

## 互联网平台滥用市场支配地位行为之认定及重点考量

作者：王展 | 姜哲 | 赵柯澜

### 目录

#### 引言

- 一. 互联网平台商业模式及显著特征
- 二. 互联网平台滥用市场支配地位行为的主要行为类型
- 三. 互联网平台滥用市场支配地位行为的认定框架及重点考量因素
  - (一) 市场力量评估
    1. 界定相关市场：准确把握平台双边市场及功能复合性特征，识别原告具体需求
    2. 市场支配地位认定：平台拥有的实际交易机会/平台掌握和处理数据的能力/用户转移成本
  - (二) 滥用行为认定
    1. 排除、限制竞争效果：滥用行为认定的终极标准及考察要点
    2. 正当理由抗辩：以“平台规则”抗辩为例
- 四. 结语

.....  
如您需要了解我们的出版物,  
请联系:

Publication@linksllaw.com

## 引言

8月，新《反垄断法》正式实施。为了回应互联网领域反垄断的新问题和挑战，新《反垄断法》总则部分增加了第9条，要求“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为”，同时，在滥用市场支配地位部分，进一步强调，经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事相关滥用行为，可谓此次修法的主要亮点之一。

但，互联网平台具有双边市场、网络效应、锁定效应、跨界竞争、动态竞争等诸多区别于传统行业的新特点，在对相关市场界定、市场支配地位判定和滥用行为认定上比以往更为复杂和微妙。笔者认为，尽管新法提出了诸如“数据和算法……平台规则”等新的行为要素，但在尚未准确把握平台经济发展规律和特征，提出科学、合理的判定方法前，个案中对平台经营者(本文称“平台企业”)的争议行为定性仍应当持包容审慎的态度，不能仅依据行为外观直接对行为作出违法性评价。平台企业的行为是否构成滥用市场支配地位，关键在于回归本源，厘清个案中相关市场的边界，充分考虑互联网领域的商业模式、服务及竞争特征，进而准确评判行为是否产生了排除、限制竞争的效果。

本文无意于就某个单点进行深入的理论探讨，而是立足于从实践出发，从行业出发，向读者展示互联网平台经济的基本轮廓和特征，以及过往案件中反垄断法在互联网领域的适用逻辑及考量因素，从而为读者提供一个对平台争议行为评价分析的基本框架。

## 一. 互联网平台商业模式及显著特征

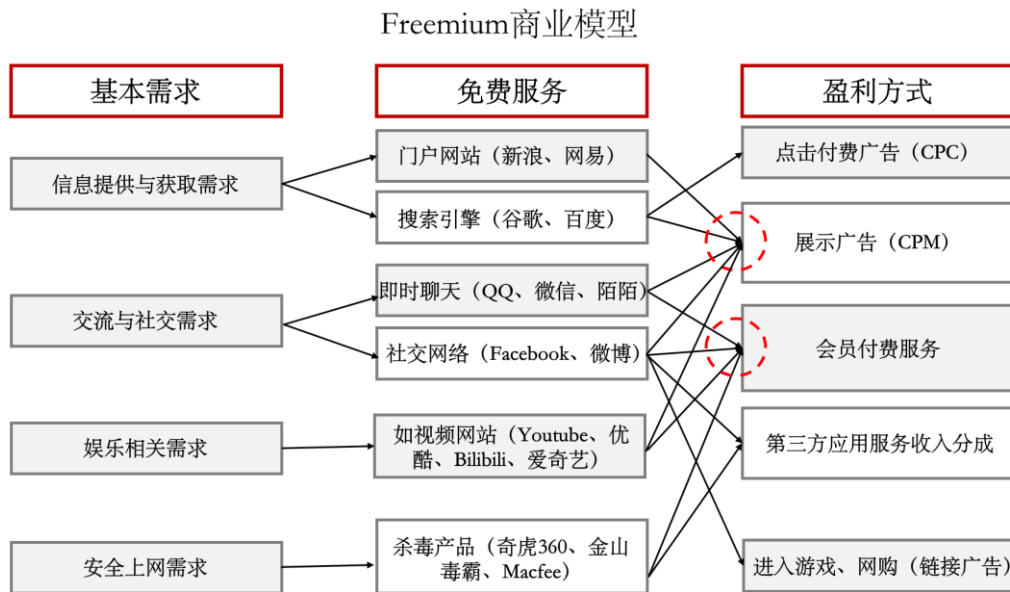
在互联网尚未普及的上世纪70年代，诺贝尔奖得主 Herbert Simon 就曾说过，“在信息丰富的世界里，唯一的稀缺资源就是人类的注意力”。<sup>1</sup>这句话在互联网短短30年飞速发展的过程中得以印证：从上世纪90年代“Web1.0”PC互联网时代到“Web2.0”移动互联网时代，再到大幕徐徐拉开的元宇宙和“Web3.0”时代，全球信息的传播速度和规模达到了史无前例的程度，人们逐渐从信息匮乏走向信息过剩的时代。对于依托互联网技术而迅速发展的互联网平台企业来说，如何在信息过剩的时代下吸引用户注意力、并将这种注意力经转化为经济价值便成为了互联网平台企业竞争的关键。

为了吸引用户的注意力，互联网平台企业逐渐形成了“免费+增值”(Freemium)这一典型的商业模式，即企业通过提供免费的、满足用户需求的产品或服务吸引用户，赢得广泛的注意力，同时企业通过不断优化产品或服务，增强用户依赖，形成庞大的用户流量，在此基础上，企业通过开发商业模式，提供增值服务来实现盈利(见下图一<sup>2</sup>)。以新浪微博为例，微博通过提供满足用户社交、资讯、娱乐等方面需求的免费服务，借助新浪自身的品牌效应和明星的名人效应等，在前期积累起大量用户，然后通过广告收费、会员付费、向第三方应用开发商开放API收取分成及电商等方式获得收益，并将这种

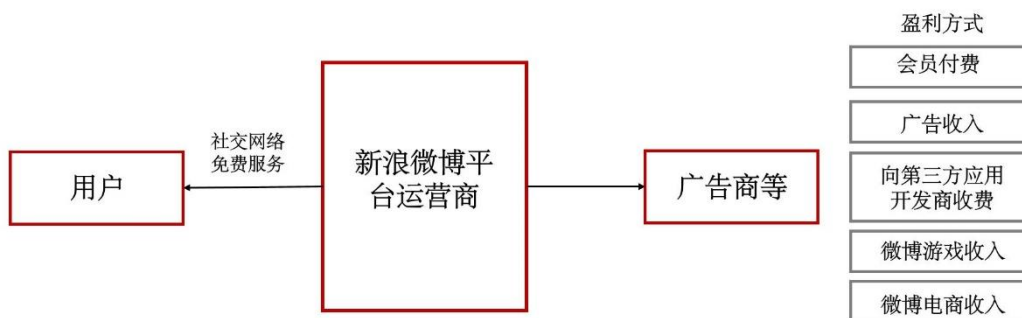
<sup>1</sup> See “Paying Attention: the Attention Economy,” Berkeley Economic Review, available at <https://econreview.berkeley.edu/paying-attention-the-attention-economy/#:~:text=He%20also%20noted%20that%20%E2%80%9Ca%20wealth%20of%20information,to%20the%20many%20services%20online%20offered%20for%20free>, last visited on Aug. 18, 2022.

<sup>2</sup> 参见“Freemium 商业模式”，<https://image.baidu.com>, 2022年8月31日访问。

收益用于改进优化服务，以吸引更多用户加入和保持较高的用户活跃度，从而促进平台的蓬勃发展(见下图二)。



图一



图二

互联网平台企业的上述商业模式与平台的下列显著特征相生相伴：

**第一，互联网平台具有双边市场特征。**

双边市场可以理解为平台向两组不同而又相互依赖的用户提供商品或服务。<sup>3</sup>通常认为，双边市场下的平台特征在于：首先，平台价格结构具有非中性。平台的收入模式是，对于需求弹性较高的一边用户收取很低的费用抑或是免费，甚至还进行补贴，而对于需求弹性较低的一边用户则收取较高的价

<sup>3</sup> 参见程贵孙：《互联网平台竞争定价与反垄断规制研究：基于双边市场理论的视角》，上海财经大学出版社 2016 年版，第 41-44 页。转引自曾迪：《大数据背景下互联网平台反垄断法适用难题及对策研究》，载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2019 年第 3 期，第 39 页。

格以弥补在另一边的损失。简言之，双边市场下的互联网平台能够在平台两边转移成本。<sup>4</sup>比如，微博向用户提供免费的社交网络服务，但向广告商收取推广费用。**其次，平台用户存在较强的交叉网络外部性。**双边平台中一边用户参与平台的数量规模取决于另一边用户的数量规模，一边用户的参与会提高另一边用户参与的价值。<sup>5</sup>以美团为例，外卖商家数量的增加会吸引更多的消费者选择美团，而消费者数量的增加又会反过来吸引更多的商家入驻美团。在我国反垄断案例中，互联网平台双边市场的上述特征在不同程度上被法院或反垄断执法机构所提及，并且影响着个案下相关商品市场中基准产品的界定。比如，阿里“二选一”<sup>6</sup>和美团“二选一”<sup>7</sup>案件中就隐含着针对“交易型双边市场”应当确定一个基准产品还是两个不同的基准产品的问题。

## 第二，互联网平台具有网络效应特征。

一般来说，互联网平台的网络效应有两种，一种是**直接网络效应**，另一种是**交叉网络效应**。直接网络效应是指一项产品或服务给消费者带来的价值会随着使用该产品或服务的消费者数量的增加而提高。<sup>8</sup>比如，当用户使用微博时，用户所获得的社交内容需求体验依赖于微博中的有效活跃用户数量。交叉网络效应上文已经提到，它是指一方的用户数量将影响另一方用户的数量和交易量。**在网络效应之下，平台具有自我强化的正反馈和正生长机制**，一旦平台用户数量增加，超过某个临界值，平台的用户数量和交易量将会呈指数般增长；<sup>9</sup>反过来，网络效应也具有负反馈机制，当平台用户数量减少，低于某个临界值，平台的用户数量和交易量就会不断减少，<sup>10</sup>由此平台容易出现“强者愈强，弱者愈弱”的“马太效应”(Matthews Effect)。正因为如此，在反垄断司法和执法案例中，“网络效应”这一概念出现频繁，通常用于论证平台企业在相关市场上是否具有市场支配地位。

## 第三，互联网平台具有锁定效应特征。

在网络效应的影响下，平台用户越多，平台的价值越大，用户想要脱离这个平台、转移到其他平台时就需要付出更高的转移成本。出于用户偏好、学习成本、转移风险等多方面原因，当这种**转移成本非常高**时，用户就会被锁定在原平台，该现象被称为“锁定效应”。<sup>11</sup>比如，当用户想从微博转移到另外一个社交平台时，用户需要考虑原本的社交关系无法转移所带来的成本。与此同时，平台在**海量数据和强大数据处理能力的加持下**，平台能够不断提升自身服务，增强用户依赖，从而进一步提高用户转移成本。久而久之，强大的用户粘性得以形成，**锁定效应会更加固化**。<sup>12</sup>在反垄断实践中，锁定效

<sup>4</sup> 参见丁庭威：《互联网平台滥用市场支配地位规制路径新探——以双边市场下相关市场界定为分析视角》，载《科技与法律》2021年第2期，第33页。

<sup>5</sup> 同前注3。

<sup>6</sup> 参见国市监处〔2021〕28号。

<sup>7</sup> 参见国市监处罚〔2021〕74号。

<sup>8</sup> 参见王健、安政：《数字经济下SSNIP测试法的革新》，载《经济法论丛》2018年第2期，第335页。

<sup>9</sup> 参见尹振涛：《理性看待平台经济模式的垄断特性——基于市场与数据视角》，载《金融评论》2021年第3期，第119页。

<sup>10</sup> 同上注。

<sup>11</sup> 参见孙晋：《数字平台的反垄断监管》，载《中国社会科学》2021年第5期，第105页；张晨颖：《平台相关市场界定方法再造》，《首都师范大学学报(社会科学版)》2017年第2期，第43页。

<sup>12</sup> 同前注4，第34页。

应与网络效应常常相伴出现，共同用于论证平台企业是否具有市场支配地位。比如，在 3Q 案<sup>13</sup>中，原告就提出了即时通信服务具有明显的网络效应和客户粘性(锁定效应)的主张。

互联网平台除了在上述商业模式下体现出的三个显著特征外，互联网平台发展还具有跨界竞争和动态竞争的两大竞争特点。

**跨界竞争**是指平台利用在基础服务市场上积累的优势，依托技术创新，不断开发新的增值产品或服务。一方面，平台开展跨界竞争是为了获得用户广泛和持久的注意力以获取更多的商业机会；另一方面，数字产品和服务较低的复制成本，让平台企业不受知识产权限制的情况下<sup>14</sup>，可以相对容易地依托现有用户流量，参与进入其他细分领域市场份额的争夺中，从而使得跨界竞争具有了现实可能性。以微信为例，微信最初的功能仅在即时通讯服务领域，到现在已经发展成微信支付、微信公众平台、小程序、微信视频号、金融理财、生活服务、交通出行、购物消费等**多项功能集一体的复合性产品**<sup>15</sup>。这种变化一方面增加了产品的功能和服务，但另一方面也使得产品边界更加模糊，从而给相关市场界定中基准产品的确定带来新的问题。比如，在微源码诉腾讯案<sup>16</sup>中，原被告便就相关商品市场界定是基于微信基础服务还是微信公众号这一增值服务展开需求替代分析产生了争议。

**动态竞争**是指平台通过商业模式创新、技术创新、产品创新等手段打破现有市场格局的相对稳定性，使得市场结构发生比较大或根本性的改变，在一定时期内呈现动态迭代的特征。<sup>17</sup>比如在“Web 2.0”移动互联网时代，安卓、iOS 等移动操作系统迅速崛起，PC 端操作系统的重要性不断下降，从而使得操作系统的市场结构发生了较大的改变。<sup>18</sup>在高度动态竞争的市场中，拥有高市场份额的企业可能会因新的商业模式、新技术和新产品的问世，在短时间内失去在市场上的领先地位，<sup>19</sup>甚至被市场所淘汰。比如，在电商服务市场，曾经作为中国第一大电商平台易趣网被淘宝“无服务费”和“低价快递费”的商业模式所打败，在短短几年内流失大量用户，最终宣布停止服务；然而，数年后，随着京东，拼多多等平台的独特定位和迅速崛起，如今淘宝的市场份额被不断蚕食，面临巨大的竞争压力。在即时通讯市场，腾讯凭借产品的不断创新和对中国本土用户需求的精准把握，短时间内在国内即时通讯市场中的市场份额超过了曾经市场份额最大的 MSN，使得 MSN 最终退出中国市场。在社交网络市场，一度市值排名仅次于百度、腾讯的社交巨头，曾被誉为“中国 Facebook”的人人网因为定位不清、经营不善，如今已被远远甩在社交市场末尾。在国外，同样也存在诸多类似案例，如美国社交网站 Myspace 凭借快速迭代的产品功能打败美国社交鼻祖 Friendster，但后来又因产品创新放缓被 Facebook 取代，然而，Facebook 由于面临外部巨大竞争压力、产品创新力不足等因素，今年活跃用户数也开始出现下滑<sup>20</sup>；Yahoo 曾经在搜索领域一骑绝尘，但数年后被 Google 全面超越。由此可见，在互联网平台这种

<sup>13</sup> 北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位纠纷案(以下简称“3Q 案”)，最高人民法院指导案例 78 号。

<sup>14</sup> 同前注 8，第 340 页。

<sup>15</sup> 参见陈兵：《数字经济下相关市场界定面临的挑战及方法改进》，载《中国流通经济》2021 年第 2 期，第 4 页。

<sup>16</sup> 参见深圳微源码软件开发有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司等垄断纠纷案(以下简称“微源码诉腾讯案”)，广东省深圳市中级人民法院(2017)粤 03 民初 250 号一审民事判决书。

<sup>17</sup> 参见杨建辉：《数字经济动态性特征对现行反垄断规则的挑战》，载《竞争政策研究》2018 年第 5 期，第 40 页。

<sup>18</sup> 同上注。

<sup>19</sup> 参见王晓晔：《论相关市场界定在滥用行为案件中的地位和作用》，载《现代法学》2018 年第 3 期，第 67-68 页。

<sup>20</sup> 《Facebook 月活用户在二季度下降 200 万，为该平台 18 年历史上首次》，载搜狐网 2022 年 7 月 28 日 [https://www.sohu.com/a/572514471\\_121400326](https://www.sohu.com/a/572514471_121400326)。

高度动态竞争的特征之下，市场格局处于不断变化之中，企业的高市场份额处于一种不稳定状态，新技术和新产品形态的诞生和发展，平台企业的固步自封或稍有不慎，均可能导致其产品服务的迅速落败。因此，高的市场份额并不能直接推断出企业市场支配地位的存在，这一点在 3Q 案中被最高院明确指出，在互联网领域尤其如此。

综上，一方面互联网平台的双边市场、网络效应和锁定效应容易使得平台容易形成“强者愈强”状态，从而获得较强的市场力量；另一方面平台的跨界竞争和动态竞争特点又使得平台随时面临着来自其他领域竞争者的挑战，导致其原本的市场地位变得不稳定。因此，在判断平台企业是否构成滥用市场支配地位时，需要结合平台的相关特征进行综合考量。接下来，本文将结合互联网平台上述特征，并参考域内外相关立法、司法和执法实践，对平台企业滥用市场支配地位行为的分析框架及重点考量因素进行梳理、分析。

## 二. 互联网平台滥用市场支配地位行为的主要行为类型

与传统工业经济竞争要素结构不同的是，互联网平台以数据生产要素为核心，通过各种算法设计与操作创造多元动态的市场价值，形成了平台、数据、算法三位结构的市场竞争新格局。<sup>21</sup>“Facebook 拒绝开放 API 接口”<sup>22</sup>、“抖音诉腾讯封禁”<sup>23</sup>“美团二选一”、“阿里二选一”、“亚马逊自我优待”<sup>24</sup>、“谷歌人为控制算法排名”<sup>25</sup>、“携程大数据杀熟”<sup>26</sup>、“Facebook 强制收集用户信息”<sup>27</sup>等域内外热点事件、案件均反映出，目前互联网平台存在争议的滥用市场支配地位行为都普遍伴随数据、算法、平台规则等新型要素，从而使得这一领域的滥用行为样态更加多元、复杂，且大有“本身违法”之评判趋势。新《反垄断法》的相关修订即是对近年来平台领域反垄断热点争议问题的积极回应，增加并凸显了“数据和算法、技术、资本优势以及平台规则”新要素特征的相关规定，充分体现了国家对平台经济领域利用新型要素手段实施垄断行为的重视，同时也进一步释放出互联网平台反垄断强监管信号，使得平台企业面临新一轮反垄断合规及诉讼挑战。

尽管借助数据、算法、平台规则等新型要素，互联网平台的滥用行为呈现和演化出诸多新型行为形态，并被扣上“封禁”“杀熟”等大帽，但为了准确评判滥用行为是否成立，还是首先应当冷静地摘下“帽子”，观察行为特征，依据行为特征先将其归纳到反垄断法下滥用市场支配地位具体行为类型中，再展开

<sup>21</sup> 参见杨东、臧俊桓：《数字平台的反垄断规制》，载微信公众号“知产力”，2021年3月29日。

<sup>22</sup> See *Federal Trade Commission v. Facebook, Inc.*, 560 F.Supp.3d 1, 3 (D.D.C. 2022).

<sup>23</sup> 《抖音诉腾讯垄断案：腾讯申请移送深圳审理》，载网易科技网 2021年3月12日，<https://www.163.com/tech/article/G4SSRSSO00097U7R.html>。

<sup>24</sup> See *EU Case AT.40703 Amazon-Buy Box*, available at [https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_40703](https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40703), last visited on Aug. 8, 2022.

<sup>25</sup> See *EU Case AT.39740 Google Search (Shopping)*, available at [https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_39740](https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_39740), last visited on Aug. 8, 2022，以下简称“谷歌购物案”。

<sup>26</sup> 《携程涉嫌“大数据杀熟”，一审被判退一赔三》，载百度网 2021年7月14日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1705256508378092056&wfr=spider&for=pc>。

<sup>27</sup> See *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*, available at [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4), last visited on Aug. 8, 2022，以下简称“德国联邦卡特尔局调查 Facebook 滥用市场支配地位案”。

分析。总结来看，平台依据平台规则关闭 API 接口、屏蔽竞争对手外链、封禁账号等，从行为外观上来看一般属于拒绝交易；平台利用算法降低竞争对手排名、使用优待自家商品的算法、“大数据杀熟”等，从行为外观上来看一般属于差别待遇；平台通过平台规则、数据、算法等强制用户“二选一”，从行为外观上来看一般属于限定交易(见下图).....如此，对于争议行为，在厘清行为特征，确定好行为类型之后，进而将其**放在反垄断法框架下进行具体分析和评判。**



### 三. 互联网平台滥用行为认定框架及重点考量因素

在传统反垄断法上，滥用市场支配地位行为主要有三种分析框架：第一种，相关市场的界定是必要前提，然后分析平台企业的市场支配地位和行为的竞争效果；第二种，相关市场的界定可以绕开，市场支配地位的认定是分析的起点，然后分析行为的竞争效果；第三种，不用界定相关市场和认定市场支配地位，直接分析行为的竞争效果，但这一种分析方式尚未见实例。<sup>28</sup>

在我国过往的互联网平台经济领域反垄断案件中，最高院曾指出，“在滥用市场支配地位案件的审理中，界定相关市场是评估经营者的市场力量及被诉垄断行为对竞争的影响的工具，其本身并非目的。即使不明确界定相关市场，也可以通过排除或者妨碍竞争的直接证据对被诉经营者的市场地位及被诉垄断行为可能的市场影响进行评估。因此，并非在每一个滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场”。<sup>29</sup>但即使最高院在该案中认为界定相关市场并非必要，最终这部分仍是判决书分析说理的重点内容。在后续的互联网平台反垄断案件中，法院也都对相关市场界定作了充分的分析。从我国《平台反垄断指南》的正式稿最终删去了征求意见稿第 4 条可不界定相关市场的规定<sup>30</sup>也看出，我国反垄断执法机构认为**当下相关市场界定仍然是认定滥用市场支配地位的必要步骤。**

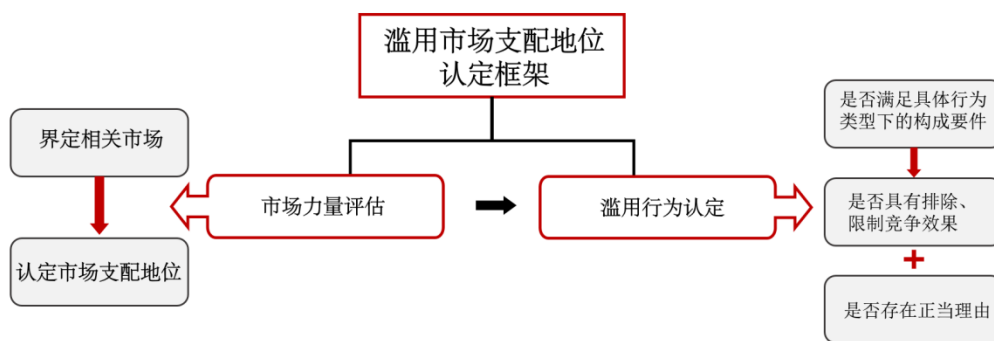
<sup>28</sup> 参见朱理：《互联网领域竞争行为的法律边界：挑战与司法回应》，载《竞争政策研究》2015 年 7 月号，第 17 页。

<sup>29</sup> 参见 3Q 案。

<sup>30</sup> 《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第 4 条第 3 项：“.....在特定个案中，如果直接事实证据充足，只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显，准确界定相关市场条件不足或非常困难，可以不界定相关市场，直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。”

从域外来看，目前针对数字巨头的反垄断案件中，相关市场界定也是不可缺少的。比如在著名的谷歌购物案中，欧盟将相关市场界定为国内的通用搜索服务市场及购物比较服务市场这部分内容同样是全文的分析重点。**不过也需注意到**，最近欧盟正式通过的《数字市场法》(Digital Markets Act)明确引入了“守门人”制度。当平台满足营业额和用户数指标时就会被推定具有“守门人”地位。如此，反垄断执法机关可以越过传统范式下界定相关市场和认定市场支配地位的步骤。<sup>31</sup>作为三大反垄断司法辖区之一的欧盟，其在传统框架下的大胆突破值得引起我国的关注。**但总体来说**，当下第一种分析框架即相关市场界定——市场支配地位认定——行为的竞争效果仍然是域内外反垄断实践的主流。

**本文认为**，如果对滥用市场支配地位的行为这一语词进行拆解，其核心包括两点：**市场力量<sup>32</sup>的评估和滥用行为的认定**。市场力量评估这一部分对应第一种范式的前两步，即界定争议的相关市场，以及认定平台企业在这一市场具有支配地位。滥用行为认定这一部分对应第一种范式的第三步。在**滥用行为认定**上，国内司法和执法实践主要考虑三点<sup>33</sup>：**第一**，争议行为是否符合具体滥用行为类型下的构成要件；**第二**，行为是否产生排除、限制竞争效果；**第三**，行为人提出的正当理由抗辩能否成立。具体可见下图：



接下来，本文将根据上述分析框架依次对各步骤中的重点考量因素进行梳理、讨论。

### (一) 市场力量评估

市场力量评估包括界定相关市场和认定市场支配地位两个部分。市场力量的评估是滥用行为认定的前提，如果平台企业在相关市场上并不存在市场支配地位，则也不存在所谓的滥用市场支配地位。在此部分，本文主要讨论平台双边市场和功能复合性特征对相关市场界定的影响，以及在平台经济中认定平台企业市场支配地位应当重点考察的因素。

<sup>31</sup> 参见林秀芹：《论数字经济反垄断的范式转变——以欧盟〈数字市场法〉为镜鉴》，载微信公众号“知识产权杂志”，2022年8月5日。

<sup>32</sup> 注：美国反托拉斯法通常使用的“市场力量”(Market Power)一词，与我国的“市场支配地位”是两个可相互替代的概念。此处借用“市场力量评估”一词，作为界定相关市场和认定市场支配地位的上位概念，以示与市场支配地位的区别。

<sup>33</sup> 参见徐书青与深圳市腾讯计算机系统有限公司等滥用市场支配地位纠纷案(以下简称“徐书青诉腾讯案”)，最高人民法院(2017)最高法民申 4955号再审民事裁定书；美团“二选一”，国市监处罚(2021)74号；阿里巴巴“二选一”，国市监处(2021)28号。



## 1. 界定相关市场：准确把握平台双边市场及功能复合性特征，识别原告具体需求

界定相关市场主要包括界定商品市场和地域市场。在实践中引发争议的通常集中在相关商品市场的界定上，因此本部分围绕相关商品市场展开讨论。

相关商品市场界定的过程包括两个环节：第一，确定基准产品；第二，寻找与该产品具有紧密替代关系的其他产品，即替代性分析。<sup>34</sup>根据国务院反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》第4条的规定，替代性分析主要是从需求者角度进行需求替代分析，辅之以经营者角度的供给替代分析。

在传统经济中，参与经济活动的主体主要是买卖双方，卖方向买方提供单向流动的产品与服务，且该产品或服务功能往往较为单一。因此发生垄断争议时，容易识别出案件的基准产品。故在传统反垄断案件中，相关商品市场界定的研究主要在于第二环节，即产品替代性分析。<sup>35</sup>但在互联网平台反垄断中，平台的双边市场和跨界竞争的特征使得相关商品市场界定中基准产品的确定成为了一个重要的前提问题。首先，如前文所述，与传统经济下的单边市场不同的是，平台双边市场具有向两边用户提供服务、价格非中性以及交叉网络外部性的特征，因此不少学者提出在互联网领域应当对传统的相关商品市场界定方法作修正。比如在基准产品的确定方面，将平台双边市场区分为交易型双边市场(双边用户之间存在可观测的交易，比如电商平台的消费者和商家)和非交易型双边市场(双边用户之间不存在交易行为，比如搜索引擎的用户和广告商)：交易型双边市场向两边用户提供的是一个产品(即交易服务本身)，以此作为基准产品进行替代性分析；而非交易型双边市场向两边用户提供的是两个不同的产品，然后以争议行为所指向的产品作为基准产品进行替代性分析。<sup>36</sup>其次，在跨界竞争特征下，互联网企业在基础服务上整合了多种不同类型的增值服务，具有多样性和复杂性。此时增值服务能否从基础服务中拆分出来成为独立的产品，也给基准产品的确定提出了问题。

在笔者过往文章[《探寻互联网平台相关商品市场界定的阿基米德支点》](#)提到，从滥用市场支配地位的分析框架来看，相关商品市场界定的最终目的是判断平台企业的涉案争议行为是否构成滥用市场支配地位。因此，无论是在交易型双边市场还是非交易型双边市场，无论是因基础服务还是增值服务引发争议，相关商品市场界定都不能脱离争议行为本身，而是应当锚定涉案争议行为所指向的平台哪一端的具体商品或服务，以此作为本案的基准产品，并探究原告方对于具体商品或服务的需求到底为何，进而围绕该基准产品进行替代性分析，如此才能准确界定相关商品市场范围。

<sup>34</sup> 参见张江莉：《论相关产品市场界定中的“产品界定”——多边平台反垄断案件的新难题》，载《法学评论》2019年第1期，第184页。

<sup>35</sup> 同上注。

<sup>36</sup> See Filistrucchi, L., Geradin, D., Damme, E., et al. Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice [J]. Journal of Competition Law and Practice, 2014, 10 (2): 293-339. 转引自唐要家、唐春晖：《数字平台反垄断相关市场界定》，载《财经问题研究》2021年第2期，第34页；张江莉：《论相关产品市场界定中的“产品界定”——多边平台反垄断案件的新难题》，第185、196页。

以笔者主办的微源码诉腾讯滥用市场支配地位案为例<sup>37</sup>，这个案子的处理便体现了在平台产品功能服务复合性的特征之下如何确定基准产品，进而进行替代性分析。在该案中，原告主张本案相关商品市场为微信基础服务所在的即时通信软件及服务市场，而被告认为相关商品市场是互联网在线推广平台市场。显然，被告在两个市场的市场力量是完全不同的，不同的市场界定可能导致案件结果出现巨大差异。在这个案子中，深圳中院首先认为涉诉行为所具体指向的商品是微信公众号服务，并且微信公众号服务与微信的即时通信基础服务在产品特征、用途和面向的用户群体方面存在较大差异。因此，原告将即时通信和社交软件并列作为相关商品市场，不仅偏离了原告对针对微信公众号被封禁行为提出的诉讼请求，也无法客观反映互联网细分领域的竞争实质和现状。故微信公众号服务应当从微信产品中拆分出来，成为该案的基准产品。接着，法院在基准产品的基础上进行需求替代性分析，认为原告在本案的主要需求是借助微信公众平台宣传推广其产品服务，因此能够满足原告产品宣传、推广主要需求的渠道如自建网站、微博、视频平台如优酷、搜索引擎服务平台、社交网站如QQ空间等，都应纳入相关商品市场，故将该案的相关商品市场界定为互联网平台在线推广宣传服务市。

可以说，该案准确识别到了平台功能服务复合性的特征，并结合原告在诉争中的具体需求，对相关市场作出了合理的边界界定。

上述案件因主要发生在平台一侧，并未涉及到双边市场理论的运用。在双边用户存在交易行为的平台中发生的滥用纠纷，比如阿里“二选一”和美团“二选一”案，目前反垄断执法部门是从平台功能角度出发，认为此类平台为双方提供的是一个服务产品，进而以此作为基准产品进行替代性分析，从而得出该案的相关商品市场。但是，从相关商品市场界定是服务于分析争议行为是否构成滥用行为的定位来看，脱离具体争议行为确定基准产品并无任何意义。更为合理的处理方式是，以争议行为所具体指向的一端的商品或者服务为基准产品(比如在阿里“二选一”案件中，争议行为所指向的是商户端的互联网平台零售服务)，并将另一端用户的需求变化对争议端的影响纳入基准产品的替代性分析之中<sup>38</sup>，从而得出争议行为所处的相关商品市场。

## 2. 市场支配地位认定：平台拥有的实际交易机会/平台掌握和处理数据的能力/用户转移成本

在界定相关市场之后，接着就是对平台企业在该市场中支配地位的判断。在传统工业经济中，认定平台企业是否在相关市场上具有支配地位的一个非常重要的因素是平台企业的市场份额。一般而言，市场份额是根据企业的销售额和相关市场的销售总额来确定。<sup>39</sup>然而在互联网平台领域，市场份额对认定平台企业市场支配地位的作用在减弱。一方面，当互联

<sup>37</sup> 参见深圳微源码软件开发有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司等垄断纠纷案(以下简称“微源码诉腾讯案”)，广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民初250号一审民事判决书。

<sup>38</sup> 参见王展、姜哲、张婷婷：《探寻互联网平台相关商品市场界定的阿基米德支点》，载微信公众号“知产力”，2021年7月13日。

<sup>39</sup> 参见孙晋、赵泽宇：《互联网平台经营者市场支配地位界定的系统性重构——以《反垄断法》第18条的修订为中心》，载《科技与法律》2019年第5期，第79页。

网平台采取“免费+增值”这一商业模式时，以销售额、成交额等货币数据来计算企业的市场份额便很难真实客观地反映平台企业的市场支配地位。<sup>40</sup>另一方面，互联网平台动态竞争的特点使得市场份额的重要性显著降低。本文认为，在评估互联网平台企业的市场支配地位时，除了要依据反垄断法第二十三条所列举的因素进行逐条对照分析，对于以下互联网领域相关的特别考量因素，应予以重点关注：

#### a. 市场份额指标—平台拥有的实际交易机会

鉴于以销售额等货币数据计算市场份额可能无法真实反映平台企业市场支配地位，在3Q案中，最高院即认为在即时通讯市场，将用户的有效使用时间、使用频率和活跃用户数作为考察平台企业市场份额的指标更为恰当。这一裁判规则后来也被纳入国务院反垄断委员会发布的《平台反垄断指南》中。该指南的第11条第1款规定，在计算市场份额时，除交易金额、销售额之外，还可以考虑销售量、活跃用户数、点击量、使用时长或者其他指标在相关市场所占比重，同时考虑该市场份额持续的时间。**本文将上述评估指标理解为“平台拥有实际交易机会”，它具体是指能够将平台拥有的用户数量转化为平台实际交易机会的相关用户指标。**

一般而言，在网络效应的作用下，用户数量越多意味着平台的价值也就越大，这是因为足够多的用户数量是平台获取流量，吸引广告商入驻，并进一步向用户推出增值服务以赚取收益的基础。但是，用户基于无损失的消费心态可能会在某个平台注册多个账号，或者一个用户会同时使用多个具有竞争关系的平台，出现“多宿主”现象。因此，若是平台空有庞大的用户数量，但是每天实际使用该平台的用户数量很少，或者平台的实际交易量并不大，<sup>41</sup>仅以平台拥有的用户数量作为市场份额的测算指标，会最终高估平台企业的市场支配地位。对于平台来说，用户之所以重要，根本原因在于用户愿意将注意力投放到该平台，而平台能够将这种**注意力变现**，以此来获取收益，<sup>42</sup>这也是为什么平台经济在很大程度上被称为“注意力经济”。因此，只有用户注意力背后所体现的平台拥有的实际交易机会才能更加真实客观地反映平台企业的市场支配地位。

当然，在处理具体个案时，需要结合平台的商业模式，考察能够代表该平台实际交易机会的相关用户指标。对于采取“免费+增值”这一典型商业模式的平台，如社交平台、搜索引擎平台，用户的活跃量、使用时间、使用频率、点击量、访问量、浏览量等是具有代表性的指标；而对于在向用户提供平台服务的同时，向用户销售有形的商品或者提供无形的服务(区别于平台服务本身)的平台，如电商平台、综合类生活服务平台、网约车平台<sup>43</sup>，平台的服务收入、商品交易额、交易数量等则更能体现平台的交

<sup>40</sup> 参见朱静洁：《互联网企业滥用相对优势地位行为的法律规制研究》，载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2018年第1期，第56页。

<sup>41</sup> 参见袁波：《电子商务领域“二选一”行为竞争法规制的困境及出路》，载《法学》2020年第8期，第180页。

<sup>42</sup> 参见刘大洪、蒋博涵：《“法”与“术”：数字经济平台市场支配地位之探微》，载《学海》2022年第1期，第75页。

<sup>43</sup> 参见谭袁：《互联网平台滥用市场支配地位行为规制的困境与出路》，载《法治研究》2021年第4期，第118页。

易状况。如在美团“二选一”一案中，国家市场监督管理总局便是以美团在网络餐饮外卖平台服务市场中的服务收入和平台餐饮外卖订单量为依据计算其市场份额。

不过，由于互联网平台存在高度动态竞争的特点，即使平台企业在一定时间内取得高的市场份额，也不能等同于平台企业在相关市场内获得了市场支配地位。正如最高院在 3Q 案中提到，“在市场进入比较容易，或者高市场份额源于经营者更高的市场效率或者提供了更优异的产品，或者市场外产品对经营者形成较强的竞争约束等情况下，高的市场份额并不能直接推断出市场支配地位的存在”。因此，市场份额仅具备判断动态竞争市场中竞争情况的参考价值，除此之外还应当结合互联网平台竞争的其他特点考察平台企业的市场支配地位。本文认为，平台掌握和处理数据的能力应当作为对认定市场支配地位的另一项重要因素。

## b. 平台掌握和处理数据的能力

2020 年 4 月，在中共中央、国务院印发《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》中，数据被列为与土地、劳动力、资本、技术并列的第五大生产要素。数据作为互联网经济生产过程中的基本要素，已经成为平台竞争的关键因素。这一点从近几年域内外围绕数据抓取引发的纠纷中可见一斑，如微博针对蚁坊的数据抓取行为提起了不正当竞争诉讼<sup>44</sup>，蚁坊转而针对微博拒绝数据许可的行为提起了反垄断诉讼<sup>45</sup>；又如在 hiQ 诉 LinkedIn 案中<sup>46</sup>，hiQ 之所以提起诉讼，就是因为 LinkedIn 切断了对 hiQ 的数据供应，导致 hiQ 无法获得足够的用户数据进行产品分析。正因为如此，在认定平台企业市场支配地位时，《平台反垄断指南》第 11 条第 2 项也强调了平台掌握和处理数据的能力。

当然，除了数据本身对于互联网平台经济的发展具有重要作用外，将平台掌握和处理数据的能力作为认定市场支配地位的重要因素的另一原因在于平台拥有的海量数据和强大的数据处理能力容易造成市场进入壁垒。具体而言，这种能力会导致竞争者获取数据的难度加大，无法与在位平台企业开展有效竞争，从而在位平台企业的市场力量得以维持。在美国众议院于 2020 年 10 月公布的关于 Facebook、谷歌、亚马逊和苹果四大互联网平台企业涉嫌垄断的《数字市场竞争调查》(Investigation of Competition in Digital Markets)<sup>47</sup>中，针对 Facebook 的市场力量评估，美国众议院采用了两个“反馈循环”的概念对上述观点进行了详细论述：一是“用户反馈循环”(user feedback loop)，即 Facebook 通过海量数据分析创造更有针对性的用户体验，从而吸引更多的用户，并引导这些用户在平台上花费更多的时间，进一步生产更多的数据。二是“货币化反馈循

<sup>44</sup> 参见湖南蚁坊软件股份有限公司与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案，北京市高级人民法院(2021)京民申 5573 号再审审查与审判监督民事裁定书。

<sup>45</sup> 《数据垄断第一案 | 新浪微博因拒绝许可数据而被蚁坊公司起诉》，载微信公众号“数据法盟”，2021 年 11 月 9 日。

<sup>46</sup> See *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation*, 31 F.4th 1180 (9th Cir.2022).

<sup>47</sup> See “Investigation of Competition in Digital Markets,” <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>, at 147-148, last visited on Aug. 10, 2022.

环”(monetization feedback loop), 即 Facebook 通过海量数据分析能够实现广告的精准投放, 以此使服务货币化, 在获得更多资金后将其投资于提升服务质量, 并再次吸引更多的用户。在这两个“反馈循环”的综合作用之下, 其他竞争者很难拥有像 Facebook 那样的数据规模, 也无法在此基础上开展有效的数据分析。久而久之, Facebook 与竞争者之间的差距就会被拉大, 进而形成无可比拟的竞争优势, 由此造成较高的市场进入壁垒, Facebook 的市场力量得以不断增强和巩固。

不过, 企业拥有的海量数据和强大数据处理能力也并非平台企业市场支配地位的决定因素, 因为在动态竞争的特征下, 创新颠覆市场的情况常有发生。即使是谷歌、苹果等拥有强大数据和数据分析能力的数字巨头, 其在搜索、在线广告、在线商店的很多领域都会因独角兽企业的出现而业绩下滑, 市场份额降低。<sup>48</sup>在中国同样也存在, 如拼多多作为电商领域的独角兽曾在四年时间内市场估值就超过了运营十多年的京东, 今日头条的出现也对微博在社交媒体市场的影响力造成较大冲击。<sup>49</sup>但是, 如果有较高的用户转移成本加持, 产生较强的锁定效应, 在先平台的市场力量就能进一步加强, 造成即使新的竞争者提供了更加创新、优质的产品, 仍然无法与在先平台竞争的结果。因此, 在认定平台企业是否具有市场支配地位时, 另外一项需要重点考虑的因素是相关商品市场中用户转移成本的高低。用户转移成本这一因素也体现在《平台反垄断指南》第 11 条第 5 项“其他经营者进入相关市场的难易程度”当中。

### c. 用户转移成本

一般来说, 用户的转移成本包括学习使用新平台的成本、人际关系转移成本(将原来积累的用户好友转移到新的平台不仅需要耗费时间和精力, 还存在无法转移的风险)以及舍弃原来平台造成的经济损失(在该平台预先支付的经济成本尚未获取预期的等价回报)。<sup>50</sup>这种转移成本的高低在不同市场中是存在差异的, 以社交网络市场、即时通信市场和搜索引擎市场分别为例:

在对 Facebook 在社交网络市场的市场力量进行评估时, 美国众议院就上述三种成本分别进行了阐述: (1)如果 Facebook 用户转移新的社交平台, 他们需要学习如何使用新的平台和重构社交圈; (2)新的平台也未必会有 Facebook 一样大的好友密度, 这会导致用户人际关系无法转移的风险; (3)离开 Facebook 可能会影响与该平台共享 API 接口的其他应用程序的使用质量。比如用户一开始是通过 Facebook 的开放平台授权登录服务进入 Spotify。当用户放弃 Facebook 账号时, 用户不得不重新在 Spotify 注册一个新的账号。在这种情况下, 用户无法将它之间在 Spotify 上留存的播放列表、收听历史、社交图谱和其他数据转移到新账号。因此, 从 Facebook 转移到其他社交平台对于用户而言成本是非常高的。对于潜在的竞争者来说, 要想从一个已经锁定的市场中吸引消

<sup>48</sup> 参见尹振涛:《理性看待平台经济模式的垄断特性——基于市场与数据视角》, 载《金融评论》2021 年第 3 期, 第 120 页。

<sup>49</sup> 同上注。

<sup>50</sup> 同前注 41, 第 77 页。

费者，除了提供更加优质的服务外，还需要降低用户所需要付出的成本，包括购买新产品的成本和转移成本。<sup>51</sup>因此要降低用户成本，一是通过降低新产品售价，二是通过补贴的方式弥补其转移成本。<sup>52</sup>如果这两项成本加总无法通过预期收益得到补偿，潜在竞争者进入相关市场的难度增大，就会被阻挡在这一市场之外，原有竞争者的市场力量便得以维持。

与上述对社交网络市场人际关系转移成本认定逻辑形成较为鲜明对比的是，在 3Q 案 中，最高院认为即时通信市场的人际关系转移成本有限，主要原因在于：(1)用户转换即时通信服务时并不一定会一次性地涉及所有联系人，完全可能仅涉及个别或者少数的联系人；(2)即时通信服务商可以通过手机通讯录导入、不同产品间用户互通导入等方式导入好友关系链，用户可以轻易地将更大范围的好友转移到其他即时通信软件上，较低的转移成本使得网络效应和客户粘性(锁定效应)的影响被大大削弱，从而用户能够容易转换到其他的即时通信服务。

另外，当视角切换到搜索引擎市场时，人际关系转移成本对于用户来说就并非影响因素，此时更多需要考虑的是用户学习使用新平台的成本。在 王丹阳诉百度案<sup>53</sup> 中，法院指出在中国的搜索引擎服务市场中存在着大量的搜索网站供用户选择，而且中文搜索引擎服务主要是免费服务，相关公众在众多引擎服务切换时无需增加支出，也不存在技术学习障碍。因此较低的用户转移成本使得用户很容易实现在平台间的转移，一旦某一竞争对手提供了更为优质的服务，百度就可能被其他竞争者所替代，故百度的高市场份额也不能使其具备阻碍其他竞争者进入市场的能力。

因此，虽然在抽象意义上来说互联网平台具有网络效应和锁定效应的特征，但是在个案下评估用户转移成本高低，仍应当结合平台的具体服务功能，所处市场特征、用户行为习惯、转移技术难度和条件等因素进行具体判断。

除了上述提出的在互联网平台经济背景下认定平台企业支配地位需要着重考虑的因素之外，《平台反垄断指南》还有很多其他的因素。但是从上述讨论中可以看出，在认定平台企业市场支配地位时各种因素有时处于相互补强的状态，比如数据优势叠加高的用户转移成本；而有的时候它们又处于相互抗衡的状态，比如高市场份额和强动态竞争。因此，认定平台企业市场支配地位是一个非常复杂的过程，需要审慎地进行经济学分析，全面考虑各种因素的相互关系及其对平台企业市场支配地位的影响，避免以各种抽象概念代替个案下对影响因素的具体分析。同时也要注意，即使平台企业在相关市场上构成市场支配地位，并不当然受到法律的规制，企业的行为是否构成滥用市场支配地位关键仍在于准确评估行为是否产生排除、限制竞争效果以及正当理由抗辩是否成立。

<sup>51</sup> 同前注 8，王健、安政：《数字经济下 SSNIP 测试法的革新》，第 365 页。

<sup>52</sup> 同上注。

<sup>53</sup> 参见王丹阳与北京百度网讯科技有限公司滥用市场支配地位纠纷案，黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2015)哈民初字第 8 号一审民事判决书。

## (二) 滥用行为认定

这一部分的思考路径为：首先分析平台企业的行为是否满足法律规定的行为要件。比如差别待遇这一行为首先需要分析是否存在“条件相同的交易相对人”及平台企业是否实施了差别对待的行为；其次分析行为是否产生了排除、限制竞争效果；再次，如果原告举证证明行为具有或可能具有反竞争效果，则由平台企业对行为做正当性抗辩，分析抗辩理由能否成立。鉴于多数情况下，当事人争议重点和难点往往体现在后两点，因此本部分将围绕后两点进行讨论。

### 1. 排除、限制竞争效果：滥用行为认定的终极标准及考察要点

回到《反垄断法》总则部分，第二条，第三条，第七条及第十条，多达四处提到关键词“排除、限制竞争”，行为违法性的评估最终还是落脚于对是否发生排除、限制竞争效果的考察，反垄断法的价值追求即在于对竞争的保护。<sup>54</sup>而消费者作为平台企业转嫁竞争损失的承受者，<sup>55</sup>保护消费者利益则是反垄断法保护竞争的终极目的。因此，在评估平台企业争议行为是否产生排除、限制竞争效果时，应当着重从行为对竞争的影响和对消费者利益的影响展开。

在互联网领域，数据是平台之间竞争的核心要素。因此，从数据层面观察平台企业的争议行为是否产生排除、限制竞争效果是平台反垄断应当重点考察的内容。本文认为，这一反竞争效果可以从两个行为角度观察：第一，不当阻碍竞争者获得数据；第二，不当使自身获得更多数据。在第一种情况下，平台企业通过不当手段阻碍竞争者获得数据，导致竞争者只能通过其他高成本、低效率的方式获得数据，使得竞争者的成本显著增加，如此能达到提高进入壁垒，降低相关市场上的有效竞争水平的效果。比如在谷歌安卓案<sup>56</sup>，谷歌要求安卓设备制造商在安卓设备上预装自己的谷歌搜索、Chrome 浏览器和谷歌 Play Store 应用商店等服务。欧盟委员会认为，这种搭售行为减少了用户对于谷歌竞争对手提供的搜索服务的使用，从而增大了竞争对手在搜索服务市场上获得足够多用户数据的难度，使得竞争对手无法更好地通过数据分析改善服务，提升对广告主的吸引力。为了克服这一情况，竞争对手不得不耗费更多的资源去获得数据，进而搜索服务市场的进入壁垒被提高。在第二种情况下，平台企业通过不当手段使自身获取更多的数据，以此提高其在相关市场上的竞争优势。在德国联邦卡特尔局调查 Facebook 滥用市场支配地位一案中，Facebook 就被认定其通过侵犯用户隐私的方式使自己获取了更加庞大的用户数据，非法获得了相比于竞争者的竞争优势。在“用户反馈循环”和“货币反馈循环”的影响下，Facebook 对于用户的市场影响力不断被强化，竞争者进入相关市场的难度就会被大大提高，从而导致这一市场上的竞争机制失灵。

<sup>54</sup> 参见张江莉、张镭：《平台经济领域的消费者保护——基于反垄断法理论和实践的分析》，载《电子政务》2021年第5期，第21-22页。

<sup>55</sup> 参见孙颖：《论竞争法对消费者的保护》，载《中国政法大学学报》2008年第4期，第91页。

<sup>56</sup> See EU Case AT.40099 Google Android(以下简称“谷歌安卓案”)，更多案件信息可浏览：[https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_4009](https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4009)。

除了考察争议行为对市场竞争的影响外，在互联网平台反垄断背景下，消费者利益保护应当置于更加重要的地位。这不仅仅是因为反垄断法的终极目的是保护消费者利益，还因为相比传统工业经济，消费者与平台企业的交互更加直接，其更容易受到垄断行为的侵害，<sup>57</sup>因此在评估行为的排除、限制竞争效果时，应当重视对消费者利益的考察。

具体来说，分析争议行为是否侵害了消费者利益，一般从消费者福利和消费者选择两个角度考虑。<sup>58</sup>首先，互联网平台“免费+增值”的典型商业模式导致消费者福利标准的内涵从传统经济下价格福利逐渐转向为质量福利，<sup>59</sup>这意味着产品或服务的质量下降成为消费者福利下降的主要考量。比如，在谷歌购物案、美团“二选一”、阿里巴巴“二选一”案件中，相关反垄断执法部门均提到平台企业的行为会降低行业内的竞争，使其自身和其他竞争者进行产品和服务创新的动力减弱，导致消费者无法获得更为优质的服务，最终降低消费者长期福利水平。当然，除了这种一般意义上的质量下降，还应当包括消费者选择、消费者对隐私的控制、产品或服务更新的频率、使用产品或服务的便利性、交易的公平性和合理性、广告数量等多元化指标。<sup>60</sup>其次，在消费者选择层面，如果消费者能够充分进行自由选择，一般来说消费者就很难认为自身利益受到损害。因此，平台企业行为对消费者利益的侵害通常也表现为行为损害了消费者的选择自由。比如，谷歌安卓案和上述“二选一”案件中都提到了减少了消费者选择这一竞争损害。

当然，上述内容是从较为抽象的说理角度去分析争议行为是否产生反竞争效果，如果还能够提供争议行为实施前后具体的市场指标，就可以使得这一问题更加具象化，也更具有说服力。比如，在3Q案中，最高院考虑了腾讯实施“产品不兼容”行为后，相关市场内竞争者的市场份额、用户数量、下载量发生的变化。数据统计显示，在腾讯实施了这一行为后的当月，腾讯在即时通讯市场的几家主要竞争对手的用户数量和下载量均有明显增长，比如MSN在月覆盖人数长期负增长之后实现局势逆转，增长率高达61.93%，实际比上月增长2300多万人，而腾讯自身的市场份额却降低了约1%。因此，腾讯的行为不但没有抑制竞争，反而让市场竞争更加活跃。与此形成对比的是谷歌购物案<sup>61</sup>。欧盟委员会指出，谷歌争议行为实施前后谷歌在比较购物服务市场上的份额发生了显著的变化。谷歌进入比较购物服务市场初期时的业绩相当差，但在谷歌开始实施滥用行为之后，谷歌比较购物服务流量在英国市场增长了45倍，在德国增长35倍。而同期竞争对手的流量骤减，在英国下降了85%，在德国下降了92%。尽管流量的升降可以取决于很多因素，但这种持续的流量变化与谷歌实施争议行为在时间上高度吻合，因此可以推定竞争对手所遭受的损害是源于谷歌的行为。进而可以认定，谷歌通过设置不同的算法使其自身的比较购物服务处于比竞争对手更好的

<sup>57</sup> 参见叶明、冉隆宇：《从间接保护到直接保护：平台经济下消费者在反垄断法中的定位》，载《竞争政策研究》2021年第5期，第79-88页；张江莉、张镭：《平台经济领域的消费者保护——基于反垄断法理论和实践的分析》，第25-26页。

<sup>58</sup> 参见焦海涛：《反垄断法上的竞争损害和消费者利益标准》，载《南大法学》2022年第2期，第5页。

<sup>59</sup> 参见黎业明：《从价格到质量：数字经济时代反垄断法中消费者福利标准内涵的演变》，载《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期，第81-84页。

<sup>60</sup> 参见孙晋、万召宗：《滥用市场支配地位侵犯隐私行为的反垄断法规制》，载《财经法学》2021年第5期，第6页；殷继国：《大数据经营者滥用市场支配地位的法律规制》，载《法商研究》2020年第4期，第75页。

<sup>61</sup> 参见谷歌购物案。



搜索位置，滥用了其在搜索引擎市场上的支配地位，并将这一支配地位传导到比较购物市场，在比较购物服务市场中造成了排除、限制竞争效果。可见，如果能够拿出争议行为实施前后具体的市场和产品指标，无论是对于原告还是被告来说，都是非常有力的证据。

## 2. 正当理由抗辩：以“平台规则”抗辩为例

正当理由抗辩的逻辑定位在于：当反垄断诉讼案件的原告证明争议行为产生或可能会产生排除、限制竞争效果后，平台企业可以提出正当性抗辩，若正当理由成立，此种行为则不存在违法性。对此，《平台反垄断指南》第12条-第17条就针对滥用市场支配地位的不同行为类型分别列举了诸多正当理由，应该说角度和情形较为丰富，比如，在拒绝交易方面，正当理由还包括“交易相对人明确表示或者实际不遵守公平、合理、无歧视的平台规则”等，给了平台企业一定的解释空间。

据观察，在近年来互联网平台国内外滥用市场支配地位案件中，有不少案件涉及到平台企业以相对人违反平台服务协议、内容管理规范等平台规则为由，对相对人采取封禁用户账号、关闭API接口、不予直链等措施，即平台企业以争议行为系基于相对人违反平台规则而作出进行正当理由的抗辩，这是平台企业与传统企业相比在正当理由抗辩层面较为独特之处，故下文将围绕这一问题进行简单分析。

首先，本文认为，平台企业本身有权制定平台规则，并根据平台规则采取管理措施。平台企业身兼经营者和管理者的双重身份，为了维持其在市场中的竞争力，保障用户体验和平台质量，平台企业必须要维护平台的生态系统健康，构建平台良性的价值循环系统。基于此，平台企业须要依托平台规则和经营策略对平台生态进行日常治理，即制定和采取一定措施以清除或限制那些会对平台生态造成负面影响的市场参与者。在平台治理的过程中，应当遵循平台自治的一般原则，让平台企业在平台治理中充分发挥主体地位作用，赋予平台企业制定平台规则并依据平台规则执行奖惩的权力。正如在笔者主办的徐书青诉腾讯案中，最高院指出，“对于任何平台经营者而言，合理规制平台使用者的行为，防止个别使用者的对平台整体具有负外部性的不当行为发生和蔓延，有利于提升平台经营者的利益和平台用户的长远利益。因此，平台经营者有权设定合理的平台管理和惩戒规则，以实现良好的平台管理”。

其次，在分析平台执行平台规则的正当理由抗辩是否成立时，应重点考察以下三点，综合进行判断：

**第一，平台规则本身的合法性审查**，即平台规则有无突破法律保留原则、有无违反法律、行政法规的强制性规定和有无违反社会公序良俗的情况。<sup>62</sup>如规则本身合法有效，则平台企业有权执行该平台规则。

<sup>62</sup> 参见王坤：《平台企业法通论》，知识产权出版社2020年版，第118-119页。

第二，相对人是否存在违反平台规则的行为，处理依据是否充分。如确实存在违规行为且依据充分，则平台企业依据平台规则对相对人的违规行为采取措施的行为存在正当理由，故该行为不具有违法性。比如在微源码诉腾讯案中，法院认为在原告未能举证证明平台的服务协议和运营协议存在无效的情况下，原告在平台中从事的活动应当遵守上述协议。那么当原告违反上述协议时，平台依据协议对该用户采取封禁账号的管理措施具有正当理由，平台封禁账号的行为不构成滥用市场支配地位。

第三，对争议行为产生的竞争效果进行考察分析，即行为所产生的积极效果能否超越其产生的排除、限制竞争的效果，进而对市场竞争秩序造成实质性损害。这些积极效果的判断可以考虑：行为是否是为了改善平台生态、维护平台交易安全；行为是否是为了提升平台产品或服务质量、保障用户体验；行为是否是为了防止竞争对手搭便车；行为是否在客观上能够促进创新等。比如，在 Sambreel v. Facebook<sup>63</sup>案中，原告 Sambreel 未经 Facebook 事先批准而在 Facebook 页面中插入广告内容的外部应用程序，Facebook 以其违反应用开发商协议将其屏蔽。原告诉称，原告旗下应用和产品同 Facebook 的页面广告投放存在竞争关系，Facebook 的屏蔽行为是为了消除原告的竞争威胁，该行为违反了谢尔曼法的规定。但是法院认为，Facebook 将 Sambreel 以及它的广告发布商排除在其他社交网络之外是为了保障其产品质量，属于正当的商业考量。同时，原告也没有提供足够的事实证明 Facebook 将原告或者它的广告发布商排除在其他社交网络外，因此 Facebook 的行为并没有产生明显的排除、限制竞争效果，故 Facebook 的行为不具有违法性。其实，在平台企业与相对人存在合同关系的背景下，此类纠纷更多属于合同纠纷。正如最高院在徐书青诉腾讯案件中所论述：“对于明显不会对相关市场竞争造成实质影响的合同纠纷，应该优选在合同法框架下解决，而不是直接诉诸反垄断法。”

## 四. 结语

无论是新《反垄断法》的实施，还是一些配套规范性文件的陆续制定和发布，都可以看出，国家对平台企业滥用市场支配地位行为的监管和挑战会愈发趋严。但本文认为，在这种强监管背景之下，仍须严格遵循反垄断法“**保护市场竞争而非竞争者**”的定位及分析框架，平台企业的行为是否构成反垄断法意义上的滥用行为，关键点仍在于评估行为是否产生了排除、限制竞争效果，而作出准确评判的前提是充分理解和考虑互联网平台的商业模式、服务及竞争特征等。正如其以“平台规则”为例，一方面，在这次修法中，其被作为滥用行为的新型要素特征之一予以凸显，但另一方面，可以看到在过往实践中，“平台规则”恰恰频繁被平台方用于正当理由的抗辩且获得法院支持，因此，关键还是在于行为及效果，而非过程要素的描述。重要的往往不是语句，而是事实，是否有排除、限制竞争的事实，才是有意义的。

<sup>63</sup> See *Sambreel Holdings LLC v. Facebook, Inc.*, 906 F.Supp.2d 1070, 1073-1074, 1077-1078 (S.D.Cal.2012).

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



王展  
+86 21 3135 8705  
james.wang@llinkslaw.com



姜哲  
+86 755 3391 7629  
denny.jiang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: [master@llinkslaw.com](mailto:master@llinkslaw.com)

#### 上海

上海市银城中路 68 号  
时代金融中心 19 楼  
T: +86 21 3135 8666  
F: +86 21 3135 8600

#### 北京

北京市朝阳区光华东里 8 号  
中海广场中楼 30 层  
T: +86 10 5081 3888  
F: +86 10 5081 3866

#### 深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号  
中国华润大厦 18 楼  
T: +86 755 3391 7666  
F: +86 755 3391 7668

#### 香港

香港中环遮打道 18 号  
历山大厦 32 楼 3201 室  
T: +852 2592 1978  
F: +852 2868 0883

#### 伦敦

1/F, 3 More London Riverside  
London SE1 2RE  
T: +44 (0)20 3283 4337  
D: +44 (0)20 3283 4323



[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)



Wechat: Llinkslaw

### 本土化资源 国际化视野

#### 免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2022