

# 比较法视野下我国数字平台竞争合规建设的法律因应

龚崇霄

(复旦大学 上海 200433)

**摘要:** 随着我国数字经济的出现与成熟,不少数字平台企业在相关市场中占据重要地位,为防范在数字平台经济中更易出现的垄断与违法风险,亟须建立新的企业竞争合规机制。本文以英国的数字平台合规指南为比较法视野下的参照对象,试弥补我国经验缺乏与制度资源的不足,通过比较研究发现,英国的准则设计、个人数据移动和数据开放等具体措施值得借鉴,同时其借助技术手段主动刺激竞争的思路值得参考。

**关键词:** 企业合规;数字平台经济;比较法;技术设计;反垄断

**本文索引:** 龚崇霄.比较法视野下我国数字平台竞争合规建设的法律因应[J].中国商论,2022(20):116-120.

**中图分类号:** F270

**文献标识码:** A

**文章编号:** 2096-0298(2022)10(b)-116-05

目前,我国的经济的发展已进入新阶段。随着市场经济愈加充分的发展、新的数字技术的应用,出现了以阿里、腾讯、百度为代表的数字巨头平台企业。在此背景下,营造一个公平、有序、充分的企业竞争环境显得尤为重要,不仅是对广大消费者权益的保护,还是对我国企业的不断创新优化与长远发展的保证。

我国预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争的主要基础法律制度是《反垄断法》。自2008年颁布至今,我国的竞争环境在反垄断司法与执法的实施下得到了一定程度的改善,以阿里巴巴“二选一”为代表的突出的反竞争行为也得到了惩治。然而,我国反垄断机制仍主要是以罚金为常见形式的简单威慑和个案事后的法律救济。这种机制一方面消耗着大量的执法成本,另一方面,难以保证所有反竞争行为都被及时发现,实施事后救济之后企业的违法风险能够得到清除,数字经济下的新违法风险和技术难题得到化解。因此,从20世纪中后期开始,许多国家开始探索一种新的反垄断法实施方式,即企业竞争合规。

所谓的企业竞争合规,就是企业在反垄断执法机构的指引下,根据自身的工作计划和合规惯例采取相应的措施,努力使企业最大程度地合乎竞争法律规范、避免违反竞争法律规范的动态过程。相比执法机构单方面的威慑和救济,竞争合规将重心转移到企业本身的制度构建和守法自觉,不仅节约了执法成本,还有助于企业长期规避违法风险,并促进一个良性的竞争环境与竞争文化的形成。相比竞争执法经验较多、开展合规建设较早的国家,我国竞争合规建设尚处于起步期。因此,非常有必要对国外竞争合规措施及方案进行研判,以完善我国的竞争合规机制,为经济的健康发展保驾

护航。

## 1 我国数字平台竞争合规建设的现状

由于我国的竞争合规建设尚不完善,无论是在国际还是国内,都存在着较高的违法风险。(1)国际层面,一些西方国家已将企业是否建立合规制度作为其在出现商业违法行为被追究刑事责任时,是否起诉、是否定罪及酌情减轻处罚的依据。在国际激烈竞争的战略背景下,我国企业机构往往以缺乏合规制度为由,频频在国际商事活动中被外国制裁,代表案例如中国中兴通讯公司案、湖南建工集团案与中国银行(浙江分行)案。截至2019年,我国有44家母公司、700余家关联公司被世界银行处罚,令我国在国际竞争中处于十分不利的尴尬境地,也无助于我国树立一个良好的国际形象。(2)国内层面,由于缺乏合规机制,大量公司频频出现不正当竞争行为,不仅损害了消费者利益,还使得执法部门不得不投入大量精力进行事后应对和治理。2021年,反垄断执法机构共针对26起垄断行为案件做出决定,数量再创历史新高。“十三五”期间,我国查处市场垄断案件179件、罚没金额27.6亿元。2008—2020年,全国各级法院受理各类垄断民事案件共计897件,审结844件,年结案量从2008年的6件上升到2020年的107件,12年间增幅达到16.8倍。虽然反垄断执法愈加常态化,执法力度不断加大,但如果没有较完善的企业合规制度的建立,垄断和不正当竞争案件就有可能继续不断出现,甚至数量递增。

## 2 我国数字平台竞争合规建设不足的原因

### 2.1 数字平台自身的“倾斜”和“赢家通吃”特点

数字与平台经济的冲击使垄断行为更易出现。在许多情

**作者简介:** 龚崇霄(2000-),男,汉族,四川成都人,英文专业。

况下,数字市场受制于“倾斜”(tipping),即赢家将占据大部分市场。具体的驱动力可以是规模经济和范围效应,消费者或卖方的网络外部性,产品、服务和硬件的整合,消费者的行为限制和默认习惯等。数字市场的集中化可以带来好处,也会带来巨大的隐患,出现一家或少数几家占主导地位的公司,很大一部分原因是更高的效率,但集中也提高消费者的有效价格,减少选择或影响质量,新公司进入市场或扩大规模可能会变得更加困难。最令人担忧的是,这可能会阻碍创新,因为大公司不再害怕新进入者,而新进入者将更难把其产品推向市场,并且市场竞争本身不能解决与“倾斜”和“赢家占多数”相关的问题。过去,许多占主导地位的科技公司似乎无懈可击,但由于技术变革创造了新市场和新公司,它们随后也面临意想不到的竞争。例如,20世纪60年代和70年代初,IBM在硬件领域的主导地位因个人电脑和软件的出现而变得式微。如今,网络效应和数据规模回报率更加牢固,与万维网早期的巨大波动相比,市场已经迅速企稳。此外,鉴于下一次技术革命的核心是人工智能和机器学习,那么最有能力利用这些工具的公司很可能是现有的大公司,因为数据对这些工具的成功使用非常重要。

## 2.2 我国数字平台竞争合规的制度资源不足

与西方部分资本主义国家相比,我国实行市场经济的时间较短,缺乏经验。就竞争合规而言,大量西方国家普遍在2012年前颁布了竞争合规指引文件。早在1997年,加拿大竞争局就进行了尝试,此后澳洲公平竞争和消费者委员会于2005年颁布了《企业商业行为合规计划》,日本公平交易委员会于2006年颁布了《企业合规机制——企业遵守反垄断法的现状和问题》,欧盟委员会于2011年发布了《合规事宜——公司如何更好地遵守欧盟竞争规则》,英国公平贸易办公室于2011年颁布了《企业如何遵守竞争法指南》,法国竞争管理局于2012年发布了《竞争合规方案框架文件》,等等。

反观我国,无论是中央还是地方的合规指引,都基本发布于2020—2021年,如国务院反垄断委员会印发的《经营者反垄断合规指南》和《企业境外反垄断合规指引》、市场监管总局起草的《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》、浙江省市场监督管理局印发的《浙江省平台企业竞争合规指引》、上海市市场监管局发布的《经营者竞争合规指南》,其他发布了合规指南的地方包括湖北、河北、天津等。必须承认,这些指南的发布是我国竞争合规制度建立上的一项进步,我国也在2021年成立了市场监管总局竞争政策与大数据中心,以应对平台经济和数字化经济的反垄断新形势。

在我国现有的正式发布的合规指南中,除了中央层面的

《经营者反垄断合规指南》和《企业境外反垄断合规指引》外,都是地方层面的指南。其中,《经营者反垄断合规指南》是对国内经营者通过合规管理规避合规风险,从而使其经营管理行为符合《反垄断法》相关规定的一般性指引,而《企业境外反垄断合规指引》则主要侧重引导企业建立和加强境外反垄断合规管理制度,防范境外反垄断法律风险。两个文件在结构和内容上类似,都包含总则、合规管理制度、合规风险重点、合规风险管理、附则几个主要章节。尽管《企业境外反垄断合规指引》由于针对境外反垄断合规的特殊性和复杂性,相较《经营者反垄断合规指南》更为详细具体,并给出了一些防范反垄断风险的具体措施,但两部中央层面的文件都较富原则性和概括性,只能为企业提供一个框架性和一般性的初步引导。

地方的合规指南都是由各省市的市场监管局制定发布。纵观各地方的合规指南,其主要框架和内容与中央的文件类似,都包含概念解释、风险识别、制度建立、措施建议等主要部分,但各省市又根据自身的具体情况在指南中规定了一些个性化的条款,使地方合规指南表现出一定的多样性。例如,天津市的合规指南特列一章“其他需要重点关注的领域”,并在当中罗列了包括原料药生产、销售领域在内的三大领域,符合该市的具体特点和需求;浙江省则根据其平台企业多、平台经济发达的省情发布了全国首个平台企业竞争合规指引,针对平台企业和数字经济的特点,在核心章节“竞争合规风险识别”中列举了大数据杀熟、强制收集用户信息、平台“二选一”多项平台企业风险行为;山东省同时发布《山东省经营者反垄断合规指引》和《山东省行业协会反垄断合规指引》,并在文件末附有反垄断案例的链接,能够起到较为全面的指引效果;上海市则发挥其国际化程度高的优势,参阅了国外的成熟经验和国际标准,且有上海市质量和标准化研究院参与起草,以规范性引用行文,因此指南规范化、标准化程度较高,对接了国际规制环境。

然而,由于这些指南普遍不具有强制性,而竞争合规最后的落地还需企业自身合规制度与机制的建立与运行及良好的竞争文化的形成,因此短时间内我国很难在竞争合规的实操层面有质的飞跃。另外,我国地方合规制度各自为政,而中央发布的《经营者反垄断合规指南》又处于尴尬的法律地位,其既不属于行政法规,又不属于部门规章,并且合规指南在国外通常由反垄断执法机关制定发布,因此可以直接作为其开展各项执法、监督、培训活动的准则。国务院反垄断委员会并不具有执法权,职能也较为单一,主要负责组织、协调、指导反垄断工作,因此我国的指南是否能有效指导具体的合规执法工作值得存疑。

### 3 中国数字竞争合规建设的法律因应

通过整理部分西方国家竞争合规指引方面的文件,主要以英国于2019年发布的《开启数字竞争》为范本,可以梳理出集中组织架构、适用准则、数据开放等维度的数字竞争合规建设法律因应。一方面,近年来以美国和澳大利亚为代表的部分西方国家并不是通过发布文件的形式规制数字竞争,而是通过启动调查、举行听证会等方法直接配合执法活动,其合规主张分散在各类会议和个案当中,难以整合,而文件的形式更符合中国的立法惯例。另一方面,相较同样发布了数字竞争合规指引文件的欧盟,英国的文件更具体系性和新颖性。因此,本文选择将英国的数字竞争合规指引文件作为比较学习的范本。

#### 3.1 组织架构: 数字市场竞争监管部门的设立

在组织架构上,为了维持和促进数字市场的有效竞争,政府应建立一个有利于竞争的数字市场部门,并为其提供资源,该部门的任务是确保竞争、创新和对消费者及企业有利的结果。一个独立的统领部门可以解决执法的个案化与权力要素的分散问题,从而提供一致的、持续的、针对数字市场的政策支持。我国刚刚建立的市场监管总局竞争政策与大数据中心就适合承担这一位置,其主要职责(开展反垄断、竞争政策、平台经济等领域政策理论研究,承担反垄断执法、市场监测、电子取证固证、大数据分析等技术支撑工作)也使其有足够的实现这一目标。

数字市场部门应与行业和利益相关者合作,根据一套核心原则制定数字平台行为准则,以应对数字市场与数字经济的特殊性。该准则将适用于被指定为具有战略市场地位的数字平台的行为。行为准则应围绕一套核心原则形成,数字市场部门认定具有战略市场地位的在线平台应遵守这些原则。而关于平台的认定,我国于2021年由国家市场监督管理总局公布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》已经做出了初步的规定,以原则为主导的监管可以在所有受影响方的确定性和必要的持续灵活性之间提供适当的平衡,以便随着市场和实践的变化更新准则。

#### 3.2 适用准则: 数字市场竞争合规准则的设计

针对数字市场的特殊性,准则设计可能依赖的原则有:在公平、一致和透明的基础上,提供进入指定平台的机会;在指定平台上,以公平、一致和透明的方式提供突出、排名和评论;不因使用其他平台或途径进入市场而受到不公平的限制或处罚。

这些原则本身不足以为数字平台及其商业用户提供他们所需的确信性和清晰性,该准则需要在每项原则下规定更

详细的内容。在以浙江省为代表的部分地方合规指南中也已经列举了多项针对数字竞争的竞争违法行为和高风险敏感行为。为了将各类行为构建在一个逻辑框架下,并给还未出现或被侦测的新型违法或风险行为留出规制空间,有必要借鉴英国的做法,总结一套数字竞争合规的核心原则。

#### 3.3 数据开放: 个人数据移动和系统的开放标准

数字市场部门应追求个人数据移动和系统的开放标准,它们将带来更大的竞争和创新。个人数据移动和系统的开放标准都是促进竞争和准入的方法,有可能为消费者带来重大价值,为企业创新带来大量新机遇,甚至给公众带来更大的社会效益。

活跃在数字经济中的公司,产生并持有大量客户的个人数据,这些数据代表了一种资产,使公司能够参与数据驱动的创新,帮助其改善对客户需求和习惯和偏好的理解。然而,与某些数据相关的规模经济和范围经济可能会给竞争和创新造成障碍,让有最全面和最新数据的公司拥有强大的优势,并限制消费者从新发展中获益的程度。

##### 3.3.1 个人数据移动性

个人数据移动性意味着让消费者对自己的个人数据有更大的控制权,比如个人资料、购买历史或内容,这样就可以访问企业持有的有关他们的数据,并从中获得更大的价值。在消费者的要求下,企业可以与消费者选择的第三方无缝共享其数据,使消费者更容易在数字平台之间切换,在一个地方管理他们在不同数字平台上保存的数据,或尝试以新的方式使用他们的数据。消费者希望与第三方共享数据的原因有很多,这可能使其获得更准确的价格信息,以便更好地比较商品和服务,或获得更有针对性的建议或意见,还可能有助于形成一个更有效的市场。例如,消费者可以有意识地选择分享数据,以换取一些好处,如货币支付、价格折扣或免费服务。如果没有更好的数据共享能力,消费者和企业就会错过可能为其带来价值的创新服务。个人数据移动性也可能推动创新,让用户更好地控制和共享他们的数据,为企业带来大量的新机会。当企业在用户的授意下管理数据或合并不同来源的用户数据时,可能会诞生更优质的新产品和服务。

当然,实施个人数据移动可能涉及相当大的成本和复杂性。首先,它必须在我国《个人信息保护法》和《数据安全法》的框架下实施。考虑到我国“鼓励和支持数据在各行业、各领域的创新应用”“支持开发利用数据提升公共服务的智能化水平”,且个人数据移动将主要涉及民生领域并严格遵照消费者的个人意见,其合法性应当不难实现。其次,需要解决已持有大量数据的企业激励问题及消费者对共享数据的信任问题。数字市场部门应当向企业展示共享数据的长远利

益,并给予适当的激励措施,同时应当出台额外的监管标准和措施,让消费者相信其个人数据安全会得到持续保护且对其的利用将完全服务于消费者的利益。最后,数据有不同的形式。它可以包括:输入数据——消费者输入关于他们自己的数据、观察数据——例如他们在网上阅读或观看什么及推断数据——企业将输入和观察到的数据结合起来,推断有关消费者的其他信息(例如他们的性别、年龄或偏好)。个人数据移动性可能涉及任何一类数据,这取决于特定的用例,需要仔细考虑,特别是当企业已经投资收集观察到的或推断出的数据时。

### 3.3.2 系统的开放标准

数字市场部门应倡导系统的开放标准,以支持一个竞争和创新可以蓬勃发展的生态系统。使用开放标准构建的系统通常指那些使用共同商定并免费提供的技术规范构建的系统,开放标准是能够跨市场实现互操作性、兼容性和一致性的基石,也是通过技术设计促进竞争的有效手段。开放标准是公开的,通过透明的过程进行开发,并向行业广泛参与开放。例如,互联网内容就是使用一种称为超文本传输协议(HTTP)的开放标准传输的,该协议是开放的,任何人都可以免费使用,因此任何人都可以共享网页或启动基于互联网的服务。

个人数据移动性和系统的开放标准之间有许多相似之处,例如两者都依赖创建标准实现某种程度的互操作性。然而,它们达到的互操作性水平是不同的。个人数据移动性指的是能够传输特定的个人数据,例如一张照片或购买历史记录以一种共同的格式共享,这样它就可以被其他第三方平台或应用程序“阅读”和“解释”。当系统建立在开放标准之上时,整个服务与其他第三方提供的服务是兼容的。

这样的标准使创新者能够与那些已经存在的业务建立相兼容的业务,新的业务可以直接在同一标准下与现有业务竞争,并为用户提供更大的选择。此外,创新者可以在现有系统的基础上建立辅助服务,为企业在新领域创新带来大量机会。这样的标准也允许多个浏览器、电子邮件客户端和其他系统同时运行。如果没有这些开放的标准,可能每个人都需要在同一个电子邮件系统上彼此通信。这种由强大的网络外部性支持的自然垄断现象,实际上可能是技术局限的结果。系统的开放标准确保了消费者不会被某个企业的产品所束缚。

当然,并不是所有情形都必须采用开放标准的系统,专有系统有时也有不少好处。例如,更高的安全性、更强的隐私保护,更好的知识产权保护,在需要快速开发的地方,专有系统更利于更新和开发。因此,数字市场部门应当被赋予要求

企业采用的权力,以及合理评估何时何处使用该权力的经济和技术能力。一方面,行使该权力的前提是数字市场部门认定此方法是保证有效市场竞争的最佳、最适宜的工具。另一方面,被要求采用开放标准系统的企业的服务覆盖率和用户接受率通常应当达到某一可观水平,以至于它们之间服务的互操作性具有显著的必要性。虽然这一操作可能迫使某些公司调整其系统,以满足商定的开放标准,但标准本身需要在业界广泛参与的情况下以透明的方式开发。技术诀窍和可信的独立性是数字市场部门的监管职能在开发和实施开放标准方面发挥有效作用的关键。

## 4 对比视角下的不足

通观英国与我国的数字竞争合规策略,可以总结出其异同。在促进数字竞争合规的方法上,两国都选择以立法层面着手,通过发布倡导性的合规指南规范数字竞争。目前,中国的数字竞争合规指南仅有两份,即市场监管总局起草的《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》、浙江省市场监督管理局印发的《浙江省平台企业竞争合规指引》。也就是说,已正式发布的只有浙江省的这份地方性文件。在浙江省的合规指南中,着重列举具有平台企业特性的竞争违法行为和具有鲜明平台企业特性的高风险敏感行为,以敦促平台企业进行规避。而《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》虽然以更成体系的框架对平台企业提出了自身建设和合规行为的原则及建议,例如其中包含诸如“开放生态”和“数据管理”的倡导,但相比英国的文件依然过于简单抽象。

英国方面值得借鉴的在于,其不是停留在指出数字市场中的风险行为并提醒企业进行规避,而是主动出击,通过技术性的设计和手段改变数字平台的环境,从原理和机制上降低垄断行为发生的客观概率,可谓是釜底抽薪的做法。其关于个人数据移动和数据开放的主张,是想通过技术手段使数据平台经济中最为核心的资源得到更充分、更全面、更公平的利用;而系统的开放标准则通过技术设计迫使所有平台企业在同一公平的环境中进行产品和服务的直接竞争,从而促进创新和避免垄断。相比我国被动等待企业识别和规避文件中点出的风险和违法行为,这样的做法更具主动性和科学性,能促进竞争和防止垄断的目的自然地结合,也更能体现合规指南“防患于未然”的核心功能。同时,文件不仅提出了方案,还就其可行性和局限性进行了充分论证,并通过大量例子和案例做出了通俗但精确的阐释,其行文模式值得我国学习。

中英的基础制度和立法环境千差万别,因此我国在学习他国先进实践时,不能追求一蹴而就,而是将其与本土的具体情况和立法惯例有机结合,并选择性地吸收。我国的市场监管总局竞争政策与大数据中心刚刚成立,大量工作尚处于

起步阶段,但其具备的权限足以支持其在必要的时候运用类似英国的技术性规制手段。通过借鉴国外的数字竞争合规法律文件,可以帮助其抉择一条最优化的合规建设路径。

## 5 结语

作为我国经济新阶段的代表产物,数字平台企业一方面带来了新的经济活力与经济机遇,另一方面带来了新的反竞争违法风险,危害着消费者权益与企业的创新和长期发展。然而,我国的竞争合规建设尚不完善,在国际和国内层面都面临着大量因缺乏合规建设而造成的违法案例,影响着经济活动的质量和正常秩序。这主要源于数字平台自身的“倾斜”和“赢家通吃”特点造成的高风险和我国数字平台竞争合规制度资源的不足。目前我国的竞争合规文件存在发布时间短、内容不详细、地方各自为政、法律地位尴尬、针对性不强等问题,且数字竞争方面的合规文件更是寥寥无几。因此,亟需借鉴以英国为代表的西方发达国家的数字竞争合规经验。

在英国的数字竞争合规指南中,其结构的系统性、论证的清晰性、材料的丰富性值得我国借鉴。并且,在技术层面给出了许多新颖的规制措施,比如通过个人数据移动性来让用户更好地控制和共享其数据,以推动竞争和创新,促成更优质的新产品和服务的诞生。这种以共赢为目标、以充分调研

分析后的技术设计主动塑造平台经济生态的釜底抽薪的思路,但我国现阶段仍主要停留于指出风险行为并提醒企业规避的学习借鉴。在进行选择性吸收后,我国的市场监管总局及其下辖的竞争政策与大数据中心、国务院反垄断委员会等相关机构应结合实际,加快竞争合规制度的完善与优化,以科学、有效、创新的方式设计数字平台竞争合规的具体措施,尽力与国际先进水平看齐,与国际规制环境对接。

## 参考文献

- [1] 喻玲.从威慑到合规指引:反垄断法实施的新趋势[J].中外法学,2013,25(6):1199-1218.
- [2] 陈瑞华.企业合规制度的三个维度:比较法视野下的分析[J].比较法研究,2019(3):61-77.
- [3] 陈瑞华.企业合规的基本问题[J].中国法律评论,2020(1):178-196.
- [4] 方翔.竞争合规的理论阐释与中国方案[J].安徽师范大学学报(人文社会科学版),2020,48(4):48-59.
- [5] 张占江.反垄断法的地位及其政策含义[J].当代法学,2014,28(5):109-116.
- [6] 丁茂中.企业竞争合规的政府指引模式国际考察及中国选择[J].社会科学研究,2015(1):96-102.
- [7] 陈琳琳,夏杰长,刘诚.数字经济市场化监管与公平竞争秩序的构建[J].改革,2021(7):44-53.
- [8] 刘诚.数字经济监管的市场化取向分析[J].中国特色社会主义研究,2020(Z1):35-42.

# Legal Response to the Competitive Compliance Construction of China's Digital Platforms from the Perspective of Comparative Law

Fudan University Shanghai 200433

GONG Chongxiao

**Abstract:** With the emergence and maturity of China's digital economy, many digital platform enterprises occupy a prominent position in relevant markets. In order to prevent risks of monopoly and other illegal practices that are more likely to appear in the digital platform economy, it is urgent to establish a new enterprise competition compliance mechanism. Taking the UK's digital platform compliance guide as the reference object from the perspective of comparative law, this paper seeks to remedy the lack of experience and institutional resources in China's current digital platform competitive compliance. Through comparative research, it is found that the UK's specific measures such as code design, personal data movement and data openness are worthy of reference, and at the same time, its idea of actively stimulating competition with technological means is worthy of reference.

**Keywords:** corporate compliance; digital platform economy; comparative method; technical design; antitrust