

互联网信息服务市场支配地位的认定及法律调整

杨东

摘要: 互联网信息服务市场的支配地位是指在信息服务的相关市场中掌握技术垄断力,通常表现为控制规范化的技术标准,并拥有稳定而庞大的客户群体。技术标准化的垄断严格区别于利用技术的网络效应而建立的先行优势。我国的互联网信息服务产业尚未达到“技术全面标准化”的地步,调整互联网信息服务市场支配地位时,应当首要遵循竞争法对于市场支配地位的一般调整规则,其次,要全面考虑相关产业的市场现状和政策要求。

关键词: 网络效应; 相关市场支配地位; 技术标准

自20世纪末至今,PC计算机在我国逐渐普及,互联网成为人与人之间沟通的主要媒介,互联网信息服务产业也随之迅速地发展。信息服务软件生产企业通过自主创新、合作研发等方式不断推出新型技术成果,力图与竞争对手展开比拼。经过数轮激烈地市场竞争,极少数企业脱颖而出,他们不仅掌握着本行业最前沿的技术,而且吸引着庞大的客户群体,在软件产品市场中建立了领先地位。这部分企业的经营状态和行为可能会限制市场内的竞争,而成为竞争法所监督或规制的对象。因此,笔者将从互联网信息服务业的特征出发,梳理该产业相关市场界定的方法,明确相关市场支配地位的认定标准,并细致探讨竞争法对于互联网信息服务市场的调整原则。

一、互联网信息服务产业相关市场的界定

根据我国反垄断法第12条的规定,相关市场是指经营者在一定时期内,就特定商品或者服务,进行竞争的商品范围和地域范围,确定相关市场是确定企业支配地位的前提。多数国家都把“合理替代性分析法”和“需求弹性测试法”作为相关市场界定的两个主要步骤。“合理替代性分析法”,是根据产品的物理性能和价格因素从消费需求和供给角度判定该产品是否可以在市场上被替代。当消费者在对比两种产品的价格、质量、物理性能等因素之后,认为二者可互相替代,则表明该两种产品隶属于同一市场,除了考察产品性质和消费需求,这种分析方法还强调对潜在经营者进入市场难易程度的认定,恰如学者所总结“认定相关市场应充分考虑市场准入条件和新竞争者进入的壁垒。”^{[1](P.318)}为了追求更加准确、客观的市场界定结果,以欧盟、美国为代表的国家和地区借助“需求弹性”的测试方法,来明确相关市场的界限。依据美国《1992年横向并购指南》,假定生产者执行了一项小幅度却显著且非临时性的涨价(SSNIP)后,消费者没有选择其他商品致使涨价者无利可图时,则涨价的产品构成一个单独的市场,“需求弹性测试法”体现了“价格弹性”的经济学规律,可以准确地观察到原本在物理性能上互换概率较小的两种产品,在价格微调后可能成为彼此的优良替代品。这种测试方法更进一步地精确了产品

作者简介:杨东,中国人民大学法学院副教授。

市场范围。

(一) 相关产品市场

在界定网络信息服务市场时,仍然应该采纳“合理替代分析法”和“需求弹性测试法”作为基本界定方法。我们知道,网络信息服务市场与传统的市场一样,都是买卖双方供需相遇,进行交易的场所。只是前者的交易对象是虚拟的数字信息,交易的主体则是网络服务软件开发企业和网民消费者。网络服务软件大致可以归为两类,一类是免费提供给网民使用的增值服务软件,另一类是网民付费使用的服务软件。对软件开发者来说,付费软件与免费的增值服务软件都是基本的营利性产品,但是营利的方式不同。付费软件的收益主要来自于用户,用户直接向开发者购买软件的使用许可。而免费的增值服务软件的收益则源自被其吸引投放广告的第三方经营者。第三方经营者将公开推广的增值服务软件看作宣传自己产品与服务的网络平台,进而向增值服务的软件开发者支付服务费。

比较两类服务软件的运营模式,我们得知,付费软件市场中,软件企业根据用户的需求来制定价格并获取利润,与用户构成直接的交易关系,因而,付费软件市场是典型的传统单边市场。与之相对,免费增值服务软件市场体现出典型的双边市场属性^[2]。双边市场是指企业同时向两方以上的消费主体寻求交易,并且各消费主体之间存在关联关系的市场。典型的有计算机软件市场和信用卡支付服务市场,^①在网络增值服务市场中,第三方经营者与软件用户是并存的两类消费主体,二者都是该市场的必备要素,且彼此密切关联。站在增值服务软件提供者角度看,越大规模的用户下载使用其软件,那么该软件的广告宣传价值就越大,换句话说,用户规模大小决定了第三方经营者的是否选择与增值服务提供者合作,网民用户越多,广告投入者越多,两类消费主体之间呈现正向反馈关系(positive feedback),这种关系告诉我们网络增值服务市场具有网络外部效应性。^②

当我们能够厘清网络增值服务市场的双边市场属性时,便可以开始界定产品市场了。增值市场内存在两组消费关系,一是增值服务软件开发者与网民用户的提供与使用的关系,二是增值服务软件开发者向第三方经营者提供广告服务的关系,因此严格说来,该市场存在两种产品就是增值服务软件与广告服务。但是站在竞争法的视角上,该市场的产品宜界定为增值服务软件,首先是因为增值服务软件是开展广告服务的平台,只有先开发出增值服务软件并得到一部分网民的使用才有开通广告业务的余地,亦即广告业务是增值服务软件的衍生品;其次,就竞争关系来看,不同的软件开发者是就增值服务软件展开竞争的,只有软件产品竞争中的优胜者,才能拥有规模浩大的使用群体,也才能获得更多的广告收入,从而建立支配地位。

既然市场中流通的产品是增值服务软件,那么网民自然也就是消费者了。在实践中,根据网民消费者的需要,增值服务软件又可以细分为很多种类,诸如电子邮件、电子商务、即时通讯、网络浏览等,这些软件具备通信、通讯、购物和浏览的功能,它们分属于不同的产品市场。

(二) 相关地域市场的确定

网络信息服务软件通过国际互联网迅速传递信息来实现正常运行,并严格执行TCP/IP协议。该协议是万维网协议(World Wide Web)运行的基础,万维网又是由全球统一资源标识符(URL)标识,并经超文本传输协议(HTTP)传输空间资源的一项服务,因此信息服务软件的使用范围可以覆盖到万维网所能延伸到的所有角落(全球范围)^{[3] [P.42]},加之客户端程序易于复制和传输,各国的计算机都能下载安装,其市场范围的世界性已是不言而喻。再者,随着全球化趋势增强,国家和地区间的文化和语言障碍日益缩小,彼此间传递信息的渠道更是畅通无阻,我们将网络信息服务软件市场放大到全球才能更加契合“一体化”和“地球村”的基本理念。

^① Salil K. Mehra & T. Joel Zuercher: *Striking Out 'Competitive Balance' in Sports, Antitrust, and Intellectual Property*, Berkeley Technology Law Journal (fall 2006).

^② Mark A. Lemley & David McGowan: *Legal Implications of Network Economic Effects* 86, *Calif. L. Rev.* 479.

(三) 相较于传统产业,网络信息服务相关市场的特性

“网络效应”(network effects)在一定情形下对SSNIP的市场界定方法提出质疑。如果我们要考察网络信息服务市场的基本特性,就应首先总结网络信息服务软件(以下简称服务软件)区别传统市场产品的地方。信息服务软件是由一定的数字和语言编写而成的应用程序,蕴含着较高的技术价值,且兼有无形性、独创性和易于复制性的特点,是新经济时期的知识产品。我们知道,知识产品的市场是受产品的网络效应影响的,该效应会导致“产品之于用户的价值会随着其他用户的使用而增加”现象的产生^[4](P.28)。网络效应促使消费者在选择信息服务软件时不仅参考产品的自身特性而且会关注其他用户的选择,如果一种服务软件的受众广泛,那么该产品更富有利用价值,将会被选择。一旦消费者习惯于他们选择的软件,则很难替换使用其他产品。于是,经营者的竞争目标就定位于超前开发出能迎合多种使用需要的软件产品,力求获得消费者优先青睐,进而迅速提升产品的使用率,最后实现“锁定”消费者。服务软件市场的网络效应致使消费者与经营者之间形成了显著的“粘性”关系,每当软件开发商牢牢吸引住使用者,纵使 he 实施了一个非临时性的微弱涨价,使用者也不会选择其他的替换产品,因为“替换”将会增添他们成本负担及心理烦恼,这样他们对于产品价格的小幅度变化失去了起码的敏感度。SSNIP测试法也就不能够起到相应作用。^①

网络技术迅速更新和发展使得网络信息服务市场呈现动态特征。服务软件开发者在竞争中不断推陈出新,通过技术功能的改造和完善丰富消费者的体验^[5]。并且,新兴技术极易于复制和传播,产品复制越多(边际)成本越低,具有明显的规模效应^[6](P.195)。在此意义上,企业创新能力提高将直接、迅速地增加其产品的市场份额,一种软件产品,即使它起初默默无闻,只要它足够的新颖和实用,就可以一日以内甚或一夜之间淘汰竞争者,建立优势地位。如果新产品突破了旧有产品的技术瓶颈,则能瓦解旧产品对消费者的吸引,形成对消费者新一轮的“锁定”。该市场中,多数时间都在上演着激烈的竞技和角力。这种动态性竞争是传统产品市场所缺乏的,所以我们在描述一家服务软件开发企业的市场状态时,不能仅仅采集此企业某一时点的市场占有率,而应当纵观一个时段内其市场份额的变化情况。

随着网络信息服务技术角逐刺激产品功能走向完善,在该市场中,单项产品已难满足数种使用需求。在工作与生活节奏普遍加快的信息时代,人们更期待使用“功能齐全、方便快捷”的网络信息服务软件,他们渴望某一软件产品可同时满足多种需求,让他们达到在单位时间内完成多项任务的目的。需求动向堪称生产者的经营指南,功能复合型的软件产品分批面世。以Windows、Linux、IBMOS/2为代表的操作系统中各自都添加了新的功能软件,这些软件的功能独立于操作系统本身,满足消费者的其他需求,例如IE网络浏览器是Windows操作系统自带的免费功能软件,当微软涉嫌捆绑销售被起诉时,他们辩称IE浏览器是操作系统的组成部分,作用仅仅在于补强操作系统的性能,而且,Windows的竞争者们也都各自配备了浏览器功能。最后,联邦法院认可了这一辩词,操作系统与浏览器的捆绑销售行为被合法化了。这一判例动摇了“需求替代性”的界定方法,因为就算是两种不可替代的产品,他们也可能在软件技术发展的推动下融合为同一种商品^[7](P.120-122)。

二、互联网信息服务市场支配地位的界定

互联网信息服务市场的支配地位系指软件开发企业在相关市场中掌握技术垄断力。依照美国学者克莱因的叙述,在新经济时期,垄断力量的取得更为便利,管理者更有必要加强规制滥用垄断力量的行为……^②该论断一定程度地揭示了网络信息服务市场的竞争规律。我们知道,传统行业的垄断者在经历了漫长、反复、激烈的市场竞争之后成为幸存者的,其垄断地位的取得实为不易,当然“持久战”历练

^① KATZ L M, SHAPIRO C. *Antitrust in Software Markets*//Progress and Freedom Foundation Conference, *Competition, Convergence and the Microsoft Monopoly*(February 5, 1998) 转引自张小强等“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”载《重庆大学学报》(社会科学版)2009年第5期。

^② Joel I. Klein. *Antitrust and Information Age: Monopolization Analyses in the New Economy* Harvard Law Review, No. 5, p. 1633(2001).

出来的优胜者,拥有更稳定的市场地位,更不易于被替代。信息服务市场却遵循相反的模式,当企业攻克技术难关,生产出独创性的软件产品时,它们便具备了申请专利权的条件。专利权系权利主体对其创造成果依法享有的独占或排他的权利,是专属于权利人的对世权^[8](P.46)。每当专利权确认下来,就预示权利人的经济优势转化为法定权利,他们利用专有法益排除竞争者,同时再发挥信息服务产品易于复制的特性抢占市场,就有可能快速进入到垄断状态。

然而,从取得专利权到获得垄断地位之间,还有很大的距离。专利权确认的是技术的归属状况,却不能反映技术的市场价值。这点在专利池的分类管理中,已得到充分体现,对于很少被市场接受的“非必要的专利技术”和“垃圾专利”往往都是以免费许可或捆绑许可的方式,授权给被许可人使用。因此,同样是专利,核心技术专利与非核心专利,必要技术专利与非必要技术专利的含金量是不可同日而语的,前者才是构筑技术垄断的基础条件。循此思路探究,再考虑信息服务市场的动态特征,我们可以总结出网络信息服务市场中构成技术垄断力的几种表现。

其一,被考察的网络服务技术在进入市场时已经确立了显著的“先行优势”。所谓“先行优势”是指在高科技产品市场中,先行开发的新产品,将会创造的竞争优势。换言之,在经营者成功掌握独创技术时,他们就同时取得先行优势了^[9](P.25),如果这种独创技术的开发更加超前一些,那么其“先行优势”就尤为显著了。

虽然技术水平的高速攀升会导致“先行优势”减退,但“技术先行者”还是会得到消费者特别信赖,其商誉价值也会随时间的推移而增加。在网络信息服务市场中掌控“先行优势”的企业,能够利用信息服务产品的“网络效应”实施对用户的初步锁定,让用户习惯于使用先行问世的信息产品,放弃选择后续生成的并且与前者功能相似的竞争性产品。

其二,被考察的网络信息服务产品所依附的技术在整个行业中树立了“稳定而坚实的优势地位”。上已述及,网络信息服务市场是典型的动态性市场,市场内的竞争状态高速变换,这意味着一项单独的专利技术是很难持久领跑的,毕竟领跑者就是一面旗帜,是许多创新企业力争赶超的目标,即使某种信息服务软件依靠“先行优势”,初步锁定用户,当面对功能上更具优势的竞争产品时,也只能退出,因为用户对于功能明显强大的新产品总抱有更强烈的好奇心。此时,技术的垄断力尤其体现在优势的稳定程度上。通常,稳居优势地位的技术是被整个行业奉为规范和标准的技术,也称为标准化的技术或“技术标准”。

技术标准本来是用于解决科学、技术或经济领域中常规问题的参考方案,一项技术标准是由行业内的多种优胜的专利技术累积而成,正由于自身的优越性和权威性,技术标准持续有效地引导整个行业的生产与创新,加快了生产环节的速率,为企业创新提供了信息平台,更有助于消费者选购物美价廉的标准化产品从而享受消费福利^[10](P.132-136)。

可是,事物总有两面性,技术标准于生产于消费虽大有裨益,但它的消极方面也是客观存在的,最主要的是它容易为少数人利用来构建稳定的技术优势,帮助他们占据真正的技术支配地位。我们知道,一旦专利权纳入到技术标准中就有了更广泛的影响,作为专利权人,它的市场号召力也会陡然提升。试想,如果被定为技术标准专利掌握在少数企业的手中,这些企业再以专利池(patent pool)的形式共同管理标准化的技术,那么他们在技术及产品市场的支配地位将无可撼动。结合网络信息服务市场的实际来看,大多数的信息软件技术都在参照行业中的事实标准,^①事实标准出自于国际互联网的软件巨头之手。技术巨头们在早期的角逐中击垮竞争者,赢得消费者的青睐,一段时间后,他们的技术逐渐让消费者产生了依赖感,此时一些互补产品为了考虑兼容性,纷纷与优势技术合作,形成强大的技术联营。

^① 事实标准是指没有任何官方或准官方标准设定机构批准的情况下成功地使产业界接受它而形成的标准。事实标准是企业通过大量使用而形成的公认的企业标准或行业标准。区别于国家标准、行业标准、地区标准,本文所提及的技术标准,为事实性的技术标准。参见张平、马晓《标准化与知识产权战略》,知识产权出版社2005年版,第24-25页。

广大消费者为了获得全面的网络信息服务,只有选择使用技术联营中的产品,就这样,参与技术联营的企业建立了以优势技术为核心的事实标准,而核心技术的所有者即为相关市场中当之无愧的垄断者,这种演变的过程,被学者称为“胜者通吃”(the inner take all)^[11](P.218)。著名的微软公司正是通过上述路径实现了在操作系统领域和与其兼容的网络信息服务产品(如IE浏览器、Hotmail邮件、MSN即时通讯)的领域获得稳定支配地位的。

当然,为了能够更加全面地认定网络信息服务企业是否拥有支配地位,学者们也提出了其他可能构成支配地位的因素。例如企业是否享有构成瓶颈设施的知识产权,企业对下游市场的影响程度^[12],这样做也是为了从反垄断法角度进一步确证市场支配地位的现实危害。

三、我国竞争法对互联网信息服务市场中市场支配地位的调整

(一) 互联网信息服务市场的基本状态及相关产业政策的描述

我国互联网信息服务技术是在20世纪90年代的中后期开始崛起的,那正是家用计算机和互联网普及化的时代,一批专攻软件开发的创业者踊跃地着陆到网络信息服务领域,开展他们的“拓荒”行动。在创业中,他们广泛借鉴发达国家业已成熟的标准化技术,并结合本土化需求进行功能改造,终于研发出系列自主知识产权的信息服务软件,且很快为我国的多数网民日常使用。创业者付出的艰辛自然得到了丰厚的回报。信息服务市场的巨额利润吸引了第二批甚至第三批的创业者,他们改进原有的产品技术,推出新的技术品种试图挑战现在的优势产品,努力让自己成为竞争的优胜者。例如,我国的网络即时通讯市场中就充满着竞争的活力:腾讯QQ在1998年诞生后深受网民欢迎,一直保持较高下载率和使用率,然而,近年来,中国移动推出了飞信软件,淘宝网附载了阿里旺旺软件,后两者皆与QQ有着相似的功能,也不乏自己的特色。尽管QQ的使用率依然高居榜首,但是毕竟面临着竞争者的追赶,如果其停滞创新,则极有可能在网络效应和市场动态效应的作用下被后两者取代。因此,总的来说,我国的网络信息服务市场是一个朝气蓬勃的新型市场,也是最富有创造性和竞争性的市场之一。

另一方面,我们在肯定网络信息服务市场积极现状的同时,必须正视该市场的消极现状,消极方面具体表现在以下几点:

首先,我国的各项网络信息服务技术起步较晚,基础薄弱,尽管已经取得飞速进步,却远未达到国际先进水准。翻开信息服务产业的发展史,我们清晰认识到,国内企业的创新能力一直十分有限,总体处于模仿创新阶段,^①鲜有别出心裁的作品。在产品的外观设计和功能安排方面,我国的信息服务企业也几乎只是“平移”了发达国家的相关技术方案,经简单修改变动后,便投放市场,至于是否在技术上实现对后者的突破与超越则无从谈起。比如,QQ软件近乎复制了ICQ和MSN软件的一切功能,作为全球即时通讯技术的排头兵,这两者为QQ的创制充当了范本,QQ固然难以赶超他们。

其次,企业间缺乏信任与合作,基本上各自为阵,单独参与竞争。当我们参看域外相关行业的发展现状时,可得知,那些已经取得技术优势的企业非常主动地与竞争对手合作,他们共同搭建技术信息平台(专利池),在信息服务软件的研发与生产阶段,互通有无、相辅相成。在技术的许可环节及技术品的销售环节,日积月累,他们不仅在技术上臻于完善,更有了稳定的用户群,理所当然地在相关市场上保持着稳定优势。法国电信、松下、飞利浦、JVC联合创建DVB-T专利池正是为了达到强强联合、资源共享,联合提升竞争力的目的。反观国内,我们的企业在合作方面做得很不够,甚至没有一项相对健全的专利联营,纵使有的优势企业凭借一己之力暂居优势,那也只是不稳定的先行优势,稍有滞后便会被他者取代,在技术的全面性上也更无法与完备的专利池相比。

再次,我国的信息服务技术标准化工作在较长的时期内存在着重视不够、技术水平总体偏低的问题

^① 模仿创新阶段是指企业只具备了一定的将引进技术与本企业实际相结合的能力。唐文钰,黄惠萍“我国企业技术创新水平的阶段性分析”载《科技进步与对策》2005年第11期。

题。在国际上,由我国主导制定的技术标准寥寥无几,在绝大多数信息技术的分支上,我们只能被动地执行国外或国际标准^{[10] (P. 149)}。之所以在技术标准问题上受制于人,从根本上讲是因为我国缺少尖端和超前的信息服务技术。众所周知,标准化技术是由优势技术经过长期打磨、完善而形成的规范化技术,这样的技术在原始状态的下就极富有竞争潜力,是技术界公认的“好苗子”,而国内现有技术未能具备这种潜质,它们不被同行看好,更不可能被同行视作规范化的技术,既然没有大家一致认可的一项或几项核心技术,大家就不会合作搭建专利联营来分享核心技术,那种围绕几项核心技术,共同制定技术标准的设想自然也就沦为空中楼阁了。

(二) 竞争法对互联网信息服务市场中市场支配地位的调整原则

综合上面的论述,本文认为调整互联网信息服务市场支配地位时应当首要遵循竞争法对于市场支配地位的一般调整规则,其次,要全面考虑相关产业的市场现状和政策要求。简言之,既要依法,又要联系实际,追求实质公正,这样才能取得良好的调整效果。

1. 对于申请获得专利权的,并初步建立先行优势的信息服务技术,排除适用反垄断法,并同时加强适用专利法,保证专利权不受他人侵犯。我们知道,专利权作为一种排他性的私权,绝不等同于可以排除限制竞争的垄断状态。专利权带来的竞争优势是对权利人自主创新行为的经济回报,这正体现了专利法鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科技进步与经济立法目的。事实上,近十年来,我国执法与司法部门对专利形成的市场优势,一直坚持“激励为主、宽松管理”的原则,只要不涉及侵害消费者和不正当竞争问题,法律都不会过多干涉。网路信息服务市场在这个时段的发展颇为迅速,几年内,百度就在搜索引擎增值服务领域“拔得头筹”,而由我国自主研发的遨游浏览器也占据了全国 44.81% 的 PC 桌面,使用率仅次于 IE。这些捷足先登者因创新获得了巨额的回报,他们的成功引来了更多的竞争者,此时上述企业在利润与使用率方面的先行优势,也将会随着竞争者的增多而慢慢变小。

2. 对于着手建立专利联营,展开技术合作,并着力于制定技术标准的行为,在确定没有滥用知识产权优势排除竞争时,适用反垄断法的豁免条款。我们看到,专利权所赢得的先行优势是专利法所保护对象,适用专利法来调整,而技术标准的垄断问题就已经进入了反垄断法调整的“射程范围”内。掌握技术标准的企业常常是真正的市场支配者,就像微软一样,它旗下的 IE 浏览器所涵盖的主要技术参数均落实为事实标准,任何门户网站、附着于网页的增值服务都必须与 IE 兼容,否则无法运行。这样的控制力的确是其他浏览器望尘莫及的。但是,IE 毕竟是国际技术巨头微软的杰作,在美国,微软因为技术垄断多次被反垄断执行机构审查,因为它只要客观存在,就足以混灭相关市场的竞争了,即便它只是静态的垄断,也会受到法律严格地监控。

我国的情况则不太一样,就网络信息服务领域来看,国内还未出现像微软这样掌握技术标准的企业,技术市场中既没有核心技术又没有专利联营,极少数的企业将先行优势利用到了极致,只暂时维持着优胜地位^{[7] (P. 131)}。这提醒我们,不能简单地把网民点击率或使用率作为判定产品市场份额的依据,因为产品所依托的信息服务技术还远远没有达到垄断的地步。所以严格意义上讲,反垄断法并不适用于调整我国现阶段的网络信息服务市场。当然,我们要用发展的眼光评析此问题,未来的几十年,我国的网络信息服务技术将会步入快速化车道,在国家和民众的协同奋斗下,我们迟早都会自主开创出国际认可的技术标准,反垄断法执法的力度也会随着我国技术标准化进程的推进而逐步加强,例如面对早期订立的技术标准,可以免于审查,直接适用反垄断法 55 条规定,将其评价为行使知识产权行为,以鼓励企业加强技术打磨,形成生产规模^{[7] (P. 130)},到了技术标准普及的时候,我们再借鉴美国的执法经验,对掌握技术标准的企业进行“事前监督”“事后审查”,避免他们利用支配地位实施垄断行为。

3. 对滥用先行优势地位的规制。法律虽然推崇创新,尽力维护知识产权人的利益,但是绝不姑息纵容滥用知识产权,滥用先行优势的行为。轰轰烈烈的“360vsQQ”大战便是一出滥用知识产权互相攻

击的“闹剧”期间QQ置10亿用户的利益于不顾,强制网民在“360、QQ”中任选其一,以逼迫360就范。随后,工信部介入争端,从中调停,使二者恢复了兼容。笔者以为,工信部的系列做法充分体现了现阶段法律对滥用知识产权的调整原则。首先,工信部对二者行为的定性准确,认为二者实施的是知识产权滥用的不正当竞争行为而非知识产权的垄断行为,^①滥用知识产权是指超出法律所允许的范围或正当的界限,导致对权利的不正当使用^[13],至于知识产权人是否拥有垄断地位在所不问,这就严格区分于反垄断法第55条但书中提及的知识产权的垄断行为;其次,工信部没有对二者重罚或将案件移交反垄断法机构处理,仅仅予以警告。这点上,正是贯彻了国家对相关行业“积极扶持,宽松管制”的产业政策。大家清楚,无论是QQ还是360软件,都是信息服务市场的优胜者,除了拥有雄厚的资本和数以亿计的用户,还在实施进军国际市场的战略,他们力图以广阔的国内市场为后盾走向世界。国内企业的“走出去”战略如果能够成功,将有助于加强我国信息服务市场的开放性,为我国企业在国际化的技术合作中争取到更多的话语权。因此基于企业发展之现实和国家“扎实发展战略性新兴产业”的政策,执法机构最终未追究两企业的经济责任。

不管是网络信息服务的市场状况、政策状况还是竞争法本身,都要求执法机关在调整相关市场支配地位时,秉持更为审慎和谦抑的态度。毕竟,经过学理的分析再结合域外的执法经验,我们得出的结论是“掌控技术标准的企业才能真正做到在技术市场上排挤和限制竞争”,但“技术垄断”的认定标准一直没有写进我国的反垄断法,这无疑加大了认定信息服务市场垄断地位的难度。行文至此,笔者强烈呼吁,应尽快完善反垄断法的逻辑体系,加强调整专利权以及技术标准滥用所引起的限制竞争行为的国内法建设^{[10][P.151]},立法还应该加大“将专利纳入标准”的引导力度,以促进企业间通过合作,联合确定技术标准的积极性。总之,我们的立法工作要与产业政策紧密结合起来,一只手规范,一只手调节,为网络信息服务业的新一轮腾飞,提供可靠的制度保障和不竭的精神动力。

参考文献:

- [1] 王晓晔《竞争法学》,社会科学文献出版社2007年版。
- [2] 李剑“双边市场下的反垄断法相关市场界定”,载《法商研究》2010年第5期。
- [3] [美]劳伦斯·莱斯格《思想的未来》,李旭译,中信出版社2004年版。
- [4] 蒋岩波《网络产业的反垄断政策研究》,中国社会科学出版社2008年版。
- [5] [美]克莱顿“就德先诉索尼一案分析市场支配地位及滥用的认定”载《电子知识产权》2007年第8期。
- [6] 史际春等《反垄断法理解与适用》,中国法制出版社2007年版。
- [7] 李晓蓉《市场界定与反托拉斯政策研究》,南京大学出版社2010年版。
- [8] 郑成思《知识产权论》,法律出版社2003年版。
- [9] 阳东辉《网络公司法研究》,吉林大学出版社2009年版。
- [10] 孙学亮《技术创新与产业发展的法律环境研究》,中国社会科学出版社2009年版。
- [11] 朱宏文,王健《反垄断法——转变中的法律》,社会科学文献出版社2006年版。
- [12] 李剑“百度竞价行为非滥用市场支配地位行为”,载《法学》2009年第3期。
- [13] 王先林“若干国家和地区对知识产权滥用的反垄断控制”,载《武汉大学学报(社会科学版)》,2003年第3期。

(责任编辑 鄢梦萱)

^① 工信部出台的《互联网信息服务市场秩序监督管理暂行办法(征求意见稿)》第二章规定“无正当理由,擅自对其他经营者提供的合法产品或服务实施不兼容;因非人为因素与已有的其他经营者提供的合法产品或服务不兼容时,未主动向用户进行客观提示,或欺骗、诱导用户做出选择”为不正当竞争行为。