

反垄断法在中国即时通讯行业的应用分析

仲 春

(上海交通大学 凯原法学院, 上海 200240)

摘要: 通过对中国即时通讯市场占据优势地位的三款软件: QQ、飞信、MSN的反垄断法分析发现, 中国即时通讯行业涉及软件捆绑、掠夺性定价的合理性分析与反垄断法对拒绝交易行为的规制等问题。有必要制定更为具体详细的反垄断法实施规则和司法解释, 促进和保障中国即时通讯行业的市场开放和合理竞争。

关键词: 即时通讯; 市场竞争; 反垄断法; 行业分析

中图分类号: D922.296

文献标识码: A

文章编号: 1003-9945(2009)05-0036-05

随着互联网普及和IT技术发展, 即时通讯(Instant Messaging, IM)发展成为人们联络的重要方式。即时通讯行业具有创新更快、市场份额趋于集中以及淘汰率高等特点。本文将对我国即时通讯行业竞争状况进行经济和法律分析, 希冀引起学界对互联网相关行业竞争现象的进一步关注和思考, 深化该领域竞争法理论研究, 促进我国互联网行业的健康发展。

一、中国即时通讯行业的现状

即时通讯是依靠互联网和手机短信, 以沟通为目的, 通过跨平台、多终端的通讯技术实现一种集声音、文字、图像的低成本高效率的综合型“通信平台”。^[1]目前, 中国市场占有率居前三位的即时通讯软件是腾讯QQ、移动飞信、微软MSN。该行业当前的竞争特点是:

一是即时通讯软件众多, 竞争非常激烈。即时通讯技术难度较低, 运营成本不高, 任何一个有技术和运营实力的业务提供商都可以涉足, 造成目前中国市场的即时通讯软件至少有几十种以上。随着基于3G的无线互联网部署,

移动IM市场的竞争将比PC市场更为惨烈。

二是功能基本类似, 产品区分特色不明显。目前各类即时通讯产品功能基本一致, 主要集中在文本聊天、音视频聊天、文件传输等。IM软件具有高用户黏性的特点, 后来者要想在竞争激烈的市场立足, 必须通过差异化定位, 来实现对细分市场人群的争夺。性能雷同且较晚进入市场的即时通讯软件很难占据市场份额。

三是目前该行业呈现寡头垄断态势。中国即时通讯市场份额腾讯QQ居首位, 占80%以上, 飞信占16%左右, MSN占4%左右。其他众多的及时通讯软件仅占据市场非常小的部分。

四是各类IM软件之间未能实现互联互通。如QQ和MSN使用各自定义的协议, 对外界仍处于保密状态。互联互通会给使用者带来方便, 但从企业角度看, 互联互通更有利于占据市场份额较小的弱小一方, 市场占有率大的企业对此并不积极。只有在市场逐步变化为势均力敌时, 才有可能实现互联互通。

收稿日期: 2009-04-29; 修回日期: 2009-08-19

基金项目: 2008年度司法部国家法治与法学理论研究重点课题“反垄断法实施问题研究”(08SFB1007)。

作者简介: 仲 春(1978-), 女, 汉族, 安徽合肥人, 上海交通大学凯原法学院博士生, 深圳大学法学院讲师, 研究方向为经济法学。

五是成功的即时通讯企业开始意图将即时通讯领域的成功带入下一个互联网细分市场。例如,腾讯网站从2006年7月起已经是中国流量最大的门户网站,其于2003年8月涉足游戏业务,一年后即成为国内最大的休闲游戏门户。而中国市场的其他一些成功的即时通讯软件提供商则多是其他领域的垄断者将其已存的经营优势成功地扩大到了即时通讯行业。从这些现象也可以看出,互联网行业内相互之间的结合紧密度高于传统行业。

二、对当前即时通讯软件行业三款软件取得支配地位的解析

通过对中国即时通讯软件市场目前具有市场支配地位的QQ、MSN和飞信等三款软件市场支配地位取得的经济和法律分析,我们可以发现该行业发展的一些独特现象和规律,以进一步思考竞争法对该行业的恰当规制。

(一) 腾讯QQ: 市场先行者

1999年2月,国内第一款即时通讯软件OICQ即QQ的前身由深圳腾讯公司发布,并迅速在中国的互联网普及率并不高的1999年11月突破了100万的注册量。此后,国内的即时通讯软件层出不穷,竞争趋向激烈。而此时,马太效应已经为QQ占据行业领先地位提供了基本保障,加之腾讯公司一直注重技术创新,也使得QQ目前还稳居行业首位。

根据信息行业重要的达维多定律(Davidow's Law),进入市场的第一代产品能够自动获得50%的市场份额。特别是即时通讯软件作为一种交流工具,其与搜索引擎、网络浏览器的使用情况不同,它的用户黏度更大,一旦一个即时通讯网络形成一定规模,用户转移成本就变得很高。因此,当QQ最先进入市场并占据市场垄断地位后,它的这种地位就会在马太效应的作用下不断强化,出现强者更强的垄断局面。这种垄断地位来自于企业创新,并且为其他企业的创新活动提供了最鲜活的例证和最强烈的动力。

(二) 微软MSN: 免费捆绑手段

MSN在争夺即时通讯软件市场时,微软公司使用了其打击对手擅长的免费捆绑手段。MSN即时通讯产品有两个软件,一是MSN Messenger,另一个即Windows Messenger。两个软件在账户名、密码和好友列表等主要功能上完全一致,微软含糊其辞地解释为“具有十分相似的外观、界面和技术”。鉴于此前美国、欧盟以及其他国

家的反垄断执法当局对微软捆绑行为进行的处罚让微软有所顾虑,因此微软公司称其Windows操作系统从未与MSN Messenger捆绑过,微软MSN Messenger以及其他服务和Windows系统是两个可以分开的平台。实际上,Windows Messenger却是在WINDOWS XP操作系统发布之日就与该操作系统捆绑在一起的。^[2]这使得微软的MSN在不具有任何突出领先于其他即时通讯软件功能的背景下长期占据了国内即时通讯市场第二的份额。

(三) 移动飞信: 免费使用策略

中国移动是中国最大的移动通信运营商,用户数量超过3亿。此前,中国移动的业务主要集中在移动通信方面,网络运营则较少涉足。凭借免费发送移动短信的优势,飞信短时期内吸引和积累了大量用户。2007年6月,中国移动宣布飞信正式商用,此时飞信的用户量达到2068万,已经超过MSN。2008年5月,飞信的日到达用户突破10000万。

飞信最大的竞争力在于它提供的免费无限量短信服务。虽然此前也有一些其他的IM软件提供过免费短信发送功能,但是丢失率高及不方便的特点使得它们并没有引起用户的追捧。飞信服务基于中国移动自己的网络,从主观和客观上均排除了丢失或者无法发送信息的问题。因此,虽然飞信在其他功能方面并无奇特表现,却依然在最短时间里吸引了大量的用户,并轻松击败了此前位居即时通讯市场第二位置的MSN。出于对飞信的信心,许多手机厂商已经在其手机中预装了飞信功能。中国移动开发的OMS手机操作系统,也内置中国移动各种业务,这必将进一步扩大飞信的市场份额。

在当前的3G大背景下,中国移动将通过飞信平台推出在线游戏、在线购物、虚拟社区、手机支付等更多增值服务,以塑造一个更大平台填补后续的产业链。中国移动强力推行的免费策略,旨在培养“用户的使用习惯”,引导用户在未来的移动平台上享受更多的数据服务、进行更多的消费。

三、对即时通讯行业若干问题的竞争法分析

结合以上分析,笔者认为,针对我国即时通讯行业具有优势地位的三款即时通讯软件,至少有以下问题应引起竞争法的充分关注:

(一) 即时通讯行业捆绑的合法性分析

即时通讯行业的捆绑至少提出两个具有行业共性的问题：

一是免费和捆绑的合法性有无必然联系。即时通讯软件产品均免费提供给个人用户使用，而不像传统行业的产品具有一定的市场价格。这给人的感觉似乎是：既然用户既没有花钱去购买甲的IM软件，那么乙的IM软件被免费捆绑给客户使用，应该对其他软件提供者影响不大，并据此认为这种捆绑没有损害竞争者的利益。

二是如何界定IM行业以及互联网经济领域的捆绑行为。即经营者在自己已有的产品内提供了到达其他产品的便利是否可以视为捆绑。

对于第一个问题，笔者认为，即时通讯行业免费提供基本软件供用户使用的行业习惯和该行业内捆绑是否损害竞争者利益以及捆绑的合法性之间不存在任何的本质性联系。作为多边平台经济(multi-sided platform)^①的一种，IM软件连接了两个彼此需要但又看起来彼此独立的消费群体：IM使用者与广告投放商。企业追求利润最大化的动机可导致对多边平台的一方使用者（一般是普通个人用户）收取低于边际成本的费用甚至低于零的费用；^②多边平台的另一方使用者认为到达平台对方的路径畅通更加重要，因而承担了更多费用。从经验角度来看，不仅仅是即时通讯行业，越来越多的互联网行业开始对数量巨大的普通用户一方不收取任何费用，这部分费用损失完全可以由想要将信息到达使用对方的广告商来弥补。^[3]因此，我们不能仅从软件本身免费提供给消费者使用就忽视它给软件经营者带来的利润。从资源的稀缺性角度来看，IM软件免费提供给用户使用，是因为在互联网上稀缺的不是信息而是注意力，因此即时通讯服务提供商需要的是大量的使用者，这种客户资源将成为企业盈利的基础。

如前所述，用户黏度高是即时通讯的一大特色。即时通讯网络的价值随着用户增多而成倍提升，一旦这个网络达到一定规模，转移的成本变得非常高，因为它牵涉到用户在这个网络上诸多联系人的使用习惯和转换成本。免费

提供的IM软件并不能掩饰它背后蕴含的巨大市场价值，反而从一个角度证明了这个市场的前景广阔，经营者急于进入这个市场。这个行业的捆绑行为一方面促进了捆绑者对新市场的进入，另一方面随着它的市场占有率提高，能更加有效地阻止竞争者进入该市场，从而阻碍竞争。

笔者认为，对于即时通讯行业捆绑的合法性认定应当适用合理原则。在界定一个软件的捆绑行为是否合法时，除了要考虑企业是否具有垄断地位、结卖品的市场占有率、市场的进入障碍等因素外，还要结合技术发展的前景来分析。在快速发展的科技行业，当某个初始看来并不重要的应用将可能发展成未来技术的重大应用时，优势地位企业在面临可能迅速死亡的威胁时为急于进入市场所进行的捆绑行为可能是一种合理的企业经营策略，是一种生死存亡之间的抉择。同时，在互联网行业中，行业与行业之间、产品与产品之间的界限并非十分清楚，例如，微软的Office软件由文字处理程序Word、电子表格Excel、数据库Access和演示文档PowerPoint捆绑而成，这些软件产品的相互关联性使得其无论分开还是捆绑销售都具有合理性。因此，这个行业的竞争法分析必须是动态的，带有发展眼光的，以跟上技术的快速进步。

第二个问题则给传统竞争法的捆绑理论带来了挑战。传统产业里，捆绑行为非常容易界定：可以独立销售的A物品和B物品被组合在一起销售，这种捆绑看得见、摸得着。在互联网行业中，要想分清A物品和B物品却没有那么容易。何况现有的软件形态将有可能培养消费习惯，形成另一种常态。长久以往，我们会不会认为个人微机操作系统内嵌有网络浏览器和播放软件、即时通讯软件是正常的而不配备这些软件的操作系统是残缺的？因为随着网络时代的到来，操作系统配备上网软件会成为一种基本配置，没有配备上网软件的操作系统对消费者来说可能就像买了个没有安装轮子的自行车。^[4]也许在这个问题上，我们可以用发展的眼光来看待。再如，既然我们认为从最初单一功能的便携式小刀到一把多功能的瑞士军刀是一大进步的话，那么为什么集合了多功能的操作系统软件不

^① 多边平台又被经济学家称为双边平台市场，see, Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, Two-sided Markets: A Progress Report, 37 RAND J. ECON. 645(2006)。大多数的互联网经济属于这种多边平台，如连接买卖双方的eBay和阿里巴巴，连接使用者和广告商的网站等。

^② 指对普通个人用户不仅不收费还给予一定的费用。例如，互联网初期不少网站推出对点击广告的上网者支付一定费用的活动，上网获取信息不仅不收费还能赚钱。

能成为一种进步呢?当然,如果捆绑后的产品不仅是一个简单组合还是一种创新,从而给消费者带来了更大便利,这种捆绑应该是对竞争和市场有利的。另一个更加棘手的问题是,如果A软件和B软件尚能分得清,那么当QQ在它的软件界面上设置了方便到达QQ.com和QQ网络游戏的链接时,这是否是另一种形式的捆绑?因为它同样具有传统行业捆绑的作用:排除竞争对手、促进市场进入、利用杠杆作用将垄断力扩张到另一产品市场。如果我们将其界定成捆绑,我们会发现执法机构根本没有精力去约束这个领域几乎是泛滥的捆绑,甚至没有精力去逐个分析它的合法性,而且我们还会发现,QQ这种通过扩充功能来渗透其他市场的方式积极面也很明显。因为这样做的边际成本较低,通过集合功能提升效率或者让消费者更加方便地到达,而且当消费者只是看中某些功能的时候,这么做还可以积聚需求。

(二) 高度竞争的即时通讯行业遭遇“市场不准入”瓶颈

虽然中国的即时通讯行业是一个高度竞争的市场,但当即时通讯要开展移动增值服务时,却得通过和移动通信运营商的合作才能实施。目前电信行业在我国仍然是一个政府管制的行业,没有政府许可,经营者无法进入。因此,即时通讯企业如果想要进入移动增值服务市场,必须得到现有通讯商的支持。而对于各类苦于寻找生财之道甚至是生存之道的IM服务商来说,移动增值服务市场是利润来源的重要途径。移动通讯市场如果不能确保对其的接入,网络运营商开发的IM软件终究无法和传统通信运营商的IM产品在一个平台上竞争,并可能在3G时代真正完全到来后面临被淘汰的巨大威胁。

2006年底,在飞信推出之后,中国移动作出了与所有从事无线IM业务的SP终止合作的决定,这迫使腾讯宣布与中国移动合作开发“飞信QQ”,腾讯多年积累的数量高达700万的移动QQ用户将成为飞信的“短信版客户端”用户。笔者认为,对于占据移动通信垄断地位的中国移动,这种拒绝交易行为明显违反《反垄断法》第十七条有关“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为……(三)没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易”的相关规定。

拒绝交易,在欧共体竞争法里称为拒绝供货,是市场优势地位企业妨碍下一阶段企业市场竞争的重要方式。拒

绝交易的目的不是要从交易者处获取利润,而是要将其排挤出市场。它属于对纵向交易者的阻碍行为。虽然合同自由是市场经济的一项基本法律原则,但对于优势地位企业而言,具有向其产品的购买者供货的义务。因为优势地位企业(更何况是国家专门赋予经营权的企业,在这个领域只有国家许可的少数经营者,外来的竞争已被排除)拒绝交易,会使购买者的交易自由受到很大限制,甚至失去交易机会,中小企业的生存会遇到困难。拒绝交易会造成本方面的后果:一是减少了市场上的经营者数量,降低了市场上的竞争程度;二是优势地位企业通过拒绝交易很可能将其优势地位由原始设备市场扩张到附属设备市场,在附属市场收取超过竞争水平的价格,从而获得垄断利润。这个问题的实质是,优势地位企业是否应当有权利决定下一个经济阶段市场上的竞争关系?答案显然是否定的,因为这是优势地位企业滥用其优势地位的一种策略,理应受到法律的禁止。^[5]

美国的法院和竞争法实施机构最先引用的“必须设备”理论也为我们分析这个问题提供了理论依据。“必须设备”的构成要件包括四个方面:垄断者对必须设备的控制;竞争者不能可行地或合理地复制必须设备;拒绝竞争者使用必须设备;向竞争者提供设备的可能性。^[6]中国移动拒绝与所有从事无线IM业务的SP终止合作的决定,其实是对中国移动控制下的通讯必须设备的拒绝接入,其反竞争的意图和效果是非常明显的。

我国的传统通讯行业自二十世纪九十年代开始由政府主导引入竞争机制,对必须设备的接触问题已经产生。2004年商务部起草的反垄断法草稿中曾有一条“拒绝进入网络”的条文:“如果经营者不进入具有市场支配地位的经营者拥有的网络或者其他基础设施,就不可能与其开展竞争的,具有市场支配地位的经营者不得拒绝其他经营者以合理的价格条件进入其拥有的网络或者其他基础设施。但是,具有市场支配地位的经营者能够证明,由于技术、安全或者其他合理原因,进入该网络或者其他基础设施是不可能或者不合理的情形除外。”但是,最终反垄断法没有采纳这一条,而是通过兜底条款规制。笔者建议,在今后的反垄断法实施过程中出台的司法解释中,能对兜底条款加以细化,对电信行业占据市场支配地位企业拒绝接入的行为予以有效规制。

(三) 即时通讯行业的掠夺性定价问题

掠夺定价一般指企业将产品以低于成本的价格销售,在竞争对手被排挤出市场或吓退欲进入市场的潜在竞争者后,将产品价格提高到边际成本之上的垄断价格。^[5]我国《反垄断法》第十七条规定:“禁止具有市场支配地位的经营从事下列滥用市场支配地位的行为:……(二)没有正当理由,以低于成本的价格销售商品”。

对中国即时通讯行业掠夺性定价的认定难度体现在这个行业产品的定价与传统产品定价的差异上。以飞信为例,其允许免费发送短信是否属于掠夺性定价,要回答这个问题极为复杂。

首先,在传统行业产品的掠夺性定价认定中,“低于成本”是构成要件之一,而此前短信的定价则是垄断企业的自行定价,其真正成本、市场价格并不十分透明,在执法过程中如何界定短信的成本价格存在较大困难。因此,笔者认为,在这个分析中,要参考已有定价,即使这个定价可能高于成本很多。通常,我们通过手机发送网内短信的价格为0.1元,而飞信却是无限量免费发送短信。从这个角度来说,飞信涉嫌掠夺性定价。

其次,虽然飞信软件提供了用户免费从PC端向手机发送短信的功能,但用户从手机端回复时是按照手机发送短信同样的标准收费。而由于从PC端发送短信节省了费用、时间和精力,从而激发了发送人的聊天欲望,增加了短信的输入总数,作为沟通对方回复的收费则给运营商带来了收入。因此总体来看,飞信可能未必减少了运营商在短信服务方面的收入。这种情况在传统行业中不多见。笔者认为,即使它提供的其他收费服务能够弥补一部分短信收入损失,但是从收费到完全免费的价格策略无论如何是不符合服务本身的价值。从实际效果来看,绝大部分消费者最初决定试用飞信就是冲着省钱省事的免费短信功能。对于其他收费服务,消费者往往自信认为自己可以选择不使用收费服务而只享受免费短信带来的方便和实惠。

从掠夺性定价的目的即将竞争对手排挤出市场来看,飞信的免费策略确实收到了一定效果,至少让它在短期内就占据了及时通讯市场第二的份额。假以时日,中国移动再结合其他策略,如以提供腾讯QQ进入移动增值服务市场为条件实现和QQ的互通,飞信完全有可能占据手机上网及时通讯系统的最大份额。

在及时通讯行业,掠夺性定价带来的危害在好几个重

要方面不同于20世纪初的“把竞争者驱入破产”的理论。按照新的“预期”理论,掠夺性定价的社会福利代价更多地来自动态低效率。为了有利可图,掠夺性行为用不着强迫竞争者的生产设施闲置或者在被争夺的市场上导致垄断定价,阻止竞争者进一步投资和发展新产品就已经足够了,而这一点只要通过引导竞争对手预期他们的宝贵努力只能得到较低的回报就可以实现。在一个增长着的产业或者一个技术变化迅速的产业给新发明和新投资浇冷水,会导致比旧理论认定的静态效率代价更高的社会代价。^[7]

四、结语

综上,我国即时通讯市场发展的最大威胁不在于网络经济倾向于垄断性,不在于通过竞争获取垄断地位企业的威胁,而仍在于人为地对市场的限制和分割。我国还处在不成熟的市场经济阶段,政府还难免习惯性地对经济加以不必要的干预。因此要促进该行业的健康发展,必须进一步开放市场,引入竞争。STL

参考文献:

- [1] 杜明华. 即时通讯市场竞争浅析[J]. 科技资讯, 2007, (6): 254-256.
- [2] 范亮. 微软MSN变相捆绑, 本土即时通讯企业直面生死劫[N]. 中华工商时报, 2005-07-06(14).
- [3] David S. Evans. Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy[J]. Northwestern University Law Review Colloquy, April 28, 2008.
- [4] Stan J. Liebowitz, Stephen E. Margolis. Bundles of Joy, the Ubiquity and Efficiency of Bundles in New Technology Markets[J]. Journal of Competition Law & Economics, March, 2009.
- [5] 文学国. 滥用与规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制[M]. 北京: 法制出版社, 2003: 426.
- [6] Paige S. Bass. Overview of Antitrust Problems Inherent in Electronic Commerce[J]. Consumer Finance Law Quarterly Report, Spring, Summer, Fall, 2001.
- [7] 刘戒骄. 垄断产业改革——基于网络视角的分析[M]. 北京: 经济管理出版社, 2005: 132.