

谦抑理念下互联网服务行业 经营者集中救济调适

孙 晋*

内容提要 互联网服务行业有着不同于传统行业的明显特征,决定了其在竞争效果评估、救济措施选择及其实施三个阶段的适用中与传统行业大相径庭。“市场决定论”蕴涵了政府干预的“谦抑理念”;互联网服务行业适用经营者集中救济,在执法原则上宜确立谦抑理念实现包容审慎监管。在第一阶段的竞争效果评估中,宜弱化市场份额因素,加强市场进入和效率等因素的考量;在第二阶段的救济方式选择中,市场结构上天然具有“冒尖效应”的互联网服务行业,应当优先选择行为性救济;第三阶段的救济实施,应开放网络平台和关键基础设施、持续信息披露、引入监督受托人;最后,当行为性救济实施过程中出现法律争议时,除了传统的诉讼和调解外,可优先考虑适用仲裁机制。当下反垄断执法体制重组为理念转型和执法改进提供了契机和便利。

关键词 互联网服务行业 经营者集中救济 谦抑理念 竞争效果评估 行为性救济

引 言

近年来,得益于放任自由的公共政策发展,互联网在全球已经成为一种市场范式。^①当下,全球互联网发展正在逐步进入平台经济时代,中国凭借多年积累的优势已经跻身潮流之巅,与美国互联网服务平台企业一起正在引领平台经济进入新阶段。美国以苹果、亚马逊、脸书等为代表的平台企业已经跃居超级网络平台之列,而中国以腾讯、阿里巴巴等为代表的超级网络平台也正在崛起。2017年,我国互联网服务平台企业的总收入达到1.07万亿元,首次突破万亿大关,同比增长46.8%,是国内生产总值(GDP)6.7%增速的7倍。^②截至2017年底,我国网民规模达7.72亿,全年共计新增网民4074

* 武汉大学法学院教授。本文系国家2011计划司法文明协同创新部分研究成果,中国法学会2017年度部级研究一般课题《新经济领域的经营者集中审查问题研究》(项目批准号:CLS(2017)C12)的阶段性成果。

① 参见[法]让·梯若尔《创新、竞争与平台经济——诺贝尔经济学奖得主论文集》,寇宗来、张艳华译,法律出版社2017年版,第268页。

② 中国互联网协会、工业和信息化部信息中心《2017年“中国互联网企业100强”榜单》,载《证券日报》2017年8月4日。

万人;互联网普及率为55.8%,较2016年底提升2.6个百分点;手机网民规模达7.53亿,较2016年底增加5734万人;我国境内外上市互联网服务企业数量达到102家,总体市值为8.97万亿人民币;我国网信独角兽企业总数为77家;全国拥有人工智能企业592家,占全球总数的23.3%。^③放眼全球,可谓“风景神州更好”。

互联网在世界范围内得到长足发展,得益于各国包容与审慎监管的公共政策。在这样的背景下,互联网服务行业反垄断执法的谦抑理念逐渐在经济法学界产生影响力。经济法谦抑性理念的首要价值在于正面回答了政府与市场的关系,明确了市场是第一位的、政府是第二位的,市场应在资源配置中起决定性的作用。经营者集中是互联网服务行业垄断的重要表现形式,反垄断执法机关往往对可能具有限制竞争影响的寡头合并予以垄断性审查。无救济则无权利,经营者集中救济是经营者对反垄断审查的重要回应方式。结合谦抑理念对经营者集中救济制度进行调适是重中之重。然而,谦抑理念的经济法适用尚有进一步探讨之余地,再具体到互联网领域的经营者集中,鲜有理论和学说涉猎。因此,本文将围绕着何为谦抑理念,为何应将谦抑理念延展至经济法领域,为何应在互联网服务行业经营者集中反垄断执法中适用谦抑理念,经营者集中的救济制度有何特殊之处,又应该结合谦抑理念对经营者集中的救济制度予以何种调适等问题展开系统分析。笔者意在以小博大,启发学界对新时代政府干预回归科学和理性这一重大问题展开进一步有益思考。

一、互联网服务行业经营者集中救济制度适用的困境

(一) 互联网服务行业发展现状及其特征

本文探讨的互联网服务行业,指的是以互联网技术为基础,为用户提供互联网相关服务的新兴产业群体,通常包括了互联网基础服务、互联网电子商务服务、互联网休闲服务、互联网信息服务和其他服务等。^④互联网产业链既包括设备又包括服务。^⑤本文将集中讨论后者即互联网服务行业的相关法律问题。

众所周知,互联网服务行业具备网络效应、技术标准和兼容性、产品的信息性、垄断和竞争并存等特征。首先,互联网服务行业与传统产业经济的本质区别在于网络效应。^⑥网络效应会在互联网服务行业中引起正反馈、冒尖、用户锁定等相关现象。如果

^③ 2018年1月31日,中国互联网络信息中心(CNNIC)发布第41次《中国互联网络发展状况统计报告》,报告所发布的数据截至2017年12月31日。载 https://www.sohu.com/a/220116959_505816,最后访问时间:2018年4月25日。

^④ 参见刘茂红:《中国互联网产业组织实证研究》,武汉大学出版社2014年版,第20页。

^⑤ 基础网络运营商的业务主要包括网络运营、互联网的物理接入、互联网维护;网络设备提供商提供基础设施的生产制造(如服务器设备等);终端硬件制造商则提供包括了电脑、移动手机等产品。本文认为,上述设备服务商与传统的生产制造企业并无区别,只不过其生产的设备具备的科技含量较高,其本身不具备本文所讨论的互联网服务行业所特有的特征。如果它们发生经营者集中救济,比照传统行业适用即可。因此,没有特别说明,本文的探讨均将其排除在外。

^⑥ 参见张小强:《网络经济的反垄断法规制》,法律出版社2009年版,第33页。

某一种产品被认定会在未来竞争中脱颖而出,极易出现“赢者通吃”的局面。其次,互联网服务行业具有技术标准与兼容性。互联网是一张互联互通的网络,不同主体之间要实现有序的互联互通、有效的信息传达以实现各项功能,就必须要求各个主体遵守统一的技术标准和兼容性,不符合技术标准和兼容的信息就会被排斥在互联网之外。最后,互联网行业产品的信息性。互联网服务行业生产的信息产品,使其相较于传统的物质产品市场更容易形成垄断。由于产品的信息属性,导致了互联网服务行业的产品复制成本低,一旦研发出新产品,便可以大规模生产,边际成本几乎可以忽略不计。^⑦此外,互联网服务行业还是一个智力密集型的高科技产业,产品和服务的更新换代非常迅速,潜在竞争者对在位垄断者施加了巨大的竞争压力。竞争和创新在这个市场里得到了最好诠释,在互联网服务行业,竞争就是动力,创新就是心脏,为该行业发展不断造血和输血。^⑧

(二) 传统产业经营者集中救济制度适用的一般规则

从工业革命开始,不断的自由公平竞争运动、消费者运动、工业产权运动乃至环保运动,都是社会自发矫正以资本利润为目标的自由市场机制所导致恶果的表现。而相关领域尤其反垄断法的立法和实施,则是工业化时期在传统产业取得的人类文明的硕果。^⑨这些维系市场与社会关系的制度,深深地嵌入市场经济的骨髓,与反不正当竞争和知识产权保护等制度一起,构成了目前市场经济成熟国家拥有的市场法治根基,由此塑造了一个严厉规则下的高效市场经济模式。

反垄断法上的经营者集中救济指的是,反垄断执法机构对那些存在或可能存在损害竞争的后果但又不至于被禁止的经营者集中,通过附加一些限制性条件来消除反竞争影响,它是一种事前性、预防性的救济。^⑩反垄断执法机构对经营者集中救济的适用,首要的问题是执法理念的抉择——积极执法抑或谦抑执法?理念直接决定救济的方式选择——结构救济抑或行为救济?总体而言,理念的抉择除了要考虑一国经济发展和市场竞争总体情况,更要考虑具体行业的具体特征,唯有如此才能选择出相符的执法理念。执法理念问题解决了,就进入具体的执法实施阶段,通常包含以下三个部分亦即三大步骤:救济的适用前提(即竞争效果评估)、救济方式的选择和救济的具体实施。

首先,在传统经营者集中救济的适用前提下,世界各国反垄断执法机构除了市场进

⑦ 互联网行业的产品成本主要集中在前期的技术研发,技术研发费用占据了产品成本的绝对份额。比如微软公司的Windows操作系统,生产出第一个操作系统的成本可能高达几亿美元,而一旦研发出来后,后面的复制成本几乎为零。

⑧ 参见前引①,[法]让·梯若尔书,译者序和作者序。

⑨ 参见李胜利《美国联邦反托拉斯法百年——历史经验与世界性影响》,法律出版社2015年版,第3-5页、第19页。

⑩ 一般意义上的法律救济通常是指矫正、纠正或改正已发生的不当行为或业已造成损害或损失的行为。传统意义上的救济强调“无损害则无救济”,救济必须要建立在发生了实际损害的前提下。但是反垄断法中的救济明显不同于传统的法律救济,它不是对违法行为的法律制裁,也不是对损害后果的补偿,而是在违法行为发生之前、经营者集中审查之中,反垄断执法机构在批准集中时采取的一种消除竞争问题的方法,是对集中所带来或可能带来的竞争损害的预防性措施。

入壁垒的分析,无论其遵循的是芝加哥学派还是后芝加哥学派,都在一定程度上受到哈佛学派的影响,偏好对市场份额和市场集中度的分析。^⑪从我国商务部原反垄断局自开始实施《反垄断法》至2018年3月公布的30多个附限制性条件的批准决定来看,许多批准决定公告书都依稀看见美国哈佛学派结构分析的影子,几乎每一份决定报告在进行竞争效果评估时,都花了较大篇幅分析相关市场的市场份额和市场集中度因素。^⑫其次,在救济方式的选择上,反垄断执法机构青睐于选择方便易行甚至认为“一劳永逸”的结构性救济措施。最后,在传统救济制度的实施中,从选择结构性救济,到资产剥离完成后的整个过程,基本上对后续事项如网络平台及关键基础设施是否开放、救济的实施效果如何、应否关照第三方利益等诸问题考虑欠周。

(三) 互联网服务行业适用传统经营者集中救济的执法困境

我国《反垄断法》自2008年8月1日实施至今已满十年。相较于互联网服务行业,面对工业时代的传统行业,过去十年商务部反垄断局作为经营者集中审查执法部门,虽然执法经验几乎从零开始,^⑬但总体而言,十年执法业绩可圈可点。以2017年为例,全年商务部无条件批准经营者集中案件325起,与2015年的332起和2016年的351起大致持平;附条件批准7起,与2015年和2016年皆为2起相比,增幅明显;未依法申报经营者9起,与2015年的4起和2016年的3起相比,增幅很大。^⑭以上数据表明,执法机关的执法热情日益高涨。然而,伴随着我国近些年互联网发展迅速,互联网服务行业兼并集中浪潮一浪高过一浪。互联网服务行业作为平台经济模式,呈现出自由放任的经济形态,本身对形成并主要适用于工业时代传统行业的反垄断制度带来挑战,又恰逢我国反垄断执法体制处于重构期间,^⑮这种叠加效应给我国反垄断执法带来了意想不到的冲击。可以断言,执法部门正面临前所未有的考验。

自2015年以来,互联网服务行业发生了多起在相关市场排名靠前甚至行业老大和

^⑪ 参见韩立余:《经营者集中救济制度》,高等教育出版社2011年版,第40-43页。

^⑫ 参见商务部反垄断局网站,载 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/>,最后访问时间:2018年3月25日。根据国务院机构改革方案,2018年4月以后,经营者集中反垄断执法由新成立的国家市场监督管理总局反垄断局负责。

^⑬ 我国《反不正当竞争法》在1993年12月1日实施以来至2017年11月4日修订之前,原国家工商系统依据该法对公用企业部分滥用市场支配地位行为如限定交易开展了执法,在《反垄断法》制定和实施之前积累了一定的执法经验;在经营者集中审查执法方面,虽然原对外贸易经济合作部、国家税务总局、原国家工商行政管理总局和国家外汇管理局联合于2003年4月12日发布实施《外国投资者并购境内企业暂行规定》,其后又代之以商务部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、原国家工商行政管理总局、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局于2006年8月8日联合发布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》,但是经营者集中审查的案件非常少,执法经验几乎无从谈起。2018年4月,国家市场监管总局挂牌成立,商务部反垄断局连同国家发展改革委监审与反垄断局转隶归入新成立的国家市场监督管理总局,我国初步完成反垄断执法体制重构,形成反垄断执法大一统格局。至此,商务部反垄断局在历经经营者集中审查反垄断执法9年半之后,完成了自己的历史使命。

^⑭ 参见孙晋主编《中国竞争法与竞争政策发展研究报告(1980-2015)》,法律出版社2016年版,第376-380页;孙晋、詹昊主编《中国与世界:竞争法发展研究报告》,法律出版社2017年版,第255-262页。

^⑮ 我国反垄断执法体制重构期间,指的是在法律实施近十年后,依据2018年3月13日公布的《国务院机构改革方案》的规定,国家发展改革委、商务部和国家工商总局三家执法机构的反垄断职能都统一到以国家工商总局为班底新建的国家市场监督管理总局之中,至2019年3月完成市、县级机构重组和职能划转。

老二合并事件,^{①⑥}其中影响最大者莫过于2016年滴滴出行和优步中国合并案件。据中国互联网络信息中心(CNNIC)发布的《专车市场发展研究专题报告》显示,滴滴占据了国内专车行业87.2%的市场份额。^{①⑦}其后,在2016年一年之中商务部三度回应以及在2017年7月27日依然表态,将对滴滴出行和优步中国合并案件继续依法调查。^{①⑧}社会各界呼吁反垄断执法机关在经营者集中审查中强力干预的呼声不绝于耳。在商务部纠结犹豫之中,于2016年8月1日顺利完成了合并的滴滴出行,^{①⑨}因为在网约车市场的支配地位及其涉嫌滥用支配地位的市场行为而一时间成为众矢之的,^{②⑩}也将当时负责经营者集中审查的主管部门商务部置于舆论的风口浪尖。

与此形成极大反差的是,在2017年6月21日的国务院常务会议上,国务院总理李克强对执法部门明确要求,共享经济利用“互联网+”创造了很多新业态,有利于我国当下产业升级和结构调整,不要仍用“老办法”去管制“新业态”,否则“可能就没有今天的微信”。^{②⑪}很显然,在“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府的作用”的新时代深化改革背景下,李克强总理举释此例,意在要求政府部门对互联网服务行业各类新业态、新模式的监管执法理应秉持“包容审慎”监管态度。2016年、2017年商务部一方面迫于社会舆论压力不断表态对滴滴出行和优步中国的合并继续调查,另一方面却在二者合并两年多后仍迟迟没有实质进展和审查结论。目前新成立的国家市场监督管理总局也看不出有接手此案继续展开调查和开展执法的可能。毋庸置疑,反垄断执法机关在该案中陷入了执法困境。由于面对快速发展的互联网服务行业,经营者集中审查机关执法经验不足、执法理念不清、理论依据摇摆、法律规定模糊,可以想见,新时代监管机关会面临更多的执法困局。

诚然,正如前文归纳的互联网服务行业发展的特殊性,决定了该领域经营者集中不完全等同于传统行业,“对反垄断执业者来说,困难在于那些源于标准市场的传统智慧不再有效”。^{②②}互联网服务行业不是“法外之地”,“要不要执法”显然是一个伪命题,“如何执法”才是问题的实质。如何将反垄断法律制度恰当地嵌入到互联网经济发展之中,

①⑥ 2015年以来互联网行业经营者集中典型案例者如:滴滴+快的、美团+大众点评、赶集+58同城、携程+去哪儿、腾讯文学+盛大文学、百合网+世纪佳缘、滴滴+优步。

①⑦ 参见中国互联网络信息中心(CNNIC):《专车市场发展研究专题报告》,载 http://www.cac.gov.cn/2016-01/05/c_1121534114.htm,最后访问时间:2017年6月30日。

①⑧ 参见中国新闻网《商务部:正对滴滴和优步中国合并案进行反垄断调查》,载 <http://www.chinanews.com/cj/2017/07-27/8288975.shtml>,最后访问时间:2017年7月27日。

①⑨ 参见凤凰财经《滴滴出行优步中国正式宣布合并》,载 http://finance.ifeng.com/a/20160801/14665763_0.shtml,最后访问时间:2017年3月15日。

②⑩ 参见央视网新闻《百姓关切的滴滴优步合并三大焦点》,载 <http://news.cctv.com/2016/08/02/ARTIPIr9oEwdCjIAWiS9m9H160802.shtml>;中国新闻网《三问滴滴与优步中国合并:是否涉嫌行业垄断?》,载 <http://money.163.com/16/0801/23/BTDUJLI1E00253B0H.html>,最后访问时间:2017年3月16日。

②⑪ 参见付聪《李克强:如果沿用老办法管制就可能没有今天的微信》,载中国网 http://news.china.com.cn/2017-06/21/content_41073402.htm,最后访问时间:2017年8月1日。

②② 参见前引①,[法]让·梯若尔书,作者序。

有效规范互联网服务行业,是今天所有法律人尤其是执法者必须思考的现实课题。在互联网服务行业经营者集中审查和救济中,需要执法机关进行必要的调适。法律一经制定便落后于现实。在制度重构变更与执法理念更新之间,毫无疑问,在现行制度还来不及变更之时,后者的制度成本最低而社会效果最快,是最佳选择。那么,在执法理念上,到底是积极执法还是谦抑执法?反垄断执法机构必须在二者之中做出抉择。

二、互联网服务行业经营者集中救济中谦抑理念的确立

(一) 执法困境之症结:追求执法效率忽视执法效果的过度干预

古典经济学认为,市场机制完全可以解决市场中出现的任何问题,政府应当在市场经济中充当“守夜人”角色。^{②③}然而,历史不断证明市场也会“失灵”,市场在资源配置中也会存在功能缺陷。正是基于对古典经济学的反思与批判,凯恩斯提出,政府凭借其整体性、权力的统一性以及公共性,使得其能够解决市场机制无法通过自身解决的市场缺陷。同时,极端无政府状态和膨胀的个体利益追逐所带来的各个方面的问题也只能由政府干预解决。^{②④}在“全能政府”的“父爱式”干预之下,^{②⑤}我们对国家执法机关的积极执法理念并不陌生,积极执法恰恰是“全能政府”的现实“镜像”和积极干预的主要体现。

哈耶克宣称,国家干预总会破坏自由。^{②⑥}在我国新时代“市场决定资源配置”大背景下,市场经济发展处于临界点上,竞争政策基础性地位有待夯实,所以反垄断执法机关的基本执法理念应很自然地呈现出积极和主动的姿态,但这并非说明执法机关就可以“一刀切”,片面追求执法效率。经过前文中对互联网服务行业特殊性分析可以得知,现行审查既容易高估互联网服务行业集中行为的反竞争效果,也容易高估市场结构对市场行为的影响,却往往低估了创新带来的市场竞争压力。偏好哈佛学派的结构规制主义和资产剥离等结构性救济举措,追求眼前执法效率和力图“一劳永逸”,忽视执法效果,正是积极执法理念在经营者集中救济当中的体现。正如前文分析所得出的结论,积极执法理念在互联网服务行业经营者集中救济实施中势必遭遇执法困境,在制度短期内难以重构或改进的情形下,留给执法机关的选择必然是执法理念的更新,进而改进执法。

就具体的制度层面而言,我国《反垄断法》继受于工业时代产生的欧美反垄断法,法律的普适性注定其无法前瞻地顾及作为第二次工业革命成果的互联网服务行业的特殊发展特点,加之法律天生的滞后性,其在规制快速发展的互联网服务行业时常常会捉襟

^{②③} 参见李昌麒、王怀勇:《政府干预市场的边界——以和谐产业发展的法律要求为例》,载《政治与法律》2006年第4期。

^{②④} 参见张守文:《“改革决定”与经济法共识》,载《法学评论》2014年第2期。

^{②⑤} 参见姜明安:《建设“有限”与“有为”的政府》,载《中国党政干部论坛》2004年第4期。

^{②⑥} 参见王军:《哈耶克》,中国财政经济出版社2006年版,第57页。

见肘、顾此失彼。以全部经营者集中为规制对象的《反垄断法》,在互联网服务行业面前必然表现出一定的不适。

从问题的本质上来看,经济法是国家干预经济的基本法律形式^{②7},依据反垄断法作出禁止经营者集中或附条件集中的行政执法行为属于国家干预市场的一种方式。如果根据现行反垄断规范对互联网服务行业经营者集中案件进行审查并做出结构性救济决定,那么这种行政干预对互联网服务企业的影响往往是致命性的,其本质在于以经济法规范为依据的国家干预超出了必要的限度。本来以弥补和矫正市场失灵为己任的经济法,因为缺乏谦抑,反过来容易造成新的市场失灵,违背了干预的初衷。

(二) 谦抑理念在我国法学的引入

在我国法学界,谦抑理念最早由刑法学界从日本引入,继而掀起一股强劲的“谦抑性”研究热潮。“谦抑性”业已成为公认的刑法价值和理念,并最终在我国刑事政策中得以运用。

我国最早引入、介绍和研究刑法谦抑性问题的刑法学者是陈兴良教授,他认为刑法的谦抑性是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑法刑罚(而用其他刑罚替代措施),获取最大的社会效益——有效的预防和控制犯罪,并在此基础上提出了刑法谦抑性应该具备经济性、补充性、紧缩性三个基本要素。^{②8}张明楷教授认为,刑法应当由“限定的处罚”转向“妥当的处罚”。^{②9}

同为公法的行政法天然易于接受谦抑性理念。与刑罚权同样是公权力,行政权也应当具备谦抑性。人的自律性使行政权的其他律性受到抑制,社会自发自生秩序与行政权的创造秩序产生互补,私权的私益性与行政权的公益性各得其所,公民权利程度的强化与政府行政权强制的弱化,都使行政权的谦抑性具备自然属性。行政权可通过转变角色、确立比例原则、推进行政法与民法合理分工、确立适应行政权谦抑性的行为方式等途径实现谦抑。^{③0}

(三) 谦抑理念在我国经济法的延展

谦抑性不是刑法和行政法的“特权”和“专利”。公法属性较强的经济法,在国家干预经济过程中,与行政法有许多近似甚或相同之处。经济法学界较早既有学者对经济法的谦抑性展开过研究,只是彼时没有明确称之为“谦抑”,而是谓之“适当”或“适度”

^{②7} 参见李昌麒《经济法——国家干预经济的基本法律形式》,四川人民出版社1999年版。

^{②8} 参见陈兴良《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社2006年版,第292页。

^{②9} 参见张明楷《网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心》,载《人民检察》2014年第9期。

^{③0} 参见张弘《论行政权的谦抑性及行政法的相应对待》,载《政法论丛》2017年第3期。

等相近概念。^①“适度原则”的核心要义,基于“有限理性”“政府失灵”诸理论,^②认为市场一般能够自我消化自我解决市场失灵问题,政府干预理应秉承克制态度,至少在合法性、合理性和竞争性三个维度上规范约束政府干预。^③经济法的适度原则与刑法行政法的谦抑性原则相比,二者可谓异曲同工。党的十八届三中全会提出“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府的作用”这一新论断,为深化经济体制改革指明了新方向,既为经济法谦抑性理念的确立提供了新的论据,在谦抑性理念之下又赋予了作为经济法适度原则以新的内涵——政府谦抑干预,进而又使得为政府谦抑干预划定边界成为可能。新论断也为我国经济法学基础理论研究注入“一泉活水”,为我国经济法带来从传统“授权论”到现代“控权论”的转机。^④

事实上,作为社会资源配置中最为重要的两个系统,政府与市场在资源配置上定位、冲突、范围与协调等方面的争论从未停歇,也因此使“政府与市场关系”成为经济法学界历久弥新的话题。张守文教授在研究中引入波兰尼的“双向运动”理论,^⑤强调市场在社会资源配置效率方面存在优先性,但也有其自身局限性。政府实施的宏观调控、促进公平及市场监管等手段,对市场自身局限性做出了重要补缺,由此强调政府辩证干预的必要性。然而,无论市场抑或是政府都由意志、目标不同的特殊个体构成。尽管政府在资源配置上拥有无与伦比的能力,但在行使公权力之时,个人极有可能假借公共利益之名侵害他人权益以促进私益,公权力如不加以限制,则公民个人私益难以保全。另一方面,背离了公共利益,政府及其公权力之合法性也将受到质疑,政府公信力将面临危机。为此,法律才强调“限制公权力”,提供公共物品、保护公共利益成为政府行使职能的前提。政府对市场的干预程度,取决于其职能范围。如果政府权力没有边界,职能不清或出现膨胀,则其在市场资源配置中的作用会无限放大,进而挤压市场在资源配置

^① 代表性观点如马绪良:《试论经济法的基本原则》,载《西南政法大学学报》2001年第1期;孙晋:《论经济法的基本原则——以实证主义分析方法》,载《经济法论丛》(第5卷),法律出版社2005年10月版。

^② 有限理性理论是人工智能创始人、诺贝尔经济学奖得主西蒙在20世纪50年代提出的,该理论基于环境的复杂性和人对环境的计算能力和认识能力是有限的,承认人的认识和推理的片面性、不完备性,甚至自相矛盾,进而推及政府公共政策的决策和实施同样具有有限理性;后来,另一位诺贝尔经济学奖得主布坎南开创了公共选择学派,该学派运用经济学分析方法研究政治问题,提出了系统的政府失灵理论,该理论认为,与厂商、消费者类似,在大多数时候,政府也是一个以追求自身利益最大化为目标的“经济人”,政府行为也存在外部性。

^③ 参见孙晋:《经济法视角下政府经济权力边界的审读——以政府职能转变为考察中心》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2014年第2期。

^④ 德国一战后的《魏玛宪法》授权魏玛政府颁布一系列管制经济法,开创了人类授权政府大规模干预经济的先河,成为“授权型经济法”以及“统制经济法”之滥觞,市场机制受到限制甚至破坏。德国自身、前苏联、二战前的日本以及中国都深受影响甚至深受其害;以美国为代表的自由市场经济国家在19世纪末从反托拉斯法立法开始,国家(政府)干预经济选择了另外一条道路,那就是积极回应市场需求和尽量尊重市场规律,奉行控权原则,成为“控权型经济法”的模范。我国“市场决定论”新论断的提出,为深化改革指明了方向,也为我国经济法从传统“授权”到现代“控权”的划时代转型提供了历史契机。

^⑤ 波兰尼的双向运动理论强调,在一切都商品化的市场经济里,经济活动在社会关系中居于决定性地位,形成了经济自由主义的运动;而与此相对应,为了防止市场机制给社会带来的侵害,还存在反向的社会自我保护运动,并因而需要政府对市场经济进行干预。参见[英]波兰尼:《大转型:我们时代的政治与经济起源》,冯刚、刘阳译,浙江人民出版社2007年版,第114、136页。

中的作用,阻碍市场经济发展。所以,转变政府职能,将市场能够通过自身机制解决的问题归还于市场解决,把对公权力的限制与对私权利的保障有机结合起来,是“政府与市场”实现辩证二元共治的重点。^{③⑥}依循该思路往下追问,政府谦抑干预的边界已然呼之欲出。

“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府的作用”,实际上是一个问题的两个方面,“市场在资源配置中起决定性作用”是“更好发挥政府作用”的基础和前提;“更好发挥政府的作用”是“市场在资源配置中起决定性作用”的要求和保障。这里所谓的“市场”,实际上指的是“市场机制”;市场机制主要包括市场竞争机制和市场价格机制。由于政府对价格的管制范围越来越小,价格越来越依赖通过市场竞争而形成,所以市场竞争机制必然成为核心市场机制,进而成为“市场”的主要内涵和代名词。于是,结论不言自明。“使市场在资源配置中起决定性作用”,就是让市场竞争机制在资源配置中起决定性作用,通过市场自由公平竞争实现优胜劣汰和资源优化配置。申言之,就是要求市场主体的自由公平竞争权不被限制和剥夺,亦即政府要相信市场具有自我矫正和自我修复功能,尊重市场竞争机制和维护市场竞争秩序,这就是政府干预的边界。它彰显了现代经济法的基本价值,即维护市场竞争机制和市场主体合法权益,有效制约行政权力对经济运行的不当干预。^{③⑦}

可以断言,经济法的谦抑性、反垄断执法机构的谦抑执法,是“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府的作用”的制度回应。既然如此,我国就不可能沿袭过去近40年政府的产业政策和宏观调控举措在经济发展中的基础性地位和决定性作用,“全能政府”父爱主义之下的积极干预主义到了必须转变的时候。^{③⑧}另外,反垄断法受制于立法技术和市场的快速发展,规则上具有抽象性和不确定性。^{③⑨}反垄断执法机关往往受制于执法经验和执法水平,执法存在错误成本,所以反垄断执法也具有一定的局限性。如果依循执法积极主义,严格按照法律规则机械执法,必须有三项前提:一是技术进步缓慢和社会经济生活稳定不变,二是立法具有超强的前瞻性和预见能力,三是执法机关经验丰富。而这三项前提在我国经济法尤其反垄断法领域是不现实的,因此在法律适用中秉持谦抑理念,包容审慎监管,是一个不错的选择。事实上,互联网服务市场技术创新速度日新月异,创新对参与市场竞争的各方主体都施加了很大的竞争压力,而且市场具有一定的自我修复能力。

确立经济法的谦抑理念,并不是不要政府这只“有形之手”的干预,而是要求政府适度干预,以实现“更好发挥政府作用”。这就要求政府制定产业政策、实施宏观调控和具

^{③⑥} 参见张守文:《政府与市场关系的法律调整》,载《中国法学》2014年第5期。

^{③⑦} 参见王乐泉:《论改革与法治的关系》,载《中国法学》2014年第6期。

^{③⑧} 我国经济法学界近些年日益强调确立竞争政策基础性地位的重要性,主张以竞争政策基础性地位代替产业政策和宏观调控的决定性地位,实际上是对传统经济法学的检思和反省,是对经济法谦抑性原则的追求和对经济学本原的回归。

^{③⑨} 参见沈敏荣:《法律的不确定性:反垄断法规则分析》,法律出版社2001年版,第34-37页。

体执法,要尊重市场规律和维护市场机制,尤其要坚守市场竞争法则,秉持竞争中立立场,制定好和实施好公平竞争法律规则,遵循市场竞争原则以优化产业政策和改善宏观调控,追求国家(政府)干预的公平性、合理性和合法性,担当好市场自由公平竞争的“守护神”。执法部门对待互联网条件下的新事物(新模式、新业态),宜包容审慎。易言之,强调经济法的谦抑性并非一味强调国家干预越少越好,更不是主张对互联网服务行业不采取反垄断执法而纵容垄断,而是追求干预的范围越合理越好、干预的程度越适度越好、干预的措施越灵活越好、对市场竞争机制的扭曲与限制越小越好,这才真正契合“更好发挥政府作用”的基本要求,也是政府与市场的合理边界。这就是新时代经济法谦抑性原则的内在品格和政府谦抑干预的时代要求。

控权(力)是良法和法治的关键,限制政府权力是法治建设之核心^⑩。作为经济法的反垄断法,不仅要确认政府的干预,同时还应当规范政府的干预。经济法应当体现谦抑理念,反垄断执法机关在相关情况下自然也应遵循谦抑理念,不能为了干预而干预,不能片面追求执法效率和执法便利而积极执法,而必须具备正当的理由和必要的干预力度。尤其在互联网服务行业,由于技术进步日新月异、经营状况瞬息万变、创新压力无时不在,在经营者集中救济中,缺乏“谦抑”和“底线”的政府干预极易扼杀经济创新和破坏市场自治。因此,互联网服务行业经营者集中领域对国家(政府)干预的谦抑程度提出了更高的要求。

由上可见,包括互联网服务市场经营者集中审查在内的反垄断执法之谦抑,既是“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的题中应有之义,又是“全面依法治国”的基本要求和必由路径。

(四) 谦抑理念在互联网服务市场经营者集中救济中的确立

前文已经厘清,作为经济法核心的反垄断法对刑法谦抑性的借鉴必要且可行,但是谦抑理念从刑法领域向反垄断法领域的延展,仍要依赖于一定的前提条件。其中,国家(政府)干预市场垄断的两面性与市场决定性地位的确立乃最关键的两个推动因素。

快速发展的互联网服务市场充满了不确定性,这种不当或过度干预所带来的影响往往也充满了不确定性。一方面,作为市场外的异质性手段,国家干预对市场机制的正常运行影响甚大;另一方面,国家对市场的干预范围和程度有可能会超出弥补市场失灵和维护市场机制之必要,或者干预方式、手段选择失当和干预时机不当,结果都可能影响市场机制配置资源功能的发挥。^⑪也就是说,政府在规制市场失灵的同时也存在政府失灵的可能。国家干预具有两面性,既可能弥补或矫正了市场失灵,又可能扭曲或限制了市场竞争机制威胁到市场的可持续健康发展。但是市场对国家干预的需求又是客观存在的,不以人的意志为转移。^⑫这一事实意味着国家对市场尤其是如互联网服务这样

^⑩ 参见漆多俊《权力经济向法治经济的转变:兼论转型时期法律的控权使命》,载《经济论坛》2005年第2期。

^⑪ 参见秦国荣《维权与控权:经济法的本质及功能定位》,载《中国法学》2006年第2期。

^⑫ 参见倪志龙《需要国家干预理论的真理性——基于经济法的视角》,载《经济论坛》2010年第1期。

的新市场新问题的干预应该具有合理的范围、适当的力度和科学的举措,使得市场调节和政府干预在资源配置中取得协调,在弥补市场缺陷的同时避免国家过度干预对市场本身造成的破坏,尽量达至“琴瑟和鸣”的理想境界。

总之,随着对市场机制与国家干预两者关系认识的深入和“市场决定资源配置地位”的逐步确立,国家干预只能在弥补市场失灵之必要范围和程度内发挥作用。法律在本质上是对专断权力之行使的一种限制。^⑬作为国家规制市场垄断的法律,反垄断法不仅仅是国家调节经济的法律依据,更是限制国家干预市场尺度的规范。市场决定性地位的提出和确立,势必要求我国反垄断法理应以谦抑的态度介入市场。反垄断执法机关理应秉持谦抑执法之理念,灵活且合理适用互联网服务行业经营者集中救济制度。在当前竞争政策基础性地位逐步确立的背景下,市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用是辩证统一;持积极执法理念的反垄断执法机关,面对日新月异、快速发展且充满不确定性的互联网服务行业的经营者集中审查与救济,执法机关宜改弦更张,遵循谦抑执法理念,这样才能尽量回避执法困境;面对传统产业的积极执法理念和面对互联网服务行业的谦抑执法理念,同样是辩证统一。在互联网服务行业经营者救济实施中确立谦抑理念,就必须相应地对救济适用的前提、救济方式的选择、行为性救济的实施等方面进行必要的调整,从根本上预防和杜绝执法困境。

(五)国家市场监督管理总局统一反垄断执法权为“谦抑理念”的确立和实现带来契机

2018年3月17日,十三届全国人大一次会议批准《国务院机构改革方案》,组建国家市场监督管理总局,作为国务院直属机构。其中,承担反垄断统一执法是其主要职能。至此,我国反垄断执法机构已延续近十年的“三驾马车”模式从而实现了在国家市场监督管理总局之下的“合三为一”。不仅有利于在我国建立统一、独立、权威、高效的反垄断执法机构,而且作为统一的执法机构在没有执法“竞争压力”的情况下,面对涉嫌市场垄断行为会更为从容,这就为“谦抑理念”在反垄断执法权行使中得以确立和实现带来便利和创造契机。

积极执法理念视法律如“鞭子”,主张对涉嫌违法者从严从快予以打击;谦抑执法理念则视法律如“笼子”,对“任性”的权力和权利予以约束。毕竟,反垄断法和其他法律一样,应当是笼子而不是鞭子。面对竞争激烈、瞬息万变的互联网服务市场,我们要充分挖掘法律的谦抑理念,反垄断执法机关更应该秉持谦抑理念以实现谦抑执法,以体现出执法机构面对新生事物时应有的灵活性和执法弹性。我们应该可以达成这样的共识:在互联网服务市场融入谦抑理念的反垄断执法,必将有助于提高执法的合理性、规范性、权威性、透明度和公信力。

^⑬ 参见[美]E·博登海默《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第246页。

三、互联网服务行业经营者集中救济适用前提的调整

(一) 竞争效果评估的理论选择

哈佛学派、芝加哥学派和后芝加哥学派是各国反垄断执法机关进行竞争效果评估时所惯常依赖的三种竞争理论。哈佛学派理论主张的结构规制主义^④由于其简单、方便的做法长期受到反垄断执法机构青睐。对于传统产业经营者集中救济来说,反垄断执法机构选择哈佛学派理论的积极执法姿态,能够让他们减少执法成本和提高执法效率。科斯、波斯纳等经济学家领衔的芝加哥学派追随传统的经济自由主义思想和社会达尔文主义,信奉自由市场经济中竞争机制的作用,相信市场力量的自我调节能力,认为市场竞争是市场力量自由发挥作用的过程。他们还认为企业自身的效率才是决定市场结构和市场绩效的基本因素,提出以提高资源配置效率为唯一目标的反垄断思想。^⑤后芝加哥学派兴起于20世纪90年代,代表人物是夏皮罗、萨罗普和贝克尔,他们因修正芝加哥学派自由主义反垄断思想的缺陷而得名。后芝加哥学派应用博弈论工具和新实证产业组织经济学理论对市场竞争展开分析,提出了与芝加哥学派不同的反垄断法目标,即反垄断法应该以阻止垄断厂商将消费者福利转移为垄断利润为首要目标,而不仅仅是提高整个资源配置的效率。

实际上,三种竞争理论对竞争效果评估的不同侧重也反映出其对政府与市场在资源配置中所起到作用的不同偏好。哈佛学派更认同政府在市场资源配置中起主要作用,认为反垄断执法机构应当采取较为严厉的政府管制与反托拉斯政策,通过政府权力的直接干预打破市场寡头垄断格局,以改善市场结构,规范经营者的市场行为。哈佛学派赋予了执法机构更多的执法权力和自由,并且其执法效果可谓立竿见影,早期受到了反垄断执法机构的青睐。然而,哈佛学派的理论并非无懈可击,规模经济也并不一定会带来经济效率低下和社会公共利益减损。反垄断理论开始由“结构主义”向“行为主义”过渡,“反垄断法应当规制的并不是垄断本身,而是垄断行为”这一观念越来越深入人心。尤其是经济全球化的背景下,过分限制企业规模,势必削弱企业的国际竞争力,芝加哥学派的“宽松监管”政策逐渐被人们所认同和接受。但同样,在追求市场自由、信奉市场自我调节能力的同时,又将面临市场壁垒高筑、市场自我修复成本过高等问题。在没有国家干预的条件下,经历市场优胜劣汰而生存的企业固然有其优势,但人性的贪婪也会驱使经营者去追求高额的垄断利润,使消费者权益和公共利益受到减损。也正

^④ 在竞争效果评估中,哈佛学派基本遵从了梅森(E. Mason)教授和其弟子贝恩(J. Bain)等经济学家提出的市场结构——市场行为——市场绩效分析框架即SCP范式,认为三者之间存在递进制约的因果关系,市场结构决定企业的市场行为而市场行为决定市场资源配置的绩效,因此为了获得良好的市场绩效,执法机关必须采取积极的反托拉斯政策和政府管制,以改善市场结构,进而规范企业的市场行为。

^⑤ 在芝加哥学派的思想支配下,美国的反垄断态度在20世纪80、90年代由严厉变为宽容,很多学者甚至政府的反垄断官员都认为“过于积极地实施反垄断法,特别是那些为了自身利益而进行的私人诉讼是有害于竞争的”。

因此,后芝加哥学派对自由主义垄断规制模式进行了修正,提出不应当仅仅关注资源配置效率,还要关注消费者福利与社会公共利益。后芝加哥学派的理论主张蕴含执法谦抑理念,与前文所述政府与市场辩证二元共治不谋而合,即政府并非万能,市场亦有缺陷,充分发挥市场资源配置作用,而政府则以弥补市场失灵为直接目标。

基于此,笔者主张在互联网服务行业经营者集中救济制度的理论适用上,应优先适用后芝加哥学派。与哈佛学派理论过度关注市场结构、芝加哥学派过度关注市场自由不同,芝加哥学派在重视市场效率的同时注重经营者集中对消费福利和社会公共利益的影响,能够很好地解决基于互联网服务行业经济属性和市场特质所带来的一系列问题。在保持芝加哥学派尊重市场自由的基础上,后芝加哥学派认为即便集中双方的市场份额很大,但只要他们的集中是有效的,没有造成消费者福利和社会总体福利的减损,那么它就不应该被干预。这能够很好地解决互联网服务行业由于网络效应特征所引起的一些企业市场份额“天然比较大”和“赢者通吃”的市场表征。与哈佛学派理论设定一个市场结构标准不同,后芝加哥学派更看重的是经营者集中行为所带来的效率及社会福利影响。很显然,这种理论认识比哈佛学派理论更加灵活多样,比芝加哥学派更为理性严谨,这种对市场理性的尊重也最契合谦抑执法理念。

(二) 竞争效果评估的因素分析

根据我国《反垄断法》第27条规定,在对经营者集中进行竞争效果评估时,应当考虑以下因素:市场份额及控制力、市场集中度、市场进入壁垒、集中对消费者和社会效率的影响等。下面重点分析几个关键的评估因素:

市场份额。长期以来,市场份额因素在竞争效果评估过程中,占据着绝对的地位。究其原因,主要因为该因素受到了哈佛学派“结构主义”理论的深远影响。以我国商务部关于附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动案为例,商务部在分析经营者集中所带来的竞争影响时指出,“移动智能终端操作系统市场是一个高度集中的市场。最新数据表明,2011年第四季度,仅谷歌开发的安卓系统就占据73.99%中国市场份额,此外,诺基亚的塞班系统占12.53%,苹果的IOS占10.67%,三者合计占据97.19%的中国市场份额。考虑到安卓系统超高的市场份额、移动智能终端制造商对安卓系统的高度依赖性、谷歌公司雄厚的财力和技术开发能力以及很高的市场进入门槛,商务部认定安卓系统在移动智能终端操作系统市场占据市场支配地位。”^{④⑥}

市场进入因素。如果一个相关市场对于普通经营者来说进入的壁垒很高,那么说明该市场是存在很强的封闭性的。而一旦一个具有很强封闭性的市场出现了市场份额较高的经营者,那么它就会威胁到相关市场的竞争。评估经营者集中竞争影响时,可考察潜在竞争者进入的抵消效果。反垄断执法机构在评估潜在竞争者的出现能否抵消经营者集中可能带来的限制竞争的影响时,通常会考虑潜在竞争者进入市场的可能性、及时性和有效性。

^{④⑥} 参见我国商务部2012年第25号审查决定公告。

效率因素。反垄断法语境下的效率指的是经济效率,它指的是增加经济上可测度的资产总价值的现象。在经营者集中后,效率来自集中后的企业通过整合集中双方的资源更好地进行优化配置。效率因素因此常常也是经营者集中的重要动因。但是经营者的集中也可能会产生反竞争效果。因此,在对经营者集中进行效率评估时,让市场维持一个看似充分竞争的结构还是注重集中给社会整体带来的效率,这是反垄断执法机构必然面临的问题。

具体到在谦抑理念下如何考量和选择经营者集中审查中的诸多因素,是至关重要的问题。在面对传统产业经营者集中审查中,欧盟《横向合并指南》的分析框架所考虑的重要竞争约束因素非常具有代表性:当合并企业拥有的市场份额越大、合并企业之间的竞争越激烈暨合并双方产品是特别紧密的替代品、合并消除的“竞争力量”越重要,则执法机关欧盟委员会就会认定这个合并会产生严重的单边效应和可能存在严重的竞争限制。^{④7}然而,在互联网领域,这个执法分析框架为我们提供了一个逆向思维的可能路径:技术发展越快,进入的门槛就越低,对在位竞争者甚至垄断者而言,潜在竞争压力就越大,市场自我调节的需求和张力就越大,执法机关就愈益需要秉持谦抑,留给市场更大的自我调节空间。在非横向合并情况下,由于合并企业之间的缺乏直接竞争暨合并双方产品不具替代性、合并不直接消除“竞争力量”,执法机关更宜采取谦抑态度。^{④8}

(三) 互联网服务行业对传统竞争效果评估因素的调整

1. 网络效应的特征要求弱化市场份额因素的重要性

受哈佛学派结构主义理论的影响,各国在对经营者集中所产生的竞争效果评估中,都把市场份额因素作为重中之重的首选因素。传统产业经营者集中产生强大的市场份额,确实可能会让集中后的经营者采取诸如提高价格、限制产量的方式来排除、限制竞争。但是,正如前文所分析的,在互联网服务行业几乎不可能产生如此竞争效果。故而,在评估互联网产业经营者集中的过程中,应当与传统产业不同,对市场份额的评估因素予以弱化。理由详述如下:

第一,互联网企业天然地可以在网络效应的作用下迅速占据较大的市场份额,这是互联网本身所具备的特性使然,反垄断执法机构无需对此反应过度。第二,市场份额高不代表它就能影响竞争,市场份额小也不代表它的市场影响力就小。消费者是具有异质性的,即不同的消费者有不同的偏好。最直观的例子就是,微软的 Windows 操作系统占个人 PC 端操作系统的市场份额达到 91.4%,而苹果的 IOS 个人 PC 端操作系统仅占 5.25% 的市场份额^{④9}。但是我们却不能说市场份额大的 Windows 操作系统会排除和限制苹果 IOS 操作系统的竞争,因为有一部分年轻的消费者不喜欢用 Windows 系统,而钟

^{④7} 参见[英]Daniel Gore等《经济学分析方法在欧盟企业并购反垄断审查中的适用》,黄晋、韩伟等译,朱忠良校,法律出版社2017年版,第132-136页。

^{④8} 参见孙晋、范舟:《欧盟〈非横向合并评估指南〉评析》,载《经济法研究》2010年第9卷。

^{④9} 参见中关村在线《微软仍占操作系统九成份额,win7仍为主流》,载<http://nb.zol.com.cn/506/5063294.html>,最后访问时间:2016年7月18日。

爱于 IOS 系统。因此,对于互联网产业而言,反垄断执法机构无需过多关注经营者集中所带来的较大的市场份额。

2. 技术标准和兼容性的特征要求重点评估市场进入因素

技术的标准性和兼容性会提高经营者进入市场的壁垒,较高的市场壁垒使得市场变得封闭起来,拥有技术标准的企业就不会受市场竞争的约束。^⑩ 由于互联网产业的服务或产品的连接需要技术标准来互联互通,企业一旦控制了核心和关键的技术标准,那么它与下游经营者或者同样需要接入该技术标准的其他竞争者进行集中时,很可能就会排斥其他需要接入其标准的竞争者,不允许其接入和兼容。集中后的经营者可能会采取禁止其他经营者接入其网络和拒绝产品兼容的策略来达到吓退其他经营者的目的,也有可能通过重新定价、收取较高的接入费用来获取收益。在考量互联网产业经营者集中救济时,就应当注意相关的经营者集中是否按照集中前一样公平对待每一个标准接入者、是否继续许可其专利权、是否继续对所有其他经营者开放其源代码等等。在互联网产业中,拥有关键基础设施或者核心技术的经营者都有一定的动机来排除或限制潜在竞争者进入市场。

3. 产品信息性的特征要求加强效率因素的考量

互联网经济与传统经济相比,具有产品信息性、创新速度快、知识和技术密集的特点。^⑪ 在互联网产业经营者集中的权衡中,应当着重提高效率因素的评估比重。因为经营者集中能够带来规模经济,而互联网产业由于其产品的信息性导致了它们可以几乎零成本地复制产品,在规模扩大的同时获得不断递减的边际成本,不存在传统产业会出现的规模不经济的问题。这就说明了为何互联网产业经营者集中天然地会带来效率。互联网产业的合并能够为企业节约大量的成本,并且其合并能够提高其自身的经营效率,更好地提高消费者的福利。

法国著名平台经济学家让·梯若尔和让·夏尔·罗歇联合研究成果表明,网络条件下新的商业模式需要反垄断执法创新,并警告执法者不能轻率做出决定,除了理解和适应这些新商业模式之外别无选择。同时他还呼吁“研究者们必须就此进行进一步分析,帮助政府找到保证政府干预有效的一些简单规则”。^⑫ 笔者相信,将谦抑理念融入到网络经济的竞争执法,根据网络经济的竞争特质调整执法态度灵活执法和有针对性执法,实现包容审慎干预,就是帮助政府找到“有效的简单规则”。

四、互联网服务行业经营者集中救济方式的选择

经营者集中救济的基本方式包括结构性救济和行为性救济。如前所述,哈佛学派

^⑩ 参见丁茂中、林忠《经营者集中控制制度的理论与实务》,复旦大学出版社2012年版,第75页。

^⑪ 参见前引⑥,张小强书,第75页。

^⑫ 参见前引①,[法]让·梯若尔书,第8、74、173页。

的结构规制主义青睐结构性救济;芝加哥学派、后芝加哥学派则更注重行为性救济,行为性救济更契合谦抑理念。

(一) 选择救济方式应遵循的基本原则

1. 有效性原则

有效性原则要求互联网产业所选择的救济方式能够有效地处理经营者集中所带来的反竞争效果、减轻或者消除经营者集中对市场所带来的损害。欧盟委员会在其《合并救济通告》中指出,救济方式必须能消除反垄断执法机构对该集中所带来的竞争损害的关注。^{⑤③}通常,评价一项救济措施的选择是否有效需要考虑多方面的因素,包括:第一,全面性。对于任何一项经营者集中救济来说,全面地评估其所带来的反竞争效果是整个救济能否有效适用的关键。第二,风险的可接受性。第三,时间性。时间性要求任何一项救济的选择都应当快速及时地选择并适用,减少不必要的滞后成本。时间性除了及时快速外,也要求救济的适用应当有一定的期限。

2. 可执行性原则

可执行性原则要求经营者集中救济的适用是便利的和可行的,反垄断执法部门做出决定时应当尽可能地选择简单易行、执行期不宜过长的救济措施。可执行性原则的另一层要求则是对于反垄断执法机构来说救济措施应当具备可监督性。任何一项救济措施的成功与否,都离不开反垄断执法机构全过程的监督。欧盟委员会常常只接受那些会提供具备切实可行的监管措施方案的救济措施。集中方如果提供了行为性救济措施,那么这些行为性救济措施中就需要含有如何进行有效监督的备选方案,否则就可能被监管机构否定。^{⑤④}

3. 不造成新的反竞争效果原则

经营者集中救济方式如果选择不当,可能会产生新的竞争问题。在选择救济方式时,要求反垄断执法机构必须充分考虑到一旦救济措施在相关市场当中适用,那么它必须不会产生新的反竞争效果,不会带来负面社会效果。反垄断执法机构在选择经营者集中救济方式时,应当充分考虑到所选择的救济方式不要对相关市场造成新的反竞争效果,否则选择的救济方式就是徒劳。

(二) 互联网服务行业应当优先选择行为性救济

行为性救济自身特征适合互联网服务行业的救济选择。首先,从行为性救济的措施类型来看,比如开放类行为性救济,它要求开放关键基础网络或关键设施。对于互联网服务行业而言,其最可能造成反竞争效果的莫过于其拒绝开放其关键技术或平台进而封锁市场。^{⑤⑤}开放类救济的适用恰好对症下药。其次,行为性救济更能适应不断变化

^{⑤③} 参见中华人民共和国商务部反垄断局编《世界主要国家和地区反垄断法律汇编》,中国商务出版社2013年版,第653页。

^{⑤④} See Commission Notice on remedies acceptable under the Council Regulation (EC) NO. 139/2004 and under Commission Regulation (EC) NO. 802/2004.

^{⑤⑤} 参见孙晋、钟原《大数据时代下数据构成必要设施的反垄断法分析》,载《电子知识产权》2018年第5期。

的市场。行为性救济的灵活性与可恢复性也使得它在处理互联网产业的集中案件时显得游刃有余。最后,行为性救济可以避免过度干预市场主体的集中交易行为。结构性救济要求剥离集中双方的资产,这对强调私权自治的市场经济来说显得过于刚硬,往往都会引发集中者的反感和抵触。

2011年,美国司法部附限制性条件批准了谷歌公司收购ITA在线旅游公司,所附加的正是行为性救济条件。该内容包括了:第一,谷歌在收购ITA后,应当继续开发相关市场的软件以保证消费者能够享受到此次经营者集中所带来的福利;第二,谷歌应当继续授权ITA在在线旅游市场中所拥有的关键技术给其他竞争者使用;第三,谷歌应当建立“防火隔离墙”,防止谷歌接触竞争对手在ITA服务器上运行的专有软件。^{⑤⑥}美国司法部在审理该经营者集中案件时,充分认识到该合并远不像传统产业,对其适用的规则也必须加以调整。美国司法部认为如果剥离ITA的搜索业务,那对于谷歌来说无异于隔靴搔痒,没有半点意义。再一个可能就是剥离ITA对相关竞争者以及下游厂商提供的关键技术或最新软件了。但如果剥离,谷歌绝对不同意,因为谷歌看重的正是ITA在航班信息、酒店信息、机票对比等领域上的数据挖掘和分析的能力,剥离相关技术无异于否决此项合并。美国司法部提出的上述三个行为性救济的措施,很好地解决如果适用结构性救济所产生的问题。

2012年,我国商务部附加限制性条件批准沃尔玛公司收购纽海控股33.6%股权案中,也采取了系列行为性救济措施。^{⑤⑦}商务部认为沃尔玛公司通过收购纽海控股33.6%股权,取得对益实多1号店网上直销业务的控制权可能具有排除、限制竞争效果。根据沃尔玛公司向商务部做出的承诺,商务部决定附加限制性条件批准此项集中。沃尔玛公司应当履行如下义务:第一,纽海上海此次收购,仅限于利用自身网络平台直接从事商品销售的部分;第二,在未获得增值电信业务许可的情况下,纽海上海在此次收购后不得利用自身网络平台为其他交易方提供网络服务;第三,本次交易完成后,沃尔玛公司不得通过VIE架构从事目前由上海益实多电子商务有限公司运营的增值电信业务。并且规定,商务部有权通过监督受托人或者自行监督检查沃尔玛公司履行上述义务的情况。从中美两个典型案例的实施效果看,在互联网服务行业集中救济中采用行为性救济,值得肯定和推广实施。

五、互联网服务行业经营者集中行为性救济的实施

(一) 互联网产业行为性救济必备的实施措施

1. 开放网络平台及关键基础设施

根据上文对互联网服务行业的特征分析,该行业具有技术的标准性和兼容性特征,

^{⑤⑥} See Spencer, Weber, Waller. Access and Information Remedies in High Tech Antitrust [EB/OL], at <http://ssrn.com/abstract=1895018>, p. 13.

^{⑤⑦} 参见我国商务部2012年第49号审查决定公告。

不同的信息主体之间要实现有序的互联互通、信息分享和传达,它们之间必须要遵守一个统一的标准。^{⑤⑧}随着相关平台越来越成为对相关市场竞争具有决定性影响的关键设施或者具备关键设施属性,对于互联网服务行业经营者集中救济首选的措施,应当是开放相关平台及关键基础设施。^{⑤⑨}在开放平台及关键基础设施救济措施的实施中,需要解决好以下两大问题:

首先,开放平台及关键基础设施的价格问题。价格问题的解决有三种方式:一是集中后的经营者向具有竞争关系的其他经营者提出的价格和条件,可以比照参考其向不具备竞争影响力的其他经营者提供的价格和条件来确定;二是根据与掌握相类似平台及关键基础设施的经营者开放的价格和条件来确定;三是根据集中前一般的价格和条件来确定。三种措施各有利弊,在实际案件中应当根据具体的案情选择最恰当的方式。

其次,如何维持涉及开放的资产质量问题。如果集中后的经营者在日后的供给过程中,急于对相关技术进行升级和维持,却自己重新再开发出一套新技术,致使当初要求开放的技术渐渐丧失价值时,该救济就是没有效果的。因此应当明确在今后的时间里,集中方应当保证其对相关技术设施的维护,并且要按照集中前那样的标准不断对其投入充足的资源进行研究更新,确保市场竞争的有效性。

2. 持续信息披露

在传统行业中,行为性救济之所以一直以来都不太受反垄断执法机构的青睐,很重要的原因就在于其复杂多变的方式让监管者往往无法有效地监管实施的进展情况。^{⑥⑩}在互联网服务行业中信息披露应当明确以下问题:第一,由谁披露。笔者认为,由集中后的经营者履行披露义务较为妥当。第二,披露的内容和及时性。在瞬息万变的互联网服务行业中,如果没有对实施过程和所改进的技术及时披露,可能就会影响整个救济的适用效果。

3. 引入监督受托人制度

互联网服务行业的行为性救济通常都会要求集中后的企业付出某些“代价”,虽然当事人直接违背所负义务的可能性不大,但其可能会在具体实施中采取消极怠慢的态度,影响救济的实施效果。而反垄断执法机构不像那些对特定行业持续监督的行业监管部门,他们是以个案为基础的执法机构。反垄断执法机构由于自身执法资源有限,其在监督过程中往往力不从心。因而引入监督受托人制度也就成必然。我国最近在几个有较大影响的案件中广泛引入监督受托人,初步观察,起到了较好的作用。^{⑥⑪}

引入监督受托人制度首先要明确监督受托人应具备哪些条件。首要条件就是要具

^{⑤⑧} See Jean-Jacques Laffont, Patrick Rey & Jean Tirole, *Network Competition: I. Overview and Nondiscriminatory Pricing*, Rand Journal of Economics, 29(1), at 1-37 (Spring 1998).

^{⑤⑨} 参见前引^{⑤⑧}孙晋、钟原文。

^{⑥⑩} 参见刘武朝《经营者集中附加限制性条件制度研究——类型、选择及实施》,中国法制出版社2014年版,第49页。

^{⑥⑪} 比较典型的如附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动案、附加限制性条件批准沃尔玛公司收购纽海控股33.6%股权、附加限制性条件批准西部数据收购日立存储案。

备扎实的互联网专业知识;第二个条件就是具备独立性。明确受托人具备的条件后就要确定具体的人选。传统产业通常会选择市场主体。这些市场主体都是具有法律、会计、投资管理、咨询等专业技能的机构,并且在结构性救济中青睐于选择律师事务所和会计师事务所。^②但是,在当前我国监督受托人市场发展尚不完善的背景下,笔者主张暂且选择另一种选择方案——引入产业监管部门来监督。引入产业监管部门作为监督受托人,在国外已经有相关的先例,^③对我们不乏借鉴意义。在我国,互联网服务行业属于工信部监管,工信部的专业知识和技术人员的配置必然强于商务部,同时满足了“专业性”和“独立性”的要求。当然,由于工信部自身承担诸多管理职能,其能否从冗杂的行政事务中抽身真正行使监督之职能还有待观察与论证。

(二) 优先适用仲裁机制解决实施过程中出现的法律争议

在互联网服务行业经营者集中救济的实施过程中,往往涉及集中方之外的利益第三方。行为性救济由于其本身适用的期限较长,救济措施复杂多变,而且附加的限制性条件规定往往较为模糊,相关主体在适用过程中对救济措施条款的理解难免会存在差异,在行为性救济实施中出现争议在所难免。通常来说,出现争议后可供解决争议的方式有多种。第一种可以由竞争执法机构出面调解,第二种是通过人民法院裁决争议,第三种则是通过仲裁解决争端。

首先,对于第一种方案,执法机关往往乐于实施,实际上并不能很好地解决问题。因为反垄断执法机构是救济措施实施的监督者,而不是争议双方的裁判者。而且,反垄断执法机构应当将执法资源的重点放在维护市场竞争的这一公益目标上,让其把有限且宝贵的执法资源用来解决相关实施争议,得不偿失。即使辅之以监督受托人出来调解,那也只是达成不具有强制力的调解协议,要是一方反悔了,反而误了解决争议的宝贵时间。^④实质上,该方案是执法机关积极执法理念在争议解决中的体现。

其次,对于通过诉讼的司法救济,本身并非不可。但是,诉讼解决争议有以下几个问题是互联网服务行业无法承受的:第一,诉讼程序繁琐、期限冗长;第二,互联网服务行业是一个专业性很强的行业,争议所涉及的往往都是一些与高新技术标准紧密联系的复杂问题,然而,我国司法体制的现状是由人民法院的知识产权审判庭负责审理垄断案件,互联网服务行业经营者集中救济所引发的争议往往专业性很强,并不比知识产权案件更简单,实际上往往比其更复杂,没有专业优势的知识产权审判庭在处理相关案件时,司法资源消耗大,效果却很可能差强人意,也就不足为奇了。互联网服务行业反垄断执法谦抑不是否定执法、不要执法,而是要努力实现执法专业化和精细化。如前所述,我国现行的反垄断执法体制具有很大的弊端,且现行的司法机制也越来越难应付日益复杂化、专业化、知识化的垄断纠纷和争议案件。因此,一方面我们要更加注重对现

^② 参见前引①。

^③ See UK Competition Commission, Understanding past merger remedies: report on case study research, updated August 2008. 转引自韩伟《经营者集中附条件法律问题研究》,法律出版社2013年版,第148页。

^④ 参见刘武朝《论经营者集中附限制性条件执行争议的仲裁适用》,载《河北法学》2013年第10期。

行反垄断执法体制进行完善,另一方面也要积极建构专业性的司法审判机制^⑥对其进行有力补充,以保证反垄断法乃至经济法的实体法律通过司法途径正确地适用到每一个案件中去。

最后,引入仲裁机制可以很好地解决上述问题。当执法机关执法足够谦抑时,执法机关的调解必然式微,仲裁才有机会在争议中“大显身手”。然而,传统观点长期认为反垄断纠纷应当由法院专属管辖而排除仲裁解决。但是伴随着经济全球化和国际商事仲裁的发展,许多国家立法和司法实践中也逐步承认反垄断纠纷的可仲裁性。我国2016年8月30日江苏省高级人民法院一份关于垄断纠纷管辖权异议的裁定书将反垄断纠纷可仲裁性的司法审查问题纳入理论和实务界的视野之中,^⑦足以说明反垄断纠纷仲裁离我们并不太遥远了。在互联网服务行业经营者集中救济争议中引入仲裁机制,至少具有以下优势:首先,仲裁机制解决的是平等主体之间发生的合同和财产权益纠纷,从可仲裁性来说,完全可以适用该争议的解决;其次,仲裁乃一裁终局,仲裁程序较诉讼程序而言时间成本可以大幅减少,这对于互联网企业至关重要;最后,互联网服务行业中争议解决对专业知识有较高的需求,仲裁机构聘任的仲裁员所具有的专家型和宽领域特征完全契合解决互联网服务行业争议的现实需要。^⑧当然,到底哪些类型的争议才可以纳入仲裁,我们至少应当从法律因素、争议具体类型定性、公共政策等角度进行综合考量;仲裁与司法审查的特殊制度安排以及在什么范围和多大程度上优先适用仲裁,也是实现引入仲裁机制非常重要的前提条件,尚需展开进一步探讨;在积累一定经验基础上,方可积极稳妥地推动实现互联网服务行业经营者集中救济争议的可仲裁性。本文限于篇幅,对该问题不再赘述。

结 语

在急剧发展的互联网时代,各种新型的垄断行为层出不穷,不仅考验着“一制定就落后”的成文法国家的法律,也考验着执法人员对互联网经营者集中案件的辨别能力和掌控能力。反垄断执法对互联网服务行业应该保有更高的包容性、容忍度和灵活性,创新和发展不应因过度干预而扼杀在摇篮之中。反垄断执法应该具有谦抑性。但是,谦抑并不代表不执法,包容绝不是纵容;谦抑理念的执法是为了适应变化多端的互联网经济而改进监管以实现监管的科学化合理化,避免监管过度 and 监管失败。反垄断法律有

^⑥ 有识之士近年来积极主张在我国司法体制改革中建立独立、专业的竞争审判庭,专司竞争法案件的审判职能,代表性人物如我国著名竞争法专家王晓晔教授和全国政协委员段祺华律师,都肯定了人民法院实施竞争法案件专项审判的意义。但设立专门的竞争法庭,是否有利于统一审判标准、能否解决竞争法一审及上诉案件的复杂性和专业性等问题,这些问题在理论界尚存较大争议,需要进一步讨论。

^⑦ 详见江苏省高级人民法院(2015)苏知民辖终字第72号民事裁定书。

^⑧ 参见孙晋、王贵:《论反垄断纠纷可仲裁性的司法考量——兼评某垄断纠纷管辖权异议案》,载《法律适用》2017年第7期。

其底线和原则,那就是反垄断法律的基本规则和价值。反垄断法的基本价值是多层次的,在促进竞争、兼顾效率、保护消费者权益和维护社会公共利益的价值导向下,科学执法、准确执法成了新时代反垄断执法的必备素质。本文以谦抑理念为救济导向,对互联网服务行业经营者集中救济制度提出诸多执法的优化调适措施:在竞争效果评估时,加强对市场进入和效率等因素的考量;救济方式优先选择行为性救济;在救济实施阶段中,开放网络平台和关键基础设施、持续信息披露、引入监督受托人;在应对法律争议时,优先考虑适用仲裁机制。此外,在互联网服务行业经营者集中救济时,反垄断执法机关应结合具体行业的技术创新特点和组织创新特点,做出有针对性的回应,才能真正实现整体市场竞争的促进、效率的提升和消费者权益的保护。在市场决定论指导下全面依法治国的新时代,反垄断执法由“三驾马车”重组为国家市场监督管理总局统一执法,毋庸置疑,这为执法理念转型和执法改进提供了历史契机和制度便利。

Abstract: Since the internet industry has its own characteristics, it causes clear differences in three application stages: competition effect evaluation, choice of remedy measures and implementation of remedy measures. Market Determinism contains the “concept of necessity” with government intervention; the internet industry applies remedies for concentration of undertakings and it is suggested that the concept of necessity should be extended to antitrust enforcement. In the first stage, it is advisable to weaken the consideration of market share and strengthen the consideration of market access and efficiency. In the second stage, because of the internet industry’s special effect in market structure, we should give priority to the behavioral relief. In the third stage, we should open up internet platform and critical infrastructure, continue to disclose information and introduce regulatory trustee. Lastly, when legal disputes happen in implementation process of behavioral relief, we can give priority to arbitration besides litigation and mediation. The reorganization of current antitrust law enforcement system provides opportunities and convenience for the transformation of concept and the improvement of law enforcement.

(责任编辑:王莉萍)