

# 威慑理论与事前监管在反垄断规制中的应用

李鹏乐

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2023年4月6日; 录用日期: 2023年5月19日; 发布日期: 2023年5月26日

## 摘要

平台企业与数字经济在当下社会市场环境中的重要性逐年增强, 随着欧盟《数字市场法》的出台, 事前监管工具开始以法律明确规定的形式呈现在规制视野中。事前监管工具有专属和前置特性, 其与法律威慑理论的结合共同反映了提升严厉程度和惩罚概率在反垄断领域中的未来立法导向, 两者的连接有望在一定程度上对市场中大型平台企业产生有效威慑, 促使其能发挥对公众日常经济生活正向影响。在此趋势下我国反垄断法也在原有的框架基础上增强了法规的严厉性和确定性, 突出威慑所带来的源头性限制作用, 综合事前和事后的双重管制效果, 为反垄断规制的完善协同发力。

## 关键词

威慑理论, 事前监管, 事后规制, 反垄断

# The Application of Deterrence Theory and Prior Supervision in Anti-Monopoly Regulation

Pengle Li

Law School of Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Apr. 6<sup>th</sup>, 2023; accepted: May 19<sup>th</sup>, 2023; published: May 26<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

The importance of platform enterprises and the digital economy in the current social market environment has increased year by year. With the promulgation of the European Union's Digital Market Law, pre-regulatory tools have begun to appear in the regulatory vision in the form clearly stipulated by law. The pre-supervision tool has exclusive and pre-positional characteristics. Its

combination with the theory of legal deterrence reflects the future legislative orientation of improving severity and punishment probability in the anti-monopoly field. The connection between the two is expected to effectively deter large platform enterprises in the market to a certain extent, so that they can play a positive role in the daily life of the public. Under this trend, China's anti-monopoly law also enhances the severity and certainty of laws and regulations on the basis of the original framework, highlights the original restriction effect brought by deterrence, and synthesizes the double control effect before and after the event, so as to improve the anti-monopoly regulation.

## Keywords

Deterrence Theory, Prior Supervision, Post-Post Regulation, Anti-Monopoly

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

随着大型互联网平台企业的兴起，各国在反垄断司法实践中逐渐意识到事中监管与事后监管力度的不足，开始探索事前规制的可能性。2022年3月24日，欧盟委员会与欧洲理事会就前者于2020年12月发布的《数字市场法(草案)》达成一致，针对西方平台科技巨头设置前置性监管条款；2021年6月11日，美国国会众议院下属的私法委员会公布了《平台竞争和机会法案》《终止平台垄断法案》《美国选择与创新在线法案》等六项反垄断法案来对大型网络平台施加较为严格的事前规制；同年10月，我国市场监管总局也公布了《互联网平台落实主体责任指南》和《互联网平台分类分级指南》的征求意见稿以应对超级平台的市场竞争损害问题，旨在通过事前监管维持经济的稳定运行。在过去，反垄断法的三大支柱(滥用市场支配地位、垄断协议、经营者集中)中，只有经营者集中存在事先强制性审查申报制度，想要在互联网环境中达到理想的反垄断效果还远远不够。结合法律威慑理论，事前监管能够从源头上避免网络平台企业所实施的反竞争行为造成的社会损失，将外部成本内部化，达到足够的威慑程度保证行为人不致违法或因无利可图而放弃违法。在较小对象范围内，通过创制事前监管规定来提高法律威慑程度，从而将反竞争行为扼杀在摇篮里，不失为一种良好的反垄断规制方式。

## 2. 平台反垄断事前监管的体系构建

### 2.1. 《数字市场法》的立法导向

欧盟《数字市场法》的公布是反垄断规制中应用事前监管工具的具体实践，特别是其创造性的引入“守门人”制度，既对大型网络平台企业进行了针对性处理，也有助于规避反垄断过程中争议较大的相关市场界定和市场支配地位认定步骤，比如《数字市场法》第5条规定了守门人的基础性义务，该款项内主要包括规制守门人不得滥用优势地位和保障平台具有开放、公平的竞争环境，例如允许企业用户通过第三方在线中介服务向最终用户提供相同的产品或服务，其价格或条件与通过守门人企业的在线中介服务提供的价格或条件不同；第6条还规定了守门人企业的进一步义务，该款项内的义务通过监管对话来实现，也即欧盟委员会与守门人进行交流沟通，从而根据具体情况确定一部分义务的具体内容和执行方式，并且这些义务大多是积极性的，例如允许最终用户在其核心平台服务上卸载任何预装软件应用程

序，但不影响门禁限制对操作系统或设备运行至关重要且第三方无法在技术上单独提供的软件应用程序的此类卸载的可能性。总的来说，《数字市场法》在两个层面上为守门人设置了前置性义务，包括基础性义务和裁量性义务，基础性义务具有底线性，覆盖面广，所有具有守门人身份的企业都需要遵守，一旦违反必然会受到法律的制裁，没有商讨的余地；裁量性义务则是要求相对较高的义务，个性化较强，守门人违反时并不当然违法，而是需要由相关监管机关进一步调查以确定其行为是否合理，学界中形象的将它们分别称之为“自动适用的义务群”和“通过对话确定的义务”[1]。

总体而言，《数字市场法》多角度多层次的创制了针对大型网络平台企业的事前监管体系，解决了迫在眉睫的规模性垄断问题，具有较强的现实意义，而在欧盟的数字市场主要由美国企业占据主导地位的情况下[2]，《数字市场法》作为“重塑欧洲的数字未来”计划的关键一招，有着强有力的政治基础和价值共识作为保障，在未来的一定时期内，法案在细节上可能会根据政策、实施情况、国际形势等变量作出诸多微调，但在基础价值判断上不会出现很大变动，针对大型平台企业的事前监管模式也会在立法技术的不断完善和社会多方的普遍支持下逐渐走向成熟。

## 2.2. 事前监管工具的独特性

如上所述，除了欧盟《数字市场法》的成功实践外，国际上多国多地区都在做着独具特色的不同尝试。例如美国众议院私法委员会 2021 年 6 月颁布的《终止平台垄断法案》就采取了相对比较激进的结构拆分法，要求相关平台的经营者通过拆分、分离的结构手段，剥离与平台功能利益冲突的自营业务，是监管机构深度摄入的强制性手段，此种干预方式效果好、根源性强，但需要足够的经济能力和政策资源予以支撑；相比之下，欧盟所采取的规制方式则要温和的多，《数字市场法》仅仅禁止超级平台将用户个人数据与通过其他应用程序获取的数据或从第三方收集的数据进行交叉使用，通过技术和法律手段实现平台业务数据和自营业务数据的分离[3]，虽然不比结构性拆分手段的强硬，但也几乎实现了最主要的目标——尽可能的降低大型平台企业对欧洲本土经济的负面影响。

事前监管工具的首要特点就是它是专门面向大型平台企业所创制的规定，因而更具针对性和专属性，采用了更加确定的认定标准。欧盟《数字市场法》中引入了“守门人”(Gatekeeper)制度这一平台企业身份界定，美国公布的《终止平台垄断法案》《美国选择与创新在线法案》《平台竞争和机会法案》等六项反垄断法案中也提出了一个与守门人类似的概念——“覆盖平台”(Covered Platform)，它们将法案的适用对象限缩在一个很小的区间内，因而可以更适配、更细致的对这些大型企业主体加以规制。相比于传统反垄断法中认定市场支配地位的方法，事前监管工具能够跳过相关市场界定、市场力量界定等疑难步骤，有效克服反垄断法在面对平台型经济时的不适感和模糊性，以固定的标准确认身份，在对大型平台企业的反竞争行为精准打击的同时提高执法效率，并为相关经营者提供稳定预期；第二个特点便是最核心的事前性，事前监管采取义务清单模式，且可以正面规定积极义务[4]，事前性特点包含了两层涵义，一是以事前规制来弥补传统反垄断法事后救济的不足，在互联网时代，大型平台企业所实施的损害竞争行为的代价可能是巨大且难以消除的，仅仅依靠事后处罚既不能弥补损失，也起不到限制和警醒效果，甚至有些惩罚数额不及垄断行为所能带来的利益数额，大型平台企业只会更加为所欲为，故事前监管工具从正面直接设定积极义务，将大型平台企业的不正当竞争行为扼杀在摇篮里，切断在市场中肆意横行的可能性。二是事前监管工具会为大型平台企业制定专属义务清单，诸如为数据创造可移植条件、提升服务的互操作性等，义务清单并不局限在传统反垄断法的禁止性规定，相反设置了更多需要大型平台企业在日常市场竞争中积极履行的正向义务，也即不仅要求不能为垄断行为等不正当竞争行为，还要求其为建设一个公平公正的市场竞争环境贡献力量，要求其不断创新为消费者用户带来更优秀的产品，禁止性规定与积极义务的结合、事前监管与事后救济的协同发力，无疑对于数字平台的规制更加全面。

### 2.3. 事前监管工具的完善建议

反垄断领域内的事前监管工具尚属于新鲜事物，实务操作中缺乏可供参考的经验价值，效果如何还需要时间的检验。但一项行之有效的制度少不了践行过程中的不断完善，事前监管工具同样如此，笔者认为采取“责任为本、用户至上、公平公正”的实践理路，制定和完善符合大型平台企业运行机理以及市场竞争规律的事前监管措施体系。

1) 责任为本。在当今时代，大型平台企业承载着消费者用户生产生活的主要方面，一举一动都影响着经济发展的动向和人民群众的生活质量，其应当面向全世界承担起维持市场秩序、提高社会效率的社会责任，例如2020年6月11日字节跳动旗下的Tiktok同意签署欧盟的《反虚假信息行为准则》以“解决假新闻的传播并提高透明度”，欧盟专员布雷顿在会见Tiktok的CEO凯文·梅耶尔时提到，“作为娱乐了数亿人的内容平台，Tiktok在打击虚假信息上扮演着重要角色，尤其是在抗击疫情上。”脸书、谷歌、微软和推特等大型数字平台目前也都自愿签署了该准则。大量的数据库存、数据收集能力以及强悍的经济实力赋予了大型平台企业锁定用户和自我优待的能力，而促使平台企业承担此类公共性责任有助于督促其行为合理性，实现责任互补，协调内部机制与外部治理，维持市场经济的稳定发展。

2) 用户至上。经济法发展至今的各个阶段，消费者权益逐渐成为行为是否违法的重要指标，为了更好的维护和保障用户权益，事前监管工具必须采取措施培育平台企业的“用户至上”经营理念，赋予用户应得权利并提高用户在产品使用中话语权。知情权和决策权是最重要的两个方面，前者亟需借助平台信息披露机制，明确强制公开的信息范围，将蕴含在参数、代码、算法中的用户数据透明化，并鼓励平台在此基础上开展额外的自愿披露，包括数据收集和使用机制、算法运行参数、服务条款和平台规则变更等信息，主动报告可能的利益冲突<sup>[5]</sup>，充分显示用户在平台中的地位，使用户明晰优化自身权益的有效途径。后者则强调了消费者在交易过程中或者使用平台时应当享有的自主选择权，体现在平台必须为消费者提供足够的选择项且不得擅自干预用户的决策，若代替行使权益则需要明确的授权并给予用户一定的报酬和补偿，并建立救济机制予以保障。

3) 公平公正。平台身份多样化是数字经济发展的趋势，亚马逊、谷歌、天猫等大型网络企业不仅具有平台中介商的身份，它们自身也是平台参与者之一，为了阻止“自我优待”、“歧视第三方服务”等现象发生，事前监管工具应当设置针对性条款，允许第三方服务提供商合理接入平台，不得以进入平台和使用核心服务为条件，更不得因为用户使用平台而强制捆绑自营服务而排除第三方服务，对待自营业务和他营业务要一视同仁，保证在同等规则下公平竞争。实际上，当下世界上多数国家的公平公正浮于表面，比如印度直接禁止了亚马逊、沃尔玛等电商平台的自营业务，只允许它们以中介平台的身份在市场中存在，这种“消除式”的简单化禁止或者直接不予监管只从表面上缓和了单个问题而并未深入规则层面进行系统性干预。想要从根本上解决问题，必须加强事前性监管工具的监管力度、细化监管层次，通过关键算法、精确数据、动态分析等多种手段对平台企业进行全面审查，引入专家判断和危害纠正机制，确保规避平台企业自我优待的同时也不侵犯其正常的参与市场竞争的权利。

### 3. 威慑理论与事前监管工具的连接

法经济学上的威慑理论，是通过法律责任为违法行为设置后果，从而为行为人创造从事前放弃违法行为的激励<sup>[6]</sup>。对行为建立威慑，是因为行为的发生会给社会带来损失，产生负外部性，威慑能在一定程度上避免该损失的发生，也相当于实现了社会福利的增加<sup>[7]</sup>。不难看出，威慑理论与事前监管具有目的上较高水平的重合度，它们都在通过提前规制预防违法行为发生，从根源上维系社会福利的稳定，杜绝社会损失。威慑理论的逻辑前提是将法律规则体系类比为市场价格体系，认为法律规则体系下行为人为



的行为方式与经济行为人殊途同归[8]，在这个条件下，威慑理论的运行原理就是将本可能产生的社会外部成本提前内部化，所谓外部成本，是指企业或个人在进行市场竞争中向市场外的其他人所施加的成本或造成的无谓损失，在刑法上表现为如故意侵权、故意违约、故意损害所带来的社会危害性，从法经济学上看便是以法律的权威消解不必要行为产生的社会减损。美国波斯纳法官曾明确指出普通法规则给损害法益的行为都标上了“价格”，无论是搭便车，还是增加社会成本却没有相应收益的行为[9]，“价格”通常以法律制裁的形式呈现，也即行为人在从事违法行为后所必需向社会支付的损害补偿。经济学家们建立威慑理论和事前监管工具就是为了将“价格”“补偿”具像化、明确化和前置化，提高违法行为的成本至可能收益水平之上，大多数的理性人都会在衡量后自动放弃违法行为，这对于保护社会福利、降低社会损失来说是最经济的。

与罚金刑类似，事前监管工具与威慑理论的结合同样是从严厉程度和确定性上入手，例如《数字市场法》中明确举出了判断守门人身份的八类“核心平台服务”，包括在线中介服务、在线搜索引擎、云计算服务等，还对符合核心平台服务条件的企业细化了认定标准，包括对内部市场产生了重大影响、核心业务与用户直接连接以及市场中拥有持久且稳固的地位等，这些标准克服了当下众多国家的反垄断法覆盖面过窄、影响力不足的弊病，将本来较为模糊的认定标准逐渐清晰化。而严厉程度则主要从事前监管工具的特别化特点中体现，无论是美国的《终止平台垄断法案》，还是欧盟的《数字市场法》，都全方位的展现了对于大型平台企业的强针对性，甚至是通过平台规制的特别对待，构建一个独立于竞争法的统一平台规制体系[10]，如果这些独立运行的法案在效力上平行于竞争法，那么大型平台企业在遵守传统法规的同时还要额外担负起为它们专门定制的附加义务，并且这些义务更加严格、约束性更强，的确，在面对具有雄厚经济实力和市场影响力的大型平台企业，也只有不断的施加层层枷锁才能真正对其产生威慑。

## 4. 我国反垄断规制的未来进路

### 4.1. 发展事前规制不等于放弃事后救济

事前监管工具是针对数字经济、平台经济等新型市场竞争模式所创设的补充型管制措施，其无法反映法律的全部功能，仍需要以传统反垄断法规范为基础，切不可因为事前规制相关规范的出台而忽视了事后救济。

在我国反垄断司法实践中，不能因为事前管制措施中融入了威慑理论而将法规的功能限制于此。从大多数法律人的观点来看，反垄断法以保护市场竞争、提高经济运行效率、维护消费者权益和公共利益为目标，是现代市民社会经济生活和市场经济的重要支撑性力量，其务必在适用中实现法律基础的定纷止争功能。法律威慑理论提供了法律“止争”的事前机制，通过事前的责任分配实现事后的有效预防，然而威慑虽然是消弭纷争的一部分，或者说方法之一，但不具有覆盖性，原因在于复杂的现实世界中充斥着非理性行为、目的不为利益的违法行为和风险过失行为，它们不受事前规制的影响且不畏威慑，因而仅仅依靠威慑理论指导下的事前监管工具无法应对实务中出现的各种情形，甚至由于其规制对象的特别化和专门性而不能作为主要手段。“止争”既需要事前也需要事后，威慑理论和事前监管工具只是表述了法律止争的事前功能，更多的法律止争功能还需要依靠严格而全面的事后救济和始终如一的依法判决来实现。

### 4.2. 积极引入事前监管工具强化反垄断规制

我国的平台规制现状与西方如出一辙，BAT等几个大型平台主导着网络市场的走向并对用户和其他竞争者产生巨大影响，而现行的竞争法体系下的《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》无法

对这几个守门人进行有效规制,近年来国家已经在逐步加强管制,例如2019年发布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》、2021年2月颁布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》都强调了加大对网络平台领域的监管力度,但仍经常出现无法可引、保护不足和难以处罚的问题——在可以认定平台的某一行为系损害消费者福利、对用户造成了不便却无法判定平台具有市场支配地位,或可以认定平台滥用市场支配地位、排除限制了市场竞争却无法对其进行处罚。基于这一窘境,我国必须重新思考平台规制的特殊性以建立更加合适的竞争法立法体系,这一特殊性表现在反不正当竞争规制不同于民法强调主体平等原则,而是以消费者的倾斜保护为问题导向,注重抑制平台的优势地位,形成一种特殊政策约束支配力量的制衡模式,为达成这一目标,对大型网络平台进行单独立法既不会破坏原有法律体系的融贯性,又能够简洁、精确地解决大型网络平台的实践问题。为落实这一立法,笔者认为目前存在两种途径:其一,参照欧盟制定专门的《数字市场法》来对大型平台企业进行针对性规制,并将其纳入我国反垄断法体系,与现行《反垄断法》构成一般法与特别法的关系,大型平台企业除了要遵守《反垄断法》的规定之外,还要额外遵守《数字市场法》的规定;其二,直接修订现行《反垄断法》,增加数字市场监管的内容,加强对大型平台的管制,弥补现行立法的不足。

### 参考文献

- [1] 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[J]. 法学杂志, 2021(9): 85-86.
- [2] 王晓晔. 数字经济反垄断监管的几点思考[J]. 法律科学, 2021(4): 54.
- [3] 付新华. 论超级平台数据垄断的法律规制[J]. 学习与探索, 2022(2): 68.
- [4] 焦海涛. 平台互联互通义务及其实现[J]. 探索与争鸣, 2022(3): 125.
- [5] 许荻迪. 平台势力的生成、异化与事前事后二元融合治理[J]. 改革, 2022(3): 35.
- [6] 艾佳慧. 法律经济学的新古典范式——理论框架与应用局限[J]. 现代法学, 2020(6): 71.
- [7] 戴昕. 威慑补充与赔偿减刑[J]. 中国社会科学, 2010(3): 129.
- [8] 魏建. 理性选择理论与法经济学的发展[J]. 中国社会科学, 2002(1): 104.
- [9] [美]理查德 A.波斯纳: 法理学问题[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 449.
- [10] 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[J]. 法学杂志, 2021(9): 83.