

数字市场反垄断法实施政策目标反思

叶卫平*

内容提要：随着数字市场经济规模扩张和市场集中度提升，差别定价、自我优待、搭售、排他性交易、扼杀式并购等垄断弊害开始凸显，强化反垄断的社会呼声渐起。为了有效回应数字市场的反垄断规制需求，我国反垄断法实施政策目标经历了从“包容审慎监管”到“强监管”再到“常态化监管”的演变。但是，过于频繁的政策目标调整，不利于市场主体形成稳定的行为预期；规制不足或者规制过度，都会减损规制的应有效果。如何在提升法律实施对经济变化的回应性的同时，避免不当实施对市场机制和经济活力的侵害，是当下反垄断法实施政策目标优化和制度建设过程中需要思考的关键问题。

关键词：数字市场 反垄断法实施 政策目标 规制失灵

近年来，数字技术的成功商业化应用，带来了数字经济的迅猛发展和经营模式、商业形态、市场结构、市场行为的深刻变化。不过，数字市场集中度提升和数字企业经营规模扩张，也导致了排他性交易、搭售、自我优待、扼杀式并购等行为的蔓延，强化反垄断监管的呼声渐起，欧盟、美国等国家和地区陆续进入数字市场反垄断强监管时期。2020年12月中央经济工作会议提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”要求，也是这一宏观政策变化的体现。从国家市场监督管理总局和行业主管部门的后续执法表现看，“强化反垄断和防止资本无序扩张”主要针对的是数字市场的规范。

不过，2022年10月《国务院关于数字经济发展情况的报告》和《国务院关于金融工作情况的报告》都提出“实施常态化监管”，^{〔1〕}这是数字市场监管目标开始从“强监管”调整为“常态

* 叶卫平，深圳大学法学院教授。

本文为国家社科基金重大项目“系统论视野下数字法治基本问题研究”（22&ZD201）、深圳大学高水平大学三期建设领军学者创新团队项目“数字时代创新与规制法治问题研究”（24LJXZ10）的阶段成果，并由人工智能与数字经济广东省实验室（深圳）开放课题“数字资产的权利归属和交易制度研究”（GML-KF-22-06）资助。

〔1〕 2022年10月28日国家发展和改革委员会主任何立峰所作的《国务院关于数字经济发展情况的报告》提出“完成平台经济专项整改，实施常态化监管”，中国人民银行行长易纲所作的《国务院关于金融工作情况的报告》提出“稳妥推进并尽快完成平台企业金融业务整改，实施常态化监管”。

化监管”的标志。2023年3月《第十四届全国人民代表大会第一次会议关于2022年国民经济和社会发展规划执行情况与2023年国民经济和社会发展规划的决议》在总结上一年度工作时给出的结论性意见是“实现平台经济常态化监管，平台经济规范健康持续发展的基础进一步夯实”，这是数字市场监管目标发生调整的进一步印证。如何评价监管目标变动的合理性？“常态化监管”是否意味着将大幅度降低数字市场反垄断法实施的范围和强度？更进一步地，如何恰当形塑我国反垄断法实施的应然政策目标？这是本文拟重点研讨的话题。

一、数字市场反垄断法实施政策目标定位及演变

法律目的对于法学研究和法律实践的重要性，正如罗斯科·庞德所说的：“法官、法学家和立法者的首要任务之一就是探讨有关法律目的——有关社会控制及作为其形式的法律秩序的目标——的一系列哲学的、政治的、经济的、伦理的思想观念，并由此指明为了实现上述目的，律令规则应当是什么样的。”〔2〕就反垄断法而言，其法律目标的确定尤为重要，原因在于：首先，反垄断法是经济高度发达之后的新型法律制度，该法所要回应的社会问题与传统法要回应的社会问题有着本质差异，制度复杂性程度大幅提升，清晰的目标定位非常必要。其次，反垄断法目标的确定向来争议不断，如在美国，芝加哥学派和民粹主义者围绕反托拉斯法价值的争议焦点是该法的价值目标是仅限于效率，还是应该兼容其他“竞争性”的价值，如一些不能纳入经济分析模型中的价值，或者一些在一定程度上需要牺牲经济效率而特别加以保护的价值等。〔3〕反垄断法目标的确定，已经超出了法律人的内部视角，经济学理论和经济分析方法的引入，进一步凸显了反垄断法经济效率目标和非经济效率目标之间的平衡取舍问题。〔4〕再次，反垄断法条文一般较为原则，该法的实施能否被有效组织，实施过程中的政策目标定位和实施尺度的把握至关重要。考虑到数字市场是新兴市场，其反垄断法规制过程中会遇到很多新情况新问题，加之反垄断法实施政策目标的专门研究相对匮乏，所以本文就主要着眼于数字市场反垄断法实施政策目标的研讨。

总体看来，我国数字市场反垄断法实施政策目标的形成和发展大致可以划分为实施政策目标探索时期、“包容审慎监管”时期、“强监管”时期和“常态化监管”时期四个阶段。其中，实施政策目标探索时期指的是实施政策目标被明确表述为“包容审慎监管”之前所对应的时期；“包容审慎监管”时期指的是自“包容审慎监管”目标提出到该目标被新的监管目标所取代所对应的时期；“强监管”时期指的是中央提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”要求及随后的强化施行时期；“常态化监管”时期是指监管政策被再次调整之后所对应的时期。具体而言：

其一，实施政策目标探索时期。《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）于

〔2〕〔美〕罗斯科·庞德：《法理学》（第一卷），余履雪译，法律出版社2007年版，第296-297页。

〔3〕参见叶卫平：《反垄断法的价值构造》，载《中国法学》2012年第3期。

〔4〕有关反垄断法经济效率目标和非经济效率目标的实现问题，参见李剑：《平台经济领域的反垄断法实施——以经济效率目标为出发点》，载《中外法学》2022年第1期。

2008年8月1日实施。相比于其他领域而言，数字市场的反垄断法实施显著滞后：在执法方面，自该法实施到2020年12月国家市场监督管理总局依法对阿里巴巴投资收购银泰商业股权、阅文集团收购新丽传媒股权、丰巢网络收购中邮智递三起未依法申报的经营者集中案件作出行政处罚决定之时，在公开报道中，数字经济领域没有适用《反垄断法》的案件；〔5〕在司法方面，自该法实施以来，仅有唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案（以下简称“人人百度案”），北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位纠纷案（以下简称“奇虎腾讯案”）等为数寥寥的有影响案例，而且上述案例均以原告败诉而告终。〔6〕显然，在实施初期，《反垄断法》没有对数字市场的垄断行为形成有效的制度约束，也没有在该领域形成明确的实施目标。

其二，“包容审慎监管”时期。2016年5月国务院印发的《2016年推进简政放权放管结合优化服务改革工作要点》中将“包容”作为探索审慎监管的重要方面，2017年1月发布的《国务院办公厅关于创新管理优化服务 培育壮大经济发展新动能 加快新旧动能接续转换的意见》中首次明确提出探索“动态包容审慎监管制度”。〔7〕自2017年起，“包容审慎监管”成为我国新业态主导性的监管目标，这一监管目标显然同样适用于数字市场反垄断这一场域。笔者以“包容审慎”作为关键词在北大法宝数据库进行中央法规全文检索，截至2024年1月28日包含该关键词的效力性文件中，法律性文件5部、行政法规40部、司法解释1部、部门规章201部、党内法规制度1部、行业规定1部；年度效力性文件出台的情况是2017年14部、2018年52部、2019年51部、2020年52部、2021年55部、2022年25部、2023年15部。〔8〕2017年之前没有包含“包容审慎”关键词的效力性文件。另外，从国务院不同年份规范性文件中的措辞，基本可以管窥文件制定机关对于“包容审慎监管”的语义内涵和适用范围的理解以及相应政策措施的推进程度。如2017年1月国务院办公厅初次提出“包容审慎监管”，在《国务院办公厅关于创新管理优化服务 培育壮大经济发展新动能 加快新旧动能接续转换的意见》中用的措辞是“探索动态包容审慎监管制度”，包括“包容处于发展初期的新业态发展”，但也要“不断促进规范发展”“同步研究科学有效的监管方法”。2017年6月《国务院办公厅关于印发全国深化简政放权放管结合优化服务改革电视电话会议重点任务分工方案的通知》提出“对新产业、新业态、新模式要积极探索包容审慎监管，对于看得准、有发展前景的，量身定制适当的监管模式；一时看不准的，要密切关注，为新兴生产力成长打开更大空间”。但是到了2018年，“包容审慎监管”就进入全面落实的阶段，如《国务院关于开展2018年国务院大督查的通知》中要求督查的事项就包括了“对新产业新业态新模式实施包容审慎监管情况”。2020年《国务院办公厅关于印发全国深化“放管服”改革优化营商环境电视电话会议重点任务分工方案的通知（2020）》的措辞则过渡为“创新包容审慎监管”，说明“包容审慎监管”进入了深化实施的阶段。

〔5〕 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。

〔6〕 参见北京市高级人民法院（2010）高民终字第489号民事判决书；中华人民共和国最高人民法院（2013）民三终字第4号民事判决书。

〔7〕 参见刘权：《数字经济视域下包容审慎监管的法治逻辑》，载《法学研究》2022年第4期。

〔8〕 参见北大法宝数据库，载 <https://www.pkulaw-com.ezproxy.lib.szu.edu.cn/>，最后访问时间：2024年1月28日。

其三，“强监管”时期。2020年12月是中国数字市场反垄断法实施的政策拐点。自从中央政治局会议和中央经济工作会议先后提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”要求之后，国家市场监督管理总局迅速公布了前文述及的三起数字经济领域的经营者集中行政处罚案件，另对17起平台企业违法实施经营者集中案件进行立案调查，并对阿里巴巴集团实施“二选一”行为涉嫌垄断案进行立案调查。^{〔9〕}2021年，国家市场监督管理总局查处了阿里巴巴集团和美团“二选一”垄断案，分别罚款182.28亿元和34.42亿元；审查涉及平台企业经营者集中申报案件40件，依法禁止游戏直播领域腾讯系虎牙与斗鱼合并；对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作出行政处罚，责令腾讯解除网络音乐独家版权；合计对98起互联网领域案件公开作出行政处罚，涉及国内众多主要平台企业。^{〔10〕}该年度数字经济领域案件查处的特点是案件数量特别多，处罚金额高，并且回应了之前一直没有得到充分回应的VIE架构案件的经营者集中审查问题。个别案件，如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，虽然处罚金额不高，但是对经营者商业经营模式进行了深度干预，影响深远。因此这一年被称为中国的“反垄断大年”^{〔11〕}、“中国平台经济反垄断元年”^{〔12〕}。

其四，“常态化监管”时期。2022年10月《国务院关于数字经济发展情况的报告》提出“支持和引导平台经济规范健康持续发展，完成平台经济专项整改，实施常态化监管”，这是国务院法规性文件明确平台经济将实施“常态化监管”。2023年国务院《政府工作报告》提出“大力发展数字经济，提升常态化监管水平，支持平台经济发展”，表明数字市场监管目标全面调整为“常态化监管”。相比较“包容审慎监管”而言，“常态化监管”在我国市场监管领域有着更长的政策历史。以“常态化监管”作为关键词在北大法宝数据库进行中央法规全文检索，最早出现“常态化监管”表述是在2008年，但是2008至2015年间，每年出台的中央法规中包含“常态化监管”表述的数量很低，最高的年份也仅为6部。之后这一数据显著提高，其中2016年为10部，2017年为18部，2019年为23部，2020年为23部，2021年为29部，2022年为24部，2023年为26部，2024年为1部，这些文件中，法律性文件2部，行政法规24部，司法解释9部，部门规章164部，党内法规制度4部。^{〔13〕}

在反垄断监管目标调整之后，反垄断执法力度显著降低，根据中国反垄断执法年度报告，2021—2023年度之间的执法数据对比情况是：2021年全年查处各类垄断案件175件，罚没金额235.92亿元；^{〔14〕}2022年全年依法办结各类垄断案件187件，罚没金额7.84亿元；^{〔15〕}2023

〔9〕 参见《中国反垄断年度执法报告（2020）》，载 https://www.gov.cn/xinwen/2021-09/24/content_5639102.htm，最后访问时间：2024年1月14日。

〔10〕 参见《中国反垄断年度执法报告（2021）》，载 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_bfac0acc333e4bd0be85adf099272047.html，最后访问时间：2024年1月14日。

〔11〕 王先林：《迈向持续性和常态化的中国反垄断》，载《中国价格监管与反垄断》2022年第3期，第25页。

〔12〕 参见兰磊：《我国平台经济领域反垄断指南的竞争政策评估》，载《竞争政策研究》2023年第6期，第36页。

〔13〕 参见北大法宝数据库，载 <https://www.pkulaw-com.ezproxy.lib.szu.edu.cn/>，最后访问时间：2024年1月28日。

〔14〕 参见《中国反垄断年度执法报告（2021）》，载 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_bfac0acc333e4bd0be85adf099272047.html，最后访问时间：2024年1月14日。

〔15〕 参见《中国反垄断年度执法报告（2022）》，载 <https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202306/P020230612294618624831.pdf>，最后访问时间：2024年1月14日。

年全年查处垄断协议、滥用市场支配地位案件 27 件，罚没金额 21.63 亿元。^[16] 如果聚焦到数字市场，相关执法数据对比更为悬殊：2021 年国家市场监管部门不仅查处了阿里巴巴集团“二选一”垄断案、美团“二选一”垄断案，而且公开处罚数字经济领域的违法实施经营者集中案件近百宗，2022 年国家市场监管部门全年只查处了知网垄断案这一宗数字经济领域的案件，2023 年没有国家市场监管部门查处数字经济领域案件的报道。

二、数字市场反垄断法实施政策目标演变的内在逻辑

一般而言，法律目标是由法的需求和供给两方面所共同决定的，数字市场反垄断法的实施目标同样如此。从需求层面看，数字市场的发展对反垄断规制的必要性、有效性和及时性等都提出了非常紧迫的要求。在规制必要性方面，21 世纪以来，数字经济得到了迅猛发展，2023 年 4 月发布的《数字中国发展报告（2022 年）》指出，2022 年我国数字经济规模达 50.2 万亿元，占 GDP 比重为 41.5%。^[17] 与此同时，巨型数字企业迅速崛起，“2022 年全球市值 100 强上市公司”中，前五名企业市值均超过万亿美元，数字企业占据了其中的四席，包括苹果、微软、谷歌的母公司 Alphabet 和亚马逊。^[18] 随着数字企业经济规模扩张和数字市场集中度提升，数字企业的行为模式发生了重大变化：其一，数字经济领域的并购浪潮风起云涌，根据学者统计，在 2010 年 1 月至 2021 年 7 月间，百度、阿里和腾讯三家企业分别发生了 40 起、78 起和 95 起并购活动。^[19] 这些并购活动显然应该纳入反垄断法的规制视野。其二，数字经济领域中出现的差别定价、自我优待、搭售、排他性交易、扼杀式并购等垄断行为，同样亟待法律作出回应。

在规制有效性和及时性方面，数字市场具有技术创新驱动、高网络外部性、平台经营是主导型商业经营模式以及数据是核心生产要素等经济技术特征。高密集度的技术创新、高网络外部性及规模经济性和范围经济性，决定了数字市场具有高成长性、高集中度以及动态竞争等特点；数字市场以平台经营为主导性商业组织方式，决定了交易复杂性程度的提升进而对相关市场界定和竞争损害分析都提出了更高的要求；数据成为关键性的生产要素和企业竞争优势所在，决定了跨界经营和跨界竞争成为数字企业的经营常态，进一步提高了相关市场界定和竞争损害分析的难度。以上四方面的经济技术特征都对反垄断规制提出了巨大挑战。

实践中，我国数字市场反垄断规制的有效性和及时性显著不足。如就 VIE 架构的规制而言，VIE 架构本是新浪公司在 2000 年所首倡的商业安排，最初的目的是让该公司在海外上市，

[16] 参见《中国反垄断年度执法报告（2023）》，载 <https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202406/P020240619381431996452.pdf>，最后访问时间：2024 年 6 月 24 日。

[17] 参见《2022 年我国数字经济规模达 50.2 万亿元》，载 https://www.gov.cn/yaowen/2023-04/28/content_5753561.htm，最后访问时间：2024 年 1 月 13 日。

[18] 参见《2022 全球市值 100 强上市公司排行榜》，载 <https://new.qq.com/rain/a/20220608A000QW00>，最后访问时间：2022 年 8 月 14 日。

[19] 参见张静：《超级数字平台猎杀式并购监管难题及监管政策应对》，载《宏观经济研究》2022 年第 4 期。

从行为的法律适用看，在涉及外商投资环节时，这种行为应该受到外商投资法的调整，在构成协议控制的情况下，则应该受到 2008 年实施的《反垄断法》的约束，不过直到 2020 年 12 月，才出现相应的应报未报反垄断执法案例。^[20] 再如就阿里巴巴“二选一”行为的规制而言，据报道，2013 年京东就曾公开表态商家被阿里巴巴强迫“二选一”，2015 年京东向国家工商行政管理总局实名举报阿里巴巴，2017 年京东在北京市高级人民法院正式起诉阿里巴巴“二选一”，该行政举报和民事诉讼分别到 2021 年和 2023 年才有着落：2021 年 4 月 10 日，国家市场监督管理总局认定阿里巴巴集团构成《反垄断法》第 17 条的“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易”的滥用市场支配地位行为，对其处以 182.28 亿元的高额罚款；2023 年 12 月 29 日，北京市高级人民法院作出判决，认定阿里巴巴滥用市场支配地位实施“二选一”的垄断行为成立，对京东造成严重侵害，并判决向京东赔偿 10 亿元。^[21] 很显然，相对于数字经济的蓬勃发展而言，数字市场的反垄断规制在很长时期内都没有及时和充分回应相应的法律实施需求。

从供给层面看，数字市场反垄断制度供给不足、供给过度或者供给无效的情况都在不同程度上存在着。

一方面，近年来数字市场反垄断监管力度显著增强。如前所述，中国自 2020 年底进入反垄断强监管时期。欧盟委员会则在 2017 至 2019 年就在谷歌购物案、谷歌安卓系统案和谷歌广告服务案中针对谷歌的自我优待、搭售、排他性交易等垄断行为分别给予了合计逾 80 亿欧元的巨额罚款，继而在数字经济领域启动了针对亚马逊、苹果、脸书和谷歌等公司的反垄断调查，并对苹果公司发出了异议声明。^[22] 美国众议院司法委员会 2019 年 6 月发起了针对线上市场竞争状况的调查，在调查期间委员会从被调查企业和第三方处共收集了接近 130 万份证据文件，举行了包括针对谷歌、亚马逊、苹果和脸书的首席执行官在内的 7 场听证会。^[23] 2020 年 10 月，司法部和 11 个州的总检察长一起在美国哥伦比亚地方法院提起了针对谷歌在搜索和搜索广告市场排他性行为的反垄断诉讼。^[24]

另一方面，人们对数字市场反垄断监管效果评价不一，数字市场反垄断监管的未来发展走向也不确定。从《反垄断法》的实施情况看，自该法实施以来，反垄断执法在垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中和滥用行政权力排除限制竞争等行为的查处方面都取得了巨大进展，但在数字经济领域，自 2008 年 8 月 1 日到 2020 年 12 月上旬，我国反垄断执法机关没有成功处理过

[20] 参见郭远：《VIE 架构的监管该何去何从——负面清单时代下的再审视》，载《东北大学学报（社会科学版）》2023 年第 5 期。

[21] 参见《京东诉阿里“二选一”获胜，还有更大的受益者》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_25840970，最后访问时间：2024 年 6 月 25 日。

[22] See European Commission, *Directorate-General for Competition, Report on Competition Policy 2020*, *Report on Competition Policy 2021*, available at https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/annual-reports_en, last visited on Aug. 11, 2022.

[23] See *Judiciary Committee Publishes Final Report on Competition in the Digital Marketplace*, available at <https://democrats-judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=5025>, last visited on Sept. 16, 2024.

[24] See *Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws*, available at <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>, last visited on Aug. 14, 2022.

数字市场的垄断案件，而在2010到2020年的十年期间，仅针对谷歌、亚马逊、苹果和脸书四家企业，欧盟和美国反垄断法实施机关就处理了数十宗案件。两相对比，足以说明中国反垄断法律制度在数字市场并没有有效施行。即便如此，欧美对其反垄断法的实施效果仍然是不满意的：欧盟2022年通过具有管制性质的《数字市场法》和《数字服务法》以加强对数字市场的规制力度；美国众议院司法委员会2021年通过了《美国在线创新与选择法案》《平台竞争和机会法案》《终止平台垄断法案》等六部法案，以期对数字平台企业形成更有力的外部约束，也遵循同样的立法逻辑。

数字市场反垄断的制度需求和供给特征显著影响了中国反垄断法实施政策目标的形塑。

首先，数字市场反垄断的复杂性和执法能力要求对该法的实施产生了显著影响。在执法领域，自《反垄断法》2008年8月实施到2020年12月之间，数字经济领域的反垄断执法几乎毫无进展，数字市场反垄断的复杂性和执法能力不足，是弱监管或不监管的重要原因。在司法领域，在我国早期数字市场的反垄断司法案例中，司法机关给反垄断法在该领域的实施设置了很高的门槛。如法院在“人人百度案”中以“唐山人人公司未能以充分的证据向本院证明其所主张的市场份额是源于科学、客观的经济分析而得出的结论”为由，拒绝了原告关于百度具有市场支配地位的主张。^[25]有学者认为，法院将市场界定作为必要的前置程序并对市场份额计算提出了更高的采用“经济分析”的证据要求，很大程度上扭曲了《反垄断法》的实施准则，提高了反垄断司法诉讼的门槛，并在无形中增加了反垄断司法诉讼的社会成本。^[26]在司法实施中，司法机关“求真”的特点非常显著，在当事人主义的诉讼模式下，“求真”的结果很容易演变成对原告一方举证责任的过高要求。^[27]在“奇虎腾讯案”中，最高人民法院在认定腾讯公司在即时通信市场有80%以上市场份额的同时，甚至没有援引《反垄断法》相关规定推定涉案企业具有市场支配地位，而是给互联网产业整体上贴上了“动态竞争”的标签，进而主动论证涉案企业没有构成市场支配地位，必然大幅度提高互联网企业违法认定的难度。^[28]

其次，现有执法体制设计没有充分保证反垄断执法机构的独立性和权威性，降低了执法机构的应有效能。在我国反垄断执法十周年之际，王晓晔研究员以国家发展和改革委员会2011年对中国电信中国联通案的调查为例，对我国反垄断执法的独立性问题作了反思，其基本判断是，“如果执法机关没有足够大的独立性，没有足够高的权威性，它的审案工作势必会受到其他政府机关或者与案件相关的其他机构的影响”，“一部法律再好，如果没有一个有效的和有权威的执法机关，法律会徒有其名”^[29]。执法机构的独立性受到质疑，是事出有因的，2007年出台《反垄断法》和2008年国务院关于反垄断执法机构设置的“三定”方案，确立的是双层架构、多元执

[25] 参见北京市第一中级人民法院（2009）中民初字第845号民事判决书。

[26] 参见唐要家、唐春晖：《数字平台反垄断相关市场界定》，载《财经问题研究》2021年第2期。

[27] 参见叶卫平：《反垄断法分析模式的中国选择》，载《中国社会科学》2017年第3期。

[28] 参见中华人民共和国最高人民法院（2013）民三终字第4号民事判决书。在2018年的Apple/Shazam案（Case M. 8788）中，欧盟委员会强调“在以高频率市场进入和短暂创新周期为特征的新近和快速成长的领域，市场份额可能并不是衡量市场力量的有效工具”，不过欧盟委员会同时认为该案涉及的市场被认定为成熟市场，不遵循上述逻辑。所以，将互联网产业整体认定为具有动态竞争特性，是不恰当的。

[29] 王晓晔：《我国反垄断执法10年：成就与挑战》，载《政法论丛》2018年第5期，第135、136页。

法的执法机制，但执法机关只是所在国家部委的一个司局级机构，机构的独立性和权威性必然难以得到保障。2018年国务院机构改革方案将三个国家部委的反垄断执法事权统一到新设机构国家市场监督管理总局，2021年国家反垄断局挂牌，都是对反垄断执法机构进行重新定位的改革尝试。但是到目前为止，一方面，反垄断执法机构仍然隶属于国家市场监督管理总局，并没有取得完全的独立性，另一方面，国家市场监督管理总局是国务院的直属机构，而不是其组成部门，执法的权威性也必然受到一定程度的影响。

实践中，市场监管的一般理念和监管要求，对反垄断执法工作也产生了显著的影响。以“包容审慎监管”目标的施行为例，在2017年1月发布的《国务院办公厅关于创新管理优化服务 培育壮大经济发展新动能 加快新旧动能接续转换的意见》提出“推行动态审慎监管，包容处于发展初期的新业态发展”的要求之后，“包容审慎监管”通过行政法规、规章和规范性文件迅速自上而下确立下来，并进而影响到2021年《中华人民共和国科技进步法》的修订。类似地，在2022年10月28日《国务院关于数字经济发展情况的报告》提出“实施常态化监管”之后，反垄断执法迅速降温，都体现了反垄断执法机制鲜明的行政主导特征。意识形态化的监管理念，削弱了实施机关作为专业性机构独立实施法律的力度。考虑到在数字经济领域，对于巨型数字平台企业的反垄断案件调查，可能由于案件影响巨大、被调查企业有着庞大的社会资源和影响力而使得调查搁浅，反垄断执法机构的独立性和权威性，仍然有待进一步提升。

再次，数字经济产业政策影响了反垄断制度的需求和供给，进而对实施目标的形塑产生了负面影响。在《反垄断法》实施之初，对于产业政策和竞争政策的协调，相关政府部门并没有清晰的认识。典型的例证是2008年工业和信息化部、国家发展和改革委员会、财政部三部委联合发布《关于深化电信体制改革的通告》，“鼓励中国电信收购中国联通CDMA网（包括资产和用户），中国联通与中国网通合并，中国卫通的基础电信业务并入中国电信，中国铁通并入中国移动”^[30]。但是电信重组过程中，相关电信企业没有向经营者集中审查机构申报，负责经营者集中审查的反垄断执法机关也没有对未申报行为展开调查。如果一个行业的全行业重组都不需要做经营者集中审查，很难想象经营者集中审查制度还有什么适用余地。

产业政策有功能性产业政策和选择性产业政策之别。前者仅在市场不充分不普遍等市场失灵情形下才对市场进行干预，与竞争政策相辅相成；后者不以市场失灵作为干预市场的前提，与竞争政策呈现此消彼长的相互替代关系。当选择性产业政策大行其道时，竞争政策就很难再有充分发挥作用的空间。2008年《反垄断法》实施以后，国务院在数字经济领域先后颁布《关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》（2010）、《“十二五”国家战略性新兴产业发展规划》（2012）、《促进大数据发展行动纲要》（2015）、《中国制造2025》（2015）、《“十三五”国家信息化规划》（2015）、《“十三五”国家战略性新兴产业发展规划》（2016）、《新一代人工智能发展规划》（2017）、《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》（2021）、《国务院办公厅关于同

[30] 《三部门24日联合发布关于深化电信体制改革的通告》，载 https://www.gov.cn/gzdt/2008-05/24/content_991345.htm，最后访问时间：2024年6月26日。

意建立数字经济发展部际联席会议制度的函》(2022)等法规性文件,都涉及数字产业的扶持发展。从文件内容看,以2010年《关于加快培育和发展战略性新兴产业的决定》为例,对数字产业的扶持,涉及产业集聚、实施重大产业工程、加大财政支持力度、发展产业技术创新联盟、鼓励建立专利联盟、形成一批具有国际影响力的大企业等具体产业政策措施或者发展目标设定。这些产业政策措施的出台,并不必然以市场失灵为前提,在不存在市场失灵情形下推行的产业政策,既可能影响市场机制在资源配置中的应然作用,也会压缩反垄断法的作用空间,并进而影响反垄断法实施机关实施法律的意愿。2015年国家工商行政管理总局网络商品交易监管司发布了《关于对阿里巴巴集团进行行政指导工作情况的白皮书》,^[31]但该白皮书很快被撤下,凸显了这一时期我国尚未对数字经济的规范与发展问题形成明确的规制思路,产业政策对反垄断法实施的影响由此可见一斑。

三、数字市场反垄断法实施政策目标的合理性基础

罗斯科·庞德在研究法律目的时,区分了在律令规则和法律原理中产生发展的法律目的和在法律思想中产生发展的法律目的,^[32]这些思考不仅提示了法律思想与法律实践之间的互动关系,也提示了法律目的是具体的、历史的。法律思想和法律实践之间的互动,使得法律目的的学术研究具有了实践意义。立法是具体的、历史的实践过程,这要求在确立法律目的时,必须立足于现实的各种约束性条件,同时,法律目的设定应该有其合理内核。按照这一思路评判反垄断法实施的政策目标,可以重点考量如下因素:

其一,政策目标的自洽性。伯克法官在谈到反托拉斯立法目标重要性时提到:“除非我们对一个问题作出坚定的解答,反托拉斯政策才可能被理性化:什么是反托拉斯法的立法目标?一切都将随我们对这一问题的解答而来。反托拉斯法官应该遵从一元还是多元价值目标?如果遵循多元价值目标,当价值目标冲突时如何进行取舍?只有目标问题得以解决,才能够形成具有内在一致性的反托拉斯实体制度体系。”^[33]伯克法官关注的问题是司法裁判的内在一致性和反托拉斯制度的理性化。在对国会早期立法资料进行梳理之后,伯克法官得出的研究结论是:“国会希望法院实施的亦即在案件处理中考虑的唯一价值就是我们今天所说的消费者福利,或者说实现财富或消费者需求满足的最大化。”^[34]与伯克所论证的美国联邦反托拉斯法是一元目标的观点完全不同,欧盟竞争法和我国反垄断法的多元价值目标定位是被广为接受的学界共识,在法律目标多元的情况下,目标之间具有逻辑自洽性是当然之理。法律目标之间保持自洽,制度的明确性和确定性才有保障。

其二,政策目标的回应性。P·诺内特和P·塞尔兹尼克把法律区分为作为压制性权力工具的法律(压制型法)、作为能够控制压制并维护自己完整性的一种特别制度的法律(自治型法)

[31] 参见《关于对阿里巴巴集团进行行政指导工作情况的白皮书》,载 https://www.cac.gov.cn/2015-01/28/c_1114162132.htm,最后访问时间:2024年10月10日。

[32] 参见〔美〕罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),余履雪译,法律出版社2007年版,第297-298页。

[33] Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, INC., 1978, p. 50.

[34] Robert H. Bork, *Legislative Intent and the Policy of Sherman Act*, 9 *The Journal of Law and Economics* 7, 16 (1966).

和作为回应各种社会需要和愿望的一种便利工具的法律（回应型法）三种类型。^{〔35〕} 压制型法、自治型法和回应型法是法在不同发展阶段所对应的理想类型。其中，压制型法旨在建立秩序，但是权力政治过度影响法律，必然以自由的丧失为代价；自治型法旨在实现程序公正，但是有法条主义和形式主义的倾向；回应型法旨在彰显法律的社会功能，实现实体正义，但是法律目的持续权威和法律秩序的完整性取决于设计更有能力的法律机构。现代法治建设的过程，也是法由压制型向自治型进而向回应型过渡以更好回应社会需求的过程。

其三，政策目标的稳定性。要保持法律的稳定性，法律就不能朝令夕改。同时，由于原则、规则、宗旨、价值等不同法律范畴的抽象性程度不同，其内在稳定性也有着明显差异。法律目标体现的是法律的概括性要求，应该具有更大的稳定性。政策目标的稳定性，有助于形成稳定的行为预期。就反垄断法而言，其制度的稳定性受到了很多挑战，我国学者较早关注到反垄断法律制度不确定性的特征，认为垄断的不确定性、违法认定原则的不确定性和域外适用的不确定性等大量的不确定性，是其他部门法所不曾有的。^{〔36〕} 在反垄断法这一制度特征之下，其实施机关更需要通过法律的施行明确法律实施的尺度，提高法律的确定性和明确性。

按照上述标准，我国反垄断法实施政策目标需要更具合理性，政策目标的自治性、回应性和稳定性都需要作不同程度的提升。具体而言：

首先，在政策目标自治性方面，需要反思“包容审慎监管”目标本身的合理性。从2017年1月发布的《国务院办公厅关于创新管理优化服务 培育壮大经济发展新动能 加快新旧动能接续转换的意见》和国务院2017年3月发布的《关于落实〈政府工作报告〉重点工作部门分工的意见》等法规性文件的定位看，之所以提出“包容审慎监管”，是为了“包容处于发展初期的新业态发展”“引导和促进新兴产业健康发展”。这种政策定位延伸到反垄断法领域，在一定程度上模糊了竞争政策和产业政策的边界，实践中非常可能导致在数字经济领域竞争政策需要整体性向产业政策让路的不良后果。在反垄断法中倡导“包容审慎监管”存在的问题有：第一，“包容审慎监管”与“有法可依、有法必依”的司法政策并不完全契合。国务院在市场监管领域出台的法规性文件不能违背《反垄断法》等立法规定，突破《反垄断法》的现行规定，对新产业新业态进行“礼让”，没有相应的法律依据。另外就语义本身，“包容审慎监管”也不宜作为普遍性的制度要求而存在。第二，按照经济学原理，理想的监管状态应该是实现最优监管，而不是最强监管、最弱监管或者不监管。规制过度或者规制不足，必将带来“假阳性错误”或者“假阴性错误”等负面规制效果。第三，应该看到，无论“包容审慎监管”的政策初衷是什么，在实践中已经出现了政策异化的现象，表面上宣称“包容审慎监管”，现实中蜕变成对数字经济中的违法行为放任自流，这也是《反垄断法》自实施之后一直到2020年12月中央政治局会议要求“强化反垄断和防止资本无序扩张”之时，反垄断执法机关没有查处任何一宗执法案件的原因所在。所以，无论是2020年“强监管”还是2022年“常态化监管”政策目标的确立，都是对“包容审慎监管”监管目标

〔35〕 参见〔美〕P·诺内特、P·塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》（修订版），季卫东、张志铭译，中国政法大学出版社2004年版，第16页。

〔36〕 参见沈敏荣：《反垄断法的性质》，载《中国法学》1998年第4期。

的否定。

其次，在政策目标回应性方面，需要改变监管上全有或者全无的“一刀切”做法。应该看到，无论是“包容审慎监管”，还是“强监管”，都旨在回应数字市场反垄断监管的需要。但是，考虑到数字市场反垄断问题的复杂性和反垄断监管的专业性，过于宽泛的实行政策目标设定并不会有助于实际问题的解决。对于数字市场反垄断监管问题及其解决，国内外学术界和实务界人士已经有了很多敏锐的思考。如在数字经济发展如日中天之际，美国众议院司法委员会主席杰罗尔德·纳德勒（Jerrold Nadler）在论述数字经济领域的垄断弊害时，特别援引了美国最高法院布兰代斯大法官的观点“我们必须做出选择，我们可以拥有民主，或者我们可以拥有集中在少数人手中的财富，但我们不能同时拥有两者”，进而指出：“亚马逊、苹果、脸书和谷歌的主导地位是有代价的……这些公司以侵蚀企业家精神、降低美国人在线隐私以及破坏自由和多样化媒体活力的方式行使他们的主导地位，结果是创新减少，消费者选择减少，民主被削弱。”^{〔37〕}原哥伦比亚大学法学院副教授、现任美国联邦贸易委员会主席莉娜·汗对现行的美国反托拉斯法分析框架的评价是：“当前的反托拉斯框架，特别是将竞争等同于‘消费者福利’，用短期价格和产出的经济效果来作为违法判断标准，没有抓住21世纪市场力量的结构。换句话说，如果我们仅仅通过价格和产出变化的视角来评价电子商务领域的市场竞争，亚马逊主导地位所导致的潜在竞争损害就无法被察觉，局限于这样的视角只会让我们对危险视而不见。”^{〔38〕}目前对于反垄断法应该如何回应数字市场带来的挑战，在美国的表现是新布兰代斯学派的崛起及其对此前处于联邦反托拉斯分析主导地位的芝加哥学派的批判，但是新布兰代斯学派是否能够构建起具有可接受性的新的反垄断分析范式，以及新布兰代斯学派学者是否能够持续发挥其政治影响力，仍然存在着较多的不确定因素。相对而言，欧盟竞争法走得更远，欧盟《数字市场法》所构建的数字守门人制度规则，一定程度上是为了简化反垄断违法认定的复杂程度，但是该制度的合理性和规制效果还需要进一步验证。总体看来，无论是对欧美还是对中国而言，最大限度地避免规制失灵，需要在商业复杂化程度、认知能力和制度规则之间建立恰当平衡，而不是一味消极执法或激进执法。在没有明确执法标准的情况下，过度包容或者过度压制，反而会扼杀经济的活力及其长足发展的可能。

再次，在政策目标的稳定性方面，需要改变当前应急式、运动式的法律实施模式，提升反垄断法制度运行的稳定性。“常态化监管”表述本身显然更有利于给市场以确定的反垄断法实施预期。当前需要反思的不是应急式、运动式执法本身，而是为什么必须做应急式、运动式的执法。以涉及协议控制（VIE架构）的并购问题的审查为例，商务部除了在2012年沃尔玛收购纽海控股股权案件中，涉及VIE并购案件的审查问题，此后就没有直面过VIE架构的审查案，尤其是互联网产业中的相关案例。2021年我国查处的数十起涉及互联网企业的执法案例，很多是此前未申报的涉及VIE架构的经营者集中案件。2020年之前执法机关审查VIE架构集中案件的主要

〔37〕 *Judiciary Committee Publishes Final Report on Competition in the Digital Marketplace*, available at <https://democrats-judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=5025>, last visited on Sept. 16th, 2024.

〔38〕 Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *Yale Law Journal* 716, 717 (2017).

障碍在哪里，为什么 2021 年可以实现对该类型案件审查的逆转，都值得反思。我国的反垄断法实施有着显著的行政主导特征，无论“包容审慎监管”“强监管”，还是“常态化监管”，都是在行政系统作出重大决定之后推行的。重大决策的形成机制以及决策的科学性、合理性、程序性等方面的问题，都需要作进一步反思。

四、数字市场反垄断法政策目标的发展前瞻

反垄断法本身是一个复杂的制度系统。美国联邦最高法院大法官布兰代斯对于反托拉斯和竞争的思考涉及多元价值、明智的立法、专业和有职业责任感的实施队伍、反垄断和部门监管的分工协调、竞争政策的试验性和渐进性定位等方面的内容。^[39] 美国前联邦贸易委员会主席科瓦西克认为：“竞争法系统有三项基础性的构成要素，作为‘操作系统’的法令和施行它们的机构、以分析方法和实施程序形式存在的各种‘应用’、在实施法令及其他规则的过程中所积累起来的‘专门知识’。”^[40] 显然，反垄断法实施绩效，是由其律令规则体系、实施体系以及法律实施的内外环境等因素所共同决定的。

我国数字市场反垄断法实施政策目标的嬗变过程，同样是反垄断法系统内外部因素交互影响下达至的：数字市场反垄断问题的复杂性和实施能力不足决定了数字市场反垄断长期以来裹足不前，“包容审慎监管”因此顺理成章地被接受为数字市场反垄断法的实施目标；当“强化反垄断和防止资本无序扩张”的政治要求作用于反垄断法实施系统之后，实施机关迅速将实施目标调整为“强监管”，应急式执法成为法律实施的主导模式；在“强化反垄断和防止资本无序扩张”的治理任务基本完成之后，反垄断法实施目标进而被调整为“常态化监管”。但是，何为“常态化监管”，如何实现“常态化监管”，仍然有很多问题需要进一步探讨。

很显然，我国上述实施政策目标的嬗变是一个强制性制度变迁的过程。^[41] 这种制度变迁的正面效应至少体现在：

其一，改变了数字市场长期以来几乎没有有效反垄断法实施的非正常状态。在数字经济领域，垄断纠纷案件并不鲜见。如互联网平台“二选一”行为肇始于 2010 年腾讯公司“致广大 QQ 用户的一封信”，信中要求 QQ 用户在 360 管家软件和 QQ 即时通信软件之间进行二选一，该案件以工信部等多部门介入、工信部责令两公司停止互相攻击并确保相关软件兼容和正常使用、向社会公开道歉而暂时了结。^[42] 由于该案的反垄断行政执法缺位，一、二审民事诉讼中原告均败

[39] See Jonathan Sallet, *Louis Brandeis: A Man for This Season*, 16 Colorado Technology Law Journal 365, 370 - 373 (2018).

[40] William E. Kovacic, *The United States and its Future Influence on Global Competition Policy*, 22 The George Mason Law Review 1157, 1161 (2015).

[41] 按照林毅夫教授的界定，“制度变迁区分为诱致性变迁和强制性变迁，前者是由于制度背后的决定因素的变动导致制度不均衡而自发产生的变迁，后者是由政府的主观愿望推动产生的变迁”。林毅夫：《我在经济学研究道路上的上下求索》，载《经济学》2018 年第 2 期，第 742 页。

[42] 参见《工业和信息化部责令 360 与 QQ 双方向社会公开道歉》，载 https://www.gov.cn/jrzq/2010-11/21/content_1750008.htm，最后访问时间：2024 年 6 月 27 日。

诉,此后“二选一”行为成为商业常态,“在国内近10年的互联网战争中,‘二选一’的概念最早出现于腾讯与360的‘3Q大战’之中,而后长期存在于电商、O2O等涉及众多商户、品牌商家的行业……一场场的‘二选一’交替上演”〔43〕。又如在2011年的淘宝商城事件中,中小商家对淘宝商城单方提高技术服务费等行为进行了激烈对抗,不仅对淘宝商城大卖家实施了“拍商品、给差评、拒付款”等恶意操作行为,还成立“反淘宝联盟”来抗争淘宝商城的涨价行为,在该事件中,有关公权机关更多是基于维稳的考虑,要求淘宝商城“积极回应中小商户的合理要求”,对涨价行为的法律定性,如是否构成超高定价,并没有给予回应。〔44〕除上述案例以外,我国数字市场领域的网络屏蔽行为、搭售行为、扼杀式并购行为、垄断协议行为等在2020年12月之前都有相关争议案件,但是均没有正式立案调查。《反垄断法》实施的前十余年时间内既罕见原告胜诉的司法案例,也没有任何适用该法的执法案例,监管不足必然放任脱法行为大行其道。因此,2020年12月中国经济工作会议提出的“强化反垄断和防止资本无序扩张”,是在数字市场适用反垄断法的转折点。

其二,推动了反垄断规则体系的完善和长期困扰反垄断执法的争议问题的解决。如在反垄断规则体系完善方面,在“强化反垄断和防止资本无序扩张”的政令出台之后,2021年国务院反垄断委员会出台的《关于平台经济领域的反垄断指南》,对平台经济领域相关市场界定、市场支配地位认定以及“二选一”“大数据杀熟”等行为类型的违法认定都作了具体规定;2022年修订的《反垄断法》中增加多处数字经济反垄断法调整的专门条款,如“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”“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”。在疑难问题解决方面,无论是对互联网企业协议控制案例集中审查的破局,还是对“二选一”行为、版权独家交易协议的明确违法认定,都使得反垄断法在数字经济领域的实施取得了实质性进展,并为未来数字经济领域类似反竞争行为的法律规范确立了标准。

其三,推动了反垄断法的机构建设并强化了实施机关的实施力量。强制性变迁的重要成果也表现在机构建设方面的重大突破和执法力量的加强:2021年11月国家反垄断局正式挂牌,该局是国务院新组建的副部级国家局,同时,国家市场监督管理总局官网新增了竞争政策协调司、反垄断执法一司、反垄断执法二司。〔45〕从人员规模看,2018年国务院机构改革之后,原先分别由商务部、国家发改委和国家工商行政管理总局承担的反垄断执法工作改为由国家市场监督管理总局负责,但是人员编制数目降到50人左右,低于此前三家机构反垄断执法人员的总数,但是在国家反垄断局设立之后,国家市场监督管理总局三个反垄断司局2022年和2023年公务员招录人数合计为29名,覆盖的专业包括经济法学、产业经济学、应用经济学等方向。〔46〕国家反垄断

〔43〕《中国互联网“二选一”简史》,载 <https://news.pedaily.cn/201904/442570.shtml>,最后访问时间:2024年6月27日。

〔44〕参见叶卫平:《平台经营者超高定价的反垄断法规制》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第3期。

〔45〕参见《国家反垄断局正式挂牌,三个新增司局职责披露》,载 https://www.guancha.cn/politics/2021_11_20_615578.shtml,最后访问时间:2024年6月29日。

〔46〕参见《反垄断执法人员再扩充:今年国考拟招11人,法学经济学背景》,载 <https://new.qq.com/rain/a/20221026A05LBZ00>,最后访问时间:2024年6月29日。

局的挂牌和执法力量的加强，有助于进一步提高反垄断法实施机构的独立性、权威性和实施能力。

在“强监管”政策目标下，2021年成为中国反垄断法实施的“大年”，在全年集中查处逾百宗的数字市场领域的违法案件。不过，也要看到，“强监管”模式也有其自身的弊端：

其一，“强监管”模式只能作为一种应急式的问题处理方式，其本身是无法持续的。一方面，从监管理论的角度看，威慑过度和威慑不足都不是监管的最佳状态，前者会产生假阳性错误，导致企业不敢作为，后者则产生假阴性错误，导致违法行为泛滥。所以只有在监管不足的背景下，提升监管强度，才会有效提升监管效能，但是在监管强度达到临界点之后，如果继续强化监管，只会适得其反，带来监管效能的下降。另一方面，“强监管”是政治驱动的，考虑到政治驱动本身成本高昂，“强监管”做法不可能一直作为政治行动的优先项。

其二，“强监管”是否会出现过于激进执法的情形或者产生威慑过度等未预期的执法后果，也是需要反思的。对2021年查处的阿里巴巴“二选一”案，有学者提出的批评意见有：本公告中详细从消费者端和商户端分别进行了相关市场界定的定性分析，但并没有对消费者端和商户端双边定性分析的逻辑关系进行详细说明；行政处罚决定书强调差异而不是替代性进行相关市场界定，缺乏理论基础；相关市场界定和市场势力测定需要分品类进行，并针对商品不同的品类进行定量分析；线上线下是否界定为同一相关市场需要进行更加详细的定量分析等。^[47]“强监管”所带来的寒蝉效应是显而易见的：有观点认为数据显示，从2022年初直至今日，腾讯、阿里、百度、字节等互联网大厂的投资次数与规模均在大幅下滑。今年三季度，我国互联网投融资案例数同比下跌39.2%，金额同比下跌74.3%。^[48]这也是反垄断法监管目标在2022年下半年得到再一次调整的重要原因。

其三，“强监管”带来了显著的监管叠加效应。2021年，在国家市场监督管理总局进行反垄断执法的同时，为了响应“强化反垄断和防止资本无序扩张”要求，有关部门还通过约谈、合规指导等方式，提出了不同层面的监管要求。如2021年5月到12月，国家市场监督管理总局部署开展了包括互联网领域在内的全国重点领域反不正当竞争执法专项行动；^[49]交通运输部、中央网信办、国家发改委、工业和信息化部等八部门针对平台公司抽成过高、随意调整计价规则、恶意压低运价等问题联合约谈十家交通运输新业态平台公司；^[50]工信部等国家部委提出了互联互通等监管要求；国家版权局、工业和信息化部、公安部、国家互联网信息办公室联合开展“剑网2021”专项行动，明确将严厉打击知识产权侵权行为；工信部有关业务部门召开了“屏蔽

[47] 参见易芳、包嘉豪：《数字经济背景下平台企业相关市场界定的量化研究——以阿里巴巴“二选一”案为例》，载《财经问题研究》2022年第2期。

[48] 参见《从1天投7亿到3天投1亿，正在转向的互联网创投江湖》，载 <https://www.huxiu.com/article/734300.html>，最后访问时间：2024年6月29日。

[49] 参见《2021年度重点领域反不正当竞争执法典型案例——网络虚假宣传篇（第二批）》，载 https://www.gov.cn/xinwen/2021-07/28/content_5627909.htm，最后访问时间：2024年6月29日。

[50] 参见《八部门对10家交通运输新业态平台公司进行联合约谈》，载 <http://finance.people.com.cn/n1/2021/0514/c1004-32103933.html>，最后访问时间：2024年6月29日。

网址链接问题行政指导会”，要求各平台必须按标准解除屏蔽，否则将依法采取处置措施^[51]等等。新时期出台的这些监管要求与反垄断监管是否会产生叠加效应进而对企业造成难以承受的监管负担，都需要关注。

所以，应急式的法律实施，既不是法律实施的最优状态，也不应是法律实施的常态。在未来反垄断法的实施过程中，真正实现“常态化监管”，需要总结反垄断法实施以来的经验和教训，在以下方面着力：

第一，进一步提升反垄断执法机构的独立性和权威性。数字市场反垄断规制长期以来的无所作为，与反垄断执法机构的独立性、权威性和专业性不足息息相关。就独立性而言，从国外的制度经验看，规制机构的独立性需要精巧的和具有系统性的制度安排，“所谓的独立规制机构并非完全独立于行政分支的一部分，而是指它因其机构成员的身份保障、合议制的决策程序和累计的专业经验，而相对于传统行政部门有更大的独立性，可以相对更加独立地形成特定专门领域的规制政策，依法作出具体决定”^[52]。2021年国家反垄断局得以设立，但目前的机构设置方法只是在国家市场监督管理总局的基础上加挂国家反垄断局的牌子，^[53]这与2023年《党和国家机构改革方案》中“将国家知识产权局由国家市场监督管理总局管理的国家局调整为国务院直属机构”^[54]的做法是非常不同的。执法机构的独立性是其执法效能的保障，也是可问责的基础，在未来的机构改革中，反垄断执法机构的独立性需要进一步提升。就权威性而言，规制机构是否具有权威性，与其授权来源、机构的独立性、机构层级、职能的明确性等因素具有相关性。“在众多国家的监管机构中，由于美国的监管机构兼具准立法、准司法和准行政的特征而表现出权威性较高，其他国家监管机构的权威性程度则差异较大，但总的来看，都表现出程度不等的权威性。”^[55]2020年12月中央经济工作会议提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”的要求，事实上就是通过政治背书的方式解决了反垄断执法权威性的问题，数字市场的执法工作因此得以全面展开。反垄断执法机构的权威性，需要在反垄断法的持续实施中得以体现。

第二，提升反垄断法实施对经济变化的回应性并妥善处理政策协调问题。数字市场反垄断监管的难点在于人们对数字经济发展规律认知的匮乏。波斯纳认为反垄断法规则是足够灵活的，能够有效回应新经济提出的挑战，^[56]显然高估了人们面对复杂问题时的处理能力。莉娜·汗严厉批判了“将竞争等同于‘消费者福利’，用短期价格和产出的经济效果来作为违法判断标准”等

[51] 参见《工信部：互联互通是互联网行业高质量发展的必然选择》，载 <https://new.qq.com/rain/a/20210914A04QRP00>，最后访问时间：2024年6月29日。

[52] 宋华琳：《美国行政法上的独立规制机构》，载《清华法学》2010年第6期，第70页。

[53] 参见《国家反垄断局正式挂牌，三个新增司局职责披露》，载 https://www.guancha.cn/politics/2021_11_20_615578.shtml，最后访问时间：2024年6月30日。

[54] 《中共中央 国务院印发〈党和国家机构改革方案〉》，载 https://www.gov.cn/zhengce/2023-03/16/content_5747072.htm，最后访问时间：2024年6月30日。

[55] 石涛：《国外专业性监管机构的发展及其启示》，载《上海行政学院学报》2018年第3期，第69页。

[56] 参见〔美〕理查德·A·波斯纳：《新经济中的反托拉斯》，王传辉译，载漆多俊主编：《经济法论丛》第6卷，中国方正出版社2002年版，第13页。

法律实践中的短视做法。^[57] 差之毫厘，谬以千里，如果司法裁判在每个个案中只是存在微小的假阴性错误，日积月累，也会形成巨大的法律实施偏差。而后一情形，远远比之前的个案偏差容易观察得多，这也是强化数字市场反垄断监管逐渐成为社会共识的原因所在。可以预见的是，随着数字市场的发展，人们对其的认知也在逐渐提升，反垄断法实施可以尝试在认知能力不足与进行常态化监管之间建立必要的平衡。就反垄断法实施中的政策协调问题，考虑到数字经济尚处于蓬勃发展的过程当中，并且未来对整体经济发展将继续发挥着引擎作用，数字经济在很长时期内都将是公共政策出台极为密集的场域。在这样的背景下，如何处理反垄断法实施与落实规范发展数字经济的政治决定、数字产业政策推进等之间的关系，都是需要迫切关注的问题。在反垄断法实施过程中，如果不能保证实施的相对独立性，盲目让竞争政策和反垄断法实施为产业政策或者其他公共政策让路，必然会本末倒置，弱化反垄断法律制度应有的效能。在涉及政策冲突情形时，反垄断法实施需要在不同经济公共政策中找到形成制度合力的最大公约数。

第三，强化反垄断法实体制度和程序制度的约束力。在滴滴和优步合并案中，滴滴出行2016年8月1日宣布收购优步中国，有学者分析，这两家公司并购之后，新公司在中国专车市场将占据87%以上的份额，在更细分的快车市场，市场份额接近100%。^[58] 市场集中度这样高的头部企业之间的合并，引起普遍的竞争关注是必然的。在2017年商务部的记者招待会上，商务部发言人表示，反垄断局已多次约谈滴滴出行，也正在根据《反垄断法》《国务院关于经营者集中申报标准的规定》《经营者集中申报办法》《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》对滴滴出行和优步中国合并案依法进行调查。^[59] 在2018年国务院新闻办公室举行的新闻发布会上，新设立的国家市场监督管理总局的相关官员针对该案件表示“我们正在研究互联网竞争规律和特点，全面分析评估该交易对市场竞争和行业发展的影响，严厉查处损害消费者权利的垄断行为”^[60]。不过直到今天，有关机关仍未公开发布对该案件的调查结果。强化反垄断法实施的实体制度和程序制度约束，保证反垄断法实施的公开透明，是当前反垄断法制度建设中的重中之重。

五、结 语

在数字经济大潮的冲击之下，反垄断法律制度出现了规制有效性受到严重挑战的窘境。修改现行反垄断法制度规则，强化反垄断法实施，引入管制性制度，都是反垄断法律系统作出的回应。但是，这些制度回应方案是否能够有效地应对数字经济蓬勃发展所带来的挑战，是否存在规制不足或者规制过度的问题，是否能够实现反垄断法所承载的制度价值，是包括中国在

[57] See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *Yale Law Journal* 716, 717 (2017).

[58] 参见张汉东：《滴滴优步合并的反垄断分析》，载《浙江经济》2016年第16期。

[59] 参见《商务部：正对滴滴和优步中国合并案进行反垄断调查》，载 https://www.guancha.cn/economy/2017_07_27_420218.shtml，最后访问时间：2024年6月30日。

[60] 陈雪柠：《滴滴优步合并案遭反垄断调查》，载《北京日报》2018年11月17日，转引自 <http://finance.people.com.cn/n1/2018/1117/c1004-30405880.html>，最后访问时间：2022年8月16日。

内的世界各国反垄断法所共同面对的难题。反垄断法实施政策目标不断调适的变迁过程，也是法治理想和制度实践之间往返流转的互动过程，在这个过程中，法律的程序公正和实体正义价值将得以彰显。

Abstract: As the economic scale of the digital market expands and the market concentration level of the digital market increases, monopoly evils such as price discrimination, self-preferencing, tying, exclusive dealing and killer acquisitions are coming to the fore. Accordingly, calls for tougher antitrust enforcement are growing in society. To effectively respond to the needs of antitrust enforcement in the digital market, the policy objectives of China's antitrust enforcement have evolved from "inclusive and prudent regulation" to "strict scrutiny", and then to "normalized regulation". However, overly frequent adjustments of policy objectives are not conducive to the formation of stable expectations of market behaviour on the part of market participants. Both under-enforcement and over-enforcement would undermine the desired effects of regulation. Therefore, the key issue to be considered in the process of policy objectives optimization and institution building in antitrust enforcement field is how to improve the responsiveness of enforcement of law to economic changes while avoiding interference with the market mechanism and economic vitality as a result of inappropriate enforcement.

Key Words: digital markets, antitrust enforcement, policy objectives, regulatory failure

(责任编辑：缪因知)