

分类号 \_\_\_\_\_  
U D C \_\_\_\_\_

密级 公开  
编号 10741



## 硕士学位论文

论文题目 平台企业经营者集中的反垄断规制研究

研究生姓名: 李金儒

指导教师姓名、职称: 桑保军 教授

学科、专业名称: 法学 经济法学

研究方向: 市场规制法

提交日期: 2022年5月31日

## 独创性声明

本人声明所呈交的论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

学位论文作者签名： 李金儒 签字日期： 2022.5.31

导师签名： 马学博 签字日期： 22.5.31

## 关于论文使用授权的说明

本人完全了解学校关于保留、使用学位论文的各项规定， 同意（选择“同意” / “不同意”）以下事项：

1. 学校有权保留本论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文；

2. 学校有权将本人的学位论文提交至清华大学“中国学术期刊（光盘版）电子杂志社”用于出版和编入 CNKI《中国知识资源总库》或其他同类数据库，传播本学位论文的全部或部分内容。

学位论文作者签名： 李金儒 签字日期： 2022.5.31

导师签名： 马学博 签字日期： 22.5.31

# Research on Anti-monopoly Regulation of Platform Enterprise Operator Concentration

**Candidate: Li Jinru**

**Supervisor: Sang Baojun**

## 摘 要

互联网平台经济背景下,平台企业通过集中并购获取数据资源强化其市场力量的现象屡见不鲜。平台集中在一定程度上能够优化资源供给,提高资源配置效益实现规模化经营,然而,双边或多边市场下的平台企业具有网络外部性、免费模式、数据集中度高特征,以及普遍存在严重的“掐尖式”并购问题,当下的经营者集中规制制度面临挑战。因此,本文试图结合平台企业新特征,着重关注双边市场、数据聚合和消费者隐私保护等因素,分析平台企业经营者集中反垄断规制存在的不足,并提出规制平台企业经营者集中的相关建议。

首先,本文从平台企业经营者集中的基本理论出发,界定了平台企业的概念,并分析平台企业具有网络外部性、免费模式等特点。然后基于数据资源的重要性总结出平台企业经营者集中行为的含义。此外,对规制平台企业经营者集中的理论基础和必要性作了介绍,在平台经济领域强化监管的趋势下,需要综合运用结构主义和行为主义规制理念。互联网平台企业跨市场竞争、垄断问题频发要求我们在反垄断制度上做出必要的回应。

其次,从经营者集中反垄断规制程序的角度,分析了平台企业经营者集中规制的难点。在市场界定方面,“产品界定”问题受到忽视、免费模式使 SSNIP 方法失灵;经营者集中申报标准方面,受到免费定价模式的冲击和掐尖式并购的挑战;集中竞争效果分析框架上,市场份额作用弱化、跨市场竞争和市场壁垒等因素影响市场力量认定,同时数据封锁和侵犯消费者隐私行为也加大了评估的难度;在经营者集中救济措施方面,受动态竞争影响,救济措施实施比较困难。

再次,对包括欧盟、美国和日本在内的域外国家关于平台企业经营者集中法律规制的相关案例与司法实践作了梳理研究,结合域外经验分析从中获得的启示,为我国相关理论制度的完善提供借鉴。

最后,提出规制平台企业经营者集中的相关建议。在界定“相关市场”上,首先要明确“产品界定”标准,然后采用替代分析方法界定相关市场;完善申报标准方面,在营业额标准基础上引入交易额,并构建分类分级审查机制;经营者集中竞争效果分析框架的完善上,考虑数据对市场力量的影响,依据平台类型差别评估其市场力量,同时从平台企业行为的角度分析实施数据封锁协同行为的动机、能力并重视消费者隐私权益的保护;救济制度完善方面,要精准适用结构性

和行为性救济措施，同时构建可追踪性的事后监管制度，形成事前加事后的协同监管局面。

**关键词：**平台企业 经营者集中 网络效应 数据聚合

## Abstract

In the context of the Internet platform economy, it is not uncommon for platform companies to acquire data resources through centralized mergers and acquisitions to strengthen their market power. To a certain extent, the platform concentration can optimize the supply of resources, improve the efficiency of resource allocation, and realize large-scale operation. However, Platform companies in bilateral or multilateral markets have the characteristics of network externalities, free models, high data concentration, and widespread serious "pinching-type" mergers and acquisitions. The current regulatory system for the concentration of operators is facing challenges. Therefore, this paper attempts to combine the new characteristics of platform enterprises, focusing on factors such as bilateral market, data aggregation and consumer privacy protection, analyzes the shortcomings of anti-monopoly regulation on the concentration of platform business operators, and puts forward relevant suggestions for regulating the concentration of platform business operators.

Firstly, starting from the basic theory of operator concentration of platform enterprises, this paper defines the concept of platform enterprises, and analyzes the characteristics of platform enterprises such as network externality and free mode. Then, based on the importance of data resources, the meaning of the concentration behavior of platform

enterprise operators is summarized. In addition, the theoretical basis and necessity of regulating the concentration of platform business operators are introduced. Under the trend of strengthening supervision in the field of platform economy, it is necessary to comprehensively use the regulatory concepts of structuralism and behaviorism. The frequent cross-market competition and monopoly issues of Internet platform companies require us to make necessary responses to the anti-monopoly system.

Secondly, from the perspective of the anti-monopoly regulatory procedures for the concentration of operators, it analyzes the difficulties in the regulation of the concentration of operators in platform enterprises. In terms of market definition, the issue of "product definition" is ignored, and the free model makes the SSNIP method ineffective; In terms of reporting standards for concentration of business operators, it is impacted by the free pricing model and challenged by sharp-edged mergers and acquisitions; in the analysis framework of the effect of concentrated competition, factors such as the weakening of market share, cross-market competition and market barriers affect the determination of market power. At the same time, data blocking coordination behavior and consumer privacy violations also increase the difficulty of evaluation; In terms of the relief measures for the concentration of operators, due to the influence of dynamic competition, it is difficult to implement the relief measures.

Thirdly, it sorts out the relevant cases and judicial practice of the legal regulation of the concentration of platform business operators in foreign countries including the European Union, the United States and Japan, and analyzes the enlightenment obtained from the analysis of the foreign experience, which is helpful for the improvement of relevant theoretical systems in China.

Finally, it puts forward relevant suggestions for regulating the concentration of operators of platform enterprises. In defining the "relevant market", the "product definition" standard must be clarified first, and then an alternative analysis method should be used to define the relevant market; in terms of improving the reporting standard, the transaction volume standard shall be introduced on the basis of the turnover standard, and a classification and grading review mechanism is established; In the improvement of the analysis framework of the competition effect of the concentration of operators, consider the impact of data on market power, evaluate their market power according to the difference of platform types, Meanwhile , from the perspective of platform enterprise behavior analyze the motivation and ability of implementing data blocking collaborative behavior, and pay attention to the protection of consumer privacy rights; in the improvement of the relief system, it is necessary to accurately apply structural and behavioral relief measures, and at the same time build a traceable post-event

supervision system to form a pre-event and post-event collaborative supervision situation.

**Keywords:** Platform enterprise    Concentration of Operators  
Network effect    Data aggregation

# 目 录

<b>1 引 言</b> .....	<b>1</b>
1.1 研究背景和研究意义.....	1
1.1.1 研究背景.....	1
1.1.2 研究意义.....	2
1.2 国内外研究综述.....	3
1.2.1 国内研究综述.....	3
1.2.2 国外研究综述.....	7
1.3 研究思路和研究方法.....	9
1.3.1 研究思路.....	9
1.3.2 研究方法.....	9
1.4 研究创新与不足.....	10
<b>2 平台企业经营者集中概述</b> .....	<b>11</b>
2.1 平台企业的概念及独特性.....	11
2.1.1 平台企业的概念.....	11
2.1.2 平台经济下平台企业的独特性.....	12
2.2 平台企业经营者集中行为的界定.....	14
2.3 平台企业经营者集中规制的理论基础.....	14
2.3.1 双边市场理论.....	14
2.3.2 竞争理论.....	16
2.4 平台企业经营者集中规制的必要性分析.....	17
<b>3 平台企业经营者集中反垄断规制面临的困境</b> .....	<b>18</b>
3.1 “相关市场”界定困难.....	18
3.1.1 忽视相关市场界定中的“产品界定”问题.....	18
3.1.2 多边市场下难以界定相关市场.....	19
3.1.3 “交叉补贴”定价模式下 SSNIP 方法失灵.....	20

3.2 经营者集中的申报标准单一.....	21
3.2.1 免费产品模式的冲击.....	21
3.2.2 “杀手式” 并购的挑战.....	22
3.3 经营者集中竞争效果分析框架有待完善.....	23
3.3.1 市场结构方面市场力量认定困难.....	23
3.3.2 市场行为方面非价格因素影响大.....	26
3.4 经营者集中的救济措施适用困难.....	27
3.4.1 救济措施实施比较困难.....	28
3.4.2 动态竞争加大救济实施难度.....	28
<b>4 域外平台企业经营者集中的反垄断规制及启示.....</b>	<b>30</b>
4.1 域外平台企业经营者集中反垄断规制的经验考察.....	30
4.1.1 欧盟平台企业经营者集中的反垄断规制.....	30
4.1.2 美国平台企业经营者集中的反垄断规制.....	32
4.1.3 日本平台企业经营者集中的反垄断规制.....	33
4.2 域外平台企业经营者集中反垄断规制对我国的启示.....	34
4.2.1 强化对平台企业集中的监管.....	34
4.2.2 完善经营者集中的申报标准.....	35
4.2.3 重视网络结构对市场力量认定的影响.....	35
4.2.4 重视数据和隐私保护因素.....	36
<b>5 完善平台企业经营者集中反垄断规制的建议.....</b>	<b>37</b>
5.1 相关市场界定方法的优化.....	37
5.1.1 明确相关市场中的“产品界定”标准.....	37
5.1.2 仍以替代分析为主界定相关市场.....	38
5.2 适当补充完善集中申报标准.....	39
5.2.1 在营业额标准基础上引入交易额标准.....	39
5.2.2 构建分类分级审查机制.....	40
5.3 完善经营者集中竞争效果分析的框架.....	41
5.3.1 增加市场力量的评估因素及改进评估方法.....	41
5.3.2 重视非价格因素对市场行为的影响.....	43

---

5.4 完善经营者集中的救济制度.....	45
5.4.1 精准适用结构性和行为性救济措施.....	45
5.4.2 构建可追踪性的事后监管制度.....	47
<b>结 语 .....</b>	<b>49</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>50</b>
<b>后 记 .....</b>	<b>55</b>

# 1 引言

## 1.1 研究背景和研究意义

### 1.1.1 研究背景

党的十九届五中全会报告明确提出要加强反垄断和反不正当竞争执法司法，这为我们新形势下的反垄断执法与司法工作提供了方向。同年举行的中共中央政治局全会、中央财经工作会议，也均明确提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”。国家将大力支持平台公司创业发展但也要规范监管，并明确要健全对平台公司的垄断认定、消费者权益保障和数据采集应用监督管理等方面的法制规则。在平台经济领域，国务院反垄断委员会于2021年2月7日发布的《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《平台经济领域反垄断指南》），对平台领域的垄断问题作了相关规定。中央财经委员会第九次会议也强调要掌握平台经济的发展模式，构建和完善平台型经济的管理体制。可见，强化互联网平台领域的反垄断已成为今后工作的重点。互联网信息技术的蓬勃发展极大推动了传统产业的转型升级，一种基于物联网、大数据等现代技术，采用平台化运营模式、数据搜集融合、多方合作等方法发展出来的新兴经济形式——网络平台经济正快速兴起。我国的平台公司规模不断扩大，已是全球经济迅速发展的重要力量。也可以说，当下世界网络产业竞争的最主要形态便是网络平台竞争。随着网络平台运营模式日益普遍，网络外部性、用户黏性等特点将借助网络平台模式充分展示出来。平台运营模式颠覆了中国传统的市场发展格局、改变了经济与社会发展方式、推动了经济结构优化，大大减少了买卖双方的交易成本，有效提升了贸易效益，在促进全球经济的高速发展方面起到了巨大作用。与此同时，平台经济的发展也涌现出大量的垄断问题，部分“先进军”的平台企业基于积累的庞大数据体量和不断优化的算法技术，利用所形成的优势提高市场准入门槛，违法实施经营者集中，“掐尖式”并购新兴企业以抢夺市场，形成了垄断趋势，排除、限制了市场公平竞争，损害了消费者的合法权益。因此，解决平台企业集中并购的问题迫在眉睫，平台企业逐渐成为世界范围内反垄断监管的重点。

## 1.1.2 研究意义

在我国数字经济深入发展的背景下,大型平台企业兼并收购的垄断问题日益严重,因此引导平台企业有序、公平竞争,发挥市场配置资源的关键性作用是建设社会主义法治国家的应有之义。对平台企业经营者集中行为模式、反垄断规制面临的困境及完善作系统的研究,具有一定的理论意义和实践意义。

理论意义层面。平台经济由于具有双边市场、交叉网络效应、免费定价、杠杆效应等不同于传统经济的新特点,使得识别平台企业经营者集中行为及竞争效果分析存在困难,具体表现为传统的反垄断分析方法在相关市场界定、经营者集中申报标准、竞争损害效果审查评估等方面已难以适用。面对数字经济带来的新挑战和新问题,在对平台经济新特点、平台企业经营者集中行为模式分析归纳的基础上,进一步分析了反垄断规制面临的困境并提出完善建议。在总结学者已有研究的基础上,探讨平台企业经营者集中行为规制的理论基础,树立反垄断规制理念,有助于丰富反垄断规制的理论体系,从而为平台企业本身合规发展、反垄断执法机关依法监管、司法机关公正司法提供理念指导和理论支撑,进一步促进平台经济健康发展。

实践意义层面。世界范围内各个国家加大了对平台企业集中并购的反垄断监管。2014年,欧盟对 Facebook 收购 WhatsApp 后产生的竞争垄断问题进行了分析审查。2016年,欧委会格外关注微软并购领英后所产生的数据集中问题,尤其重点审查了微软实施数据原料封锁行为这一关键因素。<sup>①</sup>2017年,美国审查了 Amazon 并购 Whole Foods 案件,认为市场力量的形成与数据相关联,应当关注集中后不同用户数据的融合问题。<sup>②</sup>促进平台经济健康稳定发展,坚决惩治平台垄断、保护平台市场公平竞争是促进我国经济稳定、高质量发展的内在要求。因此,对平台企业经营者集中的反垄断规制研究对促进我国经济发展的积极作用不言而喻。

从我国现行平台经济领域经营者集中反垄断案件的执法情况来看,监管理念滞后、执法案件数量少、执法经验不足、执法队伍能力建设有待加强是当前平台

<sup>①</sup> Case M.8124-Microsoft/LinkedIn,para.246-250,[https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers_en),访问日期:2021年9月5日。

<sup>②</sup> FTC,"The statement of the Bureau of Competition on the Agency's Review of Amazon.com, Inc.'s Acquisition of Whole Foods Market Inc",<http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/08/statement-federal-trade-commissions-acting-director-bureau>,访问日期:2021年9月5日。

经济领域经营者集中反垄断监管执法所面临的突出问题。因此,通过对平台企业经营者集中反垄断规制的研究和探索,可以解决当下反垄断执法司法遇到的突出问题,包括科学的相关市场界定方法、合理高效的申报标准、竞争损害评估的有效考察标准和因素、经营者集中行为的合理救济等等,有利于指导实务界的执法实践,为我国反垄断执法机关科学有效处理平台经济领域的反垄断案件提供实践指导,也有助于反垄断执法部门深刻把握平台经济的发展规律,加强对市场竞争的监管,推动市场经济良性发展。

## 1.2 国内外研究综述

### 1.2.1 国内研究综述

关于平台相关方面的研究。龚丽敏、江诗松等(2016)认为,平台存在两种形式,即实体的和虚拟的。实体平台就是现实中以一定的形式存在的具体实物形态,比如传统的贸易交流场所;虚拟平台则一般指通过互联网络搭建的虚拟交易场所,如提供网络交易或服务的淘宝。<sup>①</sup>关于平台企业的含义,陈威如和余卓轩(2013)认为平台企业是一种通过平台来连接两类或多类用户群体,并为其提供交易场所和相关服务的中介企业。黄文妍认为互联网平台企业包括互联网企业和平台企业,平台企业是双边或多边用户沟通贸易的重要场所。<sup>②</sup>基于不同的视角,不同的学者也对平台经济的特点作了相关研究。李允尧、刘海运等(2013)认为网络外部性和用户的多属行为是平台经济和传统经济的主要不同。<sup>③</sup>陈永伟(2018)从“企业——市场二重性”视角,认为平台作为用户间沟通交易的场所,具有跨边网络外部性,控制着用户的接入权。<sup>④</sup>谢富胜、吴越等(2019)从政治经济学角度分析,认为平台经济能够产生巨大的规模效应和网络效应,数字技术的更新换代使得平台的垄断呈现出动态不完全竞争格局。<sup>⑤</sup>同时,叶明等人(2021)则基于中国大数据分析市场的背景,认为平台中存在着用户锁定效应。<sup>⑥</sup>此外,“双边市场”理论的普及为分析平台提供了理论基础。李凌(2015)基于该理论

<sup>①</sup> 龚丽敏,江诗松.平台型商业生态系统战略管理研究前沿:视角和对象[J].外国经济与管理,2016(06):38-50.

<sup>②</sup> 黄文妍.互联网平台企业价值驱动因素及评估指标的实证研究[D].浙江师范大学,2016.

<sup>③</sup> 李允尧,刘海运,黄少坚.平台经济理论研究动态[J].经济学动态,2013(07):123-129.

<sup>④</sup> 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[J].竞争政策研究,2018(05):25-34.

<sup>⑤</sup> 谢富胜,吴越,王生升.平台经济全球化的政治经济学分析[J].中国社会科学,2019(12):62-81+200.

<sup>⑥</sup> 叶明,李鑫.大数据领域反垄断规制的理论证成与制度构建[J].科技与法律(中英文),2021(01):1-9.

认为,平台公司的竞争优势在于双边市场,体现在交叉网络外部性和非中性定价策略上。<sup>①</sup>王春英、陈宏民等(2021)从“双边市场”理论出发,分析了平台经济具有极强的交叉网络效应和自网络效应特点,平台企业采用轻资产运作模式比较容易进行业务扩张,并借助大数据技术搜集海量的高频微观数据,形成数据集中优势地位,可能产生排除、限制竞争的数据垄断行为。<sup>②</sup>总结来讲,平台处于双边市场或多边市场,平台企业运营模式呈现出交叉网络外部性、杠杆效应、跨市场性、动态创新性和免费定价等特征,对传统反垄断规制理念和框架提出挑战。

在相关市场界定方面。有学者认为,“需求替代分析”仍是界定相关市场的主要方法。许光耀(2018)以奇虎诉腾讯案为切入点阐述了这一观点,同时提出要根据不同案件进行个案分析。<sup>③</sup>陈兵(2021)也持类似看法,建议细化需求替代分析的影响因素,利用人工智能大数据可以监测消费者在一定时间段内的产品需求和替代情况。<sup>④</sup>学界普遍认为,数字经济环境下双边或多边市场对相关市场的界定提出挑战。王先林(2021)从整体的反垄断法分析框架指出,平台跨界竞争情况下基于价格质量的产品需求替代分析方法不适用了;传统的营业额标准不能准确认定企业的市场力量,平台用户的活跃数及有效转化率指标则越来越受到重视。在是否跳过相关市场界定的讨论上,王先林认为,不能直接不界定相关市场,但在特殊情况下可以模糊处理。所以在平台垄断案件中界定相关市场还是必须的,不能不作任何界定。<sup>⑤</sup>不过他并未对此作深入研究,没有指出特殊情况的具体情形。宋建波(2021)结合国内外互联网平台领域反垄断相关法律与执法案例,从平台的产品和特征两个维度说明传统的替代分析法和 SSNIP 方法(假定垄断者测试法)难以适应互联网平台。<sup>⑥</sup>鉴于 SSNIP 方法有效性受限,有学者提出要根据平台产品或服务的特殊性采用供给替代分析来界定相关产品市场(张素伦,2012;时建中,2013)。王春英(2021)认为,由于交叉网络外部性平台企业可涉足其他领域,从一个市场扩张到另一个市场,因此可根据垄断发生的具体

<sup>①</sup> 李凌.平台经济发展与政府管制模式变革[J].经济学家,2015(07):27-34.

<sup>②</sup> 王春英,陈宏民,杨云鹏.数字经济时代平台经济垄断问题研究及监管建议[J].电子政务,2021(05):2-11.

<sup>③</sup> 许光耀.互联网产业中双边市场情形下支配地位滥用行为的反垄断法调整——兼评奇虎诉腾讯案[J].法学评论,2018,36(01):108-119.

<sup>④</sup> 陈兵.平台经济领域相关市场界定方法审视——以《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第4条为中心的解读[J].法治研究,2021(02):89-101.

<sup>⑤</sup> 王先林.论反垄断法对平台经济健康发展的保障[J].江淮论坛,2021(02):5-13+2.

<sup>⑥</sup> 宋建波,荆家琪.互联网平台企业的垄断问题及反垄断规制[J].财会月刊,2021(03):135-139.

领域来划分相关市场。<sup>①</sup>然而,上述学者只是指出传统方法存在适用困难,并未进一步提出相关市场界定的具体措施。杨东(2020)则进一步指出界定相关市场必须考虑的因素,包括网络外部性、平台特征、动态性创新、潜在市场及潜在竞争者等。<sup>②</sup>

在经营者集中申报标准方面。大部分学者都认为传统的以价格为指标的申报标准难以适用平台经济领域并形成共识。表现在:滞后的“净收入申报标准”不能有效规制互联网平台公司新模式<sup>③</sup>(蒋璐璇,2017);以价格为中心的指标难以威慑到大数据市场中的垄断行为<sup>④</sup>(叶明,2021);经营者集中标准对网络经济几近形同虚设<sup>⑤</sup>(张泉,2021)。鉴于存在的问题,不同学者提出相应的完善建议。蒋璐璇(2017)基于互联网双边市场理论,建议引入动态调整和行业系数标准,考虑锁定效应、技术等非定量标准,以及拓宽申报范围等。<sup>⑥</sup>王晓晔(2017)指出,可借鉴德国《反对限制竞争法》2017年修法经验,将被并购方营业额不大但成交额巨大的集中纳入集中申报的范围。<sup>⑦</sup>邹开亮(2018)提出,在对营业额进行定量分析的同时,考虑大数据企业并购的交易价值,并适当加入技术标准等非量化指标。<sup>⑧</sup>同时,叶明(2021)考虑到数据因素,指出要深入分析营业额和销售额的内涵,注意平台数据控制和处理能力,把数据资产作为申报指标。<sup>⑨</sup>鉴于数据的专业性,具体的数据资产评估工作可委托给专业第三方机构来实施。王先林(2020)认为,通过引入交易额标准可以完善经营者集中的申报制度,具体标准则可以根据经济发展情况适时调整具体数额。<sup>⑩</sup>焦海涛(2020)也认为单一标准不符合未来数字时代发展要求,应当确立统一的营业额加交易规模的综合标准。<sup>11</sup>陈伟华(2021)也建议将交易额、创新因素等指标纳入申报标准的框架之中。<sup>12</sup>不过也有学者认为,由于初创平台上市退出困难,所以并购的审查标准不

<sup>①</sup> 王春英,陈宏民,杨云鹏.数字经济时代平台经济垄断问题研究及监管建议[J].电子政务,2021(05):2-11.

<sup>②</sup> 杨东.论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战[J].中国法学,2020(03):206-222.

<sup>③</sup> 蒋璐璇.互联网双边市场经营者集中申报标准之困境[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2017,19(S1):21-26.

<sup>④</sup> 叶明,李鑫.大数据领域反垄断规制的理论证成与制度构建[J].科技与法律(中英文),2021(01):1-9.

<sup>⑤</sup> 张泉.互联网经济对反垄断法的挑战及制度重构——基于互联网平台垄断法经济学模型[J].浙江学刊,2021(02):84-92.

<sup>⑥</sup> 同上注<sup>③</sup>.

<sup>⑦</sup> 王晓晔.我国反垄断法中的经营者集中控制:成就与挑战[J].法学评论,2017,35(02):11-25.

<sup>⑧</sup> 邹开亮,刘佳明.大数据企业合并的反垄断审查初探[J].石家庄学院学报,2018,20(2):116-119.

<sup>⑨</sup> 叶明,李鑫.大数据领域反垄断规制的理论证成与制度构建[J].科技与法律(中英文),2021(01):1-9.

<sup>⑩</sup> 王先林.我国反垄断法修订完善的三个维度[J].华东政法大学学报,2020,23(02):17-28.

<sup>11</sup> 焦海涛.《反垄断法》的修订动因与完善方向[J].竞争法律与政策评论,2020,6(00):7-10.

<sup>12</sup> 陈伟华.反垄断法视角下的数字经济垄断及规制思考[J].杭州电子科技大学学报,2021,17(02):65-71.

宜过高，也能够提高创业者的积极主动性<sup>①</sup>（李凯，樊明太，2021）。

在经营者集中竞争损害效果评估方面。平台企业的经营者集中行为既能提高经济交易效率、形成规模经济，又可能具有排除、限制公平竞争的嫌疑。由于平台经济所具有的新特点，平台企业反竞争行为及市场支配地位的认定都面临挑战<sup>②</sup>（江飞涛，2021）。有学者指出，价格理论分析工具在数字经济时代下受到限制，平台企业经营者集中产生的竞争效果并不体现在价格的控制力上，而体现在数据、注意力以及专利技术等方面的控制上<sup>③</sup>（陈伟华，2021）。在考察平台企业经营者集中的竞争效果时，不同学者提出了相应的考察因素。叶明（2021）指出，要考虑集中行为引发的限制竞争结果可否被效率因素所抵消，以及考虑在横向市场和纵向链条市场上，市场力量能否在不同领域市场进行传导。<sup>④</sup>同时，要对集中后的未来市场进行预测，考虑数据市场的动态变化性，才能得到真实的市场竞争状况。<sup>⑤</sup>孙益武（2021）认为平台企业的市场控制力就是数据处理能力，在分析经营者集中的竞争效果时应重点关注平台（或生态系统）的市场支配地位；在考虑新市场进入者的难易程度时，要考虑平台的规模效应（平台内经营者和用户的数量）、资金投入、数据获取成本等因素。<sup>⑥</sup>孙晋（2018）基于谦抑理念，提出了在评价平台企业的竞争损害时，应着重考虑市场进入与效率、技术和企业创新等方面的影响。<sup>⑦</sup>叶明、梁静（2021）认为，我们可以参考美国的“显著降低竞争”和欧盟的“严重阻碍市场竞争”指标。<sup>⑧</sup>

经营者集中救济方面。学者们关于平台企业集中救济的研究相对较少，但也取得了一些成果。2014年袁日新基于平台的特殊性指出，相对于结构性措施来说，行为性的补救手段更适合互联网行业，但在设定行为性措施时要考虑行业的特殊性。<sup>⑨</sup>孙晋（2018）指出，互联网平台运营模式下的经营者集中救济应当以谦抑理念为引导，首先适用行为性救济，比如开放数据接口及关键基础设施、

<sup>①</sup> 李凯,樊明太.我国平台经济反垄断监管的新问题、新特征与路径选择[J].改革,2021(03):56-65.

<sup>②</sup> 江飞涛.中国竞争政策“十三五”回顾与“十四五”展望——兼论产业政策与竞争政策的协同[J].财经问题研究,2021(05):30-39.

<sup>③</sup> 陈伟华.反垄断法视角下的数字经济垄断及规制思考[J].杭州电子科技大学学报(社会科学版),2021,17(02):65-71.

<sup>④</sup> 叶明.互联网对反垄断法的挑战及对策[M].北京:法律出版社,2019,第112页.

<sup>⑤</sup> 叶明,李鑫.大数据领域反垄断规制的理论证成与制度构建[J].科技与法律(中英文),2021(01):1-9.

<sup>⑥</sup> 孙益武.论平台经济反垄断执法中的数据因素[J].法治研究,2021(02):115-126.

<sup>⑦</sup> 孙晋.谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适[J].中国法学,2018(06):151-171.

<sup>⑧</sup> 叶明,梁静.我国互联网领域经营者集中反垄断审查的不足与改进[J].西南政法大学学报,2021,23(01):65-74.

<sup>⑨</sup> 袁日新.互联网产业经营者集中救济的适用[J].河北法学,2014,32(01):63-71.

持续披露信息以及引入监管受托人制度等。<sup>①</sup>白让让（2019）基于对专利密集型产业执法实践的案例分析，指出执法机构的行为性救济措施效率低下，并建议政府设立公开透明且切实可行的救济制度，消除不合理的制度限制。<sup>②</sup>

在立法完善上，王先林（2021）认为反垄断法修订过程中应重点关注执法过程存在的亟待解决的问题，适当拓宽法律的适用范围，用明确的法律依据指导执法实践工作。<sup>③</sup>但是不宜急于将存在争议未形成共识的条款纳入修订的范围<sup>④</sup>（王晓晔，2020）。在中国平台经济健康发展的推动路径上，宗良、徐田昊等（2021）从平台企业、消费者权益保护、征收数字税、国际反垄断合作等方面提出完善建议。<sup>⑤</sup>江飞涛（2021）从政策协调的视角，建议要保持反垄断监管与企业创新的平衡发展，采取积极审慎的适应性调控措施，促进社会各界协调管理，从而推动平台经济的良性发展，营造自由、公平的市场竞争环境，健全法律法规体系。<sup>⑥</sup>

## 1.2.2 国外研究综述

关于互联网平台企业垄断的问题，早期学者主要研究了互联网平台企业的相关概念问题。美国大法官波斯纳（2000）认为“新经济”背景下，提供互联网产品和服务企业、互联网产品消费者和互联网接入经营商是广义上的互联网企业。<sup>⑦</sup>Rochet 和 Jean Tirole 教授（2003）认为，平台企业是将两个或多个不同类型的用户群体联系起来，并为他们的沟通贸易提供平台服务的企业。<sup>⑧</sup>随着对互联网企业及平台的认识不断深入，国外学者加深了对网络效应影响市场竞争的理解。Mark Armstrong 教授（2006）指出，“交互作用”会对平台上的多个参与者产生影响，其中一方的使用者对该平台产品的使用收益与该平台的其他使用者人数呈显著的相关性。<sup>⑨</sup>除此之外，也有学者注意到非价格因素的作用。Shelanski 教授认为，互联网数字经济背景下平台存在普遍的“非价格竞争”现象。数据等

<sup>①</sup> 孙晋.谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适[J].中国法学,2018(06):151-171.

<sup>②</sup> 白让让.我国经营者集中的反垄断审查与执法者的“行为性救济”偏好分析——兼论专利密集领域的执法困境[J].经济研究,2019,54(02):166-181.

<sup>③</sup> 王先林,方翔.平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2021(02):87-97.

<sup>④</sup> 王晓晔.我国《反垄断法》修订的几点思考[J].法学评论,2020,38(02):11-21.

<sup>⑤</sup> 宗良,徐田昊,叶银丹.平台经济:全球反垄断新动向与中国健康发展路径[J].新视野,2021(03):25-30+44.

<sup>⑥</sup> 江飞涛.中国竞争政策“十三五”回顾与“十四五”展望——兼论产业政策与竞争政策的协同[J].财经问题研究,2021(05):30-39.

<sup>⑦</sup> Richard Posner, “Antitrust in the New Economy”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, 2000, p. 925.

<sup>⑧</sup> Rochet J C, Tirole J. Platform competition in twosided markets[J]. *Journal of the European Economic Association*, 2003(04):990-1029.

<sup>⑨</sup> Mark Armstrong, M. Competition in Two-Sided Markets [J]. *The RAND Journal of Economics*, 2006,37(3):668-691.

无形资产成为互联网企业的重要资产，因此应当考虑数据因素对竞争政策的影响。<sup>①</sup>埃文斯教授指出，网络经营者通过提供免费产品获得消费者的注意力，吸引广大的经营商入驻平台，这样的经营方式跨越了商品服务的界限。<sup>②</sup>Newman 教授（2016）同样认为，互联网企业的零价或低价竞争目的就是为了获取消费者的注意力和个人用户信息。<sup>③</sup>在数字经济时代，数据俨然成为重要的竞争要素，OECD 竞争圆桌论坛大部分都涉及数字竞争和数据竞争的讨论。

关于平台企业竞争的相关市场界定问题，讨论最多的莫过于双边市场理论。双边市场理论也是理解平台企业经营模式的重要基础。“双边市场”<sup>④</sup>最早由 Rochet 和 Tirole（2003）教授提出，而后掀起众多学者研究讨论的热潮。在埃文斯教授看来，平台企业连接两类或多类用户群体并提供沟通交流的平台，存在明显的双边市场特征。因此，界定相关市场要注意不同产品所竞争的不同市场情况。<sup>⑤</sup>在双边市场的分类上，Lapo Filistrucchi, Damian Geradin（2014）教授基于市场交易因素的考虑，认为交易型与非交易型是两种主要的双边市场类型。对于前者只需要以平台为整体界定一个相关产品市场，而后者则需要分别界定平台两边的相互关联的产品市场。<sup>⑥</sup>欧盟在《隐私与竞争力报告》中认为，平台经营模式具有新的特点，企业获取数据后所提供的业务必然会对其他业务产生影响，在相关市场分析中需要考虑到这些因素。<sup>⑦</sup>另外，美国的《横向合并指南》第 4 节中有关市场定义的条款规定不一定先界定相关市场，评估集中的反竞争效果时可以直接忽略。Kaplow（2010）教授和 Hovenkamp（2012）教授则支持了这一论断，并介绍了相关方法来认定企业的市场力量<sup>⑧</sup>

在平台企业经营者集中竞争效果评估问题上，国外学者多以案例作了相关研究，但比较分散。比如在美国 Google 收购 ITA 案中，Michael D. Topper; Stanley Watt 等（2013）分析研究了有关的竞争问题。Ben Holles de Peyer（2018）则

<sup>①</sup> Howard A. Shelanski, Information, “Innovation and Competition Policy for the Internet”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 161, 2013, p1663.

<sup>②</sup> David S. Evans, “Attention Rivalry Among Online Platforms”, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 9, 2013, p.513.

<sup>③</sup> John M. Newman, Antitrust in Zero Price Market: Applications, Washington University Law Review, Vol. 96, 2016.

<sup>④</sup> Jean-Charles Rochet, Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets”, Journal of the European Economic Association, Vol. 1, Issue 4, 1 June 2003, pp.990-1029.

<sup>⑤</sup> David S. Evans, “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets”, Yale Journal on Regulation Vol. 20, 2003, p.325.

<sup>⑥</sup> Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric Van Damme, “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, Journal of Competition Law and Economics 293-339 (2014).

<sup>⑦</sup> 韩伟. 数字市场竞争政策研究[M]. 北京: 法律出版社, 2017, 第 167-191 页.

<sup>⑧</sup> Louis Kaplow, “Why (Ever) Define Markets? Harvard Law Review”, Vol. 124, 2010, p.437; Herbert Hovenkamp, Markets in Merger Analysis, 57 The Antitrust Bulletin 887 (2012); Daniel A. Crane, 张江莉. 越过市场界定: 市场力量的直接证明(上)[J]. 竞争政策研究, 2016(02): 57-76.

对比了 Google 并购 Double Click、Facebook 收购 WhatsApp 和 Microsoft 收购 LinkedIn 案中隐私保护水平的不同地位。欧盟委员会认为不同的案件隐私保护因素也存在区别，比如 Google 并购 DoubleClick 案中隐私因素不被考虑在竞争分析范围之内；相反，Microsoft 收购 LinkedIn 案中，评估集中后的竞争影响过程中隐私保护则被作为最重要的考量因素之一。这反映出隐私侵害一定程度上排除或限制了公平竞争。<sup>①</sup>Nathan Newman (2014) 通过经济学视角，讨论了谷歌搜集用户数据、侵犯用户隐私的行为，认为谷歌集中行为导致的隐私保护程度降低，应属于反垄断法中的竞争损害。<sup>②</sup>

## 1.3 研究思路和研究方法

### 1.3.1 研究思路

本文首先从平台企业经营者集中的基本概念出发，通过讨论平台企业的特殊性，引出平台企业经营者集中行为，指出对其集中行为规制的必要性；其次，从相关市场界定、集中申报标准、竞争效果分析、救济措施方面指出反垄断监管中遇到的困难；再次，对国外关于平台企业经营者集中规制的相关案例与司法实践作了梳理研究，结合域外经验分析从中获得的启示；最后，在前述基础上，根据我国的具体国情，进行了一些有益的探索。

### 1.3.2 研究方法

价值分析研究方法。通过对某一社会现象的深入分析，从价值的角度评判、揭示社会现象背后的法律问题，找出法律正确适用的方法。本文通过对比国内外相关理论与制度，探究我国平台企业经营者集中反垄断规制应立足于维护市场公平竞争、保护消费者合法权益的价值取向，探讨出规制平台企业集中问题的合理途径。

案例分析研究方法。即个案研究法，通过对已有的典型案件分析其做法，探

<sup>①</sup> Ben Holles de Peyer, "EU Merger Control and Big Data", *Journal of Competition Law & Economics*, 13(4), 767-790, 2018.

<sup>②</sup> Nathan Newman. "Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data." *Yale Journal on Regulation* 31(2014):401-454.

讨从案件中可吸取的优秀经验和做法。在本文的研究中，分析国外关于平台企业经营者集中行为规制的做法中，穿插经典案例予以解释说明，以更好地表达和阐述观点。

比较分析研究方法。本文借鉴不同法系国家在规制平台企业经营者集中方面形成的优秀经验和做法，通过对比寻找出适合我国国情的本土化规律，以更好的丰富和充实我国的反垄断规制理论框架。

文献分析研究方法。通过对知网、图书馆等渠道搜集到的有关平台企业集中并购的反垄断规制的期刊、杂志等文献进行分析和总结，归纳出本文研究对象的基本情况及存在的问题，从而为本文的研究提供指导。

## 1.4 研究创新与不足

国内外关于平台经济领域反垄断问题的研究已经有了较为丰富的成果，但多数都是围绕垄断协议和滥用市场支配地位展开讨论，而针对经营者集中的研究结果较少。当前对平台经济领域反垄断研究越来越热，值得研究的问题仍很多。在平台企业集中合并方面的研究未进一步深入，学界也没有形成一致的普遍观点。本文希望通过相关研究提高学界对平台企业经营者集中方面的关注力度。创新表现在：第一，平台企业具有独特性以及平台企业集中并购行为具有巨大的垄断风险，本文认为反垄断法律对平台企业经营者集中行为的规制十分必要。第二，从经营者集中规制的程序角度分析反垄断执法工具的不足并提出相应的完善建议，比如提出从市场结构和市场行为方面分别考察集中企业的竞争效果、构建可追踪性的事后监管制度来保障救济措施实施到位的新观点。

本文的不足之处在于：一是本文涉及法学、经济学等专业知识，需要的知识储备较多，作者在这方面的积累较少，对相关问题的认识还需要加深。笔者的理论基础较薄弱，对有关知识的认识有待进一步加深。二是可供研究参考的国内实务案例极少，不能有效结合我国案例进行分析，对平台企业经营者集中行为的研究不够深入，对涉及的多个问题仅提出理论上的思考，具体可行的建议有待挖掘和细化。

## 2 平台企业经营者集中概述

### 2.1 平台企业的概念及独特性

#### 2.1.1 平台企业的概念

要正确理解平台企业的含义，首先需要明确平台的含义。对于平台，有学者提出了两种不同的平台形态：实体形态和虚拟形态。实体平台是以特定的形式出现的，比如传统的商贸和交换的集市，而虚拟平台就是以分享为特点的虚拟空间，比如网上的交易或者是服务。在数字经济时代，我们所讨论的平台都是网络交易等虚拟平台，而不是传统意义上的平台。《平台经济领域反垄断指南》则对平台作了具体规定，即平台（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。因此，本文所讨论的平台指的是互联网平台，与传统的线下实体平台区分开来。

平台企业与双边市场紧密联系。“平台经济学”理论为研究平台企业打开新视角。Rochet 和 Tirole 教授指出，平台企业能够对不同的用户使用者采取不同的定价策略，一般对消费者免费而对商家收费。<sup>①</sup>平台的利润主要来源于对交易各方收取的租金。在这样的双向市场上，双方的交易都是通过平台来进行的。所以他们认为，平台公司是一个中间型的商业机构，它为两个或多个类别的使用者之间的通信和联系提供便利。<sup>②</sup>同时，提供产品和服务的经营者和购买产品和服务的消费者之间具有很强的外部相关性，表现为平台一边用户的产品使用效益取决于另一边用户的数量多寡，这种外部性不能通过交易双方自身直接消除，或者消除的成本巨大。可以说，平台企业在双边市场中处于核心地位，它不仅是双边市场运行的经营者、维护者，也是平台交易规则的制定者，拥有一定的管理权限。它具有企业和市场双重身份。<sup>③</sup>

理解平台企业要置于互联网信息时代这一背景下。互联网络信息技术是平台

<sup>①</sup> 时建中,张艳华.互联网产业的反垄断法与经济学[M].北京:法律出版社,2018,第 196,211 页.

<sup>②</sup> See Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, "Platform Competition in Two-sided Markets", *Journal of the European Economic Association*, Vol.1, No.4, 2003, pp.990-1029.

<sup>③</sup> 时建中,马栋.双重身份视角下平台自治与反垄断监管的界限[J].竞争政策研究,2020(04):41-53.

企业赖以发展的基础。在数字技术不断进步和算法不断强化的背景下，平台企业投入大量资金和技术建立网站，为交易双方提供线上的商品和服务，并通过免费模式吸引更多的用户进入平台从而不断发展壮大。可见，网络信息技术的普及为平台企业的发展提供了重要支撑。因此，本文所称的平台企业为互联网平台企业，而非数字化的平台企业不在本文讨论范围。《平台经济领域反垄断指南》第二条第二款将平台企业定义为平台经营者，即向自然人、法人及其他市场主体提供经营场所、交易撮合、信息交流等互联网平台服务的经营者。我们认为，平台企业是双边或多边平台的建设者和经营者。本文拟采纳这一定义。值得一提的是，随着互联网技术的发展，一些传统的实体企业也通过互联网技术建立起自己的平台，涉足互联网领域实现传统产业的转型升级。这类企业除原本的线下实体业务外还通过线上渠道销售产品和服务，从本质上讲这类企业仍属于传统企业，其建立平台只是拓宽销售渠道的一种手段，不是本文所指的平台企业。

综合上述分析，本文将平台企业界定为：平台企业是指在双边或多边市场中，通过互联网技术连接两个或多个交易群体，为其提供经营场所、交易撮合、信息交流等服务，并从中营利的中介性企业。

## 2.1.2 平台经济下平台企业的独特性

平台经营模式已经被众多互联网企业应用和普及，平台经济俨然成为数字经济时代推动经济发展的新引擎。与传统企业点对点的经营模式不同，平台企业通过互联网技术为多方用户提供交易场所，跨越时空限制，在商业模式、定价方式和运营机制上具有许多不同于传统企业的新特征。

### 2.1.2.1 网络外部性

网络外部性是指一个使用者与网络的连结程度，取决于网络上所拥有的使用者数量，也就是使用者使用商品所带来的收益，与使用者数目呈正比。<sup>①</sup>网络外部性有单边和非单边之分，单边网络外部性是指平台一方用户之间的交互，用户使用的产品越多，产品的价值就越高；交叉网络外部性则是指平台双方用户之间的交互，即一方使用者增多会吸引另一方进入该平台，反之亦然。平台企业更多体现的是交叉网络外部性，平台企业的规模和结构取决于双边市场中参与双方或

<sup>①</sup> 郭敏.迅雷免费增值商业模式价值创造研究[D].河南财经政法大学,2021.

多方的数量规模。美国学者埃文斯提出,网络外部性越明显的平台其规模往往越大,平台规模越大其市场集中度越高。<sup>①</sup>也就是说,平台的网络外部性和规模经济越大,则拥有较强市场力量的可能性就越大,相应的控制市场的能力也越强。相反,如果平台吸引用户的能力弱、消费者可以自主选择其他平台产品,代表平台的用户聚集效应不强、规模不大,对市场的支配能力也就越弱。

#### 2.1.2.2 交叉补贴定价

平台企业往往对一边用户采取免费赠送或低成本销售来吸引顾客,对另一边用户则采取收费以弥补产品的损失,这就是交叉补贴定价。平台企业初期一般通过免费定价来赢得消费者,而当接入平台的用户越来越多,其获得的效用会越来越大,也就越来越吸引更多的用户进入该平台,消费者变得难以“离开”平台,形成对平台的依赖性。我们所熟知的网络平台一般都是通过免费来赢得消费者,如通讯工具微信、QQ,搜索引擎百度、谷歌等,都是通过对消费者用户免费,而对广告商收取费用以获得利润收入。而微信和QQ拥有巨大的注册用户且长期保留在平台中。

#### 2.1.2.3 无形资产比重大

平台企业与传统企业不同,平台企业无需购置生产设备,投入固定资产较少,但需大量投入科技、技术研发等无形资产,因此平台企业的资产更多体现为无形资产而非实物资产。平台发展前期,投入巨额资金,运营成本大,甚至严重亏损,而一旦克服困境获得大量用户后,其边际成本不断下降甚至为零,其规模和结构将会呈几何级数持续扩大,直至成为行业“巨无霸”。所以,平台企业发展后期所形成的大规模数据和完备的算法算力技术则成为企业的重要资产。

#### 2.1.2.4 数据集中度高

在数字化时代,数据是促进中国经济社会发展的重要性要素。平台企业作为双边市场中的核心,经营、管理甚至支配着双边的经营者和消费者,获取经营者和消费者的大量数据以取得支配地位,是平台企业追求利润最大化无法避免的结果。以交易类平台为例,平台往往聚集着大量的消费者和经营者个人信息和购买商品记录等数据信息,这些高频微观数据被平台搜集和拥有,因此平台企业数据集中度非常高。一旦获得大量数据,平台企业便可以优化算法算力技术对数据进

<sup>①</sup> 时建中,张艳华.互联网产业的反垄断法与经济学[M].北京:法律出版社,2018,第42页.

行加工，对用户行为精准预测，进而发挥数据优势区别对待经营者和消费者。同时平台所拥有的数据资产越多就越具有优势，越能够拥有较强的市场支配力，进而有动机和能力排挤新进入市场的企业，产生一定的数据垄断可能性。

## 2.2 平台企业经营者集中行为的界定

我国现行《反垄断法》对经营者集中行为进行了界定，<sup>①</sup>可总结为：经营者集中是指经营者通过兼并、取得股权、资产，签订合同等手段，取得对其他经营者的控制权或者对其他经营者施加决定性影响的行为。数字经济时代背景下，平台企业合并亦或并购的目的在于获取更多的数据资源，进而获得市场支配力量，形成市场竞争力。并且平台企业可以利用在某一市场的支配力量，发挥杠杆作用来获得另一市场的垄断力量，平台也逐渐从单一业务发展为拥有综合性业务生态的企业。比如谷歌从主要的互联网信息搜索、广告业务逐步向科技研发、人工智能等领域渗透，这是通过不断的兼并并购创新型企业实现的。数字经济背景下，数据已经成为推动平台经济发展的重要因素，可以说，平台企业的并购行为均与数据因素紧密联系，数据争夺成为平台企业竞争的重要表现。

因此，界定平台企业经营者集中行为要立足于数字经济时代这一大环境下，充分考虑数据资产的重要性。基于这一观点，本文将平台企业经营者集中行为界定为：平台企业（或平台经营者）以获取数据集合或数据整合为目的，通过合并、取得股权、资产，或通过合同等方式，取得对其他经营者的控制权或者对其他经营者施加决定性影响的行为。另外，传统观点认为企业合并行为有横向合并、纵向合并和混合合并三种，本文认为不论是哪种合并方式，都属于平台企业经营者集中行为的表现，本文不对此做过多赘述。

## 2.3 平台企业经营者集中规制的理论基础

### 2.3.1 双边市场理论

双边市场理论是分析平台企业和平台经济的理论基础，该理论最早由梯若尔

<sup>①</sup> 《中华人民共和国反垄断法》第二十条规定：“经营者集中是指下列情形：（一）经营者合并；（二）经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；（三）经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。”

和罗歇教授提出。一般而言，平台会对两边用户采取不同的定价策略，当某个平台能够保持总的定价水平  $P=PB+PS$  不变，平台的总交易数量会直接受到两端用户数量和价格变化的影响，那么该平台所处的就是双边市场。<sup>①</sup>在双边市场中，企业不是面对一类用户群体而是两类或多类用户群体，而且群体之间彼此联系。例如，在网上商店（B2C）市场中，提供交易的平台面对消费者和商家两个群体。消费者使用该平台不仅取决于平台的免费特性，更取决于商家的用户规模和质量。同样，商家使用该平台售卖商品不仅取决于平台租金成本低，更取决于该平台上大量的消费者用户规模。

判断是否为双边市场有如下要求：一是有两类或者两类以上的用户群体；二是不同用户群体之间相互联系且相互影响；三是存在为不同消费群体提供联系和交易场所的媒介。这样的双边市场中，往往存在一个具有中介性质的经营者组织，两个或多个消费者群体可以通过中介组织提供的平台实现联系和交易。一般较为常见的双边市场类型包括房地产中介、银行卡系统、门户网站等。在双边市场中，存在着明显的网络外部性，使用者通过该商品所获利益或价值的程度，依赖于其它使用者的数量。以实时通讯平台（微信）而言，注册微信并使用的人越多，对任何一个使用微信的人而言微信是具有极大的价值的。而在双边市场中，每一边的用户使用产品的价值都与同边和另一边的使用者数量有关，且两边用户间互相影响。比如 QQ 作为一个提供平台服务的交互空间，连接着不同的用户、广告商等消费群体且不同群体之间相互联系，使用 QQ 的用户越多就越吸引更多的广告商入驻，商品使用的价值就越大。

平台企业利用互联网技术建立平台连接着平台两边的用户，并为用户的交易提供信息交流等服务。伴随着平台经济的发展，平台经营者不仅为用户提供一个交易场所，也会提供本平台的产品。通常平台会采取交叉补贴定价策略，对消费者用户免费而对经营者用户收费来赚取相应的收益。这样的免费经营模式成为平台企业竞争的主要方式，也为平台企业带来营利，因此，对平台企业的研究离不开双边市场理论的支撑。

<sup>①</sup> Rochet J C, Tirole J. Platform competition in twosided markets[J]. *Journal of the European Economic Association*, 2003(04): 990-1029.

## 2.3.2 竞争理论

反垄断法理论的研究与经济学理论密切相关,其中竞争理论是反垄断和反不正当竞争领域研究的基础理论,可以为我们提供借鉴和指导。

20世纪中叶产生的哈佛学派以市场结构为研究重点。梅森等人从理论上构建了著名的SCP分析模式,也就是市场结构——市场行为——市场绩效分析。他们认为这三因素存在“结构影响行为、行为决定绩效”的渐进式因果关系。因此,行业集中度越高的企业往往可以通过提高价格、设置相关市场障碍来谋取垄断利润,进而阻碍市场的良性发展。为了达到良好的市场绩效目的,政府必须实施严格的反垄断政策措施来监管企业的市场垄断行为。该学派反对一切形式的垄断行为,建议反垄断机构采取严格的限制措施来规制企业的垄断行为或垄断趋势。<sup>①</sup>在该学派观点的影响下,反垄断执法机构在认定集中交易行为的合法性时将市场集中度作为重要标准,市场集中度高的集中行为属违法行为应当被禁止。可以说在这一时期的经营者集中案件审理中,美国采取了极为严格的限制标准,体现出强有力的政府干预。这也是被后面大多数学者所诟病的地方。

20世纪70年代形成了芝加哥学派。该学派继承了经济自由理论,在自由市场经济条件下,坚持自由竞争机制,提倡市场的自我调控功能。该学派反对哈佛学派市场结构的观点以及所倡导的“强监管”理念,认为政府过度干预不符合自由市场经济发展的现实要求,因此大力提倡市场的自由竞争。他们认为,市场竞争应当是自由而平等的,市场集中度高的市场结构下仍然存在其他相关的竞争者来维持市场的有序竞争。他们还认为自由竞争能够提高资源配置效率,能够准确衡量市场的结构状况,因此反垄断法的目标是提高资源配置的效率。他们坚信市场本身的调节力量比政府管理手段更有效率,市场主体能够发现并精准识别反竞争行为并对其加以约束。所以市场结构影响市场绩效的观点不被芝加哥学派所认同,他们反对从规模上限制企业的集中行为。

然而,正是因为长期奉行自由市场经济理论,过度依靠市场本身的调节力量而放松对经营者集中行为的监管,美国的各大平台企业相互竞争,兼收并购企业的案件频发,大型平台企业的市场势力持续扩大,这为平台企业经营者集中行为的监管提出了挑战。目前来看,在强化监管的理念下,应当适当重新考虑哈佛学

<sup>①</sup> 孟雁北.反垄断法[M].北京:北京大学出版社,2017,第13页.

派的主张，将两个学派的观点充分结合从结构和行为两方面进行分析和考虑。

## 2.4 平台企业经营者集中规制的必要性分析

进入互联网时代的十多年来，网络平台经济迅速崛起，涌现出大量平台型企业，且先发展起来的企业规模越来越大，在全球经济中扮演着举足轻重的角色。平台竞争是当下互联网竞争的主要形式，是同一市场不同平台主体之间的竞争，也是同一平台内经营者之间的竞争，在竞争过程中容易产生垄断问题。从前述分析来看，平台企业具有交叉网络外部性和跨界竞争的杠杆效应，而且随着科学技术的不断创新，平台企业达到规模“临界点”的周期不断缩短，如果不对其干预放任其自由扩张，必会形成“强者愈强，弱者愈弱”的局面，市场垄断成为必然，市场秩序将会遭受破坏。一些先发展起来的平台凭借技术、资本和数据优势，不断扩张其经营规模，涉足多领域业务，形成更强大的消费者黏性，进而损害或可能损害消费者权益，直至发展成为行业巨头；而一些新进入的中小微企业由于缺乏资金和用户，难以获得消费者市场，最终不得不被大企业兼并收购而退出市场竞争。同时，平台企业一般采用免费经营模式，对平台一端的消费者提供免费产品或服务从而吸引更多的消费者使用其产品，企业往往营业额较低，这就使得以价格计算营业额的申报标准不能适用于平台企业。在这样的环境下，平台企业的经营者集中行为对反垄断审查的理念、制度框架和实践都带来了挑战，需要在反垄断法上予以回应。因此，对平台企业经营者集中的反垄断规制研究是新环境下的必然要求，且显得极为必要。

### 3 平台企业经营者集中反垄断规制面临的困境

处于双边或多边市场中支配地位的平台企业，在大数据互联网技术的加持下不断优化算法算力，对平台内的经营者和消费者施加影响，形成强大的数据集合，并通过不断兼并扩大其市场规模，形成“赢者通吃”的市场格局。相比于传统企业，平台企业具有极强的交叉网络外部性、用户锁定效应、价格结构非中性、数据高度集中性等特征，如果其利用其优势地位对初创型小企业无序、过度并购，其获得市场垄断势力，排除限制竞争效果的目的不言自明。正由于平台企业具有的独特性，使得原先依靠于价格为主要分析手段的传统反垄断法分析框架面临困境。依据经营者集中行为反垄断审查框架或步骤，具体表现在如下几方面。

#### 3.1 “相关市场” 界定困难

分析反垄断行为，必须先明确相关市场的范围。无论是垄断协议、滥用市场支配地位的垄断，还是经营者的集中，都不得跨越相关市场界定这一先决程序。因为只有界定了主体所竞争的相关产品和地域市场，才能进一步分析其在这一市场或多个市场的相关结构及其行为对市场的影响。

##### 3.1.1 忽视相关市场界定中的“产品界定”问题

界定相关产品市场一般包括两个环节：一是明确一个基础产品，即确定这个产品是什么（如选定一个产品为大米），本文称之为“产品界定”；二是通过替代分析找出与该产品功用相似的替代产品。替代方法包括需求替代、供给替代、SSNIP 等方法，并且替代分析成为理论界研究的热点，然而“产品界定”问题却被人们所忽略，相关研究也极少。《平台经济领域反垄断指南》也规定采用需求替代、供给替代方法来界定相关市场，没有对“产品界定”问题进行规定。但是就平台企业而言，由于平台企业在互联网市场竞争者存在多个市场并向用户提供多种产品，使得产品范围扩大，涉及分析“这个产品”还是“那个产品”、“一个市场还是多个市场”的问题。

### 3.1.2 多边市场下难以界定相关市场

我国《反垄断法》第十二条第二款明确规定：“本法所称相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。”<sup>①</sup>这是从法律层面上界定了相关市场的概念，也明确了相关市场可以分为商品市场和地域市场。

在平台企业集中案件中，因为双边或多边市场的特殊性，使得相关市场界定困难。平台企业最显著的特征是平台处于双边或多边市场中，而传统企业一般为单边市场，即某一产品或服务的供应商直接面对消费者进行交易。这样的双边或多边市场体现在：（1）具有两个或多个不同的用户群体；（2）由中介性组织来联系双方或多方；（3）存在网络外部性，不同的用户群体可相互影响。由此可见，此类市场是指平台公司经营者为促进两种类型的使用者利用该平台进行交易的平台。相对于单边市场，双边或多边市场中的平台企业能够在不同的市场间展开竞争，使得分析企业竞争市场的过程变得更加复杂。在传统单边市场中，企业向单一群体提供产品和服务，某一产品对应的只是单一的客户群体，不同群体之间不发生交叉影响关系。企业完全按照需求弹性指数来调整价格并获得相应利润，不存在多边市场下不同群体之间的交互影响。因此，双边或多边市场下界定相关产品市场困难重重。

在反垄断法律实践案件中，可以看出双边或多边市场给界定相关市场带来挑战。我国多边市场反垄断第一案——“人人诉百度”案。本案中，法院将百度的竞争市场划分为“搜索引擎服务”市场，学者们对此产生激烈的讨论。平台的双边特性应当是界定相关市场的重要考虑因素。<sup>②</sup>美国运通案则反映出对双边市场界定的思考，即是否需要界定相关市场，应当将信用卡平台连接的商户和消费者市场视为两个独立的市场还是一个相关市场。多数法官认为应当界定相关市场，并且应采用整体性分析方法将商户和消费者市场界定为一个市场。不过这样的结论仅仅以 5:4 的微弱优势取胜，可以看出本案关于市场界定的争议比较大。所以，具有交叉网络外部性的双边或多边市场使得平台企业所在的相关市场界定存在巨大困难，衍生出一个产品还是多个产品亦或是一个市场还是多个市场的问题。

<sup>①</sup> 《中华人民共和国反垄断法》第十二条第二款规定，本法所称相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。

<sup>②</sup> 李剑.双边市场下的反垄断法相关市场界定——“百度案”中的法与经济学[J].法商研究,2010,27(05):38-45.

### 3.1.3 “交叉补贴”定价模式下 SSNIP 方法失灵

SSNIP 方法即指假定垄断者测试法,其实质是一种运用经济学分析工具对商品的需求替代性进行精确量化的市场界定方法。《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》(以下简称《相关市场界定指南》)第十条、第十一条对这一方法进行了说明:假定某个经营者是垄断者,其经营目标是实现利益最大化,在不改变其他经营条件的情况下,对商品或服务进行小幅涨价后(通常为5%—10%),看企业能否实现营利。如果企业实现营利,那么相关产品市场就由该商品或服务所构成;如果消费者不购买涨价商品服务而选择其他可供替代的服务和产品,企业无利可图,则替代商品与目标商品共同构成商品集合,再继续通过上述分析方法,直到出现某一商品集合使得企业通过涨价获得盈利。由此可看出,SSNIP 测试法是一种基于价格变化的分析方法,对价格的依赖性比较大,价格弹性成为分析产品替代性测量的重要指标。

然而在平台企业的经营活动中,平台往往通过免费模式来相互竞争以赢得市场和消费者,在不同用户群体和不同类型产品之间采取“交叉补贴”定价来实现利润最大化。这样的定价模式一般为:平台企业通常向消费者端免费或补贴,而对经营者端收取较高费用(比如电子商务平台即是如此),平台企业通过两者之间的补贴差价来获得利润。SSNIP 测试法只针对有价格的产品,平台免费竞争模式的产品价格为零,使得这一方法失灵。免费竞争模式会吸引更多的消费者使用该平台产品,平台企业往往吸聚着大量的消费者用户群体和经营者用户群体。在这样的模式下,SSNIP 提供的涨价幅度不再是“重要且有意义”的涨价。一方面,当免费产品一旦涨价,其产品本身发生质变,会导致大量消费者用户群体放弃使用该平台产品,平台赖以生存的用户基础土崩瓦解。另一方面,平台产品由免费或低价变为收费或高价,在交叉网络外部性的影响下,不仅消费者用户群体规模减小,相应的经营者群体端或其他相关群体的规模也会减小;反过来,经营者群体端或其他相关群体的变化也会影响消费者用户群体端,如此循环往复没有穷尽。因此,有学者指出,在互联网领域,平台企业关于产品质量的竞争大于产品价格的竞争,SSNIP 测试法恐怕难以准确判断产品的需求替代性。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 王先林.中国反垄断法实施热点问题研究[M].北京:法律出版社,2011,第 336-337 页.

## 3.2 经营者集中的申报标准单一

完善的申报标准制度能够对经营者集中案件进行有效的事前规制。企业经营者实施集中并购行为首先要根据相关法律规定的申报标准进行依法申报,这样的规定有助于反垄断执法机构及时了解企业集中的情况,并对集中的反竞争效果进行分析审查,能够有效预防非法的经营者集中行为。我国《经营者集中审查暂行规定》和《平台经济领域反垄断指南》都规定了经营者集中的申报标准——即以企业营业额作为判断标准。<sup>①</sup>但近年来,滴滴收购优步中国、优酷土豆合并等涉及平台集中的案件,大多因营业额未达到申报标准而未提前申报。然而在互联网经济高速发展情况下,这些平台企业的合并往往会形成强大的市场势力,影响市场的竞争格局。以单一的营业额为申报标准已然不能准确反映企业在市场中的力量,也不能够有效规制平台企业的经营者集中行为。

### 3.2.1 免费产品模式的冲击

免费经营模式是平台企业相互竞争赢得市场的主要手段。如前所述,平台企业对不同用户群体采取“交叉补贴”定价模式,这样的模式对营业额的计算提出挑战。与传统企业相比,具有用户锁定效应的平台企业采取对消费者实施免费或低价对经营者收取高价的运营模式,以此来吸引更多的用户群体,从而抢占市场先机。免费经营模式的目的是为了获取更多的用户数据资源,从而为企业产品销售、服务创新升级提供数据支撑,平台也是通过向经营者提供用户数据信息来营利。由此可见,传统的基于商品的销量和售价数额来确定企业营业额的计算方法难以适应平台的发展,而平台企业的免费运营模式使得传统的营业额计算方法难以适用。不过《平台经济领域反垄断指南》第十八条之规定进一步细化了平台企业的营业额计算方法,该规定指出平台类型的不同其营业额的计算方法也存在差异。比如,针对仅提供信息服务并收取相应服务费用的平台,其营业额可以根据平台收取的服务费用及其他收入来确定。这就为平台企业营业额计算方法提供了法律指导。

<sup>①</sup> 《经营者集中审查暂行规定》第七条、第八条以及《国务院反垄断委员会关于的反垄断指南》第十八条都提出以企业营业额作为申报的标准。对平台经营者的营业额计算方法,《平台经济领域反垄断指南》则作出了更为详细的规定。

然而数字经济的动态性竞争特征不容忽视,这也使得营业额标准难以发挥作用。一方面,平台企业为了扩大市场获得用户数据,往往会不断地投入大量资金对消费者免费甚至补贴新客户,企业不能盈利甚至产生一定的亏损,营业额标准自然不能发挥作用。另一方面,任何平台企业都处于动态发展之中,企业不断通过技术创新来调整经营策略。营业额是记录历史数据的会计指标,如果被兼并的企业上一年度的营业额少于4亿元,那么就达不到经营者集中申报标准。同时,竞争环境也时刻发生着变化,高度动态性竞争贯穿于平台经济领域始终,初创企业为防止被新竞争企业取代,不得不投入大量资金进行新产品研发和技术创新,这也使得企业的营业额极低甚至亏损。一些被兼并的企业多为初创企业,通常缺乏大量资金,其营业额自然较低,达不到4亿元就无需进行申报,一旦兼并成功便会削弱市场竞争活力。所以现行的营业额标准无法有效适用于平台企业。

### 3.2.2 “杀手式” 并购的挑战

“杀手式”并购(也称为“扼杀式”并购或“掐尖式”并购)并没有一个普遍意义上的法律定义,这一术语通常出现在反垄断法领域,通常是指现有市场上,企业通过兼并收购的方式,来阻止创新型公司提供产品或服务,从而在将来市场取得竞争优势。<sup>①</sup>在扼杀式并购中,被并购企业一般为新兴竞争性企业,具有前瞻性的创新能力,并且该创新在未来会对现存企业构成严重威胁。在动态竞争的数字经济环境下,先发平台企业为保持市场竞争力,会利用掌握的大数据和算法分析优势发现或预测未来的竞争威胁,通过并购新出现的、可能带来革新风险的初创公司,消除潜在的竞争对手,进而遏制未来的竞争,阻碍技术的发展。由前所述,初创企业往往由于资金匮乏,其营业额达不到申报标准而未能进行申报,但集中后的数据融合会增强现存平台企业的市场份额和力量。自2012年以来,“超过250家”专注于人工智能的私营公司被网络巨头、IBM、Salesforce公司收购。<sup>②</sup>比如Facebook并购WhatsApp,社交网络巨头脸书斥巨资收购即时通讯应用WhatsApp,不仅为脸书提供海量的基本客户和高质量的信息,而且消灭了未来的竞争对手拓展了商业版图。因此,“杀手式”并购方式往往成为大型平台

<sup>①</sup> Colleen Cunningham, Florian Ederer, Song Ma, Killer Acquisitions, SSRN-id3241707.

<sup>②</sup> "The Race For AI: Google, Baidu, Intel, Apple In A Rush To Grab Artificial Intelligence Startups",cbinsights.com, 21 July 2017.

企业占据并巩固市场份额最主要的手段，需要制定合理的申报标准对其规制。

### 3.3 经营者集中竞争效果分析框架有待完善

分析经营者集中的竞争效果是经营者集中控制制度的关键和重点，分析结果将直接作为是否允许企业实施并购行为的判定依据。我国《反垄断法》规定了“具有或可能具有排除、限制竞争效果”的标准。关于合并效果的分析及考虑的具体因素，我国《反垄断法》、《经营者集中审查暂行规定》、《平台经济领域反垄断指南》等法律、部门规章都有类似的规定，形成了比较完备的法律制度框架体系。总体包括市场份额、市场控制力、市场集中度、市场进入和技术进步影响、对消费者和其他经营者的影响等方面。由此可看出，评估反竞争效果所考虑的因素呈现出分散化、要素化的特征，在审查实践中机构人员可按照案件的具体情况找出适用的考量要素，为司法实践提供一定指导。不过，对考量因素的简单罗列缺乏整体上的逻辑性，同时显示出碎片化和说理性不足的缺点。因此，基于前文竞争理论的论述，本文认为需要在已有制度框架的基础上，考虑平台企业的新特点及平台企业限制竞争行为的特殊性，从市场结构与市场行为两方面完善经营者集中竞争效果的分析框架。

#### 3.3.1 市场结构方面市场力量认定困难

由前所述，数字经济背景下分析平台企业集中的效果应当考虑市场结构分析方法。参与并购的平台企业市场力量的大小反映出其在相关市场当中的结构情况。平台企业的新特点使得市场力量的判断存在困难。

##### 4.3.1.1 市场份额对平台市场力量的影响有限

长期以来，市场份额一直是最直观的企业市场力量的量化因素。传统的市场份额是指商品在某一特定市场上的销售量或销售额所占的比例，其测算方法离不开价格这一因素。但是在互联网平台模式下，平台企业采用免费、“交叉补贴”的经营方式来争夺更多的用户群体，不涉及企业直接地向消费者出售产品或服务来获得营利。因此传统的销售额计算方法对平台企业就不适用了。同时，在互联网经济时代，因为受到动态竞争的影响，学界普遍认为市场份额与市场力量之间已不再存在正相关关系，高市场占有率不代表雄厚的市场实力。就拿 Microsoft

收购 Skype 来说，欧盟委员会就指出，微软之所以拥有如此强劲的市场势力，其核心就是拥有保持较高市场占有率的能力，而并非高市场份额代表着强大的市场势力。因此，市场份额对平台企业市场力量的影响力降低，但是学界对其中的缘由却没有深入研究。实际上，在双边或多边市场中，平台企业上双边或多边的用户通过平台得以相互连接和沟通，由于交叉网络效应的存在，不同用户之间会受到彼此的影响。这样的过程可描述为：A 端用户的部分减少会导致 B 端用户的部分流失，反过来 B 端用户的流失又会使 A 端用户的效益减少和人员流失。相反，如果用户数量增加就会使得平台聚集的用户数量越来越多，如此循环往复。这就是平台动态竞争的本质。

但是，平台扩张并非没有限度，而是有一个临界点，突破临界点后平台便会获得极大的产品价值和用户黏性。突破临界点的方法一般有两种：一是投入大量资金通过免费或补贴来促进用户数量增长，不计成本甚至亏损来促成平台用户间的加速反馈。大多数巨头平台企业就是通过这样的“烧钱大战”来争夺用户进而建立起统治地位。二是通过本平台外的其他平台资源为本平台提供支撑，实现平台间用户转移从而促进快速形成强大的用户黏性。这是一种类似于利用垄断杠杆（Monopoly Lever）力量从事的搭售行为，这样一来，即使短期内平台的市场份额相差不大，但是长远来看，实施平台间用户转移的平台企业在相关产品市场上的力量会大大增强。综合来看，单独的市场份额标准难以准确评估平台企业的市场力量。

### 3.3.1.2 跨市场竞争加强了平台的市场控制力

现阶段，平台企业的发展呈现出单一产品到组合产品再到产品生态的趋势。大型平台企业不满足于“发家”业务的壮大而逐渐涉足多方市场和业务，这就是平台发展生态化的构建。以腾讯 QQ 为例，它是一种即时通讯产品，在即时通讯市场上拥有较大的市场份额和比较优势。通过不断发展业务涵盖信息搜索及广告服务（QQ 浏览器）、网络音乐（QQ 音乐）、游戏产品（腾讯游戏）等众多领域，运用即时通讯市场所形成的巨大用户数据，向其他市场输出并争取市场份额。由于其强大的用户数据作为支撑，这样的跨市场竞争行为使得该领域的其他竞争者难以与之抗衡，现存平台企业对市场的强大控制力不言而喻。以谷歌与 Nest 实验室合并案为例，Nest 主要提供智能家居产品，合并后谷歌取得了智能创新技

术和庞大的消费者用户，使得谷歌能够在智能家居市场上开展竞争。如此一来，谷歌原本所具有的物联网市场优势便传导至智能家居市场领域。<sup>①</sup>伴随着越来越多的智能家居产品（包括冰箱、恒温器、手表等智能穿戴设备等）进入市场，谷歌便可以通过这些产品投放广告并植入自家产品，增强人们使用本公司产品的频率，从而获得大量消费者用户以增强市场力量。硬件设备通过物联网互联互通，同时软件技术创新为硬件设备提供强大支撑实现互相“对话”，谷歌收取的大量数据并对其分析、挖掘，可以更加精准地描绘终端用户画像，增强用户黏性。这样的跨市场竞争所形成的产品生态增强了市场力量，实现在多个产品市场获得营利。

### 3.3.1.3 新企业进入市场的难度大

市场壁垒就是指市场进入的困难程度，市场进入难度越高市场壁垒就更大。在对平台企业集中竞争效果分析过程中，要把握新企业进入相关市场的及时性、可能性和充分性。相比于传统企业，创新型平台企业进入市场的难度更大。第一，从及时性来看。数字经济时代竞争的一大特点就是动态性，表现在市场环境千变万化、市场时机转瞬即逝，如果不能有效把握市场进入时机就会丧失在相关市场“分得一杯羹”的机会。平台企业存在明显的前期沉没成本高、边际效益低甚至为零的特征，同时还要投入巨大的研发资金，这就要求平台企业拥有雄厚的财力资金作为支撑。如果企业资金不足或资金链断裂，就极大可能丧失市场进入的机会。第二，从可能性来看。平台经济竞争环境下，数据因素成为平台企业得以发展创新的关键，谁拥有大量的用户数据谁就能赢得市场。一些互联网巨头企业先发展起来，已经积累了庞大的数据群体，并且双边或多边市场的交叉网络效应又使得平台企业的用户规模呈几何增长，其网络效应进一步强化，直到突破临界规模，对用户的多栖性造成影响并形成强大的用户黏性，造成“赢者通吃”的局面。而后发展起来的平台企业难以获得用户数据和用户基础，无法与现存的“龙头”平台企业相抗衡。丧失了赖以生存发展的基础，其进入市场的可能性就被切断。第三，从充分性来看。如果新进入者克服及时性和可能性进入市场，这就要进一步观察其维持市场的能力，能否对市场变化作出回应。实际上，“龙头”平台企业跨界竞争整合产品生态是企业发展壮大必然趋势。还是以谷歌并购 Nest 为

<sup>①</sup> Google dug deep in its pockets and took out \$3.2 billion (€2.34 billion) in cash for its latest acquisition – home automation startup Nest.,<https://news.softpedia.com/news/Google-Buys-Nest-for-3-2-Billion-2-34-Billion-416544.shtml>,访问日期:2021年11月6日.

例，通过合并谷歌涉足物联网智能家居市场，谷歌能够利用包括恒温器在内的智能家居产品收集更多的用户数据，再对数据进行分析整合帮助其为用户提供针对性的服务，谷歌的算法、技术得到创新。这样谷歌的市场势力便延伸到智能家居市场，限制其他竞争者的竞争能力。同时大型平台企业热衷于并购新兴的创新型企业以达到排除、限制竞争的目的，使得新进入的企业发展困难，面临着被收购的风险。

### 3.3.2 市场行为方面非价格因素影响大

对企业市场结构的分析可以了解企业在相关市场的市场力量，随后需要从行为的角度分析企业合并之后是否有动机、有能力单方面采取措施强化市场力量，或者联合其他竞争者达成合意共同采取一致行为以加强其市场力量，达到排除竞争瓜分市场的目的。在具体分析集中效果时，可以从协同效应层面进行分析。协同效应是指同一市场的企业之间达成某种合意来提高产品价格或降低产量和质量，实施降低市场竞争的行为。<sup>①</sup>在数字经济时代，平台企业的双边或多边市场、免费经营模式及交叉网络外部性使得价格指标的重要性降低，而数据、消费者隐私保护等非价格因素越来越成为平台企业竞争的重要因素。

#### 3.3.2.1 数据聚合增强协同行为的动机和能力

近年来的经营者集中并购案件多发生在数字领域。平台企业集中并购的目的就是为了攫取大量数据资源，通过对集中后的数据进行分析整合，可以对用户行为精准预测提供个性产品，从而形成企业新的竞争优势。毋庸置疑，平台企业拥有的用户数据越多，越有利于其在相关市场上竞争。合并后的数据聚合强化了企业间实施协同行为的动机。从大型平台企业的股权和人事结构来看，不同平台企业合并的背后几乎都有同一投资者。比如腾讯公司同时持有美团和滴滴的股份，而摩拜和青桔单车分属于美团和滴滴旗下，这意味着腾讯控制着共享单车市场的“半壁江山”。从合并之后的集体协调涨价事例不难发现，由于共同投资者的存在，合并之后的数据积累和共享增强了实施共同涨价行为的动机。同时合并后的数据聚合也增强了实施协同行为的能力。企业集中后实现了差异化数据的共享和交互，企业能够对二者所有的产品、服务和数据进行整合，并在不同市场之间进

<sup>①</sup> 丁茂中,林忠.经营者集中控制制度的理论与实务[M].上海:复旦大学出版社,2012,第 76-79 页.

行数据交换。因此，企业向相邻市场扩张的能力大大增强。合并方的市场力量通过扩张传导至其他市场，扩大了协调行为的范围，提升了协调行为的效果。此外，伴随算法算力技术的提升，通过算法达成默示共谋的可能性也大大增强，为企业之间的互动交流提供了便利条件。

### 3.3.2.2 消费者隐私保护问题频发

用户数据的聚合为企业分析用户偏好、细分用户群体、提供个性化服务提供基础，在市场竞争日益激烈的环境下，企业愈发注重广泛收集、深入分析用户的数据。数据资源在给企业带来巨大利润的同时，也面临着泄露用户数据和隐私的风险。数字经济下的隐私保护问题成为保护消费者权益的重要内容，隐私保护与企业的自由竞争相互交叉。平台企业集中后更容易造成对消费者隐私权益的损害，常常表现为合并之后的平台企业在消费者隐私保护政策上的议价能力增强。比如谷歌合并 Nest 之后进行多次用户隐私保护政策更新。频繁的更新和改变并没有征得用户消费者的意见或受到相关监管机构的监督，仅仅只是在其网站上进行公布。面对隐私保护政策的改变，消费者不能轻易退出使用产品而不得不接受占据优势一方的企业减低隐私保护水平的可能性。<sup>①</sup>同时，合并之后出于扩大其他市场的市场份额和影响力的目的，企业会将已有市场上所获得的用户数据转移到新市场中，同时也会向相关企业提供用户数据实现数据共享，这无疑加大了数据信息泄露的风险。相比于直观的产品价格上涨，消费者极少关注隐蔽的隐私保护政策。也正是抓住这一点，平台企业往往通过晦涩难懂的文字改变隐私保护条款，而消费者往往为了使用方便不太关注条款的变化情况，导致消费者隐私保护问题频繁发生。

## 3.4 经营者集中的救济措施<sup>②</sup>适用困难

反垄断执法机构根据集中竞争效果的分析结果，作出禁止集中、同意集中和附加限制性条件批准集中的决定。本文所指的救济措施是针对不予禁止的经营者集中案件采取附加限制性条件措施，以减少集中产生的反竞争影响。《反垄断法》和《平台经济领域反垄断指南》规定了结构性救济、行为性救济和混合救济三种

<sup>①</sup> [美]莫里斯·E.斯图克.大数据与竞争政策[M].兰磊译,北京:法律出版社,2019,第106页.

<sup>②</sup> 《平台经济领域反垄断指南》第二十一条规定了救济措施的具体情形，故本文拟采用该指南中“救济措施”的说法。

不同的救济措施。在平台企业经营者集中案件中救济措施的适用存在一定困难。

### 3.4.1 救济措施实施比较困难

一方面,结构性救济措施执行有障碍。平台企业由于双边或多边市场属性使得其市场结构更加复杂。一般而言,平台企业的无形资产结构比重大,数据、技术知识产权是其核心竞争力,如果对无形资产附加严格的限制会损害平台企业的竞争优势。<sup>①</sup>同时,当前我国平台经济的跨界竞争趋势明显,已步入产品生态融合阶段。大型互联网公司发展也会通过交叉持股、互相投资方式控制着不同的平台企业,使得平台企业之间的关联度更高、利益关系更为复杂。如哈罗单车的背后有蚂蚁集团、滴滴出行(青桔单车)的背后有腾讯和阿里,即使能够对某一平台企业的结构附加限制,其也能够通过关联的其他企业获得垄断利益。

另一方面,技术进步和创新使得实施行为性救济措施作用不大。根据《平台经济领域反垄断指南》第二十一条第二款的规定,平台企业一般向下游市场的经营者开放网络、数据或平台等基础设施,这无疑有助于下游市场的经营者公平竞争。然而横向市场上的竞争者却无法获得相应的开放平台和数据,不利于横向市场的公平发展,所以需考虑扩大行为性救济措施的适用范围。同时,互联网技术高速发展的背景下,平台企业的算法、数据、用户规模等优势日趋明显,且技术创新更新步伐快,反垄断执法机构往往由于人力物力资源有限难以对行为性救济措施的实施情况加以有效的监督和管理。

### 3.4.2 动态竞争加大救济实施难度

平台企业的动态竞争特征始终不能被忽视。在平台企业动态竞争的背景下,动态竞争使得企业的市场结构不稳定,大型平台企业虽然目前占据着大量市场份额和拥有绝对市场支配力,但是如果不能继续进行技术和商业模式创新,便会被具有技术创新能力和潜在竞争力的新兴企业所取代。因此,市场结构也处于动态变化之中,然而预先确定的救济措施可能由于错过适用时机而丧失救济效用,反而会损害现有的平台企业,这为反垄断执法增加了难度。尤其是结构性救济措施,结构救济措施具有实施快、见效快且不可逆等特点,难以应对平台企业的动态竞

<sup>①</sup> 申文君.大数据经营者滥用市场支配地位的认定与规制[J].中国流通经济,2021,35(07):96-105.

争环境。如果剥离平台企业赖以生产的数据、技术，就可能使集中目的失败，救济措施就不能实现消除竞争损害的初衷。

## 4 域外平台企业经营者集中的反垄断规制及启示

我国关于平台企业经营者集中行为的规制研究现处于探索发展阶段,可供探讨的实际案例少,因此梳理研究不同法系国家和地区在平台企业经营者集中的反垄断规制方面的优秀做法和典型案例,总结出可供我国借鉴的优秀经验和做法,以补充和完善我国的反垄断理论。

### 4.1 域外平台企业经营者集中反垄断规制的经验考察

数字经济时代,大型平台企业掀起了全球范围内的并购浪潮。美国和欧盟相继发起了针对大型互联网平台的反托拉斯调查,包括Microsoft、Google、Amazon、Facebook、Apple等。根据南都·反垄断前沿课题组发布的《平台反垄断监管观察报告(2021)》,2021年发生在平台反垄断领域的国内外执法案件共计241起,大量的执法案件表明世界范围内逐渐加大了对平台反垄断监管的力度。本文通过对世界范围内具有代表性的反垄断司法辖区对经营者集中的法律规制进行梳理,主要包括欧盟、美国和德国的相关案例和法律规定,分析可供借鉴的措施经验。

#### 4.1.1 欧盟平台企业经营者集中的反垄断规制

##### 4.1.1.1 强化监管的执法态度

一直以来,欧盟针对互联网巨头公司的反垄断监管都很严格。欧盟反垄断专员玛格丽特·维斯塔格(Margrethe Vestager)2014年履职以来,频繁推动针对GAF A等科技公司的反垄断调查,仅谷歌一家公司就因此次调查而在三年内被处以82.5亿欧元的反垄断罚单。在加大执法力度的同时,加快相关法律的制定,2018年制定《欧盟数据通用保护条例》(GDPR),2020年12月15日欧委会又公布《数字服务法》(DSA)和《数字市场法》(DMA),并创新性地提出“数字守门人”的概念,规定了平台企业必须实施的行为和必须禁止的行为。同时,DMA法第12条规定了“集中通报(inform)义务”,要求平台企业进行数据业务整合并购时一定要事先通报欧盟委员会,而无论集中是否达到申报标准。这些法案的发布无疑案展现出欧盟对大型科技企业监管的决心,并试图倡导和引领数字监管的全球规则。

#### 4.1.1.2 集中审查注重隐私保护和数据分析

为规范具有数字化特征的平台企业,欧盟制定《数据通用保护条例》(GDPR),明确要保护个人的数据信息,并规定了有关数据信息的收集、使用、存储以及传输等方面的规则。以相关集中并购案件执法情况为例,可以看出欧盟对隐私保护因素的重视。Facebook 并购 WhatsApp 案中,<sup>①</sup>欧委会认为集中后的企业如果更改最初的隐私保护政策,会损失大量的消费者用户,平台企业也就丧失了有效竞争的用户基础。欧盟据此认为集中后的 Facebook 不会改变隐私政策,因此没有禁止该项集中。然而事实并非如此,集中后的脸书开始改变隐私条款,消费者用户也没有丧失,其竞争能力和水平反而提升了。欧盟吸取经验教训逐步重视隐私因素的作用。比如微软并购领英案中,消费者的隐私保护问题被高度重视。欧委会指出合并后 Microsoft 在消费者隐私保护政策的议价能力增强,加之对其他竞争者的数据封锁,用户转向其他平台产品的成本高,使得隐私保护水平高的竞争者难以与之抗争。欧盟态度的转变及执法结果的不同,体现出其在平台企业集中审查时对隐私保护的重视。

此外,欧盟在集中竞争效果的分析时还注重考察数据因素。大数据时代,以获取数据资源的集中合并时有发生,集中后经营者会形成更广泛的数据集中,利用差异化的数据分析可以预测描写消费者的行为画像,达到牢牢锁住消费者用户的目的。因此通过数据整合,集中后的企业可以创造新的、独享的数据集群,从而形成竞争优势。在微软收购 LinkedIn 事件中,欧盟认定合并后的微软具有实施数据屏蔽的动机和能力。<sup>②</sup>合并之后微软拥有更大的用户规模,包括微软本身的用户数据以及领英的用户基础,微软可以通过数据整合向职场社交市场上的用户推送更多的软件产品,一定程度上阻碍领英用户使用其他软件产品的可能性,具有强大的数据封锁能力。因此该项合并会形成显著的竞争优势。为了减少集中的数据封锁效果,微软自身承诺会开放应用程序进入接口,让市场上其他的竞争者可以获得微软的用户基础。欧委会也认为这样的救济方式可以解决并购后引发的限制竞争问题。

#### 4.1.1.3 市场力量认定的探索

<sup>①</sup> Case No.COMP/M.7217-Facebook/WhatsApp,https://vdocuments.mx/case-no-compm7217-facebook-whatsapp-regulation-.html,访问日期:2021年11月15日。

<sup>②</sup> CaseM.8124-Microsoft/LinkedIn,para.246-250,http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124\_1349\_5.pdf,访问日期:2021年11月15日。

平台企业经营的主要特点就是免费模式与数据资源大量集中。德国格外重视平台企业的免费经营模式。免费产品问题长期以来对传统的以价格理论为基础的反垄断规制思路提出适用挑战,但是随着数字垄断问题增多以及各国对数字市场的深入了解,学界和司法实践都普遍将免费产品纳入相关市场的考虑范围之内,德国在法律上也作了明确规定。<sup>①</sup>德国联邦经济事务和能源部于2020年1月24日,发布了第十次修正的《反对限制竞争法》草案。该案草案明确了要加强滥用行为的规制力度、提高集中并购的申报门槛,修改并完善相应的法律框架和制度,适应了数字经济发展的要求。德国提出“必要设施”概念,用“获取竞争数据”的能力推断企业的市场力量,并明确规定要对相关竞争企业提供必要的数据库基础设施,同时也回应了平台企业跨市场竞争问题,指出反垄断执法机构可以对跨界竞争问题实施相应执法行为。以Facebook并购LinkedIn案为例,市场份额不再单靠营业额标准,增加了用户数量规模这一指标。通过考察平台不同用户之间相互影响的程度、用户使用产品的活跃程度和强度可以反映企业的市场控制能力,这为集中竞争效果的评估提供了参考。

## 4.1.2 美国平台企业经营者集中的反垄断规制

### 4.1.2.1 加大集中监管的力度

相比于欧盟,美国较长时间以来对互联网平台企业的集中监管较为宽松,这与美国长期重视自由市场经济政策的态度不无关系。不过近年来,美国越来越关注大型互联网平台的并购案件并回应广大民众的呼声。2019年以来,美国联邦和各州政府逐渐开始对四大科技巨头展开调查。2020年2月11日美国联邦贸易委员会(FTC)发布公告,<sup>②</sup>命令谷歌及其母公司Alphabet、亚马逊、苹果和微软等大型科技公司根据《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯改进法》(以下简称“HSR”法案)规定的申报标准,提供没有达到申报标准而进行集中的案件情况和交易金额等信息,同时提供十年以来所有集中并购案件的交易情况。同时FTC有权进行广泛的调研,表明FTC对大型平台企业集中并购的广泛关注。拜登总统上台后,任命鹰派学者吴修铭(Tim Wu)进入白宫国家经济委员会、莉娜·汗(Lina

<sup>①</sup> 德国《反限制竞争法》第18条第2a款规定,经营者提供免费服务或产品可以被纳入相关市场。

<sup>②</sup> FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies, February 11, 2020. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies>, 访问日期:2021年11月15日。

Khan) 就任 FTC 主席, 参议院批准反垄断领域知名律师乔纳森·坎特 (Jonathan Kanter) 就职司法部反垄断局, 都表明美国逐步加大了对科技巨头的反垄断监管力度。

#### 4.1.2.2 申报标准制度的完善

美国《克莱顿法》将公司的总资产和年销售收入作为一个统一的申报依据, 而后颁布的“HSR”法案对申报标准进行补充, 增加了交易额标准。<sup>①</sup>由此可看出美国形成了“资产、净销售额+交易规模”的综合申报标准。交易规模一般表现为合并者持有被合并者的具有表决权性质的股权或资产的总和。“HSR”法案颁布以后, 美国对集中合并案件的申报都以交易规模为基础标准, 同时根据具体案件的特点交叉使用资产或净销售额标准。比如当合并企业的交易规模较小达不到标准时, 就会审查合并双方企业的总资产或年净销售额。除此之外, 美国还提高了交易规模标准的数额。比如, 经营者集中并购申报标准 (2020 年版) 由美国联邦贸易委员会于 2020 年 1 月正式公布。根据《克莱顿法》第 7A 款的规定, 申报的交易规模标准将从 9000 万美元调整到 9400 万美元。该法还授权美国联邦贸易委员会根据国民生产总值 (GNP) 的变化调整申报标准。

### 4.1.3 日本平台企业经营者集中的反垄断规制

#### 4.1.3.1 探索市场界定的方法

鉴于数据因素的重要性, 日本公正交易委员会公布了《数据与竞争政策调研报告》, 对数据交易市场的界定、数据影响竞争的情况作了相关梳理和介绍。<sup>②</sup>尤其在相关市场界定方面, 他们认为价格指标在平台的免费经营模式下难以发挥作用, 导致假定垄断者测试方法失灵, 使得平台经营者的竞争市场范围以及相互之间的竞争关系。据此, 该报告认为, 针对平台企业较为普遍的跨市场竞争问题, 界定相关市场需要考虑消费者的产品需求状况和产品替代情况, 据此可以调查消费者使用产品的类别、使用替代产品的情况等信息, 全面了解市场产品的需求替代程度。日本从消费者调查角度为我们界定相关市场提供了新的思路。另外, 该报告还提出使用其他方法来界定市场, 如以质量下降为判断指标的 SSNDQ 测试法

<sup>①</sup> 孟雁北. 反垄断法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017, 第 193 页.

<sup>②</sup> 韩伟, 李正. 日本《数据与竞争政策调研报告》要点与启示[J]. 经济法论丛, 2018(01): 443-483.

和以用户成本<sup>①</sup>变化为指标的 SSNIC 测试法。可以说这是一种市场界定方法的创新之举，为我们研究提供新思路。然而不管是质量还是用户成本，在实际操作中都难以像价格一样直观，存在难以量化的新问题，在具体操作上还有待进一步探索和细化。

#### 4.1.3.2 增加反竞争效果评估的考量因素

一是考虑到集中后的隐私保护问题。日本认为合并后的平台企业可以通过改变消费者隐私保护条款来降低隐私保护的水平，从而对市场上隐私保护水平高的企业造成影响，这不仅对消费者的权益造成损失，也在一定程度上反映了企业提供的产品质量下降。因此，在反竞争效果评估上可考虑将隐私保护水平纳入考量因素。如果集中后企业更新改变消费者的隐私保护条款，从而降低了隐私保护水平，则可以判定集中具有反竞争效果，为了保护公平的市场竞争，参与集中的平台企业要承诺不会通过更新软件等方式来降低隐私保护的水平。二是考虑到集中后的数据整合问题。一般而言，企业集中的目的就是为了获取更大规模的数据，然后通过算法技术对数据进行分析实现更精准的用户服务，从而提高消费者体验度，增强消费者的用户黏性。同时企业合并后也扩大了获取用户数据的渠道，掌握着更多的用户数据，这为集中后的企业实现跨界竞争提供支撑。因此，在反竞争效果评估中应当考虑到数据本身的稀缺性特点，根据平台企业获取数据的动机和能力正确评估企业集中的竞争效果。

## 4.2 域外平台企业经营者集中反垄断规制对我国的启示

### 4.2.1 强化对平台企业集中的监管

通过对域外国家平台企业集中并购反垄断规制的立法和司法实践梳理，可看出加强对数字市场企业集中问题的反垄断规制是大势所趋，且呈现出强监管的趋势。面对强化监管的大趋势，我国也需要重视对平台企业集中的反垄断监管。目前我国加大了对平台经济领域的反垄断监管力度。历次的中央经济工作会议多次提出要“加强反垄断监管和防止资本无序扩张”，《平台经济领域反垄断指南》的发布表明我国在互联网平台经济领域的反垄断监管上取得了突破性进展。2021

<sup>①</sup> 用户成本一般包括注意力成本、数据成本或隐私保护的成成本。

年被称为我国反垄断大年，截至 2021 年 12 月 14 日，市场监督管理总局披露反垄断执法案件共计 122 起，涉及平台企业的案件多达 92 起。案件多涉及平台企业滥用市场支配地位实施“二选一”行为排除、限制竞争，其中阿里巴巴因“二选一”行为被处以 182.28 亿元的高额罚金，创下中国反垄断罚金的最高记录。涉及企业违法实施经营者集中的案件较多，都被处罚 50 万元的顶格罚款。涉及经营者主动申报并启动集中审查程序的案件有禁止虎牙斗鱼合并案，市场监督管理总局于 2021 年 6 月 24 日作出禁止集中的决定。由于国内案件较少，一定程度上阻碍了经营者集中审查的研究。不过，我国加大对平台企业经营者集中规制的态度和力度毋庸置疑，并且伴随着学界和司法实践的不断探索，我国经营者集中审查制度会越来越完善。

#### 4.2.2 完善经营者集中的申报标准

美国和德国在法律制层面上补充完善了集中申报标准制度，在原有基础上引入了交易规模或交易额标准。美国则形成了“资产、净销售额+交易规模”的综合申报标准。德国则在营业额标准难以适用平台企业的情况下，借鉴美国的做法。虽然二者都采用交易额标准，但在运用的先后顺序上存在差异。德国先采用营业额标准，当适用存在明显缺陷和困难时，才启动交易额标准；美国则先适用交易规模标准，如果并购的规模较小达不到标准时，就会审查合并双方企业的总资产或年净销售额。美国和德国对交易规模的认定也存在区别。美国用并购企业所持有的被并购者的具有表决权性质的股权、资产或份额来确定交易规模；而德国则以被合并企业取得的并购交易额来确定交易规模。在实践中，德国的做法更具有直观性和操作性，交易规模可以通过交易的价格得到量化。鉴于此，我国可以参考德国的经验，引入交易额标准来填补现行营业额标准的不足和缺陷，这也是同一法系渊源的应有之义。营业额和交易规模标准的相结合，能够有效规制那些未达到申报标准而违法实施经营者集中的案件。

#### 4.2.3 重视网络结构对市场力量认定的影响

平台企业具有强大的交叉网络效应、用户黏性和数据集中等特征，以营业额来计算企业市场份额的方法适用性不足，还需要考虑除营业额之外的其他因素。

德国的修法实践具有极大的指导意义。比如，增加了“获取竞争数据”的能力。由于平台企业强大的网络效应，通过考察平台企业的网络结构、网络规模，包括但不限于产品使用者用户的规模，进而推断平台企业是否拥有强大的网络效应，从而判断平台企业的市场结构。除此之外还增加了用户数量规模这一指标，通过考察平台不同用户之间相互影响的程度、用户使用产品的活跃程度和强度来确定平台企业对市场的控制能力。因此，我国在市场力量的认定上，要结合平台企业的网络效应，重视企业的网络结构和规模。

#### 4.2.4 重视数据和隐私保护因素

在数字经济背景下，数据类型的并购问题越来越突出，且平台企业的集中并购也多体现为数据的争夺和利用。在这类经营者集中案件的反竞争效果评估中应当重视非价格因素的影响，包括用户数据和消费者隐私保护水平等。从上述分析来看，传统意义上以价格为中心、静态的考察思路难以正确评估平台企业在市场竞争中的真实状况，价格因素的作用越来越没有“用武之地”，因此需要关注隐私保护水平和跨市场数据融合等因素，这些非价格竞争因素在平台企业集中的竞争效果分析中越来越重要。欧盟对微软、脸书并购案件的审查，就把隐私保护和数据聚合、数据封锁因素进行了全面的分析，具体操作上着重分析了合并后企业降低消费者隐私保护水平、实施数据封锁的动机的能力等因素。这样的实践案例为我们分析平台企业集中的竞争效果提供新的思路和方法。

## 5 完善平台企业经营者集中反垄断规制的建议

### 5.1 相关市场界定方法的优化

相关市场界定是进行平台企业经营者集中反垄断分析的首要前提，只有确定了企业所竞争的产品、地域市场分别是什么，才能对其市场竞争情况加以分析。相关产品市场的界定是分析的核心，因为平台经济下地域问题已不明显，要么界定为国内要么为全球，所以，下文涉及的相关市场主要是指相关产品市场。虽然学界存在不界定相关市场而直接判定企业市场力量的声音，但是综合不同法域国家和地区司法实践，尚无跳过市场界定而认定企业垄断地位的先例，因此界定相关市场显然更合理。我国《平台经济领域反垄断指南》第四条也规定需要界定相关市场。

#### 5.1.1 明确相关市场中的“产品界定”标准

明确“产品界定”这一基础问题，是进行下一步替代分析的前提和基础，产品市场界定的合理性依赖于产品界定的科学性，因此需要首先确定一个基准产品，明确企业提供的商品或服务是一个产品还是多个产品，进而再分析产品市场的竞争状况。在“产品界定”标准的确定上，上本文拟提出一种“消费者需求+经营者供给”的综合标准。

从消费者需求角度界定产品。在反垄断执法实践中，对搭售案件的处理和分析，催生了判断产品区别的方法，以消费者需求为导向来判断产品成为各国普遍认可的方法。判断产品独立性的关键在于分析消费者对产品的需求程度，如果消费者对某一类产品或服务存在相同需求就是属于一个产品，如果存在多种需求就涉及两个或多个产品。通常认为，某一产品能够在市场上流通交易，主要因为其在市场上存在需求，如果不存在产品需求就不会发生市场交易，更不用说产生垄断问题了。因此，消费者需求导向是市场的重要特征，并通过商品的核心功能反映出来。平台企业所处的互联网市场也是如此，即便存在双边或多边市场特性，平台企业往往存在某一市场作为其经营核心业务的市场，提供的相应产品就是吸

引消费者扩大网络效应的核心所在。因此，可以消费者对某一商品核心功能的需求出发区分不同的产品。以微信、支付宝两个社交应用和支付应用为例，虽然支付宝客户端也提供在线社交服务，但是其社交功能却是依附于支付服务而产生的。消费者选择社交应用是为了实现沟通交流需求，选择支付应用是为了实现在线支付需求，虽然两者都提供社交沟通服务，但不能将两者混同作为一种产品。不过，这一方法存在一定的局限性。原因在于没有考虑到消费者需求的局限性以及数字经济下需求可以被创造出来的情况。因此还需要从经营者供给角度确定“产品界定”。

从经营者供给角度界定产品。在消费者需求因素具有缺陷时，需要考虑经营者的供给特征。以外卖订购为例。传统的订餐服务是消费者通过电话或现场预约或预定，此时饭店单独提供预定服务和食品加工服务。在互联网经济下，“美团”等平台企业应运而生，通过技术创新使得消费者可以在网上通过移动手机随时随地完成订餐服务，而这样的订送餐服务并不是由消费者独立的需求产生，而是被平台企业经营者所创造出来。《反垄断法》指出，界定相关市场就是要确定不同经营者之间的竞争范围。<sup>①</sup>对于某个产品或服务，只有当由不同的企业经营者来提供时才能确定企业之间的竞争关系，因此经营者供给成为判断产品区别的主要标志。在实际的操作中，可以考虑多边市场中不同的提供主体来区分不同的产品。平台企业首先是为买卖双方提供一个交互空间，如淘宝提供的是网络零售平台空间；同时，平台的经营者用户通过平台空间为消费者提供不同的产品。所以对于聚合产品的界定，通过产品的提供者不同，结合提供主体的定价策略（包括免费、整体定价、差别定价等）进而可以确定不同的产品类别。

### 5.1.2 仍以替代分析为主界定相关市场

解决了“产品界定”问题，只是明确了产品替代分析的基础，要界定完整的相关产品市场，还需要采取多种方法来寻找与该产品具有紧密联系的替代性产品。我国《反垄断法》规定了需求替代分析、供给替代分析以及 SSNIP 测试方法，同时也发展出了 SSNDQ 方法。<sup>②</sup>但是鉴于平台企业“交叉补贴”的定价模式，免

<sup>①</sup> 孔祥俊.反垄断法原理[M].北京:中国法制出版社,2001,第 276 页.

<sup>②</sup> SSNDQ 是指“数量不大但有意义且并非短暂的质量下降”而引起的消费者对技术产品的态度，即是否会大量转向另一种替代品。

费产品使得以产品价格为基础的 SSNIP 测试方法出现失灵，同时对“产品界定”本质的分析也是根据消费者需求和经营者供给两方面进行，因此，采取需求、供给替代分析方法符合本文的研究思路，也较为合理。

关于适用需求替代分析，要利用商品的核心功能来界定相关市场范围。选定基准商品后，从消费者需求角度找出具有紧密替代性的其他商品。首先划定一定的区域范围，再考虑消费者选择商品的范围、便捷程度、个性化精准化服务等要素，把消费需求进行细化，直到找出能够替代消费者需求的所有产品。比如阿里巴巴“二选一”行为行政处罚一案，市场监管局从消费者需求替代分析角度，考察了消费者选择商品的范围、购物便捷程度和比较商品的效率因素，认为网络零售平台服务和线下零售商业服务不是同一市场。数字平台经济时代，满足消费者个性化、多元化的需求是企业经营的重要方向，企业经营者只有提供更全面更精细化的服务才能锁住消费者，扩大市场规模。

注重供给替代分析。供给替代分析是从经营者角度来考虑产品供给替代的情况，包括竞争者投入的资金设备、进入目标市场的效率以及风险承受能力等因素。一般而言，某一竞争者投入的资金设备和技术越少、进入市场提供替代产品的难度小时间短，同时承担的风险越小时，往往替代现有市场产品的可能性就越大。对平台企业供给能力的考察需要着重从经营者的转产能力方面考虑，包括资金投入、必要的网络基础设施、网络用户基础、转移时间或额外费用等。转产成本和能力一定程度上构成了进入相关市场的壁垒，通过判断现有市场的潜在竞争者来判断相关市场的大小，充分考虑经营者的供给能力是比较合理的做法。

## 5.2 适当补充完善集中申报标准

### 5.2.1 在营业额标准基础上引入交易额标准

我国现行法律以企业的营业额作为经营者集中的申报标准，《平台经济领域反垄断指南》则对此做了详细规定，<sup>①</sup>根据平台经营者作用、经营模式的不同而

<sup>①</sup> 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第十八条规定：“在平台经济领域，经营者的营业额包括其销售商品和提供服务所获得的收入。根据行业惯例、收费方式、商业模式、平台经营者的作用等不同，营业额的计算可能有所区别。对于仅提供信息匹配、收取佣金等服务费的平台经营者，可以按照平台所收取的服务费及平台其他收入计算营业额；平台经营者具体参与平台一侧市场竞争或者发挥主导作用的，还可以计算平台所涉交易金额。”

分别计算不同的营业额。营业额标准虽然便于计算，但由于平台企业采用免费模式并在不同用户群体之间进行交叉补贴，使得营业额很低却占据巨大的市场份额，因此仅仅以营业额作为判断标准已不适用。本文建议引入交易额标准。

如前所述，德国引入交易额标准，并以被合并企业从合并企业处得到的交易价格为确定依据，这样的做法可以反映出并购企业对被并购企业付出的对价，一般所涉及的交易价格越高就表明企业并购的目的越强烈，具有强大的并购动机。德国《反限制竞争法》第九修正案将 4 亿欧元作为门槛，交易价值超过的必须要进行申报，这是对估值溢价的并购行为加以遏制的信号。平台企业通过高价收购的目的在于消灭潜在竞争对手，因为交易价格高出目标企业公允价格的部分可能是对新兴企业退出竞争的补偿。因此引入交易额可以在一定程度上规避“扼杀型”并购行为。在具体的立法活动中，国务院反垄断执法机构可以根据经济社会发展状况和平台企业的新特征，将交易额作为营业额申报标准的补充。在营业额难以测算或存在明显缺陷时，考虑并购交易的价格，进而有效规制平台企业的无序并购行为。在具体的申报标准修改中，国务院反垄断执法机构应组织多方论证，听取业内专家人士的意见，同时考虑交易额与平台企业用户数据、网络效应强度的相关关系，结合经济学知识分析引入交易额标准的反垄断执法成本和效率问题。

## 5.2.2 构建分类分级审查机制

2021 年我国进入平台经济领域垄断的强监管时代。国家市场监督管理总局认真履行市场监管职责，起草并制定了《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）并广泛征求公众的意见。《征求意见稿》对平台的类型和等级进行了科学界定和划分，加深了社会对平台企业的理解，为更好地规制平台企业提供依据。通过这一规制思路，本文拟建议在申报制度上构建分类分级的审查机制。

一定程度上降低申报标准可以审查几乎所有的经营者集中案件，但是考虑到执法机构的成本和效率，一味地降低标准显然不可能，也不符合平台经济发展要求。因此我们可以根据平台类型的不同分别进行集中审查。也就是说，针对平台企业申报的经营者集中案件，执法机构首先需要判定申报企业所属的平台类别，

一般包括信息咨询类、社交娱乐类、网络销售类、金融服务类、生活服务类、计算应用类等 6 大类。<sup>①</sup>然后再根据不同类型企业的发展现状和趋势，审查并购方和被并购方企业的产品重合度，产品重合度高的并购行为，其扼杀创新型企业 and 减少市场竞争的可能性越大。针对这类型的平台企业并购，执法机构应该重点关注，并对其进行更为审慎的集中审查。以医药行业的反垄断审查为例，当并购双方的产品存在重叠或交叉时，被并购企业的研发创新能力被并购方抹杀，市场上的新药物研发创新能力就会被遏制，所以这类并购需要执法机构引起高度重视。

同时，反垄断执法机构还需要加大其监管的主动权，加大对并购企业的集中审查力度。虽然《经营者集中申报标准》和《经营者集中申报办法》以及《平台经济领域反垄断指南》赋予了执法机构主动审查的权力，但是缺乏该权利行使的具体条件和程序。此外，虽然《经营者集中申报办法》和《平台经济领域反垄断指南》明确规定企业经营者自愿申报，并以此作为该权利行使的程序，但是在实际中主动申报的却很少。只要没达到申报标准，企业则可以为了减少审查麻烦而选择不申报，那么执法机构的主动调查就失去了调查的案件来源。通过考察，德国联邦卡特尔局享有广泛的自主审查权。德国认为，如果市场上的某个企业存在连续实施多起并购行为的现象，卡特尔局有权责令该企业如实通报其所有并购活动的具体情况并对其进行审查。因此，我国《反垄断》修订过程中可以借鉴德国这一强制通报义务的做法，至于具体操作方法有待执法机构进一步考察。

## 5.3 完善经营者集中竞争效果分析的框架

基于竞争理论的分析，本文认为经营者集中竞争效果分析框架的完善，需要结合平台企业的新特点及平台企业限制竞争行为的特殊性，结合哈佛学派和芝加哥学派的观点，从市场结构与市场行为两个方面进行完善。

### 5.3.1 增加市场力量的评估因素及改进评估方法

#### 5.3.1.1 增加数据因素考量市场力量

传统意义上通过商品价格因素确定市场份额评估企业市场力量的方法，在数

<sup>①</sup> 国家市场监督管理总局于 2021 年 10 月 29 日发布的《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》规定了平台企业的六大类别。

据时代背景下明显不适用了。平台企业集中并购的目的就是争夺数据资源，通过获得的大数据进行整合分析来获得更大范围的网络效应，进而达到排除、限制竞争的目的。在认定市场力量时，不能忽视企业对数据的掌握情况。具体而言，反垄断执法机构可以从数据获取和数据处理能力两方面进行分析，从而得出实施集中的平台企业科学合理的市场力量。

企业获取数据资源方面。首先，考察平台企业自身获取数据的能力。一般而言，平台通过为买卖双方提供交互空间并促成双方交易，随着平台规模的扩大，平台双边都聚集着大量的用户数据，这些数据不需要付出交易对价即可免费获得。以网络零售平台为例，平台聚集着大量消费者用户个人信息及浏览、购买商品的信息，同时也保留着大量商户的企业信息和所提供的产品信息等，这些信息都能被平台企业收集。其次，考察平台企业通过付费购买的信息。除平台自身获取数据外，也可以向数据代理商购买数据，这些数据一般具有重要的商业价值，需要企业付出对价才能获得。具体考察时可以参考企业支付对价的能力来判断其购买数据的难易程度。同时，还需要考虑数据的时效性，获得即时数据的条件和技术越成熟，就越容易获取数据。

企业处理分析数据的能力。获得了大量的数据并不意味着其具有强大的市场力量，大数据的价值在于能够对其进行分析并加以利用。因此平台企业所具有的数据分析能力，即通过算法、算力技术对收集的数据进行整合分析，一定程度上体现出平台所具有的市场力量。算法、算力技术越成熟其数据分析能力越强，而算法技术跟不上或难以对数据有效分析则不能实现数据的真正价值，其市场势力就相对较小，不会对市场构成影响。所以，算法、算力技术的高低能够很好反映企业经营者的数据处理分析能力。反垄断执法机构在具体实践中，可以考虑引入第三方评价机制，通过专业评价机构的审查结果以及相关专家的审查论证，加强市场调查，以确保市场力量评估的科学性和合理性，为集中审查决定提供科学合理的支撑。

### 5.3.1.2 通过平台分类对市场力量进行差别评估

由于平台企业具有跨市场竞争的特征。当某平台企业在某个市场具有巨大的用户规模并且在该市场具有较强的支配地位时，其通过跨市场竞争行为，会将已有市场上的支配力传导至其他相邻的市场，并且这可以通过用户数据的转移来实

现，如此该平台企业就增强了其对相邻市场的控制力。“聚合市场”理论或许可以解决跨市场竞争的市场力量评估问题。该理论由著名反垄断法学者 Hebelt J. Hovenkamp 教授提出。他认为，聚合市场的分析就是判定某一公司在组合商品（或系列商品）市场中是否具有市场支配力量，这一类公司所提供的是组合产品，像微软、亚马逊等。以亚马逊为例，亚马逊平台销售不同的产品和服务，形成了由众多产品组成的复合竞争市场，亚马逊在每个细分市场中的市场份额也是不同的。根据这样的思维逻辑，如果认为每一个细分市场分别构成相应的独立市场，就很容易认为亚马逊对细分市场的控制能力弱。然而实际情况却并非如此，亚马逊的控制力体现在对细分市场的综合控制上。因此需要从整体上评估亚马逊在各个细分市场之间的数据资源整合能力。

通过赫伯特教授的理论，本文建议需要对平台分类，进而采取差别评估的方法。我们可以将平台分为聚合性平台及单一性平台。聚合平台是指具有对各市场资源进行整合、数据转移能力的平台，其本身是一个整体性的平台并提供多方面的组合产品，其也可以对其平台内的平台进行信息追踪从而获取其他平台的信息资源，如亚马逊平台就属于此类。与聚合平台相比，单一平台的产品和业务单一，无法通过其他平台进行用户数据转移，难以获得有利的竞争地位。聚合平台和单一平台往往同时存在，聚合平台具备获取外部数据资源的能力，可以通过外部性扩张“霸占”单一平台的市场份额，所以聚合平台的市场势力是极大的。另外，优势平台企业的竞争具有动态性，我们在考虑市场力量的时候要分析该市场势力的时效性，也就是注意时间要素的作用，以克服动态竞争的影响。所以，对两类平台应采取差别评估方法，以反映平台企业在一定时间范围内的所具有的市场份额，这样的分析才有助于正确评估市场力量。

### **5.3.2 重视非价格因素对市场行为的影响**

#### **5.3.2.1 平台企业实施数据封锁协同行为的动机和能力**

数据资源成为推动平台企业发展的核心生产要素，也是平台企业竞争争夺的主要资源。集中后平台企业会形成极大的数据规模，从而增大企业实施数据封锁行为的可能性。至于平台企业集中行为是否会阻碍竞争者获取必要数据，且数据封锁是否会排除、限制市场竞争，我们可以从动机和能力两方面加以考察。

从动机来看。动机主要指不同的企业基于共同利益而发出明示或默示行为的意愿，它是证明市场支配地位的重要要件之一。我们可以通过企业之间签订的协议、股权架构及人事任免等情况来判断企业之间的关联性。企业之间通过实施某种共同行为的目的就是瓜分市场攫取利益。<sup>①</sup>以 Microsoft 并购 LinkedIn 案为例，实施数据封锁行为的动机因素成为欧盟分析的重点。<sup>②</sup>欧委会认为，在职业社交市场的客户群体中，微软通过纵向的数据禁止其他软件开发商向领英用户推广软件。我们可以根据封锁行为是否能够扩大微软的市场份额来窥探出微软实施数据封锁的动机。由于 Microsoft 在职场社交市场中占据的市场份额很小，竞争对手也在不断探索机器学习，所以封锁数据后会造成严重的用户损失后果，微软不会贸然实施封锁行为。欧委会基于上述分析认为微软实施数据封锁行为的动机不强。因此，在对企业数据封锁的动机进行分析时，需要分析企业的数据分布状况、竞争对手获取数据的能力、占据相关市场份额的情况以及实施封锁行为导致的不利后果（如用户流失），才能得出比较合理的结果。

从能力来看。平台企业的集中实现了差异化数据之间的交互、共享，合并方与被合并方在产品、数据上的信息整合，加强了不同市场之间的联系，企业向相邻市场扩张的能力大大增强。合并方的市场力量可以传导至其他市场，扩大了协调行为的范围，提升了协调行为的效果。具体操作上，一要考察达成数据封锁协调行为的能力。当市场上存在较少的竞争者以及市场透明度高的时候，现有的经营者往往拥有相似的市场份额，实力相差不大。为了限制其他新竞争者或潜在竞争者进入市场，现存企业往往凭借已有的强大市场力量与竞争对手达成合意协议实施数据封锁行为。强大的用户数据规模就是他们实施协调行为的底气和能力。二要考察是否有能力来维持协调行为。在达成数据封锁的协同行为之后，各企业之间还要确保这样的协同行为趋于稳定，不会因为某些个别企业的“倒戈”而破坏协同协议。就平台企业而言，由于技术、算法技术非常发达，企业之间可以对参与协同行为的企业进行监控，以防止偏离协同行为的情况发生。

### 5.3.2.2 重视消费者隐私权益的保护

平台企业通过合并形成强大的用户数据聚合体，利用大数据算法技术对用户进行更为精准的数据画像分析，这增加了泄露用户数据隐私的风险。在市场竞争

<sup>①</sup> 时建中.共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究[J].中国法学,2020(02):89-107.

<sup>②</sup> Case M.8124-Microsoft/LinkedIn, para.246-250, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124\\_1349\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf), 访问日期:2021年12月5日.

日益激烈的环境下，企业愈发注重广泛收集、深入分析用户的数据。通过集中并购，巨大的数据聚合规模为企业实施数据封锁行为提供基础。数据封锁有一定的规模限制，一旦超过了限制会对市场上的其他经营者造成损害，令那些为消费者提供高标准隐私保护政策的经营者由于难以获得足够的用户数据而经营困难。同时，各竞争平台企业之间的“不兼容”策略也会限制消费者用户的产品选择范围，使得消费者隐私保护水平高的企业难以与现存企业相抗衡。因此，隐私保护水平的降低可作为判断弱化市场公平竞争环境的手段。OECD 也指出，具有较大市场力量的企业面对缺乏竞争的环境时，不会倾向于提高隐私保护水平，市场集中度越高的企业越可能会避免隐私方面的竞争。<sup>①</sup>因此，我们可以从反面分析，当市场上存在并购后企业降低消费者隐私保护质量的情况时，可倾向于推定认为企业具有较大的市场支配地位并且市场缺乏竞争。

《评估经营者集中竞争影响的暂行规定》规定了评估要考虑降低质量、减少技术研发投入等非价格因素损害消费者权益的情况。<sup>②</sup>因此，建议将消费者的隐私保护水平作为分析集中竞争效果的重要影响因素。具体考量的因素包括：企业经营者的数据规模体量；通过数据实施协同行为的动机、能力；企业之间实施的数据共享行为；合并后是否改变用户的隐私保护政策等。当然，在具体的执法实践中执法人员还需要进行大量的走访调查，多方取证了解企业是否具有实施数据封锁的行为以及降低隐私保护水平的动机，同时还要组织专家学者参与行业听证会，为最终的审查决策提供科学指导。

## 5.4 完善经营者集中的救济制度

### 5.4.1 精准适用结构性和行为性救济措施

为减少集中造成的损害竞争后果，结构性救济措施、行为性救济措施以及两者相结合的综合措施在我国的《反垄断法》和《平台经济领域反垄断指南》中都有明确的规定。由前所述，在平台经济领域，由于平台企业所具有的新特点使

<sup>①</sup> OECD.”Considering Non-price Effects in Merger Control-Background Note by the Secretariat”,June 2018, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf),访问日期:2021年12月10日.

<sup>②</sup> 《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》第九条第二款规定：“集中也可能提高参与集中经营者的市场控制力，增强其采取排除、限制竞争行为的能力，使其更有可能通过提高价格、降低质量、限制产销量、减少科技研发投入等方式损害消费者利益。”

得两种方法适用存在困难，但这并不意味着方法不起作用了。在当前立法和司法环境下，结构性救济和行为性救济仍旧是必要且可行的救济措施，在具体的适用过程中，要根据案件的实际情况有针对性地、精准化地运用。

关于结构性救济措施。市场结构的考察仍旧是我们进行集中竞争效果评估时需考虑的重要方面。因为只有市场力量强大的企业才有可能通过并购实现市场垄断，对由于市场结构性问题引发的排除、限制竞争效果的集中并购案件的救济，也需要从市场结构方面加以考虑。长期以来，美国的芝加哥学派奉行自由市场经济理论而放松对集中并购行为的监管，大型平台企业得以发展起来。现如今加强对平台企业的反垄断监管已是大势所趋。平台规模效应、双边或多边市场、交叉网络效应等现实问题存在，对企业相关力量的认定存在困难，因此，需要更加注重市场结构分析方法的重要性。同时，实施效率高、内容明确是结构性措施的优点，一定程度上能够严格规制具有严重破坏竞争政策的集中并购行为。平台企业具有数据、技术、知识产权等无形资产比重大的特点，加之消费者的隐私保护水平因素的重要性日益突出。我们在附加结构性条件时应当考虑到上述的非价格因素。在用户数据隐私保护相关的执法案例中，就已经有适用结构性措施的做法了。比如，美国联邦贸易委员会于2021年1月就指控照片应用开发商——Everalbum公司，该公司聚集着大量的消费者用户照片和视频信息。然而，该公司非法获取这些信息来开发面部识别技术，对消费者的隐私造成泄露。因此，美国要求该公司删除面部识别技术的相关算法和模型。删除这些算法和技术，就是剥离了Everalbum公司的无形资产，剥离无形资产与剥离有形资产在结构上具有一致性，都使企业在合并后不与横向或纵向市场上的其他竞争企业形成联系。因此，隐私保护方面的案例实践，可以为我们提供制度上的借鉴意义，至于具体的剥离无形资产的技术难点，需要学界和反垄断执法机构进一步探讨。

在行为性救济措施上。行为性救济措施具有灵活性、精准性等优势，在具有效率要求、集中竞争损害效果不显著的合并案件中可以广泛适用。在竞争损害大、引起广泛竞争关注的企业合并适用结构性救济措施的基础上，综合考虑适用行为性救济措施来应对其他竞争损害相对较小的案件，是比较合理的选择，也是精准适用救济措施的必然要求。针对不同案件的性质和特点，需要制定有针对性的行为性救济措施，除《平台经济领域反垄断指南》规定的开放基础设施、终止排他

性协议、许可关键技术、保证兼容性或者不降低互操作性水平等方案外，还要进行方式探索创新，如禁止通过更新降低隐私保护水平、删除必要数据等等。比如，在谷歌合并 Fitbit 案中，欧盟就合并的竞争效果进行分析后，要求谷歌采取隔离相关用户数据措施，并严令谷歌禁止实施数据整合行为等行为性救济措施。<sup>①</sup>这些都是根据不同案件的具体情况作出的创新调整。

#### 5.4.2 构建可追踪性的事后监管制度

对平台企业经营者集中行为的竞争审查和集中救济措施都属于事前制度监督的范畴，通过事前监管可以预测并甄别非法的经营者集中行为并对之进行事先规制。不过，对附加限制性条件而允许集中的企业并购行为的跟踪监督、救济措施的落实程度以及结果如何也需要引起反垄断执法机构的重视。因此，需要构建一个可追踪性的事后监管衔接制度，形成事前加事后的协同监管模式。

从构建事后监管制度的必要性看。通过对整合后企业情况进行追踪调查，为进一步完善、修正事前监管政策提供支撑，尤其是对平台企业集中合并行为的规制上，合并后的跟踪式的事后监督有查错补缺的突出优点。同时，平台企业的竞争具有动态不稳定性，平台企业的市场力量也处于不断变化中，不同救济措施的实施效果也可能由于动态性特征使得结果和预期目标相反。因此事后监管模式的构建也是对平台动态竞争影响的回应。

从构建事后监管制度的可行性看。在对附加限制性条款的集中案件的事后评估方面，我国反垄断机构早已积累了相关实施经验和评估经验。比如，商务部附加限制性条款核准联发科技股份有限公司吸收合并半导体公司经营者集中一案。<sup>②</sup>商务部下发的审查决定中明确规定了限制性条件的监督执行条款，即商务部要求联发科技和开曼晨星每季度报告一次履行义务的情况。同时，三年届满后可向商务部提出终止“保持晨星台湾作为独立竞争者的法人地位”相关义务的申请。反垄断执法机构收到申请后，可以进行市场竞争情况调查并作出答复。这样的规定可以为我国在对平台企业集中救济措施的事后监管上具有借鉴意义。当然，构

<sup>①</sup> European Commission Press release, Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions, European Commission (December 17, 2020), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_20\\_2484](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2484), 访问日期:2021年12月10日。

<sup>②</sup> 商务部反垄断局:《商务部公告2013年第61号关于附加限制性条件批准联发科技股份有限公司吸收合并开曼晨星半导体公司经营者集中反垄断审查决定的公告》,载商务部反垄断局网站,2013年8月27日。<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201308/20130800269821.shtml>, 访问日期:2021年12月10日。

建合理的、精准的、可追踪性的事后监管制度需要反垄断执法机构和有关部门在今后的具体执法案件中进一步探索。

## 结 语

在数字经济时代,以争夺数据权利的平台企业经营者集中案件频发,数据资源成为平台企业发展壮大的重要生产要素。与传统企业不同,平台企业具有许多新特征,如交叉网络外部性、数据集中度高、交叉补贴定价等,这些新特征的出现使得传统的以价格理论为中心的经营者集中规制制度面临挑战,具体表现在相关市场界定、集中申报标准、集中竞争效果分析、救济措施适用困难等方面。根据所面临的问题,本文将尝试给出以下对策意见:在相关市场界定方面,要明确相关市场中的“产品界定”标准,在确定标准后仍然使用替代分析方法界定相关市场;在申报标准的完善方面,考虑在营业额标准基础上引入交易额标准,同时构建分类分级审查机制对不同平台类型的集中采取不同的审查以节约审查成本,同时,还需要加大反垄断执法机构监管的主动权,加大对并购企业的集中审查力度;在经营者集中竞争效果分析框架的完善上,市场结构层面要增加数据因素来考量市场力量,同时根据平台分类对市场力量进行差别评估,市场行为方面在分析平台企业实施数据封锁协同行为的动机和能力的基础上重视消费者隐私权益的保护;救济制度的完善方面,要精准适用结构性和行为性救济措施,同时构建可追踪性的事后监管制度,形成事前加事后的协同监管局面。

本文在研究过程中仍然存在一些缺陷和不足。平台企业经营者集中审查的实践案例较少,同时在法律实践中也会产生许多与时代同步的新问题,包括反垄断法与其他部门法的协调,本文没有提及,有待进一步深化。另外,本文只是对平台企业经营者集中规制方面作了较为初步的研究,后续的研究有待进一步探索和完善。

## 参考文献

### 1、专著类

- [1]王少南. 双边市场与反垄断:平台优势滥用及其规制研究[M]. 湖北:武汉大学出版社, 2020.
- [2]张江莉. 反垄断法在互联网领域的实施[M]. 北京:中国法制出版社, 2020.
- [3]叶明. 互联网经济对反垄断法的挑战及对策[M]. 北京:法律出版社, 2019.
- [4]蒋岩波. 互联网行业反垄断问题研究[M]. 上海:复旦大学出版社, 2019.
- [5][美]莫里斯·E. 斯图克、[美]艾伦·P. 格鲁内斯, 兰磊译. 大数据与竞争政策[M]. 北京:法律出版社, 2019.
- [6]赵昌文. 平台经济的发展与规制研究[M]. 北京:中国发展出版社, 2019.
- [7]周孝. 双边市场平台企业兼并与反垄断问题研究[M]. 北京:中国财政经济出版社, 2019.
- [8]时建中. 互联网产业的反垄断法与经济学[M]. 北京:法律出版社, 2018.
- [9]韩伟. 数字市场竞争政策研究[M]. 北京:法律出版社, 2017.
- [10]李昌麒. 经济法学[M]. 北京:法律出版社, 2016.

### 2、期刊类

- [1]王先林. 论反垄断法对平台经济健康发展的保障[J]. 江淮论坛, 2021(02):5-13+2.
- [2]王先林, 方翔. 平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2021(02):87-97.
- [3]叶明, 梁静. 我国互联网领域经营者集中反垄断审查的不足与改进[J]. 西南政法大学学报, 2021, 23(01):65-74.
- [4]叶明, 李鑫. 大数据领域反垄断规制的理论证成与制度构建[J]. 科技与法律(中英文), 2021(01):1-9.
- [5]李凯, 樊明太. 我国平台经济反垄断监管的新问题、新特征与路径选择[J]. 改革, 2021(03):56-65.
- [6]孙益武. 论平台经济反垄断执法中的数据因素[J]. 法治研

- 究, 2021(02):115-126.
- [7]陈兵. 平台经济领域相关市场界定方法审视——以《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第4条为中心的解读[J]. 法治研究, 2021(02):89-101.
- [8]陈伟华. 反垄断法视角下的数字经济垄断及规制思考[J]. 杭州电子科技大学学报(社会科学版), 2021, 17(02):65-71.
- [9]宗良, 徐田昊, 叶银丹. 平台经济:全球反垄断新动向与中国健康发展路径[J]. 新视野, 2021(03):25-30+44.
- [10]宋建波, 荆家琪. 互联网平台企业的垄断问题及反垄断规制[J]. 财会月刊, 2021(03):135-139.
- [11]王春英, 陈宏民, 杨云鹏. 数字经济时代平台经济垄断问题研究及监管建议[J]. 电子政务, 2021(05):2-11.
- [12]戚聿东, 杨东, 李勇坚, 陈永伟, 崔书锋, 金善明, 刘航. 平台经济领域监管问题研讨[J]. 国际经济评论, 2021(03):1-22.
- [13]张泉. 互联网经济对反垄断法的挑战及制度重构——基于互联网平台垄断法经济学模型[J]. 浙江学刊, 2021(02):84-92.
- [14]江飞涛. 中国竞争政策“十三五”回顾与“十四五”展望——兼论产业政策与竞争政策的协同[J]. 财经问题研究, 2021(05):30-39.
- [15]吕明瑜, 刘莹. 我国经营者集中申报标准实施困境研究[J]. 怀化学院学报, 2021, 40(01):58-62.
- [16]王晓晔. 我国《反垄断法》修订的几点思考[J]. 法学评论, 2020, 38(02):11-21.
- [17]王先林. 我国反垄断法修订完善的三个维度[J]. 华东政法大学学报, 2020, 23(02):17-28.
- [18]焦海涛. 《反垄断法》的修订动因与完善方向[J]. 竞争法律与政策评论, 2020, 6(00):7-10.
- [19]杨东. 论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战[J]. 中国法学, 2020(03):206-222.
- [20]杨利华. 第三方支付行业经营者集中的竞争影响评估[J]. 甘肃社会科

学, 2019(06):182-188.

[21] 谢富胜, 吴越, 王生升. 平台经济全球化的政治经济学分析[J]. 中国社会科学, 2019(12):62-81+200.

[22] 张江莉. 论相关产品市场界定中的“产品界定”——多边平台反垄断案件的新难题[J]. 法学评论, 2019, 37(01):184-196.

[23] 白让让. 我国经营者集中的反垄断审查与执法者的“行为性救济”偏好分析——兼论专利密集领域的执法困境[J]. 经济研究, 2019, 54(02):166-181.

[24] 孙晋. 谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适[J]. 中国法学, 2018(06):151-171.

[25] 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[J]. 竞争政策研究, 2018(05):25-34.

[26] 许光耀. 互联网产业中双边市场情形下支配地位滥用行为的反垄断法调整——兼评奇虎诉腾讯案[J]. 法学评论, 2018, 36(01):108-119.

[27] 邹开亮, 刘佳明. 大数据企业合并的反垄断审查初探[J]. 石家庄学院学报, 2018, 20(2):116-119.

[28] 王晓晔. 我国反垄断法中的经营者集中控制:成就与挑战[J]. 法学评论, 2017, 35(02):11-25.

[29] 蒋璐璇. 互联网双边市场经营者集中申报标准之困境[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2017, 19(S1):21-26.

[30] 雷琼芳. 互联网相关市场界定的研究——基于假定垄断者测试法和盈利模式测试法的比较[J]. 价格理论与实践, 2017(02):43-45.

[31] 龚丽敏, 江诗松. 平台型商业生态系统战略管理研究前沿:视角和对象[J]. 外国经济与管理, 2016(06):38-50.

[32] 徐瑞阳. 论经营者集中申报标准实施机制的完善[J]. 法学家, 2016(06):146-161+180.

[33] 张江莉. 互联网平台竞争与反垄断规制——以 3Q 反垄断诉讼为视角[J]. 中外法学, 2015, 27(01):264-279.

### 3、学位论文类

[1] 姚舜禹. 互联网平台企业混合合并的反垄断法分析[D]. 中国政法大学, 2021.

- [2]王蓝天. 数据驱动型经营者集中行为的法律规制[D]. 郑州大学, 2020.
- [3]张娜. 互联网平台并购的反垄断法规制[D]. 吉林大学, 2020.
- [4]高赛赛. 数据驱动型企业经营者集中反垄断规制研究[D]. 安徽大学, 2020.
- [5]谢智菲. 关于数据垄断行为的反垄断法规制研究[D]. 华东政法大学, 2020.
- [6]孙扬. 互联网企业经营者集中的反垄断审查研究[D]. 中南财经政法大学, 2019.

#### 4、报纸类

- [1]时建中. 加强反垄断监管 促进平台经济在规范中发展[N]. 中国市场监管报, 2021-04-13(004).
- [2]陈兵. 合力行业与市场监管 规范平台经济健康发展[N]. 第一财经日报, 2021-03-24(A11).
- [3] 郟彦辉, 张希. 平台经济领域反垄断面临五大难点[N]. 中国信息化周报, 2021-05-17(012).
- [4]周平尔, 倪建伟. 发挥政府有效作用预防平台经济扼杀式并购[N]. 经济参考报, 2021-04-06(007).
- [5]方兴东. 促进我国平台经济健康发展[N]. 人民邮电, 2021-03-19(007).
- [6]刘英. 坚持平台经济反垄断[N]. 中国纪检监察报, 2021-03-11(007).
- [7]王先林. 在包容审慎理念下依法监管[N]. 社会科学报, 2021-01-28(004).

#### 5、外文文献类

- [1] Ben Holles de Peyer, “EU Merger Control and Big Data”, *Journal of Competition Law & Economics*, 13(4), 767–790, 2018.
- [2] John M. Newman, *Antitrust in Zero Price Market: Applications*, *Washington University Law Review*, Vol. 96, 2016.
- [3] Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric Van Damme, Pauline Affeldt, “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, *Journal of Competition Law and Economics* 293-339 (2014).
- [4] Nathan Newman. “Search Antitrust, and the Economics of the Control of User Data.” *Yale Journal on Regulation* 31(2014):401-454.
- [5] Michael D. Topper, Stanley Watt, Jingming Yan, “Google-ITA: Creating a New Flight Search Competitor”, *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and*

Policy, Oxford University Press, 2013.

[6] Howard A. Shelanski, Information, “Innovation and Competition Policy for the Internet”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, 2013, p1663.

[7] David S. Evans, “Attention Rivalry Among Online Platforms”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol.9, 2013, p.513.

[8] Mark Armstrong, M. Competition in Two-Sided Markets [J]. *The RAND Journal of Economics*,2006,37 (3):668-691

[9] Rochet J C, Tirole J. Platform competition in twosided markets[J]. *Journal of the European Economic Association*, 2003(04): 990-1029.

[10] Jean-Charles Rochet, Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets”, *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1, Issue 4, 1 June 2003, pp.990–1029.

## 后 记

光阴如白驹过隙，三年前入学的情形宛如昨日历历在目，三年的读书生活也将要结束。回忆三年时间里的学习、工作和生活，有太多的收获和感想。学习上老师们倾囊相授，打开我们步入知识殿堂的思维大门，同学们热烈讨论学术氛围浓厚；生活中老师们关心呵护，同学们互帮互助；工作上老师们耐心指导，同学们鼎力支持。三年的点点滴滴凝聚为一句感谢，感谢母校的培养，为我们提供学习环境；感谢导师培养，指导我学业进步；感谢所有的老师和同学，鼓励我不断成长进步。

感谢我的导师桑保军教授。鼓励我树立人生理想和目标，在毕业论文修改方面提供无私的指导和帮助。在学习上，老师时常告诫我要珍惜为数不多的学习时光，沉下心来学理论，学会总结学习经验和方法。在生活中，老师也十分关心我的饮食健康，鼓励我勤于锻炼。老师是我前行路上的引路人，老师的谆谆教导令我终身难忘。

感谢这三年来为我们无私教学的老师们。您们深厚扎实的学科理论功底和认真严谨的治学态度深刻影响着我求知求学的态度。感谢各位老师传道授业和解惑，我掌握了更加坚实的基础理论知识，也掌握了更加高效的学习方法，我获益匪浅。

感谢朝夕相伴的同学们。因为有你们为伴，我的研究生学习生活才算完美，感谢同学们长期以来的帮助和支持。希望我们始终记得在一起奋斗的时光，同时祝愿大家前途光明、仕途顺利！

最后，感谢我亲爱的家人们，感恩父母对我的培养和教诲。正是因为家人的鼓励、理解和包容，我才能心无旁骛地投身学习，拥有面对一切困难坚定前行的动力和勇气，并顺利完成学业！