

· 数字经济时代竞争法的理念转向与法治构型 ·

平台反垄断规制理念转型的制度障碍及破解

薛克鹏¹ 赵鑫²

【内容摘要】 数字经济为平台反垄断提出了新的技术难题，并敦促执法者反思传统经济领域反垄断的“路径依赖”，它们共同呼唤平台经济的规制理念转型。由事后规制向事前规制的管理预防化转型，由一般向个别领域的精细化转型，由静态向动态认定的灵活化转型，应成为平台规制的题中之义。但从实践来看，现有制度供给与规制理念转型的需求存在不匹配的现象，具体表现为平台反垄断规制事后向事前规制转型缺乏责任落实机制，一般化向特别化规制转型缺乏明晰义务分层，静态化向动态化规制转型缺乏科学认定方法等。为了弥合理念与制度之间的张力，应当以行政法规的方式进行专门立法，建构互联网平台的事前义务责任体系，推动事后规制向事前规制转型；为互联网平台设定基础性与裁量性结合的多层次义务群，促进一般化向特别化规制转型；加强平台分级认定标准与认定结果的动态化，推进静态化向动态化规制转型。

【关键词】 平台经济 数字市场法案 结构主义 本身违法原则

【作者】 1 薛克鹏，中国政法大学民商经济法学院教授；

2 赵鑫，中国政法大学、比利时安特卫普大学联合培养博士研究生。（北京 100088）

数字经济时代，平台已经成为社会经济生活中的必不可少之物，但在经过多年的“野蛮生长”之后，平台经济的“大数据杀熟”损害消费者权益、“平台封禁”不合理限制中小平台发展、“杀手并购”损害创新等问题逐渐显现，严重影响了社会经济的健康有序发展。在此背景之下，中央定下“强化反垄断和防止资本无序扩张”的基调，2021年也随之成为我国“平台经济反垄断元年”，同年国务院反垄断委员会出台《关于平台经济领域的反垄断指南》，2022年政府工作报告提出“加强和创新监管，反垄断和防止资本无序扩张，维护公平竞争”。市场监督管理部门亦开始大量查



处互联网平台的不正当竞争、垄断行为，我国平台经济领域治理已初见成效。但是，无论是一些传统的反垄断问题还是基于数字技术而产生的新问题，仍然困扰着反垄断执法机构，前者如互联网平台的相关市场界定难题，其在根本上妨碍着平台经济反垄断工作的有效开展；^①后者如算法共谋的出现，使得对于互联网平台特定垄断行为的调查、处理遭遇困境。^②基于此，如何更有效地规制平台垄断行为，成为当前学界与实务界共同探讨的重要议题。

2021年10月29日，国家市场监督管理总局发布《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》（以下简称《分类分级指南征求意见稿》《落实主体责任指南征求意见稿》）。在《分类分级指南征求意见稿》中，其依据用户规模、业务种类以及限制能力将互联网平台分为超级平台、大型平台与中小平台三类；在《落实主体责任指南征求意见稿》中，其前9条专门针对超大型平台规定了包括公平竞争示范、平等治理、数据管理等在内的一系列义务。两指南凸显出了数字经济时代我国平台反垄断规制理念与规制模式的转型，而与之密切相关的问题包括：为何我国要对互联网平台进行分级？分级的缘由及意义何在？未来该项制度的走向如何？要回答这些问题，就必须将我国平台经济反垄断的制度建设实践同两指南文本统合起来，在廓清规制理念转变路向的基础上，指明平台经济反垄断规制理念转型面临的制度障碍，并提出完善建议。

平台反垄断规制理念转型的基本向度

数字经济发展范式重塑了传统交易模式的关系构造、时空原理，抬升了法律与数字交易模式相匹配的技术难度，并呼唤新型的管理与规制理念。譬如，以往市场监管部门倾向于以正向激励的方式赋予某些市场主体诸如“驰名商标”“免检产品”的称号，进而在监督管理过程中对其赋予一定权利或减免一定义务。但在平台经济中，“超级平台”“大型平台”“中小平台”的认定却完全与之相反，其目的在于对被冠之不同称号的平台施加不同程度的主体义务，以事前规制的方式防止其实施不正当竞争和垄断行为。这类现象所反映出的平台经济反垄断特殊难题，正是数字经济时代平台反垄断规制理念转型的动力源泉。

必须要承认的是，倘若传统监管模式能够在数字经济领域行之有效，平台经济的垄断行为或许便能够得到及时查处，从而实现在平台经济中维护市场竞争秩序、保障各方主体权益的目标。但囿于技术障碍、“路径依赖”，平台经济领域的反垄断执法效能有限。^③由此便促使理论与实务界共同思考一个问题：能否将事后、一般化、静态化的规制转变为事前、特别化与动态化的规制？从《分类分级指南征求意见稿》与《落实主体责任指南征求意见稿》来看，此种专门针对平台经济的规制理念转型正在逐步实现。

第一，平台经济反垄断规制理念的预防化转型。规制理念的预防化转型主要表现为平台经济反垄断规制模式由事后干预向事前管理的转变。相比于竞争法事后救济的模式而言，《落实主体责任指南征求意见稿》对互联网平台尤其是超大型平台施加了诸多义务，旨在从源头上制止平台的反竞争行为。其第1条要求超大型平台应当发挥公平竞争示范效用，不得将使用其关联平台的服务作为用户注册、访问平台的前提条件。而在当前的反垄断法框架下，若要规制平台的此种行为，理想的方法是首先证明平台具有市场支配地位，进而证明其实施了搭售的滥用市场支配地位行为，其中证明平台市场支配地位便涉及相关市场界定的问题，后续还需要收集证据证明平台的



此种行为造成了反竞争效应。然而从反垄断私人诉讼的实施效果来看，对于普通的平台用户而言，无论是提起该类反垄断的私人诉讼还是收集证据，以及采用复杂的经济学方法证明平台的市场支配地位，都具有较大难度。^④《落实主体责任指南征求意见稿》直接规定平台不得实施此种行为，并且将主体限定为“超大型平台”，是对当前超大型平台试图采取反竞争方法锁定用户，从而建立自身平台生态圈的有力回应。

此外，《落实主体责任指南征求意见稿》第3条要求平台开放生态，推动其提供的服务与其他平台经营者提供的服务具有互操作性。在掠夺性创新当中，一种重要的表现即是平台以“技术创新”为表象，对其产品或服务的现有版本采取微小但不涉及实质的技术参数变动，从而阻止或者断开其他经营者与其产品或服务的互操作性。^⑤在以往的反垄断实践中，若要证明此种行为的反竞争性极为困难，概因为其以“技术创新”为表象，但实质上却是平台通过改变产品或服务的兼容性从而获得或维持自身竞争优势的反竞争策略。当前，平台尤其是超大型平台不仅是促使各方主体交互的普通载体，其本身也构成了网络交易、信息交互等领域的必需设施（Essential Facilities），部分平台依靠强大的技术优势改变与其他经营者的交互接口，阻断他人链接或使用该必需设施，严重影响了竞争秩序。《落实主体责任指南征求意见稿》明确规定超大型平台应当开放生态，是从事前规制的角度要求具有控制特定领域互联网生态系统能力的超大型平台为实现公平、开放的互联网竞争生态履行其主体责任。

以上两个条款的目的是将典型的平台经济垄断行为类型化，从而为互联网平台设定事前义务，以防止其实施相应垄断行为。除此之外，《落实主体责任指南征求意见稿》第5、6、7条还要求平台要落实内部治理、风险评估与风险防控制度，这更是从企业自身出发，督促其从合规体系与风险防控体系建设的角度预防垄断行为的发生。总体而言，《落实主体责任指南征求意见稿》从内外两个方向为超大规模的互联网平台设定了一系列义务，其预示着对平台经济的规制从事后走向事前。

第二，平台经济反垄断规制理念的精细化转型。规制理念的精细化转型主要表现为平台经济反垄断规制单元由一般化向特别化转变，这一转变具体表现在两个方面。一是专门针对平台这类主体的反垄断规则出台。实际上，《落实主体责任指南征求意见稿》并非是第一部分专门针对平台经济的反垄断规范，2021年2月，国务院反垄断委员会印发了《关于平台经济领域的反垄断指南》，其主要从规制企业的典型垄断行为，也即从认定垄断协议、滥用市场支配地位以及审查经营者集中的角度，对反垄断执法机构监管平台经济提供了更为细化的规范框架与操作细则。从《关于平台经济领域的反垄断指南》到《落实主体责任指南征求意见稿》，我国专门针对平台的反垄断规则体系逐步完善，同时也意味着以往“所有经济领域均采用统一的反垄断规则”的一般化规制理念，正在向“特定领域适用特殊反垄断规则”的特别化规制理念转型。

二是对不同主体规模的平台之规制更为细化。《落实主体责任指南征求意见稿》前9条是专门针对超大型平台的主体义务规范，第10—34条则规定了一般化的互联网平台在经营中应当落实的主体责任，虽然其中部分内容如平台经营者的纳税、环境保护义务等并非反垄断规则，但也有“不得与平台内经营者展开不正当竞争”“不得利用算法实施价格歧视”的规定。不同规模与体量的互联网平台承担的主体责任有所区别，反映了平台经济反垄断规制理念由一般化向特别化转型，也体现了比例原则在平台经济反垄断领域中的应用。^⑥

第三，平台经济反垄断规制理念的灵活化转型。规制理念的灵活化转型主要表现为平台经济

反垄断规制方法由静态化向动态化转变，具体可借由主体认定标准的动态化和主体责任落实的动态化两个方面加以认知和解读。一是主体认定标准的动态化。以超大型平台的认定为例，《分类分级指南征求意见稿》从用户规模、业务种类、经济体量与限制能力四个方面规定了超大型平台的认定标准，^⑦其中前三项以量化的方式规定了超大型平台应当具备的经济能力或者业务范围，后一项则是以定性化的方式规定了超大型平台对其他经营者以及用户的相对能力。定量与定性相结合的方式有利于执法机构以动态化的方式认定平台分级，进而以更符合比例原则的方式对其施以相应主体责任。

二是主体责任落实的动态化。平台经济领域的垄断行为具有行为模式复杂、种类繁多、变化迅速的特性，倘若不能以动态化的方式规制互联网平台，则可能产生无法有效应对新型反竞争行为或者执法机构裁量权过大的问题。^⑧针对前者，《落实主体责任指南征求意见稿》第5条要求超大型平台建立合规体系，第6条要求其至少每年进行一次风险评估，以动态化的方式预防互联网平台垄断行为的发生。针对后者，《落实主体责任指南征求意见稿》规定了平台的抗辩事项，如在开放生态条款中，并非一味要求超大型平台应当保证与其他经营者的服务有互操作性，当具有正当理由时，超大型平台可以阻断服务的互操作性。在平台经济实践中，此类正当理由包括并不具有实现互操作性的现实技术能力、对方经营者对用户数据信息保护力度不足、存在数据泄露风险等。

平台反垄断规制理念转型的制度障碍

数字经济所促发的反垄断规制理念预防化（事后转向事前）、精细化（一般转向特别）与灵活化（静态转向动态）的转型，需要匹配科学有力的制度方可落实。从比较法的视角看，学者们普遍关注到了欧盟《数字市场法案》（Digital Market Act）当中的“守门人（Gate Keepers）”制度，^⑨其旨在将“控制移动互联网生态关键环节（技术环境和运营环境），具有强大经济实力和整个平台生态系统能力的互联网运营者”认定为“守门人”，从而对其施以特定义务，以预防数字经济领域中反竞争行为的出现。^⑩从制度框架来看，欧盟“守门人”制度与我国《分类分级指南征求意见稿》与《落实主体责任指南征求意见稿》并无二致，这体现了两指南在回应平台经济垄断问题上的先进性。但也要看到，在具体架构的设计上，相比于欧盟精细化的规范体裁，两指南所给出的平台经济反垄断规制方案仍有部分缺憾，甚至可能构成我国平台经济反垄断规制理念转型的制度障碍。

（一）事后规制向事前规制转型缺乏责任落实机制

从《落实主体责任指南征求意见稿》的文本内容来看，其可分为三个部分：第一部分是序言，说明了指南制定的背景、目的；第二部分以列举的方式规定了超大型平台和其他互联网平台在经营中应当落实的各类主体责任；第三部分则是对指南中涉及概念的说明。总体而言，其更像是针对平台企业的一份“主体责任倡议书”，虽然其中绝大多数条款都采用了“不得”“应当”等法律规范的一般强制性用语，但是对于平台企业违反这些事前义务应当承担何种后果，指南并未明确规定。而在欧盟《数字市场法案》中，其不仅规定了“守门人”应当遵守的各项义务，同时为了监督其履行责任，还赋予了执法机构广泛的执法权力，对于“守门人”有违反主体义务的情形，《数字市场法案》第26、27条专门规定了欧委会可以对其处以罚款。罚款分为两种类型：一是对



“守门人”故意或过失违反义务，欧委会可以对其作出不超过上一财年总营业额 10% 的罚款；二是对于拒绝配合调查或者怠不履行义务的罚款，对于拒绝配合调查者，欧委会可以对其处以不超过上一财年总营业额 1% 的罚款，对于怠不履行义务者，欧委会可以通过定期罚金的方式迫使其及时履行义务，定期罚金不超过“守门人”上一财年日均营业额的 5%。^⑭

一直以来，欧盟对于数字企业的反垄断调查、处理都显示出极为严苛的执法态度，如在近些年的反垄断执法当中，欧盟对于高通、苹果、谷歌等数字企业开出了数张“天价反垄断罚单”。从《数字市场法案》规定的责任条款来看，欧盟延续了这种严格执法的原则，将其从对数字企业的事后严格执法带到了事前严格规制中来。虽然对于欧盟严苛的反垄断执法态度不乏“较强政治针对性”的批评，^⑮但是从法律的一般规范结构来看，权利—义务—责任应当是其基本结构，仅有义务而无责任的法律将难以实施，我国《落实主体责任指南征求意见稿》仅有对超大型平台义务的规定，而缺少了相应责任条款的设置。当然，认识这个问题还必须要考虑到我国的立法结构与立法层级，反垄断领域的指南在我国具有一定特殊性，其既非行政法规亦非部门规章，因此并不具有设定行政处罚的立法权力，其在我国实际上承担着竞争政策工具的角色。^⑯而欧盟《数字市场法案》通过之后将成为适用于欧盟所有成员国的正式法案，并且欧委会还赋予了其独特地位，也即《数字市场法案》平行于各成员国内的竞争法，后者不得干预前者的执行。^⑰在此层面上，其相比于我国在立法资源方面具有“先天优势”。因此，如何在立法结构当中妥当处理对平台企业反垄断规制的事前责任设计，成为我国面对的特殊问题。

（二）一般化向特别化规制转型缺乏明晰义务分层

“平台经济的反垄断规制既要注意到数字巨头作为‘平台’这一主体所表现出的共性问题，亦要着重从其所从事服务的市场特性出发，研究不同平台所展现出的个性问题。”^⑱针对不同规模、体量的互联网平台设定不同的主体义务是我国平台经济反垄断规制由一般化向特别化转型的一个重要方面，但是在对不同市场、不同类型的平台反垄断规制上，《落实主体责任指南征求意见稿》仍然显露出一般化向特别化转型不足的问题。从已有的平台经济发展实践来看，不同类型的平台主体会呈现出一些独特的反垄断问题，如限制其他平台与自身系统的互操作性行为更多出现于操作系统平台中，倾斜推荐自身企业所属商品、损害市场竞争的反竞争搜索推荐行为更多集中于电子商务平台中。这些反竞争行为通常伴随着商业模式的创新而出现，^⑲在平台经济的商业模式、竞争态势日新月异的背景下，并不排除可能会出现某一领域、某一市场独特的反垄断问题，甚至这些反垄断问题还会以商业模式创新、技术创新为表象。因此，如何有效应对平台经济反垄断的个性问题，应当成为规制转型关注的一个重要方面。

对此，欧盟《数字市场法案》为“守门人”确立了多层次的义务群，其主要分为两个层面：一是自动适用的基础性义务群，其中包括了不得滥用优势地位、保障公平竞争环境等平台经济所展现出的共性问题；二是通过对话确定的裁量性义务群，其允许欧委会与“守门人”对话，确定一部分义务的具体内容和执行方式。其原因即在于，不同类型互联网平台提供的服务有较大差别，甚至不同类型平台所在市场的竞争方式都差异极大，若完全适用统一的事前义务，恐无法应对不同平台之间表现各异的垄断问题。反观我国，《分类分级指南征求意见稿》依据平台的链接对象和主要功能，将互联网平台分为网络销售、生活服务、社交娱乐、信息咨询、金融服务、计算应用六个大类，说明其已经为不同类型平台的事前义务设定奠定了基础，但是《落实主体责任指南征求意见稿》并未充分体现平台分类的结果，而仅是基于分级的结果对不同主体进行了义务设定，

平台主体义务尤其是超大型平台的多层次义务群设置仍待完善。

（三）静态化向动态化规制转型缺乏科学认定方法

“超级平台”“大型平台”“中小平台”的分级预示着平台经济反垄断规制由一般化向特别化的转型，但是在对平台分级的认定上，其动态化仍有待加强，一是认定标准的动态化，二是认定结果的动态化。

一方面，认定标准的动态化有待加强。《分类分级指南征求意见稿》以定量加定性的方式对互联网平台的分级标准作出了明确规定，以认定超级平台为例，指南规定其必须同时具备超大用户规模、超广业务种类、超高经济体量和超强限制能力四项条件。而实际上，“反垄断法反对的不是垄断，而是垄断行为”，^⑩平台经济的垄断行为通常表现为平台利用其超强的限制能力对他人实施不合理限制，而用户规模、业务种类、经济体量仅是具有超强限制能力的经营者一般所具备的定量标准，其更多属于经验性事实或者是推定平台具有超强限制能力的推定事实基础。因此，最后一项“超强限制能力”才应当是反垄断执法机构关注的重点。一些平台虽然当前未达到相应的定量标准，但是已经显示出了对其他经营者或者用户的超强限制能力。《分类分级指南征求意见稿》规定必须同时具备四项条件的做法，实际上“锁定”了对于平台分级的认定标准，显示出动态化不足的问题。从当前平台经济的发展实践来看，平台经济的双边网络效应、数据集聚效应既有可能不断加强头部企业的垄断能力，但同时亦有可能有助于非头部企业在技术的加持下因商业模式创新或者发现了数字市场当中的“长尾效应”而迅速实现用户规模的急剧增长以及数据、财富的积累。平台经济当中的头部企业亦在不断更替、变化，前者如拼多多创新提出“拼团模式”而迅速在淘宝、京东已经占据市场的电商领域中崛起，后者如抖音、快手发现了音视频领域中短视频的“长尾效应”而成为数字音视频平台的头部企业。对于那些已经显示出未来或者至少在将来一段时间内将享有牢固和持久地位的平台企业，《分类分级指南征求意见稿》并未提供必要支持将其认定为“超级平台”。

针对此问题，欧盟《数字市场法案》规定未达到定量标准的核心平台服务者，执法机构仍然可以通过其他综合因素认定其为“守门人”。其具体考量因素除平台规模、用户数量以外，最重要的是市场进入壁垒以及服务提供者获得的规模和范围效应。^⑪换言之，对于通过综合考虑被认定为“守门人”的平台服务提供者，仍然要求其具备一定的规模和用户数量，即虽然其未能达到《数字市场法案》规定的“去年在欧洲经济区（EEA）内的年营业额达到65亿欧元、市值达到650亿欧元”和“每月至少有4500万终端用户，以及超过10000个商业用户”的定量标准，^⑫但是倘若其所在市场的进入壁垒较高，平台能够获得的规模效应和范围效应较强，仍有可能被认定为“守门人”。其原因即在于，倘若该平台企业所在的市场当前仅有其一家或少数几家企业，并且进入壁垒较高，在未来能够预见的时间范围内，其必将或者有极大概率达到法案规定的定量标准，而在此时，更应当注重其对其他经营者和用户的限制能力，为其施以“守门人”义务，预防可能的垄断行为发生。可以预见的是，该条款最有可能适用于那些因技术创新而迅速占据市场的数字企业，概因在这类平台企业所在市场中，正是技术能力致使市场进入壁垒较高，而已经进入市场的企业又因为强大的技术能力不断获得规模效应和范围效应，其很大程度上未来将成为该领域的“守门人”。

另一方面，认定结果的动态化有待加强。对于不符合定量标准的平台企业，欧盟执法机构能够综合其他因素将其认定为“守门人”，反之，对于符合量化标准的平台企业，《数字市场法案》



同样规定其可以向执法机构提供证据证明自身虽然符合量化标准，但是未达到“守门人”地位。^②有学者言，“守门人”制度的出台在一定程度上可以看作是结构主义与本身违法原则在平台经济反垄断领域的回归，^③而本身违法原则在反垄断法发展的历程中逐渐“式微”，即是由于其过于僵化，从而遭受了以法经济学分析方法所代表的“合理原则”的批判。据前所述，我国互联网平台分级制度缘于当前平台经济反垄断规制技术与规制理念的困境，而实际上欧盟“守门人”制度的出台可以看作是出自同样的缘由。但是在允许结构主义与本身违法原则回归的基础上，欧盟仍然保持了一定谨慎。虽然平台企业提出抗辩的举证责任极大，并且要受到执法机构的再次审查，^④但是仍然允许平台企业能够提出抗辩，赋予其去除“守门人”名称及随附义务的权利。在我国《分类分级指南征求意见稿》中，未见有赋予平台对此种分级结果抗辩权利的条款。

此外，欧盟“守门人”认定标准和认定结果的动态化是建立在规定时间内执法机构对平台企业重新评估的基础之上，《数字市场法案》第4条规定执法机构应定期（至少每两年）审查所认定的“守门人”是否仍然符合认定标准。^⑤而在我国《分类分级指南征求意见稿》的第三部分“分级指南”中，仅有分级依据与分级方案的说明，未见有平台分级认定的时间范围规定。

平台经济反垄断规制转型的制度完善

欧盟《数字市场法案》在引起世界各国反垄断执法机构以及反垄断研究者关注的同时，亦受到了一些批判，譬如部分观点认为《数字市场法案》的出台是“剑指美国科技巨头”，^⑥概因根据法案规定的定量加定性标准，将被认定为“守门人”的都是美国的数字科技企业。纵然反垄断法的出现、发展天生具有政治性、宏观性，^⑦但本文无意就此进行评论，仅是于立法技术层面就平台经济的反垄断规制转型作出阐释，发现其中影响转型后规制理念落地与转型后规制模式建构的问题，并提出完善建议。而从这个意义上说，无论是互联网平台的责任设置、义务群设计，还是平台分级的认定标准，于立法技术层面我国确实存在较多尚待完善之处。

（一）以行政法规方式完善超大型平台事前义务责任体系

在国际反垄断实践中，反垄断指南既可以表现为“指南（guidance）”，亦可以表现为“通告（notice）”“最佳操作指引（best practice）”，虽然各国反垄断执法机构对其表述方式不一，但是指南的内涵相差无几。^⑧具言之，指南在反垄断实践当中仅有促进企业竞争合规与政府行为合规的功能，而平台经济的反垄断规制转型要求对平台施以特定义务，以事前规制的方式预防垄断行为之发生。保障事前义务履行的有效方式即是相应责任体系的建立，但囿于指南的特性，其无法设定包括行政处罚、没收非法所得在内的一系列处罚措施。因此，如何在我国的立法层级、结构安排中有效建立平台经济反垄断的事前责任体系，应当是平台反垄断规制转型的重点。

此问题有两种解决方案，一是在《反垄断法》中设置数字经济专章，^⑨在该章内容中嵌入平台经济的事前义务，并在“法律责任”一章确立相应责任。二是以行政法规的专门立法方式，实现对平台经济的事前规制。^⑩从事前义务表达体系设置及其立法技术等方面综合比较来看，^⑪以行政法规的专门立法方式或更具有可行性、科学性，其原因主要在于三方面。第一，是否有必要在《反垄断法》中设立数字经济专章当前还有较大争议，虽然数字经济的反垄断问题突出，但在传统工业经济领域如药品、汽车行业，也存在着比较严重的反垄断问题，国务院反垄断委

员会也为此专门出台了相关指南，为数字经济专门在《反垄断法》当中设立一章的必要性存疑。第二，从《反垄断法》的章节设置来看，我国《反垄断法》是以几个典型垄断行为的规制为逻辑架构而进行章节安排，也即除了总则、对涉嫌垄断行为的调查、法律责任、附则几章以外，是将垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中以及行政垄断各作为一章进行专门规定，为数字经济专门设立一个章节可能造成法律内部体系的不协调。此外，从公布的《反垄断法（修正草案）》来看，《反垄断法》的修订仍然延续了当前的章节设置，以数字经济专章的方式规定平台经济的事前义务与责任似已较为困难。第三，我国《行政处罚法》对行政处罚的种类和设定进行了专门规定，其中第11条规定“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。”由此，或可采用行政法规专门立法的方式完善平台经济的反垄断规制。

行政法规的专门立法方式可以简洁、精确地解决实践问题，同时可以避免数字经济专章纳入《反垄断法》而引起篇章结构的不适感。^⑩换言之，对于《落实主体责任指南征求意见稿》，应当提升其立法层级，克服反垄断指南仅具有操作指引功能的局限性，在专门性立法的行政法规中以权利—义务—责任的规范结构设置，真正实现我国平台经济反垄断的规制转型。此外，还需要说明其与《反垄断法》的关系，专门性立法通过以后应当成为《反垄断法》的下位法，在基本的原则方面仍然要遵循上位法之规定。只是二者在对平台经济的反垄断规制方面有所分工，现有反垄断法规则体系旨在从事后的角度对于经营者的反竞争行为予以规制，专门性立法更注重从事前的角度对相关主体设定义务并要求其承担相应责任，这就要求《反垄断法》预留援引性条款，明确互联网平台尤其是超大型平台应当遵守国务院反垄断机构制定的其他准则。

（二）为互联网平台设定多层次的义务群

平台经济仅是一个基于数字平台而产生各种经济关系的总称，在具体的实践中，平台经济的发展方式多样，各个互联网平台的经营模式、竞争方式亦存在较大差别，由此可能产生形态各异的反竞争行为，为所有互联网平台设定一个统一的事前义务体系可能无法应对互联网平台的个别性垄断行为。基础性与裁量性结合的多层次义务群有利于在解决平台经济共性垄断问题的同时有效应对个性问题。

通过对话确定的裁量性义务群是欧盟《数字市场法案》“守门人”制度的亮点，这对于执法机构的执法能力提出了较高要求。一方面，执法机构要对施以裁量性义务的互联网平台实时监测，确保其能够及时履行义务，预防个别性垄断行为的发生。另一方面，倘若先前决定所依据的信息发生错误，执法机构应当及时更新互联网平台义务并做出中止、变更、终止的决定。^⑪实际上，从我国近两年的反垄断执法实践来看，通过对话确定互联网平台的裁量性义务已经有了实践基础。市场监管部门近些年频繁采取的“约谈”措施即是通过对话的方式督促相关市场主体履行义务或为其划定相关责任，^⑫其在一定程度上起到了事前规制的作用。在执法能力保障上，无论是国家反垄断局的成立，还是其反垄断专业工作人员的招录，^⑬都旨在不断提高我国反垄断机构的执法能力，这为平台经济反垄断的规制转型奠定了良好基础。基于此，在立法层面上，应当赋予反垄断执法机构通过对话确定互联网平台尤其是超大型平台事前义务的权力，当然此类裁量性义务之确定必须要符合正当程序原则，促使反垄断执法机构与互联网平台能够在良性互动中共同保障平台经济的市场竞争秩序。

（三）加强平台分级认定的动态化

第一，应当明确反垄断执法机构认定平台分级的周期间隔，并公布认定结果。平台分级的

认定应由国家市场监管总局进行，此外鉴于平台经济的动态竞争特性，平台分级的认定间隔时间不宜过长，或可借鉴欧盟每两年一次进行定期审查的做法。认定结果应当及时公布，一是倘若平台企业对于公开结果持有异议，能够及时与执法机构沟通协商；二是要加强互联网平台尤其是超大型平台的社会共治。平台分级本意在于要求互联网平台承担维护特定领域互联网生态的责任，平台分级认定结果的及时公布有利于社会监督，实现平台经济反垄断规制转型的多元共治。^④

第二，加强认定标准的动态化。对于不符合定量标准，但是已经显示出对特定市场内经营者以及用户有较强限制能力的平台，反垄断执法机构应有权力将其认定为超大型平台。但需要说明的是，在实现认定标准的动态化上，欧盟《数字市场法案》提出的一个重要前提是仍然要求相关企业具有一定的经济规模、用户数量。换言之，即使其拥有较强的市场限制能力，但其被例外认定为“守门人”不能与原本“守门人”的定量标准相差太多，这凸显了欧盟反垄断执法的正当程序原则。具体至我国互联网平台分级，或可实现超大型平台与大型平台之间的动态转换，对于不符合超级平台定量标准的平台，倘若反垄断执法机构要将其认定为超级平台，应当要求其至少符合大型平台的定量标准，^⑤反垄断执法机构还应当对平台具有“超强的限制商户接触消费者（用户）的能力”作出详细说明。如此一方面有利于限制反垄断执法机构享有过大裁量权，另一方面则有助于避免部分平台企业以其不符合定量标准为由而逃避履行主体责任。

第三，加强认定结果的动态化。对于被认定为不同等级的互联网平台，应当赋予其向执法机构提出异议的权利，但倘若平台认为自己不符合超级平台、大型平台的认定标准，此时的举证责任应当转向平台自身。由此，无论是我国的互联网平台分级与落实主体责任，还是欧盟的“守门人”制度，在允许结构主义回归的基础上，要求反垄断执法仍然应当保持一定的谨慎，始终以正当程序保障互联网平台分级的审查、裁量性义务的确定以及义务履行之监督，在与平台企业沟通、协商中实现对平台经济的有效规制，共同促进平台市场的健康有序发展。

结论与展望

从制度发生学的角度来看，制度转型的生成逻辑大致分为两种，一种是制度决策者为应对环境变化、解决新生问题而主动发起的“意向性转型”或称“回应性转型”，另一种则是在制度实践裹挟中逐步调试、潜移默化发生的“适应性转型”。前一种制度转型主要依赖于决策者的科学判断与治理智慧，其往往具有明显的相对独立性，我国平台经济的规制转型便是如此。大抵是受到欧盟“守门人”制度的启发，又在我国互联网经济反垄断规制双重困境的刺激下，互联网平台分级与落实主体责任的制度决策明示了我国平台经济的反垄断规制转型的方向。事后向事前、一般向特别、静态向动态的规制转型模式既是域外成功经验的复刻，又是本土规制方案的创新，但要求平台经营者积极响应“无责任”的规制倡议甚至自主推进或匹配义务体系分化，显然不太现实，这正是该项制度“相对独立性”的表现。

在这个意义上，与其说本文指出的三重制度障碍是我国平台经济反垄断规制转型本身存在的问题，倒不如说是这样一种制度革新同当下规制环境间必然存在的“排异反应”。在这样的思维指引下，我们可以预期，即便该制度在当下仍处于建构与完善阶段，其在不久的将来也将逐步走入规范设定同实践行动间的良性循环，并最终消弭种种阻滞制度发展的“排异反应”。不过，

值得注意的是，未来该制度的有效运行或许将在很大程度上依赖于执法机构。因为通过前文分析不难发现，无论对于平台分级认定、主体裁量义务确定，还是主体责任落实的监督，反垄断执法机构及其执法能力都正在或即将面临更高、更大的挑战，这或许正是值得进一步研究的重点。

注释：

- ① 陈兵：《平台经济领域相关市场界定方法审视——以〈国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南〉第4条为中心的解读》，《法治研究》2021年第2期。
- ② 时建中：《共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究》，《中国法学》2020年第2期。
- ③ 马春庆：《为何用“行政效能”取代“行政效率”——兼论行政效能建设的内容和意义》，《中国行政管理》2003年第4期。
- ④ 李剑：《反垄断私人诉讼困境与反垄断执法的管制化发展》，《法学研究》2011年第5期。
- ⑤ 王佳佳：《掠夺性创新的反垄断规制》，《电子知识产权》2020年第6期。
- ⑥ 焦海涛：《我国反垄断法修订中比例原则的引入》，《华东政法大学学报》2020年第2期。
- ⑦ 《平台分类分级指南征求意见稿》第三部分规定。
- ⑧⑨⑩ 李世刚、包丁裕睿：《大型数字平台规制的新方向：特别化、前置化、动态化——欧盟〈数字市场法（草案）〉解析》，《法学杂志》2021年第9期。
- ⑪ 2021年11月23日，欧洲议会内部市场委员会正式通过了《数字市场法案》，但还并不意味着该法案的最终通过，欧洲议会全会将在12月份对《数字市场法案》进行最终表决。参见《欧盟通过〈数字市场法〉》，贸法通网，<http://www.ctils.com/articles/3588>。
- ⑫⑬⑭ 张钦昱：《数字经济反垄断规制的嬗变——“守门人”制度的突破》，《社会科学》2021年第10期。
- ⑮⑯⑰⑱⑲ Digital Market Act，欧盟委员会官网，https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf。
- ⑳ 全曼：《论欧盟反垄断法的目标及其体现——以“谷歌案”为视角》，《甘肃政法学院学报》2017年第6期。
- ㉑⑳ 郝俊洪、谭冰玉：《竞争政策视域下反垄断指南的定位研究——兼及竞争主管机构的塑造》，《经济体制改革》2017年第5期。
- ㉒ 吴沈、括胡然：《数字平台监管的欧盟新方案与中国镜鉴——围绕〈数字服务法案〉〈数字市场法案〉提案的探析》，《电子政务》2021年第2期。
- ㉓ 杨东、臧俊恒：《数字平台的反垄断规制》，《武汉大学

学报》（哲学社会科学版）2021年第2期。

- ㉔ 夏清华、姜汇阳：《规模与垄断如何影响企业商业模式创新——对熊彼特假说的新检验》，《学习与实践》2018年第4期。
- ㉕ 王晓晔：《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》，《法学评论》2020年第2期。
- ㉖ 杨东、周鑫：《数字经济反垄断国际最新发展与理论重构》，《中国应用法学》2021年第3期。
- ㉗ 许睿尧：《欧盟通过〈数字市场法〉剑指美国科技巨头，业界专家对此颇多异议》，界面新闻网：<https://m.jiemian.com/article/6848742.html>，2021年11月25日。
- ㉘ 譬如，美国的反垄断执法即会受到政党政治与党派忠诚的深刻影响，参见威廉·E.科瓦契奇：《美国联邦反垄断执法中的政治与党派忠诚》，赵鑫译，《竞争政策研究》2022年第1期。
- ㉙ 杨东、黄尹旭：《〈反垄断法〉设置数字经济专章研究》，《竞争政策研究》2021年第2期。
- ㉚ 由于涉及《反垄断法》逻辑结构这一“大局”，若想借修法契机设置专章，就必须承担立法学上极重的论证负担，否则可能本末倒置，引发事前义务与平台事前责任规范群的“表达冗余困境”，甚至损害《反垄断法》的体系完备性与逻辑严谨性。类似的规范“表达冗余困境”，可参见薛克鹏、赵鑫：《民法典时代我国消费者权表达体系的冗余困境与化解路径》，《法治社会》2021年第3期。
- ㉛ 《国家市场监督管理总局约谈平台企业将对“二选一”行为依法开展反垄断调查》，中国政府网，http://www.gov.cn/xinwen/2019-11/05/content_5449039.htm，2019年11月5日。
- ㉜ 王梦遥：《市场监管总局招录18名反垄断人员 执法力量将加强》，财新网，<https://china.caixin.com/2021-10-19/101788708.html>，2021年10月19日。
- ㉝ 王坤、周鲁耀：《平台企业的自治与共治》，《浙江学刊》2021年第1期。
- ㉞ 《分类分级指南征求意见稿》规定的大型平台认定标准为：在中国的上年度活跃用户不低于5000万（用户规模）、具有表现突出的平台主营业务（主营业务）、上年底市值（估值）不低于1000亿人民币（经济体量）。

编辑 孙冠豪