

公共性视角下的 互联网平台反垄断规制

张晨颖*

内容提要：互联网平台经历了三重进化，已然成为集信息汇集、要素生产、资源配置、规则制定为一体的新型经济中枢，是相关主体共同创造价值的组织形态，发挥着以多产业融合为特征的生态功能。平台重塑经济生产的过程和组织样态，改变资源配置的方式，成为政治权力和市场权利之间的第三力量。平台经济呈现出与传统经济不同的竞争特点，对全球的反垄断监管提出了技术上、规则上、法理上的挑战，在本质上是平台对社会经济的渗透力日益深刻，平台的公共性突显。但由于缺乏有效监管，平台的公共性异化造成竞争扭曲进而导致垄断，具体体现为数据要素、平台要素的非开放、非中立。为匡正竞争秩序，有必要革新反垄断制度，建立以“滥用公共性”为底层逻辑的规则，对适格的平台经营者设立竞争性义务，以促进创新，保护平台相关者的合法权利。

关键词：互联网平台 反垄断 公共性 竞争性义务 公共性滥用

引言

互联网平台（以下或称“平台”）的兴起是数字革命的三大标志性事件之一。^{〔1〕}平台作为一种市场组织形式古已有之，^{〔2〕}随着信息技术的发展，平台经济从现实走向虚拟，应用场景向纵深和广域发展。今日的平台已经发生了质的变化，由信息交互的交易中介，发展为集信息汇集、要素生产、资源配置、规则制定为一体的新型经济中枢，成为政治权力和市场权利之间的第三力量。平台重塑了整个社会的经济样态，已成为经济、政治、文化不可分割的部分。

* 清华大学法学院副教授。

本文为国家社科基金重大项目“互联网经济的法治保障研究”（18ZDA149）的阶段性成果。

〔1〕 See Andrew McAfee & Eric Brynjolfsson, *Machine, Platform, Crowd: Harnessing Our Digital Future*, W. W. Norton & Company, 2017, p. 14.

〔2〕 平台并非一种新的商业模式，而是一种早已存在的市场组织方式，例如古时的集市、近代的报纸以及现代的超级市场、信用卡组织、互联网平台等。参见王磊：《互联网平台竞争监管研究最新进展》，《价格理论与实践》2020年第2期，第25页。

十余年来,我国平台经济蓬勃发展,从技术与商业模式创新、企业间充分竞争,到依托资本的多维度、全产业渗透形成以多个超大型平台为核心的生态圈,乃至多种手段的封闭,阻碍要素流动、妨碍创新。为此,2021年3月15日中央财经委员会第九次会议强调“促进公平竞争,反对垄断,防止资本无序扩张”。〔3〕这是短时间内中央第三次强调反垄断。〔4〕国际上,平台反垄断也有风起云涌之势,美国、欧盟在立法、执法层面进一步加强对数字领域的竞争规制。全球视域下的平台反垄断帷幕正徐徐拉开。

反垄断制度从19世纪末诞生至今,经历了两次世界大战波及全球的经济格局重塑,科学技术进步、资本催化掀起的数次并购浪潮,区域市场的垄断问题屡见不鲜。但是,此前没有任何一个议题像平台经济反垄断这样,在同一时间段引发各主要经济体的高度重视,这是因为互联网平台与传统行业有着不一样的反垄断原理。互联网平台具有“企业—市场二重性”,〔5〕在商业模式上呈现出生态化的全新特征。〔6〕伴随着平台权力的增长,原本应当秉持开放、共享和流通价值理念的互联网平台逐步走向“封建化”,〔7〕构成进入壁垒,〔8〕导致市场失灵和对消费者福利及创新的负面影响,威胁政治安全、数据安全和隐私。〔9〕对此,有学者主张应当强化而非抑制市场的作用;〔10〕也有学者结合均衡模型,认为应当将互联网平台纳入反垄断适用除外制度,合理许可互联网巨头“赢者通吃”;〔11〕还有学者提出平台应当承担与其私权力相匹配的公共责任。〔12〕在监管理念上,学者观点包括应当坚持“包容审慎”,在执法中保持必要和适当的谦抑;〔13〕实现积极有效的包容审慎监管;〔14〕也有学者主张适度转向,构建新的反垄断监管原则,〔15〕转型为“积极、协同、审慎与依法”监管。〔16〕在监管模式上,有的

-
- 〔3〕 参见人民网:《推动平台经济规范健康持续发展,把碳达峰碳中和纳入生态文明建设整体布局》, <http://jhsjk.people.cn/article/32052161>, 2021年4月19日最后访问。
- 〔4〕 参见新华网:《中共中央政治局召开会议,习近平主持》, <http://jhsjk.people.cn/article/31963885>; 新华网:《中央经济工作会议在北京举行,习近平李克强作重要讲话,栗战书汪洋王沪宁赵乐际韩正出席会议》, <http://jhsjk.people.cn/article/31971872>, 2021年4月19日最后访问。
- 〔5〕 参见陈永伟:《平台反垄断问题再思考:“企业—市场二重性”视角的分析》,《竞争政策研究》2018年第5期,第25页。
- 〔6〕 所谓“生态化”,具体表现为其他市场主体应用平台企业的物流、支付等平台工具构建新的小平台,它们依托大型平台所集聚的海量用户资源,快速打通行业上下游,改造并形成大、小平台相互交织的庞大复杂产业生态系统。参见李广乾、陶涛:《电子商务平台生态化与平台治理政策》,《管理世界》2018年第6期,第104页以下。
- 〔7〕 参见刘晗:《平台权力的发生学——网络社会的再中心化机制》,《文化纵横》2021年第2期,第38页。
- 〔8〕 参见杨东:《论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战》,《中国法学》2020年第3期,第210页。
- 〔9〕 参见胡继晔、杜牧真:《数字平台垄断趋势的博弈分析及应对》,《管理科学》2021年第2期,第2页; Daniel Sokol & Roisin Comerford, *Antitrust and Regulating Big Data*, 23 (5) *George Mason Law Review* 1143-1145 (2016)。
- 〔10〕 参见张穹等:《数字经济创新——监管理念更新、公共政策优化与组织模式升级》,《财经问题研究》2019年第3期,第6页。
- 〔11〕 参见张泉:《互联网经济对反垄断法的挑战及制度重构——基于互联网平台反垄断法经济学模型》,《浙江学刊》2021年第2期,第90页。
- 〔12〕 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期,第54页以下。
- 〔13〕 参见孔祥俊:《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》,《比较法研究》2021年第2期,第104页。
- 〔14〕 参见孙晋:《数字平台的反垄断监管》,《中国社会科学》2021年第5期,第101页以下。
- 〔15〕 参见刘继峰:《我国互联网平台反垄断制度的立法模式选择》,《价格理论与实践》2021年第1期,第57页。
- 〔16〕 这是时建中教授的观点。参见戴龙等:《〈平台经济领域反垄断问题学术研讨会〉综述》,《竞争政策研究》2021年第2期,第100页。

学者认为要加强反垄断事前监管；^[17]有的则提出应将大型平台作为公用事业予以管制；^[18]还有学者提出基于平台的类型，有针对性地分别进行行业管制、反垄断监管甚至是公有化。^[19]可见，对互联网平台的竞争性问题的争议不限于反垄断技术、理念、路径层面。本文认为，互联网平台之所以在诸多问题上挑战传统，是因为它与既有的反垄断规则遵循的以“市场”为分析基础的起点乃至底层逻辑不同。平台具有公共物品的属性，以规模为依托，大型平台逐渐拥有强大的渗透力和社会影响力、支配力，最终体现为公共性。而这种公共性被平台的私利性所异化，呈现出数据要素、平台要素的反公共性，即公共性滥用。要矫正这种垄断行为，就需要为适格平台设定竞争性义务，构建竞争性义务的平台反垄断新规则。

一、互联网平台剖析与反垄断难题

（一）平台解构及其二重性价值

互联网平台是指通过网络信息技术，使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互，以此共同创造价值的商业组织形态。^[20]平台的内涵包含三个层次：第一，互联网技术是平台整合资源的基础；第二，平台是双边或多边主体交互的载体，平台承载着多主体的多种法律关系，形成平台与平台内经营者的纵向关系、平台内经营者之间的横向关系及其与平台参与主体之间的关系；第三，平台是相关主体共同创造价值的组织形态。

平台生态^[21]内部由多类不同角色的群体组成，可简要划分为三类：^[22]平台经营者处于平台核心位置，搭建并运营平台、链接多方用户、制定管理规则并实施运营；平台内经营者是在平台上销售商品或者服务的经营者，为便于与普通消费者和平台访客区分，这类群体统称为“商户”；^[23]消费者是为生活消费使用平台、获取平台服务的用户。以三类主体为基础并围绕平台形成下列五对关系：平台—商户、平台—消费者、商户—消费者、商户—商户、平台—平台。其中，平台—消费者、平台—商户关系始于平等的契约、合作关系，平台经营者为用户^[24]提供服务并获得收益，商户和消费者使用平台并支付对价。平台常见的经营模式是对消费者一端免费，即“零价经济”，但这种“免费”仅限于金钱给付而言，消费者所提供的数据、注意力也是一种对价，均有助于提升平台的价值。平台、消费者、商户三者正向反馈，共同提高平台价值和用户粘性。^[25]在契约关系之上，平台经营者也对平台内部秩序进行管理，因此平台—商户、平台—消费者也是管理与被管理的关系。还有一种情况是平台经营者兼具内容提供者

[17] 参见王先林：《论反垄断法对平台经济健康发展的保障》，《江淮论坛》2021年第2期，第11页；Geoffrey Parker et al., *Digital Platforms and Antitrust*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608397, last visited on June 17, 2020.

[18] 参见高薇：《平台监管的新公用事业理论》，《法学研究》2021年第3期，第89页以下。

[19] See Francesco Ducci, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge University Press, 2020, pp. 47 - 75, 126 - 156.

[20] 参见国务院反垄断委员会《关于平台经济领域的反垄断指南》（国反垄断发〔2021〕1号，下称“指南”）第2条。

[21] 即基于互联网平台形成的产业生态系统。

[22] 参见谢富胜等：《平台经济全球化的政治经济学分析》，《中国社会科学》2019年第12期，第76页。

[23] 根据“指南”第2条第3项，平台内经营者是指在互联网平台内提供商品或者服务（以下统称商品）的经营者。

[24] 用户指在平台进行交易的商户和消费者，本文下同。

[25] 参见周军杰：《社会化商务背景下的用户粘性：用户互动的间接影响及调节作用》，《管理评论》2015年第7期，第127页以下。

的角色,比如电商平台的“自营商品”,此时平台—商户又构成竞争关系。商户—消费者是依托于平台的交易关系,与传统的交易逻辑并无本质区别。由于平台向纵深延伸的渗透性,平台内经营者,即商户—商户可能是竞争关系,也可能是互补关系,甚至是上下游的交易关系。最后,平台—平台之间可能具有竞争关系。这五对关系既是法律关系,又是平台价值实现与传递的逻辑关系。

现代平台集“数据根基”和“互联互通”^[26]于一体,二者不可或缺。平台经济的核心功能是对经济生活进行离散化解构,通过网络的纵横交错关系将整个人类社会经济切割为多个网络,并依据网络节点的信息采集与交换功能汇总大量数据。这种商业模式创造价值的逻辑就是通过“连接”与“聚合”降低平台参与者的交易成本,发挥整合效应。^[27]生态意义的平台价值通过“平台化”和数据两个维度实现,前者是指通过平台完成人、物的相互链接,这种互联互通是结构性要素;数据则是内容性要素,平台收集数据、生产数据,成为信息时代数据要素的生产者。二者相辅相成、互为因果。

平台化是互联网平台最基本的属性,链接将具有不同需求的人聚集在同一个平台上,在彼此的往返互动中实现各自的利益诉求。不同于传统交易场所的是,互联网平台同时也是数据的聚集处和生产者。在平台上,每个消费者既是一个具象的个体,又是一个由数据刻画出的抽象代码。消费者作为“个体”的属性并不重要,而是被数据化、客体化,其偏好、消费习惯等有益的商业价值都用数据表达出来。平台或者商户可以通过算法捕捉到有关信息的画像,并向其发送相关数据提供服务,例如目的地宾馆信息等。而消费者对如此有针对性的服务会作出正向反馈,更加信赖这个平台,平台从而获得了用户粘性,产生锁定效应。^[28]

平台存在显著的网络外部性和规模效应。在一个平台上的用户越多,被数据化的连接点越多,个体的多元化、差异化需求得到满足的可能性越大,资源配置效率越高,用户对平台的依赖性越强。当平台经济与传统产业相结合,传统产业利用平台实现与需求的高效、精准匹配,同时通过平台的数据改善生产、管理营销进而提升全产业竞争力,平台对社会经济效益的促进作用也就越大。通过互联网实现的数据交互、数据共享,是将平台上数据化的无数个链接与商业逻辑关联起来,这种经济价值作为最初始的激励,进一步将这种链接向横向和纵向推进,从单一领域向跨界发展,推动生态化更加紧密和深入,而每一个生态的价值越紧密,平台的价值越可观。这种数据和平台要素正向的反馈构成了平台的价值,这也说明开放和共享是平台的价值本质,是大数据和互联互通的自然属性,也是提升社会经济效率的不二法门。

(二) 平台发展与经济格局颠覆

如今,互联网平台凭借其资源和市场力量,已经形成了全面整合产业链、融合价值链、提高市场资源配置效率的一种新型经济形态。平台将作为原始“信息中介”的功能扩展到实体领域,如生产、销售、支付、物流。这种扩展可能是通过信息匹配而在供给与需求之间发生“链接”,也可能是从线上中介服务拓展到线下实体经营。此时互联网平台的中介服务不同于

[26] See Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3639142, last visited on April 19, 2021.

[27] 参见陈青鹤等:《平台组织的权力生成与权力结构分析》,《中国社会科学院研究生院学报》2016年第2期,第124页。

[28] See Brian Arthur, *Competing Technologies: Increasing Returns and Lock-in by Historical Events*, 99 *Economics Journal* 116-131 (1989).

之前的信息传播,由于它精准掌握数据、拥有超强的分析能力,不仅提高了资源配置效率,更重要的是改变了资源配置方式,比如网约车对出租车业务的颠覆性革命,催生了“共享经济”。^[29]时至今日,以超级平台为核心的生态圈业已形成,平台可以控制用户使用,取得市场准入权、规则制定权、资源分配权,成为在某一生态系统的支配者,此时形成了新的“中心”,从互联网初始的“去中心化”分散交互模式转变为以平台权力为基础的“有限分散交互”。而这种无限性或有限性,依赖于各生态系统选择开放或封闭。^[30]

平台从三个方面深刻改变了经济样态。其一,改变了经济生产过程和组织样态。以创新活动为例,数字经济条件下,资源配置方式变革和创新主体多元化,创新活动的组织方式由工业时代纵向一体化的组织架构,向网络化、协同化、生态化的组织方式转变。^[31]其二,改变了资源配置方式。在“互联网+”模式下,电商、直播、网约车、外卖、快递等,无数的中小企业、个体工商户、个人依托平台生活、生存。^[32]平台经济早已深入渗透到经济社会生活的方方面面,对民生保障、创业、经济安全、国家安全而言都有举足轻重的作用。平台经济成为全球经济发展的最大驱动力,由于其适配的基础功能,平台成为政府、市场之外的第三种资源配置方式。其三,数据成为与土地、劳动力、资本、技术并列的生产要素。^[33]在这三种变革中,平台既是平台生态系统的管理者,又是数据要素的生产者,相对全产业链经营者具有优势,成为新经济的核心角色。

(三) 全球视角下的竞争秩序重塑与平台经济反垄断困局

平台经济的迅猛崛起,呈现出新型竞争特点。在工业经济时代,受制于物理空间、原材料运输路径等因素限制,产业的发展速度、扩张规模是渐进式的;平台经济建立在虚拟空间、互联网技术和数据之上,代码编写和计算能力突破了这种桎梏。加之平台的网络效应,其价值与用户规模呈正比,平台的理论规模可以无限大。这使得平台经济呈现“赢者通吃”的特点,形成“单寡头竞争性垄断”格局,^[34]呈现出比传统经济更强的侵略性。以经营者集中为例,2008—2018年间,谷歌、亚马逊、脸书公司并购总数达299起,^[35]数量之大远非其他行业所能企及。平台经济下反垄断的矛盾比工业经济时代更为尖锐和广泛。平台垄断不限于相关市场内的竞争问题,还包括本国的新旧产业竞争、新产业内部竞争、本国的总体经济框架、与国外

[29] See Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, 114 *Yale Law Journal* 273 - 358 (2004).

[30] 去中心化、平台的共享性质通过互联网平台的分散交互模式使得以平台为基础的数据、链接本应是无限传播的。但由于平台(企业)出于私利不当行使平台权力,导致传播的内容、对象、范围等受到限制。如果平台是开放的,这种传播就是无限的;反之,会根据平台的意志呈现有限性。

[31] 参见张昕蔚:《数字经济条件下的创新模式演化研究》,《经济学家》2019年第7期,第35页。

[32] 截至2020年12月,我国即时通信类应用用户规模达98111万,网民使用率达99.2%;网络购物类应用用户规模达78241万,网民使用率达79.1%;网上外卖类应用用户规模达41883万,网民使用率达42.3%;网络直播类应用用户规模达61685万,网民使用率达62.4%;网约车类应用用户规模达36528万,用户使用率达36.9%。参见中国互联网络信息中心等:《第47次〈中国互联网络发展状况统计报告〉》,第29页, http://www.cac.gov.cn/2021-02/03/c_1613923423079314.htm, 2021年4月19日最后访问。

[33] 参见《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》, http://www.gov.cn/zhengce/2020-04/09/content_5500622.htm, 2021年4月19日最后访问。

[34] 参见傅瑜等:《单寡头竞争性垄断:新型市场结构理论构建——基于互联网平台企业的考察》,《中国工业经济》2014年第1期,第140页以下。

[35] See Elena Argentesi et al., *Merger Policy in Digital Markets: An Ex-Post Assessment*, <https://ssrn.com/abstract=3501501>, last visited on April 19, 2021.

的经济贸易关系,甚至超越经济之外的政治、民主、消费者隐私权等系统性问题。基于平台生态体现出的新经济与旧经济的裂痕已经产生,随着经济高速运转,离心力扩大了这种差距。国内产业链上的利润再分配、全球利益重塑的时代悄然而至。以2020年全球市值前十位企业为例,[36]除排名第八的伯克希尔哈撒韦之外,其余九家均为平台公司,并无石油、钢铁等传统资源企业。而经济基础的改变,必然引发竞争格局、社会关系变革。平台采用涉嫌违反基本市场规则的手段野蛮生长引起世界范围的热议,其表现诸如掠夺性定价、[37]自我优待、[38]“二选一”、[39]拒绝开放平台入口和分享数据、[40]大数据“杀熟”等等。[41]

各国执法机构多次启动反垄断执法,意图遏制大型平台公司的垄断行为,[42]但结果并不如人意。以欧盟、法国、美国对谷歌公司的处罚、诉讼为例,多国执法机构对同一公司采取如此频繁的监管措施,极其罕见。这一方面说明谷歌公司并未因被认定违法而改变在其他法域的经营策略,[43]反垄断处罚的威慑性不足,另一方面,也说明在技术层面上反垄断规则适用于平台存在困境。比如,谷歌有多个违法行为,应当被认定为处罚的加重情节,还是应当作为多个案件进行处罚?由于欧盟法上对个案有反垄断处罚上限,这个答案对涉案企业而言至关重要。如果以“相关市场”作为判断依据,在互联网平台具有显著跨界性特点的前提下,如何准确、合理界定互联网平台的相关市场?[44]平台经济业务类型复杂,竞争动态多变,相较于传统经济下支配地位认定的既有难题,各种参考因素的不确定性更强。[45]平台是多边市场,那么在反垄断分析时要分析到对哪一层次市场的影响?在大型平台企业收购初创企业时,由于后者规模小、未达到申报标准,这种集中无需反垄断审查,如何避免由此带来的扼杀创新风险?从反垄断法的救济手段来看,对平台的违法行为进行干预是一种事后的矫正措施,而平台一旦发生垄断会造成生态意义上的市场损害,其范围广、危害大,远非传统意义上的“有限

[36] 参见腾讯网:《全球市值500强企业排行榜,美国上榜企业最多,中国企业市值涨幅最大》, <https://new.qq.com/omn/20210113/20210113A0AFZQ00.html>, 2021年4月19日最后访问。

[37] 参见李斌、祝剑禾:《京东掀价格战死磕苏宁国美:互攻对方大本营》, http://www.ce.cn/yd/gd/201208/15/t20120815_23585533.shtml, 2021年7月4日最后访问。

[38] See Case AT.39740 — Google Search (Shopping) 2018/C 9/08.

[39] 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》国市监处〔2021〕28号。

[40] 参见《北京知识产权法院民事案件受理通知书》(2021)京73民初189号。

[41] 参见北京市消费者协会:《北京市消协发布大数据“杀熟”问题调查结果》, http://www.bj315.org/xyw/xfxw/201907/t20190727_19494.shtml, 2021年4月21日最后访问。

[42] 譬如,欧盟分别于2017年、2018年、2019年三次认定谷歌公司滥用市场支配地位,合计罚款逾82亿欧元。See AT 40099 — Google Android, AT 39740 — Google Search (Shopping), AT 40411 — Google Search (AdSense). 2021年6月7日,谷歌与法国监管机构达成和解,支付2.2亿欧元罚款。我国市场监督管理总局认定阿里巴巴集团滥用市场支配地位限定交易行为成立,罚款182亿人民币。参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》国市监处〔2021〕28号。2020年12月,美国继2011年、2013年后,再次对谷歌提起反垄断诉讼,认为谷歌滥用搜索引擎和搜索广告市场的支配地位,破坏了市场的竞争和创新。See U. S. District Court for the District of Columbia, *Justice Department Sues Monopolist Google for Violation Antitrust Laws; Google Complaint*, <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>, last visited on April 19, 2021. 2020年12月,美国联邦贸易委员会及48个州和地区的总检察长联合对脸书发起反垄断诉讼。

[43] 谷歌在欧盟、美国、法国受到的反垄断调查均与搜索引擎、搜索广告市场有关。

[44] 在相关市场问题上的分歧不限于技术上的复杂性,就是否应当界定也有不同观点。如我国2020年10月发布的“指南”公开征求意见稿第4条“相关市场界定”中规定:“在特定个案中,如果直接事实证据充足,只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显,准确界定相关市场条件不足或非常困难,可以不界定相关市场,直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。”但“指南”的正式文本中删掉了这一款。

[45] 参见孙晋:《数字平台垄断与数字竞争规则的建构》,《法律科学》2021年第4期,第65页以下。

损害”，这种滞后性如何应对？究其根本，沿用以往“相关市场”的思路，是对平台这一对象的碎片化认识，而没有将之作为一个整体、一个生态来看待，没有认清平台的本质，这种处罚对平台是无效率的。

反垄断法的既有规则难以回应上述挑战。美国联邦贸易委员会代理主席斯劳特在美国反托拉斯法改革证词中强调改革的重要性，她认为仅通过执法努力是不够的，还需要清理糟糕的判例法、施加明确规则、降低执法机构的举证负担、考虑为出现特别问题的市场制定更广泛的规则等多重举措。^[46] 欧盟在其报告中提出，大型互联网平台的不公平做法要么不属于现行欧盟竞争规则的规范范围，要么无法通过这些规则得到有效处理。^[47]

重塑竞争法律秩序的时代已然来临。在欧盟，2020年12月公布的《数字市场法案（草案）》和《数字服务法案（草案）》，在反垄断法之外设置并行的守门人规则，对符合门槛条件的核心平台服务者即守门人^[48]设定了平台的数据隐私保护义务和非歧视开放义务。^[49] 2021年1月通过的德国反限制竞争法第十次修订案，引入了“对跨市场竞争至关重要的企业滥用行为”制度，一旦认定经营者对跨市场竞争具有至关重要的意义，德国联邦卡特尔局有权禁止其实施特定行为。同时修改的还有滥用相对优势地位的认定规则，^[50] 相对于既有规则，大大降低了对义务主体的认定难度。在美国，新布兰代斯学派已经悄然兴起，该学派强调反垄断法的多元价值和维护竞争过程。值得注意的是，新布兰代斯学派的两位代表人物——吴修铭（Tim Wu）和莉娜·汗（Lina Khan）已经被分别任命为美国国家经济委员会“科技与竞争政策总统特别助理”（Special Assistant to the President for Technology and Competition Policy）^[51] 和美国联邦贸易委员会主席^[52]。2021年6月23日，美国众议院对六项反垄断法案进行表决，全部通过；其中四项法案直指大型平台企业（covered platform）。^[53] 2021年2月7日，我国国务院反垄断委员会发布《关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称“指南”），以回应平台经济反垄断难题。世界各国针对互联网平台的立法尝试都说明，在平台经济下，反垄断法一直以来所践行的标准、原则和内在逻辑正在发生改变。这种改变不只是技术性的，更是建立在新逻辑下的替代、补充。反垄断法的秩序正在重塑。

[46] See U. S. Federal Trade Commission, *FTC Acting Chairwoman, Rebecca Kelly Slaughter Testifies before House Judiciary Subcommittee on Antitrust*, Commercial and Administrative Law, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/03/ftc-acting-chairwoman-rebecca-kelly-slaughter-testifies-house>, last visited on April 19, 2021.

[47] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), COM/2020/842 final, 15. 12. 2020, Explanatory Memorandum, p. 3 ff.

[48] Digital Markets Act (2020), Art. 3.

[49] Digital Markets Act (2020), Art. 5 – Art. 13; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final, 15. 12. 2020.

[50] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2021, 第二章第18条。

[51] See *White House Announces Additional Policy Staff*, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/05/white-house-announces-additional-policy-staff/>, last visited on July 4, 2021.

[52] 2021年6月莉娜·汗被任命为联邦贸易委员会主席。See U. S. Federal Trade Commission, *Lina Khan Sworn in as Chair of the FTC*, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/06/lina-khan-sworn-chair-ftc>, last visited on June 24, 2021.

[53] 这四项法案分别是：《美国选择和创新在线法案》（American Choice and Innovation Online Act）、《终止平台垄断法案》（Ending Platform Monopolies Act）、《通过启用服务交换增强兼容性和竞争性法案》（Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act）、《平台竞争和机会法案》（Platform Competition and Opportunity Act）。

二、公共性及其异化：互联网平台垄断的内在逻辑

从平台经济的演进过程来看，平台经营者原本是一个私利性的主体，以盈利为目的。在民商法视域下，经营者遵循意思自治的基本原则，既有与交易相对人达成合意的自由，也有拒绝特定经营者要约的自由。但在数字经济时代，大型互联网平台具有显著的社会公共属性。平台经营者的私利性与平台自身公共性的冲突，是其承担竞争性义务的深层动因。在私法视角下的权利义务关系已不能调整这种法律关系失衡以及由此扩展而形成的竞争失序。

（一）从私利性到公共性：平台角色的转变

在社会科学领域，关于“公共”的概念因不同视角有不同观点，但可以从发生互动关系的情况来理解“公共”的意蕴。^[54]平台与用户的关系体现在平台所提供产品的属性和平台的管理权力两个方面。具体来说，平台具有公共品属性，是公共性的载体；平台具有“准政府职能”，是其公共性的权力体现。这二者是平台具有公共性的内在禀赋。

平台在生产、消费、交换、分配中的作用日益凸显，对整个社会经济运行的重要性体现为对利益结构和生活方式的影响日益深刻。平台尤其是大型平台通过其所凝结的价值，将附着在平台之上的所有相关主体紧密连接在一起，从而平台已不再是纯粹的私人品，而更多地具备公共品属性，平台角色从私人经营者转变为公共经营者。

1. 平台的公共品属性

经济学上将商品和服务区分为私人品和公共品，公共品具备非排他性和非竞争性。非排他性是指任何人消费公共品并不会导致其他人消费的减少；非竞争性是指每个用户消费公共品的量与其他用户消费的量不相关，即彼此均能实现消费最大量。^[55]正因为这一属性，公共品通常与市场失灵相关联，需要政府的干预。^[56]现实经济生活中，纯粹的公共品较为罕见，而介于公共品和私人品之间的“准公共品”是广泛存在的。

平台已经具备某些公共品属性。首先，平台具有非排他性。摩尔定律表明，^[57]网络硬件设施的计算、存储等能力将呈现指数型增长，技术的进步使得互联网的公共品属性变成现实。一个人注册并使用社交、通信、娱乐、购物等互联网平台服务并不会排斥他人注册并使用相关服务。根据梅特卡夫法则，^[58]平台的价值与用户数量的平方呈正比；互联网平台不但不会排斥新用户注册，相反更多用户注册会显著增加平台价值。其次，平台已经具备某些非竞争性。同样得益于微纳技术进步，因一人使用而减少其他人使用效益的情形几乎不会出现。平台的上述两种性质与平台规模相关，对于中小型互联网平台，由于规模、业务范围、硬件设施的限制可能尚不具备非排他性和非竞争性，但对于脸书、亚马逊、微信等大型平台企业而言，其硬件设施足以支撑其非排他性和非竞争性。以微信为例，2020年底月活跃账户数超过

[54] 参见夏志强、谭毅：《公共性：中国公共行政学的建构基础》，《中国社会科学》2018年第8期，第97页以下。

[55] 参见匡小平主编：《公共经济学》，复旦大学出版社2014年版，第18页以下。

[56] 参见[英]庇古：《福利经济学》上卷，朱泱等译，商务印书馆2017年版，第185页。

[57] 摩尔定律（Moore's Law）指出，集成电路性能每18个月会提高1倍，而价格会减少到原来的一半。参见程立茹：《互联网经济下企业价值网络创新研究》，《中国工业经济》2013年第9期，第84页。

[58] 梅特卡夫法则（Metcalfe Law）指出，网络价值增长倍数是网络节点数量增长倍数的平方。也就是说，互联网的价值与联网的用户数的平方成正比。同上引程立茹文，第83页。

12 亿户，^[59] 几乎能够满足全体中国人的网络社交需求，非排他性和非竞争性显著。

2. 平台的“准政府”职能

根据新治理理论，判断一个组织是否具有公共性，已然“从身份公共性标准转化到行为公共性标准”，^[60] 这是对新技术、新关系、新秩序下进行社会治理的因应，平台企业作为私主体具有公共性，在主体上不存在障碍。在传统经济学理论中，“市场—政府”是配置资源的两种基本形式，如今，平台已经成为“市场—政府”之外的“第三权力”。一方面，平台在物联网、大数据、区块链等技术加持下，实现信息搜集、交易匹配、市场反馈的高效化和精确化，成为市场资源配置中的重要环节，生产和交易由买方、卖方和平台三向匹配。另一方面，平台经营者对平台内部交易进行管理。阿里巴巴集团 2020 年度的商品交易总额已达 7 万亿元人民币，超过同年浙江省 GDP 总额。有学者评价道，“这不是传统小打小闹式‘企业办社会’，简直就是‘企业办政府’”。^[61]

平台的“准政府”职能可以从形式和实质两个层面理解。从形式上讲，平台具备了“准立法权”“准司法权”“准行政权”（这里的“法”是一种社会秩序）。^[62] 当平台用户数量以及交易额达到一定规模后，平台的规则不再是小团体秩序。在“立法”上，平台制定服务协议、平台规则，并确定违规行为的惩罚措施，要求用户遵守。平台的“准执法权”表现在对违反平台规则的用户进行处罚，处罚措施包括警告、扣分、限流、屏蔽、下架、封号等。在“司法”层面，很多互联网平台建立的内部纠纷解决机制事实上行使着裁决纠纷的权力。从实质意义上讲，平台行使的管理权含有公共管理的意蕴。如《淘宝网市场管理与违规处理规范》禁止出售假冒商品、发布混淆信息、扰乱市场秩序、不当使用他人权利等行为，^[63] 与反不正当竞争法中规定的违法行为相似。可以说，平台管理者承担着维护平台内部竞争秩序的功能。

那么，平台权力从何而来？权力的本质是平台事实上的支配力和影响力，^[64] 源自消费者、经营者和政府平台事实上的依赖。这种依赖建立在平台强大的渗透力和影响力之上。平台已经嵌入到数字经济时代生活、生产、施政的方方面面，整个社会已经无法回归到前互联网时代。以在线支付为例，2020 年 42.7% 的消费者每天使用 1—5 次在线支付，36.7% 的消费者每周使用几次线上支付，从未使用过线上支付的消费者比例不到 1%。^[65] 对政府而言，政务微博、政务微信成为连接政府和百姓的新桥梁，互联网平台成为参政议政的新渠道，进而影响政治过程。正是由于平台对生活、生产乃至施政的强大渗透力和影响力，平台拥有事实上的“第三权力”。

从历史上看，公共性的产生是累积、发展的过程。^[66] 由于技术进步、平台规模壮大，居

[59] 参见新浪财经：《腾讯控股：2020 年微信及 WeChat 合并月活户数达 12.25 亿户》，<http://finance.sina.com.cn/stock/relnews/us/2021-03-24/doc-ikknsck0724353.shtml>，2021 年 4 月 19 日最后访问。

[60] 参见前引 [54]，夏志强等文，第 98 页。

[61] 王坤、周鲁耀：《平台企业的自治与共治》，《浙江学刊》2021 年第 1 期，第 5 页。

[62] 参见 [奥] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社 2009 年版，第 29 页。

[63] <https://rule.taobao.com/detail-14.htm?spm=a2177.12575716.0.0.6f7b17eacGz4tL>，2021 年 4 月 19 日最后访问。

[64] 参见前引 [12]，刘权文，第 46 页。

[65] 参见中国信息通信研究院：《中国居民信息消费调查报告（2020 年）》，<http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202012/P020201204391940595835.pdf>，2021 年 4 月 19 日最后访问。

[66] 例如，对于“公共”的概念从“common good”转变为“public interest”。参见张康之、张乾友：《考察“公共”概念建构的历史》，《人文杂志》2013 年第 4 期，第 32 页。

民消费习惯、企业营商环境更多依赖互联网平台，平台对经济、社会的影响并不局限于线上，而是向广域和纵深发展。用户规模扩大，为平台拥有资源配置权、公共管理权提供了前提条件，也是平台具备公共性不可或缺的因素。伴随平台公共性的扩张，“平台与平台用户之间的平等地位被打破，横向治理关系转变为纵向管理关系”，^[67]平台对内部的管理不仅是权利，而且成为来自市场或者技术的经济权力。^[68]

平台具有公共性后，其在竞争中的角色悄然转换：一方面，从单纯的竞争参与者向竞争管理者转变，对维护和塑造内部竞争秩序有举足轻重的作用；另一方面，平台从竞争者向各行业、全方位的竞争渗透，成为数字经济时代竞争的新型基础设施。

（二）从公共性到私利性：角色异化与平台垄断

平台的私利性和公共性是一对天然的不可调和的矛盾。公共性的基本要求是开放、共享和中立，而私利性通常导致平台追求排他、独占和歧视。平台对私利的追逐造成平台角色异化，平台通过滥用权力，着力于限制平台的两个核心要素的开放性，呈现出“反公共性”，继而导致平台治理和市场治理双失灵，损害社会公共利益。

1. 数据要素的异化

学界对数据权属有人格权说、^[69]财产权说、^[70]国家所有说^[71]等多种理解。由于隐私权和人格尊严的原因，有必要设置具有适度排他性的数据权属；此外，平台在收集、使用、加工数据过程中付出算力成本和存储成本，提升了数据价值，作为私主体有权利取得相应的利益。但是，数据是非消耗性资源，具有多归属性、可携带性、复用性^[72]和流动性，无论从初始来源、流动之自然属性、风险控制还是经济发展的公共利益视角，数据都不应为任何一方排他性占有。

根据科斯定理，由于数据权利归属不明确，导致其外部性被放大。平台出于逐利性的本能排他性独占数据资源，造成数据要素由公共性向私利性异化。互联网平台是众多“小数据”的聚集地，相比其他行业更容易排他性地控制数据，形成“数据封建主义”。^[73]具体表现为：第一，独占用户个人敏感数据并肆意处置，侵害个人隐私权。据2021年央视“3·15晚会”曝光，猎聘、前程无忧、智联招聘等互联网招聘平台私自出售求职者简历。^[74]第二，将公开的原始信息当作私人财产处置。^[75]从来源属性上，公开数据主要由用户贡献；从价值属性上，原始数据尚未经聚合、加工凝炼，尚不具备商业价值，不存在搭便车之说，因此不应为平

[67] 汪旭晖、张其林：《平台网络市场“平台—政府”二元管理范式研究——基于阿里巴巴集团的分析》，《中国工业经济》2015年第3期，第137页。

[68] 参见前引[12]，刘权文，第46页。

[69] 参见程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，《中国社会科学》2018年第3期，第113页。

[70] 参见申卫星：《论数据用益权》，《中国社会科学》2020年第11期，第110页以下。

[71] 参见张玉洁：《国家所有：数据资源权属的中国方案与制度展开》，《政治与法律》2020年第8期，第15页以下。

[72] 复用性是指可重复使用。基于数据的非物质性，数据不存在单次使用后效能减少的问题。参见陈兵、顾丹丹：《数字经济下数据共享理路的反思与再造——以数据类型化考察为视角》，《上海财经大学学报》2020年第2期，第130页。

[73] 参见丁晓东：《数据到底属于谁？——从网络爬虫看平台数据权属与数据保护》，《华东政法大学学报》2019年第5期，第82页。

[74] 参见中国新闻：《3·15晚会曝光：智联招聘、猎聘平台简历给钱就可随意下载，大量流向黑市！》，<https://news.cctv.com/2021/03/15/ARTIVyd2R7kvms6uilsrD8P210315.shtml?spm=C94212.Ps9fhYPqOdBU.S51378.8>，2021年4月19日最后访问。

[75] See HiQ Labs v. LinkedIn, D. C. No. 3:17-cv-03301-EMC.

台独占。第三，拒绝他人接入关键数据库，制造数据孤岛，排除或限制竞争。^[76]

2. 平台要素的异化

平台的公共属性要求平台尽可能对符合条件的用户开放，以最大程度提高平台价值、发挥平台的赋能效应。一方面，开放是平台赖以产生、发展到拥有强大市场地位的原动力；另一方面，开放、共享不仅提升了资源匹配效率，还促进平台内经营者之间、平台经营者之间的竞争，激励平台内经营者提高服务质量、创新产品，也增加了消费者的选择权，提高消费者福利。开放性的两重体现分别是：用户有加入平台的权利；商户拥有在平台内公平竞争的权利。开放性和正向协同性不仅是对于平台带动技术创新、经济发展的美好期待，也是摩尔定律、梅特卡夫法则之下平台发展的必然规律，是数字经济时代不可抗拒的基本特征。

当发展成超级平台时，平台的封闭性使其在收取使用费、限制竞争对手等方面更有优势，平台的开放性与个体利益最大化的目标相悖。从私利性出发，平台经营者可能采取不兼容、对多栖经营者采取歧视性政策、限制链接传播等封闭策略。互联网平台放弃了对开放性和正向协同性的追求，从社会经济宏观视角来看，也就意味着对平台经济发展人为设置了上限，无法实现平台的最优规模和资源的最优配置。

平台的公共性使它成为超级产业，能够“卡住”所有竞争者的“咽喉”，同样也使它成为公平竞争的核心环节；凭借对数据和平台的掌控，平台经营者可以轻易扭曲市场竞争。凭借排他性平台入口，它可以决定谁可以进入平台交易，进而形塑一个行业的竞争格局；凭借排他性数据优势，平台可以与传统产业形成单方向的“破坏性创新”；^[77]通过将平台内部强大的公共管理权限为己所用，它可以强制要求商户不与竞争对手进行交易；同样凭借这种管理权限，它可以向平台内经营者大肆收取费用，^[78] 压抑其他行业发展。一旦从公共的平台异化为私有的平台，并完全依照自身利益行事，平台就变成一个真正的垄断者，不顾一切地滥用自己的权利和权力。正是平台公共性的异化和扭曲，成为平台经济垄断问题的根源，也是平台经济垄断区别于传统行业垄断的关键所在。

平台对公共性的异化造成平台“权利与义务”、“权力与监督”的不对等，已经成为市场公平竞争的阻碍。在平台和消费者之间，前者获得了用户的数据、流量（注意力）、支付，相应地也应当承担起公平、合理地提供服务之义务。“魏则西事件”、搜索引擎定价排名、大数据“杀熟”等，都证明对这种“公平对价”的信任至少是值得怀疑的。在平台和商户之间，后者提供了平台内容，与平台提供的基础网络服务共同创造价值，相应地有权公平分享这种利益。但平台经营者利用优势地位侵害商户权益的行为时有发生，比如谷歌滥用市场支配地位，通过其搜索引擎免费使用媒体网站的摘要、新闻等内容，造成媒体网站用户流量减少。^[79]

平台具有类似政府的经济管理权，有数字经济时代的“公共承运人”^[80]的特征，也理应保障其行为的中立性并接受监督。滥用公共性，是指具有公共性的适格平台，不当行使

[76] 人民浏览器诉推特案，参见孟雁北等：《大数据竞争：产业、法律与经济学视角》，法律出版社2020年版，第349页。

[77] 参见赵振：《“互联网+”跨界经营：创造性破坏视角》，《中国工业经济》2015年第10期，第148页。

[78] 如苹果公司对其App商户收取30%的“苹果税”。

[79] Decision 20 – MC – 01 of 9 April 2020 on requests for interim measures by the Syndicat des éditeurs de la presse magazine, the Alliance de la presse d'information générale and others and Agence France-Presse.

[80] 参见高薇：《互联网时代的公共承运人规制》，《政法论坛》2016年第4期，第83页以下。

其权力,妨碍数据要素、平台要素的开放共享或正当使用,损害平台用户利益或限制创新的行为。^[81]面对平台异化可能造成的竞争扭曲,有必要通过反垄断法对交易过程进行干预,矫正平台滥用公共性的行为。

三、回归公共性:互联网平台的竞争性义务

互联网平台的竞争乱象源自私利性与公共性的乖离,平台的治理之道即在于使平台回归公共性的应然定位。为此,设置竞争性义务,使平台建立开放、自由的竞争环境,是一种与平台公共性紧密对榫的新型规制工具,同时也是平台义务的境界。

(一) 平台竞争性义务的形廓

平台由私利性再度向公共性转变的过程,也是平台从市场竞争的“运动员”向市场竞争的“裁判员”回归的过程。随着身份的转变,平台应当承担起维护市场竞争环境的相关义务,是谓“竞争性义务”。其内涵有以下三个方面:

第一,竞争性义务的设定以平台的公共性为前提。当平台具备公共性时,才有通过竞争性义务矫正其私利性的必要。换言之,不具有公共性的平台不须承担竞争性义务。为此,认定某一平台具有公共性是前置条件,这与滥用市场支配地位中认定“市场支配地位”的逻辑类似。

第二,竞争性义务以复原平台生态的“竞争性”为目标。以“竞争性”限定平台义务,有两个原因:一是强调对公共性平台赋加义务是要求平台采取保护和促进竞争的手段,而非其他;二是坚持将平台的义务置于竞争法框架内,而非采用其他路径。究其原因,竞争性义务以维护互联网平台的自由、公平竞争秩序为直接目标,在功能和定位上是对既有竞争法在技术规则层面短板的补足,并未超越竞争法的立法目的,也不是对竞争法的替代,与行业监管有显著区别。这意味着竞争性义务的实现方式主要是竞争执法机构的事后监管,竞争性义务的具体内容也应以促进市场的自由、公平竞争为限。

第三,竞争性义务以消极性行为义务为主,辅之以结构义务。竞争性义务属于消极义务,对平台经营者的禁止性要求是明确的、有限的。竞争性义务是对经营者的商业或管理行为的纠偏,而非代替平台经营者做决策,在积极义务和消极义务均能实现矫正功能的前提下,消极义务对平台的干涉程度更小、义务更明确、执法成本更低。行为义务和结构义务相对,前者是指经营者从事或者不从事某类行为的义务;后者则包含营业限制、剥离业务或资产转让等结构性方式。竞争性义务的目标不是限制平台企业做大做强,而是要求平台企业不得扰乱公平竞争秩序、损害要素自由流通,一般而言通过矫正具体行为的手段可以满足要求。结构义务对经营者影响较大,不是首选的救济方式,而是行为义务无法实现救济目标时的兜底性措施。

(二) 竞争性义务的基本原则

对适格平台设定竞争性义务,是从公共政策的视角,在超越私权利的公共利益维度确立其正当性的。其目标是通过制度促进互联网平台的竞争性,即要素的自由流动和资源的优化配置,以实现宏观层面上的技术与商业模式创新、中观层面上的平台经营者之间的自由竞争、微观层面上的平台与用户的合法权利保护。另一方面,政府对平台治理的干预是有限度的,在消

[81] 公共性是平台滥用力量的基础,具体的行为表现可能与反垄断法上的“滥用市场支配地位”的行为相同,也可能超越其范畴,比如扼杀性收购。

极性义务之外,应当尊重平台的经营自主权,保护其合法权利,实现有效竞争和激励创新之间的平衡。竞争性义务的设定应当遵循以下原则:

第一,竞争性义务的内部边界是实现市场的实质公平。实质公平体现于对不同经济主体实质不平等的经济利益关系予以矫正。^[82]利益关系在互联网平台包括三个层次:一是权利和义务的对等,商户、消费者相对于平台通常处于弱势地位,竞争性义务应对此予以矫正。二是权力和监督的对等,平台享有类似于政府的经济管理权,也应当负担类似政府的公平竞争审查监督责任。三是投入和回报的对等,竞争性义务不为挤压平台经营者的盈利空间,其反对的仅是通过“杀鸡取卵”、以邻为壑等不可持续的方式攫取利益的行为。竞争性义务对企业经营行为的干预也应符合实质公平的原则,符合正当性、比例原则和最小损害的界限,将对平台商业行为的影响降至最低。

第二,竞争性义务的外部边界是实现公共利益。可以从静态和动态两个维度来理解公共利益。从静态观察是利益分配的视角,即权衡平台生态下的对应法律关系,对平台利益、商户利益、消费者利益进行综合分析,寻求最为正义的分配方案。动态而言是经济发展的视角,经济发展能够实现帕累托改进。纵观世界经济发展史,在促进经济发展的众多要素中,创新始终是引领发展的第一动力,因此在动态层面上是否符合公共利益取决于竞争性义务是否有效促进创新。创造财富的能力远比财富本身更加重要,其不仅可以使已有的财富得到保障,而且可以使已经消失的财富得到补偿,^[83]因此动态公共利益优先于静态公共利益。

第三,建立“开放中立、合理歧视”的竞争性义务规则。在健全的市场经济中,市场始终是开放包容的,管理者应当允执其中。所谓开放,就是放开平台和数据这两个要素的准入,凡愿意接受平台服务协议、在诚实信用原则下使用平台资源的主体,均不应被排斥在平台之外。所谓中立,就是要求市场管理者对经营者一视同仁,给予公平的竞争环境。开放中立原则并非排斥所有的歧视。研究表明,中立和歧视对竞争的影响并不确定。在特定情形下,歧视可以有效缓解网络拥堵,促进有限资源的合理配置,为消费者提供最佳的服务体验;歧视使得网络经营者获得最大化利润,进而有更强动力完善平台服务、促进平台创新。^[84]另一方面,歧视政策引发圈定效应,导致平台内竞争扭曲,进而垄断、损害市场竞争。^[85]在效果不确定的情况下,最优的结果是歧视和中立制度的某种平衡。

上述三个原则各有功能:公共利益原则构成了竞争性义务的规制目标和规制思路,竞争性义务促进公共利益,具体而言在动态层面促进创新,在静态层面合理界定平台、商户、消费者之间的关系;实质公平原则关注平台的不当行为,构成竞争性消极义务的正当性来源;开放中立、合理歧视原则为解决平台竞争性问题提供了方法层面的工具原理。

(三) 竞争性义务的动态视角:以促进创新为边界

1. 超越“熊彼特—阿罗”争论:平台创新的两个维度

“熊彼特—阿罗”争论是创新与竞争关系的经典论题。熊彼特认为,大型企业和垄断相比于小企业更有利于创新,因为大企业可以承担创新的成本与风险,且追求垄断利润是创新的

[82] 参见李昌麒主编:《经济法理念研究》,法律出版社2009年版,第134页。

[83] 参见[德]弗里德里希·李斯特:《政治经济学的国民体系》,陈万煦译,商务印书馆2017年版,第133页。

[84] 参见邹军:《“网络中立”论争新趋势及启示》,《新闻与传播研究》2015年第6期,第53页以下。

[85] 参见曲创、刘洪波:《平台非中立性策略的圈定效应——基于搜索引擎市场的试验研究》,《经济学动态》2017年第1期,第36页。

商业动机；阿罗则主张竞争性市场比垄断市场更具创新能力，原因是竞争能够提供足够的创新激励，垄断企业已经占据大部分市场，因而创新并不会带来额外的收益。^[86] 后续研究证明，创新和市场结构之间存在“倒U型”的关系，即绝对的垄断和绝对的竞争均不是促进创新的最佳方式。^[87]

数字经济时代，平台具有跨界性和正向赋能效应，对平台创新的理解不应局限在某一市场框架内，因此平台经济创新不完全契合“熊彼特—阿罗”争论的框架。在平台市场中，该争论对应的是平台与平台之间的竞争如何促进创新，但平台经济中的创新升级为平台生态的整体创新。可以说，平台处于整个创新生态的管理者位置，创新由平台内各主体进行，有价值共创的特点。从数学上讲，促进创新应是平台自身创新和平台生态创新的加权平均，是一种整体性创新，这一讨论已经超越了“熊彼特—阿罗”争论适用的场景。

2. 创新视角下竞争性义务的审视

“平台生态系统中各主体市场目标并非完全一致，在合作过程中会尽可能实现自身利益最大化，因而形成各主体之间合作与竞争共同存在的局面”，^[88] 故而在创新层面可能有两种结果：好的结果是平台创新与平台生态创新相互促进、正向循环；坏的结果是二者相互抑制。是否形成良性互动，很大程度上与平台经营者的自我定位有关。如果平台仅考虑商业视角，完全以市场效益作为行动依据，极易导致利己主义的短视行为和放任平台内机会主义的领导错位，进而造成平台共毁。纠正平台共毁，要求平台从商业领导向责任型平台领导转变。^[89] 因此，竞争性义务应当关注平台经营者的行为对内部创新互动的影响，避免滥用管理权限导致的创新负循环。

从某种意义上讲，平台内生态是一个相对独立的市场，平台内的创新生态是否健全，与其内部的竞争环境有关。关键在于阻却平台经营者对平台内经营者创新的不当干涉行为。

第一，自我优待（self-preference）。平台经营者利用平台地位，将其市场优势传导至其他市场，构成自我优待。如平台经营者运用算法侦测哪种商品销量更好，依此决定自己销售该种商品。^[90] 自我优待行为的效果与搭便车类似，如前例，平台经营者只选择销售爆款商品而不用承担一般经营者设计产品的市场风险。当一般经营者预期创新后将面临大型平台类似行为的“竞争”时，创新动机将会受损。^[91]

第二，歧视性待遇（discrimination）。对于搜索、流量、数据可获取性等普遍性义务的歧视待遇，可能显著排除或限制创新。搜索结果和从平台获得的流量资源应当是关联度、价格、商户信誉、产品质量的综合因素体现，人为歧视性分配搜索和流量资源，阻碍了消费者获得渠道的能力，增大了企业创新的投入和成本。在数据的可获取性上采取歧视性措施，将一方面减

[86] See Jonathan B. Baker, *Beyond Schumpeter vs. Arrows: Antitrust Fosters Innovation*, 74 *Antitrust L. J.* 578 - 579 (2007).

[87] See W. Kip Viscusi et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th ed., Massachusetts: The MIT Press, 2005, pp. 95 - 98.

[88] 钟琦等：《平台生态系统价值共创的研究述评》，《系统工程理论与实践》2021年第2期，第424页。

[89] 参见肖红军：《责任型平台领导：平台价值共毁的结构性治理》，《中国工业经济》2020年第7期，第174页。

[90] Pillow Pet 是亚马逊商户销售的枕头，销量高达每天100件。后来商户发现亚马逊也开始销售同款枕头，并且摆放在更加显眼的位置，结果导致商户销量降低至每天20件。See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *Yale Law Journal* 781 (2017).

[91] 参见前引 [86]，Baker文，第580页。

少数据充分开发利用的可能性，^[92]另一方面扭曲创新要素的配置，减损创新激励。

第三，剥削性定价（predatory pricing）。平台经营者收取过高的平台使用费，会给创新增加额外的成本。即便可以转嫁给消费者，过高定价也会降低经营者的获利水平，减损其创新激励。

第四，扼杀性收购（killer acquisitions），指大型企业以防止未来竞争为目的，收购初创、有快速增长用户群和巨大增长潜力的企业。^[93]脸书自2004年成立以来，进行了至少63起收购，其中不乏消灭竞争对手以“抢地”和“巩固阵地”的动机。^[94]另有数据表明，2015年至2017年，谷歌、亚马逊、苹果、脸书、微软共收购175家企业，这些企业平均年龄为4.05岁，其中105家企业在收购一年内被关闭，约占总数的60%。^[95]通过直接消灭竞争者，平台企业提高了竞争壁垒，损害了市场创新。

（四）竞争性义务的静态视角：以平台经营者为核心的两对关系

国家市场监督管理总局向阿里巴巴集团发出行政指导书，^[96]从官方层面首次对平台提出“公平、合理、无歧视”和“客观中立”的要求，在微观视角所涉竞争性义务包括平台与商户、平台与消费者两对关系。

1. 平台—商户

在平台与商户的管理与被管理关系之外，根据商户与平台的竞争关系，可分为三种情况，平台的竞争性义务各有侧重：

第一，商户既是平台的客户，又是平台的竞争者。因平台兼有“竞争者”和“裁判员”的双重地位，应当防止其滥用管理权力，限制平台经营者通过内部管理进行交叉补贴、自我优待等获得竞争优势的行为。

第二，商户在平台内经营业务，但不与平台经营者竞争。出于管理和盈利的需要，平台经营者按照一定标准区别性对待商户，是符合商业逻辑的举措。竞争性义务的重点在于防止平台经营者对商户的不合理歧视，造成商户之间的非公平竞争，例如搜索结果排名、歧视性待遇等。

第三，商户不在该平台开展业务，但与平台或者平台内经营者具有竞争关系。应当重点关注平台的掠夺性定价对传统行业的“创造性毁灭”。不同于传统规则下掠夺性定价几无案例的情况，在互联网平台经营中，掠夺性定价不仅可行，而且已经成为扩张市场、获得垄断力量的有效手段。^[97]2021年3月，国家市场监督管理总局对“多多买菜”低于成本定价予以处罚即为一例。^[98]掠夺性定价的危害之处在于，它凭借资本的力量摧毁了中小经营者参与市场竞争的可能性，且通常发生于同质竞争、价格竞争，与创新关联不大，应严格禁止。

2. 平台—消费者

竞争性义务应从不当干涉用户的自主选择权、不当侵犯消费者隐私两个角度介入。

首先，平台应当尊重消费者的选择权。从商业逻辑层面讲，平台竞争的目的是获得消费者

[92] 参见韩伟、高雅洁：《欧盟2019年〈数字时代竞争政策报告〉》，《竞争政策研究》2019年第4期，第81页。

[93] 参见陈弘斐等：《平台经济领域的反垄断与平台企业的杀手并购》，《东北财经大学学报》2021年第1期，第79页。

[94] See Investigation of Competition in Digital Markets, p. 149, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, last visited on April 19, 2021.

[95] See Axel Gautier & Joe Lamesch, *Mergers in the Digital Economy*, <https://ssrn.com/abstract=3529012>, last visited on April 19, 2021.

[96] 参见《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。

[97] 参见前引〔90〕，Khan文，第710页。

[98] 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》国市监处〔2021〕7号。

的青睐,消费者的选择自由是市场优胜劣汰的前提条件。我国互联网行业曾发生多起要求用户“二选一”的事件,足以说明平台可能利用公共性直接限制选择权,也可能通过排挤商户的方式间接限制消费者的选择权。

其次,消费者隐私与数据开放性存在矛盾,平台是否能以维护消费者隐私为由拒绝分享数据,答案并不尽然。虽然数据权属尚无明确论断,但可根据数据中包含隐私的敏感程度对数据进行分类。敏感数据可以用来识别个体消费者,属于隐私保护范畴,除非获得消费者明示同意,不得公开。部分数据不包含识别具体消费者的足够信息,可以开放;如果该部分数据经过算法处理加工,基于劳动成果的归属原则,开放需支付对价。随着技术的发展,数据脱敏也是一种解决思路。由平台经营者或者独立第三方的数据中介公司通过算法切断消费者数据和个人的对应关系之后,数据可以开放。

四、互联网平台反垄断规则之构造:竞争性义务之实现

互联网平台所呈现的商业图景,颠覆了传统的市场界限,代之以产业层面的生态整合。互联网平台垄断不同于传统垄断,其矛盾焦点不同。针对互联网平台的反垄断规则改造,以规范平台履行其竞争性义务为目标。在规则逻辑上,需要革新现行反垄断法制度,修正“市场支配地位”,建立“公共性滥用”理论及其规则;在平台竞争性义务的具体规则方面,应秉承“开放中立、合理歧视”的原则,在此基础上建立主体前置规则、行为救济优先规则;面对当前平台已然生态化的现实情况,通过政府监管以落实竞争性义务、克服资源配置低效是必须的手段,在实施路径上,反垄断规制优于行业监管。

(一)“公共性滥用”与“市场支配地位滥用”

互联网平台垄断系公共性滥用所致,而公共性体现为平台基于用户规模所拥有的支配力和影响力。因此,公共性的证成是平台反垄断的前置性条件。在现行反垄断法框架下,认定公共性这一前置性条件有两种思路:

其一是在反垄断法第18条的规则中,通过较有弹性的认定标准将“公共性”融于既有规则,比如第4项“其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度”,或者第5项“其他经营者进入相关市场的难易程度”,即因循反垄断法传统的滥用市场支配地位制度规制平台行为。

其二是针对互联网平台具有的公共性特征,设置认定其竞争性义务的独立标准。欧盟《数字市场法案(草案)》即为一例,该草案采取“核心平台业务—显著市场影响—连接门户—牢固和可持续的市场力量”四要素标准,并分别给定明确的指标,以认定平台是否承担守门人义务。^[99]

从本质而言,公共性属于一种特殊的市场力量,与市场支配地位紧密相关。长期以来,欧盟一直沿袭这种思路,对微软案、^[100]谷歌案^[101]等平台反垄断案件均首先论证在各自相关市场具有支配地位。但是,鉴于认定市场支配地位的不确定性和平台滥用权力行为中的“横纵”杂糅及其与现有规则的不匹配性,市场支配地位的认定规则需要修正。例如,俄罗斯在其反垄

[99] 参见前引[47], Digital Markets Act (2020), Art. 3。

[100] See Case COMP/C-3/37.792 — Microsoft.

[101] See AT 40099-Google Android, AT 39740-Google Search (Shopping), AT 40411-Google Search (AdSense).

断法的第五次修订中，专门提出适用于数字平台的市场支配地位认定标准：占市场份额 35% 以上的从事“可互换服务”的数字平台可被认定为拥有市场支配地位。^[102] 此外，该次修订还将网络效应、锁定效应等互联网特性加入市场支配地位的考量要素。应当说，大幅降低市场份额标准、增加考量要素，是为了回应实践的诉求，是既有市场支配地位规则务必适用于数字经济领域的一种妥协。此非孤例，前述欧盟“守门人规则”就是为了解决经营者不符合《欧盟运行条约》^[103] 第 102 条规定的“市场支配地位”标准即主体要件不满足时规制的正当性问题，对现行规则进行补充。“尽管第 101 条和第 102 条仍然适用于守门人的行为，但其范围仅限于某些市场力量（比如特定市场的市场支配地位）和限制竞争行为。……现有的欧盟法不能有效关注已经查明的守门人行为对欧盟市场良好运作的挑战，而守门人不一定具有竞争法上的支配地位。”^[104] 正因为欧盟有丰富的执法经验，此番打破几十年来制度框架的尝试更值得关注。不仅如此，在互联网平台反垄断规制的原理中，由于公共性能够反映平台经济的真实规律，更能准确描述互联网平台市场力量的成因，笔者更倾向于单独认定的思路。具体原因如下：

首先，市场支配地位的认定逻辑及其结论在平台经济现实中存在悖论。根据市场支配地位的原理和认定思路，在排除共同市场支配地位的情形下，在同一时间、地域、商品市场中——如果存在——有且仅有一个具有市场支配地位的经营者。设想，如果甲、乙两个平台在同一市场实施同样的行为，但由于甲具有市场支配地位而被认定为垄断，是否意味着第二大的乙平台因主体不适格而无违（反垄断）法之虞？这并非假想。据统计，美团、饿了么外卖平台分公司因“二选一”行为分别被处罚 15 起、7 起。^[105] 这至少说明，两个具有竞争关系的经营者在多地实施了同一行为。根据饿了么诉美团案显示的证据，^[106] 双方在全国范围内与商户都有排他性交易，即使在浙江金华，美团因“二选一”曾被行政处罚，^[107] 饿了么在当地也可能有类似行为。^[108] 诚然，上述案件的处理均适用了反不正当竞争法而非反垄断法，但问题的性质不会因法律适用而改变。2021 年 4 月 26 日，国家市场监督管理总局对美团实施“二选一”等涉嫌垄断行为立案调查，如果本案成立，是否饿了么因主体不适格而不违反反垄断法？公共性滥用的思路则可以摆脱这一困境。乙公司在处于市场劣势的情况下，可以实施与甲公司同样的行为，并非基于在相关市场的竞争优势，而是依赖于平台自身的公共性。此时，甲、乙公司均因为具有公共性而须承担竞争性义务，即不实施“二选一”行为的消极义务。

其次，市场支配地位的认定标准不能准确刻画平台的市场力量。理论上，市场支配地位与公共性仅有限相关而不重合，具备市场支配地位的经营者未必如平台那样具有公共性；反之，公共性通常说明经营者具有市场力量，但这种市场力量未必会达到现行反垄断法所要求的

[102] 参见于强：《俄罗斯反垄断法关于平台经济的适用规定》，<https://mp.weixin.qq.com/s/PM7tWHHME7rHOqekxIgmDA>，2021 年 4 月 20 日最后访问。

[103] Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2016), OJ C 202, 7. 6. 2016.

[104] 参见前引 [47], Digital Markets Act (2020), para. (5), p. 15.

[105] 参见 Acuris Global: 《中国市场监管机构对外卖平台独家协议的处罚援引了不同法律法规》，https://mp.weixin.qq.com/s/?__biz=MzU4NDUxMTEyMw==&mid=2247487686&idx=1&sn=e91656d217c8ec9c3beaaba328ad8622&chksm=fd99eb3acaec622c9c72c888ca75bc40427e636925b467819c99392fd10e8dd5be457422e89b&scene=21#wechat_redirect，2021 年 4 月 19 日最后访问。

[106] 参见上海拉扎斯信息科技有限公司与北京三快科技有限公司不正当竞争纠纷案一审民事判决书，浙江省金华市中级人民法院（2019）浙 07 民初 402 号。

[107] 参见《浙江省金华市市场监督管理局行政处罚决定书》（金）市监稽字〔2017〕22 号。

[108] 参见上引（金）市监稽字〔2017〕22 号，被告提交证据 20、21。

“支配”程度。在市场支配地位难以认定的情况下,尤其容易低估平台的市场力量及其造成的市场损害。上述情况可以从反垄断法第18条以及“指南”第11条有关支配地位认定的综合考量因素中得到证实。其中,市场份额与竞争状况、市场壁垒这两个因素难以准确判断平台的公共性,可能造成性质认定错误。

再次,滥用市场支配地位和滥用公共性旨在解决不同的竞争关切。前者的核心关切是经营者损害上、下游市场竞争的行为,如果在相关市场存在激烈竞争,那么即便损害下游市场竞争秩序,也必然是短暂的、市场可修复的,不构成滥用市场支配地位。公共性则不然,它侧重于平台对其他行业的影响。平台是否具有公共性与相关市场的市场结构、进入壁垒不具有直接的、必然的关系,即使平台之间激烈竞争,也可能在各自生态圈内实施封闭行为,妨碍有效竞争。平台反垄断的目的是为了保证数据和平台资源的开放性,防范平台的公共管理权扭曲竞争。因此,滥用公共性的行为表现并不局限于我国反垄断法第17条所列举的行为,还包括诸如扼杀性收购等。

最后,市场支配地位和公共性是从不同层面衡量平台的市场力量。根据我国反垄断法第17条第2款的规定,市场支配地位反映了经营者对相关市场竞争格局和交易条件的控制能力;平台公共性强调的则是互联网平台作为新兴网络基础设施拥有的特殊地位。互联网平台经营者的市场力量不限于对竞争和交易的控制力,还包括数据要素的汇集和生产、“准政府”的资源配置力、正向赋能效应、平台对生活 and 交易的穿透力等;平台的市场控制力并不局限于单一市场,而是能够限制多个相关市场的竞争和交易条件。

(二) 矫正“公共性滥用”的规则构造

前文已经论证,互联网平台反垄断是以“公共性”作为逻辑起点,以矫正数据及平台异化、构造竞争性义务为目标。在制度层面上,从竞争性义务的适格主体、开放对象、义务履行方式三个维度展开。

1. 以公共性为核心的义务主体前置性规则

首先应当阐明的是,“前置性规则”不同于就市场准入、特定行为予以行政许可的“事前监管”,^[109]例如互联网平台企业准入需要根据《电信条例》第14条的规定,取得《增值电信业务经营许可证》。反垄断法是从打造开放自由的竞争环境这一定位出发,对平台经营行为的合法性进行监管,相对于行业管制而言属于事后监管。

为明确哪些互联网平台有竞争性义务,需要设定义务主体前置性规则。现行反垄断法第18条有关市场支配地位认定的规则,要依次明确界定相关市场、根据市场份额以及多个因素综合判断,各因素权重不明确,非常复杂且耗时长久,即使在传统经济领域已非易事。而互联网平台不仅具有跨界性,而且动态竞争激烈,认定其具有支配地位实属不易。因此,作为前置性规则的认定指标必须清晰、明确、客观。^[110]

[109] 参见董淳鐸:《市场事前监管向事中事后监管转变的经济法阐释》,《当代法学》2021年第2期,第72页以下。

[110] 例如,欧盟《数字市场法(草案)》第二章第3条第2款(a)项对“显著影响”设定了明确的指标:所属企业在欧洲经济区、过去三个财政年度内达到或超过65亿欧元的年营业额,或其所属企业在过去三个财政年度内的平均市值或合理市价至少达到650亿欧元并在至少三个成员国提供核心平台服务,便可推定满足标准。(b)项就该平台是商户与终端用户连接的门户作了规定,推定标准是:平台提供的核心平台服务在欧盟内的月活跃终端用户超过4500万,或者在上一个财政年度在欧盟建立的活跃业务用户超过1万。又如,美国众议院提出满足“大型平台企业”(covered platform)的指标:在被控违法前的12个月内,平台拥有50万以上的美国活跃用户、年净销售额或市值超过6000亿美元。参见陈永伟:《五部法案上线,GAFA好日子到头了吗》,《经济观察报》2021年6月21日, <https://app.myzaker.com/news/article.php?pk=60d03a838e9f0960043eafb7>, 2021年6月24日最后访问。

认定公共性可以参考欧美标准，考察以下核心指标：业务范围、平台规模与技术条件、平台交易量与平台用户数量。在此对业务范围作特别说明：具有全行业赋能效应的平台具有更强的公共性，诸如搜索引擎平台、操作系统平台、综合性电商平台、社交平台等。有些平台仅具有单一行业赋能效应，譬如外卖餐饮平台、音乐播放平台，其公共性要弱于全行业赋能平台。实践中，应当由行业主管部门在我国平台经济现状基础上对这四项目标进行实证分析，通过经济量化模型制定确定的、简明的客观标准，如年营业额、活跃用户数等。这些标准应当是动态的，每隔一定期间重新确定。

2. 以“开放中立、合理歧视”为原则的行为规则

开放中立是公共性平台运营的一项基本原则，其两个核心问题是：对谁开放？开放什么？

平台是否有义务向竞争对手开放中立？如果法律要求平台经营者像对待商户和消费者一样非歧视地对待其他平台经营者，可能会放任甚至导致搭便车行为，进而减损市场效率；如果不作这一要求，又与促进竞争、数据开放的目标背道而驰。对此，可以引入“同等水平竞争对手”概念。同等水平竞争对手是与“公共性平台”竞争实力相当的竞争对手，非同等水平竞争对手则无法与之开展有效竞争。这一思路的逻辑是：非同等水平的竞争者在数据、流量获取等方面依赖于具有公共性的平台，因此平台应当履行其竞争性义务；而同等水平竞争对手已经具备了获取替代性数据的能力，无需对其进行特殊保护。值得注意的是，竞争性义务是单向的，仅具备公共性的一方承担该种义务，而弱势的一方因不具有公共性而无此义务。

公共性平台以开放中立为一般原则，以拒绝向特定经营者开放中立为例外，这种例外应当具有充分的正当理由，具体包括对方拒绝支付合理对价、因客观原因无法进行交易、影响交易安全、危害国家安全等。

就开放内容而言，由于平台涉及业务庞杂，不能一概要求所有服务、平台二要素开放中立，需要进一步区分。首先，应当区分平台中介服务和数据，两者在开放内容以及如何开放方面存在较大区别。其次，应当进一步区分平台公共性服务和非公共性服务：公共性服务应当保持开放中立，而非公共性服务准许经营者自主选择，保有其差异性。一项服务究竟属于公共服务还是非公共服务，取决于该项服务是否符合普惠性、稀缺性两项标准。普惠性是指该项服务是展开公平竞争的基本条件，包括平台准入、公平呈现搜索结果、用户接口的使用权。如果一项服务属于普惠性服务，即具有公共性。反之，如果一项服务在技术上或商业上不具有普惠的可行性，就不具有公共性，如专属客服对接、页面稀缺广告位等。最后，就数据而言，未经脱敏处理的数据不属于开放之列。按照数据发掘流程，数据可分为原始数据和加工数据。原始数据来源多样，不应被经营者排他性占有，应当开放；而加工数据经过了人工梳理和算力算法，成为准商品，不在开放义务之列，但可以自愿交易。

竞争性义务是一种消极义务，应当建立平台经营者开放的正面清单和负面清单制度。正面清单是倡导经营者开放中立的平台服务和数据种类的清单，引导经营者从封闭生态走向开放生态。负面清单是法律明确列举的禁止事项，例如封禁行为、扼杀性收购、限定交易等。在负面清单之外的行为，仍属于经营者意思自治的范畴。^{〔11〕}

3. 以行为救济优先的矫正规则及对“预防”功能的再认识

从治理逻辑上讲，平台生态管理脱胎于公司治理，属于平台正常经营的范畴，反垄断规制

〔11〕 参见王利明：《负面清单管理模式与私法自治》，《中国法学》2014年第5期，第26页。

要平衡市场创新、消费者福利与企业激励。要求具有公共性的平台承担竞争性义务，是从社会总体利益衡量的视角出发，而非“大即是恶”的莫须有观念。诚然，公共性滥用的否定性评价是以主体具有公共性为前提的，但“滥用”才是重点。故而，互联网平台滥用公共性的矫正规则以行为救济为主，比如开放端口、禁止扼杀性收购等。

之所以说以行为救济“为主”而非唯一，是因为在某些特殊情况下不能完全排除适用结构性救济。比如，对未依法申报而实施的经营者集中，根据反垄断法第48条的规定，由反垄断执法机构“责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态”，这一规则同样适用于互联网平台。在补充申报中，如果审查结果是附条件通过或者禁止，就可能适用前述规定，作出包括拆分在内的结构性救济安排。

（三）竞争性义务的监管路径：反垄断规制与行业监管

归根结底，平台是商事主体，可能为了追求个体利益而损害平台的公共性。为保障互联网平台履行其竞争性义务，从私利回归至公共性考量，有行业监管和反垄断规制两条路径。二者并非替代关系，而是基于不同的定位、监管事项、环节、手段，各有功用。“特别行业管制法与反垄断执法均以垄断为管制对象，但二者的宗旨、内容和实施手段均不同。前者以承认垄断为前提，而后者以否认垄断为前提；前者以警戒恶果的出现为目标，而后者以禁止谋求和维持垄断为宗旨。”^{〔112〕} 聚焦于互联网平台的竞争性义务监管，损害公共性的核心问题是数据要素、平台要素的异化，其对策即开放平台和促进数据流通，从这个角度来说，反垄断规制责无旁贷，行业监管则起到必不可少的补充作用。

一方面，传统的行业监管模式不适用于互联网平台业态。行业监管发生于有限的特定领域，常见于自然垄断行业^{〔113〕} 或者具体产业，^{〔114〕} 有专门法律作为行业监管依据，譬如我国有电力法、铁路法、烟草专卖法，美国有电信法案。行业管制包括准入监管、价格监管、质量监管等，直接反映市场与政府的关系。行业监管法的前提是认可垄断的客观现实及其合理性，主要功能是适度引入竞争，在不具备竞争的条件下严格市场准入，维护合理垄断，通过限定价格减少垄断对消费者福利的损害，同时实现多重政策目标。

首先，互联网平台不具有管制行业的显著特征。从传统的管制行业来看，产业特性鲜明，单一化特征突出，比如电力、铁路等；而平台产业是以数据为要素资源的开放性商业组织形态，因其跨界性而界限模糊。因此，所谓平台行业监管很难自成体系，也难有专门立法。在市场运行特征、行业特征模糊且发展态势不确定的情况下，采用行业管制可能造成监管空白。此外，管制市场进入，是因为有限主体有利于节约社会资源。这种理念是建立在有形物、有限物理空间的基础上的，比如重复建设铁路。但平台经营所依赖的数据具有虚拟性、多归属性、可复制性等特征，超越了有形限制。因此，互联网平台不具有先天垄断的正当性基础，^{〔115〕} 规制的目标恰恰是打破公共性被私利化的桎梏即破除垄断，对其进行全链条化的行业监管之逻辑起

〔112〕 [美] 斯蒂格利茨：《经济学》，姚开建等译，中国人民大学出版社1997年版，第295页。

〔113〕 有学者提出基于平台的不同类型，其中某些平台诸如横向搜索平台是自然垄断，进而提出对不同性质的平台应当采用多元化的监管模式，比如行业监管、特许经营、公有化、竞争规制等。参见前引〔19〕，Ducci书，第47页以下，第126页以下。本文的观点是，平台垄断不同于一般垄断的是公共性滥用，而公共性的认定与平台的规模、影响力、控制力有关，与平台类型无直接或必然关系。

〔114〕 参见王先林：《垄断行业监管与反垄断执法之协调》，《法学》2014年第2期，第113页。

〔115〕 自然垄断产品具有非竞争性特点。参见[美]曼昆：《经济学原理：微观经济学分册》，梁小民、梁砾译，北京大学出版社2015年版，第233页。

点不能成立。

其次，传统的行业管制手段无法适用于互联网平台。为了实现社会公共利益，行业管制最直接的手段是管制价格这一显性指标。根据我国价格法的规定，政府指导价、政府调节价的应用范围是极其有限的，何况在互联网平台领域，零价经济、交叉补贴是常见的商业模式。从这个意义上说，行业监管很难通过价格管制发挥作用。

最后，分散的行业监管模式不足以应对互联网平台复杂的生态环境与法律挑战。行业监管的政策目标多元，就互联网平台而言，没有独立的监管单位，政出多门，易形成监管真空。以P2P监管为例，我国没有单一的监管主体，而是由银监会、人民银行、原工商行政管理部门、工信部多个政府部门在各自职权范围内实行分散监管。^[116]近年来P2P“暴雷”事件不绝于耳，监管缺位难辞其咎。

另一方面，互联网平台的反垄断规制与行业管制相得益彰。首先，二者的管制视角有互补性。互联网平台的公共性异化在微观、中观、宏观三个层面损害了市场竞争机制和个体权利；在经济性损失之外，由于平台掌握海量数据、隐私，其不当行为还可能引发公共风险。反垄断建立在自由竞争的理念基础上，聚焦于打破垄断、恢复市场的竞争秩序，其目标和手段都是经济性的；而行业监管机构站在产业视角，在行业特性、规律、技术标准、安全方面更为专业。当前的监管理念已经超越了经济范畴，与健康、环境、安全等其他维度的诉求有关，因此其视域和出发点并非单一的经济效率考量，内容更广泛，监管手段也更加丰富。

其次，对平台经营中的核心事项进行行业监管确有必要。比如，数据安全法有关数据分级分类管理、数据的开发利用与交易规则的规定，^[117]与本文所主张的数据资源流通有密切关联。数据的可交易性是公共性平台开放数据资源的前提条件，在此基础上，权利人如有自我优待、歧视性待遇，都构成垄断行为。从监管阶段来看，分成两种情况：一是在平台日常经营过程中，需要政府对平台的“准政府”职能予以监督，以保障平台合理行使社会公众赋予的管理权限，防患于未然。二是一旦损害结果发生，政府追究平台的法律责任并责令、督促其改正，则是一种补救措施。

最后，行业监管为反垄断规制提供不可或缺的支撑。复原平台的公共性功能，维护自由、公平的竞争秩序，是反垄断法的基本法益；而且改造后的反垄断法体系及其制度规则、技术工具对平台垄断行为能够实现有力遏制。行业监管机构则在技术、信息等专业方面具有优势，在诸如“公共性滥用”之主体资格界定、“同等水平竞争对手”之认定标准等重要问题上，行业监管部门的观点尤为重要。从行政法学的理念出发，任何政府管制都必须遵循对市场竞争扭曲最小的原则，^[118]对此，一般的理解是“有限干预”。在平台反垄断语境下，对这一原则最好的注脚是“各司其职、各尽其能”。

结 语

互联网平台是“有利于提高全社会资源配置效率，推动技术和产业变革朝着信息化、数

[116] 参见吕祚成：《P2P行业监管立法的国际经验》，《金融监管研究》2013年第9期，第95页以下。

[117] 参见我国于2021年6月10日通过的数据安全法第16条、第19条、第21条。

[118] 参见张占江：《管制领域反垄断执法的基本考量维度及其适用》，《法商研究》2015年第6期，第128页。

字化、智能化方向加速演进,有助于贯通国民经济循环各个环节,也有利于提高国家治理的智能化、全域化、个性化、精细化水平”〔119〕的特殊产业。应对互联网平台的反垄断挑战,不仅需要从事反垄法技术层面进行完善,更需要充分认识到平台经济的特殊性并超越传统的分析范式,从体系化的视角、以公共性为底层逻辑构建平台经济反垄断的新思维,以竞争性义务为基础搭建更加清晰、明确的反垄断新规则。

公共性理论和竞争性义务不限制平台经营者做大做强,而是强调平台经营者应当承担遵守自由竞争的市场规则、维护公平竞争的基本义务。该义务对所有符合公共性客观标准的平台经营者一视同仁,因此是一套符合竞争中性的制度。平台经济的质量在很大程度上代表着资源配置的效率,从这个理念出发,平台的竞争是全球经济格局变革的重要组成部分。更为科学的监管将有助于平台经济进一步繁荣发展,激发平台经济推动社会进步的动力和活力,提升产业的国际竞争力。

Abstract: After experiencing three stages of evolution, internet platforms have become new economic hubs with such functions as information accumulation, element production, resource allocation and rule making. They are an organizational form that enables the relevant entities to jointly create value, and plays the ecological function characterized by integration of multiple industries. Internet platforms reshape the process and organizational form of economic production, changes the method of resource allocation, and becomes the third force other than political power and market rights. Internet platform economy is different from traditional economy in terms of competition features, posing challenges to global anti-monopoly regulation in technique, rules and juridical logic. In essence, this is the result of the increasing penetration by internet platforms into social economy, and the transformation of their nature from private to public. Because of the lack of efficient regulation, the dissimilation of the public nature of platforms has led to the distortion of competition and monopoly, concretely manifested in the non-openness and non-neutrality of data elements and platform elements. In order to restore the competition order, promote innovation and protect the rights of internet platform participants, it is necessary to reform the current anti-monopoly system, establish anti-monopoly rules with “abusing of publicness” as the underlying logic, and impose competitive liabilities on competent internet platform operators.

Key Words: internet platform, anti-monopoly, publicness, competitive obligation, abuse of publicness

〔119〕 同前引〔3〕。