

· 平台经济反垄断法治问题研究 ·

【主持人语】数字经济是经济全球化的产物。一方面，数字经济提高了企业的运营效率，也给消费者带来了巨大的福利；另一方面，鉴于数字经济具有网络效应、规模经济和大数据等特点，这一领域已经高度集中，因此在该领域强化反垄断在整个国际社会已经是大势所趋。本专题的三篇论文从数字经济领域应强化反垄断和防止资本无序扩张的大趋势出发，分别从当前我国的热点问题、几个数字经济发达国家和地区的国际比较以及经营者集中审查中的质量评估等方面讨论了这个领域的最新立法动向和执法实践。

王晓晔教授的《中国数字经济领域反垄断监管的理论与实践》一文梳理了我国数字经济反垄断元年的理论和实践，重点分析了经营者集中控制、电商平台“二选一”和数据互操作等三类典型案件。它山之石可以攻玉，我国反垄断立法和执法有必要与其他国家相互借鉴和合作。王先林教授的《数字平台反垄断的国际观察与国内思考》一文指出，虽然在数字经济领域强化反垄断已是整个国际社会的大势，但各国还是应该立足于国情提出切实举措，以推动本国平台经济的健康发展。我国在这方面也应当从整体利益出发，运用事前监管和事后反垄断规制的双重机制，力求规范和发展两手并重，努力做到反垄断执法的精准化和专业化。韩伟副教授的《数字经济经营者集中的质量效应评估：以成瘾性为例》一文指出，数字经济经营者集中评估需考虑非价格因素的效应，成瘾性作为产品质量效应的一个维度已经受到关注。数字经济经营者集中控制应坚持“竞争优先、慎用管制”的原则，重视质量效应评估，以充分释放反垄断法的功效。

当然，数字经济反垄断领域还有许多值得深入研究的问题，希望本组专题文章能够对推进相关理论的研究及理念的更新有所裨益。

（王晓晔）

中国数字经济领域反垄断 监管的理论与实践

王晓晔

【摘要】2021年是我国数字经济领域反垄断的元年。在强化反垄断和防止资本无序扩张的背景下，数字经济领域出现了许多反垄断大案和要

案,我国也出台了多个涉及反垄断执法和企业反垄断合规的重要法律文件,这说明该领域的竞争秩序将会发生重大变化。随着反垄断的不断强化,数字经济领域也出现了很多前所未有的问题。例如,互联网平台的互联互通和数据互操作如何不影响数据安全、个人信息保护和消费者的合法权益?遏制互联网生态的扩张如何不影响经济效率?随着超大平台的产生,各类市场主体的竞合关系正在发生深刻变化,资本壮大的利弊日益凸显。鉴于数字经济反垄断是一个全球性的问题,世界各国反垄断执法在这个领域有必要相互借鉴与合作。

【关键词】数字经济 反垄断监管 经营者集中 电子商务 数据互操作

【作者简介】王晓晔,法学博士,深圳大学特聘教授,中国社会科学院法学所研究员。

【中图分类号】D922.29 【文献标识码】A

【文章编号】2097-1125(2022)05-0031-18

一、数字经济成为强化反垄断监管的热点

(一) 数字经济对反垄断监管的挑战

数字经济又称为互联网经济或平台经济,一般是指基于数据和互联网技术开展的经济活动。我国网民数量已超过10亿,数字经济占GDP的比重超过38%,数字经济已经成为国家经济发展和财富增长的重要源头。^① 尽管数字经济使人们的生活更加便利,鉴于数字经济的以下特点,它也给反垄断监管带来了巨大挑战。第一,数字企业通过互联网平台开展经营活动,即在平台两边为不同用户提供不同服务,因此数字企业所处相关市场一般是双边市场。^② 第二,互联网平台存在直接和间接的网络效应,前者是指用户从互联网平台所获得的收益随着用户数量的增加而增加,后者则是指平台一边用户数量的增加可提高另一边用户的经济效益,即平台两边存在“蛋和鸡”的问题,平台一边不能脱离另一边而独立存在。^③ 第三,互联网平台具有规模经济。以互联网广告为例,广告商的大平台点击固定成本非常低,不仅有更强大的搜索能力,还可以发布个性化广告,即在数据管理能力的范围内,平

① 参见苏晓:《〈中国数字经济发展白皮书〉发布 2020年我国数字经济规模达到39.2万亿元》,《人民邮电报》2021年5月1日。

② 参见Michael Vogelsang, Dynamics of Two-Sided Internet Markets, *Information Economics and Economic Policy*, Vol. 7, 2010, pp. 129-145。

③ 参见David S. Evans and Richard Schmalensee, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, *Competition Policy International*, Vol. 3 (1), 2007, pp. 151-179。

台企业的边际成本甚至等于零。^① 第四，“零价格”。平台经营者的商业模式一般是通过需求价格弹性较小一边的广告费以补贴另一边对价格比较敏感的普通消费者，结果就是普通消费者可得到“零价格”的服务。^② 简言之，鉴于平台经济领域存在直接和间接的网络效应，其经营模式是基于数据的收集、分析和评估，大数据成为平台经营者提供良好服务的前提条件，数字市场就存在巨大的进入壁垒，其结果是各领域明显存在垄断或者寡头垄断的趋势。这说明数字经济领域的头部企业一方面给社会和消费者带来巨大的福利；另一方面则因为垄断和资本的无序扩张带来包括数据安全、个人信息保护、消费者权益保护等各种问题。成功的数字企业为后来者留下竞争的空间越来越小，这些企业为维护其市场势力还存在排除、限制竞争的问题。在这种背景下，我国与欧盟、美国一样，近年来强化数字领域反垄断的呼声越来越高。

（二）2021 年是我国数字经济反垄断元年

与欧盟和美国相比，我国对数字经济的反垄断监管比较滞后。学术界长期认为，数字经济不仅是推动国家经济增长的新动能，而且鉴于数字企业具有跨界竞争、网络效应和平台竞争等特点，传统反垄断法理论在数字经济领域无法适用。学术界还掀起了互联网平台是否涉嫌垄断的大讨论，有人指出，占优势地位的平台是消费者用脚投票投出来的，不该滥用反垄断法干扰竞争；互联网领域的相关市场远不如传统经济那样清晰，这个行业不能高估市场份额的指示作用，不可轻言反垄断。^③ 受这种思潮影响，反垄断执法机构在数字经济领域长期采取审慎包容的态度。

2021 年，为顺应时代发展，我国数字经济领域开始出现了反垄断强监管。一方面，国内很多人认为，互联网平台作为各种服务的供应商和需求方互动的中介，具有基础设施功能，从而需要公共政策的应对。^④ 另一方面，这明显也受到了国际社会的影响。例如，欧盟委员会 2020 年 12 月发布了

① 参见 Justus Haucap and Ulrich Heimeshoff, Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization? *International Economics and Economic Policy*, Vol. 11, 2014, pp. 49 - 61。

② 参见 Julian Wright, One-Sided Logic in Two-Sided Markets, *Review of Network Economics*, Vol. 3, 2004, pp. 44 - 64。

③ 《国务院反垄断委员会张穹：传统反垄断工具不适用互联网等新经济》，http://news.cnr.cn/native/gd/20170831/t20170831_523927711.shtml, 2022 年 2 月 27 日。

④ 参见吴敬琏：《平台经济的理论和政策思考》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_12148370, 2022 年 2 月 27 日。

《数字市场法》和《数字服务法》草案。^①美国众议院司法委员会2020年10月发布的《数字市场竞争状况调查报告》分析了谷歌、脸书、苹果、亚马逊等科技巨头在搜索引擎、电子商务、社交网络、移动应用商店和移动操作系统等各领域的垄断和限制竞争问题，建议对四大巨头进行结构性拆分以及改革现行反托拉斯法。^②此外，一些国家的反垄断执法部门与研究机构在2020年也发布了一系列主张强化数字经济领域反垄断执法的调研报告，例如英国竞争和市场管理局发布的《促进数字市场竞争的新体制》、^③法国竞争管理局发布的《电子商务与竞争》^④以及德国阿登纳基金会发布的《恢复数字竞争的平衡：合理的规则、有效的执法》^⑤。

作为对国内外要求强化数字经济领域反垄断监管的回应，2020年12月的中央经济工作会议指出：“反垄断、反不正当竞争，是完善社会主义市场经济体制、推动高质量发展的内在要求。国家支持平台企业创新发展、增强国际竞争力，支持公有制经济和非公有制经济共同发展，同时要依法规范发展，健全数字规则。”^⑥国家市场监督管理总局（以下简称国家市场监管总局）也强调数字经济不是反垄断的法外之地。2021年2月，国务院反垄断委员会发布了《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》。随着数字经济强化反垄断和防止资本无序扩张的呼声高涨，国家反垄断局于2021年11月18日正式挂牌，这表明了国家决策者要提高反垄断执法机构在中央政府机构中的地位和《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）权威的态度。^⑦国家市场监管总局于2021年12月还成立了竞争政策

① 参见 KINAST Attorneys at Law, European Commission Proposes Draft “Digital Service Act” and “Digital Market Act”, <https://www.privacy-ticker.com/european-commission-proposes-draft-digital-service-act-and-digital-market-act/>, 2020年12月21日。

② 参见 Jerrold Nadler and David N. Cicilline, Investigation of Competition in Digital Markets, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, 2022年2月27日。

③ CMA, A New Pro-Competition Regime for Digital Markets, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf, 2022年1月15日。

④ The Autorité has Published a Study on Competition and E-Commerce, <https://www.authoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/autorite-has-published-study-competition-and-e-commerce>, 2022年1月15日。

⑤ Philip Marsden and Rupprecht Podszun, Restoring Balance to Digital Competition-Sensible Rules, Effective Enforcement, <https://www.kas.de/en/single-title/-/content/restoring-balance-to-digital-competition-sensible-rules-effective-enforcement>, 2022年1月15日。

⑥ 《中央经济工作会议在北京举行》，<http://politics.people.com.cn/n1/2020/1219/c1024-31971922.html>, 2022年2月27日。

⑦ 参见《权威快报 | 国家反垄断局正式挂牌》，http://www.news.cn/politics/2021-11-18/c_1128075788.htm, 2022年2月27日。

与大数据中心。^①此外，国家市场监督管理总局于2021年10月还发布了《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》和《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》，^②这两个指南在一定程度上借鉴了欧盟《数字市场法》关于“数字守门人”以及美国国会涉及“覆盖平台”的几个反托拉斯法案的法律责任制度。2021年10月以来，《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》进入全国人大常委会审议的流程，这一草案有相当内容涉及数字经济。^③简言之，鉴于我国平台经济领域在2021年发布了很多新规，下文讨论的涉及平台经济的经营者集中控制、电商平台的“二选一”以及数据互操作也都集中在2021年，因此这一年成为对我国具有重要意义的数字经济的反垄断元年。

二、强化数字经济领域的经营者集中控制

国家市场监督管理总局2020年12月对阿里巴巴收购银泰商业股权等3起未依法申报的经营者集中作出罚款50万元的顶格处罚，^④这是我国数字经济领域最早的反垄断处罚决定。与欧美国家一样，我国数字经济的并购活动也非常活跃。以2019年为例，腾讯参与并购活动121起、阿里参与并购活动81起、百度参与并购活动45起、京东参与并购活动32起，它们集中在科技、金融、电商零售和文娱等领域。^⑤科技巨头有如此多的并购活动而没有遭到《反垄断法》的监管，它们甚至没有向执法机构申报，这说明我国反垄断执法存在一些问题。随着反垄断的强化和防止资本无序扩张，截至2022年2月，执法机构已经对100多起应报未报的经营者集中做出了顶格罚款，^⑥此外还涉

① 参见《市场监管总局竞争政策与大数据中心组建成立》，https://www.samr.gov.cn/xw/mtjj/202112/t20211220_338237.html，2022年2月27日。

② 参见《关于对〈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）〉公开征求意见的公告》，https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027_336137.html，2022年2月27日。

③ 参见《我国反垄断法（修正草案）征求意见发布！（附修改前后对照表）》，<https://new.qq.com/omn/20211024/20211024A018J400.html>，2022年2月27日。

④ 参见《市场监管总局反垄断局主要负责人就阿里巴巴投资收购银泰商业、腾讯控股企业阅文收购新丽传媒、丰巢网络收购中邮智递三起未依法申报案件处罚情况答记者问》，http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202012/t20201214_324336.html，2022年2月27日。

⑤ 参见《2019年并购报告：互联网巨头出手谨慎了》，<https://m.pedaily.cn/news/451967>，2022年2月27日。

⑥ 参见邓志松等：《收到反垄断局违法实施经营者集中，企业如何正确应对？》，https://www.sohu.com/a/519969764_120942243，2022年2月27日。

及禁止^①和附条件批准^②的案件各1起。反垄断执法强化数字经济领域的经营者集中控制，一方面是因为这个领域集中度高、垄断性强，科技巨头的并购活动不仅会加强其市场势力，而且还可能消灭潜在的竞争对手。因此执法机构应当采取措施，鼓励有发展前景的初创企业成为独立的市场主体，而不是昙花一现，过早地消失在企业并购的浪潮中。另一方面也受到了欧美的影响，例如美国联邦贸易委员会针对脸书十几年前收购的 Instagram 和 WhatsApp 而要求拆分企业。^③

（一）强化集中申报

我国数字经济领域的经营者集中长期处于失控状态，相当程度上是因为腾讯、阿里巴巴、京东等互联网巨头采取了 VIE (variable interest entity) 协议控制架构，即外国注册的控股公司不以出资形式进行企业管理，而是通过子公司和一系列协议借助控制内资运营的公司享受与股东相同的权利。^④ 因为 VIE 架构是科技企业为规避政府的外资监管而采取的组织结构，形式上不合法，反垄断执法机构就没有关注这些企业的经营者集中应当进行申报。随着强化数字经济反垄断的推进，《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》不仅指出，互联网行业不是反垄断法外之地，所有的企业都应当严格遵守反垄断法律法规，而且还强调“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”^⑤。

除 VIE 协议控制架构的问题外，考虑到初创企业的市场销售额往往达不到经营者集中的申报标准，该指南指出，“参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台、参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低、相关市场集中度较高、参与竞争者数量较少等类型的平台经济领域的经营者集中，对未达到申报标准但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将依法进行调查处理”。^⑥ 这个规定明显吸取了 2016

① 参见《市场监督管理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/fldj/tzgg/ftjzp/202107/t20210708_332421.html，2022年2月27日。

② 参见《市场监管总局发布腾讯控股有限公司收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案行政处罚决定书》，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html，2022年2月27日。

③ 参见 Cecilia Kang and Mike Isaac, U. S. and States Say Facebook Illegally Crushed Competition, *The New York Times*, December 9, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/12/09/technology/facebook-antitrust-monopoly.html>，2022年2月27日。

④ 参见关志雄：《中国互联网企业为何选择境外上市——VIE结构的功与过》，<https://www.rieti.go.jp/users/kan-si-yu/cn/c160914.html>，2022年2月27日。

⑤ 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第18条。

⑥ 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第19条。

年滴滴并购优步（中国）的教训。滴滴并购优步（中国）的经营者集中之所以引人注目，一方面是因为并购当事人的经济体量都很大，优步（中国）估值 82 亿美金，滴滴估值 280 亿美金；另一方面，滴滴在当时的网约车市场份额达到了 85.3%，并购优步（中国）明显会进一步提高其市场势力。^①然而，因为这个交易的双方都没有达到国务院规定的申报标准，再加上 VIE 的企业结构，这一并购就没有进行过申报。^②

（二）强化实质性的控制

国家市场监督管理总局在 2021 年 7 月对腾讯旗下的虎牙与斗鱼的合并作出的禁止性决定，是《反垄断法》生效以来第三起被禁止的并购，^③是数字经济领域的第一起。这一并购涉及我国境内两个相关市场，一是网络游戏运营服务市场，二是游戏直播市场。反垄断执法机构认为，腾讯公司在该交易之前已经享有虎牙的独家控制权和斗鱼的控制权，这个并购不仅会提高腾讯在游戏直播市场的支配地位，而且可能导致它对上下游市场实行闭环管理和双向纵向封锁，从而明显具有排除、限制竞争的效果。腾讯公司曾为得到附条件批准作出过承诺，执法机构认为这个承诺不能解决该案的竞争问题，从而依据《反垄断法》相关规定禁止了此一并购。^④

国家市场监督管理总局 2021 年 7 月还对腾讯 2016 年收购中国音乐集团一案作出了解除网络音乐独家版权的处罚决定。^⑤执法机构认为，该并购导致腾讯在独家曲库资源的份额超过 80%，从而有能力与上游版权方达成多项独家版权协议，有条件要求对方给予其优惠的交易条件，并且通过高额预付金等版权付费模式提高市场壁垒，严重地排除和限制了市场竞争。这个并购案的结果主要有两个：一个是因为该申报未申报，腾讯公司被罚款 50 万元；

① 参见《滴滴出行或将收购 Uber 中国 垄断问题引关注》，<http://news.sohu.com/20160801/n462031324.shtml>，2022 年 2 月 27 日。

② 参见陈永伟：《“滴滴优步合并案”的调查为何这么难》，<http://m.eeo.com.cn/2018/1129/342209.shtml>，2022 年 2 月 27 日。

③ 参见《中华人民共和国商务部公告 2009 年第 22 号商务部关于禁止可口可乐公司收购中国汇源公司审查决定的公告》，<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200903/20090306108494.shtml>，2022 年 2 月 27 日；《商务部公告 2014 年第 46 号 商务部关于禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心经营者集中反垄断审查决定的公告》，<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201406/20140600628586.shtml>，2022 年 2 月 27 日。

④ 参见《市场监督管理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/fldj/tzgg/ftjzp/202107/t20210708_332421.html，2022 年 2 月 27 日。

⑤ 参见《市场监管总局发布腾讯控股有限公司收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中行政处罚决定书》，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html，2022 年 2 月 27 日。

另一个是要求腾讯及其关联企业采取措施，恢复市场竞争状态，包括解除版权独家协议，不得以高额预付金支付版权费，无正当理由不得要求版权方给予优惠的交易条件。本案是涉及版权独家许可的第一个反垄断案件，也是数字领域针对违法的经营者集中通过采取措施恢复市场竞争状态的第一案。

（三）数字领域集中控制的难题

腾讯在2021年12月将其持有的京东股份比例从17%降至2.3%，由此不再是京东第一大股东。^①可以预期，科技巨头还可能调整它们与其他企业的股权关系。然而，即便这些企业存在减持其他企业股份的迹象，腾讯目前仍是很多上市公司包括美团、拼多多等知名大企业的大股东，并且还可以预期，腾讯公司还会向其他企业进行投资。这是因为政府即便对互联网行业的资本扩张加强了监管，但目前尚未达到禁止的程度。根据反垄断经济学理论，禁止并购应以并购的反竞争效果为前提，也就是说，企业并购如果有利于优势互补、提高效率，最终可以给消费者提供新产品或者改善现有产品，原则上便应当鼓励并购。^②然而，随着互联网巨头通过并购不断扩大其生态系统，扩大其在各经济领域的市场势力，就可能对国家的政治、文化、社会各方面产生连锁反应。这说明，在我国同样存在美国众议院司法委员会在其《数字市场竞争状况调查报告》中提出的各种担忧。^③

欧盟《数字市场法》和美国反托拉斯执法机构针对谷歌和脸书的反托拉斯诉讼都提出了结构性拆分的方案。^④根据《数字市场法》，“数字守门人”在系统性违法的情况下，可能面临被拆分的风险。^⑤这个规定是合理的，但执行中应防止情绪化，即变相把企业规模大本身视为违法。这里应当考虑的问题是，即便科技发展的速度非常快，但某个领域短期出现垄断仍然不可避免，反垄断法没有必要也不可能保证所有的产品和服务都处于竞争的状态。美国反托拉斯法领域著名学者霍温坎普（Hovenkamp）认为，对高度整合的数字企业进行结构性拆分可能导致严重的不利后果。他指出，反垄断救济的目的是重塑和恢复市场竞争，即评价救济措施只应考虑是否增加产

① 参见徐宏文：《派息式减持！腾讯对京东持股将降至2.3%，不再是第一大股东》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_15970413，2021年12月23日。

② 参见王晓晔：《反垄断法》，法律出版社2011年版，第270~281页。

③ 参见Jerrold Nadler and David N. Cicilline, Investigation of Competition in Digital Markets, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, 2022年2月27日。

④ 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，第50页。

⑤ 参见Art. 16 of the Digital Market Act, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/>, 2022年2月27日。

量、降低价格、提高质量和激励创新。无论如何，反垄断救济不是使企业的规模变小，或者降低经济效率使其无利可图，更不是通过提高价格、减少产量或者降低质量损害消费者的利益。^①

目前，我国反垄断执法机构评估平台经济领域的经营者集中仍是依照《反垄断法》规定的各种经济因素，根据《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》，这包括相关经营者的市场份额、市场控制力、相关市场的集中度、市场进入障碍等因素。^② 美国众议院司法委员会 2021 年 6 月提出的《平台竞争和机会法案》则走得比较远。^③ 该法案禁止“覆盖平台经营者”直接或间接取得任何人的股份或资产，除非证明该收购：不与覆盖平台经营者的产品或服务存在竞争；不与覆盖平台经营者的产品或服务存在新生或潜在的竞争；不在销售产品或提供服务方面提高覆盖平台经营者的市场地位；不在销售产品或提供服务方面提高覆盖平台经营者维护其市场地位的能力。^④ 同时，该法案还规定，“销售产品或提供服务”的竞争、新生竞争或者潜在竞争都包括“用户注意力”的竞争。^⑤ 简言之，这个法案几乎禁止覆盖平台所有的并购活动，包括收购竞争对手、潜在竞争对手或者有助于增强或维持其市场地位的所有业务。强化数字经济反垄断监管是正确的，企业规模越大，越应当承担更大的法律责任。然而，该法案虽然传递了立法者遏制互联网领域并购活动的严厉态度，延缓了亚马逊、谷歌、苹果、脸书等数字巨头通过资本进行扩张的脚步，但同时也应关注并购交易背后的多种动机，不仅应关注并购方的动机，还应关注被并购方的动机，例如，防止企业破产或者实现企业间优势互补等。考虑到过于严格的并购审查标准可能会限制初创企业退出市场的正当途径，妨碍它们通过出售企业获取发展和创新所需的资金，美国创业中心就《平台竞争和机会法案》发表的反对声明中指出，“禁止大公司收购初创企业的法案会损害美国企业的创业生态系统，威胁机会、创新和消费者的选择。并购交易是初创公司的创始人、员工和投资者的关键性‘出口’，是一代初创公司资助下一代进行创新的飞轮，这个法案会损

① 参见 Herbert J. Hovenkamp, Antitrust and Platform Monopoly, *The Yale Law Journal*, Vol. 130 (8), 2021, pp. 2007 - 2011。

② 参见《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 20 条。

③ 参见 H. R. 3826-Platform Competition and Opportunity Act of 2021, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3826/text>, 2022 年 2 月 27 日。

④ 参见 Section 2 of the Platform Competition and Opportunity Act of 2021, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3826/text>, 2022 年 2 月 27 日。

⑤ 参见 Section 2 (c) of the Platform Competition and Opportunity Act of 2021, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3826/text>, 2022 年 2 月 27 日。

害美国的创业生态系统，并对美国经济的健康和活力构成严重威胁”。^①这说明，人们在担心资本无序扩张会损害市场竞争的同时，也担心过分严格的反垄断监管会扼杀数字经济的创新和竞争力。^②

我国与欧美国家一样，一方面遏制互联网生态系统的不断扩张，另一方面推动和鼓励互联网企业的不断创新。中央财经领导小组2021年8月发出的声音是：“加强对互联网平台等大型科技企业的监管，防止垄断和资本无序扩张，是一个世界性难题，各国都在探索解决之道。我们坚持规范和发展两手并重，两手都要硬。”^③这说明决策者一方面要给资本设置“红绿灯”，完善市场准入负面清单管理制度；另一方面要考虑平台经济是先进生产力的重要组成部分，要发挥其优化资源配置、促进科技进步、便利人民生活和参与国际合作与竞争的积极作用。^④考虑到规范和发展并行的“两手”有时候存在不协调之处，作为一个世界性难题，我国立法者在这方面需要与国际社会合作，一道寻求合理和科学的解决方案。

三、规制电商平台的“二选一”

我国数字经济领域迄今影响最大的反垄断案件是国家市场监管总局2021年4月针对阿里巴巴电商平台实施“二选一”行为作出的行政处罚决定。^⑤这个决定除了责令停止违法行为外，还对阿里巴巴处以行政罚款182.28亿元，创下了我国迄今为止行政罚款的最高纪录。

（一）执法机构竞争分析的思路

“二选一”是一种排他行为。在双方交易中，一方要求另一方在不同供货商或者不同购买方之间做出排他性选择，这种交易一般又称为独家交易。独家交易常常是中小企业进入市场的有效方式，在产品营销中运用比较广

① Center for American Entrepreneurship Warns that the Platform Competition and Opportunity Act Endangers American's Startup Ecosystem, <https://startupsusa.org/press-releases/center-for-american-entrepreneurship-warns-that-the-platform-competition-and-opportunity-act-would-endorse-americas-startup-ecosystem/>, 2022年2月27日。

② 参见 5 Challenges to the New EU Digital Rulebook, <https://www.politico.eu/article/5-challenges-to-the-new-eu-digital-rulebook/>, 2022年2月27日。

③ 《中央财办：共同富裕不是“杀富济贫”，整治互联网平台绝非针对民营企业》，https://www.sohu.com/a/485866356_313745, 2021年8月26日。

④ 《中央财办：共同富裕不是“杀富济贫”，整治互联网平台绝非针对民营企业》，https://www.sohu.com/a/485866356_313745, 2021年8月26日。

⑤ 参见《市场监管总局依法对阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出行政处罚》，https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210410_327702.html, 2022年2月27日。

泛。在国际贸易中，一个生产商把在另一国的销售业务交给当地一家企业，这种独家交易有助于克服跨国销售中因语言、法律或者其他问题而产生的各种困难，从而可以降低销售成本。然而，独家交易因为存在排他性，在卖方或者买方的市场份额比较大的情况下，可能存在限制竞争的问题。^① 根据欧盟竞争法，当供货商或者销售商在相关市场的份额达到 30%，考虑到封锁市场的范围比较大，这种交易存在违法的可能性。^② 但是，国家市场监督管理总局对阿里巴巴的行政处罚决定不是依据禁止垄断协议的规定，而是依据禁止滥用市场支配地位的规定。执法机构在这个案件的竞争分析中采取的步骤为：第一步，界定相关市场；第二步，认定市场支配地位；第三步，分析竞争损害。

该案对相关市场界定主要考虑两个因素：一是分析了电子商务与实体店购物之间的巨大差异；二是考虑到电商平台的功能和可替代性，由此认定阿里巴巴的电商中介服务在我国境内的网络零售市场占支配地位。市场支配地位或者市场势力是指企业在相关市场可以控制价格或者排除竞争的经济实力，其中最重要的认定因素是市场份额。处罚决定书指出，2015—2019 年，阿里巴巴电商平台的交易额占我国境内电商交易总额的 61.70% ~ 76.21%。针对阿里巴巴提出电商中介服务市场的准入门槛低，从而它不占市场支配地位的抗辩，处罚决定书提出了很多反驳理由。其中特别指出，电商中介服务的相关市场是双边市场，平台两边明显存在间接网络效应，由此导致供货商一般愿意在大平台销售商品，从而对阿里巴巴的电商平台有比较大的依赖性。此外，就消费者来说，即便他们同样存在多归属，可以在多个平台购物，但是大平台对绝大多数的消费者和广告商具有锁定效应。也就是说，大平台累积的数据即便不应被视为不公平的竞争优势，但大数据确实构成了进入市场的壁垒。

处罚决定书最后指出：阿里巴巴电商平台实施的“二选一”不仅损害了平台供货商和消费者的利益，而且严重损害电商中介平台之间的竞争，背离了平台经济开放、包容和共享的发展理念。特别是考虑到电商中介平台的双边市场、网络外部效应、市场集中度高、规模经济和大数据等特点，即便目前存在天猫、京东、拼多多等几个竞争性平台，但考虑到我国有 10 多亿网民，电商平台的数量仍然显得非常有限。处罚决定书还特别指出，这几家电商平台之间还明显存在规模不平衡的状况。阿里巴巴的强制性“二选一”一方面可以通过网络外部效应把更多的供货商和消费者聚集在一起，从而提高经济效率；另一方面也导致处于不利地位的电商平台价值越来越小，甚至退出市场。《反垄断法》保护竞争，但不是保护竞争者。如果竞争者退出市

① 参见王晓晔：《反垄断法》，法律出版社 2011 年版，第 149 ~ 151 页。

② 参见 Commission Regulation (EU) No 330/2010, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32010R0330>, 2022 年 2 月 27 日。

场不是因为产品的高价、低质或者劣质的售后服务，而是因为大平台强制实施的“二选一”减少了其用户的数量，这显然是一种扭曲的竞争。

（二）本案带来的思考

1. 有必要就规范平台经营者与供货商之间的交易制定专门法

阿里巴巴一案说明，电子商务不是反垄断的法外之地，因为大平台的强制性“二选一”会严重排除和限制电商中介平台之间的竞争。但是，电商平台的“二选一”是平台经营者直接对其商户实施的行为，对于这种行为理论上可以适用《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）合同编或侵权责任编，因为这种强制性交易明显损害商户可以在多个平台销售商品的权利和利益。此外，“二选一”行为还可以适用《中华人民共和国电子商务法》（以下简称《电子商务法》）第35条。但考虑到电商平台的特点，尤其是平台商户多为中小企业，对电商中介有很强的依赖性，往往因为害怕失去平台上的销售机会，一般不敢依据《民法典》合同编或侵权责任编或者《电子商务法》将平台经营者的不公正交易行为诉诸法律。在这种情况下，国家有必要借鉴欧盟2020年6月生效的《推进互联网中介向商户提供公平和透明服务的条例》（以下简称《P2B条例》），规范互联网中介平台与其商户之间的交易关系。^① 欧盟《P2B条例》是针对电商平台与商户之间交易制定的专门法，它充分考虑到互联网中介平台和商户的特点，明显具有保护商户的性质。欧盟制定这个条例的目的就是就平台中介与其商户之间可能出现的各种限制和不合理交易事先作出规定，由此提升平台中介服务合规或不合规行为的透明度。这种法律不仅有助于提高平台经营者的自律性，自觉避免和减少针对商户的包括强制性“三选一”在内的不公平交易行为，而且也有助于提高中小商户的自信心，帮助他们心理上防范平台经营者滥用市场势力的行为。^②

2. 重视数字经济的特点

对于阿里巴巴的强制性“二选一”行为，早在2015年就有电商平台提出该行为涉嫌垄断，但反垄断执法机构直至2021年12月才对该案启动调查，这说明数字领域的反垄断执法存在阻力。^③ 前文指出过，不少学者认为数字经济领域是开展吸引眼球的竞争，相关市场无法界定，不可轻言反垄断。反垄断执法在阿里巴巴电商平台“二选一”一案得到的最大收获是，

^① 参见 Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R1150>, 2022年2月27日。

^② 参见王晓晔：《论电商平台“二选一”行为的法律规制》，《现代法学》2020年第3期，第151~165页。

^③ 参见《电商平台“二选一”的前世今生》，<https://new.qq.com/omn/20191125/20191125A0FZ5S00.html>, 2022年2月27日。

在涉及平台经济领域滥用行为的案件中界定市场、测度市场地位以及认定滥用行为，都应当充分考虑平台经济的特点，包括双边市场、网络效应、规模经济、锁定效应、用户转向其他服务的成本等与大数据相关的因素，特别是界定市场应考虑线上零售和线下零售的不同特点，结合案件具体情况，增强反垄断执法的针对性和科学性。在这个方面，《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》与《反垄断法》相比，作了很多补充性规定。^① 笔者认为，全国人大常委会当前审议的《反垄断法（修正草案）》在界定相关市场和认定市场支配地位方面，也应当补充与数字经济密切相关的各种因素。

四、数据的互操作

我国数字经济领域当前的热点是平台之间的互联互通和数据互操作。在这方面影响最大的法律争议案件是字节跳动 2021 年 2 月在北京知识产权法院起诉腾讯，腾讯则予以反驳。^② 腾讯和字节跳动都是我国平台经济领域的头部企业，考虑到平台互联互通和数据互操作对数据驱动的创新具有重要意义，此一争议可被视为我国互联网经济反垄断争议热点中的热点。^③

（一）订立协议是数据开放的基本途径

有观点认为，随着互联网平台的用户规模、市场份额和影响力不断提升，超级平台已发展成为“自然垄断”，类似反垄断法的“基础设施”或“必需设施”，应当作为公用设施进行监管，它们的大数据应无条件地向包括竞争对手在内的第三方开放。^④ 这种观点值得商榷，因为它忽视了数字经济是市场经济的重要组成部分，也忽视了数字经济仍然存在着竞争和创新。例如，1994 年成立的谷歌公司并不是与生俱来的垄断者，它在 2002 年超越雅虎坐上了全球搜索引擎的“头把交椅”。^⑤ 但是，数字巨头不是“自然垄断”，其垄断地位或市场支配地位是在市场竞争中产生的，它不应当以市场之外的方式作为公用

① 具体内容详见《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第三章。

② 参见仰山：《立案了！抖音状告腾讯垄断，法院正式受理！索赔 9000 万，“头腾”大战如何收场？》，<http://biz.jrj.com.cn/2021/02/08020431864214.shtml>，2022 年 2 月 27 日。

③ 国务院办公厅 2019 年 8 月出台的《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》强调，“互联网企业要确保跨平台互联互通和互操作”。

④ 参见赵燕菁：《平台经济与社会主义：兼论蚂蚁集团事件的本质》，《政治经济学报》2021 年第 1 期，第 3～12 页。

⑤ 参见 Justus Haucap and Ulrich Heimeshoff, Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization? *International Economics and Economic Policy*, Vol. 11, 2014, pp. 49–61.

事业企业被监管，甚至国有化或公有化。^① 同样，它们掌控的大数据作为生产要素，原则上也不应当公有化。这也就是说，数据的开放和共享原则上属于企业自主经营权的内容，应当通过订立合同的方式进行，因为这有助于数据安全、用户的隐私以及企业在收集和整合数据中的商业利益可以依法得到保护。

平台经营者一般愿意与第三方进行数据互操作，这不仅有助于优化和扩充作为生产要素的数据，增加新用户并为老用户提供更多内容和更多类型的服务，而且也有助于扩大平台的直接和间接网络效应，吸引更多的广告商以获取更多的广告收入。阿里巴巴的支付宝和腾讯的微信作为两个超级平台，上面有数百万个 B2B 或者 B2C 小程序，这些小程序都体现了数字企业之间的合作关系。2021 年底，美团和快手达成了战略合作，美团用户可以通过小程序进入快手平台，快手用户可以通过美团的小程序下单餐饮类服务。^②

需要指出的是，根据《反垄断法》相关内容，掌控大数据的科技巨头即便可以通过合同与第三方进行数据交易，但必须得以公平、合理和无歧视的条件开放其平台和数据，不得凭借其市场势力不合理地排除、限制竞争，包括不合理的拒绝交易、差别待遇、限定交易、搭售或者附加不合理的交易条件。^③ 《电子商务法》也有相关规定。^④ 在前文讨论的阿里巴巴一案中，阿里巴巴就是因为开放平台和数据交易中存在排除、限制竞争的问题，从而受到《反垄断法》的严厉制裁。

（二）适用“必需设施”的问题

反垄断执法面临的难题往往产生于竞争者之间的数据互操作。当平台 A 被强制要求与其竞争对手平台 B 实现数据互操作，即许可平台 B 对其用户数据进行连续和实时访问，平台 A 可能认为其数据与电力、自来水等公用事业企业提供的普遍服务不同，即数据的收集和整合不是为了向其他企业进行开放，而是为了自己的经营活动。考虑到数据开放会影响其自身的经济利益，平台 A 认为拒绝竞争对手访问其数据在市场经济条件下有合理性。然而，平台 B 则可能认为，获得平台 A 的数据是其与平台 A 开展竞争不可或缺的条件，平台 A 的拒绝进入应当适用反垄断法的“必需设施理论”。^⑤ 国内科技巨头之间

① 参见朱海就：《平台公司应该公有化吗：与赵燕菁的再商榷》，<https://new.qq.com/omn/20210202/20210202A08VW200.html>，2022 年 2 月 27 日。

② 参见魏蔚：《美团快手互通 互联网拆墙新模板？》，《北京商报》2021 年 12 月 28 日。

③ 参见《反垄断法》第 17 条、《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 12 ~ 17 条。

④ 具体详见《电子商务法》第 5 条。

⑤ 参见陈兵、赵青：《微信“封禁”飞书违反反垄断法？答案并不简单》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_6523458，2020 年 3 月 18 日；《微信“封杀”抖音引争议 法律专家：不兼容损害用户权益》，https://www.sohu.com/a/292472019_430923，2019 年 1 月 30 日。

的争议基本上都涉及这些问题。然而，北京市海淀区人民法院 2021 年 5 月在新浪微博诉字节跳动的一审判决中指出，字节跳动通过复制、粘贴等方式对新浪微博的内容进行大规模移植，这导致后者通过长期合法经营建立的市场优势短期内被严重削弱，字节跳动却以不投入和不付出成本的方式建立起自身的竞争优势。其结论是，字节跳动的行为损人利己、违反商业道德，违反《中华人民共和国反不正当竞争法》，判处其支付原告损害赔偿 2100 万元。^①

《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》提出了“必需设施”的概念并指出，“分析是否构成拒绝交易，可以考虑控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易”。同时，拒绝交易可能存在正当理由，包括“与交易相对人交易将使平台经济领域经营者利益发生不当减损”。^② 这里有必要指出的是，反垄断法的“必需设施理论”来自美国，但美国反托拉斯法如今几乎不再适用这个理论。美国权威学者阿列达（Areeda）曾对这一理论进行过严厉批判。他认为，“‘必需设施理论’开始就是错误的，它妨碍企业向重要资产进行投资，这些投资对消费者具有高价值，对所有权人是高成本，否则不会贴上‘必需设施’标签。不受限制的‘必需设施理论’对现代市场创新有极大的损害，它一方面损害权利人的投资动力，另一方面，从长远看也损害消费者的福利。即便存在强制分享的案件，也应是极例外的情况。”^③ 美国联邦最高法院 2004 年在 Trinko 案的判决中还强调：“阿列达教授的观点完全正确，任何法院都不应该对其无法解释或不能充分和合理监管的问题强加一种责任。”^④

欧盟迄今有些涉及知识产权的反垄断案件适用了“必需设施理论”，如 Magill 案、^⑤ 微软案、^⑥ IMS 案^⑦以及 Bronner 案。^⑧ 欧洲法院详细阐述了垄断

① 参见《为“抄袭搬运”买单！字节被判赔偿新浪微博 2100 万》，<https://t.cj.sina.com.cn/articles/view/2740157611/a3537cab01900uq9t>，2022 年 2 月 27 日。

② 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 14 条。

③ Phillip Areeda, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58 (3), 1989, pp. 852 - 853.

④ 参见 Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U. S. , <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/>，2022 年 2 月 27 日。

⑤ 参见 Brief Summary of ECJ's Magill Decision, <http://www.panix.com/~jesse/magill.html>，2022 年 2 月 27 日。

⑥ 参见 Case COMP/C - 3/37.792 Microsoft, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf，2022 年 2 月 27 日。

⑦ 参见 Emily Gibson, European Union: IMS Health: ECJ Rules on Compulsory Licensing, <https://www.mondaq.com/uk/copyright/26855/ims-health-ecj-rules-on-compulsory-licensing>，2022 年 2 月 27 日。

⑧ 参见 Case C - 7/97, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97>，2022 年 2 月 27 日。

者“必需设施”的构成要件：进入市场不可或缺的投入；在位者的拒绝交易妨碍消费者获得潜在的新产品需求；在位者的拒绝交易没有客观公正性；拒绝交易排除下游市场竞争。其中的关键性因素是在位者拥有进入市场不可或缺的投入，这一投入不仅没有现实的可替代品，而且由于法律、技术或经济条件的限制，任何企业都不可能生产这一进入市场不可或缺的产品。^①然而，随着数字经济的技术发展，即便有人认为不能访问数据就不能开发新产品，或者开发新产品在技术或经济上不可行，但其举证难度非常大，因为脸书、谷歌、阿里巴巴、腾讯以及字节跳动等科技巨头的发展历程表明，它们提供产品或服务之初都没有大数据。成功的互联网企业虽然现在都拥有大数据，但其成功的第一要素是技术创新。例如，在今天的音乐流媒体服务市场中，Spotify没有大数据的积累也成功超越了苹果旗下拥有大数据的iTunes，^②这说明数据一般构不成反垄断法意义上的“必需设施”，因为它一般无法达到不可或缺的程度。^③

（三）数据互操作应以符合科学和合理的标准为前提

为降低科技巨头在数字市场的主导地位、提高大数据的社会价值，欧盟和美国都在积极推动强制性的数据互操作。美国众议院司法委员会2021年6月通过了《启用服务交换增强兼容性和竞争性法案》（ACCESS Act），目的是拆除即时通信领域超级平台之间的花园围墙，使用户能够在相互兼容的平台之间切换不同的服务商。^④欧盟《数据市场法》虽然尚未对“数字守门人”核心服务领域的数据强加互操作的义务，但要求它们就其提供的辅助性服务承担数据互操作的义务。^⑤我国工信部在2021年9月召开的行政指导会上提出，平台企业要限期按标准解除屏蔽，要分步骤、分阶段解决互联互通问题。^⑥国家市场监督管理总局2021年10月发布的《互联网平台落实主

① 参见 European Court Reports 1998 I - 07791, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0007>, 2022年2月27日。

② 参见 Harley Maranan, Apple Music vs Spotify-The Battle Between the Two Music Streaming Giants, <https://soundguys.com/apple-music-vs-spotify-36833/>, 2022年2月27日。

③ 参见王晓晔：《数据互操作的竞争法思考》，《竞争法律与政策评论》2021年第7卷，第3~7页。

④ 参见 H. R. 3849-ACCESS Act of 2021, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3849/text>, 2022年2月27日。

⑤ 参见 Art. 6(f) of the Digital Markets Act, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/>, 2022年2月27日。

⑥ 参见栗翘楚：《工信部深入推进互联互通 分享链接或将告别复制乱码》，<http://finance.people.com.cn/n1/2021/0914/c1004-32227032.html>, 2022年2月27日。

体责任指南（征求意见稿）》第3条也涉及超大型平台经营者的互操作问题。^①该指南可被视为对工信部整治平台企业之间的屏蔽、封禁等拒绝数据互操作行为的行政指导工作的延续和发展。以腾讯为代表的国内超大型平台企业已经承诺，要分阶段、分步骤解决此前长期存在的屏蔽、封禁和限制竞争对手外链的问题。^②这说明，对超大型平台的事前监管和行业监管已经成为中国数字经济领域解决平台之间互联互通和数据互操作的雏形。

数据互操作明显是数字经济发展的趋势，也是科技巨头应当承担的社会责任。但是，任何事物都具有两面性。一方面，数据互操作有助于推动数据驱动的创新，提高数据的社会价值；另一方面，数据互操作也可能产生消极影响，例如数据安全、隐私保护、平台服务质量等各种问题。如果运作良好的互联网平台不愿意与运作不良的平台进行互联互通和数据互操作，这就要求立法者和监管机构为推动数据互操作建立合理、科学和透明的技术标准和数据标准，事先考虑数据互操作可能出现的技术、法律以及商业方面的各种问题。前文指出过，强制性数据互操作的问题主要存在于竞争者之间，因为这可能导致某些竞争者不必在获取数据的初级市场开展竞争，而是通过“搭便车”以在位者失去竞争优势为代价进入下游市场。“搭便车”不仅可能导致产品的同质化，损害消费者的利益，而且更重要的是可能损害企业投资和创新的动力，损害市场经济体制。因此，一方面，国家应当尽最大努力推进数据互操作；另一方面，也应当努力降低平台互联互通和数据互操作的各种成本和风险。国务院办公厅印发的《要素市场化配置综合改革试点总体方案》^③指出，要在保护个人隐私和确保数据安全的前提下，分级分类、分步有序推动部分领域数据流通应用。该通知还提出探索建立数据用途和用量控制制度，实现数据使用“可控可计量”。由此说明国家在数字领域准备以稳妥的方式推进数据资产化服务，这有助于数字经济领域保证得到稳定和高质的数据，以及我国数字经济朝着健康、安全和可持续发展的方向发展。

① 参见《关于对〈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）〉公开征求意见的公告》，https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027_336137.html，2022年1月29日。

② 参见段宏磊：《数字经济平台“互联互通”规则的法律性质与立法展望》，https://k.sina.com.cn/article_7517400_o.html 647_1c0126e47059024c2，2022年2月27日。

③ 《国务院办公厅关于印发要素市场化配置综合改革试点总体方案的通知》，http://www.gov.cn/zhengce/content/2022-01/06/content_5666681.htm，2022年2月27日。

五、结语

2021年是我国数字经济领域的反垄断元年。在强化反垄断和防止资本无序扩张的主旋律下,我国数字经济领域不仅出现了很多反垄断大案和要案,而且国家制定了多个对反垄断执法和对企业反垄断合规具有重要意义的法律文件,包括各种反垄断指南。这些立法和执法活动说明,我国数字经济的反垄断已经常态化,这一领域的竞争秩序正在发生重大变化。

2021年对国际社会的数字经济反垄断监管来说也是不平凡的一年。欧盟《数字市场法》和《数字服务法》均提出了“数字守门人”概念,从过去的反垄断事后监管改为事前监管,这对世界各国包括中国和美国都有很大的影响。美国在2021年的反垄断立法达到了前所未有的水平。美国众议院司法委员会通过的6个反垄断法案虽然尚未都进入最后的立法程序,但其背后的支持者和反对者都有相当大的规模,这足以说明当前任何经济领域立法的复杂性可能都不会超过数字经济领域立法。

数字经济强化反垄断的潮流的确存在很多新的问题。例如,科技巨头之间的互联互通和数据互操作如何能够做到不影响数据安全、个人信息保护和消费者的合法权益?遏制互联网大企业的并购活动如何不影响企业的经济效率?企业并购的实质性审查是否还需要考虑相关的经济学理论?国家市场监督管理总局局长张工指出,“随着超大规模市场的形成,各类市场主体的竞合关系发生深刻变化,资本在壮大中利弊两方面特征日益显现,市场垄断和行政性垄断同时并存,反垄断反不正当竞争监管亟须加强。”^①鉴于数字经济是个全球性问题,世界各国在这一领域的反垄断监管都面临同样的难题,我国在这一领域的反垄断立法和执法活动有必要借鉴其他国家的经验并进行国际合作。

(责任编辑:方 军)

^① 《持续激发市场主体的发展活力、竞争活力、创新活力——访市场监管总局局长张工》, http://www.news.cn/2021-12/29/c_1128213744.htm, 2022年2月27日。