

分类号 \_\_\_\_\_  
U D C \_\_\_\_\_

密级 \_\_\_\_\_  
编号 10741

兰州财经大学

LANZHOU UNIVERSITY OF FINANCE AND ECONOMICS

# 硕士学位论文

论文题目 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制  
研究

研究生姓名: 尉宇航

指导教师姓名、职称: 张桂芝 教授

学科、专业名称: 法学 经济法学

研究方向: 市场规制法

提交日期: 2022年5月19日

## 独创性声明

本人声明所呈交的论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

学位论文作者签名： 尉宇航 签字日期： 2022年5月31日

导师签名： 张桂芝 签字日期： 2022年5月31日

## 关于论文使用授权的说明

本人完全了解学校关于保留、使用学位论文的各项规定， 同意（选择“同意” / “不同意”）以下事项：

- 1.学校有权保留本论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文；
- 2.学校有权将本人的学位论文提交至清华大学“中国学术期刊（光盘版）电子杂志社”用于出版和编入CNKI《中国知识资源总库》或其他同类数据库，传播本学位论文的全部或部分内容。

学位论文作者签名： 尉宇航 签字日期： 2022年5月31日

导师签名： 张桂芝 签字日期： 2022年5月31日

# **Big data field operators abuse the dominant position of the market Research on breaking laws and regulations**

**Candidate : Wei Yuhang**

**Supervisor: Zhang Guizhi**

## 摘要

随着数据处理技术的发展以及大数据领域产业规模的不断扩张,数据衍生出收集数据、数据库、推理数据三种表现形式,因其具有即时性、延展性、可复制性、天然独占性等特征,能够为大数据领域经营者带来竞争优势,获得市场支配地位。域内外如HIQ诉领英案、Facebook收购WhatsApp案、大众点评诉爱邦网等数据领域的案例频发,表明大数据领域拥有支配地位的经营者趋于将自身数据优势转化为竞争优势,通过强迫数据收集、多平台数据转移以及无正当理由拒绝数据交易、数据交易价格歧视等行为阻碍市场中的数据流通、限制以数据为核心的技术创新,从而巩固自身市场支配地位。上述行为不仅有损于数据相关市场的正常竞争秩序以及消费者数据权益,更有悖于我国发展数字经济,培育数据要素市场的战略方针。

根据国内外司法实践可得,要使大数据领域滥用市场支配地位的行为得到有效规制,需解决因数据领域多边市场竞争、网络效应等因素所导致的相关市场界定方法失灵以及市场份额无法准确反映数据领域市场竞争力等问题。通过对大数据领域滥用市场支配地位的类型化分析,将其划分为数据收集与数据交易两类。在此基础上,通过利润来源界定主要竞争市场,在假定垄断者测试中计算关联市场的影响以及将数据领域市场支配地位的认定标准细化为用户数据迁移成本、其他经营者数据获取的难易程度以及经营者对相关市场数据流通的控制能力。进而引入反事实度量法认定滥用市场支配地位行为,将大数据领域滥用市场支配地位扩张解释为滥用相对市场优势地位,以必要设施原则规制数据交易以及增设经营者处理数据的算法解释义务。通过上述举措的实施,以使我国反垄断现实司法能够有效规制大数据领域滥用市场支配地位行为,维护我国大数据领域市场竞争秩序。

**关键词:** 大数据 滥用市场支配地位 相关市场界定

## Abstract

With the development of data processing technology and data domain industry scale expanding, collect data, database, reasoning are derived from the data of three kinds of forms, because of its immediacy, ductility, replicable, natural monopoly characteristics, can bring competitive advantage for large data field operator, a dominant market position. Frequent cases in the field of data, such as HIQ v. linkedin, Facebook v. WhatsApp, Dianping v. Aibang, indicate that operators with dominant positions in the field of big data tend to turn their data advantages into competitive advantages. Through forced data collection, multi-platform data transfer, rejection of data transactions without justified reasons, price discrimination of data transactions and other behaviors, data circulation in the market is obstructed and data-centered technological innovation is restricted to consolidate its dominant position in the market. The behaviors mentioned above not only harm the normal competition order of data-related market and the rights and interests of consumers' data, but also go against China's strategic policy of developing digital economy and cultivating data factor market.

According to the judicial practice at home and abroad, in order to effectively regulate the abuse of dominant market position in the field of big data, the failure of relevant market definition methods and the failure of market share to accurately reflect the market competitiveness in the

field of data caused by factors such as multilateral market competition and network effect should be solved. This paper classifies abuse of dominant market position in big data into data collection and data transaction. On this basis, through the main profit source definition competition market, related calculation in this test the assumption that monopoly market and the influence of dominant market position in the field of data standards elaboration to the user data migration cost and other business operators to the difficulty of the data acquisition and control the flow of operators of the relevant market data. Furthermore, counterfactual measurement is introduced to identify the abuse of dominant position in the field of big data, and the abuse of dominant position expansion in the field of big data is interpreted as the abuse of relative dominant position in the market. Through the implementation of the above measures, to enable China's antitrust judicial reality can effectively regulate the abuse of dominant market position in the field of big data, maintain the market competition order in the field of big data in China.

**Keywords:**Big data ; abuse of dominant market position ; relevant market definition

# 目录

|                               |           |
|-------------------------------|-----------|
| <b>1 绪论</b>                   | <b>1</b>  |
| 1.1 研究背景                      | 1         |
| 1.2 研究目的及意义                   | 2         |
| 1.2.1 研究目的                    | 2         |
| 1.2.2 研究意义                    | 2         |
| 1.3 文献综述                      | 3         |
| 1.3.1 国内文献综述                  | 3         |
| 1.3.2 国外文献综述                  | 6         |
| 1.4 研究方法                      | 9         |
| 1.4.1 比较分析法                   | 9         |
| 1.4.2 案例分析法                   | 9         |
| 1.4.3 规范分析法                   | 9         |
| 1.5 创新点与不足                    | 10        |
| 1.5.1 本文的创新点                  | 10        |
| 1.5.2 本文研究不足                  | 10        |
| <b>2 大数据领域滥用市场支配地位行为概述</b>    | <b>11</b> |
| 2.1 市场竞争中数据的概述                | 11        |
| 2.1.1 数据的定义                   | 11        |
| 2.1.2 数据的特征与市场竞争价值            | 11        |
| 2.2 大数据领域滥用市场支配地位的界定          | 13        |
| 2.2.1 大数据领域滥用市场支配地位行为主体的界定    | 13        |
| 2.2.2 大数据领域滥用市场支配地位行为的定义与特殊性  | 14        |
| 2.2.3 大数据领域滥用市场支配地位的危害        | 14        |
| 2.3 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制的理论基础 | 14        |
| 2.3.1 相关市场理论                  | 15        |
| 2.3.2 适度干预理论                  | 15        |
| 2.3.3 合作监管理论                  | 16        |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>3 大数据领域滥用市场支配地位的相关市场界定问题</b> .....     | <b>18</b> |
| 3.1 相关市场界定的现行方案 .....                     | 18        |
| 3.1.1 替代性分析方法 .....                       | 18        |
| 3.1.2 假定垄断者测试分析方法 .....                   | 18        |
| 3.2 大数据领域滥用市场支配地位相关市场的界定困境 .....          | 18        |
| 3.2.1 网络效应使替代性分析法难以适用 .....               | 19        |
| 3.2.2 数据服务“免费”性导致 SSNIP 测试法失灵 .....       | 19        |
| 3.2.3 传统相关市场界定方法无法测算多边市场 .....            | 19        |
| 3.3 德国联邦卡特尔局对 Facebook 数据收集案的相关市场界定 ..... | 21        |
| <b>4 大数据领域市场支配地位的认定问题</b> .....           | <b>23</b> |
| 4.1 市场支配地位的认定标准 .....                     | 23        |
| 4.1.1 市场份额及市场竞争状况 .....                   | 23        |
| 4.1.2 控制销售市场或原材料采购市场的能力 .....             | 23        |
| 4.1.3 经营者的财力或技术条件 .....                   | 23        |
| 4.1.4 其他经营者对其在交易上的依赖程度 .....              | 23        |
| 4.2 大数据领域滥用市场支配地位的市场支配地位认定困境 .....        | 24        |
| 4.2.1 大数据领域相关市场的市场份额常处于动态变化 .....         | 24        |
| 4.2.2 多边市场下市场份额不能单独认定市场支配地位 .....         | 25        |
| 4.3 CTS Eventim 垄断案市场支配地位认定方案分析 .....     | 28        |
| <b>5 大数据领域滥用市场支配地位行为的认定问题</b> .....       | <b>28</b> |
| 5.1 大数据领域滥用市场支配地位行为的认定困境 .....            | 29        |
| 5.2 大数据领域滥用市场支配地位行为认定的类型化分析 .....         | 29        |
| 5.2.1 强迫收集非必要数据 .....                     | 29        |
| 5.2.2 多个市场间数据的相互传导 .....                  | 29        |
| 5.2.3 拒绝数据交易 .....                        | 30        |
| 5.2.4 数据交易附加不合理条件 .....                   | 30        |
| 5.2.5 利用算法实施歧视性交易 .....                   | 31        |
| <b>6 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制的完善建议</b> .....  | <b>32</b> |

|                                 |           |
|---------------------------------|-----------|
| 6.1 大数据领域相关市场界定困境的突破 .....      | 32        |
| 6.1.1 以利润来源界定主要竞争市场 .....       | 32        |
| 6.1.2 以类型化区分优化多边市场的界定 .....     | 33        |
| 6.2 大数据领域市场支配地位认定标准的增设 .....    | 34        |
| 6.2.1 用户数据迁移成本的多少 .....         | 34        |
| 6.2.2 大数据领域的市场壁垒 .....          | 35        |
| 6.2.3 经营者对相关市场数据流通的控制能力 .....   | 35        |
| 6.3 大数据领域滥用市场支配地位行为的规制 .....    | 35        |
| 6.3.1 以反事实度量法认定滥用市场支配地位行为 ..... | 35        |
| 6.3.2 增设禁止滥用相对市场优势地位行为 .....    | 37        |
| 6.3.3 必要设施原则的适用 .....           | 38        |
| 6.3.4 增设算法解释规则 .....            | 40        |
| <b>结语 .....</b>                 | <b>40</b> |
| <b>参考文献 .....</b>               | <b>41</b> |

# 1 绪论

## 1.1 研究背景

在数字经济的背景下，数据资源成为重要的生产要素，能够作为评价企业市场竞争力的标准。在 AI、算法、云计算、大数据等技术的发展下，经营者的数据资源得到了更高效的应用，并能为其带来了更大的经济效益。根据我国《中国互联网络发展状况统计报告》，随着用户规模增长，大数据产业的规模逐渐扩大。据国家经济统计部门的测算，今后中国的大数据行业规模将达到 8 千亿元，占据世界 20% 的市场份额。在信息化和经济高速发展的今天，数据规模将不断扩张，成为国家重要的决策手段。

2021 年 3 月 11 日，在第十三届全国人民代表大会第四次会议批准的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》指出，未来规划应加快建设数字经济……以数字化转型驱动生产、生活、治理变革，强调打造数字经济优势应充分发挥数据价值，促进传统产业转型升级。2020 年 3 月 20 日，国务院在《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》中将加快培育数据要素市场作为完善要素市场化配置的重要组成部分，并指出应推动数据有效流通，提升数据使用价值以及加强数据保护，建立数据管理机制。要使数据要素市场有序发展，应有效规制数据要素市场经营者们可能实施的排除限制竞争的行为，维护数据要素市场竞争秩序。

域内外现实司法如 HIQ 诉领英案、Facebook 收购 WhatsApp 案、大众点评诉爱邦网等案例的频发，象征着因数据处理技术的不断提升，经营者们正趋于将自身数据优势转化为竞争优势，巩固自身的市场支配地位。我国《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（下称指南）虽开创性的在经营者实施垄断行为的过程中肯定了数据起到的积极作用，但并未制定规制数据垄断的针对性条款，这使得《指南》在现实司法规制经营者利用数据优势实施垄断行为中难以有效适用。要解决上述问题，首要需面对相关市场难以界定、市场支配地位认定标准的滞后以及大数据领域滥用市场支配地位的行为难以准确类型化分析等难题。在此背景下，我们必须重视大数据在市场竞争中的重要价值，不断研究以突破大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制问题。

## 1.2 研究目的及意义

### 1.2.1 研究目的

我国已经出台多部反垄断相关的法律文件,但尚未制定专门法律进行大数据领域垄断行为的规制。数字经济背景下,大数据具有了新的时代特征,结合数据处理技术的不断进步能够对市场竞争产生更加深远的影响。面对大数据领域经营者滥用市场支配地位可能引起的如利用数据优势设置数据壁垒、阻碍数据流通以及限制技术创新等排除限制竞争效果,本文将重点讨论应如何调整或如何补救才能够在实践中真正有效规制这类垄断行为。鉴于此,本文的研究旨在充分、深入分析市场竞争中大数据应用特性,通过对大数据领域市场支配地位的理论研究,对当前我国大数据领域反垄断理论研究中存在的问题进行了剖析,从相关界定方法、支配地位认定标准、对大数据领域滥用市场支配地位的类型化研究三个角度,分别对我国反垄断相关法律文件提出修改或完善方案,使其能够有效规制我国大数据领域滥用市场支配地位。

### 1.2.2 研究意义

#### 1.2.2.1 理论意义

本文研究大数据领域滥用市场支配地位反垄断法规制的理论意义在于:

从经济法学理论研究的角度来看,我国理论界关于传统垄断行为规制制度建设的研究成果甚丰,但相比域外研究面向如何规制大数据领域经营者利用数据优势实施滥用市场支配地位的研究尚处于起步阶段。本文希望通过分析数字经济背景下大数据于市场竞争的重要作用、论证大数据领域滥用行为的界定,通过经济学与法学理论研究的相互证成转变现有的相关市场界定、市场支配地位认定的标准、方法,结合域外针对此问题相对成熟的研究经验,推动我国有关大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制的研究进程,进而为未来如何规制数字经济下其他新型垄断行为理论研究提供宝贵经验。

#### 1.2.2.2 现实意义

本文研究大数据领域滥用市场支配地位反垄断法规制的现实意义在于:

随着数据处理技术的不断发展,域内外如 HIQ 诉领英案、Facebook 收购 WhatsApp 案、大众点评诉爱邦网等数据领域的垄断案例频发,经营者们正趋于

利用自身数据优势实施新型的垄断行为。大数据领域的经营者滥用市场支配地位,能够在无正当理由拒绝数据交易、数据交易价格歧视等方面阻碍市场中的数据流通、限制以数据为核心的技术创新以及损害消费者的权益,有损于我国数据经济的有序发展。在我国《指南》、《反垄断法》、以及《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》(下称暂行规定)的内容中确立了数据可能导致垄断行为的发生,但由于相关规定过于原则,导致实践中规制大数据领域内滥用市场支配地位难以适用。在理论研究的基础上,本文旨在设立统一有效的大数据领域相关市场界定方法,完善市场支配地位的认定标准,明确大数据领域滥用相关市场支配地位的行为认定,为我国《反垄断法》、《暂行规定》以及《指南》的相关条款提出修改或完善方案。

## 1.3 文献综述

### 1.3.1 国内文献综述

#### 1.3.1.1 大数据的重要竞争价值研究

大数据具有重要的竞争价值,能够对相关市场中的经营者经营模式,市场的创新发展等产生影响。

有关大数据的定义、特征研究。秦荣生(2014)将数据看作随文明进程不断变化的客观事实<sup>①</sup>。黄镔(2021)认为数据由信息通过磁盘固化形成。信息是对客观世界的描述,而数据是反映客观世界属性的记录,是信息的具体表现形式,信息需经数字化转变成数据才能被储存、运输<sup>②</sup>。

数据的价值即来源于信息源主体,又来源于数据的收集加工主体。张江莉(2020)指出数据不仅仅是一种具有商业价值的“财产”,同时已成为一种核心的竞争力,尤其是大数据概念出现之后<sup>③</sup>。李学龙、龚海刚(2015)认为相比传统数据,大数据容量更大,具有结构化、半结构化、无结构化三种表现形式、以及对数据处理速率的要求更高<sup>④</sup>。

关于大数据在市场竞争中的作用。根据韩伟和李正(2016)的观点,大数据可以通过三个层次来控制市场竞争力量:数据优势经营者的竞争力,其他经营者,

<sup>①</sup> 秦荣生. 大数据、云计算技术对审计的影响研究[J]. 审计研究, 2014(06):23-28.

<sup>②</sup> 黄镔. 大数据时代个人数据权属的配置规则[J]. 法学杂志, 2021, 42(01):99-110.

<sup>③</sup> 张江莉, 张镭. 互联网“平台封禁”的反垄断法规制[J]. 竞争政策研究, 2020(05):21-32.

<sup>④</sup> 李学龙, 龚海刚. 大数据系统综述[J]. 中国科学:信息科学, 2015, 45(01):1-44.

以及消费者（数据来源）的反馈<sup>①</sup>。陈兵（2018）根据大数据的回馈分析和价值链的预测，阐述了大数据的竞争意义，并从可能危害消费者信息安全和过高的市场竞争壁垒的角度，探讨了逆向风险对企业的竞争与发展的作用<sup>②</sup>。

数据不仅能为数据拥有者带来商业利益，而且还能影响到相关市场的竞争，对垄断力量的获取与维持具有重要作用。陈兵（2021）认为由于来自用户信息产生的数据具有专属性，垄断这类数据的经营者具有显著的竞争优势<sup>③</sup>。

### 1.3.1.2 大数据领域滥用市场支配地位的认定

滥用市场支配地位的认定具有严格的程序。第一，确定经营者主营业务所处的相关市场；第二，证明该经营者在相关市场上具有支配地位；第三，最终评价经营者是否利用其支配地位实施了排除或限制竞争的行为。

有关相关市场界定的研究。数字市场下的竞争是在动态双边市场下的，交错的竞争约束、互相影响的乘数效应、复杂的利润构成、免费产品和其背后的价格 SSNIP 测试法的失灵、互联网的跨境传输和互联互通等等问题，都给传统相关市场界定方法带来了很大的挑战。傅晓（2021）认为在多数情况下，数据并不会被单独交易，而是融合在网络商品服务交易当中，因此很少形成单独的数据交易市场。网络效应以及免费商品致使需求替代法与 SSNIP 测试法难以适用，且数据的溢出效应使得竞争具有跨市场的渗透性，界定为单一相关市场已无法准确判断竞争力量<sup>④</sup>。

有关市场支配地位认定的研究。我国《反垄断法》将市场份额作为经营者市场支配地位推定的唯一标准，在认定时需综合考虑企业各项情况、市场竞争及产业政策等各项因素。邓志松、戴健民（2017）认为由于数据产业的技术和动态特性，使人们难以评价滥用行为<sup>⑤</sup>。江帆（2019）认为由用户黏性产生的锁定效应与跨界竞争、技术更迭频繁导致的可替代性增强具有相反作用，这使得市场支配地位难以认定。在市场竞争中，由于数据整合能力、网络效应以及跨域竞争力等因素，使得市场优势的判定变得更加复杂。王贺（2020）提出认定市场支配地位需测算整体市场份额，即对目标服务终端所涉及所有相关市场份额统一测算。另

<sup>①</sup> 韩伟, 李正. 大数据与企业市场力量[J]. 中国物价, 2016(07):49-52.

<sup>②</sup> 陈兵. 大数据的竞争法属性及规制意义[J]. 法学, 2018(08):107-123.

<sup>③</sup> 陈兵, 林思宇. “数据+算法”双轮驱动下互联网平台生态型垄断的规制[J]. 知识产权, 2021(08):43-64.

<sup>④</sup> 傅晓. 警惕数据垄断:数据驱动型经营者集中研究[J]. 中国软科学, 2021(01):56-67.

<sup>⑤</sup> 邓志松, 戴健民. 数字经济的垄断与竞争:兼评欧盟谷歌反垄断案[J]. 中国市场监管研究, 2017(10):32-35.

外,在判断平台的市场优势时,应充分考量消费者的使用情况,并通过用户登录数量和网站的访问量来进行定量分析<sup>①</sup>。

在滥用行为的评价部分。钟刚(2021)则认为,在现实案例中,可以跳过相关市场的界定<sup>②</sup>。在具体案例中,若存在充分的直接证据,经营者若不具有垄断地位则不能实施该行为,可以直接认定为垄断行为。

### 1.3.1.3 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制研究

我国现行《反垄断法》以及《暂行规定》没有将大数据当作判断市场竞争优势的因素,尚未规定禁止利用数据实施滥用市场支配地位行为。虽然在《指南》中确定了数据对垄断行为产生的影响,但由于平台无法涵盖大数据领域的所有经营者主体类型,要使大数据领域经营者滥用市场支配地位得到有效规制,还需在我国《反垄断法》修订中增设禁止利用数据实施滥用市场支配地位相关条款。

殷继国(2020)认为虽然《反垄断法修订草案》(公开征求意见稿)将网络效应、锁定效应、掌握和处理相关数据的能力作为认定数字经济领域市场支配地位的考虑因素。但是在行为类型的规定上没有回应数字经济领域垄断行为的最新发展,建议在修订《反垄断法》时新增滥用数据市场支配地位的行为类型如没有正当理由强制数据共享、降低服务质量或提高用户成本的行为以及没有正当理由阻碍数据的可携带性行为等数字经济领域较为特殊的滥用行为等<sup>③</sup>。

李世佳(2021)认为在规制无正当理由拒绝数据交易的行为中,可以以必要设施代替市场支配地位作为规制拒绝交易行为的前端要件。当数据满足某个经营者对该数据唯一控制、其他经营者不能开发或者复制获得这些数据、其他经营者无法为这些数据寻得合适的替代品、这些数据涉及到行业内除该经营者可能开展的业务外其他所有其他经营者的生存发展、该经营者具有提供这些数据的可行性等条件,即可将数据认定为必要设施,进而实现认定为必要设施至认定拒绝交易的规制路径<sup>④</sup>。

翟巍(2021)提出可以增加禁止滥用相对优势地位行为条款,由于大部分的相邻市场都是依赖于超级平台提供的服务,这类超大型数字平台企业在辐射型

<sup>①</sup> 王贺. 互联网平台企业滥用市场支配地位的反垄断规制研究[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2020(06): 77-83.

<sup>②</sup> 钟刚. 平台经济领域滥用市场支配地位认定的证据规则思考[J]. 法治研究, 2021(02): 127-137.

<sup>③</sup> 殷继国. 大数据经营者滥用市场支配地位的法律规制[J]. 法商研究, 2020, 37(04): 73-87.

<sup>④</sup> 李世佳. 论数据构成必需设施的标准——兼评《关于平台经济领域的反垄断指南》第十四条之修改[J]. 河南财经政法大学学报, 2021, 36(05): 75-85.

相关市场具有能够排除限制竞争的相对优势地位，应当确定我国《反垄断法》中存在的滥用相对优势地位的违法情形，并增加对其滥用的限制。<sup>①</sup>

### 1.3.2 国外文献综述

#### 1.3.2.1 大数据的重要竞争价值研究

有关大数据的定义和特征。Gartner 认为：大数据是海量的、高增长率的、多元化的，通过建立新的数据模型，以提高决策力与洞察力。麦肯锡公司的报告认为，大数据具有超越传统数据的捕捉、存储、管理和分析功能。美国国家标准化技术研究所 NIST 指出，数据容量、数据获取速度、数据表现方式等制约了数据的生产与加工，因此必须采用横向延伸的机制来提升数据的处理速度。Mckinsey (2011) 将大数据定义为“那些规模超出常规数据库软件工具获取、管理和分析的数据集合。”随着市场的发展，学者们对大数据进行了进一步的研究，总结了大数据的 3V 特性即数量庞大、速度和多变性。起初，学界的一般观点认为任何主体都可以获得数据，数据不具有独占性，不能转化为竞争优势。大数据具有数量庞大但价值密度低的特点，在数据技术不断发展的过程中，学者们通过更深入的研究发现，通过数据处理技术的分析可以从海量数据中获取巨大的商业价值。在“Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by Big Data”主题报告中，经济合作与发展组织 OECD (2013) 提出了大数据的四 V 要素，即 volume、variety、velocity、value (价值)。

有关大数据对市场竞争的影响的研究。在《Information, Innovation and Competitive Strategies》一文中，Shelanski (2013) 论述了平台型企业经营者之间出现了非价格竞争的现象，他认为针对这类现象因将数据因素作为反垄断法规制的标准之一。欧盟委员会竞争委员 Margrethe (2016) 认为，数据可能是影响竞争的一个重要因素。

Viktor 指出，在信息时代背景下，大数据将颠覆传统的商业方式，通过大数据的应用，可以获取更多的垄断利润，从而成为企业强有力的竞争手段。在数据产业中，必须重视信息互联机制的建立，推动信息产业的发展。

Allen 指出，在数据驱动的经济体中，由于数据所带来的竞争优势，滥用数

<sup>①</sup> 翟巍. 数据、算法驱动型不正当竞争行为的规制路径——兼评《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》[J]. 法治研究, 2021 (06): 115-129.

据优势在大数据领域市场中出现了显著的反竞争效果，这有损于个人隐私、消费者福利。在此背景下，原有的正常竞争秩序遭到破坏，需要增设具有针对性的反垄断条款加以修正。

### 1.3.2.2 大数据领域滥用市场支配地位的问题研究

以反垄断视域看数据市场竞争相关问题，Viktor Mayer-Schönberger 认为当前，网络市场应该高度关注大数据的垄断，提高大数据应的流通与分享，以促进网络产业的发展。在 Google 和 DoubleClick 合并案中，美国联邦贸易委员会成员 Pamela（2007）首次提出了数据市场的概念，如果谷歌在并购之前就拥有大量的数据资源，那么这两个公司的并购将增强 Google 在其搜索引擎市场上的竞争优势。欧盟委员会（2016）在《Opportunities and challenges for web platforms and the European digital single market》报告中指出：在中小企业整个生态系统的业务模式依赖于获得少量的在线平台的情况下，或者说平台可以获取的数据集已经达到空前规模的情况下，可能已经形成了一种新的不对等。根据 2016 年美国联邦贸易委员会（FTC）发布的《Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion》主题报告，数据价值能够使经营者获得竞争优势地位，数据的不正当使用，能够导致排除限制竞争。Radinsky 提出大数据滥用带来的危害，并不只是数据的安全问题，而是有损于市场的自由竞争秩序。在新的经营者进入竞争市场时，将因为数据资源被具有市场支配地位的经营者所垄断而无法生存。

在数据领域经营者相关市场界定以及滥用市场支配地位认定方面，富川智彦（2020）根据日本《反垄断法》对数字平台市场的规制，论证了以 UTPs 替代传统反垄断规制的可能性，对多边市场之间的竞争影响进行了分析，并着重说明在个人起诉案件中，可以对基于市场的界定进行评价和证明，因当事人缺乏举证搜证的能力。

OECD 在“双边市场”论坛中提出，双边市场的定义还没有得到普遍的认可，现在仍处在发展的早期阶段。双方的交易平台必须面向两个不同的用户群，并且分别出售商品，因此，平台必须要兼顾两者需求之间的相互联系。

Alex De Stree1（2017）提出差别性定价可以作为一种新的垄断策略，比如，经营者可以针对某一特定的市场或消费群体收取相对低廉的价格，从而抢占先机；之后，经营者可以通过优惠手段，限制潜在竞争者进入相关市场。实施差

别性定价依赖于消费者的使用数据，而经营者能够利用这类数据，对潜在用户进行分类，加剧差别定价行为出现的可能。

对于大数据领域经营者滥用市场支配地位行为的评价，Maurice Stucke 提出，很多网络公司正在建立基于用户数据的业务模型，这些公司利用已经获得的数据资源制定商业战略，以此保持自己的竞争优势，通过自身的数据优势以击败竞争对手，建立数据壁垒以限制潜在竞争者进入相关竞争市场，因此，我们提议，反垄断执法部门应该对这种现象予以规范。

根据荷兰《Big Data and Competition》调研报告，数据虽然不具备竞争性，但可能具有独占性，并存在互补性以及可替换性的特征。在德国卡特尔局有关《Competition Policy: Challenges in Digital Markets》的研究中指出平台型企业具有相对集中的特征，能够推进经营者获取竞争优势。在评估平台型企业的市场竞争力时，必须综合考量其影响的直接和非直接的网络效应和消费者信息数据。

Allen Grunes (2015) 在《There is no doubt about the important role of antitrust in the era of big data》一文中提出，对于数据产业的反垄断规制，美国与欧盟各国采取了不同的规范手段，根据数据资源对经营者进入相关市场的影响，Allen 认为具有数据优势的经营者会针对潜在的竞争者制定反竞争策略。因对数据资源的滥用会损害消费者的隐私，因此反垄断机构应当高度关注具有数据优势的经营者提出的竞争策略，以保护消费者的隐私权。

Maurice Stucke (2015) 认为很多网络经营者为了取得和保持其竞争优势而采取数据中心策略，经营者在此过程中不断获取高于其他竞争者的数据优势；经营者一旦在该相关市场上建立了数据优势地位，就会阻碍其他竞争者的交易、获取数据、拒绝数据分析。

### 1.3.3 文献评述

大数据具有重要的市场竞争价值，大数据领域的经营者能够将数据优势转化为垄断力量，实施滥用市场支配地位的行为。数字经济时代下，大数据成为相关领域经营者生存发展的必需，在相关市场具有支配地位的经营者利用其数据优势实施拒绝数据交易、价格歧视等具有排除竞争效果的行为，将扰乱相关市场的竞争秩序，限制市场内其他经营者的生存发展，阻碍以数据为中心的技术创新以及

侵犯相关市场内消费者的权益。因此，如何有效规制大数据领域的经营者滥用市场支配地位成为了国内外学界反垄断研究的重点。

通过分析国内外学者的研究综述，可以看出大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制研究仍存在许多尖锐的矛盾与难点，同时也应当看到大数据的巨大的竞争价值以及对我国市场经济发展的重要性。要攻克现存的难点问题，还需结合数据处理技术的不断进步重新界定大数据的市场竞争价值，通过进一步的研究分析完善相关市场界定、市场支配地位认定的方法，结合域内外现实案例精准划分大数据领域滥用市场支配地位行为的表现形式，最终以完善我国反垄断现行立法的方式有效规制大数据领域滥用市场支配地位。

## **1.4 研究方法**

### **1.4.1 比较分析法**

有关大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制的国外制度设计相对成熟，作者通过对国外相关制度的翻译、分析、比较和研究，在全面了解国外相关立法经验的基础上，总结出不同制度的优缺点，针对我国国情，提出完善建议。

### **1.4.2 案例分析法**

本文将通过对德国联邦卡特尔局对 Facebook 数据收集案以及 Hi Q 诉领英拒绝数据访问案等案例进行分析研究，对大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制中存在的问题进行梳理，并提出相应的解决建议。

### **1.4.3 规范分析法**

由于本文聚焦于大数据领域滥用市场支配地位中存在的法律问题，因此，需要对现有的理论进行深入的梳理和研究。通过有关研究分析大数据领域滥用市场支配地位的法律、法规，发现现有制度中存在的缺陷与不足，并通过进一步的研究提出相应的解决建议。

## **1.5 创新点与不足**

### **1.5.1 本文的创新**

第一，学者大多从市场规制规则构建这样的宏观方面着手，而未能细化到我国大数据领域滥用市场支配地位行为规制细则这样的微观层面，对大数据领域滥

用市场支配地位行为规制制度的构建设没有给出明确的方案设计。本文着眼于现实司法中大数据领域经营者相关市场界定、市场支配地位认定以及滥用行为评价的诸多困境，提出现实可行的规制方案。

第二，借鉴国外执法司法经验，以德国联邦卡特尔局现实司法案例为指导，并提出具体的市场支配地位认定标准，完善我国大数据领域经营者市场支配地位认定的方案。

### 1.5.2 本文研究的不足

第一，本文研究对象涉及信息科学领域、经济学领域和法学领域，需要深厚的交叉学科理论基础。但笔者理论基础仍需加强，对交叉学科研究认识不足，很难在系统的设计上做到尽善尽美，文章的深度与广度还需进一步强化。

第二，本文研究对象涉及相关市场界定，需要利用 SSNIP\SSNDQ 等测试方法。但由于对法经济学了解甚少，再加上实证研究中的数据分析收集不足，文章的精确度有待提高。

## 2 大数据领域滥用市场支配地位行为概述

### 2.1 市场竞争中的数据概述

#### 2.1.1 数据的定义

数据产生于数据生产者<sup>①</sup>对原始信息的加工，其中信息的来源一般为人。根据我国《个人信息保护法》第四款的规定，除匿名化处理外，个人信息应具有标识作用。数据的本质为对信息进行技术加工后的产物，可以被定义为包含信息的序列符号。根据数据来源的不同，数据可以分为私人数据与环境数据，私人数据指由公众的个人信息直接加工产生，即公众在日常生活中被电子产品记录或作为网络用户被平台企业所收集而产生的数据；环境数据指不由公众直接产生，包括交通状况、天气状况、市场走向等信息转化成的数据，私人数据与环境数据具有相互作用性，一方能够影响另一方数据发生变化。经营者利用计算机算法加工各类信息已生成数据，其进行分类、集成、管理，以此来提升服务、制定策略或获取其他竞争优势。

#### 2.1.2 数据的特征与市场竞争价值

数据的竞争价值体现在数据收集、管理以及运营的各个阶段，根据2016年美国联邦贸易委员会(FTC)发布的《Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion》主题报告，数据价值能够使经营者获得竞争优势地位，数据的不正当使用，能够导致排除限制竞争<sup>②</sup>。数据的市场竞争价值，由其价值递减性、可复制性、可推测性、天然独占性等自身特性决定：

数据的价值递减特征，决定数据竞争价值随时间递减，价值具有即时性。即时性，不仅指数据产生具有即时性，同样指数据价值具有即时性。在信息时代更加强调大数据作用的今天，海量信息被迅速加工为数据、整合为集束并进一步分析挖掘，数据产生几乎发生在任一瞬间。数据价值的即时性由数据产生的即时性所决定，其中个人数据价值来源于用户偏好归纳以及行为预测，由于数据的高速产生，数据库以及推算数据的结果也将不断覆盖，深度学习算法的出现使这一过程进入自动化，剔除了人工操作的时间成本。新老数据的频繁交替使数据处理结

<sup>①</sup> 数据生产者，指在信息转化为数据的过程中，承担收集、转化加工、管理任务并最终使用的角色，市场中多为互联网平台企业。

<sup>②</sup> 腾讯研究院：美国人眼中的大数据法律问题[EB/OL]. <https://www.tisi.org/4394>, 2018-5-22.

果不断变化,直接导致数据价值随时间逐渐递减,因此先一步完成数据处理工作的经营者将获得更高的竞争优势。

数据的可复制性导致经营者公开数据必然丧失部分竞争优势。可复制性,指数据容易被复制、提取,通常体现为数据(网络)爬虫<sup>①</sup>的形式。现今的互联网企业大都具有数据处理的高技术力,利用算法程序可以轻易完成数据的复制。在HIQ诉领英案中,判决法院认为访问公开数据如同白天去逛一家未锁门的商店,这类将数据等同于有形商品的结论显然存在错误。数据很难同有形物一般被剥夺、偷取,互联网企业侵入其他竞争者的数据库,如同进入一间写满商业秘密的小屋,只需要简单浏览就可以获取大量价值信息。因此市场中的经营者大都不愿进行数据公开,并以此来维持自身的竞争优势。

数据的可推测性,使经营者能够针对市场走向、消费者偏好制定精准决策,提高自身竞争优势。延展性,指数据的可推算性与数据作用的多边性。经营者将已经收集归纳的数据利用算法推算出新的数据,并以此完成自动决策。深度学习算法下数据库的自动填充能够为经营者源源不断地增加推算数据,经营者借此不断强化未来决策的精准性,巩固自身竞争优势。数据作用的多边性来源于互联网市场的多边性,占据数据优势地位的互联网企业大都拥有多个不同领域的网络商品或服务,如社交服务、购物服务、阅读服务等(通常表现为互联网企业下的不同网络平台)。虽然不同的网络服务、商品位于不同的竞争市场,但任一服务产生的数据可以在其间相互作用,用户偏好归纳、用户行为预测等结果可以被经营者用于更新旗下的不同网络服务,并通过市场相对优势地位<sup>②</sup>的作用不断强化自身核心商品所在市场的竞争优势地位。

天然独占性是产生数据壁垒的重要原因,经营者借此巩固自身优势地位。数据的天然独占性由网络外部性的特征所决定。率先进军市场的经营者将获得“忠实”的用户拥趸,稳定的用户数据来源使其服务网络更具价值,在市场竞争中呈现“赢者通吃”的表象。同一经营者旗下不同网络服务间的相互提升以及不同网络服务的联合使用如账号绑定,驱使用户选择其提供的更加优质、高效便捷的服务网络。随着用户对其提供的服务网络任一应用的不断投入,在网络效应、用户

<sup>①</sup> 网络爬虫,指按照一定的规则,自动抓取万维网信息的程序或脚本。

<sup>②</sup> 伍富坤. 滥用相对优势地位的《反垄断法》调整[J]. 西南交通大学学报(社会科学版), 2020, 21(03): 132-141.

黏性、用户数量等要素的共同作用下，用户寻找替代商品的转移成本大幅提高，用户高额的转移成本将直接导致其他经营者进入竞争市场存在难以逾越的壁垒<sup>①</sup>，占据竞争优势地位的经营者因此天然具有某一网络服务领域内数据的“独占”。

以理性经济人的角度进行分析，经营者收集用户信息并转化为数据需要投入大量成本，除建设信息处理算法程序外，平台的运营维护、用户的管理以及网络服务（商品）的生产同样面临高额的花费，倘若加工数据无法使经营者获取大量商业价值并转化为市场竞争优势，则无法持续激励经营者进行数据处理行为，用户也将无法享有数据服务所带来的高效、便捷。

## 2.2 大数据领域滥用市场支配地位概述

### 2.2.1 大数据领域滥用市场支配地位行为主体的界定

大数据领域滥用市场支配地位的主体可以是不同类型的经营者，既可以是平台型企业也可以是实体企业。如在华为与腾讯的数据争议案中<sup>②</sup>，2016年12月华为在其开发的 Magic Live 系统中增设了对用户的事实信息推送，能够根据使用者的聊天信息，自动生成气候、时间等内容。微信方指出，Magic Live 的信息推送系统正在私自收集用户数据，侵犯了微信用户的个人隐私。本案争议的焦点在于双方都基于其在竞争市场上的优势地位主张其对用户数据的独占，利用其数据优势拒绝数据的流通，据此以电子产品经营者为代表的实体企业通过用户数据的收集可以成为大数据领域滥用市场支配地位行为的主体。大数据领域的滥用市场支配地位行为更多的发生在平台型企业的竞争当中，在德国卡特尔局对 Facebook 数据收集问题的反垄断调查中指出<sup>③</sup>，Facebook 具有巨大的市场份额，在社交网络竞争市场上具有显著的网络锁定效应，对德国社交网络用户数据具有显著的竞争优势。德国卡特尔局在调查中发现，Facebook 正在恣意使用 Facebook 相关产品所收集的数据以及使用其广告商、第三方开放商所收集的数据，并将数据传输至旗下的各个企业，最终德国卡特尔局认定 Facebook 利用了其数据优势实施了滥用市场支配地位。综上，无论是实体企业或平台型企业，均可利用其数据优势实施大数据领域的滥用市场支配地位行为。

<sup>①</sup> 陈兵. 互联网市场支配地位认定方法再探[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2020, 44(06):80-88, 第80-88页.

<sup>②</sup> 张江莉. 反垄断法在互联网领域的实施[M], 北京: 中国法制出版社 2020 版. 第 330 页.

<sup>③</sup> 张江莉. 反垄断法在互联网领域的实施[M], 北京: 中国法制出版社 2020 版. 第 372 页.

## 2.2.2 大数据领域滥用市场支配地位行为的定义与特殊性

根据上述分析可以得出结论,在竞争市场中具有数据优势地位的经营者将获得超然的竞争力。HIQ 诉领英一案中法院指出,具有上述数据优势的经营者能够违反《谢尔曼法》的规定传导垄断力量<sup>①</sup>,实施具有排除限制竞争效果的垄断行为。大数据领域经营者区别于其他领域经营者实施滥用该类行为,关键在于是否利用数据,将数据优势转化为竞争优势等。这类滥用市场支配地位行为可以被定义为具有市场支配地位的经营者在经济活动中利用自身数据优势,实施可能构成排除限制竞争效果的行为或状态。大数据领域滥用市场支配地位具有如下特征。

其一,该行为主体具有特定性,行为主体的特定性主要是指实施滥用行为的经营者应具有显著的数据资源优势,且在相关市场上具有支配地位。

其二,该行为构成具有复合型,在结构性要件上既要求经营者必须具有市场支配地位还要求其具有数据驱动的特性;在行为要件上,经营者在实施包括掠夺性定价、拒绝交易、限定交易、搭售行为以及差别待遇等行为时必须利用自身的数据优势实施。

其三,该行为主体具有多样性,在大数据领域经营者认定时不能仅着眼于平台企业,实体企业经营者在竞争过程中同样强调数据资源的运用。

要使我国《反垄断法》充分考量数据要素,还需结合《指南》中数据垄断相关规定,对市场竞争中数据领域滥用市场支配地位的不同形式进行归纳。

## 2.2.2 大数据领域滥用市场支配地位的危害

滥用市场支配地位的实施,指经营者通过排除限制竞争的行为,破坏市场竞争秩序,获取垄断利润,巩固市场支配地位。滥用行为的发生,不仅侵犯了消费者或其他经营者的利益,同样破坏了公平自由的竞争秩序,具有显著的限制竞争性。而大数据领域的滥用市场地位行为的核心在于对其数据资源的利用,这使其行为更加具有隐蔽性。当平台类经营者实施大数据领域滥用市场支配地位行为,其提供的商品多具有免费性,但通过服务或产品质量的调整,消费者往往需要支付更多的注意力以及信息成本。经营者再取得足够的用户数据后可以利用数据优势造就用户的锁定效应,因此消费者在高额的转移成本的作用下只能被迫接受经

<sup>①</sup> 张江莉. 反垄断法在互联网领域的实施[M], 北京: 中国法制出版社 2020 版. 第 368 页.

营者提出的增值业务或捆绑销售。其次大数据领域滥用市场支配地位将造成难以逾越的数据壁垒，在锁定效应和网络效应的作用下，具有数据优势的经营者可以轻易阻碍数据流通，构成数据壁垒，从而限制其他经营者进入相关市场。最后，在大数据领域滥用市场支配地位案件中，具有显著的反竞争效果。在数据经济的背景下，数据资源成为创新型企业的主要驱动力，具有优势地位的经营者能够以建立数据壁垒等方式限制创新型企业的生存发展，新进入市场的经营者即使具有创新力，但也将因数据壁垒的难以逾越只得接受具有数据优势的经营者的收购，如美团并购小象生鲜、京东并购美家买菜等。

## 2.3 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制的理论基础

### 2.3.1 相关市场理论

根据我国《反垄断法》对相关市场的定义，相关市场是指在某段时间内，由经营者对某一产品、某项提供的服务或劳务进行竞争的商品范围和地域区划。这段解释的由来出自经济法学者对经济学理论中的反垄断研究即相关市场理论的借鉴，各国法律部门大多采纳并沿用了这一基础结论。

虽然直至 1948 年对反垄断实践研究具有重大影响美国政府诉哥伦比亚钢铁公司反垄断纠纷案中，美国法院才终于首次在司法实践中使用了相关市场理论，这一举措为后来者将界定相关市场作为反垄断案件的固定司法程序奠定了基础。但早在 1942 年，乔治·斯蒂格勒便提出可以通过将商品进行分类，在对比去除非生产成本后，将价格相同的商品划为同一相关市场<sup>①</sup>。斯蒂格勒的理论前提在于同类产品的价值必须完全一致，但在马克思主义理论经济学的视角看，即使剥离运输成本等非生产成本，不同商品所需的必要劳动时间不同最终的价格也必然不同。此外，即使是在斯蒂格勒时代商品市场的门类远不如今天繁多，但如同时作为生产降落伞和家庭服装的原材料尼龙如何分类等问题同样存在争议，这导致该理论难以现实适用。

虽然斯蒂格勒等经济学家很早便提出相关市场的基础概念，但因各国市场经济体制，市场运行状况的差异，不同国家在本国反托拉斯法案中对相关市场作出了不同的解释。20 世纪 30 年代，哈佛学派主张以结构主义观点制定反垄断法，

<sup>①</sup> 陈林, 张家才. 数字时代中的相关市场理论: 从单边市场到双边市场[J]. 财经研究, 2020, 46(03): 109-123. 第 110 页-111 页.

将相关市场界定作为消除高度市场集中的必要程序,1968年美国《兼并指南》吸收了这一观点。20世纪70年代,芝加哥学派重新诠释了相关市场理论,假定垄断者测试法应运而生。虽然美国相关市场理论不断完善,但因司法机关过高的自由裁量权,现实司法中对相关市场的运用仍然未能统一。

我国反垄断相关立法主张相关市场界定方案要根据社会发展以及市场变化予以变通,如在《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》中强调相关市场界定应考量创新、知产、技术发展等因素。在数字经济高速发展的背景下,我国《指南》提出相关市场界定应基于平台经济多边竞争、锁定效应等特征,综合考虑数据壁垒、用户迁移成本等因素。

### 2.3.2 适度干预理论

适度干预理论是在我国经济体制转变过程中提出的我国经济法的基本原则之一。在1978年之前我国实行计划的经济体制,在该体制下,市场的自我调节被全盘否决,国家机构通过经济法对市场实施全面干预,因国家机关和市场主体职能的长期错位,严重制约了社会生产力的发展<sup>①</sup>。从计划经济向社会主义市场经济的制度变革,必须确立市场在分配资源和经济运作中的基本职能,才能消除这种负面影响。<sup>②</sup>经济法随即也作出了相应的调整,最终建立起适当干预原则。当市场能够自我调节时,政府部门应当减少介入,但当市场难以自我调节,出现市场失灵的情形,政府部门即应主动干预。我国在大数据产业中存在的垄断行为应该加以规范,但是在规制时也应注意尺度,不仅要避免政府失灵的发生,同时要避免政府的过度干预。适度干预原则要求国家对经济生活的干预必须以社会公共利益为基础,恰当、适度的干预市场。

### 2.3.3 合作监管理论

针对大数据领域这一新生行业,虽然合作监管也存在一定的缺陷,但相比于政府的直接干预或完全依靠市场的自我协调,它仍然具有一定的优越性。应用反垄断法规范大数据领域的垄断行为,还应该顾及到与常规产业相比大数据领域的特殊性,选择吸收国际上关于大数据领域滥用行为规制的执法司法经验,强化政府的适当干预和市场的自我管理,相互配合,相互协调,共同构成一种合作式的

<sup>①</sup> 李静.论经济法的适度干预原则[J].探索,2002(01):137-139.第137页-138页.

<sup>②</sup> 豆丁网:论经济法的适度干预原则[EB/OL].<https://www.docin.com/p-2601043499.html>.

监管模式<sup>①</sup>。首先，合作监管不仅具有专业性强、高灵活性、使用成本低的优势，而且在一定程度上克服了自我管理的弊端，如追求公共利益的激励不足、强制性不够、缺乏民主合法性等；其次，合作监管模式整合了国家直接规制强制性力度大、民主合法性强的优势，解决了国家直接规制效率低下、信息不对称、容易被市场主体套取、实施成本高等缺点。总之，合作监管模式整合了政府规制和市场自我调节的优点，分别突破了二者单独实施存在的不足，在一定程度上，针对大数据领域滥用市场支配地位的行为，采取合作监管是明智之举。

根据我国《指南》《反垄断法》《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》等法律文件的规定，规制经营者滥用市场支配行为须遵循相关市场界定、认定市场支配地位以及评价滥用市场支配行为的规制路径，但在现实司法中，仍面临因网络效应、多边市场等因素导致的相关市场界定困境、因市场份额动态变化、多边市场份额计算争议等因素导致的市场支配地位难以认定以及因数据利用的隐蔽性等因素导致的大数据领域滥用市场支配地位行为难以准确评价等问题，下文将对此逐一展开论述。

---

<sup>①</sup> 曹阳. 互联网滥用相对优势地位行为的认定及其法律规制——强制不兼容的类型化视角[J]. 江西社会科学, 2019, 39(08): 174-183. 第 82-83 页.

### 3 大数据领域经营者的相关市场界定问题

#### 3.1 相关市场界定的现行方案

##### 3.1.1 替代性分析方法

根据我国《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》，界定相关市场需要从商品或服务的可替代性出发，根据经营者或消费者两个不同的视域分析商品或服务的可替代性，这两种路径分别被称为供给替代法和需求替代法。

供给替代法则是从经营者的角度界定相关市场，根据其他经营者在投入生产设施的成本、预计面临的风险以及经营者进入该竞争市场的时间，确定不同商品的相互替代性。不同商品间的可替代性越高，其相互间的竞争性越强，可以将其归属于同一相关市场。在实际应用中，供给替代法通常是一种辅助性的方法，因为它只强调考虑潜在竞争者进入相关市场的概率。然而，消费者购买行为具有复杂性，消费者对某一特定产品质量和价格的选择往往是多种因素综合影响的结果。供给替代法不像需求替代法那样直观，但它有其专有用途，即在确定不同质量和品级产品或服务的相关市场时。

需求替代法是对不同产品进行替代性分析。在某一竞争市场内，若不同商品或服务的竞争性强度随这些产品间的相互替代性而增强，则可以将目标商品或服务划分为同一相关市场。市场环境、消费者偏好等因素的变化都会导致需求替代分析出现偏差，因此德国和日本等国也引进了交叉价格弹性的方法，用量化分析对不同的商品间的替代性进行相对准确的测算。

##### 3.1.2 假定垄断者测试分析方法

假定垄断者测试分析法，即 SSNIP 测试法。SSNIP 测试法主张首先选取目标经营者并视其实施了垄断行为，对该经营者提供的商品价格提高十以内的百分点，若其在某一范围的市场内能够维持较高的价格而不影响销量或即使销量受到影响但仍能稳定赚取利润，则证明在该市场范围内目标经营者提供的商品具有不可替代性，则可以将该市场认定为目标经营者实施垄断行为的相关市场。

若该经营者实施小范围地涨价后，不能够稳定获取利润，销量明显下滑，则替换目标市场的其他商品，通过上述过程的不断重复，使目标经营者最终能够在一定商品范围内维持利润，保障销量，最终可以将该商品范围认定为目标经营者

实施垄断行为的相关市场。

## 3.2 大数据领域滥用市场支配地位相关市场的界定困境

### 3.2.1 网络效应使替代性分析法难以适用

供给替代法是指对比目标经营者和其他经营者提供的商品或服务的功能以确定相关市场。目前，大数据产业的产品存在着功能界限重合的问题，一款产品往往拥有许多不同的功能，虽然看上去互不相干的，但是在实际使用时，它们却有着相似之处<sup>①</sup>。例如哔哩哔哩视频网站集网络直播、短视频、社交媒体等功能为一身，很难将其准确划分为某一相关市场。且大数据领域竞争具有多边竞争的特点，相邻市场的经营者同样会与目标经营者发生竞争关系，在选取商品范围时若将所有来自不同竞争市场具有竞争关系的经营者都纳入其中，不仅现实难以操作，且因对照组的混乱最终也无法得到准确的结果。

需求替代法从消费者的选择出发，根据产品在价格、功能、品质和等方面的特点，对产品的可替换性研究。大数据领域的商品往往具有多种功能，且更新迭代的速度远超传统行业的商品，功能的交叉重合导致大数据领域的经营者虽然竞争性明显但相互间可替代性难以判断。此外网络锁定效应的出现同样导致大数据领域相关市场界定难以适用需求替代分析。首先想进入市场的经营者将获得用户数据的独占，在建立数据壁垒后，后进入市场的经营者若不依附于数据优势经营者则无法生存，消费者在市场中没有可以选择的替代商品。其次，即使大数据领域的商品具有免费性，但因商家的增值服务收费或消费者时间精力的不断投入，即使市场有可以替代的其他产品，消费者也会因迁移成本过高而无法选择。

### 3.2.2 数据服务“免费”性导致 SSNIP 测试法失灵

SSNIP 主张以使目标商品价格上涨后经营者是否能稳定盈利作为判断垄断相关市场界定的标准，而数据垄断相关经营者的主营业务多为“免费”商品，如搜索引擎、社交平台等。即使对免费商品制定价格，因数据垄断导致的用户转移成本过高，用户个人因难以寻找替代商品将无法对价格变动作出反应，且潜在竞争者因数据壁垒的存在也无法适时地参与市场竞争。SSNIP 测试法在使用的过程中，需要强调每次价格的涨幅必须为小额浮动（5%-10%），以此来保证测算范围

<sup>①</sup> 陈科宇. 大数据产业相关产品市场界定法律问题研究[J]. 经营与管理, 2020(05):99-102. 第 100 页.

的精准性。单若目标经营者提供的商品或服务就有免费性，将免费商品进行收费即使价格很低但对消费者选择的影响甚至高出有价商品价格的大幅度提升。

因价格分析的无法适用，部分学者选择以质量分析即 SSNDQ 测试法。SSNDQ 测试法沿用了 SSNIP 的理念，虽然免费商品不需要消费者提供金钱成本，但消费者在使用商品过程中注意力的花费同样可以作为测量目标。以短视频网站为例，视频网站的使用者除一般用户外还有广告商的存在，可以通过调整短视频网站内的广告长度和广告数量，以此来判断消费者使用情况的变化此外，也可以对投放广告的价格进行微涨，观察广告商是否会选择其他具有广告投入功能的产品<sup>①</sup>。

SSNDQ 主张以质量变化取代价格变化，但因数据服务质量变动无法同价格变动一般精准测算，其同样不能有效适用于数据垄断相关市场的界定。除此之外，无论是价格分析或是质量分析，都强调划定单一市场进行信息测算，但因数据作用具有多边性，数据优势经营者可以通过数据传输的方式，传导相关市场优势力，巩固核心商品的支配地位，对数据垄断界定相关市场必须考量数据优势经营者旗下各服务所在竞争市场间数据传到的相互作用。

### 3.2.3 传统相关市场界定方法无法测算多边市场

无论是价格分析或是质量分析，都强调划定单一市场进行信息测算，但因数据作用具有多边性，数据优势经营者可以通过数据传输的方式，传导相关市场优势竞争力，巩固核心商品的支配地位，对数据垄断界定相关市场必须考量数据优势经营者旗下各服务所在竞争市场间数据传到的相互作用。虽然《指南》在界定相关市场中提出需综合考量所涉市场的相互影响，因尚未给出多边市场相互影响的计算标准，导致现实中难以适用。在人人网诉百度一案中，百度提供的搜索引擎所处的竞争市场即处在多边竞争之中，对消费者而言，百度的搜索引擎主要提供信息检索功能；而对经营者而言，在互联网市场具有大量用户的百度搜索引擎则作为商家广告投入的载体，以及对商家进行排名、推广的工具。消费者之所以愿意使用百度引擎是因为其具有免费性，庞大的用户群体使百度在不同的相关市场上都能获得竞争优势。大数据领域中的经营者多处于多边竞争的环境中，不同相关市场上的消费者可以相互影响。因经营者在竞争背景下往往涉及多个竞争市场，对经营者竞争行为影响的因素也更加复杂。如果直接从单边市场的角

<sup>①</sup> 孟昌,李词婷.网络平台企业免费产品相关市场界定与案例应用——以视频平台为例[J].经济理论与经济管理,2019(10):101-112.第109页.

度来判断分析多边市场竞争，最后势必会造成相关市场测算的错误。

### 3.3 德国联邦卡特尔局对 Facebook 数据收集案的相关市场界定

以 Facebook 数据垄断案为例<sup>①</sup>，Facebook 集团除运营社交媒体这一在线服务外，同时致力于电子产品、各类数字商品以及计算机程序的开发。扎克伯格将“Facebook.com”提供的服务分为三类，一类是面向普通用户的社交媒体服务，一类是面向第三方开发者的应用开发服务，最后一类为面向广告商的广告投入服务，为典型的多边竞争市场。对于 Facebook 集团未经用户同意将用户个人数据在合作企业间相互流通的行为，德国联邦卡特尔局认为该数据收集行为违反了德国《反限制竞争法》的规定，并开启了长达三年的调查。在界定 Facebook 集团所处的相关市场前，德国联邦卡特尔局根据大数据领域的特征，提出要推定 Facebook 集团是否滥用市场支配地位，可以根据其是否允许用户自由的决定个人数据的归属。根据 Facebook 的用户服务条款，联邦卡特尔局认为 Facebook 极大可能实施了滥用行为。

德国联邦卡特尔局在界定 Facebook 集团所处相关市场时，根据德国《反限制竞争法》以及《欧盟运行条例》的相关规定，通过利润来源分析，当局认为 Facebook 集团处于多边的竞争市场当中，分别涉及社交媒体市场、广告投入市场以及应用开发市场。但因广告的针对性推送必然导致数据的大量使用，因此将广告商市场分开考虑。本案最终的相关市场界定为德国的社交网络市场。

在 Facebook 数据集中案中，利用供给替代法分析，相关竞争市场不仅由 Facebook 本身所涉及的多边竞争市场决定，也由“社交媒体”等各种在线服务及其竞争关系决定。在界定相关市场时，判断经营者是否以及构成足够的网络锁定效应同样重要。随着谷歌社交服务在德国市场的退出。德国社交网络市场主要由 LinkedIn、Xing、Snapchat、YouTube、Twitter、Pinterest、Instagram 等产品构成，其中 LinkedIn 与 Xing 为职业性社交网络，与 Facebook 目标用户并不重合 Snapchat、YouTube、Instagram 等产品因短视频等功能的突出，当局也未将其与 Facebook 列入统一相关市场。最终，德国联邦卡特尔局得出结论，Facebook 集团在德国社交媒体市场具有极高的锁定效应，潜在竞争者难以生存。

在本案中，德国联邦卡特尔局以供给替代法对 Facebook 进行相关市场界定，

<sup>①</sup> 张江莉. 反垄断法在互联网领域的实施[M], 北京: 中国法制出版社 2020 版. 第 317 页-365 页.

但在网络效应的作用下，Facebook 在其庞大的用户群中具有不可替代的锁定效应，在 Facebook 对用户数据的绝对掌握下，即使 linked、WhatsApp 等应用具有职业交流、信息传递等特殊作用，仍无法将 Facebook 彻底隔离出各自的竞争市场。在本案关于 SSNIP 测试法的应用中，德国联邦科特局虽能开创性的提出社交媒体的主要利润来源于广告收入，但在该方法的现实适用中调整广告收费并未能对社交媒体的主流用户产生影响，反而使执法人员在测算中需综合考量普通用户、广告发布者、第三方开发者等群体的变化。Facebook 为典型多边网络市场，虽然执法人员将其区分于 YouTube、Snapchat 的产品市场，但 Facebook 本身处于多边竞争市场，某一相关市场上数据的变动将影响其他相关市场数据的测算，无论选择哪种相关市场界定方法，在进行模型设计、测算时均难以对市场变化进行追本溯源。而 Facebook 基于所涉相关市场间的数据流通，能够控制目标测算市场的竞争变化，从而影响执法人员的判断。综上，虽然德国联邦卡特尔局在 Facebook 数据垄断案中开创性地提出了涉及大数据线上社交媒体相关市场界定的部分方案，但仍无法突破大数据领域相关市场界定网络效应、免费性、多边性等研究困境。

## 4 大数据领域市场支配地位的认定问题

### 4.1 市场支配地位的认定标准

#### 4.1.1 市场份额及市场竞争状况

目前的反垄断执法和司法实践表明,在认定经营者是否具有市场支配地位时,首先应判断企业的市场占有率,即将市场份额的多少作为判断的先行标准。但市场份额也并非唯一判断因素,需要结合市场竞争状况一并考量。市场竞争状况即判断该竞争市场范围内有无其他经营者,且其他经营者的竞争力的强弱即商品对目标经营者商品的相互替代性,主要包括相关市场内的经营者数量、产业规模以及竞争特点等。

#### 4.1.2 是否有能力控制市场或原材料的采购

经营者对市场或原材料采购进行操控的能力,是指对市场的价格、数量、或者其他的上下游经营者的交易行为进行干预的能力。该项能力体现经营者对上下游市场的控制能力,即便市场上存在其他竞争者生产创新型特定产品,具有市场竞争优势地位的经营者不仅可以对该产品的销售和以及所需的必要原料的获取进行直接控制,同样可以通过对上下游市场对所在市场实行间接控制。

#### 4.1.3 经营者的财力或技术条件

经营者的财力和技术条件是根据经营者自身状况所进行的分析。该条件可以通过经营者的产业规模、融资能力、资金流动性、固定资产的多少等因素进行判断,是支持经营者参加市场的竞争的保障。如果经营者拥有比其他经营者更强的经济实力,那么在该相关市场的竞争中也将处于优势。技术条件决定经营者能否在市场中占有足够的知识产权,在产业技术飞速发展的时代背景下,技术力的高低将直接决定经营者的竞争力。经营者所获得的著作权、商标权以及专利权,构成认定其市场支配地位的重要因素。

#### 4.1.4 其他经营者对其在交易上的依赖程度

竞争者在交易中对该交易行为的控制程度越高,其就处于越优势的市场地位,获取支配地位的可能性就越大。根据国家发展和改革委员会价格监督检查与反垄断局相关指导案例,可以从四个角单判断经营者间的依赖关系:其一,品牌形成

的依赖。这种依赖关系产生自经营者对品牌方的依赖，销售商为了维持市场竞争力，需要向消费者提供齐全的货物品种。某些名牌或强势品牌就成为销售商必须保有的，对品牌供应商的依赖关系也就产生。其二，因物质短缺形成的依赖。物质短缺形成的依赖最常发生在原材料市场，比如经营者控制了其他竞争对手生产所需要原材料，或者使其他竞争者形成了对石油、特产矿产等特定物质的依赖。其三，因长期合作关系形成的依赖。如果供应商与客户单位存在长期合作关系，供应企业在资本投资、技术发展、人员培训等方面会进行有针对性投入。其四，因核心设施形成的依赖。因核心设施形成的依赖主要发生在经营者掌握电气管线、码头港口、专利技术等生产要素的情况下，其他竞争者进入特定市场必须使用该设施，由此形成对核心设施拥有者的依赖性。

## 4.2 大数据领域经营者市场支配地位的认定困境

### 4.2.1 大数据领域相关市场的市场份额常处于动态变化

我国相关法律文件规定评价市场支配地位分别具有“推定”与“认定”两种路径。在推定方面，我国采取结构性标准，主张以市场份额作为判断依据，进而建立以市场份额为出发点的一套分析方法，其中包括其他经营者的依赖度、市场准入壁垒等。但在大数据领域，经营者的市场份额随网络效应的增长呈指数级增长。在经营者开始进入相关市场时，还未获得充足的用户数量，市场占有率较低。但当经营者通过价格补贴等方式吸引消费者的注意，通过消费者数量的增加，在网络锁定效应的作用下，经营者的市场份额将随着消费者数量的增加而增加。此外，在免费商品风潮的影响下，消费者对商品价格的变动非常敏感，经营者通过价格调整、增值服务等方式可能导致短时期内市场份额的持续变化。因此市场份额不能单独作为认定大数据领域经营者具有市场支配地位的标准。

此外，大数据领域中的竞争表现出“赢者通吃”的特征，在竞争中获取优势地位的经营者将因网络锁定效应的作用持续获取竞争优势。在其他相关市场已经具有支配地位的经营者进入其他竞争市场后，因在多边竞争中不同相关市场消费者相互影响的特性，该经营者将在新的竞争市场重新占据竞争优势地位。相比传统领域，具有市场支配地位的涉嫌实施大数据领域滥用市场支配地位的经营者更容易获取相邻市场的竞争优势，因此，仅以单边市场的市场份额作为涉嫌实施大数据领域滥用市场支配地位的经营者占据市场支配地位的依据显不合理。

#### 4.2.2 多边市场下市场份额不能单独认定市场支配地位

多边竞争为大数据领域经营者的显著特点。因竞争行为涉及多个相关市场，经营者可以利用在其市场支配地位的市场中获得的数据将市场力量传送到其他邻近竞争市场。例如：在 hiQ 诉领英案中，hiQ 方认为领英正在利用其在职业社交媒体市场上占有的数据优势传导竞争力量，以使其在 hiQ 所处的相关市场上具有不正当的竞争优势。因此，即使大数据领域经营者提供的产品在其相关市场上不具有竞争优势，但因其主营业务在该相关市场上具有支配地位，经营者凭借主营业务所收集的数据优势，可以使旗下其他产品在各自相关市场的竞争中获取竞争优势。在大数据领域的背景下，市场份额已不能作为认定经营者市场支配地位的唯一标准。基于大数据领域经营者的双边市场和跨界竞争的特征，商家竞争边界模糊，在锁定效应、网络外部性的作用下，市场份额已不能单独作为评价经营者市场竞争力大小的标准。

#### 4.3 CTS Eventim 垄断案滥用市场支配地位认定方案分析

在 CTS Eventim 反垄断案中，德国联邦卡特尔局认为，通过对 CTSEventim 在市场份额、网络效应、数据流通程度等方面的分析可以认定其构成滥用市场支配地位<sup>①</sup>。

其一，根据市场份额认定。德国联邦卡特尔局认为，在计算其市场份额时，不能仅考虑 CTS Eventim 在其订票系统上的交易总额，还要将 CTS Eventim 公司收取的交易手续费和系统维护费不仅应作为整个市场收费总额的一部分加以考虑。相比于具有竞争关系的经营者只在一两个州具有销售网点，CTS Eventim 公司的销售范围遍布德国全境。相比于其他经营者，CTS Eventim 公司拥有更多的固定工作场所，通过定期举行优惠活动，CTS Eventim 公司能够获得大幅提升盈利能力，更快地收获市场份额。因此可以认为，CTS Eventim 公司在该相关市场内具有较高的市场占有率。

其二，根据网络效应认定。本案中，德国联邦卡特尔局认为，因为网络效应

<sup>①</sup> 吴东海,张天.德国联邦卡特尔局怎样规制“二选一”——分析 CTS Eventim 滥用市场支配地位案[J].中国市场监管研究,2020(11):38-42.第40页-第41页.

以及锁定效应的存在，CTS Eventim 公司占据了大部分的消费者的主义，潜在的竞争者无法进入该相关市场。

随着越来越多的销售公司与 CTSEventim 企业的平台签订协议上，CTS Eventim 公司作为活动举办方拥有了更多的门票分销渠道，使平台对合作销售公司更加具有吸引力。CTS Eventim 公司在自营平台销售门票的同时，也可以令旗下子公司通过举办活动、主动寻求合作等方式进行销售。这种上下游产业整合可以提高平台对门票销售公司的吸引力，通过在平台上销售由子公司主办的活动的门票，节省了订票公司支付给平台的连带费用。网络锁定效应可以使具有支配地位的经营者拥有竞争者无法匹配的用户数据资源，当用户投入不断增大，过高的迁移成本将导致用户不得选择其他可替代服务。当平台的用户数大于某特定阈值时，其他经营者因长期无法获得稳定的用户数量而难以生存，最终只能等待具有市场支配地位经营者的兼并。网络锁定效应在该相关市场中可以形成难以逾越的竞争准入门槛，最终导致垄断行为的发生。

其三，根据数据流程度认定。根据德国联邦卡特尔局的调查，CTS Eventim 公司在进入市场后，利用其自营平台以及其他产业、第三方开放商提供的服务迅速拥有了庞大的用户规模，并通过用户个人信息以及订票系统等使用信息获取了大量的数据资源。CTS Eventim 公司利用数据资源优势，可以进一步进行消费者偏好预测，准确投入广告，制定精准的营销策略，将数据优势转化为在该相关市场上的竞争优势。其他经营者要想提高竞争力，则只能向 CTS Eventim 公司要求数据公开或数据交易，可以根据该相关市场上这类数据的流程度认定 CTS Eventim 公司是否正在阻碍数据流通，以建立数据壁垒的方式限制竞争者的生存，巩固自己的支配地位。

在本案中，德国联邦卡特尔局在市场份额认定的基础上，增设了网络效应、数据流程度等标准以判断 CTS Eventim 是否具有市场支配地位，对后来者进行大数据领域经营者市场支配地位认定研究提供了宝贵经验。在本案认定市场份额的过程中，执法人员虽综合计算了 CTS Eventim 多个利润来源的相关市场份额，但在现实司法中，大数据类经营者的市场份额处于同态变化当中，且决定于用户数据规模。由于消费者数量与销售额之间的正向反馈以及大数据领域多边竞争的特征，在相邻市场已经具有大量用户群体的经营者在进入新的竞争市场后即使市

场份额低于其他经营者，但随着“忠实”用户群体的涌入，其市场份额将会大幅变化。

根据以上结论，只根据单一市场的竞争份额同样无法评价某一经营者的竞争地位，即使该经营者只是刚刚进入该竞争市场，但因其其在相邻市场的垄断地位，在网络效应与数据获取的作用下，该经营者同样可以实施滥用市场支配地位类限制竞争的行为。综上，有关大数据领域经营者市场支配地位的认定仍需进一步地细化。

## 5 大数据领域滥用市场支配地位行为的认定问题

### 5.1 大数据领域滥用市场支配地位行为的认定困境

根据我国反垄断相关立法的规定以及现实司法的经验,在大数据领域经营者滥用市场支配地位的反垄断规制中,在界定相关市场与市场支配地位认定的基础上,仍需精准评价大数据领域滥用市场支配行为。大数据领域滥用市场支配地位与传统滥用市场地位行为具有一定重合性,其中关键在于能否准确判断行为实施中数据的使用。《指南》虽在第十一条第三款、第五款中开创性的提出了数据在该类型中的特殊作用,但未能将大数据领域滥用市场支配行为类型化,仍需进一步研究细分。除相关规定的缺失外,现实司法对大数据领域滥用市场支配地位行为的认定同样存在诸多争议。

首先,拥有数据优势的经营者在其各个商品所涉及的相关市场之间的数据传输是否可被视为滥用市场支配地位。要认定某经营者可能实施滥用行为首先要认定其在相关市场具有市场支配地位,若以单边的视角分析,具有数据优势的经营者虽然在其主要的竞争市场具有市场支配地位,但因其旗下的产业不具有相同的地位,因此无法认定滥用行为。但在大数据领域多边竞争的背景下,经营者利用不同产业间的数据传输,可以不断强化主营产业的数据优势,巩固其自身的竞争优势地位,因此在大数据领域滥用市场支配地位的行为认定中必须考虑相邻竞争市场间的相互作用。

其次,大数据领域的“捆绑销售”行为能否认定为滥用市场支配地位。在奇虎 360 诉腾讯案<sup>①</sup>中,奇虎方认为腾讯将腾讯 QQ 与腾讯安全管家进行捆绑安装为滥用市场支配地位行为,排除限制了奇虎在网络安全监管市场的竞争。大数据领域的捆绑问题同样离不开多边市场的分析,本案中腾讯在社交媒体市场具有市场支配地位,而奇虎 360 则在网络安全市场具有相对的竞争优势地位,若以单边为研究视角,则不能认为腾讯的行为为滥用市场支配地位。本案中,腾讯利用其在社交媒体市场的支配地位,因网络效应下的用户锁定,用户因腾讯对其数据的独占,只能被迫选择其“捆绑销售”,从而影响了网络安全市场的正常竞争秩序。

在数字经济的背景下,具有市场支配地位的经营者拥有显著数据优势,利用

<sup>①</sup> 许光耀. 互联网产业中双边市场情形下支配地位滥用行为的反垄断法调整——兼评奇虎诉腾讯案[J]. 法学评论, 2018, 36(01): 108-119. 第 116-118 页.

数据优势实施滥用市场支配地位,在不断巩固核心商品竞争市场的支配地位同时,能够将相对市场竞争优势作用至其他领域。经营者的市场支配地位与数据优势具有相互补充的特性,数据优势能够增强经营者的支配地位,经营者利用市场支配地位可开展更大程度的数据整合、吸纳,提升自身数据优势,通常表现为利用数据优势附加不合理交易条件、歧视性交易或拒绝交易等形式。

## 5.2 大数据领域滥用市场支配地位行为认定的类型化分析

### 5.2.1 强迫收集非必要数据

这类行为常发生在数据优势经营者与个人签订用户使用协议中,用户使用协议即用户想要使用某一经营者旗下任一商品、服务、技术等需签署的有关平台提供服务、用户数据处理等平台、用户权利义务系列条款。以《淘宝平台服务协议》为例,该协议称淘宝平台向关联公司或合作方共享用户个人数据无需再得到用户授权。虽然平台向用户出示该类协议时都会表明用户个人可以选择拒绝协议内容,但拒绝的结果即为用户无法使用该平台的服务,面对高额的转移成本以及市场中替代性服务大多被数据优势者兼并,用户最终只能被迫以合同约定的形式授权平台的数据共享行为。据全国人大大会常务会执法检查组“万人调查报告”显示<sup>①</sup>,有49.6%的受访者的用户信息曾被过度收集;有61.2%的受访者遭遇具有优势地位的经营者以不接受就不允许用户使用服务为条件强制收集、使用用户信息。数据优势经营者在“夺得”用户对数据共享的授权后,即可通过将数据输入至合作方平台或自身旗下任一服务平台的方式,滥用市场相对优势地位,提高核心服务所在市场的支配力。

### 5.2.2 多个市场间数据的相互传导

在数字经济的背景下,数据是经营者的核心竞争力,收集、分析和利用数据的能力对决定经营者提供的产品或服务质量和市场占有率起着重要作用。在网络锁定效应的作用下,在多边竞争中,在任一相关市场上具有支配地位的经营者,凭借其已经获取的数据资源优势,可以在相邻市场间传递竞争优势,建立不同市场的支配地位。例如,在欧盟 Google 反垄断案件中,Google 在搜索引擎市场占据市场支配地位,拥有显著的数据资源优势,Google 借此向不同的竞争市场间

<sup>①</sup> 高辰:万人调查报告:近半受访者信息被过度收集[EB/OL].<https://www.tisi.org/4394>, 2018-5-22.

传导垄断力量，于在线搜索服务领域的比较购物排名，恶意打压潜在竞争者的排名，随后欧盟委员会对此进行调查，并认定其实施了滥用行为。此外，Google 在进行比较购物恶意排名时，使用了数据资源建立歧视性算法，以此打压竞争者的排名，因此该行为除数据的相互传导外还应构成歧视性交易的滥用市场地位行为。

### 5.2.3 拒绝数据交易

数据优势经营者滥用市场支配地位进行歧视性交易或拒绝交易不仅发生在仅具有竞争关系的其他经营者之间，同样发生在自身所建立的数据共享机制内<sup>①</sup>。经营者设置爬虫协议与反爬虫技术并行表明，在相同的交易条件下，数据优势经营者可以任意选择数据共享或拒绝的对象，且位于数据驱动型企业所在竞争市场，若数据优势经营者无正当理由差别对待不同经营者的数据共享、交易请求或是直接拒绝交易请求，因数据在该市场内为下游竞争者参与竞争所必需的，数据优势经营者歧视性交易或拒绝交易的行为当受《反垄断法》的规制。除此之外，因数据优势经营者完全主导数据共享机制，其在建立共享规则时只需调整不同成员能够使用共享数据的多少抑或是设置不同使用门槛（如使用费用），同样能够完成数据的歧视性交易。

### 5.2.4 数据交易附加不合理条件

数据优势经营者附加不合理交易条件，通常表现为具有合作性质的开发者协议。开发者协议即经营者申请将其开发的各类应用接入另一经营者开放平台时双方所需签署的协议，包括开发者、开放平台所有者在接入开发后所需遵守的权利义务。新进入互联网经济市场的经营者即使拥有创新商品，也将因无法获取足量信息最终选择依附于市场中占据数据优势地位的经营者生存。在新浪诉脉脉一案中，北京微梦创科网络技术有限公司认为北京淘友天下技术有限公司违反《开发者协议》处理用户数据。在该协议中，微梦公司称因用户使用微博所产生的数据应为己方商业秘密，微梦有权要求开发者删除不利于自身服务运营的相关数据以及一旦终止合作，开发者须删除从微博获取的一切数据。根据此协议内容，微梦公司非但主张其对于用户个人数据的完全独占，更要求其对与开发者合作后共同

<sup>①</sup> 时建中, 王煜婷. “数据池”共享行为的竞争风险及反垄断法分析[J]. 江淮论坛, 2021(02): 123-130. 第124-125页.

产生、收集、处理数据的绝对控制权。因互联网经济多边市场的特征，即使位于不同竞争市场间的经营者也可能存在跨域竞争，经营者与数据优势者签署这类开发者协议，即使在合作过程中能够获取部分数据优势，但若与数据优势经营者旗下服务产生竞争关系，因数据优势者对合作数据的绝对掌握，该经营者将会迅速丧失市场竞争力，最终沦为数据优势经营者的“附随”。

### 5.2.5 利用算法实施歧视性交易

利用算法实施歧视性交易可使其更具隐蔽性。算法输出的结果并非绝对客观，算法编写者可以将自身“偏见”嵌入算法的运行程序当中，从而形成算法歧视。在问题建构层面，因算法本身并不懂得何为公平，数据优势经营者只需对已掌握的市场数据进行分析，对潜在竞争者进行归纳分类，即可令算法在输出“是否进行合作”的自动化决策时只选择能够为自己提供数据帮助的“优质”对象。且因刚刚进入市场的创新型企业并未留下过多信息，数据优势者若将数据共享决策完全交由算法自动处理，因缺乏可分析数据，算法将自行“淘汰”这部分经营者，数据优势者即可不漏痕迹的限制创新型企业的发展，消除潜在的竞争隐患。

具有数据优势的经营者通过数据“画像”，能够进行“杀熟”的歧视性交易。据人民网报道<sup>①</sup>，程某在去哪儿旅游 APP 通过会员身份预订酒店房间的花费远高于普通用户的花费，付费会员没能享有合理的折扣。经营者通过对已收集的用户个人数据进行分析挖掘，将用户地域、年龄、职业等因素同服务类别、活跃频率、产品喜好、消费习惯等结合处理，对用户个人实施分类归纳，进而实行差别定价。虽然在我国《在线旅游经营服务管理暂行规定》第十五条中明确了在线旅游经营者不得利用数据分析手段对消费者添加不合理的交易条件，但由于数据处理因算法黑箱<sup>②</sup>等问题具有高隐蔽性以及数据“杀熟”同样出现在网购、外卖等多个互联网经济领域，对数据“杀熟”进行取证并有效规制仍是现实司法的难题。

<sup>①</sup> 黄钰：人民直击：“大数据杀熟”，谁为刀俎[EB/OL].<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1681861966798725732&wfr=spider&for=pc>, 2020-10-29.

<sup>②</sup> 算法黑箱是指由于技术本身的复杂性以及媒体机构、技术公司的排他性商业政策，算法犹如一个未知的“黑箱”——用户并不清楚算法的目标和意图，也无从获悉算法设计者、实际控制者以及机器生成内容的责任归属等信息，更谈不上对其进行评判和监督。

## 6 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制的完善建议

### 6.1 大数据领域相关市场界定困境的突破

#### 6.1.1 以利润来源界定主要竞争市场

经营者利润来源要求兼顾经营者的全部主要收益方式。在不同行业中，不同经营者利润产生影响的因素也有所不同。如对房地产商而言，销售面积和销售额为其利润来源的主要影响因素。一个商家可能拥有多渠道收益来源，在划定经营者主要利润来源的基础上，可以通过比较收益渠道将其界定为相关的产品市场。如果两个企业的主要利润来源相同，那么这两个企业在此领域构成竞争关系<sup>①</sup>。这种界定方法运用于大数据产业相关市场界定具有独特的优势。

在大数据产业中，由于大多经营者具有多边竞争的特性，因此在司法实践中界定相关市场究竟是选择主要竞争市场为测算目标，还是综合考虑所有涉及的竞争市场一直存在争议，而将经营者利润来源作为界定相关市场的标准之一能够解决这个难题。只需要对比当事人双方的财务报表，比较双方主要盈利在哪一产品市场即可，这有助于现实司法的应用，如两个经营者的主要利润来源相同，那么该市场便是两者的相关产品市场。

数据资源是大数据企业的核心要素，通过看似低价或免费的产品或服务，其初衷是为了收集更多的用户信息数据，从而吸引更多的广告商在此平台投放广告从而获得盈利，因此“免费”不足以成为非滥用市场支配地位的抗辩。必须以全新的视角看待大数据市场，不能将两边市场进行割裂。面对大数据产业这种特殊的经营模式时，不能仅仅考虑一方的市场来确定相关产品市场，而应更多考察其真正的利润来源。

以主要利润来源界定大数据领域经营者相关市场，可以有效解决因大数据领域经营者竞争多边性、免费性导致的界定困境。需要强调的是，大数据领域经营者并非仅指代互联网平台，实体经营者在竞争中同样强调数据的作用。因此在执法过程中引入利润来源作为界定相关市场的方法，需要将平台企业与实体企业分开研究。如两个实体经营者陷入多边竞争，则可直接对照其财务报表，以其主要重合利润来源作为竞争相关市场；若经营者为平台型企业，则需区分利润来源和

<sup>①</sup> 陈科宇. 大数据产业相关产品市场界定法律问题研究[J]. 经营与管理, 2020(05):99-102. 第100-101页.

利润产生的主要原因。以“人人网诉百度”案为例<sup>①</sup>，百度在2009年—2010年两个年度的财务报表表示，百度两年来的主要收入为各广告商投入广告所花费的费用，由此可以认定“百度”的主要利润来源为广告收入。且“人人网”同样处在面对普通用户和广告商各自不同的竞争市场，一方面通过免费提供社交软件以吸引大量用户，另一方面利用海量数据精准投放广告以获得盈利。因此，“百度”和“人人”的主要利润来源相同，均为广告收入。但在界定平台企业时需区分利润来源和利润产生的原因，以本案以及Facebook垄断案为例，虽然这类平台的主要利润来源均为广告收入，但在“流量为王”的当下，平台企业吸引广告商的投入主要依靠于其在社交媒体积累的用户流量。虽然平台类利润来源多为广告收入，但实际为社交媒体用户流量的博弈，因此在界定平台企业相关市场时需选择利润的主要产生原因——用户市场。

综上，若某反垄断案件涉及多个经营者，在区分平台企业与实体企业的基础上，选择利润来源界定方法可以有效解决因多边市场、免费性所导致的相关市场界定困境。

### 6.1.2 以类型化区分优化多边市场的界定

在数字经济的背景下，虽然在某些情况下可以通过一定条件来越过相关市场的界定直接评价滥用行为，但在需要确定相关市场的情况下如只通过简单分类难以确定经营者的主要竞争关系，由于大数据领域经营者多边竞争的特点，是否应将经营者所涉及的所有相互竞争的市场视为一个单一的相关市场，或是应将所有涉及的相关市场视为独立但相互作用的市场范围仍存在争议。

利用类型化区分界定大数据领域经营者所处的相关市场，以互联网平台型企业为例，首先根据平台上用户是否直接交易作为标准，将平台划分为交易型平台和非交易型平台。交易型平台直接面向平台双方用户交易，平台通过向用户收取会员费、交易手续费等方式获得收益。例如：京东、美团、滴滴等线上交易平台。这类平台由于所涉及的所有相关市场都直接与消费者进行交易，因此可以将该集合其看做是一整个相关市场。

而非交易型平台指的不与用户进行直接交易，以广告收入或增值业务盈利的

<sup>①</sup> 戴健民：百度公司被诉滥用市场支配地位一案之评析[EB/OL]. <https://china.findlaw.cn/jingjifa/fldf/zhipei/052211635.html>, 2010-05-22.

经营者。例如：腾讯的社交媒体服务平台、哔哩哔哩的短视频平台等，这类平台的涉及相关市场为广告商投入市场或增值服务市场和经营者提供的免费产品或服务市场，各个相关市场间相互独立，且相互间影响不足，理应界定为两个独立的相关市场而非一个整体。针对非交易平台相对独立的多个竞争相关市场，则可以引入利润来源标准界定相关市场，如上文论述通过判断社交媒体平台的主要利润来源为用户市场，并以此作为目标相关市场，以判断经营者是否具有该市场支配地位。

## 6.2 大数据领域市场支配地位认定标准的增设

《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）第18条规定了市场支配地位认定的一般认定标准，但相关标准不能如实反映大数据市场的竞争状况，为此需要进行修订和完善。具体而言，在认定大数据经营者市场支配地位时，除了市场份额因素外，还需要综合考虑以下因素。

### 6.2.1 用户数据迁移成本的多少

数据具有天然独占性。先进入市场的互联网企业拥有数量庞大的“忠实”用户，稳定的用户数据来源使其服务网络更具价值，在市场竞争中呈现“赢者通吃”的表象。同一经营者旗下不同网络服务间的相互提升以及不同网络服务的联合使用如账号绑定，驱使用户选择其提供的更加优质、高效便捷的服务网络。随着用户对其提供的服务网络任一应用的不断投入，在网络效应、用户黏性、用户数量等要素的共同作用下，用户寻找替代商品的转移成本大幅提高<sup>①</sup>，用户高额的转移成本将直接导致其他经营者进入竞争市场存在难以逾越的壁垒，占据竞争优势地位的经营者因此天然具有某一网络服务领域内数据的“独占”。

一般而言，用户在不同平台间转换的成本越低，多栖的可能越大，越能够制约市场朝高度集中的方向发展。在 Facebook 案中，超过临界容量的用户规模带来超强的网络效应，这导致用户难以转移到其他平台，事实上 Facebook 的竞争者的用户数量一直在下降，也因此德国联邦卡特尔局认定 Facebook 在国内个人社交网络市场上具有市场支配地位。

<sup>①</sup> 李明,王云美,司春林. 网络经济下锁定效应的经济学本质及成因研究——基于非转移成本的视角[J]. 上海管理科学, 2009, 31(05): 14-19. 第 15-16 页.

## 6.2.2 大数据领域的市场壁垒

大数据领域经营者提供的商品或服务多具有免费性,因此商品价格的轻微变动即会引起消费者强烈的反响,经营者可以通过短期的掠夺性定价迅速增加市场占有率。此外,移动电子产品类商品或内在服务的高速迭代,导致大数据领域经营的市场份额常处在动态变化当中。因此,在评价经营者是否相关市场上占有市场支配地位时,除计算市场份额外,还应考虑进入目标市场的竞争壁垒。大数据领域经营者利用数据优势建立的竞争壁垒大致可分为两类,即技术壁垒与数据壁垒。数据是技术发展的必要要件,尤其是为市场服务的技术进步,离不开消费者、经营者等数据的计算,具有数据优势的经营者可以通过阻碍数据流通制造竞争的技术壁垒。此外,具有数据优势的经营者可以通过拒绝数据交易的方式,阻碍数据的正常流通,在网络锁定效应的影响下,潜在竞争者因数据壁垒的存在而无法进入该相关市场。

## 6.2.3 经营者对相关市场数据流通的控制能力

经营者对相关市场数据资源的控制能力与数据的可移植度、其他经营者对该经营者数据资源的依赖度以及在该相关市场内获取数据的难易程度密切相关。首先,数据可移植度与新进入竞争者和潜在竞争者获得所需数据的能力有关,而可移植度低意味着数据优势经营者对数据拥有更大的控制权。除法律规定外,数据的可移植度决定于数据利用技术是否通行、数据格式是否兼容、数据移植的效率和成本。其次,大数据领域经营者还可以通过签订排他性协议以阻碍数据流通,强化自身对数据资源的控制力,如新浪开发者协议、淘宝用户协议等。最后,关键数据具有稀缺性,具有数据优势的经营者往往不愿公开,且数据价值随产生时间递减,率先完成数据资源整合的经营者将获得其他经营者望尘莫及的利益,获取更大的市场竞争优势。

## 6.3 大数据领域滥用市场支配地位行为的规制

### 6.3.1 以反事实度量法认定滥用市场支配地位行为

认定市场支配地位首要需界定相关市场,而通常使用的 SSNIP 测试法在数据垄断的相关市场无法适用。SSNIP 主张以使目标商品价格上涨后经营者是否能稳定盈利作为判断垄断相关市场界定的标准,而数据垄断相关经营者的主营业务多

为“免费”商品，如搜索引擎、社交平台等。即使对免费商品制定价格，因数据垄断导致的用户转移成本过高，用户个人因难以寻找替代商品将无法对价格变动作出反应，且潜在竞争者因数据壁垒的存在也无法适时地参与市场竞争。因价格分析的无法适用，部分学者选择以质量分析即 SSNDQ 测试法。SSNDQ 主张以质量变化取代价格变化，但因数据服务质量变动无法同价格变动一般精准测算，其同样不能有效适用于数据垄断相关市场的界定。除此之外，无论是价格分析或是质量分析，都强调划定单一市场进行信息测算，但因数据作用具有多边性，数据优势经营者可以通过数据传输的方式，传导相关市场优势力，巩固核心商品的支配地位，对数据垄断界定相关市场必须考量数据优势经营者旗下各服务所在竞争市场间数据传到的相互作用。

虽然《指南》在界定相关市场中提出需综合考量所涉市场的相互影响，因尚未给出多边市场相互影响的计算标准，导致现实中难以适用。

因相关市场界定存在阻碍，固选择反事实度量法跳过相关市场界定直接认定经营者是否滥用市场支配地位。反事实度量法<sup>①</sup>即认定某一经营者实施了滥用市场支配地位，假定其在市场中消失或没有实施垄断行为，以此推演市场中其他经营者的状态。在《指南（征求意见稿）》第四条第三款中曾规定了以反事实度量法认定滥用市场支配地位的条款，即在具有充足的直接证据前提下，发生了只能由滥用市场支配地位导致的明显损害结果且难以界定相关市场时，可以跳过界定过程，直接认定滥用市场支配地位。虽然在《指南》正式发布实施后删除了这一条款，但当传统测试方法失灵时，反事实度量法依旧可以作为界定相关市场的路径选择。

以反事实度量法<sup>②</sup>界定数据垄断相关市场，其核心在于如何分辨利用数据实施滥用市场支配地位的损害结果，大致可分为数据滥用、设置数据壁垒、不合理数据收集三类。数据滥用即通过数据分析实施歧视交易、拒绝交易等，设置数据壁垒即阻碍潜在竞争者进入市场、减缓数据流通等，不合理数据收集即强迫收集用户个人与其他经营者的数据。结合我国《反垄断法》第十八条以及《反垄断法》

<sup>①</sup> 反事实的含义为：其一，某一事件或事物在历史上存在过，但假定其不存在，而是根据这种假定估算经济运行中可能由此引起的结果；其二，某一事件或事物在历史上不曾存在，但假定存在过，然后根据这一假定估算经济生活中可能由此引起的后果。这种方法的计算结果缺乏信度。

<sup>②</sup> 陈兵. 互联网市场支配地位认定方法再探[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2020, 44(06):80-88. 第86页.

修订草案（公开征求意见稿）第二十一条有关认定经营者具有市场支配地位的相关规定，可以为反事实度量法界定数据垄断相关市场制定如下标准：“当市场（此处无需界定相关市场，所指即广义的竞争市场）中出现明显的严重差别定价、数据流通明显受阻碍、众多依赖数据生存的创新型企业被并购或退出市场以及多人反映自身数据被强迫收集等情形，通过用户数量、用户使用频率等因素找出这类情形所涉主体中的数据优势经营者，并假定该经营者退出市场的情形，以此推演市场中差别定价的情形是否消除、数据流通是否顺畅、创新型企业数量是否稳定增长以及用户大多反映个人数据受到合理保护，若在推演中出现上述情形，即可认定该具有数据优势的经营者实施了利用数据优势滥用市场支配地位的情形。”

### 6.3.2 增设禁止滥用相对市场优势地位行为

除认定方法的选择外，在评价使用数据优势实施滥用市场支配地位行为的标准中，还应考虑滥用相对市场优势地位的影响。相比滥用市场支配地位，滥用相对市场优势地位规制的范围更宽，其主要着眼于不同市场中经营者的依赖程度<sup>①</sup>。虽然我国《反不正当竞争法》在2017年修订中删去了原草案有关滥用相对优势地位的条款，但仍可根据《零售商供货商公平交易管理办法》的相关规定界定滥用市场相对优势地位。我国《反垄断法》主张以市场份额作为推定市场支配地位的标准，但具有数据优势的经营者实施歧视交易、附加不合理条件等行为并不必须具有市场支配地位。如以短视频为核心服务的经营者未必在职业社交媒体中拥有市场支配地位，但因短视频平台市场的经营者们对其社交媒体平台所掌握的数据具有高度依赖性，该经营者仍可利用其在社交平台的相对市场支配地位通过数据交易的差别对待、数据服务的捆绑销售以及附加不合理交易条件等方式在相关市场实施限制排除竞争的行为。在利用数据优势实施滥用市场相对优势地位的适用中还应考量市场竞争优势相互传导的情形，数据优势经营者可以通过数据流通的方式传导市场竞争优势。首先令核心服务向旗下其他所处不同竞争市场的服务输送数据，以提升旗下其他服务商品在自身竞争市场的优势地位，再将通过该优势地位收集相关市场中的优质数据整合至核心服务，通过数据相互传输的方式巩固自身核心服务的市场支配地位。因此，当具有数据优势的经营者实施上述滥用市场相对优势地位的情形，同样应受我国反垄断相关法律法规的规制。

<sup>①</sup> 江帆. 竞争法[M], 北京: 法律出版社, 2019. 第267页.

### 6.3.3 必要设施原则的适用

必要设施原则是反垄断理论的基本原则之一,指上游经营者掌握了下游经营者在相关市场竞争中所必须且不可复制的必要设施,在没有合理理由的前提下,上游经营者有义务以一定的商业价值为条件向该下游竞争者公开这一必要设施。依照必要设施原则,要使具有数据优势的经营者公开其数据,需证明该相关市场上的其他经营者若不具有这些数据就难以生存,且这类数据具有不可替代性。有学者反对必要设施原则在大数据领域的适用,即认为即使具有数据优势的垄断者存在,也不会降低数据获取的难易程度。这类观点显然忽视了具有数据优势的经营者在网络锁定效应的作用下可以不断强化数据壁垒,阻碍数据的流通。

欧洲法院制定了适用必要设施原则的一般标准<sup>①</sup>,即拒绝交易的排除限制竞争性、拒绝交易不具有正当理由、该设施对其他下游经营者在相关市场上竞争的必要性;该设施具有不可替代性。在此标准下,若具有数据优势的经营者若拒绝数据交易,设置数据壁垒,阻碍数据流通,只需判断数据是否符合上述标准,若符合即可要求数据优势经营者以一定条件公开其拥有的数据资源。

首先,应判断数据优势经营者与该相关市场内的下游经营者是否具有竞争关系,且该数据优势经营者必须是该设施的唯一来源。

其二,判断该数据资源是否难以复制。数据具有鲜明的可复制性,一个完全开放的数据库,只需简单的计算机操作即可轻易复制。因此要论证数据资源的难以复制,不能仅判断数据本身,还要着眼于数据资源收集、维护以及运营的成本。在“大众点评诉爱帮网”一案中<sup>②</sup>,法院就投入与收益这一问题进行了论证,法院认为大众点评所属的汉涛公司为了收集数据付出了大量的人力、物力以及财力,爱帮网直接适用这些数据为“搭便车”的不正当竞争行为。对数据资源收集、维护以及运营的高昂成本是数据资源不可复制的主要原因。

其三,判断开放数据资源是否具有可行性。这需要考量数据资源的开放对数据优势经营者、要求开放数据的经营者以及数据的原始来源即一般公众的影响。这需要在开放数据资源的过程中,严格区分数据类型,将有关商业秘密、个人隐私等相关数据在开放过程中剥离,使数据开放不侵犯公众的隐私以及对数据拥有

<sup>①</sup> 秦玉琦. 必要设施原则在数据垄断规制中的适用性研究[J]. 中国市场监管研究, 2021(07):59-62. 第60-61页.

<sup>②</sup> 张江莉. 反垄断法在互联网领域的实施[M], 北京: 中国法制出版社 2020 版. 第 335 页.

者造成难以恢复的商业风险。

据此,在大数据领域的滥用市场支配地位案件中,在证明数据优势经营者与下游经营者具有直接竞争关系、该数据资源难以复制的基础上,严格区分数据资源中有关商业秘密与个人隐私的部分,即可认定数据为该竞争市场中的必要设施。

### 6.3.4 增设算法解释规则

在《个人信息保护法》中增设利用个人信息进行自动化决策应向个人提供自动化决策明细即算法公开。虽然算法黑箱也因大众不具有算法认知能力存在,但不能否认算法同样具有可解释性。算法的可解释性决定于算法的透明度<sup>①</sup>,算法的透明度指为了便于监管部门或第三方的监管,由算法的使用者、设计者主动公开算法的运作流程、使用方式以及使用目的。算法黑箱的存在来自于算法知识学习的困难,若将算法透明度的高低作为算法使用的强制性规则,由设计者或使用者自行公开算法的使用明细,可以打破因算法黑箱导致的涉数据算法类案件难以评价的困境。除增设算法透明度的强制性规则外,可以使用算法解释器用于这类案件的判断。算法解释器即利用决策树、敏感性分析、原型选择分析等方法建立数据算法的可视化模型<sup>②</sup>。如在某一涉及数据算法的垄断案为例,建立该算法的敏感性分析模型,通过变动价格、目标用户等输入因素,观察该算法输出结果的变化,以此判断垄断行为是否存在。

在此基础上,无论通过自然语言、流程图、代码等方式对算法进行全局或局部算法解释,都将成为判断经营者主观过错、进行责任认定的关键环节<sup>③</sup>。且通过处理数据过程的明示,能够为算法合谋、联合抵制交易等案件存证、固证提供便利,进而有效规制利用算法实施垄断协议、歧视性交易等的行为。此外,数据处理过程的明示,可使信使类算法同样作用于数据共享机制的监管。司法工作者在认定经营者是否通过数据共享机制实施垄断协议时,可将数据共享机制内成员是否利用共享数据固定价格、数量等因素作为算法的输入条件,再对该共享机制过去一段时间内的数据处理过程进行测算,一旦任意经营者实施了上述输入条件,信使类算法将自动输出“警示”。

<sup>①</sup> 王娟,叶斌.“负责任”的算法透明度——人工智能时代传媒伦理建构的趋向[J].自然辩证法研究,2020,36(12):66-72.第66页-第67页.

<sup>②</sup> 苏宇.优化算法可解释性及透明度义务之诠释与展开[J].法律科学(西北政法学报),2022,40(01):133-141.第135页.

<sup>③</sup> 张凌寒.网络平台监管的算法问责制构建[J].东方法学,2021(03):22-40.第1页-第19页.

## 结语

我国市场发展的未来规划应加快建设数字经济，以数字化转型驱动生产、生活、治理变革，强调打造数字经济优势应充分发挥数据价值。而数据所带来的巨大竞争价值驱使经营者们争先实施数据的独占性收集，建立数据壁垒等利用数据优势实施的一系列垄断行为，这不仅会有损市场中其他经营者与消费者的合法权益，更将有损我国数据要素市场的有序运行。本文致力于大数据领域经营者滥用市场支配地位相关问题研究，以期通过遏制数据垄断相关行为，维护数据要素市场秩序，助力我国数字经济规划的现实发展。期望在未来研究中能够进一步论证如何平衡数据市场发展、经营者生产数据激励以及个人数据权利保护问题。

## 参考文献

### 1.1 著作类

- [1]孔祥俊. 反垄断法原理[M], 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [2]许光耀. 欧共同体竞争法通论[M], 武汉: 武汉大学出版社, 2006.
- [3]尚明. 对企业滥用市场支配地位的反垄断规制[M], 北京: 法律出版社, 2007.
- [4][英]维克托·迈尔舍恩伯格、肯尼斯·库克耶, 盛杨燕、周涛译. 大数据时代——生活、工作与思维的大变革[M], 杭州: 浙江人民出版社, 2012.
- [5]戴龙. 滥用市场支配地位的规制研究[M], 北京: 中国人民大学出版社, 2012.
- [6]陈云. 金融大数据[M]. 上海: 上海科学技术出版社, 2015.
- [7]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[M], 上海: 上海大学出版社, 2016.
- [8]王达. 美国互联网金融与大数据监管研究[M]. 北京: 中国金融出版社, 2016.
- [9]王晓晔著. 反垄断法实施中的重大问题[M], 北京: 法律出版社, 2016.
- [10]韩伟. 数字市场竞争政策研究[M], 北京: 法律出版社, 2017.
- [11]刘晓昌. 大数据金融[M]. 北京: 清华大学出版社, 2018.
- [12][美]莫里斯·E·斯图克、艾伦·P·格鲁内斯, 兰磊译. 大数据与竞争政策[M], 北京: 法律出版社, 2019.
- [13]江帆. 竞争法[M], 北京: 法律出版社, 2019.
- [14]张江莉. 反垄断法在互联网领域的实施[M], 北京: 中国法制出版社, 2020. 7.
- [15]滕磊等. 金融大数据生态体系及其风控价值研究[M]. 四川: 四川大学出版社, 2020.

### 1.2 期刊类

- [1]曾雄. 数据垄断相关问题的反垄断法分析思路[J]. 竞争政策研究, 2017.
- [2]邹开亮, 刘佳明. 大数据产业相关市场界定的困境与出路[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2018.
- [3]李荣, 陈祉璇. 大数据反垄断的挑战与规制优化[J]. 石河子大学学报(哲学社会科学版), 2019.
- [4]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[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2019.

- [5]丁晓东. 数据到底属于谁?——从网络爬虫看平台数据权属与数据保护[J]. 华东政法大学学报, 2019.
- [6]杨祥瑞. 网络用户协议中个人信息保护的合同法研究——以《淘宝平台服务协议》为例[J]. 吉林工商学院学报, 2019.
- [7]陈科宇. 大数据产业相关产品市场界定法律问题研究[J]. 经营与管理, 2020.
- [8]刘东亮. 技术性正当程序: 人工智能时代程序法和算法的双重变奏[J]. 比较法研究, 2020.
- [9]陈兵. 互联网市场支配地位认定方法再探[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2020.
- [10]刘佳. 人工智能算法共谋的反垄断法规制[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2020.
- [11]国瀚文. 滥用市场支配地位隐私权保护研究——以完善数据要素市场为背景[J]. 商业研究, 2020.
- [12]詹馥静. 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断规制——基于路径检视的逻辑展开[J]. 上海财经大学学报, 2020.
- [13]殷继国. 大数据经营者滥用市场支配地位的法律规制[J]. 法商研究, 2020.
- [14]山茂峰, 郑翔. 算法价格歧视反垄断规制的逻辑与进路[J]. 价格理论与实践, 2020.
- [15]李兆阳. 从数据垄断走向数据开放: 数据成为关键设施的竞争法分析[J/OL]. 重庆大学学报(社会科学版), 2021.
- [16]黄镔. 大数据时代个人数据权属的配置规则[J]. 法学杂志, 2021.
- [17]傅晓. 警惕数据垄断: 数据驱动型经营者集中研究[J]. 中国软科学, 2021.
- [18]时建中, 王煜婷. “数据池”共享行为的竞争风险及反垄断法分析[J/OL]. 江淮论坛, 2021.
- [19]李成. 人工智能歧视的法律治理[J]. 中国法学, 2021.
- [20]丁晓东. 论数据垄断: 大数据视野下反垄断的法理思考[J/OL]. 东方法学, 2021.
- [21]张凌寒. 网络平台监管的算法问责制构建[J/OL]. 东方法学, 2021.
- [22]王安康. 论大数据的反垄断法规制——以其生产要素内涵为视角[J]. 电子知

识产权, 2021(03):25-38.

[23]李世佳. 数据访问限制行为的拒绝交易认定——以必要设施取代市场支配地位作为规制的前端要件[J]. 科技与法律(中英文), 2021.

[24]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[J]. 电子政务, 2021.

[25]王世强. 数字经济中的反垄断: 企业行为与政府监管[J]. 经济学家, 2021.

### 1.3 学位论文类

[1]袁波. 大数据领域的反垄断问题研究[D]. 上海交通大学, 2019.

[2]曹天翔. 大数据背景下滥用市场支配地位行为的法律规制[D]. 黑龙江大学, 2020.

[3]贾丽晨. 大数据背景下互联网企业滥用市场支配地位问题研究[D]. 华东政法大学, 2020.

[4]赵容容. 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断法规制[D]. 山西财经大学, 2020.

[5]相杰. 大数据平台滥用市场支配地位的规制研究[D]. 中国政法大学, 2020.

### 1.4 网络类

[1]周翔: 专家解读大数据时代: 数据垄断的困境与隐忧[EB/OL]. 人民网, 2013-05-20

<http://theory.people.com.cn/n/2013/0520/c112851-21543135.html>. 最后访问时间: 2021-05-19

[2]国内首份数据垄断报告发布, 专家热议反垄断[EB/OL]. 新华网, 2019-05-24  
<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1634413856329416453&wfr=spider&for=pc>. 最后访问时间: 2021-05-19

[3]数据垄断的伪命题和真问题[DB/OL]. 中华人民共和国国家互联网信息办公室, 2019-08-22  
[http://www.cac.gov.cn/2019-08/22/c\\_1124900803.htm](http://www.cac.gov.cn/2019-08/22/c_1124900803.htm). 最后访问时间: 2021-05-21

[4]陈根: 数据垄断红与黑, 数字经济下的数字资源该如何配置[DB/OL]. 百度网, 2020-07-29

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1673510445741469516&wfr=spider&for=pc>. 最后访问时间: 2021-05-21

[5] 破解数据垄断的几种治理模式研究[EB/OL]. 人民论坛网, 2020-09-25

<http://www.rmlt.com.cn/2020/0925/594487.shtml>. 最后访问时间: 2021-05-20

### 1.5 报纸类

[1] 张博卿. 日本数据流通发展策略带来的启示[N]. 中国计算机报, 2019-09-30(015).

[2] 曲创. 数据垄断的伪命题和真问题[N]. 科技日报, 2019-08-21(008).

[3] 常龙川. 警惕数据垄断带来的风险[N]. 中国证券报, 2019-01-12(A08).

[4] 赛迪智库互联网形势分析课题组. 治理数据、算法与垄断[N]. 通信产业报, 2019-01-07(017).

[5] 余维仁. 破除数据垄断, 数据上链或是关键[N]. 21世纪经济报道, 2020-12-30(004).

### 1.6 外文文献

[1] Gannon, F. Towards a data monopoly?[J]. Embo Reports, 2001.

[2] Fromer M J. The Research Conundrum: Where Does Data Monopoly End and Sharing Begin?[J]. Oncology Times, 2002.

[3] Li M. The Problems of Commercialized Information Database Monopoly and Its Countermeasure[J]. Library and Information Service, 2013.

[4] Ming-Li L I. Interpretation of CHENG Huan-wen's Questions on Database Monopoly[J]. Library Tribune, 2015.

[5] Pal R. Data Trading With a Monopoly Social Network Outcomes are Mostly Privacy Welfare Damaging[J]. IEEE Networking Letters, 2020.

[6] Hamida C. Landi A. The Lack of Decentralization of Data: Barriers, Exclusivity, and Monopoly in Open Data[J]. Social Science Electronic Publishing, 2020.

[7] Sourav. Recent Trends of Big Data in Precision Agriculture: a Review[J]. IOP Conference Series: Materials Science and Engineering, 2021.

[8] Macaulay J. Learning how to teach science with big data[J]. Biochemistry and Molecular Biology Education, 2021.

[9] Mihailescu. Big Data Cryptography. Pro Cryptography and Cryptanalysis with C++20, 2021.

[10]Lerena O. Big data of innovation literature at the firm level: a review based on social network and text mining techniques[J]. Economics of Innovation and New Technology, 2021.

## 致谢

忽忆同为校书日，每年同醉是今朝。

三年的研究生生涯即将谢幕，现在回想起 18 年底自己仍是万千考研大军中的一员，面对未知的结果惶惶不可终日，是兰州财经给了我继续研究生学习的宝贵机会，我由衷的感谢，感谢这座校园，这里的人以及这段经历。

在我的研究生求学生涯中，有幸能先后在孙丽君老师、张桂芝老师两名导师门下学习，在我的学习研究过程中，两位老师分别能在行政法学、法理学等不同角度对我进行指导，在论文写作的过程中，两位老师每一次的建议都令我受益匪浅，在项目工作中，两位老师能够言传身教，让我不断强化自身的法律职业技能。

我要感谢这三年以来所有教导过我的老师们，是在孙老师的法理学课上，第一次体会到法学与哲学的紧密联系，我的法学研究学习受到了启蒙；是在张老师的行政法学课上，我明白了何为“法令行则国治，法令弛则国乱”；是在杨利华老师的金融法课堂上，我才明白哈耶克哲言的含义“我们终将迎来一个我们所期待的世界，它充满了风险和不确定性，却有着无限可能”，杨老师同时教导我们法律论文的写作课程，我在小论文写作到发表的过程中，离不开杨老师的耐心指导；我曾在两学期内在李长兵老师门下学习商法课程，通过现实商事案例的讨论研究，让我对学习与实践的差距有了更深刻的认识，李老师一丝不苟的授课风格同样是我未来工作的榜样；在史正保老师财税法及商法的课堂上，我得到了宝贵的实务工作经验，帮助我通过了法律职业资格考試，也将令我受益终生；在张革新老师的知识产权课堂上，张老师深入浅出的为我们讲解了知产的相关知识，张老师在课堂上不止一次强调过法考的重要性，这一直激励着我最终通过了考试；在唐正彬老师的市场规制以及劳动法课堂上，全班对这类案例进行了集中讨论，这让我们得以共同成长；在纪老师的公司法课堂上，纪老师开拓性的上课方式，让我们能够积极地完成课程计划，在一次次反转讨论中，加深了我对公司法的理解；在包哲钰老师和吕春娟老师的民法专题课堂上，吕老师从性别平等的角度让我们再次深入了解了民法平等原则的精神，包老师在民商事案例研讨的基础上，带领我们进行了文献综述写作的训练，为我的论文写作打好了基础；在黎明老师的国际法课堂上，我开拓了视野，学会用多元的角度去看待问题；何立慧老师带领我们回顾了经济法学的历史，让我们好像回到了那段百家争鸣的时代，使我更

加深刻地了解到了本专业的学习；在李萌老师的课堂上，我们就区块链、虚拟货币等前沿问题进行研讨，李萌老师悉心的指导帮助我最终完成了该领域的一篇论文以及科研项目；虽然桑保军老师没有直接给我们授过课，但在几次的论文答辩中，桑保军老师都能提出一阵见血的建议，使我的论文写作受益良多；同时还要感谢张佳老师、陈冲老师、郑文君老师、韩东老师、马璇老师以及王龙老师对我学习生活上的无私帮助，在各位老师的指导下，我收获的不仅是知识，同样有做人做事的宝贵经验，我将终生感恩。

嚶其鸣矣，求其友声。

作为 19 级法学院的班长，我可以自豪的说我们的班级有着最好的凝聚力，这离不开全班同学的通力合作，我们既是同学、又是同事，更是朋友。我由衷的感谢侯美含、梁霖旭、徐娜娜、李静、徐尚、黄耀国、李庆瑾、郑霄、唐兆妍、李金儒、田一彤三年来对我工作的帮助。同样感谢李奥师哥、孙俊师姐、暴润发师哥、刘志恒师妹一直以来对我的帮助，我由衷的祝愿我的兄弟姐妹们都能够完成各自的理想，开拓人生新的航路。

想得家中夜深坐，还应说着远行人。

这是我第一次出省求学，我要感谢我的父母多年来对我的养育，他们一直是我最大的依靠，在学习生涯结束后，我也将承担起家庭的责任，成为保护小家的一棵大树；我还要感谢我的女友，六年的爱情长跑，你是最了解我的人，在我无数个困难时光里，你给了我最大的安慰，我们的人生即将开启新的篇章，我愿意用一生去回馈。

雄关漫道真如铁，而今迈步从头越。

写到这里，我由对时光流逝的伤感变为对未来生活的憧憬，我要再次感谢诸位对我的无私帮助，我将带着这段宝贵的经历走好这漫漫人生路。

## 附录

### 1.攻读硕士学位期间发表的论文

- [1]论文《数据垄断规制路径的选择》载《东方法学》，2022年8月。
- [2]论文《区块链应用于检察公益诉讼线上工作的路径研究》载《山西高等学校社会科学学报》，2021年11月。
- [3]论文《网络直播中特殊打赏者的刑法规制》载《信阳农林学院》，2021年9月。
- [4]论文《如何规制社区团购中的垄断行为》载《市场周刊》，2021年7月。

### 2.攻读硕士学位期间参与的社会实践

- [1]2019年11月在导师指导下参与兰州市社科规划项目，《兰州市粮食流通监督管理条例》。
- [2]2019年12月在导师指导下参与甘肃省社科规划项目，《甘肃省文明行为促进条例》。
- [3]2021年5月在导师的指导下参与甘肃省社科规划项目，《甘肃省检察院公益诉讼相关法律问题机制问题研究》。
- [4]2021年9月在导师的指导下参与兰州市社科规划项目，《<兰州市养犬条例>立法后评估》。
- [5]2021年9月在导师的指导下参与兰州市社科规划项目，《<兰州市城市供水管理办法>立法后评估》。