

滥用市场支配地位的行为性救济机制研究

——理论分析与平台经济领域执法实践比较

白让让, 王晨雨

(复旦大学 管理学院, 上海 200433)

摘要: 在结构性救济面临诸多立法难题和实施障碍的背景下, 美国、欧盟、中国等国家或地区的反垄断执法机构将行为性救济作为规制平台运营商滥用市场支配地位的主要工具, 并取得了一定的成效。本文以具体的执法案例为研究背景, 将一般意义上的行为性救济解构为执法者与垄断者之间的机制设计问题, 并给出了三种行为性救济模式静态均衡的若干条件。本文选取美国微软IE浏览器垄断案、欧盟微软播放器垄断案、中国阿里巴巴集团“二选一”垄断案作为行为性救济模式的代表性案例, 从核心内容、实施进程、模式创新和执法成效等方面进行比较研究。结合平台经济领域行为性救济模式的实施障碍, 本文提出了优化行为性救济模式的具体思路。

关键词: 平台经济; 滥用市场支配地位; 行为性救济; 反垄断

中图分类号: F062.9 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-176X(2025)04-0055-15

一、问题的提出

2024年8月30日, 国家市场监督管理总局发布了一份名为“督导阿里巴巴集团控股有限公司完成三年整改”的通告。通告的核心内容是: 2021年以来, 国家市场监督管理总局加强对阿里巴巴集团合规整改的督导, 对整改落实情况开展深入核查, 并委托第三方机构开展执法效果评估; 国家市场监督管理总局认为, 阿里巴巴集团已经按照《行政处罚决定书》《行政指导书》的要求, 全面停止“二选一”的反竞争行为, 严格规范自身经营行为, 认真落实平台主体责任, 健全企业合规管理制度, 提升平台内商家和消费者服务水平。自《中华人民共和国反垄断法》实施以来, 这起处罚金额最大、监管时间最长、执法威慑力最强的滥用市场支配地位案, 在宣告结束的同时, 也为分析中国甚至全球范围内平台经济领域的全链条监管模式提供了一个完整的案例。

2024年8月5日, 美国哥伦比亚特区地方法院的联邦法官公布了一份对谷歌的判决书, 初步判定谷歌的搜索业务违反了《谢尔曼法》第二条关于禁止垄断的条款, 这也是互联网时代美国第

收稿日期: 2024-11-11

基金项目: 复旦大学人文社会科学先锋计划“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”(2021-16)

作者简介: 白让让 (1967-), 男, 陕西长安人, 副教授, 博士, 主要从产业组织和法经济学研究。E-mail: rrbai@fudan.edu.cn

王晨雨 (1997-), 女, 云南昆明人, 博士研究生, 主要从事供应链管理模型与案例研究。E-mail: chenyuwang21@m.fudan.edu.cn

一起针对科技巨头的反垄断判决。在上述判决书中,联邦法官主张,为了防止和限制谷歌在搜索引擎市场的垄断行为,除了实施强制接入、非歧视待遇、数据透明和互操作性等行为性救济要求外,还考虑通过结构性救济拆分谷歌的相关业务。当然,反垄断理论和实践领域都认为,相对于一般意义上的行为性救济,这里的结构性救济并不具有可实施性,仅仅是司法诉讼中的一种讨价还价策略。

以上两个反垄断执法案例并不是特例,从2020年开始,美国、德国、意大利和韩国等多个国家的反垄断机构,也曾对亚马逊、苹果、脸书、微软等平台运营商发起了多项反垄断调查或司法诉讼,个别案件的处罚措施已经执行完毕,但大部分尚处于激烈的控辩阶段,最终裁定或处罚的结果难以预判。平台运营商滥用市场支配地位或具有潜在滥用的可能性,是这些案件的共同特征。各国或地区的反垄断执法机构在规制平台运营商滥用市场支配地位行为时,还是以罚款和行为禁止为主,以往的执法实践一再表明,由于积累了大量的垄断利润,罚金对超级平台运营商并不具有威慑力,而行为性救济的落实又面临着信息不对称、道德风险和执法资源不足等多重障碍。因此,反垄断立法、执法机构也在进行模式创新,设计和推出了自我报告、经营者承诺、第三方监督、反垄断合规等兼具激励与约束的新方式。

众所周知,针对平台垄断运营商拒绝交易、价格歧视、掠夺性定价等较为清晰的反竞争行为,执法者通常要求经营者停止滥用市场支配地位行为,但在规制互联网、平台、专利密集等新兴产业中的垄断企业滥用市场势力的问题时,单纯的行为禁止往往无济于事。Waller^[1]揭示了行为性救济的实施困境,他对代表性案例进行系统分析后发现,反垄断执法机构规制高科技领域主导厂商滥用市场地位行为的手段主要有强制专利许可、互联互通和知识产权信息披露等。为了保障这些举措被真正落实,执法者也面临“二选一”的困境:要么接受主导厂商的自我实施承诺,只在事后进行监督检查;要么借助技术委员会、行业规制者或第三方评价机构的资源,直接纠正滥用市场支配地位行为。Waller^[1]认为,欧盟和美国反垄断执法机构对微软、英特尔的执法并不成功,继续采用同样的方式来规制谷歌、苹果等平台运营商,在结构性救济被排除在外的大环境下,只能重蹈覆辙。在2020年以来的这一轮反垄断执法热潮中,许多学者主张采取纵向或横向拆分的结构性救济,以限制谷歌、脸书、亚马逊等超级平台运营商拒绝接入、自我偏好、算法歧视等更加隐蔽的反竞争行为。Khan^[2]认为,行为性救济已经被证明无法抑制平台运营商通过对关键基础设施(数据、信息和渠道)的控制来歧视、排挤或压榨竞争者,除非恢复结构性救济在反垄断执法中的“基础性地位”,并主张对亚马逊实施横向拆分或业务隔离措施。现实的挑战在于,在反垄断执法历史上,结构性救济的成功案例寥寥无几,这为坚持行为性救济的研究者提供了坚实的依据。Crandall^[3]认为,无论是按照所有权分离还是按照商业模式“划线”来规制谷歌、亚马逊、脸书,都会导致网络效应和社会净福利下降,只要存在行为性救济发挥作用的空间,结构性拆分应是执法者最后的手段。Hovenkamp^[4]不反对反垄断执法模式的现代化,但认为“拆分大平台”只是一种修辞上的故弄玄虚,不可能得到有效实施。他认为,反垄断法的唯一目标是保护消费者及其福利,不能为了维护谷歌、亚马逊、苹果等竞争对手的经济利益,而人为塑造所谓竞争性的市场结构。Ducci^[5]认为,平台产业的数据收集、整理、储存、使用等环节具有自然垄断属性,结构性救济会降低平台运营商的经济效率,应采取政府规制与行为性救济相互协同的方式来制约平台运营商的反竞争行为。当然,也有学者认可行为性救济在规制主导厂商滥用市场势力时的正面效应^[6]。

上述文献通常将行为性救济解释为反垄断执法机构的单向行政监督活动,而忽视了反垄断执法机构具有规则设计者和行为监管者的双重属性,也较少考虑违法企业在市场供求、内部经营成本、经营策略等方面的绝对信息优势,所构建的理论模型无法体现行为性救济的本质特征。本文认为,行为性救济是一个基于委托—代理关系的机制设计过程,其中,反垄断执法机构是救济规

则和目标的设计者, 垄断企业则是救济计划的实施者, 将行政监督成本、企业纠错成本等因素纳入分析框架, 可以洞察行为性救济的参与约束和激励相容等深层次问题。

中国对平台经济领域实施的是发展与规范并举的监管原则。2020年以来, 这方面的反垄断立法、执法和司法也进入了不断完善的阶段, 国家相继出台了《经营者反垄断合规指南》《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》, 浙江、北京、上海等平台经济聚集地区的市场监督管理部门分别颁布了《浙江省平台企业竞争合规指引》、《北京市平台经济领域反垄断合规指引》(2021年版)、《互联网平台企业竞争合规评价指引》等文件。政府出台的这些文件的目的是引导企业自觉规范经营行为, 防范反垄断法律风险, 保障企业和产业的持续健康有序发展。阿里巴巴集团的“二选一”反垄断案最具影响力, 其《行政指导书》是行为性救济的一种新方式, 值得进行案例研究和执法成效评价。

本文以美国、欧盟、中国等国家或地区反垄断执法机构的实施机制和执法案例为背景, 从机制设计视角出发, 主要对三种行为性救济模式进行了初步解构; 通过对美国微软IE浏览器垄断案、欧盟微软播放器垄断案、中国阿里巴巴集团“二选一”垄断案的系统梳理, 从核心内容、实施进程、模式创新和执法成效等方面进行比较研究; 结合平台经济领域行为性救济模式的实施障碍, 提出了优化行为性救济模式的具体思路。

二、滥用市场支配地位的行为性救济: 机制设计视角的分解

行为性救济是指反垄断行政执法或司法机关, 为了防止企业滥用市场支配地位行为的重复发生, 以和解协议、行政决定书或司法判决等方式, 要求企业遵守必要专利许可、互联互通、共享关键基础设施等行为规则^[1], 并在事中、事后对企业是否执行这些规制承诺进行监督和评估的一种监管活动。在这个意义上, 行为性救济具有机制设计的一般属性^[7]。

(一) 基本前提或假定

1. 执法与监管的场景

假定垄断者M因为滥用市场支配地位而被执法者G所发现, 从社会福利最大化或损失最小化的目标出发, 执法者G要求垄断者M在未来特定期限内停止和纠正滥用行为, 按照以往的反垄断执法实践, 可供执法者G选择的事后救济模式可以简单地划分为三种。第一种是无承诺模式, 即执法者G对垄断者M之前的滥用行为作出处罚后, 按照常规程序监督和调查垄断者M后续的经营行为, 如果事后发现垄断者M重复之前的滥用行为, 依旧对其进行经济处罚。第二种是自愿承诺模式, 执法者G同意垄断者M制定“自查自纠”的承诺计划, 在经过利益相关者的认可后, 再由垄断者M自己执行, 执法者G只负责验证垄断者M所提交报告的真实性, 并按照事先约定的规则对垄断者M进行奖惩。第三种是强制实施模式, 执法者G直接规制垄断者M的行为, 扮演监管者和经营者的双重角色, 使垄断者M不再有违法经营的机会。

按照机制设计理论逻辑, 在上述三种救济模式中, 都存在明显的委托—代理关系, 即执法者G作为委托人, 设计激励相容机制, 垄断者M作为代理人, 决定是否遵守和实施相关举措, 考虑信息不对称、行政监管和自我纠正成本等因素, 可以从理论上判定各种救济模式的均衡条件和实施效果。基于上述背景, 借鉴Becker^[8]、Kaplow和Shavell^[9]、Chen和Rey^[10]、Gerlach^[11]、Innes^[12]的基本思路, 本文将行为性救济解释为一个简约机制设计过程。

2. 参与者的目标和行为

执法者G的目标是防止垄断者M滥用行为的重复发生, 减少由此导致的社会损失。执法者G的执法活动由调查 e_1 和识别 e_2 两部分构成, 假定垄断者M被再次调查的概率是 $0 < \alpha < 1$, 执法者G调查后能够判定垄断者M滥用行为的可靠性是 $0 < \beta < 1$, 这两个执法活动的成本分别为

$c(e_1)$ 和 $c(e_2)$ 。为了分析的便利,考虑到这些活动属于执法者G的基本职责,有固定预算,可以假定 $c(e_1) = c_1$ 和 $c(e_2) = c_2$ 。执法者G的另一个行为是设置反垄断的罚金,当完全依靠自己的查处活动确定垄断者M的滥用行为时,罚金上限是 F ,如果垄断者M能够主动承诺纠正或停止滥用行为时,执法者G会对垄断者M之前的滥用行为予以宽恕,将罚金降低为 δF ($0 < \delta < 1$)。由于成本是固定的,所以执法者G的救济机制包含四个要素 $\{\alpha, \beta, \delta, F\}$,当两个概率是严格外生时,执法者G的工具就是 δ 和 F 。

由于垄断者M之前的滥用行为已经被发现和查处,它必须先作出是否承诺纠正滥用行为的决定,这是一个公开的信息;然后,垄断者M采取行动纠正滥用行为,这是它的私人信息,兑现的概率为 $q \in [0, 1]$ 。显然,如果垄断者M拒绝作出承诺,执法者G按照常规进行调查和识别,从节约执法资源和鼓励企业“自查自纠”的目的出发,执法者G不对作出纠错承诺的企业进行事中的跟踪调查,只在最后阶段识别其承诺是否得以落实。垄断者M自动纠正滥用行为也存在一定的成本,令其为 $c(s) = s$,垄断者M私下继续滥用行为得到的垄断利润是 π^m ,无论自主还是被动纠正滥用行为后的利润是 π^c 。

3. 执法者与垄断者的博弈顺序

第0阶段:执法者决定对垄断者实施强制还是非强制性救济:如果是前者,执法者直接纠正垄断者的滥用行为;如果是后者,进入第1阶段。第1阶段:执法者在处罚垄断者之前的滥用行为后,设定两种救济模式供企业选择。垄断者作出是否承诺纠正滥用行为的决定,该决定为公开信息;如果垄断者不作出纠错承诺,执法者按照常规方法进行调查、认定和处罚;如果垄断者作出纠错承诺,之前的罚金降为 δF ,但要接受执法者的事后监督。第2阶段:垄断者采取行动纠正滥用行为,该行动为非公开信息。第3阶段:执法者对承诺纠错的垄断者进行事后监督和奖惩。

(二) 三种行为性救济模式的机制分析

1. 无承诺模式

在没有宽恕计划的情况下,垄断者M愿意纠错的条件是:纠错后的利润大于重复滥用行为的预期利润。其中,纠错后的利润为 $\pi_1 = \pi^c - s$;再次滥用的期望利润为 $\pi_2 = \pi^m - \alpha\beta F$,要使 $\pi_1 > \pi_2$,对垄断者而言就意味着:

$$\pi^c - s > \pi^m - \alpha\beta F \quad (1)$$

由于竞争利润 π^c 一定小于垄断利润 π^m ,要使式(1)左边的净值大于0,就需要降低垄断者自愿纠错的成本 s 或加大对重复滥用行为的处罚力度。在垄断和竞争利润给定的情况下,垄断者不再重复滥用行为的选择,就取决于执法能力、处罚力度和纠错成本。

对执法者而言,在无承诺模式下,最佳罚金要使得 $\pi_1 > \pi_2$,即 $F_1^* = (\pi^m - \pi^c + s)/\alpha\beta$,就可以引致垄断者M自愿纠正滥用行为。

反垄断执法的核心目标是消费者福利最大化,可以假定消费者剩余是垄断利润和竞争利润的差额,而为了得到这个差额,执法者和垄断者必须付出相应的成本,即要求:

$$(\pi^m - \pi^c + \alpha\beta F) \geq (s + c_1 + c_2) \quad (2)$$

其中, $\pi^m - \pi^c$ 为垄断者在两种模式下的利润差值,可以视为增加的消费者剩余, $\alpha\beta F$ 是罚金。只有消费者剩余和罚金能够完全覆盖执法成本和垄断者纠错成本,无承诺模式才能实现反垄断执法的社会效应。

2. 自我承诺模式

在这一情形下,只要垄断者M公开承诺不再滥用市场支配地位,执法者G就对以前的罚金打折扣 δ ,并只在事后核实垄断者M的纠错承诺是否得以落实(假定垄断者M继续滥用行为被发现的概率依旧是 β)。同时,当垄断者M公开承诺不再滥用市场支配地位,但私下继续滥用时,执

法者G在事后应追加处罚, 对持续滥用行为的罚金是 $(1 + \delta)F$, 垄断者M的期望利润变成:

$$\pi'_2 = \pi_m - \beta(1 + \delta)F + (1 - \beta)(1 - \delta)F \quad (3)$$

其中, π_m 是垄断者M第2期继续滥用行为的垄断利润, $\beta(1 + \delta)F$ 是垄断者M违背承诺被施加的新罚金。如果滥用行为没有被发现, 垄断者M依然能从虚假承诺中得到政府对第1期滥用行为罚金的折扣 $(1 - \delta)F$ 。如果垄断者M如实履约, 其净利润为:

$$\pi'_1 = \pi_c - s + (1 - \delta)F \quad (4)$$

这一机制得以实施的条件是 $\pi'_1 > \pi'_2$, 简化后可以得到:

$$\pi_c - s > \pi_m - 2\beta F \quad (5)$$

式(5)表明, 企业遵守公开承诺的条件是, 从竞争市场中得到的净利润要大于私下滥用市场支配地位的垄断利润与 $2\beta F$ 的差值, 即在承诺是公开信息的背景下, 要加大而不是按照常规比例惩罚重复滥用行为, 才能防止虚假承诺行为。

这种模式只有识别成本 c_2 , 即式(5)不等号成立时, 罚金 $F_2^* \geq (\pi_m - \pi_c + s)/2\beta$, 式(1)中 $0 < \alpha < 1$, 则有 $F_2^* < F_1^*$, 即垄断者自我承诺模式下付出的潜在罚金低于常规情形下的损失。

由于没有调查成本, 社会总成本是 $s + c_2$, 小于常规执法下的 $s + c_1 + c_2$ 。相应地, 消费者剩余和罚金合计为 $\pi_m - \pi_c + (1 + \delta)\beta F$, 成本和新增福利的关系是:

$$\pi_m - \pi_c + (1 + \delta)\beta F \geq (s + c_2) \quad (6)$$

比较式(6)和式(2)可以发现, 即便执法者设定完全相同的罚金和宽恕比例 δ , 只要对重复滥用行为按照 δ 追加处罚, 自我承诺模式下的社会福利便会得到更大提升, 原因在于 $(1 + \delta) > \alpha$ 。据此, 本文得到一个较为确定性的结论: 相对于注重事后罚金的无承诺模式, 自我承诺模式是一个帕累托改进。

3. 强制实施模式

在欧盟和美国的反垄断执法实践中, 执法者G可以通过行政裁决或司法诉讼的方式确认垄断者M滥用行为的违法属性, 对于那些既不认错也不承诺纠错的垄断者, 以准管理者、托管人或监管者身份直接纠正其滥用行为。例如, 美国司法部拆分AT&T后, 其在长达十年时间还负责电信运营商的接入价格规制^[13]。在本文的微软垄断案中, 美国司法部和欧盟委员会都曾参与了垄断者的经营活动, 以制止滥用行为的重复发生。与前两种情形不同, 执法者G承担了公司治理或运营活动 g , 相应的纠错成本为 $c(g) = g$ 。一般而言, 执法者G受制于信息不对称和专业能力, 其纠错活动的效率低于垄断者M, 即 $g > s$ 。为了分析的便利, 本文假定在这种强制实施模式下, 没有调查成本和识别成本, 否则就失去直接入场的必要性。

在强制实施模式下, 垄断者M得到的净收益是 $\pi_c - F$, 消费者获得垄断利润下降到竞争利润所带来的净剩余 $\pi_m - \pi_c$, 执法者G在付出成本 g 的同时, 还要对垄断者施加罚金 F 。由于罚金 F 具有转移支付的属性, 从社会总收益最大化出发, 这个机制要得以实施, 应满足如下条件:

$$(\pi_m - \pi_c) \geq g \quad (7)$$

可见, 强制实施模式要求政府具有高效纠错能力和相对低的纠错成本, 如果 $g > (s + c_1 + c_2)$ 或 $g > (s + c_2)$, 执法者应选择前两种救济模式。相反, 当滥用行为导致的无谓损失主要由消费者承担时, 就值得投入一定的公共资源。

限于本文的主题, 上述简约模型没有考虑委托人、代理人与消费者之间更为复杂的动态博弈, 以及罚金比例、纠错努力、公共资金投入等变量的内生性问题。在将上述结论应用到具体案例时, 需要结合特定的执法场景, 进行针对性的论证和判断。本文选取美国微软IE浏览器垄断案、欧盟微软播放器垄断案、中国阿里巴巴集团“二选一”垄断案作为行为性救济的代表性案例, 从核心内容、实施进程、模式创新和执法成效等方面进行比较研究。

三、中外反垄断执法中行为性救济的代表性案例分析

(一) 混合型行为性救济模式——美国微软IE浏览器垄断案

1. 案件背景

1998年,美国司法部经过长期的调查和听证后发现,微软借助其在个人电脑操作系统市场中的支配地位,通过将浏览器与操作系统捆绑销售、免费提供浏览器、与互联网服务器供应商签署排他协议等多种手段,成功地将竞争对手网景挤出了浏览器市场,获得了长期的垄断地位。美国司法部认定微软的这些行为违反了《谢尔曼法》第二条,从保护消费者利益、维持有效竞争、促进创新等多个目标出发,向地区法院提起反垄断诉讼,要求对微软实施结构性救济,即将微软拆分为经营浏览器和操作系统的两个独立运作企业。这个“一分为二”的方案一开始得到了地区法院的认可,但微软上诉后,上诉法院在2002年作出最终裁定,推翻了地区法院认可的拆分模式,主张以行为性救济来限制微软的垄断地位^[14]。

2. 美国微软IE浏览器垄断案行为性救济的核心内容

2002年,美国司法部对微软IE浏览器垄断案的行为性救济方案主要由“禁止行为设定”“遵守和实施程序”两部分组成,即在要求微软遵守非歧视定价、自愿预装、互联互通、公平专利授权等十个基本行为规则的同时,还设定了这一案件的执法组织和实施机制。在技术层面,这个救济方案强制微软与相关企业建立互联互通关系,这些关系又取决于硬件、操作系统、中间软件与应用软件之间一体化的程度或兼容方式,涉及计算机、互联网产业上下游多种类型的参与者。在这一网状组织模式中,微软的操作系统具有双边市场或多边市场的特点:一边是必须安装操作系统的个人电脑制造商,以及希望将应用软件安装在个人电脑上的应用软件开发人员;另一边是数量庞大的消费者,对他们而言,个人电脑、操作系统和应用软件是集成化的产品,缺少任意一个,个人电脑就是一个没有使用价值的摆设。问题在于,除了不生产硬件之外,微软的业务既有操作系统,还有大量的应用软件,从自身利润最大化出发,自然有动力借助在平台一侧的市场支配地位,对具有直接或潜在竞争关系的企业实施纵向圈定和掠夺性定价,这种行为或经营模式也会提高相关市场的进入壁垒,从而使微软获得个人电脑浏览器市场中的支配地位。

在结构性救济被排除在外的情况下,基于强制性信息披露和互联互通的行为性救济成为阻断上述连锁效应的唯一手段。在反垄断执法的语义中,美国司法部对微软行为干预的核心价值体现在两个方面。一方面,禁止微软对上游电脑制造商预装应用软件权力的限制,将安装应用软件及关联产品的权力交给个人电脑使用者。另一方面,强制微软向中间软件和应用软件的开发者披露代码资源,并达成互联的协议,以便后者的产品或软件能够在微软的操作系统上稳定运行。

单纯依靠垄断企业的承诺或反垄断执法机构的指令是无法实现这些复合目标的,美国司法部和参与执行的地区法院在执法程序、组织架构和协调机制等方面进行了一定的模式创新。这个原定于2006年结束的行为性救济案件,经过两次展期,到2011年3月才画上不完美的句号。

3. 美国微软IE浏览器垄断案行为性救济的实施进程

2001年11月,美国司法部、9个州政府与微软所达成的和解协议,只是反垄断执法的第一步。该协议先要提交给联邦地区法院,法院判断这一救济符合公共利益后才能付诸实施。2002年,地区法院法官科特琳(Kotelly)有条件地同意开始实施这个被命名为Windows95/98案件的和解协议,并将执法时效设定为5年。正如主张拆分的法官杰克逊所预见的那样,行为性救济在执行中遇到了微软的百般阻挠或隐蔽抵制。例如,微软迟迟不履行与其他应用软件之间的通信协议或披露必要的代码,使得互联互通处于空转的状态。2006年2月,司法部与州检察官不得已向地区法院申诉,要求微软严格推进救济的进度,后者则以需要重新编写代码、没有合适的技术人员、协议涉及范围太广和复杂程度超出预期等多种理由,希望将执行时间再增加3年。经过多轮

讨价还价, 双方同意将原定截止日期从2007年11月延后到2009年11月。类似的博弈不断出现, 2009年4月, 地区法院法官决定将执法期限再延长18个月, 以便原告有足够的时间检查和判断微软的落实情况。在这一案件的截止日——2011年3月12日, 尽管各方都宣布行为性救济方案得到了有效实施, 但仍有500多个技术问题没有得到实质性解决^[15] 241。

4. 美国微软IE浏览器垄断案的行为性救济模式创新

无论是认为美国司法部对微软的行为性救济大获成功的学者^[6], 还是认为这一救济于事无补的学者^[16], 或者是持中立观点的学者^[17], 都承认技术委员会(Technical Committee)和内部合规办公室(Internal Compliance Officer)的设立, 是美国反垄断执法史上一次重要的机制创新, 对解决执法过程中的关键技术问题发挥了决定性作用。

一是技术委员会的参与约束和激励相容。2002年11月, 按照美国哥伦比亚地区法院公布的最终裁决书, 司法部和微软要合作设立一个名为技术委员会的机构, 协助原告司法部履行“监督微软的履行协议行为、评估第三方的投诉、提出纠正违法行为的建议”等职责。技术委员会由三位委员组成, 原告和被告各推荐一名符合地区法院基本要求的计算机软件设计和编程方面的专家, 再由这两位专家挑选出第三位委员, 最终的任命权则掌握在地区法院手中。这一巧妙的人事制度安排, 具有共同代理的性质, 地区法院是最终委托人和裁定者, 司法部和微软则是中间委托人, 在关键问题僵持不下的投票中, 每个参与人只能占据一席之地, 这能够防止执法过程中的监管俘获问题。技术委员会的约束机制也符合激励相容的逻辑。技术委员会的经费全部由微软承担, 这意味着执法进程越慢, 微软的负担越重。因此, 除非救济条款对其利润产生严重负面影响, 微软长期抵制履约的经济动机将下降。按照地区法院认可的和解协议, 这些专家在事前和事后的特定时段内, 都不能与微软及其竞争对手存在经济上的直接或间接关系, 以降低“旋转门”现象发生的概率。这些委员都是计算机领域的知名技术专家, 其职业声誉也成为防止道德风险发生的外在机制。

二是技术委员会的专业独立性。技术委员会的权责来自地区法院的正式授权, 旨在保证技术判断上的独立性^[1]。技术委员会的职责是协助原告(司法部和9个州政府)监督、判断微软的纠错行为和效果, 其任命和权限来自地区法院而非微软或司法部, 工作范围也被限定在行为性救济的技术层面, 这一安排可以减少反垄断执法中的技术信息不对称问题。例如, 互联互通协议是该救济方案的主要症结, 由于微软和软件开发者对专业APIs的范围界定持不同意见, 使得执法工作一度陷入停顿状态。技术委员会对众多通信文档进行测试和评估, 得到了双方的一致认可, 从而避免了协议许可范围过宽或过窄带来的纷争。技术委员会还在解决中间软件与Windows XP的兼容、一体化产品的确定等问题时, 发挥了基于专业知识的决定性作用。2007年, 地区法院在评估案件进展时, 专门对技术委员会予以肯定和感谢, 认为其主动性和前瞻性确保了微软和原告能够执行合意判决。

三是内部合规办公室的设立与运行。按照美国哥伦比亚地区法院认定的合意判决, 微软要设立一个名为内部合规办公室的专门机构, 管理执法过程中的行政事务, 确保司法部、技术委员会、第三方的相关信息、文件、要求或指令等能够及时准确地传达给微软的对应部门和人员, 并将微软的履约进度和意见反馈给司法部和地区法院。美国微软IE垄断案的执法效率也证明^[17], 借助这一法定机构, 技术性强的救济条款和细则才能落实到微软内部的相关部门和人员, 避免被告以各种理由推卸执法责任^[18]。这个机制的另一个创新点在于, 赋予内部合规办公室和技术委员会共同解决部分技术性争议的权力, 以避免反垄断行政和司法机构对企业日常经营活动的干预^[19]。

(二) 第三方监督下的强制实施模式——欧盟微软播放器垄断案

1. 欧盟微软播放器垄断案行为性救济的核心内容

1998年, 欧盟委员会开始对微软的反竞争行为进行初步调查, 这几乎与美国微软IE浏览器

垄断案同步,但两个反垄断执法机构调查的重点有明显区别。欧盟委员会关注的是微软长期拒绝向太阳微电子有限公司披露系统源代码、将媒体播放器与Windows处理系统捆绑销售等经营行为。按照欧盟委员会反垄断法的程序,经过多轮次的听证和论辩,2004年3月,欧盟委员会认定微软在个人电脑操作系统经营中的拒绝交易和捆绑销售行为违反了相关规定,在对微软施加两类行为性救济的同时,还处以4.97亿欧元的罚款。

欧盟微软播放器垄断案中的两种行为性救济都具有强制合约的属性^[20]。其一,欧盟委员会强令微软向其他软件开发者提供互联互通的代码信息,以便后者的软件能够在Windows操作系统上运行。其二,微软必须提供一个不包含播放器的操作系统让消费者自由选择,不能直接在电脑上预装免费播放器来排斥竞争者。欧盟委员会施加的这两种救济措施的目的在于维持互联网软件和工作站领域的有效竞争,防止微软滥用自身强大的市场支配地位,限制竞争者和创新产品的发展,避免损害消费者剩余。由于这两种行为与计算机、互联网等领域的专利许可和行业标准制定等问题交织在一起,信息不对称和道德风险成为反垄断执法机构面临的主要约束条件。鉴于微软的经营活动不属于行业规制的范畴,为了使这两种救济措施得以落实,欧盟委员会在反垄断执法模式上也进行了一定的突破与创新。

2. 欧盟微软播放器垄断案行为性救济的实施进程

由于计算机、互联网的知识、技术和商业模式变化迅速,所以约束微软以往的滥用市场支配地位行为可能恢复而非激发有效的市场竞争。与美国司法部救济微软时设置的“向前看”模式类似,欧盟委员会按照微软执行裁定的进度和执法成效,参照监督托管人的专业判定,对行为性救济方案进行了多次调整。例如,按照2004年欧盟委员会的反垄断处罚决定书,微软应该在2005年11月前向软件开发者提供完整准确的互联互通信息和有效代码,但经过欧盟委员会官员和监督托管人的评估,微软并未严格执行这两个要求。为此,欧盟委员会决定追加每天200万欧元的罚款,直至后者完全履行互联互通义务。再如,在执行这些协议时,微软曾经对那些接入其操作系统的工作站收取了不合理的许可费用,将专利版税从0.4%—0.7%增加到2.98%—3.87%。对于这种明显违背非歧视原则的行为,欧盟委员会也追加了8.99亿欧元的罚款。实际上,从2004年3月作出行为性救济决定到2009年3月宣布解除微软相关执法要求的5年间,正是借助“评估—处罚—履约”动态执法机制,欧盟委员会才能够迫使微软执行了大部分救济条款。

3. 欧盟微软播放器垄断案的行为性救济模式创新

监督托管人(Monitoring Trustee)制度在欧盟微软播放器垄断案中发挥了十分重要的作用^{[15] 250-525},这一制度设立的依据是2004年欧盟委员会的反垄断处罚决定书。按照欧盟相关法律的规定,反垄断执法机构不能直接干预微软的经营行为,为了保障救济措施得以落实,欧盟委员会在构建监督托管人制度时遵循了参与约束和激励相容原则。其一,微软至少可以推荐3位托管人中的两位,但最终的任命权属于欧盟委员会。其二,托管人的工作范围和程序由欧盟与微软共同确定,托管人完全独立于微软,只向欧盟竞争机构汇报相关的评估结论,最终的判定权和决策权属于欧盟委员会。在整个执法过程中,托管人提交了大量基于计算机、互联网专业知识的分析报告,并及时将欧盟委员会、欧盟初审法院、关联第三方的决定、裁定或反馈告知微软。在履行监督微软内部行为职责的同时,也发挥着信息沟通的桥梁作用。

在以往的反垄断执法实践中,监督托管人制度主要用于兼并重组的行为性救济中。欧盟委员会的上述创新缺少明确的法律依据,在微软的反对下,2009年4月,欧盟初审法院作出新裁决,要求欧盟委员会将监督托管人的有关条款从对微软的反垄断处罚决定书中删除,以避免将执法责任简单地授权给由被监管企业承担经费的第三方独立组织。对于复杂的技术性问题,反垄断执法机构只能聘请外部的专家进行分析论证,但最终的决策权、判断权、实施权必须掌握在政府的执法部门手中,以避免监管俘获和“旋转门”等现象。

针对欧盟初审法院的上述决定, 长期关注微软垄断案的专家 Economides 和 Lianos^[21] 提出了严厉的批评, 他们认为, 托管人的提名来自反垄断执法机构与垄断企业的协商, 托管人的职权范围也是二者同时授权的结果。相反, 欧盟委员会单方面委派的内部或外聘专家, 不可能获得微软的完全信任, 更难以掌握微软内部的复杂技术知识和业务模式。实际上, 在参与欧盟微软播放器垄断案的执法行动期间 (2005—2007 年), 托管人提交的多项监督、评估报告都指向互联互通和代码公布的关键环节, 帮助欧盟委员会在与微软的多次司法诉讼中取得了法官的支持。相反, 2007 年, 监督托管人制度被取消后, 微软落实行为性救济相关条款的意愿明显下降, 它宁可缴纳数额巨大的罚金, 也拒绝履行互联互通。欧盟微软播放器垄断案比原定的救济期限延长了 4 年, 直至 2012 年才宣布执行完结。

4. 美国微软 IE 浏览器垄断案和欧盟微软播放器垄断案引发的讨论

按照本文对行为性救济模式的理论解构, 美国微软 IE 浏览器垄断案和欧盟微软播放器垄断案的救济方案兼具经营者承诺、执法者宽恕和强制实施等特点, 难以精准地把它和本文的三种模式一一匹配。但是, 从强制实施模式所要求的参与约束和激励相容出发, 正是由于反垄断执法机构在计算机、互联网方面的专门知识相对于微软处于信息不对称和专业能力不足的劣势地位, 才使得技术委员会或监督托管人制度的价值得以体现。同时, 欧盟委员会以追加反垄断罚金的方式应对微软兑现承诺时的道德风险问题, 最终使得行为性救济方案的主要内容得以落实, 也证明本文设计的“事前宽恕+违约加重”的不对称罚金模式具有一定的合理性和应用价值。

行为性救济的目标在于恢复市场有效竞争和鼓励企业创新, 从这个视角出发, 可以认定美国微软 IE 浏览器垄断案和欧盟微软播放器垄断案的执法活动都取得了积极的成效。例如, 2004 年, 在全球浏览器市场中, 微软 IE 浏览器的市场份额高达 92%, 主要竞争对手网景则从 1996 年最高峰时的 75% 被打压到 6% 左右。随着美国司法部对微软行为性救济方案的不断落实, 2011 年, 微软 IE 浏览器的市场份额下降到 50%, 火狐、谷歌、苹果等浏览器则分别获得了 22%、19% 和 5% 的市场份额, 如果将手机浏览器也考虑在内, 微软已经不具备市场支配地位。类似的情形也出现在微软长期占据垄断地位的电子邮箱、在线播放器等领域, 也正是得益于美国和欧盟对微软的反垄断执法, 才给苹果、谷歌、脸书和亚马逊等双边平台或多边平台提供了以低成本切入相关市场的机遇, 引爆了 2010 年至今的平台产业革命。

(三) 自我承诺模式——中国阿里巴巴集团“二选一”垄断案

1. 阿里巴巴集团的滥用市场支配地位行为

2021 年 4 月 10 日, 国家市场监督管理总局发布了对阿里巴巴集团的《行政处罚决定书》。调查显示, 自 2015 年以来, 阿里巴巴集团滥用其在中国境内网络零售平台服务市场的支配地位, 禁止平台内经营者在其他竞争性平台开店或参加促销活动, 排除、限制了相关市场竞争, 侵害了平台内经营者的合法权益, 损害了消费者利益, 阻碍了平台经济创新发展, 且不具有正当理由, 构成《反垄断法》第十七条第一款第 (四) 项禁止“没有正当理由, 限定交易相对人只能与其进行交易”的滥用市场支配地位行为。

2. 中国阿里巴巴集团“二选一”垄断案行为性救济的核心内容

国家市场监督管理总局对阿里巴巴集团实施了两类行为性救济。第一类是责令停止违法行为: 不得限制平台内的经营者在其他竞争性平台开展经营活动; 不得限制平台内经营者参与其他竞争性平台的促销活动; 阿里巴巴集团自收到《行政处罚决定书》之日起十五日内, 向国家市场监督管理总局提交改正违法行为情况的报告; 根据处罚与教育相结合的立法、执法原则, 国家市场监督管理总局结合调查发现的问题, 制作了《行政指导书》, 要求阿里巴巴集团在落实平台企业主体责任、加强内控合规管理和保护消费者权益等方面进行全面整改, 依法合规经营。第二类是罚金: 对阿里巴巴集团处以其 2019 年度中国境内销售额 4 557.12 亿元 4% 的罚款, 计 182.28 亿元。

3.中国阿里巴巴集团“二选一”垄断案的行为性救济模式创新

国家市场监督管理总局对阿里巴巴集团的上述行为性救济,尤其是《行政指导书》具有一定的创新意义。

一是行为性救济实施方案的细化。2021年之前,中国反垄断执法机构查处的所有滥用市场支配地位案件中,处罚决定都只有简单的两条:责令停止违法行为和罚金,而且只对罚金的履行方式和期限作出规定。在国家市场监督管理总局对阿里巴巴集团的《行政处罚决定书》中,不仅对企业停止违法行为的内容进行了明确的界定,还设定了企业改正这一违法行为的时限(15天),更为重要的是,为阿里巴巴集团量身打造《行政指导书》,这一新的救济方式在中国反垄断执法实践中属于首创。

二是《行政指导书》中的自我承诺模式。其创新价值在于,以往的经营者承诺主要用于经营者集中的反垄断救济中,对于涉及滥用市场支配地位的反竞争行为,经营者承诺仅仅使用在那些中止调查或终止调查的案件中。按照《中华人民共和国反垄断法》《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》,一旦认定经营者滥用市场支配地位,反垄断执法机构就应作出处理决定,并不再接受经营者提出的中止调查申请。值得注意的是,在中止调查或终止调查的案件中,经营者可以提出中止调查申请,承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除滥用市场支配地位行为的影响,反垄断执法机构在考虑滥用市场支配地位行为的性质、持续时间、后果、社会影响,以及承诺的措施、预期效果等情况后,依法作出相关决定。

《行政指导书》的创新不在于对经营者承诺时点的调整,而是它针对的是潜在违法行为,具有前瞻性和预警性。例如,《行政指导书》不仅要求阿里巴巴集团规范与市场支配地位相关的竞争行为,还要在经营者集中、搜索中立及公平、合理、无歧视原则等重点执法环节进行企业合规建设,肩负起主导厂商维护公平竞争和促进产业创新的责任与义务。《行政指导书》的另一个目的是警示同一领域的经营者,避免重蹈覆辙,尽早取消、停止那些侵害消费者和社会利益的违法违规行爲,这也符合反垄断立法预防违法行为的初衷。

三是《行政指导书》与反垄断执法范式的新探索。如何将责令停止违法行为落到实处,一直是中国反垄断执法中的难点问题,执法和工具单一是行为性救济效率不高、威慑力不强的直接原因^[22]。在这个意义上,《行政指导书》具有模式创新的价值。其一,《行政指导书》与责令停止违法行为、罚款等其他处罚方式具有同等的法律地位。其二,《行政指导书》是反垄断执法机构根据经营者已被查实的违法行为而制定的行为规范,这个规范可以分为禁止型和义务型两个类别,前者是对责令停止违法行为决定的再次确认和细化,义务型的目的是引导大企业自觉塑造公平竞争的市场环境。其三,《行政指导书》是国家市场监督管理总局规制平台经济的新途径,“二选一”既是平台内部的治理规则,也是阿里巴巴集团滥用市场支配地位的核心手段。如果仅仅要求阿里巴巴集团停止相关行为,而不触及隐藏其后的经营模式、关联业务、平台规则等基础性问题,结果是治标不治本,应该借鉴产业监管的理念或手段,鼓励反垄断机构以合理、合法的方式直接或间接监督特定行业的行为规范。可见,《行政指导书》与欧盟委员会在2016年出台的《通用数据保护条例》一样,都是强化数据密集型平台产业政府规制的有益探索。

4.中国阿里巴巴集团“二选一”垄断案行为性救济的执法成效

按照《行政处罚决定书》的要求,2022年3月,阿里巴巴集团向有关部门支付了182.28亿元的罚金。2023年5月,阿里巴巴集团依据《行政指导书》设立了合规与风险委员会。2024年8月,国家市场监督管理总局公布的核查和评估情况表明,阿里巴巴集团按照《行政处罚决定书》《行政指导书》的要求,全面停止了“二选一”的垄断行为。阿里巴巴集团的合规整改工作取得了良好成效,网络零售市场环境得以改善,中国平台经济进入了高质量发展的新阶段。2021年以来,国家市场监督管理总局发布的《中国反垄断执法年度报告》显示,《行政指导书》在全行

业起到了立规矩、儆效尤的震慑警示作用,对防止平台垄断、规范竞争秩序具有重要示范作用。这一模式在美团、知网的反垄断执法实践中也取得了一定的成效,并被国家市场监督管理总局应用到水泥、医药等其他产业的监管活动中。

《行政指导书》具有垄断企业自我承诺的特点,其实际方案与理论假定的主要区别在于,《行政指导书》是反垄断执法机构和垄断企业合作的结果,但最终的监督检查和评估权力依旧掌握在反垄断执法机构手中。中国电商平台产业的市场集中度、治理规则和消费者购物体验的积极变化也表明,相较于要求反垄断执法机构深度介入的美国微软IE浏览器垄断案、欧盟微软播放器垄断案的行为性救济模式,《行政指导书》易于满足参与约束和激励相容的基本条件,能够以较低的行政执法成本提升社会总福利,最终实现发展与规范并举的目标。

四、平台经济领域行为性救济模式的优化路径

数字密集型平台产业天然地具有网络外部性的属性,使得掌握平台运营核心资源和能力的企业能够在较短时间内取得极高的市场支配地位,这并不违法各国的反垄断法。但是,大量执法案例表明,平台运营商也会采取一些排除、限制竞争的方式,以维持既有市场势力和垄断利润。在设计 and 实施适合的救济模式之前,必须对平台运营商滥用市场支配地位的行为有透彻的了解。

平台运营商滥用市场支配地位行为的共同特点主要体现在两个方面^[23]。一方面,平台运营商的市场势力主要依托数字化、数据化的要素和资产,它们嵌入平台运营商的其他投入品和相应的服务之中,单纯的纵向或横向拆分会严重削弱平台经济的网络外部性。另一方面,多边平台的有效运转也依赖于平台运营商设定的治理规则,当行业规则与滥用市场支配地位行为的界限模糊时,纠正违法行为需要以修改平台游戏规则为前提,如何平衡两个层面的利益得失,还处于激烈的争议中^[2]。

(一) 平台经济领域行为性救济模式的实施障碍

为了限制和消除平台运营商滥用市场支配地位的行为,学术界和实践界提出了诸多行为性救济的方式和途径,按照立法导向可以区分为禁止和倡导两类:一类是禁止平台运营商借治理规则从事歧视待遇、自我偏好和掠夺定价等行为;另一类是倡导他们通过互联互通和开放接入促进平台产业的有效和持续创新。在具体的执法实践中,为了实现这两类目标,除了本文案例中提及的几种模式外,还存在反垄断机构独立监管、企业合规制度、第三方监督、政府部门联合执法等其他模式,这些救济模式存在一系列实施障碍。

1. 承诺的兑现率低,纠错时机滞后,社会损失高

在各种行为性救济模式中,即便反垄断执法机构强制命令平台运营商停止某些违法行为,最终将这些救济措施落实到位的只能是平台运营商本身。各种模式的差异之一是承诺的具体方式和监督机制。一些承诺是平台运营商和反垄断执法机构讨价还价后形成的正式契约,还有一些是平台运营商在事前作出的纠错保证书,目的是避免冗长的行政调查影响正常的经营活动。本文的理论模型和以往的执法经验都表明,如果没有合适的激励和压力,平台运营商很难主动兑现这些承诺。一旦自我承诺不能如期落实,平台运营商的市场支配地位会得以强化,消费者将付出更多的无谓损失,并提高未来反垄断执法的行政成本。

2. 违法行为隐蔽性强,救济机制设计难度大,实施周期长

行为性救济是一个基于委托—代理关系的机制设计问题,方案的可行性和可实施性是执法的重要前提。但是,平台运营商滥用市场支配地位行为嵌入平台规制、企业间合约、核心业务与关联服务(检索、购物、配送等)之中,并以数据、专利、代码、软件等数字化资产为主要载体,这构成了反垄断执法机构必须面对的知识壁垒。微软垄断案不断反复的事实就证明,即便那些垄断企业设计、反垄断执法机构认可的救济方案,在具体实践中也会遭遇各种瓶颈。

目前,中国反垄断执法的行政资源更多地分配在调查取证环节,救济模式的设计和 implement 缺乏专门的人员和组织体系,这一状况具有一定的普遍性。例如,据不完全统计,2013年至2021年4月,中国反垄断执法机构查处了53起滥用市场支配地位案件,对其中的38起设置了行为性救济的要求,但除了高通、利乐和阿里巴巴集团等极少数案件的处理决定对责令停止违法行为进行了简要的说明外,绝大多数案件的处理决定对此并未涉及^[13]。不仅如此,自《中华人民共和国反垄断法》颁布施行以来,除了本文重点分析的阿里巴巴集团垄断案外,反垄断执法机构没有公布其他行为性救济案的进展和落实情况,也没有进行规范的执法效果分析。

(二) 优化行为性救济模式的具体思路

平台经济领域独家垄断、寡头垄断结构的不断固化和强化,是一个普遍趋势,这必然派生出产业创新溢出效应递减、行业进入壁垒高企、消费者信息被过度采集、收入分配差距拉大等问题。从2019年开始,包括中国在内的互联网和平台经济大国或地区,逐渐加快立法、执法进度,并在限制平台运营商滥用消费者数据、抑制猎杀式并购、防止差异化平台串通合谋等方面取得一定成效,但学术界对如何规制运营商的单边滥用市场支配地位行为缺少系统性的分析论证。基于上述理论和案例分析,本文就如何优化行为性救济模式提出具体思路。

1. 行为性救济机制的目标、原则和执法规范

无论是结构性救济还是行为性救济,其目标是停止滥用市场支配地位行为、防止滥用市场支配地位行为重复发生和恢复市场有效竞争,这些目标可以采取禁止规定(Prohibitory Provisions)和肯定义务(Affirmative Obligation)两种行为性救济来实现。例如,微软被欧盟委员会限制预装播放器、阿里巴巴集团被国家市场监督管理总局责令取消“二选一”的平台治理规则属于禁止规定,而美国司法部要求微软向其他企业开放操作系统的接入、许可必要的专利、公布相关程序的代码和实施互联互通等属于肯定义务。反垄断执法机构除了对相关产业的结构和治理机制有透彻的了解外,还要评估这些措施实施后的直接效果和间接效果,尤其是要对垄断企业的反应作出较为准确的估计,并据此设计出具体可行的救济方案^[24]。

本文把行为性救济解构为一个机制设计和实施的完整过程,在将这一框架应用到平台经济领域时,也会遭受执法目标多样化、实施工具复杂、被干预对象拥有信息优势等现实问题的困扰。由于这些领域的技术和商业模式变化迅速,考虑到反垄断执法还具有“一案一策”的特点,也有学者主张不应设置统一的行为性救济框架和范式,以避免“一刀切”执法^[25]。虽然平台运营商滥用市场支配地位的行为在表现方式上千差万别,但反竞争行为的实施都离不开数据控制权、交易规则、专利许可等软性资产。考虑到行为性救济的对象主要集中在公平接入和互联互通两个层面,为了提高执法规范性和救济效率,应该以《中华人民共和国反垄断法》《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》为基础,专门出台《平台领域的反垄断行为性救济指南》,建立全国统一的救济原则、程序和标准。行为性救济模式或机制的规范化、公开化和透明化可以提供参照系,使平台运营商能够预判滥用市场支配地位行为的实际后果,进而增强反垄断执法的威慑力。

2. 滥用市场支配地位行为的分类治理与协同执法

平台不同于传统产业的纵向价值链模式,平台运营商的业务间不是简单的投入—产出关系,它们向消费者提供的多是互补性的产品或服务,市场势力的实现得益于双边或多边的杠杆效应。谷歌、亚马逊、阿里巴巴和腾讯等超级平台运营商,也不可能在所参与的业务中都具有市场支配地位,因而行为性救济的对象只能是特定的经营环节和竞争行为。受英特尔、微软和美国电报电话公司等多起执法实践的启示,学者和执法者达成的一个共识是将行业规制与反垄断法有效衔接起来,按照分工协作的原则监管数字化平台的关键业务和反竞争行为。《中华人民共和国数据安全法》《非银行支付机构监督管理条例》《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》

从数据和金融两个核心环节入手,借助行业规制来弥补现行反垄断执法的薄弱环节,进而构建多部门协同的平台经济监管新机制^[23]。当然,在协同监管的实践中,要防止以行业规制替代反垄断执法的倾向,避免弱化竞争政策的基础地位。

3. 反垄断执法机构制定、实施行为性救济的能力建设

执法经验和人力资源的有效供给不足是中国反垄断行政组织体系的短板之一,已经受到决策层的高度关注。2021年3月召开的中央财经委员会第九次会议提出:“要提升监管能力和水平,优化监管框架,实现事前事中事后全链条监管,充实反垄断监管力量,增强监管权威性”。反垄断执法机构自身资源供给增加、专业能力和组织机制创新,对于本文分析的行为性救济机制尤为重要。例如,无论是采取哪种行为性救济模式,最终的依据都是执法机关对滥用市场支配地位行为反竞争效应的科学评估,而这种评估的有效性、合理性和可靠性必然以执法者熟练掌握现代反垄断经济学的理论范式和平台产业的运行规律为前提。

五、结 语

党的二十届三中全会提出:“健全平台经济的常态化监管制度。”反垄断立法、执法是这一制度的核心内容之一。本文的理论和案例分析表明,事前调查、事中认定和事后执法救济是不可分割的整体^[26],行政指导、协同监管、反垄断合规等举措应成为竞争政策或反垄断法的左膀右臂。在平台运营商的各类经营资源与所提供的服务深度融合的技术经济条件下,无论是采取软硬资产的强制隔断,还是所有权的分离,都会导致平台经济的效率损失^[27]。近年来,包括中国在内的平台经济大国,较少采用结构性救济的方式规制平台运营商滥用市场支配地位的反竞争行为,使得行为性救济成为次优选择。近期,英伟达因为涉嫌违反《中华人民共和国反垄断法》《市场监管总局关于附加限制性条件批准英伟达公司收购迈络思科技有限公司股权案反垄断审查决定的公告》,以及谷歌公司涉嫌滥用其在移动操作系统市场的垄断地位,而分别被国家市场监督管理总局正式立案调查,加之美团未能在三年指导期结束后向社会公开合规情况的客观事实,进一步说明研究行为性救济机制的必要性和现实需求。

为了提升中国反垄断执法机构实施行为性救济的效能,需要在三个方面进行推进。第一,以《中华人民共和国反垄断法》的修订为契机,继续补充和完善行为性救济机制的法律法规基础。目前,《中华人民共和国反垄断法》《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》只对行为性救济的适用范围进行了原则性说明^[28],应借鉴经营者集中反垄断执法中积累的经验,尽快出台行为性救济的执法程序或处罚条例,为各级反垄断执法机构的实践提供指引。第二,构建以《中华人民共和国反垄断法》为中心的平台产业政府监管制度,坚持竞争政策基础地位的原则,避免以行业规制、产业政策替代反垄断执法。各国的监管实践表明,反垄断机构作为社会总福利的代言人,相对于特定产业的监管者,与垄断企业之间不存在利益交换的渠道,可以降低监管俘获和政企合谋的风险。第三,增强各类反垄断执法和监管活动信息的透明度、公开性、及时性。平台运营商滥用市场支配地位行为具有长期性和隐蔽性,原因就是这类行为兼具信息不对称、数字密集等特点,能够规避政府和其他参与者的有效监督。反垄断执法机构不仅要公示行为性救济的机制、手段和评估标准,更要在事中、事后发布经营者纠错活动的进展和执法成效的评估报告。

参考文献:

- [1] WALLER S W. Access and information remedies in high-tech antitrust [J]. Journal of competition law and economics, 2012, 8(3): 575-593.
- [2] KHAN L M. The separation of platforms and commerce [J]. Columbia law review, 2019, 119(4): 973-1098.

- [3] CRANDALL R W. The dubious antitrust argument for breaking up the internet giants [J]. Review of industrial organization, 2019, 54(4): 627-649.
- [4] HOVENKAMP H. The looming crisis in antitrust economics [J]. Boston university law review, 2021, 489(6): 101-156.
- [5] DUCCI F. Natural monopolies in digital platform markets [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2020: 1-9.
- [6] HEINER D A. Microsoft: a remedial success? [J]. Antitrust law journal, 2012, 78(2): 329-362.
- [7] KWOKA J. Merger remedies: an incentives constraints framework [J]. Antitrust bulletin, 2017, 62(2): 367-381.
- [8] BECKER G S. Crime and punishment: an economic approach [J]. Journal of political economy, 1968, 76(2): 169-217.
- [9] KAPLOW L, SHAPELL S. Optimal law enforcement with self-reporting of behavior [J]. Journal of political economy, 1994, 102(3): 583-606.
- [10] CHEN Z, REY P. On the design of leniency programs [J]. Journal of law and economics, 2013, 56(4): 917-957.
- [11] GERLACH H. Self-reporting, investigation, and evidentiary standards [J]. Journal of law and economics, 2013, 56(4): 1061-1090.
- [12] INNES R. Lie aversion and self-reporting in optimal law enforcement [J]. Journal of regulatory economics, 2017, 52(2): 107-131.
- [13] 白让让. 平台运营商的市场支配地位滥用与结构性救济——案例回顾、研究述评与新监管模式构想 [J]. 财经问题研究, 2021(6): 39-50.
- [14] PAGE W H, LOPATKA J E. The Microsoft case: antitrust, high technology, and consumer welfare [M]. Chicago: University of Chicago Press, 2007: 1-25.
- [15] ANDREW I G, FIRST H. The Microsoft antitrust cases: competition policy for the twenty-first century [M]. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2014.
- [16] SHAPIRO C. Microsoft: a remedial failure [J]. Antitrust law journal, 2009, 75(3): 739-772.
- [17] PAGE W, CHILDERS H, SELDON J. Software development as an antitrust remedy: lessons from the enforcement of the Microsoft communications protocol licensing requirement [J]. Michigan telecommunications and technology law review, 2007, 14(1): 77-136.
- [18] HESSE R B. Section 2 remedies and U.S. v. Microsoft: what is to be learned [J]. Antitrust law journal, 2009, 75(3): 847-870.
- [19] SVETIEV Y. Antitrust governance: the new wave of antitrust [J]. Loyola university Chicago law journal, 2006, 38(3): 593-694.
- [20] PAGE W H. Mandatory contracting remedies in the American and European Microsoft cases [J]. Antitrust law journal, 2009, 75(3): 787-809.
- [21] ECONOMIDES N, LIANOS I. A critical appraisal of remedies in the EU Microsoft cases [J]. Columbia business law review, 2010(2): 346-420.
- [22] 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(2): 166-181.
- [23] 白让让. 反垄断执法主导与行业规制协同的平台经济监管研究——理论分析与中国的模式创新 [J]. 财经问题研究, 2023(4): 14-30.
- [24] KOVACIC W E. Designing antitrust remedies for dominant firm misconduct [J]. Connecticut law review, 1998, 31(4): 1285-1320.
- [25] KHAN L M. The ideological roots of America's market power problem [J]. Yale law journal, 2017, 127(4): 960-979.
- [26] 时建中. 加强反垄断常态化监管、持续促进平台经济创新发展 [N]. 经济日报, 2024-09-05(7).
- [27] 埃利斯·琼斯, 威廉·E. 科瓦契奇. 反托拉斯法的实施盲区: 美国竞争政策重大扩张面临的挑战 [J]. 竞争政策研究, 2020, 33(6): 5-30.
- [28] 叶卫平. 反垄断法分析模式的中国选择 [J]. 中国社会科学, 2017(3): 96-115+206.

Research on the Behavioral Remedies for Abusing Market Dominance: Theoretical Analysis and Comparison of Enforcement Practices in the Platform Economy

BAI Rangrang, WANG Chenyu

(School of Management, Fudan University, Shanghai 200433, China)

Summary: Since 2020, antitrust agencies in the US, the EU, and China, among other countries or regions, have initiated antitrust administrative investigations or judicial proceedings against anticompetitive behaviors of platform operators, such as Amazon, Microsoft, Alibaba, and Meituan. Against the backdrop of the large net loss of social efficiency of structural remedies and the challenges of information asymmetry, moral hazard, and insufficient enforcement resources faced by conventional behavioral remedies, these antitrust legislatures and enforcement agencies are designing and launching new ways of incentivizing and restraining such as self-reporting and antitrust compliance, some of those have achieved certain enforcement results in curbing monopoly power and promoting industrial innovation.

This paper explains behavioral remedies as a process of mechanism design and implementation based on a principal-agent relationship. The antitrust administrative enforcement agency is the designer or principal of the rules and objectives of behavioral remedies, while the monopoly enterprises are the implementers of the remedies. Combining the anti-monopoly enforcement practices in the US, the EU, and China, this paper classifies three basic types of behavioral remedies, namely, no commitment by enterprises, self-commitment by monopoly operators, and enforcement by regulators. This paper chooses the US Microsoft Internet Explorer monopoly case, the EU Microsoft Media Player monopoly case, and China Alibaba Group “choose one out of two” monopoly case as representative cases, and analyzes their differences in the evaluation of competitive harm, the progress of implementation, and the effects of enforcement.

To enhance the effectiveness of behavioral remedies in China’s antimonopoly field, it is necessary to promote the reform and improvement of the existing legislation and enforcement system in the following three aspects. First, taking the new revision of the *Anti-Monopoly Law of the People’s Republic of China* as an opportunity, we should continue to supplement and improve the legal and regulatory basis of the antimonopoly remedies mechanism. The antitrust administrative enforcement agency should draw on the experience accumulated in the antimonopoly enforcement of operator concentration and introduce as soon as possible behavioral remedies for the enforcement procedures or penalty regulations to provide guidelines for the practice of administrative enforcement agencies at all levels. Second, we should construct a governmental regulatory system for the platform industry centered on the *Anti-Monopoly Law of the People’s Republic of China*, adhering to the principle of the fundamental status of competition policy, and avoiding the substitution of sectoral control and industrial policy for anti-monopoly enforcement. Third, we should enhance the transparency, openness, and timeliness of the information on various types of anti-monopoly enforcement and regulatory activities.

Key words: platform economy; abuse market dominance; behavioral remedies; anti-monopoly

(责任编辑: 孙 艳)

[DOI]10.19654/j.cnki.cjwtyj.2025.04.005

[引用格式]白让让,王晨雨. 滥用市场支配地位的行为性救济机制研究——理论分析与平台经济领域执法实践比较[J]. 财经问题研究, 2025(4): 55–69.