

平台经济领域的反垄断法实施

以经济效率目标为出发点

李 剑*

摘 要 在平台经济领域,欧盟和美国反垄断法实施力度有很大差异,中国也明显呈现出两个阶段。这种差异需要解释,而经济效率目标构成了理解的出发点。通过福利标准,经济效率目标建立了统一、确定的分析框架。但这一分析框架也受到诸多因素的约束,并面临平台经济的挑战。《反垄断法》虽然明确了经济效率目标,但没有清晰的福利标准。当前对平台企业的高强度执法,更多是追求非经济效率目标的结果。作为多目标法律,非经济效率目标使得《反垄断法》更具现实回应性。不过,要实现更好的实施效果,仍需要完善的反垄断法制度,并在个案中进行更充分地说理。

关键词 平台经济 经济效率目标 福利标准 反垄断

一、背景与问题

对于平台经济领域^{〔1〕}中如何实施反垄断法,美国、欧盟和中国这三个当今世界主要的法域呈现出不同的处理方式。作为平台经济最具引领地位的美国,对平台企业一直非常宽容,只是近年来有强化监管的趋势。例如,2019年众议院启动了对谷歌、苹果、脸书

* 上海交通大学凯原法学院教授。

〔1〕 相关学术文献和规范性文件中,也使用“互联网产业”“互联网平台”“数字经济”等术语。不同术语的侧重点存在差异。为了行文上的统一性,本文除特别说明之外,采用“平台经济”的表述。

和亚马逊公司垄断行为的调查；2020年司法部与阿肯色州等11个州共同对谷歌公司在智能手机搜索引擎上采用独家协议提起反垄断诉讼；2020年联邦贸易委员会对脸书公司收购初创企业提起反垄断诉讼。不过，包括早期以和解结案的微软案在内，〔2〕针对平台企业的反垄断调查和诉讼都没有最终认定相关企业违法。拜登政府近期先后任命吴修铭(Tim Wu)担任总统科技与竞争政策特别助理，琳娜·坎(Lina Khan)担任联邦贸易委员会主席，意在加强反托拉斯法的实施。但美国反托拉斯法实施以司法为中心，而联邦最高法院的态度不容乐观。〔3〕

相比之下，欧盟的反垄断执法机构对互联网平台更为严厉，频频开出巨额罚单。2017年，欧盟委员会认定谷歌优待自己的比价购物网站违法，对其罚款24.2亿欧元；〔4〕2018年，欧盟委员会认定谷歌非法搭售搜索引擎和浏览器，对其罚款43.4亿欧元；〔5〕2019年，欧盟委员会认定谷歌非法阻止竞争对手在第三方网站发布搜索广告，对其罚款14.9亿欧元；〔6〕2020年，欧盟委员会对亚马逊公司在物流与配送上的行为展开反垄断调查；2021年，欧盟委员会对苹果公司应用商店的限制条款发起反垄断调查。

中国反垄断法的文本主要借鉴于欧盟竞争法，〔7〕对待平台企业理应更为严厉。但事实上，中国一度比美国更为宽容。2008年《反垄断法》生效后的相当长时期，都没有针对互联网平台企业的反垄断执法案件，甚至没有立案调查的案件。〔8〕2020年12月24日，国家市场监督管理总局对阿里巴巴集团(以下简称“阿里”)“二选一”行为立案调查是反垄断执法态度变化的标志性事件。〔9〕该案之后，〔10〕执法机构开启了密集执法，连续查处并公布多个案件。〔11〕

〔2〕 See *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

〔3〕 2018年的 *Ohio v. American Express* 案中，美国联邦最高法院对于平台的属性以及行为带来的影响等方面的认定都有利于被告。See *Ohio v. American Express*, 138 S. Ct. 2274 (2018).

〔4〕 See Case AT. 39740— Google Search (Shopping), 2017.

〔5〕 See Case AT. 40099— Google Android, 2018.

〔6〕 See Case AT. 40411— Google Search (AdSense), 2019.

〔7〕 See Anu Bradford, Adam Chilton, Katerina Linos and Alexander Weaver, “The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law”, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 16, No. 4, 2019, pp. 731—766.

〔8〕 2019年网易曾经向社会公众透露，国家市场监督管理总局对腾讯在音乐版权的独家授权行为在进行反垄断调查，但这一消息并未得到确认。

〔9〕 上海市市场监督管理局查处的“食派士”案早于阿里案。不过该案的处罚决定书公布的时间晚于阿里案，并且该案所处的“提供英文服务的在线餐饮外送平台服务市场”比较小众，影响力相对较小。

〔10〕 立案调查四个月后，阿里最终被认定构成滥用市场支配地位，并被处以创纪录的182亿元罚款。参见国市监处〔2021〕28号。

〔11〕 在对阿里“二选一”调查之前，执法机构对阿里经营者集中未申报案件已经有处罚。如，阿里巴巴投资收购银泰商业股权未依法申报违法实施经营者集中案，参见国市监处〔2020〕26号。但在过往相当长时空中，执法机构对于互联网企业之间的经营者集中交易持放任态度。

包括百度公司、^[12]腾讯公司^[13]等未申报集中案,^[14]虎牙公司与斗鱼公司之间的禁止合并案^[15]以及腾讯公司音乐版权的独家许可案等。^[16]基本涵盖了中国最有名的互联网企业。

前述可见,虽然都是实施反垄断法,欧盟和美国差异巨大;即便是实施同一部反垄断法,中国也明显呈现出两个阶段。那么,应该如何理解反垄断法实施上的差异性?^[17]特别是对于中国反垄断法而言,这样急剧的转变的内在原因到底是什么,以及应当如何予以评价,对于反垄断法的有效实施具有重要价值。

除了大量对具体案件、具体行为类型的分析之外,国内对平台反垄断的研究主要分为两大类:一类主张更少的反垄断法实施,为平台经济创造发展的空间;另一类则认为反垄断法应积极实施,甚至变革反垄断法的内涵。对于前者,重点关注的是监管思路的设定,例如,对于“审慎监管”“谦抑理念”的强调。^[18]后者又可以进一步分为两类。一类主张对基于现有的反垄断法进行改造,包括在理念转变的同时对反垄断分析方式进行完善;^[19]第二类强调突破现有反垄断法框架,包括基于数据平台的特点对反垄断法进行重构;^[20]将大型平台作为公用事业管制;^[21]基于平台的公共性来构建对于平台规制的新基础等。^[22]随着互联网平台“创新者”光环的逐渐褪去,较为激进的观点正逐渐占据主流。

不过,既有研究存在两个问题:一是仅强调监管思路,很难说明其与现有反垄断法体系之间的关系,也很难解释为何同一部法下执法方式突然转变;二是基本都假设现有反垄断法体系缺乏足够的灵活性,因此需要重构或者寻求直接管制的方式。要弥补这两个方面的不足,需要宏观、全面地理解反垄断法体系。反垄断法目标为这种理解提供了焦点与基础,因为法律目标

[12] 百度控股收购小鱼集团股权未依法申报违法实施经营者集中案,参见国市监处[2021]16号。

[13] 涉及多个案件,如,腾讯收购途虎股权未依法申报违法实施经营者集中案,参见国市监处[2021]31号。

[14] 互联网产业的经营者集中案件还有一个技术性问题影响到执法,即,大多数企业所采用的VIE结构的法律性质。

[15] 参见《市场监管总局关于禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案反垄断审查决定的公告》,载国家市场监督管理总局网站,http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjtz/202107/t20210708_332421.html,最后访问日期:2021年10月8日。

[16] 该案利用经营者集中审查程序解决了音乐版权的独家许可问题。参见国市监处罚[2021]67号。

[17] 决定反垄断法实施效果的因素非常多。包括执法机构的执法资源,执法机构是否具有独立性等。基于本文的写作目的,主要探讨反垄断法基本理论框架对于法律实施的影响。

[18] 代表性论文参见焦海涛:“论互联网行业反垄断执法的谦抑性——以市场支配地位滥用行为规制为中心”,《交大法学》2013年第2期,第31—48页。

[19] 代表性论文参见陈兵:“因应超级平台对反垄断法规制的挑战”,《法学》2020年第2期,第103—128页;王晓晔:“数字经济反垄断监管的几点思考”,《法律科学》2021年第4期,第49—62页;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—127、206—207页。这部分文献是当前研究的主流。

[20] 参见杨东:“论反垄断法重构:应对数字经济的挑战”,《中国法学》2020年第3期,第206—222页。

[21] 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84—100页。

[22] 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42—56页;张晨颖:“公共性视角下的互联网平台反垄断规制”,《法学研究》2021年第4期,第149—170页。

决定了法律的指向与制度框架。以反垄断法的经济效率目标为视角,可以系统地看到美国、欧盟和中国反垄断法实施上存在差异的原因:首先,即便都认可经济效率目标,但对效率目标的判断标准、前提假设等方面存在不同;其次,是否将经济效率目标作为唯一目标,同样会造成反垄断法实施上的差异,因为非经济效率目标无疑会拓展反垄断法规制的范围。

反垄断法不同实施效果的内在理论逻辑,同样构建了对中国反垄断法实施效果进行评价的基础。中国反垄断法是多目标体系,具有足够的弹性来应对当前平台反垄断的需求。经济效率目标一度是平台经济领域反垄断法所追求的唯一目标。但经济效率目标在构建出较为统一、确定的分析框架的同时,也带来了分析技术上的巨大挑战。非经济效率目标能够很好地反映经济力量集中所带来的多方面影响,更好地回应现实,但如何构建基本的分析框架仍然需要不断探索。

二、经济效率目标及其法律意义

在不同的国家、地区,反垄断法目标有市场一体化、开放、公平、支配地位控制等不同设定,但经济效率目标通常都包含其中。^[23] 美国反托拉斯法甚至将经济效率作为唯一目标。经济效率目标对于理解现代反垄断法的理论构建具有非常重要的价值。在经济效率目标下,福利标准使得对于行为的竞争影响可以进行量化判断,从而得以构建统一、确定的分析框架。

(一)经济效率目标的内涵与应用

作为经济效率目标的核心概念,“效率”一词本身有多种含义。^[24] 按照现在学界通常的理解,效率可分为分配效率、生产效率和创新效率三类。其中,分配效率是从买方的角度来看,将资源分配到对其最有价值的地方。生产效率是企业以尽可能低的成本来生产和销售产品。^[25] 创新效率是通过研发、创新所获得的好处,包括制造新产品、创造新的技术流程,又被称为动态效率。^[26]

这三种效率在反垄断法上也有不同的意义。反垄断法对于生产效率的态度既肯定,又消极。一方面,反垄断法对增进企业生产效率的行为一般都允许,除非这种行为同时也增加了企

[23] 不同的文献中对反垄断法的目标有不同的分类。例如,有学者将反垄断法的目标分为三类:经济目标、社会目标和政治目标。其中,经济目标包括经济效率、促进贸易、加强经济自由化(包括私有化)和促进市场经济发展。参见(英)马赫·M·达芭:《反垄断政策国际化研究》,肖志兴、丁宁等译,东北财经大学出版社2008年版,第41—42页。为了行文上的便捷,除非特别指出,本文采用经济效率目标和非经济效率目标的分法。

[24] 包括“效率”在内,反垄断法中很多术语都有历史演化的特点。例如后文提到的美国反托拉斯法上的“消费者福利标准”。这也说明,反垄断法是人为构建的制度,法律目标和现实的需求密切关联。

[25] 生产效率和分配效率被称为静态效率。

[26] See Eleanor M. Fox and Daniel A. Crane, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context (4th Edition)*, St. Paul: West Academic Publishing, 2020, p. 60.

业的市场力量;另一方面,企业通常并不因为没有生产效率就被认为违反了反垄断法。^[27] 相比之下,对于分配效率和动态效率的减损往往是判断行为违反反垄断法的依据。不过,由于创新很难通过构建分析模型来预测,即便在较为宽泛的动态分析中,^[28] 反垄断分析也主要是以事实密集型的调查这样一种相对初级的形式来进行。^[29] 因此,现今主流的反垄断法教材中,理论基础主要构建于静态效率,从分配效率的角度来理解市场行为所带来的竞争损害。^[30] 亦即,如果不能正确分配资源,就意味着存在“绝对损失”;社会可以通过重新分配资源来产生更有价值的产出。^[31] 当然,对于分配效率也有不同的理解,例如帕累托最优、帕累托改进等。

反垄断法对于分配效率的衡量主要通过福利标准来进行。而福利标准同样存在不同的形式。通常而言,反垄断法所考虑的福利标准分为消费者福利标准和总福利标准两种。^[32] 消费者福利标准关注交易中产生的消费者剩余;总福利标准则强调同时考虑消费者剩余与生产者剩余。消费者福利标准下,如果企业的行为导致消费者剩余减少,就会违反反垄断法。例如,在其他条件不变的情况下,产品价格上升就会直接减少消费者剩余,进而构成违法。而在总福利标准下,因为同时考虑生产者剩余与消费者剩余,就存在通过增加生产者剩余来弥补消费者剩余减少的情况,那么仅仅是减少消费者剩余就不违法。

这两种福利标准何者应当成为反垄断法的目标也有不同的看法。^[33] 支持消费者福利的理由在于:消费者福利标准能够促使企业更好地从消费者的角度来考虑经营行为,保障消费者

[27] 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、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第80页。

[28] 这里有必要区分反垄断法中的动态竞争模型和动态效率。动态竞争模型相对含义更为宽泛,凡是将当前的竞争行为与未来的结果相关联的分析,都是动态的。如,市场进入、投资、创新、价格等。动态效率的含义更窄,通常是创新,更具体地说是创造新产品。See J. Gregory Sidak and David F. Teece, “Dynamic Competition in Antitrust Law”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 5, No. 4, 2009, pp. 581, 602.

[29] See Douglas Ginsburg and Joshua Wright, “Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, No. 1, 2012, p. 2.

[30] See for example, Fox and Crane, *supra* note 26; Phillip E. Areeda, Louis Kaplow and Aaron S. Edlin, *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases (7th Edition)*, Frederick: Wolters Kluwer, 2013; Einer Elhauge and Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics (2nd Edition)*, Oxford: Hart Publishing, 2011.

[31] See Philip Nelson and David Smith, “Efficiencies in Antitrust Analysis: A View from the Middle of the Road”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 60, No. 2, 2015, p. 132.

[32] 尽管学理上有很多讨论,但消费者福利等概念在反垄断法研究中并没有得到很好地界定。如,美国反托拉斯法历史上的“消费者福利标准”,按照现在的经济学理论,实际上是总福利标准。See John B. Kirkwood and Robert H. Lande, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 84, 2008, pp. 191, 197-201.

[33] 除了福利标准本身的含义上有不同看法外,对是否需要将提升的效率传递给消费者等方面也有不同考虑。这也使得福利标准不仅在推导上复杂化,也有不同的操作方式。See Gregory T. Gundlach and Diana Moss, “The Role of Efficiencies in Antitrust Law: Introduction and Overview”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 60, No. 2, 2015, p. 95.

的利益；在实践中更具有可操作性，因为执法机关只要基于某一可以预见的价格变化，就可以判断是否违法。^{〔34〕}支持总福利标准的观点则认为：同时考虑消费者剩余和生产者剩余可以更好地支持那些对提高社会总福利有利的变革，例如对研发的长期投入；生产者剩余的提高意味着企业资本收益的提高；企业属于股东，股东也是消费者，生产者剩余的提升最终会使消费者受益。^{〔35〕}但不管采用何种标准，通过计算剩余来判断行为的违法性是福利标准分析的核心所在。^{〔36〕}也因此，在分析特定行为是否违反反垄断法时，主要考虑相关行为对价格、产出、质量上的影响。

（二）经济效率目标的法律意义

采用经济效率作为反垄断法的主要目标，甚至是唯一目标是现代反垄断法最主要的变化之一。这一变化的内在推动力在于，经济效率目标提供了用以判断是否构成限制竞争行为的具体规则，明确了如何进行案件分析，^{〔37〕}使反垄断法获得了一个连贯、可行、统一、客观的分析框架。^{〔38〕}在这一框架下，反垄断法能够引入量化工具，并通过分析经济福利的变化，来区分合法与非法的行为。

1. 构建了可适用的分析框架

经济效率目标的意义，特别是单一的经济效率目标的意义，应当放在现代反垄断法的发展历史中来理解。在采用经济效率目标之前，反垄断法更多依据行为是否会造成对经营者自主权利的限制来判断是否构成违法。例如，在判断转售价格维持是否违法时，关注生产者对价格决定权的保留；对于搭售，强调经营者是否有对消费者的强制。这些方式难以将竞争限制与一般性的合同限制有效区分。这一问题在反垄断法的历史上曾一度非常困扰司法机关和执法机关。即便美国联邦最高法院的怀特大法官将《谢尔曼法》第1条所禁止的贸易限制解释为“不合理”的限制，^{〔39〕}进而发展出了影响深远的合理原则，但“合理”与“不合理”的区分仍无法清

〔34〕 参见(德)乌尔里希·施瓦尔贝、丹尼尔·齐默尔：《卡特尔法与经济学》，顾一泉、刘旭译，法律出版社2014年版，第15页。

〔35〕 同上注。

〔36〕 福利标准的分析通常包括一个局部均衡分析，将购买者视为“消费者”，将销售者视为“生产者”，而不管实际交易中是否是被中间销售者用作投入品。See Steven C. Salop, “Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard”, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 22, 2010, pp. 336–337.

〔37〕 See A. Douglas Melamed and Nicolas Petit, “The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 54, 2019, pp. 741, 746.

〔38〕 See Joshua D. Wright, Elyse Dorsey, Jonathan Klick and Jan M. Rybnicek, “Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust”, *Arizona State Law Journal*, Vol. 51, No. 1, 2019, p. 351.

〔39〕 See Andrew I. Gavil, William E. Kovacic and Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy (2nd Edition)*, St. Paul: Thomson West, 2008, p. 89.

晰地进行行为判断。^[40]

引入经济效率目标之后,这一问题在很大程度上得到了解决。行为是否是“不合理”的限制,所依据的不再是较为主观的判断,而在于是否导致了产品或服务的价格提高、产出下降,或者是否抑制了创新等损害消费者福利的结果,从而将行为违法性分析的方式进行了转换。与此同时,通过这一分析方式,经济效率目标也能很好地区分保护竞争者与保护竞争——这一反垄断法历史上争论热烈的问题。竞争必定带来优胜劣汰,竞争力不足的企业会被迫退出市场;而竞争过程通常又包含了竞争者的参与,没有竞争者往往难以体现竞争。由于这样的关联,当竞争对手退出市场时,到底是因为自身丧失竞争力,还是因为受到限制竞争行为的影响就会纠缠在一起。借助于福利标准,这一区分相对明确。

2. 便于引入量化的经济分析工具

由于经济效率目标关注的是福利问题,执法机构和法院都可以采用多种经济学工具来审查各种市场因素,并以经济学证据作为判断行为是否违法的依据。因为不管是真正意义上的消费者福利标准,还是社会总福利标准,都需要确定相关行为引发的福利是增加还是减少,而这通常都要采用经济学工具进行定量计算才能确定。对此,赫伯特·霍温坎普(Herbert Hovenkamp)教授也认为,反垄断法采用社会总福利标准效率就意味着,必须适用传统的经济规则,必须进行量化,才能够解决表达社会总福利所必需的定量上的衡量。^[41]而经济学的发展也的确为反垄断法提供了相对充足的分析工具来完成这一任务。

评判行为是否限制竞争的经济学分析工具要比传统上基于侵权法和合同法的工具更多,对行为效果的分析也相对更为客观。例如,在相关市场界定上,可以采用 SSNIP 测试、临界损失分析(critical loss analysis);在分析掠夺性定价时,可以采用 Areeda-Turner 的平均可变成本分析;在分析经营者集中时,可以采用 HHI 指数分析市场集中度,用上行定价压力(upward pricing pressure)、合并模拟(merger simulations)来分析集中交易的竞争效果。当然,强调经济效率目标下更多采用可以量化的经济学工具并不是要否定在确立这一目标之前的案件分析中没有包含经济推理,而是说这些方法的应用有了更为明确地指向,更有系统性,对竞争性评估的重点也从考虑竞争对手是否受到损害,转换到竞争是否不利于消费者福利。^[42]量化分析的结果无疑更具有确定性和客观性。

综上所述,经济效率目标下的福利标准,能够更好地发挥和经济学理论及工具相结合的优势,使得反垄断法的分析规制更具有统一性、确定性。这些优势,也是经济效率标准在反垄断法中占据越来越重要地位的重要原因。从 20 世纪七十年代开始,美国最为主动地推动了这一

[40] 这也导致合理原则在美国反托拉斯法历史上一度衰落。See Bruce Wardhaugh, *Competition, Effects and Predictability*, Oxford: Hart Publishing, 2020, p. 44.

[41] 霍温坎普,见前注[27],第 82 页。

[42] (英)西蒙·毕晓普、迈克·沃克:《欧盟竞争法的经济学:概念、应用和测量》,董红霞译,人民出版社 2016 年版,第 9 页。

单一目标的反垄断法体系的构建,^[43]并将经济民主等非经济效率目标排除在反托拉斯法之外。这一过程也被称为反垄断法的“经济学革命”。^[44] 欧盟则在 2000 年左右开始推进“更多经济学方法”(more economic approach)的变革,突出经济效率目标,引入经济学理论和分析工具。^[45] 美国反托拉斯法将总福利标准作为反垄断法唯一的目标,而欧盟竞争法更倾向于消费者福利标准。^[46]

在中国的平台反垄断案件中,食派士案^[47]非常典型地体现了应用经济效率目标分析框架的方式与结果。例如,在界定相关市场时,执法机构构建了经济学模型,并利用通过市场调查收据数据来进行经济学计量分析,^[48]用以最终支持临界损失分析的结论。此外,在分析平台的市场支配地位时,执法机构分析了主要的市场参与者的市场份额的变动;在认定滥用时,执法机构计算了合作餐厅商户佣金的比例、订单量的变化等。^[49] 该案获得了非常高的赞誉,^[50]原因主要就在于在经济效率目标下,执法机构采用经济学分析工具,对于消费者福利进行了细致的量化分析,结论更为被接受。

三、经济效率目标的构建差异与现实意义

经济效率目标所带来的连贯、可行、统一、客观的分析框架有时候会产生反垄断法趋同的幻觉,掩盖其中的差异性。事实上,即便都认可经济效率目标,在具体制度构建与实施上仍然可能产生巨大差异。并且,这种差异性在平台经济领域还会进一步加大。

[43] See Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York: Basic Books, 1978, pp. 81–89; Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice (4th Edition)*, St. Paul: West Academic Publishing, 2011, pp. 83–86; Robert Pitofsky, “Past, Present and Future of Antitrust Enforcement at the Federal Trade Commission”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 72, 2005, pp. 209, 217; Steven C. Salop, “Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit Sacrifice Standard”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, 2006, pp. 311, 329–333.

[44] 这一议题上有大量研究,但所采用的术语也不尽相同,如,“真正的消费者福利标准”“纯粹的消费者福利标准”“消费者剩余标准”“总福利标准”“潜在的帕累托效率”等等,为了统一表述,除非特别说明,本文对过于细节的差异不做区分。

[45] 这一变革开始于 2000 年左右,是一个持续至今的过程。See Anne C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 33.

[46] 毕晓普等,见前注[42],第 29 页。

[47] 参见沪市监反垄处[2020]06201901001 号。

[48] “为保证假定垄断者测试的稳健性,本机关搜集了 2015 年 1 月至 2019 年 6 月上海市提供英文服务的在线餐饮外送平台经营者,以及提供中文服务的在线餐饮外送平台经营者的真实交易数据,以此为基础进行假定垄断者测试。”参见沪市监反垄处[2020]06201901001 号。

[49] 参见沪市监反垄处[2020]06201901001 号。

[50] 《上海对食派士的反垄断行政处罚书火了,为什么说是教科书级别》,载澎湃新闻,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_12181602,最后访问日期:2021 年 11 月 8 日。

(一)差异性的基本影响因素

法律目标只是法律体系所希望达到的结果,但如何实现可能会考虑不同的路径,而且对于结果的理解也可能存在差异。从前文的分析中可以看到,经济效率目标下,“效率”可以有不同理解,可以对不同效率有所偏重,还可以选择不同的福利标准。这都会造成经济效率目标下不同的制度构建——尽管最终仍然能够构建出统一的分析框架。因此,同一目标下具有不同的法律实施效果也就能理解。从福利标准出发,可以很好地说明这一问题。

1.福利标准的选用

福利标准的选用不仅是对福利的不同理解,更直接影响到对行为的判断。这种影响可以从两个方面来认识。首先,对于违法行为认定的直接影响。消费者福利标准只考虑限制竞争行为对于消费剩余的影响,而社会总福利标准则包含了分配效应在其中。以经营者集中审查为例,如果一个集中交易会大幅度降低企业的成本,但同时导致最后产品价格小幅上升,那么按照消费者福利标准就是违法的;而社会总福利标准则会允许其通过。这会造成同样的行为在不同国家认定的结果不同。

其次,法律实施的难度不同。社会总福利标准需要同时考虑消费者福利和经营者福利,无疑难度更大,因为要计算两方面的福利,也就需要更多的证据。难度大则认定相关行为违法也更难。美国反托拉斯法采用的是社会总福利标准,福克斯教授对此认为:“(美国)联邦最高法院声称以效率的名义实施反托拉斯法,但实际上我们可以表明,效率并不是最高法院判案的解决措施的指南,在当今时代的美国,最高法院的案例几乎都是为被告来判的。”^[51]这其中的重要原因,就在于社会总福利标准提高了反托拉斯法的实施难度,使得更少行为被认定为违法。

2.经济学理论、工具的应用能力

经济效率目标下,不管采用何种福利标准,都意味着需要大量的经济学证据,需要进行量化计算,这对于执法机构、原告来说都是不小的挑战。对这些能力的掌握情况,在很大程度上决定了法律实施的效果。

一个直观的体现是行政处罚决定书的长短。复杂的原因—效果的关联,借助于各种证据进行定量、定性评估的需求,都使得决定书变得 longer。欧盟竞争法 101 条的案件,决定书在 1970 年代时大概在 10 页 A4 纸;2004 年之后,非卡特尔案件的决定书的平均长度是 157 页。102 条的案件,1971 年到 1998 年间,决定书长度大约在 19 页;2005 年改革之后,平均长度为 216 页。在 1990 年代,经营者集中禁止案件的决定书平均长度为 36 页,而在新的经营者集中规则下,禁止案件的决定书平均为 465 页。^[52] 这些更长的决定书,无疑都反映了对更高的理论工具运用能力的要求,对更多实证证据的要求。

[51] (美)埃莉诺·M. 福克斯:“效率悖论”,载(美)罗伯特·皮托夫斯基主编:《超越芝加哥学派——保守经济分析对美国反托拉斯的影响》,林平、臧旭恒译,经济科学出版社 2013 年版,第 73 页。

[52] Witt, supra note 45, p. 9.

3. 对市场的信任程度

经济效率目标所要求的分析工具,即便对于美国的执法者和法官,也很难掌握。^[53]随之而来的问题就是,这会导致一定程度的反垄断法实施不足。也就是说,即便行为是限制竞争的,但因为仅有部分案件能够较好完成证据搜集、分析工作,最终被认定违法的行为数量会少于实际发生的数量。那么,是应该放任行为的发生,还是采取较低的行为认定标准?不同国家给予市场不同的信任程度,并带来两种不同的策略。

美国对市场信任度很高,更要求竞争效果的实际证明。引发“反垄断革命”的芝加哥学派,其基本理论假设包括四个方面:一是价格理论是最高经济模型;二是市场很少失败;三是“经济人”是一个理性的决策者,它们的目标是利润最大化;四是当政府规范经济活动时,几乎不能做任何实际上符合公众利益的事情。^[54]这样的假定使得美国反托拉斯法更关注法律过度实施的假阳性问题,并认为假阴性问题、实施不足的问题可以由市场自行纠正。^[55]因此,美国反托拉斯法对于违法行为的认定标准很高,^[56]更强调竞争效果的实际证明。

欧盟竞争法更关注市场功能的有限性,对市场行为的态度更严厉(标准更低)。欧盟竞争法关注竞争法实施不足的问题,采用较为严格的假定与制度。很多在美国反托拉斯法下认为需要仔细分析效果的行为以及完全不管的行为,在欧盟竞争法下都被假定为违法。例如,欧盟竞争法下对共同市场支配地位的规定,对超高定价的规制,对忠诚折扣的规制等。甚至一些行为缺少合理的解释理由,也会被假定是违法的。^[57]这和欧盟竞争法在传统上对于形式的关注胜过对效果的关注相关。欧盟的《数字市场服务法》根据平台企业的规模来认定部分互联网平台企业构成“看门人”,事实上也是这一模式的结果。

(二) 平台特性带来的挑战

平台经济领域对经济效率目标的追求带来了额外的障碍。^[58]简单来说,双边市场特性对反垄断分析提出了至少两方面的挑战。

第一,如何判断平台所面临的竞争约束。由于不同用户群体之间存在影响,双边市场就需要同时考虑用户群体之间的反馈,这直接影响到如何界定相关市场以及如何认定市场支配地

[53] See Michael R. Baye and Joshua D. Wright, “Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 54, No. 1, 2011, p. 1.

[54] See Albert Foer, “On the Inefficiencies of Efficiency as the Single-Minded Goal of Antitrust”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 60, No. 2, 2015, p. 109.

[55] See Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, Vol. 63, 1984, p. 1.

[56] 美国反托拉斯法认定市场力量通常要求企业具有 80% 以上的市场份额。

[57] See Andriani Kalintiri, “Analytical Shortcuts in EU Competition Enforcement: Proxies, Premises, And Presumptions”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 16, No. 3, 2020, p. 416.

[58] 根据《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 2 条第 1 款的规定,双边市场特性是平台的基本经济特性。不过,对于什么是“双边市场”也存在很大的理论争议,经济学家有不同的界定。总体上经济学家对于双边市场的界定比较宽泛,并且不太关注其对于反垄断政策的意义。

位等问题。由于双边市场至少涉及到三方主体(平台、两个用户群体),相关市场到底需要界定几个较难认定。对此,有研究建议,根据交易型和非交易型市场的分类来进行市场界定;^[59]或者根据利润来源进行确定;^[60]或回归到单边市场,以注意力买卖来理解商业模式。^[61]此外,还有学者提出要认识到不同边的用户群体的利益并不完全一致,双方对限制的净效应不感兴趣,并以此来解释跨市场网络效应。^[62]但这些观点都还没有被广泛认可。

第二,福利效果的计算。双边平台不仅有两种不同类型的客户,而且客户的需求相互依存,价格相互依存,因而福利也相互联系。因此,评估福利效果时需将客户的互动考虑在内。^[63]但这很困难。双边市场至少会涉及到三方主体:平台以及两个用户群体。例如,美团是平台,另有外卖商家和点单用户。那么,谁是消费者福利标准中应当考虑的“消费者”?这至少有三种不同的理解:一是将商家和点单用户都作为消费者;二是将商家和平台作为生产者,点单用户作为消费者;三是将商家作为生产者,点单用户作为消费者。不仅有争议,而且不同的考虑必然会带来不同的结果。

近期非常有影响力的 Ohio v. American Express Co.案中,American Express 所规定的不得转向条款就是一方面对持卡用户大幅度优惠,另一方面对商家提高费率,如何适用福利标准就是个难题。福利效果和市场如何界定,与如何理解平台各方主体的性质密切相关。因为按照通常的理解,福利效果的评估是在一个特定的相关市场中进行,而不是考虑一个相关市场参与者的福利与该行为对另一个相关市场参与者福利的影响。^[64]反垄断法对此应如何处理也没有共识。^[65]

正是由于双边市场理论所带来的众多问题,以研究双边市场理论而闻名的经济学家大卫·S.埃文斯(David S. Evans)就认为:“多边平台的经济理论本身不能为法院提供明确的指导。与经济学家不同,法院必须处理实际问题,如规则的可管理性、平衡错误成本以及遵守反垄断法。虽然经济理论证明了对相互依存的需求进行核算的重要性,但法院可以认定,在实践

[59] See Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme and Pauline Affeldt, “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 10, No. 2, 2014, pp. 293–339.

[60] 参见蒋岩波:“互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路——基于双边市场条件”,《法学家》2012年第6期,第58–74页。

[61] See Jian LI, “Is Online Media a Two-Sided Market?”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 31, No. 1, 2015, pp. 99–111.

[62] See Michael Katz and Jonathan Sallet, “Multisided Platforms and Antitrust Enforcement”, *The Yale Law Journal*, Vol. 127, 2018, p. 2154.

[63] See David S. Evans, “Basic Principles for the Design of Antitrust Analysis for Multisided Platforms”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 7, 2019, p. 326.

[64] Katz and Sallet, *supra* note 62, p. 2154.

[65] 有学者提出市场外效率来理解福利问题。See Francesco Ducci, “Out-Of-Market Efficiencies, Two-Sided Platforms and Consumer Welfare: A Legal and Economic Analysis”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 12, No. 3, 2016, pp. 591–622.

中这样做行不通,或者会导致太多的错误或延误。”^[66]迈克尔·L.卡茨(Michael L. Katz)也有同样的结论。^[67]可以说,双边市场理论虽然难以提供更多的实践指引,但却成功地创建了以前“不存在”的难题。

由此带来的结果是,更倾向于采用总福利标准,对竞争效果的直接分析依赖更多,越需要广泛引入经济分析工具,越可能在反垄断法实施上面临平台经济特性的挑战,难以认定行为违法。由此可以来理解美国反托拉斯法和欧盟竞争法实施上的差异性。

(三)基于经济效率目标对中国法实施的评价

经济效率目标当然也是中国反垄断法的重要目标。但是,《反垄断法》在追求经济效率目标的过程中显现出很大的模糊性与理论逻辑冲突。特别是考虑到中国《反垄断法》文本更多参考了欧盟竞争法,在基本理论框架上应当更接近欧盟的做法时,上述问题就更为突出。

首先,中国《反垄断法》中到底采用何种福利标准并不清楚,并在很多案件中相互冲突。不管是《反垄断法》还是相关的配套法规、司法解释,都没有明确说明将采用何种福利标准来判断行为是否违法。这就需要执法机构、司法机构在个案中对此予以明确。但可惜的是,或许因为对经济效率目标下福利标准以及相关制度、理论的理解存在问题,在一些案件中,执法机构和法院要么不从福利标准角度来分析相关行为,要么采用相互冲突的福利标准,而更多的案件甚至很难看到福利标准分析。

前文提到的食派士案比较严格地遵从了福利标准分析,但同一时期的阿里案和美团案这两个影响力更大的案件则既没有细致分析,同时还相互冲突。在阿里案中,执法机构认定阿里的行为“……降低了平台经营效率,妨碍平台经营模式创新,阻碍潜在竞争者进入市场,不当降低了市场竞争的强度和水平,影响网络零售平台服务在充分竞争中不断优化和发展,损害效果会传递到消费终端,不仅损害消费者现实利益,也会损害消费者期待利益,减损社会总体福利水平”。^[68]而在美团案中,执法机构认定美团的行为“……降低了平台经营效率,妨碍了平台模式创新,阻碍了潜在竞争者进入市场,削弱了市场竞争的强度和水平,影响了网络餐饮外卖平台在充分竞争中不断优化和发展,降低了消费者长期福利水平”。^[69]类似的措辞,但一个强调社会总福利,一个突出了消费者福利。^[70]而根据前文的论述,这两个标准差异巨大。

其次,对于市场信任度的前提假设同样存在矛盾。对市场功能的不同假设在转售价格维持中曾有明显表现。法院和反垄断执法机构支持不同的分析模式,其中,反垄断执法机构采用和欧盟类似的严厉标准,对于转售价格维持采用“禁止+豁免”的认定方式。这其中隐含的是

[66] Evans, supra note 63, p. 329.

[67] See Michael L. Katz, “Platform Economics and Antitrust Enforcement: A Little Knowledge Is a Dangerous Thing”, *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 28, No. 1, 2019, p. 138.

[68] 参见国市监处[2021]28号。

[69] 参见国市监处罚[2021]74号。

[70] 但这两个案件中,对于福利标准的适用都非常原则性,缺少定量的分析,也没有回应双边市场中存在的各种技术挑战。

对市场的不信任假设。^[71] 法院则与之相反。但在海南裕泰案中,最高人民法院曾对司法机关与行政执法机关的矛盾予以调和,并提到“在当前我国市场条件不够完善及市场本身纠偏能力较弱的情况下,纵向垄断协议的限制竞争效果更需要受到重视和规制,对此类协议的规制和处罚是当前反垄断执法工作的重点”。^[72] 这可以被视为最高司法机构对于市场功能假定的妥协与确认,和行政机关的观点保持了一致。

但是,在平台经济领域,这种前提假定被完全反转。2020 年之前,中国并没有针对平台经济的反垄断执法案件,监管思路遵从“包容审慎监管”的原则,^[73]对市场充分信任。虽然监管思路随后切换到了“加强和改进反垄断监管”,^[74]但如果仔细审视《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)的规定,却可以发现对以往思路在很大程度上延续。例如,相比于公开征求意见时的版本,《指南》的正式版强调了“通常需要界定”相关市场,一改之前所主张的“可以不界定”的态度。^[75] 此外,对于掠夺性定价的构成同样也设置了很高的要求。^[76] 而不管如何,在市场功能的基本假定上,对平台经济领域网开一面缺乏逻辑一致性。毕竟,平台经济之外的其他经济、行业,同样有创新问题,同样有创造更大发展空间的问题。

不过,这里存在的一种可能,即前述态度是由于平台经济的特性带来的技术分析困境所致,是技术障碍造成了法律实施的宽松。例如,滴滴收购 Uber 的经营者集中审查案。该案是中国反垄断执法机构第一个主动审查的案件,但 2016 年至今也没有公开审查的结果。^[77] 对此,应该承认中国反垄断执法机构相比于美国、欧盟同行,对理论工具的掌握能力仍有不足,这限制了法律的实施。

当然,这里还有一种可能,那就是平台经济领域中中国反垄断法实施的转变,并不是在经济效率目标下的转变,因而相关的评判不能按照福利标准、市场功能假定等方面进行。事实上,对于平台经济的反垄断执法,伴随的是对于平台经济整体监管上的收紧。就反垄断案件通常的调查期限来看,对于相关案件的处理也有些过于快速,例如,阿里案从立案到公布处罚结果在 4 个月左右,美团案从立案到公布处罚结果在 5 个月左右。考虑到这些公司巨大的市场体量,以及反垄断分析的困难——特别是基于量化要求的困

[71] 参见李剑:“中国反垄断法实施中的体系冲突与化解”,《中国法学》2014 年第 6 期,第 148 页。

[72] 海南裕泰科技饲料有限公司申请再审案,(2018)最高法行申 4675 号。

[73] 参见《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》。

[74] 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》。

[75] 《指南》的征求意见稿中规定,“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”。

[76] 《指南》中认定,构成掠夺性定价要同时符合低于成本与“将其他经营者排挤出市场后,提高价格获取不当”这两个条件。后者要求非常高。

[77] 经营者集中案件如果当事企业不自行申报,执法机构还存在如何发现的问题。此外,Uber 在将资产出售给滴滴公司后就已经撤离中国市场,这也造成了如何提供有效救济措施的问题。

难,案件查办的速度显得尤其快。毕竟,欧盟委员会在卡特尔案件调查上花费的时间在2年到7年之间,平均为4.3年。^[78]因此,这些案件的处罚决定书整体倾向于笼统的表述,对于福利标准即便有所涉及,也都没有定量分析。据此,有理由相信,平台经济中中国反垄断法实施的转变,是非经济效率目标推动所致。

四、非经济效率目标下的实施差异与现实意义

基于非经济效率目标的观察能够为执法态度的急剧转变提供一个理解的维度。中国《反垄断法》是多目标的法律。根据《反垄断法》第1条的表述,^[79]我国反垄断法的目标包括预防和制止垄断行为、提高经济效率、维护消费者合法权益以及维护公共利益四大类。^[80]经济效率目标只是其中之一。因此,在案件中考虑非经济效率目标具有法条基础。而且,非经济效率目标事实上也使得反垄断法具有更好的回应性以及更大的体系弹性,来处理经济力量集中所带来的各种问题。

不过,在反垄断法分析越来越倾向于追求经济效率目标的今天,是否、以及如何在反垄断法中考虑非经济效率目标存在很大的争议。国内的主流观点认为,反垄断法应支持单一的经济效率目标,理由主要在于:反垄断法就是以经济效率作为目标的法律,不应当对经济效率以外的目标进行考虑;非经济效率目标非常难以评价,纳入之后难以分析。^[81]但是,平台经济的发展产生了大量效率以外的冲击,反垄断法的回应存在现实性的需求。

(一)非经济效率目标的现实需求

法律制度都是社会需求的产物,反垄断法同样如此。尽管当代反垄断法中,经济效率目标是反垄断法主要甚至唯一目标,但不仅历史上推动反垄断法出台的因素不限于此,经济力量集中所带来的影响也不局限于经济效率。对此,法律制度不能仅仅关注自身逻辑的一致性,同时还必须要对现实需求作出有效回应。

[78] See Cento Veljanovski, “Deterrence, Recidivism, and European Cartel Fines”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 7, No. 4, 2011, p. 878.

[79] 该条规定:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”

[80] 参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室:《〈中华人民共和国反垄断法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第2—3页。

[81] See William F. Baxter, “Responding to the Reaction: The Draftsman’s View”, *California Law Review*, Vol. 71, 1983, pp. 618, 619. 国内以往研究也大多在应然层面上持此观点。参见王为农、许小凡:“论我国反垄断法价值目标的选择与实现”,《浙江社会科学》2013年第12期,第80页;丁茂中:“反垄断法的目标选择及其功能优化刍议”,《现代财经》2011年第8期,第127页;张骏:“我国《反垄断法》的立法目的研究”,《重庆工商大学学报(社会科学版)》2012年第5期,第83页;李剑:“出版物多样性保护与反垄断法的转售价格维持规制”,《中外法学》2013年第2期,第384—404页。

1. 非经济效率目标推动了反垄断法的诞生

现代反垄断法诞生于对非经济效率目标的追求,诞生于对现实需求的回应。《谢尔曼法》出台的1890年,托拉斯组织在铁路、石油等重要产业中非常普遍。经济力量的集中极大地影响到了美国的经济、政治以及社会生活的各个方面。因此,《谢尔曼法》的宗旨就是控制大型托拉斯的力量。1914年和1950年的两次重大立法扩大了反托拉斯法的范围,以控制已变得十分猖獗的排他行为,并阻止日益兴起的、被认为对民主构成威胁的经济集中浪潮。在一个世纪的大部分时间里,美国反托拉斯法都追求市场的经济民主。^[82] 美国反托拉斯法转变为以经济效率为单一目标,是上世纪七十年代之后的事情。

欧盟竞争法诞生于1950年代的《罗马条约》,其初衷首先在于避免欧洲再次爆发战争。^[83] 在经历了第一次世界大战之后,欧洲曾通过合约等方式来构建和平,但并没有成功。因此,二战之后,欧洲希望建立一种机制能够有效地阻止爆发战争。欧洲煤钢共同体、欧洲原子能共同体,再到后来的欧盟,欧洲国家建立了紧密的合作关系。这些努力的前提假设是:国际经济的相互交织,会使得军事冲突给成员国带来灾难性的经济后果,这对成员国及其公民同时具有威慑性。^[84] 而随着统一大市场的逐渐建立,欧盟开始“更多经济学”的变革,经济效率目标才占据更核心的地位。

中国也有自己的历程。由于改革开放之前中国实施计划经济,因此也不可能有反垄断法发挥作用的空间。而计划经济向市场经济转型是理解中国《反垄断法》出台的历史背景。市场经济不断发展下所产生的企业限制竞争问题,^[85] 计划经济时期的产业部门直接改制成的大型国有企业的规范竞争,^[86] 政府不当干预而导致的行政垄断,^[87] 以及一些其他因素,^[88] 共同催生了反垄断法。也因此,从当时到现在,中国反垄断法笼统地表述了多种反垄断法目标。

由此可见,反垄断法是现实需求的产物。不管是对经济民主的顾虑,是构建统一市场,还是规范政府与市场行为,都反映了这样的需求。

2. 经济力量集中的多维影响

经济力量的集中会影响到经济效率之外的社会收入公平、言论自由、劳动保障等方面。尽

[82] 参见(美)埃莉诺·M·福克斯:“平台,力量与反垄断挑战:对缩小美国与欧洲分歧的审慎建议”,周丽霞译,《竞争政策研究》2020年第5期,第35页。

[83] 欧盟竞争法源于1958年的《罗马条约》。该条约的第85、86条分别规定了禁止垄断协议和禁止市场支配地位滥用。其后的《欧共同体条约》第81、82条,《欧盟运行条约》第101、102条分别与《罗马条约》第85、86条对应。为了行文方便,本文统一称为“欧盟竞争法”。

[84] Witt, *supra* note 45, p. 9.

[85] 参见悠游:“《反垄断法》使我国法律体系日趋完善——访全国人大法律委员会主任委员杨景宇”,载《中国工商报》2007年10月17日,第B01版。

[86] 参见曹长庆:“贯彻落实《反垄断法》促进公平竞争——在‘中国的竞争政策与反垄断法’研讨会上的发言”,《价格理论与实践》2007年第10期,第14页。

[87] 参见王晓晔:《竞争法研究》,中国法制出版社1999年版,第10—11页。

[88] 还有一个重要原因,是中国2001年加入了WTO,逐渐向外资开放市场。而当时中国市场经济发展时间较短,企业竞争力有限,面对国际大型企业,需要反垄断法来规范市场竞争。

管对于经济力量集中带来的影响存在程度和解释上的争议,但很多研究认为,行业集中度和财富不平等现象之间存在关联性,集中会导致不平等增长。^[89]有实证研究表明,由于市场力量上升和竞争约束下降,企业获得了更多的利润。^[90]而人们普遍认为,社交媒体发展的新商业模式重新定义了权力关系,影响到劳动力市场或政治体系。^[91]还有美国学者认为,产业集中度的提高以及企业力量与政治之间的相互作用,会威胁到自由市场经济的运作,也威胁到民主。^[92]而从更为宏观的视角来看,全球收入不平等本身也正在加剧,由此带来的社会问题无疑需要严肃对待。^[93]这些都构成了对反垄断法制度的需求。

美国反托拉斯法虽然号称是单一目标,但事实上也没有放弃对于“公平”的考虑。《联邦贸易委员会法》是反托拉斯法的重要渊源,其第5条对于“不公平贸易方法”的规定明显游离于反垄断法的基本分析框架之外。而在平台经济领域中,中国反复提及的“防止资本无序扩张”的理念,也是要将经济力量所带来的社会影响纳入到政策制定、执行之中。因此,对于反垄断法,存在将非经济效率目标纳入到现实的需求。

3. 反垄断法被取代的风险

现代反垄断法强调经济效率目标,这一发展满足了反垄断分析在统一性、连贯性上的要求。如果因此将经济力量集中所带来的非经济效果排除在外,除了无法有效地回应现实需求,还可能导致反垄断法被其他法律不适当地取代。平台经济领域已经呈现这样的局面。^[94]例如,交通运输部等交通运输新业态协同监管部际联席会议八家成员单位对滴滴出行、首汽约车等十家交通运输新业态平台公司进行联合约谈,要求平台公司主动降低抽成比例,保障驾驶员劳动报酬;网络货运平台合理设定并主动降低信息服务费、会员费水平。^[95]甚至反垄断执法机构自身,也逃避反垄断法的直接适用,大量采用行政指导和约谈,直接要求相关企业进行承

[89] See Carl Shapiro, “Antitrust in a Time of Populism”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 61, 2018, pp. 714–748; Lawrence J. White and Jasper Yang, “What Has Been Happening to Aggregate Concentration in the U.S. Economy in the 21st Century?”, *Contemporary Economic Policy*, Vol. 38, No. 3, 2020, pp. 483–495.

[90] See Jonathan B. Baker, Jonathan Sallet and Fiona Scott Morton, “Unlocking Antitrust Enforcement”, *The Yale Law Journal*, Vol. 127, 2018, p. 1916; Jan De Loecker, Jan Eeckhout and Gabriel Unger, “The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 135, No. 2, 2020, pp. 561–644.

[91] See Ganaele Langlois and Greg Elmer, “The Research Politics of Social Media Platforms”, *Culture Machine*, Vol. 14, 2013, p. 1.

[92] See Luigi Zingales, “Towards a Political Theory of the Firm”, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, No. 3, 2017, p. 113.

[93] 参见(法)托马斯·皮凯蒂:《21世纪资本论》,中信出版社2014年版,第26页。

[94] 参见李剑:“被规避的反垄断法”,《当代法学》2021年第3期,第55–67页。

[95] 参见周圆:“8部门联合约谈滴滴、货拉拉等10家平台公司”,载《新华每日电讯》2021年5月17日,第2版。

诺和整改。^[96]

广泛采用约谈的方式,反映出执法机构对于平台经济治理的强烈意愿,以及治理手段有限性之间的矛盾。如前文所述,经济效率目标在平台经济领域面临挑战,内在导致反垄断法实施不足。^[97] 和约谈类似,有学者就提出通过消费者权益保护法来寻求救济,以回避反垄断法难以处理双边市场特性的问题。^[98] 不过,这些方式不仅没有真正解决问题,还可能产生新的问题。例如,反垄断行政指导存在适用边界模糊不清、行政指导程序非正当化以及不适格主体越位实施等。^[99] 在这一意义上,反垄断法对现实的回应也具有紧迫性。

(二)非经济效率目标的实现

中国在平台经济领域发动的“反垄断”风暴,是基于非经济效率目标实施反垄断法的产物。这一积极回应的态度值得肯定。但是,实施的效果却不太成功。原因在于,相关案件以及行政指导既没有清晰说明对经济效率目标的损害,同时也没有清晰说明对非经济效率目标的损害。

由于非经济效率目标往往比较宽泛,很难像经济效率目标那样,借助于福利标准来进行量化分析。^[100] 但是,非经济效率目标可以基于合理的理由进行利益上的平衡,从而纳入到目标体系中进行考虑。对此,可以对经济效率目标和非经济效率目标之间的基本关系有所划分,进而体现在相关制度之中。作为对经济力量进行控制的法律,经济效率目标虽面临挑战,但有成熟的分析框架,仍应作为反垄断法分析的基础,在此之上考虑非经济效率目标。^[101] 这种考虑又可分为两个方面:一是在豁免理由中考虑;二是直接基于非经济效率目标而认定企业的行为违法。这需要在完善反垄断法制度的同时,结合个案说理来进行。就这些部分而言,中国反垄断法都有很大的改进空间。

1.豁免条件与非经济效率目标

如何在经济效率目标基础上考虑非经济效率目标,涉及到体系构建和实施的问题。反垄

[96] 参见张甜:“市场监管总局集中公布首批12家互联网平台企业依法合规经营承诺书”,载《中国市场监管报》2021年4月15日,第001版;李卓谦:“三部门联合召开平台企业行政指导会要求坚决根治‘二选一’问题”,载《民主与法制时报》2021年4月16日,第1版。

[97] 当然,并不是所有的“实施不足”都是因为消费者福利标准。例如被学界热烈讨论的平台纵向一体化引发的担忧,本身可能存在问题。因为亚马逊的扩展增加了相关市场的竞争,更低的价格至少在短期有利于消费者。

[98] See Natasha Sarin, “What’s in Your Wallet (and What Should the Law Do About It?)”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 87, No. 2, 2020, pp. 553–594.

[99] 参见王炳:“反垄断法实施中的行政指导滥用及其矫正”,《中国行政管理》2019年第3期,第74–77页。

[100] 对公平、正义实际上也有量化研究。例如, Daniel H. Kahneman, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler, “Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market”, *American Economic Review*, Vol. 76, No. 4, 1986, pp. 728–741.

[101] 中国反垄断法的大量案件都存在没有很好理解经济效率目标的问题。案件缺少严格的福利标准分析,或者对于福利标准适用存在误解。参见兰磊:“反垄断法上消费者利益的误用批判(上)”,《竞争政策研究》2016年第9期,第62–83页。

断法的豁免制度是理解这一相互关系最好的出发点。中国《反垄断法》中对豁免的规定体现在第15条。根据该条的规定,要豁免垄断协议的责任,需要符合三个条件:一是属于第15条第1款所明确列举的情况。具体包括:为改进技术、研究开发新产品的;为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益等;二是协议不会严重限制相关市场的竞争;三是能够使消费者分享由此产生的利益。尽管很具体,但是至少有几个方面的问题:

首先,豁免理由没有很好考虑经济效率目标和非经济效率目标的关系。^[102] 如果经济效率目标及其福利分析是企业行为是否违法的分析基础,那么行为构成违法就已经隐含了对经济性因素的考虑。此时,再在豁免中将“降低成本、增进效率”等作为豁免理由就存在逻辑上的冲突。因此,将非经济效率的因素,如公共利益,作为豁免理由才能更好地实现不同目标的融合。

其次,豁免仅规定于垄断协议之中,而未涉及市场支配地位滥用。豁免是在构成反垄断违法的前提下,免除法律责任。如果垄断协议可以豁免责任,同样的逻辑当然也应当适用于市场支配地位滥用。^[103] 《反垄断法》中对市场支配地位滥用的规定中虽然要求行为“没有正当理由”,但这一要求是市场支配地位滥用的构成要件,或者抗辩理由,而非责任认定之后免除责任的要求,不应该作为豁免条件。^[104] “正当理由”的构成也和垄断协议的豁免情形一样,存在未很好区分经济效率和非经济效率因素的问题。^[105]

最后,豁免条件过于严格。按照当前豁免所要求的三个条件,被处罚对象或被告要获得豁免非常困难。中国反垄断法执法十余年来,公开案件中并没有成功豁免的例子。阿里案、美团案中,被处罚人甚至放弃了申辩权利。造成这一结果可能有多个原因,但适用条件的严格无疑也是其中之一。这里并非强调要确保案件被豁免,但过高的豁免条件会导致非经济效率因素实际上无法进入到反垄断分析之中。此外,这也隐含着,非经济效率因素的考虑会弱化反垄断法实施的强度。^[106]

2. 基于非经济效率目标直接认定违法

非经济效率目标的纳入还意味着,可以基于此直接认定相关行为违法。但由于非经济效率目标的广泛性,要确定何种非经济效率的因素适合作为反垄断法的目标,以及如何对这些因

[102] 参见焦海涛:“社会政策目标的反垄断法豁免标准”,《法学评论》2017年第4期,第124页。

[103] 对于美国反托拉斯法而言,经济效率目标是唯一目标,适用合理原则时已经同时考虑了行为促进竞争与限制竞争的效果,只有当然违法下才需要考虑豁免事由。因此,豁免只适用于横向垄断协议,不太存在这方面的冲突。

[104] 更多应被理解为适用合理原则时对于促进与限制竞争效果的权衡因素。根据《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第21条,认定滥用市场支配地位行为应同时符合4个条件:经营者具有市场支配地位;经营者实施了排除、限制竞争行为;经营者实施相关行为不具有正当理由;经营者相关行为对市场具有排除、限制影响。该《暂行规定》同样是将“正当理由”作为构成要件来理解。

[105] 具体可以参见《禁止市场支配地位滥用暂行规定》的相关条文。

[106] 现有的学术研究中,通常更强调通过考虑非经济效率因素来实现更强劲的反垄断法实施。但事实上,在本文的分析中可以看到,非效率因素同样可以构成“消解性”的力量。

素构建分析框架都并非易事。美国反托拉斯法当年强调通过分散经济力量来维护小企业或政治性的地方分权,就被认为太主观,导致规则的不可预测性以及腐败。^[107] 解决这一问题的最佳方式还是实践。^[108] 即,通过在不同案件中结合具体情况进行分析、充分地说理,从而逐渐抽象出适用的原则或具体的规制。这实际上也是经济效率目标逐渐发展的方式。

现行的《反垄断法》中对基于非经济效率因素而直接认定违法也有规定。例如,第17条中强调的“不公平”的高价、“不合理”交易条件等都强调了经营者行为的正当性,以及行为可能带来的多方面影响,本身就具有分析框架上的开放性。但是,在具体案件中,对于“不公平”“不合理”等因素往往缺少详细、充分的分析,更多时候只是将其直接套用到相关经营者的行为上。这也导致了在合理化处罚结果,以及优化制度上的局限性。

中国反垄断执法机构在认定阿里和美团“二选一”行为的违法性时,都强调公平竞争、经营自主权等内容,体现了对非经济效率目标的追求。但是,这两个案件说理都过于简略。例如,阿里案中,反垄断执法机关认定,当事人有关行为限制了消费者自由选择权和公平交易权,损害了消费者利益。其中,对于消费者的自由选择权的限制,是因为当事人的有关行为减少其他竞争性平台上可选择的品牌及商品,限缩了消费者可接触的品牌和商品范围;而对消费者的公平交易权的限制,在于消费者只能被动接受当事人的交易条件,无法享受其他平台更具竞争力的价格和服务。^[109] 在美团案中,执法机构也有类似的分析。^[110] 因为缺少详实的说理,这两个结论很容易找到反例。例如,经营者因为产品创新、更符合部分消费者的需求,使得竞争对手被迫退出市场,这必然导致消费者的选择减少,但这正是竞争的积极作用之一,不具有违法性。

因此,尽管当前非经济效率目标缺少分析框架,中国反垄断法也没有试图通过个案的说理来充实论证,并积累经验。由此造成的结果是,社会性的需求推动了平台反垄断态度的转变,但对于非经济效率目标的追求,却没有在相关案例中清晰呈现。分析框架的不成熟、不确定,以及由此可能带来的执法不严谨,是今后的平台经济领域反垄断执法中需要重点改进的地方。

五、结 语

平台经济领域如何有效地反垄断在世界范围内都存在非常大的争议。^[111] 中国反垄断法

[107] See Foer, *supra* note 54, p. 116.

[108] 豁免中也需要在个案中分析合理理由,并充分说理。参见李剑:“横向垄断协议法律适用的误读与澄清——评深圳有害生物防治协会案”,《法学》2014年第3期,第139页。

[109] 参见国市监处[2021]28号。

[110] 参见国市监处[2021]74号。

[111] 有些学者仍然肯定消费者福利分析的地位,但认为在这一框架过于放松。See Lina Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox”, *The Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 3, 2017, pp. 731–737; Steven C. Salop, “Invigorating Vertical Merger Enforcement”, *The Yale Law Journal*, Vol. 127, No. 7, 2018, p. 1962.

实施方式的急剧转变是一个需要解释的现象。借助于反垄断法的目标,可以更好理解反垄断法体系的逻辑,从而理解转变发生的原因。在此基础上,也能更好地对反垄断法实施中的问题进行评价,为制度完善提供基础。更重要的是,这也让我们看到,反垄断法是现实需求的产物,同时也是制度构建的产物,并没有不变的模式。社会需求的变化也会引导反垄断法发生变化,并因这些需求的差异而产生制度上的差异。^[12] 而在差异中寻求更合适的道路,则是中国反垄断法需要不断反思的任务。

Abstract: In platform economy, there are great differences between the EU and the US in terms of the enforcement of antitrust laws. China has experienced two stages as well. The differences need to be further explained. Considering the importance of goal for antitrust law, the goal of efficiency becomes a proper starting point. By the welfare standard, a unified and definite framework can be created for the goal of efficiency. Meanwhile, this analytical framework is also determined by many factors, and faces the challenge of platform economy. Although the Anti-Monopoly Law upholds the goal of efficiency, it does not have a clearly defined welfare standard. Currently, the active law enforcement targeting the platforms is the result of pursuing the goal of non-efficiency, which makes the Anti-Monopoly Law aiming to achieve multiple goals, become more responsive to reality. However, to achieve better implementation, it is required to improve anti-monopoly law and to make more thorough reasoning in specific cases.

Key Words: Platform Economy; Goal of Efficiency; Welfare Standard; Anti-Monopoly

(责任编辑:邓 峰)

^[12] David S. Evans, “Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 2009, pp. 161–187.