

# 超级平台企业滥用市场力量行为的 法律规制

## ——一种专门性规制的路径

郭传凯\*

**摘要:**超级平台企业的扼杀性并购、平台封禁等滥用市场力量行为已成为数字竞争秩序的主要危害。在《中华人民共和国反垄断法》及相关配套规定的视阈下,前述行为只能通过经营者集中与滥用市场支配地位制度进行规制。而相关市场思维下的经营者集中制度难以应对扼杀性并购,滥用市场支配地位制度亦存在适用困境。《中华人民共和国反垄断法》的修订只能有限回应前述行为,因此建构专门性规制路径成为解决问题的可行方案。该制度以基础设施理论、互联互通理论与平台中立理论为理论基础。执法机构在遵循包容审慎原则、比例原则、实质分析原则与保障创新原则的前提下,通过专门的义务性规定对超级平台企业的经营活动进行约束。

**关键词:**商业生态系统 超级平台企业 滥用市场力量行为 专门性规制

### 一、问题的提出

当下,作为数字经济的典型样态和最为重要的主体,平台企业在推动数字经济发展的同时亦引发了垄断危害,算法合谋、价格歧视、平台“二选一”、扼杀性并购等反竞争行为不仅阻碍数字经济的健康持续发展,而且损害用户等相关主体的利益,引起社会的广泛关注。

在此背景下,2022年6月24日修订的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称新《反垄断法》)进一步强化了对平台企业的规制。首先,本次修法在总则部分新增一条作为第9条,明确规定“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为”。其次,修订后的第22条增加1款作为第2款:“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为”。该款规定与《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《平台经济领域的反垄断指南》)等规定有机衔

\* 山东大学法学院副教授、山东大学法学院博士后研究人员

基金项目:国家社会科学基金青年项目(22FXC00635)、山东大学人文社会科学创新团队“全面依法治国战略实施中的数据运用与数据治理创新团队”资助建设项目

接,为未来的制度完善预留了必要接口。<sup>①</sup>再次,新《反垄断法》第26条第2款规定:“经营者集中未达到国务院规定的申报标准,但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报”。最后,罚款数额的提高、个人与单位双罚制的引入等因素增强了新《反垄断法》对平台企业的威慑力。

在新《反垄断法》积极回应平台垄断问题的同时,高速发展的平台经济却已超越前述规则确立的规制范畴。以阿里、腾讯为代表的平台企业在数据、技术、资本的支持下,以核心业务为原点向外扩张,形成了复杂庞大的商业生态系统。通过商业生态系统的建构,平台企业使原本外部化的经营者成为其平台的附庸,并通过满足用户多元需求等方式实现对用户的长期锁定,从而对参与系统的所有主体及资源享有“生杀予夺”的权力,成为支配平台经济发展的强势中心,未建构商业生态系统的平台企业已难以通过单纯的资本积累和规模扩张与前述企业抗衡。2021年10月发布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》首次将“同时具备超大用户规模、超广业务种类、超高经济体量和超强限制能力的平台”称为超级平台,其本质正是上述建构商业生态系统的平台企业。超级平台企业从事的扼杀性并购、封禁等行为依靠的并不是某一相关市场中的支配地位,而是在整个商业生态系统中的核心地位,其行为目的或结果并非取得相关市场的经营机会或市场份额,而是将某一经营者排挤出其建构的商业生态系统或将用户牢牢锁定在该系统之中。鉴此,作为本文研究对象的行为类别并非滥用市场支配地位行为,而只能被描述为滥用市场力量行为。<sup>②</sup>本文通过分析现行制度的局限性,主张依托企业合规制度建构专门性规制以应对超级平台企业滥用市场力量的相关行为。专门性规制在解决棘手问题的同时,对完善现行反垄断法律体系,实现反垄断规制与其他规制手段的衔接协作,顺应超级平台治理的全球化趋势均具有重要意义。

## 二、超级平台企业滥用市场力量行为规制的主要困境

### (一)规制的现实需求

#### 1. 超级平台企业的出现

即时通讯、搜索引擎等领域的网络平台,因满足生产与生活需求而迅速发展为“新型公用设施”。<sup>③</sup>以之为基础的经营业务接踵出现,前述平台成为其他经营者生存的的必要条件和接触用户的主要途径。由前述平台企业、其他经营者与用户组成的商业生态系统应运而生。以腾讯集团为例,其在发展初期以社交平台为基础,随后逐渐向游戏、影视、音乐、支付等领域扩张。多元化商品和服务密切联系,形成不断发展壮大的生态系统。受此影响,平台经济领域“市场内的竞争”演变为“为了市场的竞争”,平台企业只有跨界经营、扩张市场领域才能赢得竞争。有学者将商业生态系统划分为横向、纵向与多元系统3类,并结合具体实例阐述了系统的具体形态。<sup>④</sup>在此基

<sup>①</sup> 参见时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,《中国法律评论》2022年第4期。

<sup>②</sup> 依据中外学界的通说,垄断行为的本质是滥用市场力量排除或限制竞争的行为,其中,市场力量是指经营者将价格提高至竞争性水平之上却又不明显丢失销量的能力,包括但不限于市场支配地位,本文中商业生态系统的核心地位亦是市场力量之一种。参见李剑:《被规避的反垄断法》,《当代法学》2021年第3期。

<sup>③</sup> 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。

<sup>④</sup> 参见陈兵、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》,《知识产权》2021年第8期。

础上,平台企业建构商业生态系统的主要途径得以明确。其一,为消除竞争威胁或扩张经营领域而并购其他经营者,以具备发展前景的初创企业为对象的并购正成为主流。其二,自我扩张:(1)牺牲短期利润以补贴等方式抢占市场,(2)开拓业务领域,(3)通过知识产权许可或统一技术标准等方式将其他经营者吸纳进商业生态系统。数字企业只有加入某一商业生态系统或建构以自身为核心的商业生态系统才能实现长远发展。选择后一策略的数字企业若无法在短期内发展壮大,则通常面临被并购或被吸纳的结局。通过商业生态系统的建构,平台企业不仅支配系统内经营者的生存发展,而且影响甚至决定广大用户的福利,成为超级平台企业。

## 2. 滥用市场力量行为的主要类型

### (1) 扼杀性并购

在跨界竞争的背景下,具备发展前景的初创企业可削弱超级平台企业的用户粘性;而将其并购进商业生态系统则可降低用户在系统内部进行转换的成本,增加用户逃离该系统的难度。此外,初创企业的技术、经营模式等资源可促进超级平台企业的业务扩张;同时避免初创企业被竞争对手并购,进而造成更大的竞争威胁。超级平台企业可模仿复制初创企业的技术成果或经营模式,使后者丧失优势;还可通过大规模补贴等方式向初创企业施压,迫使其接受并购,并购后初创企业往往不能按照自身意志独立发展。因此,不同于其他类型的并购,扼杀性并购的本质是超级平台企业滥用市场力量控制或消灭初创企业的行为。

扼杀性并购不仅直接消除了超级平台企业的竞争威胁,而且有可能对创新造成不利的影响。首先,该类并购使初创企业失去独占创新成果的机会,进而无法保持创新动机。其次,扼杀性并购可能给初创企业的投资者造成误导,使投资目的沦为以更高的价格出售初创企业来赚取差价,这显然不利于企业创新。最后,美国经济学家阿罗指出了在位大企业相较于初创企业的创新劣势。<sup>①</sup> 在位大企业的现有技术或经营模式往往未充分发挥盈利能力,即使其获得初创企业的创新成果也会将之“雪藏”。

### (2) 排挤性行为与剥削性行为

除扼杀性并购外,滥用市场力量的行为还包括排挤打压竞争对手的排挤性行为与控制剥削用户或相关经营者的剥削性行为。<sup>②</sup> 超级平台企业的排挤性行为主要包括以下几种类型:(1)数据霸权行为,即强迫其他经营者提供数据或以独占数据的方式阻碍其他经营者获取数据。(2)封禁行为,即拒绝其他经营者正常使用其设备、应用或平台,以限制互联互通。(3)自我优待行为,即基于为经营者提供交易平台的地位,在与之竞争时进行自我优待。(4)为限制市场竞争而干扰平台内经营者的自主经营,以附加不合理条件等方式干扰平台内经营者向其用户提供产品或服务,强迫平台内经营者从事特定行为。(5)组织、胁迫、引诱平台内经营者从事垄断行为。

超级平台企业可通过诱导用户使用配套软件等方式,增加用户离开该生态系统的成本。商业生态系统服务内容的多样性,亦使用户难以摆脱系统的控制,限制用户自由、大数据“杀熟”等侵害用户权益的剥削性行为变得肆无忌惮。超级平台企业还可霸凌平台内经营者,如以低于平

<sup>①</sup> See Richard J. Gilbert & Hillary Greene, Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act, 83 The George Washington Law Review, 1919 (2015).

<sup>②</sup> 该种分类参考了学界对滥用市场支配地位行为的学理分类。参见万江:《中国反垄断法:理论与国际比较》,中国法制出版社2017年第2版,第126页。

台内经营者核定售价的价格销售商品,并要求该经营者补足差价。综上所述,对超级平台企业的反垄断规制应侧重于以下两个方面:(1)回应扼杀性并购,(2)规制排挤性与剥削性行为。从表面看,扼杀性并购可被视为经营者集中予以处理;排挤性与剥削性行为则与新《反垄断法》第22条规定的行为类型对应。然而,上述行为已超出现行制度的规制范畴。

## (二)经营者集中制度的失灵

扼杀性并购在以下4个方面对现行制度提出挑战。首先,扼杀性并购发生于实力相差悬殊的两个企业之间,即使两者被界定在同一相关市场,该并购也不能使市场结构发生明显的变动。其次,许多扼杀性并购既非发生于同一相关市场的横向集中,亦非发生于上下游市场的纵向集中。此时,该类并购尽管在形式上符合混合集中的概念,<sup>①</sup>却难以适用相应的审查标准。具体而言,阻止混合集中的原因在于被并购方构成并购方的潜在竞争者,放任该集中将有损潜在竞争。而依据潜在竞争者进入相关市场的可行性、及时性与充分性要求,在发生并购之时,初创企业很难被界定为超级平台企业的“潜在竞争者”。再次,对静态效率的关注忽视了该类并购对创新的不利影响。尽管以美国经济学家熊彼特为代表的许多学者认为大企业是创新的主力军,<sup>②</sup>但将初创企业的创新成果攫为己有,未必比保障其独立发展更有利于创新。最后,扼杀性并购对经营者集中的事前申报制度提出了挑战。若初创企业在中国境内的年营业额低于4亿元人民币,则相关并购无须进行事前申报。

相关市场思维下的经营者集中制度难以应对扼杀性并购,对扼杀性并购的轻视态度同样值得反思。受芝加哥学派的影响,自反垄断法实施以来,对过度规制的担忧就如影随形。<sup>③</sup>在市场经济转型国家中担忧过度规制并非全无道理,但互联网技术的出现,使市场经济转型国家与发达市场经济国家在平台经济领域处于同一起跑线。对市场自愈机制的推崇亦存在明显的逻辑悖论:该机制以有效竞争为前提,而有效竞争则需要竞争者充分参与竞争。既然初创企业在充分参与竞争前就已经被扼杀,那么市场自愈机制自然难以发挥作用。为强化对扼杀性并购的规制,执法机构应重点关注商业生态系统的形成过程及其对市场竞争带来的影响。许多扼杀性并购尽管可能在短期内增进消费者福利,却暗含超级平台企业肆意扩张的垄断隐患。

## (三)滥用市场支配地位制度的适用困境

### 1. 市场支配地位认定的不确定性

基于市场份额的推定效应,市场支配地位的认定通常包括以下两步:第一步,确定市场份额。市场份额超过50%的经营者可被推定为具备市场支配地位。第二步,对新《反垄断法》第23条所列举的因素进行综合分析。市场支配地位可出现于以下3种情形:(1)市场份额大于50%,且第二步分析无法推翻市场支配地位的推定;(2)市场份额小于50%,但第二步分析可证明其具备市场支配地位,如经营者掌握某种必需设施;(3)市场份额难以确定,但依据第二步分析依旧可确定经营者具备市场支配地位。

<sup>①</sup> 参见[美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第609~610页。

<sup>②</sup> See Hemphill, C., *Disruptive Incumbents: Platform Competition in an Age of Machine Learning*, 119 *Columbia Law Review*, 1973-2000(2019).

<sup>③</sup> See Bryan, K.A., & Hovenkamp, E., *Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy*, 87 *University of Chicago Law Review*, 331-356 (2020).

在“腾讯封禁抖音案”中,对腾讯市场支配地位的认定面临较大的不确定性。一方面,市场份额难以核算。以“销售额”作为市场份额核算依据的做法,无法契合平台服务的免费性。用户数量、点击量、在线时长以及流量数值均是市场份额核算所必须考察的因素,选择哪些指标以及采取何种标准认定支配地位是需要解决的难题。另一方面,上述综合分析一直存在量化不足的弊端,导致对市场支配地位的认定存在较大的裁量空间,市场份额大于50%的经营者可因市场进入门槛等因素的综合分析而未被认定为具备市场支配地位。<sup>①</sup> 市场支配地位可能因前述裁量而沦为政策性工具,即法院或执法机构先作出行为违法性的基本判断,再倒推市场支配地位的认定。在此过程中,案外因素很可能对涉案企业市场支配地位的认定施加不良影响。一旦腾讯无法被认定具备市场支配地位,其行为自然就无法构成滥用市场支配地位。但实际上,不具备市场支配地位的经营者滥用其市场力量排除或限制竞争的行为亦属反垄断法的规制范畴。经营者在作出不法行为之时就已侵害消费者的利益并排挤了竞争对手,放任前述行为将造成以下后果:其一,经营者通过不法行为谋取市场力量;其二,经营者将继续从事不法行为排挤竞争对手,最终造成排除或限制竞争的特定后果。

## 2. 违法后果判断标准的束缚

即使腾讯被认定具备市场支配地位,封禁行为也只有在造成“排除或限制相关市场竞争”的后果时才构成垄断行为。腾讯的封禁行为不是为了垄断即时通讯市场,而是为了阻止抖音在短视频服务市场的发展,因此该行为只有在排除或限制了后一市场的竞争时才能被判违法。美国法院在1919年的“高露洁案”<sup>②</sup>中确立了“高露洁原则”:在缺少证据证明经营者有创设或维持垄断的意图时,该经营者有权行使独立的商业判断以选择交易对象。其后的案例不断对前述意图进行客观化,形成了“严重限制交易相对人竞争能力”的标准。与之类似,欧盟委员会亦在“商用溶剂公司案”<sup>③</sup>中采取了一致标准,并在其后的案件中诠释了该标准的适用方法:只有对交易相对人造成即时、明显、持续的竞争劣势并导致其无法正常开展经营的拒绝交易行为才是违法的。<sup>④</sup> 作为短视频服务市场的巨头企业,抖音不会因腾讯的封禁行为而产生即时、明显、持续的竞争劣势,短视频服务市场上的竞争格局亦不会因该行为而发生明显的变化。因此,腾讯的封禁行为无法构成垄断行为。

## 3. 制度困境的引申分析

基于对《欧盟运行条约》第102条的移植,只有经营者具备市场支配地位,其行为才可能进入新《反垄断法》的规制范畴。然而,一个在相关市场范围内未被认定具备市场支配地位的经营者,却很可能是支配整个商业生态系统的超级平台企业。从该维度再次分析“奇虎360诉腾讯公司垄断纠纷案”,<sup>⑤</sup>腾讯是否在“即时通讯市场”具备支配地位已不再重要,因为其可通过左右用户

<sup>①</sup> 在“奇虎360诉腾讯公司垄断纠纷案”中,最高人民法院曾经作出此种认定。参见最高人民法院(2013)民三终字第4号民事判决书。

<sup>②</sup> See Candeub, A., Trinko and Re-grounding the Refusal to Deal Doctrine, 66 University of Pittsburgh Law Review, 821-870(2005).

<sup>③</sup> See Commercial Solvents v. European Commission [1974] E.C.R. 223; [1974] 1 C.M.L.R. 309.

<sup>④</sup> See Arregui, I., Refusals to Deal Involving Intellectual Property Rights, 34 Law and Policy in International Business, 829-858 (2003).

<sup>⑤</sup> 参见最高人民法院(2013)民三终字第4号民事判决书。

选择的方式,将其他杀毒软件排挤出其所建构的商业生态系统,行为规制没有必要受限于滥用市场支配地位制度。

除市场支配地位的认定外,违法后果的判断标准亦阻碍了反垄断事业的推进。以排挤其他经营者的大规模补贴为例,违法后果的认定须满足以下两个条件:其一,企业为排挤竞争对手而将价格设置在平均可变成本以下;其二,企业为弥补过低定价造成的损失而在后期持续采取垄断高价。<sup>①</sup>《平台经济领域的反垄断指南》的掠夺性定价条款尽管采纳了前述要件,却因以下3个原因而无法适用于大规模补贴。(1)提供给平台内经营者的补贴无法在确定价格水平时予以扣除。即使经营者通过此类补贴进行持久的“价格战”,反垄断法也无法对之进行约束。(2)直接支付给消费者的补贴大多是局部且暂时的,这种补贴无法导致价格持续低于前述成本。(3)平台经济的大规模补贴一般无法将经营者排挤出相关市场。

诚然,以淘宝强迫商户“二选一”为典型的违法行为依旧可通过滥用市场支配地位制度予以规制,<sup>②</sup>平台封禁、大规模补贴等行为确已超越前述制度的分析框架。因此,规制超级平台企业的违法行为应当另辟蹊径。

### 三、专门性规制的引入

《平台经济领域的反垄断指南》已在相关市场界定、市场力量分析、违法行为类型、经营者集中事前申报等方面体现了平台反垄断的特殊性。《禁止滥用市场支配地位暂行规定》(以下简称《暂行规定》)也在一定程度上回应了平台垄断。然而,前述文件却不足以规制上述行为。首先,《平台经济领域的反垄断指南》第19条虽重申了执法机构对经营者集中的主动调查权,但其依旧未准确把握扼杀性并购的本质;加之执法资源相对匮乏,执法机构难以及时主动进行调查,其结果很可能是放任扼杀性并购。其次,《平台经济领域的反垄断指南》与《暂行规定》均在相关市场思维的限定下处理滥用市场支配地位行为,致使其无法应对超越相关市场范围的超级平台企业作出的不法行为。最后,具备市场支配地位的超级平台企业所从事的不符合违法后果判断标准的行为亦游离于前述规定之外。新《反垄断法》能否回应上述问题值得反思。

#### (一)新《反垄断法》的局限性

基于以下3个方面的原因,新《反垄断法》依旧难以回应扼杀性并购。首先,尽管新《反垄断法》第26条规定“经营者集中未达到国务院规定的申报标准,但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报”,其并未突破《平台经济领域的反垄断指南》规定的主动调查权;其次,目前的制度体系依旧缺乏具备针对性的事前申报标准;最后,相关市场思维下的单边效应与协同效应难以衡量扼杀性并购的实质危害。

为扩大滥用市场支配地位制度的规制范围,学界提出的解决方案有二:(1)引入滥用市场支

<sup>①</sup> 参见许光耀:《掠夺性定价行为的反垄断法分析》,《政法论丛》2018年第2期。

<sup>②</sup> 例如,在“阿里巴巴集团‘二选一’行为行政处罚案”中,相关市场的界定、市场支配地位的认定以及行为违法性的判断均符合滥用市场支配地位制度的适用逻辑。参见国家市场监督管理总局国市监处[2021]28号行政处罚决定书。

配地位的直接认定法,<sup>①</sup>(2)引入滥用相对优势地位制度。<sup>②</sup>直接认定法主张超越相关市场界定而依据行为方面的直接证据进行违法性判断。最高人民法院曾在“奇虎 360 诉腾讯公司垄断纠纷案”中作出“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”的表述,这在很大程度上认可了直接认定法的价值。然而,不加限制地适用该方法很可能加剧市场力量分析的政策化风险,从而导致法律实施的恣意化。滥用市场支配地位的认定是高度个案化的过程,激进的直接认定法只能在大量经验的基础上审慎适用。基于此,《平台经济领域的反垄断指南》最终删除了征求意见稿中有关直接认定法的规定,<sup>③</sup>新《反垄断法》亦未增加相关的内容。

滥用相对优势地位制度实际是一个便于进行立法表达却难以取得良好实效的制度。首先,经营者具备相对优势地位是竞争过程中的常见现象。所谓的“滥用相对优势地位行为”是特定行业中的多发现象,不宜被盲目扩大化。针对特定行业的相关行为,执法机构完全可制定行业性规范予以应对。<sup>④</sup>

其次,滥用相对优势地位行为是否排斥滥用市场支配地位制度的适用是需要反思的关键问题。《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南(草案)》曾明确指出:“在个案中界定汽车售后市场,品牌是一个重要的相关因素,在新车市场上不具有市场支配地位的汽车供应商,在其品牌汽车售后市场上有可能被认定为具有支配地位。”由此可见,通过限缩相关市场的方法完全可证明具备相对优势的经营者具备市场支配地位。再以拒绝交易行为为例,从事该行为的经营者亦可被视为具备相对优势地位,但对该行为的规制却一直适用滥用市场支配地位制度。滥用相对优势地位很可能只是对滥用市场支配地位进行局部观察所得出的结论。如果具有相对优势地位的经营者不具备市场支配地位,那么其很难妨害自由竞争。

最后,离开市场支配地位的认定,相对优势地位本身不易界定,违法性判断更多地依靠对行为后果的分析。然而,滥用相对优势地位行为与滥用市场支配地位行为适用相同的违法后果判断标准,这进一步验证了“滥用相对优势地位的经营者实则具备市场支配地位”的结论。因此,有些行为可被描述为“滥用相对优势地位”不代表新《反垄断法》需要增设该项制度。本次法律修订依旧保留了滥用市场支配地位制度的基本框架,导致不具备支配地位的经营者从事的不法行为依旧游离于规制体系之外。

## (二)专门性规制的理论基础

首先,超级平台企业的基础设施属性呼吁进行专门性规制。基础设施具备以下 3 个方面的属性:(1)基础设施的提供具备非竞争性,只有少数经营者可以胜任;(2)基础设施的消费具备非排他性,任何消费者无法独享该类设施;(3)基础设施构成其他产品或服务的必要条件。<sup>⑤</sup>超级平

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 参见王玉辉:《滥用优势地位行为的违法性判定与规制路径》,《当代法学》2021 年第 1 期。

<sup>③</sup> 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第 4 条规定:“在特定个案中,如果直接事实证据充足,只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显,准确界定相关市场条件不足或非常困难,可以不界定相关市场,直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。”

<sup>④</sup> 参见王晓晔:《论滥用“相对优势地位”的法律规制》,《现代法学》2016 年第 5 期。

<sup>⑤</sup> See Lao, M., Networks, Access, and Essential Facilities: From Terminal Railroad to Microsoft, 62 SMU Law Review, 557-596 (2009).

台以不同于公路、管道、电信等传统设施的方式构成基础设施:其一,传统基础设施的非竞争性源自大量前期投资造成的沉没成本;而对超级平台而言,“赢家通吃”的网络效应是导致非竞争性的主要原因。<sup>①</sup>其二,传统基础设施的消费时常出现拥挤问题与“公地悲剧”,而数据与网络的无限性却使超级平台在很大程度上具备正外部性。其三,传统基础设施往往构成其他产品或服务的必要投入品,而超级平台则以撮合交易或提供技术支持等方式成为其他产品或服务的必要条件。

国家对传统基础设施的规制集中体现于准入资格与价格(费率)水平的管制。<sup>②</sup>而平台经济的网络效应形成了天然的进入壁垒,且除免费经营的情形外,其价格水平在很大程度上可通过市场机制进行调节,因此规制重点已发生改变。超级平台企业具备跨界经营与不断扩张的动机与实力,其必然利用其基础设施形成的市场地位,排挤其他经营者或剥削用户,因此执法机构应当对前述行为进行规制,以确保基础设施的有效提供。<sup>③</sup>

其次,规制超级平台对保障互联互通而言意义重大。网络、设备、程序、数据库之间的互联互通,可减少用户的转换成本,消解超级平台企业的自我增强效应及其对其他经营者的压制。<sup>④</sup>超级平台企业必须在以下两个层面保障互联互通:(1)在技术层面确保超级平台具备可连接性,(2)在资源层面确保数据的可传输性与可读取性。

最后,实现平台中立需要规制上述行为。平台中立是网络中立在平台经济领域的产物。所谓网络中立,是指网络服务提供商必须对流量传输持中立态度,所有相似的内容均须被其同等对待,并在网络上以相同的速度得到传播。<sup>⑤</sup>尽管网络中立遭受了一些质疑,但其依旧对《中华人民共和国电子商务法》等平台规则的制定产生了重大影响。类比网络服务运营商的基础性地位,超级平台企业因提供基础设施而应承担中立责任。一方面,该类企业不应通过数据霸权、自我优待以及胁迫或引诱平台内经营者从事垄断行为的方式破坏其中立地位,谋取一己私利;另一方面,其应平等对待用户,保障用户权益。

### (三)专门性规制的基本原则

专门性规制遵循以下基本原则:(1)包容审慎原则。执法机构应当在尊重平台经济发展规律与平台企业自主经营权的前提下,考察特定行为对市场经济的影响,谦抑地进行行政立法,并在执法过程中最大限度地保障实体正义与程序正义。<sup>⑥</sup>(2)受包容审慎原则的影响,比例原则应成为规制的基本原则。适当性原则要求规制措施及相应的法律责任可以约束超级平台企业,必要性原则确保规制对平台经济造成的不利影响被降至最低,而相称性原则督促执法机构以尽可能

<sup>①</sup> See Frischmann, B., & Waller, S., Revitalizing Essential Facilities, 75 Antitrust Law Journal, 1-66 (2008).

<sup>②</sup> 参见[日]植草益:《微观规制经济学》,朱绍文、胡欣欣译,中国发展出版社1992年版,第8页。

<sup>③</sup> 有学者指出,基于提供基础设施的地位,特定平台企业已经成为类似“准政府”的公共组织。其应履行公平合理提供基础设施的义务,不得滥用公共性,不当地行使其权力,妨碍数据要素、平台要素的开放共享或正当使用,损害平台用户利益或限制创新的行为。参见张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,《法学研究》2021年第4期。

<sup>④</sup> See Kerber W., & Schweitzer, H., Interoperability in the Digital Economy, 8 Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law, 39-58(2017).

<sup>⑤</sup> 参见丁晓东:《网络中立与平台中立——中立性视野下的网络框架与平台责任》,《法制与社会发展》2021年第4期。

<sup>⑥</sup> 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。

低的成本实现规制目标。(3)实质分析原则。一方面,执法机构应当透过现象看其本质。例如,超级平台企业的子公司对初创企业的并购活动实际属于本文语境中的扼杀性并购;故意使用不必要的技术设计,以增大其他经营者使用其设备或应用的难度的做法则构成封禁行为。另一方面,不同领域的超级平台企业所从事的不法行为互有不同,执法机构应当注重把握行为的特殊性。(4)保障创新原则。“市场经济的现实不同于教科书,它不是价格竞争,而是新产品,新技术,新供应来源,新型组织的竞争。”<sup>①</sup> 规制不得以损害创新为代价,与此同时超级平台企业可通过创新进行抗辩。

#### (四)专门性规制的基本手段

规制的基本手段包括行为性规制与结构性规制两类。前者是指执法机构通过要求超级平台企业履行竞争性义务的方式,对其经营活动进行约束;后者则主要包括企业拆分或资产、业务剥离等结构性手段。

企业拆分曾在我国电信、石油等自然垄断行业有过应用。经过3次拆分重组,电信业形成了移动、电信、联通3家全业务经营的寡头企业,市场竞争在一定程度上得到激化。<sup>②</sup> 相比之下,中石油、国家电网等能源型企业的拆分则出现了问题:中石油的拆分造成了业务的分割,导致中石油、中石化、中海油在不同业务上的独占经营;而国家电网的拆分则造成了企业在不同地域市场的垄断状态。由此可见,企业拆分应当以拆分后的企业形成有效“竞争点”为前提,且不得牺牲企业的规模效益。而资产或业务的剥离必先考察企业对资产或业务的应用情况,以确保剥离不影响正常经营。<sup>③</sup>

企业拆分或资产、业务剥离应审慎适用于平台经济领域。首先,平台企业的资产、业务之间相互联系、紧密配合,前述措施很可能对企业正常经营造成不利的影响。其次,若拆分后的企业继续在各自经营领域保持主导地位,则拆分对促进竞争而言意义不大。再次,拆分只能改变被拆分企业的组织形式,而无法影响该企业在商业生态系统中的地位。被拆分后的企业依旧可以主导商业生态系统的发展。从次,结构性规制须考察不同企业的具体经营情况。若无充分理由,则前述措施的差异性存在选择性执法的嫌疑。最后,结构性措施可能影响用户对平台产品的正常使用。因此,规制手段应以行为性规制为主。

## 四、专门性规制的展开

专门性规制将从超级平台企业的认定、义务性规定的明确、违法责任的确定以及合规风险防控机制的建构等方面展开。

### (一)超级平台企业的认定

为识别与规制作为“守门人”的大型平台企业,欧盟理事会于2022年7月18日批准通过了

<sup>①</sup> Sokol, D., Vertical Mergers and Entrepreneurial Exit, 70 Florida Law Review, 1357-1379(2018).

<sup>②</sup> 参见郑世林:《市场竞争还是产权改革提高了电信业绩效》,《世界经济》2010年第6期。

<sup>③</sup> 参见叶军:《经营者集中反垄断控制限制性条件的比较分析和选择适用》,《中外法学》2019年第4期。

《欧盟数字市场法》。无独有偶,2021年6月23日,美国众议院表决通过了6项反垄断法案,<sup>①</sup>其中《美国选择与创新在线法案》将符合条件的大型平台企业界定为“覆盖平台”。<sup>②</sup>前述两概念均指涉超级平台企业。

在我国,《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》提供了如下认定标准:(1)超大用户规模,即平台上年度在中国的年活跃用户不低于5亿;(2)超广业务种类,即平台核心业务至少涉及两类平台业务,该业务涉及网络销售、生活服务、社交娱乐、信息资讯、金融服务、计算应用6个方面;(3)超高经济体量,即平台上年度市值(估值)不低于10000亿元人民币。作为替代指标,超级平台所属企业集团的营业额可成为衡量经济体量的主要标准。以腾讯、阿里、百度、京东为例,过去3年4家企业集团的平均营业额分别为3092亿元、3789亿元、981亿元、4671亿元,过去10年的平均营业额为1414亿元、1082亿元、557亿元、2320亿元,执法机构可考虑将营业额标准设置为“过去3年每年度营业额均超过800亿元人民币”。此外,平台内经营者数量亦可成为超级平台企业的主要认定标准。

为确定超级平台企业,国家市场监督管理总局可会同工业与信息化部门、具体行业的监管部门等主体进行市场调查。这种调查可分为系统性与个案性两类。前者是为系统地确定超级平台企业而定期进行的市场调查,以3至5年作为时间间隔;后者是为确定某一企业是否构成超级平台企业而进行的市场调查,以接到举报或依照职权主动调查为启动原因。在调查过程中,被调查者可在符合推定标准时提出相反的证据,主张其不是超级平台企业。前述部门应当及时组织专家学者、相关公众、被调查企业及其他相关企业的工作人员等主体召开听证会,对证据材料进行审核,并作出最终认定。

## (二)主要义务规定

### 1.对扼杀性并购的限制

《美国平台竞争和机会法案》对“覆盖平台”并购活动作出了极为严苛的限制:<sup>③</sup>只有相应企业不与“覆盖平台”在任何产品或服务上存在竞争关系,不构成“覆盖平台”的潜在竞争对手,且无法在被收购后增进“覆盖平台”的市场力量时,才能成为被收购方。我国对扼杀性并购的控制应当循序渐进,执法机构可率先关注对市场前景突出且在中国境内拥有大量业务的初创企业发起的并购。

由于平台企业并不重视早期利润积累且无形资产比重较大等因素,初创企业在传统的营业额、销售额或资产额等指标上的数值偏低,因此导致前述指标不足以反映初创企业的真正实力以及并购对市场竞争造成的影响。因此,事前申报门槛可以超级平台初创企业的预估市值为主要依据,并结合近年来我国头部企业并购金额的平均水平等因素进行确定。以具备市场前景的独角兽企业为参考,该类企业的预估市值为10亿美元左右。<sup>④</sup>事前申报标准由以下两个方面组成:(1)以前述指标为依据的数额标准,(2)衡量被并购方是否在中国境内拥有大量业务的相关指

<sup>①</sup> 这6项法案分别是《美国选择与创新在线法案》《终止平台垄断法》《收购兼并申请费现代化法案》《平台竞争和机会法案》《通过启用服务切换法案》《州反垄断执法场所法案》。

<sup>②</sup> See US House of Representatives: American Choice and Innovation Online Act.

<sup>③</sup> See US House of Representatives: Platform Competition and Opportunity Act.

<sup>④</sup> 参见李晓华:《数字经济新特征与数字经济新动能的形成机制》,《改革》2019年第11期。

标,如在我国日均或月均活跃用户数量、在我国营业额占全球总营业额的比重。对符合标准的并购,超级平台企业须进行事前申报,说明并购对创新、在位企业竞争等因素的影响。

## 2. 实现数据共享

实现数据共享不仅有利于维护用户的数据权利,实现用户在平台间的自由转换,而且有助于克服数据霸权,确保平台企业自由公平地获取使用数据。只有在特定情形中,超级平台企业才可阻止数据共享。例如,超级平台企业使用爬虫协议禁止数据抓取必须符合以下条件:(1)搜索引擎领域的超级平台企业只能采取“黑名单”的方式设置该协议,(2)允许抓取会导致受访网站无法正常运行,(3)抓取将损害社会公共利益或国家利益,(4)限制措施不得有歧视性。又如,超级平台企业使用密码认证、不定期改变超文本标记语言标签等技术性措施限制数据共享时,该技术性措施的强度必须与数据的商业价值、获取难度等因素相称。

## 3. 确保互联互通

确保互联互通不同于关键设施原则的实施。后者实则是滥用市场支配地位的特殊情形。<sup>①</sup>互联互通义务要求超级平台企业为其他经营者提供明确可用的接入端口,其他经营者包括在主要业务上与超级平台企业形成竞争关系的经营者、在同一商业生态系统中为超级平台企业提供配套性产品或服务的经营者、虽在不同商业系统中但利用超级平台扩大业务范围 of 的经营者,以及即将成为前述经营者的潜在经营者。

即使其他经营者并未加入超级平台企业所在的商业生态系统,超级平台企业也不得限制其他经营者正常使用其设备、应用、网络或平台,应允许用户通过超级平台使用其他经营者提供的产品或服务(包括访问、查看、获取内容、正常传输下载等方式)。超级平台企业可采取适当的技术措施,确保第三方应用程序不会危害其超级平台的有效性,可在公平、合理、非歧视的条件下,要求其他经营者支付使用费。除此之外,超级平台企业不得设置不合理的前置条件。

## 4. 其他义务性规定

(1)不得强迫其他经营者提供数据。(2)不得进行自我优待。(3)不得干扰平台内经营者的自主经营。超级平台企业应当允许平台内经营者向其用户提供产品或服务,不得干涉交易的价格与条件,不得阻碍平台内经营者向用户传递用以实现正常交易的信息或链接。(4)不得霸凌平台内经营者。(5)不得组织、胁迫、引诱平台内经营者从事垄断行为。例如,超级平台企业不得强迫平台内经营者接受其制定的“最惠国待遇”等条款,不得以轴辐协议的形式组织平台内经营者进行共谋。(6)不得从事大数据“杀熟”等侵害用户权益的行为。超级平台企业应允许用户在其超级平台上卸载任何预先安装的应用程序,除非该软件对超级平台的正常运行是必要的;不得为用户设置使用超级平台的非必要限制性条件。(7)接受有关单位质询并配合调查。

## (三) 法律责任

尽管《反垄断法》确立了“没收违法所得”与“罚款”并处的责任追究方式,但前者并未得到全面落实。<sup>②</sup>究其原因,违法所得核算耗费的成本畸高。首先,尽管有些“所得”通过违法行为获得,但合法行为与违法行为之间无法划分清晰的界线,这使“违法所得”很可能包含合法收入。其次,将“违法所得”界定为违法行为产生的营业额,会导致对经营者的过度惩罚;而将其界定为违

<sup>①</sup> 参见李剑:《反垄断法中核心设施的界定标准——相关市场的视角》,《现代法学》2009年第3期。

<sup>②</sup> 参见王健:《追寻反垄断罚款的确定性——基于我国反垄断典型罚款案例的分析》,《法学》2016年第12期。

法行为带来的利润,则须扣除违法行为花费的成本,且难以计算。最后,实证研究表明,在仅判处罚款的案件中,罚款数额明显高于两类责任并处的案件,<sup>①</sup>这表明执法机构可通过罚款数额的裁量实现罚过相当。《欧盟数字市场法》并没有设置没收违法所得责任,罚款责任足以惩罚与威慑超级平台企业。

《欧盟数字市场法》第30、31条分别规定了两种罚款责任的上限:(1)在欧盟委员会发现违法行为时的财政年度企业全球营业额的10%,主要适用于干预平台内经营者自主经营、封禁、妨害数据共享等行为;(2)从执法机构规定的履行义务日期到被调查者实际履行义务的日期内企业全球日平均营业额总和的5%,主要适用于企业未按时向欧盟委员会提供必要数据或配合其现场调查等行为。在“阿里巴巴集团‘二选一’行为行政处罚案”中,国家市场监督管理总局以2008年颁布的《反垄断法》第47条为依据,对阿里集团处以立案调查上一年度中国境内销售额4%的罚款。不难发现,移植于欧盟竞争法的《反垄断法》与《欧盟数字市场法》在罚款责任上具备较高的相似度。超级平台企业的违法责任可以新《反垄断法》罚款责任为基础予以明确规定。

首先,立案调查的上一年度、作出处罚决定的上一年度、发现违法行为的当年度与实施违法行为的当年度或上一年度相比,立案调查的上一年度更能反映涉案企业的违法状态,因此确定罚款责任应当以立案调查的上一年度为核算时间。其次,尽管超级平台企业的不法行为可能仅对国内市场造成影响,但其违法能力(如资金支持)有赖于商业生态系统的全球性,因此罚款责任应当以超级平台企业在全中国范围内的销售额为计算依据。再次,罚款计算依据是否应限定于与违法行为相关的产品或服务是需要解决的问题。考虑到经营业务的关联性,以企业集团的总销售额为依据计算罚款数额具备合理性,且更能彰显严惩的态度。最后,罚款比例可继续延续1%至10%的规定。在确定具体比例时,执法机构应当考察违法行为的危害范围与隐蔽程度、超级平台企业的市场力量、用户粘性等因素。对未按时接受质询或配合调查的行为,执法机构可参照《欧盟数字市场法》所确立的第二种罚款责任进行处罚。

#### (四)合规风险防控

在法律责任的外部激励下,超级平台企业应当结合义务性规定进行合规风险的自我审查,并建构相应的风险防控制度。首先,在法务部门的协助下,企业管理层应明确其面临的主要合规风险,并与风险涉及部门的主要负责人一并作出具体的合规承诺。承诺书应列明不同风险涉及的主要部门与包含的具体因素,如作为搜索引擎企业的百度公司须承诺其技术部门的工作人员不挪用其平台内经营者的数据。承诺书还应附带风险防控制度的整体方案与建设期限,并按照规定的期限提交至国家市场监督管理总局。其次,超级平台企业应依照其风险防控制度对风险因素进行定期排查,对风险防控情况进行记录与存档,并定期向执法机构提交相应材料。再次,超级平台企业应具备齐全的配套设备,如帮助企业员工了解合规要求的反垄断知识手册、方便企业员工进行合规询问的“热线电话”以及有效的匿名举报机制。<sup>②</sup>最后,超级平台企业应当积极配合第三方评估机构的风险评估工作,并定期聘请专家学者或执业律师进行合规教育,组织员工学习合规知识。

<sup>①</sup> 参见万江:《中国反垄断法:理论、实践与国际比较》,中国法制出版社2017年第2版,第261页。

<sup>②</sup> 参见邓峰:《公司合规的源流及中国的制度局限》,《比较法研究》2020年第1期。

## 五、结 语

专门性规制不仅回应了现行制度无法解决的扼杀性并购、平台封禁等新问题,而且还可一并规制超级平台企业滥用市场支配地位的相关行为,提高反垄断规制的效率。严厉的规制态度并不意味着“反垄断事业”异化为“仇视大企业”,专门性规制旨在确保超级平台企业通过正当的方式做大做强,而非抑制其发展。该项制度在制约违法行为的同时,亦为超级平台企业的发展壮大提供了机遇。例如,在明显有利于创新时,超级平台企业可进行并购活动;实现数据共享亦有助于超级平台企业获得其他经营者掌握的数据。

尽管本文探讨了专门性规制的必要性与基本框架,但制度的建构与实施无疑是复杂的系统性工程。如何获取案件证据、激活私人诉讼、实现司法裁判与执法活动的良性互动、推进超级平台企业主动合规、形成平台规制与金融监管等行业性监管的合力,均是值得理论界与实务界深入探究的重要课题。

---

**Abstract:** Killer Acquisition, Platform Ban and other abuses of market power by super platform enterprises have become the main hazards of digital competition order. They can only be solved through the system of concentration of undertakings and abuse of dominant market position. However, the concentration system of undertakings in the relevant market is difficult to deal with Killer Acquisition, and the system of abuse of market dominance position also has difficulties in its application. China's Anti-Monopoly Law can only respond to these behaviors limitedly, thereby the establishment of specialized regulations has become a feasible way to solve the problem. Under the premise of following the principles of inclusiveness and prudence, proportionality, substantive analysis, and guaranteeing innovation, law enforcement agencies can restrict the business activities of super-platform enterprises through special obligatory regulations.

**Key Words:** business ecosystem, super platform enterprise, abuse of market power, specialized regulation

---

责任编辑 翟中鞠