

“实验主义治理理论”视角下互联网平台公司的反垄断规制：困境与破局

“Experimentalist Governance” and Internet Platform Anti-trust Regulation: A New Approach

贾开

JIA Kai

【摘要】 作为典型的双边市场，边际成本为零以及间接网络效应都使得脱胎于工业时代的反垄断法律体系难以对以谷歌为代表的互联网平台公司做出有效规制。更为严重的是，快速变化的技术创新和日益复杂的商业模式使得互联网市场的不确定性空前膨胀，传统的基于“委托—代理”的反垄断治理模式已经面临困境。为适应治理环境的这种变化，理论界提出扬弃既有框架而代之以“实验主义治理”的解决方案。实验主义治理理论强调通过“改变现状”和“共同学习”等机制设计来解决多元合作的激励和不确定性的处理问题。本文试图通过对谷歌（欧洲）反垄断调查案的分析，说明实验主义治理理论在互联网平台反垄断领域的应用机理，并希望以此为起点继续探索未来的“破局”之道。

【关键词】 双边市场 不确定性 反垄断 实验主义治理

【中图分类号】 DF41 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2015) 05-0117-009

Abstract: As a typical two-sided market, both of the zero marginal cost and the indirect network effect affect the effectiveness of traditional legal system considering the anti-trust regulation of internet platform giant, such as Google. The growing uncertainty brought by rapid technical innovation and complex business model also makes things worse. To fit with the change of governance environment, scholars proposed a new theory named “Experimentalist Governance” to substitute the traditional way focusing on “Principal Agent” structure. The “Experimentalist Governance” mainly emphasizes the mechanism design to solve the practical problem, of which the two basic mechanisms include the “Destabilization Regimes” and the “Co-learning”. In this background, this article analyses the anti-trust investigation case against Google by the European Commission to prove how the “Experimentalist Governance” theory can be applied in this field and how these two mechanism are embodied in this case.

Key words: Two-sided market Uncertainty Anti-trust Experimental governance

【收稿日期】 2015-06-26

【作者简介】 贾开，男，1985年8月生，清华大学公共管理学院博士生，研究方向为规制理论、网络治理、互联网平台治理。

2014年12月,刚刚履职的欧盟竞争委员会主席玛格丽特宣布推迟对谷歌反垄断调查做出最终裁决。她在声明中说,谷歌反垄断案是“一个牵涉多方的复杂问题,尽管迅速发展的市场需要我们尽快做出决策,但我不得需要更多的时间和证据来考虑下一步的行动”^[1]。至此,这场已经持续多年的反垄断调查仍然只能继续等待下去。

欧盟的反垄断调查始于2010年18家欧洲公司针对谷歌的联合诉讼。2013年3月,欧盟反垄断机构公布了初步调查结果,宣布谷歌在以下四方面涉嫌滥用市场垄断权力。第一,搜索结果的显示问题。谷歌涉嫌故意清除竞争对手(即其他搜索引擎)的搜索结果,并在用户不知情的情况下将付费广告排在搜索页面的突出位置。第二,内容攫取问题。谷歌涉嫌未经原创者同意,即在其产品中随意引用第三方网站的原创内容,从而造成了原创网站流量的大幅下降,阻碍了中小企业的发展。第三,与第三方媒体间的强制协议问题。谷歌涉嫌强制要求第三方媒体(如报纸、出版商、门户网站)在其主页上只能显示谷歌广告或谷歌的搜索结果,从而挤压了其他搜索引擎的市场空间。第四,与商业公司的强制广告合同问题。谷歌涉嫌强制要求商业公司只能通过谷歌平台发布线上广告,而不能同时在其他搜索引擎上发布或推广。^[2]

但是,基于这四方面指控并不能最终判定谷歌违反了相关的反垄断法律。这一方面是因为反垄断调查机构缺少相应的数据来证明其结论,同时也是因为以谷歌为代表的互联网平台公司具有迥异于传统工业巨头的特殊性质,使得脱胎于工业时代的反垄断理论,以及建基之上的法律体系,都难以适应迅速发展的互联网产业,这便构成了当前互联网领域的治理困局。也正因为如此,针对谷歌的反垄断调查才屡经波折,迟迟不能落下“法槌”^[3]。事实上,如果不对传统反垄断法律体系做出与时俱进的适当调整,就算给再多时间,针对互联网巨头的反垄断调查可能依然得不出任何令人信服的结论。

本文即试图针对互联网平台公司的反垄断规制问题做出分析,阐述传统反垄断法律体系在应对新兴产业模式时的不足,并进一步以欧盟针对

谷歌的反垄断调查为例,从“实验主义治理”的理论视角提出可能的破局之道。全文共分为四个部分。第一部分对当前反垄断规制困境的起因与表现做出分析。第二部分阐述“实验主义治理”理论的基本内涵。第三部分结合欧盟案例解释实验主义治理理论,特别是“改变现状”和“共同学习”等机制在其中的体现与应用。最后对全文进行总结。

一、互联网平台公司反垄断规制的困境：“双边市场”与“不确定性”的挑战

传统反垄断理论脱胎于工业时代,旨在对影响市场竞争的企业联合行为进行限制。也正因为如此,美国的“反垄断法”同时被称为“反托拉斯法”。企业为维持垄断利润而控制生产,从而导致供给不足且价格过高,以及相应地资源配置效率的损失——这便是反垄断法的立法缘由。经过长期发展之后,反垄断法形成了一整套判定企业是否涉嫌滥用市场支配地位的经济工具,即“三阶段理论”:对所涉产品的相关市场进行界定、判断被诉企业是否在该相关市场范围内构成支配地位、如果构成支配地位该企业是否滥用其市场控制权。^[4]在这三个步骤中,相关市场界定是竞争分析的出发点和基本前提,传统上通过假定垄断者测试(SSNIP)等方法来对此做出判断。^[5]但就互联网企业而言,这些传统的法律手段将面临失效的尴尬局面。SSNIP通过假定产品价格上涨,消费者是否选择替代商品来判断相关市场的范围,但包括搜索引擎在内的各类型互联网服务基本上是免费为消费者提供——换句话说,搜索引擎服务的供需双方并不存在基于价格的交易行为,也就不存在因交易价格变化而引起交易数量变化的问题,市场界定因此无从谈起。^[6]但即使假设互联网服务存在一定价格,我们仍然难以准确界定相关市场,原因就在于包括谷歌在内的互联网平台企业是典型的“双边市场”^[7]。双边市场意味着此时的交易行为涉及三方主体:提供服务的平台方(如谷歌)、接受服务的用户(如消费者)以及接入平台的第三方

(如网络内容提供商)。用户效用在很大程度上取决于第三方的繁荣程度——换句话说,消费者是否选择替代商品的消费行为不仅取决于单边市场下的供需弹性,还取决于双边市场间的交叉弹性,但当前还没有合适的手段来测量后者。^[8]

如果说反垄断法律体系在当前的不适应仅限于上述技术层面,那问题还不至于太严重,通过研究方法的改进或者数据的完善,我们可以很好地解决相关市场界定和双边市场交叉弹性的计算问题。但事实上,互联网产业所带来的冲击远不止于此,快速变化的技术创新和日益复杂的商业模式所带来的不确定性才是问题的关键。

传统反垄断法本质上是建立在“委托—代理”关系基础上的“科层式”治理体系。委托者(立法者相对于规制机构、上级规制机构相对于其下级)具有明确的规制目标,并充分理解实现该规制目标的途径与方法。在配以适当资源并根据既定规则进行问责的条件下,委托者可以激励其他参与者——即代理人——去实现目标。但现在的问题是,面对快速变化的技术创新和日益复杂的商业模式,委托者给不出明确的目标和规则,而代理人也难以实现在既定框架下执行工作。

改变层级式的治理结构,将拥有相关知识的多个主体纳入其中的多元治理理论可能是解决“委托—代理”困境的途径之一。多元治理理论最初由罗西瑙^[9]、罗茨^[10]等人提出,后经奥斯特罗姆夫妇^[11]发展并应用于公共问题的治理研究。多元治理理论在实质上改变了政府在治理过程中的垄断角色,鼓励并试图形成“各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务”的“共治”局面。^[12]多元治理理论的核心要素是承认治理的权威不仅来源于政府,同时也来源于其他社会公共机构和行为者。在此基础上,多元治理理论强调通过合作网络来承担并提供公共产品。^[13]

但即使如此,多元治理理论仍然不足以构成反垄断规制体系重建的全部理论基础,因为它并没有能够很好地回答合作治理的微观机制问题。具体而言,多元治理理论虽然指出了多元参与的重要性,但却没有回答“多方主体为什么愿意参与,以及如何参与”这两个关键问题。前者涉及多元主体参与的动机激励,而后者则主要包括多

元主体合作的协调机制。

就互联网产业的现实情况而言,不确定性带来的问题尤为严重,因为即使是最了解其技术属性和商业模式的谷歌公司本身,它对互联网未来发展的可能性也一无所知——否则它就不需要因错误判断Java的应用前景而只能眼睁睁看着甲骨文公司在安卓市场的庞大利润中分一杯羹^[14],否则它也就不需要因忽视社交媒体市场而只能对脸书、推特的出现束手无策^[15]。互联网产业的零门槛使得未来的一切都被赋予了不确定性。另一方面,机制设计理论已经证明,在信息不对称的情况下,处于不同约束条件的行为主体会从不同的动机出发,策略性地扭曲真实信息,从而导致规制的失效。^[16]也正因为如此,反垄断规制机构认为被规制者能够诚实提供信息的假设无疑是“空中楼阁”。在这种情况下,解决的办法便不仅仅只是如多元治理理论所强调的“将具备相关知识的局内人汇集在一起”,我们更需要建设一个能够充分激励相关主体参与合作治理以有效应对不确定性的动态机制——而这便是实验主义治理理论所蕴藏的基本含义。

二、“实验主义治理理论”的基本内涵：“改变现状”与“共同学习”机制

实验主义治理源于哥伦比亚大学法学院教授 Charles F. Sabel 和阿姆斯特丹大学公共政策教授 Jonathan Zeitlin 对欧盟治理政策的总结性思考和提炼。^[17]欧盟治理面对的基本困境是不存在支配一切的政府权威能够设置共同目标,而各国的条件和实践的多样性使得采用和执行统一规则相当困难。在这样的背景下,传统的治理方式根本无法应对多头政治和政策多样性带来的挑战,实验主义治理便应运而生。

实验主义治理的理论起点可被形容为“改变现状”机制 (Destabilization Regimes), 它“赋予了个人或集体以松动或挑战当前制度的权利及能力”^[18]。这里的“当前制度”既包括政府主导下形成的法律法规或公共政策,也包括企业、媒体等其他主体形成的既有利益格局。也正因为如

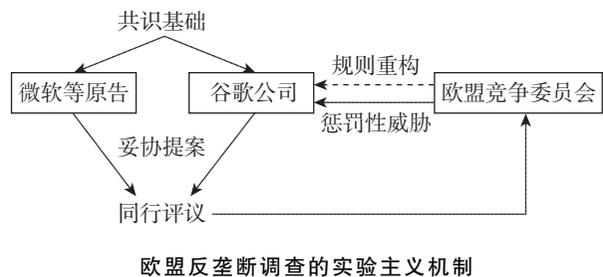
此,“改变现状”机制改变了各方所处的约束环境,在事实上成为激励多方主体参与的重要制度设计。一方面,从政府的角度来看,“改变现状”机制要求政府通过公开评议、公开论证的方式,接受其他主体对于公共政策的批评与建议并做出改进;另一方面,从其他主体的角度来看,通过政府对其他主体施加的“不合作”成本,“改变现状”机制“迫使”各方主体积极参与合作治理,并主动寻找能够更好地解决当前问题的新方案。

“改变现状”机制从以上两个方面激励了政府与非政府等多元主体参与治理过程。在此基础上,实验主义治理又进一步通过“共同学习”机制协调各主体间的合作行为。^[19]“共同学习”机制包括四方面内容:大致的框架目标、参与者的自由裁量、基于同行评议的动态评估,以及根据评估结果的反馈修正。框架性目标并不具体规定参与者的行为范式,而自由裁量权又赋予了参与者自主实现框架性目标的能力,这二者构成了“共同学习机制”的基础;但同时,参与者的自由裁量并非不受限制,基于同行评议的动态评估为其提供了“枷锁”。参与者需要定期汇报绩效并接受同行评估,而如果某一解决方案得到了肯定,推动规则的修正以体现其功效便成为下一步的任务。由此,实验主义治理下的“共同学习机制”实现了动态反馈。

欧盟竞争委员会针对谷歌公司的反垄断调查案便充分体现了实验主义治理机制的基本内涵。欧盟竞争委员会进行反垄断规制的目标是维护市场竞争、促进创新和效率的提升。这一目标又被细分为两个方面,即反对滥用垄断权力和反对限制竞争的市场行为,前者主要针对处于垄断地位的企业,而后者主要针对公司间限制竞争的协议行为。^[20]但正如前文所说,互联网平台的“双边市场”特性以及日益增加的不确定性都使得欧盟竞争委员会在实现上述宽泛性目标过程中面临巨大挑战。这主要体现在以下两个方面。第一,竞争委员会需要翔实的市场数据以证明谷歌是否滥用其垄断市场地位;而一旦证明谷歌的确滥用其垄断权力,竞争委员会又需要足够的工具或手段来对其进行规制。但事实上,规制机构根本无法单独完成这两个工作,信息的不对称以及经验的

缺乏都使得它们只能依靠一线的市场主体。因而,如何发动包括谷歌自身在内的各个市场主体参与调查工作,就成为竞争委员会需要解决的首要问题。第二,市场主体本身也存在局限性,不确定的市场环境和技术创新都使得它们在面对未来时充满疑虑。在此情况下,即使谷歌本身愿意完全诚实地共享信息,规制行为仍然面临系统性失灵。而正是在这一点上,实验主义治理所倡导的“共同而持续的学习机制”才体现了其价值所在。

下图从整体上展示了欧盟针对谷歌的反垄断调查的基本框架。接下来本文的第三部分将更加详细地说明,“改变现状”和“共同学习”这两个实验主义治理机制如何体现于中。通过对此的阐述,本文将试图从实验主义治理理论的角度来解释欧盟互联网反垄断规制机制,并以期对未来更多的制度创新提供思想参考。



三、互联网平台反垄断规制困境破局：实验主义治理理论的应用

(一)“改变现状”机制下促进多方合作

多元治理理论强调治理过程中的多方参与,但它没有回答,或者说没有清楚解释,多方主体为什么愿意做出可信承诺并参与到治理当中。既得利益的冲突、共识信念的瓦解、权力分布的不平衡都可能导致合作行为的破产。但另一方面,面对复杂多变且信息高度不对称的治理环境,多方参与已经成为难以避免的必然选择。

实验主义治理理论指导下“改变现状”的机制设计成为平衡这两方面矛盾的有效途径。上文已经提到,多元主体参与合作治理的激励困境,本质是其在一定约束条件下“成本—收

益”分析的不确定。在“改变现状”机制下，“不合作将带来更坏结果”的制度成本将改变多元主体的行为约束条件，打破原有的“成本—收益”天平。需要特别注意的是，不同于传统监管对于“事后违反”成本的强调，“改变现状”机制更加强调“事前违反”的制度成本。也正因为如此，“改变现状”机制才能够对多元主体的事前决策产生影响，从而最终实现激励兼容的治理目标。

但这里的问题是，如何开启既有规则的重构过程？受限于既存的结构障碍，重构规则往往不得面对能力约束和权力配置方面的挑战。要打破并最终实现既有规则的动态重构，便牵涉到美国著名批判法学家罗伯特·昂格尔提出的“改变现状权”（Destabilization Rights）。昂格尔提出，“改变现状权保护公民打破那些对日常冲突的改变现状效果保持封闭，因此仍然维持着隔离状态的权力和优势等级的大型组织或扩展的社会实践领域的利益”，而在经验上“实现改变现状权，也就是把打破构架的集体利益与避免压迫的个人利益联系起来”^[21]。换句话说，改变现状权赋予了个体打破禁锢的权利，以防止在既存规则下形成固化等级和特权。实验主义治理理论下的“改变现状”机制则将这种权利制度化，试图通过“制度压力激发当事人打破既有状态的动力，并促使其寻找合理和更好的改进方法”^[22]。事实上，反垄断法也是“改变现状”机制的很好体现，它从法律上赋予了个体打破市场垄断力量的能力，从而为市场结构的重塑提供了空间。

“改变现状”机制的具体实现形式多种多样，其中最直接的便是通过“惩罚性默认”来实现。^[23]“惩罚性默认”的制度逻辑是，通过威胁参与者如果不积极参与，他们将得到显而易见的更坏结果，从而促成各方主体间的合作行为。^[24]这种威胁的效力来源可能有两个方面：国家权威的强制力，以及规制机构的独立惩罚权。前者威胁实际上已经被赋予独立事务权的个体，国家将重新涉入其相关事务并成为主导者；后者通过独立的惩罚权力来惩罚不愿意进行促进互惠和公共利益探索而只顾自己利益的短视行为。不管是哪种情况，即使参与者之间缺乏合作共识，在面对

潜在威胁的情况下他们也愿意做出妥协以防止更坏结果的发生。此处需要额外说明的是，不同参与者之间实际上并不缺乏共同价值与文化共识的基础——这一点将在后文关于“共同学习”机制的阐述中得到更充分的说明。从这个角度讲，“惩罚性默认”更像是限制投机者的“底线”机制，而非激励扭曲的强制性措施。也正因为如此，这种机制才能够长久而稳定地持续下去。

就欧盟针对谷歌的反垄断调查而言，“惩罚性默认”机制主要体现在欧盟竞争委员会对于调查结果的方式选择上。欧盟的反垄断调查包含两种处理结果：禁止性决定（prohibition decision）和承诺性决定（commitment decision）。^[25]前者是指欧盟竞争委员做出的禁止涉事公司开展违法行为的决定，并同时伴随巨额罚款；而后者则指规制机构接受涉事公司主动提出的妥协方案并中止当前的反垄断调查。二者的区别主要体现在两个方面。^[26]首先，罚款数额方面。禁止性决定中的巨额罚款最高能达到涉事公司当年营收的30%，且还需乘以规制机构认定的该项违法行为所持续的年限。就谷歌反垄断调查案而言，一旦欧盟竞争委员会对其做出禁止性决定，谷歌面临的罚款将可能高达60亿美元。^[27]但反过来，承诺性决定却不包含任何罚款。罚款数额方面的强烈反差将是涉事公司是否愿意参与合作的巨大动力。第二，调查程序和成本方面。根据欧盟的反垄断调查程序规定，如果规制机构接受涉事公司所提出的妥协方案，反垄断调查将中止；否则规制机构将持续开展全面、深入的调查工作，以最终确认涉事公司滥用垄断权或限制市场竞争的行为。而这样的持续调查不管是对于规制机构还是涉事公司来说，都将是巨大的成本负担。在此处，禁止性决定便是“惩罚性默认”机制的存在。如果谷歌不主动配合规制机构的反垄断调查，并提出适当的、能够为多方所接受的妥协方案，那么谷歌面临的将是其难以承受的巨额惩罚和冗长的调查过程。

欧盟反垄断调查对于“惩罚性默认”机制的纳入是从2003年改革开始的。截至2013年年底的一项调查显示，承诺性决定一度占到规制机构所有处理决定的三分之一；在诸如互联网产业这类市场变化和技术创新都非常迅速的领域，这一

比例甚至高达50%。^[28]作为不同于传统治理方式的新型机制,能在牵涉金额巨大且影响范围极为广泛的反垄断政策领域起到如此重要的作用,充分体现了实验主义治理理论下“改变现状”机制在当前复杂而多变的市场环境下的适应性。

需要注意的是,“改变现状权”并非只是“破而不立”,它不仅仅只是说明个人或集体应该且有能力松动既有不合理的规则,它同时还蕴涵着规则重构的可能性。例如借助“惩罚性默认”机制的“威胁”,规制机构不仅打破了各方对于当前规则的墨守,同时也推动了多方协商与合作的形成,而这种协商与合作正是推动新规则形成的必要条件。就欧盟竞争委员会针对谷歌的反垄断调查案而言,“规则重构”也正是规制机构试图通过冗长的调查过程而最终实现的目的。

就此案而言,“规则重构”主要体现在欧盟竞争委员会对于谷歌所提出的妥协方案的“法定化”过程。^[29]根据欧盟反垄断法规定,一旦各方在妥协方案上形成了共识,规制机构将使之法律化,并具有强制性的法律约束力。谷歌针对规制机构以及原告方所关注的四个问题而提出的改进方案,如果得到了各方的接受,欧盟竞争委员会将使之对于谷歌来说具有法律约束力,并会指派一个独立机构监督该方案是否被严格实施。如果谷歌随后违背了其所做出的改进承诺,它将被处于巨额罚款,而针对它的反垄断调查将会再次重新开启。换句话说,参与者本人所提出的方案成为了新规则的来源,而这样的方案在经过多方协商之后进一步固化成为新规则本身。在未来的实施过程中,如果再次出现其他问题,在“改变现状”的呼声中,反垄断调查将重新开启,新一轮的“妥协方案”和“重构规则”将再次被提上日程。

(二)“共同学习”机制下处理不确定性

正如前文所说,实验主义治理的“共同学习”机制包含四方面内容,它们共同构成了一个“临时性目标设置与修正的递归过程”。^[30]由于环境的复杂性和不确定性,治理的目标、标准甚至决策程序本身,都被参与者根据同行评议所反映的结果,或者根据相互学习所展现出的未来可能性适时修正。换句话说,在实验主义治理之下,

目标是可变的,既定的规则是不存在的;它们都会基于评议结果进行修正,并在临时性目标的设置与修正之间反馈迭代、循环往复,而这即构成了实验主义治理下共同而持续的学习过程。

此处需要说明的是,尽管实验主义治理理论强调治理规则在变动环境中的适应性和灵活性,但这丝毫不减弱规则本身的强制力和约束力。不同于软法所强调的不依靠国家强制力保证实施的规范,实验主义治理下的动态规则在其效力范围内仍然是强制性的。事实上,实验主义突破了“公—私”二元划分的治理思想,它既不同于“命令—控制”式的集权化,也不同于放任自流的自由化;它反对的只是对规则机械性的遵守,而非否定规则本身的强制力和约束力。

但这里的问题是,如何在规则不断发生变动的同时保证规则的强制力和约束力?实验主义治理理论下“共同学习”机制给出的答案是“同行评议”。“同行评议”的原意是指“处于类似环境,但使用不同方法以实现相同目标的参与者之间所进行的比较”^[31]。但实验主义治理理论中的“同行评议”却不仅限于此,它事实上代表着问责制度的改变与革新。

任何一个治理体系从本质上讲都包括决策与执行两个方面,而使执行符合决策要求的基本保障便是问责制度。不同治理体系的问责制度不同,从而也体现了不同的治理思想。传统的基于“委托—代理”关系的治理体系实行的是为人所熟知的以规则遵守为形式的问责机制。此时,代理人严格遵守委托人提出的既定规则,而委托人也通过明确规则来考核代理人是否实现了既定目标。但正如前文所说,持续不确定的环境使得任何既定规则都失去了实际意义。在执行过程中,委托人的“目标”事实上是被代理人的执行行为所重新塑造的;而此时代理人应服从的规则与其说是既定的,不如说是“向前看的,或者动态的”^[32]。只有在不间断的探索过程中,基于绩效的比较与反馈,从而保证学习与问责的同步制度化,才有可能解决不确定性环境下的困境。“同行评议”便是实验主义治理所强调的这种动态问责制度的前提。

“同行评议”将参与者平等的纳入治理体系中,并真正赋予了其治理主体的地位。问责的

依据不再来自上至下的科层式评估,或者是依据规则打分的外部第三方,而是处于相同环境下的不同参与者。“同行评议”至少带来了两方面的益处。首先,不同参与者因为经验能力和所掌握信息的不同,它们会采取不同的方式来实现相同目标。评议的过程事实上也是相互学习的过程,从而有助于共同的进步。再者,规制者与被规制者之间存在巨大的信息不对称,但同为被规制者的市场主体之间却相互熟悉。因而“同行评议”事实上也减轻了规制者的信息负担。

此处同样需要额外说明的是,“同行评议”并不意味着无政府状态的发生,或者说“同行评议”并不一定会导致心怀恶意而相互否定的情况的发生,原因就在于参与主体之间所具有的共识基础。这样的共识基础或者是共享的价值观念,或者是共同的利益前提。例如 Kumm 在研究欧盟历史的过程中就指出,不同参与者之间事实上分享着共同的价值。^[33] 共识基础会至少保证评议的“同行”之间不会投机式地相互攻击,否则各方都难以从相互学习中有所收获。同时, Sabel 还进一步指出,“共同的文化基础更像是合作的产出,而非其不可缺少的输入”^[34]。这些研究都在事实上解释了共识基础与合作学习之间相互促进、循环上升的动态过程。

就本案例而言,“同行评议”机制主要体现在微软等原告方对于谷歌公司提出的妥协方案所进行的评议上。前一部分已说明,谷歌为避免禁止性决定所可能带来的巨额惩罚,先后两次提出了妥协方案,表示愿意针对原告方及规制机构所提出的四方面“关切”进行改进。^[35] 但事实上,竞争委员会作为独立规制机构,并不具备足够的信息和充分的能力来检验谷歌妥协方案是否能够解决问题。因而在收到谷歌的妥协方案后,竞争委员会将其返还给原告方,并给予其一个月的时间以做出评议性回应,这便是欧盟反垄断机制中的“市场测试”环节。该环节结束后,竞争委员会将基于评议结果做出是否接受谷歌妥协方案的决定。

但作为互联网领域牵涉金额最大的案例,谷歌反垄断案远不止这般简单和平和。事实上,竞争委员会曾一度表示愿意接受谷歌的妥协方案以

结束冗长的调查过程,但随后遭到了原告方的强烈反对。^[36] 以英国比价网站 Foundem 公司为代表的原告方,认为谷歌的妥协方案将会使“情况变得更糟”,而竞争委员会愿意接受谷歌方案的决定也充满了“明显的错误、疏忽和不一致”^[37]。在此背景下,竞争委员会的态度发生了转变,重新督促谷歌公司修改其方案并做出更多让步,同时也推迟了最终裁决的时间。^[38]

由此也可以看出,欧盟竞争委员会的反垄断制度还远未定形,还存在着变化和协商的巨大空间;而“同行评议”也正是能够在这个空间中发挥作用,为制度变化注入活力并推动其往前发展的重要机制。

四、结语:反垄断领域的制度创新

2015年4月,欧盟竞争委员会发表“异议声明”(Statement of Objections),认为谷歌公司在搜索结果的显示上偏向自家的 Google Shopping 服务,从而构成了不正当竞争并涉嫌滥用市场垄断地位。本文开篇即已经提到,谷歌在搜索结果显示、内容攫取、强制协议、强制广告合同这四方面涉嫌滥用市场垄断权力。此次欧盟竞争委员会的“异议声明”即是针对第一方面所做出的初步结论。虽然它并不代表反垄断调查的最终结论,但仍然需要谷歌在10周内做出回应,否则将面临巨额罚款。^[39] 谷歌随即在其官方博客上发表公开信,对欧盟竞争委员会的声明内容提出质疑,并依据网站点击率数据统计表明谷歌的搜索算法并未削弱市场竞争,反而是增加了其他购物网站的点击率。^[40] 尽管谷歌的回应看似无懈可击,但出人意料的是,英国比价网站 Foundem 基于自己的统计数据,对 Google 反驳欧盟竞争委员会的文章进行了更进一步的回应。Foundem 的统计数据表明,谷歌反驳文章中所采用的数据只是截取了很短的一个时间段。如果将 Google Shopping 的上线时间作为起点,那么可以非常明显地看到 Google 搜索结果对于市场竞争的削弱趋势。^[41]

针对欧盟竞争委员会“异议声明”的这一系列回应文章又一次体现了实验主义治理理论的基本内涵。一方面,“同行评议”不仅减轻了规制

机构寻找信息的负担,使其能够剥开复杂商业行为的坚硬外壳,看到互联网平台公司对于市场的真正影响;同时,对于被规制者来说,“必须做出回应否则将面临巨额罚款”的制度约束也作为“惩罚性默认”的潜在“威胁”而存在,使得被规制者必须正视“现状改变”的可能性。从这个角度讲,实验主义治理理论已经在事实上贯穿了整个反垄断调查的全过程。

1972年,美国最高法院大法官马歇尔在《联邦政府诉Topco案》的多数意见中说,“反托拉斯法是自由企业的大宪章,其对维护经济自由和自由企业体系的作用,正如权利法案对于我们基本权利的保护作用一样”^[42]。但正如托马斯-杰斐逊所宣称的,“宪法每隔十九年就应重新制定一次”^[43]。反垄断法作为市场的“大宪章”,其本身也存在着不断修正和进步的必要。这种必要性不仅来源于解决当前治理困境的时代需求,同时也来源于市场变化的重塑需求。前者根植于传统治理模式在应对日益复杂且不确定性不断增

加的市场环境时的无能,而后者则根植于在持续而共同的学习过程中探索新的市场观念的可能性。

正是受益于这两方面的刺激与影响,欧盟在反垄断规制领域才不断进行着制度创新。因而从理论与实践的相互关系来说,欧盟的制度创新实践是领先于实验主义治理理论而出现的。但这也并不妨碍我们以实验主义治理的视角来重新解读欧盟的反垄断规制政策。事实上,实验主义治理理论正好为我们提供了一个更为系统和全面的框架,来重新理解欧盟反垄断规制政策中各种微观机制的价值,及其在整个政策体系中的位置。从这个角度讲,本文对于欧盟反垄断规制政策的理论解读才具有更大意义。在不确定性已经成为诸多领域面临的共同问题时如何探究治理困局的突破之路,欧盟反垄断规制的政策实践表明——实验主义理论可能不失为一种值得借鉴的思路。

参考文献

- [1] Statement by Commissioner Vestager on Google antitrust investigations at the European Parliament (ECON committee meeting). [EB/OL]. http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-1646_en.htm. 最后访问时间 2015年7月20日。
- [2] Google hit by EC antitrust probe [EB/OL]. <http://www.computerworlduk.com/news/it-business/3251004/google-hit-by-ec-antitrust-probe/>. 最后访问时间 2015年7月20日。
- [3] EU publishes Google antitrust remedy proposals [EB/OL]. <http://www.computerworlduk.com/news/it-business/3444154/eu-publishes-google-antitrust-remedy-proposals/>. 最后访问时间 2015年7月20日。
- [4] 胡凌. 互联网企业垄断:现实与未来 [J]. 文化纵横, 2014 (1): 102-105.
- [5] 王先林. 论反垄断法实施中的相关市场界定 [J]. 法律科学, 2008, 1: 123-129.
- [6] 于馨淼. 搜索引擎与滥用市场支配地位 [J]. 中国法学, 2012 (3): 115-127.
- [7] Tirole J, Rochet J C. Two-Sided Markets: A Progress Report [J]. Rand Journal of Economics, 2006.
- [8] 李剑. 双边市场下的反垄断法相关市场界定——“百度案”中的法与经济学 [J]. 法商研究, 2010 (5): 38-45.
- [9] Rosenau, J., Czempiel, E. O., & eds. Governance without government [J]. Journal of Public Administration Research & Theory. 1992.
- [10] Rhodes, R. The new governance: governing without government. Political Studies XLIV, 44 (4), 18. 1996.
- [11] Ostrom, E., Burger, J., Field, C. B., Norgaard, R. B., & Policansky, D. Revisiting the commons: local lessons, global challenges. Science, 284. 1999.
- [12] 俞可平. 治理和善治:一种新的政治分析框架 [J]. 南京社会科学, 2001, (9).
- [13] 俞可平. 全球治理引论 [J]. 马克思主义与现实, 2002, (1): 20-32.
- [14] 谷歌史上最大失误:错过Java [EB/OL]. <http://mobile.51cto.com/hot-270801.htm>. 最后访问时间 2015年7月20日。
- [15] 施密特. 我在Google最大的错误是错过了社交网络 [EB/OL]. <http://www.ifanr.com/392417>. 最后访问时间 2015年7月20日。
- [16] Hurwicz L. The Design of Mechanisms for Resource Allocation The Design of Mechanisms for Resource Allocation [J]. American Economic Review, 1973, (2): 1-30.
- [17] Sabel C F, Zeitlin J. Experimentalist Governance [J]. Oxford Handbook of Governance, 2012: 169-183.
- [18] Sabel C F, Simon W H. DESTABILIZATION RIGHTS: HOW PUBLIC LAW LITIGATION SUCCEEDS [J]. Harvard

- Law Review, 2004, 117 (4): 1016 - 1101.
- [19] Sabel C F, Zeitlin J. Experimentalism in the EU: common ground and persistent differences [J]. Regulation & Governance, 2012, 6 (3): 410 - 426.
- [20] Antitrust Overview [EB/OL]. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [21] Unger R M. False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy: from Politics, a work in constructive social theory [M]. Verso, 2004. p. 530.
- [22] Sabel C F, Zeitlin J. Experimentalism in the EU: common ground and persistent differences [J]. Regulation & Governance, 2012, 6 (3): 410 - 426.
- [23] Sabel C F, Zeitlin J. Experimentalist Governance [J]. Oxford Handbook of Governance, 2012: 169 - 183.
- [24] Sabel C F, Zeitlin J. Experimentalism in the EU: Common ground and persistent differences [J]. Regulation & Governance, 2012, 6 (3): 410 - 426.
- [25] Schweitzer H. Commitment decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The developing EC practice and case law [J]. 2008.
- [26] Article 23 (2) (a) of Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty; <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/fines.html>.
- [27] 谷歌或面临欧盟 60 亿美元反垄断罚款 [EB/OL]. <http://tech.163.com/14/0924/08/A6T5O4HK000915BD.html>. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [28] Commission Staff Working Document SWD (2014) 230-Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 (SWD (2014) 230/2, 9.7.2014); <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>.
- [29] Article 23 (2) (a) of Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty; 或参见 <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/fines.html>.
- [30] Sabel, C. F., and Zeitlin, J. 2008. 'Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union'. European Law Journal 14: 271 - 327.
- [31] Sabel C F, Zeitlin J. Experimentalist Governance [J]. Oxford Handbook of Governance, 2012: 169 - 183.
- [32] Sabel C F, Zeitlin J. Experimentalism in the EU: Common ground and persistent differences [J]. Regulation & Governance, 2012, 6 (3): 410 - 426.
- [33] Kumm M. Constitutionalism and experimentalist governance [J]. Regulation & Governance, 2012, 6 (3): 401 - 409.
- [34] Sabel CF. Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development. In: Smelser N, Swedberg R (eds) Handbook of Economic Sociology, pp. 137 - 165. Princeton University Press/Russell Sage Foundation, Princeton, NJ/New York. 1994.
- [35] EU publishes Google antitrust remedy proposals [EB/OL]. <http://www.computerworlduk.com/news/it-business/3444154/eu-publishes-google-antitrust-remedy-proposals/>. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [36] Google rival slams EU Commission over antitrust settlement proposals [EB/OL]. <http://www.computerworlduk.com/news/public-sector/3532279/google-rival-slams-eu-commission-over-antitrust-settlement-proposals/>. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [37] Google rival Foundem urges EU to reject remedies [EB/OL]. <http://www.computerworlduk.com/news/it-business/3447082/google-rival-foundem-urges-eu-to-reject-remedies/>. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [38] Decision in EU Google antitrust case postponed to next Commission's term [EB/OL]. <http://www.computerworlduk.com/news/it-business/3571388/decision-in-eu-google-antitrust-case-postponed-to-next-commissions-term/>. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [39] Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service; opens separate formal investigation on Android. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [40] The Search for Harm [EB/OL]. <http://googleblog.blogspot.co.uk/2015/04/the-search-for-harm.html>. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [41] Analysing Google's Public Response to the EC's Statement of Objections [EB/OL]. http://www.foundem.co.uk/fmedia/Foundem_Jun_2015_Analysis/. 最后访问时间 2015 年 7 月 20 日。
- [42] United States v. Topco Association, Inc. 405 U.S. 596, 610 (1972).
- [43] Matthews R K. The radical politics of Thomas Jefferson: A revisionist view [M]. University Press of Kansas, 1984.