

数字经济时代个人信息的反垄断规制

李炜晨

浙江理工大学法政学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2024年4月26日; 录用日期: 2024年5月24日; 发布日期: 2024年6月29日

摘要

大数据在推动经济迅速发展的同时也带来了对个人信息的侵害。保护消费者权益、维护竞争是反垄断法的立法宗旨, 个人信息的过度收集与利用可能构成滥用市场支配地位, 需反垄断法监管。同时, 数字经济的零价格服务给反垄断法的适用带来了难题, 包括合同自由下的隐性侵权、数字平台相关市场界定模糊、市场支配地位认定挑战。为应对数字平台垄断现象, 需强化事前监管, 明确平台企业的责任与义务, 并借鉴欧盟“守门人”制度。同时, 优化平台相关市场界定工具, 如采用SSNDQ分析法, 以质量为考察变量来界定相关市场。此外, 还需优化市场支配地位的认定标准, 如关注用户活跃度, 以应对数据竞争的流动性, 确保市场竞争的公平与透明。

关键词

个人信息, 数字经济, 反垄断法, 市场支配地位, 守门人

Anti Monopoly Regulation of Personal Information in the Digital Economy Era

Weichen Li

School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Apr. 26th, 2024; accepted: May 24th, 2024; published: Jun. 29th, 2024

Abstract

While big data drives rapid economic development, it also brings about the infringement of personal information. The legislative purpose of anti-monopoly law is to protect consumer rights and maintain competition. Excessive collection and utilization of personal information may constitute abuse of market dominance, which requires regulation by anti-monopoly law. At the same time, the zero price service of the digital economy has brought difficulties to the application of anti-monopoly laws, including hidden infringement under contract freedom, unclear market defini-

文章引用: 李炜晨. 数字经济时代个人信息的反垄断规制[J]. 法学, 2024, 12(6): 3892-3898.

DOI: 10.12677/ojls.2024.126552

tions related to digital platforms, and challenges in determining market dominance. To cope with the phenomenon of digital platform monopoly, it is necessary to strengthen pre supervision, clarify the responsibilities and obligations of platform enterprises, and draw on the “gatekeeper” system of the European Union. At the same time, platform-related market definition tools should be optimized, such as adopting SSNDQ analysis to define the relevant market with quality as the examining variable. In addition, it is necessary to optimize the criteria for determining market dominance, such as focusing on the amount of user activity, in order to cope with the fluidity of data competition and ensure fair and transparent market competition.

Keywords

Personal Information, Digital Economy, Anti Monopoly Law, Market Dominance, Gatekeeper

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. 引言

自人类社会进入信息时代以来，数字技术的快速发展和广泛应用衍生出数字经济。数字经济是以数字信息为生产要素，以互联网为载体的经济形态。近年来，我国数字经济的规模持续膨胀，GDP 占比稳步攀升，成为了推动经济高质量发展的重要引擎。数字经济有以下特征：第一，企业通过互联网平台提供服务。第二，互联网平台存在显著的直接网络效应和间接网络效应。第三，消费者接受的是“零价格服务”。第四，高集中度[1]。数据是数字经济的核心，已然成为了数字时代的新“石油”。个人信息作为数据的重要组成部分，成为了越来越多企业争夺的对象。

数字经济具有两面性，数字经济给社会带来巨大经济效益的同时也给个人信息的保护带来了冲击。数字平台对个人信息的处理使消费者的权益受到了侵害。在数字经济中，绝大多数平台对其面向消费者提供的基本服务收取非常低甚至零的价格，通过提供看似免费的服务，获得了消费者付出的对价——数据。由于个人信息具有人格权益和财产权益的双重法律属性，导致了个人信息与平台经济的市场竞争有着千丝万缕的联系。平台企业大量地搜集与处理个人信息，给个人的隐私造成了威胁，个人隐私所受到的侵害有以下特点：第一，规模性。个人信息涉及的范围广，涉及的人员数量多。第二，隐蔽性。侵权行为不易察觉，很多人在不知情的情况下遭受了侵权。第三，市场失灵性。由于信息不对称，一些大型平台要求用户在使用平台前接受其服务条款，这实际上是对用户个人信息的侵犯[2]。个人信息的滥用一方面会侵犯消费者隐私，同时也可能损害市场竞争。

2. 个人信息保护与反垄断法的契合

2.1. 拥有选择空间应当是消费者福利的题中应有之义

反垄断法将保护消费者福利作为立法目的之一。消费者的自由选择权和公平交易权是消费者福利的重要组成部分。平台经济的网络效应和规模经济效应增加了用户的转移成本，限缩了用户的选择权，使用户对其产生依赖，即锁定效应[3]，这种现象源于竞争者之间的力量不平衡。例如，如果一家企业在市场上处于垄断地位，消费者只能选择该企业的产品，否则就无法获得需要的产品，此时企业就会通过提高价格、降低质量等手段来榨取消费者价值，而消费者别无选择。由于消费者被锁定，该企业的竞争优

势会越来越大,导致平台出现市场集中现象,潜在竞争者进入市场的壁垒也会随之提高。

在平台经济中,用户具有多归属性^[4],即用户可以根据需求选择加入不同的平台。用户的选择越多,用户对单一平台的依赖程度就会越低,平台面临用户流失的风险。平台为了留住用户,提高竞争优势,往往会采取各种手段来增加用户依赖性,削弱用户的多归属性,以实现用户对自身的单一归属。首先,平台通过收集用户信息以了解用户需求和偏好,制定吸引用户的个性化方案,提供个性化产品或服务,提高用户粘性。用户使用该平台的时间越久,产生的数据越多,转移平台的成本就越高。随着转移成本的提高,用户切换平台的意愿越来越低,形成路径依赖,进一步加强了平台的竞争优势。即使有更好的选择,用户也不会轻易转向其他选择。随着平台竞争的愈演愈烈,平台甚至采取“二选一”的策略来抢占市场。¹对平台来说,要求商户“二选一”不仅能方便平台寻找优质商户,还有助于提高商户依赖性,间接削弱其他平台的竞争力。对于商家来说,“二选一”策略限制了其为消费者提供商品、服务的渠道,削弱了其多归属性,可能导致消费者的流失,降低收益。对于消费者来说,“二选一”行为限缩甚至剥夺了消费者的选择权,而且可能要承受商家因为用户流失而制定的高定价。

脸书案中德国联邦法院以“信息自决权”为依据,认定脸书的行为剥夺了消费者的选择权,构成滥用市场支配地位,要求脸书整改。此次裁定具有里程碑式的意义,首次将过度搜集用户信息定性为滥用市场支配地位,也开创了适用反垄断法保护个人信息的先河。我国也于2021年公布《指南》,明确将“二选一行为”纳入反垄断法的范围。²

2.2. 竞争价值是反垄断法的中心目标

反垄断法的价值理念是保护市场自由竞争,鼓励创新,维护社会主义公共利益,为企业的自由竞争和消费者的自由选择提供保障。反垄断法保护的是竞争而不是竞争者,通过保护竞争来保护消费者。

芝加哥学派认为反垄断法的目的不是在于维持市场的有效竞争状态,而是以追求效率为最终目的,竞争只是实现效率的手段。芝加哥学派的效率主义是以价格为中心的,将价格和产出与消费者福利挂钩^[5],并在反垄断法的分析中采取“唯价格论”,波斯纳法官认为“价格理论是分析反垄断问题的最佳工具”。笃信优胜劣汰,认为市场上经过竞争生存下来的企业是最好的、最有效率的企业,反对反托拉斯法对企业的过度干预。然而不受干预的竞争本身极易导致垄断的发生,垄断又反过来会限制竞争。在芝加哥学派的影响下,美国一直对数字巨头采取宽容态度,致使数字巨头屡次逃避监管。

新布兰代斯学派认为反垄断法保护的目标应当具有多元性,主张以结构关切为核心的竞争保护观。数字巨头的垄断行为不但降低了整体市场的经济效率,还会造成对个人信息的危害。该学派的代表人物莉娜·可汗声称“与其仅将竞争与几个狭隘的结果变量相关联,不如关注竞争过程本身”^[6]。

数字平台的垄断行为通常既违反了反垄断法维护自由竞争的理念,又侵害了消费者的个人信息权益。王晓晔教授认为,数字经济绝不能游离于反垄断法的监管之外^[7]。只要存在竞争,就会出现限制竞争现象。数字经济与传统经济一样,也存在竞争,需要反垄断法维护市场竞争。

2.3. 个人信息的保护构成非价格因素指标

市场竞争可以分为价格竞争和非价格竞争。非价格竞争包括质量,创新和种类等。唯价格论拘泥于价格因素,忽略了非价格竞争对于促进消费者福利的效用,不能适应平台经济下零价格服务的现状。

在传统的经济模式下,生产力不够发达,廉价商品是消费者的主要需求,因此用户更关注商品、服

¹“二选一”是一种限定交易行为,是指平台与经营者签订独家合作协议等排他性协议,要求入驻的经营者只能在其平台经营而不得加入其他竞争对手的平台,从而实现排除、限制竞争的目的。

²《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第十五条规定,具有市场支配地位的平台经济领域经营者,可能滥用市场支配地位,无正当理由对交易相对人进行限定交易,排除、限制市场竞争。分析是否构成限定交易行为,可以考虑以下因素:(一)要求平台内经营者在竞争性平台间进行“二选一”,或者限定交易相对人只与其进行独家交易的其他行为。

务的价格，价格竞争是主要的市场竞争方式，反垄断法也主要依据价格来评估竞争效果。在平台经济时代，非价格竞争逐渐成为了市场竞争的主要方式，企业的竞争战场转移到了“注意力市场”。非价格因素在用户的选择过程中起到了不可忽视的作用，反垄断法越来越重视质量等非价格因素对消费者福利的影响。在社会生产力快速发展，消费者经济水平不断提高的背景下，消费者主权意识也在不断强化，个人信息的保护水平成为了消费者选择产品时的重要因素。消费者更加倾向于选择能满足自己需求又能提供个人信息保护的产品。我国最高人民法院也在 360 和 QQ 的“3Q”大战案中指出质量、服务、创新、消费者体验等非价格竞争成为了重要的竞争形式。³

3. 个人信息反垄断法规制的困境

3.1. “合同自由”伪装下的侵权

在平台经济中，经营者和消费者的市场势力明显不对称。经营者占据市场主导地位，消费者处于弱势地位，他们只拥有极其有限的选择权，消费者的多样性偏好受到侵害。用户在第一次使用服务前需要签订隐私协议。隐私协议是指企业在收集、使用、存储和保护用户个人信息时所遵循的规则和原则的书面说明。它的主要目的是告知用户企业将如何处理他们提供的个人信息，以及如何保护用户的个人隐私。然而实践中，平台经营者为了满足“合规”要求，通常将隐私协议写得冗杂、繁琐，消费者缺乏足够的动力来阅读这些隐私协议，导致消费者并不清楚个人信息被收集、处理的情况。即使用户有耐心去读，他们也可能因为协议内容的复杂性和专业性而无法完全理解隐私协议的内涵，从而做不到真正的知情。这种看似符合合同自由的行为滋生了平台权利的滥用。

数字市场中，占垄断地位的企业通常会采取手段来维护其垄断地位，削弱、排除竞争，提高市场进入壁垒，导致市场上缺乏可替代的产品、服务，因此消费者没有选择的余地，只能被迫接受剥削性的服务条款。数字平台的垄断行为更加限制了消费者对于产品、服务的选择权，这些“数字利维坦”——超级平台凭借其支配地位，通过格式条款强迫用户同意其隐私政策，否则就拒绝提供服务^[8]。用户实际上并没有做出真实的同意的意思表示。在剑桥分析事件中，虽然用户对脸书嗤之以鼻，但由于切换平台的成本过于巨大，脸书在社交领域的支配地位并未被削弱。

3.2. 数字平台相关市场界定困难

相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。相关市场的界定是竞争分析的出发点和前提。由于数字平台提供的是一种不收费的零价格服务，传统的以价格和收益为主要考察变量的假定垄断测试法即 SSNIP 无法充分发挥有效作用。⁴在动态竞争的环境中，竞争优势的维持时间相对短暂，企业需要不断进行技术创新、提高数据分析能力，并投入大额资金以维持其市场地位。而 SSNIP 基于价格理论这一相对静态的分析框架，在面对互联网动态竞争环境时会显得力不从心。

互联网行业多边市场的特征使得企业间的竞争边界变得模糊。平台服务可能涉及多个不同的用户群体，如消费者、商家、广告商等。这些用户群体之间的交互和依赖关系使得传统的上下游关系变得复杂，难以清晰地界定相关市场的边界。这要求我们在界定相关市场时，不仅要考虑直接竞争者，还要考虑间接竞争者以及平台内不同用户群体之间的相互影响。其次，互联网产品和服务的功能属性多样化，不仅

³ 参见最高法院(2013)民三终字第4号。

⁴ SSNIP 测试法，Small but Significant and Non-transitory Increase in Price。该方法测试微小但显著的非临时性价格增长测试，它把市场看作是一组产品群或一个区域，寻找最小的产品群(最窄的区域)来判断假定的垄断者是否能够赢利性的维持高于竞争价格的价格(通常假定增长 5%)至少一年，如果假定的垄断者在最小产品群中实施价格上涨而不能赢利，就把下一个最接近的替代产品加入相关市场中并再次运用 SSNIP 测试分析，这个测试过程反复进行一直持续到假定的垄断者可以赢利性地施加一个 5% 的价格上涨为止，这样界定的产品范围或地理区域就构成相关市场。

包括传统的商品交易,还可能涵盖金融服务、社交媒体、新闻咨询等多种服务。这些不同的服务之间可能存在替代关系,也可能相互补充,使得在判断不同服务是否属于相同相关市场时变得更加困难。互联网的无国界特性使得平台服务范围覆盖全球,不同地区的用户都可以使用平台提供的服务,导致了地域市场的边界也变得模糊。平台的跨群体性、跨功能性、跨地域性给相关市场的界定带来了极大的挑战。

3.3. 市场支配地位认定困难

市场支配地位是指经营者在相关市场具有的能够控制或影响产品价格、产量或者其他交易条件能力的市场地位。传统的方法主要是以经营者的销售额来判断其是否具有市场支配地位,但在互联网零价格服务的特征下,许多服务是免费的或基于广告的,销售额标准难以继续发挥作用。许多平台企业并非通过直接销售产品或服务来获得收入,而是通过广告、增值服务等方式来实现盈利,因此可能出现一家平台企业拥有庞大的用户群体和市场份额,但其销售额很低甚至为零,从而不被认定为具有市场支配地位。数字平台往往能够通过收集和分析大量用户数据来优化其服务,从而进一步提高其市场份额。此外,数字平台的网络效应也可能导致“赢家通吃”的局面,使得市场支配地位更加稳固。

4. 个人信息的反垄断法保护路径

随着平台经济的迅速发展,如何监管平台,让数字市场有序、规范地发展,成为了各国普遍关注的一个难题。由于数字平台存在网络效应和规模经济,加强对数字平台的反垄断监管力度,成为了国际上数字经济监管的基本趋势。平台过度处理个人信息的现象要求反垄断法做出新的调整。

4.1. 强化事前监管,明确平台企业承担的责任和义务

隐性侵权反映了我国目前在数字平台垄断规制方面存在事前规制不足的现象。事前监管是防止垄断现象滋生的重要措施,完善事前监管,能在相当程度上将垄断行为遏制在萌芽阶段^[9],维护市场竞争秩序。为此,需要明确平台企业履行责任和义务,努力做到事前规制与事后执法的相辅相成。

为了确保数字市场的可竞争性和公平性,欧盟于2022年发布了《数字市场法》。基于“权力越大,责任越大”的理念创造性地设立了数字守门人制度,将符合标准的大型平台认定为守门人,赋予其特殊的义务和责任。该制度下,大型平台具有市场参与者与市场监管者的双重身份。

《数字市场法》采取定量加定性的方式来确定数字守门人。⁵由此一来,明确了“守门人”的界定标准,避免了概念不清可能导致的执法混乱情况。《数字市场法》第5条、第6条从积极方面和消极方面罗列了守门人的义务清单,包括开放生态、允许特定情况下的数据互操作、不得阻止消费者切换平台、不得过度收集和整合数据、不得施行差别待遇等义务,一旦违反这些义务,可能将面临该企业全球年营业额10%的罚款,甚至可能遭受剥离业务等结构性补救措施。2023年,欧盟首次将谷歌、亚马逊、苹果、字节跳动、Meta、微软六家企业确定为守门人,赋予其特殊的义务。

“守门人”制度开启了对数字平台的事前规制,明确了守门人的认定标准,通过对守门人的事前监管,降低其对竞争造成的威胁,维护市场的竞争秩序,反映了数字经济时代反垄断理论对于结构主义的重视。我国《个人信息保护法》第58条对提供重要服务的个人信息处理者设定了特殊义务,被称为“守门人条款”。但是该条款过于简略,内容较为原则性,没有具体的认定标准、行为准则、法律后果,归根到底是个人信息保护范畴内的“守门人”,无法应对市场的数据垄断现象。为此需要在反垄断法的框

⁵根据《数字市场法》第3条的规定,数字守门人需要满足的条件包括:(1)具有对欧盟内部市场产生重大影响的规模;(2)提供核心平台服务且是商户接触消费者的重要门户;(3)已经拥有或者预期即将拥有稳固、持久的市场地位。在以上“定性”的标准下,欧盟又对数字守门人制定了具体标准来对守门人进行“定量”:(1)过去三个财务年度,该企业每年在欧洲经济区的营业额不少于75亿欧元,或者过去一年的市值不少于750亿欧元,且为三个以上的成员国提供核心平台服务;(2)该企业提供的核心平台服务在过去一年中,每月有超过4500万的欧盟终端用户,且有超过1万的欧盟商户;(3)企业在过去三个财务年度中,均达到上述标准。

架内引入“守门人”制度，具体规定守门人的认定标准、实施细则，才能真正整顿数字巨头的垄断乱象。

4.2. 优化平台相关市场的界定工具

在互联网平台市场竞争中，价格不再是决定性因素。互联网服务的免费性特点使得 SSNIP 测试法的实用性大不如前，我们需要探索新的经济学分析工具和方法，以更准确地评估市场的竞争状况。由于质量等非价格因素成为了消费者选择产品、服务的考虑因素，可以采用以质量为考察变量的 SSNDQ 分析法来界定相关市场。⁶最高人民法院在“3Q 大战”案中就采用了这种测试方法^[10]。该方法提供了一种新的思路，即通过考察在产品质量或性能下降时消费者的替代性选择来界定相关市场。在 SSNDQ 测试中，假设目标商品的关键效能下降 25%，同时保持其他商品不变，然后观察消费者是否转向使用替代商品。另外，还可以测试当其他商品的关键效能上升 25% 时，消费者是否转向目标商品。如果消费者在这些情况下做出了替代选择，并且企业仍能在盈利的范围内运营，那么这些商品就应当被纳入相关商品市场。这种方法的核心在于，它允许我们量化评估质量变化对消费者选择的影响，这在互联网平台市场中尤为重要，因为质量和性能往往成为引导消费者决策的关键变量。

SSNDQ 以质量为切入点，关注消费者的实际需求，可以更直接地了解消费者对产品质量的期望和偏好。这种以消费者为中心的分析方法，有助于确保反垄断法能够真正保护消费者的利益。通过 SSNDQ 测试，我们可以更准确地界定相关市场，进而在反垄断分析、市场竞争策略等方面做出更合理的决策。这种方法有助于我们更全面地理解市场结构，发现潜在的竞争问题，并采取相应的措施来维护市场的公平竞争。在数字经济时代，这种方法具有广泛的应用前景，能够为反垄断法的实施提供更有效的工具和方法。

4.3. 优化市场支配地位的认定标准

数据竞争的流动性和零价格特性使得平台企业的市场份额也处于动态变化中，传统的市场支配地位认定思路亟待调整。目前平台企业间的竞争主要是数据的竞争，企业通过吸引用户注意力来获取数据资产以增强竞争力，进而获得市场支配地位。因此平台拥有的用户数量是其市场占有率的重要体现。在市场支配地位的认定中，转变以往销售额为核心的认定标准，更多从消费者注意力的角度来进行考虑。例如，以活跃用户数量、用户点击数、用户使用时长来反映平台吸引用户注意力的能力。脸书案中，德国联邦卡特尔局就是基于活跃用户数量来评估脸书的市场份额。

德国《反限制竞争法》第 18 条和我国《禁止滥用市场支配地位行为规定》都规定在平台经济领域中，判定经营者是否具有市场支配地位要考虑锁定效应、网络效应等因素。在美团垄断案件中，国家市场监督管理总局在认定美团是否具有市场支配地位还考虑其获得流量的能力。⁷由此可见，在认定市场支配地位时可以考虑将平台的数据整合能力、活跃用户数量、点击量、交易量等因素作为衡量市场力量的指标。

5. 结语

随着大数据、互联网、人工智能的迅速发展，数字经济已经成为了推动经济发展的重要引擎。数字经济的繁荣之下也隐藏了对个人信息保护的威胁。经济的发展推动着法律制度的与时俱进，个人信息在市场竞争中的价值亟需得到反垄断法的重视。新布兰代斯学派从消费者福利的角度出发，主张反垄断法应当重新审视关切市场结构，重视非价格因素。反垄断法作为维护市场竞争秩序和消费者福利的部门法，理应成为个人信息的保护伞，将个人信息纳入反垄断法的规制范围内。

⁶SSNDQ 测试法，Small but Significant and Non-transitory Decrease in Quality。即通过微小、显著且非暂时的质量下降来测试目标商品与其他商品之间的替代性程度。以服务质量部分下降是否导致用户转向或者是流失来界定相关市场。

⁷参见国市监处罚〔2021〕74 号。

参考文献

- [1] 王晓晔. 数字经济反垄断监管的几点思考[J]. 社会科学文摘, 2021(8): 71-73.
- [2] 龙骏腾. 大数据时代反垄断法对个人隐私权的保护路径[J]. 人民论坛, 2022(16): 85-87.
- [3] 张占江. 个人信息保护的反垄断法视角[J]. 中外法学, 2022, 34(3): 683-704.
- [4] 卢远瞩, 包开花, 刘家龙. 数字平台用户多归属能促进创新吗? [J]. 中央财经大学学报, 2022(5): 84-98.
- [5] 叶明, 张洁. 反垄断法保护个人信息权益的理据与路径[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2023, 37(1): 85-96.
- [6] Khan, L., 朱悦. 亚马逊的反垄断悖论[J]. 网络信息法学研究, 2019(1): 9-64+332-334.
- [7] 王晓晔. 数字经济反垄断监管的几点思考[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(4): 49-62.
- [8] 承上, 郭丰. 数字经济领域的公平竞争监管——从过度收集数据行为展开[J]. 互联网天地, 2022(10): 16-21.
- [9] 顾玲. 平台数据垄断下个人信息的《反垄断法》保护[J]. 经济导刊, 2023(5): 49-55.
- [10] 陈兵. 因应超级平台对反垄断法规制的挑战[J]. 法学, 2020(2): 103-128.