

同源分化和同案异判

——Intel 忠诚返利案的国际比较

邓 峰*

Divergence of One Rule and Diversity of One Case: A Comparative Case Study on Intel Loyalty Rebates

Deng Feng

内容摘要:单一具有市场支配力的企业所采取的**忠诚折扣或返利**,既是市场中常见的定价策略,也是竞争法中关注的焦点问题之一。Intel 在 1999—2009 年期间,被指控针对六家下游公司(包括两家中国公司),采用忠诚返利销售政策,以限制 AMD 的竞争,并分别遭到了日本、韩国、欧盟和美国的**不同执法**。本文基于比较法视角,在对本案事实进行梳理的基础上,对这一问题的理论框架,以及不同法域的司法裁量进行了考察和分析,力求解释同一案件事实

* 法学博士,北京大学法学院副教授。本文在写作过程中得到了北京大学法学院经济法学博士研究生任启明(中国反垄断法部分)及硕士研究生周喜(韩国部分)、齐璐(中国反不正当竞争部分)在资料收集、整理上的支持。初稿得到了张维迎教授组织的“慧聪论坛”中诸位同门的批评意见,特此致谢。感谢匿名审稿人的意见。文责自负。

本文关于各方案件事实中的所有网络链接均有效,最后访问时间 2012 年 12 月 30 日(all internet resource is accessed and valid, last visit at Dec. 30, 2012),兹不一一注明;另外,在本文的大多数行文中,“折扣”和“返利”是并列并具有相同含义的,除非文中明确指出。

在不同分析框架下得到不同结果的原因,并对中国法上缺乏司法调整的现状,以及已有实践所表现出来的执法风格及其制度原因进行了探讨。

关键词:反垄断法 返利 折扣 反不正当竞争法 比较法

作为一个制度转轨的典型国家,借鉴和学习构成了法律制度改良的主要动力。几乎没有例外,比较是中国法学的传统和流行方法,它可以博采众长,可以以人为镜,反观诸己。同时,法律也不仅仅是纸面上的规则,如同卡多佐法官所强调的那样,对事实作出判断的司法活动是一个整体的过程^[1];当代比较法的理论研究也揭示出,司法实践更多地受制于在规则背后的正义观念、范式和解释体系^[2],法律移植是一个复杂的外来规则和本土传统之间的互动过程。因此,在同一个规则表述下,受到不同的司法过程和理论观念的制约,同样规则和相同或近似事实在不同的法域之中,并不一定会得到相同的结果。^[3] 如果关注这种司法过程,那么对形式上的规则趋同,法系趋同,范式趋同等等的某种程度上有些一厢情愿的论断,就不会那么肯定了。^[4]

在这种背景下,从无到有的反垄断法,常常可以成为比较研究的最好例子。这是因为,反垄断法的起源是单一的。各国都是在对美国法的借鉴过程中,随着二战之后的经济民主化而不断吸收和移植到自己的法律体系之中的。通常而言,不同的行为、事实会有不同的具体文本,对司法适用和裁判过程进行比较,很难找到完全相同的事实,反垄断法领域却常常出现同案异判。^[5] 本文所要探讨的 Intel 忠诚折扣引发的反垄断法案件则更折射出更多国家间的裁判思维差异,从日本开始,欧盟、韩国、美国等各国均针对同一或近似事实进行了准

[1] 参见本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆 2000 年版,第 101—105 页。

[2] See David Nelken, "Using the Concept of Legal Culture", 29 *Australian Journal of Legal Philosophy* 1 (2004).

[3] 比如近年来对相同或相近的疑难问题进行跨国的判例研究,即同一案件的不同裁判和推理的比较研究日趋丰富。反垄断法的例子, See Toshiaki Takigawa, "A Comparative Analysis of U. S., EU, and Japanese Microsoft Cases: How to Regulate Exclusionary Conduct by a Dominant Firm in a Network Industry", 50 *Antitrust Bulletin* 237 (2005).

[4] 比如近年来同样对所谓的公司治理的全球趋同的观点,有学者更准确地指出并非是形式的趋同,而是功能的趋同, See Ronald J. Gilson, "Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function", 49 *American Journal of Comparative Law* 329 (2001).

[5] See Eleanor M. Fox, "U. S. and Europe Merger Policy-Fault Lines and Bridge Mergers That Create Incentives for Exclusionary Practices", 10 *George Mason Law Review* 471 (2002). See also Alison Jones, "Analysis of Agreements under the U. S. and EC Antitrust Law-Convergence or Divergence", 51 *Antitrust Bulletin* 691 (2006). See also Alan Devlin and Michael Jacobs, "Antitrust Divergence and the Limits of Economics", 104 *Northwestern University Law Review* 253 (2010). See also Francois Leveque and Howard Shelanski (eds.), *Antitrust and Regulation in the EU and US: Legal and Economic Perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, 2009.

司法裁判,规则的表述都是类似的,但是结果却迥然不同。对这个珍贵而有趣的样本案例进行考察,有助于我们厘清反垄断法规背后的价值分歧、理论差异和制度制约,更多地了解不同法系和制度的深层区别。

一、故事

作为CPU生产商的竞争者,2000年10月18日,AMD向欧盟(EU)投诉,称Intel利用其在处理器市场的垄断地位排挤竞争对手,并于2003年11月补充提交了证据和事实。2004年5月,欧盟竞争委员会开始进行调查,并得到成员国的协助,在英国、德国、意大利、西班牙四国的Intel营业场所以及该四国的客户厂商营业场所进行了现场取证。之后,正式进入了AMD的起诉、欧盟受理和裁判程序。经过两阶段调查程序,2009年5月13日,欧盟裁决Intel从2002年10月到2007年12月期间,单方并持续违反了《欧盟条约》82条(Article 82 of EC Treaty)和《欧盟经济区协定》第54条(Article 54 of EEA Agreement),对其作出10.6亿欧元(约14.5亿美元)罚款。^[6] 欧盟指控Intel违反的法律规则,和之前对Microsoft的指控是一样的。该罚款额是Intel 2008年营业额的4.15%。按照欧盟规则,最高处罚上限为被诉企业处罚决定作出上一年度营业额的10%^[7],1997年欧盟针对Irish Sugar违反《欧盟条约》82条的处罚额(0.88亿欧元)比率在历史上是最高的,达到了这一上限。^[8] 尽管如此,在绝对额上,Intel案的罚款仍然是欧盟历史上开出的最大罚单,超过2004年处罚Microsoft的8.89亿欧元,占Intel的2009年度利润近1/4。2009年7月,Intel向位于卢森堡的欧洲初审法院提起上诉。

欧盟认为Intel违反了欧盟自由竞争法,在夺取市场优势时故意将对手AMD排除在市场之外。具体行为包括:(1)采用附条件的忠诚折扣排挤AMD。Intel以折扣等方式要求宏碁(Acer,中国台湾)、戴尔(Dell,美国)、惠普(HP,美国)、联想(Lenovo,中国大陆)、NEC(日本)、MSH(德国最大电子零售商)等个人电脑(PC)厂商从Intel处购买其全部或绝大部分X86处理器,如果采购比例达到一定额度,通常是90%或95%以上,则在年终结算的时候可以获

[6] See Summary of Commission Decision of May 13, 2009, Relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990-Intel), 2009/OJ L157/227, Official Journal of the European Union, Sept. 22, 2009. See also Antitrust; Commission Publishes Decision Concerning Intel's Abuse of Dominant Position, Brussels, 21st September, 2009, Memo/09/400.

[7] See EU: Antitrust; Commission Imposes Fine of 1.06 Billion Euros on Intel for Abuse of Dominant Position; Orders Intel to Cease Illegal Practices—Questions and Answers, MEMO/09/235, Brussels, May 13, 2009.

[8] See Luca Mazzone and Alberto Mingardi, "Innovation, Competition and Antitrust: An Examination of the Intel Case", 31 *Economic Affairs* 68 (2011).

得返利(rebates)。(2) 采用“赤裸限制”下游厂商以排除竞争对手 AMD。Intel 向这些厂商付费或直接要求其延迟或取消基于 AMD 处理器的产品型号。Intel 要求接受折扣的生产商将 AMD 第一款商业电脑在欧洲的发布时间推迟 6 个月,只把搭载 AMD 平台的产品向中小型企业出售,要求直接出售给消费者本人,而不是零售商。另外,要求其他一些生产商将搭载 AMD 芯片的上网本推迟发布几个月,正好避开十分关键的圣诞节发布期。前述行为发生在 2003 年到 2005 年期间。(3) 付钱给零售商,要求后者仅销售基于 Intel 处理器的电脑。Intel 在 2002 年至 2007 年向 MSH 支付了费用,后者在此期间只采购基于 Intel 平台的电脑。欧盟并未在 Intel 与下游厂商的正式合同文本中发现折扣条款,指控 Intel 隐藏关于收取折扣情况,事实认定来自于两个方面:首先,合同中有条款表明高管人员有权在年终的时候调整价格;其次,通过现场调查取证,从交易方的高管人员之间的电子邮箱中,发现其往来邮件中暗示存在着年底的折扣支付。

AMD 不仅在欧盟启动诉讼程序,同时也在诸多其他国家提起诉讼或举报,甚至为了允许外国机构进入美国调查证据的程序问题在美国法院提起诉讼。这个程序性案件由美国最高法院作出解释,允许地方法院授权作出调查令(discovery order)^[9],但 AMD 的请求最终被加州地方法院驳回,理由是试图绕开美国法院由欧盟委员会进行调查。^[10] AMD 全球告诉的最早成果,是日本公平贸易委员会(JFTC)对 Intel 的处罚。2005 年 3 月 8 日,JFTC 对 Intel 的日本全资子公司 Intel 股份有限公司(Intel Kabushiki Kaisha,IJKK)采用行政指导,认为经过初步调查,IJKK 通过向日本最大的五家原始设备生产商(OEM)提供价格返利,要求下游公司 100%、90% 或一定比例以上采用 Intel 的 CPU(中央处理器),导致 AMD 在日本市场的份额从 2002 年的 24% 下降到 2003 年的 11%,涉嫌构成市场支配力的滥用,排除公平和公开竞争,可能违反《日本反垄断法》第 3 条,JFTC 要求 IJKK 对上述行为予以改正。^[11] IJKK 表示接受该建议,但声明其并没有违反国际通用的公平和公开竞争规则。^[12]

韩国公平交易委员会(KFTC)继日本之后,经过 3 年调查,于 2008 年 11 月

[9] See Jessica Weekley, "Discovering Discretion: Applying Intel to § 1782 Requests for Discovery in Arbitration", 59 *Case Western Reserve Law Review* 535 (2009).

[10] See Marat A. Massen, "Discovery for Foreign Proceedings after *Intel v. Advanced Micro Devices*: A Critical Analysis of 28 U. S. C. § 1782 Jurisprudence", 83 *Southern California Law Review* 975, 897 (2010).

[11] See Japan Fair Trade Commission, "The JFTC rendered a recommendation to Intel K. K.", at <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/uploads/2005-Mar-8.pdf>.

[12] See Peter Clarke, "Intel criticizes, AMD applauds Japan anti-monopoly ruling", Mar. 8, 2005, at <http://www.eetimes.com/electronics-news/4124480/Intel-criticizes-AMD-applauds-Japan-anti-monopoly-ruling>.

5日对 Intel 作出处罚。^[13] KFTC 发布了《关于 Intel 集团、Intel 半导体有限公司及 Intel 韩国股份公司滥用市场支配地位行为案》的全体会议裁决书。KFTC 指控 Intel 的行为,和欧盟、日本所列举的行为一致,即,忠诚折扣; Intel 要求下游制造商采购 100% 或占一定比例之上的 CPU;排斥 AMD 的产品;要求零售商在通过特定供销渠道销售的电脑中不安装或少安装竞争对手的 CPU;不参与竞争对手新产品上市的宣传活动,不上市装有竞争对手 CPU 产品的计算机。KFTC 核定对 Intel 处以 266.16 亿韩元(约 2530 万美元)的罚款,该数额达到 Intel 当年在韩国销售收入的 2%,适用了韩国竞争法的最高罚款比例。

2005 年 6 月,AMD 就向美国特拉华州地区法院起诉 Intel。在欧盟作出处罚之后,2009 年 11 月 3 日,纽约总检察长(NYAG)安德鲁·库默(Andrew Cuomo)^[14]在特拉华州联邦法院起诉 Intel,指控罪名是商业贿赂,指控罪行和欧盟相似,包括:(1) Intel 向 Dell 作出支付,条件是只购买 Intel 的产品,否则将采取威胁措施;(2) 在 Dell 开始销售 AMD 产品机器时,采取抵制 Dell 的手段;(3) 要求 HP 必须销售至少 95% 份额的 Intel 芯片的商用电脑,如果达到这一要求会获得额外支付,如果达不到会有明确的惩罚措施;(4) 一些威胁 IBM 的措施,要求 IBM 不要销售 AMD 芯片的服务器。^[15]

美国联邦贸易委员会(FTC)对 Intel 的调查持续已久,曾经多次尝试过基于竞争法对其提起调查或诉讼。^[16] 在 AMD 寻求反垄断法救济的诉求下,加上奥巴马总统要求 FTC 促进更加有效的反垄断法执法,2009 年 12 月 16 日,FTC 委员会以 3:0 投票同意起诉 Intel。^[17] 这一次指控的行为,相比前述的其他国家,相同之处在于,采用直接威胁和奖励措施强迫下游厂商不采购或少采购竞争对手的芯片,即忠诚返利。不同部分包括:第一,秘密设计“compiler”软件阻

[13] See Korea Fair Trade Commission, “The Findings of the Microsoft Case(Dec. 7, 2005)”, at http://ftc.go.kr/data/hwp/microsoft_case.pdf. See also Enforcement Authorities, “KFTC Newsletter (Korea Fair Trade Commission, Seoul, South Korea)”, July 4, 2008, at http://eng.ftc.go.kr/files/bbs/2008.KFTC_Newsletter_8.pdf. See also Korea Fair Trade Commission, “2009 Annual Reports”, pp.45—47, at http://eng.ftc.go.kr/bbs.do?command=getList&type_cd=53&pageId=0301.

[14] 现为纽约州州长。

[15] See Press Release, “New York State Attorney General, Attorney General Cuomo Launches Antitrust Investigation of Intel” (Jan. 10, 2008), at http://www.oag.state.ny.us/press/2008/jan/jan10a_08.html#.

[16] 本案之前的 FTC 的准司法调整,包括知识产权和市场垄断地位等方面的情形,See Carl Shapiro, “Technology Cross-Licensing Practices; *FTC v. Intel* (1999)”, in John E. Kwoka, Jr. Sc Lawrence J. White (eds.), *The Antitrust Revolution Economics, Competition, and Policy*, 4th edition, Oxford University Press, 2004, pp. 350—374.

[17] FTC 委员会有五名成员,半数以上同意才能提起诉讼,其中 Jonathan Leibowitz、Pamela Harbour、Thomas Rosch 投出赞成票,William Kovacic 回避,一名当时空缺。See Release, “FTC Challenges Intel’s Dominance of Worldwide Microprocessor Markets” (Dec. 16, 2009), at <http://www.ftc.gov/opa/2009/12/intel.shtm>.

碍竞争对手 CPU 的表现,并欺骗性地不予披露;第二,在 CPU 与 GPU(图形处理器)市场中采用近似的反竞争手段。FTC 希望禁止 Intel 采用威胁、捆绑价格(bundled price),以及其他类似要约实现排他交易(exclusive dealing),以损害竞争,或者不公平地操纵 CPU 与 GPU 的价格。法律依据包括两个,第一是《联邦贸易委员会法》第 5 条的不公平竞争行为(unfair methods of competition),尤其是欺骗性商业行为(deceptive acts and practices)。第二是《谢尔曼法》第 2 条规定的在 CPU 市场进行垄断维持(monopoly maintenance),在 GPU 市场试图垄断(monopolization),其行为是强制、压迫、欺骗、反伦理和排他的。^[18]

Intel 对这些来自不同法域的指控、起诉和裁定,除了对 JFTC 和 KFTC 的抗辩理由较为简单之外,对欧盟之后的指控都明确作出了回应,包括公开其上诉状,也包括向公众作出公开说明。Intel 对公众所作出的公开的法律解释,主要有:(1) 处理器市场是充分竞争的,多年来极大地、持续地促进了价格的降低,有利于世界各地的消费者。微处理器价格的下降幅度,比美国政府劳工统计局(Bureau of Labor Statistics)跟踪的 1200 种产品中的任何一种都要大。在 2000 年需要花 1 美元才能获得的计算能力,今天只需要 1 美分。(2) Intel 支持竞争不是阻碍竞争。在一个只有两家主要供应商的充分竞争的市场上,其结果自然是此消彼长。Intel 只是市场竞争的参与者。就像所有其他的公司一样,Intel 提供有竞争力的价格,并不意味着 Intel 把竞争对手排斥在市场之外。消费者始终保持选择权。(3) Intel 从未以低于成本的价格销售产品,只是在一个高度竞争的市场上,以提供产品打折的方式开展竞争。这些优惠最终使消费者持续受益,以更低的价格享受更高的计算性能。(4) 消费者的权益并未曾受到任何损害。美国和欧洲的法律均鼓励打折,这将带来更低的价格。法律不应该限制一家公司打折,无论其规模多大。Intel 产品的价格在过去十年中下降了 60%,而性能却显著提高。^[19]

以上解释更多是基于市场竞争的一般情形,基于美国法的视角,面向一般公众而作出的。Intel 针对欧盟的专业性抗辩^[20],包括事实认定和裁判理由,则需要更多考虑欧盟的规则体系和司法特点。在事实认定上,Intel 主要有两个反对:第一,坚决否认存在推迟 AMD 产品上市等限制性行为。Intel 称,欧盟的该部事实认定凭借的是口头协议。第二,返利行为并没有在 Intel 与其供应商

[18] See Complaint, "Intel Corp., FTC Docket No. 9341" (Dec. 16, 2009), at <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9341/091216intelcmt.pdf>.

[19] 搜狐 IT: "英特尔:欧盟处罚决定是错误 调查存在缺陷", <http://www.ileader.com.cn/html/2009/5/20/15132.htm>.

[20] See Intel, "Intel Response to The EC's 'Provisional Non-Confidential Version of the Commission Decision of 13 May 2009'" (Sept. 21, 2009), at http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Intel_Response_to_Redacted_Decision.pdf.

之间的合同中出现,仅存在于 Intel 采用的 CAP(客户授权价格, Customer Authorized Price)和 ECAP(客户授权价格例外, Exception to Customer Authorized Price)商业模式。这是一种建立在销量基础上的客户权利性质的商业模式,该模式下,客户拥有采购到一定数额之后的价格调整,得到返利的权利。这一模式适用于所有客户,并非强制性,更不是封锁性的。而欧盟则认为在 Intel 与下游厂商之间的正式合同之外,还存在着包含合同限制的“阴合同”(side contract)。在裁判理由上, Intel 认为:第一,欧盟的裁决和理由是不一致的。欧盟承认 OEM 协议较为复杂和不透明,无论对 Intel 还是 AMD 均为如此,通常此类协议签署时间较为短暂,以季度计,不断地通过重新协商来调整价格;在所宣称时间内,AMD 的市场份额从 5.5% 增长到 25.3%,并未受到损害,即使欧盟也确认这一点。裁决中的事实认定充满错误,是选择性(selective)和偏袒性(one-side)的。第二,针对所指控的理由, Intel 认为其与诸下游厂商之间的协议并非是附条件或排他性的。第三,欧盟未能证明 Intel 的折扣行为低于成本,更重要的是,由于这一市场主要是两家厂商,欧盟并未采用任何来自 AMD 的证据核算市场份额、利润。第四,在法律认定上,欧盟没有证明折扣行为对消费者的影响,对 Intel 对 AMD 的损害的认定缺乏因果关系,认定 Intel 采用了长期的复合战略排除 AMD 缺乏证明。而且从市场份额历史上看,即便欧盟的事实认定和法律适用是正确的,也不能解释 Intel 的折扣行为给 AMD 造成了损失。从 2002—2007 年,AMD 的 X86 微处理器的市场份额只有在 Intel 被指控违法行为的期间才达到 2%。

Intel 在 2009 年 11 月 9 日得到了一个强有力的支持,欧盟的监察专员(Ombudsman)^[21] P. Nikiforos Diamandouros 公开发表了一份认定^[22],指出欧盟委员会在 Intel 案件程序上存在着“行政不当”(maladministration)。2008 年 7 月 10 日, Intel 投诉欧盟委员会未能保留 2006 年 8 月 23 日与 Dell 公司高管人员的会议记录,监察专员调查后发现,该会议没有记录也没有议程。同时, Intel 投诉欧盟委员会允许和鼓励 Dell 与 AMD 之间的信息交换,从而给予 AMD 以查看欧盟案件材料的权利。监察专员调查后发现,欧盟委员会与 Dell 之间通过电话讨论信息交换,但并没有记录。

针对 NYAG 的指控, Intel 认为其将 Intel 的返利指控为贿赂(bribery)是“华而不实”(rhetoric)和政治性的^[23];针对 FTC 的指控, Intel 认为 FTC 忽略了美国法院几十年的判例历史,通过在事实上扩大《联邦贸易委员会法》第 5 条的解

[21] 也译为监察使,欧盟议会任命的接受投诉,调查欧盟行政机关的职位。

[22] See “European Ombudsman Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 1935/2008/FOR against the European Commission”, at <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/4164/html.bookmark>.

[23] See Press Release, “Intel’s Response to the New York Attorney General’s Complaint”, at <http://www.intel.com/pressroom/legal/nyag.htm>.

释,来重新规制和直接管理(micromanage)这一产业;同时 FTC 的调查是不充分的,对计算机市场理解不足,所寻求的救济将会导致 Intel 无法继续开展其营业。^[24] 在 AMD、FTC、NYAG 与 Intel 的对抗期间,该案引发了无数的媒体关注和非常可观的学术讨论。

Intel 一案在美国的处理均以妥协结束。2009 年 11 月 12 日,Intel 与 AMD 达成和解协议^[25], Intel 向 AMD 支付 12.5 亿美元,AMD 撤销所有针对 Intel 的投诉及诉讼,双方达成为期五年的交叉授权协议。^[26] 2011 年 1 月 10 日,Intel 与 NVIDIA 达成长期专利交叉许可协议(与 GPU 相关)。^[27] 由于 Intel 的行为引发罚款,有股东针对 Intel 提起了派生诉讼,追究董事和高管人员违反合规义务的责任。2010 年 7 月,Intel 与股东达成和解协议,内容为:第一,如果没有首席律师的批准,Intel 不再从事回溯性返利活动;第二,未经首席律师批准,所有销售和价格协议应当采用书面方式,并集中存档;第三,组建合规委员会,督导反垄断法遵守情况;第四,采用审计程序评估其反垄断法政策。^[28]

2010 年 8 月 4 日,FTC 签署了其与 Intel 达成的和解(settlement)^[29],并最终得到了法院批准。双方协议主要包括 Intel 不得在 GPU 以及主板接口等标准上设定排他性标准,Intel 同意不再采用与交易相对方设定交易条件的方式从事排他竞争行为,但这并不限制 Intel 与交易相对方的互惠性交易。FTC 对外公布该协议适用于 GPU、CPU 以及相应芯片,禁止 Intel 采用威胁、捆绑价格以及其他条件进行交易。^[30] 2010 年 11 月 2 日,FTC 宣布该协议有所修改,基于 Intel 之前的开发行为,允许其销售标准接口之外的芯片,但只能在 2013 年 6 月之前。^[31]

[24] See Press Release, "Intel's Position on the FTC Lawsuit", at <http://www.intel.com/pressroom/legal/index.htm>; 正式文件, http://download.intel.com/pressroom/legal/ftc/FTC_Docket-9341_Redacted_Public_answer.pdf.

[25] See Press Release, "AMD and Intel Announce Settlement of All Antitrust and IP Disputes", at http://www.intel.com/pressroom/archive/releases/2009/20091112corp_a.htm.

[26] 双方和解协议内容, http://download.intel.com/pressroom/legal/AMD_settlement_agreement.pdf; 及 http://www.amd.com/us/Documents/AMD_Intel_Settlement_Agreement_-_Full.pdf.

[27] See Intel and NVIDIA, "Patent Cross License Agreement between NVIDIA Corporation and Intel Corporation", at http://download.intel.com/pressroom/legal/Intel_NVIDIA_2011_Redacted.pdf.

[28] See Stipulation of Settlement, *In Re Intel Corp. Derivative Litigation*, U. S. District Court of Delaware, May 25, 2010, C. A. No. 1:09-cv-867-JJF.

[29] See Press Release, "U. S. Federal Trade Commission, FTC Settles Charges of Anti-competitive Conduct against Intel" (Aug. 4, 2010), at <http://www.ftc.gov/opa/2010/08/intel.shtm>; also at http://download.intel.com/pressroom/legal/ftc/Docket_No_9341_Intel_Modified_Decision_and_Order.pdf.

[30] 对该协议的分析, See "Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, In re Intel Corp., FTC Docket No. 9341" (Aug. 4, 2010), at <http://www.ftc.gov/opa/adjpro/d9341/100804intelanal.pdf>.

[31] See Press Release, U. S. Federal Trade Commission, "FTC Approves Modified Intel Settlement Order" (Nov. 2, 2010), at <http://www.ftc.gov/opa/2010/11/intel.shtm>.

同时, Intel 宣称与 NYAG 也达成和解协议, 宣布的时间为 2012 年 2 月 8 日, Intel 支付 650 万美元, NYAG 撤回起诉, 取消调查取证, 退还或销毁之前的证据。^[32]

这场反垄断法的全球抗争前后持续十多年, AMD 认为其取得了全面胜利。^[33] 硝烟与尘埃落定之后, 对这一案件所引发的法律问题的反思则已开始。反垄断法毫无疑问带有防止或促进财富转移的分配正义效果。对这个案例本身而言, 输赢不过是一个成本转移。本案的结果不是本文的关注重点, 尤其是其中极富争议的证据和事实认定。^[34] 不过, 本案法律上的核心争议点: Intel 对下游厂商的产品来源采取了忠诚返利的销售行为, 即下游客户购买 Intel 产品达到固定比例的时候, 给予返利或折扣的行为是否合法和正当, 是本文关注和分析的对象。其中, 欧盟的处罚是这一系列对抗中的关键点, 尤其是其中的事实认定被普遍接受作为进一步作出判决的基础, 而 Intel 则在这一问题上处于不利地位。在今天的商业实践中, 如此普遍存在和广泛应用的纵向的、互惠的、附条件的、持续性的交易或合作关系, 如何能并足以影响到横向的竞争关系? 以何种理由和理性能够进行法律调整? 这凸显了本案的理论意义。

更有意思的是, 在跨国公司将其商业行为带到全球化实践之中的今天, 多国就类似事实进行裁判, 为什么会产生不同的裁决? 当我们一方面强调着全球化带来规则趋同的时候, 不同执法机关在不同制度下得到了不同的结论。这种分歧背后的理性或原因何在呢?

二、理论

折扣 (discount) 和返利 (rebate) 在各个法域中的用法不一, 有时候是相互替代的。严格推敲起来的话, 折扣的含义大于返利。如果试图区别, 前者更多是直接^{在卖方收取的价款中扣除的事前价格}, 后者则更多是在买方全额支付之后, 卖方返还的价款。Intel 采用的事实上是返利, 即与特定商户在合同中明示或暗示约定, 在交易行为之后, 从特定客户支付的价格中返回已收或扣除应收的利益或金钱。这种行为在 EC、JFTC、KFTC、FTC 看来, 构成了反竞争性行为,

[32] See Settlement Agreement, at http://download.intel.com/pressroom/legal/nyag/NYAG-Intel_Final_Signed_Settlement_Agreement.pdf.

[33] See Press Release, "Worldwide Antitrust Enforcement in Defense of Fair and Open Competition", at <http://www.amd.com/us/aboutamd/corporate-information/fair-and-open-competition/Pages/worldwide-antitrust-enforcement.aspx>.

[34] 尽管 Intel 对欧盟的这一事实认定予以否认。欧盟并没有在 Intel 与 Dell 等供应商之间的协议中发现明确的条款, 其中仅有含糊的条款描述, 即交易双方的董事可以在最终结算的时候进行价格调整。其所认定的 rebates 的存在, 是欧盟通过现场调查扣押计算机之后, 在双方往来的电子邮件中发现存在着价格调整而认定的。本文的讨论假定这种情形没有其他商业理由的解释, 事实上, 这种价格调整在证据认定上并不能排除其他交易理由的存在。

在 NYAG 看来,构成了商业贿赂。

折扣和返利是非常普遍的商业活动,常常也属于针对消费者的定价政策。价格降低有利于消费者利益,而这正是竞争法所要实现的首要目标和市场竞争的主要行为表现。Intel 的返利与之不同的是,Intel 的返利是发生在上下游的特定交易关系中的,属于纵向交易行为,反竞争的效果是针对其竞争对手 AMD 的。不同机关指控 Intel 的行为构成纵向限制,意味着其认为 Intel 对竞争对手的利益损害(横向负效果)超过了消费者因为价格降低而获得的利益增加(纵向正效果)。纵向限制的反垄断法裁量,属于反垄断法的三大难题之一(寡头垄断、纵向限制、高科技)^[35],很不幸,Intel 返利销售案同时涉及这三个。

从产业链条的不同阶段上看,纵向的直接针对消费者的折扣、打折和返利,针对不特定多数“客户”,应当属于经营者的定价政策的自由,不存在针对横向竞争对手的锁定(lock-in),封锁(foreclosure)等问题。在这一层面上,折扣、返利(也包括非货币性的如附赠产品、会员制度的返点返利、团购价格等)更多是交易价格的改变,换言之,标价和实际交易价格不相吻合,更多是下游消费者权益保护法上的问题,包括是否通过此类行为导致消费者权利的减少或者是销售行为是否属于搭售(tie),或者是否构成歧视性价格等,或合法但属例外情形,诸如清仓销售等。^[36]

返利和折扣引发的竞争法问题主要集中于特定的、长期的、持续性交易关系之中,从价格上来说,如果打折或折扣的幅度太大,可能会造成低于成本的情形,因此和低价倾销、掠夺性定价重合;从交易内容来说,折扣或返利也可能采用打包、捆绑、搭售的方式;从对交易对手的限制来看,以折扣或返利为条件则会构成限制交易对手,造成锁定的情形。因此,成为竞争法问题的返利,主要表现在是否构成忠诚折扣或返利(loyalty, or fidelity discount or rebate),以及复杂的捆绑或打包(bundled or package)忠诚折扣或返利,是否构成对竞争对手的排挤而构成垄断。^[37]表面上,这是一个定价问题,但实质上

[35] See Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: A Integrated Handbook*, 2nd edition, Thomson/West, 2006, pp. 21—23.

[36] See Christian Ahlborn and David Bailey, “Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison”, 2 *European Competition Journal* 101, 103 (2006).

[37] Hovenkamp 认为此一类型行为还包括分段价格(slotting), see Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 4th edition, Thomson/West, 2011, pp. 407—408. 其种类也比较多,其中一种是,例如卖方规定买方可以在每月固定支付 1000 元之后,在指定产品系列上按照规定的标准任意消费。中国的典型例子是电信资费套餐,当此类产品或服务的消费价格/数量低于市场单价的时候,有可能构成折扣。但此类行为也并不一定构成折扣,本文暂不讨论。另外,排队费、上架费、通道费等也属于类似的情形,均为一方提前支付一定额度的费用,用于交换另外一方所拥有的产品或服务的进入、使用、自由组合等。

只有构成垄断才会成为竞争法的调整对象。^[38] 和纵向限制一样,折扣或返利属于较为艰难和富于争议的反垄断法问题,不仅缺乏理论支持,仅有的一些判例的法院判决也常常受到批评和质疑。^[39] 折扣或返利行为,如果和高科技联系在一起,尤其是 Intel 案件的情形,寡头垄断、知识产权相关产品、新的销售方式和生产模式,再加上网络外部性,纠结在一起,法律上的判断就会变得极其复杂。^[40]

折扣和返利种类繁多,只有在特定长期交易中通过定价策略,设定了“激励性”“限制性”的条件,以达到吸引乃至锁定交易方的忠诚折扣或返利,才属于纵向限制竞争中的问题。欧盟基于这一视角,将折扣或返利,区分为附条件的(conditional)和无条件的(unconditional),标准在于是否“依据客户的一定(购买)行为给予奖励”。^[41] 依据设定的条件不同,忠诚折扣或返利还可以进一步细分:首先,分为销量(volume)折扣和市场份额(market share)返利(忠诚返利)。前者比如“买十送一”,后者就是 Intel 的例子,如果 Dell 在其计算机上使用 Intel 芯片达到 95% 以上,则可以获得折扣。其次,它分为单一产品和捆绑或打包的忠诚折扣或返利。比如在著名的 *LePage's Inc. v. 3M* (Minnesota Mining and Manufacturing Co.) 一案中,3M 生产和销售各种胶带,尤其是苏格兰透明胶带,而 LePage 只生产一种自己贴标的胶带。3M 的促销方案有三种,其中的优惠政策是,购买一定数量以上的胶带和其他产品,或者不同品牌的胶带,可以获得回扣。LePage 认为这种折扣对自己不利,以 3M 违反反垄断法排挤竞争对手起诉 3M。^[42] 捆绑/打包折扣或返利还需要区分捆绑或打包的产品是否属于同一产业链,这可能涉及不同的竞争对手。^[43] 在 Intel 案件中,欧盟只考察了主芯片,竞争对手只有 AMD,而美国 FTC 则认为主芯片,尤其是通过 OEM 生产方式,也决定着与之技术相关的其他芯片,尤其是 GPU (GPU 是显卡的中央

[38] See Kevin Coates, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, pp. 66—73.

[39] See Herbert Hovenkamp, *Antitrust Enterprise: Principles and Executions*, Harvard University Press, 2005, p. 173.

[40] See Patrick Greenlee, David Reitman & David S. Sibley, “An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts”, 26 *International Journal of Industrial Organization* 1132 (2008); See also Timothy J. Muris & Vernon L. Smith, “Antitrust and Bundled Discounts: An Experimental Analysis”, 75 *Antitrust Law Journal* 399 (2008).

[41] Ahlborn & Bailey, “Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison”, *supra* note [36], p. 104.

[42] 该案引发的研究文献众多,兹不一一引述。典型的例子, see Joanna Warren, “*LePage's v. 3M*: An Antitrust Analysis of Loyalty Rebates”, 79 *New York University Law Review* 1605, 1613—1614 (2004).

[43] See Herbert Hovenkamp, “Discounts and Exclusion”, 2006 *Utah Law Review* 841, 845 (2006).

处理器芯片)。换言之, Intel 的竞争对手除了 AMD, 还有 GPU 生产商。再次, 根据反垄断法的调整对象、对竞争的效果或合法与否, 可以区分为竞争性的(或激励性的)和排他性的, 这通常被认为是根据折扣或返利的销售政策或合同行为是否构成对消费者福利的长期损害而判断的。不过考虑到折扣或返利更多情形下是促进消费者福利的, 加上反垄断法的通常规定, 一般只有占据市场支配地位的经营者构成对其他经营者排斥的情形下, 折扣或返利才会被认定为是排他性的。^[44] 另外, 根据折扣或返利的支付时间, 在交易之前或者之后就折扣或返利进行支付, 则可以分为前向的 (prospective) 或回溯的 (retroactive)。^[45] Intel 被指控采用的是回溯的折扣或返利。

和几乎所有的反垄断法问题一样, 忠诚折扣或返利容易和其他制度或规则发生重叠或交叉。首先是供货合同 (requirements contracts) 和包销合同 (output contracts), 前者是一定时间内, 产品数量开放性的, 卖方应买方全部要求随时发货的合同, 后者是买方承诺将卖方的所有产品应其要求进行销售或购买的合同。^[46] 如果供货或包销合同中存在着价格调整机制, 两者很容易重叠。在 *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.* 一案^[47] 中, 原告挑战拥有 80% 市场份额的供应商与被告之间所签订的大宗供货合同, 认为被告通过这一合同封锁了生产相同产品的客户市场。法院认为供货合同应当有别于数量固定的合同, 后者拥有从其他来源购买超出合同数额产品的自由, 其中, 客户选择权, 被视为“灵活性” (flexibility) 标准, 是关键。^[48]

其次, 市场份额的忠诚折扣或返利, 可能和排他交易发生混淆。纵向关系中的排他交易本来就是指禁止客户从其竞争对手手中购买类似的产品^[49], 而忠诚折扣或返利, 也被称为“准排他交易合同” (quasi-exclusive dealing), 后者包括: (1) 附排他条件的折扣或返利; (2) 作为折扣的对价, 要求买方购买最少数量产品或一定比例 (但少于 100%) 的产品; (3) 上架折扣 (slotting allowance), 供应商事前付费 (up-front) 以取得在零售商货架上架; (4) 知识产权中的排他性条款, 等。^[50] 作为反垄断法中的既有制度, 排他交易的认定要件包括: (1) 充

[44] See Patrick Greenlee & David Reitman, “Distinguishing Competitive and Exclusionary Uses of Loyalty Discounts”, 50 *Antitrust Bulletin* 441 (2005).

[45] Ahlborn & Bailey, “Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Transatlantic Comparison”, *supra* note [36], p. 104.

[46] See E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, 3rd Edition, Vol. 1, Aspen Publishers, 2004, pp. 143—147.

[47] *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F. 2d 227 (1st Cir. 1983)

[48] Hovenkamp, “Discounts and Exclusion”, *supra* note [43], p. 481.

[49] See Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2nd edition, Vol. XI, Aspen Publishers, 2005, p. 4.

[50] *Id.*, p. 6.

1、和供货、包销合同

2、和排他交易

分证明存在着市场支配力,所述协议导致了相关市场中的产出减少和价格上升;(2)存在着封锁效应,损害竞争;(3)其他相关因素,包括合同期间、封锁程度、市场壁垒的设立或降低,以及其他纵向交易关系(分销或转售, distribution or resale)的存在。^[51]排他交易的核心是封锁或强制,但如果交易对手因为服从交易条件而获得对价,这种对价有时候会表现为折扣或返利。比如 Microsoft 被指控进而遭到禁止的行为是,其要求下游厂商生产的所有 IBM 兼容机均应当预装 Windows 系统,不管实际安装与否,下游厂商因此可以获得一个折扣。毫无疑问,这属于排他交易,表现为与折扣重合。^[52]反过来看,因为忠诚折扣或返利常常是附条件的,常常会产生一种容易混淆的判断,即使是激励性的机制,比如合同规定下游 95% 的芯片都来自于 Intel 就可以获得一定折扣,换一个立场,就会被认为构成限制而存在排他性。^[53]

不过折扣或者返利的排他性、封锁程度并不那么强。首先,这取决于设定条件一方的市场份额和具体合同折扣额。比如一个占有市场 70% 的上游要求下游应当从其手中购买产品,当下游只采购 80% 的时候,上游通过合同所封锁的市场份额会立即下降到 56%。其次,大部分折扣或返利不具备“锁定”的特点,而是引诱性或激励性的:如果从我这里购买所有你需要的产品,可以获得 20% 的返利。在合同中不存在违约金、罚金^[54]或终止交易、特许权等制裁,换言之,只有胡萝卜没有大棒的折扣,仍然给买方保留了自由选择的权利,而卖方的竞争对手也仍然可以采用类似的手段来进行竞争。^[55]

忠诚折扣或返利是否构成排他交易,首先应当考察“折扣/返利”和“条件/强制”两个交易条件之间的强弱。这需要考察被限制者的转换成本 (switching cost),即条件的强弱取决于受限制的人是否有能力换一个交易对手,市场结构和壁垒会显著地影响到这个判断。如果竞争对手之间的市场份额相当,那么意味着下游的选择自由较大,折扣或返利的胡萝卜效果更明显,反之,一个市场支配地位的厂商作为上游,那么“条件/强制”可能就更倾向

[51] *Id.*, p. 167.

[52] *Id.*, p. 129. See also Richard M. Steuer, “Discounts and Exclusive Dealing”, 7 *Antitrust* 28 (1993).

[53] 但排他交易本身的实证研究表明,其反竞争的效果很难发现。See Alden F. Abbott & Joshua D. Wright, “Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing”, in Keith N. Hylton (ed.), *Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar, 2010, p. 198.

[54] 罚金通常是和反垄断中的封锁联系在一起的,较早的分析, see Peter A. Diamond & Eric Maskin, “An Equilibrium Analysis of Search and Breach of Contract, I: Steady States”, 10 *Bell Journal of Economics* 282 (1979). 普通法系严格禁止罚金超出实际损失,约定损害赔偿不得构成罚金。See Chung Tai-Yeong, “On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses: An Economic Analysis”, 8 *Journal of Law, Economics, and Organization* 280 (1992).

[55] See Hovenkam, “Discounts and Exclusion”, *supra* note [43], pp. 846—847.

于会产生大棒的效果。其次,排他交易的非法性体现在其封锁性上,既然是封锁,应当是持续一段时间的,因此合同的履行期限是非常重要的。在 *CDC Techs., Inc. v. IDEXX Labs., Inc.* 一案^[56]中,法院认为即使构成排他交易,时间很短的话,也不应当属于非法。目前,美国司法实践中的共识是,短于一年的合同,是无需考察是否构成排他交易的,有一些法院还认为只需要考察3年以上的合同。^[57]从这个意义上来说,销量折扣或返利几乎不会构成排他交易,只有市场份额折扣有这一嫌疑。比如在 *Western Parcel Express v. United Parcel Service of America, Inc.* 一案^[58]中,法院认为应当区分销量折扣合同和排他交易合同。

折扣或返利是否正当,最终应当考察对消费者福利的影响。如果竞争对手之间均采用折扣,实际上降低了产品价格,这对消费者是有利的。不断折扣如果构成价格战,就会使得折扣或返利和掠夺性价格(predatory pricing)发生重合或混淆。销量折扣容易产生此类效果。因此,在“强制”或“封锁”效应并不明显的时候,仍然需要考虑是否构成垄断行为来检验折扣或返利的正当性,即掠夺性定价检验。

掠夺性价格是通过低于成本的销售将竞争对手驱逐出市场。包括两类,即(1)属于《谢尔曼法》第2条所规定的垄断或垄断企图(attempts to monopoly),最早案例是 *Standard Oil Co. v. United States*^[59],以及(2)违反《克莱顿法》第2条——该条又细化为《罗宾逊—帕特曼法》——中的价格区分。^[60]何谓低于成本,这一标准发生过很多变化。1975年以来,Areeda-Turner标准在美国司法实践中逐渐取得了主流地位。^[61]掠夺性价格包含两个基本要件:市场结构和低于成本的价格。第一个条件需要证明被告系垄断地位,同时,应当证明该行为持续一段时间后,行为人可以补偿(recoupment)其低于成本的花费,法院也会考虑进入壁垒等垄断维持的相关因素;第二个条件,按照 Areeda-Turner 标准,

[56] *CDC Techs., Inc. v. IDEXX Labs., Inc.*, 186 F. 3d 74, (2d Cir. 1999).

[57] See Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, supra note [49], p. 185, footnote [58].

[58] *Western Parcel Express v. United Parcel Service of America, Inc.*, 190 F. 3d 974, 976 (9th Cir., 1999).

[59] *Standard Oil Co. v. United States*, 221, U.S. 1 (1911).

[60] 《罗宾逊—帕特曼法》是极富理论争议的,用于修订《克莱顿法》第2条,常常被批评为最糟糕的立法。其立法本意是解决连锁店业务中的价格区分,或者称之为“功能折扣”(functional discount)的,即因为购买量的不同而产生的价格区分,也针对常见的零售价和批发价的区分,但一方面价格区分被标上了价格歧视的不当标签,另一方面,法律最后出台的时候,没有特定针对连锁产业,从而造成了诸多困扰。See ABA Antitrust Section, Monograph No. 4, *The Robinson-Patman Act: Policy and Law*, Vol. 1, 1980, pp. 55—58.

[61] See Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, supra note [37], pp. 372—373.

因为边际成本难以确定,因此可以用平均可变成本来替代,同时,有明确的例外:短期行为、高于全部成本、高于合理预期短期边际成本均不应当视为掠夺性价格。^[62]因此,折扣或返利这个属于纵向限制的行为,在无法有效判断合同中的“强制/条件”的情况下,应当用垄断维持的行为标准来加以判断。

4、和搭
售、捆
绑销售

打包或捆绑的折扣或返利,会涉及相关市场划分与合同标的范围的问题,就会和反垄断法中的搭售(tying)或捆绑销售(bundling)重合或混淆。而反垄断法上的搭售,首先需要认定是两个产品捆绑在了一起。这个简单条件的认定并不容易,产品、技术和交易的特性常常会产生各种商业合理性。其次,其行为表现为“强迫”(coercion),最典型的是,如果不同时购买CPU和GPU,那么就拒绝交易。搭售中的强迫就需要两个条件,第一,买方必须同意卖方的捆绑条件;第二,买方不存在相同条件的其他选择。尽管在个别案例中,搭售被认为是本身违法的,但通常还是需要证明其存在反竞争效果。如果搭售和打折或返利重合的话,那么至少,竞争对手不可能提供相同的价格就构成一个免责理由。如果竞争对手的产品线是相同的,那么可以采用相同的打包方式提供相同的低价来竞争,也就不存在着强迫等反竞争效果,这种情况就回到了前文所述的单个产品折扣的竞争,掠夺性价格就应当成为核心标准。

除了强迫之外,搭售本身的法律规则也在变化。美国法上对搭售的限制,如果属于反垄断领域,传统上有些法院因为《谢尔曼法》本身的表述,采用“本身违法”(per se rule)来判断,但条件是需要证明搭售者的垄断地位,即搭售在这种情况下属于垄断维持;如果不属于垄断维持,则需要按照合理原则来进行判断。但即便是前者,现在也在动摇之中。比如在2001年的微软案中,法院拒绝采用本身违法原则。^[63]有学者基于此,批评欧盟适用的时候混淆了“捆绑”和“搭售”,从而错误作出了判断。搭售是强制性的,同时更多是消费者权益保护法的命题,而捆绑则并非强制性的,更多需要遵守反垄断法规则。^[64]

如果竞争对手不能提供相同的产品,在这种时候就需要判断打包产品中的所涉产品的折扣价格是否低于成本。在*Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*^[65]一案中,第九巡回法院提出以折扣来源(discount attribution)方法来判断所涉产品是否构成低于成本。法院首先分别考察打包销售中的每一个组成部分,分别

[62] See Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, supra note [49], pp. 38—41.

[63] See Warren S. Grimes, “The Antitrust Law Schism: A Critique of Microsoft III and a Response to Hylton and Salinger”, 70 *Antitrust Law Journal* 199 (2002).

[64] See Robert M. Schwartz, “Confusing ‘Bundling’ with ‘Tying’ under Article 82 EC: ‘Batteries Included’ or ‘It Only Comes with Fries’”, 6 *Hastings Business Law Journal* 145 (2010).

[65] *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*, Nos. 05-35627, 05-35640, 05-36153, 5-36202, 2007 WL 2473229, 9th Cir. Sept 4. 2007.

合理原则是1911年“新泽西标准石油公司案”确立的原则。该原则要求法官在处理垄断案件时采取谨慎的态度，认真权衡利弊得失，在充分考虑当事人的行为意图、行为方式以及行为后果等因素后，再对当事人的行为是否构成垄断和是否违法作出判断。判断合法性的真正标准是所强加的限制是调解或促进了竞争还是压制或消除了竞争。

合理原则要求法院考虑下列问题：受到限制的商业领域所特有的一些情况，限制前后的情况，限制的性质、效果，现实性或可能性，限制的历史，认为存在的恶果，采取特别补救的理由，要达到的目的和结果都是有关事实。这不是因为善意或恶意能挽救或扼杀一项受到反对的规则。而是了解动机有助于法院解释事实、预测结果。

合理性原则的优点是对个案行为进行实质性分析，有利于判决结果的公正性，弥补了本身违法行为原则的僵硬。缺点是合理原则具有很大的弹性，增加法官裁量权的同时进一步增加了成本，非连续性和不可预见性，增加了诉讼成本。

从反垄断法发展趋势上看，合理原则是适用最广泛的原则，应该作为判断某一行为是否违法的基本原则。

计算其各自的成本和收益，然后加总，决定是否构成低于成本。实际上，这是一种将产品分解之后，按照有效率竞争的市场价格，尤其是相同效率的假设企业（hypothetical equally efficient producer）进行对比的方法。^[66] 尽管仍然存在着争议，但至少这是一个明确的方向。^[67]

在主流理论分析中，折扣大致上应当属于掠夺性定价，打包折扣可以在此基础上归入搭售，对这一问题的分析是近年来反垄断法学界的热点问题。^[68]

考察主流观点或主要国家立法，就折扣或返利的分析，可以得到如下结论：

(1) 任何折扣行为都不应属于本身违法，纵向行为中的折扣应当推定为是促进竞争的，只有在存在着显著市场支配力和实际反竞争效果的时候才应当得到否定。“理论上垄断企业通常不会使用折扣方案去损害竞争。自然，理论并不存在垄断企业采用的折扣将必然会产生反竞争效果的假定，除非可以依据效率理论来进行判断”。^[69] (2) 任何单一产品的折扣，应当按照掠夺性价格调整，只要超过被告的边际成本或平均可变成本，均属于合法。美国联邦贸易委员会的FTC Notice of Contemplated Relief 中已经明确，禁止低于成本的折扣行为。(3) 如果折扣产品是两个以上的产品合并在一起的，但是存在至少一个竞争对手提供相同范围的产品，应当同样适用掠夺性价格检验。(4) 如果折扣产品是打包的，但不存在竞争对手可以同时提供打包的各项产品，高于成本的折扣有可能会产生反竞争效果。^[70] 但这种情况下可以采用折扣来源方法分解产品价格。在理论上，纵向关系中的忠诚折扣问题，仍然借助于传统的排他交易、掠夺性定价或捆绑销售等标准来加以判断。部分原因是，折扣或返利是普遍适用的商业实践，也是因为，纵向关系中的判断标准仍然应当是整体的消费者福利而不是竞争对手的利益或权利。

三、欧盟、日本和韩国

欧盟对 Intel 的反垄断法处罚，依据是被称为“罗马条约”的《欧共体条约》

[66] See Chery J. From, “Is There a Perfect Solution? The Court’s Problem in Applying the Antitrust Laws to Bundled Discounts”, 7 *DePaul Business & Commercial Law Journal* 145 (2008).

[67] See Black I. Markov, “Bundled Discounts: The Ninth Circuit and the Third Circuit Are on Separate LePage’s: *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth*”, 73 *Missouri Law Review* 907 (2008).

[68] 综述性文献，如 Bruce H. Kobayashi, “The Economics of Loyalty Discount and Antitrust Law in the United States”, 1 *Competition Policy International* 115 (2005). 较新的反对将捆绑忠诚返利归入搭售或掠夺性定价，而忽略了这一制度对进入和退出壁垒影响的文献，see Partick Greenlee, David Reitman & David S. Sibley, “An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts”, 26 *International Journal of Industry Organization* 1132 (2008).

[69] United Kingdom Office of Fair Trading, “Selective Price Cuts and Fidelity Rebates”, Economic Discussion Paper, July 2005, OFT 804, § 2.29.

[70] See Hovenkam, “Discounts and Exclusion”, *supra* note [43], pp. 844—845.

第 82 条^[71],即著名的“滥用市场支配地位”条款。该条与第 81 条所规定的“联合限制竞争”条款,共同构成欧盟竞争法的核心条款。第 82 条适用于具有市场支配地位的经营者“滥用”优势地位的行为,但和其他成员国法律不同,该条没有明确界定何谓市场支配地位,而是给执法机关留下了裁量权。通常认为 United Brands 一案中的界定是具有代表性的,即“在相关市场上具有优势地位,可以通过其自身的市场支配力,对独立竞争者和其交易方,及其最终消费者施加可见的影响”。同时,在许多欧盟的判决中,在计算市场支配力的时候,除了关联或控制之外,还有一个强制交易伙伴 (obligatory trading partner) 的概念,如果垄断性企业是通过“不可避免的交易伙伴”(unavoidable trading partner) 从事商业经营,考察市场支配地位时应当将交易伙伴的市场支配力计算在内。在判断市场支配地位的时候,以 50% 为标准划分。50% 以上属于市场支配地位,市场份额在 50% 以下的时候,需要结合其他要素来判断:(1) 主要是和市场壁垒相结合的各种要素,包括法律上的壁垒、对供应商数量的限制、行政管制上的壁垒、借助于公法上的反倾销税、配额控制等形成的壁垒等;(2) 企业特性,包括消费者品牌忠诚度,产品和分销的最优结构和组织,整体地域和运作良好的销售系统,技术及 know-how 或经验上的优势,企业集团中的技术、商业、物流和金融支持等因素;(3) 企业行为,包括自发市场行为和竞争者相互之间的有效阻遏行为。

第 82 条所限制的行为,按照学者的注释,范围是相当广泛的^[72],包括:(1) 不公平定价行为,如限制特定权利拥有人的利润边际,在价格和业绩之间缺乏联系的定价政策,多元经营的企业的财务杠杆产生的定价政策,不平等的利润边际,不平等的购买价格等;(2) 施加不公平贸易条件,如排他性的捆绑购

[71] “Any abuse by one or more undertaking of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (b) limiting productions, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.” 试译为:“在共同市场内部或其中一重要部分,一家或一家以上具有支配地位的经营者的滥用行为,只要影响到成员国之间的贸易,应当因其与共同市场不相容而予以禁止。此类滥用行为,具体包括:(a) 直接或者间接地施加不公平的采购、销售价格或者其他不公平的贸易条件;(b) 限制产出、市场或者技术开发,以至于歧视消费者;(c) 在同等交易中,采用不同的条件,导致其他交易方在竞争中处于不利地位;(d) 以对方当事人接受附加义务为条件订立合同,该附加义务在本质上或者依据商业惯例,与此类合同客体不存在联系。See Gunther Hirsch, Frank Montag & Franz Jurgen Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure: Article-by-Article Commentary*, 1st edition, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 1056—1240.

[72] *Id.*, pp. 1062—1064.

买协议,涉嫌限制消费者自由选择的协议,以及限制产品、市场或技术发展的交易条件;(3) 歧视贸易伙伴;(4) 捆绑销售;(5) 拒绝交易而影响到市场结构,或者限制了产品的生产;(6) 涉及关键设施而产生杠杆效应的拒绝交易,如拒绝提供相关的原材料和设备、拒绝对接基础设施的接入、拒绝授权或拒绝对非物质产品的进入、拒绝给予接入相关的信息、由于拒绝而造成竞争者的减少、拒绝知识产权交易;(7) 拒绝向中间商供货;(8) 对消费者施加不合理义务,如排他性的购买或独家提供;(9) 折扣,审查的行为如忠诚回扣、业绩回扣、名列前茅(top slice)回扣、数量相关并产生捆绑效应的回扣等;(10) 由于倾销而产生的滥用(掠夺性价格),包括意图驱逐竞争对手的滥用,低于成本销售的滥用,选择性的价格饶让,以及价格压榨;(11) 狭义的滥用市场支配力,如对市场集中程度的损害,或者通过合并、获得特权的企业收购、少数利益、卡特尔协议而实施的滥用行为。

通过法律条文的注释和界定可以看出,欧盟竞争法的定性中考察两个核心要素:市场支配地位以及禁止性的行为,即主体+行为标准。循此逻辑,就忠诚返利/折扣(欧盟也称之为 Fidelity Rebates)而言,欧盟更倾向于将其按照独家交易来对待,更注重其排他效果,同时,结合实施者的垄断地位考察。受到法、德的制约,欧盟法带有更多大陆法系的色彩,这种特色首先表现在通过条文很难判断在具体个案中的裁判思维,需要更多借助于更为详细的细则规定,以及判例来加以分析。同时,采用“形式”(form),即类型化的法律思维^[73],会产生过于简化的倾向^[74],导致将忠诚折扣看成是“本身违法”,而忽略了其对竞争效率的促进。第 82 条的笼统规定下的忠诚折扣司法实践,是最引发争议的领域之一。^[75]

欧盟自己也意识到这一问题,先是在 2003 年宣布着手反思第 82 条的实施,进而,2005 年 6 月,由 15 位经济学家组成的竞争政策经济顾问小组提交了《第 82 条的经济分析》(An Economic Approach to Article 82)报告,12 月颁布了征求意见稿(discussion paper),2006 年经过听证之后,2009 年 2 月颁布了《关于垄断经营者滥用排他行为适用欧盟条约第 82 条执法重点指南》(以下简称“《执法指南》”)。^[76] 通过上述细化规则,以及各种判例,欧盟对忠诚返利的认定

[73] See Damien Geradin, “A Proposed Test for Separating Pro-Competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones”, 32 *World Competition* 41 (2009).

[74] See Coates, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, supra note [38], p. 67.

[75] 欧盟自己强调,在判断垄断企业折扣的时候,“必须,建立在客观基础上,换言之,企业应当通过所质疑的营业获得规模经济”。Case C-163/99, *Portugal v. Commission* [2001] ECR I-2613, Para. 49. 引发这一问题关注的理论文献, see John Vickers, “Abuse of Market Power”, 115 *Economic Journal*, F244 (2005).

[76] See http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/art102/index_en.html.

扣促使竞争本身进率用是违而照原则”

和裁判思路有了改进,有助于局外人获得较为清晰的观察和梳理。但从2010年的两个判例来看,试图得出欧盟的规则已经非常清晰的判断,可能还为时过早。^[77]

欧盟确认了忠诚折扣的经济理性,诸如可以更加有效地回收固定成本,对零售商提供更好的激励,生产商和零售商可以双重边际化,解决纵向关系型合同中的“敲竹杠”问题等;同时也认为该行为可能存在着反竞争效果,主要是可能会近似于全部或部分的排他交易^[78],并且值得注意的是,欧盟明确认为忠诚折扣和掠夺性定价不同(《执法指南》第102条)。垄断企业可以用忠诚折扣,对买方形成负向激励,导致竞争方的弹性供给无法与之竞争;或者,卖方可以通过增量单位的优势价格保证买方不去从竞争方购买;以及,同等效率的竞争者可能没有可以抵销忠诚折扣的成本。^[79]

欧盟对数量折扣(quantity rebates)的合法性是认可的,事实上这不过是一个降价问题,诸如“买一送一”等销售策略,属于与卖方行为无关的定价。法律审查集中于忠诚折扣,也称之为销量相关(volume-related)折扣。因此,欧盟将忠诚折扣分为三类:单独回溯折扣(individualized all-unit or retroactive discounts),即单个买方在一定时间内达到一定购买量标准,垄断者对所有已购买产品按照承诺提供折扣;回溯折扣定价政策(standardized all-unit discounts),即对所有购买者都按照已购数量提供回溯折扣;累进折扣(incremental discounts),即折扣率按照购买数量不断提高的定价策略,如购买10个折扣为1%,购买20个折扣为1.1%。^[80]

基于上述分类框架,在1983年的 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission*, 2001年的 *Portugal v. Commission*, 以及2003年的 *Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v. Commission* 等案中,欧盟反复阐明,数量折扣是合法的,限制主要是针对销量折扣(在欧盟概念中等同于忠诚折扣)的。在大多数案件中,销量折扣都被认定为合法,在微软和Intel案之前,只有Michelin II案属于例外。在《执法指南》中,倾向于将忠诚折扣和销量折扣进行区分,使用了有条件(conditional)折扣的概念,主要是针对具有垄断地位的经营者,包括基于市场份额的回溯性折扣和累进折扣。《执法指南》将其归入独家交易之内,主要根据是垄断经营者可以通过对消费者进行补偿(compensate)而排除竞争者;同时,有条件折扣则主要是因为形成了消费者一定的门

[77] See Coates, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, *supra* note [38], p. 68.

[78] See Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates, OECD Report of February 4, 2003. (DAF-FE/COMP (2002) 21), p. 7.

[79] *Id.*, pp. 169—184.

[80] See Robert O' Donoghue & A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, pp. 381—382.

槛,对其后续购买有更强的锁定效应,从而提高了市场壁垒。^[81]

从实施判例来看,欧盟在具体作出司法判断的时候,存在着较多的例外,从而导致人们对判决的预期产生变数。^[82] 这表现在:(1) 回溯折扣定价政策一般属于合法,即便按照欧盟的逻辑也是对竞争损害最少的行为,但是仍然有一些案例显示其采取否定态度。在 *British Gypsum* 一案中,具有垄断地位的经营商宣布对所有人适用的折扣政策,下游的预期交易额达到一定程度之后,折扣每季度计入该下游厂商的未来几年的交易之中。欧盟认为此种常见折扣政策违法。在 *Interbrew* 一案中,啤酒生产商对批发商在零售价格的基础上提供折扣,按照不同啤酒的上年度销量,以发票形式在下年度支付,也受到欧盟否定。欧盟的否定理由是折扣政策不够透明,下游厂商只是知道存在折扣但并不知道标准。这一裁决更多应当被看成是在消费者权益保护层面上作出的。更富于争议的案件是 *Michelin II* 案。*Michelin* 公司向法国子公司基于年度交易额提供折扣。为了避免被认定为违法,*Michelin* 公司向全部厂商宣布这一折扣政策,同时将不同级别的销量与不同的折扣标准对应。该案的不同在于折扣依据是已经发生的交易额,而非预期额度。但欧盟认为,下游厂商如果该年度的销量达不到折扣标准,可能会在下年因无法享受折扣价格而受到损失,因而也认定其违法。(2) 单独回溯折扣,一般情况下属于合法。不过学者认为欧盟采用的标准趋向严格。^[83] 在 *Michelin I* 案中,欧盟认为超过一年的单独回溯折扣会被认定为具有排他性。在 *British Airways/Virgin* 一案中,根据航线不同,英航向其销售代理提供 7%—9% 的折扣,如果在规定时间段内增加销售还会获得奖励,同时还提供对上年度同期代理表现的业绩奖励计划。欧盟认为,其竞争对手在这种情况下被迫要基于自己很小的销售额提供广泛的折扣,垄断地位的英航由此实际上限制了下游的选择权,因此是排他性的。(3) 累进折扣,通常认为如果不构成掠夺性定价,应当属于合法。掠夺性定价则按照平均总成本计算。此类折扣目前缺乏案例分析支持。^[84] 从这些欧盟的实施案例可以看出,垄断地位和许多非经济的考虑因素会构成个案中的实际判断理由。

一般认为,欧盟对回溯折扣,尤其是单独回溯折扣审查较为严格,这与其采用“效果评价”(effect-based inquiry)有关系,核心是回溯折扣是否对同等有效竞争对手形成了限制。裁量时通常会考虑下列因素:市场覆盖率、单独合同还

是否形成了限制竞争对手的效果

[81] See Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Conduct by Dominant Undertakings, 2009/c 45/02, *Official Journal of The European Union*, 2009, Feb. 24, p. C45/13.

[82] See O' Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, *supra* note [80], p. 381.

[83] *Id.*, pp. 382—384.

[84] *Id.*, pp. 388—389.

是定价政策、累进还是回溯、折扣标准、折扣尺度、期限、透明度、捆绑与否、企业能力、成本结构和需求增长程度,以及商业理由。^[85] 这种根据效果来判断行为的方法,对回溯回扣的否定性较强,这可能是欧盟的严格审查政策的技术原因之一。这种思维模式遭到了众多的学术批评,主要理由集中在:(1) 缺乏经济分析。经济分析通常会指出回溯折扣的促进竞争效果^[86],而欧盟的类型化分析则会导致折扣变成本身违法。(2) 法律标准模糊。欧盟认为如果折扣产生“忠诚引诱”效果就会变得非法,这变成了排他性的判断标准,导致具体实施极为模糊。(3) 过度限制竞争。欧盟并非以消费者福利作为考量,而是根据竞争对手的情形来判断,当适用于垄断者的时候,同等竞争对手完全是虚拟的。(4) 反竞争效果的循环假设。欧盟的逻辑是垄断者的假想竞争对手如果不能采用相同或更为进攻的折扣,该销售政策就会被视为垄断者的非法行为,而这和竞争效果——市场份额的扩大相悖。总而言之,欧盟执法被批评的核心弊端就是只考虑竞争对手,而不是从消费者福利视角出发。^[87]

上述逻辑在 Intel 案件中也有明确表现。按照欧盟的说法,Intel 的返利行为属于忠诚折扣,属于具有捆绑效果的销量回扣,和 1983 年的 Michelin I 案相同。^[88] 在主体上,Intel 在 CPU 市场中的市场份额,按照全球市场计算也足以构成市场支配地位。上述两项叠加,显然属于第 82 条的调整范围。欧盟在《执法指南》中用 Intel 案作为例子说明针对返利,其裁量依据是“有效竞争者”标准,“有效竞争者分析是运用假设去尝试分析,是否一个如 Intel 一样有效率的竞争者(即如同 Intel 一样能够制造并以同样价格出售给客户 X86 CPU 的人),但并没有 Intel 相同的销售能力,会由此而遭到封锁而无法进入市场”。^[89] 同时,欧盟认为考虑衡量市场支配力和进入壁垒的重要参考是竞争者的市场份额,而非全部市场,在 Intel 案件中竞争对手的市场份额是非常低的。欧盟也考虑了交易持续时间,通常情况下返利销售应当超过一年,但在 CPU 市场中由于产品更新常常按照季度来调整价格。在价格上,欧盟宣布采用平均可避免成本(average avoidable costs, AAC,即与特定销售相关的成本项目,包括与决策项目

[85] *Id.*, pp. 390—393.

[86] E. g. See J Temple Lang & R. O'Donohue, “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuse Under Article 82”, 26 *Fordham International Law Journal* 83 (2002); See also Derek Ridyard, “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82—An Economic Analysis”, 23 *European Competition Law Review* 286 (2002).

[87] See O' Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, *supra* note [80], pp. 394—397.

[88] See Hirsch, Montag & Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure: Article-by-Article Commentary*, *supra* note [71], pp. 1198—1199.

[89] Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, *supra* note [81], p. 7.

相关的可变和固定成本)作为标尺。按照欧盟的说法,在一个高固定成本的产业中,这是对 Intel 相当有利的标准。^[90]

不过,即便是按照欧盟的逻辑,下列影响本案判断的重要因素也并没有被考虑:第一,证据认定。该案中的返利行为并没有直接的书面证据,而是根据现场搜查到的电子邮件记录中的表述认定的,在因果关系上存在着弱点。第二,市场结构。欧盟没有考虑 CPU 市场中只有 Intel 和 AMD 两家厂商的情形。这种市场结构强化了主观恶意的推断,在双寡头市场结构中,任何一家的竞争行为都可以被推断或直接认定为对另外一家的不利。第三,知识产权。第 82 条本身包含有私益保护的反不正当竞争内容,欧盟的处罚并没有严格恪守反垄断法的公益目的和反不正当竞争法的私益目的之间的区分。在判断 Intel 是否对 AMD 的私益构成侵犯的时候,需要考虑免责理由,即 Intel 是否具有正当的理由、商业目的或权利。Intel 和 Dell 等企业之间的供货协议采用了 OEM 方式,考虑到 CPU 芯片与其他主板芯片、部件之间的兼容性,欧盟应当考察 OEM 生产方式是否超出了专利许可或限制。简单指责 Intel 采用了捆绑销售显然是论证不足。在 2010 年,欧盟继续颁布了《纵向限制指南》和《纵向限制指南补充——摩托车》^[91],其中涉及知识产权与竞争关系重合的内容,然而,其对纵向关系的界定并不是根据产业链,而是根据委托代理关系界定的,这种形式主义的界定方式也进而导致了对所调整的行为和事实关系条块分割的局限——一旦被认为属于委托代理关系,就适用纵向限制,而如果被认定为买卖关系,则不适用。第四,处罚标准,欧盟对 Intel 的处罚额度,尽管在第 82 条规定的幅度内,但处罚理由是基于私益的,即损害了 AMD,对私益受损的救济标准应当采用受害人标准而非加害人标准,即 AMD 的损失而不是 Intel 的所得才是判断的标准。而该责任数额却是基于公益标准作出的。

Intel 的欧盟处罚,以及与之类似的韩国、日本的认定,都体现了大陆法系国家的类似逻辑和方法:第一,并没有严格区分反不正当竞争法和反垄断法,竞争者的私益和作为公益的消费者福利的区分并不清晰。而这种执法更多倾向于保护竞争者,而非竞争本身。^[92] 欧盟、日本学者都明确肯定了这一点,尤其是表现在返利/折扣问题上。欧盟法律表述和执法中的倾向是“效果导向”,采用类型化(form-based)的方式,而经济效率则更多是被告的抗辩理由(efficiency

[90] Intel decision, para. 1002—1005, 1014—1019, 1037.

[91] See Andrew Macnab (ed.), *Bellamy & Child Materials on European Community Law of Competition*, Oxford University Press, 2011, p. 573, pp. 578—580.

[92] See Eleanor M. Fox, “We Protect Competition, You Protect Competitors”, 26 *World Competition* 149 (2003).

defense)。^[93] 日本的反垄断法执法,直接倾向于将竞争等同于中小企业的存在,并且限制垄断地位者的谈判能力。^[94] 这些法律思维特点、价值取向都非常容易在相对模糊的折扣和返利问题上表现出来。第二,立法中本身缺乏对返利的经济分析或交易结构分析^[95],更准确地说,经济效率分析仅仅是辅助工具,而非执法时应当遵循的逻辑。欧盟及其辩护者常常指责“芝加哥学派”的主张不符合现实而事实上反对整个经济分析。^[96] 这和大陆法系的思维模式有关系^[97],也和其倾向于针对不同情形进行“类型化”的法学思维是一致的,一旦将某种行为界定之后,就容易将具体情形的执法变成本身违法式的规则^[98],更多采用产权规则而不是由法院或法官结合具体情形以及目标价值等进行分配责任的责任规则。第三,过度依赖于市场份额、经营者地位和主观意图。当经营者具有垄断地位的时候,对其行为的审查实际上变成对其市场份额变化的考察,这替代了消费者福利分析,而竞争者的市场份额变成竞争者的产权。第四,对反垄断法上的高科技、纵向关系和寡头竞争的复杂性考虑不足。

欧盟、日本和韩国在法学理论中对反垄断法和反不正当竞争法的区分不足,其直接结果是,经济/市场/效率/成本—收益的公益分析和基于权利的私益分析混同,导致竞争变成了“品德竞争”。“目前关于返利的判例法,反映出法院对垄断经营者定价策略的怀疑主义态度。在适用第 82 条的时候,表现出它侧重于保护竞争者对市场的进入和其竞争的自由,而不是竞争者的效率。不仅如此,尽管欧盟法院原则上并不排除应当考虑返利中存在的效率可能性,在实践中他们从未接受过效率主张。”^[99] 这进一步导致了哲学上的差异,“英美模式

[93] See Patrick Rey, “Abuse of Dominant Position and Monopolization: An Economic Perspective”, in Abel M. Mateus & Teresa Moreira, *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Edward Elgar, 2010, pp. 189—198, pp. 192—193, p. 196.

[94] See Iwakazu Takahashi, “The Development of Competition Law for the Last 15 Years in Japan: Progress or Setback?”, in Roger Zach, Andreas Heinemann & Andreas Kellerhals (eds.), *The Development of Competition: Global Perspectives*, Edward Elgar, 2010, pp. 87—108, pp. 96—97.

[95] See Frank P. Maier-Rigaud, “Article 82 Rebates: Four Common Fallacies”, 2 *European Competition Journal* 85 (2006).

[96] See Erik Johansen, “I Say Antitrust; You Say Anticompetitive: Why Bridging the Divide between U. S. and EU Competition Policy Makes Economic Sense”, 24 *Penn State International Law Review* 331 (2005).

[97] See Kristoffel Grechenig & Martin Gelte, “The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism”, 31 *Hastings International and Comparative Law Review* 295 (2008).

[98] See Denis Waelbroeck, “Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies”, 1 *Journal of Competition Law and Economics* 149 (2005).

[99] Ekaterina Rouseeva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing Ltd., 2010, p. 173.

首要关心的——尽管也会在不同时间段内有所起伏，是效率，并表现为消费者福利(或者反过来)。它所支持的是将竞争看成是一个过程，能够带来更大的效率，为我们消费者提供种类更多并且更物美价廉的产品……秩序自由主义模式(ordoliberal approach)则相反，其动机主要是关心市场秩序和结构，当然，它最终也会关注消费者，但是会假定消费者能从竞争互动之中获益，只要市场结构是有秩序的。竞争被视为一种制度，其最高的关注在于是否会损害到通过竞争对手的相关地位表现出来的市场结构。而竞争政策则是为了保证这种结构，通过保证竞争对手的经济自由的方式”。^[100]

不过更有意思的是，同为大陆法系的日本和韩国，在 Intel 案上的独特之处更反映了其法律制度、研究和实践中的其他问题。与欧盟不同，日本和韩国的视野局限于考察 Intel 的日本和韩国子公司，侧重于其国内市场，这和欧盟根据全球市场来判断不同。JFTC 只考察日本子公司，显然在对企业间关系的控制问题上存在着理解和考察不足，而 KFTC 虽然考虑了 Intel 母公司，但处罚则是根据其韩国市场营业额作出的。这些反映了反垄断法的地域和行政(属地管辖)特色。^[101] 在某种意义上来说，这存在着将反垄断法变成国内产业保护法的嫌疑。另外的不同则是，日本的行政指导较为柔性，某种意义上效果可能更妥当，但却反映了执法者的信心不足。不过，这些罚款主体和数额的分歧，受制于各国法律，标准极不统一，可能更为底层的原因是对基于公益中的惩罚和“威慑”(deterrence)、“服从”(compliance)需要和基于私益的赔偿的原理及其区分的理解不足^[102]，以及对市场中的损失的认定能力不足。不过，更有意思的是，有站在 AMD 立场上的经济学家测算，在 1996—2006 年间，Intel 的垄断利润为 800 亿，显然，这些处罚数额和这一分析之间存在着巨大差距，即使欧盟按照最高法律标准执法，所测算的数额也不过 200 亿而已。^[103]

四、美国

大西洋两岸的反垄断法毫无疑问存在着一些层面上的趋同，执法机构间还组建了协调机制(NTA, 新跨大西洋议程, 1995 年)，但在许多方面仍然是分化

[100] Philip Marsden, "Exclusionary Abuses and the Justice of 'Competition on the Merits'", in Ioannis Lianos & Ioannis Kokkoris (eds.), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, Kluwer Law International, 2010, pp. 414—415.

[101] 韩国在考察相关市场的地理范围的时候，将其界定为本国市场，但并未考虑外来进口产品，诸如 HP 通过 OEM 生产的产品，因此实际上将本国市场变成本国主要经营者标准。

[102] See Wouter P. J. Wils, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, 2008, pp. 49—67.

[103] See Russell Zimmerer, "Antitrust Issues in the European Union: Intel", 42 *The International Lawyer* 1199 (2008).

的。FTC 主席 Kovacic 指出,双方分化的离心力在于美国保护竞争,知识上受到芝加哥学派的影响,而欧盟则倾向于保护竞争者,经济哲学上采用秩序—自由主义。同时,双方规制机构得到的授权程度不同,而执法分别采用对抗式或行政式;对经济条件假定不同,尤其资本市场发达程度不同影响着对创业者失败的态度不同;在执法者的人力资本上,美国更加分散,在反垄断法实施中有大量的非政府部门参与。就具体法律问题而言,“引人注目的差异是如何对待垄断企业的行为。总体而言,和美国法律体系相比,欧盟的学说和政策对垄断企业的限制更大”。^[104] 这直接表现在第 82 条的实施上,尤其表现在单一企业行为,包括本文所讨论的返利/折扣以及相关的捆绑销售、独家交易等方面。2008 年,美国司法部反垄断局公布了《谢尔曼法》第 2 条报告,界定了其对《谢尔曼法》的具体实施标准,和欧盟对第 82 条的指南类似,但表现出双方的思维差异。在技术细节上,双方的不同在于:第一,美国标准采用利益平衡测试(行为损害显著超过施加责任或限制所获得的收益),而欧盟则采用行为效率应当超过反竞争效果的标准,前者是基于芝加哥学派提出的将司法执法错误成本考虑在内的标准,后者仍然是传统的公共利益标准;第二,美国确立了安全港规则,防止出现“错杀一个”的裁判错误,而欧盟更倾向于防止“漏网之鱼”,采用多重标准;第三,美国认为基于技术产生的搭售是可以接受的,而欧盟则认为是有问题的;第四,美国对无条件拒绝交易持宽容态度,而欧盟则需要根据具体情况说明理由;第五,美国强调了对单一企业的排他竞争行为的救济标准,而欧盟没有。^[105]

不过,纵向来看,今天全世界的反垄断法解决经济民主问题的模式都因为二战而来源于美国,其历史最长,实施最久,并且力度曾经最大,理论最成型和发达,输出最多,因此,几乎所有类似的不同尝试和探索都可以追溯到美国的司法实践。与 Intel 在欧盟遭到处罚的案例相类似的案例,即具有市场优势地位的经营者采用捆绑式忠诚返利的营销或市场政策,被认为构成对垄断地位的维持,最早也来源于美国。

忠诚折扣涉及价格竞争,这并不属于新鲜问题。从制度实践上看,定价政策的审查,通常主要适用掠夺性定价,尽管有些地方法院和 FTC 会认为需要考察其他情形,但联邦最高法院在 1993 年的 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 一案中明确重申《谢尔曼法》第 2 条只适用于低于成本的竞争。该案被视为一个标志性判例。2007 年的 *Weyhaeuser Co. v. Ross-Simmons*

[104] William E. Kovacic, “Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence in the Future Treatment of Dominant Firms”, 4 *Competition Law International* 8, 11 (2008).

[105] See Alden F. Abbott, “A Tale of Two Cities: Brussels, Washington, and Assessment of Unilateral Conduct”, 56 *Antitrust Bulletin* 103, 129—131 (2011).

Hardwood Lumber Co., 以及 2009 年的 *Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc.* 中, 均确认了这一规则。^[106] 但新的问题在于, Intel 案件涉及忠诚和捆绑折扣, 这就产生了执法机关和研究者之间的困惑。在捆绑折扣销售上, 前文所述的 2002 年的 *LePage's Inc. v. 3M, Minnesota Mining and Manufacturing Co.* 是其中的典型错误代表, 该案遭到美国学界的猛烈批评, 例如 Patrick Greenlee and David Reitman^[107]、Daniel L. Rubinfeld^[108]、David Balto^[109]、James A. Keyte^[110]、David Meyer^[111] 等学者, 当然也有少数赞成的^[112]。作为最具有理论研究推动司法实践特性的法律部门之一, 在学界的反对下, *Cascade Health Solutions v. PeaceHealth* 一案中, 第九巡回法院进行了纠正, 回到了成本为基础的采用掠夺性定价方式考察的框架。近年来的标志性判例则是第九巡回法院 2010 年的 *Allied Orthopedic Appliances, Inc. v. Tyco Health Care Group, LP* 一案, 该案直接驳回了没有显示价格证据的市场份额折扣构成垄断和垄断维持的指控。^[113] 因此, 围绕着忠诚折扣的两个不同层面, 掠夺性定价和捆绑定价均已经有了较为明确的司法规则。这种较为迅速的进化速度, 是通过裁判和学术研究之间的试错, 判例—解释—批评—检讨—理性化的互动过程完成的。这是美国反垄断法发展的主要进化力量, 如同前总检察长 Pate 所说, “捆绑和忠诚折扣领域是单一企业行为中的最模糊地带。和其他领域一样, 随着法院不断地对经济学的学习, 以及通过持续不断的裁判之间的对话, 会变得清晰起来”。^[114]

不过, 定价和捆绑的相对清晰, 并不代表 Intel 案件中的经营者具有垄断地位, 纵向的、捆绑式 (OEM 生产)、忠诚折扣情形就会得到一致的看法。在面

[106] See Herbert Hovenkamp, “The Federal Trade Commission and the Sherman Act”, 62 *Florida Law Review* 871, 886 (2010).

[107] See Greenlee & Reitman, “Distinguishing Competitive and Exclusionary Uses of Loyalty Discounts”, *supra* note [44].

[108] See Daniel L. Rubinfeld, “3M's Bundled Rebates: An Economic Perspective”, 72 *The University of Chicago Law Review* 243 (2005).

[109] See David Balto, “LePage's v. 3M”, *National Law Journal*, Aug. 11, 2003.

[110] See James A. Keyte, “LePage's v. 3M—More Questions Than Answers for the Lawful ‘Monopolist’”, 17 *Antitrust* 25 (2003).

[111] See David Meyer, “LePage's II: The En Banc Third Circuit Revisits 3M's Bundled Discounts and Sees Unlawful ‘Exclusion’ Instead of Above-Cost Pricing”, *Antitrust Source*, July 2003.

[112] See Mark R. Patterson, “The Sacrifice of Profits in Non-Price Predation”, 18 *Antitrust* 37 (2003). See also Roy T. Englert, Jr., “Defending the Result in *LePage's v. 3M*: A Response to Other Commentators”, 50 *The Antitrust Bulletin* 481 (2005).

[113] See Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, *supra* note [37], p. 403.

[114] R. H. Pate, “The Common Law Approach and Improving Standards for Analysis Single Firm Conduct”, quoted from Ahlborn & Bailey, “Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison”, *supra* note [36], p. 102.

欧盟乃至大陆法系不同裁量视角的对立中,结合 FTC 对 Intel 的指控,美国学界,也包括执法机关,进一步产生了对这一制度的反思和探讨,围绕着这一主题出现了诸多文献,甚至均大幅度修订教科书增加关于返利的分析。这些争论,其分歧可以总结为三个方面:第一,忠诚折扣,尤其是垄断企业的折扣行为,是否应当适用掠夺性定价,还是应当适用其他制度或标准,这实际上是指是否需要将折扣行为看成是单独的新现象加以调整,或者仅仅是归入反垄断法内的哪一个传统制度问题。其延伸的另外一个问题是,采用何种标准区分竞争性和垄断性的返利。第二,如 FTC 的起诉所主张中的,折扣行为是否属于《联邦贸易委员会法》第 5 条所规定的“不公平商业行为”,这实际上涉及对此类行为的考察究竟属于反垄断法还是反不正当竞争法的问题,以及美国反垄断法的发展方向。第三,具体到 Intel 案件,成本和市场等具体问题如何判断。

就第一个层面,涉及忠诚折扣的合法性,有三点共识:第一,在大多数情况或种类中,返利或折扣都是促进竞争的,即便是忠诚捆绑折扣,也是如此。分歧仅仅在于,如何区分正当合法的和反竞争的,以及如何认定和限制。第二,现有的经济分析理论都不足以具体、完整解释这一制度。第三,主要值得讨论的情形是,垄断企业在纵向关系中实施的,与网络外部性、高科技、知识产权纠缠在一起的,长期、回溯性、捆绑的忠诚折扣。

比较保守的看法是所有的忠诚折扣都应当是合法的,主要以芝加哥学派为代表,理由有二:(1)理论上并没有确切证明返利存在着排他效应,除非在极其严格的情况下,企业可以采用歧视性政策,并且存在着较大的固定成本来实现这一能力^[115];(2)模糊法律本身的错误执行成本(这是芝加哥学派的典型代表观点)。由于难以明确行为的竞争性与否,存在着正向和负向社会成本的制裁,如果法律不能确定负向必然大于正向,与其限制不如放开。^[116]法律难以确定产品成本,比如 Posner 认为,纵向限制是一个非常困难的法律判断,究竟是采用长期边际成本、平均可变成本还是短期边际成本等均难以操作和判断,而花费如此大的精力所获得的社会收益太小。^[117]因此,由前述观念框架决定,即便将捆绑忠诚折扣按照捆绑销售来对待,尽管理论上可能会对需求造成一定的成本,但禁止此类行为并不会超过放松的社会成本。还有学者采用了实验方式检验这一结论。^[118]有学者认为法院和陪审团的能力是二次猜测,因此高于成

保守:
偏原
始经
济自
由与
自由
权利

[115] See D. Spector, "Loyalty Rebates: An Assessment of Competitive Concerns and a Proposed Structured Rule of Reason", 1 *Competition Policy International* 89 (2005).

[116] See Frank H. Easterbrook, "The Limits of Antitrust", 63 *Texas Law Review* 63 (1984).

[117] See Richard A. Posner, "Vertical Restraints and Antitrust Policy", 72 *The University of Chicago Law Review* 229, 240—241 (2005).

[118] See Timothy J. Muris & Vernon L. Smith, "Antitrust and Bundled Discounts: An Experimental Analysis", 75 *Antitrust Law Journal* 399 (2008).

本的捆绑折扣均应当合法,低于成本的,应当默认为合法的,如果不足以证明存在着反竞争效果超过其社会效率的,应当属于合法。^[119]同时,有学者针对捆绑销售进行了文献综述和考察,提出现有的研究不足以支持产生明确的标准和规则。^[120]也有观点重新考察了排他效应,认为排他捆绑,甚至掠夺性捆绑也可能增加福利,而且可以阻止套利。^[121]

比较激进的观点则肯定忠诚折扣会造成消费者福利损失或市场壁垒。最典型的对芝加哥学派的批评来自于 Devlin 和 Jacobs,他们反对 Easterbrook 及其追随者的过度执法错误成本一定(或者大多数情况下)会大于执法不足错误成本的假设,提出应当区分不同的案件种类而区别对待。而一味强调执法过度成本,采用合理规则,在特定竞争行为中,就可能会出现执法不足错误成本。比如企业合并、付款延迟上市协议、拒绝交易、掠夺性定价、纵向分销合同、一体化、捆绑销售中执法不足错误成本就容易高于执法过度错误成本。他们强调,虽然并不应当重新捡起本身违法原则,但在不同的情形下,两种制度成本是不同的,因此不应当一刀切。忠诚折扣,按照他们的观点,不应当采用合理原则和掠夺性定价的一般规则。^[122]

司法部学者认为采用折扣会产生买方的转换成本,从而造成市场封锁,产生反竞争效果。^[123]也有许多经济分析支持这一观点。^[124] Elhauge 的观点更靠近欧盟,他批评不应当适用掠夺性定价,即便是在高于边际成本上的折扣后价格竞争,也可能会造成对竞争对手的损害,具体理由包括:(1)有效率的竞争对手不会受到市场封锁的限制;(2)捆绑返利下竞争对手不一定存在着有效竞争;(3)即便是非同样有效率的竞争对手的存在也同样会限制和制约垄断者;(4)采用成本标准忽略了忠诚返利中的市场份额;(5)成本标准可能会导致寡头串谋;(6)成本标准会忽略中间买家与返利提供商之间的串谋;(7)成本难

[119] See John Thorne, "Discounted Bundling by Dominant Firms", 13 *George Mason Law Review* 339 (2005).

[120] See Bruce H. Kobayashi, "Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic Literature", 1 *Journal of Competition Law and Economics* 707 (2005).

[121] See J. Shahar Dillbary, "Predatory Bundling and the Exclusionary Standard", 67 *Washington & Lee Law Review* 1231 (2010).

[122] See Alan Devlin & Michael Jacobs, "Antitrust Error", 52 *William and Mary Law Review* 75 (2010).

[123] See Greenlee & Reitman, "Distinguishing Competitive and Exclusionary Uses of Loyalty Discounts", *supra* note [44].

[124] E. g. See Eric Rasmusen, J. Mark Ramseyer & John Wiley, "Naked Exclusion", 81 *American Economic Review* 1137 (1991); See also John Simpson & Abraham Wickelgren, "Naked Exclusion, Efficient Breach, and Downstream Competition", 97 *American Economic Review* 1305 (2007); Can Erutku, "Rebates as Incentives to Exclusivity", 39 *Canadian Journal of Economics* 477 (2006).

以测量；(8) 问题关键在于合同中设定的条件，而非价格。^[125] 他认为单一产品忠诚返利应当近似于独家交易，而捆绑忠诚返利则应当适用捆绑销售。^[126] 持有类似观点的学者也包括 Brennan。Brennan 认为，将捆绑忠诚返利归入掠夺性定价忽略了这一问题是在纵向关系之中的，捆绑忠诚返利应当属于封锁市场，该行为的核心判断标准，在消费者福利标准下，应当是捆绑是否提高了相邻市场（比如零售或分销市场）中的价格。他提出两步测试，“第一，是否返利销售政策涵盖了相邻市场中的较大份额；第二，按照返利价格，竞争对手必须支付多少才能取得相邻市场”。^[127] 而 Nicolas 则强调捆绑忠诚折扣应当组合掠夺性定价、封锁市场和价格歧视标准，指出异质产品的捆绑折扣，满足三个条件，即产生反垄断效果：第一，捆绑定价或所考察的产品价格，低于垄断企业采用包括可避免固定成本的增加成本（incremental cost）；第二，该价格同样低于竞争企业相同情形下的增加成本，表现在竞争企业减少竞争和降低消费者福利；第三，垄断企业在供应或忠诚合同外的定价高于合同内，反之亦然。^[128] 也有学者从举证责任分配和主观意图入手，提出在一般规则下，高于成本的行为应当允许，但如果原告或受害人能够证明存在着有针对性的排挤行为，则应当提供给原告救济，即当原告能够证明动机和目的的时候，成本要素可以忽略。这可以看成是欧盟和美国式的一种折中。^[129]

Lande 教授批评了 Hovenkamp 以及司法部反垄断局的观点，认为其作出论断的下列假设或前提缺乏实证数据，因而是靠不住的：(1) 大多数折扣行为是促进竞争的；(2) 市场份额或数量折扣有助于销售方作出长期产出规划；(3) 批评价格歧视的经济证据基本上等同于不存在；(4) 折扣类似于掠夺性定价，因此应当适用这一制度；(5) 经济模型显示反竞争的折扣情形非常复杂，常常基于非现实的假设。他提出：(1) 禁止所有的单独或共同试图取得垄断支配地位企业的“初始追溯回扣”（first dollar discounts）；(2) 将全部折扣来源分解，并按照该折扣方案计算出有助于其销售的边际单位成本，进而采用一般的掠夺性定价规则；(3) 已经公布的数量折扣如果适用于所有人应当属于合法，除非

[125] See Einer Elhauge, “How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting”, 5 *Journal of Competition Law & Economics* 189 (2009).

[126] See Einer Elhauge & Damien Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press, 2011, pp. 636—638.

[127] See Timothy J. Brennan, “Bundled Rebates as Exclusion Rather Than Predation”, 4 *Journal of Competition Law & Economics* 335 (2008).

[128] See Nicolas Economides, “Loyalty / Requirement Rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the Appropriate Liability Standard?”, 54 *Antitrust Bulletin* 259, 277 (2009).

[129] See Thomas A. Lambert, “Evaluating Bundled Discounts”, 89 *Minnesota Law Review* 1688 (2004).

违反一般掠夺性定价规则。^[130]

正统或主流看法以 Hovenkamp 为代表。其认为,既然属于价格竞争,应当适用掠夺性定价标准。针对 Posner 等成本难以确定的观点,他认为可以采用长期边际成本或平均成本;并且进一步提出应当将其他因素纳入考虑,包括:(1) 是否存在明显、重要的竞争对手。如果是,这种行为就应当明确地限制在掠夺性价格之上,只有折扣后的价格低于边际或平均可变成本,而且存在着实现可能性,才可以得出判断,竞争者可以由此取得或加强其垄断地位;如果不存在着明确的强有力竞争对手,应当首先判断是否构成“捆绑”,即消费者是否有不同选择来购买产品,如果构成捆绑,考察价格是否低于边际或平均可变成本,如果不存在低于成本的情形,适用假设的同等有效率竞争对手标准。(2) 是否该折扣或返利定价方案存在着规模或范围经济。(3) 是否存在竞争前或竞争性的免责理由,即产品和生产特性。总体上,法院应当采用比较克制的态度来处理此类纠纷。^[131] 欧盟学者也有同意 Hovenkamp 观点的,指出捆绑折扣并不特殊,应当以成本为基础,长期的多项打包折扣也不一定是反竞争的,“如果返利是高于成本的,不应当被看成是反竞争的”,并区分排斥竞争对手和掠夺定价,进而提出排斥竞争对手不一定导致消费者福利的下降,提出欧盟应当采用美国模式。^[132]

主流观点在立法改革过程中得到了反映。Muris 教授向国会设立的反垄断法现代化委员会 (Antitrust Modernization Commission, AMC) 建议,“首先计算按照供应/忠诚合同,并且所有折扣实现后,为该捆绑所支付的总收益。如果得到的总收益超过可变成本(可避免成本),则无责任,如果结果低于可避免成本,则应检查损失是否会得到合理补偿。只有损失不能合理补偿才产生反垄断法责任”。^[133] 这种观点体现在 AMC 的报告中,只有同时满足三个条件,才会产生反垄断法上的责任,“法院应当采用三要素标准来决定捆绑折扣或返利是否违反《谢尔曼法》第 2 条。为证明违反《谢尔曼法》第 2 条,应当要求原告证明下列要素(以及第 2 条所规定的其他要素):(1) 在将全部产品的所有折扣或返利按照来源与其竞争性产品对应后,被告出售该竞争产品低于所竞争产品的增加成本(incremental cost);(2) 被告有可能对其短期损失予以补偿;(3) 捆绑折扣或返利项目已经或有可能产生反竞争后果”。同时,该委员会提出了避免责

[130] Robert H. Lande, “Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?”, 2006 *Utah Law Review* 863 (2006).

[131] See Hovenkamp, “Discounts and Exclusion”, *supra* note [43].

[132] Vito Auricchio, “Discount Policies in US and EU Antitrust Enforcement Models: Protecting Competition, Competitors or Consumer Welfare?”, 3 *European Competition Journal* 373, 408 (2007).

[133] See also Timothy J. Muris & Vernon L. Smith, “Antitrust and Bundled Discounts: An Experimental Analysis”, 75 *Antitrust Law Journal* 399 (2008).

任的安全港规则,如果生产产品 A 的垄断者的有效定价高于产品 B 的平均可变成本,即不会产生反垄断法的责任。^[134] 此种方法也被称之为价格分布标准 (Price Allocation Test, PAT), 而引发了学术界的关注和讨论。^[135]

Hovenkamp 将反垄断法现代化委员会的这三个要件归纳为:(1) 折扣来源;(2) 补偿;(3) 反竞争效果。^[136] 但他进一步提出了更为实际的判断标准,作为改进方案:(1) 被告在市场中属于结构传导性的并且持续存在的垄断者(这等同于补偿),进入壁垒和规模经济均较为显著。(2) 被告没有非常明显的竞争对手,能够生产争议捆绑的所有产品。而在此类情形下,传统的掠夺性定价规则要求全部价格低于成本,Hovenkamp 的标准则认为这种捆绑并不会导致价格低于成本而损害所有竞争对手。(3) 被告的捆绑如果未能通过折扣来源检验,在销售的足够范围内,导致对竞争对手的实质损害(假定为原告),或者将其排挤出市场,或者提高其成本,由此被告得以在二级市场中提高价格。(4) 被告并不能证明存在明显的联合成本,或者范围经济,也不能证明每一捆绑单位的销售利润高于其组合的产品的分别销售利润,作为其捆绑行为的正当理由。

比较有意思的观点来自于 Crane。他认为,首先,应当采用安全港规则,这和主流观点类似,高于成本的一律合法。^[137] 同时,他提出了市场份额理论,并被 FTC 支持,即根据竞争对手的市场份额和返利所侵略的份额去判断是否构成排他。^[138] 这是一个极其简单的基于竞争者现有市场份额的产权规则,比如在 Intel 案件中,Intel 拥有 83% 的市场份额,那么在任何一个忠诚折扣合同中,不应当向下游主张超出 83% 采购份额的激励方案。对此 Hovenkamp 进行了回应和批评,这种将既有市场份额当成竞争者已经拥有的产权,进而判断其正当性的做法,效果可能适得其反,产生寡头合谋的可能性。^[139] 不仅如此,运用此类产权规则解决折扣问题,显然是固化了现有的市场结构而根本上排斥竞争,

[134] See Antitrust Modernization Commission, "Report and Recommendations 99", Apr. 2007, at <http://govinfo.library.unt.edu/amc>.

[135] See Lindsey Champlin, "Nathan Chubb, and Anthony D. Peluso, Two Watersheds: The New Case Law of Bundles, Rebates, and Class Certification", 17 *George Mason Law Review* 927 (2010).

[136] See Erik Hovenkamp & Herbert Hovenkamp, "Exclusionary Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission", 53 *Antitrust Bulletin* 517, 518 (2008).

[137] See Daniel A. Crane, "Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation", 72 *The University of Chicago Law Review* 27 (2005).

[138] Daniel A. Crane, "Mixed Bundling, Profit Sacrifice, and Consumer Welfare", 55 *Emory Law Journal* 423, 467, 481 (2006).

[139] See Herbert Hovenkamp, "Federal Trade Commission and the Sherman Act", 62 *Florida Law Review* 871, 888—893 (2010). See also Herbert Hovenkamp, "The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act", 90 *Boston University Law Review* 1611, 1651—1657 (2010).

同时,也会形成和鼓励“敲竹杠”行为。

第二个层面的争论,就 FTC 采用《联邦贸易委员会法》第 5 条规定的“不公平贸易行为”来针对 Intel 案件的扩大适用,学界更多是一片批评之声。显然,第 5 条所规定的行为类型要比第 2 条广泛得多^[140],其判断的核心标准是消费者选择而非社会福利,更多是交易相对方的权利,而非市场效率。FTC 在 Intel 案件中援引这一规则,显然是增加胜诉概率,降低证明成本的聪明举措。^[141] 不公平贸易行为制度给了 FTC 更多的授权,FTC 一直试图扩大其应用,但 20 世纪 70 年代以后这一做法受到了法院审查的很大限制,并且一直受到学界的批评。对这一现象的解释有不同的版本,但核心问题在于第 5 条更多是消费者权益保护而非反垄断制度。因此,FTC 在 Intel 中的尝试,也被普遍认为是向欧盟靠拢。^[142] 在此基础上,Hylton 教授甚至明确表示,FTC 采用不公平贸易行为的条文去打击 Intel,代表着美国式反垄断法的死亡,趋向于欧盟式的消费者权益或竞争者权利保护法。^[143] 但较为普遍的学界观点是,第 5 条并不能挽救 FTC,“尽管对 FTC 及第 5 条赋予的混乱权力存在普遍批评,委员会可以通过有节制的干预来纠正明显的市场扭曲……Intel 一案中的确存在着一些(属于第 5 条中的)行为,但是,很不幸,Intel 诉讼摘要中的内容并不能提供详细的法律分析,从而使得 FTC 未来的干预更加具有可预见性……委员会应当认识到,竞争损害只有厂商拥有市场支配力的时候才会存在……FTC 不应当执行普通法已经设定好的符合竞争法目的的激励和救济”。^[144]

最激烈的批评来自于 Crane 教授,他认为 FTC 按照第 5 条扩大执法,在该条的内容不够清晰,授权较大的情形下,构成了立法性执法。他甚至援引了 *Marbury v. Madison* 一案来说明这种机构之间的分权,进而批评 FTC 委员 Rosch 的各项理由:(1) 双寡头市场特性。Crane 批评 Rosch 的观点,后者提出双寡头市场并不应当遵循一般的理解,即反垄断法应当“保护竞争而非竞争者”。Intel 如果没有破坏竞争的话,并不违法,也并不能证明 AMD 的主张是对的。(2) Rosch 认为即便在尝试取得或维持垄断地位的时候,并没有提高价格,但是限制了消费者的多样选择,也可因此适用第 5 条。Crane 认为这种观点忽略

[140] *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 U. S. 392, 394 (1953).

[141] See Robert Lande, “*FTC v. Intel*: Applying the ‘Consumer Choice’ Framework to ‘Pure’ Section 5 Allegations”, 2 *The CPI Antitrust Journal* 1 (2010).

[142] See William Kovacic & Marc Winerman, “Competition Policy and Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act”, 76 *Antitrust Law Journal* 929, 930—933 (2010).

[143] See Keith Hylton, “Intel and the Death of U. S. Antitrust Law”, 2 *The CPI Antitrust Journal* 1 (2010).

[144] See Justin Whitesides, “The FTC’s Competition Policy after the Intel Settlement”, 9 *DePaul Business & Commercial Law Journal* 555 (2011).

了产品质量。(3) Rosch 认为法院对 FTC 的多元化经营者“垄断培养基”观点持有敌意,没有任何企业因为协同效应而被视为非法,但是第 5 条则可以对此类行为进行调整。Crane 认为法院并不排斥基于《谢尔曼法》第 2 条的垄断培养基观点,这并不能使《联邦贸易委员会》第 5 条扩大执法合理化。同时,如果原告不能有效证明被告存在着需要承担反垄断法的情形,FTC 并不具有机构上的优势地位。(4) Rosch 认为“目的”非常重要,而一些法院在适用《谢尔曼法》时对适用目的作为证据存在敌意。Crane 则认为如果合法性判断依赖于经营者的目的,FTC 还需要那么多的经济学家干什么呢? Crane 认为在第 5 条的适用上,FTC 在 Intel 案中违反了 6 大原则:(1) 不要在典型的《谢尔曼法》案件中援引第 5 条;(2) 不要在存在着立法空白的案件中援引第 5 条;(3) 不要在涉及欺诈或欺瞒的案件中援引第 5 条;(4) 不要在被告和消费者之间存在直接关系的案件中援引第 5 条(即不要将反垄断法和反不正当竞争法混淆);(5) 不要在新行为类型案件中援引第 5 条;(6) 不要在寻求不同寻常救济的案件中援引第 5 条。^[145]

第三个层面上的讨论虽然也有分歧,但主流学术观点是反对 FTC 在 Intel 一案中的适用法律和认定标准的,这又集中在几个方面^[146]:(1) 许多学者,包括 Intel,都反对采用“同等效率竞争对手”标准,认为这明显是简单粗暴对待 Intel 的思维模式;(2) FTC 借鉴欧盟判决,采用了“封锁”作为损害判断标准,但没有证明 AMD 遭到了封锁;(3) 没有考虑消费者从降价中获得的利益。比较激烈的批评,则认为 Intel 的以市场份额为基础的折扣是非常正常和合法的,没有造成消费者的损害。FTC 基于第 5 条的指控缺乏坚实基础,存在着程序和实体上的缺陷,“委员会的 Intel 指控,代表了其在反垄断法上的意图和结果的黑白颠倒”。^[147]

在这样的学术讨论之中,FTC 自己也在 Intel 案件上存在着分歧,Rosch 在 FTC 起诉 Intel 时提出异议意见,认为不应当将《谢尔曼法》第 2 条和《联邦贸易委员会法》第 5 条结合使用。他认为将两者结合,会损害对第 5 条的应用。^[148]学者则从法院可能判决的立场对 FTC 的起诉进行了分析,“如果 Intel 的欧洲商业行为在美国联邦法院审理,结果将不会像欧盟委员会判决违法那么确定……联邦最高法院在 Brooke Group 案中为分析类似 Intel 的返利政策开了一个口子,还需要判断 Intel 是否会长期获得垄断利润……法院可能还不会使用对被

[145] See Daniel A. Crane, *Predation Analysis and the FTC's Case Against Intel*, University of Michigan Law School, Empirical Legal Studies Center Working Paper, no. 10-014, 2010.

[146] See Daniel Crane, "Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints", 84 *Southern California Law Review* 605, 650—653 (2011).

[147] See Joshua D. Wright, "An Antitrust Analysis of the Federal Trade Commission's Complaint Against Intel", *George Mason Law & Economics Research Paper No. 10—27*.

[148] Coates, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, *supra* note [38], p. 73.

第 5 条商业影响不竞争的是:或商业影响的非商业影响的或行为不公、欺骗及非是。

告有利的 Brooke Group 案中的标准,而适用对原告有利的 LePage 的标准……如果法院使用 LePage 标准,Intel 将有很大可能不会因为有条件返利而违反反垄断法,因为 LePage 所设定的原告门槛比较低,是为了便于显示垄断者的返利行为应当是反竞争和伤害消费者权益的……至于 Intel 的赤裸限制,付款延迟上市 (pay-for-delay) 行为在美国法院,将会和欧盟法院类似,将几乎肯定是本身违法的”。^[149]

在上述美国法的背景下,FTC 和 Intel 的和解就非常容易理解了。这并不是单独的现象,在过去十年中,美国法院基于普通法审查而通过的《谢尔曼法》违法行为,与 FTC 的指控比例为 10:1。^[150] 而双方达成的和解,则被评论为 FTC 在第 5 条的实施上取得了扩张,至少是意图上的。^[151] 很显然,在美国法上,Intel 案件的执法者在面临着法院审查的情形下,对其指控理由和证据,并没有充分的信心,尤其是对《联邦贸易委员会法》第 5 条的援引和使用表现了这一点。对 Intel 而言,其要求推迟竞争对手产品上市等行为,也明显构成了排挤对手。和解也就是双方合乎逻辑的选择。尽管在很多学者看来,通过此类和解方式,FTC 实际上扩展了反垄断法的实施范围。至于纽约总检察长提出的商业贿赂的指控,可以从 Intel 的反应中看出,这种指控在美国法上几乎完全经不起推敲,因为如果不能证明损害了私益或公益,单独讨论贿赂行为是没有意义的。

五、中国

与欧盟、美国、日本和韩国不同,尽管 Intel 的纵向下游合同涉及联想和宏碁两家中国公司,但该案在中国大陆和台湾地区波澜不惊。这一情形,也反映了中国反垄断法在理论、立法和实践层面的特点。

中国的反垄断法理论处在起步阶段。受制于较为薄弱的理论研究,以及并不纯正的大陆法系特色,整个制度带有更强的行政、规制色彩,而非独立、专业的基于“经济—社会”的法律理论构建的真正“第三法域”。^[152] 中国反垄断法的制定,尽管从 1994 年就开始酝酿,但直到加入 WTO 而废除了诸多贸易壁垒之后,才为预防市场中的企业权力过大或不当而出现。其中,和欧美的一个很大不同,在于其目的是通过反垄断法建立市场、限制政府权力、保护国家利益、

[149] See Paul Jones, “American Antitrust Jurisprudence Applied to *European Commission v. Intel*”, 7 *Brigham Young University International Law & Management Review* 52, 69 (2010).

[150] See Daniel A. Crane, “Technocracy and Antitrust”, 86 *Texas Law Review* 1159, 1207—1210 (2008).

[151] See John Graubert and Jesse Gurman, “The FTC/Intel Settlement: One Step Forward, One Step Back?”, 26 *Antitrust* 8 (2011).

[152] 参见邓峰:“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”,载《中国法学》2011年第1期。

减少收入分配差异^[153],这和反垄断法以及规制所应当具有的以消费者福利、社会效率和竞争本身作为至上目标有很大的不同,造成了与其他诸法域的理论依据、研究视角的不同。另外,由于理论研究受制于公民法框架,国家利益常常替代社会效率,知识路径上更多借助于侵权、消费者权益保护法等思想渊源,中国反垄断法更多倾向于消费者权益保护法,或者竞争者的私益保护法。一旦进入到较为陌生的反垄断法领域,法院和执法机关就会表现出这种理论思维上的制约,已有的一些案例也典型地表现出这些特色。^[154]

在立法层面,两个重要特点制约着中国反垄断法:首先,利益集团在部门主导的立法过程中作用更大,对法律规则的走向施加了诸多制约^[155];其次,在法条表述上更多借鉴欧盟模式,但是又缺乏欧盟独立执法机关以及基于判例而产生的延续和一致性执法。在实践层面,一分为三的规制机关,在知识积累、研究能力、执法目标和习惯上,都具有其一贯的传统色彩。这些总体上的中国反垄断法特点,在已有的诸多焦点案件和实践中都表现出来。Intel 案件也不例外,虽然表面上并未引发关注。

具体到 Intel 的返利行为,如欧盟的法律规定,归属于垄断经营者的滥用行为,中国《反垄断法》将其规定在第 17 条,各款分别规定了公平价格、掠夺性定价、拒绝交易、独家交易、搭售或捆绑交易、歧视性价格、兜底条款,规定都是非常粗疏而缺乏具体界定的。其中的公平价格、拒绝交易带有典型的欧盟色彩,而兜底条款则是非常典型的中国特色。同时,该条的表述和欧盟一样,并没有具体限制在竞争之上,而是强调行为滥用。在这种情况下,需要执法者将其归入反垄断法的价值、原则、目标、要件构成等一系列理论指导的框架才能具体得到应用。

假如将 Intel 案件置于中国反垄断法之下进行考察,将直接反映出立法表述上的缺陷。首先,该条中的市场支配地位是指能够“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”,这是非常严格的限定,在目前的执法模式下,各个机关之间的职责分工不够明确,相互间存在着冲突,而且执法机构缺乏调查和分析能力,几乎没有可能应用这样的标准去认定任何一家企业适用这一条款。其次,如果反垄断法的执法部门直接认定 Intel 符合上述市场支配地位的话,在行为上,只有搭售或独家

[153] See Yong Huang, "Pursuing the Second Best: The History, Momentum, and Remaining Issues of China's Anti-Monopoly Law", 75 *Antitrust Law Journal* 117, 121—124 (2008).

[154] 例如北京奇虎科技有限公司、北京三际无限网络科技有限公司与腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司、奇智软件(北京)有限公司不正当竞争纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2010)朝民初字第 37626 号判决书,北京市第二中级人民法院(2011)二中民终字第 12237 号民事判决书。

[155] See Yong Huang, "Pursuing the Second Best: The History, Momentum, and Remaining Issues of China's Anti-Monopoly Law", *supra* note [154], pp. 126—127.

交易、歧视性价格可以适用,而其中的例外情形的“正当理由”究竟何指并不明确。第三,更为关键的是,即便按照该条条文强行解释为应当适用于本案,反垄断法中的责任条款也是不清晰的,该条对应的法律责任条款规定在第47条,处罚包括没收“违法所得”和按照销售额进行1%—10%的罚款。以上述条文的表述,以及中国模式下的权力配置,在反垄断法颁布至今,尚无一例援引此条规则的执法案例。这已经明确地表现出了这一条文的可执行性极其之弱。

返利、折扣行为,在我国1993年颁布的《反不正当竞争法》中有相应规定,从立法表述上看,仅仅强调“入账”作为判断是否构成正当的依据,事实上是出于税收的目的而作出的规定,而非基于竞争、社会效率或消费者福利等方面的目标规定的,更不用说诸如市场结构、产业特性、产品特征等等方面的考量了。该法颁布已久,积累了诸多的执法实践,其中也涉及返利或折扣行为。但从法律调整领域来看,目前主要案例都集中于销售商和消费者之间的关系之上,部分涉及生产商和经销商之间,对生产商与生产商之间的关系毫无法律调整。这种产业链条的执法力度不同,更加关注产业链条中的终端链条的倾向,一方面是因为执法机关——工商管理机关作为消费者权益保护机关,在执法思维、习惯和能力上更受制于私法上的校正正义思维和视角,更侧重于权利保护而非权力制约,更熟悉当事人以明确的证据被动执法,而非基于主动商业行为调查而执法;另一方面,和其将市场秩序看得高于竞争本身的执法目标相关。

这种更加重视市场秩序而非竞争、效率和消费者福利的表现,在折扣行为的体现上,是执法实践上采用商业贿赂来进行行政处罚,并且随着竞争行为的复杂化,此类行为认定有扩大化甚至被滥用的趋势。就工商管理部门作为竞争执法机关之一的倾向而言,这一行为认定法律要件较少,具有相应的处罚权,因此在目前成为执法中的“筐”,此类实施对执法部门的约束较少。许多无法明确界定的行为都容易被认定为“商业贿赂”——如同NYAG的思维一样。现有的公开案例中直接指明“忠诚折扣”的案例,系河南省郑州工商局对中国某航空公司的“忠诚代理”制度的处罚。该公司在河南的市场占有率为60%—65%,2005年推出五级代理人制度,分别享受不同的销售待遇(包括机票种类和促销奖励),划分“受限航班”和“非受限航班”,同时采取了一系列的监控和惩罚性的强制措施,包括电话通知、化装调查、网络调查、黑屏屏蔽信息以及增加退票难度的方式,对不忠诚的代理人进行惩罚,河南省郑州市工商局以公用事业单位违反《反不正当竞争法》第6条予以行政处罚,要求停止违法行为,并处罚款20万元,同时基于商业贿赂,提出警告并责令改正。^[156] 本案发生在

[156] 郇展:“某航空公司分公司‘忠诚代理制’限制竞争案分析”,载《工商行政管理》2007年第14期。作者系国家工商总局直销监管局副局长。

2007年之前,工商部门将其解释为滥用市场支配地位,是现有案例中勉强可以算是比较接近 Intel 的情形。但是该案的处罚方式,更近似基于经济规制中的公共运营商(common carrier)义务而产生的,而非基于竞争的考量。

基于竞争考量的最近案例,是某外企通过各地汽车经销商的协助(如代为收集客户信息、电话沟通、打印合同、邮寄资料、办理抵押登记等),向购买该品牌汽车的客户提供购车贷款,对于成功获得公司贷款的客户,公司向该经销商支付应得利息收入4.5%的佣金作为其报酬。工商管理部门认为,该佣金并非劳动报酬,而是A公司为获得相对于其他放款主体(如银行等)更优的竞争地位、更多交易机会的商业贿赂。该案存在着许多争议点,其中:第一,关于佣金及其比例、支付等有明确书面合同;第二,支付的每笔佣金都以收到经销商开出的正式发票(内容为“手续费”或“服务费”等)为前提,并按此执行;第三,公司与经销商的合同中约定:经销商同意优先向购车客户推荐我公司的汽车贷款服务;公司批准并办理完结贷款手续,经销商才能获得佣金;贷款客户在贷款期限的前六个月内提前还款,经销商需向公司返还该笔佣金;经销商承诺,将其从公司取得佣金的20%支付给相关贷款车辆的销售人员(经销商的员工)作为奖励。上述第二、三两点可使经销商即使为A公司提供正常协助也不能获得佣金;因此,工商局认为此佣金非劳动报酬,而是为获得优先地位的商业贿赂。^[157]公司认为此佣金为一种附条件的劳动报酬,最起码也是未经法律界定的市场活动,不属于商业贿赂。如果严格适用现行法律规则的规定,该案的折扣情形属于明确入账的情形,因此,仅仅根据收入不确定就界定代理关系中的竞争目的不当,显然表现了执法部门的主观臆断和形式主义思维。

就商业贿赂而言,我国《反不正当竞争法》第8条规定了入账标准,国家工商总局在1996年又颁布了《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,其中第6条界定了折扣和返利,也采用了该标准。但实际上,执法领域和尺度之间存在许多模糊和任意,因此实际执法之中加入了诸多新的考量要素,而且,更多时候并非是基于竞争法而出发的;首先,对纵向的生产商和零售商之间的关系,在《零售商供应商公平交易管理办法》第10条中加入了合理对价标准,依照合同约定,为促进供应商特定品牌或特定品种商品的销售,零售商以提供印制海报、开展促销活动、广告宣传等相应服务为条件,可向供应商收取“促销服务费”,有时被称为“专场费”;之后,为了防止失控,又在《关于在柜台联营中收取对方商业赞助金宣传费广告费行为能否按商业贿赂定性问题的答复》中采用了对价实际发生标准,假借宣传费、广告费、商业赞助等名义,以合同、补充协议等形式公开收受和给付对方单位或个人除正常商品价款或服务费用以外的其他经济

[157] 张剑锋:“治理汽车金融领域商业贿赂探讨”,载《工商行政管理》2011年第19期。

利益,实际未发生宣传、广告等相应的具体商业行为,即构成商业贿赂。这些规定显然是一种形式主义的思路。其次,鉴于一概禁止的困难,确立了额度标准,《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第8条规定,“经营者在商品交易中不得向对方单位或者其个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。”但是,在实际上,这一尺度任意性比较大,“湖南省永州市金龙泉公司诉冷水滩工商分局工商行政管理局处罚案”中,双方约定,金辉公司向金龙泉公司交部分押金,由金龙泉为其配送冰柜用于展示金龙泉啤酒。金龙泉公司对于金辉公司销售啤酒予以一定的销售奖励,每销售4000件啤酒,便奖励一台冰柜,同时返还一台冰柜押金给金辉公司。工商机关认定给予冰柜的返利不属于赠送的小额广告礼品范畴,构成了商业贿赂。^[158] 在“扬州五台山医院不服扬州市工商行政管理局处罚案”中,五台山医院与医药公司签订的协议中约定医院每年从该公司购药不少于250万元,3年不少于750万元,该公司则对医院除让利购药款10%外,另赞助上海产别克轿车一辆。工商部门认为轿车超出了返利的合法范围。^[159] 综上,可以看出,真实交易对价及其大小传统直接规制价格的形式审查思维构成了商业贿赂和商业惯例之间的权衡视角。这种规制思路在各个规制机关之间是一致的,比如已经作废的《关于完善药品价格政策改进药品价格管理的通知》第4条,“药品生产经营企业销售药品的折扣率最高不超过药品价格的5%”,即为一典型例证。

但是,与规制机关扩大适用商业贿赂不同,在法院判决中,对返利条款侧重于采取支持或者回避审查的态度,尤其是在纵向关系中,几乎完全受制于合同自由而不予审查。在“北京宝特莱科技发展有限公司与河北三金网络科技有限公司”^[160]的纠纷中,法院认为双方之间所存在的销售返利约定并不违反国家法律和行政法规的强制性规定,应属有效,双方当事人均应履行各自的义务。相似情形同样发生在“奇异岛国际儿童用品(北京)有限公司与赵春霞特许经营合同纠纷上诉案”^[161]。法院采取回避的态度,也和当事人的期待相关。当事人不会基于竞争原因,对返利行为提出相关的诉讼请求,这种例子包括诸如“北京桑榆情老年服饰用品有限公司与夏丽华特许经营合同”的案件^[162]。即使

[158] “金龙泉公司诉湖南省永州市冷水滩区工商分局工商行政管理局处罚案”,http://www.lawyee.net/Case/Case_Hot_Display.asp?RID=179209。

[159] “扬州五台山医院不服扬州市工商行政管理局处罚案”,http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?RID=25563。

[160] “北京宝特莱科技发展有限公司与河北三金网络科技有限公司”,http://www.110.com/panli/panli_22958150.html。

[161] “奇异岛国际儿童用品(北京)有限公司与赵春霞特许经营合同纠纷上诉案”,<http://news.9ask.cn/flal/mfal/mssafal/201111/1569506.shtml>。

[162] “北京桑榆情老年服饰用品有限公司与夏丽华特许经营合同”,http://www.law-lib.com/cpws/cpws_view.asp?id=200401472365 >。

当事人提出抗辩,法院也常常回避此类诉讼请求,比如“紫昀依都服饰设计(北京)有限公司与蔡红特许经营权之间的纠纷案”^[163]、“杭州某实业有限公司诉某某超市股份有限公司买卖合同纠纷案”^[164]、“邓卉诉北京博美邦诚特许经营合同纠纷案”^[165]以及“刘维颖诉天才猫(北京)国际品牌管理顾问有限公司特许经营合同纠纷案”^[166]。法院在部分案例中还支持了返利的受让方享有对于返利的诉讼请求。

Intel 案在中国除了可能涉及工商行政管理部门执法的商业贿赂,还可能会涉及价格法下的发改委执法的掠夺性定价,尽管掠夺性定价在反垄断法中也有规定。但价格执法也是非常模糊和混乱的,在多年前的行业自律价不受规制之后,价格竞争伴随中国经济发展越来越变化和升级。但在现行制度下,价格执法并不必然纳入到反垄断法的分析框架下,从而导致掠夺性定价也带有规制和消费者权益或竞争者权益保护的色彩。《关于制止低价倾销行为的规定》就是一个典型例子。从过往实践来看,执法也并不是从竞争视角进行的,比如陕西省物价局对某超市超低价销售陕西正大公司普通鸡蛋的处罚,超市以比市场平均价每斤少了 1.41 元,并限制每人一次购买 15 个鸡蛋,被认定为“违规低价促销,扰乱市场价格秩序,引发众多群众抢购,扰乱人心,影响社会稳定,涉嫌低价倾销”。^[167] 这种明显荒唐的执法即便按照其自我制订的规则,也没有考虑成本问题。

即便考虑到成本,执法机关对成本的理解和竞争执法所需要的概念之间也相去甚远。比如被视为典型案例的啤酒倾销案。2007 年 5 月 9 日和 5 月 28 日某啤酒有限公司(以下简称 A 公司)两次向山东省某市物价局举报某啤酒有限公司(以下简称 B 公司)存在低价倾销行为,称:B 公司自 2006 年 11 月起采取赠酒、瓶盖投奖、累积奖励等多种方式低价倾销,抢占某市啤酒市场,损害了举报人的经济利益,要求调查处理。B 公司在经营过程中,雪花淡爽 12 度等品种啤酒的实际售价低于其进货成本。B 公司 2006 年亏损 976 万元,2007 年前 5 个月亏损 730 万元。山东省物价局认为构成低价倾销,并且不属于法定除外情节,同时满足三个要件:(1) 主观上具有排挤竞争对手,独占市场的目的。证据

[163] “紫昀依都服饰设计(北京)有限公司与蔡红特许经营权之间的纠纷案”,http://www.110.com/panli/panli_122963.html。

[164] “杭州某实业有限公司诉某某超市股份有限公司买卖合同纠纷案”,http://www.pku-law.cn/fulltext_form.aspx。

[165] “邓卉诉北京博美邦诚特许经营合同纠纷案件”,<http://cpws.flssw.com/info/6682951/>。

[166] “刘维颖诉天才猫(北京)国际品牌管理顾问有限公司特许经营合同纠纷案”,http://www.110.com/panli/panli_261031.html。

[167] “西安市物价局:家乐福小寨店涉价格欺诈被罚 10 万”,http://news.hsw.cn/2007-08/04/content_6465216.htm。

是在调查询问过程中, B 公司的工作人员对此表示承认并记录在案。(2) 客观表现为以低于个别成本的价格倾销商品。由于《关于制止低价倾销行为的规定》第 4 条和第 7 条分别使用了“经营成本”和“进货成本”两个概念, 究竟适用哪个条款测定企业的个别成本还存在争议。按经营成本计算, 个别成本应包括购进商品的进货成本和由经营费用、管理费用、财务费用构成的流通费用。据此, 该公司在经营过程中 8 个品种的啤酒实际折让率高于盈亏临界点的折让率, 导致上述产品扣除折让后的销售价格低于其经营成本。按进货成本计算: 该公司 5 个品种的啤酒实际折让率高于盈亏临界点的折让率, 导致其上述产品扣除折让后的销售价格低于其进货成本。因此, 无论如何计算, B 公司以低于个别成本的价格销售商品的事实是可以确定的。(3) 结果是损害国家利益或者其他经营者的合法权益。B 公司在过去两年中出现大面积亏损, 给国家税收造成了损害。同时, 由于其低价倾销, 直接影响到 A 公司的市场份额和盈利水平, 2006 年该公司 2 个品种出现亏损, 可以认定 B 公司损害了其他经营者的合法权益。^[168] 在很多所谓“掠夺性定价”的不正当竞争案例中, 发改委的基本态度是只要低于成本价所进行的销售就是低价倾销, 而成本是按照所谓生产价格或者经营价格计算的。

Intel 案件的情形, 除了上述竞争法的问题之外, 还可能有相反方向的法律问题, 即 OEM 生产方式下的知识产权保护, 而非竞争法中的权力制约。而这在当下的法院私法思维下, 更可能会构成正当的商业理由。鉴于本文的篇幅对这一问题无法进一步展开讨论, 简而言之, 包括: (1) 产权理由。即 Intel 通过 OEM 方式进行生产, 在目前中国的竞争法律制度不够充分发展的情形下, 更多构成了专利使用的扩展方式。在目前的知识产权与竞争法交叉领域的研究基础上, 国家工商总局有关知识产权方面的反垄断法执法草案, 虽然尚未正式执行, 但其中并不涉及对专利或知识产权扩展延伸使用的限制。(2) 市场营销策略。建立在销量基础上的回扣和返利, 在不违反税法 and 会计制度的情形下, 在竞争法上正常的商业营销模式和竞争模式可以作为抗辩理由, 如果能够证明此类返利在相同产业或相近产业之中均属于常见的销售模式, 那么可以作为合理的商业目的而存在。

OEM 生产方式, 在中国法律中基本上处于空白。其在实践中面临的主要问题是商标侵权。司法与行政机关对于此行为的态度并不完全一致。例如美国耐克公司对于浙江省嘉兴市银兴制衣厂等侵犯商标权纠纷案^[169]、佛山市泓

OEM: 定点生产, 代工, 品牌生产者不直接生产产品, 而是利用自己掌握的的关键的核心技术负责设计和开发新产品

[168] “山东某啤酒企业低价倾销案”, 载《河北价格监督检查》第 39 期, http://www.hebj.gov.cn/upfiles/xy_coll4jcfj_20071128171723626762.htm。

[169] “美国耐克公司对于浙江省嘉兴市银兴制衣厂等侵犯商标权纠纷案”, http://www.110.com/panli/panli_59657.html。

信公司不服广州海关行政处罚案^[170]、慈溪市永胜轴承有限公司与宁波瑞宝国际贸易有限公司侵犯商标纠纷案^[171]、金城集团有限公司与重庆蔚然科技发展有限公司侵犯商标权纠纷案^[172]等,法院都判决 OEM 行为侵犯了国内的商标权。当然也有例外,在义乌市聚宝日化有限公司诉义乌市工商行政管理局行政处罚案中,法院认为聚宝公司制造标注“De La Ritz”商标产品的行为仅限于生产领域,并未进入国内市场,不会造成相关公众的混淆和误认。^[173]

这种矛盾心态,在同一法院中也能看出端倪。北京市高级人民法院于2004年2月18日公布的《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》(京高法发[2004]48号)第13条规定,定牌加工商品不在中国境内销售,不可能造成相关公众的混淆、误认,不应当认定构成侵权。但该院于2006年3月7日重新颁布的《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》却删除了该条的规定,再次重申了承揽人应当对定作人是否享有注册商标专用权负有审查的注意义务。这种矛盾的根源来自于商标权更多地被看成是一种私人财产权,而将其与商品一市场相分离。比如学界针对商品界定以及商标侵权构成的争论就部分反映了这一点。^[174]因而,可以看到在中国的实践之中,对 OEM 的保护要大于限制,几乎没有案例表明法院考虑过 OEM 的限制竞争问题,此种生产模式在中国至少可以作为合理商业目的和理由存在。这些表现了立法和法院对商业实践的理解不足。

六、结论

Intel 一案所引发的波澜可谓涟漪不断:从日本式的柔性执法,到欧盟倾向于竞争者权利,再到韩国国内市场标准的裁判,进而到美国的扩大解释执法;从反垄断法到反不正当竞争法,从纵向合同到股东派生诉讼,这个丰富的故事背后,折射出的是,相同案情和事实,但是不一样的法律、经济和竞争哲学下的不同裁判和结果。尽管二战之后的美国确立的反垄断法模式被欧洲采用,但是在相近甚至相同的规则表述下,仍然表现出一种分化的趋势。

基于欧盟和美国反垄断法之间的差异,尤其是受到 Intel 等相关案件的启

[170] 王殊,“佛山鸿信贸易有限公司不服海关知识产权行政处罚复议诉讼案件引发的思考”,http://www.cupl.edu.cn/sites/msjffxy_xsw/info_content.jsp。

[171] “慈溪市永胜轴承有限公司与宁波瑞宝国际贸易有限公司侵犯商标纠纷案”,http://www.110.com/panli/panli_15783.html。

[172] “擅用商标陪50万元”,载《重庆晚报》2008年6月27日,http://www.cqwb.com.cn/cqwb/html/2008-06/27/content_90815.htm。

[173] 参见孙海龙、姚建军,“贴牌加工中的商标问题研究”,载《知识产权》2010年第5期。

[174] 参见上注。同时参见钱江:“涉外贴牌生产(OEM)与商标权侵权”,载《浙江工业大学学报(社会科学版)》2008年第12期。同时参见马一飞:“涉外OEM商标侵权的认定”,载《探索与争鸣》2011年第2期。

发,大西洋两岸的分歧得到了更多的关注。欧盟和美国的分歧,在规范的层面上,主要是是否区分低于成本的捆绑忠诚返利。尽管按照欧盟学者的辩护,在 Intel 的案例之中,欧盟也进行了成本的考察^[175],但正如前文所指出的那样,在法律规则的组成因素和分析框架之中,尽管欧盟适用的规则在名义上属于反垄断法,但实质上仅仅是主体一行为一动机标准。而在美国法院之中,一方面,折扣销售和客户忠诚度的培养的商业理由和重要性已经被大多数的企业实践所确认;另外一方面,自 20 世纪 70 年代以来,最高法院在竞争行为领域基本上放弃了本身违法原则,而更多地采用合理原则,会考虑更多的市场和组织因素。

强调差异的学术分析,更多关注两者执法不同背后的原因探讨。在方法上,Fox 教授指出,美国法和欧盟法均采用了经济分析,但美国法有三个不同:低价竞争采用掠夺性定价制度来解决,强调和支持产品变化和创新,允许拒绝交易。^[176]更为详细的对大西洋两岸分化执法的描述和分析是,“从这些判决中可以看出,不得不让人主张,欧盟竞争政策很难说是促进消费者利益,而是其他人的利益的。这尤其表现在欧盟创纪录的针对 Intel 使用忠诚折扣的 14.5 亿罚款之中。事实上,与之前所述相比,两者的差异更多是系统性。一般意义上来说,欧洲在单方不当行为的案件中,认定违反竞争法,持有更大的预设立场,相比之下,美国对待此类情形会有更多谨慎怀疑。从微观层面上来说,更大的区分体现在法律教条上。首先,欧洲的市场优势地位的概念要远远大于美国对市场支配力的界定。前者包括的一些诸如大小、纵向一体化以及范围等相关特点在美国法上并不相关,从而在认定优势地位上创造了非常低的市场份额标准。事实上,在欧盟法上市场份额低于 40% 也有判决认定构成了优势地位。相比之下,美国的标志性判决中,涉及 64% 的市场份额也会存在着严肃质疑。美国最高法院没有一个判决,当市场份额小于 75% 的时候,会被认定为具有市场支配力。事实上,美国法甚至认为即便是 100% 的市场份额也不必然等于市场支配力。相比之下,至少有一些理由相信,欧洲法将超过 90% 市场份额的经营者认定为‘超级优势’,因此就会施加更为严厉的行为限制。欧洲更广的优势地位定位产生显著的压制效果,导致其监督更多的单方行为。在美国,对市场产出无能力产生负面效果的行为可能在大西洋对岸遭到禁止。其次,构成违反《欧盟条约》第 82 条的要件要少于证明违反《谢尔曼法》第 2 条。在欧盟法上,要证明构成非法掠夺性定价,并不需要证明优势企业存在补偿其损失的危险可能——美国法上所要求对其他类似行为原因的预测性因素。垄断者使用

[175] See William E. Kovacic, “Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence in the Future Treatment of Dominant Firms”, *supra* note [104], p. 8.

[176] See Eleanor M. Fox, “Monopolization, Abuse of Dominance, and Indeterminacy of Economics: The U. S./ E. U. Divie”, 2006 *Utah Law Review* 725, 729—730 (2006).

忠诚折扣等于违反了欧盟法,但在美国不太可能会产生相同的法律后果。与此相类似,优势地位经营者对消费者采取排他性购买要求具有极大的危险可能违反欧盟竞争法。欧盟对产品捆绑要比美国的同类情形更为严格。第三,在协调行为领域,很多遭到审查的行为都被认定为违反了《欧盟条约》第 81 条,但并不等于违反《谢尔曼法》第 1 条。……总体来说,欧洲对其干预市场所产生的效果比市场自身调节有更大的信心。在不确定的案件中,这导致了大西洋两岸方式的不同。和欧洲相比,美国看上去会产生执行不足的错误。可能最为重要的区分,是施加给主导企业与其对手交易的法律义务,呈现出戏剧性的不对称。尽管在这一问题上存在着司法分歧,在美国法上,垄断者并不存在与其竞争者进行交易的义务。如果存在着最极端的情形,看上去也是局限于垄断企业在合作终止之后需要延长的时候停止向竞争对手供货的情形。然而,施加给优势企业交易义务的情形,在欧洲稳定地增长,在最近的一些案例中这一教条得到了更多延伸”。^[177] 这种对双方法律及其执法的实证分析是非常全面和深刻的。当然,也有试图统一大西洋两岸分歧立场的学者提出,具体到类似 Intel 案件的情形,此类忠诚折扣可以统一在一个框架下:实质性封锁市场^[178],但这远非主流意见。

相比之下,中国的情形构成了一种有趣的例外。中国的立法规则更多是借鉴欧盟的,而没有在立法的时候直接借鉴更加原初和发展充分的美国式规则,不过这可以看成是一种立法表述的简化方案,毕竟看上去杂乱的诸如《谢尔曼法》《克莱顿法》等美国规则,并不那么容易复制。但是,在表象背后,法律的实施路径却完全不同。

出于“大陆法系”的分工,中国的反垄断法在这个特定的时候更多自我定位为行政规制,而缺乏美国、欧盟式的独立、准司法的专业性。^[179] 中国的行政规制机关更多强调竞争秩序,更多看重竞争者、消费者的权利。在看重竞争秩序上,反垄断法执法思维更靠近 NYAG 的思路,尽管在专业性和独立性上和 NYAG 相比也可能会有所欠缺;在看重竞争者和消费者权利层面上,并不严格区分反垄断法和反不正当竞争法,这和欧盟执法也有神似之处。这些特点表现出中国法沿袭了大陆法的对行政权力约束不足的特点。^[180] 不过,值得非常注

[177] Alan Devlin & Michael Jacobs, “Antitrust Divergence and the Limits of Economics”, 104 *Northwestern University Law Review* 253, 268—270 (2010).

[178] See Crane, “Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints”, *supra* note [147], p. 607.

[179] 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审查案为例”,同前注[153]。

[180] See John H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 1969, p. 116. See also Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, “Legal Origins”, 117 *Quarterly Journal of Economics* 1193 (2002). See also Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, “The Economic Consequences of Legal Origins”, 46 *Journal of Economic Literature* 285 (2008).

意的是,相比之下,法院更乐于采用合同自由去解释纵向关系中的竞争关系,而采取自由放任(*laissez faire*)的态度。这部分是由于法学传统中更多继承了自由资本主义时期的思维定式的原因^[181],也有部分原因来自于在高度规制下的一种职业群体意识形态的“反动”。

如果仅仅从 Intel 一个案件来看,各个不同法域之间的执法分歧表明,单一企业行为的垄断行为仍然是反垄断法最需要进化的领域,甚至某种程度上目前是一种分化的局面。^[182] 在近似甚至相同法律规则的背后,欧盟、韩国和日本的经济哲学是秩序—自由主义的,而美国法律的经济哲学则是新古典主义—后新古典主义基础上的,而中国法的窘困,包括中国台湾地区对此的无动于衷,除了司法能力上的制约之外,可能更多是自由放任主义的哲学基础造成的。而在三权分立的层面上,在法院对政府行为的审查上,不同法域的差异也是非常明显的。美国法院对规制机关的审查是最为严格的,分权也是最充分的,而其他法域则并不乐观,这既反映了法律专业程度的不同,也表现了在具体案件中执法是否以及多大程度上受到政治因素的干扰。^[183]

行政和司法机关在中国遵循不同哲学,行政机关更倾向于现代欧盟的秩序—自由主义,而法院更恪守 19 世纪法律哲学中的放任主义的特点,反映了中国竞争法的现实,但是,Intel 案件在中国的沉寂,显然不能简单地用法律体系运作的内在逻辑来解释,而带有某种政治执法的色彩。通过可口可乐案件的严格审查,和 Intel 案件的悄然无息,结合更多的现实案例,可以看出,中国的反垄断法执法更多体现出就事论事(*ad hoc*)的风格,而导致执法机关在遵循法律应有的内在逻辑时,缺乏系统和一贯性。对中国的反垄断法而言,Intel 案再次验证了“徒法不足以自行”的古训。

(初审编辑:夏戴乐)

[181] 类似的情形在美国法上也经历过。See Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, Yale University Press, 1977, pp. 62—63. 中国法上的知识依赖,参见邓峰:“清末变法的法律经济学解释”,载《中外法学》2009 年第 2 期。

[182] See William S. Comanor, “Is There a Consensus on the Antitrust Treatment of Single-Firm Conduct?”, 2008 *Wisconsin Law Review* 387 (2008).

[183] See James C. Cooper & William E. Kovacic, “U. S. Convergence with International Competition Norms: Antitrust Law and Public Restraints on Competition”, 90 *Boston University Law Review* 1555 (2010).