

数字时代经济权力法律治理的现代转向

胡丽文*

目次

- | | |
|--------------------|-----------------|
| 一、问题的提出 | 四、经济权力法律治理的理论基础 |
| 二、经济权力的内在机制和外在条件审视 | 五、经济权力法律治理的现实路径 |
| 三、经济权力法律治理的传统范式及问题 | 六、结语 |

摘要 数字时代下数据、算法和平台等现象的涌现表征着社会权力的兴起。在以国家和个体二元划分为基础的传统范式中,权力来源限定于国家,维持着“公权力—私权利”对峙的基本格局。但是,现代社会内部冲突和分化的结果在事实层面已经产生了以经济权力为代表的社会权力。经济权力以资本运行和增殖为基础,同时通过组织和技术实现权力的支配和宰制效应。然而,传统法律框架忽视了经济权力治理的现实意义,以及对蕴含于其中的资本和技术予以规制的必要。经济权力的治理应以三元融合的社会结构为基础,具体治理路径需要以规制经济势力为核心的反垄断法来主导建构,同时坚持公法和私法融合的协同规制,最终实现对经济权力结构中技术和资本的共治。

关键词 经济权力 公私融合 倾斜保护 基本权利第三人效力

一、问题的提出

随着数字时代和信息社会的来临,诸如数据、算法、平台等概念和范畴都已经进入社会科学研究的广域视野。在法学层面,公法继续通过基本权利以及对国家课以保护义务来实现治理和保护平衡,^[1]私法则通过传统民事权利来构建保护和规制的基本路径。^[2] 在传统国家和个体二元

*南京师范大学法学院讲师、法学博士。本文系江苏高校哲学社会科学研究一般项目“分配功能视域下共同富裕的经济法保障研究”的阶段成果。

[1] 参见张翔:《个人信息权的宪法(学)证成——基于对区分保护论和支配权论的反思》,载《环球法律评论》2022年第1期;王锡锌:《国家保护视野中的个人信息权利束》,载《中国社会科学》2021年第11期。

[2] 参见王利明:《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》,载《现代法学》2013年第4期;程啸:《论大数据时代的个人数据权利》,载《中国社会科学》2018年第3期。

划分的视域下,规范意义层面的权力来源被限定为国家、政府及其行政组织,因此对权力的限制和规范往往也以宪法和行政法的公法部门为主导,维持着“公权力—私权利”对峙的基本格局。但是,社会再生产和国家政治权力的分离以及市场经济的扩张催生了“社会”领域的出现。^{〔3〕} 社会作为领域逐渐嵌入国家和个体之间,而且社会内部进一步出现冲突和分化的具体情景;社会多元化引发了权力表现及其来源的多元化,即权力已经不再仅限于国家独占,在国家权力之外还存在诸多与之并行的其他社会权力。^{〔4〕} 社会权力,即是指具有明显的政治、经济、社会、文化、科技、信息等资源优势的私主体对其他私主体的支配力。^{〔5〕}

社会学家迈克尔·曼(Michael Mann)从社会学的视角出发,将社会权力看作是由多重交叠和交错的社会空间的权力网络所构成的。他在对社会及其历史和结构作总体说明时依据的是意识形态(ideological)、经济(economic)、军事(military)和政治(political)(IEMP模型)之间的相互关系,并将它们视为社会权力的四种来源。^{〔6〕} 这说明,至少在社会学意义上的事实层面,权力的来源是多元的。这些多元社会权力的背后依存的乃是社会主体通过政治、经济、社会、文化等资源优势对其他不特定主体所具有的压制性和支配性的力量。^{〔7〕} 以此为基础,特定行业和领域衍生出持续的和功能意义上的不平等关系也催生出“倾斜型保护法”的讨论。^{〔8〕}

近年来,数据、算法和平台在数字时代已经被广泛应用于生产、经营和消费的诸多场景。在此过程中,滥用平台和算法等技术权力和手段侵害相对方权利和利益的现象屡见不鲜。这也进一步引发了对数字社会中平台和算法权力及其运行机制的讨论。^{〔9〕} 但是,既有研究更多还是聚焦于技术引起的权力作用机制的变化,即侧重在“技术性”的维度展开论述,而对于推动“技术性”变革底层逻辑的“经济性”却常常缺乏深入讨论。这导致对于日益兴起的社会权力的法律治理难以进入到政治经济学意义上的更深层次。

然而,“在21世纪,数字技术就是政治本身”。^{〔10〕} 归根结底,通过数据、算法和平台实现的技术控制在根本上遵行的仍然是“资本的权力逻辑”。尤其是,在以算法技术为基底的“监视资本主义”(surveillance capitalism)导向下,技术不管怎么飞跃,依然服务于资本及其需要。^{〔11〕} 这种通过资本推动而实现技术控制的逻辑尤其表现在社会系统中的经济系统以及更为具化的经济权力层面。在社会权力的子类型中,存在着以大企业等市场主体通过累积经济剩余而形成的对相对方的

〔3〕 Vgl. Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, 1990, S. 225.

〔4〕 参见郭道晖:《权力的多元化与社会化》,载《法学研究》2001年第1期,第7页。

〔5〕 参见李海平:《论基本权利私人间效力的范式转型》,载《中国法学》2022年第2期,第39页。

〔6〕 See Michael Mann, *The Sources of Social Power: Volume 1, A History of Power from the Beginning to AD 1760*, Cambridge University Press, 2012, p. 2.

〔7〕 参见李海平:《基本权利间接效力理论批判》,载《当代法学》2016年第4期,第56页。

〔8〕 参见丁晓东:《法律如何调整不平等关系?论倾斜保护型法的法理基础与制度框架》,载《中外法学》2022年第2期。

〔9〕 参见周尚君:《数字社会对权力机制的重新构造》,载《华东政法大学学报》2021年第5期。

〔10〕 Jamie Susskind, *Future Politics: Living Together in A World Transformed by Tech*, Oxford University Press, 2018, p. 6.

〔11〕 See Shoshana Zuboff, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, 30 *Journal of Information Technology* 75(2015).

支配和宰制效应为核心的经济权力。^{〔12〕}以此为基础,在经济系统内部,私主体之间已经出现了事实上的结构性不平等,一些大型的平台企业虽然是私主体,却掌握了类似于国家权力的社会权力,而且时常威胁到其他私主体的基本权利。^{〔13〕}

数据、算法和平台皆以市场空间为基本运行场域,而且广泛分布于生产、经营和消费等诸多场景。因此,实现经济支配和技术控制的权力在很大程度上都表现为经济权力的基本形式和内容。但是,在传统二元划分的视域下,规范意义上的权力来源被限定为以国家和政府为代表的公共部门,而对于社会内部分化出来的经济权力的规范和讨论却付之阙如。这既忽视了经济权力治理在现代社会的必要及其现实意义,同时也没有准确把握数字时代下企业和个体之间日益凸显的以支配和操纵为核心的不平等关系的时代议题。有鉴于此,本文将以经济权力的法律治理为主线,通过理论基础的梳理和实践路径的构建为数字时代下以经济权力为代表的社会权力的合理规制提供参考和借鉴。

二、经济权力的内在机制和外在条件审视

数字时代下经济权力的法律治理首先需要明确其作为社会权力运行的基本机制,以及在自我构建和存续之外持续扩张所依赖的载体条件。对经济权力认识论意义上的审视正是法律治理的前提。

(一) 经济权力的内在运行机制

在经济领域,影响、强制和支配的权力基础皆源于资本及其力量的宰制。“资本是资产阶级社会的支配一切的经济权力。”^{〔14〕}对于经济权力而言,“资本成为统治、宰制人类社会的客观的、现实的力量”。^{〔15〕}迈克尔·曼也指出,经济权力受到资本主义的支配,资本主义本身即作为经济权力的弥散形式(diffuse form)而存在。^{〔16〕}因此,对于经济权力的讨论必须将视野溯及资本和资本主义的生产方式。在更早之前的农业社会,经济权力只是处于附庸地位,仅供自给自足的经济力量和所得剩余难以支撑系统性经济权力的运行链条和结构。以经济权力为核心的社会权力来源更多地被绑缚于身份政治的层面,还未向以经济系统为代表的社会领域逐步解放。在随后的资本主义所有制中,经济支配权力占据着主导地位,社会层面的支配和统治已经不再首先依赖人身支配以及血缘、政治、军事、暴力等因素,而是首先依赖于对劳动力的支配和看似公平合理的经济规律。^{〔17〕}这也意味着对于经济权力的法律审视必须深入到以资本为核心的生产机制层面。

第一,经济权力的存续和运行建立在资本主导的动态循环的生产机制之上。“经济权力总是

〔12〕 参见宋惠昌:《论现代社会中的经济权力》,载《上海行政学院学报》2002年第2期;李锦峰:《经济民主:文献述评及其理论重构》,载《学术月刊》2015年第10期。

〔13〕 参见李忠夏:《宪法功能转型的社会机理与中国模式》,载《法学研究》2022年第2期,第8页。

〔14〕 《马克思恩格斯文集》(第8卷),人民出版社2009年版,第31—32页。

〔15〕 刘灵:《从政治权力批判到经济权力批判——论马克思政治哲学的“经济性”特质》,载《湖南社会科学》2022年第2期,第33页。

〔16〕 See Michael Mann, *The Sources of Social Power: Volume 2, The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914*, Cambridge University Press, 1993, p. 23-24.

〔17〕 参见陈广思:《结构、权力与方法:论马克思的所有制思想——兼论历史唯物主义的若干命题》,载《中国社会科学》2020年第1期,第15页。

以占有一定的生产资料和经济资源为基础的,是一定社会生产关系的表现。”^[18]在熊彼特看来,资本主义乃是作为一种经济变动的形式和方法而存在的,从来不是而且永远也不可能是静止的。开动和保持资本主义发动机运动的根本动力来自资本主义企业创造的新消费品、新生产方法或运输方法、新市场、新产业组织的形式。^[19]因此,资本对于利润和盈利的追求没有界限。资本及其生产必然是动态的、循环的、不休止的。资本主导的营利事业依赖持续不息的“经营”(betrieb),而且作为独立于其他事项的“职业”(Beruf)而存在。^[20]正是在这个过程中,资本承载的社会力量共同参与了动态循环的生产机制及其过程,以此种社会力量为核心的经济权力则得以自我存续和运行。

第二,经济权力的扩张和膨胀建立在资本主导的再生产集聚效应之上。如果资本只能以个体的经济剩余存在,而无法转化为组织和实体的剩余,那么经济权力仍然和农业社会因为财富集聚而导致的权力效应没有差别。因为作为个体剩余的目的仍在于积累和消费,而作为社会组织或者实体剩余的目的则在于投资、增殖和再生产。正是资本、资本主义及其生产方式导致的经济社会化以及社会化大生产创造出的巨大生产力使得经济资本和剩余能够持续存在,而且继续以扩张和增殖为目的。卡尔·施密特(Carl Schmitt)认为,经济累积过程不断地在所谓政治中立的经济领域发挥作用,并将非政治性的问题或纯粹事实转变为政治性问题。当经济占有集聚到一定数量或者程度即向着引人注目的社会权力(soziale Macht)而转变,即财产变成权力(propriété zum pouvoir),甚至纯粹由经济动机激发的阶级对立也转而变为敌对阵营的阶级斗争。^[21]这个过程揭示出经济权力作为社会权力以事实性的经济力量累积为基础,而且在再生产的集聚效应之下持续以扩张的方式发挥出权力效力。

总结来说,经济权力作为资本承载的社会力量必须首先解决自我存续的问题,实践中主要依赖资本主导的循环生产机制来实现。除此之外,经济权力还需要参与社会化的再生产过程,以满足权力扩张本能的需求。

(二) 经济权力的传统组织条件

资本主导的生产机制已经揭示出经济权力来源于经济力量的累积和集聚,并且在此基础上成为现实、客观的统治力量。但仅通过内在的生产机制不足以展现经济权力的完整结构,还需要附加外在组织条件的视角。

第一,组织的兴起使得资本主导的生产方式能够被具体承载和落实于社会层面,经济权力在社会领域的扩张也依赖组织的持续推动和促进。在现实条件下,资本只有结合组织才可能充分地实现其盈利和扩张目的,因为个体囿于身体、意志、品格和禀赋的限制必然难以满足资本持续扩张的需求。因此,生产经营的主体经历从个人到无限公司、两合公司、合股公司,以及有限的历程,法律当然也将此等组织视为权利义务的载体。^[22]这些组织的兴起使得资本主导下的生产不再受限于个人的禀赋条件,个体只需要在生产和组织体系的分工和协作中扮演某个熟练和固定的角色即可,例如工厂流水线上的安装工人。而且,将众多个体聚集在同一组织下也能发挥分工合

[18] 王沪宁主编:《政治的逻辑:马克思主义政治学原理》,上海人民出版社2016年版,第210页。

[19] See Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, 2003, p. 82 - 83.

[20] 参见[德] 马克斯·韦伯:《经济行动与社会团体》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第286页。

[21] Vgl. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Verlag von Duncker & Humblot, 1932, S. 49.

[22] 参见[德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(第2卷 上册),闫克文译,上海人民出版社2010年版,第847页。

作的作用,凝聚个体无法企及的合力。^[23]在这个意义上,资本和组织的结合已经代替个体成为现代社会生产的基本单元,而外化显现的经济权力则在组织兴起和扩张的背景下实现了在生产、经营和消费等诸多场景的实在化。

第二,组织的理性化特征使得资本主导下的生产经营能够步入基于效率和经济核算的日常扩张轨道,这满足了经济权力行使理性化和规范化的要求。社会的发展以组织发展为基础,组织被视为系统地将社会各个方面予以理性化的工具。^[24]事实上,现代资本主义的核心经济制度正是企业家领导的、推行生产方式和劳动力分离的理性企业。^[25]组织行为正是企业等组织通过特定目的和意图来协调成员所实施的行为。这一界定已经包含了理性的面向,如组织中信息、有效性、最优化、执行和设计等内容的频繁出现即是证明。^[26]因此,组织及其代表的生产和管理的理性过程满足了资本以及资本主义对于利润、核算以及扩张的需求,而经济权力区别于过往政治和军事权力的显著特点则是遵行“看上去公平合理的经济规律”。这种经济理性正是经济权力超越过去超经济权力支配的显著特点,即组织的理性暗合了经济权力及其行使过程的规范化要求。

总之,组织作为理性化的社会形式能够满足经济权力行使的规范化要求。在资本主义的发展历程中,公司、企业等经济组织日益兴起。公司制度通过对财产权益的动员已经成为经济组织的首要因素。它将无数个人的财富集聚为庞大的集合体,且将财富的控制置于统一的管理之下。^[27]这一历史进程实际上也是经济权力借助组织实现壮大和扩张的基本历程。最终,“这些公司事实上成了一种公共企业和一种政治系统”。^[28]即经济权力通过组织实现了权力公共性命题的表达。

(三) 经济权力的现代技术条件

传统意义上经济权力的具体行使更多地通过组织来实现,个体作为劳动者和消费者感受到的现实压迫多来自以公司和企业为代表的经济组织。但是,仅仅通过组织还难以满足资本增殖逻辑下经济权力扩张的现实需求,数字时代下经济权力在结构层面增添了技术的维度,在行使方式上则表现出浓厚的现代性特点。

首先,通过技术中介的经济权力超越了时空的限制,真正地实现权力效应覆盖范围的全域化。过去,传统经济权力的时空效应更多地局限于“个体—组织”共在的现实场景。例如,劳动者和用人单位、消费者和商家之间的控制效应往往发生在现实的冲突场景之中,而且掺杂着组织作为强势主体的身影。但是,通过实体组织实现的控制仍然是有限的。随着数字技术的发展,组织超越了实体形态的存在,企业能以数字的形式存在于每个个体的数字生活和电子足迹之中,通过技术即能实现对控制对象的全域覆盖。以外卖行业为例,与传统的工厂劳动相比,外卖骑手的工作场景看似不受控制而更加自由,脱离了固定的物理组织和场所的限制,但外卖平台企业却能够以技术手段实现对空间的征服,更精细的数字监控不再依赖物理空间即可通过蓝牙、GPS实时定位、可穿戴设备、数据算法等技术来实现。因此,骑手虽然逃离了工头监视的目

[23] 参见史际春、胡丽文:《论法人》,载《法学家》2018年第3期,第65页。

[24] See W. Richard Scott & Gerald F. Davis, *Organizations and Organizing: Rational, Natural, and Open System Perspectives*, Routledge, 2007, p. 17.

[25] See Richard Swedberg, *Principles of Economic Society*, Princeton University Press, 2003, p. 61.

[26] See W. Richard Scott & Gerald F. Davis, *supra* note [24], at 46-49.

[27] 参见[美]阿道夫·A. 伯利、加德纳·C. 米恩斯:《现代公司与私有财产》,甘华鸣、罗锐韧、蔡如海译,商务印书馆2005年版,第4页。

[28] 见前注[12],李锦峰文,第97页。

光,却并未逃离资本对劳动过程的监视和控制。^[29]这也意味着,在传统组织控制的基础上,经济权力如今还增添了技术控制的维度。而且,这种控制已经体现出全天候的附着性和跟随性,即技术突破了组织存在的物理界限,实现了控制和覆盖范围的全域化。

其次,依赖技术的经济权力能够提升实施能力和运作密度,实现控制的智能化和隐秘化,从而展现出更深层次的支配和宰制效应。经济权力通过传统组织来实现的控制程度仍然是有限的。仍以劳动领域为例,过去很长时间以来,企业对于劳动者的控制都是通过争夺劳动时间的量来实现的。但是,随着技术的发展,围绕时间的控制发生了深刻的变化,对时间的争夺已经从量的控制转向对于质的控制,以及强调劳动者在劳动过程中的自主性。^[30]外卖行业尤其体现出这种趋势。平台在收集商家、骑手和消费者数据的基础上能够将配送过程实现可计算化,且基于算法一次次地在可能的范围内提升配送效率。同时,外卖平台在APP客户端还开通了对配送过程的实时动态监测渠道,消费者也被平台引入为骑手劳动过程的监视主体,从而实现对劳动过程的高度控制和精准预测。^[31]这表明,在现代技术的加持之下,经济权力能够提升具体操作层面的实施能力,将权力触角深入到作用对象的细微空间,实现控制的智能化和隐秘化。

最后,在经济权力的内在结构层面,技术的助推仍然遵从于资本主导的经济增殖逻辑。例如,技术性特征显著的数字平台在如今日常的运作过程中已经呈现出资本化的特征。这是平台技术和新经济运行形式寻求政治依靠,强化其主导社会运行的能力,从而实现技术政治化的基本路径。^[32]事实上,在更为具体的生产要素结构层面,资本既是必要的生产要素,同时包括数据在内的各种其他要素也都是被资本黏合和并入生产过程的。^[33]这也意味着,技术一旦被纳入社会化生产和经营的过程,对于其的使用便呈现出营利和增殖的目的导向。例如,在消费领域,平台企业通过对消费者搜索记录、个人信息、购买意图等技术识别而推出了定向广告和个性化定价,目的在于尽可能地创造条件来榨取消费者的经济剩余。^[34]也是在这个意义上,以数据和算法为代表的现代技术结合资本要素,实现了对传统基于组织扩张的经济权力行使能力的超越。在经济权力的内在结构层面,“经济性”的资本始终处于根底性的位置,而且决定着技术前进的方向。

综上所述,作为社会权力的经济权力与传统公权力在权力的来源基础、行权方式以及规范限制等方面都存在很大差别。传统公权力来源于公民通过民主机制的规范和概括授权,而经济权力则以社会实在层面的资本动力机制为基础。现代规范意义上的公权力以公私二分的制度结构为前提,但是经济权力作为社会权力乃是私人主体内部因为经济实力的差异悬殊而分化的结果。正是这些特点的存在使得对经济权力的规制需要跳出过往公权力规范的基本框架,从而寻求规制意义上的现代转向。当然,此种转向应该是建立在过往传统治理方式的基础之上的。

[29] 参见李胜蓝、江立华:《新型劳动时间控制与虚假自由——外卖骑手的劳动过程研究》,载《社会学研究》2020年第6期,第101页。

[30] 同上注,第94—95页。

[31] 参见陈龙:《“数字控制”下的劳动秩序——外卖骑手的劳动控制研究》,载《社会学研究》2020年第6期,第123页。

[32] 参见涂良川:《平台资本主义技术逻辑的政治叙事》,载《南京社会科学》2022年第2期,第1页。

[33] 参见洪银兴:《社会主义市场经济中的资本:属性、行为和规范——〈资本论〉的启示》,载《学术月刊》2022年第5期,第40页。

[34] See Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm — Driven Economy*, Harvard University Press, 2016, p. 94.

三、经济权力法律治理的传统范式及问题

(一) 法律治理的传统应对范式

1. 宪法基本权利的第三人效力

经济权力法律治理的传统范式首先体现在基础理论建构的应对层面。基础理论的叙事观照着实践维度的治理。在现实意义上,经济权力扩张和膨胀导致的权利侵害首先体现在财产权、休息权、言论自由等基本权利层面。因此,相应的治理也根植于宪法基础理论,具体则以宪法基本权利的第三人效力理论为应对基础。所谓“基本权利的第三人效力”,即基本权利在私法或私人法律关系中的效力,因为涉及私法平等主体间的基本权利效力,因此也被称为“水平效力”或“横向效力”。过去,基本权利的效力只适用于纵向或者垂直关系,即以国家作为义务指向对象,而私法主体则是基本权利应予保护的主体。禁止国家权力随意干预私人领域,以确保私人自由免受国家侵犯,这和传统法学坚持的公私二分的基本理念密切相关。因此,公私二元划分及其衍生的“基本权利主体—私法权利主体”“政治国家—市民社会”“宪法关系—私法关系”被视为第三人效力实践和学理分类的基础。^[35]

但是,“随着资本主义发展的高度化,社会中出现了很多像企业、劳工组织、经济团体、职能团体等那样的拥有巨大势力、类似国家的私团体,产生了威胁一般国民人权的事态”。^[36]因此,基于“国家—个体”对峙的公私二元格局如今已难以完全适应现代社会内部系统分化所引起的经济和社会权力兴起的现实。在社会系统中,以经济系统为代表的子系统逐渐处于超然地位,并且保持着持续扩张的态势。公民个人和以企业为代表的法人在很多情形下已经处于事实上的不平等地位;公民基本权利受到极大的威胁。因此,在实然意义上,基本权利对私法领域的影响取决于私人主体的经济或者社会优势地位对相对方基本权利的限制程度。^[37]

经济实力雄厚的法人组织对于其他私法主体基本权利的侵害问题在私法的框架下难以得到完全解决。而且,基本权利作为客观价值秩序也要求国家承担相应的保护义务,因此第三人效力理论应运而生,目的在于实现公民基本权利在现代多元社会的保障。为此,基本权利的目的应该理解为在一切生活领域——既对国家权力,也在社会领域——实现平等的自由,亦即全面而完整的自由与平等。在理解此目的时,不能认为自由与平等的威胁只来自国家、不来自社会,从而将基本权利只理解为个人对抗国家干预的防御权。^[38]

总体而言,第三人效力理论认识到在社会层面平等的私主体之间已经出现了侵害基本权利的事实。在现实情势和需求的推动下,第三人效力理论仍被视为宪法基础理论层面应对以经济权力为核心的社会权力挑战的基本范式。

2. 部门法格局的对应调整

除却宪法的基础理论层面,经济权力的兴起同样还引起了部门法格局的联动应对。因为宪法基础理论的应对范式更侧重于宏观理论,而现实问题的解决则需要以更为具体的部门法为依托。传统上,公私分化背景下的部门法性质被“公法—私法”的二元结构所概括,但是组织和社会权力

[35] 参见许瑞超:《基本权利第三人效力的范畴与本质》,载《交大法学》2021年第1期,第47页。

[36] [日]芦部信喜:《宪法》(第6版),林来梵、凌维慈、龙绚丽译,清华大学出版社2018年版,第83页。

[37] 见前注[35],许瑞超文,第47—48页。

[38] 参见杨登杰:《基本权利私人间效力:直接还是间接?》,载《中外法学》2022年第2期,第294页。

的兴起却带来了公私融合的新兴部门法出现。

过去,经济权力的行使在很大程度上乃是以经济组织的壮大为基础的。大型公司和企业也成为现代社会发展的主导力量,并且在经济权力聚集效应的主导下实施并购、集中、联营等行为,最终出现了经济垄断的社会现象。这直接改变了大型法人组织和自然人之间的力量对比,二者在现实层面已经很难被视作民法意义上的“平等主体”。消费者和作为竞争对手的中小企业不得不直接承受大型企业经济权力滥用的损害后果。垄断企业则通过滥用经济权力和市场支配地位实现对市场的控制。这种市场支配地位是一种支配性的权力,力量源于企业的市场份额、技术和财力等条件。同样地,建立在卡特尔等组织基础上的资源整合也可以形成垄断权力。^[39] 为了应对经济集中的垄断权力,以美国谢尔曼法为代表的现代反垄断法应运而生。

除了外部效应之外,经济集中的权力效应也作用于组织内部。例如,强势的组织和弱势的员工构成了劳资双方在地位和力量上的不平等。为此,法律推动了劳动关系和合同关系的分离,公司和员工从雇佣合同关系发展到以倾斜保护为核心的劳动关系,形成了劳动法和社会保障法等社会法部门。^[40] 以此观之,处理个体和大企业等社会权力主体之间的不平等正是社会法的核心学术命题。^[41] 对应地,在企业内部也出现对经济权力支配和宰制效应的逆向反动,即对工作场所民主(workplace democracy)^[42]以及雇主和员工共同参与企业管理和决策的经济民主的需求。

总的来说,组织的兴起伴随着社会权力的壮大使得私主体内部出现多元分化的基础格局。以经济法和社会法为代表的现代部门法强调公私融合的基本理念,同时对社会权力匹配以更高的社会义务。^[43] 这实际上也代表了传统意义上通过调整部门法来应对经济权力兴起的现实路径。同样地,如今以个人信息保护法、电子商务法为代表的新兴网络部门法对于社会权力的规制仍可被视为此一路径的延续。

3. 调整不平等关系的规则和制度

以经济权力为代表的社会权力在实践运行中的现实效应更多地表现为主体间的不平等关系问题。因此,除了上述整体性的应对路径之外,还存在如下更为具体也更为分散的调整不平等关系的法律规则和制度。第一,直接赋予弱势主体以权利,通过权利保护的方式来对抗社会权力的支配和宰制效应。例如,给予消费者特殊保护,赋予其知情权、自主选择权和公平交易权等实体性权利。第二,在致害结果责任层面加大惩罚力度,以威慑和制裁责任主体的严重过错和故意行为。消费者权益保护法、食品安全法、电子商务法等法律规范都规定有惩罚性赔偿条款。第三,课予不平等关系中的强势主体在具体法律行为中的更高义务。例如,在数字时代的背景下,为加强对垄断行为的法律规制,特殊条件下的市场支配地位认定和市场集中度显著增加的合并行为可直接适用推定规则。^[44] 第四,通过“集体行动”的公益或集团诉讼来壮大弱势一方的抗衡力量,以尽可能地通过司法程序实现合法利益的保护。

[39] 参见刘继峰:《“经济权力”视角下反垄断规则的细化》,载《学术论坛》2021年第3期,第4页。

[40] 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第14—15页。

[41] 参见丁晓东:《社会法概念反思:社会法的实用主义界定与核心命题》,载《环球法律评论》2021年第3期,第93页。

[42] See Cyrus Ernesto Zirakzabeh, *Theorizing about Workplace Democracy Robert Dahl and the Cooperatives of Mondragón*, 2(1) *Journal of Theoretical Politics* 109(1990).

[43] 参见葛克昌:《国家学与国家法:社会国、租税国与法治国家理念》,月旦出版社1996年版,第34页。

[44] See Sean P. Sullivan, *What Structural Presumption?: Reuniting Evidence and Economics on the Role of Market Concentration in Horizontal Merger Analysis*, 42(2) *Journal of Corporation Law* 403(2016).

（二）传统治理范式存在的问题

现代社会不同子系统功能分化的现实引起了强势的社会权力侵害弱势个体权利的社会现象。传统法律体系对此的应对表现在上述诸多层面。但是,这些应对方式在理论基础构建和现实功能表达的层面仍然存在如下问题。

第一,忽视权力来源多元化、社会化的基本现实和以经济权力为核心的社会权力兴起在法律体系中的建构意义,以及由此带来的理论基础和社会现实割裂的问题。现代社会面临着子系统功能分化的基本格局,社会权力兴起的现实给传统公私二元的法律结构及其规范理论带来了巨大的冲击。在多元社会下,私人自治领域自发生成的社会权力同样发挥着社会规制的功能。作为“居间权力”的大企业、大公司的社会权力,因其权力属性以及所蕴含的社会功能,恰恰需要承担和履行更高的“社会义务”。^[45] 基于此,秉持社会本位和公私融合理念的现代部门法(经济法和社会法)着手对社会权力予以调整。但这种公私融合的治理理念在更为传统且体系森严的公法和私法部门仍然踟蹰不前。因此,即使公法和私法部门分别基于现实需要而发展出基本权利第三人效应理论以及引入惩罚性赔偿制度,但这些应对方式往往因为游走在突破公私二元传统结构的边缘而引起诸多争议。这也使得前述横跨公法、私法和第三法域的诸多治理方式背后缺乏统一和连贯的理论基础。

第二,当代法律体系的法权结构中没有资本的身影,通过法治路径对资本负面效应予以合理规制的目标难以实现。如前所述,经济权力以资本的运转和增值为基本动力机制。但是,当代国家的法权结构却只见“财产”,不见“资本”。然而,资本不只是资本主义社会的特定历史现象,社会主义市场经济同样也会产生各种形态的资本,正确认识和把握资本的特性和行为规律已经是当代中国不容回避的重大政治和经济问题。^[46] 不同于哲学和政治经济学对于资本的批判叙事,法律意义上的“资本”首先表现为财产权利。^[47] 但是,规范意义上的财产(权)不能等同于资本,因为前者遵行的仍是基本权利保护的逻辑,而现实的资本却始终存在正反层面的双重效应。因此,财产权利的静态保护模式难以适应资本动态增殖过程中的消极效应。这种消极效应既衍生出法律主体间功能意义上的持续不平等,也产生了法律治理的现实需求。但是,前述应对经济权力的诸多方式却忽视了资本及其双重效应的现实问题。这直接导致过去对经济权力的法律治理面临着事实和规范的割裂,即在事实层面资本主导下经济权力的控制和支配效应已经日常化和普遍化,但是规范层面对于资本的消极效应却难以有针对性地予以规制。

第三,既有应对范式以传统组织兴起导致的经济权力扩张为治理目标,但此种方式难以实现对现代经济权力结构中技术因素的有效规制。如果说,组织的兴起促成了经济权力的第一次飞跃,那么如今技术的助推则带来了第二次飞跃。技术因素的助推使得经济权力能够进一步提升实施能力和运作密度,从而实现控制的智能化和隐秘化。然而,过去的传统治理范式却主要建立在应对物理组织扩张的基础之上。组织扩张实现的是经济权力在横向层面控制范围的扩张和壮大,而技术却在此基础上实现了纵向层面支配程度的推进和深入。这意味着,数字时代下继续维持传统治理范式可能会在行为识别和有效规制方面存在诸多困难。例如,技术掩盖下的监视资本主义作为新型的不平等的资本体系很难被直接察觉,因为其一开始就没有进入传统正义观的视野之

[45] 参见[德]齐佩利乌斯:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社2011年版,第312页。

[46] 参见习近平:《正确认识和把握我国发展重大理论和实践问题》,载《求是》2022年第10期,第3页。

[47] 参见刘继峰:《“经济权力”视角下反垄断规则的细化》,载《学术论坛》2021年第3期,第1页。

内,难以被形容和描述。^[48] 正是如此,数字时代下经济权力的规制需要在组织的基础上继续将技术纳入规范视野,以实现经济权力的有效治理。

四、经济权力法律治理的理论基础

既然应对经济权力的传统治理范式存在上述问题,那么更为合理的应对路径应该实现奠基于上述范式的现代转向。此种转向首先需要寻求理论基础的支持。

(一) 资本治理的规范理论基础

“在市场经济条件下,资本作为一种权力,首先体现为一种经济权力。”^[49] 因此,对于经济权力的规制必然涉及资本治理及其理论基础的问题。如前所述,资本不只是资本主义社会的特定历史现象,社会主义市场经济同样也会产生各种形态的资本。而且,从政治经济学理论上讲,一旦资本在社会主义经济分析中得到确认,与资本相关的范畴,如固定资本、流动资本、虚拟资本等自然也会进入中国特色社会主义经济学的话语体系。^[50] 这也意味着,社会主义市场经济同样需要处理资本在经营和增殖过程中展现出的权力效应问题。过去,经典政治经济学对于资本内在结构和行为逻辑的批判为其他学科奠定了坚实的理论基础,但是法学以及当代法律体系对于资本的规制却没有承接这种批判逻辑,而是表现为财产权利保护的另一套截然不同的规范叙事。

近代以来,资本作为生产要素创造和释放出前所未有的生产力。对应在上层建筑层面,资产阶级作为统治阶级构建出一整套服务于资本及其扩大再生产的法权体系。其中,法律体系对于资本的静态存续保护以财产权利保障为基础,资本的动态增殖保护则以合同、借贷、租赁、证券和金融法律制度为基础。但是,仅仅遵循保护的逻辑还不足以完全涵盖资本在实践过程中展现出的双重效应。因为保护往往更侧重于资本正向效应的观照,而负向效应的控制和支配权能则往往被遮蔽。这尤其表现在披着“技术中性”外衣的数字经济时代。例如,平台资本主义基于信息技术将经济的支配转移为劳动的“请求”,将生产者的出卖转换成劳动者的“选择”。这既迎合了资本去政治化的历史要求,同时也遮蔽了资本剥削的过程。^[51]

资本兼具正向和反向的双重效应决定了相应的法律规范不仅需要保护逻辑,同时还需要规制逻辑。私人资本在社会化的经营和增殖过程中获得了社会性的表达,但是资本的财富和权力效应也正是在社会化的过程中逐渐累积和集聚,最终演化为社会层面的贫富分化和“结构性不平等”。在这个意义上,仅仅财产权利面向已经难以完全涵盖资本的完整结构。虽然财产权负有社会义务在一定程度上正是对张扬财产自由的限制,但是这仍属于保护逻辑下的内部平衡,难以顾及资本在静态存续转向动态经营时的消极效应。应该说,经济权力正是资本在社会化过程中实现控制和支配权能外在化的结果。同时,结合组织和技术条件,资本主导下的经济权力效应最终导致了社会主体之间持续性、功能性和结构性的失衡。

社会层面的结构性失衡具有法律治理的现实意义。为防止“资本借助法律来统治”^[52] 的现象

[48] 参见陈本皓:《大数据与监视型资本主义》,载《开放时代》2020年第1期,第183页。

[49] 胡乐明:《规模、空间与权力:资本扩张的三重逻辑》,载《经济学动态》2022年第3期,第8页。

[50] 见前注[33],洪银兴文,第40页。

[51] 见前注[32],涂良川文,第2页。

[52] 邵六益:《社会主义共同富裕的政法逻辑》,载《法律科学》2022年第5期,第18页。

出现,需要对资本行为导致的消极效应予以有效治理。治理的理论基础蕴藏在“社会主义”的规范内涵之中。回顾历史,社会主义思潮的核心内容体现为追求社会正义、限制经济强者、扶助社会弱者等诸多层面。经社会主义思潮导出的宪法社会国原则和社会主义原则也成为限制财产权的论证理由。^[53] 规范意义上的财产权限制或者财产权的社会义务在一定程度上正是“节制资本”内涵的法律表达。财产和资本之间融贯了保护和限制的辩证关系。但是,资本又不能完全落到财产的概念之中,否则资本的消极效应只会被视为附属品而被忽视。法律需要正视资本及其消极效应。对此,贯穿于中国宪法的“社会主义”表达为资本及其消极效应的有效治理奠定了理论基础。因为社会主义蕴含着社会平衡和社会正义的价值追求。同时,社会主义国家对于资本的利用也以辩证视角为基础,最终目的并非为资本牟利,而是为实现共同富裕奠定物质基础。

(二) 法律治理的社会理论基础

经济权力作为社会权力的兴起在根本上乃是社会发展的必然结果。过去,传统意义上的市民社会基本上仍由原子化和均质化的公民个体所构成,因此社会整体呈现出扁平型结构。政治国家和市民社会的分野在内核层面仍以国家与个体对峙的二元格局为基础。基于此种理论预设,宪法基本权利被视为专门指向国家的防御性权利。因此,基本权利在效力对象、实现路径和权力界定等方面都有着浓厚的“国家性”,呈现出“国家中心范式”的特点。^[54] 但是,国家中心主义的立场强调国家对社会的主导,往往将国家视为整体,而简化了内部力量的互动进程,也掩盖了这种互动进程中产生的社会历史结果。^[55] 应该说,公私二元的法律体系将权力来源限定于国家,忽视对社会权力的认识和规制正是“国家中心范式”的典型表现。

随着社会发展及其内部分化,集体形态的组织和社团在社会中逐渐兴起。“社会”一词也代表着介于国家和个人之间的广阔空间,蕴含着独立于公私之间利益群体的丰富内涵。^[56] 这极大地改变了现代基本权利理论和制度的社会基础,形成了“公民—社团—国家”三元交错的社会结构形式。^[57] 社会结构变迁也推动着法律体系及其理论的变革。在这个意义上,“国家—社会—个体”的三元融合既表征着社会结构的现代变迁,同时也反映出法律理论基础的现代更新,以及法律体系内规则和制度持续变革的现代趋势。

仍以宪法基本权利理论为例,在诸多子系统横向分化并且网络化的复杂社会中,基本权利所提供的保护不能仅涉及国家行政权力,也要涉及所有大型组织的社会权力。^[58] 这里实际上涉及的正是基本权利的第三人效力问题。事实上,第三人效力问题的精髓即在于以宪法手段限制社会子系统的扩张倾向,在此条件下也就不宜再坚持基本权利的国家中心性质。^[59] 即基本权利的效力对象需要扩张至更广义的社会层面。因为在根本上而言,“基本权利私人间效力实质是一个解

[53] 参见张翔:《财产权的社会义务》,载《中国社会科学》2012年第9期,第109—110页。

[54] 见前注[5],李海平文,第29—30页。

[55] 参见刘金河:《权力流散:平台崛起与社会权力结构变迁》,载《探索与争鸣》2022年第2期,第118页。

[56] 参见张世明:《经济法作为社会法的属性讨论》,载《人大法律评论》2018年卷第1辑(总第26辑),法律出版社2018年版,第234页。

[57] 参见李海平:《社团自治与基本权利变迁》,载《社会科学战线》2011年第10期,第217页。

[58] 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2014年版,第305页。

[59] See Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, translated by Gareth Norbury, Oxford University Press, 2012, p. 12.

决社会权力威胁基本权利的问题”。〔60〕借助基本权利为中介,宪法能够发挥调控社会的功能。为有效地控制社会权力,有学者指出,宪法基本权利应该超越二元结构下的国家中心范式而转向社会中心范式。当然,为防止对私人领域的过分干预,应该对社会权力做出严格限定,同时在适用范围和效力强度层面进行调整,以更好地适应社会权力和国家权力之间的区别。〔61〕这里所展现的正是社会结构及其基础变迁推动着宪法基本权利理论规则的具体变革。

除却上述规则和制度的变革,三元融合的社会基础还推动着更广义层次上的宪法和法律范式的变革。例如,承认社会介于国家和个体之间的主体地位,在一定程度上推动着社会宪治范式的兴起。宪法范式变迁的内在驱动力正是市民社会的内在分化,外在表现则是宪法的功能转型,基本目的在于有效地完成国家建构、社会调控和个体保护的三重任务。〔62〕此外,在法律体系内部的部门法关系层面,以社会为中心的宪法及其基本权利效力范式既能够回应社会权力兴起导致的私主体之间在事实层面不平等的现实,同时也能够为经济法和社会法中的私人关系问题提供宪法上的理论依据和规范上的宪法证成。〔63〕这也意味着,三元融合的社会基础及其衍生理论,既能够观照法律体系内以经济权力为核心的社会权力兴起的现实,同时也能构建起基于宪法和现代部门法互相融贯的理论基础。

五、经济权力法律治理的现实路径

(一) 反垄断法主导的规范治理路径

1. 反垄断法作为规范治理的“基本法”

对于政治权力而言,国家权力的来源和行使皆遵行国民主权原则,即国家权力的现实建制和实践运作均需源自国民意愿(Willen des Volkes)。国民统治(Herrschaft des Volkes)的内涵也要求最高决定权应归属于全体国民,通过政治意见的表达和形成程序,公民可以将其总体意志转移至国家机关,国家权力的行使也因此获得源于人民的合法正当性。〔64〕区别于政治权力,经济权力的基础并非源于以人民意志为核心的社会公意,而是通过占有一定的经济资源而形成对其他主体加以支配的微观权力,以及通过获取和占有资源在社会权力关系中获得一定的支配地位。〔65〕因此,经济权力更多的是通过经济行为而事实性地占据支配和垄断地位来获得。

以资本为驱动、以支配和宰制为内容的经济权力效应集中表现在经济领域,涉及的正是市场经济体制的底层逻辑及其运行规则。市场经济以竞争为原则,但是缺乏规范的竞争最终很可能导致垄断。如何规制垄断及其权力效应、以防止经济权力及其利益凌驾于社会公共利益之上,正是市场经济体制必然面临的问题。为此,德国直接在其《基本法》第74条第16项规定“防止经济权力地位的滥用”。应该说,经济权力的支配和宰制效应在很大程度上都涉及经济领域的垄断问题,垄断导致的权力效应正是经济权力得以存在的基础。

〔60〕 见前注〔5〕,李海平文,第31页。

〔61〕 同上注,第40—42页。

〔62〕 见前注〔13〕,李忠夏文,第4页。

〔63〕 见前注〔5〕,李海平文,第33页。

〔64〕 参程明修:《宪法基本原则:第二讲——民主国原则(一)》,载《月旦法学教室》第18期(2004年),第63页。

〔65〕 参见张以哲:《经济权力:大数据伦理危机的社会关系根源》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第7页。

垄断的治理在法律体系中当然以反垄断法为基础。反垄断法正是以经济资本的社会力量为规制对象。因此,作为规范市场结构和竞争秩序的“基本法”,反垄断法对于经济权力的法律治理发挥着基础性和根本性的作用。治理的目的在于预防经济权力的过分集中,以及因此导致的权力效应。

实践中,立法者对于反垄断法承担的这种治理任务已经有了足够的认识。资本主导下的经济权力集中被反垄断法视为重要的规制任务。例如,2022 年修订的《反垄断法》增加了第 9 条的规定:“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。”这表明,数字时代下立法者正是通过反垄断法来规制资本无序扩张引起的垄断行为及其衍生的权力效应。这也是法律规范直接对资本的负向效应展开规制的典型范例。反垄断法正是作为治理经济权力的“基本法”而存在的。当然,数字时代的基本背景也对反垄断法主导的治理框架提出了自我革新的要求,即现代反垄断法应该正视技术叠加资本对经济权力的复合效应,在此基础上逐步构建出因应时代需求的规制框架。《反垄断法》第 9 条禁止通过算法、技术、资本优势从事垄断行为的规定正是规制路径从传统走向现代的具体体现。

2. 以支配地位为核心的规则展开及完善

在反垄断法中,垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中被统称为该法的“三大支柱”。其中,滥用市场支配地位居核心地位。具体而言,“垄断协议只是另一种形式的滥用市场支配地位”,“经营者集中只是一种手段,是一种过程行为,最终目的仍是单独或与他人共同获得支配市场的能力”。^[66] 因此,市场力量、市场势力和市场支配地位正是现代反垄断法理论的核心。^[67] 过去,欧洲法院对滥用市场支配地位中“支配权”的定义集中于“企业拥有可以不特别考虑竞争者、购买者或供应者而独立行为的可能”,“保证该企业行为的不受拘束性”。^[68] 对应在经济领域,这些定义实际上强调的则是在行业市场被少数占据支配地位的企业控制时,竞争者和消费者的行为自由和选择空间都被限缩,甚至消失。这正是经济权力支配和宰制效应的直接体现。

但是,经济权力的事实性权力话语在规范体系的规制需要转换为法律体系内的规范话语。因此,经济权力的内容在法律体系内对应地被规范意义上的市场支配地位来予以描述,本质上二者皆涉及对市场、竞争对手以及消费者的支配和控制。更进一步,通过界定市场范围和集中度等方式来判定市场支配地位的过程在一定意义上也可以被视为对经济权力的确定。具体在规制层面,滥用市场支配地位的规制属于行为主义的垄断控制制度,即为市场竞争中强有力的一方设置了针对性极强的特别义务,以促进实现有效竞争的目标。^[69] 当然,存在支配地位不意味着即受到指控,而仅表明该公司负有特殊责任,以确保其行为创造有效且不受扭曲的竞争。^[70] 具体而言,滥用市场支配地位的前提是“滥用”,因此现代反垄断法侧重的正是“行为中心论”,而非过去的“结构中心论”。

然而,数字经济时代下,市场竞争呈现出动态性和变化性的特征。规模经济、网络效应和锁定效应的结合使得市场势力和经济权力的行使不一定需要以完全支配地位作为前提。因此,仅以市场支配地位为核心的规则结构难以及时捕捉市场结构的动态演变。这有可能导致监管机构的不作为,过去在诸如“滴滴快的合并”等并购中执法机关的不作为即是表现。虽然对于经济权力的治

[66] 焦海涛:《滥用市场支配地位的性质定位与规范修正》,载《中国政法大学学报》2022 年第 1 期,第 186 页。

[67] 参见李剑:《被规避的反垄断法》,载《当代法学》2021 年第 3 期,第 56 页。

[68] [比] 保罗·纽尔:《竞争与法律:权力机构、企业和消费者所处的地位》,刘利译,法律出版社 2004 年版,第 166 页。

[69] 参见张世明:《论反垄断法三大支柱的关系》,载史际春主编:《经济法学评论》第 18 卷,中国法制出版社 2018 年版,第 26 页。

[70] Vgl. Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl., 2018, § 10 Rn. 1144.

理以滥用市场支配地位的行为规制为基础,但是在具体执法过程中仍需要关注市场结构的内涵、特征、长期趋势及其现实影响。“竞争结构以及由其决定的市场势力构成了反垄断法的核心问题,反垄断规制即是对市场势力实质性地、长期持续地发挥进行约束,以阻止反竞争性行为。”^[71]因此,在反垄断法的具体实施过程中,为维护经济公平和经济民主等公共利益,不应只以静态市场份额为基准,还应该注重对竞争过程的维护,尤其需要关切长期层面的结构趋势,形成预防、识别和遏制垄断结构的长效机制,从而构成对以市场份额为基础的市场支配地位规则的补充。

(二) 公私融合下的协同治理路径

除却反垄断法主导的规范治理路径,对于经济权力的规制还需要遵循协同共治的基本方式,在坚持公私融合的基础上构建多部门架构协同的治理框架。

经济权力的治理首先应当遵循公私融合的基本理念,以更好地实现对权力效应的功能主义规制。经济权力作为社会权力的产生以“国家—社会—个体”三元融合的社会结构为基础,此种社会结构决定了对应的治理应该超越公私二元的特定视角。实际上,基于公法和私法彼此分离的传统和社会控制思路已经难以回应现代社会问题的复杂性。^[72]因此,对于经济权力的治理需要以公私融合的理念为基础。具体而言,秉承公私融合理念的治理路径要求在规制私主体的经济权力时借鉴公法对公共主体规定的义务规则。这是因为私主体在社会化经营的过程中实现了私人财产和资本的社会性表达,诸如平台企业等大型经济组织在经营过程中能够实质性地影响不特定多数人的利益。基于此而衍生出的平台权力也不再是普通的私权利,而是具有监督和管理性质的私主体权力。^[73]因此,对应私主体的公共性日益凸显,同样也需要赋予其一定的公共性义务。例如,对于拥有市场势力的经营者考虑附加必要的公共性和竞争性义务。^[74]这种具体措施正是公法和私法在权利和义务以及权力和责任层面互相融合的典型表现。

公法和私法的融合也推动着经济权力规制的协同治理。行政垄断公益的现实使得对于政治权力及其公共性的识别一般可以直接通过行为者的身份来界定。但是,经济权力及其公共性的界定则需要以具体行为为标准。因此,过往对于经济权力的规制往往以界定和识别作为前置要件。例如,反垄断法对于垄断行为的规制很多时候都以支配地位的存在作为前提。否则,对经济权力的规制以及施加公共义务即存在正当性的疑问。然而,经济行为的复杂使得对于经济权力的认定往往存在一定的难度,尤其是对于外围边界的界定。例如,经济权力的支配和宰制效应和经常发生在劳动、教育、医疗等领域的“民事规训关系”^[75]容易产生内容上的交叉。因此,仅仅依靠反垄断法来主导经济权力的规制还不足够,而且反垄断法的规制往往集中于外部效应的规制层面。

实际上,即使对发生在市场领域内的支配关系往往也并非全然以反垄断法的调整为唯一路径。因为除了反垄断法之外的其他市场规制法(如反不正当竞争法)和消费者权益保护法等也会直接处理经济主体间的不平等关系。例如,对于滥用相对优势地位的经营者是否可以构成经济权力的滥用即需要放置在市场规制法的整体框架之下,根据具体情况来予以分析。因此,反垄断法主导对于经济权力的治理并不意味着放弃其他相应部门法的合理介入。实际上,规制的现代转向

[71] 杨明:《平台经济反垄断的二元分析框架》,载《中外法学》2022年第2期,第367页。

[72] 参见胡丽文:《国家参与和介入经济事务的身份塑造及其行为展开》,载《甘肃政法大学学报》2022年第3期,第121页。

[73] 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,载《法学研究》2020年第2期,第43页。

[74] 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160—164页。

[75] 参见汪志刚:《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》,载《法学研究》2019年第4期。

本身即要求突破过去的公私二元规制框架,即跟随于社会现实的发展而实现对具体问题的综合应对。在此意义上而言,对于经济权力的恰当规制应该在公私融合的基础之上尽可能地实现多部门架构的协同治理,以问题为导向,追求实现良好的规制效果。

(三) 技术和资本的双层治理路径

传统意义上经济权力及其效应通过组织来承载和实现,但是这还难以满足数字时代资本增殖逻辑下经济权力扩张的现实需求。如今,经济权力效应还通过技术方式来更有效地实现。对应地,数字时代下经济权力的规制应满足以下两方面的要求。

一方面,法律规则应直面数字时代的诸多挑战,而且需要在规范条文的内容层面予以体现,以尽可能地实现对经济权力支配效应的准确规制。在数字时代,信息处理者与个人在信息、技术、经济等方面的能力通常是不对称的,算法使用人与算法相对人的力量关系也并不对等。^[76] 在此背景下,以电子商务法、个人信息保护法为代表的法律规范开始对技术引起的不平等法律关系予以合理规制。其中,对市场主体借助技术实现对相对人的支配效应的规制正是这些新兴法律规范关切的重要内容。例如,《电子商务法》第 22 条规定:“电子商务经营者因其技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素而具有市场支配地位的,不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争。”此外,《反垄断法》第 22 条第 2 款也规定:“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。”这些条文中的“技术优势”“数据和算法、技术以及平台规则”涉及的都是对通过技术实现经济权力支配效应的直接规制。

另一方面,法律对技术导致的权力效应的规制不应全然表现为专门的技术治理,还必须和作为底层规则的资本的权力逻辑对接起来。技术根本上而言乃是遵循资本行动的权力逻辑。这也意味着,法律在规制技术的同时也需要将资本行动的权力逻辑纳入规范视野。例如,数字时代的技术已经成为链接“平台、数据、算法”等平台经济要素的纽带,最终产生了相互叠加、相互促进和彼此融合的一体化市场力量。这一市场力量超越了传统意义上通过控制价格和限制产出为核心的基础范畴,更多地体现为技术结合资本与社会关系而形成的更牢固的市场化结构。在此基础上,市场主体既可以阻碍竞争者的进入,同时也可以控制消费者的选择。^[77] 在这个意义上,数字时代下的资本和技术已经实现了互融共通式的生长。资本通过数字化的计算、系统化的分析、规范化的操作、精细化的监督,加深了对身体、生命、意识、欲望、主体的微观控制,使权力的触角通过时空碎片伸向人的存在和社会生活的深处。^[78] 这也正是数字时代下经济权力支配和宰制效应所展现出来的新的特点。

六、结 语

“每一历史时代的经济生产以及必然由此产生的社会结构,是该时代政治的和精神的的基础。”^[79] 恩格斯在《共产党宣言》“1883 年德文版序言”指出的正是经济社会基础对于包含法律在

[76] 参见林涸民:《个性化推荐算法的多维治理》,载《法制与社会发展》2022 年第 4 期,第 167 页。

[77] 参见杨东、李子硕:《监管技术巨头:技术力量作为市场支配地位认定因素之再审视》,载《学术月刊》2021 年第 8 期,第 101 页。

[78] 参见董彪:《马克思的资本批判:从增殖逻辑到权力逻辑》,载《哲学研究》2021 年第 9 期,第 52 页。

[79] 《马克思恩格斯文集》(第 2 卷),人民出版社 2009 年版,第 9 页。

内的上层建筑的决定意义。回顾过去,20 世纪的政治被如下的议题所主导:集体生活应在多大程度上取决于国家,以及应把什么留给市场和公民社会来决定?到如今的数字时代则演变为:我们的生活应在多大程度上由功能强大的数字系统来指引和控制。^[80]这种变迁反映出共同体生活的外在引导机制的变化,即从宏观意义上的国家和社会发展到如今数字系统的微观介入和主导,而最终的落脚则是“权利—义务”“权力—责任”的内容结构更新以及对应的社会治理范式的变革。

“在某种意义上,所谓社会治理,无非是其主体掌握和行使权力的过程。”^[81]应该说,权力正是社会治理赖以展开的必要支持力量,一切社会治理都离不开权力的组织和建构。从历史上看,治理结构与社会结构变革的完成往往也是以权力结构的定型为标志的。^[82]因此,对于数字时代和信息社会的法律治理同样需要结合社会权力的规范视角予以观察。这既是对数字时代社会主体因资源和技术掌控不对等而导致失衡的支配关系的准确把握,同时也是对传统上公共权力行使应该合法化的法治精神的现代继承。如今,数字时代的经济权力问题已经成为法学研究与法律实践必须直面的共同议题。法律如何回应决定着数字社会内涵的规范性和实践性的双重命题如何具体展开。

Abstract The emergence of phenomena such as data, algorithms and platforms in the digital age characterizes the rise of social power. In the traditional paradigm of the dualistic structure between the state and the individual, the source of power is limited to the state, maintaining the parallel structure of “public power — private rights”. However, the internal conflicts and divisions in modern society have led to the emergence of social power, represented by economic power, at the de facto level. Economic power is based on the operation and multiplication of capital, while the dominant and controlling effects of power are achieved through organization and technology. However, traditional legal frameworks have overlooked the significance of regulating economic power and the need to regulate the capital and technology involved. The regulation of economic power should be based on the social structure of triadic integration, and the specific path needs to be constructed by the anti-monopoly law, which is centered on the regulation of economic power, and at the same time insisting on the synergistic regulation by the integration of public and private law, so as to ultimately realize the co-regulation of technology and capital in the structure of economic power.

Keywords Economic Power, Public-Private Integration, Preferential Protection, Fundamental Rights, Third-Party Effect

(责任编辑:侯利阳)

[80] See Jamie Susskind, *supra* note [10], at 2.

[81] 张康之:《论权力向影响力的转变》,载《福建行政学院学报》2017年第3期,第1页。

[82] 参见张康之、张乾友:《论权力分化的启、承、转、合》,载《学海》2011年第2期,第58页。