

[DOI] 10.19653/j.cnki.dbejdxxb.2023.04.005

[引用格式] 唐要家,李毓新.中国平台经济反垄断创新实践与未来进路[J].东北财经大学学报,2023(4):52-64.

中国平台经济反垄断 创新实践与未来进路

唐要家, 李毓新

(浙江财经大学 经济学院, 浙江 杭州 310018)

[摘要] 强化对大型数字平台的反垄断监管,提升平台经济反垄断监管效能,成为世界各国数字经济监管的基本趋势。中国基于数字经济现实和反垄断制度基础从完善立法、强化案件执法和提升执法效能三个方面进行了积极的创新。但是,中国以行政手段快速推进的平台经济反垄断监管带来了较高的经济成本,这迫切需要建立以促进创新发展为根本导向的常态化监管体制。实现常态化监管的关键是确保反垄断监管的法治化,重点是构建稳定可预期的反垄断监管政策环境、建立法治化的反垄断执法体制、增强反垄断合规指引性和创新反垄断执法政策。

[关键词] 平台经济; 数字平台; 反垄断; 常态化监管; 法治化

中图分类号: F724.6; F49 文献标识码: A 文章编号: 1008-4096(2023)04-0052-13

一、问题的提出

由于平台经济具有显著的规模经济、范围经济和网络效应,市场内在地具有高集中化趋势,容易出现一家独占的“赢家通吃”或者少数几家寡头企业垄断市场的“赢家多吃”格局。数字经济市场最重要的主体是大型数字平台,大型数字平台不仅占据非常高的市场份额和长期稳固的市场支配地位,而且也成为不同用户群体相互作用不可或缺的通道,具有跨市场的生态掌控能力。同时,数字经济市场中数据和算法成为影响市场竞争的重要因素,大数据和人工智能算法为大型数字平台实行新型垄断行为提供新的手段。大型数字平台有可能利用强市场势力和数据与算法决策机制来实施各种严重损害市场竞争的垄断行为,并降低消费者福利、损害商家利益和阻碍创新等。因此,近年来,强化对大型数字平台的反垄断监管,提升平台经济反垄断监管效能,成为世界各国数字经济监管的基本趋势。

收稿日期: 2023-06-12

基金项目: 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“数字经济数据-算法-平台三位一体关系与反垄断政策创新研究”(22JJD790008)

作者简介: 唐要家(1971—),男,辽宁瓦房店人,教授,博士,博士生导师,主要从事反垄断与政府监管研究。E-mail: yaojiatang@163.com

李毓新(1998—),男,江苏无锡人,硕士研究生,主要从事产业组织与竞争政策研究。E-mail: lyx1998up@163.com

在全球平台经济反垄断运动中,欧盟反垄断表现得更具有攻击性。欧盟委员会对谷歌、脸书、亚马逊、苹果等开展反垄断调查并作出相应处罚,以典型案例执法来警示企业合规经营,重点强化反垄断事前监管,颁布了《数字市场法》《数字服务法》和《人工智能法》,明确平台责任体制和平台企业的行为规则。美国通过完善立法明确大型数字平台合规经营规则。2021年6月23日,美国众议院表决通过了《终止平台垄断法案》《美国选择与创新在线法案》《平台竞争和机会法案》《通过启用服务交换法案》《合并申报费现代化法案》等五部关于平台经济的法案,重点明确大型数字平台不得从事的行为和需要履行的义务,从而为企业合规经营提供指导。

中国平台经济反垄断采取了更为全面的行动。2020年12月,中共中央政治局会议首次提出强化反垄断和防止资本无序扩张,由此拉开了中国平台经济反垄断的序幕。中国平台经济反垄断监管既包括完善反垄断法律体系和强化执法,也包括优化反垄断执法体制和创新反垄断政策手段。中国平台经济反垄断监管在查处重大违法案件的同时采取专项整改的方式对大型数字平台存在的垄断问题进行整治,以重构数字市场竞争秩序。目前,中国平台经济专项整改已经基本完成,正步入追求规范与发展并重的常态化监管新阶段。回顾2020年底以来的中国平台经济反垄断执法实践,取得了明显的政策效果并在诸多方面进行了创新,但也存在一些有待完善之处。因此,系统总结和评估中国平台经济反垄断执法实践,探讨中国平台经济反垄断的未来进路,将有助于提升反垄断监管执法效能,促进反垄断监管体系和监管能力现代化。

二、中国平台经济反垄断立法创新

面对中国平台经济反垄断挑战,2007年颁布的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)在实施中暴露出部分条款灵活性不足、对平台经济特征考虑不充分、对平台经济新型垄断行为审查规则不明等问题,迫切需要补充和完善,以提高反垄断执法的有效性。因此,2021年2月发布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《关于平台经济反垄断指南》)对平台经济反垄断面临的突出问题作出了立法规定。2022年6月24日,第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十五次会议审议通过的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称“新《反垄断法》”)第九条规定:“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。”这对平台经济反垄断面临的突出问题作出了原则性规定。随后,国家市场监督管理总局修订颁布了五部配套规章,对有关问题作出进一步规定,以统一执法标准,增强法律的可操作性。总体来说,中国平台经济反垄断立法创新主要体现在以下四个方面:

(一)立法目标趋于多元化并更强调“鼓励创新”

新《反垄断法》首次将“鼓励创新”纳入立法宗旨,这进一步丰富了反垄断立法目标。学术界对此持有不同的看法,有的学者认为反垄断应与时俱进,顺应数字经济时代竞争特点,逐渐从静态效率、关注价格转向强调动态效率和鼓励创新^[1];有的学者则对反垄断立法宗旨中引入“鼓励创新”表示反对,认为反垄断法直接目的是反对垄断和保护市场竞争,“鼓励创新”若作为反垄断立法的目标,会出现“保护竞争”和“鼓励创新”哪个优先的问题^[2]。关于“鼓励创新”引入新《反垄断法》立法宗旨的争论,本质上是如何处理竞争和创新关系的问题。在数字经济市场,创新既是市场竞争的因,也是市场竞争的果。数字经济市场竞争主要是基于创新的动态竞争,创新是打破企业垄断势力、促进创新性进入者成功进入市场并有效参与竞争的最主要动力。创新是决定市场竞争的最重要力量,维护创新就是维护市场竞争活力。创新可以显著提高经营者生产效率,带来更新更好的产品以提高消费者福利。从长期来看,创新会持续推动一个国家经济高质量

发展, 是市场绩效的最根本反映。因此, 新《反垄断法》将“鼓励创新”纳入立法宗旨, 明确表明了国家对鼓励创新的态度, 有利于维护动态竞争的市场, 推进创新驱动发展战略, 促进中国经济高质量发展^[3]。

(二) 弥补规制新型垄断行为的法律缺口

对于现有反垄断法律框架是否仍然适用于平台经济的问题, 部分学者认为, 反垄断法应就平台经济作单章规定^[4]。事实上, 平台经济领域垄断行为虽然在表现形式上有些许不同, 但仍然没有突破传统反垄断法的基本原理, 且该领域众多相关问题尚未厘清和解决, 过于激进制定相关法律也欠妥。因此, 现行反垄断法应在原有框架的基础上加以完善和扩展。新《反垄断法》充分考虑平台经济的特征, 将其纳入到现有反垄断法体系中, 增加第九条作出统摄性规定, 并对有关条款进行扩展和完善, 在此基础上发布相关的规章、指南等加以细化。

第一, 完善垄断协议的相关规定以制止算法合谋。在数字经济中, 平台企业普遍借助大数据算法进行决策, 存在通过数据和算法来实现合谋的风险。为更好地应对算法合谋问题, 首先, 《关于平台经济反垄断指南》第八条引入了“轴辐协议”的概念, 新《反垄断法》也新增第十九条“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。”其次, 2023年3月, 国家市场监督管理总局发布的《禁止垄断协议规定》第十五条规定经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事本规定禁止的垄断协议。再次, 《关于平台经济反垄断指南》完善了对算法合谋行为的证据规定, 第九条规定“认定平台经济领域协同行为, 可以通过直接证据判定是否存在协同行为的事实。如果直接证据较难获取, 可以根据《禁止垄断协议暂行规定》第六条规定, 按照逻辑一致的间接证据, 认定经营者对相关信息的知悉状况, 判定经营者之间是否存在协同行为。”这一规定明显降低了算法合谋的反垄断执法证据门槛, 使反垄断执法机构能更灵活地获取违法证据并作出违法裁决。

第二, 关注数字经济新型滥用市场支配地位行为。新《反垄断法》第二十二第二款规定“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。”此款与总则第九条有一定的相似之处, 但没有提及“资本优势”, 说明在平台经济领域新型滥用市场支配地位行为主要关注“利用数据和算法、技术及平台规则”的滥用行为。《关于平台经济反垄断指南》明确“大数据杀熟”可能构成滥用市场支配地位差别待遇行为; “二选一”行为可能构成滥用市场支配地位限定交易行为, 有助于明确“大数据杀熟”和“二选一”等行为的违法认定。新《反垄断法》的配套规定《禁止滥用市场支配地位行为规定》进一步明确了滥用行为的法律规定。

(三) 完善并购控制政策

第一, 完善并购申报制度。并购申报是反垄断并购审查的第一道防线。由于平台经济领域的特殊性, 将营业额作为申报标准并不能充分反映平台并购的竞争风险, 常出现并购双方以未达到营业额申报门槛为由不申报并购的情形^[5]。典型案例, 如滴滴出行和优步中国合并案就因为未达到营业额申报门槛而规避了法律, 从而出现合并后滴滴出行在网约车市场一家独大的局面。为弥补这一法律缺漏, 首先, 新《反垄断法》新增第二十六条第二款规定“经营者集中未达到国务院规定的申报标准, 但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的, 国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报。”这可以灵活应对可能具有排除、限制竞争效果的并购行为。其次, 在申报标准方面, 国务院发布的《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)》, 将申报标准中的单方中国境内营业额、中国境内合计营业额、全球合计营业额数值进行了上调, 由原来的4亿元、20亿元和100亿元上调至8亿元、40亿元和120亿元。对在中国

境内营业额超过1 000亿元的企业进行并购,符合条件的要纳入审查范围,以更好应对大型数字平台对初创企业的“扼杀式并购”。

第二,将涉及协议控制(VIE)构架的并购纳入反垄断审查范围。中国数字平台并购控制执法的一个重要难题是,腾讯、阿里巴巴、百度、美团等互联网平台采取协议控制架构,即外国注册的公司不以股权控制内资实际运营公司,而是通过签订一系列协议实现对内资实际运营公司的管理和控制,从而逃避法律监管。鉴于此,《关于平台经济反垄断指南》第十八条规定:“涉及协议控制架构的经营者集中,属于经营者集中反垄断审查范围。”这可以更好地防止平台企业通过协议控制构架来逃避申报义务。

第三,确立企业并购分类分级审查制度。新《反垄断法》第三十七条规定:“国务院反垄断执法机构应当健全经营者集中分类分级审查制度,依法加强对涉及国计民生等重要领域的经营者集中的审查,提高审查质量和效率。”这里分级审查是国务院反垄断执法机构授权地方反垄断执法机构对并购案件进行审查,有助于提高案件审查效率。由于目前配套的法规没有出台,分类审查的具体含义并不清楚,目前有一种观点认为将按照行业的经济安全性来进行分类,强化重点行业的并购监管。但是,如果按照这一分类标准执行,则显然会增加并购审查的不确定性。世界各国反垄断企业并购审查采用的标准是“严重损害市场竞争”,因而世界各国都是将市场结构标准作为审查的主要依据。如果在这个基本标准之外又考虑行业的重要性,则显然会动摇并购控制政策的基本标准。

(四) 强化大型数字平台主体责任

强化事前监管,明确平台主体责任和平台企业的行为规则,是世界各国应对大型数字平台垄断的普遍做法。传统反垄断主要是事后执法,而此时垄断行为危害市场竞争已成为事实。基于平台经济的双边市场特征和企业自强化机制,市场往往会出现“赢家通吃”的现象,仅仅依赖事后的反垄断执法难以有效恢复市场竞争。因此,2021年10月,国家市场监督管理总局发布《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》,进一步规范互联网平台经营活动,将反垄断监管重心前移来防止垄断行为的出现。同时,天津、北京等地方政府陆续出台了平台企业合规指引或者指南(如2021年8月,天津市市场监督管理委员会印发的《天津市经营者反垄断合规指引》;2021年12月,北京市市场监管发展研究中心和中国政法大学竞争法研究中心组成课题组研究制定的《北京市平台经济领域反垄断合规指引》(2021年版)等),建立企业主体责任清单制度,增强了反垄断合规指引性,更好地引导平台企业合规。由于目前国家市场监督管理总局发布《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》还存在较大的缺陷和争议,所以尚未正式出台。各个地方制定的政策存在较大的差别,在大型数字平台全国经营的情况下,各地不统一的平台主体责任要求明显增加了平台经济发展的政策不确定性,提高了平台企业的合规成本。

三、中国平台经济反垄断执法实践

近年来,欧盟、美国等反垄断执法辖区积极应对平台经济的反垄断监管挑战,加大了对该领域的反垄断调查和执法力度。2017—2021年,18个国家和地区对全球最大的四家数字平台企业(谷歌、脸书、亚马逊和苹果)发起共计150起反垄断诉讼和执法案件^[6]。中国也在平台经济领域反垄断执法方面取得较大突破和进展,重点查处了阿里“二选一”案、美团“二选一”案和知网垄断案等典型案件,并在案件审查中进行了一定的执法创新。具体来说,主要体现在以下五个方面:

(一) 重点查处大型数字平台滥用市场支配地位行为

随着中国平台经济迅速发展,大型数字平台实施的“二选一”等滥用行为引起社会各界的广泛关注。大型数字平台实施“二选一”行为严重破坏了市场竞争、损害了商家和消费者的合法权益。因此,反垄断执法机构重点查处平台经济领域典型滥用市场支配地位行为,聚焦网络零售、网络外卖等重点领域的典型垄断行为以进行反垄断案件执法。2021年4月,国家市场监督管理总局对阿里巴巴集团控股有限公司(以下简称“阿里巴巴集团”)作出行政处罚,认定阿里巴巴集团实施的“二选一”行为严重限制了市场竞争,构成非法滥用市场支配地位行为,对其处以上一年度中国境内销售额4%(共计182.28亿元)的高额罚款,创下平台经济领域最高罚款纪录。2021年10月,国家市场监督管理总局认定美团实施的“二选一”构成非法滥用市场支配地位行为,对其处以34.42亿元罚款。2022年12月26日,国家市场监督管理总局认定知网滥用市场支配地位行为,实施了非法的独家合作协议和不公平高价格行为,据此责令其停止违法行为并对其处以8760万元罚款。^①

(二) 强化平台企业并购控制

近年来,国家市场监督管理总局加大平台经济领域平台并购反垄断执法力度,在并购申报审查和未依法申报处罚方面均取得较大突破。首先,实行更为严格的并购审查。在腾讯收购中国音乐集团股权案中,国家市场监督管理总局认定并购后腾讯在独家曲库资源市场的份额将超过80%,在中国网络音乐播放平台市场具有或者可能具有排除、限制竞争效果,据此责令其恢复相关市场竞争状态。^②在虎牙与斗鱼并购案中,国家市场监督管理总局依法认定并购会对中国游戏直播市场和网络游戏运营服务市场产生排除、限制竞争效果,因而对其加以禁止。^③其次,加强对并购未依法申报行为的查处。《中国反垄断执法年度报告(2021)》显示,2021年,中国平台经济领域处罚的未依法申报非法实施并购的案件就有98例。^④因此,国家市场监督管理总局加大了对未依法申报的平台并购处罚力度。2022年7月,国家市场监督管理总局对28起未依法申报违法实施经营者集中案件作出行政处罚决定,^⑤这些案件均为过去应申报却未申报的并购交易,属于追溯执法。

(三) 创新双边平台的市场界定和市场支配地位认定

市场界定和市场支配地位认定是反垄断执法的基础。数字平台双边市场特征导致传统的市场界定和市场支配地位认定方法不再充分有效。因此,数字平台的相关市场界定和市场支配地位认定成为数字经济反垄断的一个难题^[7]。首先,在阿里“二选一”案和美团“二选一”案的审查中,针对数字平台的特殊性,反垄断执法机构强调“界定本案相关市场,需要考虑平台双边用户之间的关联影响”,且不再拘泥于基于价格的传统市场界定方法,没有采用不准确的SSNIP检验,而是回归到重点分析企业面临的竞争性约束,从平台商家和消费者两个维度进行需求替代性考察,着重分析了网络零售平台服务与线下零售商业服务是否具有紧密替代关系,用较大的篇幅分析需求替代和供给替代的影响。上述案件执法较好地体现了基于个案经济现实进行反垄断案件审查的专业精神,确立了双边平台的市场界定的执法审查模式。其次,在平台企业市场支配地位认定方面,

^① 市场监管总局依法对知网滥用市场支配地位行为作出行政处罚并责令其全面整改.https://www.samr.gov.cn/xw/mtjj/art/2023/art_89bb76f1dd2646a18065e693d878e680.html.

^② 国家市场监督管理总局:国家市场监督管理总局行政处罚决定书.https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/xzcf/art/2023/art_b7892ae1f8a1401d8a9757b6610cd5dc.html.

^③ 国家市场监督管理总局:市场监管总局关于禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案反垄断审查决定的公告.https://www.samr.gov.cn/cms_files/filemanager/1647978232/attach/20233/P020210710327201713322.pdf.

^④ https://www.samr.gov.cn/cms_files/filemanager/1647978232/attach/20233/P020220608430645470953.pdf.

^⑤ https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/xzcf/art/2023/art_e938cefc24774f2483b7394abc47bfba.html.

反垄断执法机构也进行了一定的创新性探索。在传统反垄断执法中,认定企业在相关市场是否具有市场支配地位的主要依据是企业市场份额。然而,在平台经济领域,市场份额对认定平台企业是否具有市场支配地位的作用正在弱化。反垄断执法机构在阿里“二选一”案和美团“二选一”案中对平台企业市场支配地位认定进行的创新主要体现为:反垄断执法机构在分析平台企业市场份额的同时重点分析了平台企业的市场控制能力、经营者对平台依赖度、平台企业对市场生态掌控能力。反垄断执法机构将用户数量、用户黏性、转换成本、数据拥有量、流量和渠道控制能力、生态控制能力等反映平台经济市场竞争的因素创新性地纳入反垄断案件审查中,从而更好地反映了双边平台市场的经济现实。

(四) 扩展平台滥用行为违法性认定的竞争损害理论

滥用行为的竞争损害理论是科学判定支配企业行为是否构成非法的重要依据。在阿里“二选一”案和美团“二选一”案的裁决中,反垄断执法机构对滥用行为的竞争损害理论进行了创新。首先,将消费者自由选择权和公平交易权作为消费者福利损害的重要维度。在数字经济市场中,消费者福利不单单取决于商品价格水平,还受到隐私保护、产品质量、选择多样性和创新等影响,这导致反垄断执法长期坚持的以价格为中心的消费者福利标准不再有效。在案件审查中,反垄断执法机构对传统的消费者福利标准进行拓展,重点分析“二选一”对消费者自由选择权和公平交易权的损害,扩展了消费者福利标准。其次,将限制平台内竞争作为重要的竞争损害维度。平台内竞争损害是对数字平台双边市场特征的回音,能更好地保护平台商家和消费者的利益。再次,在竞争损害分析中将现实市场竞争和潜在竞争并重。由于平台经济具有规模经济和网络效应的特点,市场内的现实竞争受到严重削弱,进入者的潜在竞争成为市场竞争的主要方式,确保竞争者的有效市场进入,维护市场可竞争性成为数字平台反垄断的主导目标导向。潜在竞争损害分析能有效地维护市场可竞争性。最后,突出创新损害分析。将创新损害作为判定滥用行为构成违法的重要依据,表明反垄断执法机构对动态效率的关注和重视。

(五) 采取行政处罚与行为整改相结合的救济措施

反垄断处罚是威慑垄断滥用行为的重要措施,在阿里“二选一”案和美团“二选一”案中,由于两家平台企业巨大的规模,两家平台企业被处以较高的罚款总额。在反垄断法中,罚款主要是威慑违法行为,维护市场竞争。由于数字平台独特的运行规律,单独的事后罚款并不足以有效恢复市场竞争,不能从根本上消除垄断行为的发生。在阿里“二选一”案和美团“二选一”案中,国家市场监督管理总局在对当事企业作出罚款的同时还以《国家市场监督管理总局行政指导书》(以下简称《行政指导书》)的方式提出了一揽子的整改要求,其更多属于行为性救济范畴。在以往的反垄断案件中,行为性救济只存在于经营者集中审查案件中,上述案件扩展了行为性救济措施的应用场景,一定程度上反映了反垄断执法机构试图通过整改要求来强化数字平台反垄断事前监管,以实现数字平台反垄断监管的多元目标。

但是,在阿里“二选一”案和美团“二选一”案中,反垄断执法机构提出的一揽子整改要求明显超出恢复市场竞争所必需的要求。例如,阿里“二选一”案《行政指导书》要求阿里巴巴集团围绕规范自身竞争行为、落实平台企业主体责任、完善企业内部合规控制制度、保护平台内经营者和消费者合法权益、维护公平竞争促进创新发展五个方面进行整改(如表1所示)。其中,“落实平台企业主体责任”和“完善企业内部合规控制制度”要求是一种典型的事前监管而非事后救济,“保护个人隐私”要求超越了反垄断执法机构的权限,“促进跨平台互联互通和互操作”要求类似一种行业监管手段,“带头行业自律,引领创新发展”和“扶持中小商家”要求则具有明显的产业政策色彩。尽管上述案件中的一揽子整改要求是一种执法手段的创新,但这一创新却存在明

显的定位不清问题，影响了反垄断定位的明确性和一贯性，增加了反垄断执法的不确定性，也给企业带来了过高的合规成本。

表1 反垄断执法机构在阿里“二选一”案中提出的主要整改要求

规范自身竞争行为	落实平台企业主体责任	完善企业内部合规控制制度	保护平台内经营者和消费者合法权益	维护公平竞争促进创新发展
(1) 全面深入开展自查；(2) 并购依法申报；(3) 不得利用数据、算法等实施限制竞争行为	(1) 提高规则透明度；(2) 保护个人隐私；(3) 遵循公平合理非歧视原则；(4) 建立外部评价机制	(1) 完善合规制度；(2) 定期合规培训；(3) 定期报告合规情况	(1) 保障用户知情权、公平交易权和自由选择权；(2) 建立用户投诉处理机制；(3) 公示商家惩罚措施	(1) 促进跨平台互联互通和互操作；(2) 带头行业自律，引领创新发展；(3) 扶持中小商家

资料来源：本文根据有关省级政府部门发布的相关文件整理。

四、中国注重提升反垄断监管执法效能

(一) 完善反垄断执法机构体制

为应对平台经济反垄断的繁重任务，提升反垄断执法机构的权威性，新《反垄断法》第十三条第一款规定：“国务院反垄断执法机构负责反垄断统一执法工作。”这意味着中国将设立专门的反垄断执法机构，且其地位显著上升。2021年11月，国家市场监督管理总局加挂“国家反垄断局”牌匾，反垄断执法机构升格为副部级，设立反垄断执法一司和反垄断执法二司。其中，反垄断执法一司负责垄断协议和滥用市场支配地位行为执法，反垄断执法二司负责对经营者集中行为进行反垄断审查。此外，新《反垄断法》第十三条第二款规定：“国务院反垄断执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照本法规定负责有关反垄断执法工作。”分级授权执法体制是理顺中央和地方执法权的重要探索，有助于反垄断执法工作的全国性开展。

(二) 提升反垄断执法机构执法能力

面对日益复杂的平台经济反垄断任务，只有配备与之相适应的执法能力，才能保证高效完成执法工作。反垄断执法能力的不足直接导致了企业违法行为无法被及时发现并得到有效惩治，无法在规定时间内高效科学地审查大量的企业并购申报，以及无法深入研究并系统构建反垄断执法政策措施。因此，新《反垄断法》第十一条规定：“强化反垄断监管力量，提高监管能力和监管体系现代化水平”。国家市场监督管理总局和地方反垄断执法机构都相应地采取了人员扩编、增加专项预算拨款等措施来提升执法能力，以适应日益繁重的反垄断行政执法任务。在执法过程中，市场监管部门统筹使用合规指引、行政约谈指导、通报警示、行政处罚、信用监管等多种新的执法手段来提高执法效能，并对阻挠反垄断执法行为明确处罚规则。

(三) 大数据赋能反垄断监管

2015年7月，国务院办公厅发布《国务院办公厅关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》指出：“构建大数据监管模型，进行关联分析，及时掌握市场主体经营行为、规律与特征，主动发现违法违规现象，提高政府科学决策和风险预判能力，加强对市场主体的事中事后监管。”大数据与反垄断监管的结合可以实现对“隐蔽性”垄断行为的防治，极大地提升反垄断监管效能。2021年12月，国家反垄断局组建了竞争政策与大数据中心，其是国家市场监督管理总局直

属正司局级事业单位，主要开展反垄断政策理论研究，承担反垄断执法、市场监测、电子取证固证、大数据分析等技术支撑工作，这是推进智能监管的重要步骤。

(四) 强化反垄断行政与司法的衔接

长期以来，反垄断行政执法在反垄断法实施中一直扮演主导角色，新《反垄断法》修订进一步明确了反垄断司法的重要性，力图构建行政执法和司法审判有效衔接的反垄断法实施体制。新《反垄断法》第十一条规定：“加强反垄断执法司法，依法公正高效审理垄断案件，健全行政执法和司法衔接机制”。新《反垄断法》第六十条第二款规定：“经营者实施垄断行为，损害社会公共利益的，设区的市级以上人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。”2022年11月，《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（公开征求意见稿）》对反垄断司法审查问题作出了进一步的完善规定。民事公益诉讼机制在一定程度上解决了经营者或者消费者独自发起反垄断的诉讼成本过高和举证困难等问题，有利于促进行政执法和司法审查的双轨并进。

五、中国平台经济反垄断的未来进路

2022年4月，中共中央政治局会议指出：“要促进平台经济健康发展，完成平台经济专项整改，实施常态化监管，出台支持平台经济规范健康发展的具体措施。”2022年7月，中共中央政治局会议强调：“要推动平台经济规范健康持续发展，完成平台经济专项整改，对平台经济实施常态化监管，集中推出一批‘绿灯’投资案例。”2023年1月，全国市场监管工作会议表示：“要切实提高常态化监管水平，推动平台经济规范健康持续发展，支撑平台企业在引领发展、创造就业、国际竞争中中大显身手。”坚持规范与发展并重，实现常态化监管成为平台经济反垄断的新要求。但是，如何建立有效的制度保障，确保常态化监管，实现规范与发展并重，则尚未得到很好解决。因此，实现常态化监管，通过科学的反垄断来维护市场竞争，进而促进平台经济创新发展，是平台经济反垄断监管现代化面临的重大任务。常态化监管实际上要求反垄断监管要避免运动式执法、一刀切执法和不科学执法对平台经济创新发展造成的严重损害，防止监管不足和监管过度带来的巨大经济社会成本，消除反垄断监管政策不科学带来的政策失误风险，实现反垄断监管现代化。常态化监管的根本是实现反垄断监管的法治化，常态化监管是法治监管的应有之义和具体体现。因此，实现常态化监管的关键是建立反垄断监管的法治化保障，重点是构建稳定可预期的反垄断监管政策环境、建立法治化的反垄断执法体制、增强反垄断合规指引性和创新反垄断执法政策。

(一) 构建稳定可预期的反垄断监管政策环境

第一，完善立法，增强反垄断法的可预期性。首先，鉴于新《反垄断法》对平台经济反垄断作出的规定比较原则和相关配套规定对数字平台垄断行为认定还有一定的不明确性，需要逐步制定相关的法律细则加以明确，使平台企业能够更好地自我评估正常的竞争行为和非法限制竞争行为。如何评估利用数据、算法、技术以及平台规则等实施垄断行为的竞争影响，如何评估创新损害和知识产权滥用行为，如何审查数字平台并购的竞争损害等问题还是不够明确。其次，针对数字平台并购活跃和反垄断并购控制法律规定不完善的问题，应该及早制定中国版的《企业并购指南》等规范文件，明确反垄断政策的基本原则、结构控制标准、审查步骤、竞争损害理论依据和审查因素等核心问题，增强企业合规风险自我评估能力，确保平台企业依法依规开展并购。最后，由于数字经济是快速技术创新和商业模式创新的领域，对于新技术、新模式、新业态的反垄断监管还是要秉持包容审慎原则来进行，不要急于出台法律规定，为数字经济创新发展留下空间。

第二,明确新《反垄断法》与相关法律法规的边界,避免法律法规之间的冲突或者不一致。首先,由于数字平台垄断具有多重经济社会影响,涉及竞争、消费者保护、商家保护、劳动者保护和网络安全等多个维度,应该科学定位反垄断监管职能,防止将反垄断执法看作解决所有问题的药方,并注重多目标平衡,避免不同目标之间的冲突。其次,对基于大数据的个人化定价、“二选一”独占交易等行为,反垄断执法都是针对具有市场支配地位的企业采用合理推定原则来进行个案审查,而不是一刀切地加以禁止。《中华人民共和国个人信息保护法》第二十四条禁止利用个人信息来对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。《中华人民共和国电子商务法》第三十五条禁止电商平台对商家的“二选一”行为。同时,《中华人民共和国价格法》第十四条禁止“大数据杀熟”等价格歧视行为,国家市场监督管理总局发布的《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第十三条禁止相对优势地位经营者实施独占交易协议等行为。《互联网信息服务算法推荐管理规定》禁止“大数据杀熟”,禁止利用算法实施垄断和不正当竞争行为。上述法规的规定不仅适用于所有平台,还倾向于采用一刀切的本身违法原则,这与反垄断法审查上述行为遵循的合理原则明显相背。同样,2022年11月发布的《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》对垄断行为的审查也作出了不同于反垄断行政机构有关规定的解释。法律规定的不一增加了平台企业的法律风险和合规成本,也影响了反垄断法的权威性。因此,需要增强立法的系统性和协调性,设立平台经济立法综合审查部门,消除法律规定不一致问题。

第三,平台经济反垄断监管应确立反垄断执法机构的中心地位。反垄断是一项非常专业的执法活动,需要基于个案的经济事实分析,并依据科学的经济学理论和执法规则对案件作出独立公正的裁决。中国平台经济反垄断监管呈现出明显的多部门齐抓共管的态势,很多行业主管部门也纷纷介入平台经济反垄断监管当中。如2021年12月,国家发展和改革委员会等九部门联合发布的《关于推动平台经济规范健康持续发展的若干意见》就将市场监管、行业监管和产业发展政策混在一起,中国人民银行介入支付市场反垄断、工信部整治平台封禁行为等。平台经济反垄断的多部门监管严重损害反垄断监管的权威性和统一性,干扰新《反垄断法》基本原则的一贯性实施,使反垄断监管成为相关部门具有较大自由裁量权的行政监管活动。因此,反垄断监管不宜采取多部门齐抓共管的监管体制模式。常态化监管必须确立反垄断执法机构作为唯一行政执法机构的独立监管地位,其他部门不能拥有和行使反垄断执法权,行业监管机构发现违法线索可以告知反垄断执法机构,在反垄断执法机构启动调查后积极配合执法调查,并在事后督促行业企业进行整改和合规经营,从而形成反垄断协同监管体制。

第四,平台经济反垄断监管要突出执法的专业性。反垄断执法的理性化是实现反垄断执法科学性和可预期的重要保障。不同于一般的可以充分灵活调整的经济政策,反垄断是一项非常专业的执法活动,反垄断立法和执法都要遵循相同的基本理念、公正科学的执法程序,确保反垄断执法具有内在的逻辑一致性,充分体现反垄断执法的“理性精神”。作为专业行政执法活动,反垄断监管要防止被不当舆论左右,反垄断执法应始终坚守维护市场竞争机制的基本定位,保持必要的专业性和独立性。反垄断监管应以维护市场竞争为根本任务,反垄断执法机构应避免反垄断任务泛化,严格在国家法律授权范围内行使反垄断监管职能,避免扩张部门职责范围,确保反垄断执法机构不越位,国家市场监督管理总局也要合理区分市场监管职能和反垄断监管的关系,避免将一般的市场监管方式套用到专业性的反垄断执法中。

(二) 建立法治化的反垄断执法体制

为保证反垄断的科学执法和公正执法,需要确保程序正义。反垄断行政执法本质上仍然是一

种行政自由裁量权的行使,因而潜藏滥用行政自由裁量权的风险,此时程序正义就是不可或缺的^[8]。正当的行政程序是防止行政权恣意滥用,保障当事企业合法权益,实现公平正义的重要制度安排^[9]。正当程序不仅能充分保护当事方的合法权益,也是彰显反垄断法基本精神和进行竞争倡导与促进企业合规的过程。因此,需要坚持法治化的要求,规范反垄断监管行政程序。

第一,事前建立监管影响评价制度。监管影响评价是确保政府监管高质量的重要政策工具。监管影响评价主要是系统地评估已有或者拟议监管政策的潜在成本与收益,评估监管政策可能产生的所有正面和负面影响,通过成本-收益分析来评估各种替代性方案,从而为最优决策提供依据。监管影响评价“不仅是一种帮助政府评估监管影响的分析工具,还是一种融入政策过程的政策协调工具,它能使不同的利益结合在一起。”^[10] 经济合作与发展组织(OECD)国家的实践表明,在适当的制度框架内进行监管影响评价能够显著增强政府监管能力,确保监管在不断变化和复杂的世界中始终保持监管的效率和效果^[11]。为了确保反垄断监管的科学性,中国应该通过立法明确反垄断监管政策制定和出台必须进行监管影响评价程序,并有效吸收公众参与。

第二,事后完善监管绩效评价制度。政府监管绩效评价是现代政府监管体系的重要组成部分,是确保政府监管效能和建设法治政府的重要制度保障,是实现国家治理体系和治理能力现代化的必要举措。目前中国政府监管绩效评价尚未实现制度化和法治化,还没有专门的法律法规对政府监管绩效评价作出明确的法律规定,由此造成监管绩效评价的随意性和非连续性,也弱化了监管绩效评价对监管机构的激励约束作用。因此,国家应制定相关法律,明确政府监管绩效评价的地位,实现政府监管绩效评价的制度化和法治化,形成适合中国国情的多元评价主体,建立完善的监管绩效评价指标体系,完善监管绩效评价结果问责机制,保证监管绩效评价的透明度和公众参与度^[12]。

第三,引入反垄断抗辩程序。反垄断抗辩制度是反垄断法必要的程序规定,旨在保障当事企业的抗辩权利,规范反垄断执法机构的审查程序,确保反垄断执法裁决的公正,降低反垄断裁决的失误风险。因此,各国反垄断都将抗辩程序作为重要的制度进行设计,并由反垄断相关立法来加以保障。尽管《反垄断法》及相关配套法规都明确指出判定非法滥用市场支配地位行为和企业并购行为需要考虑“不存在正当理由”,但由于缺乏制度保障,其仅仅是反垄断执法机构的一种自由裁量权而非抗辩程序。《反垄断法》实施以来,反垄断执法机构的案件裁决往往是终局性的,当事企业的抗辩权没有得到充分的制度保障,在个别案件中反垄断执法机构甚至将当事企业的异议看作不配合执法的表现。为保障反垄断执法的程序正义,需要通过立法确立中国特色的反垄断抗辩制度,保障当事企业提出异议和合理抗辩的权益,提升反垄断执法的公正性。从实现国家治理体系和治理能力现代化来说,未来更为重要的是要完善行政复议和行政诉讼制度,强化司法审查的最后救济功能。

第四,强化反垄断司法,实现反垄断行政与司法的衔接。行政执法和法院司法是反垄断法实施的两个基础性制度机制,针对长期以来反垄断司法较弱的局面,应强化反垄断司法,建立行政执法与法院司法分工协作的反垄断法实施体制。在反垄断法实施中,法院的作用主要体现在审理反垄断民事诉讼和对反垄断行政机构的执法进行司法审查^[13]。首先,完善反垄断民事诉讼制度。民事诉讼要以反垄断行政执法为依据和前提,即“跟随诉讼”,为因垄断行为而造成利益受损的经营者和消费者寻求赔偿提供途径,并有效威慑垄断违法行为。为了推进反垄断民事诉讼,应进一步完善有关立法,对民事诉讼主体资格、行政执法与民事诉讼的关系、私人损害赔偿标准及计算方法等有关问题进行明确。其次,司法审查是现代法治国家的基本制度,是监管治理体系现代化的必要制度组成。司法审查具有被动性特点,其充分尊重正常的行政执法,但同时又纠正不正当

的行政执法,从而形成互补的关系^[14]。因此,需要提升反垄断案件法院司法裁决能力,增强法院司法的最终裁决地位,以更好地维护公平正义。

(三) 增强反垄断合规指引性

第一,增强反垄断法指引性。反垄断的根本目标是维护市场竞争,进而保护消费者福利和社会总福利。反垄断执法追求的不是实现对违法行为的事后发现并严厉处罚,由于反垄断行政执法的预算约束,反垄断执法主要是通过制定明确的反垄断法律和对典型案件的执法来威慑或者警示企业守法,促进企业合规经营。执法处罚案件数量和罚款金额不是衡量反垄断执法成效的科学指标,企业合规经营才是执法成效的科学反映。因此,增强反垄断合规指引性,促进企业合规经营,规范市场竞争秩序,成为反垄断监管现代化的重要任务。反垄断执法应该更多地采用市场研究、发布法律指南或者合规指引、进行竞争倡导等手段来更好地促进企业合规。另外,由于目前大量采用的行政约谈、行政指导会等方式具有非常大的不确定性,反垄断执法机构具有较大的自由裁量权和潜藏执法的随意性,不应成为常态化监管的主要方式和具有强制力的行政执法方式,为此应通过行政立法来加以规范。强化企业合规服务指导是各国反垄断执法机构的重要职能,欧盟、美国等反垄断执法机构都设立专门部门为企业合规经营提供咨询服务或者合规指导。因此,应改变反垄断执法机构以处罚为中心的执法定位,应强化反垄断执法机构合规服务职能,为大型数字平台的合规经营提供指导,建立反垄断执法机构与数字平台的合作监管体制。

第二,构建科学的反垄断事前监管体制。加强反垄断事前监管是世界各国提升数字经济反垄断监管效能的最重要举措,反垄断事前监管的重点是明确守门人平台的主体责任。首先,平台责任配置应遵循比例原则,防止对平台提出过度的责任与义务要求而导致合规成本过高,尤其要防止政府监管机构将应该承担的职能转嫁给平台企业。其次,平台主体责任配置应采取分类分级监管。平台主体责任应主要针对守门人平台的核心业务,尽快出台有关的监管细则,明确守门人平台的认定标准和分级分类的责任要求。再次,根据欧盟、美国的经验,反垄断事前监管本质是反垄断政策,其基本定位是维护市场的可竞争性,平台主体责任重点是明确平台的行为规则,即规定哪些行为不能做、哪些行为必须做^[15]。国家市场监督管理总局发布的《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》对大型数字平台提出了涉及公平竞争、数据安全、产业发展、社会公平和环境保护等一揽子的责任要求,明显超出了反垄断执法机构维护市场竞争的基本定位和机构职权配置,具有明显的定位不清和权责不明问题,责任要求非常模糊并不具有可操作性,其将显著增加政策不确定性和平台企业合规成本,有悖于为平台经济创新发展提供稳定可预期政策环境的要求。

第三,掌握好反垄断执法节奏,为企业合规整改留有缓冲期。反垄断监管政策给企业合规整改预留缓冲期,如欧盟《数字市场法》为守门人平台合规预留4年的缓冲期。中国平台经济反垄断监管主要是采取专项整改的方式,并要求平台企业在较短的时间内达到整改要求。如2021年4月,国家市场监督管理总局会同中央网信办、国家税务总局召开互联网平台企业行政指导会,限期平台企业1个月全面整改。2021年9月9日,工信部有关业务部门召开“屏蔽网址链接问题行政指导会”,并提出有关即时通信软件的合规标准,要求2021年9月17日前各平台按标准解除屏蔽。由于数字平台商业是众多主体经过多年投资发展所形成的庞大生态系统,为达到政府整改要求,核心平台往往需要对战略、业务布局和生态规则进行重大调整。上述监管部门实施的限期整改要求没有为平台企业自我整改留下合适的缓冲期,给企业合规带来巨大的整改成本,这不利于平台经济平稳发展。因此,应切实改变这种短时间内达到整改要求的强硬做法,应事前明确规则,并赋予平台企业合理的整改时间,促进平台企业在动态整改中逐步实现合规。

(四) 创新反垄断执法政策

第一, 创新平台经济反垄断竞争损害理论。由于数字经济市场独特的竞争规律, 导致传统的判定特定垄断行为是否构成违法的竞争损害理论不再充分有效, 从而导致平台经济反垄断案件的执法审查具有较大的不确定性。首先, 明确“创新损害”审查。由于创新往往是动态的和不确定性的, 如何判定特定垄断行为是否损害竞争, 特别是在对潜在的创新性竞争者产生封锁的情况下如何判定其竞争损害, 以避免将有利于创新的行为看作是阻碍创新的行为。其次, 明确数据垄断损害审查。由于数字平台的策略行为往往涉及数据或者基于大数据, 数据集中往往具有显著的效率收益, 但也可能会提高进入者的进入壁垒, 或者会带来隐私损害。此时, 如何区分合法与非非法的数据垄断, 侵犯隐私是否应该成为违法性判定的依据都需要明确。再次, 明确生态垄断损害理论依据。在数字平台普遍跨界经营的情况下, 如何认定其具有多市场生态控制能力, 如何权衡效率效应和反竞争效应, 都需要进一步明确。最后, 明确“杀手并购”的审查规则。由于“杀手并购”中的被并购企业往往是创新性初创企业或者潜在竞争者, 其并不是现实的竞争对手, 因而如何判定“杀手并购”会严重损害创新成为突出难题, 并增强了并购审查政策的不确定性。解决上述问题, 既需要深化数字经济反垄断理论研究, 也需要借鉴国际经验和结合中国反垄断执法案例来进行创新。

第二, 创新数据和算法等新型垄断行为的反垄断救济政策。数字平台反垄断面临的最大的不确定性因素是数据与算法相结合所带来的各种新型垄断行为。如何落实新《反垄断法》第九条规定“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”成为重要挑战。由于平台企业都是采用大数据和人工智能来进行商业决策, 并且具有非常高的效率理由, 在平台企业基于大数据和人工智能实施垄断行为的情况下, 传统反垄断执法政策的直接禁止加罚款将不再有效。因此, 需要创新数据、算法等新型垄断行为的反垄断救济政策。首先, 要强化对数据和算法的反垄断监管。应明确算法设计的“竞争中立”要求, 建立算法认证制度, 只有经过算法认证证明不会产生反竞争效应的才准许安装使用, 明确算法使用者确保算法应用不损害市场竞争的主体责任, 并提高算法应用的透明度, 确保消费者的知情权和选择权。其次, 创新数据救济政策。为防止数据驱动的垄断, 反垄断执法机构可以实施数据可携带政策、数据互操作政策、强制数据接入、数据防火墙等新型反垄断救济政策。但是, 为了防止数据和算法反垄断救济政策对创新发展带来严重损害, 需要加强对上述政策的影响分析, 明确政策应用场景, 基于个案精准设计。

参考文献:

- [1] 林平. 保护竞争大目标下“鼓励创新”的内涵: 反垄断更需重视动态竞争和长期福利[J]. 中国市场监管研究, 2023(2): 44-48.
- [2] 王晓晔. 《反垄断法(修正草案)》的评析[J]. 当代法学, 2022(3): 36-51.
- [3] 时建中. 新《反垄断法》的现实意义与内容解读[J]. 中国法律评论, 2022(4): 182-194.
- [4] 杨东, 黄尹旭. 《反垄断法》设置数字经济专章研究[J]. 竞争政策研究, 2021(2): 41-47.
- [5] 孙晋. 数字平台的反垄断监管[J]. 中国社会科学, 2021(5): 101-127, 206-207.
- [6] 熊鸿儒, 韩伟. 全球数字经济反垄断的新动向及启示[J]. 改革, 2022(7): 49-60.
- [7] 唐要家, 唐春晖. 数字平台反垄断相关市场界定[J]. 财经问题研究, 2021(2): 33-41.
- [8] 理查德·B. 斯图尔特. 美国行政法重构[M]. 沈岷, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 42-43.
- [9] 王俊豪, 肖兴志, 唐要家. 中国垄断性产业管制机构的设立与运行机制[M]. 北京: 商务印书馆, 2008: 207-208.
- [10] OECD. Regulatory impact analysis: best practices in OECD Countries[M]. Paris: OECD, 1997.

- [11] OECD. Regulatory impact analysis inventory[R]. OECD Secretariat for the public governance committee meeting 2004.
- [12] 王俊豪,等. 中国特色政府监管理论体系与应用研究[M]. 北京:中国社会科学出版社,2022:238-241.
- [13] 唐要家. 反垄断经济学:理论与政策[M]. 北京:中国社会科学出版社,2008:278-279.
- [14] 穆雷·霍恩. 公共管理的政治学经济学[M]. 汤大华,颜君烈,译. 北京:中国青年出版社,2004:76.
- [15] 唐要家,唐春晖. 数字平台垄断势力与反垄断事前监管[J]. 中国流通经济,2022(8):61-72.

Innovation Practices and the Future Path of Platform Economy Anti-Monopoly in China

TANG Yao-jia, LI Yu-xin

(School of Economics, Zhejiang University of Finance and Economics, Hangzhou 310018, China)

Summary: In the face of the increasingly dominant market position of large digital platforms and the massive anticompetitive conduct, strengthening anti-monopoly in the platform economy has become a trend around the world in recent years. China has taken more comprehensive anti-monopoly enforcement actions and achieved obvious policy effects and innovations in many aspects, but there are also some areas for improvement. Therefore, it is important to systematically summarize and evaluate the anti-monopoly practices in the platform economy and explore the future path of platform economy anti-monopoly.

The innovation of anti-monopoly legislation in China's platform economy is mainly reflected in the following aspects: firstly, the legislative objectives tend to be diversified and more emphasis is placed on innovation; secondly, the legal gap is filled to regulate new types of monopolistic conducts that use data and algorithms; thirdly, the merger control policy is improved; fourthly, the main responsibility of large digital platforms is strengthened.

China's anti-monopoly enforcement in the platform economy is mainly reflected in the investigation and handling of typical cases, and law enforcement innovations have been made in some case reviews: firstly, focusing on the investigation of large platforms' abuse of dominant position; secondly, strengthening the merger control of platform enterprises; thirdly, innovating the market definition and the determination of market dominance of multisided platforms; fourthly, expanding the theory of competitive harm for the abuse conducts by platforms; fifthly, adopting the remedy measures combining administrative fines and rectification.

The anti-monopoly enforcement system in China's platform economy is improved through four paths: firstly, improving the system of anti-monopoly agencies; secondly, enhancing the enforcement capacity of anti-monopoly agencies; thirdly, empowering anti-monopoly enforcement by big data and AI; fourthly, promoting the connection between anti-monopoly administration and justice.

In the new stage of anti-monopoly in the platform economy, normalized regulation becomes a basic requirement. Scientific anti-monopoly regulation is now a major task for maintaining market competition and promoting innovative development in the platform economy. The key to normalized regulation is to establish a legal guarantee, focusing on the establishment of a stable and predictable policy environment, a clear, consistent and procedurally fair enforcement system, enhanced anti-monopoly compliance guidelines, and the adoption of scientific and precise policy tools.

Key words: platform economy; digital platform; anti-monopoly; normalized regulation; rule of law

(责任编辑: 尚培培)