

# 互联网平台反垄断法律规制的范式转型

## ——反垄断法事前干预范式的构建

张玫瑰

(郑州大学法学院,河南郑州 450001)

**摘要:**传统的反垄断法事后干预范式难以对互联网平台垄断力量的不断扩张形成有效约束,存在放纵垄断者的伪阴性风险。事前干预通过要求垄断者承担积极竞争义务来对垄断力量进行预防性控制,能够有效克服事后干预的伪阴性弊端。平台反垄断事前干预建立在互联网平台具有必要设施这一属性的基础上,需求侧规模经济的存在使大型互联网平台具备了控制网络竞争瓶颈的必要设施地位,对其施加积极竞争义务具有可操作性与有效性。平台反垄断事前干预的义务承担主体为必要设施互联网平台,义务内容为要求必要设施互联网平台无歧视地向竞争对手开放互联网平台生态,义务履行范围应限于纵向市场竞争对手,以避免过于宽泛的积极竞争义务产生抑制市场投资的负面激励。我国的《平台分级指南》和《平台责任指南》应在主体、内容与履行范围方面作出相应的完善。

**关键词:**平台垄断;必要设施;事前干预;事后干预;积极竞争义务

**中图分类号:** DF414    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1005-9512(2023)04-0162-15

**DOI:** 10.15984/j.cnki.1005-9512.2023.04.007

### 一、问题的提出

互联网平台经济的异军突起是 21 世纪以来最引人关注的经济现象。相对于传统的产业经济,互联网平台经济常采取双边或多边市场操作的商业模式,借助不同客户群体间的交叉网络外部性设置非中立的价格结构,以此为双边或多边客户群体提供便捷的交互载体并从该交互中取得经济收益。<sup>[1]</sup>这种全新的商业组织模式为互联网平台经济的迅速扩张和市场力量的快速集聚提供了巨大助力,但是由于反垄断法理论和制度是建立在传统商业组织模式基础上的,难以有效应对互联网平台经济领域日趋严重的垄断化现象。为了解决该问题,反垄断理论和实务界开展了大量的创新性学术研究和制度建构。理论层面上,越来越多的学者开始意识到反垄断法传统的消极事后干预模式无法有效阻止平台力量的不断增强,因此需要引入积极的事前干预方案对互联网平台(以下简称:平台)施加预防

---

作者简介:张玫瑰,郑州大学法学院副教授、法学博士。

[1] See Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 1 *Journal of the European Economic Association* 990 (2003).

性控制。<sup>[2]</sup>实践层面上,立法机关和反垄断执法机关亦开始尝试建构旨在维持平台竞争开放性的事前干预机制。如欧盟《数字市场法案》创设了平台守门人规则以强化对大型平台的事前干预,美国国会司法委员会专门针对平台反垄断提交了《终止平台垄断地位法案》《平台竞争与机会法案》等五部法律草案,其中不乏禁止自我优待、拆分平台与商业、数据迁移与强制互操作等结构性和行为性事前反垄断机制,<sup>[3]</sup>我国市场监管总局起草的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》(以下简称:《平台分级指南》)、《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》(以下简称:《平台责任指南》)同样要求具有强大市场力量的超大型平台承担自我优待禁止、开放平台生态等事前行为义务。

传统上认为反垄断法具有消极特质,其往往采取事后干预的方式对限制竞争或损害消费者福利的行为做出被动回应,<sup>[4]</sup>因而事前干预手段与传统的反垄断理念和制度之间存在诸多不兼容之处,这也导致不断有学者指出应当在反垄断法体系之外构建平台经济的事前干预机制。<sup>[5]</sup>因此,有待解决的问题是事前干预手段能否以及如何接入反垄断法体系。对此,需要阐明平台反垄断领域引入事前干预手段的必要性,进而从反垄断法理论中探寻从事后干预到事前干预的正当性理据,在此基础上提出平台反垄断事前干预的应然规范结构及我国平台监管规则的完善路径。

## 二、平台反垄断事前干预的必要性

事前干预的必要性源于传统的反垄断法事后干预模式难以对平台垄断力量的不断扩张形成有效约束。反垄断规则的适用多以垄断者的行为产生了明确的排除限制竞争效果为前提,即采取事后干预的方式对垄断者进行惩戒。平台经济领域普遍存在的双边或多边市场操作、零价格交易模式、交叉网络外部性等特性导致竞争效果分析往往难以得出确定性结论,传统的反垄断事后干预模式因而存在严重的放纵垄断者之伪阴性风险,<sup>[6]</sup>事前干预有助于减少平台经济领域反垄断实施的伪阴性风险。

### (一) 平台反垄断事后干预机制的局限性

虽然反垄断法上同样存在事前干预机制,如对于经营者集中的反垄断审查体现了事前干预的理念,但是当下的互联网平台反垄断难题主要在于大型平台实施的二选一、自我优待、拒绝交易等行为是否构成滥用市场支配地位。由于反垄断法通常并不惩罚“无过错”的垄断力量,而是恪守行为规制的理念,以反竞争效果的出现作为反垄断干预介入的必要前提,<sup>[7]</sup>因此对于滥用市场支配地位的反垄断干预呈现出明显的事后干预特征。尤其是当涉及创新性商业行为时,反垄断法往往采取谦抑性的观望立场,只有确证行为产生了明确的反竞争效果时方对其进行事后干预,<sup>[8]</sup>以此降低反垄断实施的伪阳性风险(将良

[ 2 ] See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale Law Journal 710 (2017); Diane Coyle, *Practical Competition Policy Implications of Digital Platforms*, 82 Antitrust Law Journal 835 (2019); William P. Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, 168 University of Pennsylvania Law Review 1911 (2020).

[ 3 ] See Heidi M. Siltan et al., *Congressional Antitrust Bills Seek to Regulate A New Internet Era*, 36-SPG Antitrust 26 (2022).

[ 4 ] See Alan Devlin, *Antitrust as Regulation*, 49 San Diego Law Review 823 (2012).

[ 5 ] 如有学者指出平台中立等事前干预手段超出了反垄断法范畴,因此应采取公共承运人式的行业监管手段加以落实。参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,载《政法论坛》2016年第4期。

[ 6 ] See Rob Frieden, *Ex Ante Versus Ex Post Approaches to Network Neutrality: A Comparative Assessment*, 30 Berkeley Technology Law Journal 1561 (2015).

[ 7 ] See Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 Yale Law Journal 1952 (2021).

[ 8 ] See Babette E.L. Boliek, *FCC Regulation Versus Antitrust: How Net Neutrality Is Defining the Boundaries*, 52 Boston College Law Review 1627 (2011).

性的行为认定为违法)。这种对伪阳性的担心使得反垄断法过度倚赖量化的竞争效果分析,<sup>[9]</sup>即以产出/价格作为衡量竞争效果或消费者福利的主要量化指标,而平台经济普遍存在的零价格交易模式导致产出价格范式下的量化分析无从着手。竞争效果量化证据的缺失构成了启动反垄断法事后干预机制的主要障碍,互联网平台反垄断因而面临放纵垄断力量的伪阴性风险(将限制竞争的行为认定为合法)。<sup>[10]</sup>

具言之,滥用市场支配地位的反垄断规制需要满足两个条件,其一是市场支配地位或垄断力量的存在,其二是行为产生了排除限制竞争或损害消费者福利的后果。不过由于市场支配地位认定和行为效果分析之间存在内生关联性,即支配地位的认定以行为具备排除限制竞争效果为佐证,<sup>[11]</sup>因此滥用市场支配地位的二阶反垄断分析均建立在效果考察的基础上。其中支配地位认定可被视作对潜在效果的评估,而行为竞争效果评价则属于对现实后果的考察,<sup>[12]</sup>两者均需要通过产出价格范式下的量化分析加以确定。支配地位的认定通常需要借助假定垄断者测试等量化的价格分析方法来评估经营者是否具备将价格提升至边际成本之上的能力,竞争效果评估则以消费者福利作为其主要分析指标,产出减少、价格提升构成了消费者福利损害的主要标志。可以说,产出价格范式下的量化分析提升了反垄断效果评估的严谨性和可操作性,有助于确保反垄断实施能够有针对性地规制产生了真实竞争损害的行为,尽可能减少反垄断规制的伪阳性风险从而避免对竞争过程的过度干预,因此产出价格范式下的量化分析成为最契合反垄断事后干预模式的分析方法。

不过,竞争效果评估中的量化分析方法以正价格交易为前提,平台经济普遍采用的零价格交易模式意味着现有的量化分析方法无法应用于该领域的竞争效果评估。虽然零价格交易并不意味着消费者可以无成本地获取平台提供的产品或服务,通说认为平台“免费”交易模式下消费者仍需要付出注意力成本作为交易对价,<sup>[13]</sup>但是由于无法将注意力转化为常规的产出或价格指标,平台经济的反垄断分析因而遭遇诸多困境。首先,价格指标的缺失导致了传统的 SSNIP 等量化市场界定和市场力量评估方法难以适用。<sup>[14]</sup>尤其是对于双边或多边用户之间不存在直接交易行为的非交易型平台,如搜索引擎、社交网络等,尽管理论和实务界多支持采取单边市场界定的模式以避免双边市场界定的复杂性,<sup>[15]</sup>但是由于免费侧用户的零价格交易无法还原为正价格交易,相关市场界定以及在此基础上的市场力量评估只能通过粗糙的功能替代分析等主观定性方法加以完成,<sup>[16]</sup>导致市场界定与市场力量评估争议频现。其次,价格指标的缺失也导致对平台行为的竞争效果评估陷入困境。在零价格交易模式下,大量可能产生反竞争损害的平台行为并不会在产出价格层面得以体现,如平台自我优待、拒

[ 9 ] See Marina Lao, *No-Fault Digital Platform Monopolization*, 61 William and Mary Law Review 755 (2020).

[ 10 ] 关于反垄断法伪阳性和伪阴性的分析最早源自 Easterbrook 的分析,他指出反垄断实施面临两种错误成本,即错误地将良性的行为认定为违法(伪阴性)和错误地将限制竞争的行为认定为合法(伪阳性),其中伪阴性的错误会得到市场纠正,而伪阳性的错误则可能持续存在,因此伪阴性的错误成本更低。See Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 Texas Law Review 1 (1984).

[ 11 ] See Louis Kaplow, *On the Relevance of Market Power*, 130 Harvard Law Review, 1304 (2017).

[ 12 ] 美国反垄断诉讼中,法院常以反竞争效果的现实存在反推市场力量之存在,即当存在现实的反竞争效果时,可以省却对市场力量的评估。这种分析方式足以表明竞争效果评估和市场力量评估的内在一致性。See J. Douglas Richards, *Is Market Definition Necessary in Sherman Act Cases when Anticompetitive Effects Can Be Shown with Direct Evidence*, 26-SUM Antitrust 53 (2012).

[ 13 ] See John M. Newman, *Antitrust in Digital Markets*, 72 Vanderbilt Law Review 1497 (2019).

[ 14 ] 参见张江莉:《互联网平台竞争与反垄断规制:以 3Q 反垄断诉讼为视角》,载《中外法学》2015 年第 1 期。

[ 15 ] 在 Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594, 612-13 (1953) 案,美国联邦最高法院指出对于报纸类的双边平台,间接网络外部性的强度较低,更适合采取单边市场界定的模式。See Rosa Abrantes-Metz et al., *Understanding the Economics of Platforms*, 36-FALL Antitrust 30 (2021).

[ 16 ] 参见侯利阳、李剑:《免费模式下的互联网产业相关产品市场界定》,载《现代法学》2014 年第 6 期。

绝交易、纵向一体化等行为,均不会改变平台向消费者提供零价格的产品或服务,因此传统的产出价格分析方法只能得出消费者福利没有变动或不存在限制竞争效果之结论。

## (二)平台反垄断事后干预机制局限性难以自我治愈

虽然反垄断理论和实务界也尝试在反竞争效果分析框架中引入更多的非价格评价指标,如用户锁定、消费者选择、服务质量等,<sup>[17]</sup>以期为平台经济领域的竞争效果分析提供替代性操作方案。但是这些指标多属于定性而非定量分析工具,受到评价者主观偏好的影响,其往往可以容纳相互冲突的评价结论。如用户锁定固然有助于平台实施剥削性或排他性反竞争行为,<sup>[18]</sup>但是相反的观点指出平台自身的成本优势和服务质量才是锁定用户的关键因素。<sup>[19]</sup>消费者选择多元化的减少可被视作反竞争效果的证据,<sup>[20]</sup>不过其也可能是信息不对称引发的市场失灵之外部表现,甚至自由竞争也会产生交易条件趋同化或选择多元化减少的现象。<sup>[21]</sup>而服务质量的降低虽然属于消费者福利损害,反垄断实务中也多以质量下降作为反竞争效果的证据,如欧盟对谷歌自我优待的反垄断处罚依据之一正是该行为降低了搜索服务质量。<sup>[22]</sup>但是质量内涵的不确定性导致不同视角的观察可能引致相反的结论,如美国联邦贸易委员会对于谷歌自我优待的调查指出,该行为总体上提升了服务质量,不应施加反垄断处罚。<sup>[23]</sup>此外,由于质量降低可能源于多种原因,很多情况下竞争并非提升服务质量的有效手段,<sup>[24]</sup>不加区别地将质量下降视为反竞争效果进而引入反垄断干预,可能是徒增社会成本的无效尝试,毕竟质量管控传统上常是通过政府监管而非反垄断加以落实的。<sup>[25]</sup>某种程度上可以说,竞争效果分析框架中非价格指标的引入只会加剧分析结论的不确定性,其不仅无法有效缓解事后干预模式对平台反垄断的局限,反而可能造成更加严重的伪阳性或伪阴性问题。

总体上来说,错误成本的存在使得反垄断实施倾向于采取事后干预的模式以尽可能避免伪阳性的风险,反竞争效果的确证因而成为反垄断事后干预的必备前提。传统的市场交易建立在正价格的基础上,价格及其背后产出数量的变动构成了观察竞争效果的主要指标。平台经济领域普遍存在的零价格交易模式与产出价格范式下的竞争效果分析存在本质性不兼容,非价格评价指标的引入也无法彻底解决平台经济领域竞争效果分析的不确定性,在无法确证反竞争效果的情况下,旨在避免伪阳性的反垄断事后干预机制将不可避免地产生放纵垄断行为的伪阴性风险,导致平台垄断难以受到有效约束。

事实上,平台反垄断实践中我国行政机关已经流露出对事后干预模式效果的疑虑。如在备受关注的阿里巴巴“二选一”反垄断案中,一方面,市场监管总局认定“二选一”构成滥用市场支配地位的限定交易行为,进而做出了责令停止违法行为并处以高额罚款的处罚决定;另一方面,市场监管总局

[17] See Michal S. Gal & Daniel L. Rubinfeld, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, 80 Antitrust Law Journal 521 (2016); Kenneth A. Bamberger & Orly Lobel, *Platform Market Power*, 32 Berkeley Technology Law Journal 1051 (2017).

[18] See Anca Chirita, *Abuse of Global Platform Dominance or Competition on the Merits*, 33 Loyola Consumer Law Review 1 (2021).

[19] See Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 Yale Law Journal 1952 (2021).

[20] Neil W. Averitt, Robert H. Lande, *Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law*, 74 Antitrust Law Journal 175 (2007).

[21] 参加马辉:《消费者选择标准在反垄断法中的应用》,载《南京大学学报》2017年第1期。

[22] CASE AT.40099 Google Android, para.324,664 (2018).

[23] See FTC, *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices In the Matter of Google Inc.*, File Number 111-0163 (2013).

[24] Marotta-Wurgler 对 647 种软件授权协议的实证研究表明无论是竞争性市场还是垄断性市场,合同条款并不存在太大差异,换言之,竞争并未改变软件授权合同的“质量”。See Florencia Marotta-Wurgler, *Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements*, 5 Journal of Empirical Legal Studies 447 (2008).

[25] See Alan Devlin, *Antitrust as Regulation*, 49 San Diego Law Review 823 (2012).

在做出行政处罚的同时还下达了行政指导书,明确要求阿里巴巴除改正“二选一”相关的歧视性、限制性行为外,还需承担“加大平台……端口开放力度,……促进跨平台互联互通和互操作”等积极行为义务以维护公平竞争秩序。<sup>[26]</sup>行政处罚和行政指导在内容上的差异性值得玩味,理论上而言,《反垄断法》滥用市场支配地位条款包含了对拒绝交易行为的禁止,从中可以推导出支配地位平台应承担开放平台等强制交易义务,因此市场监管总局完全可以通过行政处罚的方式确认拒绝交易违法,进而要求经营者承担促进竞争的平台开放义务,于此也能确保行政处罚与行政指导在内容上的衔接。然而市场监管总局却绕过了禁止拒绝交易条款,直接通过柔性的行政指导要求阿里巴巴承担事前干预性质的开放平台等促进竞争义务,背后的原因可能正在于拒绝交易规则的适用以行为产生反竞争效果为必要前提,而平台经济领域反竞争效果评价的不确定性导致该规则的适用遭遇诸多障碍,平台封禁、产品不兼容等拒绝交易行为面临的反垄断规制困境正在于此。<sup>[27]</sup>由此视之,此案中行政处罚叠加行政指导的做法表明执法机关可能认为事后干预式的行政处罚难以对所有的平台垄断行为产生约束效力,事后干预机制在平台反垄断领域存在难以自我治愈的弊端。

### (三) 事前干预机制的优越性

从功能角度来说,事后干预侧重于通过消极义务的设定对违法者进行制裁,以实现违法行为的阻却和受损害权利的救济;事前干预则侧重于通过积极义务的设定对违法行为进行预防性控制。具体到反垄断领域,事后干预有助于避免伪阳性风险,而事前干预则有助于降低伪阴性风险。<sup>[28]</sup>前文的分析表明,囿于平台经济零价格交易模式引发的市场力量评估与竞争效果分析困境,建立在反竞争效果基础上的事后干预模式应用于平台反垄断领域将引发严重的伪阴性风险。事前干预的实践经验表明其有助于化解此种伪阴性风险,能够与反垄断的事后干预模式形成功能互补。通说认为,当垄断损害难以通过事后干预措施加以补救,且垄断力量具有持续性时,成本收益分析将倾向于得出采取事前干预的结论。<sup>[29]</sup>因此,平台反垄断领域事后干预机制对垄断力量的放纵反衬出事前干预的现实必要性。

传统上认为事前干预措施的施加以自然垄断为前提。自然垄断领域规模经济的存在导致竞争机制无法产生有利于消费者的经济效果,或者说该领域并不存在竞争机制得以适用的市场结构,<sup>[30]</sup>因此需要以政府管制替代市场自治,即通过事前的行业监管取代竞争机制及其配套的反垄断法作为资源配置的主要方式。<sup>[31]</sup>虽然平台经济并不存在类似于能源、铁路等基础设施领域的供给侧规模经济,不过平台经济普遍存在的网络外部性和对大数据技术的运用可以形成需求侧规模经济,产生赢家通吃的后果。<sup>[32]</sup>因此,平台经济领域的需求侧规模经济同样可以为事前干预机制的引入奠定必要性基础,欧盟《数字市场法案》对平台守门人进行事前干预的原因正在于此,<sup>[33]</sup>事前干预工具的引入无疑

[26]《国家市场监督管理总局行政指导书》(国市监指反垄〔2021〕1号)。

[27]参见侯利阳:《互联网平台反垄断的局限与突破:由“腾讯封禁抖音案”引发的思考》,载《商业经济与管理》2021年第4期;陈兵、赵青:《反垄断法下互联网平台“封禁”行为合法性分析》,载《兰州学刊》2021年第8期。

[28] See Rob Frieden, *Ex Ante Versus Ex Post Approaches to Network Neutrality: A Comparative Assessment*, 30 Berkeley Technology Law Journal 1561 (2015).

[29] See William P. Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, 168 University of Pennsylvania Law Review 1911 (2020).

[30] 参见史际春、杨子蛟:《反垄断法适用除外制度的理论和实践依据》,载《学海》2006年第1期。

[31] 参见[美]史蒂夫·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社2008年版,第196页。

[32] See D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, *Antitrust and Regulating Big Data*, 23 George Mason Law Review 1129 (2016).

[33] 参见林秀芹:《论数字经济反垄断的范式转变——以欧盟〈数字市场法〉为镜鉴》,载《知识产权》2022年第7期。

有助于缓解反垄断事后干预机制在平台经济领域面临的实施困境。不同于反垄断法的事后干预规范逻辑,事前干预通常以竞争机制的无效性为前提,即自然垄断的存在造成竞争机制无法产生有效率的经济后果,因此需要以事前的政府管制替代市场自治来提升资源配置效率。<sup>[34]</sup>不过,随着20世纪70年代去管制化浪潮的兴起,严格的市场准入、费率管制等事前干预手段得以放松,竞争机制逐渐被引入电信、铁路、航空等传统上被认为属于自然垄断进而以行业监管替代竞争机制的行业。<sup>[35]</sup>受到去管制化的影响,事前干预逐渐在传统的竞争替代功能之外派生出竞争促进功能以推动受管制行业的竞争化转型,如美国法对于宽带运营商施加的事前干预性质的网络中立义务正在于促进创新和避免垄断。<sup>[36]</sup>这种功能变迁引发了事前干预与反垄断法关系的重构,两者不再是相互排斥的非此即彼的资源配置替代方案,而是旨在实现相同目标的具有功能互补性的法律干预路径。<sup>[37]</sup>

总体来说,事前干预与反垄断事后干预均可承载维护竞争机制的功能,不过事前干预倾向于通过积极义务的设定保持市场的开放性,而反垄断事后干预机制则通过消极义务的设定对产生反竞争效果的行为进行惩戒和对受损害权利提供救济。理论上而言,事前干预的实施需要政府权力主动介入竞争机制的运作,因而对市场机制的干预程度较高,而反垄断法事后机制则不会主动干预竞争机制的运作,考虑到竞争机制能够产生优于政府干预的经济效率,因此若反垄断法事后机制能够有效维护自由竞争,自然可以减少对事前干预的需求。<sup>[38]</sup>不过就网络平台反垄断而言,前述分析表明传统的反垄断事后干预存在严重的伪阴性风险,其根源在于现有的竞争效果量化分析工具与平台经济模式的不兼容性,于平台经济模式而言有必要引入竞争促进型的事前干预工具来弥补反垄断事后干预的弊端。

### 三、平台反垄断事前干预的理论和实践基础

上述分析表明,事后干预机制在平台反垄断领域面临的伪阴性风险为事前干预机制的引入提供了必要性基础,不过仍需进一步澄清的问题是反垄断法理论是否可以接纳事前干预机制。传统上认为,反垄断法更关注消极性义务,其首要原则是保护对抗性的竞争而非促进合作,因此要求竞争者承担与对手合作的积极交易义务与反垄断法的消极干预传统存在明显冲突。<sup>[39]</sup>反垄断法对积极义务性质的事前干预之抵制态度源于对规制效果及操作性层面的担心,其中操作性问题可通过规范结构和实施机制的调整加以克服,而对积极交易义务的竞争促进效果的疑虑才是反垄断法对事前干预抱有敌意的根本原因,最近半个世纪以来反垄断必要设施规则的衰落正源于此。<sup>[40]</sup>这种敌视态度也导致尽管平台治理领域已经引入了诸多旨在促进竞争的事前干预措施,如欧盟的平台守门人规则以及我

[34] See Babette E.L. Boliek, *FCC Regulation Versus Antitrust: How Net Neutrality Is Defining the Boundaries*, 52 Boston College Law Review 1627 (2011).

[35] 参见郭宗杰:《行政监管与反垄断互动演进的历史逻辑——以传统垄断行业的规制改革为视角》,载《华南师范大学学报》2014年第4期。

[36] 参见丁晓东:《网络中立与平台中立——中立性视野下的网络架构与平台责任》,载《法制与社会发展》2021年第4期。

[37] 参见张浩然:《事后反垄断与事前管制——数字市场竞争治理的范式选择》,载《河南社会科学》2021年第8期。

[38] See A. Douglas Melamed, *Antitrust Law and Its Critics*, 83 Antitrust Law Journal, 269 (2020).

[39] See Babette E.L. Boliek, *FCC Regulation Versus Antitrust: How Net Neutrality Is Defining the Boundaries*, 52 Boston College Law Review 1627 (2011).

[40] 芝加哥学派代表人物之一 Areeda 教授对必要设施规则的批判引发了理论和实务届对该规则的质疑, See Phillip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 Antitrust Law Journal 841 (1989). 在备受关注的 Trinko 案中,美国最高法院正是基于 Areeda 的观点指出最高院从未承认必要设施规则,法院也不应该施加其没有能力监督的强制交易义务,其应属于行业监管而非反垄断法的范畴。See *Verizon Commc'ns Inc. v. L. Offs. of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

国的平台分类分级监管等,<sup>[41]</sup>但是其往往在反垄断法体系之外得以建构,与其他旨在制止不正当竞争或保护消费者利益的规则杂糅在一起,规范系属的不明确性无疑会引发规则实施的混乱。考虑到功能互补性,将积极竞争义务作为事后干预机制的补充纳入反垄断法体系显然更具合理性。囿于反垄断法传统上对于事前干预的敌视态度,需要首先从理论层面阐明平台反垄断领域引入事前干预的正当性理据,进而方可从反垄断法角度对事前干预工具进行体系化建构、整理和完善。出于对积极交易义务促进竞争效果的担心,反垄断法传统上将强制交易等事前干预手段限定于必要设施的场合,与之对应,平台反垄断事前干预机制的引入应做以下两个维度的检视,其一是平台是否构成必要设施,其二是积极竞争义务等事前干预手段是否能够产生促进竞争或避免垄断的效果。

### (一)理论基础:大型平台的必要设施地位

一般认为,反垄断法通常采取消极的方式来禁止某些行为,在多数情况下反垄断法并不要求市场主体必须以特定方式行事,<sup>[42]</sup>只有在极其例外的情形下,反垄断法才会施加事前干预性质的积极交易义务。作为反垄断法例外的积极交易义务仅适用于竞争者拥有必要设施的场合,即必要设施的拥有者负有向潜在竞争对手开放必要设施的积极竞争义务。该规则的雏形最早出现于 20 世纪初美国最高法院的 Terminal Railroad 判决,此后美国最高法院在 Otter Tail Power 案、Aspen 案判决中进一步发展了该规则。不过必要设施规则基本框架的正式建构源于美国巡回上诉法院在 MCI 案中的判决,该判决提出了适用必要设施规则必须满足的条件:(1)垄断者控制必要设施;(2)竞争对手复制必要设施不具有可行性;(3)垄断者拒绝向竞争对手开放必要设施;(4)提供该设施具有可行性。<sup>[43]</sup>当上述条件被满足后,垄断者拒绝交易将被认定为构成反垄断违法,换言之,拥有必要设施的垄断者负有向竞争对手提供该设施的积极义务。虽然在此后的 Trinko 案中,美国最高法院的多数意见裁判几乎废止了必要设施规则,<sup>[44]</sup>不过在互联网平台经济兴起之后,以美国联邦贸易委员会主席 Lina Khan 为代表的新布兰代斯学派主张应当恢复传统的结构主义反垄断理念,将平台界定为互联网必要设施进而要求其承担非歧视等积极竞争义务。<sup>[45]</sup>

反垄断法中的必要设施传统上包括三种类型:(1)自然垄断或存在巨大规模经济的企业;(2)基于管制制度形成的生产性资产;(3)政府所有并受到政府补贴得以维持的装置。<sup>[46]</sup>就平台经济而言,其并不存在管制性制度或政府所有资产形成的关键设施,因此平台必要设施的地位主要源自该领域的规模经济效应。不过相对于传统产业,平台的规模经济效应主要源自需求侧的网络外部性。<sup>[47]</sup>由于平台经济呈现出明显的“赢家通吃”特性,竞争机制会自发形成高集中度的市场结构,特定市场领域由单个或少量平台支配是平台经济的常态。造成该现象的原因包括网络外部性、规模经济、数据处理

[41] 欧盟《数据市场法案》立法序言部分指出,守门人规则的出台原因在于反垄断法的个案事后干预模式只能对守门人平台的部分竞争行为进行约束,守门人规则可以补充反垄断法实施的不足。See Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), para. 5.

[42] 参见[美]史蒂夫·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社 2008 年版,第 194 页。

[43] MCI Communications Corp. v. Am. Tel. & Tel. Co., 708 F.2d. 1081 (1983).

[44] Trinko 案中,斯卡利亚大法官代表多数意见指出:“我们(联邦最高法院)从未认可过必要设施规则,自然也没有必要在本案中认可或废止该规则。” See Verizon Commc'ns, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

[45] See Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal 710 (2017).

[46] 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》,许光耀等译,法律出版社 2009 年版,第 340 页。

[47] 参见[美]哈尔·R. 范里安等:《信息技术经济学导论》,韩松等译,中国人民大学出版社 2013 年版,第 29 页。

范围经济、边际成本趋近于零、服务全球性提供等,<sup>[48]</sup>其中网络外部性产生的需求侧规模经济构成了平台经济高集中度市场结构的关键成因,<sup>[49]</sup>平台的市场支配力量及其必要设施地位也来源于此。首先,包括平台经济在内的新技术产业均存在直接网络外部性,即用户对产品的需求依赖于其他用户的数量,用户的平均收益随着用户规模的扩张而递增。一旦用户数量超过临界规模(critical mass)则会生成正反馈循环,推动平台迅速走向商业成功。<sup>[50]</sup>其次,网络平台常采取双边或多边市场操作的方式,为不同类型的用户群体提供交互媒介并从中取得经济回报。<sup>[51]</sup>由于不同边的用户群体间存在间接网络外部性,即一边用户规模的扩张会给另一边用户带来正的或负的外部效应,因此,双边或多边市场操作取得商业成功的关键,是吸引满足临界规模的可以产生正间接网络外部性的用户群体加入平台,以此吸引更多用户参与进而推动不同用户群体的交互,触发用户群体间的正反馈循环以实现平台的可持续发展。<sup>[52]</sup>在直接和间接网络外部性的影响下,用户不仅构成了平台的交易对象,而且构成了平台经济的价值创造基础,获取并维持用户网络是平台竞争的主要开展方式,相应的用户网络规模构成了平台力量的主要来源。

当然,存在市场力量并不能直接等同于必要设施,只有当特定设施对于竞争机制的开展具有“必要性”或构成了竞争“瓶颈”时方可将其认定为必要设施。对于“必要性”的认定通常着眼于供给侧的考量,若垄断者控制的特定设施由于法律或物理上的障碍不具有可复制性,且为竞争对手进入市场所必须时,就可以将其认定为必要设施。<sup>[53]</sup>不过这种界定模式过于宽泛且欠缺精确性,于是需求侧考量开始被引入“必要性”评价。多有学者指出若对于特定设施的使用是非竞争性的,且该设施构成了下游市场竞争者开展经营活动的必要输入物,则可满足“必要性”标准。<sup>[54]</sup>由此视之,虽然平台通常不具有供给侧的不可替代性,但是从需求侧角度来说,网络外部性的存在意味着平台用户数量的增加反而会提升平台的价值或效用,因此网络外部性会增强用户对平台的依赖性,产生用户锁定效果,<sup>[55]</sup>导致潜在的竞争对手很难获取用户从而无法进入市场。尤其是随着平台竞争日渐呈现为平台生态的竞争,越来越多的平台开始围绕核心功能搭建平台生态以获取和维持竞争优势。<sup>[56]</sup>通过并购、纵向一体化等方式介入相邻市场是平台生态建构的主要方式,同时为了配合平台对相邻市场的介入,其往往还会通过优待自营、拒绝交易等方式对相邻市场竞争者接入平台施加障碍,以阻止相邻市场的竞争和创新活动催生挑战现有垄断力量的新产品或服务。正如 Lina Khan 所言,平台是创新的催化剂,<sup>[57]</sup>因此从需求侧角度来说,大型网络平台构成了相邻市场竞争的关键输入物,可以满足“必要性”标准,应被认定为必要设施。

## (二) 实践基础:积极竞争义务的可操作性与有效性

即便可以将大型平台认定为互联网经济的必要设施,但是由于反垄断法通说对于事前干预性质

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

[49] See Nikolas Guggenberger, *Essential Platforms*, 24 *Stanford Technology Law Review* 237(2021).

[50] 参见[美]哈尔·R.范里安等:《信息技术经济学导论》,韩松等译,中国人民大学出版社2013年版,第30页。

[51] See Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 1 *Journal of the European Economic Association* 990(2003).

[52] 参见[美]戴维·S.埃文斯:《平台经济学:多边平台产业论文集》,周勤等译,经济科学出版社2016年版,第79-80页。

[53] See Abbott B. Lipsky & Jr., J. Gregory Sidak, *Essential Facilities*, 51 *Stanford Law Review* 1187(1999).

[54] See Spencer Weber Waller, *Areeda, Epithets, Essential Facilities*, 2008 *Wisconsin Law Review* 359(2008).

[55] 参见马辉:《互联网平台纵向一体化的反垄断规制研究——基于需求侧视角的分析》,载《南大法学》2022年第2期。

[56] See John M. Newman, *Antitrust in Digital Markets*, 72 *Vanderbilt Law Review* 1497(2019).

[57] See Lina M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, 119 *Columbia Law Review* 973(2019).

的积极竞争义务长期抱有怀疑态度,还需要论证积极竞争义务等事前干预机制是否可以从反垄断法理论中获取正当性支撑。

理论上而言,事前干预工具引入反垄断法体系需要满足三个标准:(1)事前干预能够弥补反垄断法的缺陷;(2)事前干预具有可操作性和有效性;(3)事前干预与反垄断法的促进竞争规范目标相契合。<sup>[58]</sup>积极竞争义务式的事前干预无疑与反垄断法的促进竞争目标相契合,前述反垄断事后干预机制的缺陷也能够为事前干预工具的引入提供必要性基础,需要进一步阐明的是积极竞争义务等事前干预机制是否具有可操作性和有效性,这两个问题也是反垄断学界传统上不认可积极竞争义务的关键所在。在可操作性层面上,多有学者认为反垄断执法机构尤其是法院欠缺制定和实施积极竞争义务的能力。芝加哥学派代表人物之一 Areeda 教授指出,强制交易义务需要通过常态化监管来确保其得以履行,因此法院永远不应当施加其无力监督的强制交易义务,该义务更适合由专门性的行业监管机关而非反垄断机构来构建和实施。<sup>[59]</sup>在有效性层面,虽然积极交易义务旨在确保市场的开放性以避免垄断力量的形成与扩张,但是其可能产生适得其反的效果,具体包括以下两个方面:其一,积极竞争义务的施加可能会增强竞争者对在位垄断者的依赖性,延长垄断力量的存续时间;<sup>[60]</sup>其二,积极竞争义务会诱发搭便车行为,对市场主体的投资与创新活动产生负面激励。<sup>[61]</sup>因此,即便可以将平台认定为必要设施,仍然需要通过可操作性和有效性的检视方可对其施加事前积极竞争义务。

首先,在可操作性方面,反对的观点集中于反垄断执法机构和法院欠缺建构和实施积极竞争义务的信息与能力。开放必要设施、非歧视对待交易相对人等积极竞争义务往往涉及包括价格在内的各种交易细节设计,无论是反垄断执法机关还是法院均不具备设计具体交易条件的良好能力。<sup>[62]</sup>不过该难题在平台反垄断领域并非无法克服。由于平台的积极竞争义务主要面向相邻市场竞争者(后文详述),而相邻市场竞争者的产品或服务通常与平台核心产品存在一定的功能互补性,与相邻市场经营者开展交易符合平台自身利益,平台积极竞争义务的具体交易细节进而可通过对既有交易的观察得出,不需要反垄断执法机构或法院凭空建构,自然也不会面临过多的信息与能力需求。

其次,在有效性方面,反对的观点指出积极竞争义务可能引发延续垄断力量和抑制市场投资的负面效果。对此可能的回应是,积极竞争义务的施加固然会在一定程度上增强相邻市场竞争者对于在位平台的依赖性,但是包括平台经济在内的新技术行业竞争通常呈现出市场力量更替与技术更迭同步的特性,新技术的出现往往成为既有垄断力量的颠覆者。<sup>[63]</sup>平台经济领域能够产生垄断者更迭效果的创新活动常出现在平台核心功能外围的相邻市场,因此,通过积极竞争义务将具有功能互补性的产品接入平台能够催生替代现有平台的新产品,<sup>[64]</sup>从而打破既有平台的支配地位。此外,积极竞争义务通常要求平台向相邻市场纵向竞争对手开放平台,而非强迫平台向与其核心功能存在替代关系

[ 58 ] See William P. Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 1911 (2020).

[ 59 ] See Phillip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *Antitrust Law Journal* 841 (1989).

[ 60 ] See Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 *Yale Law Journal* 1952 (2021).

[ 61 ] See Glen O. Robinson, *On Refusing to Deal with Rivals*, 87 *Cornell Law Review* 1177 (2002).

[ 62 ] See Babette E.L. Boliek, *FCC Regulation Versus Antitrust: How Net Neutrality Is Defining the Boundaries*, 52 *Boston College Law Review* 1627 (2011).

[ 63 ] See Diane Coyle, *Practical Competition Policy Implications of Digital Platforms*, 82 *Antitrust Law Journal* 835 (2019).

[ 64 ] See William P. Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 1911 (2020).

的横向竞争对手开放平台设施。相邻市场产品与平台核心产品的功能互补性意味着开放平台并不会带来明显的搭便车后果,因此积极竞争义务并不会对潜在的市场投资产生阻却效果,反而可以通过激活相邻市场的竞争鼓励更多市场投资行为的出现,推动创新和动态效率的提升。

总之,积极竞争义务等事前干预机制能够从反垄断法传统的必要设施规则中获取正当性支撑。因此,当事后干预机制无法有效约束持续存在的平台力量时,引入积极竞争义务等事前干预机制来弥补事后干预机制的缺陷具有现实必要性和理论基础。事实上,这种从事后干预到事前干预的范式转换已经在平台守门人规则、平台分类监管等制度中得以体现,只是由于传统反垄断法理论对事前干预的敌视态度,立法者并未明确将这些具有促进竞争功能的事前干预工具直接纳入反垄断法体系,那种另起炉灶式的单行立法割裂了积极竞争义务与反垄断法的体系关联,可能造成规范适用的混乱,从反垄断法的角度对上述规则进行体系化驯服因之成为必要。

#### 四、我国平台反垄断事前干预的应然制度构造

为了有效约束不断扩张的平台力量,各国的立法机关和监管部门已经开始在平台治理实践中引入平台守门人规则、超大型平台主体责任、平台中立等种类繁多的事前干预工具。但是这些旨在促进竞争的规则往往被作为行业法或领域法的一部分,与数据安全、消费者保护等规则杂糅在一起,并未将其纳入反垄断法体系。如欧盟《数字市场法案》明确指出其规范目标与竞争法具有互补性,平台守门人义务与支配企业的反垄断义务并不相同,而我国的《平台责任指南》同样要求超大型平台在承担禁止自我优待、开放生态等义务的同时,还需遵守反垄断法各项规定。考虑到反垄断法对于事后干预机制的路径依赖,在反垄断法体系之外建构事前干预机制固然是一种有助于减少纷争的立法妥协,但上述旨在促进竞争的事前干预手段显然与反垄断法具有更强的亲缘关系,且学界对于平台公共承运人规则、平台守门人规则、平台中立义务的讨论亦多从反垄断法视角展开,即便无法将这些规则直接纳入反垄断法规范体系,从反垄断法角度梳理和完善事前干预手段更具合理性与必要性。

##### (一) 平台反垄断事前干预的应然规范结构:积极竞争义务的建构

从维护竞争机制有效性的角度来说,事后干预侧重于采取效果规制的思路,在确证行为产生反竞争损害的基础上要求垄断者承担行政制裁或民事赔偿的责任;事前干预则侧重于采取行为规制的思路,通过要求垄断者承担促进竞争的积极行为义务来确保市场的可竞争性。需要说明的是,并非所有的事前干预工具均具有促进竞争的功能。价格管制、强制质量标准等深度干预工具往往以政府管制方式直接形成资源配置方案,本质上属于市场竞争替代机制,与建立在市场竞争基础上的反垄断法格格不入。相较之下,反垄断事前干预的目标是促进竞争,结合学界的研究和各国平台规制实践,反垄断事前干预应以必要设施平台为积极竞争义务的承担主体,义务内容以强制互操作、禁止歧视交易为主,义务的履行范围主要针对相邻市场纵向竞争对手。

##### 1. 义务承担主体

反垄断法体系下只有具备必要设施地位的经营者方需承担分享设施或强制交易等积极竞争义务。理论上而言,必要设施经营者积极竞争义务是对传统的拆分垄断者等结构救济之替代,<sup>[65]</sup>相比

[65] See Nikolas Guggenberger, *The Essential Facilities Doctrine in the Digital Economy: Dispelling Persistent Myths*, 23 *Yale Journal of Law and Technology* 301 (2021).

于拆分垄断者可能带来的效率下降,要求垄断者承担积极竞争义务可以保留规模经济带来的效率增进,而分享设施等积极竞争义务的负担有助于激活市场竞争从而达到削弱垄断力量的效果。

就平台反垄断而言,积极竞争义务的负担主体应为构成必要设施的网络平台。反垄断法传统上从供给侧角度认定必要设施,将控制关键输入资源作为垄断者掌握必要设施的主要依据,如铁路枢纽、电网、滑雪场地等,其原因在于此类不易复制的稀缺性资产具有竞争瓶颈的地位。与之相比,平台垄断力量源自其对需求侧用户网络的控制力,因此平台必要设施的认定应采取需求侧的视角,将用户规模及其持续时间、用户锁定强度等需求侧指标作为必要设施认定的重要考量因素。<sup>[66]</sup>欧盟平台守门人以及我国超级平台的认定正是将用户规模作为核心考量要素,虽然立法者并未明确指出守门人平台或超级平台可以构成反垄断法上的必要设施,<sup>[67]</sup>但是前述分析表明,平台经济中必要设施的市场力量来自对需求侧用户网络的控制,因此平台守门人或超级平台本质上可被视作简化版的必要设施认定标准,符合该标准的平台可被推定为具有平台必要设施地位,应承担积极竞争义务。

## 2. 义务内容

理论上而言,能够对平台力量产生约束效果的事前干预工具包括强制互操作、禁止歧视交易、数据可携、行业进入限制等。<sup>[68]</sup>其中数据可携兼具消费者保护与竞争促进的双重功能,不过多有学者指出该规则除可能引发隐私保护及数据安全之外,亦难以产生预期的促进竞争效果,且由于数据可携面临高昂的制度实施成本,其可能无法有效降低竞争对手的进入壁垒,在网络效应的影响下,该规则反而会增强在位平台对用户网络的支配力量。<sup>[69]</sup>因此,数据可携不宜纳入反垄断事前干预体系。此外,行业进入限制本质上属于预防性的结构救济方案,其旨在禁止必要设施平台通过自营或并购等方式介入相邻市场以避免垄断力量的杠杆性转移。虽然多有学者倡导应采取此类结构性的预防措施,如 Lina Khan 建议应当拆分平台业务与商业业务,<sup>[70]</sup>但是总体上来说平台介入相邻市场会产生范围经济的福利增进后果,同时一概禁止平台介入相邻市场不仅会产生效率和消费者福利损害,也会面临高昂的管理成本,<sup>[71]</sup>因而不应对必要设施平台介入相邻市场的行为进行过多事前干预。相较之下,要求必要设施平台向相邻市场的纵向竞争对手开放平台设施,同时无歧视地对待所有相邻市场竞争

[66] 需要说明的是,理论和实务界均有将占有数据情况作为认定平台必要设施考量因素的主张,如《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第十四条规定平台必要设施认定需要“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”。学界的相关研究,参见孙晋、钟原:《大数据时代下数据构成必要设施的反垄断法分析》,载《电子知识产权》2018年第5期;李世佳:《论数据构成必需设施的标准——兼评〈关于平台经济领域的反垄断指南〉第十四条之修改》,载《河南财经政法大学学报》2021年第5期;刘大洪、蒋博涵:《“法”与“术”:数字经济平台市场支配地位之探微》,载《学海》2022年第1期;等等。不过即便数据占有情况可以作为认定必要设施的考量因素,但是数据源自用户,因此对用户网络的支配性才是平台力量以及必要设施的核心考量因素。

[67] 我国《平台分类指南》并未提及超级平台与反垄断必要设施的关联性,而欧盟《数字市场法案》第1.6条明确指出法案不影响反垄断法(欧盟运行条约第101条和第102条)的实施,但是对于已经设定守门人义务的平台,不再适用成员国关于单边行为规制的竞争法规则。

[68] See William P. Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 1911 (2020).

[69] See Thomas A. Lambert, *Addressing Big Tech's Market Power: A Comparative Institutional Analysis*, 75 *SMU Law Review* 73 (2022); Gabriel Nicholas, *Taking It with You: Platform Barriers to Entry and the Limits of Data Portability*, 27 *Michigan Technology Law Review* 263 (2021).

[70] See Lina M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, 119 *Columbia Law Review* 973 (2019).

[71] See William P. Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 1911 (2020).

对手及其自营业务,能够有效促进相邻市场竞争和创新活动的开展,应作为必要设施平台积极竞争义务的主要内容。

### 3. 义务履行范围

一般认为,反垄断法体系下必要设施经营者积极竞争义务的履行范围包括所有的竞争对手,即垄断者应当向所有的当前和潜在竞争对手无歧视地开放必要设施,无论该竞争对手与必要设施的控制者存在横向抑或纵向竞争关系。因此,反垄断实践中法院通常不会在界定必要设施积极竞争义务履行范围时对横向与纵向竞争对手进行区别对待。如 Terminal Railroad 案中美国最高法院要求掌握铁路枢纽的经营者向下游纵向竞争对手开放设施,而 Aspen Skiing 案中美国最高法院要求掌握三块滑雪场地的经营者向掌握一块滑雪场地的横向竞争对手开放必要设施。这种对义务履行范围不加限定的做法也招致了诸多批评,尤其是要求垄断者对横向竞争对手开放必要设施会严重削弱市场主体的投资激励,过于宽泛的积极竞争义务最终迫使法院通过严格的举证责任等方法对必要设施规则的适用设置重重障碍,甚至引发了必要设施规则的衰落。<sup>[72]</sup>

对此,可行的做法是将积极竞争义务的履行范围限定于纵向竞争对手,避免义务范围过于宽泛导致的投资激励下降。对于平台反垄断来说,义务范围的限定尤为重要。一方面,向横向竞争对手分享平台不仅会降低投资激励,同时由于需求侧规模经济的存在,横向对手的引入也不会带来明显的效率提升效果。另一方面,向纵向竞争对手分享平台固然存在增强在位垄断者力量的风险,但是包括平台经济在内的高科技行业呈现出明显的动态竞争特性,市场结构的变动往往以新技术的引入为前提,要求支配地位平台向纵向竞争对手开放平台设施有助于激活相邻市场的竞争和创新活动,推动能够颠覆现有技术 and 平台力量的创新性产品或服务尽快出现。因此,必要设施平台的积极竞争义务履行范围应限定为相邻市场的纵向竞争对手。

需要说明的是,尽管上述积极竞争义务规则与反垄断法规范目标具有一致性,且具体的规范构造也与反垄断法禁止滥用市场支配地位规则存在一定的相似性,但是事前干预性质的积极竞争义务与事后干预性质的禁止滥用市场支配地位规则秉持了截然不同的规范逻辑,这也导致难以通过解释论的方法从现有的滥用市场支配地位规范中推导出积极竞争义务规则。具言之,我国《反垄断法》第 22 条禁止具备市场支配地位的经营者实施拒绝交易、限定交易、差别待遇等行为,表面上看来,该规定似乎与上述强制互操作、无歧视对待交易相对方之积极竞争义务并无太大差异。但是《反垄断法》第 22 条的适用须同时满足“支配地位(结构要件)+ 消极行为义务(行为要件)+ 反竞争效果(效果要件)”三重标准,<sup>[73]</sup>其中反竞争效果构成了行为是否合法的关键因素。多有学者指出,旨在对违法者进行事后制裁的禁止滥用市场支配地位规则必须保留发挥闸门功能的反竞争效果要件,以避免规则适用的

[72] See Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 Yale Law Journal 1483 (2022).

[73] 《反垄断法》第二十二条文并未出现竞争效果的表述,只是在类型化的滥用行为之前增加了“不公平”或“没有正当理由”之限定语,不过市场监管总局发布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第二十条指出“不公平”和“正当理由”的考量中应当包括社会公共利益、经济运行效率、经济发展以及消费者利益等效果层面的因素,第二十一条更是明确指出其他滥用行为的评价必须同时满足支配地位、滥用行为、无正当理由以及反竞争效果四个条件。与之相仿,司法实务中法院对于滥用市场支配地位规则的适用同样将反竞争效果作为必备条件之一,如指导案例 78 号中最高人民法院指出当市场界定比较模糊、支配地位认定不甚明确时,竞争效果评估可以为经营者是否具有支配地位提供有力说明,且即使经营者具有支配地位,也需要分析行为是否产生消极竞争效果以认定其是否违法。学界通说同样指出滥用市场支配地位规则的适用中效果分析必不可少。参见焦海涛:《滥用市场支配地位的性质定位与规范修正》,载《中国政法大学学报》2022 年第 1 期;丁茂中:《禁止滥用市场支配地位制度的定位》,载《法制与社会发展》2021 年第 4 期;刘贵祥:《滥用市场支配地位理论的司法考量》,载《中国法学》2016 年第 5 期;等等。

泛滥。<sup>[74]</sup>相比之下,积极竞争义务的规范构造采取了“必要设施认定(结构要件)+积极行为义务(行为要件)”的模式,其旨在通过更加严苛的结构要件叠加明确的行为义务来促进市场竞争的开放性,以尽可能预防反竞争效果的出现,这种预防特质意味着规则适用过程中无需考虑效果要件。规范逻辑的差异决定了即便积极竞争义务的行为规范可以从禁止拒绝交易、差别待遇等消极行为义务中推导出来,但是禁止滥用市场地位规则对效果要件的倚重使其无法完整接纳积极竞争义务规则,自然无法运用解释论方法从禁止滥用市场支配地位规范中推导出积极竞争义务规则。

此外,反垄断法实施过程中执法机关可以通过行政指导、经营者承诺等方式要求经营者承担类似于积极竞争义务的行为义务。如中国电信、中国联通反垄断调查中,两公司做出了互联互通、公平收费等承诺;<sup>[75]</sup>再如阿里巴巴、美团“二选一”反垄断案中市场监管总局均通过行政指导书要求两公司“按照公平合理无歧视的原则与平台内经营者开展合作”。<sup>[76]</sup>不过作为反垄断法的实施手段,行政指导和承诺所创设的行为义务效力仅针对特定的个案经营者,无法形成普遍性的行为规范,且行政指导和经营者承诺一直存在透明度欠缺、威慑不足、裁量权过大等弊端。<sup>[77]</sup>因此,行政指导、经营者承诺等反垄断实施手段即便具备在个案中创设积极竞争义务的潜能,也并不能替代实体层面的普适性积极竞争义务规范建构。

## (二)我国超级平台积极竞争义务规则的完善

上述分析表明,平台反垄断事前干预的应然路径是要求必要设施平台对相邻市场的纵向竞争对手承担强制互操作、禁止歧视等积极竞争义务。虽然平台守门人、超级平台监管等平台治理领域的国内外最新立法已经部分引入了前述的事前干预工具,如欧盟《数字市场法案》第 6 条规定守门人平台应当向第三方软件开放接入、禁止守门人自我优待等,我国的《平台责任指南》第 2 条、第 3 条同样规定超大型平台应当承担非歧视和强制互操作的义务。但是由于现有的立法采取了行业法或领域法的制度建构模式,促进竞争的规则与消费者保护、数据安全、不正当竞争规制等杂糅在一起,割裂了此类规则与反垄断法的体系关联,导致制度构造存在诸多不协调之处。对此,应依照前述平台反垄断事前干预的应然规范构造,在完善我国《反垄断法》相关规则的基础上,对《平台分级指南》和《平台责任指南》中的积极竞争义务规则进行改良,确保其能够与反垄断法理论和规范体系形成有效衔接。

首先,在制度框架方面,由于行业法对不同规制工具的杂糅式援用需要从部门法规范体系中获取制度性支撑与解释论援助,因此理想的平台反垄断事前干预制度框架应当由部门法层面的一般规定与行业法层面的具体规定两部分组成。其中,《反垄断法》文本中应当明确事前干预手段的正当性,通过一般条款的方式规定超级平台或必要设施平台应承担积极竞争义务。修订后的我国《反垄断法》第 22 条第 2 款虽然可被视作平台反垄断的一般条款,但是其采取的否定式立法模式无法为积极竞争义务的施加提供规范正当性,对此可在第 2 款后半句加入“具备必要设施地位的平台经营者应负担促进竞争的义务”之表述,从而为行业法中超级平台积极竞争义务的施加提供上位法依据。在此基础上通过《平台分级指南》《平台责任指南》等行业法对超级平台的认定标准、积极竞争义务的具体

[74] 参见郑文通:《我国反垄断诉讼对“滥用市场支配地位”规定的误读》,载《法学》2010 年第 5 期。

[75] 参见江国成、王优玲:《电信联通申请中止反垄断调查 发展改革委正审理》, [http://www.gov.cn/jrzq/2011-12/02/content\\_2009408.htm](http://www.gov.cn/jrzq/2011-12/02/content_2009408.htm), 2022 年 12 月 10 日访问。

[76] 《国家市场监督管理总局行政指导书》(国市监行指反垄〔2021〕1 号;国市监行指〔2021〕2 号)。

[77] 参见焦海涛:《反垄断法承诺制度适用的程序控制》,载《法学家》2013 年第 1 期;王炳:《反垄断法实施中的行政指导滥用及其矫正》,载《中国行政管理》2019 年第 3 期。

内容及履行范围等制度细节等进行填充。如此方能在部门法一般规定与行业法具体规定之间建立起体系关联,避免积极竞争义务在杂糅性质的行业法中迷失自身的体系归属,为积极竞争义务的制度建构和实施提供更加坚实的体系化指引。

其次,在义务主体制度方面,《平台分级指南》规定超级平台应同时满足超大用户规模(活跃用户不低于5亿)、超广业务种类(两类以上平台业务)、超高经济体量(市值/估值不低于1万亿元人民币)和超强限制能力四个标准。前述分析表明,平台的市场力量主要源自对用户网络的支配性,《平台分级指南》在用户规模的基础上叠加业务种类、经济体量以及难以操作的限制能力等条件存在错误归因的问题,其不仅导致超级平台认定标准过高,可能诱发放纵垄断者的伪阴性风险,而且遗漏了部分对于认定平台市场力量具有重要参照性的指标。对此,更为合理的做法是借鉴反垄断法以市场份额推定市场支配地位的模式,将用户规模及其持续时间作为推定超级平台的核心标准,删除与平台力量无关的业务种类要求,将经济体量和限制能力作为附属性指标,确保超级平台的认定能够更加精确地反应平台的市场力量。如可以将连续3年用户规模超过5亿的平台直接推定为超级平台,但是允许平台在经济体量、限制能力等方面提出其不具备超级平台地位的抗辩理由,包括平台持续欠缺盈利(经济体量较弱)、用户多栖普遍存在(限制能力较弱)等可以作为否定平台力量存在的因素。

再次,在义务内容方面,《平台责任指南》要求超大型平台承担的非歧视、开放生态等义务无疑属于事前干预性质的竞争促进规范,能够与反垄断法的事后干预机制形成功能衔接。不过,这些规定仍然存在规范逻辑上的不融贯之处。理论上而言,积极竞争义务以平台开放生态为基础,同时对于平台开放生态的行为施加无歧视地对待交易相对方之平等竞争义务。某种程度上可以说,开放生态构成了无歧视的制度基础,无歧视地对待交易相对方构成了开放生态的落实手段。因此,有必要对《平台责任指南》中的积极竞争义务规则进行合并处理,在要求超大型平台承担开放生态的基础上(《平台责任指南》第3条),明确其在开放生态的过程中无歧视地对待交易相对方(《平台责任指南》第2条),同时可以列举歧视性交易的类型,如优待自营业务(《平台责任指南》第2条)、对接入平台的竞争对手进行限定交易、价格歧视以及附加其他不合理条件(《平台责任指南》第1条第2项)等,如此方可确保规范逻辑的融贯性。

最后,在义务履行范围方面,《平台责任指南》并未对积极竞争义务的履行范围作出明确限定,因此形式上来说,超大型平台需要对所有的横向和纵向竞争对手承担积极竞争义务。上文的分析表明,平台必要设施积极竞争义务的履行范围应以纵向竞争对手为限,过于宽泛的义务履行范围可能产生搭便车问题,影响市场主体的投资激励,且需求侧规模经济的存在意味着横向竞争对手接入平台通常不会带来效率或消费者福利增进的效果。因此,应将超大型平台开放生态的范围限定于相邻市场的纵向竞争对手。当然平台经济的多边市场操作模式可能会给横向与纵向竞争对手的区分带来一定阻碍,对此可通过考察利润来源并叠加平台主动申报的方式确定平台的核心业务类型,将与该核心业务存在直接功能替代关系的经营者作为横向竞争对手,豁免超大型平台向此类横向竞争对手分享平台设施的义务。

## 五、结 语

商业模式的变迁提出对法律制度回应性变革的现实需求。平台经济的兴起无疑是21世纪以来最具颠覆性的商业模式创新,将滥觞于工业文明时代的反垄断法范式照搬到互联网时代的平台经济领域必然会引发规范与事实的不适配性。当传统的反垄断事后干预范式不足以有效约束不断扩张的

平台力量时,引入事前干预机制具有现实必要性,且能够从反垄断法传统的必要设施规则中获取理论支撑。无论是将事前干预工具置于反垄断法规范体系内,还是采取行业法或领域法的立法模式将其建构于反垄断法体系之外,都不会改变开放平台、无歧视交易等竞争促进导向的事前干预手段与反垄断法规范目标的一致性。可以说,从事后干预到事前干预的范式转变是反垄断法应对平台垄断的必由之路,反垄断法对事后干预的路径依赖不应成为事前干预手段介入的障碍,平台经济带来的挑战更应当成为反垄断法丰富自身规范和理论体系的绝佳契机。当然,反垄断事前干预的建构与完善并不能一蹴而就,结合治理效果不断调整和优化事前干预手段将成为反垄断理论与实践的长期课题。

(责任编辑:徐澜波)

## The Paradigm Transition of Legal Regulation on the Monopoly of Internet Platforms

——The Construction of Ex-Ante Intervention Paradigm of Anti-Monopoly Law

ZHANG Meigui

**Abstract:** The traditional ex-post intervention paradigm of the Anti-Monopoly Law can hardly form an effective constraint on the continuous expansion of the monopoly forces of Internet platforms, and there exists a false-negative risk of indulging monopolists. Ex-ante intervention can effectively overcome the false-negative disadvantages of ex-post intervention by requiring the monopolists to assume the obligation of active competition to exercise preventive control over monopoly forces. The ex-ante intervention for combating the monopoly of internet platforms is based on the fact that Internet platforms enjoy the nature of essential facilities, and the existence of economies of scale on the demand side makes large internet platforms have the status of essential facilities to control the bottleneck of online competition, thus it is operable and effective to impose active competition obligations on them. The subjects undertaking the obligation to carry out the ex-ante intervention for combating the monopoly of platforms are Internet platforms of essential facilities, and the content of such obligation is to require Internet platforms of essential facilities to open the internet platform ecology to competitors without discrimination, and the scope of such obligation performance should be limited to vertical market competitors, so as to avoid excessive obligations of active competition from generating negative incentives that inhibit market investment. The Platform Grading Guidelines and Platform Responsibility Guidelines of China should be improved accordingly in terms of subject, content and scope of performance.

**Keywords:** Platform Monopoly; Essential Facilities; Ex-Ante Intervention; Ex-Post Intervention; Active Competition Obligation