

Internet
Anti-Monopoly
Relevant Market

中国反垄断法律框架下 互联网行业的相关市场界定

◎ 杜长辉 著



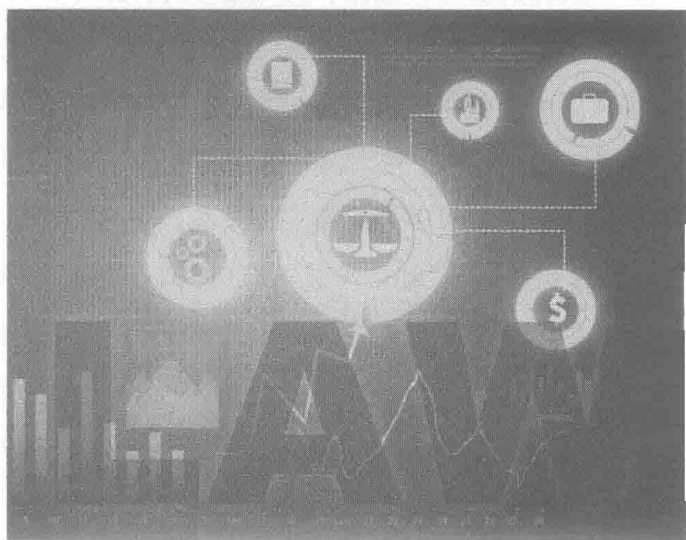
知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

Internet
Anti-Monopoly
Relevant Market

中国反垄断法律框架下 互联网行业的相关市场界定

◎ 杜长辉 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

—北京—

图书在版编目 (CIP) 数据

中国反垄断法律框架下互联网行业的相关市场界定/杜长辉著.

—北京: 知识产权出版社, 2020. 1

ISBN 978-7-5130-6749-2

I. ①中… II. ①杜… III. ①互联网络—高技术产业—反垄断法—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 293500 号

责任编辑: 崔开丽

责任校对: 潘凤越

文字编辑: 李芸杰

责任印制: 刘译文

中国反垄断法律框架下互联网行业的相关市场界定

杜长辉 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院 邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8377 责编邮箱: 419916161@qq.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102 发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司 经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm×1000mm 1/16 印 张: 12

版 次: 2020 年 1 月第 1 版 印 次: 2020 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 215 千字 定 价: 68.00 元

ISBN 978-7-5130-6749-2

出版者专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序 一

长辉法官在其著作《中国反垄断法律框架下互联网行业的相关市场界定》即将付梓之际请我写序,我没有推辞。一方面,对于这一选题本身,我一直很关注;另一方面,长辉是一位从事知识产权审判工作的资深法官,这使我阅读本书的兴趣更浓。其间,我们在一起多次聊过这一话题,我初步知悉本书的主要内容和核心观点。之后,我虽然断断续续但还是完整地阅读了一遍本书。对长辉表达个人学术观点的段落及上下文,则反复阅读并作简短的批注。这样,我可以负责任地通过本序与长辉交流,与读者交流。

如同其他成文法一样,反垄断法律制度是由一系列概念组成的。在反垄断法的概念体系中,本书专门研究的“相关市场”是反垄断法律体系得以构建的基础概念和基础工具;界定相关市场则是实施反垄断法的前提。所以,相关市场及其界定既是一个理论问题,也是一个实践问题。

相关市场是竞争的范围,界定相关市场是界定竞争的范围。关于相关市场及其界定,反垄断法学界耳熟能详的一句话可能莫过于经济合作与发展组织(OECD)在《产业组织经济学和竞争法词汇》(Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law)中对“市场范围”(Market Definition)释义时的首句:任何类型的竞争分析的起点都是相关市场(Relevant Market)的界定^①。然而,随着生产和加工的技术进步,很少有工业制成品的构成是单一的,工业制成品的聚合性特点越来越显著。任何一件工业制成品都由多种配件产品组成,而这些配件产品本身也可以被界定为独立产品。所以,相关市场的界定一直面

^① 原文为“The starting point in any type of competition analysis is the definition of the relevant market.”

面临着来自技术进步的挑战。进入互联网时代,界定相关市场面临的困惑和挑战有增无减。然而,无论挑战多么严峻,都需要积极应对,努力解决反垄断法适用的前提——界定竞争的市场范围。

互联网经济是由现代信息通信技术(ICT)支撑的,互联网经济的创新与竞争密切相关。现阶段,我国互联网经济的创新与竞争主要是基于 ICT 商业模式的创新与竞争。创新是互联网经济的根本特点,互联网经济的竞争就是创新的竞争。创新的动态竞争特性、颠覆效应加剧着互联网经济竞争的强度。同时,基于 ICT 支撑的互联网经济既有规模经济的特点,又有范围经济的特点。企业的长期平均成本不仅随着产量的增加而下降,而且随着产品品种的增加而下降。互联网经济的这一特点注定了市场竞争是全价值链的竞争,是产业生态链乃至生态圈的竞争,表现为跨产品竞争、跨行业竞争,这进一步加大了界定相关市场的难度。可以预见的是,ICT 日新月异,竞争的激烈程度与日俱增,竞争的范围越来越大,相关市场的边界越来越不清晰。我非常赞同本书“互联网行业下一步究竟走向何方,这不是一个容易回答的问题”“互联网行业的未来发展将会对相关市场界定带来更大的挑战”的判断。

互联网市场的竞争范围难以界定,不能成为不必界定的理由,更不能成为不予界定的托辞。相关市场的边界越来越不清晰,并不必然减损相关市场这一基本工具的重要性。只要适用反垄断法,就需要判断竞争行为对市场的影响,就需要确定竞争的市场范围。因此,适用反垄断法需要界定相关市场属于基本理性,亦即常识。值得指出的是,适用反垄断法需要界定相关市场,不能仅仅止于“常识”。相关市场是一个法律概念,是反垄断法律制度中的基础概念,是整个反垄断法律制度不可或缺的构成要素。事实上,任何一个法律概念都不能,也不应该游离于法律体系而孤立地存在。一个法律概念本身甚至就是一个制度子系统。以《中华人民共和国反垄断法》为例,其中许多具体反垄断法律制度的适用都需要以界定相关市场为前提。例如,不界定相关市场,就难以界定经营者之间是否存在该法第 13 条所要求的“竞争关系”;就难以判断主张豁免

垄断协议责任的经营者是否完成了该法第 15 条要求的“还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争”的举证责任;就难以依据该法第 18 条和第 19 条认定或者推定经营者是否具有市场支配地位;就难以依据该法第 27 条对经营者集中进行审查等。

因此,相关市场及其界定是一个不能被忽视的理论问题和实践话题。科学、合理地界定相关市场,既可以防止反垄断法的误用,又可以防止反垄断法的滥用;既有助于防止反垄断法的威慑过度,又有助于防止反垄断法的威慑不足。客观地讲,相关市场边界的模糊性,对界定者的界定信心、界定能力、界定方法、界定工具提出了挑战。但是,诚如长辉法官在本书指出的,“越过”和“淡化”相关市场的方法并不是一种最佳选择。

对于互联网行业而言,何为“产品”?不同互联网“产品”的关系为何?有无竞争关系?其复杂程度远甚传统行业。因此,互联网行业的相关市场界定充满了挑战。以我国较为成功的互联网企业为例,我们可以归纳出一个相似点:它们都有一种极具核心竞争力的互联网产品或者服务。例如,电子商务、搜索业务、即时通信、互联网安全、网约车等。毫无疑问,这几种互联网产品或者服务的区分度非常明显。如果基于传统的分析方法,这几种产品或者服务之间并不存在需求替代关系,不属于同一个相关产品市场,不具有竞争关系。然而,这一分析结论与现实的竞争状况大相径庭。现实的竞争状况是这几种产品或者服务的经营者之间竞争的激烈程度有时让公众瞠目结舌。如何解释基于传统分析思路所得的结论与现实竞争状况的迥然不同?经验法则告诉我们,经营者之间的纠纷源于或者归结于经济利益冲突,如果不深入分析互联网企业的盈利模式,不具体解构利益冲突的路径,只是简单套用传统的相关市场界定方法,就无法解释互联网行业发生纠纷的原因,无法判断当事人之间的纠纷是否损害了竞争机制和秩序。当然,经营者之间造成的损害并不等于经营者所在相关市场竞争秩序受损。在最近几年,互联网行业有一个非常明显的现象:不同的互联网企业都在巩固既有核心免费业务竞争力的基础上,不断拓展互联网业务品

种,并与既有的核心免费业务品种相聚合,努力搭建以核心产品为基础并向相邻市场延伸的产品业务生态或者平台。其结果是,不同互联网企业的盈利模式、盈利源头具有高度一致性,并由此展开了激烈的竞争,甚至出现严重的利益冲突。生态化的竞争亦推动了业务品种不断趋同。因此,不同互联网企业之间的竞争更加激烈了。互联网企业的竞争发展到业务生态竞争的阶段,反垄断法在互联网行业的适用面临着新的挑战。

就互联网行业的相关产品市场界定,至少面临如下问题或者困难,如何定义互联网行业的“产品”?互联网产品的聚合,究竟属于一个新的“独立产品”或者“平台”,还是属于不合理且违反法律的“搭售”?如果属于一个新的“平台”,那么,该“平台”产品的相关市场范围如何界定?互联网行业双边市场的属性,对于相关产品市场的界定有哪些影响?

关于互联网行业相关地域市场的界定,同样存在一些值得特别关注的问题。毫无疑问,从技术的角度讲,互联网是可以实现无国界的。但是,我们不能忽视影响互联网相关地域市场边界的一个因素:基于各种原因采取的不同形式的政府管制,致使有些互联网行业产品的竞争是有边界的,而非全球的。我注意到,长辉法官在本书中也提出了相似的观点并给予了充分的论证。

无论是在国内还是在国外,互联网行业都是一个充满活力和创新的行业,它改变着我们的工作方式和生活方式。我们同样注意到,创新的动态竞争特性、颠覆效应加剧着互联网经济竞争的强度,也弱化了市场份额与支配地位之间的相关性。换言之,在高强度竞争的互联网经济领域,计算静态的市场份额显得不再重要,但是,这并不等于界定相关市场也不再重要。

针对互联网经济及竞争的特点,长辉法官提出了兼具学术意义和实践价值的解决思路和方法:(1)互联网行业相关市场界定要从具体商业模式出发,结合平台上相关产品的特征来判断个案中的竞争范围;(2)相关市场的界定方法应根据个案的具体情况综合考量;(3)在互联网企业反垄断行为的判断中,可以运用传统相关市场界定的一般理论框架,但需要注意互联网行业独有的特

征,不能完全依赖传统相关市场界定方法;(4)“越过”和“淡化”相关市场界定的方法并不是一种最佳选择,在个案的判断中只有在满足一定的条件下才可以尝试将这种方法作为一种别无他选的选项。

行文至此,本人想借此序再次表达对本书主要观点的认同、对本书付梓的诚挚祝贺,以及对长辉法官未来职业生涯的由衷期待!



中国政法大学副校长

2019年10月7日

序 二

《中华人民共和国反垄断法》自 2008 年 8 月 1 日起正式实施,至今已经进入实施的第十一个年份。回顾过往,我国法院和反垄断执法部门已审理、查处大量具有影响力的反垄断案件,其中涉及互联网行业的相关案件备受关注。中国互联网行业从无到有,势如破竹,各大公司立足于互联网,将业务触角深入生活的方方面面。正如经济合作与发展组织(OECD)所言,互联网已经成为“通用技术的推动者”,它能够重组世界经济活动,推动社会生产力的发展。互联网行业是全球最受瞩目的行业之一。依托互联网产生的发明创造涌现,不断颠覆我们对传统商业模式的认知。互联网行业区别于传统行业的新特点给传统反垄断法的理论及其适用带来了一些观念与技术层面的障碍。司法机关通过案件裁判给予互联网行业发展正确的指引,这些案件也为不断完善反垄断制度提供了宝贵的经验和有力的支撑。

《中国反垄断法律框架下互联网行业的相关市场界定》一书是北京知识产权法院审判委员会专职委员杜长辉法官博士学位论文的研究成果。杜长辉法官正是基于互联网行业的本质属性及独特的商业模式,探索互联网行业相关市场界定的思路与方法。司法实践为法学研究提供了丰厚的沃土,杜长辉法官将丰富的审判经验、独到的思考视角及系统的归纳总结运用在本书中,以期对互联网行业的相关市场界定等问题的分析和解决有所裨益。曾国藩强调学习要“求速、求熟、有恒、苦思”,杜长辉法官在繁重的工作之余笔耕不辍,本书凝结了他的汗水与智慧,集中展现了其环环紧扣、层层递进的思维方式,具有较高的理论水平和实践指导意义。

“3Q 大战”被称为“国内互联网反垄断第一案”,是现代互联网平台发展过程中的一个缩影。该案件影响深远,其判决明确表明反垄断法对互联网行业进

行规制时只有保持谦抑的态度,才能实现既推动互联网行业的创新发展,又保护互联网行业动态竞争的效果。本书以“3Q大战”为切入点,通过分析互联网行业自身的属性和特点,如双边市场、网络外部性、创新驱动、平台跨界竞争等,梳理互联网行业竞争分析中相关市场界定的痛点,并创新适用 SSNIP 测试法的改良方法,结合互联网行业相关产品市场、相关地域市场、相关时间市场、相关创新市场等具体的分析与考察,在传统的相关市场界定方法难以直接适用、新的相关市场界定方法尚未建立的情况下,形成互联网行业相关市场界定的基本思路。杜长辉法官通过文献研究、案例分析、比较分析、法经济学分析等多维度的分析方法,针对前述司法实践中突出的问题提出了自己的解读与思考。

习近平总书记指出,当今世界正在经历一场更大范围、更深层次的科技革命和产业变革。互联网、大数据、人工智能等现代信息技术不断取得突破,数字经济蓬勃发展,各国利益更加紧密相连。当代知识产权也重新定义了竞争与垄断的关系,这对司法工作提出了更高的要求。只有知识产权审判机构专门化、审判人员专职化、审判工作专业化,才能满足科技创新对知识产权司法审判的要求。期待更多具有专业素养、专业技能的法官能够在审判工作中坚持问题导向,兼容并蓄,知行合一,努力把研究成果转化为审判工作中的不竭动力,成为破解审判难题、推进司法改革的良方,不断提高法院工作的“软实力”。



北京知识产权法院副院长

2019年9月25日

摘 要

随着互联网产业的迅猛发展,发生于互联网产业的反垄断诉讼案件也日趋增多。司法机关在审理有关案件中必须首先解决互联网产业的相关市场界定问题。但是,司法机关所面临的困境也是巨大的,因为大量使用于传统产业的相关市场界定方法已经无法完全适用于互联网产业的相关市场界定,这就迫使司法界、法学界和经济学界需共同研究新的界定方法。中国的反垄断法出台和实施时间短暂,又恰逢互联网产业蓬勃发展,更加需要探索符合本国国情的新的界定方法,从而使反垄断的司法实践能够更加展现公平、公正。可以说,此书所研究的课题迎合了时代发展的需要,具有理论和实践的价值。

本书由导论、正文、结语、参考文献共六章构成,五百余个注释。

第1章导论,笔者采用案例分析方法,从引起各界广泛关注的北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司(以上两个公司简称奇虎)诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司(以上两个公司简称腾讯)滥用市场支配地位的“3Q大战”着手,从该案判决中对于相关市场界定的判断和分析出发,总结本书主要探讨的有关互联网领域相关市场界定的主要问题,如反垄断案中进行相关市场界定的必要性、假定垄断者测试法^①是否适用于互联网行业的相关市场界定,等等。此外,导论部分对本书的选题意义、研究范围、研究方法、写作框架进行了介绍,同时笔者提出了对相关问题的看法和主张。

第2章市场界定一般理论,从竞争和垄断的基础理论入手,对相关市场及

^① 假定垄断者测试法(HMT),其具体的测试方法包括数量不大但有意义且并非短暂的价格上涨测试法(SSNIP),以及数量不大但有意义且并非短暂的质量下降测试法(SSNDQ)。

相关市场界定理论和方法进行阐述,重点介绍和分析了传统行业相关产品市场、相关地域市场、相关时间市场,还介绍了传统的相关市场界定方法,即需求替代分析法、供给替代分析法、SSNIP测试法。同时在本章中笔者介绍了我国反垄断领域相关市场界定的法律规定情况和实践情况,为后文介绍互联网领域相关市场界定与传统行业相关市场界定的不同作出铺垫。

第3章传统相关市场界定方法在互联网行业适用的挑战,沿着互联网行业成长周期——互联网行业发展特点——传统行业市场界定方法在互联网行业适用的局限性思路展开。笔者认为互联网行业的成长周期可分为初创期、成长期和成熟期,每个周期都有各自不同的经营侧重点和盈利方式,而成长的周期不同,体现出的行业发展的特征也有所区别。具体而言,本书主要介绍双边市场结构、网络外部性、市场影响力等互联网行业的主要特点,并进一步阐述在这些不同于传统行业的市场特征下适用传统的市场界定方法存在的局限及现阶段互联网行业相关市场界定中存在的误区。

第4章互联网行业相关市场界定的具体考察,为本书的重点内容,先介绍经济学分析方法在互联网领域的适用和审判实践中分析方法的创新适用,重点介绍SSNIP测试法的改良——质量下降测试法(SSNDQ),此外介绍审判实践中在倡导客观化、效果导向审判理念之下相关市场分析方法的创新和改革,逐一互联网行业相关产品市场、地域市场、时间市场、创新市场进行具体分析和考察,笔者试图在不同视角下通过对相关市场界定方法的具体分析,形成互联网行业相关市场界定的基本判断思路。

第5章互联网行业相关市场界定的评价与创新,主要讨论现下关于互联网行业相关市场界定的两种争议,即不能完全依赖传统相关市场界定理论和方法及淡化相关市场界定的主张。前者具体而言是指依照传统行业特点制定的传统界定相关市场的理论和方法在不同于传统行业的互联网行业是否有适用的可能,是否需要调整改变;后者具体而言是指基于互联网行业相关市场界定的模糊性和不确定性,在反垄断行为的判断时是否可以采取不界定相关市场的新

思路。本书将结合上述两种有关互联网行业相关市场界定的主张及互联网行业本身的特点,尝试找到现行反垄断法框架下互联网行业相关市场界定问题的解决路径和创新方法。

第6章为本书的结语部分,笔者对全书内容进行总结,同时对互联网行业相关市场界定问题和反垄断规制的发展加以展望,以期本书提出的互联网行业相关市场界定的创新观点能对这方面问题的研究有所裨益。

目录 Contents

第1章 导 论	1
1.1 问题导入	1
1.1.1 案情:3Q案	1
1.1.2 聚焦相关市场界定的几个问题	3
1.2 选题意义	4
1.3 研究现状	6
1.3.1 互联网行业基本特征	6
1.3.2 互联网行业相关市场界定方法	8
1.3.3 完善我国互联网行业的反垄断规制	9
1.4 研究方法	12
1.5 写作框架	13
第2章 市场界定一般理论	14
2.1 竞争	14
2.1.1 竞争概念	15
2.1.2 竞争理论	16
2.2 垄断	21
2.2.1 垄断概念	22
2.2.2 垄断与竞争的关系	23
2.2.3 反垄断法	24
2.2.4 本身违法原则与合理原则	25

2.3	竞争政策	27
2.3.1	竞争政策与经济学理论	29
2.3.2	竞争政策与立法目的	31
2.3.3	竞争政策与产业政策	35
2.4	相关市场	38
2.4.1	相关市场概念	38
2.4.2	相关市场界定	43
2.5	我国反垄断相关市场界定的规定和实践	57
2.5.1	我国反垄断相关市场界定的规定	58
2.5.2	我国反垄断相关市场界定的实践	59
第3章	传统相关市场界定方法在互联网行业适用的挑战	61
3.1	互联网行业阶段性发展情况	62
3.1.1	初创期	63
3.1.2	成长期	66
3.1.3	成熟期	68
3.2	互联网行业发展特征	70
3.2.1	双边市场	70
3.2.2	网络外部性	74
3.2.3	市场影响力的扩大	76
3.2.4	创新驱动	79
3.2.5	平台跨界竞争	80
3.3	传统相关市场界定方法在互联网行业适用的局限	81
3.3.1	需求替代分析法的局限	82
3.3.2	供给替代分析法的局限	84
3.3.3	SSNIP 测试法的局限	85
3.4	互联网行业相关市场界定中的误区	88
3.4.1	以平台为单独产品的市场界定	89

3.4.2	仅以平台一边市场进行相关市场界定	90
3.4.3	模糊互联网行业相关市场界定	92
3.4.4	地域市场界定中存在的问题	93
第4章	互联网行业相关市场界定的具体考察	96
4.1	双边平台下相关市场界定的分析思路	96
4.1.1	经济学分析方法在互联网领域的适用	97
4.1.2	审判实践中分析方法的创新	103
4.2	互联网行业相关产品市场界定	109
4.2.1	需求替代分析	109
4.2.2	供给替代分析	119
4.2.3	SSNIP 测试法的创新适用	122
4.3	互联网行业相关地域市场界定	124
4.3.1	3Q 案的启示	124
4.3.2	互联网行业相关地域市场界定分析	126
4.4	互联网行业相关时间市场界定	128
4.4.1	3Q 案的启示	128
4.4.2	互联网行业产品与服务相关时间市场界定的必要性	129
4.4.3	互联网行业相关时间市场界定分析	131
4.5	互联网行业相关创新市场界定分析	132
第5章	互联网行业相关市场界定的评价与创新	135
5.1	不能完全依赖传统相关市场界定方法	137
5.2	不必要界定相关市场的思路	140
第6章	结 语	147
	参考文献	149
	后 记	171

1.1 问题导入

1.1.1 案情:3Q 案

2010 年底开始的“3Q 大战”引起了社会各界的普遍关注,原因就在于奇虎和腾讯都是为社会大众普遍知晓的知名互联网公司,二者的纠纷和诉讼结果吸引了诸多眼球。^① 2012 年年底,奇虎诉腾讯滥用市场支配地位^②(以下一审、二审均统称 3Q 案),该案由广东省高级人民法院(以下简称广东高院)一审^③,由最高人民法院(以下简称最高院)二审^④。而此案不同于唐山市人人信息服务有限公司(以下简称唐山人人)诉北京百度网讯科技有限公司(以下简称百度)案(以下简称百度案)^⑤、北京共和联动图书有限公司诉北京世纪卓越信息技术有限公司倾销纠纷一案^⑥,此案原被告之间在互联网平台、技术和诉讼能力上势均力敌,诉讼中又都有强大的律师团和专家辅助人,辩论之激烈、涉及法律问题

① 参见张意轩、吴冰、王燕:“360 诉腾讯索赔 1.5 亿元”,载《人民日报》2012 年 4 月 19 日。

② 《中华人民共和国反垄断法》第 17 条第 2 款规定:“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”。

③ 参见广东省高级人民法院(2011)粤高法民三初字第 2 号民事判决书。

④ 参见最高人民法院(2013)民三终字第 4 号民事判决书。

⑤ 参见北京市第一中级人民法院(2009)一中民初字第 845 号民事判决书、北京市高级人民法院(2010)高民终字第 489 号民事判决书。

⑥ 参见北京市朝阳区人民法院(2009)朝民初字第 00016 号民事判决书、北京市第二中级人民法院(2009)二中民终字第 13173 号民事判决书。