

【经济法学】

数字平台自我优待的法律规制

刘晓春

【摘要】平台自我优待是国内外立法执法实践关注的重要问题,但其规制边界有待厘清。平台自我优待根据效果可以分为积极型和消极型自我优待,根据对象要素可以分为针对流量、数据和知识产权自我优待,根据实施方式可以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。不同类型的自我优待行为呈现出不同的规制需求,需要采用不同的规制路径。规制平台自我优待的理论基础包括从运作机理维度的数字生态系统、从社会功能维度的数字基础设施、从权力属性维度的公共管理职能。对平台自我优待的规制有赖反垄断法及相关法律法规的完善。一方面应当在反垄断法内部进行理论创新;另一方面,可采用超越反垄断法框架的思路,结合平台自我优待的类型和理论,基于数字基础设施的构成要件界定规制对象,采取整合行为和效果的双重规制思路,强化平台规则的透明度,建构体系化的规制结构。

【关键词】平台自我优待;平台公共性;数字基础设施;数字生态系统

【作者简介】刘晓春,中国社会科学院大学法学院副教授,互联网法治研究中心执行主任(北京 102488)。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2023.1.69~82

【基金项目】2020年度国家社科基金重大项目(20&ZD192)“互联网交易制度与民事权利保护研究”;教育部新文科研究与改革实践项目(2021140027)“计算社会科学与国家治理”。

一、问题的提出

数字平台作为数字经济和社会治理中的重要主体,承载着信息发布、交易撮合、资源调配、规则制定等多重功能。平台生态系统既在数字经济中承担了重要的经济功能,也在数字治理中发挥着基础的社会公共功能,通常包含多个交叉互动的市场。平台一方面倾向于将其自身优势在不同市场间进行传导,另一方面也通过提供不同服务或者待遇的方式,尽力使自身获取竞争优势,确保自身多方面利益的实现。数字平台在数字经济和社会中承担着多重角色,但数字平台在发展中的诸多新型行为向监管者提出了不同于传统市场和社会治理的新问题,也给针对数字平台的规制、治理思路和工具带来新的挑

战。数字平台的自我优待行为,就是在数字平台林林总总的新型行为中被识别和归纳出来的一类较为典型的行为。一方面,从事自我优待行为的平台类型较为多样,从搜索引擎、电商平台、应用市场、社交平台到操作系统,平台都可能存在具备自我优待特征的行为;^①另一方面,这些平台自我优待的行为对市场竞争可能会带来危害,已引起各国执法和立法机关的关注和重视,很多国家从反垄断执法到针对数字市场的立法,都开始针对平台自我优待行为进行规制。

平台自我优待的概念首先从反垄断法领域提出,并主要在反垄断法领域被作为重要问题加以研究。欧盟“谷歌购物比价案”通常被认为是首次针对

平台自我优待行为的反垄断执法,该案例创设的规则此后也被应用于针对亚马逊使用第三方商户非公开数据获取竞争优势等反垄断案件中。^②实际上,在苹果应用市场、谷歌数字广告、操作系统、语音助手领域也先后出现了针对平台自我优待行为的争议。在执法等实践经验的总结基础上,欧盟于2022年7月正式通过《数字市场法》将多种平台自我优待行为列入事前规制框架,要求提供核心平台服务的“守门人”企业不得实施特定的自我优待,在数据利用、信息通道、提供兼容性和数据接口开放等多种场景中,平台企业必须保持中立并履行开放义务。^③美国自2021年起也在立法上积极推进对于数字平台自我优待行为的规制,《美国创新与选择在线法案》《开放应用市场法案》等致力于规制数字平台的法案中都包含了要求平台不得从事特定自我优待行为的规定。

在我国数字平台实践及其引发的争议和政策回应中,平台自我优待也成为一个重要议题。由于平台自我优待与平台跨越多个市场建立其生态系统紧密相关,因此在针对“资本无序扩张”的政策制定和学术讨论中,通常会将平台自我优待纳入其中。^④而在涉及链接封禁、数据屏蔽、互联互通、平台接入、兼容性和互操作等众多争议领域,平台自我优待也时常被纳入讨论的视野。例如,2021年工业与信息化部在针对互联互通和外链屏蔽的专项整治活动中,发现有的社交平台对于来自电商平台和短视频平台的外链进行封禁或者设置为无法直接跳转,社交平台的这些行为被工业与信息化部认定为不符合互联互通的产业政策要求,要求其整改,平台的此类行为也体现了自我优待的特征。^⑤司法实践中,字节跳动诉腾讯屏蔽封杀案、蚁坊诉新浪微博数据垄断案等,也被认为与平台自我优待具有高度相关性。在我国立法和政策制定中,平台自我优待问题已经引起相关机关的重视。在反垄断领域,决策层对于自我优待问题的认识逐步深入。2022年6月市场监管总局发布《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》,其中第20条针对平台自我优待进行了规定并

列举了两种情形,该条规定:“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。”^⑥这一规定仅列举了实践中已经出现的两种平台自我优待行为。这一局部列举是否具有完备性尚可讨论,实践中呈现的其他各类自我优待的具体表现样态是否应当被纳入反垄断法的考察,立法者应当如何科学地归纳自我优待的形式和类型等问题,均值得进一步探讨。不过,决策者对平台自我优待的规制也从单纯的反垄断法领域,逐渐发展到产业规制领域,也是为了更好地落实平台治理中的“主体责任”。在借鉴欧盟《数字市场法》思路的基础上,我国网络治理在更多领域对平台自我优待进行关注和规制。我国市场监管部门在针对网络治理领域落实主体责任发布的征求意见稿中,已经出现要求平台“不实施自我优待”的规定;而在算法治理、内容治理等其他领域的政策文件中,也出现了对于平台自我优待行为的禁止性规定。^⑦

在数字平台自我优待越来越成为数字治理领域高频术语的同时,学界对于这一概念的表现形式、类型划分、理论逻辑和规制框架,依然存在认识和研究不足,且在基础问题上并没有形成共识。一方面,对平台自我优待的规制需要在反垄断法体系内部促进理论和规则的更新;另一方面,对平台自我优待的规制又需要超越反垄断法的视野,从数字平台的特有属性出发,探讨独立于反垄断法规制框架的规制理论和实践方案。因此,有必要对数字平台自我优待问题进行深层次的探索,为确立该领域相关制度提供可资借鉴的方案。

二、平台自我优待的基础范畴与体系定位

(一)何为平台自我优待

平台自我优待,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。^⑧自我优待行为本身在市场竞争中并不少见,也

通常被认为是经营者展开竞争的正当行为。但是,在数字经济领域,平台自我优待行为与平台的特殊角色和定位紧密相关,呈现出不同于普通经营者自我优待的鲜明特点。

在数字经济领域,平台通常拥有多重角色。平台在多个市场上提供商品或服务,容易演化为一个内部高度整合的多边市场数字生态系统,平台也很容易利用自身在一个或者多个市场上的优势地位来优待自身。^⑨平台自我优待能够得以施行,需要具备两个条件:一是平台同时在两个或两个以上的市场开展经营活动;二是这两个或两个以上的市场相互关联,形成上下游关系。平台可以利用其在一个市场上的影响力,在另一个市场上为自己或者关联方提供更有利的条件。例如,在字节跳动起诉腾讯实施链接封禁和数据屏蔽的案例中,被告运营的微信和QQ等社交平台,承担着提供社交和信息通道等服务功能,而在社交和信息通道这一服务市场中,微信的视频号和字节跳动公司的抖音短视频在内容市场上存在竞争关系;又如腾讯公司的腾讯会议和字节跳动公司的飞书会议功能,也存在在线会议市场上的竞争关系。被告被指控实施的链接封禁和数据屏蔽行为,就指向了基于其社交和信息通道服务市场的下游市场:短视频内容和在线会议系统,亦即,将其在社交和信息通道市场的影响力,用于在下游市场上通过封禁和屏蔽原告等其他经营者的链接和数据的方式,来实施自我优待。^⑩

(二)与反垄断法相关概念的厘清

对平台自我优待概念边界的界定,首先需要处理平台自我优待概念与反垄断法上其他相关概念的关系。

1. 平台自我优待与差别待遇

与自我优待相关度较高的概念是差别待遇。差别待遇在反垄断法上通常被表述为“没有正当理由,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”。自我优待与差别待遇的共同点在于,都存在针对不同主体提供不同待遇的情况;而不同点在于,差别待遇所针对的对象是“交易相对

人”,即是针对其他经营者之间的不同待遇,而自我优待则涉及自身(包括与自身存在利益关系的主体)与他人之间的不同待遇。反垄断法上作出否定评价的差别待遇应是“对条件相同的交易相对人”没有正当理由的差别待遇,而在自我优待场景下,平台自身或者利益相关方可能本身就不构成与其他经营者“条件相同”,而经营者凭借自身优势进行自我优待也可能被认为是一种正常的商业竞争策略,甚至值得鼓励。^⑪因此,平台自我优待与差别待遇的区别主要体现在优待对象是平台“自我”,而这种自我优待在法律上的规制理据,还需要采取独立于反垄断法差别待遇规则的思路进行独立证成。

2. 平台自我优待与搭售

平台自我优待通常涉及两个或多个商品或服务市场,因此,与“搭售”行为亦存在相似性。在搭售的场景下,典型的如微软视窗系统预装浏览器的案件,微软试图将其在系统软件中的优势地位通过搭售行为传导到浏览器市场。^⑫而谷歌试图通过自身在通用搜索引擎市场上的优势地位,将竞争优势传导给自身的购物比价服务。显然,谷歌的这一行为与微软视窗系统预装浏览器的行为的确都存在明显的自我优待情形。不过,平台自我优待的表现形式多种多样,“搭售”仅仅是平台自我优待的一种可能情形;搭售行为可能由不同类型的经营者作出,从事搭售行为的经营者不一定是平台企业。

3. 平台自我优待与拒绝交易

平台自我优待与拒绝交易行为也存在关联。例如,在经常被讨论的平台封禁场景下,封禁行为被认为是平台自我优待的一种表现形式,也可能被归入拒绝交易的范畴。但是,需要考察的是,平台在提供服务过程中,有可能仅针对特定经营者(如直接竞争者)实施封禁等拒绝交易行为,而针对自身和其他经营者则并未实施差别待遇,在这种情形下,平台无歧视开放的问题并不必然被归入平台自我优待的范畴。平台如果仅为自身或关联方提供服务,而拒绝为其他所有经营者提供服务,或提供品质不同的服务,则构成自我优待。

(三)平台自我优待的体系定位:反垄断法传统分析进路的不足

从学界目前针对平台自我优待行为的理论探讨来看,学者们基本上将反垄断法作为主要的分析基础,以反垄断法滥用市场支配地位作为研究的基本路径,结合上述“差别待遇”“搭售”“拒绝交易”等反垄断法基础概念讨论反垄断法滥用市场支配地位的法律规则对平台自我优待的适用可能性,从必需设施理论、杠杆理论等反垄断法理论出发展开竞争效果的分析,探讨在反垄断法制度框架内对平台自我优待的行为进行规制的可能进路。^⑩反垄断法的确是国内外规制平台自我优待问题的基础法律领域,因为平台自我优待行为中对于经济效益和竞争效果的追求,也可能违反反垄断法的基本原理和制度目标。但是,如同前文所分析的,数字平台自我优待的具体实践,虽然与“差别待遇”“拒绝交易”等传统反垄断法下的经营主体的交易行为有所关联,但是如果简单地适用原有规则,难以体现平台经济运行的规律和特点,尤其是平台在生态系统中承担着多重角色、具有鲜明公共性。^⑪

平台自我优待行为与数字平台作为新型生态系统的运行机理相关,对平台自我优待行为的规制,需要考察数字平台的三重特点,而规制路径有可能需要超越现有的反垄断法路径。(1)数字平台与平台内经营者之间的关系,通常并不构成对等的交易关系,平台内竞争对数字平台产生各个层面的依赖性,特别是由于数字平台在规则制定和执行方面体现的公共性所带来的不对等关系,即平台通过其公共性而获得的优势地位,构成平台自我优待的关系基础。^⑫(2)数字平台生态系统通常呈现跨市场的特征,平台自我优待的常见表现形式,是将自己在一个市场上的优势地位通过自我优待行为延伸到另一个甚至多个下游市场。例如电商平台向平台内经营者指定自己关联的物流企业,或者通过制定规则为自己关联的物流企业提供更优惠的政策扶持,就是通过自我优待将电商领域的优势地位传导到物流市场;搜索引擎通过排序算法将关联企业的搜索结果优先展

示,也是将其在搜索引擎市场的优势地位传导到关联企业的市场,如电商领域。^⑬(3)数字平台对于平台内经营者而言,其优势地位主要体现在,平台内经营者由于进行了专用性资产投资而导致迁移成本过高,经营者并非在绝对意义上缺乏其他选择可能。这就使得反垄断法上的“必需设施”原则在平台经济领域显得适用空间极其狭窄,因为传统的“必需设施”通常要求证明拒绝交易的经营者具有“必需”意义上的不可替代性,典型的如唯一的港口、标准必要专利等。^⑭对于平台内经营者或消费者而言,在数字经济具体领域,平台虽然通常并不会是“独一无二”“不可替代”的选择,但是平台内经营者或消费者如果离开平台就意味着要付出实质性的成本,他们对平台的依赖性主要来自于过高的迁移成本,而非缺乏选择可能;在此背景下,尽管平台恐难达到“必需设施”的适用法律标准,但平台已经可以使平台内的经营者或消费者对其产生实质性的“生态依赖效应”。

数字平台生态系统运作的上述特点,使得执法者在使用传统的反垄断法概念和工具时,较难将其纳入分析框架;特别是在对竞争效果进行分析时,由于执法者缺乏针对数字经济的有效分析模型,就使得事后的规制受到救济不足的批评,在此背景下,“事前规制”的呼吁随之而来。^⑮但是,执法者如果对平台行为的竞争效果不进行具体分析,而直接在事前推定其导致损害竞争,同样可能造成法律误伤、不当增加企业成本。因此,在学界反思和理解传统反垄断法分析进路存在不足的情况下,我们应当拓宽平台自我优待行为的规制思路。这样,一方面我们可以在反垄断法机制中寻求内部制度创新的可能性,另一方面我们可以在对平台自我优待展开类型化考察的基础上,探索独立于反垄断法的理论基础和规制路径。

三、平台自我优待的类型化考察

平台自我优待的表现形式十分多元,会因为平台的业务类型、商业模式、内部生态等呈现不同行为方式。在搜索引擎结果排序、电子商务平台数据利

用、应用市场上架规则、社交平台内容封禁等领域,都存在平台自我优待的现象。对于这些行为和现象的类型化分析,可以有不同角度。根据平台自我优待的效果进行划分,我们可以把平台自我优待分为积极型和消极型的自我优待;根据自我优待针对的对象要素进行划分,我们可以把平台自我优待分为针对流量、数据、知识产权的自我优待;根据自我优待的实施方式,我们可以把平台自我优待分为通过平台规则和未通过平台规则实施的自我优待等类型。

(一)效果类型化:积极型和消极型自我优待

积极型自我优待指的是平台对自身和他人人都提供服务,但是对自身或关联方给出更加优惠的待遇。例如,通用搜索引擎在搜索结果列表中,将自己体系内的内容结果、自己投资的服务链接、有利于自身的信息排在更前面,这种待遇虽不影响为其他页面提供服务,但是平台自身获得了更加优惠的条件。^⑩消极型自我优待指的是在提供服务过程中,平台针对他人采取限制或排除的措施,从而使自身获得竞争优势。例如,在应用市场中,针对他人申请上架的特定功能的应用软件,平台采取额外的限制条件甚至拒绝通过,^⑪而对自身具有竞争功能的应用软件则不作限制;社交软件针对来自其他平台的链接采取限制或者封禁其打开或跳转功能等。^⑫由此,消极型自我优待从程度效果上可以进一步细分为限制型和排除型。排除型自我优待表现为拒绝提供特定服务、传输通道、兼容性服务等,例如通过链接封禁、数据接口封锁等行为阻止其他主体通过其平台获取流量或展开经营活动;^⑬而限制型自我优待是指平台在提供服务和兼容性服务的基础上,干扰或限制他人进行正常经营和行为的能力,例如在平台上传播的链接虽然可以打开,但是需要多重跳转,或者对其安全性进行警示或提醒。^⑭一般来说,消极型自我优待由于具有限制甚至排除其他经营者接入平台或者正常使用平台服务的效果,经济上的排除竞争效果和社会功能上的拒绝准入都会比较强烈,因此相对于积极型自我优待行为,更容易引起反垄断执法者

和产业管制者的关注。

(二)要素类型化:流量、数据和知识产权自我优待

1. 流量自我优待

在平台经济领域,尤其在互联网消费场景下,流量承载着用户的注意力资源,成为各个平台及其平台内经营者竞争的主要资源,具体体现为用户数量、使用时长等;而流量也可以进一步有效地转化为用户行为数据,平台可以对这些数据进行深度加工并进行商业性转化。因此,流量是平台经济的基础生产要素之一,流量引导也成为平台经济竞争的重要形式,流量自我优待也成为平台自我优待行为最重要的模式。在流量自我优待中,平台通过控制信息展示方式、信息传播强度、信息接触机会等方式来强化自身和关联方的流量引导。在信息展示方式上,平台可以在搜索结果展示、排序时优先展示自身的信息,以获取更高的流量;也可以在展示效果上进行区分,如对其他平台仅提供网址链接,或仅提供卡片摘要式展示方式。^⑮在信息传播强度上,平台可以通过积极型方式进行流量引导,对自身给予更高流量权重进行推广,设置在更高曝光度的平台区域;又如在直播带货中,平台有可能给予自营或者关系密切的“头部主播”以极高的“流量加持”;也可以通过消极型方式,通过对其他经营者提供信息的限制性甚至排除性措施,“限流”甚至“屏蔽”其他平台的相关内容。对于平台外部需要跳转才可以访问的内容和服务,平台可以通过提供流量入口创造与用户的接触机会,即所谓的对外“引流”,典型的如外链或微信的“九宫格”设置。如果平台在某个具体场景下,仅对自身或关联方实施上述流量引导行为,或者在优惠待遇上采取差异化措施,则可能构成平台的流量自我优待行为。实际上,流量作为自我优待的一类直接对象要素,同时也很可能是其他自我优待类型意图间接达到的目标之一。通过数据、知识产权方面的自我优待,平台有可能达到为自身或生态体系内的关联方提供更充沛流量或者降低流量成本的目标,从而获得更大的竞争优势。

2. 数据自我优待

数据作为数字经济的基本生产要素,在数字平台的生产过程中承担了基础而重要的功能,也是平台经济的核心竞争力。平台的数据自我优待行为体现在数据收集、数据利用和数据共享等数据处理流程的各个环节中。(1)在数据收集方面,平台有可能以数据安全、个人信息保护义务等作为理由,对于平台自身和平台内经营者的数据收集权限和能力作出不同的限制。例如,苹果公司在推出 iOS 14.5 系统软件之后,调整了隐私设置,要求所有应用程序(App)询问用户是否希望出于广告目的而被跟踪。出于对用户拒绝可能性的担忧,德国、法国等国的广告联盟针对苹果进行了反垄断投诉,认为苹果公司“实际上将所有竞争对手排除在苹果生态系统商业相关数据之外”,而苹果自己的广告服务却不受影响,依旧自行收集大量用户数据。^⑤我国《个人信息保护法》第 58 条规定了大型平台对于平台内经营者个人信息保护制定规则、进行管理以及特定情形下停止提供服务的内容,为平台在数据收集方面的自我优待提供了可能。^⑥(2)在数据利用方面,平台有可能通过收集平台内经营者的数据,在竞争性自营业务中对这些数据和数据分析结果加以利用,例如制定最优价格策略,或者根据数据形成预测性结论并据此制定对自己有利的相应商业策略。例如,亚马逊在电子商务自营业务中涉嫌利用平台内其他经营者的数据,已经引发反垄断关注。^⑦如前文所述,这类自我优待行为与优先展示和排序等自我优待行为一起,被列入了市场监管总局《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》中,作为一类典型的平台自我优待行为予以监管。^⑧(3)在数据共享方面,平台的数据开放和封闭策略也经常成为平台自我优待的重要手段。数据交换和共享主要通过爬取和应用程序界面(API)交换两种形式实现。在数据爬取方面,平台通过设置爬虫协议(robot 协议)、采取技术措施等方式,对搜索引擎等人的数据爬取进行限制,而对自身或者关联方的数据爬取则保持开放。例如,微信对于自

身系统内的公众号等公开信息,设置了相应技术措施,防止通用搜索引擎的爬取,^⑨而微信搜索和腾讯系统内的搜狗搜索则可以搜到这些数据,实际上构成了自我优待。在应用程序界面(API)数据交换方面,也存在平台针对系统内高度开放,对外则选择性限制或者封禁的情形。如美国联邦贸易委员会(FTC)针对脸书(Facebook)的反垄断诉讼中,就涉及脸书(Facebook)针对与自营业务存在竞争的小程序拒绝开放应用程序界面(API)端口的情形。^⑩

3. 知识产权自我优待

知识产权作为与网络信息内容紧密相关的一类要素,也成为平台在其生态系统中进行资源分配和自我优待的重要对象。知识产权自我优待主要体现在知识产权的获取和授权许可两方面。在知识产权的获取上,平台会通过用户协议等方式约定,使平台使用者在平台上的使用行为形成的知识产权,或者直接为平台所享有,或者平台拥有优先或者排他的使用权,从而将平台在其核心业务上的优势地位传导到内容相关的知识产权市场,这在文学、音乐、视频、直播等领域皆有体现。知识产权自我优待更为常见的表现方式,是平台在对于自己持有或者拥有独占许可的知识产权的授权许可实践中,采取更加优待自己的方式,例如将音乐、视频、网络游戏等的著作权仅许可给自身或者关联的经营者,而拒绝向其他经营者进行许可,并配合相应的维权诉讼行为,从而获取在下游相关产业的竞争优势。这些现象在数字音乐、游戏直播、长短视频的著作权争议中都有集中体现。^⑪与前述流量和数据作为要素的自我优待行为不同的是,知识产权构成独立的法定权利,在授权许可方面的选择权利是法律赋予权利人的权利内容,因此,在分析知识产权作为要素的平台自我优待行为时,需要更加重视将知识产权作为法定权利进行行使的正当性基础;一般应当仅在存在滥用知识产权并存在反垄断法上能够证明的反竞争效果时,才考虑对此类自我优待的行为进行否定性评价,而不宜轻易进入事前规制的一般性评价。

(三)实施方式类型化:通过平台规则和未通过平台规则实施的自我优待

平台在实施自我优待行为的时候,会通过各种显性或者隐性的手段来实现其目标,例如通过算法获得信息展示和排序的优先顺序,通过数据的处理和分析行为来获取竞争优势等。而较为具有基础意义的对平台自我优待的类型化考察方式,就是根据平台是否利用了规则,将其行为进行分类。

1. 通过平台规则实施的自我优待

平台对规则的制定和执行,是由平台经济中平台主体的特殊定位决定的,体现了平台公共性的重要特征。平台关涉规则的行为可以分为规则制定、规则执行、争议解决三类,类似于国家的“立法”“行政执法”“司法”三类权力行使行为。平台的规则制定通常是指平台通过制定平台公约、用户协议、入驻协议等平台规范性文件,来确定平台以及平台各类主体的权利义务、行为准则、责任承担和奖惩措施。基于平台规则的执行行为,是平台从事具体管理行为的主要形式。平台的规则制定行为和执行行为,亦可以类比为行政法上的“抽象行政行为”和“具体行政行为”。在规则执行过程中,平台一方面需要做到“有规则可依”,另一方面也需要对规则进行解释,以更加合理地在具体场景中行使“自由裁量权”。平台的争议解决行为,类似于司法机关的“裁决”行为,为两个或者多个主体在使用平台过程中产生的纠纷提供解决方案。这些争议可以进一步分为两类:第一类是争议各方主体皆为平台内的主体,从而都受到平台规则的约束;第二类是争议各方主体中至少有一方为平台外的主体,通常是平台内主体使用平台的行为构成了对平台外主体的侵权行为,典型如知识产权侵权行为。

在规则制定、规则执行和争议解决中,平台都可能出现自我优待的情形。由于规则制定结果具有较高的透明度,平台通常会将规则进行公开,因此在规则制定时公然披露自我优待的规则并不多见。^②平台自我优待行为更多的表现形式是平台就某些事项充分保留自身的控制权和决定权,但过于宽泛的权

力保留有可能被认定为无效的格式条款。^③在规则执行过程中,由于通常缺乏透明度,平台拥有较大的裁量权和决定权,在根据规则进行“奖励”或者“处罚”的过程中,平台就有可能出现自我优待的情形。例如,电商平台对于自营或者关联方的业务违规行为(如知识产权侵权)给予较低的处罚力度,社交媒体平台对于竞争对手的内容和信息进行屏蔽或者流量降权处理等。在这些情形下,除了构成自我优待行为之外,平台在规则执行中的不规范行为还有可能构成对于自身承诺和公开规则的违背,违反诚实信用原则。

平台规则自我优待的重要途径,就是算法途径,因此,规则自我优待通常以算法自动化方式呈现。由于“算法黑箱”等技术弊端的存在,平台的规则自我优待在规则执行层面,通常很难通过直观方式来观测,因此实践中,很有可能出现平台公示的规则和实际执行规则内容大相径庭的情况。在这个意义上,算法治理中的“算法透明度”机制就成为规制平台规则自我优待的一个重要路径。算法备案、算法评估、算法问责等一系列治理机制的建立,有可能把解决平台不当自我优待的问题整合到算法治理的整体架构之中。^④

2. 未通过平台规则实施的自我优待

未通过平台规则实施的自我优待,可以根据平台实施行为的范围和频次分为两种情形。第一种未通过平台规则实施的自我优待行为是形成常态实施机制的行为,虽然没有以平台规则形式显性呈现,但是平台长期、批量实施该行为,构成未向其他主体告知的单方行为,例如,电商平台在未告知商户的情况下长期收集其数据并用于竞争策略的分析,即属此类。这类行为有可能构成对于服务协议以及诚信原则的违反,也可能被认定构成数据不当侵占或者滥用行为。欧盟《数字市场法》第5条就将此类行为规定为数字核心平台的不正当行为。第二种未通过平台规则实施的自我优待行为有可能是个别、偶发的行为,针对特定事件、场景和对象实施的行为,例如针对特定舆论环境下不利于自身的相关信息的限制

表 1

平台自我优待行为表现形式的类型化组合

分类标准		积极型	消极型
通过平台规则实施的自我优待	规则制定	区别适用隐私政策(数据要素)	链接屏蔽(流量要素) 数据端口封禁(数据+流量要素) 应用市场下架软件(数据+流量要素)
	规则执行	搜索结果排序(流量要素)	小程序拒绝接入(数据+流量要素)
未通过平台规则实施的自我优待		利用经营者非公开数据(数据要素) 著作权授权(知识产权要素)	拒绝数据爬取(数据要素)

传播行为,针对特定商户特定行为的限制流量措施等,都属于此类。此类行为不具有普遍性,行为带来的影响范围和规模较为有限,在分析其后果和法律评价时,有必要采用与其他类型有所不同的思路和视角。

四、规制平台自我优待的理论基础

自我优待行为作为市场竞争的常见手段,虽然有时候会带来一些负面效果,但并非所有的自我优待行为都需要给予法律上的负面评价并予以规制。因为并非平台实施的所有自我优待行为,都会产生负面效果进而引发法律关注。决策者在讨论对于平台自我优待的规制制度时,如果抽象而泛泛地规定“平台不得实施自我优待”,这样的规定既不具有明确的行为指导意义,也不具有规范和规制的合理性。欲更加合理地规制平台的自我优待行为,就需要厘清规制平台自我优待的理论基础,探讨法律干预和规制平台自我优待行为的必要性和合理性边界。首先,从反垄断法制度和理论出发,将平台自我优待放到数字生态系统的视野下来考察,探寻数字平台不同于传统反垄断法理论预设的运作机理,为反垄断法的规则创新提供基础;其次,从数字经济法律秩序体系化建构的整体角度来看,平台如果对外实质上承担了数字基础设施的社会功能,则它同时应当承担相应的中立和开放义务,不得从事与数字基础设施服务相关的自我优待行为;最后,从平台拥有管理内部主体和事务的权力属性看,数字平台应当基于其管理职能,遵循程序公正及诚信原则来开展其通过平台规则实施的自我优待行为。

(一)运作机理维度:作为数字生态系统的平台

数字经济发展至今,大型平台已经不限于单一功能或市场,平台内部已经发展出存在多个复杂互动的市场体系,形成数字平台生态系统。构成数字平台生态系统的是众多商品和多个市场的集合,这些市场彼此存在关联和交叉,且具有较强互补性;平台生态系统也会将多层次的互补性有效地进行内部化,进而完善中心化的资源调配体系。^⑤

平台自我优待行为在数字生态系统的形成、扩张、维持以及竞争策略等各个环节,都能够发挥重要作用,并且成为数字平台滥用基于生态系统支配地位的主要手段之一。首先,数字生态系统在形成和扩张的过程中,通常倾向于利用流量和资本等优势进行快速的跨市场拓展,形成尽量多层次的市场交叉互补格局。在这一过程中,自我优待成为平台将竞争优势进行跨市场引导的重要工具。例如,具有流量和数据优势的社交媒体平台,意图将商业业务扩张至社交电商市场,此时,它可能会通过数据交换、流量引导、算法推荐等多种手段,让自身投资的电商平台的相关内容在有平台上大量获取用户注意力,从而实现相对于竞争对手的资源优势,快速实现跨市场的商业模式拓展。其次,平台自我优待可能成为系统实现中心化资源调配的手段,将优势资源分配给自身或关联企业。数字生态系统内部包含多个市场,亦有可能通过小程序等服务兼容各种形式的经营者,平台内的流量、数据等资源需要在众多主体间进行协调分配,在此过程中,平台为强化自身竞争优势,有可能通过自我优待对资源进行倾向性

分配。最后,平台自我优待可以成为平台生态系统对外封闭和维持其地位的重要手段。平台生态系统发展到一定阶段,常常会倾向于针对其他生态系统采用封闭的战略。例如,平台通过针对直接竞争对手的平台采取限制或者封禁措施,限制或者禁止其外链打开、链接分享、数据交换、小程序接入等功能,防止流量外引,将用户及其注意力和数据锁定在生态系统内部。数字生态系统视野下的平台有可能在获取市场支配地位之后,运用多种手段滥用其支配地位,进而形成垄断,而自我优待可能成为平台滥用市场支配地位的一种行为表现形式。由于传统的反垄断法理论、原则、规则和概念尚未能及时按照数字生态系统的特征进行精准更新,因此当市场上出现数字生态系统实施的自我优待行为时,传统的反垄断法理论、原则、规则和概念必然难以完全适用于这些行为。为了更加合理地规制数字生态系统实施的自我优待行为,我们就需要研究数字生态系统的内在运作机理,推动反垄断法制度和相关规制制度的突破和创新。

(二)社会功能维度:作为数字基础设施的平台

大型数字平台可以为数字经济发展和国家社会治理提供基础服务。构成数字基础设施的平台,承担了公共性和基础性的社会功能,因而应当保持开放性和中立性。^⑤就平台作为数字基础设施这一属性而言,欲对其实现合理规制,我们可以采取独立于反垄断法关于竞争损害的分析逻辑,探寻平台承担实质性中立和开放义务的理论依据。也就是说,如果平台提供的服务被认定为具有数字基础设施属性,那么此类平台就不得针对构成数字基础设施的服务来实施自我优待行为。从功能维度看,有可能是平台整体构成数字基础设施,也可能是平台中的部分业务功能构成数字基础设施。构成数字基础设施的平台及其服务,在数字经济生产和社会治理中成为满足社会公众基本需求的社会基本“数字设施”。这些数字基础设施因公众使用需求的广泛性和基础性,就具有了非常强的公共属性,对公众的利益影响巨大,因此应保持中立和开放,以保证社会公

众获取基础设施的公平性、非歧视性,并促进社会福利的最大化。^⑥构成数字基础设施的平台或其服务应当保证基础设施的开放性,确保作为基础设施要素的流动性,鉴此,平台对于自我优待行为原则上应当予以禁止,防止因自我优待行为在经济效率、社会治理效果等方面造成过高的负外部性。例如,在蚁坊诉新浪微博数据垄断案中,原告主张,微博作为重要社交媒体平台,为舆情监控等社会治理职能提供基础性的数据,如果允许微博实施自我优待,仅向自身投资的舆情数据处理公司提供数据,则不仅构成经济上的垄断行为,亦有可能影响舆情相关的社会治理效能。再如,在涉及公共数据独家授权运营的领域,对于身份认证、金融支付等服务,^⑦如果数据的独家使用导致数据构成了不具有可替代性或者可替代性很弱的基础设施,则监管者同样不应给予该数据平台自我优待的空间。

在现有法律体系内,存在一系列与数字基础设施相关的概念,如《网络安全法》确立的关键信息基础设施概念、反垄断法中的必需设施概念,以及管制理论中的公共承运人、公共事业等概念。^⑧我们可以分别从风险防范、商业交易上的不可替代性以及提供服务的公用品属性等方面对上述概念进行界定并针对相关行为相应地为其设定合理的法律义务,从而可以更加精准地规制平台的自我优待行为。

(三)权力属性维度:作为公共管理者的平台

数字平台除了具有经济功能之外,还根据法律规定或者自身发展治理的需要,对于其他市场主体的行为和资格进行审核、把关、引导、管理,体现了很强的公共性和管理性。平台的这种公共性、管理性主要表现为平台针对平台各主体行为的管理权力,在平台内规则制定、规则执行、纠纷解决方面的主导地位。^⑨在这个意义上,无论规模大小,只要是针对平台内各主体行为的约束、秩序维护等管理功能的平台,都具备这一公共管理的权力属性,从而产生不同层次上的不得自我优待的义务。^⑩平台的自我优待行为特别是规则执行中的自我优待行为,由于违反了基础的中立和公平原则,违反了数字守门人的

权力行使原则,应受到相应规则的约束。平台在行使规则制定、执行等管理权力时,主要涉及平台与平台内经营者之间的关系。平台自身的某些业务与平台内经营者构成竞争关系,在自我优待的场景下,平台就会同时具备“裁判员”和“运动员”的双重身份,有可能违反平台自身的公开承诺,实施违反诚实信用原则的行为;在平台未能明确承诺规则公平公正的情形下,平台也可能因为直接违反诚信原则从而构成不正当行为。因而,要求平台在规则执行中保持充分的透明度、行为符合程序要求,对于执行规则的理由进行充分的说明,就成为平台内其他经营主体获得权利救济的必要途径。平台的自我优待还可能体现在通过规则制定实现类似于搭售或者指定交易对象的目的,例如亚马逊通过商户忠诚计划促使商户倾向于选择亚马逊自营的物流,从而实现排除外部物流竞争者的目标。^②平台的这类自我优待行为尽管也涉及平台权力的行使,但是由于同时涉及外部竞争者,因而对其的规制应当更多遵循反垄断法的竞争分析思路。

五、平台自我优待的规制框架

规制数字平台的自我优待行为,要区分两种情形:合法合理的自我优待;需要规制的不合理不合法的自我优待。从商业竞争的整体角度来看,自我优待行为原本是经营者的正常商业选择,除非其违反了反垄断法导致了排除妨碍竞争的效果,或者存在其他具有违法性从而需要国家进行干预的情形。对于数字平台自我优待行为的规制,既要立足于反垄断法的制度目标与价值原则,又不能把目光局限于反垄断法的现有概念和框架;一方面应当推动反垄断法规制工具的创新,另一方面也应当结合数字平台作为生态系统的规律和特点、平台自我规制行为的类型化以及数字平台作为数字基础设施和公共管理者的特殊法律地位,探索超越反垄断法的多元规制路径的体系化安排。规制平台自我优待可以从行为和效果两个维度展开:一类是行为规制模式,即不对行为的竞争效果进行个案分析而推定特定行为具有违法性,这属于事前或事中干预;一类是效果规制

模式,效果规制模式类似于反垄断法中适用合理规则的情形,属于事后救济。从数字平台自我优待行为的特征、类型化和理论逻辑出发,我们可以将对数字平台自我优待的法律规制措施分为三个层次:第一个层次是在反垄断法规则框架下,沿用我国反垄断法滥用市场支配地位制度中的事后、个案审查模式对平台的自我优待行为进行规制,但在法律规则具体的概念和规则实施中需要根据数字平台的特点进行符合平台特点的解释和适用;第二个层次是,对于构成数字基础设施的平台,可以基于分级分类的规制框架,区分行为规制和效果规制的不同场景,借鉴欧盟《数字市场法》的规定,明确列出应予规制的行为清单,保留行为规制之外场景适用效果规制的措施,并确定行为规制和效果规制之间的转换机制;第三个层次是,从平台规则应保证透明度和程序公正的角度,依据《反不正当竞争法》或算法治理规则等其他治理机制,对于通过平台规则实施的自我优待行为展开事前和事中的行为规制。

(一)效果规制的路径:反垄断法规则的内部完善

为了更好地对数字平台自我优待的行为进行规制,首先应当对反垄断法规则进行发展和完善。由于平台自我优待通常涉及两个或者多个市场之间的市场力量传导,因此有必要基于多边市场效应和数字平台生态系统的特征,在反垄断法中明确平台自我优待行为的具体适用规则;如在反垄断法滥用市场支配地位中,将平台自我优待单独增列为一类行为,并且考量平台自我优待的实践表现和类型,在实施性文件或指南中对平台自我优待的具体行为特征作出列举式规定,将目前征求意见稿的文件中列举的两种情形予以充实,^③以便更好更及时地回应我国当下规制平台自我优待的市场迫切需求,准确反映平台经济动态变化的态势。

对于反垄断法框架下的平台自我优待行为的规制,还应当遵循目前反垄断法滥用市场支配地位部分的个案、事后、进行效果评估的规制方式,通过界定相关市场、判断数字平台是否具备市场支配地位、是否存在滥用市场支配地位、是否排除限制竞争、是

否存在正当理由这样的逻辑框架来展开。^④有观点认为,应当借鉴境外立法实践经验,在我国反垄断法框架下引入事前监管的机制。^⑤但这一主张在当前情形下有待商榷。一方面,引入滥用市场支配地位领域的事前规制模式,势必需要对我国反垄断法的基础理论和框架进行深度结构性的改造和重塑,而目前我国在相关理论和实践经验层面尚未做好充分积累。另一方面,欧盟《数字市场法》秉持的是一种独立于反垄断立法执法机制的规制思路,该法案的实施并不影响欧盟和各国国家层面反垄断法的执行。^⑥因此,对平台自我优待行为的事前规制,可以采取独立于反垄断法的制度设计方式,并无必要执着于将其纳入反垄断法框架。

在涉及平台自我优待行为的相关市场界定中,应当充分考量数字平台生态系统,而不应一味沿袭过往司法实践中的“孤立主义”思路,即倾向于将平台中某一个商品市场单独抽离出来进行相关市场界定和其他竞争效果分析。^⑦特别是,在界定相关市场进而分析特定平台主体的市场支配地位时,应将涉及的一个或多个商品,放到平台生态系统的背景下,考虑该商品与平台内其他商品市场之间是否存在互补性关联,以整体的视角分析需求替代和供给替代,充分考虑平台生态系统之间的差异对于用户需求的影响。此外,注重数字平台生态系统的分析视角也有助于在竞争分析中更加充分地理解相关市场的各种特征,如在进行竞争损害分析时,应当尤其关注竞争行为对数字生态系统层面带来的各种影响。^⑧

对不同类型的平台自我优待行为的规制,应采用不同的分析思路 and 标准。例如,在数据、流量、知识产权等不同对象要素中,由于知识产权属于法定权利,其权利行使存在独立规则和制度,且在不同市场上的传导流动性弱于数据和流量的传导流动性,因此对知识产权类型的平台自我优待,我们可以更多遵循传统的相关市场界定和竞争损害分析方式进行界定。而对于数据和流量类型的平台自我优待行为的界定,则需要更多地考虑其在生态系统整体中不同市场内的动态传导效果。另外,对于消极型自

我优待特别是排除型行为,执法者可以初步推定其竞争损害高于积极型自我优待,并且当排除型行为与拒绝交易存在重合分析场景时,应当改造并突破必需设施原则,充分考虑数字平台生态系统可能给平台内其他经营者带来的生态依赖效应,进行竞争损害效果分析。

(二)行为和效果规制的双层适用:基于分级分类的数字基础设施平台义务

反垄断法事后、个案式的规制模式,在规制数字平台自我优待行为时存在不足,因此,对于构成数字基础设施平台的规制,需要基于分级分类的框架,确立单独的规制机制。具体来讲,可以通过行为规制和效果规制的双层结构,来建立事前、事中、事后规制互相配合和动态转化的机制。

首先,需要根据分级分类的思路,构建数字基础设施的认定标准和机制。确定数字基础设施,可以从形式和实质两个方面因素进行考量。形式上,可以参照国内外相关规范制定经验,考虑用户人数、业务种类、经济规模等因素判断;^⑨实质上,应当采取功能性思路,考察平台在特定业务领域的控制能力、动员能力、限制能力及其不当行为可能带来的风险,特别是相关公众和用户对于特定平台服务的依赖程度、转移成本和可替代性程度等。^⑩准确确定数字基础设施需要建立相应的具体操作标准和机制,这一任务需要未来通过专门的立法来完成。一方面,数字基础设施的评估应有一套动态指标体系,随着市场情况变化动态调整,同时随着商业和技术模式的迭代不断纳入新的评估变量。另一方面,不宜不分领域统一认定数字基础设施,而应当分领域、分行业进行评估,并充分考虑产业政策的引导因素。例如,知网数据库如果放在整个数字平台经济中来看,其用户和收入总量上并不突出,但是在学术期刊数据库领域单独对其进行评估,知网数据库就有可能构成数字基础设施。同时,领域和行业的划分,需要充分借鉴反垄断法上的相关市场界定等立法执法实践经验进行通盘考虑和权衡。

其次,在合理界定行为主体为数字基础设施的

基础上,可以分场景适用行为规制、效果规制和法律规则。对行为规制模式下的平台自我优待行为,可以结合平台自我优待行为的具体表现、特点、风险的类型,界定其中存在较高规制必要性的行为。可以借鉴欧盟《数字市场法》对行为规制模式下的平台自我优待行为进行明确列举,^⑤列举中应特别突出那些具有较为明显排除效果、明显不具有正当理由、可能影响较为广泛公众利益和基础价值的平台自我优待行为。如,排除和限制相关主体行为的消极型自我优待行为;通过关闭端口、封禁链接、屏蔽数据等方式拒绝提供平台接入、信息通道或者兼容性的行为;利用优势地位进行挟持、操控言论或信息操控等行为。对于上述行为进行场景规制时,应当为被规制的平台保留适当的抗辩理由,避免因规制的事前判断失误造成规制的实质不合理结果,尽量保证规制的正当性。对明确列举行为清单之外的其他可疑的平台自我优待行为,可以考虑适用效果规制模式。这些可疑的平台自我优待行为欲适用效果规制模式应当具备两个条件:一方面该可疑的平台自我优待行为需要符合特定的自我优待行为类型,例如知识产权行使中的自我优待行为;另一方面该效果规制模式与反垄断法的事后规制规则调整的模式特点较为接近。对这些可疑的平台自我优待行为欲适用效果规制模式,还需要考虑特定的平台优待行为对于公众和用户利益的影响效果,包括竞争效果和其他效果。此外,还应当考虑行为人是否存在合理理由抗辩,整体上采用相对谦抑的“事后”规制模式。建立行为规制模式和效果规制模式的互相转化机制,对实践中特定平台优待的行为规制类型和规制效果进行总结,并进行边际上的适当调整,确保规制标准和规制类型相对稳定的同时,具有一定的开放性。

最后,建立数字基础设施的确定和反垄断法上市场支配地位确定的并行机制。即,平台自我优待行为如果符合反垄断法适用条件,则应当严格适用反垄断法。反垄断法重视事后竞争效果的考量,反过来可以证实或者证伪数字基础设施认定的标准和结果。

(三)事前、事中和程序规制:平台规则的透明度机制

对于不构成数字基础设施,同时也不适用反垄断法规定的平台,如果其实施自我优待,则可以针对平台公共性的特点,在程序上强化对于平台规则的透明度规制。平台规则的自我优待可被认为是数字平台进行自我优待的核心机制,平台对于规则制定、执行和争议解决的控制权力,也是平台作为数字生态系统和构成数字基础设施的重要基础。可以借鉴宪法行政法对于政府公权力的约束机制,坚持正当程序和透明公开原则,建立平台规则自我优待的透明度规制机制。平台规则的透明度机制建设可以分为四个层次。第一个层次是规则制定层面。平台规则的制定应遵守公平公正公开的原则,对此,我国《电子商务法》和《个人信息保护法》都已经相关规定,这些规定未来可以被纳入平台经济领域的特定规则制定。第二个层次是规则执行。平台规则的执行需要建立相应的透明度规则,规则执行可能是人工执行和算法执行的结合,因此可以把规则执行监督和算法治理结合起来,与算法透明度规则进行衔接。第三个层次是争议解决的过程应当遵循正当程序原则,要求平台给予被其处置或处罚的平台内经营者等相对方充分的程序保障和救济、复议机制,明确相对方有权要求平台披露处置和处罚的决定及其理由。第四个层次是平台规则透明度的常态化评估和问责机制,通过自评估和第三方评估对于平台规则进行常态监管。在因存在平台自我优待可能性而被问责或处罚的情况下,平台应当承担自证清白的举证责任,或提出合理的抗辩理由。平台规则透明度机制的运行,一方面是可以基于不同法律规定相互衔接而成的规则体系,例如上文所述《电子商务法》《个人信息保护法》以及算法治理的相关规定;另一方面,由于平台规则的透明度规制的制定执行和争议解决,都需要遵循诚实信用、公平公正公开的一般原则,因此,也可以通过《反不正当竞争法》第2条或者第12条第2款第4项,对于其他具体法律规定无法涵盖的违反平台规则透明度的行为,

进行兜底化适用。

六、结论

数字平台自我优待在国内制度实践中广受采纳和关注,但是对其理论建构和规制路径尚需深入研究和论证,其规制边界亦有待厘清。数字平台具有的跨市场的平台生态系统特征、数字基础设施功能、作为规则制定者和执行者的公共管理属性,构成了规制数字平台自我优待的理论基础。平台自我优待行为的概念和规制路径,首先在反垄断法领域被提出,但仅限于反垄断法的理论和分析框架,难以应对平台自我优待为代表的数字平台生态系统带来的治理挑战。因此,一方面应在反垄断法内部进行概念、工具和理论框架的创新;另一方面,规制的视野应当超越反垄断法,更加全面、深入、系统地理解平台经济的规律和特点,探索平台自我优待行为规制的理论基础。可以从数字基础设施治理制度的构建、平台作为公共管理者责任的完善、平台责任体系的建构、平台规则透明度规制机制的建构、数据和算法等具体行业领域规则的衔接等多元规制路径出发,建构平台分级分类、事前事中事后分别适用的规制框架,以数字基础设施的制度建设为基础,整合竞争秩序、社会福利和国家治理、社会公正、言论传播等多元价值判断,建构体系化的数字经济平台治理制度框架,实现数字化时代治理能力和治理体系现代化的目标。

注释:

①以美国和欧盟为代表的立法和执法机构在平台自我优待领域作出了不同程度的调查和总结,典型的如美国众议院司法委员会于2020年10月6日发布的《数字市场竞争状况调查报告》(Investigation of Competition in Digital Markets),对于各类数字平台存在的自我优待行为进行了详细描述和总结。Investigation of Competition in Digital Markets, (30 September, 2022), https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf. 对其介绍可参见陈永伟:《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,第5-19页。

② Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, European Commission, (10 November 2020), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_20_2077/IP_20_2077_EN.pdf.

③ Section 5 and Section 6 of Digital Market Act.

④ 杨东、徐新予:《资本无序扩张的深层逻辑与规制路径》,《教学与研究》2022年第5期,第65-67页。

⑤ 李梅、毕春丽:《从现有竞争法实践看互联网平台互联互通的边界》,《信息通信技术与政策》2022年第6期,第46-53页;方兴东:《“互联互通”解析与治理——从历史维度与全球视野透视中国互联网深层次问题与对策》,《湖南师范大学社会科学学报》2021年第5期,第1-13页。

⑥《市场监管总局关于公开征求〈禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)〉意见的通知》,载国家市场监督管理总局网站, https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202206/t20220627_348155.html, 2022年7月30日访问。

⑦例如,国家市场监督管理总局于2021年10月29日公布的《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第2条规定:“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。”国家互联网信息办公室于2021年8月27日公布的《互联网信息服务算法推荐管理规定(征求意见稿)》第13条也规定:“不得利用算法……实施自我优待、不正当竞争、影响网络舆论或者规避监管”。在正式发布稿中这一表述被删去。

⑧ Christian Ahlborn, Will Leslie & Eoin O'Reilly, Self-Preferencing: Between a Rock and a Hard Place, 3 Antitrust Chronicle 7, 7-13(2020).

⑨ 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,第138-143页。

⑩ 侯利阳:《互联网平台反垄断的局限与突破:由“腾讯封禁抖音音”引发的思考》,《商业经济与管理》2021年第4期,第88-96页。

⑪ Bo Vesterdorf, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal—Two Sides of the Same Coin, 1 Competition Law & Policy Debate 4, 4(2015).

⑫ 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,第179-190页。

⑬如孟雁北、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,第70-82页;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,第163-178页,等。

⑭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,第149-170页。

⑮刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期,第42-56页。

⑯ Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, European Commission, (10 November 2020), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_20_2077/IP_20_2077_EN.pdf.

⑰张素伦:《竞争法必需设施原理在互联网行业的适用》,《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第49-56页。

⑱时建中、郭江兰:《论平台经济领域前置式反垄断监管》,《探索与争鸣》2021年第9期,第44-53页。

⑲ EU Commission case at 39740.

⑳黄婉仪:《欧盟为何反垄断剑指苹果应用商店?指控关键点有哪些?》,载百家号, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1698635344572702980&wfr=spider&for=pc>, 2022年5月10日访问。

㉑叶明、贾海玲:《双重身份下互联网平台自我监管的困境及对策——从互联网平台封禁事件切入》,《电子政务》2021年第5期,第12-20页。

㉒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,第163-178页。

㉓刘晓春:《互联互通的三个层次——互联网行业健康发展的路径选择》,《中国市场监管报》2021年12月21日,第3版。

㉔刘晓春:《互联互通的三个层次——互联网行业健康发展的路径选择》,《中国市场监管报》2021年12月21日,第3版。

㉕“苹果 IDFA 隐私新政备受诟病,苹果接连遭遇反垄断处罚和指控”, <http://www.myzaker.com/article/608bc3d21bc8e0f359000272/>, 2021年12月20日最后访问。

㉖刘晓春:《防止个人信息“守门人”制度被滥用》,《财经》2021年第17期,第134-135页。

㉗ Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal 710, 710 (2017).

㉘《市场监管总局关于公开征求〈禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)〉意见的通知》,国家市场监督管理总局网站, https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202206/t20220627_348155.html, 2022年7月30日访问。

㉙杭州铁路运输法院民事判决书(2021)浙8601民初309号。

㉚参见 FTC 诉 Facebook 起诉状。具体分析参见刘晓春:《FTC 诉 Facebook: 如何判定平台封禁行为违法》,《经济观察报》2021年9月13日,第21版。

㉛王琳:《网络游戏直播的著作权合理使用与反垄断规制研究》,《出版发行研究》2020年第9期,第60-62页。

㉜脸书(Facebook)曾经明确将竞争性数据封禁写入平台规则,后来主动废除,参见刘晓春:《FTC 诉 Facebook: 如何判定平台封禁行为违法》,《经济观察报》2021年9月13日,第21版。

㉝北京互联网法院民事判决书, (2020)京0491民初3106号。

㉞张凌寒:《权力之治:人工智能时代的算法规制》,上海人民出版社2021年版,第199-213页。

㉟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,第138-143页。

㊱胡凌:《互联网的开放与封闭及其法律回应》,《交大法学》2022年第2期,第15-16页。

㊲胡凌:《探寻网络法的政治经济起源》,上海财经大学出版社2016年版,第197-200页。

㊳王伟玲:《政府数据授权运营:实践动态、价值网络与推进路径》,《电子政务》2022年第10期,第20-32页。

㊴高薇:《平台监管公用事业理论的话语展开》,《比较法研究》2022年第4期,第174-176页;高薇:《平台监管的新公用事业理论》,《法学研究》2021年第3期,第84-100页;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,第149-170页。

㊵邱遥堃:《论网络平台规则》,《思想战线》2020年第3期,第148-150页。

㊶刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期,第42-56页。

⑫ Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, European Commission, (10 November 2020), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_20_2077/IP_20_2077_EN.pdf.

⑬《市场监管总局关于公开征求〈禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)〉意见的通知》,载国家市场监督管理总局网站, https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202206/t20220627_348155.html, 2022年7月30日访问。

⑭张江莉:《反垄断法在互联网领域的实施》,中国法制出版社2020年版,第93-102页。

⑮杨东、周鑫:《设立“看门人”制度 规制数字流量垄断 欧盟〈数字市场法(草案)〉对我国反垄断法修订的启示》,《中国市场监管研究》2021年第2期,第22-25页。

⑯欧盟《数字市场法》序言第(10)段。

⑰王晓晔:《反垄断法的相关市场界定及其技术方法》,法

律出版社2019年版,第491-498页。

⑱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,第141-143页。

⑲例如,国家市场监督管理总局发布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》中第3.3条规定:超级平台指同时具备超大用户规模、超广业务种类、超高经济体量和超强限制能力的平台。其中,超大用户规模,即平台上年度在中国的年活跃用户不低于5亿;超广业务种类,即平台核心业务至少涉及两类平台业务,该业务涉及网络销售、生活服务、社交娱乐、信息资讯、金融服务、计算应用等六大方面;超高经济体量,即平台上年末市值(估值)不低于10000亿人民币;超强限制能力,即平台具有超强的限制商户接触消费者(用户)的能力。此外,可以参考欧盟《数字市场法》第3条关于数字守门人构成要件的数量标准维度。

⑳胡凌:《功能视角下个人信息的公共性及其实现》,《法制与社会发展》2021年第5期,第180-185页。

㉑Section 5 and Section 6 of Digital Market Act.

The Legal Regulation of Self-Preferential Treatment of Digital Platform

Liu Xiaochun

Abstract: Platform self-preference has become an important issue concerned by domestic and foreign legislation and law enforcement practices, but its regulatory boundaries need to be clarified. Platform self-preference can be divided into positive and negative according to the effect, self-preference for traffic, data and intellectual property according to the object elements, and can be divided into activities implemented through platform rules and not implemented through platform rules according to the implementation mode. Different types of self-preference have different regulatory needs and need to adopt different regulatory paths. The theoretical basis of regulating platform's self-preference includes the digital ecosystem from the operation mechanism dimension, the digital infrastructure from the social function dimension, and the public management function from the power attribute dimension. The platform self-preference regulation relies on the anti-monopoly law framework. On the one hand, theoretical innovation should be carried out within the anti-monopoly law; on the other hand, the idea of surpassing the anti-monopoly law framework should be adopted, combining the type and theoretical basis of platform self-preference, to define the regulatory object based on the constituent elements of digital infrastructure, and the dual regulatory idea of integrating behavior and effect, strengthen the transparency regulation of platform rules, and construct a systematic regulation structure.

Key words: platform self-preference; platform publicness; digital infrastructure; digital ecosystem