

中国滥用市场支配地位相关法律实践  
——在 In-house Congress 的演讲  
中伦律师事务所 合伙人 薛熠  
(于 2010 年 3 月 25 日北京王府半岛酒店)



CHINA PRACTICE ON ABUSE OF DOMINANCE  
滥用市场支配地位相关法律实践

XUE, Yi /薛熠  
2010-03

感谢各位老朋友、新朋友参加本次活动！我将在这里结合案例和大家讨论“滥用市场支配地位相关法律实践”。

通常认为，反垄断法主要涉及三项内容，分别是：垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中。从目前中国的反垄断法实践情况看，涉及经营者集中的案例最多、相关讨论也较为深入，而有关滥用市场支配地位和垄断协议的现实案例还是比较少的，相关反垄断执法机构对具体问题的态度也不是很明确。

从 2008 年反垄断法生效之后，出现了一批依据反垄断法提起的有关滥用市场优势地位的诉讼，特别是出现了一批针对一些著名企业的滥用市场支配地位的诉讼，其中比较有影响的包括：起诉百度、网通、中国移动、中石化的案件等。

今天我们就结合由北京市第一中级人民法院做出一审判决的，起诉某著名搜索引擎服务商的案件，对中国滥用市场支配地位相关法律实践做一些分析。

## 第一部分

## DEFINITION OF ABUSE OF DOMINANCE 滥用市场支配地位的定义



在分析具体案例之前，让我们先回到滥用市场支配地位的定义。定义滥用市场支配地位，要首先定义市场支配地位。按照竞争法的一般理论，认定市场支配地位，可以采用以下三种标准：市场效果标准、市场行为标准与市场结构标准。

- 1、市场效果标准，是依据经营者经营的结果来判断其是否具有市场支配地位。如果一个经营者的利润远远超过其在经营性市场条件下所获得的合理利润，就可以认定其可能具有市场支配地位。

对于市场效果标准而言，经营者的边际成本难以测算，另外也难以测算该经营者的利润中，来自其市场支配地位所带来的比例；并且，即便有的企业亏损，并不表示其就不具有市场支配地位。短期的亏损可能意味着未来的盈利。

- 2、市场行为标准，是从经营者的市场行为出发，判定其是否具有市场支配地位。如果一个经营者在制定产品的价格或者在做出经营决策之时，可以不考虑其他竞争者的定价行为或者经营决策的相关影响，就可以判断该经营者具有市场支配地位。

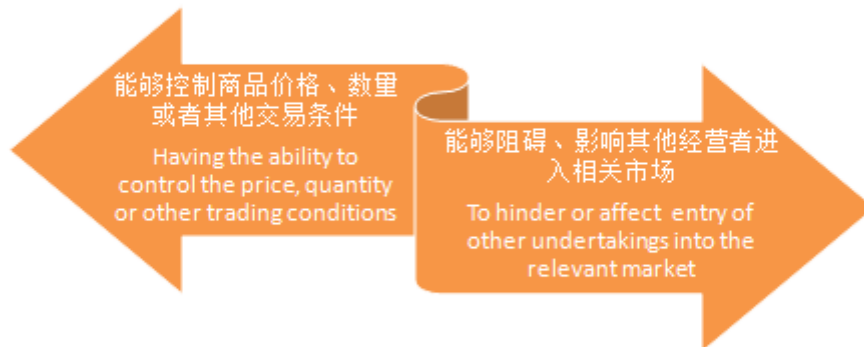
对于市场行为标准而言，经营者做出的经营决策的出发点可能千差万别，有些时候，特定经营者不顾及其他竞争者单独实施某些市场行为，并不一定表明其具有市场支配地位；

- 3、市场结构标准，是认定经营者市场地位最直接的标准，其含义是从经营者的市场份额、市场占有率来判断其市场地位。市场份额显然比边际成本、需求或供给弹性更直观也更容易获得。

对于市场结构标准，多少的市场份额被认为可作为市场优势地位的表征呢？20%，

25%，35%或者40%？相关市场份额又如何确定呢？

## 表现 / Manifestations



我国反垄断法中有关市场支配地位的定义是“经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”

并且，反垄断法第18条规定，认定市场优势地位应当考虑如下因素：

- (1) 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- (2) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (3) 该经营者的财力和技术条件；
- (4) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- (5) 其他经营者进入相关市场的难易程度；
- (6) 与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

考虑前五项因素时有无确定标准与方法？第六项所指的“其他因素”具体指什么？技术壁垒？管网？技术标准与接口？先发优势？

显然，反垄断法未能就市场支配地位的认定给出具有操作性的明确标准，实践中也还没有可供参照的先例能够表明反垄断执法机构如何依据上述六项因素认定或不认定市场优势地位。

那么，有没有更具操作性的认定方法呢？反垄断法给出了有关推定市场支配地位及其例外的规定。

## 推定 /Presumption



可以推定经营者具有市场支配地位的情形包括：

- (1) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- (2) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- (3) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

## 例外/Exemptions

- 其中有的经营者市场份额不足十分之一的  
Undertakings with a market share of less than 1/10
- 有证据证明不具有市场支配地位的  
Having evidence to prove they do not have a dominant market position

在此基础上，也规定了例外的情形：

“其中有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”，以及“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。”

第一项例外成立的基础在于界定相关市场和该经营者所占市场份额。实践中存在的市场数据匮乏的情况，往往造成相关市场界定依据不足，说服力不充分。（因为时间的关系，有关相关市场界定的议题暂时不详细涉及。）

后一项例外的规定，一方面可以被理解为“经营者的市场份额是判断该经营者具有市场支配地位的重要因素，但显然不是唯一因素”，另一方面，也可以被理解为有关市场支配地位的认定采取了“举证责任倒置”的原则。

综上所述，市场支配地位的确定不能简单地从“知名”、“影响力”、“强势”、“技术优势”等概念出发，或简单以市场份额认定市场支配地位，而应结合反垄断法 18 条所提及的因素，以经济学分析为手段具体分析、证明或辨别经营者具有市场支配地位或不具有市场支配地位。

## 滥用行为 / Abuse of dominance



反垄断法本身并不反对市场优势地位，而反对的是“滥用市场优势地位的行为”。因此经营者被认定具有“市场优势地位”并不当然导致该经营者被认定为违反反垄断法并以及据此被要求相应承担法律责任。

在被认定或推定具有市场优势地位的基础上，根据反垄断法的规定，滥用行为包括：

- (1) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；

需要注意的是，价格是市场竞争情况的风向标，反垄断法不关心价格本身，而是关心价格是如何被制定出来的。

- (2) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；

需要分辨的是，这里所说的是哪个成本？固定成本？可变成本？一个产品的价格低于其短期边际成本，往往被认定为掠夺性定价。而价格位于低于产品的评价成本而高于可以合理预见的短期平均成本往往被认为是合理的。

- (3) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；

拒绝交易往往与其他滥用行为相联系。

如果交易相对人是竞争者呢？有没有拒绝交易的权利？——如果竞争者在具有优势地位的经营者之外还有渠道，该经营者应该没有和竞争者交易的义务，但如果没有，则具有优势地位的经营者负有维持竞争秩序的责任，不能拒绝与竞争者交易。例如，某一经营者具有唯一的管网设施：电话网、电网、给排水网等。

- (4) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；

不仅包括滥用者限定交易对手只能与自己交易，也包括限定对手只能与自己指定的第三人交易。限定的形式可分为限定销售与限定供应。限定销售是指，处于市场支配地位的供应商限定销售商只能销售自己的产品或者自己指定的产品。限定供应是指处于支配地位的销售商限定供应商只能向自己或自己制定的销售商供应。

限定交易具有双重作用。一方面，限定交易可以促使制造商与销售商建立稳固、畅通的供应、销售渠道，保持长期的合作，从而降低企业运营成本。而供应商节省了寻求销售渠道的费用，避免了产能浪费。限定交易也可以一定程度上解决搭便车的问题。

因此，有无反垄断法所述“正当理由”对于认定是否构成滥用行为具有重要意义。

- (5) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；

是否构成无正当理由搭售至少要考虑：

首先，是否存在两种或两种以上可分开销售的产品？例如：机票和机上餐食通常捆绑销售；又比如，西装上衣与西装裤子同时销售。事实上，有些商品由于生活习惯、功用、历史传统等因素被认为同时销售或购买时常态，分开销售反而被认为是不同寻常的。其次，是否允许分开购买？比如：以较优惠的价格捆绑销售牙膏与牙刷。再次，捆绑销售或搭售是否有利于消费者是否会剥夺消费者的选择权？

当然，还有其他分析角度，但都可以归入“正当理由”的范畴。搭售的做法在实践中广泛存在，在很多情况下能够产生“效率”，并能使消费者获益。

供讨论：Windows 与 IE 算不算搭售？赠品算不算？——有些时候，销售商将消费者不愿意购买的产品以所谓赠品的名义强加给购买者。

认定构成附加其他不合理商业条件的情况与认定无正当理由搭售的情况类似，实践中，附加的商业条件往往是当事方意思自治的体现，具有合理性，并能产生“效率”。关键在于是否违背了交易当事人的真实意愿，以及是否有可能合理地获得拒绝附加条件进行交易的机会。

(6) 没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；

也称“歧视性待遇”，最多见的是“价格歧视”，例如：经营者实施地区性压价销售，以便“打垮”特定地区的竞争者。在经营过程中，经营者受制于其自身的特点与市场环境制定特定的销售策略是合理的。关键在于，经营者是否具有市场支配地位，以及该“歧视性待遇”的目的或在效果上是否在于妨碍竞争。

因此，对“正当理由”的分辨是判断是否存在滥用行为的关键。

(7) 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

例如，价格法规定“经营者不得凭借市场优势地位，违反法律、法规的规定谋取暴利。”《制止谋取暴利的暂行规定》，对价格暴利进行了列举。

上述滥用行为的共同点是：

- 滥用行为的目的是为了获取超额利润或是为了维持、增强该经营者的市场支配地位；
- 滥用行为的效果是反竞争性的，对于公平的市场竞争进行了限制、排除。

价格是否公平，有没有正当理由，往往难以从涉嫌滥用行为本身表现出来，因此对疑似滥用行为必须进行经济学分析，进行个案分析，而不能一概而论，例如：

- 对于垄断价格行为所涉及的“高价幅度”与其他竞争者相同产品与服务价格的比较；
- 对于低于成本销售所涉及的短期低价销售从长期范围内看是否为能弥补成本带来合理利润；
- 上游原材料供应的减少所导致的拒绝交易；
- 对于限定交易，销售商为保证其所出售商品的品质，对供应商进行投资、监督其生产经营，并限定其产品优先供应该销售商；
- 对于搭售，甲、乙两种产品可以分别购买也提供捆绑销售，捆绑销售是否为消费者节省了成本，是否具有正当经济效果；

- 对于差别待遇，要看被歧视买方是否与其他买方之间具有可比性，差别待遇是否存在销售成本与未来交易机会的合理性等。

## 行政处罚与司法救济 / Administrative penalty and judicial remedies



根据反垄断法的规定，具有市场优势地位的经营者如果采取上述滥用行为，将导致被要求“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。”此外，根据反垄断法第 50 条的规定，“经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。”

反垄断法在原则上规定了“私人诉讼”制度作为行政执法的补充。但仍有很多与此相关的重要问题尚待明确，例如：

是否以行政程序作为前置程序，经营者违反反垄断法的事实是否以来行政程序认定？有权提起诉讼的原告范围有没有限制？——反垄断案件的受害者往往存在多个层次。损失如何认定？采取何种计算标准？举证责任如何分配？可否使用“和解”等等？



## 认定步骤 /Defining Steps



我们再回顾一下界定某一项可能的“滥用市场优势地位”的过程：

- 1、 首先，界定相关市场，包括界定产品市场与地域市场；
- 2、 其次，分析该经营者在该相关市场内能否控制商品价格、数量或其他交易条件？或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场？
- 3、 是否有法定滥用行为？
- 4、 是否有合理的理由？例如虽然短期低于成本销售，但长期看却足以弥补成本并具有合理的利润；
- 5、 承担行政责任、如果造成损害被要求承担民事责任。

## 第二部分 案例分析

### 唐山“R公司”诉“B公司”一案 Tangshan “R Company” VS. “B Company”

唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司，该案的审理时间为 2008 年 12 月 25 日，是北京地区法院在《反垄断法》颁布之后审理的滥用市场支配地位的第一案。

## 事实与背景 /Facts and Backgrounds

- B公司是“知名”网络搜索引擎开办方  
B Company is a famous operator of web search engine
- R公司开办了医药网站  
R Company founded a medicine website
- R公司减少了在B公司网络搜索引擎竞价排名的投入  
R Company reduced the investment to the paid listing program provided by B Company
- 自2008年7月10日起，R公司所属医药网访问量骤减  
Visits to R Company' s medicine website reduced dramatically since Jul. 7, 2008

 中倫律師事務所  
ZHONG LUN LAW FIRM

原告 R 公司开办了“××医药网”，并投入费用在 B 公司开办的搜索引擎为该医药网参与“竞价排名”。竞价排名业务是指：企业在 B 搜索引擎注册与产品相关的关键词后，就会被查找这些产品的潜在客户找到。竞价排名按照给企业带来的潜在客户访问数量计费。原告于 2008 年 3 月起购买 B 搜索引擎竞价排名服务，并于两个月后开始减少投入额。原告提出，在其减少竞价排名投入后，2008 年 7 月 10 日起，R 公司所属医药网访问量骤减。并且，原告认为，访问量骤减的原因是 B 搜索引擎故意“屏蔽”造成的，目的在于逼迫 R 公司增加 B 竞价排名服务上的投入。

## 原告主张 /Plaintiff's claim

- 原告主张 /Plaintiff' s claim :
  - 搜索B公司引擎的屏蔽导致R公司所属网站访问量骤减，原告为此在互联网市场上举步维艰、濒临破产 /The reason for the significant reduction of visits to its website is blockage by B Company
  - 以新闻报道作为证据，证明被告B公司具有市场支配地位 /Proving B Company' s dominant position based on news reports
  - 被告B公司的目的是利用其在搜索引擎市场上的支配地位强迫原告R公司进行竞价排名交易，构成了反垄断法禁止的滥用市场支配地位行为 /B Company using its dominant position in the web search engine market constitutes abuse of dominance prohibited by the antitrust law
  - 要求被告赔偿损失并停止屏蔽行为，赔偿损失110余万元 /Demanding the defendant stop the blockage and pay RMB1.1 in compensation.

 中倫律師事務所  
ZHONG LUN LAW FIRM

此外，原告依据新闻报道及 B 公司发布的新闻，主张认定 B 公司具有市场优势地位，B 公司滥用市场优势地位强迫 R 交易（接受竞价排名服务）。并进一步主张，B 公司的行为造成了 R 公司 110 万元的损失。

## 被告主张 /Defendants

- 不存在滥用行为 No abusive behavior
  - 原告网站存在垃圾外链，导致被告搜索引擎屏蔽 /The reason for the blocking is that there are massive garbage external links in plaintiff' s website
  - 被告网站公布了算法规则与处罚方式，处罚方式针对所有采取垃圾外链的网站而非仅针对原告网站 /The penalty is equally applied to all the websites containing garbage external links and the methods for penalty calculation have been published on the website of the defendant

被告 B 公司辩称，被告确实对原告所拥有的医药网采取了减少收录的措施，实施该措施的原因是原告的网站设置了大量垃圾外链、搜索引擎自动对其进行了作弊处罚。但是，该项处罚措施针对的仅仅是 B 搜索中的自然排名结果，与原告所称的竞价排名的投入毫无关系，亦不会影响原告竞价排名的结果。其次，原告称被告具有《反垄断法》所称的市场支配地位缺乏事实依据。被告提供的搜索引擎服务对于广大网民来说是免费的，故与搜索引擎有关的服务不能构成《反垄断法》所称的相关市场。因此，请求人民法院判决驳回原告的诉讼请求。

需要做一点说明的是，“群发外链”是干扰搜索引擎排名并借以推广网站的一种做法，最普遍的做法是由网站管理者或通过软件在别的网站的留言板上大量粘贴他们自己网站的网址，点击就会链接进入他们的网站。

## 法院判決 / Judgment

- 原告未能舉證證明 /The plaintiff failed to prove the following conditions:
  - 被告在“中國搜索引擎市場”佔據了支配地位 /The defendant holds a dominant position in the relevant market of web search engines of China.
  - 被告存在濫用市場支配地位的行為 /There is an abuse of dominance.
- 駁回原告全部訴訟請求 /Dismissing all the claims



法院經審理認為，首先，認定經營者是否具有市場支配地位，原則上應當根據《反壟斷法》第十八條所規定的市場份額、競爭狀況、控制銷售市場和原材料市場的能力等因素進行判斷。當然，在經營者的市場份額能夠予以準確確定的情況下，也可以根據《反壟斷法》第十九條的規定進行市場支配地位的推定。但當反壟斷民事訴訟中的原告選擇適用上述推定條款來證明被告具有市場支配地位時，應當就其對被告市場份額的計算或者證明方式提供充分的證據予以支持。本案中的相關市場是中國搜索引擎服務市場，原告僅提交了一篇有關被告市場地位的新聞報道，未提供具體的計算方式、方法及有關基礎性數據的證據能夠使本院確信該市場份額的確定源於科學、客觀的分析，因此原告未能舉證證明被告在“中國搜索引擎服務市場”中佔據了支配地位。

本案中，被告雖然對醫藥網的自然排名結果實施了減少收錄數量的技術措施，但其行為是對醫藥網存在“垃圾外鏈”行為進行的處罰。被告在其網站的相關頁面上向社會公眾公布了 B 搜索引擎的算法规則及針對作弊行為的處罰方式，原告完全有途徑了解 B 搜索反對網站設置“垃圾外鏈”的行為，並會對這種行為實施處罰。而且，其處罰措施針對的是所有設置了“垃圾外鏈”的被搜索網站而非單獨指向醫藥網。庭審過程中，原告也承認其經營的醫藥網確實存在“垃圾外鏈”。上述反作弊機制的實施是為了使搜索結果更為真實和可靠，從而保證廣大搜索引擎用戶的利益，同時，現有證據亦無法證明被告採取的上述措施對原告而言存在歧視性或者脅迫性，故被告基於醫藥網存在大量“垃圾外鏈”的事實而對其實施了減少自然排名部分收錄數量的技術措施是正當的，不構成濫用市場支配地位的行為。

## 研究与分析 / Study and Analysis

- 滥用市场支配地位行为的可诉性 / The possibility of accusation in abuse of dominance cases
- 相关市场界定的分析方法 / Methods to define relevant markets
- 市场支配地位的认定标准 / Standards to verify market dominant positions
- 市场份额的确定方式与依据 / Methods and basis to calculate market shares
- 举证责任的分担与转移 / Allocation and transfer of the burden of proof



从上述案例中，我们可以看到：

- 1、经营者实施垄断行为给他人造成损失的具有“可诉性”。具体而言，一审由中级人民法院管辖，由知识产权庭具体负责。
- 2、法院对实体问题的认定并不依赖于行政前置程序；
- 3、在反垄断诉讼程序上坚持“谁主张谁举证”的民事诉讼基本举证原则；
- 4、主张以多种标准综合衡量认定市场支配地位，不会单独采用市场份额标准；
- 5、在分析特定行为是否构成滥用时，应以“合理性原则”为标准。

但令人遗憾的是：

- 1、判决中给出了有关中国搜索引擎服务市场的认定，却并没有说明其相关市场界定的依据。依判决所言，原告未提供足够证据的情况下，相关市场的界定结论又是从何而来的呢？是逻辑严密的经济学分析得到的结论？还是基于裁量权的主观判断？
- 2、判决以原告未提供证据未能证明其主张的滥用行为为由回避了对市场优势地位的认定，并刻意模糊了有关市场优势地位与滥用行为在何种情况下会引发“举证责任倒置”的问题。也使得，我们无从得知人民法院在这些实质问题上的基本思路与内在逻辑。

期待着在不久的将来，看到反垄断执法机构和人民法院能够给出更透明、更有说服力的决定、裁决与判决。谢谢大家！

如有任何问题，欢迎提出来，大家共同讨论。

### 提问与现场沟通环节

(略)