

超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式

翟巍*

内容提要：超大型数字平台企业不仅可以通过实施双轮垄断的路径构筑数字化生态系统，而且能够利用其对平台、渠道与数据的控制而获得统合型市场支配力。在超大型数字平台企业双轮垄断行为规制层面，渊源于工业经济时代的反垄断法律制度暴露出滞后性、僵化性、非全面性的弊端。鉴于这一情形，我国立法机关应当针对《反垄断法》实施数字化革新，通过增设新型禁止滥用市场力条款方式实现规制补强与补位目标，并重构垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制，最终构建包括反垄断监管与数据安全监管在内的“多位一体”的统合型规制机制。市场监管机关亦应当针对超大型数字平台企业双轮垄断行为采用全景式、前置式与穿透式反垄断监管方式，并确保超大型数字平台企业施行的大数据资源搜集、整合、分析、利用行为契合社会公共利益需求。

关键词：双轮垄断 超大型数字平台企业 反垄断法 数字化生态系统

一、引言

基于产业经济学视角分析，超大型数字平台企业以及其他数字平台企业被视为联结平台、渠道与数据的新型企业组织形态。从应然角度分析，由超大型数字平台企业所驱动的数字经济能够激发出极其强大的市场动能。具言之，如果公权力机关能够针对超大型数字平台企业实现周延性与精准性监管，那么这类企业的产生与演进客观上有利于优化国民经济格局与提升社会公共利益，其原因有三。其一，由于信息型与交易型的数字平台企业通常在多边市场经营，因而这类具有市场多栖性的平台企业具有强烈意愿构筑横跨多边市场的统一经营机制，并据此精准整合自身

* 翟巍，华东政法大学经济法学院副教授。

在多边市场的资源，同时相应降低用户在多边市场的交易成本；其二，具有市场多栖性的数字平台企业能够促成与强化服务供给的多元属性，从而为用户设定与拓展更为宽广且更具弹性的选择空间；其三，数字平台企业亦可利用大数据资源与数字技术实现自身服务供给与用户实际需求的精准契合与无缝衔接。^{〔1〕}

然而，随着数字经济的诞生、演进与发展，溯源于工业经济时代的以竞争法为主导的传统市场监管机制逐渐暴露出空白、罅隙与缺陷，它无法全面涵摄与精准处置由超大型数字平台企业实施的附着于其宏大数字化生态系统的新型垄断行为样态，而这类垄断行为样态极易导致平台市场及平台关联市场竞争机制的疲弱化与形骸化，进而减损社会公共利益。^{〔2〕}除此以外，鉴于超大型数字平台企业普遍构建了集聚大数据资源的具有自组织属性的“数据池”，而确保大数据资源的合理共享又构成实现数字经济全面提质增效目标的必要前提，因而监管机关亟需从法律制度层面厘定中小企业获取与利用由超大型数字平台企业掌控的“数据池”资源的合法方式与路径。

为了消解由超大型数字平台企业带来的规制困境，域内外监管机关均开启了关于传统监管机制的数字化革新进程。譬如，在2020年11月，国家市场监督管理总局就《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》公开征求意见，该指南的制定目的就是为了细化现行《反垄断法》实施细则，以切实预防和制止平台经济领域的垄断行为。又如，在2020年10月初，美国众议院司法委员会发布了《数字市场竞争状况调查报告》。该报告认为，作为科技巨头的脸书、谷歌、亚马逊与苹果滥用其支配地位排除、限制竞争，并由此导致市场创新机制弱化与消费者利益减损。基于这一原因，该报告建议开启反垄断法律制度的改革。^{〔3〕}

二、超大型数字平台企业双轮垄断的基本特征

在数字经济时代，由超大型数字平台企业实施的颇为典型的新型垄断行为样态是双轮垄断（double round monopoly）。所谓双轮垄断是指一种在数字经济模式下生成与演进的混合型与集成型垄断行为形式，这种垄断行为的主要施行者为超大型数字平台企业。^{〔4〕}就行为内部架构而言，双轮垄断系由轴心型市场的初始垄断与辐射型市场的第二轮垄断组合而成，前者是后者的基础与前提，而后者是前者的辐射与延伸。在初始垄断层面，超大型数字平台企业通过控制平台、渠道、数据的方式，在作为轴心的数字经济基础服务领域（例如，搜索引擎平台服务领域）塑造自

〔1〕 Vgl. Haucap, Justus, Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln-Renaissance der Missbrauchsaufsicht, in: Wirtschaftsdienst 2020/Konferenzheft, S. 21.

〔2〕 参见杨东：《论反垄断法的重构：应对数字经济的挑战》，载《中国法学》2020年第3期。

〔3〕 See House Judiciary Committee, Investigation of Competition in Digital Markets, 2020, available at https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, last visited on Oct. 10, 2020.

〔4〕 参见李勇坚、夏杰长：《数字经济背景下超级平台双轮垄断的潜在风险及其规制》，载《改革》2020年第8期；南都个人信息保护研究中心反垄断课题组/武汉大学知识产权与竞争法研究所：《科技反垄断浪潮观察报告》，2020年8月发布，第18-21页。

身支配地位,并借助规模效应、用户锁定效应等数字经济效应固化与强化该项支配地位。在第二轮垄断层面,超大型数字平台企业利用在数字经济基础服务领域形成的流量优势、渠道优势、数据优势与资金优势,通过杠杆效应、网络效应、规模效应与范围经济效应将其在数字经济基础服务领域的支配地位辐射与延伸到其他领域,从而在多个新的相关市场构筑自身垄断地位。^{〔5〕}从欧美反垄断实践分析,以GAFAM公司(谷歌、亚马逊、脸书、苹果与微软)为代表的超大型数字平台企业几乎均涉嫌实施双轮垄断行为。

总括而言,域内外超大型数字平台企业所实施的双轮垄断可能导致市场竞争机制的疲弱化与形骸化,而这种混合型与集成型垄断行为一般呈现以下四项基本特征:

(一) 针对竞争对手产品与自身旗下产品实施差别待遇

基于功能界分标准,超大型数字平台企业包括匹配型与联结型两类。匹配型超大型数字平台企业的功能是提供信息中介抑或交易中介服务,以促成市场供给与需求的匹配与契合,其典型代表为亚马逊公司。联结型超大型数字平台企业的功能是提供技术联结渠道,以尽可能确保多边市场之间的顺畅互动,其典型代表为苹果公司与微软公司。在门户网站、社交网络、搜索引擎等各类数字化行业,超大型数字平台企业一方面可以借助所属平台实现数据、用户、内容、技术、应用的整合,另一方面能够有效实现旗下各类数字化行业“流量池”的互通性,因而它们在各类数字化行业中的全景生态流量、市场份额、活跃用户数等关键指标均位居前列。

在数字经济时代,具有寡头垄断地位的超大型数字平台企业所提供的中介匹配与联结服务被绝大多数市场经营者高频率与全方位使用,因而绝大多数经营者对超大型数字平台企业的平台服务产生高度依赖性与附属性。具体而言,除非超大型数字平台企业准许市场经营者提供的商品或服务入驻其平台并保持在平台上的可见性,否则市场经营者在相关市场竞争中将处于严重劣势。^{〔6〕}然而,超大型数字平台企业出于经济人与理性人的逐利本性,有可能滥用其在轴心型相关市场的初始垄断地位,在平台准入与平台可见性层面针对竞争对手产品与自身旗下产品实施差别待遇,最终在辐射型相关市场固化与强化自身的市场支配力。譬如,依据欧盟反垄断监管机构的观点,谷歌公司涉嫌操纵其搜索引擎的排名结果,从而在偏袒自身旗下产品与服务的同时,人为降低竞争对手旗下产品与服务的排名。^{〔7〕}

(二) 经由整合与应用竞争相关性数据的路径遏制竞争

在数字经济时代,数据资源业已成为核心的市场要素与商业资源之一,而超大型数字平台企业可以经由整合与应用竞争相关性数据资源的路径遏制、排除竞争。这类行为亦已引起反垄断监管机关警觉。譬如,2018年,欧盟委员会开启对亚马逊公司的反垄断调查,以评估亚马逊公司

〔5〕 参见前引〔4〕,李勇坚、夏杰长文。

〔6〕 Vgl. Schweitzer, Heike/Haucap, Justus/Kerber, Wolfgang/Welker, Robert, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Projekt Nr. 66/17, Abgabe: 29. August 2018, S. 8.

〔7〕 参见前引〔4〕,南都个人信息保护研究中心反垄断课题组/武汉大学知识产权与竞争法研究所文,第18页。

是否不当利用其平台上独立零售商的敏感数据，并进一步审查亚马逊公司是否利用此类敏感数据推出自身竞争性产品，从而实现自身经营品类的市场扩张。^{〔8〕}

除上所述，超大型数字平台企业亦可以经由在轴心型基础服务领域控制竞争相关性数据获取渠道的方式，构筑自身在辐射型相关市场的支配地位。^{〔9〕}进一步而言，如果超大型数字平台企业经过自身技术开发与人力、物力、财力付出，已经独家掌握了某种大数据资源，而获得这种大数据资源又是其他经营者参与一个或若干个相关市场竞争的必要条件（必要设施），那么超大型数字平台企业如果不是免费或以合理对价向其他经营者开放此类具有公共属性的大数据资源，而是拒绝竞争对手以适格方式与合理对价获取与使用这类大数据资源，那么就涉嫌构成滥用市场支配地位的垄断行为。颇为遗憾的是，域内司法机关在若干案例审理中存在重视特定大数据资源商业属性而忽视其公共属性的倾向。^{〔10〕}

（三）弱化或排斥数据或服务之间互操作性以及遏制数据可移植性

作为市场化要素的数据自由流转、交易与融合是实现数字经济可持续发展的必要前提。超大型数字平台企业在轴心型与辐射型相关市场集聚巨量数据资源，其为了追求巨量数据资源所附带的垄断利益，不但可能倾向于弱化或排斥自身数据、服务与竞争对手数据、服务之间的互操作性，而且可能遏制所掌控数据的可移植性，这就极易导致数据或服务供给的孤岛效应，引发分割数据、服务市场与阻滞竞争机制的后果。

（四）利用具有自组织性特征的宏观数字化生态系统限制竞争

超大型数字平台企业通过实施双轮垄断的路径，逐步构筑了具有自组织性特征的横跨众多相关市场的宏观数字化生态系统。这类生态系统通常在经济领域与社会生活中发挥不可或缺的效用。在这类系统架构下，超大型数字平台企业得以利用其根基于平台、渠道与数据的统合型市场支配力在轴心型与辐射型相关市场强烈排除、限制竞争。具言之，这种浸润与穿透多元相关市场的统合型市场支配力并非经典反垄断法意义上的局限于单一相关市场的支配力，而系由超大型数字平台企业在轴心型与辐射型相关市场的影响力汇总与加权而成。

在内循环与封闭式的数字化生态系统中，超大型数字平台企业能够利用横跨多元相关市场的优势力量（譬如，矩阵式布局、海量用户黏附性、平台多栖性、大数据资源），嵌合与交融滥用市场力行为与其他类型垄断行为，持续与循环强化自身在互联网领域多元相关市场的优势地位，最终在轴心型与辐射型相关市场均呈现出“不可战胜”（unangreifbar）的特征。^{〔11〕}

〔8〕 See AP, EU Opens Investigation into How Amazon Uses Data, September 20, 2018, available at <https://apnews.com/article/ac740b5feadd47ed81560a6fed3b4701>, last visited on Oct. 16, 2020.

〔9〕 Vgl. Budzinski, Oliver/Gaenssle, Sophia/Stöhr, Annika, Der Entwurf zur 10. GWB Novelle: Interventionismus oder Laissezfaire? Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 140, S. 28, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/218964/1/169997652X.pdf>, besucht am 05. 07. 2020.

〔10〕 参见天津市滨海新区人民法院（2019）津 0116 民初 2091 号民事裁定书。

〔11〕 Vgl. BMWi, GWB-Digitalisierungsgesetz, S. 1, https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4, besucht am 30. 06. 2020.

三、超大型数字平台企业双轮垄断的反垄断法规制路径

在数字经济时代,数字化技术演进业已触发各类市场主体之间经济实力关系的深刻变革,这导致传统反垄断法规制体系面临施行阻滞与效能消解的风险。具言之,在超大型数字平台企业双轮垄断行为规制层面,渊源于工业经济时代的反垄断法律制度暴露出滞后性、僵化性、非全面性的弊端,其主要表现为规制理念的不匹配性与规制范畴的不周延性。为了修正、补白与局部重构反垄断法律制度内容,以使其能够适应数字经济时代规制双轮垄断行为的需求,公权力机关应当在立法、执法、司法层面开启反垄断法律制度的数字化改革进程,以实现针对超大型数字平台企业的统合型规制。

(一) 通过增设新型禁止滥用市场力条款方式实现规制补强与补位目标

迄今为止,我国《反垄断法》(第17—19条、第47条)仅仅禁止单一类型的企业滥用市场力行为,即滥用市场支配地位行为。在现行《反垄断法》框架下,国家市场监督管理总局新发布的《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第4条作出认定滥用市场支配地位行为的创新性与变通性规定:“在特定个案中,如果直接事实证据充足,只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显,准确界定相关市场条件不足或非常困难,可以不界定相关市场,直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。”该项规定的制定遵循“由果及因”的法理推导逻辑,在个案情形下无疑降低了互联网经济领域关于滥用市场支配地位行为的认定门槛,因而它有利于反垄断执法机关强化与优化针对超大型数字平台企业滥用市场支配地位行为的监管。

然而,超大型数字平台企业在双轮垄断格局下,不仅能够实施传统意义上的滥用市场支配地位行为,而且能够实施根基于网络经济时代的新型滥用市场力行为排除、限制竞争,而这类新型的滥用市场力行为尚不属于我国现行《反垄断法》的规制范畴。综合而言,超大型数字平台企业滥用市场力行为已从“滥用市场支配地位行为”单一类型转变为“滥用市场相对优势地位行为”“滥用市场支配地位行为”“滥用显著跨市场竞争影响力行为”三种类型并行态势。

1. 基于“规制补强”目标增设“禁止滥用相对优势地位行为”条款

在轴心型相关市场(基础服务领域),具有寡头垄断地位的超大型数字平台企业提供中介匹配与联结服务,而这类服务被辐射型相关市场绝大多数经营者高频率与全方位使用,因而在辐射型相关市场的绝大多数经营者对超大型数字平台企业的平台服务产生高度依赖性与附属性。基于此,即使这类超大型数字平台企业在辐射型相关市场仅具有寡头垄断态势下的相对优势地位,但如果它们滥用此相对优势地位,针对作为竞争对手的市场经营者产品与自身旗下产品实施差别待遇,抑或不准特定市场经营者提供的产品入驻其平台并保持在平台上的可见性,那么这类行为势必扭曲辐射型相关市场的竞争机制。^[12]近年来,域内若干引发社会关注的“二选一”行为就涉

[12] 参见前引[6], Schweitzer、Heike/Haucap、Justus/Kerber、Wolfgang/Welker、Robert文,第8页。

嫌构成超大型数字平台企业滥用相对优势地位行为。^{〔13〕}依据最近发布的《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》第15条，平台经济领域经营者被禁止滥用其市场支配地位要求交易相对人在竞争性平台间进行“二选一”或者其他具有相同效果的行为，但该条款适用的基本前提是“平台经济领域经营者业已在相关市场上具有市场支配地位”，基于此，在实践适用层面该条款无法周延性规制由超大型数字平台企业实施的滥用相对优势地位强制交易相对人“二选一”的行为。

基于域外借鉴视角，大陆法系国家翘楚德国的《反限制竞争法》（GWB）早已内置“禁止滥用相对优势地位行为”条款。具言之，滥用市场支配地位行为（Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen）与滥用相对优势地位行为（Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht）分别受到德国《反限制竞争法》（GWB）第19与第20条的禁止性规制，它们被视为聚焦于单一相关市场的滥用市场力行为的强化与弱化样态。^{〔14〕}虽然我国《电子商务法》第35条被宽泛视为禁止滥用相对优势地位行为条款，^{〔15〕}但这项法条内容具有倡导性与宣示性特征，其细化性与实操性不强，并且与这项法条所禁止的行为相对应的行政法律责任较轻，因而它无法对实施滥用相对优势地位行为的超大型数字平台企业形成足够法律威慑。由于这一原因，我国有必要借鉴德国《反限制竞争法》（GWB）模式，将“滥用相对优势地位行为”厘定为“滥用市场支配地位行为”的弱化形式，并基于“反垄断规制补强”目标在《反垄断法》中增设“禁止滥用相对优势地位行为”条款，将“滥用相对优势地位行为”与“滥用市场支配地位行为”统一纳入法定禁止的垄断行为范畴。

2. 基于“规制补位”目标增设“禁止具有显著跨市场竞争影响企业的滥用市场力行为”条款

在内循环与封闭式的数字化生态系统中，超大型数字平台企业能够利用浸润与穿透多元相关市场的统合型市场支配力，在轴心型与辐射型相关市场嵌合与交融滥用市场力行为与其他类型垄断行为，塑造、固化与强化自身在互联网领域多元相关市场的优势地位。在现行反垄断法制度架构下，在单一相关市场禁止单一垄断行为的经典规制范式已经无法匹配超大型数字平台企业在多元相关市场实施的滥用统合型市场支配力的行为。

基于弥补数字经济时代反垄断规制缺位的目标，2020年德国《反限制竞争法》（GWB）第十次修订法律草案的显著特征是增设第19a条，该项法条标题为“具有显著跨市场竞争影响的企业的滥用行为”（Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb）。该项法条首次厘定并禁止不同于滥用相对优势地位行为、滥用市场支配地位行为的第三类型的企业滥用市场力行为，即具有显著跨市场竞争影响企业的滥

〔13〕 参见翟巍：《针对二选一强化全面监管势在必行》，载《法治日报》2020年9月9日，第05版。

〔14〕 Vgl. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>, besucht am 21.10.2020.

〔15〕 《电子商务法》第22条规定：“电子商务经营者因其技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素而具有市场支配地位的，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。”该法第35条规定：“电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。”

用市场力行为。^{〔16〕}就立法设计而言,德国《反限制竞争法》(GWB)第十次修订法律草案第19a条的主要规制对象即为超大型数字平台企业在多元相关市场实施的滥用统合型市场支配力的行为。

在我国《反垄断法》即将修订之际,亦有必要基于数字经济时代“反垄断规制补位”目标,吸纳以德国为代表的域外最新立法理念与技术,在我国《反垄断法》中增设新型的禁止滥用市场力条款,以规制具有显著跨市场竞争影响的超大型数字平台企业所施行的滥用市场力行为。

在前置阶段,应当首先在《反垄断法》中增设关于评判“一个企业是否具有显著跨市场竞争影响”的条款。在这项新设条款中,有必要厘定以下多维度的评判标准:(1)相关企业在—个或多个市场上的市场优势地位;(2)相关企业的财务实力或获得其他资源的机会;(3)相关企业实施的垂直整合活动或以其他方式在相互关联的市场进行的活动;(4)相关企业获取与竞争相关的数据的渠道;(5)相关企业的活动对第三方主体进入采购与销售市场的重要影响以及相关企业通过其相关活动对第三方主体业务活动的影响。

在后续阶段,有必要在借鉴德国《反限制竞争法》(GWB)第十次修订法律草案第19a条第2款的基础上,通过在《反垄断法》中增设“禁止具有显著跨市场竞争影响企业的滥用市场力行为”条款的方式,明文禁止以下类型的呈现双轮垄断特征的滥用显著跨市场竞争影响力行为:其一,超大型数字平台企业对竞争对手与自身所属企业实施差别待遇;其二,超大型数字平台企业通过整合与利用竞争相关性数据的方式排除、限制竞争;其三,超大型数字平台企业减损数据或服务之间的互操作性或数据的可移植性,从而损害竞争机制。^{〔17〕}

(二) 施行全景式、前置式与穿透式反垄断监管方式

鉴于在数字经济时代,传统反垄断监管方式无法即时、全面且精准处置由超大型数字平台企业实施的新型垄断行为,由德国政党基民盟/基社盟与社会民主党签订的联盟协议(Koalitionsvertrag)作出关于反垄断执法机制数字化改革的宣示:“竞争监管机构必须能够——尤其是在快速变化的市场中——迅速有效地纠正滥用市场支配力的行为。为此我们将要——特别是在平台企业实施滥用行为的层面——进一步强化竞争监管机构的监管。”^{〔18〕}

在具有较高集中度的数字经济相关市场,超大型数字平台企业不但通常占据了主要市场份额,而且由于其企业逐利本质而具有滥用市场力量攫取经济暴利的动机。基于这一情况,欧盟委员会早在2018年颁布的《2017年竞争政策报告》中就主张,在此类具有较高集中度的相关市场,欧盟应当致力于促进公平竞争,以实现维护公民福祉与相关企业利益的目标。具言之,为了防止这类相关市场中的大型的、强力的企业滥用其市场力量损害用户与经济,欧盟反垄断执法与司法机关必须遵循严苛的标准实施反垄断法。譬如,在2017年第C-413/14 P号判例中,欧洲法院

〔16〕 Vgl. BMWi, Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, www.bmw.de, besucht am 30. 06. 2020.

〔17〕 参见前引〔16〕。

〔18〕 前引〔11〕。

就在全面调查前提下遵循严苛标准认定：占据市场主导地位公司给予独家折扣的行为构成具有反竞争效果的违法行为。^{〔19〕}

总括而言，域内外反垄断监管机关采用传统的被动式与外在式监管手段不但无法应对由超大型数字平台企业实施的具有全局性、专业性与隐秘性特征的滥用市场力等类型的垄断行为，而且亦无力遏制由其构筑的宏观数字化生态系统的自我循环强化态势。鉴于此，反垄断监管机关应当获得相应法定授权，以确保其能够更加便捷地采取临时性与常态性监管措施，从而更加有效应对由超大型数字平台企业在轴心型与辐射型相关市场实施的滥用市场力垄断行为。

在上述前提下，反垄断监管机关可以基于横跨多元市场的全景式视角，通过强化统合式、前置式与穿透式监管的方式，主动开启针对超大型数字平台企业双轮垄断格局及数字化生态系统的反垄断调查活动。一方面，反垄断监管机关有必要借助大数据分析等科技监管模式，评估超大型数字平台企业控制的平台系统、人工智能与数字技术、大数据资源、注意力资源，实现对双轮垄断格局下超大型数字平台企业垄断行为的预警性与回溯性调查；另一方面，反垄断监管机关亦有必要借助区块链技术等先进科技，分析锁定效应、杠杆效应、规模效应等数字经济效应，发现、提取与固定在双轮垄断格局下超大型数字平台企业垄断行为的痕迹、线索、证据。此外，反垄断监管机关亦可以通过设置正面清单、存疑清单与负面清单的方式，为超大型数字平台企业构筑与运行宏观数字化生态系统设定实操化与清晰化的行为合规指南。

（三）重构垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制

《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第8条规定：“被诉垄断行为属于反垄断法第十七条第一款规定的滥用市场支配地位的，原告应当对被告在相关市场内具有支配地位和其滥用市场支配地位承担举证责任。被告以其行为具有正当性为由进行抗辩的，应当承担举证责任。”依据该条规定，在涉及超大型数字平台企业双轮垄断纠纷民事诉讼中，提出反双轮垄断诉求的原告应当承担证明作为被告的超大型数字平台企业实施“滥用市场支配地位行为”的举证责任。

然而，超大型数字平台企业在双轮垄断格局中实施的滥用市场支配地位行为呈现复合性、技术性与隐蔽性特征，因而受到此类垄断行为侵害的企业或消费者通常面临“无知之幕”，这类企业与消费者一般仅能提供关于此类垄断行为存在的低度或中度盖然性证据（譬如，相关线索或市场迹象），而没有法定权限与技术手段获取关于此类垄断行为存在的高度盖然性或确定性证据。这实质上使这类企业或消费者处于垄断司法诉讼举证难度过大与举证责任过重的窘境，因而亦导致其难以有效通过诉讼方式维权。^{〔20〕}

〔19〕 See Case C-413/14 P: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017—Intel Corp. v. European Commission, Association for Competitive Technology Inc., Union fédérale des consommateurs—Que choisir (UFC—Que choisir) [Appeal—Article 102 TFEU—Abuse of a dominant position—Loyalty rebates—Commission’s jurisdiction—Regulation (EC) No 1/2003 — Article 19], OJ C 374, 6. 11. 2017, p. 2-2.

〔20〕 参见杜爱武、陈云开：《反垄断诉讼典型案例评析》，中国法制出版社2017年版，第61、70页。

基于前述境况,为了在数字经济领域强化《反垄断法》的私主体执行效果与效率,我国立法机关及司法机关有必要重构现行垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制。一方面,我国立法机关及司法机关应当降低主张反双轮垄断存在并造成损害的原告的举证责任。具言之,这类原告在承担举证责任层面,应当仅需提供关于超大型数字平台企业实施垄断行为的相关性信息或低度、中度盖然性证据,而不应被苛求提供高度盖然性证据乃至确定性与确凿性证据。另一方面,如果作为被告的超大型数字平台企业以其被诉双轮垄断行为具有正当性为由进行抗辩,应当承担强化与细化的举证责任。具言之,我国立法机关及司法机关有必要厘定下列四项关于超大型数字平台企业提出正当性抗辩的标准:

其一,显著性标准。超大型数字平台企业应当证明其实施的被诉行为能够显著提升社会公共利益或其促进竞争的影响显著大于阻碍竞争的影响。

其二,不可替代性标准。超大型数字平台企业应当证明其实施的被诉行为具有不可替代属性。也就是说,如果存在其他替代性措施可以实现与被诉行为等同的正面效果,且此类替代性措施能够产生比被诉行为更小的损害竞争影响,那么被诉行为就不契合不可替代性标准的要求。

其三,最低限度标准。超大型数字平台企业应当证明被诉行为产生的负面影响被限定在实现正当性目标(譬如,社会共同利益目标)所必需的最低限度之内。

其四,透明性标准。超大型数字平台企业应当确保被诉行为动机、手段与后果的透明性与可查验性,公权力机关、利益相关者与社会公众都应依法获取关于被诉行为实施的相关信息,并可对被诉行为的实施予以必要监督。

四、双轮垄断格局下大数据资源爬取行为的违法性判定路径

就功能属性而言,大数据资源既属于数字经济发展的“燃料”与动力,又构成数字经济的市场化要素类型之一。^[21]在数字经济及传统工业经济领域,鉴于大数据资源具有非排他性、可复制性、可移转性的基本特征,这类资源的有序交换与汇总整合蕴含着巨大的经济发展潜能;具言之,相关企业可以经由大数据资源的交换与整合行为获取在其自身经营活动中所无法全面收集的关键信息,进而得以利用此类信息优化自身生产效率,并开发出精准契合用户需求的最新产品与服务。^[22]

然而,数字经济附带衍生了“先入为王”与“赢者通吃”效应,超大型数字平台企业已经在轴心型与辐射型相关市场持续与循环集聚大数据资源,其为了追求大数据资源衍生的高额垄断利益,不但可能经由整合与应用竞争相关性数据资源的路径遏制、排除竞争,而且亦有可能通过

[21] 参见〔美〕杰奥夫雷 G. 帕克、马歇尔 W. 范·埃尔斯泰恩、桑基特·保罗·邱达利:《平台革命:改变世界的商业模式》,志鹏译,机械工业出版社 2018 年版,第 218-220 页。

[22] Vgl. Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, Oktober 2017, S. 9, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_1.pdf, besucht am 28. 12. 2020.

“拒绝大数据资源共享”以及“弱化或排斥自身数据、服务与竞争对手数据、服务之间互操作性”的方式遏制、排除竞争。超大型数字平台企业在双轮垄断格局下普遍构建了集聚大数据资源的具有自组织属性的“数据池”，由此引出的一个基本法律问题为：其他企业如何能够合法获取与利用这类由超大型数字平台企业掌控的“数据池”资源。换言之，在中小企业通过数据爬取技术获取与利用由超大型数字平台企业掌控的“数据池”资源的情形下，此类大数据资源爬取行为的违法性与合法性判定标准亟需厘清。

（一）双轮垄断格局下大数据资源的基本属性

迄今为止，我国立法机关尚未从私法层面清晰厘定大数据资源的确切权属。^{〔23〕}不过，从全球数字经济发展态势考察，大数据资源在域内外已被普遍视为市场化要素类型之一。^{〔24〕}大数据资源的搜集、处理、应用服务与社会公众的公共安全、利益福祉之间具有密切关联，因而大数据资源的搜集、处理、应用服务可被视为具有“社会公共服务”属性。^{〔25〕}根据“生计预备”理论，^{〔26〕}大数据资源的搜集、处理、应用服务属于社会公共服务范畴，因而虽然这类服务并非必然应当由“国家”（公权力主体）提供，它们亦可以由“私人”（私权利主体）提供，但是“国家”（公权力主体）基于维护社会公共利益目标，负有不可或缺的对于这类服务供给的保障与监管职责。^{〔27〕}

就理想状态而言，由于超大型数字平台企业具备在轴心型与辐射型相关市场搜集、处理、应用大数据资源的意愿与能力，这类平台企业能够为使用平台服务的经营者与消费者提供精准契合需求的个别化与定制化服务，这客观上可以增进相关经营者利益与提升消费者福祉。但就实然状态而言，由于超大型数字平台企业兼具“经济人”与“理性人”的逐利属性，这类平台企业为了实现自身利益最大化目标，不仅有可能恶意拒绝其所掌控的大大数据资源的合理分配与共享，而且有可能滥用竞争相关性大数据资源，实施隐形差别对待以及大数据“杀熟”行为。

总括而言，超大型数字平台企业能够利用横跨多元相关市场的优势力量（譬如，大数据资源），持续与循环强化自身在互联网领域多元相关市场的优势地位，循序形成初始垄断、第二轮垄断乃至第三轮垄断，最终在轴心型与辐射型相关市场呈现出“不可战胜”的属性，因而市场机制的自我调整与自发修正已经无法有效克服由超大型数字平台企业双轮乃至多轮垄断所导致的市

〔23〕 譬如，《民法典》第1034-1036条针对大数据资源所包含的个人信息识别标准与处理标准作出细化规定，但未对整体大数据资源的细化权属作出明确界定。

〔24〕 譬如，2020年4月9日，中共中央、国务院公布了《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》，该文件明确将数据厘定作为一种新型生产要素。

〔25〕 在域外立法文献与学术文献中，与社会公共服务概念同质或类似的概念表述包括 *gemeinwohlorientierte Leistungen*、*Daseinsvorsorge*、*Leistungen der Daseinsvorsorge*、*Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*、*öffentliche Dienstleistungen*、*Dienste von allgemeinem Interesse*、*service public*、*servicio público* 等。Vgl. Zhai, W., *Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen in Bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Rahmen des EU-Kartellrechts*, 2012, 1. Auflage, Hamburg, S. 13 ff.

〔26〕 恩斯特·福斯特霍夫（Ernst Forsthoff）是“生计预备”理论的开创者。在1938年，恩斯特·福斯特霍夫在其著作《作为服务提供者的行政》中阐述以服务为管理对象的行政的发展路径，并使用“生计预备”（*Daseinsvorsorge*）一词指称“为实现有意义的人类生存而提供必需商品与服务的国家任务”。Vgl. *Der Deutsche Bundestag, Ausarbeitung, Thema: Was ist Daseinsvorsorge? Abschluss der Arbeit*: 6. Februar 2006, Reg. -Nr.: WF III - 035/06, S. 2.

〔27〕 Vgl. Pielow, Johann-Christian, *Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“*, in: JuS 2006, 692.

市场竞争机制弱化与形骸化现象。基于此，在依靠市场机制的自我调整与自发修正无法破解市场失灵难题的情形下，就“须借由市场之外、超越个体利益的力量介入市场并对损害的竞争予以救济”〔28〕。

鉴于上述情况，我国立法机关应当考虑通过制定单行法律的形式，将大数据资源分级分类管理，并将显著涉及社会公共利益的大数据资源界定为公共产品或准公共产品，进而赋予一般企业用户与社会公众合理获得此类必要的大数据资源服务的权利。在此立法设计框架下，我国市场监管机关应当将超大型数字平台企业视为“公共企业”或“准公共企业”，并强化对这类企业所掌控的大数据资源服务的全面性与穿透性监管，以确保其施行的大数据资源搜集、整合、分析、利用行为得以契合社会公共利益需求。〔29〕譬如，我国市场监管机关应当识别、处置与防范由超大型数字平台企业实施的滥用大数据资源封流手段与技术封禁手段而妨碍用户多归属的行为。〔30〕

（二）双轮垄断格局下大数据资源爬取行为的违法性判定标准

在数字经济领域，不仅超大型数字平台企业可能利用爬虫技术在轴心型与辐射型相关市场集聚与扩容大数据资源，而且其他经营者亦可能利用爬虫技术爬取由超大型数字平台企业所掌控的大数据资源。〔31〕总体而言，我国尚未有专门规制爬虫技术利用的法律法规。在民事法律层面大数据资源还处于权利属性不明与权利主体不确定的状态，因而在爬虫技术所爬取的大数据资源基础法律性质依旧存在争议的情形下，我国立法机关在短期内难以制定专门规制爬虫技术利用的法律法规。在现行法律制度架构下，由不同主体实施的爬虫技术应用行为既可能构成合法合规行为，又可能在个案情形下构成违反我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》及民事法律、刑事法律以及知识产权法律的违法行为。

由于超大型数字平台企业在轴心型与辐射型相关市场掌控海量的大数据资源，这类平台企业通常具有数字经济核心基础设施（必要设施）的属性。〔32〕依据作为反垄断行为性救济政策之一

〔28〕 金善明：《反垄断法益研究：范式与路径》，中国社会科学出版社2013年版，第1页。

〔29〕 究其根源，域内外各国所普遍使用的公共企业概念应当渊源于盎格鲁撒克逊法律（Anglo-Saxon law）的传统概念 public corporation 与 public enterprise。基于外延范畴界定视角，“公共企业”不但应当包括公法人（公营公司），而且应当涵盖私法人（私营公司）。依据欧盟官方观点，公共企业是指公共部门可以对其直接或间接发挥主导作用的企业类型。具体而言，公共部门可以经由以下路径管控公共企业：其一，拥有公共企业所有权；其二，通过投资方式控制公共企业；其三，通过设定公共公司章程特定条款的方式，确保公共部门对公共企业的支配权与控制权；其四，利用其他可以管控公共企业经营活动的规定，确保公共部门对公共企业的支配权与控制权。根据我国数字经济发展态势与趋势，我国市场监管机关有必要通过以上第四种路径，在获得法律法规授权的前提下，基于实现社会公共利益目标对于具有公共企业或准公共企业属性的超大型数字平台企业施行专门性监管。Vgl. Hochbaum/Klotz, in: von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EUV/EGV, Band 1, 6. Auflage, Baden-Baden, 2003, Art. 86 EG, Rn. 7; Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (kodifizierte Fassung), Art. 2, OJ L 318, 17. 11. 2006, p. 17 - 25.

〔30〕 参见王晓晔：《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》，载《法学评论》2020年第2期。

〔31〕 以下若干内容取材于笔者接受《中国知识产权报》的专访，参见姜旭：《擅自爬取数据，当心侵权！》，载《中国知识产权报》2020年4月1日，第09版。

〔32〕 国家市场监督管理总局新发布的《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》第14条规定：“认定相关数据是否构成必需设施，一般需要综合考虑数据对于参与市场竞争是否不可或缺，数据是否存在其他获取渠道，数据开放的技术可行性，以及开放数据对占有数据的经营者可能造成的影响等因素。”

的必要设施原则，^{〔33〕}在大数据资源分配与共享机制尚未成型的背景下，如果超大型数字平台企业无端禁止其他经营者合理使用其在轴心型或辐射型相关市场所掌控的具有“必要设施”属性的大数据资源，那么就涉嫌构成滥用大数据资源排除、限制竞争的垄断行为。具言之，假设超大型数字平台企业经过自身技术研发与人力、物力、财力投入，已经在轴心型或辐射型相关市场独家掌控某类大数据资源，而获得这类大数据资源又是其他经营者参与轴心型或辐射型相关市场竞争的必要前提，那么超大型数字平台企业就应当免费或以合理对价向其他经营者开放此类大数据资源。在此情形下，如果超大型数字平台企业在 robots 协议中设定禁止爬虫技术爬取的相应条款，并且拒绝以合理方式向其他经营者开放此类大数据资源，这一行为就涉嫌构成我国《反垄断法》第 17 条禁止的滥用市场支配地位垄断行为。在超大型数字平台企业实施此类垄断行为的前提下，如果意图进入轴心型或辐射型相关市场经营的其他经营者违反 robots 协议使用爬虫技术，擅自爬取超大型数字平台企业不予许可爬取的数据，那么这种爬取行为一般应被视为合理行为。换言之，实施爬取行为的经营者应当不承担法律责任，或者应被免除或减轻法律责任。相关典型域外案例为美国 HiQ Labs 与 LinkedIn 的数据纠纷案。^{〔34〕}

反之，如果一个超大型数字平台企业经过自身技术研发与人力、物力、财力投入，在轴心型或辐射型相关市场获得与保有不具有“必要设施”属性的大数据资源，那么该超大型数字平台企业就应当对这类大数据资源享有排他性使用权益。在此基本前提下，如果该超大型数字平台企业在 robots 协议中设定禁止爬虫技术爬取的相应条款，那么在其他经营者违反 robots 协议使用爬虫技术，擅自爬取该超大型数字平台企业不允许爬取的数据信息的情形下，这类经营者就涉嫌构成侵犯该超大型数字平台企业合法使用权益的违法行为。

通说认为，以数据库为代表的个别类型大数据资源可被直接认定为属于著作权法意义中作品的范畴。如果超大型数字平台企业获取与掌控此类大数据资源，并且此类大数据资源不具有“必要设施”属性，而其他经营者未经允许擅自利用爬虫技术爬取由超大型数字平台企业掌控的此类资源，那么超大型数字平台企业可以经由著作权法诉讼路径进行自我维权。不过，由超大型数字平台企业所掌控的绝大多数类型的不具“必要设施”属性的大数据资源并不属于著作权法意义上作品范畴。尽管在现行法律实践中，这类大数据资源的被搜集主体（如消费者群体、企业用户）与掌控这类资源的超大型数字平台企业均对于大数据资源享有不同程度的权益，但这类权益不应被简单等同于传统法律意义上的著作权或财产权，它们仅应构成在基本权属未定状态下关于大数据资源的特殊性与权宜性使用权益。

不容忽视的是，如果大数据资源内含消费者敏感的隐私信息，那么超大型数字平台企业未经消费者同意擅自爬取此类大数据资源的行为本身涉嫌构成我国《消费者权益保护法》第 29 条的侵犯消费者个人信息权行为。与之相对应，依据我国《消费者权益保护法》第 29 条，如果一个经营者未经消费者同意擅自爬取由超大型数字平台企业掌控的内含消费者隐私信息的大数据资

〔33〕 参见时建中、张艳华主编：《互联网产业的反垄断法与经济学》，法律出版社 2018 年版，第 453 页。

〔34〕 HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., No. 17-16783 (9th Cir. 2019) .

源,那么掌控大数据资源的超大型数字平台企业有义务立即采取补救措施。除此以外,如果一个掌控大数据资源的超大型数字平台企业与一个使用爬虫技术的经营者形成市场竞争关系,而后者未经同意爬取前者掌控的大数据资源,那么该超大型数字平台企业可以依据我国《反不正当竞争法》第9条“禁止侵犯商业秘密条款”,通过向反不正当竞争执法部门举报或提起不正当竞争诉讼方式进行维权。如果使用爬虫技术的经营者在爬取大数据资源过程中,导致掌控大数据资源的超大型数字平台企业合法提供的网络产品或者服务的正常运行受到妨碍,那么超大型数字平台企业还可以依据我国《反不正当竞争法》第12条“互联网专项条款”,通过向反不正当竞争执法部门举报或提起不正当竞争诉讼方式进行维权。

五、结 语

基于公平竞争审查视角,地方行政主体实施的行政垄断行为亦可能放大或强化超大型数字平台企业双轮垄断行为的排除、限制竞争效应。基于此,为了防范或消弭由超大型数字平台企业实施的双轮垄断行为,反垄断执法机关及其他权责机关不仅有必要直接监管由超大型数字平台企业实施的双轮垄断行为,而且应当识别与规制作为此类双轮垄断行为诱因或促进因素的行政垄断行为。依据《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第22条、第23条,如果地方行政主体在大数据资源领域滥用行政权力偏袒本地超大型数字平台企业,而歧视外地平台经济领域经营者,那么地方行政主体就涉嫌构成行政垄断行为。而依据我国《反垄断法》第33条,行政主体不得违反法律、法规的规定滥用行政权力,不得实施具有“块块分割”属性的地方行政垄断行为。这类行政垄断行为的后果是导致商品要素无法在我国统一大市场内部自由流动与优化配置。^[35]地方行政主体施行的行政垄断行为属于其在调节与管理市场经济过程中的副产品,因而它在本质属性上是地方行政主体不恰当与不适格行使经济调节权的行政行为。^[36]在当前数字经济背景下,我国统一大市场内部自由流动的生产要素不仅包括商品,而且涵盖数据、服务、技术、资金、劳动力等。因此,在修订《反垄断法》时,有必要将该项法条修订为“禁止妨碍各类生产要素在地区之间自由流通”。举例而言,如果一个地方行政主体在其辖区内滥用行政权力偏袒本地超大型数字平台企业,禁止外地经营者依法交易或利用大数据资源,那么该禁止行为就应当被认定为构成行政垄断行为。

综上所述,在数字经济时代超大型数字平台企业是具有数字化生态系统特征的新经济业态经营者。这类经营者能够通过对数据、平台、渠道的掌控而将自身在轴心型相关市场的支配力传导到辐射型相关市场,形成双轮乃至多轮垄断格局,并得以实现自身市场力量的循环与反复强化。

[35] 《反垄断法》第33条规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,实施下列行为,妨碍商品在地区之间的自由流通:(一)对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准,或者规定歧视性价格;(二)对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准,或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施,限制外地商品进入本地市场;(三)采取专门针对外地商品的行政许可,限制外地商品进入本地市场;(四)设置关卡或者采取其他手段,阻碍外地商品进入或者本地商品运出;(五)妨碍商品在地区之间自由流通的其他行为。”

[36] 参见关保英、黄辉、曹杰:《行政垄断之行政法规制》,中国政法大学出版社2008年版,第107页。

它们还可通过遏制与隔绝大数据资源自由流动的方式减损市场竞争机制的固有效能。鉴于超大型数字平台企业的“野蛮生长”态势，我国立法机关应当构建包括反垄断监管与数据安全监管在内的“多位一体”的统合型监管机制，通过增设新型禁止滥用市场力条款方式实现规制补强与补位目标，并重构垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制。而市场监管机关则应当相应采用全景式、前置式与穿透式反垄断监管方式，并细化厘定双轮垄断格局下大数据资源爬取行为的违法性判定标准。此外，基于竞争中性原则的要求，反垄断执法机关及其他权责机关在直接监管由超大型数字平台企业实施的双轮垄断行为的同时，还应当强化溯源式监管模式，以主动识别与规制作为双轮垄断行为诱因或促进因素的行政垄断行为。

Abstract: Super-large digital economy platform enterprises can build a digital ecosystem by implementing a double round monopoly on the one hand, and on the other hand, they can use their control of platforms, channels and data to gain integrated market power. At the level of regulation of the double round monopoly behavior of super-large digital economy platform enterprises, the anti-monopoly legal system that emerged in the industrial economy era has exposed the drawbacks of hysteresis, rigidity, and incompleteness. In view of this situation, Chinese legislature should implement digital innovations in the Anti-Monopoly Law and achieve the goals of strengthening regulation and expanding the scope of regulation by adding new prohibition of abuse of market power clauses, and reconstruct the distribution mechanism of the burden of proof in civil litigation of monopolistic behavior, and then a multi-in-one integrated supervision mechanism including anti-monopoly supervision and data security supervision will finally be shaped. The law enforcement agencies should also implement a panoramic, front-end and penetrating anti-monopoly supervision method against the double round monopoly of super-large digital economy platform enterprises, and ensure that big data resource collection, integration, analysis, and utilization behavior of super-large digital economy platform enterprises conforms to the needs of social public interest.

Key Words: double round monopoly, super-large digital economy platform enterprises, anti-monopoly law, digital ecosystem

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)