

【经济法学】

论互联网平台反垄断的宏观定位

——基于政治、政策和法律的分析

孔祥俊

【摘要】反垄断法的定位取决于其独特的价值、目标和功能。反垄断法自始即具有重大的政治经济使命,可以成为有着宏大价值目标和强大经济调整功能的“超级法”。互联网产业在资本、技术和商业模式上的独特性,使平台易于触角广泛和有序扩张,具有反垄断的高关联度。互联网平台反垄断首先要在宏观价值上拓展思路和提高站位,又要积极寻求恰当的法律和经济的技术性路径。我国互联网平台反垄断不能轻言和盲从当今美欧的表面趋势,不汲汲于引领潮流和贡献经验,趋势之下可能掩盖着不同的利益诉求,而要一切服从和服务于我国数字经济的实质性发展利益,既要及时、积极和到位,又要适时、适度 and 谦抑,并始终以促进我国互联网产业创新发展和提升国际竞争力为目标。互联网平台反垄断应当坚持法治进路,构建相应的规则体系,并确保客观、中立和理性,防止非理性和情绪化。

【关键词】反垄断法;互联网平台;政治定位;政策分析;法治进路

【作者简介】孔祥俊,上海交通大学讲席教授,法学博士。

【原文出处】《比较法研究》(京),2021.2.85~106

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“数字网络空间的知识产权治理体系研究”(项目编号:19ZDA164)的阶段性成果。

一、引言

当前如火如荼的数字经济使反垄断法遭遇新挑战、产生新问题,美欧等众多国家都在积极开展反思和应对,互联网平台反垄断成为反垄断法的国际前沿领域。2020年12月以来,中央明确发出“强化反垄断和防止资本无序扩张”的号令,^①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》(2021年2月7日),阿里巴巴集团涉嫌实施垄断行为被立案调查(2020年2月2日),北京知识产权法院受理字节跳动公司诉腾讯公司滥用市场支配地位案(被称为“互联网平台反垄断第一案”)。^②这些事件具有标志性,预示我国互联网平台反垄断序幕已经拉开,将为我国反垄断书写浓重的一笔。当然,也有消极看待反垄断的声音。^③

无论是传统的还是前沿的领域,反垄断法从来

都有两个进路,即宏观进路与微观进路。宏观进路体现的是政治和政策的分析判断,微观进路侧重于经济的和法律的技术方法运用。反垄断天然地具有宏观价值,首先以政治和政策为主导。^④宏观进路通常考量反垄断的多元价值目标,注重把握反垄断的总体方向和走势,在此基础上决定具体的实施路径。如美国诺贝尔经济学奖获得者斯蒂格利茨在评价美国反垄断历程时所说,美国反垄断的“古典时期”,^⑤“反垄断法确实在美国发挥了作用。大型企业遭受了冲击,以垄断市场为目的的兼并行为受到了限制。但在随后的几十年里,法律的事业被交到了一群律师和保守派经济学家手中,他们缩小了反垄断权力的行使范围。这些人不关心市场势力对美国经济以及民主社会带来的严重负面影响,他们只想放任企业和商业利益的自由发展”。^⑥美国“古典时

期”的反垄断更重视多元价值的“远大目标”,^⑦而近几十年发生了以效率取向为主导的经济学分析变革,立足于消费者福利的单一目标,经济学成为反垄断政策的核心,反垄断甚至被视为经济学的延伸,^⑧反垄断呈现出技术主义姿态,由此导致反垄断法的实施趋于弱化,尤其是无法有效应对当前数字经济反垄断问题,导致美国国会和学界的反思和批判。^⑨在法律有重大转向时,宏观定位居于掌舵的位置,需要首先进行宏观的总体判断,确定宏观基调,然后开展方向性的具体实施,经济的和法律的技术性分析用于辅助宏观目标的实现。这种总体性的方法论适用于数字经济和互联网平台反垄断。

定位问题是互联网平台反垄断的基本问题,决定其基本走向、作为空间和施行路径。互联网平台反垄断是反垄断的重要领域,其定位首先取决于反垄断法一脉相承的价值与功能,又取决于此类反垄断的各种独特性。鉴于此,本文基于反垄断法的历史与现实,拟从政治、政策和法治三个维度,对当前互联网平台反垄断的宏观定位进行探讨。

二、反垄断法的政治定位

(一)反垄断的历史反思

现代反垄断法诞生于19世纪末叶,经历了20世纪迂回曲折的发展,21世纪以后又面临波澜壮阔的信息革命,进入互联网时代。正如美国反垄断学者所言,“每个时期都提出了有关支配企业、并购、合谋行为、纵向一体化、掠夺性定价、捆绑的效应以及其他问题。而每个时期都有反映那个时期目标与理解的反托拉斯政策来回答反托拉斯问题”。^⑩进入数字经济时代,网络科技行业迎来数十年未有之大变局,网络平台的反垄断又成为新焦点。互联网及平台经济既延续着反垄断的历史传统,又带来了反垄断的新问题。但是,解决当前问题不仅不能抛弃历史,反而经常需要回归历史,历史总会有惊人的相似,历史问题时常成为现实问题。比如,美国众议院司法委员会《数字市场竞争状况调查报告》关于解决当前反垄断法施行目标单一和失之过软的问题,首先建议国会考虑重申反垄断法的最初意图和多重目标。^⑪

互联网产业和平台企业具有规模经济、范围经济和网络外部性的优势,^⑫并获得了市场参与者的交易、结算等众多信息,取得客户和数据的优势。市场主体通过平台进行协调和开展交易,能够实现网络效应最大化,取得极高的市场效率。但是,互联网产业又是一个“高固定成本,低边际成本”的产业,天然地容易造成“赢家通吃”。比如,现有平台企业已经与潜在进入者在市场份额、客户、数据方面存在巨大的“鸿沟”,它们还在凭借这些优势,通过组建实业风险资本(Corporation Venture Capital, CVC)投资新的企业、孵化新的模式。平台经济的这种“赢家通吃”以及投资并购优势,易于演变为“通吃赢家”并长期维持垄断,就像传统经济中的铁路网、电网等基础设施,一旦占据市场支配地位就可形成长期的垄断,难以被其他公司较低成本地复制或者绕开。^⑬在互联网产业引领风骚的今天,互联网平台与垄断的密切结合度,^⑭使得互联网产业和平台成为反垄断的最热点领域,引起举世关注,自然不足为奇。

但是,从反垄断的历史长河来看,互联网平台遇到的反垄断问题并非都是新意。尽管平台反垄断具有技术和经济行为上的新元素,也促使在反垄断法上进行新思考,甚至创制出双边和多边市场、算法共谋等新术语新标准,但其涉及的反垄断基本问题仍具有历史的延续性。比如,反垄断法自其诞生之日起即存在保护竞争者还是保护消费者利益的争论。作为美国制定反托拉斯法重要诱因和针对对象的洛克菲勒石油托拉斯,在面对反垄断指控时就声称其在公司营业的最初20年中,通过降低生产销售成本,标准石油实际上降低了煤油价格,但其同样的策略将那些较小的、可以看作低效率的竞争者逐出市场。由此提出在发生此种利益冲突时,反垄断法是保护竞争者的利益,还是保护消费者的利益,以及反垄断法能否在不保护小竞争者的情况下,完成保护竞争过程的任务。再如,美国反托拉斯法施行初期,西奥多·罗斯福总统明确表示对垄断性的新产业阶层强烈反感,但他又是实用主义者而不是激进主义

者,认为现代企业是提高生产率和促进社会繁荣的推进器,相信产业集中可以实现规模经济,应当容忍能够为消费者提供公平价格的托拉斯,而将敲诈消费者的托拉斯踢出市场。“罗斯福希望与商界合作而不是对抗,但那些工业资本家们应当懂得谁才是大老板。大公司必须服从联邦政府。”^⑤当今山雨欲来的数字市场反垄断,何尝没有如此意蕴,其社会背景又何尝不似曾相识!诸如此类的问题实际上一直伴随着反垄断发展历程,只是不断改变着历史场景。即便对照当今的互联网平台反垄断,仍要回答这些基本问题。反垄断法的具体目标、价值和标准总是因应政治经济和社会条件的变化而变化,但又总是万变不离其宗,在变化中保持其本性。因此,历史从未远去,回顾和反思历史往往可以为解决现实问题提供有益的启示。

(二)反垄断法的政治使命

反垄断法是达成政治使命的工具。反垄断法及其诉讼主要是为了实施公共政策,^⑥是实现经济理想和政治目标的工具。^⑦

美国是反垄断的策源地。^⑧在一定意义上说,美国资本主义发展史就是一部垄断与反垄断的博弈史。美国反垄断法是携带政治使命而来的。^⑨“议会因民众的政治压力而颁布了谢尔曼法。”^⑩“在一个世纪的大部分时间里,美国反垄断法类同于市场的经济民主。”^⑪19世纪后期,美国面临市场势力不断增强的局面,经济不平等程度日益加剧,国会遂作出回应,颁布谢尔曼法等反垄断系列法律,以限制市场势力的扩张,打击企业和机构滥用市场势力行为。这些法律依据的信念是,“经济权力的集中将不可避免地导致政治权力的集中”。“反垄断政策并非建立在精细的经济分析基础上,它实际上是对社会和民主要求的响应。”^⑫而且,“在美国,竞争的基本价值一直被社会广泛认可,并且认可程度很高。正因有了这样的社会和政治价值的基础,竞争法理念才能在这里得到一如既往的支持。它使得反托拉斯在美国赢得了‘宗教’般的地位”。^⑬显然,反垄断法的总体目标明确、立意高远。

当时的反垄断法首先是为了解决政治的和社会的问题。“对市场势力的遏制不仅是经济层面的问题,不只关乎商品的定价权和工资的决定权,还有其他一系列涉及剥削消费者和工人的强权势力。”“市场势力能转化为政治强权。当一个国家的市场势力和财富高度集中时,这个国家就不可能实现真正的民主,这正是美国的现状。”“当这一切反映在社会现实上时,便呈现出另一种更为人知的结果:强权的反面是人民的无力感。太多的美国人对他们的医疗保险企业、互联网供应商、航空企业、电信企业以及银行机构感到失望透顶,他们对此心怀怨恨却无能为力。这种负面影响充斥着他们的个人生活及美国政治和社会的方方面面。人们总是感到自己别无选择。”^⑭垄断源于市场势力,并产生诸多超经济的政治和社会问题,因而注定了反垄断法的多重目标和多元价值,不仅包括保护消费者,还包括保护生产者、企业家、独立企业、开放市场、公平经济和民主理想。^⑮

谢尔曼法起源于政治需求,首先是需要从政治上遏制商业巨头。美国“一直存在着对大企业的民粹主义的敌意”。“‘产业集中’或‘大企业’之类的口号具有强大的政治力量。这些术语几乎没有提供任何可操作的规则,却让人联想到某种大、坏、强的事物,政府必须对其加以控制。”^⑯当时的商业巨头被认为已对政治构成威胁。经济学家张维迎先生指出:“在美国历史上,反垄断法一直被用来打击富有创造力和成功的公司,如1911年的标准石油公司,1945年的美国铝业公司,20世纪70年代的IBM公司,20世纪90年代的微软公司。这些公司都被指控垄断市场。事实是,从1870年到1897年,标准石油驱使煤油价格从30美分降到6美分;从1880年到1890年,它使石油价格下降61%;它还从石油中开发了300多种不同的副产品。美国铝业使铝锭的价格从1887年的每磅5美元降到1937年的每磅22美分。IBM和微软都是当时最具创造力的公司,是信息技术革命的主要推动力量。”^⑰尽管“反垄断法一直被用来打击富有创造力和成功的公司”的断言未必公允,但或许说

明,至少当时的反垄断首先不是基于经济效率等原因,而是基于遏制市场势力的政治考量。

反垄断法的政治使命是通过法律阐释加以实现的,而价值目标的阐释是实现反垄断法政治诉求的重要途径,实体法则在很大程度上是由价值目标塑造的。美国法院的一个关键作用是阐述反垄断法的价值目标,且在作出具体裁判时进行阐释,而不是以抽象形式为之。美国联邦法院在反垄断法施行的一个多世纪中,根据不断变化的条件作出反应,因时而变,发展出基础性的经济、社会和政治价值。这些目标“聚合在一个宽泛的、结构并不那么严密的混合体内”,包括消费者价格水平、公平(特别是对小企业而言)、对竞争者和潜在竞争者的机会公平、经济自由等。或许正是有了这个混合体,“反托拉斯法在政治上通常非常重要”。在20世纪70年代以前的古典时期,“人们通常使用政治修辞及带感情色彩的语言去描述反托拉斯法,这种陈述便反映了反托拉斯法与政治的共振”。^③总体上说,古典时期的反垄断目标虽然在表达上有点混乱,但显然是多元的。20世纪70年代以后的反托拉斯经济学革命为反托拉斯法阐释带来新工具,并用以实现放松管制、经济自由和效率之类的价值目标,其分析方法更为复杂和考量综合效果,而其价值目标更为明确单一。

美国反垄断法埋下了政治诉求的种子,但将反垄断法寄予政治诉求并非为美国所独有,特别是二战后其影响及于欧日。例如,二战后美国占领日本和德国之后,在当地推行反托拉斯法。“人民普遍认为,卡特尔和高级阶段的经济集中助长了日本军国主义和德国法西斯和军国主义的兴起,而竞争被誉为除掉这些恶果的良方。因此,在战争结束后的那段时期,美国官员要求在这两个国家推行竞争法并要求它们在占领结束时必须发布或者维持竞争法。美国政府还通过培训官员和教育学者来支持这两国新生的竞争法制度。”^④“战后初期,美国给一些欧洲国家特别是英国施加了不少压力,敦促他们颁布竞争法。美国及一些欧洲官员认为,竞争法是打击经济集中和卡特尔的工具,而正是这后两样东

西促成了德国和意大利的法西斯及其他地区的政治和经济弱点。”^⑤

德国20世纪30年代一群律师和经济学家开始系统探讨利用法律保护竞争过程的可能性,希望这样既可以应对魏玛时期的核心弱点(对经济力量的控制太少),又可以处理纳粹造成的不幸(政府对社会和经济生活控制太多),由此形成后来所称的“秩序自由主义”或者“弗赖堡学派”。弗赖堡学派寻求一种保护经济自由,使竞争免受国家和私人力量伤害的途径,并发展了一套更为精致的运用法律实现这一目的的概念,其中竞争法居于其核心,因为它提供了保护市场进程的最直接的手段,由此对已发展起来的集权国家重新进行建构和定向。其核心原则是,国家应选择一种基于竞争和经济自由的经济秩序或者体制,并致力于保护这种秩序——以竞争为中心的经济秩序。“国家的这种选择可被视为是通过了一部‘经济宪法’,如同用法律工具来保护政治宪法一样,国家也应该运用法律工具来保护这部经济宪法。竞争法被视为是保护这部经济宪法的核心工具。”^⑥1957年德国《反限制竞争法》是弗赖堡学派推动的结果,且成为欧洲第一部“现代”竞争法。^⑦“这部法律的指导目标是保护竞争过程不被私人经济力量扭曲。其核心理念是,法律应防止出现偏离弗赖堡学派所称‘完全竞争’(即没有企业有足够的力量去操纵价格或其他竞争条件)的情形。”^⑧当然,20世纪60年代,德国面临严峻的国际竞争挑战,原来追求“完全竞争”的理想模式受到阻碍,没有能力缔造出足够规模的企业去应对国际竞争,呼吁采取一种新模式,以增进竞争法的灵活性,减少对稳定的关注。^⑨可见,反垄断法与宏观的政治经济目标总是密不可分。“德国的竞争法模式具有最深的智识基础,也得到了最强力的政治支持。”而且,“它一直有力地影响着欧盟竞争法及许多欧洲国家竞争法的发展。”^⑩

二战后“经济公平”问题在欧洲高度敏感,成为欧洲国内政治的核心主题,要求国内政府打击企图维持或者加剧不平等经济力量的呼声高涨,竞争观

念变得更有吸引力。国内政客通过颁布竞争法,宣扬其减少对消费者剥削和对小企业损害的政治主张。^⑤后来,欧洲核心国家开始创制共同体,其初衷是为永久避免发生战争,单一市场和自由贸易被选定为实现路径,但成员国的龙头企业尤其是国有企业构成市场力量和市场障碍,欧共体竞争条款被赋予防止私人力量和特权型企业阻碍经济共同体计划的功能。这显然是一种宏大的政治使命。^⑥

综上,政治是经济的集中体现,经济是政治的核心内容,二者互为表里。反垄断法不是一般的部门法,而首先有宏大的政治使命和政治目标,旨在对竞争自由、市场结构和市场运行进行宏观性和基础性的调整,甚至以此传导更为重大的政治使命,因而决定着经济的安全和繁荣。反垄断法的如此定位既是反垄断法与生俱来的本性、天职和使命,同时也可以作为寄予反垄断法的期许和潜能。即便特定时期反垄断法没有现实地发挥如此作用,但仍是一种“卧龙”和“睡狮”,不排除其天然地具有此种潜质。一旦条件具备和产生现实需求,这种潜能就可以呼之即出和召之即来。

(三)反垄断法的“超级法”属性

反垄断法被称为“经济宪法”,是具有宏大意义的超级法。出于政治或者政策的考量它可以被闲置,但一旦启用即具有超级威力,可以力挽狂澜。这归根结底源于它本身的政治定位。

例如,美国反垄断法被认为与宪法具有近似性,即“具有类似的广泛效力,具有相同的一般发展方式,以及涉及未解决的基本问题”。广泛效力是指反托拉斯适用于广泛的经济活动,涵盖除特别情形外的几乎各种交易。“像宪法那样,反托拉斯法严重影响这个国家的公民的日常事务。”反托拉斯法是由包含像宪法那样的广泛的禁止和授权所组成的联邦制定法。谢尔曼法由此被美国最高法院称为“经济自由的宪章”,并一直将其像宪法条款那样对待。反托拉斯法的一般目标是促进竞争,但这只是一种基本政策导向的宣言,这种导向经常不能指导法律条款的具体适用,反托拉斯法的措辞不确定,且不断变

动,确定“竞争”之类的含义要求回答那些并未解决的基本问题,除非基于个人价值。^⑦“在美国,法官印象中的谢尔曼法是‘经济宪法’,加上美国人对宪法作用的概念,美国法官一直努力使其语言能适应变化了的社会和经济条件。”“联邦法院法官在创造并详述反托拉斯实体法时,会受到各种各样的影响。至少直到晚近,他们还认为其作用之一是代表人民的意愿,并试图在反托拉斯判决中反映自己对社会价值的理解。”^⑧

反垄断法影响大企业的行为,首先涉及宏大叙事,有能力驾驭经济结构和市场行为。美国反托拉斯法被联邦法院发展出经济、社会和政治价值,以此作为反托拉斯判决推理的源泉。“在整个古典时期,人们常用政治修辞及带感情色彩的语言去描述反托拉斯法,这种大陈述便反映了反托拉斯法与政治的共振。”^⑨例如,马歇尔大法官于1972年写过如下一段话:“总体而言,反托拉斯法,特别是谢尔曼法,是自由企业宪章。对于保障经济自由以及我们的自由企业体系,它们的重要性堪比保护根本的个人自由的权利法案。”^⑩“竞争法领域的决定常常产生深远的经济甚至政治后果,往往会影响一国境内竞争的标准、条件和模式,由此对许多国内企业及整体经济造成重大影响。”^⑪

美国作为现代反垄断法的创始国,美国国会创制谢尔曼法是“在创造一种全新的东西”,立法当时“没有其他模板或经验可供参考或比较,也没有什么学术文章可以提供指引,或阐释可能的选择方案及可能的后果”。^⑫美国最先定义了反垄断法,为反垄断法植入了理念和制度的基因和框架。二战以后美国通过对德日的战后影响,通过以其政治经济实力为基础的域外管辖,通过学术交流输出以及各种国际组织和合作,使其反垄断法的理念和制度在世界范围内开枝散叶,发挥独一无二的影响力。当然,美国制度有其独特的国情渊源,其他国家不可能完全复制其制度和经验,但就反垄断法的基本定位、基本架构及基本功能而言,却具有很大程度上的国际共通性。

反垄断法的“超级法”属性,使其具有宏观的调控能力,能够成为国家和政府掌控经济的重要工具,可以影响国计民生的重要走向。^④政府拥有的反垄断执法能力,更可以使其具有明确的目标性和主动性,可以使政府在调控经济和控制市场势力中如虎添翼。

我国反垄断的定位不可能人为地去拔高,归根结底取决于对竞争在我国市场经济体系中地位的追求和认识,取决于如何培育我国的竞争文化和信念。我国反垄断法颁布十几年来,虽然已通过个别大要案的查处和巨额罚款而初步彰显了威力,但无论是其调整领域还是调整强度,都远没有系统性和宏观性地展现出宏大的政治定位和“超级法”的面貌,还远不是“经济宪法”,但这并不妨碍对其从“超级法”的定位和潜能上给予认识和期许。近年来,国内外发展环境剧变,国际国内双循环发展战略的推行以及构建高标准的完善市场体制的深层次要求,尤其是逐步推进由产业政策到竞争政策的转变,以及反垄断民意汹涌和呼声高涨,在此背景下提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”,当是一种战略性的定位、转变和部署,展示的是国家通过反垄断法调控经济和推进市场化改革的决心和思路,而不是一项简单的经济任务和法律实施部署,因而应该视为将反垄断推到了前所未有的政治和经济位置,是将其作为影响国计民生的重要举措,是需要从政治的和宏观的角度认识和把握反垄断法的重要契机。

三、当前互联网平台反垄断的政策分析

(一)反垄断法:政治、政策与法律的调和器

反垄断法是政治、政策与法律的绝佳调和器,也是可以融合这些因素的统一体。反垄断法怀揣宏大的理想,理想是其灵魂。同时,它又通过特定的路径方法将理想转化为现实。政治和政策承载了反垄断法的理想,是“道”;路径方法则是落实理想的工具,是“术”和“器”。比如,美国反垄断法古典时期的理想是使其发挥经济宪法的作用,特别是追求经济自由和反对市场势力,而法经济学变革时期更为关注不干预主义和市场效率。当然,各个时期的理想都

不能脱离当时的政治、经济和社会条件。反垄断法则“为管理者和政治领袖提供了既能影响企业的行为,又能与市场的理论和逻辑保持一致的工具”。^⑤

反垄断可以基于宏观的政治和政策立意,但又找到恰当、扎实和严谨的法律实现路径。反垄断法“首先而且显然是法律”,但又不同于一般法律。^⑥它与政治和政策的交集深刻,在很大程度上是对政治和经济政策的贯彻。政治和政策定位与法律实施存在互动的关系。反垄断法毕竟是法律,可以以政治和政策进行定位,但须以法律和法治方式加以落实。无论是完全脱离政治和政策的法律还是完全脱离法律的政治和政策,都不切实际。当然,政治和政策在反垄断法施行中的展现程度和方式应时而变,政治和政策总是或明或暗、或强或弱地穿梭于反垄断法律实施中间。欧洲有偏政治和政策的时期,但后来更多地转向法律。^⑦美国执法一直有摇摆,其中决定摇摆的是政治和政策,但最终会一统于法律。我国当前已从政治和政策上对反垄断进行定位和发动,接下来要看反垄断法的具体落实行动。政治和政策代表了选择方法与选择方向,是更为根本层面的取舍,法律则是政治和政策的落实、载体和实现路径。一旦选择了方向和落实到法律,则要按照法律运作。

例如,如前文斯蒂格利茨所说,美国反垄断法的“古典时期”,反垄断法发挥积极作用,“大型企业遭受了冲击,以垄断市场为目的的兼并行为受到了限制”。但在随后的几十年里,技术主义逐渐占据上风,“一群律师和保守派经济学家”“缩小了反垄断权力的行使范围”,“只想放任企业和商业利益的自由发展”。^⑧显然,“缩小反垄断权力”虽然是通过法经济学的变革实现的,但变革却是宏观政治和政策思路改变的反映和结果。透过技术主义的表象,所承载的却是不干预的市场经济理想,技术主义只是实现这种理想的阶段性策略而已。

20世纪70年代开始的反垄断法经济学运动之所以能够大行其道,首先不是学术推动和方法变革的结果,而源于当时国内外形势变化的要求。竞争

环境变化是因,理论和方法的变革是果。学术理论和分析方法的变革是为实现经济变革和政治诉求服务的,法经济学方法只是被认为是恰当的服务目标变革的政策工具。首先,反垄断变革是美国企业遭遇巨大国际竞争压力的产物。此前美国反垄断关注的是国内事务,但20世纪70年代的石油危机刺激了美国经济与外部世界之间的联系,也粉碎了美国反垄断法律和政策可以只关心自身国内效果梦想。当时美元汇率的变化,既使美国公司在海外投资取得巨大成功,又促进美国市场的开放及欧洲和日本企业对美投资,使得美国汽车等产业在美国市场和国际市场上面临更为激烈的竞争,且欧洲和日本企业展现了越来越强大的竞争力,使美国公司对国际竞争倍加敏感和压力。美国产业界抱怨反垄断法给美国企业带来高额成本,使美国企业处于不利的国际竞争地位。因为当时的反垄断执法标准不一,难以捉摸,且执法标准严格,违法行为广泛,使企业承受重大反垄断成本。相比之下,绝大多数外国竞争者要么没有类似的竞争法负担(如日本),要么这种负担不为美国人所知(如德国),美国一些企业尖刻地抱怨反垄断法影响了它们的全球地位,使其在全球竞争中遭受不利,它们感到不公平。这些抱怨促动了美国经济政策的变革,逐渐将视角由美国国内转向全球市场竞争,也引发对美国反垄断法及其作用的质疑。其次,法经济学派生逢其时。当时恰逢美国出现了一个研究经济与法律关系的学术流派,且已在几所大学和智库发展了几十年,已发展出比较成熟、能够为反垄断目标和方法提供另一套观念的学术体系。随着国外竞争威胁的与日俱增,这套理论体系和方法逐渐被接受和落地,这就是反垄断的法经济学革命逐渐居于中心地位的动因和由来,其目的和结果是给美国企业在反垄断法上“松绑”,放松执法标准,减少违法行为和降低不稳定性,从而降低反垄断压力和成本,使美国公司在国际竞争中轻装上阵。^⑨再次,政治因素。里根任总统期间发起了“不干涉商业”的政治风潮,对政府“干预”经济表示反感,恰与保守的新古典经济学不谋而合。里根任

命一大批保守派联邦法官,这些人基本上支持法经济学方法。^⑩法经济学变革大大弱化了执法,削弱了竞争。^⑪如美国众议院司法委员会《数字市场竞争状况调查报告》指出,近几十年法院把狭义的“消费者福利”作为反垄断法的唯一目标,将竞争损害的分析限制在主要关注价格和产出而不是竞争过程上,且持有反垄断法的执行不力优于过度强化的立场;美国司法部和联邦贸易委员会狭隘地看待自己的法律权限,并发布对市场势力及其滥用高度宽容的指南,加剧了这种状况。^⑫

随着形势的变化,近年来这种状况已引起越来越多的批评和反思,其显现的后果如沃伦参议员所说,当今美国“竞争正在消亡。并购和集中在各个行业中层出不穷。集中威胁着我们的市场,威胁着我们的经济,威胁着我们的民主”。^⑬“当代批评中表达的日益强烈的担忧是,20世纪70年代中期以来的发展已经把反托拉斯法的力量耗尽。”执法机关和法院被指责为未能保护竞争和严重损害了经济,形成政策失误。论者将这种失误的原因归结为:忽视美国制定反托拉斯法时追求的平等主义目标,支持以效率为本位的目标框架;司法固守落后的产业经济学观点;联邦执法机构被潜在的执法对象俘获而造成执法软弱,反托拉斯执法宽松;司法判决缩小了反托拉斯法的范围。这些不满引起大范围的讨论,使得重新定位反垄断政策和采取其他政策增强竞争的呼声高涨。尤其是主张对主要科技公司(科技巨头)及农业和制药等支配地位企业的行为施加严格控制。在批评和压力之下,执法机构正在把今后20年变成一个专门针对数字平台采取持续、有效的反托拉斯行动的时代。^⑭当前数字市场反垄断已汹汹而来,预示反垄断的目标和方法正在转变。

我国反垄断法同样是怀揣理想,如为了建立一种高标准和完善的市场经济体制,同时又是以法的形式和路径付诸实施。当前我国深化改革的重要内涵是深化市场化改革,改善和强化反垄断显然是实现完善市场体制的重要途径。在大数据时代,平台经济成为全球经济发展的最大驱动力,其正在深入

渗透到经济社会生活的方方面面,正在改变与重塑人们的行为方式、企业的商业模式、行业及市场的业态,甚至正在改变不少传统产品及服务的性质、经济资源配置的方式等。平台经济对整个人类社会经济生活所产生的影响与冲击前所未有。当前垄断尤其是互联网平台垄断广受关注,对于市场经济的正常运行产生重大影响,且随着超级互联网平台资本扩张甚至对于社会等更为广泛的生活的渗透,引发对国家安全、经济安全和民生保障等方面的担忧。当前以反垄断遏制市场势力和资本无序扩张,正是反垄断法一展身手的契机。反垄断既能传递和实现政治目标,又将垄断性企业纳入法律轨道,因而可以实现政治、政策与法律的较好契合。我国反垄断的目标应该是多元的,不太可能限于单一目标,政治、政策与法律的结合至关重要。

(二)我国互联网平台反垄断的政策定位

2020年12月11日中央政治局会议首提“强化反垄断和防止资本无序扩张”以后,反垄断问题引起广泛关注和热议,各种声音纷然杂陈,莫衷一是。互联网平台的反垄断问题尤其成为焦点。2020年年底召开的中央经济工作会议重提这一议题,将其列入2021年要抓好的重点任务之一,并画龙点睛地明确了强化反垄断的目标、方向和工作要求。特别是,会议在提出“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”的总态度和总要求的同时,又明确提出“国家支持平台企业创新发展、增强国际竞争力”等要求。这表明,“支持平台企业创新发展”仍是国家的基本定位,同时要求“要依法规范发展”,并将“完善平台企业垄断认定”等明确为平台企业反垄断的工作重点。

与许多新生事物一样,互联网企业的发展经历了先发展后规范的历程。总体上说,发展之初各种问题还不清晰,需要观察思考,需要留足发展空间,因而需要包容审慎。前些年,国家对于互联网企业的监管采取了包容审慎的态度,为互联网企业的发展营造了宽松的环境和足够的空间,赢得了发展时间,使得互联网产业一路高歌突飞猛进。时至今日,

互联网企业日益壮大,数字经济水平迅速提高,发展中的垄断等各种问题日趋突出,也说明互联网产业正在进入新的发展阶段。中央审时度势,及时发出了强化监管的声音,平台经济从此步入加强监管之下的发展和规范并重的新阶段。正如中央所指出的,“反垄断、反不正当竞争,是完善社会主义市场经济体制、推动高质量发展的内在要求”。^⑤

先发展后规范、先宽容后严厉和先混乱后有序,经常是新兴产业发展的重要规律。例如,美国是互联网产业的领先者,当今互联网巨头的早期发展既直接得益于美国对微软等的反垄断,使得像微软这样的垄断者不敢轻易将创新企业扼杀于摇篮,但更直接得益于美国互联网产业发展初期的法律变革,如在劳动合同法上的改革,在隐私保护上的放松,在电信法、千禧年版权法中创设的“避风港”制度。这些宽松、宽容的法律氛围直接促成了互联网产业的异军突起和互联网巨头的应运而生。^⑥但是,在互联网巨头又频频“作恶”的今天,美国又祭起反垄断大旗,一时间多措并举,对平台的反垄断风起云涌。^⑦

我国在互联网创业初期,对于互联网产业的监管总体上非常宽松。例如,从事搜索业务的互联网企业是PC时代互联网产业的代表,这些企业在很大程度上依靠丰富的免费作品资源和宽松的版权保护,低成本赚取了流量,迅速完成原始积累。当时司法解释和行政法规通过及时进行“避风港”等责任和风险限制上的制度创新,为互联网产业的兴起撑起必要的保护伞。到了移动互联时代,版权运营和版权保护成为重要产业,电子商务突飞猛进,无论是版权保护还是电子商务立法,都逐渐由“避风港”转变到“紧箍咒”,都在不断加重平台责任。到了今天,互联网产业日趋强大,触角渐趋广泛,垄断问题备受关注,如不进行全面规范就会有野马脱缰的风险,因而中央及时发出强化反垄断和制止资本无序扩张的号令。可以说,互联网产业的全面规范和加强监管正当其时。

总体上说,新时期新阶段互联网产业的监管必然呈现出以下态势:由更多的“野蛮”生长、自律生长

到更多的有序生长;由更多的被动监管到更多的主动规范;由单项的规范到系统的治理;由包容性宽容性的发展为主到监管与发展并重。而且,反垄断法适用于任何行业,互联网产业从来不是法外之地,前些年最高人民法院即依据反垄断法裁判了涉“3Q大战”垄断案件。^⑤但是,互联网产业毕竟有反垄断的特殊情况,在其反垄断意义重大的情况下,对于互联网产业可以建立针对性、体系化的规范,进行量身定做的系统性监管。

(三)互联网平台反垄断中的规范与发展

从国际范围看,我国互联网产业独树一帜,甚至在有些方面与美国齐头并进,成为我国的优势产业,但互联网产业的国际竞争依然激烈,参与国际竞争仍需要有更加强有力的国内发展支撑。从国内来看,互联网产业的兴起是技术和产业创新发展的产物,其在发展过程中又不断推动技术、业态和商业模式的创新,甚至正在成为新产业革命的引擎。^⑥无论是国际竞争还是国内发展,互联网产业发展仍是进行时,而不是完成时,仍是朝阳产业。同时,进入数字经济时代,网络平台的反垄断又成为新焦点。巨大的市场和发展潜力导致互联网经营者之间的竞争与博弈日渐白热化,平台“二选一”“大数据杀熟”、算法合谋、扼杀性收购等颇具争议的竞争和经营手段,引发了广泛的关注和讨论。互联网产业发展到一定阶段、一定程度和一定规模,又出现了平台企业遏制创新和竞争、损害消费者福利的情形,对此应当坚决遏制。但是,应当清醒地看到,现在互联网产业出现的垄断问题,仍然是发展中的阶段性问题,仍需要根据发展需求和阶段性特征,通过包括加强监管在内的方式加以有效解决,但归根结底仍需要以发展的眼光和方式进行解决,依靠发展进行解决,并且在解决中获得更好的发展,而不是遏制其发展。中央对此清楚地指出,反垄断是为了“完善社会主义市场经济体制、推动高质量发展”。中央的明确态度,显然对于纠正当前的一些片面的过激认识应景及时和至关重要。

反垄断法是维护竞争自由、完善市场结构和保

障竞争秩序的“经济宪法”。反垄断法有独特的作用方式和调整特性,反垄断的定位和取向从来都需要立足本国的发展实际。当下美国和欧盟似乎都对互联网平台巨头挥起反垄断大棒,众多国家都在开展数字经济反垄断议程,^⑦但表象之下很可能各怀心事和各有诉求。对当今国际反垄断潮流应当进行深度的背景和原因分析,关注总体趋势之下实质取向的差异,“看热闹更看门道”,防止轻率地认同某种趋势。

比如,美国反垄断执法经常摇摆不定和时松时紧,也经常充满争议,但总体上还是有效保障了竞争自由。综观美国反垄断法历史,有一种笼统的印象是,它更像是一把高悬的利剑,规则甚严,但执行中还算宽松。特别是在当今时代,它经常引而不发,时常高高举起轻轻放下,雷声大雨点小,以轰轰烈烈开始,以达成妥协结束。而且,美国已很少通过拆分的极端方式制止垄断。但是,妥协的结果恰恰就是公约数,即以适度的成本叫停了垄断行为和保护了消费者福利,达致各方利益的平衡,最终结果是促进产业的健康发展。^⑧最近,美国国会关于数字市场反垄断的高调行动,更像是形成一种反垄断的高压态势,并不产生直接的法律效力。鉴于反垄断执法司法的独立性,国会行动对于反垄断法执行走向的具体影响还有待于观察。即便导致执法方向上的转变,也会有传导效应上的时间差,且最终会达成一个多种目标能够调和的结果。美国始终处于科技创新和产业发展的引领地位,美国的相关法律和执法始终都将促进产业创新发展作为重要考量,互联网产业的发展历程就很典型。

相反,欧盟国家不具有发展互联网产业的天然优势,欧盟国家更像是互联网产业的使用者,而不是产出者。因而,欧盟反垄断执法给人的印象是,虽然在重罚上不遗余力,但通常是下重手遏制谷歌等美国互联网巨头,^⑨且无论如何重罚都不会担心对欧盟互联网产业造成伤害,反而可能为其本土产业谋取适当的发展空间。^⑩当然,这只是对欧盟反垄断动向的一种分析。从法律层面上看,欧盟竞争法对于滥

用市场支配地位规定的门槛较低,在同样情况下比在美国更容易认定构成垄断行为。^④

因此,各国互联网产业结构、产业利益和发展需求各不相同,在数字经济反垄断成为重要国际趋势的表象之下,可能掩藏了不同的国家利益目标追求,对此应当注意甄别。我们不能轻言和盲从国际趋势,更应该关注趋势下的实质性国家发展利益,据此进行政策的取舍和执法的定位。就互联网产业利益而言,我国与美国的情形更为接近,^⑤在互联网领域的反垄断上应当较多地考虑如何促进产业发展,既强化反垄断又防止伤筋动骨,既加上“紧箍咒”又确保产业活力,反垄断的最终目的是促进又好又快的高质量发展。发展一定是反垄断的必然取向。例如,2020年年底中央经济工作会议显然强调了以发展为主线,以满足人民日益增长的美好生活需要为根本目的。发展是会议的主基调,会议通篇贯穿了要发展和发展好的理念。“立足新发展阶段,贯彻新发展理念,构建新发展格局,以推动高质量发展为主题,以深化供给侧结构性改革为主线,以改革创新为根本动力”,无不以新时期新阶段的发展为立足点和出发点。会议对于各项工作的统筹和部署无不以发展为依归。会议特别强调,“要大力发展数字经济,加大新型基础设施投资力度”。构建新发展格局,“必须构建高水平社会主义市场经济体制”,“促进公平竞争,保护知识产权,建设统一大市场,营造市场化、法治化、国际化营商环境”。^⑥反垄断是为了更好的发展,也是为了更好地服务发展。

四、互联网平台反垄断的法治进路

政治和政策在反垄断法的施行中应当限于宏观判断、宏观指导和宏观推动,具体的法律实施和反垄断行动仍需要留给法律分析,尽可能保持法律实施的完整、客观、中立和遵循正当程序。

(一)反垄断的法治走向

反垄断的法治走向不能徒托空言,而必须通过制度进行落实和加以保障,尤其是由实施体制与实施方法所决定。实施体制和方法也是检验反垄断法治程度的试金石。

反垄断法“首先而且显然是法律”。这是反垄断法鲜明的毫不隐晦的基本法治定位。“竞争法是‘法’而不是‘规制’。一般情况下,竞争法渗透着法的客观性、稳定性以及方法论特征。有了它,官员们就可以免受这样的控诉:官员们是在主观地运用职权或为一己利益行事。上述情况能在多大程度上发生取决于两点:一是政府自身的特点;二是‘法治’原则在这个社会究竟有多大的分量。”^⑦在经济学貌似占据反垄断法核心的场景下,强调“首先而且显然是法律”的论断,具有重要的认识和定位价值。这表明,不论经济学的影响有多大,经济分析终究是实施法律的具体路径和工具,仍然运行在法律的轨道内,所改变的只是法律的实施路径和具体结果。即便颠覆了法律实施的走向和结果,也仍是法律实施的变化,仍是在法治的框架内运行,并没有改变法律实施本身的属性。各国反垄断的法治路径不尽一致,但都在向法治靠拢。

例如,美国反垄断有公共执行与私人执行两条基本路径。反垄断执法官员是政治任命,因而被期望遵循本届政府的政策目标,其反垄断执法难免在不同程度上为政治影响所左右。例如,在可被视为互联网反垄断先声的微软垄断案中,2000年美国联邦地区法院裁决将微软公司分拆为两个独立公司,以防止其利用计算机系统上的垄断地位损害竞争,后来因总统更换,微软与司法部达成和解,微软作出停止滥用行为的承诺,换取了避免被分拆。这种政治因素的变换导致了微软反垄断结果的改变。但是,政治因素的影响并不被视为严重的问题,因为人们期望联邦法院会限制政治因素对法律形成的影响,期望法院保护反托拉斯法的完整性和技术性。^⑧当然,经济学革命在反垄断中的成功,也助长了人们对经济分析支撑下的反垄断中立施行的信心。^⑨况且,反垄断私人诉讼在美国反垄断法中居于重要地位。无论是由公共机构提起的反垄断诉讼,还是私人诉讼,最终都是由法院在美国法律的体系中发挥关键作用,因而就被认为是法治主导下的反垄断。^⑩

哈佛学派、芝加哥学派及后芝加哥学派之类的经济学说,都有其学说上的目标性和体系性,并为反垄断分析提供了近乎主导性的经济学语言和工具,有些美国反垄断学者甚至将经济学理论奉为至上(如 Hovenkamp 教授)。^①但是,正如有的学者所说,反托拉斯毕竟是“司法至上,也即法律尤其是更高级的宪法至上,法律排在经济学的前列”,“(不管是政府诉讼还是私人诉讼)塑造竞争政策的是法院”。^②而且,如肯尼迪大法官所说,^③“市场的现实”(“the realities” of the market)及其正义的实现具有复杂性,“是司法而不是经济学理论在应对这些复杂性上具有更强的能力”。^④法律和司法的逻辑毕竟与学说理论逻辑不同。如在 Eastman Kodak 案中,司法程序的辩论主义以及基于实用主义的、证据的和诉求的合理原则分析结构(the pragmatic, evidence-and argument-based structure of rule of reason analysis),造成法官采纳了与芝加哥学派观点不同的经济解释。^⑤

德国的反垄断制度设计刻意地强化法治机制,并影响了欧盟竞争法的制度设计。1957年德国《反限制竞争法》是弗赖堡学派推动的结果,且成为欧洲第一部“现代”竞争法。该法虽由行政机关执行,但最为重要的是采取了“法制”体系,即行政决定的方法和程序是“发展较为成熟的司法方法及程序”,而不是“以国民经济政策考量为基础做决定”。“竞争法是稳定的‘法’——而不仅仅是政策。”^⑥“联邦卡特尔局的基本职责是解释和适用法律规范,而不是决定或执行具体的政策。这一特点也反映在内部程序中。‘决策部门’的决策程序在很大程度上采用的是司法模式。他们必须使用法院确立已久的法律推理方式来论证决策的正当性。为了强调联邦卡特尔局运作的司法性质以及其置身普通行政体系之外的特殊地位,法律规定,办公室所作的决定要受普通法院司法审查的制约(而不是像通常的行政行为那样由行政法院来复审)。司法审查的标准是,联邦卡特尔局是否适当地解释和运用了成文法,而不是像普通行政审查那样,以行政机构是否滥用了自由裁量权为审查标准。总体说来,联邦卡特尔局的行动可被

上诉至专门的联邦上诉法院,上诉法院的判决还可再被上诉至联邦最高法院。通常处理竞争法案件的法官都是竞争法界的要人。”^⑦

德国竞争法是二战后德国倡导的社会市场经济理念的核心组成部分,其基本思想是,市场是社会的一部分,应服务于社会需要,但社会也负有支持竞争的责任。竞争法是达成这个“使命”的关键。“成文法的语言和结构就是为了适应这个‘使命’而设计的。竞争法使用的语言足够抽象,可以为行为提供广泛的指引,同时又足够具体,使得联邦卡特尔局和法院可以成功地解释它们。”^⑧“德国法与欧洲同时期的一些竞争法(如英国法)不同,它关注的重点是行为的经济效果而非其形式特征。这就最大程度地减少了分析时的形式主义,也减少了企业通过操纵立法来逃避法律适用的情形。”^⑨

二战后其他欧洲国家虽然开始重视竞争,但起初的几十年普遍采取了竞争的行政管制模式,即竞争规范重行为后果而轻行为特征,重行政裁量而轻法律程序,重政治和政策意愿而轻法律效果,重竞争的工具性而轻法治理性,采取“软性”执法。20世纪八九十年代以后,逐渐重视“司法化”和法治化。^⑩

法治的突出体现是,反垄断必须依法律进行,反垄断程序具有正当性,行政决定受司法审查,法院在法律解释中居于核心作用。我国反垄断法可用以达成宏观的政治和政策目标,但其施行应当遵循法治路径,强化法治理念和法律方法,特别是尊重反垄断执法的稳定性、可预见性、正当程序性等实体和程序价值。中央经济工作会议提出的“依法规范发展,健全数字规则”,“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”,^⑪显然充分体现了法治精神、思维和路径。当前社会对于互联网平台反垄断有较高的民众情绪化和似是而非的模糊认识,强化法治治理别具价值。

(二)反垄断的目标主义与技术主义

反垄断的宏观价值目标是决定性的,技术性方法无论多么精密,均以有效实现价值目标为依归,不能舍本逐末。如斯蒂格利茨所说,“反垄断政策并非

建立在精细的经济分析基础上,它实际上是对社会和民主要求的响应”。^⑧在美国整个反垄断实施的过程中,政治利益与经济利益交织,反垄断法的实施力度随之波动和变化。但是,只要经济势力威胁到政治和经济安全,美国政府就会挥起反垄断法的大棒。例如,20世纪初期对于石油等巨无霸的分拆,近年来对于互联网巨头的反垄断遏制,都具有深厚的政治经济背景。即便是法经济学革命之后,经济分析对于效率、消费者福利之类目标的锁定,也是为保守的政治经济理想服务。

我国反垄断法既有其宏观的价值目标,又通过特定方法加以落实。反垄断法首先要实现宏观功能,履行管控经济力量的使命,看重的是政治的 and 政策的因素,重视进行政治和政策上的宏观性把握和判断,旨在维护政治安全、经济安全和保护重大国家利益,以此决定阶段性反垄断的宽严松紧问题。反垄断法又通过法律的和经济的方式实现功能,实现特定的政治经济目标。技术主义不过是反垄断所展现的一种策略和进路,而不是对于反垄断法功能属性的消解。宏观定位决定了反垄断法的具体走向,技术性方法保障目标价值的有效实现。当然,宏观定位不是随意和任性,应当是具有相对稳定性和可预见性的“气候”,不是变化多端难以捉摸的“天气”。

美国学者有运动型反垄断法(the movement anti-trust)与技术型反垄断法(the technical antitrust)的说法,且认为当今美国反垄断法在追求两者之间陷入两难的境地,即一方面它追求旨在界定和实施合理经济目标的技术规则;另一方面,一场新反垄断“运动”的政治呼声日益高涨,而这场运动所追求的目标有多种不同的界定,如反对产业集中、限制大企业的经济或政治力量、纠正财富分配不均、控制高利润、提高工资或保护小企业。“运动型”的反垄断,表现为政客和大众媒体吁请制定一套力度更强、调整面更广的反垄断法规则,以更好地服务美国经济中的各个选民阵营。运动的参与者往往对经济学缺乏深刻的理解,对竞争政策能够实现的目标抱有极其不切

实际的期望,并持有相互不一致甚至不连贯的目标。但相当严重的不信任和偏执随之而来,大部分是针对大企业的。技术型反垄断法关注的是反垄断背后的正当程序、经济效率、可操作性和可检验性问题,并以反垄断法所能合理实现的最佳社会状态的图景为目标,在约束反垄断政策制定机构的现实框架下,依靠证据和专家发展一种实现这些理想状态的方法。实现这些目标的方法可能存在争议,但其目标是融贯的。例如,美国反垄断追求实现的最主要目标是某种效率概念(包括配置效率和生产效率)、程序性正当程序和联邦制。在某些情况下,效率需要与正当程序或联邦制进行权衡。^⑨显而易见,“运动型”与“技术型”显然是具有不同理念和方法的两种平行的反垄断法施行类型,不同于本文所称目标主义与技术主义。目标主义与技术主义不是两种平行的反垄断法施行类型,而是同一反垄断法施行的不同层面和序列,体现的是价值目标与贯彻路径的关系。

在反垄断的目标与技术之间,目标是指针,技术是路径。纵观反垄断法的历史,目标可能是多元和多变的,而路径也不断发展变化。技术的发展和发达首先是因应实现目标的需要,需要与目标相匹配,没有脱离目标而发展的纯粹技术性路径。首先,反垄断的技术路径没有绝对的正误之分,但可能有发达与否之别。在反垄断的历史进程中,不同时期的反垄断技术反映了当时的认识和经验,但始终与实现当时的反垄断目标相参照。基于当时的认识和经验而选择的技术,或许对于当时的目标而言是最优的。其次,精细化通常是反垄断技术路径逐渐发达的象征。例如,在美国反垄断的古典时期,反垄断的目标和技术路径相对混杂,也使得反垄断的分析方法和结果可能混乱多变。法经济学革命以后,反垄断的技术进路渐趋统一和纯粹,结果的预见性更强。但是,旅途不是目的地,技术路径最终总是以是否符合目的为检验标准。当然,技术路径也具有一定的相对独立性,需要不断反映学术研究和实践经验带来的新认识。

反垄断法的施行不能简单地采纳某种理论学说。经济学说与反垄断有较高的关联度,理论学说可以为反垄断的技术路径提供供给和分析工具,但反垄断执法不宜简单地以特定理论学说为衡量标准,而更注重追求与目标相一致的结果。例如,20世纪七八十年代美国反垄断政策发生变化,反垄断法的干预性降低,并对当时通行的经济理论更为敏感。这种技术型反垄断法的理论支持主要源于哈佛学派和芝加哥学派,它们最初也有不同的立场,但在20世纪60年代末和70年代开始趋同。^⑧总体而言,芝加哥学派的主张比哈佛学派更自由放任,呼吁减少反垄断干预。芝加哥学派的具体建议得到学术文献而非判例法的广泛接纳。两个学派存在意见分歧时,联邦最高法院通常采纳哈佛学派的方法。但是,连续三任首席大法官(沃伦·伯格、威廉·伦奎斯特和约翰·罗伯茨)领导下的联邦最高法院,均未对芝加哥学派或哈佛学派本身表达过太多的亲近。^⑨“反托拉斯可以不接受芝加哥学派的各种商业行为解释,而采用其他经济方法。”^⑩而且,就经济理论进入反垄断施行而言,哈佛学派和芝加哥学派只是在特定历史阶段介入反垄断施行,并非前无古人后无来者,^⑪一定会随着时间的推移而弱化和退场,被新的分析工具替代。“随着经济理论发展,新的经验工具被创造,反托拉斯解释将超越芝加哥学派学说而进行发展。”^⑫因此,司法毕竟有司法的逻辑,可以受理论影响和接受理论工具,但并不刻意追求理论,不简单地采纳特定学说。

总之,反垄断的目标可以很宏大,但绝不是宽泛的政治口号和不严谨的论调,而需要不断发展与目标价值更好匹配的丰富的、严肃的和尽可能可检验的技术性方法。这是反垄断法发展进步的必由之路。

(三)互联网平台反垄断的法治构建

互联网平台反垄断必须由法治的理念、制度和作为支撑,首先要高扬法律和法治的旗帜,在法律主导下善用各种分析工具,恰当实现反垄断目标。尤其要注重以下方面:

1. 构建互联网平台反垄断的规则体系

互联网平台反垄断适用反垄断的一般规则,但又需要特别界定一些由互联网技术和商业模式产生的独特现象和行为。为增强反垄断的针对性、精准性和确定性,减少对接一般性规则的难度,可以构建互联网领域的反垄断规则和标准,构建相应的话语体系。当前,我国正在进行反垄断法的修订,相信会对互联网领域的反垄断问题作出适当的回应,但鉴于反垄断法只解决重要法律界限和标准问题,不可能过于具体,且有些问题还没有充分展开,指望通过反垄断法的修订能够提供系统的互联网领域反垄断特别规范,估计不太可能。因此,互联网平台反垄断的具体法律标准和话语体系主要由行政执法和司法进行构建。

互联网领域的垄断现象多种多样,这些现象要么因既有垄断行为无法涵盖而需要单独类型化,要么只是在既有规则中找到位置而得到涵摄,前者显然是少见的。平台反垄断的规则构建必须受反垄断法框架的约束,主要是解决“对号”问题,不可能自成一体。《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)显然是将反垄断规则在互联网领域进行的具体化,其所规定的规则标准既坚持了传统反垄断标准,又结合互联网领域的特点进行了针对性创新,但更多涉及法律标准和行为认定的方向、思路和判断因素,其具体运用仍有较大的模糊性、弹性和裁量性。互联网领域的反垄断大幕刚刚拉开,对于互联网垄断问题的认识还在不断深化,规则和话语的构建只能循序渐进与时俱进,实事求是从实际出发,不可能贪大求全盲目冒进。而且,互联网平台反垄断的规则构建无需刻意追求引领国际潮流和急于贡献中国经验,更不宜为追求这些目标而仓促接受不成熟或者争议大的观点。国际效果更多是水到渠成的溢出效应,不应该是主动追求的目标。

2. 保持话语体系的法律性和执法理性

随着以平台为代表的互联网产业的迅猛发展,以及互联网经营者之间竞争与博弈的日渐白热化,业界逐渐对于互联网垄断现象进行了归纳,如平台

“二选一”“大数据杀熟”“自我优待”“最惠国待遇”等。^⑧这些现象的归纳对于认识行为背后的本质具有价值。“二选一”等媒体术语和社会俗语具有很强的误导煽动性,容易激起社会情绪。但是,现象与性质之间毕竟还有差距甚至“鸿沟”,现象只是认识本质的第一步。尤其是在法律上进行定性时,更要透过现象进行本质性行为界定和法律涵摄,更应该遵循法律逻辑和法律理性。如果使用“二选一”等经济生活俗语及“最惠国条款”等形象说法,以此归纳和表述垄断现象,虽然通俗易懂和便于打通现象与本质的联系,但也显然具有失之准确的风险,因而需要时刻注意法律标准的归位。

反垄断的依法治理是一种理性治理,需要依靠规则和程序,并时刻警惕情绪。尤其是,平台垄断行为的具体构成都具有相应的法律门槛,需要依法认定,不能为眼花缭乱的表象和众说纷纭的说辞所左右。比如,《指南》对当前常见的互联网垄断行为进行了系统归纳,这些现象确实存在,有些还比较严重,但现象只是起点,能否实际构成垄断行为,仍需进行严谨的深度法律认定,不取决于笼统概念,需作法律要件的衡量。现象可能是广泛的,实质性构成垄断经常却又未必。从整体上看,即便存在这些现象,也并不表明互联网产业已被垄断行为“沦陷”,互联网产业的总体竞争状况是好的,只是通过遏制其部分垄断行为,使其走向更为健康的轨道。因此,既不能为现象和表象所迷惑,又需要透过现象看本质,最终做到宽严适度、不枉不纵。

3. 保持互联网平台反垄断的客观中立

纵观反垄断立法和施行的历史,反垄断的风口通常与民意汹涌有关。例如,美国谢尔曼法因民众的压力而制定,当时几个大型托拉斯运用经济势力迫使竞争对手退出市场,将不公平条款强加给供应商,对消费者抬高价格,使得民众强烈愤恨,形成了立法的呼声和政治推动力。^⑨当今美国数字市场反垄断浪潮也与民意汹涌有关。我国当前强化反垄断首先是决策者审时度势后作出的决断,同时也客观上存在反垄断民意呼声。但是,无论是政治号召还

是滔滔民意,都不能替代法律的理性客观施行,也即,反垄断法的施行层面务必不能为风头和口号所绑架,更需要中立性和稳定性地适用法律,不随意降低反垄断执法标准,不使反垄断范围随意扩大化。法治轨道毕竟是长久之计,是反垄断的安身立命之本。

4. 互联网平台反垄断需要保持适当的执法谦抑

基于数据运算和互联网技术应用的数字经济是当今最具活力的经济领域,互联网平台发展迅猛。互联网企业的体量和实力持续激增和集聚,互联网产业的发展已进入深水区,其触角广泛,已呈现“强者愈强”“赢者通吃”之势,且方兴未艾、前景无限。但是,互联网产业毕竟还很年轻,互联网创新和变化太快,阶段性问题很可能稍纵即逝,既有的理论和实践经常不能提供系统的答案,对其规律性的认识仍有不断深入和准确化的过程,还不能有完全的认识和把握。当前的反垄断法律框架总体上适用于互联网产业,但互联网产业同样对反垄断规则提出了新课题,导致具体把握上的困难。^⑩如果对其反竞争行为把握不准,制裁了具有促进竞争潜力的行为,就会窒息竞争,损害消费者福利。^⑪在相当的一段时间内,该领域的反垄断只能是既要积极,又要适可而止,不能冒进,毕竟创新发展仍是第一要务,要确保发展空间和发展后劲。^⑫我们既要相信执法者与时俱进的智慧和能力,但也希望执法者对未知和不确定领域保持必要的敬畏。因此,互联网平台反垄断执法应当保持必要的和适当的谦抑。

5. 构建反垄断与反不正当竞争的良性互动

竞争法由反垄断法和反不正当竞争法所构成,两者在维护竞争秩序的共同目标之下实现功能互补。反垄断法异常威猛,更多定位于威慑和吓阻,更多是关键时候出手,而不是高频率地频繁使用,更不轻易损伤企业的发展元气。反不正当竞争法则可以对市场竞争行为进行随时随地的频繁调整,充分发挥其作用可以使竞争秩序不断改善和调适,以量变促质变,对于形成垄断有预防作用。中央在“强化反垄断”项下两度同时提出反不正当竞争问题,显然符

合两者的功能定位,因而需要高度重视发挥两者的协同作用。

反垄断与反不正当竞争总体上有清晰的法律调整界限,但仍可能有交叉重合之处。例如,《反不正当竞争法》第12条禁止“恶意不兼容”等规定,《电子商务法》第35条禁止电子商务平台经营者不合理限制交易等行为,均可能与反垄断法的调整重合交叉,但各自的调整理念、法律后果和市场结果并不相同,特别涉及对于竞争自由空间大小等的后果差异。概而言之,对于影响巨大的此类行为,适宜以反垄断法进行遏制,而情节不太严重,后果和影响不是太大的行为,不一定纳入反垄断法进行威慑性惩罚,以留有更多的竞争自由,避免制裁过重。

(四)反垄断法域外适用中的法治与政治

反垄断域外效力既涉及法律问题,又无可避免地涉及国家利益等政治经济问题。二战以后美国法院频频使用反垄断域外管辖和放宽管辖事由,以维护美国利益和扩张美国反垄断法的域外影响力,同时也不断遭到国际社会的质疑和反对。但是,不论有多么大的争议,域外管辖都是反垄断无可回避的问题,也是以国家利益为集中体现的强政治相关性的执法领域。在涉及多国竞争执法的同一竞争案件中,各国反垄断机构在作出竞争法决定时通常都会以仅作为竞争法评估自许,但结论经常并不相同甚至截然相反。除各国法律及执法裁量因素的常规差异外,也难免有国家利益等因素掺杂其间。^⑨因此,在反垄断法的域外适用中,无论各个国家是否承认,国家利益等政治问题更为突出,法律问题更多是一种说辞或者表象。我国反垄断虽然起步晚,但以巨大的国内市场为后盾,在反垄断域外管辖上具有天然的优势和影响力。在坚持依法开展域外执法的同时,需要善于运用和充分考虑国家利益等因素,灵活掌握管辖标准。

五、结语

反垄断法是为遏制资本扩张和市场势力以及保护大众福利而兴起,从其诞生时起就立意高远,并赋有宏大的政治经济使命。美国是反垄断法的发源

地,并在很长一段时期内一枝独秀,二战后又以其政治经济实力、反垄断域外管辖、发达的法治以及各种国际管道,使其反垄断法产生广泛的国际影响力,有意或者无意地推动了主要国家的反垄断立法和施行。反垄断法的发展与国家的市场信念、市场需求和市场的重要性密切相关。虽然反垄断法在各国的际遇不尽相同,但举凡重要的市场经济体通常都高度重视反垄断,并赋予其重大使命。我国旨在构建高标准的完善的市场经济体系,并具有广阔的和开放的国内地域市场及纵深产业市场,反垄断法必然具有广阔的发展空间和用武之地,也必然会承载宏大的政治经济使命。当前中央提出“强化反垄断”和“遏制资本无序扩张”,预示反垄断法将在履行其独特使命中大展身手。

当前互联网经济异军突起、独树一帜,成为新一轮产业革命的重要引擎和支撑。互联网资本、技术和产业的独特性,使其易于触角广泛和有序扩张,互联网平台反垄断问题受到高度关注。网络和平台的规模效益、网络效应和赢者通吃性,使其似乎既有与生俱来的反竞争性,又有明显的促进竞争的优势,是一个多面性的矛盾体,且其具有科技和产业的前沿性,对其竞争性和反竞争性的特点和规律都需要有一个不断深化的认识过程。^⑩鉴于此,互联网平台反垄断既要及时、积极和到位,又要适时、适度和谦抑,当然首先要有宏大的政治经济站位,并妥善处理反垄断与促进创新发展的关系,既适度遏制互联网垄断和资本无序扩张,又始终以有利于创新发展为本位。互联网反垄断毕竟是一项重大的法治事业,必须纳入法治化轨道,进行法治治理,始终确保其行走在法治的大道上。

注释:

①2020年12月11日中央政治局会议提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”。2020年12月底召开的中央经济工作会议将“强化反垄断和防止资本无序扩张”列入2021年要抓好的重点任务。反垄断问题引起全社会的广泛关注和热议,互联网平台的反垄断问题成为焦点。中央提出“强化反垄断”

的任务之后,各有关部门进行积极响应和安排部署。2021年伊始,国家市场监督管理总局发出第1号处罚决定,先声药业集团有限公司因滥用市场支配地位被处以1.007亿元罚款。参见国家市场监督管理总局国市监处(2021)1号行政处罚决定书。

②参见“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。

③有的学者指出,“由于传统经济学有关垄断的定义是错误的,反垄断法所反的所谓垄断行为,许多恰恰是真正的竞争行为,所针对的常常是最具竞争力的公司”。“反垄断法中的‘垄断’概念混淆了不同的事物,如把强力保护的垄断地位与竞争中形成的优势地位都归于‘垄断’,把对竞争的限制与竞争归为一类,把竞争和垄断搞混了,导致了错误的结论。”张维迎:《从3Q大战看反垄断法面临的难题》,载“经济学原理”微信公众号,2021年1月26日发布。

④例如,“纵观整个历史,反托拉斯概念一直享有政治与民众的广泛支持,但对于具体政策应该如何则从未达成同样的共识”。“起初,在这个过程诞生了对法律的形式主义解释,置有关公司与产业的经济于不顾。另一股力量是产生反托拉斯法的民粹主义(populism)与不应干预私有企业的强烈信念之间的矛盾。这个矛盾贯穿了反托拉斯的整个历史,间接地导致政策随着当前潮流或对某些商业行为看法的变化而转移。”但是,在20世纪60年代之后的几十年,反托拉斯引入经济学革命,“产业组织经济学已在反托拉斯政策制定的几乎所有阶段都起着重要作用。”[美]J. E. 克伍卡、L. H. 怀特:《反托拉斯革命——经济学、竞争与政策》(第五版),林平等译,经济科学出版社2014年版,“导言”第1—2页。

⑤美国20世纪70年代以前的反垄断被称为“古典时期”,20世纪70年代以后的反垄断被称为“法经济学变革时期”。

⑥[美]约瑟夫·E. 斯蒂格利茨:《美国真相》,刘斌等译,机械工业出版社2020年版,第9页。

⑦爱丽斯·琼斯、威廉·E. 科瓦契奇、周丽霞:《反托拉斯法的实施盲区:美国竞争政策重大扩张面临的挑战》,载《竞争政策研究》2020年第6期,第10页。

⑧[美]J. E. 克伍卡、L. H. 怀特:《反托拉斯革命——经济学、竞争与政策》(第五版),林平等译,经济科学出版社2014年版,“英文版序”第1页。

⑨美国众议院司法委员会《数字市场竞争状况调查报告》(Investigation of Competition in Digital Markets)(2020年10月6日)关于强化反垄断法的立法建议部分。

⑩[美]J. E. 克伍卡、L. H. 怀特:《反托拉斯革命——经济学、竞争与政策》(第五版),林平等译,经济科学出版社2014年版,“导言”第1页。

⑪美国众议院司法委员会《数字市场竞争状况调查报告》(Investigation of Competition in Digital Markets)(2020年10月6日)关于强化反垄断法的立法建议部分。

⑫网络 and 平台“具有规模效益,以网络效应和赢者通吃型市场为特征”。参见[美]埃莉诺·M. 福克斯:《平台,力量与反垄断挑战:对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议》,周丽霞译,载《竞争法研究》2020年第5期,第37页。See also John M. Yun, Does Antitrust Have Digital Blind Spot? 5 George Mason University Law & Economics Research Paper Series 16, 20(2020).

⑬吴敬琏:《平台经济与公共政策》,载“比较微信公众号”,2019年1月2日。

⑭有人指出,“竞争从互联网市场中几乎消失”,是以下原因相互作用的结果:互联网市场因其结构而倾向于迅速集中于少数供应商;五巨头一直擅长击败竞争对手从而减少竞争;美国和欧洲监管机构已尝试去协调一致,但尚未找到限制市场势力的正确方法。“网络时代,垄断更快”;“互联网带来了繁荣,也带来了毁灭”。参见[德]阿希姆·瓦姆巴赫、[德]汉斯·克里斯蒂安·穆勒:《不安的变革:数字时代的市场竞争与大众福利》,钟佳睿等译,社会科学文献出版社2020年版,第27—46页。

⑮[美]加里·L. 里巴克(Gray L. Reback):《美国的反省:如何从垄断中解放市场》,何华译,东方出版社2011年版,第8—9页。

⑯[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第149页。

①⑦如有的学者所说：“如果在解释反托拉斯法时摒弃某些政治价值，将会是坏的历史、坏的政策和坏的法律。”这句话是针对一些学者试图说服法院采纳独家的经济学方法时说的。See Robert Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, 127 U. Pa. L. Rev. 1051(1979).

①⑧“美国反托拉斯法一直居于竞争法舞台的中心。它常常被称为是反托拉斯法之‘父’，被其他国家视为仿效或至少是研究的模板。”“美国反托拉斯法也是跨国竞争法制演化的核心。在单边管辖权制度下，它给全球市场竞争提供了基本的规则。”“它是世界上第一个在国家法律和经济发展中发挥突出作用的法律。与世界上其他地方的竞争法相比，美国反托拉斯法的经验丰富得多。”“美国反托拉斯法的判例以及美国法经济学文献为竞争法提供了非常有价值的信息、远见卓识和理论，这使得外国学者、官员和律师都愿意学习它。”“美国反托拉斯法经常被与美国经济的成功连在一起，对于那些试图取得同样成功的国家，这显然增加了它的吸引力。”[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争：法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第128—129页。

①⑨Jonathan B. Baker, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy* 35-42(Harvard University Press 2019).

②⑩William Letwin, *Law and economic policy in America: the evolution of the Sherman Antitrust Act* 53-95(Chicago 1981).[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争：法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第131页。如谢尔曼参议员所说：“如果我们无法忍受一位国王成为一种政治力量，我们也不应忍受一个统治生产、运输和销售任何生活必需品的国王。如果我们不屈服于一位皇帝，我们就不应屈服于具有阻止竞争和确定任何商品价格权力的贸易独裁者。”转引自李青主编：《中国反垄断十二年：回顾与展望》，中信出版集团2020年版，第625—626页。

②⑪转引自[美]埃莉诺·M.福克斯：《平台，力量与反垄断挑战：对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议》，周丽霞译，载《竞争法研究》2020年第5期，第35页。

②⑫[美]约瑟夫·E.斯蒂格利茨：《美国真相》，刘斌等译，机

械工业出版社2020年版，第69页。谢尔曼法的“著名宗旨是控制大型托拉斯的力量”。1914年和1950年两次重大立法“扩大了法律的范围，以控制已变得十分猖獗的排他行为，并阻止日益兴起的、被认为对民主构成经济集中浪潮”。参见95 Cong.Rec.11486(1949)(众议员伊曼纽尔·塞勒关于《克莱顿法》第7条(塞勒-凯弗维尔修正案)的声明)，转引自[美]埃莉诺·M.福克斯：《平台，力量与反垄断挑战：对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议》，周丽霞译，载《竞争法研究》2020年第5期，第35页。

②⑬[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争：法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第133页。实际上，自1940年代，美国最高法院才通过多个判例给予反托拉斯法明确的定位，将其誉为最神圣的美国价值的管家，是“自由企业的大宪章”，是“旨在将维护作为贸易规则的自由和不受阻碍的竞争的经济的总章程”。United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 610(1972)。“我们国民经济政策的核心早就一直信仰竞争价值”。Jonathan B. Bakers, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy* 35(Harvard University Press 2019)。“没有竞争就没有资本主义”。See Jonathan Tepper, *The Myth of Capitalism* 7(Wiley).

②⑭[美]约瑟夫·E.斯蒂格利茨：《美国真相》，刘斌等译，机械工业出版社2020年版，第79页。

②⑮美国众议院司法委员会《数字市场竞争状况调查报告》(Investigation of Competition in Digital Markets)(2020年10月6日)关于强化反垄断法的立法建议部分。

②⑯Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?* 94 Notre Dame Law Review 2, 2(2018).

②⑰张维迎：《从3Q大战看反垄断法面临的难题》，载“经济学原理”微信公众号，2021年1月26日。互联网平台反垄断也已对消费者福利标准提出质疑，也即，看似提高消费者福利的行为未必不能成为反垄断对象。“消费者利益不仅包括花费，还应包括产品质量、品种和创新。”Lina Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale L. J. 710-805(2017).

②⑱[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争：法律、市

场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第132—134页。

⑲[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第61页。二战以后，美国帮助日本制定反垄断法，其目标被认为是为了削弱日本的垄断财阀，促进经济民主，遏制日本再次发动战争的经济基础。这种立意显然不是一般的法律目标，而是一种宏大的政治目标。

⑳[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第186页。

㉑二战结束后，弗赖堡学派回到德国的中心舞台。美国占领当局认同其理念，且其与纳粹党少有瓜葛。其结果，学派中的很多人受命在德国经济管理体系中担任要职，并试图发展一个迥异于当时德国政治制度的“新德国”。这种思潮的关键支持者是路德维希·艾哈德，他在20年间是德国经济政策制定中最有影响力的人物，直至担任德国总理。[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第187—188页。

㉒[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第198页。

㉓[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第199页。

㉔[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第195页。

㉕[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第187页。

㉖[美]戴维·J.格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争——捍卫普罗米修斯》，冯克利、魏志梅译，中国社会科学出版社2004年版，第211—213页。

㉗[美]埃莉诺·M.福克斯:《平台，力量与反垄断挑战:对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议》，周丽霞译，载《竞争法研究》2020年第5期，第35—36页。

㉘James R. McCall, Sum & Substance of Antitrust 3-4(2d ed., Josephson/Kluwer 1984).“法条过于宽泛，以至于对判决没

什么直接意义，谢尔曼法的语言本身只不过是判例法文字支撑点罢了。”[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第135页。

㉙[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第135页。谢尔曼反托拉斯法的措辞过于宽泛模糊，无法从其文义中导出具体立法意图，但这又为言人人殊的各种解读留下来空间，其结果导致美国法院和学界对于其立法目的的多种解读，其解读可以服务于各种目的。Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice 72(5th ed., West Academic Publishing 2016).

㊀[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第9页。

㊁United States v. Topco Associates Inc, 405 U.S. 596, 610 (1972).

㊂“竞争法案件通常涉及大的、有影响力的公司，其利益常与公众利益及/或政治利益相联。因此，竞争法案件就不同于合同案件这一类私人问题，它涉及无数公众问题，包括就业、经济体各部分的健康、政党的前景及意识形态等。”[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第92页。谢尔曼法颁布后，人们对其能否遏制强大的市场势力心存疑虑，1911年，美国最高法院在标准石油公司案[Standard Oil Co. v. United States(1911)]中，将当时公众痛恨的标准石油公司拆分为33家公司，打消了人们对谢尔曼法能否遏制最强大企业的垄断势力蔓延的疑虑。参见[美]欧内斯特·盖尔霍恩等:《反垄断法与经济学》(第5版)，任勇等译，法律出版社2009年版，第26页。

㊃[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》，陈若鸿译，中国法制出版社2012年版，第131页。

㊄“竞争法已成为市场经济的调控支柱(a mainstay of regulation).”See Anu Bradford & Adam S. Chilton, Competition Law around the World from 1889-2010: The Competition Law

Index, 14(3) Journal of Competition Law & Economics 393, 432 (2018).

④[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第87页。

④如美国著名反托拉斯学者Bork所说:“反托拉斯首先而且显然是法律;它也是一套不断演化的有关产业组织的经济学理论。”转引自[美]J. E. 克伍卡、L. H. 怀特:《反托拉斯革命——经济学、竞争与政策》(第五版),林平等译,经济科学出版社2014年版,“导言”第1页。

④[美]戴维·J. 格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争——捍卫普罗米修斯》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社2004年版,第221—222页。

④[美]约瑟夫·E. 斯蒂格利茨:《美国真相》,刘斌等译,机械工业出版社2020年版,第9页。

④[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第152—155页。

⑤1970年代,美国最高法院以效率和自由的名义,调转了方向。[美]埃莉诺·M. 福克斯:《平台,力量与反垄断挑战:对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议》,周丽霞译,载《竞争法研究》2020年第5期,第35页。

⑤当然,美国学界对此仍众说不一。See Seth B Sacher & John M. Yun, Twelve Fallacies of the "Neo-Antitrust" Movement, 26 Geo. Mason L. Rev. 5, 5(2019). 关于芝加哥学派的核心思想的归纳,参见Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice 85-88(5th ed., West Academic Publishing 2016)。

⑤美国众议院司法委员会《数字市场竞争状况调查报告》(Investigation of Competition in Digital Markets)(2020年10月6日)关于强化反垄断法的立法建议部分。“几十年来,大多数经济学家都贬低反托拉斯行动,认为只要消费者不是提高价格的牺牲品,反托拉斯就是多余的。但是,我们慢慢警醒,垄断资本主义又回来了——即使其核心产品(如谷歌和脸书的产品)是免费的,也可能是损害性的。”See Jonathan Tepper, The

Myth of Capitalism 7(Wiley).

⑤2016年,伊丽莎白·沃伦参议员在新美国的开放市场计划大会上的主题讲话:“Reigniting Competition in the American Economy”,转引自爱丽斯·琼斯、威廉·E. 科瓦契奇、周丽霞:《反托拉斯法的实施盲区:美国竞争政策重大扩张面临的挑战》,载《竞争政策研究》2020年第6期,第7页。

⑤参见爱丽斯·琼斯、威廉·E. 科瓦契奇、周丽霞:《反托拉斯法的实施盲区:美国竞争政策重大扩张面临的挑战》,载《竞争政策研究》2020年第6期,第29页。

⑤《中央经济工作会议在北京举行》,载《新华网》2020年12月18日。

⑤Anupam Chander:《法律如何成就硅谷》,载《智合法律新媒体》2015年12月20日。

⑤2019年年中,美国众议院开始调查四大科技公司的垄断行为。2019年年中到2020年7月,国会举行了若干次小规模听证会。2020年7月29日,国会召集亚马逊、苹果、脸书、谷歌四大科技巨头举行反垄断听证会,也是四大公司的CEO首次同时出席听证会。2020年10月6日,众议院司法委员会正式发布《数字市场竞争状况调查报告》(Investigation of Competition in Digital Markets),报告直指四大互联网巨头的垄断行为。该报告被视为美国国会互联网领域反垄断的开篇。美国司法部、联邦贸易委员会(FTC)和48位州检察长已对互联网巨头采取反垄断行动。

⑤北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位案,可参见朱理:“奇虎360诉腾讯滥用市场支配地位纠纷案”,载李青主编:《中国反垄断十二年:回顾与展望》,中信出版集团2020年版,第392—403页。

⑤《2021中国战略性新兴产业发展报告》显示,我国数字经济规模已达31.3万亿元,占GDP的比重达34.8%。互联网产业已成为中国发展新经济的重要力量和支撑。

⑥例如,加拿大、法国、德国、英国、荷兰、西班牙、意大利、葡萄牙、澳大利亚、日本等国竞争执法部门,金砖国家、北欧国家等国家间竞争执法部门联合组织,都在就平台经济反垄断

问题展开调研,已发布系列重磅报告。

⑪美国的反垄断经常是轰轰烈烈开始,以折中妥协结束,最后达成一种利益平衡,给产业发展空间,使竞争更充分,为创新提供宽松环境。1998年5月,美国联邦司法部和20个州的总检察长对当时社会上最有权势的科技巨头微软公司发起反垄断诉讼。这场举世瞩目的官司旷日持久、耗费巨大,横跨克林顿与小布什两届美国政府。微软一度面临像当年AT & T一样被拆分的风险。最终,联邦巡回上诉法院在没有推翻初审法院对垄断事实的认定的情况下,与微软就惩罚方式达成和解:微软被强制向第三方软件开发商开放Windows操作系统的应用程序接口(API),同时微软不得在Windows上对安装Java设置任何障碍。司法部与微软达成和解而使微软逃脱被拆分的命运之时,很多人认为政府在科技强权面前妥协了。但这种说法低估了这个跨世纪诉讼的历史意义。此后微软即收敛其扼杀竞争对手等行为,如没有用当年对付网景和Java的手段对付谷歌,原因正是出于对反垄断法的忌惮。当年代表网景公司的反垄断律师Gary Reback曾说:“正是因为这个反垄断诉讼,才会有现在的谷歌。没有别的理由。”微软扼杀网景之后,其IE浏览器一度占领98%的市场份额。初创的谷歌曾经十分担心网景的厄运发生在自己身上。因为任何人要想登陆谷歌的网站,必须先浏览器的地址栏打入www.google.com,微软可以有各种办法把谷歌按在地上摩擦。比如,当你按回车的时候,微软完全可以弹出一个红色窗口,声称“经用户举报,这是一个危险的网站,它会在未经你同意的情况下拿走你的个人数据,并用来盈利”。

⑫欧盟委员会已对谷歌、亚马逊、脸书和苹果(俗成GAFA)采取反垄断行动。

⑬欧盟的如此态度早已有之。例如,2000年代初,为避免微软被分拆,美国政府与微软达成和解。但是,与此同时,欧盟却重拳出击,以微软滥用Windows操作系统市场支配地位等为由,开出其截至当时最大的一笔4.97亿欧元罚单,并要求其修改Windows操作系统等。欧盟与美国对待微软同样行为的处置态度截然不同,显然很难否认欧盟难免有处罚美国企业不心疼不手软的心态。

⑭[美]埃莉诺·M.福克斯:《平台,力量与反垄断挑战:对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议》,周丽霞译,载《竞争法研究》2020年第5期,第37—38页。

⑮“中国和美国是世界上两个最大的信息技术消费国,同时也是世界其他地区两个最大的信息技术供应国。”[美]布拉德·史密斯、卡罗尔·安·布朗:《工具,还是武器?》,杨静娴、赵磊译,中信出版集团2020年版,第240页。

⑯《中央经济工作会议在北京举行》,载《新华网》2020年12月18日。

⑰[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第87页。

⑱例如,尽管美国公众舆论要求以更加激进的反垄断法手段来驯服大型科技平台,但2018年美国最高法院关于俄亥俄州诉美国运通案(Ohio v. American Express)的裁决中,仍强化了其保守主义态度。参见[美]埃莉诺·M.福克斯:《平台,力量与反垄断挑战:对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议》,周丽霞译,载《竞争法研究》(2020年第5期),第34页。

⑲[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第102页。

⑳美国制定1890年反托拉斯法时,立法者曾想到这是在建立一个全新的“制度”或者一种类型的法律,但当时美国联邦政府的规模很小,职能很有限,不太可能完全依赖一个新设的机构去适用新法,因而将这个任务交给已有机构。这意味着法院有责任适用和发展这部法律,并由此为法院在发展反托拉斯法中的中心地位奠定了基础,也形成了美国独特的反垄断司法制度和法治。(谢尔曼法)并不长,语言之稀疏可谓不同寻常,对如何解释这部新法也没有提供任何指引,议会也没有为适用该法而创设新的机构、程序和方法。这部法律的实施依靠诉讼,由普通联邦法院受理,起诉者应为联邦政府,后来也允许私人作为原告提起诉讼。”“法官不得不明确该法的目标,创造标准并构建制度。”[美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第131页。法官在具体案件中的主导作用,如有的论者所说:“一个更为复杂的案件很可能会要求来自于经济学

家的专家证词。但反垄断案件的适当解决主要取决于被哈佛大学反垄断教授菲利普·阿瑞达所说的‘对现实的估计和判断’以及‘政策事项’的运用。法官而不是经济学家才最有资格作出这些决定。经济学家在苹果公司邮购销售案件中扮演了适当的角色。经济学家提供的意见在经过鉴别之后才能获得适用。主审法官作出最后的决定。经济学家只是启发了案件的分析,并没有对结果产生决定性作用。”[美]加里·L.里巴克:《美国的反省:如何从垄断中解放市场》,何华译,东方出版社2011年版,第57页。

① Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* 39(Harvard University Press 2005).

② D. Daniel Sokol, *Antitrust's "Curse of Bigness" Problem*, 118 *Michigan Law Review* 1(2020).

③ (Kennedy, J. Opinion of the Court) *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 263(1993).

④ David Ramsey, *Antitrust and the Supreme Court* 159-160 (LFB Scholarly Publishing LLC El Paso 2012).

⑤ David Ramsey, *Antitrust and the Supreme Court* 161(LFB Scholarly Publishing LLC El Paso 2012).

⑥ [美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第198—199页。

⑦ [美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第190—191页。

⑧ [美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第192页。

⑨ [美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第192页。

⑩ [美]戴维·J.格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争——捍卫普罗米修斯》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社2004年版,第213—222页。

⑪ 《中央经济工作会议在北京举行》,载《新华网》2020年12月18日。

⑫ [美]约瑟夫·E.斯蒂格利茨:《美国真相》,刘斌等译,机械工业出版社2020年版,第69页。

⑬ Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?* 94 *Notre Dame Law Review* 2, 2(2018).

⑭ See Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 *U. Pa. L. Rev.* 925, 933-936(1979); see also William E. Kovacic, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, *Colum. Bus. L. Rev.* 1, 74-75(Jan. 2007).

⑮ Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?* 94 *Notre Dame Law Review* 2, 2(2018).

⑯ Baker, "Recent Development" 655, quoted from David Ramsey, *Antitrust and the Supreme Court* 161(LFB Scholarly Publishing LLC El Paso 2012).

⑰ 芝加哥学派之前的几十年反垄断施行中,联邦法官践行其自己的反托拉斯政策,并运用当时最有效的经济理论。Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* 83-84(5th ed., West Academic Publishing 2016).

⑱ Baker, "Recent Development" 655, quoted from David Ramsey, *Antitrust and the Supreme Court* 161(LFB Scholarly Publishing LLC El Paso 2012).

⑲ 还有类型多样的归纳,如:屏蔽竞争对手或拒绝开放API接口、通过平台红包与补贴掠夺竞争平台的客户、以搜索降权为工具打击竞争对手或者要求商家同意捆绑销售、通过设置弹窗、操作必经步骤等捆绑销售产品或服务。这些术语及对现象的归纳因生动形象并经媒体的广泛传播,而被广泛知晓和惯常使用。

⑳ [美]戴维·格伯尔(David J. Gerber):《全球竞争:法律、市场和全球化》,陈若鸿译,中国法制出版社2012年版,第131页。

㉑ 美国学者认为,在过去四十多年间,占据主导地位的消费者福利标准不断受到争议,但或许互联网平台正在给反垄

断制度带来真正的冲击。美国国会、政府和学界密集出台的数字经济报告等,或许正是发生反垄断变革的重要节奏。See John M. Yun, Does Antitrust Have Digital Blind Sport? 5 George Mason University Law & Economics Research Paper Series 16, 22 (2020).

② See John M. Yun, Does Antitrust Have Digital Blind Sport? 5 George Mason University Law & Economics Research Paper Series 16, 20(2020).

③ 过于严格的反垄断监管也可能抑制创新。按照熊彼特的创新理论,垄断与创新天然联系,没有一定的垄断收益,就不会有创新的动力。技术进步和创新带来的市场影响力或者行业集中度上升,使得创新者获得超额收益,但这与效率的提升相联系。各国对于数字市场的反垄断监管都在审视探索。参见[德]阿希姆·瓦姆巴赫、[德]汉斯·克里斯蒂安·穆勒:《不安的变革:数字时代的市场竞争与大众福利》,钟佳睿等译,社会科学文献出版社2020年版,第6页。

④ 2014年美国商会发布的《中国竞争法执行中的利益博弈:中国反垄断法适用及产业政策的作用》,指责中国反垄断执法存在歧视性申请范围、产业保护、中国知名品牌保护、程序缺陷、第三方秘密角色以及缺乏律师选择权等问题。

⑤ “高科技/大数据平台一直被打着 BAADD 的烙印,即‘庞大(big)、反竞争(anticompetitive)、诱人上瘾(addictive)、破坏民主(destructive to democracy)’。‘它们主宰我们的生活,‘窃取’和售卖我们的数据,并利用其平台的力量摧毁或压制竞争对手。’但平台另有一套说辞:它们是新系统的创造者;常常免费提供热门服务;知名度是发明创造的成果,是成功的标志;提出任何反垄断挑战都将抑制创新。另外,这些是数据和消费者保护的范畴。网络和网络效应既取悦了用户(用户获得了更多的“朋友”、供应商或买家),又建立了极高的进入壁垒,强化了自身的市场力量。参见[美]埃莉诺·M.福克斯:《平台,力量与反垄断挑战:对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议》,周丽霞译,载《竞争法研究》2020年第5期,第34、37页。

The Orientation of the Anti-Monopoly Law concerning Internet Platform from a Macro-Perspective: An Analysis Based on Politics, Policy and Legislation

Kong Xiangjun

Abstract: The position of anti-monopoly law hinges on its unique value, goal and function. From the very beginning, the anti-monopoly law has committed itself to a great political and economic mission, and is capable of becoming the "super law" that aims high and strongly regulates the economy. It is highly relevant to the internet industry, which is unique in its capital, technology, and business model and is liable to expand widely and disorderly. To regulate the monopoly of the internet platforms, it is necessary to expand the horizon and aim high from the perspective of its general value, and then to seek appropriate legal and economic techniques, and not to blindly follow the example of the trendy practice by the United States and Europe, for their practice may conceal different interests and demands. At the same time, we should not rush to take the lead in contributing experience. Instead, in regulating the monopoly of the internet platform, the substantive interests of China in developing digital economy shall be served. The regulation shall be prompt, active and adequate, and meanwhile timely, modest and restrained, and shall always aim at promoting the innovation and development of China's internet industry so as to make it competitive in the world. The regulation shall adhere to the rule of law. In building the system of anti-monopoly laws, objectivity, neutrality and rationality shall be ensured, irrationality and emotionality be avoided.

Key words: anti-monopoly law; internet platform; political consideration; policy analysis; the rule of law