

平台反垄断事前规制模式的反思 与制度启示

郭传凯*

摘要:特定平台企业以即时通讯、搜索引擎、电子商务等重要平台服务为核心,通过要素与资源的整合,建构起多种业务相互配合的商业生态系统。此类平台企业造成的竞争问题已引发诸多国家和地区关注,美国、德国、欧盟等国家和地区均主张通过事前规制模式解决前述问题。事前规制模式以预防性规制理论为基础,以5类义务性规范为核心内容。针对特定反竞争行为的义务性规范有其可取之处,而其他义务性规范则在合理性或可行性方面存在不同程度的局限。通过对事前规制模式的反思,该模式对我国平台反垄断制度具有如下启示:现行反垄断制度体系有待完善,反垄断制度体系的实施需要强化,《中华人民共和国反不正当竞争法》在实现数据自由流通和平台互联互通方面的作用应被重视,平台反垄断应与数据保护、算法规制形成制度合力,平台反垄断的补充机制值得期待。

关键词:特定平台企业 平台反垄断 事前规制模式

一、问题的提出

作为数字经济的重要组织形式,数字平台企业在形成有国际竞争力的产业集群的同时,亦造成竞争问题。在数字平台企业中,有一类企业值得特别关注。此类企业以即时通讯、搜索引擎、电子商务等重要平台服务为核心,通过要素与资源的整合,建构起多种业务相互配合的商业生态系统。具体而言,该类企业建构商业生态系统的主要方式有二。其一,并购其他经营者特别是有发展前景的平台企业。其二,通过以下3种途径进行扩张:(1)牺牲短期利润,通过大规模补贴等方式扩张用户规模 and 市场份额;(2)积极投资新领域,开辟新市场;(3)通过知识产权许可或设定

* 山东大学法学院副教授
基金项目:国家社会科学基金资助项目(22CFX039)

技术标准等方式将其他经营者吸纳进商业生态系统。^① 面临商业生态系统的建构,经营者往往只有两种选择:接受并加入其他经营者建构的商业生态系统或自行建构商业生态系统。基于数字经济“赢家通吃”的规律,选择建构自身商业生态系统的平台企业若不能在短时间内形成一定市场力量,最终只能被并购或吸纳。不断膨胀的商业生态系统不仅构成用户获得相关商品或服务的主要途径,而且能够影响甚至决定系统内经营者的生存发展。建构商业生态系统并取得明显市场力量的平台企业(以下简称“特定平台企业”)所引发的竞争问题被欧美国家学术界称为“结构性市场失灵”,其具备以下特征:(1)基于规模效应等因素,商业生态系统形成了难以克服的进入壁垒,其他经营者难以进入相关市场或领域与特定平台企业竞争;(2)经营者在一个相关市场或领域取得成功后很容易将市场力量传导至其他市场或领域,从而建构更大的商业生态系统。通过反垄断法等法律部门处理特定平台企业滥用市场力量的行为可能力有不逮。鉴于此,美国、德国、欧盟等国家和地区主张确立事前规制模式应对前述行为。^②

事前规制模式,是指以相对明确的义务性规范制约特定平台企业的日常经营,预防其从事反竞争行为的规制模式,^③其明显不同于反垄断法的事后制裁。域外不少学者以自然垄断理论或公用事业理论来论证该模式的合理性。^④ 我国学术界亦不乏支持事前规制模式的观点。^⑤ 在此背景下,针对特定平台企业确立事前规制模式,同时适用反垄断法等部门法律以维护竞争秩序的“双轨制”似乎代表了平台反垄断的发展方向。^⑥ 受此影响,国家市场监督管理总局于2021年发布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》和《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》初步明确了超大型平台(特定平台企业)的认定标准并针对前述平台经营者规定了若干义务。^⑦ 然而,我国学术界与业界并非全然赞同事前规制模式。有学者认为反垄断法律制度有其开放性

^① 参见郭传凯:《超级平台企业滥用市场力量行为的法律规制——一种专门性规制的路径》,《法商研究》2022年第6期。

^② 为应对特定平台企业引发的竞争问题,欧盟委员会于2020年12月公布了《数字市场法(草案)》,后经修改,《数字市场法》于2024年3月7日起全面生效;美国则于2021年6月公布了平台反垄断五大法案,目前这些法案仍未生效;德国则通过了《反限制竞争法》第九修正案和第十修正案,增加了事前规制模式的相关规则。除此之外,法国、澳大利亚、日本、英国等国家均尝试通过相关立法活动回应前述问题。See OECD: Ex Ante Regulation in Digital Markets, <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>, 2023-03-10.

^③ 鉴于事前规制模式所规制的不法行为不限于反垄断法视阈下的垄断行为,还包括不构成垄断行为但对市场竞争有妨碍效果的不法行为,本文以“反竞争行为”涵盖这些不法行为。

^④ 主张自然垄断理论的代表作,See Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal, 710 (2017). 主张公用事业理论的代表作,See K. Sabeel Rahman, The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept, 39 Cardozo Law Review, 1621 (2018).

^⑤ 参见高薇:《平台监管的新公用事业理论》,《法学研究》2021年第3期;张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,《法学研究》2021年第4期。

^⑥ 参见周汉华:《论平台经济反垄断与监管的二元分治》,《中国法学》2023年第1期。

^⑦ 例如,《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第1条要求超大型平台经营者“无正当理由,不使用平台内经营者及其用户在使用平台服务时产生或提供的非公开数据”,第2条要求前述经营者在“提供相关产品或服务时,平等对待平台自身(或关联企业)和平台内经营者,不实施自我优待”。前述规定明显受到事前规制模式的影响。

和包容性,其足以解决平台经济领域的主要问题;^①也有学者立足执法知识储备和现实环境等因素,指出当下我国并不需要引入该模式;^②还有学者主张效仿事前规制模式的部分内容应对平台经济领域的棘手问题。^③与此同时,大部分国家和地区对事前规制模式持观望态度。在平台垄断问题多发、反垄断规制有待强化的时代背景下,是否需要确立事前规制模式、如何对待事前规制模式等问题直接影响我国平台反垄断体制机制的未来走向。为回答前述问题,本文拟对事前规制模式进行反思,并试图探寻该模式对我国平台反垄断的制度启示。

二、平台反垄断事前规制模式的理论基础与核心内容

明确平台反垄断事前规制模式的理论基础与核心内容是回应上述问题的前提。作为典型的立法例,《欧盟数字市场法》《德国反限制竞争法》已经正式确立事前规制模式。^④此外,《美国终止平台垄断法案》等五大法案亦提倡该模式。本文主要以上述3个立法例为基础,对事前规制模式进行分析。

(一)事前规制模式的理论基础

域外学者认为事前规制模式的理论基础主要有自然垄断理论、公用事业理论与预防性规制理论3种。笔者认为,自然垄断理论与公用事业理论难以支撑事前规制模式,预防性规制理论可作为该模式的理论基础。

1. 自然垄断理论与公用事业理论的式微

自然垄断理论的支持者认为,特定平台企业所属的行业是自然垄断行业,对该类企业的规制属自然垄断规制的范畴。^⑤而公用事业理论的支持者则主张,特定平台企业所经营的业务构成公用事业,因此可参照公用事业进行规制。^⑥以上两种理论均难有解释力。依据主流观点,规制活动可分为反垄断规制、经济性规制和社会性规制3种类型。例如,日本微观经济学家植草益认为,对竞争活动中产生的不法行为所施加的规制为间接规制,其以维持竞争秩序为基本目的,不直接干涉市场主体的决策而仅对阻碍市场机制发挥作用的行为进行限制。这种规制以反垄断法为主要依据,配合以民法、商法等相关制度。与间接规制对应,直接规制则包括经济性规制和社会性规制两个部分。处理自然垄断问题和行业性信息偏在问题的规制为经济性规制,而社会性规制则以保障劳动者和消费者的安全、健康、卫生以及保护环境、防止灾害为主要目的。^⑦英国

^① 参见王先林:《平台经济领域强化反垄断的正当性与合理限度》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2024年第2期;王晓晔:《我国平台经济反垄断监管“欧盟模式”批判》,《法学评论》2024年第3期。

^② 参见侯利阳:《平台反垄断的中国抉择:强化反垄断法抑或引入行业规制?》,《比较法研究》2023年第1期。

^③ 参见李希梁:《反垄断监管与事前监管——互联网平台监管模式的二元建构》,《交大法学》2023年第2期。

^④ 对事前规制模式的理解应避免“先入为主”。作为事前规制模式的典型立法例,《欧盟数字市场法》采取在欧盟竞争法以外单独立法的方式,且全面规定了“守门人”应当遵循的义务,但这并不意味着事前规制模式均要采取前述方式。为应对特定平台企业的竞争问题,《德国反限制竞争法》增补第19a条,要求对跨市场有重要影响力的企业承担禁止封禁等义务,这一规定亦是事前规制模式的体现。

^⑤ 参见李剑:《数字平台管制:公共性理论的反思与经济管制的适用》,《法学研究》2023年第5期。

^⑥ 参见高薇:《平台监管的新公用事业理论》,《法学研究》2021年第3期。

^⑦ 参见[日]植草益:《微观规制经济学》,朱绍文、胡欣欣等译校,中国发展出版社1992年版,第19~26页。

公法学教授奥格斯对规制活动的分类与上述观点基本一致,但有两处区别:(1)奥格斯并未采用直接规制与间接规制的分类,而是直接将规制分为反垄断规制(相当于间接规制)、经济性规制和社会性规制3类;(2)奥格斯将经济性规制限定为应对自然垄断问题的规制。^①以上述分类为前提,有学者指出,对特定平台企业的规制并非传统的反垄断规制而是针对自然垄断问题的经济性规制。^②但是,笔者认为,特定平台企业引发的竞争问题并非自然垄断问题。阐明该观点须对自然垄断的判断标准进行明确。首先,自然垄断产品构成生产、生活的必需品。其次,从事前述产品的经营活动需要较大的前期投资或准备成本(如固定资产投入),该成本占整体成本的比重较高且属于典型的沉没成本。再次,前述产品属性和成本情况决定了相关经营活动具备明显的规模效应。公共性决定了产品的单价与单位收益不能太高,与此同时产品的边际成本却伴随规模的扩大而不断降低(即成本劣加性),^③因此经营者只能通过扩大经营规模的方式收回前期成本。最后,出于防止资源浪费等原因,相关业务不宜由多家经营者同时参与。^④同时符合上述条件的行业或业务才具备自然垄断属性。

特定平台企业的经营活动或行业属性很难同时符合上述条件。(1)尽管“微信”“支付宝”等产品已经获得庞大的用户群体,但前述产品很难具备自然垄断产品的必需性。(2)平台业务的开展固然需要一定的前期成本,但该成本明显低于水、电、通信等自然垄断业务所耗费的成本,且沉没性并不严重。更重要的是,该成本在整体成本中的比重并未明显高于后续成本所占的比重。例如,为抢夺市场而付出的大规模补贴是典型的后续成本,其动辄花费上百亿元人民币,平台业务的前期成本很难高于这一后续成本。(3)双边平台的网络外部性在用户规模等方面产生了明显的正反馈效应,但学术界不应将这一效应与自然垄断行业的规模效应相混淆。前者由平台业务的固有属性、数字技术的便捷性和网络空间的无限性等因素所引发,后者则是由公共产品的低单价与相关成本的典型特征共同决定。有明显的正反馈效应不足以使平台业务蜕变为自然垄断业务。(4)平台业务完全可由多家企业同时经营。平台业务“一家独大”的状态并不是由自然垄断属性决定的,而是市场竞争的产物。平台企业不断扩大市场的目的只是增强用户粘性、获取更高的利润。综上所述,特定平台企业的经营活动很难具备自然垄断属性,针对自然垄断的价格(费率)与产品质量规制以及特许经营竞标均难以解决特定平台企业的相关问题,特定平台企业的规制并不以自然垄断理论为基础。

以拉曼为代表的美国学者主张复兴公用事业理论来应对平台经济中的反竞争行为。遗憾的是,该理论的支持者毫不避讳地承认公用事业理论并非针对特定的企业,而只是一个“正在进行的开放式的规制项目”,是“实现市场效率,确保大型私人企业的可问责性,同时追求公平和创新”的规制尝试,^⑤其本身固有的局限性决定其难以成为有影响力的理论范式。依据拉曼的梳理,在

^① 参见[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5~6页。

^② 参见李剑:《数字平台管制:公共性理论的反思与经济管制的适用》,《法学研究》2023年第5期。

^③ 参见李剑:《数字平台管制:公共性理论的反思与经济管制的适用》,《法学研究》2023年第5期。

^④ 参见[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30页。

^⑤ See William J. Novak, Law and the Social Control of American Capitalism, 60 Emory Law Journal, 399 (2010).

经历私人企业的扩张与经济寡头的形成后,美国学术界出现了3种回应“大企业私有权力”的主张:第一种是遏制垄断势力、避免市场结构过度集中化的反垄断规制;第二种是公司治理改良运动,目的在于防止控制股东或管理层滥用公司控制权损害中小股东或公司债权人等利益相关者的合法权益;第三种即为公用事业理论的兴起。^①

公用事业概念在产生之初,就不曾被赋予明确的含义,它一般与“基础设施”“社会必需品”“基础商品或服务”等术语相关联或等同。正因如此,“公用事业”被认为包括但不限于自然垄断。拉曼在将特定平台企业认定为公用事业时,悄然以“基础设施”替换了“公用事业”的概念。易言之,拉曼认为平台企业只要构成“基础设施”,就必然构成“公用事业”。在基础设施的认定上,拉曼提出以下3个标准:(1)基础设施及相关产品具备非竞争性和非排他性。非排他性是指,任何主体都很难将他人排除在公共产品的消费之外;非竞争性则指一个主体对该产品的消费很难影响其他主体的消费体验。(2)基础设施构成下游一系列经营活动的“必需品”,相关经营者只有使用该设施才能正常经营。(3)若不以公平的方式提供基础设施,则将放大社会不公。^②在此基础上,拉曼主张通过3个方面对公用事业进行规制:(1)对公用事业设置“防火墙”,其意义在于限制提供公用事业的企业通过并购等方式控制相邻行业。(2)对前述企业施加“公共义务”。该义务以禁止歧视性待遇、要求经营者以公平合理的价格提供产品或服务、强化偏远地区的产品供应为主要内容。(3)引入“公共选择”机制。所谓“公共选择”,是指由特定消费者或社会公众共同建立企业并运营公用事业,与私人大企业进行竞争。^③

依据上述理论,特定平台企业的确可被定性为“公用事业”的提供者,^④但这不代表上述规则策略可有效解决平台问题。“防火墙”策略对防止金融企业混业经营有积极效果,但限制平台企业向其他行业或领域扩张的目标几乎不可能实现。“公共选择”机制则像是“纸上谈兵”。禁止歧视性待遇等“公共义务”,不仅需要细致具体的制度依据,而且考验执法机构或司法机关的法律实施能力。更重要的是,“公共义务”的落实并不需要与所谓的“公用事业理论”相嫁接。^⑤

2. 作为理论基础的预防性规制理论

相比上述两种理论,预防性规制理论更能为事前规制模式提供理论基础。申言之,数字经济的一些特性导致市场力量集中于少数几家平台企业。(1)网络效应与低边际成本下的规模效应,使少数率先开展经营的企业在短时间内获得大量用户,后发企业很难撼动前述企业的市场地位。^⑥(2)率先确立竞争优势的平台企业可收集并利用用户数据。在此基础上,基于数据的算法

^① See K. Sabeel Rahman, The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept, 39 Cardozo Law Review, 1630—1633 (2018).

^② See K. Sabeel Rahman, The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept, 39 Cardozo Law Review, 1641—1644 (2018).

^③ See K. Sabeel Rahman, The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept, 39 Cardozo Law Review, 1660—1666 (2018).

^④ 参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,《政法论坛》2016年第4期。

^⑤ 也有学者质疑特定平台企业构成公共承运人的观点,认为公共承运人以实现公共利益为目标,不以营利为目的,并通过国家补贴弥补亏损,而特定平台企业并不符合前述界定。参见王晓晔:《我国平台经济反垄断监管“欧盟模式”批判》,《法学评论》2024年第3期。

^⑥ 参见张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,《法学研究》2021年第4期。

决策等技术可进一步为其确立竞争优势。^① (3)通过向其他领域扩张,前述企业建构了自身的商业生态系统,不仅通过资产、业务的相互配合获得了多业务领域的市场力量,还在很大程度上提升了用户粘性,使用户难以摆脱商业生态系统的影响或控制。基于以上分析,特定平台企业拥有持久、牢固的市场力量,构成平台内经营者接触用户的重要渠道,有能力为平台内经营者的日常经营设置规则或施加重要影响,极有可能从事剥削用户的行为。在此背景下,现行反垄断法律制度的主要困境有二:(1)依照反垄断法确立的行为违法性判断标准,特定平台企业的一些反竞争行为难以构成垄断行为,^②因此逃脱法律制裁。(2)即使一些行为可构成垄断行为,对这些行为的规制也难以实现防微杜渐的效果。反垄断法提供的是一种事后的个案制裁机制。人民法院或执法机构只有在特定平台企业通过从事不法行为造成排除或限制竞争的后果时,才能实施反垄断法。然而,不法行为在造成前述后果前就已对市场竞争造成损害。放任不法行为非但不能及时维护竞争秩序,反而更纵容行为人掩盖违法事实或篡改案件证据,造成“养虎为患”的后果。事前规制模式可破解上述困境,在特定平台企业的不法行为造成严重后果前对其采取措施,亦能规制那些尽管不构成垄断行为但对市场竞争造成危害的行为,从而实现预防效果。

(二)事前规制模式的核心内容

参考经济合作与发展组织发布的《数字市场的事前规制报告》,^③笔者将事前规制模式的义务性规范分为以下5类:

1. 针对特定反竞争行为的义务性规范。(1)禁止自我优待。作为代表性规定,《欧盟数字市场法》禁止搜索引擎领域的“守门人”在竞价排名时优待其自身的产品或服务。(2)禁止搭售或附加不合理条件。《欧盟数字市场法》虽然并未明确禁止搭售行为,但要求“守门人”必须允许终端用户卸载任何被“守门人”预先安装的应用程序,且禁止“守门人”将订阅、注册其他平台服务作为用户访问、注册目标平台服务的必要条件。(3)禁止最惠国待遇条款。《欧盟数字市场法》仅禁止广义的最惠国待遇条款,而美国相关法案则同时禁止广义与狭义的最惠国待遇条款。^④ (4)禁止干涉商业用户的自主经营。例如,《欧盟数字市场法》禁止“守门人”干涉商业用户对产品、服务价格或其他交易条件的自主决定,禁止“守门人”阻碍商业用户利用“守门人”的核心平台服务与终端用户进行接洽或缔结合同,要求“守门人”不得阻碍第三方软件运营商提示“守门人”的终端用户将前述软件设置为默认值。(5)禁止干涉终端用户的自主选择。例如,《欧盟数字市场法》要求“守门人”允许终端用户自主使用商业用户的产品或服务,允许终端用户自主卸载软件或更改软件上的默认设置,禁止“守门人”阻碍终端用户以通过“守门人”平台以外的方式登录第三方软件。(6)禁止从事其他排挤行为。例如,《欧盟数字市场法》禁止“守门人”干扰其操作系统上的第三方软件的正常运行,《美国在线选择与创新法案》则禁止覆盖平台经营者的算法歧视。

2. 追求平台经营透明度的义务性规范。例如,《德国反限制竞争法》要求特定平台企业充分

^① 参见殷继国:《大数据经营者滥用市场支配地位的法律规制》,《法商研究》2020年第4期。

^② 参见周围:《规制平台封禁行为的反垄断法分析——基于自我优待的视角》,《法学》2022年第7期。

^③ See OECD: Ex Ante Regulation in Digital Markets, <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>, 2023-03-10.

^④ 广义的最惠国待遇条款旨在确保特定平台企业被索要的产品或服务的价格不得高于供应商自身网站或供应商使用的其他平台上的价格;狭义的最惠国待遇条款则仅要求特定平台企业被索要的价格不得高于供应商自身网站上的价格。

提供产品、服务范围或质量等方面的信息,禁止前述企业阻碍终端用户评估产品或服务价值。《欧盟数字市场法》则要求“守门人”向广告商和出版商提供广告服务价格等方面的信息。

3. 促进数据自由流通与平台互联互通的义务性规范。(1)要求特定平台企业增强数据可携带性。《欧盟数字市场法》规定“守门人”有义务提供有效的数据可携带途径,保障《欧盟通用数据保护条例》第20条规定的数据携带权。^①此外,与《欧盟通用数据保护条例》第20条赋予终端用户数据携带权类似,《欧盟数字市场法》亦赋予商业用户相同的携带权。《美国在线选择与创新法案》禁止覆盖平台经营者阻碍商业用户进行数据携带,《美国通过启用服务交换增强兼容性和竞争法案》则要求覆盖平台经营者提供可用应用程序编程接口,促进用户数据以机器可读取的方式进行传输。(2)实现互联互通(即互操作)。《欧盟数字市场法》要求“守门人”将其运营的操作系统与第三方软件及硬件进行互联。此外,该法还要求“守门人”将其提供的辅助服务(如第三方支付、身份认证、云服务等)与其他经营者提供的辅助服务进行互联。《美国在线选择与创新法案》禁止覆盖平台经营者破坏互联互通。无独有偶,《德国反限制竞争法》亦授权德国联邦卡特尔局禁止特定平台企业以封禁的方式阻碍竞争。

4. 针对并购活动或经营者集中的义务性规范。《欧盟数字市场法》要求“守门人”必须申报其参与的经营者集中,欧盟委员会对经营者集中是否对市场竞争造成不利影响进行审查。《德国反限制竞争法》则通过在经营者集中申报门槛中增加交易价值标准的途径,扩大平台企业经营者集中的审查范围。《美国平台竞争和机会法案》则采取了更为严格的策略。依据其规定,只有被并购方不与覆盖平台经营者在任何产品或服务上存在竞争关系,不构成覆盖平台经营者的潜在竞争对手,且并购活动无法增加覆盖平台经营者的市场力量时,并购活动才能被允许。

5. 其他抑强扶弱的义务性规范。(1)限制特定平台企业对数据的利用。例如,《欧盟数字市场法》禁止“守门人”基于在线广告服务的目的,处理第三方经营者所生成的个人数据;禁止“守门人”将从不同服务中获取的用户数据进行整合或交叉使用;禁止“守门人”在与其他经营者竞争时使用后者在“守门人”平台上生成的数据。(2)要求特定平台企业授权他人进行数据访问。例如,《欧盟数字市场法》要求“守门人”向第三方搜索引擎运营商提供其终端用户生成的搜索、点击和浏览等方面的数据,并强制“守门人”应商业用户及其授权的第三方经营者要求免费提供数据。(3)限制特定平台企业向其他领域进行扩张。例如,《美国终止平台垄断法案》规定覆盖平台经营者在拥有、控制覆盖平台以外的业务线时,不得利用覆盖平台提供产品或服务。这一规定显然限制了覆盖平台企业向其他领域进行扩张。

三、对事前规制模式的反思

事前规制模式涉及数据或平台设施的使用、日常经营行为、企业发展战略等多个维度,内容相对复杂。这从根本上决定了应对事前规制模式采取辩证批判的态度,既不全盘接受,亦不盲目否定。通过检视事前规制模式可知,该模式主要存在以下两个方面的问题:(1)相关规范的合理

^① 依据《欧盟通用数据保护条例》第20条的规定,数据主体有权要求数据控制者将其掌握的数据主体的数据以经过处理的、普遍使用的和机器可读取的方式提供给数据主体,还有权要求数据控制者以无障碍的方式将前述数据传输给数据主体指定的另一数据控制者。

性存在一定缺陷;(2)相关规范的可行性不足。与此同时,第1类针对特定反竞争行为的义务性规范也有其可取之处。

(一)事前规制模式的主要弊端

1. 事前规制模式的合理性缺陷。事前规制模式存在合理性缺陷,主要表现为以下两个方面:

第一,促进数据自由流通与平台互联互通的义务性规范的局限性。数据携带义务难以实现其制度目标。有关数据携带的义务性规范分为两种类型。第1种类型对应数据的间接携带,即要求特定平台企业为用户提供便于携带的数据,由用户提取、应用于目标场景;第2种类型对应数据的直接传输,即要求特定平台企业在用户的指令下将数据直接传输至目标场景。^①从理论上讲,两种数据携带均有助于促进数字竞争。但在实践中,促进竞争的效果往往难以实现。首先,平台企业能否取得经营成果取决于多种因素,数据的获取与利用仅是其中之一。平台经济的“赢家通吃”效应导致其他经营者即使获得了用户数据也无法与特定平台企业竞争。其次,能被携带的数据范围有限。《欧盟通用数据保护条例》第20条从正反两个方面对作为数据携带权客体的个人数据进行了限定。一方面,以下两类数据无法被携带:(1)已被匿名化处理的或不具备个人指向性的数据,(2)以个人信息为基础进行加工处理所得到的商业数据;另一方面,可被携带的数据还须符合以下两个条件:(1)控制者对该数据的处理基于个人同意,(2)控制者的数据处理过程是自动化的。两个方面的限制导致数据携带权仅能实现部分数据的流通。再次,通过数据携带促进其他平台企业的发展需要被携带的数据达到一定规模且具备时效性,而这一点往往难以实现。^②复次,数据携带权的行使将因个人数据的格式要求而耗费大量成本。最后,数据的直接传输模式可在一定程度上克服数据传输量小、成本较高等问题,但仍须解决传输方与接受方之间的技术摩擦问题。另外,强制特定平台企业将数据传输给其他平台企业不仅增加特定平台企业的负担,降低其收集处理数据的积极性,而且面临法理上的追问:强者是否有义务无偿帮助弱者?

同时,互联互通义务脱离了当下竞争实践。广义而言,数字经济领域的互联互通分为基于协议的互联互通与数据的互联互通。在事前规制模式中,互联互通义务主要涉及基于协议的互联互通,具体可分为一般的协议互联互通与完全的协议互联互通。前者用以保障具备一定互补性的产品、服务或系统能够协同工作,后者则用以确保相互之间具备替代性的产品或服务能互相兼容。^③要求特定平台企业进行互联互通,需要禁止其从事封禁行为。^④在平台封禁不构成垄断或

^① 参见汤霞:《数据携带权的适用困局、纾解之道及本土建构》,《行政法学研究》2023年第1期。

^② See Jan Krämer, Pierre Senellart, Alexandre de Streel, Making Data Portability More Effective for the Digital Economy, <https://cerre.eu/publications/report-making-data-portability-more-effectivedigital-economy/>, 2023-04-01.

^③ See Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>, 2023-04-01.

^④ 本文语境下的平台封禁是指平台设施封禁,即平台企业利用技术手段关闭面向特定经营者的应用程序接口,致使后者无法正常使用平台设施的竞争行为,具体表现为屏蔽用户跳转、禁止外部链接直连或禁止接入某项业务等。

不正当竞争行为的前提下,是否有必要一概禁止特定平台企业的封禁行为值得反思。笔者认为,现阶段的平台封禁一般合法。申言之,平台封禁既是数字竞争白热化的反映,也是竞争的主要手段。将互联互通作为数字竞争执法的长远目标无可厚非,但强行整治屏蔽、封禁行为则超越了数字经济的发展阶段,最终只能事倍功半。^①对平台封禁的规制应尊重市场机制和企业自主经营,经营者之间的优势互补与互联互通是市场竞争与趋利避害的结果,经营者权衡利弊后实施的封禁行为属自由选择的范畴。

强制特定平台企业进行互联互通,意味着迫使这些企业将自身的平台设施资源给其他经营者使用。这种“抑强扶弱”本身是对市场竞争的干扰,不仅打击了特定平台企业继续进行技术、组织、经营模式创新的积极性,^②而且剥夺了其他经营者通过竞争与特定平台企业进行角逐的机会,这种机会比互联互通下的“援助”更能促进优质产品或服务的出现。上述互联互通义务还将面临以下困境:(1)强制互联互通很可能滋生其他社会问题。例如,平台之间的互操作将加剧隐私或商业秘密被侵害的风险。^③(2)在实践中,互联互通较为常见的方式是设置应用程序编程接口的技术标准。只要符合该标准,平台企业就可通过应用程序编程接口(API)调用其他平台设施的相关功能。但这种方式亦可使特定平台企业使用其他平台企业的相关设施,从而加剧强弱分化。(3)互联互通的实现在增强平台经济可竞争性的同时,亦有可能造成其他竞争问题。例如,互联互通还有助于特定平台企业监控其竞争对手,对竞争对手的产品或经营模式进行模仿,这种模仿行为在很大程度上降低了市场竞争的强度。

第二,针对并购活动或经营者集中的义务性规范的合理性缺陷。近年来,特定平台企业频繁并购有前景的初创企业,其中一些并购活动确有扼杀初创企业的目的或效果。放任这些活动,将不断放大数字经济领域的“马太效应”,同时很可能对创新造成不利影响,最终损害社会公共利益。因此,学术界与业界将此类并购称为“扼杀式并购”。^④从理论上讲,扼杀式并购的主要特点有三:(1)并购活动往往由特定平台企业发起。(2)在主观上,特定平台企业将初创企业视为竞争威胁的重要来源;在客观上,放任初创企业发展很可能抢夺特定平台企业的用户或市场机会。(3)特定平台企业在并购完成后对初创企业的经营活动进行控制,使其完全服务于特定平台企业的发展需要;必要时,特定平台企业可选择关闭初创企业或停止其研发活动。^⑤然而,在实践中,执法机构既难以识别扼杀式并购,原因在于执法机构难以判断发起并购活动的主观状态,也难以预估并购后初创企业的发展前景。^⑥

在上述背景下,若事前规制模式依旧对特定平台企业的并购活动作出严格限制,则意味着,前述限制的着眼点并非扼杀式并购,而在于不论是否具备扼杀初创企业的目的或效果,特定平台企业的并购活动都对市场竞争造成不利影响。在事前规制模式之下,即使并购是初创企业主动寻求的,或并购后初创企业可实现更好的发展,这种并购依旧扩大了特定平台企业的市场力量,

^① 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》,《现代法学》2021年第5期。

^② 参见周汉华:《互操作的意义及法律构造》,《中外法学》2023年第3期。

^③ 参见王晓晔:《数字经济反垄断监管的几点思考》,《法律科学》(西北政法大学学报)2021年第4期。

^④ 参见王伟:《平台扼杀式并购的反垄断法规制》,《中外法学》2022年第1期。

^⑤ 参见郭传凯:《数字经济领域扼杀性并购的反垄断规制》,《上海财经大学学报》2023年第1期。

^⑥ 参见李希梁:《平台扼杀式并购的反垄断悖论》,《法学研究》2024年第1期。

便利其建构更大规模的商业生态系统,从而造成“一家独大”的结构性垄断问题。相比之下,保持初创企业的独立发展,或允许初创企业与特定平台企业以外的经营者进行并购合作,则可避免特定平台企业过度膨胀,并可能为特定平台企业培植未来的竞争对手。

然而,欧盟、德国、美国对特定平台企业并购活动的规制策略均不符合我国国情。美国几乎禁止特定平台企业的所有并购活动,这显然过于激进。《欧盟数字市场法》要求特定平台企业对所有经营者集中进行申报。这种做法相较于美国的做法而言有两点不同:(1)欧盟规制不涉及所有并购活动,而仅规制构成经营者集中的并购活动;(2)欧盟并不一概禁止特定平台企业的经营者集中,而是以单边效应与协同效应为基准进行审核。尽管欧盟的规制强度明显弱于美国,但其依旧过于严苛。特定平台企业的一些经营者集中活动对提升静态效率与动态效率、促进市场竞争而言颇有助益,执法机构没有必要将之纳入审查范围,否则徒增执法压力。更重要的是,一律申报经营者集中必然增加平台企业的负担,延误企业发展。因此,我国暂无必要效仿欧盟的相关做法。《〈德国反限制竞争法〉第九修正案》进一步削弱了规制的严苛程度。该修正案主要在经营者集中申报条件中增加了交易价值标准,以便扩大数字经济领域经营者集中的申报范围。参照德国方案修订我国的申报标准须解决两个方面的问题:一方面,交易价值标准的具体数值难以确定。近年来我国大型平台企业并购的交易金额差异较大,执法机构难以直接确定合适的数值门槛。另一方面,交易价值标准需要“目标企业在管辖区有大量业务”标准相配合,后者的确定亦非易事。基于以上原因,我国经营者集中申报标准未采取德国模式。

尽管上述立法例不符合我国的国情,但足以引发制度思考。国家市场监督管理总局2022年6月公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》增加了针对特定平台企业^①经营者集中的申报标准。然而,2024年1月正式公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》并未保留该标准。原因在于上述标准本身存在技术性问题,如“市值或估值不低于8亿元人民币”的标准有过低之嫌;更重要的是,特定平台企业的经营者集中在促进市场竞争、提高平台企业经营效率等方面有重要作用,针对其制定专门的申报标准、刻意扩大其经营者集中的申报范围得不偿失。因此,当前我国暂不需要针对特定平台企业制定专门的经营者集中制度。

第三,其他“抑强扶弱”的义务性规范的合理性缺陷。相比上述义务性规范,其他“抑强扶弱”的义务性规范的局限性更加明显。例如,《欧盟数字市场法》禁止“守门人”基于提供在线广告服务的目的处理第三方经营者生成的个人数据。这一规定旨在限制“守门人”企业利用个人数据进行“用户画像”,进而从事大数据杀熟、成瘾诱导等行为,但有矫枉过正的嫌疑。个性化广告有提升服务质量、便利用户决策的优点,一概禁止“守门人”处理前述数据,不利于社会公共利益的最大化。^②同理,禁止“守门人”将从不同服务中获取的用户数据进行整合或交叉使用,亦不利于数据价值的发挥和平台服务质量的提升;禁止“守门人”获取使用其他经营者在其平台上生成的数据与其他经营者进行竞争,则过度限制了“守门人”的数据自由。再如,《欧盟数字市场法》强制“守门人”应商业用户及其授权的第三方经营者要求免费提供数据,这将打击“守门人”收集、处理数据的积极性,助长“不劳而获”的不良风气,扭曲竞争秩序。除数据处理方面的义务外,《美国终

^① 需要说明的是,《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》针对的特定平台企业与《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》规定的超大型平台并不一致。这亦反映我国相关制度建构不够成熟。

^② 参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018年第3期。

止平台垄断法案》还限制特定平台企业向其他领域进行扩张,此规定明显不符合我国国情。

2. 事前规制模式的可行性不足。除限制特定平台企业向其他领域扩展经营等明显不可行的规范外,可行性问题还存在于追求平台经营透明度的义务性规范、促进数据自由流通与平台互联互通的义务性规范以及其他“抑强扶弱”的义务性规范之中。具体而言,追求平台经营透明度的义务性规范缺乏可行性。《德国反限制竞争法》第 19a 条要求特定平台企业提供产品或服务的充分信息,但何为“充分”,目前缺乏稳定、量化的判断标准,被提供信息的种类、方式、接收对象等方面均有待明确。平台经营的透明度主要由特定平台企业创设条件予以实现,一旦特定平台企业怠于配合,上述义务性规范就只能沦为一纸空文。更重要的是,在算法决策时代,算法黑箱的存在将决策权拖进了不透明区域,决策相对人因对算法决策缺乏基本了解而难以拥有应对能力,最终任由“算法暴政”出现。此外,《德国反限制竞争法》还禁止特定平台企业从事使终端用户难以评估产品价值的行为,此种规范亦难以获得有效实施。

促进数据自由流通与平台互联互通的义务性规范中数据携带、互联互通的可行性问题较为明显,在此不赘。^① 其他“抑强扶弱”的义务性规范亦存在可行性问题。例如,禁止特定平台企业处理相关数据的义务性规范难以落实。特定平台企业对数据的获取和处理享有绝对的主动权,其他主体很难干涉其对不同用户数据的整合或交叉使用。

(二)事前规制模式的可取之处

作为应对反竞争行为的主要法律部门,反垄断法及其配套规范依旧在规制特定平台企业方面发挥着不容忽视的作用。特定平台企业所滥用的市场力量很可能构成市场支配地位。更重要的是,在反垄断法的视阈下,针对特定反竞争行为的义务性规范所规制的搭售或附加不合理条件等行为已经形成较为完备的违法性判断标准。^② 因此,前述行为可由反垄断法及其配套规范予以规制。

与搭售等不法行为类似,特定平台企业干涉商业用户自主经营或终端用户自主选择的行为,在造成排除或限制竞争效果时亦可构成滥用市场支配地位行为。即使前述行为不构成垄断行为,执法机构也可通过其他法律部门进行应对。例如,根据《中华人民共和国电子商务法》第 35 条的规定,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进行不合理限制。该条可用以规制干涉商业用户自主经营的行为。与之类似,特定平台企业限制终端用户自由的行为(如阻碍终端用户以通过特定平台企业所运营的平台以外的方式登录商业用户的软件)侵害了消费者自主选择权,此时消费者权益保护法的相关规则可为保护终端用户提供法律依据。

特定平台企业的行为还有可能构成不正当竞争行为。例如,“特定平台企业强制终端用户使用其指定的产品、服务”的行为与《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第 12 条禁止的“误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者

^① 例如,有学者提出特定平台企业开放数据与平台设施的义务仅向非同等水平竞争对手履行。然而,对非同等水平竞争对手缺乏明确的认定标准。此外,依此标准,当特定平台企业在相关领域没有同等水平的竞争对手时,其应向其他所有经营者履行前述义务,从而引发合理性与可行性的追问。参见张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,《法学研究》2021 年第 4 期。

^② 参见郑鹏程:《论搭售的违法判断标准》,《中国法学》2019 年第 2 期。

服务”对应。一旦涉案行为无法构成滥用市场支配地位的行为,执法机构就可适用上述条文进行回应。又如,“守门人”阻碍商业用户利用核心平台服务与终端用户进行接洽或缔结合同的行为有可能构成“恶意不兼容”。

不难发现,事前规制模式中针对特定反竞争行为的义务性规范在相当程度上可被现行法律制度取代,但这并不代表此类规范就没有存在的价值。现行法律制度的实施有一定门槛。例如,滥用市场支配地位行为的认定至少需要行为人具备市场支配地位且涉案行为符合违法性判断标准,以此分析,搭售等行为很难构成垄断行为;^①再如,不兼容行为一般只有严重妨碍被排挤方正常经营时才有可能构成恶意不兼容(不正当竞争行为)。^②而事前规制模式中针对特定反竞争行为的义务性规范则采取更加严厉的态度,只要特定平台企业从事了搭售或附加不合理条件等行为,就不论其是否构成垄断或其他不法行为,一律予以禁止。“规制对象+义务规范”的法条结构节省了行为认定和制度实施的成本,严厉的罚款责任亦可强化对特定平台企业的威慑。

针对特定反竞争行为的义务性规范,有学者认为,严厉的规制策略并不适合当下中国的实践;特定平台企业在一定程度上造成了市场力量的集中和市场格局的固化,但也明显促进了市场竞争,增进了社会公共利益。^③首先,核心平台服务的发展壮大实现了规模效应和范围效应。与此同时,海量数据的汇集还可提升数据资源的价值,促进数据资源的流通和利用。其次,平台和数据的优势不一定形成持续的市场力量。受益于平台业务的差异化、用户的多宿主性以及数据来源的多样性,特定平台企业的市场力量有可能被其他企业赶超。最后,我国头部平台企业正在经历较为激烈的寡头竞争,严重的反竞争问题可能仅出现在个别领域。与此同时,我国平台经济承载着深化创新发展、提升中国企业国际竞争力等历史使命,严厉规制上述企业将抑制其发展,因此不符合我国国情。

笔者认为,上述观点失之笼统。(1)针对特定反竞争行为的义务性规范所禁止的行为除被特定平台企业用以打压竞争对手、攫取市场力量外,几乎无法起到促进竞争的效果。与此同时,事前规制模式并非“无差别打击”头部企业,如《欧盟数字市场法》第6条对自我优待行为的规制仅限于搜索引擎领域的特定平台企业。因此,通过针对特定反竞争行为的义务性规范禁止反竞争行为并不会对特定平台企业造成所谓的抑制后果。(2)尽管现行法律制度亦能实现对相关行为的规制,但其实施需要花费一定成本。而事前规制模式的针对特定反竞争行为的义务性规范则避免了前述成本,从而能够高效规制特定平台企业的违法行为。(3)特定平台企业的一些行为很难构成垄断或不正当竞争行为,但这些行为依旧对市场竞争造成不利影响。例如,特定平台企业阻碍第三方软件运营商提示用户将第三方软件设置为默认值的行为与情理不容,但很难被认定为垄断行为或恶意不兼容。在此背景下,针对特定反竞争行为的义务性规范为规制不法行为提供了明确的依据。

支持针对特定反竞争行为的义务性规范还须回应以下问题。(1)在特定平台企业之外,其他平台企业亦会从事被禁止的行为。针对特定反竞争行为的义务性规范仅针对特定平台企业的做法有“选择性执法”的嫌疑,难免使人产生刻意针对特定平台企业的错觉,滋生对抗情绪。(2)为

^① 参见郭传凯:《互联网平台企业封禁行为的反垄断规制路径》,《法学论坛》2021年第4期。

^② 参见焦海涛:《互联网不兼容行为中“恶意”的解释与认定》,《法学家》2022年第4期。

^③ 参见侯利阳:《平台反垄断的中国抉择:强化反垄断法抑或引入行业规制?》,《比较法研究》2023年第1期。

避免不确定性,针对特定反竞争行为的义务性规范采取了明确列举的立法方式。这种列举式立法是对过去实践经验的总结,有可能落后于时代,难以回应新行为。(3)尽管上述义务性规范采取了较为明确的立法表达,但这并不意味着规范的实施是容易的事情。例如,差别对待是市场竞争中的常见现象,合法的差别对待与歧视性的自我优待或算法歧视之间的界限往往不容易划定。对上述问题的回应集中在以下3个方面:(1)要求特定平台企业遵守针对特定反竞争行为的义务性规范的原因在于其不法行为的危害程度和影响范围明显高于其他平台企业。前述规范的存在并不意味着其他平台企业从事的同种行为不违法,而是为了集中力量解决更为棘手的反竞争问题。其他平台企业的不法行为可暂时通过反垄断法等法律部门进行规制,以避免过度规制。(2)列举式立法有可能存在滞后性,但这种滞后性是提高规制效率所必须付出的代价。(3)特定平台企业的规制难度早已为学术界与业界所熟知,规范不易实施并非否认规范存在意义的理由。

四、事前规制模式的制度启示

基于对事前规制模式的反思,我国平台反垄断制度可获得相应启示。首先,事前规制模式存在明显弊端,因此当前我国不宜全盘引入该模式,现行反垄断制度体系依旧是规制(特定)平台企业的主要依据。我国应继续完善反垄断制度体系。其次,基于前述分析,反垄断制度体系的实施需要强化。再次,在实现数据自由流通和平台互联互通方面,反不正当竞争法的作用应被重视,通过对不正当竞争行为的规制为自由竞争划定边界,合理实现事前规制模式所追求的制度目标。复次,事前规制模式可行性不足的根源在于忽视了数据保护与算法规制,导致平台反垄断难以触及违法行为的根本。因此,平台反垄断应与数据保护、算法规制形成合力。最后,以《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》为载体的平台反垄断补充机制,应吸纳事前规制模式针对特定反竞争行为的义务性规范,以充分回应特定平台企业的垄断问题。

(一)完善现行反垄断制度体系

1. 增补针对广义最惠国待遇条款的禁止规则。事前规制模式对广义最惠国待遇条款的禁止规则值得借鉴。鉴于此类条款一般仅能产生限制竞争的效果,不论平台企业是否具备市场支配地位,是否构成本文语境中的特定平台企业,都不得使用此类条款。因此,禁止广义的最惠国待遇条款应作为一项单独的规则得到明确。^①考虑到《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)新近修订,笔者建议在《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》中增补相关规则,将使用广义最惠国待遇条款的行为规定为本身违法的行为。

2. 优化经营者集中审查制度。基于对事前规制模式的反思,现行经营者集中制度依旧是应对特定平台企业经营者集中问题的主要依据。在经营者集中事前申报标准新近修订的背景下,对经营者集中制度的完善应侧重于审查制度。目前审查制度对单边效应与协同效应的分析较为完善,但这些分析主要集中于经营者集中对静态效率的影响,忽视了对动态效率即创新的关照,而后者才是特定平台企业经营者集中所危害的主要对象。若特定平台企业的经营者集中活动有利于提升生产效率、配置效率等静态效率,却对创新造成阻碍后果,则执法机构一般不应批准前

^① 参见侯利阳:《平台反垄断的中国抉择:强化反垄断法抑或引入行业规制?》,《比较法研究》2023年第1期。

述集中活动,原因就在于集中活动阻碍创新造成的损失往往大于提升静态效率所产生的收益。当出现以下情形时,经营者集中可能阻碍创新:(1)参与集中的经营者在技术、经营模式等层面进行过竞争;(2)集中有助于经营者排挤其他可能在技术、经营模式上对其形成挑战的经营者;(3)集中使经营者有能力阻止其他经营者的研发活动;(4)相关市场不存在其他有竞争力的技术方案。《经营者集中审查规定》应当对前述情形进行明确规定。与之对应,《经营者集中审查规定》应明确经营者通过创新进行抗辩的权利。在符合以下条件时,经营者集中一般可以获得批准:(1)经营者集中很可能实现技术、产品或经营模式等方面的创新;(2)该创新很难通过经营者集中以外的其他途径得到实现;(3)该集中并未在其他方面对市场造成明显不利的影响;(4)即使没有该并购,静态效率也很难得到提升。^①

(二)强化反垄断制度体系的实施

在未来很长一段时间内,平台反垄断依然需要通过现行反垄断制度体系予以实施,因此,强化该制度体系的实施应成为执法工作的重点。

首先,拓宽反垄断案件线索的获取渠道。结合平台垄断行为隐蔽多发的特点,执法机构应进一步发挥举报制度的作用。《反垄断法》第46条赋予单位和个人举报涉嫌垄断行为的权利,相关法律文件亦对举报制度作出规定。未来反垄断举报制度可通过强化内部人员奖励与保护的方式予以完善。相较于外部人员(如行为人的竞争对手),行为人的内部人员更容易掌握关键的违法线索,但其往往怯于举报造成的风险而不愿提供线索,奖励与保护并重有利于内部人员提供关键线索。2010年美国国会通过的金融监管改革法即《多德—弗兰克法》将罚款金额的10%~30%作为提供违法线索并帮助执法活动的内部人员的相关奖励,为内部人员举报提供了动力。^②我国反垄断法亦可参照这一规定对内部人员进行奖励,与此同时要求举报人提交初步证明材料,以便审核。此外,依据《美国反垄断刑事反报复法》,当内部人员向联邦政府或反垄断执法机构提供违法线索时,其雇主不得以解雇、降职、停职等方式对内部人员进行威胁、骚扰,否则内部人员可向劳工部提起控诉,以获得相应救济。^③这一规定值得我国借鉴。

其次,激活约谈、惩罚性赔偿等制度。《反垄断法》第55条以“涉嫌违反本法规定”作为约谈的启动条件。以此为依据,在平台企业已经具备一定市场力量的前提下,若其通过排除或限制竞争行为继续扩张市场力量,则执法机构可考虑对其进行约谈。此外,囿于违法性判断标准,平台封禁等行为在反垄断法的视阈下很难被认定为滥用市场支配地位行为,但这些行为很可能对市场竞争造成不利影响,执法机构可通过约谈敦促平台企业减少这些行为。根据《反垄断法》第63条的规定,执法机构可对情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的垄断行为课处惩罚性罚款。特定平台企业所从事的不法行为很可能符合前述标准,执法机构可通过惩罚性罚款增强法律责任的威慑性。

最后,推进平台反垄断共治制度的建构。相较于事前规制模式,现行反垄断规制体系的主要

^① 参见郭传凯:《反垄断法“鼓励创新”的功能定位及其实现》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2023年第4期。

^② 参见郜庆、刘思洁:《反垄断法上的“吹哨人”制度》,《竞争政策研究》2022年第6期。

^③ 参见卢雁:《反垄断刑事反报复法——(译自〈美国法典〉§7a-3)》,《中国价格监管与反垄断》2021年第9期。

问题在于其事后性。这种单向度的制裁难以解决执法能力不足、平台企业规制对抗等难题。引入平台企业参与下的“双向共治”与事前预防机制成为解决平台垄断问题的突破口,其不仅有利于国家机关深入了解平台企业的内部运营状况,制定更具针对性的对策,而且能发挥企业预防风险的积极作用,消解对抗情绪。

(三)以反不正当竞争法推进数据自由流通与平台互联互通

作为事前规制模式的重要内容,促进数据自由流通与平台互联互通义务性规范的目的在于实现数据自由流通和平台互联互通。在该义务性规范存在合理性问题的前提下,数据自由流通和平台互联互通应通过其他制度途径予以实现,此时反不正当竞争法的作用应被充分激活。一方面,即使不构成滥用市场支配地位行为,阻碍数据自由流通或限制平台互联互通的行为也可能构成不正当竞争行为;另一方面,反不正当竞争法还可发挥“反向效应”,即不构成不正当竞争的行为属自由竞争的范畴,任何主体不得随意干涉。

以不体现个人信息的商业数据为例,只有在经营者设置爬虫协议或采取技术措施对数据进行保护时,抓取商业数据的行为才有可能构成不正当竞争行为。若经营者未采取前述措施,则抓取行为一般合法,除非抓取行为违反比例失衡标准。依据这一标准,当数据抓取成本与数据抓取收益的比例及数据抓取成本与被抓取方数据获取成本的比例均明显失衡时,抓取行为才构成不正当竞争行为。除违法情形外,数据抓取应成为数据流通的主要手段。通过反不正当竞争法明确数据抓取的违法性边界,有利于数据资源的自由流通和平台企业的自由竞争。

尽管平台封禁行为很难构成滥用市场支配地位行为,但在一定条件下,该类行为可构成《反不正当竞争法》第12条所禁止的恶意不兼容行为。^①认定平台封禁构成恶意不兼容应重点考查以下几个方面的因素:(1)平台封禁的技术手段及后果;(2)平台封禁是否严重影响被封禁方正常经营;(3)与平台封禁相关的其他情况,如行为人是否针对同一经营者反复实施封禁行为,封禁持续的时间长度、影响的业务范围及用户数量等。通过反不正当竞争法规制违法的平台封禁行为,有助于平台互联互通的合理实现。

(四)与数据保护、算法规制形成制度合力

平台企业的垄断行为实际是平台、数据、算法“三位一体”的产物。其中,平台既是经营者的组织方式,又是垄断行为实施的场域;数据是经营者进行经营决策的依据,亦是垄断行为仰赖的重要资源;算法则是经营者从事垄断行为的主要工具或技术手段。事前规制模式主要以平台为着眼点,而忽视了数据保护和算法规制,导致执法活动难以标本兼治。未来平台反垄断应实现平台规制与数据保护、算法规制的协同共进。

数据的私有性与公共性是辩证统一的矛盾关系。在私有性层面,个人信息主体对体现其个人信息的数据享有一定权益,经营者对其加工、生成的商业数据亦享有个体利益;而在公共性层面,数据不仅仅具有非消耗性、多源性、可复制性等属性,其“稀薄效应”更决定了个人数据不应被孤立地控制在个人或经营者手中,^②若一些数据资源构成相关领域的关键数据资源,则数据控

^① 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》,《现代法学》2021年第5期。

^② 所谓“稀薄效应”,是指单个或少量数据很难产生经济价值,只有相互联系的大量数据才能形成有利于社会进步和经济发展的数据产品。参见张新宝:《论个人信息权益的构造》,《中外法学》2021年第5期。

制者不应独占这些资源。经营者滥用数据从事垄断行为的根本原因在于过度强调甚至滥用数据的私有性,不尊重数据的公共性。为调和数据私有性与公共性之间的矛盾:一方面,需要推进数据分类授权确权,尊重个人数据上的个人信息权益,明确商业数据权利的生成条件,划定公共数据的边界,尽快形成保障数据产权交易的配套机制;另一方面,认定构成关键设施的数据库资源,并以公平合理非歧视原则指导关键设施的许可使用,积极规制滥用数据的违法行为,建构数据保护的公益诉讼制度。

自我优待、算法歧视等行为本质是对算法技术的滥用。受限于信息壁垒与技术落差,执法机构难以知悉算法技术运用的真实过程,亦难以判断算法决策结果的公平性。^①即使执法机构获得相应的案件线索,平台企业也可通过技术手段掩盖违法事实。因此,违法行为被查处的可能性较低,反垄断法难以取得良好的威慑效果。算法技术将经营行为拖入了不透明区域,受算法技术侵害的个体因缺乏对相关信息的基本了解而难以拥有应对与反制能力。^②经营者在运用算法技术的过程中,并不重视与被影响主体的互动机制,算法技术的过程全然依赖于技术开发的设计建构和系统自身的机器学习,导致受影响主体不仅难以知晓自身权益受到侵害的实际情况,而且无法与经营者进行申诉沟通,维护自身权益。如何规制算法技术,实现算法透明与算法公平,直接影响反垄断规制的实际效果。事前的算法登记备案、事后的算法审计与算法说明等多种策略均有助于实现算法规制。^③

(五)确立平台反垄断的补充机制

尽管当前我国不应全面继受域外的事前规制模式,但该模式针对特定反竞争行为的义务性规范有其借鉴意义。我国可在相关规范性文件中明确需要强化规制的特定平台企业,并要求其履行针对特定反竞争行为的义务性规范,从而形成平台反垄断的补充机制。目前来看,《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》可成为该补充机制的制度载体。一方面,我国平台分类分级规定有待完善。(1)平台分类规定几乎是对当前平台经济领域业务种类的描述,并未明确竞争问题多发的主要领域,亦未与平台分级规定相互结合,导致分类规定不能发挥实质作用。(2)平台分级的具体标准不够科学。“限制商户接触消费者的能力”“具有突出平台业务”等标准并不明确;市值或用户数量等量化标准有过低的嫌疑,导致过多平台企业被纳入超大型平台企业的范畴;量化标准种类较少,不足以识别特定平台企业。补充机制的确立须解决前述问题,在优化分级标准的基础上,准确识别不同业务领域的特定平台企业。特定平台企业的认定范围不宜过宽,在超级平台、大型平台、中小平台的分级方法下,特定平台企业应仅限于超级平台企业。另一方面,明确规定特定平台企业的相关义务。例如,禁止搭售或附加不合理条件,禁止干涉平台内经营者自主经营或用户自主选择(如限制用户对平台产品或服务的选择自由),禁止搜索引擎领域的特定平台企业从事自我优待行为,禁止算法歧视、干扰第三方软件正常运行等排挤性行为;又如,要求特定平台企业为公平竞争创造良好条件,不得组织、胁迫、引诱平台内经营者从事垄断行为。

^① 参见蔡星月:《算法决策权的异化及其矫正》,《政法论坛》2021年第5期。

^② 参见金梦:《立法伦理与算法正义——算法主体行为的法律规制》,《政法论坛》2021年第1期。

^③ 参见苏宇:《算法规制的谱系》,《中国法学》2020年第3期。

五、结 语

伴随数字经济的快速发展,市场竞争正在经历“数字革命”。这场革命在改变竞争方式的同时,亦引发了反垄断规制的变革。作为此次变革的标志性成果,针对特定平台企业的事前规制模式产生了深刻影响。警惕资本无序扩张,防止特定平台企业引发结构性垄断问题,既是事前规制模式的主要目标,也是我国构建统一大市场、实现国内国际双循环发展格局的应有之义。然而,整体来看,事前规制模式并不符合我国国情。我国平台垄断问题仍需主要通过以反垄断法为核心的制度体系予以解决,兼顾适用反不正当竞争法等部门法律。唯有如此,才能在规制不法行为的同时,为平台企业创造相对宽松的发展环境。借鉴域外反垄断的有益经验固然重要,但我国更应立足自身国情,以严谨求实的态度规划平台反垄断的中国方案。

Abstract: Specific platform enterprises take important platform services such as instant messaging, search engines, e-commerce, etc. as their core, and build a business ecosystem with multiple businesses cooperating through the integration of elements and resources. The competition issues caused by such platform enterprises have attracted widespread attention from many countries and regions around the world. Countries and regions such as The United States, Germany and The European Union all advocate solving the aforementioned problems through an ex ante regulation model. This model is based on the theory of preventive regulation, with five types of compulsory norms as the main content. Among them, mandatory norms targeting specific anti-competitive behaviors have their merits, while other mandatory norms have different degrees of limitations in rationality or feasibility. Based on the analysis of pros and cons, the institutional implications of the ex ante regulation model for China's platform anti-monopoly can be clarified as follows: the current anti-monopoly system needs to be improved, the implementation of the anti-monopoly system needs to be strengthened, the role of the Anti Unfair Competition Law of the People's Republic of China should be emphasized in achieving the free flow of data and platform interconnection, platform anti-monopoly should form institutional synergy with data protection and algorithm regulation, the supplementary mechanism for platform anti-monopoly is worth looking forward to.

Key Words: specific platform enterprises, platform anti-monopoly, ex ante regulation model
