

价格歧视行为的客观表现探究

——从中国电信反垄断案说起*

叶高芬

【提要】价格歧视行为通常表现为经营者就相同商品对条件相同的交易相对方实行不同的交易价格。其交易相对方应包括最终消费者,但对同一交易相对方实施的差异价格不构成价格歧视。在具体认定时,交易条件应考虑交货时间、交货地点、购买数量和付款条件等因素。判断“相同产品”的基本标准是产品在性能和功能上具有相同性,有微小差异的产品原则上应视为相同产品。

【关键词】价格歧视 相同交易条件 相同产品 不同价格

〔中图分类号〕DF41 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2012)01-0087-05

一、问题的提出

2011年11月9日,我国中央电视台在午间《新闻30分》披露了国家发改委正在对中国电信和中国联通在互联网接入市场上的“价格歧视”^①等垄断行为展开调查。如调查属实,两家公司或将面临数十亿元的罚款。这是自我国《反垄断法》颁布实施以来,第一次针对垄断央企发起的反垄断调查。媒体指出,这场颇具震撼性的调查行动直接缘起于2010年8月因中国电信重磅清理“穿透流量”接入而造成的大规模断网事件。^②

据称,在中国互联网的ISP(因特网服务提供商)业务中,中国电信和中国联通的市场份额达到90.57%份额,也即是说,中国目前的互联网宽带接入市场基本上是一个由中国电信和联通两大运营商双垄断的格局。^③中国电信将高带宽接入用户(45M以上)分为两类,并实施差异巨大的结算价格:第一类用户的费用一般高达100万元/G/月,第二类用户的费用则一般只有25万至42万元/G/月,有的甚至低至10万元/G/月。^④由此,中国电信涉嫌滥用市场支配地位实施违法价格歧视行为,以增加竞争对手的带宽接入成本,遏制竞争对手的有效竞争,从而稳固自身在宽带接入市场上的垄断地位。

在反垄断法的语境下,价格歧视是指企业在提供或购买相同产品时,没有成本等方面的理由,对不同的交易相对方索要或支付不同价格的行为。企业为实现利润最大化,经常采取价格歧视等策略进行个性化营销。在现实经济活

动中,价格歧视比比皆是,例如超市里的“会员价”、铁路部门推出的“学生票”。价格歧视行为原属企业的意思自治范畴。但价格歧视具有多元性,它不仅成为企业赢得市场优势、攫取更多利润的竞争手段,也可能成为具有市场优势地位的企业滥用其市场地位、排挤竞争对手的反竞争手段。^⑤所以,市场力量较大的企业,例如中国电信实施的价格歧视行为尤其受到关注。

* 本文系国家社科基金《反垄断法实施制度的优化研究》(编号11BFX055)的阶段性成果之一,课题主持人为浙江理工大学法学院王健教授。

① 价格歧视一词源自“price discrimination”的翻译,应作为中性词理解。价格方面的差别待遇通常被称为“价格歧视”。

② 参见《价格歧视致千万用户上网困难 电信联通首次被反垄断调查》,《法制日报》2011年11月10日。

③ 根据网宿科技发布的《2010年第四季度网宿互联网报告》,中国60%的宽带接入用户、65%的内容资源、62%的国际出口带宽集中在中国电信,网间互联总流量中有83%流经中国电信网络。

④ “中国电信为何遭遇反垄断调查?”,见http://dz.jckh.cn/www/pages/webpage2009/html/2011-11/11/content_35484.htm?div=-1,访问时间2012年11月15日。

⑤ Daniel J. and, Robert T., The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation? (July 30, 2008). Minnesota Legal Studies Research Paper No. 08-21.

国际上已有不少案例佐证了反垄断法在价格歧视方面强大的干预力度。如2009年的Intel案中,欧盟委员会依据欧盟反垄断法规向Intel公司课以10.6亿欧元的巨额罚款,并要求Intel公司立即停止价格歧视等违法行为。我国2007年颁布的《中华人民共和国反垄断法》第17条对价格歧视做了规制,该条第6款规定:禁止具有市场支配地位的经营者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。此外,国家发改委2009年发布的《反价格垄断规定》第16条也明确指出,具有市场支配地位的经营者没有正当理由,不得对条件相同的交易相对人在交易价格上实行差别待遇。但是,不难发现,这些规定还比较笼统。竞争执法机关过去三年的竞争执法实践也表明,我国鲜有对违法价格歧视进行规制的成功案例。2008年重庆西部破产清算公司诉建行案、2009年李方平诉网通公司案和2009年周泽诉移动公司案,虽然和Intel欧盟案一样具有“价格歧视”案由,但或以调解结案,或以驳回起诉结案。^①笔者曾经走访天津物价局等基层执法机关,得到的调研意见是执法人员对“如何辨析、认定违法价格歧视行为”感到困难。

实际上,对违法价格歧视行为的认定需要从行为主体的市场力量、客观表现、后果要件、抗辩理由等诸多方面考量。限于篇幅,本文仅从其客观表现方面提出探讨意见。

二、交易相对方的界定

简而言之,价格歧视即就相同商品对同等客户实行差异价格。这里的客户即价格歧视的行为对象,又称交易相对方。界定交易相对方时,应注意以下两个问题:

(一) 包括最终消费者

价格歧视的行为对象仅仅指经营者^②还是也包括最终消费者呢?关于这一问题,各国立法不一致,大致有两种情形:一是在立法中明确规定价格歧视行为对象只包括经营者,如德国、日本和法国;二是在立法中将价格歧视的行为对象模糊、笼统地规定为买者、购买者、交易对象或交易相对人,如美国、欧盟和韩国。

我国现有立法关于价格歧视对象的规定并不一致,但从立法趋势看,我国的作法向上述第二种情形逐渐靠拢。《价格法》将价格歧视的对象规定为“具有同等交易条件的其他经营者”;国家发改委2003年颁布的《制止价格垄断行为暂行规定》规定价格歧视行为的对象是“条件相同的交易对象”;《反垄断法》和《反价格垄断规定》则都将价格歧视行为对象规定为“条件相同的交易相对人”。其中,“交易对象”或“交易相对人”的提法显示对价格歧视行为对象的范畴在逐渐拓宽。

理论界对于价格歧视的行为对象是否包括最终消费者也存在争议。有学者坚持将最终消费者纳入价格歧视法律制度保护对象。他们认为,在实际生活中,经营者面向最终消费者实施的价格歧视行为比比皆是,将最终消费者排除于价格歧视法律制度的保护对象之外将造成对消费者主权的侵害。^③但持异议学者认为,价格歧视对最终消费者的经济福利之影响较间接,反垄断法是从培育价格竞争机制、防止垄断的角度出发的,所以应将价格歧视法律制度的保护对象限定为经营者。本文认为,最终消费者应该被列为价格歧视法律制度保护对象,理由如下:

1. 以最终消费者为对象的价格歧视有可能损害竞争诚然,反垄断法最重要的主旨是维护竞争秩序,但是,有可能损害竞争的价格歧视行为并不仅仅限于针对经营者实施的行为,许多以最终消费者为对象的价格歧视行为也可能对竞争秩序造成损害。例如,在地区性价格歧视行为中,涉案企业在一个地理区域的定价低于在其它地理区域的定价,这种低价策略往往针对该地区的所有买主,包括经营者和最终消费者,其目的是排挤竞争对手、蚕食市场份额。再如,忠实折扣和捆绑折扣这些价格歧视行为的直接对象往往是最终消费者,但是涉案企业锁定顾客的真正目的在于排除市场上的有效竞争、阻止新的市场进入,从而图谋垄断地位。

2. 保护消费者利益是反垄断法的立法目的之一

维护竞争是从经营者相互关系的角度来维护竞争市场的活力,而保护消费者利益则从最终消费者与经营者关系的角度来维护市场的健康,二者应被看作是同一问题的两个方面,是并列的关系。^④因此,消费者利益与反垄断法目的之间的关系可以成为一个基本的判断标准。我国《反垄断法》第1条也将消费者利益与市场公平竞争、经济运行效率及社会公共利益做了并列规定。这说明,反垄断法的宗旨之一是保护消费者的利益,包括最终消费者的利益。

^① 参见叶高芬《中国竞争法律与政策实施的现状与发展——滥用市场支配地位的反垄断规制》,中国世界贸易组织研究会竞争政策与法律专业委员会主编《中国竞争法律与政策研究报告2010年》,法律出版社2010年版,第140~141页。

^② 经营者在本质上属于经营性消费者,因为在贯穿生产、分配、交换与消费各环节的经济生活里,本级市场上的经营者往往就是上游市场的消费者,只不过经营者是以商业经营、经济活动为消费目的的,而最终消费者是以生活消费为目的。

^③ 参见赖秀兰《消费者应当成为价格歧视法律制度的保护对象》,《贵州社会科学》2005年第1期。

^④ 参见史际春《公用事业引入竞争机制与“反垄断法”》,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155页。

概言之，对价格歧视行为的分析，应该揭开价格歧视行为对象的面纱，不论价格歧视行为本身针对的对象是经营者还是最终消费者，只要行为的目标是排挤竞争对手、排除竞争、最终损害消费者利益，就应该将其纳入反垄断法规制的范畴。执法机关进行干预的关键应在于判断价格歧视行为是否可能危害到竞争秩序和消费者利益，而不在于究竟对谁实施了价格歧视行为。应该说，我国反垄断法将价格歧视行为的对象笼统规定为“交易相对人”的作法是很可取的，既可以为将来法律的解释和运用留下余地，也便于与国际作法充分接轨。

（二）不包括“同一”交易相对方

笔者曾经在淘宝网的同一家网店重复购买相同商品，第一次购买时享受优惠价，但是再次购买时却被告知由于不是新会员所以不能再享受优惠价。日常生活中，我们也可能因购买不同数量的商品，需要向商家支付不同的单价，这些经济现象都说明，针对同一交易相对方也有可能实施经济学意义上的价格歧视。

但是，在法学范畴内分析价格歧视行为时，我们应该只关注不同的交易相对方之间存在的价格差异。也即是说，企业针对同一交易相对方实施的价格歧视一般不会被认定为违法，这是因为对同一交易相对方实施的价格歧视，通常不会损害竞争秩序，所以不属于反垄断法考虑的范畴。实际上，各国反垄断立法和司法实践基本上都把价格歧视实施对象界定为不同的购买方或交易相对方，^①其根本原因在于，规制价格歧视的主要目的是保护相关市场竞争。

三、相同的交易条件

不同条件的交易相对方带给经营者的成本等情况有可能是不同的，经营者基于不同交易条件实行有差异的价格属于正常的商业范围，不应该被认定为违法的价格歧视行为。所以，判断各交易相对方的交易条件是否相同是非常重要的。

但是，在现实的市场交易活动中，各个市场参与者的具体情况不同，要让所有的交易条件全都相同几乎是不可能的。因此，判断交易条件是否相同不能过于机械，“相同的交易条件”不是指所有的交易条件都必须达到“相同”，而是指其中某些“重要的交易条件”要达到“相同”，即那些直接与交易活动相关并使交易活动得以实现和完成的条件要达到“相同”，这些交易条件包括交货时间、交货地点或送货距离、结算方式、付款期限等直接影响卖方经营者经营成本的因素。具体来说，应该考虑的交易条件^②主要有：

1. 交货时间。交货时间主要指即时交易还是提前订

货，这方面的交易条件可以影响卖方经营者的经营成本。例如提前订货比较有利于卖方经营者对进货、生产和仓储等进行统筹安排，并节约生产、经营费用。

2. 交货地点。交货地点主要体现在送货距离上，交货地点的不同可能影响卖方经营者的运费、风险承担乃至销售成本。

3. 购买数量。购买数量的大小可能影响交易成本的高低，例如，在达到规模经济的情况下，卖方经营者的成本将得到节约。

4. 付款条件。付款条件包括付款方式和付款期限等。付款条件对资金周转率、利息、结算风险、销售成本等资本增殖能力可能产生影响。不同交易相对方所采用的现金和汇兑、电汇和信汇、现汇和承兑等不同的付款方式以及付款期限的长短，对卖方经营者的影响较大。交易相对方不同的付款条件使卖方经营者占用资金的时间与承担的结算风险不同，从而使卖方经营者的利息负担和风险成本也不同，因此，销售成本自然也不同。

在欧盟的联合商标公司案中，联合商标公司（United Brands Company，简称 UBC）与各个购买商的交易条件相同，因为都是由 UBC 将其香蕉运送到鹿特丹，在那里以“车板交货价”^③出售，装卸费用一样，可见，UBC 对所有购买商的销售成本是一样的。值得一提的是，尽管由鹿特丹运往不同成员国的运费不同，进入各成员国的关税也有所差异，但这些费用都由各个购买商承担，因而不属于 UBC 香蕉销售价格的组成部分。在这种情况下，UBC 无合理理由地对相同交易条件的各买方就相同的香蕉产品实行不同的定价，就是违法的。

此外，交易相对方的交易条件是否相同应该根据向不同交易对象供货的市场情况来判断。在爱尔兰糖业公司案中，被告爱尔兰公司根据购买工业糖的特定买方的加工后糖的出口量来确定折扣，这样就使购买工业糖用于出口的买方经营者能够比购买工业糖用于国内市场上销售的买方经营者得到更多的折扣。针对价格歧视的指控，爱尔兰公司辩称因为以不同价格购买工业糖的买方并不处于同一市场，其交易条件不同，所以采用的定价不同。初审法院驳回了这一辩解，法院认为，交易条件是否相同应根据买方经营者的供货市场情况来判断，而不应根据各交易对

^① Marshall C. Howard, *Antitrust and Trade Regulation—Selected issues and Case Studies*, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1983, p. 206.

^② Steven D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights—the Regulation of innovation*, Clarendon Press • Oxford 1998, p. 232.

^③ 车板交货价，是指卖方将货交到买方指定的运输工具上的价格，一般来说包含了装卸费，买家直接可以将货物运走。

象所运作的下游市场的情况判断。本案中供货市场的情况显然是一样的，所以交易条件也应是相同的。^①

总而言之，在生产成本一定的前提下，交货时间、交货地点和付款条件等市场条件对交易成本有直接影响。不同的交易条件之下，产品价格可能存在差异；但是在相同的交易条件之下，产品价格应该具有一致性，如果经营者没有合理的理由实施了价格方面的差别待遇，就构成违法的价格歧视。

四、相同的交易产品

价格歧视要求实施主体提供给各交易相对方的交易产品必须是相同的。在个案分析中，应把握对“相同产品”的判断标准，还应考量“微小差异”因素。

（一）对“相同产品”的判断标准

为不同的产品制定不同的价格不构成价格歧视，规制价格歧视的前提之一是正确界定涉及的“相同产品”，所以，对产品相同性的判断是至关重要的，但是判断标准又是十分模糊的。产品是否必须在数量、质量、规格、包装、外观、功能等所有方面完全一致才能认定为是“相同产品”呢？严格地说，世界上没有两片完全相同的树叶，如果从这个角度出发，价格歧视的概念就不可能存在了。^② 所以，应当以怎样的尺度来衡量价格歧视行为所涉产品的相同与相似程度，是值得探讨的。

在传统的标准化生产模式下的产品，比如同时出厂的同一品牌、同一型号的自行车，在法律上不难判定为相同产品。同时，产品日渐呈现出新的发展趋势，即经营者为满足消费者的需求而精心设计的越来越多样化、个性化的产品开始抢占市场，对于这型产品，在判定不同交易中的产品是否为相同产品时，需要考量它们在哪些方面、在何种程度上具有相同性。

美国最高法院曾经指出，应以产品在物质性能上的相同作为认定“相同产品”的基本标准。如果两种产品是由不同的物质构成，就不可能会形成相同产品。在1966年的“美国联邦贸易委员会诉波登公司”案^③中，波登公司将相同质量的牛奶装入不同类型的罐中，一种贴上自己公司的标签，另一种贴上其他私人公司的标签。最高法院认为，波登公司的消毒牛奶虽然被贴上不同的标签，但产品在物质性能上是相同的，属于相同产品，所以波登公司以两种价格出售相同产品的行为被认定为价格歧视。美国最高法院还指出，对于由相同物质构成的产品，主要考察该产品性能、质量、原材料、生产工序等方面是否相同，如果它们在产品的成份和功用等方面具有物理性质方面的实际相同性，就可以认定为相同产品。^④ 对于相同质量但被同一经营者标以不同的商标

（或标签）的产品，需要考察商标本身是否已经形成其特有的市场价值，如果这些不同的商标（或标签）并未形成真正的市场价值，对消费者的购买意向并不产生影响，则可以认定为相同产品。例如本案，最高法院认为，波登公司的不同标签改变不了其牛奶被认定为“相同产品”的命运；有趣的是，上诉法院持不同的意见，上诉法院指出，如果仅仅是为了让顾客可以在产品之间做选择，两种或两种以上同类产品的价格差异不构成对竞争的损害。^⑤

（二）对“微小差异”的考量

相同质量、相同等级的产品应视为相同产品，但我们不能过于机械地去解释这里的“相同性”。具体来说，两类产品只要在质量、功能等主要方面是相同的，即使在外观、包装上有细小的不同，仍可认定为相同产品。^⑥ 对于基本同质，但在包装、外观形状等方面有所差异的产品，应着重考虑这些差异是否能够影响卖方成本；一般来说，两类产品只要在本成本上一致或相差不大，就应被视为相同产品，款式相同但尺寸不同的衣物鞋帽就是一个例子。

总之，对于有微小差异的产品，原则上应视为相同产品。如此，方可避免经营者以微小差异为由实施各种违法价格歧视。但我们也应注意到，对产品及其价格进行差异化处理是企业进行市场竞争的正当、有效的手段。企业通过细分市场策略，提供更丰富多样的产品，就可以有效地避免正面的激烈竞争并促进创新发展。所以，法律应该充分尊重企业在管理和经营方面的自主权。此外，随着经济全球化的发展，产品品种日益丰富，消费者的消费观念和水平也在逐步提高，消费者的需求呈现出多样化和差异化的特点，企业提供更为丰富的产品很好地迎合了消费者的需求，越来越多的消费者愿意为其消费喜好支付较高的价格，法律也应当尊重这种社会需求的趋势。所以，对产品微小差异的界定不宜任意扩大，产品的微小差异应限定在产品质量与功能不变前提下的产品包装或外观等方面的细小差别。

如果产品的差异性已经造成产品性能与功能上的变化，就不应认定为具有微小差异的产品，这样可以避免错误认定。在美国1990年的左旋四咪唑药品案中，强生

^① Irish sugar plc v. commission, [1999] ECR II-2969.

^② Cui, Tony Haitao, Raju, Jagmohan S and Zhang, Z John, A Price Discrimination Model of Trade Promotions (2007). Marketing Science, Vol 27, No 5, pp 779-795.

^{③⑤} FTC v. Borden Co., 383 U.S. 637 (1966).

^④ Wright Patman, Complete Guide to the Robinson-Patman Act, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1963, p. 34.

^⑥ [美] 查尔斯·R. 麦克马尼斯：《不公平贸易行为概论》，陈宗胜等译，中国社会科学出版社1997年版，第243页。

公司于 20 世纪 60 年代开发研制了左旋四咪唑药品用于给羊除虫，效果显著。受此启发并经过研究和实验，强生公司后来以“厄格米索”为品牌向市场推出用于前期结肠癌治疗的人用药片。一位农妇发现她服用的癌症药片“厄格米索”的有效成分和她用来给羊除虫的药片的有效成分一模一样。人与羊同食一种药片并没有使她感到不安，真正使她感到痛恨的是：人用药片每片高达 5 至 6 美元，而羊用药片每片只需几美分。同是一年的服用量，人需要 1250 至 3000 美元，而羊仅需 14.95 美元。^①本案中的人用药片和羊用药片因为产品功能和作用存在很大差异，所以不能认定为具有微小差异的产品，所以法院最后没有依据价格歧视法律规范，而是依据价格欺诈法律规范，判定强生公司牟取暴利并予以取缔。

五、不同的交易价格

一般来说，以不同的价格销售不同的产品不会构成违法价格歧视，因为不同的产品往往有不同的成本。价格歧视通常表现为经营者就相同产品对条件相同的各交易相对方实行有差异的价格。这样的差别待遇可以直接体现为产品的不同价格，在法学上可称之为直接价格歧视；也可以体现为在正常价格之外的其他价格条件，包括货币形式的折扣、劳务费和各种名目的补贴，也包括非货币形式的销售服务或设施等，在法学上可称之为间接价格歧视。提供这些利益之所以有时是不合理的，是因为它们与成本并无关联。

美国《鲁宾逊—帕特曼法》对价格歧视行为做出了比较完整的规定。该法指出，价格歧视除了直接的形式，即卖主对相同质量同等级的商品对不同的买主直接采用不同的价格，还有间接的形式，即不直接表现为价格的不同，而表现为对不同的买主是否提供各种优惠或提供优惠的多少。^②

我国立法的相关规定是概括式的，根据《反垄断

法》第 17 条规定，价格歧视是在交易条件方面实行差别待遇，具体行为方式并不只限于交易价格，但是该规定太笼统，还有必要列举已经形成定论的具体行为方式，以使企业的交易行为有所参照，也便于竞争执法机关对个案依法作出判定。

“不同的价格”要根据不同的情况具体分析，并非对相同产品以不同价格的出售都是不合理的。以啤酒企业的销售为例，啤酒生产企业往不同的地区销售产品时，客观上存在运输成本。假设啤酒企业实行了垂直一体化，自己生产自己销售，那么，在这种情况下，各消费者基于其与啤酒企业之间的不同距离，对相同产品支付了不同的价格，是客观合理的，因为正好反映了企业供应给不同消费者时所支付的成本差别。^③但是，如果对分销不同地区的相同产品实行相同的销售价格即统一供货价，就是价格歧视。因为，身处不同地区的消费者作为交易相对方而言，他们的交易条件是不相同的，不同距离的消费者表明经营者和他们交易时的销售成本是有差别的，不同的运费作为成本显然应该反映在不同的交易价格之上。这说明，对条件不同的交易相对方实行相同价格也是一种差别待遇，也可能构成价格歧视。

本文作者：浙江理工大学法政学院讲师，中国社会科学院研究生院法学系 2011 届博士
责任编辑：赵俊

- ^① [美] 菲利普·科特勒：《市场营销教程》，俞军译，华夏出版社 2000 年版，第 274 页。
- ^② 尚明主编《主要国家（地区）反垄断法律汇编》，法律出版社 2004 年版，第 220 页。
- ^③ 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 222 页。

A Study on the Objective Aspects of Price Discrimination

—From the Anti-monopoly Probe into Chinese Telecom

Ye Gao fen

Abstract: Price discrimination is usually a practice that operators apply different prices to equivalent counterparties. The trading counterparties should include the final consumer, but it is not price discrimination when the same trading partner was charged differently in two or more transactions. To estimate a behavior of price discrimination, we should consider the transaction conditions in which many factors are involved, such as delivery time, delivery location, purchase amount and payment conditions. The basic standard of “the same products” should be “the same function”. In principle, the products with slight differences should be regarded as “the same products”.

Key words: Price Discrimination; equivalent trading conditions; the same products; different prices