

平台经济中垄断行为的刑法规制研究

胡绍洋

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年6月3日; 录用日期: 2024年6月18日; 发布日期: 2024年8月8日

摘要

平台经济垄断行为呈现出与传统市场竞争模式截然不同的竞争特征, 这对以反垄断法为基础的市场竞争法治提出了严峻的挑战。目前, 我国法律仅依靠行政和民事手段来规范垄断行为, 这在实现利益平衡和风险规避方面存在诸多困难。平台经济下的反垄断不在于要不要刑法规制, 而在于如何刑法规制, 科学厘定刑法介入边界问题。对平台经济下的垄断行为进行刑法规制, 其正当性要从法律秩序统一原理和刑法的谦抑性两方面考量。在明确垄断行为有限入罪的适用范围的前提下, 即通过主体间视域融合在类型化的刑法边界构造体系中发现而不是发明刑法边界, 创设而不是创造刑法边界。以范围性边界、内容性边界以及刑罚设置边界三者为中心, 建构一个体系化的反垄断刑法规制体系, 在刑法边界的类型化构建体系中实现对垄断行为的刑法边界创设。

关键词

平台经济, 反垄断, 刑法规制, 边界构造

Research on the Criminal Law Regulation of Monopoly Behavior in Platform Economy

Shaoyang Hu

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jun. 3rd, 2024; accepted: Jun. 18th, 2024; published: Aug. 8th, 2024

Abstract

The monopoly behavior of the platform economy presents the characteristics of competition completely different from the traditional market competition mode, which poses a severe challenge to the market competition rule of law based on the anti-monopoly law. At present, our law only relies on administrative and civil means to regulate monopoly behavior, which has many difficulties in

realizing interest balance and risk avoidance. Anti-monopoly under the platform economy is not about whether to regulate criminal law, but how to regulate criminal law, and scientifically determine the boundary of criminal law intervention. To regulate monopoly behavior under platform economy, its legitimacy should be considered from two aspects: the principle of unity of legal order and the modesty of criminal law. Under the premise of clarifying the scope of application of the limited crime of monopoly behavior, the criminal law boundary is discovered rather than invented, and the criminal law boundary is created rather than created in the typed criminal law boundary construction system through the integration of inter-subject perspective. Centering on scope boundary, content boundary and penalty setting boundary, a systematic anti-monopoly criminal law regulation system is constructed, and the criminal law boundary of monopoly behavior is created in the typed construction system of criminal law boundary.

Keywords

Platform Economy, Anti-Monopoly, Criminal Law Regulation, Boundary Structure

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

严重的垄断行为被规定为犯罪并应承担刑事责任是世界各国立法的通例。2022 年，第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十五次会议表决通过了修正《中华人民共和国反垄断法》(以下简称新《反垄断法》)。新《反垄断法》在第 67 条增设规定：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这项规定是可能将相关垄断行为视为犯罪的法律基础。新《反垄断法》弥补了我国先前反垄断立法中缺乏刑事责任条款的不足，这对于我国反垄断刑事责任体系的建立、完善和适用都具有重要意义，标志着中国反垄断刑事立法迈入了新的阶段。

但是，何种垄断行为需要追究刑事责任以及追究何种刑事责任并没有得到明确的说明。由于围绕垄断行为是否构成犯罪的存在长期的争议，鉴于互联网平台经济领域中反垄断问题的特殊性和复杂性，对刑法介入平台垄断行为研究不仅要在学理上阐明为何需要刑法规制，还要在此基础上厘清刑法如何及更有效地规制，解决刑法介入平台垄断的界限及其实施制度的问题，以实现法律秩序统一原则下平台反垄断行为的法律治理，保障刑法不“缺位”，更不“越位”[1]。

反垄断刑事立法的研究与人们对垄断行为严重社会危害性的认识不断深化密切相关。1890 年美国通过的《谢尔曼法》是全球最早的反垄断刑事立法，使对垄断行为的刑法规制研究由抽象的理论探讨转变为具体的规范实践。国内学者对垄断行为刑法规制问题的研究起源于对社会主义市场经济中垄断公害不断显现以及以经济法为代表的其他法律难以有效规制的担忧。目前已有的研究成果主要集中在两个方面：一是垄断行为是否应受刑法介入的研究，二是刑法如何介入对垄断行为的研究。当下，针对严重垄断行为的刑法规制问题，主要停留在笼统的刑法介入垄断行为的理论分析上，尚缺乏针对反垄断法第 67 条修订后如何从刑法角度回应并实现反垄断法与刑法有效衔接的系统性研究，更缺乏从法治统一原则的角度深入探讨平台垄断行为的刑法规制边界及其体系化实施的研究[2]。

2. 垄断行为引入刑法规制的正当性考察

垄断行为在承担刑事责任的首要前提是其涉嫌犯罪，换言之，相关垄断行为应当符合犯罪构成要件。

然而，在法律未明文规定，甚至在相关法律尚未颁布的情形下，平台经济下的垄断行为似乎不具备适用刑罚处分的基本条件。需要明确的是，平台经济领域中的平台与传统的市场主体有所不同，其特点表现为典型双边市场结构和价格非对称性。同时，它还具有显著的交叉网络外部性和用户锁定效应。这些特征使得平台垄断行为与传统的垄断形式有所不同，它既具有一般垄断所带来的“公害”特征，也存在着特定的法益侵害问题。这些因素构成了刑法介入平台垄断行为的逻辑前提和现实基础。

2.1. 法律秩序统一原理下刑法规制的合理性与适用范围

法律秩序统一原则是指国家现行全部法律所构建的体系的整体协调统一，既包括不同部门法律之间的有序衔接，也包括不同法律规范内容之间的整体协同。刑法作为“最后手段法”的角色凸显在法律秩序统一原则下，只有在其他法律无法有效维护法益时，刑法才会逐渐彰显其作用。我国反垄断法第 67 条增加了垄断行为的刑事责任条款，弥补了对平台垄断行为的其他法律治理的滞后和现有立法的零散性[3]。首先，其他法律对平台垄断行为的规制存在滞后。责令停止违法行为、没收违法所得和经济罚款等时以反垄断法为代表的法律规定的主要惩处措施，但这些措施对于实施限制竞争行为的互联网平台的威慑效果有限。实际上，实施垄断行为的主要是位于头部的超大型平台经济体，它们不仅经济实力雄厚、技术力量强大，而且消费群体广泛、市场规模巨大，行政处罚对它们造成的经济损失远远不及从垄断市场中获取的超额利润。其次，其他法律对平台垄断行为的规制存在零散。在 2022 年之前，根据原反垄断法第 52 条的规定，拒绝、阻碍反垄断执法机构对垄断行为的调查会承担刑事责任，但对于实施垄断行为却没有明确的刑事责任规定。这种立法上的不连贯直接影响了垄断行为的规制体系，而增加垄断行为的刑事责任条款有助于弥补这种立法上的不连贯，维护法律规范的协同性。此外，尽管我国刑法暂未将平台垄断作为具体犯罪行为规定，但相关法律实际上暗示了对平台垄断行为的合理规制。例如，我国刑法规定了假冒注册商标罪、损害商业信誉罪、商品声誉罪、串通投标罪、侵犯商业秘密罪等，而平台垄断行为在竞争法益威胁和侵害方面的程度比上述罪名更严重，平台经济领域中的跨界竞争、多边竞争、数据竞争、算法竞争等现状使得平台垄断涉及信息安全、数据安全和算法安全等多个方面，不仅威胁并损害了良好的市场竞争秩序，还对公民的财产、隐私和信息等法益构成潜在威胁[4]。如果普通的不正当竞争行为可以被规定为犯罪并受到刑事责任的追究，那么将平台垄断行为纳入刑法规制就不宜存在法律上的障碍，因为与一般不正当竞争行为相比，平台垄断行为的受害范围更广，而不正当竞争行为则对个别的、具体的竞争者利益造成损害。相比之下，平台垄断行为所侵犯的是市场竞争者的整体利益以及广大消费者的权益，其对社会的影响更为严重，也更为隐蔽。

2.2. 以刑法规制垄断行为并不违反刑法的谦抑性

也许，对平台垄断行为进行刑法规制会让人产生其是否会背离刑法谦抑性的疑问。刑法谦抑性是现代刑事法治文明的基石。对于垄断行为采取刑事处罚进行规制的做法不仅是必要的，而且与刑法的谦抑性相一致。刑法的谦抑性意味着“应根据特定规则限制处罚的范围和程度，即在其他法律能够制止某些违法行为、保护合法权益的情况下，不应将其列为犯罪行为；在适用较轻的处罚方法能够遏制某种犯罪行为、保护合法权益的情况下，也不应规定更严厉的处罚方法。”因此，刑法的谦抑性旨在对刑事处罚予以适当的限制，即刑事处罚应仅适用于具有严重社会危害性的行为。坚持有限入罪的立场意味着在对具有严重社会危害性的垄断行为实施刑事处罚的同时，也必须对反垄断刑事处罚的适用范围进行合理限制，这与刑法的谦抑性相一致[5]。

只有在以穷尽其他方式仍难以实现对特定法益的保护时，启动刑法的救济方式才有必要。一些学者主张在处理超级平台垄断问题时，法律治理需要特别关注竞争法规制与平台产业促进之间的互动。刑法

应对平台经济下的垄断行为有必要的容忍义务。这种观点存在一定的合理性，但是不足够论证刑法介入平台垄断行为就是背离刑法的谦抑性。首先，频繁发生的平台反垄断案例表明，仅仅依靠反垄断法无法应对平台垄断行为的恶果。

即使对平台垄断行为给予的巨额的行政罚款，它们仍可能将处罚后果转嫁给其他市场竞争者和普通消费者。尤其是对超大型平台而言，其拥有的超级市场交易量、海量用户、规模化竞争优势和巨额经济利润使其对金钱处罚并不会过分敏感。因此，刑法对平台垄断行为的介入并非是违背刑法的谦抑性，而是作为刑法谦抑性的补充。其次，刑法谦抑性并不意味着刑法对不法无边界的忽视。人们对于只要是某行为入刑就是违反谦抑性的认知并不是当然正确的，对某一行为是否需要入刑的唯一标准是其严重法益侵害性，同时以其他法律难以进行有效的规制[6]。数字经济的发展深刻改变了互联网平台竞争生态，平台垄断行为不仅破坏市场竞争秩序，还会削弱市场创新动能。一些大型平台企业倾向于依靠垄断获取超额利润，这降低了技术创新的动力，进而侵蚀了经济的可持续发展基础。由于这种严重的法益侵害性，刑法对平台垄断行为的规制是相当必要的，这不是对刑法谦抑性的背离，而是刑法对不法行为的及时反应。最后，刑法的介入并非意味着将所有的平台垄断行为都规定为犯罪并予以刑事处罚，而是要在所有互联网平台垄断行为中选择对市场自由公平竞争法益侵害最严重的某一类或几类行为进行规制，这正是刑罚权克制和刑法谦抑性的实践要义。

3. 垄断行为有限入罪的适用范围

根据行为主体和形成原因的不同，可将垄断行为分为行政性垄断和经济性垄断两大类。行政性垄断一般是指“各类行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，排除、限制竞争的行为”。对于这种行政性垄断，可以采取如公平竞争审查等非刑法方法进行合理规制。因此，行政性垄断不宜纳入垄断行为有限入罪的适用犯罪。经济性垄断，通常情况下指的是“市场经济自然发展形成的经济势力造成的垄断，在其所属的市场中限制竞争的行为”。经济性垄断又可分为横向垄断协议、纵向垄断协议、经营者集中以及滥用市场支配地位这四种垄断行为。从垄断行为对竞争关系的危害性程度考量，应将滥用市场支配地位和横向垄断协议纳入到垄断行为有限入罪的适用范围，而经营者集中和纵向垄断协议则不应归入垄断行为有限入罪的适用范围[7]。

虽然以刑事处罚来规制垄断行为对于加强我国《反垄断法》的威慑作用具有重要意义，但如果不合理限制其威慑效果，可能会破坏产业政策和竞争政策之间的平衡，进而产生消极影响。这种影响可能会削弱经营者的发展和商业创新动力，对我国企业的国际竞争力产生不利影响。因此，必须适当限制将垄断行为定为犯罪的适用范围，以避免过度威慑问题的发生，这对于保持反垄断刑事处罚的合理性至关重要。

4. 互联网平台反垄断的刑法边界构造

平台反垄断的重点或许并非在于是否采用刑事手段，而在于如何将其纳入刑法范畴，也就是说，要确定互联网平台反垄断的刑法边界才是关键所在。在这一过程中，需要不断更新反垄断刑法的规定，同时要小心防止刑法被过度运用以及对打击范围的不适当扩大。目前《反垄断法》对于垄断行为的刑事犯罪条款存在一定的空白，缺乏具体的法律规定，如明确的罪名、罪状和刑罚标准等，这导致无法确定哪些垄断行为构成犯罪。因此，需要制定相关的刑法规范来填补这些空白，明确垄断行为犯罪的判定标准。为此，必须系统地构建高标准的市场体系，并将刑事法治现代化的理念融入其中，以便对平台垄断行为进行刑法规制。同时，还要遵循平台反垄断刑法介入的主体间关系和交往理性原则，使得平台反垄断的刑法边界更加动态化和清晰化。

4.1. 范围性边界

在处理平台垄断问题时,刑法的介入需要遵循一种阶梯化的法律规范,这包括市场机制、自律机制、其他部门法规以及刑法的合理结合。只有各个法律层面发挥自身作用,法治才能做到各得其所。针对互联网平台垄断问题,需要从不同维度来考虑,比如平台类型、功能属性、所处行业和发展阶段等,以确定刑法在反垄断中的适用范围。

具体来说,刑法对于超大型和中小型平台的监管策略应有所不同。对于市场地位强势、具有公共属性的超大型互联网平台,应该加强监管力度。这类平台如果滥用市场地位,会严重损害市场竞争的公平性,因此刑法对其垄断行为的监管必须更为敏锐。此外,还需要根据不同行业和发展阶段制定不同的监管策略。例如,针对社交网络平台,刑法应关注数据收集与使用方面可能导致的排他行为,而针对电商平台则需要关注买方权力的合理运用,比如搭售、捆绑销售和纵向限制等问题[8]。另外,对于用户依赖型和用户自主型平台,刑法也需要有针对性的规制策略。例如,对于具有明显客户锁定效应的用户依赖型平台,刑法应关注可能引发的数据垄断问题。此外,对于功能型和内容型平台,刑法的介入也需要有所区分,因为它们在市场结构和竞争格局上存在明显差异。

4.2. 内容性边界

相关主体达成垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中,是在平台经济中相关垄断行为是否适用刑法规制的问题的主要原因所在。首先,就垄断协议的规制而言,通常情况下,经营者之间达成垄断协议的行为可能仅具有轻微的社会危害性,应当按照一般违法行为处理。但对于采用如算法共谋等方式达成垄断协议的行为,因其对市场的竞争秩序的长期破坏性,严重损害了消费者的利益[9]。此时仅通过《反垄断法》等法律规定的措施,不足以实现对该种垄断行为的有效规制,将其纳入刑事责任领域则是必要的。其次,对于滥用市场支配地位的刑法规制,如平台利用其垄断地位下实施的固定价格、串通投标等行为,对其所造成的严重后果,亦应追究其刑事责任。但需要注意的是,对于一般情形下的企业合并和市场容许的价格竞争行为等,应当由反垄断部门进行监管,不应适用刑事制裁。平台垄断刑事责任一般情形下仅限于严重违法行为,例如固定价格制产量等横向联合限制竞争行为。最后,就平台经济下的经营者集中的刑法规制而言,对其可能造成的超级平台垄断行为,如掌控市场、数据、流量等资源并滥用支配力,排除市场竞争,严重损害市场经济的自由竞争秩序。其他部门法不能对这种垄断行为有效规制,刑法的适时介入是必要的和合理的[10]。

4.3. 刑罚设置边界

首先,就刑罚的类别而言,鉴于垄断犯罪对利益的追求和单纯的行政罚款对于制裁垄断行为的限制性,建议我国刑法在涵盖平台垄断等情形下,将刑罚分为财产刑和非财产刑两大类。在这两类中,财产刑可以设定为“罚金”,但不宜设定“没收财产”,原因在于垄断,尤其是对于平台垄断,刑法的目的是促进市场竞争,提升企业核心竞争力,而非剥夺经营者的财产。这也符合刑法中罪责刑相适应的原则[11]。同理,也不应设定解散经营者或者限制经营者在某一领域从事生产经营活动的刑罚,因为这种刑罚不仅不符合我国现行刑法的体系,而且容易破坏其完整性。不过,对于个人实施垄断犯罪行为的情形,可以考虑设立限制从事相关职业的资格刑。罚金刑既可以适用于实施垄断犯罪的经营者,也可以适用于实施垄断犯罪的法人代表或主要负责人。对于垄断犯罪中的罚金刑,应该相对固定,并且应该有最高数额的规定,而不应该是无限额的罚金刑。可以考虑采取倍数或者比例罚金刑的立法模式。例如,可以参考美国等国家对于垄断犯罪的适用“两倍收益/损失”罚金条款的相关规定[12]。非财产刑主要包括监禁刑和行为刑两类,监禁刑包括拘役和有期徒刑,主要适用于自然人构成的垄断犯罪,而有期徒刑应设定

明确的最长监禁期限。值得注意的是,近年来,世界上主要的反垄断管辖区国家纷纷修订法律,加大对垄断犯罪的刑事处罚力度。例如,2004年美国通过了《反托拉斯刑事制裁强化与改革法》,将自然人可能面临的监禁期限延长至10年。此外,对于实施垄断犯罪的企业(平台),还可以考虑强制其履行公共服务的行为刑。例如,法院可以裁定,从事非法垄断等犯罪活动的企业(平台)应当交出一定的资金或财物用于消费者保护的公益服务,以更好地补偿其他市场竞争主体和普通消费者;又如,垄断犯罪的行为人可以出资设立“优化营商环境基金”,推动在市场经济条件下自由竞争的高质量发展。

参考文献

- [1] 杨昊堃. 平台经济反垄断的刑法规制研究[J]. 现代商贸工业, 2024, 45(1): 196-199.
- [2] 王群. 刑法对互联网平台垄断行为的介入及其边界——兼论新《反垄断法》中刑事责任条款设置的正当性[J]. 金融与经济, 2023(5): 36-45.
- [3] 黄俊杰. 平台经济反垄断的刑事规制与检察综合治理[J]. 中国刑事法杂志, 2023(2): 107-125.
- [4] 张晨颖. 垄断行为刑事化的基础及其构造[J]. 法学评论, 2023, 41(5): 103-113.
- [5] 曾凡宇, 张锋, 程衍. 论我国反垄断刑事责任制度的构建[J]. 北京交通大学学报(社会科学版), 2023, 22(2): 125-132.
- [6] 胡学相, 尹晓闻. 垄断行为刑法规制的法理分析[J]. 广东社会科学, 2016(2): 249-256.
- [7] 刘乃梁, 叶鑫. 反垄断刑事责任: 入罪理据与实现进路[J]. 竞争政策研究, 2023(1): 43-53.
- [8] 王群. 刑法介入互联网平台垄断行为再审视: 逻辑、边界与落地——对反垄断法中刑事责任条款的理解与适用[J/OL]. 长白学刊, 2024: 1-11. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/22.1009.D.20240325.1408.002.html>, 2024-03-28.
- [9] 彭瑞楠, 丁国峰. 中国垄断行为刑事立法完善对策研究[J]. 安徽警官职业学院学报, 2023, 22(4): 43-49+68.
- [10] 金善明. 论垄断行为入罪化的限度[J]. 北京工业大学学报(社会科学版), 2017, 17(6): 68-74.
- [11] 马志萍. 垄断行为犯罪化问题研究[J]. 刑法论丛, 2014, 38(2): 228-241.
- [12] 蒋岩波, 黄娟. 卡特尔行为反垄断法与刑法的协同规制[J]. 江西社会科学, 2020, 40(10): 190-198.