

反垄断监管与事前监管

——互联网平台监管模式的二元建构

李希梁*

目次

- | | |
|-----------------|----------------|
| 一、背景与问题 | 四、平台事前监管的推进与建构 |
| 二、平台反垄断监管的属性与局限 | 五、结语 |
| 三、平台事前监管的机理与证成 | |

摘要 反垄断监管是一种典型的事后监管,表现为禁止性规范为主的立法模式、合理原则为主的分析模式和消极性义务为主的救济措施,应用于平台监管中存在滞后性、威慑效果不佳等不足,反垄断法内部变革举措的实际效果也较为有限。相较反垄断监管的事后属性,事前监管通过创设积极性法律义务,实现对垄断结构引致不可逆损害的风险预防。为避免“假阳性”错误,引入事前监管须证明细分市场存在高而持续性的进入壁垒、欠缺有效竞争的动态趋势、事前监管收益大于成本三个累积性标准。平台事前监管的总体目标是推动市场从封闭到开放的回归,监管主体上成立专门事前监管机构并且采取合作制监管架构,监管对象的选取遵循“相关市场分析+显著市场力量确定”的基本框架,监管措施包括服务互操作、开放特定数据、平等对待不同主体提供的服务等。与反垄断监管的衔接包括建立分工监管的机制和可反驳的违法推定规则。

关键词 平台监管 反垄断监管 事前监管

一、背景与问题

随着平台结构性垄断的形成、大数据汇聚的加速和排他性滥用的盛行,强化反垄断成为中国乃至全球范围内的监管趋势,但效果却不尽如人意。反垄断法的落地实施,未从根源解决平台经济的结构性失灵,垄断高风险依然可能带来不可逆的社会福利减损。在一个旨在禁止某些行为模式的竞争政策体系中,反垄断执法机构的干预往往是逐案且零散地关注一个或几个孤立行为,而

* 清华大学法学院博士研究生。

非整体考虑大型平台在网络产业治理体系中的系统性影响。^{〔1〕} 现行的事后监管方式亟须改变。

重塑平台监管体系的时代已然来临,核心聚焦于数字市场特定系统性问题的事前监管。^{〔2〕} 英国政府 2019 年委托专家团队发布《解锁数字竞争》,提议建立“数字市场部门”并负责设计和实施超越传统竞争法工具的平台行为准则,包括保障用户数据流动和制定平台开放标准等举措。^{〔3〕} 2022 年 11 月 1 日正式生效的欧盟《数字市场法》,对符合“守门人”(gatekeeper)条件的互联网平台引入更明确的事前规则,确保数字市场的公平性和可竞争性。^{〔4〕} 美国众议院 2021 年 6 月表决通过《终止平台垄断法案》《美国选择与创新在线法案》等五部法案,禁止涵盖平台(covered platform)实施自我优待和歧视性行为等。^{〔5〕} 我国国家市场监督管理总局 2021 年 10 月发布《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》(以下简称《分类分级指南》)、《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》(以下简称《落实主体责任指南》),针对超大型平台经营者提出公平竞争示范、平等治理、开放生态等前置要求。

反垄断监管到事前监管的模式转变并非逻辑层面的一脉相承,反而可能导致制度适用的张力和冲突。在平台经济监管场景中,有必要从三个层次理清反垄断监管和事前监管的逻辑关系。第一,是否有必要引入事前监管?事前监管可能增加“假阳性”错误概率及其社会成本,^{〔6〕}造成平台市场机制系统性破坏和减损在位平台创新和投资动力,故引入事前监管必须以充分理据和成本收益分析作为基础。第二,如何构造事前监管规则?事前监管框架原则上避免冗长的调查和执法程序,为受规则约束的目标群体提供足够的法律确定性,但面对平台市场复杂多变的动态发展轨迹,仍欠缺灵活性且存在过度干预的风险。第三,事前监管与反垄断监管是何关系?两种监管模式的功能定位究竟是互补关系还是对立关系?效力位阶是特别法优于一般法还是上位法优于下位法?同一商业行为若平行适用两种监管工具是否违背“一事不再罚”的基本原则?

中国目前对平台经济领域事前监管的研究主要分为两大类:一类主张在反垄断法框架内强化对平台的事前监管,功能定位是辅助反垄断事后监管的运行;另一类则认为应在反垄断法框架外另行建构事前监管模式,功能定位是弥补反垄断事后监管的局限。前者提出加强数字市场调研与

〔1〕 See Martin Hellwig, *Competition Policy and Sector-Specific Regulation for Network Industries*, SSRN (29 September 2008), <https://ssrn.com/abstract=1275285>.

〔2〕 一般而言,Antitrust 和 Regulation 被认为是政府干预市场的两种方式,前者译为反垄断,后者存在多种翻译,包括管制、监管、规制等。本文所持的基本观点是,监管是 Antitrust 和 Regulation 的上位概念,即政府通过法律、政策等手段对市场施加控制和干预,循此逻辑,监管包括反垄断监管、事前监管等方式。相关学术文献和规范性文件中,也有使用“前置式监管”“事前管制”“行业管制”“行业监管”等术语,不同术语的侧重点存在差异。为行文上的统一性,本文除特别说明之外,采用“事前监管”的表述。

〔3〕 See Jason Furman et al., *Unlocking Digital Competition*, Government of the United Kingdom (13 March 2019), <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>.

〔4〕 Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

〔5〕 Ending Platform Monopolies Act, American Choice and Innovation Online Act, Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021, Platform Competition and Opportunity Act of 2021, Merger Filing Fee Modernization Act of 2021.

〔6〕 监管通常存在两类错误,一类是“假阳性”错误,即将合理的商业行为判定为违法,导致威慑过度及其相关成本;另一类是“假阴性”错误,即将违法的商业行为判定为合法,导致威慑不足以及产生相关成本。

竞争评估、引入平台企业反垄断合规监督、实行平台企业垄断行为预警调查等举措。^{〔7〕}后者依据监管程度又可以进一步分为两类。一类主张将大型数字企业作为一种新的公用事业进行管制,^{〔8〕}以开放义务为中心创设管制规则;^{〔9〕}第二类则强调针对垄断高风险领域设定行为和结构性管制措施以预防竞争损害。^{〔10〕}

不过,既有研究存在两个问题:一是反垄断事前监管本身未能突破反垄断法固有事后属性的桎梏,“旧瓶装新酒”的方式反而超出相应的制度预设;二是平台经济的特殊性并不必然导致既有制度体系的瓦解,重构事前监管却未能明晰其与反垄断监管的兼容性,事前监管规则的激进程度也存在争议。有鉴于此,本文第二部分以反垄断法的内在属性作为分析起点并探讨其与平台经济的适配性,第三部分将风险预防理论作为事前监管的理据并论证事前监管引入之必要性,第四部分尝试建构平台事前监管规则并阐明其与反垄断监管的关系。

二、平台反垄断监管的属性与局限

反垄断监管有其固有属性和政策目标,本部分将以反垄断监管的“事后”属性为切入口,客观评估其于平台经济治理之“所能”与“不能”。

(一) 反垄断监管的事后属性

通常而言,事前监管指向尚未发生的行为,前瞻性地为目标主体的活动设计具有明确义务的法律框架,旨在预防市场失灵;事后监管指向已经发生的行为,随着相应行为的发生而在行政或司法程序中明晰违法标准和法律责任,旨在纠正市场失灵。^{〔11〕}

循此类型化逻辑,反垄断法中除经营者集中审查制度体现事前监管逻辑外,禁止垄断协议和禁止滥用市场支配地位制度均系事后监管工具,原因有三:其一,反垄断法规范通常是禁止性规范,即禁止经营者实施排除、限制竞争行为。该法追求的是创造或维持竞争市场所需要的条件,而不是复制竞争的结果或矫正竞争市场的缺陷,^{〔12〕}这意味着受规则约束的经营者不必事前积极实施某种行为或承担某类积极义务,监管机构也只能事后审查其是否实施反垄断法所禁止的某类行为。其二,反垄断法分析模式以合理原则为主,建立在个案分析和特定行为事实上。本身违法原则到合理原则的转变缺少足够的行为指引和结果预期,以至于企业甚至反垄断执法机构在行为发生前都不清楚最终法律后果。^{〔13〕}法律责任归属越是取决于具体案件事实和行为产生的实际损害,便越难在行为发生之前确定合法与非法边界,削弱反垄断法规则的预防性功能。其三,反垄断法的救济措施以消极性

〔7〕 参见时建中、郭江兰:《论平台经济领域前置式反垄断监管》,载《探索与争鸣》2021年第9期,第51页;王先林、方翔:《平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第94—95页。

〔8〕 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89页。

〔9〕 参见王磊:《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。

〔10〕 参见张浩然:《事后反垄断与事前管制——数字市场竞争治理的范式选择》,载《河南社会科学》2021年第8期,第39页。

〔11〕 See Richard Posner, *Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): An Analytical Framework*, in Daniel Kessler eds., *Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law*, University of Chicago Press, 2010, p.13-17.

〔12〕 参见[美]史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版社2008年版,第231页。

〔13〕 参见李剑:《制度成本与规范化的反垄断法——当然违法原则的回归》,载《中外法学》2019年第4期,第1011—1012页。

义务为主,无法要求当事人履行额外积极义务。我国禁止垄断协议和禁止滥用市场支配地位制度规定有责令停止违法行为、没收违法所得和罚款三种救济措施,^[14]但其中责令停止违法行为只意味着违法行为的终止,并不表明当事人须履行何种积极作为义务,所产生的救济效果也不尽相同。

自芝加哥学派对反垄断法的阐释占据主流地位以来,事后行为威慑优于事前结构预防成为反垄断法的理论基础。一方面,反垄断事前监管仅覆盖符合特定条件的经营者集中行为,并不阻碍企业通过网络效应和锁定效应等自然因素以及创新和知识产权等人为因素获取垄断力。市场结构到市场行为的监管思路转变立足于事后视角而非朝向未来,通过回溯已经发生的法律事实并进行价值判断与归责,确保在垄断行为发生后能够有效识别和制止。另一方面,反垄断事前监管保持高度谦抑,禁止滥用市场支配地位制度成为经营者集中制度的兜底保障。经营者集中制度的挑战建立在相关反事实的确定,为避免“假阳性”错误的法律风险,各辖区事前禁止或附加限制性条件的经营者集中案件数实则很少。^[15] 谨慎克制的事前监管决定了反垄断监管重心更多依靠事后机制,不阻碍市场力量的事先形成,而是关注市场力量的事后行使,以禁止滥用市场支配地位等事后监管制度作为兜底,从而维护市场竞争秩序。

(二) 平台反垄断监管的局限

传统反垄断法的事后监管属性决定其调整范围与调整方法,应用于平台经济颇有捉襟见肘之嫌,仅凭事后监管以维护市场有效竞争的难度较高。

第一,平台反垄断监管存在严重滞后性,难以应对复杂多变的互联网行业。此种滞后性源自理论发展与法律实施两个维度:一方面,反垄断法在适应经济知识的变化或改变某种特定商业行为影响的基础经济的变化时存在滞后性。^[16] 被奉为圭臬的相关市场理论和价格理论与平台商业模式之间存在明显罅隙,平台的跨界性模糊相关市场的边界,免费策略更是将价格理论束之高阁,“价格和产出的分析框架在平台经济场景下不足以完全反映消费者福利受到的所有威胁”。^[17] 另一方面,反垄断法调查和执法程序冗长,竞争损害往往难以恢复。“一个可竞争性的框架和由此产生的对潜在竞争者的强调需要更迅速和预防性的方法”,^[18]如果反垄断禁令发生得太晚以至于竞争威胁的来源已经被消除,反垄断事后监管可能对维护潜在竞争也就没有太大作用。以欧盟调查谷歌为例,三项违法行为的调查周期分别约为六年半、三年和两年,谷歌不仅“可以利用执法的空档期继续实施违法行为,获益甚至可以远超之后的反垄断处罚”,^[19]还可以通过法律途径将相关争议卷入漫长的司法诉讼。

第二,平台反垄断监管威慑效果不佳,事后补救措施无法防范结构性风险。罚款是当今主流的反垄断制裁方式,通过罚款消除垄断行为的预期净利润以有效遏制企业滥用市场支配地位等活动,但实践中该等方式却对平台经营者缺乏足够威慑力。其一,资本市场对于上市公司披露反垄断罚款信息的反应可以推断制裁措施是否产生威慑作用,罚款金额低于市场预期表征为股票价格上升且对公司业绩影响很小,即没有产生足够威慑。^[20] 我国在执法中已多次出现平台被反垄断

[14] 参见《中华人民共和国反垄断法》第56条、第57条。

[15] 参见李剑:《经营者集中强制申报制度的实效与转变》,载《交大法学》2021年第4期,第62—63页。

[16] See William Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, 168 University of Pennsylvania Law Review 1911, 1918(2020).

[17] See Lina Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 The Yale Law Journal 710, 737-739(2017).

[18] See Francesco Ducci, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge University Press, 2020, p.152.

[19] 参见侯利阳:《论互联网平台的法律主体地位》,载《中外法学》2022年第2期,第356页。

[20] 参见王健:《我国反垄断罚款威慑不足的制度成因及破解思路》,载《法学评论》2020年第4期,第110页。

执法机构处罚后股价不降反升的情况,如反垄断执法机构就阿里巴巴实施“二选一”行为开出182.28亿元罚单后,阿里股价当天一度涨超8%甚至获利远超罚款数额,美团被反垄断执法机构立案调查的消息披露后股价涨幅曾逾4%。其二,平台在全球收入与财富分配上的利益格局日益凸显,盈利能力的大幅提升以及强大的财务实力使得平台可以轻而易举地筹备必要资金来支付反垄断罚款,以至于“超级平台因滥用市场支配地位而被处以巨额罚款时并不感到害怕,也不担心声誉受损”。^[21]其三,事后结构性拆分也并非最佳监管举措。互联网平台的业务往往是高度整合的,将大型平台中原本没有竞争关系的业务拆分后并不会增加市场竞争。^[22]强制拆分具有显著规模效应的平台将付出巨大社会代价,不仅严重损害平台经营效率,也会造成消费者福利的减损。

传统反垄断事后监管的失灵促使各国开始寻求反垄断法内部体系的变革,旨在建立起更快、更有效的反垄断监管体系,具体表现为革新经营者集中申报标准、引入“显著跨市场竞争影响”制度,以及复兴临时禁令(Interim Measures)等救济措施,但囿于反垄断法自身属性,前述变革举措更多是结合平台经济特性的局域性填补,无法在监管范式上起到根本性变革。

首先,经营者集中审查门槛的改变并未根本转变审查力度,平台经济领域禁止或附加限制性条件的案件实则很少。德国在2017年修法时引入交易额标准,但目前为止尚未出现一例平台经济领域禁止经营者集中案件。^[23]这既是源自经营者集中本身可能提高生产效率、实现规模效益等,尤其是放大平台经济网络效应的正外部性,也是经营者集中审查避免过早干预市场、遵循谦抑执法理念的应然结果。^[24]

其次,“显著跨市场竞争影响”制度可能存在解释风险,进而造成反垄断法内部体系冲突。在反垄断法中,行为违法性认定存在本身违法原则和合理原则两条路径,但该制度并未明晰具体适用何种分析原则。如果适用本身违法原则,该制度可能架空禁止滥用市场支配地位制度。后者适用合理原则带来的较高执法成本无疑让执法机构更倾向于前者,但正当性基础也将受到挑战,毕竟除部分横向垄断协议直接适用本身违法原则外,采取更加精细化效果分析的合理原则已成为现代反垄断法主流分析范式;如果适用合理原则,该制度的实际效果将受到限制。即便德国联邦卡特尔局前置认定具有“显著跨市场竞争影响”的平台,法条列举的禁止性行为也并非绝对意义上的“禁止”,后续的竞争效果分析可能带来的积极后果依然可能激励行为人从事类似行为。

最后,临时禁令等救济措施的适用条件严苛,违法行为的中止并不意味着有效竞争的回归。一方面,临时禁令的正当性基础在于目标行为对每一方造成不可挽回的损害的相对程度及其被认定为反竞争行为的可能性,复杂的分析方法和“假阳性”错误风险致使该制度在欧洲沉寂近二十年。^[25]这种执法顾虑在平台经济领域有增无减,因为反垄断执法人员理解和预测互联网行业演变的能力有限,执法行动更可能依赖于对具体行为效果的有争议的预测。^[26]另一方面,临时禁令

[21] See Andras Toth, *Creating More Public Value in the EU Competition Law by Reaching a Higher Level of Prevention in the Particular Context of the Digital Markets*, 44 *World Competition* 433, 443(2021).

[22] See Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 *The Yale Law Journal* 1952, 1959 - 1960(2021).

[23] 参见德国联邦卡特尔局官网案件数据库, https://www.bundeskartellamt.de/Home/home_node.html, 2023年1月31日访问。

[24] 参见孙晋:《谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适》,载《中国法学》2018年第6期,第156页。

[25] See Juliette Caminade, Antoine Chapsal & Jacob Penglase, *Interim Measures in Antitrust Investigations: An Economic Discussion*, 17 *Journal of Competition Law & Economics* 437, 437 - 457(2020).

[26] See Ronald Cass, *Antitrust for High-Tech and Low-Regulation, Innovation, and Risk*, 9 *Journal of Competition Law & Economics* 169, 169 - 170(2012).

只意味着违法行为的中止,并不表明当事人还需积极从事哪些行为。以平台经济领域互通互联为例,当事人不实施封禁行为,并不意味着能够达到互通互联的技术性和标准化要求。

三、平台事前监管的机理与证成

在前文明确反垄断监管不足以应对平台垄断问题之余,监管者引入补充性的事前监管还需要回答如下问题:事前监管的正当性基础为何?平台市场是否满足事前监管的判断标准?

(一) 平台事前监管的机理

事前监管的正当理据最早源自自然垄断。^[27]随着技术进步,全行业自然垄断逐渐转变为竞争性产业或部分环节自然垄断,“监管俘虏理论”和“可竞争市场理论”的相继问世为“去管制化”浪潮提供理论依据并指明改革方向,与之相伴的是垄断监管的相对权力从特定的管制机构转移到普适的反垄断执法机构。然而,反垄断法中的消极性义务本质上并不适宜处理特定市场结构问题,放松管制运动过分夸大竞争监管的作用而忽略产业结构的特殊性。比如,新西兰在20世纪80年代末决定开放电信业各环节的竞争并完全交由反垄断执法机构进行事后监管,但随后十余年的实践证明该举措完全失败,网络接入费用的提高及反垄断监管失灵促使新西兰于2001年颁布新的电信监管法以补充完善反垄断监管。^[28]

去管制化并不意味着事前监管的终结而是“再管制”的开端,在反垄断监管发展为普适性监管原则的基础上,事前监管不再是反垄断监管的替代项而是补充项,在反垄断事后监管不足以解决持续性市场失灵的特殊行业中充当“先发制人的竞争法”(preemptive competition law)角色,对市场具有显著市场力量(significant market power)的企业采取不对称管制,^[29]正当性基础也由自然垄断转向市场力量滥用的高风险预防。以欧盟电信行业的事前监管框架为例,为避免过度干预市场和减损创新激励,事前监管被严格限制在具有垄断高风险且反垄断监管失灵的特殊领域,具体遵循三个步骤:(1)市场定义。首先遴选出事前监管较之反垄断监管更能解决竞争问题的市场,通常需要满足存在高而持续性的市场进入壁垒、欠缺有效竞争的动态趋势,以及反垄断执法不足以解决垄断问题三个累积性标准;随后根据反垄断法中相关市场的界定方法精确划定所选市场的商品与地域边界。(2)显著市场力量评估。确定经营者在相关市场是否具有单独或共同支配地位,或者是否可以在一个密切相关的市场中利用支配地位。(3)事前监管措施选择。根据不同的市场状况,可施加包括公开透明、非歧视、会计分离、强制访问和价格控制五种前置性义务。^[30]

总结而言,结构性失灵带来的不可逆损害“不再是单一交易逻辑下的风险内化,而是相关市场

[27] See William Baumol, John Panzar & Robert Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich Press, 1982, p.17.

[28] See Damien Geradin, Isabel Neto & Michel Kerf, *Antitrust vs. Sector Specific Regulation in Telecom: A Close Look at Interconnection*, SSRN (1 March 2006), <https://papers.ssrn.com/abstract=886305>.

[29] See Alexandre de Streel, *The Integration of Competition Law Principles in the New European Regulatory Framework for Electronic Communications*, 26 *World Competition* 489, 489-490(2003).

[30] Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, Commission Recommendation of 17 December 2007 on Relevant Product and Service Markets within the Electronic Communications Sector Susceptible to Ex Ante Regulation in Accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, 2007/879/EC.

乃至关联场域下的风险蔓延”，^[31]事前监管的制度性价值契合于风险预防的现代化理念而成为再管制的正当性基础。事前监管为避免过度干预而引入“更加竞争法”的分析方法，相关市场、显著市场力量等概念嵌入到新监管框架之中，垄断风险识别也被类型化为三项累积性标准，并提前预设前置性义务，以共通的竞争法原则实现“预防和制止垄断行为”的目标定位。

（二）平台事前监管的证成

互联网行业各细分领域的市场结构各异，笼统性分析不具有针对性且容易产生干预过度的“假阳性”风险。本文选取具有代表性的即时通信服务市场作为切入口，借鉴欧盟事前监管引入标准，以市场进入壁垒、有效竞争状况、反垄断监管实效和成本收益分析等基准论证事前监管的必要性，以此为范式类推应用于其他细分市场的分析。由于前文已重点分析反垄断监管实效，下文将逐一分析其余要件。

1. 高而持续性的市场进入壁垒

即便在寡头垄断或完全垄断市场，完全进出自由和低沉没成本诱发的潜在竞争压力带来的仍是不眠之夜而非昏昏欲睡的垄断者，^[32]与之相反，高而持续性的市场进入壁垒则会因潜在竞争压力的消亡而诱发高垄断风险。在以即时通信服务市场为典型的平台经济领域，学者们已从网络外部性^[33]、锁定效应^[34]等传统因素阐明平台市场之结构性壁垒，本文在此基础上尝试从规模经济壁垒和数据反馈闭环壁垒，强化论证即时通信服务市场的高进入壁垒。

其一，规模经济壁垒。互联网平台提供的即时通信服务具有高固定成本和低边际成本的特性，产生规模经济效应，由此带来的潜在市场壁垒具体表现为两个方面：一方面，网络效应和科技进步使得传统规模经济的“临界值”失去作用，供给侧边际成本趋近为零和需求侧用户的正反馈效应使得即时通信平台始终保持规模经济并扩张至全部可访问市场，遗留给新进入者的市场需求和发展空间很小；另一方面，相较之先行平台较早吸引大量用户充分享受规模经济带来的成本效益，新进入者在未取得一定市场份额之前的生产成本必然较高且始终处于竞争劣势地位。

其二，数据反馈闭环壁垒。数据主要通过两类反馈闭环巩固先行平台的市场竞争力。^[35]在用户规模-服务质量反馈闭环中，海量用户使得即时通信平台能收集到更多的用户数据，平台利用这些数据进一步分析用户偏好并提升服务质量，进而吸引更多的用户加入平台。小规模即时通信平台和新市场进入者由于缺乏同等数量级的用户数据，很难与在位优势平台展开有效竞争。^[36]在货币化反馈闭环中，海量用户带来的数据可以增强平台精准投放广告的能力，吸引和扩张更多广告商的需求，进而增加广告投放的数量和广告商支付的每次点击成本，实现用户数据的货币化增值，由此带来的高收益可以让平台进一步投资以吸引更多的用户和提升服务质量。

现阶段即时通信服务市场高度集中和异常固化的市场结构也有力地证明这一论断，除腾讯系

[31] 参见刘乃梁：《“预防垄断行为”的理论逻辑及其制度展开》，载《社会科学》2020年第12期，第93页。

[32] See David Evans, *Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights but Not Sleepy Monopolies*, SSRN (25 August 2017), <https://ssrn.com/abstract=3009438>.

[33] 即时通信平台只需吸引一定数量的用户突破临界网络规模，同边用户与另一边用户在正反馈作用下会主动成比例进入平台，用户自发聚集到单个即时通信平台也为市场进入者构筑起网络壁垒。

[34] 互联网平台提供的产品和服务较之传统领域更具黏着度和附属性，这使得双边用户在平台转换时面临更大的障碍和阻力，当用户被集体锁定在单一平台服务之中时便难以迁移至其他平台服务。

[35] See Andres Lerner, *The Role of “Big Data” in Online Platform Competition*, SSRN (19 September 2014), <https://ssrn.com/abstract=2482780>.

[36] See Frank Pasquale, *Privacy, Antitrust, and Power*, 20 *George Mason Law Review* 1009, 1015-1016(2013).

微信和QQ应用平台之外鲜有频繁和成功的市场进入和退出。

2. 欠缺有效竞争的动态趋势

高而持续性的市场进入壁垒不必然导致有效竞争的缺失,还存在其他结构性因素中和进入壁垒的负面影响,进而使市场趋向于有效竞争。经济学研究表明,平台市场的有效竞争体现为中小平台能否对大型平台产生足够的竞争压力,^[37]即便在寡头垄断市场,当中小平台频繁创新达到市场颠覆临界值时,垄断便会被竞争所打破。然而,随着平台行业发展周期变动,此前创新浪潮带来频繁进退更替的理想图景已被固化的市场格局所取代。

第一,在竞争维度上,平台竞争从增量阶段的多元竞争到存量阶段的寡头主导。即时通信平台竞争的基础在于用户,聚合海量用户是构建平台内生竞争力的源头。在行业发展初期,持续增长的用户需求催生平台供给端的“百花齐放”,存在腾讯QQ、阿里旺旺、飞信等数十款即时通信工具。^[38]但平台发展到相应阶段就会面临市场饱和及用户注意力上限等桎梏,大型平台欲继续保持高速增长态势只能从竞争对手处争夺用户注意力,中小平台此时面临增量市场和存量市场的双重封锁而逐渐退出市场。一方面,即时通信服务强烈的网络效应和功能需求的单栖属性驱使平台市场定格回寡头垄断格局,大量即时通信软件的退出使得腾讯系微信和QQ应用平台几乎没有竞争对手,市场渗透率已接近我国总人口的90%。^[39]另一方面,在位即时通讯平台通过实施包括限制竞争对手内容分享、拒绝向竞争对手提供授权登录服务等限制互操作行为形成近乎绝对的竞争优势,如腾讯先后屏蔽马桶MT、多闪和聊天宝等三款即时通信软件,^[40]削弱市场边缘竞争者获取数据流量能力,从而使其无法对既有平台形成有效竞争约束。

第二,在垄断维度上,平台垄断从轴心市场的初始垄断发展到相邻市场的双轮垄断。双轮垄断是指平台借助于轴心市场基础核心服务的数据优势和渠道优势等,通过杠杆效应、网络效应、规模效应等推动其垄断地位辐射至相邻市场,建立起生态型市场支配力。^[41]当寡头平台完成数据和流量的前期积累过程后,垄断格局并非止步于即时通信服务市场,而是有意识地将轴心市场获得的数据流量引导至相邻市场的己方产品,或者拒绝引导至其他第三方产品,相邻市场的产品或服务反过来为平台轴心市场服务带来新的数据和流量,固化的市场结构在支配力交叉传导作用下牢不可破,最终在轴心市场与相邻市场均呈现出不可战胜的特征。

在存量竞争和双轮垄断发展阶段下,市场容量饱和以及策略性行为的普遍存在导致即时通信市场呈现缺少有效竞争者和动态竞争趋势,潜在竞争约束的缺失可能削弱寡头平台提升服务质量或研发投资的动力,市场应有的竞争红利也随之流失。

3. 成本-收益视角下的事前监管引入

在法经济学理论看来,成本收益分析是探讨事前监管和事后监管选择的适宜理论工具,量化或定性比较不同监管手段可能耗费的成本和获取的收益,有助于决策者做出符合经济效率的科学决定。^[42]总

[37] 参见傅瑜、隋广军、赵子乐:《单寡头竞争性垄断:新型市场结构理论构建》,载《中国工业经济》2014年第1期,第149—159页。

[38] 参见中华人民共和国最高人民法院民事判决书,(2013)民三终字第4号。

[39] 参见《微信活跃账户数12.68亿创新高》,载腾讯网2022年3月24日,<https://xw.qq.com/cmsid/20220324A03A8W00>。

[40] 参见《应用宝突然下架多闪:腾讯被指屏蔽升级》,载搜狐网2019年3月13日,https://www.sohu.com/a/300882874_223764。

[41] 参见翟巍:《超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式》,载《财经法学》2021年第1期,第19—20页。

[42] See Anthony Boardman et al., *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*, Prentice Hall, 1996, p.2.

体而言,竞争规范的监管收益主要体现为制止对竞争有排除、限制效果的行为以及预防效果,监管成本大致存在错误成本和管理成本两大类(表1)。^[43]

表1 事前监管较之反垄断监管的收益与成本对比

主要收益	对比	主要成本	对比
制止排除、限制竞争效果的行为	相同	错误成本: (1)“假阳性”错误成本 (2)“假阴性”错误成本	增多 减少
预防潜在排除、限制竞争的行为	更高	管理成本: (1)规则制定成本 (2)案件查处和审理成本 (3)普遍监督和合规成本 (4)法律不确定性成本	更高 更低 更低 更低

在监管收益上,事前监管和反垄断监管均旨在制止排除、限制竞争效果的行为,还能够向平台企业传递风险意识,直接禁止特定平台实施特定行为进而抑制损害效果的发生(直接预防),或者对已遭受损害进行救济而实现预防的反射效果(间接预防)。具体而言,反垄断监管的预防效果源自规则接受者的风险感知度,建立在发现损害竞争行为的准确性以及事后制裁的严厉程度的基础上,本质上是基于威慑的间接预防。^[44]事前监管的预防效果则更为显著,平台企业被事先明确告知其需遵守的行为准则,实施即违法的确定性促使平台主动放弃投机行为或选择限制性更小的替代方案。可见,事前监管的总体收益较反垄断监管更高。

在监管成本上,监管规则的复杂程度往往与管理成本成正比,而与错误成本成反比,最优监管规则要尽量实现错误成本与管理成本的总和最小化。其一,错误成本比较。有学者指出,在快速发展且不可预测的平台市场中过早地进行一刀切式事前监管不仅导致新进入者放弃创新和投资的机会,还可能锁定现有标准从而阻碍更具突破性的激进创新。^[45]伊斯特布鲁克法官的错误成本框架也表明“假阴性”错误比“假阳性”错误更可取,原因在于绝大多数市场行为是有益的,且经济体制下纠正市场垄断要比纠正司法错误更容易。^[46]事实上,事前监管或反垄断监管带来的错误成本取决于特定的平台市场状况,预设“假阳性”错误成本高于“假阴性”错误成本并不可取。以前述即时通信服务市场为例,一方面,反垄断监管的“假阴性”错误成本较高。高而持续性的市场进入壁垒以及欠缺有效竞争的动态趋势决定垄断本身已经超出市场自愈能力范围,包容有余而执法不足的反垄断监管错放的垄断行为带来的福利损害随时间推移有增无减。另一方面,事前监管的“假阳性”错误成本未必很高。事前监管的市场选择已经设定较高的条件且监管措施匹配市场运行情况,“假阳性”错误即便发生也是控制在合理范围之内。基于商业行为的连续性,平台的其他商业行为可能产生替代效应从而减少社会福利净损失。其二,管理成本比较。相比于沿用现行

[43] See Arndt Christiansen & Wolfgang Kerber, *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per se Rules vs. Rule of Reason”*, 2 *Journal of Competition Law and Economics* 215, 231 - 232(2006).

[44] Andras Toth, *supra* note [21], at 439.

[45] See Alex Chisholm & Nelson Jung, *Platform Regulation — Ex-ante Versus Ex-post Intervention: Evolving Our Antitrust Tools and Practices to Meet the Challenges of the Digital Economy*, 11 *Competition Policy International* 1, 10 - 11(2015).

[46] See Frank Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 *Texas Law Review* 1, 15(1984).

反垄断监管,另行建立一套事前监管的实体与程序规则必然产生立法成本,组建相应监管机构并配置相应资源也会产生更高的运行成本。但是,明确的事前监管规则和执法标准不仅大幅降低执法机构的监督成本和平台企业的合规成本,同时增强法律确定性并产生稳定的行为预期。在定性层面两相比较,事前监管应对不完善的平台市场的总体成本较之反垄断监管更低。

事前监管并不调整平台经济所有细分领域,而仅适用于满足前述标准的特定市场,除即时通讯服务市场外,搜索引擎服务市场、^[47]网络零售平台服务市场、^[48]网络餐饮外卖平台服务市场^[49]等均具有较高垄断风险,本部分的分析思路亦可应用于其他市场分析。

四、平台事前监管的推进与建构

在证成平台事前监管的必要性和合理性之后,接下来要解决的问题是如何设计事前监管的目标和规则以及有机衔接反垄断监管与事前监管。

(一) 平台事前监管的总体目标

平台事前监管的总体目标是建立开放的平台生态。在高市场壁垒且垄断结构趋于固化的平台市场中,竞争并非体现于既有竞争者在给定市场范围内相互争夺营业利润等,而是新生或潜在竞争者带来的创新型进入。正因如此,成功的平台监管应致力于抵消或削弱市场结构或策略性行为造成的进入壁垒进而强化市场竞争程度,推动平台从“封闭—开放”的回归。开放的平台生态能够有效应对平台市场高而持续性的进入壁垒,确保潜在竞争者有能力且实际能够进入市场,激发市场创新活力并调动市场整体动态竞争。

互操作性(Interoperability)是互联网开放的核心。相较反垄断监管只能在平台经营者拒绝开放而构成违法的垄断行为时“责令停止违法行为”,事前监管施加的积极性开放义务体现为平台和数据两个要素的互操作性,即平台经营者应当开放应用程序编程接口(API)以使第三方应用程序能够接入自己的平台和访问相关数据。这种开放义务不仅要求平台经营者在合理条件下允许所有的应用程序开发者接入平台,更要求其平等对待每一位接入者并给予公平的竞争环境。^[50]“公平的互操作性”确保新生竞争者进入市场并展开竞争时不会处于不利地位,所实现的是一种基于产品或服务本身优越性的公平竞争,而不受其他结构性因素干扰。API开放或互通互联培育的共生关系或竞争关系不仅能够降低市场进入成本,激励更多的市场进入而对在位平台形成竞争约束,^[51]同时还能鼓励平台投资创设新的消费或生产模式,积极引进互补式服务提高社会总福利。

开放义务并非完全开放,而是一种有限度的开放义务。不受限制的开放义务很可能引发“搭便车”行为,减损在位平台创新和投资动力。^[52]因此,事前监管还应当遵循比例原则,对开放程度

[47] 相关数据显示,百度在中国搜索引擎服务市场的市场份额始终保持在80%左右,近年来也没有出现新平台成功进入市场。See Statcounter, *Search Engine Market Share in China*, Statcounter (October 2022), <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/china>. 根据相关学者分析,该市场存在搜索偏见、恶意屏蔽等垄断风险。参见阳东辉:《搜索引擎操纵搜索结果行为的反垄断法规制》,载《法商研究》2021年第6期,第62页。

[48] 参见国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处[2021]28号。

[49] 参见国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处[2021]74号。

[50] See Fiona Scott Morton et al., *Equitable Interoperability: The “Super Tool” of Digital Platform Governance*, SSRN (27 October 2021), <https://ssrn.com/abstract=3923602>.

[51] 参见焦海涛:《平台互联互通义务及其实现》,载《探索与争鸣》2022年第3期,第120页。

[52] 参见王晓晔:《数字经济反垄断监管的几点思考》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第4期,第58页。

予以合理限缩,兼顾促进竞争目标的实现和在先者市场创新激励的保护。

(二) 平台事前监管的规则构造

事前开放义务需要配备完整的监管框架,其中,监管主体和监管对象分别是事前监管的起点和终点,监管措施既属于监管主体的权责范围,也构成监管对象的积极性义务。

1. 监管主体:建立专门机构且合作制监管

我国目前在互联网平台监管上采取的是功能监管的整体思路,不同的监管事项分别由不同的部门负责。^[53] 事前监管若直接建构在现行多头监管的科层模式上,不仅容易造成管理职能上的冲突与混乱,而且在监管专业性和敏捷性等方面存在不足。其一,现有监管主体的专业性不足。事前监管涉及较强的专业知识和多变的行业动态,需要具备特定的监管权力和配备熟悉互联网领域的各类行业专家,科层体制组织内部自上而下的权威性传递和基于稳定规则的刚性监管与平台事前监管需求并不相宜。其二,现有监管主体的敏捷性欠缺。事前监管要求执法机构对特定平台履行开放义务进行持续监督,是“全天候”(All-the-time)的实时监管而非基于损害感知的被动监管,这与传统监管机构的基本执法模式不同。

正因如此,平台事前监管主体应避免建构在自上而下的科层制多头监管组织之上,而是成立专门事前监管机构并且采取合作制监管架构。一方面,基于我国目前的机构设置和职能配置,可以考虑在国家市场监督管理总局内设专门负责平台事前监管的司或局,由其具体负责平台开放标准的制定和实施。从域外视野来看,设立专门机构监管数字平台已然成为全球趋势。英国政府2021年宣布在竞争与市场管理局内新设数字市场部门(Digital Markets Unit)以加强对大型数字平台的事前监管,^[54]法国和荷兰也呼吁欧盟成立新机构专门监管大型科技公司。^[55] 另一方面,平台事前监管机构应从科层组织典型的线性结构转向网络结构的合作模式,重视与监管对象及其竞争对手和主要客户、行业协会、专家学者等的合作,通过多方协商对话的方式确立平台开放标准等。譬如,欧盟《数字市场法》创设“数字市场咨询委员会”(Digital Markets Advisory Committee)作为欧盟委员会的辅助机构,^[56]美国《通过启用服务切换(ACCESS)法案》也要求联邦贸易委员会(FTC)成立技术委员会(Technical Committee),就可携带性和互操作性的标准以及对这些标准的修改向FTC提供信息、分析和建议。^[57] 在合作制监管架构中,平台监管机构的角色从规则制定者和监督者变成规则制定的组织参与者和“公私合营产物”的执行者。

2. 监管对象:“相关市场分析+显著市场力量确定”为基准

为避免事前监管过度干预,监管对象的选择应设定较高的证明标准且限定在垄断风险积聚但反垄断监管失灵的平台市场,以及在该市场中具有强大市场力量的平台企业。

我国目前《分类分级指南》存在两个值得商榷的问题:其一,平台分类分级与平台主体责任之间缺少“防火墙”,即平台市场竞争状况判断以及反垄断监管的有效性识别。《分类分级指南》将平台分为六大类三十一小类已较为完整详尽,但“一刀切”式地对所有平台市场实施事前监管,无疑

[53] 参见《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》(国发[2015]40号),载中国政府网2015年7月4日,http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-07/04/content_10002.htm。

[54] See Competition and Markets Authority, *Digital Markets Unit*, Government of the United Kingdom (20 July 2021), <https://www.gov.uk/government/collections/digital-markets-unit>.

[55] 参见《法国和荷兰呼吁欧盟成立新机构监管大型科技公司》,载新浪财经网2020年10月16日,<http://finance.sina.com.cn/stock/relnews/us/2020-10-16/doc-iiznezxr6234776.shtml>。

[56] See *supra* note [4], Article 50.

[57] Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021, Section 7.

存在过度干预市场的风险。譬如,网络短视频市场近年来市场结构多次显著变化,新进入者不断涌现预示着较低的市场壁垒,较强的竞争约束也意味着有效竞争的存在,^[58]借助市场机制和反垄断监管即可达成预期目标。其二,平台分级指标缺乏针对性,难以真正刻画平台的市场力量。《分类分级指南》对所有平台统一采取年活跃用户数和市值(估值)两个指标,前者对于即时通讯平台、网络短视频平台等尚有适用空间,但是对于网络零售平台、网络餐饮外卖平台等并不准确,其市场力量更多表征为平台服务收入和交易额(量)等指标。此外,我国企业市值起伏较大且涉及港股和美股的差异,后者也并非衡量平台市场力量的妥当指标。

有鉴于此,本文在监管对象的选取上遵循“相关市场分析+显著市场力量确定”的基本框架。一方面,在既有平台分类框架中对每一平台市场前置竞争分析,以前述市场进入壁垒、有效竞争状况、反垄断监管实效和成本收益分析四个累积性标准判断是否引入事前监管。如果相关市场竞争充分或反垄断监管足以应对平台垄断,则不采取或取消事前监管,反之则进一步认定相关市场中具有显著市场力量的平台企业。另一方面,作为前置性监管规则,显著市场力量的认定指标必须清晰明确。在主指标选取上,应根据平台市场的连接对象和商业模式设置不同的主指标。譬如,对于连接人与商品的网络销售类平台或连接人与服务的生活服务类平台,采用平台服务收入和平台商品交易额(量)作为主要指标,而对于连接人与人的社交娱乐类平台或连接人与信息的信息资讯类平台则采取月活跃用户数和用户有效使用时长作为主要指标。主指标项下具体取值应由事前监管机构联合具体行业监管机构和专家学者等进行市场调查与核算,符合推定标准的平台亦可提出相反证据主张相关市场或显著市场力量未达至事前监管的必要。

3. 监管措施:互操作、数据开放与平等中立

开放的平台生态表现为主体层面的平台经营者之间、平台经营者与用户、用户之间的相互开放,以及客体层面的平台和数据等具体要素的开放。这种开放并不仅是平台准入阶段的接入开放,更要保证在平台运营阶段时的中立开放,^[59]由此概括为以下三项事前监管措施。

第一,适格平台经营者应当在合理限度内将其提供的服务与其他平台经营者提供的服务进行互操作。互操作性有助于削弱平台市场突出的网络效应并降低市场进入壁垒,是一种“侵害程度”较小且行之有效的监管手段。^[60]平台互操作性的标准应权衡开放与封闭的正负效果以及开放限度和方式,可行的方案是引入“同等水平竞争者”标准:^[61]原则上不要求适格平台与竞争实力相当的竞争者之间建立互操作性,因同等水平竞争者能够抗衡限制互操作性的消极后果,亦可避免竞争者之间互搭便车的负外部性,直接构成竞争的同质化服务之间的互操作也不会增加社会总福利;原则上要求平台与竞争实力不相当的竞争者之间建立互操作性,以此降低中小平台的市场进入门槛,增强市场竞争的活跃度。在具体实施上,监管主体应当事先制定明确的互操作性标准,对于不同业务范围和经营模式的平台量身定制不同的标准,适格平台经营者应维持一组透明且可供第三方访问的API接口,如需修改应提前报监管主体批准。

第二,适格平台经营者应当向经用户授权的其他平台经营者开放可识别的原始数据。数据已经成为平台经济时代重要的生产要素,数据的资源禀赋将为平台建立无可比拟的竞争优势。在

[58] 参见《洞察 2021:中国短视频行业竞争格局及市场份额》,载百家号“前瞻经济学人”,2021年10月13日。

[59] 参见王勇、张玮艺、伍凌智:《论平台企业“开放中立”的治理原则》,载《改革》2022年第4期,第4—5页。

[60] Fiona Scott Morton et al., *supra* note [50].

[61] 参见张晨颖:《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167页。

“新浪微博诉脉脉案”中,二审法院提出第三方平台获取数据应遵循三重授权原则,即数据提供方获得分享用户数据的“用户授权”,数据获取方获得数据提供方的“平台授权”,以及数据获取方再次取得“用户授权”。^[62] 三重授权原则虽然在用户和数据提供方之间建立起“个人信息和平台财产”的利益平衡机制,但却忽视数据提供方为维持自身垄断地位而拒绝共享数据的私利本能,以至于有学者指出该原则已成为数据提供方主张数据获取方行为不当的“利器”,^[63] 变相增设了后发平台数据准入障碍。因此,有必要融入不特定第三方平台的竞争性权益,从双方利益平衡到三方利益均衡重塑三重授权原则。一方面,围绕数据本体建构类型化体系。以“数据是否能够识别自然人身份”分为个人数据和非个人数据,以“数据是否依赖于现有数据”分为原始数据和衍生数据。另一方面,围绕数据开放构建场景化规则。对于可识别的原始数据在用户授权基础上应向其他经营者开放。可识别性意味着用户隐私保护的必要性,但原始数据并未蕴含平台深度开发的劳动价值,本着促进数据流通和强化平台竞争的理念,应允许用户单方面决定数据开放;对于可识别的衍生数据在用户授权基础上由适格平台经营者与其他经营者协商确定;对于非可识别的原始数据(如匿名问卷的答复)和衍生数据原则上直接由适格平台经营者与其他经营者协商确定。

第三,适格平台经营者应当在合理限度内平等对待自身(或关联企业)和平台内经营者的产品或服务。当适格平台经营者在两个市场提供服务进而具有双重身份时,可能利用上游市场的优势地位对下游市场中自身(或关联企业)的产品或服务较之其他平台内经营者给予更多竞争优势,如2017年“谷歌比价案”。^[64] 在这种情形下,平台内经营者虽成功进入市场但却因无法获得产品供应而处于竞争劣势地位,这并非基于服务质量的市场选择结果而是垄断势力杠杆传递的人为分配。因此,适格平台经营者应当遵循“开放中立”的基本原则:其一,基于公平、合理、无歧视规则呈现检索排序。中立的检索排序可以确保适格平台经营者公平对待一切流量和应用,防止其改变搜索结果界面中的自然排序并干预用户注意力流向。其二,基于公平、合理、无歧视规则收取服务费用和确定交易条件。具体包括:适格平台经营者应对同等条件的自营服务和非自营服务收取相同的中介费用;平台内经营者获取其所需的平台服务时,不将使用其他关联平台提供的服务作为前提条件等。其三,禁止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。平台内经营者的经营活动依附于平台架构所产生的物理优势为适格平台经营者获取数据提供了方便和可能,如亚马逊把平台市场当作“发掘新品、测试新品销量和加强对定价的控制的大型实验室”。^[65] 长此以往,平台内经营者的创新动力和激励将大打折扣。数据“防火墙”能够阻止“搭便车”行为并且消除平台内经营者从事创新的后顾之忧。

(三) 平台事前监管与反垄断监管的衔接

事前监管与反垄断监管合力形成风险防范和垄断规制的治理闭环,理论层面各有侧重且衔接紧密,但具体适用中仍可能产生不可避免的重合和冲突。一方面,适格平台经营者可能因同一违法事实受到平行调查或处罚,违反一事不再理的基本原则。^[66] 事前监管与反垄断监管是义务规

[62] 参见北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷上诉案,北京知识产权法院民事判决书(2016)京73民终588号。

[63] 参见徐伟:《企业数据获取“三重授权原则”反思及类型化构建》,载《交大法学》2019年第4期,第23页。

[64] See Case AT. 39740 – Google Search (Shopping), 2017.

[65] See Lina Khan, *supra* note [17], at 780 – 783.

[66] See Giuseppe Colangelo, *The Digital Markets Act and EU Antitrust Enforcement: Double & Triple Jeopardy*, International Center for Law & Economics (23 March 2022), <https://laweconcenter.org/resource/the-digital-markets-act-and-eu-antitrust-enforcement-double-triple-jeopardy/>.

则呈现的“一体两面”，如适格平台经营者违反事前监管中互操作性的积极性义务，可能同时违反反垄断监管中拒绝交易的消极性义务。另一方面，事前监管机构与反垄断监管机构在具体案件中可能对同一行为做出不同的判断，从而影响法律规则的权威性和平台监管的统一性。统筹双重监管需要厘清两者关系以及内外部体系的衔接。

第一，事前监管与反垄断监管是相互补充关系。事前监管与反垄断监管的互补关系主要体现在三个方面：首先，监管对象的互补。前者在相关市场竞争判断的基础上以清晰明确的指标划定监管对象，避免后者在市场支配地位认定上的模糊性和复杂性，同时也能对不具有市场支配地位但在有效竞争欠缺的市场中具有较强力量的平台起到监管作用。其次，监管措施的互补。前者以开放义务为中心创设事前规则，以命令性规范的形式前置后者规范的部分行为，从而更好地起到守法激励作用和维护市场的可竞争性。最后，监管理念的互补。前者控制行为的过程而后者救济行为的结果，形成事前风险防范和事后违法校正的有机结合。^[67] 因此，两种监管模式在法律位阶上并非传统意义上的“特别法与一般法”或者“上位法与下位法”关系，两者本质上是互补关系，显然超出法律冲突规则适用的范畴。当然，我国目前以“指南”形式公布的事前监管规则不具有法律效力，欲落于实处仍需进一步提升其法律位阶。

第二，在外部视角上，事前监管与反垄断监管作为两种独立的规制思路，共同适用于平台经济监管。适格平台经营者应分别遵守事前监管规则设定的积极性义务和反垄断规则设定的消极性义务，在反垄断执法或司法程序启动前，事前监管机构独立承担平台垄断监管的职能。尽管反垄断程序的启动可能意味着事前监管的失败，但在执法决定或司法判决做出前，事前监管机构仍应对平台行为施加实质性约束，避免出现监管真空。

第三，在内部视角上，事前监管与反垄断监管在维护市场竞争目标上一致，可在违法行为认定和处罚上建立起协调关系。试举一例，假设某适格平台经营者违反互操作的事前义务，这意味着该平台已直接违反事前监管规则，同时还可能构成反垄断法中滥用市场支配地位项下“拒绝交易”。当反垄断执法程序启动时，可能会出现如下情况：第一种是平台经营者在相关市场不具有市场支配地位，反垄断监管机构不会做出处罚决定，也就不存在与事前监管相协调的必要，此时由事前监管机构直接做出处罚决定即可；第二种是平台经营者在相关市场具有市场支配地位，考虑到事前监管已经对市场进入壁垒、有效竞争状况等做出初步判断，而且事前监管维护市场竞争的价值目标能够被反垄断监管所吸收，可以采取可反驳的违法推定，即违反互操作的行为被推定构成反垄断法中“拒绝交易”，由行为人承担该行为不具有反竞争效果的举证责任。^[68] 此时可能出现两种结果：一是行为人反证失败即行为被认定具有反竞争效果，出于一事不再罚以及重罚吸收轻罚的考虑，宜由反垄断执法机构直接做出处罚决定，事前监管机构辅助监督救济性措施的执行；二是行为人反证成功即行为不具有反竞争效果，此时不宜做出任何处罚决定，事前监管机构应重新评估相关市场的竞争状况并修改或取消相应事前义务。当然，为了尽可能减少两机构的执法冲突，事前监管机构在评估相关市场竞争状况和确定事前义务时应征求反垄断执法机构的建议，当平台违反相应义务时可及时联系后者并提出相关意见。

[67] 见前注〔8〕，高薇文，第97—98页。

[68] See Laurine Signoret, *Code of Competitive Conduct: A New Way to Supplement EU Competition Law in Addressing Abuses of Market Power by Digital Giants*, 16 European Competition Journal 221, 255(2020).

五、结 语

平台经济不仅正在改变商业模式,而且也在改变着法律理论。^[69] 过去几年间平台监管明显表现出从包容审慎到强化监管的理念转变,反垄断法毫无疑问是平台监管的核心政策工具,但反垄断规则固有的事后属性决定其规制范围和边界,逐案实施暴露出的滞后性和威慑效应的弱化可能削弱平台监管的实质效果。在反垄断监管受到挑战之际,事前监管为平台垄断问题提供了互补性解决思路,特有的预防性价值因应平台结构性垄断风险的积聚而被重新发掘,有学者甚至指出,“除非与适当的事前监管框架相结合,反垄断监管在网络效应驱动的平台市场中的实际效用将大打折扣”。^[70] 在强化反垄断和防止资本无序扩张的时代背景下,“维护市场竞争”的事前监管与“打破市场垄断”的反垄断监管相结合更具理论和现实需求,“预防”与“制止”的兼备也有助于形成平台经济事前事中事后全链条监管,合力促进平台经济规范健康发展。

Abstract Antitrust is a typical ex-post regulation tool, which is characterized by a legislative model based on prohibitive norms, an analytical model based on the principle of reason, and a remedy based on negative obligations. The application of antitrust law to the regulation of platforms suffers from the shortcomings of lag and poor deterrent effect, and the practical effect of internal antitrust reform initiatives is also limited. In contrast to the ex-post nature of antitrust regulation, ex-ante regulation prevents the risk of irreversible harm caused by monopolistic structures by creating positive legal obligations. To avoid false positive errors, the introduction of ex-ante regulation must ensure the market exhibits the three cumulative criteria, which are the presence of high and non-transitory barriers to entry in the market segment, the absence of a dynamic trend towards effective competition, and the benefits of ex-ante regulation outweighing the costs. The overall objective of ex-ante regulation of platforms is to promote the return of the market from closed to open, with the establishment of a special ex-ante regulator and the adoption of a cooperative regulatory structure, and the selection of regulatory targets following the basic framework of Market Analysis + Assessment of significant market power. The regulatory measures include service interoperability, open access to specific data, and equal treatment of services provided by different entities. The interface with antitrust regulation includes the establishment of a division of labor and a rebuttable presumption of illegality.

Keywords Platform Regulation, Antitrust, Ex Ante Regulation

(责任编辑:张占江)

^[69] See Orly Lobel, *The Law of the Platform*, 101 *Minnesota Law Review* 87, 91-92(2016).

^[70] Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos & Marshall Van Alstyne, *Digital Platforms and Antitrust*, SSRN (17 June 2020), <https://ssrn.com/abstract=3608397>.