

平台自我优待行为规制方法再探

——在商业竞争与竞争合规之间

陈兵 傅小鸥

摘要: 平台企业具有“经营者”和“管理者”双重身份,商业逐利本性会驱使其利用技术手段、平台规则等对自身产品或服务给予优先待遇。自我优待是较为常见的一种商业现象,从商业竞争角度来看固然无可厚非,但从竞争合规角度出发则可能会不当排斥、妨碍其他经营者合法提供的产品或服务的接入和交易,从而影响公平竞争的市场环境。从反垄断法来分析自我优待行为的违法性,可以从经营者的市场支配地位与自我优待行为发生机理两方面加以阐释,前者主要是行为者具有让其平台内经营者无从选择的市场力量,后者主要指行为者不正当利用平台内经营者的竞争资源为自身获取竞争优势,两者同时具备方能构成反垄断法上的违法。基于此,建议采取科学审慎的态度,立足常态化监管,从规制理论和实践正当性两个维度设计方案。

关键词: 平台经济;自我优待;商业竞争;竞争合规;违法性识别

中图分类号: D922.29 **文献标志码:** A **文章编号:** 1002-462X(2024)02-0052-10

一、问题提出

随着信息技术与数字产业的融合迭代,互联网平台飞速发展,造就了新的数字社会形态,企业的发展环境与互动方式深度变革,平台领域的垄断行为日益多样化。其中,平台经营者利用市场支配地位实施自我优待的行为极大地挑战了市场的公平竞争秩序,成为竞争法学界当下的研究热点。2017年,欧盟谷歌在线比价服务案^①(简称“欧盟谷歌案”)聚焦了学界的目光。在此案中,

谷歌通过算法调整了页面的搜索排列结果,对自身服务进行了优待。欧盟委员会没有将涉案行为划归为传统的差别待遇、捆绑销售或者拒绝交易行为,而是公告称该行为“在比较购物市场扼杀了竞争,剥夺了欧洲消费的选择和创新”,属于“滥用其在市场上的支配地位”,开出了24.4亿欧元(约合人民币188亿元)的天价罚单。欧盟这一强硬的执法态度为平台企业敲响了警钟,平台企业纷纷意识到数字市场并非法外之地。自此,学界对平台自我优待行为予以重点关注并展开研究。

从现有研究来看,目前法学、经济学领域针对平台自我优待的学理定性、运行机制、规制边界、具体的司法实践适用等问题尚处于争鸣状态。有学者指出,对自我优待行为不可采取一刀切的规制方式,以免遏制创新^[1];也有学者提出了基于效果、对象要素、实施方式的类型化规制路径^[2];还有学者提出要区分对商家实施的自我优待与对竞争平台实施的自我优待,采取不同的规制态度^[3]。还有一些学者试图从《反垄断法》出发,探索对平台自我优待的规制路径,如有学者指出对

^① Case AT.39740 Google Search (Shopping), 27 June 2017.

基金项目:2023年度最高人民法院司法研究重大课题“数据权益知识产权司法保护问题研究”(ZGFYZD-KT202317-03);教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“全球数据竞争中人权基准的考量与促进研究”(19JJD820009)。

作者简介:陈兵,南开大学竞争法研究中心主任,法学院教授、博士生导师,南开大学数字经济交叉科学中心研究员;傅小鸥,南开大学竞争法研究中心研究助理,南开大学法学院硕士研究生。

既有滥用行为类型不能涵盖的优待行为,可以通过《反垄断法》兜底条款进行规制^[4];也有学者表示,对平台自我优待行为应适用合理原则,根据禁止滥用市场支配地位条款进行违法性判断^[5]。

平台自我优待现象背后折射出的是平台经济市场模式特殊性与平台垄断倾向性之间的矛盾、平台背后资本短期逐利性与长期持续发展之间的矛盾、平台企业大数据收集必要性与数据使用违规风险之间的矛盾等诸多风险隐患。然而,平台自我优待行为往往借助数字技术以产品或服务创新的形式出现,一般发生于虚拟空间,不易观察和把握。因此,运用传统市场经济治理思路解决平台自我优待行为所引发的相关问题难度系数很高,必须跨越传统市场经济治理思路的藩篱进行革新,对相关法律问题展开更为深入的研究。

二、平台自我优待行为演进及竞争关注

竞争是市场经济发展的基本理念,是市场客观存在的惯性状态,是确保市场经济发展的有效工具,反映了因应经营领域的相关性而产生的市场争夺和排斥,其本身不应附随法律属性。但竞争法律关系则是由特定的法律事实所引起的权利义务关系^[6]。竞争的本质是抢夺商业机会、争夺市场资源。商业竞争天然具有明显的逐利性,企业参与竞争的过程同时也是培育自我优势反哺竞争的过程。形成一定市场力量的企业利用自身优势条件角逐下一环节的竞争活动,符合正常的商业逻辑和经济发展要求。只是在以互联网技术和信息技术为支撑的数字经济市场中,产生了注意力经济这种新型经济模式,企业最大限度地吸引用户或消费者的注意力,获取商业利益。因此,商业竞争更加激烈,由于市场力量的不均衡性,一个市场主体的经济自由更可能会破坏或限制另一个市场主体的经济自由。

(一) 从“差异竞争”到“自我优待”

有市场就有竞争,自我优待不是数字时代所独有的现象。无论在传统时代还是数字时代,要想在竞争中取胜,进行有差别的待遇是一种必不可少的竞争手段。差异竞争(Diversified Competition)是将企业提供的产品或服务差异化,树立起

企业在全行业范围中的独特性,是一种战略定位,即企业设置自己的产品、服务和品牌以区别于竞争者。其目的在于使消费者感受到企业的产品或服务优于其他厂商的同类产品或服务,长期保持企业良好的市场竞争地位。差异竞争作为一种常见的竞争策略,其本身不涉及价值判断。

平台自我优待是传统差异竞争的进阶,但所涉主体关系略有不同。自我优待目前表现出来的一般是行为主体与其他平台内经营者之间的利益关系,甚至主要指向的是与竞争对手之间的利益关系。数字经济下互联网平台与平台内的经营者存在纵横向多重法律关系,两者之间既有合作也有竞争。大型平台企业不仅具有制定甚至是决定其他主体开展商业活动规则的权力,还能够一定程度上利用数据与算法调节竞争主体间的交互关系^[7]。平台企业实施自我优待行为不仅能够巩固其在既有的平台服务市场上的优势地位,而且可以寻求获得并扩大其在平台内经营者所从事的相关业务市场中的份额,以此实现市场力量在两个市场上的相互传导。

(二) 平台自我优待的多元表现形式

平台兼具公共空间与私人空间双重属性,具有“平台经营者”和“市场参与者”的双重角色,无法避免地会成为企业和市场两种资源配置方式的融合体,并在其深入发展的过程中充分体现出“自我意识”,一种算法、一个商业策略、一条经营政策、一种接口设计都可能构成自我优待^[8]。因此,自我优待不是特指某单一化的特定行为,而是在不同案件中有多元化的表现形式。目前,自我优待的表现包括但不限于优先展示或者排序自身的商品;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;利用能够直接控制消费者进行选择的优势进行自我优待,如搭售自家商品;利用平台政策执行者的地位进行自我优待,如为自己产品提供免费广告或利用开放应用程序接口策略性地限制竞争对手等^[9]。

从实践来看,自我优待目前存在以下两种最为常见的表现形式:其一是凭借市场支配地位或者相对优势地位从第三方平台或者企业处获取利益,在数字经济场景中,这种利益通常表现为由数

据要素和算法要素所驱动。大规模平台企业掌握海量数据,能够通过海量数据对用户展开精细的捕捉及充分的信息挖掘与预测,这也意味着其拥有利用这些数据优待自身商品及服务的充分权力空间^[10]。海量数据又是算法训练的基础,大型平台企业依据“数据优势—算法优势—市场竞争优势—更多数据获取”的商业逻辑与规律,不断提高自身平台的商品及服务质量,形成优势叠加的良性生态。其二是平台将自己旗下的业务或产品排在比第三方业务或者产品更高的位置。这种情形一般出现于检索结果存在次序排列的平台中。互联网是“眼球经济”,按照特定关键词搜索仍然会出现上千甚至上万条结果,用户一般会选择浏览排序位置较前的结果,结果获取的便利性和先捷度是用户选择的重要因素。这也就意味着,排序较前的结果被用户浏览的机会更多,获取利润的空间更大。部分平台经营者可能人为调整搜索结果排序,将自己的业务排序提前或后置竞争对手的排序以吸引消费者。

(三) 平台自我优待的竞争法关注

2022年8月1日,新修订的《反垄断法》正式施行,新反垄断法在总则部分第九条新增了一项原则性规定,“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为”。为贯彻落实修正后的《反垄断法》,市场监管总局研究起草了《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》,于2022年6月27日向社会公开征求意见。这一征求意见稿借鉴了现有理论研究成果和域外立法执法实践,融入了实施自我优待行为的具体表现和合理理由。2023年3月,国家市场监督管理总局正式发布《禁止滥用市场支配地位行为规定》(简称《规定》),备受关注的自我优待条款最终并未被保留,这也侧面说明了目前我国各界对自我优待行为的认识与把握尚不清晰。但值得注意的是,自我优待内容已经出现在各地出台的反垄断合规指引内容中。

《北京市平台经济领域反垄断合规指引(2021年版)》在“滥用市场支配地位行为的风险防范与合规”部分提及,具有市场支配地位的平台经营者,通过算法等措施对平台自营或关联方运营的商品

给予更加有利的优惠条件,导致其他经营者处于不利地位的,也可能构成差别待遇。浙江省地方标准《互联网平台企业竞争合规管理规范》也列举了“具有平台企业特性的高风险敏感行为”包括“优先展示自身产品或弱化显示竞争对手产品、对竞争对手产品搜索降级”。2023年11月,《广东省互联网平台经营者竞争合规指引(反垄断)》在“滥用市场支配地位”一章也加入了自我优待的内容。

此外,除反垄断法律体系外,我国其他相关法律法规也对自我优待行为有所涉及和体现,如《反不正当竞争法》《电子商务法》《数据安全法》《互联网信息服务算法推荐管理规定》等。由此可见,国内针对自我优待行为的立法规制仍以反垄断法为主,同时逐步扩大更为广泛的平台治理领域,从立法层面来看,持较为谨慎的态度。

综观国外,目前多个重要司法辖区针对大型平台企业施加的法律义务中,均已涉及自我优待相关内容,典型代表包括欧盟的《数字市场法》(Digital Markets Act,简称“DMA”)、美国的《美国创新与选择在线法案》(American Innovation and Choice Online Act)、德国的《反对限制竞争法》(GWB)第十修正案等,分别针对可能构成“守门人(gatekeeper)”“Covered Platform”以及“对竞争有至关重要跨市场影响的经营者”的大型平台企业,提出需承担包括禁止自我优待在内的特殊义务。2023年4月25日,英国竞争与市场管理局(CMA)发布的《数字市场、竞争和消费者法案草案》(Digital Markets, Competition and Consumers Bill)第20(3)(b)条也明确指出,禁止具有市场支配地位(即具有市场力量或战略重要性地位)的公司“利用其在相关数字活动中的地位,包括其拥有与该活动相关的数据访问权,相比其他企业的产品更优待自己的产品”。由此可见,欧盟、美国、德国、英国均在一定程度上摆脱了“相关市场”“市场支配地位”的分析框架,从“推定违法”转向事前规制。

在执法领域,尽管目前我国尚无针对自我优待行为进行反垄断执法的公开案例,但是反垄断执法机构在过往互联网平台“二选一”案件的行政指导书中对于自我优待行为已有所关注,并将其作为落

实平台企业主体责任、维护平台良好竞争生态的重要抓手^①。在相关案件的行政指导书中,执法机构强调平台经营者应当“客观中立设定搜索、排序等算法,公平公正使用数据资源,切实提高平台治理规则的公开性和透明度”,“按照公平合理无歧视的原则与平台内经营者开展合作,不得从事对平台内经营者施加不合理限制或者附加不合理条件、歧视性对待平台内经营者等行为”。上述要求可视为执法机构对自我优待行为的“特别关照”。

三、平台自我优待行为违法性识别框架

面对新一轮科技革命和产业变革,自我优待行为面临着平台角色重叠的公私权利冲突困境:不加节制的平台自我优待行为可能会从宏观层面损害市场的竞争秩序,监管缺位的平台自我优待行为可能会从中观层面损害消费者的合法权益,野蛮生长的平台自我优待行为可能会从微观层面损害平台内商家的基本权利,这些都给传统的滥用支配地位制度带来了史无前例的挑战^[11]。

当前,自我优待行为合法性边界界定所面临的障碍,主要源于理论界对实践中的自我优待行为构成要件的误解。若平台自我优待行为违法性识别框架不明,正当商业竞争行为与不合规竞争行为之间的边界不清,平台企业对自身定位、功能及行为边界的认识出现偏差就会形成“破坏市场力量传导机制—平台公共异化—影响公平竞争秩序—形成垄断局面”的负向链条。在此背景下,应从自我优待行为的外观出发,探讨其在反垄断法下的违法性构件,即从平台经营者的市场支配地位与自我优待行为发生机理两个方面入手,结合《反垄断法》的立法目的分析平台自我优待行为与竞争合规的边界划定。

(一) 平台经营者市场支配地位认定

现代反垄断法分析框架建立在经济学基础之上,“滥用市场支配地位”最接近经济学意义上的“垄断”,主要指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位^[12]。对于平台自我优待违法性认定而言,实施者应具有让其平台内经营者无从选择的

市场控制力量,在规则制定、技术能力和市场进入等方面拥有显著优势,或者是让平台内其他经营者面临巨大的选择成本。从法学理论来看,实施“平台自我优待”应当被置于反垄断法视角之下,关于其市场地位的考察应参考“滥用市场支配地位”进行认定分析。

虽然具有市场支配地位本身并不违法,但是在相关市场中具有支配地位是判断经营者是否会滥用市场力量的前提。我国《反垄断法》第十八条、第十九条对此进行了细化指引,即要判断实施自我优待的经营者是否在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场的能力等。

首先,需要注意的是,数字时代不同于传统的工业时代,数据、算法、流量已成为数字经济市场竞争中的核心要素,不必过度关注平台自我优待行为实施企业的市场份额,重要的在于以动态视角观察市场的“可竞争性”。平台经济是典型的双边市场,注重发挥规模效应,在网络外部性的影响下,我国平台跨界竞争的现象十分普遍。但这种市场竞争也大大增加了互联网平台企业市场占有率的不确定性,市场份额与产出能力之间的对应关系并不稳定。譬如,淘宝和天猫在电商市场的占比份额从2019年的66%下降到2022年的44%,降低了近20个百分点^②。如果平台企业不能充分发挥网络锁定效应的优势,不能以技术创新为依托获取足够的市场流量,即使平台企业的市场份额占比较大,也不意味着其能在日新月异的市场竞争环境中获得相对应的市场支配地位。

对于自我优待行为者的市场地位,更应着重考察其在市场中的“可竞争性”(Contestability Theory)^③。我国平台经济的“可竞争性”很强,据

^① 参见2021年4月6日《国家市场监督管理总局行政指导书》国市监行指反垄(2021)1号公开发布。

^② 新浪财经《高盛1.6万字报告:中国2023年宏观展望(中英对照)》,https://finance.sina.com.cn/wm/2022-12-31/doc-imxypuym2549092.shtml。

^③ “可竞争性”理论于1982年由美国著名新福利经济学家威廉·鲍莫尔(William Baumol)正式提出,是关于如何在有规模经济的条件下实现充分竞争的理论,关键在于进入与退出的“沉没成本”的高低。

《2023 全球独角兽企业 500 强发展报告》显示,我国有 166 家独角兽企业入选榜单,数量占比为 33.2%,估值占比为 35.55%,居全球第 2 位^①。因此,在认定自我优待的违法性构成要件“市场地位”时,应更多地关注相关市场的竞争状况、技术优势、品牌效应,以及平台企业掌握和处理数据的能力,其他中小平台对该平台企业在交易上的依赖程度与进入相关市场的难易程度等因素。若具备以上因素,则一定程度上可以认定自我优待行为实施者具有让其平台内经营者无从选择的市场力量。

其次,控制必需设施并非是实施自我优待平台企业具有市场支配地位的前提,它可能是由政府授权的,可能是市场竞争的结果,也是下游市场展开竞争的前提。必需设施指某些关键资源或设施,在特定市场上对于企业来说必不可少。平台经济中的双边市场、传导效应以及数据驱动等特征,暗合了必需设施认定的三个关键面向,即两个市场、杠杆效应、必不可少与不可复制。在平台自我优待中,平台和数据是最重要的两个要素,在颠覆传统产业模式以及重塑市场运行逻辑中发挥了重要作用,具有构成必需设施的可能。但是构成必需设施并不等同于在相关市场具有支配地位。实施自我优待的平台企业优势地位的形成,可能是由于该平台经营者拥有特定的技术、知识产权、渠道优势、规模经济等资源,进行优势传导并将其他竞争者一定程度上排挤出市场。其更多指向的是,经营者具有操纵市场的能力和倾向,因此他们需要被“特别关照”,按照公正、合理、非歧视的原则开展经营活动,以保证市场竞争的公平性和有效性。实施自我优待的平台企业市场地位的认定,应主要基于市场竞争结果,更多地参考“滥用市场支配地位”,即在某一市场上某个企业掌握了足够的市场份额,能够单方面决定市场条件和价格,从而影响其他企业的竞争能力和市场份额。而必需设施则可能来自政府的授权、专利权、技术标准等非竞争性因素,属于需要考虑的例外情况。

(二) 平台自我优待行为发生机理

自我优待作为一种竞争行为,其外观表现随着经济发展与商业模式创新而演进,刺透行为外观面纱后显现的行为发生机理往往对确定平台

自我优待行为的合法性边界具有决定性意义^[13]。由实践观之,平台企业可以通过多种方式破坏平台内经营者之间的公平竞争秩序,现有的自我优待行为发生模式大致有以下三种。

其一,从平台自身的直接经济利益出发,通过操纵推荐排名将有利于为平台企业提供更高利润的商品和服务置于显眼位置,而非从消费者角度出发利用数据辅助针对用户进行精准营销。譬如,同时存在两种由不同的平台内经营者提供的产品,A 商品更符合消费者的购买诉求,而购买 B 商品则意味着平台可从中获取更高的利润。此时若平台通过技术手段或规则设置引导用户转向 B 商品,则可能会导致平台内经营者竞相给予平台更大的利润,而这些平台内经营者成本的增加将导致用户购买商品价格的上涨。在此过程中,平台作为双边市场,积累了大量来自“消费者”与“平台内经营者”的可利用数据,存在其利用数据帮助平台内经营者率先作出使其自身最有利可图的宏观商业决策的情况。譬如,网购平台根据不同商品的交易数据优化营销策略及存货配置,以增加销量或降低成本,抑或是通过大数据用户画像进行精准的广告推送以提高成交率。

其二,从维护平台自身稳定性角度出发,将平台规则制定的部分权力让渡给平台内市场力量较强的经营者。在此情形下,一些市场地位较高的平台内经营者可直接影响甚至是“操控”平台产品推荐排名,能够在平台规则、算法、技术、流量分配等方面对力量较弱的平台内经营者设置不合理的限制和障碍,如对平台内经营者采取搜索降权、流量限制、下架商品、暂停服务等措施,使交易相对人难以开展交易。这一平台规则制定权力的让渡更多是为了维护平台自身的稳定,若在平台的产品或服务推荐排名中,平台内市场力量较强的经营者不被置于优势地位,就会出现平台终端用户大量转移至另一个替代平台的情况,这极有可能导致实力较雄厚的平台内经营者的离开。因

^① 中华网《2023 全球独角兽企业 500 强发布(附最全榜单)》, <https://hea.china.com/hea/20230901/202309011401825.html>。

此,实施自我优待的平台企业与部分平台内市场力量较强的经营者达成共识,平台给予平台内市场力量较强的经营者优惠待遇。

其三,从实现平台自身长期发展的角度来看,平台渴望构建“围墙花园”,打造“护城河”“生态闭环”,实现让用户停留更久的核心目的。即使平台不推荐其自身垂直市场产品,也倾向于推荐位于“围墙花园”内的第三方产品,而不是将平台的终端用户引至“围墙花园”外。譬如,亚马逊在其排名中优先考虑使用其“亚马逊履行”服务的第三方供应商。

(三) 平台自我优待与竞争合规的边界划定

平台自我优待行为这一新兴现象背后蕴藏了平台经济、数字经济的运行规律,即平台和商业的资源整合符合经济效率的价值追求,具有一定的合理性。自我优待同时又属于个性化行为,与其他不同种类竞争行为存在区别,其违法性构成要件应包括“经营者的市场支配地位”与“自我优待行为发生机理”两方面,两者同时具备方能构成反垄断法上的违法。根据行为特点,自我优待的违法性识别应参考反垄断法上滥用市场支配地位制度的规制原理与分析框架,按照“相关市场界定—支配地位的认定—滥用行为及损害效果的判断—正当理由的考察”这一顺序结构链条,整体考察平台企业的竞争行为损害效果,而不能依据孤立的事件作出判断,更不应随意扩大到其他对市场竞争威胁程度有所不同的平台企业。

自我优待行为基本聚集于数字经济平台领域,囿于平台经济具有天然的垄断倾向,平台跨界竞争的现象日趋普遍,界定相关市场通常是比较复杂和困难的。而限制竞争效果是违法性判断的关键所在,若相关行为并未产生限制竞争效果,也就意味着该行为不具有可追责性^[14]。尤其是当相关市场边界较为模糊、实施自我优待行为主体市场地位不甚明确时,就应当进一步分析垄断行为对竞争的影响效果。

如若平台自我优待行为损害了市场竞争,则意味着其会破坏市场竞争秩序,阻碍创新动力,直接损害消费者利益,进而有损社会公共利益,这与《反垄断法》立法目的“保护市场公平竞争”“鼓励

创新”“提高经济运行效率”“维护消费者利益”“维护社会公共利益”完全相悖。基于此,自我优待行为的分析应结合《反垄断法》的立法目的,从其是否对竞争、创新、效率、消费者利益以及社会公共利益带来负面影响等五个方面进行考量。

第一,公平竞争是市场经济的核心。只有在公平竞争的市场环境中,才能实现资源的有效配置和企业的优胜劣汰。要判断多元化的自我优待行为是否构成排除、限制竞争,需要综合考察其行为是否限制了相关市场中其他经营者之间公平竞争、是否提高了市场进入壁垒、是否限制了平台经营者的经营自主权等问题。

第二,创新是高质量发展的重要途径,是科学、技术和市场之间的耦合,创新和竞争之间呈现显著的正向关系。我国最新修订的《反垄断法》的立法目的明确将“鼓励创新”纳入其中,在《反垄断法》的适用中也应当全面落实对于鼓励创新目标的考量,应当具体考察该行为是否实质性地产品和服务质量、用户体验等方面实现了创新,从正反两方面考虑创新激励和创新损害^[15]。

第三,自我优待的竞争损害理论离不开对于经济效率的分析,效率追求的是资源的优化配置。要追求最大化的“效率目标”,就要整体考察数字经济背景下的自我优待行为对现实中的人力、物力、财力和数据、算法、流量等资源是否进行合理配置,在一定的投入下是否阻碍其达到产出的最大化,而不仅是站在“平台”“平台内经营者”的角度思考经济效益,应避免自我优待行为阻碍要素的自由流动、妨碍资源的优化配置。

第四,我国《反垄断法》将“消费者利益”作为立法目的的价值宣示,消费者利益在垄断行为判断中具有重要作用。平台经济本质上是一种注意力经济,价格不再是影响用户选择产品的决定性因素,用户数量、用户体验、转移成本等非经济因素是消费者更加注重的内容^[16]。因此,考察自我优待行为是否损害消费者利益应从自由选择权和公平交易权两个方面入手,并考察其是否限制消费者获取更加优质的价格或服务以及降低消费者长期福利水平^[17]。

第五,《反垄断法》通过保护竞争机制、遏制

垄断行为,使市场始终保持“有竞争”的状态,具体规定皆体现了对社会公共利益的保护。实践中有必要对不同的自我优待行为进行具体的排除和限制竞争分析,充分考虑数据类型、应用场景、服务协议及平台市场地位等因素,从全局视角关注实施自我优待行为是否造成社会性损失。

四、平台自我优待行为的反垄断法规制

平台商业模式掀起了一场经济变革,工业时代的“供应”规模经济已转变为互联网时代的“需求”规模经济,传统的线性价值链已转变为复杂的平台价值矩阵。从经济学角度来看,平台的首要目标,即通过“数据+算法”的手段对用户进行吸引(pull)、促进(facilitate)与匹配(match),通过商品、服务或社会货币的交换为平台所有参与者创造价值,扩大流量。平台自我优待的思路与“吸引—促进—匹配”的逻辑基本相通。因此,应辩证地看待平台自我优待行为,平台有节制地扶持、优待自家产品可以被允许,但这种扶持的“度”需要分情形受到约束和监督^[18]。譬如行为者在利用数据的同时,应给予平台内经营者一定的数据解释权与商谈空间,执法机构也应本着谨慎和伤害最小的原则处理相关的反竞争行为,在行为违法性识别基础上,尊重我国《反垄断法》的逻辑,结合规制理论与实践的正当性进行方案构造^[19]。

(一) 完善反垄断法律规则

《反垄断法》是规范市场竞争的重要法律,而反垄断法自身的不确定性和局限性也决定了反垄断法解释活动对于反垄断法实施过程的重要性。对于平台自我优待的法律规制,目前我国实践中还没形成确定性的标准答案。放眼域外各司法辖区,反垄断执法机构对于经营者实施的行为是否构成垄断行为的法律认定,基本遵循两个基本原则,即本身违法原则和合理原则。在本身违法原则的语境下,不管自我优待行为客观上是否产生了排除、限制竞争的后果,只要行为本身对竞争存有不可弥补的危害性,无需考虑其抗辩理由,皆被视为非法垄断。欧盟的《数字市场法》、美国的《美国创新与选择在线法案》、德国的《反对限制竞争法》第十修正案、英国的《数字市场、竞争和

消费者法案草案》都更多地参照了“本身违法原则”的思路,对平台自我优待行为转向事前规制。在合理原则的语境下,平台自我优待行为虽然存在可能限制竞争的事实,但不可一概而论,而是需要对行为进行严格审查,对经营者的动机、行为方式及其后果加以慎重考察后作出判断,只有其缺乏必要的合理性时,此举才将会被严格禁止^[20]。可见,本身违法原则一定程度上阻止了对自我优待行为的深度认识,而合理原则则提供了最大程度的认识机会。但是合理原则和本身违法原则也都存在其自身局限性,而且在错综复杂的平台经济中,两个原则的适用模式可能会发生变化。在我国平台经济常态化监管的背景下,不仅不宜适用本身违法原则将自我优待行为悉数认定为市场主体涉嫌违法而进行事前规制,也不应全部适用合理原则进行行为定性。

《反垄断法》作为对市场经济行为规制的基本法规,应具有普遍适用性,不能为解决平台经济领域的特殊问题,而忽视了法律的普遍适用性和稳定性。因此,应慎重考虑条款的体系性和整体性,根据《反垄断法》的法律精神,从适用对象、调整方法、法律内容、法律责任等方面出发,对将平台自我优待行为规制融入现行法律进行补充的正当性作出综合判断。

第一,《反垄断法》的适用对象具有多样性,其适用对象主要是经营者与部分管理机关。平台自我优待是平台经营者之间所发生的以实现利益最大化为目的而进行的行为,如果将自我优待作为单独条款对现行法律进行补充,其目的不仅是制止平台滥用经济力量、维护竞争的自由,还包括消除自由竞争的“过火”行为,维护竞争的公平。这会在一定程度上模糊《反垄断法》和《反不正当竞争法》的界限,增加实践适用难度^[21]。

第二,《反垄断法》的调整方法具有复杂性,其一方面希冀使用自愿平等的方法调整横向的竞争关系,另一方面又试图用命令和服从的方法调整纵向的竞争管理关系,是被动性适应和主动性竞争的混合。互联网平台是商主体,遵循契约自由和利己原则,自我优待在一定条件下是中性行为,若以避免平台自我优待无序的竞争所带来的

社会资源的浪费为目的,通过“有形的手”来对经营者之间自发的竞争行为加以制约,让其他竞争者处在更有利的竞争位置,诚然会对经营者的营业自由产生极大的限制,有悖于企业利己的本性。故只有在产业规制的模式下来分析平台自我优待行为,方能将其行为效果影响归为对于公平竞争秩序的破坏。只有在平台自我优待行为构成垄断,引起了法律上的权利义务冲突,方可放置于反垄断法的视角下进行规制。

为使具有市场支配地位的市场主体行为在经济效应上起到积极作用,带来更强的经济功能、更优质的服务和更好的消费体验,当自我优待与滥用市场支配地位产生竞合时,应使用滥用市场支配地位的条款予以规制,在此条件下并不需要单独规定自我优待。应采取审慎和适当开放的态度,积极寻求创新与秩序之间的平衡点,使具有市场支配地位的市场主体在一定情况下实施正当的优待行为而不受法律谴责^[22]。

第三,反垄断法法律内容具有交叉性。反垄断法在内容上相对独立的同时,又与其他法律相互交叉、相互渗透。加入“自我优待”条款有可能会破坏反垄断法的体系性,因为该行为非常宽泛,涉及技术手段、平台规则、行业惯例等,与其他互联网领域不正当竞争行为存在极大的交叉。因此,可尝试调整和改变现有的反垄断法基础逻辑,从简单的行为正当性规制扩展至结构主义,为自我优待法律适用提供理论空间和工具支持。目前我国《反垄断法》秉持的是公平竞争逻辑,平台自我优待应在现有的框架下无法认定。规制平台自我优待应与传统工业时代的反垄断法逻辑不同,可以考虑使用“特别立法”进行规制,不同于域外的事前规制模式,我国可以按照事中事后的逻辑,通过设置外部指标构成不得自我优待的义务;抑或是在现行的反垄断法框架内,自我优待行为可以分散到不同法律条文中,如一般歧视条款,其中歧视的对象不仅包括经营者还可以扩充到消费者,行为特征既可能包含价格因素又包含非价格因素,同时还可能涉及必要设施理论。此外,自我优待行为还可能涉及捆绑搭售(如预装浏览器行为)、独家交易、挤压行为(包括价格与数据挤压)

以及不公平高价行为。

第四,反垄断法的法律责任具有综合性,包括民事责任、行政责任和刑事责任。在平台自我优待的语境下,民事责任是平台经营者对特定的竞争对手造成损失时所承担的补偿性责任,行政责任是市场监督管理局等国家竞争管理机关对违法的平台依法采取的惩罚性制裁措施,而刑事责任则更为严厉。为有效规范平台自我优待行为,维护正常的竞争秩序,设计自我优待的法律规制条款时应注重对行为主体的法律责任追究、合理限定适用范围。

(二) 全面考量竞争效果

平台经营者的自我优待行为是平台行使自治权力的具体表现。平台经营是去中心化、无序式发展的,依靠参与者数据的共同价值聚集,通过价值单元促成信息自主交换,行为数据自动匹配引导新价值交换,随着数据提供者与数据消费者交互数据的变化,由平台生态自动纠偏。平台通过有效的内部治理,能够实现正向网络效应,吸引更多的消费者,以获取更大的经济利益。

自我优待作为一种商业行为具有存在合理性,与此同时,平台通过限制平台内经营者之间的竞争,有利于平台消费者用户更加便捷地获得服务。譬如平台推荐算法若在排序中不利于劣质第三方产品,虽然这种自我优待的形式可能构成违法,但在客观上对产品质量进行了衡量和把关,使得消费者受益。但若自我优待实施平台的权力扩张形成了交易压迫的不对等局面,网络平台在收集数据实施自我优待行为的过程中一旦形成“优势地位”,不仅能支配市场,更获取了平台准入权和线上规则制定权,一定程度上对国家治理、企业管理、个人权利形成事实上的影响力或支配力,能够实施垄断和反竞争行为,构成一个基于优势滥用而出现的妨碍自由公平交易之情势^[23]。如果实施垄断行为的经营者市场力量非常强大,使得市场透明度不高或者交易相对方在市场透明的前提下也丧失了选择权,那就必须要在反垄断视角下看待自我优待问题,审慎考虑平台自我优待行为的反垄断法规制问题。

从全局视角出发,对于平台自我优待的规制

措施可以分为事前监管、事中控制、事后救济。如前所述,如果选择在《反垄断法》之外对自我优待进行“特定立法”规制,则应遵循“平台经营者市场支配地位确认+自我优待行为发生机理”的基本框架选取监管对象,进行事前监管。事前监管旨在通过创设积极性法律义务,实现对垄断结构引致不可逆损害的风险预防^[24]。

我国的事前监管不仅应不同于欧盟的守门人制度,守门人制度有时会脱离对于相关市场界定和市场力量的判断,根据一个客观、特定的标准把门户或者具有守门人性质的平台都列为需要事前监管的对象;而且其也应有别于禁止性规范为主的立法模式,事前监管应尽量在满足透明度与可选择性的前提下,要求平台经营者在合理限度内平等对待自身(或关联企业)和平台内经营者的产品或服务,保障市场运行公平有序。如果遵循现行《反垄断法》,则应遵从事中事后的竞争效果分析。在事中控制与事后救济层面,应衡量自我优待行为是否已经对市场竞争产生极为恶劣的甚至是不可挽回的负面性影响,是否对消费者利益构成极大程度的威胁与控制,如果不加干涉,自我优待行为将会继续无度发展,偏离反垄断法的制定宗旨。

国务院2019年9月印发的《国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见》指出“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用,持续深化‘放管服’改革,坚持放管结合、并重,把更多行政资源从事前审批转到加强事中事后监管上来。”该指导意见表明,是否需要将某一领域的事前监管转变为事中事后监管,取决于被监管事项可能造成的损害后果的救济成本与事中事后监管成本的总和是否低于事前监管总成本^[25]。事中事后监管在自我优待的适用中,应结合个案,根据具体情况对平台自我优待行为予以分类规范调整,进行反垄断法的适度介入。按类型划分,可将平台经营者划分为“必需设施平台经营者”“具有市场支配地位的经营者”“不具有市场支配地位的经营者”三种,并根据其竞争效果的不同,采取不同的规制态度(见下表)。同时,在常态化监管过程中,持续进行定期或不定期竞争效果监控,并健全激励型监管措施,对平台经

营者进行守法激励,可促进其进行自我监管、统一法律适用标准、激励行业组织和专业服务机构参与市场共治,使企业自我优待行为“主动合规”,减轻对于互联网企业的监管负担,同时助力监管机构完善市场规则,规范市场交易行为,共同实现“帕累托最优”的社会利益最大化^[26]。

表 分类风险规制

不同类型平台经营者	风险	规制态度
必需设施平台经营者	高	严格规制 持续监控
具有市场支配地位的经营者	较高	行为无正当理由 且构成严重损害 应当规制 持续监控
不具有市场支配地位的经营者	低	企业经营自主的体现 暂不规制 但应持续关注

此外,在平台自我优待的规制思路还应着眼全球,借鉴域外经验。譬如,可参考德国近年新修订的《反对限制竞争法》规制思路,构建专门性规制条款,也可以针对超大型平台企业独有的运行机制与特点,辅之以中国特色,聚集该领域的专家学者一对一制定专门的超大型平台适用的相关法律法规^[27]。同时,欧盟《数字市场法》中提及的互联互通也为自我优待的治理提供了新路径,我国可以此为借鉴,引入数据可携带权以缓解自我优待引发的排除限制竞争效果^[28]。但值得注意的是,我国目前对于平台自我优待的属性识别尚未达成明确共识,在现行反垄断法律体系下暂时无法精准设置相关规定,对于平台自我优待行为的规制还需更加审慎。

五、结论

随着平台经济快速发展,自我优待行为的表现形式日益增多,在对平台市场良性竞争、中小企业创新发展、消费者合法权益保障和市场经济秩序造成挑战的同时,也带来了诸多困扰。但囿于平台的特殊性、自我优待行为的复杂性,现行竞争

法律法规对其规制仍需要进一步探索。为此,需以现实问题为导向,聚焦我国平台经济发展的现实需要,对平台自我优待行为进行个案分析,注重平台企业的商业逐利本质与竞争合规之间的适宜性,明晰平台自我优待行为的违法性构成要件及其在反垄断法上的分析框架。总体来讲,需综合考虑鼓励创新的发展理念在平台经济领域的实践问题,秉持包容审慎的监管原则,科学合理设计相关制度及实施机制,提高监管效能,以更好地回应平台自我优待行为。平衡好市场公平竞争与经济高效运行的关系,促进平台经济领域监管机制创新与应用场景创新的均衡发展,统筹科学规制与鼓励创新在平台经济发展中的作用。

参考文献:

- [1] Bo Vesterdorf, "Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal—Two Sides of the Same Coin?" *Competition Law & Policy Debate*, vol.1 2015.
- [2] 刘晓春 《数字平台自我优待的法律规制》,《法律科学》(西北政法大学学报) 2023 年第 1 期。
- [3] 侯利阳 《〈反垄断法〉语境中自我优待的分类规制方案》,《社会科学辑刊》2023 年第 3 期。
- [4] 房佃辉 《反垄断法下平台自我优待行为的规制路径探析》,《金融与经济》2023 年第 2 期。
- [5] 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》,《中南大学学报》(社会科学版) 2022 年第 1 期。
- [6] 王艳芳 《反不正当竞争法中竞争关系的解构与重塑》,《政法论丛》2021 年第 2 期。
- [7] 张文魁 《数字经济的内生特性与产业组织》,《管理世界》2022 年第 7 期。
- [8] 余晓晖 《建立健全平台经济治理体系: 经验与对策》,《人民论坛·学术前沿》2021 年第 21 期。
- [9] 崔雯倩 《超级平台自我优待行为的反垄断规制》,《互联网天地》2023 年第 2 期。
- [10] 李鑫 《平台数据型自我优待的反垄断法分析》,《广东财经大学学报》2023 年第 1 期。
- [11] 郝俊淇 《从传统经济到数字经济: 差别待遇反垄断规则的改进》,《中国市场监管研究》2022 年第 3 期。
- [12] 焦海涛 《滥用市场支配地位的性质定位与规范修正》,《中国政法大学学报》2022 年第 1 期。
- [13] 尚佳 《反垄断法视阈下平台自我优待的违法性分析——基于欧美谷歌购物案之比较》,《人文杂志》2023 年第 5 期。
- [14] 李扬、袁振宗 《数字经济背景下互联网平台滥用市场支配地位行为的认定》,《知识产权》2023 年第 4 期。
- [15] 袁嘉 《〈反垄断法〉中的鼓励创新目标与反垄断分析范式革新》,《南开学报》(哲学社会科学版) 2023 年第 5 期。
- [16] 李扬、袁振宗 《数字经济背景下互联网平台滥用市场支配地位行为的认定》,《知识产权》2023 年第 4 期。
- [17] 焦海涛 《反垄断法上的竞争损害与消费者利益标准》,《南大法学》2022 年第 2 期。
- [18] 曹汇 《平台自我优待的竞争法规制》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版) 2022 年第 6 期。
- [19] Richard A. Poser, "Antitrust in the New Economy", *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, vol. 68 2000.
- [20] 赵宸、奚庆 《美国最低转售价格维持规制路径研究——“本身违法”与“合理原则”之争》,《价格理论与实践》2015 年第 4 期。
- [21] 兰江华 《评〈反不正当竞争法〉(修订草案征求意见稿)——“数字经济发展与竞争法适用”会议综述》,《竞争政策研究》2023 年第 3 期。
- [22] 孙晋 《数字平台垄断与数字竞争规则的建构》,《法律科学》(西北政法大学学报) 2021 年第 4 期。
- [23] 刘小妹 《数字经济立法的内在逻辑和基本模式》,《华东政法大学学报》2023 年第 4 期。
- [24] 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》,《交大法学》2023 年第 2 期。
- [25] 董淳铨 《市场事前监管向事中事后监管转变的经济法阐释》,《当代法学》2021 年第 2 期。
- [26] 雷林轩 《论数字经济下的激励性监管》,《中国价格监管与反垄断》2023 年第 5 期。
- [27] 袁嘉 《数字背景下德国滥用市场力量行为反垄断规制的现代化——评〈德国反限制竞争法〉第十次修订》,《德国研究》2021 年第 2 期。
- [28] 侯利阳、贺斯迈 《互联互通视角下的平台挑战与制度因应——以自我优待为视角》,《东北师大学报》(哲学社会科学版) 2022 年第 6 期。

[责任编辑: 朱 磊]