

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

张 泉

提要:进入数字经济时代,全球反垄断体系遭遇互联网经济剧烈挑战,反垄断法制度重构迫在眉睫。基于边际分析、博弈论可建立互联网平台垄断法经济学模型,分析发现:完全竞争市场中平台垄断在损害中小平台与低需求价格弹性行业利益基础上,带来效率、公平、社会福利与经济增长最大化;而巨头赢者通吃后垄断效果急速反转。整体上互联网垄断优势成“马歇尔冲突”基本面,给全球反垄断法制度重构带来前所未有的挑战。对中国而言,将互联网纳入适用除外行业、豁免平台集中控制、严控网络支配地位滥用、禁止算法垄断协议、将反垄断法转为垄断管制法是最优选择。

关键词:互联网经济;反垄断法;制度重构;马歇尔冲突;法经济学

DOI:10.16235/j.cnki.33-1005/c.2021.02.010

数字经济时代,伴随着以搜索引擎、社交网站、电商平台等为代表的互联网经济爆发式增长,^①谷歌、脸书、腾讯、阿里等中外巨头迅速称雄网络世界,垄断之弧笼罩互联网平台。^②全球反垄断诉讼随之此起彼伏,然而与传统案件不同,互联网个案判决常大相径庭。^③2001年以来,美国一贯支持互联网垄断,为GAFAM(谷歌 Google、苹果 Apple、脸书 Facebook、亚马逊 Amazon、微软 Microsoft)等超大型平台大开方便之门;欧盟则针锋相对地升级反垄断举措,屡次发动对国际巨头的司法诉讼并征收巨额罚款,^④由此引发的争议不绝于耳。国际上 Lianos 等^⑤、Mays^⑥对互联网垄断的批判与 Crandall、

^{*} 基金项目:国家社会科学基金一般项目“移动传播的现状前景及其影响和对策研究”(16BXW091)。

^① 中国网络空间研究院:《中国互联网发展报告 2019》,第六届世界互联网大会,2019 年。张泉:《“智能经济”还有多远?——中国 AI 落地的动能瓶颈与创新发展战略探析》,《宁夏社会科学》2020 年第 6 期。

^② Picker Randal, “The Arc of Monopoly: A Case Study in Computing,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 87, No. 2, 2020, pp. 523—551.

^③ Oropeza Mendoza and Doris Karina, “Antitrust in the New Economy Case Google Inc. Against Economic Competition on Web,” *Mexican Law Review*, Vol. 8, No. 2, 2016, pp. 79—113.

^④ 熊鸿儒:《数字经济时代反垄断规制的主要挑战与国际经验》,《经济纵横》2019 年第 7 期。

^⑤ Ioannis Lianos and Evgenia Motchenkova, “Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market,” *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 9, No. 2, 2013, pp. 419—455.

^⑥ Lisa Mays, “The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google’s Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe,” *George Washington Law Review*, Vol. 83, No. 2, 2015, pp. 721—760.

Gisser 对反垄断必要性的否定同时存在,对市场支配地位认定等适用标准的讨论更加莫衷一是。^① 2020 年前后我国学术界也围绕平台垄断与反垄断法大修^②百家争鸣。互联网反垄断法理基础上,傅瑜、谢运博等以数理模型力证互联网垄断的高效率与反垄断的不合理性,熊鸿儒、张泉等则强调互联网垄断的性质随市场发展阶段的转变而发生质变,引发与 SCP 范式、行为主义等传统观点的激烈争论。^③ 反垄断法实体制度中,平台集中方面,孙晋等发现互联网行业拥有不同于传统行业的独特特征——冒尖效应,强调政府干预应弱化市场份额监管、开放网络基础平台、实现生产者集中救济的理念转型;^④网络支配地位滥用方面,张素伦等就免费搭售、个性化定价、大数据杀熟、强制商家“二选一”等新型法律行为展开讨论,^⑤张江莉等则为产品界定^⑥、相关市场界定^⑦、市场支配地位界定^⑧、相对优势滥用界定^⑨提供了顶层设计与 SSNIP 工具创新方案^⑩;而垄断协议方面,因互联网市场激烈竞争掩盖了各大平台间的算法合谋性协议,相关研究暂未开展。反垄断法程序制度中,适用除外制度引发学界高度关注,张素伦等着眼于“必需设施属性”适用于互联网反垄断个案的明显分歧,^⑪提出必要设施属性之辩本质是在互联网平台竞争中要妥善处理市场与政府的关系^⑫……综合来看,除 SSNIP 等工具革新外,以上研究均强调互联网垄断与传统行业大相径庭、现行反垄断制度亟待重构,但回应措施却仅限于国家管制、价格管制、收益率管制等经济调控手段,^⑬与谦抑干预理念、包容审慎态度、灵活有序执法等普遍法治原则,反垄断法重构可操作性建议明显不足。当下,系统建构互联网平台垄断法经济学模型,明确其对工业经济时代反垄断法的具体挑战,探究中国反垄断法制度重构最优路径至关重要。

一、互联网平台垄断法经济学模型

(一)理论假设

互联网经济为信息化时代所产生的经济活动和经济现象,主要指互联网平台、传统厂商与网络用户等核心主体,基于互联网进行信息与产品生产、交易、消费等经济活动的总和,本研究仅关注平台经济垄断问题。因平台经济属于信息共享经济,^⑭平台成为互联网经济供给方,并以广告费、订单抽成等形式向直接消费者——厂商——收取广告服务、供需匹配服务费,而最终消费者——用户——则在支付产品总价时补偿厂商信息服务成本。供给方面,因互联网市场多可自由进出,令平台之间完

① 张怀印:《数字经济时代企业市场支配地位认定:基于德国反垄断法案例的评析》,《德国研究》2019 年第 4 期。

② 魏敏:《反垄断法大修剑指互联网垄断》,《证券时报》2020 年 1 月 15 日,第 A03 版。

③ 傅瑜、隋广军、赵子乐:《单寡头竞争性垄断:新型市场结构理论构建——基于互联网平台企业的考察》,《中国工业经济》2014 年第 1 期。谢运博、陈宏民:《多归属、互联网平台型企业合并与社会总福利》,《管理评论》2018 年第 8 期。熊鸿儒:《我国数字经济中的平台垄断及其治理策略》,《改革》2019 年第 7 期。张泉:《互联网经济缘何“领跑全球”?——基于完全竞争市场互联网经济动态均衡模型》,《现代经济探讨》2018 年第 10 期。

④ 孙晋:《谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适》,《中国法学》2018 年第 6 期。

⑤ 张素伦:《互联网背景下对搭售行为的再认识及规制建议》,《价格理论与实践》2016 年第 6 期。李毅、李振利:《数字经济背景下对消费者实行个性化定价违法边界的研究》,《社会科学》2020 年第 2 期。

⑥ 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》,《法学评论》2019 年第 1 期。

⑦ 杨利华:《双边市场条件下第三方支付相关市场的界定——基于互联网行业的反垄断法分析》,《当代法学》2018 年第 6 期。

⑧ 曹阳:《数据视野下的互联网平台市场支配地位认定与规制》,《电子知识产权》2018 年第 10 期。

⑨ 曹阳:《互联网领域滥用相对优势地位行为的法律规制》,《法学论坛》2019 年第 3 期。

⑩ 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》,《价格理论与实践》2017 年第 2 期。

⑪ 张素伦:《竞争法必需设施原理在互联网行业的适用》,《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 1 期。

⑫ 王磊、马源:《新兴互联网平台的“设施”属性及监管》,《宏观经济管理》2019 年第 10 期。

⑬ 张泉:《互联网经济“下半场”的垄断危机与管制对策——基于互联网寡头市场动态均衡模型》,《贵州社会科学》2020 年第 9 期。

⑭ 张泉:《有哪些“经济”不可共享?——共享经济平台基础条件与匹配行业探析》,《云南社会科学》2018 年第 3 期。

全自由竞争,因信息无排他性、无竞用性与严重过剩,平台边际产量 MP 递增,由此推知总产量 TP 曲线陡峭递增, TP 曲线任意一点的垂点到其切线与横坐标轴交点的距离总小于到坐标原点的距离,因此 MP 始终高于平均产量 AP 曲线。又因 MP 与边际成本 MC 曲线变化趋势相反、 AP 与平均成本 AC 曲线变化趋势相反,可以推出 MC 、 AC 均递减且 MC 始终低于 AC 曲线, $MC' < 0$ 。结合经济意义可知 $AC = TC/Q$ (TC 为递增数列), AC 曲线向右延伸时到 x 轴、 y 轴的距离乘积 $P \cdot Q$ 持续增大;需求方面,令厂商自由竞争,为与全部消费者完成交易必须通过互联网进行信息交易,而用户“免费”取用信息、效用曲线向后弯折。若短期内互联网用户总数固定、用户注意力:购买力=1 且无多归属用户,则平台需求曲线 d =平均收益 AR =边际收益 MR , d 在其用户总数 Q 处垂直, MR' 不存在。设厂商需求曲线为 $P=P'$, P_I 为所用平台信息交易服务价格,则平台总利润 $\pi = (P_I - AC) \cdot Q$, 厂商总利润 $\pi' = (P' - P_I) \cdot Q$ (图 1)。

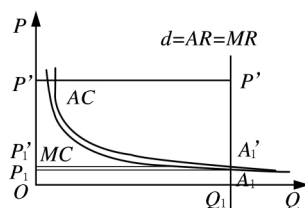


图 1 互联网平台经济基础模型

资料来源:作者自制,图 1—4 同。

(二)模型陈述

1. 完全竞争市场互联网平台垄断均衡模型

在以上假设下,先令完全竞争市场有互联网平台 3 家、厂商 1 家、用户 Q'_3 人,各家平台的用户数 Q_1 、 Q_2 、 Q_3 分别由其技术水平、渠道黏性等决定(图 2)。短期均衡中,因 $MR' < MC'$ 不成立,互联网平台不受传统利润最大化准则 $MR=MC$ 约束,获自主定价权,而厂商据其报价自由选择平台。因 Q 确定 AC 亦确定,厂商为使 π' 最大化必然要求 P_I 最小化,3 家平台分别将 P_I 定于收支相抵点 P_1 、 P_2 、 P_3 ,仅要求正常利润 TR 即 $AC \cdot Q$ 最大化与用户人数 Q 最大化。最终因头部平台带给厂商的净利润 $(P' - P_3) \cdot Q'_3$ 最多,独获厂商青睐,第二次均衡中其他平台被迫退出市场,厂商总利润 π' 达到 $(P' - P'_3) \cdot Q'_3$ 并实现最大化;而单个用户为厂商产品、平台服务实付的总价水平始终为 P' ,消费者剩余恒定;头部平台则获得最多资金强化已有优势,统一相关市场并实现赢者通吃。此时互联网经济均衡于 d 与 AC 曲线交点 D ,任何改变均不能令至少一方状况变好又不使其他人状况变坏,实现帕累托最优均衡;加之所有平台价格 $P=AC$,同时满足公平标准。而长期均衡中,随单个用户实付信息费从 P_1 、 P_2 、 P_3 等全面下降至 P'_3 ,全社会的信息服务总成本将由 $P_1 \cdot Q_1 + P_2 \cdot Q_2 + P_3 \cdot Q_3$ 缩减至 $P'_3 \cdot (Q_1 + Q_2 + Q_3)$,在完全竞争市场中不仅使厂商产品售价由 P_a 自降为 P_b ,使消费升级浪潮中

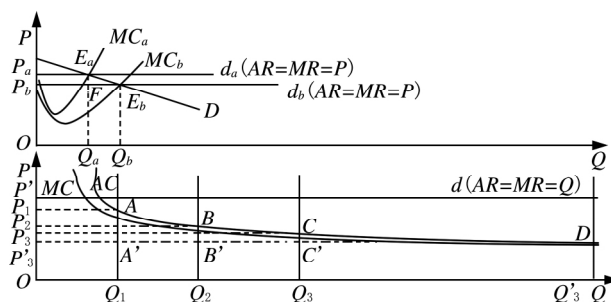


图 2 完全竞争市场互联网平台垄断均衡模型

广泛存在的高需求价格弹性行业($e_d > 1$)销售额从 $P_a \cdot Q_a$ 上涨到 $P_b \cdot Q_b$, 极大提升传统厂商经济效率与 GDP; 也使消费者剩余由 PP_aE_a 扩张至 PP_bE_b , 社会总福利随之上升。总之, 完全竞争市场中平台垄断在损害中小平台与低需求价格弹性行业利益的基础上, 带来效率、公平、社会福利与经济增长最大化。

2. 寡头市场互联网平台垄断均衡模型

而在寡头市场正式揭幕, 互联网平台定价法迅速更新。此时因平台仅此一家、厂商别无选择, 巨头必然要求 $\pi = TR - TC = (P - AC) \cdot Q$ 最大化。因 $MR' < MC'$ 仍不成立, 无须服从 $MR = MC$; 又因 Q 、 AC 确定, 故巨头将 P 值最大化转为其利润最大化新准则, 但在互联网市场垄断后其他平台仍可自由进入, 巨头定价必须小于或等于第二大平台。由此推知, 互联网巨头必将许可第 $2 \sim n$ 家平台加入寡头博弈并接手其放弃的市场容量为 $Q_2 + \dots + Q_n$ 的衍生业务, 定价上前 $n-1$ 家平台与第 n 家平台 P_n 保持一致。如图 3 所示, 令寡头市场第一次均衡前有巨头 1 家、厂商 1 家、用户 Q' 人、 $n=2$, 互联网巨头均衡于点 H , 对应价格为 P' , 正常利润为 $P'HQ'O$, 经济利润为 0。首次均衡中, 第二大平台进入市场并接手用户 Q_2 , 按照完全竞争市场要求均衡于点 A , 定价为 P_2 , 正常利润为 P_2AQ_2O , 经济利润为 0; 巨头用户人数则由 Q' 下降为 Q_1 , 正常利润由 $P'HQ'O$ 缩减为 P_1EQ_1O , 但价格上升至 P_2 , 获最大化经济利润 P_2DEP_1 , 同时导致厂商信息服务总成本增加 $PGHP'$ 。

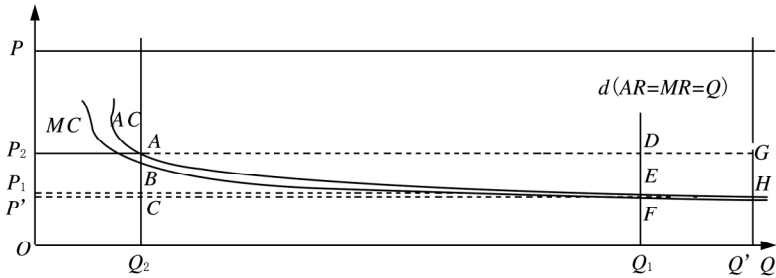


图 3 寡头市场互联网平台垄断均衡模型

第二次均衡中, 因两大平台上轮报价已经雷同, 网络巨头对厂商的强大吸引力不复存在。但第一次均衡中双方赢利状况相差悬殊, 归属于第二大平台资本要素的正常利润和相对微量的用户数据, 无法支撑其迅速扭转竞争格局; 互联网头部平台则不仅拥有丰厚经济利润与海量数据库, 还拥有随时降价驱逐其他平台的绝对优势。如图 4 所示, 令平台倒闭、获正常利润、获经济利润分别为 0、1、2 并为双方绘制支付矩阵, 计算可得仅有两大平台勾结时的策略组合 (勾结, 勾结) 为纳什均衡解, 表明寡头市场两大平台更倾向组建卡特尔以攫取最大利润。同理可证, 寡头市场垄断者通过侵蚀实体经济、让利网络平台的零和博弈, 使互联网经济背离帕累托最优状态; 又因前 $n-1$ 家平台 $P > AC$, 同样违背公平标准; 而伴随平台提价与社会信息交易成本上涨, 完全竞争市场赢者通吃带来的社会福利与 GDP 增长被消耗殆尽。总之, 寡头博弈在让利中小平台与低需求价格弹性行业基础上, 造成效率、公平、社会福利与经济增长的全面失守。

		头部平台	
		不合作	勾结
第二大平台	不合作	$\underline{0} \quad \underline{1}$	$\underline{0} \quad \underline{1}$
	勾结	$\underline{0} \quad \underline{1}$	$\underline{1} \quad \underline{2}$

图 4 寡头市场互联网平台博弈支付矩阵

二、互联网经济对反垄断法的挑战

对比发现,基于边际报酬递增、需求曲线垂直规律的互联网经济,与边际报酬递减、需求曲线下倾的工业经济垄断机制截然不同。随着“分层式垄断竞争”市场结构的形成,^①互联网经济对现行反垄断法造成了从法律原则到具体制度的全面挑战。

(一)法理基础:互联网经济颠覆垄断理论旧基础,导致反垄断基调与法律原则不合时宜

虽都坚持利润最大化原则,但互联网巨头在垄断均衡过程和效果上与传统垄断迥异。如图5所示,除少数自然垄断厂商外,传统垄断厂商均在MC曲线右侧的规模不经济阶段均衡,因MR曲线向下倾斜,MC曲线向上攀升,故 $MR' < MC'$,必然按 $MR=MC$ 准则确定产量为 Q_1 ,垄断价格即 Q_1 在AR曲线上对应的价格 P_1 。分析发现:1. 传统经济中厂商垄断价格并非 d 与MC曲线交点D对应的 P_3 ,故 $P \neq MC$,消费者为额外单位产量愿意支付大于该额外产量的成本,帕累托改进余地尚存;2. 垄断价格也不是 d 与AC曲线交点D对应的 P_4 ,故 $P \neq AC$,收入未能在厂商与消费者之间平等分配,公平标准被打破;3. 社会福利方面,垄断状态下总社会福利为 $PABP_2$,其中消费者剩余为 PAP_1 ,远小于帕累托最优状态下的 PDP_3 ;4. 国民收入方面,垄断状态下产品总产值为 P_1AQ_1O ,若 d 曲线需求价格弹性 $e_d > 1$,则必定小于帕累托最优状态下的 P_3DQ_2O 。正如“结构主义”时期SCP范式强调的那样,垄断带来的高市场集中度必将引发寡头厂商勾结与超额利润出现,全面危及效率、公平、社会福利与经济增长最大化进程,为反垄断法提供了核心理论基础,市场支配地位界定、经营者集中控制登上历史舞台。进入“行为主义”时期后,芝加哥学派虽针锋相对地宣称垄断是市场优胜劣汰的合理结果,寡头厂商高利润的主要源泉是大企业的高效率而非市场支配地位滥用,呼吁法律打击对象应是垄断势力滥用、卡特尔协议而非垄断结构本身,但仍无法扭转垄断损害效率、公平、社会福利与经济增长最大化的基本事实,控制经营者集中、严控市场支配地位滥用、禁止垄断协议等构成了鲜明的反垄断基调与法律原则。

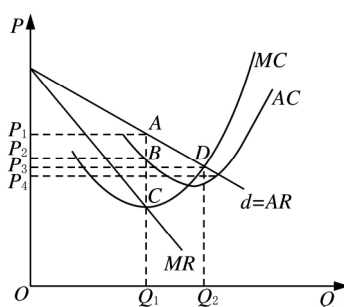


图5 工业经济时代传统厂商垄断均衡模型

资料来源:[美]哈尔·瓦里安:《微观经济学》,经济科学出版社,2010年,第250页。

而互联网经济中以上理论基础被彻底颠覆。完全竞争市场的互联网平台赢者通吃,除有损被公平淘汰的低效率平台与低需求价格弹性行业外并无过错,甚至成为互联网经济效率、公平、社会福利与经济增长最大化的必由之路;而寡头市场中完全垄断转为寡头博弈的竞争性市场结构,却迅速带来效率、公平、社会福利与经济增长的消逝。显然,互联网垄断的结构优势构成了“马歇尔冲突”的主要

^① 苏治、荆文君:《分层式垄断竞争:互联网行业市场结构特征研究——基于互联网平台类企业的分析》,《管理世界》2018年第4期。

方面,完全打破哈佛学派垄断“当然违法”的基调,政府依据传统理论对其进行惯性打击已不合时宜。

(二) 实体制度:互联网经济催生平台垄断新现象,超出传统反垄断法实体制度约束范围

实体制度中,互联网经济催生的平台垄断新主体则迅速颠覆旧有单边市场法律关系,超越、摧毁并弱化了传统反垄断法的法律范畴、裁量工具与执行能力,不仅使其丧失法理合理性,更迅速丧失现实拘束力。

首先在经营集中规制中,我国现行反垄断法对经营者合并、控股与合同行为实行事先申报制度,国务院《关于经营者集中申报标准的规定》等严格限制“所有经营者上一年度全球经营额合计超 100 亿元、境内合计超 4 亿元,至少两个经营者境内营业额均超 4 亿元”的经营者集中。而由互联网平台垄断法经济学模型可推知,为实现中国国民经济全局利益最大化,互联网平台必然赢者通吃;加之中国人口红利巨大,世界级超平台将不胜枚举。目前阿里、腾讯市值已突破 4000 亿美元,由 BAT(百度、阿里、腾讯)领衔的互联网 100 强平台集中均已达到申报标准,在 BAT 积极投资或收购京东、美团、拼多多、搜狗等平台的过程中几乎每逢集中必需申报,已然背离互联网经济瞬息万变的特征。正因如此,中国反垄断法实施 12 年来平台集中申报数量屈指可数,而反垄断机构亦无力予以事后调查与处罚,经营者集中规制对互联网经济几近形同虚设。

其次在滥用市场支配地位规制中,“价格”与“交易”是工业经济反垄断法司法裁量的关键法律概念,不当贱卖、垄断高价、搭售、独家交易等市场支配地位滥用行为,则必须通过基于需求价格弹性的 SSNIP 测试法,根据厂商提价 5% 后能否赢利等判据,进行产品界定—相关市场界定—市场支配地位界定—相对优势滥用界定才可识别。而互联网平台垄断法经济学模型中,广泛存在的二次售卖模式与赢者通吃趋势使“免费模式”与“超级平台”大行其道,互联网经济由单边市场演变为双边市场,垄断高价、搭售、独家交易等随之转变为针对互联网用户或厂商的免费使用、联合提价、软件捆绑和强迫用户(如 3Q 大战)与厂商“二选一”(如美团“二选一”事件)等,相对优势滥用手段更发生翻天覆地的转变。在头部平台滥用市场支配地位界定中,若以用户为交易相对人,传统意义上的市场价格、产品交易完全归零、消失,SSNIP 工具彻底失效;若以厂商为交易相对人,广告、抽成等交易信息服务价格仍在。但在完全竞争市场中,若头部平台由原价格水平 P_3 上涨 5%,则只有价格最低的平台才能生存,甚至会出现腰部平台(用户数为 Q_2)后来居上、头部平台(Q_3)与底部平台(Q_1)全部退场倒闭的奇观(图 2)。而在寡头市场中,因卡特尔联合提价使所有平台价格持平且为 P_2 ,若头部平台独自提价 5% 则必导致其退出市场,而非实现赢利(图 3),以提价后能否赢利识别临时产品市场真实垄断者的方法不复可行。在植根于供需双方直接交易的单边市场法律框架下,互联网平台滥用市场支配地位界定不可避免地走向无法可依。

最后在垄断协议规制中,传统反垄断法禁止的经营者垄断协议在互联网经济中,凭借互联网、大数据、人工智能等技术迭代为高度隐蔽的“算法垄断协议”,令传统反垄断法难以识别与干预。由寡头市场互联网平台垄断均衡模型可知,在二次售卖交易信息对称条件下,前 $n-1$ 家平台必然许可第 n 家中小平台存在并跟涨不跟跌,利用精准推送与数据挖掘算法完成“固定对用户售价为 0、固定对厂商售价与最高价为 P_n 、限定各平台商品销售数量为 $Q_1 \sim Q_n$ 并根据各平台用户人数 $Q_1 \sim Q_n$ 分割销售市场”的纳什均衡,实质上构成具有竞争关系的经营者达成的垄断协议。但在形式上,平台共谋作为互联网经济动态均衡的自发默契,根本无需竞争性平台做出“达成‘排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为’”的法律行为,即可营造传统完全竞争市场中厂商(平台)众多、价格相等的美好假象,超出传统反垄断法禁止“达成”垄断协议的固定条款,在大陆法系国家难以做到执法必严、违法必究。

(三) 程序制度:互联网经济布置垄断管制新难题,迫使适用除外制度必须做法益权衡

而在程序制度中,传统的惯性打击虽已不适合平台垄断,但完全放任互联网垄断、直接将其纳入适用除外制度同样问题重重。由互联网平台垄断法经济学模型可知,垄断在互联网经济中成为极端复杂的“达摩克利斯之剑”,效率、公平、社会福利与经济增长最大化皆源于垄断,又毁于垄断,两者瞬息转换。同时,即便在垄断之善最集中的完全竞争市场,垄断也殃及低效率的中小平台与低需求价格弹性行业,并为未来经济优化埋下隐患;即便在垄断之恶大爆发的寡头市场,垄断也赐予中小平台与低需求价格弹性行业生存发展的机遇,垄断演变为前所未有的复杂矛盾,在“马歇尔冲突转换说”下鱼与熊掌不可兼得,迫使全球互联网反垄断执法机构必须在中小平台生存、低需求价格弹性行业发展、未来经济优化三大利益与当前国民经济全局利益间壮士断腕,亦即在反垄断法适用除外制度根本问题——“互联网是否应当与多大限度应当纳入适用除外领域”上做出果断抉择。

当下,欧美诸国已基于本国产业结构、巨头本土化程度等关键因素做出适用除外制度回应。全球消费升级浪潮中,美国 GAFAM 等翘楚平台已坐实搜索引擎、应用系统、社交通信、网络购物等核心领域全球霸主地位,在国际市场赢者通吃的步伐难以阻挡,故美国大力支持其建构全球垄断。此举在早期完全竞争市场中可加速巨头扩张与全球效率、公平、社会福利与经济增长最大化;远期寡头市场中则可通过掠夺性定价榨取海外各国社会财富,虽不利于国内中小平台与未来经济优化,但宽松的反垄断限制使当代美国成为互联网垄断最大受益者。欧盟的反垄断规制却日趋严苛。由于欧盟并无世界级巨头,放任互联网垄断将引发其互联网产业全线凋敝,故欧盟通过《反垄断法》《版权指令》《GDPR 欧盟通用数据保护条例》等建构全方位的数字经济反垄断体系。此举虽可在早期完全竞争市场将互联网信息交易费截留给国内中小平台,但也中断了效率、公平、社会福利与国民经济增长最大化进程,而到远期寡头市场也仅是守护从未产生过的上述成果不被美国掠夺。以德国、西班牙实施效果为例,2013 年—2014 年两国均修改版权法重构反垄断体系,要求谷歌向当地出版商、新闻网站付费,谷歌随即缩减关停其服务,大型出版商斯普林格(Springer)等网站点击量与广告收入大幅下降,社会交易成本上涨风险与经济优化危机随之加剧,若反垄断法无法孵化全球巨头,牺牲举国利益以维护本国中小平台利益并无益于长期经济发展。截至目前,分道扬镳的欧美反垄断法均未完成两全其美的适用除外制度重构。

总而言之,平台垄断是迥异于传统企业垄断的全新法律行为。面对互联网经济寡头垄断的巨大挑战,工业经济反垄断法已变得法理基础不合理、司法实践难执行、法制改革难突破,科学破解互联网经济对反垄断法的严峻挑战任重道远。

三、中国互联网反垄断法重构建议

面对三重挑战,纵览全球格局,中国反垄断法亟须与时俱进,在中小平台生存等三大利益与当前国民经济全局利益间果断抉择,并巧妙化解法制改革中各方矛盾与未来冲突,开辟中国特色最优化“互联网+”重构路径。

(一) 将互联网平台纳入适用除外制度,合理许可中国巨头赢者通吃

互联网经济中,面对工业时代法理基础“当然违法说”的终结与“马歇尔冲突转化说”的确立,中国反垄断法需首先明确适用除外制度对互联网行业是否适用。在我国,适用除外制度指国家基于产业特征与国民经济需要,规定某些关系国家安全、垄断利大于弊的行业、企业与行为不受反垄断法实体制度拘束,如《反垄断法》第 7、15、28、55 条即为铁路、通信、电力等基础设施行业建立国家垄断扫平了障碍。而结合均衡模型与中国实际可知,互联网行业也可纳入此项制度:1. 由于中国长城防火墙阻隔

与人口红利加持,中外互联网市场完全割裂,BAT等中国巨头不像欧盟还需以反垄断法抵御GAFAM攻击,不存在被美国榨取信息交易成本与未来社会财富的危机,牺牲举国利益维护中小平台利益得不偿失;2.中国消费升级浪潮不可阻挡,恰需以互联网垄断降本增效,通过反垄断法保障低需求价格弹性行业弊大于利;3.自然状态下互联网平台赢者通吃虽将为未来经济埋下巨大隐患,但利用政府限价等调控政策能够巧妙解决,故在中小平台生存、低需求价格弹性行业发展、未来经济优化三大利益与当前国民经济全局利益间,中国可果断选择后者,合理许可互联网巨头赢者通吃,优先实现效率、公平、社会福利与经济增长全面提升。

(二)适度豁免互联网平台集中控制,鼓励各领域经营者健康有序兼并

为与互联网适用除外制度相匹配,反垄断法实体制度也需随之调整,而其中豁免互联网经营者集中控制、鼓励各领域平台健康有序兼并正是其题中应有之义;现实中我国国务院反垄断机构虽明令限制经营者通过兼并、合并其他经营者等手段改变竞争性市场结构,但互联网市场依然出现了“逢集中必需申报、不申报亦不追究”的尴尬窘境,适度豁免平台集中控制已成大势所趋。目前,“阿里、腾讯双寡头垄断,中小平台自由竞争”的垄断竞争格局已在我国基本奠定,^①反垄断机构在以互联网经营者集中控制豁免规制调整互联网平台总数 n 时,亟需摒弃 n 越大越好的惯性思维,为同质化平台兼并、巨头收购新锐平台等合理赢者通吃行为开辟绿色通道;同时也要警惕 n 越来越小带来的寡头市场潜在隐患,在效率、公平、社会福利与经济增长全面失守前完善综合管制配套措施保障。

(三)严控互联网市场支配地位滥用,以平均成本法鉴别管制寡头行为

鉴于豁免互联网平台集中控制后未来经济恶化风险陡增,严控网络支配地位滥用成配套措施保障的重中之重。在工业经济时代,市场支配地位滥用是“行为主义”反垄断法的重点打击对象,SSNIP等经典识别工具因此高度成熟,但其移植于数字经济时代后却无异于方枘圆凿,网络支配地位滥用判定标准亟待探明。而遍历互联网经济垄断均衡全过程即可发现:唯有在完全竞争市场赢者通吃的瞬间效率、公平、社会福利与经济增长达到巅峰,之后寡头市场经济效果恶化皆因巨头支配地位滥用,故互联网经济对应标准应为 $P=AC$ 。凡未采取平均成本定价法即 $P \neq AC$ 的平台即涉嫌不当贱卖或垄断高价,并需纳入法律惩治范围;而相较 AC 较高者, AC 较低的各大平台才可能是交易信息服务各市场真正垄断者与潜在支配地位滥用者。在图1中,若采用平均成本定价法进行公共管制,头部平台 d 曲线将仅保留 A'_1 以下部分线段,显然 A'_1 对应价格水平 P'_1 成为巨头最优选择,效率、公平、社会福利与经济增长最大化一举实现。若反垄断法赋予互联网寡头适度赢者通吃的权利,就需以平均成本定价法为其设置不滥用市场支配地位的相应义务。

(四)明辨互联网算法垄断协议,科学打击竞争平台卡特尔跟涨不跟跌

互联网寡头垄断许可制度下,也须将明辨互联网算法协议、打击竞争平台卡特尔作为配套措施保障的重要构成。由寡头市场互联网平台垄断均衡模型可知,互联网算法垄断协议即前 n 家平台凭借数字科技跟涨不跟跌,自然达成的限制平台竞争、侵蚀实体经济的纳什均衡,危害极为重大。但目前我国反垄断法仅仅禁止具有竞争关系的经营者达成垄断协议,禁止经营者与交易相对人达成垄断协议,对无需“协议”的互联网平台数字卡特尔同谋则缺乏识别与约束能力。为扭转未来经济恶化危机,互联网反垄断机构可充分运用数字科技武装智慧法院,精准测定各大平台 AC 曲线与 d 曲线,以平均成本定价法为前 n 家平台逐一测算合理信息服务价格,重点打击竞争平台卡特尔跟涨不跟跌。反垄断法大修之际,科学监测BAT等大中小平台信息交易服务价格、平均成本及两者离差,加强互联网平

^① 张泉:《中国APP竞争力格局研究——基于“两微一端”百佳评选数据库主成分聚类分析》,《宁夏社会科学》2018年第5期。

台平均成本监控方法研究成当务之急。

(五) 扭转互联网反垄断基调, 实现从反垄断法到垄断管制法的数字化蜕变

总而言之, 面对互联网经济布置的反垄断选择难题, 鉴于中国长城、人口红利与消费升级等关键变量, 中国的最优选项是舍弃中小平台、低需求价格弹性行业利益, 保障国民经济全局利益并对未来经济隐患未雨绸缪, 通过完善寡头垄断许可与平均成本定价法, 孵化与规约“仁慈的独裁者”, 完成从反垄断法到垄断管制法的数字化蜕变。但目前互联网经济所属的数字经济 GDP 占比仅 3/10 强, 实体经济反垄断仍为主流, 建议以数字经济单行法或管制条例等形式, 巧妙应对互联网经济对反垄断法的时代挑战。

四、结 论

数字经济时代, 互联网经济凭借其边际报酬递增与需求曲线垂直的独特属性, 建构起迥异于工业经济时代的垄断机制, 使平台垄断优势成为“马歇尔冲突”的基本面, 推翻传统反垄断法理论基础, 迫使全球各国必须在中小平台生存、低需求价格弹性行业发展、未来经济优化三大利益与当前国民经济全局利益间果断取舍, 全面实现反垄断法法理基础、实体制度与程序制度的历史重构。结合全球格局与中国实际, 我国互联网反垄断法可将互联网合理纳入适用除外行业、适度豁免平台集中控制、严控网络支配地位滥用、禁止算法垄断协议、将反垄断法转为垄断管制法, 将完全竞争市场赢者通吃的美好瞬间凝固为永恒稳态, 在数字经济浪潮中完成反垄断法的“互联网+”与历史跨越。

在互联网垄断与反垄断法大修背景下, 本研究聚焦数字经济垄断热点难题, 以法经济学数理模型描绘出互联网寡头市场中巨头主宰平台数、跟涨不跟跌策略、价格最大化均衡准则等颠覆性均衡机制, 展现了互联网经济中效率、公平、社会福利与经济增长最大化源于垄断又毁于垄断的复杂矛盾, 揭示出哈佛学派、芝加哥学派对互联网垄断认识的片面性, 建构起互联网垄断“马歇尔冲突转化说”, 是传统垄断理论“互联网+”的大胆试探。实践中, 以互联网垄断多元矛盾与利益之争解释了全球数字经济反垄断法冲突对抗的原因, 为各国互联网反垄断法多元价值目标建构与取舍提供了理论支撑。更重要的是, 发现改变反垄断历史基调、孵化并规约中国巨头是中国法制回应最优路径, 对我国反垄断法重构与数字经济新动能培育颇具参考价值。

最后, 互联网、大数据、云计算等在带给我们垄断危机与管制难题的同时, 也给研究带来挑战与机遇。目前互联网经济大数据多被寡头平台垄断, 本研究仅限于数理推导与理论分析, 未来还需以大数据精确测定各平台 AC 曲线、 d 曲线实际形状, 在二次售卖、订单提成实务中测定平均成本定价法最优值, 不断创新出更贴近中国实际的双寡头均衡模型、垂直行业模型等, 为互联网经济反垄断法中平台集中最优数量 n 确立、网络支配地位滥用识别工具——AC 定价法创新等提供实证法学依据, 抑制互联网经济“下半场”互联网寡头从英雄向恶龙的蜕变, 继续引领国民经济创造出无愧于数字中国的更大辉煌。

〔作者张泉, 中国政法大学光明新闻传播学院讲师。北京 100088〕

责任编辑: 王 莉