

论平台经济领域反垄断的恢复性救济

郝俊淇*

内容提要：加强和改进平台经济领域反垄断，应当统筹垄断行为的认定和救济的制定实施，重视恢复性救济，直击责任主体在规模、范围、网络、数据等方面的不当垄断优势，消除垄断行为对竞争的不利影响，重置有效的市场竞争条件。恢复性救济既可以采取责令停止违法行为、非歧视义务、数据隔离义务、数据共享义务、互操作义务、强制结构性分离等传统措施，也可以采取要求算法共享、责令暂时停业、补贴竞争对手、促进个人数据可携权行使等新型措施。尽管面临反事实状态难于阐述、进入壁垒不易确定、市场可竞争性存疑、时度效不易把握等潜在挑战，反垄断执法机构应遵循有效性、必要性、及时性、可管理性等原则和方略，统筹救济制定、实施、监督、矫正和保障，以充分实现反垄断执法的价值。

关键词：平台经济 垄断行为 竞争妨碍因素 恢复性救济 救济措施

DOI:10.16823/j.cnki.10-1281/d.2023.03.001

一、问题缘起：被忽视的恢复性救济

平台经济作为数字经济最集中的表现形式，已成为我国经济发展的新引擎。在此过程中，出现了与之伴生的平台垄断、赢者通吃、市场倾覆等风险挑战。平台经济治理的一项重要任务就是加强和改进反垄断，“破除平台企业数据垄断等问题，防止利用数据、算法、技术手段等方式排除、限制竞争”^{〔1〕}。从域内外情况看，受到质疑的平台垄断行为包括但不限于如下几种：（1）运用算法、区块链等技术达成和实施垄断协议；（2）基于管理者和经营者的双重身份及利益冲突，

* 郝俊淇，中国社会科学院法学研究所助理研究员。

本文为2022年度国家社科基金青年项目“新发展阶段资本规范健康发展的经济法保障研究”（22CFX037）的阶段性成果。

〔1〕《中共中央 国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》（2022年3月25日发布），载 http://www.gov.cn/jzhengce/2022-04/10/content_5684385.htm，最后访问时间：2022年10月4日。

实施自我优待、算法价格歧视、强制“二选一”、拒绝或限制互操作、隐私政策搭售、过度处理用户数据等滥用市场支配地位行为；（3）可能引致数据极端不对称集聚或扼杀创新的“根茎式”并购、“掐尖式”并购等反竞争的经营者集中。运用反垄断法处理这些行为面临两个阶段的挑战，不仅涉及第一阶段的垄断行为认定难题，而且涉及第二阶段的救济措置难题。在第一阶段，由于认识局限和信息成本，垄断行为的认定规范可能过于粗糙或不够精确，因而行为定性通常受到“误判错误”或“漏判错误”的影响。在第二阶段，救济需兼顾合理补偿、惩戒威慑、恢复竞争等多重目标，〔2〕若措置不当，救济可能比“疾病”更糟糕，也可能仅有隔靴搔痒或杯水车薪之效。

长期以来，理论和实务界对反垄断的关注大多聚焦于第一阶段的垄断行为认定规范或责任标准问题，对于第二阶段的救济目标、救济措施、救济运行等问题不够重视。〔3〕即使留意了救济问题，但往往将救济狭隘地理解或限定为罚款、没收违法所得、赔偿损失等制裁性或惩罚性措施，忽略了旨在消除不当垄断势力、重置有效竞争过程的恢复性救济措施的重要性。〔4〕恢复市场竞争是反垄断救济的最终目标的认识在域外理论和实务界几成共识，〔5〕但国内关于恢复性救济的系统性研究至今鲜见，且新修正的《中华人民共和国反垄断法》（2022年修正）（以下简称《反垄断法》）有关法律责任的规定依旧存在“重制裁、轻救济”问题，进一步暴露出责任方式的结构性失衡，未能弥补恢复性救济制度的体系性缺陷。〔6〕以至于在查处滥用市场支配地位和垄断协议案件时，反垄断执法机构仍旧只能在“责令停止违法行为”的狭窄权限范围内打转。〔7〕鉴于此，加强和改进平台经济领域反垄断，亟需统筹垄断行为的认定和救济的制定实施，避免顾此失彼、陷入“人人都想抓住‘坏’行为，但很少有人愿意清理它们”的尴尬境地。〔8〕

其实，正是由于传统反垄断法的责任标准太过烦琐、恢复性救济太过脆弱，创建旨在保障平台经济或数字市场可竞争性和公平性的事前监管制度的动议不绝于耳，一个典型例子是已于2022年11月1日生效实施的欧盟《数字市场法案》（Digital Markets Act, DMA）。然而，正如学者所言：“DMA更像是一项通过后门进行的竞争法改革，而不是一项带有监管理念的独特立法。”〔9〕实际上，恢复性救济制度与事前监管制度具有较明显的竞合关系乃至替代关系，如果反垄断的恢

〔2〕 See A. Douglas Melamed, *Afterword: The Purposes of Antitrust Remedies*, 76 *Antitrust Law Journal* 359 (2009).

〔3〕 救济问题是尚未理论化的反垄断领域。See Keith N. Hylton, *Remedies, Antitrust Law, and Microsoft: Comment on Shapiro*, 75 *Antitrust Law Journal* 773, 774 (2009).

〔4〕 See Edward Cavanagh, *Antitrust Remedies Revisited*, 84 *Oregon Law Review* 147, 202-203 (2005).

〔5〕 竞争法的最终目标应是恢复竞争。See E. Thomas Sullivan, *Antitrust Remedies in the U. S. and EU: Advancing a Standard of Proportionality*, 48 *The Antitrust Bulletin* 377, 424 (2003).

〔6〕 参见郝俊淇：《救济制度适用于事后调查类垄断案件研究——兼议新〈反垄断法〉的遗留问题》，载《经贸法律评论》2022年第5期。

〔7〕 实践中，反垄断执法机构有时会进一步制作行政指导书，要求违法主体在落实平台企业主体责任、加强内控合规管理、保护消费者权益等方面进行全面整改，但是，行政指导书不是以国家强制力作为最终保证的救济措施（法律责任方式），至多是某种柔性执法机制，难以弥补恢复性救济制度的缺失，也难以保证恢复市场竞争的现实成效。

〔8〕 See Anastasiya Bobyleva, *Choice in Digital Antitrust Law*, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3945266, last visited on Nov. 5, 2022.

〔9〕 Philipp Bongartz, Sarah Langenstein & Rupprecht Podszun, *The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers*, 10 *Journal of European Consumer and Market Law* 61, 65 (2021).

复性救济制度足够敏捷和强健,创建事前监管制度就不具有迫切的必要性。^[10]不过,平台经济领域竞争的特殊性的确放大了反垄断的第二阶段挑战,开展有效的恢复性救济面临更多挑战,但这绝非意味着反垄断法在平台经济领域将彻底失效。

基于以上背景和问题,下文首先对恢复性救济作一般性的理论考察,进而呈现适切于平台经济领域反垄断的恢复性救济的规范框架,其重点是对若干传统和新型恢复性救济措施展开探讨,并对救济的制定实施提供原则和方略指引。

二、恢复性救济的理论基础

在反垄断法上,救济是垄断行为所致法律责任关系的实现方式,恢复性救济是为有效终止垄断行为并消除行为对竞争的不利影响所采取的必要措施。

(一) 反垄断救济的内涵

《元照英美法词典》将“救济”定义为“矫正、纠正或改正已发生的不当行为或业已造成损害或损失的行为”^[11]。实际上,法律救济因权利或法益遭受侵犯而产生,实质是基于法律责任关系而采取的某种责任实现方式。而所谓法律责任,是“因损害法律上的义务关系所产生的对于相关主体所应当承担的法定强制的不利后果”^[12],包含两层含义,即法律责任关系和法律责任方式。法律责任关系与法律义务(第一性法定义务)密切相关,其核心是违反第一性法定义务而招致的第二性义务,^[13]亦即“让某主体承担不利后果的依据”^[14]。法律责任方式,即法律责任关系的实现方式,一般分为两类:一类是制裁性方式,即通过国家强制力对责任主体实施的以惩罚为主要内容的法律制裁,如惩罚性赔偿、罚款、罚金刑、自由刑等;另一类是补救性方式,即“保护法所确认的利益,恢复被破坏的法律关系和法律秩序的纠错机制”^[15],亦即由责任主体通过作为或不作为的形式主动履行和实现义务,或由国家强制力作为最终保证,要求责任主体以作为或不作为形式履行和实现义务。自此而言,所谓反垄断救济,是基于垄断行为所致法律责任关系,由责任主体通过特定方式承受的以国家强制力为最终保证的不利后果。例如,我国《反垄断法》规定的罚款、没收违法所得、损害赔偿等制裁性救济,以及责令停止违法行为、附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件,责令停止实施集中、限期处分股份或资产、限期转让营业等补救性或恢复性救济。

(二) 恢复性救济的意义

垄断行为是企业通过单独或联合方式损害市场竞争进而形成、维持、加强垄断势力的手

[10] 恢复性救济为恰当理解和处理平台经济治理体系中反垄断与事前监管的关系,提供了一个重要视角。基于其他视角的探讨,参见王磊:《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;周汉华:《论平台经济反垄断与监管的二元分治》,载《中国法学》2023年第1期;侯利阳:《平台反垄断的中国抉择:强化反垄断法抑或引入行业规制?》,载《比较法研究》2023年第1期。

[11] 《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1177页。

[12] 张文显主编:《法理学》(第3版),法律出版社2007年版,第194页。

[13] 参见张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第127页。

[14] 李拥军:《法律责任概念的反思与重构》,载《中国法学》2022年第3期。

[15] 刘水林:《经济法责任体系的二元结构及二重性》,载《政法论坛》2005年第2期。

段。反垄断法之所以预防和制止垄断行为，意在保护市场竞争，以此提高经济运行效率、激励创新、维护消费者利益和社会公共利益。这些法益适用“无救济则非法益，非法益则无救济”^{〔16〕}原理，也就是说，当垄断行为损害或可能损害这些法益时，国家必须为之提供相应的法律救济。

从救济功能和目标来看，罚款、没收违法所得、损害赔偿以及罚金刑、自由刑等制裁措施，虽可通过威慑效果起到预防垄断行为的作用，但无法消除责任主体不当积累的垄断势力，也无法恢复被垄断行为破坏的市场竞争条件，进而无法对上述法益予以补救和改善。事实上，对于规模庞大、资金雄厚的超大型平台企业而言，任何“合理”的罚款或许不过是轻轻一击。例如，谷歌在2017至2020年因三次实施滥用市场支配地位行为，被欧盟委员会累计罚款82亿欧元，但罚款并未削弱谷歌在通用搜索服务领域的市场支配地位，也未恢复有效竞争的市场基础，甚至没有为预防类似垄断行为的发生起到应有的阻吓作用。^{〔17〕}再如，针对某些头部平台企业实施“二选一”的限定交易行为，我国反垄断执法机构先后开出多张巨额罚单。姑且不论这些罚款是否产生了恰如其分的威慑效果，责任主体凭借违法行为所积累的用户、流量、数据以及算法等不当垄断优势不会因罚款而自动消解，即罚款不具有恢复竞争之效。

综上可见，一个健全的反垄断救济体系不应当局限于惩罚、制裁或威慑，它必须将“恢复市场竞争”作为核心目标甚至是最主要的目标，以消除责任主体的不当垄断势力，恢复无垄断行为时本应存在的市场竞争状况。如果反垄断执法机构证明了垄断行为，却找不到恰当的恢复性救济举措，这要么表明垄断行为的认定规范或责任标准存在缺陷，要么表明该案不适合由反垄断法解决——稀缺的执法资源最好用在其他地方。^{〔18〕}易言之，恢复性救济的措置情况及预期效果，不仅可用于检验行为定性的可靠性，而且是制约反垄断执法成功与否、价值高低的关键。^{〔19〕}传统恢复性救济措施的类别如图1所示。

三、恢复性救济须紧盯的竞争妨碍因素

与平台企业不当垄断势力相关的竞争担忧有时也被描述为平台垄断、数据垄断、赢者通吃、市场倾覆等。尽管称谓有别，但这些担忧皆包含对下列竞争妨碍因素的关注。进而言之，恢复性救济须紧盯这些竞争妨碍因素，以寻求消解不当垄断势力、重置有效市场竞争条件的可行方案。

（一）不当规模经济优势

数字产品的固定成本高，可变成本、边际成本几近于零，所以平台驱动的市场具有更明显的

〔16〕 凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，载《中国法学》2012年第6期。

〔17〕 See Thomas Hoppner, *Antitrust Remedies in Digital Markets: Lessons for Enforcement Authorities from Non-Compliance with EU Google Decisions*, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3739813, last visited on Nov. 6, 2022.

〔18〕 See William Kovacic, *Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct*, 31 Connecticut Law Review 1285, 1310-1316 (1999).

〔19〕 See OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases: National Contributions of United States*, p. 178, available at <https://www.oecd.org/competition/abuse/38623413.pdf>, last visited on Nov. 7, 2022.

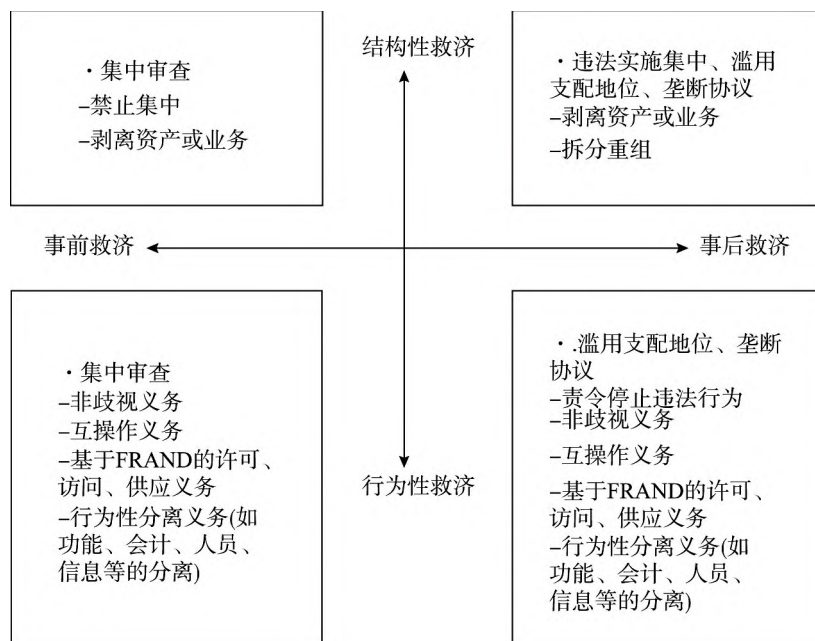


图 1 传统恢复性救济措施的种类

规模经济效应，乃至表现出极度规模报酬的特征，即“相对于获得产品的庞大用户数量而言，数字产品的生产成本低得不成比例，从而给市场上的在位企业带来显著的竞争优势”^[20]。实现极度规模报酬的前提是拥有庞大的用户基础，因而能否大规模地吸引、圈占用户，成为竞争成败的关键。正如美国司法部对谷歌提起诉讼时指出：“规模是关键（scale is the key），谷歌的用户和数据规模是如此之大。谷歌利用分销协议为自己锁定规模而不让其他人获得规模，从而非法地维持其垄断地位。”^[21] 其实，平台企业的规模经济优势，可能源于其数字产品的卓越性能、良好的用户体验，也可能源于其策略性的反竞争行为，如通过排他协议、限制多归属、“根茎式”并购等行为不当形成、维持、加强自身用户规模。当商业机会被垄断行为封锁，竞争对手即便投入高昂成本也难以吸引足够数量的用户以构建临界规模的用户基础，此际，由于市场竞争条件遭到破坏，竞争对手挑战垄断者的动机和能力皆受到严重制约。

（二）不当范围经济优势

整合化、集团化、生态化经营是平台企业运作的共同倾向。因为在供给方面，数字产品的创新和开发通常是模块化的，可以共享数据、技术、硬件、软件等投入要素；在需求方面，产品生态系统能带来消费者协同效应。^[22] 换言之，平台企业通常不局限于单一业务领域，而是围绕核心平台业务，叠加汇聚众多子平台业务。比如，以社交媒体作为核心平台业务，在此基础上衍生出支付、购物、出行、游戏、短视频娱乐等业务。平台企业的这种范围经济优势既可能源于其规范有序的扩

[20] Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era, p. 2, available at <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, last visited on Nov. 8, 2022.

[21] United States v. Google LLC, No. 1: 20 - cv - 3010 APM (D. D. C. Oct. 20, 2020).

[22] See Marc Bourreau, Alexandre de Streel, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350512, last visited on Nov. 9, 2022.

张，也可能由一系列反竞争的平台包抄策略所形成、维系和巩固。例如，平台企业在原始市场占据支配地位，其通过隐私政策搭售、捆绑服务、自我优待等行为，或者借助纵向并购、“掐尖式”并购等集中行为，切入多个目标市场并占据优势地位，同时巩固其在原始市场的支配地位。虽然范围经济或集团效应蕴含着不容忽视的效率利益，但也可能弱化企业之间的竞争，助推反竞争产品的扩散，提高创新者的进入门槛，使歧视性待遇更加普遍，导致封锁竞争的系统性风险。

（三）不当网络效应优势

“网络”是一个易受需求方规模经济影响的市场，产品会随使用人数的增加而变得越发有价值。网络效应可以用梅特卡夫法则加以描述，即网络的价值以用户数量平方的速度增长。^{〔23〕} 由于网络效应优势的存在，“新的市场进入者仅通过提供比在位企业更好的质量或更低的价格是不够的，它还必须说服在位企业的用户转移到它们的自身服务，因而可能会阻碍新的优秀平台取代市场上的既有在位企业”^{〔24〕}。究其原因，在位企业强大的网络效应使用户可从中获得不断递增的效用，表现出显著的用户黏性和锁定效应，即无人愿意第一个放弃既有网络效应而冒着被孤立的风险转换到新产品中去。不过，平台企业获取、维持和加强网络效应的过程可能是基于效能竞争，也可能是基于不当限制竞争，如拒绝平台、网络、数据的互操作，限制用户多归属，阻碍数据可迁移等。有研究表明，网络效应具有强弱程度差异，“当一家企业在具有强大网络效应的市场中占据支配地位时，它将对互操作产生强烈的抑制作用”^{〔25〕}。也就是说，越是强大的网络效应越具有自我巩固和排斥竞争的倾向。不当网络效应优势下用户的锁定效应和转换成本，加之用户的某些行为偏差（如倾向于坚持默认选项），构成了其他企业的重大进入壁垒，使之很难借助竞争驱动的力量开展与责任主体相抗衡的网络竞争。

（四）不当数据集聚优势

平台经济是典型的数据驱动型经济。企业从各种来源收集消费者身份、行为、偏好等数据，将其整理成综合性数据集，并利用这些数据集识别消费者的特征，为其提供个性化产品。数据特别是消费者数据，已然成为实现效率的重要投入和决定企业竞争力的关键要素。^{〔26〕} 实际上，平台企业的规模经济、范围经济、网络效应优势，与其数据的数量（规模）、种类（范围）、网络效应优势是相互成就的。庞大的用户规模意味着充裕的数据采集点，多维的产品线意味着丰富的数据采集源，不同于用户网络效应（人的直接网络效应），数据本身也具有网络效应（数据的间接网络效应），即通过对使用不同数字产品的消费者的个人数据进行收集、分析、应用，催生出更多更具价值的数字产品。可见，数据严重不对称的集聚是平台企业垄断势力的一个重要来源，有学者将其称为“数据垄断”。^{〔27〕} 尽管这种非对称优势可能是市场过程的自然结果，但也不排除受

〔23〕 参见〔美〕卡尔·夏皮罗、哈尔·R. 范里安：《信息规则：网络经济的策略指导》，孟昭莉、牛露晴译，中国人民大学出版社2017年版，第180页。

〔24〕 前引〔20〕，Jacques Crémer、Yves-Alexandre de Montjoye、Heike Schweitzer文，第2页。

〔25〕 Ian Brown, Interoperability as a tool for competition regulation, available at <https://ideas.repec.org/p/osf/lawarx/fbvx.html>, last visited on Nov. 10, 2022.

〔26〕 参见时建中：《数据概念的解构与数据法律制度的构建：兼论数据法学的学科内涵与体系》，载《中外法学》2023年第1期。

〔27〕 参见〔美〕莫里斯·E. 斯图克、艾伦·P. 格鲁内斯：《大数据与竞争政策》，兰磊译，法律出版社2019年版，第297-345页。

到了排他性数据收集等反竞争行为的影响。正如美国众议院司法委员会《数字市场竞争调查》指出：“具有市场支配地位的在线平台企业相对于较小的竞争对手和初创企业拥有极不对称的数据优势，这些数据优势一方面加强了大型平台企业的市场支配地位，另一方面成为其他企业的进入壁垒……虽然数据是非竞争性的，但企业可能通过技术限制和合同排除竞争对手获取、使用这些数据。这些排他性策略可以封锁市场，保护在位企业免受竞争。”〔28〕

四、平台经济领域反垄断的传统和新型恢复性救济措施

着眼于消除与平台企业不当垄断势力紧密关联的竞争妨碍因素，潜在的恢复性救济措施并非定于一尊，无论是传统措施还是新型措施，都各具优势和劣势，而无绝对孰优孰劣的抽象之分。

（一）传统恢复性救济措施及其潜在利弊

1. 责令停止违法行为

当垄断行为被认定违法后，制止违法行为是反垄断执法机构事后救济的首要工作。这种措施在中国反垄断法上被称为“责令停止违法行为”。从效果上看，责令停止违法行为能够防止市场竞争条件、经济效率、创新利益、消费者利益等进一步恶化，起到及时止损的作用，属于消极意义上的恢复性救济措施。如果能及早发现和制止垄断行为，且预期市场的内在修复功能将迅速恢复市场竞争，那么责令停止违法行为或许就足够了。但在大多数情况下，由于垄断行为已长期存在，加之认定垄断行为需花费较长时间，仅仅责令停止违法行为，不仅难以恢复因垄断行为而损失的竞争，而且责任主体依然可凭借不当垄断势力从其他策略维度实施更为隐蔽的垄断行为，这将使市场竞争环境和利益相关者的处境变得更糟。

2. 非歧视义务

在平台经济领域实施垄断行为的责任主体通常作为“守门人”把控着市场通道，构成多方用户交互的“中介基础设施”。这样的平台企业即使不是传统意义上的公用事业，也在事实上承担着广泛的“公共性”。其实施歧视性待遇、扭曲性的平台规则等垄断行为本质上是对“公共性”的背离。〔29〕捍卫这种“公共性”、恢复市场竞争的救济措施之一，是对责任主体施加概括性的非歧视义务，确保网络、平台、数据、流量、技术、规则、服务等资源或要素对所有用户的可得性、中立性或公平性。根据垄断行为损害机理的不同，非歧视义务可细分为非排斥义务、非扭曲义务和非剥削义务。〔30〕例如，欧盟委员会对“谷歌比较购物服务案”的处理，试图在比较购物服务市场重新注入竞争，要求谷歌遵守平等对待竞争对手比较购物服务和自家比较购物服务的原则，这实际上是对谷歌搜索服务施加的一种非排斥义务。

不过，非歧视义务很大程度上是责令停止违法行为的“镜像”，只明确了责任主体不应为的

〔28〕 Jerrold Nadler & David N. Cicilline, Investigation of Competition in the Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations, p. 42-43, available at https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, last visited on Nov. 10, 2022.

〔29〕 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》2021年第4期。

〔30〕 参见郝俊洪：《平台经济领域差别待遇行为的反垄断法分析》，载《法治研究》2021年第4期。

歧视性行为，但没有规定其应当为何种行为、如何行为。这样的救济措施或许有助于消解和预防行为性进入壁垒，但无法根除垄断行为导致的结构性进入壁垒，也无法消弭责任主体的不当垄断势力，故而难以全面、有效地恢复市场竞争。此外，“歧视”的含义经常引发争议，如果全凭反垄断执法机构介入调解，这种费时费力的不间断监督，可能使反垄断执法机构难堪重负。

3. 数据隔离义务

如前所述，责任主体不当垄断势力的核心来源之一是基于数据规模（数量）、范围（种类）、网络效应造就的强大在位优势。数据隔离作为一种行为性分离义务，要求责任主体对不同来源或业务领域的数据予以区隔，即设置独立的“数据仓库”或“数据防火墙”，防止不同来源的数据被不当整合、用以巩固数据“护城河”并从事更多的垄断行为。例如，德国联邦卡特尔局对“Facebook 案”作出裁决，要求 Facebook 不得将从 WhatsApp、Instagram 以及第三方渠道收集的不同来源数据与用户的 Facebook 账户数据进行整合，除非征得用户的同意。^[31] 再如，谷歌为了通过欧盟委员对其收购 Fitbit 的审查，承诺在广告业务中不会使用从 Fitbit 设备上收集的数据，在技术上保持 Fitbit 用户数据与谷歌其他数据之间的隔离，并赋予用户授权或拒绝其他谷歌服务使用 Fitbit 账户中的存储数据的能力。^[32]

尽管数据隔离义务注重对不当垄断势力的源头治理，但在应用中也有其局限性。一是容易遭到规避。责任主体可利用用户的认知偏差或设置默认选项，诱导用户作出整合数据的广泛同意。而且，用户不授予同意可能无法使用其他数字服务或在使用中面临限制，这促使其不得不保持广泛的同意。二是存在减损效率和创新的风险。数据是重要的生产和创新要素，打破“数据孤岛”、融汇多源数据，有助于平台企业优化业务流程、改进产品质量、提升用户体验。如果平台企业获取具有互补性的消费者数据以及从这些数据中挖掘价值的能力受到限制，很可能阻碍平台经济的动态竞争和创新发展。所以，施加数据隔离义务，需精准把握数据承载的隐私利益和数据驱动的竞争利益之间的平衡。

4. 数据共享义务

“数据垄断”作为一种损害理论，其主要担忧在于极不对称的数据集聚剥夺了较小竞争对手和初创企业获得临界规模的机会，进而妨碍其市场进入和竞争活力。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 14 条指出：“认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素。”可见，特定数据可能构成平台竞争的必需要素，强制责任主体共享具有特殊竞争意义的“必需数据”，对于恢复有效的市场竞争条件可能是一种必要的救济措施。^[33] 例如，在欧盟委员会附条件批准“IMS Health 收购 Cegedim S. A. 的客户关系管理和战略数据业务案”中，为了解决欧盟委员会

[31] See Anne C. Witt, *Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case*, 66 The Antitrust Bulletin 276 (2021).

[32] See European Commission Press Release IP/20/2484, Mergers: Commission Clears Acquisition of Fitbit by Google, Subject to Conditions (December 17, 2020).

[33] 参见时建中、吴宗泽：《作为反垄断救济措施的数字平台互操作义务》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》，网络首发时间：2022 年 12 月 20 日。

提出的潜在竞争问题,IMS承诺“应欧洲经济区医疗保健客户的请求,根据所承诺的标准版式,签订第三方数据访问协议”〔34〕。

不过,数据共享义务不乏应用中的顾虑。第一,此举可能削弱企业对大型数据集收集、开发、利用的动力,进而减损市场的创新活力。第二,强制共享数据特别是消费者数据,可能对隐私利益和数据安全造成不利影响,与个人数据保护法、数据安全法等相关法律产生冲突。第三,数据共享义务可能滋生反竞争的信息交换,助长平台企业明示或默示共谋的风险。〔35〕第四,受限于服务器容量不足、技术人才短缺、理解元数据能力有限等因素,竞争对手未必能处理共享来的大型数据集,因而难以给责任主体施加充分有效的竞争约束。第五,数据共享义务往往需要确定数据访问的范围、条件、费用等事项,且很多情况下不是一次性的数据传输,而是实时、持续的数据访问,由此进一步涉及API标准化接口的创建、修订、维护,以及公平合理非歧视访问条件的设定等复杂问题,免不了持续的监督和管理。

5. 互操作义务

互操作义务有数据互操作义务、协议互操作义务和全协议互操作义务三种类型。上文述及的数据共享,特别是实时、持续的数据共享就近似或等同于数据互操作。数据互操作机制首先依赖于责任主体开放其应用程序编程接口(API接口),其次依赖于调用此API接口的用户授权,即如果用户授权数据传输,此API接口就为其他数字产品提供了访问责任主体的用户数据的渠道。数据互操作作为其他平台企业在更大范围内开发替代性、互补性产品提供了可能,在缓解用户锁定效应的同时增加了责任主体面临的竞争约束,进而有助于恢复市场竞争。不过,数据互操作具有与数据共享类似的顾虑,不再赘述。事实上,实现数据互操作总是需要一些协议互操作,也就是说,若无协议互操作系统的存在,数据访问便无法实现。

(1) 协议互操作义务

协议互操作是指两个具有互补性的数字产品在技术上相互连接的能力。例如,通过协议互操作,淘宝网的购物链接可以无障碍地分享到微信社交媒体平台并得到完整呈现;同样地,微信支付服务可以不受阻碍地接入淘宝网购平台并供消费者购物时使用。其实,近年来备受关注的数字平台“封禁”行为,〔36〕如微信关闭钉钉和飞书等产品的API接口、抖音直播禁止有关第三方商品链接等,本质上都是排斥协议互操作的行为。在美国和欧盟的“微软垄断案”中,协议互操作得到了应用。微软被要求公开其API接口和其他与Windows互操作的独立软件所需的技术信息,以此确保其他企业能够为消费者提供基于浏览器模拟Windows的功能体验,从而为Windows操作系统施加竞争约束并恢复软件市场的有效竞争。该案表明,在平台经济领域,巨大的在位优势使其他企业难以通过面对面的竞争取代垄断者,成功的挑战往往源于邻近市场,即通过互补产品或服务差异化实现对垄断者的演化式替代。〔37〕正因如此,强制协议互操作,拆除“围墙花园”以及各种不合理的数据、流量“护城河”,防止市场碎片化,确保互补性数字产品在技术上互联

〔34〕 Commission Decision, Case No COMP/M. 7337 – IMS Health/Cegedim Business (December 19, 2014).

〔35〕 参见江山:《论横向信息分享安排的反垄断法规制》,载《价格理论与实践》2016年第8期。

〔36〕 参见侯利阳、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。

〔37〕 参见前引〔23〕,卡尔·夏皮罗、哈尔·R.范里安书,第155-159页。

互通，是恢复良性竞争环境的一种卓有实效的救济措施。^{〔38〕}

不过，协议互操作往往涉及互联互通标准的制定以及为适应新产品、新功能对标准的修订，少不了反复的沟通、博弈、试错和调适，这些工作需要反垄断执法机构持续参与和监督，并非一蹴而就。再者，尽管被合理定义和管理的标准可以促进协议互操作，有助于恢复市场竞争，但标准化的过程也可能产生垄断协议、滥用市场支配地位等反竞争风险。此外，由于涉及对平台、网络、服务、数据、流量等资源或要素的持续访问和调用，反垄断执法机构在设定公平合理非歧视的访问条件、保障访问的安全性等问题上，不得不对复杂多样的利益做出艰难平衡。

（2）全协议互操作义务

全协议互操作是指两个或多个具有替代关系的数字产品之间在技术上相互连接的能力。例如，网易邮箱、新浪邮箱、QQ邮箱等电子邮件服务之间的互联互通，以及微信支付、阿里支付、京东支付等支付服务之间的互联互通，等等。相较于协议互操作义务，全协议互操作义务是对责任主体规模经济、范围经济、网络效应、数据集聚效应等不当垄断优势的全面攻击，即要求责任主体与直接竞争对手全面分享上述优势，以根本性地解除用户锁定、降低转换成本、扭转市场倾覆，重置有效的市场竞争条件。

尽管具有潜在的积极功效，但全协议互操作更像是一剂“猛药”。第一，责任主体的在位优势不全是垄断行为所致，强制竞争性产品全面互联互通，可能助长弱者对强者的“搭便车”行为。第二，全协议互操作需要更深层次的集成和标准化，面临着互连安全性、经济合理性、公平公正性、配合协调性等难题，其管理和执行成本之高，以至于有可能把反垄断变成事实上的监管，类似于电信网基础业务互联互通的监管。第三，竞争性产品之间的全面标准化互连，还可能引发标准锁定下的产品创新不足、种类减少、差异化缩小、质量下降等问题，同时放大竞争者从事垄断协议、滥用共同市场支配地位行为的风险。

6. 强制结构性分离

强制结构性分离即结构性救济，涉及对企业产权的重新分配和企业行动激励、能力的改变，遵循“彻底切断原则”（clean break principle），是旨在恢复市场竞争结构的一次性救济措施。

（1）禁止集中

平台企业通过内涵式生长获得规模经济、范围经济、网络效应、数据集聚效应等优势，进展慢、时间长、成本高，而通过各种形式的集中行为则可以快速汇聚用户、数据、流量、技术、产品、服务等资源，从而在竞争中取得比较优势。适用事前申报的经营者集中审查制度旨在预防不利于有效竞争的市场结构和市场行为的产生。如果预见集中行为将不可逆转地恶化市场竞争条件，使集中后的实体形成或加强垄断势力，而附加限制性条件的承诺方案又不足以解决涉案竞争问题，那么禁止集中对维持（恢复）有效竞争的市场结构就是必要的。市场监管总局禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并，便是这方面的典型案件。不容否认，禁止集中是一种化解竞争问题的长效机制，而且避免了附条件批准集中情形下大量的监督和执行成本。但是，禁止集中也可能导致特定于集中的经济效率、集成创新、消费者福利等潜在利益无法实现，因而在作出禁止

〔38〕 参见焦海涛：《平台互联互通义务及其实现》，载《探索与争鸣》2022年第3期。

决定前，应尤其注重反事实评估和成本收益衡量。

（2）拆分和剥离

拆分和剥离都涉及对企业产权结构的调整，拆分救济主要针对“企业的结构本身导致持久或反复的垄断行为”，剥离救济主要针对“因垄断行为而存在的企业结构”^{〔39〕}。就前者而言，责任主体的结构蕴含着不可调和的利益冲突，本身就与有效竞争的市场条件不相容，因而若不对这种结构做出拆分，则持久和反复的垄断行为风险就一直存在。主张对 Facebook 等超级平台及其关联业务实行拆分的观点，正是基于这种考虑。^{〔40〕}就剥离救济而言，如果相关交易达到集中申报标准，未申报实施集中、申报后未经批准实施集中或者违反审查决定的，均构成违法实施集中，此际，反垄断执法机构可以对责任主体施加限期处分股份或者资产、限期转让营业等剥离救济，以矫正市场竞争条件的不正当变化。此外，当责任主体通过滥用市场支配地位或垄断协议行为积累相关资产、改变自身结构、巩固垄断优势，也可能面临剥离救济。例如，Facebook 在早年收购 Instagram、WhatsApp 时虽未受到美国反垄断执法机构的阻止，但最近美国联邦贸易委员会针对 Facebook 的垄断行为提起诉讼，开始要求其剥离包括 Instagram、WhatsApp 在内的相关资产和业务，并采取其他足以恢复市场竞争的救济措施。^{〔41〕}

拆分和剥离救济也并非尽善尽美。一方面，由于涉及对责任主体产权的重新分配，拆分或剥离救济可能对其生产效率、经营管理、相关者利益造成不利影响。考虑到责任主体的各项资产可能是高度依存的，强制将它们分离，可能削弱企业的服务质量、创新能力和安全保障。另一方面，尽管在责任主体业务线清晰的情况下，可以较容易地实现资产分割，但如果它们是紧密整合的，决定哪些资产应当被剥离、剥离给谁，无疑充满争议且旷费时日。而且，责任主体的资产可能是高度专业化的，有能力的适当买家可能不易找到，即资产剥离不一定能创造出成功的、可行的新竞争对手。

（二）新型恢复性救济措施及其潜在利弊

所谓新型恢复性救济措施，即在域内外执法实践中鲜有付诸运用，但有助于消解平台企业的不当垄断势力、重置有效市场竞争条件的措施，主要包括算法共享义务、责令暂时停业、将罚款用于恢复竞争等。

1. 算法共享义务

驱动平台经济巨大价值的核心要素，一方面在于数据，另一方面在于算法（算力）。平台企业要取得算法优势，依赖诸多因素，如算法的理论模型、计算能力、存储和快速检索数据的能力等，但其中最重要的莫过于数据的质量。算法可通过对具有海量性、实时性、高速性、多样性、价值性的数据进行学习，不断改进决策参数并优化自身性能，从而给企业带来倍增的经济效益。算法共享义务，即要求责任主体与竞争对手共享其算法，其理据和前提在于，算法优势来源于对非法获取数据的学习。例如，某平台企业通过非法排他性协议锁定用户进而圈占大规模商户数据

〔39〕 Cyril Ritter, *How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?*, 7 Journal of European Competition Law & Practice 587, 596 (2016).

〔40〕 See Lina M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, 119 Columbia Law Review 973 (2019).

〔41〕 See *Federal Trade Commission v. Facebook*, 1: 20 - cv - 03590 CRC (D. D. C. Dec. 9, 2020).

和消费者数据，用以改进商品推荐算法，强化用户黏性，促成更多交易，提升市场占有率和市场支配地位。由于非法获取的数据与算法优势存在因果关系，强制共享算法便成了一种潜在的救济选择。其优点在于：第一，竞争对手不需要经历访问、积累、理解、处理数据的漫长过程，就可将责任主体的优势算法迁移并应用于自家业务和数据处理，这对于快速恢复市场竞争具有重要意义。第二，共享算法不涉及对责任主体的用户数据的持续调用和访问，对数据隐私和数据安全造成不利影响的可能性较小。第三，责任主体的算法经过反复的数据学习具备了卓越的性能，蕴含着巨大的经济效益，“一刀切”地禁止使用这种算法或责令删除相关代码，无疑会减损经济效率、消费者利益，而通过共享“非法成果”，既削弱了不当垄断势力，又不至于使经济效率、消费者利益变得更糟。^{〔42〕}

但此举也面临一些难题。第一，从技术上看，所共享的算法未必与竞争对手的数据集互操作，此时需要对算法进行修改，或采用新的数据格式。也就是说，并非所有算法都能无缝迁移，可能存在互操作成本。第二，共享算法限于特定情形，即算法优势源于对非法获取数据的学习。但是，责任主体的算法优势可能是源于对“混合数据”的学习，即非法与合法获取的数据同时存在。此际，只有基于非法数据学习所得的“增量”算法性能（代码/知识）适宜被共享。然而，要准确作出这种区分即使不无可能，难度也不小。第三，共享算法还可能导致技术趋于单一的问题，而一定程度的算法多样性可能对市场和消费者是有利的。此外，若算法包含反竞争或侵犯消费者权益的参数，在共享前未被审查出来，则可能助推“坏”算法的传播。

2. 责令暂时停业

责令暂时停业，即暂时停止与垄断行为相关的数字产品及服务。这种措施兼具惩戒性、预防性、恢复性，在域外反垄断法中不乏其例。^{〔43〕}比如，意大利《竞争与公平法》第15条规定，竞争主管机构可以责令不遵守救济措施的企业暂停其商业活动30天。^{〔44〕}而当美国参议员约翰·谢尔曼被国会问及与他提出的法案有关的救济措施时，他提到了“驱逐公司”（ouster of the corporation）。^{〔45〕}责令暂时停业是一种“休克疗法”，其作用机理在于通过暂时停止责任主体的相关应用程序或用户界面，释放被其规模和范围经济、网络效应、数据集聚效应等不当优势牢牢锁定的用户，即以“数字戒毒期”（digital detox）的方式解救一些由于有限理性和行为偏差而深度成瘾、无法自拔的用户，^{〔46〕}逼迫他们接触、使用竞争性数字产品，并预期至少实现部分转移，从而为竞争性数字产品快速增长、获得临界规模提供机会。停业有严格的时间限制，需考虑用户了解并留存于竞争性数字产品的合理时间，以及竞争性数字产品实现临界规模的合理时间等因素。

不过，责令暂时停业也可能导致意想不到的不利后果。一方面，反垄断法通过保护竞争来提

〔42〕 See Michal S. Gal & Nicolas Petit, *Radical Restorative Remedies for Digital Markets*, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3687604, last visited on Nov. 11, 2022.

〔43〕 对一些“屡教不改”的垄断行为可考虑责令其暂停营业。参见王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社2009年版，第340页。

〔44〕 参见时建中主编：《三十一国竞争法典》，中国政法大学出版社2009年版，第151页。

〔45〕 See Stephen Fraidin, *Dissolution and Reconstitution: A Structural Remedy, and Alternatives*, 33 *George Washington Law Review* 899 (1964—1965).

〔46〕 See Lior Frank, *Boundedly Rational Users and the Fable of Break-Ups: Why Breaking-Up Big Tech Companies Probably Will Not Promote Competition from Behavioral Economics Perspective*, 43 *World Competition* 373, 373 (2020).

升消费者福利，市场上存在越多的竞争者特别是高质量竞争者，就越接近反垄断法的意旨，即反垄断法一般不会取缔企业（包括具有市场支配地位的责任主体）的竞争资格。试想，如果谷歌搜索服务因垄断行为被叫停，其卓越的搜索算法可能是短期内其他竞争对手所无可比拟的，停业意味着消费者无法继续享受这种搜索算法带来的好处，由此导致的社会福利损失可能更大。另一方面，平台企业具有多边架构、生态化运营的特点，暂停某一数字服务的影响不单及于使用该服务的消费者，还可能导致平台以及跨平台上的广大商户承受已投入费用、专用性资产等沉没成本的损失，供应商、承包商、加盟商、灵活就业劳动者等众多关联主体的利益也可能受到损害。

3. 将罚款用于恢复竞争

行文至此可见，恢复性救济主要依赖责任主体对相关义务的履行。作为对这种“自力救济模式”的变式和补充，还可以借助“外力救济模式”，即发挥平台企业等经营者实施垄断行为被科处的巨额罚款之效用，取其一部分用于建立“恢复竞争保障基金”，由国务院反垄断委员会统筹管理，作为应对和救济重大竞争损害的后备资金。

（1）将罚款用于供给侧救济

恢复竞争保障基金可用于供给侧救济，如补贴因垄断行为受害的竞争对手，或补贴其他足以削弱责任主体不当垄断势力的潜在竞争对手。补贴特别是有选择性的补贴可能对竞争造成扭曲，因而受到竞争政策和反垄断法的严格控制。但在恢复性救济的场合，恰当的补贴可能会让受益者获得成本优势，将产品的价格或非价格条件设定在优于责任主体的水平上，进而给其施加竞争约束，为市场重新注入竞争。进一步讲，资助哪家企业的标准是所选企业通过差异化替代品的市场化在恢复竞争方面的预期成功。虑及反垄断当局可能缺乏足够的信息作出这种判断，不妨采取拍卖补贴权的方式，让企业在竞拍时披露行业及自身相关信息。此外，也可考虑通过补贴用户的方式（如发放代金券）来间接补贴竞争对手。代金券应设置有效期，以加强市场进入和扩张的激励，达到迅速恢复竞争的效果。这种方式较适合于订阅类、交易类平台模式，突出优点在于降低主观判断的恣意性风险，让市场选择哪个竞争对手应得到补贴。

但补贴救济也有弊端。第一，企业的成长并非一蹴而就，补贴可能难以产生立竿见影的效果。即便采取间接补贴方式，也面临追踪用户、监测代金券的有效使用等成本。第二，选择性补贴的效果取决于决策的信息基础和认知能力，一旦处理不当，不仅浪费财政收入，而且可能造成扭曲市场激励、助长不劳而获等负面影响。第三，反垄断法的基本精神是“保护竞争而非保护竞争者”，将分配补贴的任务交给反垄断当局，似乎是对其职能的不当延伸。

（2）将罚款用于需求侧救济

恢复竞争保障基金也可用于需求侧救济，旨在通过便利消费者行使个人数据可携权和改善消费者决策来加强市场竞争。个人数据可携权，也称个人数据迁移权或转移权，最早由欧盟引入，后为美国加州、新加坡、澳大利亚、中国等立法所参考。个人数据可携权的有效行使，即个人数据在不同平台企业之间的可迁移性，可以降低个人对特定数据控制者的依赖度，赋予数据主体摆脱受特定数据控制者“锁定”及选择替代性服务的能力。^{〔47〕}可见，个人数据可携权与恢复性救

〔47〕 参见王锡锌：《个人信息可携权与数据治理的分配正义》，载《环球法律评论》2021年第6期。

济在很大程度上具有一致的目标。然而，受限于平台企业之间技术不兼容、数据互操作标准不健全、不对称权力结构下消费者行权面临障碍等因素，个人数据可携权的实现状况并不乐观。为应对这些问题，可将恢复竞争保障基金用于改善数据可携权的实现条件：第一，可以资助相关数据互操作标准的创建、更新、维护，确保责任主体与竞争对手能以机器可读、普遍可用、结构化的形式传输、接收、存储、利用消费者个人数据，降低消费者行权障碍。第二，可以资助建立从事个人数据管理服务的商业企业、公共企业、社会组织等新型中介机构。这些中介机构可以访问规模以上平台企业的消费者可携性数据，由其集中持有和管理，并应消费者的请求移转这些数据。也就是说，中介机构为消费者行使数据可携权提供了方便快捷、低成本、准确和中立的渠道。第三，强制责任主体免费配合可携性数据的转移，可能使其负担过重的成本，甚至超过垄断行为的收益。在我国个人数据携转收费模式等基础制度尚不健全的情况下，可考虑对严格履行义务的责任主体予以适当补贴，以激励责任主体积极保障个人数据可携权的实现。

此外，恢复竞争保障基金还可用于改善消费者决策，如资助一站式服务、比价网站、数字管家、算法型消费者等商业工具的开发和完善。这些工具有助于消费者克服短视、惰性、框架、惯性、信息和选择不足或超载等偏差，缓解锁定效应，促进消费者多归属，从而为市场注入竞争。

五、制定实施恢复性救济的潜在挑战和原则方略

综合上述传统和新型恢复性救济措施的应用潜力来看，要彻底消除垄断行为所致竞争妨碍因素、重置有效的市场竞争条件，可能面临反事实状态难于阐述、进入壁垒不易确定、市场可竞争性存疑、时度效不易把握等挑战。然而，作为市场竞争的坚定捍卫者，反垄断执法机构应直面挑战，充分实现反垄断执法的价值。

（一）制定实施恢复性救济的潜在挑战

其一，恢复性救济旨在重置无垄断行为的情况下本应存在的市场竞争状况，即一种反事实或假定的竞争均衡状态。然而，在复杂的平台商业生态中，洞察和阐述反事实状态并不容易。因为，平台企业的垄断势力可能源于多重因果关系，如效能竞争、随机事件、政府扶持、监管套利、垄断行为等。准确区分不同因果关系并制定有针对性的恢复性救济方案，需要反垄断执法机构具备扎实的信息基础、业务技能、理解产业的能力以及良好的体制资源、组织架构等软硬功底。

其二，在位平台企业的不当规模经济、范围经济、网络效应、数据集聚效应是平台竞争的妨碍因素，但这些相对优势在多大程度上构成其他竞争者无法逾越的进入壁垒，存在认识分歧。例如，有学者基于数据非竞争性、非排他性以及凸形回报等特点，质疑“数据垄断”的说法。^{〔48〕}再如，有学者指出构成进入壁垒的更可能是经过数据训练改进的算法、产品设计。^{〔49〕}可见，对竞争妨碍因素仅作局部的、孤立的、定性的了解是不够的，救济方案的健全有效性还依赖于对进

〔48〕 See Catherine Tucker, *Online Advertising and Antitrust: Network Effects, Switching Costs, and Data as an Essential Facility*, CPI Antitrust Chronicle, April 2019, p. 3.

〔49〕 See Erika M. Douglas, *Monopolization Remedies and Data Privacy*, 24 Virginia Journal of Law & Technology 41 (2020).

入壁垒作整全的、联动的、精细的解析。

其三，平台垄断、赢者通吃、市场倾覆是否意味着市场接近于一种永久性的市场失灵，这同样也是存在争议的问题。如果平台经济的基本属性是“为市场竞争”（competition for the market），而不是“在市场竞争”（competition in the market），即接近于一种永久性的市场失灵，单凭反垄断的恢复性救济恐怕于事无补，而将在位平台企业作为自然垄断或公用事业，为其设置事前监管措施，似乎更可取。^{〔50〕} 不过，实证经验与这种论调并不吻合，差异化替代品以及邻近市场上看似不起眼的应用程序往往是推动平台竞争的重要引擎。近年来，以抖音为代表的短视频娱乐平台的强势崛起，对微信、百度、淘宝（天猫）形成强大的竞争压力和替代效应，就是一个典型例子。其启示在于，恢复性救济不是一味地“头痛医头、脚痛医脚”，有时“辨证施治、另辟蹊径”反而效果更好，这就需要执法机构对产业的发展趋势和差异品的演化式替代苗头保持敏感。

其四，恢复性救济的显著特点是为竞争对手争取更有利的地位。这意味着救济措施往往采取积极的行为义务和拆分、剥离等结构性分离义务，且这些义务不必与垄断行为存在严格意义上的相关性。^{〔51〕} 这样，在个案处理时反垄断执法机构可在广泛的救济措施中进行选择组合，但同时也使过度或激进的救济方案造成适得其反的风险增加了。换言之，恢复性救济的时度效不易把握，面临复杂的利益衡量，其制定和实施需要遵循科学的原则和方略。

（二）制定实施恢复性救济的原则和方略

从动态视角看，恢复性救济须统筹处理好三方面的任务：一是恢复性救济的制定，二是恢复性救济的实施和监督，三是恢复性救济的矫正和保障。

就恢复性救济的制定而言：（1）应树立统筹性原则，即反垄断执法机构应兼顾行为定性和救济措置，目光不断穿梭于二者之间，尤其在发动案件前以及在案件处理过程中，应尽早筹划可行的恢复性救济方案，不能只顾抓住“坏”行为，而全然不顾如何消除其不利影响。（2）应贯彻磋商性原则，即反垄断执法机构在制定恢复性救济时，应注重不同主体及其信息、观点、立场、利益的交涉，从而增强救济措施的可执行性和遵从性。在救济磋商中，责任主体自愿承诺的义务以及自行披露的信息，通常可作为确定恢复性救济方案的基础。（3）应遵循有效性原则，这意味着：其一，所选取的救济措施应具备适当性，严格服务于恢复竞争的目标，而不应逾越“恢复”的边界进一步寻求“促进”或“加强”市场竞争的措施。其二，恢复性救济不应超过实现目标所需的必要限度，如果有多种方案都能实现目标，应当选择对责任主体负担最小或利益侵害最小的方式。^{〔52〕} 其三，反垄断执法机构不仅要对相关救济措施可能如何改变市场竞争格局和发展走势形成较为确切的预期，还要对责任主体可能的反应有所预见，以防止其策略性地规避该等措施。（4）应确立净收益性原则，即反垄断执法机构应平衡恢复性救济的相对成本和收益，选择竞争收益最大而经济社会成本最小的救济方案。这至少意味着救济措施不应引发新的、更多的竞争问题或其他非意图损害，以至于救济比垄断行为更糟糕。

就恢复性救济的实施和监督而言：（1）应恪守及时性原则，即依法制定的恢复性救济方案及

〔50〕 参见高薇：《平台监管的新公用事业理论》，载《法学研究》2021年第3期。

〔51〕 参见前引〔2〕，A. Douglas Melamed文，第364页。

〔52〕 参见焦海涛：《我国反垄断法修订中比例原则的引入》，载《华东政法大学学报》2020年第2期。

相关义务应能够迅速付诸实施、履行并产生预期效果，否则效果来得太慢或太晚，市场竞争条件、竞争对手处境、经济效率、消费者利益等可能进一步恶化。因此，对于行为性救济确定的义务，一般不设过渡期，救济决定作出时责任主体应立即履行义务。对于结构性救济确定的义务，由于涉及业务分解、寻找适当买家等繁琐事项，过渡期最长一般不应超过1年，在此期间责任主体可以自行或委托有关专业团队落实结构性分离。（2）应严守可管理性原则，即恢复性救济应当与反垄断执法机构的职责、组织、资源、能力等相适应。为切实提升救济管理和监督能力：第一，反垄断执法机构应特别重视知识投资、理论研究、经验借鉴、人才培养、技术支撑，深化对平台经济的竞争逻辑、运行规律、演变趋势的理解，强化对各种恢复性救济措施的运用把控能力。第二，可以从内部组织变革入手来提升救济实施和监督的能力，如在查处垄断行为的业务处之外，增设“救济监察执法处”，由其统筹负责救济实施和监督工作。第三，可充分借助监督受托人和剥离受托人制度，由适格的受托人监督救济的实施情况或负责出售剥离业务并向执法机构报告。第四，鉴于救济特别是行为性救济所涉义务的履行容易出现争议，在发挥监督受托人争议解决作用的同时，还可以通过指定仲裁的方式来快速处理义务履行过程中可能发生的纠纷。^[53]第五，为避免反垄断执法机构演变为事实上的行业监管者，所有行为性救济措施应明确期限，如规定相关义务自履行之日起5年后自动解除，或规定相关义务自履行之日起5年后当事人可向反垄断执法机构提出解除义务的审查申请。

就恢复性救济的矫正和保障而言：（1）应纳入矫正性原则，即救济一般在经历制定和实施（监督）两个阶段后即告完结，但如果发生作出救济决定时无法预料的情况，如相关市场竞争状况发生实质性变化、实施某些救济措施面临严重障碍或无必要等，那么，反垄断执法机构可以依职权对相关救济措施予以变更或解除，责任主体也可以依申请变更或解除相关救济措施。矫正机制主要针对行为性救济措施，仍然需要依据磋商性、有效性、净收益性等原则重新审查、评估和确定。（2）应坚持保障性原则，即救济的有效运作须以制裁等强制性手段为根本保障，否则相关义务恐会变得毫无拘束力。例如，根据《欧盟理事会第1/2003号条例》第24条规定，如果企业或企业协会不遵守委员会在垄断协议和滥用市场支配地位案件中作出的救济决定，那么从决定作出之日起每延迟一天，征收不超过其上一年度日平均营业额5%的罚款。^[54]从行政行为属性上看，这种“日罚款”即加处罚款，是行政强制执行的一种方式。遗憾的是，我国《反垄断法》缺少类似的规定。^[55]将来《反垄断法》修订有必要予以补充规定。（3）应注重回顾性原则，即有必要对完结案件的恢复性救济开展回溯评估，检验其现实成效，反思个中救济措施的利弊得失并积累经验教训，通过以评促改持续优化将来案件的救济制定实施。

六、结语：超越责令停止违法行为

在实施近14年后，我国《反垄断法》迎来了首次修正。本次修法尤其加强了对违法行为的

[53] 参见孙晋：《谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适》，载《中国法学》2018年第6期。

[54] 参见许光耀主编：《欧共体竞争立法》，武汉大学出版社2006年版，第273-274页。

[55] 参见王晓晔主编：《中华人民共和国反垄断法详解》，知识产权出版社2008年版，第239页。

惩罚威慑力度，^{〔56〕}但明显忽略了恢复性救济在制度构造上的缺陷。就有效终止垄断协议、滥用市场支配地位行为并消除其对竞争的不利影响而言，单凭《反垄断法》里的“责令停止违法行为”难以提供充分的保障力度。尽管基于反垄断执法机构的固有职权，在责令停止违法行为之外作出其他恢复竞争的命令未尝不可，但这种文本缺陷和法律责任方式的结构性失衡是客观存在的。理想的修法方案是将“责令停止违法行为”改为“责令采取有效终止违法行为并消除行为对竞争不利影响的必要措施”，以此健全恢复性救济的法律基础，并形成垄断协议、滥用市场支配地位、违法实施经营者集中在法律责任方式上的相似构造和连贯逻辑。鉴于《反垄断法》短期内不会再次修改，退而求其次的举措是通过配套规章和执法指南的修改，更正“责令停止违法行为”并引入以上表述。

总而言之，加强和改进平台经济领域反垄断，须统筹行为定性和救济措置，高度重视恢复性救济。如果反垄断执法机构证明了责任主体的“坏”行为，却不能找到恰当的救济措施恢复市场竞争，反垄断执法的价值和反垄断法目标的实现就会大打折扣。

Abstract: To strengthen and improve anti-monopoly in the field of platform economy, we should coordinate the identification of monopolistic conduct and the formulation and implementation of remedies, attach importance to restorative remedy, directly attack the improper monopoly advantages of illegal undertakings in scale, scope, network, data and other aspects, eliminate the adverse effects of monopolistic conduct on competition, and reset effective market competition conditions. Restorative remedy can take traditional measures such as order to stop illegal conduct, non-discrimination obligation, data isolation obligation, data sharing obligation, interoperation obligation and forced structural separation, and can also take new measures such as algorithm sharing obligation, order to suspend business temporarily, subsidizing competitors, and promoting the exercise of personal data portability rights. In spite of potential challenges such as difficulty in elaborating counterfactual states, difficulty in determining entry barriers, doubt about market competitiveness, anti-monopoly law enforcement agency should follow the principles and strategies of effectiveness, necessity, timeliness, and administration, and coordinate the formulation, implementation, supervision, correction and guarantee of remedies so as to fully realize the value of anti-monopoly law enforcement.

Key Words: platform economy, monopolistic conduct, competition obstruction factors, restorative remedy, remedy measures

(责任编辑:李敏 赵建蕊)

〔56〕 参见时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,载《中国法律评论》2022年第4期。