

数字经济时代互联网平台自我优待的反垄断 规制进路

陈可涵

华东政法大学经济法学院, 上海

收稿日期: 2023年6月14日; 录用日期: 2023年6月28日; 发布日期: 2023年9月8日

摘要

随着平台经济的兴起,自我优待的规制已经成为全球范围内所共同关注的问题。自我优待具有模式多样化、证明难度高、界定相关市场困难的问题,现行的反垄断法难以完全规制。全球视角下,各国主要是根据平台规模的不同,采用不对称规制的模式,并对“守门人”及类似规则进行立法和适用。在自我优待的认定方式上,应当采取合理原则而非本身违法原则,“守门人”规则的事前规制虽然能够解决相关市场界定的困境但是也存在与反垄断的价值逻辑不符之处。面对自我优待问题,我国可以采取“具体规则+兜底条款”的模式,并建立互联网平台透明化机制,在认识到“守门人”规则利好的同时也应当防范可能存在的规制过剩。

关键词

自我优待, 平台经济, 平台反垄断

Approach to Antitrust Regulations on Self-Preferencing of Internet Platforms in the Digital Economy Era

Kehan Chen

School of Economic Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jun. 14th, 2023; accepted: Jun. 28th, 2023; published: Sep. 8th, 2023

Abstract

With the rise of platform economy, the regulation of self-preferential treatment has become a

global issue of common concern. Self-preferential treatment has the problems of mode diversification, high difficulty in proof and difficulty in defining the relevant market, which are difficult to be completely regulated by the existing Anti-monopoly Law. From the global perspective, countries mainly adopt asymmetric regulation based on platform scale, and legislate and apply “gatekeeper” and similar rules. As for the cognizance of self-preferential treatment, we should adopt the principle of reasonableness rather than the principle of per se illegality. Although the ex-ante regulation of “gatekeeper” rule can solve the dilemma of relevant market definition, it is inconsistent with the value logic of antitrust. In the face of the issue of self-preferential treatment, we can adopt the mode of “specific rules + miscellaneous provisions” and establish a transparency mechanism for Internet platforms. When realizing the “gatekeeper” rule is beneficial, we shall also prevent possible regulatory redundancy.

Keywords

Self-Preferencing, Platform Economy, Antitrust of Platforms

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. 问题的提出

近年互联网科技的迅猛发展引发了互联网平台自我优待问题的学术热议。虽然在全球范围内，对于自我优待行为的具体界定尚未达成有普遍性的共识，但是以 2017 年备受瞩目的谷歌比价服务一案为起点，诸多国家都开始对数字经济平台的自我优待行为进行法律上的规范。欧盟和美国就分别颁布了《数字市场法案》和《美国创新与选择在线法案》，试图以新的专门的立法来对自我优待行为作出制裁。

在我国目前的实践中，对自我优待的规制依旧以反垄断框架为主体，并搭配部门规章进行规范。在未来的优化进路问题上，对于体量规模巨大的平台，建议强化事前规制以及引入欧盟“守门人”规则的声音也层出不穷。

在数字经济时代，应当深入挖掘和分析互联网平台给传统的反垄断框架带来的新挑战，结合数字经济的竞争特点和我国的实践模式，对比较法上不同的立法模式进行批判性地借鉴和参考，提出逻辑周延且具有可操作性的优化进路，维护互联网平台的公平竞争，保障市场竞争机制的充分发挥。

2. 传统反垄断体系下平台自我优待的规制困境

2.1. 自我优待行为模式多样化

互联网平台自我优待行为的表现形式具有多样性的特点，目前不论是国内外的理论研究，还是行政管理和司法实践，都没有对自我优待的判断得出一个明确的结论，只较为笼统地指出自我优待是指平台对待自身或关联公司及其商品和服务，提供相比其他经营者更为有利的条件^[1]。

根据美国众议院在 2020 年所发布的《数字市场竞争调查》，构成自我优待的行为相当广泛且形式多样，其中包括在搜索排序服务中提升自营业务的排名，将其展示在位于前列的显眼位置，同时降低甚至不显示竞争对手的序位；在操作系统和应用商城服务中预装应用软件、优待自家应用软件；在数据层面上获取平台内经营者的非公开数据，用于自身平台的经营开发等活动等。我国 2023 年 4 月新实施的《禁止滥用市场支配地位行为规定》在其 2022 年的征求意见稿中曾作出规定，将自我优待分为对自家商品的

优先排位展示以及利用平台内经营者非公开数据进行自己的决策。

2.2. 自我优待行为证明难度高

自我优待行为不仅种类多样，在第一步的识别判定上就带来了一定的困境，而且不同于传统的反垄断框架所规制的行为，基于互联网平台算法和经营方式的不透明性，其自我优待的行为在证明上也存在着挑战。法律应当要求哪个主体承担自我优待行为存在与否的证明责任成为了不可避免的问题。一方面，互联网平台的自我优待不如传统的自我优待那样表现明显，不论是反垄断执法机构，还是作为居中裁判者的法院，想要证明平台实施了自我优待行为，在充斥着算法和科技的互联网时代都是存在技术难度的问题。另一方面，如果把证明义务倒置给互联网平台一侧，则平台将被赋予证明自己没有实施自我优待行为的证明责任，这种难度极高的责任可能会成为新种类的“恶魔证明”。

2.3. 界定相关市场的困境

根据传统反垄断法的框架结构，要认定某互联网平台确实存在滥用市场支配地位的行为，不可避免地要对相关市场作出界定。在互联网时代到来之前的商业行为中，界定相关商品市场和地域市场的难度都较低。在实践中通常使用微小、显著、非暂时价格提升(SSNIP)的方法，观察在价格调整5%~10%的情况下，经营者是否仍然有利可图，以此来划定市场范围。

然而，在数字经济的语境下，其复杂性的特征会阻碍反垄断执法中对于相关市场的界定[2]。传统的SSNIP测试法对于多数互联网平台而言难以被适用，因为不论是社交平台还是搜索引擎、比价服务，目前国内大部分的此类服务都是以免费的形式来提供的，价格为零的服务无法做到5%~10%的小幅度提价。因此，提升价格的测试方法很难在互联网平台的相关市场界定中被运用。为了解决该问题，在奇虎360与腾讯QQ互不兼容的案例中¹，最高法采取了SSNDQ的测试法，然而在该测试方法中，不同于SSNIP下调价格，SSNDQ下调质量的做法难以实现定量观察，只能做概括的定性分析，可能存在误伤的情形。

3. 互联网平台自我优待的规范实践

3.1. 我国关于平台经济自我优待的直接规范

在《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》中，曾一度能够看到对于自我优待的单独规定，该规定指出，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。

虽然该条规定相对简易，但是也一定程度上表现出了对于自我优待的规制。然而由于争议较大，在内容上也不够完善，最终该条未能纳入正式稿中，4月实行的正式稿第二十一条²仅较为概括地禁止了利用数据、算法、技术、平台规则来实行滥用市场支配地位的行为。

3.2. 全球基于平台规模的不对称规制

从域外比较法的视角来看，对于互联网平台自我优待的处理大多都采用了一种不对称的规制。具体而言，不同的立法例各自从平台市值、营业额、活跃用户数量等角度出发，将部分规模较大的互联网平台同一般的中小型互联网平台区分开来，并给予它们特定的义务。

活跃于自我优待规制前线的欧盟在《商业平台条例》(P2B)第5条中仅仅是要求所有的互联网平台注

¹最高人民法院(2013)民三终字第4号。

²《禁止滥用市场支配地位行为规定》第二十一条：具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事本规定第十四条至第二十条规定的滥用市场支配地位行为。

明决定排序顺序的主要决定因素及其原因，但对于那些被认定为规模较大的互联网平台，欧盟又在《电子市场法》中对其苛以“守门人”的责任，对其在数据利用、交易条件、广告信息等诸多方面做出较为严格的规制。

不同于欧盟规则中“守门人”的称呼，美国在《创新与选择在线法案》中将符合特定规模要求的互联网平台称为“主导平台”，禁止此类平台实施例如平台封禁、搭售、数据滥用、数据壁垒、排名优待、打击报复、预装程序等一系列涉及到自我优待的行为。

可见，自我优待的行为不是被完全禁止的，而是按照平台规模作出了一个不对称的制度构建，中小平台的自我优待被法律所允许，但是大规模的超级平台则往往被禁止实施任何自我优待行为。从竞争秩序的角度而言，中小平台即使自我优待也不易阻碍到市场竞争，但是超级平台的自我优待更可能对市场竞争造成损害，这样不对称的设计在该层面上具有合理之处。

不过，这种不对称也会引发另一些担忧。不对称的规制禁止大规模的互联网平台实施自我优待，但是中小型平台却不受到这种禁令的控制，被允许实施自我优待。这会使平台内经营者在选择进入中小型平台时心存顾虑，可能会对平台进入产生阻碍³。

4. 自我优待规制模式的审慎选择

在我国互联网平台自我优待的讨论中，与必需设施有相通之处的“守门人”理论被一些学者建议引入适用^[3]，认为该路径能够对互联网平台自我优待行为提供更好的规制。不过，守门人规则在法效果上表现为对于互联网平台经营者在自我优待行为方面相当严苛的禁令，很大程度上限制了经营者的自主经营，但是其在认定的构成条件上却只考察平台规模，显然是不够审慎的。对此应当进行再次思考和分析，防止造成范围过广的法律误伤。

4.1. 自我优待行为的正当性讨论

在当下对于互联网平台自我优待的讨论中，大多数观点都立足于如何禁止此类行为的角度，对具体的规制方法提出各类见解，而忽略了自我优待本身也是一种经营者的自主经营方式，从某些角度而言是具有其正当性和合理性的。这一点经常被忽略，但是实则是讨论如何规制时必须纳入考量的重要问题。

4.1.1. 基于《数字时代竞争政策报告》的开发管理回报理论

从当下的视角看来能够被认为规模较大的互联网平台，甚至是那些体量足以被称为超级平台的经营者，也并非从创立伊始就能够获得如此庞大的用户数量、销售额和平台规模的。互联网平台从开始经营到成为超级平台，很大程度上是因为经营者提供了交易相对人所需求的商品，在前期有足够多的付出，才能够获得现在的平台规模。在该前提下，互联网平台对自营的业务和商品给予优待，一方面是平台在自我发展中所选择的经营方式，而且根据欧盟《数字时代竞争政策报告》，这也在一定程度上可以视为前期所付出成本的回报⁴。因此，从互联网平台规模和竞争优势获得的角度而言，自我优待的行为并非毫无正当性可言。

4.1.2. 基于效率的消费者利好

另一方面，从效率的角度而言，互联网平台自营业务的发展有利于资源的整合，使原本各自分散的生产销售流程在平台的经营下实现一体化，能够有效降低产品从生产到进入市场的过程中所花费的搜寻、谈判等成本，实现效率的有效提升，最终可能在价格或便捷程度等方面对消费者表现出一定利好。

³ 参见 Yusuke Zenryo: On Self-preferencing, 経済産業省 2022 年度 9 回プラットフォームエコノミクス研究会 https://www.meti.go.jp/shingikai/mono_info_service/platform_economics/2022_009.html, 最后访问时间: 2023 年 4 月 27 日。

⁴ Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, EU:C:2004:257, paras. 27-28.

4.2. 守门人制度引入的思考

从合理原则的视角出发，当下对于事前规制以及守门人制度引入的观点就值得进行再次的斟酌。合理原则属于事后的规制，在事后评判行为人实施的行为是否合理、限制了竞争，而以守门人为代表的事前规制相当于例外地使用了本身违法原则来考察自我优待行为，不问是否有正当理由直接对该行为进行否定性评价，因此在引入时应当谨慎应对。

主张守门人规则等事前规制的观点通常认为，超级平台会通过自我优待，将其在一个市场中的竞争优势传导到另一个市场中，使其在另一个市场中也能够迅速发展，而这种传导效应应当被规制。然而，传导效应本身并不具有违法性，本质上还是应当考察传导所造成的封锁效应是否达到了需要反垄断法规制的程度。

守门人规则的引入也在理念上与反垄断的规制目标不甚相同。守门人规则讨论的是超级平台基于其用户基数大、营业额高的特点，可能占有较大的市场份额、可替代的平台较少，因此禁止其实施自我优待的行为。但是该逻辑并没有触及反垄断法所规制的核心，即妨碍阻断竞争。从本质上而言，反垄断法所规制的是阻碍竞争的垄断行为，但是守门人及类似规则是不讨论行为，而直接规制市场地位本身，二者在规制对象和理念上显然是存在着较大出入的，在引入时应当关注到该点差异，防止法律规制范围过大。

5. 自我优待规范完善与制度优化建议

5.1. 差别待遇要件的缓和

目前与自我优待最为相关的反垄断法规制是“差别待遇”的规则，但该规则又在“交易相对人”要件上与自我优待的行为模式有些许偏差。差别待遇是指对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差异化的待遇。从上述定义来看，自我优待的行为是平台对自己进行不同的对待，在此过程中不存在“交易相对人”的角色，并不能够满足差别待遇的构成要件。

在互联网平台的领域中，通过扩张解释的法律解释方法，可以将平台自营的业务和普通的平台内经营者一致地解释为“交易相对人”，因为即使是互联网平台的自营业务，其从事自营业务的法律主体常常也与互联网平台的经营主体不同，往往是有股权关系的关联公司。通过法律解释，将自营业务同样理解为互联网平台的交易相对人，则自营业务与其他平台内经营者即处于相等地位，在此基础上就能够使用差别待遇的相关规则对滥用市场支配地位的自我优待进行规制。

在缓和差别待遇要件的同时，对于部分仍然不能用反垄断法具体规则的自我优待行为，应当在个案分析中适用概括性的兜底条款，使其能够在具体规则难以匹配案情时更加灵活地保障市场竞争不受阻碍。

5.2. 互联网平台透明化机制的建立

对于各类可能在其经营中从事自我优待行为的互联网平台，应当在监管方面加强对其的透明化监管，提升互联网平台在该方面的操作透明度。

在规则建立的层面上，应当要求互联网平台在经营时对可能涉及自我优待的行为进行较为具体的披露，并且在服务中实施了自我优待行为的平台应当主动说明。该说明义务主要应当包括：首先，在服务中进行排序的平台应当公开记载排序方式、参考因素，并说明在排序中是否有优待自营业务并如《电子商务法》中所规定的一样对广告位的商品进行明确标示；其次，在更改平台规则时，应当把更改后的规则向平台用户进行明显的公示；再次，在收集使用非公开数据用于自身经营销售时应当符合《个人信息保护法》对于数据的要求。

5.3. “守门人”的利好与困境：认定简化与规制过剩的预防

如前文所述，从全球视角来看，欧盟和美国都采取了“守门人”、“主导平台”的制度从事前的层面直接遏制超级平台进行自我优待，违反该规则进行自我优待行为的平台将受到相当严厉的法律后果。

该规则在认定层面能够有效地简化界定相关市场的操作，降低认定难度，绕开了SSNIP等方法的使用，直接通过具体数据的方式判断案涉平台的规模，有利于跳脱出互联网平台难以使用传统方法界定相关市场的实践困境。但是从法效果上仍然应当意识到，这种制度是针对平台本身地位的控制，而非针对平台所实施的垄断行为的法律措施，与反垄断的逻辑不符。

因此，如果要引入“守门人”及类似规则，目前还有问题有待解决，最首要的就是如何预防其规制过剩。一刀切的规则几乎不可避免地会产生误伤。大型平台实施的自我优待行为未必全部都具有垄断、阻碍竞争的效果，而那些不具有垄断效果也不损害市场竞争秩序的行为本不会被反垄断法所规制，但在“守门人”制度下却会被误伤，这无疑给平台经营者造成了更多的法律风险，也在很大程度上限制了经营者的自主经营行为。

6. 结语

随着互联网科技和数字经济的高速发展，各平台逐渐从较为中立的立场转而加入平台内的竞争，使平台经营者自我优待的问题受到了高度的关注。就自我优待的规制而言，其行为模式多样化、证明难度较高，在界定相关市场上也存在着困境，现行反垄断法框架中的具体垄断行为很难完全适配自我优待的行为模式。

对于我国的自我优待规制路径选择，首先应当认识到此类行为一定程度上可以视为平台经营者开发管理的回报，且对效率的提升也有利好，并非毫无正当性可言。因此，在自我优待问题的垄断认定时应当选择合理原则，而非本身违法原则。虽然当下有众多观点呼吁引入“守门人”规则，但也应当认识到该规则对于企业的自主经营施加了相当严格的限制，且其规制的是垄断地位，而非垄断行为，与反垄断法的逻辑和理念不尽相同，引入应当谨慎。

当下我国可以选择“具体规则 + 兜底条款”的形式来规范自我优待行为，一方面对既有的垄断行为规则进行一定程度的缓和，另一方面灵活适用兜底规则对仍然难以落入具体垄断行为的自我优待进行规制。其次，可以建立互联网平台透明化机制，要求公开平台规则、明示可能存在的自我优待行为，对其进行行政机构层面的管理并给予其救济途径。最后，对于引入“守门人”等事前规制手段的观点，虽然能够有效解决相关市场界定的困境，但也应当特别注意规制过剩的问题，防止可能造成的法律误伤。

参考文献

- [1] 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.
- [2] (2019) Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee. <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure---report-as-of-15-may-2019.pdf>
- [3] 袁嘉, 兰倩. 数字经济时代传导效应理论与妨碍性滥用垄断规制[J]. 东北师大学报(哲学社会科学版), 2023(2): 125-134.