**滥用相对优势地位的反不正当竞争法规制原理[[1]](#footnote-1)**

**龙 俊[[2]](#footnote-2)**

【摘要】 相对优势地位是介于市场支配地位与市场平等地位之间的一种中间状态，即因交易双方二维空间下的“相对性”而形成的不平等的比较优势。这种比较优势地位在力量对比、考察因素、适用方法、界定标准、市场影响等方面与市场支配地位有着显著差异，已超过传统市场支配地位的理论范畴。将其作为反垄断法规制的对象，不仅与域外“结构主义”和“行为主义”立法原理相冲突，亦与我国反垄断法的“谦抑性”特征相违背。而且无论是在静态描述上展示出的“维护公平竞争”的独立价值品格，还是从动态表达上呈现出的“从个体到整体”的利益保护路径，相对优势地位理论都更契合反不正当竞争法的内在逻辑。是故，本文以“相对优势地位”与“市场支配地位”二元分立为逻辑起点，从本土化的竞争法规范原理出发，参考借鉴前人有关论述及域外经验，从正反两方面论证相对优势地位从反垄断法中剥离出来并纳入反不正当竞争法中调整的合理性，希冀为相对优势地位理论研究填以些许知识增量。

【关键词】 相对优势地位 市场支配地位 反垄断法 反不正当竞争法

**一、引 言**

相对优势地位（Comparative Advantage Position）是指在具体的交易过程中，交易一方虽在相关市场中不具有市场支配地位，但对于高度依赖其的交易相对方而言，却在资金、技术、市场准入、销售渠道、原材料采购等方面，拥有控制相对方“难以转向”的比较优势地位。这种市场优势地位是在交易的二维空间中形成的，故只发生在上下游不同层列的企业之间。例如，沃尔玛等大型零售商对于中小供应商而言在交易过程中就具有相对优势地位，如果其在无正当理由的情况下，采用限制供应商的交易对象、限制与其他经营者的交易条件或者附加其他不合理的条件，则可能构成优势地位之滥用。

相对优势地位理论自引入中国以来，受到了竞争法学者的广泛关注。尤其自2016年《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》中增加了“滥用相对优势地位”条款，[[3]](#footnote-3)理论与实务各界更是对此展开了激烈的讨论。[[4]](#footnote-4)这些讨论，大致可以将其归纳成一个“四元三次”方程：“三次”指的是在讨论相对优势理论时所涉及的“三个层次”，即（1）对待相对优势地位应该持管制态度还是放任自由态度？（2）如果持管制态度，当由哪个规范体系来调整？以及（3）如何在这个规范体系内设计相对优势地位的具体制度。“四元”指的是在（1）（2）的问题中所形成的四种截然对立的观点，即（1）中的管制派与自由派、（2）中“由反垄断法调控”的赞成派和反对派。鉴于目前已有理论的研究状况，本文主要致力于回答第（2）层次的二元对立问题。

从德国法上的引入，[[5]](#footnote-5)到美国法上的分析，[[6]](#footnote-6)再到日本法上的考察，[[7]](#footnote-7)学者们在不断丰富相对优势地位理论的研究视角，企图最终为我国的制度设计提供理论依据。笔者在前人的思考和分析基础上，拟从竞争法的本土化要求出发，论述相对优势地位应由反不正当竞争法规制的原理及其正当性，并旨在说明以下三个问题：（1）相对优势地位理论超越了市场支配地位理论的范畴，具有不同的发生原理和结构差异，无论是表现形式、内在机理、抑或是市场影响、制度控制，都不能混淆对待。（2）相对优势地位理论在反垄断法中难以生存。原因在于，从域外经验看，其既违背了哈佛学派SCP范式的“结构性要素”理论，亦无法与芝加哥学派的行为主义理论相兼容；而在本土化的反垄断法中，其与现阶段反垄断法的谦抑性特征相冲突。（3）在我国二元分立的立法体例下，“维护公平竞争”与“维护自由竞争”分别是反不正当竞争法与反垄断法专属的独立品格，两部法律以不同的法益保护路径作用于市场竞争。明确二者的界限可以避免制度间的冲突与理论混乱，防止不经济的制度实施。由于滥用相对优势地位破坏的是公平的市场竞争秩序而无涉自由竞争，故应将其从反垄断法的认识误区中抽离出来，交由反不正当竞争法调整。

**二、混淆与澄清：超越市场支配地位理论的相对优势地位**

关于相对优势地位理论，从不同的角度有不同的分析框架和理解进路。例如，从整体主义要素来看，“相对优势地位”理论由“相对性”、“依赖性”和“控制性”等要素构成。从苛责的构成要件来看，其包括：相对优势地位要件、滥用行为要件（如德国法上的差别待遇与不公平地阻碍，日本法上的强迫购买或提供经济利益、拒绝交易或限定不利于相对人的交易条款或执行方式等）以及道德否定要件。[[8]](#footnote-8)从交易双方二维空间下优势地位的相对性来看，“相对优势地位”又可分为“买方相对市场势力”与“卖方相对市场势力”。从相对优势地位形成的原因来看，又通常包括以下四种：（1）因长期合同关系而形成；（2）因物资短缺而依赖；（3）因名牌产品而形成（4）因“关键设施”（Essential Facilities）而依赖。[[9]](#footnote-9)但无论基于何种考察的视角，相对优势地位理论都揭示和遵循着一个共同的逻辑：即相对优势地位理论已超出了传统市场支配地位理论的元范畴，是一种全新的具有独立价值构造与规范体系的理论。

**（一）不能混淆的概念：相对优势地位与市场支配地位**

有学者认为，相对优势地位与市场支配地位（Market Dominant Position）都是垄断力（monopoly power）的表现，在理论上并无显著差异。比如，“交易中优势地位滥用的规制几乎就是垄断力滥用规制的孪生兄弟，它们都以拥有特殊经济地位的企业为关注对象，都以几乎完全相同的滥用行为为打击对象。两者唯一的区别在于，一个要求企业只须拥有交易中优势地位，而另一个要求企业必须拥有市场支配地位。”[[10]](#footnote-10)还有学者认为，相对优势地位与市场支配地位的界限正在变得模糊，在实践中并无区分必要，“从理论上看，相对优势地位与市场支配地位在比较对象、分析方法等方面存在显著差异。但是，随着现代反垄断法理论和实践的发展，市场支配地位与相对优势地位之间的界限日益模糊，区分市场支配地位和相对优势地位并分别予以立法规制的必要性被大大减弱了。”[[11]](#footnote-11)持此种观点的学者从“相关市场界定困难”、“市场支配地位认定方法的综合化”以及“滥用市场支配地位分析方法正向相对优势地位延伸”三个方面阐述了在实践中对二者进行区分的价值有限性。但对于这些观点，笔者无法认同，故同样从理论与实践两方面反驳之。

首先，在理论上，虽然相对优势地位与市场支配地位都意味着该经营者在市场中拥有较其他市场参与者更为有利的市场优势，但二者的差异绝非“细微且可以忽略”的。相对优势地位是一种介于市场支配地位与市场平等地位的中间状态，即较相对交易方而言拥有的比较优势地位。市场支配地位是指经营者在整个相关市场上绝对控制商品价格、数量等交易条件或者市场进入的市场地位。二者的差异主要表现在（参见表一）：（1）从建立的参照系来看，相对优势地位具有相对性与易变性，是通过与交易相对方进行比较而产生的，其“势力范围”仅限于“交易双方的二维空间”下；而市场支配地位则具有绝对性，是以整个相关市场上除自己以外的所有市场经营者与自己的比附关系来判定的。（2）从判断标准与考察因素来看，相对优势地位的可视化标准是是否产生了高强度的“依赖性”，即交易方对经营者的品牌知名度、长期合同关系、稀缺物资、或者必要设备等产生了“缺乏期待转向性”的可能；而市场支配地位的量化标准则是相关市场的“市场份额”、“市场占有率”、“市场集中度”等等。（3）从适用的方法来看，相对优势地位着眼于微观的市场双方的交易条件，进行的是具体的个案分析；而市场支配地位则着眼于宏观的相关市场的所有竞争者，进行的是抽象的一般推理。（4）从苛责的原因来看，滥用相对优势地位是将交易方的受损利益转化为一种置于同业竞争市场的不正当竞争优势，破坏市场公平竞争秩序；而滥用市场支配地位则是经营者通过直接排挤同业竞争者或剥削消费者利益，进而破坏整体的自由竞争秩序。

**（表 一）相对优势地位与市场支配地位的理论差异**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 类 型 | 相对优势地位 | 市场支配地位 |
| 相同点 | 优势地位 | 在各自范围内都具有一定的“市场势力” |
| 抽象后果 | 都有可能对市场竞争造成影响 |
| 规范控制 | 都可能受到竞争法规范的调整 |
| 价值无涉 | 在没有“滥用”的情况下不受任何干预 |
| 不同点 | 力量对比 | 是在与交易方力量对比中形成的 | 是在与竞争者的力量对比中形成的 |
| 考察因素 | 在具体交易过程中，交易方是否因为该经营者的品牌知名度、长期合同关系、稀缺物资、或者必要设备等产生依赖 | 在整个相关市场中，经营者在市场份额、市场集中度，以及技术、财力、控制市场准入能力、控制销售市场与原材料采购市场的能力。 |
| 适用方法 | 个案分析 | 整体判断 |
| 核心标准 | 经济依赖性+不可转向性 | 相关市场+市场支配力 |

 其次，在实践中，相对优势地位与市场支配地位依然存在着区别的必要：第一，“量”的不同足以导致“质”的区分。有人认为，现实中市场支配地位的“支配力”也并非是绝对的，“相关市场”的存在同时也表明拥有支配地位的经营者还可能受“相邻市场”的竞争约束，市场支配地位仅表明“超越竞争水平定价”的地位，故市场支配地位与相对优势地位在属性上并没有“质”的差异，而仅仅存在“量”的不同。[[12]](#footnote-12)其实，垄断行为的判定在很大程度上就是在“定量基础上的定性分析”，这种分析方式使得相关市场上的支配地位并不会因为其他“相邻市场”的存在而丧失绝对性，进而转化为一种相对优势，因为所有的垄断行为的认定必然要在特定的时空范围内展开才有意义，这一点与在界定相关市场时只考虑“近似替代性”（Close Substitution）而非“总体替代性”（Global Substitution）是一样的原理：假设购买一辆马自达需要花费30万元，购买一辆起亚需要花费25万元，甲现需要购买一辆家用小汽车，且手里只有30万元，如果花费30万元购买了马自达，则无法再购买起亚，反之亦然，此时我们便可以认为马自达与起亚构成了一个具有竞争关系的相关市场，即小型家用汽车市场。但是如果甲省下这笔钱，则可以实现环游欧洲、美洲各国的夙愿，那么此时的家用小型汽车市场是否与海外旅游市场构成一个具有紧密竞争关系的相关市场呢？答案当然是否定的，购买马自达与购买起亚满足的是同一种具体需求——购买家用小型汽车出行，故两个生产商之间在满足个体特定需求上具有了较强的可替代性，是属于一种具体的需求替代。而旅游消费则不同，作为一种与生存型、发展型生产资料消费不同的享受型生产资料消费，虽然在与购车消费之间产生了“替代性联系”，但这种替代只是一种总体性替代而非具体需求的替代，如若将总体替代性作为界定相关市场的标准，则根据物质世界普遍联系的原理，相关市场这一概念便无继续存在的必要了。由此可见，相关市场的界定是在特定时空范围内进行的，只要在这特定的时空范围内进行定量基础上的定性分析，分别概括出市场支配地位与相对优势地位的要素与情形，则相关市场中支配地位的绝对性就不会因“相邻市场”的存在而丧失。因此，市场支配地位的绝对性与相对优势地位的相对性是不容混淆的，在特定时空内的区分是必要且明显的。另外，也正是因为存在定量的分析，才会导致经营者的市场定位会出现“独占、寡占、绝对优势、相对优势、无优势”的层次化结构，最终，每一种“定量”的不同都导致了“质”的区别。第二，鉴别因素的不同与界定方法的差异使得市场支配地位与相对优势地位依然分属于两个不同的层次。虽然有人认为，在鉴定因素上，“市场支配地位的认定方法上由依赖市场份额向综合评估各项指标的方向转变”，“国际反垄断理论界和实务界开始尝试绕过市场界定和市场份额来直接评估市场力量。这些方法主要有市场壁垒、利润幅度、价格歧视和价格控制、不连续定价、分流比、竞争性参照以及从排除竞争行为中直接推定市场力量等”。而在界别方法上，滥用市场支配地位的分析方法由传统的“相关市场－市场支配力－竞争效应方法(R-M-C)”开始转向利用“市场支配力－竞争效应范式(M-C)”或者“行为－竞争效应范式(C-C)”。[[13]](#footnote-13)但是，这并不能成为市场支配地位可以与相对优势地位混合的理由。其一，从考察因素上看，市场份额依然是最为直接、有效的监测工具，其他如市场行为、市场绩效等依然处于辅助地位。市场份额的主导性作用正如P．贝伦斯教授所言，“一个市场份额达到了50%的企业，仅当根据其他因素可以明确地作结论说，市场上仍然存在着强度足够大的残余竞争，方可不被视为占市场支配地位的企业。在另一方面，一个市场份额占25%的企业，仅当其他因素明确地说明，该企业的竞争者及其交易对手仅占有一个相对弱的市场地位的时候，方可被视为占市场支配地位。”[[14]](#footnote-14) 任何企图绕开市场份额来评估市场力量的做法均容易导致评判结果的恣意性，故即便现在各国开始关注市场行为、市场绩效等相关联的因素，但大多数国家至今仍保留着以市场份额为主、兼顾其他因素的做法。其二，在界定市场支配地位的经济学方法里，CRn（Concentration Rate，即行业集中率）、洛伦兹曲线（Lorenz Curve）、HHI（Herfindahl-Hirschman Index，赫芬达尔－赫希曼指数）等均以市场份额（Market Share）为依据进行测量和运算；而勒纳指数（Lerner Index）、罗斯柴尔指数（Rothschild Index）、贝恩指数（Bain Index）等则是以绩效指向（Performance-Oriented）为标准进行界定。[[15]](#footnote-15) 虽然美国的反垄断立法、司法、执法活动在不同时期受到不同经济学流派的影响，但是却一如既往地接受和保持了以市场份额（Market Share）为主的计算方法，如美国在1968年的《并购指南》中采用了CR4分析法，而在1982年的《并购指南》中，即便深受芝加哥学派的影响，也并未直接采用绩效指向的计算方法，而采用了更为精确的HHI指数，1992年的《横向并购指南》继续采用了此种方法。[[16]](#footnote-16)而在具体的法学方法中，界定市场支配地位也仍遵循着传统的“三步法”：一是界定相关市场，包括产品市场与地理市场，从市场的界定中确定企业的市场力量和市场竞争条件；二是证明企业在市场中持续拥有较高的市场占有率；三是证明不存在实际的或潜在的竞争对手形成对企业优势地位的影响。[[17]](#footnote-17)这些界定方法和鉴别因素，都指明市场份额本身在认定市场支配地位中发挥着不可替代的主导性作用，而这也同时构成了市场支配地位和相对优势地位重要的理论分野：以市场份额主导象限下的市场支配地位具有绝对性，而以依赖性为核心要素的比较优势地位则具有相对性，二者完全不属于一个理论体系的范畴，彼此无法兼容与互制，因此不能将二者混为一谈。

**（二）需要澄清的影响：宏观整体破坏与微观个体保护**

由于市场支配地位衔接的是整个相关市场，相对优势地位关乎的只是交易相对方，故二者滥用所造成的后果是大相径庭的。市场支配地位的滥用，对整个市场经济的破坏是直接的、毁灭性的。而相对优势地位滥用，往往只是侵害微观个体利益，或间接作用于市场秩序，这种波浪式能量的传递相对容易被市场的自我调节所消除。“滥用相对优势地位的本质仍然还是交易双方的相互博弈，而不同于经营者集中那样涉及整个市场结构，也不同于垄断协议那样对整个市场中的其他经营者均会造成损害，故其影响范围主要还是集中在交易双方之间，当然，在双边市场的环境下，消费者也会成为广义上的交易相对方。对于此类行为，若运用《反垄断法》进行规制显得过于强势，而《反不正当竞争法》所规制的正是这类比较微观的行为。”[[18]](#footnote-18)对于二者造成的影响，从国外的经典判例中也能清晰感受出来：如著名的微软垄断案[[19]](#footnote-19)是滥用市场支配地位的典型代表。微软公司作为世界软件业的“霸主”，市值高达数千亿美元，其开发的“Windows”视窗软件使其在全球范围内获得了绝大部分对PC操作系统发放许可的权利（占据了全球市场份额的95％）。在此种情况下，微软公司利用其在“Windows”视窗软件上的绝对支配地位，强行搭载其研发的“Internet Explorer”（简称IE）浏览器，排除和打压其他竞争对手。1998年5月18日，联邦司法部和20个州司法部[[20]](#footnote-20)正式向联邦地区法院对微软提起反垄断诉讼。此案经历了若干年的诉讼后，最终于2004年6月联邦上诉法院全体一致批准司法部与微软达成的和解协议而告终。但即便如此，该案的后遗症依然没有停歇，欧盟、日本、韩国、我国台湾地区纷纷对微软公司进行了反垄断诉讼和调查。[[21]](#footnote-21)另外除了联邦与州政府的反垄断指控外，该案还伴随了大量的反垄断私人诉讼，比如，受杰克逊法官初步裁决的影响，1999年11月22日，3名律师代表加州几百万计算机用户，向微软公司提出集体诉讼，控告微软利用其垄断优势高价出售“视窗95”和“视窗98”，赚取消费者过高利润。紧接着，在佛罗里达州又提起了另一起针对微软的集体诉讼，该州的消费者指责微软的经营行为违反了州《欺诈和不公平贸易法》和联邦反托拉斯法。新奥尔良的一位律师代表美国数千万视窗98的用户对微软提出指控，认为微软利用胁迫手段减少消费者的选择权，提高微软产品的价格。纽约一家广告公司也代表该地区数十万消费者的利益对微软提起诉讼。到2000年5月，已有一百二十多起这类私人诉讼。同时，微软的竞争者也不断就微软的垄断行为提起诉讼。[[22]](#footnote-22)造成波及范围如此之广的原因是：微软公司具有强大的市场支配地位，这种支配地位的滥用，使得“牵一发而动全身”，对整个行业的经济波动、市场秩序、经营者和消费者利益都造成了宏观整体的破坏。再如德国1975年的Rossignol滑雪板案，是滥用相对优势地位的经典判例。法国滑雪板制造商Rossignol（市场占有率8%）拒绝对一家巴伐利亚零售商（全部营业额为300万马克，销售Rossignal滑雪板部分为10万马克）继续供应其产品。德国最高法院认为Rossignal的滑雪板因为广告得法、品质优越而且经常比赛得名，是具有很高声誉的商品，并且有一部分的滑雪者已经习惯于购买Rossignal 的滑雪板而不愿意购买其他品牌的同类产品。虽然市场上还有其他同类产品，但是还是无法取代Rossignal ，所以Rossignal有其不可替代的地位。因此，若是制造商断绝其供应，该零售商将无法供应给滑雪者该品牌的滑雪板，商誉及竞争力均将受到损害。换言之，零售商在市场上欠缺足够的其他交易渠道，所以认为零售商对于滑雪板制造商Rossignal有经济依赖的关系。至于Rossignal滑雪板只有8％的市场占有率，以及零售商所出售的Rossignal的滑雪板只有其营业总额的3.3%的极小比例，都不是重点。[[23]](#footnote-23)在本案中，法院并不考虑供应商的市场份额比例、零售商销售额比例（这些指标往往关乎宏观市场状况和影响）， 而是从微观的交易相对方出发，认为即便供应商的行为不会对整个市场行业的竞争秩序、消费者和其他经营者带来直接的重大利益损失，但是供应商与零售商之间由于存在很强的依赖关系，故在这有限的范围内，应当基于微观层面交易相对方的利益保障而对彼此的行为做出限制。这是一种典型的微观个体保护的意旨。当然，这并不意味着滥用相对优势地位仅仅只侵犯个体利益，其同样也会侵害公平竞争秩序，只是这种侵害的传导路径有别于滥用市场支配地位的情形，关于这一点，第四部分还会详细阐释。

**三、冲突与解释：相对优势地位与反垄断法之不可兼容性**

 市场支配地位与相对优势地位在力量对比、考察因素、适用方法、界定标准、市场影响等方面的重大差异充分说明，相对优势地位理论已经超出了传统市场支配地位理论的范畴，属于现代市场竞争环境下的一种新的理论模式。追溯反垄断法的发展历程，我们会发现，其至少在以下几个层面与反垄断法存在不可兼容性：一是在“结构主义”视角下，当“独占”、“准独占”、“寡头垄断”等共同构成一个“垄断”意义上完整而又呈“金字塔”层次的市场结构体系时，相对优势地位应该居于何处，抑或是不在这个“垄断体系结构”之中？二是在“行为主义”理论下，占主导地位的芝加哥学派之“行为主义”理论并未完全抛弃SCP范式中的“结构性要素”，即滥用市场支配地位的前提是，该市场主体必须符合“结构性垄断行为”中的“支配势力”要件，而这种“支配势力”已经达到（或至少接近）“垄断力”（monopoly power）状态，故其本身根本无法涵摄不具有垄断力的“相对优势地位”，既然如此，即便“滥用”又何以值得反垄断法予以苛责？三是中国现阶段还处在计划经济向市场经济的转轨时期，以破除行政垄断为当务之急的中国反垄断法，在当前的市场环境不保持“谦抑性”，则范围扩张所导致的恣意后果又该如何处理？如果这些质疑都无法得到合理的解答，那么我们不得不认为，相对优势地位理论与反垄断法是不可兼容的。

**（一）一个自在的冲突：与“两种范式”相矛盾**

结构主义与行为主义是影响美国反托拉斯立法司法最为深远的两种模式。[[24]](#footnote-24)虽然相对优势地位理论是大陆法系上的概念，而结构主义与行为主义是英美法上的立法模式，用英美法的规则解释大陆法的理念似乎如同方枘圆凿，但笔者认为，这种解释方式在竞争法特有的发展背景下，是可以运行不悖的。理由在于：两大法系在反垄断法的演变过程中开始从截然对立转向相互借鉴。特别是结构主义与行为主义的立法模式，它不仅仅在60、70年代影响了美国的反托拉斯立法，而且对欧盟竞争法的影响也十分重大，例如，1957年的《罗马条约》未规定控制经营者集中的标准，但欧共体法院在1973年“大陆制罐案”（Continental Can）[[25]](#footnote-25)中确定了行为主义模式的“滥用支配性地位标准”（Abuse of Dominant Position），随后在1989年第89/1989号欧盟并购条例中确定的“支配性地位标准”（Market Dominance Test , 简称“MD标准”），则更多体现了结构主义的立法思想，接着在2004年第139/2004号欧盟并购条例中确定的“严重妨碍有效竞争标准”（Significant Impediment to Effective Competition，简称“SIEC标准”），更被视为是“MD标准”与美国“实质性减少竞争标准”（Substantial lessening of competition,简称“SLC标准”）的混合，[[26]](#footnote-26)亦即为结构主义与行为主义的混合。因此，这两种立法模式虽然发源于美国的经济学流派，但如今已并非美国反垄断法专属，而逐渐成为世界各国普遍采用的反垄断立法模式，[[27]](#footnote-27)再如，我国反垄断法虽然以欧盟竞争法为样本制定，且深受德国《反对限制竞争法》中“市场支配地位”的影响，但随着美国立法、执法、司法实践的发展，我国在现今的反垄断法研究中，不断加大了对美国反托拉斯法的探索力度，特别是法经济学方法的引入与开拓，更为我国反垄断法的研究开辟了新的探索路径。是故，以结构主义和行为主义的立法原理来思考相对优势地位理论并不会导致解释上的混乱。

**1、与结构主义的冲突**

 结构主义立法是指反垄断法通过控制产业集中或规范产业集中状态，来维护竞争性的市场结构。结构主义立法是以产业组织理论为依据的，而产业组织学领域的研究肇始于20世纪30、40年代哈佛大学的经济学家们。[[28]](#footnote-28)他们经常使用的市场分析方法建立在如下三个关键概念的基础之上：（1）结构；（2）行为；（3）绩效。这三个概念的假定联系是，市场结构（供应商的数量、进入的难易程度等）在很大程度上决定了市场参与者的行为（如价格政策、广告策略等），而市场行为进而决定了市场绩效（如效率、技术进步）。这被称为“结构——行为——绩效”范式（SCP）。但这种单向因果关系受到了不少批评，后来的产业经济学家认为，单向的因果关系描述太过简单，在原先描述的因果关系外，还有更多的因果关系存在。例如，通过投资于研究和开发，一个企业可以将它的成本降低到某一点，在这一点上它能够以盈利性的价格把竞争对手逐出市场。反过来，企业也可以通过影响潜在进入者的决定而影响市场的结构。[[29]](#footnote-29)但是无论如何，纵使“结构——行为——绩效”范式并不是绝对准确，也不影响市场结构本身作为认定垄断力量的重要性，不影响各国通过以市场份额为依据进行反垄断立法、执法和司法。例如，曾任约翰逊总统反托拉斯局局长的D.F.特纳就认为，“问题的关键在于一家厂商是否具有来源于垄断的市场结构的‘市场力量本身’，不论厂商行为如何，具有‘市场力量本身’就是拆散厂商的初步依据。”[[30]](#footnote-30)在1945年美国铝公司案中，美国法院并不试图证明这家铝公司是否实施了谋求或维持其垄断地位的行为，而仅仅基于一种垄断状态的存在（即铝锭产品已经占有90%的市场份额）即认定其构成非法垄断。并指出，国会没有规定好的垄断还是坏的垄断，垄断本身就是违法。[[31]](#footnote-31)因此，“结构主义”立法模式的影响十分深远，直至今日，日本等国依然采用此种立法模式。

 在结构主义的反垄断立法思想下，对市场结构的分析总会放在首位。而在垄断性的市场结构中，很显然，相对优势地位难以在反垄断法中找到对应的位置。从市场状态来看，市场往往可以分为完全竞争、垄断竞争、寡头垄断、完全垄断四种形态。[[32]](#footnote-32)而从市场结构来看，笔者认为，市场可细分为“独占”、“准独占”、“寡头垄断”、“近似均占”、“均占”等五种情形，并自上而下形成金字塔结构。在这个结构体系中，前三种是绝对支配地位的表现，如果经营者滥用此种地位，则当然受到反垄断法控制，即便未出现滥用行为，也受到反垄断法的监控；而后两种情况下，只要经营者不通过协议联合起来或者集中起来排除、限制市场竞争，则无法因为市场结构问题形成垄断。再看相对优势地位，它无法在这个可能出现垄断状态或垄断行为的市场结构中拥有一席之地，因为其至始至终都不是一个关乎市场份额的绝对性标准问题，而只是在与相对方进行比较时，基于对方的高度依赖性，而在资金、技术、市场准入、销售渠道、原材料采购等方面，拥有控制相对方“难以转向”的比较优势地位，这种优势地位根本无法对横向市场或纵向市场造成较高的进入壁垒，更无法直接或间接起到排除、限制竞争的效果。因此，相对优势地位理论与结构主义的立法模式是无法兼容的。

**2、与行为主义的冲突**

 行为主义立法着重于关注市场行为因素，把市场行为本身是否会造成排除、限制竞争影响作为反垄断立法规制的判断标准，不以谴责垄断这种状态为目的，而以谴责凭借这种状态作出不公正行为为内容。[[33]](#footnote-33)行为主义立法模式是以芝加哥学派的观点作为理论基础的。其认为市场结构、市场行为、市场绩效三者的关系是互动的而不是单向决定的。市场结构是市场内部各个力量对比的反映，在没有国家干预的条件下，市场上最后生存下来的企业就是最健康和最好的企业。“芝加哥学派信奉经济自由主义思想和社会达尔文主义，认为市场竞争是没有国家干预的、市场力量自由发挥作用的过程。反垄断法应该保护竞争机制，而不是单纯保护竞争者。”[[34]](#footnote-34)因此，行为主义推崇市场自由，认为反垄断法应保持谦抑与克制，“非必要而不可为”。除非市场行为本身发生了限制竞争的效果，否则不能仅以保护竞争者为理由来滥用反垄断法。但是，值得注意的是，行为主义理论虽然注重市场行为因素，但其本身却是以结构主义理论为基础的，其实质要义是，不能仅以市场份额作为认定垄断的标准，而必须在拥有一定市场份额的基础上具体判断该经营者的行为是否实质上影响和限制竞争。“行为主义中的行为不应当被孤立地看待,行为的实施基础和目的往往都是结构性的,如更高的市场份额、更强的市场控制力量等。”[[35]](#footnote-35)“结构规制始终是行为规制的补充，并通过维持一个有效竞争的市场结构来影响和制约企业的行为。”[[36]](#footnote-36)由此可知，行为主义并未脱离基本的“结构性要素”，在这种情形下，相对优势地位理论就必须再次回归到一定的市场份额或规模的讨论上，否则，也无法依据行为主义理论而成为反垄断法的规制内容。

**（二）一种合理的解释：反垄断法的“谦抑性”**

从法学视角来看，“谦抑”一词最早出现在日本刑法学中。[[37]](#footnote-37)之后，我国刑法学者开始研究刑法的谦抑性。[[38]](#footnote-38)反垄断法的谦抑性，简而言之，即反垄断法应当保持克制。这种克制至少包括两个方面的要求：一是正当性；二是谨慎性。[[39]](#footnote-39)正当性指的是执法、司法活动应当以法律规定为限，不得滥用职权、随意解释法律。这是保证反垄断法谦抑性的基本要求。而谨慎性则是指，反垄断立法活动应当“三思而后行”，对于市场能够自我调节或者可以由其他法律规制且不致于对市场自由竞争造成严重破坏的，就无须纳入反垄断法中调整。我国反垄断法为何要保持“谦抑”，笔者认为有以下三大原因：（1）反垄断法本身即具有破坏自由竞争之可能。在某种意义上，反垄断法虽然是保护自由竞争的法律，但是却是在干预原本由自由竞争创造的产物的前提下发挥作用的，是一个自我矛盾的统一体。正如格伯尔所言，“竞争法这个概念本身也包含着一个根本性的矛盾。竞争要求经济活动的参与者享有自由；免于约束的自由是竞争的力量之源。但是法律限制行动、减少自由，这似乎与竞争机制不一致。这种表面上的不一致演化为同它有关的两种观点和利益之间的对立。一方专注于受法律限制者受到的短期的法律影响；另一方则着眼于不进行这种限制所造成的长期后果。这两种观点的冲突上演了一部无休无止的戏剧。”[[40]](#footnote-40)因此，反垄断法“自我矛盾”的特质要求我们，只有当某种市场行为达到足够值得反垄断法来评价的时候，才应该考虑反垄断法的适用，否则，恣意的干预手段往往是对自由竞争的破坏。（2）一直以来，对于由市场竞争造成的经济性垄断是否需要进行规制，在经济学这个元系统里就一直争论不休，并持续至今。例如著名的经济学家张维迎认为，“垄断不一定就是坏的，大企业可以带来人与人之间的信任，也能带来有效的市场。”[[41]](#footnote-41)“如果我们把企业定义为一种创新的工具、一个信誉的载体，而不仅仅是一个生产单位，反垄断法所依赖的经济理论基础就不再存在”，“反垄断法所指向和限制的企业行为，很多其实是市场创新和信誉机制的一部分，是市场竞争的本质”，[[42]](#footnote-42)诸如此类。因此，在这种情况下，保持反垄断法的谦抑性，也不失为一种达成共识的折衷之道。（3）我国现阶段的反垄断法与美国、欧盟等地的反垄断法有着不同的任务。中国作为一个发展中国家和体制转轨国家，从过去计划经济、国有经济转过来的时候，我们所面临的主要问题是如何打破原有的国家垄断、行政垄断、国有企业垄断的问题，是民营企业、中小企业的“市场准入”问题，是允许我们的各类新生企业进入某一个行业与国有企业开展竞争的问题，是如何改变过去的政府管制政策允许开展市场竞争的问题。而西方发达国家，由于已经步入较为成熟的市场经济发展阶段，故其所面临的则主要是在市场发展起来之后私人企业做大做强所形成的垄断。因此，我们现在要学的不是他们现在的政策，而是最初他们市场经济刚刚发展起来时所面临的问题和采取的对策。[[43]](#footnote-43)这种国情导致的差异，使我们不得不在面对市场经济性垄断时，尽可能保持反垄断法的谦抑性，而将更多的力量集中于破除行政垄断。

反垄断法的谦抑性理论，完全可以解释滥用相对优势地位为何不应由反垄断法调整：首先，滥用相对优势地位的行为尚无法达到严重破坏市场自由竞争而需要反垄断法进行惩治的程度。前文已阐明，滥用市场支配地位与滥用相对优势地位两种行为所造成的损害结果截然不同。滥用市场支配地位导致的是整个相关市场的所有参与者遭受损失，并可能将相关市场的影响力传导至其他相邻市场（典型的如搭售，微软垄断案很大程度就是微软公司将其在操作系统市场上的支配力传导至网页浏览器市场），进而破坏整个市场的自由竞争秩序，这是一种宏观性的破坏。而滥用相对优势地位最直接和最主要的受害者一般仅限于交易相对方，由于经营者本身不具有市场支配地位，客观上很难造成市场准入壁垒，其对市场竞争秩序造成的破坏只能是通过侵害交易相对方的利益而间接获得在同业竞争中的不正当竞争优势，但这种影响的范围以及深度都是极为有限的。因此，对于破坏程度尚无法达到控制自由竞争的相对优势地位，反垄断法应当保持克制。其次，我国的竞争法体系主要由反垄断法和反不正当竞争法两部法律构成，二者虽有差异，但是却能形成互补关系，共同作用于维护市场竞争秩序。在这种二元立法的体例中，反垄断法与反不正当竞争法彼此都应保持相对独立的调整范围，如果肆意扩张反垄断法的管制范围，使反不正当竞争法与反垄断法调整的范围失衡，则容易导致竞争法体系内部的混乱。相对优势地位理论作为一种尚未成熟的、有待进一步研究的理论成果，在争论较为激烈的当下，出于反垄断立法谨慎性和谦抑性的考虑，也应暂且将其纳入反不正当竞争法当中，从法的实施层面进行检验，以观后效。但吊诡的是，目前有不少人存在这样一种矛盾的思维：一方面承认相对优势地位理论的研究尚处初级阶段，且是否值得用竞争法来评价尚存疑虑；[[44]](#footnote-44)但另一方面却认为，如果非得在竞争法中予以立法突破，则至多通过反垄断法中的滥用市场支配地位条款概括、解释即可。这种思维最大误区在于，反垄断法较反不正当竞争法而言，实为更严苛的法律，无论是在惩罚措施还是市场影响，对经营者都具有更大的威慑力。那么，相对优势地位理论这样一个不确定的“新鲜事物”，对竞争秩序造成的影响尚不值得反不正当竞争法来调整，又何以进入更为严厉的反垄断法的规制范畴呢？因此，从这个角度来考虑，相对优势地位理论也应该服从反垄断法的谦抑性原理而由反不正当竞争法来调整。

**四、迷思与透视：反不正当竞争法规制的内在机理**

 正因相对优势地位缺乏反垄断法控制的理论根基而无法获得制度支持，所以在处理和对待滥用相对优势地位的情形时，就应当从固有的反垄断模式中跳出来，作出新的解释与思考。

笔者认为，较反垄断法而言，反不正当竞争法在其独立价值品格、利益保护路径以及与相对优势地位理论的契合度等方面更具有进行规制的可能。以下笔者将详细阐明。

**（一）静态描述：反不正当竞争法的独立价值品格**

每一部法的存在都是为了保护某种重要且独特的利益或权利。从零散杂乱的规范逐步形成一整套有区别的权利或利益保护机制，既是一个动态演化的历史过程，亦是一种静态描述的品格揭露。虽然现实中的利益或权利保护往往是交错进行的，且多元化立法目标在我国部门法中更是屡见不鲜，但是每部法所直接保障的权益的强度是不尽相同的。这些价值品格的不同，也构成了与其它部门法相区别的最主要的依据之一。反不正当竞争法的存在也是为了保护一种新的价值品格，而这种独立品格的最终形成（以反不正当竞争法的最终确立为标志），经历了一个较为漫长的过程。

从反不正当竞争法的历史演进来看，其实质是从民商事侵权法中逐渐剥离出来的“特殊侵权法”。19世纪上半叶的德国，并不存在专门的反不正当竞争法。1868年，北德意志联邦颁布了《营业条例》（Gewerbeordnung），确立了营业自由的基本原则。1871年德意志帝国成立之后，该《营业条例》未经变更便上升为适用于整个德意志帝国的法律。该条例的实施，打破了几个世纪以来阻碍德意志经济发展的封建行会制度，营业自由得以实现。但是与此同时，随着市场经济的不断发展，经营者之间的市场竞争也日趋激烈，各类不正当竞争行为也随之在德国泛滥。[[45]](#footnote-45)为了专门应对这些行为，德国立法机关于1874年5月12日通过了《商标法》，以制止发生在商标领域的假冒、盗用他人商标的不正当竞争行为。1892年修订了《商标法》，首次将不正当竞争作为一个法律概念规定在德国的法律文件中。由于《商标法》所能囊括的范围过于狭小，无法调整更多的不正当竞争行为，因此，德国于1896年5月27日，颁布了世界上第一部《反不正当竞争法》单行法律。但是，1986年的《反不正当竞争法》仅规定了市场经济中常见的不正当竞争行为，而没有规定一般条款来维持不正当竞争概念的可伸缩性，故在实践中一旦遇到新型的不正当竞争行为，法院首先考虑适用的条款是《德国民法典》第836条[[46]](#footnote-46)以及第823条第1款[[47]](#footnote-47)，要求不正当竞争行为人承担侵权责任。1909年，立法者对原有的《反不正当竞争法》作了修订，加入了“一般条款”，最终形成了“典型列举”加“一般条款”的完整格局。[[48]](#footnote-48)从最初在《商标法》中规定不正当竞争行为，到后来适用《德国民法典》补充和解释以实现对不正当竞争行为的规制，再到形成一部包含一般条款的完整的《反不正当竞争法》，都表明《反不正当竞争法》在追寻着一种特殊的利益或权利保护，这种保护是商标法、民法或者其他部门法难以提供的。

那么，反不正当竞争法从传统民商事法中脱离出来，其追求的独立品格应该是什么呢？笔者认为，从整个竞争法的视角来看，反不正当竞争法和反垄断法都具有维护市场竞争秩序，保护经营者、消费者合法权益以及鼓励创新、促进开放性市场形成和生产要素自由流动的共同价值。但是，在这些诸多共同的价值目标中，唯有维护市场竞争秩序价值，才是竞争法得以独立存在的真正理由。而其它价值目标，虽同样为竞争法所保护，但由于存在专门保护其法益的部门法（如保护消费者权益和经营者权益的部门法有消费者权益保护法、广告法、产品质量法等；保护民事主体交易及其它商事人格利益的有合同法、侵权责任法；保护版权、专利、商标等无形资产，鼓励创新的有知识产权法；防止公权力滥用的有宪法、行政法、诉讼法等），所以这些价值只能降级成为竞争法的附属价值。而由于我国竞争法体系主要包括反垄断法和反不正当竞争法，是故，二者又分别以维护自由竞争状态和维护公平竞争秩序作为自身存在的独立品格。自由竞争与公平竞争合二为一时则构成了竞争法的独立品格——竞争秩序（如图一所示）。因此，在立法时，应当考虑反垄断法与反不正当竞争法共同但有区分的独立品格，以此来确定各自应囊括的制度范围。

 **（图 一）从历史层面到价值层面的竞争法**



当然，需要说明的是，虽然自由竞争和公平竞争分别是反垄断法、反不正当竞争法的独立品格，但是这并不意味着二者彼此之间截然分立。首先，反垄断法也包含追求公平竞争的精神。 这不仅体现在《反垄断法》立法宗旨明确提出要“保护市场公平竞争”上,而且也体现在《反垄断法》的具体制度之中。例如《反垄断法》第5条就规定“经营者可以通过公平竞争、自愿联合,依法实施集中, 扩大经营规模，提高市场竞争能力”。经营者通过公平竞争实施的集中,自然是受反垄断法保护的。此外，《反垄断法》第17条也禁止具有市场支配地位的经营者“以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品”。[[49]](#footnote-49)这都体现了这部以保护自由竞争为目的的反垄断法也提倡和保护公平竞争。其次，公平竞争的概念从广义上理解也包含自由竞争这层含义。因为“只有自由竞争才能反不正当竞争,不存在自由竞争往往导致不正当竞争”，[[50]](#footnote-50)所以公平竞争本身也内含着自由竞争这个前提。因此，我们要表达的是，自由竞争与公平竞争构成了反垄断法、反不正当竞争法的主体价值部分，这些价值在其他法律中当然也会有所涉及，但却没有上升至“独立品格”的地位。也没能成为使其区别于其他部门法的最主要的标志。另外，虽然公平竞争与自由竞争作为一种抽象存在的规范表达，需要通过具体制度予以类型化考虑，但这并不妨碍其作为反垄断法和反不正当竞争法的“公认目的”而存在，也不影响二者在考察具体制度时应坚持的“泾渭分明”原则。

**（二）动态表达：反不正当竞争法的利益保护路径**

寻找独立品格的意义，在于从静态层面描绘出反垄断法与反不正当竞争法的本质差异，以作为制度设计的理论依据。但在独立品格之外，保护消费者利益、经营者利益与市场竞争秩序，依然是反不正当竞争法与反垄断法共同的价值目标。这些价值目标，不仅构成了竞争法在静态层面的独立或附属价值，而且在动态层面区分出了反垄断法与反不正当竞争法的利益保护路径：反垄断法往往是从更为宏观的价值入手，以市场竞争秩序为直接的切入点和保护对象，“其不是要保护在竞争中的个人行为,而是要保护作为一种制度的竞争本身”。[[51]](#footnote-51)因此，经营者利益与消费者利益只不过是反垄断法在维护自由竞争秩序时产生的扩散效应，反垄断法旨在提高一个自由竞争的平台，只是这种自由竞争往往能够让经营者和消费者受益，是故，我们可以归纳出反垄断法“从整体到个体”的保护路径：反垄断法——致力于维护整体性市场自由竞争——客观保护了经营者与消费者利益。而与之相对的的是，反不正当竞争法是从微观的个体入手，其关注作为社会整体利益组成部分的个体利益状况，不论是市场混淆、虚假广告、不正当有奖销售，还是商业诋毁、侵犯商业秘密、滥用相对优势地位，在设计救济措施时以及司法实践中，受损害个体大都以民事诉讼方式来获得补偿性损害赔偿，而不同于反垄断法以公权力介入并予以惩罚性损害赔偿而收尾。是故，反不正当竞争法最终形成的是“从个体到整体”的保护路径：反不正当竞争法——关注作为个体的经营者与消费者利益——最终维护了市场公平竞争秩序。因此，我们可以得出结论：反垄断法与反不正当竞争法在具体保护路径上是分别从“整体主义”与“原子主义”的方向出发，分别以不同的路径保护着共有的价值目的。这一结论不仅可以解释反垄断法与反不正当竞争法在动态层面的表现差异，而且对于判定某种行为应由反垄断法调整还是由反不正当竞争法调整亦有裨益，即通过判断该行为直接侵犯的是整体竞争秩序还是个体的合法利益，以利益的侵害路径匹配出适宜的法律保护路径，进而确定该由何种法律进行规制。

**（三）小结：相对优势地位理论契合反不正当竞争法的逻辑**

 首先，从保护对象来看，反不正当竞争法保护的是“公平竞争”，而滥用相对优势地位行为恰恰侵犯的是公平竞争，而非自由竞争。通常而言，阻碍自由竞争的经营者，要么自身在相关市场上具有庞大的市场份额，在财力、技术上有控制新的竞争者进入相关市场的能力；要么通过经营者集中的方式获得足够控制相关市场的力量，或者以协议方式联合起来排除限制竞争；要么借助行政力量阻碍经营者进入或强迫交易。除此之外，在客观上很难存在其它能侵害自由竞争的市场行为了，原因在于，“在资源交换的前提下，资源总是流向最有价值的使用，从而使得整个社会资源的配置达到最优”，[[52]](#footnote-52)同样，在市场经济条件下，一旦某一行业存在暴利，资本必将向最有价值的地方延伸。因此，能够侵犯自由竞争的主体性条件变得十分苛刻。[[53]](#footnote-53)很显然，相对优势地位的经营者拥有的力量其实并未强大到可以控制整个相关市场，其“相对优势”仅仅是相对于交易方而言的，损害的是相对交易方的利益以及同业竞争者的“公平竞争”机会。当然，这种“公平竞争”利益可以分别从“公平”和“竞争”两个向度来理解。在“公平”向度上，我国《反不正当竞争法》第2条规定：“经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。”经营者利用交易方对其的“依赖性”，滥用市场优势地位——如限定交易相对方的交易对象、限定交易相对方购买其指定的商品、限定交易相对方与其他经营者的交易条件、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、附加其他不合理的交易条件等，违背了商业道德、诚实信用以及公平公正原则。反不正当竞争法提供的个体保护，在一定程度上也是一种“契约精神”的要求，即每个人负有公平交易并不得违反商业道德的义务。正如有些学者所言，“反垄断法的精神是维护竞争自由,而反不正当竞争解决的是竞争行为是否合乎商业伦理问题,竞争者之行为有无道德上的可非难性,是否侵害了其他竞争者权利。”[[54]](#footnote-54)在“竞争”向度上，滥用相对优势地位侵犯的“竞争”，并不是指与交易相对方竞争，而是指经营者通过“不公平的交易手段”，为开展同业竞争攫取竞争优势，即通过相对优势地位压缩产品的进货成本，以损害相对交易方的利益为基础，来获取在同业竞争中的优势。这种不公平地参与同业市场竞争的行为，无法为反不正当竞争法所容忍。其次，从利益保护路径来看，反不正当竞争法遵循的是“个体到整体”的保护模式，而滥用相对优势地位行为，往往是直接针对个体造成侵害后，将交易间的不利影响扩散至公平竞争市场，进而影响竞争秩序。这种侵害路径恰好符合反不正当竞争法的利益保护模式，所以着眼于个体利益保护的反不正当竞争法更适合规制相对优势地位的滥用行为。

**五、结语**

相对优势地位无法避免，正如个体化的差异无法消灭一样，任何一个市场经营者，既有可能因其先天的区位优势、人力优势、财力优势而使其在某一特定行业的交易中享有优势地位，又有可能因后期的企业战略规划、部门结构整合或产品技术创新而形成后发优势。虽然经营者之间的非均衡性是市场化的结果，但是并不代表滥用这种非均衡化造成的相对优势地位行为不受法律控制。在域外相对优势地位的理论研究[[55]](#footnote-55)以及立法司法实践的影响下，[[56]](#footnote-56)我国也逐步在尝试着将相对优势地位的概念引入立法例中，如在规范性文件层面，《国务院关于推进国内贸易流通现代化建设法治化营商环境的意见》规定禁止利用市场优势地位收取不合理费用或强制设置不合理的交易条件；在部门规章层面，《零售商供应商公平交易管理办法》第6条规定，零售商不得滥用优势地位从事不公平交易行为；在行政法规层面，《中华人民共和国国际海运条例》第24条规定，经营国际船舶运输业务和无船承运业务，不得滥用优势地位，以歧视性价格或者其他限制性条件给交易对方造成损害。[[57]](#footnote-57)在法律层面，《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》第6条规定：“经营者不得利用相对优势地位，实施下列不公平交易行为：（一）没有正当理由，限定交易相对方的交易对象；（二）没有正当理由，限定交易相对方购买其指定的商品；（三）没有正当理由，限定交易相对方与其他经营者的交易条件；（四）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；（五）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。”制度的设计往往需要法理的支撑，本文主要致力于分析滥用相对优势地位的反不正当竞争法规制原理，而未进一步对滥用相对优势地位行为进行具体的制度设计，遗留空白之处，以希望通过日后的进一步了解来逐步增进认识，希冀为相对优势地位理论研究填以些许知识增量。

The Regulation Principle of The Anti-unfair Competition Law

On Abuse of Relative Advantage Position

Long jun

【Abstract】Relative advantage position is a kind of intermediate state between dominant market position and the equal status, that is also the unequally comparative advantage caused by the "relativity" under the two-dimensional space on two parties. This kind of comparative advantage is obviously different from the dominant market position in strength, factors, application method ,the standard of definition. Also it has exceed the traditional theory of dominant market position. As the regulation object of anti-monopoly law, it is not only conflicted to the legislation principle on outside "structuralism" and "behaviorism", but also objected to the "tolerance" characteristics of anti-monopoly law in China. Either the independent value on "maintaining the fair competition" displayed by static description, or the path of interests protection on "from the individual to the whole" by dynamic expression, the relative advantage theory is more agree with the internal logic of anti-unfair competition law. Thereby, this paper is based on the binary division of"comparative advantage" and "dominant market position", besed on the local competiton law principle, and lessened the previous discussion and outside related experience , from both positive and negative perspectives to prove that the relative dominance should be spun off from the antitrust laws and incorporated into the anti-unfair competition law, to fill with a little knowledge increment on research on relative advantage theory.

【Key words】 Relative Advantage; Dominant Market Position; Antitrust Laws ;

 Anti-unfair Competition Law

1. 本文为北京市社会科学基金重大项目（15ZDA41）阶段性研究成果。 [↑](#footnote-ref-1)
2. 中国人民大学法学院经济法教研室硕士研究生，法律出版社外编，《人大法律评论》编辑。研究方向：反不正当竞争法、反垄断法、知识产权法。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案送审稿）》第6条规定：“经营者不得利用相对优势地位，实施下列不公平交易行为：（一）没有正当理由，限定交易相对方的交易对象；（二）没有正当理由，限定交易相对方购买其指定的商品；（三）没有正当理由，限定交易相对方与其他经营者的交易条件；（四）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；（五）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。” [↑](#footnote-ref-3)
4. 这些文章将相对优势地位理论的研究推至高潮，例如，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；张昕：《企业滥用相对优势地位规制研究》，《竞争政策研究》2016年第3期；朱理：《滥用相对优势地位问题的法律规制——虚幻的敌人与真实的危险》，《电子知识产权》2016年第6期；张辉：《滥用相对优势地位不应由<反不正当竞争法>规制》，《中国工商报》2016年4月13日；李文成：《滥用相对优势地位应由<反不正当竞争法>调整》，《中国工商报》2016年5月26日；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：《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；袁嘉、刘维俊：《互联网行业滥用相对优势地位规制研究——以“二选一”行为为视角》，《价格理论与实践》2016年第5期。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 曹士兵：《反垄断法研究》，法律出版社1996 年版, 第147-156 页；文学国：《滥用与规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》，中国社会科学院研究生院2002年博士学位论文；孟雁北：《滥用相对经济优势地位行为的反垄断法研究》，《法学家》2004 年第6 期。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 李剑：《相对优势地位理论质疑》，《现代法学》2005年第3期；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。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 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。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 参见张昕：《企业滥用相对优势地位规制研究》，《竞争政策研究》2016年第3期。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 徐士英、荣中华：《相对市场优势地位理论研究》，《经济法研究》（第6卷），北京大学出版社2008 年版，第54 页。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 曹士兵：《反垄断法研究》，法律出版社1996 年版，第148页。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 朱理：《滥用相对优势地位问题的法律规制——虚幻的敌人与真实的危险》，《电子知识产权》2016年第6期。 [↑](#footnote-ref-11)
12. 参见赵烨：《真的需要“禁止滥用相对优势地位”么？——评<反不正当竞争法修订送审稿>第六条》，2016年8月8日访问。 [↑](#footnote-ref-12)
13. 朱理：《滥用相对优势地位问题的法律规制——虚幻的敌人与真实的危险》，《电子知识产权》2016年第6期。 [↑](#footnote-ref-13)
14. 转引自孟雁北：《反垄断法》，北京大学出版社2011年版，第119页。 [↑](#footnote-ref-14)
15. 参见王传辉：《反垄断的经济分析》，中国人民大学出版社2004年版，第102—107页。 [↑](#footnote-ref-15)
16. 参见美国律师协会反垄断分会编：《合并与收购——理解反垄断问题》，黄晋译，北京大学出版社2012年版，第16—20页；王传辉：《反垄断的经济分析》，中国人民大学出版社2004年版，第108页。 [↑](#footnote-ref-16)
17. 参见文学国：《滥用与规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》，法律出版社2003年版，第116页。此种“三步法”几乎成为了欧美界定市场支配地位的主流方法，如美国反垄断当局认定市场支配地位的步骤和方法是：（1）确定相关市场，确定市场参与者，特别是竞争者的范围；（2）计算被告在相关市场的占有率；（3）通过比较其他竞争者的占有率，初步确定被告的占有率是否大到足以推定其具有相应程度的市场力量；（4）综合分析其他因素，如被告的盈利水平，市场进入的难易程度，是否存在价格歧视等因素。而欧盟委员会则是依照以下步骤认定市场支配地位的：（1）确定相关市场的范围；（2）查明企业在该市场是否拥有较高的市场占有率以及是否有其他竞争者的威胁；（3）证明该相关市场是整个欧盟市场或其中的相当一部分区域。参见王磊：《试论市场支配地位的认定问题》，《北京政法职业学院学报》2005年第2期。由此可见，美国界定法和欧盟界定法其实都是“三步法”的变种，都以市场份额作为最主要的考察因素。 [↑](#footnote-ref-17)
18. 张晓蕾：《论滥用相对优势地位之反不正当竞争法规制》，华东政法大学2012年硕士学位论文。 [↑](#footnote-ref-18)
19. <Microsoft Conclusions of Law and Final order> Civil Action No. 98- 1232 (TPJ).  [↑](#footnote-ref-19)
20. 1998年12月7日南卡罗莱纳州退出，故后来只剩19个州。 [↑](#footnote-ref-20)
21. 本部分主要参考王先林：《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究》，法律出版社2008年版，第1—14页。 [↑](#footnote-ref-21)
22. 同上注，第9—10页。 [↑](#footnote-ref-22)
23. 李剑：《搭售的经济效果与法律规制》，中国检察出版社2007年版，第264页。 [↑](#footnote-ref-23)
24. 两种立法模式主要是伴随着美国两大著名的经济学流派——哈佛学派和芝加哥学派——而诞生的。 [↑](#footnote-ref-24)
25. Europemballage and Continental Can v. Comission Case 6/72[1973]ECR215:CMLR 199. [↑](#footnote-ref-25)
26. 参见刘和平：《欧盟并购控制法律制度研究》，北京大学出版社2006年版；张世明：《美国与欧洲竞争法的差异与联系》，《政法论丛》2014年第4期。 [↑](#footnote-ref-26)
27. 例如，日本采用结构主义立法，欧盟和德国采行为主义，而美国则一直“徘徊”在结构主义与行为主义之间，并逐步转向行为主义。参见孟雁北：《反垄断法》，北京大学出版社2011年版，第30—32页。 [↑](#footnote-ref-27)
28. 主要以哈佛大学的经济学家梅森（E.Mason）和贝恩（J.Bain）为代表。 [↑](#footnote-ref-28)
29. 参见［美］W.基普 •维斯库斯、小约瑟夫•E.哈林顿、约翰•M.弗农：《反垄断与管制经济学》（第四版），陈甬军、覃福晓等译，中国人民大学出版社2010年版，第54—55页。 [↑](#footnote-ref-29)
30. 参见［美］保罗•A.萨缪尔森、威廉•D.诺德毫斯：《经济学》（第12版），高鸿业等译，中国发展出版社1992年版，第906页。转引自时建中：《反垄断法——法典释评与学理探源》，中国人民大学出版社2008年版，第49页。 [↑](#footnote-ref-30)
31. 参见张强：《美国反托拉斯法域外效力探讨》，《南开经济研究》1990年第2期；种明钊、盛学军、江帆：《竞争法》（第二版），法律出版社2008年版，第224页。 [↑](#footnote-ref-31)
32. 陈秀山：《现代竞争理论与竞争政策》，商务印书馆1997年版，第16页。 [↑](#footnote-ref-32)
33. 时建中：《反垄断法——法典释评与学理探源》，中国人民大学出版社2008年版，第49页。 [↑](#footnote-ref-33)
34. 张乃根：《经济分析法学》，上海三联书店1995年版，第230—232页。转引自种明钊、盛学军、江帆副：《竞争法》（第二版），法律出版社2008年版，第225页。 [↑](#footnote-ref-34)
35. 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。 [↑](#footnote-ref-35)
36. 王为农：《中国反垄断立法的若干基本问题》，王晓晔、［日］伊从宽主编：《竞争法与经济发展》，社会科学文献出版社2003年版，第139页。 [↑](#footnote-ref-36)
37. 参见熊永明、胡祥福：《刑法谦抑性研究》，群众出版社2007年版，第50页。 [↑](#footnote-ref-37)
38. 如我国著名的刑法学家陈兴良教授认为，刑法的谦抑性应当包括三个方面：其一是刑法的紧缩性,即从历史的演变过程来看，刑法在整个法律体系中所占的比重逐渐降低；其二是刑法的补充性，即只有在其他社会统制手段不充分时，或者其他统制手段（如私刑）过于强烈，有必要以刑罚的手段替代时，才可以动用刑法；其三是刑法的经济性，即刑法的节俭性，是指以最小的刑法资源投入，获得最大的刑法效益。这应该是国内刑法学界较早关于刑法谦抑性的论述了。参见陈兴良：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社1998年版，第353—380页。 [↑](#footnote-ref-38)
39. 参见汪改丽：《试论反垄断法的谦抑性》，《山西警官高等专科学校学报》2016年第2期。 [↑](#footnote-ref-39)
40. ［美］戴维J.格伯尔：《二十世纪欧洲的法律与竞争——捍卫普罗米修斯》，冯克利、魏志梅译，中国社会科学出版社2004年版，第11页。 [↑](#footnote-ref-40)
41. 参见张维迎：《垄断需要重新定义》，2016年10月6日访问。 [↑](#footnote-ref-41)
42. 参见张维迎：《反垄断法的隐忧》，2016年10月6日访问。除此之外，薛兆丰等经济学家也反对反垄断法的制定，具体可参见薛兆丰：《商业无边界——反垄断法的经济学革命》，法律出版社2008年版。 [↑](#footnote-ref-42)
43. 参见［美］戴维J.格伯尔：《二十世纪欧洲的法律与竞争——捍卫普罗米修斯》，冯克利、魏志梅译，中国社会科学出版社2004年版，中文版序言。 [↑](#footnote-ref-43)
44. 持此类观点的人通常认为可由民商法进行调整（或者无需法律调整，直接由市场本身调节）。 [↑](#footnote-ref-44)
45. 例如，有的经营者盗用他人的企业名称或者企业标记，使消费者对产品的质量或来源发生误认；有的经营者过分吹嘘自己的产品，而恶意贬低其他同类产品的声誉；有的经营者谎称自己的产品获得了奖章或奖项，但实际上根本就没有获奖；有的经营者故意捏造或歪曲事实，损害其竞争对手的商业信誉；有的经营者通过种种手段，诱使其竞争对手的雇员泄露商业秘密。邵建东：《德国反不正当竞争法研究》，中国人民大学出版社2001年版，第3—4页。 [↑](#footnote-ref-45)
46. 《德国民法典》第826条规定：“以违反善良风俗的方法对他人故意施加损害者，对受害人负赔偿损害的义务。” [↑](#footnote-ref-46)
47. 《德国民法典》第823条第1款规定：“因故意或过失，不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，对受害人负赔偿损害的义务。” [↑](#footnote-ref-47)
48. 此部分主要参见张世明、胡洁：《反垄断法与反不正当竞争法关系论》，《内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版）2015年第2期；邵建东：《德国反不正当竞争法研究》，中国人民大学出版社2001年版，第2—15页。 [↑](#footnote-ref-48)
49. 谭袁：《<反不正当竞争法>修订背景下中国竞争法体系完善研究》，《法治研究》2016年第4期。 [↑](#footnote-ref-49)
50. 邱本:《论市场竞争法的基础》，《中国法学》2003年第4期。转引自谭袁：《<反不正当竞争法>修订背景下中国竞争法体系完善研究》，《法治研究》2016年第4期。 [↑](#footnote-ref-50)
51. 张世明、胡洁：《反垄断法与反不正当竞争法关系论》，《内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版）2015年第2期。 [↑](#footnote-ref-51)
52. See Richard A.Posner , Economic Analysis of Law（3rd ed.，1977）,at 410. 转引自王传辉：《反垄断的经济分析》，中国人民大学出版社2004年版，第43页。 [↑](#footnote-ref-52)
53. 这也可以解释为何反垄断法远不及传统的民商法及反不正当竞争法的适用范围广。 [↑](#footnote-ref-53)
54. 张世明、胡洁：《反垄断法与反不正当竞争法关系论》，《内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版）2015年第2期。 [↑](#footnote-ref-54)
55. 除了学者们的理论著作外，还专门出现了对相对优势地位进行研究的指南，<Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Position under the Antimonopoly Act>，即《关于滥用谈判优势地位指南》，该指南是日本公平交易委员会（JFTC）对日本近年来滥用谈判优势地位案件进行的总结和类型化区分。 [↑](#footnote-ref-55)
56. 立法实践：如日本的《禁止垄断法》第2条第9款第5项规定“不正当地利用自己交易地位而与对方进行交易的”属于《禁止垄断法》所称的“不公正的交易方法”；再如德国《反对限制竞争法》第20条第4款规定：“企业相对于中小竞争者具有市场优势的，不得利用其市场优势，直接或间接地不公平地阻碍这些中小竞争者。第一句所称的不公平地阻碍，即如一个企业并非临时性地以低于成本的价格供应商品或服务，但具有实质上合理理由的除外。”另外，法国的《公平交易法》第8条第1款规定：“企业或企业集团具备下列地位而有滥用行为者，应同受禁止：（1）在国内市场或其重要部分居控制地位；（2）在需求或供给企业处于无其他可替代解决途径而对其有经济依赖状态。”参见徐孟洲、孟雁北：《竞争法》（第二版），中国人民大学出版社2014年版，第164—165页。司法实践：如德国“1975年的Rossignol滑雪板案”、“1976年Asbach Uralt白兰地案”，日本“三越案”、“罗森案”和“Yuni案”，中国台湾地区的家乐福案等。 [↑](#footnote-ref-56)
57. 参见宁宣凤、尹冉冉、吴涵、卫凌波:《聚焦反不正当竞争法修订之滥用相对优势地位行为》，2016年9月30日访问。 [↑](#footnote-ref-57)