

奇虎诉腾讯反垄断案件七大焦点问题评述

顾正平¹ 安杰律师事务所 合伙人
白晨 安杰律师事务所 律师

中国两大互联网巨头奇虎与腾讯之间的一场旷日持久的反垄断诉讼，在历经一审和二审上诉后，近期终于尘埃落定。这场始于 2010 年秋天的 3Q 大战²备受媒体瞩目，在国内外都有较高的关注度。其一审判决公布后一度在互联网界和法律界激发广泛争议和讨论。2014 年 10 月 16 日，中华人民共和国最高人民法院（“最高法院”）就北京奇虎科技有限公司（“奇虎”）与腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司（两家“腾讯系”公司以下合称“腾讯”）有关腾讯滥用市场支配地位纠纷一案终审进行了公开宣判，判决驳回奇虎全部诉讼请求，维持一审原判。作为最高法院审理的第一起反垄断案件，此案具有重要的标杆意义。此案中诉讼标的创纪录，1.5 亿的索赔金额是迄今为止反垄断诉讼领域最高的。同时最高法院的终审判决书长达 7.4 万字，也创造了中国法院史上最长的判决书纪录。当然其价值并不是体现在长度，其重要意义更主要体现在终审判决书说理充分，分析翔实，对今后的司法实践有广泛的借鉴和指导意义。判决书既对本案涉及的反垄断法基本理论进行了阐述，更在互联网领域如何适用反垄断法提供了一些突破性的崭新思路，这些必将对今后类似案件的审理产生深远影响。需要说明的是，尽管最高法院判决奇虎败诉，但最高法院还是采纳了奇虎所提出的部分上诉理由，从而进一步厘清和纠正了一审法院在事实认定和法律适用上的部分错误。本文将围绕终审判决所认定的最具代表性的七大焦点问题，就最高法院的判决思路包括最高法院纠正原审法院的部分错误方面进行解析和评述。

案件简要回顾

2010 年 11 月 3 日，腾讯强制用户在腾讯 QQ 和奇虎 360 之间“二选一”，导致大量用户删除了奇虎公司相关软件。腾讯还将 QQ 软件管家与即时通信软件相捆绑，以升级 QQ 软件管家的名义安装 QQ 医生。基于以上事实，奇虎于 2011 年 11 月 15 日向广东省高级人民法院（“广东省高院”）提起诉讼，主张腾讯的行为构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位的行为，即限制交易和捆绑销售，并向腾讯索赔 1.5 亿元人民币。腾讯进行抗辩的主要理由为其在相关市场上没有市场支配地位，其行为并不构成滥用市场支配地位。广东省高院经审理，于 2013 年 3 月 20 日作出一审判决，认为腾讯不具有市场支配地位，驳回了奇虎的全部诉讼请求，奇虎遂上诉至最高法院。

焦点一：认定滥用市场支配地位的前提是否必须界定相关市场？

根据传统的反垄断法理论和实践，界定相关市场是判断经营者的市场地位和分析其行为对竞争的影响的前提和基础。如果市场范围不能确定，则难以确定经营者面对的竞争约束。《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》（“《市场界定指南》”）第二条指出：“相关市场的界定通常是对竞争行为进行分析的起点，是反垄断执法工作的重要步骤”。奇虎在

¹顾正平律师是北京安杰律师事务所的创始合伙人，专长于竞争法及并购业务。联系顾正平律师可通过电邮：michaelgu@anjielaw.com 或致电（8610）85675959。

²“360”与“QQ”分别为奇虎公司和腾讯公司的拳头产品，故两家公司之间的争议被舆论戏称为“3Q 大战”。

其上诉状中诉称，一审法院未对本案相关商品市场做出明确界定，属于基本事实认定不清。然而最高法院没有拘泥于通常的反垄断理论，最高法院认为，并非在任何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。最高法院指出，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所产生的影响的工具，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。

尽管界定市场并非处理滥用市场支配地位的必要前提，最高法院认为广东省高院在一审时其实已经就相关市场进行了界定，将传统电话、传真以及电子邮箱排除在本案相关商品市场之外，而将综合性即时通信服务、跨平台即时通信服务、跨网络即时通信服务以及单一的即时通信、社交网站、微博服务统统纳入了本案的相关市场，还考虑了互联网平台竞争的特点对本案相关市场界定的影响。在此基础上，广东省高院认定奇虎关于综合性即时通信产品及服务构成一个独立的相关商品市场的主张不能成立。可以看出，广东省高院并不是未对本案相关商品市场做出明确界定，而只是因为案件证据、相关数据的可获得性、相关领域竞争的复杂性等原因，无法做出非常清晰且明确的界定。

焦点二：运用何种“假定垄断者测试”方法界定相关市场？

最高法院首先概要介绍了假定垄断者测试在界定相关市场方面的普遍适用性，即在假设其他条件不变的前提下，通过目标商品或者服务某个变量的变化来测试目标商品与其他商品之间的可替代程度。最高法院认为，假定垄断者测试的分析方法有多种，既可以通过数量不大但有意义且并非短暂的价格上涨（SSNIP）的方法进行，又可以通过数量不大但有意义且并非短暂的质量下降（SSNDQ）的方法进行。这也是最高法院在司法实践中对《市场界定指南》的突破和完善，因为在《市场界定指南》中只列出了 SSNIP 方法，而并没有列出 SSNDQ 的方法。

在实践中究竟应该选择何种假定垄断者测试方法，取决于案件所涉及的市场竞争领域以及商品特征等因素。能够适用 SSNIP 方法的前提是特定市场领域的商品同质化特征比较明显，价格竞争是较为重要的竞争形式。但是如果在产品差异化非常明显且质量、服务、创新、消费者体验等非价格竞争成为重要竞争形式的领域，采用 SSNIP 的方法则存在较大困难。特别是，当特定领域商品的市场均衡价格为零时，运用 SSNIP 方法尤为困难。

最高法院认为，在被诉行为发生时互联网服务提供商通行的商业模式是利用免费的基础服务吸引用户，利用广大用户资源经营增值服务和广告等进行盈利。因此在互联网领域的竞争中更加注重质量、服务、创新等方面的竞争而不是价格竞争。互联网即时通信服务基本都是免费的，用户具有极高的价格敏感度，若某一产品向其用户收取哪怕非常低的费用，都可能造成用户的大量流失，另一方面，将价格由免费转变为收费也意味着商品特性和经营模式的重大变化，在这种情况下采取 SSNIP 方法，很可能会将不具有替代关系的商品纳入相关市场，导致相关市场界定过宽。因此，一审法院未做变通直接运用基于价格上涨的假定垄断者测试方法是错误的。最高法院认为，本案可以考虑适用 SSNDQ 方法。而且，最高法院认为如果质量下降程度难以评估或数据难以获得，可以就采用质量下降的假定垄断者测试进行定性分析，而不是定量分析。这为界定非同质化且主要竞争形式为非价格竞争的产品市场提供了很好的分析路径。

焦点三：相关市场界定是否应考虑被诉行为发生后的动态趋势？

奇虎主张界定相关市场应着重分析被诉垄断行为发生时的市场竞争状态，而腾讯则认为界定本案的相关市场应考虑一段时间内的相关市场状况，而不能仅考虑某一时间点的情况。最高法院认为，由于竞争尤其是互联网领域的竞争呈现出动态竞争的特征，在界定相关市场时，需要考虑在可预见的未来具有现实可能性的市场反应和变化，例如需要考虑假定垄断者的行为持续适当的一段时间后（例如一年）的市场反应和变化，以正确判断其是否受到来自其他方面经营者的竞争制约。如果仅仅在某个时间点上考虑相关市场界定，而不是在一个相对长的时间内考察市场反应和变化，则可能会过窄地界定相关市场，从而夸大经营者在相关市场上的市场力量。正是基于互联网行业发展和变化迅速的特点，最高法院将被诉行为发生时正在蓬勃发展中且开始逐渐替代电脑端即时通信服务的移动端即时通信服务纳入了本案的相关商品市场范围。

最高法院这种处理方法在一定程度上符合互联网行业的发展特点，但是也有可能给未来的反垄断争议中的市场界定带来更多的不确定性。毕竟要预测未来的市场趋势和技术创新是有客观难度的，如果预测不当，可能会导致相关市场范围失之过宽。

焦点四：关于本案的相关地域市场究竟是中國大陸还是全球市场？

奇虎公司主张，本案的相关地域市场是中國大陸地区的即时通信服务市场；腾讯公司主张，本案的相关地域市场应为全球市场。

最高法院首先明确相关地域市场的界定应该遵循相关市场界定的一般方法。通常认为，在假定垄断者测试的框架下，相关地域市场界定需要考虑的主要因素是：在价格、质量等竞争因素发生变化的情况下，其他地区经营者对目标区域的假定垄断者是否会构成有效的竞争约束。基于互联网的即时通信服务可以低成本、低代价到达或者覆盖全球，并无额外的、值得关注的运输成本、价格成本或者技术障碍，所以在界定相关地域市场时，最高法院主要考虑多数需求者选择商品的实际区域、法律法规的规定、境外竞争者的现状及其进入的及时性等因素，且每一个因素均不是决定性的。

从需求替代角度考虑，中国境内绝大多数用户选择使用中国大陆地区的经营者提供的即时通信服务。从供应替代角度考虑，最高法院强调境外经营者能否及时进入境内开展有效的竞争是考虑相关地域市场界定的关键。

因此，一审法院主要基于境外经营者可向中国大陆地区用户提供服务，有一定数量的境外用户使用腾讯的服务等理由，将相关地域市场认定为全球市场是错误的。最高法院进行综合评估后认定本案的相关地域市场应为中国大陆地区市场。

焦点五：市场份额高是否必然说明具有市场支配地位？

这是在本案终审判决公布后引起很大争议的一个焦点话题。市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。我国反垄断第十八条规定了认定市场支配地位应考虑的因素，相关市场的市场份额只是其中一个因素。其他应考虑因素还包括，相关市场竞争状态、经营者控制销售市场或原材料采购市场的能力、经营者财力和技术条件、市场进入的难易程度等等。同时反垄断法第十九条直接规定了市场份额的推定标准，其中第（一）款“一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的，可以推定具有市场支配地位。”本案中，最高法院没有简单机械地根据腾讯的QQ产品市场份额推定其支配地位。尽管最高法院查明腾讯在即时通信服务市场的份额超过了80%，最终依然认定腾讯不具有市场支配地位。

最高法院认为，通常情况下市场份额越高，持续的时间越长，就越可能预示着市场支配地位的存在。但是，最高法院进一步指出：“市场份额只是判断市场支配地位的一项比较粗糙且可能具有误导性的指标”。尤其考虑互联网环境下的竞争存在高度动态的特征，相关市场的边界远不如传统领域那样清晰，更不能高估市场份额的指示作用，而应更多地关注市场进入、经营者的市场行为、对竞争的影响等有助于判断市场支配地位的具体事实和证据。也就是说必须把反垄断法的第十九条和第十八条结合起来进行分析。本案中，最高法院认为即时通信领域创新活跃，竞争多元化；腾讯的财力和技术条件对市场力量的影响非常有限；即时通信工具的网络效应并没有显著提高用户对QQ产品的依赖性；即时通信服务市场进入较为容易等，因此，最高法院认为现有证据不足以认定腾讯具有市场支配地位。

最高法院这一结论既符合现行的反垄断法律规定，亦与欧美国家在市场支配地位认定原则相吻合，即在认定支配地位时，应当将市场份额与市场竞争格局尤其是市场进入障碍等因素综合分析。占有市场份额高的大企业在今后面临此类反垄断诉讼时，也将可以相对从容地应对，不至于仅仅因为市场份额高而被推定为占有支配地位而处于极为被动的局面。

焦点六：腾讯实施的“用户二选一”行为是否构成滥用市场支配地位行为？

原则上，如果某一经营者没有被认定为具有市场支配地位，则没有必要对其是否实施了滥用市场支配地位的行为进行论证了。但是，最高法院在本案中从被诉行为对竞争产生的影响和效果以及行为的合理性和正当性方面对腾讯是否构成滥用市场支配地位进行了分析。

最高法院主要从腾讯实施的产品不兼容（即“用户二选一”）行为的动机以及行为后果上进行了分析。首先，在该行为发生之前很长的一段时间里，奇虎和腾讯的产品一直处于兼容共存的状态，腾讯实施该行为的目的并不是为了限制或排除竞争，而是奇虎公司及其关联公司专门针对腾讯QQ软件开发、经营扣扣保镖软件，实施不正当竞争行为，腾讯公司被迫对此作出回应。其次，腾讯实施该行为仅仅持续了一天，就在有关部门的出面调解下与奇虎达成了和解，时间着实过短，没有对市场产生持续的实质性影响。而且有意思的是，腾讯实施的“二选一”不兼容行为还一度给市场带来了更活跃的竞争，其主要竞争对手的用户数量均有增幅。同时，最高法院还力图在说明腾讯行为的后果时，阐述反垄断的一个重要原则，

即反垄断法保护的是竞争而不是竞争者。最高法院认为反垄断法所关注的重心并非个别经营者的利益，而是健康的市场竞争机制是否受到扭曲或者破坏。因此，尽管腾讯的行为给奇虎的市场份额带来了一定程度的消极影响，但并没有显著排除或限制安全软件市场的竞争，因此不构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位限制交易行为。

焦点七：谁主张谁举证？

根据最高法院的在本案中的观点，作为滥用市场支配地位的原告方需要在相关市场界定、支配地位和滥用行为的反竞争后果方面承担较为严格的举证责任。这似乎是沿用了民事诉讼法的“谁主张谁举证”的一般原则，而没有充分考虑反垄断诉讼中（尤其是滥用市场支配地位诉讼）中原被告的地位不均等，原告（尤其是个人或中小企业）通常来说财力有限且专业知识不足，其要胜诉在举证方面将面临较大的挑战。

（1）关于界定相关市场的举证责任

最高法院在此次的判决中首次明确了对相关市场的举证责任的分配原则，即原告承担界定相关市场的举证责任，法院根据案件证据、当事人主张及专家意见等对当事人所主张的相关市场是否合理做出判断。如果认定当事人所主张的相关市场界定不合理，则应尽可能根据案件具体情况对相关市场进行重新界定。鉴于相关市场划分的复杂性，原告在提起反垄断诉讼时将需要投入更多的成本进行精心准备。而且还可能会由于原告掌握的数据和信息的局限性，导致举证不充分从而承担不利的诉讼结果。

（2）关于被诉经营者支配地位和被诉行为的后果的举证责任

最高法院在判决中再次明确了原告对被诉经营者具有市场支配地位负有举证责任，而被诉经营者对其行为正当性承担举证责任。最高法院进一步指出，被诉行为是否具有正当性与其是否排除、限制竞争的效果并不完全一致，两者既有联系，又有区别。但是，对正当性承担举证责任不等同于对行为不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。也就是说，应当由原告来证明被诉行为产生了排除、限制竞争影响。这与之前最高法院于 2012 年发布的《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》是一致的。

总结

本案情况极为复杂，很多争议焦点不仅需要从法律的角度进行判断，还需辅以大量的经济学分析作为支持。总的来说，最高法院的判决可圈可点，既在理论阐述上显示了较高的学术性，在法律适用上也体现了与时俱进的灵活性。从此次最高法院针对互联网反垄断案件的裁判可以看出，在法律的具体适用上，处于相对静态竞争的传统行业与处于高速动态竞争的互联网行业之间存在着一定差别。然而从立法目的以及反垄断法的原则来说，互联网以及其他新兴的行业本质上都与传统行业一样，都同样受到反垄断法的规制。不能因为互联网行业发展变化非常迅猛，就夸大反垄断法在互联网行业适用上与其他行业的差别。

最高法院此次堪称里程碑式的裁判层次清晰、论述较为全面，尽管个别论点上阐述不够充分，但判决体现出的反垄断法理论的适用情境和具体运用的方法和分析思路，无论对法学理论研究还是法律实践而言都具有深远的指导意义。