

平台封禁行为的法律定性及解决路径

侯利阳 贺斯迈*

内容提要：“强化反垄断和防止资本无序扩张”的提出让我国的平台反垄断进入政策收紧阶段。继多起“二选一”行为被处罚之后，封禁行为成为平台反垄断的又一热点问题。封禁行为表面上涉及拒绝交易的问题，但本质上却是平台在同时行使市场组织职能与市场参与职能时产生的利益冲突问题。因此，与拒绝交易直接相关的两类垄断形态（必需设施与自我优待）不能完全涵盖封禁行为，也无法成为解决该问题的通行路径。但互联网技术互联互通的初始设计理念使得平台无法系统性封禁所有竞争者，而只能封禁有强竞争关系的竞争者。基于这一核心，解决平台封禁问题的主要路径应当是《反垄断法》中的差别待遇。

关键词：平台封禁 拒绝交易 自我优待 差别待遇

一、引言

数字经济从 20 世纪 90 年代产生以来就以前所未有的方式改造着传统经济。据统计，2020 年我国数字经济总量已经达到 39.2 万亿元，占国民生产总值的 38.6%。^{〔1〕} 由于互联网技术对经济发展的极大促进效应，世界各国长期都对互联网经营者持“包容审慎”的态度。但近期包括我国在内的主要反垄断法辖区开始不约而同地收紧这种宽松的态度。中共中央于 2020 年底提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”，^{〔2〕} 正式宣布我国进入了平台反垄断的强监管时代。随后，

* 侯利阳，上海交通大学凯原法学院教授；贺斯迈，上海交通大学凯原法学院博士研究生。

本文为上海市社科规划课题“我国反垄断法实施机制的国际比较研究”（2021BFX010）的阶段性成果。

〔1〕 参见中国信通院：《中国数字经济发展白皮书（2021）》，载 <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202104/P020210424737615413306.pdf>，最后访问时间：2022 年 3 月 16 日。

〔2〕 参见陆敏、周琳：《解读中央经济工作会议精神：防止资本无序扩张》，载 http://bgimg.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/202012/27/t20201227_36160305.shtml，最后访问时间：2022 年 3 月 16 日。

2021年初国务院反垄断委员会颁布《关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄发〔2021〕1号)(以下简称《指南》)。《指南》将算法合谋、自我优待、平台“二选一”、“大数据杀熟”等引发社会热议的行为明确纳入《反垄断法》的规制射程。在此基础上,国家市场监督管理总局处罚的“阿里案”、〔3〕“美团案”〔4〕以及上海市市场监管局处罚的“食派士案”〔5〕都标志着平台反垄断执法的号角已经吹响。虽然立法和行政执法对热点问题做了快速回应,但如何将所有的平台垄断行为类型化并纳入既有法律体系以实现有效规制,仍是悬而未决的问题。〔6〕

与美国的互联网平台相比,我国平台间争议的频发与国内平台竞争的特殊模式有着极大的关系。谷歌、苹果、脸书、亚马逊(以下简称“GAFA”)等科技平台以产品创新和基础科技升级为主,而我国的互联网平台则以用户和商业模式创新为主。〔7〕这种发展方向使得我国的互联网平台以打造生态圈为目标,与GAFA相比呈现出纵向发展和横向发展方向的差异。横向发展的问题在于:市场的总容量有限,当竞争者都在拓宽基础业务面时,平台间的冲突和摩擦会更加频繁,从而导致垄断争议频发。从微观层面来看,平台以数字技术(digital technology)为基础架构的特质客观上降低了封禁行为的实施成本。从行为表现来看,绝大多数封禁都表现出平台业务接入的障碍,只是技术障碍的具体表现不同。如腾讯QQ不兼容奇虎360安全卫士、菜鸟关闭顺丰数据接口等。

大体而言,平台封禁行为对市场竞争的危害主要表现为两点:第一,该行为与互联网互联互通的初创理念相悖。〔8〕第二,平台一方面是参与竞争的经营者,另一方面也是为其他经营者提供交易场所的组织者。〔9〕这种双重角色的重叠赋予了平台可以通过收集竞争对手信息的方式来打击竞争对手的能力,也存在扭曲市场竞争的可能。〔10〕平台封禁行为频发引起了竞争法理论与实务界的关注,也产生了许多学术成果。〔11〕但依然有一系列问题值得我们思考,比如:如何在法律层面界定平台封禁行为、此类行为与其他垄断行为的边界为何、应当如何适用《反垄断法》对之进行处罚等。2021年9月13日工业和信息化部尝试通过行政指导的方式来“分步骤分阶段解决屏蔽链接问题”,〔12〕但后续工作并无太大进展。因此,该问题的最终解决仍然需要在法律层面寻求答案。鉴于封禁行为的法律定性于今后反垄断执法的重要意义,本文拟对这一问题展开研究,以期对该领域的未来执法提供参考。

〔3〕 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕28号)。

〔4〕 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕74号)。

〔5〕 参见《上海市市场监督管理局行政处罚决定书》(沪市监反垄处〔2020〕06201901001号)。

〔6〕 参见孔祥俊:《论互联网平台反垄断的宏观定位——基于政治、政策和法律的分析》,载《比较法研究》2021年第2期。

〔7〕 参见孙金秀、童菁宇、王会龙:《中美独角兽企业发展比较及启示》,载《北方经贸》2020年第3期。

〔8〕 参见郭传凯:《互联网平台企业封禁行为的反垄断规制路径》,载《法学论坛》2021年第4期。

〔9〕 参见陈永伟:《平台反垄断问题再思考:“企业-市场二重性”视角的分析》,载《竞争政策研究》2018年第5期。

〔10〕 See Lina Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal, 710-805 (2017).

〔11〕 参见侯利阳:《互联网平台反垄断的局限与突破:由“腾讯封禁抖音案”引发的思考》,载《商业经济与管理》2021年第4期;叶明、贾海玲:《双重身份下互联网平台自我监管的困境及对策——从互联网平台封禁事件切入》,载《电子政务》2021年第5期。

〔12〕 参见夏旭田、王俊:《互联网“破壁行动”提速,工信部将分步骤分阶段解决屏蔽网址链接问题》,载 <http://www.21jingji.com/2021/9-14/yMMDEzNzlfMTYyNzlyMA.html>,最后访问时间:2022年3月16日。

二、平台封禁行为的法律定性

（一）封禁行为的成因

互联网经济在过去三十多年的发展过程中逐步发生变异，并产生了与设计之初完全不同的发展趋势。在 20 世纪 90 年代产生之初（或称之为 Web 1.0 时代），互联网经济主要呈现为信息的单向传递。此时的互联网公司先将传统信息数字化，然后向用户传递。这种单向的信息传递往往不涉及互联网公司的互联互通问题。千禧年后互联网进入了 Web 2.0 时代。这个时期的主要特征为互联网公司开始将用户纳入信息的制作过程之中。此时的互联网公司不再是单向信息的传递主体，而逐渐演变为用户传递信息的渠道。用户通过互联网平台分享自己制作的内容（user generated content）。自此，互联网平台逐渐演变为信息双向传递的平台。^{〔13〕} Web 2.0 时代的互联网平台都有自己的核心业务，原则上不应当产生竞争关系，基本上秉持了相互协作的态度。

不过，当互联网经济进入“互联网+”阶段之后，平台的概念开始进一步扩张。目前，平台的内涵不仅仅包括互联网公司为用户分享信息的平台，也包括互联网公司促使不同产品相互融合的平台。在“互联网+”时代，互联网公司为了增加用户黏性开始在核心业务之外整合其他互联网产品。^{〔14〕} 如此，平台的概念开始被拓展为互联网产品的集合平台，或者说互联网生态圈。^{〔15〕} 互联网生态圈的打造主要从两个层面进行。首先，互联网平台可以通过内部建设逐步扩张到其他业务领域。比如，腾讯除了核心的即时通信业务之外，还进入了短视频业务、支付业务、电子商务领域等。其次，互联网平台也可以与其他平台合作打造更为庞大的互联网生态圈。^{〔16〕} 比如，腾讯联合京东、拼多多进入电子商务领域，联合快手进入短视频分享领域；阿里巴巴联合优酷进入视频分享领域，联合新浪进入微博业务领域等等。

当平台的概念拓展为容纳不同互联网业务的聚合平台之后，不同平台之间就不再仅仅是合作共赢的关系，而演化出盘根错节的既合作又竞争的关系。此外，我国互联网行业的竞争开始呈现饱和状态，截至 2021 年 6 月，我国网民规模达 10.11 亿，互联网普及率达 71.6%。我国即时通信用户规模达 9.83 亿，网络视频（含短视频）用户规模达 9.44 亿，其中，短视频用户 8.88 亿，占网民整体的 87.8%。网络支付用户 8.72 亿，网络购物用户 8.12 亿，网络新闻用户 7.60 亿。^{〔17〕} 从这几类数据来看，不同互联网平台的用户数与总网民数占人口比值非常接近。这不但说明我国互联网平台用户存在高度重合，同时也意味着平台通过新增用户获得规模化的路径急剧收紧。因此，平台面临着从提升用户数量向提升单位用户利润的竞争。在这种既合作又竞争的复杂关系中，平台从原先“异质互联网业务的竞争”逐渐演变为“同质互联网平台的竞争”。封禁

〔13〕 See Tim O'Reilly, What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software, 65 *Communications & Strategies*, 17-37 (2007).

〔14〕 参见张江莉：《互联网平台竞争与反垄断规制：以 3Q 反垄断诉讼为视角》，载《中外法学》2015 年第 1 期。

〔15〕 参见杭州铁路运输法院（2018）浙 8601 民初 1020 号民事判决书。

〔16〕 参见陈兵：《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》，载《法学》2020 年第 2 期。

〔17〕 参见中国互联网络信息中心：《第 48 次中国互联网络发展状况统计报告》，载 <http://cnnic.cn/hlwfzyj/hlwxyzbg/hlwtjbg/202108/P020210827326243065642.pdf>，最后访问时间：2022 年 3 月 16 日。

行为正是在这样的背景之下愈演愈烈。

就这个角度而言,平台封禁行为与互联网行业的初始发展理念是相悖的。这主要表现在两个方面。其一,互联网以信息共享为设计理念,因此平台间的互联互通应为创设互联网的本意。封禁意味着与其他互联网平台不共通,也意味着不同平台的信息无法共享,会产生信息的孤岛效应,从而整体上不利于互联网经济的进一步发展。其二,信息互联网已经逐步演变成为注意力经济,也即通过吸引用户注意力获得商业利益的经济模式。^{〔18〕} 注意力经济使得广告的投放范围更广、投放对象更为精确,已经成为衡量互联网企业竞争力的关键标准。互联互通意味着用户可以通过单一平台浏览其他平台的信息,这不仅会增加既有用户的黏性,更可以吸引更多的潜在用户,获得更多的注意力。因此,加强平台间的互联互通原则上会形成互利共赢的局面,^{〔19〕}而相互封禁则会限制这种正向网络效应的放大。

(二) 封禁行为的定义

虽然平台封禁行为是近期互联网行业中的热门话题,但这个名称只能算作俗语,并非是一个法律术语。若在法律层面对平台封禁行为进行分析,那么封禁行为这个措辞至少存在两个问题。首先,平台封禁行为在词汇使用过程中大致呈现出两种含义。2019年之前的封禁主要是指互联网平台封禁用户账号的行为;^{〔20〕} 2019年之后封禁行为逐渐转变为互联网平台封禁另一互联网平台,或者相互封禁。其次,在现有的研究中,多数学者仅从既有案件出发总结行为方式(如“抖音诉腾讯案”^{〔21〕}),而未给出平台封禁行为的一般性定义。^{〔22〕} 从该行为的法律表现来看,学者们的理解也不一致。有学者将平台封禁理解为《反垄断法》中的拒绝交易行为;^{〔23〕} 也有学者认为平台封禁行为的范围更广,还应当包含“二选一”与差别待遇行为等^{〔24〕}。因此,在对该行为进行法律分析前有必要对平台封禁行为的概念进行法律定性。

本文认为平台封禁行为应当从如下两个层面进行理解。第一,明确封禁行为的对象。平台封禁行为可以被定义为在正常情况下可畅通进行的业务因为某种原因而被拒绝提供。在这一语境下,封禁行为最接近于《反垄断法》中的拒绝交易。进而,封禁行为的对象应当是平台内经营者,而非终端用户。若为后者,则是消费者保护的范畴,而非反垄断的范畴。第二,虽然平台为了实现不与平台内经营者交易之目的可以采取多种行为,但并非所有的行为都与封禁行为直接相关。与平台封禁产生交叉的垄断行为主要有“二选一”、限定交易、搭售和自我优待。^{〔25〕}下面对平台封禁与这几类垄断行为之间的异同进行分析。

〔18〕 See Tim Wu, Blind Spot: The Attention Economy and the Law, 82 *Antitrust Law Journal*, 771 (2019).

〔19〕 See Preta Augusto, Platform Competition in Online Digital Market (2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3272839>, last visited on Mar. 16, 2022.

〔20〕 参见解志勇、修清华:《互联网治理视域中的平台责任研究》,载《国家行政学院学报》2017年第5期;仲春:《“微信封禁公众号垄断纠纷”一审介评》,载《知识产权与市场竞争研究》2019年第1期。

〔21〕 参见北京知识产权法院(2021)京73民初189号民事案件受理通知书。

〔22〕 参见叶明、贾海玲:《双重身份下互联网平台自我监管的困境与对策——从互联网平台封禁时间切入》,载《电子政务》2021年第5期。

〔23〕 参见陈兵、赵青:《互联网平台封禁行为的反垄断法解读》,载《法治现代化研究》2020年第3期。

〔24〕 参见张江莉、张镭:《互联网“平台封禁”的反垄断法规制》,载《竞争政策研究》2020年第5期。

〔25〕 参见前引〔24〕,张江莉、张镭文。

首先，“二选一”是指平台要求平台内经营者不得入驻其他平台。^{〔26〕}根据这一定义，“二选一”至少涉及三方主体：实施该行为的主体——平台，该行为的实施对象——平台内经营者，该行为的间接实施对象——竞争性平台。而平台封禁行为是平台与平台之间的封禁，只涉及平台与其他平台这两方主体。因此，平台封禁行为不涉及平台内经营者，或者说在该行为中竞争性平台与平台内经营者的身份合一。与“二选一”经常同时提及的垄断行为是限定交易，《反垄断法》将限定交易界定为垄断者限定交易相对人只能与自己或者自己指定的经营者交易的行为。^{〔27〕}从中可以看出，限定交易与“二选一”具有相同的目的。换言之，“二选一”在《反垄断法》中的映射即为限定交易。因此，本文认为平台封禁不同于“二选一”与限定交易。

其次，搭售在《反垄断法》中被归类为附加不合理交易条件的行为。^{〔28〕}《反垄断法》对于搭售的规定比较宽泛，此处的“附加不合理条件”应当是指附加购买其他商品的不合理条件。因此，学界一般将搭售定义为除非交易相对方同意购买另一商品，否则垄断者就拒绝出售其想要购买的商品。^{〔29〕}但平台封禁行为从目前的市场表现来看一般不会附带强迫竞争性平台购买其他商品或者服务的要求，而只是单纯地不提供服务。因此，平台封禁行为与搭售的区别显而易见。

再次，自我优待并非传统的垄断行为。该行为最早见于欧盟的“谷歌购物案”。^{〔30〕}虽然欧盟在该案中并没有给出自我优待的定义，但学者将之界定为“垄断者在下游市场或者其他相邻市场的竞争中相较于竞争者的商品更为优待自己的或者关联企业的商品”^{〔31〕}。从这个定义可以看出，自我优待是按照实施目的进行界定的垄断行为。为达成该目的，垄断者可以采取多种行为方式。而平台封禁是按照行为的表现方式进行界定的垄断行为。因此，二者在外延方面具有一定的交叉。具体而言，垄断者可能会采用平台封禁的行为方式来达成自我优待之目的。

鉴于此，本文中的封禁行为是指平台针对入驻自身平台的其他平台所实施的拒绝交易行为。这种封禁行为可以被视为一种选择性拒绝或附加苛刻条件的交易。在这种行为中，实施封禁行为的平台与被封禁的平台之间可能存在两重关系：第一重关系为上下游企业之间的交易关系（外在表现为拒绝交易），第二重关系为处于相同市场的竞争关系。从这两重关系来看，实施封禁行为的平台应当是纵向一体化（vertical integration）的经营者，一方面提供其他平台所需要的服务，另一方面又提供与其他平台具有竞争关系的服务。从行为表现来看，平台封禁与“二选一”、限定交易、搭售均有较为明显的区别，但与拒绝交易和自我优待具有一定的重叠关系。

三、拒绝交易与自我优待的分析路径

从前文的定性来看，平台封禁行为应当首先被认定为拒绝交易或者自我优待，其违法性分

〔26〕 参见王晓晔：《论电商平台“二选一”行为的法律规制》，载《现代法学》2020年第3期。

〔27〕 参见《反垄断法》第17条第1款第4项。

〔28〕 参见《反垄断法》第17条第1款第5项。

〔29〕 参见李剑：《合理原则下的单一产品问题——基于中国反垄断法搭售案件的思考》，载《法学家》2015年第1期。

〔30〕 See Case T-612/17, Google and Alphabet v. Commission, ECLI: EU: T: 2021: 763.

〔31〕 Pablo Ibáñez Colomo, Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles, 43 *World Competition*, 417-446 (2020).

析也应当首先从这两种行为开始。我国《反垄断法》第17条明确禁止拥有市场支配地位的主体实施拒绝交易的行为。虽然我国既没有自我优待的立法,也没有相应的执法实践,但《反垄断法》具有较为开放的体系,因此对自我优待的研究可以基于国外案例中形成的分析框架展开。

(一) 拒绝交易

互联网平台具有双边市场、网络效应、锁定效应,因此会产生“赢者通吃”的倾向。^[32]甚至,欧盟竞争执法机构在《数字市场法(草案)》中提出互联网平台控制着其他经营者进入市场的“入口”,应当将符合条件的互联网平台界定为“守门人”。^[33]如此,平台封禁行为主要与拒绝交易发生关联,而拒绝交易行为所涉及的主要理论为必需设施。

必需设施的观点首次出现在1912年美国的“终端铁路案”。^[34]该案提出“如果缺乏特定设施会使某一市场消失,则该行为本身违法”的观点。此后直至1985年的“阿斯彭高山滑雪案”,^[35]该原则才正式被纳入反垄断的执法范畴,并最终确立了必需设施的分析框架:“当竞争面临被消灭的紧急情形时,不需要通过滥用市场支配地位——拒绝交易的分析步骤,可以直接认定特定设施构成必需设施,并对被拒绝的经营者进行救济。”^[36]欧盟在20世纪80年代引入这一原则,并在美国判例的基础上发展出了“新产品”^[37]和是否存在“核心替代设施”^[38]的分析要件。我国也有涉及必需设施的案件,如“先声药业案”、^[39]“扑尔敏案”、^[40]“重庆西南制药二厂案”^[41]等。从这些案件中可以总结出解决拒绝必需设施问题的一般思路:首先,拒绝交易的主体是同时活跃在上下游两个市场的企业,而被拒绝交易的主体只活跃在下游市场;其次,拒绝交易的主体在上游市场拥有近乎垄断的市场力量;最后,由于上游主体的拒绝交易行为,被拒绝交易的主体往往因为缺乏必需的生产资料被排挤出下游市场。

我国关于拒绝必需设施的规定具体体现在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》(以下简称《规定》)第16条和《指南》第14条。这两个细则确立的三个要件都围绕着平台是否足够“关键”进行判定:(1)其他产品的替代可行性;(2)相对人对该设施的依赖程度;(3)经营者提供该设施可能遭受的影响。在平台生态的经营模式下,交易往往由多个环节互补而成,因此,独家许可、商业秘密、专利等特定环节确实可能构成必需设施。^[42]但这并不意味着互联网平台

[32] 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。

[33] See European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), available at https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf, last visited on Dec. 15, 2022.

[34] See United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912).

[35] See Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).

[36] 前引[35]。

[37] Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Media print Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG 1998, ECRI-7791.

[38] Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG 2004, ECR I-5039.

[39] 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕1号)。

[40] 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2018〕21号)。

[41] 参见《重庆市工商行政管理局行政处罚决定书》(渝工商经处字〔2016〕15号)。

[42] 参见唐要家:《反垄断经济学:理论与政策》,中国社会科学出版社2008年版,第211页。

的核心业务在任何情形下都会构成必需设施。事实上，平台很难满足构成“必需设施”的唯一性证明标准，如在线搜索服务市场，强大如谷歌的在线搜索平台也无法被认定为必需设施。互联网平台既不具有码头、港口等设施在物理建设层面的不可再建性，也不具有知识产权在法律层面的不可复制性，^[43] 因此从必需设施的角度认定封禁行为违法难度极大。各国执法机构在认定互联网平台是否构成必需设施时也都非常谨慎。如美国 HiQ 诉 LinkedIn^[44] 一案中，虽然法院要求 LinkedIn 开放数据，但是基于合同义务而非损害竞争，在 iTunes 一案中，法院也驳回了将 iTunes 数字音乐商店认定为必需设施的主张。^[45]

鉴于此，相较于其他滥用行为，必需设施的法律要件虽然明确，但证明标准比较高。实践中能够满足必需设施的案件非常少。时至今日尚未有任何一个互联网平台在反垄断案件中被认定为必需设施。而从垄断效果的分析来看，即使互联网平台实施了拒绝交易行为，也很难得出下游竞争者无法生存的结论。^[46] 因此，虽然未来可能会有少数案件满足必需设施原则的要求，但总体而言这并非解决平台封禁行为的有效路径。

（二）自我优待

自我优待是伴随着互联网发展而产生的新问题，^[47] 它是指当互联网平台与平台内经营者存在竞争时，平台对自己的产品或服务给予优惠待遇。目前，学界对“自我优待”性质上的判定存在很大差异。主要争议聚焦在该行为到底是经营者对自身竞争优势的合理运用，还是滥用市场支配地位行为。^[48] 现阶段，自我优待在实践中的表现形式可以总结为两类。其一，平台在进行排名的时候将自营产品排在竞争性产品之前，或以更醒目的方式展现给用户；其二，平台不允许平台内商家提供竞争性的业务。

但是，从广义上来说，自我优待可以被归类为差别待遇。我国《反垄断法》条文中也存在禁止拥有市场支配地位的主体实施差别待遇行为的规定。^[49] 这似乎暗示着反垄断法的可适用性。但《反垄断法》中的差别待遇是指拥有市场支配地位的主体对不同的交易第三方（不包括自己）所实施的差别待遇的行为。^[50] 而自我优待中的差别待遇则是平台对自己或者关联企业的产品与对第三方产品之间的差别待遇。二者虽然具有形式上的相似性，但自我优待可能属于企业纵向一体化的自然效应。纵向一体化是提升生产效率的正常市场行为，若禁止经营者从事自我优待行为，则意味着不允许经营者从事纵向一体化的行为。反垄断法的目的应当是保护更有效率的市场行为，为了规制自我优待而限制纵向一体化则超越了传统反垄断法的执法范围。此前欧盟处罚谷

[43] See Inge Graef, Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence, 38 *Yearbook of European Law*, 466 (2019).

[44] See HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019).

[45] See *Sommers v. Apple, Inc.*, No. 5: 07-cv-06507 (N.D. Cal. Dec. 31, 2007); *Slattery v. Apple, Inc.*, No. C 05-00037 JW, 2005 WL 2204981, (N.D. Cal. Sept. 9, 2005).

[46] 参见陈兵、赵青：《反垄断法下互联网平台“封禁”行为适法性分析》，载《兰州学刊》2021年第8期。

[47] 参见前引[9]，陈永伟文。

[48] 参见孟雁北、赵泽宇：《反垄断法下超级平台自我优待行为的合理规制》，载《中南大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

[49] 参见《反垄断法》第17条第1款第6项。

[50] See Robert O' Donoghue, Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, p. 805.

歌自我优待的案件就受到了学界的诸多批评。^[51]甚至,欧盟法院前法官范斯特多夫(Vesterdorf)就批评该案,对自我优待的否定性评价可能意味着垄断企业有义务与下游市场中的关联方和第三方以同等条件交易,如果这一假设成立,那么这种义务的来源已接近于必需设施。^[52]

解决这一问题的核心应当是确保平台在双重身份下进行决策时仍能保持中立,传统意义上的平台仅扮演纯粹的中介市场角色,比如房屋销售中介。但是互联网平台在提供中介服务的同时,还亲身入场提供自营服务,互联网平台这种既当运动员又当裁判的双重身份是自我优待行为产生争议的本源。但是这种冲突并不总是与利用市场支配地位相关,即便没有市场支配地位的主体同样可以从自我优待行为中盈利。在欧盟委员会提起的《数字市场法(草案)》中,该问题就被明确指出。^[53]因此,虽然欧盟存在适用反垄断法处罚自我优待的先例,但欧盟委员会还是在该草案中建议设置平台不得自我优待的规制条款。^[54]从这个角度也证实了自我优待行为尚无法被反垄断法完全涵盖。

(三) 小结

综上,本文认为在反垄断法的语境下,平台封禁行为较难从必需设施与自我优待的角度进行解决。互联网平台很难满足构成“必需设施”要求的唯一性标准,也不会得出拒绝接入平台而面临退出市场的风险。从必需设施的视角分析反垄断法的适法性存在诸多争议。这种适法性争议的背后实际上是不同经济学理论的冲突。第三方总是希望互联网平台能够保持其业务的开放性,以此为基础可以提供更多的增值服务。^[55]但反垄断框架中的市场效率分析不能过于倾向任何一方。过于强调增值服务的提供意味着对于基础服务提供者的侵害。若因此阻碍了提供基础服务者的创新动力,那么增值服务的提供无异于无本之木。此外,对于封禁行为是否会抑制互联网平台的生产效率,经济学界存在不同的观点。无论基于主观意愿还是客观技术角度,互联网平台不可能对所有的竞争性平台都实施封禁行为。实施封禁行为的可能性需要根据平台提供的产品和服务作进一步细分。如果两个平台提供的产品同质性高,那么相互封禁的行为发生概率就高;反之,如果产品差异化很大,甚至有较强的互补性,则封禁行为的发生概率就降低。但平台产品的同质化也决定了平台间的封禁行为是个零和博弈。^[56]虽然封禁行为的实施会使得市场结构更加不均衡,优势平台的市场份额会进一步提升,但却不会降低社会福利水平。换言之,该行为可能并不会损害市场效率。^[57]正是这些冲突的观点使解决平台封禁问题的探讨难以达成一致。

[51] See Inge Graef, Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence, 38 *Yearbook of European Law*, 473 (2019).

[52] See Bo Vesterdorf, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal—Two Sides of the Same Coin? 1 *Competition Law & Policy Debate*, 4–9 (2015).

[53] 参见前引[33]。

[54] 参见前引[33]。

[55] 参见张晓明、夏大慰:《开放平台与所有权平台的竞争:网络效应与策略选择》,载《中国工业经济》2006年第12期。

[56] 参见陈永伟:《封禁问题的是与非》,载《经济观察报》2021年7月19日,第33版。

[57] 参见刘大为:《差异化平台竞争中的兼容激励研究》,载《软科学》2018年第4期。

四、差别待遇的分析路径

（一）反垄断法中的差别待遇

虽然封禁行为较难从必需设施和自我优待的角度进行处理，但这并不意味着封禁行为无法被其他行为类型涵盖。平台间的互联互通不仅是互联网的设计理念，而且也会带来合作共赢的效果。因此，互联网平台在实施封禁行为的时候很难做到完全封禁第三方主体。换言之，即便封禁行为对自己有利，作为市场组织者的互联网平台也无法将自己打造成完全封闭的体系，从而完全不与其他平台互联互通。如此，在实施封禁行为的时候互联网平台往往只封禁与自己有直接的、紧张的竞争关系的平台，而与和自己具有弱竞争关系的平台保持互联互通。若是无差别性全部封禁，则只能通过必需设施和自我优待的路径进行分析，但若是选择性地封禁，则会涉及《反垄断法》第17条第1款第6项中的差别待遇行为。

从表面上来看，差别待遇具有天然的违法性。但在反垄断法框架中多数差别待遇行为都是合法的。经济学假设边际收益是不断递减的，而边际成本是递增或不变的。差别待遇可以使得销售量落在边际收益递减曲线和边际成本递增曲线的交叉点或者某一个区间，从而可以产生扩大销售量的效果。^{〔58〕} 根据企业采取的价格决策不同，差别待遇可以分为一级歧视、二级歧视和三级歧视。一级歧视，是针对每个消费者收取不同的价格，且该价格是消费者的保留价格。传统经济学认为，一级价格歧视不存在效率损失，所有价格等于边际成本以上的需求都能被满足，因此也称“完美歧视”。二级歧视即“非线性定价”，是指根据不同的交易量收取不同的价格。三级歧视是指对处于不同市场、需求曲线不同的消费者采取不同的定价。^{〔59〕} 由于这些歧视行为可以满足一部分原本无法购买相关产品的消费者的需求，因此，经济学界通常认为差别待遇会一定程度地提高社会福利。

虽然多数差别待遇具有促进竞争的效果，但在特定市场条件中差别待遇也会造成排除限制竞争的效果，从而违反《反垄断法》。经济学界将差别待遇的竞争损害分为“一线损害”（primary line injury）与“二线损害”（secondary line injury）。^{〔60〕} 这种划分方式的意义在于区分该行为所致的损害后果属于横向损害还是纵向损害。在一线损害的场景中，实施差别待遇的企业与接受差别待遇的企业处于同一个相关市场。这类行为的主要表现形式是给予新老客户不同的待遇，吸引竞争对手的客户，以排除、限制同一市场中竞争者为目的。二线损害是指损害结果发生在不同层级的经营者之间，其目的是排除次级市场上的竞争。此类行为的实施主体往往为纵向一体化的企业，它们同时活跃在多个市场，通过对交易相对方实施不同条件使特定相对人处于竞争劣势。^{〔61〕} 虽然这两种损害均可能违反《反垄断法》，但从实践来看反垄断执法机构更关注产生二线损害的差别待遇。^{〔62〕} 这也与本文研究的平台封禁行为密切相关。

〔58〕 参见张维迎：《经济学原理》，西北大学出版社2015年版，第266-273页。

〔59〕 参见许光耀：《价格歧视行为的反垄断法分析》，载《法学杂志》2011年第11期。

〔60〕 参见唐要家：《三级价格歧视竞争效应与反垄断政策》，经济科学出版社2016年版，第191页。

〔61〕 参见兰磊：《非法价格歧视行为的判断标准研究》，载《竞争政策研究》2015年第2期。

〔62〕 See Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2014, p. 559.

我国对于差别待遇的禁止主要体现在《反垄断法》《规定》和《指南》这三部法律文件中。根据这些法律文件，差别待遇的反垄断分析包含四个要件：（1）经营者具有市场支配地位；（2）经营者实施了差别待遇的行为；（3）该行为对市场具有排除、限制竞争的影响；（4）该行为不具有正当理由。^{〔63〕}市场支配地位的认定因涉案业务的不同会呈现差异，本文的分析侧重于垄断行为的定性分析，因此在下文的分析中假定市场支配地位要件已经满足。

（二）差别待遇行为

《反垄断法》将差别待遇的行为要件界定为“对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”。鉴于此，差别待遇包含两个细分行为要件：（1）交易相对人的条件相同；（2）在交易价格等交易条件上存在差别。虽然《反垄断法》本身对于这两个要件没有进行详细规定，但《规定》和《指南》都给出了认定标准。

差别待遇的核心行为要件是第二个要件，即对不同交易相对人的交易条件存在差别。在实践中，这个要件的满足并不困难。我国的反垄断执法机构对于交易条件的差别并没有设置较高的证明标准，存在“交易价格、数量、品种、品质登记、优惠条件、付款条件、交付方式、售后服务条件”^{〔64〕}等方面的差别即可满足该要件的举证责任。而对于平台经济领域，“基于大数据和算法，根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等，实行差异性交易价格或者其他交易条件”或者“实行差异性标准、规则、算法”也属于差别待遇。^{〔65〕}从这些规定可以看出，任何导致交易相对人价格或者成本不同的行为均可归类为差别待遇。而具体到平台封禁行为，交易条件的差别更容易判断：只要被封禁的市场主体发现相关市场中存在未被封禁的其他经营者即可满足该要件。

比较复杂的是第一个要件——交易相对人的条件相同。市场的交易情况千差万别，反垄断法中的差别待遇也不可能要求拥有市场支配地位的主体同等对待所有的交易相对方。这个要件的目的在于明确不同交易主体之间的可比性。^{〔66〕}可比性分析应当首先区分经营者的内部交易与外部交易。前述关于自我优待的分析已经指出，反垄断法并不禁止经营者优待自己的隶属企业或者关联企业。这些交易属于经营者的内部交易，交易条件自然会与第三方的外部交易存在较大的差别。实际上，差别待遇也仅限于在外部交易中的歧视性行为。但第三方主体之间也存在“交易安全、交易成本、交易规模、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面”^{〔67〕}的差别，因此也并不必然具有可比性。具体到平台经济领域，不同的交易相对人也会存在“隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面”的差异，^{〔68〕}从而会影响可比性。

当涉及价格或者具体成本方面的差别待遇时，不同交易相对方之间的可比性分析非常困难。类似于交易安全、交易成本、交易规模、信用状况、交易环节、交易持续时间等方面的信息很难被合同之外的第三方获悉，因此原告在实践中很难完成这方面的举证责任。不过平台封禁行为具

〔63〕 参见《规定》第21条。

〔64〕 《规定》第19条。

〔65〕 参见《指南》第17条。

〔66〕 参见李剑：《标准必要专利许可费确认与事后之明偏见：反思华为诉IDC案》，载《中外法学》2017年第1期。

〔67〕 《指南》第17条。

〔68〕 参见《指南》第17条。

有明确的外部表现形式，从而使得可比性分析变得较为简单。互联网平台是组织市场的双边市场，原则上平台应当吸纳尽可能多的用户和平台内经营者。^{〔69〕}对于平台来说，不同用户之间与不同平台经营者之间都是同等的关系。平台封禁行为意味着平台拒绝向某些平台内经营者提供服务。那么除非该经营者与其他平台内经营者存在较大的差别，否则平台原则上不得实施封禁行为。因此，在实践中被封禁的经营者并不难建立与其他经营者的可比性。比如在“抖音诉腾讯案”中，腾讯封禁直连的对象仅为抖音，而对其他第三方短视频平台（比如西瓜视频等），腾讯并没有实施封禁行为，那么单单封禁抖音的行为则属于差别待遇的行为范畴。

（三）排除限制竞争

反垄断法并不是禁止所有的差别待遇行为，而只是禁止具有排除限制竞争影响的差别待遇行为。该要件的设置意在阐释差别待遇行为并非是本身违法行为，而是合理原则分析的行为。^{〔70〕}所谓的排除限制竞争影响并不是分析垄断行为对于具体对象的侵害效果，而是要分析该行为对整个相关市场中的竞争机制的影响。如何分析排除限制竞争影响，《反垄断法》及其细则并没有明确，不过既往的案例已经展示出较为清晰的分析思路。从我国的反垄断执法实践来看，排除限制竞争效果应当包含两个要件。

其一，实施垄断行为的主体在实施该行为后获益。反垄断法的目的是通过对垄断行为的处罚恢复竞争机制。如果某垄断主体在实施垄断行为之后市场份额大幅度下降，那么一方面意味着其行为对竞争机制没有造成任何负面影响，另一方面也意味着市场机制对于该行为已经做出了有效的反馈，那么反垄断执法机构也没有介入之必要。该要件在我国最高人民法院审理的“3Q案”中有明确说明。^{〔71〕}最高人民法院发现：在腾讯公司实施涉案垄断行为后的两三周内，“主要竞争对手 MSN、飞信和阿里巴巴等的用户数量均有较高增幅；如果该行为持续更长时间，腾讯的市场份额将大幅下滑”，并最终以此认定腾讯的行为没有产生排除限制竞争影响。

其二，其他竞争者能否有效应对该垄断行为。即便在实施垄断行为后垄断主体的市场份额提升，也并不意味着产生了排除限制竞争影响，这也可能是垄断主体的产品质量远远高于竞争对手所致。因此，当发现垄断主体的市场份额提升后，还需要分析其他竞争者能否有效应对该垄断行为。与该要件相关的典型案例是“利乐案”。^{〔72〕}执法机构经过调查发现：在利乐公司实施了忠诚折扣后，如果竞争对手要获得同等的销量，他们的折扣幅度必须要高于利乐公司的一倍左右，才能与后者有效竞争。因此，执法机构认为利乐公司的行为严重提高了竞争对手的成本，压缩了竞争者的生存空间，并判定该行为产生了排除限制竞争影响。

对于歧视性的平台封禁行为来说，被封禁的主体应当调查实施封禁的主体是否出现市场份额提升的效果。如果实施封禁的主体并未获得更多的市场份额，那么这些行为就应当是符合《反垄断法》的。若发现实施封禁的主体获益后，被封禁的主体还需要继续证明自己无法有效应对该封禁行为。以“抖音诉腾讯案”为例，腾讯封禁抖音直链的行为可以视为增加了抖音的广告宣传成

〔69〕 参见宁立志：《双边市场条件下相关市场界定的困境和出路》，载《政法论丛》2016年第6期。

〔70〕 参见李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，载《中外法学》2019年第4期。

〔71〕 参见《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》。

〔72〕 参见《国家工商行政管理总局行政处罚决定书》（工商竞争案字〔2016〕1号）。

本,进而可以将抖音与其他未被封禁的短视频平台进行比较,以被拒绝直连的时间为节点,通过新增、维持活跃用户费用的增长证明拒绝直连的行为大幅提升了抖音的竞争成本。如果市场数据支持这一判断,则可证明腾讯公司的封禁行为产生了排除限制竞争影响。

(四) 合理排除事由

作为对千变万化的市场竞争的回应,在确定涉案行为产生排除限制竞争影响后,反垄断法允许垄断主体以合理理由进行抗辩。根据我国的相关规定,垄断行为的合理理由大致分为两类。第一类是符合交易习惯和行业惯例的行为,属于自由约定有效的范畴。第二类是为了应对竞争压力而实施的行为。第一类行为是反垄断法对市场机制自我规制效应的尊重,即对交易习惯和行业惯例的认可。^[73] 第二类合理理由主要是指“针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动”和“随机交易”带来的新增用户激励。^[74] 世界各国均允许经营者(包括具有市场支配地位的经营者)为了应对竞争压力而实施差别待遇。^[75] 获得新用户是所有经营者参与市场竞争的主要目的,因此,针对新用户的首次交易以及在合理期限内开展的优惠活动往往被认为是合理行为。

平台封禁行为很难与第二类合理理由产生关联,因此,是否符合第一类理由是此类案件中分析的关键。互联网经济从产生到现在也只有不到三十年的历史,尚未形成广为接受的交易习惯和行业惯例,这也是互联网领域产生诸多争议的主要原因。^[76] 但也存在一些可资讨论的公开规则。目前的平台封禁行为主要表现为外部链接直接分享的封禁。而对何种外部链接可以分享,各个平台也都制定了自己的内部规则,比如《微信外部链接内容管理规范》,^[77] 那么这些管理规范就可以成为实施封禁的主体自我认可的交易习惯和行业惯例。在上述文件中腾讯详细列举了十九类外部链接可能会被禁止的情形,但这些禁止性规定针对的是存在内容违规的具体链接,其处罚措施也只是对违规链接进行不同形式的封禁。而在“抖音诉腾讯案”中,腾讯却是对来自抖音平台的所有外部链接进行整体性封禁,并未从内容上进行违规或者不违规的区分。那么,该行为在上述文件中就缺乏直接的条文依据,因此难以从交易习惯和行业惯例上面得到豁免。

五、结 语

互联互通对于互联网及其参与者(包括用户、平台经营者、其他平台)的益处显而易见。但是平台实施封禁行为仍然有足够的动机与合理性。这主要是因为平台一方面是市场的组织者,另一方面又是市场的参与者。这种双重身份在平台打造互联网生态圈的过程中会出现利益冲突的问题:作为市场组织者的平台应当具备中立性;但作为市场参与者,平台又承担着个体利益最大化的压力。由于这种冲突根源于平台的双重身份,因此,我们不能简单认定平台实施封禁行为合法

[73] 参见《规定》第19条;《指南》第17条。

[74] 参见《规定》第19条;《指南》第17条。

[75] 参见肖伟志:《应对竞争的抗辩:美国和欧共体反价格歧视法的比较与借鉴》,载《河北法学》2006年第7期。

[76] 参见孟雁北:《反不正当竞争法视野中的商业道德解读——以互联网行业不正当竞争行为的规制为例证》,载《中国工商管理研究》2012年第12期。

[77] 参见腾讯:《微信外部链接内容管理规范》,载 https://weixin.qq.com/cgi-bin/readtemplate?t=weixin_external_links_content_management_specification,最后访问时间:2022年3月16日。

或者非法。如果一概允许封禁行为，必然会损害其他互联网行业参与者的利益；但若一概禁止封禁行为，又会损害平台自身的利益。此外，封禁行为出现的主要原因是平台兼具双重身份引发的利益选择冲突，因此，认定要件苛刻的必需设施或其他一般性滥用行为的分析范式都难以有效解决平台封禁的问题。但是，互联互通的初创理念使得平台不会也无法实现系统性封禁所有存在竞争关系的主体，封禁的对象往往只聚焦于有强竞争关系的主体。因此，封禁行为的损害效果因为满足《反垄断法》的违法性要件而具有适法性，而进入差别待遇的规制范畴则在于经营者在交易时有“选择性”地进行过对象或条件的筛选。综上所述，反垄断法中的差别待遇应当是目前解决平台封禁行为的最优方案。

Abstract: The proposal of “strengthening antitrust and preventing disorderly expansion of capital” makes China’s platform antitrust enter the stage of policy tightening. After several “one out of two” behaviors were punished, the blocking behavior has become another hot issue of platform antitrust. On the surface, the platform ban behavior involves the problem of refusing transactions, but in essence, it is the conflict of interest of the platform in exercising the functions of market organization and market participation. Therefore, the two types of monopoly forms directly related to the rejection of transactions (essential facilities and self preferential treatment) cannot fully cover the blocking behavior, nor can they become a common path to solve this problem. However, the design concept of internet interconnection makes the platform unable to systematically ban all competitors, but only competitors with strong competitive relationship. Therefore, the main way to solve the platform ban should be the differential treatment in the anti-monopoly law.

Key Words: platform ban, refuse to deal, self preferential treatment, differential treatment

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)