

论平台经济反垄断与监管的二元分治

周汉华*

内容提要 反垄断与监管在不同语境下有不同含义,需要辨析。市场经济发展历史表明,反垄断与监管两种治理机制二元分治,在动态中调适相互关系,既能充分发挥市场的决定性作用,又能更好发挥政府作用。平台经济的出现,对二元分治结构传统治理手段提出挑战,需要再次调适两者关系并推进数据监管。当今各国平台经济治理正进入重构期,将直接决定国家竞争力与数字经济发展未来。我国平台经济治理面临二元分治结构缺位与数据监管能力滞后等挑战,有必要以强化数据监管为重点,推动构建二元分治的平台经济治理体系。

关键词 平台经济治理 二元分治 数据监管 反垄断 监管

目 次

- 一、二元分治的语境界定
- 二、二元分治结构的形成及演进
- 三、平台经济对二元分治的新挑战
- 四、我国平台经济二元分治的改革方向

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

一、二元分治的语境界定

不论在我国还是国际上,用于不同语境,反垄断与监管两个概念都会呈现多元含义,需要进行辨析。^①在我国,资本无序扩张不仅会阻碍竞争,还会冲击基本经济制度。在一些西方发达国家,垄断不仅是经济现象,还被认为是政治问题,最终会冲击民主制度。^②因此,在顶层制度设计层面,中外反垄断与监管通常指的是通过多种手段,既包括反垄断与监管,也包括产业政策、财税政策、科技政策、国家安全政策等相关宏观与微观手段,防止出现垄断现象,维护国家基本制度。在这个层面,反垄断与监管两个概念不但含义丰富,也完全可以互换使用。^③但是,进入到不同部门履行市场监管职能层面,尤其是在执行反垄断法或者行业监管法律的时候,按照依法行政的基本要求,反垄断与监管就必须进行严格的区分,以确定由哪个部门管、通过什么手段管、在哪个环节管等。^④我国历次机构改革与“三定方案”致力于解决的就是这些问题,这也是本文接下来要讨论的重点。

我国反垄断法起草历经十余年,符合国际惯例是起草时的一条重要指导原则。国际上,反垄断与监管的关系,一直是反垄断法适用的核心问题之一。通常将两种手段进行区分,确立监管机构事前监管与反垄断机构事后执法的二元分治结构。^⑤我国反垄断法草案四次提到“监管”概念,起草说明专门用一个部分阐述“关于反垄断机构与有关部门或者监管机构的关系”,“对依照有关法律、行政法规规定由有关部门或者监管机构调查处理的垄断行为,草案明确规定由有关部门或者监管机构调查处理,同时要求其将调查处理结果通报国务院反垄断委员会;有关部门或者监管机构对垄断行为未调查处理的,反垄断执法机构可以调查处理,但调查处理时应当征求有关部门或者监管机构的意

① 国内外对于监管概念的不同理解,参见马英娟:《监管的概念:国际视野与中国话语》,载《浙江学刊》2018年第4期,第49页。国外对于放松监管概念的不同理解,参见 Thomas G. Krattenmaker, *Implications of Deregulation for Antitrust Policy*, *Antitrust Law Journal*, Vol.53:211, p.211 (1984)。

② 近一个世纪以前,美国联邦最高法院大法官布兰代斯写道,“我们必须选择,我们可以有民主或者可以把财富集中到少数人手中,但不能兼得”。参见 Subcommittee on Antitrust & Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations*, p.7 (2020), at https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf (Last visited on November 28, 2022)。

③ 我国最为典型的例证是,2020年中央经济工作会议首次提出,“强化反垄断,防止资本无序扩张”;2021年中央经济工作会议的表述为,“为资本设置‘红绿灯’,依法加强对资本的有效监管,防止资本野蛮生长”。国外将反垄断视为监管的论述,参见 A. Douglas Melamed, *Antitrust: The New Regulation*, *Antitrust*, Vol.10:1, p.13-15 (1995)。

④ 比如,在市场监管总局对互联网企业采取一系列反垄断措施之后,工信部也要求互联网企业解除屏蔽网址链接,在学术界引发类似措施究竟应该由工信部监管还是由市场总局反垄断的争论。

⑤ 广义而言,政府对经济与社会活动采取的所有干预措施都被归为监管,反垄断也是监管的一种形式。有学者用反垄断监管这样的概念,实际指的是反垄断。但是,通常情况下都是将反垄断与监管区分开来,不把反垄断执法机构称为监管机构,以体现反垄断机制与监管机制的差别。参见 W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. & John M. Vernon, *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th ed., The MIT Press, 2005, p.3; OECD, *Independent Sector Regulators - Background Note*, DAF/COMP/WP2 (2019) 3, p.2。

见”^⑥。可以看出,草案确立的是监管机构调查处理优位的二元分治结构。

草案初次审议后,根据各方面意见,在“总则”中增加一条规定,并成为最终通过的第7条第1款:“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,国家对其经营者的合法经营活动予以保护,并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控,^⑦维护消费者利益,促进技术进步”。这是唯一一条关于反垄断与监管关系的条文,二元分治结构得以保留。对于该条规定的含义,一种观点认为,反垄断法由此确认国有经济在这些行业垄断经营活动的合法性,应适用行业监管法律,从而构成反垄断法的适用除外;^⑧相反的观点认为,国有企业仍然要适用反垄断法,同时适用行业监管法律^⑨。不论如何,这两种观点均认可二元分治结构的存在,二元分治在司法裁判中也被人民法院所认可。^⑩

反垄断法实施之后,由于关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业一直多由国有经营者掌握,以国有资产管理体制调控其行为更为有效,因此对反垄断执法没有太多的实践需求。^⑪同时,由于反垄断执法机关与新设立的监管机构普遍缺乏执法能力与相应的配套外部条件,实际执法与监管一直处于虚置状态。^⑫

本轮反垄断法修改,在中央强调防止资本无序扩张的大背景下,反垄断与监管的关系被再次激活与重置。^⑬以前我国官方文件很少将反垄断与监管两个概念串联在一

⑥ 曹康泰:《关于〈中华人民共和国反垄断法(草案)〉的说明——2006年6月24日在第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2007年第6期。

⑦ 按照《国务院工作规则》规定的“经济调节、市场监管、社会管理、公共服务、生态环境保护”五大政府职能划分,“调控”是典型的经济调节手段,属于政府的宏观职能。监管与反垄断均属于政府的微观职能,一个事前监管,一个事后反垄断执法。本文聚焦两种微观职能之间的关系,不涉及宏观职能的论述。

⑧ 参见李国海:《论反垄断法对国有企业的豁免》,载《法学评论》2017年第4期,第115页。国外豁免制度的比较研究,参见穆维博:《中国反垄断法豁免制度研究》,陕西人民出版社2020年版,第84页。

⑨ 参见杨东:《论反垄断法与行业监管法的协调关系》,载《法学家》2008年第1期,第22页。

⑩ 在长沙市中级人民法院一审、湖南省高级人民法院二审审理的“宋鑫诉中国铁路总公司滥用市场支配地位纠纷案”中,法院判定,“依据《反垄断法》第七条的规定,涉及国民经济命脉或国家安全具有垄断地位的行业,因国有经济占行业控制地位,行业中没有充分市场竞争空间,因而该种经营行为可豁免于《反垄断法》的规制”。参见湖南省长沙市中级人民法院(2016)湘01民初1460号民事判决书;湖南省高级人民法院(2019)湘知民终79号民事判决书。

⑪ 有从事反垄断实务的律师汇总分析2008年8月至2015年12月三家反垄断执法机构所有公开执法资料后发现,工商机关处理的101件案件中,被处罚的民营企业81件,占比80.2%,国有企业8件,占比7.9%;发改委系统处理的190件案件中,被处罚的民营企业135件,占比71.4%,国营企业8件,占比4.2%。参见林文、甘蜜:《中国反垄断行政执法大数据分析报告(2008—2015)》,载《竞争法律与政策评论》2016年第2期,第202、237页。有学者注意到,“国有企业并购一般没有经过经营者集中审查”。参见孙晋:《论经营者集中审查制度在国有企业并购中的适用》,载《华东政法大学学报》2015年第4期,第17页。

⑫ 学术界也很少研究反垄断与监管的关系。参见周汉华:《监管制度的法律基础》,载吴敬琏主编:《比较》(第26辑),中信出版社2006年版,第91页。

⑬ 国家市场监督管理总局(以下简称“市场监管总局”)2020年发布的《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》仍然没有采用反垄断监管概念,这个概念到2021年《反垄断法(修正草案征求意见稿)》才被采用。

起,^⑭ 2020 年中央经济工作会议提出强化反垄断之后,市场监管部门开始采用含义不是非常明确的“反垄断监管”概念,^⑮ 不再强调两者之间的差别,可以视为从当年的二元分治走向串联合并,^⑯ 由此带动该概念成为反垄断法研究的热词^⑰。

然而,平台经济出现之后,以大型互联网企业为代表的民营主体逐步成长为巨无霸,并呈现出越来越多基础设施企业的特点,改变过去国有资本一统天下的局面。市场格局的改变,意味着传统的以国有资本管理机制替代市场监管机制的格局必须改变,以提高执法可预期性。近年来中央反复强调强化竞争政策的基础性地位,创造公平竞争的制度环境,要完善数字经济治理体系,完善主管部门、监管机构职责,分工合作、相互配合。对于平台经济治理,明确提出“规范、透明、可预期的监管”要求。同时,近几年各国对于平台经济如何有效治理同步展开探索,得出的结论同样是需要科学处理反垄断与监管的关系。这些都表明,明晰反垄断与监管的边界,而不是将两者简单串联合并,既有现实性,更有必要性。

第一,构筑符合本国国情的平台经济治理体系。平台经济的出现,改变了传统的生产方式和生活方式,其在带来劳动生产率大幅提高的同时,也在各国引发各种新问题。进入无人区,各国目前都处在同一起跑线上,加快探索平台经济治理。从各国最近几年发布的各种相关报告与采取的措施来看,平台经济治理,关键是处理好反垄断与监管的关系,重点是推动数据监管转型,既防止各种阻碍竞争的垄断现象出现,又充分发挥市场的决定性作用,实现治理手段创新。也就是说,人类发明市场经济制度以来探索政府与市场边界的努力,在平台经济时代仍然有指导意义,并成为指引未来航向的基础。理解各国正在采取的各种措施,把握平台经济治理的大方向,加强顶层设计,构筑我国的治理体系。

第二,提高监管与执法的有效性与公信力。市场监管层面,监管作为直接干预手段,注重事前事中职能的发挥;反垄断作为间接干预手段,着力于事后执法与违法责任追究,两者在主体设置、法律地位、运行规律、介入时机、经费来源等方面都存在明显的差别。只有在市场监管层面明确区分反垄断与监管,明确不同部门的职责及相互关系,推动治

^⑭ 截至 2020 年 12 月 29 日,以“反垄断监管”为关键词全文搜索“北大法宝”中央法规库,得出的只有五个文件(命中都只有 1 次),分别是:《国务院办公厅关于印发降低流通费用提高流通效率综合工作方案的通知》《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》《国务院办公厅印发〈国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见〉重点任务分工方案的通知》《市场监管总局关于支持疫情防控和复工复产反垄断执法的公告》《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》。

^⑮ 市场监管总局发布的《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第 1 条在目的和依据部分就提出“加强和改进平台经济领域反垄断监管”,并使该概念贯穿前后。

^⑯ 国内多数反垄断法研究在最近两年也较为普遍地不区分反垄断与监管,或者将反垄断视为监管。参见孙晋:《数字平台的反垄断监管》,载《中国社会科学》2021 年第 5 期,第 101 页;王晓晔:《数字经济反垄断监管的几点思考》,载《法律科学》2021 年第 4 期,第 49 页;张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,载《法学研究》2021 年第 4 期,第 150 页。

^⑰ 以前学术研究更多使用“监管与反垄断”,并严格区分“监管”与“反垄断”两种不同的手段。参见王先林:《垄断行业监管与反垄断执法之协调》,载《法学》2014 年第 2 期,第 111 页;史际春、肖竹:《〈反垄断法〉与行业立法、反垄断机构与行业监管机构的关系之比较研究及立法建议》,载《政法论丛》2005 年第 4 期,第 48 页。

理手段创新,才能提高监管与执法的效率与效能,并形成自组织的配合协调机制。如果不同部门都不加区分地推行事前事后全覆盖的管理,或者照搬过去的管理手段,势必出现实践中常见的管辖权重叠、交叉与冲突现象,出现监管与执法蹂躏或者真空,既无法实现全链条监管与执法,也损害执法有效性与公信力。由于市场监管制度是国家治理体系中的重要一环,反垄断与监管的职能不清、手段错配,还会对顶层布局产生影响和传导,引发系统性功能紊乱或者连锁错位。

第三,进一步全面推动系统改革。不论是构筑平台经济治理体系还是提高监管与执法的有效性与公信力,均涉及系统改革的全面推进与配合。政企分开、政资分开、政事分开、政社分开,对自然垄断行业进行有效监管,是我国四十多年社会主义市场经济体制改革与行政体制改革的基本经验。^⑮ 20世纪90年代中后期我国官方文件开始采用监管概念,^⑯ 2003年设立国资委与“国家电力监管委员会”(迄今为止唯一一个以监管命名的单位),2007年《反垄断法》确立二元分治等,蕴含的是所有者职能与管理者职能分开、宏观政策职能与微观监管职能分开、事前监管手段与事后反垄断手段分开等新理念,是我国社会主义市场经济体制改革的标志性成果。但是,如前所述的各种原因,致使分散化多元治理的新体制一直无法有效运转。在此背景下,个别部门可能难免又想再次尝试从“分”再回到过去的“合”。反垄断监管概念的流行,其实是这种思潮的一个缩影。然而,历史经验与近几年平台经济治理遇到的各种问题已经表明,这种回归不但不能解决问题,还会导致更多问题出现,进而陷入不断的摇摆与两难之中。唯有从深化反垄断与监管的关系切入,聚焦数据监管,继续全面推动系统改革,才能完成中央布置的各项改革、发展与稳定任务。

第四,推进国家治理体系与治理能力现代化。纵观各国法治运行实践可以看到,法治与政治都是国家能力的重要组成部分。常态情形下,法治是主要的调控方式,非常态情形下,政治发挥应有的作用。明确区分反垄断与监管在宏观层面与执法层面的不同含义与语境,并从加强五位一体总体布局、四个全面战略布局与市场监管制度建设两个不同的维度分别构筑相应的制度,对于推动政治与法治双重调控结构的形成,防止资本无序扩张,实现国家治理体系与治理能力的现代化具有重要的意义。各国发展道路、法治发展程度、基本国情的诸多差异表明在顶层制度设计层面必须符合本国国情,绝对不能照抄照搬。同时,各国市场监管层面的制度设计与手段创新又可以相互借鉴,推动规则等制度型开放,打造市场化法治化国际化营商环境。只有对不同维度进行明确区分并设

^⑮ 参见《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,2003年10月14日中国共产党第十六届中央委员会第三次全体会议通过;《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过;《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》《中共中央、国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》(2020年)。

^⑯ “九五”计划(1996—2000年)首次在五年计划中采用监管概念,1997年“十五大”报告首次在党的全国代表大会报告中采用监管概念。时任国务院体改办主任王岐山对政府行业管理职能与监管进行区分:“我们将在准确界定政府行业管理职能的基础上,建立起有效的政府监管组织结构,为基础设施、公用事业的持续发展和所有投资者的公平竞争提供强有力的制度保障”。参见王岐山:《中国垄断行业的改革和重组》,载《管理世界》2001年第3期,第2页。

计相应的路线图,才有可能在立足本国国情的基础上,敞开胸怀借鉴人类文明成果。不同维度混淆,必然出现各种形式的“一条腿走路”现象,无法走出“一放就乱,一抓就死”等困局。

二、二元分治结构的形成及演进

市场经济发展历史表明,市场是资源配置最为有效的方式。^{②①}每个市场主体在追求自己利益的同时,无形中也也会促进社会公共利益。市场主体的反复交易活动会推动形成自发的秩序和各种社会规范,通常不需要国家公权力的介入。如果某个市场主体违反交易规则,一般情况下通过事后的法庭执法就可以解决,这种执法活动为市场秩序提供了法治保障。然而,市场经济的发展历史同时表明,市场并非万能。在市场失灵的情况下,仅仅依靠事后执法无法预防系统性风险的发生,必须通过监管来弥补市场机制的缺陷。如果监管的成本过高或者难度过大,甚至需要以国有化替代监管(本质上是监管者与被监管者的合一)。^{②②}在治理机制中,自发秩序无形之中发挥作用,国有化领域有限,真正需要关注的是事后执法与事前监管的关系。

大量的理论研究与各国实践表明,在自然垄断、信息不对称、外部性、过度竞争等情况下,市场机制无法发挥作用,靠事后执法社会难以承受违法后果,必须依靠事前监管。^{②③}19世纪末、20世纪初,随着市场经济的发展,进入到“监管型国家”时代。^{②④}由于市场失灵的领域往往在特定的行业,^{②⑤}如金融、制药、城市公用事业、铁路、电力、电信等,因此,只要进入这些特定的行业,就要受到监管。与此同时,随着自由竞争行业市场主体的不断壮大,大型市场主体通过垄断行为谋取超额垄断利润的行为不断出现。仅仅依靠传统的法庭执法或者普通的民事诉讼,根本无法有效制约这些巨无霸的垄断行为。各国纷纷从事后执法机制中分离出专门的反垄断执法机制,制定反垄断相关法律,设立并发挥专门的反垄断行政执法机构的作用。这样,事后执法与事前监管的关系,集中体

^{②①} 对于市场机制在1750年前后开始推动人类财富大幅增长至今的原因解释,参见Eric D. Beinhocker, *The Origin of Wealth: Evolution, Complexity, and the Radical Remaking of Economics*, Harvard Business School Press, 2006, p.296。

^{②②} 对于经济活动市场竞争、法庭执法、监管与国有化4种不同治理机制的公共强制理论描述以及相互之间的平衡,参见[美]安德烈·施莱弗:《理解监管》,载吴敬琏主编:《比较》(第16辑),中信出版社2005年第1版,第107页。

^{②③} 相关理论研究成果,参见Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, 1982, p.15-36; Stephen G. Breyer, *Antitrust, Deregulation, and the Newly Liberated Marketplace*, California Law Review, Vol.75:3, p.1005-1048 (1987)。对于受监管行业的范围及改革情况,参见OECD, *Structural Separation in Regulated Industries: Report on implementing the OECD Recommendation*, p.17-91 (2016), at <https://www.oecd.org/daf/competition/Structural-separation-in-regulated-industries-2016report-en.pdf> (Last visited on November 28, 2022)。

^{②④} See John Braithwaite, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Edward Elgar, 2008, Chapter 1.

^{②⑤} “由于市场经济实行自由企业制度,除少数特殊行业和市场外,一般工商业没有行业的监管部门,也不限制经营范围”。周小川:《经济学中的微观制度概念》,载《经济社会体制比较》1999年第4期,第1页。

现在监管与反垄断二元分治结构中,两者各司其职,相互补充。^{②5}除受监管行业采用事前监管以外,其他行业均由事后的反垄断机制加以规范。受监管行业原则上豁免反垄断法的适用,也可以在存在竞争的环节加以适用。^{②6}

作为不同的治理机制,监管与反垄断存在诸多差别:

第一,监管属于事前手段,由监管机构在市场主体行为之前进行干预或设定条件,功能在于预防风险发生。反垄断属于事后手段,市场主体的市场行为自主决策,国家不干预,出现违法情形后由反垄断执法机构加以追究,功能在于制裁和制止违法行为。^{②7}事前与事后的划分,既能让市场发挥决定性作用、更好发挥政府作用,也能实现监管与执法的全覆盖和有效衔接。这种差别也决定不同类型的机构在组织与活动方式等方面的不同。其中,最为重要的一个差别在于,监管机构按照行政程序履行其职能,必须体现行政过程的内在要求,需立足于全局、积极主动干预、兼顾合理性与合法性,可以有更多政策考量。反垄断执法本质上是司法过程,反垄断执法机构必须遵守司法程序的基本要求,根据个案的具体事实,依法作出相应的决定。^{②8}

第二,监管适用于特定行业,专业性至关重要。监管机构的管辖范围可以横跨相近的不同行业,实行混业监管,也可以只聚焦某一特定行业,实行分业监管。无论采用哪种模式,监管机构都要体现专业性特点。相反,反垄断适用于众多不同的行业,反垄断行政执法机构集中设置,执法的一般性要求更为重要。这种机构设置上的差别,体现在人员知识结构、思维方式与运行方式等各个方面。比如,很多国家监管机构通过对监管对象的收费来支撑机构的运行,既保证监管机构的独立性,不受财政预算程序的影响,也体现其监管活动的专业性和服务对象的特定性。反垄断行政执法机构覆盖对象的不特定性与广泛性使之只能像其他执法机构一样,依靠税收支撑其运行。^{②9}

第三,监管属于政府的直接干预,由监管机构替代被监管对象作出相应的选择,以避免市场失灵情况下被监管对象的行为不受任何控制。主要的监管手段包括:^{③0}(1)准入控制。被监管对象及其产品或者服务能否进入市场,由监管机构事前审批。(2)定价。

^{②5} See Dennis W. Carlton & Randal C. Picker, *Antitrust and Regulation* (October 2006), University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No.312, p.3, at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=937020 (Last visited on November 28, 2022).

^{②6} 对于监管与反垄断的三种不同关系模式论述,参见张占江、徐士英:《自然垄断行业反垄断规制模式构建》,载《比较法研究》2010年第3期,第38页。不过,需要指出的是,该文认为新西兰属于唯一的“反垄断法的统一规制模式”并不符合当前实际,新西兰目前也是监管与反垄断二元分治模式。

^{②7} 需要指出的是,经营者集中的反垄断事前审查算是某种例外,但这种审查的条件由法律明确加以规定,并且由市场主体先自主作出经营者集中决定,因此仍然不同于监管机构的事前直接干预。

^{②8} See OECD, *supra* note 5, 3.

^{②9} 比如,英国反垄断执法机构(消费者与市场管理局)由财政预算提供运行资金,而拟议中的平台经济监管机构(数字市场局)可能会通过收费筹集运行资金。See HM Government, *A New Pro-competition Regime for Digital Markets*, CP 489, p.15 (2021), at https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f9e7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf (Last visited on November 28, 2022).

^{③0} See Tim Wu, *Antitrust via Rulemaking: Competition Catalysts*, *Colorado Technology Law Journal*, Vol.16:1, p.38 (2017);[英]安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第5页。

被监管对象的产品或者服务的价格由监管机构以政府定价或者政府指导价的形式事前确定。(3) 服务标准。被监管对象需要达到的最基本的服务标准事前由监管机构确定并监督执行。(4) 开放接入。被监管对象必须按照监管机构事前确定的标准和条件,开放其基础设施并允许其他市场主体公平接入。(5) 强制信息披露。被监管对象应按照国家监管机构的要求,公开向社会披露相关信息,接受社会监督。反垄断属于间接干预,国家不事前干预,不代替市场主体作出决策。但是,如果市场主体的行为违反法律,反垄断执法机构会启动执法程序。反垄断针对的一般是三类行为,垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中。贯穿三类行为最为重要的因素是价格,因为市场主体要谋取垄断利润,最终都要以价格形式得以实现,因此,反垄断机构关注的重点是价格垄断行为,^① 界定相关市场的假定垄断者测试依据的就是价格。在美国这样的反垄断执法实践较为发达的国家,消费者福利更是长期与价格因素直接挂钩。^②

第四,监管机构集中规则制定、规则执行、争议裁决三方面的职能,一般都设立于传统的科层制政府部门之外,以体现其独立性特点。即使有些监管机构设立在政府部门内部,也会通过立法确保其独立性,依法独立自主作出决定。正是这样的严格依照规则运行的制度禀赋,保障监管机构的权威性、独立性与公信力,使其决定能够为各方所接受并遵守。在依法行政原则之下,尽管独立履行职责也是对反垄断行政执法机构的基本要求,但从性质上来说,反垄断机构仍然是行政部门的组成部分,承担法律执行职能,独立性的程度不同于监管机构。

监管与反垄断百年历史演变表明,两种治理机制优势互补,共同维护市场公平竞争秩序,促使市场主体不断创新。当然,历史发展并不总是一帆风顺,自监管机构出现以来,各种问题与挑战就一直相伴而生。有时候监管机构不但没能解决问题,反倒不断制造出来更多的问题,^③ 如监管低效、膨胀、不专业、官僚主义、形式主义等,甚至出现监管捕获和各种腐败现象。监管失灵,不仅会导致监管机构能力降低,出现各种形式的官场病,还会引发综合后果,包括被监管对象提供的产品与服务质次价高、缺乏进取心与创新精神,消费者福利受损,相关市场主体无法获得公平竞争机会,全社会创新文化与创新全面降低等。这种负面情形在西方发达国家 20 世纪 70 年代末、80 年代初全面暴发,并直接推动席卷全球的监管改革浪潮。^④

① 各国对于价格歧视的反垄断法规制,参见肖伟志:《价格歧视的反垄断法规制》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 68 页。

② See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, Yale Law Journal, Vol.126:710, p.710 (2017).

③ 两位著名经济学家对价格监管失败案例的经典分析,参见 Milton Friedman & George J. Stigler, *Roofs or Ceilings? —The Current Housing Problem*, in James L. Doti & Dwight R. Lee (ed.) *The Market Economy: A Reader*, Roxbury Publishing Company, 1991, p.149.

④ 经合组织国家监管改革的情况以及监管与反垄断机制的关系,参见 OECD, *Relationship between Regulators and Competition Authorities*, p.105, DAF/CLP(99)8, at [https://one.oecd.org/document/DAFFE/CLP\(99\)8/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAFFE/CLP(99)8/en/pdf) (Last visited on November 28, 2022)。美国里根政府时期的放松监管改革,参见 Thomas O. McGarity, *Regulatory Reform in the Reagan Era*, Maryland Law Review, Vol.45:253, p.253-273 (1986)。

以基础设施产业为例,通过(电信)数网竞争、(铁路)网运分离、(电力)发输配售分离等改革,不断扩大可竞争领域的边界,推行民营化,放开市场准入,进而扩大反垄断执法的覆盖范围,让市场机制发挥更大的作用。^{③⑤}同时,对于必须保留监管的环节或领域,通过特许经营、可交易特许权、结果导向的监管、加大信息披露力度、从成本加成改为最高限价、调整民事责任归责原则、引入成本收益分析、优化行政程序等方式,推动监管改革。^{③⑥}

通过监管改革,市场主体的活力和创造力得以释放,全球化、市场化、信息化全面进入加速发展的新阶段。平台经济在20世纪90年代之后能够站上历史舞台并快速发展,与放松监管改革、降低创新创业门槛有直接的关系。同样,我国以“放权”与“松绑”为标志的改革开放进程与全球放松监管改革浪潮相互呼应,^{③⑦}成为全球改革最为成功的经济体。

监管改革,本质上是政府与市场、监管与反垄断关系的重新调适,让市场与反垄断发挥更大的作用。但是,无论怎样改革,政府与市场,监管与反垄断两轮驱动、二元分治的基本原则与结构没有改变也不会改变。世界上没有一个国家可以完全废除监管,单纯依靠反垄断机制来规范市场竞争。^{③⑧}在放松监管的高峰期,就已经有专家警示过度放松监管可能带来的负面后果。^{③⑨}尤其在2008年全球金融危机暴发之后,各国普遍认识到,完全放任市场主体行为,缺乏有效的监管,会带来系统性金融风险。因此,强化金融监管、维护金融稳定成为近十多年来各国的重要任务。然而,新一轮强化监管同样并不意味着不需要竞争,只是要再次重新调适监管与反垄断的关系。^{④⑩}

三、平台经济对二元分治的新挑战

20世纪90年代互联网服务提供商出现之初,其服务架构在电信基础设施之上,只是一个门户网站,进入门槛极低。按照传统监管理论,新兴网络产业属于典型的自由竞争行业,没有任何事前监管的必要。为鼓励互联网新业态发展,各国立法赋予民事侵权责任“避风港”保护,使互联网服务提供商在不知情的情况下不必为第三人的行为承

^{③⑤} 参见约阿尼斯·凯西德斯:《改革基础产业:民营化、监管与竞争》,载吴敬琏主编:《比较》(第20辑),中信出版社2005年版,第104页。

^{③⑥} See Julia Black, Martin Lodge & Mark Thatcher, *Regulatory Innovation: A Comparative Analysis*, Edward Elgar, 2005, p.12; Alfred E. Kahn, *Deregulation: Looking Backward and Looking Forward*, Yale Journal on Regulation, Vol.7:325, p.334 (1990).

^{③⑦} 参见张汉林、刘光溪主编:《规制改革与经济发展》,上海财经大学出版社2005年版,第293页。

^{③⑧} 关于欧盟电信领域自由化改革后单纯依靠竞争法缺陷的分析,参见 Pierre Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, p.429.

^{③⑨} See Richard D. Cudahy, *The Coming Demise of Deregulation*, Yale Journal on Regulation, Vol.10:1, p.1-16 (1993).

^{④⑩} 关于危机之后加强金融监管以及监管与反垄断之间的合作,参见 OECD, *10 Years on from the Financial Crisis: Co-operation between Competition Agencies and Regulators in the Financial Sector*, note by Professor Elena Carletti and Agnieszka Smolenska, p.38, DAF/COMP/WP2(2017)8, at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2017\)8/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2017)8/en/pdf) (Last visited on November 28, 2022).

担责任。^{④①}作为互联网的发源地,自20世纪90年代中期开始,美国对互联网一直采用“轻触”(light touch)政策,避免套用电信监管做法。克林顿总统在签署1996年电信法时,明确宣示要“维持互联网的自由竞争与勃勃生机,使之免受联邦与州监管的限制”^{④②}。欧盟2000年《电子商务指令》第4条明确禁止对互联网服务设立任何形式的事前许可。其他发达国家也一直避免对互联网服务提供商采用事前监管措施,而是通过事后反垄断规范竞争秩序。我国《信息网络传播权条例》《侵权责任法》等也相继规定民事责任避风港原则,对新业态长期采用包容审慎做法。正是这样的法律制度,推动新兴网络产业高速发展,短短二十多年,全方位改变人类经济社会生活。

然而,近几年来,随着超级平台限制竞争、超范围收集与使用个人信息、传播虚假信息、滥用算法以及其他各种问题的集中显现,引发各国的普遍关注。主要国家官方与权威智库的各种研究报告、政策建议、立法动议纷纷出炉,为平台经济治理探索方向。如果“避风港”立法开启各国网络法治的上半场,相当于为新兴的互联网产业装上引擎,那么,当下各国正在进行的密集讨论与制度重构实际上已经拉开网络法治下半场的序幕,将为高速飞驰的平台经济装上刹车。这场制度竞争,很大程度会直接决定各国数字经济的发展未来。

平台经济治理,必须首先把握平台经济的特点。在这个问题上,欧美各国的权威研究结论显示出高度的一致性。比如,英国政府的研究报告将平台经济的特点归纳为:^{④③}一是网络效应和规模经济。随着用户数量的增加,平台对于用户的价值不断增加,一家平台企业达到某一规模后,新进入者和创新者很难再进入。二是对于用户数据的不平等使用。平台收集海量的用户数据,当提供类似在线广告或者进入新市场的数据驱动的服务时,平台获得极大的竞争优势。三是消费者决定与预装程序的力量。平台对于预装程序与初始设定的控制,会影响消费者对于特定服务的使用,由此成为竞争者进入或者扩张的壁垒。四是复杂算法的决策缺乏透明度。算法可以用来提供个性化服务,展示第三方产品等,缺乏透明度会使得算法的应用难以被理解。五是生态系统的重要性。一些平台会围绕其核心业务整合相关产品和服务,构建有利于自己而不是竞争对手的生态体系,平台因此可以运用不同市场间的杠杆力量,破坏竞争。同样,欧盟数字市场法立法建议明确指出,^{④④}平台经济极端的范围经济特征突出,增加平台内经营者以及终端用户的边际成本趋向于零;平台经济有非常强的网络效应,使得平台内经营者和终端用户依赖平台,形成锁定效应;平台可以利用其连接两端所获得的大量数据,从一个领域向其他领域延伸,形成数据优势,其他市场主体不论多么具有创新性也很难与平台进行竞争。美国

^{④①} 参见周学峰、李平主编:《网络平台治理与法律责任》,中国法制出版社2018年版,第331页。

^{④②} See Statement of Chairman AJIT PAI: Re: Restoring Internet Freedom, WC Docket No.17-108, at <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-17-60A2.pdf> (Last visited on November 28, 2022).

^{④③} See HM Government, *supra* note 29, 10.

^{④④} See European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act)*, p.1 (2020), at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842> (Last visited on November 28, 2022).

众议院司法委员会在对数字市场竞争经过一年多的调查后得出结论,平台经济呈现的赢家通吃、跨行业经营等特点,使超级平台企业出现之后通过规模经济与范围经济变成守门人,具备基础设施的特点,可以通过控制市场准入挑选赢家与输家,排除潜在竞争对手,巩固和扩大支配地位。^{④5}

更为重要的是,平台企业成为守门人以后,过去一直有效的反垄断机制会因为种种原因而不再有效,集中体现在以下几个方面:(1)反垄断法过去一直以价格垄断为主要关注领域,传统上衡量市场支配力量依据的是价格,提升价格不会减少需求被认定为具有市场支配力量。^{④6}平台经济之下,平台表面上提供的是免费服务,实际获得的是消费者的关注(流量)与数据,并通过这些数据的利用获得收益。^{④7}大量的研究与实践表明,传统的市场支配力量判断标准很难适用于分析平台行为。^{④8}相反,往往是平台侵犯消费者隐私不会引发市场的反应,消费者只能接受,数据利用已经成为判断市场支配力量的决定因素。另外,作为双边市场,两边的用户之间存在交叉外部性,平台在一边设定非常低的价格,而在另一边设定非常高的价格,是常见的现象。如果按照传统反垄断法适用,就有可能将这些行为认定为滥用市场支配地位。^{④9}(2)初创科技企业有数据缺盈利(市值),如果被守门人收购,只要在金额上低于合并审查标准,就不会被反垄断执法机构关注。因此,经营者集中审查完全失灵,守门人以收购方式排除潜在竞争对手行为毫无制约。^{⑤0}(3)在守门人跨行业经营、利用平台优势实施交叉补贴的背景下,相关市场的边界难以界定。^{⑤1}不界定相关市场会失去反垄断法适用的基础,导致反垄断法适用的扩大化,界定相关市场又会面临很大的困难。^{⑤2}并且,守门人的标准低于市场支配地位的标准,守门人并不必然全部具有反垄断法中的市场支配地位。^{⑤3}所有这些,导致相关市场与滥用

^{④5} See Subcommittee on Antitrust & Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *supra* note 2, 6, 12, 17, 42.

^{④6} *Id.*, 51.

^{④7} 澳大利亚竞争与消费者委员会的调查发现,超过70%的网站有谷歌的追踪码,超过20%的网站有脸书的追踪码;谷歌应用商店的应用程序中,88%将用户的数据回传给谷歌,43%将用户的数据回传给脸书。参见ACCC, *Digital Platforms Inquiry: Final Report*, p.11 (2019), at <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf> (Last visited on November 28, 2022).

^{④8} 关于以价格为中心的反垄断分析框架适用于平台经济面临困境的分析,参见杨明:《平台经济反垄断的二元分析框架》,载《中外法学》2022年第2期,第367页。

^{④9} 参见[法]让·梯若尔:《共同利益经济学》,张昕竹、马源等译,商务印书馆2020年版,第383页。

^{⑤0} 从1998年到2020年,亚马逊、苹果、脸书、谷歌并购超过500多家公司,美国反垄断执法机构没有阻止任何一起。

^{⑤1} 参见蒋岩波:《互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路——基于双边市场条件》,载《法学家》2012年第6期,第65页。

^{⑤2} 我国2021年发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》在征求意见稿中提出不界定相关市场,而最终的正式版本仍然回归相关市场界定。

^{⑤3} 新加坡竞争与消费者委员会已经考虑在判断数字平台市场支配地位的指南中,降低市场份额的权重,增加诸如进入障碍、网络效应、数据控制等的权重。这意味着按照过去标准达不到市场支配地位的主体,完全有可能因为平台优势而具有市场支配地位。See CCCS, *E-commerce Platforms Market Study: Findings and Recommendations*, Chapter VII (2020), at <https://www.allenandgledhill.com/sg/publication/articles/16754/cccs-releases-findings-and-recommendations-from-e-commerce-platforms-market-study-intends-to-update-competition-guidelines#:~:text=> (Last visited on November 28, 2022).

市场支配地位的认定都非常困难。(4) 反垄断执法属于事后机制,需要在个案中对复杂的事实进行逐个深入的调查,程序严格、认定标准机械、救济手段有限,^{⑤4}难以及时回应守门人对市场有效运行带来的挑战。

在反垄断机制面临重大挑战的情况下,引入监管以弥补反垄断机制的不足,^{⑤5}是各国或地区平台经济治理已经形成的第一个方向性共识。2019年,德国政府支持的研究报告建议欧盟制定平台条例,规范具有支配地位平台的行为,并在欧盟委员会办公室设立一个数字市场委员会。^{⑤6}2020年末,欧盟委员会发布《数字市场法(草案)》,明确指出反垄断措施不足以解决平台经济之下守门人带来的公平与竞争等问题,因此需要通过立法引入更多的事前监管措施,专门适用于守门人。^{⑤7}2022年7月,欧洲议会正式通过该法,待正式版本公布20天后生效,生效6个月后将开始实施。英国政府委托的专家小组认为,对于数字经济,尽管竞争工具可以起到作用,但更为重要的是采取事前、主动、可预期的措施,以推进竞争。^{⑤8}为此,专家组建议设立一个数字市场局,主要的职能包括三项:一是为超级平台制定明确的行为规范,避免依靠反垄断个案执法机制的不确定性;二是推动个人数据可携带,推动发展基于开源标准的系统,推动竞争;三是推动某些数据的开放,打破数据垄断。英国政府全盘接受专家组的建议,2021年4月,英国政府在竞争与市场管理局内设立非法定机构的数字市场局,2021年7月公开向社会征求意见,对被认定为具有“战略性市场地位”的守门人企业进行监管。^{⑤9}数字市场局虽然设立在竞争与市场管理局内部,但最终会是独立的法定机构。澳大利亚竞争与消费者委员会也提出与英国类似的在该委员会内设立监管机构的建议。^{⑥0}德国2021年1月20日已经率先开始实施《反对限制竞争法》第十次修正案第19a条(也被称为“反对限制竞争数字化法”或者“德国的守门人条款”),专门针对大型数字公司滥用其市场地位行为,目前已经分别对脸书、亚马逊、谷歌三家平台公司发起调查。反对限制竞争数字化法适用特别程序,而不是适用常规竞争法程序:首先由德国联邦卡特尔局确定哪些平台属于“对跨市场竞争具有极端重要性的公司”,然后对这些平台施加特别义务。

美国智库与学者,不论是保守派还是自由派,对于监管超级平台已经有各种各样的

^{⑤4} See HM Government, *supra* note 29, 10.

^{⑤5} See George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, Committee for the Study of Digital Platforms, *Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*, p.79 (2019), at <https://www.chicagobooth.edu/~media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf> (Last visited on November 28, 2022).

^{⑤6} See Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, *A New Competition Framework for the Digital Economy: Report by the Commission 'Competition Law 4.0'*, p.47 (2019), at <https://www.readkong.com/page/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy-7013155> (Last visited on November 28, 2022).

^{⑤7} See European Commission, *supra* note 44, 3-4.

^{⑤8} See Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, p.2 (2019), at <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel> (Last visited on November 28, 2022).

^{⑤9} See CMA, *Online Platforms and Digital Advertising Market Study Final report*, p.21 (2020), at <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study> (Last visited on November 28, 2022).

^{⑥0} See ACCC, *supra* note 47, 14.

建议。目前担任联邦贸易委员会主席的 Khan 教授几年前撰文,对美国 20 世纪 70 年代末以来适用反垄断法消费者福利原则进行全面批判,提出对在线平台市场恢复传统反垄断适用原则,或者对具有支配地位的平台适用一般承运人义务进行监管的两种不同治理范式。^{⑥1} 芝加哥大学 Booth 商学院数字平台研究委员会市场结构与反垄断小组的研究报告除提出反垄断方面的建议以外,还建议国会设立专门的监管机构——“数字管理局”,对拥有瓶颈权力的平台进行监管。^{⑥2} 美国有学者不但提出制定“数字平台法”的建议,还系统、详细地设计了数据可携、开放 API、公平接入、产品非捆绑等各种监管手段。^{⑥3} 但是,由于美国社会对于政府权力扩张的长期怀疑态度与自由主义的文化氛围,加之近年来国会两党处于势均力敌的对峙状态,应该是基于选举等政治考量,众议院的官方报告通篇没有提加强监管方面的具体建议。然而,仔细研读可以发现,在加强反垄断执法建议的帽子下,其实已经包含不少需要加强监管的内容(包括分拆、禁止进入相关行业等措施)。

像反垄断机制面临的挑战一样,传统监管手段形成于工业化时代,进入信息时代,其不适应是必然的。^{⑥4} (1) 准入控制。网络企业产生之初,并没有准入要求。企业规模变大以后,突然加上准入要求甚至剥夺其继续经营资格,既违反信赖利益保护原则,也阻碍新业态发展。(2) 定价。由于平台经济基本以免费形式提供,并通过流量与数据实现盈利,因此,政府以干预价格的方式进行监管,难有用武之地。(3) 服务标准。由于平台企业掌握用户的大量数据,可以通过精准画像为用户提供超出预期的体验并不断加以完善,完全没有必要由监管机构规定平台企业的服务标准。(4) 开放接入。平台服务架构在电信基础设施之上,两者分属运营层和物理层。基础设施产业监管实践中对于物理层所要求的互联互通、开放接入,不能照搬到运营层,^{⑥5} 否则会冲击服务的差异化,阻碍创新与竞争。^{⑥6} 国外较为普遍认识到,平台的开放主要是互操作和数据可携带,不同于电信领域一般的互联互通。互操作包括标准协议和 API 两种方式,以标准协议方式更优(电子邮件最为典型)。^{⑥7} 因此,在推进平台开放的过程中,必须根据平台经济的特点,设计相应的制度,避免产生事与愿违的结果。(5) 强制信息披露。信息披露曾经是监管改革中备受推崇的监管手段,可以克服直接监管的诸多弊端,形成柔性、多方参与的长效机制。然

^{⑥1} See Lina M. Khan, *supra* note 32, 790.

^{⑥2} See George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, Committee for the Study of Digital Platforms, *supra* note 55, 9.

^{⑥3} See Harold Feld, *The Case for the Digital Platform Act: Market Structure and Regulation of Digital Platforms*, p.67 (2019), at <https://rooseveltinstitute.org/publications/the-case-for-the-digital-platform-act-market-structure-and-regulation-of-digital-platforms/> (Last visited on November 28, 2022).

^{⑥4} See Julie E. Cohen, *Law for the Platform Economy*, U.C. Davis Law Review, Vol.51:1, p.184 (2017).

^{⑥5} See Wolfgang Kerber & Heike Schweitzer, *Interoperability in the Digital Economy*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Vol.8:39, p.50 (2017).

^{⑥6} 对于网络不兼容现象以及我国《反不正当竞争法》互联网专条对于恶意不兼容的规定,有学者分析后得出“允许网络不兼容是原则,禁止‘恶意不兼容’为例外”的结论。参见孔祥俊:《网络恶意不兼容的法律构造与规制逻辑——基于〈反不正当竞争法〉互联网专条的展开》,载《现代法学》2021年第5期,第144页。

^{⑥7} See Becky Chao & Ross Schulman, *Promoting Platform Interoperability*, New America. Found. (2020), at <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU05/20210225/111247/HHRG-117-JU05-20210225-SD008.pdf> (Last visited on November 28, 2022).

而,对于业务覆盖范围广、管理机制随时调整的守门人企业而言,公司治理结构不透明、数据使用与流向不透明、算法不透明等是常见现象。^{⑥8}因此,对这种监管手段的有效性和作用边界要有清醒的认识。

认识到平台经济对传统监管手段的挑战,各国对于加强监管的政策建议与各种讨论,均聚焦于守门人控制海量数据对于竞争的影响,探讨通过数据开放、数据可携、互操作、开源标准等制度,^{⑥9}推动竞争和创新,而不是诉诸于传统监管手段,这是各国平台经济治理的第二个方向性共识^{⑦0}。从欧盟、英国目前的制度设计看,^{⑦1}守门人的确立分为两个环节:首先对平台服务进行分类和聚焦,分离出“核心平台服务”(相当于传统的基础设施产业);然后对提供核心平台服务的企业进行分级,识别出具体的守门人(相当于“瓶颈”)。确定守门人之后,对其核心平台服务数据活动实施监管,对其提供的其他服务仍然适用反垄断法。至于不具有守门人地位的平台企业,不事前监管,完全适用反垄断法。这个领域,应该说是当前主要大国制度竞争的最前沿,大多还处在立法与制度设计的初始阶段。

平台经济出现之前,二元分治根据的是产业性质。对于平台经济而言,二元分治需要考虑企业规模,而不仅是平台服务的性质。将所有平台企业或者守门人的所有服务都作为公用事业进行监管,会妨碍市场竞争;对所有平台企业只适用反垄断法,难以有效约束守门人行为。同时,产生于工业文明时代的监管与反垄断手段,到数据成为基本生产要素的信息时代必须因时而变,围绕数据监管构筑相关的制度,促进数据流动与利用。这些都是二元分治以前从没有遇到过的新挑战,必将促使监管与反垄断两种治理机制在可预见的将来发生各种重大变革。不过,面对这些新挑战,各国仍然坚持在二元分治的框架内寻求解决方案,让两种机制相互补充。^{⑦2}

四、我国平台经济二元分治的改革方向

我国自1994年全功能接入互联网到现在,大致可以分为三个不同时期,尽管不同

^{⑥8} 参见[美]弗兰克·帕斯奎尔:《黑箱社会:控制金钱和信息的数据法则》,赵亚男译,中信出版集团2015年版,第16页。

^{⑥9} See Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, *supra* note 56, 34.

^{⑦0} 有美国学者将这种监管手段称为“轻度亲竞争”(light handed pro-competitive)监管。See William P. Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, University of Pennsylvania Law Review, Vol.168:1911, p.1915 (2020).

^{⑦1} 欧盟数字市场法首先明确在线中介服务、在线搜索引擎、社交网络、视频分享平台服务、独立于号码的人际间电子通讯服务、操作系统、云服务以及广告服务一共八类“核心平台服务”,其共同特征是具有极端的规模经济性和网络效应,能够最大化数据优势,使增加商家或者用户的成本几乎接近于零,并且锁定商家和用户。只有在这八类服务领域内达到标准的平台企业才是守门人,其他领域不包括在内。美国国会调查的是在线搜索、电子商务、社交媒体与社交网络、移动应用商店、移动操作系统、数字地图、云计算、语音助理、浏览器以及数字广告共十个市场。

^{⑦2} See European Commission, *Competition Policy for the Digital Era: Final Report: A Report by Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer*, p.4, 52 (2019), at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en> (Last visited on November 28, 2022).

时期之间有一定的交叉与重叠。^⑬（1）发展优先时期（1994—2012年）。互联网作为高新技术与信息通信产业的一部分，主要由科技或者产业部门负责推动，较少涉及信息内容或者传媒行业。这一时期，国家采取类似于发达国家的放松监管政策，VIE结构以及支付宝、微博、微信等各种应用获得发展机会，奠定中国互联网行业的发展基础。^⑭（2）双轨制时期（2012—2020年）。移动互联网和“两微一端”的出现，国内外发生的一些重大社会事件，使互联网传媒特点与舆论动员功能逐步凸显，互联网信息内容管理部门成为互联网管理的主要部门，并加大对互联网信息内容的直接管理。通过打造网络综合治理体系，包括让平台承担主体责任，营造清朗网络空间。对平台舆论动员能力加强管理的同时，产业发展层面继续坚持包容审慎原则，不但没有对平台经济进行过多的监管，反垄断法也很少用于平台企业。^⑮这一时期，基于共享经济、人工智能技术的滴滴、美团、头条等应用迅速发展，我国互联网行业在国际上的地位进一步提升，在国内也是备受各界欢迎的新经济代表。（3）治理体系全面构造时期（2020年—）。从2020年年底开始，以蚂蚁中止上市为发端，国家对滴滴进行网络安全审查，对阿里巴巴、美团“二选一”行为高额罚款，责令QQ音乐解除独家音乐版权，禁止虎牙斗鱼合并，解除屏蔽网址链接，要求金融活动必须持牌经营，断开金融信息与商业信息之间的不当连接，暂停网络游戏版号审批，要求平台企业自我整改等一系列事件表明，维护社会主义基本经济制度，防止资本无序扩张受到高度重视，进入到治理体系全面构造时期。经济领域的机构、机制与部门成为这一时期推动平台经济治理的主要力量。在各方面的推动下，一年多时间对资本无序扩张现象迅速形成“齐抓共管”之势。综合治理的好处是政策力度大、见效快，弊端是政策缺乏可预期性，可能引发各种波动。

我国平台经济治理当前面临的突出问题可以归纳为如下四个方面：一是对平台服务与平台企业缺乏系统的分类分级。除具有舆论动员能力的平台服务作为明确的类别予以划分并受到互联网信息内容管理以外，我国对其他平台服务与平台企业长期缺乏系统的分类分级。^⑯这种情况下，要么政策很难出台，要么出台政策就会“一刀切”，不符合分类分级治理的基本规律。二是作为基本治理手段的反垄断机制长期缺位，缺乏必要的资源与执法能力。至于监管机制，除互联网信息内容统一管理以外，其他方面一直处于多部门分散管理状态，容易出现扯皮推诿现象，市场主体“强者为王”。一旦遇到特殊

^⑬ 参见周汉华：《习近平互联网法治思想研究》，载《中国法学》2017年第3期，第16页。类似的阶段划分，参见芮明杰等：《平台经济：趋势与战略》，上海财经大学出版社2018年版，第64页。

^⑭ 中国互联网早期的精彩故事，参见朱云乔著：《风云再起：中国互联网20年》，北京理工大学出版社2016年版，第2页。

^⑮ 有论者通过个案分析，将反垄断法律在我国互联网行业中的实施形容为“反垄断执法机构和市场监管机构主体的角色缺失”。参见高丽娜：《论我国反垄断法律在互联网行业中的实施》，载《湖北警官学院学报》2013年第2期，第102页。2008—2015年反垄断执法机构处理的经营集中已结案件，基本与互联网行业无关。参见前注⑪，林文、甘蜜文，第272页。

^⑯ 直到《个人信息保护法》第58条规定“守门人条款”才第一次对平台企业进行守门人与非守门人二级划分。2021年10月市场监管总局发布的《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》将所有平台服务分为六大类（细分为31小类），将平台企业分为三级（超级平台、大型平台、中小平台）。

情况,不同管理部门习惯依靠审批、运动式执法等行政手段,或者移植互联网信息内容管理做法,以求迅速解决问题,不具备常态化数据监管的能力和各方面条件。监管机制的这种摇摆与不确定,既难以形成稳定、可预期的市场环境,也使二元分治面临双重缺位挑战。三是在常态市场监管机制无法发挥应有作用,守门人行为缺乏制约的情况下,不得不依靠制度优势与合力,防止资本无序扩张。问题在于,非常态手段的采用,会进一步抑制二元分治结构的形成与作用发挥,导致对非常态手段的需求不断增加,影响市场主体信心与营商环境建设。四是在体制转型过渡期,存在转轨风险。经过多年改革,我国早已明确社会主义市场经济体制改革目标,然而,改革目标完全实现之前,传统机制与手段过早退出,会出现新手段不会用、传统手段不能再用的困境。传统机制迟迟不退出,又会造成新旧机制之间的矛盾和冲突,挤压新机制的生长空间。

缺乏对平台经济二元分治以及数据监管转型必要性的认识,是存在上述问题非常重要的原因。近年来,不管是一些正式文件还是学术文章,监管、规制、管制、执法、管理、治理等概念不加区分混用,^{⑦⑧}不同概念内涵与外延不清晰,已经影响到意思的完整表达与理解,也影响到制度设计的科学性。在反垄断与监管二元分治结构已经被反垄断法正式确立十多年后,出现法解释上很难同时并存的反垄断监管概念,应该说与认识上的模糊有直接的关系。^{⑦⑧}

另外,尽管数据治理近几年来已经成为国内理论与实务部门共同关注的热点,但相关的深入研究非常缺乏。比如,我国民法典并未给数据确权,^{⑦⑨}但国内各界投入极大热情进行数据确权尝试,尤其是数据确权、定价、交易三阶段的话语体系,既不符合数据作为基本生产要素本身的特点和各国的普遍做法,还可能进一步固化守门人的数据垄断地位,^{⑧⑩}与推动数据开放利用的国际潮流正好相悖。再如,从2008年大众点评诉爱帮网开始,我国有关数据竞争的争议不断出现,包括“百度诉360违反robots协议案”“新浪诉脉脉非法抓取微博用户数据案”“大众点评诉百度地图抓取用户点评信息案”等。^{⑧⑪}这种情况下,2017年反不正当竞争法修改“互联网专条”仍未对数据竞争作出任何回应,修改后的法律文本甚至没有出现“数据”一词,不能不说当时对数据治理的认识非常有

^{⑦⑧} 监管、管制、规制本来都是“Regulation”的不同译法,有些地方却把它们当作不同概念同时使用。参见刘鹏:《西方监管理论:文献综述和理论清理》,载《中国行政管理》2009年第9期,第11页。

^{⑦⑨} 最近一年多来,国内已陆续有年轻学者提出对平台采用两种不同手段的关系问题。参见高薇:《平台监管的新公用事业理论》,载《法学研究》2021年第3期,第84页;王磊:《走出平台治理迷思:管制与反垄断的良性互动》,载《探索与争鸣》2022年第3期,第129页。

^{⑦⑩} 《民法典》第127条规定,法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。

^{⑧⑪} 欧盟及美国均没有国家层面的立法确认数据财产权地位,主要是通过合同法等来保护数据开发者的权益。See European Commission, *Legal Study on Ownership and Access to Data: A Study Prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology* by Osborne Clarke LLP, p.28, 95 (2016), at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d0bec895-b603-11e6-9e3c-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> (Last visited on November 28, 2022).

^{⑧⑫} 参见田小军、朱黄:《新修订〈反不正当竞争法〉“互联网专条”评述》,载《电子知识产权》2018年第1期,第40页。

限。^⑧此外,尽管反垄断法修正后两处增加规定数据,^⑨但仍存在几个问题:(1)数据垄断行为不只限于滥用市场支配地位,在扼杀式并购初创企业方面,数据因素同样重要。只在滥用市场支配地位部分加以规定,就立法技术而言,可能会使数据垄断行为逃离经营者集中审查。^⑩(2)两处增加的规定均将数据与算法、技术、资本优势、平台规则等手段并列,好像更为周延。其实,数据垄断与其他几个手段不是一个层次的问题。算法与数据不可分离,离开算法的数据没有意义,没有数据的算法不会造成任何后果,将算法单独列举意义不大。至于技术、资本优势、平台规则等都不是平台经济时代才有的新手段,有些在反垄断法中已经有规定,没有必要单独列举。将数据与其他几个手段并列,只会模糊焦点,降低数据治理的意义。(3)增加的两处规定过于原则,没有揭示数据垄断行为的本质特征,可执行性不大。(4)增设的两处规定规范的对象分别是“经营者”和“具有市场支配地位的经营者”。根据各国目前拟议的标准,平台经济守门人正好处于这两类主体之间,增设的规定并未给守门人制度留下任何接口。

由此可见,要解决当前存在的各种问题,有必要以强化数据监管为重点,推动构建我国二元分治的平台经济治理体系。几项具体改革建议包括:

一是确立二元分治的基本制度框架,提高监管与执法的可预期性,实现平台经济治理的范式变革。(1)对平台服务进行甄别和分类,明确划定容易限制竞争的基础平台服务范围,未划入的均属于其他服务。对平台企业根据其在基础平台服务方面的规模与影响力等指标进行识别(分级),达到标准的认定为守门人。鉴于平台经济的多变性,需定期对平台服务分类和守门人标准进行动态评估和必要的调整,以维护有效竞争秩序。(2)对守门人在基础平台服务范围内的活动进行监管,明确其相应的数据监管法律义务。对守门人不在基础平台服务范围内以及虽然在基础平台服务范围内但没有达到标准的平台企业,对守门人的所有经营者集中行为,均通过反垄断机制加以规范,明确监管与反垄断二元分治的边界。(3)为充分发挥二元分治机制的作用,实现监管与反垄断的良性互动,既要避免以反垄断代替监管,让反垄断执法机关承担不可承受之重,又要在监管中坚持公平竞争原则,将公平竞争审查自觉纳入监管决策,不断优化监管,使两种机制相互补充、有效配合、形成合力。

二是加快制定数字平台法,制定反垄断法实施相关配套规定,推动各项配套制度改

^⑧ 互联网专条本意是要解决法律适用中过于依赖一般条款所导致的法律不确定性问题,但是,专条实施后反倒加剧向一般条款逃逸的现象。参见谢晓尧:《法律文本组织技术的方法危机——反思“互联网专条”》,载《交大法学》2021年第3期,第7页。

^⑨ 分别是第一章《总则》第9条“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为”,第三章《滥用市场支配地位》第22条第2款“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为”。

^⑩ 政府数据开放中的独家使用做法以及某些平台企业选择性的排他协议做法,表明垄断协议和行政性垄断也有数据垄断行为的存在。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》虽然在垄断协议中对数据明确予以规定,但在行政性垄断中仍然缺乏相应的规定。

革,为二元分治发挥作用提供制度保障。(1)平台法早在2013年就已经列入国家《信息网络专项立法规划(2014—2020年)》,其任务远非电子商务法可以承担。有必要根据最近几年国内外平台经济治理最新发展,尽快启动起草工作。数字平台法要体现抓大放小、分类施治的原则,聚焦守门人监管,主要任务包括,明确基础平台服务的范围与标准,明确守门人的确定程序与标准,具体列举守门人的法律义务与违法行为的法律责任,明确数据监管机构的法律地位、职责、程序、数据监管手段与执法活动监督救济机制等。(2)反垄断法修改后有关平台经济部分还有不少需要明确和完善的地方,包括对第8条与第11条所规定的监管概念作区分解释,前者是相对于事后反垄断执法的事前监管,而后者指向的就是反垄断或反垄断执法;明确二元分治基本运行框架,^{⑧5}为守门人制度提供接口,明确数据垄断行为在垄断协议、滥用市场支配地位与行政垄断中的表现形式,明确守门人并购初创企业的审查标准与程序,明确监管与反垄断的关系等。(3)加强反垄断执法与数据监管机构的制度建设与能力建设,全面推进依法治国与依法行政,明确并妥善处理过渡期新旧体制的关系,完善各种考核评价标准,为反垄断执法与监管创造良好的法治环境。

三是设立国家数据局,与国家反垄断局一道,为二元分治发挥作用提供动力保障。从国际趋势看,国家层面设立统一的数据监管机构,统一承担对守门人的数据监管职责,已经成为构筑平台经济治理体系的生长点、突破口。设立国家数据局,推动数据监管相关工作,统一行使数据监管职能,可以尽快改变数据监管职能分散的现状,为实现标准、规则、市场统一和监管手段现代化奠定基础。国家数据局既可以作为国务院直属机构单独设立,也可以作为部委管理的国家局设立于相关部委,前提是能够依法独立履责。^{⑧6}单独设立的优势是不过多受传统体制的影响,但工作推进力度可能会受到一定的制约。不少地方近年来已经纷纷设立大数据管理局或者数据管理局,有不少经验可以总结。设立国家数据局,有利于形成上下联动的良好推进格局,推动体制机制创新。^{⑧7}作为部委管理的国家局,优势是能够借助主管部委的各种资源,但难以完全摆脱“九龙治水”格局的影响。根据目前部门职能划分,作为部委管理的国家局设立于网信、发改、工信或者市场监管四个部门内部,均有各自优势与弊端。设立于网信部门,有利于与网络安全与信息化职能统一,缺陷是有可能受到互联网信息内容管理做法的影响,混淆意识形态管理与

^{⑧5} 《反垄断法》第7条规定的行业过去基本由国有企业经营,改革后已经有多种所有制企业参与经营,同时,国有企业也进入不少可竞争行业。为此,反垄断法实施中不宜以所有制界定监管边界,而是需要对“受监管行业以及符合条件的基础平台服务提供者,依法实施监管”。对于监管与所有制无关的观点,参见王晓晔:《中华人民共和国反垄断法详解》,知识产权出版社2008年版,第51页。

^{⑧6} 近年来,我国各地方政府数据治理机构较多属于政府直属机构和政府部门管理机构。参见黄璜、孙学智:《中国地方政府数据治理机构的初步研究:现状与模式》,载《中国行政管理》2018年第12期,第35页。

^{⑧7} 实证研究发现,我国“地方政府设立的大数据管理机构在中央层面尚没有对应的高级别归口部门”。参见孟庆国等:《中国地方政府大数据管理机构建设与演变——基于第八次机构改革的对比分析》,载《电子政务》2020年第10期,第37页。

市场监管。设立于发改部门,有利于与改革发展职能融合,推动系统变革,缺陷是缺乏微观监管的相应队伍与人力资源。设立于工信部门,有利于借助强大的信息化能力与基础技术支撑,缺陷是缺乏市场监管方面的力量与队伍。设立于市场监管部门,有利于加强与反垄断职能协调,获得市场监管方面的各种资源支持,缺陷是可能模糊两种不同机制的边界。

Abstract: Antitrust and regulation in different contexts have different meanings, which need to be distinguished. The development history of the market economy shows that the dual governance mechanism of antitrust and regulation adjusting the mutual relationship dynamically can not only give full play to the decisive role of the market, but also better play the role of the government. The emergence of the platform economy challenges the traditional governance measure, and it is necessary to adjust the relationship between the two and promote data regulation. Nowadays, the governance of platform economy in various countries is entering the reconstruction period, which will directly determine the national competitiveness and the future development of the digital economy. The governance of the platform economy in China is faced with challenges such as the absence of dual governance structure and the lag of data regulation capacity. It is necessary to strengthen data regulation as the focus and promote the construction of a dual governance system of the platform economy.

(责任编辑:王莉萍)