



数字市场 竞争政策研究

Competition Policy in Digital Market

韩伟 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

数字市场 竞争政策研究

Competition Policy in Digital Market

韩伟 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

数字市场竞争政策研究 / 韩伟主编. — 北京:法律出版社, 2017. 1 (2017. 5 重印)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0321 - 9

I. ①数… II. ①韩… III. ①数字技术—高技术产业—产业市场
—市场竞争—经济法—研究—中国 IV. ①D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 294508 号

数字市场竞争政策研究

主 编:韩 伟

责任编辑:谭宇墨凡

装帧设计:李 瞻

责任印制:张建伟

内文制作:凌点工作室

出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

<http://www.lawpress.com.cn>

投稿邮箱 info@lawpress.com.cn

销售热线 010 - 63939792/9779

举报维权邮箱 jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话 010 - 63939796

编辑统筹 社项目运营中心

经 销 新华书店

总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 (400 - 660 - 6393)

第一法律书店 (010 - 63939781/9782) 西安 (029 - 85330678)

重庆 (023 - 67453036)

上海 (021 - 62071010/1636)

深圳 (0755 - 83072995)

销售专线 010 - 63939806/9830

数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>

开 本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16

印 张 26.25

字 数 450 千

版 本 2017 年 3 月第 1 版

印 次 2017 年 5 月第 2 次印刷

印 刷 北京玺诚印务有限公司

书 号 ISBN 978 - 7 - 5197 - 0321 - 9

定 价 79.00 元

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。

如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

前言

本书围绕数字市场的竞争政策展开。结合域外的最新研究进展,本书挑选了十余份近年公开发布的研究报告进行介绍,这些报告源自 OECD、ICN 等组织以及欧盟、美国、英国、德国、法国等国家及地区的相关机构,内容涉及数字经济的特点、破坏性创新、平台竞争、搜索引擎、社交网络、大数据、网络中立、在线纵向限制等问题。本书还包括三篇美欧专家英文论文的译文,涉及与竞争政策相关的人工智能、在线平台与数字经济规制问题。此外,针对云计算、分享经济以及区块链这几个与数字市场竞争政策紧密关联的问题,我邀请几位国内专家提供了论文。鉴于欧盟近年在数字市场领域的反垄断执法较为积极,本书还收录了一份欧委会近年发布的有关如何选择适用承诺决定与禁止决定的竞争政策简报的译本。

我要感谢书中各位专家接受我的邀请参与本书的编写,感谢邓飞、张艳华、余妍、孙速几位海外经济学专家在我挑选国外研究报告的过程中提供的宝贵意见。我还要感谢 David S. Evans, Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke 以及 Massimiliano Kadar 几位专家爽快地答应了我的论文翻译授权请求。感谢李正与曾雄,他们两位协助我进行了部分统稿工作。此外,还需要提及的是,本书的顺利出版离不开法律出版社王旭坤博士一如既往的支持以及谭宇墨凡编辑的帮助。

希望本书的出版能够引起我国理论界与实务界对数字市场竞争政策这一前沿领域的关注,也希望本书能够为我国反垄断理论研究的发展作出一点小小的贡献。

韩 伟

2017年2月5日

1. OECD《数字经济》调研报告介评 韩 伟 曾 雄 / 1
2. OECD“破坏性创新”系列调研报告介评
韩 伟 李 正 / 15
3. 欧盟《数字经济中竞争政策面临的挑战》调研报告
介评 尹冉冉 吴 涵 黎辉辉 / 33
4. 德国《竞争政策:数字市场的挑战》调研报告介评
宋 迎 周万里 / 54
5. GSMA《数字生态系统竞争政策框架重整》调研报告
介评 韩 伟 徐美玲 / 96
6. 欧盟《信息(数字)平台中的交叉竞争》调研报告
介评 张素伦 张 珊 / 115
7. 英法《开放系统与封闭系统的经济学分析》调研报告
介评 卓昊洋 / 132
8. 美国《大数据:包容工具抑或排除工具》调研报告
介评 戴健民 / 151
9. 欧盟《大数据时代背景下隐私与竞争力》调研报告
告介评 李绕娟 / 167
10. 法德《竞争法与数据》调研报告介评
韩 伟 李 正 沈罗怡 / 192
11. 美国《开放互联网指令》调研报告介评
李 正 韩 伟 / 215
12. 美国《分享经济:平台、参与者及监管者面临的问

- 题》调研报告介评 韩伟 余前亮 / 232
13. ICN《在线纵向限制特别项目报告》介评 张骏 / 242
14. 数字时代的欧盟竞争法
Massimiliano Kadar 傅晓译 / 269
15. 网络平台间的注意力之争
David S. Evans 薛颖 刘传海译 / 296
16. 人工智能与合谋:当计算机抑制了竞争
Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke 焦海涛译 / 340
17. 云计算用户数据迁移的困境及其解决路径
罗先觉 胡桂生 / 365
18. 分享经济的竞争与规制 傅晓 / 377
19. 区块链、竞争与竞争政策 钟洲 / 395
20. 承诺与否? 在禁止决定与承诺决定之间作
选择 曾雄 韩伟译 / 407

OECD《数字经济》调研报告介评^{*}

韩 伟 曾 雄^{**}

报 告 背 景

“数字经济”(Digital Economy)近年成为一个热门词汇,经济合作与发展组织(以下简称 OECD)竞争委员会在 2011 年 10 月和 2012 年 2 月专门就数字经济领域的竞争问题举办过两次研讨会,除学术界的专家外,参加研讨的还有来自大型科技公司如 Google、Microsoft 的法律专家。这两次以数字经济为主题的研讨会极具前瞻性,较为完整地探讨了数字经济领域可能出现的竞争问题。本文介绍的这份 OECD 2012 年对外公布的《数字经济》报告(The Digital Economy)^①便对相关问题以及这两次会议的讨论情况进行了分析与介绍。从报告的内容来看,两次研讨会所讨论的内容既包括数字经济领域竞争的特性,也涉及数字经济领域竞争执法的范围和时机,还涉及网络效应、开放平台、标准与互操作性等具体问题。本文对该报告的核心内容作一梳理,最后进行简要评价。

报告内容介绍

一、数字市场中的竞争

(一)数字经济界定

报告指出,数字经济是用来描述数字技术集中型市场的一个涵盖性术语,

* 本文属非职务作品,对报告的相关评价不代表作者所在机构的意见。

** 韩伟,中国社会科学院研究生院法学博士,中国青年政治学院法学院讲师;曾雄,中国政法大学民商经济法学院竞争法博士研究生。

① OECD, The Digital Economy, DAF/COMP(2012)22.

包括通过电子商务实现的信息产品或信息服务的贸易。数字经济分层运行,数据传输与应用程序市场分别运行。传统意义上,数据传输被视为具有自然垄断属性,而应用程序方面竞争则非常激烈。但是,随着数据传输的自由化以及一些应用程序市场集中度的提升,这种二元格局正在发生转变。数字经济有力地推动着经济发展,其影响已经超越信息产品或信息服务而延伸至其他经济领域,同时影响着广大用户的生活方式。特别是随着移动终端设备的发展,互联网普及率得到极大提高。相应地,数字经济中越来越多地出现竞争方面的问题。

(二) 数字市场中竞争的特征

依据该报告,数字市场的竞争具有“赢家通吃”(winner takes all)、网络效应、双边市场、快速创新以及高水平投资等特点。由于数字市场的竞争存在循环的特征,成功的数字平台往往能获得重要但又短暂的市场势力。参与研讨会的专家普遍认为,在数字经济中通过不断循环创新进行动态竞争是十分重要的,而如何保障一个鼓励投资和创新的最优市场结构,仍然是一个亟待解决的问题。

具体来说,数字市场的竞争有以下几方面的主要特征:第一,商业模式或平台之间的竞争比商业模式或平台内的竞争更为重要,因为平台竞争常常导致赢家通吃的结果。换句话说,在数字市场中,获取支配地位(甚至垄断地位)是企业追逐成功不可避免的结果。Microsoft 过去主要是一家软件开发企业,通过向用户许可软件以收取费用,同时鼓励应用程序开发商使用 Microsoft 的软件平台。而 Apple 则重点关注硬件业务,仅提供完全配合其硬件的相关软件。Google 则采取了另外一种模式,其主要收入来源既不是靠软件也不是靠硬件,而是主要通过广告实现营收。可以明确的是,这几家企业在数字经济领域的竞争是白热化的。第二,数字市场具有很强的网络效应和规模经济的特点,这一特性又强化了通过竞争获得市场支配地位这一趋势。第三,很多数字市场是双边市场,存在两方或多方的用户群从数字平台中获益。比如搜索引擎,一方面很多个人用户通过搜索引擎获得信息,另一方面广告商通过搜索引擎获得广告受众。第四,随着数字经济互联互通的程度不断提升,企业之间一定程度的协调与合作是不可避免的,实际上也是促进竞争的。第五,数字市场具有高投资和高创新的特征,这促使该领域技术的快速进步。

如前所述,数字市场的竞争还具有循环的特性。成功的企业可能获得显著

的市场势力,但这种市场势力是脆弱和短暂的,很可能被下一轮创新浪潮所取代,这是一种动态竞争的模式。因此,较之静态效率,执法部门更应该对动态竞争予以关注。论坛中一些参与者也强调,数字经济中维持创新与投资的激励是非常重要的。

报告认为,在任何市场中,企业做强做大并没有什么不好,在数字市场尤其如此,因为这类市场中企业通过合法竞争取得成功后往往更容易获得垄断地位。实际上,数字市场中大量的用户参与创新过程将促进企业垄断地位的良性循环,因为获得成功的企业为了保持其市场领先地位必须不断创新、改进产品以满足消费者的需求。但是,报告也指出,何种形式的市场结构最有助于鼓励和便利这一创新与发展过程,并没有清晰的答案。

二、数字市场中的竞争执法

(一) 数字市场中竞争执法的范围

报告指出,数字市场中竞争执法的合适范围是一个有争议的问题。基于数字市场具有的动态竞争与技术密集型特征,以及数字市场非常需要维持对投资与创新的激励,部分专家对包括竞争执法在内的干预措施的适当性表示怀疑。他们主要担心过度或者不适当的干预会破坏竞争而非保护竞争,会对驱动数字经济中竞争的创新产生抑制作用,因此主张主要依托行业的自我规范,竞争执法应该克制。但报告指出,从讨论情况看,主流观点认为,竞争法在数字经济中扮演着重要的角色,特别是当这些市场成熟时,竞争法发挥着保护市场健康有序发展的重要功能。某些特定情形下,数字市场明显有必要进行竞争执法。非常有必要通过竞争执法去保护促进创新的竞争结构,制止那些阻碍动态竞争过程的反竞争行为,阻止那些阻碍合法竞争的排他性行为,比如具有反竞争效果的并购交易、具有市场支配地位的平台导致的劫持问题(hold-up)以及平台所有者可能复制或抄袭开发者所开发的应用程序从而让开发者的投资受损。

论坛上,还有专家提出竞争监管与数据保护之间的协调问题。在数字经济领域有些拥有市场支配地位的企业有能力收集用户的个人信息,在收集和使用个人信息的过程中是否存在滥用行为是值得关注的。但是,竞争规则与数据保护规则之间在保护个人数据方面是否能够相互配合和协调,存在问题。此外,竞争执法机构与数据保护机构之间可能存在冲突,在执法过程中也面临如何协调的问题。

(二) 数字市场中竞争执法的时机

选择一个竞争执法的最佳时机也是复杂的问题。报告提出,要确定对数字

市场的任何一种公共干预的合适时点都是一个困难的问题。对数字市场的干预,需要考虑数字经济的动态特征,在过早干预可能阻碍促进竞争的进一步发展的风险与支配地位构成市场发展障碍的风险之间,寻求平衡。一些专家认为,从风险角度考虑,竞争执法部门实施的事前监督较之事后执法可能更为有效,但部分竞争执法部门不太情愿担当这类准司法属性机构的角色。

对数字市场进行竞争执法面临的另一个重要问题是,一家企业在何时会被视为具有市场支配地位或垄断地位。考虑到数字市场中不同平台之间存在激烈的竞争,很难确定一家企业何时应被视为拥有竞争执法目的意义上的支配地位。尽管数字经济中的很多重要市场参与者都是大型的、盈利能力很强的企业,但同时这些企业之间的竞争也非常激烈,加之数字市场动态竞争和循环竞争的特征,这些企业的市场支配地位或垄断地位是难以判断和确认的。有专家提出,根据经验法则(rule of thumb),如果一家领先的数字经济企业在长达5年的时间内其市场地位没有被挑战过或者其能很容易地将出现的挑战者打败,且该企业是盈利的,那基本上可以假定这家企业拥有市场支配地位。

应该在多大范围与程度上对一家强势的但又不具有市场支配地位的企业进行干预,这也是一个并未解决的问题。值得注意的是,除了反垄断法外,那些规制不公平贸易行为的法律提供了另一种选择,这类行为构成一种试图垄断市场的反竞争行为,在一些司法辖区属于违法行为。比如,在一些司法辖区,尽管一家企业没有市场支配地位,执法部门也会通过其他方式来规制不具有市场支配地位企业的反竞争行为,如日本和韩国可以通过相对优势地位来规制,而美国则可能通过《联邦贸易委员会法》第5条来规制。^①

(三) 数字市场中竞争执法的困难

专家指出,数字经济领域有一些共性,如网络效应和快速创新等,在数字经济领域,赢家通吃的竞争形式是自然结果。竞争过后,会出现可接受的垄断性企业,这主要与数字经济的一些特性有关,如:(1)这些企业在提供信息产品或服务的过程中,会获得用户对相关产品或服务的反馈信息,这些企业可以根据

^① 2015年8月13日,美国FTC在其官网公布了《关于〈美国联邦贸易委员会法案〉第五节实施原则的声明》,这些原则包括:FTC在实施《联邦贸易委员会法》的时候,会以反垄断法所遵守的公共政策(即促进消费者福利)为指引;企业的行为会在类似于“合理原则”(rule of reason)的框架下进行评估,即被FTC挑战的行为一定是对竞争或竞争过程造成了损害或有可能对其造成损害,评估中也会考虑相关行为带来的效率和商业的合理性;以及如果《谢尔曼法》或是《克莱顿法案》已经足够解决某行为带来的竞争损害,那么FTC不大可能再单独从不正当竞争角度挑战该行为。

这些信息不断提高或优化产品或服务的质量和用途,因而不断改进以强化自己的市场地位,并进入一个良性循环;(2)信息产品是其他产品的基础,一个企业在信息产品的领域拥有领先的市场地位可以强化其在其他领域的市场地位。正因为这些竞争特性,数字经济呈现出如下特性:(1)由于商业模式之间的竞争,这使得界定相关市场越来越困难;(2)竞争通常发生于封闭平台之间,一个市场封闭性的特征被视为保护投资和创新所必需;(3)由于数字经济中存在双边市场的平台,创新的过程也呈现出双边特性,即供应方与使用方在整个创新过程中都扮演重要角色。竞争存在很大的不确定性。因此,对于监管者而言,这意味着执法的灵活度是至关重要的,但对于市场参与者而言,保持开放和适应新的发展是很重要的。因而,可以说数字经济领域的竞争是强劲的而且是无法预料的。

通常,竞争法可以灵活地适用于数字市场,但在适用中也容易出现困难,具体包括:第一,竞争法适用于数字经济需要技术专家的支持,但竞争执法机构往往缺乏此类技术专家,而且数字经济本身具有快速变化发展的特性,执法机构暂时储备的相关专业知识很可能跟不上该行业的发展。第二,由于数字市场可能跨国家、跨区域,因而可能产生管辖权争议的问题。例如,在电子商务领域出现的反竞争行为,可能会影响多个司法辖区,这牵涉到应该由哪个执法机构采取执法行动的问题。因此,处理数字经济领域的竞争问题需要国际执法机构之间的相互协调和相互合作。第三,竞争法中一些概念可能难以有效适用到数字经济领域中,如数字经济领域中的融合(convergence)、交叉补贴(cross-subsidies)、平台竞争以及创新周期等,这些概念使得界定相关市场变得异常复杂。在数字经济领域中,要判断某一行为是否属于反竞争的,需要频繁考虑产品设计或编码的技术问题。

对于竞争执法的救济措施,有专家提出,在数字经济领域中,如果出现竞争问题,比较合适的救济措施可能就是対一段代码的修改或采用一种开放的策略。考虑到数字经济快速更迭的特性,结构性救济措施可能会过于绝对,而通过任命监督人监督行为性救济措施的执行,可能更为有效。

三、数字市场中的网络效应

(一)网络效应的含义

报告指出,当一种产品的价值随着用户数量的增长而不断增加时,就出现了网络效应。在数字市场中,网络效应是普遍存在的一种现象,对于平台而言,

随着一个平台逐渐受欢迎,就会不断吸引更多的用户,同时也会吸引其他群体,如广告商或应用程序的开发者。

依据报告,网络效应可分为直接网络效应和间接网络效应,当一种产品的用户可以彼此互动,同时越来越多的用户使得产品变得更有用和更有价值,那么就出现了直接网络效应;当一种产品的高使用率吸引另一个群体时,结果导致该产品的初始使用者获得间接收益时,就出现了间接网络效应。比如,一种被广泛使用的操作系统,吸引了众多应用开发者,这些开发者设计出与该操作系统兼容的新应用程序,这对于该操作系统的使用者而言是有利的,因为越来越多的应用程序使得操作更简便,而且有更多选择。

(二) 网络效应对竞争的影响

报告指出,在提升产品质量和价值的情况下,网络效应是促进竞争的。但是,如果提高进入壁垒或增加转换成本,网络效应也可能对竞争产生负面影响。网络效应作为一种积极的外部效应能使一个产品变得更加有价值,对于该产品的直接用户以及与该产品可能存在互动关系的其他群体而言,如兼容产品的开发者,更高的市场份额可能提高产品质量,促进竞争。但是网络效应也可能对竞争产生负面影响,可能提高进入壁垒或对于消费者而言增加转换成本。更为重要的是,用户可能被锁定于某产品之上,这可能会导致雪球效应(snowball effect)^①或使得某种产品到达临界点(tipping point),即该产品不可避免地占据市场支配地位。

依据该报告,数字市场也有些独特的特性,如随着规模的增加其收益会减少、拥挤效应(congestion effects)、排斥效应(repulsion effects)、转换成本低等,这些特征都将削弱网络效应压制竞争的方面,具体体现在:第一,回报递减可以快速弱化网络效应,即意味着随着网络用户的日益增加,会员用户身份的价值将下降,进而产生拥挤效应。第二,数字市场的转换成本较低,用户可以方便地转换平台,存在多归属(multi-homing)^②现象。第三,当存在跨用户群体的外部性时,网络效应可能会被弱化。因为如果按照每次交易收费的话,拥有越多用户的网络平台可能会使另一边试图使用该网络平台的用户承担更高的成本,从而减弱该网络平台对另一边用户的吸引力。这即表明一个平台的用户持续

① 所谓雪球效应(snowfall effect),简言之,即某产品一旦获得了起始的优势,其优势会越来越明显。

② 所谓多归属(multi-homing),简言之,即用户可以选择多个产品或服务,也称为“多宿主”。

增长并不意味着该平台对另一边用户的吸引力会无止境的增加,比如在搜索平台上,搜索平台对搜索广告客户以按点击量的形式收费,一个搜索平台的用户量越大,搜索广告客户可能付出的成本也越高。因而,尽管平台起到中心作用,但也应避免高估网络效应引发的竞争威胁。实际上,像持续更新换代的搜索引擎和社交网络市场,新的市场进入者和周期性创新是一个恒定的特点,例如社交网络的更迭经历了从 Friendster 到 Myspace 到 Facebook 再到现在的 Google + ,这表明新的市场进入者是可能参加市场竞争的,选择转换也是可以发生的。

报告指出,随着数字市场变得成熟,网络效应可能强化某个占据领先地位的企业的市场支配力。网络效应并不必然导致竞争问题,竞争执法关注的应该是从网络效应中获益的企业不应以排他性的行为强化其市场地位。因此,网络效应应该以个案评估为基础来认定其对竞争的影响。

(三)转换成本与多归属

报告指出,对于一个具有很强网络效应的市场而言,转换成本的增加是一个共同的特征。但是,在数字经济领域,目前转换成本相对较低,而且数字经济领域多归属的情况是普遍的,这意味着众多平台同时参与竞争这一特点是明显的。

转换成本是指一个用户从一个产品转换到另一个产品的成本,如退出费用(exit charges)、学习成本或机会成本等。转换成本可能会阻碍那些想变更供应商的用户,在这种情况下,因转换而产生的成本将抵消或者反超由转换所带来的收益。尽管转换成本可以强化网络效应的反竞争效果,但是因转化成本产生的竞争关注因市场而异,如对于搜索引擎或社交网络而言,用户从一个搜索引擎转换至另一个搜索引擎或从一个社交网络转换至另一个社交网络产生的成本并不明显。

此外,在数字市场中多归属是一种普遍现象。市场中存在多个平台或网络,相应地,在一个平台或网络上的用户并不被禁止参与或加入到其他平台或网络,即用户可以自由转换至其他平台或使用其他产品。

四、手机应用程序开发的开放平台与封闭平台

(一)平台式运营是数字经济高速发展的关键因素

报告指出,移动通信市场的竞争越来越多地发生在整个技术生态系统层面。在移动通信领域,设计优越的平台是创新的催化剂,有利于促进应用程序的开发,提高平台的功能性,从而增强其对用户的价值。

在数字市场上,赢家通吃的竞争模式多发生在平台层面(竞争性平台模式之间)。通常而言,开放平台和封闭平台模式之间存在差异,但这两者之间的差异日渐模糊。数字市场越来越向采用广范围或连续性的模式转变,如在移动通信市场上,你可以从差不多完全开放的方式(如 Google 的安卓操作系统)到部分开放方式(如 Apple 的 iOS 系统)到近乎封闭方式(如黑莓系统)中进行选择。

目前,转向开发集成技术系统的趋势越来越明显,这种系统由一个平台和捆绑的产品构成。尽管这种发展趋势往往会提高进入平台市场的壁垒,因为新的进入者必须从一开始就在两个或更多的市场中与竞争者相竞争。但是参与论坛的专家认为,在移动通信平台中仍存在充分的、有活力的竞争。

设计优越的平台会起到创新催化剂的作用,促进下一代互操作性技术的研发。信息技术开放平台在生产基础领域是稀有的,但平台所有者基本上都会向其他企业(包括潜在竞争者)开放其设施,这会促进第三方的创新。因此,平台模式是促进数字经济高效创新、快速发展的关键因素。

(二)竞争法规制平台滥用市场支配地位的行为

依据该报告,目前数字经济中平台内的竞争是数字经济中竞争压力的主要来源,包括在移动端也是这种情况。对于平台研发而言,更开放与更封闭的模式之间会出现竞争,这两种模式都有促进竞争和反竞争的效果。在一个更为封闭的平台,平台所有者能够对平台内的安全事项、应用程序的质量以及定价等拥有更大的控制权,同时可以避免其他人的“搭便车”行为。有专家认为,在开放平台背景下,更有可能出现拥有市场支配地位的平台,因为这种开放平台在吸引投资和吸引应用程序的开发方面更具有优势。开放平台也要求持续的经营管理和投入,以保证平台上的服务质量和水平。

有专家明确提出,在平台所有者不具备市场支配地位的情况下,损害应用程序开发者利益的排他性行为可以不适用竞争法,而选择根据合同的约定进行处理。如果平台具有市场支配地位且在应用程序市场内有利益关系,则排他性行为可能会构成滥用市场支配地位。但是,如果一个具有市场支配地位的平台没有在相邻市场中开展商业运营,而且没有追求封锁效应的意图,此时竞争法可能不是一个恰当的干预工具。

报告指出,随着市场发展,尽管具有市场支配地位的平台会出现,但是这种拥有市场支配地位的平台是市场竞争选择的结果,而非来自政府机构自上而下的决定。在这个过程中,执法机构应该保持一个监督者的身份(通过行业管制

或者竞争执法)去保证竞争,同时确保支配地位的出现不是因为实施排他性行为为获得的,而是通过竞争优势本身所争取的。可见,当一个具有市场支配力的平台出现,应把选择权交给市场的竞争过程,而不是由政府进行强制性的干预,政府的作用只是保证反竞争行为不会削弱平台之间的竞争。

(三)对平台竞争执法时考虑重大投资和创新

在平台内部层面,会出现两类竞争问题:第一类涉及纵向一体化平台所有者在应用程序市场上实施的排他性策略;第二类是平台所有者变相侵蚀应用程序开发者的投资,如通过非法复制、抄袭应用程序的功能等。报告指出,尽管有观点认为这种问题应该纳入到竞争法的规范范围,但专家们也认为在判断是否应通过竞争法规范该问题时,应将平衡创新机制考虑在内,即充分考虑创新机制的自我调节作用。

具体而言,平台内竞争指的是平台内部的竞争,包括平台所有者与应用程序开发者之间的竞争。尽管平台内竞争相比于平台间的竞争而言居于次位,但是重大的投资和创新都会出现在平台内部层面。这个层面出现的竞争问题对于数字市场内的动态效率和静态效率都会产生消极影响。首先,平台所有者可能试图排挤第三方应用程序开发者,以保护自己纵向一体化的附属投资企业,或者阻止能挑战其市场支配地位的潜在竞争平台的出现;其次,平台所有者可能鼓励第三方开发者进行重要投资,在平台上开发出应用程序,然后通过复制或克隆这些程序的方式,变相侵蚀应用程序开发者的投资。与会专家表示,平台内竞争在多大程度上需要引入竞争执法是一个未解决的问题。在考虑该问题时,应以投资激励为重心,同时还需要平衡平台开发与应用程序开发的激励机制。尽管应用程序开发者应该通过事前的合同方式保护其自身的投资,但事后的竞争执法也是有必要的。事后竞争执法有利于保护相关市场的竞争过程,维护整个程序开发市场的正常秩序。值得注意的是,尽管平台间竞争激烈,一个封闭平台的某些商业行为也可能会被视为是反竞争的。但是,与会专家对于这一点并没有举出具体的实例。

五、互操作性、标准化与专利制度

(一)互操作性可以实现数字技术之间的融合

在日益增强的一体化、集中化的数字经济中,互操作性使得不同研发者开发的不同平台和应用程序之间可以相互连接和沟通,从而提升其对用户的价值。互操作性能够同时促进竞争性产品和互补性产品的研发。但是,互操作性

也可能对一个程序开发者的创新激励产生负面影响。尤其是对于那些在市场上具有一定市场力量的产品而言,互操作性可能会削弱其功能的独特性,从而对其市场地位产生影响,而这最终会对程序开发者的开发动机产生负面影响。

报告指出,互操作性即硬件、软件的要素之间实现互连互通。不同平台和不同应用程序中的互操作性可以使这些独立的组件相互连接、沟通,这是数字技术之间相互融合的一个基本特征。特别是,互操作性可以通过单一平台接入更广泛的功能和内容,进而提升平台价值和相关产品价值。目前,互操作性的提升主要依靠单一企业自愿披露接口信息,或者行业范围内的标准化。由于互操作性可以提高产品对于消费者的吸引力,研发者则可以受到激励而与平台开展合作。特别是对需要市场立足点的新产品而言,与平台合作可以更快速地触达产品用户,实现程序的市场价值。然而,对于已建成的平台,平台所有者也可能有动机去排斥互操作性,这主要出于保护其所属的下游企业或排除潜在的竞争平台的目的。

(二) 自愿披露互操作信息是促进互操作性的重要方式

报告指出,一个产品的应用程序接口的披露是企业促进互操作性的一种普遍方式。自愿披露可以促进创新,但同时也可能给披露的企业和接受披露信息的企业带来一定风险。一个有争论的问题是,依据竞争法规定的拒绝供应规则,在何种程度上可以强制要求具有市场支配地位的企业公开互操作性的信息。

与会专家指出,应用程序接口(API)的单边自愿披露是共享互操作信息的常用方法。自愿披露可以促进快速的后续创新。但是,通过将信息置于公共领域中,披露该信息的企业将失去控制互操作性产品发展的众多方式。相反,接受信息的企业必须遵守披露企业的设计选择,不论这种选择是好是坏。而且,接受企业将依赖于披露企业及时披露相关信息,也就很容易受到披露信息企业的原始平台变更带来的影响。

此外,报告还指出,对于是否可以运用竞争法处理不自愿披露互操作性信息的问题,是有争议的。一方面,未披露互操作性信息可能产生专利劫持的问题,抑制平台内部竞争;另一方面,通常竞争执法机构很少使用拒绝供应的规则对拒绝披露行为进行干预,特别是在投资和创新十分重要的行业中。因为对数字市场进行强加供应义务会导致创新激励的丧失,不利于整个行业的长期发展。因此,与会专家认为,通过竞争执法处理单边互操作信息的披露问题,并非

最优选择。

(三) 技术标准化是促进数字经济互操作性的重要方式之一

如果一项技术标准的内容设计合理,并能迎合实际需要,且能被广泛采用,这样的标准也可以发挥创新催化剂的作用。然而,标准化并不总能解决互操作性的问题。

报告指出,较之单边自愿披露信息,标准化是一种行业范围的替代方式。根据这种方法,行业参与者共同确定实现特定功能的最佳技术,并为技术制定统一的标准,这有利于促进互操作性,降低小企业的市场进入障碍,因为小企业可以利用既定的标准生产产品。此外,市场能从提升的网络效应中获利,而且不会有滚雪球效应导致的垄断风险。从这个角度讲,标准就像平台,可以起到创新催化剂的作用。

参与专家认为,标准很重要,如果一项标准的内容设计合理,并能迎合实际需要,且能被广泛采用,那么拥有该专利的企业很可能会获得市场力量。标准可能会同时促进互补产品和竞争产品的开发。此外,尽管内容设计合理的标准可以促进互操作性,但是其也能削弱标准范围内的竞争,成功的标准也会阻碍具备竞争力的技术的进步。不管怎样,标准化是一个团体化的过程,单个企业的创新进程远比各个团体凝结为一个集团进行创新快得多。另外,标准不依赖于单个企业的设计。

但是,需要明确的是标准化并不能完全解决数字市场上互操作性或其他竞争问题。因为第一,标准制定过程必须是公开、透明的。第二,尽管数字行业已经采用了很多的标准,但实践中成功实施的并不多。一个有效的标准必须是设计合理且符合实际需要,并且被广泛适用的。第三,基于标准化的创新可能要慢于单一企业的创新。而且,标准化容易弱化产品的差异性,而实际上某些产品的差异性原本是吸引用户的一个特征,特别是对于用户界面^①而言,一种独特的用户界面可能是吸引用户使用该产品的重要诱因,但如果用户界面统一标准化,则对用户的吸引力可能会下降。第四,越来越重要的是,当标准包含专利技术时,专利技术对外许可应适用 FRAND(公平、合理、非歧视)条款。

^① 用户界面(User Interface, UI)是指对软件的人机交互、操作逻辑、界面美观的整体设计。好的 UI 设计不仅能让软件变得有个性有品位,还要让软件的操作变得舒适、简单、自由,充分体现软件的定位和特点。