

· 因应平台经济的法律调适 ·

编者按：平台对法律的挑战是多方面的，不限于反垄断法，也不应止于追随政策。理论的反思、立法的调适、司法和执法的回应，均可在此背景下展开，为平台治理探索方向。

平台形态演变视域下 垄断行为的异化与因应

侯利阳^{*}

内容提要：将平台视为固定形态导致我国的学术研究难以形成合力，即将开启的平台监管也举步维艰。平台已经从 Web 1.0 形态中的信息存储中介进化为 Web 2.0 形态中的信息交互中介、互联网生态圈形态中的业务聚合中介。平台形态的演变不但改变着平台的定义，也引发了平台垄断行为的扩张与异化，分别是 Web 2.0 形态与互联网生态圈形态对于相关市场界定的扩张，以及生态圈形态中平台与非竞争平台、商家关系的异化。虽然传统反垄断机制在引入平台形态演变的发展观后可以有效处理平台间的垄断行为，但无法应对平台与商家关系的异化，即平台利用市场组织职能强化市场盈利职能的相关行为。为弥补反垄断机制之不足，应当在区分平台类型的基础上设置分类监管，引导和监督大型平台内部规则的制定，禁止超级平台实施自我优待，并在扼杀性并购中采取举证责任倒置。

关键词：互联网生态圈 数字平台 双边市场 反垄断 监管

一、问题之提出

数字平台自 20 世纪 90 年代产生之后，迅速成为世界经济的支柱型产业。随着其经济占比的日益提升，平台垄断行为开始引发全球竞争执法机构的集中关注。国际社会的平台反垄断执法始于 2016 年欧盟对亚马逊在电子书销售中实施最惠国条款行为的反垄断调查（下称“亚马逊案”）。〔1〕我国则集中出现于 2020 年底中央提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”的要求之

^{*} 上海交通大学凯原法学院教授。

本文系国家社科基金重点项目“平台经济领域的反垄断与规制研究”（22AFX018）的阶段性成果。

〔1〕 See Case AT. 40153 E-book MFNs and related matters (Amazon), C (2017) 2876 final, May 4, 2017.

后。〔2〕虽然我国执法机构对于平台反垄断的关注时间相对较短,但学界的研究可以追溯至唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案(下称“百度案”)。〔3〕此后的研究可以分为三个阶段:第一阶段(2009—2016年)以研究平台的相关市场与支配地位为主,较少研究垄断行为与竞争损害。该阶段的学者肯定反垄断法对于数字经济规制的有效性,指出数字经济对于相关市场界定带来的挑战,〔4〕但并未主张直接认定数字平台的支配地位。第二阶段(2017—2021年)以研究平台的垄断行为和竞争损害为主,较少研究相关市场与支配地位。该阶段的学者似乎完全忽视了第一阶段的研究成果,直接以数字经济的“赢者通吃”特征来推定平台的支配地位。〔5〕也有学者提出,需要适度放宽反垄断法的适用门槛以适应数字经济的变化。〔6〕第三阶段(2022年至今)的研究结论是,数字经济领域中的部分问题使得反垄断法不再有效,需要引入监管以弥补反垄断机制之不足,即反垄断法与监管的二元共治。〔7〕

既有文献梳理表明,我国学界对于平台反垄断的研究存在观点相互冲突的问题。这主要表现在第一阶段与第二阶段对于平台支配地位的认定方面,由此引发了本文研究的第一个问题——不同研究阶段中的平台是否具有相同的定义。我国学界对于平台垄断行为的研究集中于第二阶段,这又引发了第二个问题——对平台垄断行为的集中研究中蕴含着数字经济的何种转型。按照平台发展的不同形态审视垄断行为的嬗变与异化,引出了本文拟解决的第三个问题——数字经济领域究竟存在哪些反垄断法无法规制的垄断行为,是否以及需要何种监管措施进行处理。这三个问题是平台治理中的基础性问题,关系着未来平台治理的发展方向。

二、平台的形态演变与定义变迁

平台反垄断研究的起点应当是平台的定义,否则难以在同一语境中进行学术探讨。数字平台自20世纪90年代产生以来一直处于形态演变之中。平台的不同形态蕴含着迥异的发展目标,其所引发的垄断行为也有着不同的外在表现和内在特质。

(一) 作为信息存储中介的 Web 1.0 平台

数字经济的出现与互联网通信技术的发展密切相关。互联网通信技术的端倪是20世纪60年代末开发的分组交换(packet switching)技术。与此前电路交换(circuit switching)技术所构建的以电信运营商为核心的高度中心化体系不同的是,分组交换技术将信息分拆成数据包,将各个数据包进行分组传输,在所有数据包到达目的地后再重新整合。因此,这种通讯技术允许用户间的点对点传输,代表着去中心化的传输逻辑。但分组交换技术的初始目的是实现信息在用户间的直接传输,并不必然要求平台的介入。

数字经济的商业化运行肇始于蒂姆·伯纳斯·李1990年发明的万维网协议。商业化运行

〔2〕 参见吴振国:《反垄断监管的中国路径:历史回顾与展望》,《清华法学》2022年第4期,第12页。

〔3〕 关于该案的一审判决,参见北京市第一中级人民法院(2009)一中民初字第845号民事判决书;关于该案的二审判决,参见北京市高级人民法院(2010)高民终字第489号民事判决书。

〔4〕 参见蒋岩波:《互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路——基于双边市场条件》,《法学家》2012年第6期,第74页。

〔5〕 参见孙晋:《数字平台的反垄断监管》,《中国社会科学》2021年第5期,第105页。

〔6〕 参见杨东:《论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战》,《中国法学》2020年第3期,第212页以下。

〔7〕 参见周汉华:《论平台经济反垄断与监管的二元分治》,《中国法学》2023年第1期,第232页。

使得信息传输的规模骤然提升,纯粹的点对点传输无法满足商业化场景中的交互需求,由此,平台作为信息存储中介的角色应运而生。数字经济的这种形态被称为 Web 1.0 (1990—2000 年)。Web 1.0 平台被学界定义为,通过新型互联网通信技术将传统信息进行数字化存储,并向用户进行单向传输或者展示的商业组织形态。〔8〕代表性平台为门户网站,我国的新浪、搜狐、网易等也都是在这个时期出现。Web 1.0 平台与我们当前讨论的平台相去甚远。目前我国对于平台的普遍性定义规定在《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“平台反垄断指南”)第 2 条中,即平台为“通过网络信息技术,使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互,以此共同创造价值的商业组织形态”。该定义要求平台必须同时服务两种或两种以上的用户群体。而 Web 1.0 平台仅服务同一类主体,即信息的获取者。尽管 Web 1.0 时期也存在早期的电子商务平台,但其提供的服务主要是商品的价目表,与促进商家和用户交易的现代电子商务平台明显不同。因此,Web 1.0 平台与线下图书馆、纸质媒体等传统信息中介区别不大,仅将信息的传统存储模式升级为数字化存储。

处于 Web 1.0 形态的数字经济呈现出较为激烈的竞争效应,几乎没有平台获得垄断地位,实践中也不存在垄断问题。20 世纪末的学者对于数字经济的研究还主要限于其对国家安全与知识产权侵权等方面的挑战。〔9〕关于平台反垄断的学术研究非常有限,且大都认为数字经济不会改变传统反垄断机制的底层逻辑。比如,波斯纳指出,虽然数字经济(彼时还称“新经济”)相较于传统经济有着诸多不同,但反垄断法仍然有效,无须对之作出特别调整。〔10〕因此,Web 1.0 平台被排除在本文的研究之外。

(二) 作为信息交互中介的 Web 2.0 平台

作为信息存储中介的 Web 1.0 平台只能通过广告盈利,其既要面临其他平台的竞争,又要面临(数字化的)传统媒体的竞争。缺乏创新盈利模式使得数字经济的泡沫在 2000 年前后集中破灭。平台企业的批量破产引发了业界对数字经济发展模式的反思,随之开启了 Web 2.0 形态(2001—2010 年)。与 Web 1.0 形态相比,Web 2.0 形态对于数字经济的重组主要表现在如下三个方面:

其一,Web 2.0 形态改变了平台的商业模式和盈利模式。Web 2.0 平台虽然与 Web 1.0 平台使用相同的通信技术,并未从技术逻辑上改变数字经济,但增加了用户参与的选项,使得平台具有极大的开放性。用户逐渐被划分为具有不同需求的两类群体,即信息的提供者(商家)与信息的获取者(用户)。Web 2.0 平台除了向用户单向提供信息之外,还鼓励用户参与信息的提供和创造,由此促生了用户创造内容。〔11〕其业务重心开始转变为打造合作共享的社交网络。〔12〕在此过程中,平台逐渐演变为信息交互的中介,与商家和用户共同促进互联网经济的发展。此时,具有历史意义的平台有各种社交平台、视频图像分享平台、电子商务平台等。

〔8〕 See Rogelio Martinez Perea, *Internet Multimedia Communications Using SIP*, San Francisco: Morgan Kaufmann, 2008, pp. 21–22.

〔9〕 参见李永刚、张硕:《互联网与国家安全》,《社会科学》1999 年第 9 期,第 15 页以下;张广荣:《互联网络中的法律问题》,《外国法译评》1996 年第 4 期,第 25 页以下。

〔10〕 See Richard Posner, *Antitrust in the New Economy*, 68 (3) *Antitrust Law Journal* 925 (2001).

〔11〕 See Tim O'Reilly, *What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, 65 (1) *Communications & Strategies* 19 (2007).

〔12〕 See Carlisle George & Jackie Scerri, *Web 2.0 and User-generated Content: Legal Challenges in the New Frontier*, 21 (2) *International Review of Law, Computers & Technology* 4 (2007).

“平台反垄断指南”中的平台应当就是 Web 2.0 平台。与此相应，Web 2.0 平台的收入来源在广告费的基础上，增加了收取商家和用户交易的手续费。

其二，Web 2.0 形态改变了平台的职能。Web 1.0 平台仅承担市场盈利职能，与用户是纯粹的交易关系。Web 2.0 平台在此之外，逐渐开始承担市场组织职能。在传统的线下经济中，市场组织职能主要由政府通过公权力建构，但这些传统机制在信息交互场景中的应用存在较大的限制。^{〔13〕}为此，Web 2.0 平台需要构建一套适合线上交易的信任机制与安全机制，如在线信用评价、第三方支付、在线纠纷解决等。这些新的职能以平台内规则的形式展现，使得平台开始改变“既有的国家权力结构及权力组成部分之间的关系”。^{〔14〕}

其三，Web 2.0 形态首次造就了平台的垄断力量。数字经济的真正繁荣发轫于 Web 2.0 形态，该形态产生了我们现在熟知的各种平台，如百度、阿里、腾讯等。Web 2.0 发展初期，各种平台之间的竞争异常激烈。比如，百度直至 2008 年还面临着谷歌、雅虎等搜索引擎平台的强力狙击，甚至出现过市场份额下滑的情况。^{〔15〕}随着 Web 2.0 平台开始逐步展示“赢者通吃”的特征，市场集中化发展的趋势愈演愈烈。至 2010 年前后，各个头部平台的市场地位正式确立。也正是在这个时期，平台反垄断案件开始在我国出现，最具有代表性的案件为“百度案”与北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司案（下称“3Q 案”）。^{〔16〕}与之相对应，我国的平台反垄断研究也是从 2009 年正式开启。

（三）作为业务聚合中介的互联网生态圈平台

尽管 Web 2.0 形态扩张了平台的定义，但处于该形态的平台依然只是数字信息的传输工具，尚未与实体经济真正结合。大致从 2010 年之后，数字经济开始确立“互联网+”的发展方向，即互联网经济与实体经济的结合。与实体经济的结合极大地扩张了数字经济的经营范围，造就了 Web 2.0 形态中不曾出现的分享经济，如在线餐饮外卖、网约车、互联网租房等，并又一次改变了数字经济。

首先，平台的经营范围被再次扩张。Web 2.0 平台集中于单种业务的经营，这种经营模式使得各种头部平台与其经营业务呈现密不可分的关系。比如，百度在口语中甚至已经转变为动词，意指在线搜索。但在“互联网+”的引导之下，平台开始摆脱单种业务经营的发展模式，成为多种业务聚合经营的中介平台。^{〔17〕}这种现象被学界冠以“互联网生态圈”之名，即“通过构建一个多边群体合作共赢机制使得平台生态圈在核心业务的驱动下，各个衍生覆盖业务模块经过有机的协同而形成的系统”。^{〔18〕}互联网生态圈主要有两种类型：生产型生态圈与广告型生态圈。^{〔19〕}前者以某种设备（如苹果）或者服务（如淘宝）作为核心打造，后者则通过

〔13〕 参见高薇：《互联网争议解决的制度分析——两种路径及其社会嵌入问题》，《中外法学》2014 年第 4 期，第 1070 页。

〔14〕 季卫东：《主权的嬗变——数字化“魔兽世界”与法律秩序创新》，《交大法学》2023 年第 5 期，第 9 页。

〔15〕 参见马莉婷：《我国搜索引擎市场规律及竞争格局》，《福建金融管理干部学院学报》2009 年第 2 期，第 31 页以下。

〔16〕 关于该案的一审判决，参见广东省高级人民法院（2011）粤高法民三初字第 2 号民事判决书；关于该案的二审判决，参见最高人民法院（2013）民三终字第 4 号民事判决书。

〔17〕 See Daniel Crane, *Ecosystem Competition and the Antitrust Laws*, 98 (2) Nebraska Law Review 420 (2019).

〔18〕 王千：《互联网企业平台生态圈及其金融生态圈研究——基于共同价值的视角》，《国际金融研究》2014 年第 11 期，第 77 页。

〔19〕 See Marc Bourreau, *Some Economics of Digital Ecosystems*, DAF/COMP/WD(2020)89, p. 3, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf), last visited on 2024-01-01.

免费提供的主营业务（如微信、百度等）来获取广告收入。虽然这两类生态圈的目标一致，但盈利方式存在差异。生产型生态圈以提升核心业务的质量作为主要盈利手段。广告型生态圈的主要利润不来自用户端，因此其是以增加用户黏性的方式来获取广告利润。学界对此尚未有统一的名称，本文称之为互联网生态圈形态（2010至今），^{〔20〕}即通过网络信息技术，使相互协同的多种平台业务在核心平台业务的连接下聚合，以此共同创造价值的商业组织形态。

其次，平台的经营模式被再次改变。经营单种业务的Web 2.0平台以提升平台业务质量作为主要发展目标。互联网生态圈平台则衍生出跨业经营的商业模式，逐渐发展成为凝聚各种互联网业务的聚合型平台，为用户提供“一站式”的消费体验，同时满足用户的多种需求。^{〔21〕}其经营扩张主要从两个层面展开：第一个层面是，平台在主营业务之余进军其他平台业务。这种模式又可以具体细分为两个子模式，分别是平台通过自行开发提供其他平台业务，如腾讯在微信中植入朋友圈、公众号、小程序、第三方支付等，以及平台通过并购、持股等方式吸纳其他平台进入同一生态圈，如阿里集团并购高德地图等。第二个层面是，互联网生态圈平台利用其所掌握的平台内交易信息，选择盈利率最高的商家经营领域亲自入场经营，与商家展开直接的竞争。

（四）平台定义变迁中的三重扩张

上述三种形态表面上只是数字经济商业模式的升级与迭代，但在深层次上蕴含着平台定义的变化。具体而言，这三种形态代表着平台定义在三个层面的连续扩张：

第一，平台内市场主体的扩张。Web 1.0平台主要是信息存储的中介，其面对的是具有同种需求的信息索取用户，主要功能是信息的单向展示，因此仅涉及两类市场主体：平台与用户。Web 2.0平台发展成为信息交互中介，其目的是协助商家和用户进行直接的或者间接的交易，构建起平台、商家和用户之间的三角结构，平台内的市场主体数量也升级为三个或者三个以上。互联网生态圈平台从核心平台业务向其他平台业务开拓，形成以核心平台业务为轴心、以其他子平台业务为辐状的结构，向商家和用户多业务的聚合式商品或者服务。因此，互联网生态圈平台内的市场主体除了商家和用户之外，又增加了子平台这个全新的市场主体。

第二，平台内法律关系的扩张。Web 1.0平台只是信息服务的提供者，与其用户之间是信息提供的合同关系。Web 2.0平台除了给商家和用户提供服务之外，还要保障商家和用户之间交易的顺利进行。因此，Web 2.0平台与商家和用户之间首先是中介服务的合同关系。其次，由于平台新增的市场组织职能，其与商家和用户之间又产生了第二重法律关系，即市场管理关系。尽管存在双重法律关系，但在Web 2.0形态中，平台与商家和用户共同创造价值，三者属于利益共同体。^{〔22〕}而在互联网生态圈的改造之下，平台与商家的关系开始变得复杂，二者不再只是合作关系。随着互联网生态圈平台进入商家经营领域，其与商家之间又发展出第

〔20〕 本文之所以不延续Web 1.0和Web 2.0的命名方式而将此形态命名为Web 3.0，主要原因是，学界和业界对Web 3.0的内涵有诸多不同的解读（See Archana Patel & Sarika Jain, *Present and Future of Semantic Web Technologies: A Research Statement*, 43 (5) *International Journal of Computers and Applications* 413 (2021); Alex Murray et al., *The Promise of A Decentralized Internet: What Is Web 3 and How Can Firms Prepare?*, 66 (2) *Business Horizons* 191 (2023)）。而且这些解读均是从技术层面来界定Web 3.0，与本文挖掘平台垄断行为的主旨相去甚远。为避免不必要的定义争执，本文采用互联网生态圈的表述方式。

〔21〕 参见赵振：《“互联网+”跨界经营：创造性破坏视角》，《中国工业经济》2015年第10期，第151页以下。

〔22〕 参见李允尧等：《平台经济理论研究动态》，《经济学动态》2013年第7期，第129页。

三重法律关系，即竞争关系。

第三，平台市场规模的扩张。Web 1.0 形态的出现大大降低了交易成本，使得平台获得超越传统企业的规模，即平台规模的第一次扩张。不过，Web 1.0 平台并未真正突破企业的传统性质。与之相比，作为信息交互中介的 Web 2.0 平台打破了企业与市场的边界。以市场形态呈现的 Web 2.0 平台第二次扩张了平台的规模，并初步展现出数字经济的“赢者通吃”效应。互联网生态圈形态对平台的规模进行了第三次扩张，使得平台不再是单种业务的分散式经营，而是以核心平台业务为依托的聚合式经营。不同的平台业务被注意力和数据这两项重要资产横向打通，再加上与实体经济的融合，平台的规模进一步扩张。平台规模的多次扩张不但引发了学术界的关注，更引发了各国权力机构的关注。多数国家开始改变之前对于数字经济放任自由的规制态度，通过加强反垄断执法或者制定新的监管法规的方式进行严格控制。

自 20 世纪 90 年代至今，数字平台从 Web 1.0 形态中的信息存储中介进化为 Web 2.0 形态中的信息交互中介，进而演化成如今互联网生态圈形态中的业务聚合中介。数字经济的形态演变确实引发了平台定义的变化。从时间发展来看，我国关于平台反垄断研究的第一阶段对应的是 Web 2.0 平台，第二阶段对应的是互联网生态圈平台。平台内市场主体的数量越多、平台的职能越复杂、平台的规模越大，意味着平台垄断行为的类型和数量越多。因此，互联网生态圈平台涉及的垄断行为一定会多于 Web 2.0 平台。这回应了我国平台反垄断研究的第一阶段主要研究相关市场、第二阶段主要研究垄断行为的现象。

三、Web 2.0 形态中的垄断行为

将平台定义的扩张与反垄断分析相结合，则可发现研究平台垄断行为的两个关键点：一是平台定义的变化对于相关市场界定的影响，二是平台定义的变化对于垄断行为类型的影响。后者的分析又可在两个层面具体展开：其一是平台间（或者生态圈间）竞争中产生的垄断行为，其二是平台内（或者生态圈内）竞争中产生的垄断行为。

（一）Web 2.0 平台相关市场界定的困境与解决

目前学界用以解释 Web 2.0 形态的通行理论为双边市场。^{〔23〕} 双边市场具有三个核心特征：（1）存在两个或者多个不同的用户群体，且这些群体必须通过平台进行交互。（2）这些用户群体之间存在交叉网络效应，即其中一个用户群体数量的增加会引发另一个用户群体数量的增加。（3）平台对这些用户群体施加不均衡的价格结构，往往表现为对于某个用户群体的免费策略。^{〔24〕} 从“平台反垄断指南”第 2 条的规定来看，我国当前对于平台的定义应当是基于 Web 2.0 形态的双边市场平台。

传统的单边市场仅涉及一种商品或服务，其竞争也主要围绕该商品或服务展开。Web 2.0 形态的双边市场则涉及两种以上的商品或服务，其竞争需要围绕多种商品或服务展开。因此，双边市场的竞争范围要大于单边市场，此即 Web 2.0 平台的市场规模大于 Web 1.0 平台的内因。在平台反垄断研究的第一阶段中，我国学界的争议主要是双边市场中的相关市场界定应当

〔23〕 See Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-sided Markets*, 1 (4) Journal of the European Economic Association 990 (2003).

〔24〕 参见张江莉：《论相关产品市场界定中的“产品界定”——多边平台反垄断案件的新难题》，《法学评论》2019 年第 1 期，第 189 页。

以其中一个用户群体为主,还是需要囊括所有的用户群体。〔25〕学界的纠结点在于,无论选择何者均存在执法困境:一方面,若只基于某个用户群体来界定相关市场,则无法反映双边市场的全貌。双边市场平台需要对不同的用户群体进行差别定价,其往往采用免费或者低价的策略来培养该群体的数量,以此吸引其他付费的用户群体。若单单考虑其中某个用户群体,则双边市场平台对于用户的免费策略可能涉及掠夺性定价的问题。〔26〕另一方面,若在相关市场界定中囊括所有的用户群体,则会出现相关市场范围过大而无法认定支配地位的尴尬。〔27〕这主要是因为,注意力已经成为数字经济中的“通货”,〔28〕仅以注意力进行替代性分析的话,所有的平台业务都可被划定在同一个相关市场,那么任何一个平台都不具有支配地位。

从近期国内外平台反垄断的执法实践来看,这种理论上的担忧并未给司法和执法机构带来真正的挑战。按照商家与用户是否存在直接的交易关系,双边市场可以分为交易型双边市场和非交易型双边市场。〔29〕前者的典型例子为电子商务平台。其所服务的主要群体是商家与用户,二者必须通过电子商务平台发生交易。后者的典型例子为搜索引擎平台。其所服务的群体为广告商与用户,二者虽然发生信息交互,但并不存在真正的交易活动。此外,这两种双边市场所服务的用户群体也存在不同的需求。对于电子商务平台来说,商家的需求是销售,用户的需求是购买。对于搜索引擎平台来说,广告商的需求是投放广告,用户的需求是获取信息。鉴于这两种双边市场的差异,司法和执法机构采取了不同的相关市场界定方法。

首先,基于交易型双边市场的核心是商家与用户的交易,实践中将此类双边市场的相关市场界定为实现相关交易的平台业务,也即在相关市场界定中囊括了所有的用户群体。比如,在我国阿里巴巴集团控股有限公司滥用市场支配地位案(下称“阿里案”)中,国家市场监督管理总局将涉案相关市场界定为“网络零售平台服务市场”。〔30〕在美团滥用市场支配地位案(下称“美团案”)中,国家市场监督管理总局将之界定为“网络餐饮外卖平台服务市场”。〔31〕将所有用户群体界定为同一个相关市场的理论难点在于基于何种用户群体认定市场支配地位。但该问题并未导致实践层面的困难。交叉网络效应的存在使得交易型双边市场平台在商家端的市场力量与在用户端的市场力量呈现正比例增加。无论是从商家端还是从用户端来测量此类平台的支配地位,结果应当相同。比如,在“美团案”中,执法机构测算了美团在商家端的市场份额为70.7%,在用户端的市场份额为68.5%,二者近乎等同。因此,将交易型双边市场界定为统一的相关市场成为实践中的自然选择。

其次,非交易型双边市场中的商家与用户缺乏直接的交易,实践中分别基于不同的用户群体来界定此类双边市场的相关市场,从而包括多个相关市场。我国目前尚未有非交易型双边市场的成案,但欧盟对于谷歌搜索引擎已经作出了多个反垄断处罚。在2017年“谷歌比价购物

〔25〕 参见李剑:《双边市场下的反垄断法相关市场界定——“百度案”中的法与经济学》,《法商研究》2010年第5期,第43页。

〔26〕 参见陈兵:《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》,《法学》2020年第2期,第110页。

〔27〕 参见于馨淼:《搜索引擎与滥用市场支配地位》,《中国法学》2012年第3期,第120页。

〔28〕 参见侯利阳、李剑:《免费模式下的互联网产业相关产品市场界定》,《现代法学》2014年第6期,第73页。

〔29〕 See Lapo Filistrucchi et al., *Market Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice*, 10 (2) *Journal of Competition Law & Economics* 298 (2014).

〔30〕 国家市场监督管理总局国市监处(2021)28号行政处罚决定书。

〔31〕 国家市场监督管理总局国市监处(2021)74号行政处罚决定书。

案”中，^[32] 鉴于谷歌的垄断行为作用于搜索引擎服务，因此该案的相关市场被界定为搜索引擎服务市场，这实际上是从用户端来界定相关市场。在 2019 年“谷歌广告案”中，^[33] 涉案垄断行为作用于互联网广告端，因此该案的相关市场被界定为互联网广告市场。由此可见，欧盟是基于垄断行为作用的用户群体来界定非交易型双边市场的相关市场。针对相关市场范围可能会被无限扩大的担忧，欧盟认为，不同平台业务所产生的注意力不具有替代性。故在“谷歌比价购物案”和“谷歌广告案”中，欧盟将搜索引擎所聚集的注意力认定为单独的相关市场，与其他平台业务所产生的注意力不具有替代性。因此，学界关于非交易型双边市场中相关市场界定的担忧也已被执法实践所解决。

（二）平台间竞争中的垄断行为

在双边市场的经济模型中，平台在经营中主要面对四类主体：商家、用户、非竞争平台、竞争平台。平台与商家和用户之间的行为属于平台内竞争的范畴，平台与竞争平台和非竞争平台之间的行为属于平台间竞争的范畴。其中，Web 2.0 平台与非竞争平台可以在互联互通的过程中实现流量的共同提升，因此属于利益共同体，较少发生垄断纠纷。Web 2.0 平台与竞争平台不存在交易关系，无法直接对竞争平台实施垄断行为，只能通过其所服务的商家和用户间接实施垄断行为。

研究平台垄断行为无法绕过的主题是数字经济的“赢者通吃”效应。数字经济相较于传统经济确实展现出市场规模庞大的特征。尽管这种特征从数字经济产生之初就已出现，但传统经济中的企业受制于交易成本，往往无法占领整个市场。因此，传统经济中曾出现过企业与市场的区分。^[34] 由于无法占领整个市场，传统经济中的竞争模式也被称为“市场内竞争”（competition in the market）。换言之，每个企业的经营目的是获取更多的市场份额，但始终无法形成垄断。在双边市场中，交叉网络效应的存在意味着，用户规模是平台在竞争中胜出的关键。用户规模越大，竞争优势就越强。因此，Web 2.0 形态中的竞争模式转变成“为了市场的竞争”（competition for the market）。换言之，平台必须尽可能多地占领市场，甚至垄断整个市场，此即“赢者通吃”现象的内因。^[35]

虽然“赢者通吃”效应可以解释 Web 2.0 平台何以形成超大规模，但难以直接证明数字平台一定会形成垄断地位。从我国数字经济的发展来看，真正能够“赢者通吃”的平台业务为数甚少，其中最重要的原因是多宿主效应（multi-homing）。^[36] 多宿主效应是指用户可以同时拥有多个相似平台业务的应用程序，在每次使用时选择最为适合的平台业务。与之相对应，单宿主效应（single homing）则是指虽然存在多个竞争平台，但用户会倾向于仅使用某个平台的业务。具有单宿主效应的平台会自然获得垄断地位，但天然具有这种效应的平台极少，如即时通讯平台。因此，为了获取垄断地位，Web 2.0 平台需要实施策略性行为来突破多宿主效应的限制，打造自身平台的异质性，人为营造单宿主效应。为此，平台可能实施的垄断行为主要

[32] See Case AT. 39740, Google Search (Shopping), C (2017) 4444 final, Jun. 27, 2017.

[33] See Case AT. 40411, Google Search (AdSense), C (2019) 2173 final, Mar. 20, 2019.

[34] See Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, 4 (16) *Economica* 388 (1937).

[35] See P. A. Geroski, *Competition in Markets and Competition for Markets*, 3 (3) *Journal of Industry, Competition and Trade* 160 (2003).

[36] See Bruno Jullien & Wilfried Sand-Zantman, *The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy*, 54 (1) *Information Economics and Policy* 2 (2021).

是独家交易与最惠国条款。

首先,限制竞争平台发展最直接的手段就是要求自身的商家或者用户不得使用竞争平台的业务,此即独家交易(或者说“二选一”)。双边市场存在多种用户群体,独家交易既可以针对用户实施,如“3Q案”,也可以针对商家实施,如“阿里案”、“美团案”以及同方知网(北京)技术有限公司等滥用市场支配地位案(下称“中国知网案”)、^[37]上海食派士商贸发展有限公司滥用市场支配地位案。^[38]平台实施独家交易的最终目的是使竞争平台无法达成规模优势,从而被排挤出市场。^[39]独家交易既可以表现为直接限制,如强迫、胁迫商家或者用户不得与竞争者交易,也可以表现为间接限制,如通过较低的手续费、忠诚折扣等利益引诱,吸引商家或者用户不与竞争者交易。独家交易同时具有排除、限制竞争以及促进竞争的双重效果,故通说认为,“不能对其适用本身违法原则,只能适用合理原则进行违法性认定”。^[40]独家交易在传统经济和数字经济中均存在。在审理传统经济中的独家交易案件时,最高人民法院指出,认定该行为的竞争效果需要考虑其“是否提高市场进入壁垒或者增加竞争对手的成本,产生市场封锁效应”。^[41]在审理数字经济中的相关案件时,执法机构的分析重点同样是独家交易是否“形成锁定效应,减少自身竞争压力,不当巩固并强化自身市场力量”。^[42]二者并无本质差异,换言之,传统反垄断法的分析方法对于数字经济同样适用。

其次,与独家交易通过商品或服务的独特性来实现单宿主效应不同的是,最惠国条款(most-favoured-nation clause)通过价格的独特性(最低价)来实现单宿主效应。广义的最惠国条款是指,平台要求商家在其平台上销售的商品或服务的价格必须是全网最低的,包括该商家在竞争平台上的价格以及在自营网站上或者线下店中的价格。狭义的最惠国条款仅指,平台要求商家在其平台上设定的价格不得高于自营网站上或者线下店中的价格。学界通说认为,广义的最惠国条款会提升中小平台的竞争成本,尤其是当平台业务同质性明显时,会产生较强的单宿主效应。^[43]与之相比,狭义的最惠国条款同时具有促进竞争和限制竞争的双重效果,其一方面可以防止商家通过平台推广自己的商品或服务却绕开平台进行交易的搭便车行为,但另一方面也存在市场封锁和价格合谋的风险。^[44]因此,二者均得适用合理原则的分析模式。^[45]这表明,平台实施的最惠国条款并未超过传统反垄断机制的调整范围。我国目前尚无涉及最惠国条款的平台案件,但在传统经济中对该行为进行过处罚。^[46]执法机构指出,最惠国条款在通常情况下不足以产生排除、限制竞争的效果,只有在产生市场锁定效应时才应禁止。针对数字经济中的最惠国条款,欧盟近期也在反垄断立法和执法层面作出类似的回应。在立法层面,

[37] 参见国家市场监督管理总局国市监处罚〔2022〕87号行政处罚决定书。

[38] 参见上海市市场监督管理局沪市监反垄处〔2020〕06201901001号行政处罚决定书。

[39] 参见王晓晔:《论电商平台“二选一”行为的法律规制》,《现代法学》2020年第3期,第153页;焦海涛:《“二选一”行为的反垄断法分析》,《财经法学》2018年第5期,第80页。

[40] 叶明:《互联网企业独家交易行为的反垄断法分析》,《现代法学》2014年第4期,第67页。

[41] 最高人民法院(2020)最高法知民终1140号民事判决书。

[42] 前引〔30〕,“阿里案”;前引〔31〕,“美团案”。

[43] See Pinar Akman & Daniel Sokol, *Online RPM and MFN under Antitrust Law and Economics*, 50 (2) Review of Industrial Organization 143 (2017).

[44] 参见黄勇、田辰:《网络分销模式中最惠国待遇条款的反垄断法分析》,《法律适用》2014年第9期,第50页。

[45] 参见孙晋、徐泽林:《平台经济中最惠国待遇条款的反垄断法规制》,《当代法学》2019年第5期,第105页。

[46] 参见伊士曼(中国)投资管理有限公司滥用市场支配地位案,上海市市场监督管理局沪市监案处字(2019)第000201710047号行政处罚决定书。

欧盟认为,狭义的最惠国条款往往具有促进竞争的效果,因此对之进行批量豁免,但广义的最惠国条款可能会产生市场封锁的效果,应当对之进行合理原则的分析。^[47]在执法层面,欧盟在“亚马逊案”中认定亚马逊电子书销售中的最惠国条款违法,其原因正是涉案行为与亚马逊的支配地位相结合后产生了市场封锁的效果。^[48]因此,数字经济中的最惠国条款亦未展示出与传统经济的差异,传统反垄断法的适用并不存在障碍。

(三) 平台内竞争中的垄断行为

平台内竞争涉及平台与商家和用户之间的关系。为了更好地保障双边市场的运行,Web 2.0 平台会尽可能地提供更优质的服务,原则上不会与商家和用户发生利益冲突。但从我国的实践来看,平台与商家和用户在例外情形中也会发生垄断纠纷。

一是拒绝交易。数字经济发展至今已经演变成成为注意力经济。注意力的重要意义使得平台往往不会对用户作过多限制。^[49]因此,与平台发生冲突的主体主要为商家,多涉及平台对商家的封号行为,典型案例为“百度案”与徐书青诉深圳市腾讯计算机系统有限公司等滥用市场支配地位案(下称“徐书青案”)。^[50]在“百度案”中,原告因人为操控搜索结果而被百度屏蔽。法院指出,若百度不对人为提高搜索排名的行为进行控制,则会导致搜索业务的无序竞争,降低用户的检索质量,因此百度的屏蔽行为合法。在“徐书青案”中,原告因发布包含广告语的微信表情包而被腾讯封禁。法院判定,原告的行为违反了腾讯制定的平台内规则,因此“应该优选在合同法框架下解决,而不是直接诉诸反垄断法”。这些案件本质上涉及平台基于市场组织职能对于商家不当行为的管理活动。共同利益的存在使得平台缺乏对商家实施垄断行为的动力,因此,这些所谓的“垄断纠纷”所涉及的并非真正的垄断行为,而是平台实施市场管理行为所造成的冲突,原则上属于自我规制的范畴,应当由平台依照平台内规则自行处理。^[51]

二是超高定价。Web 2.0 平台在理论上存在实施超高定价的可能。该行为既可能发生在平台与商家之间,也可能发生在平台与用户之间,这取决于平台的定价结构。但无论哪种,都只能发生在平台与付费的交易性主体之间,且亦未超越传统反垄断机制的调整范围。比如,在“中国知网案”中,执法机构就依据反垄断法认定中国知网的行为构成超高定价。但需强调的是,Web 2.0 平台与商家和用户是利益共同体,超高定价在数字经济中的发生概率非常低。经济合作与发展组织(OECD)发布的报告中甚至不将超高定价列为各国执法机构必须关注的平台垄断行为。^[52]即便是“中国知网案”,也很难说是纯粹的超高定价案。在该案中,执法机构共认定了独家交易与超高定价两类垄断行为,但着重分析了独家交易行为,仅以中国知网的价格超过之前的价格及竞争者的价格就认定该行为构成超高定价。^[53]在反垄断法上,确定超

[47] See European Commission, *Explanatory Note on the New VBER and Vertical Guidelines*, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf, last visited on 2024-01-01.

[48] 参见前引[1],“亚马逊案”。

[49] 在“3Q案”中,腾讯对用户的选择权作出限制,导致用户转向其他即时通讯软件,反而“带来了更活跃的竞争”。自该案后,再未见平台对用户采取过类似的限制。参见前引[16],“3Q案”。

[50] 参见前引[3],“百度案”;最高人民法院(2017)民申4955号民事裁定书。

[51] 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》,《竞争政策研究》2018年第5期,第33页。

[52] See OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-sided Platforms 2018*, p. 104, www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm, last visited on 2024-01-01.

[53] 参见前引[37],“中国知网案”。

高定价的违法性需要衡量价格与成本的关系。^[54]任何平台在运行初期总是通过亏本的方式来吸引用户，其后的提价能否覆盖前期的沉没成本并非一目了然。执法机构在未比较中国知网的价格与运营成本的基础上就认定该行为违法，不完全符合超高定价的分析方法。^[55]但该案也表明，平台通常不会仅实施超高定价行为，而是会以其他垄断行为作为辅助手段，此时，对其他垄断行为进行反垄断执法即可有效避免超高定价的问题。

三是大数据杀熟。大数据杀熟是指平台对于不同用户进行个性化定价的行为。虽然个性化定价可以表现为对新客设置比熟客更低的价格，但学界关注的主要是平台对消费能力高的用户设置更高价格的行为。产生大数据杀熟的主要原因是，平台可以通过分析用户数据来预测其行为模式。^[56]但到目前为止，大数据杀熟只是媒体的猜测，尚未有任何证据表明平台正在普遍性地实施该行为。^[57]因此，至少在现阶段，探讨该行为的反垄断规制尚不具有现实意义。即便反垄断法无法适用，我国现有的其他法律也能够有效解决其规制问题。比如，个人信息保护法第14条要求，平台在处理个人信息前必须获得用户的事先同意。若平台搜集用户数据的目的是实施大数据杀熟，则必须事先告知用户，此时用户可以行使否决权。又如，电子商务法第18条第1款规定：“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的，应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项。”大数据杀熟往往需要结合信息搜索进行，因此，该条同样赋予用户否决权。总之，在大数据杀熟未被完全证实之前，上述法律已经可以较好地保护用户的利益，无须动用反垄断法。

Web 2.0 平台凭借信息交互中介的功能创造了数字平台史无前例的超大规模，改变了传统企业的竞争模式与经营模式。这种新型的商业模式确实给传统反垄断法的实施带来了一定的困难，但并未导致后者的系统性坍塌。Web 2.0 平台对于传统反垄断实施机制的挑战主要表现在相关市场的界定。一旦该问题被解决，平台企业与传统企业在平台间竞争中的垄断行为上就不存在本质性的差异了。与传统企业相比，Web 2.0 平台被赋予市场组织职能，引发了平台内竞争中的垄断假象，但此类纠纷属于平台自我规制的范畴，原则上无须政府的外力控制。这也是我国学界在平台反垄断研究的第一阶段主要关注相关市场与支配地位、较少研究平台垄断行为的深层次原因。

四、互联网生态圈形态中的垄断行为

互联网生态圈的出现，一方面与新用户红利期衰退后平台创收压力激增相关，另一方面与不同平台业务之间的共同成本趋同化发展相关。互联网生态圈形态不但进一步扩张了数字经济的范围，而且加深了平台与其他市场主体的交互，从而引发了更多的新型垄断行为。

（一）互联网生态圈中相关市场的扩张及其应对

在互联网生态圈形态中，平台之间的竞争不再是单种业务的竞争，而是以核心平台业务为

[54] 参见叶卫平：《平台经营者超高定价的反垄断法规制》，《法律科学》2014年第3期，第114页。

[55] 参见孙晋、袁野：《学术数据库经营者不公平高价行为的规制困局及其破解》，《现代法学》2019年第5期，第99页。

[56] 参见喻玲：《算法消费者价格歧视反垄断法属性的误读及辨明》，《法学》2020年第9期，第86页。

[57] See Marc Bourreau & Alexandre de Streel, *The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era*, DAF/COMP/WD (2018) 150, p. 3, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)150/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)150/en/pdf), last visited on 2024-01-01.

依托的聚合业务竞争。生态圈平台的真正经营目的是，围绕核心平台业务，不断试探注意力与数据这两项重要资产在数字经济中的发展边界，从而实现二者的最大化运营。这种新型的经营模式在扩张生态圈平台经营范围的同时，也扩张了相关市场的范围。

其一，互联网生态圈形态中的竞争重心开始向核心平台业务聚拢。当平台发展至互联网生态圈形态，核心平台业务的作用开始凸显，难以形成聚合效应的非核心平台业务原则上无须成为反垄断法的关注对象。欧盟数字市场法第2条仅将在线中介服务、在线搜索引擎、在线社交网络、视频分享、即时通讯、操作系统、网页浏览器、虚拟助手、云存储、在线广告这十种平台业务列为核心平台业务，对其他平台业务不予监管。我国执法机构尚未关注到核心平台业务在互联网生态圈形态中的意义。比如，2021年底国家市场监督管理总局发布了《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》（下称“平台分类分级指南意见稿”）与《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》（下称“平台责任指南意见稿”）。其中，“平台分类分级指南意见稿”提供了相关市场界定的思路，但其共界定了31类平台业务，将几乎所有的平台业务类型纳入监管范畴。这背后的逻辑假设应当是，每一种平台业务都有可能成为生态圈的核心。但客观来看，其中的多数业务难以成为核心平台业务，如垂直商品交易类、商超团购类、家政服务类、金融资讯类等。对于平台的这种分类方式意味着，我国执法机构对于平台的监管思路依然停留在Web 2.0形态，尚未察觉到互联网生态圈形态所带来的重大竞争转型。

其二，互联网生态圈形态正在加速着传统平台业务之间的融合。我国尚未有生态圈平台实施垄断行为的成案，但近期的“腾讯封禁抖音案”蕴含着生态圈间竞争的场景。^[58] 该案涉及腾讯在微信中禁止用户直接转发抖音视频链接的行为。按照双边市场理论，微信处于即时通讯市场，抖音处于短视频市场，二者处于不同的相关市场。^[59] 但令人奇怪的是，在诸多生态圈中，腾讯生态圈主要针对抖音生态圈实施封禁行为，而与其他生态圈相对处于和平发展的状态。这意味着，互联网生态圈形态的出现导致腾讯与抖音之间的经营范围开始发生重叠。我国执法和司法机构尚未关注到这种转变。2023年9月6日欧盟委员会依据数字市场法第3条，将抖音（Tiktok）指定为平台看门人（gatekeeper），^[60] 并将之定性为社交网络平台，与脸书（Facebook）、照片墙（Instagram）、领英（LinkedIn）等处于同一个相关市场。而微信的朋友圈同样属于社交网络。循此界定，抖音与微信就共处于社交网络这个边界扩张后的相关市场。这也可以解释为何腾讯专门针对抖音实施封禁行为，而不是其他生态圈。由此看来，互联网生态圈形态确实引发了传统平台业务的融合，从而产生了更大范围的相关市场。

与Web 2.0平台主要从规模经济效应的角度扩张数字经济的规模、通过互联网技术降低交易成本以寻求“为了市场的竞争”不同的是，互联网生态圈平台的出现从范围经济效应的角度再次强化了数字经济的新竞争模式。从平台的角度来看，互联网生态圈形态可以突破注意力和数据的边界，使得平台能够降低不同业务之间的经营成本。从用户的角度来看，“一站式”消费的生态圈使用户可以通过一个账号同时登录多个互联网平台，提升使用不同平台业

[58] 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》，《商业经济与管理》2021年第4期，第89页。

[59] 参见殷继国：《互联网平台封禁行为的反垄断法规制》，《现代法学》2021年第4期，第150页。

[60] See European Commission, *Digital Markets Act: Commission Designates Six Gatekeepers*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328, last visited on 2024-01-01.

务的体验。此外,同时提供多种业务还可以产生限制经营单种业务平台竞争的垄断效果。囿于新用户红利期的衰退,平台进入互联网生态圈形态一方面是为了降低运营成本,另一方面是为了与竞争者抢夺用户。因此,互联网生态圈形态中的竞争更为激烈,也更容易引发平台滥用支配地位的担忧。

对于互联网生态圈形态中的业务聚合,反垄断法中存在组产品市场(cluster market)的应对举措,将能够产生强范围经济效应的多种业务界定为同一个相关市场。^[61]应用组产品市场的最佳例子为超市。虽然超市中的每种商品都应界定为单独的相关市场,但各国司法和执法机构总是将之一揽子界定为超市类商品。^[62]互联网生态圈所构造的正是组产品市场,而非单种平台业务的多个市场。^[63]从目前的市场发展来看,各个生态圈主要还是围绕核心平台业务进行打造。因此,互联网生态圈中的相关市场界定也应当围绕核心平台业务,其他非核心平台业务应当纳入核心平台业务所构成的组产品市场之中。但此时的难点之一是,核心平台业务的种类处于持续的发展演变之中,最终呈现出何种结果尚不可知。另一难点是,业务聚合还在改变着核心平台业务之间的边界,以Web 2.0平台的思维来认知互联网生态圈平台必然导致假阳性错误。对此,司法和执法机构需要不断观察互联网生态圈打造中平台业务的融合趋势,以此来判断我国应当基于何种核心平台业务来界定相关市场。

(二) 生态圈间竞争中的垄断行为

在进入互联网生态圈形态之后,平台与竞争平台的关系没有发生太大变化,依然是为了营造单宿主效应而引发的垄断行为。但平台与非竞争平台的关系开始发生异化,尤其是当进入非竞争平台业务时,互联网生态圈平台可能会弱化甚至停止与非竞争平台的合作关系,从而产生新型垄断行为,主要是自我优待与平台封禁。

自我优待与平台封禁虽具有不同的行为外观,但在垄断目的上具有统一性。自我优待是指“核心平台1”为了促进“自营/关联子平台”的发展,给予其超越从属于“核心平台2”的“竞争子平台”的优惠待遇。^[64]这种优待行为发展到极致即为平台封禁,即“核心平台1”为了优待“自营/关联子平台”,不再与“竞争子平台”发生任何交易。^[65]此即前述的“腾讯封禁抖音案”。我国学界多认为,自我优待属于利用杠杆效应排挤竞争者的行为,这些行为按照实施方式可以细分为拒绝交易、搭售、差别待遇等。^[66]既有研究多认为,自我优待的竞争损害为该行为的杠杆效应,即核心平台通过实施自我优待,将其支配地位传导至子平台所在的相关市场。^[67]该分析强调的是,“自营/关联子平台”在“核心平台1”的帮助下获得了不正常的竞争优势。

[61] 参见李剑:《多产品下的相关市场界定——基于中国经营者集中典型案例的反思》,《法学》2019年第10期,第55页。

[62] 参见沃尔玛收购益实多1号店案,商务部2012年第49号公告;FTC v. Staples, Inc., 970 F. Supp (D. D. C. 1997)。

[63] See Herbert Hovenkamp, *Digital Cluster Markets*, 20 (1) Columbia Business Law Review 264 (2022).

[64] 参见侯利阳:《〈反垄断法〉语境中自我优待的分类规制方案》,《社会科学辑刊》2023年第3期,第25页。

[65] 参见周围:《规制平台封禁行为的反垄断法分析——基于自我优待的视角》,《法学》2022年第7期,第168页。

[66] 参见邓辉:《数字广告平台的自我优待:场景、行为与反垄断执法的约束性条件》,《政法论坛》2022年第3期,第111页。

[67] 参见刘晓春:《数字平台自我优待的法律规制》,《法商研究》2023年第1期,第72页;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》,《中南大学学报(社会科学版)》2022年第1期,第77页。

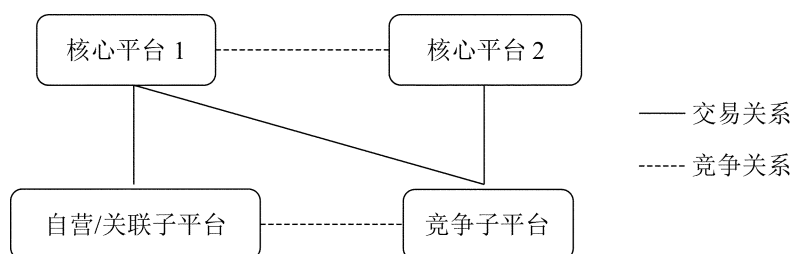


图1 生态圈间的竞争转型

上述分析割裂了“核心平台2”在生态圈间竞争中的角色。在注意力和数据这两项重要资产的横向打通之下，“核心平台2”营造的是聚合型的业务平台，即通过业务整合，一方面推动“竞争子平台”业务的发展，另一方面获得“竞争子平台”所带来的额外的注意力和数据，进而强化核心平台业务的发展。因此，当平台竞争升级为互联网生态圈竞争后，执法机构应当将“核心平台2”纳入竞争分析之中，重点分析其是否能够应对“核心平台1”的各种垄断行为。不考虑“核心平台2”的竞争角色，可能会在竞争分析中导致假阳性错误。

其一，当遭遇“核心平台1”的自我优待时，“竞争子平台”能够在“核心平台2”的帮助下采取应对措施。我国平台发展历史上最著名的平台封禁纠纷为2015年春节之际腾讯在微信中封杀支付宝红包。该行为可被解释为腾讯生态圈支持微信红包的自我优待。但阿里生态圈基于自身的经济和技术优势，在一夜之间推出“支付宝口令”，短时间内成功突围。^{〔68〕}此时，若执法机构根据反垄断法对腾讯的行为进行处罚，一方面，在创新密集的数字经济中存在执法效果滞后的问题，另一方面，无法激发市场主体自行寻找解决方案的动力。此外，阿里生态圈能够在一夜之间通过“支付宝口令”突破腾讯生态圈的封禁，不仅证明生态圈间的竞争还处于良性状态，也意味着反垄断法的介入并无必要。

其二，不考虑“核心平台2”的角色可能会限制小生态圈的发展。以2017年顺丰和菜鸟相互封闭对方的数据接口为例，^{〔69〕}虽然顺丰在快递行业并不具有支配地位，却是我国第一大物流平台。菜鸟虽然是小物流平台，但从属于规模远大于顺丰的阿里生态圈。若竞争执法机构割裂地看待顺丰的封禁行为，认定其构成反垄断法第22条中的拒绝交易，则顺丰必须向菜鸟开放数据。而菜鸟作为快递行业中的小平台，无须向顺丰开放数据。如此，阿里生态圈可以通过菜鸟获得顺丰的所有数据，并可能会在随后的竞争中利用跨业经营的优势排除或限制顺丰的竞争。事实上，菜鸟敢于挑战规模远大于己的顺丰，客观上也说明了其在竞争中充分借助了阿里生态圈的市场地位。因此，顺丰和菜鸟之间的平台封禁行为具有商业上的合理性，硬性利用反垄断法对之进行处理，并不利于相关市场中的竞争，也不会真正解决问题。后续事实证明，虽然事后顺丰和菜鸟在国家邮政局的协调下表面上继续合作，但实际上二者并未实现全面的互联互通。^{〔70〕}

（三）生态圈内竞争中的垄断行为

进入互联网生态圈形态后，平台开始经营自营业务并与商家竞争，平台与商家之间的关系

〔68〕 参见顾杰、周宇：《从“春节红包大战”看社交媒体的关系传播价值》，《新闻知识》2015年第4期，第4页。

〔69〕 参见孟涛：《基于“丰鸟数据之争”的数据财产的法律属性与保护路径》，《大连理工大学学报（社会科学版）》2019年第2期，第78页。

〔70〕 参见任丹丽：《从“丰菜之争”看个人信息上的权利构造》，《政治与法律》2018年第6期，第131页。

也开始发生异化。此时的担忧主要为，平台可能会利用市场组织职能，通过优待自营业务来强化其市场盈利职能。因此，与生态圈间竞争主要考虑核心平台的竞争角色和盈利功能不同的是，生态圈内竞争涉及如何看待核心平台的市场组织职能。

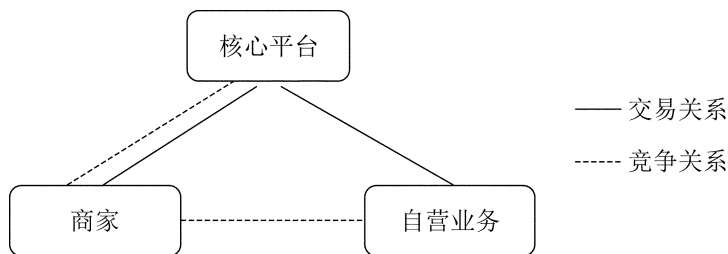


图 2 生态圈内的竞争转型

生态圈内竞争中的自我优待与生态圈间竞争中的自我优待表面上具有相似性：“竞争子平台”与“商家”处于同等地位，均属平台内经营者的范畴，但二者存在本质区别：“竞争子平台”与“核心平台”处于同一个互联网生态圈，并受到后者的保护，而“商家”是独立的市场主体，缺乏生态圈的保护。笔者认为，可以通过反垄断法中的控制权概念区分“竞争子平台”与“商家”。〔71〕受其他互联网生态圈控制的平台内经营者属于“竞争子平台”，未受到其他互联网生态圈控制的平台内经营者属于“商家”。区分二者的主要目的在于，“竞争子平台”在互联网生态圈的保护下可以实施对抗行为，独立的“商家”则受制于平台的市场组织职能，难以与平台直接抗衡。

为促进自营业务的发展，平台可能会从两个方面对自营业务进行优待：一为增加自营业务的首页曝光率、提升自营业务的搜索排名、降低商家业务的搜索排名等。这些行为属于显性的自我优待行为。二为通过搜集分析商家数据来提升自营业务的竞争优势。该行为类似于自我优待，但也有区别。自我优待是指平台向自营业务提供更为优惠的服务，而平台利用商家数据与之竞争时，可能并不直接涉及向自营业务提供优惠服务的内容。当然，即便不向自营业务提供优惠服务，平台也可通过分析商家数据获得超越竞争水平的优势。〔72〕这些行为属于隐性的自我优待行为。欧盟明确将之纳入监管范畴，由数字市场法第 5 条规制。但隐性的自我优待尚未纳入我国反垄断法的调整范围。

即使对于显性的自我优待，反垄断法能否规制也充满着争议。反垄断法中的差别待遇规则仅禁止垄断者在第三方交易主体之间的歧视性行为，而自我优待涉及的是优待自己、“劣待”第三方交易主体的行为。市场机制原则上不禁止经营者给予自己超越他人的交易条件。因此，差别待遇规则难以成为规制此类自我优待行为的法律依据。反垄断法中的另一可能规制依据为必需设施原则，即当某项资产构成必需设施时，垄断者必须与第三方主体交易。〔73〕但必需设施的认定条件极为苛刻，要求涉案平台必须同时缺乏现实的及潜在的“可替代性”。〔74〕时至

〔71〕 关于控制权的定义及认定，参见宁度：《部分并购的反垄断经济与法律分析》，《经贸法律评论》2020 年第 6 期，第 112 页。

〔72〕 See Carmelo Cennamo et al., *Digital Platforms Regulation: An Innovation-centric View of the EU's Digital Markets Act*, 14 (1) *Journal of European Competition Law & Practice* 49 (2023).

〔73〕 参见林平等：《反垄断法中的必需设施原则：美国和欧盟的经验》，《东岳论丛》2007 年第 1 期，第 21 页以下。

〔74〕 参见“平台反垄断指南”第 14 条。

今日,我国尚未有过涉及平台构成必需设施的案件。在国际上第一起自我优待案——“谷歌比价购物案”中,欧盟也未将谷歌的搜索引擎认定为必需设施。欧盟学界强烈批评这种在不认定必需设施的情形下确定自我优待违法的做法,认为此举大大突破了传统反垄断法的调整范围。^[75]自我优待涉及平台利用市场组织职能强化市场盈利职能的行为,本质上属于平台与商家因交易地位不平等而引发的问题。^[76]但反垄断执法的目标在于促进经济效率,而非保护弱势群体。^[77]因此,生态圈内竞争中的自我优待问题无法在反垄断法中得到有效解决。

扼杀性并购(predatory acquisition)是生态圈内竞争中存在的一种特殊的垄断行为,是指平台在打造互联网生态圈的过程中,“收购具有市场竞争潜力的初创企业,防止其被其他大型平台收购或成长为不受自身控制的竞争对手”。^[78]这些被扼杀的初创企业缺乏互联网生态圈的保护,因此,这种并购不属于生态圈间竞争的范畴,本文将之归类为生态圈内竞争中的垄断行为。生态圈的打造不仅可以产生进入其他平台业务的攻击效果,也可以实现保护主营业务的防守效果。^[79]扼杀性并购正是这种防守性效果的体现。数字经济中的竞争集中于“杀手级应用”(killer apps),或者说突破性创新。突破性创新不但需要投入极高的成本,并且存在极大的风险。对于头部平台来说,实现防守性效果的有效途径之一即是将能够冲击自身核心平台业务的突破性创新扼杀在萌芽阶段。扼杀性并购不仅会限制其他平台的竞争,也会对初创企业的创新造成负面影响。虽然扼杀性并购的竞争损害不难理解,但存在实施层面的困难。其难点在于,扼杀性并购在发生之际并不存在明显的排除、限制竞争效果,往往是在发生一段时间之后,尤其是初创企业在被并购后取得商业成功时才会引发关注。但此时再用反垄断法对之进行禁止为时已晚。因此,扼杀性并购问题在反垄断法中也难以得到有效解决。

互联网生态圈形态虽然降低了平台的运行成本,但其业务聚合的模式引发了异种业务平台之间的激烈竞争。这种竞争模式不似Web 2.0形态中的“为了市场的竞争”,更接近于传统经济中的“市场内竞争”。在这种竞争模式下,互联网生态圈平台开始与其他的既得利益平台“短兵相接”,引发了更多的生态圈间垄断行为。此时,以调节竞争关系为目的的反垄断法并未失效,只是需要基于新情况进行调整。但是,互联网生态圈内的垄断行为同时涉及竞争关系与交易关系,反垄断法对之的处理开始凸显不足。

五、反垄断法与监管二元分治的制度框架

从2009年至今,我国学界对于平台反垄断的研究已逾十年,基本形成了反垄断法与监管共同调整平台垄断行为的二元分治通说。目前的主要争点为,如何建构反垄断法与监管二元分治的制度框架。前文对于平台形态演变与垄断行为类型的关联研究可提供初步回答。

(一) 反垄断法与监管二元分治的确立

数字经济初始于Web 1.0形态中的存储中介平台,发轫于Web 2.0形态中的信息交互平

[75] See Justin Lindeboom, *Rules, Discretion, and Reasoning according to Law: A Dynamic-positivist Perspective on Google Shopping*, 13 (2) Journal of European Competition Law & Practice 74 (2022).

[76] 参见前引[6],杨东文,第214页。

[77] 参见[美]理查德·A.波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第28页。

[78] 王伟:《平台扼杀式并购的反垄断法规制》,《中外法学》2022年第1期,第85页。

[79] See Daniele Condorelli & Jorge Padilla, *Harnessing Platform Envelopment in the Digital World*, 16 (2) Journal of Competition Law & Economics 144 (2020).

台,进而演化成当前互联网生态圈形态中的业务聚合平台。从进化论的视角来看,这三个阶段并非相互替代的趋异式进化,而是前进发展的复化式进化。在这个过程中,后一代的数字经济总是在前一代的基础之上发展出新的商业模式。我国的学术研究虽然注意到了数字经济中的垄断问题,但进化论视角的缺乏使得不同阶段的研究成果发生断裂,尚未形成合力。

平台垄断行为类型与数字经济的形态演变密切相关。前述研究表明,数字经济的形态演变带来了平台垄断行为的两次扩张以及两重异化。两次扩张涉及平台相关市场范围:第一次为 Web 2.0 形态将传统经济中的单边市场扩张为双边市场,第二次为互联网生态圈形态将 Web 2.0 形态中的单种平台业务经营扩张为聚合平台业务经营。但这两次扩张未超过反垄断法的调整范围,所带来的只是体系内挑战。两重异化主要发生在互联网生态圈形态中,与平台职能的扩张密切相关。第一重异化发生在平台与非竞争平台之间,但反垄断法依然可以有效应对,只是需要在实施机制中融入互联网生态圈形态的新特征。第二重异化发生在平台与商家之间,无法被反垄断法有效解决。

平台垄断行为的扩张和异化不仅影响着数字经济中的竞争格局,也正在不断影响着我国乃至全世界平台反垄断的研究、执法和立法。就研究而言,我国学界已认识到,在数字经济领域“强化反垄断”不只是强化反垄断法的执法,还需要反垄断法与监管二元分治。前文分析表明,传统反垄断机制在面对生态圈内竞争中的异化垄断行为时确实存在无能为力的情形,亟需引入监管机制进行联合执法。在 2020 年之前,我国执法机构对于数字经济持“包容审慎”的规制态度,此时对于平台垄断行为的治理主要由司法机构主导。由于 Web 2.0 平台所带来的只是数字经济规模的扩张,尚未引发垄断行为的异化,因此并未出现认定平台违反反垄断法的司法案件。2020 年底中央提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”的要求,自此进入执法机构主导的平台治理新阶段。其中,受到处罚的平台垄断行为主要是独家交易。但独家交易只是 Web 2.0 形态中的垄断行为。对于实践中已经出现的互联网生态圈中的垄断纠纷,我国执法和司法机构尚未展开实质性行动。或许也是意识到存在反垄断法无法有效调整的平台垄断行为,国家市场监督管理总局在 2021 年底发布了“平台分类分级指南意见稿”与“平台责任指南意见稿”。虽然这两个指南尚未颁布,但也正式确立了我国在数字经济中实施反垄断法与监管二元分治的立法与执法理念。

在世界范围内,对于数字经济的规制同样经历着从“包容审慎”到“强化反垄断”再到反垄断法与监管二元分治的态度转变。约在 2016 年之前,世界范围内甚少有认定平台垄断的案件。自 2016 年始,欧盟开启了平台反垄断的热潮,之后多次运用反垄断法对平台企业进行巨额处罚。但在进入 2020 年之后,欧盟开始意识到反垄断机制的不足之处,于是推出数字市场法的立法草案,并于 2022 年颁布,成为当今平台监管的代表性立法。美国作为另一反垄断重要法域,也在积极推动反垄断法与监管的二元共治。例如,任命新布兰代斯学派(积极规制学派)的领军人物莉娜·可汗为美国联邦贸易委员会主席,美国众议院于 2021 年仿效欧盟数字市场法提出五部关于平台监管的立法草案。^[80]甚至,经济合作与发展组织也不断呼吁各国应当在反垄断法之外佐以监管的支撑。^[81]由此可见,在数字经济中实施反垄断法与监管二

[80] See US House of Representatives, *House Lawmakers Release Anti-monopoly Agenda for “A Stronger Online Economy: Opportunity, Innovation, Choice”*, <https://democrats-judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=4591>, last visited on 2024-01-11.

[81] See OECD, *Ex ante Regulation in Digital Markets - Background Note*, DAF/COMP (2021) 15, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)15/en/pdf), last visited on 2024-01-01.

元分治已经形成共识。

（二）反垄断法的有效性

虽然反垄断法和监管均能实现对垄断行为的调整，但反垄断机制以市场经济规律为基础，对经济活动的干预蕴含着权力机构的自我克制与谦抑包容。尤其是在面对包含极大不确定性和未知风险的数字经济中，反垄断法最能体现法治化原则与科学化原则的基本要求。^{〔82〕}与之相比，监管对于市场机制的破坏程度较高。一旦出现监管失灵，则会对相关经济领域造成较长时间的破坏。因此，通说认为，在调整垄断力量时，应当首选反垄断法，只有存在结构性失灵时才可求助于监管。^{〔83〕}在确立二者各自的调整范围时，应当首先明确反垄断机制的能与不能，进而才能在反垄断机制不能之领域探讨监管的补充调整功能。

在主导平台反垄断的进程中，我国执法机构出现了偏离传统反垄断法分析方法的情形，甚至呈现出以超越反垄断法的方式进行反垄断执法的势态。比如，在“阿里案”中，执法机构指出，分析竞争损害的关键在于审查涉案行为是否“形成锁定效应，减少自身竞争压力，不当巩固并强化自身市场力量”。但较为遗憾的是，执法机构并未对涉案行为的市场封锁效应进行定量分析。该案的行政处罚决定书显示，淘宝在实施独家交易的5年间市场份额不增反降，共下降15%。这意味着在垄断行为实施期间，淘宝竞争者的市场份额增加了15%，相关市场中的竞争并未被封锁。虽然若无涉案垄断行为，竞争者的市场份额可能会更高，但不作反事实分析，^{〔84〕}难以得出相关市场可能会在中长期竞争中被封锁的结论。前文指出，我国实务界和理论界均已认可独家交易必须按照合理原则进行执法，但该案的分析却是近乎将之按照本身违法进行处理。“中国知网案”对于超高定价的分析同样缺乏充分的说理。强化反垄断执法并非超越反垄断法执法，若此，则失却了反垄断机制谦抑包容的基本特质，反而呈现以反垄断法之名、行监管之实的嫌疑。

市场发展表明，这种执法方式并没有起到保障数字经济健康持续发展的作用。从执法效果来看，我国近期的平台反垄断案件已经导致三种畸形的执法现象：其一，反垄断处罚并未弱化头部平台的垄断地位。时至今日，所有的受罚平台，如阿里、美团、中国知网、食派士等，无不在相关市场继续保持垄断地位。其二，反垄断处罚存在威慑效应不足的问题。我国历史上多次出现平台被罚后股价不降反升的现象。比如，虽然“阿里案”创造了182.28亿元的行政罚款记录，但在处罚决定书发布当天阿里的股价上涨约6%，获利远超罚款数额。^{〔85〕}似乎反垄断处罚不是负面性评价，而是给予平台投资前景的肯定性背书。其三，反垄断调查存在威慑效应过强的问题。我国的平台企业在被启动反垄断调查之后，股价立即开始持续回落；与之相比，欧美的反垄断调查对于相关平台企业股价的影响微乎其微。^{〔86〕}其背后的原因可能是，这种执法模式更容易导致违法性处罚且难以被推翻，而欧美的反垄断调查更具有不确定性。^{〔87〕}这种执法效果严重背离了平台反垄断执法的初衷。

〔82〕 参见前引〔5〕，孙晋文，第115页。

〔83〕 参见侯利阳：《市场与政府关系的法学解构》，《中国法学》2019年第1期，第197页。

〔84〕 关于反事实分析，参见林平：《反事实状态与反垄断执法误差》，《竞争政策研究》2016年第3期，第46页。

〔85〕 参见侯利阳：《论互联网平台的法律主体地位》，《中外法学》2022年第2期，第356页。

〔86〕 See Yong Huang et al., *Impact of Antitrust Regulations on Firm Market Value: Evidence from Chinese and U. S. Internet Platforms*, [https://scholars.cityu.edu.hk/en/publications/publication\(dd2ee106-c0aa-4160-b5f3-ef76c02a7839\).html](https://scholars.cityu.edu.hk/en/publications/publication(dd2ee106-c0aa-4160-b5f3-ef76c02a7839).html), last visited on 2024-01-12.

〔87〕 参见李剑：《中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服》，《法学家》2018年第1期，第93页。

当前对平台发起反垄断执法的其他国家或地区均缺乏国际型头部平台。欧盟是执行平台反垄断最为坚决的法域,但欧盟最大的平台声破天(Spotify)甚至都未进入全球平台企业二十强之列。〔88〕目前欧盟平台反垄断的对象均为美国平台,至今没有一家欧盟本地平台被纳入执法范畴。〔89〕而作为数字经济最发达的美国,甚至未有任何一起认定平台违法的终局垄断案件。〔90〕我国对于这种偏离甚至超越反垄断法的执法态势必须保持警醒。在我国,数字经济不仅承担着深化创新发展的责任,还肩负着中美贸易摩擦背景下提升对外贸易的重任。继续进行超越反垄断法的执法,不是促进我国数字经济发展的最优选择。虽然数字经济的形态演变给反垄断法的实施造成了诸多挑战,但这只是反垄断法体系内应对的问题,不需要突破传统反垄断法的分析范式。

(三) 监管的补充功能

监管对于反垄断法的补充功能主要表现为,监管的范围应当仅限于反垄断法无法处理的行为,即生态圈内竞争中呈现的各种垄断争议。“平台分类分级指南意见稿”和“平台责任指南意见稿”为监管的引入提供了基础,但存在未充分考虑反垄断法有效性以及互联网生态圈发展特征的问题,需要进行调整。

1. 明确平台分类分级的目的

平台分类的目的是划定需要监管的平台业务。互联网生态圈形态中的竞争模式表明,平台治理的对象应当定位于核心平台业务,而非难以形成聚合效应的非核心平台业务。从我国数字经济的发展来看,核心平台业务可能包括综合类电子商务、在线搜索引擎、社交网络、视频分享、即时通讯、操作系统、应用商店、第三方支付、云计算等。鉴于互联网生态圈尚在发展进化之中,该名单可保持开放,随着核心平台业务的发展和融合再行增减。

平台分级的目的在于确定哪些平台企业需要被监管,这必须根据反垄断机制之不足进行设置。前文的分析表明,真正超越传统反垄断机制的垄断纠纷主要发生在平台与商家的竞争之中。依照平台形态之不同,这又可具体区分为两种情形:(1) Web 2.0 形态中平台与商家的纠纷。原则上,Web 2.0 平台与商家的纠纷属于平台自我规制的范畴,一般不需要监管。但随着数字经济对于社会结构的重塑,平台(包括互联网生态圈平台)通过数字技术获取了传统上由政府掌控的权力,如平台内规则已经开始代替政府进行企业资质认定与责任监管。〔91〕因此有必要对平台的自我规制进行一定形式的监管,以防止资本无序扩张的情形。依据新监管理论,监管除了政府监管与自我规制之外,还存在第三种状态,即元规制。元规制是以政府的外力引导实现对自我规制的监管。〔92〕学者们普遍认为,在“需要解决的问题过于复杂,或者受规制的行业非常特殊且处于动态演进”时,尤为需要元规制的监管。〔93〕平台的自我规制就属

〔88〕 See Market Cap, *Largest Internet Companies*, <https://companiesmarketcap.com/internet/largest-internet-companies-by-market-cap/>, last visited on 2024-01-01.

〔89〕 See Stephen Critchley et al., *Tracking Tech Giants: An Overview of Antitrust Engagements in the Digital Domain*, <https://constantinecannon.com/antitrust-litigation-counseling/antitrust-today/a-list-of-the-big-technology-companies-multiple-antitrust-battles-for-those-who-have-lost-track/>, last visited on 2024-01-01.

〔90〕 See Blair Levin & Larry Downes, *Microsoft, Google, and A New Era of Antitrust*, <https://hbr.org/2023/02/microsoft-google-and-a-new-era-of-antitrust>, last visited on 2024-01-01.

〔91〕 参见马长山:《数字社会的治理逻辑及其法治化展开》,《法律科学》2020年第5期,第5页。

〔92〕 See Peter Grabosky, *Meta-regulation*, in Peter Drahos (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Acton: Australian National University Press, 2017, p. 149.

〔93〕 Cary Coglianese & Evan Mendelson, *Meta-regulation and Self-regulation*, in Robert Baldwin et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 152.

于这种情况,可适用元规制进行监管。(2)互联网生态圈形态中平台与商家的纠纷。互联网生态圈形态中平台的自营业务引发了异化的垄断行为,且该行为无法被反垄断法调整。但是否需要引入监管立法,我国学界尚未达成一致。有学者提出,可以援引公共性理论进行监管,^[94]但也有学者指出该理论存在严重的逻辑漏洞。^[95]尽管存在理论争议,但如果不对存在结构性市场失灵的平台业务进行监管,将使这些领域长期处于垄断状态。

基于上述两种不同的监管场景,笔者建议设置大型平台和超级平台两个级别进行分类监管。设置大型平台的目的是应对 Web 2.0 形态中平台与商家的纠纷,保障监管机构能够监督平台内规则的制定过程。大型平台的分级标准可以参考当前“平台分类分级指南意见稿”第 3.2 条,即具有较大的用户规模(在中国的上年度年活跃用户不低于 5000 万),并且具有较高的经济体量(上年底市值或者估值不低于 1000 亿人民币)。设置超级平台的目的是应对互联网生态圈形态中平台与商家的纠纷。对超级平台的设置应当非常慎重,即便存在异化的平台垄断行为,但在竞争充分的时候,商家在转投竞争性平台后即可有效保障自身的利益。只有竞争严重不足时,异化的平台垄断行为才无法真正被市场机制调整。因此,除搜索引擎等少数竞争严重不足的领域之外,绝大多数存在两个甚至以上的竞争性平台的领域都没有必要指定超级平台。此外,鉴于当前严重缺乏竞争机制的领域为数不多,可不对超级平台设置量化标准,仅作出上述限定即可。

2. 对于大型平台的监管措施

对于大型平台的监管主要限于对其自我规制的监管,其抓手为平台内规则的制定。这可从如下三个方面落实:第一,要求大型平台建立平台内规则的制定机制。虽然监管机构并不主动控制这些规则的具体内容,但可要求大型平台先行建立平台内规则的制定程序。该制定程序可仿效国家立法程序设置,遵循公开透明的原则,让商家、用户、行业协会、专家学者等利害关系方广泛参与,经充分酝酿后形成。第二,建立平台内规则的外部督促机制。为防止大型平台就特定问题疏于制定规则,监管机构可以要求其定期上报平台内规则的制定规划,也可随时要求其制定特定的规则。第三,确立平台内规则的外部审查机制。平台与商家的纠纷应当由大型平台自己解决,监管机构应当定位为平台内规则的外部审查机构,负责处理因平台内规则的合理性而引发的争议,有权审查处于争议状态的平台内规则是否公平合理、是否会促进数字经济的发展等。^[96]

此外,还需对大型平台施加披露义务。目前平台的所有行为均由算法暗中操控,难以被其他市场主体察觉。披露义务是最为轻微的监管措施,对平台运营的干预程度较低。但披露义务可以让商家了解平台的运行状况,并在此基础上作出理性选择。鉴于直接要求大型平台公开算法的所有内容可能会涉及侵犯平台商业秘密的问题,可以要求其公开相关算法的主要原则,并对用户进行风险提示。^[97]

3. 对于超级平台的监管措施

缺乏有效的竞争机制意味着市场无法在资源配置中起决定性作用,因此应当对超级平台施加超越其他平台的特殊义务。平台的市场组织职能使其已然超越传统企业的范畴,成为承担部

[94] 参见高薇:《平台监管的新公用事业理论》,《法学研究》2021 年第 3 期,第 91 页。

[95] 参见李剑:《数字平台管制:公共性理论的反思与经济管制的适用》,《法学研究》2023 年第 5 期,第 28 页。

[96] 参见前引[85],侯利阳文,第 364 页。

[97] 参见张凌寒:《风险防范下算法的监管路径研究》,《交大法学》2018 年第 4 期,第 57 页。

分政府职能的第三部门。尽管传统理论要求，第三部门在发挥社会调整职能时必须承担非营利性的义务，^[98]但平台经营自营业务不仅可以提升社会总福利，也会提升消费者福利。^[99]因此，不应完全禁止超级平台从事自营业务，但可要求其在经营自营业务时平等对待其他商家，不得实施自我优待。鉴于自我优待实施的秘密性，超级平台也应如同大型平台一样承担算法的披露义务。

针对扼杀性并购的问题，有学者建议调整经营者集中的申报门槛，将其纳入反垄断审查的范畴。^[100]扼杀性并购的难点在于：一方面，我们不能完全禁止平台并购初创平台；另一方面，该行为的竞争损害在并购发生之时难以察觉。因此，调整申报门槛只是扩张了执法机构的审查范围，依然无法解决扼杀性并购的实体定性问题。对此，诺贝尔经济学奖得主梯若尔提出了一个相对折中的方案，即将排除、限制竞争效果的举证责任倒置给并购方。^[101]然而，这对于并购企业的举证责任要求过高，且扼杀性并购的危害只有在严重缺乏竞争机制的情况下才会比较突出，因此，仅对超级平台作相关要求即可。

Abstract: Treating platforms as a fixed business model makes it difficult to form a joint force in academic research, and also delays the upcoming platform regulation. Platforms have evolved from information-storage intermediaries in Web 1.0 to information-exchange intermediaries in Web 2.0, and to business-aggregation intermediaries in Internet Ecosystem. Such an evolution not only changes the definition of platforms, but also causes expansions and variations of monopoly conduct, *i. e.* the expansions of relevant markets within Web 2.0 and Internet Ecosystem, and the variations of the relations between platforms and non-competitors and between platforms and business operators. While the traditional anti-monopoly mechanism still maintains its effectiveness in regulating inter-platform monopoly conduct when integrating an evolutionary view on platform models, it reaches its limit in coping with the variations of relations between platforms and business operators, namely the abuse by platforms of their organizing function to strengthen the profit-running function. To bridge the gaps in the anti-monopoly mechanism, it is necessary to adopt categorical regulation based on two platform types, namely to guide and monitor the making of intra-platform rules by big platforms, prohibit super platforms from applying self-preference, and shift the burden of proof to super platforms in cases of predatory acquisitions.

Key Words: Internet Ecosystem, digital platforms, two-sided market, anti-monopoly, regulation

[98] 参见雷兴虎、陈虹：《社会团体的法律规制研究》，《法商研究》2002年第2期，第50页。

[99] See Andrei Hagiu *et al.*, *Should Platforms Be Allowed to Sell on Their Own Marketplaces?*, 53 (2) RAND Journal of Economics 319 (2022).

[100] 参见前引[78]，王伟文，第97页。

[101] See Jean Tirole, *Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age?*, <https://ifs.org.uk/inequality/competition-and-the-industrial-challenge-for-the-digital-age/>, last visited on 2024-01-01.