

《数字市场法》：欧盟规制数字“守门人”的制度路径

陈菲 蒲文杰

内容提要：数字平台固有的反竞争本质赋予少数超级平台滥用市场权力的结构性优势,使其转化为企业用户和终端用户间的数字“守门人”。作为欧盟规制数字“守门人”的制度路径,《数字市场法》植根于欧洲特殊的法律和政治文化,呈现出横跨多层级的法律架构:从“守门人”的强制化义务清单,到欧委会的动态化监管逻辑,再到多主体的科学化协作机制。《数字市场法》的制度设计蕴含多重创新效能,标志着欧盟反垄断执法由“事后规制向事前监管”“标准导向向基于标准的理性规则导向”和“分散执法向集中执法”的三重模式嬗变。然而,其相关条文的模糊性和不确定性亦会削弱数字平台的创新能力,放慢执法进程,导致贸易保护主义和监管碎片化趋势,使《数字市场法》与欧盟制定该法的初衷背道而驰。

关键词：数字市场法 “守门人” 反垄断 数字经济 欧盟

引言

数字化时代背景下,基于算法赋能的数据流动造就了数字中介平台、企业用户和终端用户间的交叉网络:用户依托平台实现交互,平台依赖数据优化服务。然而,随着数字市场的扩张,单一平台逐渐演化为高度集中的多面向服务中枢,依托强大的市场权力从事反竞争行为,使平台与用户间的交叉网络渐趋异化,针对数字中介平台的监管由此提上议程。为有效应对“平台市场固有的反竞争本质”,^①世界各国正基于重塑平台健康生态的法律关切,加速竞争政策的孵化进程。

^① Lina M.Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox,” *The Yale Law Journal*, Vol.126, No.3, 2016, pp.710-805.

作为数字领域“大刀阔斧的改革者”，欧盟始终将自己定义为“监管数字创新及其潜在危害的全球领导者”。^①为回应用户对数字平台运营商的市场权力和反竞争行为的广泛担忧，欧盟委员会（以下简称“欧委会”）于2020年12月提出了“数字服务法案—揽子计划”（The Digital Services Act Package, DSAP）。^②该计划包括《数字服务法》（Digital Services Act）和《数字市场法》^③（Digital Markets Act, DMA）两部平台法。根据欧盟的立法进程，《数字市场法》已于2023年5月开始适用，针对“守门人”（Gatekeepers）^④的义务和禁令预计将在2024年3月开始生效。《一般数据保护条例》（GDPR）推出两年之际，欧盟再次打开“算法黑箱”（The Black Box of Algorithms），^⑤试图以GDPR的既有经验为蓝本，引领全球平台行业的监管规范，追求数字时代开放性的战略自主权，《数字市场法》由此进入学界的研究视野。

目前，国内外关于《数字市场法》的研究多以平台反垄断与法律协调为主，有学者认为该法案是“过度监管”，^⑥但更多学者认为其瑕不掩瑜，具有积极的借鉴意义。^⑦作为欧盟竞争政策体系^⑧的补充性监管工具，《数字市场法》始终以有效实现其目标为价值导向。然而，由数据驱动的数字生态日新月异，《数字市场法》的标准化监管能否紧跟数字时代的发展节奏，有效实现其政策目标？其制度创新的积极效能是否会与实

^① European Commission, “Shaping Europe’s Digital Future,” Publications Office of the European Union, 19 February 2020, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/33b6e417-53e8-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-en>.

^② European Commission, “The Digital Services Act Package,” <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

^③ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT?uri=CELEX%3A32022R1925&qid=1695463976032>.

^④ 根据《数字市场法》第2条和第3条，凡是在欧洲提供特定平台化服务，并满足其定性 with 定量标准的企业，都将被欧盟委员会认定为“守门人”，强制履行法案规定的义务清单。

^⑤ European Parliament, “Digital Services: Landmark Rules Adopted for a Safer, Open Online Environment,” 5 July 2022, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment>.

^⑥ Aurelien Portuese, “The Digital Markets Act: The Path to Overregulation,” Pymnts, 13 June 2022, https://www.pymnts.com/cpi_posts/the-digital-markets-act-the-path-to-overregulation/.

^⑦ 李本、徐欢颜：《中国方案：欧盟对数字平台“守门人”监管革新的启示》，载《上海大学学报（社会科学版）》，2023年第5期，第116-118页；张素伦：《平台企业的双重面向及反垄断监管因应——兼论我国“守门人”制度的构建》，载《河北法学》，2024年第1期，第108-112页；林秀芹：《论数字经济反垄断的范式转变——以欧盟〈数字市场法〉为镜鉴》，载《知识产权》，2022年第7期，第14-19页；Oles Andriychuk, “Shifting the Digital Paradigm: Towards a Sui Generis Competition Policy,” *Computer Law & Security Review*, Vol.46, 2022, pp.7-12; Pierre Larouche and Alexandre de Stree, “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions,” *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol.12, No.7, 2021, pp.542-560; Bjorn Lundqvist, “An Access and Transfer Right to Data—from a Competition Law Perspective,” *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol.11, No.S1, 2023, pp.i57-i71.

^⑧ 为保障欧盟统一市场的竞争与开放，欧盟围绕反托拉斯、并购控制、自由化和国家补贴开展竞争立法，已形成较为完备的政策体系。参见 European Commission, “EU Institutions and Competition Policy,” https://competition-policy.ec.europa.eu/about/what-competition-policy/eu-institutions-and-competition-policy_en.

际的适用效果背道而驰?学界对此缺乏全面的考量。

本文试图从欧盟制定《数字市场法》的政策动机出发,通过深入剖析《数字市场法》的运行框架和模式创新,以解决欧盟核心关切的问题,即欧盟能否通过《数字市场法》规制“守门人”,以推动欧洲数字平台权力结构的再平衡。本文第一部分重点介绍《数字市场法》产生的法律和政治背景;第二部分从多元主体的角度分析《数字市场法》的制度设计与监管架构;第三部分厘清《数字市场法》与欧盟竞争政策的内在逻辑;第四部分分析《数字市场法》的制度创新效能及其对目标实现的潜在负面影响;结论部分探讨《数字市场法》的启示。

一 欧盟出台《数字市场法》的政策考量

欧盟数字格局的一大特点是数字权力高度集中在“守门人”手中。针对权力严重失衡的平台现状,欧盟给出的法律答卷是推出《数字市场法》,以确保数字领域市场的“公平性”(Fairness)和“可竞争性”(Contestability)。^①这一政策目标不仅基于欧盟对“守门人”隐性反竞争行为与特征的考究与研判,更植根于欧洲特殊的法律和政治文化。

(一) 竞争政策难以为继,公平竞争趋于扭曲

在欧洲,欧盟竞争政策是反垄断调查的主要依据,它为传统法律领域中有关经济与市场力量的相关问题提供了总体的分析框架,有助于促进欧盟经济的数字化转型。在过去的几十年间,运营“核心平台服务”(Core Platform Services)^②的科技公司逐步崛起为势力庞大的“守门人”。它们凭借强大的规模效应和垂直整合能力形成“极端规模经济”(Extreme Scale Economies),占领数字高地的结构性优势,并以此从事大数据“杀熟”“二选一”、捆绑式销售、“猎杀式并购”(Killer Acquisitions)等反竞争行为,^③引发了欧盟监管机构的反垄断调查。然而,由于自身固有的滞后性缺陷,现行的欧盟竞争政策无法(有效)解决“守门人”行为对内部市场有效运作构成的挑战。^④

^① 《数字市场法》鉴于条款第7条。

^② 《数字市场法》第2条规定,核心平台服务包括:在线中介服务(Online Intermediation Services)、在线搜索引擎(Online Search Engines)、在线社交网络服务(Online Social Networking Services)、视频分享平台服务(Video-sharing Platform Services)、非基于号码的人际电子通信服务(Number-independent Interpersonal Communications Services)、操作系统(Operating Systems)、网络浏览器(Web Browsers)、虚拟助手(Virtual Assistants)、云计算服务(Cloud Computing Services)、由以上所列任何核心平台服务的企业提供的在线广告服务(Online Advertising Services),包括任何广告网络、广告交易所和任何其他广告中介服务。

^③ 《数字市场法》鉴于条款第2条。

^④ 《数字市场法》鉴于条款第5条。

一方面,平台经济背景下的“假定垄断者测试”(SSNIP)无法高效界定相关市场。欧盟竞争政策的立法基础《欧洲联盟运行条约》(TFEU)第101条和第102条适用于滥用市场支配性地位的反竞争行为。^①在欧盟看来,其竞争政策无法界定“守门人”的相关市场和支配性地位,即使进行深入调查,也会遭遇重重困难。^②对于可能存在的垄断行为,欧洲法院审理的通常思路是界定相关市场、确定主导地位、评估竞争行为,SSNIP就是常用于界定相关市场的政策工具。^③这一工具构建的数字模型与指标主要适用于工业化时代的单一市场产品,却无法有效适用于对数字平台相关市场的分析。其一,SSNIP产生于价格敏感型市场,然而“守门人”为争夺市场,常常采取产品差异化和平台去边界化策略,因此,仅对核心平台服务进行小幅的价格上涨难以有效撬动用户需求,导致测试结果缺乏科学性;其二,“守门人”服务的不对称性价格结构也会影响SSNIP的测试结果。当信息不对称、交易成本过高等因素导致科斯定理的失效,使企业与个人无法通过直接的谈判达到帕累托最优,平台的中介功能才有意义。基于此,“守门人”常采取不对称性的定价策略,^④使执法者无法确定应该提高哪一边的价格,以及针对双边用户是否应采取差异化的提价策略,这为执法带来更大的复杂性。

另一方面,“更经济的做法”(More Economic Approach)^⑤导致欧盟竞争执法程序的冗长化。21世纪以来,欧盟在执法中为更好地整合经济证据,将经济专家和经济分析引入诉讼程序,试图以具体的货币形式计算消费者福利。欧盟在竞争执法无法适应现代经济理论的背景下引入“更经济的做法”是有必要的,但其背后的代价是法律确切性的缺失及执法程序的冗长化。竞争政策核心条款的措辞非常笼统且存在多种解释,相关开放性术语,如“垄断”“有效竞争的严重障碍”等,缺乏明确的标准,需要借助特定的经济模型和反事实情景加以解释,不仅导致执法机构需要逐案进行广泛的调查和搜证,也为“守门人”经济专家的效率抗辩提供大量的解释空间,导致“竞争执法程序的持续时间使竞争政策似乎总是落后于市场发展”。^⑥以谷歌购物案为例,欧委会

^① 本文关于《欧洲联盟运行条约》和《欧洲联盟条约》(TEU)的法律条文,均引自《欧洲联盟基础条约——经〈里斯本条约〉修订》,程卫东、李靖堃译,社会科学文献出版社2010年版。

^② 《数字市场法》鉴于条款第5条。

^③ 作为一种思想试验,SSNIP的核心思路是通过对目标商品进行“幅度不大但有意义的非临时性价格上涨(5%-10%)”,测试消费者是否会转向购买替代品以界定该替代品是否应纳入相关市场。参见Nikolaus Fink, “SSNIP, State-owned Enterprises, Public Goods and Complements,” *EMPIRICA*, Vol.38, No.3, 2011, pp.381-382。

^④ 《数字市场法》鉴于条款第33条指出,“守门人”单方面为使用其核心平台服务及其子服务的平台用户设定不平衡的条件。

^⑤ Rupperecht Podszun, “From Competition Law to Platform Regulation—Regulatory Choices for the Digital Markets Act,” *Economics*, Vol.17, No.1, 2023, p.2.

^⑥ Philip Marsden and Rupperecht Podszun, “Restoring Balance to Digital Competition—Sensible Rules, Effective Enforcement,” *Pymnts*, 1 November 2022, https://www.pymnts.com/cpi_posts/restoring-balance-to-digital-competition-sensible-rules-effective-enforcement/.

在接到投诉之后,于2010年开始调查此案。虽然该案在2017年之前已做出裁定,但在2021年,欧洲法院又重新审查了此案。^①截至目前,该案由欧洲法院审理,在第一个程序过去13年之后仍然没有最终结果。此外,“守门人”高筑平台市场壁垒所引起的市场比例失衡往往是潜移默化的,并不总是涉及可以根据欧盟竞争政策提起诉讼的具体行为,^②其不公平的商业行为亦可能因为缺乏反竞争效果而逃避欧盟竞争政策的规制,^③因此,必须借助复杂的损害理论和经济模型加以论证。

(二)全面捍卫数字主权,引领全球行业规范

作为首批全面监管大型数字公司“守门人”权力的监管工具之一,《数字市场法》反映出欧洲捍卫数字主权、引领行业规范的核心诉求。

首先,整合数字单一市场,以化解监管碎片化趋势。数字化时代背景下的欧盟竞争政策被认为是失败的,《数字市场法》经济专家小组报告显示,2000年以来,涉及GAFAM(Google、Apple、Facebook、Amazon、Microsoft)的近千宗并购案件中,没有一项重大的科技并购受到监管机构的阻止。^④德国杜塞尔多夫大学竞争法研究所所长鲁普雷希特·波德松(Rupprecht Podszun)指出,谷歌搜索、安卓和苹果的操作系统、Meta网络和通信空间,以及亚马逊作为头号零售商的地位,证明了欧盟竞争政策没有兑现其保证市场中充满有活力的竞争文化的承诺。^⑤基于此,德国、法国、意大利、挪威、西班牙、瑞典等欧盟成员国为保护本土企业的发展空间纷纷开展国内数字立法。^⑥然而,在欧委会看来,这种“各自为政、另立他法”的行为无疑会对欧洲数字单一市场的形成产生负面影响,同时冲击欧盟法的优先效力(Supremacy)原则^⑦,并加剧竞争执法的碎片化趋势。因此,有必要在欧盟立法层级上向使用“守门人”核心平台服务的企业用

^① EU General Court, 10 November 2021, Case T-612/17-*Google Shopping*.

^② 欧委会在谷歌购物案中就面临这样的困境:在搜索引擎中占主导地位的谷歌利用自我优待限制竞争对手的公平准入,但该行为并不属于欧盟竞争政策中既定类型的滥用行为。

^③ Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Accompany the Document Proposal for a Regulation of The European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020SC0363#PP2Contents>.

^④ Luís Cabral et al., “The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts,” Publications Office of the European Union, 18 February 2021, p. 25, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783436.

^⑤ Rupprecht Podszun, “From Competition Law to Platform Regulation—Regulatory Choices for the Digital Markets Act,” p.5.

^⑥ Jacques Crémer et al., “Competition Policy for the Digital Era,” European Commission, 2019, pp.110-115, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

^⑦ 根据优先效力原则,欧盟基础条约(包括《欧洲联盟运行条约》和《欧洲联盟条约》)以及根据基础条约通过的欧盟立法对于成员国法律具有优先性。参见程卫东:《多元法律秩序与欧盟法治的局限性》,载《欧洲研究》,2016年第1期,第3页。

户和终端用户提供适当的监管保障,以有效避免内部市场的分裂。^①因此,《数字市场法》不同于欧盟竞争政策,其立法基础是 TFEU 第 114 条,旨在按照普通立法程序采取措施,推动成员国的法律、法规或行政行为所规定的条款趋于一致。^②

其次,遏制域外科技巨头的结构性优势,以改善本土企业举步维艰的发展困境。目前,西方国家 92% 的数据由美国公司托管,全球科技品牌前 20 名中没有欧洲公司。^③ 欧盟认识到,只有摆脱对域外数字中介平台的高度依赖,成为数字经济领域的“领头羊”,才能重获数字时代的技术主导权。因此,在欧委会公布的首批“守门人”清单中,Alphabet、苹果、微软、字节跳动、亚马逊、脸书等欧盟境外的科技巨头公司赫然在列。^④ 根据《数字市场法》的义务条款,“守门人”在互操作性、侧载(Sideloading)、实时数据可携带性(Portability)和公平性等方面将受到层层“加码”,以改善议价能力严重失衡的平台现状与赢家通吃的“倾倒入效应”(Tipping Effect)。同时,欧委会认为,《数字市场法》不应针对中小微型企业,应“审慎考虑该企业是否会实质性损害核心平台服务的可竞争性”。^⑤ 作为欧盟视野下的政策性规制工具,《数字市场法》将助力欧洲中小微型企业消解过高的市场准入和扩张门槛,为其颠覆超大型科技公司的价值网络与平台架构提供创新的机遇和空间。

最后,强化欧盟数字主权、韧性与竞争力,以重塑其全球平台产业的领导力。数字中介平台已成为各国经济高效运转的“增速剂”,同时也引发各国对自身数字主权的担忧。法国总统马克龙指出:“如果我们不在所有领域(数字、人工智能)产生自己的冠军,我们的选择将由他人决定。”^⑥ 欧委会也认为,全球科技驱动型企业将数据货币化作为战略核心,“并不总是遵守欧洲的规则和基本价值观”,这对欧洲构成重大的政策挑战。^⑦ 对此,欧盟颁布了一系列旨在推动欧洲数字化转型的法律文件,如 DSAP、

① 《数字市场法》鉴于条款第 9 条。

② “Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union,” Official Journal of the European Union, C 202, 7.6.2016, pp.1-388, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT>.

③ Sean Fleming, “What is Digital Sovereignty and Why is Europe So Interested in It?” World Economic Forum, 15 March 2021, <https://www.weforum.org/agenda/2021/03/europe-digital-sovereignty/>.

④ “Gatekeepers,” European Commission, 5 September 2023, <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/gatekeepers>.

⑤ 《数字市场法》鉴于条款第 24 条。

⑥ “Has Europe Left It Too Late to Achieve Digital Sovereignty,” World Economic Forum, 13 December 2019, <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/has-europe-left-it-too-late-to-achieve-digital-sovereignty/>.

⑦ Tambiana Madiaga, “Digital Sovereignty for Europe,” European Parliamentary Research Service, July 2020, p.1, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651992/EPRS_BRI\(2020\)651992_EN.pdf#:~:text=This%20paper%20explains%20the%20context%20of%20the%20emerging,to%20enhance%20European%20autonomy%20in%20the%20digital%20field](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651992/EPRS_BRI(2020)651992_EN.pdf#:~:text=This%20paper%20explains%20the%20context%20of%20the%20emerging,to%20enhance%20European%20autonomy%20in%20the%20digital%20field).

GDPR、《关于欧盟公司可持续性尽责指令的立法提案》《数据治理法案》《欧洲芯片法案》等。这些文件基于欧盟捍卫自身数字主权的考量,通过创新一体化的政策举措,确保公民的基本权利、数据安全、经济福利、生活质量,反映出欧盟以人为本的价值观念。在欧盟看来,后疫情时代与乌克兰危机的背景之下,维护数字主权以增强本土数字产业链与供应链的韧性举足轻重,通过欧盟法向域外跨境企业施加责任与义务,能够助推欧洲价值观外溢至全球数字平台产业,塑造全球数字生态共识,为欧盟参与多边舞台的议程设置、国际组织的规则制定、地缘政治的经济博弈增加额外的筹码。

二 《数字市场法》的制度设计与监管架构

为有效实现“公平性”和“可竞争性”的政策目标,履行欧盟推动数字化转型的承诺,欧盟立法者在《数字市场法》中共设六大制度模块,分别围绕“守门人”的认定及其义务、欧委会的动态化市场调查,以及超国家机构与成员国竞争机构(Member States' Competition Authorities, NCAs)间的协调合作构造了一个全面的监管架构,呈现出多元一体的运行特征。

(一)“守门人”的制度结构:基于市场优势的强制化义务清单

1. 数字“守门人”的认定标准

针对欧盟竞争政策固有的缺陷与案例经验,《数字市场法》第3条将提供核心平台服务并满足其“概括性认定标准”与“数量阈值标准”的企业认定为“守门人”。

就“概括性认定标准”而言,《数字市场法》第3条第1款规定,符合三个条件的核心平台服务提供者,应属于“守门人”:第一,其对内部市场有重大影响;第二,其运营一项核心平台服务作为商业用户接触终端用户的重要门户;第三,其在运营中已经或即将具有稳固和持久的地位。

就“数量阈值标准”而言,《数字市场法》第3条第2款规定,核心平台服务提供者应推定满足以下条件:第一,平台所属企业在过去三个财政年度在欧洲经济区(EEA)实现的年营业额等于或超过75亿欧元,或者该企业的平均市值或等值市场公允价值在过去一个财政年度内达到750亿欧元,并在至少三个成员国提供核心平台服务;第二,其运营的核心平台服务在欧盟境内有月平均活跃终端用户超过4500万,或者在过去一个财政年度内有1万家商业活动用户;第三,过去三个财政年度中,每一年度均达到前述第二项标准。

需要注意的是,“守门人”具有确切性的认定标准,但“守门人”地位之审查仍具有

一定的自由裁量空间,即“守门人”应同时满足上述两类标准,但对于已经达到三个概括性认定标准,而未达到数量阈值标准全部要求的核心平台服务提供者,根据《数字市场法》第3条第6款的规定,欧盟委员会有权依法定程序对其进行调查、评估,在综合考量其规模、依赖其提供的核心平台服务的商业用户数量及其对市场准入的影响等因素的基础上,决定是否将其指定为“守门人”。

2. 数字“守门人”的强制化义务清单

“守门人”往往具备平台市场的主导性优势,进而引发行用户权利和义务间的不平衡。这种主导性优势来源于行为经济学视域下的“超轻推”(Hypernudge)现象。^①“超轻推”导致平台市场准入和退出门槛不断加高,使部分企业控制整个平台市场,无论现有或新兴的市场运营商多具创新和高效,在结构上都极难与之竞争,并实现颠覆性创新。对此,欧委会副主席玛格丽特·维斯塔格(Margrethe Vestager)表示,将通过“守门人”施加一系列的强制化义务清单以“控制这一点,并确保市场是开放和可竞争的”。^②

基于此,《数字市场法》第5条至第7条立足欧盟平台反垄断的历史实践,为“守门人”设置一系列强制适用的“尽责义务”(Obligation of Due Diligence)^③清单,其核心义务条款涉及数据限制型义务、数据开放型义务和FRAND接入义务(Fair, Reasonable and Non-discriminatory)。

第一,数据限制型义务。近年来,数字平台中的捆绑式销售、“猎杀式并购”“自我优待”(Self-preferencing)等滥用数据的行为,引起欧盟竞争政策的深重关切。数据滥用导因于“守门人”的“双重角色身份”,^④这意味着“守门人”不仅是核心平台服务的提供者,还可以利用数据生成的用户偏好压制数字支付、广告刊登、应用商店等企业用户,为终端用户提供更加私人化和封闭化的替代性产品与服务。对此,《数字市场法》第5条和第6条的部分条款围绕数据使用、数据融合、数据处理为“守门人”设置多重限制禁令:“守门人”不得利用企业用户通过核心平台服务生成或提供的非公开数据

^① 超轻推是指在数字市场中,部分数字平台利用大数据、人工智能等算法工具以灵活有效且不易察觉的方式将用户的使用行为逐渐塑造为平台所期待的模式,例如,根据数据生成的用户画像动态配置其信息选项、通过短暂的经济激励吸引用户优先选择平台旗下的跨平台生态。参见 Karen Yeung, “‘Hypernudge’: Big Data as a Mode of Regulation by Design,” *Information, Communication & Society*, Vol.20, No.1, 2016, pp.118-136。

^② Margrethe Vestager, “Remarks by Executive Vice-President Vestager for the Political Agreement on the Digital Markets Act,” European Commission—Speech [Check Against Delivery], 25 March 2022, p.1, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/speech_22_2042/SPEECH_22_2042_EN.pdf。

^③ 叶斌、杨昆灏:《欧洲的权利经济转型——基于对欧洲公司可持续性尽责法的考察》,载《欧洲研究》,2022年第6期,第76页。

^④ 《数字市场法》鉴于条款第46条。

与相关企业竞争;不得将由核心平台服务收集的个人信息与“守门人”提供的其他服务或第三方服务收集的个人信息任意融合,并交叉使用于“守门人”的其他核心平台服务或子平台业务;不得因第三方服务使用其核心平台服务,便基于提供在线广告服务的目的,处理终端用户使用第三方服务所产生的个人信息。

第二,数据开放型义务。在欧盟看来,竞争是市场经济的灵魂和基本机制,良性竞争可以鼓励企业增加生产、创新技术、降低价格,助推欧洲企业与全球竞争对手相抗衡。^① 基于此,《数字市场法》不仅规制“守门人”滥用数据的反竞争行为,还制定了极具特色的数据开放型义务,以打破“守门人”数据生态闭环所导致的“锁定效应”(Lock-in Effects),^② 不仅能够培育欧洲本土企业基于数据生产力的竞争优势,同时也能保障终端用户“多归属”(Muti-homing)的自主选择权利。

其一,数据共享义务。据《数字市场法》第6条第10款,“守门人”应企业用户或终端用户授权的第三方要求,应免费为其提供有效、高质量、持续、可实时接入和使用的聚合或非聚合数据。这些数据生成于企业用户以及与之互动的终端用户所使用的核心平台服务或支持该类服务的其他服务。对于终端用户的“个人信息”,“守门人”只有在获取终端用户的授权后,才能与企业用户共享。

其二,互操作性义务(Interoperability)。《数字市场法》第6条第4款规定,对于使用“守门人”操作系统、与该系统互操作的第三方应用程序或软件商店,“守门人”应在技术上允许其被安装且有效使用,同时允许它们能够通过相关核心平台服务以外的渠道被访问。《数字市场法》第6条第7款要求“守门人”授权服务供应商和硬件供应商在使用其操作系统或虚拟助手所控制的软件与硬件功能之间,获取与“守门人”使用软件与硬件同等水平且免费有效的互操作性和基于互操作性的接入权。此外,《数字市场法》还在第7条中为不占用号码资源的人际通信服务类“守门人”(Gatekeepers on Interoperability of Number-independent Interpersonal Communication Services)设置了9项互操作性义务,如“守门人”在提供互操作性服务时,应确保终端用户的安全水平(如端对端加密)。

其三,可携带性义务(Portability)。《数字市场法》第6条第9款规定了“守门人”的可携带性义务,即“守门人”应终端用户或由终端用户授权的第三方要求,需免费提

^① European Commission, “Why Is Competition Policy Important for Consumers,” https://competition-policy.ec.europa.eu/about/why-competition-policy-important-consumers_en.

^② 锁定效应源于用户对“守门人”服务的高度依赖所形成的市场权力,致使用户由于高昂的转换成本、深度的品牌依赖,以及强大的网络效应而无法有效转换供应商,形成用户的单归属(Single-homing)。参见 Tzu-Hsin Liu, Shih-Chang Hung and Yung-Chang Hsiao, “Online Business Strategy in Creating Lock-In Effect,” *NTU Management Review*, Vol.29, No.3, 2019, pp.168-169.

供终端用户在平台活动中所产生的数据及其自己提供的数据,同时还应提供免费的工具来确保可以实现有效的数据可携带性,以及连续、实时接入数据的权限,如有效且高质量的应用程序编程接口(Application Programming Interfaces, API)。

其四,促进多归属义务。针对数字平台的锁定效应与用户的单归属现状,《数字市场法》一方面围绕数据共享、互操作性与可携带性为用户提供免费、高效的数据迁移渠道;另一方面,则通过规制“守门人”的单方面行为保障用户的自主选择权利。《数字市场法》第5条规定,“守门人”应当允许终端用户通过其核心平台服务使用和访问企业用户的应用程序,以访问和使用内容、订阅、功能或其他项目,不得强制要求企业用户和终端用户使用与之核心平台服务互操作的识别服务、支付服务和搜索引擎,也不得将订阅或注册其核心平台服务作为企业用户和终端用户能够使用和访问其核心平台服务的前置条件,同时保障企业用户和终端用户向相关主管机构通报“守门人”限制其自主选择权利的不合规行为,并依据相关法律设置合理的投诉处理机制,使举报人免受来自“守门人”的报复。除此之外,《数字市场法》第6条第3款还规定,应赋予终端用户卸载“守门人”预设应用、更改“守门人”操作系统、虚拟助手和浏览器默认设置的权利,以规制平台生态的潜在“锁定效应”。

第三,FRAND接入义务。FRAND是标准制定组织(Standard-setting Organizations, SSOs)对标准必要专利(Standard-essential Patents)的权利限制中体现公平、合理、不带歧视性的条款,通常见于欧洲、美国的相关部门监管中,^①例如,在规范企业间数据共享合同的基本条款方面,欧盟《数据法》(Data Act)秉承了公平、合理和非歧视性原则。^②在欧盟立法者看来,“守门人”借助在线搜索引擎收集企业用户和终端用户在其核心平台服务上的“聚合数据集”(Aggregated Datasets),甚至还可能汇总这些用户在其下游商业伙伴平台上的数据,进而获取该类排名、查询、点击和查看的接入权,导致“守门人”和用户之间两极分化的议价差异,同时限制了平台市场的公平准入与扩张。^③对此,《数字市场法》第6条第11款和第12款特别要求“守门人”必须基于公平、合理和非歧视条款,为提供在线搜索引擎的第三方企业提供终端用户在其引擎上生成的排名、查询、点击和查看等数据接入权限,同时应当对相关应用商店、在线搜索引擎和在线社交网络服务适用公平、合理、非歧视的企业用户一般性接入条件。

^① Erik Habich, “FRAND Access to Data: Perspectives from the FRAND Licensing of Standard-Essential Patents for the Data Act Proposal and the Digital Markets Act,” *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol.53, No.9, 2022, pp.1343-1344.

^② 曾彩霞、朱雪忠:《欧盟企业数据共享制度新动向与中国镜鉴——基于欧盟〈数据法〉提案的解析》,载《德国研究》,2022年第6期,第93页。

^③ 《数字市场法》鉴于条款第61条和第62条。

表 1 数字“守门人”的强制化义务清单

数据限制型义务	数据使用义务	“守门人”不得利用企业用户通过核心平台服务生成或提供的非公开数据与其竞争
	数据融合义务	“守门人”不得将由核心平台服务收集的个人信息与“守门人”提供的其他服务、第三方服务收集的个人信息任意融合,并交叉使用于“守门人”的其他核心平台服务或子平台业务
	数据处理义务	“守门人”不得因第三方服务使用其核心平台服务,便基于提供在线广告服务的目的,处理终端用户使用第三方服务所产生的个人信息
数据开放型义务	数据共享义务	“守门人”应企业用户和终端用户授权的第三方要求,应免费为其提供可实时接入和使用的数据
	互操作性义务	“守门人”应允许安装与其互操作的第三方应用程序; “守门人”应提供服务供应商和软件供应商免费有效的互操作协议,且保证其质量、水平与“守门人”自带的软件和硬件服务相一致; “守门人”应提供基于互操作性的接入权
	可携带性义务	“守门人”免费提供终端用户在平台活动中所产生的数据和用户自身提供的数据,同时提供免费的工具以确保实现有效的数据可携带性及连续、实时接入数据的权限
	促进多归属义务	“守门人”不得强制要求用户使用其核心平台服务; “守门人”不得以注册、订阅作为使用其核心平台服务的前置条件; 保障用户举报“守门人”不合规行为的权利; “守门人”应允许终端用户卸载“守门人”预设应用、更改“守门人”操作系统、虚拟助手和浏览器默认设置
FRAND 接入义务		“守门人”必须基于公平、合理和非歧视条款,为提供在线搜索引擎的第三方企业提供终端用户在其引擎上生成的排名、查询、点击和查看等数据接入权限
		“守门人”必须对相关应用商店、在线搜索引擎和在线社交网络服务适用公平、合理、非歧视的企业用户一般性接入条件

注:表由作者根据《数字市场法》第 5 条和第 6 条中的核心条款制定。

《数字市场法》的义务清单对“守门人”基于平台市场特性的结构性优势进行多维度的规制,并要求“守门人”依据《数字市场法》第28条,设立独立于运营职能的合规部门,赋予其足够的权限、地位、资源,以确保义务清单的悉数履行,否则将依照《数字市场法》第30条规定,予以上一财政年度全球总营业额1%、2%、10%或20%的梯度型罚款。此外,根据《数字市场法》鉴于条款第23条,如果“守门人”在被认定后的五年内存在至少7项违规行为,将被视为“系统性不合规”(Systematic Non-compliance),并面临额外义务的“行为性救济”(Behavioral Remedy)措施和资产剥离的“结构性救济”(Structural Remedy)风险。^①

《数字市场法》的强制性义务清单代表着一种范式转变,即以预防性原则的义务适用推动反垄断规制由事后分析(Ex-post)向事前监管(Ex-ante)的模式转换,以最大限度规制“守门人”的市场优势,防止数字资本的无序扩张。

(二) 执法者的行动机理:基于平台变迁的动态化监管逻辑

欧盟层面颁布的法律框架应由特定的成员国机构执行,但鉴于“守门人”价值网络和运营规模的全球性影响力,以及数字经济日新月异的变化特征,《数字市场法》并未采取传统的竞争政策经验,而是选择欧盟层面的集中执法,并赋予欧委会唯一的执行权。

1. “守门人”、义务清单与核心平台服务的滚动式更新

欧委会有权依照特定的量化阈值对“守门人”的认定、义务清单的内容及核心平台的服务范围进行动态化调整。作为对欧盟竞争政策确定性缺位的法律回应,《数字市场法》鉴于条款第23条要求欧委会在针对“守门人”身份的市场评估中仅考虑与数量阈值标准直接相关的要素,这意味着任何基于效率的法律抗辩都将被欧委会驳回。不过,《数字市场法》也充分考虑到由技术与平台市场变迁所引发的法律滞后化风险,因此,除了根据既定的数量阈值标准定期审查“守门人”地位外,《数字市场法》鉴于条款第20条授权欧委会根据TFEU第290条^②实时更新认定“守门人”量化阈值的权力,如定期调整用于确定核心平台服务活跃用户的方法和指标。在“守门人”的义务方面,《数字市场法》第12条赋予欧委会基于“守门人”市场调查结果,通过授权法案

^① 行为性救济和结构性救济是事后调查类垄断案件救济的两种基本类型。在欧委会看来,行为性救济是“迫使相关企业以特定方式行事或摒弃特定的反竞争行为,且该类救济必须加以检监测和强制执行”,例如,为“守门人”增加义务条款;而结构性救济是“一种通过转让有形或无形资产的产权,包括转让整个业务单位,以有效改变市场结构的措施,并且不会导致前所有者和未来所有者之间的任何持续关系”,例如,对“守门人”的产权进行剥离和拆分。参见“Policy Roundtables: Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases 2006,” The OECD Competition Committee, 15 May 2007, pp.186-187;郝俊淇:《救济制度适用于事后调查类垄断案件研究——兼议新〈反垄断法〉的遗留问题》,载《经贸法律评论》,2022年第5期,第64-66页。

^② 根据TFEU第290条,立法性法令可授权欧委会通过具有普遍适用性的非立法性法令,以补充或修改立法性法令中某些非根本性的内容。

动态调整、更新强制化义务清单的权力。此外,《数字市场法》不仅规制现存的“守门人”,欧委会还可根据《数字市场法》第 26 条引入股权价值、利润比率和相对增长率等动态参数,将那些“预计在不久的将来享有根深蒂固和持久地位”的核心平台服务提供者认定为“准守门人”,并根据欧盟法的比例性原则进行临时性的事前干预,划定与《数字市场法》目标相称的特定子义务,定期审查是否应维持、取消、调整“准守门人”的身份与义务。^①最后,由于平台经济高速发展所驱动的生态颠覆也会导致既定核心平台服务框架的狭隘,因此,《数字市场法》第 19 条还赋予欧委会通过授权法案“扩容”和“裁剪”核心平台服务清单的权力,以最大限度规制新兴平台的反竞争行为。

2. 义务清单适用框架的动态化处理:义务中止与义务豁免

尽管《数字市场法》第 3 条第 10 款给予“守门人”六个月的义务适用“缓冲期”,但核心平台服务转变运营算法所引发的合规成本、员工流动、舆论风向,可能会“误伤”甚至“威胁”存在合理需求的“守门人”。对此,《数字市场法》第 9 条规定,如若“守门人”在合理请求中证明履行义务清单中的特定子义务将危及“守门人”在欧盟内运营的经济可行性,欧委会可制定实施法案,规定欧委会在例外情况下决定全部或部分中止该合理请求中所提及的特定子义务。随后,欧委会将根据该决定所规定的时间间隔,定期审查“中止决定”(Suspension Decision),并在审查后全部或部分解除中止,或就是否继续满足中止条件做出决定。《数字市场法》第 10 条规定,欧委会可根据“守门人”基于公共健康和公共卫生的合理请求,通过“豁免决定”(Exemption Decision)对“守门人”基于《数字市场法》第 5 条至第 7 条所规定的强制性义务进行部分或全面的豁免。豁免决定生效后,欧委会应定期审查豁免理由的实际情况以决定是否继续豁免。此外,为保证“守门人”权力与责任的动态平衡,欧委会可主动或以回应至少三个成员国对新兴产品与服务所引起的“公平性”和“可竞争性”关切的方式展开市场调查,^②以定期滚动更新义务清单的方式限制任何阻碍创新和自由寻求替代性中介服务平台的不正当行为。对于因违反义务清单而进入诉讼程序的“守门人”,欧委会可依照《数字市场法》第 24 条基于初步的不合规证据对其施加额外的“临时措施”(Interim Measures),将其作为义务清单的补充性工具,确保“被调查的侵权行为在诉讼期间不会对企业用户或终端用户造成严重且无法弥补的损害”。

总而言之,为有效遏制竞争实践中的程序性问题,欧盟围绕《数字市场法》制定了一套基于平台变迁的执法框架,并赋予其动态化的监管逻辑,通过统一规则、事前义

^① 《数字市场法》鉴于条款第 27 条、第 30 条。

^② 《数字市场法》鉴于条款第 69 条。

务、灵活执法和威慑性制裁,确保欧盟用户受益于公平、开放的平台架构,凸显出数字化转型背景下以人为本的欧洲权利观,以及欧盟制度的系统性、灵活性和发展性。

3.多主体的参与机制:基于真诚合作的科学化协作路径

《欧洲联盟条约》(TEU)第4条第3款规定了“真诚合作原则”(The Principle of Sincere Cooperation),要求“联盟与成员国在履行源于两部条约的任务过程中,应在完全相互尊重的基础上互相支持”。作为欧盟团结的法律叙述,“真诚合作原则”是“整个欧盟体系的基础”。^①基于此,《数字市场法》规定,欧委会应同成员国的相关机构展开密切的协调合作,通过促进彼此在国际层面的一致性和连续性,确保“有效、连贯和互补地执行适用于‘守门人’的现有法律文书”。^②

一方面,为整合欧盟相关当局的专业资源并实现最大程度的合规性,欧盟首先开展了联盟层面的协调合作。2023年3月23日,欧盟通过了一项关于建立《数字市场法》高级别小组(The High-Level Group for the Digital Markets Act)的决定。^③该小组为欧委会执行《数字市场法》的一般事项提供咨询意见和专业知识,促进欧委会在不同监管工具间采用一致的监管方法和其他适用于“守门人”的部门法规。此外,在线平台经济观察站(The Observatory on the Online Platform Economy)提交的专业意见报告也将被纳入考量范围,以全面了解数字部门的发展情况和利益相关者的平台治理经验。^④对于义务清单中涉及技术标准的子义务,如数据开放型义务、可携带性义务和互操作性义务等,《数字市场法》亦遵循“真诚合作原则”引入多机构的协调机制。^⑤最后,《数字市场法》还授予欧委会同欧洲数据保护监督员(The European Data Protection Supervisor, TEDPS)、欧洲数据保护委员会(European Data Protection Board, EDPB)、民间社会机构和相关专家协商制定审计方法和程序的权力,以削弱“守门人”单

① Case 6 & 11/69 *Commission v France* [1969], ECR 523.

② 《数字市场法》鉴于条款第90条。

③ 该小组由来自欧洲电子通信监管机构(BEREC)、欧洲数据保护监管机构(EDPS)和欧洲数据保护委员会(EDPB)、欧洲竞争网络(ECN)、消费者保护合作网络(CPCN)和欧洲视听媒体监管机构监管小组(ERGA)提名的30名代表组成。参见 European Commission, “Commission Decision of 23.3.2023 on Setting up the High-Level Group for the Digital Markets Act,” 23 March 2023, pp.1-2, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/High_Level_Group_on_the_DMA_0.pdf。

④ 2018年4月26日,欧委会设立在线平台经济观察站。该观察站的主要任务是向欧委会提供关于在线平台经济发展的建议和专业知识,尤其是关于商业交易中潜在的有害做法,通过对平台经济变迁、数据访问、透明度、市场杠杆的专家分析为推进欧盟数字单一市场的有效运作提供智力支持。参见 European Commission, “Commission Decision of 26.4.2018 on Setting Up the Group of Experts for the Observatory on the Online Platform Economy,” Brussels, 26 April 2018, pp.3-4, <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/51795>。

⑤ 《数字市场法》鉴于条款第96条规定,欧委会可以在必要的情况下要求欧洲标准化委员会(CEN)、欧洲电工标准化委员会(CENELEC)及欧洲电信标准协会(ETSI)等欧洲标准化机构参与制定相关义务的量化标准以增强适用的确定性。

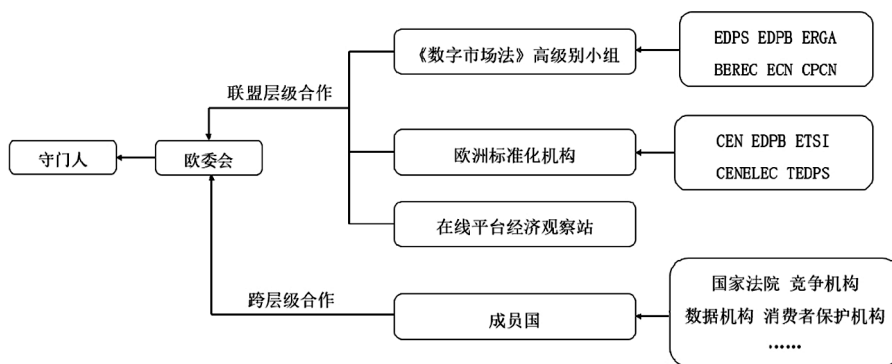
方面利用终端用户的数据隐私挖掘消费者偏好的比较优势。^①

另一方面,“真诚合作原则”下《数字市场法》的科学化适用还包括欧委会和成员国相关机构之间的协作机制,这种跨层级的合作以防止监管碎片化为宗旨。据《数字市场法》第1条第5款,《数字市场法》基于TFEU第114条之规定,成员国“不得以确保市场‘公平性’和‘可竞争性’的名义通过法律、法规或行政措施对‘守门人’施加进一步的义务”。不过,这并不意味着国家竞争政策的失效,因为,据《数字市场法》第1条第6款规定,该法案的实施并不影响TFEU第101条和第102条的适用,在涉及反托拉斯、滥用支配地位、理事会第139/2004号条例和关于并购控制的国家规则方面,只要出现不涉及“公平性”和“可竞争性”的其他单边行为,NCAAs可以向包括“守门人”在内的所有企业施加额外的义务。

除履行常规的国内监管职能外,NCAAs还应积极支持欧委会的执法工作。尽管《数字市场法》第38条第7款强调,欧委会是唯一能够对“守门人”开展市场调查的执法机构,但也授权NCAAs在取得国内相关权限之后,对其内部企业可能违反义务清单的行为开展调查的执法权力,并向欧委会通报调查结果。在欧委会开展市场调查时,NCAAs和国家法院应迅速提供证据资料以便高效界定“守门人”身份,同时避免其政策与欧委会依照《数字市场法》通过的决定相抵触。^②

总之,“真诚合作原则”在《数字市场法》的监督框架中受到极大的重视,如图1所示,《数字市场法》依据欧盟层面合作与跨层级合作设计出一套多元行为体参与的科学

图1 《数字市场法》基于真诚合作的多主体参与机制



① 《数字市场法》鉴于条款第72条。

② 《数字市场法》鉴于条款第82条、第91条。

化协作路径,最大限度地发挥各主体的作用,并在协同共治的法律实践中限制执法者的自由裁量权,平衡多元主体间的复杂利益需求。

三 《数字市场法》与欧盟竞争政策的内在逻辑:相互抵触还是互为补充?

欧盟立法者期待该法案能够补充欧盟竞争政策体系有效性缺失的问题,但源于欧盟竞争政策的《数字市场法》能否被定性为欧盟竞争政策的补充性工具尚未达成共识:维斯塔格在欧盟网络论坛的辩论中强调《数字市场法》“不是竞争政策文书”;^①有学者则认为《数字市场法》是竞争政策的事先文书^②或“独立的辅助监管机构”(Distinct and Ancillary Body of Regulation)^③;也有学者将《数字市场法》定义为“新颖的监管工具”,而非现有竞争政策框架的新子集。^④

事实上,很多学者认为,欧盟竞争政策和行业监管是相互抵触的,^⑤例如,监管部门为保障产品质量设置准入门槛、限制最低价格所导致的反竞争效果。但这种观点明显受到美国法系的影响。在美国,行业监管被视为《反托拉斯法》的替代品,其判例法认为监管和《反托拉斯法》是相互抵触的。^⑥经济合作与发展组织竞争委员会(The OECD Competition Committee)也指出,由于美国国会已经制定了一些明确的法定豁免,使其不完全适用联邦反垄断法,因此,在某些情况下,当法院发现《反托拉斯法》与某些监管条款之间存在明显抵触时,国会可以有限地暗示废除前者。^⑦虽然《数字市场法》在形式上被欧盟视为独立的监管工具,但对欧盟法律实践的历史性考察和文本分析表明,《数字市场法》与欧盟竞争政策的关系并非如此。

^① “Virtual Debate with European Commission Executive Vice-President Margrethe Vestager,” European Internet Forum, 2021, <https://www.internetforum.eu/videos/event-recordings.html>.

^② Ben Schroeter and Anne-Claire Hoyng, “De Digital Markets Act als instrument voor het mededingingsbeleid in perspectief,” *Markt & Mededinging*, Vol.4-5, No.4, 2021, p.165.

^③ John W. Cioffi, “Beyond Competition: The Regulatory Turn & the Emerging Era of Intervention in Platform Firms & Markets,” Hertie School, September 2021, p.7, https://digitalage.berlin/wp-content/uploads/2021/09/Brief-2-Cioffi_final.pdf.

^④ Oliver Budzinski and Juliane Mendelsohn, “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?” *Ilmenau Economics Discussion Papers*, Vol.27, No.154, 2021, pp.20-21.

^⑤ 相关研究参见 Marc Bourreau and Pinar Doğan, “Regulation and Innovation in the Telecommunications Industry,” *Telecommunications Policy*, Vol.25, No.13, 2001, pp.167-184; David M. Newbery, “Regulation and Competition Policy: Longer-term Boundaries,” *Utilities Policy*, Vol.12, No.2, 2004, pp.93-95; Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, 1984, pp.198-221; Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation*, Cambridge University Press, 2015, pp.139-146。

^⑥ Pierre Larouche and Alexandre de Streel, “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions,” pp.542-560.

^⑦ “Policy Roundtables: Regulated Conduct Defence 2011,” The OECD Competition Committee, 1 September 2011, pp.183-194, <https://www.oecd.org/competition/sectors/48606639.pdf>.

首先,欧盟的法律实践已证明欧盟竞争政策和监管之间的互补关系。20世纪以来,欧盟成员国企业常以“受监管行为抗辩”(The Regulated Conduct Defence, RCD)^①为欧盟竞争政策条款的豁免争取机会,但大量的历史经验表明竞争政策和各部门的行业监管在欧盟不是相互替代的,反而是并行不悖,甚至是相互补充的关系。以电信行业为例,在德国电信(Deutsche Telekom, DT)利润挤压案中,DT认为其“设定宽带接入批发价格”的行为受到德国电信监管机构的授权,因此,可以豁免竞争政策条款,但最后欧委会以自由裁量权的理由驳回了DT的RCD;^②在2007年的西班牙电信(Telefónica)利润挤压案中,运营商Telefónica声称受到事前和事后监管的约束,因此,在定价方面缺乏自由裁量权,欧委会同样驳回了其RCD,并表示即使法院基于欧盟第2002/2112号指令承认监管机构的权限,“监管机构也有保护竞争的一般任务,这不会阻碍欧盟竞争政策的应用”;^③在2018年的波兰电信案中,欧委会进一步指出,“不遵守监管义务将被视为违反《欧洲联盟运行条约》第102条”。^④此外,在能源、基础设施、金融等行业,欧洲法院同样倾向于认为欧盟竞争政策和行业监管是相辅相成、互为补充的。^⑤

实际上,欧盟正是在汲取其他行业经验的基础上出台了《数字市场法》,这些早期

① OCED 竞争委员会发布的政策圆桌报告指出,在欧美国家,如果企业行为受到监管部门的强制或支配,竞争机构则不能干预,RCD可以适用,此时监管的存在替代了竞争法的实施;如果企业在拥有相当大的自由裁量权的情境下从事反竞争行为,竞争机构可以进行干预;如果企业是因为受监管部门的强制或支配而违反竞争规则,例如,提高市场准入门槛的行政指令,这只能被视为减轻惩罚的法律因素,RCD则无法适用。参见“Policy Roundtables: Regulated Conduct Defence 2011,” p.10, <https://www.oecd.org/competition/sectors/48606639.pdf>。

② “2003/707/EC; Commission Decision of 21 May 2003 Relating to a Proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (Text with EEA Relevance.) (Notified under Document Number C(2003) 1536,” Official Journal of the European Union, L 263, 14.10.2023, pp.9-41, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2003/707/oj>。

③ European Commission, “Summary of Commission Decision of 4 July 2007 Relating to a Proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/38.784 — *Wanadoo España v Telefónica*),” Official Journal of the European Union, C 83, 2.4.2008, pp.6-9, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52008XC0402\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52008XC0402(01))。

④ Case C-123/16 P-*Orange Polska v Commission*, 25 July 2018, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=732266A32622E39C95E23BD95FF8C79C?text=&docid=204385&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=453216>。

⑤ 在能源行业,TFEU第102条的适用决定性地推动了欧盟第2019/944号指令规定的网络与生产的分拆和资产剥离;在基础设施行业,意大利国家铁路运营商FerroviedelloStatoSpA曾以“铁路企业只有与在另一个成员国设立的持牌铁路企业组成国际集团时才能提供跨境铁路客运服务”的理由拒绝德国铁路企业Georg Verkehrsorganisation GmbH就组建国际集团进行的谈判而受到欧委会的惩罚,因为“欧洲监管框架的存在并不能排除TFEU第102条的适用”;在金融领域,欧盟法律也长期依赖创新性的补充监管,这种模式就曾发生在金融机构对信用卡置换费的监管上。相关案件参见Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on Common Rules for the Internal Market for Electricity and Amending Directive 2012/27/EU (Recast) (Text with EEA Relevance.),

案例为欧盟提供了可行的革新选择,正如维斯塔格所说:“这(《数字市场法》)与我们在银行、电信、能源领域所做的工作相同——意识到反垄断必须与监管齐头并进”。^①以上分析与案例表明,在欧洲,不论企业的行为是否受到监管框架的强制或商业约束,欧盟竞争政策不再是通常意义上的被动触发,而是始终适用于企业的市场行为,并与主动规制的监管政策呈现出并行不悖、互为补充,甚至相互促进的关系。

其次,《数字市场法》与欧盟竞争政策的法律目标确有差异,但两者在逻辑上呈现出“防微杜渐”的因果关系,《数字市场法》的内容也在一定程度上回应了欧盟的反垄断调查。《数字市场法》的目标“公平性”和“可竞争性”的定义表明,该法案所限制的是“守门人”滥用其在“企业用户—中介平台—终端用户”三角关系中的支配性地位,^②而非欧盟竞争政策的立法基础 TFEU 第 102 条所规定的在相关市场份额中的支配性地位。由此看来,欧盟立法者有意在形式上区分了《数字市场法》和欧盟竞争政策的目标,却低估了数字化时代的数据力量在平台市场优势中的转化作用。传统工业时代的《反托拉斯法》对技术壁垒的判断往往会在实践中转化为替代性产品分析(如 SSNIP),因此,其作为评估要素的数据力量逐渐“虚置化”,进而导致执法者忽视基于“平台、数据、算法”的三维结构使得数字时代的技术力量对原有市场力量具有补充、增益、传导和放大作用的客观逻辑。^③此外,近乎寡头的“守门人”影响整个市场正常运作的的能力导因于其规范性权力,而这种规范性权力就产生于“守门人”在“企业用户—中介平台—终端用户”三角关系中的优势地位。^④这意味着任何数字中介平台都能够受益于平台信息不对称的特性,利用三角关系中不成比例的优势扩大市场份额,甚至可能演化为欧盟竞争政策所定义的占据市场支配性地位的企业。^⑤OECD 所提出的“用户反馈循环”与“货币反馈循环”较好地诠释了这种数据扩大市场力量的内部逻辑。^⑥基于以上分析,“守门人”在《数字市场法》与欧盟竞争政策间的行为转化路

^① European Commission, “Statement by Executive Vice-President Vestager on the Commission Proposal on New Rules for Digital Platforms,” Brussels, 15 December 2020, p. 2, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/statement_20_2450/STATEMENT_20_2450_EN.pdf.

^② 根据《数字市场法》鉴于条款第 32 条和第 33 条,可竞争性“应涉及经营者有效克服准入和扩张障碍的能力,以及就其产品和服务的优点向‘守门人’提出挑战的能力”;对于公平性,《数字市场法》认为不公平应涉及“守门人”从用户权利和义务之间的不平衡中谋求不成比例的优势行为。

^③ 杨东、李子硕:《监管技术巨头:技术力量作为市场支配地位认定因素之再审视》,载《学术月刊》,2021 年第 8 期,第 92-105 页。

^④ 彭睿仁:《从欧盟〈数字市场法〉论“守门人”权力的形成与监管》,载《政治科学论丛》,2022 年第 94 期,第 83-148 页。

^⑤ 亚马逊就曾利用其作为核心平台服务和产品零售商的双重身份采集用户的非公开数据,并将自身基于竞争卖家的非公开数据优势传导至下游的商品售卖领域以实现跨平台发展。

^⑥ OECD, “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era,” November 2016, <https://www.oecd.org/daf/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.

径可以表示为:利用三角关系中的优势地位,对用户实施的规制行为在数据力量的加持下转化为滥用市场支配性地位的反竞争行为。因此,《数字市场法》借鉴了已有的法律实践,在多重方面为“守门人”设置了一系列强制化义务清单,在一定程度上回应了欧盟的反垄断调查与案件,例如,数据融合义务和 FRAND 接入义务就分别来自欧盟对亚马逊和谷歌的指控。^①

总体来说,《数字市场法》的强制化义务清单尽量避免欧盟竞争政策事后执法模式导致的程序困境,以事前监管与欧盟竞争政策的法律框架形成互补的态势,防患于未然,遏制三角关系中任何可能转化为滥用市场支配性地位的行为。此外,欧盟法律的一体化建构基于“授权原则”(Principle of Conferral),欧盟需要在基础条约的授权范围内立法。^②因此,如果以更广泛的欧盟法运作机制考察《数字市场法》和欧盟竞争政策,包括两者在内的所有法律工具都以实现 TEU 第 3 条规定的欧盟目标为导向,其中涉及实现“具有高度竞争性的社会市场经济基础之上的欧洲的可持续发展”,^③因此,《数字市场法》和欧盟竞争政策也呈现出相似的工具性价值。

四 《数字市场法》制度效能与潜在影响

《数字市场法》是在原有竞争规则的基础上进行的制度创新,以降低“守门人”对数字中介平台健康发展的不利影响。欧委会也期待《数字市场法》能够深入改变欧洲数字格局,成为规制“守门人”剥夺数字市场替代性选择的政策工具和推动数字环境公平化、用户选择权利自由化的重要引擎。^④针对“守门人”的强制化义务清单预计将在 2024 年 3 月生效,因此,《数字市场法》的适用效果有待进一步的评估与跟踪考察。就该法案的

^① 在亚马逊案中,欧委会指控亚马逊零售业务的员工将大量非公开的卖家数据用于校准亚马逊的零售报价和战略商业决策,从而损害其他市场卖家的利益;在谷歌购物案中,欧委会认为谷歌“将流量从竞争性比较购物服务转移到谷歌自己的比较购物服务”,从而减少了从谷歌的一般结果页面到竞争性比较购物服务的流量,进而对比较购物服务和一般搜索服务市场产生反竞争影响。相关案件参见 European Commission, “Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Amazon for the Use of Non-public Independent Seller Data and Opens Second Investigation into Its E-commerce Business Practice,” Brussels, 10 November 2020, p.1, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/sl/ip_20_2077/IP_20_2077_EN.pdf; Summary of Commission Decision of 27 June 2017 Relating to a Proceeding Under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740—Google Search (Shopping)) (Notified under Document Number C(2017) 4444), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018XC0112(01))。

^② 叶斌、杨昆灏:《欧洲的权利经济转型——基于对欧洲公司可持续性尽责法的考察》,载《欧洲研究》,2022年第6期,第76-107页。

^③ Consolidated Version of the Treaty on European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016M/TXT>。

^④ European Commission, “Digital Markets Act: Rules for Digital Gatekeepers to Ensure Open Markets Enter into Force,” Brussels, 31 October 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_6423。

制度框架而言,《数字市场法》借鉴了欧盟反垄断调查的历史经验,创新性地弥补了欧盟竞争政策在事后执法、个案分析、行为判断等方面的缺陷,但由于中介平台治理的复杂性和欧盟相关法律文件的交叉性,《数字市场法》将呈现出制度的“双刃剑”效应。

(一)《数字市场法》的制度效能

与呼吁“自由放任”的芝加哥反垄断学派(Chicago School of Antitrust)不同,《数字市场法》采取了新布兰代斯学派(New Brandeis School)的“新结构主义”(Neo-structuralism)观点,即数字反垄断目标不应仅限于价格、效率和消费者福利的政策理念,某些垄断结构本身也会引发损害“公平性”和“可竞争性”的威胁。^① 总体而言,《数字市场法》对“守门人”规制路径所体现的强制性、预防性和动态性与新布兰代斯学派对科技巨头的批判框架存在诸多方面的共通之处,即“杠杆策略”(Leveraging)与“结构性优势”(Structural Dominance)、“守门人”(Gatekeeping)与“政治性损害”(Political Harms)。^②

1. 强制性监管规制“守门人”基于杠杆策略的结构性优势

在数字平台领域,自我优待涉及“守门人”通过数据滥用、捆绑销售、强制注册、操纵搜索引擎排名等不正当手段,为自身产品与服务提供优惠待遇,并以歧视性条款边缘化,甚至抹除竞争企业同类型产品与服务供给,从而形塑自身结构性优势,引发反竞争风险。^③ 各境外主要司法辖区多数认为,自我优待行为可使得大型数字平台能够借助传统的杠杆策略在不同相关市场上追求双重反竞争效果:一是利用自身市场优势限制、排除竞争对手与其核心平台服务间的竞争,以保护自身垄断地位的“防御性杠杆”(Defensive Leveraging);二是利用其在核心平台服务累计的数据优势谋求另一市场垄断地位的“进攻性杠杆”(Offensive Leveraging)。^④ 针对近年来欧盟竞争政策在数字反垄断领域有效性缺失所导致的“认定难、程序慢”,甚至无法可依的固有弊端,《数字市场法》采取类似于新布兰代斯学派开源式的“公共平台监管”(Platform Utilities Regula-

^① 21世纪初,巴里·林恩(Barry Lynn)、莉娜·可汗(Lina Khan)以及吴修铭(Tim Wu)等学者在吸收美国前联邦最高法院大法官路易斯·布兰代斯(Louis Brandeis)的反垄断思想基础上,主张以市场结构为中心的竞争政策(Structure-oriented Competition Policy),形成了新布兰代斯学派。参见 Lina M Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox,” pp.710-805; Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018, pp.127-140; Barry C Lynn, “Killing the Competition, How the New Monopolies are Destroying Open Markets,” Harper’s Magazine, February 2012, pp.27-34, <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU05/20190716/109793/HHRG-116-JU05-20190716-SD020.pdf>.

^② 在新布兰代斯学派看来,科技巨头的反竞争行为将冲击社会民主规范,参见 Nicolas Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Mologopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020, pp.11-16.

^③ Massimo Motta, “Self-preferencing and Foreclosure in Digital Markets: Theories of Harm for Abuse Cases,” *International Journal of Industrial Organization*, Vol.90, 2023, p.2.

^④ Nicolas Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Mologopoly Scenario*, pp.12-13.

tion)思路,^①围绕数据开放型义务、数据限制型义务和 FRAND 接入义务重构“企业用户—中介平台—终端用户”的三角权力关系。

首先,FRAND 接入义务、互操作性义务和促进多归属义务收窄“守门人”防御性杠杆的操作空间。在诸多防御性杠杆工具箱中,操纵搜索引擎、限制用户自主权利是“守门人”在相关市场中建立结构性优势的惯用手段。例如,亚马逊鼓励入驻企业使用其配送服务以换取更高的排名,并在正常销售一种商品或服务的同时,采取默认勾选、隐形条款等方式强制或误导用户购买其他商品或服务。^②对此,《数字市场法》第6条所规定的 FRAND 接入义务在“守门人”产品与服务的相关索引、排名和抓取方面设置了严厉的限制性义务,互操作性义务与促进多归属义务也针对平台搭售、不正当数据引流、通过收集和分析自身掌控的数据在经营过程中进行选品决策,以及搭建反互操作性的“封闭空间生态”从而形成竞争优势等策略性杠杆的使用划定“法律红线”。

其次,数据使用义务限制“守门人”进攻性杠杆的适用范围。在信息化和数字化的时代背景之下,数据固有的规模性、多样性和依赖性引发数据垄断,其导致的数据壁垒已成为“守门人”获取并强化自身结构性优势的关键生产要素和重要竞争手段。作为“守门人”进入、侵占核心平台服务次级市场的数据战略,“平台包络”(Platform Envelopment)使“守门人”(包络者)可以进入其他“利基市场”(Niche Marketing),即“被市场中的统治者或有绝对优势的企业忽略的某些细分市场”,^③并凭借自身在核心平台服务一级市场中积累的数据资源同该类市场中的初创型企业竞争,例如,通过大数据杠杆对用户数据进行分析、利用,反向指导企业产品与服务开发,^④最终强化自身在细分市场中的结构性优势。^⑤初创型企业往往由于数据匮乏、规模有限而无法与之抗衡,导致周边利基市场的弱竞争性。基于此,《数字市场法》第5条规定,“守门人”禁止将基于核心平台服务收集的个人信息与“守门人”提供的其他服务、第三方服务收集的个人信息任意融合,并交叉使用于“守门人”的其他核心平台服务或子平台业务,

^① Elizabeth Warren, “Statement by Elizabeth Warren—Here’s How We Can Break Up Big Tech,” The American Presidency Project, 8 March 2019, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/statement-elizabeth-warren-heres-how-we-can-break-big-tech>.

^② Lina M Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox,” pp.710–805.

^③ 初创型企业往往会选定一个很小的产品或服务领域,集中力量进入并成为领先者以实现生存和盈利。参见韩伟云、夏章伟:《利基模式下的品牌营销》,载《中国管理科学》,2012年第S2期,第685–686页。

^④ 葛安茹、唐方成:《基于平台包络视角的平台生态系统竞争优势构建路径研究》,载《科技进步与对策》,2021年第16期,第84–90页。

^⑤ 例如 Uber 的 Uber Eats, Amazon Fire OS 的 Amazon Prime 和 LinkedIn 的 LinkedIn Job Listings。

在一定程度上限制了“守门人”平台包络的应用范围,同时规范“守门人”对于数据权属的争夺和滥用,为欧洲中小型平台企业拓宽生存空间。

最后,数据共享义务与可携带性义务削弱“守门人”的创新融资能力与杠杆战略的适用效果。据《数字市场法》第6条第9款和第10款,“守门人”需免费向终端用户提供其在平台活动中所产生的数据及其自己提供的数据,同时在技术上实现免费的API,以确保有效的数据可携带性以及连续、实时接入数据的权限。事实上,高度产权化的封闭型平台(如Apple的iOS系统)通常比开放型共享平台更易实现数据的货币化,开源平台依赖互补性实现货币化的模式使其往往受到“搭便车”和外部竞争的影响,因此,创新投资更倾向于选择货币化程度高的封闭性平台,^①数据和API的共享无疑是打破“守门人”高筑的“围墙花园”(Walled Garden)、推动其向开放型平台转变的政策选择,因而,也在一定程度上削弱“守门人”的创新动机与吸引创新投资的能力。此外,杠杆的运用往往基于“守门人”同企业用户和竞争型企业间的非公开型数据比较优势,而数据共享义务和可携带性义务所建构的数据流通机制恰恰能够缓解“数据孤岛”效应,使欧洲中小型平台企业能够通过海量数据的交叉比对共享数据红利,进而遏制“守门人”基于数据优势无序扩张、高筑数据壁垒的“涟漪效应”(Ripple Effect)。^②

2. 预防性监管限制“守门人”的中介把关地位

由于传统的欧盟竞争政策所采取的事后执法模式存在诸多内生性困境,欧盟立法者打破了数十年来的竞争政策传统,通过确切性的认定标准、强制性的义务清单、倒置性的举证责任和不对称性的监管思路,推动反垄断执法由事后规制向事前介入的预防性监管转变,以实现“守门人”滥用中介把关地位行为的规制。

在“守门人”的指定上,确切性的认定标准克服了传统反垄断执法中的“认定困境”。正如上文所述,以“假定垄断者测试”为代表的市场界定方法囿于数字平台企业的产品差异化策略与双边属性,存在测试结果缺乏科学性和精准性的制度弊端。相较之下,《数字市场法》的规制思路更具直接性和有效性,^③即凡是达到其概括性认定标准和数量阈值标准的企业都将被认定为“守门人”,而无须界定其相关市场、支配性地

^① Dirk Auer, “On the Origin of Platforms: An Evolutionary Perspective,” *Truth on the Market*, 7 July 2020, <https://truthonthemarket.com/2020/07/07/on-the-origin-of-platforms-an-evolutionary-perspective/>.

^② 有学者指出,“守门人”会利用其垂直整合优势谋求市场主导地位,进而利用该主导地位限制用户选择、进入并侵占核心平台服务次级或相关市场,进一步强化自身的垂直整合能力和市场结构优势,引发数字平台领域的涟漪效应。参见 Gheorghe-Sorin Lodoabă, “An Overview on the Scope of the Digital Markets Act: Fair Practices Versus Ex-Ante Competition Law,” *University of Bologna Law Review*, Vol.8, No.1, 2023, pp.48-49.

^③ 林秀芹:《论数字经济反垄断的范式转变——以欧盟〈数字市场法〉为镜鉴》,第16页。

位和反竞争行为。此外,尽管《数字市场法》第3条第5款赋予达标企业在“守门人”认定上的抗辩权利,然而鉴于条款第23条要求欧委会在针对“守门人”身份的市场评估中仅考虑与数量阈值标准直接相关的要素。这意味着任何基于消费者福利和经济效率的法律抗辩都将被欧委会驳回,以市场垄断结构为主导的新布兰代斯理念转化为“守门人”认定的理论导向。

在“守门人”的义务上,强制化的义务清单简化反垄断执法流程,更具系统性和可操作性。《数字市场法》第5条和第6条围绕权利保障、公平交易、数据共享、互操作性、可携带性等平台领域的焦点问题,设计出一个多层嵌套的立体化制度体系,弥合平台法律失位所引起的执法鸿沟,同时采取类似于竞争法理论中的“本身违法原则”(Illegal Per Se Rule),^①即被纳入义务体系的“守门人”一旦从事相关行为,即可进行违法判定,而不考虑该行为的预期效果是否会损害消费者福利和市场的“公平性”和“可竞争性”,进而提高认定“守门人”行为违法性的效率。

在“守门人”与欧委会之间的举证责任分配上,倒置性的制度设计节省反垄断执法成本。“守门人”利用其在数字平台生态中的中介地位,以调整、塑造和捆绑用户行为偏好的“超轻推”行为往往隐蔽且难以察觉,因而,自引入“更经济的做法”以来,欧盟在数字反垄断领域曾因举证困难而屡屡陷入败诉的窘境。例如,在追回苹果公司欠爱尔兰130亿欧元的避税案中,欧洲法院因维斯塔格提交证据之不足而驳回其诉讼请求。^② 鉴于此,《数字市场法》调整了举证责任的分配机制。^③ 在认定“守门人”方面,《数字市场法》第3条采取“可驳回推定”(Rebuttable Presumption),^④即在“守门人”的前期认定阶段,任何达到“守门人”标准的受调查企业都将被欧委会推定为“守门人”,并且可在两个月内主动提交证明材料以质疑,甚至驳回欧委会的身份推定;在义务豁免方面,“守门人”可依照《数字市场法》第9条和第10条,以维护公共健康、公共安全和自身经济可运行性的理由申请义务减免。这种倒置性的举证责任体现出不同于欧盟竞争政策的预防性原则,能够简化欧委会市场调查和取证的执法流程,进而提高执

① 丁道勤、夏杰主编:《数字守门人——欧盟〈数字市场法〉评析》,法律出版社2023年版,第37页。

② Daniel Boffey, “Apple Does not Need to Pay €13bn Irish Tax Bill, EU Court Rules,” *The Guardian*, 15 July 2020, <https://www.theguardian.com/technology/2020/jul/15/apple-does-not-need-to-pay-13bn-irish-tax-bill-court-rules>.

③ 李本、徐欢颜:《中国方案:欧盟对数字平台“守门人”监管革新的启示》,第114页。

④ 可驳回推定是指如果一方当事人能够提供有效的证据证明法官或陪审团所推定的事实不存在,则该推定可以被驳回。在一定条件下,可驳回推定有利于提高法律的确切性,促进法律的监督和实施,欧委会为解决平台工作中就业情况的分类错误,而考虑在劳动法中引入可反驳的就业情况推定。参见 Miriam Kullmann, “‘Platformisation’ of Work: An EU Perspective on Introducing a Legal Presumption,” *European Labour Law Journal*, Vol.13, No.1, 2022, pp.66-80.

法效率,减少行政成本,避免执法资源的过度浪费。

在义务清单的适用上,不对称性的适用逻辑能够精准规制“守门人”滥用结构性优势的反竞争行为。欧盟经济监管框架常围绕具体政策目标而建构,其具体条例,如消费者保护条例、数据保护条例、电子商务法条例,往往对称性地适用于全体企业。^①相较之下,《数字市场法》采取了不对称性的监管思路,即只适用于达到其认定标准的“守门人”,并有意排除欧洲的中小型企业,以达到监管框架内部的“精准施策”:据《数字市场法》第3条和第28条,欧委会需对适用强制性义务清单的“守门人”进行针对性干预,要求其设置合规部门全面审查商业运作模式是否合规,而不考虑其市场地位和反竞争效果,从而为本土企业的发展壮大提供创新机遇和生存空间,改善欧洲数字单一市场结构性失衡的平台现状。

3. 基于多主体的动态性监管凸显法律适用的民主规范

2022年至2023年,欧盟相继通过《数字权利和原则宣言》(The European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade)和《2030年数字十年政策方案》(The Digital Decade Policy Programme 2030),强调“将人置于数字化转型的中心”“尊重公民权利以实现经济和社会化数字转型”。^②《数字市场法》的动态性监管框架亦体现欧洲以人为本的共同价值观。

“守门人”义务清单的强制化并非意味着没有任何的自由裁量空间,相反,在执行政理方面,《数字市场法》以灵活性的市场调查制度实现反垄断执法由“标准导向”向“基于标准的理性规则导向”的逻辑衔接。^③ 欧盟竞争政策采取“更经济的做法”,使竞争程序在执法机构与被告企业的针锋相对中逐渐转化为旷日持久的执法资源消耗战,难以适应日新月异的平台经济。鉴于此,尽管“守门人”必须设置合规部门强制适用义务,但《数字市场法》也给予了“守门人”义务豁免、合理举证、身份调整、滚动更新义务清单和核心平台服务框架的弹性空间。这种预防性的理性反垄断规制不仅充分尊重“守门人”基于有效证据的自主抗辩权利,同时也转换了合规与执法的思路,降低了监管机构在事前义务、行为救济方面的适用成本,同时有限度地沿袭欧盟竞争政策的标准导向,允许欧委会根据具体的市场调查与研判适时调整适用范围,弥补欧盟竞

^① Jasper van den Boom, “What Does the Digital Markets Act Harmonize? — Exploring Interactions Between the DMA and National Competition Laws,” *European Competition Journal*, Vol.19, No.1, 2023, pp.57-85.

^② Decision (EU) 2022/2481 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 Establishing the Digital Decade Policy Programme 2030 (Text with EEA Relevance), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022D2481&qid=1696848184738>.

^③ Wolfgang Kerber and, “Taming Tech Giants with a Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act from the ‘Rules vs. Standard’ Perspective,” *Concurrences*, No.3, 2021, pp.28-34.

争政策在应对日新月异的数字平台变迁时的迟滞性缺陷。

《数字市场法》的落地生效一方面依赖“守门人”的主动合规和欧委会的精准施策,另一方面也依赖其他主体的监督和参与作用。就欧洲企业用户与终端用户而言,社会学家肖沙娜·朱伯夫(Shoshana Zuboff)指出,“监视资本主义”(Surveillance Capitalism)正以无孔不入的形式监视用户隐私、篡改用户决定、侵犯用户自主权利,^①导致“普通个体在强势的监视资本家面前愈发孱弱无力”。^② 在新布兰代斯学派看来,即使部分欧洲用户能够敏感察觉,甚至披露其与“守门人”间的剥削与被剥削关系,然而在平台产业中,市场结构往往能够决定“底层媒介中的言论自由”。^③ 换言之,用户出于高昂的转换成本、深度的品牌黏性和规避报复的心理,在一定程度上放弃了言论自由。基于此,《数字市场法》第5条第6款规定,欧委会应保障企业用户和终端用户向相关主管机构通报“守门人”限制其自主选择权利等不合规行为的权利,并依据相关法律设置合理的投诉处理机制,使举报人免受来自“守门人”的报复。就此而言,《数字市场法》对于“守门人”和用户间权力关系的重构映射出“秩序自由主义”(Ordoliberalism)的核心观点,即将《数字市场法》的竞争维护机制作为剥夺“守门人”数字特权的法律工具,实现“特权社会”(Privilege-based Society)向保护民主和契约自由的“私法社会”(Private Law Society)变迁。^④

就成员国与欧盟内部机构而言,《数字市场法》在参与机制方面引入了以欧委会为核心的多重主体参与机制,试图构建集中执法与分散执法间的“第三条道路”。欧盟于2004年颁布第1/2003号条例,规定NCAs、国家法院与欧委会享有同等的竞争执法权限,^⑤使各国相关机构对反垄断规则的适用具有实质性的直接管辖权,标志着欧盟竞争机制由集中式执法向分权式执法的重大转变。尽管欧委会在竞争政策改革十年之际,肯定了执法思路的嬗变对欧盟竞争规则执行的积极贡献,^⑥然而,分散执法的

^① Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, 2019, pp.1-28.

^② 唐庆鹏:《大数据时代监视资本主义及其政治经济学批判》,载《当代世界与社会主义》,2021年第5期,第113页。

^③ Tim Wu, *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*, Vintage, 2011, p.155.

^④ Manuel Woersdoerfer, “The Digital Markets Act and E.U. Competition Policy: A Critical Ordoliberal Evaluation,” *Philosophy of Management*, Vol.22, No.1, 2023, pp.149-171.

^⑤ Council Regulation (EC) 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 (Text with EEA Relevance), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>.

^⑥ European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives [SWD(2014) 230 final] [SWD(2014) 231 final]”, 9 July 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0453>.

制度缺陷在数字化时代日益凸显,例如,GDPR继承了欧盟竞争政策的分散执法传统,但其跨国执法架构使各国在法律适用方面持续存在诸多分歧,揭示了“国家行政机构的程序自治”与“确保规则在整个欧盟范围内持续有效地适用”间的紧张关系。^① 欧盟意识到,GDPR似乎并没有发挥出符合其预期的威慑力。为避免分散执法的固有弊端所引发的碎片化趋势,《数字市场法》转而选择基于多主体赋能的集中执法路径,在赋予欧委会唯一执法权的同时,以“真诚合作原则”为统摄,推动欧盟成员国在既有的制度框架内配合欧委会对国内“守门人”进行审查的法律协同合作,同时与欧盟内部组织形成“以欧委会为执法主导,以成员国与超国家机构为智力支持”的塔状参与型结构,以形塑对欧洲公民与本土平台企业的法治保障合力。这种复合式的制度架构融合了“财政联邦主义”(Fiscal Federalism)视域下的集中执法与分散执法的比较优势,^② 不仅以高度集中的执法设计降低重复监管的成本,使执法机构避免成员国以执法传统的异质性为由,进行权力俘获的可能性,还能借助多元主体参与的科学化协作路径减少信息的不对称性、法律的模糊性与企业额外的合规成本。

(二)《数字市场法》的潜在影响

基于强制性、预防性、动态性的制度化创新,《数字市场法》承载着欧盟重塑平台市场结构、弥补既有竞争法体系迟滞性缺憾和遏制竞争监管碎片化趋势的宏大愿景,然而,“一刀切”的义务清单和动态化的监管逻辑在规制数字“守门人”的同时,亦可能“误伤”欧洲中小型企业、放慢执法进程、诱发贸易保护主义风险。同时,部分成员国对欧盟法优先效力原则的差异化认知导致欧盟宪政秩序危机,^③ 这种差异化认知直接体现在《数字市场法》的多轮谈判中,欧盟与成员国之间在竞争执法和竞争立法上的权力博弈或将激化监管碎片化趋势。

1. 创新动机的削弱挤压欧洲中小型企业的生存空间

一方面,强制化义务清单的全面适用在一定程度上能够限制“守门人”控制平台创新流动实现扭曲竞争的剥削性权力,但也会对企业用户的创新激励构成负面影响。《数字市场法》第6条第10款和第7款所规定的数据共享义务和互操作性义务是典型的“搭便车”条款,即欧洲中小型企业可以通过免费的接入权同“守门人”共享“独家数

^① Giulia Gentile and Orla Lynskey, “Deficient by Design? The Transnational Enforcement of the GDPR,” *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.71, No.4, 2022, pp.799-830.

^② Wallace E. Oates, “Toward A Second-Generation Theory of Fiscal Federalism,” *International Tax and Public Finance*, Vol.12, 2005, pp.349-373.

^③ 例如2015年年底开启的波兰司法改革引发了一场事关波兰国内法治并波及整个欧盟宪政秩序的深刻而持久的危机。参见程卫东:《欧盟宪政秩序的挑战与危机——基于波兰法治危机案的考察》,载《欧洲研究》,2022年第1期,第7-34页。

据红利”,进而将其转化为提升市场地位的数字生产力。有学者指出,这种做法有利于颠覆性创新和持续性创新的实现,因为“守门人”的竞争对手不仅能够将这些数据传输给试图颠覆既有价值网络 and 平台架构的平台企业,而且可以利用这些数据求得生存,进而在“守门人”的核心平台服务内通过提供互补性产品实现创新。^①

对于颠覆性创新,将共享数据私自传输甚至贩卖给第三方竞争者的行为存在侵犯数据产权的风险,尤其是在涉及企业用户的消费者通过核心平台服务生成的数据时,因而,在欧盟知识产权法体系对平台数据产权的保护视域下,通常不现实且存在巨大的违法风险和成本。对于持续性创新,欧盟电子通信监管框架的“接入权竞争”(Access-based Competition)模式^②早已证明,生产要素的共享确实能为欧洲中小型企业进入相关市场、实现持续性创新提供机会,但也会鼓励众多企业用户选择“补救者”的“搭便车”模式,放弃自主创新,转而依赖欧委会强制要求的对平台接口和数据资源的共享访问权,甚至游说欧委会从“守门人”手中攫取更多的平台资源,使具有颠覆意图的竞争对手转变为安于现状的经销商,进而损害欧洲发展独立的、具有国际竞争力的数字平台的愿景。然而,即使这些中小型企业中的潜在颠覆者想要通过分析其消费者在核心平台服务上生成的数据实现颠覆性创新,由于互联网用户数据提供的意愿较低,这些数据的创新价值仍然是有限的。德国数字协会(Bitkom)于2020年发布的调查结果显示,52%的互联网用户表示他们会在自己的浏览器设置中彻底删除储存在用户本地终端上的数据(Cookie),对此,Bitkom管理层成员苏珊娜·德梅尔(Susanne Dehmel)表示,目前上传的数据并不能反映用户真正的平台参与信息,导致利益相关者“错过了寻求透明度、用户信任和数据使用新方法的机会”。^③

另一方面,对“结构性救济”的忽视影响欧洲中小型企业吸引创新融资的能力。“猎杀式并购”是指“现有企业为中断目标企业的创新项目,抢占未来竞争先机,而对目标实施的并购。”^④在一些案例中,大型科技公司利用“要么出售、要么破产”的威胁,

^① Pierre Larouche and Alexandre de Stree, “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions,” pp.542–560.

^② 欧盟监管框架传统上倾向于“接入权竞争模式”(Access-based Competition),在这种模式下,新的运营商可以进入市场,并积极利用现有运营商(通常是以前的垄断企业)的网络基础设施为其客户提供电子通信服务,但却很少关注如何利用这些共享设施颠覆既有的“电信守门人”。参见 Tambiana Madiaga, “EU Electronic Communications Code and Co-investment: Taking Stock of the Policy Discussion,” European Parliamentary Research Service, 5 February 2018, pp.1–11, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614693/EPRS_BRI\(2018\)614693_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614693/EPRS_BRI(2018)614693_EN.pdf).

^③ Andreas Streim, “Cookie-Banner Spalten Internetnutzer,” Bitkom, 10 November 2020, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Cookie-Banner-spalten-Internetnutzer>.

^④ Colleen Cunningham, Florian Ederer and Song Ma, “Killer Acquisitions,” *Journal of Political Economic*, Vol. 129, No.3, 2021, pp.649–702.

迫使规模较小的竞争对手接受并购。长期以来,欧委会阻止不当并购的失败实践使人们对欧洲并购政策的有效性持怀疑态度,^①“学者和政策制定者回顾过去,哀叹未能更果断地进行干预”。^②鉴于此,《数字市场法》第14条第1款虽然考虑到了“猎杀式并购”的负面影响,规定了“守门人”在实施并购前通知欧委会或NCAs的告知义务,但仍然无法填补现行合并控制法的法律空白,因为《数字市场法》缺乏明确的规范性框架,并未确切定义阻止并购所依据的损害理论与证据类型。可以预见,“猎杀式并购”将继续加剧潜在颠覆型企业遭受复制和并购的风险,进而降低投资者向在“创新死亡区”(Innovation Kill Zones)^③中运营的初创公司提供资金的意愿,缺少创新融资的欧洲中小型企业将面临严峻的生存危机。

2. 基于动态逻辑的市场调查缺乏明确的规范性框架

《数字市场法》鉴于条款第97条规定,欧委会可以根据TFEU第290条,在市场调查的基础上对损害核心平台服务的“不公平”或“可竞争性”的行为进行义务更新,但并未对滚动更新的标准进行深度考量。

从市场调查的依据看,《数字市场法》尚未明确规定评估“守门人”行为影响的损害理论。尽管欧委会在动态评估“守门人”地位时摒弃了传统竞争分析的效率抗辩理由,而采取只关注量化阈值的方法,但在核心平台服务和义务清单滚动更新、行为影响研判、并购控制方面未设定明确的门槛,例如,《数字市场法》第14条要求“守门人”在实施并购、签订协议、公开招标或者取得控制股权之前,将经营者的并购情况通知欧委会,但对于应当采取何种损害理论阻止不正当并购,是否应适用盖然性平衡、损害平衡或是其他方面的证明标准分析并购行为的预期影响,《数字市场法》没有给出明确的答案。

如果采取类似于欧盟竞争政策“基于消费者福利目标的逐案分析方法”,^④《数字

^① 2014年,欧委会在没有发现“有效竞争的重大障碍”的情况下,无条件批准了Facebook对WhatsApp的收购,使Facebook一跃成为全球通信领域的领先者;2020年,欧委会也没有阻止Google对Fitbit的收购,进一步巩固了Google在“在线广告市场”中已经占据的主导地位。参见Case No COMP/M.7217-FACEBOOK/WHATSAPP; Case M.9660-Google/Fitbit。

^② Giancarlo Spagnolo et al., “Google/Fitbit Will Monetise Health Data and Harm Consumers,” VoxEU CEPR, 30 September 2020, <https://cepr.org/voxeu/columns/googlefitbit-will-monetise-health-data-and-harm-consumers>.

^③ 创新死亡区是围绕大型科技公司核心服务与产品的直接竞争区域,其特征是几乎没有任何竞争性。参见Commission ‘Competition Law 4.0’, “A New Competition Framework for the Digital Economy,” Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, September 2019, p.62, https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3。

^④ Martin Schallbruch, Heike Schweitzer and Achim Wambach, “Europastützt die Datenmacht der Digitalkonzerne,” Frankfurter Allgemeine Zeitung, 22 January 2021, <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2021-01-22/f1f1c817e9a2467aeab85414f518ac52/>。

市场法》难免重陷“更经济的做法”的程序性困境,而从市场调查的目标看,《数字市场法》的相关术语同样缺乏明确的定义,这为“守门人”的法律抗辩提供了更大的解释空间。《数字市场法》经济专家小组曾指出,《数字市场法》“没有提供公平的确切定义和衡量它的手段”。^①也有学者表示,《数字市场法》并未清晰界定“公平性”和“可竞争性”的法律边界,诸如“公平性”这样的术语应当界定为“合同条款的公平、流程和实践的公平(即歧视自由)、盈余分享的公平,或是可竞争性的公平”,^②对此,《数字市场法》仅在鉴于条款中进行模糊化叙述。这种由尚未澄清的“公平性”定义所驱动的市场调查,将为欧委会的评估注入更多的主观性和不确定性。^③此外,由于依据的模糊性,义务清单的更新往往需要深入且漫长的市场调查和明确的法理解释,甚至导致法院针对“守门人”基于不确定性条文的法律抗辩所进行的司法审查冗长化,从而减缓《数字市场法》的执行进程。^④因此,这种缺乏明确规范性框架的市场调查将使程序的执行更加耗时费力。

3. 自由裁量权的强化或将导致贸易保护主义的萌芽

首先,《数字市场法》规定,欧委会有权在市场调查之后引入额外的义务,以规范不公平和限制“可竞争性”的市场行为。然而,欧委会的市场调查本身缺乏明确的规范性框架,强化了欧委会的自由裁量权。出于多方面的利益权衡,《数字市场法》或将导致贸易壁垒风险。

对于中小型企业而言,《数字市场法》特别规定,欧委会“应审慎考虑该企业是否会实质性损害核心平台服务的可竞争性”。^⑤这表明《数字市场法》虽是规范“守门人”行为的监管工具,但蕴含着欧盟遏制域外科技巨头,以扶持本土中小型企业发展的政治考量。然而,以消费者福利标准为导向的国际竞争共识早已表明,这种保护当地竞争对手的执法行为很容易被批判为利益的再分配,从而导致贸易争端。^⑥欧盟计

^① Luís Cabral et al., “The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts,” p.4.

^② Jacques Crémer et al., “Fairness and Contestability in the Digital Markets Act,” *Yale Journal on Regulation*, Vol.40, No.3, 2023, pp.973-1012.

^③ Pinar Akman, “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act,” *European Law Review*, Vol.47, No.1, 2022, pp.85-114.

^④ 美国缅因大学商学院教授曼努埃尔·沃斯多尔弗(Manuel Woersdoerfer)指出,从《数字市场法》监管对话的软法规制到系统性违规所引发的结构性救济调查可能需要长达两年的时间,随后便是漫长的法律诉讼。参见 Manuel Woersdoerfer, “The Digital Markets Act and EU Competition Policy: A Critical Ordoliberal Evaluation,” pp.149-171.

^⑤ 《数字市场法》鉴于条款第24条。

^⑥ Alicia García-Herrero and Guntram Wolff, “China Has an Unfair Advantage in the EU Market. What Can Be Done to Level the Playing Field,” BRINK News, 27 July 2021, <https://www.brinknews.com/what-can-the-eu-do-about-chinas-unfair-advantages-in-the-single-market-trade/>.

算机与通信行业协会的竞争与监管顾问凯·杰贝利(Kay Jebelli)指出,包括“守门人”的竞争对手和平台用户在内的投诉者或将利用欧委会扶持本土企业发展的数字愿景及其广泛的规则制定权,迫使“守门人”的行为朝着符合自身利益的方向倾斜。^① 围绕谷歌购物案和谷歌安卓案的有效性争论表明,投诉者更加关注公平的结果而非公平的过程:因为新的救济措施没有达到投诉者的预期效果,因此,投诉者认为法院的裁定是无效的,并要求欧委会增加额外的救济义务。^② 基于此,如果《数字市场法》的实际执行尚未达到潜在投诉者的预期目标,欧委会或将面临追求平台市场真正意义上的“公平性”还是接受恶意投诉以壮大本土企业的抉择困境。

其次,《数字市场法》在一定程度上将加剧美欧之间围绕数字主权的科技竞争。在技术政治时代,技术权力开始成为其他权力的核心支柱。^③ 由于欧盟在全球数字版图中被边缘化的趋势日渐明显,欧盟试图通过《数字市场法》扭转美欧双边经贸中的数字逆差状态。然而,被指存在“过度监管”风险的《数字市场法》^④或引发受规制企业的“过激反应”:美国科技巨头公司或以合规的名义采取减少数字基础设施、设置平台技术壁垒等反制措施,进一步限制依靠其核心平台服务交互的欧盟中小型企业的技术生存空间。同时,欧盟整顿美国科技巨头反竞争行为的监管架构也将进一步激化美欧在平台治理权力分配方面的数字博弈,美欧技术联盟、跨大西洋数字伙伴关系和技术安全信任体系的未来走向将面临更大的不确定性。

4. 竞争执法主体间的权力博弈诱发监管碎片化风险

《数字市场法》是欧盟维护欧盟法优先效力原则的重要法律工具。《数字市场法》第1条第5款特别规定,为避免内部市场分裂的风险,“成员国不得以确保竞争和公平市场的理由通过法律、法规或行政措施对‘守门人’施加进一步的义务”。然而,在欧盟内部,部分国家认为以欧委会为单一核心的集中执法模式并不可取。

一方面,成员国与欧盟间的竞争执法权博弈为《数字市场法》的分散执法开辟空间。在《数字市场法》的谈判阶段,由德国、法国和荷兰组成的“有效数字市场法案之友”(Friends of an Effective Digital Markets Act)联盟发布了一份题为《加强数字市场法

^① Kay Jebelli, “The EU Digital Markets Act: Five Questions of Principle,” DisCo, 9 February 2021, <https://www.project-disco.org/competition/020921-the-eu-digital-markets-act-five-questions-of-principle/>.

^② Thomas Graf and Henry Mostyn, “Do We Need to Regulate Equal Treatment? The Google Shopping Case and the Implications of Its Equal Treatment Principle for New Legislative Initiatives,” *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol.11, No.10, 2020, pp.561-574.

^③ 唐新华:《西方“技术联盟”:构建新科技霸权的战略路径》,载《现代国际关系》,2021年第1期,第38-64页。

^④ Aurélien Portuese, “The Digital Markets Act: The Path to Overregulation”.

案及其执法》(Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement)的立场文件,强调“不能仅仅依靠单一的执法支柱”,呼吁欧委会调整《数字市场法》的市场调查机制,赋予成员国该法案的执行和调查权力,并扩大 NCAs 在国家内部的竞争执法范围。^①在成员国的压力之下,维斯塔格表示将加强 NCAs 在《数字市场法》执行过程中的作用。^②受此影响,欧盟立法者修订了《数字市场法》第 38 条,规定 NCAs 能够对涉嫌违反《数字市场法》第 5 条和第 6 条所列义务的(潜在)“守门人”开展调查,但必须将首项行动通知欧委会。尽管欧委会向成员国下放极其有限的执行权力,但不同于跨国执法,欧盟在成员国当地的协调能力和信息渠道较为有限,国家层面的执法也更倾向于司法行动,因此 NCAs 完全可以在完成市场调查和司法审判后通知欧委会。

另一方面,部分成员国利用《数字市场法》的软性条款开展规制数字平台竞争的监管立法。《数字市场法》第 1 条第 6 款规定,《数字市场法》并不影响 NCAs 对“守门人”其他形式的单方面行为施加进一步的义务。这意味着《数字市场法》目标的狭隘性将导致其在法律实践中的协调作用非常有限——《数字市场法》禁止成员国为追求市场的“公平性”和“可竞争性”而引入任何可能与“守门人”监管相冲突的法律,然而成员国可以援引除“守门人权力”以外的法律依据为包括“守门人”在内的平台企业施加额外的行为义务,进而造成监管碎片化风险。^③2021 年,德国将第 19a 条作为新型监管工具引入《反对限制竞争法》(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB),允许其 NCAs 对“在整个市场中至关重要”的平台企业施加额外的事前义务。^④同年 9 月,希腊竞争管理局以“规制滥用生态系统权力”的法律依据通过竞争法改革草案,并强调该草案与《数字市场法》是“从不同的出发点实现其目标”。^⑤2022 年,意大利在《2021 年意大利市场与竞争法》(Italian Law for the Market and Competition 2021)中补充了第 9/192 号法律第 1998 条,新增关于“数字平台滥用经济依赖”的规定,并引入

^① “‘Friends of an Effective Digital Markets Act’—France, Germany and Netherlands Make Far-reaching Proposals to Overhaul Draft Digital Markets Act,” CMA Law-Now, 28 May 2021, <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2021/05/friends-of-an-effective-digital-markets-act-france-germany-and-netherlands-make-far-reaching-proposals-to-overhaul-draft-digital-markets-act#:~:text=The%20three%20member%20states%2C%20which%20refer%20to%20themselves,and%20where%20users%20have%20genuine%20choices%20and%20control.>

^② Charley Connor, “Vestager Promotes Role of National Authorities in DMA Enforcement,” GCR, 5 May 2022, <https://globalcompetitionreview.com/article/vestager-emphasises-role-of-national-authorities-in-dma-enforcement.>

^③ Jasper van den Boom, “What Does the Digital Markets Act Harmonize? —Exploring Interactions between the DMA and National Competition Laws,” pp.57–85.

^④ “Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,” Bundesministerium der Justiz, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html.

^⑤ Orestis Omran, Daniel Colgan and Andreas Politis, “Special Competition Rules on Digital Ecosystems: Greece Joins the Club,” *DLAPIPER*, 6 September 2021, <https://www.dlapiper.com/en-be/insights/publications/2021/09/special-competition-rules-on-digital-ecosystems-greece-joins-the-club.>

“数字平台”的概念,以此区分运营“核心平台服务”的“守门人”。^①

事实上,尽管《数字市场法》有意区分了欧盟竞争政策和《数字市场法》的目标,但“公平性”和“可竞争性”的定义相当模糊,使得《数字市场法》规定的不公平和限制竞争的行为足以被 NCAs 认定为反竞争行为,致使《数字市场法》与国家竞争规则之间存在一定的重叠和冲突空间。从重叠的角度看,NCAs 可凭借《数字市场法》有限下放的执法权力规避来自欧委会的执法干预;从冲突的角度看,NCAs 仍然可以利用不同于《数字市场法》的立法依据争取竞争立法权,毕竟除了执法层面的合作,《数字市场法》还规定了成员国和欧委会在“连贯、有效、互补地执行适用于‘守门人’的现有法律文书”方面的合作。^②

欧洲计算机与通信行业协会表示,“德国法律(GWB)可能会挫败欧盟根据《数字市场法》协调数字经济规则的努力”。^③ 鉴于德国在欧盟中的重要作用,其他成员国将不可避免地效仿德国竞争规则的立法模式,依托其他的法律依据制定本国专属的“国家《数字市场法》”(National DMAs),^④分散执法的趋势或将进一步扩大。

五 结论

在欧盟看来,数字技术是能够改变地缘政治力量对比的关键竞争参数(Key Competitive Parameters),只有制定更具战略性、一致性和有效性的数字政策,深化欧洲一体化组织及其成员国在数字人权保障、平台数据安全、自主创新能力等多元维度的协同合作,才能有效整合欧盟碎片化的数字资源,重塑美欧之间非对称性的跨境数据流动结构。^⑤ 作为欧洲数字化发展版图中的关键一环,《数字市场法》不仅是规制数字平台市场中结构性竞争问题的新型政策工具,更是欧盟立法者针对传统竞争政策固有的内生性弊端所进行的补充式更新。《数字市场法》的制度设计在一定程度上凸显了补

^① Giacomo Lusardi, “Italy Adopts New Rules on Digital Platforms and Abuse of Economic Dependence,” *DLA PIPER*, 28 September 2022, <https://blogs.dlapiper.com/iptitaly/2022/09/italy-adopts-new-rules-on-digital-platforms-and-abuse-of-economic-dependence/>.

^② 《数字市场法》鉴于条款第 90 条。

^③ Computer & Communications Industry Association, “German Legislature Preempts EU Reforms with National Competition Law Amendments Targeting the Digital Economy,” 14 January 2021, <https://ccianet.org/news/2021/01/german-legislature-preempts-eu-reforms-with-national-competition-law-amendments-targeting-the-digital-economy/>.

^④ Aurelien Portuese, “The Digital Markets Act: A Triumph of Regulation Over Innovation,” ITIF, 24 August 2022, p.4, <https://www2.itif.org/2022-digital-markets-act.pdf>.

^⑤ Council of the European Union, “Council Conclusions on EU Digital Diplomacy,” 26 June 2023, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11088-2023-INIT/en/pdf>.

充传统竞争规则的工具性价值,然而该法案在实际适用过程中所滋生的潜在负面影响仍然值得各方关注。

一方面,《数字市场法》或与欧盟制定该法的初衷背道而驰。首先,欧委会的市场调查缺乏明确的规范性框架,仍旧无法避免传统竞争执法程序的冗长化困境所导致的执法资源浪费和高适用成本的内生性缺陷;其次,《数字市场法》规制成员国分散性竞争立法的路径设计本身是自相矛盾的:《数字市场法》在禁止成员国以维护市场“公平性”和“可竞争性”的法律依据对“守门人”施加进一步义务的同时,并不影响成员国以其他的法律依据对“守门人”进行额外的立法规制,导致成员国无视《数字市场法》的集中执法路径并开展国内立法,“各自为政”的立法局面加剧了欧盟及其成员国在反垄断执法上的权力博弈;最后,《数字市场法》本质上是通过一揽子义务的全面适用实现“守门人”、企业用户和终端用户间数字权力的再分配,然而权力配置的调整并不必然导致价值的创造,平台数据与访问接口的共享所衍生出的“搭便车”问题将破坏欧洲中小型企业的自主创新与技术风险投资意愿,严苛的“一刀切”义务或对未来平台经济的准入、扩张造成阻遏创新的“寒蝉效应”(Chilling Effects)。^①

另一方面,《数字市场法》或与欧盟竞争政策的目标背道而驰。欧盟竞争政策的最终目标是通过保持内部市场的竞争不受扭曲进而保证消费者福利的增加,它不仅要反映消费者权益在数字经济中的现实,还必须忠于欧盟竞争政策的法律基础。^② 作为欧盟竞争政策的补充性监管工具,《数字市场法》对于“公平性”和“可竞争性”的市场追求是以损害消费者福利为代价的。从消费者选择看,违反《数字市场法》的高额罚款将削弱“守门人”将域外开发的服务部署给欧洲企业用户和终端用户的动力,缩减其多样性的数字平台服务供给;从消费者体验看,禁止“守门人”融合多边平台收集的个人信息,将损害用户基于定制化服务而生成的交互感和沉浸感;从产品创新看,义务清单的全面适用将危及欧洲中小企业“基于创新的动态竞争”。^③ 此外,欧委会自由

^① Guoda Azguridienė, “Digital Market Act: Competition, Property, Innovation and Users Interests,” Friedrich Naumann Foundation for Freedom, January 2022, pp.31-32, https://www.llri.lt/wp-content/uploads/2022/02/Paper-On-Digital-Market-Act_LFMI-2021-12-14.pdf.

^② 消费者福利通常是一个经济学概念,即消费者愿意支付的金额与他们实际支付的金额之间的差额。在欧盟,消费者福利的定义拓展至法学的维度,即消费者福利和 TFEU 以及相关法律中所规定的竞争政策目标相关。具体而言,欧洲消费者福利标准的保护范围不仅仅局限于避免因反竞争行为而导致的价格上涨,它还涉及消费者选择、产品质量、产品创新等多个维度。参见 Agustin Reyna, “The Shaping of a European Consumer Welfare Standard for the Digital Age,” *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol.10, No.1, 2019, pp.1-2.

^③ David Teece and Henry Kahwaty, “Is the Proposed Digital Markets Act the Cure for Europe’s Platform Ills? Evidence from the European Commission’s Impact Assessment,” BRG Institute, 12 April 2021, p.2, https://media.thinkbrg.com/wp-content/uploads/2021/04/11215103/Is-the-dma-the-Cure_Teece_Kahwaty.pdf.

裁量权的强化凸显数字治理政策中的保护主义倾向,美欧数字技术博弈引发的贸易争端最终将损害消费者福利。

总而言之,作为欧盟扶持本土企业,实现战略自主,争夺全球数字事务规则制定权、议程设置权、偏好塑造权的政策工具,《数字市场法》针对欧盟竞争政策的固有缺陷进行了补充式的制度创新,然而,其具体条文的缺漏亦可能导致潜在的负面效应。事实上,“打铁还需自身硬”,相较于抑制域外科技巨头的结构性权力,欧盟更应关注本土企业自主创新体系的构建,积极寻求公权力规范性干预和激励企业自主探索创新路径间的平衡点。层层加码的“强监管”模式固然是欧盟争夺数字主权的优势所在,但在缺乏必要的技术硬支撑时推行全方位、强制化、排外性的“家长式强干预”或将反噬欧盟数字技术的发展空间。

与欧盟相似,中国也日益面临超大型平台公司倚仗市场结构性优势从事算法合谋、自我优待、大数据“杀熟”、数据滥用等不正当竞争行为。对此,中国采取了类似于欧盟针对平台分级、分类的做法。^①然而,学术界对于日新月异的平台经济运营架构、内在逻辑、算法开发和利用路径等新生因素是否导致既有反垄断框架和竞争分析模式的失灵,或存在结构性缺陷仍未达成明确的共识。^②因此,中国数字平台反垄断,尤其是在规制新兴超大型平台滥用市场结构性权力的法治起步阶段,有必要适当借鉴《数字市场法》的监管架构、运行机理和参与机制,但鉴于中欧在数字经济发展状况和政治体制上的差异,中国应结合自身实际状况进行法律继受的本土化考量。

(作者简介:陈菲,华中师范大学政治与国际关系学院副教授;蒲文杰,华中师范大学政治与国际关系学院2023级硕士研究生。责任编辑:蔡雅洁)

^① 国家市场监督管理总局于2021年发布《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》,根据用户规模、业务种类、经济体量和限制能力将互联网平台划分为超级平台、大型平台和中小平台,并对超级平台设定9项专责义务,内容涉及数据管理、开放生态、风险评估、公平竞争等多个维度。参见《关于对〈互联网平台分类分级指南(征求意见稿)〉〈互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)〉公开征求意见的公告》,国家市场监督管理总局官网,2021年10月29日, https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art_c0086d02fcc544ea9506c997b3ac93e1.html。

^② 金善明:《中国平台经济反垄断监管的挑战及其应对》,载《国际经济评论》,2022年第3期,第125-155。