

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2022.02.011

数字巨头跨界扩张的竞争法挑战与应对

谢汶磊

(山西财经大学 法学院,太原 030006)

摘要:数字巨头在数字经济发展的浪潮中获得巨额资本,并依靠平台经济的网络效应和锁定效应获取了巨大流量和海量数据。数字巨头依靠平台并借助资本、流量、数据和算法优势不断进行跨界并购、投资入股初创企业,并适时直接跨界扩张。数字巨头的跨界扩张给竞争法带来了挑战,现行经营者集中审查制度不能有效应对,规制路径不完善,竞争影响评估难,潜在风险引发担忧。为了维护市场自由公平竞争和消费者福利,需要树立中性审慎的态度,革新竞争法的规制体系,加强理论和实践研究,各方主体协同发力化解潜在风险。

关键词:数字巨头;平台经济;跨界扩张;生态型系统垄断;反垄断

中图分类号:D922.294

文献标志码:A

文章编号:1672-626X(2022)02-0116-09

一、引言

数字经济业已成为拉动经济增长的新动能,各国争相采取措施促进数字经济的发展,以尽早迈向数字化时代。在数字经济发展的浪潮中,数字巨头应运而生,并在防控新冠疫情的背景下加速发展。数字巨头指数字经济头部企业,由于数字平台是数字经济时代下的典型商业模式和企业组织形式,数字巨头一般也是数字平台企业。困于现有领域竞争的白热化,数字巨头一般会开辟新的蓝海市场^[1],进入新的经营领域,即进行跨界扩张。数字巨头借助自身平台或者渠道进入新领域,一般不会触犯现有竞争法,难以被认定具备反竞争性。但数字巨头常借助资本并购或者投资初创企业进入其他领域,并将新经营领域纳入原有经营生态系统中,进而借助平台和网络继续扩大规模,这引发了对数字巨头谋求在多重领域垄断的担忧。数字巨头并购初创企业初期并不容易判别其是否具有反竞争性^[2],但持续的并购扩张将会建立并强化数字巨头的市场支配地位,这难免会诱发对数字巨头构建生态型系统垄断的隐忧。对于数字巨头跨界扩张,现行竞争法主要由经营者集中审查制度进行规制。但由于经营者集中审查制度存在诸多不适应数字经济发展的缺陷,加之数字巨头往往通过自身设立企业进入新领域,因此对于数字巨头资本无序扩张进行跨界竞争,现行竞争法的应对面临挑战。

出于扩张资本及提高资本回报率等原因,中国上市公司往往会开展并购行为。并购后垄断程度增加,公司的技术研发投入强度却下降,专利的平均质量也降低,这表明资本的无序扩张对创新激励有负面影响^[3]。控制实业和金融机构的产融集团进行资本无序扩张易规避监管和引发系统性风险^[4],而数字巨头有着雄厚的资本和广泛的经营领域,能量不亚于产融集团,因此需要长期给予规范和引导^[5]。收紧对数字巨头的监管

收稿日期:2021-11-18

作者简介:谢汶磊(1996-),男,河南信阳人,山西财经大学法学院硕士研究生,研究方向为反垄断法、金融法。

已然是世界趋势,欧盟、美国、德国都已对数字巨头采取应对措施。我国2020年中央经济工作会议强调“强化反垄断和防止资本无序扩张”,促进创新和维护公平竞争。2021年中央财经委员会第九次会议明确了对于平台经济要“坚持发展和规范并重”的原则。

资本无序扩张的巨大的危害性与垄断有着内在关联性。数字巨头触犯反垄断法与其资本无序扩张密切相关^[6]。近来数字平台企业横向资本扩张进行并购受到关注,其面临选择执法困境和争议^[7],而数字巨头跨界扩张竞争受到的关注并不多。由于资本存在天然逐利性,数字巨头跨界扩张易陷入资本无序扩张的状态,随着共享单车、社区团购等领域竞争乱象的出现,对数字巨头跨界扩张带来的竞争法挑战与潜在危害应予以重视。本文在梳理数字巨头跨界扩张的特点基础上,将探讨数字巨头跨界扩张给现行竞争法带来的挑战,并研究应对之道。

二、数字巨头跨界扩张的特点

数字巨头依靠自身平台、资本、流量、数据、算法等优势撬动其他市场,跨界扩张与日增加,商业版图不断扩大^[8],在此过程中显现出一些共性的特点。

(一)向多重领域扩张并谋求垄断

消费者习惯使用数字巨头某一服务后,转而使用其他数字巨头相同服务的成本增加,即转换成本变高^[9]。利用这一特点,数字巨头围绕生活圈进行跨界扩张,通过并购、投资入股现存企业等方式渗透消费者日常生活各个方面。例如腾讯将微信从单一的社交通讯领域扩展到生活服务、交通出行、购物消费、金融理财等多个领域。

数字巨头进入新领域的方式主要以并购或者投资入股现存企业为主,自身新设公司为辅。因为并购或者投资现存企业能够第一时间进入市场开始竞争,并能够发挥巨头原有的平台、资本、流量、数据、算法等优势。新领域的中小型创新企业也即初创企业往往成为数字巨头并购或者投资的对象,因为这一方面可以使数字巨头迅速进入新市场开始获利,另一方面也可以遏制新的巨头产生,阻止其成为自身未来的强有力竞争对手^[10]。数字巨头跨界进入新领域后,会借助其平台和渠道的流量与算法优势迅速将原有的消费者引入新领域,寻求新领域内的垄断地位。

(二)动用资本优势采取低价竞争抢占市场

数字经济时代的竞争是多方面的,数字巨头跨界竞争时也会使用多种竞争手段。但消费者对价格比较敏感,而数字巨头拥有巨额资本,因此低价竞争是数字巨头采取最早、最持久、最主要的措施,免费提供商品和服务等手段屡见不鲜。在跨界扩张的初期,数字巨头首先用资本补贴商品或者服务,一般将其降到低于市场正常价格,用低价倾销的方式迅速吸引消费者,排挤资本能力弱的竞争对手。正如已经申请破产的社区团购平台同程生活创始人何鹏宇在公开信中所称,“行业从‘拼创新’‘拼执行’的时代转变成‘拼资本’‘拼补贴’的时代”。数字巨头一般会将低价竞争策略持续到其他弱小竞争者出局,接着便会恢复正常价格。

(三)借助流量、数据和算法等原有优势竞争

数字巨头在其所在的竞争市场领域有着巨大的流量、丰富的数据、先进的算法等优势。数字巨头在原有平台等渠道内的流量会被用来引导消费者购买其新领域的商品和服务,消费者基于锁定效应也会倾向于在平台内选择商品和服务。数字巨头也会严把自身的流量入口,防止其他竞争对手截取流量。例如,字节跳动旗下的飞书链接不能在微信顺利打开,虽然此种限制尚未得到一致定性,但可以视为数字巨头限制其他竞争对手获取流量的行为。

数字巨头可以借助数据优势将欲跨界的市场连接起来,获取跨时空竞争优势^[11]。精准的大数据结合算

法为消费者提供了契合需求的商品和服务,同时,数字巨头也会利用数据和算法优先提供与自身利益相关的商品和服务,即进行自我优待。例如,美国数字巨头谷歌(Google)滥用其搜索引擎优势,利用算法将其自身的谷歌购物(Google Shopping)置于更优先明显的位置,因此2017年欧洲委员会对谷歌(Google)罚款24亿欧元。从某种程度上说,数字跨界扩张竞争是数字巨头最大限度利用其原有的流量、数据和算法优势牟取最大利益的一种有效途径。

三、数字巨头跨界扩张的竞争法挑战

数字经济浪潮一浪高过一浪,然而法律有着天然的滞后性,实施于2008年的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)2021年才迎来第一次修正。数字巨头迎着互联网经济、数字经济的时代风口迅猛扩张,利用自身在原先市场的竞争优势进行跨界扩张、收购初创企业等行为能否由竞争法进行规制,现行竞争法未给出明确的回答。

(一)经营者集中审查制度应对不足

1. 经营者集中申报标准过于单一

依据当前《国务院关于经营者集中申报标准的规定》(以下简称《经营者集中规定》),经营者集中申报的门槛依据的是经营者上一年度的经营额,此门槛的制定标准是为了“抓大放小”,将主要精力放在影响市场竞争结构的重大交易。这种筛选方法在传统经济中是有效的,而当前数字经济中企业初始经营阶段通常会运用补贴模式甚至零定价模式免费提供商品和服务^[12],营业额通常达不到申报标准进而被其他经营者并购集中时不用进行申报。例如,滴滴收购优步中国时以未达营业额申报门槛为由未进行申报,但两家合并后占据网上专车行业80%以上的市场份额,明显能够对市场产生巨大竞争影响。虽然《经营者集中规定》授予了反垄断执法机构主动调查的职权,但是此兜底条款在设立之后并未发挥实际应有的作用,在《反垄断法》实施后十年间并未有实际案例^[13]。2020年12月1日施行的《经营者集中审查暂行规定》对营业额进行了扩大运算,将直接或者间接控制的经营者营业额也计算在内,能一定程度解决当下数字巨头并购初创企业跨界竞争时初创企业营业额偏低而不用经营者集中申报的问题。2021年2月7日发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《平台指南》)在第四章经营者集中部分灵活确定了营业额的计算范围,也关注到了初创企业的并购集中问题,但是仍然以营业额为标准,没有加入数据、流量、交易额等标准。

同时,数字巨头并购初创企业频发,但其监管却滞后,主要原因在于初创企业的营业额达不到申报标准和并购之后的竞争影响难以确定。即使初创企业未达到经营者集中申报标准,只要能证明数字巨头并购初创企业后具有或者可能具有排除、限制竞争效果,反垄断执法机构就可以依据《经营者集中规定》进行调查。但是《经营者集中规定》并没有对调查进行详细规定,受芝加哥学派消极干预理念和现实中数字经济领域竞争影响难以确定的共同作用,反垄断执法机构更倾向于消极干预,害怕积极干预造成更高的错误成本和更大的消极影响^[14]。但随着谷歌(Google)等美国数字经济巨头的不正当竞争和垄断行为愈发增多,目前英国、美国等国家已经开始重视初创企业被数字巨头收购的风险,例如英国《解锁数字竞争》调查报告呼吁对数字巨头的并购采取更加动态化的监管。

2. 未事先申报的处罚后果较轻

对于数字巨头通过并购或者投资形成共同控制进入新领域时,我国现行竞争法有经营者集中事先申报审查机制,但现行反垄断法对于经营者集中未事先申报且不具备排除限制竞争效果的经营者集中处罚标准最高为50万元。2021年以来,国家市场监督管理总局也因为阿里、腾讯等数字巨头未依法申报经营者集中而处以50万元罚款。但相对于数字巨头的收益,处罚标准明显偏低。

(二) 规制路径不完整

1. 投资入股企业未达控制时不受规制

由于数字巨头通常掌握巨大流量和数据,新兴企业要想迅速拓展市场吸引消费者,往往需要依靠数字巨头平台吸引消费者进入自身平台或渠道,因此投资入股现存企业进入新领域是数字巨头经常进行跨界竞争的方式,例如,腾讯、阿里巴巴已然成为大型投资机构,投资入股了多家公司。当投资入股的比例未达到控制经营者的状态时,数字巨头并不用进行经营者集中申报,规避了经营者集中审查。虽然数字巨头投资入股并未达到控制影响,但借助自身流量可以牵制经营者,进而在某种程度上控制投资入股的企业。数字巨头可能借助流量优势构建新型卡特尔^[15],也更易与投资入股的企业一起实施排除、限制竞争行为。

2. 自身经营范围无明显边界

当数字巨头通过并购或者投资现存企业跨界竞争时,当前规制的主要路径是经营者集中审查制度,但是经营者集中审查制度应对不足。除了通过经营者集中方式跨界竞争外,数字巨头也会直接进入或者新设企业进入新领域,这一行为不属于《反垄断法》规定的垄断行为,竞争法对此也没有相应的规制。但这却可能造成数字巨头在其他市场延续其垄断地位,进而可能排除、限制市场竞争和损害创新及消费者利益^[16]。

数字巨头利用自身原有平台形成的庞大消费者群体优势开辟新的领域,自身的流量也会被引入新领域,现有数据可以无缝对接,消费者不用重新在新平台注册使用。算法也会进行机器学习,在原有基础上继续更新前进,更懂得消费者的需求和偏好,进一步增加消费者对数字巨头的黏性。例如,阿里借助淘宝等线上购物平台,扩张进入移动支付市场,进而蔓延到金融领域,成功塑造了蚂蚁金服。

(三) 竞争影响的评估难度加大

1. 跨界扩张的竞争影响评估难

传统的竞争影响主要依赖于市场份额、市场集中度及进入障碍的评估,2021年4月阿里巴巴的行政处罚决定书中对市场支配的认定仍然以市场份额为主,《平台指南》增加了市场控制力、对技术进步和消费者的影响等考量因素。不同于传统经济模式,数字经济的破坏性创新和动态性竞争使得上述考量因素的评估存在困难^[17],相关认定标准各方意见不一,目前未形成共识。

跨界竞争面临的是新领域,想要立足仍然需要根据新领域的特点进行创新,因此数字巨头想要在新领域延续垄断也要经过竞争,市场地位随时动态变化^[18]。首先,对数字巨头跨界竞争继续寻求垄断的行为如何进行定性尚无统一结论,对其是否触犯竞争法以及触犯哪一规则未见清晰答案。其次,对于数字巨头并购企业跨界竞争的影响评估问题,相关经济学分析更加繁杂,涉及多边市场和市场主体。相关市场、市场支配地位等界定存在难度,传统以价格为基础构建的分析系统在数字经济免费的商业模式下难以有效发挥功能。并购的正当理由可能是基于优势互补和规模经济的考虑,是否具有消除潜在竞争和创新的目的难以准确判断,监管部门如果不谨慎执法,很可能造成“假阳性”和“假阴性”错误。

2. 跨界扩张中行为的竞争影响评价难

数字巨头在进行跨界扩张前后会实施一系列旨在维护、抢占市场支配地位的行为,如低价竞争、平台封禁、数据封锁、算法共谋等。相关行为是否具备排除、限制市场竞争影响,各方莫衷一是,需要根据具体行为是否损害竞争来判断,如区分低价倾销和合理低价竞争等。数字经济的特点决定其前期重视吸引消费者而多以低于成本的价格提供产品或者服务,这具有一定正当性,例如在合理期限内推广新商品、发展新业务,《平台指南》对此也予以认可。但合理期限和数字经济下的成本确定难度很大,因为其显然与传统经济下的分析框架不同。当前分析手段不够先进,传统手段依旧居多,不能用算法和大数据等最新技术手段及时分析出结果。例如,腾讯收购中国音乐集团股权涉嫌违法实施经营者集中案从进行立案调查到实施处罚历时六个月左右^[19];某大学老师没有依靠最新高科技手段,通过专门带领团队成员花费五万多元多次打车的方式

考察打车软件是否存在大数据杀熟的消费者歧视现象^[20]。

(四)潜在风险引发担忧

压制创新创业。数字巨头通常会选择并购现存企业疯狂跨界扩张,这会对领域内的创业者形成巨大压力,降低创业者的积极性。特别是数字巨头涉及的领域,风险投资人不会轻易投资。创业者创办的企业面临被收购或者不被收购而被排挤的未来,也会导致一些创业者创业初期就秉持最后会被数字巨头收购的想法。

形成生态型系统垄断,损害自由公平竞争和消费者福利。数字巨头试图构建生态型系统垄断,疯狂跨界扩张进入多领域,特别是关乎消费者日常主要消费的领域,这损害了市场自由公平竞争,也使消费者选择更高质量更低价格的商品和服务的权利受阻。而且数字巨头利用多领域的大数据和算法引导消费者过度消费和进行大数据杀熟,造成消费者福利的减少,消费者却可能浑然不觉^[21]。

影响社会稳定。当前我国对于数字巨头掌握的数据尚无完整的规范制度,消费者的数据性质和利用方式也尚未形成共识^[22],大数据杀熟等使用乱象尚未得到完全治理,数字巨头对于数据的掌控和利用没有置于有效监管之下。数字巨头不断跨界扩张,业务涉及诸多领域。通过整合自身业务涉及的多领域消费者数据进行算法分析,数字巨头能够掌握社会上很多人的数据信息,方便其实施算法共谋。社会发展动态能够反映在数字巨头的大数据分析系统之中,在某种程度上会影响社会稳定。

四、数字巨头跨界扩张的应对

数字经济在包容审慎的监管理念下蓬勃发展,然而现实监管却落后于数字经济的现实发展,数字经济和平台的发展已进入新的窗口期^[23]。数字巨头不断跨界扩张的实质是其利用自身资本、流量、数据、算法等优势,通过并购、投资入股其他经营者或者直接进入新领域,借助平台和渠道进行扩张发展,企图构建生态型系统垄断。在数字经济迅猛发展的背景下,数字巨头跨界扩张的潜在风险应当引起监管层的重视,监管框架需要及时应对,加强反垄断规制^[24]。2021年1月19日生效的《〈德国反限制竞争法〉第十修正案》将“具有跨市场竞争影响的企业实施的滥用市场力量行为”纳入规制之中。2020年12月15日,欧盟针对数字经济领域提出《数字市场法(草案)》和《数字服务法(草案)》以加强监管。我国也应借《反垄断法》修正之际行动起来,革新监管态度和制度,让各方参与进来,逐个破解监管难题,共同化解数字巨头跨界扩张的潜在风险,建设统一开放、竞争有序的市场。

(一)秉持中性审慎的态度

根据2021年5月中国通信研究院官网发布的《平台经济与竞争政策观察(2021)》,中国数字巨头与美国之间的发展差距不断扩大。为了继续支持数字经济高水平发展,不宜激进式和运动式监管。针对数字巨头存在资本无序跨界扩张、限制交易等突出问题,保持中性审慎的态度较为适宜,即在目前数字经济监管并不明朗的情况下,秉持既不完全支持也不盲目禁止的中性审慎态度。对数字巨头跨界扩张采取中性审慎的态度与对数字经济整体发展的包容审慎理念并不冲突,当数字巨头正常进行科技和商业创新等活动时,仍然秉持包容审慎的态度和理念。

(二)优化以竞争法为核心的规制体系

坚持依法治国,完善的法律规制是加强数字巨头监管的基础和依据。

1. 变革经营者集中审查制度

(1)革新经营者集中申报标准

注重事前规制,革新经营者集中申报标准。目前世界各国大都采用营业额标准,欧盟采用涉事企业规模标准,但数字经济发达的国家也开始思考对经营者集中审查制度进行修改。目前讨论较多的有消费者规

模、交易额。执行大陆法系的德国其《反限制竞争法》在第九次修订时增加了交易额标准,交易额超过4亿欧元应当事先申报。确定交易额标准的合理性在于交易的高对价代表着数字巨头对初创企业未来市场价值的认可。基于保护创新和维护公平竞争的考量,竞争政策应当进行严格的事先审查^[25]。经营者集中审查制度要针对当前数字经济发展情况进行革新,将符合数字经济特点的消费者规模、交易额、消费者注意力等标准纳入经营者集中审查制度。

(2) 提高经营者集中罚款

加大事后处罚,提高违法成本。提高违反经营者集中审查制度的罚款数额,使罚款具备震慑力,让巨大的违法成本倒逼经营者依法申报经营者集中。要合理确定罚款的数额标准,而不应当只与销售额挂钩。数字经济时代,很多经营者实施集中时可能尚未盈利,销售额也高低不一,单一处罚标准可能导致执法困难甚至执法不能,可以针对不同类别市场分类制定处罚标准。

2. 丰富数字巨头跨界扩张规制路径

(1) 加强少数股权投资的监管

数字巨头少数股权投资行为仍有可能显著影响竞争,对此应加强监管,将其纳入经营者集中审查制度。当数字巨头投资入股与其具有紧密经营联系的经营者,虽未达控制但具有实质性影响时,应当规定数字巨头主动进行经营者集中申报。对于与数字巨头没有经营业务联系且没有实质性影响的投资行为,可以采用简易申报。是否具有实质性影响,可以根据经营者是否依靠数字巨头开展经营业务、数字巨头是否间接影响投资决策和日常经营行为等方面综合判断。

(2) 协调好反垄断监管和行业监管

建立针对数字巨头的监管部门,统筹协调反垄断监管与行业监管。现有规制体系以行业进行分类监管为主,存在多头执法现象。数字平台行业存在边界模糊的特点,面对数字巨头自身不断跨界扩张涉及多个领域谋求生态型系统垄断,现有规制体系无法实现全面监管,不能达到有效治理。为此,可以在国家市场监督管理总局反垄断局之下建立专门针对数字巨头的监管部门,明确其统筹协调功能,真正实现监管全覆盖。由于不正当竞争行为比垄断行为更常见,两者也存在关联,因此通过建立反垄断和反不正当竞争工作协调机制,可以更好地进行监管。

明确数字巨头跨界扩张的监管红线。反垄断法理论建立于市场力量之上^[26],数字巨头对市场的控制力应当引起高度重视。部分数字平台存在“挂羊头卖狗肉”的现象,打着科技公司的名义实际上却是小额贷款公司,只不过是数字平台形式开展经营活动。对于金融、医疗等关系到消费者生命福祉和国家安全的行业,应当进行严格监管审查,防止数字巨头无序扩张引发的系统性风险。

(三) 加快对数字巨头跨界扩张的研究

1. 变革竞争影响分析框架,转移证明负担

数字经济与传统工业经济不同,必须及早研究确定新型分析框架,以准确评估数字经济领域的经营者集中所带来的影响。要充分考虑数字经济下竞争的特点,将消费者的转换成本、网络效应、市场进入门槛、数据集中等纳入竞争分析的重点。考虑到数字经济下的动态竞争存在破坏性创新,数字经济领域内市场地位变化速度比传统行业快,市场支配者对于市场自由竞争的影响不易确定,其他竞争者能否挑战居市场支配地位的企业取决于多种因素,要审慎对待。例如,成立于2015年9月的拼多多瞄准乡镇网络购物市场,以消费者团购的模式迅速崛起,成为网络购物领域的强有力竞争者,但其对阿里巴巴的市场支配地位影响仍然有限。2015—2019年阿里巴巴在网络零售服务领域的市场份额虽总体上呈逐年降低的趋势,但五年间只下降15%左右,市场份额仍超过60%^[27]。

反垄断执法机构由于信息不对称可能存在执法不畅,对此可以考虑由申报集中的经营者完全承担举证责任,证明经营者集中不排除、限制竞争。此举将有助于减少执法成本,更好地解决经营者集中竞争影响评估难的问题。如2021年2月美国提出了《竞争和反托拉斯执法改革法》法案,在部分类别的合并中,将证明责任负担施加于合并企业,合并方需要证明该起合并不会明显减少竞争,这一做法值得借鉴。

2. 尽快确定相关行为性质及影响

数字巨头在扩张中会实施一系列阻碍竞争者发展的行为,如平台封禁和数据封锁。要加强对此类突出问题的研究,以最大限度促进市场公平自由竞争为原则,尽快解决限制市场主体公平竞争发展的问题。数字巨头投资入股其他领域经营者未达控制时不受经营者集中审查制度规制,但被投资入股的经营者往往能够借助数字巨头的流量、数据、算法发展壮大,同时未被投资的其他经营者会被数字巨头以限制流量等方式限制发展。改变资本无序扩张的根本在于进行均衡发展,实现公平竞争,这就要让数据等要素在各部门自由流动,打破行业进入壁垒^[28]。要尽快对平台封禁行为、平台消费者数据归属和利用、算法共谋等问题定性并进行解决,对于合理的吸引消费者行为,平台不应予以不合理的限制。

同时一些问题需要继续思考和解决。数字巨头利用自身平台的流量、数据等优势直接进入新领域,这是否属于利用对流量、数据等要素的控制力排除限制其他市场的竞争?是否可以参考德国的滥用市场力量行为进行规制?相关数字平台能否适用必要设施理论以打破垄断?数字经济时代反垄断分析是否也要关注消费者的隐私和市场上的创新?^[25]

(四)从全局出发,各方主体协同化解潜在风险

数字巨头跨界扩张所带来的潜在风险需要各方主体从全局出发协同化解。推动数字巨头不断跨界扩张过程中,资本担当“先锋”,平台、流量、数据、算法是“主力”。由于资本扩张专业度强、影响大,因此对资本无序扩张进行监管需要极大智慧,既要发挥正当扩张的积极作用,也要防止无序扩张^[29]。各方主体应协同共治,化解未来风险,共建法律完备、监管有效、司法公正、企业合规、行业自律、社会监督的共治格局。

1. 国家层面

多措并举打造优良的营商环境,有益于解决初创企业被数字巨头并购的问题,促进中小市场主体发展。要切实解决中小经营者融资难、融资贵的问题,支持各类经营主体做大做强,避免中小经营者因为缺乏资本支持而落入被数字巨头收购的境地。大力发展风险投资,完善多层次资本市场体系,借助北京证券交易所等平台为中小经营者供给足够的低成本资金。

立法机构要不断追踪现实发展动态,及时推进法律的更新变革,抓紧研究数字巨头跨界扩张入法规制的问题。充实专业人才,加强对数字经济领域的调研并开展相关竞争影响评估。为了提前预防现实出现的问题,注重利用兜底性条款。鉴于近年来损害投资者利益的证券市场欺诈发行和操纵市场行为入刑,对于故意实施特别重大垄断行为的个人和组织,可以研究对其进行刑事处罚,以最大限度维护消费者福利和市场秩序。虽然很多国家并没有真正执行刑事处罚^[30],但是刑罚仍能起到震慑垄断行为实施者和打击垄断行为的作用。

反垄断执法机构要打造科技驱动型智慧监管体制,进行事前事中事后全方位监管,更加注重事前规制,防止运动式的选择性执法。首先,研究探索实行央地一体化市场监管体系,增加执法力量配备,招聘兼具经济学和法学背景的专业人才,逐渐减少对外部人才力量的依赖,提高自身执法技能。不断提高执法能力,对于新兴领域中出现的问题及时进行学习,合理适当运用实验经济学、博弈论等经济学分析方法。其次,对于算法共谋、大数据杀熟等比较隐蔽的行为,传统监管执法方式落后于现实发展,执法效率低下。应当构建科技驱动型智慧监管,加强科技支持,动态追踪数字巨头的发展,特别是其损害消费者权益、社会公共利益及市场公平竞争的行为。让大数据、人工智能、云计算等高科技赋能监管,用科技武装执法,达到“以科技治科

技”的良效。再次,针对数字平台的突出问题进行全流程监管,做到事先预警、及时制止、有效执法,真正实现智慧监管,提高监管水平,实现监管成本降低和监管效能提升。对于可能明显具有排除、限制市场竞争的行为要坚决予以限制。对数字巨头的行为要进行格外关注,提高监管主动性。例如,美国、日本等国都加强了主动监管,对即使未达到经营者集中申报标准但可能影响市场公平和自由竞争的经营者集中进行调查。最后,针对数字巨头算法和相关新技术的监管,可以借鉴金融科技领域的监管措施,设置监管沙盒,开展沙盒试验,创新试错容错机制。

审判机关应配合执法机构做好执法与司法的衔接,要加强竞争法学习,提高自身专业能力,为陆续增多的竞争法领域案件审判工作做好充足准备。及时对审判工作中出现的数字经济竞争法问题进行总结,革新相关司法解释,适时出台规范性文件,适应现实变化并满足司法审判需要。发布典型案例,统一相关争议问题的裁判规则,发挥以案释法、以案普法等作用。

2. 社会层面

建立经营者合规制度并配套激励制度,从源头进行治理。明晰数字巨头的合规责任和义务,全流程的合规制度使经营者各项行为完整可追溯,更加方便反垄断执法机构执法^[31]。合规制度不能只在纸上,要落地执行合规激励制度,制定奖惩措施,奖惩并用。韩国2006年就已经推行企业竞争合规评价及配套激励。考虑强制数字巨头建立合规制度,将竞争法合规变成数字巨头的义务。法国成为第一个实施建立行政强制合规制度的国家,法国《萨宾第二法案》要求用工人数和营业收入达到一定标准的企业具有建立合规管理的义务,否则将对企业及其主要管理人员进行行政处罚并要求继续建立合规制度。随着我国《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法》的发布实施和反洗钱方面的立法推进,行政强制合规制度将会在越来越多的领域中确立实施。要使数字巨头自愿主动建立合规制度,需要在激励制度中确立合规宽大处理规则。企业合规的宽大行政处理是指对于建立合规体系的企业,行政机关可以对其进行宽大处理^[32],可以将合规宽大处理制度适用范围从现有的证券公司和基金公司扩展到竞争法领域。2020年9月,国务院反垄断委员会发布实施了《经营者反垄断合规指南》,开启了我国反垄断合规领域经营者合规的新篇章。经营者合规制度的建立有助于减轻执法压力,激励制度可以激发经营者合规运营的动力,培育公平自由的竞争文化。

发挥行业协会等社会组织的作用,号召数字巨头联合制定行业自律公约并监督落地执行,让各数字巨头在相互公开透明监督的环境下合规经营,自觉遵守行业自律公约。行业协会要营造公平自由竞争的氛围,抵制垄断行为。

五、结语

在互联网发展的浪潮中,数字经济展露风采。由于网络效应和锁定效应的存在,数字经济领域更易形成寡头垄断的市场格局^[33]。近年来数字平台的竞争乱象引起了学界和监管层的关注,数字平台的监管成为讨论的热点话题。现有文献关注到了数字平台的生态型系统垄断问题并从宏观方面提出应对措施。本文则从数字巨头谋求生态型系统垄断的路径入手,树立中性审慎的态度,从微观角度提出针对性解决措施,进而从宏观角度提出应对措施。

浪成于微澜之间,既要看到数字巨头促进数字化转型的正面作用,也要重视数字巨头不断跨界扩张后系统垄断的风险并有效应对。公平竞争是市场经济的核心,自由公平竞争的市场秩序才能保障数字经济长效发展^[34],开放、包容的态度应是数字经济一贯恪守的精神。支持和规范要并重,在规范数字巨头中指引出正确方向,发挥政策支持引导的作用,引导数字巨头在前沿科技领域开拓创新,利用“一带一路”建设等机遇走向世界,在国际竞争中发展壮大。

参考文献:

- [1] W.钱·金,勒妮·莫博涅.蓝海战略:超越产业竞争,开创全新市场(扩展版)[M].吉宓,译.北京:商务印书馆,2016:5.
- [2] 方翔.数字市场初创企业并购的竞争隐忧与应对方略[J].法治研究,2021,(2):138-148.
- [3] 米晋宏,张南,葛劲峰.上市公司资本扩张和创新激励[J].管理学报,2021,(4):1-14.
- [4] 农工党中央.加强产融集团监管 防止资本无序扩张[J].前进论坛,2021,(4):58.
- [5] 储著胜.认清资本两面性 防止无序扩张[N].证券时报,2020-12-29(A03).
- [6] 蔡恩泽.反垄断剑指资本无序扩张[N].中国审计报,2020-12-21(005).
- [7] 周孝.平台企业横向并购反垄断规制:争议、难点与对策[J].法治研究,2021,(4):135-147.
- [8] 孙晋.数字平台的反垄断监管[J].中国社会科学,2021,(5):101-127.
- [9] Paul Klemperer.Markets with Consumer Switching Costs[J].The Quarterly Journal of Economics,1987,102(2):375-394.
- [10] Herbert Hovenkamp.Antitrust and Platform Monopoly[J].The Yale Law Journal,2021,130(8):1952-2050.
- [11] 陈兵.大数据的竞争法属性及规制意义[J].法学,2018,(8):107-123.
- [12] 于立.互联网经济学与竞争政策[M].北京:商务印书馆,2020:94-96.
- [13] 仲春.我国数字经济领域经营者集中审查制度的检视与完善[J].法学评论,2021,(4):140-150.
- [14] Frank H.,Easterbrook.The Limits of Antitrust[J].Texas Law Review,1984,63(1):21.
- [15] 杨东,臧俊恒.数字平台的反垄断规制[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2021,(2):160-171.
- [16] 陈兵,林思宇.互联网平台垄断治理机制——基于平台双轮垄断发生机理的考察[J].中国流通经济,2021,(6):37-51.
- [17] 王先林,方翔.平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2021,(2):87-97.
- [18] 宋建波,荆家琪.互联网平台企业的垄断问题及反垄断规制[J].财会月刊,2021,(3):135-139.
- [19] 市场监管总局.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[EB/OL].http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html,2021-07-24.
- [20] 搜狐网.手机越好打车越贵? 复旦大学教授的一份调研报告,揭开网约车潜规则[EB/OL].https://www.sohu.com/a/454890379_100290178,2021-03-09.
- [21] 李勇坚,夏杰长.数字经济背景下超级平台双轮垄断的潜在风险与防范策略[J].改革,2020,(8):58-67.
- [22] 沈浩蓝.法益抑或财产权利? ——《民法典》规定的“数据”的法律性质认定[J].科技与法律(中英文),2021,(3):17-25.
- [23] 冯照明.平台经济发展进入新窗口期,反垄断理论框架应与时俱进[N].21世纪经济报道,2020-12-21(003).
- [24] 张守文.反垄断法的完善:定位、定向与定则[J].华东政法大学学报,2020,(2):6-16.
- [25] 韩伟.数字经济时代中国《反垄断法》的修订与完善[J].竞争政策研究,2018,(4):51-62.
- [26] 李剑.被规避的反垄断法[J].当代法学,2021,(3):55-67.
- [27] 市场监管总局.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[EB/OL].http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210410_327702.html,2021-04-10.
- [28] 高传伦,林涛.资本扩张扭曲的经济基础:理论与经验证据[J].财经科学,2016,(6):1-11.
- [29] 张歆.防止资本无序扩张缘何成一行两会共同重点任务[N].证券日报,2020-12-24(A01).
- [30] 王晓晔.我国《反垄断法》修订的几点思考[J].法学评论,2020,(2):11-21.
- [31] 陈瑞华.论企业合规在行政监管机制中的地位[J].上海政法学院学报(法治论丛),2021,(6):1-20.
- [32] 陈瑞华.论企业合规的中国化问题[J].法律科学(西北政法大学学报),2020,(3):34-48.
- [33] Daniel Rubinfeld.Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries[J].The Antitrust Bulletin,1998,(3-4):859-882.
- [34] 陈琳琳,夏杰长,刘诚.数字经济市场化监管与公平竞争秩序的构建[J].改革,2021,(7):44-53.

(责任编辑:颜 莉)