




互联网产业中滥用市场支配地位 法律问题研究

Research on the Legal Problems of Abuse of
Dominant Market Position in the Internet Industry

刘佳 著



 人 民 出 版 社

互联网产业中滥用市场支配地位 法律问题研究

Research on the Legal Problems of Abuse of
Dominant Market Position in the Internet Industry

刘 佳 著

 人 民 出 版 社

责任编辑:宫 共

封面设计:徐 晖

图书在版编目(CIP)数据

互联网产业中滥用市场支配地位法律问题研究/刘 佳 著. —北京:人民出版社,
2018.10

ISBN 978-7-01-019134-8

I. ①互… II. ①刘… III. ①互联网络-反垄断法-研究-中国

IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 059215 号

互联网产业中滥用市场支配地位法律问题研究

HULIANWANG CHANYE ZHONG LANYONG SHICHANG ZHIPEI DIWEI FALÜ WENTI YANJIU

刘 佳 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京墨阁印刷有限公司印刷 新华书店经销

2018 年 10 月第 1 版 2018 年 10 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:15.5

字数:214 千字

ISBN 978-7-01-019134-8 定价:42.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

本研究得到如下基金的资助：

教育部人文社会科学研究青年基金“‘互联网+’语境下滥用市场支配地位的反垄断法规制研究”（项目编号：17YJC820029）。

目 录

第一章 绪 论	1
第一节 选题缘起	1
第二节 文献综述	4
一、关于互联网产业中相关市场界定的研究	4
二、关于互联网产业中市场支配地位认定的研究	9
三、关于互联网产业中滥用市场支配地位行为的研究	12
第三节 研究方法	17
第四节 研究目标及创新点	18
第二章 互联网产业中滥用市场支配地位行为概述	21
第一节 互联网产业的基本概念及特征	21
一、网络、互联网、互联网产业	21
二、互联网产业的主要特征	26
三、小 结	34
第二节 互联网产业中市场支配地位的形成机理	35
一、网络效应下的规模经济形成市场支配地位	35
二、锁定效应下的用户黏度巩固市场支配地位	37
三、兼容性和标准化强化市场支配地位	39

四、小 结	41
第三节 互联网产业中滥用市场支配地位行为规制的理论依据	42
一、古典主义传统竞争理论	43
二、现代主义竞争理论	47
三、互联网产业中滥用市场支配地位行为规制的理论选择	52
四、小 结	55
第三章 互联网产业中相关市场的界定	57
第一节 互联网产业中相关市场界定的新语境——双边市场	57
一、双边市场的概念及特征	57
二、双边市场的认识误区	61
三、小 结	64
第二节 互联网产业双边市场语境下相关市场界定的理论困境	65
一、需求替代性分析受制于互联网特定规律	68
二、供给替代性分析受制于新型市场壁垒	69
三、双边市场增加替代性分析的难度	72
四、小 结	74
第三节 互联网产业双边市场语境下相关市场界定的方法修正	75
一、相关市场界定的一般方法	75
二、互联网产业中相关市场界定的方法	77
三、小 结	87
第四节 互联网产业中相关市场界定的案例分析	88
一、第一个相关市场的界定：即时通讯软件市场	90
二、第二个相关市场的界定：安全软件市场	92
三、两个市场的内在关联性：广告服务市场	93
四、小 结	96

第四章 互联网产业中市场支配地位的认定	98
第一节 支配地位认定的传统理论	98
一、支配地位的本质	98
二、支配地位认定的标准	102
三、支配地位认定的方法	109
四、小 结	114
第二节 互联网产业中市场支配地位认定的困境	115
一、市场份额作用弱化	115
二、新型市场进入壁垒产生	118
三、交易相对人依赖性因素影响增强	122
四、小 结	124
第三节 互联网产业中市场支配地位认定的具体方向	124
一、改进市场份额的计算方法	125
二、评估新型市场进入壁垒的作用	125
三、重视对交易相对人依赖性因素的分析	127
四、小 结	128
第四节 互联网产业中支配地位认定的案例分析	129
一、基于锁定效应的考察	129
二、基于用户数量的考察	130
三、小 结	132
第五章 互联网产业中滥用市场支配地位行为的具体分析	134
第一节 互联网产业中支配地位滥用行为的界定	134
一、互联网产业中滥用市场支配地位行为的基本概念	134
二、互联网产业中滥用市场支配地位行为的一般分析方法	138
三、小 结	144

第二节 互联网产业中支配地位滥用行为的分析	144
一、掠夺性定价	145
二、搭售	157
三、差别待遇	171
四、拒绝交易	177
五、限制交易	187
六、小 结	196
第六章 我国互联网产业滥用市场支配地位法律制度之完善	198
第一节 我国互联网产业中滥用市场支配地位的立法 现状及问题	198
一、关于相关市场界定的立法现状及主要问题	199
二、关于支配地位认定的立法现状及主要问题	203
三、关于具体滥用行为的立法现状及主要问题	209
四、小 结	214
第二节 我国互联网产业中滥用市场支配地位的立法 建议及完善	214
一、立法原则的选择	214
二、立法规则的完善	218
三、小 结	226
结 论	228
参考文献	232
后 记	232

第一章 绪 论

第一节 选题缘起

随着信息时代互联网产业的迅速发展，一系列反垄断法问题也日益引起人们的关注。互联网经营者之间的垄断协议、具有市场支配地位的互联网经营者滥用市场支配地位、互联网企业之间的集中等等皆有可能引起反垄断法上的问题。近年来，我国互联网产业中的反垄断案件屡见不鲜。例如：“北京书生公司诉起点中文网垄断”案、“唐山人人公司诉百度垄断”案、“百度诉奇虎 360 安全软件插标”案、“阿里巴巴收购雅虎中国”案、腾讯 QQ 与奇虎 360 之间的竞争纠纷案（包括“QQ 诉 360 不正当竞争”案及“360 诉 QQ 滥用市场支配地位”案）等等。同时，国际上互联网领域中的反垄断案件也层出不穷。“美国政府诉微软公司滥用垄断地位”案、“韩国政府诉微软公司不正当竞争”案、“日本诉微软垄断”案、“欧盟诉微软垄断”案、“欧盟诉谷歌垄断案”“微软收购雅虎”案、“微软收购”案等等。对这些案件进行总结，不难发现，其中大部分案件都涉及到具有市场支配地位的互联网经营者滥用其市场力量从事反竞争行为，即反垄断法规制的三大重要内容之一的滥用市场支配地位问题。但是，由于互联网产业自身存在着不同于传统产业的许

多特点,使得传统反垄断法理论在面对互联网产业中的相关问题时,需要做出相应的调整,否则可能面临适应障碍,无法很好地解决相关问题。例如,在腾讯 QQ 与奇虎 360 的纠纷案中,传统滥用市场支配地位的反垄断法规制理论适用于该案时受到极大的挑战,对于支配地位的认定标准和方法都需要调整;在“百度案”中,传统反垄断法上的相关市场界定理论无法解决双边市场上的相关市场界定问题。

尽管中国《反垄断法》自 2008 年实施之初颇受诟病,但自 2012 年起,人们越来越认识到反垄断法在国家社会、经济生活中的重大作用,一些案件也引起全社会的高度关注,其中,关注度最高、最具挑战性的案件非“奇虎 360 诉腾讯 QQ 滥用市场支配地位纠纷”(以下简称“3Q 案”)一案莫属。2011 年,原告奇虎公司(以下简称“360”)向广东省高级人民法院起诉被告腾讯公司(以下简称“QQ”),主张被告借助即时通信软件搭售网络安全软件的行为、限定 QQ 软件用户不得与原告交易的“二选一”行为均属违反《反垄断法》滥用市场支配地位的行为。2013 年 3 月 20 日,粤高院做出一审判决,判决被告 QQ 在相关市场并无支配地位,不存在滥用市场支配地位的行为,遂驳回原告 360 的全部诉讼请求。而后 360 将该案上诉到最高人民法院,2014 年 10 月 8 日,最高院做出二审判决,维持原判,判定 360 败诉。

3Q 案涉及传统反垄断法支配地位滥用行为理论如何修正并适用到以互联网为代表的新经济产业的问题,该案实体内容的争议焦点主要包括三个方面:(一)相关市场的界定问题。一审法院运用传统反垄断法中的“假定垄断者测试法”,否定了将“综合性的即时通讯产品及服务构成一个独立的相关商品市场”的主张,并将相关地域市场界定为“全球市场”。二审法院对一审法院的做法进行了纠偏和修正,否定了一审法院机械套用“假定垄断者测试法”的做法,并将相关产品市场和相关地域市场分别界定为“中国大陆地区境内即时通信服务市场”和“中国

大陆地区市场”。(二) 支配地位的认定问题。对于被告腾讯 QQ 在相关市场上是否具有支配地位的争议, 两个法院都是在传统反垄断法理论基础上, 结合我国《反垄断法》第 18 条相关市场的市场份额、竞争状况、控制能力、财力技术条件、交易依赖程度、市场进入壁垒等因素认定被告不具备市场支配地位。(三) 滥用行为的违法性认定问题。即被告迫使用户“二选一”和捆绑软件的行为是否分别构成限定交易和搭售行为。一审法院认为限定交易行为成立, 搭售行为不成立; 二审法院则认为两者都不成立, 遂认定被告不存在滥用市场支配地位的行为。^①

粤高院和最高院对该案的判决反映出反垄断法对互联网产业中滥用市场支配地位行为规制的新动向, 但对于其判决理由及论证过程仍存有待商榷之处: 一是忽略了该案作为互联网领域案件中“双边市场”的新特点, 没有认识到两个市场之间的内在关联性, 导致相关市场的界定范围出现偏差; 二是对于我国《反垄断法》所规定的支配地位认定标准和认定方法解读不到位, 没有认识到“行为人具有阻碍潜在竞争者进入市场的能力”作为第二个认定标准的独立性, 并没有从根本上把握支配地位认定背后的理论依据; 三是仅在限定交易和搭售行为的传统反垄断法理论构成要件的基础上进行判决, 并未认识到网络效应和锁定效应在滥用行为构成中的作用机理。因此, 以 3Q 案为契机, 对围绕滥用市场支配地位行为反垄断法规制三大核心问题进行深度的理论解剖, 进而对传统反垄断法理论进行提升和发展, 对中国甚至是全球反垄断法的传统理论既是一个挑战和考验, 也是将反垄断法理论修正并适用于互联网领域的一个机遇。

^① 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, 中华人民共和国最高人民法院 (2013) 民三终字第 4 号民事判决书。

第二节 文献综述

在域外，有关互联网产业中滥用市场支配地位问题的研究起步较早，国外以美国著名法学家波斯纳法官（后芝加哥学派）于1976年出版的专著《反托拉斯法》第三章第八编为代表，初见其对网络经济活动作为新经济产业的代表所出现的排他行为进行研究的端倪，欧盟及美国诉微软垄断案作为国际上互联网产业“反垄断第一案”被载入史册，为学界及业界进行互联网领域的反垄断法研究提供了参考。反观国内的研究，我国学者涉猎范围较广，几乎与互联网产业滥用市场支配地位行为规制有关的相关市场中双边市场的界定、互联网经营者市场支配地位的认定以及互联网产业中滥用市场支配地位的行为分析等都有相关的论述，但是这种研究都不深入，并且呈现一种“碎片化”的状态，即没有人对互联网产业中所出现的滥用市场支配地位行为的法律问题进行过系统思考，因此，并没有形成一套完整的反垄断法分析进路，对实践中互联网产业出现的此类问题并没有提供系统的理论依据和适当的解决方法。笔者通过对国内外研究资料进行总结之后发现，围绕互联网产业中滥用市场支配地位问题的研究主要集中在以下三大方面：

一、关于互联网产业中相关市场界定的研究

相关市场的界定是对互联网产业中滥用市场支配地位的行为进行反垄断法规制的逻辑起点。20世纪90年代以来，随着计算机、通信网络和互联网应用等科学技术的迅猛发展，一大批诸如个人电脑操作系统、门户网站、搜索引擎、即时通讯、移动互联网、电子商务等互联网新经济形式应运而生，逐步并深刻改变着每个人的工作和生活方式。不

同于传统产业中的单边市场，互联网产业中存在着大量的双边市场。而双边市场自身不同于传统单边市场的特点，给互联网产业中相关市场的界定问题带来了更多复杂的因素。

国外学者对于互联网产业中相关市场的界定问题，不仅集中在法学界，而且更多的是经济学界对于此问题的关注。其关注重点在于对互联网产业中出现的双边市场现象的理论研究。比较具有代表性的学者主要有美国芝加哥大学 David S. Evans 及 Michael Noel 教授、法国图卢兹大学 Jean-Charles Rochet 和 Jean Tirole 教授、英国伦敦大学 Mark Armstrong 教授、新加坡国立大学 Julian Wright 教授、荷兰蒂尔堡大学 Lapo Filistrucchi 和 Damien Geradin 教授等等。其中，Evans 和 Noel 教授以信用卡交易系统、银行支付系统、互联网平台软件、刊登广告的大众传媒等为例对双边市场的概念进行详细界定，并将不同双边市场中两边市场上的不同主体结合实例进行说明，同时，结合经济学模型对传统的相关市场界定方法之一临界损失测试法（The Critical Loss Analysis）进行修正，并推导出具体的计算公式，以适用于互联网产业中双边市场的相关市场界定。^①Rochet 和 Tirole 教授则在对双边市场的概念进行辨析的基础上，对其盈利模式和定价策略从经济学角度进行剖析；^②并从定价原则的角度对双边市场的特征进行总结，认为双边市场具有需求交叉弹性、服务提供商市场力量的相对性、其中一边市场上消费者剩余的创造性、市场的平台竞争性和多方归属属性（multi-homing）以及服务的交互性等。^③Armstrong 教授则

① David S. Evans & Michael D. Noel, "Defining Markets That Involve Multi-Sided Platform Businesses: An Empirical Framework with an Application to Google's Purchase of Double Click", 2007年11月, 见 <http://ssrn.com/abstract=1027933>。

② Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, "Platform competition in two-sided markets", *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1, No. 4 (2003), pp. 990-1029.

③ Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, "Two-Sided Markets: A Progress Report", *The Rand Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3 (2006), pp. 645-667.

在对双边市场的概念进一步澄清的基础上,认为超市也可以视为双边市场的典型例证,并从单边市场与双边市场的产品差异化分析、双边市场中一边市场上的网络效应与两边市场上的网络效应及竞争性瓶颈均衡(Competitive Bottleneck Equilibria)等角度进行数学公式推导和经济学模型的构建,最终推导出用以分析双边市场竞争情况的经济学模型。^①Julian Wright教授则根据传统单边市场中的规制方式及理论逻辑,提出了传统产业单边市场语境下相关市场的界定理论应用于互联网产业双边市场条件下的八大误区,并指出将单边市场的理论应用于双边市场时应当做出相应的修正。^②Filistrucchi教授则在阐释双边市场定义的基础上,重点对传统的相关市场界定方法诸如假定垄断者测试法(SSNIP)、阿里达—特纳规则(Areeda-Turner Rule)是否应当以及如何适用于互联网产业双边市场语境下相关市场的界定问题进行了论证。^③然而,国外学者对于互联网产业中相关市场界定问题的论述重点放在了对双边市场的经济模型构建和定量分析上,而忽略了从反垄断法理论上对双边市场中相关市场界定时应当首先进行定性分析的前提,并没有从替代性分析的角度对相关市场的界定提出具有建设性意义的结论,也没有针对互联网产业双边市场的特定语境提出真正具有可行性的相关市场界定的方法。

反观国内学者对于互联网产业中双边市场界定问题的研究,主要集中在经济学角度的概念澄清和法学角度的具体案例分析,比较具有代表性的观点有蒋岩波结合微软案、谷歌案与百度案等对互联网产业中双

① Mark Armstrong, "Competition in Two-Sided Markets", *The Rand Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3 (2006), pp. 668-691.

② Julian Wright, "One-Sided Logic in Two-Sided Markets", *Review of Network Economics*, Vol. 3, No. 1 (2004), pp. 44-64.

③ Lapo Filistrucchi & Damien Geradin, "Identifying Two-Sided Markets", 2012年2月9日, 见 <http://ssrn.com/abstract=2008661>。

边市场语境下相关市场界定的司法困境进行了分析,认为互联网产业产品或服务功能的差异性以及交叉的网络外部性给相关市场的界定带来困难,在此基础上建议通过确定双边市场的盈利模式,以利润来源一边的市场作为界定相关市场的主要依据。^①李剑则结合百度案以搜索引擎为例对双边市场的概念进行分析,认为百度案中相关市场界定的范围过窄,同时,结合双边市场上交叉网络外部性等特征,对传统的产品功能测试法应用于百度案进行否定,并肯定了假定垄断者测试法且提出了具体的修正建议。^②仲春则在传统反垄断法相关市场界定需要进行需求替代性分析和供给替代性分析的理论框架下,对相关产品市场和地域市场的界定理论进行梳理,并结合3Q案等对互联网产业中相关市场的界定方法进行分析,得出应当降低相关市场界定的重要性、重视时间因素以及寻求相关市场界定的替补性方法等结论。^③吴韬则结合美国的判例及立法经验,对互联网产业中相关市场的界定应当考察的因素进行论述,认为对相关地域市场进行界定时应当将互联网企业的覆盖范围、物流成本和仓储布局等纳入考虑范畴,对相关产品市场进行界定时应当对互联网广告市场、互联网零售市场以及互联网社交市场三种情况分别讨论。^④郑江梅则对双边市场基础理论进行澄清的基础上,结合其对互联网产业中相关市场界定带来的挑战,提出了重视双边市场的观念、理顺双边市场上的竞争关系、创新相关市场界定的考察因素以及改良传统

① 蒋岩波:《互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路——基于双边市场条件》,《法学家》2012年第6期,第58页。

② 李剑:《双边市场下的反垄断法相关市场界定——“百度案”中的法与经济学》,《法商研究》2010年第5期,第38—45页。

③ 仲春:《互联网行业反垄断执法中相关市场界定》,《法律科学》2012年第4期,第126—138页。

④ 吴韬:《互联网行业反垄断案件中的相关市场界定:美国的经验与启示》,《电子知识产权》2011年第5期,第31—34页。

假定垄断者测试等方法的建议。^①郑骞则对双边市场的基础理论进行阐释之后,提出针对双边市场中相关市场界定的定量分析法和定性分析法。^②王先林教授则对互联网产业相关市场的界定提出如下建议:考虑模糊界定的可能、认识假定垄断者测试法的局限性、市场界定时效性大大缩短、重视供给替代性的作用以及寻找立足于创新能力的替补性方法。^③

总体而言,国内外学者对于互联网产业中滥用市场支配地位行为规制的逻辑起点——相关市场的界定问题研究还是比较多的。但是这些研究的通病在于:首先,仅仅重视经济学的分析而忽略法学角度的论证,对于经济模型的建构固然重要,但是相关市场的界定毕竟属于反垄断法上的问题,需要从法学角度对经济学的知识进行解读,进而研究出具有可操作性的反垄断分析方法;其次,对于互联网产业中双边市场的概念认识不到位,双边市场是否等同于平台市场或两个单边市场的组合,双边市场的具体特征究竟如何作用于相关市场界定时的替代性分析过程,互联网产业中双边市场语境下相关市场的界定方法是否无法承继传统的界定方法,对于传统相关市场的界定方法应该如何改进及修正才能适用于互联网产业相关市场的界定,对该问题的研究不应当仅仅停留在“空对空”的理论构建层面,而应当将经济学的理论及模型进行内化,结合反垄断法相关市场的界定理论对上述问题进行作答,并探求切实可行的互联网产业中双边市场语境下相关市场界定的方法;第三,没有解决互联网产业中相关市场界定的核心难题,即当涉及双边市场时,

① 郑江梅:《双边市场下反垄断法相关市场界定研究》,硕士学位论文,湖南大学,2014年。

② 郑骞:《双边市场下的反垄断法相关市场界定研究》,硕士学位论文,中国政法大学,2012年。

③ 王先林:《中国反垄断法实施热点问题研究》,法律出版社2011年版,第45—47页。

互联网产业中的网络效应和锁定效应是否起作用以及如何起作用，传统界定相关市场理论中市场份额作为认定市场力量的重要因素究竟该如何看待，网络效应与锁定效应如何影响需求替代性和供给替代性的分析过程，互联网产业中对双边市场语境下相关市场界定应当遵循何种原则。以上都是在今后的研究中亟须解决的问题，笔者也将试图在本研究中予以解答。

二、关于互联网产业中市场支配地位认定的研究

市场支配地位的认定是反垄断法对经营者滥用市场支配地位行为进行规制的前提性条件。美国学者以对《谢尔曼法》第1条和第2条的解释为核心，结合相关案例进行研究，欧盟学者则围绕《欧盟运行条约》第102条（原第82条）及相关案例进行论证，基本形成了以市场份额为主，辅之以市场进入壁垒、交易相对人的依赖性等其他因素来对市场支配地位进行认定的理论和方法。我国反垄断法学界及实务界对此观点也基本同意，并在我国《反垄断法》第17条、18条的具体立法中可见端倪。尽管反垄断法学界对于传统的市场支配地位认定的理论有着比较丰富和成熟的研究成果，然而，对于互联网产业中支配地位的认定问题目前研究成果尚缺，亦未对相关理论达成共识或形成主流性的观点。国内外学者皆认识到传统的以市场份额为主的支配地位认定方法并不能完全适用于互联网产业中，至于应当如何修正以及如何认定的问题，相应的研究成果并不多见，具有代表性的国内外学者主要有：欧盟的 Laurent Garzaniti 和 Matthew O'Regan 教授在其《电信、广播和互联网：欧盟竞争法及其规制》一书中在欧盟竞争法的框架下，结合《欧盟运行条约》第102条、106条等对互联网产业中支配地位的认定问题进行阐释，并对互联网著作权、数据库的法律保护、域名、超链接、电子商务、电子支付等问题进行具体分析，但并未形成具有普适性的、通用