

论网络经济中相关市场及市场支配地位的界定

——评《中华人民共和国反垄断法》相关规定

张小强^{1,2}, 卓光俊¹

(1. 重庆大学 法学院, 重庆 400044; 2. 加州大学 黑斯廷斯法学院, 美国 旧金山 94103)

摘要:文章以网络经济的特征为基础,结合反垄断法理论与实践,指出了静态网络市场的特征、动态网络市场的特征以及网络交易形态对网络经济中相关市场界定的影响。并以此为基础进一步分析认定网络经济中市场支配地位应该考虑的主要因素不是市场份额,而是网络经济效应、标准与对于关键设施的知识产权。文章最后结合《中华人民共和国反垄断法》相关规定给出了完善中国相关制度的具体建议。

关键词:反垄断法;市场支配地位;相关市场;网络经济;立法建议

中图分类号:D912.99

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2009)05-0091-07

从20世纪末开始至今,一些国家出现了针对微软的反垄断诉讼,促使国际法学界关注网络经济中的反垄断问题,由此带来一场反垄断法的革命。《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)经第十届全国人大常委会第二十九次会议于2007年8月通过后,2008年8月正式生效,它不可避免地面临在网络经济中的实施问题。鉴于网络经济的重要战略地位,研究反垄断法于网络经济相关产业中的实施具有重要的现实意义。而相关市场与市场支配地位的界定则是反垄断法能否正确实施的基本前提。网络经济不同于传统经济的特征使其中相关市场与市场支配地位的界定不能照搬传统方法。笔者将以网络经济的特征为基础,分析国际上有关界定网络经济中相关市场及市场支配地位的理论与实践,从而梳理出网络经济中相关市场与市场支配地位的具体方法,并进一步给出中国《反垄断法》相关制度完善的具体建议。

一、网络经济及其对反垄断法提出的挑战

有关网络经济的定义繁多,通过分析各种定义的内涵及其要界定的对象可厘清网络经济的含义。从概念上看,网络经济为经济体之间以节点和链路构成的系统为主要作用方式的经济现象^[1];从经济学特征看,网络经济是具有网络经济效应等网络经济学特征的网络产业;从时间上看,网络经济是20世纪90年代兴起的一系列新的经济现象;从具体产业看,网络经济主要包括信息与通信技术产业、互联网(包括电子商务)及相关产业(如利用了网络技术的金融业等)^[2]。

收稿日期:2008-12-10

基金项目:重庆大学高层次人才科研启动基金资助项目;2007年重庆大学人文社科青年教师科研启动资助专项项目(CDSK2006-08)

作者简介:张小强(1974-),男,湖北随州人,重庆大学法学院副教授,硕士生导师,法学博士,加州大学黑斯廷斯法学院访问学者,主要从事网络经济、反垄断法及知识产权研究。
欢迎访问重庆大学期刊社 <http://qks.cqu.edu.cn>

网络经济有两个主要特征:其一是经济体之间作用的方式是网络;其二是网络外部性,也被称为网络效应,正是这两个不同于传统经济的特征给反垄断法提出了挑战。

按照链路的形态划分,网络分为真实网络(actual network)与虚拟网络(virtual network)。真实网络的链路是真实的,其形式可以是物理的(如通讯网络)也可以是各个经济体之间真实的信息交流(如语言)。虚拟网络指网络产品的价值并非因与其他消费者或者产品连接而实现,如能兼容的产品的一个组合。比如 Windows 操作系统的全部使用者就构成了一个典型的虚拟网络,使用同一标准下产品的用户同样构成一个虚拟网络。上述分类可以涵盖各类型网络。当然不论真实网络还是虚拟网络在现实生活中都会有具体的网络形态,例如互联网、信息网络、计算机网络、通讯网络、软件用户构成的网络等。

在网络经济中,控制了网络或者控制了网络中的关键设施就意味着占据了市场支配地位,由此带来了反垄断问题。主要表现:其一,直接利用网络限制竞争。在真实网络中控制了瓶颈设备的企业往往会利用这一优势限制其他企业与其展开竞争。而在虚拟网络中同样会有这种情况,例如在某些情况下,可将软件界面视为虚拟网络中的关键设施,企业也可能利用对界面的控制来限制竞争,但是软件界面又受到知识产权保护,这就使其中的反垄断问题比传统经济更加复杂。除了以上基于网络的滥用支配地位行为,竞争者也可能通过联合控制一个网络或者其中的关键设施来限制竞争。其二,间接利用网络限制竞争。首先,网络的存在也使企业之间的信息交流更加便捷,增加了企业订立限制竞争协议的可能性。其次,网络的存在使企业能够方便地掌握消费者的信息,增加了企业从事价格歧视以及掠夺性定价等限制竞争行为的可能性。

网络并非网络经济所特有,传统经济中也有网络存在。因此,仅凭网络还不能完全将网络经济与传统经济区分开。网络经济与传统经济的本质区别在于网络外部性,网络经济不同于传统经济的市场均衡特点以及不同于传统经济的市场结构等特征皆由网络外部性引起。网络外部性有狭义与广义之分,狭义的网络外部性仅指某个产品在有其他人使用时消费者对其价值估计会增加这一经济现象。也有学者认为狭义的网络外部性是指“单位产品的价值会随产品的销售数量增加”,还有学者认为是“单位产品的价值随该产品的预期销售数量增加”^[3]。

笔者认为最后一种界定较为准确,因为网络外部性的产生原因并不在于消费者获得的价值,也不在于当前已经售出了多少单位的产品,而关键在于消费者对该类型的产品预期销量估计与对该产品的价值估计成正比。

网络外部性(狭义)能够在网络经济中引起正反馈(positive feedback)、冒尖(tipping)、锁定(lock-in)、转移成本(switching cost)等一系列相关现象。网络外部性及其引起的一系列现象可统称为网络经济效应。正反馈指一个网络目前的用户越多则这个网络对其他用户更具吸引力,当他吸引到一个用户后又会使其更容易吸引到另外的用户,于是就形成了正反馈机制。正反馈机制使市场只能有一个或少数几个网络能够存在,比如传真、互联网只能有一个标准存在。正反馈导致了冒尖现象的发生,即当消费者认为几个竞争的网络中某一个会在将来获胜时或拥有更多用户时,全部消费者都会倾向于这个网络,而其他网络则会在竞争中失败,简言之就是胜者全得,胜者会成为标准。冒尖会使网络经济中产生传统经济中少见的次优技术获胜现象。假设网络经济的市场中有两种技术,开始消费者不知道那种技术会占优,偶然的因素导致较多消费者选择了次优技术,那么更多的消费者就会倾向于这种技术,使其成为行业的标准而使最优技术退出市场。当消费者发现最优技术的时候,他们已经被次优技术锁定。锁定指消费者即使知道最优技术存在,也没有任何消费者愿意转向它。因为最优技术此时的价值对消费者而言远小于次优技术,消费者使用它要付出转移成本,即指消费者放弃现在的网络而转向新的网络所付出的成本,比如学习新的操作方式、购买新的设备等。只有当新的网络带给消费者的价值大于转移成本时消费者才会转向新的网络。

网络外部性导致网络经济中的市场均衡与传统经济完全不同。因为网络经济效应的存在市场均衡不完全由价格决定,而是与网络规模有很密切的关系,因为网络规模会影响消费者的支付意愿从而会影响需求。例如在网络达到临界规模之前,厂商会采取各种策略吸引用户加入其网络,以避免被淘汰。而在越过临界尺寸并达到市场均衡点之后厂商可能会提高其价格以获得更多利润^①。网络外部性对网络经济市场结构与企业竞争策略的影响带来了诸多新的反垄断问题。

首先,非对称的市场结构与快速的技术进步特点以及网络外部性的影响,使得反垄断法中的一些重要概念或者因素的界定不能照搬传统方法。例

^①限于篇幅,有关网络经济的经济学特征在此不展开讨论,请参阅:Nicholas Economides. The Economics of Networks[J]. International Journal of Industrial Organization, 1996, 14(6): 673-699.

如,在网络外部性以及其它网络经济效应的作用下,如何界定相关市场?如何确定市场集中度?如何认定市场支配地位?如何评价企业合并后对竞争的影响?

其次,在网络外部性的影响下,企业的竞争策略发生了变化,由此带来新的反垄断问题。例如,反垄断法如何干预企业联合制定标准?如何干预标准之争?如何干预企业利用网络经济效应阻碍或者削弱其竞争对手?

再次,网络经济中某些限制竞争行为可能是一种有效率的行为,但是这些行为却为反垄断法所阻止,这也带来了新的反垄断问题。例如,渗透定价从反垄断法角度看是一种掠夺性定价行为,应受到禁止,然而这是网络经济中企业常用的竞争策略,在某些情况下还能够促进竞争。

以上分析说明网络经济已经对反垄断法理论提出了全面修正的必要,限于篇幅,笔者仅分析网络经济中的相关市场界定与市场支配地位的确定问题。

二、网络经济中相关市场的界定

相关市场指竞争关系主体所在的市场范围,确定相关市场是确定企业市场支配地位的前提,也是合并控制中评价市场力量集中度的一个重要前提。当前主流的观点认为相关市场分为相关产品市场与相关地理市场,前者指一个产品或者一组产品,而后者指生产或销售产品的地理区域。中国《反垄断法》亦规定:“本法所称相关市场,是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。”然而,《反垄断法》中并未规定相关市场的界定方法,将来必然要出台配套规定或者相关司法解释,否则《反垄断法》根本无法施行。

无论美国与欧盟,测度相关产品市场或者相关地理市场的标准都采用 SSNIP (Small but Significant Not - transitory Increase in Price) 方法,即界定相关市场时,应考虑一个数额不大但很重要且非暂时性的涨价。SSNIP 是一种分析产品交叉需求弹性的方法,主要测试一定产品或者一定地域内假设的一个数目不大但非暂时性的相对价格上涨的反应,测试当事人的客户是否愿意转购可以得到的替代品,或者转向其他地区的供货商。因为涨价会减少销售数量,在替代程度大到足以使涨价行为无利可图的情况下,这些替代产品或者扩大了的地域就应当包括到相关市场之中。对于测试中使用的涨价幅度标准,美国《1992 横向兼并指南》规定为 5% 但是可以大于或者小于该标准,而欧盟 1997 年 12 月发布的关于界定相关市场的通知中则规定为 5% 到 10%^[4]。同时美国与欧盟在是否区分存在价格歧视与不存在价格歧视的市场,哪些可作为考虑界定相关市场的证

据等方面又有较大差异。因此,从美欧相关市场界定的差异和其具体操作来看,相关市场界定虽然有一个主流的标准方法 SSNIP 测试法,但是应考虑的因素众多,针对不同的产品或不同的地域市场应重点考虑的因素亦有所不同。

网络经济的静态市场特征、动态市场特征以及交易形态都与传统经济有所区别,笔者认为,可从这三个方面入手来考察网络经济的特征对界定相关市场的具体影响。

(一) 网络经济的静态市场特征对相关市场界定的影响

网络经济的静态市场特征主要由网络经济效应决定,而网络经济效应也会导致传统界定相关市场的方法部分失效,应做修正。

第一,网络外部性导致价格机制失效。网络外部性形成正反馈时,用户宁愿选择用户数量多、会成为标准的产品而非价格便宜或者性能更优的产品。在这种情况下,SSNIP 测试法显然不会有效,因为主流产品价格的提高并不会使用户转向其他产品。

第二,用户安装基础使同一产品产生不同市场。网络型产品在中能够生存下来,必须要具有一个用户安装基础,即先期获得一批稳定的用户以促进正反馈的形成。当厂商推出新产品时,必须与其早期获得的安装基础展开竞争,即要让使用旧版产品的用户转移到新版上来。在这种情况下,应该将新产品市场与原来的安装基础分别界定为不同的市场^[5]。

第三,转移成本。转移成本的存在,使得消费者被锁定,也使得价格因素对市场的影响有限,厂商之间要展开竞争必须克服对方的转移成本,转移成本导致网络型产品市场被分成几种类型。

第四,网络型产品的兼容性与差异性的影响。严格说来兼容性与差异性并非网络经济效应,但的确是很多网络型产品的典型特征,二者对确定网络经济中的相关市场也有重要影响。例如因为软件产品的高度差异性,软件市场只能包括同样的程序,而不能包括功能上只重叠了一部分的程序。

(二) 网络经济的动态市场特征对相关市场界定的影响

网络经济中的创新速度非常快且技术竞争激烈,网络产业是高新技术产业,网络经济的动态市场特征——其技术进步的特点给界定其中的相关市场带来了一定的困难,例如如何确定产品的供应者及其替代品。网络经济市场的动态特性意味着市场界定不能仅仅看当前的情况,还要看将来的情况,因为随着技术的进步,市场的范围在变化之中。传统的相关市场界定方法主要依据价格理论,然而对于网络经济中技术更新速度快的相关产业而言,产品的

品质更加重要。

对此,有学者提出以品质代替价格进行测试来界定网络经济中的相关市场。即“看看如果一个产品性能的提高能否导致其被另外的产品替代,如果答案是肯定的,那么即使产品基于两个相互排斥的技术也应该被界定成一个相关产品市场”。他们以产品关键性能特征的25%为标准,即当产品性能降低25%时消费者是否会选择其他产品,或者新产品性能提高25%时消费者能否吸引到足够多的消费者,如果以上条件成立则替代品就应该被划入相关产品市场。反对该观点的学者认为以性能为标准难以应用,因为“关键性能特征”具有高度的伸缩性,且很多在关键特征上的性能变化并不能被量化^[6]。

笔者认为,以产品性能测试方法代替价格测试方法尚未被广泛接受,但是在界定相关市场时技术也应该是一个重要的考虑因素。在技术创新速度极快的网络经济中,更应该将技术作为界定相关市场的一个重要因素。

(三)网络交易形态对界定相关市场的影响

网络交易导致界定相关市场时产品范围与地域范围确定困难,因为网络交易不受地域和时间限制。对于如何界定网络空间中的相关市场,目前尚无一个对任何情况都能够适用的统一标准,而是要视具体情况进行分析。因为电子商务既可能独立于传统经济,也可能与传统经济密切联系在一起,比如很多传统经济部门也在利用电子商务从事业务。根据OECD的相关报告,我们依然能够找到判断电子商务与传统经济是否属于同一相关市场的最基本的方法,即从“需求方”来观察产品的需求交叉弹性,比如用SSNIP方法测试产品的替代性。即使销售的是同样的产品,如果测试表明在电子商务市场中销售的产品是不可替代的,那么网络空间应该与传统市场分开,在反垄断执法时就应该分别评估二者。在界定相关市场时,产品在现实世界中的运输成本、消费者对于电子商务的偏好、电子商务中的价格歧视、不同类型产品在电子商务中的销售模式等因素都应该被考虑或者应该被视为界定相关市场的证据。

三、网络经济中市场支配地位的界定

认定市场支配地位的重要前提是界定相关市场,因为相关市场的界定不同,市场占有率等具体判断企业是否具有支配地位的标准也就不同。

对于市场支配地位的定义及称呼,各国反垄断法有所差别,但是市场支配地位的核心特征是相同的,即市场支配地位应该是企业具有限制竞争的能力或者地位,若企业具有某种优势,如技术、资金,但是这种优势尚不足以令企业具有限制竞争的能力,则不能认为企业具有市场支配地位。中国《反垄断法》第17条第7款明确规定:“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。”可见中国《反垄断法》也吸收了各国立法经验,该定义符合市场支配地位的核心特征。

仅靠市场支配地位的定义尚不足以在司法实践中直接应用,因此各国要么在立法中明确给出了确定滥用市场支配地位的标准,要么在司法实践中予以明确。前者如德国、日本、中国台湾地区,中国《反垄断法》也是如此,后者如美国与欧盟。笔者认为,确定市场支配地位的标准是多元的,但是无非两个因素:其一,市场结构。分为静态市场结构与动态市场结构,前者主要看市场占有率,而后者主要看进入壁垒的大小,即其他企业进入市场的难易程度。进入壁垒由多种因素构成,可以是市场原因,也可以是技术或者法律原因。其二,市场行为。行为标准主要有两点含义,首先是企业影响市场或者限制竞争的行为能力;其次是企业实施的反竞争行为,例如价格歧视、搭售等。

这两个标准在国际反垄断法实践中并未严格区分,比如在一个进入壁垒很高的市场中,具有市场支配地位的企业影响市场竞争的能力必然较强,从事反竞争行为的倾向性就会更加明显。从各国反垄断法的立法与执法情况看,判断市场支配地位主要从市场份额与进入壁垒两个因素入手,对于行为标准往往是应用于对具体滥用行为的分析过程之中。因此,网络经济中的支配地位的界定也应从这两个因素入手,应主要分析因网络经济的特征给计算市场份额带来的挑战以及产生的进入壁垒。

市场份额也可称为市场占有率,是各国反垄断法衡量市场支配地位的一个重要指标。在网络经济中,计算市场份额同样对判断市场优势存在与否有一定的意义,但是网络经济中的市场份额计算不能完全照搬传统方法。

其一,不能仅仅用销售额来计算市场份额。传统计算市场份额的方法是在界定好相关市场后,应用一个企业的年度销售额来除以相关市场中年度销售总额。网络经济中,由于网络经济效应的存在,对于网络型产品而言,销售出的数量似乎比销售额的金钱数值更加有意义。因为用户倾向于销售量大的产品而不是销售额高的产品。由于有网络的存在,不论是真实网络还是虚拟网络,计算销售数量都非常方便。很多网络型产品,如通信、计算机软件等,一个用户只会购买一套产品,通过销售数量就能清楚地知道用户数。以销售数量来计算市场份额,实际是以用户数量来计算,能更加科学地衡量网络经济中企业所占市场份额。

其二,不能仅仅用安装基础计算市场份额。在

前面分析相关市场界定时,已经指出了要将安装基础与新用户分开计算,在计算市场份额的时候也应注意这一点。即在计算市场份额的时候,是以包含安装基础的累计销售量来计算还是以当前销售的数量来计算,这两者显然是不同的。对于传统经济而言,是采用累计销售额计算,而对于技术更新速度很快并且存在网络效应的网络经济来说就不能如此。对于用户安装基础中那部分只愿意使用低版本产品的用户,还有厂商早期为了发展用户而免费赠送了产品但是从来没有使用该产品的用户都应该在计算市场份额的时候排除在计算数值之外。应以当前的出货量而非安装基础来计算市场份额。是否考虑安装基础计算数值有着巨大的差别,会直接影响到对具体案件的判决。例如有学者分析微软案的时候指出,在1998年美国司法部计算出微软在操作系统市场上所占的市场份额为95%,而实际上只有16%的用户从Windows95或更早的版本升级到了Windows98。而在1999年,美国总共有1130万桌面计算机系统,而微软只卖出了110万套Windows98,也就是大约107万(还有3万多直接购买用户)Windows用户升级到了Windows98。那么其余的计算机用户可以认为是以不付出任何代价“买”了旧版Windows或者转移到其他操作系统上。如此Windows98所占市场份额实际只有10%左右,显然与95%有天壤之别。

不考虑用户安装基础计算市场份额的方法虽然得出的数值较小,但是并不代表厂商对市场的影响力减弱。例如对于微软而言,只要其宣布以后开发的应用软件,如浏览器、搜索工具、MSN等不再向后兼容,用户只有被迫升级。正因为如此,在网络经济中市场份额的意义并没有其在传统经济中重要。

首先是因为网络经济中市场在不断变化之中、技术进步速度很快,在某些情况下,当前占据一个很大的市场份额并不代表将来能够具有持续的市场影响力。更有学者指出即使占据一个很大的市场份额也不代表具有支配地位的企业没有受到威胁,因为技术进步随时能够将其淘汰。

其次,网络经济效应的影响要比市场份额更大。例如一个企业占据了较大市场份额,但是这个市场中的网络效应及消费者锁定较弱,另一个企业占据同样的市场份额,但是其所在市场中网络效应及消费者锁定很强,显然后者对市场的影响力要远远大于前者。

因此,在网络经济中要正确界定市场支配地位,除了考察市场份额,更应该考虑网络经济效应等因素带来的进入壁垒。在传统经济中判断市场支配地位,企业实施损害经济效率的反竞争行为的能力是一个重要指标。而在网络经济中这就意味着不仅要

看企业将价格提高到竞争水平以上的能力,还要看企业实施排他性行为以提高进入市场门槛的能力,网络经济中企业主要利用网络经济效应而非价格手段来实施这些行为。

笔者认为,以下几个因素是网络经济中判断企业市场支配地位的重要指标。

第一,网络经济效应。网络经济效应是一系列现象,其中的每一个现象都可能被具有支配地位的企业用来实施损害经济效率的滥用行为。在网络经济中,一个新进入的企业要能够生存下去,首先要获得一个用户安装基础,这也意味着要克服其他企业的用户安装基础,而占据支配地位的企业有可能利用自己的安装基础用户来实施滥用行为,例如可以采取价格或者非价格性掠夺手段阻止进入,还可以提高其现有用户的转移成本对消费者进行锁定让用户不能轻易转移到进入者的网络。即使支配地位的企业不人为地设置转移成本,由于网络效应的存在导致的倾向性,在进入者的网络没有绝对技术优势的情况下,消费者也无法被吸引到进入者的网络,进入壁垒依然较高。因网络经济效应导致的进入壁垒同时也造成了另外一个现象,就是网络经济中具有市场支配地位的企业往往占据较高的市场份额,例如在软件产业中的微软,虽然有学者指出以新的计算方法计算其市场份额得出数值较小,但是微软在操作系统以及部分应用软件市场的影响力是毋庸置疑的。

第二,关键设施的知识产权。对关键设施拥有知识产权是网络经济中的常见现象,因为网络经济中要获得先发优势要靠技术领先,企业在研发的同时自然要申请知识产权。对关键设施拥有知识产权也是网络经济中企业是否具有市场支配地位的一个重要指标。OECD的有关学者指出应该以知识产权为基础来(asset-based)评价市场力量。因为对知识产权拥有的多少与企业市场中的成功成正比。而在企业对一些关键设施拥有知识产权时,其反过来抑制创新的可能性大大增加。例如在电信产业中,拥有瓶颈设备的公司就很可能抑制其他公司在市场的发展。还有一种观点认为软件界面也应该被界定为关键设施而不应受知识产权保护。

第三,标准。标准根据制定的主体不同可分为三类:一是法定标准(de jure standards),是由国家法律法规规定的标准,一般涉及安全、医疗、卫生等内容,用来对企业提供的商品或服务作出限制;二是正式标准(formal standards),指由制定标准的专门组织(standard-setting organizations, SSOs)设定的标准,包括国内组织和国际组织;三是事实标准(de facto standards),指通过产品在市场竞争中确立支配地位,该产品所用的技术参数、兼容特性等指标得到广

泛应用,成为行业内的标准。在网络经济中,能够给企业带来市场支配地位的主要是后两种标准,尤其是事实标准,它是企业在标准竞争中进行争夺的主要对象,而一旦企业的技术或产品成为事实标准,企业的市场支配地位也由此确立,企业就有可能利用标准实施滥用行为。正如著名经济学家 Farrell 所指出:“如果竞争性的标准是被发起的或被(企业)拥有,这些发起者(拥有者)就会为了让其标准成为事实标准而展开激烈的竞争。在早期阶段,竞争对购买者非常有利。一旦某个标准获胜,那么拥有事实标准就会成为垄断力的来源。”^②

对标准的拥有与上述对关键设施享有知识产权有一定的联系,因为有些时候某些关键设施本身就是标准,然而二者是不同的:第一,标准可以是一种公知领域的技术,而知识产权则具有独占性,二者追求的目标不同。对于标准的发起者来说,追求公开与普适性,而知识产权追求私有性与排他性。标准一旦形成就会给企业带来垄断地位,而标准可以公开,可以不被任何企业所拥有,这对标准的发起者往往更加有利。而对于关键设施拥有的知识产权往往需要企业保密,一旦公开,企业的支配地位就会荡然无存。第二,拥有主体不同。标准的拥有者可以是多个企业,而知识产权主体往往是一个企业。第三,二者的使用方式不同。对于公开的标准一般情况下不需授权,可以自由使用,对于某些具有知识产权的标准,发起者也会为了扩大自身网络而免费推广。而知识产权则需要授权,任何人要使用知识产权,除法律另有规定的以外,必须得到所有权人的许可,并按双方协议支付使用费,否则将构成侵权。第四,二者的内容不同。一种标准可以不包含知识产权,但也有可能包含上千项知识产权,一种标准中包含的内容比单纯的知识产权要宽。第五,与网络经济效应的关系不同。标准与网络经济效应关系密切,标准可能会因网络经济效应形成,网络经济效应也能够因某项技术被预期为将来的标准而产生。而对于关键设施拥有知识产权则不一定带来网络经济效应。正因为标准与知识产权有以上的区别,所以标准与知识产权给企业带来的支配地位是不同的,标准能够给企业带来更强与范围更广的市场力量。

四、中国反垄断法相关制度在网络经济上的完善

中国《反垄断法》仅给出了相关市场的定义,没有规定具体的界定方法,因为相关市场的界定是非常专业的经济学问题,立法者的意图可能是以后出台配套规定来解决这一问题。笔者认为,考虑到网

络经济的重要性以及其中界定相关市场问题的特殊性,在将来出台界定相关规定时,可以针对网络经济单独出台一个配套规定来指导反垄断法在网络经济中的实施,当然包括有关相关市场的界定问题。因为从美国以及 OECD 的经验看,他们均针对网络经济发布过专门报告。美国在反垄断执法已经积累了丰富经验的情况下尚且要专门针对网络经济出台相关报告,中国《反垄断法》出台相关规定时更应该慎重对待网络经济中的相关问题。即使不能出台专门针对网络经济的配套规定,在其他配套规定中界定相关市场的具体方法和标准时,也应该设定比较灵活的兜底条款,以便将来执法时可以将网络经济的静态市场特征、动态市场特征以及交易形态这些影响网络经济中相关市场界定的重要因素考虑进去。

相对于相关市场界定方法的立法空缺,中国《反垄断法》对市场支配地位的界定则相对完善且基本能够适用于网络经济。中国《反垄断法》第 18 条规定:“认定经营者具有市场支配地位,应当依据下列因素:(一)该经营者在相关市场的市场份额,以及相关市场的竞争状况;(二)该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力;(三)该经营者的财力和技术条件;(四)其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度;(五)其他经营者进入相关市场的难易程度;(六)与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。”根据笔者在前面的分析,网络经济中判断一个企业是否具有市场支配地位的重要因素是考虑网络经济效应带来的进入壁垒的大小,因此上述规定第 5 款能够将这一因素涵盖进来,而且该条第 6 款是一个兜底条款,使执法者能够根据产业特征来判断企业是否具有市场支配地位。

笔者认为,由于网络经济的原理尚未被广泛认识,直接将网络经济效应写入立法似乎过于超前,考虑将关键设施与标准增加进来,可在该条规定中增加一款:“对关键设施或标准的控制。”这样中国反垄断法才能有效应对目前较为严重的国外企业滥用标准的问题。

据上分析,在网络经济中市场份额的意义不如在传统经济中重要,而《反垄断法》出台之前的送审稿与修改稿都有以一定市场份额直接认定企业具有市场支配地位的规定,而且规定比较刚性,毫无回旋余地。例如 2005 年 7 月修改稿第 17 条规定:“经营者在相关市场的占有率达到下列情形之一的,认定其具有市场支配地位……”

相比之下,《反垄断法》对于以市场份额来确定市场支配地位的规定做了重大修改,弱化了绝对市

^②OECD. General Distribution OCDE/GD(97)44. APPLICATION OF COMPETITION POLICY TO HIGH TECH MARKETS. www.oecd.org/dataoecd/34/24/1920091.pdf. p. 20.

场份额对界定市场支配地位的意义。不管立法者的意图是否针对网络经济,结果皆是使相关规定能够很好地适用于网络经济。《反垄断法》第19条规定:“有下列情形之一的,可以推定经营者具有市场支配地位:(一)一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的;(二)两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的;(三)三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。有前款第二项、第三项规定的情形,其中有的经营者市场份额不足十分之一的,不应当推定该经营者具有市场支配地位。被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当认定其具有市场支配地位。”该条规定首先是将修改稿中的“认定”改为“推定”,留有回旋余地。其次就是弱化了市场份额的意义,即在最后一款规定中即使经营者占据较高市场占有率,若有抗辩理由,仍然不能推定该经营者具有市场支配地位。

相对于此前的送审稿与修改稿,中国《反垄断法》对市场支配地位的有关规定较为科学和灵活,基本能够直接适用于网络经济。当然,灵活的代价就是规定过于笼统,几个简单的条款却包含了大量经济学和反垄断法原理。这就将问题留给了将来的执法者,对于执法者来说是一个考验。

相关市场的界定和市场支配地位的界定是反垄断法相关制度能否正确实施的前提,于反垄断法网络经济中的实施而言更是如此,希望笔者的分析能够对将来中国《反垄断法》的执法者在界定网络经济中相关市场与市场支配地位时有所启示。

参考文献:

- [1] K. F. 齐默尔曼. 经济学前沿问题[M]. 申其辉,孙静,周晓,等,译. 北京:中国发展出版社,2004.
- [2] 张小强. 网络经济的反垄断法规制[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [3] ECONOMIDES N. The economics of networks [J]. International Journal of Industrial Organization, 1996, 14 (6): 673-699.
- [4] 王晓晔. 举足轻重的前提——反垄断法中的相关市场界定[J]. 国际贸易,2004(2):46-49.
- [5] KATZ L M, SHAPIRO C. Antitrust in software markets [C]//Progress and freedom foundation conference, competition, convergence and the microsoft monopoly, February 5, 1998.
- [6] OECD. General distribution OCDE/GD(97)44. application of competition policy to high tech markets[R/OL]. <http://www.oecd.org/dataoecd/34/24/1920091.pdf>.

Definition of Relevant Market and Dominant Position in Network Economy: On Relevant Articles of Anti-monopoly Law of People's Republic of China

ZHANG Xiao-qiang^{1,2}, ZHUO Guang-jun¹

(2. College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China;

2. Hastings College of Law, University of California, San Francisco 94103, USA)

Abstract: Based on the features of network economy and the theory and practice of anti-monopoly law, the author proposes the impacts of static characteristics, dynamic characteristics of network economy and trade form in network space on the definition of relevant market. Furthermore, the author reveals that the market share is not a key factor to define dominant position in network economy. The key factors are network economic effects, standard and intellectual property of the key facility. Finally, the suggestions for legislation are given by analyzing relevant articles of Anti-monopoly Law of People's Republic of China.

Key words: anti-monopoly law; dominant position; relevant market; network economy; suggestions for legislation

(责任编辑 胡志平)