

# 反垄断执法主导与行业规制协同的 平台经济监管研究

——理论分析与中国的模式创新

白让让

**【摘要】**2018年以来,世界主要经济体掀起了一场平台经济领域的反垄断立法执法热潮,政府行业规制机构参与其中,单独或协同监管平台运营商的反竞争行为。学术界对这种以行业规制代替反垄断执法的现象,是否会妨碍竞争政策基础地位的建立、削弱反垄断法的权威性等问题存在争议。本文从反垄断监管实践和平台经济特性出发,分析了行业规制机构监管平台经济的原因、优势和弊端,并以加快建立平台经济“全方位、多层次、立体化监管体系,实现事前事中事后全链条全领域监管”为目标,构建了反垄断执法主导与行业规制协同监管模式。国家市场监督管理总局和金融监管机构对阿里巴巴集团相关行为调查、处罚和救济的实践,是中国政府监管平台经济的模式创新,也证明反垄断执法主导与行业规制协同监管模式的可行性和有效性。

**【关键词】**平台经济;反垄断执法;行业规制;阿里巴巴案

**【作者简介】**白让让(1967-),男,陕西长安人,复旦大学管理学院,副教授,博士,主要从事产业组织和反垄断经济学研究,E-mail:rrbai@fudan.edu.cn(上海 200433)。

**【原文出处】**《财经问题研究》(大连),2023.4.14~30

**【基金项目】**复旦大学人文社科先锋计划“我国经营者集中的反垄断审查与执法者的行为救济偏好分析——兼论专利密集领域的执法困境”(2021-16)。

## 一、问题的提出

以电子商务、社交网络和信息检索为代表的数字平台经济,在推动产业结构升级、拓展消费市场和促进信息技术创新等方面发挥着极其重要的作用。经过十余年的超高速发展,截至目前,中国数字平台产业已位居世界前列。与其他国家类似,数字平台产业在结构上也呈现出寡头垄断的一般特征,伴随而来的无序扩张、限制进入和算法歧视等也成为政府的重点监管对象。为此,2020年中央经济工作会议将强化反垄断和防止资本无序扩张列为2021年的重点任务,并做出一系列重大决策部署。吴振国<sup>[1]</sup>指出,随着国家市场监督管理总局处罚阿里巴巴集团的“二选一”行为、禁止虎牙公司

(腾讯公司单独控股)与斗鱼国际控股有限公司合并、金融监管机构紧急叫停蚂蚁集团上市融资、交通运输部约谈滴滴公司、工业和信息化部(以下简称“工信部”)对某些互联网运营商恶意屏蔽网址链接行为的治理以及国家互联网信息办公室(以下简称“网信办”)对滴滴公司依法做出网络安全审查的行政处罚决定,大型平台企业无序扩张被初步遏制,市场的公平竞争秩序日趋向好。

上述立法执法实践表明,中国政府在规制平台经济结构或监管平台运营商的反竞争行为时,并没有单纯依赖《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)的实施机关,而是将一些相关职责赋予行业的管理机构或规制机构,形成了“九龙治水”的

监管体系。《反垄断法》和产业规制都是政府纠正市场失灵的主要手段,但他们在干预目的、干预对象和实施机制上存在明显差异。反垄断经济学和规制经济学能够成为两个相对独立的学科,各国政府中反垄断法、竞争政策的执法机构和行业规制机构长期并存,就是这种差异的理论和实践写照。江小涓和黄颖轩<sup>[2]</sup>认为,数字平台集规模经济、范围经济和网络外部性于一身,在一定程度上兼具自然垄断和公共基础设施的特征,从社会福利最大化出发,政府可以对其进行价格、进入和质量等方面的监管。莫尔和坦比尼<sup>[3]</sup>、Baker<sup>[4]</sup>与Khan<sup>[5]</sup>主张强化平台经济领域的反垄断执法,他们认为,赢者通吃的特点使得平台经济很快形成独家垄断或寡头垄断的市场结构,运营商的市场支配地位内生于以往的技术创新和竞争行为,政府对市场结构和运营商经营行为的直接规制,并不能替代传统意义上的反垄断执法,反而会影响反垄断法或竞争政策的独立性和效能。中国政府不断强化竞争政策的基础地位,将以往分散的反垄断执法权统一配置给新组建的国家反垄断局。白让<sup>[6]</sup>认为,工信部、交通运输部和金融监管机构对一些平台运营商的监管活动,都涉及《反垄断法》和《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《指南》)中设定的一些垄断行为,这种新的权力配置模式没有来自现行《反垄断法》的授权,在金融、信息和互联网等领域,还形成了一种被称为反垄断法规制化的倾向,这一新的监管格局会不会弱化《反垄断法》的权威性,甚至影响政府监管效能?上述问题就构成了本文的研究动因。

首先,本文分析了中国政府机构对平台经济的监管模式与实践,提炼出“九龙治水”模式的一般特征、表现和困境。其次,比较分析政府的反垄断执法和行业规制两种模式在监管平台经济时的优势和劣势,提出二者相互协同的理论基础和现实依据。再次,围绕平台经济领域的寡头结构和主导运营商滥用市场支配地位的行为,构建了反垄断执法主导与行业规制协同监管模式。最后,通过对阿里巴巴集团相关执法或规制案例的分析,证明了本文所构建的反垄断执法主导与行业规制协同监管模式的可行性和有效性,并提出完善这种监管模式的政策建议。

## 二、平台经济的“九龙治水”模式与监管困境

本文的平台经济主要指数字密集型的互联网平台,是指通过网络信息技术使相互依赖的双边主体或多边主体在特定载体提供的规则下交互,以共同创造价值的商业组织形态。在商业实践中,平台经济主要有网络零售、在线社交、数据检索和共享匹配等四种基本模式。平台亦称双边市场或多边市场,其服务和产品涉及国民经济的多个领域和政府管理机构。在中国现行的法律法规体系下,对平台运营商违反《反垄断法》行为的执法权统一划归国家反垄断局,但在产业监管实践中,一些行业规制机构或政府综合经济管理机构也在行使部分的反垄断规制权限,从而形成了事实上平台经济的“九龙治水”模式。

(一)政府监管平台运营商垄断行为的两种并行体系

### 1. 平台经济领域反垄断执法的法定机构

2018年,中国对国务院机构进行了改革和调整,将原先由国家工商行政管理总局、国家发展和改革委员会(以下简称“发改委”)和商务部承担的反垄断执法工作,统一配置给国家市场监督管理总局下属的反垄断局,这一机构在国务院反垄断委员会的领导下独立查处各类企业或组织涉及的垄断协议、市场支配地位滥用、经营者集中和行政垄断等事项。这种集中统一的执法权力配置模式在应对那些集中度不高、外部性不强的传统产业的垄断行为时,较少与政府的产业规制和产业政策发生冲突。

### 2. 平台经济领域反垄断执法的行业规制机构

严格地讲,依据《反垄断法》及其各种实施指南或条例,除国家反垄断局外,工信部、金融监管机构、<sup>①</sup>交通运输部和网信办等机构都没有获得法律意义上的反垄断执法权责。但是,这些行业规制机构在对平台经济领域的内部治理规则、企业行为或准入标准等环节的规制活动中,都直接或间接涉及《反垄断法》设定的三类垄断行为。例如,在工信部组织开展的“屏蔽网址链接问题行政指导会”上,阿里巴巴、腾讯和百度等被要求限期内解除对竞争对手网址的屏蔽,其实质就是《反垄断法》第三章“滥用市场支配地位”所定义的不公平交易、限定交易或附加不合理条件交易等行为。工信部的监管对象也符合

《指南》第十五条关于限定交易的定义,即平台经营者通过屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍和扣取保证金等惩罚性措施实施的限制,对市场竞争和消费者利益产生直接损害时,就可以认为这类行为构成限定交易。依据央行发布的《非银行支付机构条例(征求意见稿)》,非银行支付机构实施垄断行为的,由国务院反垄断执法机构会同央行依据有关法律法规进行处罚,并将该领域市场支配地位的预警权和判定权由金融监管机构和反垄断执法机构共同监管。交通运输部约谈滴滴等出租车平台公司时,要求其完善利益分配制度、合理调整抽成比例,这实际上就是垄断定价问题。

## (二)行业规制机构承担反垄断执法功能的背景与机理

一般而言,行业规制机构的执法领域主要是城市基础设施领域或金融领域的投资建设、资质审查和资费设定等环节。平台经济领域的垄断或寡头垄断结构是在市场竞争中形成的,国有资本不是该领域的投资和运营主体,平台运营商也不提供公共物品或服务。政府的社会性规制聚焦在个人隐私、数据收集和网络安全等方面,政府缺乏直接干预该领域市场结构和企业行为的福利经济学支撑。现实的问题是,除了国家市场监督管理总局之外的许多行业规制机构,也在承担和实施部分《反垄断法》范围的职能,主要原因有以下两个方面。

### 1. 平台经济领域反垄断执法的长期缺位

白让让<sup>[7]</sup>指出,从2008年《反垄断法》正式实施到2020年11月,中国反垄断执法机构没有直接调查和处罚过一起涉及本土平台运营商的反垄断案件,平台和互联网产业游离于反垄断执法之外,既不利于保护消费者利益,也会阻碍新企业的进入。许恋天<sup>[8]</sup>、刘乃梁<sup>[9]</sup>与钱贵明等<sup>[10]</sup>分别将这一执法导向归因于政府对互联网领域采取的谦抑性原则、包容审慎原则和平台运营商自我监管模式,这就使得平台产业在迅速扩张和引领经济增长的同时,也产生了滥用市场势力、野蛮成长、损害消费者利益、限制竞争对手发展和抑制潜在创新等弊端。

新兴的平台产业具有创新频率高、网络外部性强、市场边界难以界定和赢者通吃等显著特征,传统

反垄断法或竞争政策的逻辑和理念难以直接运用在这些领域,如果机械套用,反而会产生抑制创新的不良后果。例如,反垄断执法周期很长,无论是早期的微软、英特尔、IMB垄断案,还是新近发生的欧盟谷歌、脸书或亚马逊案,都要经历从行政机构立案、论证、查处以及司法体系的上诉、终审等多个环节,即使那些以和解协议或运营商承诺方式终结的案件,其周期也在2—3年,其余案件往往耗时5年以上。而在此期间,平台运营商的市场支配地位、经营行为和市场结构已发生明显变化,失去了干预时机和预期效应。为此,孙晋<sup>[11]</sup>指出,为避免数字平台反垄断从过度包容走向过度管制,中国需要确立谦抑性原则和积极的包容审慎监管原则。

大型平台运营商滥用市场支配地位、侵犯消费者隐私和扭曲在线交易信息等行为已经对社会经济的有序运转、收入分配和技术创新产生了一定的负面影响,治理此类行为和调整其赖以发生的组织结构,也是政府无法回避的责任<sup>[2]</sup>。行业规制就成为填补反垄断执法缺位的一种手段。

### 2. 行业规制机构介入反垄断执法的原因

行业规制机构试图从企业进入、产品定价、运营规则和金融安全等方面入手,直接或间接干预平台经济,这种新型监管模式无论是在“豁免派”占据主导地位的美国,还是在民粹主义和保护主义盛行的欧洲,都有执法案例的发生。通过对相关实践和文献的梳理,笔者总结出行业规制机构介入平台经济领域反垄断执法的主要原因:

(1)行业规制的效率优势。在全球范围内,电信网络实施激励性规制或民营化改制后,依旧在进入、接入、普遍服务和互联互通等方面受到政府的严格监管,电信基础服务无疑是电子商务、在线社交和信息检索等数字平台产业运作的关键设施。在这些新兴产业发展和演化过程中,电信主管机构一直发挥着隐形规制者的作用:实施不对称管制,限制电信运营商进入互联网内容服务领域;设置平台运营商接入和使用宽带资源的技术标准及价格,塑造宽带市场的可竞争结构;推行网络中性规制,确保新兴互联网运营商能够以最低的价格获得电信普遍服务<sup>[6]</sup>。类似的情形也出现在非银行电子支付、网约车和在

线数字广告等领域, 监管机构在监管传统业务的同时, 也在监管新兴领域。因此, Ducci<sup>[12]10-40</sup>建议电信、金融和市政交通等监管机构, 可以从社会福利最大化目标出发, 按照标准的成本—收益原则, 对这些具有自然垄断属性的垄断和寡头垄断运营商实施进入、价格和质量等方面的规制。

(2) 行业规制机构的范围意识和规制俘获。斯格勒<sup>[13]</sup>构建的经济规制理论的一个核心观点就是: 规制是经济系统的内生现象, 作为一种特殊的政治商品, 它是供给者(政府)与需求者(垄断者)讨价还价的均衡解。一方面, 行业规制机构从扩张自身管理范围、增加预算和维系在组织中的地位等目标出发, 会力争将具有发展前景的行业纳入自己的管辖范围; 另一方面, 为了获得更大的发展空间, 平台运营商也会让渡部分运营权给那些能够“呵护”自己成长的监管者。平台经济的载体是双边市场或多边市场, 某个行业规制机构抢先取得对平台一侧的管理权, 如果不存在严重的监管者竞争问题, 就可能将其权限顺延到平台另一侧, 在这种“一侧规制、一侧包容”的委托—代理关系下, 就会出现规制俘获。

(三) 平台经济领域反垄断执法的规制化倾向分析  
当传统反垄断法的法理和救济手段难以有效应对数字平台运营商的反竞争行为时, 行业规制或其他法律就成为一种替代手段, 由此就产生了反垄断执法规制化的现象。Cappai 和 Colangelo<sup>[14]</sup>总结了上述现象的表现形式: 一是反垄断执法机构与行业规制机构联合执法。二是在反垄断执法过程中使用一些具有产业规制属性的逻辑和手段。Marco<sup>[15]</sup>认为, 中国对数字经济的监管也存在类似现象。

### 1. 联合执法的趋势和现状

这方面的典型是英国政府针对放松规制行业实施的平行执法模式。英国《竞争法》(1998年)和《企业法》(2002年), 将电信、电力、铁路等行业中企业违反欧盟竞争政策第101条和102条的执法权, 同时授予行业规制机构和《竞争法》的执法者——竞争和市场局(Competition and Markets Authority, CMA)。在这种被称为平行执法的体系下: 规制机构可以依照《竞争法》单独调查所管辖企业的固定价格、卡特尔和滥用市场支配地位等反竞争行为, 并使用规制工具解决

这些问题; 同时, CMA 也直接查处受规制行业中的反竞争案件。对于那些存在管辖权异议的案件, 二者可以协商解决或者交由内阁大臣来指定具体的执行者。为了防止行业规制机构滥用执法权, 企业如果对其做出的裁决不满意, 可以向 CMA 上诉。2013年之前, 英国电信、电力等行业的主管机构, 倾向于使用简单明了的规制手段维持行业的有效竞争, 发起和查处的反垄断案件寥寥无几, 在英国政府一度想取消这些机构的平行执法权后, 这些机构调查和查处的案件逐渐增多。Whish<sup>[16]</sup>指出, 尽管平行执法的效果在英国受到质疑, 但还是有十多个 OECD 国家将这一模式推广到传统规制产业的竞争政策执法实践中。

### 2. 反垄断执法工具的规制化

借助行业规制方面的法律法规监管平台运营商的反竞争行为, 则是反垄断执法规制化的第二种表现形式。除了本文重点介绍的中国金融和互联网监管方面的实践外, Anne<sup>[17]</sup>的案例研究表明, 德国和意大利的竞争政策执法机构对脸书公司滥用在线社交市场的支配地位、侵犯消费者个人数据权益行为的查处, 也是这一新趋势的典型案列。

脸书公司经营着全球最大的在线社交平台, 在向消费者提供服务时, 不仅会收集消费者在脸书各类网站上的数据, 还会通过十分隐蔽的方法借助 API (Application Programming Interface) 分享消费者在第三方网站的痕迹, 基于这些海量数据, 脸书可以向平台另一侧的广告客户提供消费者的各种信息, 并收取相应的费用。问题在于, 依据德国现行的竞争法, 脸书公司虽然具有相关市场的支配地位, 但数据分享是在消费者知情或默认的前提下发生的, 执法机构难以认定脸书滥用了市场势力。德国联邦卡特尔办公室(Federal Cartel Office, FCO)首先确定欧盟条约第102条、德国《反限制竞争法》和欧盟《通用数据保护条例》之间存在共同的法理关系, 然后基于《反限制竞争法》设定的原则和程序, 证明脸书公司在在线社交网络占据主导地位, 最后借助《通用数据保护条例》的条款, 发现脸书基于 API 过度收集消费者个人数据。这种行为不仅侵犯了那些不知情消费者的隐私, 还对平台另一侧的其他在线广告运营商产生了排他效应。德国联邦卡特尔办公室对脸书公司的调

查从2016年开始,2019年做出了要求脸书停止非法收集消费者数据的决定,但后者向法院提起申诉,德国某地区法院支持了脸书的诉求,认为FCO对滥用行为的认定缺乏充分依据;2020年4月,德国联邦法院推翻了初级法院的判决,要求重新审查这一案件。目前,这一引发巨大争论的案件还在审理中,但脸书公司在此期间还得遵守FCO的禁令,不能在平台使用者不知情的情况下继续收集他们在第三方网站的数据。

对于脸书公司过度收集消费者数据和侵犯个人隐私的行为,意大利反垄断当局(该国消费者保护机构)则独辟蹊径,直接使用《意大利消费者法典》来查处,认定脸书存在误导平台使用者分享数据和侵犯商业实践两种违法行为,在要求其停止这一商业模式的同时,对脸书处以500万欧元的罚款。Botta和Klaus<sup>[18]</sup>认为,意大利政府直接依据行业规制来处罚脸书公司的反竞争行为,可以避免冗长的反垄断执法周期,其威慑力更强。

### 3. 行业规制机构监管平台经济引发的理论分歧

上述监管实践也有一定的理论研究作支撑。对于以蚂蚁金服、支付宝和微信支付为代表的新兴互联网金融领域的垄断结构和滥用市场支配地位问题,许恋天<sup>[9]</sup>认为,从提高金融自由度、提升金融市场效率和鼓励创新等目标出发,相关的反垄断执法活动应主要由行业监管机构负责,反垄断立法和执法应该采取谦抑性原则,在查处主导运营商违法行为时,避免使用行为救济或结构拆分等严厉措施,而以警告、和解协议为主,防止扼杀产业发展和服务创新。唐要家<sup>[9]</sup>在分析了数字平台反垄断特征的基础上,也建议将强化国家市场监督管理总局在反垄断执法中的主导地位与建立多机构协同执法体制结合起来,并以行业管理机构的事前监管为重点。孟雁北<sup>[20]</sup>认为,反垄断执法机构与政府产业规制机构之间并不存在根本利益上的冲突,双方应该形成各司其职、约束制衡、重叠执法和互动协调并存的关系,并逐渐走向执法融合,即双向谦抑性。

现实的困境在于,反垄断法规制化并没有发挥出抑制垄断、限制平台运营商滥用市场势力和保护平台相关者利益的作用,反而在一定程度上延迟

了反垄断立法和执法的进程,使得平台经济赢得了反垄断豁免的实际待遇,原因在于行业规制机构未能结合平台经济的结构、行为和治理特征清晰地界定反垄断执法与行业规制的关系。

### 三、平台经济视角下反垄断执法与行业规制的关系之辩

现代经济学的基本原理和各国政府干预市场的长期实践均表明<sup>[21]</sup>,反垄断执法和行业规制是两种不同的机制,前者在于纠正和减轻企业垄断地位和行为对社会福利(尤其是消费者剩余)的损害,后者旨在针对公共产品、外部性或信息不对称等情形引发的市场失灵问题,设计出使社会福利最大化的市场结构和运营规则。在这个意义上,Kahn<sup>[22]</sup>认为,反垄断执法具有事后性,是对已经发生或发生概率极高的反竞争行为的政府干预;相反,行业规制是政府权威对企业行为和市场竞争的直接替代,其目的是维持良好的经济绩效。两者的共同目的都是保护竞争和提升社会福利,但在监管对象和监管工具有显著差异,行业规制要求企业遵守具体的游戏规则,以消除和削弱市场势力。克伍卡和怀特<sup>[23]</sup>的多样本分析表明,反垄断执法机构试图通过对企业违法行为的惩罚防止这些行为的再现,并对模仿者形成威慑。由此,受到政府规制的行业,通常会取得反垄断执法的部分豁免待遇。

#### (一)受规制行业的反垄断执法豁免

在平台经济模式没有普及之前,政府行业规制的对象是具有外部性、公共产品属性的自然垄断领域,主要包括水电煤气、通信交通等城市公共服务业,反垄断执法的对象以非公共产品为主,两种机制长期处于分割状态。王晓晔<sup>[24]</sup>发现,政府放松对电信、电力、铁路等产业的进入规制和价格规制后,上述两种机制分割的状态依旧存在。

在著名的Trinko诉讼电信运营商Verizon滥用支配地位拒绝交易和价格歧视案件中,尽管反垄断执法机构和美国第二巡回法院都支持原告的诉讼请求,认定Verizon违反了《谢尔曼法》第二条,主张Trinko可以围绕“关键基础设施”“垄断势力延伸”两个概念来指控Verizon。但是,美国最高法院认为,美国电信规制机构(FCC)已经依据1996年《电信法》向Verizon

施加了互联互通义务,后者拒绝向竞争者提供接入服务属于《电信法》的管辖范围,应该由FCC负责监督和处罚,<sup>②</sup>如果再要求Verizon向竞争对手提供增值电信服务,就超出了《电信法》设定的规制责任,原因在于Verizon的市场势力源自规制授权,其行为内生于受规制的垄断结构。类似的案例还有发改委2011年查处的中国电信和中国联通垄断案,由于《中华人民共和国电信条例》为这两个运营商的接入定价提供了依据,最终只能以运营商承诺减少资费而结案。霍温坎普<sup>[25]</sup>认为,对于互联互通和拒绝接入这些属于反垄断法管辖的范围,只要运营商的行为或所处的市场结构受到政府规制,反垄断机构应该采取回避、豁免的原则,避免重复执法。

## (二)反垄断执法与行业规制互补的客观需求与实践

2010年以来,世界范围内数字平台产业的迅猛发展和规模膨胀,对反垄断执法与行业规制处于分割状态的现状提出了严峻挑战,并产生了平台中性规制、反垄断与产业规制融合和平台产业独立规制等多种监管理念,其中新布兰迪斯学派的建议最具代表性和影响力。Crane<sup>[26]</sup>认为,要在对芝加哥学派主导的反垄断法进行重大修改的基础上,强化对数字平台运营商的监管,监管方式不能局限在行为救济和经营者承诺等方面,还应对主导运营商采取结构性拆分、设立非歧视规制、限制自我偏好和防止“掐尖式并购”等较为激进的执法手段,抑制超级平台运营商滥用支配地位的行为,为中小企业发展提供更加公平的市场环境。

反垄断执法规制化也是新布兰迪斯学派的政策主张。早在2007年,Wu和Yoo<sup>[27]</sup>就提出了网络中性规制的设想,即互联网平台企业提供的服务和传统电信运营商的接入业务一样,都具有关键基础设施和准公共产品的属性,无论其价格是否为零,从稳定有效供给和维护竞争秩序的目标出发,行业规制机构应该向平台运营商施加非歧视接入的规制约束。Khan<sup>[28]</sup>对亚马逊平台生态结构与滥用市场支配地位的关系进行了系统研究,他认为,亚马逊的云计算、电子交易网络和物流配送体系等核心业务在技术经济层面属于自然垄断和关键基础设施的范畴,为了

限制其借助网络外部性滥用支配地位和实施自我业务偏好,可以借鉴公共事业政府规制的逻辑,对亚马逊平台基础服务的定价规则、质量和标准进行规制。Khan<sup>[28]</sup>还主张对亚马逊等多业务平台或控制平台生态的超级运营商实施业务范围规制,即限定和规制谷歌、脸书、亚马逊和苹果等公司的核心业务,避免他们将赢家通吃的结果固化。

新布兰迪斯学派的上述主张虽然受到了芝加哥学派的猛烈抨击<sup>[26]</sup>,但也得到了一些反垄断专家或执法者的响应。Baker<sup>[4]</sup>在分析了平台产业反垄断执法的各种矛盾和困境后指出,政府的产业规制是保障平台经济有效竞争的主要手段之一,尤其在基础电信和信息服务业相关的领域,相对于反垄断执法机构,行业规制机构在设计 and 实施互操作性、互联互通、非歧视接入、数据转移和代码开放等方面,具有更强的专业性、威慑力和执行能力。Ducci<sup>[12][15-45]</sup>基于自然垄断理论对在线搜索、电子商务和网约车三种平台产业进行了全面分析,他认为,除了可以使用一般意义上的进入、价格手段干预平台经济的运营外,从平台组织模式的多属性出发,还可以采取特许经营权竞标和公共所有等更为激进的模式来监管特定的平台业务。

## (三)反垄断执法与行业规制边界不清的弊端

### 1. 中国平台经济领域政府规制的现状

2021年7月以来,工信部将屏蔽网址链接作为互联网行业专项整治行动的重点整治问题之一。随后,阿里巴巴、腾讯、字节跳动、百度和网易等纷纷宣布解除以往的外链屏蔽,实现平台生态开放和互联互通,减少消费者转换和链接成本。支付宝和微信支付宣布与银联实现支付互通和服务互通,淘宝平台允许其商铺支持消费者通过云闪付付款。这些问题由来已久,属于《反垄断法》的监管范围,执法机构早在十年前就呼吁企业改变拒绝或附加条件链接的经营模式,司法系统审结的奇虎对腾讯滥用市场支配地位案,都未能改变强制“二选一”、歧视接入和平台封闭等行为。时建中<sup>[29]</sup>指出,规制机构的直接介入,在防止资本无序扩张的同时,也使得中国互联网金融、电子支付和网约车等领域的竞争秩序逐渐好转。

基于这些短期成效,一些专家学者建议乘胜追

击,增强行业规制在反垄断执法中的作用,最终形成行业规制机构协同监管的新模式。这一逻辑和政策取向将严重弱化《反垄断法》或竞争政策在中国市场经济中的基础地位,也不完全符合顶层设计者提出的“加快建立全方位、多层次、立体化监管体系,实现事前事中事后全链条全领域监管,堵塞监管漏洞,提高监管效能”“完善反垄断体制机制,充实反垄断监管力量”的改革路径。由于传统上行业分业监管与反垄断的专业监管相互不衔接,现实中二者又各自为政,缺少监管合作,不能形成政府治理的合力,必然导致政府对平台经济的监管碎片化和零散化,反而为监管俘获提供了机会<sup>[1]</sup>。

## 2. 前期平台经济领域的反垄断执法缺位

长期以来,中国的竞争政策和反垄断执法机构在政府的经济管理体系中处于相对弱势的地位。2018年之前,十分有限的行政执法资源分散在发改委、商务部和国家工商行政管理总局等分别以宏观调控、外资外贸和市场综合管理为主要职责的机构中。2018年新一轮机构改革后,国家市场监督管理总局负责反垄断统一执法、统筹推进竞争政策实施、指导实施公平竞争审查制度。国家反垄断局则依法对经营者集中行为进行反垄断审查,负责垄断协议、

滥用市场支配地位和滥用行政权力排除、限制竞争等具体的执法工作。但是,上述机构合并只完成了第一步的“加法”,在人员配备、体系构建和业务能力等方面都存在严重短板,难以适应构建竞争政策基础性地位的内在要求。

将平台经济领域的反垄断监管部分事项再分配到相关行业规制机构,只会弱化国家反垄断局的力量和削弱其统一执法的权威性。原因在于,这一轮直接或者间接参与反垄断执法事项的都是管理中国经济、金融和互联网资源的重要机构,他们掌握着平台产业运营的关键领域,也正是考虑到这些行业规制权限的重要价值,主导运营商才能够按照这些机构颁发的行业规制条例或行为规范纠正自己的反竞争行为或商业模式,具体如表1所示。实际上,反垄断执法机构也提出过类似的规范性要求,但一直没有得到平台运营商的积极响应。

上述理论分歧和监管困境的发生,其根源在于无论是反垄断立法的主旨和实施工具,还是行业规制的模式,都没有依据平台产业的特征进行有效的前瞻性变革,不同机构管理对象、自身利益和监管理念的长期固化也使得他们排斥甚至抵制构建协同监管的新机制。显然,强有力的顶层设计是打破这一

表1 2020年以来中国平台经济领域的法律法规

法律法规名称(时间)	与平台经济相关的内容	参与机构	涉及平台
《经营者反垄断合规指南》(2020年9月11日)	鼓励经营者培育公平竞争的合规文化,建立反垄断合规管理制度,提高对垄断行为的认识,防范反垄断合规风险,保障经营者持续健康发展	国务院反垄断委员会	互联网平台
《非银行支付机构条例(征求意见稿)》(2021年1月20日)	加强对非银行支付机构的监督管理,规范非银行支付机构行为,防范支付风险,保障当事人合法权益,促进支付服务市场健康发展	央行	非银行支付机构
《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20日)	预防和制止平台经济领域垄断行为,保护市场公平竞争,促进平台经济规范有序创新健康发展,维护消费者利益和社会公共利益	国家市场监督管理总局	互联网平台
《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》(2021年3月21日)	移动互联网应用程序(App)运营者收集个人信息的范围	网信办、工信部、公安部、国家市场监督管理总局	互联网平台上运行的App
《关键信息基础设施安全保护条例》(2021年4月27日)	保障关键信息基础设施安全,维护网络安全	国务院	公共或专业化网络设施、信息系统
《中华人民共和国个人信息保护法》(2021年11月1日)	给大型互联网平台设定特别的个人信息保护义务,不得对个人在交易价格等方面实行不合理差别待遇	全国人大常务委员会	大型互联网平台
《网络安全审查办法》(2022年2月15日)	确保关键信息基础设施供应链安全,维护国家安全	网信办等13个机构	关键信息基础设施运营者
《中华人民共和国反垄断法》(2022年8月1日)	经营者不得滥用数据、算法、技术、资本优势和平台规则排除、限制竞争	全国人大常务委员会	互联网平台

僵局的关键环节。

#### 四、反垄断执法主导与行业规制协同监管模式构建

##### (一)平台运营商反竞争行为的反垄断监管

平台产业在市场结构上最突出的特征是独家垄断或寡头垄断,这一结构既源自各种颠覆性的技术、产品、服务或流程创新,也得益于这些创新所内生出的规模经济、范围经济和多重网络外部性<sup>[2]</sup>。当然,平台运营商势力的形成和强化与他们实施的反竞争行为有直接关系<sup>[5]</sup>。

主导运营商滥用市场支配地位的行为或范式主要有四类<sup>[7]</sup>:基于平台游戏规则的自我业务偏好、借助数据资源共享提高行业进入壁垒、以限制潜在进入为目标的“掐尖式并购”以及利用各种算法过度搜集消费者数据或侵犯个人隐私权。这些行为在传统产业的反垄断实践中也曾发生过,但在数据密集的平台经济中,它们与自然垄断、关键基础设施、单边零资费,特别是多业务的平台生态商业模式交织在一起,很难界定其收益在平台两侧的分配结构,涉及经济、社会、政治和文化等领域,且与产业政策、经济规制、金融监管和隐私保护等政府治理机制有着千丝万缕的关联,这就使得《反垄断法》的立法原则和执法机制受到一定的挑战,甚至陷入困境中<sup>[30]</sup>。

利润最大化是平台运营商的核心目标,实现该目标只能通过经营行为,而行为一直是各国反垄断法或竞争政策的监管对象。Shapiro<sup>[31]</sup>基于产业组织理论和反垄断法两个视角的研究发现,掠夺性定价、排斥潜在竞争和延伸垄断势力是各类平台运营商普遍存在的三种反竞争行为。对于这三种行为,相对于行业规制,反垄断监管更能实现提高经济效率和社会福利的目标。

##### 1. 掠夺性定价与市场支配地位

掠夺性定价是指平台运营商以低于成本的价格将竞争者挤出相关市场,以取得垄断地位和攫取垄断利润。平台运营商在平台一侧实施掠夺性定价,可以获得两边或多边的市场支配地位。Hemphill和Weiser<sup>[32]</sup>认为,现有反垄断法关于市场支配地位的界定原则,可以直接使用在此类反竞争行为或经营模式中,而不必陷入如何定义免费市场和双边市场等

细节问题上。这一原则在欧盟查处谷歌公司的三起滥用市场支配地位案、中国国家市场监督管理总局对阿里巴巴和美团网“二选一”行为的处罚、德国联邦卡特尔办公室限制脸书公司过度收集和使用个人信息等案件中得到了充分体现。相反,行业规制机构要干预此类服务或产品的定价,尤其是平台一侧的免费服务经营方式,则缺乏合理的经济治理逻辑,除非将这些领域界定为公共产品或关键基础设施。

##### 2. 排除潜在竞争与强化市场支配地位

主导运营商为了维持市场支配地位,会采取各种措施限制和排挤那些会对其核心业务带来潜在威胁的产品或服务,在一定范围内,这种行为具有经济上的合理性。问题在于,这些新产品或服务还处于初始阶段,放任垄断运营商对他们实施纵向圈定、拒绝交易或互操作等策略,在弱化和消除潜在竞争对手的同时,也使这些新产品和服务失去了被消费者接受和使用的机会。与传统纵向一体化厂商相比,多边平台运营商有更多的资源和能力实施排他行为。例如,微软公司曾经使用捆绑销售、预装浏览器和播放器、拒绝公布源代码等多种措施阻止网景和JAVA公司浏览器业务的发展;脸书公司长期拒绝在其平台上接入推特公司开发的视频分享App,以防止用户注意力转移,这最终迫使推特放弃这一业务。正是依据反垄断法或竞争政策关于滥用市场支配地位的法理和条规,美国和欧盟的执法机构对微软公司滥用市场支配地位行为的查处,改变了相关市场结构和平台治理规则,为谷歌、苹果等公司浏览器和其他业务的发展提供了法律保障<sup>[7]</sup>。

Hovenkamp<sup>[33]</sup>认为,“掐尖式并购”“猎杀式并购”是消除外部竞争威胁的有力手段。主导企业借助资金优势和对产业竞争态势的预判,大量收购那些在未来产生蚕食效应的新企业及产品,并将他们束之高阁。由于这些新企业还处于萌芽期或初创期,其规模达不到反垄断法设置的兼并重组门槛,此类行为在很长一段时间游离于监管之外,美国和欧盟的立法和执法机构强调要从消费者伤害和垄断地位维持等视角审视猎杀式并购行为,并开始重新审查之前获得批准的谷歌、脸书和亚马逊等公司的收购案,德国反垄断机构还对脸书违反兼并重组承诺的行为

追加新的救济措施。与此类似,2021年7月,国家市场监督管理总局做出禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案反垄断审查的决定,原因是这一合并可能将对中国境内游戏直播市场和网络游戏运营服务市场产生排除、限制竞争的效果,不符合社会公共利益,如果不予禁止,腾讯公司在中国网络游戏行业的绝对控制地位将更加稳固,行业将缺乏有效竞争的基础。

### 3. 市场势力延伸与控制平台多维生态

平台经济已经从早期双边市场、多边市场的中介服务模式演变成超级生态系统,平台运营商至少扮演了看门人和参与者两个角色,一旦这一系统具有网络外部性,就能够吸引固定设备制造商、移动终端、软件和网络资源的不断嵌入,从而使得平台生态系统演化成互联网的基础设施。平台运营商作为看门人或规则制定者,可以低成本地获得平台上各类产品或服务的供求信息、消费者偏好和经营者盈利状况,进而将自身业务延伸到相关市场。大数据和各种算法则是平台运营商切入低风险、高盈利产品或服务的助推器,也使第三方经营者处于竞争劣势或退出平台。

运营商的自我业务偏好与优待也是延伸市场势力的主要模式。谷歌公司通过差异化算法将自身广告客户放在检索展示的前列,亚马逊公司强制商户只能使用自己的物流和云服务系统,消费者在淘宝和天猫商城购物只能使用阿里巴巴集团的支付宝业务,这些行为都属于自我优待的范畴。目前欧盟和中国的反垄断立法机构已经在修改和完善对主导运营商滥用市场支配地位行为的监管原则和措施,防止其运用看门人角色歧视商户和消费者。美国众议院在其发布的《数字市场竞争状况调查报告》中建议,对平台运营商的核心业务和经营活动实施反垄断意义上的结构性拆分或者执行非歧视的运营规则。

只要对《反垄断法》《指南》进行完善和补充,就可以查处平台经济领域的主要反竞争行为,进而确保《反垄断法》在监管市场经济基本活动中的基础地位。当然,在一些特殊的领域或环节,必须借助规制机构、产业政策和法律法规协同监管平台经济领域的垄断行为。

### (二)行业规制协同反垄断执法的切入点选择

《反垄断法》着重于对企业已有违法行为的查处,且这些违法行为已经产生或必然形成实质性的竞争侵害,数字平台产业特有的运营商双重角色、网络外部性和单侧免费服务等特征,使得违法行为及其对消费剩余和竞争对手的影响更加隐蔽。从维持有效竞争、鼓励创新和降低执法成本等目标出发,行业规制机构的介入就成为增强反垄断执法效能和形成数字平台产业监管合力的主要途径。目前,相关领域的研究者对行业规制(包括消费者权益和隐私保护的专门法律)助力平台经济反垄断执法的切入点达成以下共识:

#### 1. 平台用户的数据权益与数据可转移性规制

Goldfarb 和 Catherine<sup>[34]</sup>认为,数据是平台经济最核心的投入品、中间品和最终品,也是主导运营商获得规模经济、范围经济和网络外部性的载体。与传统制造业的生产模式不同,数据资源的所有权不完全属于平台运营商,其源自双边市场两侧的使用者,平台运营商通过对这些信息的记录、分类和整理,可以将其产品化和商业化。平台之间的竞争本质上就是数据能力的竞争,也是构建进入壁垒的基石之一,为此,主导运营商都会控制和限制消费者和商家在不同平台之间的转移。由此产生的悖论就是:如果严格限制平台运营商对数据的索取和使用,数据在平台创新中的价值就会降低;而不进行必要的限制,平台消费者的数据权益及相关联的其他效用就会被平台运营商不断剥夺。Daniele 和 Jorge<sup>[35]</sup>研究发现,反垄断执法并不是解决数据迁移、分享和隐私问题的有效手段,原因在于这些监管活动必须兼具动态性、持久性和专业性,他们主张通过专门立法或者机构规制方式实现数据的确权、分享和迁移,防止平台运营商对数据的掠夺性采集和滥用。欧盟实施的《通用数据保护条例》、中国颁布的《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》等法律法规,都属于数据行业规制的范畴,并在实践中取得了良好效果,减轻了反垄断监管的压力。

#### 2. 平台间数据、软件的互操作性与互联互通规制 现代通讯、互联网、电子商务和在线社交等领域

要实现间接网络外部性,必须以数据和信息接口的相互开放为前提,但对投资和拥有这些网络硬件和软件的垄断运营商而言,过度的开放又会影响其市场支配地位和垄断利益,于是拒绝或实施歧视性的互联互通就成为一种常用手段。Rogerson 和 Shelanski<sup>[36]</sup>研究发现,由于数字平台产业的特殊性,各国反垄断执法机构对基于数据、软件和代码等资源的滥用市场支配地位行为的监管效果一直差强人意,美国司法部为了落实与微软、AT&T 等公司达成的开放网络或平台的和解协议,曾经长期采取具有政府规制性质的手段或措施,并引发了反垄断法规制化的激烈争论。

在谷歌、亚马逊、脸书、百度、阿里巴巴和腾讯等平台运营商的商业实践中,拒绝竞争者接入、屏蔽网址链接等行为更加隐蔽和复杂,对他们实施反垄断监管的难度和专业要求远超传统网络间的硬件—软件接口问题,因而选择行业规制或者构建反垄断执法主导与行业规制协同的监管机制,成为实现平台间互联互通的基础制度,并取得了显著效果。中国互联网产业长期存在的平台封禁问题,虽然属于《反垄断法》第十七条规定的拒绝交易行为之一,但反垄断的行政和司法机构对于“3Q 大战”案、微信封禁抖音链接的纠纷案显得无能为力。随着工信部开展专项整治,平台运营商屏蔽网址链接问题很快得以解决。非银行支付领域的支付宝、微信支付与银联之间的相互屏蔽是产业发展的痼疾,反垄断机构缺乏监管金融科技的专业能力和资源,而在央行颁布相关条例后,支付宝和微信支付就实施了条码支付之间的互认、支付环节开放等措施。

### 3. 数字化基础设施、非歧视待遇与平台中性规制

如果一个平台运营商同时提供中介和内容服务,其就有可能限制平台内部的竞争,或者将潜在竞争者排斥在自身平台之外,这种行为具有滥用市场支配地位的性质,属于反垄断执法的范围。问题在于,平台赖以运转的网络、渠道、物流和数据库等基础设施,都是企业私人投资和经营的结果,不属于一般意义上的公共产品或者受管制的城市基础设施,没有向竞争对手提供服务 and 开放系统的法定义务和责任。例如,在谷歌提供的一般搜索结果中,同时包

括自身和竞争者提供的视频、购物、广告等服务信息,从利润最大化出发,谷歌有动机和能力将自身业务显示在最佳位置,达到自我优待和歧视接入的目的。对此,欧盟反垄断机构主要按照滥用市场支配地位的法理进行查处,但效果并不理想。谷歌、微软和亚马逊等公司宁愿向欧盟缴纳巨额罚金,也不愿向竞争者公布平台算法的代码或者改变平台运营规则。

2005 年以来,一些研究者和执法者提出了平台中性、网络中性或搜索中性等原则性设想,主张在确定平台运营商控制关键基础设施和拥有市场支配地位的前提下,对他们拒绝向竞争者提供相关服务的行为实施反垄断执法。问题在于,数字平台领域的关键基础设施处于动态调整之中,在早期可能是平台运营商投资建设的管网、物流运输网络,目前更多地体现为大数据、云计算和必要专利。反垄断执法具有“一案一策”的特点,如果固守“关键基础设施”的概念,很可能将所有差异化的平台资源都界定为基础设施。为了避免这一执法逻辑影响平台运营商的创新和投资,美国和欧盟的法院在审理反垄断机构提起的相关诉讼时,执法十分慎重,截至目前,还没有一家平台运营商因为控制和滥用关键基础设施被处罚。

应该指出的是,中性规制主要体现在行业层面,其针对的不是特定企业的违法行为,而是以行业立法立规方式将关键基础设施或服务界定为准公共产品后,由行业规制机构确定统一的使用标准,保障平台运营商的竞争对手也能公平地使用这些资源。美国一些较为激进的反垄断专家还主张使用自然垄断规制的模式<sup>[37]</sup>,对关键基础设施实行公共所有或费率管制,这些建议能否获得立法机构批准还有待进一步的观察。中国政府在这方面的法规走在主要互联网大国的前列,国务院颁布的《关键信息基础设施安全保护条例》于 2021 年 9 月 1 日施行,按照这一条例,本文分析的电子交易、数据检索和即时通讯等具有国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统也被纳入监管之列。

行业规制是为了弥补反垄断执法的缺陷或空白点,必须始终坚持反垄断执法的主导地位,不能以行业规制替代反垄断执法或者凌驾于竞争政策之上。

因此,要将行业规制的范围局限在上述专业技术领域,避免产生规制俘获、规制过度和规制惰性等问题。

### (三)反垄断执法主导与行业规制协同监管模式设计

#### 1. 设计原则

(1)反垄断执法和行业规制之间分工明确。以反垄断执法为主导,属于《反垄断法》设定的事项一律由反垄断执法机构统一查处;行业规制机构协同参与的范围既要与平台运营商(非平台产业)的垄断行为相关联,也要属于政府规制的范围。

(2)反垄断执法和行业规制的法律法规依据相互独立。前者依据《反垄断法》《指南》对平台运营商的三类违法行为进行调查、处罚和救济,后者在协助反垄断执法时,依据行业规制条例或监管办法,而不能按照《反垄断法》的法理和逻辑监管平台企业。这也是本文反垄断执法主导与行业规制协同监管模式与英国、荷兰政府在电信产业实施的平行执法模式最明显的差异。

(3)反垄断执法和行业规制的工具有差异。反垄断机构的执法工具包括一般意义上的责令停止违法行为、资金处罚、行为性救济、结构性救济以及不具约束力的经营者承诺或行政指导书;行业规制的手段则包括牌照许可、进入资质、产品价格、服务收费、个人隐私和服务质量等,以防止反垄断执法的规制化趋势。

(4)反垄断执法主导与行业规制协同监管模式的规范化、组织化和常态化。反垄断执法机构与行业规制机构之间的协同要在立法、立规的前提下进行,能够参与协同的只能是与平台经济管理、运营密切相关的政府机构。协同的组织模式可以采取部际联

席会议制度,召集人以反垄断执法机构为主。

#### 2. 组织架构和实施过程

按照从反垄断独立执法、协同监管到行业规制的顺序,本文构建了平台经济领域监管模式的组织架构和实施过程,反垄断执法主导与行业规制协同的监管体系如表2所示。

(1)反垄断独立监管范围。将原有《反垄断法》设定的平台经济领域三种垄断行为的执法权完全划归独立的执法机构,这些权力和职责不能与行业规制机构分享。即便平台运营商的滥用市场支配地位和经营者集中行为十分复杂和表现形式各异,也能够基于现有《反垄断法》的法理和《指南》的原则,结合特定的产业结构或平台竞争模式,做出其是否具有实质性竞争损害的基本判断。反垄断执法机构独立性增强,必然要求其调查和处罚活动程序规范、信息透明和结果可问责,进而有利于将司法审查作为对行政执法中误判、错判行为的最后纠错机制。为此,强化反垄断执法机构的独立性、权威性和增强其执法能力十分重要。

(2)行业规制的独立监管范围。平台经济领域中的多个环节具有自然垄断、关键信息基础设施和准公共产品(服务)的属性,企业的经营活动必然受到政府相关机构的监督和管理,即便这些活动与平台运营商市场支配地位的形成和行为滥用存在关联,但只要平台运营商的范围拓展、产品升级、技术标准和服务质量等活动与竞争损害之间没有《反垄断法》语义上的逻辑关系,就应该将这些业务的监管权力界定给行业规制机构。中国平台产业的规制机构主要有工信部、央行、网信办和交通运输部等,他们负责对投资门槛、技术标准、金融创新、牌照发放和数据

表2 反垄断执法主导与行业规制协同的监管体系

事项	反垄断领域	协同区域	经济规制	社会规制	金融监管
主导机构(协同机构)	国家反垄断局	国家反垄断局(工信部、国家数据局、网信办和央行)	工信部、国家数据局和商务部	工信部、网信办、国家数据局、宣传部、公安部和交通运输部	央行、国家金融监督管理总局、证监会和国家外汇管理局
监管对象的行为	垄断协议、市场支配地位滥用和经营者集中	数据确权、迁移、互联互通、专利许可和接入标准	投资审查、牌照发放、许可经营和普遍服务	数据隐私、数据安全和数据分享	准入审批、分业经营、持牌经营、金融稳定和资金安全
法律法规基础	《反垄断法》及实施指南、条例、办法	《反垄断法》及行业的经济、社会规制条例、金融监管条例	平台经济领域的规制条例、办法	互联网领域的信息、数据法律法规	互联网金融法律法规

权益等业务进行专业化监管,执法依据是各自的行业规章,不涉及《反垄断法》的范畴。

(3) 反垄断执法与行业规制协同模式和协同范围。其一,这一协同模式要解决的是平台领域的竞争问题,但依据《反垄断法》查处这些反竞争行为时,需要得到行业规制机构的配合与支持。其二,协同范围必须局限在平台产业的结构、平台的运营规制和平台运营商的经营行为等三个方面,且这些环节是导致垄断行为的关键因素。其三,两类机构在监管这些协同范围时,要确定明确的主导和协同关系,防止平台运营商实施监管套利行为。

反垄断执法具有“一案一策”的特征,加之在不同类型的平台经济中,行业规制机构介入的环节、手段和机制也有明显差异,那么在查处和救济特定平台运营商的垄断问题时,协同模式也就有所不同。例如,如果平台运营商对使用者实施非价格的接入歧视,行业规制机构可以依据互联互通的约束先行纠正平台运营商的行为;当平台运营商借助数据和算法在平台两侧实施不当套利行为时,行业规制机构可以强制其公开运营规则,为反垄断执法机构判定竞争损害提供依据;对于那些在受规制环节和不受规制环节都具有市场支配地位的超级运营商,可以通过放松规制的方式塑造可竞争的市场结构,以削弱其借助杠杆效应对竞争者和消费者的福利侵害。上述事项主要体现在反垄断执法的事前环节和事中环节,规制机构协同参与的主要手段是市场准入监管、投资资质审查、行业标准设定和网络安全运营等。

参与针对平台运营商反竞争行为的结构性救济,是行业规制机构切入协同监管的有效方式,符合“实现事前、事中、事后全链条全领域监管”和提升监管合力的顶层设计原则。各国平台经济领域反垄断行政救济实践也证明,利用行业规制机构的技术优势和行政资源,可以减少平台运营商利用信息不对称扭曲救济方案的落实状况,弥补反垄断机构的短板。

## 五、反垄断执法主导与行业规制协同监管的中国实践和模式创新

上述设想既有前述理论逻辑和事实支撑,也是对近期中国平台产业政府监管实践的总结。下面以阿里巴巴集团的相关案件为背景,说明反垄断执法

主导与行业规制协同监管的可行性和有效性。阿里巴巴集团是中国最大的电子商务零售和在线支付业务运营商,其通过蚂蚁金服和阿里云等新兴产业构建了一个规模庞大的数字平台生态网络,并在相关领域具有显著的市场支配地位。这种多平台垄断势力主要来自业务、组织和技术等领域的创新,以及由此产生的规模经济、范围经济和网络外部性。但是,为了维持已有的市场地位或阻止潜在进入,其采取的限制消费者或商户转换平台、迁移历史交易数据、拒绝与竞争者互联互通和收购潜在竞争者等具有反竞争效果的行为,就需要反垄断执法机构和行业规制机构的查处和救济。

### (一) 滥用市场支配地位,实施“二选一”行为

早在2017年11月,京东商城向北京市高级人民法院针对天猫、阿里巴巴提起滥用市场支配地位的诉讼,提出阿里巴巴滥用了在中国B2C网上零售平台市场的支配地位,其实施的“二选一”构成了《反垄断法》定义的限定交易行为。2019年网络购物节“6.18”期间,天猫商城的商户格兰仕发表声明,由于其与拼多多公司商讨合作事宜,而被天猫商城采取搜索降级处理,使其遭受重大损失,格兰仕商户据此向广州知识产权法院提起反垄断诉讼。此后,阿里巴巴集团作为中国规模最大的网络零售平台运营商,不断进入反垄断执法者的视野,但对于其在电商市场的“二选一”行为、电子支付领域的拒绝互联互通模式以及在快递、互联网金融、线下零售等领域大规模的“掐尖式并购”行为,行政和司法体系都没有实施有效的查处和监管。这种现状随着2020年12月中央经济工作会议提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”而发生重大变化。2020年12月24日,国家市场监督管理总局对阿里巴巴集团“二选一”涉嫌的垄断行为立案调查;2021年4月,国家市场监督管理总局做出了严厉的行政处罚决定,责令阿里巴巴集团停止相关滥用行为,处以182亿元巨额罚金并签订《行政指导书》,要求阿里巴巴集团在严格落实平台企业主体责任、加强内控合规管理和保护消费者权益等方面进行全面整改。

### (二) 未依法申报实施经营者集中

借助资金实力和平台生态优势,大规模实施兼

并重组或“掐尖式并购”是阿里巴巴集团、腾讯等超级平台运营商发展的主要策略,由于被收购的企业、业务或技术多处于培育期或萌芽期,有些还没有形成具体的产品或服务,很难达到《经营者集中审查暂行规定》设置的最低标准。阿里巴巴集团通过高密度的兼并收购行为很快建立起庞大的平台生态圈,其业务从初期的网络零售逐步延伸到电子支付、互联网金融、线下生鲜零售和快递物流等领域,并获得了一定的市场支配地位或完全垄断地位。随着强化反垄断和防止资本无序扩张被列为重点工作,国家市场监督管理总局分别在2021年4月和2021年7月对阿里巴巴集团直接参与的十余起未依法申报违法实施的经营集中案件进行处罚。

### (三)金融科技和信息服务的行业规制

支付宝和蚂蚁金服等是构成和维持阿里巴巴集团多平台垄断地位的支柱。借助国家对金融领域的进入管制和支付牌照发放制度,阿里巴巴集团的支付业务等于获得了《反垄断法》的“豁免”待遇,监管套利和监管空白现象的长期存在,也有助于其互联网金融业务的无序扩张和市场势力滥用。2020年11月,央行、银保监会、证监会和国家外汇管理局等4家金融监管机构约谈了蚂蚁集团的实际控制人,并随后做出了暂缓蚂蚁金服上市申请的决定。2021年7月,工信部启动了互联网行业专项整治行动,整治的重点之一就是平台运营商恶意屏蔽网址链接和干扰

其他企业产品或服务运行等问题。阿里巴巴集团在其投资的淘宝、天猫和饿了么等平台上长期限制用户使用非支付宝业务就是典型案例。2021年10月,支付宝就宣布在安全有序的原则下,推动线上、线下多场景支付的互联互通。政府机构对阿里巴巴集团的监管举措如表3所示。

应该指出的是,行业规制机构对阿里巴巴集团进行监管的领域都与其市场支配地位和垄断行为有一定的关联。例如,暂缓蚂蚁金服上市融资,可以防止其控股股东阿里巴巴集团借助平台生态网络将其在网络零售、电子支付市场的垄断势力延伸到金融市场;要求支付宝与竞争对手实现互联互通,可以降低平台上消费者和商户的转移成本,使得相关市场从寡头垄断向可竞争结构转换。类似的举措有力配合了反垄断执法机构在滥用市场势力、经营者集中和行政指导等方面对阿里巴巴集团的监管,并对其他业态的平台运营商有警示作用。

类似的执法实践还包括滴滴公司在共享汽车领域的违法违规行为。2022年7月,网信办依据《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》对其做出了严厉处罚。这种依托其他法律法规监管数字平台垄断运营商滥用市场支配地位行为的模式,已在其他国家或地区施行,意大利和德国竞争机构对脸书公司滥用在线社交市场的支配地位、侵犯消费者个人数据权益行为进行查处时,主要的依据不是《竞争

表3 政府机构对阿里巴巴集团的监管举措

时间	执法机关	主要事由	监管措施	行为影响
2021年4月	国家市场监督管理总局	阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场滥用市场支配地位行为立案调查和做出处罚决定	罚款182亿,停止违法行为,签署行政指导书	竞争损害
2021年7月		阿里巴巴(中国)网络技术有限公司收购纽仕兰新云(上海)、五矿电子等6家电子商务有限公司股权违法实施经营者集中案做出行政处罚决定	顶格罚款,遏制扩张	无序扩张增强势力
2020年11月	央行、银保监会、证监会、国家外汇管理局	回归支付本源,提升交易透明度,严禁不正当竞争;依法持牌、合法合规经营个人征信业务,保护个人隐私等存在不合规行为	第一次联合约谈蚂蚁集团,要求依规经营	无序扩张监管套利
2021年4月		金融业务活动中存在严重问题	第二次联合约谈蚂蚁集团,要求限期整改	无序扩张监管套利
2020年11月	上海证券交易所	公司实际控制人、董事长、总经理被有关机构联合监管约谈,金融科技监管环境发生变化等重大事项	关于暂缓蚂蚁科技集团股份有限公司科创板上市的决定	无序扩张强化垄断
2021年7月	工信部	对特定产品或服务网址链接附加额外操作步骤,要求用户复制链接后转至浏览器打开	整治屏蔽网址链接问题	拒绝互联互通规制

法》，而是《意大利消费者法典》和欧盟的《通用数据保护条例》。

上述两个反垄断执法和行业规制的最新实践，在全球范围引起了积极反响。Marco<sup>[15]</sup>与Jet<sup>[37]</sup>的多案例比较分析发现，欧盟和美国虽然早在2015年就开启了这一轮平台经济的反垄断执法热潮，但除了欧盟竞争机构对谷歌公司滥用市场支配地位的行为进行了查处外，美国反垄断执法机构对脸书、亚马逊、苹果等公司歧视接入、兼并重组或侵犯个人隐私行为的调查都半途而废或草草收场，立法机构颁布的近十部关于数字平台产业的反垄断或监管条例也一直处于空转状态，没有发挥预期作用。在立法执法实践起步较晚的情况下，中国政府对平台经济的反垄断监管和行业规制能够取得实质性进展和效能，很大程度上得益于其体制优势：通过立法、修法和立规为平台产业的政府干预提供法律依据；结合中国特殊的政府、市场与企业关系，构建起反垄断执法、经济性规制与社会性规制相互协同的理念，并设置相应的组织体系；以点带面突破平台经济政府监管的瓶颈环节，避免高密度的反垄断执法或超强度政府监管的负面效应，重在构建数字平台产业的新型内外部治理机制<sup>21</sup>。

## 六、研究结论与政策建议

2022年8月1日开始，修正后的《反垄断法》正式实施。新的版本针对平台经济领域的垄断行为设置了多个条款和规则，这就使《指南》(2021年颁布实施)有了上位法的依据，这些新增的条款进一步强化了竞争政策或《反垄断法》在规制平台经济领域垄断行为方面的基础地位。与此同步，网信办、工信部、交通运输部和银保监会等政府机构也针对平台经济领域数据资源、个人隐私和互联互通等事关平台运营商市场势力和经营模式等环节，颁布了多个具有行业规制属性的规章制度，逐步形成了本文所构建的反垄断执法主导与行业规制协同的新体系。契合上述重大现实需求问题，本文从理论和实践两个层面出发，深入分析现行平台经济执法监管的现状和问题，并结合中国数字平台产业中垄断结构和行为的特征，按照“建立全方位、多层次、立体化监管体系，实现事前事中事后全链条全领域监管”的基本原则，

构建一个反垄断执法主导与行业规制协同的平台经济监管模式。

根据上述研究结论，笔者提出如下政策建议：第一，强化反垄断执法是防止超级运营商野蛮生长和有序扩张最有效的治理措施，行业规制机构的协同参与，可以在某些环节产生监管合力，二者之间不是替代性而是互补性的制度安排。第二，平台经济领域的反垄断监管体系和法律法规建设，属于强化竞争政策基础地位的重要一环，为了增强反垄断执法主导与行业规制协同模式的权威性、威慑力和实际效能，需要对现有反垄断体制进行完善和改革<sup>[38]</sup>。例如，在大力发展数字经济和组建国家数据局的背景下，就需要以法律法规的方式界定好反垄断执法、行业规制和产业政策等三类机构的职权范围，避免发生职责交叉或重复执法问题。第三，反垄断执法、行业规制并不是政府监管平台经济的唯一途径，司法体系也是实施《反垄断法》的主要组织，相对于注重社会公益或消费者剩余的行政执法机制，基于司法诉讼的反垄断救济模式，既有利于处置平台经济中各类经营者之间的竞争纠纷，又能够弥补中国反垄断监管力量的不足。

### 注释：

①本文的金融监管机构主要指中国人民银行(以下简称“央行”)、中国银行保险监督管理委员会(以下简称“银保监会”)、中国证券监督管理委员会(以下简称“证监会”)和国家外汇管理局。

②在反垄断诉讼期间，Verizon与FCC达成了和解协议，履行了互联互通的义务，并向政府规制机构缴纳了300万美元罚金，给受到影响的电信用户赔偿了1000万美元。

### 参考文献：

- [1]吴振国. 反垄断监管的中国路径：历史回顾与展望[J]. 清华法学, 2022, 16(4): 6-27.
- [2]江小涓, 黄颖轩. 数字时代的市场秩序、市场监管与平台治理[J]. 经济研究, 2021, 56(12): 20-41.
- [3]马丁·莫尔, 达米安·坦比尼. 巨头：失控的互联网企业[M]. 魏瑞莉, 倪金丹, 译. 杭州：浙江大学出版社, 2020: 270-275.
- [4]BAKER J D. Protecting and fostering online platform competition: the role of antitrust law[J]. Journal of competition law & economics, 2021, 17(2): 493-501.

- [5] KHAN L M. Amazon's antitrust paradox[J]. Yale law journal, 2017, 126(3): 710-805.
- [6] 白让让. 平台运营商的市场支配地位滥用与结构性救济——案例回顾、研究述评与新监管模式构想[J]. 财经问题研究, 2021(6): 39-50.
- [7] 白让让. 竞争政策执法: 保护还是抑制企业创新? ——“谷歌比较购物案”引发的理论分歧及对中国的启示[J]. 人文杂志, 2020(12): 25-35.
- [8] 许恋天. 互联网金融反垄断规制谦抑性[J]. 竞争政策研究, 2018, 21(6): 83-95.
- [9] 刘乃梁. 包容审慎原则的竞争要义——以网约车监管为例[J]. 法学评论, 2019, 37(5): 122-132.
- [10] 钱贵明, 阳镇, 陈劲. 平台监管逻辑的反思与重构——兼对包容审慎监管理念的再反思[J]. 西安交通大学学报(社会科学版), 2022, 42(1): 131-140.
- [11] 孙晋. 数字平台的反垄断监管[J]. 中国社会科学, 2021, 305(5): 101-127+206-207.
- [12] DUCCI F. Natural monopolies in digital platform markets [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- [13] 乔治·J·斯蒂格勒. 产业组织和政府管制[M]. 潘振民, 译. 上海: 上海三联书店, 1989: 210-241.
- [14] CAPPAL M, COLANGELO G. Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to antitrust law[J]. Computer law and security review, 2021, 41(1): 1-17.
- [15] MARCO C S. The incursion of antitrust into China's platform economy[J]. The antitrust bulletin, 2022, 67(2): 237-258.
- [16] WHISH R. The United Kingdom's 'enhanced concurrency regime'[J]. Competition law journal, 2018, 17(2): 63-72.
- [17] ANNE C W. Excessive data collection as a form of anti-competitive conduct: the German Facebook case[J]. The antitrust bulletin, 2021, 66(2): 276-307.
- [18] BOTTA M, KLAUS W. The interaction of EU competition, consumer, and data protection law in the digital economy: the regulatory dilemma in the Facebook odyssey[J]. The antitrust bulletin, 2019, 64(3): 428-446.
- [19] 唐要家. 数字平台反垄断的基本导向与体系创新[J]. 经济学家, 2021, (5): 83-92.
- [20] 孟雁北. 我国反垄断执法机构与政府产业规制部门的关系[J]. 中国人民大学学报, 2015, 29(2): 122-130.
- [21] 白让让. 中国垄断产业的规制放松与重建[M]. 上海: 格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社, 2016: 241-255.
- [22] KAHN A E. The economics of regulation, principles and institutions[M]. Cambridge: MIT Press, 1988: 159-165.
- [23] J. E. 克伍卡, L. J. 怀特. 反托拉斯革命[M]. 林平, 臧旭恒, 等译. 北京: 经济科学出版社, 2017: 480.
- [24] 王晓晔. 中国电信、中国联通涉嫌垄断案的再思考[J]. 交大法学, 2013, 4(2): 5-15.
- [25] 赫伯特·霍温坎普. 联邦反托拉斯政策: 竞争法律及其实践: 第3版[M]. 许光耀, 江山, 王晨, 译. 北京: 法律出版社, 2009: 782-795.
- [26] CRANE D A. How much Brandeis do the neo-Brandeisians want?[J]. The antitrust bulletin, 2019, 64(4): 531-539.
- [27] WU T, YOO C S. Keeping the internet neutral? Tim Wu and Christopher Yoo debate[J]. Federal communications law journal, 2007, 59(3): 575-592.
- [28] KHAN L M. The separation of platforms and commerce [J]. Columbia law review, 2019, 119(4): 973-1098.
- [29] 时建中. 新形势下平台经济发展及监管的新要求与新举措[J]. 中国经贸导刊, 2022(2): 37-39.
- [30] BAKER J B. The antitrust paradigm restoring a competitive economy[M]. Cambridge: Harvard University Press, 2019: 197-210.
- [31] SHAPIRO C. Protecting competition in the American economy: merger control, tech titans, labor markets[J]. The journal of economic perspectives, 2019, 33(3): 69-93.
- [32] HEMPHILL C S, WEISER P. Beyond brooke group: bringing reality to the law of predatory pricing[J]. Yale law journal, 2018, 127(7): 2048-2077.
- [33] HOVENKAMP H. Antitrust and platform monopoly[J]. Yale law journal, 2021, 130(8): 1952-2051.
- [34] GOLDFARB A, CATHERINE T. Digital economics[J]. Journal of economic literature, 2019, 57(1): 3-43.
- [35] DANIELE C, JORGE P. Harnessing platform envelopment in the digital world[J]. Journal of competition law & economics, 2020, 16(2): 143-187.
- [36] ROGERSON W P, SHELANSKI H. Antitrust enforcement, regulation, and digital platforms[J]. University of Pennsylvania law review, 2020, 168(7): 1911-1940.
- [37] JET D. The Alibaba case: an open sesame to China's antitrust regulation on the internet platforms[J]. Journal of antitrust enforcement, 2022, 10(1): 230-238.
- [38] 白让让. 我国经营者集中的反垄断审查与执法者的“行为性救济”偏好分析——兼论专利密集领域的执法困境[J]. 经济研究, 2019, 54(2): 166-181.