断力量。”<sup>⑯</sup>有调查表明,很多企业,尤其是高科技领域的企业都承认曾使用“雾件”作为策略性的竞争工具。<sup>⑰</sup>另一项调查则表明在信息行业中,68% 的专家都认为微软的雾件行为对软件业的弱小竞争者产生了排挤效果,进而产生了反竞争的后果。<sup>⑱</sup>

## (三)产品标准制定中的欺诈行为

在实践中,为统一产品标准,产品标准制定组织需要和企业合作来设立行业标准,以规范产品规格。在现实中,企业往往争相成为产品标准制定组织的合作企业以制定于已有利的产品标准,甚至在标准设定中提供虚假信息,从而获得有利的竞争地位。在这种情况下,如果一个垄断企业利用其垄断力量,通过欺骗标准制定组织影响相关产品标准的制定从而维持其垄断力量,这就会产生反垄断问题。在美国,不同的法院对于是否应以反垄断法规制标准制定过程中的欺诈行为,以及如何规制的问题有不同的意见和做法。

一是严厉标准。在 Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc. 案中,美国第三巡回法院针对标准制定中的欺诈行为采取了严厉的态度。<sup>⑲</sup>法院认为,私人组织的标准制定是一个共识推动(consensus-driven)的过程,在标准制定中的欺诈行为,使得欺诈者能在竞争中获

得“不公平的优势”，从而阻碍竞争过程。美国第三巡回法院对标准制定中的欺诈行为是否适用反垄断法设定了几个条件：(1)欺诈行为发生在一个“共识推动”的私人标准制定组织中；(2)专利持有者的欺诈行为导致其专利许可无法遵循FRAND原则；(3)标准制定组织在标准制定时信赖了专利持有人的虚假信息；(4)专利持有人后续的对其承诺的违背将形成一种行为，而该行为是反竞争性的。

二是宽松标准。在Rambus Inc. v. F. TC.案中，哥伦比亚特区巡回法院为标准制定中的欺骗性行为确立了一个“安全港”。<sup>⑨</sup>该法院认为，由于美国联邦贸易委员会无法证明如果Rambus对其专利提供的信息是真实的，标准制定组织会设置不同的专利标准。也就是说，即使Rambus对其专利提供了真实信息，标准制定组织仍然会以Rambus的专利为标准专利。尽管域外法院对欺诈行为是否应受反垄断法规制形成了不同的判决结果，但几乎所有受理此类案件的法院均认可虚假宣传行为可能会导致垄断化，因此该行为应受到反垄断法的规制，只是大部分法院同时也以原告未因虚假宣传行为而受到竞争性损害为由驳回了原告的诉讼请求。<sup>⑩</sup>

### 三、欺诈行为进入反垄断法规制范畴的理论路径

#### (一)需求增加型市场力量论

自欺诈行为进入反垄断法视野开始，学界对于反垄断法是否应对欺诈行为进行规制众说纷纭。随着反垄断法理论研究的发展，学者们对于反垄断法的规制对象、市场力量的形成等反垄断法核心问题的认识也在不断深入，欺诈行为进入反垄断法规制范畴也获得了较为有力的理论支撑，其中，“需求增加型市场力量论”尤为引人注目。

在反垄断法中，市场力量是决定法律责任的至关重要的因素。<sup>⑪</sup>可以说，所有的垄断行为都离不开对市场力量的运用。对于大多数反垄断法所要规制的垄断行为而言，要证明违法行为的成立，必须证明行为人拥有一定的市场力量。<sup>⑫</sup>反垄断法的最重要目的就是让企业按照边际成本来定价，即以竞争性价格来定价，而市场力量却使企业能背离边际成本定价，即垄断性定价。因此，市场力量简而言之就是“控制价格或排除竞争的能力”<sup>⑬</sup>。但这只是对市场

力量的主观描述，在具体案件层面，我们需要对市场力量进行客观界定并将之量化，“勒纳指数”(Lerner Index)就是这样一种尝试，即用“当企业产出最大化时的产品价格偏离在该产出水平时的边际成本的程度”来衡量市场力量。<sup>⑭</sup>然而，“勒纳指数”中涉及的数据，例如边际成本、需求弹性，是相当难计算的。因此，各国法院在长期的反垄断实践中，转而采用“市场份额”这一较为容易量化的数据作为衡量“市场力量”的首要标准。<sup>⑮</sup>

然而，如果我们仅以市场份额来衡量市场力量，就无法解释某些企业尽管并不拥有大的市场份额，但其也有将自身价格提升至超竞争水平的能力，事实上，超竞争性的价格才是市场力量的真实反映。<sup>⑯</sup>“价格超过边际成本预示着市场力量的存在”<sup>⑰</sup>，也就是说，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。<sup>⑱</sup>传统反垄断法观点认为企业往往利用大的市场份额所获得的市场力量来减少供应，因而能维持超竞争性价格，而忽视了价格提高的另一个可能因素，即增加需求。

“需求增加型市场力量”是一个与“产出限制型市场力量”相对的概念。欺诈行为之所以一直存在于传统反垄断法规制主流之外，其主要原因在于这类行为很难归类为一种“产出限制”。总体而言，传统反垄断法所规制的核心垄断行为都倾向于减少产出而获得控制价格的力量。<sup>⑲</sup>一个已有市场力量的主体也倾向于减少产量来滥用其市场力量，其中掠夺性定价只不过是未来一段时间能获得控制产量的能力而已。与此相对，欺诈行为则采取了一种相反的方法——增加消费者对其产品的需求，即通过提供虚假信息(欺诈)的方式来增加消费者需求。在传统观念中，大部分提高产品需求的行为都是促进竞争的，正因如此，与增加产出有关的所有行为一般都会被认为是“本身合法”的。<sup>⑳</sup>但是对于欺诈行为而言，尽管其会提高产出和需求，却会损害消费者利益。欺诈行为是通过增加需求来获得市场力量，即通过增加需求从而获得提高价格的能力，然而，这种市场力量被反垄断法所忽视了。

“基于需求的市场力量”即通过一个产品卖方的

特别努力从而可以增加其产品的需求,这一力量能使卖方在同样的价格下销售更多的产品,或者以更高的价格销售相同数量的商品。卖方所得到的增加的需求必然是建立在其竞争者需求量减少的情形下的,因此整个行业的总产量与总收益并未发生改变。从这一角度而言,“基于需求的市场力量”更像“增加竞争对手成本”而获得的市场力量。但是,增加需求的垄断行为与提高竞争对手成本的垄断行为仍有较大区别。增加竞争对手成本一般着力于上游市场,即通过限制供给侧来提高竞争对手的成本,而需求增加型垄断行为则是针对下游市场,即通过转移需求来增加竞争对手成本。这一区别是关键性的,因为增加竞争对手成本要获得成功往往必须和供应商联合起来<sup>②</sup>,而在增加需求性垄断行为中,则不存在这一问题。增加需求型垄断行为中只有行为人和其想吸引的买方,不存在对行为人的垄断行为施加限制的第三方市场。由此,需求增加型行为不仅仅区别于增加竞争对手成本行为,而且实施成本更低,因而也更加危险。

基于上述分析,我们可以看到市场力量的来源至少有三种:一是卖方有较大的市场份额。如果卖方并无较大的市场份额,其仍可能通过以下两种方法来获得市场力量。二是提高竞争对手的成本。特定的企业通过与其供应商联合使其竞争对手的成本增加,该企业从而获得了成本优势,可以将价格提高到边际成本之上。三是提高需求量。这种“基于需求的市场力量”可视为增加竞争对手成本所产生的市场力量的补充。市场主体要增加基于需求的市场力量可采取两种方式:通过真实的广告来吸引更多买方或通过欺诈等。<sup>③</sup>后者对竞争有不利影响,因为其增加了购买其他竞争性产品的买方的成本。因此,我们可以将基于需求的市场力量视为提高竞争对手成本行为分析角度的一个补充,即在需求侧提高对手成本。在此定义之下,基于需求的市场力量可以被视为一种市场力量,这种力量能让企业以“超竞争价格”销售产品。根本问题在于,买方在支付“超竞争价格”时并不关心该价格的形成是因卖方拥有高市场份额还是通过某种途径增加了市场需求,反垄断法也不关心这个区别。正如对于市场份额,

反垄断法所关心的是该市场份额是以合竞争手段还是反竞争手段获得或维持的一样,对于需求增加所产生的市场力量,反垄断法也应关注其是因合竞争手段还是反竞争手段获得或维持的,如果该行为的手段损害了竞争,则应受到反垄断法规制。

## (二)竞争损害论

企业实施欺诈行为时将增加其产品的需求,接下来要论证的是,当欺诈行为的实施主体为一个具有市场力量的企业时,将会对市场竞争产生实质性损害,欺诈行为因此而应纳入反垄断法规制范畴。有研究表明,在一个充分竞争的市场上提供虚假信息行为是难有立足之地的,在这样的市场上,真实的信息不仅有众多的来源和渠道,而且其传播迅速,成本低廉。因此成功的欺诈行为必然发生在这样的市场上:一是市场信息不充分,二是市场竞争不充分。<sup>④</sup>在这样的市场上,买方与卖方处于严重的信息不对称状况,买方容易受到虚假信息的引诱做出错误选择。因此,当一个具有市场力量的企业实施欺诈行为时,很容易对相关市场上的竞争产生排除和限制的效果。

### 1. 获得或维持市场垄断力

欺骗性的信息使企业能吸引更多消费者从而获得或维持垄断力。为了获得竞争优势,企业本应努力提供高品质产品或服务,然而,如果企业以欺骗方式进行竞争则成本低廉得多,也同样能达到提高销量和排除竞争者的效果。尤其是在技术复杂、质量难以测度的高科技产品市场,虚假信息更加难以识别。在这样的市场上,一个本具有垄断力的企业提供欺骗性信息其效果则更显著,因为该企业更有能力将该宣传扩展和传播得更广泛。尤其是在竞争不充分的市场中,中小企业更容易受到欺骗性市场行为的损害。在大部分产业中,一个企业必须达到一定规模,即“最小效率规模”,从而获取最佳潜在效率。当虚假信息从竞争对手处窃取了一定数量的“买方”之后,也就相应地窃取了竞争对手要达到最小效率规模所需要的销售量。<sup>⑤</sup>因此,欺骗性市场行为并非通过提高自身效率来获取竞争优势,而是通过不正当手段剥夺竞争对手的效率,从而排斥了相关市场的竞争,通过不正当手段获得了更大的市

场力量。

## 2. 增加竞争对手成本

在实践中,市场主体可能通过增加竞争对手的成本来达到形成或维护垄断地位的目的。作为一种垄断性策略,增加竞争对手的成本有时比其他方法,如掠夺性定价更有吸引力,因为其更易实施,成本更低且风险更小。<sup>⑤</sup>需要注意的是,并非所有增加竞争对手成本的行为都是违反反垄断法的。实际上,任何提高生产效率的行为都可能增加竞争对手的成本,例如,企业努力扩大生产增加销售量,迫使竞争对手减少产量或者增加销售成本来维持销售量。因此,只有以非效率的手段来增加竞争对手的成本才是反垄断法要规制的行为。当企业通过发布欺骗性信息时,无论其目的在于夺取消费者还是误导竞争者,都可能增加竞争对手的成本,而这种行为基于其欺骗性而毫无效率可言。Esterbrook 法官在 *Schachar v. Am. Acad. of Ophthalmology, Inc.* 一案中曾指出当欺诈行为出现时,其竞争对手将完全可以通过宣传自己的产品来应对虚假信息。<sup>⑥</sup>然而,就算竞争对手能说服消费者,但这一努力也是需要成本的,虚假信息迫使竞争对手采取行动来应对,这也必然提高竞争企业的成本,其结果是抬高了竞争企业的价格或减少产量。

## 3. 客户先占

客户先占是一种间接提高竞争对手成本的方式,即通过一定的方式从竞争者处取得其所需投入物或销售渠道的机会,从而提高竞争者的成本。在现有的相关案例中,客户先占多以支付价款的方式从其交易对象或第三人处获得一种权利,以确保交易对象或第三人不再与其竞争对手进行交易。例如在 *Syufy Enters. v. American Multicinema* 一案<sup>⑦</sup>中,被告购买了在一个很大的地区放映电影的排他性许可,这一地区范围超出了法院认为的合理限度,法院因此认为这种排他性许可的购买,使竞争对手更难获得电影生产商的许可,从而失去竞争机会。对客户进行先占的另一种形式是通过合同惩罚的方式,例如支配企业与其客户订立长期租约,如果对方要提前解约则须支付大额的违约金从而受到惩罚,如果这种惩罚足够大,且覆盖足够多的客户,则会导致

竞争对手的成本增加或形成市场进入障碍。欺骗性交易行为可能以更低成本对客户进行先占。例如“零件”行为通过发布虚假的新产品上市预告,从而吸引一部分消费者,使一部分本来打算购买竞争者产品的消费者转而等待该企业的新产品,这无疑也是一种客户先占的方式,而且该行为成本低廉,为很多企业争相利用。

## 4. 对消费者福利的影响

虚假信息的发布首先会增加消费者搜索产品的费用。其次,欺骗性市场行为对买方的不当诱惑同时也会减少消费者剩余从而损害消费者福利。当一个消费者受到虚假宣传的诱惑时,其选择就偏离了最佳偏好。在一个信息完全的市场上,消费者应选择其消费者剩余最大化的产品,消费者剩余即产品对于消费者的主观价值与产品价格之差。消费者剩余最大化是反垄断法的首要价值,而虚假宣传却扭曲了消费者的主观价值,导致消费者选择了一个消费者剩余更少的产品。再次,虚假信息可能造成市场秩序的混乱,使消费者放弃或减少购买,从而造成无谓损失。而基于虚假信息的引诱形成消费的网络效应,需求就会向欺诈企业倾斜,进而影响竞争。

### (三)“市场自愈论”之探讨

通过上述分析,我们可以暂时形成一个结论:一个拥有市场力量的经营者的欺诈行为,如果成功实施会造成排除和限制竞争的后果,尽管这一行为已有其他法律对之进行规制,但是从法律设立和适用的目的着眼,欺诈行为基于其排除限制竞争的效果,应纳入反垄断法的规制范畴。一直以来,几乎每一项被纳入反垄断法规制的行为都会在经济上产生“是否应纳入反垄断法抑或任其由市场治愈”的争议。类似于芝加哥学派对掠夺性定价等排他性垄断行为的质疑,以反垄断法来规制欺诈行为自然也会遭到类似的质疑。

欺诈行为纳入反垄断法规制范畴的第一个质疑就是“垄断者未必会实施这种行为,因为该行为会给垄断者带来声誉损失,该行为给垄断者带来的损害比给消费者带来的损害更大”<sup>⑧</sup>。然而,与价格性掠夺行为相比,虚假宣传行为对于垄断者而言是一种更好用的工具。因此质疑价格掠夺性行为的经济学

理论与证据不足以用来证明虚假宣传行为并非一个有效率的掠夺工具。因为该行为的实施不必花费任何实质意义上的成本,制造和传播虚假信息的成本远大于竞争对手应对虚假信息所招致的成本。<sup>⑩</sup>这对于垄断者而言,市场份额的扩大和市场力量的增强完全是一种“净”效率。

对于以反垄断法规制欺诈行为另一个质疑是:“消费者反冲”(consumer backlash)足以消除垄断者的欺诈行为。该观点认为,从长远来看,虚假宣传行为会让失望的消费者对于垄断者的产品不再感兴趣,进而惩罚垄断者转而投向别的竞争者,这就是所谓的“消费者反冲”。<sup>⑪</sup>这种观点倾向于利用市场本身的力量而不是反垄断法来预防和治理欺诈行为。然而,这一判断无疑是在对市场效率过于乐观的估计上。尽管欺诈行为可能对垄断者造成声誉损失,但欺诈行为仍然不失为一个成功的经营策略。第一,当垄断者以虚假信息击败竞争对手之后,即使消费者最终知道自己受骗了但却别无选择,而只能接受垄断者提供的产品。这样的实践并不少见,微软就是利用“雾件”行为并结合其他策略,最终将DR-DOS系统从美国市场上赶出去了。<sup>⑫</sup>第二,一次虚假宣传无法推断出宣传者的未来行为,因此也很少能使消费者联合起来抵制宣传者未来的产品。<sup>⑬</sup>消费者的失望完全可能被宣传者接踵而来的新产品的承诺冲淡。<sup>⑭</sup>此外,垄断者往往有着很好的市场声誉,这能帮助他们安全渡过信任危机。一次虚假信息可能会毁了一个小的市场主体,但是对于大企业而言,欺诈行为被识破后并不会带来同样的损失。此外,垄断者还能通过长期的经营形成一个产品信息链条,在这个链条上,他们可以策略性地使用欺骗行为,不仅巩固了消费者对产品的信心,而且能将欺诈行为的消极影响降至最低。第三,从消费者心理与行为学的角度,有众多的理论都表明,消费者对于经营者的虚假信息往往缺乏辨识和对抗能力。尤其是在高科技产品领域,很多消费者永远无法知道他们被误导,他们很难知道产品的质量到底如何,他们一般倾向于认为买到的产品比竞争者的产品更好,或者,尽管他们买到的产品不尽如人意,但其他产品会更差。<sup>⑮</sup>还有学者指出,对于高科技产品,消费者

往往存在一种“隐形成本发现困境”(difficulty in detecting hidden costs)。<sup>⑯</sup>认知分歧(cognitive dissonance)原理则认为,一个人往往根据他们已拥有的或做出的选择调整他们的偏好。<sup>⑰</sup>也就是说,当消费者做出选择后,他们就会有一种寻找支持该选择的事实与原因的倾向。法院在审理“雾件”行为有关的案件时还提出了“沉没成本”(sunk cost)原理<sup>⑱</sup>,即当消费者为了一件产品花费了大量金钱和精力之后,将不愿转向其他产品,即使其所拥有的产品存在一定的瑕疵。在美国,法院和司法部都注意到了这一点:“计算机市场的现状经常性地限制了消费者的选择自由……因为软件的高昂价格‘锁定’(lock in)了消费者,从而限制了他们的理性选择。”<sup>⑲</sup>因此,作为一个追求利益最大化的主体,声誉损失并不能阻挡企业对消费者进行欺诈,期望以消费者的理性选择来应对垄断者的欺诈行为恐怕是很困难的。

#### 四、反垄断法规制欺诈行为之中国意义

##### (一)反不正当竞争法与反垄断法关系之厘清

我国反垄断立法并未将欺诈行为纳入反垄断法的规制范畴,在市场竞争中通过虚假信息获得竞争优势的行为,目前主要由《反不正当竞争法》予以规范。在本次《反不正当竞争法》修订过程中,厘清反不正当竞争法与反垄断法之间的关系是本次修订不可回避的议题。“滥用市场相对优势地位”这一主题成为《反不正当竞争法》修订热点的现象也足以说明,我们对于反不正当竞争法与反垄断法之间的关系的界定尚未达成共识。<sup>⑳</sup>欺诈行为这一典型的不正当竞争行为是否应纳入反垄断法规制范畴的探讨为厘清两法的界限提供了一个独特的视角。

反不正当竞争法与反垄断法目的都在于维持市场运行的有效性,同属于竞争法的范畴。但是从根本上来说,反不正当竞争法主要针对市场主体通过不正当手段获取竞争优势的行为,而反垄断法规制的是获得、维持及滥用市场力量的行为,两者的性质迥异。反不正当竞争法是在市场机制能自我调节的基础上,矫正竞争中的个体行为的非公平做法,“迫使所有市场参与者依照相同的规则较量,保证竞争的公平性”<sup>㉑</sup>。因此,反不正当竞争法本质上是一部“道德之法”。从各国的反不正当竞争立法来看,立

法名称上多冠以“反不正当竞争法”“公平交易法”。在行为正当性的衡量标准上,几乎都确立了大致相同的一般条款,其中均使用了诸如“正当”“公平”“诚实”和“善良”等典型的“道德用语”。<sup>⑤</sup>很显然,这些用语属于价值判断的“价值词”,同时具有描述性和评价性意义,既能陈述事实,也能规范和引导人的行为,指导人们做出各种行为选择。<sup>⑥</sup>显然,反不正当竞争法有着深厚的道德基础,它的产生源于商人对诚信行为的追求,它的任务在于对商业伦理的捍卫,它的适用以既存的道德标准为尺度。因此,反不正当竞争法维护的是竞争的“公平性”和“诚实性”。从这一角度而言,市场主体在竞争中的欺诈行为本应归入反不正当竞争法的规制范畴。

尽管同属竞争法领域,但反垄断法与反不正当竞争法有着本质的不同,反垄断是一项经济性事业(economic enterprise),而非道德性的事业(moral enterprise)。<sup>⑦</sup>反垄断是对市场的一种干预,市场干预必须有正当的理由,但这种正当理由并非道德意义上的。反垄断法本身并没有道德内容,商业行为的道德性也并非反垄断法所要关注的主题。反垄断法假定企业利润最大化,并质询这种利润最大化的行为是否“限制了竞争”。一个企业在竞争中提供虚假信息进行欺诈,这显然与道德有关,但是当这种行为被一个具有市场支配地位的企业来实施时,则不仅仅是个道德问题,可能会导致限制竞争的后果,因而也进入了反垄断法的规制范畴。反垄断法并不关心行为的道德性,而是关心它的竞争效应。市场竞争中发生的欺诈行为基于其行为表现形式属于不正当竞争之一种,但是这不意味着该行为不会产生“限制竞争”的后果。因此,“是否已有反不正当竞争法对之进行规制”也不应成为“反垄断法应否规制欺诈行为”的判断标准,“是否产生了限制竞争的后果”才是检验“应否适用反垄断法”的标准。

论述到此,接下来的问题是:如何分辨应由反垄断法规制的欺诈行为与应由反不正当竞争法规制的欺诈行为?在垄断行为的认定中,一般不考虑行为的主观故意,<sup>⑧</sup>故意是民事侵权行为认定中的过错之一种。侵权法中的主观过错要件的目的在于为已发生的损害寻找到一个责任者,而这个责任者因为存

在道德可责难性而成为弥补损失之人。而反垄断法则无意于在“过错者”与“受损者”这两个私主体之间寻找平衡,其关注的是此行为是否存在“排除限制竞争”的后果。这一区别在我国《反不正当竞争法》与《反垄断法》对“掠夺性定价”行为的规定中有明显体现。1993年《反不正当竞争法》第11条第1款规定“经营者不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品”,这是典型的侵权认定模式。这一规定表明掠夺性定价行为必须有主观过错,然而主观过错的认定较为困难,因此该条列举了几种合法降价的情形。在《反垄断法》颁布之后,这一行为被纳入滥用市场支配地位行为中予以规定。在滥用市场支配地位的立法体系中,不再考虑行为人的主观过错,而考虑的是行为人的“市场地位”,尽管“低于成本价销售”“差别待遇”“拒绝交易”等行为都是市场上常见的经营行为,但是拥有市场支配地位的主体承担了更大的法律义务而不得实施这些行为,无论这些主体实施滥用市场支配地位行为的目的为何,其在客观上都可能造成对市场竞争的限制和排斥,这也正是反垄断法与反不正当竞争法作为“社会法”和“准私法”的不同。因此,对于“掠夺性定价”“差别待遇”“拒绝交易”等行为而言,“市场支配地位”是确认合法与非法行为的过滤器;对于欺诈行为而言,“市场支配地位”则是划分不正当竞争行为与垄断行为的分水岭。如前所述,一个充分竞争的市场上,虚假信息很难得以长久维持,当欺诈行为被一个具有市场支配地位的企业实施时,则无论其目的还是结果,均有可能对竞争产生限制。因此,欺诈行为在这一意义上可归入反垄断法的规制范畴。

## (二)关于我国“滥用市场支配地位”立法的检讨

欺诈行为作为企业的单边行为,在我国反垄断法体系中应归入“滥用市场支配地位”行为类型。我国《反垄断法》第17条列举了6项具体的滥用市场支配地位行为,以通俗的反垄断术语来概括,分别是超定价、掠夺性定价、拒绝交易、限定或指定交易、搭售、歧视性销售。<sup>⑨</sup>我国《反垄断法》第17条对应于美国《谢尔曼法》的第2条,但与该条的规定又有所不同。《谢尔曼法》第2条谴责的是“任何从事垄断化或企图垄断的行为”。因此,《谢尔曼法》第2条所规范

的主要是“非法垄断化”(monopolization)与“企图垄断”(attempt to monopolize)这两种行为。美国反托拉斯的司法实践表明,“非法垄断化”才是该条所要规制的核心。一方面,许多被指控为“非法企图垄断”的行为,其实就是一种“非法垄断化行为”;另一方面,“企图垄断”意味着该企业的市场力量尚未达到市场支配地位,而在绝大多数情况下,一个并无支配地位的企业,无法纯粹通过单方行为来获得支配地位。<sup>⑤</sup>如果行为人在市场上尚不是一个垄断者,但有成为垄断者的危险,则这些行为也可以构成“企图垄断”。要认定“企图垄断”,被告的市场力量可以小一些,但行为要件也更为严格。而任何能构成“企图垄断”的行为,也可以构成非法垄断化,只要符合了后者所要求的更高的市场力量要件。因此,我们可以说尽管《谢尔曼法》第2条规定了“非法垄断化”和“企图垄断”行为,但实际上“非法垄断化”才是该条的规制重点。

在美国的司法史上,“非法垄断化”行为经历了曲折的认定过程。在United States v. Grinnel Corp.案中,最高法院指出,要认定被告行为构成非法垄断化,必须证明其满足了以下两个要素:“(1)在相关市场上拥有垄断力;(2)故意获得或维持这种力量,而不是由于其生产出优质产品、高效率的经营或历史的偶然为其带来此种市场力量。”<sup>⑥</sup>对于第一个要素,法院已基本达成共识。但是何为非法垄断化所要求的“坏行为”(bad conduct)则存在众多不同意见。最终,法院达成了一种折中,即这些行为总体而言就是“旨在保护或加强其垄断地位,或有保护、加强其垄断地位效果的‘排挤性’行为”<sup>⑦</sup>。学术界对这类行为也有如下的经典定义:第一,这些行为能够减少竞争对手们的机会,从而产生、加强或延长垄断力;第二,该行为或者对消费者根本没有好处,或者对其给消费者带来的某种好处来说,并不是必要的,或者产生的损害与其产生的好处不相称。<sup>⑧</sup>在欧盟,尽管《欧共同体条约》规定了几种典型的滥用市场支配地位行为,但《欧共同体条约》第82条立法讨论稿第一部分对“排他性滥用”内涵作了如下统一定义,即:“占支配地位公司之行为可能对市场产生封闭效果,如可能完全或部分地阻止可获利市场的扩大,或是阻碍实际的或

潜在的竞争者进入市场,并最终损害了消费者的利益。市场封闭可能阻碍竞争对手的进入或规模扩张,导致竞争对手退出市场。”在这样的抽象定义之下,滥用市场支配地位行为远不止我国《反垄断法》明确列举的6种。<sup>⑨</sup>事实上,在美国的司法实践中越来越多的“排挤性行为”(plain exclusion)受到反托拉斯法的谴责。霍温坎普教授所列举的自《谢尔曼法》颁布以来被法院认定的非法垄断化行为多达20余种<sup>⑩</sup>。在反垄断实践中产生深远影响的后芝加哥学派也认为实际中的市场比正统芝加哥学派所愿意承认的要更加复杂和变化多端,因此,反垄断行为的数量是未知的、种类是无限的。<sup>⑪</sup>

一种行为是否应归入“滥用市场支配地位”行为,应在“市场支配地位+排挤性行为”的框架下进行分析。“滥用市场支配地位”行为就是拥有市场支配地位者用以阻碍现有竞争者扩大产出、或阻止潜在竞争者进入市场的行为,用我国《反垄断法》的立法语言来转译,也就是具有市场支配地位的企业“具有排除限制竞争效果”的行为。根据前文对拥有市场支配地位企业欺诈行为所产生的竞争损害后果的分析,笔者认为欺诈行为理应纳入反垄断法的规制范畴。在这样的分析框架下检视我国现行《反垄断法》关于滥用市场支配地位行为立法规定,可总结出以下几个问题:第一,我国《反垄断法》现有关于滥用市场支配地位行为的列举式规定无法涵盖市场上实际存在的所有市场支配地位滥用的行为方式,例如本文所研究的欺诈行为。第二,尽管其第17条第1款第7项规定了“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”对前面6项规定的滥用市场支配地位行为进行兜底,以防遗漏,但是由于立法没有一个类似于“一般条款”的描述性规定,执法机构在实践中很难辨认出除立法列举之外的滥用市场支配地位行为。虽然我国《反垄断法》第一章第6条规定:“具有市场支配地位的经营者,不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争。”但这条规定与其说是“描述性”的,不如说是“宣示性”的,在无法以司法判例对立法进行内容补充的成文法体系中,这样的规定难以起到“一般条款”的作用。第三,在“市场支配地位+排挤性行为”的分析框架下,我国所规定“以不公

平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品”并不是一种滥用市场支配地位行为。如前所述,排挤性行为就是垄断者用以阻碍潜在竞争对手进入市场、或阻碍现有竞争者扩大产出的行为。以超出竞争性的价格销售商品或以低于竞争性价格购买商品当然是“垄断力”的表现,但是“即使是垄断者,也有权以其利润最大化的价格来销售产品,并将产出减少到能够以该价格出清市场(clearing the market)的程度”<sup>⑥</sup>。垄断者以垄断价格销售商品,其本身并非排挤性行为,更何况,垄断利润会吸引新的市场进入,最终将垄断性价格降至竞争性价格。此外,何为“竞争性价格”本身也是难以认定的,因此认定垄断性价格是执法的巨大难题,这也是为什么现代反垄断法越来越将注意力投向“排挤性滥用行为”的原因。我们只需关注一个市场主体以排挤竞争的手段获取垄断力,而没有必要关注一个诚实经营的垄断者以利润最大化的原则进行市场交易。

(三)我国反垄断法执法重点的选择:廉价的排挤性行为

垄断协议与滥用市场支配地位是反垄断法的两个核心规制对象,在芝加哥学派思想的影响下,人们普遍认为垄断协议的反竞争性较为明显,而垄断性企业所实施的排挤性行为的反竞争性却并不那么容易判断。<sup>⑦</sup>因此,无论学者们还是执法者们均倾向于认为反垄断法的执法重点应该是垄断协议,即合谋行为。<sup>⑧</sup>然而,随着对市场垄断现象认识的深入,人们逐渐认识到排挤性行为在反垄断中的重要性。例如,Jonathan B. Baker以1993年至2013年美国联邦法院所审理的反托拉斯案件以及2011年上半年巡回法院所审理的反托拉斯案件为研究对象,总结出法院共认定了3类共20多种排挤性垄断行为,在此基础上他得出结论:法院对排挤性行为并非如我们想象的那样不予重视。法院对待合谋行为与排挤性行为看似用了不同的规则,但对两类行为认定适用了相同的标准,即缺乏“可识别的效率正义”(Plausible efficiency justification)。从结构上而言,法院对于排挤行为的适用规则并不比合谋行为更宽松,对于赤裸裸的卡特尔行为和显而易见的排挤性行为<sup>⑨</sup>,法院都适用了非常严厉的规则。

对于排挤性垄断行为的细致研究最早起源于对掠夺性定价行为的研究,但这并不意味着掠夺性定价应该成为所有排挤性行为案例的典范。事实上,人们早已发现研究重点应该从掠夺性定价行为转向非价格排挤性行为,因为掠夺性定价行为是一种典型的“昂贵的排挤性行为”(costly exclusion),这一行为的成本对于行为人来说比其竞争对手更为昂贵,很难完成和维持。对于执法者而言,也很难将之从有效率行为中辨别出来,因为至少在开始的一段时间中,该行为能提高消费者福利。美国联邦贸易委员会竞争局前局长Susan A. Creighton指出,事实上,并非所有企业都倾向于实施昂贵的排挤性行为来排斥竞争者,他们可以选择更为廉价的排挤性行为。“廉价的排挤性行为”(cheap exclusion)中的“廉价”意指:第一,该行为对于企业而言无太多成本和风险。相对于“昂贵的排挤性行为”(掠夺性定价即此类行为中的典型),企业如果有能力采用“廉价的排挤性行为”,则肯定会放弃掠夺性定价之类的昂贵的排挤性行为。由此我们也可以判断廉价的排挤性行为应该在实践中是更为普遍的行为,也应该成为反垄断执法的重点。第二,廉价的另一个含义在于该行为无法带来任何“可识别的效率”,也就是说该行为基本上是一种无效率的行为。<sup>⑩</sup>在实践中,当一个具有市场力量的企业所实施的滥用产品标准等投机行为,假冒、欺骗、胁迫等侵权行为,滥用行政程序等行为都属于“廉价的排挤性行为”。<sup>⑪</sup>这一定义之下,本文所研究的欺诈行为可以认定为一种“廉价的排挤性行为”。无论是虚假宣传行为、雾件行为还是标准制定中的欺诈行为,对于一个具有市场支配地位的企业而言,这些行为的实施没有太大的成本和风险,对于市场而言,这些行为不会带来任何“可识别效率”。

对于我国的反垄断执法来说,将欺诈行为这种“廉价的排挤性行为”纳入反垄断法规制范畴,甚至作为执法重点有其独特的意义。首先,廉价的排挤性行为的执法能减小执法难度,降低执法成本。“廉价的排挤性行为”的类型化解决了一个长久以来在分析排挤性垄断行为中的一个困境,即在所有的排挤性掠夺行为中都要使用一个“效率牺牲”测试法

(“profit sacrifice” test),也就是说,在确认一个行为是否为排挤性时,必须对该行为进行一个成本效益分析,即分析该行为是否呈现出“经济不合理性”(economically irrational)。而在廉价的排挤性行为中,效率、经济合理性已无须考察,因为这些行为并不存在经济合理性,均为市场无效率行为。其次,将欺诈行为纳入反垄断法规制范畴有利于加深公众对反垄断法的认识,增进反垄断法的法律权威。尽管我国《反垄断法》已实施近10年,但《反垄断法》对于公众来说仍然是一部相对陌生的法律。这不仅仅因为我国在历史上就是一个缺乏竞争文化和经验的国家,也与反垄断法所规制的垄断行为往往不具有道德上的可责难性有关。反垄断法所规制的垄断行为不产生明显的施害者和受害者,很难在公众心目中产生同仇敌忾的效果,因而也无法对企业形成社会道德与舆论压力。在反垄断法中,即使被认为是“罪恶之首”的卡特尔行为也曾被认为是合法行为。<sup>⑥</sup>法律的权威往往离不开社会规范的支撑,如果没有对法律规范正当性的广泛认同,法律不可能得到有效实施。<sup>⑦</sup>尽管我们可以在法律内容的宣传和法律知识普及上加深公众对反垄断法的认识,但法律权威的树立最终还是必须依赖公众对法律的实施过程和效果的感知与认同。在我国,欺诈行为是公众极为熟悉的违法行为,如果将垄断企业的欺诈行为纳入反垄断法的规制范畴,相关的法律执行活动对公众必然是一种很好的反垄断法教育与启蒙。

## 五、结语

在反垄断立法与实践远未趋于成熟的我国,讨论反垄断法规制欺诈行为也许并非反垄断任务的当务之急。然而,反垄断法作为一部“舶来之法”,以域外的相关理论与实践来检视我国的相关立法本就是使反垄断法获得包容性与前瞻性的必经途径。更何况,在我国也并非没有相关素材可供探讨。2015年9月,京东起诉天猫虚假广告案引起了广泛关注。在此案中,尽管原告的案由是不正当竞争,但原告在起诉书中指出天猫商城与京东商城在中国网络零售市场上的交易额分别排名第一和第二;天猫商城的销售额超过全国网络零售市场交易总额的50%;还指出2014年二者的市场份额均大大高于其他竞争

者。<sup>⑧</sup>这些因素对于不正当竞争行为的认定并无太大意义,反倒是反垄断法案件中要考虑的前提因素,这一现象在本文的议题之下值得我们深思。随着时代的变迁,任何在某个时间节点上制定的法律,都需要根据丰富多彩的社会经济生活进行反思与检视。从这一角度而言,反垄断法规制欺诈行为仍然不失为“管窥”我国反垄断立法不足的一个独特视角。

## 注释:

①史尚宽:《民法总论》,台北:正大印书馆,1980年,第381页。

②参见谢晓尧:《欺诈:一种竞争法的理论诠释——兼论〈消费者权益保护法〉第49条的适用与完善》,《现代法学》2003年第2期。

③参见 Note, "Deceptions as An Antitrust Violation," Harv. L. Rev., 125(March), 2012, pp. 1236-1237.

④参见 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application(3d ed), New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 327.

⑤参见 Fred S. McChesney, "Esterbrook on Errors," Journal of Competition Law & Economics, 6(1), 2010, pp. 15-16.

⑥例如,英特尔公司借助其行业领先地位,对行业标准进行引人误解的表述,该错误表述使人误认为其所生产的中央处理器优于其竞争者所生产的同类产品,该行为诱使独立软件制造商在其产品上纷纷标注与英特尔相关产品兼容,而并未同时标注英特尔的竞争者们的产品名或商标,尽管除了英特尔之外,还有不少芯片生产者的产品同样与之兼容。2009年,欧盟委员会为此对英特尔公司处以1.06亿欧元罚款。随后,美国联邦贸易委员会于2009年11月也针对英特尔这一长达数十年的欺诈行为提起了诉讼[参见 Complaint at 3, Intel Corp., No. 9341(FTC filed Dec. 16, 2009), <http://www.ftc.gov/os/adajpro/d9341/091216intelcmpt.pdf>,最后访问时间:2017年7月1日]。

⑦关于反垄断法规制欺诈行为的综述性文献可参见 Note, "Deceptions as An Antitrust Violation," p. 1235.

⑧参见王先林:《涉及专利的标准制定和实施中的反垄断问题》,《法学家》2015年第4期;钱江:《对标准化进程中专利权人欺诈行为的反垄断规制》,《价格理论与实践》2017年第2期。

⑨参见 603 F. 2d 263, 288n. 41(2d Cir. 1979).

⑩参见 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust

Law: An Analysis of Aitrust Principles and Their Application(3d ed), pp. 326-331.

⑪例如,美国第二巡回法院审理的Nat'l Ass'n of Pharm Mfrs. v. Ayerst Labs一案[850 F. 2d 904, 916(2d Cir. 1988)];美国第九巡回法院审理的Am Council of Certified Pediatric Physicians & Surgeons v. Am. Bd. of Podiatric Surgery一案[Inc., 323F. 3d 366, 371(6th Cir. 2003)];美国第六巡回法院审理的Am Prof'l Testing Serv., Inc. v. Harcourt Brace Jovanovich Legal & Prof'l Publ'n's一案[Inc., 108 F. 3d 1147, 1152(9th Cir. 2003)]。

⑫参见290 F. 3d 768,775-76(6th Cir. 2002)。

⑬参见M. A. Haan, "Vaporware as a Means of Entry Deterrence," The Journal of Industrial Economics, 51(3), 2003, pp. 345-347.

⑭参见Robert Prentice, "Vaporware: Imaginary High-Tech Products and Real Antitrust Liability in a Post-Chicago World," Ohio St. L. J., 57(4), 1996, p. 1234.

⑮参见United States v. Microsoft Corp.(Microsoft I)159 F. R. D. 318, 337(D. D. C. 1995)。

⑯参见United States v. Microsoft Corp.(Microsoft I)159 F. R. D. 318, 330(D. D. C. 1995)。

⑰参见Robert Smiley, "Empirical Evidence on Strategic Entry Deterrence," Int'l J. Indus. Org., 6(2), 1988, p.175.

⑱参见Stuart J. Johnston, "Vaporware Tactics Elicit Mixed Views," Computer World, No. 1, 1995, p.47.

⑲参见501 F. 3d 297, 310-13(3d Cir. 2007)。

⑳参见522 F. 3d 456, 464(D. C. Cir. 2008)。

㉑参见Maurice E. Stucke, "How do(and should) competition authorities treat a dominant firm's deception?," SMUL. Rev., 63(3), 2010, pp. 1108-1109.

㉒参见Louis Kaplow, "On the Relevance of Market Power," Harv. L. Rev., 130(5), 2017, p. 1304.

㉓对于滥用市场支配地位而言,市场支配地位就是绝对市场力量的体现,对于卡特尔行为而言,如果不是卡特尔成员共同运用了市场力量,价格不会超出竞争性价格。在纵向限制行为中,多数法院也会要求证明被告有一定的市场力量(参见赫伯特·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,北京:法律出版社,2009年,第83-84页)。

㉔这是在United States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co.一案中,美国联邦最高法院首次对市场力量进行的描述[参见U. S. 377, 391-92, 76 S. Ct. 994, 1005(1956)]。目前对于市场力量的描述较受认可的是Landes和Posner提出的——“市场力量,是指一个企业(或多个企业,共同行动)将价格提高到竞争水平

之上,而不会导致销售量的大幅下降或过快下降以至于价格上涨行为为无利可图而必须停止的能力”[William M. Landes & Richard A. Posner, "Market Power in Antitrust Cases," Harv. L. Rev., 94(5), 1981, p. 937]。

㉕“勒纳指数”可简化为这样第一个公式:(P-MC)/P,P是企业产出达到利润最大化水平时的价格,MC是产出达到利润最大化时的边际成本。完全竞争的情况下,价格等于边际成本,则该指数为0。当P趋向于无穷大时,或边际成本趋向于0时,该指数趋向于1。根据此公式,我们可以算出企业的市场价格与竞争性价格的比率,比率越高则该企业的市场力量越大(参见William M. Landes & Richard A. Posner, "Market Power in Antitrust Cases," pp. 939-943)。

㉖Hovenkamp指出,在美国,在法庭上计算边际成本等数字是不现实的,法院转而依据以下事实,即,市场力量与市场份额的正相关性(positive correlation)(参见赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,第8页)。

㉗有学者指出市场份额指标由于潜在进入威胁以及可竞争市场的存在等因素并不能完全反映市场力量,在此情况下,提价能力被视为市场势力更准确的判定指标[参见L. Kaplow, "Market Definition, Market Power," International Journal of Industrial Organization, 43(November), 2015, p. 148]。

㉘David S. Evans, "The Antitrust Economics of Free," Competition Policy International, Spring 2011, p. 82.

㉙参见刘贵祥:《滥用市场支配地位理论的司法考量》,《中国法学》2016年第5期。

㉚霍温坎普教授曾指出“反垄断应主要关注对产出进行限制的行为。当一个公司或一组公司有能力在某市场上减少产出时,竞争就会受到损害”(参见赫伯特·霍温坎普:《反垄断事业:原理与执行》,吴绪亮等译,大连:东北财经大学出版社,2011年,第13页)。

㉛例如Esterbrook认为“如果行为是反竞争的,一般情况下产量就会减少”[参见Frank H. Easterbrook, "The limits of Antitrust," Tex. L. Rev., 63(1), 1984, p. 31];Rechar A. Posner在分析纵向分配限制行为是否违法时,指出只要该行为是提高产出的,则该行为是合法的[参见Richard A. Posner, "The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision," U. Chi L. Rev., 45(1), 1977, p. 19]。

㉜参见Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, "Anti-competitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price," Yale L. J., 96(2), 1986, pp. 256-260.

㉝除了欺诈行为之外,胁迫行为也可视为增加需求增加型市场力量行为之一种[参见American Bar Association, Mark R. Patterson, "Coercion, Deception, and Other Demand-Increas-

ing Practices in Antitrust Law," *Antitrust L. J.*, 66(1), 1997, pp. 60-75].

③④参见 Lee Goldman, "The World's Best Article on Competitor Suits for False Advertising," *Fla. L. Rev.*, 45(3), 1993, pp. 495-501.

③⑤参见 Einer Elhauge, "Defining Better Monopolization Standards," *Stan. L. Rev.*, 56(2), 2003, pp. 258-261.

③⑥参见 S. Salop & D. Scheffman, "Raising Rivals' Costs," *Amer. Eco. Rev.*, 73(2), 1983, pp. 267-271.

③⑦参见 *Schachar v. Am. Acad. of Ophthalmology, Inc.*, 870 F.2d 397, 400(7th Cir. 1989).

③⑧参见 *Syufy Enters. v. American Multicinema*, 793 F.2d 990(9th Cir. 1986).

③⑨Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*(3d ed), p. 321.

④⑩参见 Harry S. Gerla, "Federal Antitrust Law and the Flow of Consumer Information," *Syracuse L. Rev.*, 42(4), 1991, pp. 1063-1067.

④⑪参见 Oliver Williamson, "Delimiting Antitrust," *Georgetown Law Journal*, 76(2), 1987, p.281.

④⑫参见 Robert Prentice, "Vaporware: Imaginary High-tech Products and Real Antitrust Liability in a Post-chicago World," pp. 1178-1183.

④⑬参见 Richard Craswell, "Interpreting Deceptive Advertising," *B. U. L. Rev.*, 65(4), 1985, pp. 714-716.

④⑭参见 Robert B. Reich, "Toward a New Consumer Protection," *U. Pa. L. Rev.*, 128(1), 1979, pp. 21-24.

④⑮参见 Lee Goldman, "The World's Best Article on Competitor Suits for False Advertising," p.499.

④⑯即消费者往往将产品瑕疵归咎为自己的相关知识欠缺,而很少认为是产品本身的问题。以电脑操作系统为例,尽管微软操作系统也很好用,但绝大部分消费者可能并不知道大部分专家认为苹果系统才是更为完善的操作系统(参见 Robert Prentice, "Vaporware: Imaginary High-tech Products and Real Antitrust Liability in a Post-chicago World," pp. 1179-1187)。

④⑰参见 Lee Goldman, "The World's Best Article on Competitor Suits for False Advertising," pp. 498-501.

④⑱参见 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U. S. 451, 476(1992); *Digidyne Corp. v. Data Gen. Corp.*, 734 F.2d 1336, 1342(9th Cir. 1984).

④⑲参见 Maurice E. Stucke, "When a Monopolist Deceives,"

*Antitrust L. J.*, 76(3), 2010, p.842.

⑤⑩例如许光耀认为市场相对优势地位只是市场支配地位的表现形式之一,《反垄断法》足以进行有效规制,不必在《反不正当竞争法》中予以规定(参见许光耀:《“相对优势地位”与“市场支配地位”的法理辨析——对〈反不正当竞争法(征求意见稿)〉第6条的不同阐释》,《价格理论与实践》2016年第5期);袁嘉以德国法为借鉴,认为应将相对优势地位行为分为滥用相对交易优势地位和滥用相对市场优势地位两种行为,分别由《反不正当竞争法》和《反垄断法》进行规制(参见袁嘉:《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》,《法治研究》2016年第5期);李剑认为滥用相对优势地位行为如果由反垄断法来规制会导致反垄断规制范围的不恰当扩展,我国《反垄断法》不应采用相对优势地位滥用理论(参见李剑:《论结构性要素在我国〈反垄断法〉中的基础地位——相对优势地位滥用理论之否定》,《政治与法律》2009年第10期);李成文认为滥用市场相对优势地位应由《反不正当竞争法》调整(参见李成文:《滥用市场相对优势地位应由〈反不正当竞争法〉调整》,《中国工商报》2016年5月26日)。

⑤⑪沃尔夫岗·黑费梅尔:《通过司法和学说使〈反不正当竞争法〉的一般条款具体化》,郑友德译,漆多俊主编:《经济法论丛》(总第3卷),北京:中国方正出版社,2000年,第305页。

⑤⑫如“诚实交易惯例”(比利时和卢森堡)、“诚信原则”(西班牙和瑞士)、“职业道德”(意大利)、“善良风俗”(德国)等等。《保护工业产权的巴黎公约》和《关于反不正当竞争保护的示范规定》将不正当竞争行为界定为“违反诚实的习惯作法”的行为(参见谢晓尧:《竞争秩序的道德解读:反不正当竞争法研究》,北京:法律出版社,2005年,第5页)。

⑤⑬参见理查德·麦尔文·黑尔:《道德语言》,万俊人译,北京:商务印书馆,1999年,第3页。

⑤⑭参见赫伯特·霍温坎普:《反垄断事业:原理与执行》,第7页。

⑤⑮参见 Ronald A. Cass & Keith H. Hylton, "Antitrust Intent," *Cal. L. Rev.*, 74(3), 2001, p. 694.

⑤⑯这种立法体例是沿袭了欧盟竞争法的相关规定。欧盟竞争法理论将滥用市场支配地位分为剥削性滥用和排挤性滥用两大类,其中,超高定价和歧视性销售为剥削性滥用,拒绝交易、搭售等则归为排挤性行为。剥削性滥用行为主要是通过剥夺上、下游企业或消费者的利益谋取垄断利润的行为,而排挤性滥用行为则是针对其他竞争对手的排挤或封锁,通过维持其市场垄断地位获取垄断利润(参见万江:《中国反垄断法:理论、实践与国际比较》,北京:中国法制出版社,2015年,第112页)。

⑤7 参见 Edward H. Cooper, "Attempts and Monopolization: A Mildly Expansionary Answer to the Prophylactic Riddle of Section Two," Mich. L. Rev., 72(3), 1974, pp. 405-407.

⑤8 参见 384 U. S. 563, 570-71, 86 S. Ct. 1698, 1704(1966).

⑤9 参见赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,第302页。

⑥0 参见 Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*(2nd ed.), New York: Aspen Law & Business, 2002, p. 651.

⑥1 事实上,我国反垄断执法机构目前为止的确还未认定过任何除第17条第1款第1至6项所列举的行为之外的滥用市场支配地位行为。

⑥2 参见赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,第318页。

⑥3 参见 Thomas G. Krattenmarker and Steven C. Salop, "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price," Yale L. J., 96(2), 1986, pp. 289-291.

⑥4 参见 *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263, 275(2d Cir. 1979).

⑥5 Easterbrook 法官指出:“一个企业竞争性的行为往往对消费者有益,即使该企业具有市场力量,法院应该对之嘉奖与鼓励。但是排他性竞争行为对消费者是不利的,法院应该对之予以禁止。然而,最大的问题是竞争性的行为与排他性的行为看上去往往很相似”(参见 Frank H. Easterbrook, "When Is It Worthwhile to Use Court to Search for Exclusionary Conduct?," Colum. Bus. L. Rev., 2, 2003, p. 345)。

⑥6 例如, Herbert Hovenkamp 认为价格固定协议是反垄断违法行为的“一级罪恶”(first-degree murder)[参见 Thomas Critics, "Critics of Ebooks Lawsuit Miss the Mark, Experts Say," Wall St. J., 23(Apr.), 2012, p. 258]。

⑥7 如增加竞争对手成本行为、各种类型的捆绑折扣、排他性交易行为等[参见 American Bar Association, Jonathan B. Baker, "Exclusion as a Core Competition Concern," Antitrust L. J., 78(3), 2013, pp. 532-536]。

⑥8 参见 Susan A. Creighton et al., "Cheap Exclusion," Anti-

trust L. J., 72(3), 2005, pp. 977-979.

⑥9 参见 Schultheisscheap & William E. Cohen, "Cheap Exclusion: Role and Limits"(Jan 14, 2009 未发表的工作报告), [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_events/section-2-sherman-act-hearings-single-firm-conduct-related-competition/section2cheapexclusion.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/section-2-sherman-act-hearings-single-firm-conduct-related-competition/section2cheapexclusion.pdf), 最后访问时间:2017年6月29日。

⑦0 根据英美普通法传统,贸易限制也一直是被法律所容忍的合理行为。在著名的“Adelaide Steamship Co Ltd”案中,法官指出“合同不能仅仅因其限制贸易而被视为非法……任何人都有权追求利益最大化而自主决定其经营行为,包括与他人联合的行为。只要该行为是为了增加所有联合者的利益,而不是以损害他人人为目的”(参见 Attorney General of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Co Ltd, 1913 A. C. 781, 797)。这种态度正反映了英美普通法传统认为一个合谋行为如果仅仅为了增加合谋成员的利益,而不是损害他人财产,则被视为合法。只有当合谋行为同时伴随有“欺骗”(fraud)或“误导”(misrepresentation)时,才会被认为是非法的[参见 D. Daniel Sokol, "Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Thin about Enforcement," Antitrust L. J., 78 (1), 2012, pp. 216-220]。

⑦1 参见 E. Fehr and U. Fischbacher, "Social Norms and Human Cooperation," Trends in Cognitive Sciences, 8(4), 2004, pp. 187-190.

⑦2 2015年9月,京东发现两被告运营的天猫商城及天猫超市陆续在北京海淀区内的地铁站及地铁列车内投放大幅户外广告,并同时在《新京报》刊登整版广告,使用“当日达当日用”“价格任性比全城当日达”“轻松购物当日达”等广告语,宣称其货物配送能够达到全城当日送达。但是,上述广告宣称的所谓的“当日达”实际只限于北京市的主城八区,而且如果晚于当日上午11点之前提交的订单,只能次日送达而无法“当日达”。京东认为,商品送达时间是网络零售商吸引及服务消费者的重要指标,天猫通过上述广告宣传的方式,夸大所谓“当日达”的效果,误导消费者,以获得不正当的竞争优势,将之起诉至法院(<http://tech.qq.com/a/20151106/033662.htm>, 最后访问时间:2017年7月1日)。