

论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战

杨 东

【作者简介】杨东,中国人民大学法学院。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2020.3.206~222

【基金项目】2020年度国家社科基金重大项目“健全以公平为原则的产权保护制度研究”(项目批准号:20ZDA049)。

一、问题的提出

此次新冠疫情在全球暴发深刻改变人类历史的进程,使得数字经济平台逐渐成为支撑和稳定经济运行的一种新型基础设施,加速数据地球的形成,确立了人类社会从工业经济到数字经济的历史分期的标志线。新冠疫情肆虐期间,钉钉、飞书、微信等远程办公平台之间的限制竞争也引发社会公众对数据垄断问题的关注。

诚然,既有的反垄断法分析框架在数字经济时代并无完全过时,此次反垄断法修订亦可以考虑秉持小修的谨慎态度。但由于在工业革命时代所形成的反垄断规则已无法完全适应数字经济时代的发展要求,数字经济发展及市场经济活动的日益复杂化都需要加强反垄断规制。针对平台、数据、算法三维竞争所依据的数字经济基本结构和原理已与工业经济的竞争要素结构和原理发生巨大变化,对反垄断法的理论框架和规制体系予以重构,对我国反垄断法来说既是挑战也是机遇。对反垄断法进行重构,不是简单的管制强化打压数字经济发展,而是在维护反垄断法地位的同时促进数字经济的竞争有序发展。我们应当跳出“放任不管”或“一管就死”的两个规制极端:既要鼓励数据的集中和共享,鼓励平台做大做强,通过区块链共票制度实现数据的确权、定价与交易,为数据治理赋能,推动数据共享和

必要的垄断。

二、反垄断法重构的理论基础:数字经济基本法律关系的形成

(一)数字经济平台成为新的法律主体

传统工业经济以“生产大爆炸”为根本,数字经济以“交易大爆炸”为核心。聚合了各类交易主体和交易行为的数字经济平台成为新型法律主体,其融合企业 and 市场功能、兼具行业协会、公益组织甚至政府等一定的公共属性,对国民经济起到支撑性稳定性作用的系统重要性新型基础设施。

(二)数据成为市场竞争的核心要素和法律客体

数据在社会生产过程中所承担的日益重要作用,很可能对现有的社会经济体制产生颠覆性变革,权利边界或所有权可能不是最重要,对数据的采集储存、交易流动、共享和价值实现、利益分配等一系列行为会产生新法律客体、法律主体的法律关系调整和重构的问题。

平台还会利用算法等技术力量继续强化其数据控制力或者流量入口,提高进入壁垒及排除市场竞争。以数据为内核驱动的商业模式,自动的定价算法对交易者进行追踪、预测与影响,甚至协助交易者进行策略,具有快速收集竞争者数据,并于瞬息之间决策与执行反应。算法已经发展到可以自动处理包括复杂运算和数据处理的重复任务。

三、平台、数据、算法三维结构对反垄断法的挑战

(一)理念挑战:是否规范平台和数据垄断

过高的进入壁垒,使得反垄断法在数字经济中扮演着愈发重要的角色,特别是当数字市场成熟时,反垄断法应发挥保护市场健康有序发展的重要功能。某些特定情形下,数字市场明显有必要进行竞争执法,通过反垄断执法去保护鼓励创新的竞争结构,阻止那些阻碍动态竞争过程的反竞争行为和妨碍合法竞争的排他性行为。

(二)市场挑战:平台数据垄断的双重效应

我们对平台、数据、算法三维竞争结构进行竞争规制时也需考虑其垄断对市场竞争有正面效应。共票是实现激发数据生产要素和数据共享价值实现后的利益分配机制,是以区块链为基础的机制创新,其突破了基于工业经济的传统法律对于数据权属界定划分,模糊数据权属重在数据共享和价值实现,并让每个参与者分享数据价值的红利,调动激发数据要素的市场机制。

(三)规范挑战:反垄断法的体系选择

价格中心型的分析路径并不适合数据驱动型市场,因为这些市场上的产品和服务往往免费提供,许多消费者已经习惯于不支付价格,并且潜在损害虽然显著但更难量化。平台经济的发展,数据与算法作为竞争要素地位的提升,以及隐私与创新方面的非价格竞争维度及相关损害理论的拓展,成为数字经济时代反垄断分析框架关注的重点。

四、构建平台、数据、算法三元融合反垄断法新规制体系

(一)平台、数据、算法三元融合的反垄断法新规制原理

数字平台的迅猛发展正在改变市场竞争的外在形式和内在元素,基于工业经济的现行反垄断法的某些原理和规则存在适用困境。近年来,国际竞争法制实务就平台、数据、算法等竞争议题开始高度关注和应对。

(二)反垄断法立法目的和价值体系的重构

在全球数字经济竞争和数据资源争夺愈演愈烈的背景下,我国应该选择新的反垄断周期,从竞争政

策和产业政策双向融合促进的高度重视颠覆式创新,将“鼓励创新”纳入反垄断的法律框架和价值目标体系,提供更适当的法律标准,为反垄断法在新经济、新业态以及知识产权竞争中的适用提供充分的价值基础。

在立法目的条款“维护消费者利益”中增加隐私和个人信息数据保护的内容。把《电子商务法》第35条吸收到反垄断法中,正式成为反垄断法的滥用市场优势条款之后,进一步参考日本法的经验,把平台内经营者改为交易相对人,即可解释为消费者,从而达到直接保护消费者包括隐私、个人信息数据保护的目的。我国的反垄断法在市场规制法的基础上,迎合新时代数字经济发展的需要,也要有私权保护的私法担当,重构反垄断法的价值体系。

(三)基于数字经济的反垄断法制度重构的建议

1. 在工业经济时代,交易双方因地位上的不对等而产生了一方可能利用自身的优势地位使另一方蒙受损失的可能性。在数字经济时代,这种地位上的不对等体现得更为明显,同时又与工业经济时代的优势地位产生显著差异。平台更容易利用依赖关系任意对平台内经营者施加不合理的限制、附加不合理的交易条件和收取不合理的费用。

应把《电子商务法》第35条内容进行升级改造之后吸收到反垄断法中进行规制重构,实现普遍意义上对滥用相对优势地位行为的规制,构建市场支配地位和相对优势地位双重规制模式。

2. 笔者以2011年开始的“3Q案”展开研究,明确提出界定相关市场必须充分考虑网络外部性、动态性创新和平台特征等多重特点,并进一步指出以相关市场为分析工具的互联网信息服务市场滥用市场支配地位的认定面临困境需要法律调整,要充分考虑技术标准和网络效应所带来的技术垄断力。

应考虑以数据及流量对价支付为基础构建相关市场界定的新方法。数据的及时性等特殊属性和网络24小时可实时交易的“交易大爆炸”市场结构,凸显了相关时间市场分析框架的重要性,在传统工业经济“生产大爆炸”市场竞争分析中没有发挥作用的相关时间市场,在数字经济时代可能成为比相关产

品和相关地域市场分析工具更加重要。

3.“头腾大战”、微信与飞书纠纷等案例其背后涉及数据的开放与拒绝使用问题。必要设施原则为规制数据拒绝接入行为提供了有益的借鉴。但不加区分地将数据界定为必要设施是一种误导和错误。在数字经济下,如果固守传统判例法的适用标准,则势必会加重举证责任,不利于保护弱者。

鉴于数字经济大型平台的强大力量有必要直接把必要设施原则导入立法中,成为成文法规则,并减轻举证责任。我国《反垄断法》修订不仅仅需要导入必须设施原则进行立法化,而且要扩大适用范围,既包括上下游的纵向关系(没有竞争关系),也包括横向的有竞争关系的情形;必要设施原则既可以打破必须以市场界定、市场支配地位的认定为前提的方式方法,按照相对优势地位理论逻辑和规制路径重构再造。还可以继续完善数据拒绝接入的认定要件,创新重构市场界定和市场支配地位的认定方法,提高通过必要设施原则规制数据拒绝接入行为的标准性和可操作性。

4.笔者2015年开始关注互联网平台的数据垄断问题,提出数据流量入口垄断问题,互联网平台通过技术设置实现流量劫持,阻止消费者访问竞争对手平台,引导消费者转向自身平台。通过技术端口的流量,阻碍了对不同平台的不同产品的数据开放和共享,影响数据作为生产要素的评价贡献,凸显了数字经济时代的流量竞争的法律风险。即是一种基于流量数据的新型卡特尔,也可以突破相关市场界定、市场份额等基于工业经济原理的静态结构分析框架,聚焦动态行为以及排除和限制竞争的实际危害后果来认定构成滥用市场支配地位或相对优势地位。

我国《电子商务法》第22条已绕开了相关市场界定,将技术优势、用户数量(其实是数据)和依赖关系等作为市场支配地位认定的新标准体系,更早实现了“数字经济反垄断法”,因此,建议将《电子商务法》第22条内容正式纳入《反垄断法》修订草案中。

5.监管范式方面,对数字经济的挑战强化了事前管制,与此相配套的事后管制也应该相应调整,不能照搬基于工业经济的滥用市场支配地位等的严厉处罚措施,而应设置与其行为性质相适应的相对较轻的处罚措施。

传统金融监管和包括竞争领域的市场监管侧重事后严厉处罚监管范式的主要原因,也是苦于监管技术和事前事中监管能力手段的缺乏。应借鉴金融监管,在现行反垄断的法律监管维度外增之以科技维度,形塑双维监管体系。

在利用区块链等新技术进行平台反垄断规制过程中,不宜对技术生搬硬套,应在制度上加以通盘考虑,需打破传统的监管路径依赖,采取“以链治链”,“法链”(RegChain),借助区块链技术来对进行监管。监管机构通过实时透明的共享账簿能够在结果恶化之前识别并予以回应,甚至可以将合规机制直接内嵌于区块链系统中,通过代码实现监管要求的执行。因此,借助区块链技术建立一套既能解决潜在市场失灵和监管失灵问题,又能够充分考虑新兴技术独特性的反垄断监管新范式。

结语

新的技术集群的颠覆式创新与发展对于法律都有很大挑战,但研究新技术与真问题,必须遵循法学和法律的基本逻辑和要素,需从新的法律主体、客体和法律关系理论和制度等各个方面开展研究。基于工业经济的反垄断法正面临经济学理论和法律规制体系的双重挑战,应以鼓励创新与隐私保护重构反垄断法立法目的和价值体系。法律与技术共治,参考金融监管增加科技维度,形塑双维监管体系,以区块链、大数据等技术为依托构建内嵌型技术驱动型包括将合规机制内嵌技术系统解决政府与市场双重失灵的有机监管路径,通过实时透明的共享账簿提前识别风险。需要有效解决超级平台的数据垄断问题,将数据的价值从超级平台独享到多方平台与用户实现数据价值的共建、共谋、共享和共治,为数字经济的核心领导力的不断提升贡献力量。