

数字平台自我优待行为的反垄断法规制

殷继国*

摘要:近年来,数字平台实施的自我优待行为及其规制成为全球反垄断法领域热议的话题。自我优待是承担双重角色的数字平台给予自营业务比具有竞争关系的第三方业务更为优惠待遇的行为。自我优待不构成拒绝交易、搭售或者差别待遇,而是一种独立的、新型的滥用市场支配地位行为。自我优待可能背离“基于优势竞争”的法理,通过进攻性杠杆和防御性杠杆损害主导市场和相邻市场竞争,侵害用户的自主选择权。为有效规制自我优待行为,应规范数字平台的双重角色和“基于优势竞争”的权利,确立准必需设施理论并赋予数字平台有限的中立义务,构建自我优待行为的抗辩制度,设计科学合理的自我优待行为规制专门条款。

关键词:数字平台 自我优待 反垄断法 基于优势竞争 杠杆理论

一、问题的提出

作为一种具有悠久历史的商业行为,自我优待在数字经济时代引发了公平竞争担忧。自我优待不是一个规范的法律概念,学术界的理解存在广义和狭义之分。广义的自我优待泛指平台从事的结果上使平台关联企业相对于竞争对手更有竞争优势的行为,^①包括平台封禁、捆绑销售、数据盗取以及搜索排序、展示位中的自我优待等行为。^②由此可见,广义的自我优待不是指称具体的滥用行为,而是若干滥用行为的集合。本文的研究聚焦于狭义的自我优待,即当平台自营业务与其他实体提供的商品或服务展开竞争时,给予自营业务优惠待遇的行为。

美国、英国、法国、韩国以及欧盟等国家和地区的反垄断执法机构开展了针对自我优待的执

* 华南理工大学法学院教授

基金项目:广东省哲学社会科学规划项目(GD24XFZ08)

① 参见谢国辉:《竞争法下的平台技术与数据自我优待行为研究》,《电子知识产权》2022年第8期。

② 参见陈永伟:《算法与自我优待》,《经济观察报》2022年8月22日。

法行动。在“欧盟谷歌比价购物服务案”^①中,欧盟委员会认为,谷歌公司在通用搜索结果页面优待自营的比价购物服务,构成滥用市场支配地位的行为。2019年7月,欧盟委员会调查亚马逊公司使用平台第三方零售商的非公开数据在平台上优待自营零售业务以及优待亚马逊公司物流和航运业务的行为。^②2021年12月,亚马逊公司因优待自营物流业务遭到意大利竞争管理局的调查和巨额罚款。^③

在中国,自我优待亦成为反垄断执法机构关切的议题。在“阿里巴巴集团‘二选一’案”^④中,国家市场监督管理总局明确要求平台“客观中立设定搜索、排序等算法,公平公正使用数据资源”,彰显了反垄断执法机构反对自我优待的初步立场。2022年6月,国家市场监督管理总局发布的《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)第20条规定了自我优待行为。由于争议较大,该条款最终未予以保留。

在自我优待行为的认定上,国外理论界出现了截然相反两种观点。支持自我优待的学者认为,让竞争对手的日子变得更艰难是竞争的本质,^⑤经营者不负有通过分享竞争优势帮助竞争对手的普遍义务,^⑥优待自营业务因不具有反竞争性而不属于滥用行为。^⑦反对自我优待的学者认为,自我优待是平台滥用市场支配地位的新表现,^⑧平台企业负有竞争中立的义务,^⑨禁止自我优待源于可竞争性目标。^⑩我国部分学者则秉持个案分析的立场,认为不宜概括禁止自我优待行为。^⑪但是,对于自我优待行为的实施机理、行为定性以及反垄断规制的法理基础等问题,学术界的研究还存在较大争议。有鉴于此,笔者拟对上述争议问题展开研究,并提出反垄断法规制自我优待行为的具体路径,以促进我国数字经济的高质量发展。

① See Commission Decision of Case AT. 39740— Google Search (shopping).

② 参见黄婉仪:《欧盟认定亚马逊违反反垄断法 滥用“大数据”为自营产品牟利》, <https://finance.sina.com.cn/stock/relnews/us/2020-11-11/doc-iiznctke0898612.shtml? cref=cj>, 2024-08-05.

③ See A528— Italian Competition Authority: Amazon Fined Over €1,128 Billion for Abusing Its Dominant Position, <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528>, 2022-12-01.

④ 参见国家市场监督管理总局行政指导书(国市监指反垄〔2021〕1号)。

⑤ See José Luís da Cruz Vilaça, the Intensity of Judicial Review in Complex Economic Matters—Recent Competition Law Judgments of the Court of Justice of the 6, 173 *Journal of Antitrust Enforcement*, 184 (2018).

⑥ See Pablo Ibáñez Colomo, Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles, 43 *World Competition*, 421 (2020).

⑦ See Bo Vesterdorf, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal—Two Sides of the Same Coin? 1 *Competition Law & Policy Debate*, 4-9 (2015).

⑧ See Gergely Csurgai—Horváth, Is It Unlawful to Favour Oneself? 62 *Hungarian Journal of Legal Studies*, 314 (2021).

⑨ See R. Bork, G. Sydak, What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google? 8 *Journal of Competition Law and Economics*, 686 (2012).

⑩ 参见[意]马里奥·利贝蒂尼:《数字市场中滥用经济依赖地位的法律推定:意大利〈2021年度市场与竞争法〉第33条述评》,温博宇译,《经贸法律评论》2023年第5期。

⑪ 参见兰磊:《对数字平台自我优待行为批判的批判性分析》,《东方法学》2024年第2期。

二、自我优待行为的实施机理

相较于其他平台竞争行为,自我优待的特殊性在于数字平台充分利用平台经营者和平台内经营者的双重角色,有能力也有动机将其在主导市场的用户、流量和算法等竞争优势跨界传导至相邻市场,且在相邻市场优待自营业务。

(一)数字平台承担平台经营者和平台内经营者的双重角色

基于强化范围经济效应、锁定效应、网络效应等因素考虑,数字平台凭借一款或多款爆款产品在市场站稳脚跟后,以此作为主导市场,不断向相邻市场拓展业务领域,使得数字平台的产品和服务日趋多元化,数字平台的建设呈现出生态化的特征。生态化是互联网行业历经产品化、平台化之后的第三个发展阶段,是互联网平台在“去中心化”背景下为实现用户、流量和数据等资源集聚所作的尝试,这种尝试使得互联网市场结构实现了从“去中心化”到“再中心化”和“多中心化”的转型。

在生态系统建设上,平台可以通过自行发展业务、并购或者投资等多种扩张方式,^①实现自身业务范围的多元化。在此场景中,作为平台经营者的数字平台同时作为平台内经营者而存在。同时,平台还可以通过接入具有互补性甚至竞争性的第三方经营者业务的方式建设生态系统,此时数字平台只是作为平台经营者而存在。在生态系统建设的浪潮中,绝大多数数字平台兼平台经营者和平台内经营者于一身。作为平台经营者,为增强生态系统的吸引力,需要秉持开放、中立立场,允许符合条件的第三方经营者接入平台;作为平台内经营者,数字平台应与第三方经营者开展公平竞争,不得利用“裁判员”身份为其自营业务谋取不当利益。

然而,数字平台往往有意混淆平台经营者和平台内经营者身份,通过设定准入条件和平台管理规则,行使平台管理者权力,拒绝或者变相拒绝接入、歧视第三方经营者尤其是具有竞争关系的经营者的商品和服务。不仅如此,数字平台利用其在生态系统中的主导地位,事实上成为生态系统中的“流量通道”和“数据池”,第三方经营者高度依赖数字平台的用户流量、数据资源甚至算法技术。基于此种依赖,数字平台享有类似“上帝之眼”“全视”的权力。^②甚至还有学者提出要强化数字平台的公共秩序管理权能,^③若是如此,数字权力进一步向平台倾斜。因此,平台生态系统属于权力高度不对称的结构安排,^④数字平台对生态系统拥有较强的控制力,作为生态系统参与者的第三方经营者容易沦为数字平台的“附庸”,平台的管理规则和管理行为直接影响到生态系统的所有参与者及其用户,甚至对行业生态产生重大影响。

综上所述,数字平台不再是纯粹的私人平台,生态系统的建设使得数字平台成为兼具私人空间和公共空间属性的准公共平台,数字平台在公共空间担任“裁判员”角色(即平台经营者),在私人空间充当“运动员”角色(即平台内经营者)。基于平台经营者角色提供的便利,数字平台易于

^① 参见刘晓春:《数字平台生态系统的反垄断法定位与规制》,《思想战线》2022年第1期。

^② 参见[英]欧拉·林斯基:《平台在扮演上帝吗?》,载[英]马丁·摩尔、[英]达米安·坦比尼编著:《巨头:失控的互联网企业》,魏瑞莉、倪金丹译,浙江大学出版社2020年版,第113页。

^③ 参见马更新:《“通知—删除”规则的检视与完善》,《政治与法律》2022年第10期。

^④ 参见王节祥、陈威如、江诗松等:《平台生态系统中的参与者战略:互补与依赖关系的解耦》,《管理世界》2021年第2期。

滥用“裁判员”权力,给数字平台优待自营业务留下了空间。就此而言,自我优待是生态系统建设的一个副产品。

(二)自我优待涉及两个或两个以上具有纵向或者横向关系的市场

由于自我优待是承担平台经营者和平台内经营者双重身份的数字平台实施的,故而涉及平台经营者所在市场和平台内经营者所在市场。前者是主导市场,后者是相邻市场。所谓相邻市场,是指与主导市场存在横向或者纵向关系的其他市场,通常与主导市场处于同一生态系统内。

在数字经济时代,“纵向一体化是平台生态建构的主要方式”。^①平台之间的纵向关系可分为三类:一是处于同一产业链的上、中、下游平台,通过纵向兼并、收购等手段形成的纵向一体化结构;二是平台通过向上游或者下游自行拓展业务方式实现纵向一体化;三是未实现纵向一体化而形成的产业链,即处于产业链条上的上下游平台通过合同建立的资源共享、优势互补、分工协作关系。在前两种纵向关系中,经营者均能轻易地利用其在主导市场的市场力量优待相邻市场的自营业务。因此,纵向一体化是自我优待行为发生的主要场景。在纵向市场内,具备市场支配地位者能够通过实施纵向整合、自我优待行为将自身的支配优势延伸至另一市场。^②例如,在“意大利亚马逊滥用物流服务市场支配地位案”^③中,亚马逊以网络零售平台服务市场作为主导市场,向下游开拓物流业务,网络零售平台服务市场与物流服务市场之间属于第二类纵向关系。

不仅如此,在同一操作系统上运行的两个应用程序、同一生态系统内的两个子平台等横向一体化场景中,亦可能出现自我优待行为。实践中,经营者往往通过横向并购、发展自营业务等方式实现横向规模的扩张,并通过内部管理协同实现自我优待。例如,QQ和微信同属于腾讯生态系统中的两个处于横向竞争关系的即时通信应用程序,在微信推出初期,QQ通过好友导入给微信“输血”,这种优待行为使得微信用户激增。

(三)主导市场的竞争优势易于跨界传导至相邻市场

在数字经济时代,用户、数据和算法是数字平台的核心资产和关键资源。基于互联网的开放性和用户流动的低成本特性,用户可以较为容易地从一种商品或者服务流向另一种商品或者服务,也可以从一个平台流向另一个平台。概言之,用户具有多归属性。为了最大限度地发挥用户的多归属价值,一方面,数字平台通过采取会员制、积分制、个性化推荐等策略或者封禁、数据的不可携带等排他性策略弱化用户的多归属性,用户被牢牢锁定在自家平台上;另一方面,数字平台在主导市场通过零价格或者低价格锁定大量用户并获得市场力量之后,通过导流机制将用户、流量等竞争优势从主导市场传导至新开拓的相邻市场,这一现象被称为“杠杆效应”。^④

鉴于平台用户这一关键竞争优势的跨界流动性,用户流动又带来用户数据等资源的跨界传导,同时,精确匹配的算法极大地提高了流量价值的转化率,^⑤经营者在主导市场的流量和数据等竞争优势被跨界传导至相邻市场已成为数字经济时代一种常见的商业现象,也为经营者优待

^① 马辉:《互联网平台纵向一体化的反垄断规制研究——基于需求侧视角的分析》,《南大法学》2022年第2期。

^② 参见邓峰:《传导、杠杆与中国反垄断法的定位——以可口可乐并购汇源反垄断法审查案为例》,《中国法学》2011年第1期。

^③ See Italian Competition Authority Decision of Case A528(Amazon).

^④ 杠杆效应是指将一个市场上的垄断力量传递到另一个市场,从而同时获得两个市场垄断利润的方式。See Robin Feldman, Defensive Leveraging in Antitrust, 87 Georgetown Law Journal, 2079(1999).

^⑤ 参见杨东、王睿:《论流量传导行为对数字经济平台市场力量的影响》,《财经法学》2021年第4期。

相邻市场的自营业务提供了条件。因此,优势传导是大型平台利用自身优势扩张的方式之一。^①在“欧盟谷歌比价购物服务案”中,由于比价购物服务的推广高度依赖通用搜索引擎,谷歌通过操控搜索引擎算法在通用搜索服务市场突出地显示自营的比价购物服务,将用户从竞争对手的比价购物服务转移到自营的比价购物服务上,进而增加了从谷歌通用搜索结果页面到谷歌自营的比价购物服务页面的流量。由上可知,自我优待是数字平台将主导市场的用户和流量等竞争优势传导至相邻市场并试图增强其在相邻市场力量的行为。

(四)数字平台有动机和能力优待自营业务

在竞争较为充分的市场,持续、明显的自我优待会降低平台的吸引力,进而减少平台的总用户流量。因此,如果仅仅考虑用户流量和数据变现的价值,平台确实没有动机实施自我优待这种自限流量的行为。然而,自我优待确实可以给数字平台带来更高的经济价值。首先,当平台经营者向第三方经营者提供免费服务时,基于利益最大化的考量,平台有强烈的动机优待自营业务,以弥补向第三方经营者提供免费服务所造成的亏损。即使平台的收入同时来自收集的数据和第三方经营者支付的佣金,自我优待的激励机制依然起作用:一方面,平台通过难以被第三方经营者和消费者察觉的方式操控推荐算法的结果以优待自营业务,第三方卖家为了获得展示或者靠前排而不得不提高支付给数字平台的佣金;^②另一方面,自营业务的利润要远高于第三方卖家支付的佣金,平台自然有动机优待自营业务。其次,自我优待扩大了平台在相邻市场的份额,可以创造出范围经济和规模经济效应,从而降低生产经营成本和经营风险。

作为生态系统的建设者,数字平台拥有生态系统参与者——用户——无可比拟的信息优势,用户因信息劣势而对有偏见的商品排序不敏感。数字平台可以通过“暗黑模式”展示、推广自营的商品或者服务,^③故意干扰或者阻止用户使用竞争对手的商品或者服务;亦可以利用信息不对称的优势修改商品或者服务的展示规则,使得商品或者服务的展示、搜索结果的呈现有利于自营业务。就此而言,自我优待可以理解为数字平台“通过信息优势的不对称传递而采取的各种策略性行为”。^④

一般而言,数据资源配置呈现明显的不对称现象。作为生态系统建设者,数字平台不仅拥有自营业务的用户数据,还掌握了生态系统参与者的业务数据,在数据资源占有上明显属于优势方。数字平台拥有的数据和信息优势可以转化为竞争优势,进而有能力实施自我优待行为。在“欧盟亚马逊利用数据实施的自我优待案”^⑤中,亚马逊公司通过收集平台第三方卖家的非公开数据,向在线消费者推广其近乎复制的自营品牌亚马逊倍思(Amazon Basics)商品,在商品价格设定、库存数量设置等方面对标第三方卖家,取得了相对于第三方卖家的竞争优势。

^① 参见杨明、王雪乔:《反垄断法视野下社区团购中的优势传导效应》,《法学论坛》2024年第3期。

^② See Patrice Bougette et al., Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses, 67 The Antitrust Bulletin, 193 (2022).

^③ “暗黑模式”是指设计者故意干扰用户使其难以表达自己的实际喜好,或者操纵用户采取与其自身利益相悖行动的用户界面设计模式。See Jamie Luguri & Lior Jacob Strahilevitz, Shining a Light on Dark Patterns, 13 Journal of Legal Analysis, 43 (2021).

^④ 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。

^⑤ See Commission Decision of Case AT. 40462 (Amazon Marketplace).

此外,精于计算和“懂用户”的算法可以进一步增强平台的锁定效应和网络效应,数字平台可以借此有效地建立并巩固其市场地位。数字平台自我优待行为的实施,离不开推荐算法、价格算法、匹配算法等算法技术的支持。而且,平台的市场主导地位越显著,就越容易操控自己的算法,第三方卖家的竞争压力就越大。以电商平台为例,电商平台掌握着推荐算法这一关键权力,推荐算法决定了商品在推荐页面或者搜索页面的排序,第三方卖家高度依赖推荐算法。电商平台通过修改推荐算法每个因素的权重或者采取人工干预方式改变自然推荐结果,使得自营业务显示在推荐页面或者搜索页面的最上方,从而提高了自营业务的曝光率和点击率。

三、自我优待的行为类型及法律定性

自我优待是一个内涵丰富、行为类型多样、竞争效果复杂的新型垄断行为,与拒绝交易、搭售、差别待遇存在密切联系但又有明显区别,加之自我优待行为的隐蔽性以及学术界对自我优待行为类型的认识不统一,在一定程度上影响了人们对自我优待行为的准确性。

(一)自我优待的行为类型

当前,理论界和实务界尝试对自我优待行为进行类型化研究,但众说纷纭,尚未取得共识。有的学者根据优待效果将自我优待分为积极型和消极型自我优待,根据对象要素分为针对流量、数据和知识产权的自我优待,根据实施方式区分为通过平台规则实施的和未通过平台规则实施的自我优待。^①有的学者根据实施方式不同将广义的自我优待划分为“砌围墙”式自我优待、“下黑手”式自我优待、“不对等”式自我优待和“摸底牌”式自我优待。^②有的学者根据行为的强制程度将自我优待分为强制型自我优待和诱导型自我优待。^③还有学者根据平台跨界经营方式的不同,分为针对商家的自我优待与针对竞争平台的自我优待。^④

狭义自我优待行为,主要指由承担双重角色的数字平台运用平台规则、数据资源、算法技术等手段在排名、展示排序、优质资源配置等方面优待自营业务的行为。作为一种市场竞争行为,从行为实施方式维度划分自我优待的行为类型更契合反垄断法的行为法属性。

从行为实施方式看,当前典型的自我优待行为可划分为数据获取型自我优待、资源配置型自我优待、算法推荐型自我优待三大类型。数据获取型自我优待是指数字平台擅自爬取平台内其他经营者尤其是竞争对手的商品或者服务价格、库存、物流等非公开商业数据并用于自营业务营销的行为。数字平台获得非公开商业数据后可以在商品或者服务定价、复制并推广畅销商品或者服务、抢占竞争对手的合作供应商、优化销售服务、调整商品库存等方面优待自营业务。^⑤在“欧盟亚马逊利用数据实施的自我优待案”中,欧盟委员会经过调查后认为,亚马逊公司存在非法获取第三方卖家非公开数据的行为,并使用这些数据来校准亚马逊公司自营品牌报价和商业决策。资源配置型自我优待是指数字平台利用其作为平台经营者的权限,在优质广告位配置、物流

① 参见刘晓春:《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。

② 参见丁茂中:《自我优待的反垄断规制问题》,《法学论坛》2022年第4期。

③ 参见曹汇:《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。

④ 参见侯利阳:《〈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。

⑤ 参见李鑫:《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。

配送、支付渠道开放、应用程序预安装等平台资源配置方面优待自营业务。“欧盟亚马逊黄金购物车案”^①等彰显了数字平台在资源配置上的自我优待能力。算法推荐型自我优待是更为常见和隐蔽的自我优待类型,数字平台可以利用第三方卖家对平台算法的依赖度,通过调整能够影响搜索或者排序算法因素的权重,扭曲自然排序或推荐结果,使得自营业务在展示或者排序上获得相对于第三方卖家的优势地位。“欧盟谷歌比价购物服务案”等案例皆是数字平台利用算法技术优先展示或者推荐自营业务的典型案例。

(二)自我优待行为的法律定性

作为滥用市场支配地位的新行为,自我优待行为的法律定性一直是理论界和实务界争议的焦点问题之一。有学者认为,根据自我优待实施方式的不同,数字广告平台自我优待可能构成拒绝交易、搭售、差别待遇等滥用行为。^②也有学者认为,在拒绝交易、差别待遇和搭售条款难以有效规制自我优待的情况下,可以适用滥用市场支配地位的兜底条款进行规制。^③还有学者提出,自我优待不属于独立的滥用行为类型。^④

从自我优待的行为表现看,自我优待不宜认定为拒绝交易、搭售或者差别待遇行为。拒绝交易通常发生在单个市场,而自我优待发生在具有横向或者纵向关系的两个市场;拒绝交易是具有市场支配地位的经营者通过削减现有交易数量、拖延和中断现有交易、拒绝新交易等方式拒绝与交易相对人开展交易,自我优待是承担双重角色的经营者在排名、推荐展示、优质资源配置等方面优待自营业务,并没有采取拒绝与交易相对人进行交易的手段;从损害结果看,自我优待是以不公平方式对待自营业务和竞争对手的业务,没有达到拒绝交易行为通常所要求的横向或者纵向封锁竞争对手的程度。尽管部分学者认为平台封禁是自我优待的极端表现形式,^⑤但两者的发生场景和行为方式存在明显区别。通常情况下,自我优待不能被认定为拒绝交易,欧盟的反垄断实践也没有将自我优待认定为拒绝交易的先例。

搭售或者附加不合理的交易条件是指具有市场支配地位的经营者强迫交易相对方购买在交易习惯上与合同标的没有关联的产品或者服务的行为,进而将经营者的市场支配力从一个相关市场传导至其他市场。^⑥尽管自我优待与搭售都发生在相邻的两个市场且通过杠杆效应实现市场力量的传导,但搭售强调经营者通过合同方式向交易相对方强制捆绑销售,强制性是搭售或者附加不合理交易条件的显著特征。自我优待是优待自营业务,是经营者内部的组织协调行为而非合同行为,也不存在向交易相对方强制捆绑销售的行为。此外,与搭售或者附加不合理交易条件易于识别不同,自我优待因具有较强的隐蔽性而难以被察觉。很显然,自我优待行为难以被认定为搭售或者附加不合理的交易条件。

差别待遇是具有市场支配地位的经营者没有正当理由时对条件相同的交易相对人在交易条件上实行歧视性待遇的行为,其中,交易条件相同的交易相对人是认定差别待遇的核心要件。自

^① See Commission Decision of Case AT. 40703 (Amazon Buy Box).

^② 参见邓辉:《数字广告平台的自我优待:场景、行为与反垄断执法的约束性条件》,《政法论坛》2022年第3期。

^③ 参见孟雁北、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。

^④ 参见孙晋、马姗姗:《数字平台自我优待的反垄断规制困境与优化进路》,《法治研究》2024年第1期。

^⑤ 参见周围:《规制平台封禁行为的反垄断法分析——基于自我优待的视角》,《法学》2022年第7期。

^⑥ 参见王先林主编:《最新反垄断法条文对照与重点解读》,法律出版社2022年版,第77页。

我优待指数字平台优待自营业务,歧视、打压第三方经营者尤其是竞争对手的商品或者服务。在针对不同主体实行歧视性待遇上,自我优待与差别待遇高度相关。有学者认为,平台经营者的交易相对人包括自营业务以及独立的商家,故优待自营业务属于差别待遇行为。^① 尽管理论界对交易相对人作扩大解释的倾向愈发明显,^②但自我优待的行为主体集平台经营者与平台内经营者于一身,属于反垄断法中的“单一经济实体”,自我优待属于单一经济实体内部的组织协调行为,不能视为独立经济实体之间的交易行为,数字平台与第三方经营者也不属于条件相同的交易相对人。因此,在现行的差别待遇规制框架下,自我优待行为不构成差别待遇。

有鉴于此,有必要将自我优待行为界定为一种独立的、新型的滥用市场支配地位行为。当前,一些国家的反垄断执法机构已将自我优待视为一种独立的滥用市场支配地位的行为。例如,美国众议院的《数字市场竞争状况调查报告》将自我优待视为与垄断高价、掠夺性定价、搭售并列的新型滥用行为。^③ 第十次修订后的《德国反限制竞争法》新增了自我优待行为,意味着德国规制自我优待不再拘泥于传统的滥用行为类型。

四、反垄断法规制自我优待行为的法理基础

在反垄断法规制框架下,行为的可归责性取决于竞争损害,“只有损害竞争的行为才构成垄断,这是反垄断法适用的起点”。^④ 由于自我优待往往是数字平台披着“基于优势竞争”的权利外衣实施的,理论界对数字平台是否滥用了“基于优势竞争”的权利以及是否造成了竞争损害的认识还不够清晰。

(一)“基于优势竞争”的权利及其滥用

自由竞争是市场经济的灵魂,任何企业均有权合法地建立、巩固自身的竞争优势,并有权利利用自身优势进行公平竞争,这不仅是经营者享有的一项“自然权利”,也是对企业创新和投资努力的回报。部分学者根据“基于优势竞争”的法理,认为没有哪一项指导竞争执法的原则阻止经营者利用优势抵御竞争对手,占主导地位的经营者不负有通过分享竞争优势来补贴竞争对手的普遍义务。^⑤ 于是得出结论,自我优待不属于滥用行为,如果限制或者否定经营者“基于优势竞争”的权利,将扼杀创新和竞争,最终损害消费者福利和社会公共利益。

不可否认,经营者享有“基于优势竞争”的权利和自由,利用竞争优势开展竞争,是企业市场竞争机制作用下的必然选择。但是,任何权利的行使都有其边界,超出边界的权利行使行为可能会遭到否定性评价。竞争优势是一个企业超越竞争对手的能力,^⑥具有相对性和综合性特点。对经营者而言,竞争优势主要体现在质量、价格、创新、营销、声誉以及信息、用户流量、数据和算法等方面。根据权利边界理论,如果数字平台背离“基于优势竞争”的法理实施自我优待,则可能

^① 参见许光耀、刘盈:《平台经济领域自我优待行为的反垄断法分析》,《竞争政策研究》2024年第2期。

^② 参见许丹琳:《算法驱动型差别待遇行为法律规制的反思与完善》,《法商研究》2024年第3期。

^③ 参见陈永伟:《美国众议院〈数字市场竞争状况调查报告〉介评》,《竞争政策研究》2020年第5期。

^④ 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。

^⑤ See Bo Vesterdorf, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal—to Sides of the Same Coin? 1 Competition Law & Policy Debate, 5 (2015).

^⑥ 参见蒋峦、谢卫红、蓝海林:《企业竞争优势理论综述》,《软科学》2005年第4期。

具有反竞争性和违法性。换言之,数字平台是否将其核心平台服务或核心设备的竞争优势不合理地扩大到其他领域。^①判断经营者是否滥用竞争优势开展竞争,主要依据是经营者是否采用与“正常竞争条件”相同的方法。只要是采用与“正常竞争条件”相同的方法,就属于“基于优势竞争”的范畴,占主导地位的经营者原则上可以自由竞争。^②

至于“正常竞争条件”的判断标准,德国司法实践将机会平等作为关键评价指标。在“德国电信诉欧盟委员会案”^③中,法院指出:“只有在各类经营者获得平等机会的情况下,未扭曲的竞争体系才能得到保障”。此处的机会平等不是绝对的平等,而是“承认并尊重社会成员在发展潜力方面的‘自然’差异及由此所带来的机会拥有方面的某些‘不平等’”,^④这种“不平等”应源于经营者从“正常竞争条件”中获得的竞争优势。如果通过操控竞争条件不合理地获得竞争优势,就会破坏机会平等的竞争环境。在“法国电信诉欧盟委员会案”^⑤、“爱尔兰糖业诉欧盟委员会案”^⑥、“阿克苏诉欧盟委员会案”^⑦和“豪夫迈·罗氏诉欧盟委员会案”^⑧中,因经营者侵害了竞争对手平等的竞争机会,经营者提出的“基于优势竞争”的抗辩未能让其免于承担反垄断法责任。

尽管机会平等理论具有较强的解释力,但机会平等是一个抽象概念,无法为数字平台的自我优待是否遵循“正常竞争条件”提供精确的指引。作为承担双重角色的数字平台,准公共空间属性决定其具有一定的中立性,负有维护生态系统公平竞争的最低限度义务,即数字平台应当为生态系统参与者提供透明、公平和非歧视待遇。透明要求数字平台应当提供决定排名、抓取、索引等参数的信息;公平意味着数字平台不得在其与竞争性第三方经营者之间造成权利和义务的不平衡,从而使其获得不成比例的竞争优势;非歧视强调同等情况同样对待,除非区别对待具有客观合理性。如果一项服务在技术上或商业上不具有普惠的可行性,^⑨则具有客观合理性。换言之,只要数字平台遵循透明、公平、非歧视标准,就属于采用与“正常竞争条件”相同的方法,自我优待行为就具有正当性。例如,如果数字平台通过较高的质量、较低的价格、快捷的物流、优质的服务等正常竞争条件在相邻市场取得了相对于第三方经营者的优势地位,则属于“正常竞争条件”范畴,此时反垄断法不应当介入。如果数字平台违反透明、公平、非歧视标准对自营业务给予不平等和不合理的优惠待遇,从而获得了非法的竞争优势,则超出了“基于优势竞争”的范畴,不仅损害了作为竞争过程裁判的消费者利益,^⑩也侵害了第三方经营者“基于优势竞争”的自由,应当予以禁止。例如,电子商务平台通常有综合、价格和销量三种排序方式,但一般以综合排序作为默认排序方式,除价格、销量两个相对客观的参数外,综合排序还要考虑品牌、信用、评分等较为模糊和主观的参数,每一个参数涉及的数据、参数的权重以及排序算法并不透明,电子商务平

① 参见王晓晔:《我国平台经济反垄断监管“欧盟模式”批判》,《法学评论》2024年第3期。

② See Hoffmann-La Roche v. Commission, Case 85/76(EU:C:1979:36).

③ See Deutsche Telekom AG v. European Commission, Case C-208/08 P.

④ 吴忠民:《论机会平等》,《江海学刊》2001年第1期。

⑤ See France Telecom v. Commission, C-202/07 P, ECR I-2369(2009).

⑥ See Irish Sugar v. Commission, ECR II-2969(1999).

⑦ See AKZO v. Commission, C-62/86, ECR I-3359(1991).

⑧ See Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, 85/76, ECR-461(1979).

⑨ 参见张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,《法学研究》2021年第4期。

⑩ 参见尚佳:《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》

台可能故意选择有利于自营商品排名的参数及其权重,这种做法违反透明、公平和非歧视标准,不属于从“正常竞争条件”中获得竞争优势,背离了“基于优势竞争”的法理。

(二)自我优待可能会损害主导市场和相邻市场的竞争

杠杆理论作为一种垄断滥用理论,通常用于分析捆绑销售、互惠交易、企业合并等行为造成的竞争损害。由于数字平台主要通过杠杆效应将主导市场的市场力量传导至相邻市场并优待该市场的自营业务,因此杠杆理论亦是评估自我优待行为竞争损害的重要理论。杠杆是指某一市场中的垄断者将其市场力量传导到相邻或者相关的另一个市场的方式。^①芝加哥学派质疑杠杆理论的科学性并提出了“单一垄断利润理论”,认为垄断者不可能通过杠杆进入相邻市场获得额外的垄断利润。^②既然不能获得额外垄断利润,作为理性经济人的垄断者自然就没有动机在相邻市场排除或限制竞争。

后芝加哥学派为质疑“单一垄断利润理论”的科学性,提出了“提高竞争对手成本理论”。^③根据该理论,垄断者虽然在短期内不能同时获得两个垄断市场的利润,但是可以通过提高竞争对手成本的方式来提升自己在相邻市场的竞争优势,进而获得长期利润。对此,也有学者予以反驳,认为提高竞争对手成本最常见的做法是扩大产量以迫使竞争对手缩减产量,但这些做法是竞争的核心,哪怕提高竞争对手的成本。^④然而,上述反驳没有考虑到主导市场经营者可能会通过价格歧视、拒绝交易、排他性许可、降低竞争对手商品排序等违背“正常竞争条件”的手段来提高竞争对手成本。在“韩国搜索引擎纳威尔(Naver)自我优待案”^⑤中,纳威尔通过操纵算法将自家服务置于搜索的顶端,导致竞争对手的产品很难被消费者看到和使用,提高了竞争对手成本,导致消费者的选择权受限。

“提高竞争对手成本理论”表明,数字平台通过优待自营业务,迫使在生态系统中处于不利地位的竞争对手不得不向数字平台额外支付数据分析、提升排名等辅助服务的费用,以摆脱其处于不利地位的窘境。同时,数字平台利用生态系统中不对称的权力结构锁定处于互补地位的第三方经营者并让其成为生态链条中的“附庸”,从而导致平台可以轻易过度提取第三方经营者的数据,或者将第三方经营者的用户流量轻松地传导至自营业务。“欧盟亚马逊利用数据实施的自我优待案”等执法实践表明,自我优待确实显著提高了相邻市场竞争对手的成本。

由于“提高竞争对手成本理论”只关注相邻市场竞争而忽视了主导市场的竞争,有学者将目光聚焦于主导市场的竞争并提出“防御性杠杆理论”。防御性杠杆是指占主导地位的经营者优先排除从长远来看可能挑战其现有地位的潜在竞争对手,^⑥以保持其在主导市场的垄断地位。换言之,垄断者利用杠杆进入相邻市场是表象,其整合主导市场和相邻市场的市场力量并防止主导市场

^① 参见孟雁北、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。

^② 参见郑伦幸:《标准必要专利搭售许可行为的反垄断法分析要素》,《当代法学》2023年第4期。

^③ 参见李剑:《反垄断法中的杠杆作用——以美国法理论和实务为中心的分析》,《环球法律评论》2007年第1期。

^④ 参见[美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年第3版,第354~355页。

^⑤ 参见叶明、黎业明:《互联网平台滥用杠杆优势行为的反垄断规制研究》,《管理学刊》2021年第2期。

^⑥ 参见袁波:《必需数据反垄断法强制开放的理据与进路》,《东方法学》2023年第3期。

的市场地位被竞争对手所侵蚀才是防御性杠杆的本质。

数字平台可能会同时采用进攻性杠杆和防御性杠杆来实施自我优待行为,以追求双重反竞争效果。一方面,数字平台滥用生态系统赋予的权力,通过操控算法实施价格歧视、排序降级或者强加给进入生态系统的经营者不公平合同等进攻性杠杆,在相邻市场不适当地推广平台自营业务,限制相邻市场的竞争甚至将竞争对手排挤出相邻市场。另一方面,数字平台进入相邻市场并优待自营业务,会将其在相邻市场不当获取的用户、流量、数据等资源反哺至主导市场,进一步巩固、扩大其在主导市场的优势地位。由于竞争对手无法成功挑战主导经营者,不得不缩减投资,潜在的进入者因担心遭遇失败也不太可能进入该市场。“防御性杠杆理论”表明,垄断者利用反竞争手段阻碍恢复主导市场竞争均衡的市场力量的自然成长对市场竞争的危害大于进攻性杠杆对市场竞争的危害。^①

为了避免具有更高颠覆性的技术和企业出现,创新成为数字平台实施排他性策略的基础。^②自我优待行为可能会损害主导市场和相邻市场竞争对手的创新。一方面,自我优待行为提高了相邻市场竞争对手的生产经营成本,抑制竞争对手在相邻市场的创新投资。另一方面,数据、算法等关键资源是数字市场形成新质生产力的关键驱动要素,数字平台通过进攻性杠杆和防御性杠杆进一步集聚创新所依赖的资金、用户流量、数据、算法等资源,通过网络效应、锁定效应等市场特性筑牢数据垄断和创新壁垒,导致主导市场中小平台创新所需的资源减少。

(三)自我优待侵害了用户的自主选择权

无论是100多年前的传统零售企业,还是当今以沃尔玛、家乐福等为代表的线下连锁超市,在销售众多品牌商品的同时,都推出自营品牌。实践中,线下连锁超市通常以较低的价格、有针对性的营销策略和突出的货架空间等方式优待自营品牌。在过去100多年的反垄断执法实践中,执法机构已得出明确结论,线下零售市场的自我优待不会对竞争产生不利影响,反垄断执法应当对有利于竞争和消费者的“常见商业惯例”采取尊重的态度。^③有学者据此认为,规制数字平台的自我优待行为,明显为反垄断法设置了双重标准。^④

然而,上述观点忽略了用户自主选择权的重要性。线下零售市场消费者选择具有很强的主动性,即使连锁超市优待自营品牌,消费者也能轻易地选择其他品牌商品,不会对消费者的自主选择权和市场竞争造成实质性损害。相对于线下零售市场,互联网市场看似赋予了用户更多选择权,市场竞争似乎也变得更加充分,然而,这种表象掩盖了互联网市场的用户选择问题和实然竞争状况。真正的问题是,竞争不在于用户在互联网上的“点击”,而在于用户可以在“哪里”点击以及“哪些”商品或者服务被点击。

数字时代是一个信息大爆炸的时代,数字平台集成了海量的商品和服务信息,信息过载问题无疑增加了用户的信息处理成本。为了降低信息处理成本,用户高度依赖数字平台的推荐机制,

^① 参见李思羽:《互联网平台企业滥用市场力量的杠杆作用认定——以“奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案”为例》,《科技与法律》2018年第2期。

^② 参见金俭:《超越市场力量和垄断力量:平台经济时代的反垄断规制》,《比较法研究》2023年第1期。

^③ See Konstantinos Stylianou, Can Common Business Practices Ever Be Anti-Competitive? Redefining Monopolization, 57 American Business Law Journal, 197 (2020).

^④ See Jean-Pierre Dubé, Amazon Private Brands: Self-Preferencing vs Traditional Retailing, https://www.zbw.eu/econis-archiv/bitstream/11159/524836/1/EBP085836427_0.pdf, 2022-09-16.

用户选择具有明显的被动性。在此背景下,数字平台实施自我优待行为,优先展示或者推荐自营业务,第三方经营者的业务信息会被人为过滤掉,无形之中限制了用户的选择权。在“欧盟谷歌比价购物服务案”中,欧盟委员会开展的线上消费行为调查显示,95%的电脑用户会点击通用搜索结果首页列出的一个推荐结果,35%的点击会进入通用搜索结果页面排名第一的链接;通用搜索结果页面上排名前3的推荐结果获得了约70%的点击量,而第2页顶部的链接只获得约1%的点击量。^①从消费习惯来看,用户不愿意花费更多的选择成本逐页搜索。因此,在数字平台的算法操控下,用户选择权明显受限,排名靠后的竞争对手基本上丧失了与用户交易的机会,进而处于竞争劣势。

五、反垄断法规制自我优待行为的具体路径

尽管我国反垄断执法机构尚未对自我优待采取行动,但承担双重角色的数字平台优待自营业务已成为普遍现象,对数字市场的竞争、创新和消费者福利带来了负面影响。因此,在尊重数字市场发展规律的基础上,有必要采取有效措施积极规制数字平台的自我优待行为。

(一)规范数字平台的双重角色和“基于优势竞争”的权利

关于自我优待的法律规制,部分学者提出结构主义这种较为激进的规制模式,禁止数字平台承担双重角色。^②然而,结构性救济措施不仅无法刺激细分市场的竞争活力,反而可能损害平台经营效率和消费者福利。^③禁止数字平台承担双重角色,在制止反竞争杠杆的同时,也禁止了有利于竞争的杠杆发挥作用,“不可避免地产生假阳性错误”。^④因此,尊重平台的双重角色,坚持行为主义优先的规制策略、秉持合理原则和个案分析的立场才是规制自我优待的最佳选择。当然,如果行为主义规制模式不足以解决自我优待引发的竞争问题,结构性拆分可以作为最后的规制手段。为了避免“一刀切”式的结构性救济使得平台企业失去一体化带来的效率,^⑤可以根据竞争损害程度采取较为灵活的结构拆分措施,建议只拆分引发严重竞争问题的自营业务。

在生态系统内部,平台经营者的身份类似于市场监管者,加之政府监管失灵的客观存在,强化平台自我监管职能成为一种趋势。如果政府缺乏对数字平台的有效监管,数字生态系统会成为一个“独立王国”,引发公平竞争问题。因此,有必要对数字平台的双重角色进行规范,这与尊重平台的双重角色并不矛盾。一方面,平台经营者在经营自营业务时,应当遵循透明、公平和非歧视标准,强化平台经营者身份与平台内经营者身份的区分,清晰标注出自营业务。另一方面,可以借鉴《欧盟商业平台条例》第5条的规定,要求数字平台向其他平台内经营者、消费者明确说明其给予或者可能给予自营业务的任何优惠待遇及其理由。

除规范数字平台的双重角色外,还要规范平台“基于优势竞争”权利的行使。竞争优势具有相对性,^⑥反垄断法不应为数字平台跨市场经营行为打上“反竞争”标签。数字平台有权进入相

^① See Commission Decision of Case AT.39740.

^② See Lina M. Khan, Sources of Tech Platform Power, 2 Georgetown Law Technology Review, 325 (2018).

^③ 参见李希梁:《平台扼杀式并购的反垄断悖论》,《法学研究》2024年第1期。

^④ 周梦懿:《数字平台自我优待:行为类型与法律规制》,《华侨大学学报》(哲学社会科学版)2024年第2期。

^⑤ 参见李剑:《数字平台管制:公共性理论的反思与经济管制的适用》,《法学研究》2023年第5期。

^⑥ 参见徐士英、唐茂军:《滥用相对支配地位行为的法律规制研究》,《东方法学》2008年第3期。

邻市场,依据“正常竞争条件”开展竞争并获得竞争优势。对于数字平台可能会滥用“基于优势竞争”权利实施自我优待的行为,可以采取事前引导、事中监管、事后规制相结合的规制策略。首先,强化对数字平台跨市场竞争行为的事前合规引导,为数字平台及生态系统参与者规定不对称的权利和义务,为自我优待行为设定一系列合规规则,明确自我优待的行为边界。其次,强化对竞争过程的常态化监管,尤其是数字平台实施的数据获取型和算法型自我优待行为,反垄断执法机构和行业主管部门应协同采取技术性监管手段审查数据获取、算法推荐是否合规。最后,在界定相关市场、分析竞争损害和审查正当理由后,反垄断执法机构应强化对构成滥用市场支配地位的自我优待行为的规制力度。

(二)确立准必需设施理论并施加数字平台有限的中立义务

必需设施理论起源于1912年美国联邦最高法院关于“美国诉圣路易斯终端铁路协会案”^①的判决,主要目的是防止必需设施的拥有者拒绝竞争对手使用该设施。进入21世纪以来,美国联邦最高法院对必需设施理论的适用态度不明。相较于美国反垄断实务界的保守,欧盟则秉持相对开放的原则,通过“爱尔兰广播电视总台(RTE)和独立电视出版物公司(ITP)诉欧共同体委员会案”^②等判决完善了必需设施理论的4个适用条件:一是必需设施具有不可或缺性,表现为物理上不可行、法律上被排除或者经济上不可行导致竞争对手无法复制;二是拒绝提供将消除下游或者相邻市场的有效竞争;三是拒绝提供将阻止相关市场新产品的出现;四是拒绝提供缺乏正当理由。^③我国《禁止滥用市场支配地位行为规定》第16条规定,构成必需设施需满足4个条件,即交易相对人另行投资建设或开发建造该设施的可行性、交易相对人对该设施的依赖程度、经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响。

由上观之,欧盟和中国的必需设施理论,皆规定“不可或缺性”这一严苛的适用条件。然而,数字平台因商业模式易于复制、信息技术易于迭代、数据资源易于复制而不具有唯一性和不可或缺性的问题,^④而难以构成必需设施。在我国,受制于必需设施理论适用的高门槛,以及产生于工业时代规制有形基础设施的必需设施理论已不适应数字时代规制无形设施和平台设施的需要,在我国,必需设施理论被束之高阁。为此,可以通过创新必需设施理论来强化反垄断法对新型垄断行为的规制力度。

为了保证数字平台内外权力、权利关系的制衡,^⑤建议根据数字平台的准公共性特点以及数字平台拥有非对称权力这一客观事实,调适现有的必需设施理论,确立准必需设施理论。具言之,放宽必需设施理论适用的不可或缺性要件,着重考察数字市场的零价格竞争、跨界竞争、生态竞争等新型竞争形态下交易相对人建设替代性平台在经济上是否可行。如果交易相对人建设替代性平台在经济上不可行,则数字平台属于准必需设施。经济上是否可行主要从建设替代性平

^① 参见杨东:《论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战》,《中国法学》2020年第3期。

^② See Radio Telefis Eireann(RTE) & Independent Television Publications Ltd(ITP) v. Commission of the European Communities, ECR Cases C-241/91 and C-242/91P (1995).

^③ 参见郑鹏程:《论拒绝交易反垄断规制的立法完善——以原料药反垄断执法为切入点》,《现代法学》2021年第5期。

^④ 参见张晨颖、徐嘉莹:《拒绝交易适用必需设施理论的规则建构——从有形、无形到平台的演进为进路》,载王先林主编:《竞争法律与政策评论》(第8卷),法律出版社2022年版,第62页。

^⑤ 参见刘凯:《数字平台公共性的理论重塑及其生态治理路径》,《比较法研究》2023年第6期。

台的技术和用户流量等资源壁垒、建设成本与收益是否成比例、替代性平台发展壮大可能性以及满足交易相对人发展需要的可行性等因素进行综合考量。在“欧盟谷歌比价购物服务案”中,欧盟普通法院认为,因谷歌的通用搜索结果页面在流量中所占比例非常高,以至于无法被目前可用的其他流量来源所取代,且建设替代性数字平台的准入壁垒较高且经济上不可行,故可将谷歌搜索引擎视为准必需设施。^①一旦数字平台被认定为准必需设施,其对生态系统中的第三方经营者就负有中立义务,原则上不得优待自营业务。

相较于新公用事业理论和公共承运人理论主张数字平台对接入的第三方经营者承担绝对中立义务而言,^②准必需设施理论只要求数字平台对第三方经营者承担有限的中立义务。数字平台的有限中立义务主要体现在数字平台应当为生态系统参与者提供透明、公平和非歧视待遇。透明强调数字平台要保障第三方经营者及时获得信息和数据移植的能力,以及数字平台应提高算法、平台管理规则、平台决策及其救济机制的透明度,以减少第三方对生态系统的盲目依赖。公平和非歧视强调数字平台是否非法获得不公平、不合理的歧视性待遇,若数字平台基于“正常竞争条件”获得了竞争优势,则不违反非歧视义务,这是有限中立义务的核心内容。若数字平台实施误导和欺诈消费者的行为,则监管机构应严格禁止。^③因此,根据准必需设施理论,如果数字平台事先制定并公开自我优待的相关规则,且依照“正常竞争条件”优待自营业务,就意味着平台完全履行了中立义务,自我优待行为具有合法性。

(三)构建自我优待行为的抗辩制度

“正当理由”反映的主要是相关行为的积极效果,^④若数字平台有正当理由实施自我优待行为,则可以排除行为的违法性。实践中,数字平台可以提出实质公平、创新与安全、商业惯例三类抗辩。

第一,实质公平抗辩。反垄断法通过限制经营者的经营自主权来实现实质公平,经营者据此可以提出实质公平抗辩,即数字平台在满足实质公平标准时可以优待自营业务。“基于优势竞争”理论表明,身兼平台经营者与平台内经营者于一身的数字平台,在遵循透明、公平、非歧视标准的前提下享有自我优待的自由。对实质公平抗辩的判断,“关键点在于能否实现其自身利益与他人利益、公共利益的共生和互利”。^⑤在实践中,可以借鉴行政法中的比例原则,从目的正当性、手段适当性和手段必要性三个方面来判断自我优待是否符合实质公平标准。目的正当性的判断不是纯粹地探究行为人的主观意图,^⑥而是根据自我优待场景、行为手段等外部因素进行推导;手段适当性的判断,则需要考量数字平台是否基于“正常竞争条件”在相邻市场取得了相对于竞争对手的优势地位,在平台资源配置和算法推荐等方面是否成比例地倾向于自营业务;手段必要性则要求自我优待对市场的不利影响被降至最低。基于实质公平的考量,《征求意见稿》

^① See Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping), Case T-612/17 (2021).

^② 参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,《政法论坛》2016年第4期;高薇:《平台监管的新公用事业理论》,《法学研究》2021年第3期。

^③ 参见丁晓东:《网络中立与平台中立——中立性视野下的网络架构与平台责任》,《法制与社会发展》2021年第4期。

^④ 参见焦海涛:《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。

^⑤ 肖江平:《滥用市场支配地位行为认定中的“正当理由”》,《法商研究》2009年第5期。

^⑥ 参见焦海涛:《“二选一”行为的反垄断法分析》,《财经法学》2018年第5期。

第20条将基于公平、合理、无歧视的平台规则实施的展示或者排序作为自我优待的正当理由之一。

第二,创新与安全抗辩。鉴于鼓励创新已成为我国反垄断法的立法目的之一,若数字平台能够证明,自我优待不仅没有损害创新,反而能够激励创新、鼓励创新,则可以成为数字平台实施自我优待的正当理由。例如,如果数字平台给予新推出的创新性自营业务合理的“优待期”,这种有利于创新的优待行为就具有正当性。由于创新是一个动态、开放和多面向的概念,理论界和实务界对创新与竞争、创新与规制的关系存在较多争议。为减少围绕创新抗辩所产生的争议,有学者提出应以技术发展为标尺来界定创新,^①这种做法显然排除了商业模式创新等技术之外的创新抗辩,进一步提高了创新抗辩的难度,不符合创新发展的潮流。为此,应允许经营者提出包括技术创新、商业模式创新等创新在内的创新抗辩。为提高创新抗辩的成功率,数字平台需要从创新动机、创新能力、创新成本和收益、创新程度、行业创新以及对市场竞争的影响等方面提出证据予以证明,尽可能地量化创新效果并权衡创新效果与竞争损害之间的关系。同时,为避免创新抗辩被滥用,反垄断执法机构应当运用高度盖然性证明标准来审查经营者的创新抗辩。此外,数字平台的经营行为涉及安全问题。反垄断法中的安全除了经济安全、科技安全、数据安全等宏观层面的安全外,还包括平台安全、交易安全、产品安全等微观个体层面的安全。鉴于安全内涵和外延的模糊性,为避免安全抗辩被滥用,对经营者提出的安全抗辩,应“结合必要性原则进行分析”。^②具言之,具有正当性的安全抗辩应以“不可或缺性”为要件,即优待行为对于维护数据安全、交易安全等安全是必不可少的。

第三,商业惯例抗辩。与反不正当竞争司法实践表现出越来越强调商业惯例的趋势不同,^③反垄断执法似乎与商业惯例“绝缘”。当前,只有线下零售市场的自我优待成为一项公认的商业惯例,在理论上也不排除数字平台可以基于垂直整合和生态系统的商业模式将商业惯例作为自我优待的正当理由。有鉴于此,《征求意见稿》第20条将正当的商业惯例和交易习惯作为自我优待的正当理由之一。为了避免行业惯例抗辩出现反不正当竞争司法中的“泛道德化”倾向,^④商业惯例抗辩的核心问题是判断特定领域的自我优待是否已成为公认的、正当的商业惯例。公认的商业惯例强调自我优待已被特定行业广泛接受并得到了普遍遵守,其正当性判断要求反垄断执法机构依据反垄断法的宗旨、价值和原则对自我优待行为进行综合考量。

(四)设计科学合理的自我优待行为规制专门条款

当前,一些国家和地区正在积极探索制定规制自我优待行为的规则。《欧盟数字市场法》第6(5)条明确规定:“在排名及相关的索引和抓取中,如果第三方也提供类似服务和产品,守门人不得以更优的方式对待自己提供的服务和产品。守门人应以透明、公平和非歧视性的方式进行此类排名。”《德国反限制竞争法》第19a条第2款规定:“联邦卡特尔局可以禁止上述具有显著跨市场竞争影响经营者:没有正当理由,在提供居间服务时对自身提供的产品或服务与其他竞争对手提供的产品或服务进行差别对待。”美国国会提出的《美国创新与选择在线法案(草案)》规定:“不

^① 参见丁茂中:《〈反垄断法〉鼓励创新规范的适用规则及其立法表达》,《政治与法律》2024年第4期。

^② 王炳:《密码技术滥用行为的反垄断法规制》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2019年第9期。

^③ 参见蒋舸:《竞争行为正当性评价中的商业惯例因素》,《法学评论》2019年第2期。

^④ 参见郭传凯:《不正当竞争行为司法认定的“泛道德化”倾向及其矫正》,《现代法学》2023年第4期。

公平地对待涵盖平台经营者自己经营的产品、服务或业务,使其优先于涵盖平台内其他商业用户的产品、服务或业务,从而严重损害涵盖平台中的竞争。”同时,该草案还规定,涵盖平台的自我优待如果是为了保护用户隐私或者促进消费者福利,就可以获得豁免。

上述自我优待立法具有以下特点:(1)均针对狭义自我优待行为且将其视为一种独立的滥用行为。上述立法均强调平台自营业务与第三方经营者业务存在竞争关系,没有将封禁、捆绑销售等广义自我优待纳入规制范围。从立法体例看,对自我优待行为均进行单独规定,将其视为独立的滥用市场支配地位的行为类型。(2)实施主体皆为数字市场中的超级平台。在自我优待行为实施主体的认定上,“守门人”和“涵盖平台”皆要求在用户规模、营业额等方面符合具体的量化标准,“显著跨市场竞争影响经营者”由德国联邦卡特尔局根据跨市场竞争情况、纵向整合能力等混合结构性优势以及对数据、特殊资源占有等因素确定。^①很显然,德国判断“显著跨市场竞争影响经营者”的因素时综合考虑了数字市场的竞争状况以及数字平台所在的市场结构,值得我国借鉴。(3)自我优待行为发生的领域存在差别。与德国和美国未限定自我优待行为发生的领域相比,欧盟将自我优待行为限定在排名、相关索引和数据抓取三个领域。尽管上述领域属于自我优待的高发领域,但在展示排序、平台资源配置等领域亦存在自我优待现象。(4)均运用合理原则认定自我优待行为。立法机关皆认识到自我优待行为并非本身违法的行为,允许数字平台提出抗辩。在正当理由的列举上,美国的规定较为笼统,而欧盟提出的“透明、公平、非歧视”抗辩更具针对性。

在借鉴欧盟、德国和美国已有规则的基础上,我国亟须建立规制自我优待的反垄断法规则。^②首先,建议适时修订反垄断法,在禁止滥用市场支配地位的类型中新增自我优待行为,即“没有正当理由,不公平地对待平台自营业务和第三方经营者业务”。其次,修改《禁止滥用市场支配地位行为规定》和《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》,新增自我优待规制专条。专条可分为两款,第1款采取“概括+列举+兜底”方式规定自我优待行为,第2款规定正当理由。条文内容可考虑表述如下:禁止具有显著跨界竞争影响的平台经营者利用平台规则、数据资源、算法技术等手段,没有正当理由,在与该平台内其他经营者竞争时,对自营业务给予下列优惠待遇:(1)擅自爬取平台内其他经营者非公开商业数据用于自营业务营销;(2)利用平台经营者权限,在优质广告位配置、物流配送、支付渠道开放、应用程序预安装等平台资源配置上优待自营业务;(3)利用算法等技术对自营业务予以优先展示或者排序;(4)其他不公平、歧视性的优惠待遇。本条所称“正当理由”包括:(1)遵循透明、公平、非歧视标准实施的自我优待;(2)有利于行业创新和科技安全、平台安全、数据安全等安全;(3)符合正当的行业惯例和交易习惯;(4)能够证明行为正当性的其他理由。

六、结 语

数字平台的双重角色、商业模式、跨界竞争、经营规模以及生态系统中不对称的权力配置等

^① 参见袁嘉:《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。

^② 有经济学学者对自我优待行为的反垄断法规则进行了研究。参见于左、李思明:《数字平台跨市场自我优待的反竞争效应——以搜索引擎平台为例》,《经济学家》2024年第2期。

因素都意味着它们在数字市场中起着关键作用,甚至可能带来霸权地位。数字平台所拥有的庞大市场力量以及市场力量滥用所造成的竞争损害,往往是传统企业无法比拟的。正因为如此,一些国家和地区掀起了一股数字平台治理的浪潮。自我优待作为数字平台实施的新型竞争行为,已成为全球数字市场竞争政策的核心议题。

纵观全球,运用反垄断法对数字平台的自我优待行为进行规制已成为一种趋势。为有效规制自我优待行为,反垄断执法机构需要科学认识数字市场的发展规律和自我优待的内在机理,秉持合理原则和个案分析的立场,坚持行为主义优先的规制策略,规范数字平台的双重角色和“基于优势竞争”的权利,确立准必需设施理论并施加数字平台有限的中立义务,在保障数字平台进入相邻市场的机会和能力的同时,促进相邻市场的竞争。唯其如此,方能推动我国数字经济的高质量发展。

Abstract: In recent years, the self-preferential behavior implemented by digital platforms and its regulation have become a hot topic in the field of global anti-monopoly law. Self-preferencing refers to the behavior that digital platforms with dual roles give more preferential treatment to self-operated businesses conducted than competitive third-party businesses. Self-preferencing does not constitute refusals to deal, tying or differential treatment, but is an independent and new abuse of market dominance. Self-preferencing may deviate from the jurisprudence of “competition on the merits”, damage the competition of dominant market and adjacent market through offensive and defensive leverage, and infringing on users’ free option. In order to effectively regulate self-preferential behavior, it is necessary to regulate the dual roles of digital platforms and the right of “competition on the merits”, establish the regulatory objectives of the competitiveness and fairness of the digital platforms, construct the defense system of self-preferential treatment behavior, and design scientific and reasonable regulations for self-preferential treatment behavior.

Key Words: digital platform, self-preferencing, antitrust law, competition on the merits, leverage theory

责任编辑 翟中鞠