对外经济贸易大学法学院
博士申请学位科研成果考核折算科研文献

文献形式（文献综述/读书报告）：文献综述

文献题目：关于数字守门人制度研究的文献综述

博士论文题目：数字守门人制度研究

导 师：黄勇

作者姓名：董其超

专 业：经济法学

学 号：202000532016

“数字守门人制度研究”文献综述

摘要：近年来，大量的研究报告都认为，大型数字平台已经获得巨大的市场力量，数字市场独特的经济特征的消费者已经导致市场失灵出现，并且呈现“市场倾覆”的趋势，需要革新当前的反垄断规制框架，引入具有事前监管性质的守门人制度，来加强对大型平台的反垄断监管。随之，全球各主要司法辖区都陆续出台了具有类似守门人监管思路的立法举措，旨在事前监管大型数字平台。本文献综述，围绕着四个主要问题，即（1）数字经济反垄断中的守门人概念是什么？（2）数字经济反垄断为什么要转向守门人制度？（3）守门人制度旨在达成什么目标？（4）数字经济反垄断中守门人制度如何构建？依次展开。总的来说，面对大型数字平台压倒性的市场力量，各国转向守门人制度的立法举措，都源于保护数字市场有效竞争的共同愿景，然后在目标还需要采取行动上的共识，并未导向在守门人制度构建最佳形式上的共识，解决问题的方法和路径呈现差异化和碎片化的特征。

关键词：数字经济反垄断 守门人制度 市场倾覆 认定标准 合规义务

目录

一、守门人的概念、理论及其立法实践 5
（一）数字经济反垄断引入守门人概念的问题和争议 5
1.引入守门人概念的原因及相关争议 5
2.守门人的概念溯源和理论内涵 6
（二）守门人制度立法实践 8
二、数字经济反垄断转向守门人制度的问题和争议 9
（一）数字市场的竞争隐忧与市场倾覆问题 9
1.数字市场的竞争隐忧及其特征 9
2.市场倾覆问题和争议 10
3.守门人引发的竞争问题 12
4.小结 13
（二）数字市场反垄断法执法的局限和欧美不同转向思路 13
1.数字市场的反垄断法执法及其批评 13
2.转向守门人制度中欧美的不同思路 14
3.小结 16
（三）关于守门人制度和反垄断法关系的问题和争议 16
1.守门人制度对反垄断法补充的问题和争议 16
2.竞争执法和经济监管的关系问题 17
3.守门人制度和反垄断法的冲突问题 19
4.小结 20
三、守门人制度的立法目标提炼和相关问题 20
（一）公平目标的提炼和争议 20
1.域外守门人制度立法中公平目标的提炼 20
2.问题和争议 21
（二）可竞争性目标的提炼和争议 23
1.域外守门人制度立法中可竞争性目标的提炼 23
2.问题与争议 24
（三）创新和透明度目标的提炼和争议 25
1.域外守门人制度立法中创新和透明度目标的提炼 25
2.问题和争议 26
（四）小结 27
四、守门人制度构建的重点及相关分歧 28
（一）守门人制度的适用范围 28
1.域外守门人制度适用范围的界定模式梳理 28
2.关于适用范围分歧的问题和争议 29
（二）守门人的认定 31
1.守门人认定标准的梳理 31
2.守门人认定程序的梳理 32
3.分歧和问题 33
（三）守门人义务的设置 35
1.基于可豁免的义务设置模式梳理 35
2.基于“定制化”的义务设置模式梳理 36

3.问题和争议 38
（四）守门人违法行为的补救措施和责任 38
1.补救措施 38
2.法律责任 39
3.问题 40
五、总结 40
六、参考文献 42
（一）中文著作 42
（二）中文论文 43
（三）英文著作 44
（四）英文论文 45
附录 50
一、各国主要研究机构发布的数字经济反垄断报告 50
二、全球针对 GAFA 的主要反垄断案件 50

一、守门人的概念、理论及其立法实践

（一）数字经济反垄断引入守门人概念的问题和争议

1.引入守门人概念的原因及相关争议

在数字经济反垄断中为什么要引入守门人的概念来替代平台力量？其实这源于传统反垄断分析中用于评价经营者市场力量的概念，即市场支配地位或市场势力，已经无法很好地反映数字经济时代某些平台企业所具有的巨大力量，并且其分析框架也显得不合时宜。Cohen就指出，对市场势力和市场扭曲的评估源自工业时代，其假定行业是被明确界定的，市场和选择是可以被确定的，这些市场中各自存在损害可以通过针对性的监管来回应[1]。然而问题在于数字经济时代这些用以支撑传统反垄断分析框架的条件已经被破坏。

首先，传统反垄断法认为，只有经营者参与到实体经济活动中才可能具有市场势力，然后在数字背景下，将变得更为复杂和复合，因为某些时候产品或服务的生产提供方式已经不同于实体经济，UGC或二次创作等模式，可以基于现有的产品或服务将新产品提供给个人，并且是通过经营者和消费者混合或团结一致的方式来进行的，比如维基百科的生产方式。Balkin就描述了互联网 “抓取（glomming on）”策略，即是从大众传媒上抓取素材，来进行评论、批评，并以此生产和构建商品[2]。此外，传统用来评估市场势力的分析工具也显得落伍，相关市场界定主要工具就是基于价格的需求替代测试，并通过SSNIP来修正。通过这一方法来界定竞争关系，适合于对消费者而言价格可见且容易理解的产品。然而，在数字经济中，往往是向用户提供免费服务，但通过广告或其他收入来源获得补贴，这使得传统界定市场的工具不合时宜。

更为重要的是，在评估平台是否具有市场支配地位这一问题上经济学家们往往存在广泛的争议，很难达成共识，这会使得针对平台的反垄断执法往往难以进行或耗费巨大。根据可竞争市场理论，即使具有高市场份额的企业也不一定就具有市场支配力，因为低市场进入门槛和潜在的新进入者会对其产生持续威胁。问题在于，像计算资源和数据库这类资产能否构成市场进入门槛的问题是极具争议的。一方面，Tucker and Wellford认为重要的数据库不再构成市场进入壁垒，因为其已经变得非常便宜，甚至对于典型的“车库创业公司”而言都是一种可能的选择，因为相关数据是可以广泛获得并且经常是免费的[3]。并且平台的竞争威胁是无法持续存在的，比如MySpace和Bebo等社交媒体服务，它们曾经占据显著的市场地位，但现在实际上已经消失。然而，另一方面，Pasquale则认为不应当对颠覆性创新抱有天真的幻想，数字市场中的规模经济和网络效应就是证据，即使是获得百万计的风险投资基金，且从Amazon那里租出计算空间，并且初创公司还有价值的新型搜索技术，其被Google收购的可能性远远大于取代它的可能性[4]。此外，芝加哥学派的理论也使得这种争论导致实践中的反垄断“弱执法”乃至“不执法”，因为芝加哥学派的教义鼓励竞争执法机构采取谨

1 See Cohen, ‘The Regulatory State in the Information Age’ (n 11) 4-5.
2 See Jack Balkin, ‘Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society’ (2004) 79(1) NYU Law Review 1, 10-12.
3 See Darren S Tucker and Hill B. Wellford, ‘Big Mistakes Regarding Big Data’, Antitrust Source, American Bar Association, December 2014, 1.
4 See Frank Pasquale, The Black Box Society – The Secret Algorithms that Control Money and Information (Harvard University Press, 2015), 82.

慎的态度，避免出现因干预导致的“假阳性”。而像欧盟以及我国积极强化平台反垄断，则往往会遭受经济保护主义的指控[5]。

最后，需要指出的是，反对用市场支配地位来界定平台力量的诸多观点中，最具说服力的还是市场支配地位的概念过于狭窄，无法涵盖平台所具有的巨大力量。即使通过传统反垄断分析框架判断平台不具有市场支配地位，无论是监管机构还是个人都能够感受到平台企业所具有的某种巨大力量。比如，大多数用户都猜测社交网站 Facebook 具有市场支配地位，因为其具有 15.9 亿活跃用户在全球并且掌握获取数据流的特权。但是使用传统的反垄断分析工具，这些力量可能不能被转换成市场支配地位的决定因素。在像 Facebook 这样多边服务平台中，竞争主管机构不会清晰界定用户端的市场，而是将精力集中在在线广告等具有实际收益端的市场。而在这些市场中 Facebook 有很多竞争者，缺少具有市场支配地位的证据。帕斯夸里（Pasquale）对此进行了颇为辛辣的批评，说“某些学术研究就是在促进对无知的机构性审查，当消费者和企业用户在被胁迫和操纵，他们却将此场景描绘为同意和竞争。”[6]

综上，在数字经济反垄断中需要找到一个术语或概念去描述互联网中介平台所具有的这种前所未有的巨大力量，而传统的反垄断分析框架中的概念已经无法涵盖。这便为将守门人概念及相关制度规则引入数字经济反垄断，提供了制度需求。

2.守门人的概念溯源和理论内涵

单纯从文献渊源上来看，数字经济反垄断中的守门人概念是源自对传播学和信息科学领域文献借鉴，而这些领域中的守门人概念这则源自社会心理学的相关文献。被誉为“社会心理学之父”的库尔特·勒温（Kurt Lewin），1943 年发表的《饮食习惯和改变方法背后的力量》一文中创造了“守门人（gatekeeper）”一词。其发现“食物不会靠自己的动力移动。进入或不进入通道以及从通道的一个部分移动到另一个部分都受到‘看门人’的影响”[7]。并认为守门人是在一个复杂的环境中运作，守门人和其所处的环境存在相互依赖的关系。之后 1950 年 David Manning White 教授通过对“盖茨先生[8]”的创造性研究试验，进一步总结出守门人理论。它通过试验展现了新闻传播所具有的主观性，是基于守门人自己的一系列经验、态度和期望来决定是否传播。其认为，在群体信息的传播过程中，存在着一些关键的守门人，他们负责对传播的内容进行把控，决定哪些内容可以传播、哪些不能进行传播。尽管这些守门人有时并不起眼，但他们却在塑造群体特征的过程中起到了至关重要的作用[9]。

守门人理论提出后，在各领域都引发了很大反响，政治学、社会学、传播学、金融学和信息科学等各个领域都先后借鉴了这个概念。在不同领域守门人对应的角色不同，守门行为的含义也不同。比如，在传播学中， “守门人”主要指记者和编辑，守门行为主要指他们裁剪掉“无用”信息，并将“有用”信息传递给读者的过程；而在金融学中，守门人指的则

---

5 See Arthur Nelson, ‘Google faces antitrust action from EU competition watchdog’, 15 April 2015. Available at: https://www.theguardian.com/technology/2015/apr/15/google-faces-antitrust-actionfrom-eu-competition-watchdog.

6See Frank Pasquale, The Black Box Society – The Secret Algorithms that Control Money and Information (Harvard University Press, 2015), 82.

7 See Lewin, Kurt. "Forces behind food habits and methods of change." Bulletin of the national Research Council 108.1043 (1943): 35-65.

8 怀特教授为了研究守门人如何在大众传统渠道中检查自己的“门”，将“盖茨先生”作为研究的试验对象，其是一家拥有 10 万人口的中西部城市一家早报的通讯编辑，该市的发行量为 3 万份。

9 See White, David Manning. "The “gate keeper”: A case study in the selection of news." Journalism quarterly 27.4 (1950): 383-390.

主要是审计师、承销商、律师等在证券发行商和投资者之间运作的中介角色，他们的守门行为主要是决定发行商和投资者之间可以开展哪些交易活动，以及怎样开展这些活动。

而最早将守门人概念及理论引入网络领域的是华盛顿大学信息学院的芭兹莱—纳昂（Barzilai-Nahon），其通过将通信、信息科学和管理学等学科的观点融合，构建了一套完整的“网络守门人”理论。该套理论，通过添加新术语的方式重新界定 “守门人”的概念，将“网络守门人”界定为一个实体（个人、组织或政府）可以通过网络中的守门机制执行决定形式守门权，并且根据门控的定位选择行使它的程度。其中（1）“门（Gate）”是指网络或其部分的入口或出口；（2）“守门（Gatekeeping）”是指控制信息通过大门的过程。包括信息的选择、添加、保留、显示、引导、塑造、操纵、重复、定时、本地化、整合、忽视和删除等；（3）门控（Gated）是指受守门控制的实体；（4）守门机制（Gatekeeping mechanism）是指用于执行守门过程的工具、技术或方法。较之于之前守门人理论，这套理论存在一些显著的不同。首先，守门人不再只是局限于编辑、律师这样的精英人群，而可以是各种身份的人、组织、制度，甚至技术，并且也不仅适用于新闻、交易等活动，而是适用于一般信息。其次，在功能上，守门人不仅能决定某种信息是否可以通过，还可以决定“门控”是否可以进入某个网络。同时，门控也不像传统理论所认为的那样，处于被动受决定的地位，而是可以和守门人之间进行互动[10]。并且 Barzilai-Nahon 还更进一步总结出影响守门人和门控互动关系的四个因素，（1）与看门人有关的政治权力；（2）信息生产能力；（3）与看门人的关系（4）守门背景下的替代方案[11]。这些因素的不同组合会对两者之间的互动造成潜在影响。

来自加拿大卡尔加里大学的 Emily Laidlaw 教授，在 2010 年发表的文章，则对网络领域的守门人理论明进行改进，成为其后将守门人概念引入平台反垄断监管进一步奠定理论基础。Laidlaw 认为守门人是非国家行为者，在国家（公权监管机关）做相同的事情能力受到限制的情况下，其有能力能够改变他人的行为。从国家行为转向私人行为行使准监管权力的变化过程中，出现了潜在的漏洞，需要该领域的监管措施努力去界定和填补。其进一步认为，传统守门人理论认为守门人在某种程度上是不参与，或者门控（gated）是不受影响的观点有待商榷。至少在某种意义上，**重点应当放在门控过程中守门人的不当行为上**，而不是其所具有的门控权力。因此，其对网络守门人提出了更加动态的评估，区分了两种不同类型：（1）互联网守门人（Internet gatekeepers）可以控制信息流动；（2）互联网信息守门人（Internet information gatekeepers）由于具有控制信息流动的功能，其能够影响具有民主文化特征的参政议政活动。Laidlaw 认为，我们不仅要对互联网守门人的行为施加义务，考虑到互联网信息守门人对力量，对内容和易获得信息的控制，还要对他们施加额外的义务[12]。可以发现 Laidlaw 将监管的重点进一步放在互联网信息守门人，然而问题在于，互联网信息守门人和传统反垄断分析框架下的经营者市场支配地位之间关联并不大，其可能具有市场支配地位，也可能不具有，并非必要。守门人理论关切的是对信息控制的力量，而市场支配地位说关切的是经营者能够排除限制竞争的市场势力，两者之间不能等同。

在数字反垄断监管的文献中，最早引入守门人概念的是奥拉·林斯基（Orla Lynskey），其在 2017 年发表的《监管“平台力量”》一文中，就建议用“守门人”来代替“平台力量”作为反垄断监管的对象，认为相比之下，守门人更能体现数字经济时代大型平台所扮演的角色，也更能刻画所带来的种种问题。并且 Lynskey 进一步改进了 Laidlaw 的理论，使之更加适应数字经济的反垄断监管，其认为（1）Laidlaw 使用对民主文化影响的范例来证明向数字

10 See Barzilai-Nahon, Karine. "Toward a theory of network gatekeeping: A framework for exploring info rmation control." Journal of the American society for information science and technology 59.9 (2008): 14 93-1512.

11 See Barzilai-Nahon, Karine. "Gatekeepers, virtual communities and the gated: Multidimensional tension s in cyberspace." International Journal of Communications Law & Policy 11 (2006): 1-28.

12 See Laidlaw, Emily B. "A framework for identifying Internet information gatekeepers." International R eview of Law, Computers & Technology 24.3 (2010): 263-276.

守门人施加更有力责任的正当性，可能并不能很好地反映守门人所需要关切的问题。例如，可以考虑在没有对民主文化产生影响的情况下，守门人任何阻碍个人自治或尊严的行为都值得监管关注；（2）数字经济中守门人的问题不仅在于对信息流动的控制[13]。Helberger 等就指出关于守门人影响的担忧多集中在其控制个人访问，以及守门人和用户之间关系塑造方式，而不是守门人对信息访问的控制[14]。需要指出的，Lynskey 的建议受到很大的关注，欧盟在起草 DMA 时，组织学者起草的背景报告，就引用了 Lynskey 的观点，因此可以认为 DMA 中的守门人制度的引入，很大程度上受到其观点的影响。

总结而论，无论是勒温最早提出的守门人概念，还是芭兹莱—纳昂等人在网络环境中讨论的守门人角色，都在刻画一些生态系统中某一实体所具有的结构性功能特征。而**林斯基建议将守门人概念引入到平台反垄断监管中，正是一种监管思路的转变，从传统反垄断监管中的行为效果路径，转向到结构功能的监管路径**。好处在于“不容易过时”，因为既有的行为效果路径很容易关注于特定技术，而层出不穷的新技术会不断冲击现有的法律监管体系，正如 Bennett Moses 所强调，新技术提出的问题是它们如何适应先前的法律和监管环境，而从监管 技术的角度来思考问题似乎是刻舟求剑[15]。此外，引入守门人概念本身并不能证明监管的正当性，还需要进一步思考作为制度的守门人监管能够解决什么担忧？为什么要从现有的反垄断法规制框架转向守门人制度的监管模式。

（二）守门人制度立法实践

近年来，随着欧美各国陆续发布关于数字市场竞争调查报告，提出了所存在竞争问题以及立法、执法建议，各国数字经济反垄断制度规则的革新也不断推进，出台了各具特色的新监管规则。虽然如下文所言，这些新规则存在显著的差异，但是在监管思路和制度的基本构成方面均比较类似，呈现出从事后执法向事前监管，从行为监管转向主体监管的特征，而其中又以欧盟的《数字市场法案》（以下简称 DMA）最具代表性。本文的研究主题即是数字经济反垄断中的守门人制度，并非仅限于 DMA 的守门人制度，而是此类制度规则的统称。

纵观各国数字经济的发展情况，以及反垄断立法的动态，守门人制度的立法实践主要包括：（1）欧盟的《数字市场法案》。为更高地推动欧洲数字服务领域的发展，欧委会于 2020 年 12 月提出《数字市场法案》和《数字服务法案》两项法案。2022 年 10 月《数字服务法案》已经正式批准生效，这一影响深远的法案可谓“神速”通过，也标志着即 GDPR 之后，欧盟在平台反垄断监管领域的规则创新也走在了全球前列，成为“领头羊”；（2）德国的《反限制竞争法》第十修正案，尤其是 Section 19a，目前已经生效。区别于其他守门人制度的重要特征是，其是在现有反垄断规则框架下的革新；（3）英国数字市场专案小组（DMT，隶属于 CMA）所提出的《“数字市场促进竞争新体制”的建议》，以及英国政府回应“数字市场促进竞争新体制”的咨询。目前在立法方面还处于初始评估阶段，根据英国议会的安排，将针对数字市场和监管机构（数字市场部门 the Digital Markets Unit，DMU）立法，制定促进竞争的新制度。2022 年 5 月议会已经公布立法草案，为数字市场和最大的数字公司制定新的竞争规则；（4）美国众议院司法委员会也出台了六部反垄断改进草案，关于守门人制度的草案包括，《美国选择和在线创新法案》和《开放应用市场法案》，这些草案目前还在讨论中；（5）日本所颁布的《改善数字平台透明度和公平法案》，已经于 2021 年 2 月生效；（6）

13 See Lynskey, Orla. "Regulating'platform power'." (2017).
14 See Helberger, Natali, Katharina Kleinen-von Königslöw, and Rob Van Der Noll. "Regulating the new information intermediaries as gatekeepers of information diversity." info (2015).
15 See Lyria Bennett-Moses, ‘How to Think about Law, Regulation and Technology: Problems with “Tec hnology” as a Regulatory Target’ (2013) 5(1) Law, Innovation and Technology 1, 17.）

法国，旨在确保数字领域消费者选择的草案，于 2020 年 2 月 20 日提交国民大会；（7）意大利 2021 年度的市场竞争法框架下的竞争改革建议；（8）澳大利亚的《2021 财政法修正案：新闻媒体和数字平台强制性议价规范》2021 年 2 月生效。

以上各辖区的守门人制度规则的立法案或草案，将成为本文研究的主要基础之一，将主要比较分析其在守门人认定、义务设置以及补救措施等方面的共性和个性，为探讨中国导入守门人制度的必要性和可行性，以及构建等问题，提供规则参考和经验借鉴。

二、数字经济反垄断转向守门人制度的问题和争议

近年来，各国提出的关于数字守门人监管的法案或立法草案都起源于对一小部分大型数字平台公司稳固市场势力的担忧。这一担忧所引发的反垄断监管模式变革的大讨论，既凸显出现有反垄断法规制框架的缺陷，也为数字守门人制度的构建提供理论基础和目标指引。当前，尽管数字守门人制度已经成为各国加强数字平台反垄断监管的主要法律模式选择，但关于数字守门人制度的目标、与反垄断法的关系、认定标准、义务范围以及救济措施等关键问题上各国的规定却大相径庭，并且这些关键问题也引发了学界、实务界的激烈讨论。模式选择上的趋同和具体规定上的差异，会导致监管规则碎片化，不利于加强数字平台监管。因此，在此背景下，探讨符合数字时代反垄断目的的最佳数字守门人监管规则具有现实和理论意义和价值。而对此的研究，首先需要强调和分析的就是转向数字守门人制度的原因，这是后续一系列讨论的基础和着眼点，只有论证清楚为什么要实施数字守门人制度，才能使得规则设计和实施更加合理和有效。

（一）数字市场的竞争隐忧与市场倾覆问题

1. 数字市场的竞争隐忧及其特征

近年来，很多对数字经济竞争状况的研究报告都表达出对少数大型平台所具有的强大且稳固市场势力的担忧。研究表明，少数大型平台已经成为线上世界的守门人，它们利用数字经济所具有的网络效应、规模经济、范围经济等特征，控制关键分销渠道，利用中介角色，访问和收集大量数据[16]。比如，2020 年美国众议院司法委员会发布的《数字市场竞争调查》报告就对 4 家超大型数字平台 Amazon, Apple, Facebook and Google 的市场势力表达深切忧虑，“首先，每个平台都是一个关键分销渠道的守门人。它们通过控制市场准入，在整个经济系统中挑选赢家和输家。它们滥用手中所掌握的巨大权力，索要高额费用，课以严格合同，从依赖它们的个人和公司中榨取更多数据；其次，每个平台都利用自己的守门人地位来维持

16 See Stigler Centre, Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report, 2019; J. Crémer, Y.-A. De Montjoye and H. Schweitzer, Competition policy for the digital era, 2019; UK, Report of the Digital Competition Expert Panel, Unlocking digital competition, 2019; German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Report by the Commission 'Competition Law 4.0', A new competition framework for the digital economy, 2019.

市场支配地位。通过控制数字时代的基础设施，监视其他企业以识别出潜在的竞争对手，并最终通过收购、复制来斩断它们的竞争威胁；最后，平台还滥用它们的中介角色，进一步巩固和扩大它们的市场支配地位，无论是通过自我优待、掠夺性定价还是排他性行为，这些主导平台都能利用它们的势力以巩固支配地位。”[17]

一方面，正如 OECD 研究所指出的那样，超大型数字平台滥用其强大市场势力至少部分是因为数字市场独特的市场特征[18]。这些特征的综合作用会导致市场失灵，无法产生自然竞争过程下的市场结果。研究数字生态系统的经济学家 Bourreau 就总结到，影响数字市场竞争样态的经济特征包括：（1）存在强大的规模经济，伴随着低边际成本乃至零边际成本；（2）存在极端的直接和间接网络效应，使得拥有大量成熟用户的平台可以更容易吸引更多的用户；（3）数据驱动型反馈循环会进一步强化网络效应；（4）存在显著的范围经济，由于数据作为关键投入；（5）聚集效应（conglomerate effects）[19]。数字市场特有的经济特征有助于强化数字平台的市场势力，为其滥用市场势力巩固市场支配地位提供机会。另一方面，从消费者行为习惯的角度，**消费者的行为偏见**和**单一宿主趋势**也有助于数字平台巩固市场支配地位。

2. 市场倾覆问题和争议

数字市场的上述特征，会导致市场产生赢者通吃或赢者多吃的动态结果，倾向于市场倾覆，呈现出一家或几家平台主导的寡头垄断市场结构。这就数字经济反垄断转向守门人制度的一个基础，即是要解决数字市场中的市场倾覆（Market Tipping）这一结构性竞争问题。但是关于数字市场中的市场倾覆本身就存在争议，因此将其作为一种假设来予以论述。

数字市场由于网络效应等特征容易引发的市场倾覆，是包括 US、EU 在内容众多司法辖区决定在数字市场采用数字守门人制度的一个根本性假设。比如，Motta 和 Peitz 在给欧盟委员会研究报告中，就认为由于网络效应所导致的市场倾覆，需要采用新竞争工具予以应对，但其指出适用于横向范围是最好的选择[20]。NCA 在对欧盟新竞争工具提案的影响评估报告中，对市场倾覆做了界定，是指在这些市场中，用户数量是商业成功的关键，如果一家公司达到用户数量的关键门槛，那么在收获剩余用户方面它就会获得不成比例的优势，使得只有一家或极少数几家公司会长期留在市场[21]。但，也有人对这一假设持质疑态度，美国经济学家 Joe Kennedy 博士，在其系列文章《垄断神话》中就表达出鲜明的反对观点[22]，其认为，首先如果市场倾覆是企业通过与竞争对手竞争获得更多市场势力的驱动力的结果，那么这一假设似乎是对竞争过程本身的嘲笑；其次，获得守门人地位不应当成为对竞争的担忧。当市场支配地位建立在凭本事竞争的基础上，它将成为努力和创新的合法回报；最后，新竞争者的潜在

17 US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust, 2020
18 See Ex ante regulation in digital markets – Background Note
19 See Bourreau, M. (2020), Some Economics of Digital Ecosystems – Note by Marc Bourreau for the OECD Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems.；Bourreau, M. and A. de Streel (2019), “Digital Conglomerates and EU Competition Policy”, https://ssrn.com/abstract=3350512. Also See Benelux competition authorities (2019), Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition aut horities on challenges faced by competition authorities in the digital world, https://www.belgiancompetition. be/sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cdlcl.jo int_memorandum_191002.pdf.
20 Motta and Peitz, “Intervention triggers and underlying theories of harm,” 4–5
21 See Europa website (2020), 6, available at: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_com p_tool/summary_contributions_NC As_responses.pdf.）
22 See Kennedy, Joe. "Monopoly Myths: Are Superstar Firms Stifling Competition or Beating It?." (202 1).；Kennedy, Joe. Monopoly Myths: Is Big Tech Creating “Kill Zones”?. Information Technology and Inn ovation Foundation, 2020.；Kennedy, Joe. Monopoly Myths: Do Internet Platforms Threaten Competition?. Information Technology and Innovation Foundation, 2020.

进入会约束市场在位者。只要竞争是基于实力进行的，扩大规模就是一个合理合法的目标。因此关于市场倾覆的规定就是在处罚竞争过程。

尽管，数字市场的经济特征可能会引发的市场倾覆，但是否可以如期望中那样，由于动态竞争和颠覆性创新而被抵消或冲淡呢？数字守门人的市场地位真的是无法撼动的么？也即是市场竞争本身可以解决市场倾覆问题么？对此存在几类不同的观点。

一类观点认为**数字守门人平台会滥用其市场势力建立起“壕沟”，使得市场难以恢复可竞争性**。Fletcher 就认为，数字市场的特殊机制使得平台可以获取关键投入（如数据和必要线上基础设施），掌握资本并拥有大量且稳定的用户，因此可以利用杠杆策略将其市场势力延伸到其他市场，通过诸如收购其他公司、获取关键数据库等方式消灭竞争对手，为其商业帝国构筑“壕沟”[23]。有不少学者持有类似悲观的观点，认为由于显著的进入障碍，倾覆的市场结构难以恢复到竞争状态，掌握市场的数字守门人似乎不会受到潜在进入者的约束，其地位难以撼动，创新型数字公司和初创企业不可能获得相同的竞争优势[24]。

另一类观点，**则对网络效应会造成市场倾覆的观点提出质疑**。美国 ITIF 在其对欧盟《数字市场法案（Digital Market Act）》的研究报告中就认为，尽管网络效应确实能够给已经具有大量用户基础的平台带来更多的用户，但是需要注意网络效应的这种外部性是一把双刃剑。网络效应不仅能够给具有用户基础的平台带来更多的回报，也能够以失去大量用户来惩罚平台。网络的外部性既可以积极也可以消极，网络奖励的低进入成本（比如，创新型公司的良性循环）和网络惩罚的低退出成本（比如，非创新公司的恶性循环）之间相辅相成[25]。Sangeet Paul Choudary 也认为，反向网络效应经常会导致巨大且繁荣的网络崩溃，因此应当把网络效应视为数字市场动态竞争过程中固有的奖惩机制，其可以导致企业的繁荣和衰落[26]。即使退一步说，网络效应会产生消极结果，也有学者指出消费者的多宿主（multi-home）行为特征会冲淡网络效应对市场竞争的不利影响。比如，Shengli Li 等就认为消费者在不同平台代理商之间的多宿主有可能抵消具有较强交叉网络外部性平台的倾覆趋势和锁定效应[27]。Motta 和 Peitz 的研究也认为，市场倾覆并不必然发生的，因为存在消费者多宿主的情形，网络效应可能与“不同口味”共存，以至于即使在较短的时间内，也不会只有一家网络能够持续获得大量用户[28]。

此外，还有一类观点，**对市场倾覆所意指的数字守门人市场地位不可撼动的观点提出质疑**。ITIF 就激烈地指出，“监管者不能假装知道什么是不可撼动，什么是可以撼动的”。互联网产业发展的历史经验教导我们，那些我们曾经认为是不可撼动的公司比如诺基亚、微软等，如今早已成为昨日黄花。ITIF 的报告认为“某些市场中的领导者极强的竞争力和引人入

---

23 Fletcher, A. (2020), “Digital competition policy: Are ecosystems different? -- Background note for the OECD Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems”, https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm.

24 See Benelux competition authorities (2019), Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in the digital world, https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cdlcl.jo int_memorandum_191002.pdf; Cappai, M. and G. Colangelo (2020), Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to antitrust law, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629.; Cabral, L. et al. (2021), The EU Digital Markets Act - A report from a Panel of Economic Experts, http://dx.doi.org/doi:10.2760/139337.; Thiemann, A. and A. Neto (2021), “Barriers to entry in the digital market: An overview of EU and national case law”, e-Competitions, Vol. Art N° 100184/Barriers to entry in the digital markets, https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/barriers-to-entry-in-the-digitalmarket/barriers-to-entry-in-the-digital-market-an-overview-of-eu-and-national-case-law (accessed on 10 September 2021).

25 See ITIF，The Digital Markets Act: European Precautionary Antitrust.

26 See Sangeet Paul Choudary, “Reverse Network Effects: Why Today’s Social Networks Can Fail As They Grow Larger,” Wired, March.

27 See Shengli Li, Yipeng Liu, and Subhajyoti Banyopadyopadhyay, “Network effects in online two-sided market platforms: A research note,” 49 Decision Support Systems, 245–249 (2010)

28 See Motta and Peitz, “Intervention triggers and underlying theories of harm,” 12

胜的创造力所表征的不可撼动都是相对的”[29]实际上，将数字守门人的市场地位表述为“不可撼动”，是假定这些守门人企业现有稳定且牢固的市场地位，并以监管“自然垄断”的思路来考虑数字守门人的监管规则。正如 Gregory S. Crawford 等经济咨询组专家（Economic Advisory Group on Competition Policy）在对 EC 的新竞争工具提案的评估报告中所言，尽管是在讨论守门人的监管，但是 EAGCP 认为此类监管只适用于市场高度且持久集中的“自然垄断”环境。

3. 守门人引发的竞争问题

如上述所言，数字市场的独特特征以及动态竞争的“倾覆”倾向，使得人们对数字守门人市场势力和市场地位所引发的竞争问题深切担忧。

首先，数字守门人阻碍数字市场公平竞争所引发的竞争关切，如 EC 所总结的那样，可包含三个方面[30]。一是，力量失衡。传统企业的经营愈发依赖数量有限的几家线上大型平台，这导致数字守门人的用户和竞争对手在谈判和议价等方面力量失衡，向守门人严重倾斜；二是，控制数字生态系统。守门人通过杠杆化利用其市场势力创造数字生态系统，控制关键分销渠道，并通过高转换成本来锁定用户，使得诸如初创公司等企业很难通过创新型替代产品来颠覆其市场地位；三是，就是所谓“杠杆行为”，守门人有能力通过杠杆行为，如自我优待，将其市场势力拓展到相邻市场。使得其能够控制产品和服务的线上分销渠道，为其提高收费、操纵排名、控制商家声誉等滥用行为的实施提供可能。

其次，更深层次的竞争担忧可能在于守门人的角色已经发生质的变化，从数字市场的“玩家”蜕变成“裁判员”。守门人的特殊市场地位使其已经成为一种具有私人性质的监管者，能够在制定市场规则的同时，既不像公共监管机构那样，受制于监督审查的制衡，也不像经营者那样，受到市场竞争约束[31]。正如 Takigawa 所观察到的那样，大型平台能够设置不透明的条款或条件等规则，使得消费者不得不接受如果他们想要获得服务。这些规则能够通过各种方式来巩固守门人的地位，比如，阻止用户多宿主或转换到其他服务提供商那里，或者收集更多的数据来促进数据反馈循环[32]，又或者阻碍用户选择替代性的服务[33]。此外，在收集和使用用户数据上的信息不对称，又或者这些平台为消费者提供的真实价值，都进一步加入了消费者转换的障碍[34]。这都导致，市场由少数几家守门人所主导，不再具有可竞争性。

---

29 See ITIF，The Digital Markets Act: European Precautionary Antitrust.

30 https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers_en

31 See OECD：Ex ante Regulation in Digital Markets. https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm

32 数据反馈循环（data feedback loops）是存在于数字市场的一个虚拟循环，即是，更多的数据可以设计出更好的算法；这意味着，用户可以拥有更好的服务；进而可以吸引更多的用户；从而可以提供更多的数据。通常认为，如果无法进入这一虚拟循环，则这一虚拟循环就会构成进入壁垒，并限制竞争。这也意味着另一个循环，较少的用户流量，导致拥有更少的数据，进而导致更糟糕的算法，进而是更差的服务体验。See Krämer, Jan. "Personal data portability in the platform economy: Economic implications and policy recommendations." Journal of Competition Law & Economics 17.2 (2021): 263-308；Krämer, Jan, Pierre Senellart, and Alexandre de Streel. Making data portability more effective for the digital economy: Economic implications and regulatory challenges. Centre on Regulation in Europe asbl (CERRE), 2020.

33 See Takigawa, T. (2021), “Super platforms, big data, and competition law: the Japanese approach in contracst with the USA and EU”, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 9, pp. 289-312, http://dx.doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa053.

34 See Carugati, C. (2020), “Regulation in the digital economy. Is ex-ante regulation of “gatekeepers” an efficient and fair solution?”, Working paper, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3705928.

最后，数字守门人所引发的竞争担忧，正如一系列研究报告所言，其造成的影响不仅是竞争对手，广泛地影响消费者和社会。英国数字市场特别工作组（Digital Markets Taskforce ，DMT）就特别提到守门人市场力量造成的具体损害，包括，一是，对消费者隐私的损害，如果在根据竞争性的市场中，消费者可能不需要提供那么多个人信息来获取服务，并且会获得更多的数据保护和控制；二是，高价格，守门人地位的巩固会整体抬高价格，剥削消费者剩余；此外，还会对创新、经济乃至整个社会造成损害，如对心理健康、媒体多元化、新闻准确性和民主等问题的影响[35]。美国众议院反垄断委员会的报告同样认为守门人的市场力量对整个社会造成损害，“这种显著而持久的市场力量的影响代价高昂。小组委员会的一系列听证会提供了大量证据，表明这些公司利用其主导地位的方式侵蚀了企业家精神，损害了美国人的线上隐私，并破坏了自由和多元化媒体的活力。其结果是创新减少，消费者的选择减少，民主被削弱”[36]。

4. 小结

总而言之，数字市场中极少数守门人平台稳固且持久市场力量引发的竞争问题存在广泛的损害影响，尽管人们对于这些问题产生原因、迫切程度以及应对的路径等存在争论乃至大相径庭的认识，但是在需要采取措施应对守门人竞争挑战这一点上存在共识，即我们需要行动起来。正如德国报告所强调的那样，守门人对用户行为的强大导向效应，数字市场的快速发展，以及先发利益的重要性，都使得不干预或延迟干预守门人的滥用行为会付出极高的代价。[37] 因此，当前的关键问题已经不是我们要不要采取行动，而是我们要如何行动起来。

（二）数字市场反垄断法执法的局限和欧美不同转向思路

1. 数字市场的反垄断法执法及其批评

实际上，关于反垄断法的缺陷以及是否要转向守门人监管的讨论，是由近年全球范围内来一系列针对数字平台的反垄断案件所引发和推动的。这些案件直指四家全球性大型平台企业 Google、Apple、Facebook、Amazon（简称"GAFA"），关注他们滥用市场支配地位的行为，实施垄断，以及可能具有反竞争效果的并购行为。并且全球已经有多家反垄断执法机构对 GAFA 开展执法行动，包括：欧盟委员会（European Commission）、德国反垄断局（German Bundeskartellamt）、英国竞争和市场管理局（UK's Competition and Markets Authority）、韩国公平交易委员会（Korea Fair Trade Commission）、印度竞争委员会（India's Competition Commission）以及美国联邦贸易委员会（US Federal Trade Commission）和司法部（the Department of Justice）等。主要案件情况可参见附录的统计。

35 See Competition and Markets Authority, CMA (2020), Advice of the Digital Markets Taskforce: A new pro-competition regime for digital markets, CMA 135, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf; See also the OECD background note on Competition Issues in News Media and Digital Platforms: https://www.oecd.org/daf/competition/competition-issues-in-news-media-and-digital-platforms.htm.

36 US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust (2020), Investigation of competition in digital markets. p. 7

37 The German "Commission Competition Law 4.0", 2019 p.48

这些案件中的很多行为在作出执法决定之前已经施行了多年。因此，针对数字平台的反垄断执法行动以及反垄断规则本身，存在很多批评声音。归纳而言，一是，认为较之于快速变化发展的数字市场，针对数字平台的反垄断执法太慢、太笨重，并且难以获得确定性预期[38]；二是，认为反垄断规则本质上事后的，在竞争问题出现以后，用来阻止或惩罚那些被认定为是反竞争的行为。根据反垄断规则的执法调查活动是冗长的，在解决这些滥用行为之前，可能已经对竞争和消费者造成了无可挽回的损害[39]。比如，欧洲议会的研究明确指出欧盟委员会花了 7 年时间才对谷歌非法滥用在搜索引擎市场的主导地位、偏袒自己的购物比较工具做出裁决；三是，认为反垄断法本身是无法解决结构性竞争问题，有些竞争损害是由于数字市场的独特经济特征造成的，如网络效应、规模效应以及用户锁定等，而非数字平台的反竞争行为[40]。此外，欧洲审计法院的一份报告也明确指出欧盟竞争法的缺陷，并认为委员会在反垄断案件中施加罚款的威慑效应尚未被证实，呼吁事前指引[41]。

2. 转向守门人制度中欧美的不同思路

因此，之后关于为什么需要对大型数字平台进行事前监管的讨论，是基于这样一个事实判断，即当前的反垄断执法已经无法及时且有效地应对数字市场出现的竞争挑战。但是，在紧接着的一连串问题，如反垄断法为什么“不行”？我们应该怎么办？为什么要对守门人实施事前监管，却存在着分歧和争论。大体上可以分为两大阵营，一派关注于数字市场的经济结构，认为其在某种程度上超越了当前反垄断法的执法工具所能应对的范围；另一派则更加关注于反垄断执法本身的有效性，审查数字市场反垄断法和执法工具的运作情况，希望在既有的框架下优化、改进执法工具。

前一派的论点及思路在欧洲颇受赞同和支持。首先，认为存在这样一个市场运作机制，即数字市场倾向于“市场倾覆”，导致少数几家守门人平台处于支配地位垄断市场，就是欧盟委员会所说的“竞争突然并且彻底减少”[42]。这意味着，传统的竞争工具在恢复市场竞争达到满意效果方面，可能不再那么有效。比如，有些学者或研究机构就认为，数字领域的反垄断法执法太慢、太复杂，有时候针对非常特定的滥用行为进行个案分析是过于具体，“只见树木，不见森林”，使得难以有效地保护数字市场的竞争[43]。此外，Monti 等学者也提出，反垄断法缺少必要的救济措施，以保护和恢复市场的竞争利益和消费者利益[44]。

其次，从反垄断执法实践的质效角度，进一步论述传统执法框架的低效或无能。Marsden 和 Podszun 就发现反垄断的执法或诉讼程序需要花费大量时间，在个案分析中发展损害

---

38 See BEREC Response to the Public Consultations on the Digital Services Act Package and the New Competition Tool, BoR (20) 138 at p 9.

39 See EUROPEAN COMPETITION LAWYERS FORUM Response to the European Commission’s consultation on the Digital Services Act package，https://335770bd-f2dd-47d5-916f-c34f7923f821.filesusr.com/ugd/b7d241_660000d2ccd646ee9764211fab5f4338.pdf；

40 See European Commission, Inception impact assessment for the new competition tool, 2020.

41 See European Court of Auditors, The Commission’s EU merger control and antitrust proceedings: a need to scale up market oversight, 2020.

42 See European Commission (2020), Communication ’Shaping Europe’s digital future’, COM(2020) 67 final 8.

43 See Budzinski, O. and J. Mendelsohn (2021), “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, Illmenau Economics Discussion Papers, Vol. 27/154；Furman, J. et al. (2019), Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel (’Furman Review’), HM Treasury；Stigler Committee (2019), Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019, https://research.chicogobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-finalreport；CERRE (2020), Digital Markets Act: Making economic regulation of platforms fit for the digital age.

44 See Monti, G. (2021), “The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement”, SSRN Electronic Journal, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3797730.

理论是极其繁重的负担，并且实践也证明为过去的行为找到正确的救济措施是非常困难的[45]。这再一次说明，数字时代的经济特征已经使得传统的反垄断分析认定框架显得不合时宜，在某种程度上无法应对新时代的新挑战，需要提前的介入或干预措施。Wheeler 等学者就明确指出，工业时代产生反垄断法以及近几十年的判例严重制约早期监管系统的发展，使得它们无法适应数字时代[46]。此外，数字平台和美欧反垄断执法机构之间冗长的法律斗争也说明了单纯依靠反垄断法，这一事后的救济措施，对于促进平台经济的竞争是多么局限[47]。国内也有学者认为，监管的敏捷性欠缺，事前监管可要求执法机构对特定平台履行开放义务进行持续监督[48]。

最后，得出结论，现有的反垄断法和竞争政策框架无法有效应对数字市场的系统性竞争问题及挑战，进而提议守门人制度规则。这表明数字守门人制度与反垄断规则之间具有密切的联系，也是考察数字守门人制度产生之根本原因的着眼点，对于日后正确把握数字守门人制度和现有反垄断制度之间恰当关系，构建符合目标的合理数字守门人规则至关重要。欧盟在提出《数字市场法案》时，就指出单独依靠竞争政策和法律不可能有效解决平台经济引发的系统性问题，因为，在现有的竞争法规制框架和规制下，守门人平台企业可能压根就不具有市场支配地位。诸如英国、德国等其他国家的数字守门人制度相关立法草案也表达了类似的观点，认为现有的竞争法律本身不足以有效应对这些挑战。

后一派的观点和思路则在美国更为广泛被讨论，主要关注于执法本身存在的问题或缺陷。Chopra 和 Khan 的文章非常典型地表达出对美国反垄断法执法的批判观点，他们认为反垄断诉讼和实施的过程漫长且昂贵，需要发现大量事实并进行昂贵的专家分析。虽然在理论上，这种分析路径有助于在具体事实分析的基础上精确认定责任，并更好地设计救济措施。但是，在实践中，对这种个案分析判决的完全依赖造就一种模糊的执法系统，它消耗大量资源，赋予在位者特权，并剥夺个人和公司参与制定实质性反垄断规则的切实机会[49]。因而，美国反垄断实施的司法路径和繁重的举证负担，使得近十几年来在数字领域几乎处于实质性的停滞执法局面。

需要指出的是，由于美国和欧盟的反垄断法律框架和执法体系不同，在阻碍数字市场反垄断法执法有效性的问题上也表现得不同，因而在引入守门人制度或守门人制度规则上的理由或观点存在差异。美国新布兰戴斯学派的代表人物 Khan，在其著名的文章《亚马逊的反托拉斯悖论》就建议需要修订竞争法，授权竞争主管部门使用更新、更敏捷和有效的工具来打击数字平台滥用行为和不当行为[50]，这一观点可以认为从某种程度上支持了引入守门人制度。美国众议院的报告也表达过类似观点，认为法律需要更新以确保我们的经济在数字时代保持开放和活力。[51]

---

45 See Marsden, P. and R. Podszun (2020), Restoring Balance to Digital Competition - Sensible Rules, Effective Enforcement, Konrad-Adenauer-Stiftung, http://www.kas.de.

46 See Wheeler, T., P. Verveer and G. Kimmelman (2020), New Digital Realities; New Oversight Solutions in The case for a Digital Platform Agency and a new approach to regulatory oversight, https://shorensteincenter.org/new-digital-realities-tom-wheeler-phil-verveer-genekimmelman/.

47 See S. Prado, T. (2020), "Assessing the Market Power of Digital Platforms", SSRN Electronic Journal, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747793.

48 参见 徐国冲、 张晨舟、郭轩宇：《 中国式政府监管 特征、困局与走向 》，载《行政管理改革》 2019 年第 1 期，第 7 5- 76 页。

49 See Chopra, R. and L. Khan (2020), "The Case for "Unfair Methods of Competition" Rulemaking", The University of Chigoco Law Review, Vol. 87/2, pp. 357-379, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6181&context=uclrev.

50 See Khan, L. (2017), "Amazon's Antitrust Paradox", Yale Law Journal, Vol. 126.

51 See US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust (2020), Investigation of competition in digital markets.P.7.

3. 小结

总结而言，面对数字守门人所引发的系统性或结构性竞争挑战，尽管存在争论，但是大体上存在共识。即在快速变化的数字市场中，需要引入某种形式的以事前监管为特征的守门人规则作为反垄断规则的补充，这可以促进更为快速和有效地的执法行动，来应对数字平台市场中结构性竞争障碍和守门人平台反竞争行为的风险。但是，在采用何种路径或形式来引入和设计守门人规则这一问题上，各司法辖区或反垄断执法机构却众说纷纭莫衷一是，采用专门的行业式的事前监管？还是引入新竞争工具？或者仅仅只是对现有竞争工具进行细化改进完善？到底何种路径才是最佳选择，如何构建最佳守门人制度规则？这既是数字守门人制度未来发展完善和数字市场健康发展、持续创新繁荣亟待回答的问题，也是有待深入研究的问题。

（三）关于守门人制度和反垄断法关系的问题和争议

1. 守门人制度对反垄断法补充的问题和争议

从上文的论述可以发现，在应对守门人反竞争行为，以及数字市场的结构性竞争挑战时，反垄断法执法的效果和速度都难以令人满意，因而各国开始转向数字守门人的监管思路。正如 Wright 和 Ginsburg 所言，事后的反垄断法救济存在不够有效和不够及时的风险，这是实施事前监管以保证市场开发和竞争的重要理由支撑[52]。因此，Khan 就认为，对守门人的事前监管应当预防其以有害的方式行使市场力量。特别是那些从过去反垄断执法中所取得重大教训，和那些存在损害风险但几乎不可能提起诉讼的情形，应当被事前监管所关注。尽管数字平台反垄断的判例法并不多，但是毫无疑问可以为设置守门人平台的义务条款提供参照，比如禁止自我优待和允许数据访问[53]的义务规定。

正是基于上述的一些考量，各国设计出关于事前监管数字守门人的立法提案。这些提案大都旨在充当现有竞争法律和政策的补充，以抵消数字市场反垄断**执法不足**（underenforcement）的风险，即是斯蒂格勒委员会的报告所强调的，大量研究表明执法不足的问题正在迅速加剧[54]。比如，英国的数字市场行动小组（Digital Markets Taskforce）就特别关切执法不足的问题，尤其是对数字市场中合并的反垄断审查，进而提出改革合并审查体制的提案[55]。德国关于数字经济新竞争框架的提案“竞争法 4.0”也同样建议，在欧盟层面

---

52 See Wright, J. and D. Ginsburg (eds.) (2020), Antitrust and Ex-Ante Sector Regulation, The Global Antitrust Institute, https://gaidigitalreport.com/.

53 关于数据的竞争问题，可进一步参考 JFTC 数据和竞争政策研究组的报告，JFTC，Report of Study Group on Data and Competition Policy (Summary)，2017，https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-3.pdf.

54 See Stigler Committee (2019), Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019, https://research.chicogobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-finalreport.p.79.

55 See Competition and Markets Authority, CMA (2020), Advice of the Digital Markets Taskforce: A new pro-competition regime for digital markets, CMA 135, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce _-_Advice.pdf；关于数字市场合并审查的执法不足的观点，已经获得获得广泛的认同，See Also Takigawa, T. (2021), “Super platforms, big data, and competition law: the Japanese approach in contracst with the USA and EU”, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 9, pp. 289-312, http://dx.doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa053.

和国家层面都需要对现有竞争法进行补充[56]。美国出台的多项法案似乎也旨在补充竞争法，因为这些法案明确指出违反本规定也构成对反垄断法的违反。现有反垄断法同新提出的守门人规则之间的关系问题，欧盟《数字市场法案》对此规定的更为清楚，但是**适用关系问题中所涉及“一事不再罚”问题仍未规定清楚：**

“尽管 TFEU 第 101 条和 102 条仍然适用于守门人的行为，但其范围限于市场力量的某些情形（比如，在特定市场具有支配地位）和其反竞争的行为，并且执法发生在事后，需要根据具体情况对通常非常复杂的事实进行广泛的调查。守门人的行为对内部市场良好运作所造成的挑战，联盟现有的法律无法应对或无法有效应对，这不一定就是守门人具有竞争法术语体系中的市场支配地位。”[57]

除了旨在补充现有反垄断法执法在有效性和及时性上的缺陷，守门人规则的提出还旨在应对数字市场的结构性竞争挑战，即由于数字市场的结构性特征而阻止新的市场进入和扩张。比如，同时对“在市场竞争”和“为市场竞争”的支持。但，这些提案如《数字市场法案》和德国竞争法第十九条，正在导致**不对称（asymmetric）监管**的问题，比如仅仅适用于市场中的某些公司（数量有限的守门人平台企业），而不是普遍适用。正如一些研究所发现的那样，由于**结构性的壁垒**和**“赢者多吃”的市场动态**，公司都倾向“为市场竞争”，而不是“在市场竞争”[58]。但，Franck 和 Peitz 等一些批评者认为，**守门人监管提案的某些措施显然是在允许和鼓励“在市场竞争”**，比如只是挑选出非常大的平台来严格监管，并允许访问大公司的数据库，或通过确保透明度使得消费者能够作出知情选择[59]。这是否仅仅只是“一厢情愿”式的监管，或者对颠覆性创新的投资造成寒蝉效应。问题关键在于为应对结构性竞争挑战的这些措施能否奏效？这应当取决于我们在数字市场中所观察到的市场失灵是否属于结构性竞争问题？比如网络效应和零边际成本所导致的结构性市场失灵，或者是否是由于大型平台本身所造成的，即垄断所造成的市场失灵？

2. 竞争执法和经济监管的关系问题

除了数字守门人规则和反垄断法之间关系，有的提案报告还建议需要更好且更清晰地阐明数字守门人规则、反垄断法和其他监管规则之间的关系，比如数据保护、消费者保护等纵向领域的监管规则[60]。从更为实践的角度来看，无论是现有的反垄断法还是近来推动的数字守门人制度或规则，实际上都属于为竞争的执法，而这里所说的是其他监管规则，其目标可以包括竞争但更为宽泛，属于经济监管或管制，因此这里需要进一步探讨的问题是竞争执法和经济监管的关系问题。通常而言，人们认为竞争执法和经济监管之间存在替代关系。

Shelanski 就认为，竞争法和监管是用以治理竞争并应对市场失灵的两种相互替代的路径[61]。市场失灵这一概念经常被用来作为公共干预市场运行的一系列正当理由的简略缩写，

---

56 See Commission ’Competition Law 4.0’ (2019), A new competition framework for the digital economy, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, http://www.bmwi.de.

57 See European Commission (2020), Digtal Markets Act, European Commission.

58 See OECD (2016), Big data: Bringing competition policy to the digital era: Background paper by the Secretariat, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf.; Carugati, C. (2020), “Regulation in the digital economy. Is ex-ante regulation of “gatekeepers” an efficient and fair solution?”, Working paper, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3705928.; Eisenmann, T., G. Parker and M. Van Alstyne (2011), “Platform Envelopment”, Strategic Management Journal, Vol. 32, pp. 1270-1285, http://dx.doi.org/10.1002/smj.935.

59 See Franck, J. and M. Peitz (2021), “Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act”, Journal of European Competition Law & Practice.

60 See Competition and Markets Authority, CMA (2020), Advice of the Digital Markets Taskforce: A new pro-competition regime for digital markets, CMA 135, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf.

61 See Shelanski, H. (2019), “Antitrust and Deregulation”, Yale Law Journal, Vol. 127/7, pp. 1925-1928.

但其内涵和外延都相当宽泛，界限模糊。OECD 曾总结出导致市场失灵的主要因素，包括：（1）市场力量；（2）公共产品以及免费搭便车；（3）外部性；（4）不对称或不完整的信息；（5）要素不动性；（6）缺少清晰的产权划分[62]。此外，Ishenko 等学者还认为，数字平台利用消费者的行为偏见也是导致市场无法良好运作的一个原因[63]。

一方面，似乎可以从旨在应对的市场失灵类型的角度，来区分竞争执法和经济监管。竞争执法的关注对象是市场力量，旨在预防不合理地获取市场力量，或者在市场力量积累到一定程度的时候，控制其正当行使市场力量，以确保市场竞争机制的典型利益可以实现，即更低价格、更多选择和更高质量。而除市场力量以外的其他市场失灵的因素则都可以成为经济监管的对象或旨在应对的问题。但，正如 OECD 所言，这并非一个有价值的区分，因为对于市场力量所导致的市场失灵，经济监管也可以发挥关键作用，比如在自然垄断行业的经济监管[64]。

另一方面，经济监管的目标，旨在解决的问题或回应的社会关切，远比竞争执法要宽广。Dunne 教授就指出，经济监管要应对的问题远比竞争执法的范围大，往往超出简单地解决市场失灵问题，即市场无法尽可能有效运作。分配正义、地域平衡以及权利保护等，都是经济监管的理由或追求的目标，并非像竞争执法那样，只是为了解决市场失灵问题[65]。从实践观察来看，有时候经济监管所追求的其他社会目标会完全取代竞争法的那个单一目标，比如，对于公共交通等公共事业的监管，就会基于公平正义的考量，会要求企业承担普遍的服务义务（如，公共承运人的服务义务），但是丝毫不关注它的垄断状况。

竞争执法和经济监管的关系问题本质上市场监管体制的选择问题，这实际上与我们对市场机制本身在配置资源、促进效率、增进社会福利等方面的信心有多大相关。传统立场上，尽可能将竞争执法置于优先位置。比如，Ishenko 等学者就认为，只有当市场的反应无法有效地补救市场不完善的问题或者甚至是加剧此类问题，并且存在可能的干预措施，至少在原则上能够实现净福利的提升，市场不完善才能成为实施经济监管的一个理由[66]。尽管如此，但并非所有情况下，竞争执法都能被优先选择。因为，一来，经济监管所追求的目标并非单纯的市场效率，所要应对的挑战也并非仅是市场力量，如健康问题、安全标准、隐私保护、未成年人权益等等；二来，即使存在对市场力量的关切，经济监管也可能比单纯依赖竞争法执法更适合解决相关问题，比如自然垄断或行业监管中的问题。在解决结构性的市场问题时竞争法的效力有限，还包括寡头垄断市场，剥削性行为，或者需要持续性实施或监督等问题。因此，与间断性、事后性的竞争执法相比，或许直接通过制定具体监管措施是一种更为全面也更为有效的方法，在持续性解决市场失灵问题上。国内亦有学者持有类似的观点，认为可通过形成事前风险防范和事后违法校正的有机结合，来加强对平台的监管[67]。

OECD 在相关报告中的结论对此观点进行了进一步延申，呼吁融合竞争执法和经济监管双重性质的公共干预来应对市场失灵问题。对于理解数字守门人制度构建和完善的相关问题非常具有启发性，是否可以一种类似融合的方式来构建数字守门人制度？摘录如下：

---

62 See OECD (2021), Competition Enforcement and Regulatory Alternatives, OECD Competition Committee Discussion Paper, http://oe.cd/cera.; See Also OECD (2019), Independent Sector Regulators DAF/COMP/WP2(2019)3, https://www.oecd.org/daf/competition/independent-sector-regulators.htm.

63 See Ishenko, Z. et al. (2016), Economics for Effective Regulation, Financial Conduct Authority, https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occassional-paper-13.pdf.

64 OECD (2019), Independent Sector Regulators DAF/COMP/WP2(2019)3, https://www.oecd.org/daf/competition/independent-sector-regulators.htm.

65 Dunne, N. (2015), Competition Law and Economic Regulation, Cambridge University Press, http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781107707481.

66 See Ishenko, Z. et al. (2016), Economics for Effective Regulation, Financial Conduct Authority, https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occassional-paper-13.pdf.

67 参见高薇：《 平台监管的新公用事业理论 》，载《法学研究》 2 021 年第 3 期，第 97 98 页。

“市场的问题，可以通过竞争执法的方式，或者替代性监管措施的方式，抑或者融合了两者因素的公共干预来解决。到底是将竞争执法和经济监管作为相互替代的解决方案，还是将两者作为相互补充的融合方案，这取决于具体情况。进一步而言，实践中解决方案往往同时包含了竞争法和经济监管法的要素,即使在市场监管工具的选择上只将其中之一作为正式的法律依据。并且，实际上，公共干预的这种双重性质并不局限于执法方面，很多法律文本中的规定就明确要采用这种‘混合’性质，同时反映竞争和监管的特征。通常而言，这样规定的法律文本是为了解决竞争执法和经济监管两种方式的局限性，并结合两者的优点，竞争和监管的执法实践也应当实现这一点”[68]

3. 守门人制度和反垄断法的冲突问题

尽管如上所述，数字守门人规则至少在一定程度是对现有反垄断法的补充，但是仍然有人对制定这种新的守门人制度规则表示质疑。比如，C.D. Howe 智库在报告中就质疑到，考虑到现有的竞争法相关规定，制定新的守门人制度规则是完全有必要的么？ 此类新规则的目的或目标难道不能够被现有的竞争法和有关执法所覆盖么[69]？这种质疑实际上揭示了一个更为本质的问题，**即考虑到现有的事后执行的竞争法已经非常清楚地通过规定禁止性行为来规范市场力量的行使，那么相对于竞争法执法而言，此类新规则实施的额外的价值是什么？**C.D. Howe 的报告就表示，对于经济政策而言，在数字市场中合理适用竞争法是第一道“防线”，而直接的监管则应当是最后迫不得已的手段。如果我们不去认真思考这个问题，就很容易陷入“大即是坏”的谬误当中。然而事实上即便在一个具有强大网络效应的市场，为争夺市场而发生激烈竞争也是存在的[70]。此外，守门人规则的适用还可能存在更多的重叠和冲突，比如守门人规则同联邦和州之间的竞争法，守门人规则和其他领域的监管法律，如数据保护的监管。并且考虑到联邦制的国家，还有可能出现共同管辖权的情况。

在欧盟，这种重叠和冲突的可能性更大。欧洲竞争网络（ECN）牵头欧盟各成员国的竞争执法机构于 2021 年 6 月发表的《国家竞争机构如何加强 DMA》一文中就强调了欧盟层面和成员国层面可能出现冲突决定的风险。此文，一方面强调了竞争法作为维持数字经济竞争活力的有效手段；另一方面也承认考虑到数字市场的复杂性和快速发展的特性，确实需要一套综合性的治理工具，因此指出欧洲竞争法和 DMA 之间需要互补。为应对可能的冲突，加强执法，呼吁在国家竞争机构之间建立合作和协调机制，为在欧盟委员会以外通过国家竞争机构执行 DMA 提供补充的可能性[71]。

---

68 OECD (2021), Competition Enforcement and Regulatory Alternatives, OECD Competition Committee Discussion Paper, p.44. http://oe.cd/cera.

69 See Competition Policy Council Communiqué (2021), “Digital Platforms: Oversight if Necessary, But Not Necessarily Regulation”, Twentieth Report of C.D. Howe Institute Competition Policy Council, https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/otherresearch/pdf/Communique_2021_0107_CPC.pdf.

70 参见有关“反向网络效应”的解释，See Sangeet Paul Choudary, “Reverse Network Effects: Why Today’s Social Networks Can Fail As They Grow Larger,” Wired, March. See Also OECD (2016), Big data: Bringing competition policy to the digital era: Background paper by the Secretariat, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf.

71 See European Competition Network, "How national competition agencies can strengthen the DMA", Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, published 21 June 2021 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA_ECN_Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=2

4.小结

总的而言，数字守门人规则同反垄断法以及其他纵向领域法律的恰当关系，是由出台数字守门人规则的目的、目标或者理由所决定的。大体上，数字守门人规则这种新监管规则的出台，是对两方面担忧或需求的回应。一方面，现有反垄断法律体系和实施体制是否足以有效地解决数字平台生态系统的结构性经济特征所引发的竞争问题；另一方面，考虑到现有竞争法执法工具在市场界定、损害理论等方面的沉重负担和时间滞后，希望在传统竞争法工具箱中引入新的工具。或许正如 OECD 所预测的那样，应对数字市场的竞争挑战，最佳的解决方案应当是“混合”性的，需要以一种新颖的方式融合各种监管路径的优势、限制其劣势，来实现一种更能适合数字时代发展目的的监管规则和机制。

三、守门人制度的立法目标提炼和相关问题

（一）公平目标的提炼和争议

1.域外守门人制度立法中公平目标的提炼

在域外主要的数字守门人规则的立法提案中，“公平”、“公平竞争”或者“保护公平竞争”已经成为被反复提及的主要概念，用以表示立法目标。似乎，要求数字平台施加公平的条件，已经成为应对守门人市场力量和具有市场支配地位平台实施排他行为或剥削行为所引发的竞争担忧的一种方法。

域外各国数字守门人规则中有关公平性要求的规定，可大体分为两种情形，一种是法案或提案中明确规定公平目标，并清楚地表述或界定；另一种是虽为明确规定，但在行为要求等方面具有公平性内涵。

英国、欧盟、日本属于前一种情形。英国 DMT 的“数字市场行动组建议”报告就认为未来行为规范的目的是具有策略市场地位的公司实施损害公平竞争的行为[72]。报告进一步将这个未来行为规范的目标明确为“公平交易”和“开放选择”。后者是指，用户可以没有障碍地在支配平台企业服务和其他企业服务之间的自由且轻松地选择。

欧盟《数字市场法案》有大量的材料说明其追求的公平目标。首先从该法案的题目就可以窥见端倪，DMA 的全称为《欧洲议会和理事会对数字行业可竞争性和公平市场的监管提案（数字市场法案）》，包含了对公平市场的追求。其次，DMA 在引言 4 中就明确指出，守门人的关键特征是，导致议价能力的失衡并因此可以对商业用户施加不公平行为和条件。在引言 5 也认为为数字行业的所有参与者提供更加公平和平等的条件，将使它充分利用平台经济的增长潜力。此外，正如 Budzinski 和 Mendelsohn 在文章中所总结的那样，作为商业用户和终端用户之间多边中介的少数大型数字平台企业，如果存在如下情形，DMA 可能认为是损害公平目标的问题行为，包括：（1）在规定商业条件时具有相当自主权；（2）充当商业用户和

72 Competition and Markets Authority, CMA, 2020

它们客户之间的网关；（3）通过对在经济上依赖它们的商业用户和客户施加不公平行为，来滥用守门人力量。然而

日本的《改善数字平台透明度和公平法案》（TFDPA），公平也是其一大主题。在第一条宗旨中就明确指出目标之一就是，通过认定特殊数字平台提供商，披露其提供条件等，评估其透明度和公平性，并采取其他措施，来提高特殊数字平台的透明度和公平性[73]。TFDPA 还进一步将确保公平性的责任施加给平台，其规定“与提高数字平台的透明度和公平性有关的措施是指数字平台有助于提高用户利益，对提高日本经济和社会的活力和可持续发展发挥有重要作用的措施。因此，数字平台提供者应该主动地提高数字平台的透明度和公平性”。[74]

德国、澳大利亚、美国属于后一种情形。德国《反限制竞争法》第十修正案，尽管没有明确规定公平是最高的原则，但是其目标旨在加强对具有强大市场力量数字公司的滥用控制，具有公平性要求的内涵。比如，其规定“以不公平的方式直接或间接的阻碍另一经营者，或在没有任何正当理由的情况下直接或间接的将另一经营者与类似经营者区别对待”，[75]则支配地位经营者存在滥用行为。类似地，澳大利亚的《新媒体和数字平台强制议价法》也没有“公平”一词，但是对大型数字平台的行为规范要求中仍然包含着公平性要求的内涵。Cappai 和 Colangelo 就认为，澳大利亚竞争和消费者委员会（ACCC)在对待大型平台时，依靠一套行为规范来解决他们所认为的在线平台和媒体业务之间的“议价能力失衡（″imbalance of bargaining power″）”，这可以被解读为交易中缺乏公平[76]。美国国会的 5 个法案中也没有明确规定关于公平性的目标，尽管如此，所有法案都规定了违反它们的条款，根据《联邦贸易委员会法案》将构成“以不公平的方法竞争”。

2. 问题和争议

上述监管措施中的公平交易原则，是旨在回应对平台剥削性滥用行为的担忧。一个运转良好的市场，需要市场参与者之间最低程度的公平。Marsden 和 Podszun 在 2020 年发表的《恢复数字竞争平衡》一文中就认为，公平已经被证明是市场经济的支柱，并且信任需要基本的公平，而这种公平最终必须通过监管得到保障[77]。

首先，为什么公平会受到如此关注在一个关于竞争的规则中？比如，公平，在 DMA 中就受到最突出的关切。“fair”或“fairness”或其他类似的术语在 DMA 文本中出现 137 次，经常出现“解决不公平行为”或“为所有市场参与者提供更公平、更平等的条件”等表述。为什么在欧盟的竞争政策中公平概念受到如此重视和关切？这可能与近期的社会发展相关，欧洲右翼势力的崛起，公众对政府和民主进程的不信任与日俱增，以及各方面不平等的加剧等，都可以解释为什么公平概念越来越成为欧洲竞争政策中的一面“高举的旗帜”。尽管如大家所认为的那样公平在某种程度上是一个含混不清的概念，但竞争过程已经提出更具挑战性问题，Dunne 便认为“竞争过程已经将公平命题转换为根据挑战性的问题：即从公平是什么，到为了谁的公平？”[78]

---

73 Act on Improving Transparency and Fairness of Specific Digital Platforms, Article 1 (Purpose),
74 Act on Improving Transparency and Fairness of Specific Digital Platforms, Article 3 (basic principles)
75 German Competition Act, Section 19, Art. (2) No1.
76 Cappai, M. and G. Colangelo (2020), Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to anti trust law, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629.
77 See Marsden, P. and R. Podszun (2020), Restoring Balance to Digital Competition - Sensible Rules, E ffective Enforcement, Konrad-Adenauer-Stiftung, P.38 http://www.kas.de.
78 See Dunne, N. (2020), “Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better”, The Modern La w Review, Vol. 84/2, pp. 230-264, http://dx.doi.org/10.1111/1468-2230.12579.

其次，在针对数字守门人的监管中公平意味着什么？包括 DMA 在内的数字守门人制度，对于公平的意蕴其实并不完全清晰，公平并不仅仅意味着公平的竞争环境。一些学者便认为，这些监管规则中所使用的“公平”术语还是相当模糊，需要进一步界定清楚[79]。不清楚地方主要是，公平是指谁的公平？是指企业的公平竞争环境？还是指消费者福利？抑或是指市场效率？由于并不存在关于公平的竞争法定义，因此在这一问题上需要阐释清楚，以更好地指导监管实践。此外，正如上述所言，至少在欧美的竞争政策语境下，公平越来越不仅仅是指公平的市场竞争。数字经济时代，市场集中度的提升，消费价格的上涨，不平等的加剧，以及新冠大流行，俄乌冲突能源价格大涨等事态的发展，**越来越多的人认为，反垄断也可以应当实现更多的目标**。因此，以公平为着眼点的竞争新规则的设计，是可能涉及到**再分配、更好地对待用户或许多其他目标**。

对于澄清公平的意蕴这一问题，Motta 的研究成果具有启发性，其在《竞争政策-理论与实践》一书中对竞争政策的公平目标进行阐释，**指出竞争法可能包含公平和公正这样的目标，迫使厂商以一定的方式尊重顾客和竞争对手**。一方面，Motta 从客户公平的角度来界定公平，竞争法可以防止厂商制定过高价格。通过确保可自由进入的市场运转良好，拥有自由定价权的厂商，会因为新的进入者出现而竞争，消费者价格便会下降；另一方面，在竞争对手的公平方面，其也指出存在公平概念的具体内涵同经济福利标准相抵触的情况，比如，小店主与大型连锁超市的关系这一敏感政治问题。经常有人担忧连锁超市会利用自己的规模掌握讨价还价的能力，能够以大大低于小商店的价格从供应商进货，从而能够以低于小商店的最终价格销售商品。会使得作为竞争对手的小商店陷入经济困境，歇业关门。进而有人就争辩这是不公平的，因此要保护小商店[80]。Motta 同样从公平的角度，质疑了这一观点。其认为只要市场上存在规模经济，那么厂商的规模越大，成本越低，竞争力就会越强。不能达到最低效率生产或分销规模的小厂商就只能满足于低效率或被迫退出市场。这个只有允许效率最高的厂商留在市场的优化过程有利于整个社会，因为他会驱使市场价格发生有利于消费者的下降。因而，通过限制规模较大的厂商制定较低价格的能力来干预这一市场优化过程，是有可能损害福利的[81]。进而，Motta 区分了两种公平的目标，一是事前公平，即厂商初始市场机会均等，这与竞争政策所保障的所有厂商公平竞争目标相容；另一是事后公平，即市场竞争结果相同，这不一定能够与竞争政策目标相容，因为市场作用的结果就是“赢者多吃”，就是投资、创新比其他厂商多的厂商，或者仅仅是更加幸运的厂商，能够取得更大的成功，并赚取更多的利润[82]。

最后，为什么要澄清公平的意蕴？是因为一个更清晰的定义有助于解释向平台施加的义务。Crawford 等人 2021 年发表的文章《<数字市场法案>中的公平性和可竞争性》就对此做了解释。一方面，其认为法院也需要达成共识，因为当被委员会指控违反 DMA 所规定义务的公司向法院寻求司法救济时，不合适的定义会导向误导性的结论；另一方面，其提出了一个有关公平的定义以指导解释，“公平是为了用户利益而组织的经济活动，其方式是让用户因对经济和社会福利的贡献而获得公正的回报，同时让商业用户的竞争能力不受限制。”[83]

---

79 See Schnitzer, M. et al. (2021), “International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5；See Also Crawford, G. et al. (2021), “Fairness and Contestability in the Digital Markets Act”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 3.

80 供参考的实例：2001 年通过的一部意大利法律（2001 年 3 月 9 日第 1.62 号法）禁止以高于定价 10%的折扣出售图书。这部法律为了保护小书店，免受规模较大、效率较高的企业，如网上书店的竞争，而扭曲市场。

81 在保证小商店公平方面，Motta 认为，如果必须要小商店生存，与其动用竞争政策，不如通过再分配政策，如降低小商店店主的个人所得税，来实现这种公平。

82 See Motta, M. (2004), Competition Policy Theory and Practice, Cambridge University Press.

83 Crawford, G. et al. (2021), “Fairness and Contestability in the Digital Markets Act”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 3. P.6.

此外，还需要强调的是其他一些数字守门人规则中的公平内涵，不仅仅就是旨在补强反垄断的公平竞争目标。例如，美国反垄断小组委员会的报告分析就旨在解决与数据隐私相关的社会和文化问题，并确保媒体的多样性。《澳大利亚新闻媒体和数字平台强制议价规则》也以类似的目标为基础。

（二）可竞争性目标的提炼和争议

1. 域外守门人制度立法中可竞争性目标的提炼

可竞争性同样是市场竞争中的一大基本原则。但是，当企业达到了垄断性的地位，自由竞争就会减少。开放数字市场以促进竞争，是贯穿包括欧美在内数字守门人规则分析的一条主线[84]，也是转向数字守门人规则的一大理由基础。正如上述的分析所言，超大型平台为了将其市场支配地位拓展到新的市场，使用各种技术，如包围（envelopment）和纵向整合（envelopment），以创造强有力的生态系统[85]。数字市场的结构和基本经济特征，如规模经济、范围经济和网络效应，以及潜在的反竞争行为，都有助于巩固市场力量。这使得其他公司，无论是竞争对手还是商业用户，都难以与之竞争，甚至难以进入市场。因此数字守门人的规定，旨在促进竞争和减轻反竞争行为的风险，同时在某些情况下试图纠正我们所觉察到的失衡。

全球主要数字守门人制度规则都有涉及可竞争性目标，以欧盟的《数字市场法案》最为典型和明确。《数字市场法案》规定其总体目标是通过促进数字市场的有效竞争，特别是可竞争和公平的在线平台环境，确保内部市场的正常运作。Crawford 等人就指出，“公平性和可竞争性”在 DMA 长达 33 页的引言中，几乎每一页都提到[86]。在 DMA 引言（2）中就指出，核心平台服务的特征和不公平行为的结合，会产生严重削弱核心平台服务可竞争性的效果。在美国，可竞争性的目标虽为明确规定，但也得到一些国会法案的呼应，特别是《启用服务转换增强兼容性和竞争的法案》，该法案指出，其目标是“促进竞争，降低进入壁垒，并降低在线消费者和企业的转换成本。”[87]类似地，意大利竞争管理局的 2021 改革提案中，也没有明确提及可竞争性，但提到了竞争者通过数字平台接触最终用户或供应商的能力[88]。

关键问题在于，既然数字市场特有的结构和经济特征导致市场倾覆，可竞争性缺失。那可竞争性目标如何才能实现？路径是什么？正如有一批学者或机构认为的那样，可通过允许用户自由访问来实现可竞争性，从而促进多宿主，这被视为数字市场的一个关键竞争约束[89]。一方面，正如 CERRE 的报告所言，数据可携带性或互操作性可用于解决进入壁垒，可

84 See Schnitzer, M. et al. (2021), “International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5.

85 See Fletcher, A. (2020), “Digital competition policy: Are ecosystems different? -- Background note for the OECD Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems”, https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm；See Also Eisenmann, T., G. Parker and M. Van Alstyne (2011), “Platform Envelopment”, Strategic Management Journal, Vol. 32, pp. 1270-1285, http://dx.doi.org/10.1002/smj.935.

86 See Crawford, G. et al. (2021), “Fairness and Contestability in the Digital Markets Act”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 3.

87 The "Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021", 11 June 2021

88 AS1730 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021.

89 See Schnitzer, M. et al. (2021), “International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5.；OECD (2021), Data Portability, Interoperability and Digital Platform Competition.；Alexiadis, P. and A. de St

成为很多守门人义务规定的核心要素[90]。比如，德国《反限制竞争法》第十修正案第 19（a）条就明确规定“禁止使用收集的数据提高市场进入壁垒或通过否认或阻碍数据的互操作性或可移植性来阻碍竞争”。第 20 条还规定“拒绝提供访问这类数据的机会以换取适当的补偿可能构成不公平的妨碍”。美国的《启用服务转换增强兼容性和竞争的法案》也明确将数据可移植性要求作为增强竞争的一种方法。确保数据可携带和互操作同样也是欧盟《数字市场法案》的核心要素；

另一方面，一些数字守门人规则通过**增强用户选择或多宿主来促进市场的可竞争性**。法国的《保障网络空间消费者选择》法案就通过规定应用商店不应阻止终端用户自由访问信息和内容并共享，也不应阻止应用程序的使用和供应，旨在使得竞争性操作系统之间能够自由转换，以促进终端用户设备市场的可竞争性。允许访问同样也是英国数字市场专案小组（DMT）的重点工作，其要求 SMS 公司应当接受有利于竞争的干预，其中就包括“与个人数据流动性、互操作性和数据访问相关的干预”。DMT 也发现这些干预措施是解决导致数字平台强大市场力量因素的关键。

2. 问题与争议

可竞争性或开放选择原则旨在解决潜在的排他性滥用行为。数字时代的通信基础设施和服务，以及通过这些基础设施和服务流动的数据日益重要，数据已经成为一个关键的价值来源，有效和创新地使用和再使用数据可以刺激经济和社会效益。正如日本公平贸易委员会（JFTC）的报告所发现的那样，这些效益，从应用的创新到透明度增加再到可说明性，都建立在数据可获得的基础上[91]。这就是为什么，增强数据访问和共享成为让市场更具可竞争性的方式，并为守门人义务规定的一个主要关切点。

概括而言，数字守门人规则中的可竞争目标或原则，可分析出三方面问题。

首先，概念本身的界定问题。“可竞争性”的表述，与公平的概念类似，都没有被很好地界定，比如《数字市场法案》（DMA）中的可竞争性目标。Budzinski 和 Mendelsohn 就再次强调，DMA 和类似的守门人规则要想发挥有意义的作用，其核心目标必须明确，并成为未来发展的标杆[92]。此外，还需要注意的是，这些旨在促进可竞争性的监管措施，不仅试图解决抑制市场进入和扩张的**结构特征**，还要试图**预防反竞争行为**。

其次，范围和广度的问题。一方面，无论是公平原则还是可竞争原则，其适用的范围、实现的路径以及旨在达到的效果都比传统竞争法宽泛得多。Colomo 在 2021 年发表的文章《数字市场法草案：法律和制度分析》中就指出，DMA 的公平目标或观念比将反竞争行为和效果作为规制目标的竞争法要广泛得多。比如，最惠国待遇条款（MFN），在竞争法中这些条款并非赤裸裸地反竞争，其可能旨在解决搭便车问题，此时可以说是公平的，因此对其的规制条款需仔细且严谨的起草。然而，正相反，DMA 第 5 条直接将 MFN 条款禁止。为什么要直接禁止？Colomo 便指出，因为 DMA 为了确保可竞争性，重新平衡守门人公司与小

---

reel (2020), “Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms”, EUI Working Papers, Vol. Research Paper No. 2020/14, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3544694.

90 See CERRE (2020), The role of data for digital markets contestability - Case studies and data access remedies.

91 JFTC (2017), Report of Study Group on Data and Competition Policy (English summary), https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-3.pdf.

92 See Budzinski, O. and J. Mendelsohn (2021), “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, Illmenau Economics Discussion Papers, Vol. 27/154.

公司的地位，通过中和守门人所享有的竞争优势，给后者一个真正的竞争机会[93]。因而，DMA 的公平目标并不仅仅意味着竞争过程中的公平，还等同于分配的机会平等，从富有方那里再分配给贫穷方，比如数据的强制共享，这是控制市场力量的一种手段。国内亦有学者持有类似观点，认为平台互操作性的标准应权衡开放与封闭的正负效果以及开放限度和方式，可行的方案是引入“同等水平竞争者”标准[94]。

另一方面，还可以从数字守门人制度提出的一般性目的来分析，即补充现有的竞争法，以应对滥用市场支配地位的行为。就像 Marsden 和 Podszun 指出的那样，大体而言“补充”的路径是跳脱传统反垄断法的分析框架，不界定相关市场，也不认定市场支配地位，而是**通过观察到的市场特征来推断市场力量**，如数字守门人认定中活跃用户量、市值等定量标准。德国《反限制竞争法》Art. 19a 就是一个典型例子，根据这项预防措施，德国卡特尔局如今可以直接禁止某些类型的行为，因为实施这些行为的公司具有战略性的地位和资源，对跨市场竞争具有至关重要的意义。这些行为包括，自我优待，以及处理与竞争相关数据来阻碍第三方公司进入市场等。

最后，是重叠问题。需要指出的是，公平性目标和可竞争性目标在数字守门人规则某些条款中存在重叠或“灰色地带”。一些监管规则将公平性理解为允许竞争对手进入，而不是最终的福利结果，这就与可竞争性目标重叠。比如，德国《反限制竞争法》Art. 19a 中的一些监管措施，禁止自我优待或禁止未经选择自动获取数据作为服务的条件，这也旨在开放市场。DMA 和美国的法案也存在类似的规定，即通过监管使市场向守门人的竞争对手倾斜，也可以视为保护小公司或新公司的公平原则的延伸。

总而言之，无论是公平原则还是可竞争性原则，似乎都直接指向寻求市场进入和扩张的**“小”或“新”竞争者**，而非最终消费者。除了英国 DMT 的建议和美国《启用服务转换增强兼容性和竞争的法案》，相对而言，其他数字守门人制度机会没有涉及直接旨在促进消费者福利的措施。尽管存在一个基本假设，“更多的竞争对每个人都好”。但到底何种措施才是有利于消费者福利的？这实际上存在矛盾的看法。一些研究报告就指出，将数字平台融入生态系统带来的某些功能，对消费者而言是有效率的，比如使用单一账户密码就可访问同生态系统中大量服务。而从另一个角度看，那些旨在增强可竞争性，促进更多经营者进入市场的措施，是可能会对消费者使用服务带来低效率，损害消费者福利的，尽管其旨在防止生态系统中的守门人掌握过度的支配力量。

（三）创新和透明度目标的提炼和争议

1. 域外守门人制度立法中创新和透明度目标的提炼

数字守门人制度的其他目标，还包括一是刺激创新，二是允许竞争企业和消费者获取更大的透明度，比如，用户可获得守门人服务的条款、条件以及其他信息。刺激创新的目标在各国数字守门人制度中都受到了不同程度的关切。而提高透明度的目标也往往与刺激创新存在关联。

---

93 See Colomo, P. (2021), “The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276.

94 参见张晨颖：《 公共性视角下的互联网平台反垄断规制 》，载《法学研究》 2 021 年第 4 期，第 1 67 页。

欧盟委员会在 2020《塑造欧洲数字未来》的报告中就明确指出对欧洲数字行业缺乏竞争力和创新的关切[95]。DMA 的解释性备忘录以及引言中都多次提及需要刺激创新，比如，引言 79 中就规定“本条例的目的是确保数字行业总体上具有竞争力和公平，特别是核心平台服务，**以促进创新、高质量的数字产品和服务**，公平和有竞争力的价格，以及为数字行业的终端用户提供高质量和选择”。此外，还对守门人施加了诸如允许访问和共享数据等义务，以增强小公司的创新潜力。

刺激创新，在有的数字守门人制度中甚至是一个核心目标。英国 DMT 就更倾向于将刺激创新作为守门人制度的一个关键主题。就如同，DMA 经常将公平和可竞争性联系在一起，DMT 则经常将竞争和创新联系在一起。在 CMA 的建议报告中，“创新”一词出现了 65 次，是 DMT 的面向未来数字市场所倡导的一个核心目标，并强调为竞争和创新建立正确框架的重要性，以及应对可能阻碍创新的行为的重要性。

由于滥用行为会降低市场在位者的创新激励，因此有些法案还旨在通过预防滥用行为来刺激创新。《美国选择和在线创新法案》就列举出三种主要和十种附加的歧视性行为，这些行为最终会阻碍竞争和创新，会被认定为违法[96]。

此外，德国《反限制竞争法》修订后没有规定创新相关的目标，但值得注意的是，在评估企业市场力量的时候，竞争压力能激发的创新程度可削减市场力量。日本的《提高透明度和公平法案》尽管也没有寻求促进创新，但也强调了创新是推动科技变革的根本因素。

提高透明度，是促进创新的一个相关面。大多数守门人制度也都包含了旨在提高透明度的条款，以解决平台和用户之间信息的不对称问题。

2. 问题和争议

刺激创新和提高透明度这两个守门人制度的目标同前述的公平性和可竞争性两个目标之间存在高度互补。如果说改革数字行业监管规则的基本宗旨是**促进福利**，如欧委会所言[97]，那么这些目标就需要形成一个彼此联系的整体。

首先是，竞争和创新的关系。Aghion 等学者在 2005 年发表的《竞争和创新：一个倒 U 型关系》，以及 OECD2014 年发布的《竞争政策如何影响宏观经济成果的简报》等，在经验的基础上建立了竞争和创新的联系，尽管对于两者关系的确切性质还存在分歧。简单而言，证据表明，促进竞争的干预会增加创新，面对竞争对手的公司比垄断公司有更多创新，尽管在经过这样的竞争后，公司当然可以通过专利权最终获得垄断。但竞争和创新的关系并不简单，存在合理限度竞争的市场中创新最多，垄断和竞争高度激烈的市场中创新都非常有限[98]。

进一步而言，是数字平台的监管和创新的关系。Crawford 等人就提议加强监管的目标是让市场更具公平性和可竞争性，强调公平可以增加创新的回报，可竞争性使得更多的创新公司更容易参与到竞争过程。对于当前全球所存在的对数字平台的强监管趋势，反对的声音往往会说“强监管可能会扼杀平台创新”。Crawford 等人提出质疑，认为应当进行区分，一是当前平台的绝对创新水平，另一是如果平台面临更多竞争我们将会看到的创新水平，两者

95 See European Commission (2020), Communication ’Shaping Europe’s digital future’, COM(2020) 67 final 8.

96 H.R. 3816, Sec 2. (b)

97 See European Commission (2020), Communication ’Shaping Europe’s digital future’, COM(2020) 67 final 8.

98 See Aghion, P. et al. (2005), “Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship”, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 120/2, pp. 701-728, http://dx.doi.org/10.1093/qje/120.2.701.; OECD (2014), Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes, https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf.

之间的比较和差异对于监管政策的调整至关重要[99]。毕竟，对数字平台的监管本身并非目的，采用何种监管模式取决于监管目的和旨在达到的效果。适当增加数字市场的可竞争性更有可能促进创新，无论是市场在位者还是潜在进入者，在竞争刺激下都会更加致力于创新。此外，通过数据共享、可移植等监管措施，既可以增加平台和用户以及监管者之间的透明度，也可以加强竞争，促进创新。理由有三，一是可以为竞争公司提供必要的投入；二是可以促进对数据持有者的问责；三是也可以增强对消费者和用户的权利保护；

最后，是透明度规则，尤其是规范平台和用户关系方面，其有效性的程度有多大？一方面，可以观察到，欧盟已经于 2019 年制定 P2B（The Platform-to-business-regulation）监管规则，首次尝试为数字平台和企业之间的关系提供一个涵盖广泛的法律框架，该规则要求在线中介服务和在线搜索引擎平台遵守某些行为限制，尤其是要求平台在条款和条件、排名参数、对自身产品和第三方产品的差异化对待（自我优待）、数据访问、排他性条款或价格平价协议等方面具有更高程度的透明度。P2B 规则主要对透明度作出要求，并不禁止具体的滥用行为。**在实施较短时间后，欧盟就决定于 2022 年对该规则进行复审，这说明立法者也意识到，仅监管透明度并不足以规范 P2B 关系**。另一方面，也需要意识到，在一个运转良好的、有竞争的数字市场中，透明度是必要条件，但不是充分条件。正如一些学者和研究机构所认为的那样，提高透明度有助于解决平台运作的不透明或“黑箱”问题，尤其是平台在使用算法和人工智能方面[100]。CMA 的报告还指出，透明度原则旨在通过确保平台向用户提供足够信息来支持选择，以便于用户能够作出知情的明智选择[101]。但 Marsden 和 Podszun 就指出，对于没有多少议价能力的小公司（客户、供应商或竞争者）而言，透明度要求并没有多大用处。更多的透明度要求也更容易被适应，然而具有超强议价能力的平台依然掌握交易条件[102]。尽管如此，提高数据使用和算法功能的透明度，依然是面向开放、可竞争市场的重要一步举措。

（四）小结

总的来说，从上述所讨论的数字守门人制度的主要立法目标来看，这种针对大平台的新监管制度，似乎主要旨在解决数字平台杠杆化利用其市场力量实施排他性或剥削性行为所引发的共同关切，即是数字市场的竞争关切。需要强调的是，尽管数字守门人制度的提出主要基于竞争的考虑，但这并非其意图的全部，其他政策考虑也构成了当前数字守门人制度意图的一部分，如促进平台自身以外社会公平或平等，或限制监控内容的能力等。

在目标层面的最大问题是，数字守门人制度的立法目标并未都得到明确界定。这使得法律文本的解释留下了宽泛的空间，不能为后续执法提供足够的指导，有时甚至还需要从适用的范围和规定的内容来推定其立法目标。模糊的目标，未明确的定义，会对执法行动带来问

99 See Crawford, G. et al. (2021), “Fairness and Contestability in the Digital Markets Act”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 3.

100 See Fletcher, A. (2020), “Digital competition policy: Are ecosystems different? -- Background note for the OECD Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems”, https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm; Ezrachi, A. and M. Stucke (2016), Virtual competition : the promise and perils of the algorithmdriven economy, Harvard University Press; OECD (2016), Big data: Bringing competition policy to the digital era: Background paper by the Secretariat, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf.

101 See Competition and Markets Authority, CMA (2020), Advice of the Digital Markets Taskforce: A new pro-competition regime for digital markets, CMA 135, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce _-_Advice.pdf.

102 See Marsden, P. and R. Podszun (2020), Restoring Balance to Digital Competition - Sensible Rules, Effective Enforcement, Konrad-Adenauer-Stiftung, http://www.kas.de.

题，使得守门人的义务清单看起来就像“一本不完整规则手册中的一套随意的规则，它自己的最终目标是不确定的”[103]。

因此，数字守门人制度的完善首先就应当从明确其立法目标着手，从近年来欧美各国公布的关于数字平台监管以及守门人制度一系列报告、咨询意见以及公众咨询来看，守门人制度提出的理由基础相对清晰，进一步界定清楚立法目标的相关术语，将有助于提高规则的执法成效。

四、守门人制度构建的重点及相关分歧

（一）守门人制度的适用范围

1. 域外守门人制度适用范围的界定模式梳理

各国针对数字守门人的监管规则，其在适用范围上的界定不尽相同，规则所适用的经济活动和行业也并非一致。大体上，根据守门人制度规则所规定适用范围的明确程度和具体适用的经济活动，可将其大致分为三类界定模式。

第一类界定模式，未明确区分数字和非数字行业，其适用可无需考虑是否术语数字经济活动，既可能适用于数字市场，也可能适用其他非数字市场。德国《反限制竞争法》第十修正案就是这一类的典型，其所规定的守门人制度规则很大程度上是要适用于活跃于多边市场和网络的企业。尽管这意味着包含所有种类的数字平台，比如搜索引擎、在线市场、移动操作系统、应用商店、视频和音频流媒体、在线约会平台等等，但也并非只限于数字市场，理论上守门人制度规则也覆盖传统的双边市场，包括购物中心、由广告资助的媒体报纸或电视。此外，意大利关于守门人制度规则的提案文本中也没有具体明确适用限于数字市场，尽管提案旨在针对存在数字平台的市场，以及需要这种平台才能接触到终端消费者或供应商的企业[104]。最后，法国提案同样也没有提及任何具体类型的经济活动或服务[105]。也就说，单从有关适用范围的规定来看，尽管守门人制度规则的提出是为了应对数字市场的竞争问题，但有些提案或法案并没有明确规定要适用于数字市场或具体的数字平台服务，这意味着与反垄断法一样普遍适用于所有市场。

第二类界定模式，则只是大致规定适用于数字市场，但未具体规定所适用的特定数字经济活动或服务。英国的守门人制度规则是此类的典型，英国 DMT 的建议就一般性地针对数字市场，其明确规定提案的目的是要“解决最强大的数字公司的市场力量和战略地位所造成的损害，这些公司涉及我们生活的许多方面并有广泛的影响。”[106]这说明提案主要适用于强大的数字公司，但文本本身并未规定具体适用的服务。后续在认定出适用主体后，由 DMU 来具体确定行为规范要求以及所适用的具体经济活动，不要求适用于数字公司的所有经济活动。

---

103 See Budzinski, O. and J. Mendelsohn (2021), “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?”, Illmenau Economics Discussion Papers, Vol. 27/154.
104 Article 3-bis of the Italian Competition Authority’s proposal.
105 Article 7(3) of the French proposal.
106 DMT’s advice, para. 4.3.

第三类界定模式，则具体列出适用新规则的具体数字服务。其中以欧盟的《数字市场法案》最为典型，在 DMA 第二条第二款列出了所谓“核心平台服务”包括的具体经济活动：（1）在线中介服务；（2）在线搜索引擎；（3）在线社交网络服务；（4）视频分享平台服务；（5）与号码无关的人际沟通服务 ；（6）操作系统；（7）网络浏览器；（8）虚拟助手；（9）云计算服务；（10）在线广告服务，包括任何广告网络、广告交换或其他任何广告中介服务，由提高上述 1-9 所列核心平台服务的经营者提供。只有数字守门人所经营的业务落入这一活动清单的范围，才适用 DMA 来规制。根据 DMA 第 17 条的规定，在市场调查后，未来这一清单还有可能进一步扩充。日本的《改善数字平台透明度和公平法案》（TFDPA）也具体规定了其所管辖的数字平台业务范围，包括：（1）运营综合在线购物中心的业务；（2）运营应用商店的业务。根据日本内阁令，立法还考虑将数字广告市场纳入 TFDPA 的管辖范围[107]。根据《美国选择和在线创新法案》Section 2(g)(10)的规定，美国的事前监管提案也大致界定出适用此规则的三类在线平台，（1）一类网站、在线或移动应用程序、操作系统、数字助理或在线服务，能够使用户生成可由平台上的其他用户查看的内容，或与平台上的其他内容进行交互；（2）一类网站、在线或移动应用程序、操作系统、数字助理或在线服务，能够为消费者或不受平台控制的企业之间的供应、销售、购买、支付、运输商品或服务，包括软件应用，提供便利；（3）一类网站、在线或移动应用程序、操作系统、数字助理或在线服务，使用户能够检索或查询大量信息，并提供访问接口和展示[108]。

2. 关于适用范围分歧的问题和争议

根据上述所梳理的关于守门人制度规则适用范围的不同界定模式，可以发现各国的守门人制度规则在如何界定新规则所适用的经济活动和范围这一问题上存在分歧。有些监管规则认为无需限制适用于某些数字服务，理论上可能普遍适用于整个市场中的经济活动，有些则正好相反。守门人制度规则是否应当只专注于某些特定的数字服务及其引发的特定竞争问题？很大程度取决于它们事实上的适用情况。

一方面，可以发现那些将适用范围限定在某些具体数字服务上的法案或提案，实际上也存在大量的重合。欧盟的 DMA 和美国的几个事前监管提案在适用的具体服务类别上就有大量的重合。比如，美国规定的第一个类别，即允许用户生成可被其他用户观看的内容的网站、操作系统或服务，就可以包含 DMA 中列出的至少两个特定核心平台服务，即在线社交网络服务和视频分享平台服务。同样，美国法案中关于用户搜索或查询的第三个类别与 DMA 的在线搜索引擎类别之间也似乎有很大的重合。这些大量重合的情形，可能更为真实地反映出各国守门人制度规则法案所要解决或应对的某些平台提供的特定数字服务所造成的竞争问题或其他社会问题。

另一方面，也必须承认，在具体数字服务的适用清单上，各国的守门人制度规则也存在差异。例如，美国的法案就没有明确包括 DMA 所规定的“与号码无关的人际沟通服务”。尽管有人提出这类服务具有社交网络的功能，可归入第二类，但是美国对此类服务适用情况的规定并不是完全清楚的[109]。此外，美国法案中也没有单独规定数字广告服务，也许此类服务只有在成为平台商业模式的固有组成部分时才能被美国法案所适用，归入上述三个类别之一，如交叉补贴提供免费服务的平台模式，UGC 式的内容分享平台等。还有在之前 2020 年

107 https://www.meti.go.jp/english/press/2021/0126_003.html
108 Section 2(g)(10) of the H.R. 3816, the American Choice and Innovation Online Act.
109 See Schnitzer, M. et al. (2021), “International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5.

版本的 DMA 中并没有将虚拟助手和网络浏览器列入适用清单，而美国法案的三个类别却可以涵盖这两类服务，DMA 的最终版本则加入了这两个服务。

问题在于对于适用范围的界定模式，存在法律的确定性和适应性之间的矛盾关系，比如像 DMA 那样详细地列出要适用的具体数字服务清单，它既可提供法律的确定性，但也存在适应性上的缺陷。

一方面，在法律文本中列出具体准确的适用清单可为法律的适用提供确定性，并确保只针对那些根据经验已经或可能会产生更多竞争问题的数字平台服务，尽管通过认定程序来确定所适用的数字服务和平台主体同样可以实现确定性的要求。DMA 在其引言中明确强调所列的核心平台服务具有某些可被其提供者利用的特性，包括非凡的规模经济、非常强大的网络效应、通过平台服务的多边性将许多商业用户与许多终端用户连接的能力、商业用户和终端用户的显著依赖程度、锁定效应、缺乏多宿主、垂直整合和数据驱动优势[110]。此外，Schweitzer 还强调，已经有证据表明，表中所列的某些数字服务，如搜索引擎、社交网络和操作系统，已经展现出其市场的高度集中导致商业用户依赖某些特定平台的情形，而其他服务也可能存在类似的市场动态机制，只是还不引人注目，如云计算[111]。

另一方面，列出具体服务的做法可能与面向未来、适应未来发展的监管愿景相违背，因为反映了当前竞争问题的清单在未来可能因**竞争关系**的变化而落伍乃至阻碍行业的发展，毕竟数字时代的新技术、新业态、新模式层出不穷，不同服务之间竞争关系的变化也日新月异。例如，一些学者就指出，DMA 只列出视频分享平台服务但未能将基于订阅的视频和音频流媒体服务纳入其中。已经有强有力的证据证明，这些服务之间已经存在一些竞争关系，比如 Budzinski 和 Mendelsohn 就指出，像 YouTube 这样的视频分享平台已经提供租借电影的服务，这解决了与订阅式视频流媒体服务类似的消费者需求，而无需订阅[112]。这意味着，列出具体服务清单可能会导致监管上的差别待遇，使得本身具有竞争关系的数字服务之间却适用不同的监管规则，在相关市场中造成“不对称监管”，而这仅仅取决于运营商采用何种商业模式，比如是选择提供基于订阅的平台，还是通过广告融资平台提供按需分享视频的服务，但两者为用户提供的需求却是类似的。ITIF 的报告《数字市场法案：欧洲预防性反垄断》则更为尖锐地指出，DMA 的这种固定死板的分类方法来监管守门人很容易出现误解商业实际的风险，更不必说在快速发展动态变化的市场中的商业实践。并更进一步指出，区分**数字行业和非数字行业的做法**本身就会造成不对称监管，形成两个层面的竞争环境，在数字技术先进的公司和缺乏创新的公司之间人为制造不公平的竞争环境，损害公平竞争，这与 DMA 所主张的公平竞争目标背道而驰[113]。

总而言之，鉴于数字时代创新的快速步伐，以及不断推出的新服务和新功能，竞争关系在动态变化，像 DMA 这种固定的列举清单很容易就会造成不对称监管，而规范的认定程序或许可以应对，确保法律的确定性和适应性，并确定守门人具体哪些数字服务适用义务或禁令要求。

---

110 Recital 2 of the DMA

111 See Schweitzer, H. (2021), “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to k now what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, Forthcoming - Zeitschrift für Europ äisches Privatrecht 3.

112 See Budzinski, O. and J. Mendelsohn (2021), “Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sec tor Regulation?”, Illmenau Economics Discussion Papers, Vol. 27/154.

113 See ITIF，The Digital Markets Act: European Precautionary Antitrust.

（二）守门人的认定

1. 守门人认定标准的梳理

守门人制度规则与既有的反垄断法规则的一个主要理念差异是其从行为主义迈向了主体主义，更为关切被称之为数字生态系统守门人的超级平台企业本身。如上述所言，数字市场的某些特性，如为市场而竞争的机制、多边性、网络效应以及强大的规模和范围经济等，都使得新竞争者更难进入市场，数字平台市场呈现市场倾覆状态。尽管如今的反垄断理念并不认为具有市场支配地位本身就是违法的，但人们也发现具有这些特性的数字平台一旦掌握支配地位，竞争对手就很难再去撼动。尤其是当某一企业集团成为数字生态系统的守门人时，其引发的竞争风险就格外让人担忧，比如其控制了一类用户对某种产品或另一类用户的访问渠道。

Bourreau 教授和 de Streel 教授在 2020 年发表的《数字企业集团和欧盟竞争政策〔Digital Conglomerates and EU Competition Policy〕》一文，就总结出守门人可能会限制竞争的两种情形：

一是，守门人控制其他公司对特定用户的访问。如果用户没有多宿主，即只使用守门人的平台，那么提供新产品的公司就别无选择只能通过守门人的平台来接入这些“单一宿主”的用户。例如，Facebook 拥有庞大的用户基础，它可能会控制广告商对用户(尤其是那些在该平台上花费大量时间的用户)的访问，而广告商除了使用 Facebook 的社交网络外，没有其他可行的选择来接触这些用户。

二是，守门人控制客户对产品或服务的访问或使用，因此能够影响他们的消费模式，比如以某种排序来展示搜索结果。例如，Google 搜索能够以某种排序方式来展示搜索结果，进而影响用户选择将其导向某种商品和供应商。Spotify 的推荐系统或“weekly discover”功能也存在类似效果，可将用户导向某些音乐供应商，随后还能以此威胁这些供应商，防止他们提升版权费。

在上述两种情形之下，守门人地位的实现实际上尤其取决守门人某些市场特征和消费者行为，包括：1.公司在上游中介市场或用户终端（如手机、操作系统等）市场所具有市场势力的程度。例如，一家平台企业尽管不具有市场支配地位，但可以是某种中介服务的唯一或主要提供商；2.公司市场势力是持久的还是暂时的，包括现有或未来的进入壁垒[114]；3.是否存在依赖守门人产品、服务或地位的企业；4.用户是否存在多宿主或至少可以转换到其他可替代的供应商，例如用户是否使用一个或更多服务，或仅仅只停留在一个生态系统中；5.消费者偏见，比如，框架偏见-受不同选项呈现方式的影响，显著性偏见-专注于最突出的选项，默认设置偏见-接受默认的选项；6.公司的纵向一体化，或生态系统，可激励企业在其他市场杠杆化使用其市场势力，并阻止竞争对手；7.获取竞争相关的投入，如数据，使公司能够提供更好的产品或服务，并为客户定制服务，而竞争对手则无法获得同样的优势。上述这些因素都或多或少地反映在守门人认定规则中，但对受制于事前监管的“守门人”的称呼各辖区规则却不同。

各国事前监管“守门人”的名称对比

辖区	守门人制度规则	“守门人”的名称
欧盟	《数字市场法案》（DMA）	守门人（gatekeeper）

114 CERRE (2020), Digital Markets Act: Making economic regulation of platforms fit for the digital age.

德国	《反限制竞争法》第十修正案-Section 19a	对跨市场竞争具有极其重要的作用的企业（undertakings of paramount significance for competition across markets）
日本	《改善数字平台透明度和公平法》（TFDPA）	指定数字平台提供商（specified digital platform providers，SDPP）
英国	《数字市场促进竞争新体制》提案	具有战略市场地位的公司（firms with "strategic market status"）
美国	《美国选择和在线创新法》草案、《开放应用市场法》草案	涵盖平台运营商（covered platform operator）
法国	《旨在确保消费者数字空间选择提案》	结构化公司（structuring firms）
意大利	《2021 市场和竞争法年度框架竞争性改革提案》	在几个市场竞争中具有首要地位的公司（firms with primary importance for competition in several markets）

此外，对于守门人的认定，各国的守门人制度规则存在一些类似的定性标准，梳理而言，可包括：（1）公司能够控制第三方进入供应和销售市场[115]，并充当企业用户接触终端用户的重要门户[116]；（2）公司根深蒂固的市场势力是持久的，不太可能在短期内因竞争而失去[117]；（3）公司实施纵向一体化[118]；（4）公司能够获取竞争相关的数据[119]。

2.守门人认定程序的梳理

梳理而言，各国规则有关守门人认定的程序方面，大体上可分为两种认定模式：

第一种认定模式是公司自我评估。即是公司需要自己评估是否满足守门人制度规则所规定的定性标准和定量标准（如果有的话）。DMA 就采用了这种模式，但是 DMA 第 3(3)条也规定，即使公司没有通知其自我评估情况，也不妨碍欧委会自己将某公司认定为守门人。日本的 TFDPA 也采用这种认定模式，根据 TFDPA 第 4（2）条的规定，日本已经确定某些公司为特殊数字平台提供商，受制于事前监管新规则[120]。

第二种认定模式是主管机关认定。即是必须由主管机关根据认定标准将某些公司指定为受制于守门人制度规则的对象，并向这些公司作出决定，或将它们列入新规则将要适用的对

115 存在类似标准的法案或提案有，Section 19a(1), No. 5 of the German act; Article 3-bis(1)(v) of the Italian Competition Authority's proposal; para. 4.19 of the DMT's advice; Article 7(3) of the French proposal; Section 5(7) of the H.R. 3825, the Ending Platform Monopolies Act.

116 Article 1(1)(b) of the DMA

117 存在类似标准的法案或提案有，Para 4.12 of the DMT's advice; Article 3(1)(c) of the DMA.

118 存在类似标准的法案或提案有，Section 19a(1)(3) of the German Act, Article 3-bis(1)(ii) of the Italian Competition Authority's proposal; Article 7(3) of the French proposal.

119 存在类似标准的法案或提案有，Section 19a(1)(4) of the German Act; Article 3-bis(1)(iii) of the Italian Competition Authority's proposal; Article 7(3) of the French proposal.

120具体清单详见：https://www.meti.go.jp/english/policy/mono_info_service/information_economy/digital_platforms/index.ht ml.

象名单中。在守门人制度规则中未向公司施加通知义务的，应该都属于这种认定模式，包括德国[121]、法国[122]、意大利[123]、英国[124]以及美国[125]。

进一步而言，这两种认定模式的差异实际反映着在认定监管对象上举证责任配置的两种不同观点。一方面，DMA 就认为应当举证责任倒置，其要求公司在通知中自己证明，尽管满足定量标准的要求，但不满足定性标准的要求，不属于守门人。而有意思的是，欧盟竞争法的规定则正相反，欧盟 TFEU 第 102 条所规制的滥用行为，则要求主管部门根据必要的法律标准来证明公司具有市场支配地位。另一方面，正相反，DMT 的提案则明确反对举证责任倒置，其建议监管机构来承担收集证据和证明的法律责任，在认定一家公司是否具有 SMS 市场地位，并在权衡可能性，按照普通民事标准来履行这一证明责任。

最后，还可以发现的一点是，对于认定结果的复查周期，采用公司自我评估模式的周期较短，采用主管机构认定模式的周期较长。DMA 是每两年，而德国、意大利和英国是每五年，美国则是 7 年。

3. 分歧和问题

在守门人认定标准的分析适用上各国规定的分歧。总结而言包括几个方面：

一是，是否需要正式界定相关市场、认定市场支配地位。正如 Franck 和 Peitz 所观察到的，一方面，德国法案以及法国和意大利的提案在监管对象的认定标准中，都提及了跨越一个或多个市场的支配地位，因此从一开始就需要界定相关市场，确定是否具有市场支配地位，这既包括了分析相关市场的特征，也需要确定其相较于竞争对手的市场地位[126]。但值得注意的是，这一要求也并非必需。意大利竞争当局的报告就解释说其所列的认定标准在适用上既不用穷尽的也不用累积的，这说明单个认定标准并不是完全必需的，监管对象的认定并不总是需要认定支配地位。类似地，法国提案第 7（3）条要求竞争监管机构考虑到“几个”(而不是所有)列出的标准；另一方面，英国 DMT 的提案以及欧盟的 DMA 则采取了另一种路径，尽管还都强调直接证据，如可替代性、竞争对手的约束、市场进入和扩张壁垒，在认定“具有根深蒂固市场势力”的重要性，但其不要求认定市场支配地位，甚至不要求界定相关市场。对此，DMT 的表述就很清晰：

“正式地界定相关市场，实际就是任意地划一清晰的界线，表明有些产品在线内，有些产品在线外。试图划出一条如此清晰的界限通常是不必要的。相关证据可以被分析和解释，而不用正式地界定相关市场。例如，竞争对手讨论的内部文件，客户或竞争对手对替代品的观点，消费者转换的证据等就可用以分析，而不用界定相关市场。市场份额也可在多种不同的基础上计算，并在未界定相关市场的情况下解释。划清界限反而徒增没必要的复杂性。比如，会造成不必要的重复和低效率，因为同一证据会被考虑两次：一次是在界定相关市场，另一次是评估公司在相关市场中的地位。这同样会导致问题被以间接且抽象的方式来论证，与现有的证据关联不大。最后，正式界定相关市场会鼓励一种狭隘的方法，每个产品或服务

121 Section 19a(1) of the German Act.
122 Article 7(2) of the French proposal.
123 Article 3-bis(1) of the Italian Competition Authority’s proposal.
124 DMT’s advice, Appendix B, paras 89 ff.
125 See Section 4 of the H.R. 3826, the Platform Competition and Opportunity Act of 2021, which gives the FTC or the DOJ the power to “designate whether an entity is a covered platform” for the purposes of the act. Similarly Section 6 of the H.R. 3825, the Ending Platform Monopolies Act, Section 6 of H.R. 3849, the Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021 or the ACCESS Act of 2021.
126 Franck, J. and M. Peitz (2021), “Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act”, Journal of European Competition Law & Practice.

会被分配到一个特定的市场中，使得很难考虑到一个产品生态系统中的重要关联。**这使得正式界定相关市场特别不适合数字市场，因为数字市场中，企业已经开发出了相关产品的复杂生态系统**。”[127]

需要指出的是，尽管守门人制度规则在评估是否具有根深蒂固市场势力时往往不要求正式界定相关市场，但是仍然可能需要某种形式的相关市场界定，以评估是否存在对守门人产品或服务可靠的替代选择。**问题在于，这种的做法可能与一开始提出事前监管的一些理由相违背，即能够在任何损害发生之前进行更为及时的市场干预**。Franck 和 Peitz 就指出，要求正式界定相关市场，并将市场支配地位作为认定相关公司作为监管对象的可能条件，可能会导致大幅度增加认定程度所消耗的时间，比如相关市场的界定就会引发争议，造成无法及时应对竞争问题的风险[128]。Botta 进而指出，还可能存在无法有效应用守门人制度规则的风险[129]。此外，CERRE 的研究报告就认为，在以颠覆性创新为特征的动态市场中，引入像正式界定相关市场、市场支配地位认定等传统反垄断分析规则中的刚性条件，与守门人制度规则旨在解决结构性竞争问题的目标背道而驰[130]。

二是，定量标准的差异。尽管各国得监管规则都较为类似地规定了定性标准，但是 DMA、DMT 提案、日本的 TFDPA 以及美国的立法草案还规定了基于营业额或市值得具体定量门槛，不管是否存在市场支配地位，这些定量门槛都会适用，以确定受守门人制度规则约束的企业。为什么在定性标准以外还要专门设置定量标准呢？Schnitzer 等人就指出，设置这种定量标准的目的是确保事前监管新规则能够覆盖那些拥有广泛生态系统的最大公司的平台，这些超级平台目前引发最大的竞争担忧[131]。通过对比，则可以发现定量标准的差异。首先，用户数量标准，DMA 和美国草案，增加了平台的活跃终端用户和企业用户数量作为定量标准。而 DMT 提案则只提到用户数量作为评估公司规模的可能标准，并强调最合适的指标可能取决于具体的环境[132]。例如，DMT 就观察到，对于**广告资助型的产品或服务**，用户数量和他们花在产品上的时间这两个指标就能提供很多信息，而对于**在线交易平台**而言，促成的交易总值才是一个能提供很多信息的衡量指标。另外，在依据定量标准认定的灵活性方面，各辖区的规则也有差异。与美国草案的刚性要求不同，**DMA 给了欧委会更多的灵活性，在所要认定的守门人不符合销售额和用户数量门槛的时候。欧委会可以通过市场调查（market investigation），来评估供应商的规模，依赖平台的企业和终端用户数量，已经市场进入壁垒和其他结构性因素，进而来认定守门人平台**[133]。一方面，欧盟规定所具有的更大灵活性反映出其对比例性的重视，既避免在没有充分理由的情况下针对公司的强监管，同时也能够将未达到定量标准的公司纳入监管范畴。进一步而言，这种灵活性更高的认定标准也符合其目标，即让事前监管新规则更具前瞻性， Schnitzer 等人就指出，这样可以避免公司策略性地利用服务碎片化来规避满足定量标准[134]。另一方面，这种灵活性也可能或导致监管对象的认定程序和规则的模糊，并增加公司在自我评估其是否属于新规则适用对象时的成本和风险。

127 DMT’s advice, Appendix B, paras 33-34
128 See Franck, J. and M. Peitz (2021), “Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act”, Journal of European Competition Law & Practice. p. 517
129 See Botta, M. (2021), “Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila”, Journal of European Competition Law & Practice.
130 CERRE (2021), Making the Digital Markets Act more resilient and effective. p. 11
131 See Schnitzer, M. et al. (2021), “International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5.
132 DMT’s advice, Appendix B, para. 43.
133 Article 15 of the DMA.
134 See Schnitzer, M. et al. (2021), “International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5.

最后，相比之下，德国对于定量标准的态度就相对保留些。尽管 Mundt 等人指出，德国也考虑引入基于营业额的定量标准，以认定具有极为重要跨市场意义的公司[135]。但，德国最终只是在新的合并控制规则中引入了特定的基于营业额的标准，**并没有将其作为守门人制度规则的认定标准**。根据德国最新修订的合并控制规则，联邦卡特尔局有权命令企业要通报其在某一个或多个经济部门中的每个集中行为[136]。

（三）守门人义务的设置

根据守门人监管的思路，公司一旦被认定为监管对象“守门人”，那么将向它施加一系列积极和消极的义务。下面对守门人义务的设置方式展开梳理分析。

1.基于可豁免的义务设置模式梳理

尽管没有任何一个守门人制度规则要求主管机构必须证明行为的反竞争目的或效果，但是根据不同规则的要求，主管机构为施加行为义务时所必须进行的分析存在显著差异。以守门人能在多大程度为自己的行为辩护，避免承担行为义务为依据，可将分析模式划分为如下几类：

第一类模式的可辩护程度最小，相当于本身禁止。即一旦公司被认定为守门人，就需承担规定的义务，没有为自己辩护的空间。DMA 就是这种模式的典型，其规定了一份针对守门人的详尽义务清单，Cappai 和 Colangelo 在文章中就认为，这份义务清单准自动地适用于所认定的守门人，并不用考虑守门人的具体业务以及相关产品和地理市场的界定[137]。也正如 Chirico 的文章以及 CERRE 研究报告所认为的那样，从公司的视角来看，被认定为守门人的公司无法为自己违反义务的行为提供可行的正当理由辩护，如效率抗辩，声称自己的行为能够促进创新，提高服务质量最终使消费者受益，或者声称自己的行为没有反竞争效果等，这都不被允许[138]。Cabral 等人就认为，这种做法的好处大概可能加快监管进程，提高监管速度[139]。DMA 对此有很清楚的规定，豁免于某些义务的空间非常有限。其中 DMA 第 8 条只允许守门人提出合理的请求，例外的暂停一项特定义务全部或部分的履行，前提是“守门人能够证明，由于守门人无法控制的特殊情况，遵守该特定义务将危机守门人在欧盟继续经营的经济可行性，并且解决这种对可行性的威胁具有相当程度的必要。”此外第 9 条只允许“在特殊情况下，以公共道德、公共健康或公共安全的有限理由”，由欧委会决定某一义务不适用于具体的核心平台服务。

第二类模式则正相反，并不本身禁止或预先设定义务，可辩护的程度很大，灵活性很强。DMT 提案就是典型，法案本文并不预先为 SMS 公司规定义务，而只是规定了 DMU 与 SMS 公司在设计具体行为准则时所需要的遵守的总体目标。并且也规定例外的情况，SMS 公司

135 See Mundt, A. (2021), 12th New Frontiers of Antitrust: Regulation of platforms: one size fits all? EU, UK, USA, Germany.
136 Section 39a of the German Act.
137 See Cappai, M. and G. Colangelo (2020), Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to antitrust law, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629.
138 See Chirico, F. (2021), “Digital Markets Act: A Regulatory Perspective”, Journal of European Competition Law & Practice, https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab058; CERRE (2021), Making the Digital Markets Act more resilient and effective.
139 See Cabral, L. et al. (2021), The EU Digital Markets Act - A report from a Panel of Economic Experts, http://dx.doi.org/doi:10.2760/139337.

的行为也可能是必要或客观合理的，也可能带来创新、效率或其他好处，因而豁免于义务性要求。

第三类模式则处于上述两者之间，属于折中的模式，即**是在设定义务的前提下，允许守门人为自己的行为辩护，豁免于部分义务要求**。美国、德国以及意大利的监管草案则属于这种折中模式，其中德国和意大利的监管方案都赋予经营者证明其行为“客观合理”的权利。比如，德国的《反限制竞争法》修正案在其解释性备忘录中就指出对于客观合理性的论证“需要进行利益平衡，一方面要考虑到法律保护自由竞争的目标，另一方面则要考虑到合法的商业理由，以及相关行为可能有利于竞争的因素”[140]。Botta 对此就解释到，这意味着德国的联邦卡特尔局会能够考虑公司所提出的效率辩护等正当理由，即公司可以辩称守门人制度规则所列出的某些义务要求不具有客观合理性[141]。Mundt 则认为，，要考虑公司行为对市场的影响是什么？什么市场处于危险中？以及如果要从确保市场可竞争性和自由竞争的角度向公司施加某些义务，成功的把握有多大[142]？此外，美国的提案尽管没有规定效率抗辩的空间，但其允许公司对违反监管要求的行为提出“积极抗辩 affirmative defence”，证明其行为不会损害竞争过程，或者对于防止违法行为或遵守隐私规则而言是必要的。但正如 Schnitzer 等人所指出的，美国提案也规定了举证责任的倒置，以避免延缓守门人制度规则的执行，并破坏规则的最初目标，要求由公司来提交“明确和令人信服”的证据，并且不能以效率或质量的提升来抵消竞争损害（不准效率抗辩）。

2.基于“定制化”的义务设置模式梳理

上一部分关于义务模式的梳理是从守门人义务是否可豁免，是否可以为某些行为提出正当理由或效果分析的角度，来梳理当前各国守门人制度的义务设置模式，本部分依然梳理讨论义务设置模式的问题，但是区别在于是从守门人的义务清单如何以及在何种程度上能够“定制化”，也即是能否个案分析的角度，来梳理讨论。

各国守门人制度规则的一个主要区别就在于所施加禁令的详尽程度，以及在确定被认定公司禁令和义务时赋予执法机构的自由裁量权的程度。即是，某些守门人制度规定适用于所有被认定公司的严格详尽的义务清单，而另一些守门人制度则赋予机构适用新规则的权力，以适应特定公司和业务模式，因而根据特定的商业模式“定制化”义务清单。据此可分为如下两类，一是基于原则的事前监管；另一是基于规则的事前监管。

（1）基于原则的事前监管

基于原则的事前监管具有很强的灵活性，则既体现在执法机构界定所适用义务方面，也体现在公司履行相关义务方面。DMT 提案就是采用此种监管模式，其明确表示要采用“基于证据的方法，干预措施旨在解决特定问题，而不依赖于‘一刀切’的规则”，此外，Cappai 和 Colangelo 强调，DMT 提案要求制定总体目标并要求个案评估[143]。这意味着，以遵守原则和实现目标为要求的义务清单，应当针对每家公司来“定制化”，并针对被认定公司可能的具体行为，以便事前影响其特定行为，防止重大损害发生。基于此，DMT 提案就要求为每

140 Explanatory memorandum to the German bill (Beschlussempfehlung), p. 113, https://dserver.bundestag.de/btd/19/258/1925868.pdf.

141 See Botta, M. (2021), “Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila”, Journal of European Competition Law & Practice.

142 See Mundt, A. (2021), 12th New Frontiers of Antitrust: Regulation of platforms: one size fits all? EU, UK, USA, Germany.

143 See Cappai, M. and G. Colangelo (2020), Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to antitrust law, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629.

个被认定的 SMS 公司制定特定的**行为规范**（code of conduct），具体而言这个行为规范应符合如下要求：

第一，明确规定旨在实现的具体目标。如公平交易、开放选择、信任和透明度，这些具体目标来自立法文本中所详尽列出的共同目标清单；

第二，公司如何行动的原则和标准，包括公司为实现目标所必须或必须不为的行为。如，以公平合理的合同条款进行交易，向消费者提供于他们接受服务有关的明确信息，不得对消费者使用 SMS 平台服务的竞争提供商的能力进行不当限制等。与严格详尽的义务清单所迥然不同的是，这些原则都是高度抽象不会过于具体，以保持灵活性适用公司行为的快速变化，比如不会具体界定公司所要提供的服务价格或交付形式的信息。此外，还会规定例外豁免的情况，因为在特定情况下，一项行为可能是必要的或客观上合理的，因为会带来效率，创新或其他好处。

第三，解释这些原则的指南，包括禁令行为的非详尽示例。比如，如果一个合同条款在默认情况下被使用，而与其他选项相比，这一选项对 SMS 公司有利，那么它可能对消费者不公平，除非默认选项对广告商有抵消性的好处。

尽管 SMS 公司的行为规范是由 DMU 来确定，但是这一确定过程需要不断协商，才能适应特定商业模式。DMT 建议制定行为规范的过程包括如下程序：

行为规范的制定过程[144]

步骤	要求
第一步：发起	● 由 DMU 发起确定过程； ● 由 DMU 调查和收集证据。
第二步：协商	● DMU 公开临时认定以及规范和指南的草案； ● DMU 同 FCA、ICO、Ofcom 协商。
第三步：确定和规范	● DMU 公布 SMS 公司的认定决定； ● 设计最终的规范和指南； ● 监控规范的运行及其有效性，包括某些方面的更新和审查。

（2）基于规则的事前监管

基于规则的事前监管并不要求执法机构制定原则，而是规定具体的义务清单。各辖区的守门人制度规则，在赋予执法机构确定具体义务的自由裁量权空间方面存在差异，可大致分为两类：

第一类，监管规制中包含了守门人公司所要履行的具体的积极和消极义务，执法机构在扩大或缩减义务范围等方面没有任何灵活性的空间。这意味着，一旦公司被认定为监管对象，则没有根据具体情况“定制化”义务清单的空间。在某种程度上 DMA 就是采用这种监管模式，因为其所列的禁令行为已经被认定为本身有害，因此可以立即适用[145]，尽管 DMA 存在一定范围的灵活性。

第二类，则赋予执法机构自由裁量权，能够在新规则所规定的积极和消极义务清单中选择所适用的义务范围，德国就属于此类模式。德国就规定，联邦卡特尔局“**可以禁止**”对跨市场竞争有极其重要作用的经营者实施《反限制竞争法》Section 19a(2)所列行为。Mundt

144 DMT’s advice, Appendix C, p. C26

145 See Chirico, F. (2021), “Digital Markets Act: A Regulatory Perspective”, Journal of European Competition Law & Practice, https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab058.

在其文章中就指出，“可能”一词的使用表明，在禁令适用于公司之前，执法机构可以进行个案分析，并为每家公司选择适用禁令的范围[146]。但是，问题在于卡特尔局只能在立法规定的义务清单范围内选择施加于具体公司的义务范围。只有在四年后通过向议会提交报告来启动程序扩大或缩减立法规定的义务清单。这意味着，只能在立法规定的义务清单范围内，减少向被认定公司施加的禁令，但不能施加义务清单以外的禁令。

3.问题和争议

事实上，需要指出，守门人义务模式的界限并非那么清晰，依然有解释的空间。尽管DMA 的监管模式几乎限制了执法机构的自由裁量空间，DMA 所列出义务清单，欧委会不能减少也不能扩大。但另一方面，CERRE 的报告就指出，对于所施加的义务清单，守门人依然有回旋余地，因为某些消极或积极义务的具体内容将允许公司自我评估决定实践中这些条款如何适用。也就是说，DMA 规定的某些义务在守门人之间是不对等的，比如，在守门人的操作系统中允许安装和有效适用第三方的软件应用的义务，则只能适用于操作系统的供应商，而其他如经营搜索引擎、社交网络等核心平台服务的守门人则不用承担此义务。但其他义务也是普遍适用的，比如不得自我优待等。

问题在于由公司自我评估决定根据具体商业模式所要履行的义务，是存在风险的。每当执法机构发现违反事前规则的行为，就可能引发诉讼，需要确定立法所规定的义务适用于公司的商业模式或服务的实质性条件，继而判断守门人是否履行相关义务，然而这个实质性条件具有非常大的异质性，需要个案具体判断，而这又可能侵蚀事前监管在及时性上的优势。例如，DMA 第 6(1)(c)条规定互操作义务，该义务只适用于使用守门人操作系统时第三方软件或应用商店的使用，但同时守门人可采取合乎比例的措施来避免第三方软件危及系统的完整性。如果就该措施是否合乎比例而引发诉讼，就如同 Mundt 指出，就很可能开启类似于竞争法的调查，并因此降低守门人制度事前监管本身的优势。

（四）守门人违法行为的补救措施和责任

本文所讨论的各国守门人制度规则都针对守门人的违法行为规定了相关的补救措施和法律责任规定，以促使守门人履行所规定的义务清单。概括而言，对于守门人不遵守义务的违反行为，法律责任的规定各国比较相似，都采用了罚款的责任措施，但是在补救措施方面，各国的规则却存在显著的差异。

1.补救措施

各国规则在行为或结构性补救措施实施的可能性以及程序方面是存在显著差异。

146 See Mundt, A. (2021), 12th New Frontiers of Antitrust: Regulation of platforms: one size fits all? EU, UK, USA, Germany.

尽管，一些国家的规则对于施加补救措施没有规定任何限定条件，赋予了监管机构一般性的权力。比如，意大利的守门人制度提案就赋予 ICA 一般性的权力“对认定的企业实施行为或结构性补救措施，以制止违法行为或其影响，或避免被禁止行为再次发生”。[147]

但大多数守门人制度规则都对实施补救措施作出了严格的规定，尤其是在结构补救措施方面。比如，（1）DMA 规定当守门人系统性违反第 5 条和第 6 条的义务规定，并进一步加强或扩大其守门人地位时，可采用的行为和结构补救措施。DMA 规定了严格的条件，要求发现系统性违法行为，需要在在决定启动市场调查之前的五年内至少做出三个违法或罚款决定。补救措施必须与违法行为成比例，并且是确保合规所必需的。只有在行为补救措施不那么有效的情况下，才应适用结构补救措施[148]；（2）德国的规则也作出了类似的严格要求，其规定联邦卡特尔局可以采取一切必要的行为或结构补救措施，这些补救措施必需与违法行为成比例，并且是有效制止违法行为所必需。此外，其要求结构补救措施的适用，仅在没有同样有效的行为补救措施，或行为补救措施会给企业带来更大负担[149]；（3）《美国选择与创新法案》对于违反不得自我优待义务，就规定如果违法行为源于与涵盖平台的多条业务线相关的利益冲突，则需要考虑剥离[150]。并且美国《终止平台垄断法案》进一步规定，当涵盖平台运营商将业务与自己的平台捆绑在一起，或为运营商提供偏好自己产品或服务的激励时，其拥有、控制或拥有有利利益的业务线立即是非法的[151]。

此外，有些守门人制度规则从一开始就排除实施某些结构性补救措施的可能性。DMT 提案就是明确将所有权分离的结构补救措施排除在外，其建议授予 DMU 制定有利于竞争的干预措施，规定“除所有权分离之外，DMU 不应受限于它能够适用的补救措施的类型”[152]。这些可能的补救措施包括与数据相关的干预、互操作性和通用标准、消费者选择和默认干预、以公平合理条件提供访问的义务等行为补救措施，结构补救措施则只限于运营和功能的分离，如 SMS 公司内的不同单位。DMT 明确不准 DMU 实施所有权分离，只有在市场调查后，CMA 才能拥有这一权力。DMT 尽管也承认结构补救措施的重要性，但是考虑到这种补救措施的实施成本，以及其在更大程度上干扰公司财产权的事实，并且决定不能被撤销，因此作出这一政策选择[153]。

2.法律责任

守门人违法行为的法律责任主要是罚款这一形式，各国守门人制度规则在罚款规定上非常相似，但在罚款金额等方面存在一些差异。对各国罚款规定可做简要梳理，（1）不遵守 DMA 第 5 条和第 6 条的义务规定，DMA 授权欧委会处以高达守门人总营业额 10%的罚款。此外，如果公司未能提供其可能被认定为守门人所需要的正确和完整信息，则罚款不超过总营业额的 1%[154]；（2）DMT 建议则授予 DMU 对违反行为准则处以最高全球营业额 10% 的处罚的权力[155]。需要指出的是，DMT 建议对罚款责任规定作出澄清，其指出新制度的重点应该是通过与守门人公司合作来纠正违法行为，因此违法行为规范不应当自动导致处罚，而是

147 Article 3-bis(4) of the Italian proposal.
148 Article 16 of the DMA.
149 Section 32 of the German Act.
150 Section 2(f)(2)(D) of the H.R. 3816, the American Choice and Innovation Online Act.
151 Section 2(a) of the H.R. 3825, the Ending Platform Monopolies Act of 2021.
152 DMT’s advice, para. 4.67.
153 DMT’s advice, para. 4.70
154 Article 26 of the DMA.
155 DMT’s advice, para. 4.96.

例外，限于最严重的违法行为，即造成重大伤害[156]；（3）德国则规定故意或疏忽违反第 19a(2)条的行为均构成行政违法。在这种情况下，可处以 100 万欧元的罚款，但最高可增加到总营业额的 10%；（4）美国法案规定，违法行为可能导致民事处罚，最高金额介于 (i) 美国总收入的 15% 或 (ii) 美国总收入的 30% 之间受非法行为影响或针对的业务。

3.问题

通过上述的梳理分析，可以发现各国守门人制度规则在针对违法行为实施补救措施的可能性上存在明显差异，尤其是实施结构补救措施。DMT 建议直接将其排除在可能实施的补救措施范围之外，而美国实施结构补救措施的可能性则比 DMT 建议以及 DMA 等欧洲守门人制度规则要大得多。Schnitzer 等学者就指出，这在未来可能引发跨辖区协调难的问题。由于美国的规则结构补救措施可适用于更广泛的情形，并且可以立即适用，无需等到在五年内发现系统性违法行为，这种时间差异增加跨辖区协调结构性补救措施的难度。此外，结构补救措施可能需要跨国的资产剥离，在未将这类补救措施作为守门人违法行为的补救方案的司法辖区，会增加协调和执行的难度。这也是后续若将守门人制度导入中国所需要考虑的问题。

五、总结

近年来，大量的研究报告都认为，随着全球数字经济的快速发展，平台经济的繁荣壮大，大型数字平台已经获得巨大的市场力量，数字市场独特的经济特征的消费者已经导致市场失灵出现，并且呈现“市场倾覆”的趋势。因此，鉴于一些具有守门人地位的平台对市场乃至整个社会造成的重大影响，学界和实务界日渐认为，除了事后的反垄断法补救外，还需要革新当前的反垄断规制框架，引入具有事前监管性质的守门人制度，来加强对大型平台的反垄断监管。可以观察到，近一两年来，全球各主要司法辖区都陆续出台了具有类似守门人监管思路的立法举措，旨在事前监管大型数字平台。

本文献综述，围绕着四个主要问题，即（1）数字经济反垄断中的守门人概念是什么？（2）数字经济反垄断为什么要转向守门人制度？（3）守门人制度旨在达成什么目标？（4）数字经济反垄断中守门人制度如何构建？依次展开。在梳理、比较和分析全球主要守门人制度立法文本的基础上，整理相关研究报告和学术论文所提出的问题和引发的争议，旨在尽可能地明确在守门人制度构建上全球的趋同点和分歧点。总的来说，本文献综述发现，面对大型数字平台压倒性的市场力量，各国转向守门人制度的立法举措，都源于保护数字市场有效竞争的共同愿景，然后在目标还需要采取行动上的共识，并未导向在守门人制度构建最佳形式上的共识，解决问题的方法和路径呈现多样化和碎片化的特征。

本文献综述的第一部分旨在讨论的问题是数字经济反垄断中的守门人意味着什么？通过文献的梳理总结，本文发现，守门人概念的引入源于现有的市场支配地位或市场势力等术语无法很好体现当前平台的力量，使得平台往往难以或有效地受到反垄断框架的规制。并且

156 DMT, Appendix C, paras 159-160.

发现数字经济反垄断的守门人概念，其理论渊源尽管最早来源新闻媒体传播中的守门人概念，但是经过政治学、社会学、传播学、金融学和信息科学等各个领域的借鉴和发展，时下提议引入平台反垄断的守门人概念，其理论主要来源或依据是经过观点融合所形成的较为系统完整的“网络守门人”理论。本研究认为，将守门人概念引入反垄断中，正是一种监管思路的转变，从传统反垄断监管中的行为效果路径，转向到结构功能的监管路径。

本文献综述的第二部分主要讨论的问题是数字经济反垄断为什么要转向守门人制度，其理由是什么？其与现有的反垄断法规制体系的关系又是什么？在此问题项下的文献梳理中，本研究发现存在立场鲜明的两类观点的冲突，一些学者认为某些特定平台使得数字市场存在结构性的竞争问题，比如，极端的网络效应和市场倾覆，将此作为引入守门人制度的主要理由。并且强调现有反垄断规制框架下执法的及时性，以及数字市场的迅速发展。而另一些学者则认为，当前的反垄断框架依然有效，足够应对数字市场的挑战，只是反垄断执法机构需要更多的资源和更好的数字工具，因而也认为反垄断法足以适应数字市场的经济和消费特征。此外本研究在探讨守门人制度和反垄断法关系中，还发现从竞争执法和经济监管二分视野来看，适应未来数字经济发展的反垄断监管框架和体制应当走向融合发展的路径。言下之意，即是守门人制度和反垄断法各有其优势也有其局限，相互补充，融合发展是明智之举。

本文献综述第三部分旨在回应当前域外守门人制度的立法其主要目标是什么？目标的问题非常重要，因为其直接决定着守门制度构建和实施体制的选择。通过立法文本和研究论文的梳理提炼，本研究发现守门人制度立法中公平性和可竞争性目标，主要是回应平台的排他性和剥削性滥用行为所引发的竞争担忧。而刺激创新和提高透明度的目标，则主要为了促进消费者福利和社会公共利益。因此，较之于反垄断法的立法目标，守门人制度的更为广泛，并非只包含竞争目标。然而问题在于，守门人制度的立法目标并没有明确界定，其内涵没有完全阐明，模糊的立法目标不利于后续活动。本研究认为，守门人制度相对明确的理由基础，有助于进一步澄清其立法目标，并且还需要进一步厘清各立法目标之间的关系。

本文献综述最后一部分主要围绕守门人制度构建的路径和方案展开，比较梳理了各辖区立法文本的共识和分歧，并进一步论述分歧背后的相关问题和争议。总结而论，在制度构建上的趋同点包括：（1）守门人制度适用于数量有效的企业，通过定性或定量标准事前予以认定，并定期审查；（2）处在类似的守门人认定的定性标准，包括企业在上游中介市场所具有市场力量的程度、企业市场力量的持久性或暂时性以及依赖企业所提供的产品或服务进入其他市场；（3）通过限制行为竞争效果的分析或界定相关市场的要求，来确保守门人制度能够在快速创新的动态市场中快速行动；（4）为被认为守门人的企业设置了一系列类似的义务要求；（5）对于守门人公司的违法行为，在罚款规定上非常相似。尽管如此，各辖区守门人制度依然存在一些重要分歧，包括：（1）在认定守门人企业的定量标准上存在分歧，尤其是在营业额或市值的定量门槛上；（2）企业能够根据正当理由或效率为行为抗辩的可能性；（3）在义务设置上的“定制化”程度，是基于原则的监管，还是基于规则的监管，后者在义务设置上非常具体；（4）在违法行为的补救措施方面也存在差异。本研究认为，这种差异化、碎片化的立法格局，对于有效解决数字市场竞争问题存在风险，一方面，会加剧法律的不确定性，造成“寒蝉效应”，使得平台企业反而更加不愿意创新；另一方面，缺乏协调一致的监管，会增加企业不必要的合规成本，降低服务质量反而抑制创新，此外也不利于企业的有效合规。

最后，本研究认为，诚如 Chopra 和 Khan 所言，数字经济反垄断守门人制度的进一步构建完善至少要达成三个目标，一是要降低法律的模糊性，提高可预测性；二是要减轻执法和

诉讼的负担，提高平台反垄断监管的效率；三是，要减少监管不透明度提高企业的参与度[157]。此外，本研究还通过文献综述发现，守门人制度的研究还存在三方面的难点问题，一是事前的守门人制度各事后的反垄断法之间的协调问题，前文已有所论述；二是，消费者福利在守门人制度中的目标定位问题，因为，主要旨在增强市场竞争程度，促进市场进入的守门人制度，可能会降低用户的使用体现，如何协调目标之间的定位，是一大难点问题；三是，监管碎片化的问题，无论是国外 GAFA 还是国内阿里、腾讯，都是跨国性的平台企业，各国监管规则的域外效力以及差异会增大执法难度，降低有效监管的可能，并且也不利于补救措施的执行。因此，本研究将着力关注守门人制度的域外经验，为解决数字平台扭曲市场竞争、损害消费者福利的行为和结构问题，探寻可能的最佳路径。

六、参考文献

（一）中文著作

【1】 黄勇、董灵：《反垄断法经典判例解析》，人民法院出版社，2002 年版。

【2】 黄勇：《国际竞争法研究》，中国友谊出版公司，2003 年版。

【3】 刘宁元主编：《中外反垄断法实施体制研究》，北京大学出版社，2005 年版。

【4】 车卉淳、周学勤：《芝加哥学派与新自由主义》，经济日报出版社，2007 年版。

【5】 吴敬琏、刘吉瑞：《论竞争性市场体制》，中国大百科全书出版社，2009 年版。

【6】 方燕：《互联网竞争逻辑与反垄断政策：纷争与出路》，社会科学文献出版社 2020 年版。

【7】 (美) 莫里斯·E. 斯图克, 艾伦·P. 格鲁内斯著，兰磊译：《大数据与竞争政策》，法律出版社 2019 版。

【8】 （美）巴里·林恩著，徐剑译：《新垄断资本主义》，人民东方出版社 2013 年版。

【9】 (美)亚当·普沃斯基著，郦菁、张燕等译，王小卫、郦菁校：《国家与市场——政治经济学入门》，格致出版社、上海人民出版社，2009 年版。

【10】（美)盖尔霍恩、科瓦契奇、卡尔金斯著，任勇、邓志松、尹建平译：《反垄断法与经济学》，法律出版社，2009 年版。

【11】（美)马西莫·莫塔著，沈国华译：《竞争政策一理论与实践》，上海财经大学出版社，2006 年版。

【12】（美)戴维·J·格伯尔著，冯克利、魏志梅译：(二十世纪欧洲的法律与竞争》，中国社会科学出版社，2001 年版。

【13】（美)希尔顿著，赵玲译：《反垄断法：经济学原理与普通法演进》，北京大学出版社，2009 年版。

157 Chopra, R. and L. Khan (2020), “The Case for “Unfair Methods of Competition“ Rulemaking”, The University of Chigoco Law Review, Vol. 87/2, pp. 357-379, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6181&context=uclrev.

【14】（美）史蒂芬·，布雷耶：《规制及其改革》，北京大学出版社 2008 年版。
【15】（美）丹尼尔，史普博：《管制与市场.》上海人民出版社 1999 年版。
【16】（美）郝伯特·霍温坎普著，许光耀、江山、王晨译：:《联邦反托拉斯政策：竞争法律与实践》，法律出版社 2009 年版。
【17】（美）理查德·波斯纳著，孙秋宁译：:《反托拉斯法》，中国政法大学出版社 2002 年版。

（二）中文论文

【18】吴汉洪,王申：《数字经济的反垄断:近期美国反垄断领域争论的启示》，载《教学与研究》2020 年第 2 期。
【19】林平：《反垄断监管预期与“红绿灯”设置：基于经济学的思考》，载《中国市场研究》2022 年第 4 期。
【20】熊鸿儒，韩伟：《全球数字经济反垄断的新动向及启示》，载《改革》2022 年第 7 期。
【21】侯利阳,贺斯迈：《互联互通视角下的平台挑战与制度因应——以自我优待为视角》，载《东北师大学报(哲学社会科学版)》2022 年第 6 期。
【22】侯利阳,贺斯迈：《平台封禁行为的法律定性与解决路径》，载《财经法学》2022 年第 3 期:
【23】侯利阳：《社会结构变迁与经济法治演进》，载《经贸法律评论》2022 年第 2 期。
【24】袁嘉：《德国数字经济反垄断监管的实践与启示》，载《国际经济评论》2021 年第 6 期。
【25】袁嘉：《数字背景下德国滥用市场力量行为反垄断规制的现代化——评<德国反限制竞争法>第十次修订》载《德国研究》2021 第 2 期。
【26】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。
【27】戚聿东,杨东,李勇坚,陈永伟,崔书锋,金善明,刘航：《平台经济领域监管问题研讨》，载《国际经济评论》2021 年第 3 期。
【28】金善明：《合理优化平台经济反垄断机制》，载《中国对外贸易》2021 年第 5 期。
【29】江山：《美国数字市场反垄断监管的方法与观念反思》，载《国际经济评论》，2021 年第 6 期。
【30】董淳锷：《市场事前监管向事中事后监管转变的经济法阐释》，载《当代法学》2021 年第 2 期。
【31】时建中、郭江兰：《论平台经济领域前置式反垄断监管》，载《探索与争鸣》2021 年第 9 期。
【32】王先林、方翔：《平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》，2021 年第 2 期。
【33】高薇：《平台监管的新公用事业理论》，载《法学研究》2021 年第 3 期。
【34】王磊：《走出平台治理迷思：管制与反垄断的良性互动》，载《探索与争鸣》2022 年第 3 期。
【35】张浩然：《事后反垄断与事前管制数字市场竞争治理的范式选择》，载《河南社会科学》2021 年，第 8 期。

【36】李剑：《制度成本与规范化的反垄断法当然违法原则的回归》，载《中外法学》2019年第4期。
【37】李剑：《平台经济领域的反垄断法实施 以经济效率目标为出发点》，载《中外法学》2022年第1期。
【38】李剑：《经营者集中强制申报制度的实效与转变》，载《交大法学》2021年第4期。
【39】候利阳：《论互联网平台的法律主体地位》，载《中外法学》2022年第2期。
【40】王健：《我国反垄断罚款威慑不足的制度成因及破解思路》，载《法学评论》2020年第4期。
【41】刘乃梁：《预防垄断行为的理论逻辑及其制度展开》，载《社会科学》2020年第12期。
【42】傅瑜、隋广军、赵子乐：《单寡头竞争性垄断：新型市场结构理论构建》，载《中国工业经济》2014年第1期。
【43】翟巍：《超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式》，载《财经法学》2021年第1期。
【44】李剑：《中国反垄断法实施中的体系冲突与化解》，载《中国法学》2014年第6期。
【45】阳东辉：《搜索引擎操纵搜索结果行为的反垄断法规制》，载《法商研究》2021年第6期。
【46】焦海涛：《平台互联互通义务及其实现》，载《探索与争鸣》2022年第3期。
【47】王晓晔：《数字经济反垄断监管的几点思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期。
【48】徐国冲、张晨舟、郭轩宇：《中国式政府监管特征、困局与走向》，载《行政管理改革》2019年第1期。
【49】张晨颖：《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》，载《法学研究》2021年第4期。
【50】高薇：《平台监管的新公用事业理论》，载《法学研究》2021年第3期。
【51】付新华：《论超级平台数据垄断的法律规制》，载《学习与探索》2022年第2期。
【52】杨东：《论反垄断法的重构应对数字经济的挑战》，载《中国法学》2020年第2期。
【53】孙晋：《数字平台的反垄断监管》，载《中国社会科学》2021年第3期。
【54】张新宝：《互联网生态"守门人"个人信息保护特别义务设置研究》，载《比较法研究》2021年第4期。

（三）英文著作

【55】Motta, M. (2004), Competition Policy Theory and Practice, Cambridge University Press.
【56】Ariel Ezrachi, Maurice Stucke, How Big-Tech Barons Smash Innovation, Harper Business
【57】Dunne, N. (2015), Competition Law and Economic Regulation, Cambridge University Press, http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781107707481.
【58】Ezrachi, A. and M. Stucke (2016), Virtual competition : the promise and perils of the algorithmdriven economy, Harvard University Press.

【59】Frank Pasquale, The Black Box Society – The Secret Algorithms that Control Money and Information (Harvard University Press, 2015).
【60】Ezrachi, A. and M. Stucke (2016), Virtual competition : the promise and perils of the algorithmdriven economy, Harvard University Press.

（四）英文论文

【61】Aghion, P. et al. (2005), “Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship”, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 120/2, pp. 701-728, http://dx.doi.org/10.1093/qje/120.2.701.
【62】Alexiadis, P. and A. de Streel (2020), “Designing an EU Intervention Sta ndard for Digital Platforms”, EUI Working Papers, Vol. Research Paper N o. 2020/14, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3544694.
【63】ARCEP (2020), Arcep’s contribution to the public consultation on the DS A Package and the New Competition Tool - n asymmetric ex-ante regulat ion of structuring digital platforms for open digital infrastructures.
【64】Australian Competition & Consumer Commission (2019), Digital Platforms Inquiry: Final Report.
【65】Benelux competition authorities (2019), Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by co mpetition authorities in the digital world, https://www.belgiancompetition.be /sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cdlcl.jo int_memorandum_ 191002.pdf.
【66】Botta, M. (2021), “Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila”, Journal of European Competition Law & Practice.
【67】Bourreau, M. (2020), Some Economics of Digital Ecosystems – Note by Marc Bourreau for the OECD Hearing on Competition Economics of Digi tal Ecosystems.
【68】Bourreau, M. and A. de Streel (2019), “Digital Conglomerates and EU C ompetition Policy”, https://ssrn.com/abstract=3350512.
【69】Budzinski, O., S. Gaenssle and N. Lindstädt (2021), “The Battle of YouT ube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-vi sual Media Markets”, SN Business & Economics.
【70】Budzinski, O. and J. Mendelsohn (2021), “Regulating Big Tech: From Co mpetition Policy to Sector Regulation?”, Illmenau Economics Discussion P apers, Vol. 27/154.
【71】Cabral, L. et al. (2021), The EU Digital Markets Act - A report from a Panel of Economic Experts, http://dx.doi.org/doi:10.2760/139337.
【72】Cappai, M. and G. Colangelo (2020), Taming digital gatekeepers: the mor e regulatory approach to antitrust law, Stanford-Vienna TTLF Working Pa per No. 55, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629.

【73】Cappello, M. (2021), “The Digital Services Act Package and the Audiovisual Sector”, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, forthcoming
【74】Carugati, C. (2020), “Regulation in the digital economy. Is ex-ante regulation of “gatekeepers” an efficient and fair solution?”, Working paper, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3705928.
【75】CERRE (2021), Making the Digital Markets Act more resilient and effective.
【76】CERRE (2020), Digital Markets Act: Making economic regulation of platforms fit for the digital age. [20] CERRE (2020), The role of data for digital markets contestability - Case studies and data access remedies.
【77】Chirico, F. (2021), “Digital Markets Act: A Regulatory Perspective”, Journal of European Competition Law & Practice, https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab058.
【78】Chopra, R. and L. Khan (2020), “The Case for “Unfair Methods of Competition“ Rulemaking”, The University of Chigoco Law Review, Vol. 87/2, pp. 357-379, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6181&context=uclrev.
【79】CMA (2020), Online platforms and digital advertising - Market study final report.
【80】Colomo, P. (2021), “The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276.
【81】Commission ’Competition Law 4.0’ (2019), A new competition framework for the digital economy, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, http://www.bmwi.de.
【82】Competition and Markets Authority, CMA (2020), Advice of the Digital Markets Taskforce: A new pro-competition regime for digital markets, CMA 135, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf.
【83】Competition Policy Council Communiqué (2021), “Digital Platforms: Oversight if Necessary, But Not Necessarily Regulation”, Twentieth Report of C.D. Howe Institute Competition Policy Council, https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/otherresearch/pdf/Communique_2021_0107_CPC.pdf.
【84】Crawford, G. et al. (2021), “Fairness and Contestability in the Digital Markets Act”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 3.
【85】Crémer, J., Y. de Montjoye and H. Schweitzer (2019), Competition Policy for the Digital Era, Publications Office of the European Union, http://dx.doi.org/10.2763/407537.
【86】de Streel, A., J. Krämer and P. Senellart (2020), Makind data portability more effective for the digital economy.
【87】Dunne, N. (2020), “Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better”, The Modern Law Review, Vol. 84/2, pp. 230-264, http://dx.doi.org/10.1111/1468-2230.12579.

【88】Eisenmann, T., G. Parker and M. Van Alstyne (2011), “Platform Envelop ment”, Strategic Management Journal, Vol. 32, pp. 1270-1285, http://dx.doi. org/10.1002/smj.935.
【89】European Commission (2020), Communication ’Shaping Europe’s digital fu ture’, COM(2020) 67 final 8.
【90】European Commission (2020), Digtal Markets Act, European Commission.
【91】Ezrachi, A. (2015), “The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce”, Paper submitted for information for Item 7 of the 124th OE CD Competition Committee on 27-28 October 2015.
【92】Fletcher, A. (2020), “Digital competition policy: Are ecosystems different? -- Background note for the OECD Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems”, https://www.oecd.org/daf/competition/competition-econ omics-of-digital-ecosystems.htm.
【93】Franck, J. and M. Peitz (2021), “Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act”, Journal of European Competition Law & Practice.
【94】Furman, J. et al. (2019), Unlocking digital competition. Report of the Dig ital Competition Expert Panel (’Furman Review’), HM Treasury.
【95】Ishenko, Z. et al. (2016), Economics for Effective Regulation, Financial C onduct Authority, https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occass ional-paper-13.pdf.
【96】JFTC (2017), Report of Study Group on Data and Competition Policy (En glish summary), https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/1706 06_files/170606-3.pdf.
【97】Khan, L. (2017), “Amazon’s Antitrust Paradox”, Yale Law Journal, Vol. 1 26.
【98】Khan, L. and R. Chopra (2020), “The Case for “Unfair Methods of Com petition” Rulemaking”, The University of Chicago Law Review.
【99】Krämer, J. (2020), “Personal Data Portability In The Platform Economy: Economic Implications And Policy Recommendations”, Journal of Competi tion Law & Economics, Vol. 17/2, pp. 263308.
【100】Lundqvist, B. (2021), “The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?”, International Review of Intellectual Property and Competition Law 52, pp. 239-241, https://doi.org/10.1007/s40319-021-01 026-0.
【101】Marsden, P. and R. Podszun (2020), Restoring Balance to Digital Competi tion - Sensible Rules, Effective Enforcement, Konrad-Adenauer-Stiftung, http: //www.kas.de.
【102】Marty, F. (2021), “Competition and regulatory challenges in digital market s: how to tackle the issue of self-preferencing?”, GREDEG Working Papers Series.
【103】Monti, G. (2021), “The Digital Markets Act – Institutional Design and Su ggestions for Improvement”, SSRN Electronic Journal, http://dx.doi.org/10.21 39/ssrn.3797730.

【104】Mundt, A. (2021), 12th New Frontiers of Antitrust: Regulation of platform s: one size fits all? EU, UK, USA, Germany. [64] Nalebuff, B. (2004), “B undling as an Entry Barrier”, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 11 9/1, pp. 159-187.
【105】Nicholas, G. and M. Weinberg (2019), “Data portability and Platform Co mpetition - Is user data exported from Facebook actually useful to competit ors?”, https://www.law.nyu.edu/centers/engelberg/pubs/2019-11-06-Data-Portabi lity-And-PlatformCompetition.
【106】OECD (2021), Competition Enforcement and Regulatory Alternatives, OEC D Competition Committee Discussion Paper, http://oe.cd/cera.
【107】OECD (2021), Data Portability, Interoperability and Digital Platform Comp etition. OECD (2020), Abuse of Dominance in Digital Markets.
【108】OECD (2020), Competition Economics of Digital Ecosystems.
【109】OECD (2020), Conglomerate Effects of Mergers - Background Note by th e Secretariat.
【110】OECD (2020), LIne of Business Restrictions - Note by the Secretariat.
【111】OECD (2020), Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control.
【112】OECD (2019), Enhancing Access to and Sharing of Data: Reconciling Ris ks and Benefits for Data Re-use across Societies, OECD Publishing, Paris, https://dx.doi.org/10.1787/276aaca8en.
【113】OECD (2019), Independent Sector Regulators DAF/COMP/WP2(2019)3, htt ps://www.oecd.org/daf/competition/independent-sector-regulators.htm.
【114】OECD (2019), Practical approaches to assessing digital platform markets f or competition law enforcement: Background note by the Secretariat for the Latin American and Caribbean Competition Forum, https://one.oecd.org/doc ument/DAF/COMP/LACF(2019)4/en/pdf.
【115】OECD (2018), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms.
【116】OECD (2016), Big data: Bringing competition policy to the digital era: B ackground paper by the Secretariat, https://one.oecd.org/document/DAF/COM P(2016)14/en/pdf.
【117】OECD (2015), Roundtable on Competition and cross platform parity agree ments - Summary of discussion.
【118】OECD (2014), Factsheet on how competition policy affects macro-economi c outcomes, https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-i v-en.pdf.
【119】OECD (2011), Regulated Conduct Defence DAF/COMP(2011)3, https://ww w.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf.
【120】Prado, T. (2020), “Assessing the Market Power of Digital Platforms”, Que llo Center Working Paper, TPRC48: The 48th Research Conference on Co mmunication, Information and Internet Policy Quello Center Working Paper, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747793.
【121】S. Prado, T. (2020), “Assessing the Market Power of Digital Platforms”, SSRN Electronic Journal, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747793.

【122】Schnitzer, M. et al. (2021), “International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals”, Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5.
【123】Schweitzer, H. (2021), “The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal”, Forthcoming - Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 3.
【124】Shelanski, H. (2019), “Antitrust and Deregulation”, Yale Law Journal, Vol. 127/7, pp. 1925-1928.
【125】Stigler Committee (2019), Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019, https://research.chicogobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-finalreport.
【126】Strowel, A. and W. Vergote (2016), “Digital Platforms: to Regulate or Not To Regulate? Message to Regulators: Fix the Economics First, Then Focus on the Right Regulation”, Responses to the Public Consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy..
【127】Takigawa, T. (2021), “Super platforms, big data, and competition law: the Japanese approach in contracst with the USA and EU”, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 9, pp. 289-312, http://dx.doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa053.
【128】Thiemann, A. and A. Neto (2021), “Barriers to entry in the digital market: An overview of EU and national case law”, e-Competitions, Vol. Art N° 100184/Barriers to entry in the digital markets, https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/barriers-to-entry-in-the-digitalmarket/barriers-to-entry-in-the-digital-market-an-overview-of-eu-and-national-case-law (accessed on 10 September 2021).
【129】UNCTAD (2021), Competition law, policy and regulation in the digital era, Note by the UNCTAD secretariat, https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd57_en.pdf (accessed on 8 September 2021). [25] US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust (2020), Investigation of competition in digital markets.
【130】Wheeler, T., P. Verveer and G. Kimmelman (2020), New Digital Realities; New Oversight Solutions in The case for a Digital Platform Agency and a new approach to regulatory oversight, https://shorensteincenter.org/new-digital-realities-tom-wheeler-phil-verveer-genekimmelman/.
【131】Wright, J. and D. Ginsburg (eds.) (2020), Antitrust and Ex-Ante Sector Regulation, The Global Antitrust Institute, https://gaidigitalreport.com/.
【132】Wright, J. and D. Ginsburg (eds.) (2020), Evaluating the Case for Regulation of Digital Platforms, The Global Antitrust Institute, Antonin Scalia Law School, George Mason University, http://www.gaidigitalreport.com.

附录

一、各国主要研究机构发布的数字经济反垄断报告

【1】 ee Stigler Centre, Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report, 2019;
【2】 J. Crémer, Y.-A. De Montjoye and H. Schweitzer, Competition policy for the digital era, 2019;
【3】 UK, Report of the Digital Competition Expert Panel, Unlocking digital competition, 2019;
【4】 German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Report by the Commission 'Competition Law 4.0', A new competition framework for the digital economy, 2019.
【5】 US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust (2020), Investigation of competition in digital markets.

二、全球针对 GAFA 的主要反垄断案件

针对 GAFA 仍在审理中的全球主要反垄断案件统计[158]

公司名称	监管机构	指控行为	开始时间	案件现状
谷歌	欧盟委员会	滥用搜索优势来支持自己的购物产品	2010 年 11 月 30 日	2017 年欧盟向谷歌罚款 27 亿美元，谷歌对此提出上诉
谷歌	欧盟委员会	滥用其移动运营系统来支持自己的服务	2015 年 4 月 15 日	2018 年 7 月欧盟向谷歌罚款 50 亿美元，谷歌对此提出上诉
谷歌	欧盟委员会	在数字广告领域限制竞争	2016 年 7 月 14 日	2019 年 3 月欧盟向谷歌罚款 17 亿美元，谷歌对此提出上诉
谷歌	韩国公平贸易委员会	垄断移动运营系统	2016 年 7 月	2021 年 9 月 14 日，KFTC 向谷歌罚款 1.77 亿美元。谷歌称要对此上诉
谷歌	印度竞争委员会	垄断移动运营系统	2019 年 4 月	2021 年 9 月 18 日，一份 CCI 的调查指出谷歌垄断了移动应用软件市场。监管者

158 时间截止 2022 年 7 月 21 日.

				对此尚未进行罚款。
谷歌	印度竞争委员会	垄断移动支付系统	2020 年 11 月 8 日	调查进行中
谷歌	律政司	垄断搜索和在线广告	2020 年 10 月 20 日	已经起诉
谷歌	10 名州检察长	垄断在线广告	2020 年 12 月 16 日	已经起诉
谷歌	38 名州检察长	垄断搜索	2020 年 12 月 17 日	已经起诉
谷歌	38 名州检察长	垄断移动应用软件分发和应用内支付	2021 年 7 月 7 日	已经起诉
脸书	欧盟委员会	利用其数字广告市场力量在其平台上与第三方广告商进行不正当竞争	2021 年 6 月 4 日	调查进行中
脸书	英国竞争和市场管理局	垄断全球 GIF 供应	2021 年 1 月 28 日	CMA 要求脸书出售 Gifhy。脸书对此提出上诉。
脸书	英国竞争和市场管理局	利用其数字广告市场力量在其平台上与第三方广告商进行不正当竞争	2021 年 6 月 4 日	调查进行中
脸书	德国联邦卡特尔办公室	滥用其在社交媒体的垄断不当收集用户数据	2016 年 3 月 2 日	联邦卡特尔办公室要求脸书在未经同意的情况下停止合并来自不同应用程序的用户数据。脸书对此提出上诉。
脸书	美国联邦贸易委员会	限制来自社交媒体竞争对手的竞争	2020 年 12 月 9 日	FTC 在法官驳回之前起诉后重新起诉
脸书	美国 48 名州检察长	限制来自社交媒体竞争对手的竞争	2020 年 12 月 9 日	法官驳回诉讼后各州提出上诉
苹果	欧盟委员会	垄断移动支付和应用软件分发	2020 年 6 月 16 日	调查进行中
苹果	欧盟委员会	垄断移动音乐流媒体	2020 年 6 月 16 日	调查进行中
苹果	英国竞争和市场管理局	垄断移动应用软件分发	2020 年 6 月 16 日	调查进行中

苹果	被 Epic 在美国地方法院起诉	垄断应用软件内的购买	2020 年 8 月 14 日	一名法官要求苹果改变其应用商店的一部分政策，但驳回了反垄断指控。苹果和 Epic 都提出上诉
亚马逊	欧盟委员会	利用其电子商务垄断和第三方卖家进行不公平竞争	2019 年 7 月 17 日	调查进行中
亚马逊	欧盟委员会	利用其电子商务垄断和第三方卖家进行不公平竞争	2019 年 7 月 17 日	调查进行中
亚马逊	德国联邦卡特尔办公室	垄断电子商务	2021 年 5 月 18 日	调查进行中
亚马逊	华盛顿州检察长	限制电子商务的竞争	2021 年 5 月 25 日	已经起诉