

反垄断，终于反到互联网

【阅读提示】：本文主要介绍了互联网平台反垄断的相关内容，请结合案例中与课本中的垄断等内容，举例说明，现实中平台经济有何利弊，互联网平台垄断界定有何难点，如何实施反垄断政策才能保证经济正常发展等问题，撰写一篇一页A4纸以内的 memo，于 11 月 5 日（本周六）18:00 前交给对应的小课助教。

2020 年 11 月 15 日的深圳，人们还穿着短袖。当天，福田区的一家酒店迎来了神秘嘉宾，他们是中国反垄断领域的一批专家，还有来自多家互联网巨头公司反垄断部门的工作人员和律所代表。他们来开一场竞争政策研究的学术会议，不对外开放。

四天前，国家市场监督管理总局挂出一则公告：《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》（下称“指南意见稿”），其中将平台定义为“互联网平台”。

公告面世，国内互联网巨头股价集体暴跌。人们开始对指南意见稿的“杀伤力”进行各种分析和猜想。

在上述会议的茶歇期间，南方周末记者与一位国务院反垄断委员会的专家咨询组成员联系，对方说，“不要乱猜，这是正规的（流程）。只是正好赶上了。”

国务院反垄断委员会，由国务院批准成立，现任主任是国务委员、国务院党组成员王勇。机构人员配置大多为各部委的副省部级干部。办公室设在国家市场监督管理总局，并由国家市场监管总局反垄断局承担该委员会的具体工作。

该委员会的专家咨询组是一个提供咨询意见的机构，专家以兼职形式参与工作，不领薪资，但仍受相关工作纪律约束。咨询组成员由该委员会根据各方面条件遴选，自 2011 年 12 月起，每四年产生一届专家组，目前为第三届，成员共 17 名。

上述专家补充，“实际上从去年就开始讨论互联网的一些现象和案例，然后修法、修订部门规章，里面都有互联网的影子。（指南意见稿）就是把所有涉及互联网的问题捏在一起了。”对其出台背后的更多细节，上述专家以“涉及工作纪律”为由拒绝透露。

反垄断“禁区”

清华大学国家战略研究院特约研究员刘旭自 2007 年反垄断法颁布后，就长期关注其执法进展，并对 2008 年该法实施后的执法公示信息做了详细汇编。

反垄断法中有四类垄断形式，分别是横向与纵向垄断协议、经营者集中、滥用市场支配地位和行政垄断。最常见的是经营者集中，表现为 VIE 架构的互联网企业的并购；滥用市场支配地位，以“二选一”为典型；垄断协议则涉及用算法固定价格或与同行达成共谋等行为。

根据经营者集中申报要求，达到标准的并购应向国家市场监管总局申报，未申报的不得实施。申报有两个条件：参与集中的所有经营者上年度全球范围营业额合计超过 100 亿元，且至少两个经营者上年度在中国境内营业额均超过 4 亿元；参与集中的所有经营者上年度在中国境内营业额合计超过 20 亿元，至少两个经营者上年度在中国境内营业额均超 4 亿元。

据刘旭统计，自反垄断法生效以来，执法部门从未对腾讯、阿里巴巴、百度、携程、滴滴、京东、美团等 VIE 架构国内互联网巨头的经营者集中行为公开批准，或因未事先申报而执行处罚。多起互联网公司涉嫌滥用市场支配地位的案例或未获立案或无调查结果，比如京东向国家工商总局实名举报阿里巴巴“二选一”。

刘旭描述，互联网行业就像反垄断执法中的“禁区”。对此，前述国务院反垄断委员会专家咨询组成员回应，“不能说（执法机构）没有动作，我们还有反不正当竞争法和电子商务法。”

反垄断法、反不正当竞争法、电子商务法均对市场竞争行为做出规定，执法机构均为各级市场监督管理局。

区别在于反垄断法关注竞争行为是否破坏自由竞争格局。这决定了只有占据市场支配地

位的大公司适用反垄断法，若要判定其具有市场支配地位则先要界定相关市场。互联网行业的特殊性与复杂性，让反垄断执法和司法工作都面临不小的麻烦。

“界定互联网平台的相关市场，仍是全世界最前沿的问题。”自 2007 年负责过多起互联网反垄断起诉案例的德衡律师集团高级合伙人任力说。

实际上，引发互联网平台“界定相关市场”思考的案例最早发生在 2010 年。经历过“3Q 大战”的网民，都难以忘记当年曾被要求在 360 杀毒软件和 QQ 之间“二选一”的艰难。

2012 年，奇虎 360 将腾讯诉至广东省高级人民法院，指控腾讯滥用其在即时通信软件及服务相关市场的支配地位，索赔 1.5 亿元。审理此案的审判长张学军曾分析，该案审理的关键点在于对“相关市场”的界定，如果说相关市场是分母，被告市场份额为分子，原告极力将分母定窄，被告则要将分母定宽。

经过两年审理，最高人民法院终审宣判，QQ 不具备市场支配地位，驳回奇虎 360 的上诉。任力留意到，多年来，互联网行业反垄断上诉案件中，皆以原告败诉告终。业界普遍认为，“如果腾讯在其即时通信产品上都没有支配（垄断）地位，其他企业就更不可能有了。”

近日，“3Q 大战”一审的审判长、北京市金杜律师事务所高级顾问张学军对南方周末记者表示，界定相关市场的困难与原告败诉之间没有必然的因果关系，还需综合考虑其他因素。但判决的案例作为一个标杆，原告会自行判断对照自己主张的合理性。司法的导向对于行业的行为选择，从来都有很大影响。

张学军补充，就她个人经验来看，不仅是互联网领域，各领域的反垄断诉讼都是凤毛麟角。相反，互联网行业是一个竞争尤其激烈的领域，因此反不正当竞争的诉讼更占主流。

“审慎包容”

2008 年反垄断法开始实施，这 12 年，也是互联网巨头体量“膨胀”的关键窗口。

采访中，多名反垄断专家提到，对互联网企业执法较少，与政府对互联网产业长期采取“审慎包容”的监管原则有关。

2012 年“互联网+”概念被提出。马化腾在 2015 年的全国两会上提议以“互联网+”为驱动，推动产业创新、跨界融合，这一提议被纳入当年的政府工作报告。此后，互联网行业迎来加速时代。

南方周末记者统计阿里巴巴和腾讯过往 12 年的投资并购案例，它们的投资数量自 2013 年起激增，往后一路走高，在 2018 年达到高点，那一年腾讯投资了 151 家企业、阿里巴巴 121 家。在这 12 年里，腾讯共投资企业 763 家，阿里巴巴 549 家。

如今它们的触角已全面覆盖日常生活。从投资企业数来看，在本地生活、电子商务、房产服务、金融、汽车交通、企业服务领域，双方不相上下。教育、社交网络、体育运动、文娱传媒、游戏、智能硬件上，腾讯胜出。阿里巴巴则在旅游、物流上保持优势。

但这上千次的投资并购行为，在反垄断部门批准经营者集中的公示中较少看到。南方周末记者通过公开报道查到零星案例，均是在同行或公众举报下，才由垄断部门受理并启动调查，但几乎均未完整公布调查结果。

任力透露，执法部门也很少受理互联网企业的“经营者集中”申报。原因在于大多数互联网大厂都是适用 VIE 结构在海外上市的，而 VIE 结构又是规避国内产业政策的一种方法。“如果受理通过，有为这些企业规避国内产业政策的行为背书之嫌。”

另有一名反垄断专家提到，反垄断法针对企业未依法申报经营者集中案件的处罚较低，对大企业不具威慑力。“比起 50 万元的罚款，互联网平台更担心错过市场机遇。”

过往，反垄断领域的官员和学者也时常对互联网行业公开表达“审慎包容”的态度。

2017 年，时任工商总局竞争执法局局长杨红灿表示，电子商务看似强大，还经不起折腾；2018 年，对于滴滴、优步合并的事件，国务院反垄断委员会专家咨询组成员黄勇接受采

访时表示，对看不清楚和没把握的行为，“让子弹再飞一会”。

2020 年，原国务院反垄断委员会专家咨询组主任张穹、原国家发改委价格监督与反垄断执法局局长张汉东和原副局长李青共同发文阐述，蚂蚁金服旗下的支付宝、财付通不具有市场支配地位。

“审慎包容也是对的，但不代表‘不作为’和‘放任’。”反垄断法起草者之一、已有七旬高龄的反垄断专家王晓晔对南方周末记者解释，对于一个新东西，还没看懂就去执法，对经济发展不利。然而，近几年互联网发展，行业内限制竞争的问题越发明显，但仍未见到有关部门认真调查。

前述不愿具名的国务院反垄断专家组成员认为，执法机构对各领域一视同仁。一旦有举报，都会按照程序了解。他曾以专家身份参与事件讨论，“有的不形成或难以形成案例，有的非常复杂，需要时间。”

对于此次指南意见稿对企业的影响，南方周末记者联系了腾讯和阿里巴巴。阿里巴巴拒绝了采访，腾讯截至发稿仍未回应采访要求。



反垄断风波

《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》消息一出，港股新经济股集体重挫，截至发稿，美团跌超 10%，京东跌近 9%，腾讯和阿里巴巴均跌超 4%。

该指南是国家市场监管总局即将推出的一系列规范线上经济发展的制度措施的重要内容。11 月 6 日，市场监管总局、中央网信办、税务总局三部门联合召开规范线上经济秩序行政指导会，要求互联网平台企业依法合规经营，勇于担当社会责任，强化自我约束和管理，强调不得滥用市场优势地位排除限制竞争。

会议明确，互联网平台企业不得滥用优势地位强迫商家站队“二选一”，并透露，“双十一”后将依法查处一批违法案件，密集出台一批规章制度。

市监总局出台面向平台经济反垄断的专项指南，意在预防和制止互联网平台经济领域垄断行为，降低行政执法和经营者合规成本，加强和改进平台经济领域反垄断监管，保护市场公平竞争，维护消费者利益和社会公共利益，促进平台经济持续健康发展。《指南》强调，《反垄断法》的基本制度、规制原则和分析框架适用于平台经济领域所有市场主体。

《指南》对主要针对垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、滥用行政权力排除限制竞争等四类垄断行为进行细化规定，也确认了“平台、平台经济、平台经营者”等基础概念以及相关市场界定的具体考虑因素。

值得注意的是，《指南》关注到互联网反垄断领域的诸多焦点问题，如 VIE 架构交易的反垄断申报、数据、技术和算法合谋对协议行为认定的冲击、滥用市场支配地位中的“二选一”，大数据杀熟和必要设施理论的适用等。

随着互联网成为新经济的基础设施，无论是社交、电商、出行、住宿还是订餐，平台经济已渗入国民经济的方方面面，大型平台上聚集了数以百万计的商家和亿级的消费者，串联起规模庞大的多边网络。但互联网经济在享受极大红利的同时，也不断面临“大而不能倒”的质疑。

在学界和业界已经达成共识的是，诞生于工业时代的反垄断法在互联网时代出现适应不良，政府对互联网企业的放手或干预，不能生硬照搬工业时代的做法，但具体该如何具体衡量是否构成垄断，以及该如何监管垄断行为，还未探索出一套行之有效的方法。

1 月，市场监管总局就《〈反垄断法〉修订草案》公开征求意见，明确将互联网经营者纳入监管范围。这是中国《反垄断法》2008 年实施以来，首次全面修改。

近几年，不断有包括两会代表在内的专家学者呼吁将互联网反垄断监管落在实处。多位学者对财新记者表示，尽管对每一个案子来说，判定是否涉嫌垄断要看具体背景是否成立，但整体而言，我国对于反垄断执法的态度是过度宽松的。

VIE 架构企业纳入监管

2008 年 8 月 1 日《反垄断法》生效至今，尚未有一家中国互联网企业因为违反《反垄断法》而被公开查处，互联网巨头实施的并购案中几乎难见反垄断审查的身影，包括携程收购去哪儿、同程艺龙、滴滴优步、美团大众点评等合并交易，经营者无一进行了事前申报，也无一因此受到处罚或公开立案调查。

多名受访专家表示，“VIE 架构”的企业也要接受反垄断审查是该指南的主要亮点。中伦律师事务所合伙人蒋蕙匡告诉财新记者，由于过往市场主流观点的影响，对于涉及 VIE 架构（协议控制）的交易，业界近年来的实践中已经形成了“不申报”的“默契”。

《指南》中明确，涉及协议控制（VIE）架构的经营者集中，属于经营者集中反垄断审查范围，这意味着采用 VIE 架构的互联网公司已不再是监管盲区。

今年 1 月公布的《反垄断法》的修正案征求意见稿中，对未依法申报的处罚上限从 50 万元大幅提高至经营者上一年度销售额的 10%，这一规定使互联网公司采取“不申报”经营者集中审查策略的合规风险或将显著提高。蒋蕙匡认为，对于普遍采用 VIE 结构的大型互联网公司，由于营业额可能按照集团层面并表金额来计算，一旦交易被认定为违规，或将面临天文数字的罚款。

如何界定垄断？

实践中，判定是否滥用市场支配地位在新经济领域并非易事。上海交通大学法学院教授侯利阳指出，“在创新驱动型的互联网市场，证明一家公司具备市场支配地位、有滥用支配地位行为、并需排除合理理由，这一系列取证过程困难重重。此外，在迅速变化的市场当中，竞争格局也在随时发生改变，可能在反垄断调查的过程当中，被调查对象的市场支配地位就已经丧失了”。

有不少互联网企业在统计市场占有率时，往往统计线上线下的总量，比如电商平台统计自己在社零总额中的占比，网约车平台统计自己在所有出行方式中的占比。

国务院反垄断委员会专家咨询组前成员王晓晔指出，相关市场界定问题是经营户则集中和滥用市场支配地位判断的第一步和关键性步骤，“如果把整个经济都界定为一个相关市场，那可能任何企业都不存在滥用市场支配地位，反垄断法就没办法执行”。

《指南》在相关市场界定中将平台经济的特点纳入考量，明确指出，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。

一位主攻反垄断案件的律师告诉财新记者，类似条款散见于过往的政策中，但由于缺乏落地案例，在实践中仍不清楚如何区分构成和不构成垄断的具体标准，在相关市场界定中，比如电商在线上、线下是否具有替代性，有无可能是一个市场，实际判断起来仍不清楚。

如果企业被认定涉嫌垄断，将会直接面临罚款、赔偿、强制分离等处罚。近期，由于蚂蚁集团上市终止，互联网科技巨头的垄断议题再度被提起，是否应当拆分也在学界和产业界引发讨论。有学者认为，可以用有针对性的监管和以竞争克制竞争，来取代拆分等针对传统企业垄断的做法，削弱反垄断处罚的负面影响。对外经贸大学数字经济与法律创新研究中心主任许可表示，由于平台效应有很强的网络外部性，必然形成大的平台。从商业逻辑的角度出发，不应让大平台拆分，而是让更多平台大起来，实现跨界竞争。监管者可以尝试更多遏制平台权力集中和不正当市场竞争的方法，而不是强制性拆分。

国务院发展研究中心创新发展研究部副研究员熊鸿儒指出，“大不是问题，有问题的是大背后的以大欺小、算法合谋、甚至平台内部的治理风险”。他认为，对于监管而言，过早地介入存在损害创新的风险，但过晚的介入也会使监管面临过大的损失，反垄断调查时机和调查范围仍需考量。

全球掀起科技公司反垄断潮

据南都个人信息保护研究中心统计，近4年来，谷歌、苹果、Facebook、亚马逊四大科技巨头在全球范围内深陷反垄断调查，其中谷歌面临27起、亚马逊和苹果面临22起、Facebook面临13起，其中欧盟自2017至2019连续三年对谷歌进行反垄断处罚累计金额超过600亿元。

2020年10月20日，美国司法部对谷歌发起最大规模反垄断诉讼，这是2000年微软案以来全球最重大的反垄断案件。

同期，经过16个月的调查后，美国国会众议院反垄断委员会发布报告称，美国科技巨头利用其市场垄断地位，打压竞争者，压制创新，认为国会应该考虑强迫这些科技巨头将其占支配地位的平台拆分，并改变反垄断法以加强执法力度。

这份长达449页的报告，调查了美国四大科技巨头亚马逊、苹果、Facebook以及谷歌是否存在反竞争行为。

自2017年起，全球市值排名前十的企业中，科技巨头包揽7个席位，且无一例外都具有平台企业的特征。随着巨型平台的边界和影响力不断扩张，有关科技巨头垄断的议题也越来越多地进入国际监管者的视野，《反垄断法》修订已经被各国立法机构提上日程。

美国虽然短期内尚不会有据此报告展开的立法行动，但将增大对未来相关立法的可能性。

反垄断机构合并，人员缩编

2018年，是腾讯和阿里巴巴投资并购企业最多的一年，也是这一年，反垄断部门迎来机构大规模调整。

原本分散在三个部委（商务部、发改委、工商局）的反垄断执法部门集中到国家市场监督管理总局（原工商局）下的反垄断局。改革后，两年间出台了 12 部反垄断法规。

王晓晔不主张“分权”。她谈道，反垄断执法权分属三个部门是历史问题。反垄断执法涉及商务部、发改委和工商局三个部委职能，加上三部委在各自领域有大量实操经验，如商务部开展外商投资并购申报，发改委处理价格垄断与合谋，工商局监管不正当竞争、行政垄断、搭售等市场行为，都涉及反垄断。

三部委在执法过程中容易产生摩擦。比如同一件案件，可能有一部分涉及价格，另一部分不涉及价格，两个部委会因此争夺执法权或“踢皮球”。

“三权归一”虽可有效避免摩擦，在制度、政策、执法尺度上保持一致，但面临的新问题是编制缩减、人手不足。

四名反垄断专家向南方周末记者透露，反垄断机构合并后，编制缩减至 45 人。王晓晔直言，“从三个局到一个局，每个处几个人，垄断协议几个、滥用市场支配地位几个，中国这么大我觉得干不过来。”

另一名国务院反垄断委员会专家咨询组成员说，“欧盟反垄断执法人员最少两千多人，美国两个反垄断执法机构也是两千多人，里头的经济学家、并购部门等各有分配，但中国的反垄断执法部门，一个人干五个人的活。”

南方周末记者查询到，美国反垄断执法工作由司法部和联邦贸易委员会执行，2017 年司法部雇用 535 名员工从事反垄断工作，联邦贸易委员会有 666 名员工，330 名律师、50 名经济学家、136 名律师助理和 150 名其他专业人员。两部门合计接近两千人。

上述专家咨询组成员提到，虽然目前国家将反垄断权力下放地方，以扩充执法队伍。但客观事实是，地方的反垄断团队执法能力参差不齐，甚至有的地方反垄断执法人员是从别的岗位调过来的，还需要成长过程。

人数减少，必然会影响执法工作的有效开展。浙江理工大学教授、新一届国务院反垄断委员会专家咨询组成员王健对南方周末记者说，在有限的人数下，反垄断领域应该有执法重点，国外也有执法的优先目标。

尤其对于互联网领域这类新兴产业而言，执法人员一般秉承的是包容审慎的态度。“当然，执法是有底线的，尤其是涉及运用算法、技术手段达成垄断协议，就绝不允许。”王健说。

而且互联网行业的反垄断更复杂。王健举例，不同的互联网公司，商业模式不同，其执法重点也有所不同。对于腾讯、阿里巴巴这类企业收购初创型企业，确实需要谨慎，可以规定审查标准，对于扼杀性收购也要认真对待，关注其对竞争的影响。

他提示，目前互联网领域的并购，往往是受资本驱动。初创型企业的投资人追求变现，但在资本市场上市并非易事，卖给大型互联网企业反而性价比最高。

与此同时，地方反垄断部门是否有足够动力向当地的纳税大户开刀也是问题。王健表示，“不能说完全没有这种问题，但国家反垄断的执法权力是授权制，在必要时也可以收回来。”

“反垄断不是反富人，是反对为富不仁”

这些年，为了加强反垄断合规性，互联网企业对体制内的反垄断人才“求贤若渴”。

刘旭曾公开撰文指出，原商务部反垄断局至少有三名官员离职后在腾讯、阿里巴巴供职。如 2014 年国家商务部反垄断局执法处副处长崔书锋离职，次年担任腾讯政府事务部研究中心总监，2017 年转任摩拜单车研究院院长、政府关系副总裁，2019 年，任阿里研究院资深专家、竞争政策研究中心主任。

一名国家反垄断委员会专家组成员透露，互联网企业反垄断团队笼络了行业内最顶尖的人才，甚至有几百人。

上述专家表示，这是正常的行业人才流动，官员有顶层设计的思路，进企业后，能更好帮助企业加强合规性。他主张中国应学习国外的“回旋门”，官员进企业后，还可以带着企业实践经验回到体制内，使政策制定更符合期待。

官员之外，反垄断专家的学生也是互联网公司招揽人才的方向。刘旭曾撰文列举，多位国务院反垄断委员会专家组成员的学生在互联网公司研究院任职。

针对这些现象，刘旭公开提出质疑：虽然经过脱敏期，前官员是否仍然能以原有的政界人脉为新东家规避监管提供帮助？

两位国务院反垄断委员会专家组成员则向南方周末记者否定了这一说法。体制内纪律严格，政府工作人员会主动与去企业工作的前同事划清界线。对于专家来说，如果总带有明显立场发言，可信度自然会降低。

关于此次指南意见稿，大多数专家表示了肯定。三名专家表示，这份指南并未超出原有反垄断法的框架，很多判定原则在八年前的“3Q大战”中早已纳入分析。

为什么八年前的共识，直到今天才以指南的形式公布？

曾主审过 3Q 大战的张学军说，这一次的指南，本质上未超出原有的法律框架，但是部门规章对法律条文的细化，却对企业起到极大的示范作用，引导企业自行对照是否合规。越早公布，对企业提高合规性越有帮助。指南的精细化，可以帮助降低执法和经营者合规的成本，是以法施政的体现。

但这不意味着互联网反垄断的司法审判将由此变得简单。

张学军说，当年案件的难点在于，跟传统行业不同，互联网相关市场的界定也好，支配地位也好，都无法通过简单套入一个经济或数学模型，测量出具体数值。审判 3Q 大战时，一审法院也尝试使用了假定垄断者测试等办法，听取了国内外经济学家、法学专家的意见，但最后还是只能通过定性的办法做界定。

“市场是千变万化、纷繁复杂的，我们却要在这么一个市场中量化出一个局部市场的准确分量，我觉得这几乎是不可能完成的任务”。即使是出台指南意见稿，里头的诸多界定也没有给出具体的计算标准，届时仍需根据具体案例具体分析。

其他反垄断专家在采访中，也对如何适用反垄断法产生了一些分歧。

有的研究者认为，大企业通过并购对细分行业进行垄断，最终“大而不倒”，难以避免会作恶。即使没有强制性手段限制竞争对手进入，但巨头已经占据大量市场份额，抬高进入门槛，当市场上仅有两家时，消费者不得不被迫“二选一”。

另一些专家则表示，在互联网领域，激烈竞争的必然结果就是只剩下大企业，这也是资源配置达到最优的情况，反垄断并非要反对企业做大做强。任力打了个比方，“反垄断不是反对富人，而是反对富人为富不仁。”

资料来源

- 1、《反垄断十二年探路，终于反到互联网》，南方周末记者周小铃，南方周末实习生鞠楠楠、刘逸彤，2020年11月19日。<http://www.infzm.com/contents/196100>
- 2、《互联网反垄断征求意见能否遏制巨头无边界扩张？》，财新网记者钱童，2020年11月10日。http://www.caixin.com/2020-11-10/101625665.html?originReferrer=gh_caixinwang