

互联网平台自我优待的反垄断规制

高晓茜

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2023年10月21日; 录用日期: 2023年11月18日; 发布日期: 2023年11月24日

摘要

自谷歌比价购物一案以来, 互联网平台实施的自我优待行为在反垄断领域引起了广泛讨论。平台凭借其强大的市场地位, 利用杠杆效应, 对自家产品或服务实行自我优待, 形成平台包抄局面。自我优待的滥用会对市场竞争秩序、产品创新和改良、消费者福利造成损害, 甚至可能引发双轮垄断的风险。平台经济的新兴特征使得传统反垄断分析范式在规制自我优待行为上不敷适用。为此, 借鉴域外经验, 对平台进行分类分级施加禁止自我优待的义务不失为一种有效的规制方法, 同时辅之以平台企业的自主合规和算法透明制度的完善, 可以对平台自我优待有效规制。

关键词

自我优待, 分类分级, 自主合规, 算法透明

Anti Monopoly Regulation for Self Preferential Treatment of Internet Platforms

Xiaoqian Gao

Faculty of Law, Shanghai University, Shanghai

Received: Oct. 21st, 2023; accepted: Nov. 18th, 2023; published: Nov. 24th, 2023

Abstract

Since the Google comparison shopping case, the self-preferential behavior implemented by Internet platforms has aroused widespread discussion in the field of antitrust. By virtue of its strong market position, the platform uses the leverage effect to implement self-preferential treatment for its own products or services, forming a platform outflanking situation. The abuse of self-preference will cause damage to market competition order, product innovation and improvement, and con-

sumer welfare, and may even lead to the risk of double monopoly. The emerging characteristics of the platform economy make the traditional antitrust analysis paradigm inadequate in regulating self-preferential behavior. Therefore, learning from foreign experience, imposing the obligation of prohibiting self-preferential treatment on the classification and grading of platforms is an effective regulatory method, and at the same time, supplemented by the improvement of platform enterprises' autonomous compliance and algorithm transparency system, it can effectively regulate platform self-preferential treatment.

Keywords

Self Preferential Treatment, Classification and Grading, Autonomous Compliance, Algorithm Transparency

Copyright © 2023 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. 引言

近年来, 互联网平台自我优待成为数字经济反垄断领域的讨论热点。自我优待可以追溯到谷歌比价购物一案, 互联网巨头谷歌被指控滥用市场支配地位, 将搜索市场的主导力量传导至比价服务市场, 利用为其他经营者提供交易平台的地位干预搜索结果, 将自营业务置于优先位置。欧盟委员会认为谷歌实施了自我优待行为, 违反了欧盟竞争法规定, 最终对其处以 24.2 亿欧元的反垄断罚款。由此, 平台自我优待成为全球反垄断领域的关注重点。

我国也关注到平台自我优待问题, 如《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》(以下简称《主体责任指南》)对超大型平台提出了“应平等对待平台自身和平台内经营者, 不实施自我优待”的要求¹。

《互联网信息服务算法推荐管理规定》关注到平台自我优待的一些表现形式, 包括“不得利用算法操纵检索结果排序”²和“不得利用算法对第三方进行不合理限制”³。《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》规定了禁止具有市场支配地位的数字平台实施自我优待⁴, 这一规定虽在正式稿中被删除, 但自我优待行为仍然是数字市场中具有较高垄断风险的行为, 应当予以高度重视。

2. 平台自我优待的内涵与表现形式

2.1. 平台自我优待的内涵

数字经济背景下, 越来越多的互联网平台企业具有双重角色, 既是“平台管理者”, 又是“平台内经营者”。这一类企业不仅为其他经营者提供交易平台, 同时还在平台内销售自家产品和服务, 典型的平台企业有亚马逊、谷歌、苹果等。为了获取更多利润, 平台不甘于只在一个市场中占据主导力量, 而

¹《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第二条: “超大型平台经营者应当遵守公平和非歧视原则。提供相关产品或服务时, 平等对待平台自身(或关联企业)和平台内经营者, 不实施自我优待。”

²《互联网信息服务算法推荐管理规定》第十四条: “算法推荐服务提供者……不得利用算法屏蔽信息、过度推荐、操纵榜单或者检索结果排序……”。

³《互联网信息服务算法推荐管理规定》第十五条: “算法推荐服务提供者不得利用算法对其他互联网信息服务提供者进行不合理限制……”。

⁴《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》第二十条: “禁止具有市场支配地位的平台经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等, 没有正当理由, 在与该平台内经营者竞争时, 对自身给予下列优惠待遇: (一) 对自身商品给予优先展示或者排序; (二) 利用平台内经营者的非公开数据, 开发自身商品或者辅助自身决策。”

是依托“网络交叉效应”、“多边市场”、“先发优势”等特征，将触角延伸至多个新市场，开始跨界竞争。经营过程中，平台往往利用其“平台管理者”的地位给予自营产品或服务以更优越的待遇，将其在基本市场的支配力量传导至新市场，从而快速抢占市场。平台自我优待目前没有统一的定义，简单来说，平台自我优待是指当平台与平台内经营者存在竞争关系时，优待其自营的产品或服务。自我优待的主要特征是在位主导平台在经营过程中给予自营业务以第三方经营者无法获得的交易条件[1]。

2.2. 平台自我优待的表现形式

产业链扩张过程中，当与其他经营者存在竞争时，平台利用为其他经营者提供交易平台之便利，给予自营产品或服务以更优惠的条件，这是平台自我优待的行为表征。平台自我优待的具体表现形式主要有三种，其一是在经营过程中，对其他经营者采取限制甚至排除措施，本质上是封禁行为。以苹果公司为例，俄罗斯反垄断局对其限制其他经营者研发家长控制功能的行为作出处罚⁵。该案中，苹果公司滥用其在iOS分销市场中的主导地位，在应用商店中将Safe Kids等其他经营者的应用程序强制下架。其二是平台操纵搜索结果的排序，将自营产品置于前列，并借助算法降低竞争对手的信息可见度。如欧盟对谷歌罚款的依据就是谷歌滥用其搜索引擎市场的竞争优势，利用算法将自营服务置于优先位置。其三是平台利用其平台管理者身份收集平台内其他经营者的数据信息，利用收集到的信息调整商品报价、复制热门商品[2]，平台内其他经营者长期积累的竞争优势消失殆尽。

3. 平台自我优待规制的合理性证成

3.1. 平台管理者的身份具有公共性

平台自我优待是否有法律干预的必要性以及现行法律法规是否具有可行性是当前学界关注的重要问题。平台自我优待行为可能有利于提高资源整合效率，又可能引发平台企业的垄断风险[3]。平台具有逐利性，通过投入成本，取得市场竞争优势，利用该优势为自身合理利益优待自营产品，为自身争取更大利润，具有一定合理性。然而，这种对自我优待合理性的考量不能成为放任平台扭曲市场竞争甚至垄断的理由。平台除了自身盈利，还集制定与解释平台规则、审核和管理等职能于一身，具有公共性和管理性[4]，应为其他经营者提供一个高效、有序的网络交易场所。自我优待的滥用不仅会扭曲市场竞争秩序，导致其他经营者无法公平参与竞争，最终被挤压出市场，囿于其他竞争对手对平台无法构成威胁，平台还可能逐渐怠于创新，难以形成良性发展。基于此，对平台自我优待行为进行反垄断规制符合《反垄断法》第一条规定的立法目的，也响应我国“强化反垄断”和“防止资本无序扩张”的平台经济监管政策，具有法律监管的必要性。

3.2. 平台自我优待的反竞争效应

平台自我优待会带来一些反竞争效应，主要体现在抑制创新、损害消费者利益、扭曲市场竞争秩序三方面。其一，平台利用平台管理者的身份实施自我优待，具有平台内其他经营者不可比拟的优势，以创新和改良为抓手的良性竞争将成为奢求[5]。平台通过收集其他经营者的后台数据，分析并复制热门产品，可以轻松获得其他经营者长期努力而取得的竞争优势，这无疑会磨灭其创新积极性，平台也会基于这种“甜头”而怠于创新。其二，平台操纵搜索排序，排列靠前的产品更容易引起消费者关注，消费者的选择权被隐形剥夺。同时，自我优待行为降低了其他经营者继续投入成本去创新的动力，无法为消费者带来新产品，减少了消费者选择的多样性，平台还可能借势提高现有商品价格，导致消费者利益遭受

⁵《俄罗斯反垄断监管机构对苹果公司罚款9亿卢布》，载《中国新闻网》，<https://www.chinanews.com/gj/2021/04-27/9465753.shtml>，2023年8月10日。

侵蚀。其三，平台的双重角色容易通过杠杆效应异化为平台实施垄断行为的手段^[6]，将其在基本市场的市场优势传导至其他市场，其他竞争者难以对平台形成有效的竞争约束，最终被挤出市场。平台构建起自身利益的最大化闭环^[7]，形成跨市场的垄断局面。上述种种反竞争效应为法律层面规制平台自我优待提出了要求。

4. 平台自我优待反垄断规制分析

我国反垄断法中的传统反垄断分析范式在应对平台自我优待问题时显得捉襟见肘。除相关市场界定困难、市场支配地位难以界定这些在平台经济反垄断领域老生常谈的问题，平台自我优待的反垄断规制还存在以下困难。

4.1. 自我优待难以纳入现有滥用行为类型

传统规制框架下，自我优待不属于垄断协议或经营者集中，只能基于滥用市场支配地位角度规制。针对自我优待划入哪种滥用行为类型，为了减少对原有体系的冲击，主流观点聚集在拒绝交易、差别待遇、搭售这三种。拒绝交易是指具有市场支配地位的平台滥用市场支配地位，无正当理由拒绝与交易相对人进行交易，排除、限制市场竞争⁶。拒绝交易的对象是“交易相对人”，而自我优待情形下，平台的交易相对人是消费者，平台内其他经营者与平台并非“相对”的。因此，自我优待无法划入拒绝交易这一情形。差别待遇也是如此，其实质是对交易相对人实行不同待遇，而平台自我优待给予自身和平台内经营者以不同待遇，平台与自身无法成为“相对”的。另外，差别待遇中的交易相对人在规模和能力等方面的差别不会实质影响交易⁷，而自我优待情形下，数据和算法的加持使平台在规模和能力上具有压倒式优势。搭售的实质是经营者强制交易相对人接受其他商品。虽可以将平台自营产品与搜索服务理解为“捆绑关系”，但自我优待的表现形式不拘泥于此^[8]。

4.2. 自我优待不宜单独列为一类滥用行为

基于自我优待难以划入现有滥用行为类型，也有不少学者提出将自我优待单独列为一类滥用行为的方案。本文认为，将其规定为独立的滥用行为不具有合理性和必要性。一方面，平台经济发展迅猛，新型滥用行为在未来可能层出不穷，每次都立法新增的做法显然不现实。退一步讲，假设将自我优待新增，由于与现有的滥用行为类型存在一定相似之处，带来的后果便是条款之间难以厘清。对于仅具有市场优势地位的平台，也有实施自我优待造成排除、限制竞争后果的可能，将其规定在滥用市场支配地位项下不够合理。另一方面，《反垄断法》第二十二条规定了兜底条款，即“反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”，加之“不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为”，虽没有将自我优待列为独立的滥用行为，但若坚持用传统反垄断分析框架对其进行规制的情况下，可以通过兜底条款对其进行补充规制。若采用跳出传统反垄断范式的新路径，则更不必将其列为独立的滥用行为。

4.3. 算法不透明加大规制难度

数字经济时代，算法成为平台企业巩固市场地位的助推剂。平台实施自我优待离不开算法的支撑，算法本身的专业性、复杂性促使其演变为可单方支配的权力，进而导致了算法的黑箱效应。尤其在利用

⁶《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第十四条：“具有市场支配地位的平台经济领域经营者，可能滥用其市场支配地位，无正当理由拒绝与交易相对人进行交易，排除、限制市场竞争……”。

⁷《禁止滥用市场支配地位行为规定》第十九条：“……条件相同是指交易相对人之间在交易安全、交易成本、规模和能力、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面不存在实质性影响交易的差别……”。

算法工具进行排名、评估时，平台企业为了取得或维持市场竞争优势，会对算法进行保密，导致平台与平台内其他经营者、消费者之间产生极大的信息差。以搜索排序的算法为例，一般采用的是加权方法，对关键词、点击频率、词汇的匹配度等不同因素赋予不同的权值，并计算出相应的分数，根据分数高低排列顺位，最终呈现出有价值的搜索结果[9]。该案中，谷歌利用其制定和修改平台规则的权力，修改每个影响因素的权值，操控搜索排序以打压竞争对手，市场竞争秩序变得畸形。鉴于此，算法有效治理对于平台自我优待的规制至关重要。

5. 平台自我优待反垄断规制路径

5.1. 对平台分类分级施加禁止性义务

传统反垄断规制框架在应对平台自我优待问题时显得束手无策，有必要探索新路径打破传统路径规制自我优待的困局。平台的规模是规制平台自我优待的重要考虑因素[1]。平台扩大规模之初，为了保证规模的平稳扩张，一般不会侵害其他经营者的利益，当平台达到最低规模优势时，才可能考虑抢夺利益[1]。对规模的衡量体现在各国或地区的法律文件中，如欧盟《数字市场法》将达到一定规模的平台定性为“守门人”，明确规定禁止守门人自我优待⁸。《美国创新与选择在线法案》将达到一定规模的定性为“涵盖平台”，对其施以禁止自我优待的义务⁹。我国借鉴了该思路，《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》将平台划分为超级平台、大型平台、中小平台。《主体责任指南》第二条明确规定超大型平台不得实施自我优待。

超大型平台具备市场优势地位，实施垂直合并并非难事，但事后几乎没有简便有效的救济途径，其实施自我优待的后果也往往具有较大危害性[10]。基于此，对平台分类分级，事前施以超大型平台禁止自我优待的义务，可以从源头预防垄断风险。一方面，平台事先明确了需遵守的行为准则，这种确定性促使平台主动放弃投机行为[11]。另一方面，避免了相关市场和市场支配地位分析范式的局限性，同时对仅具有市场相对优势地位的平台，实施自我优待损害竞争的行为也有很好的规制作用，受害人举证困难问题也迎刃而解。囿于《主体责任指南》未明确违反禁止性义务的法律后果，其执行效果依赖于平台对该指南的认同和自我约束[12]。为此，本文建议在法律文本中列举平台自我优待的表现形式，明确超大型平台违反禁止自我优待义务的法律后果和处罚制度，同时赋予平台以正当理由抗辩的权利。

5.2. 强化平台自主合规

企业合规的本质是为避免违反法律法规、监管规定等要求，在企业内部建立管理机制，并要求建立自我监管机制，以防范和应对合规风险[13]。平台自我优待情形下，平台基于为平台内其他经营者提供交易平台的地位优待自营业务，易引发企业合规风险。规制平台自我优待需要引入行之有效的企业合规制度。对此，可以从防控和激励两个方面双管齐下[14]。防控角度，反垄断执法机构可制定相应的合规指引，联合相关部门出台指导意见。平台自身应当设置专门的合规机构，明确合规要求和职责，建立风险预警、评估机制，有针对性地防范不同等级、不同诱因的风险，积极开展评估工作，按要求及时落实整改。为加强平台企业对有效合规的重视，可尝试建立合规激励机制，设置多元化的激励措施[14]，对平台主动采取措施预防滥用市场优势，实施自我优待损害竞争的行为进行激励，增强激励机制的推动力。

5.3. 构建算法透明机制

实施自我优待的平台往往具备强大的算法能力，算法的不透明助其于无形之中实现了优待自营业务

⁸See Article 6(d), DMA.

⁹See Section 2(a), AICO.

的目的。为避免算法不透明导致的损害竞争行为，欧盟委员会成立了欧洲算法透明度中心(ECAT)，该部门由人工智能专家、法律专家等专业人士组成，为监督和执行“超大在线平台”和“超大在线搜索引擎”系统义务等方面提供专业知识和技术¹⁰，促使平台算法既满足透明度要求，又利于风险管理。为有效规制平台自我优待等具有垄断风险的行为，我国可以借鉴欧盟的做法，成立专门的算法透明度中心，将算法的治理纳入平台企业自主合规体系，对算法风险分级分类、判断风险的程度和范围、制定预防策略、制定算法安全技术标准[15]。为了削弱技术屏障，还需开展常态化的信息公开和算法备案工作，要求平台企业对算法的负责主体、使用方式、风险评估等内容进行说明并提交备案[15]，要求对可能造成排除、限制竞争后果的算法作出整改。

6. 结语

平台自我优待行为已成为反垄断领域的关注重点。越来越多的平台既充当着其他经营者的交易平台，同时又是在平台内销售产品或服务的经营者，这种双重身份决定了平台不能只为自身利益而肆意优待自营业务。滥用自我优待会引发垄断风险，对市场秩序造成严重冲击，而传统反垄断规制框架在应对平台自我优待时显得束手无策，为有效规制平台自我优待，有必要跳出传统反垄断规制框架，对平台分类分级施加禁止自我优待的义务，辅之以平台自主合规和构建算法透明制度的规制路径。

参考文献

- [1] 侯利阳. 《反垄断法》语境中自我优待的分类规制方案[J]. 社会科学辑刊, 2023(3): 25-35+2+237.
- [2] 李鑫. 平台数据型自我优待的反垄断法分析[J]. 广东财经大学学报, 2023, 38(1): 101-111.
- [3] 陈兵, 赵青. 反垄断法下平台企业“自我优待”行为的违法性认定[J]. 江汉论坛, 2023(7): 114-121.
- [4] 刘晓春. 数字平台自我优待的法律规制[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2023, 41(1): 69-82.
- [5] 姚宜君, 陈永国. 电子商务平台自我优待行为的法律分析[J]. 河北经贸大学学报(综合版), 2022, 22(3): 42-48.
- [6] 曾迪. 平台滥用数据优待自营业务的法律规制[J]. 科技与法律(中英文), 2022(6): 54-63.
- [7] 程恩富, 王爱华. 数字平台经济垄断的基本特征、内在逻辑与规制思路[J]. 南通大学学报(社会科学版), 2022, 38(5): 1-10.
- [8] 孟雁北, 赵泽宇. 反垄断法下超级平台自我优待行为的合理规制[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2022, 28(1): 70-82.
- [9] 殷继国. 人工智能时代算法垄断行为的反垄断法规制[J]. 比较法研究, 2022(5): 185-200.
- [10] 郭静仪. 反垄断视野下的平台自我优待规制[D]: [硕士学位论文]. 武汉: 中南财经政法大学, 2022.
- [11] 李希梁. 反垄断监管与事前监管——互联网平台监管模式的二元建构[J]. 交大法学, 2023(2): 89-103.
- [12] 金美蓉, 李倩. 论“守门人”制度的嬗变及其对完善我国互联网平台主体责任的启示[J]. 内蒙古社会科学, 2023, 44(2): 107-116.
- [13] 陈瑞华. 论企业合规的性质[J]. 浙江工商大学学报, 2021(1): 46-60.
- [14] 王磊. 论平台垄断的合规治理[J]. 行政法学研究, 2023(4): 129-139.
- [15] 张吉豫. 论算法备案制度[J]. 东方法学, 2023(2): 86-98.

¹⁰See DSA enforcement: Commission launches European Centre for Algorithmic Transparency, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2186, last visited on August 10, 2023.