

平台经济领域纵向经营者集中规制

杨华虎

华东政法大学经济法学院, 上海

收稿日期: 2023年10月5日; 录用日期: 2023年11月7日; 发布日期: 2023年11月14日

摘要

当今各大平台型企业兼有市场和社会的结构性特征, 如同兼具裁判员和运动员的双重身份, 其市场势力通过纵向集中不断膨胀, 对于经济民主的发挥造成极大威胁。循着新布兰代斯学派对于经济结构的关注, 通过对平台经济下纵向集中对于掠夺性定价、差别待遇、市场壁垒、经济民主的损害加以分析, 作者呼吁增强对纵向集中危害性的关注, 并从审查标准、预防性措施以及管制三个层面建议规制纵向集中行为及其集聚的市场势力。

关键词

纵向集中, 新布兰代斯学派, 平台经济, 反垄断

Regulation of Vertical Concentrations between Undertakings in the Platform Economy

Huahu Yang

School of Economic Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 5th, 2023; accepted: Nov. 7th, 2023; published: Nov. 14th, 2023

Abstract

Today's major platform firms have both structural characteristics of market and society, just like the dual roles of referee and athlete, and their market power is expanding through vertical concentrations between undertakings, which poses a great threat to the exercise of economic democracy. Following the Neo-Brandesian focus on economic structure, the authors analyze the damage of vertical concentrations between undertakings on predatory pricing, differential treatment,

market barriers, and economic democracy in the platform economy, calling for increased attention to the dangers, and suggesting three levels of regulation of vertical concentrations between undertakings and its aggregation of market power: review standards, preventive measures, and controls.

Keywords

Vertical Concentrations between Undertakings, Neo-Brandesian, Platform Economy, Anti-Monopoly

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

当前全球平台经济蓬勃发展，超级平台的商业版图在急剧扩张，反垄断法面临新的挑战，美欧等各国纷纷采取行动，平台经济领域的反垄断成为热点。元(曾用名：脸书)、亚马逊、苹果、谷歌公司在全球范围内遭遇反垄断调查及纠纷，随着欧盟“数字宪法”的颁布，一场全球性的反垄断大幕徐徐展开。2020年12月中央明确提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”，国务院反垄断委员会发布《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》，对阿里巴巴、美团等公司处以高额罚款，北京知识产权法院对字节跳动诉腾讯滥用市场支配地位案件进行了受理。¹这些事件标志着我国互联网平台反垄断也已拉开了帷幕。

而在纵向经营者集中规制方面，欧盟委员会迄今做出的禁止集中决定数量在其受理的8581起申报中所占比例不足1%。²而美国执法机关在1970年代以后通常会要求企业采取救济措施或资产剥离，而非阻止整个并购。截至2021年12月31日，国内依法申报并无条件批准的经营者集中案件共计4165件，而其中禁止集中的仅有3件且都不属于纵向经营者集中，附条件批准实施经营者集中的则有50多件。由此可见，我国对于纵向经营者集中的做法与其他大多数国家一样，对纵向集中的审查较为宽松。

1.1. 纵向集中对竞争影响的两面性

政府之所以会放松对纵向集中行为的管制，其原因在于纵向合并本身所具有的两面性。随着不同反垄断理论之间的对抗，这一焦点性问题的处理也截然不同。

纵向集中的正面效应主要表现为：首先，纵向集中可以将原本不稳定的市场交易活动内化为企业的内部行为，使得企业作为采购人在保证上游原料的供给的同时，也作为供货方稳定销售渠道，降低签约、广告等市场协调成本，从而提升企业的整体运行效率；其次，纵向集中可以扩张企业的规模，提高企业的综合竞争力，为客户提供全方位的服务；最后，纵向集中还可以突破行业垄断与区域封锁，促进开放竞争、形成统一市场。

而纵向集中的反竞争效应主要体现为：首先，纵向集中所带来的垂直整合能够降低非关联公司参与交易的可能性。合并企业则获得了相对其他竞争者的不公平竞争优势，从而将这些局外企业置于劣势境地。美国最高法院曾在1962年的布朗鞋一案中据此作出了禁止合并的判决。其次，纵向集中通过提高市

¹ 参见“北京知识产权法院民事案件受理通知书”(2021)京民73民初189号，2021年2月7日。

² https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en。最后访问日期：2023年10月7日。

场进入成本(市场壁垒),从而使潜在的竞争者陷入劣势地位;同时也会增加竞争对手的成本,而使现实竞争者陷入劣势地位。再次,纵向集中容易造成价格歧视,在纵向集中的企业中,原材料的采购价格或产品的销售价格通常与那些非关联企业相比存在很大差异。最后,过度规模和范围的纵向集中容易导致市场势力的产生,从而形成市场垄断。[1]

1.2. 纵向集中反垄断规制的理论

由于纵向集中对于竞争的双面性影响,在规制上也有两种不同的理论取向。支持纵向集中对竞争产生正面效应的理论主要有:

经济效率理论。这是一种传统的经营者集中理论,其认为纵向经营者集中与横向经营者集中、混合集中都能够有效改善企业的运营效率。1982年鲍莫尔的“可竞争市场”与“沉淀成本”理论就是以该理论为基础的进一步发展。在该理论指导下,美国司法部于1984年颁布的《合并指南》修正了《克雷顿法》第七条关于禁止任何可能实质性减少竞争的合并的传统条款。[2]

交易费用理论。科斯在《企业的性质》一文中指出,纵向合并发生的原因在于通过以企业内部的组织服务来代替从市场中购买服务,能够节省企业的运营成本。通过科斯及其理论继承者威廉姆森等人的努力,有关纵向一体化的论述发展成为一种激励竞争的理论,也就是交易费用理论。该理论分析得出的结论为:通常而言无论是对于纵向集中的参与企业还是对于消费者而言,纵向集中都能够产生提高效率 and 增进福利的效果。[3]

芝加哥学派。以罗伯特·博克及波斯纳为代表的芝加哥学派认为反垄断法的唯一目标是消费者福利。而纵向集中能够降低市场交易成本,提高企业的运行效率,增加市场供给。因而反垄断法意义上的损害要求证明对消费者福利的损害,表现形式则通常为涨价或供应限制。在消费者福利这一反垄断目标的指引下,价格因素成为衡量企业垄断行为的一个重要指标。大量的经济术语、数学公式和实证研究保证反垄断规制的确定性和科学性,芝加哥学派统治美国反垄断界和政策界已有40多年的历史。

倾向于纵向集中具有反竞争效果的代表性理论有:

市场支配力理论。该理论在德国具有较大的影响力,其主张减少竞争对手的合并方式易导致市场支配地位的形成,而原本就已具备市场支配地位的企业则能够通过合并获得更多的垄断利润,从而支撑市场势力的取得,形成恶性循环。这一理论为各国早期规制企业经营者集中提供了重要理论依据。

哈佛学派。该理论是美国1950~1970年代的主流理论,其基本观点为纵向集中将堆高市场壁垒,削弱竞争对手获得供应商或销售商的能力。纵向集中贬损了未参与集中企业的交易机会,而参与集中企业相比于现实的竞争者获得了不公平的竞争优势,纵向集中强化了市场的封闭性,并将潜在竞争者排除在市场外。[4]

新布兰代斯学派。该理论重申竞争过程与竞争结构的重要意义,对芝加哥学派所主张的消费者福利这一唯一的反垄断目标进行大力批判,同时意识到平台经济和网络效应对市场势力的放大作用,强调纵向集中的反竞争性。由于新布兰代斯学派的兴起,美国政府逐渐转变对于大型平台企业的宽容态度,并逐步干预大型平台企业,对消费者福利和经济效率价值的追求渐渐让位于维护市场公平和经济民主的需求。

2. 平台经济纵向集中规制的必要性

在过去的十多年中,数字平台的竞争格局逐步呈现出垄断化,谷歌、元、亚马逊、阿里巴巴、腾讯等巨头的市场地位越来越难以撼动。“通过近5000亿~6000亿元规模的投资并购,腾讯与阿里巴巴分别构筑了5年间膨胀了10倍、市值10万亿美元的生态圈,而10亿中国网民的移动生活则被腾讯和阿里合围”。

[5]互联网平台巨头借助投资并购的手段将触角伸向居民日常生活的方方面面，其对于经济民主以及消费者福利损害的潜在风险难免令人担忧。数字经济平台通过经营一项核心平台服务(网上中介服务、在线搜索、社交网络等)，借以掌握连接终端消费者的通路，借助网络效应在数据市场占据长期发展优势。[6]基于平台经济大数据、算法技术的运用，纵向集中的反竞争效果更加隐蔽，但其影响力却更为强大。

2.1. 掠夺性定价

行为主义的反垄断理论中，低价销售是最常见的竞争手段，虽然低价销售会造成其他竞争对手的不利益，但单纯的低价销售能够增进消费者福利，因而在未对竞争造成实质性损害的情况下，无需反垄断法干预。布鲁克集团公司诉布朗&威廉姆森烟草公司案³中，法官对掠夺性定价的判定标准进行了清晰的界定，两个要件为：首先，销售价格低于市场成本价格；第二，实施掠夺性定价行为者有理由期待将价格抬高至竞争价格水平之上，并能够补偿掠夺性定价过程中的损失。但由于平台经济的市场范围难以确定，以及其利用技术所采取的商业策略，使得这一审查标准几乎无效。

以亚马逊的电子书市场竞争策略为例，亚马逊于2007年发布电子阅读器kindle并采取低于生产成本的售价，同时也以低于从出版商购入的价格销售畅销书。至2009年时亚马逊在美国的电子书销量市场占比达90%以上，取得统治地位。美国司法部在2021年重新审查亚马逊的定价战略时，基于旧有的“补偿测试”分析框架，得出不具有掠夺性定价的结论。以亚马逊电子书的盈利状况这一整体角度来看，司法部将其定价战略视为亏本销售而非掠夺性定价。但司法部没有意识到，与给予非平台内的商品折扣相比，企业对于平台内的产品给予大幅折扣将带来更高的垄断风险。而且企业除了通过对之前打折的书籍抬价外还可以通过多种途径来弥补亏损。[7]通过采取长期大幅的价格变动以及个性化定价掩盖涨价，同时身为双边市场的平台企业，还可以通过提高对出版商收取的服务价格来获得弥补。

相比于实体店购物，在线购物方式具有更强的锁定效应。在平台上进行购物、浏览时，消费者的购物偏好等信息会被平台所收集，而平台又可以利用这些数据为消费者提供内容推荐和购买建议。再加上平台会员、积分等优惠策略，平台的锁定效应会随着购买次数的增加而强化。与实体店相比，在基于平台的商业服务中采取亏本销售可获得更高的回报以及回报可能性。由于可以采取技术手段(特定的文件格式只能在特定的设备上打开)、实施个性化策略以及利用个性化的价值，平台经济领域初始阶段的用户积累的边际价值更高。此外，由于算法、数据在平台领域的广泛运用，使得补偿测试难以实施。

由此可见，与传统企业生产、成本与收益之间呈线性关系的模型相比，平台经济所具有的网络效应与边际成本迅速递减两大特征，使其更加重视生态规模的扩大。行业巨头们就有足够的动力通过忍受长期的投资亏损，尽可能获取更多用户以及编织生态网络，从而占据垄断地位并吃掉市场上所有的筹码。平台经济的特性，让其掠夺性定价在短期内和表面上并不会损害消费者利益，但实际上平台弥补前期掠夺性定价损失的方式更加隐蔽以及多样，而其实施的掠夺性定价在市场势力的形成中起到了至关重要的作用。

国内互联网初创企业依赖于高额补贴来争夺市场份额，其中大多需要寻求阿里巴巴或腾讯的投资，若未获得任何一家投资支持，由两者扶持的其他企业则会进入赛道进行“撒钱大战”。2020年全球一共586家独角兽公司中，腾讯投资了52家，占总数的近1/10；而阿里系(阿里、蚂蚁、云锋)则投资了44家；相比之下，谷歌只投资了7家；亚马逊只投资了2家。腾讯与阿里巴巴投资的独角兽公司九成都在中国，而中国前30大移动应用软件七成隶属阿里巴巴与腾讯旗下。[5]以阿里巴巴与腾讯为代表的平台型企业通过投资的方式进行跨市场的集中，其市场势力的加强必然增强其进行掠夺性定价的可能性，其交叉补贴的方式则会使其行为更具隐蔽性。经历过烧钱大战之后的滴滴涨价、美团提高对商户的抽成便是例证。

³Brooke Group Ltd.v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509U.S.209 (1993).

2.2. 差别待遇

平台经济的特点增强了纵向集中后企业实施差别待遇的能力。平台企业利用纵向集中构筑起巨大的生态网络,而消费者使用同一账户(比如微信或者支付宝)登录这些软件,平台型企业就能够掌握更广泛的个人信息,显著提高其进行个性化推荐以及实施差别待遇额的能力。平台通过不断利用现有竞争优势获取数据,通过大数据技术的不断挖掘和计算,可以将“赢者通吃”的效果发挥到极致。这就意味着数据会不断向平台归集,平台的数据抓取和挖掘能力将不断增强,并依此形成强化消费者及其他终端用户对平台粘性的循环,加剧消费者行使选择权的成本甚至事实上丧失选择余地,从而进一步巩固了平台对用户的锁定效应。[8]

纵向集中对于消费者的损害主要体现为差别待遇,由于数据及算法的运用,平台企业对于消费者的价格歧视更为隐秘。虽然实体店也会收集消费者的购物习惯从而进行推销,但平台企业能够通过网络跟踪用户的购买过程,比如消费者在商品页面停留的时间、商品在购物车中停留的时间,以及在另一生态圈内应用程序上的搜索记录等细致入微的行为信息。此外,相对于实体店中固定的价格标签,网络能够提供完全个性化的购物体验,每位顾客所看到的商品价格可能都不相同,这就使得一种普遍适用的衡量价格变动的标准不复存在。个性化定价算法能够准确地评价和预估消费者的付款意愿,能够在一定的市场条件下实现强化竞争和增加产出等正面效应,但也容易导致诸如“大数据杀熟”等扭曲竞争的垄断现象。[9]经营者可根据用户的历史价格消费习惯、历史消费频率、所使用的客户端类型甚至设备情况等因素,对其实施差异化定价,具有较高的精确性与隐蔽性。[10]比如此前备受关注的“大数据杀熟”行为,企业有充分的理由声称是由于供需关系的实时变化而进行的价格调整,正因为供需两端都掌握在平台企业手中,平台企业进行价格歧视的能力大为增强。此外,商品价格的大幅波动,也削弱了消费者分辨价格走势以及商品合理价格的能力。为消费者个人发放量身定制的专属优惠券也是一种不激起消费者强烈感知前提下的价格歧视。从这个角度而言,平台采取的各种促销手段如各种折扣,也逐渐沦为实施价格歧视行为的挡箭牌。

纵向集中对于其他企业的差别待遇则表现为价格歧视、拒绝交易等。纵向集中掩盖卖方明显的定价歧视,使得其对市场竞争的影响因转化为公司的内部行为而难以考量,进而损害了市场的公平竞争。相比于竞争对手而言,即使不考虑生产技术改进方面的因素,纵向合并后的企业也可凭借其在生产调配及运输环节的整合优势从而实现低于市场平均水平的生产成本。因而企业可以采取比市场平均成本更低的销售策略,以达到打击竞争对手并获得市场支配地位的效果。[11]比如,2019年年初3款新推出的社交软件被微信平台迅速“封杀”,腾讯声称是基于安全的考虑而实施的屏蔽,但微信平台制定管理规范及实施评价的行为是否属于正当的商业行为或是基于授权的准公共行为值得思考。相比之下,拼多多在接受腾讯的注资后获得了微信的接口,也正因如此拼多多通过在微信人际圈裂变的方式获得了巨大的成功。既当裁判员又当运动员的平台企业,其商业行为本质上是针对其他竞争者实施的差别待遇。

2.3. 市场壁垒

欧盟《数字时代的竞争政策最终报告》、美国众议院《2020年美国国会反垄断报告》等权威报告都强调平台天然易形成“赢家通吃”的局面。这些实证分析表明,由于占据优势地位的平台企业在融资上本就具有优势,那么投资者在投资时就往往偏向于避开与头部企业存在竞争关系的企业,这就使得初创企业的融资能力和发展前景被钳制。这也体现了平台巨头在心理层面的威慑力对于驱逐竞争者的作用,除非初创企业的资金扛得住平台巨头的压力,否则只能选择被兼并。

在数字经济时代,平台竞争的关键在于掌握数据流量的入口。[12]与传统的实体店不同,作为一家平

台型企业,获取流量和销量都要付出很高的获客成本。平台型企业的双边网络效应(平台一侧的用户越多,越容易吸引另一侧的用户加入)的特点,正是一些企业免费提供服务的原因,企业可以在提供免费服务的过程中获取大量的用户和数据。微信看似是一个零价格服务,不向用户收取任何使用费用,但它却成为一个重要的商业接口,掌握着重要的用户资源。随着时间的推移,用户在平台间的转移成本也越来越高,而平台在线上线下产业中聚集的外部网络交叉效应也在不断增强。[8]数据成为重要生产要素的背景下,相比于传统托拉斯的纵向一体化,数字平台的纵向集中转向协同化、生态化的新型组织方式与资源配置方式。倘若如芝加哥学派一般只将目光聚焦于价格之上,则极易忽视纵向集中所缔造的市场壁垒。比如,虽然亚马逊采取低价策略导致连年亏损,但借此构筑的庞大商业生态及融资优势使其在与潜在或现实竞争对手的交锋中始终处于上风。

与一般数据的采集不同,大数据“高容量、高周转、多样化”的特点使得数据的收集极有可能形成进入壁垒。除了提高进入壁垒以外,大数据与产品的结合也容易产生“反馈循环”。反馈循环是指数据与用户数量 and 产品质量之间形成的相互促进的影响。例如,用户反馈理论认为,随着用户数量的增加和数据的积累,平台就可以凭借数据分析用户的需要以吸引更多的用户。资产反馈理论认为,随着获取的数据越多,平台能够进行更多的商业分析,提高产品的推广与广告营销效率,从而推动平台的资产增值。[13]由于进入壁垒和反馈循环的双重作用,平台企业很容易建立起市场势力或垄断势力。

在实践中,高度集中的数字平台在双边乃至多边市场上形成了规模经济,再加上网络效应增强了用户的粘性,导致用户注意力和收益都汇集至大平台,削弱了数字经济市场的竞争度,同时也抬升了进入壁垒。[13]当前,阿里巴巴和腾讯等平台巨头纷纷通过投资、并购等手段将商业版图扩展至互联网市场的方方面面,且对于实体经济的渗入程度也在不断加强。在行业巨头生态圈不断膨胀的背景下,任何初创企业在融资时都要面临抉择。行业巨头市场势力所造成的市场壁垒已成为新兴企业发展的桎梏,从近几年很少再产生有影响力的互联网新势力中可见一斑。

2.4. 经济民主

反垄断法应当关注多元价值目标为新布兰代斯主义的一个重要论点,强调经济民主以及政治民主的考量。阿里巴巴利用在线零售行业的市场势力纵向进入物流行业,能够用来说明平台企业是怎样利用一个行业的优势地位在另一个行业也建立起优势地位。2014年阿里巴巴成立菜鸟网络,通过投资各家快递公司的方式逐步将各快递公司接入物流服务平台。当菜鸟裹裹成为整个快递行业的前仓、数据中心及末端时,自然也就握紧了快递公司的命脉,服务于快递企业的平台,营收增速甚至已超越了快递企业本身。此后,阿里系快递公司的总市场份额则从56.3%上升到72.7%,足足提升了16个百分点。[5]在打通物流这一电子商务基础设施之后,同时在网络销售与物流行业参与竞争的阿里巴巴,为电子商务市场的竞争带来了负面性,贬损了竞争过程的中立性。成千上万必须依赖阿里系物流设施来配送的线上店铺,对他们最大竞争者的依赖性愈发强烈。

由于淘宝、天猫以及京东都有自营零售业务,这种兼具裁判者和参赛者的身份极易损害平台内其他卖家的利益。借助于对平台内用户购买行为所挖掘的市场偏好趋势及热销产品的信息,平台内市场仿佛就像是平台企业发掘新品、测试新品销量以及加强对定价控制的实验室。这对平台的自营业务十分有利,平台可以采取控制搜索排名次序、实时监测价格变动,甚至自己制造热销产品(比如京东京造)的方式与第三方商品展开竞争。掌控数据的企业能够在市场中取得系统性的倾斜优势,极大地重塑行业格局。[7]

平台型企业向传媒领域延伸,甚至对政治施加影响,也不利于政治民主。2020年因天猫总裁蒋某舆论事件中干扰网上传播秩序,阿里系微博被约谈处罚。而美国的数字平台则利用政治游说和“旋转门”等手段影响传统的政治机制。2021年亚马逊,元分别占据了当年美国政治游说投入榜单的第七,

第八名。⁴2021年推特、脸书封禁特朗普账号也只是数字平台对政治施加影响的冰山一角。2015年以来，谷歌雇用了美国超过197名前政府高官，其中数名来自直接监管机构。^[14]也有国内学者对原商务部反垄断官员任职互联网巨头的的原因产生质疑。^[15]除此之外，数据平台通过经营者集中获取用户个人信息能力的进一步增强也引发了人们对于个人隐私权等人格权以及政治权利受损的担忧。

3. 应对纵向集中所导致的市场势力

3.1. 审查标准的优化

纵向集中的确给企业带来运行效率增进的优势，因而对于纵向集中的规制重点在于如何利用规模经济优势的同时遏制企业利用市场支配地位的能力。我国原有的反垄断法审查标准无法应对新经济业态下的要求，因为单一的货币价值未能完全反映交易所涉及数据的广度，因而在集中审查过程中，执法机构对于特定形式或特定数量的数据加以考量意义重大。

新修订的反垄断法第26条赋予了反垄断执法机构对于“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”情形下的调查权。而随着配套实施规定《经营者集中审查规定》的出台，具体的操作机制在逐渐明晰，而申报标准也在持续优化⁵。第37条的规定“国务院反垄断执法机构应当健全经营者集中分类分级审查制度，依法加强对涉及国计民生等重要领域的经营者集中的审查，提高审查质量和效率。”也体现了对审查标准的重视。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第20条规定了国务院反垄断执法机构主动调查经营者集中的考量因素，其中就包含“可以考虑经营者是否对关键性、稀缺性资源拥有独占权利以及该独占权利持续时间，平台用户黏性、多栖性，经营者掌握和处理数据的能力，对数据接口的控制能力，向其他市场渗透或者扩展的能力”。

此外，原有的财产性惩罚措施上限仅仅为五十万元，这使得集中企业为了避开经营者集中的审查周期而自愿接受处罚，反垄断法的震慑作用无法体现。新修的反垄断法第58条提高了法律的威慑力：“处以上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。”惩罚金额的大幅提高促使企业积极主动开展经营者集中申报，有利于优化反垄断审查机制。

3.2. 预防性限制

由于平台型企业通常同时涉足数个行业，其进行纵向集中后将进一步激励平台优待自营业务或生态范围内的企业从而加剧利益冲突，对占据一定程度支配地位的平台所实施的纵向集中行为可进行预防性限制。限制占支配地位的平台对任何使用该平台的企业采取兼并或经营者控制等方式进行纵向集中，即限制平台型企业与强烈依赖于该平台开展业务的企业进行直接竞争。例如，限制淘宝、天猫、京东同时运营占据支配地位的零售平台以及利用该平台开展自营业务。为了避免上述平台型企业利用平台获取第三方卖家的销售信息增强其自营零售业务，应当由分拆后的不同商业实体运营两项业务。阿里巴巴、腾讯等平台型企业掌控着互联网经济的“基础设施”从而在经济活动中扮演了重要的中介角色，而允许纵向集中的平台有选择性地向何者提供何种服务，这会歪曲公平竞争和整体经济的正常运转。

金融业通过分业经营，预防行业中金融与经济权利的过度集中。而平台型企业已经向金融服务业扩张，比如阿里巴巴的蚂蚁金融，腾讯的微众银行，京东的京东金融等。平台的纵向集中创造了不同形式

⁴载：<http://www.opensecrets.org/federal-lobbying/top-spenders?cycle=2021>，最后访问日期：2023年10月7日。

⁵包括(1)提高营业额标准，及(2)引入新的并行的“市值”及“营业额占比”标准以涵盖目前所无法囊括的交易。参见《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》第3条、第4条，载：

https://www.samr.gov.cn/cms_files/filemanager/samr/www/sammew/hd/zjdc/202206/t20220625_348149.html，最后访问日期：2023年10月7日。

的系统性风险，大型的金融与产业的联合体会导致政治经济权力的集中，同时产生“大而不能倒”的企业联合体的系统性风险。经营者集中审查时通过对于平台巨头类似于金融业分业经营的方式进行结构性的限制，疏解系统性风险。反垄断监管机关可以基于横跨多元市场的全方位视野下，通过强化整合、前置与穿透式监管等手段，积极开展针对数字平台巨头企业垄断格局及数字化生态系统的反垄断调查。^[16]当务之急则是对平台巨头过往未提交经营者集中申报的合并事项在处罚的基础上进行审查，有排除限制竞争风险的应当解散已合并企业。

3.3. 管制的方式

承认占支配地位的平台作为自然垄断或是天然的寡头竞争，而转向寻求对其市场势力进行管制。新布兰代斯学派认为，可以对平台型企业采取公共事业管制和施加公共承运人责任的方式进行管制。^[7]在美国历史上，商品(水、电力、天然气)、交通(铁路)和通信(电报、电话)都以公共事业形式接受管制。而我国则是直接以自然垄断的方式由国企运营上述行业。由于几乎无法实现对平台型企业的国有化，如何管制具有公共利益属性的平台摆在面前。

首先是对于关键设施的认定。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第14条规定：“认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素。”而数字平台在国家产业政策的引导下壮大扩张，已逐步演变为某些领域的公共基础设施。^[17]

鉴于数字平台正日益成为互联网经济中的关键设施，因此，可以考虑在平台型企业管制中引入公共事业监管的元素。公共事业政策三大传统措施包括：非歧视的定价与服务、限制收费、对资本化和投资的约束，其中非歧视政策最适合解决当前的突出问题。平台型企业的纵向集中及其所带来的利益冲突，是引发该商业结构反竞争效应的主要忧虑来源，因而采用非歧视政策可有效抑制反竞争的风险。禁止平台型企业给予自营产品以及生态范围内企业特别优待，同时禁止对于消费者及其他竞争对手的差别待遇。允许平台企业继续涉足多行业、享受规模效应带来的利益，但同时限制其对自营业务的不公平地优待，或削弱其为获取市场优势，构筑市场势力而不公平地对待平台用户的能力。

将非歧视政策与公共承运人义务相结合，就要求平台对其他企业保持开放和公平对待，从而进一步限制其以反竞争的方式利用支配地位的能力。关键设施原则规定了自然垄断资产的开放利用，而这些资产是其他行业的必要投入，这就要求控制关键设施的垄断者以便利的方式向竞争对手授权。比如在纵向合并审查时附加要求企业对电子商务中的交易平台、物流网络等基础设施承担以非歧视的方式开放的限制。然而，强制要求企业将其资源开放给竞争者，不但对于该企业不公平，也会打击竞争者进行新的投入与开发的积极性。^[13]对于平台企业开放资源的补偿计算则是另一项新的挑战，由于数据具有非排他性的特点，这就意味着数据的拥有者开放其数据并不会对数据本身造成损害^[18]。尽管关键设施原则尚未在互联网经济领域得到应用，但该原则有助于在利用规模经济提高效益的同时，避免占市场优势地位的企业滥用市场势力，因而值得进一步的研究论证。

4. 结语

毋庸置疑，正是由于在互联网企业发展初期宽松的反垄断监管环境才使得平台经济得以迅速发展，极大地提高了经济运行效率。过于严苛的反垄断监管也可能阻碍创新，熊彼特的创新理论认为，垄断与创新之间天然联系，创新的动力来源于一定的垄断收益。因而把握效率与秩序之间的平衡至关重要。我国在产业发展过程中所利用的国有资本成分、大量数字平台出海上市所引发的数据风险、数字平台的国

际形象等,与美国的立场并不一致。这也是此前中央经济工作会议在“强化反垄断和防止资本无序扩张”的主旨下,仍重申“国家支持平台企业创新发展、增强国际竞争力”的应有之义。

我国反垄断的目标是多元的,而非单一的消费者福利,因而需构建符合我国国情和现实的经济分析方法。不应简单地依照美国所定义的行为垄断和结构性垄断二元划分,而应当从宏观政策的视角对平台型企业纵向集中与整体政治经济秩序的关系加以考量。就此而言,新布兰代斯学派对于平台型企业垄断的规制逻辑,其对事实层面的分析具有许多可供参考的价值,仅靠经济分析已对平台垄断无从下手。事中事后的规制已经难以满足对于超级平台型企业的规制,非竞争性多元价值评价标准和预防性反垄断规制理念可以更新传统的反垄断法规制逻辑。因而,在我国反垄断资源紧缺、法规不够健全、情势变化迅速、信息不对称的今天,将政治目标纳入反垄断的考量范围,展开宏观政策上抓大放小式的监管,[19]是反垄断执法必要的行动逻辑。另外,由于单纯的事前经营者集中审查所依据的量化后的竞争格局,不能准确地预测未来的市场状况和企业行为,会造成假阳性错误或假阴性错误。[20]因而应对纵向经营者集中从审查标准、预防性限制和管制等层面进行全方位的反垄断协调规制。

参考文献

- [1] 王晓晔. 企业合并中的反垄断问题[M]. 北京: 法律出版社, 1996: 5-17.
- [2] 汤文仙, 朱才斌. 国内外企业并购理论比较研究[J]. 经济经纬, 2004(5): 63-67.
- [3] 奥利弗·E. 威廉姆森. 反托拉斯经济学——兼并、协约和策略行为[M]. 北京: 经济科学出版社, 1999: 112.
- [4] 张维, 齐安甜. 企业并购理论研究评述[J]. 南开管理评论, 2002, 5(2): 21-26.
- [5] 陶娟. 收割者: 腾讯阿里的 20 万亿生态圈[EB/OL]. <http://www.xcf.cn/article/5f929c8a254b11ebbf3cd4c9efcfdeca.html>, 2023-10-07.
- [6] 杨东, 臧俊恒. 数字平台的反垄断规制[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2021, 74(2): 160-171.
- [7] Khan, L.M. (2017) Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 126, 710-805.
- [8] 陈兵. 因应超级平台对反垄断法规制的挑战[J]. 法学, 2020(2): 103-128.
- [9] 周围. 人工智能时代个性化定价算法的反垄断法规制[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2021, 74(1): 108-120.
- [10] 朱程程. 大数据杀熟的违法性分析与法律规制探究——基于消费者权益保护视角的分析[J]. 南方金融, 2020(4): 92-99.
- [11] 孙晋. 企业纵向合并的反垄断法问题初探[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2012, 65(2): 78-83.
- [12] 杨东. 论反垄断法的重构: 应对数字经济的挑战[J]. 中国法学, 2020(3): 206-222.
- [13] 丁晓东. 论数据垄断: 大数据视野下反垄断的法理思考[J]. 东方法学, 2021(3): 108-123.
- [14] 沈伟伟. 迈入“新镀金时代”: 美国反垄断的三次浪潮及对中国的启示[J]. 探索与争鸣, 2021(9): 66-76.
- [15] 刘旭. 原商务部反垄断官员“下凡”腾讯、阿里、美团为哪般?[EB/OL]. https://mp.weixin.qq.com/s/?_biz=MzUxMTE2MDI0MQ==&mid=2247483838&idx=1&sn=ff529f91b557deb3406f66fc28b3fd0d&chksm=f976bb60ce0132764eca2eeab8cb5862f66c338b90522ef0c4f7091cfff22a415b8775fd490df&token=9452241&lang=zh_CN#rd, 2018-08-02, 2023-10-07.
- [16] 翟巍. 超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式[J]. 财经法学, 2021(1): 18-31.
- [17] 张晨颖. 公共视角下的互联网平台反垄断规制[J]. 法学研究, 2021, 43(4): 149-170.
- [18] 曾彩霞, 朱学忠. 必要设施原则在大数据垄断规制中的适用[J]. 中国软科学, 2019(11): 55-63, 73.
- [19] 孔祥俊. 论互联网平台反垄断的宏观定位[J]. 比较法研究, 2021(2): 85-106.
- [20] 孙晋. 数据平台的反垄断监管[J]. 中国社会科学, 2021(5): 101-127.