

# 论互联网行业反垄断执法的谦抑性

——以市场支配地位滥用行为规制为中心

焦海涛\*

---

## 目次

- 一、问题、对象与观点
- 二、价值判断：互联网垄断与反垄断法目标
  - (一) 前提：“垄断”概念的厘清
  - (二) 互联网垄断与技术创新、消费者福利
- 三、规范分析：市场支配地位滥用行为的认定难题
  - (一) 相关市场的边界模糊
  - (二) 市场支配地位的认定困境
  - (三) 滥用行为构成及其可罚性
- 四、反垄断执法方式回应：执法谦抑
  - (一) 勿以反垄断取代行业监管
  - (二) 温和的反垄断执法方式
- 五、结论

**关键词** 互联网行业垄断 反垄断法 市场支配地位滥用 执法谦抑

---

## 一、问题、对象与观点

我国《反垄断法》实施已近五年，尽管其实施效果仍有待提高，但在很多领域反垄断成效已经日渐显现出来。其中，较引人注目的一个领域是互联网行业。互联网不仅给人们的日常生活带来便利，也推动一国经济迅猛发展。但与其他任何领域一样，一个行业发展到一定阶段必然会伴随

---

\* 安徽大学法学院副教授、法学博士。

着竞争失序状况。在《反垄断法》实施之后的短短几年,我们就看到了百度的“竞价排名”业务被指垄断,随后而来的“3Q”大战,以及奇虎360与百度的搜索引擎市场争夺战(即“3百”大战),也涉及反垄断问题。有人甚至认为,我国的互联网行业已从自由竞争发展出垄断竞争,一些中国互联网行业参与者已经成了事实上的垄断者。<sup>[1]</sup>

有垄断现象就需要反垄断法的规制。问题是,面对竞争状况迥然不同于传统经济领域的互联网行业,反垄断执法机构应选择怎样的执法策略来贯彻实施我们的反垄断法?从世界范围看,反垄断法发展到现今,其适用于经济活动的“一般法”地位已经确立,其实施模式也具有了多样化的特点,但在互联网行业,反垄断法是否也应频繁地发挥作用,各种公共的、私人的实施方式是否也可普遍用于对付各类垄断行为,也即人们对产生并发展于传统经济领域的反垄断法的地位及其实施方式的共识式看法是否也适用于互联网行业,却是一个难以基于现实经验而做出回答且在理论上也不乏争议的问题。

本文正试图对这一问题提出原则性看法,探讨互联网行业究竟需要怎样的一种反垄断执法策略,这种策略与传统经济领域的反垄断执法有何以及为何不同。

问题的答案因反垄断法规制的对象不同而有所区别。在法学意义上,互联网行业的垄断行为也基本可分为垄断协议、市场支配地位滥用及经营者集中三类,不同的行为当然需要不同的执法策略。但讨论互联网行业反垄断执法的特殊性,目的在于让反垄断法及其执法机构更好地应对互联网发展带来的执法挑战,因而更需关注那些与传统经济领域垄断行为差异较大或更易使反垄断执法陷入困境的垄断行为。从目前曝光的现实事件及学理争论看,滥用市场支配地位滥用行为无疑是表现得最为突出、受关注最多,也是反垄断法应用于互联网行业可能面临最大挑战的垄断行为。

的确如此,尽管互联网行业也存在垄断协议行为——例如,2012年3月美国司法部指控苹果公司及五家出版商合谋推动一种电子书销售机制,以阻止竞争对手销售更廉价的电子书;我国的金山等五家企业宣布联合不兼容360软件的行为,如果存在意思联合也基本可认定为联合抵制——但总体而言,这类垄断行为一目了然,认定行为构成并不像判断是否存在市场支配地位滥用行为那样困难,其危害有无、违法与否也十分明确。同样,互联网行业也存在经营者集中行为,但集中行为很难说对其他企业或普通用户造成现实损害,故少有互联网行业的集中行为被私人主体诉至法院或被指侵权的;且这类行为由反垄断执法机构负责审查,即便搜集证据存在困难也是执法机构的事,而执法机构的证据搜集能力显然比私人主体更强,故不仅私人主体对这类行为不敏感,反垄断法规制这类行为也基本不会遇到规制市场支配地位滥用行为时所面临的各种难题。

基于这种理解,文章在探讨互联网行业的反垄断执法策略时,基本以市场支配地位滥用行为的反垄断法规制为中心。

文章的观点是,尽管互联网行业中的市场结构有时看似过于集中,但这种市场结构的危害性与传统经济领域相比并不突出,有时还会给经济发展及消费者福利带来好处;同时,互联网市场高度的动态性、技术性特征使得反垄断法规则应用于这一领域时面临更大的不确定性,反垄断法实施的结果究竟是促进效率还是阻却效率有时是未知之数。基于此,严厉的执法态度在互联网行业并不合适,执法机关在认定互联网垄断行为并试图对其禁止或纠正时,应尽力保持克制、谨慎。换言之,执法谦抑应是互联网行业中一种较为理性的执法策略。

文章的论证思路是:先从价值层面分析互联网垄断并不一定会妨碍反垄断法目标的实现;再

[1] 参见互联网实验室:《中国互联网行业垄断情况调查及对策研究报告(2010综合研究报告)》,第2~4页。

以规制市场支配地位滥用行为的反垄断法规范为依据,提出在互联网行业不论是界定相关市场、认定支配地位还是判断滥用行为,都面临众多的不确定因素;基于价值和规范层面的双重分析,文章最后提出更能有效回应互联网挑战的反垄断执法策略应当是执法谦抑,并论述了执法谦抑的含义及要求。

## 二、价值判断:互联网垄断与反垄断法目标

### (一) 前提:“垄断”概念的厘清

“垄断”既是一个经济学概念也是一个法学概念,在不同学科内使用时其含义并不相同,但人们在指责互联网企业垄断时,很少对二者做出必要的区分。经济学上的垄断主要包括寡占(Oligopoly)和独占(Monopoly)两种形式,这里的垄断显然侧重市场结构而非市场主体的行为。但在反垄断法上,垄断主要指垄断行为而非寡占或独占的市场结构。反垄断法上具有市场结构意义的概念是“市场支配地位”,但根据各国反垄断法的界定,市场支配地位的外延比寡占和独占要广。例如,我国《反垄断法》规定:“本法所称市场支配地位,是指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。”该规定表明,认定市场支配地位应侧重支配能力判断而非单纯看市场份额。市场份额只是认定市场支配地位的一种因素而非全部,即便不具备高市场份额也可能被认定具有市场支配地位。

现代反垄断法的发展表明,即便这种外延更宽泛的市场结构,反垄断法也不当然反对,因为现代反垄断法只禁止市场主体滥用其市场支配地位而不反对该地位本身,故经济学上的垄断并不构成反垄断法的反对对象。但遗憾的是,很多人提出要用反垄断法来规范互联网行业的竞争失序时,依据却是互联网行业存在垄断——经济学上的“垄断”。〔2〕

所以,尽管我们认同某些互联网市场已经处于寡占市场,但反垄断法是否应当去反对这种所谓的“垄断”还需要进一步分析。只有证明这些处于寡占地位的互联网企业实施了反垄断法上的滥用行为时,反垄断法才能出面予以禁止。

### (二) 互联网垄断与技术创新、消费者福利

经济学上之所以要反对垄断性市场结构,是因为过于集中的市场结构会带来经济无效率,如阻碍资源自由流动,减弱市场竞争程度,并抑制创新,损害消费者福利。但这种判断在反垄断法上不一定成立。我们只能说,处于市场支配地位的经营者具有滥用这种地位的倾向,但不必然;只有市场支配地位被滥用,市场运行效率才会受到影响,这时才会相悖于反垄断法的目标。在这个意义上,我们不能反对市场集中,但要对那些处于市场支配地位的企业保持警惕,对市场结构状况要密切关注。也因如此,《反垄断法》将“组织调查、评估市场总体竞争状况,发布评估报告”规定为反垄断委员会的重要职责之一。

在互联网行业,市场结构问题变得更为复杂。在传统经济领域,获得了市场支配地位的经营者很容易就能利用这种地位来实施各种限制竞争行为并获得高额利润,但互联网企业即便取得了较高的市场份额,其通过抑制竞争来获得高额利润也会非常困难。在互联网领域,特定行业内某

〔2〕 例如,互联网实验室在其《中国互联网领域垄断情况调查及对策研究报告(2010综合研究报告)》中多次提到“垄断者”、“寡头垄断”、“垄断程度”、“垄断结构”、“垄断趋势”等概念,这些与“垄断”相关的概念无一不是在市场结构意义上使用的。因此,即使能证明互联网市场确实存在这些“垄断”现象,也得出反垄断法应当予以规制的结论。

一两个企业处于压倒性地位是常态,但很少有哪个互联网企业在取得高市场份额后就会安于现状或试图以提高产品或服务(以下简称产品)价格的方式来获取高额利润,因为这样做无异于自取灭亡。之所以如此,是因为竞争压力和用户争夺两大因素导致互联网企业即便具有市场支配地位也不敢轻易滥用这种地位。

### 1. 竞争压力与技术创新

英特尔(Intel)创始人之一戈登·摩尔(Gordon Moore)提出,当价格不变时,集成电路上可容纳的晶体管数目,约每隔18个月便会增加一倍,性能也将提升一倍。换言之,每一美元所能买到的电脑性能,将每隔18个月翻两倍以上。这就是所谓的“摩尔定律”。摩尔定律揭示了信息技术进步的速度,也说明了创新的重要性。互联网行业是一个真正的“不创新,便死亡”的行业,互联网企业间的竞争就是技术创新的竞争。那些处于领先地位的互联网企业,依赖的正是持续的技术创新,也只有不断的技术创新才能将市场优势保持下去。相反,取得领先地位的互联网企业,一旦停止技术创新,无论之前拥有多高的市场份额,也会因新的技术被市场认可而很快消失殆尽。

正是在这种“不进则退”的竞争压力下,没有哪个互联网企业敢于放弃创新,即便其已经取得了高市场份额,哪怕是处于独占地位。在互联网行业,我们看到的更多现实是,越是处于领先地位的企业,越注重技术研发,越能推出更先进的产品。这种由技术创新决定的“马太效应”在互联网行业再正常不过。但同时,技术创新很多时候具有不可预测性,甚至具有偶然性,所以我们会看到很多互联网巨人风光不再,如曾经盛极一时的易趣、九城、tom在线等。因此,我们不用太担心互联网市场的高度集中会窒息创新,这一领域的市场结构无论怎样变化,技术总是在创新中不断进步。

### 2. 用户争夺与消费者福利

互联网行业面临着“信息爆炸”问题,在不计其数的信息中,如何让用户关注自己的产品成为互联网企业生存的关键。互联网经济是一种注意力经济,用户争夺是互联网企业持续发展的重要保证。为了争夺用户,互联网企业之间通过各种方式进行竞争,其中最引人注目的就是提供廉价甚至免费的产品。互联网行业中的很多产品对普通用户都是不收费的,即便有些增值业务收费价格往往也很低,如我们常用的电子邮件、聊天工具等。尽管免费的实质不过是一种广告,但普通用户的确能从这种广告中获得实在的利益。对大多数互联网企业来说,即便其取得了较高的市场份额,一般也不会通过收费或提价的方式来获取利润。因为一方面,支撑这些免费业务的往往是其他的收费业务,或者向平台另一方收取的费用,互联网企业无需通过向普通用户收费的方式来确保有利可图;另一方面,一旦提价或收费,由于某些产品的转移成本低,如搜索引擎、电子邮件业务,用户可能立即转向其他互联网企业提供的同类产品,这对以用户控制作为重要甚至唯一获利途径的互联网企业来说无疑是致命的打击。

即便某些互联网企业提供的产品属收费性质,如各种计算机软件,这些产品的平均成本也会因企业市场份额的不断增加而逐渐降低,这在理论上意味着,越高的市场份额可能会给消费者带来价格越低的产品。之所以这样,是因为互联网行业的产品多为知识产品,知识产品的核心是技术,其成本主要体现在技术研发与推广方面,一旦技术研发成功,生产知识产品的物理成本就变为基本可忽略不计的复制成本。这时,知识产品的总成本不变,企业的市场份额越大,销售量越多,产品的平均成本就会越低,即每多生产一单位知识产品的边际成本接近于零。在这个意义上,互联网企业市场份额越大,就越有能力提供给消费者更廉价的产品。这对消费者来说是好事。尽管这只是一种可能,但是至少说明了对互联网行业的市场结构进行分析时不能将其与传统经济领域同等对待。

还有一个因素可以说明互联网行业的市场结构与消费者福利之间的关系,那就是“网络效应”或称“网络外部性”。在互联网行业,决定用户是否使用某种产品的因素往往是有多多少其他用户正在使用这种产品,即某种产品对某一用户的价值大小取决于使用该产品的其他用户的数量。<sup>〔3〕</sup>在网络效应的作用下,如果某互联网企业已经拥有了较高的市场份额,那么其产品变得更加重要,使用其产品的人会越来越多,造成所谓“赢者通吃”的结果。用通俗的话表述就是“因为很多,所以很多”。那么这时,该企业无需对其产品进行任何广告宣传,因为每一个用户都是广告。所以现实中我们会看到,花费高额广告费的总是那些市场份额小的互联网企业,Windows 操作系统、QQ 聊天工具、百度搜索引擎是根本不需要做广告的。这种成本节约在理论上可能会降低相关产品的价格,进而惠及消费者。当然,也许有人会质疑,既然无需宣传即可达到“用户锁定”的效果,为什么还要降低产品价格而不是通过提价来获得更高利润?这种质疑有一定的道理,理论上也符合经济学上的理性的“经济人”假设,但现实中我们很少看到这种情况。请不要忘了,互联网行业的暴利行为不可能在行业监管中得以存续下去,此其一;其二,互联网企业在任何时候都会感受到来自潜在竞争的巨大压力,没有哪个企业在互联网产品上敢于坐收高额利润,除非它准备破产。

综上所述,互联网行业的市场集中度即便很高,一般也不会给消费者福利带来损失;现实情况还可能与人们的预料相反,市场集中度越高,消费者越有可能从中获得低价高质的产品。如果反垄断法的目标是经济效率,经济效率的最终指向是消费者福利,则对所谓的互联网垄断现象就不能过于严厉,也不能将其与传统经济领域的垄断现象等量齐观。

### 三、规范分析:市场支配地位滥用行为的认定难题

在法律规范层面,规制市场支配地位滥用行为的先决条件是界定相关市场,然后认定涉案企业在该相关市场上是否具有支配地位,最后判断是否存在滥用行为。这是一个逻辑严密的规范体系,但不论这些规范如何完善,在面对日趋复杂的经济现实,尤其是不同于传统经济领域的互联网行业竞争态势时,规范的准确适用都是一个难题。尽管与传统经济领域相比,浮出水面的互联网垄断案件还不够多,但现实足以告诉我们,反垄断法规范应用于互联网行业时模糊性更加明显,认定某个企业滥用市场支配地位具有极大的不确定性,大多数时候连作为前提的相关市场都难以界定清楚。

#### (一) 相关市场的边界模糊

##### 1. 相关地理市场的边界

互联网企业提供的产品有时也可以在实体市场找到替代品,这主要体现在电子商务领域。这种情况下,互联网企业与实体市场中提供类似产品的企业之间存在明显的竞争关系,地理市场的界定并不困难,因为这些产品与实体市场中的产品一样,也存在仓储、运输成本和相应的销售网络,这些都可作为界定地理市场的考虑因素。也就是说,当互联网只不过是传统产品的销售提供了一种新的渠道或方法时,不应轻易认定互联网构成了一个独立于传统市场的新的地理市场,而需要将其与传统的地理市场结合考虑。

但问题并非如此简单。在地理市场方面,难题主要来自互联网行业有时并不存在物理空间的概念。互联网的迅速发展使得有些产品只能从互联网获得,如搜索引擎、即时通讯、电子邮件、博

〔3〕 See, John E. Lopatka and William H. Page, “Antitrust on Internet Time: Microsoft and the Law and Economics of Exclusion”, 7 Supreme Court Economic Review (1999), 168-171.

客空间等服务。这些服务在实体经济中很难找到替代品,提供这些服务的竞争者都是互联网企业,而互联网是没有地理边界的,即所谓的“网络无国界”,这时地理市场的划定可能就成为一个问题。例如,在唐山人人公司诉百度案中,百度就认为互联网企业提供的搜索引擎服务没有国界,因此将相关地理市场界定为“中国”并不妥当。百度的抗辩有一定道理,但网络虽无国界,语言、习惯、文化、制度等个别或国别性因素却有国界,这些因素会限制一定区域内人们获取网络产品的地理范围,所以在互联网行业,相关地理市场的边界划得过宽没有现实意义,具体的地理范围应根据所涉互联网行业、案件、客户的具体情况,一般在不超过特定国家地理范围的限度内确定一个适宜的相关地理市场。

也有人认为,当互联网企业提供的产品为互联网独有,相关地理市场的范围应界定为互联网本身(the Internet itself),〔4〕因为互联网企业并不会与任何实体经济中的企业发生竞争,互联网市场足以构成一个独立的相关地理市场。这种观点区分了互联网独有的产品与互联网仅作为一种销售渠道的产品存在的地理市场的差异,有一定的说服力。但由于互联网是一个模糊的概念,美国法院在审理美国在线案时认为,互联网无法从外在边界上被定义,因为它不是一个地方或位置(a place or location),它是无限的。〔5〕也就是说,法院还是倾向于从地理空间的角度来界定相关地理市场。

从理论上讲,反垄断法中的相关地理市场应该是一个地域,将互联网本身作为一个独立的地理市场似乎不合逻辑,但仔细分析我们会发现,两种界定方法之间并不矛盾。之所以将互联网本身作为一个独立市场,是因为提供替代性产品的这些企业只会在互联网上发生竞争;但同时,这些企业也必然存在于一定的地理区域内,接受这些产品的网络用户也必然有其地域范围。因此,这些互联网产品仍然有着物理空间意义上的相关地理市场。换言之,我们说这时的地理市场为互联网本身,言下之意是指相关地理市场上的互联网本身。这时,提供和接受这些产品的企业和用户的所在地便可作为界定地理市场的基本依据。〔6〕例如,对使用搜索引擎的中国用户来说,相关地理市场就是位于中国区域内、使用中文语言的互联网市场,而不可能包括其他国家的非中文互联网市场。

## 2. 相关产品市场的有无及边界

在互联网行业,尽管相关地理市场的界定不乏争议,但这种争议在大多数时候是形式上的,并未给反垄断执法带来多大的实质性影响。相比之下,互联网下的相关产品市场界定更为复杂。不仅相关产品市场的大小难以界定清楚,其有无有时也成为一个问题,甚至传统经济领域通行的界定方法在互联网市场中也会遭遇各种挑战。

### (1) 免费产品的产品市场

互联网中很多产品针对用户是免费的,免费产品能否构成反垄断法意义上的相关市场,这是存在争议的。有学者认为,认定一个市场的存在,至少要有参与者基于价格的交互行为,而在免费互联网服务如一般搜索引擎服务中,并不存在需求者的对价行为,因此没有所谓的搜索引擎市场。

〔4〕 Charles Carson Eblen, “Defining the Geographic Market in Modern Commerce: The Effect of Globalization and E-Commerce on Tampa Electric and Its Progeny”, 56(1) Baylor L. Rev. (2004), 75, 79.

〔5〕 *America Online, Inc. v. Greatdeals.net.*, 49 F. Supp. 2d 851, at 858.

〔6〕 Jared Kagan, “Bricks, Mortar, and Google: Defining the Relevant Antitrust Market for Internet-Based Companies”, 55(1) N. Y. L. Sch. L. Rev. (2010/2011), 283.

相反观点认为,只要接受免费产品的用户能给互联网企业带来收益,就应当认为存在对价行为。<sup>〔7〕</sup>也即是说,即便互联网企业获得的利润不是来自用户,但只要与用户行为相关,就应认为用户和互联网企业之间构成了交易关系,因而就存在相关产品市场。还有人认为,价格只是竞争维度之一,免费产品只是价格为零,不代表其丧失商品属性。<sup>〔8〕</sup>

在唐山人人公司诉百度案中,百度认为其提供的搜索服务对用户完全免费,因此搜索引擎服务市场并不属于反垄断法上的相关市场。但法院并不认可,而是基于搜索引擎服务能给百度带来经济利益的客观现实,认为免费的搜索引擎服务也能构成一个相关产品市场。

虽然倾向性意见主张互联网产品的免费属性并不阻碍其构成相关产品市场中的产品,但问题并没有完全解决。如果忽略互联网产品的价格因素,一旦免费产品也同时面临着其他收费产品的竞争时,我们能否把这些功能相同或类似的免费产品与收费产品作为一个相关市场看待?我们知道,价格是界定相关产品市场时的一种考虑因素,当两种产品价格相差太大时,不宜将二者界定为同一相关市场。但很多互联网行业独有的产品,即使收费价格也不会太高,如普通邮箱服务与VIP邮箱服务,这时将二者归入不同的产品市场是否妥当,理论上很难说清,实务中也只能结合涉案产品的其他各种要素才能判断。例如,欧共体在处理微软收购 Skype 案时,委员会发现 Skype 提供的通信服务既针对企业也针对消费者个人,但对企业收费,而个人中大约只有 6% 的付费用户。在界定产品市场时,委员会并未根据收费与否就将通信服务市场一分为二,而是考虑了两类用户接受的通讯服务的特点不同——企业通信服务的安全性、稳健性、可靠性、功能性及支持服务等都比消费者通信服务要强——后,才将通信服务市场区分为“消费者通信服务市场”与“企业通信服务市场”两类。<sup>〔9〕</sup>

## (2) 网络平台下的产品市场

互联网企业很多时候充当一个网络平台的角色,平台两边活跃着相互关联的两类群体,互联网企业同时向两类群体提供服务。这种市场理论上被称为双边市场。搜索引擎市场就是一个典型的双边市场:一边是使用互联网搜索服务的普通用户,另一边是在搜索引擎上投放广告的经营者,竞价排名就是一种常见的广告形式。双边市场中实际存在两个市场:作为平台的互联网企业与两类群体分别构成一个市场。由于存在两个市场,在涉及双边市场的案件中,界定相关产品市场时究竟应选择哪一边就成为问题。而选择不同的边作为参照,得出来的相关产品市场的边界会有较大差异,因而会影响市场支配地位的认定。

以唐山人人公司诉百度案为例。百度与普通用户构成一个互联网信息搜索市场,与参与竞价排名的经营者构成一个竞价排名业务市场。当参与竞价排名的人人公司起诉百度滥用市场支配地位时,案件的产品市场应当如何界定就成为争议的问题。法院最终将本案的相关产品市场界定为“搜索引擎服务市场”,理由是百度向普通网络用户提供互联网信息搜索服务。对于百度公司认为搜索服务面向普通用户免费,因而本案不存在相关产品市场的抗辩,法院并不认同,理由是百度提供的搜索引擎服务虽然对普通用户免费,但向参与竞价排名的经营者收费,而百度之所以能向经营者收费,是因为普通用户在搜索相关信息时点击了经营者因参与竞价排名而产生的推广链接。法院最终选择了百度与普通用户构成的这一边市场作为本案的相关市场。

〔7〕 参见于馨森:《搜索引擎与滥用市场支配地位》,载《中国法学》2012年第3期。

〔8〕 工业和信息化部电子知识产权中心竞争政策工作组:《双边市场下反垄断法适用若干问题分析》,载《电子知识产权》2012年第4期。

〔9〕 See, Case No COMP/M. 6281-MICROSOFT/SKYPE, paragraphs 13 and 14.

法院的这种界定有人认同,<sup>[10]</sup>也有人反对。有学者就批评法院的认定存在一个内在矛盾:认定相关市场是搜索引擎服务市场时,从网络用户的角度出发;而在否定百度的抗辩时,又从借助搜索引擎进行广告营销的经营者出发。尽管法院意识到百度提供的搜索服务面对两个群体,且这两个群体之间存在密切关联,但法院并没有意识到从不同角度来界定相关市场时会得出不一样的结论:如果着眼于普通用户利用百度的搜索引擎进行信息搜索,那么将相关市场界定为搜索引擎服务市场是可行的;但若着眼于经营者利用百度竞价排名业务进行广告营销,那么相关市场就应当是广告市场。<sup>[11]</sup>当界定相关产品市场不同时,百度所具有的市场地位差距会非常明显。无论如何,百度也不可能在广告市场上具有支配地位,哪怕广告市场再细分为互联网广告市场、在线互联网广告市场等。

双边市场的复杂性不仅在于存在两个市场,而且在于两个市场之间还有密切关联。这就是人们所说的双边市场下的网络效应具有交叉性,是一种交叉网络效应,即双边市场的网络效应不仅取决于交易平台的同类型用户数量,还取决于交易平台另一边的用户数量。设想一下,如果没有用户使用百度的搜索引擎服务,会有经营者愿意参与百度的竞价排名业务吗?因此,当选定一边作为界定相关产品市场的参照时,也不能忽视另一边市场对该边市场的影响。至于这种影响到底有多大,理论上与实务界都无法做出精确回答,因此在双边市场上,实际上没有办法确定一个准确的、标准的产品市场范围,而只能说相对更为接近。

现实问题还可能更加复杂。如果将双边市场中两边之间的影响关系细分,双边市场可分为两类:一是两边具有相互影响,如交友俱乐部。男方人数减少会影响女方人数,女方人数减少同样也会影响男方。因此这两边无法分离、高度互补;二是两边不具有互补性,影响是单向的,如即时通讯市场。即时通讯工具连接的两边分别是用户和广告商。用户数量的增加将吸引更多广告商的广告投入,但广告商的数量对用户数量的影响不大。搜索引擎服务市场也与即时通讯市场类似。可见,这两类市场虽然都是双边市场,但界定产品市场时似乎应当做出区分。在第一种双边市场中,由于两边市场高度互补、不可分割,是否还有必要将其作为两个市场看待?而在第二种双边市场中,两边市场具有相互的独立性,界定产品市场时将其作为两个市场看待又是否可行?例如,假设腾讯公司要求用户安装QQ聊天工具时必须附带安装其提供的杀毒软件,那么这时的产品市场似乎应界定为即时通讯市场;但若腾讯是对在QQ聊天工具上做广告的广告商实行差别待遇,则这时的产品市场似乎更应界定为互联网广告市场而非即时通讯市场。人人公司诉百度案与此类似。

总之,双边市场理论的提出,的确对解释互联网行业垄断行为提供了很好的范式,但并没有解决双边市场下反垄断法如何适用的问题。人们对互联网双边市场的研究已取得丰硕成果,但如何界定双边市场下的相关产品市场范围仍是见仁见智。

### (3) 跨业务竞争下的产品市场

在传统经济领域,界定相关市场主要从需求者角度进行需求替代分析,即根据需求者对商品功能用途的需求、质量的认可、价格的接受以及获取的难易程度等因素确定不同商品之间的替代程度。但这种方法运用于互联网行业可能无法反映出互联网企业间的竞争状况。

[10] 参见潘伟:《判断经营者滥用市场支配地位问题研究——“百度搜索引擎服务”垄断纠纷案评析》,载《科技与法律》2010年第6期;于馨森:《搜索引擎与滥用市场支配地位》,载《中国法学》2012年第3期。

[11] 参见李剑:《双边市场下的反垄断法相关市场界定——“百度案”中的法与经济学》,《法商研究》2010年第5期。



互联网行业有一个重要特点,经营看起来毫不相干业务的两个企业,在互联网下也可能存在竞争,如奇虎 360 与腾讯 QQ、奇虎 360 与百度。如果从需求者角度来看,奇虎 360 主要提供互联网安全服务,腾讯 QQ 提供即时通讯服务,百度则提供互联网搜索服务,对用户来说,这几项业务之间不可替代,因而它们不可能构成同一个相关产品市场。但“3Q”大战与“3 百”大战事件却表明它们之间不仅存在竞争有时还非常激烈。

为什么会出现这种情况?原因在于,不论经营何种业务的互联网企业都将争夺用户作为获取利润的主要途径,一旦拥有了大量的忠实用户,互联网企业很容易就能将其业务从一个行业拓展到另一个行业;由于存在数量可观的用户保证,互联网企业不必担心业务转向后会无利可图。同时,在互联网中,经营不同业务的企业间存在明显的硬件设施和人力资源趋同的特征,即基本都是以服务器、互联网接入带宽、软件和网络技术人员构成。不同的互联网业务之间主要是商业创意或模式的区别。因此,不同业务的转换相对容易。<sup>[12]</sup>

“3 百”大战就是一个例子。奇虎 360 与百度原本在业务上并不相干,但奇虎 360 凭借其用户资源,轻而易举地就推出了 360 搜索,而且“360 搜索上线五天,在用户几乎无感知情况下迅速拿下国内接近 10% 搜索市场份额,超越搜狗,成为国内第二大搜索引擎”。<sup>[13]</sup>

互联网行业跨业务竞争的特点使得在界定产品市场时,除要考虑需求替代外,还要重视供给替代分析。如果单纯从产品满足用户需求差异的角度划定市场边界,可能使得相关产品市场的范围过窄,这样会遮蔽互联网行业真实的竞争状况,据此得出某一企业具有市场支配地位并禁止其某些行为的结论,可能会伤害互联网企业的正常发展。

#### (4) SSNIP 测试下的产品市场

建立在经济学理论之上的 SSNIP 测试法是目前各国或地区反垄断执法中普遍采用的一种界定相关市场的方法。这一方法的思路是,分析在其他商品的销售条件保持不变的情况下,假定垄断者能否持久地小幅提高目标商品的价格。目标商品涨价会导致需求者转向购买具有紧密替代关系的其他商品,从而引起假定垄断者销售量下降;如果目标商品涨价后,即使假定垄断者销售量下降,但其仍然有利可图,则目标商品就构成相关商品市场。

SSNIP 测试法在互联网行业也可以运用,但互联网行业的特殊性可能会影响 SSNIP 测试的准确性。进行 SSNIP 测试时,关键看消费者转向的可能性。在互联网行业,因为存在网络效应,某一产品的价值随着使用人数的增加而递增,这时一旦某一产品被市场接受,人们就不愿意再更换其他产品,哪怕其他产品性能上更优越。这就是网络效应导致的“锁定效应”。例如,习惯使用 Windows 操作系统的人就不愿意换成 Linux 或其他系统,习惯用 QQ 作为即时通讯工具者也不愿意换成其他工具。锁定效应的存在使得进行 SSNIP 测试时,哪怕两种产品之间具有紧密的替代关系,用户也不愿意转向替代产品,这样测定出来的相关产品市场的范围必然过窄,互联网企业就更容易被认定具有市场支配地位。可见,锁定效应可能会掩盖互联网行业中真实存在的竞争关系,如果据此强调反垄断法的介入,可能会限制互联网行业的正常发展。

如果我们把目光再转到双边市场上,还会发现一个更令人诧异的结果。SSNIP 测试是通过小幅提价来观察消费者反应,如果价格提高导致消费者寻求替代品,则替代品与提价的产品之间就具有竞争关系;反之则说明提价的产品不可被其他产品替代。在双边市场中,由于两边市场之间具有紧密联系,当对一边市场上的产品提价时,不仅对该边消费者产生影响,这种影响也会反馈到

[12] 吴韬:《互联网行业反垄断案件中的相关市场界定:美国的经验与启示》,载《电子知识产权》2011 年第 5 期。

[13] 刘夏:《360 入局,搜索市场“震动”》,载《新京报》2012 年 8 月 23 日第 B03 版。

另一边,对另一边市场产生影响;当两边市场具有高度互补性时,这种影响还会持续不断地双向反馈。结果便是小幅提价也可能产生大幅影响,原本不愿转向的消费者可能不得不转向。例如,在交友俱乐部中,对男方提价会导致男方数量减少,男方数量减少又会使女方数量减少,女方数量减少反过来又会影响男方数量,如此反复下去。可见,在双边市场中进行 SSNIP 测试可能使得消费者转向变得极为频繁,这样界定出来的产品市场范围又会过大。

同一种 SSNIP 测试法在不同互联网领域中运用竟然可能出现相反的结果。这种不确定性给反垄断执法机关带来了怎样的挑战? 执法机关该如何应对?

## (二) 市场支配地位的认定困境

相关市场确定之后就要界定经营者在该市场上是否具有支配地位。支配地位是一种市场控制能力,包括控制交易条件和潜在市场的能力。在互联网行业,即便暂时处于领先地位的企业,也很难说能够控制市场,尤其是控制潜在市场。

### 1. 市场转移速度的影响

互联网经济是一种技术经济,由于新技术层出不穷,市场转移速度明显加快。<sup>[14]</sup> 互联网行业的市场结构总是动态的,夸张点说,每天都有老的企业倒下,每天也都有新的企业崛起。最终能坚持下来的,往往都是相关领域的佼佼者,这个数量必然不多,有人说只有前三名能够最终胜利。即便这些“剩者”也不必然“为王”,它们还会受到数量众多的潜在进入者的威胁。只要这个领域不存在进入壁垒,没有哪一个互联网企业能稳坐第一。而在互联网行业建立进入壁垒是困难的,因为互联网企业的取胜关键是技术(如各种知识产权),在快速创新的互联网经济中,建立在技术之上的市场地位并不稳固;<sup>[15]</sup>即便已有技术暂时领先,永远也不乏新技术对已有技术的挑战。<sup>[16]</sup>

所以在互联网行业,从市场结构角度看,即便某些企业已经取得了较高的市场份额,达到了法律所推定的市场支配地位标准,但从行为角度看,竞争并没有因此减弱,反而远较传统行业激烈。有学者将这种现象叫做垄断与竞争双强化的趋势。<sup>[17]</sup> 而且前面说了,互联网企业感受到的竞争压力,不仅来自经营同类业务的现实或潜在竞争者,还面临着跨业务的竞争。一个互联网企业实力再雄厚,也不可能所有业务上处于领先地位,那么其他业务上的领先者就很可能通过业务转换并凭借其同样雄厚的实力而构成其有力竞争者。

### 2. 市场份额与控制能力

在传统经济领域,市场份额在认定支配地位时具有举足轻重的作用。各国反垄断法一般都规定,达到一定市场份额即可推定该经营者具有市场支配地位,如我国的单个经营者市场份额达到 1/2。但在互联网条件下,高市场份额与控制能力之间可能没有必然联系。

#### (1) 高市场份额的偶然性

网络效应对互联网行业的市场结构具有重大影响。互联网企业取得高市场份额,有时并不代

[14] 参见廖振中、梁远航:《论知识经济时代反垄断法的制度设计和价值取向——“微软垄断案”二审判决分析》,载《社会科学研究》2003年第1期。

[15] David Evans, Richard Schmalensee, “Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries”, NBER working Paper 8268(2010), p20, <http://www.nber.org/papers/w8268>, last access 2012-12-06.

[16] Bill Gates, “compete, don’t delete”, at <http://www.microsoft.com/en-us/news/features/1998/bill-economist.aspx>, last access 2012-12-06.

[17] 参见王先林教授在第十三届人大反垄断法高峰论坛暨互联网行业公平竞争与网络用户权益保护研讨会上的演讲,见 <http://www.antimonopolylaw.org/article/default.asp?id=3277>,最后访问时间 2012-12-06。

表其产品多么优越、技术多么先进,而完全可能是些偶然因素使得用户选择其产品,选择之后就很可能因网络效应而产生锁定效应,造成某个互联网企业拥有高市场份额。之所以这样,是由于互联网产品具有极强的技术性和专业性,用户起初选择某种产品时可能并不了解其性能及背后的技术情况,而可能带有偶然因素与一定的盲目性。例如,用户可能为了更好地玩一款游戏而选择一种软件,可能为了播放一种光盘而选择支持光盘格式的播放器,可能因为周围的人都在使用某种工具而同样选择这种工具;同时,因互联网产品都有相当的专业性,熟悉、习惯一种产品本身就需要时间,一旦形成使用习惯,哪怕更先进、更方便的新产品出现,很多用户考虑到难以或不愿承受的“转移成本”,也不愿更换。<sup>[18]</sup>

所以,网络效应使得互联网行业高市场份额的取得具有偶然性、被动性,居于领先地位的互联网企业是否真的有控制市场的能力是个未知之数,以市场份额来推定市场支配地位,可能与互联网行业现状不符,甚至会伤害互联网行业的正常发展。

## (2) 标准不统一导致的市场份额差异

市场份额的重要性尽管降低,但仍不失为判断支配地位的重要因素之一。问题关键在于,应当以什么标准来计算互联网企业的市场份额?传统经济领域由于都存在销售行为,销售是企业获利的主要甚至唯一途径,故销售额可以作为计算市场份额的重要标准,但在互联网行业,销售额有时变得没那么重要,有些领域甚至根本就没有所谓的销售额。这可能造成一方面,以销售额作为计算市场份额的依据并不能真正反映出互联网企业间的竞争关系及实力差异;另一方面,由于缺少销售额,计算市场份额的标准没有办法统一,选择不同的标准,得出的市场份额结果可能会大相径庭。

我们可以举一个例子来说明销售额标准应用于互联网行业可能存在的问题。假设操作系统市场上有 A、B 两家企业, A 针对普通客户, 用户数量 100 万, 年销售额 1 亿; B 针对高端客户, 用户数量 50 万, 年销售额 1.5 亿。那么以销售额计算, A、B 的市场份额分别为 40% 和 60%。但在 A 的用户数量足足是 B 的两倍时, 我们能说 A 的市场地位不如 B 吗? 在互联网行业, 用户有时比销售额对企业来说更加重要, 销售额只能反映一时的情况, 用户则是企业获利的长期保证。而且, 互联网行业的很多产品本身就是用户导向型的, 拥有了用户就等同于胜利, 如即时通讯工具, 这些产品在推出市场之后, 更重要的是看其能获得多少用户青睐, 而非一定时期内能赚多少利润。即便是一种以营利为目标的产品, 在推广之初也可能重在吸引用户, 哪怕短时间内以薄利甚至亏损为代价。例如, 淘宝网在成立后短短几年内就能战胜易趣, 重要原因就在于淘宝采用的免费策略一下子吸引了众多的买家与卖家。

基于销售额标准的局限性以及网络用户的重要性, 有人提出应当用销售数量或用户数量作为市场份额的统计标准, 即用某产品的销售量或用户量除以市场内可替代产品的总量或总用户量。例如在软件市场上, 有学者认为, 由于大多数用户只会在一台电脑上安装一份同类软件, 故相比销售额来说, 销售量可能是计算市场份额的一个更好手段。<sup>[19]</sup> 这种看法有一定的道理, 因为用户更倾向于使用销售量大的而不是销售额高的软件。但随之出现的一个问题是, 按不同标准统计出来的市场份额会有较大差异, 那么在具体案件中究竟应选择何种标准就难以把握——指控者和被指控者之间难免出现争论, 不同案件也可能需要选择不同的标准但又缺乏统一的操作指南。

[18] 一个直观的例子是, 尽管 Windows 7、Windows 8 的操作系统已相当成熟与先进, 但很多人仍习惯使用 Windows XP; 尽管 Office 2010、Office 2007 已上市多年并更加人性化, 但很多人的电脑中仍安装着 Office 2003。

[19] Michael L. Katz, Carl Shapiro, *Antitrust in Software Markets*, [http://www.cea.fi/hkkl/oldmaterial/katz\\_shapiro.pdf](http://www.cea.fi/hkkl/oldmaterial/katz_shapiro.pdf), p. 14, last access 2012-09-06.

上述例子只是说明销售额标准适用于互联网行业可能存在一定的问题,更棘手的问题还不在于此,而是在互联网市场上很多时候根本就没有所谓的销售额,因为互联网中充斥着大量的免费产品,这时销售额标准根本没有适用的余地。例如,百度面向普通用户提供免费搜索服务,那么百度在搜索引擎市场上的市场份额是怎么得出来的?也许这时不得不借助用户量。但即便以用户量作为统计标准,也会面临很多不确定性,因为用户量本身也是一个不确定的概念。稍有搜索经验的人都知道,使用什么搜索引擎有时是极其灵活的。用户可能今天使用百度、明天使用谷歌,可能这次使用百度、下次使用谷歌,也可能搜索此类信息时使用百度、搜索彼类信息时使用谷歌。那么在计算市场份额时,该用户到底是应归入百度用户还是谷歌用户,抑或是都算二者用户?不论如何归属,显然都存在问题,据此得出的市场份额数据之间肯定存在差异,因而诸如此类的统计结论并不具有足够的说服力。

问题还可以更复杂。为了更准确地反映市场份额,我们还可以将用户数量进一步具体化为使用次数,如某个用户一日内多少次使用百度,多少次使用谷歌,然后分别统计一段时期内百度、谷歌分别被使用的总次数,据此计算市场份额。这样做能将基于某些偶然因素而临时使用某些产品的情况考虑进去,结果相对更加真实、可靠,但无疑这又会面临新的问题。例如,有没有能力做出这样的统计,尤其当某些产品不一定非要在线使用时?何为使用一次,在搜索引擎上输入一个关键词为一次,点击一份搜索结果为一次,还是搜索引擎自打开到关闭时为一次?

可见,在传统经济领域可基于确定标准计算出来的市场份额,在互联网行业因面临众多不确定因素而难以统计,即便选择某个看似更科学的标准而统计出来的数据也不一定能反映互联网行业的真实情况,更何况并不一定存在所谓的更科学的标准。

### (三) 滥用行为构成及其可罚性

互联网企业在相关市场上的支配地位即使能被证明,其是否实施了反垄断法上的滥用行为,以及这种滥用行为是否具有可罚性,仍然是不易解决的问题。

#### 1. 滥用行为的构成

反垄断法所列举的各种滥用行为都有严格的构成要件,互联网行业的竞争失序行为很多时候并不满足这些构成要件。一个直观的表现是,现行法规定的滥用行为基本针对市场主体的交易行为,也即主要发生在销售领域,大多直接或间接与价格、质量、售后服务、交易对象等交易条件相关。但在互联网行业,竞争行为与传统经济领域差异较大,很多时候不再是交易条件的竞争,而是技术创新辅以商业模式的竞争,在这些领域发生的竞争行为往往很难与反垄断法上的滥用行为对号入座。再者,互联网企业与用户之间多不存在所谓的交易行为,如我们使用QQ聊天是否就意味着与腾讯公司发生了交易关系难以说清;即使用户使用互联网产品也可看作广义上的交易的一种,但这种产品常常因免费而不存在交易价格,所以有些滥用行为在互联网行业根本没有适用余地,例如,百度、腾讯就不可能对普通用户实施垄断高价、价格歧视等行为。

即便有些产品存在交易价格,如收费软件,互联网企业一般也不会价格在价格上实施滥用市场支配地位行为。大多数互联网产品都是用户导向型的,获得更多的用户量比单件产品所获取的利润要更为重要,所以互联网企业一般不会轻易得罪用户;如果某个互联网企业真的这样做了,那么它可能因流失大批用户而迅速丧失其市场支配地位。基于这种考虑,互联网企业总是在提供更多免费产品、改善用户体验等方面做出努力、竞争。我们之前所说的互联网行业垄断性市场结构一般不会给用户带来多大损害,原因亦在于此。

#### 2. 滥用行为的可罚性

互联网行业竞争的特殊性会使得取得支配地位的经营者不像传统经济领域中的经营者那样

倾向于滥用其支配地位,但这不会杜绝支配地位的滥用。一旦存在滥用行为就需要反垄断法的介入,但问题在于,即便互联网企业的行为形式上符合了滥用行为的构成要件,我们还要继续分析这种行为是否存在足够的“正当理由”。互联网行业滥用行为的可罚性很多时候不如传统经济领域那么明显。

首先,这是由互联网产品的免费属性决定的。前面说过,免费互联网产品也可以被界定为一个相关市场,但问题是,反垄断法对免费产品与收费产品是否应当同等对待?从制度层面看,既然也是一个市场,互联网企业在该市场上就应如同在收费产品市场上一样,即便取得支配地位也不得实施各种限制竞争行为。但从用户角度看,我们对免费产品的容忍程度显然要比收费产品高。例如,我们使用免费电子邮件,就意味着可能会收到邮件服务提供商发布的各种广告邮件;我们使用免费的即时通讯工具,有时就必须容忍工具界面弹出的相关广告,甚至还要同时接受附加的其他互联网服务,尤其当附加的服务也是免费时。我们不要忘了,互联网企业提供免费产品也是有利益考量的,既然如此,作为对价,我们接受互联网企业所设定的某些限制似乎顺理成章——而且,这些限制基本都是事先告知的。用户接受互联网企业的产品本质上是合同关系,而接受免费产品就是一个赠与合同。合同法并不排除赠与合同附条件,那么为什么在互联网企业实施其早已告知的限制行为时,我们又指责其滥用市场支配地位呢?

其次,很多滥用行为的可罚性是基于成本考虑或价格比较而得出来的,但互联网行业很多时候缺少此类比较的基础。垄断高价、掠夺性定价、价格歧视等滥用行为的认定与处罚,基本离不开相关产品的成本价、市场价等价格基础。这种基础在传统经济领域因与产品的物理成本相联而具有极大的可比性,因为产品的物理成本的差异不可能太大,但互联网产品的成本并不主要体现在物理成本方面,而是更多体现在前期的研发和推广方面。即便同种技术、同种产品,不同企业的研发和推广成本也可能存在较大差异,因此,我们很难说那些基于成本差异而呈现出来的价格差异就是有问题的。

最后,互联网行业很多看似滥用的行为可能是为了反击竞争对手的不当竞争或挑衅行为才做出的,那么这时要惩罚滥用行为就必须先解决对手行为的正当性问题。市场竞争本就残酷,互联网行业的技术竞争更加残酷,只有遵守竞争规则,竞争结果才是可接受的。法律鼓励正当的竞争行为,针对正当竞争行为而实施的滥用行为必须予以惩罚。如果竞争对手先采用了不当的竞争或挑衅行为,互联网企业不予反击很可能就会流失大批用户进而丧失优势地位,这时,反击行为即使在规范层面满足了滥用行为的构成要件,也不应施以惩罚。理想的执法方式应当是叫停反击行为,需要惩罚的反而是先前的不当竞争或挑衅行为。

#### 四、反垄断执法方式回应:执法谦抑

前文用较长的篇幅论证了两个观点:一是与传统经济领域不同,互联网行业的高市场集中度一般不会阻碍技术创新,也不会损害消费者福利;二是互联网市场及竞争的特殊性使得认定这一行业的市场支配地位滥用行为具有极大的不确定性,即便滥用行为表面成立,其可罚性往往也不如传统经济领域那样明显。如果这两个观点成立,那么反垄断法应用于互联网行业就应当谨慎,过于严厉的执法态度不论对消费者、互联网行业发展和进步都不是一件好事。执法谦抑应当是互联网行业反垄断执法方式的理性选择。

执法谦抑不仅是一种执法方式,也是一种执法态度、执法原则,意在强调反垄断法应用于互联网行业时应克制、谨慎。执法谦抑的含义基本可概括为两个方面:一是反垄断法的介入以必要为

前提,凡可通过反垄断之外的其他方式解决互联网竞争问题的,就不必强调反垄断法的适用,在这方面尤指勿以反垄断取代行业监管,而要重视行业监管在解决竞争问题上的作用;二是当反垄断成为必要手段时,应尽可能选择温和的执法方式,避免严厉执法可能给互联网行业发展带来的伤害。

### (一) 勿以反垄断取代行业监管

互联网行业的健康发展需要规范的市场秩序,但市场秩序的规范化不能仅依靠竞争法,竞争秩序只是市场秩序的一种;即便是在追求有序竞争这一目标上,也不能单单强调竞争法的作用,因为越是专业领域,竞争法的作用就越可能有限。由专门机构实施的全方位监管对互联网行业的健康发展至关重要,在完善竞争秩序方面,竞争执法机构也要与行业监管机构相互配合,切勿以竞争执法取代行业监管。

为使问题简化和集中,下文中,我们暂不考虑不正当竞争行为规制,而只考虑垄断行为——但即便考虑,道理和分析思路也是一样的。

反垄断法是专门规制垄断行为的法,为什么互联网行业的反垄断活动还需要行业监管机构的介入?原因很简单,行业监管是全方位监管,在监管时不可避免地会涉及竞争问题。当行业监管与反垄断执法发生交叉时,就需要协调二者关系。这是一个老生常谈的问题,答案似乎很简单。我们通常认为,反垄断法在经济领域具有“一般法”或“原则法”地位——即习惯所称的“经济宪法”属性,尽管这种说法从法学角度看并不准确,监管下的产业及行业监管行为本身都要接受反垄断法的审查,因此,行业监管原则上不得有悖于反垄断法追求有效竞争秩序的目标。

互联网行业监管也应如此,但在反垄断与行业监管关系上,问题还可以进一步细化。由于行业监管与反垄断的直接目标和基本任务不同,二者之间的冲突在所难免。为了防止行业监管可能抑制或取代自由竞争,我们一般认为,行业监管应尽量少涉及竞争问题。但互联网行业的情况可能稍有不同。考虑到互联网行业的特殊性,特别是其技术性、专业性、动态性,反垄断法应用于该行业可能会面临严峻挑战,甚至本以促进效率为目标的反垄断执法可能会因对互联网行业的把握不足而走向目标的反面。例如在理论上,反垄断法的实施对新兴领域来说究竟是敌是友,一度不乏争论。<sup>[20]</sup>因此,以反垄断法来解决互联网行业的竞争问题有时未必见得是最优策略。相反,行业监管机构在解决本行业问题上的专业性、及时性、可操作性,以及确保相对人的遵从性等方面可能更胜一筹。<sup>[21]</sup>所以,在解决竞争问题上,我们不必像在传统经济领域那样格外倚重甚至单纯依靠反垄断法的作用。行业监管机构既然能够做得更好,为什么不积极发挥其作用?

在具体操作上,建立反垄断执法与行业监管之间的合作机制也很简单。

第一步是立法。如前所述,在涉及竞争问题时反垄断法属一般法,但既然作为一般法,就有与之相对的“特别法”。所以,完全可以在有关互联网行业的监管法中规定一些反垄断的内容。这样,这些内容就构成了反垄断法的“特别法”。在具体适用中,当反垄断法的内容不论因规定模糊还是存在空白而导致无法有效规范互联网行业竞争行为时,就可依“特别法优于一般法”的法理来适用行业监管法。

需要注意的是,行业监管法在规定反垄断内容时可以细化、解释、增补反垄断法的相关规定,

<sup>[20]</sup> See, Peggy J. Hoyt, “Developing Antitrust Policy on the Internet: Lessons from the Airline Industry”, 28(2) Transp. L. J. (2001), 315-316.

<sup>[21]</sup> “3Q”大战中腾讯“二选一”事件的解决就是一个例子。当腾讯决定不兼容 360 产品时,具有执法权的工商部门并没有及时执法,最终是行业监管机构即工信部出面,问题随即很快解决。

但不得与作为一般法的反垄断法的精神相悖。这方面的一个典型例证是我国台湾地区的立法实践。在“公平交易法”1999年修正前,该法第46条内容为:“事业已有其他法律予以规范者,不适用本法之规定。”这一规定不问“特别法”的内容如何,一律允许其排除“公平交易法”的适用。这显然不妥,因为它可能架空“公平交易法”的内容。因此,在1999年修正后,第46条改为:“事业关于竞争之行为,另有其他法律规定者,于不抵触本法立法旨意之范围内,优先适用该其他法律之规定。”这一修正明确要求其他法优先适用的前提是不得抵触“公平交易法”的立法旨意。<sup>[22]</sup>这就较好地解决了行业监管法与反垄断法之间的关系问题。

为更好地发挥行业监管的作用,这里还要解决一个立法技术问题。我国《立法法》明确规定,只有同一机关制定的法律规范,特别规定与一般规定不一致的,才优先适用特别规定。也即特别法优先适用的前提是,一般法与特别法在效力等级上处于同一层次。因此,涉及反垄断内容的行业监管立法最好与我国的《反垄断法》一样,由最高立法机关来制定。如果仅由行业监管机构制定部门规章,则反垄断法完全可以审查规章中涉及反垄断的内容,这时,行业监管机构尽管也能发挥作用,但必然有限。

第二步是合作执法。即便立法赋予了行业监管机构纠正垄断行为的执法权,在具体执法过程中,反垄断执法机构也要参与进来,由二者合作执法。为什么一方面允许行业监管机构反垄断,另一方面还要反垄断执法机构参与,这似乎多此一举?我们知道,在反垄断法领域,大多数学者之所以呼吁建立一个独立的执法机构,目的是保证执法活动不受人为了干涉。如果将反垄断执法权赋予行业监管机构,执法的独立性是否还能保证就令人怀疑。因此,基于执法独立的考虑,可以通过合作执法,让反垄断执法机构来监督行业监管机构的执法活动。

合作执法的一个原则是,反垄断执法机构具有一般性的、全面的执法权,行业监管机构则只能享有立法明确赋予的有限执法权。由于行业监管机构获得执法权的基本依据是其专业性,故在专业问题解释及事实认定上应强化行业监管机构的作用,有关法律程序及反垄断法适用的问题,则宜由反垄断执法机构主导。

合作执法的目的是让反垄断执法机构知晓行业监管机构的意图及决策,使执法过程及结果均符合反垄断法的精神,因此,合作的方式不一定非要双方共同参与整个执法过程并共同做出最终决定,更多时候只要行业监管机构在查清案情的基础上,将案件情况及拟做出的决定通告反垄断执法机构,由反垄断执法机构提出指导性意见即可。

## (二) 温和的反垄断执法方式

反垄断法规则本身就具有不确定性,互联网的特殊性又会放大这种不确定性。互联网行业的相关市场看似容易界定,在某些市场上似乎出现了具有支配地位的企业,这些企业好像也运用了其支配地位,但是,只要我们深入把握互联网行业竞争的真实状况,进一步追问相关市场的边界,换一种衡量市场份额的标准,或者探寻所谓滥用行为背后的正当理由,就会发现行为性质并不那么确定,甚至结论也可以刚好相反。这是一个挑战,但同时告诉我们,在互联网行业适用反垄断法时,要尊重互联网行业的自身规律,要采取谨慎的态度,要避免过严的执法方式使得原本的保护变成伤害。

### 1. 更多的经济分析而非规则判断

经济分析在反垄断执法中十分重要,互联网行业的反垄断执法更需依赖经济分析。经济分析首先意味着垄断行为认定要谨慎。反垄断法规则总是很简单,以简单的规则来反观互联网行业竞

[22] 参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第206页。

争现状,我们很容易就能找到各种各样的垄断行为。但在下结论之前,最好审视一下传统经济领域适用的法律规则、分析思路、测试工具在互联网行业是否合适。有时看似垄断的行为如果换一种角度、标准,结果可能就不一样。经济分析还体现在对垄断行为的惩罚上。即便某些行为从规则层面看的确构成垄断行为,但在准备惩罚之前,也要看其结果是不是真的有危害性,是不是无法依靠互联网市场的自我调节来消除,以及是不是到了非惩罚不可的地步。

此外,经济分析注重结果判断,就意味着评判互联网垄断行为要立足长远。互联网市场具有动态性,短期看市场结构可能过于集中,有些行为可能产生垄断倾向,但一段时间之后,随着互联网市场的重新“洗牌”,不仅市场结构会发生变化,在竞争压力下,很多垄断行为也会自然消失。所以,相比于传统经济领域,互联网市场对垄断行为更具自我调节能力。在可能甚至已经出现垄断行为时,反垄断法不宜过早介入,可以观察一段时间,看行为的持续时间及损害后果。为更好发挥互联网市场的自我调节能力,并节约执法资源,反垄断法应更多针对那些持续时间长、危害性明显,尤其是业已伤害到普通用户的垄断行为。

经济分析的必要性毋庸置疑,但在互联网行业进行经济分析时还要解决一个先决问题,即立场问题。换言之,应站在什么立场做出这种分析与判断?任何企业在面对一项垄断行为指控时,各种针锋相对的观点都会被亮出来,由于涉及技术性、专业性极强的知识,这种争论总会显得“公说公有理、婆说婆有理”,这时究竟站在哪方主体的立场来进行判断就成为一个棘手问题。例如,在奇虎360诉腾讯案中,腾讯是否构成搭售行为就是一个非常难认定的问题。有人提出应站在消费者角度进行判断,由于腾讯的行为并没有给消费者带来多大损害,且消费者使用腾讯捆绑于QQ之上的其他服务时被强迫的现象不明显,因此不宜认定腾讯实施了搭售行为。<sup>[23]</sup>这种观点有一定道理,因为它从中立的第三方立场进行判断,不仅将问题简化了,也吻合反垄断法追求经济效率并最终指向消费者福利的价值目标。本案还可以从整个互联网行业健康发展的角度进行判断:互联网经济很多时候就是一种平台经济,当平台两边的一边为消费者时,互联网企业很少对其收费,这时它要盈利就只能实施诸如捆绑之类的行为,这是互联网行业极其常见的盈利模式,不能将其与传统经济下的搭售行为同等对待。

当然,站在消费者的立场进行判断不是说让消费者去判断,消费者在互联网经济下往往不具备足够的判断能力。有些行为对消费者有好处,消费者未必理解;有些行为对消费者不利,消费者也未必能发现。所以,判断的立场与判断的主体应当区分开来。

## 2. 更多的不正当竞争行为规制而非反垄断

互联网市场充斥着各种不规范的竞争行为,但这些行为不一定是垄断,也可能是不正当竞争。与垄断行为的后果复杂、不易认定以及尚不算普遍相比,不正当竞争行为的违法性明显,认定相对简单,在互联网市场也更加常见。我国当前互联网市场更需要的是不正当竞争行为规制而非反垄断。

执法机构规制互联网垄断行为要慎重,但对互联网行业中的不正当竞争行为要坚决制止。在实力有限的情况下,互联网企业实施垄断行为很难,但任何互联网企业都可以实施各种各样的不正当竞争行为。互联网市场结构的一个重要特点是,一个行业内一般只有少数几家企业占有较大的市场份额,剩下的都是市场份额极小但数量众多的企业,企业之间的竞争非常激烈。为了争夺流量、客户,互联网企业不惜采用各种不正当手段,所以我们会看到大量的流氓软件、恶意程序、电

[23] 参见仲春:《360诉腾讯垄断案中的互联网搭售评析》,载《“反垄断法实施前沿问题国际研讨会”论文集》第215页,2012年8月13-14日,浙江杭州。



脑病毒充斥于互联网之中;甚至不计其数的网民可能因知识不足、利益驱使或其他原因而充当“网络水军”,成了互联网企业实施虚假宣传、商业诋毁等不正当竞争行为的重要推波助澜者。

工信部 2011 年底发布的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》对互联网中各类不正当竞争以及侵犯用户权益的行为做出了详细规定,这应当是规范互联网行业竞争失序现象的重要依据。在反不正当竞争法修订时,也应增加网络不正当竞争行为的相关规定。

### 3. 更多的私人诉讼而非公共执法

反垄断法上的公共执法与私人诉讼都是纠正垄断行为的重要方式,但二者对被指控者的影响不同。私人诉讼是“一对一”的纠纷解决方式,即使原告胜诉,被指控者也只需对原告承担责任;且在我国法制背景下,私人诉讼结论只在个案中有效,因此即便某个行为被法院认定违法,也不意味着其行为就一定构成垄断,在后续案件中,证明行为违法的过程仍必不可少。公共执法则不同,一旦执法机构裁决某个行为构成垄断,则相对人必须停止行为,且执法机构的裁决在后续的私人诉讼案件中一般可作为认定行为人违法的初步证据。所以总体来说,公共执法对被指控者的影响要大得多。考虑到互联网行业垄断行为后果的不确定性、行为性质的模糊性,禁与不禁有时并没有十分明确的标准,为免公共执法伤害到互联网行业的正常发展,在互联网行业,应更多地鼓励私人诉讼,公共执法则应有所克制。

在私人诉讼之后,反垄断执法机构是否需要介入处理则应视情况不同而有所区别。如果私人原告败诉,除非行为人实施了可能涉嫌违法的升级行为或有新的证据表明行为人从事的行为涉嫌违法,否则执法机构不必介入。如果私人原告胜诉,执法机构是否介入也要看行为人的表现及违法行为的严重程度,并不当然地介入。被指控者一旦败诉,因担心后继的私人诉讼或执法机构惩罚,往往都会自觉终止涉嫌垄断的行为,这时,执法机构就没必要再立案调查。如果被指控者继续实施垄断行为,则执法机构可综合考虑行为的违法程度、危害性、持续时间及受害人数量等因素,选择一种恰当的执法方式介入,不一定非要罚款,也可责令终止违法行为或采用其他替代性方式。

### 4. 更多的替代性执法方式而非严厉惩罚

在互联网行业,反垄断执法的目的应重在纠正涉嫌违法的垄断行为而非惩罚行为人。惩罚任何时候都只是手段而非目的,惩罚应能改善被惩罚者的后续行为,有利于整个行业的健康发展;如果惩罚纠正个体行为以伤害该企业甚至行业发展为代价,则惩罚就不是最优手段。在互联网行业,很多行为即便构成垄断,其危害性也可能不大,这时只要终止行为即可,不一定非要严厉惩罚。

另一方面,执法机构惩罚一个垄断行为,须具有充足的法律依据和理由,即被处罚行为须在一国反垄断法中明确规定,且执法机构能认定当前行为构成法律所禁止的行为,但如前所述,互联网行业的很多行为很难与反垄断法的规定对号入座,即便形式上满足了构成要件,认定过程也充满了太多的不确定性。所以,执法机构要想定性并惩罚,不仅有时难以胜任,也会耗费巨大的执法资源。这时,惩罚并不是最优的执法策略。

当惩罚没有必要或难以继续时,就可考虑替代性的执法方式。这种方式主要是和解,在我国《反垄断法》中体现为第 45 条规定的经营者承诺制度。这一制度的含义是,在反垄断法执行机构调查垄断案件时,如果经营者向执法机构做出停止或修正特定行为的承诺,执法机构认为经营者的承诺足以消除行为的消极影响,则可接受该承诺并据此做出决定,要求经营者履行其承诺,从而结束案件调查程序。适用承诺制度时,执法机构无需经过详细的调查活动,也不必对涉案行为做出违法认定,其目的在于尽快纠正可能违法的行为,因而它不仅可以节约执法资源,也会受到经营者欢迎,有利于案件的最终解决。

互联网行业垄断行为认定的不确定性决定了这类案件特别适合以承诺方式结案。在欧共体

竞争法执行中,委员会就认为当企业行为是否违法存有疑问时,就可考虑接受企业承诺,故承诺制度成为处理互联网垄断案件的有效方式,IBM案(1984)、Swift案(1997)正是这方面的典型案例。<sup>[24]</sup>我国反垄断法因实施不久,承诺制度尚未得到广泛运用,<sup>[25]</sup>在未来互联网行业的反垄断执法中,执法机构可多援引该制度来处理垄断案件。

## 五、结论

凡存在经济竞争的领域就可能存在垄断,凡有垄断的地方就需要反垄断法的介入,但反垄断法应以怎样的方式介入,却因其作用领域的不同应有所区别。尽管产生并发展于传统经济领域的反垄断法在维护互联网行业的竞争秩序时已发挥了重要作用,但人们同时也发现,在传统经济领域行之有效的法律规则、分析思路、测试工具在互联网行业有时并不合适。互联网经济的迅速发展已给反垄断执法带来了严峻挑战。

回应挑战的前提是认清互联网行业的竞争状况、市场结构与垄断行为的特殊性。我们一贯认为,垄断会导致无效率,会损害消费者福利,但在互联网行业,这种认识不一定正确。我们看到的更多现实是,高市场份额在互联网行业似乎更容易获得,但也更容易失去。同时,越处于领先地位的互联网企业,往往越注重技术创新,越会致力于为消费者提供更多的免费产品、更完善的用户体验。这些特殊性意味着,反垄断执法机构在处理互联网行业的垄断案件时应与传统经济领域相区别,过于严厉的执法态度并不一定合适,执法谦抑反而可能是更理性的选择。

反垄断执法应保持谦抑性的更重要原因在于,原本就模糊的法律规则在互联网行业面临更大的不确定性。以互联网行业最为突出、受关注最多的市场支配地位滥用行为为例,由于相关市场的边界难以确定,市场份额在判断支配地位时的作用降低,以及滥用行为的构成要件与处罚依据不明确,执法机构十分困惑甚至没有能力去认定互联网企业从事了市场支配地位滥用行为。即便认定滥用行为成立,这种认定究竟是促进效率还是阻却效率很多时候也是未知之数。

基于此,反垄断法在介入互联网行业时尽力保持克制、谨慎。克制意味着,凡可通过其他方式解决互联网竞争问题的,反垄断法就不一定非要介入,例如,行业监管以及不正当竞争行为制止都可作为维护互联网市场竞争秩序的更普遍方式;谨慎意味着,当反垄断法的适用必不可少时,也应在垄断行为认定及处理上,强调更多的经济分析,鼓励更多的私人诉讼,以及尽量采用承诺制度等替代性的执法方式。

(责任编辑:李迎捷)

---

[24] Alberto Pera, Michele Carpagano, "The law and practice of commitment decisions: a comparative analysis", 29(12) E. C. L. R. (2008), 672.

[25] 我国现实中适用《反垄断法》第45条规定的“经营者承诺制度”的案件目前仅有2011年末曝光的电信、联通案一件。该案虽然也与互联网相关,但因其典型性与示范意义,以及事关竞争文化培育等特殊性,实际上不宜以承诺方式结案。关于本案中承诺制度适用面临及带来的问题,可参见焦海涛:《电信、联通垄断案中承诺的消极效应》,载《法学》2012年第3期。