

反垄断法规制平台剥削性滥用的 争议与抉择

孟雁北*

摘要 各司法辖区反垄断法对是否规制剥削性滥用秉持不同的政策主张,平台剥削性滥用行为则推动了上述政策主张的反思与探索。对各国(地区)规制平台剥削性滥用反垄断立法、执法、司法实践的研究表明,为保障平台经济领域公平交易目标的实现,反垄断法应对平台剥削性滥用行为予以规制并秉承如下原则,即:在平台反垄断中,对剥削性滥用的规制不应改变反垄断法规制滥用市场支配地位的重点仍是排他性滥用的共识;反垄断法规制平台剥削性滥用应恪守各司法辖区反垄断法规制滥用行为的分析框架,且需要具备“显著的不公平交易”的后果要件和“很难寻求其他法律救济渠道”的前提条件。建议我国现行《反垄断法》第6条修订为“具有市场支配地位的经营者,不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争或显著损害交易相对人的合法权益”。

关键词 反垄断法 平台反垄断 剥削性滥用 显著的不公平交易

平台以其独特的资源配置方式促成供需平衡,并借助大数据、算法、算力等得以迅速发展。从全球范围看,平台已经呈现出高度聚集化特征,甚至被称为“超级平台聚集体”,这些被称为“技术巨头”的超级平台通过跨界竞争、大数据竞争、用户竞争、线上线下融通竞争等手段不断增强和巩固自身的市场力量。当下的超级平台正逐渐演化成超级生态系统,除了传统企业角色之外,在某些重要环节可能会成为“守门人”,也可能利用自身的权利(力)来影响甚至控制交易相对人,从事显著损害包括消费者在内的交易相对人合法权益的行为,从而使超级平台与

* 中国人民大学法学院教授。本文系国家自然科学基金一般项目“平台反垄断理论问题研究”(项目编号:21BFX115)的阶段性成果。

平台内经营者、超级平台与消费者之间的公平交易问题日益凸显。例如,美国众议院司法委员会在其发布的《数字市场竞争调查报告》中指出,苹果公司利用其在应用商店的市场力量,对通过苹果应用商店销售的应用程序及在 iOS 应用程序内进行的购买交易收取 30% 的高额佣金,且不允许应用开发商与 iOS 用户进行交流沟通,避免他们能够绕开苹果应用商店以较低的价格成交。^{〔1〕} 亚马逊公司也会对平台商家实行不公平的交易,甚至存在“霸凌”(bullying)第三方卖家的情形,如以比第三方卖家原定售价更低的价格销售商品并要求第三方卖家来弥补差价;在与第三方卖家谈判时附加明显不合理的交易条件等。^{〔2〕} 尽管反垄断法规制产生或可能产生排除、限制竞争后果的排他性滥用早已成为共识,但反垄断法是否以及如何规制不具有竞争损害后果的剥削性滥用在各司法辖区却有不同的政策主张。^{〔3〕} 数字经济中超级平台拥有的强大市场力量甚至内生出权利(力)的客观现实,使保障超级平台与其交易相对人的公平交易面临更多挑战,也正在推动反垄断立法、执法和司法关注并探索:反垄断法是否可以通过规制平台剥削性滥用行为在保障公平交易中发挥一定的作用? 平台剥削性滥用的出现是否会推动反垄断法规制剥削性滥用的政策主张发生变化? 反垄断法如果可以规制平台剥削性滥用,应当遵循怎样的规制原则以约束或避免反垄断法的实施不当? 我国《反垄断法》修订中如何对规制剥削性滥用行为予以立法上的回应等。

一、剥削性滥用行为的界定以及反垄断法规制的可能性

滥用市场支配地位行为可分为排他性滥用和剥削性滥用,其中排他性滥用行为是指具有市场支配地位的经营者实施的产生竞争损害的滥用行为,而剥削性滥用行为则是指具有市场支配地位的经营者利用其市场力量,通过从事不公平定价、附加显著不合理的交易条件、实施显失公平的差别待遇等方式从交易相对人处获取其在正常和有效竞争情形下无法获得的利益的行为。^{〔4〕} 尽管剥削性滥用行为也存在产生竞争损害的可能性,但由于产生竞争损害的剥削性滥用行为可被视为排他性滥用行为,因此本文所探讨的剥削性滥用行为特指不产生竞争损害的纯粹的剥削性滥用行为,其损害的是公平交易而不是市场竞争。事实上,“逐渐兴起的

〔1〕 See Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, “Investigation of Competition in the Digital Markets,” p. 339, on *U.S. House Judiciary Committee*, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, last visited on 31 October 2021.

〔2〕 *Ibid.*, pp. 267—272.

〔3〕 各司法辖区反垄断法在规制排他性滥用和剥削性滥用时,均会对经营者的主体条件作出限定,如“市场支配地位”“垄断力量”“市场力量”“相对优势地位”等,平台市场力量评估以及相关市场界定在数字经济背景下会面临诸多挑战,但本文聚焦于行为视角的研究,假设经营者或平台已经具备了反垄断法禁止的滥用行为的主体条件。

〔4〕 参见王先林:《竞争法学》(第二版),中国人民大学出版社 2015 年版,第 219 页。

剥削理论也不涉及任何排他行为而是指依赖操纵价格结构或交易条件来榨取消费者利益的行为……排他行为并不是剥削理论的必要组成部分,而剥削也不是排他策略的必然结果。因此,在传统意义上,剥削不是反竞争的,因为它不会消除竞争”。〔5〕

反垄断法是为促进和保护市场竞争,通过规制排除、限制竞争行为来调整竞争关系以及与其他社会关系的法律,同时也担负着维护社会公共利益的使命。反垄断法创设禁止滥用市场支配地位行为制度的宗旨主要是防止具有市场支配地位的经营者滥用其市场力量造成竞争损害,基于排他性滥用行为是通过交易限制其他经营者的生产经营活动,将现实的抑或潜在的竞争者排挤出相关市场而损害竞争的行为,剥削性滥用行为主要是显著损害公平交易的行为,反垄断法的立法目标和禁止滥用市场支配地位的制度宗旨决定了,尽管各司法辖区反垄断法在规制剥削性滥用问题上存在差异,但都不会影响或不应改变反垄断法规制滥用市场支配地位行为的重点是排他性滥用而不是剥削性滥用的共识。

当然,即使剥削性滥用行为没有产生竞争损害,也仍然具有反垄断法规制的可能性,主要理由是:

第一,剥削性滥用行为是经营者利用市场支配力量攫取其在有效竞争市场环境中不能获取的超额利益或交易机会的行为,虽然不直接产生竞争损害,但却是对交易相对人的合法权益进行严重减损的显失公平行为。自古希腊到近代资产阶级革命之前,公平正义基本上是一个伦理学和价值观概念,近代发展到权利和制度阶段,现已经成为社会政策和社会发展意义上的概念,〔6〕公平正义是中国特色社会主义的内在要求,〔7〕是法治的追求目标。尽管公平正义的内涵存在多重乃至有争议的阐释,但无论立法如何对公平正义进行规定和体现,以及理论界与实务界如何对公平正义进行解读,公平正义都被视为法律的根本与核心价值。如果反垄断法将公平正义也作为其立法目标之一,那就存在对造成显失公平的剥削性滥用行为进行规制的价值理念基础。

第二,公平底线之下是剥削,公平底线之上是利益分配,市场交易严重背离公平是剥削的一种体现。具有市场支配地位的经营者有可能凭借其强大的市场力量,在交易中逾越公平底线,严重损害交易相对人的合法权益,那么此时政府的责任之一就应是维持社会经济力量的平衡。政府只有确保能将不平等控制在可接受的范围内,才能避免出现社会不公正和失去民众支持。〔8〕规制剥削性滥用行为的目的是与维护市场竞争无关,主要是为了公平分配财富和保

〔5〕 See Daniel A. Crane and Graciela Miralles, “Towards a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints,” *Southern California Law Review*, Vol. 84, No. 3, 2011, p. 611.

〔6〕 参见程鹏:“西方公平正义理念的发展脉络与时代意蕴”,《国外社会科学前沿》2021年第3期,第70页。

〔7〕 习近平:《习近平谈治国理政》(第一卷),外文出版社2018年版,第13页。

〔8〕 参见(德)约翰·考姆勒斯:“过时的新古典经济学范式该改变了”,康蓉译,《中国社会科学评价》2021年第2期,第138页。

护受到不当剥削的交易相对人,交易相对人受到不当剥削的利益可能是经济利益,也可能是自由选择权、产品品质或多样性、创新等非经济利益。与具有市场支配地位的经营者相比,其交易相对人会处于交易中的弱势地位,反垄断法是否规制剥削性滥用行为,意味着反垄断法需要思考是否应将保护处于弱势地位的交易相对人免受具有市场支配地位经营者的不当剥削,将保障交易当事人的公平交易权作为立法目标之一。

第三,纯粹的剥削,作为反垄断法意义上的一种损害,意味着对交易相对人利益的严重侵害,反垄断法如果选择规制剥削性滥用行为,实际上需要超越单纯的效率标准,从更高层面理解公平原则的内涵并拓展反垄断法的立法目标。数字经济时代,具有市场支配地位的超级平台可能会从事不公平定价行为之外的其他施加不公平交易条件的剥削性滥用行为,如平台个性化定价、平台不当收集或处理数据行为等。澳大利亚竞争与消费者委员会就在一项针对数字平台的调研报告中认为,如果消费者无法获取数字平台是如何收集、处理这些数据的充分信息,或者并不具备根据不同数字平台收集、处理数据的行为做出选择的能力,那么消费者就无法做出其基于充分信息应做出的正确选择。^[9]此时,作为弱势群体的消费者的合法权益就可能被不当剥夺或被严重损害。当具有市场支配地位的数字平台从事的剥削性滥用行为危及消费者的福利或基本权利时,各司法辖区的反垄断法会重新审视其是否应规制剥削性滥用行为的立法态度。

当然,尽管反垄断法具有规制剥削性滥用的可能性,但是否规制剥削性滥用行为仍取决于各司法辖区是否选择反垄断法在规制显著不公平交易行为时发挥一定的作用。

二、各司法辖区反垄断法规制剥削性滥用行为的政策主张

数字经济时代之前,各司法辖区反垄断法关于是否规制剥削性滥用行为主要聚焦于不公平定价的规制,且存在以美国为代表的“放任派”和以欧盟为代表的“规制派”两大对立阵营,^[10]形成了反垄断法“不予规制”或“规制”剥削性滥用的两种政策主张。当然,尽管大多数司法辖区持有的是反垄断法规制不公平定价等剥削性滥用的政策主张,不过规制的力度与适用条件仍存在差异。

(一) 反垄断法不予规制剥削性滥用行为的政策主张

以美国为代表的部分国家主张不予通过反垄断法来规制不公平定价行为,主要理由

[9] See ACCC, “Digital Platforms Inquiry: Final Report,” p. 23, on *Australian Competition and Consumer Commission*, <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Final%20report%20-%20part%201.pdf>, last visited on 28 October 2021.

[10] See Michael S. Gal, “Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in U.S. and the EC: Two System about Monopoly,” *Antitrust Bulletin/Spring-Summer*, Vol. 49, 2004, p. 346.

为：其一，市场机制可以对市场交易形成的显失公平现象进行调节，市场价格机制具有“自我矫治”性。如果存在不公平定价等剥削性滥用行为，不公平定价所带来的超额利润或利益可能会吸引大批潜在竞争者进入相关市场参与竞争，最终市场价格或市场交易条件会因为新一轮市场竞争而回落至正常水平，反垄断法对价格机制的干预反而可能会歪曲这一动态竞争过程；其二，对于需要高额投资且存在具有创新风险的行业来讲，超额利润的存在可能会促进社会总福利，这些行业内具有市场支配地位的经营者所获得的超额利润仅是部分消费者福利转移到了经营者身上，社会总福利并未因不公平定价而减损。对经营者而言，超额利润甚至可以降低创新和研发中的风险；其三，价格机制是市场经济最重要的资源配置机制，反垄断法不适合对价格机制进行更多的介入，以免不当限制经营者的自主定价权或影响资源配置效率；其四，合同法可能是更好的解决不公平定价等“显失公平”问题的救济渠道。美国最高法院在2004年的 *Verizon v. Trinko* 案中的观点具有一定的代表性，即：“仅仅因为拥有垄断势力并由此索取了垄断价格，不能被视为违法，因为这是自由市场经济的一个重要机制。”〔11〕

（二）反垄断法规制剥削性滥用行为但应审慎规制的政策主张

欧盟及欧洲国家普遍认为，反垄断法对剥削性滥用行为的规制具有补充性质，是在较为严格的竞争法要件下，为保护消费者利益所设置的最后堡垒。〔12〕

欧盟依据《欧盟运行条约》第102条第2款a项“直接或间接强加不公平的购买或销售价格，或其他不公平的交易条件”的规定，可以规制不公平定价以及附加不公平交易条件造成交易相对人利益受损的剥削性滥用行为。例如，欧洲法院在1973年大陆罐（*Continental Can*）案中认为，当具有市场支配地位的经营者对消费者的定价被认为是不正当高价时，如果消费者因为该经营者之定价蒙受损失，即使是该定价行为或政策并不对相关市场竞争产生影响，该经营者亦会被认定违反欧盟竞争法的规定，构成滥用市场支配地位。〔13〕但与此同时，欧盟委员会和欧盟法院对通过竞争法禁止剥削性滥用行为均持审慎态度，始终将排他性滥用作为竞争法规制滥用市场支配地位的重点，认为应当主要通过维护市场竞争而不是直接干预价格或交易条件来保护消费者利益。

德国《反限制竞争法》适用第19条禁止滥用市场支配地位行为条款以规制剥削性滥用行为，第20条禁止具有相对交易优势地位企业滥用该地位对依赖于自己的企业进行不正当妨碍的规定更是拓宽了对剥削性滥用行为规制的空间。当德国《反限制竞争法》禁止滥用相对优势

〔11〕 See *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

〔12〕 See Jonathan Faull, Ali Nikpay, *The EC law of Competition*, Oxford: Oxford University Press, 2nd ed, 2007, p. 517.

〔13〕 See D G Goyder., *EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 4th ed, 2003, p. 284.

制度将“相对优势”分为“相对交易优势”和“相对市场优势”进行规定时,其中关于禁止滥用相对交易优势行为的规定可以更好地规制显著的不公平交易。

英国竞争法也会对不公平定价等剥削性滥用行为进行规制。例如,2021年8月英国竞争市场管理局发布新闻稿称“经重新评估该案后,仍认定辉瑞制药和弗林制药滥用其市场支配地位向国家医疗服务体系收取了不公平定价行为成立”,^[14]同时也指出“竞争市场管理局的调查结果在现阶段是临时性的。辉瑞制药和弗林制药现在有机会对反对声明中的临时调查结果作出回应,竞争市场管理局将仔细考虑他们的陈述,然后再决定他们是否违反了法律”。^[15]无论上述案件中不公平定价行为是否成立,都表明英国竞争法对剥削性滥用行为予以规制但较为审慎的政策主张。

(三) 反垄断法规制剥削性滥用行为且态度鲜明有力的政策主张

韩国和日本反垄断法规制剥削性滥用行为的态度鲜明且有力,这与韩国和日本反垄断法本身在立法上重视对公平交易的维护密切相关,这一点从韩国和日本反垄断法案的名称中都有“公平交易”一词也可以体现出来。

韩国《垄断规制和公平交易法》中禁止具有市场支配地位经营者不当定价(该法第3条之2第1款第1项)的规定,可以解读为禁止具有市场支配地位的经营者超出竞争水平制定、维持、变更价格的行为,禁止不当调整产量的行为(同款第2项)和不当显著损害消费者利益的行为(同款第5项后段)可以解读为禁止其他剥削性滥用行为(施行令第5条第1款,第5款)。虽然韩国对于《垄断规制和公平交易法》如何规制剥削性滥用行为仍存在争论,并认为对该法规制剥削性滥用规范要件的解释存在不确定之处,^[16]但《垄断规制和公平交易法》规制剥削性滥用行为的政策主张却是鲜明有力的。

日本《禁止私人垄断和确保公平交易法》针对滥用市场支配地位的规制体现在对私人垄断

[14] See “CMA accuses pharma firms of illegal pricing,” on GOV.UK, <http://www.gov.uk/government/news/cma-accuses-pharma-firms-of-illegal-pricing>, last visited on 30 November 2021.

[15] 2013年5月,英国竞争市场管理局启动对辉瑞制药(Pfizer Inc.)和弗林制药(Flynn Pharma Ltd)不公平定高价的反垄断调查案。2016年12月,竞争市场管理局经过调查认定辉瑞制药和弗林制药就苯妥英钠胶囊向国家医疗服务体系(NHS)收取了过高的不公平价格,违反1998年《竞争法》第二章和《欧盟运行条约》第102条关于禁止滥用市场支配地位的规定,对其分别开出了8420万英镑(约7.23亿元人民币)和520万英镑(约4462万元人民币)的罚单。辉瑞制药和弗林制药于2017年2月7日上诉至英国竞争上诉法庭(CAT)。竞争上诉法庭于2018年6月7日作出判决认为辉瑞制药和弗林制药具有市场支配地位,但并不认可竞争市场管理局对两家公司滥用市场支配地位收取不公平高价的认定。2018年6月28日,竞争市场管理局就竞争上诉法庭的判决向英国上诉法院(Court of Appeal)提出上诉。2020年3月10日,英国上诉法院维持了竞争上诉法庭对竞争市场管理局的判决。此后,竞争市场管理局决定重新调查,并于2021年8月宣称经过重新调查后,发表反对声明再次认为辉瑞制药和弗林制药的不公平高价行为成立。

[16] 参见(韩)李奉仪:“韩国禁止垄断法上对剥削性滥用的规制”,陈兵、赵青译,载陈云良主编:《经济法论丛》2017年第1期,社会科学文献出版社2017年版,第389—399页。

和不公正交易方法的行为的规制上。日本《禁止私人垄断和确保公平交易法》所称的“私人垄断”是指“经营者采取单独或者与其他经营者结合、合谋以及其他方式,排除或者支配其他经营者的经营活动,违反公共利益,在一定的交易领域实质性限制竞争的行为”。“不公正交易方法”主要包括共同拒绝交易、差别性价格、不当廉价销售、限制转售价格、滥用优势地位行为以及公正交易委员会认定的其他不公正交易方法。在日本《禁止私人垄断和确保公平交易法》中,不公平定价行为可以适用私人垄断或者不公正交易方法的规定。由于适用不公正交易方法进行规制时,不要求企业必须具有市场支配地位,^[17]日本公正交易委员会主要依据不公正交易方法对剥削性滥用行为予以有效规制。

(四)我国反垄断法可规制剥削性滥用行为但仍存有争议

我国《反垄断法》第17条禁止滥用市场支配地位行为条款为规制剥削性滥用提供了法律依据。对于具有市场支配地位经营者从事的不公平定价行为,可以适用“以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品”的规定予以规制;对于其他剥削性滥用行为,可以适用“没有正当理由在交易时附加其他不合理的交易条件”的规定予以规制。我国反垄断执法机构在葡萄糖酸钙原料药案中认为,与购进成本相比,当事人的销售价格明显不公平;与历史价格相比,当事人的销售价格明显不公平;而且当事人还内部层层加价以不公平的高价销售原料药,有证据证明当事人从事了不公平高价销售商品行为。^[18]该案对不公平高价销售注射用葡萄糖酸钙原料药行为的禁止在一定程度上表明了我国反垄断法对公平交易和社会公共利益的维护。

当然,在我国,对于反垄断法能否规制剥削性滥用行为仍存在争议,主要原因在于我国《反垄断法》第6条“具有市场支配地位的经营者,不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争”中关于“排除、限制竞争”后果要件明确规定,可以解读为我国反垄断法禁止的是排他性滥用行为而并不禁止没有造成竞争损害的剥削性滥用行为,因此,我国《反垄断法》在修订中可针对是否以及如何规制剥削性滥用行为表明更清晰的政策主张。

三、平台剥削性滥用行为推动反垄断政策主张的立场转变与规制探索

数字平台经营的市场表现出如下经济特征,推动数字平台趋于垄断,即:强大的网络效应;强大的规模经济和范围经济;服务消费者的边际成本接近于零;利用数据会产生高额且持续增加的产品回报;以及足以使其覆盖全球的低分销成本。这种特征的融合使得数字市场容易出现倾斜,一旦到达临界点,市场自然会倾向于单一的、占主导地位的参与者,呈现出在位企业赢

[17] 参见戴龙:《日本反垄断法研究》,中国政法大学出版社2014年版,第135页。

[18] 参见葡萄糖酸钙原料药垄断案行政处罚决定书全文,载国家市场监督管理总局网站, https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202004/t20200414_314227.html, 最后访问日期:2021年11月3日。

者通吃的高度集中局面。^[19] 谷歌、亚马逊、脸书、苹果这些超级平台相比较于传统的垄断工业集团,更像是一个集中了数据、资本和技术的超级权力体……形成了一个既具有统一意志,又具有以松散、耦合、开放能力为汲取特征的权力系统。^[20] 当超级平台以数据为驱动力,以消费者注意力为主要竞争优势,既作为在线市场的交易中介,又在某种意义上具有基础设施的作用之时,其市场地位会持续强化,市场竞争机制就可能很难对超级平台形成有效的约束。例如,超级平台掌握了大量的消费者数据从而使消费者隐私保护的传统私法范式面临挑战,当超级平台在数据获取和交易过程中以不合理的交易条件侵害消费者利益或者剥削交易相对人,此时的市场自我矫正能力因超级平台力量的强大却在减弱。当大量企业围绕超级平台构建他们的业务,销售他们的服务或商品给平台的使用者,于是出现了超级平台与平台内经营者之间不公平交易的规制问题。而多边平台经营模式的发展,改变了市场主体的相互关系,传统单边市场中的“企业—企业—消费者”的单线模式,变成了企业和消费者两两关联的多元模式,于是出现了超级平台与消费者之间不公平交易的规制问题。平台经济领域上述现象的出现也推动各司法辖区反垄断法对立法目标的反思以及对垄断行为规制制度的重构。

(一)美国可能会发生反垄断法是否规制剥削性滥用行为的立场变化

平台剥削性滥用行为的出现促使美国在反垄断法是否规制剥削性滥用问题上进行反思、争论并有可能发生规制立场的转变。

首先,美国反托拉斯法对不公平定价等剥削性滥用行为不予规制似乎已经形成共识,但如果从美国反托拉斯法历史开始溯源,这个结论却未必成立。美国国会在制定《谢尔曼法》时主要的立法意图是保证经济力量不要过度集中,进而实现包括保持市场的开放、保护制造商与消费者免受垄断的凌虐,以及分散政治与经济层面的控制权的多元化立法目标。参议员谢尔曼也曾举例描述垄断企业的定价过高是“导致民众贫困的扭曲”。^[21] 制定《谢尔曼法》主要是出于对市场势力集中的担忧,旨在遏制托拉斯,分散市场当中的市场势力,促进市场进入与市场的多样性,恢复经济的自由竞争,排除垄断对民主的威胁。此外,竞争政策可以防止大企业利用垄断形式从制造商或消费者掠夺财富,^[22]防止贫富差距的扩大化,以及保护中小企业的利益。《谢尔曼法》最初的立法意图并没有表明美国反托拉斯法当然不予规制不公平定价,从而使美国反托拉斯法规制剥削性滥用行为存在可能性。

[19] See “Stigler Committee on Digital Platforms Final Report,” pp. 7–8, on *The University of Chicago Booth School of Business*, <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms--committee-report--stigler-center.pdf>, last visited on 14 January 2022.

[20] 樊鹏、李妍:“驯服技术巨头:反垄断行动的国家逻辑”,《文化纵横》2021年第1期,第20页。

[21] See Lina M Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox,” *The Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017, pp. 741–743.

[22] See Robert H. Lande, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged,” *Hastings Law Journal*, Vol. 65, 1982, pp. 96–97.

其次,从20世纪七十年代开始,美国反垄断执法在芝加哥学派和新古典经济学理论影响下将消费者福利和经济效率作为主要考量目标。罗伯特·H.博克(Robert H. Bork)认为:只有在解决了反垄断政策的目标是什么这一问题之后,才有可能继续考虑如何确立反垄断的具体规则。^[23]博克还主张,通过对《谢尔曼法》立法资料与立法过程的辩论情况来看,国会主要是为了通过提升资源配置效率以增进消费者福利,^[24]进而提出反垄断法在规范意义上的唯一目标就是追求消费者福利最大化,而实现这一目标最好的方式就是促进经济效率。^[25]但如果将反垄断的立法目标仅仅理解为保护消费者福利,一方面可能违背国会多元化立法目的的初衷,另一方面,只关注价格与产出实现消费者福利的方式也会忽视对市场结构的削弱,也有证据表明该方式导致更高的价格与更低的效率,反而不利于实现消费者福利,此外还不利于初创企业和中小企业的成长、导致经济的停滞等问题。^[26]尤其在数字经济时代到来后,新布兰代斯学派提出反垄断应当更加重视竞争过程与竞争结构,而不是竞争效果,芝加哥学派一直倡导的以消费者福利标准作为唯一判断标准的反垄断策略需要发生变革。^[27]巴里·林恩(Barry C. Lynn)强调反垄断立法目的在于保护生产者的利益和保护民主不受财富与权力过度集中的危害。桑蒂普·瓦伊桑(Sandeep Vaheesan)通过大量研究表明消费者福利标准未能真实反映反垄断法的立法初衷。^[28]国会众议院司法委员会发布的《数字市场调查报告》也建议在数字市场的语境下,恢复并重申反垄断法的初衷和广泛目标,明确反垄断法律不仅仅旨在保护消费者,也保护工人、企业家、独立企业、开放市场、公平经济及民主理想。^[29]

再次,面对平台经济领域的不公平交易行为,美国目前主要是适用《联邦贸易委员会法》第5条授权联邦贸易委员会在市场上制止不公平或欺骗性的贸易行为或做法。例如,联邦贸易委员会已经开始监管平台公司在收集、使用和销售消费者个人数据方面的虚假或误导性承诺。同时,美国在反垄断法是否规制平台剥削性滥用问题上也在进行更

[23] See Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York: The Free Press, 1993, p. 50.

[24] See Robert H. Bork, "Legislative Intent and the Policy of Sherman Act," *Journal of Law and Economics*, Vol. 9, 1966, pp. 7, 16.

[25] See Daniel A. Crane, "The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy," *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, No. 3, 2014, pp. 835, 847.

[26] Khan, *supra* note 21, pp. 741-743.

[27] See Lina M. Khan, "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate," *Journal of European Competition Law & Practice*, No. 9, 2018, pp. 131-132.

[28] See Sandeep Vaheesan, "The Twilight of the Technocrats Monopoly on Antitrust," *Yale Law Journal Forum*, Vol. 127, 2017-2018, pp. 982-985, *on The Yale Law Journal*, <https://www.yalelawjournal.org/forum/the-twilight-of-the-technocrats-monopoly-on-antitrust>, last visited on 14 January 2022.

[29] See Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *supra* note 1, p. 392.

多的探索。例如,美国众议院2021年6月23日表决通过了6项与反垄断密切相关的法案,其中4项法案直指大型平台企业(covered platform),具体包括《终止平台垄断法案》(Ending Platform Monopolies Act)、《美国选择和在线法案》(American Choice and Innovation Online 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)和《平台竞争与机会法案》(Platform Competition and Opportunity Act)。^[30] 2021年8月11日,两党参议员组成的小组提出了《开放应用市场法案》(Open App Markets Act),专门针对苹果公司和谷歌公司等大型互联网企业的应用程序商店,旨在对平台企业的应用商店制定明确的监管规则。上述法案是美国数十年来对反垄断法最全面的改革计划,体现了目前的民主党政府对科技巨头加强监管的决心,使美国反托拉斯法开始重归《谢尔曼法》《克莱顿法》《联邦贸易委员会法》立法年代关于反托拉斯法价值目标的讨论。

(二) 欧盟在探索反垄断法之外更多规制剥削性滥用行为的法律路径

面对会造成显著不公平交易的平台剥削性滥用行为,欧盟竞争法规制剥削性滥用行为的立场并未发生变化,但是却开始探索更多的规制剥削性滥用行为的法律路径。

欧盟认识到竞争法在应对平台垄断时灵活性不够且存在滞后性。数字平台借助庞大用户规模、海量数据以及算法技术的创新发展带来的强大市场聚合与传导效应,对用户数据隐私甚至社会民主公平等价值维度的减损使欧盟从更广阔的视角重新审视数字平台的真实市场力量,进而致力于在竞争法框架之外创新监管工具,其中最重要的举措是推出《数字市场法》和《数字服务法》。上述法案主要针对数字市场中存在的结构性竞争问题,如高度集中的市场结构、市场倾覆、市场杠杆、市场封锁等导致市场无法正常运作的情形,将满足一定规模标准、盈利标准以及控制标准数字平台界定为“守门人”,并且为“守门人”平台引入规则,防止“守门人”对平台内经营者和消费者施加不公平的条件。^[31] 但是,作为欧盟委员会针对数字市场治理提出的新的监管工具,《数字市场法》和《数字服务法》也面临一些批评意见,如认为该法案的性质和目标不明确,程序性条款和执法制度有许多不确定性和漏洞等。^[32]

另外,视为隐私保护领域的“最严立法”的欧盟《通用数据保护条例》(GDPR),通过赋予消

[30] See House Lawmakers Release Anti-Monopoly Agenda for “A Stronger Online Economy: Opportunity, Innovation, Choice,” on *Congressman David Cicilline*, <https://cicilline.house.gov/press-release/house-lawmakers-release-anti-monopoly-agenda-stronger-online-economy-opportunity>, last visited on 14 January 2022.

[31] 吴沈括、胡然:“数字平台监管的欧盟新方案与中国镜鉴——围绕《数字服务法案》《数字市场法案》提案的探析”,《电子政务》2021年第2期,第117页。

[32] See Budzinski, Oliver, Mendelsohn, Juliane, “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?” on SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3938167>, last visited on 10 November 2021.

费者接入数据、遗忘信息、更改信息等权利使用户和企业的信息透明度更为均衡,^[33]在一定程度上具有削弱平台滥用市场支配地位的趋势,如平台在利用大数据和算法技术时需要遵守上述规范就可以在在一定程度上规制平台个性化定价行为。与此同时,欧盟竞争法在规制剥削性滥用行为时,也可能通过评估平台是否遵守了《通用数据保护条例》的规定来帮助判断具有市场支配地位的平台是否滥用其市场力量降低了个人对其数据的控制水平,进而帮助评估超级平台是否从事了显失公平的剥削性滥用行为。

(三)德国通过反垄断法的修订来强化对平台剥削性滥用行为的规制

德国被称为“反垄断法数字化改革进程”的《反限制竞争法》第十次修正案于2021年1月19日正式生效,该修正案以解决平台和大数据带来的挑战为主要目标,提出了一系列核心规制改进条款,其中最为引人注目的规定是19a条授权联邦卡特尔局可禁止有至关重要跨市场影响的经营者实施未充分告知其他经营者所提供或者委托的服务的范围、质量、成功情况或者其他使其他经营者难以评估服务价值的情况;或在应对处理另一经营者的产品时要求此经营者给予利益,而被索要的利益与索要依据之间没有合理对应关系,特别是:(a)要求为其产品展示的目的而移转数据或其他权利,而在此情形下这些数据或权利并不是必不可少的;(b)使该产品展示的质量取决于数据或权利移转,但这些数据或权利的移转与之并无合理对应关系。^[34]上述规定强化了德国《反限制竞争法》规制平台剥削性滥用行为的力度。

当超级平台凭借其在相关市场内较强的市场力量及庞大的用户群体形成用户锁定性,通过签订格式条款的方式强迫用户授权同意收集其数据,否则用户便无法享受相应服务时,平台与用户之间的交易便呈现出显失公平的状态。隐私保护组织(Privacy International)指出,数字经济中一些具有市场支配地位的企业经常对消费者施加不公平条款。由于用户数据是有价值的商品,这些不公平条款往往涉及过度以及剥削性地收集和处用户个人数据的情形。^[35]德国联邦卡特尔局通过脸书案来探索通过反垄断法规制平台剥削性滥用行为的执法经验。

(四)我国也在探索除反垄断法规制平台剥削性滥用行为之外的多元化规制路径

尽管还没有典型案例出现,但2021年2月印发的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》已表明我国反垄断法可以规制平台剥削性滥用行为的政策主张,如该指南第

[33] See Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119/1, Art. 6-21.

[34] 参见袁嘉:“数字背景下德国滥用市场力量行为反垄断规制的现代化——评《德国反限制竞争法》第十次修订”,《德国研究》2021年第2期,第89页。

[35] See Privacy International's submission to the European Commission consultation on “shaping competition policy in the era of digitisation,” p. 3, on *European Commission*, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/privacy_international.pdf, last visited on 10 November 2021.

12条对不公平价格行为的规定就是例证。同时,我国也正在不断探索规制显著不公平交易的平台剥削性滥用行为的多元化路径。如《电子商务法》第35条从设定电子商务平台责任法视角探索对平台剥削性滥用行为的规制路径,2021年8月通过的《个人信息保护法》第24条从保护个人信息权的视角探索对平台剥削性滥用行为的规制,文化和旅游部2020年8月出台《在线旅游经营服务管理暂行规定》第15条从旅游管理法的视角探索对平台剥削性滥用行为的规制。当然,上述这些法律规定在规制平台剥削性滥用行为中能发挥怎样的作用还有待进一步观察。

另外,我国国家市场监督管理总局在2021年7月2日公布的《价格违法行为行政处罚规定(修订征求意见稿)》第13条上是从价格法的视角探索如何规制被称为“大数据杀熟”的平台个性化定价行为,国家市场监督管理总局在2021年8月17日公布的《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》第19条和第21条是从反不正当竞争法的视角探索对平台个性化定价这一剥削性滥用行为的规制,国家互联网信息办公室2021年8月27日发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定(征求意见稿)》第18条规定是从网络安全法、数据安全法视角探索对平台剥削性滥用行为的规制,国家市场监督管理总局在2021年10月29日公布的《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第29条规定是从保护平台内经营者权益的视角探索对平台剥削性滥用行为的规制。上述规定虽然仅仅是制定中的规章或指南的初步想法,但也提出了当平台剥削性滥用行为的规制路径呈现出多元化特征时,应当研究反垄断法与相关法律在规制平台剥削性滥用行为的关系问题,也促使反垄断法重视在对平台剥削性滥用行为进行规制时需要尊重其他法律的规制,尽可能在存在显著的不公平交易的后果要件且受到损害的当事人很难寻求到其他法律的救济渠道时才适用反垄断法对剥削性滥用行为予以规制。

四、反垄断法规制平台剥削性滥用行为的实践探索

当平台内的经营者对平台产生依赖时,平台与平台内经营者的利益冲突便会发生。例如,早在2011年10月,由于淘宝商城提高了平台收取的技术服务费和违约保证金,直接触及到了小卖家的实际利益,引发了全国范围内的小卖家群聚抗议行动,小卖家以围攻大卖家的方式,向淘宝宣战。在监管部门关注并介入调查此事后,淘宝商城宣布推迟商城老客户执行新规,小卖家维权联盟停止攻击活动。^[36]这个事件提出的问题是:如果具有市场力量的平台提出不合理的交易条件,平台内经营者无力反抗被迫接受是否存在有效的法律救济渠道?反垄断法是否能够发挥一定的规制作用?平台与作为用户的消费者之间也可能存在类似问题。当下,关于平台与平台内经营者、以及平台与消费者之间的显著不公平交易的平台剥削性滥用行为主要聚焦于平台不

[36] 阳森:《淘宝商城提准入门槛 大卖家遭到小卖家围攻》,载搜狐新闻网,<https://news.sohu.com/20111013/n322005555.shtml>,最后访问日期:2022年1月14日。

公平定价、平台个性化定价和平台不当收集或处理数据的反垄断规制探索之中。

(一) 反垄断法是否以及如何规制平台不公平定价

不公平的价格是指由于市场力量的行使而显著高于竞争性水平的价格。^[37] 大多数司法辖区反垄断执法力度不同但均采纳了可以规制不公平定价的“规制派”立场,而美国反垄断法关于是否规制不公平定价在很长一段历史时期秉承的是对不公平定价不予规制的“放任派”立场,其关于反垄断法是否规制不公平定价的讨论主要聚焦于标准必要专利的超高定价与平台不公平定价议题。由于标准必要专利的超高定价可以通过公平合理无歧视(FRAND)承诺在合同法和侵权法纠纷解决中予以一定程度的缓解,美国反垄断法在是否规制标准必要专利超高定价问题上虽有讨论,但仍坚持了“放任派”的政策主张,但在面对平台不公平定价时,是否会改变以往的政策主张却有待观察,且至少目前已有松动的迹象,苹果不公平定价案则有可能成为现阶段的风向标案件。

应用商店是供软件开发者向移动设备用户分发应用程序的数字商店。对于苹果系统而言,开发者可以通过苹果应用商店来触达每一个用户,苹果公司则开发了一种机制来收集用户在应用程序中的购买行为(即应用内购买, In-App Purchase, “IAP”),并在用户安装付费应用程序时收取 30% 的佣金。由于苹果应用商店的用户购买应用程序只能通过苹果自身的支付方式支付,且苹果公司对于支付的费用提成 30%, 引发了包括美国和欧盟在内的多个司法辖区反垄断执法机构的关注,^[38] 遭到欧盟竞争执法机构的调查。^[39] 在美国,苹果公司也被其应用商店上的平台内经营者游戏开发商堡垒之夜(Epic Games)以违反反垄断法为由向加利福尼亚州北区法院提起诉讼。^[40] 堡垒之夜公司以“建有围墙的花园”比喻苹果系统,控诉应用商店完全垄断苹果手机的应用分发,并以 30% 的高抽成剥削交易相对人,并宣称苹果公司已成为“限制竞争和扼杀创新的庞然大物”,所以要与“不公的规则本身”作斗争。苹果公司则以保障安全性等理由进行抗辩。平台内经营者如 Spotify、Netflix 和堡垒之夜公司这样的在音乐流媒体、电影电视剧播放和网络游戏行业具有一定知名度和用户基础的经营认为,他们并不需要苹果的品牌效应为其吸引客户流量,^[41] 苹果公司所声称的

[37] 参见(法)泰勒尔:《产业组织理论》,马捷等译,中国人民大学出版社 1997 年版,第 82 页。

[38] See *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, No. 4:20-cv-05640-YGR (N.D. California, 2021). See also, European Parliament, “Official complaint by Spotify against Apple for discrimination and Apple Music’s unfair advantage over Spotify: the power of digital platforms,” on *European Parliament*, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-002996_EN.html, last visited on 18 November 2021.

[39] See “Antitrust: Commission opens investigations into Apple’s App Store rules, European Commission Press Release,” on *European Commission*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073, last visited on 18 November 2021.

[40] *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, supra note 38.

[41] See Shili Shao, “Antitrust in the Consumer Platform Economy: How Apple Has Abused its Mobile Platform Dominance,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 36, 2021, pp. 46-47.

“提高产品质量”，保持苹果产品“独特性”特征，赋予用户更多选择权的经济增益，作为一项替代措施，如果苹果这一平台开放给第三方经营者并设定高质量的运营标准，增加平台之间的互操作性，其产生的总体收益净值要远远大于苹果保持独立性并且向其应用市场平台上的第三方经营者征收“30%应用内购买的苹果税”这一行为。^[42]也有观点认为，苹果公司向其应用商店上的经营者征收30%的应用内购买费用，有助于苹果公司形成对其平台上应用内购买过程的控制，确保支付过程的安全、提升消费者的购买体验以及支持这些应用的开发，不断改善这些应用的质量。^[43]从整体应用内产品销售环境而言，消费者福利和经营者不断完善自身产品的动力能得到一定程度的完善。目前，上述争议还在进行中，苹果公司不公平定价案在短时间内很难有确定性的结论意见，但却已在推动美国对反垄断法是否规制平台不公平定价等剥削性滥用行为进行深入讨论。

对于认为反垄断法可以规制剥削性滥用行为的司法辖区来讲，也面临反垄断法如何规制平台不公平定价的挑战，以避免反垄断执法机构成为价格的制定者或者交易条件的确定者。尽管反垄断执法机构在规制实践中已经总结了认定不公平定价的方法，如成本价格比较、资本收益率分析等定量分析方法，以及价格的产品比较、地域比较、历史比较以及关联行为推断等定性分析方法，但因为市场竞争的复杂性使确立相关市场内某一商品或服务的公平价格水平或利润水平存在困难，也因为一些市场存在高度动态竞争，目前反垄断执法实践仍很难形成判断“不公平定价”权威标准。可以达成共识的是，不公平定价的定价不公平应当具有显著性，即反垄断法规制剥削性滥用行为的后果要件虽不关注竞争损害，但却应具有损害后果的显著不公平性，认定显著的不公平定价则需要个案分析，综合考虑商品或服务的性质，相关商品或服务的价格与经济价值之间的差异等因素。^[44]而平台不公平定价的认定因平台特性会更为复杂，当平台经营者的收益可能来源于网络效应所带来的流量或相关衍生增值服务，平台与平台内经营者之间可能无直接货币对价或不构成对价时，公平与否更难判断，^[45]平台定价的“公平”与“不公平”界限更为模糊。平台双边市场属性以及交叉补贴的存在使不平衡价格结构成为平台独特的定价方式，“任何双边市场的福利分析必须考虑价格水平、价格结构和吸引所有

[42] Ibid., p. 49.

[43] See “The Antitrust Case Against Apple,” Yale University Thurman Arnold Project Digital Platform Theories of Harm Paper Series; Paper 2, 2020, pp. 29–31, on *Yale School of Management*, <https://som.yale.edu/sites/default/files/2022-01/DTH-Apple-new.pdf>, last visited on 14 January 2022.

[44] 参见陈兵、赵青：“我国剥削性滥用行为违法性判定基准审视——以非价格型剥削性滥用为视角”，《上海大学学报(社会科学版)》2020年第3期，第75页。

[45] 参见李超：“论平台经营者不合理限制交易的法律规制——《电子商务法》第35条的解释论展开”，《电子科技大学学报(社科版)》2021年第2期，第107页。

侧用户参与平台交易的可行的替代机制”。^[46] 认定平台不公平定价应当在分析平台市场力量的基础上,进一步考量对平台所有用户的影响,综合考虑价格水平和价格结构的变化,并重点分析交叉网络效应的影响,不应理所当然地采用价格——成本分析法,而需要关注平台对单侧用户的高收费是否严重偏离实现平台交叉网络效应以吸引两侧用户参与交易的合理必要的程度,进而是否导致了单侧用户处于明显不利的市场地位等。^[47]

(二)反垄法规制平台个性化定价

平台个性化定价是指平台企业利用大数据收集用户信息,通过算法分析出用户的消费习惯、偏好与收入水平,从而针对每一个用户或每一类用户进行个性化定价的行为。^[48] 在我国,平台个性化定价最常被热议的表现形式是“大数据杀熟”,即有些平台利用“大数据”和“算法”来识别“生客”和“熟客”,并采取区分定价的经营策略,其中“熟客”的定价甚至高于“生客”的定价。例如,某些网约车平台个性化定价主要表现为:对新老用户、高低频用户、不同支付意愿用户等进行差别定价,如同一路线、同一平台、同一时间、同一车型,对活跃用户提供较高价格,对流失用户和新用户收取较低价格;对不同的手机设备进行差别定价,如同一路线,向苹果手机用户收取的价格高于安卓手机用户等。^[49]

在数字经济时代到来之前,经营者很难精确把握每位用户的支付意愿,一级价格歧视很难发生,但在大数据与算法不断优化的当下,平台实施一级价格歧视已具备现实可能性,可以由停留于纸面的传统分析模型转变为可付诸实践的商业模式。^[50] 需要特别指出的是,反垄法规制个性化定价行为时,尽管基于算法和数据的平台个性化定价可以完成近似于传统“一级价格歧视”行为,对于每个用户呈现“一人一价”“千人千价”的独特定价行为,但同时也存在用户被分为不同的群组,平台针对每个用户群组进行差别定价,构成“三级价格歧视”的情形。按照反垄法规制差别待遇中价格歧视的分析框架,如果平台个性化定价行为造成

[46] See David S. Ewans, “The Antitrust Economics of Multi-sided Platform Markets,” *Yale Journal on Regulation*, Vol. 20, No. 2, 2003, p. 356.

[47] 参见唐要家:“平台不平衡价格结构的剥削性滥用效应”,《经济与管理研究》2021年第3期,第43页。

[48] 个性化定价其实是一个中性概念,其可以增进消费者福利和社会总福利,如减少消费者的产品搜索成本和交易成本,但在某些情况下也会减损消费者福利和社会总福利,如价格敏感性较高的消费者被迫支付高价,以及造成竞争损害等。如何对个性化定价进行法律规制需要进行个案分析,本文仅是从反垄法规制剥削性滥用的视角进行了初步分析。

[49] 上海复旦大学孙金云教授团队对网约车平台进行了“手机打车软件打车”的专项调研,团队在北京、上海、深圳、成都和重庆五个城市进行了800份以上的样本实验,得出结论认为:苹果机主更易被专车、优享这类更贵车型接单。其他机型则是手机价格越贵,越易被更贵车型接单。《复旦教授打网约车800余次调研报告:智能手机越贵,接单车型越贵》,载腾讯网, <https://xw.qq.com/cmsid/20210304A02F1A00>, 最后访问日期:2022年1月16日。

[50] 朱建海:“‘大数据杀熟’反垄断规制的理论证成与路径优化”,《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2021年第9期,第2页。

竞争损害,如价格歧视造成了一线损害(primary-line injure),或者造成了二线损害(secondary-line injure),^[51]或者严重减损消费者福利并损害竞争,反垄断法对造成竞争损害构成排他性滥用的平台个性化定价行为予以禁止并不存在任何争议。

但是,当平台对消费者数据进行智能学习,并用于理解、预测、监督消费偏好、消费意愿等,进而评估消费者的最大支付意愿,尽可能攫取消费者剩余时,消费者却很难知悉经营者有关价格及与价格有关的信息,这些信息在一定程度上被隐藏在“算法黑箱”中。平台可以通过各种手段尤其是大数据技术手段,建立用户画像,利用平台经营者与用户之间的信息不对称,强化平台和用户之间议价能力的不平等,从而更大程度地榨取消费者剩余或福利。这些针对用户的行为歧视和分化策略,具有更为显著的剥削效应。^[52]正是由于平台个性化定价改变了传统的以成本为基础的定价方式,实现了以消费者支付意愿为基础的定价方式,反垄断法在规制平台个性化定价行为时就面临如何规制显著损害用户公平交易权但竞争损害并不明显的剥削性滥用行为的挑战。

反垄断法在对没有明显竞争损害的平台个性化定价行为规制时需重点关注平台与交易相对人之间是否存在不公平交易,不公平交易是否具有显著性且没有其他法律救济渠道。在对不公平交易的“显著性”进行衡量时,除通常的价格维度外,还需从非价格维度出发考虑平台的服务质量、隐私保护水平、用户转移成本等要素。就服务质量而言,可以考量服务的具体种类、服务时长及影响范围;就隐私保护水平而言,需要考虑消费者个人信息自决权、个人选择权、算法设置的合理性以及信息数据收集范围的合理性等;就用户转移成本而言,需要考量用户是否拥有充分的选择权。^[53]另外,也可从是否违背了用户对获得公平价格和合理交易条件的实质性期待出发分析平台个性化定价行为是否存在显著的不公平交易,因为对于那些支付意愿较高的用户来讲,购买同样的商品却因与成本完全无关的支付意愿的原因支付了更高的价格,有可能会构成反垄断法禁止的不公平定价行为。^[54]当然,如果平台个性化定价行为损害了交易相对人的公平交易权,《价格法》《反不正当竞争法》《个人信息保护法》《消费者权益保护

[51] 所谓“一线损害”是指实行价格歧视的经营者打压其同级竞争对手,损害其所处相关市场的有效竞争。所谓“二线损害”是指在某一层级市场(比如上游市场)开展业务的经营者,其本身不出现在其他层级市场(比如下游市场),或者说其业务没有进行一体化整合,但它却对其他层级与之非关联的不同客户实行价格歧视,使某些客户处于不利的竞争地位,进而扭曲该市场的有效竞争。See OECD, “Price Discrimination, Background Note by the Secretariat,” 2016, pp. 18–19, on *O.N.E Members & Partners*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf), last visited on 14 January 2022.

[52] 参见(英)阿里尔·扎拉奇、(美)莫里斯·E.斯图克:《算法的陷阱:超级平台、算法垄断与场景欺骗》,余潇译,中信出版社2018年版,第134–153页。

[53] 参见叶明、李鑫:“数字经济背景下剥削性滥用的规制难点及其应对策略”,《长白学刊》2021年第2期,第83页。

[54] See Robert O'Donoghue, A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 609.

法》等法律均可能会对其进行规制,只有在其他法律无法为交易相对人显著的不公平交易提供救济渠道时,反垄断法对构成剥削性滥用的平台个性化定价行为予以规制才较为妥当。

(三)平台不当收集或处理数据

数字平台存在直接和间接的网络效应使先行者优势易形成“锁定”和路径依赖,产生锁定或路径依赖的影响因素主要有:网络效应的强度和/或网络效应是否是该产品成功的主要因素;迎合消费者偏好的产品差异化;提供商使用越多重的标准就越容易将用户锁定;市场向支配系统、网络或平台倾斜的福利影响并不总是很清晰等。^[55]而数据对平台市场力量形成的重要性毋庸置疑,甚至用户数据存在着由技术支撑的商业模式转化为数据垄断的过程,从而使个人隐私保护是否应纳入反垄断法规制充满争议。当隐私保护纳入反垄断分析框架,主要涉及垄断协议、滥用市场支配地位以及经营者集中三大类行为,但目前案例中除德国联邦卡特尔局的脸书滥用市场支配地位案外主要聚焦在经营者集中案件中对其予以讨论。^[56]当然,反垄断法关于是否规制平台剥削性滥用行为关注点不是隐私保护作为产品质量竞争或者非价格竞争的损害问题,而是平台收集或处理数据的行为是否可能构成剥削性滥用行为,就如同德国脸书滥用市场支配地位案中的争议一样。

平台不当收集或处理大数据行为最可能违反个人数据(信息)保护法的违法数据处理行为,但当具有市场支配地位的平台不当收集或处理数据行为损害用户的基本权利导致交易显失公平,在没有其他法律救济渠道的情形下,反垄断法仍有规制的必要性。尽管存在诸多争议,但德国正在积极探索将用户对自身数据权的保护置于反垄断法规制框架下。2019年2月6日,德国卡特尔局认定脸书在个人用户数据的收集、整合和使用等方面构成剥削性滥用行为,即在未征得有效同意的前提下,将其自有平台(Facebook, WhatsApp, Oculus, Masquerade及Instagram)、合作的第三方网站及软件收集的用户个人信息整合至脸书账号,并要求脸书在12个月内进行整改。^[57]对于卡特尔局的这一决定,脸书向德国杜塞尔多夫高等法院提出上诉。2019年8月26日,杜塞尔多夫高等法院作出裁判,支持了脸书的主要诉求,认为脸书的数据处理不构成对消费者的剥削性滥用行为,也不构成对竞争者的排他性滥用行为。随后,卡特尔局向德国联邦最高法院提出上诉。2020年6月23日,德国联邦最高法院作出裁判,推翻了杜塞尔多夫高等法院的裁判结果,支持了卡特尔局对脸书的调查处理决定。最高法院认为,脸书滥用市场支配地位,未经用户“自愿同意”从第三方网站和应用程序中收集用户数据,

[55] See “The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy,” on *Global Antitrust Institute*, https://gaidigitalreport.com/wp-content/uploads/2020/11/The-Global-Antitrust-Institute-Report-on-the-Digital-Economy_Final.pdf, last visited on 10 November 2021.

[56] 韩伟:“数字经济中的隐私保护与支配地位滥用研究”,《中国社会科学院研究生院学报》2020年第1期,第37—38页。

[57] 张怀印:“数字经济时代企业市场支配地位认定:基于德国反垄断执法案例的评析”,《德国研究》2019年第4期,第115页。

并与用户脸书账户中的其他数据相关联融合,构成了剥削性滥用行为,卡特尔局对脸书施加的禁令是适当的。^[58] 由于本案涉及对欧盟法《通用数据保护条例》(GDPR)的解释,杜塞尔多夫高等法院于2021年3月24日向欧洲法院咨询有关本案的意见。截止目前,欧洲法院尚未作出回应。

在对平台不当收集或处理数据是否构成剥削性滥用行为的分析中,如果大多数消费者并不了解服务条款和不同服务提供商的隐私政策,那么数据保护规则可以成为评估剥削性滥用的一项标准。通过评估平台是否违反以及在何种程度上违反数据保护法,或者平台是否滥用其市场力量去降低用户对其数据的控制水平,或者平台是否以使用服务或产品为对价迫使用户接受不当的隐私授权条款,来判断平台的收集或处理数据行为是否存在显著的不公平交易条件。由于数据收集这一过程本身存在着高度“信息不对称”,平台有足够的动机和能力在用户不知情或无力抗拒的情况下对用户数据进行收集或处理,这使得用户隐私几乎暴露在超级平台面前。为强化隐私保护力度,各国(地区)大多倾向于通过加强个人信息保护法、数据保护法等来规范平台的数据收集或处理行为,但效果却不尽如人意,而反垄断法通过对剥削性滥用的规制可以在维护平台收集或处理数据的交易公平性中发挥一定的作用。

五、结 论

当数字经济已成为未来发展趋势时,需要反垄断法对是否以及如何规制平台剥削性滥用行为予以回应。尽管存在差异,基于反垄断法应在确保公平交易中发挥一定作用的共识,大多数司法辖区反垄断法均可以对平台剥削性滥用行为予以规制,美国目前的态度虽不明朗,但是平台剥削性滥用行为的大量出现也促使其一贯坚持的反垄断法不予规制剥削性滥用的政策主张开始被反思、讨论并有可能发生变化。

当然,为避免反垄断法的实施不当对市场机制造成不利影响,反垄断法对平台剥削性滥用行为的规制应秉承如下原则:其一,反垄断法是维护市场竞争的法律,在平台反垄断中,反垄断法规制滥用市场支配地位行为的重点始终是排他性滥用,而不会是剥削性滥用,竞争损害仍是反垄断法予以规制的主要且重要理由;其二,反垄断法在规制不产生明显竞争损害的平台剥削性滥用行为时应秉承审慎原则和个案分析原则,且应遵循各司法辖区反垄断法关于滥用行为的分析框架。无论是平台不公平定价、平台个性化定价还是平台不当收集或处理数据行为,交易均应具有显著的不公平性,即反垄断法禁止剥削性滥用行为的后果要件不再是竞争损害,而是“显著的不公平交易”,且该显著的不公平交易很难寻求其他的法律予以救济。

我国反垄断法在规制平台剥削性滥用时也应恪守上述规制原则以保证反垄断规制的必要

[58] See Thomas Höppner, “Data Exploiting As an Abuse of Dominance: The German Facebook Decision,” on SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3345575>, last visited on 14 January 2022.

性、合理性和适度性。基于我国现行《反垄断法》总则第6条“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争”的规定使反垄断法是否能够规制剥削性滥用行为存在不同观点并可能制约我国反垄断法对剥削性滥用行为的有效规制，基于我国反垄断法一贯秉承的多元化立法目标和对包括公平交易在内的社会公共利益的维护，基于我国相关配套规章、指南和执法实践已对剥削性滥用行为进行规制的客观现实，基于我国《反垄断法（修正草案）》在第7条仍沿袭了现行《反垄断法》“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争”的规定，而该条款会被解读为滥用市场支配地位行为应当具备“排除、限制竞争”的后果要件从而使我国反垄断法在规制平台剥削性滥用行为时面临违法行为构成要件的争议和讨论，建议我国正在修订中的《反垄断法》将该条款修订为“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争或显著损害交易相对人的合法权益”，为我国反垄断法规制平台剥削性滥用行为以及制定、完善相关配套规章、指南提供更精准的立法依据。

Abstract: Anti-monopoly laws in various jurisdictions have held different policy positions on whether to regulate exploitative abuse, and these behaviors conducted by platforms have driven the reflection and exploration of these policies. The research on anti-monopoly legislation, law enforcement and judicial practice of regulating exploitative abuse of platforms in various countries (regions) shows that regulating exploitative abuse of platforms should adhere to the following principles in order to ensure realization of the fair trade objective in the platform economy: ① Enforcing anti-monopoly law to platform, the regulation of exploitative abuse should not change the consensus that the focus of anti-monopoly law regarding regulating abuse of market dominance remains on exclusionary abuse. ② The regulation of exploitative abuse of platforms should follow the analytical framework of the abuse regulation by anti-monopoly law in each jurisdiction and it requires the consequential element of “significant unfair trading” and the prerequisite of “difficulties in pursuing other legal remedies”. It is therefore proposed that Article 6 of the current China’s Anti-monopoly Law should be amended as follows: Operators with a dominant market position shall not abuse its market dominance to exclude or restrict competition, or to significantly damage the legitimate rights and interests of the trading counterparty.

Key Words: Anti-monopoly Law; Platform Anti-monopoly; Exploitative Abuse; Significant Unfair Trading

(责任编辑:邓 峰)