

平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对

王先林 方 翔

摘要:近年来平台经济领域的反垄断呈现出监管常态化与执法严厉化的全球趋势。平台垄断问题对反垄断法的理论、制度与实践均带来新的挑战,但现行反垄断法的基本分析框架并未被彻底颠覆,其在互联网领域仍然可以适用。在此过程中,我国反垄断执法机构应秉持包容审慎理念下的依法监管原则,给予互联网平台创新发展的空间,避免从不监管、松监管的极端走向过度监管、过严监管的另一个极端。同时,可通过加强数字市场调研与竞争评估,引入平台企业反垄断合规监管等举措,强化平台经济领域的事前监管。目前各国正加速推进适应数字经济发展的反垄断法修订,欧盟甚至启动了反垄断法的“现代化”改革,我国也应稳步推进数字经济维度的反垄断法修订和配套规章指南的完善,对平台垄断的突出问题作出必要的回应。

关键词:平台经济;平台垄断;反垄断监管;反垄断法修订

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.02.009

在过去的20多年里,我国互联网产业迅猛发展,平台经济异军突起,一大批平台型企业从无到有,从小到大,成为推动经济增长、促进民生改善的重要力量。根据中国信息通信研究院的统计数据,截至2019年底,我国数字平台企业的市场价值总额达2.35万亿美元,市场价值超过100亿美元的平台企业共有30家,在全球范围内仅次于美国^①。平台经济在开创新技术、新业态、新模式的同时,也引发了垄断和不正当竞争的争议。互联网平台通过技术接口链接多端客户和互补产品,具有显著的双边(多边)市场特征。同一平台的主体之间存在内部竞争,两个或者两个以上的平台之间存在外部竞争,并且像在其他领域一样,也从中产生出各种垄断和不正当竞争行为,尤其是前者。这引起了各方的广泛关注和各国的高度重视,美国和欧盟更是接连对微软、谷歌、亚马逊、脸书、苹果等大型互联网平台启动反垄断调查。我国近期也就平台经济领域的垄断行为密集采取了相关的政策和法律措施。在这样的背景下,本文拟对平台经济领域反垄断的主要趋势进行梳理,对平台经济领域反垄断的现实挑战进行分析,对我国平台经济领域反垄断的应对立场和举措进行初步的探讨,以期对规范平台经济发展、营造公平竞争的市场环境有所裨益。

一、平台经济领域全球反垄断执法动态

最近几年,全球主要反垄断司法辖区针对平台经济领域的垄断行为频频出手,呈现出监管常态化与执法严厉化的趋势。欧盟素来对互联网巨头的反垄断处罚毫不手软,反垄断执法也不断加码。仅在2017年至2019年的短短三年,欧盟对谷歌作出三次反垄断处罚,总计开出了82.5亿欧元的罚单。

基金项目:国家市场监督管理总局专项委托研究课题“进一步健全我国的公平竞争制度研究”。

作者简介:王先林,上海交通大学竞争法律与政策研究中心,上海交通大学特聘教授,博士生导师(上海200030; wangxianlin@sjtu.edu.cn);方翔,上海交通大学法学院博士研究生(上海200030; fangxiang@sjtu.edu.cn)。

^① 中国信息通信研究院政策与经济研究所:《平台经济与竞争政策观察(2020年)》,中国信通院网站,http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/ztbg/202005/t20200529_283407.htm,访问日期:2020年12月15日。

其中,2018年7月欧盟以谷歌滥用安卓操作系统市场的支配地位为由,对其处以43.4亿欧元罚款,占谷歌上一年度在欧利润的35%,创下了全球反垄断罚款数额的最高纪录。

相比之下,美国对互联网平台的反垄断监管较为审慎,例如美国联邦司法部和20个州政府联合于1998年对微软的反垄断起诉、美国联邦贸易委员会2011年和2013年对谷歌的反垄断调查,最终都以和解的方式结案,并未作出高额罚款的处罚。但近两年来,美国在平台经济领域的反垄断监管突然发力。2020年10月6日,在对谷歌、亚马逊、脸书和苹果(GAFA)历经16个月的调查后,美国众议院司法委员会发布了《数字市场竞争调查报告》,认为在线平台作为信息、通讯、商品和服务的“底层基础设施”(Underlying Infrastructure),已掌握了关键分销渠道(Key Channels of Distribution)的控制权,并已成为“看门人”(Gatekeepers)^①。报告认为,GAFA利用其看门人的地位,在过去的很长时间里实施了数据滥用、垄断杠杆、掠夺性定价、拒绝交易、自我优待、搭售、扼杀型并购等垄断或者限制竞争行为,损害了其他竞争者和消费者的利益,对美国经济的创新发展产生重大影响。2020年10月,美国联邦司法部联合11个州政府对谷歌正式提起反垄断诉讼,指控其通过签订搭售等具有排他性的协议,非法维持其在搜索引擎和搜索广告市场的垄断地位,并利用垄断利润为其搜索引擎获取优先权利,形成了一个持续的、自我强化的垄断循环。2020年11月,美国联邦贸易委员会以及48个州和地区的总检察长联盟,同时对社交媒体巨头脸书发起本世纪最大规模的反垄断诉讼,指控脸书滥用其在社交网络市场中的支配地位收购潜在竞争企业,并建议对脸书实施分拆,剥离其WhatsApp和Instagram资产。

此外,英国、德国、加拿大、意大利、日本、新加坡等国家的反垄断执法机构,也相继启动对谷歌、亚马逊、eBay、PayPal、爱彼迎、优步等互联网平台企业的反垄断调查。

随着我国互联网经济的飞速发展,近些年来市场上同样出现了一系列引起公众关注的市场垄断问题,特别是电商平台限定交易的“二选一”行为,引起了国家相关部门的重视。2019年11月,国家市场监督管理总局召集阿里巴巴、京东、美团、拼多多、苏宁等20多家平台企业召开“规范网络经营活动行政指导座谈会”,直指“二选一”和“独家交易”行为的违法性。2020年11月6日,国家市场监督管理总局、中共中央网络安全和信息化办公室、国家税务总局三部门联合召开“规范线上经济秩序行政指导会”,27家主要互联网平台企业参加会议。会议从九个方面对互联网平台企业提出了明确要求,其中第一项就是不得滥用市场优势地位排除限制竞争。2020年11月10日,国家市场监督管理总局公布了《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》。2020年12月14日,国家市场监督管理总局针对阿里巴巴、阅文集团、丰巢网络这三家企业未依法申报违法实施经营者集中案,分别作出50万元罚款的顶格处罚,这也是我国反垄断执法机构对互联网企业开出的首张罚单。在2020年12月先后召开的中央政治局会议和中央经济工作会议中,中央两次指出要“强化反垄断和防止资本无序扩张”。中央经济工作会议进一步明确,“要完善平台企业垄断认定、数据收集使用管理、消费者权益保护等方面的法律规范”,同时,“要加强规制,提升监管能力,坚决反对垄断和不正当竞争行为”。这意味着我国互联网平台经济领域即将迎来反垄断强监管时代。2020年12月24日,国家市场监督管理总局宣布,根据举报依法对阿里巴巴集团控股有限公司实施“二选一”等涉嫌垄断行为立案调查。2021年2月7日,国务院反垄断委员会正式公布《关于平台经济领域的反垄断指南》。2017-2020年,欧盟、美国、中国三大反垄断司法辖区对互联网平台的执法情况见表1。

^① U.S. House Committee On The Judiciary, “Investigation of Competition in Digital Markets Majority Staff Report and Recommendations”, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, 访问日期:2020年12月10日。

表 1 全球三大反垄断司法辖区对互联网平台的执法情况(2017-2020)

国家/地区	互联网平台	时间	主要违法情况	处理结果
欧盟	谷歌	2017.06	滥用在搜索引擎市场的支配地位操纵搜索结果,不公平地把客户引向自己的购物服务	罚款 24.2 亿欧元(约 27 亿美元)
	谷歌	2018.07	滥用在安卓操作系统市场的支配地位,强制捆绑谷歌搜索引擎和谷歌 Chrome 浏览器	罚款 43.4 亿欧元(约 50 亿美元)
	谷歌	2019.03	滥用在搜索引擎市场的支配地位限定交易对象,排挤互联网广告服务领域的竞争对手	罚款 14.9 亿欧元(约 16.9 亿美元)
	亚马逊	2020.12	涉嫌利用其规模、权力和“大数据”牟取对其平台第三方卖家的不正当竞争优势	第一阶段调查已结束,初步认定违法
美国	谷歌	2020.10	通过签订搭售等具有排他性的协议,非法维持其在搜索引擎和搜索广告市场的垄断地位	司法部联合 11 个州提起诉讼
	谷歌	2020.12	与脸书签订违法的合作协议,强化其在数字广告市场的支配地位;滥用在数字广告市场的支配地位,向广告发布者收取过高费用	得克萨斯等 10 个州提起诉讼
	谷歌	2020.12	签署排他性协议来限制消费者接触其他竞争对手;通过实施“搜索歧视”将自有资源的搜索结果置顶	38 位州和地区总检察长组成联盟提起诉讼
	脸书	2020.12	滥用在社交网络市场的支配地位收购潜在竞争企业	联邦贸易委员会及 48 个州和地区的总检察长联盟提起诉讼
中国	阿里巴巴、阅文集团、丰巢网络	2020.12	未依法申报违法实施经营者集中	分别处以 50 万罚款
	阿里巴巴	2020.12	涉嫌“二选一”等垄断行为	立案调查

二、平台经济领域反垄断的现实挑战

(一)理论挑战:动态创新的回应不足

创新是平台经济最显著的特征,其不仅会为企业带来新产品和新技术,还催生出更具效率的新商业模式。在平台经济领域,由于互联网巨大的网络效应和规模效应,创新往往发展很快,企业甚至必须依靠创新而生存,鼓励和促进创新成为平台经济良性发展的内在需求。而从全球范围看,一些大型互联网平台却正在成为创新的阻碍者,并试图通过破坏新进入者和潜在竞争者的商业模式等行为,来巩固和维持其市场地位^①。全球主要的反垄断司法辖区对创新问题的重视程度也在不断提升,人们愈发认识到,平台企业限制创新的行为很可能比传统的垄断行为更具危害性。德国联邦卡特尔局曾在 2017 年组织召开专题工作会议,围绕“创新—竞争法实践的挑战”展开激烈辩驳,德国联邦卡特尔局副局长康拉德(Konrad Ost)教授提道:“创新对于经济增长和企业的竞争力至关重要。在竞争法实践中,我们不应再局限于短期价格效应。竞争旨在确保企业的自由、消费者的选择以及保护和增加创新潜力,这不

^① Andrea Coscelli, “Using Our Existing Tools and Emerging Thoughts on a New Regime”, <https://www.gov.uk/government/news/andrea-coscelli-calls-for-new-digital-markets-regulatory-regime>, 访问日期:2020 年 12 月 8 日。

仅适用于传统行业,也适用于当前的平台经济,创新和竞争法问题对我们而言将变得更加重要。”^①

尽管全社会越来越重视创新,但反垄断法的传统理论对创新的直接关注相对较少。传统理论认为,消费者福利是反垄断法的主要宗旨^②,这种观点正受到互联网平台新商业模式的挑战。受芝加哥学派的理论影响,反垄断法在判断消费者福利增减时,主要基于静态效率的考察,即以价格和产出作为衡量标准。正因如此,固定价格、限制产量等核心卡特尔一直是反垄断法的重点规制对象。在平台经济领域,很多平台企业的商业模式与经营活动在外观形式上完全符合这一标准,例如提供低价甚至免费的产品和服务等,但现实中却朝着反竞争的方向运动,超越了消费者福利主义的评价范畴^③。实际上,从经济学的角度看,经济效率除了包含表现为静态特征的配置效率(Allocative Efficiency)和生产效率外,还包括具有动态特征的创新效率^④。很多情况下,因配置效率低下所造成的损失与生产力和创新的收益相形见绌^⑤。正如波特(Porter)指出的那样,“由于竞争的作用是通过生产率的增长来提高一个国家的生活水平和长期的消费者福利,因此反垄断法的重点应更多地放在刺激企业生产率和创新上”^⑥。此外,在高度创新的平台经济领域,创新型企业的进入、颠覆性创新的发生、商业模式的改变都会影响市场条件和市场参与者的竞争行为。如果反垄断法仍固守在静态环境中分析研判短期价格所衡量的消费者福利标准,则无法关注到市场中的动态竞争过程,也无法评估平台企业的竞争行为对创新造成的影响。这凸显了现行反垄断法理论对平台经济动态创新的思考不足。

(二)制度挑战:垄断行为的类型拓展

借助于互联网平台的新商业模式和新兴数字技术的创新应用,垄断行为的形式和内容都发生了重大变化,这对反垄断法的主要实体制度造成了冲击,如何规制平台经济领域的新型垄断行为,是立法者、执法者和司法者都无法回避的难题。目前,平台经济领域较为典型的垄断行为主要包括:

1.数字化的卡特尔。互联网平台通过大数据和算法形成数字化的卡特尔。作为互联网、大数据、算法与共谋相结合而出现的一种更为隐蔽的新型垄断协议形式,数字化卡特尔的表现形式和行为特征较之传统垄断协议发生了很大变化。一方面,平台企业可以通过使用同一特定的定价算法和历史定价数据协调定价,达成价格合谋后,还可以利用实时数据来监控该项卡特尔的实施;另一方面,平台企业之间进行数据的选择性共享,即部分共享其各自拥有的大数据,可以向其他经营者传递一种隐性信号,使得数据共享后产生市场分割。即便是匿名形式的大数据共享,也可能导致竞争的平台企业间的隐性合谋。此外,企业可能利用人工智能、机器深度学习等实现算法改进,间接促成默示合谋^⑦。这使得目前反垄断法中的垄断协议规制制度难以为继,如何破解数字化卡特尔的隐秘性特征,对违法行为和损害效果作出合理认定,既是一个技术问题,也是一个法律问题。

2.数据滥用行为。大型互联网平台企业处于市场支配地位,其有动机和能力滥用其掌握的数据资源对抗第三方供应商、从业人员和消费者。这方面的行为有多种表现,有的属于侵犯消费者隐私权的范畴,有的属于不正当竞争行为范畴,即使是属于滥用市场支配地位的垄断行为,其也有着不同的

① “Innovations and Competition Law Practice-meeting of the Working Group on Competition Law”, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/09_10_2017_Professorentagung.html, 访问日期:2020年12月12日。

② 欧内斯特·盖尔霍恩等:《反垄断法与经济学》(第5版),任勇、邓志松、尹建平译,北京:法律出版社,2009年,第19页。

③ 陈兵:《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》,《法学》2020年第2期。

④ Brodley J.F., “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress”, *New York University Law Review*, 1987, 62(5), pp.1020-1025.

⑤ Robert D. Atkinson, David B. Audretsch, “Economic Doctrines and Approaches to Antitrust”, <https://itif.org/files/2011-antitrust.pdf>, 访问日期:2020年12月20日。

⑥ Michael E. Porter, “Competition and Antitrust: Toward a Productivity-based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures”, *Antitrust Bulletin* 46, No. 4 (2001), <https://www.isc.hbs.edu/Documents/pdf/053002antitrust.pdf>, 访问日期:2020年12月15日。

⑦ 王先林:《我国反垄断法修订完善的三个维度》,《华东政法大学学报》2020年第2期。

行为类型。这方面引起反垄断执法机构关注的主要包括互联网平台滥用非公开数据识别潜在竞争对手,例如脸书通过收购虚拟专用网 Onavo,并将其收集的消费者对各类应用程序的使用情况和花费时间等非公开实时数据作为“早期预警系统”,从而识别、跟踪可能威胁脸书市场地位的潜在竞争对手;同时,“大数据杀熟”也是普遍受到关注的问题,例如国内酒店预订平台、外卖平台、售房平台等均曾被媒体曝光,存在利用大数据杀熟的歧视性定价的行为。

3.掠夺性定价行为。主要指互联网平台通过交叉补贴等方式,以低于成本的价格销售商品或服务,将客户锁定在平台的生态系统中,从而挤压竞争对手并占领市场。例如,亚马逊曾为了应对竞争对手 Diapers.com 在母婴与个人护理产品市场的崛起,大幅降低其自营相关产品的价格,仅在一个季度内就亏损 2 亿美元。一旦亚马逊成功吸引足够的消费者并确保其在相关市场上的主导地位,便转而提高价格或取消相应补贴。我国近期备受关注的互联网平台社区团购的经营行为,也可能具有掠夺性定价行为的隐忧。

4.拒绝交易行为。主要表现为具有市场支配地位的互联网平台拒绝与第三方开展业务,从而剥夺市场参与者的竞争可能。其典型表现是今年疫情期间国内发生的“微信封禁飞书”事件,但要认定其是否构成拒绝交易,在执法实践中面临不少困难,例如平台的产品或服务能否构成必须设施等。

5.限定交易行为。主要表现为具有市场支配地位的互联网平台限定他人按照自己的意愿进行交易,从而排斥其他经营者的公平竞争。例如,国内电商平台“二选一”的行为,通过迫使平台内经营者(合作方)站队,放弃与其他平台合作的机会,直接损害了其他电子商务平台经营者(竞争者)和电子商务经营者的交易机会和经济利益,也明显影响了消费者的选择机会和消费利益。但在电子商务领域适用反垄断法,特别是其中的滥用市场支配地位规制制度,涉及很多方面的复杂问题,既存在数字经济条件下相关市场界定的问题,也有市场支配地位的认定和滥用市场支配地位行为的构成以及相关抗辩是否成立等问题。

6.搭售行为。例如,谷歌滥用其在安卓操作系统市场的支配地位,通过签订具有排他性的合同,强制智能手机制造商预先安装谷歌搜索引擎和谷歌 Chrome 浏览器,并将其设置为默认应用状态,阻碍了应用市场中的其他竞争对手。

7.自我优待行为(Self-Preferencing)。主要指互联网平台通过操纵算法等行为,增强自有商品或服务的竞争优势,扭曲平台内的竞争。例如,谷歌在 2007 年推出了“通用搜索”(Universal Search),向用户展示整合了谷歌各种自有资源的搜索结果,包括谷歌图片、谷歌新闻等。谷歌通过调整搜索算法,自动提升自有资源的搜索排名,致使竞争对手的流量大幅降低。虽然网络中立性原则在理论上有争议,在立法上有反复,但是具有市场支配地位的平台企业实施自我优待行为明显存在对于竞争者的歧视性,违反了反垄断法上具有市场支配地位经营者不得实施差别待遇行为的规则。

8.扼杀型并购行为(Killer Acquisitions)。一些大型互联网平台在数字经济市场掀起了一股针对初创企业(Start-up Firms)和新生企业(Nascent Firms)的并购浪潮。根据美国众议院 2020 年 10 月的最新调查数据显示,GAFA 在过去的 10 年中共收购了 560 余家企业,其中很高比例的企业为创新型初创企业。在某些情况下,平台企业完全关闭或者终止了目标企业的产品,发生了所谓的“扼杀型并购”^①。由于很多初创企业的营业额尚未达到各国反垄断法规定的经营者集中申报标准,因而逃脱了反垄断监管,反垄断执法机构甚至没有阻止过任何一起并购交易,造成很多初创企业面临“要么被收购,要么被消灭”的境遇。同时,这种不受干预的并购态势,使得本身就具有寡头垄断倾向的大型平台进一步巩固其市场支配地位,而创新者的进入将变得异常困难。从长远来看,这种并购可能会对创

^① U.S. House Committee On The Judiciary, “Investigation of Competition in Digital Markets Majority Staff Report and Recommendations”, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, 访问日期:2020 年 12 月 10 日。当然,扼杀型并购是企业的一种防御性策略,旨在以先发制人的并购手段,消除潜在竞争对手或新生竞争者在未来竞争中的威胁,从而防止其市场地位及垄断利润遭受蚕食。这在其他行业领域(如医药行业)同样存在。

新和竞争造成不可挽回的损害。

(三)实践挑战:执法机构的能力匮乏

在算法、人工智能和大数据的辅助下,互联网平台企业的经营行为缺乏透明度,客观上加大了监管和执法的难度。尽管反垄断执法机构发现了违法行为的线索,其有效的执法通常需要对平台长期积累的海量数据进行竞争评估,这可能会消耗大量调查时间和精力,无法及时干预扭曲市场竞争和损害消费者的垄断行为。例如,在欧盟2017年对谷歌滥用市场支配地位案中,由于谷歌利用算法操纵搜索引擎的行为具有极强的技术性和隐蔽性,致使反垄断执法机构耗时7年,对17亿条搜索结果的分析中才查证其滥用市场支配地位的违法行为^①。同时,平台经济领域的反垄断案件具有复杂性,这对执法人员的专业化程度和执法能力提出了更高的要求。以互联网平台滥用市场支配地位行为的分析为例,执法机构不仅要对市场支配地位做严谨的认定,而且还要对行为的表现、正当性以及其排除、限制竞争的效果做深入全面的分析,必要的时候还要引入经济学分析,并非仅凭相关行为的外部表现就可以得出结论。例如,互联网行业中普遍存在企业通过补贴、发放红包、随机减免等形式以抢占市场的现象,由于存在网络外部性,很难判断其行为是企业正当的定价行为还是掠夺性定价。此时,在传统行业中用来判别滥用市场支配地位行为的等效竞争者基准测试不再适用,需要引入更加精准化、专业化的经济分析工具。但在执法实践中,大部分国家的反垄断执法机构都面临知识更新有限、执法工具落后、人才队伍不足的问题,尚不足以应对这些挑战^②。相较于美国、欧盟几千人的执法人员配置^③,更加凸显了我国反垄断执法机构在人员配置和专业化程度方面的薄弱,急需建立一支集法学、经济学、计算机技术等多学科背景的执法人才队伍。

事实上,为了有效改善反垄断执法机构的监管滞后与能力匮乏,不少国家正在探索适应数字经济的执法机构改革,通过建立新的数字市场监管部门或是专门团队,赋予其更多执法权力和资源,来维持和促进数字市场中的有效竞争。美国联邦贸易委员会(Federal Trade Commission,FTC)在2019年宣布成立专门工作组,负责监管美国技术市场中的竞争,调查任何潜在的反竞争行为,并在必要时采取执法行动。工作组成员包括FTC的执法人员、17名员工律师和1名技术研究员,他们在复杂产品和服务生态系统(包括在线广告、社交网络、移动操作系统、应用程序市场以及平台业务)方面均具有专业知识^④。丹麦竞争管理局(Danish Competition Authority,DCA)在2019年5月建立了一个新的数字平台中心,并成为DCA分析大数据、机器学习、人工智能和算法使用的专门机构^⑤。英国政府计划2021年4月开始,在竞争与市场管理局(Competition and Markets Authority,CMA)内成立“数字市场部”(Digital Markets Unit,DMU),专门负责监管谷歌、脸书等具有战略市场地位(Strategic Market Status,SMS)的互联网平台。英国政府将赋予DMU必要的权力,引入一系列有利于竞争的干预措施,包括强制数据访问,更改消费者的选择和默认设置,实施相关隔离措施等^⑥。澳大利亚也考虑在竞争和消费者委员会(Australian Competition and Consumer Commission,ACCC)内设立专门的数字平台分支机构,以便加强执法人员对数字市场和算法使用方面的专业知识,提高主动调查与信

① 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》,《竞争政策研究》2017年第5期。

② 熊鸿儒:《数字经济时代反垄断规制的主要挑战与国际经验》,《经济纵横》2019年第7期。

③ 据有关研究统计,欧盟竞争监管机构的人员配置数约为943人,美国约为1046人,而我国在反垄断执法机构改革前,原国家工商总局、国家发展改革委、商务部三家单位及对应的省级单位反垄断执法人员配置约为328人。在“三合一”的机构改革后,这一数字可能会进一步下降。参见王磊:《加快推进互联网平台竞争监管现代化》,《宏观经济管理》2020年第11期。

④ Federal Trade Commission,“FTC’s Bureau of Competition Launches Task Force to Monitor Technology Markets”,<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/02/ftcs-bureau-competition-launches-task-force-monitor-technology>,访问日期:2020年12月20日。

⑤ “Danish Competition Authority Establishes Center for Digital Platforms”,<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/global/competitive-edge-june-2019#D>,访问日期:2020年12月20日。

⑥ “Government Response to the CMA Digital Advertising Market Study”,<https://www.gov.uk/government/publications/government-response-to-the-cma-digital-advertising-market-study>,访问日期:2020年12月20日。

息收集、定期从数字平台获取数据的能力^①。

三、平台经济领域反垄断的应然立场和相关举措

(一)秉持在包容审慎理念下的依法监管原则

目前我国平台经济领域的垄断与竞争并存,垄断和限制竞争行为时有发生,在一些方面表现得还比较激烈。总体来说,现有反垄断法的基本分析框架在互联网领域仍然是可以适用的,但鉴于平台经济具有动态创新等特点,反垄断法的规制思路和监管应对均需作出必要的革新。在坚持保护和促进竞争的宗旨和前提下,反垄断执法机构在处理互联网平台的案件时,应当秉持在包容审慎理念下的依法监管原则,以保护创新为政策目标。2021年1月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《建设高标准市场体系行动方案》指出:“健全对新业态的包容审慎监管制度。按照鼓励创新、平等保护原则,对新技术、新产业、新业态、新模式等实行包容审慎监管,分类实行相应的监管规则 and 标准,加强和规范事中事后监管,不得简单化予以禁止或者不予监管。”

包容审慎最早源于互联网金融领域的监管政策,是我国政府在新经济、新模式、新业态发展中探索出来的创新监管理念,其核心要义在于提升政府干预效率,鼓励市场创新与竞争。平台经济领域反垄断所要秉持的包容审慎原则,具体可从“包容创新”与“审慎监管”这两个方面来理解,二者并非孤立的、矛盾的关系,而是一种互为前提的辩证统一关系,即包容创新的前提是审慎监管,而审慎监管又建立在包容创新的基础之上。

所谓包容创新,是通过给予互联网平台创新发展和必要的试错空间来鼓励和促进创新。这既是基于互联网平台本身动态变化的特殊性的把握,也是基于当前国际竞争的大背景和互联网产业发展、科技进步的现实情况所作的整体考虑。有观点认为,数字经济是国运之争。虽然我国互联网经济规模已成全球第二,但中美贸易战等一系列事件反映出中国在关键技术领域与美国等先进国家仍存在很大的差距。在这种背景下,创造一个有利于创新和发展的政策环境对于中国互联网行业在国际竞争中最终胜出具有尤为重要的意义。我国反垄断执法机构应深化对互联网平台垄断的正确认知,有效区分经济学意义上的垄断(作为市场结构的方面)与反垄断法意义上的垄断(作为市场行为的方面),所谓具有“寡头垄断”地位的平台企业的行为,并非必然实施“垄断行为”。对此,要用科学、合理、专业的分析工具,避免过分依赖市场份额和市场结构的分析方法,重视个案中竞争损害及行为效率的分析,而不能被舆论所误导。给予市场更多的空间和时间实现自我调节,对于中国互联网行业的长期发展和参与国际竞争具有重要的意义。

所谓审慎监管,是要避免从不监管、松监管的极端,走向过度监管、过严监管的另一个极端。如何把握审慎这个“度”,需要反垄断执法机构做到适度监管与适时监管。基于反垄断法的错误成本理论,在快速发展的技术创新市场,反垄断法的实施往往更容易发生“积极失误”而非“消极失误”,即过度干预的风险概率要甚于消极干预的风险概率,并且这种“积极失误”的可补救性比较模糊。因此,过早干预或过度干预都极易破坏整个互联网行业的发展生态,甚至挫伤互联网企业的创新动力,可能会导致中国出现欧洲分散化的竞争格局,反倒对整个互联网行业的长远发展造成不利影响。当然,在互联网行业的相关涉嫌违法行为(如“二选一”)已有比较充分的表现、其危害性日益突出时,反垄断执法机构也需要及时出手,精准执法。

需要注意的是,在平台经济领域反垄断方面强调包容审慎的前提是要有依法监管即执法行为,如果不存在执法行为而谈论包容审慎是没有意义的,甚至是放纵违法行为。这就要求对各类市场主体一视同仁,依法依规实施公平公正执法,平等保护各类市场主体合法权益,维护公平竞争的市场环境。

^① ACCC, “Digital Platforms Inquiry”, <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>, 访问日期:2020年12月20日。

(二)强化更具柔性的事前监管

除了经营者集中控制制度外,现行反垄断法的制度设计主要以事后规制为主。如前所述,平台经济相较于传统经济具有显著的动态创新特点,不确定性和难以预测性是互联网平台企业经营行为的突出特征,如果恪守事后执法的模式,不仅会增加反垄断法的实施成本与错误成本,也很可能无法及时有效地回应激励科技创新和维护自由公平竞争的时代要求^①。基于全球实践经验的考察,强化更具柔性的事前监管,与事后执法具有同等重要的意义,有助于丰富包容审慎的理念内涵,落实包容审慎的基本要求,并能实现更为理想的反垄断法实施效果。为此,我国反垄断执法机构可采取以下两种方式,强化对平台垄断问题的事前监管,实现关口前移。

第一,加强数字市场调研与竞争评估。相比于反垄断执法阶段的事后调查,在事前开展市场调研与竞争评估,更利于反垄断执法机构把握数字市场的竞争动态,掌握平台企业涉嫌垄断的违法事实,从而有针对性地开展反垄断执法,将竞争损害降至最低。国外一些反垄断执法机构近年来频繁地针对数字市场及其细分领域开展市场调研,并发布竞争评估报告,指导下一阶段的监管与执法活动。例如,澳大利亚竞争和消费者委员会(ACCC)2019年6月发布的《数字平台调查报告》^②,英国竞争与市场管理局(CMA)2020年7月发布的《在线平台和数字广告市场研究报告》^③,新加坡竞争与消费者委员会(Competition and Consumer Commission of Singapore,CCCS)2020年9月发布的《电商平台市场研究报告》^④,等等。欧盟更是通过数字市场法将这种市场调研与竞争评估的监管方式法定化,其第四章专门规定了执法机构需对大型在线平台以及新服务、新实践的市场进行调查,以研究是否有必要更新相关规制措施。《中华人民共和国反垄断法》第九条在关于国务院反垄断委员会职责的规定中,就包括“组织调查、评估市场总体竞争状况,发布评估报告”。但令人遗憾的是,反垄断法实施至今,我国尚未正式发布过相关市场的竞争评估报告。期待在我国数字经济市场这一监管方式能在不久的将来被“激活”。

第二,引入平台企业反垄断合规监管。反垄断合规,系企业为自觉遵守反垄断法而建立的一套包含预防、识别、评估、报告和处置相关法律风险的管理制度,是现代企业的重要治理战略。世界主要国家(地区)反垄断执法机构正逐渐转变倚重执法制裁的传统反垄断法实施路径,通过制定发布反垄断(竞争)合规指引,推进企业构建有效的反垄断合规,全面加强反垄断法的实施效果,培育竞争文化^⑤。一些反垄断执法机构还在合规指引的基础上进一步实施合规监管,构建反垄断合规的评价体系和激励机制,增强了企业自主推进高水平反垄断合规的积极性,并取得了显著成效。例如,韩国公平交易委员会(Korea Fair Trade Commission,KFTC)自2006年开始推行企业竞争合规等级评价制度,以引导企业广泛推进合规计划,并根据其合规建设情况给予不同程度的激励。KFTC还专门发布了《公平交易合规计划和奖励措施实施细则》,并于2019年10月22日进行了修订,其目的在于通过制定竞争合规的准入门槛、评价指标,落实相关激励措施,进而推动企业竞争合规的有效运行。该制度迅速得到韩国企业的积极响应,根据KFTC的年度报告显示,2006年共有60家企业申请合规评级,2007年至2012年间,这一数字维持在每年40至50左右。在申请评级的企业中,被授予优秀及以上级别的比例从2006年的38.3%持续增加到2009年的50.0%和2013年的64.3%。截至2016年末,

① 陈兵:《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》,《法学》2020年第2期。

② ACCC,“Digital Platforms Inquiry”,<https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>,访问日期:2020年12月20日。

③ CMA,“Online Platforms and Digital Advertising Market Study Final Report”,<https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>,访问日期:2020年12月20日。

④ CCCS,“E-commerce Platforms Market Study:Findings and Recommendations”,<https://www.cccs.gov.sg/resources/publications/market-studies>,访问日期:2020年12月20日。

⑤ 方翔:《竞争合规的理论阐释与中国方案》,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2020年第4期。

共有 651 家公司引入并实施竞争合规^①。我国反垄断执法机构也应充分认识到,在平台经济领域单纯依靠事后执法并不能完全取得理想的效果,特别是在落实现体包容审慎的依法监管原则下,应事先增进互联网平台企业对竞争规则的理解和承诺,增强平台企业自我合规的意识和行动,这对于缓解反垄断执法压力、培育优质的竞争文化具有重要作用。目前,我国反垄断执法机构正在推进反垄断合规的进程中,借鉴韩国的有益经验,执法机构还可以探索引入平台企业反垄断合规监管与评价制度,对平台企业所做的合规努力给予一定激励,从而增进平台企业实施反垄断合规的动力和积极性。

四、平台经济领域反垄断的立法完善

(一)域外应对平台经济领域反垄断的修法快速化和立法现代化

为了有效应对平台垄断和数字经济发展带来的新问题,全球主要国家和地区正加速推进反垄断法的修订。德国最早启动了修法进程,其在 2017 年对反限制竞争法进行第九次修订时,便规定了认定多边平台经营者市场力量的方法,在经营者集中控制制度中新增基于交易额的申报门槛等内容,成为世界上第一个明文规定“数字市场反垄断法”的国家^②。仅在三年后,德国便发布反限制竞争法第十修正案(草案),并于 2020 年 10 月 19 日提交德国联邦议会审议。该草案针对经营者集中控制、滥用市场支配地位等内容再次进行了修订,及时回应互联网平台垄断带来的最新挑战。例如,草案明确在认定经营者市场支配地位时,应当特别考虑“获取竞争相关数据的能力”等因素。同时,还应引入“中介权力”(Intermediary Power)的概念,以适当考虑多边市场中平台的中介和操纵功能^③。英国、法国等主要欧洲国家也在积极推进数字经济领域的反垄断修法调研。一些发展中国家也试图通过修订反垄断法,适应本国的转型发展和数字经济时代的到来。例如,印度在 2020 年发布了竞争法(修订草案),其中涉及对经营者集中控制申报门槛的规定,印度竞争委员会(Competition Commission of India,CCI)可出于公共利益的需要,制定基于交易价值或交易规模或任何其他标准的经营集中申报门槛,其目的在于强化对数字市场的经营集中审查^④。

欧盟在 2015 年 5 月正式通过“数字单一市场”(Digital Single Market,DSM)的战略规划,并被列为欧盟委员会的十大政治优先事项之一。该战略旨在消除欧盟成员国间不必要的监管壁垒,确保消费者和企业接受更好的数字商品和服务,最大程度地激发欧洲数字经济的增长潜力^⑤。为了保障该战略的实现,欧盟及其部分成员国正式启动了对反垄断法的“现代化”改革,考虑在理论、执法和决策方面给予欧盟竞争主管机构更多的空间^⑥。在欧盟 2019 年发布的《数字时代的竞争政策》报告中,就如何实现欧盟反垄断法的现代化提出若干见解。报告认为,数字市场的特殊性(主要包括极高的规模回报、网络外部性、数据的重要作用)改变了错误成本和实施成本之间的平衡,因而需要对既有的规则作出调整,例如重新定义和分配举证责任,为所有数字平台制定一套全面的新规则等^⑦。经过多番调

① KFTC, “Annual Report 2017”, https://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do? key=517&bbsId=BBSMSTR_000000002404&bbsTyCode=BBST11, 访问日期:2020 年 12 月 21 日。

② 周万里:《〈德国反限制竞争法〉的第九次修订》,《德国研究》2018 年第 4 期。

③ Raphael Reims, “Amendments to the German Act Against Restraints on Competition”, <https://www.competitionpolicyinternational.com/amendments-to-the-german-act-against-restraints-on-competition/>, 访问日期:2020 年 12 月 13 日。

④ Bhavya Kala, “Analysis of Draft Competition Amendment Bill 2020: Detailed”, <https://www.legalbites.in/analysis-draft-competition-amendment-bill-2020/# merger>, 访问日期:2020 年 12 月 13 日。

⑤ “What is the Digital Single Market about?”, <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/ict/bloc-4.html>, 访问日期:2020 年 12 月 15 日。

⑥ Henrique Schneider, “European Union Antitrust Policy in the Digital Era”, <https://cei.org/wp-content/uploads/2020/10/eu-antitrust-paper.pdf>, 访问日期:2020 年 12 月 16 日。

⑦ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, and Heike Schweitzer, “Competition Policy for the Digital Era,” <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, 访问日期:2020 年 12 月 16 日。

研与多次论证,2020年12月15日,欧盟委员会正式公布了关于数字服务法^①(Digital Services Act, DSA)和数字市场法^②(Digital Markets Act, DMA)的提案,成为专门规范互联网平台的现代化立法,并构成欧洲数字战略的核心内容之一。数字服务法(DSA)是对欧盟2000年发布的电子商务指令(e-Commerce Directive)的更新,旨在提高在线平台规则的透明度,更好地保护消费者权益,促进数字单一市场中的创新、增长和竞争力。DSA的适用对象包括提供网络基础结构的中介服务主体、托管服务主体和在线平台等,依据各类主体的规模、影响力的差异,DSA新增了与之相称的规则义务^③。数字市场法(DMA)旨在确保公平和开放的数字市场,通过建立一套狭义的客观标准,使大型在线平台具有所谓的“看门人”资格和特殊义务,从而保障创新者和技术初创企业拥有新的机会在平台经济领域开展竞争与创新,消费者也将有机会选择更多更好的平台服务。被指定为看门人的平台企业,必须遵守DMA第五、第六条所规定的禁令和义务,例如禁止实施自我优待的服务,确保与其他平台的互操作性义务,根据隐私规则允许其业务用户访问在使用看门人平台时生成的数据,为平台上投放广告的公司提供必要的工具和信息以使广告商和发布商能够对看门人托管的广告进行自己的独立验证,允许其业务用户推广其服务并与看门人平台之外的客户签订合同,等等。

(二)我国应对平台经济领域反垄断的立法完善路径

从本质上来说,平台经济领域的反垄断涉及互联网经济乃至整个数字经济领域的法律治理问题。“社会主义市场经济本质上是法治经济。”^④法治经济要求一切经济活动都应该纳入法律范围进行调整,这意味着互联网不是法外之地,而必须纳入法律的轨道进行治理。因此,目前国家针对互联网领域采取的立法和执法措施是互联网领域法治化的必然要求,互联网领域尤其是平台领域的反垄断则是互联网领域法治化的具体体现,也是国家治理体系和治理能力现代化的生动实践。为了有力回应平台经济发展对反垄断法带来的挑战,我国应加快推进数字经济维度的反垄断法修订和配套法律制度的完善。鉴于目前的平台垄断问题并未对反垄断法的整体框架产生颠覆性的变革,我国反垄断法的修订应采取审慎的立场,优先考虑执法实践中迫切需要解决的问题,为执法机关处理新型垄断行为提供明确的法律依据,对于国际上尚未形成普遍共识的条款不应急于纳入修订范围^⑤。基于这一立场,我国反垄断法的修订可在以下方面体现对平台经济的考虑:一是在垄断协议规制中适当考虑算法共谋问题,将其作为协同行为加以规制;二是增加经营者市场支配地位认定的考虑因素,基于互联网平台企业的特点,将网络效应、锁定效应、市场创新、数据掌握和处理能力等因素纳入考虑范围;三是完善经营者集中申报标准制度,在目前营业额标准的基础上引入交易额标准,加大数字市场并购交易的审查力度^⑥。

除了通过修订反垄断法来回应上述关切,针对平台经济领域不断涌现的新问题、新挑战,还可以通过制定和完善更具灵活性、阶段性、针对性的反垄断指南和配套规章等予以应对。事实上,我国政府已相继出台若干规范互联网平台竞争行为的文件。例如国务院办公厅2019年8月发布的《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(国办发〔2019〕38号),其中明确要求:“依法查处互联网领域滥

① Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC.

② Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act).

③ “The Digital Services Act: Ensuring a Safe and Accountable Online Environment”, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en, 访问日期:2020年12月18日。

④ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》, <http://politics.people.com.cn/n/2014/1029/c1001-25926893.html>, 访问日期:2020年12月18日。

⑤ 王晓晔:《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》,《法学评论》2020年第2期。

⑥ 王先林:《我国反垄断法修订完善的三个维度》,《华东政法大学学报》2020年第2期。

用市场支配地位限制交易、不正当竞争等违法行为,严禁平台单边签订排他性服务提供合同,保障平台经济相关市场主体公平参与市场竞争。”

特别值得关注的是,2021年2月7日公布实施的《关于平台经济领域的反垄断指南》(简称指南),是对我国平台经济领域具体适用反垄断法的细化规则指引。指南以反垄断法为依据,强调平台经济领域的垄断行为应当适用反垄断法及有关配套法规、规章、指南等,释放出互联网平台不是反垄断法外之地的明确信号,并集中阐释了依据该法在平台经济领域反垄断的基本原则和具体规则。指南与反垄断法的结构高度契合,由总则、垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、滥用行政权力排除限制竞争和附则等六章组成,共24条,对涉及平台经济领域的反垄断法适用问题作出了较为细化的规定。这意味着指南没有改变现有反垄断法的基本制度、规制原则和分析框架,而是结合互联网特别是平台经济的特点,在考虑因素和分析方法等方面进行了一些更具针对性的细化规定。指南精准地体现了我国当前平台经济发展的特点和要求,无论在基本原则还是在具体规则上都有很多亮点。一方面,其在基本原则方面强调了四个方面,即保护市场公平竞争、依法科学高效监管、激发创新创造活力、维护各方合法权益,尤其是其中提出的“强化竞争分析和法律论证”和“营造竞争有序开放包容发展环境”等方面非常重要,有利于澄清一些模糊认识或者不必要的担心,有利于实现我国平台经济领域反垄断中对竞争与创新的协调兼顾;另一方面,也及时回应了当前社会对“二选一”“大数据杀熟”“扼杀性并购”等问题的关切,增强了法律制度的可操作性和可预期性,有利于促进平台经济领域各类市场主体依法合规经营。可以预见,指南的公布实施必将推动我国平台经济领域反垄断执法的有效开展,从而推动我国平台经济的规范有序创新健康发展。

The Anti-monopoly in Platform Economy: Trends, Challenges, and Countermeasures

Wang Xianlin Fang Xiang

(Law School, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, P.R.China)

Abstract: In recent years, the anti-monopoly regime in the field of platform economy has shown the global trend of normalization of supervision and intensification of law enforcement. Issues of platform monopoly have brought new challenges to the theory, system and practice of anti-monopoly law. However, the basic analytical framework of the current anti-monopoly law has not been completely overthrown, and can still be applied in the Internet field. In this process, China's anti-monopoly enforcement agencies should follow the principle of legal supervision under the concept of inclusiveness and prudence, leaving Internet platforms more space for innovation and development, so as to avoid going from the extreme of non-supervision or loose supervision to the other extreme of strict supervision or excessive supervision. At the same time, ex ante regulation in the platform economy can be strengthened through initiatives such as developing the research and competition evaluation of the digital market and introducing anti-monopoly compliance supervision of platform enterprises. At present, countries are accelerating the revision of the anti-monopoly laws to adapt to the development of the digital economy. The European Union has even initiated a “modernization” reform of its anti-monopoly law. China should also steadily promote the revision of the anti-monopoly law and improvement of the supporting regulations and guidelines in the digital economy dimension to provide necessary response to the prominent issues of platform monopoly.

Keywords: Platform economy; Platform monopoly; Anti-monopoly supervision; Amendment of anti-monopoly law

[责任编辑:纪小乐]