

共同市场支配地位法律分析框架的建构

侯利阳

【摘要】共同市场支配地位是寡头市场中的重要垄断形态,但我国《反垄断法》第19条对其仅作出了三个基于市场份额之推定,未能揭示此概念之本质。在随后的执法活动中,法院和商务部虽对于共同市场支配地位的分析有所拓展,但却未能建立完整的分析框架。理论与实践的空白亟待填补,尽管经济学有关寡头垄断经济学的相关理论及以非合作博弈论为基础剖析共同市场支配地位损害竞争的理论模型向我们成功展示了共同市场支配地位损害竞争的可能性,但无法阐释这种可能性的成立要件。基于对欧美执法经验的比较分析,可得出以高透明度、制约机制、无外部对抗力量等三要件为核心构建适合我国国情的法律分析框架的结论。

【关键词】共同市场支配地位;寡头依赖;反垄断法;法律分析框架

【作者简介】侯利阳,上海交通大学凯原法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2018.1.141~155

【基金项目】本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目(12YJC820037)的阶段性成果。

我国《反垄断法》施行十年来成效显著。在执法层面,我国执法机构处理的违法行为已几乎涵盖了所有类别的垄断行为,^①其中“高通案”^②的罚款数额在世界反垄断史上排名第三;在学术层面,对反垄断法的研究也遍及《反垄断法》的方方面面。^③但是,目前对“共同市场支配地位”的学术研究仍待挖掘。共同市场支配地位是我国《反垄断法》中的一个重要概念,由第19条以三个基于市场份额的法律推定而被明确规定,只是在提出共同市场支配地位概念后,该条既未解释何为共同市场支配地位,也未提供任何明确的分析方法,这在很大程度上导致了共同市场支配地位法律规定相对不确定之窘境。但是,法律层面的不确定性并未延缓实务执法的进程,我国法院至少已在3起案件中简单涉及了共同市场支配地位问题,商务部也已在8起经营者集中审查案件中对于共同市场支配地位的相似概念——协同效应展开了较为深入的分析。遗憾的是,这些案件依然未能解释共同市场支配地位的成因,也未以判例形式构建此概念的法律分析框架,而且学界也未有关于此

概念的研究成果。立法的不确定、实务的不完善以及理论研究的空白无疑会影响到今后我国反垄断执法机构对共同市场支配地位的深入执法。有鉴于此,本文拟通过相关经济学理论分析并结合欧美反垄断实践对共同市场支配地位展开系统性研究,借此建构此概念的法律分析框架,以期对我国相关反垄断执法工作有所助益。

一、既有法律体系中存在的问题

既然共同市场支配地位是我国《反垄断法》明定之概念,且我国反垄断执法机构已对其有了一定程度的执法活动,那么作为研究此概念的出发点必然是以传统的规范法学以及判例法学对于这些一手材料展开研究分析。故此,本文首先通过该两种方法来审视共同市场支配地位的现状,并探寻既有体系中存在的问题。

(一)立法的不确定性

我国《反垄断法》第19条对共同市场支配地位作了规定,但该条仅构建了三个基于市场份额的法律推定。一是两个经营者在相关市场的市场份额合计

达到三分之二的,可以推定为具有共同市场支配地位;二是三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的,可以推定为具有共同市场支配地位;三是前两项中的经营者市场份额不足十分之一的,不应当推定该经营者具有市场支配地位。此外,该条还规定“被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当认定其具有市场支配地位”,说明了上述三个法律推定皆属可反驳之法律推定。依此规定我们可以推导出共同市场支配地位的两大特征:(1)共同市场支配地位处理的是寡头垄断的市场结构,即少数经营者控制大量市场份额的情形。(2)拥有共同市场支配地位的经营者虽在形式上独立,但在实质上已无竞争关系,否则他们不可能共同拥有市场支配地位。由此生出的一个问题是:为何这些寡头经营者的竞争关系消失了?第19条既未界定共同市场支配地位的定义,也未具体解释共同市场支配地位因何而生,实务中我们也无法从第19条得知相对方在上述法律推定完成后如何进行反驳,而且在《反垄断法》颁行后,相关权力解释主体^④也未对共同市场支配地位进行过任何的理论拓展,故而我们也无法从相关法律法规中获取到更多的信息。

共同市场支配地位并非我国《反垄断法》中唯一涉及寡头垄断情形之概念,还包括与之相近的两个概念——“垄断协议中的协同行为”和“经营者集中中的协同效应”。协同行为是指“企业之间虽然在市场行为方面并不存在协议或者决议,但相互心照不宣地实施了协调的、共同的市场行为,从而达到限制市场竞争的目的。”^⑤协同行为既可产生于寡头市场也可产生在竞争性市场,^⑥但稳定的协同行为大多产生于寡头市场,^⑦由此与共同市场支配地位发生了交叉。协同行为在《反垄断法》第13条被简单提及,后由国家发展和改革委员会(以下简称发改委)和国家工商行政管理总局(以下简称工商总局)作了具体界定。依据该两机构的执法细则,协同行为的认定须符合如下三个要件:一是经营者的市场行为具有一致性;二是经营者之间存在意思联络或者信息交流;三是经营者不能对一致行为作出合理解释。^⑧根据要件二,协同行为要求一定形式的意思联络,相形之

下,共同市场支配地位的认定则无此要求。由此又生出两个问题:第一,协同行为跟共同市场支配地位究竟是两个竞合的概念,还是具有一定交叉的概念?第二,若属于交叉的概念,我们是否允许这种交叉,抑或我们该如何区分这种交叉?协同效应是与单方效应相对应的概念,商务部将其界定为“当经营者集中所涉及的相关市场中有少数几家经营者时,该集中产生或加强了相关经营者共同排除、限制竞争的能力、动机及其可能性。”单方效应则为“经营者集中产生或加强了某一经营者单独排除、限制竞争的能力、动机及其可能性。”^⑨从商务部对协同效应的定义可以看出,协同效应与共同市场支配地位的特征基本相同,即同为寡头垄断的市场结构,且相关经营者虽然独立,但是竞争关系大大减弱或消除。是故,与协同行为相比,协同效应更相近于共同市场支配地位。但是,商务部在上述规定中并未具体解释如何衡量协同效应,导致我们无法了解其对于共同市场支配地位的借鉴意义。

检视我国现有的法律法规可以发现,共同市场支配地位的概念本身在我国还是具有重要地位的,这表现在滥用共同市场支配地位是《反垄断法》第三章的有机组成部分,并且共同市场支配地位跟其他处理寡头垄断的概念之间存在交叉或竞合。是故,如果不对这些概念作出厘清,不但无法正确执行《反垄断法》第三章的相关内容,而且也无法正确区分《反垄断法》关于寡头垄断的不同规定。鉴于上述规范法学的分析不能解决立法的不确定问题,笔者只得再从判例法学视角来研究反垄断执法机构在实践中是否对之进行了补足。因我国尚无协同行为的案例,故下文先从分析滥用共同市场支配地位案件入手,接着再对协同效应案件展开分析。

(二)法院的粗疏分析

在我国,滥用共同市场支配地位的案件既可由工商总局(以及省级工商部门)和发改委(以及省级发改部门)进行公力执法,也可由当事人向法院提起反垄断民事诉讼,进行私力救济。^⑩时至今日,行政机构尚未有涉及滥用共同市场支配地位的案件,而在反垄断民事诉讼方面,根据最高人民法院2016年年初的报道,自《反垄断法》2008年生效以来,我国法院

共受理了415起一审案件,其中348起案件已结案。^①根据笔者的不完全统计,目前涉及滥用共同市场支配地位的公开判决书有三起,^②即“王鑫宇诉中国电信案”^③、“顾芳诉南方航空案”^④和“华秦诉秦都、渭城、华光等出租车公司案”^⑤,其中的“王鑫宇诉中国电信案”和“顾芳诉南方航空案”均以程序性原因予以驳回,并未涉及实质性分析。在前案中,法院根据被告提供的证明被告中国电信的市场份额未超过十分之一的材料,依据《反垄断法》第19条“经营者的市场份额不足十分之一的除外”的规定予以驳回。^⑥在后案中,法院界定的相关市场为绵阳南郊机场至广州白云机场的定期航空旅客运输航线以及成都双流机场至广州白云机场的定期航空旅客运输航线,但因原告无法提供证据证明相关市场内的市场份额,故其诉讼请求被直接驳回。^⑦

在“华秦诉秦都、渭城、华光等出租车公司案”中,法院对于共同市场支配地位作了一定程度的实质性分析。原告诉称三被告具有共同市场支配地位,理由是“咸阳市城区现有出租汽车总数为1305辆,而秦都服务部、渭城服务部、华光服务部利用合同内容导致长期捆绑在其服务部里的出租车多达950辆,占有出租汽车个体经营者的82.4%”,^⑧这一情形符合《反垄断法》第19条的规定,理应被推定为共同拥有市场支配地位。法院经调查发现上述证据属实。因三被告的市场份额超过四分之三,且无被告市场份额低于十分之一,故应推定三被告具有共同市场支配地位,但是法院认为,《反垄断法》第19条另有排除性规定,即“被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当

认定其具有市场支配地位。”经进一步分析发现,三被告并无能力控制出租车费用、数量以及市场准入,能够进行控制的是咸阳市城市客运管理处。是故,法院在有证据证明三被告不可能具有市场支配地位的情况下,驳回了原告的诉讼请求。

对于上述三个案件法院只是相对僵硬地执行了《反垄断法》第19条基于市场份额的推定,并未对共同市场支配地位形成明确的分析框架,也未能解决前述规范法学分析中所指出的问题。

(三)商务部的不成熟探索

商务部是我国审查经营者集中案件的权力机构,自2008年《反垄断法》实行以来至2016年年底,其已审结经营者集中案件1657起,其中1626起是无条件批准案件,28起是附条件批准案件,两起是禁止集中案件。^⑨在附条件批准和禁止集中的30起案件中,商务部在8起案件的分析中涉及“协同效应”(参见表1、表2),这些案件均为附条件批准案件。依据《反垄断法》第28条的规定,附条件批准案件以及禁止集中案件代表着这些经营者集中可能会产生排除、限制竞争的效果,因此这些案件对于确认商务部分析协同效应具有直接的参考意义。

在该8起案件中,除“乌拉尔吸收合并谢尔维尼特案”只是简单提及协同效应并未对之作具体解释外,其余7起案件对协同效应均作了详细解释。按照协同效应产生原因的不同,7起案件可分为三种类型:一是持有竞争者股权;二是与竞争者有合作关系;三是市场透明度较高。持有竞争者股权是指集中后的经营者拥有其他重要竞争者的股权,但又未达到控股的情形;与竞争者有合作关系是指集中后

表1 商务部审查的协同效应案件(2008年至2016年)

案件名称	公告文号	产生原因
松下收购三洋案	2009年第82号	持有竞争者股权
佩内洛普收购萨维奥案	2011年第73号	
科力远、丰田中国、PEVE、新中源、丰田通商设立合营企业案	2014年第49号	
诺华收购爱尔康案	2010年第53号	与竞争者有合作关系
百特国际收购瑞典金宝案	2013年第58号	
希捷收购三星案	2011年第90号	市场透明度较高
西部数据收购日立存储案	2012年第9号	
乌拉尔吸收合并谢尔维尼特案	2011年第33号	未予说明

的经营者与重要竞争者之间存在经销关系(如“诺华收购爱尔康案”)或代工关系(如“百特国际收购瑞典金宝案”)。鉴于两者所指代的都是参与集中的经营者与重要竞争者之间存在某种形式的合作联系,笔者认为第一种类型与第二种类型完全可以合并分析。商务部认为,这种合作联系可能会增强集中后的经营者与重要竞争者之间的协调关系,故而可能产生协同效应。对第三种类型的分析却与第一、第二种类型截然不同。商务部认为,经营者与重要竞争者之间的协调关系主要是建立在相关市场透明度较高的基础上,这使得经营者有能力预判其他竞争者的行为,从而导致协同效应。为了证明相关市场的透明度较高,商务部还分析了其他经济指标,如产品同质化明显,交易相对方缺乏对抗力量,不公开竞标采购模式,缺乏剩余产能,创新程度等,但其只是单独分析了每一项指标,并未对这些指标间的联系细加说明,故而无法从案件中推导出这些指标与最终结论(市场透明度较高)之间的分析框架。

除了分析协同效应产生的原因外,商务部在7起案件中还分析了其他两个因素:一是市场进入难度很大;二是市场集中度较高。市场进入难度用于证明当涉案经营者与重要竞争者协调市场行为(比如共同提价)时,协同效应不会面临潜在竞争的冲击。^⑤在分析市场集中度较高的时候,商务部使用的重要方法就是计算涉案经营者与其他重要竞争者的共同市场份额,这不由让人联想到《反垄断法》第19条中基于市场份额的法律推定。透过对商务部处理的协同效应案件的分析,我们发现其分析基本上遵循了《反垄断法》第19条的法律推定,但在“百特国际收购瑞典金宝案”和“乌拉尔吸收合并谢尔维尼特案”中,

商务部采用的标准要低于第19条的标准,这似乎意味着商务部认为协同效应的衡量标准要低于共同市场支配地位。

我国《反垄断法》第19条对于共同市场支配地位只是作了三个基于市场份额的法律推定,除此再无其他规定。因此,从规范法学的角度我们无法得知共同市场支配地位的定义以及法律要件。从反垄断实践看,我国法院虽审理了3起案件,但并未对共同市场支配地位的内涵作进一步阐释。而根据商务部的执法,我们可以推断出协同效应大致存在于寡头竞争者之间存在某种合作关系(相互持有股权或者具有其他合作关系)或者市场透明度较高的情形中,同时发现商务部在分析协同效应时使用的市场份额要件与《反垄断法》第19条存在关联。因此,我们似可认为共同市场支配地位的认定也可参照协同效应处理。但是,作如此认定又会产生如下两个问题:第一,从对市场集中度的认定来看,协同效应的认定标准要低于《反垄断法》第19条设置的标准;第二,商务部并未具体解释基于市场透明度认定的协同效应的分析框架。分析至此,笔者认为规范法学和判例法学仍无法完全解释共同市场支配地位,对上述漏洞的弥补还需要通过法经济学和比较法学的方法才能达成。

二、非合作博弈论解析

从我国有限的研究资料来看,共同市场支配地位与我们日常生活中经常使用的垄断(或者单独市场支配地位)相去甚远。生活中所言之垄断大致是一家独大的狭义上的垄断,因此即便普通民众对于禁止滥用单独市场支配地位也不会太过陌生。但是,共同市场支配地位是与寡头垄断密切相关的概

表2 商务部协同效应案件中的共同市场份额情况

案件名称	集中后重要竞争者数量	共同市场份额
佩内洛普收购萨维奥案	2	100%
希捷收购三星案	3	100%
西部数据收购日立存储案	3	100%
科力远、丰田中国、PEVE、新中源、丰田通商设立合营企业案	3	97%
松下收购三洋案	2	77%
诺华收购爱尔康案	3	50%
百特国际收购瑞典金宝案	2	48%
乌拉尔吸收合并谢尔维尼特案	未提供数据	

念,寡头垄断具有的非一目了然性,让我们无法通过规范法学对之进行语义解释和制度拓展。为了解决此问题,须通过法经济学的方法对寡头垄断的成因和危害作出梳理后才有可能真正构建共同市场支配地位的法律要件。

(一)共同市场支配地位与寡头垄断

经济学家对市场竞争的研究始于狭义的垄断(Monopoly),即相关市场中只存在一个卖方或买方之情形。经济学家对于垄断的研究主要是建立在与“完美竞争”(Perfect Competition)相对比的基础之上,基于垄断所造成的社会福利净损失(Deadweight Loss),他们认为完美竞争可促进生产效率、分配效率以及动态效率,而垄断则会造成三种效率的损失,^①因此,建议立法者对垄断形态进行规制,反垄断法由此产生。^②但无论是狭义的垄断还是完美竞争都属于极端的市場结构类型,并不常见于日常的社会生活。为此,经济学家又开始研究介于两者之间的市場结构,这包括寡头垄断(Oligopoly)和垄断竞争(Monopolistic Competition)。^③寡头垄断是指相关市场中存在为数不多的买方或卖方,是一种较为接近垄断的状态,或者指市場中的卖方或买方为数众多,但相关产品具有不完全替代的差异性,是更为接近完美竞争的一种状态。

早期的经济学者对于寡头垄断的态度有着云壤之别。^④Cournot是最早开始研究寡头垄断的经济学者,他于1838年基于产量的研究发现寡头垄断的价格要高于边际成本(Marginal Costs),从而得出寡头垄断会降低生产效率之结论。^⑤1883年Bertrand从价格视角对寡头垄断进行的研究却得出了与Cournot相反的结论,认为寡头垄断的价格会接近于边际成本。^⑥作为古典经济学派的代表,两人对于寡头垄断的截然相反的态度导致了当时的反垄断执法机构(主要是美国)对于寡头垄断规制的无所适从。直至1929年该理论才获得突破性进展,其中Chamberlin认为:“任何企业(寡头垄断者)降低价格的结果都会降低自身的利润,因此没有人会降价,并且,尽管寡头垄断者是完全独立的,但是如此的结果与他们之间签订垄断协议的结果是完全一样的。”^⑦该结论实际上指出了寡头垄断市场(或者共同市场支配地位)

的两种负面效应:一是寡头市场会导致寡头垄断者共同提价的平行行为;二是这种平行行为的后果与垄断协议并无二致。可惜的是,其未给出这些负面效应产生的条件,并承认研究存在很大的“不确定性”。^⑧这一研究被后来的学者称为“张伯伦合谋论”,该理论甫一出现即迅速被反垄断经济学重要分支之一的哈佛学派所接受,该学派代表性人物Bain以此为基础进行了一系列的实证研究,发现寡头市场与超竞争水平利润之间存在正相关性。^⑨Bain等人的研究由此激发了哈佛学派的SCP(structure-conduct-performance)分析模式。^⑩哈佛学派认为,这些超竞争水平利润产生的主要原因就是寡头垄断者控制了不合理的市場力量,因此寡头垄断的效果与狭义的垄断类似。基于这种相似性,哈佛学派强烈主张美国《谢尔曼法》第2条(禁止滥用市場支配地位)应适用于寡头垄断,并主张对寡头垄断者施以结构救济的反垄断处罚。^⑪

但随后的反垄断经济学的另一重要分支芝加哥学派则批评了哈佛学派的观点过于偏激,认为他们忽视了寡头垄断者的高利润也可能是因为高的生产效率。该学派的代表性人物Stigler认为,大多数寡头垄断对社会无危害,危害只产生在极特殊的情况下,因此寡头垄断与社会损害之间并无必然的因果关系,^⑫但其并未建立寡头垄断在何种情形下才能造成社会损害的模型。该模型直至Friedman引入非合作博弈论(Non-cooperative Game Theory)后才获解决。^⑬Friedman研究的出发点是一个经典的囚徒困境,也即分析追求利益最大化的寡头垄断者可能如何应对竞争者的行为和策略。假定市場中存在两个寡头垄断者A与B,且A和B是完全一样的。

通过表3可以得知,如果A想获得更多的利润,那么A最好的选择是策略2,也即A降价并且期待B提价,此时A获得的收益最高,为1000。但是,B和A是完全相同的,那么A的最好策略也是B的最好策略。所以,最后的结果反而是策略1,也就是A和B

表3 一次博弈中A的策略

	B降价	B提价
A降价	策略1(500)	策略2(1000)
A提价	策略2(200)	策略3(900)

都降价。在一次博弈中寡头垄断的效果跟完美市场基本类似。

随后, Friedman 又研究了多次博弈之情形。经过多次博弈, A 和 B 不但会了解自己的最佳策略, 而且也会了解对方的最佳策略, 从而 A 或 B 可以单独进行类似于表 4 的策略分析。多次博弈可能会让 A 和 B 共同意识到, 共同降价并非二者最好的选择。此时最好的策略是 4, 即双方共同提价。此际, 双方虽都不能获得策略 2 中的利润, 但却是双方共同的最佳选择。如果 A 和 B 选择策略 4 的话, 我们就会发现寡头垄断的效果与 A 和 B 签订垄断协议共同提价并无二致。

表 4 多次博弈中 A 与 B 的策略

	B 降价	B 提价
A 降价	策略 1(500,500)	策略 2(1000,200)
A 提价	策略 2(200,1000)	策略 4(900,900)

非合作博弈论的引入修正了“张伯伦合谋论”中的绝对结论, 成功地解释了寡头垄断既可能会产生限制竞争的效果, 也可能会产生促进竞争的效果, 具有双重性。更重要的是, 非合作博弈论的引入将“张伯伦合谋论”中寡头垄断的损害进行了模型化。经济学往往将策略 4 中的情况称之为“寡头依赖”(Oligopolistic Interdependence)。在这种情形下, 虽然寡头垄断者都是独立竞争者, 但是因他们的行为保持高度一致, 故他们之间的竞争状态消失。但是, 某一寡头垄断者的利润的提高又需要依赖其他寡头垄断者做出提价的平行行为, 因此寡头市场中的多次博弈又与其他市场结构中的竞争(一次博弈)存在很大的区别。^③

(二)寡头依赖的产生条件

要实施表 4 中的策略 4, 寡头垄断者们有如下两个选择: (1) 签订明示或暗示的垄断协议, 即达成合作博弈(Cooperative Games)。无论何种形式的垄断协议都是各国反垄断法(比如我国《反垄断法》第 14 条)的执法重点。(2) 寡头垄断者们也可根据市场情况各自做出选择。此时就需要利用共同市场支配地位对其进行规制。但从 Friedman 构建的模型中也可以看出, 寡头垄断者做出提价的选择面临着巨大的风险——其他寡头垄断者总是可以通过降价使得提价

的一方遭受巨大损失。因此, 策略 4 的形成必定存在严格的经济条件——“寡头依赖”产生的条件, 可惜的是, 对此经济学界尚未达成共识。

波斯纳是较早提出为寡头依赖设置条件的学者, 其在《反托拉斯法》一书中为寡头依赖的成立设置了如下 17 个条件: (1) 市场上卖方集中度较高。(2) 外围企业的市场份额较小。(3) 相关产品的需求弹性较小。(4) 高市场进入障碍。(5) 买方的抗衡力量较低。(6) 产品差异性较小。(7) 相关产品的耐用性较低。(8) 寡头垄断者处于生产链条上的较高层级。(9) 价格竞争比其他形式的竞争重要。(10) 固定成本的占比较高。(11) 相似的成本结构和生产过程。(12) 消费需求保持不变或者下降。(13) 价格可以迅速变化。(14) 存在秘密投标的情形。(15) 相关地域市场较小。(16) 寡头垄断者的合作频繁。(17) 相关市场中曾经有过反垄断案件。^④该观点甫一出现即迅速招致诟病。反对者认为, 此方法存在三个弊端: 一是这些条件并非充分条件; 二是这些条件之间可能存在冲突; 三是有些条件在现实中根本无法搜集到充分证据。^⑤鉴于波斯纳观点中的不足, Rey 将所有的条件按照与寡头依赖可能性关联程度的高低分为必备条件、重要条件和其他条件。必备条件包括高市场进入障碍、寡头垄断者之间的高频交往、低创新度等; 重要条件包括寡头垄断者数量较少、寡头垄断者相似度较高、存在其他形式的合作协议等; 其他条件包括市场透明度较高、消费需求较强、产品差异性较低等。^⑥但是这些要件也遭到了其他学者的批评, 认为无法在具体案件中得以具体应用。^⑦总体而言, 至今经济学界也未对寡头依赖的成立条件达成一致。

三、欧美反垄断执法实践的比较

虽然经济学家完美地解释了共同市场支配地位的成因, 但是在创建共同市场支配地位(或者寡头依赖)的分析框架时却歧见纷呈。鉴于经济学研究之不足, 笔者再试图通过对美国和欧盟的反垄断执法实践的比较研究, 探寻共同市场支配地位的实践解决之道。选择美国和欧盟作为比较法的研究对象主要基于以下两点原因: 一是美国不但是现代反垄断法的鼻祖, 第一部现代反垄断法就是 1890 年颁布的《谢尔曼法》, 而且从事寡头垄断经济学研究的学者

也多来自美国；二是我国《反垄断法》的立法蓝本是欧盟竞争法，故欧盟的执法经验应当对我国有着直接的借鉴意义。

(一)美国的反垄断执法实践

美国《谢尔曼法》并未对共同市场支配地位作出规定，大致相似的概念是“平行行为(Paralleled Behavior)”或者“共享垄断(Shared Monopoly)”。由于当时 Cournot 和 Bertrand 的理论存在冲突，寡头垄断在美国反垄断法执法之初并未引起业界注意，但随着哈佛学派在 20 世纪 30 年代的逐渐兴起，到了 20 世纪中叶美国司法界和学术界开始真正关注共同市场支配地位问题。

在《谢尔曼法》第 2 条的框架之下，美国联邦最高法院审查的共同市场支配地位案件只有 1953 年的“影院公司诉派拉蒙公司案”^③。在该案中，影院公司诉称，派拉蒙等电影公司合谋决定不对之授权电影的首放权违反了《谢尔曼法》第 2 条。联邦最高法院发现被告方的确存在不授权的平行行为。该案其实涉及《谢尔曼法》第 1 条(禁止垄断协议)和第 2 条的交叉。联邦最高法院认为，如果被告方之间存在合谋的协议，那么应当由第 1 条管辖，反之则可能由第 2 条管辖。但是，联邦最高法院在审理中并未对共同市场支配地位进行任何明确的解释。由于原告无法提供证据证明存在垄断协议，并且联邦最高法院认为仅平行行为本身并不违反《谢尔曼法》，^④最终判决原告败诉。

之后，联邦最高法院再也没有审查过共同市场支配地位的案件，反而是在巡回法院和地区法院层面有了一些案例。^⑤但是审理这些案件的法院均指出：“《谢尔曼法》第 2 条中的垄断不包含共享垄断或者寡头垄断，而仅仅指的是一个经济体具有市场支配地位的情形。”此外，虽然《谢尔曼法》第 2 条也禁止多个企业合谋垄断的情形，但是“这必须建立在这些企业最终组成了一个单独的经济体”的基础之上。“当两个或以上的竞争者合谋去限制竞争，但是随后的市场力量继续由这些竞争者共享，这并不构成《谢尔曼法》第 2 条中的合谋垄断。”^⑥在 2010 年的“杰克逊案”中，阿拉巴马北部地区法院将共享垄断定义为“多个企业共同拥有垄断力量”，但依然认为《谢尔曼

法》第 2 条只适用于单个企业垄断的案件。^⑦

从“影院公司诉派拉蒙公司案”中我们可以看出，美国法院也认为寡头依赖与协同行为具有一定的联系。那么，能否将协同行为的适用范围扩张至寡头依赖呢？对此存在两种观点：一种是以 Turner 为代表的反对派。Turner 等人认为，寡头依赖是寡头垄断者根据市场情形所做出的合理选择，反垄断法既不能禁止市场主体的合理选择，也无法为寡头依赖的情形提供有效救济。^⑧另一种是以波斯纳为代表的支持派。波斯纳认为，如果不对寡头依赖情形进行规制则会降低反垄断法的威慑性。尽管不存在最有效的救济措施，但是反垄断处罚对于寡头垄断者的震慑作用亦不可忽视。^⑨只是美国法院从未在判决中明确指出《谢尔曼法》第 1 条可以适用于寡头依赖情形。^⑩

(二)欧盟的反垄断执法实践

欧盟直接将共同市场支配地位规定在《欧盟运行条约》(TFEU)第 102 条，该条未解释共同市场支配地位的定义和分析方法。直至 20 世纪 90 年代，欧盟法院才通过判例法形式正式确立了共同市场支配地位的两种分析路径，一种是经济联系(Economic Links)，一种是寡头依赖。

1. 经济联系的分析路径

欧盟法院直至 1992 年才给出共同市场支配地位的定义，即“两个及以上的经营以经济联系联合，相对于其他竞争者共同拥有市场支配地位。”^⑪但对何为经济联系至今未有具体解释。在随后为数不多的 3 起案件中，被认定为具有经济联系的情形有共同班轮联盟成员^⑫、相互持股^⑬和国际足联成员^⑭。有欧盟学者指出，经济联系就是企业之间的某种合作关系，既可能是一种合同安排(如企业之间达成的合作协议)，也可能是企业之间的股权结构安排(如交叉持股、共同管理等)。^⑮也有欧盟学者指出，经济联系这种分析路径跟协同行为(Concerted Practice)具有很大的重合性。^⑯对此，欧盟法院也明确表示认可“当第 101 条和第 102 条的适用条件均满足时，这两个条款可以平行适用。”^⑰比如，在“Irish Sugar 案”^⑱中有学者指出，欧盟委员会至少有如下三种选择：一是证明涉案当事人拥有共同市场支配地位；二是证明涉案当

事人是同一经济体,拥有单独市场支配地位;三是证明涉案当事人实施协同行为。^⑤可能由于其他分析路径存在实际证据搜集上的困难,欧盟委员会最终选择了第一种路径。不过,欧盟法院也一再强调,寡头垄断者之间存在合作关系这一事实本身并不能充分证明共同市场支配地位的存在,此时必须要结合其他因素展开分析,比如相关市场中的竞争状况等。^⑥

由上分析可见,欧盟和美国都意识到共同市场支配地位与协同行为具有一定的关联,但美国对于协同行为的适用范围掌控较严,只在涉案当事人有信息交流时才会适用《谢尔曼法》第1条,而且从未将《谢尔曼法》第2条适用于共同市场支配地位。相形之下,欧盟对于协同行为的解释则较为宽松,并由此使得协同行为与共同市场支配地位存在一定程度的交叉。

2. 寡头依赖的分析路径

寡头垄断者既可通过某种形式的合谋达成提价目的,也可通过对市场情形的自我判断单独提价,此即寡头依赖。但欧盟从未在《欧盟运行条约》第102条的框架中通过寡头依赖认定过共同市场支配地位。以寡头依赖认定共同市场支配地位的案件只出现在经营者集中的案件中。1989年至2004年间生效的欧盟《经营者集中审查法令》禁止那些能够创造或者巩固市场支配地位的经营者集中,^⑦因此市场支配地位在这段时间内也是欧盟经营者集中审查中的要点。虽然有学者质疑经营者集中中的共同市场支配地位和滥用行为中的共同市场支配地位是否相同,^⑧但是欧盟普通法院在2005年的“Piau案”(滥用案件)中直接引用了经营者集中案中有关共同市场支配地位的分析要件,^⑨最终确定了二者之间的有机联系。

欧盟法院是在1999年的“Gencor案”^⑩中明确了欧盟竞争法可以适用于寡头依赖之情形。在该案中,欧盟普通法院引入寡头垄断经济学的相关理论,认为“由于寡头市场的特殊情况,寡头垄断者们会认识到降低价格进行竞争将会招致其他寡头垄断者同样的行为,如此任何人都不能获益。”^⑪因此,“这些寡头垄断者可以在不签订垄断协议或者不诉诸协同

行为的情况下,共同意识到只有提价才有助于他们的集体利益。”^⑫但在该案中,欧盟法院只是列举了几个衡量共同市场支配地位的参考因素,比如高集中度、高市场透明度、商品同质性显著等,^⑬并未明确这些因素之间的有机联系。在随后的“Airtours案”^⑭中,欧盟普通法院意识到了这个漏洞,并最终将寡头垄断的相关经济学理论纳入到共同市场支配地位的分析之中,并确立了三个要件。^⑮这三个要件在2008年的“Impala案”^⑯中被欧盟法院所认可,由此形成判例法。

根据欧盟委员会对这三个案例的总结和提炼,以寡头依赖所确立的共同市场支配地位的三个要件分别是:(1)相关市场具有较高的透明度(Market Transparency),这使得寡头垄断者可以进行合作。(2)寡头垄断者之间存在制约机制(Retaliatio n Mechanism),这使得他们不会偏离提价的集体策略(Common Policy)。(3)其他竞争者或交易相对方没有能力对抗寡头垄断者的提价行为。^⑰此外,欧盟委员会还列举了14个经济参考因素来辅助上述三个要件的分析,即高市场成熟度、消费需求停滞或增长缓慢、需求弹性较低、产品同质、成本结构类似、市场份额接近、缺乏创新、缺乏限制生产能力、高市场进入障碍、缺乏对抗力量、缺乏潜在竞争、寡头垄断之间存在合作关系、报复性机制、缺乏价格竞争等。^⑱相比于前述经济学家的分析,欧盟委员会列举的这些参考因素并无创新,但正是欧盟法院所确立的三个要件使得这些因素得以有机整合。第一个要件实质上要求寡头市场必须具有促使寡头垄断者集体合作的可能性,但该可能性能否变为现实又需要寡头垄断者明确其他成员不会在其提价的时候进行降价。因此,第二个要件要求市场中必须存在一定的相互制约机制,从而使得第一个要件确立的可能性成为现实性。进而,寡头垄断者的集体协作又必须能够经受得住外界因素的干扰。其他竞争者的创新或交易相对方的高对抗力量可能会降低这种集体协作,是故,第三个要件又要求审查共同市场支配地位团体之外的情形,以确定其他市场力量无法影响该团体的集体协作。经过这三个要件的分析,一个长期稳定且无法被市场机制调整的寡头垄断局面便跃然纸上。

2004年欧盟对经营者集中审查制度进行了重大修改,^⑩其中最为显著的变化是将以市场支配地位为基础的分析路径转化为以竞争影响为基础(significant impediment to effective competition)的分析路径。^⑪欧盟委员会在随后的《横向合并审查指南》中也指出将用协同效应(Coordinated Effect)来替代共同市场支配地位,^⑫协同效应的分析应当基于四个要素,一是达成集体策略,二是能够监测偏离行为,三是存在惩罚机制,四是第三方不能制约。^⑬简单比对便可发现,这四个因素与“Airtours案”中的三个要件如出一辙。因此,欧盟学者认为,先前关于共同市场支配地位的判例在新的经营者集中审查中依然有着重要意义。^⑭

四、分析框架的构建与适用

前文先通过规范法学和判例法学梳理了我国法律以及执法中存在的问题,后运用法经济学方法审视了此概念的由来,接着又采用比较法来分析欧美执法实践对于经济学理论不足的弥补。行文至此,有关共同市场支配地位的定义和性质已然明了。接下来笔者尝试构建我国共同市场支配地位的分析框架。

(一)《反垄断法》第19条的重新解读

共同市场支配地位产生于寡头垄断市场,但寡头垄断并不必然导致共同市场支配地位。经济学研究表明,即便在寡头市场中寡头垄断者的最优选择依然是竞争,也即通过降价来提升销量,从而获得比竞争者更高的利润。但在透明度较高的市场中,寡头垄断者们经过多次竞争后,不但对于自身的利益了解得更为通透,而且也会通晓竞争对手的选择,此时他们也可在不签订垄断协议的情形下意识到共同提价可能更有利于集体利益。共同提价的选择使得寡头垄断者之间的竞争关系趋近消亡,由此创造了一个虚拟的“经营者联合体”的情形。对此,若反垄断法不加以规制,则会造成社会福利损失。但是,缺乏垄断协议的有力保证,寡头垄断者之间的联盟非常脆弱,并不易形成稳固的提价同盟。所以这也是美国始终未下决心在《谢尔曼法》的框架内规制共同市场支配地位,而欧盟也对共同市场支配地位设置了极为严格的法律要件的原因所在。

我国《反垄断法》第19条虽未界定共同市场支配地位的内涵和外延,但以市场份额为基础的法律推定依然是基于寡头经济学理论而设。首先,共同市场支配地位只能产生于高度集中的寡头垄断市场。由此,第19条要求两个经营者的市场份额不得低于三分之二,三个经营者的市场份额不得低于四分之三。其次,能够形成稳固联盟的寡头垄断者必须具有大体相似的企业规模。有学者经过实证研究发现,共同市场支配地位中最小成员的企业规模一般不应低于最大成员规模的50%。^⑮因此,第19条将市场份额低于10%的经营者的推定排除也正是基于此种考虑。

此外,虽然第19条并未给出共同市场支配地位的分析方法,但是商务部在经营者集中案件对于协同效应的分析中却暗中契合了欧盟的分析方法。商务部也是将协同效应分为两种类型:存在合作关系的协同效应与市场透明度较高的协同效应,虽然其并未使用欧盟的措辞,但是存在合作关系的协同效应从效果和对象上看与欧盟竞争法中的经济联系并无显著差别,二者同为相互持有股权和存在代工或代销关系。进而,商务部也未简单地将合作关系等同于协同效应。在发现寡头垄断者存在合作关系后,商务部还是分析了市场进入难度和市场集中度两个经济因素,以保证寡头垄断者之间的协调性。而对于市场透明度较高的协同效应,商务部重点分析了市场透明、产品同质化、交易相对方的对抗力量、采购模式、剩余产能、创新程度等因素,这些与欧盟分析寡头依赖时所考量的因素非常类似,只是商务部最终未直接引入欧盟对于寡头依赖的分析框架。

鉴于我国《反垄断法》与欧盟竞争法之间的天然联系,以及商务部分析与欧盟分析之间的高度契合,笔者认为我国应在《反垄断法》共同市场支配地位和协同效应的分析中引入欧盟的三要件模式。不过需要注意的是,商务部在表2所列的最后两个案件中认定高市场集中度时采用的市场份额标准要低于《反垄断法》第19条的标准,这暗示着商务部还是认为共同市场支配地位和协同效应存在一定的区别,即协同效应的举证责任要略低于共同市场支配地位。此外,虽然共同市场支配地位近似于垄断协议中的协

同行为,但二者在基础理论方面存在重大区别。垄断协议处理的是经营者通过明示或暗示的合意集体限制竞争的行为,而滥用行为则是寡头经营者单独的选择,并不存在任何形式的合意,这也是为何工商总局和发改委在解释协同行为时都要求“存在意思联络或者信息交流”。^⑤但在实践中,二者之间的区别殊难分辨,是故,笔者建议我国可以保留二者的竞合状态,由反垄断执法机构在实践中依据自身掌握的证据进行适法选择。

(二)经营者集中案件中的具体应用

考虑到认定共同市场支配地位的复杂性和不确定性,下文将结合具体案例对共同市场支配地位和协同效应的分析框架加以具体应用,以期对今后的类似执法工作有所助益。在此,笔者择取商务部已审结的“希捷收购三星案”^⑥与“西部数据收购日立存储案”^⑦作为分析样本进行解读,因为商务部在这两个案件中进行了大量的经济学分析,尽管其没有通过共同市场支配地位的分析框架将这些经济学分析有机地整合起来。笔者拟构建的三大法律要件分别是:(1)高市场透明度造就寡头垄断者共同提价的可能性。(2)制约机制产生共同提价的可行性。(3)无外部对抗能力加强寡头垄断的稳定性。下文以此三要件为基础将商务部的经济学分析进行有机组合,使得共同市场支配地位的分析更为明朗。

两案涉及的相关产品市场均为用于计算机和其他消费电子产品的硬盘市场。在涉案合并发生前,全世界只有五家硬盘生产商(参见表5),因此,这两个案件实际形成了五家企业两两合并变为三家的局面,即西部数据与日立存储合并后成为第一大硬盘生产商,市场份额变为47%,希捷与三星合并后变为第二大企业,市场份额为43%。经初步判断,合并后消费者的选择权将会大大降低,而市场集中度将会大大提高,这极大地加强了寡头依赖的可能性,因此需要进行协同效应的实质分析。下面我们通过上述三个要件来分析这种可能性是否真实存在。

要件一的分析目的在于证明寡头垄断者之间存在共同提价之可能性。由表5可见,合并后相关市场的集中度大大提高,合并后三家经营者的集体市场份额为100%,符合我国《反垄断法》第19条的法律推定。具体而言,首先,五家企业两两合并变成三家后,东芝的市场份额仍为10%,这样的合并最终导致了两家经营者共同拥有市场支配地位的局面。其次,硬盘市场的透明度较高。寡头垄断的脆弱性表现在寡头垄断者的最优选择依然是单独降价。如果寡头垄断者无法判断竞争对手的价格,那么就无法形成稳固的寡头垄断联盟。两案中,商务部认为“硬盘厂商能凭借相关事实和经验确定竞争对手的产品价格或价格区间”,^⑧因为硬盘产品的同质化明显,“各硬盘厂商的硬盘产品之间差异不大”,^⑨同质化使得寡头垄断可以真正地对比竞争对手的价格。如果产品差异性过大,仅仅知道竞争对手产品的价格依然无法得知对方是否降价,相形之下,同质化的产品则使得寡头垄断者可以轻易地判断竞争对手的价格行为。这些分析基本建立了硬盘市场中的寡头垄断者共同提价的可能性。

要件二的分析目的在于确认寡头垄断者不会为了自身单独利益而降价。两案中,商务部发现硬盘行业的产能利用率非常高,“2010年第四季度全部5家硬盘生产商的平均产能利用率约90%,剩余产能有限。”^⑩剩余产能有限意味着即便某一寡头垄断者单独降价,其获利空间也不大。单独降价的目的在于实现薄利多销,但既然剩余产能不多,某个寡头垄断者即使降价也无法实现多销的局面。因此,对于硬盘市场中的寡头垄断者而言,与其他寡头垄断者共同提价将会是其最好的选择。

要件三的分析目的在于衡量是否存在制约寡头垄断联盟之外部机制。首先,硬盘市场的市场进入难度很大,“近十年来,没有新的竞争者进入相关市场。”^⑪因此,寡头垄断联盟不会受到潜在竞争的冲击。其次,硬盘市场中不存在买方议价能力。硬盘

表5 2010年硬盘生产商的市场份额

厂商	希捷	西部数据	日立存储	东芝	三星
市场份额	33%	29%	18%	10%	10%

市场中的主要买方为大型电脑生产商,他们“有能力通过提高电脑产品的价格,将硬盘价格的上涨转嫁给最终消费者。”因此,寡头垄断者的共同提价行为“如不是针对特定企业,一般不会遭到大型电脑生产商的反对。”^⑧

上述分析似乎表明这两个案件必然会导致协同效应,但是商务部在随后的分析中发现了两个可能降低寡头垄断稳定性的因素。第一个是创新。即“创新对硬盘行业影响重大”且“率先推出创新产品可以获得较高的市场份额和利润”。^⑨因此,这两个案件中协同效应可能因此受到冲击。“硬盘市场的竞争是维持产品创新的重要前提”,所以这两项集中完成后硬盘生产商是否还会继续维持先前的竞争状态并持续创新存在疑问。^⑩第二个是硬盘市场的采购模式。大型电脑生产商是硬盘市场中的主要买方,他们“在硬盘采购中通常采用不公开竞标方式”,胜者会获得较大的订单份额,并且“这种采购模式促使硬盘生产商为了获得订单和获得更大的订单份额而竞争。”^⑪因此,这种不公开竞标的商业模式可能会促使某个寡头垄断者为了自身利益而偏离寡头垄断者们的集体利益,从而使得协同效应破灭。

综上可知,虽然商务部在分析中发现了大量导致协同效应的证据,但是也同时发现了一些影响协同效应成立的证据。因此,商务部最终并未禁止这两项集中,而是作出了附加限制性条件批准的决定。这些限制性条件的核心是要求在集中完成后,西部数据和希捷必须分别维持 Viviti(日立的硬盘部门)和三星硬盘(三星的硬盘部门)独立竞争者的地位,从而使得商务部能在未来的两年内观测协同效应是否能够真正发生。事实证明,该案中的协同效应并未在现实中出现。商务部在2015年解除了“希捷合并三星案”中的限制性条件。^⑫而对于“西部数据收购日立存储案”,商务部虽然维持了原先的限制性条件,但是该项处罚并非基于协同效应的实际发生,而是因西部数据在执行过程中的违规行为。^⑬

五、余论

共同市场支配地位是反垄断法中重要且又复杂的概念,其复杂性一方面体现在共同市场支配地位从体系上打破了我国《反垄断法》对于垄断行为的类

型化原则。依据我国《反垄断法》中的类型化原则,^⑭垄断行为被区分为垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中,但滥用共同市场支配地位的行为是跨越于这三种行为类型之间的行为。滥用共同市场支配地位处理的是寡头垄断状态中多个寡头垄断者合谋提价的行为,该行为与垄断协议中的协同行为和经营者集中中的协同效应皆有交叉和重合。共同市场支配地位复杂性的另一方面表现在其理论上具有不确定性。承前所述,经济学界对于共同市场支配地位的成因至今未达共识,而欧美在此领域内的案件亦为数不多。但不可否认,共同市场支配地位的引入使得反垄断法不仅能够处理狭义垄断之情形,而且能够处理多个寡头垄断者之间竞争状态减弱或消除的情况,这会极大地丰富反垄断机构的执法范围。当然,由于上述复杂性的存在,寡头垄断相较于狭义垄断确实给执法工作造成了更大的困难,所以我国反垄断执法机构在处理滥用共同市场支配地位案件时必须要保持谨慎,不能将所有的寡头垄断者都简单地视为拥有共同市场支配地位,而应当全面分析涉案市场中的所有情形。此外,上述复杂性的存在也会使得反垄断执法机构在执法中出现第二类错误(弄假成真),^⑮对此,笔者建议我国反垄断执法机构在证据不完全确凿时应当尽量对之不予以认定,避免过度执法给市场竞争带来负面阻碍效果。

注释:

①相关内容可参见林文:《中国反垄断执法报告(2008~2015)》,知识产权出版社2016年版。

②参见发改办价监处罚[2015]1号。

③相关内容可参见孙晋:《中国竞争法与竞争政策发展研究报告(1980~2015)》,法律出版社2016年版。

④根据《反垄断法》和《立法法》的规定,我国有权解释共同市场支配地位的主体包括国务院、最高人民法院、反垄断委员会、国家发展和改革委员会、国家工商总局、商务部等。

⑤王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2009年版,第237页。

⑥参见刘继峰:《俄罗斯反垄断法“协同行为”认定标准的创新及借鉴》,《法商研究》2011年第3期。

⑦参见马敬:《论反垄断法协同行为证明中的推定》,《政治与法律》2009年第10期;陈云良、陈婷:《垄断协议中协同行

为的证明问题研究》，《政治与法律》2008年第10期。

⑧参见《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》(国家工商行政管理总局令第53号)第3条和国家发展和改革委员会《反价格垄断规定》第6条。

⑨参见《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》(商务部公告2011年第55号)第4条。

⑩参见侯利阳：《〈反垄断法〉不能承受之重：我国反垄断执法五周年回顾与展望》，《交大法学》2013年第2期。

⑪ See Vanessa Yanhua Zhang, CPI Talks: Interview with Judge Chuang Wang, CPI Antitrust Chronicle, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/02/Judge-Wang-Interview.pdf>, last visit on February 14, 2017.

⑫我国也有其他起诉滥用共同市场支配地位的案件，但因原告拒不提供证据，法院时之直接驳回起诉，“刘大华与湖南华源实业有限公司、东风汽车有限公司东风日产乘用车公司垄断纠纷上诉案”即是一例(参见湖南省高级人民法院(2012)湘高法民三终字第22号民事判决书)，对于这些案件，本文未予计算。

⑬参见广东省高级人民法院(2014)粤高法民三终字第1141号民事判决书。

⑭参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁知民初字第256号民事判决书。

⑮参见陕西省高级人民法院(2014)陕民三终字第00034号民事判决书。

⑯同前注⑬。

⑰同前注⑭。

⑱同前注⑮。

⑲参见 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/zcfb/>, 2017年2月14日访问。

⑳比如“希捷收购三星案”。

㉑参见[美]理查德·A.波斯纳：《反托拉斯法》第2版，孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年版，第17~18页。

㉒参见[美]戴维·格伯尔：《二十世纪欧洲的法律与竞争》，冯克利、魏志梅译，中国社会科学出版社2004年版。

㉓参见[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》，任勇、邓志松、尹建平译，法律出版社2009年版，第69~78页。

㉔参见张宏：《发达国家市场结构寡头垄断化趋势及其对我国的启示》，《东岳论丛》2006年第3期。

㉕参见史旗凯、史凯歌：《破解伯川德悖论的新视角——修改前提下的古诺模型分析》，《西南交通大学学报》2004年第2期。

㉖同上注。

㉗ Edward Chamberlin, Duopoly: Value Where Sellers Are

Few, Quarterly Journal of Economics, 11(1), 1929, p.80.

㉘同前注⑰, Edward Chamberlin文, 第98页。

㉙ See Joe Bain, Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing 1936-1940, Quarterly Journal of Economics, 65(3), 1951, pp.293-324.

㉚参见李剑：《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。

㉛同前注⑰, 欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦契奇、斯蒂芬·卡尔金斯书, 第73~74页。

㉜ See George Stigler, Theory of Oligopoly, Journal of Political Economy, 72(1), 1964, pp.44-61.

㉝ See James Friedman, A Non-cooperative Equilibrium for Supergames: A Correction, Review of Economic Studies, 38(1), 1971, pp.1-12.

㉞ See Félix Mezzanotte, The Anti-Collusion Toolkit: Limits of a Policy That Combats the Facilitation of Collusion, European Law Review, 17(4), 2011, pp.495-512.

㉟同前注⑰, 理查德·A.波斯纳书, 第81~92页。

㊱ See Frederick Scherer, The Posnerian Harvest: Separating Wheat from Chaff, Yale Law Journal, 86(5), 1977, pp.974-1002.

㊲ See Patrick Rey, Collective Dominance and the Telecommunications Industry, in Pierre Buigues & Patrick Rey(eds.), The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications: A Perspective for the New European Regulatory Framework, Cheltenham: Edward Elgar, 2004, pp.91-113.

㊳ See Liyang Hou, Competition Law and Regulation in the EU Electronic Communications Sector: A Comparative Legal Approach, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2012, pp.155-173.

㊴ See Case Theatre Enterprises v. Paramount Distributing, 346 U.S. 537(1953).

㊵同上注, 第540~541页。

㊶ See Case American Tel. and Tel. Co. v. Delta Communications Corp., 579 F. 2d 972(5th Cir.1978); Case Kramer v. Pollock-Krasner Foundation, 890 F. Supp. 250, 256(S.D.N.Y.1995).

㊷ Case Sun Dun, Inc. v. Coca-Cola Co., 740 F. Supp. 381, 391(D.Md.1990), p.12.

㊸ See Case Precision CPAP, Inc. et al v. Jackson Hospital et al, No. 2:05-cv-1096-MHT(M.D. Ala. March 8, 2010), pp.14-15.

㊹ See Donald Turner, The Definition of Agreement Under Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Review, 75(4), 1962, pp.655-706.

㊺同前注⑰, 理查德·A.波斯纳书, 第114页。

④ See George Hey, *Oligopoly Shared Monopoly and Anti-trust Law*, *Cornell Law Review*, 67(3), 1982, pp.440-481.

④ Case T-68, 77, 78/89, *Societa Italiana Vetro SpA and Others v. European Commission*, [1992] ECR II 1403, para.358.

④ See Case C-395, 396/96 P, *Compagnie Maritime Beige v. European Commission*, [2000] ECR I-01365.

④ See C-497/99 P, *Irish Sugar v. European Commission*, [2001] ECR I-533, para.47.

⑤ See C-171/05 P, *Piau v. European Commission*, [2006] ECR I-37, para.58.

⑤ See Jonathan Faull & Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (2nd ed.), Oxford University Press, 2007, paras.4.112-4.114.

⑤ See Craig Callery, *Considering the Oligopoly Problem*, *European Competition Law Review*, 32(3), 2011, pp.142-152.

⑤ 同前注④, 第130段。

⑤ 同前注④。

⑤ See Giorgio Monti, *The Scope of Collective Dominance Under Article 82 EC*, *Common Market Law Review*, 38(1), 2001, pp.131-157.

⑤ 同前注④, 第45段。

⑤ See Council Regulation(EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings (Published in OJ L395, 30 December 1989; corrected version OJ L257, 21 September 1990, 13) with amendments introduced by Council Regulation(EC) No 1310/97 of 30 June 1997 (published in OJ L180, 9 July 1997, 1, corrigendum OJ L40, 13 February 1998, 17), Article 2.2.

⑤ See Lia Vitzilaiou & Constantinos Lambadarios, *The Slippery Slope of Addressing Collective Dominance Under Article 82 EC*, <https://ssrn.com/abstract=1494931>, last visit on February 14, 2017.

⑤ 同前注⑤, 第111段。

⑥ See Case T-102/96, *Gencor Ltd. v. European Commission*, [1999] 4 CMLR 971.

⑥ 同前注, 第276段。

⑥ 同前注, 第277段。

⑥ 同前注, 第276段。

⑥ See Case T-342/99, *Airtours plc v. European Commission*, [2002] ECR II-2585.

⑥ 同前注, 第47段。

⑥ See Case C-413/06 P, *Bertelsmann and Sony Corporation of American v. Impala*, [2008] ECR I-4951.

⑥ See European Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/C 165/03, OJ C 165/6, 7 November 2002, para.96.

⑥ 同前注⑥, 第97段。

⑥ See European Council Regulation No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L24/1, 29 January 2004.

⑥ Ibid, Article 2(2).

⑥ See Commission Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2004 C 31/03, C 31/5, 5 February 2004.

⑥ 同前注, 第44~57段。

⑥ See Juan Briones, *From Collective Dominance to Coordinated Effects in EU Competition Policy*, *Antitrust Chronicle*, 1(1), 2010, pp.2-7.

⑥ 同前注⑥, Liyang Hou文, 第279~303页。

⑥ 同前注⑥; 同前注⑥。

⑥ 商务部公告2011年第90号。

⑥ 商务部公告2012年第9号。

⑥ 同前注⑥; 同前注⑥。

⑥ 同前注。

⑥ 同前注。

⑥ 同前注。

⑥ 同前注。

⑥ 同前注⑥。

⑥ 同前注。

⑥ 同前注。

⑥ 商务部公告2015年第43号。

⑥ 商务部公告2015年第41号。

⑥ 参见侯利阳:《垄断行为类型化中的跨界行为——以联合抵制为视角》,《中外法学》2016年第4期。

⑥ 参见李剑:《中国反垄断法实施中的体系冲突与化解》,《中国法学》2014年第6期。