

中国数字经济领域竞争问题研究报告¹

张昕²

一、中国数字经济行业的演进

中国数字经济行业起步略晚于欧美发达国家，经过二十一世纪前二十年的高速发展，中国已与美国并立，成为数字经济高度发达的国家³。但是，全球数字经济行业市值排名前十的企业中，中国企业仅有阿里巴巴和腾讯，余下八家均为美国企业；在排名前三十的企业中，中国企业虽有十家，但美国企业有十七家⁴。与美国相比，中国的数字经济行业还存在明显差距。

目前，包括中国在内的全球数字经济行业正在面临从移动互联网向产业互联网的结构转型，在转型过程中如何利用既有优势、保护公平竞争、激励技术创新将决定中国数字经济行业的发展前景，甚至对培育未来数十年中国经济的新增长点产生重大影响。

（一）中国数字经济行业的发展历程

中国数字经济行业发轫于二十世纪九十年代，当时全行业尚处于 PC 互联网时代⁵。中国第一批互联网企业通过门户网站、即时通讯、电子邮件、电子商务等服务在一定程度上积累了用户、技术和运营经验。

自 2010 年以后，随着信息技术进步和智能手机普及，中国数字经济行业快速步入移动互联网时代。在这一时期，中国互联网企业在电子商务、社交、支付、出行、外卖等领域迅速扩张，并朝着网络平台化的方向不断发展。同时，国家提

¹ 本文是为北京凯恩克劳斯经济研究基金会资助的项目——国际视野下中国数字经济竞争政策一所撰写研究成果报告。报告完成时间为 2020 年 10 月。

² 对外经济贸易大学国际商学院博士后，竞争法中心高级研究员。

³ 参见北京日报“我国数字经济规模稳居世界第二”，

http://zw.china.com.cn/live/2020-07/25/content_896441.html，最后访问时间：2020 年 9 月 13 日。

⁴ 参见中国信息通信研究院《2019 中国互联网行业发展态势暨景气指数报告》，网页链接：

<http://www.199it.com/archives/907007.html>，最后访问时间：2020 年 6 月 1 日。

⁵ 在 PC 互联网时代，用户主要通过个人台式计算机上网。参见中国网《中国手机网民规模达 3.88 亿，首超台式电脑上网用户》，网页链接：http://news.china.com.cn/txt/2012-07/19/content_25955300.htm，最后访问时间：2020 年 5 月 26 日。

出“互联网+”推动数字经济向更深层次发展⁶，采取包容审慎的监管方式激发数字经济的市场活力⁷，在国家政策的引导下中国逐渐开始引领全球数字经济行业。

近年来，数字经济行业开始了新一轮的技术革新。包括 5G 的应用和大数据、人工智能、云计算等技术的推广使全球数字经济行业开始从移动互联网时代迈向产业互联网时代。在不久的将来，互联网企业有望将庞大的数据处理能力深入运用到研发、生产和销售领域，这将极大地提高潜在生产效率、加速研究开发、改革运营模式。产业互联网时代的到来，对中国和全球数字经济行业发展而言都是一个重要节点。

（二）中国数字经济行业内的细分市场

目前，中国数字经济行业按提供服务的类型可以大致分为电子商务、社交、支付、出行、外卖五个主要的细分市场，市场主体通常以互联网平台的形式出现。

电子商务领域的平台可以按照不同的标准进一步细分。按商品种类、商户类型可以分为综合性电子商务平台（如淘宝/天猫、京东、拼多多等），和垂直类电子商务平台（如瓜子二手车/汽车、每日优鲜/生鲜产品、叮当快药/药品、保健品）等；按销售方式可以分为，平台销售型（如天猫、京东）、拼购型（如拼多多）、导购型（如返利网）。另外，按采购渠道还存在专门从事跨境商品销售的平台（如考拉海购）。

⁶ 参见网信办“政府工作报告首提“互联网+”，网页链接：http://www.cac.gov.cn/2015-04/01/c_1114823221.htm，最后访问时间：2020 年 5 月 26 日。

⁷ 参见中国政府网“李克强会见出席中国发展高层论坛 2017 年年会的境外代表并座谈”，网页链接：http://www.gov.cn/xinwen/2017-03/20/content_5179056.htm，最后访问时间：2020 年 5 月 26 日。



社交领域的主要平台包括微信/QQ、抖音、新浪微博、知乎、小红书等。各个社交平台可以根据社交形式的不同分为工具类社交平台和内容类社交平台，内容类社交平台可以按照知识、视频、图文等内容类型进一步分类，也可以按照职业、旅游、运动、零售等内容领域进一步分类。



支付领域的主要平台包括支付宝、微信支付（财付通）、苏宁支付、美团支付、翼支付等。相对来说，进入支付领域需要取得行政许可，因此市场参与者相对有限。



出行领域的主要平台包括滴滴出行、神州专车、首汽约车、嘀嗒出行、曹操出行等。同时，还有部分拥车企业从事网约车业务或从事长短期租车业务。



外卖领域的综合平台目前是由饿了么、美团构成的两强格局。同时，部分快餐企业拥有自己的外卖软件，如肯德基、麦当劳、必胜客等。



二、 中国数字经济行业的竞争特点

数字经济行业兴起的数十年间，行业内竞争呈现出高动态性、相互融合、行政导向、数据竞争的特点。这些特点在 PC 互联网时代已经显现，在移动互联网时代乃至工业互联网时代将随着网络技术的突飞猛进而更为突出。

（一）高动态性：新业态和新商业模式层出不穷

数字经济行业的新业态和新商业模式不断更新，每次更新都对市场竞争格局产生颠覆性影响，并持续推动行业整体向前发展。在电子商务领域拼多多改变传统电商销售模式，利用互联网平台将消费者喜好与需求集中并反馈给制造企业，在供给侧实现定制化、规模化生产从而降低采购、生产、物流成本，在需求侧提供更为低价的商品⁸。在社交领域，抖音 App 开发短视频社交的功能，新颖的社交方式不仅风靡全国，而且在海外取得令人瞩目的成功⁹。在支付领域，支付宝在扫码支付以外，新推出的刷脸支付，试图使支付更加便捷¹⁰。除了这些引人瞩

⁸ 参见 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667498564002241794&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2020 年 5 月 28 日

⁹ 参见 <https://www.leiphone.com/news/201806/S4ZIIIMlgJGQ4aQdY.html?spm=smpc.content.content.1.1546819200111SRApKu4>，最后访问时间：2020 年 5 月 28 日；<http://www.fx361.com/page/2019/0801/5377000.shtml>，最后访问时间：2020 年 9 月 13 日。

¹⁰ 参见 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1643730217683207226&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2020 年 5 月 29 日。

目的变化，各细分市场的市场进入活动也十分活跃。下表整理了近三年来各个细分市场中具有一定市场影响的新进入企业。

时间	新进入平台	所属细分市场
2017 年	每日优鲜	电子商务
	拼趣多	电子商务
	小米有品	电子商务
	好省	电子商务
	快手	社交
	知乎	社交
	ofo 小黄车	出行
	摩拜单车	出行
	曹操专车	出行
2018 年	艾佳生活	电子商务
	黄豆侠	电子商务
	喜马拉雅电台	社交
	携程旅拍	社交
	皮皮虾	社交
2019 年	秀购	电子商务
	多闪	社交
	闪信	社交
	音派	社交

新业态和新商业模式的更新不仅依赖于商业模式创新，还极大地取决于网络技术的创新。抖音短视频能够取得成功，依赖于 4G 时代下网速提升后视频传输的稳定性和流畅性；支付宝的刷脸支付依赖于人脸识别技术的进步。因此，互联网平台企业面临颠覆性竞争的压力，在推动商业模式创新的同时，往往对网络技术发展进行大量投入，这也是数字经济市场新业态和新商业模式频出的重要原因。

（二）相互融合：互联网平台间转移成本十分有限

数字经济行业各个细分市场内的互联网平台企业在进入另一个细分领域时往往面临较低的转移成本。阿里巴巴集团在电子商务领域运营淘宝/天猫平台，同时在支付领域运营支付宝，并同时在这两个领域均处于市场领先地位。电子商务领域的京东凭借其掌握的出色物流体系开始向外卖领域发展¹¹。外卖领域的美团则推出美团支付，扩展到支付领域¹²。如下表所示，在某一细分市场中具有优势的互联网平台企业进军其他细分市场的情况并不罕见。

平台	所在细分市场	新进入细分市场	进入时间
京东	电商	支付（京东支付）	2013年10月
		外卖（京东到家）	2015年08月
天猫/淘宝	电商/支付	社交（钉钉）	2015年05月
美团外卖	外卖	支付（美团支付）	2016年02月
滴滴出行	出行	支付（滴滴支付）	2018年12月
		外卖（滴滴外卖）	2018年04月
抖音	社交	电商（抖音直播）	2018年05月

互联网平台相互融合的原因在于，数字经济行业中用户流量、数据处理能力、平台运营经验等投入要素是共通的，因此互联网平台企业在特定细分市场积累了充分的投入要素后，客观上能为进入另一个细分市场提供便利。同时，由于这些投入要素的跨平台性，互联网平台企业主观上倾向于同时在多个细分市场布局，以免错过市场上新兴的用户流量增长点。互联网平台常常通过投资并购活动展开或扩大其在新细分市场中的业务。例如滴滴出行、美团外卖均通过并购进入支付领域¹³。京东进入外卖领域后，通过并购物流企业达达扩展其市场规模。

从上述分析可知，互联网平台企业在特定细分市场不仅需要与现有的企业展开竞争，还会面临其他细分市场互联网平台企业的竞争压力。

¹¹ 参见 https://www.sohu.com/a/287319988_100120495，最后访问时间：2020年5月29日。

¹² 参见 <http://finance.sina.com.cn/stock/re/news/us/2020-05-30/doc-irczymk4380387.shtml>，最后访问时间：2020年5月29日。

¹³ 参见 <https://tech.sina.com.cn/i/2017-12-24/doc-ifypvuqf5042597.shtml>，最后访问时间：2020年6月7日；http://www.ce.cn/cysc/tech/gd2012/201609/27/t20160927_16298033.shtml，最后访问时间：2020年9月13日。

（三）行政导向：特定行业行政监管举足轻重

在数字经济行业中，行政监管对市场竞争产生的影响远比传统行业更为显著。数字经济行业的高动态性使得一些小幅但稳定的竞争优势（或竞争劣势）能够对细分市场的竞争格局产生深远的影响。在传统经济行业中，一些行政监管措施容易给某些特定企业群体小幅且稳定的竞争优势（或竞争劣势），而这种竞争优势（或竞争劣势）在数字经济行业中会被更加放大。

例如，2016年7月《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》公布后就出现了行政干预限制市场竞争和行业发展的问題。根据该暂行办法，地方政府可以结合当地实际制定具体的网约车管理实施细则。2016年8月，甘肃省兰州市制定《兰州市网络预约出租汽车经营服务管理实施意见》和《兰州市网络预约出租汽车经营服务管理实施细则》，明确以千分之三的国际标准（每千人三辆车）来计算车辆保有量上线，计算结果表明兰州市运营车辆饱和状态应该在1.5万辆左右，考虑到兰州市出租车的保有量在1万辆，且政府未来两年计划出租车保有量达到1.2万辆，留给网约车的保有量仅剩3000辆左右。¹⁴兰州市对于出行市场的行政干预引起巨大社会舆论争议，为此，时反垄断执法机构之一的国家发改委介入，派遣调查人员赴当地调查并与当地的交通部门沟通后，兰州市公布了新版的网约车管理规定。可以看到，地方政府的不当行政干预如果不加以纠正将直接限制市场竞争和行业发展。

由此可见，当行政监管促进市场竞争时行业发展日新月异。近三十年来国家对数字经济行业采取包容审慎的监管方式极大的促进自由竞争的展开，因此培育了高度发达的中国数字经济行业。另一方面，当行政监管措施限制市场竞争时行业发展则停滞不前。在移动互联网向产业互联网转型过程中，数字经济与传统行业的深度融合预计将带来巨大红利，但融合也可能使传统行业产生颠覆性变革。在融合过程中，互联网平台企业面临金融、交通运输等特定行业的行政监管。这些行政监管措施如果促进市场公平竞争则能极大地加速转型，取得产业互联网时代的先发优势；反之，行政监管措施如果限制市场公平竞争，则不仅使传统行业丧失发展机遇，缺乏融合还可能损害数字经济行业本身的竞争力。

¹⁴ 参见 http://news.jcrb.com/jxsw/201712/t20171222_1827773.html，最后访问时间：2020年6月7日。

（四）数据竞争：竞争围绕着数据流量展开

在数字经济行业中，如何利用用户流量及数据成为竞争的核心，这不仅考察互联网平台企业对用户流量及数据的获取、占有的能力还考察其处理、应用的能力。为此，互联网平台企业投入大量人力、物力、财力进行研究、开发和推广，一方面不断改进产品和服务来获取用户流量及数据，另一方面改进用户流量及数据的处理与应用的能力。

用户流量及数据之所以成为数字经济行业竞争的核心，除了因为大量用户流量和数据可以带来更大的网络效应和广告效应外，更重要的是因为用户流量和数据是下一代数字经济技术运用和产品开发的基础，《财富》杂志因而早在 2016 年就提出“数据就是新的石油”¹⁵。下一代数字经济技术包括云计算、人工智能、物联网等技术均建立在大数据分析的基础上，同时针对各行各业提供的数据产品，如智能家居、智能医疗、智能办公等，均以庞大的用户流量和数据作为支撑。考虑到数字经济行业的高动态性和相互融合带来的压力，不同细分市场的互联网平台企业在获取用户流量和数据上的竞争早已跨越细分市场的边界，这些互联网平台企业在整个数字经济行业范围内，对用户有限的注意力和时间展开竞争。获取数据的竞争还体现在互联网平台企业对拥有大量数据的公司的并购交易中。例如，谷歌（Google）投资数据公司 Looker Data Sciences 和 Fitbit、脸书（Facebook）收购 WhatsApp、亚马逊（Amazon）收购 Whole Foods、微软收购领英（LinkedIn），阿里巴巴投资网易云音乐和 ofo 小黄车等交易的背后，互联网平台企业均有通过投资并购增强数据获取能力的考量。

但是，互联网平台企业对用户流量和数据的掌握并不代表其掌握了市场力量。首先，用户流量和数据本身并不具有价值，互联网平台企业需要对其进行处理和分析才能将用户流量和数据变现。在这个过程中，处理、分析、运用流量和数据的能力极大地影响着互联网平台对用户的吸引力。例如，今日头条作为后起的新闻资讯类平台，其所掌握的用户流量和数据数量并不比凤凰新闻、搜狐新闻、新浪新闻等其他先发平台更多，但是今日头条凭借优越的数据处理、分析能力向用户精准推荐资讯，极大地提升用户体验，从而在日活跃用户（DAU）、产品渗透率

¹⁵ 参见 <https://fortune.com/2016/07/11/data-oil-brainstorm-tech/>，最后访问时间：2020 年 6 月 7 日。

等指标上占据市场排名第一。¹⁶其次，用户流量和数据的价值具有明显的时效性，由于用户年龄、经历、喜好等随着时间发生变化，越是即时的数据价值越高，而陈旧的数据几乎没有什么价值。流量和数据的较高时效性，使得互联网平台企业即使在当下掌握了相当数量的流量和数据，也需要不断推动创新和研发，从而维持自身获取流量和数据的能力。单纯因互联网平台企业掌握用户流量和数据，并不能推论其掌握了市场力量已经成为共识，例如欧盟委员会在 Facebook 收购 Whatsapp 的反垄断审查决定中提到，在交易后仍然会有非常多的和 Facebook 一样搜集用户数据的线上广告服务提供者，并不认为存在因数据的集中而导致的竞争担忧；¹⁷在微软收购 LinkedIn 的审查决定中，欧盟委员会再次表示数据集中不会造成进入壁垒，微软不能单独控制网络用户的数据。¹⁸

如上所述，首先，监管机构应该关注用户流量及数据与人才、设备、技术、资金等具有同样的生产资料属性。在保护个人隐私和数据安全的同时，构建对用户流量及数据的公平竞争秩序作为数字经济行业的基石。其次，监管机构才应该留意在特定场景下用户流量及数据可能存在竞争担忧。特别是相比互联网平台企业掌握大量数据本身而言，利用数据“杀熟”、破坏数据安全、侵犯数据隐私等行为所带来的问题更为突出。在这些特定场景下，加强行业竞争或许是解决这些问题的途径之一。

三、中国数字经济行业的竞争问题

在近三十年的发展过程中，中国数字竞争行业在取得举世瞩目的成就同时也产生出诸多竞争问题。

（一）规则不明确使得监管不足与监管过度并存

在中国数字经济行业中，大型互联网平台企业大多属于上市企业，具有广大的用户群体，因此，这些企业面临更多的舆论压力。但是，在巨大的舆论压力下，相关规则的不明确导致对数字经济行业监管不足与监管过度的现象并存。规则不明确体现在一方面关于数字经济行业的竞争规则不具备完善的体系，另一方面市

¹⁶ 参见 <http://www.gilian.org/yulexinwen/2019/0816/211.html>，最后访问时间 2020 年 6 月 7 日。

¹⁷ 参见 Case No COMP/M. 7217 - Facebook/ WhatsApp。

¹⁸ 参见 Case M. 8124 - Microsoft / LinkedIn。

场行为的合法和违法的界限有待明确。

在广受社会舆论关注的电商平台“二选一”问题上，规则体系不完善的问题相对突出。“二选一”问题早在2012年10月就已被媒体报道。¹⁹此后，在历年电子商务平台促销季前的一个月左右，“二选一”问题都会引起社会舆论关注。²⁰从行为构成要件来看，“二选一”可以适用《电子商务法》三十五条、《反不正当竞争法》第十二条或《反垄断法》第十七条中的任意一条，但是三部法律之间适用关系却比较复杂²¹，规则体系间存在潜在的冲突需要协调。竞争执法机构对于这类规则体系间潜在的冲突的情形，往往倾向于采取保守的态度，避免执法活动受到不必要的指摘。因此，规则体系的不完善一定程度上使得电商平台“二选一”问题长期得不到控制，甚至扩展到外卖市场的互联网平台中。²²

另一方面，关于数字经济行业的规则不完善的问题还体现在市场行为的合法与违法的界限不明。对于数字经济行业内众多的互联网平台企业，有观点援引《反垄断法》第十七条第一款第三项“没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易”，认为这些平台拒绝向第三方开放将构成《反垄断法》禁止的拒绝交易。这些观点提出，互联网平台构成“基础设施”或“必需设施”，因而负有向任意第三方开放的义务。但是，实际上传统意义下的“基础设施”，仅指用于保证社会经济活动正常进行的公共服务系统。基础设施具有基础性和先行性的特征，表现在若缺

¹⁹ 参见 <http://media.people.com.cn/n/2012/1016/c40606-19273447.html>，最后访问时间2020年6月7日。

²⁰ 参见2013年6月“天猫逼迫商家二选一，京东高管发博客声讨阿里” (<https://tech.qq.com/a/20130603/004110.htm>)；2015年11月“双11前夕京东向阿里开炮：实名举报天猫胁迫商家‘二选一’” (http://finance.sina.com.cn/roll/20151103/195023666540.shtml?qq-pf-to=pcqq_c2c)；2017年7月“京东唯品会发声明联手抵制天猫‘二选一’行为” (<http://finance.sina.com.cn/roll/2017-07-12/doc-ifyhwehx5784631.shtml>)；2018年10月“‘双11’将至电商平台再掀商家‘二选一’风波” (<https://tech.sina.com.cn/roll/2018-10-14/doc-ifxeuwws3793676.shtml>)；2019年11月“拼多多、唯品会加入京东对天猫发起的‘二选一’诉讼” (https://www.sohu.com/a/351839892_485557)。最后访问时间2020年6月7日

²¹ 参见焦海涛，“电商平台‘二选一’的法律适用与分析方法”，载《中国应用法学》2020年第1期。

²² 参见 http://www.ce.cn/cyssc/sp/info/201905/15/t20190515_32080935.shtml，最后访问时间2020年6月7日。

少基础设施提供的公共服务，其他商品和服务便难以生产或提供，这类基础设施包括水、电、交通设施、邮政设施等。在数字经济行业中，产品和服务都是通过公用通信网或互联网向用户提供，因此对于数字经济行业而言，固定通信、移动通信、数据传送等才属于基础设施，而互联网平台仅仅是构建在前述基础设施上的一类服务。工信部采用的《电信业务分类目录》中，将固定通信、移动通信、数据传送等服务列为“基础电信服务”，而将其他互联网产品和服务列为“增值电信业务”中的“信息服务业务”，这也说明了处在应用层面的互联网平台不构成数字经济行业中的基础设施。《反垄断法》及相关配套法规中关于基础设施或必需设施的规定十分抽象，适用于互联网行业时缺少指引性。这对互联网平台企业的经营自主和正常商业行为造成威胁，部分经营者为了打压竞争对手或搭互联网平台的便车，动辄以互联网平台构成基础设施为由，利用《反垄断法》给互联网平台企业施压，企图迫使平台对其开放数据和接口，这恐怕是对法律的一种滥用。

（二）互联网平台规则和行业共识被忽视

经过近三十年的发展，数字经济行业中的互联网平台企业均建立了相对成熟的平台规则，同时这些企业之间已经就市场竞争形成了一定程度的共识。但是，这些平台规则和行业共识在数字经济行业的竞争监管过程中没有得到充分重视。

例如，从淘宝平台、新浪微博平台和微信平台的平台规则²³中可以发现，数字经济行业均已经认识到，数据获取与利用过程中应当遵循诚实信用原则和公认的商业道德，尊重行业内各方主体的合法经营的利益，尊重著作权、商业秘密、消费者权益、数据、网络虚拟财产等合法权益，加强用户个人信息保护，坚持促进数据利用与保障数据安全并重。这一共识在司法实践中得到了一定的认可。法院在诸多涉及数据利用的不正当竞争案件中认为企业对于其投入劳动采集、生成、加工的数据享有财产性权益。在淘宝诉美景案中，法院认为涉案数据产品系淘宝公司耗费人力、物力、财力，经过长期经营积累形成，数据收集、整理、使

²³ 参见淘宝平台规则：

<https://rule.taobao.com/index.htm?spm=a2177.7231193.1998145763.1.7d6a17ea3bPD4Z>；微信平台规则：

<https://mp.weixin.qq.com/mp/opshowpage?action=newoplaw>；新浪微博平台规则：

<https://open.weibo.com/wiki/%E5%BA%94%E7%94%A8%E8%AE%BE%E8%AE%A1%E8%A7%84%E8%8C%83>；

用具有合法性，经过深度开发与系统整合，信息可供消费者参考、使用，淘宝公司对其大数据产品应享有独立的财产性权益。²⁴在酷米客诉车来了案中，法院认为存储于 App 后台的公交实时信息系人工收集、分析、整合并配合 GPS 精准定位所得，酷米客 App 凭借信息的准确度和精确性获得同类软件中的竞争优势，因此该信息具备无形财产属性²⁵。法律应禁止对这些数据信息进行不正当的获取和使用。但是，监管机构的执法过程中对这一共识却仍然认识不足。例如，微信平台与字节跳动旗下的今日头条、抖音事件中，监管机构仅关注微信平台对今日头条、抖音采取限制访问等措施是否构成垄断，而忽视了今日头条、抖音不正当获取其他互联网平台数据的行为²⁶。

此外，从互联网平台企业对于自己通过合法劳动取得的数据享有合法权益之中可以推论出，企业对这些数据也应当拥有相当的自主权。换言之，企业是否共享其数据，属于企业的自主经营权，除非法律对特定数据的共享具有强制性要求，企业没有义务无条件向其他企业开放分享自身掌握的数据。现在开放平台成为数字经济行业的主流业务模式之一，通过开放平台等方式获取数据已经成为企业之间分享数据的通行做法，众多平台采取这一安全可靠可控的方式来与第三方共享数据，共同为用户提供高质量的服务。但是，这并不意味着互联网平台企业有义务向第三方开放数据。是否开放平台、是否分析数据、向谁开放和分享均属于企业的经营自由。开放和分享应遵守双方的合作约定是数字经济行业乃至整个市场经济最基本的要求，这不仅是给用户提供服务的前提，也是为互联网平台企业维护平台生态，履行平台治理的社会责任所必须。数字经济行业的共识往往反映在了互联网平台企业的平台规则中，而新业态、新商业模式的成功也很大程度上体现出平台规则的成功。这些平台规则值得在执法实践中得到更多关注。

（三）中小经营者和消费者的合法权益缺乏充分保障

对于数字经济行业的发展而言，保障消费者和中小经营者的合法权益意义重大。传统行业中，中小经营者和消费者的一部分合法权益可以通过保持行业内充分竞争来实现。但是，由于数字经济行业的竞争格局、竞争方式不同于传统行业，

²⁴ 参见杭州铁路运输法院（2017）浙 8601 民初 4034 号民事判决书。

²⁵ 参见深圳市中级人民法院（2017）粤 03 民初 822 号民事判决书。

²⁶ 参见 <http://fashion.ifeng.com/c/7jm56G67NBI>，最后访问时间 2020 年 6 月 14 日。

保障中小经营者和消费者的合法权益需结合市场竞争和针对数字经济行业的监管等其他手段来实现。

例如，滴滴出行曾经因乘客安全问题受到指责，为此社会舆论纷纷指责滴滴出行的垄断地位²⁷。但是，在出行领域保持充分竞争并不必然能够解决乘客安全问题，乘客安全需要通过其他监管方式解决。又如，2018年3月，Facebook爆发数据泄露丑闻，数千万用户的信息在未经授权的情况下被第三方公司用于精准政治营销²⁸。与此同时，德国反垄断执法机构对 Facebook 滥用市场支配地位收集用户数据的调查将保护个人隐私及数据安全与实施竞争政策联系到了一起。²⁹但应该看到，仅仅是积极地推行竞争政策并不足以完全避免滴滴乘客安全问题或 Facebook 数据泄露问题，解决这些问题更多地依赖于数字经济行业监管等其他手段。

（四）传统的竞争分析技术难以适用于数字经济行业

目前，监管机构在竞争分析中采用的技术大多是从传统行业执法活动中积累。面对数字经济行业及新兴的竞争问题，这些技术难以适用。

传统竞争分析中将价格作为深入分析和判断的重要指标。例如，在分析相关市场时通常采用假定垄断者测试的方法：对特定产品进行一个“小幅的，但显著的，而且非临时性的涨价”（即 SSNIP 测试）时，如果顾客选择了其他替代性产品，从而使该特定产品的涨价变得无利可图，则该特定产品就不构成一个独立的相关市场；若顾客仍然选择该特定产品，从而使得涨价之后有利可图，则该特定产品单独构成一个相关市场。假定垄断者测试通过分析特定产品价格变化及由此带来的消费者选择变化来界定相关市场，但是数字经济行业中免费模式普遍存在，这使得建立在价格指标上的竞争分析工具难以适用。在奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案³⁰中，因为需要界定相关市场的即时通讯软件 QQ 为免费提供，最高人民法

²⁷ 参见 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1612751287400959343&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2020年5月29日。

²⁸ 参见 <http://international.caixin.com/2018-04-10/101232327.html>，最后访问时间：2020年9月13日。

²⁹ 参见 <https://tech.qq.com/a/20180423/039641.htm>，最后访问时间：2020年9月13日。

³⁰ 参见最高人民法院（2013）民三终字第4号。

院因而提出采用 SSNDQ 测试,即沿袭假定垄断者测试的逻辑,对特定产品进行“数量不大但有意义且并非短暂的质量下降”来界定相关市场。这一方法虽然一定程度上解决了数字经济行业中缺乏价格指标的问题,但也加大了假定垄断者分析的复杂性和不确定性,因为相较于价格,产品质量具有更多的评价维度,不同的人对质量的评价可能各不相同。

同样的问题在经营者集中审查制度中更为突出。为了考察投资并购交易对市场竞争产生的影响,《反垄断法》及相关配套法规将交易各方的营业额作为是否需要事前申报的判断标准。但是,这套规定忽视了数字经济行业中的企业提供诸多免费的产品和服务,或者采取先期补贴的方式进行发展的情况。在这些场景下,投资并购涉及的营业额通常无法达到经营者集中申报的营业额标准,但是其可能带来的排除、限制竞争影响却不容忽视。例如,在滴滴出行收购优步案³¹中,交易双方在早期采取补贴方式扩展市场因而营业额十分有限,但是该收购对出行细分市场上竞争造成的影响却不容忽视。

此外,传统竞争分析将市场份额和市场集中度视为衡量竞争状况的重要因素,但是数字经济行业高动态性和相互融合的特点使市场份额和市场集中度难以反映实际市场活动中激烈的竞争状况。日新月异的网络技术和业务模式也加大了监管难度,甚至在刚刚过去的 PC 互联网时代形成的分析技术和分析规则到移动互联网时代已经不再适用。

(五) 特定行业中监管机构多龙治水

数字经济行业在金融、电信、交通运输等特定行业中面临多龙治水的问题。这一问题在监管规则上表现为各特定行业的行业政策与竞争政策的矛盾和冲突上,在监管主体上表现为各特定行业主管机构与竞争执法机构之间重复监管或监管不足。在国家推动“互联网+”以后,互联网平台的业务越来越多地进入到这些特定行业,这些互联网平台至少需要面对特定行业监管,网络安全监管,竞争监管。各类监管机构所依据的法律、管辖的范围、追求的目标、采取的措施均有不同程度的差异。某监管机构采取的措施可能与另一监管机构追求的政策目标并不一致,这种情况将导致互联网平台企业无所适从。特别是,特定行业中的传统

³¹ 参见 <https://china.huanqiu.com/article/9CaKrkJWQ3u>, 最后访问时间: 2020 年 6 月 14 日。

企业与互联网平台企业之间在技术和运营模式上的差异，可能导致一些适用于传统企业的政策措施将对互联网平台企业产生明显的限制竞争影响。同时，各类监管机构并存可能导致一些不正当的市场行为落入监管盲区。

例如，作为人民银行作为金融监管机构，其政策目标在于保障金融秩序稳定，防止系统性金融风险。在传统金融市场中，各类资金账户的开设、资金的流动的信息几乎均掌握在人民银行和国有商业银行手中。随着数字经济行业中支付市场的兴起，账户、资金的信息可能由第三方支付机构掌握，同时银行面临来自第三方支付机构的激烈竞争，这某种程度上对传统金融行业造成冲击。人民银行的政策目标中并不包含促进市场竞争的内容，因此其对第三方支付在采取政策措施很容易过于重视对金融秩序和金融风险的控制，而忽视这些政策措施背后妨碍市场公平竞争的巨大负面影响。另一方面，中国的竞争执法机构虽然理论上对金融行业拥有执法权限，也应该维护金融行业的公平竞争，但是受到机构层级、专业背景等方面的限制，金融行业的行业监管政策与竞争政策之间并没有实现良好的协调。

反观基础电信行业，竞争执法机构早在 2011 年就已经对该行业限制竞争的情况进行调查并处理³²，在地方上也积极治理小区宽带垄断等问题³³。竞争执法机构在电信领域与行业监管机构积极合作，使得双方在确保电信安全、通信质量的同时保护市场公平竞争方面达成了共识。伴随着国家提速降费的政策，目前基础电信行业竞争相对充分，充分竞争的结果是消费者享受到高质量的电信服务和合理的价格。

（六）国内外政策差异导致合规困境

随着中国引领全球数字经济行业的发展，越来越多的中国互联网平台企业在海外展开业务、获取资源。在这个过程中，国内外政策的差异导致跨境互联网平台企业在合规上面临两难。国内监管机构作出的要求，在海外可能存在合规风险，反之亦然。

四、中国数字经济行业的发展建议

³² 参见 http://www.china.com.cn/zhibo/2014-02/19/content_31502397.htm?show=t，最后访问时间：2020 年 6 月 14 日。

³³ 参见 https://www.sohu.com/a/129109625_123753，最后访问时间：2020 年 6 月 14 日。

中国数字经济行业在 PC 互联网到移动互联网转型中取得的成就很大程度上说明了中国数字经济政策的成功，在移动互联网到产业互联网的转型中应继承经验、改善不足。就发展经验而言，国家对数字经济行业采取的包容审慎态度无疑是其取得成功的关键因素，应该在数字经济发展和转型过程中长期坚持，而改善不足则可以从以下几个方面进行。

（一）提高法律规则的可预期性

目前数字经济行业所面临的问题在很大程度上可以通过提高法律规则的可预期性解决。

首先，法律规则需要给出明确的行为指引，对市场行为适用同一的规则，并尽量清晰地规定正当竞争与不正当市场行为的界限；其次，法律规则需要明确平台规则和行业共识在法律上的效力；最后，法律规则应当明确各监管机构在交叉领域的管辖，特定行业传统市场主体与新兴互联网平台企业在市场竞争过程中应该得到平等对待。

在制定法规过程中，规则不可避免地带有模糊性，特别是对于数字经济行业而言，立法活动始终难以赶上发展速度。对于立法尚未明确的领域，市场自我调节所产生的规则具有高度参考性。在数字经济行业中，互联网平台企业的共识、平台规则等均反映市场自我调节，这些规则通常是适应市场活动中特定的需求而产生，是市场理性的体现。对于市场自我调节明显不能解决的问题，可以先通过指导性文件（例如指导意见、会议纪要等）对市场进行干预，在此基础上构建规则体系、厘清合法与违法的行为边界。

考虑到数字经济行业的特殊性和重要性，监管方式、措施、目标应该不同于传统行业。特别是在金融、电信、交通等特定行业中，对该行业传统主体的监管模式如果直接适用于数字经济主体，则很容易带来限制竞争、提高成本、降低效率等问题，因此，在这些行业的立法活动中可以考虑以专门章节的方式规定数字经济行业相关问题。

（二）强化竞争执法机构的独立性

考虑到行政监管对中国数字经济发展存在重大影响，而目前数字经济行业又

存在多龙治水的问题，强化竞争监管的重要性将有助于促进市场竞争，加速传统行业与数字经济行业的融合，从而在移动互联网向产业互联网的转型中取得先发优势。

竞争政策的基础性地位已经在多份中央文件中被提及³⁴，业已成为国家政策层面上的共识。但是，从国际上来看，中国竞争执法机构在政府中层级较低、人员配置较少、缺乏独立性。落实竞争政策的基础性地位实有赖于竞争执法机构的独立性。

此外，数字经济行业多龙治水的现象在全世界范围也普遍存在。以英国为例，英国在数字经济领域的有权执法机关除了英国竞争管理局（CMA）外，还包括了监管电信行业的通信管理局（Ofcom）以及规范数据保护和信息自由的信息专员公署（ICO）。2019年英国财政部组建数字经济竞争专家小组对如何使权力机关更好地维护数字经济领域市场竞争秩序进行了论述。报告呼吁建立新的数字监管机构以协调竞争执法，并对“新机构”的构建方式给出了三种路径：其一为创设完全独立于现有执法机构的新单位；其二是在Ofcom或CMA下设具有独立地位的分支机构；其三是为Ofcom或CMA创设新的专项职能（这个我不知道我是不是理解对了）。对于路径的选择报告并未给出明确的倾向而是交由政府抉择，但不论选择哪一种体制形式，“新机构”都应当专注于维护数字市场竞争、促进数字技术创新以及确保大型数字平台促进消费者及其他经营者的利益，政府也应在其职权范围内倾注相应资源³⁵。

回归我国现实情况，现阶段中国竞争执法机构本便呈现层级低、人员少、独立性较弱等问题，在与金融行业监管机构等同样对数字经济领域有监督执法权的机构相比执法能力受限。若从现有的竞争执法机构中再度分离数字经济竞争监管

³⁴ 参见2015年《中共中央、国务院关于推进价格机制改革的若干意见》，2016年《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，2017年《中共中央、国务院关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》、《国务院关于印发“十三五”市场监管规划的通知》，2019年《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》、《中共中央、国务院关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意见》，2020年《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》、《中共中央、国务院关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》。

³⁵ 参见2019年3月《Unlocking Digital Competition—Report of the Digital Competition Expert Panel》P77—P83

机构，一方面可能进一步削减现反垄断局的执法能力，另一方面新设立的独立机构也难以具有足够的规模、地位以及组织能力对日益庞大且复杂的数字经济领域竞争问题进行监管。但数字经济领域的特殊性又确实需要更加专业的部门进行专门监管，因此在我国现有竞争执法机构，即反垄断局下设立独立的数字经济监管处室，由其负责对数字经济市场竞争问题进行收集、分析、研究，为反垄断局在数字经济领域的执法工作提供指导。同时该室还应负责草拟数字领域的竞争政策以及与竞争有关的规范性文件并在涉及多部门合作时该室还应承担协调者的职能。而在更加具体的工作层面，应当包括为具有支配地位的互联网企业制定行为准则、制定数据移植以及数据系统的公开标准、推动构成准入壁垒的数据开放、创造有利的竞争条件、审查数字领域的经营者集中、监测市场发展等³⁶。

（三）强化竞争执法机构的国际合作

数字经济行业的竞争监管是世界各国均面临的问题。强化竞争执法机构的国际合作，不仅可以帮助中国数字经济行业在世界范围内扩大影响，缓解其面临的合规困境，还能够通过国际合作解决目前监管机构在竞争分析上面临的技术性问题。不仅如此，在转向产业互联网时代后，数字经济与传统行业的融合预计将在全球范围内展开，尽早展开竞争执法机构间的国际合作有利于中国数字经济行业在产业互联网时代的全球布局。

另一方面，数字经济的“无国界性”使竞争执法机构的国际间合作已然成为当前竞争监管的必要趋势。合作的目的在于避免执行竞争法的政府之间的不一致和重复工作，帮助跨国企业经济高效地遵守多个司法管辖区的竞争制度，以及改进竞争主管机构合作的技术和工具。目前国际上已存在多个组织协调国际间竞争合作工作，包括欧盟竞争网络（ECN）、国际竞争网络（ICN）、金砖国家竞争专家组（BRICS）、OECD 竞争委员会以及联合国贸易发展会议的竞争法与竞争政策政府间专家组。这些非强制性的多边竞争规则组织除促进国际合作外，还旨在使各国竞争执法机构就数字领域的竞争政策、执法程序甚至实体法律达成共识。

目前各国的竞争执法机构在总方针上基本已经达成了共识：具体监管层面包括对卡特尔的禁止以及对并购（尤其是猎杀型并购）的限制；宏观层面包括竞争

³⁶ 参见世界经济论坛 2019 年 10 月《Competition Policy in a Globalized, Digitalized Economy》P14。

法的目的是保护竞争而非竞争对手，竞争法的方法论是在法律程序中对市场进行经济分析等。³⁷然而在实体与程序层面，各国仍存在一定分歧，譬如程序方面美国倾向通过判决的形式对违法者处罚，而欧盟则以执法为主；实体方面则在“高通案”美国与欧盟的态度中有所反映，这种分歧不仅是法律分析层面的分歧，更体现了处于不同经济社会背景下的理念分歧以及利益冲突。同为发达国家的欧美尚存在如此分歧，由此可见，欲要在全球范围建立统一的竞争秩序仍然有很长的路要走。

尽管在具有独立层面各国的分歧仍需要长时间在冲突中磨合，但近 10 年来各国在合作方法方面已总结出相对成熟的经验成果。譬如 2015 年 OECD 建立了一份“国际竞争合作协议清单”，规范了竞争主管机构常用的正式合作工具，以加强合作的范围和程度，加深关系；2016 年 OECD 又组织各国竞争执法机构间建立了“国际合作谅解备忘录”，列举了对谅解谈判有价值的典型和非典型条款的案例。各国竞争执法机构就国际合作做出的努力正反映了数字经济领域国际合作的重要性，我国也应尽快积极加入国际合作之中，进入国际通行的竞争法律体系之中，为我国数字产业的国际竞争奠定制度基础。

³⁷ 参见世界经济论坛 2019 年 10 月《Competition Policy in a Globalized, Digitalized Economy》P7。