



docsriver.com 入驻商家巨力法律书

深圳律师实务丛书



中国网络市场 之 竞争法博弈

Competitive Game in the Internet Market of China

主编 / 冯 江

本书内容包括网络市场结构、垄断与竞争之博弈、网络市场对竞争的挑战、垄断行为、知识产权、不正当竞争行为、行政垄断、接入传输基础设施提供商、电子商务提供商、搜索连接服务提供商、数据管理（云）服务提供商、即时通讯服务提供商、安全服务提供商、游戏娱乐提供商、竞争法域外效力与国际协调、网络证据等概述及其案例讨论，收集典型案例45个。本书对法律实务工作具有重要参考和借鉴价值，也可供相关法律工作者、研究人员和高等院校相关专业师生学习和参考。



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

docsriver.com 入驻商家巨力法律书



深圳律师实务丛书

中国网络市场 之 竞争法博弈



Competitive Game in the Internet Market of China

主编 / 冯 江



法律出版社
LAW PRESS-CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国网络市场之竞争法博弈 / 冯江主编. —北京:
法律出版社, 2015. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7662 - 1

I. ①中… II. ①冯… III. ①电子商务—商业经营—
中国 IV. ①F724.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第049091号

中国网络市场之竞争法博弈
冯江主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 程岳
责任编辑 程岳
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任印制 翟国磊

开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 18
字数 264千
版本 2015年3月第1版
印次 2015年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7662 - 1

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



深圳律师实务丛书

编委会

主任

张 斌

副主任

张 弢 王 红

委员

胡冰梅 梅 臻 杨 林 李兰兰

付增海 杨慧隆 俞 楠 李静清

本册编委会

主 编

冯 江

副主编

徐孟君 潘献民 尹公辉

撰稿人

冯 江 徐孟君 潘献民 尹公辉 韩东辉 张 伟

肖丽华 姚治中 刘有名 李琼英 孟淑玲 孙明婵

蔡梦芳 韩慧静 赖晓敏 李 娟 方国太 尤 军

沈立王 施洁仪 袁清

回归专业 崇尚专业

律师专业化不仅仅源于社会分工的细化和知识结构的复杂化,也因为法律事务在多样化前提下逐渐呈现专门性趋势,需要律师专业技能精细化以提供有针对性的解决方案,通才式解决某类案件或法律事务越来越困难。当事人合法利益的最大化有赖于律师能够游刃有余地运用法律的精深技艺,给出更专业的答案。

不少律师不太愿意在当事人或者同行面前坦言自己不懂某专业,也不愿意在专业细分方面做出改变的努力,这不仅不利于其自身专业领域知名度的打造,也失去了律师走专业化发展方向的机会。我们要放弃那种“博”即“精品”的认识和做法,直面自己的专业定位,在律师服务市场激烈竞争中打“差异化”、“专业化”这张牌,努力将自身打造成所在专业领域的“精品”。

我们提倡的回归专业、崇尚专业并不是一句口号,它张扬的是一种职业思想、观念和意识,同时也要落实为执业过程中的行为准则和价值坚守,在形成行业共识的基础上引领律师行业发展,达到更高的水平。摆在读者面前的这套《深圳律师实务丛书》就是我们落实回归专业和崇尚专业的例证,并借此向全行业传递崇尚专业的精神。

经验应该被总结和传承。因地缘和政策优势,深圳律师在房地产、融资、科技创新、海商、国际贸易、破产清算、劳动等法律事务方面有着丰富的专业经验。深圳律师协会组编这套丛书,体现深圳律师在部分领域的执业状况和专业技能,希望成为丰富律师专业化的重要素材,并作为专业化样本能够对律师专业化水平提高有所帮助。

是为序。

高 树

深圳市律师协会会长

二〇一五年一月

专业化是律师行业发展的支柱

中国的律师行业经过 30 年的恢复与发展,已经初具规模,但是,与现代发达国家的律师行业相比,我们仍然处于“初级阶段”,与国家政治、经济、文化发展不能匹配。将律师行业“做强、做大”仍是业内最强的呼声。个人理解“做强、做大”,无外乎专业化、规模化、规范化、品牌化建设,而其中专业化实乃律师行业发展的支柱。

按照现代广泛运用的利伯曼“专业化”标准的定义解释,所谓“专业”,就应当满足以下基本条件:一是范围明确,垄断地从事于社会不可缺少的工作;二是运用高度的理智性技术;三是需要长期的专业教育;四是从事者个人、集体均具有广泛自律性;五是专业自律性范围内,直接负有作出判断、采取行为的责任;六是非营利性,以服务为动机;七是拥有应用方式具体化了的伦理纲领。

就律师行业而言,专业化应以专业律师为基础,即律师根据特长和优势,精通本专业的法律规定和法理精髓,专门或偏重某一项或某几项法律事务;律师专业化以专业化的律师事务所为标志,即律师事务所主要人员和业务是为某个或某几个法律服务领域提供专门法律服务,具有自己的专业品牌;律师专业化以实现全行业的专业化最终目标,即大多数执业律师符合律师的专业化,形成了自觉学习、研究法学理论与律师实务的风气和专业习惯,大多数律师事务所具有鲜明的专业品牌。

律师要实现专业化,首先要专业明确,确定适合自己的法律服务领域,之后针对该法律服务领域进行长期的专业研修,在该法律服务领域有自己的实务和理论研究成果,最终拥有业内公认能熟悉处理法律服务领域问题

2 | 中国网络市场之竞争法博弈

的专业技能。当然,专业化也是一个“舍得”过程,选择专业化就意味着舍弃某些自己熟悉且收入颇丰的某些业务,甚至要忍受短期内业务量下降的痛苦。只有专注才有专业,如果不舍弃已拥有的某些业务,心不能专,则难以在专业领域获得成就。此外,在长期执业过程中加入或组建一个强大的专业律师团队,也是律师成就专业之路不可或缺的途径。

律师专业化是一项艰巨、复杂的系统工程,除了律所在中长期发展目标上确定专业化方向,为律师和律师团队提供专业发展环境之外,律师协会也应为律师行业的专业化分工和发展提供完善的制度保障和政策支持,并且应该加大对律师专业化的培训力度,为律师的专业化发展提供坚强的智力支撑。

资助会员出版实务专著是深圳律协确定的一项具体工作和一项智力工程,目的有两个:一个倡导律师的专业化发展,引导深圳律师和律师事务所普遍走上专业发展的道路;另一个是推出行业专业领军人物,在全国专业化发展的浪潮中树立一批深圳律师专业品牌。

深圳律协将每年资助出版一批律师实务专著,期许借此倡导专业发展之路,弘扬专业研究之风,发出业界深圳之声,更期许借此涌现一批律师专业领军人物。

余俊福

时任深圳市律师协会会长

二〇一二年一月

前言

今天,一个以网络为载体的新的虚拟市场蓬勃发展,方兴未艾。然而,有市场必然有竞争,有竞争必然有垄断和不正当竞争。在网络市场下,不仅传统的垄断和不正当竞争行为会延伸扩张,新型的垄断和不正当竞争行为又会不断衍变、层出不穷,这对我国规制垄断和不正当竞争行为,保护网络市场竞争秩序提出了新的严峻的考验。

美国和欧盟的历史经验表明,某个国家的反垄断法对于网络市场的竞争政策宽严程度,往往会影响该国网络市场的发展与方向,足显其对经济基础的巨大反作用。经营者的种种举措,其背后都可能隐藏着影响竞争的动机。经营者只要有机会,就有可能谋划反对竞争者,吞噬其市场份额,这些行为有时会对市场竞争与消费者造成损害。因此,必须由竞争法等法律来维护市场竞争秩序。

竞争法是指以商品交换中的竞争关系作为调整对象,以保护市场竞争为主旨,并以反垄断和反不正当竞争作为核心内容的各种法律规范的总和。广义的竞争法包括反垄断法和反不正当竞争法。竞争政策是以《中华人民共和国反垄断法》为核心的一系列法律制度和行动措施的总和。

在反垄断律师界,美国、欧盟等发达国家已经有较高水准的律师队伍,美国律师协会已经设立了专业的反托拉斯分会,分会下设有克莱顿法委员会等组织。中国律师界反垄断专业高级人才资源匮乏,暂难以与外国律师竞争。然而,据中国反垄断专家估计,十年之内,中国反垄断法律服务市场需求将超过二十亿美元,大有可为,值得关注。

早在2004年1月,我就建议和发起成立“深圳市律师协会反垄断反不正

当竞争法律业务委员会”(后更名为“公平交易法律专业委员会”),这是当年全国各地律师协会中,最早成立的竞争法专业委员会,成立此委员会是开拓性的创新举措。后来,北京、上海等地的律师协会也相继成立了竞争与反垄断专业委员会。十年来,本委员会荣幸地邀请到了中国社科院法研所王晓晔研究员,国务院反垄断委员会办公室主任、商务部反垄断局局长尚明博士,最高法院民三庭(知识产权庭)庭长孔祥俊博士,对外经贸大学法学院黄勇教授等著名专家来深圳讲课。在经营者集中、滥用市场支配地位、垄断协议和滥用知识产权等领域,独立举办和参与各类业务培训研讨会40余次,参加人数累计3000余人。承担本委员会具体培训工作的广东百利孚律师事务所培养了一支专业反垄断律师团队。经过10年发展,如今,本委员会已经成为深圳律师在高端业务领域的一张“名片”,一大“亮点”。

主持公平交易法律专业委员会工作期间,我萌发撰写反垄断实务专著系列丛书的愿望,第一本由我撰写的《中国企业并购的反垄断律师实务》已经于2012年由法律出版社出版,经我发起,大家一致赞成继承上届公平交易法律专业委员会撰写专著的优良传统。本书是第二本,计划再撰写几本关于滥用知识产权、滥用市场支配地位、垄断协议、行政垄断等方面的专著。2007年8月1日,我在反垄断反不正当竞争律师网([www. ant - lawyer. com](http://www.ant-lawyer.com))上发表了《成立中国竞争律师联盟倡议书》(见本书附件一),建议在《反垄断法》实施之前,敏锐地把握先机,提前行动,联合建立中国竞争律师事务所。2008年8月1日《反垄断法》实施之后,主要从事反垄断业务的律师开始出现,他们为客户提供了专业的法律服务。目前,中国反垄断律师队伍人数少,市场份额小,影响力有限。我呼吁中国反垄断律师树立信心,不甘落后,未雨绸缪,联合建立和培育自己的反垄断律师团队,发奋图强,迎头赶超国际先进水平,站稳中国反垄断法律服务市场,展示中国反垄断律师的风采。

本专著是深圳市律师协会公平交易法律专业委员会与广东百利孚律师事务所的集体成果,也是我长期研究反垄断法和从事反垄断律师实务的经验总结。全书总体构思和各章架构由冯江负责,第一章由李娟、孙明婵撰写,第二章由冯江、蔡梦芳撰写,第三章由冯江、方国太、尤军撰写,第四章由尹公辉撰写,第五章由徐孟君撰写,第六章由孟淑玲、李琼英撰写,第七章由冯江、沈立王、施洁仪撰写,第八章由韩东辉撰写,第九章由姚治中撰写,第

十章由肖丽华撰写,第十一章由刘有名撰写,第十二章由韩慧静撰写,第十三章由潘献民、张伟撰写,第十四章由韩慧静撰写,第十五章由赖晓敏撰写,第十六章由韩慧静、袁清撰写,第十七章由冯江、孟淑玲撰写,冯江对全书做了审查和总纂。

本书紧密结合法律实践前沿需求,有针对性地阐明网络市场竞争法博弈理论和实务问题。除了法律概述分析外,还有博弈经济分析和案例分析。全书分为总则与分则两大部分,第一章至第八章是总则部分,第九章至第十七章是分则部分。总则部分有一般性网络市场竞争法博弈理论讨论,分则部分有各类网络主体的市场竞争法实务论述,最后讨论了网络证据收集、审查与保全。在分析范式上,采用将美国、欧盟等与中国竞争法相比较分析的方法,提高了深度和广度。本书共收集中外网络市场竞争法典型案例45个(其中涉外案例14个),案例中有当事人、案情简介、法院审理、评析、律师提示,突出了律师的忠告和警示。书后附件一《成立中国竞争法律师联盟倡议书》,附件二《案例索引》,附件三《中国网络市场法律法规规章目录摘录》。

目前,国内尚缺乏全面论述网络市场竞争法博弈律师实务方面的专著,本书的出版在一定程度上填补了这方面的空白。

本书的选题是针对网络时代竞争法前沿性需求特点,许多问题具有新颖性,加之时间较为仓促,水平有限,不足和疏漏之处在所难免,敬请各位读者不吝赐教。

书中的部分章节和案例,借鉴了相关学术文章的论述,列在参考文献之中,在此一并向相关作者致谢。

本书对律师实务工作具有重要参考和借鉴价值,也可供各地律师协会相关法律工作者、研究人员和高等院校相关专业师生学习和参考。

本书的出版发行得到了第九届深圳市律师协会、法律出版社的大力支持,在此深表感谢。

主 编

二〇一四年十一月一日

docsriver.com入驻商家巨力法律书



深圳律师实务丛书

The Review of Shenzhen Lawyers' Affairs



坚持信念 精通法律

维护正义 恪守诚信



目录

第一章 网络及其市场结构	1
第一节 网络市场的结构特征	1
一、网络市场的概念	1
二、网络市场的结构特征	1
第二节 网络市场的外部性效应	2
一、网络外部性效应的概念	2
二、网络外部性效应产生的原因和影响	3
三、网络外部性效应的形式和性质	3
第三节 网络市场的单边性与双边性	5
一、网络单边市场的概念	5
二、网络双边市场的概念	5
三、网络双边市场的特征	5
四、网络双边市场的竞争策略	6
第四节 兼容性、网络技术标准 and 准公共产品属性	7
一、兼容性概述	7
二、网络技术标准	7
三、准公共产品属性	9
第二章 网络市场垄断与竞争之博弈	10
第一节 市场垄断与竞争之博弈概述	10
一、博弈论的概念	10

2 | 中国网络市场之竞争法博弈

二、市场竞争者的假设	10
三、博弈的类型	11
四、博弈的均衡状态	11
五、垄断和不正当竞争产生的原因	12
第二节 市场监督、垄断与竞争之博弈	13
一、监督者与竞争者之间的博弈	13
二、价格竞争博弈分析	14
三、政府与企业之间的博弈	15
四、传统竞争论与合作竞争论	16
五、竞争法与竞争政策	17
第三章 网络市场对竞争法的挑战	18
第一节 概述	18
一、网络市场垄断竞争的特征	18
二、网络市场竞争法调整的必要性	19
三、竞争法目标	21
四、竞争政策的改革内容	22
第二节 网络相关市场界定	24
一、网络相关市场概述	24
二、网络相关市场界定	24
三、网络相关市场界定不确定性风险的成因	26
四、网络相关市场界定不确定性风险的降低和避免	27
第三节 网络市场竞争分析	29
一、市场竞争分析框架	29
二、网络市场竞争需要考量的特殊问题	30
三、企业、反垄断执法机构和法院之间的分歧对案件的影响	34
四、网络市场竞争案件的特点	35
第四章 网络市场中垄断行为的反垄断法规制	38
第一节 网络市场中经营者集中的规制概述	38
一、经营者集中的概念	38

二、经营者集中的法律特征	38
三、经营者集中的构成要件	39
四、经营者集中的类型	39
五、经营者集中的方式	40
六、经营者集中申报审查制度	40
七、经营者集中申报标准	41
八、单边效应与协调效应	41
九、限制性条件批准集中	42
十、与知识产权有关的并购救济措施	43
十一、法律责任	44
第二节 网络市场中垄断协议的规制概述	44
一、垄断协议的概念	44
二、垄断协议的法律特征	45
三、垄断协议的构成要件	45
四、垄断协议的类型	45
五、垄断协议与协调效应的异同	46
六、法律责任	46
第三节 网络市场中滥用市场支配地位的规制概述	47
一、滥用市场支配地位的概念	47
二、滥用市场支配地位的法律特征	47
三、滥用市场支配地位的构成要件	48
四、滥用市场支配地位的类型	48
五、市场支配地位的认定	49
六、市场支配地位的推定	49
七、欧盟《竞争法》第八十六条的规定	49
八、市场支配地位与单边效应的关系	50
九、法律责任	50
第四节 案例	51
一、境外六家液晶面板企业价格垄断协议行政案	51
二、奇虎360诉腾讯QQ滥用市场支配地位案	53
三、美国甲骨文(Oracle)与仁科(People Soft Inc.)合并反托拉	

斯案	55
四、美国 SunGard 公司、Comdisco 公司并购反托拉斯案	59
第五章 网络市场中知识产权滥用的竞争法规制	61
第一节 网络知识产权滥用概述	61
一、网络知识产权滥用的概念	61
二、网络知识产权滥用的法律特征	61
三、网络知识产权滥用的构成要件	62
四、网络知识产权滥用的类型	62
第二节 网络知识产权滥用的竞争法规制概述	63
一、知识产权与反垄断关系的一般原则	63
二、网络知识产权滥用与《反垄断法》	64
三、网络知识产权滥用与《反不正当竞争法》	66
四、各国判断知识产权滥用的原则	67
五、TRIPS 协议对网络知识产权滥用的规制	68
第三节 网络专利权滥用概述	69
一、网络专利权滥用的概念	69
二、网络专利权滥用的类型	69
三、法律责任	72
第四节 网络商标权滥用概述	75
一、网络商标权滥用的概念	75
二、网络商标权滥用的类型	75
三、法律责任	76
第五节 网络著作权滥用概述	78
一、网络著作权滥用的概念	78
二、网络著作权滥用的类型	79
三、法律责任	79
第六节 案例	82
一、华为公司诉美国 IDC 公司滥用市场支配地位案	82
二、美国微软公司诉中国多家企业涉嫌著作权滥用案	85
三、美国盖帝公司、华盖创意(北京)公司诉中国多家企业涉嫌	

著作权滥用案	87
四、Globespan Virata 公司诉德州仪器公司滥用知识产权案	89
五、美国普林科公司、飞利浦公司诉美国 ITC 捆绑非必要专利案	92
第六章 网络市场中不正当竞争行为之竞争法规制(一)	95
第一节 直接损害竞争者概述	95
一、商业混淆	95
二、商业诋毁	97
三、侵犯商业秘密	98
四、比较广告	99
五、挖聘竞争者的雇员	101
六、争夺竞争者的顾客	102
第二节 损害市场参与者(含消费者)概述	103
一、宣传误导	103
二、商业贿赂	105
三、捆绑销售	106
四、不正当有奖销售	108
五、串标	108
六、利用市场优势排除限制竞争	110
七、不可合理预期之骚扰	112
第三节 案例	113
一、腾讯 QQ 诉奇虎 360 反不正当竞争案	113
二、北京鹤鸣公司诉北京讯合公司网络广告与不正当竞争案	115
三、美国谷歌公司搜索点击网络广告合同案	116
四、北京泰可思公司网站虚假宣传行政案	118
五、北京国信创新公司诉北京金鑫众力公司不正当竞争案	120
六、上海钢联公司诉上海纵横今日钢铁公司、上海拓迪公司不正当竞争案	121
七、滴滴打车有奖销售行政案	124

第七章 网络市场中不正当竞争行为之竞争法规制(二)	127
第一节 抢注域名和域名混淆	127
一、抢注域名和域名混淆的概念	127
二、抢注域名和域名混淆的类型	127
三、法律责任	128
第二节 利用软件程序排斥、恶评他人概述	129
一、利用软件程序排斥、恶评他人的概念	129
二、利用软件程序排斥、恶评他人的类型	129
三、法律责任	130
第三节 竞价排名之关键词超链接	131
一、竞价排名之关键词超链接的概念	131
二、竞价排名之关键词超链接的类型	132
三、法律责任	132
第四节 网络市场其他不正当竞争行为	133
一、安装升级捆绑电脑、手机应用软件	133
二、强制弹出广告和不请自来的广告邮件、短信、微信	134
三、抢占导航栏、搜索框和终端界面	136
第五节 恶意钓鱼网	138
一、恶意钓鱼网的概念	138
二、恶意钓鱼网的类型	139
三、法律责任	139
第六节 案例	139
一、温州查理鞋业公司诉柳程域名及商标权案	139
二、“史三八”美容院诉伊美尔美容院、百度公司搜索案	141
三、南通豪达电器公司诉江苏浩大公司网页不正当竞争案	143
四、北京书生数字图书馆公司诉北京世纪超星信息技术公司 不正当竞争案	145
五、百度在线网络(北京)公司诉北京三七二一科技公司不正 当竞争案	146
六、北京三际无限网络公司诉北京阿里巴巴公司等不正 当竞争案	148

七、腾讯(深圳)公司诉北京搜狗公司、北京搜狗信息公司不正当竞争案	149
八、北京百度网讯科技公司等诉北京奇虎科技公司等不正当竞争案	151
第八章 网络市场中行政垄断的规制	153
第一节 网络行政垄断概述	153
一、网络行政垄断的概念	153
二、网络行政垄断的法律特征	153
三、网络行政垄断的构成要件	154
四、网络行政垄断的类型	154
五、法律责任	155
第二节 案例	157
北京兆信等四家企业诉国家质检总局行政垄断案	157
第九章 网络接入传输基础设施提供商竞争法规制	160
第一节 网络接入传输基础设施垄断与不正当竞争概述	160
一、网络接入传输基础设施垄断与不正当竞争的概念	160
二、网络接入传输基础设施垄断与不正当竞争的法律特征	160
三、网络接入传输基础设施垄断与不正当竞争的构成要件	161
四、网络接入传输基础设施垄断与不正当竞争的类型的	162
五、法律责任	162
第二节 案例	164
一、日本电信公司互联互通结算费行政案	164
二、电信移动运营商拟向移动微信运营商收费案	167
第十章 网络电子商务服务提供商的竞争法规制	171
第一节 网络电子商务服务提供商垄断与不正当竞争概述	171
一、网络电子商务服务提供商垄断与不正当竞争的概念	171
二、网络电子商务服务提供商垄断与不正当竞争的法律特征	171
三、网络电子商务服务提供商垄断与不正当竞争的构成要件	172

四、网络电子商务服务提供者垄断与不正当竞争的类型	172
五、法律责任	173
第二节 案例	174
一、张家港市某化工公司网站虚假宣传行政案	174
二、日本电通公司诉支付宝、财付通等专利案	177
三、国美、苏宁、京东网购价格战案	179
第十一章 网络搜索链接服务提供者的竞争法规制	183
第一节 网络搜索链接服务提供者垄断与不正当竞争的概述	183
一、网络搜索链接服务提供者垄断与不正当竞争的概念	183
二、网络搜索链接服务提供者垄断与不正当竞争的法律特征	183
三、网络搜索链接服务提供者垄断与不正当竞争的构成要件	184
四、网络搜索链接服务提供者垄断与不正当竞争的类型	184
五、法律责任	185
第二节 案例	186
一、盛世环宇公司诉搜狗公司等搜索关键词不正当竞争案	186
二、北京金融城公司诉成都财智公司深层链接不正当竞争案	189
第十二章 网络数据管理(云计算)服务提供者的竞争法规制	195
第一节 网络数据管理(云计算)服务提供者垄断与不正当竞争 概述	195
一、网络数据管理(云计算)服务提供者垄断与不正当竞争的 概念	195
二、网络数据管理(云计算)服务提供者垄断与不正当竞争的 法律特征	195
三、网络数据管理(云计算)服务提供者垄断与不正当竞争的 构成要件	196
四、网络数据管理(云计算)服务提供者垄断与不正当竞争的 类型	196
五、法律责任	197
第二节 案例	198

一、某电影公司诉某视频网站电影信息存储空间服务侵权案	198
二、谷歌数字图书馆与各国作家著作权案	200
第十三章 网络即时通讯服务提供者的竞争法规制	203
第一节 网络即时通讯服务提供者垄断与不正当竞争的概述	203
一、网络即时通讯服务提供者垄断与不正当竞争的概念	203
二、网络即时通讯服务提供者垄断与不正当竞争的法律特征	203
三、网络即时通讯服务提供者垄断与不正当竞争的构成要件	204
四、网络即时通讯服务提供者垄断与不正当竞争的类型	204
五、法律责任	204
第二节 案例	205
一、深圳腾讯公司诉北京掌中无限公司侵权及不正当竞争案	205
二、北京掌中无限公司诉深圳腾讯公司垄断案	207
第十四章 网络安全服务提供者的竞争法规制	210
第一节 网络安全服务提供者垄断与不正当竞争概述	210
一、网络安全服务提供者垄断与不正当竞争的概念	210
二、网络安全服务提供者垄断与不正当竞争的法律特征	210
三、网络安全服务提供者垄断与不正当竞争的构成要件	211
四、网络安全服务提供者垄断与不正当竞争的类型	211
五、法律责任	212
第二节 案例	213
一、北京金山安全软件公司诉北京奇虎科技公司不正当竞争案	213
二、北京精雕公司诉上海奈凯公司软件捆绑销售案	215
第十五章 网络游戏娱乐提供者的竞争法规制	218
第一节 网络游戏娱乐提供者垄断与不正当竞争概述	218
一、网络游戏娱乐提供者垄断与不正当竞争的概念	218
二、网络游戏娱乐提供者垄断与不正当竞争的法律特征	218
三、网络游戏娱乐提供者垄断与不正当竞争的构成要件	219
四、网络游戏娱乐提供者垄断与不正当竞争的类型	219

五、法律责任	220
第二节 案例	221
一、深圳远航公司诉北京联众公司著作权及不正当竞争案	221
二、上海三七玩网络公司诉中国铁通集团广东分公司网络侵权案	223
第十六章 网络市场竞争法域外效力与国际协调	226
第一节 网络侵权的涉外性概述	226
一、涉外网络侵权的概念	226
二、涉外网络侵权的法律特征	226
三、涉外网络侵权的构成要件	227
四、涉外网络侵权的类型	227
五、法律责任	227
第二节 竞争法与冲突法的关系	230
一、竞争法与冲突法的概念	230
二、竞争法法律冲突的成因	230
三、冲突规范实现竞争法域外适用的途径	230
四、运用冲突规范调整竞争法冲突的优势	231
第三节 域外效力概述	232
一、域外效力的概念	232
二、竞争法域外效力的成因	232
三、竞争法域外效力适用的原则	233
四、竞争法域外效力的冲突	233
第四节 竞争法国际协调概述	234
一、竞争法国际协调的概念	234
二、竞争法国际协调的分类	234
第五节 案例	235
一、北京王致和食品集团诉德国欧凯进出口公司商标案	235
二、荷兰英特艾基公司诉北京国网公司域名及不正当竞争案	237

第十七章 网络证据收集、审查与保全	241
第一节 网络证据收集概述	241
一、网络证据收集的概念	241
二、网络证据收集的特征	241
三、网络证据收集的类型	242
四、网络证据的法律依据	242
第二节 网络证据真实性审查	243
一、网络证据真实性审查的概念	243
二、网络证据真实性审查的要点	243
第三节 网络证据保全概述	244
一、网络证据保全的概念	244
二、网络证据保全的方法	244
第四节 案例	245
一、陈某申请网络购物证据公证保全案	245
二、薛某诉张某伪造电子邮件赔偿案	247
三、北京奇虎公司等诉北京百度公司等不正当竞争行为保全案	248
参考文献	251
附件一 成立中国竞争律师联盟倡议书	255
附件二 案例索引	260
附件三 中国网络市场法律法规规章目录摘录	263
后 记	265

第一章

网络及其市场结构

◆ 第一节 网络市场的结构特征

一、网络市场的概念

网络市场(Network Market)是以现代信息技术为支撑,以网络为媒介,以离散的、无中心的、多元网状的立体结构和运作模式为特征,信息瞬间形成、即时传播,实时互动,高度共享的人机界面构成的交易组织形式。目前,国家正在加快推进互联网、电信网、广播电视网“三网融合”计划,为用户提供话音、数据和广播电视等多种综合网络服务。

二、网络市场的结构特征

(一)网络市场的类型

1. 网络消费者市场。为了满足生活消费需要,而通过网络购买产品或服务的一切个人或家庭的所有消费者称为网络消费者市场。

2. 网络组织市场。一般把通过网络实现自己部分或全部购买行为的所有组织称为网络组织市场。根据购买商品或服务目的的不同,又可以划分为:网络企业市场(包括网络生产者市场和网络转卖者市场)和网络非营利组织市场。

(二)网络市场的结构特征

1. 无时间限制。网络虚拟商店不需要雇用服务人员,可以避免因员工

2 | 中国网络市场之竞争法博弈

疲倦或缺乏训练而降低效率,每天 24 小时,每年 365 天的持续营业,对于平时工作繁忙、无暇购物的人来说,有很大吸引力。

2. 无国界、无区域限制。网络创造了即时全球社区,它消除了与其他国家客户做生意的时间和地域障碍。面对提供无限商机的网络,国内外企业都可以加入网络行业,开展无国境营销活动。

3. 无店铺经营。网络市场具有传统实物市场不具有的特点,由于网络市场上的是虚拟商店,它使用的媒体为网络,不需要店面、装潢、摆放的货品和服务人员等。

4. 无存货经营。网上商店可以接到顾客订单后,再向制造企业订货,只需在网页展示产品菜单和图片等,不必将商品实物陈列或者库存,不会因存货而增加成本,其售价比一般的铺面商店要低。

5. 成本低廉。网络市场上的虚拟商店,其成本主要涉及自设网站成本、软硬件费用、网络使用费等,比铺面商店的成本要低得多,因为铺面商店需要店面租金、装潢费、水电费及人工费等。

6. 高效化。顾客不必等销售人员回复电话,可以自行查询信息,自行下订单。网络商家与顾客借助网络联机,可快速交换信息。为顾客量身定制产品,满足顾客的特殊要求,扩大商机,这种优势增强了网络市场的竞争力。

◇ 第二节 网络市场的外部性效应

一、网络外部性效应的概念

网络外部性效应又称网络效应或需求规模经济。网络外部性效应,是指当网络产品对用户的价值随着采用相同产品的用户增加而同时增值时,用户得到了产品中所蕴含的新增价值而无须为新增价值提供补偿。网络内的任何两个节点之间都具有互补性,网络经济效益与其规模成正比。例如,当人们都不使用电话时,安装电话是没有价值的,而电话越普及,安装电话的价值就越高。

二、网络外部性效应产生的原因和影响

(一) 需求、供给对网络市场产生的外部性影响

网络市场的运行是由网络需求和网络供给双方相互作用而形成的。按照市场配置资源基础作用规律,供给价格的下降会使需求增加,而需求的增加会创造更高的效率和报酬,创造出更多的需求,导致供给价格的进一步下降,这种需求与供给的正反馈机制使网络市场经济呈现出自我强化的正反馈驱动效应。因此,网络的参与者越多、覆盖面越大;网络的价值越高。

(二) 网络系统性、信息流的交互性和网络基础设施的垄断性

1. 节点之间相对独立互补性。在网络系统中,任何两个节点之间都具有相对独立互补性。在整个网络中没有“中心”区域,即使网络中的部分节点消失了,也不影响网络的其他节点之间的正常联系。

2. 网络节点互相受益性。无论网络如何向外延伸扩展,新增多少个网络节点,都将成为网络的组成部分,整个网络都将因为网络的扩张而受益。

3. 网络基础设施的公共性。网络的基础设施,如铁路、公路、港湾、通信设施等,一般都具有投资巨大、投资周期长、垄断性强和使用期限长等特点。

(三) 网络规模和网络内部信息流动速度影响网络外部性效应

从经济角度看,影响网络外部性效应的因素包括网络规模大小、市场多样性和转移支付成本的高低。其中,最重要的是网络规模。以太网的发明者鲍勃·梅特卡夫(Bob Metcalfe)提出了著名梅特卡夫法则:网络对每个人的价值与网络中其他人的价值成正比,网络对所有人的总价值与“ $n \times (n - 1) = n^2 - n$ ”成正比。如果一个网络对网络中每个人的价值为1美元,则规模为10倍的网络总价值大约等于100美元,即网络规模增长10倍,其价值就增长100倍。

三、网络外部性效应的形式和性质

(一) 直接网络外部性与间接网络外部性

1. 直接网络外部性。直接网络外部性是指一个消费者所拥有的产品价值随着另一个消费者对与之兼容的产品的购买而增加。直接网络外部性是用户在消费或使用产品中得到的好处,而这个好处并不是由产品本身价值提供的,而是由于别的用户消费或使用同一产品而产生的。即网络外部性

效应是随着使用同一产品或服务的用户数量的变化,使每个用户使用此产品或服务中所获得的效用发生变化。

直接网络外部效应是一个新用户对网络产品购买而使原有用户拥有的产品直接产生增值。由于每一用户所获得的价值取决于同样使用该服务的用户的数量,使用该经营者的用户越多,该经营者对用户价值越高,用户对该经营者依赖程度就会越高,形成正反馈循环的“网络效应”。

2. 间接网络外部性。间接网络外部性是指因为用户数量增加导致了更多互补产品的供给而使产品功能扩大和增强。

对于间接的网络外部性而言,网络内物质流的速度同样与之存在正相关的关系,流速越大,外部越经济。随着某一产品使用者数量的增加,该产品的互补品数量增多、价格降低,这将导致这种产品的用户可得到的相关产品数量增加、质量提高、价格下降,因而获得了额外的利益,增加了消费者剩余。

3. 两者之间的联系。直接网络外部性和间接网络外部性有时是同时存在的,一个容易理解的例子是网络用户和网站的建设。连接到网络的用户越多,网站的价值越大,老用户得到的额外价值也越高,这是直接的网络外部性;同时,连接到网络的用户增加时,由于网络价值的增大,会有更多的人到网上建设新的网站,提高网站的质量,降低使用的价格,这样,网络用户在这个过程中实际上也得到了新的价值,这就是间接网络外部性。

(二) 正的网络外部性与负的网络外部性

1. 正的网络外部性。它是指一种产品对用户价值随着采用相同产品或者兼容产品用户的增加而增加。

2. 负的网络外部性。它是指一种产品对用户价值随着采用相同产品或者兼容产品的用户增加而减少。

3. 两者之间的联系。在网络经济中,由于正的网络外部效应的影响相对更大,它是网络外部性的主要体现形式,故正外部性引起了人们极大的关注。但是,负的网络外部效应也同样与正外部效应同时存在。网络拥挤堵塞、网络信息泄露等就是某种负网络外部效应。无论是正外部效应还是负外部效应,两者都有可能破坏市场应有的效率,对市场的正常运行是不利的。因此,不应为正负网络外部效应的好坏进行简单判断。

◆ 第三节 网络市场的单边性与双边性

一、网络单边市场的概念

网络单边市场是指网络交易活动由产品或服务的供应商直接面对消费者进行交易,买家是平台企业的顾客,卖家是平台企业自己。这与菜市场中卖菜买菜在本质上相同。在单边市场下,卖家之间为争夺市场,主要的竞争手段之一就是价格战。所以,我们就看到网络市场上,许多卖家之间激烈的价格战。但是,许多网络市场服务提供商已经从单边市场向双边市场甚至多边市场转变。

二、网络双边市场的概念

双边市场理论源于网络经济学和多产品定价理论,网络双边市场是指网络交易活动并不是由产品或者服务的供应商直接面对消费者进行交易,而是通过平台企业(第三方交易平台)向交易双方提供产品或服务。双边市场的特点是可以通过对一边市场实行免费,然后从另一边市场来获利。就像办一场舞会,主办方对美女不收费用,对男士收费。舞会吸引来的美女越多,从男士那里收到的钱也就越多。例如,淘宝网对买家提供免费服务,但对卖家服务需要收取费用。

三、网络双边市场的特征

(一) 双边市场的复杂性、系统性和动态性

双边市场涉及两边市场之间的均衡问题。例如,银行卡产业为双边市场,存在支付网络内部竞争与外部商家之间的竞争等问题。中国银联拥有很多银行会员,会员内部之间存在着竞争,假定银行卡平台企业的一边用户先于另一边用户冲击市场,银行卡平台企业是否有能力影响客户对于未来交易量或外部性的预期?如果没有商家接受银行卡,它对消费者来说是没有价值的。银行卡平台企业是否能够影响两边市场动态均衡增长是平台企业成功的关键。

6 | 中国网络市场之竞争法博弈

(二) 双边市场的互补性

双边市场包含了一个平台企业和互补性平台供应商,互补性平台系统包括:例如,游戏机平台和游戏开发商、计算机操作系统和软件开发商、移动公司和移动电话运营商、媒体和内容提供商等。例如,在网络广告市场中,平台企业—用户—广告主,构成了双边交易市场。平台企业与用户(消费者)之间是免费市场,平台企业与广告商之间则是收费市场。在两个市场之间,平台企业可以实行交叉补贴,显性的免费市场掩盖了隐性的收费市场,寡头垄断企业通过在一边市场上免费使用策略获得市场支配地位,而在另一边市场上滥用市场支配地位获得垄断利益。

(三) 双边市场中第三方交易平台的流动性

双边市场中的平台企业面对的是不同的消费者群体,市场两边形成了很强的间接网络外部效应。双边市场中的平台企业要想成功,平台企业需要达到流动性规模,意味着平台企业尽可能地吸引更多的消费者和更多的消费预期。例如,支付卡系统需要有足够多的持卡人和支持支付卡的商家;视频游戏平台需要有足够多的平台用户和游戏开发商。

四、网络双边市场的竞争策略

(一) 第三方交易平台的定价策略

双边市场的定价是双边市场竞争的核心因素,需要考虑市场两边的平衡和互补效应。Rochet 和 Timble 研究了双边市场的平台,认为,竞争性交易平台将对产品或服务差异化程度较小的、间接网络外部效应较强的一方用户收取低价甚至免费。与单边市场不同的是,用户间的间接网络外部效应使双边市场的均衡价格通常与边际成本并不一致,定价的焦点是将用户网外部效应内部化,使交易平台的两边吸引尽可能多的用户。

(二) 第三方交易平台的投资策略

不同的所有权结构决定了网络投资水平,它反过来又决定网络的功能性、收益和生存。可以将平台分为垂直一体化平台和独立拥有平台两大类。独立拥有平台归中介组织拥有,又分为开放平台所有权、封闭平台所有权和垄断平台所有权。垂直一体化平台由几个不同平台企业通过兼容技术分享平台,用户可以在不同平台企业之间进行转换。当网络效应很强时,独立拥有平台所有权是稳定的,当网络效应很弱时,垂直一体化平台就可能获得

发展。

(三) 双边市场竞争的特殊性

在分析网络双边市场的竞争时,不应用传统单边市场竞争理论,简单地界定单边相关市场范围。要考虑到双边市场的特殊性质及其特殊的平台企业策略。双边市场的特殊性对传统反垄断执法机构提出了新的挑战,例如,银行卡定价中,现有的市场竞争问题大多是围绕交换费问题而展开的。例如,掌握关键基础设施的网络企业的市场竞争问题大多是围绕拒绝互联互通或者提高网间结算费而展开的。

◇ 第四节 兼容性、网络技术标准和 准公共产品属性

一、兼容性概述

(一) 兼容性的概念

网络产品(服务)的兼容性是指组合两种产品来提供服务或者从一种产品转移到另一种产品而不需要增加额外成本。

(二) 兼容性与网络市场竞争

当寡头垄断企业拥有较大优势的用户规模,处于市场主导地位时,虽然兼容可以扩大产品规模,但是,也使原本处于劣势的竞争对手同时获得与寡头垄断企业相当规模的用户基础,降低了寡头垄断企业的竞争优势,所以,兼容性使寡头垄断企业获得的市场价值增加小于寡头垄断企业市场支配地位丧失导致的收益损失,因此,寡头垄断企业往往更倾向于选择不兼容,而处于劣势的网络企业一般选择兼容。然而,网络产品(服务)相互兼容对消费者是有利的,兼容增加了消费者的选择权,方便了消费者的自主消费,就像中国移动用户能够与中国联通、中国电信用户相互通信一样。

二、网络技术标准

(一) 网络市场产品(服务)缺乏统一权威的技术标准

一般市场的商品和服务进入市场都须符合一定的标准。目前,国内商品标准可以划分为国家标准、行业标准和企业标准,其中国家标准由国家质

检标准总局审批和公布。行业标准是在没有国标的情况下,由标准化主管机构制定、审批和发布的标准。国家标准和行业标准具有实行的强制性,是国家相关机关进行监督和检查和对特定商品做出是否合格评价的具有可信度的依据。企业标准则是厂家内部对于自己生产产品的要求,在具有国家标准和行业标准的前提下,企业标准应当高于国家标准和行业标准,企业标准对外不具有效力,不能作为评价其他厂家商品是否合格的依据。

目前,在网络市场中,对网络服务商提供的软件产品(服务)均没有统一的国家标准和行业标准,例如,软件在安全性、稳定性、隐私保护性等性能方面没有统一的要求。网络市场本身就具有高技术性,一般网络用户难以对其进行专业的了解,在接受一个软件或安装一个程序时,一般是基于网络服务商对该软件的宣传,朋友的推荐以及短期的试用,但这并不足以让用户全面了解该软件及程序,例如,该软件的安全性(是否含有病毒和木马程序等),该软件是否具有后台运作程序、是否会扫描个人信息等。为此,一些网络服务商专门推出了维护网络安全的软件,旨在对其他软件和程序进行扫描和监控,并做出评价。

目前,网络安全软件是广受网络用户欢迎的,成了装机必备的软件。然而,这些安全软件本身就存在上述问题,首先,这些安全软件缺乏国家或行业统一的标准,也就是说,安全软件本身也不一定保障安全;其次,安全软件并没有统一的对其他软件和程序进行扫描和评价的权威依据,而是基于安全软件商自己的标准对其他软件进行评定,一旦遇到不能识别的程序和软件,安全软件商通常会对网络用户做出危险提示,建议网络用户阻止该操作,这无疑是在“拿自己的鞋去试别人的脚”,存在误导的可能性。

(二) 需要制定统一的国家标准或者行业标准

我国网络行业标准和规范建设远落后于行业的发展,已经成为行业发展的制约因素。因此,网络市场应该像其他实体商品(服务)一样管理,制定统一的国家标准或者是行业标准,从软件的发行、安装、运行、升级、卸载、隐私保护等方面实现全面标准化,并建立软件发行认证制度,规定未经过相关机构或机关认定的软件不得擅自公开发售。

(三) 网络企业都希望自己主导的网络技术成为公认标准或事实标准

网络用户都希望选择已经或即将成为标准的网络,企业更倾向于从技术标准方面展开竞争,如果等待政府或行业协会制定出技术标准,则某个网

络企业宁愿率先推广自己的技术标准,并且,利用知识产权植入技术标准来强化竞争力,获得竞争优势。因为,抢先一步有可能迫使政府或行业协会承认其市场标准地位(含事实标准)。如果网络企业联合起来制定共同的技术标准,可以避免标准竞争的风险,网络企业在联合制定标准的同时,还可以各自研发推广自己的标准产品。

(四)技术标准中知识产权许可的公平、合理、无歧视三原则

由于拥有技术标准的知识产权的经营者越来越多,在理论和实践中,各国竞争法执法机构逐渐形成了公认的技术标准中知识产权许可的公平、合理、无歧视三原则,但是,各国对“三原则”的解释和执法存在分歧,尤其在技术创造型国家与技术跟随型国家之间,分歧巨大。

三、准公共产品属性

(一)准公共产品的概念

准公共产品(Quasi Public Good)是指介于公共产品和私人产品之间,兼具部分公共产品和部分私人产品性质的某类产品,例如,医疗服务、非义务教育以及某些需要付费使用的基础设施等,均属于准公共产品。

(二)网络市场产品的准公共产品属性

1. 公共产品具有非竞争性和非排他性。既有消费上的非排他性,又有消费上的非竞争性的公共产品是极端情况的纯公共产品。部分满足纯公共产品的称为准公共产品,显然,网络市场产品属于准公共产品。所以,网络企业在追求利润最大化的同时,应当同时兼顾准公共产品维护社会公共利益的义务,承担相应的社会责任。

2. 网络产品从非竞争性向竞争性转化。首先,网络基础设施不会因为多一个或更多的用户使用而消耗,一定程度的上网人数的增加不会影响网络基础设施在生产和运营方面的成本。其次,网络软件产品、网络传播产品与网络基础设施相似,多一个人用软件产品或传播产品,只需要多复制就可以了。然而,这种非竞争性并非绝对,如果使用人数超过了网络基础设施所能承受的临界点,将会造成网络拥堵,这种非竞争性将会向竞争性转化。

第二章

网络市场垄断与竞争之博弈

◇ 第一节 市场垄断与竞争之博弈概述

一、博弈论的概念

博弈论(Game Theory)是指研究具有斗争或竞争性质的个体或团队之间在特定条件下的对局中,各主体的决策行为在相互影响、相互作用的假定条件下,理性主体如何利用对方的策略而决策的理论,也称为对策论。参加竞争的各方为了达到各自的目标和利益,各方必须考虑对手的各种可能的行动方案,并理性选择对自己最为有利的方案,并获得各自相应的博弈结果。其中一个经典案例就是囚徒困境悖论(Prisoner's Dilemma)。

二、市场竞争者的假设

传统经济学将企业家理解为“经济人”,其是“完全理性”(Unbounded Rationality)的和“完全自私”(Unbounded Selfishness)的,偏好是稳定的,与参照系并不相关,会选择最能满足自己偏好的行为,“经济人”被解释成主体的内在一致性和追求自身利益的最大化。新经济学将“经济人”解释为“复杂人”(Complex Person),认为人受各种生理和心理因素的影响,在不同情况下,人会有不同的需要、动机和情感。

三、博弈的类型

(一)“零和博弈”

一方的赢肯定来源于另一方的输。最后各博弈方得益之和总是为零。这种类型的博弈被称为“零和博弈”。其特点是,博弈各方之间的利益总是相对立的,是“你死我活”的关系,因而,相互之间很难和平共处。例如,“商业投标、竞标”中的博弈常常就是“零和博弈”。而投标方中各自的标底、投标策略是绝对商业机密,不能让其他博弈方猜出自己选择的策略。

(二)“常和博弈”

每种结果下各博弈方的得益之和总是等于一个非零常数。这种博弈类型称之为“常和博弈”。其特点:(1)各博弈方之间的利益关系是对立的,基本关系是竞争。(2)“常和博弈”中不一定要有输家。(3)利益的对立性体现在利益分享的多少上。但是,与零和博弈一样,“常和博弈”各方的利益关系也是对立的,一方多占有利益,另一方必然会少占有利益。然而,“常和博弈”不一定“你死我活”,比较容易相互妥协、和平共处。

(三)“变和博弈”

除了“零和博弈”和“常和博弈”以外的所有博弈都称为“变和博弈”。“变和博弈”是最一般的博弈类型。“零和博弈”与“常和博弈”是博弈中的特殊类型。“变和博弈”即意味着在不同策略组合下,各博弈方的得益之和是不相同的。倘若博弈各方之间相互配合,则可能争取到社会总得益和个人得益均较大的理想结局;反之,则社会总得益和个人得益均较小。可见,当双方都从“你死我活”的竞争的角度出发,进行决策时,最终只能是“共输”。反过来,只有当双方都抱着一种合作与信任的心态共同处理一件难题时,才能实现最终的“共赢”。

四、博弈的均衡状态

一般来讲,一个博弈决策需要设定以下几个方面的内容:博弈的参加者,了解竞争对手哪方面的信息,博弈方各自可选择的策略有哪些,博弈的次序以及博弈方的得益。每个博弈方在每种策略组合下都有各自相应的得益,因此,需要寻找的决策均衡就是寻找意味着最佳决策或最佳决策的组合。因为,只要决策是最佳的,博弈的结果是各方“共赢”,相关的行为主体

就不会去改变它,从而它处于稳定、均衡的状态。

五、垄断和不正当竞争产生的原因

(一)“经济人”自私人格导致竞争利益本位化

亚当·斯密“看不见的手”市场配置资源机制是以人格自私为前提的,特征就是追求“利润最大化”,这是经营者参与市场经济活动的内驱力和动因。然而,这也有可能成为破坏竞争的诱因。一方面,某些追求个人利益的欲望过度膨胀,就会驱使一些经营者抛开职业道德,甚至置法律于不顾。另一方面,由于市场主体素质的普遍偏低以及诚信道德的丧失,市场竞争机会主义泛滥。加之垄断和不正当竞争行为被查处的概率很低,从而导致了频发垄断和不正当竞争行为。

(二)外部竞争条件不平等

由于复杂的历史和现实原因,我国不同主体的外部竞争条件存在巨大差别,例如,公用企业滥用市场支配地位,地方保护主义、行业保护措施,不同所有制的企业在市场准入、贷款、税收等方面的差别待遇,这些差别待遇都使普通竞争者无法与之进行公平竞争;特别是一些新兴民营企业,经营困难重重。因此,客观上处于劣势的企业就可能采取“自我救济”,其中有许多属于不正当竞争行为。

(三)竞争行为短期化

从所有制结构看,中小企业、个体工商户是我国市场主体中最活跃的部分,数量众多,规模小,自身竞争能力先天不足。当面对强大的竞争对手时,生存对于它们而言是第一位的选择。因此,为数不少的竞争者就容易选择急功近利的不正当竞争手段,试图通过“捷径”获得生存机会。

(四)竞争手段极端化

由于产业结构的失衡,许多企业经营范围、经营地区和产品层次相似,引起过度竞争,容易引发垄断和不正当竞争行为。另外,由于长期以来计划经济体制意识束缚,我国的企业,特别是国有企业,竞争观念比较落后,创新能力不强,产品层次低,质量功能不完善,服务意识不到位,一旦面临“强敌”,只好从“功夫”之外想办法。

(五)垄断和不正当竞争的收益与成本两者差额悬殊

实施不正当竞争行为所能够普遍获取的巨大收益与正当竞争所能获得

的有限收益之间的差额,远远大于实施不正当竞争行为“个案”被查处的机会成本,而且,这种成本的付出是不确定的,在很大程度上取决于被发率的高低以及被发现后惩罚的力度。如果人们发现,破坏制度总是可以比遵守制度获得更大的收益,那么,这个社会的经济秩序一定会趋于紊乱,正是在这种扭曲了的价值标准下进行的所谓的“利益权衡”,导致某些经营者为了牟取暴利,不惜以身试法,敢于铤而走险。

◆ 第二节 市场监督、垄断与竞争之博弈

一、监督者与竞争者之间的博弈

(一) 监督与不正当竞争之间的支付矩阵

监督与不正当竞争之间博弈的参与人包括竞争者与监督者。为简化起见,假定监督者的选择是查处或不查处;假定竞争者的选择是不正当竞争或正当竞争。下表概括了监督与不正当竞争之间的支付矩阵,这里,A表示不正当竞争行为的预期收益(为简化起见,暂不考虑作弊成本),C表示惩罚不正当竞争者的效用,B是监督成本,D是监督者的收益, β 代表监督者查处的概率, λ 代表不正当竞争的概率。

监督与不正当竞争之间的支付矩阵表

监督者查处	$-B + D, A - C$	$-B, 0$
监督者不查处	$0, A$	$0, 0$

(1) 给定 λ

监督者选择查处($\beta = 1$)或者不查处($\beta = 0$)的期望收益:

$$\pi a(1, \lambda) = (-B + D)\lambda + (-B)(1 - \lambda) = D\lambda - B$$

$$\pi a(0, \lambda) = 0\lambda + 0(1 - \lambda) = 0$$

$$\text{解: } \pi a(1, \lambda) = \pi a(0, \lambda)$$

得: $\lambda = B/D$,不正当竞争的概率 $\lambda =$ 监督成本 B /监督者的收益 D ,即不正当竞争的概率 λ 与监督成本 B 成正比,与监督者的收益 D 成反比。

(2) 给定 β

竞争者选择不正当竞争或者正当竞争的期望收益:

$$\pi_b(\beta, 1) = (A - C)\beta + A(1 - \beta) = -C\beta + A$$

$$\pi_a(\beta, 0) = 0\beta + 0(1 - \beta) = 0$$

$$\text{解: } \pi_b(\beta, 1) = \pi_b(\beta, 0)$$

得： $\beta = A/C$ ，监督者查处概率 $\beta =$ 不正当竞争行为的预期收益 A / 惩罚不正当竞争者的效用 C ，即监督者查处概率 β 与不正当竞争行为的预期收益 A 成正比，与惩罚不正当竞争者的力度 C 成反比。

(二) 监督与不正当竞争之间的博弈分析

监督博弈的纳什均衡 (Nash Equilibrium) 是： $\beta = A/C$ ， $\lambda = B/D$ ，即监督者以 A/C 的概率查处，竞争者以 B/D 的概率选择是否实施不正当竞争行为。

从竞争者角度看，如果监督者查处概率 β 小于 A/C ，竞争者的最优选择是实施不正当竞争；如果监督者查处的概率 β 大于 A/C ，竞争者的最优选择是正当竞争；如果监督者查处的概率 β 等于 A/C ，竞争者可以随机地选择正当竞争或不正当竞争。

从监督者角度看，如果竞争者实施不正当竞争的的概率 λ 小于 B/D ，监督者的最优选择是不查处；如果竞争者实施不正当竞争的的概率 λ 大于 B/D ，监督者的最优选择是查处；如果竞争者实施不正当竞争的的概率 λ 等于 B/D ，监督者可以随机地选择查处或不查处。在监督者查处的概率 β 大于 A/C 的情况下，相对于监督者而言，某次不正当竞争行为的预期收益 A 是个外生变量，可视为常量，而监督者查处概率 β 与惩罚不正当竞争者的效用 C 是内控变量，即监督查处的频度和惩罚力度，因此，监督查处的频度和惩罚力度决定着监督效果。如果查处概率 β 偏小，则应相应增强惩罚力度 C ；相反，如果惩罚力度 C 偏小，则应相应提高查处的概率 β ；在惩罚力度 C (处罚标准) 既定的情况下，监督的效果取决于查处的概率 β 。

二、价格竞争博弈分析

(一) “纳什均衡”结局

价格竞争在博弈论中又称“伯川德竞争”，它假设双寡头在价格上展开非合作博弈竞争，而价格竞争的结局是一个“纳什均衡”，价格战的结果是谁都没钱赚。因为博弈双方的利润正好是零，竞争的结果是稳定的，这个结果可能对消费者是有利的，但对企业而言，有成功的，也有失败的。

价格博弈提出两个问题:一是竞争削价的结果是“纳什均衡”(Nash Equilibrium),可能导致一个有效率的零利润结局。二是如果不采取价格战,作为一种敌对博弈论(Vivalry Game)其结果会如何呢?每一个企业,都会考虑是选择正常价格,还是选择垄断高价。如果可以形成市场垄断,垄断经营者通常会选择垄断价格,则博弈双方的共同利润最大。

(二)“非合作博弈均衡”

如果市场足够大,有时竞争双方选择正常价格也可以获得利润。这种情况的规律是“把你自己的战略建立在假定对手会按其最佳利益行动的基础上”。事实上,完全竞争的均衡就是“纳什均衡”或“非合作博弈均衡”。在这种状态下,每一个厂商或消费者都是按照别人已定的价格来进行自己的决策。在这种均衡中,每一企业要使利润最大化,消费者要使效用最大化,结果导致了零利润,也就是说价格等于边际成本。非合作行为导致了在完全竞争的情况下社会所期望的市场经济高效率状态,即理想状态。但是,如果厂商串谋,采取串谋行动转向垄断价格,那么市场经济效率就会遭到破坏。

(三)差异化经营策略

一般中小企业不具备价格战的条件。然而,在现实中,中小企业,特别是生产同质产品的企业集群内的中小企业,往往倾向于不顾自身条件限制,而选择价格竞争策略,结果导致企业经营困难,甚至破产。企业避免价格竞争的有效方法之一是差异化,因为消费者在购买商品时不仅要考虑商品价格,还要考虑商品质量和服务水平,市场竞争必然会导致价格和质量(服务)等多方面的竞争,可以考虑采取产品价格和质量(服务)等差异化经营策略。

三、政府与企业之间的博弈

(一)监督者的选择

竞争法的目的是规制企业垄断和不正当竞争行为。由于政府代表的社会公共利益与企业追求利润最大化之间的矛盾,决定了两方都将对方视为博弈对象。政府面对企业垄断和不正当竞争行为有两种选择:监督或者放任自流。政府进行监督需要支出费用。如果监督支出的成本费用少于放任自流所造成的社会公共利益损失,政府就可能选择监督,由于政府监督导致实施垄断和不正当竞争行为的高成本和高风险,迫使理性的企业最终选择

放弃垄断和不正当竞争行为。

(二) 博弈互动

博弈分析论证了政府作为规制者与企业之间博弈的互动过程,博弈双方都会选择对自己最为有利的对策,竞争法的立法过程和具体规则是政府与企业之间的博弈过程和结果。因此,政府应当站在企业的角度考虑其可能作出的博弈选择,知彼知己,百战不殆,这样才能正确作出是否进行法律规制以及如何规制的决策,才能保障制定出的法律能够有效地规制企业的垄断和不正当竞争行为。

四、传统竞争论与合作竞争论

(一) 传统竞争论的不足

在传统的竞争理论中,企业经营者经营策略的重心在于如何打击竞争者,如何削弱竞争者的实力以及吞噬竞争对手的市场。然而,进入20世纪90年代以来,整个世界正在结成一张庞大的以经济、信息、技术乃至政治为纽带的关系网络,每一个国家和地区,每一个企业与个人,都成为这个网络上的节点,彼此之间既紧密关联又相互制约。这促使企业开始认识到,其存在的合理性是为社会创造价值并满足市场需求。竞争,只是企业生存和发展的手段之一,不是为了竞争而竞争,即竞争不是目的。企业界中的大多数竞争都属于“变和博弈”,特别是当各个企业日益成为相互依存的事业共同体时,企业之间竞争策略不应再以竞争对手的失败和消失为目的。

(二) 合作竞争论

1996年,耶鲁大学管理学教授拜瑞·内勒巴夫(Barry J. Nalebuff)和哈佛大学企业管理学教授亚当·布兰登勃格(Adam M. Brandenburger)合著的《合作竞争》一书,提出了合作竞争(Co-competition)的新理念,其核心逻辑是共赢性,即:“为竞争而合作,靠合作来竞争。”合作竞争理论提出了互补者(Complementor)的新概念,认为商业博弈的参与者除了包括竞争者、供应商、顾客外,还有互补者。强调了博弈的参与者之间的相互依存、互惠互利的关系,“要创造价值,就要与顾客、供应商、雇员及其他人密切合作,这是开发新市场和扩大原有市场的途径”。

合作竞争理论认为,企业的生存与发展离不开其他组织的支持和合作,应当放弃“零和博弈”思维,采取“常和博弈”的“共赢策略”(Win-win