



数字平台自我优待乱象之治理

——独立滥用行为的新视角

王煜婷

【内容摘要】 数字平台因具有平台经营者和平台内市场参与者的双重身份，在实际运营中可能会给予自营的产品或服务相比于其平台内或依赖其平台的经营者更加优惠的待遇，从而对竞争效果产生损害，减损消费者福利。对于平台自我优待行为的反垄断法规制，目前学界和实务界在规制模式、分析路径等方面并未达成一致。基于平台自我优待行为的内在成因和外在表现，数字平台的自我优待行为更应被视为一种独立的滥用行为来规制。考虑到自我优待行为通常具有一定的经济效果，在对其进行反垄断法分析时，应从行为规制的角度出发，结合个案情况，对平台自我优待行为本身进行综合评估和考量。

【关键词】 数字平台 自我优待 双重角色 独立滥用行为

【作者】 王煜婷，中国政法大学数据法治研究院讲师。（北京 100088）

【基金项目】 中国政法大学青年拔尖人才培养支持计划

随着数字经济向纵深发展，大型数字平台的业务拓展以生态构建为导向，超越原本核心平台业务而向下游或相邻市场延伸，搭建起“超数字生态王国”。数字时代的平台竞争，最大的特殊性在于平台的双重角色——既是管理者（平台作为中介提供平台服务，维持平台上经营者之间的竞争），又是经营者（平台自身直接参与市场竞争）。尽管数字平台和平台内经营者为了各自的运营需要相互依赖，但与平台内的经营者相比，平台自身通常具有更优越的议价能力和地位。特别是，数字经济中网络效应的作用以及对数据访问和使用的优先权，使得大型数字平台具有很强的竞争优势。在双重角色的机制下，大型数字平台有能力且有动机利用自己在平台市场的力量对自营产品和服务，或者来自同一生态系统的产品或服务给予优惠待遇。这类自我优待行为可能会造成平台和平台内经营者之间的利益不平衡，出现不公平的市场行为，从而引发竞争损害。



近年来,以欧盟和美国为代表,主要国家的反垄断执法机构已经对大型数字平台的自我优待行为展开反垄断执法并在立法上进行改革和优化。但是,由于自我优待行为在实践中具有一定的合理性且能够产生经济效益,是企业纵向整合后的惯常做法,再加上分析和评估此类行为是否具有反垄断法意义上的违法属性时,相关法律标准和损害理论不是十分明确,因此各国反垄断执法机构对此类行为的规制方法莫衷一是。相比之下,虽然我国反垄断执法机构在过去几年重点强化了平台经济领域的反垄断执法,但是并未对平台自我优待行为给予过多关注。我国学界已经对自我优待行为的内涵、类型、规制方法和分析框架等问题开展了研究分析,但自我优待行为的范围界定仍不清晰。^①有学者认为平台自我优待行为可能涉及拒绝交易、搭售以及差别待遇。^②而对于自我优待行为的规制,也存在适用反垄断法规制和反垄断分析与行业监管结合的不同认识。^③随着大型数字平台生态系统的扩张以及自我优待行为影响的逐步显现,如何认识大型数字平台自我优待行为的本质,采取何种模式对其进行规制,以及如何平衡此类自我优待行为可能造成的反竞争效果与纵向整合产生的效率,也成为我国反垄断执法机构在数字经济时代亟须解决的问题。因此,本文从平台自我优待行为的内因与外象出发,认为自我优待行为具有经济效率的同时也存在竞争隐患,应当准确识别平台自我优待行为的特殊性并对其作限缩解释,以新的视角将其视为一种独立的滥用行为来规制。在此基础上,本文从规制模式的现实争议以及反垄断分析路径的选择,来论证自我优待行为作为独立的滥用行为受到反垄断法规制的必要性和可行性,并主张应从行为规制的角度出发,结合个案情况,对自我优待行为本身进行综合评估和考量。其中,应特别注意竞争劣势与反竞争效果之间的关系,更不能忽视作为支撑平台自我优待行为机制的算法逻辑。

平台自我优待行为的内因与外象

(一) 平台经营者的双重角色

目前来看,不同数字平台企业具有不同的商业模式,搭建了不同的商业价值链条,活跃在不同的初级市场上。但是,他们却具有一个共同的关键特征,即在特定市场中的双重角色——既是为第三方商家、内容创造者或为应用程序开发者提供平台服务的数字平台运营者,又是与这些商家开展竞争的市场参与者。^④

一方面,平台作为中介或市场提供平台服务,为独立卖家提供了一个可以直接向消费者销售产品或服务的市场,撮合交易并维持秩序,建立起用户之间互动所需要的规则和机制,此时平台扮演着管理者的角色。平台作为管理者,其中一个重要的权力就是能够控制用户的接入和访问,掌握由此产生的各种数据和信息。另一方面,平台作为经营者参与市场竞争,这里的市场竞争不仅包括平台与其他具有横向关系的竞争对手进行竞争,也包括某些情形下平台直接与其平台内的其他经营者在下游或相邻市场展开竞争。例如,在电子商务领域,天猫、京东等既是网络零售平台服务市场的经营者,也以零售商的身份在自己运营的平台内销售商品。此时,平台经营者的自营商品与平台内第三方零售商提供的商品构成竞争关系。

基于平台的管理者角色,数字平台经营者有责任确保其平台上的竞争是公平、无歧视且有利于用户的。平台经营者为了平台运营的目的而制定规则本身并不会引起问题,我们有理由相信平台经营者会设计恰当的规则确保平台对使用者更具有价值性。但是,如果平台经营者不当利用自



己双重角色的特殊性，特别是当数字平台在相关市场具有支配地位时，平台制定的规则和机制可能会超越单纯的服务匹配而对平台市场的运行产生影响，对平台自身在下游或相邻市场的产品和服务给予优惠待遇，造成角色权益冲突，从而埋下竞争隐患。

从经济学的角度出发，自我优待行为的形成通常需要满足两个条件：一是数字平台有能力实施自我优待行为；二是数字平台有动机实施自我优待行为。^⑤大型数字平台，特别是在相关市场具有重要力量甚至支配地位的平台，他们能够访问、获得大量的数据资源，掌握先进的算法，拥有强大的算力和资本的优势。此类大型数字平台通常具有实施自我优待行为的技术能力和经济能力。当该数字平台经营者也在其运营的平台市场开展平台内的经营业务时，为了能够获得更多的利润，这些具有双重角色的平台天然地有动机去扭曲或限制上游市场的竞争，从而将消费需求引导至其自营的产品或服务上。因此，有着双重角色的大型数字平台经营者通常具有实施自我优待行为的能力和动机。

（二）自我优待行为的表现形式

在对自我优待行为进行解构和分析的过程中，需要注意的是，自我优待行为在不同行业领域的具体表现形式是多样化的。可能会引起反垄断执法机构关注的平台自我优待行为，主要表现为平台经营者在提供含有排名性质的平台服务过程中，相比于平台内其他第三方经营者，给予自身运营的产品或服务更优的待遇和更突出的展示位置，从而获得注意力和流量。这类自我优待行为可能出现在某些平台提供在线搜索引擎服务并在搜索结果中对一些产品或服务进行排名时，或是将一些产品或服务嵌入在线搜索引擎结果并随结果展示时，而且这些产品或服务对于终端用户来说，是独立或区别于在线搜索引擎服务的。平台经营者对自身经营的独立产品或服务的优先或嵌入式展示都应当视为一种自我优待行为。在此背景下所讨论的“排名”应该涵盖所有相对突出的形式，如展示、评级、链接、语音助手请求结果等。

自我优待行为也有较高可能出现在操作系统软件预安装的场景中。一些移动设备操作系统可以构成超级平台，运营商在提供操作系统的同时也会参与操作系统内软件应用的开发和销售，此时超级平台可能在相关操作系统市场具有市场支配地位并将此影响倾斜至软件应用市场，将自己开发的软件提前安装在操作系统中。预先安装能够确保自己提供的相关软件应用在操作系统的主要访问点或主要功能领域保持默认位置和设置，从而巩固、扩展相关平台企业已经存在的市场支配力量，影响其他相邻数字市场的竞争性。如果此类预先安装不是操作系统正常运行所必须，那么该行为就会培养终端用户的使用习惯，减少用户接触其他竞争者提供的相同或类似产品的可能性，从而阻碍竞争，构成自我优待行为。

此外，纵向整合型平台经营者还可能利用其在平台服务市场的支配地位，在提供服务的过程中为依托平台生存的自营产品或服务提供更多有助于改善经营策略和避免风险的资源，从而获得不公平的竞争优势。特别是在数字经济中，数据是关键生产要素，所有平台行为都可以视为一种数据行为，数据具有竞争重要性。平台经营者利用自己的双重身份，可以给予自营产品和服务更多数据资源，开放更多数据访问权限，甚至是未向其他平台内经营者公开的商业数据，再通过对相关数据进行分析和处理来调整经营策略，规避正常竞争风险，实现自我优待，排挤相邻市场上的竞争对手。在这种情况下，平台经营者的自我优待行为不仅可能构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位行为，还可能违反数据保护的相关法律法规。

平台自我优待行为的积极效果与竞争隐患

（一）自我优待行为的积极效果

虽然纵向整合企业会有强烈的动机对下游竞争者做出区别对待甚至是歧视行为从而实现自我优待，^⑥但不是所有的区别对待都会产生实质性的反竞争效果。相反，歧视行为有时也是企业不断追寻利益最大化过程中的一种正常商业行为，在很多情况下可能产生积极的经济效果。歧视行为在某种程度上可以通过提高整体市场产出、回收成本，从而提高经济效率。^⑦在一些情况下，经营者给予自己在下游市场的产品或服务优先考虑的行为，也是经营者收回其在上游市场对基础设施投资成本的一种常见方式。

考虑到市场竞争水平、纵向整合企业提供的投入品的可替代性和相关性等情况，自我优待行为有助于增强下游或相邻市场的竞争。在实践中，即使某一纵向整合型企业在上游市场占据市场支配地位，其也可能在其他下游或相邻市场面临来自其他经营者的激烈竞争（比如其下游竞争者可能拥有广泛认可的品牌或是客户无法避免的合作伙伴等）。此时，自我优待行为可以适当促进纵向整合企业在另一市场与既存优势经营者之间的竞争，挑战可能在该市场具备市场支配地位的竞争者。更甚者，自我优待行为可以反过来推动那些没有进行一体化整合而处于劣势地位的竞争对手进行创新、提高效率，从而鼓励下游市场竞争。纵向整合企业对隶属于自身的业务给予优待可能是源于实施纵向整合所实现的效率的考量。^⑧事实上，同时在两个或多个市场上运营的支配企业或多或少能够产生一些协同效果，这些协同效果可以为其带来优于竞争对手的成本或非成本优势。^⑨充分利用这类协同效果可以鼓励经营者进行高效的纵向整合。

（二）自我优待行为的竞争隐患

虽然自我优待行为在很多情况下是由企业利益最大化所驱动，具有一定的经济效果，但是这并不能排除一些企业是基于限制甚至消除市场竞争的目的而实施自我优待行为。基于数字经济网络的外部性、极度规模报酬和数据的作用，一些数字平台在相关领域的市场份额持续上涨。通过搭建市场进入渠道，对跨领域业务进行整合，构建数字生态系统，这些数字平台发展壮大成经济活动中的“守门人”，在运营平台的同时，也在自己的平台上销售产品和服务。这样的商业模式使得占据市场支配地位的平台与一些依赖该平台开展业务的平台内经营者形成了直接的竞争，造成了利益冲突。自我优待行为本质上是指优待自己的内容和产品，而不是竞争对手的，当具有市场支配力量的平台实施自我优待行为时，对下游或相邻市场竞争造成的扭曲效应可能是巨大的。因此，本文在讨论平台自我优待行为的反竞争效果时，一般是指在相关平台服务市场具有市场支配地位的纵向整合型平台所实施的自我优待行为。

自我优待行为可以使具有市场力量的数字平台引导用户疏远其竞品，而这些竞品需要依赖该平台来进行销售，自我优待行为剥夺了他们赖以生存和高效经营所需的规模，间接提高了竞争对手的成本，排除、限制了下游或相邻市场的有效竞争。提升竞争对手的成本不仅表现在价格层面上，也可能表现为通过算法等数字技术手段对隶属于平台的产品或服务给予比第三方更加优惠的条件和待遇，从而不公平地提高竞争对手成本，排挤竞争对手，最终造成消费者利益的损害。这无异于是对其他竞争对手的服务进行降维打击，提升了竞争对手接触潜在消费者的难度，间接提高了竞争对手的成本。

平台通过持有数据和模仿竞争对手的创新模式获得不公平优势，从而消除或严重削弱了不同



的、相邻市场的竞争对手。^⑩在数字市场上，依赖平台服务的第三方经营者不仅会面临歧视和被锁定的风险，还面临着被占用的风险。具有市场支配地位的平台在与第三方经营者竞争的同时，能够以无与伦比的精确度监控第三方经营者的商业活动，平台可以从生产商那里获知商机，从而牺牲生产商的利益。数据是数字经济时代新型生产要素，而数字平台的业务模式大多是以数据为驱动的。这些大型平台在相应的平台市场都具备一定的市场力量，甚至可能具有市场支配地位，作为平台的运营者和管理者他们可以监控平台生态系统中的所有交易，访问所有相关的数据，而平台的用户一般只能访问自己的相关数据。由此，这些大型平台可以通过所提供的服务掌握多个行业的市场动向和变化，在这种数据优势的加持下，他们能够从事生产或经销实体产品，最终支配所有用户的市场。^⑪更甚者，相关平台还可能从事“山寨”行为，即平台根据企业用户的销售信息，注意到该产品在消费者群体中很受欢迎，于是决定开始销售该产品本身，与企业用户展开竞争。^⑫由于运营规模更大，平台能够以更低的价格提供产品，并让自己的产品在排名中占据更突出的位置。这样一来，受影响的企业用户要么选择接受销量的重大损失，要么降低价格以保持竞争力。^⑬同时，限制企业用户对交易数据的访问会阻碍其评估并改善产品性能，也会影响其开发新业务的战略，无法更好地对市场趋势作出回应。^⑭因此，平台自我优待行为成为不同司法辖区竞争执法机构调查的核心问题。

以独立的滥用行为治理平台自我优待之乱象

究竟应该采用何种规制模式、适用何种分析路径来对具有市场支配地位的纵向整合型企业所实施的自我优待行为进行反垄断法规制，是当前数字平台反垄断亟待解决的问题。下文将分别从自我优待行为本质的特殊性、规制模式的现实争议以及反垄断分析路径的选择，来论证自我优待行为作为独立的滥用行为受到反垄断法规制的必要性和可行性，并就反垄断规制分析过程中需要关注的竞争效果评估与行为机制考量问题展开分析。

（一）平台自我优待行为的特殊性

对于“自我优待”行为的界定，各界并未达成准确且一致的意见。有学者认为，“纯粹的自我优待”（pure self-preferencing）是指平台经营者差别待遇（differentiated treatment）的一种类型，是指纵向整合平台给予隶属于该平台的服务比其他非隶属于该平台的服务更加有利的待遇。^⑮也有学者对自我优待行为进行扩张解释，认为整合型经营者可以通过多种不同的方式和机制对隶属于自身的商品或服务进行优待（如传统的搭售行为或拒绝交易行为），且自我优待行为通常应满足两个条件，即行为涉及两个不同的相关市场（可以是横向的，也可以是纵向相关的），以及必须存在一种机制使得经营者以牺牲其他人为代价支持自身在某一市场的经营活动。^⑯

从本质上讲，自我优待行为是“杠杆作用”（leveraging）的一种表现形式，是平台将其市场力量在不同市场进行传导并相互加强的一种情形。在数字经济背景下，平台经营者可能利用其在一个市场上的垄断力量来获得对另一个市场的控制。从商业战略的角度来看，“杠杆”可以是以获得更多的利润为目的的“进攻型杠杆”，也可以是为了阻止竞争对手从邻近的市场进入核心市场的“防御型杠杆”。^⑰两者在理论分析上或法律上没有区别，杠杆可以有很多不同的形式。由于网络外部性和对数据的特权访问，大型平台相对于新进入者具有强大的竞争优势，他们可能会将这种优势杠杆传导到其他新的或相邻的领域，对新的或相邻的领域的公平竞争产生影响。严格

来说,平台的自我优待行为是其将自身的市场力量向相邻市场传导的一种具体的表现形式,即当平台发生角色冲突时,平台会优待自己经营的商品或服务,而对平台上其他经营者进行限制。

虽然平台经营者的很多滥用行为都可能包含自我优待的因素,但是考虑到相关竞争条款已经对其中的一些行为进行了类型化列举,为避免混乱和误导,本文更倾向于对自我优待行为进行限缩性解释。其中,欧盟发布的《数字时代的竞争政策》对自我优待行为采取的相对狭义的定义值得参考。该报告将数字平台自我优待行为描述为,平台经营者将其在平台市场上的市场力量倾斜至该平台提供平台服务的产品或服务市场,从而在与其他实体的产品和服务竞争时,给予平台经营者自营产品或服务或者来自相同生态系统的产品或服务更加优越的待遇。^⑧平台经营者的自我优待行为无论从其内在成因还是行为本质来看都具有一定的特殊性,从而区别于其他滥用行为,在实践中也被独立对待,因此具有作为独立滥用行为而受到反垄断法规制的基础。

(二) 规制模式争议: 结构禁止还是行为规制?

近年来,欧盟和美国等都试图通过立法的方式对达到一定规模的大型数字平台企业施加特殊义务以对其行为进行限制。美国的相关立法草案与欧盟的“守门人”制度不约而同地将大型平台的自我优待行为作为一种特殊行为从法律层面加以禁止。然而,对于自我优待行为的规制模式,不同司法辖区却呈现出结构性禁止和单纯的行为规制这两种不同的模式。

1. 结构性禁止平台从事利益冲突的平台外业务

美国对大型数字平台自我优待行为的态度已经从原有的鼓励支持逐渐转向否定,呼吁应当对此类行为展开积极的反垄断调查,以消除平台双重身份与平台内经营者之间影响竞争的利益冲突。为此,美国有部分支持者提议处理此类行为最直接有效的手段是采取结构性解决方案,通过立法禁止大型纵向整合型数字平台采取相关行为。

2013年,美国联邦贸易委员会曾认为谷歌改变搜索结果排序这一自我优待行为对于改善产品质量发挥了重要的作用,是一种反垄断法鼓励的竞争行为,从而终止了对谷歌的反垄断调查。^⑨但是,近年来,美国相关机构和从业人员逐渐意识到,苹果、谷歌、亚马逊等大型互联网平台企业通常具有双重身份,可能存在利益冲突进而影响数字市场的竞争。以新任联邦贸易委员会主席 Lina M. Khan 为代表的激进派认为,美国现行反垄断法无法有效解决纵向整合大型数字平台自我优待行为引发的竞争利益冲突问题,而结构性分拆的方案能够彻底消除这类利益冲突并鼓励创新。^⑩2021年6月,美国国会众议院司法委员会通过了六项两党立法草案并将这些草案提交众议院审查,其中《终止平台垄断法案》(Ending Platform Monopolies Act)^⑪与《美国选择与创新在线法案》(American Choice and Innovation Online Act)^⑫分别从事前和事后两个维度对大型数字平台企业的自我优待行为进行立法规制。《终止平台垄断法案》规定,达到覆盖型平台门槛的大型纵向整合型数字平台在经营平台业务时,不能拥有与平台业务产生利益冲突的其他业务条线,从源头上和结构上杜绝自我优待行为出现的可能性。《美国选择与创新在线法案》拟通过禁止具有支配地位的在线平台利用其市场力量优待自己的产品,对数字平台企业的具体行为进行规制。^⑬

短期内,《终止平台垄断法案》建议的结构性禁止的做法可能会对大型纵向整合型数字平台的自我优待行为的规制起到积极作用,在一定程度上恢复相邻市场上的竞争,促进中小企业的创新。但从长远来看,其可能会带来更加严重的问题。平台内的大量业务往往需要依附平台业务的发展而发展,两者之间存在着相互作用、相辅相成的关系,甚至依附平台而生的业务已经扎根于平台业务并与平台业务高度融合。在这种情况下,一旦数字平台企业的规模达到《终止平台垄断



法案》设定的门槛，就简单、粗暴地要求大型数字平台经营者将其他自营业务与平台业务相剥离，这种做法可能会限制平台企业的自由、健康发展，减少消费者选择。同时，也会造成后续的数据携带、数据互操作、消费者隐私保护等一系列新的问题和挑战。

2. 立法禁止平台从事自我优待行为

无独有偶，欧盟《数字市场法》禁止达到门槛的“守门人”平台在搜索及相关索引和抓取领域，对自己提供的产品或服务给予更加优惠待遇的行为。^②与美国相关立法草案规定不同的是，欧盟《数字市场法》没有禁止“守门人”开展或从事与平台内经营者相竞争的业务，没有从结构上干预平台企业的商业模式，只是单纯地对自我优待行为本身进行限制，承认了其是一种独立的违法行为。虽然欧盟的做法远不如美国立法动议激进，但是其也从法律上确认了达到“守门人”标准的数字平台从事自我优待行为的违法性，将此类数字平台自我优待行为推定为违法。然而，在实践中并未有大量实证经验表明平台自我优待行为通常具有损害竞争的负面效果，相反，自我优待行为很多情况下是平台企业纵向整合的产物，本身具有一定的正当性。将达到“守门人”标准的数字平台企业自我优待行为一律推定为违法，将过分加重平台企业的负担，忽略自我优待行为本身带来的经济效率，以及增大执法成本。

3. 我国规制模式的选择

从现实情况看，美国所倾向的结构性禁止方案会限制数字企业商业模式的自由发展，影响企业创新投资的积极性，欧盟对于“守门人”平台自我优待行为的事前推定违法也不具有足够的正当性，会给企业正常经营造成阻碍。原则上，企业可以凭借自身优势在市场上自由充分竞争，即使是具有市场支配地位的企业，也没有义务给予下游或关联市场上的竞争对手和自己一样的资源和条件。因为，竞争法保护的是市场上的有效竞争，而并非个别的竞争者。

我国现行《反垄断法》在2022年修订时强调了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滥用市场支配地位的行为。但是，《反垄断法》及其配套规定都未对自我优待这一具体行为给予特别说明。因此，本文建议，未来我国在对自我优待规制模式进行选择时，应当充分考虑我国数字经济发展的阶段和特点，尊重数字企业发展规律和创新动力，不宜采取结构性禁止这类简单粗暴的解决方案，而应从行为规制的角度出发，结合个案情况，对自我优待行为本身进行综合评估和考量。德国曾在其《反限制竞争法》第10次修订时，在第19a条特别引入了对跨市场竞争具有重要作用的经营者滥用行为的规定，将自我优待行为作为一类单独的行为明确禁止。考虑到我国《反垄断法》修订不久，在初期自我优待行为竞争效果并不明朗的情况下，仍然以事后监管为主，建议在配套规定或指南的完善中，对自我优待行为的表现形式和潜在竞争风险进行适当列举说明，给市场提供明确指引，同时给执法提供参考依据。

（三）分析路径选择：自我优待行为作为一种独立滥用行为

除了自我优待行为的规制模式外，对于大型数字平台经营者自我优待行为的具体分析路径选择，也是学界和实务界持续争议的话题。当前，对于大型数字平台经营者自我优待行为的反垄断分析路径的探讨，主要集中在应当适用拒绝交易条款、差别待遇条款还是“价格挤压”理论对平台自我优待行为进行分析。但是，传统的反垄断法分析路径无法有效应对自我优待行为的特殊性，在适用上具有一定的局限性。因此，笔者认为，考虑到自我优待行为的内在成因和外在表现形式，以及自我优待行为产生的竞争效果，当具有市场支配地位的数字平台经营者实施自我优待行为时，应当将其视为一种独立的滥用行为进行反垄断法分析。

1. 适用拒绝交易条款对平台自我优待行为进行反垄断法分析

一方面,欧盟“谷歌搜索引擎比较购物服务案”发生后,以初审法院(the Court of the First Instance)院长 Bo Vesterdorf 为代表的一些专家学者主张应宽容、审慎地对待自我优待行为,认为只有那些控制了真正必要设施的企业才有义务必须与竞争对手进行交易,开放自己的资源。^⑤因此,自我优待行为主要是对相邻市场上竞争对手的排挤,对此类行为的规制和分析应当适用《欧盟运行条例》第 102 条第 b 款,特别是可以适用拒绝交易行为的分析标准或必要设施标准。^⑥但是,也有学者认为,这样的观点相对狭隘,是对必要设施理论的范围的限制性解释,也缩小了自我优待行为的范围;很多滥用行为都包含了自我优待的因素,应当将自我优待行为扩大解释,对应禁止滥用市场支配地位规定的各项具体条款来规制。^⑦

笔者认为,虽然必要设施理论的适用有过度缩小干预自我优待行为范围的危险,但是上述学者对于扩大自我优待行为范围的建议又走向了另一个极端,忽略了本文所讨论的具有双重角色的数字平台企业自我优待行为的独特性。反垄断法对于拒绝交易行为的认定非常谨慎,有其特定的适用条件。市场决定资源配置是市场经济的关键,反垄断法的实施是为了保护市场竞争,不会随意干涉交易自由,即使是具有市场支配地位的企业也有选择与谁交易或者不与谁交易的权利。自我优待行为的本质是具有市场支配地位的企业将一个市场的支配力量倾斜至另一个相邻市场而优惠对待自营业务,并不是被动地拒绝交易行为而是主动地优待自身业务,终止滥用行为的解决方案也不是必须转移财产或达成协议,因此必要设施标准并不能很好地适用于对此类自我优待行为的反垄断法规制。自我优待行为因具有特殊的行为特质,应被视为一种独立的滥用行为。

2. 适用差别待遇条款对平台自我优待行为进行反垄断法分析

有观点支持适用《欧盟运行条例》第 102 条第 c 款的差别待遇条款来对具有市场支配地位的企业在相邻市场实施的自我优待行为进行评估和分析。^⑧根据具体的规定内容,其并没有排除该条款对出现在交易方和具有支配地位企业的分支机构之间竞争扭曲的适用,因为无论具有支配地位的企业是否参与下游或相邻市场的竞争,这种竞争扭曲都会发生。但是,《欧盟运行条例》第 102 条第 c 款被认为是为解决纯粹的二线区别对待行为而设计,其所禁止的差别待遇行为是指发生在其他交易主体之间的行为,而自我优待行为是发生在具有支配地位的企业自身和它的客户之间。^⑨加之,差别待遇条款主要适用于剥削性或扭曲性差别待遇行为的规制;而大型数字平台经营者的自我优待行为不仅会攫取相对人的利益从而产生剥削性效果,还会对上、下游竞争对手进行排挤从而具有排他效果,更会利用平台内经营者对平台市场的经济依赖获取不正当的竞争优势。因此,不应扩大区别对待条款的适用范围来规制本文所讨论的这类自我优待行为。基于自我优待行为竞争效果的特殊性,其应被视为一种独立的滥用行为。

3. 适用“价格挤压”对平台自我优待行为进行反垄断法分析

也有观点支持“价格挤压”(margin squeeze or price squeeze)^⑩标准来对具有支配地位的平台企业的自我优待行为进行反垄断分析。^⑪具有支配地位的纵向整合的平台企业通过给予自身在下游或相邻市场上的产品或服务比其他竞争对手更加优惠的待遇,使得竞争对手无法有效竞争,从而对竞争对手进行挤压。^⑫适用价格挤压理论来评估自我优待行为的竞争损害可以避免适用纯粹拒绝交易理论所必须满足的必要设施标准。^⑬在某种程度上,数字平台企业不仅拥有数字基础设施还通过自身运营的设施提供下游产品,这与价格挤压理论一般适用的电信等传统领域具有一定的相似性,因此,适用价格挤压理论来分析自我优待行为的竞争损害具有一定的合理性。^⑭



然而，对价格挤压行为的认定不需要满足必要设施要求的做法，可能会鼓励具有支配地位的企业直接拒绝向买方提供非必要投入品，因为此时这种完全拒绝供应行为不仅不构成拒绝交易也不会导致交易条款被认定为价格挤压。^⑤此外，也有学者提出质疑，很多数字产品和服务都是免费的，上、下游市场都没有明确的价格，也就不存在价格挤压。^⑥但是，互联网行业中所谓的免费服务或产品往往并不是真正意义上的免费，“零价格”的背后很可能是非金钱或非货币的对价支付，如消费者的数据或注意力。随着数据这一新型生产要素地位的确定，价格这一传统竞争要素的作用逐渐减弱，继续依赖传统的价格理论去调整数字经济中的相关市场行为将导致反垄断执法可能会忽略一些潜在的、严重的损害。因此，适用价格挤压理论来分析具有市场支配地位的数字平台企业所实施的自我优待行为，具有一定的局限性。实践中，是否可以将服务质量的降级、对相关数据访问的阻碍或限制等非价格因素视为边际挤压的对象，从而扩大价格挤压理论的适用边界，仍然值得商榷。

4. 平台自我优待行为构成一种独立的滥用形式

从上述分析可以看出，拒绝交易、差别待遇、价格挤压等传统垄断行为的分析路径在应对平台自我优待行为时存在适用障碍，不能有效规制自我优待行为。实践中，欧盟普通法院和欧盟委员会在分析“谷歌比较购物服务案”中的自我优待行为时也没有以涉及《欧盟运行条例》第102条第c款的案例作为参考依据，同时否认了必要设施标准对该案自我优待行为的适用，更没有过多的对可适用的法律标准进行说明和分析。不同于被动的拒绝交易行为，自我优待行为是一种积极的行为模式。在平台服务市场占据市场支配地位的平台经营者并没有实质性地、被动地拒绝其他竞争性产品进入平台，而是主动、积极地给予自身的产品或服务相比于竞争对手更加有利的位置、展示或其他经营条件。

禁止滥用市场支配地位条款不仅调整试图增强自身在相关市场支配力量的行为，同时也调整具有支配地位的企业将其在某一市场的支配力量延伸至相邻的独立市场以扭曲市场竞争的行为，这种行为并不是基于自身的实力进行竞争，构成一种独立的滥用形式。市场支配地位、滥用行为以及滥用后果这三个要素不必然存在于同一个市场。滥用行为的法律界定不取决于该行为被冠以什么名称，而取决于行为适用的实质标准。判定某一类行为是否构成反垄断法所禁止的滥用行为，条件和门槛也不必然适用于对另一类行为滥用性质的评估。^⑦现有已知的传统滥用市场支配地位行为，如搭售、不合理的交易条件、拒绝交易等，都或多或少地含有区别待遇或是自我优待的成分。此时，区别待遇或是自我优待成分只是相关行为的特点之一，并不是所涉行为的全部表现和本质。各国的竞争法律规则已经对这些行为进行了类型化的列举并予以禁止，同时形成了针对各类滥用行为特定的分析框架和标准。因此，当相关行为满足某一特定传统滥用行为的构成条件时，应当按照既有的反垄断分析框架和方法来评估和处理。例如，平台经营者为了支持自身在下游市场的业务而阻止企业使用者对平台进行访问。在这种情形下，如果该平台经营者在相关平台服务市场具有市场支配地位且该平台服务是下游企业参与竞争必不可少的路径，拒绝访问不仅缺乏合理性还会排除市场有效竞争，在满足拒绝交易行为的构成要件时，当然应当适用对滥用市场支配地位拒绝交易行为的传统分析框架进行处理。

但是，本文所讨论的是狭义上的自我优待行为，是指平台经营者将其在平台市场上的市场力量倾斜至该平台提供平台服务的产品或服务市场，从而在与其他实体的产品和服务竞争时，给予平台经营者自营产品或服务或者来自相同生态系统的产品或服务更加优越待遇的行为。在对此类

自我优待行为进行反垄断法分析的时候，应当将其视为一种独立的滥用行为。可以考虑未来在完善我国《关于平台经济领域的反垄断指南》时，将自我优待行为作为独立条款置于滥用市场支配地位一章；在对自我优待行为原则性说明的基础上，列举所禁止的自我优待行为的具体表现形式，如利用双重身份优势使用与其具有竞争关系的平台内经营者未公开的数据、对自营产品或服务给予更优的待遇和更突出的展示位置等。同时，要对分析是否构成自我优待行为时的考量要点列举说明，并留白抗辩空间。

（四）竞争效果评估：竞争劣势≠反竞争效果

如前所述，无论是从立法层面直接禁止具有一定市场规模甚至是市场支配地位的数字平台企业从事依托于平台的纵向业务或直接推定自我优待行为违法，还是将自我优待行为归类于现有滥用行为类型并适用拒绝交易、差别待遇或价格挤压等分析标准作为调整依据，在规制平台自我优待行为时都略显不足，要么过于激进可能适得其反，要么没能认清自我优待行为的本质。过度干预会阻碍创新，限制自由、健康发展；不当干预将无法有效规制相关行为。从经济发展角度看，自我优待行为并不总是有害竞争的，相反，这种行为也可能会带来消费者福利的提升。^⑧在此基础上，笔者认为，应当客观看待自我优待行为，将其视为一种独立的行为模式，根据不同案件的具体情况对其竞争效果进行综合评估和衡量，有效平衡自我优待行为产生的经济效益与可能存在的反竞争效果，只有当具有市场支配地位的纵向整合型平台滥用其市场力量优待自身产品或服务给下游或相邻市场竞争带来损害、影响消费者福利时，才能适用反垄断法介入调整。

诚然，在对自我优待竞争效果分析时，应当特别注意竞争劣势与反竞争效果之间的关系。自我优待行为引起的一个必然结果就是平台将自身产品或服务置于竞争优势的位置，而竞争对手则被置于竞争劣势的位置。然而，竞争劣势的产生和存在是否必然引起反竞争的效果不能一概而论，需要结合具体的案件情况分析和论证。因为自我优待行为在某些情况下具有一定的正当性，作为一种独立的行为类型，在对其竞争效果进行评估的过程中需要证明自我优待行为扭曲了竞争或者至少应当证明其试图扭曲、阻碍竞争。如果自我优待的行为结果仅仅表现为平台内的其他经营者在提供产品或服务过程中需要比平台自营业务付出更多的努力，或在一些方面处于不利的位置，因而在与平台自营业务竞争的过程中处于一定的劣势，但是这并没有对成本、收入、点击量、关注度、产品或服务或其他相关利益产生实质性影响，那么这些不利或者劣势就没有达到排除、限制竞争的程度，也就不能认定自我优待行为对竞争产生了扭曲性的影响。

（五）行为机制考量：算法的作用

数字经济活动以数据为关键生产要素，数字企业的行为建立在数据行为的基础上，而数据的处理需要算法发挥重要作用。数字平台企业的自我优待行为通常需要通过一定的数字技术来实现，而算法在这一过程中扮演着不可忽视的角色。算法的重要功能就是发现数据之间的相关性，并通过算法的特有机制对相关性加以利用，对数据资源进行合理配置从而实现数据的价值，构建平台经济模式的逻辑基础。^⑨算法的作用体现在数据收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等数据处理的每一个环节，更是数据分享和经营者决策的关键机制。通过算法，平台经营者可以超越纯粹基于相关性而产生的自然标准和结果，人为地实现对相邻或下游市场竞争对手产品或服务的降级、排名和显示的调整等自我优待行为，给予自营产品或服务不公平的竞争优势，从而达到排挤竞争对手的目的，最终损害消费者福利。

因此，在对纵向整合型平台经营者自我优待行为进行反垄断法分析时，应当特别关注算法在



其所实施的相关行为中的重要作用，对平台所采用算法的种类、功能、性质、目的和意图等进行厘定和分析。首先，不同种类的算法具有不同的功能，这使得算法在相关行为中所起到的作用以及对竞争的影响程度都会有所不同。其次，应当对算法的性质进行考量，分析其是否具有歧视性并会对特定对象给予不公平的待遇，从而对市场竞争和消费者福利产生负面效果。再次，应当重视所采用算法的运行机制和基本原理，评估算法对决策的干预程度，审查相关检索、排序、展示、推送、干预等规则的透明度和可解释性，从而判断相关算法导致行为引起反竞争效果的可能性以及可能的竞争损害。最后，还应当对算法的目的和意图进行考量，分析相关算法的使用是为了实现正常的商业行为和目的还是为了限制竞争对手、扭曲市场竞争、操纵市场和消费者。这些因素的分析对理解和判断数字经济背景下以数据为基础、以算法为机制的市场行为的竞争效果会起到至关重要的作用。

这里需要注意的是，数字技术的发展改变了经营者的商业模式和行为模式，高级算法以及强大算力技术的支撑也使新型反竞争行为成为可能，算法等数字技术具有很强的专业性和技术性，这使得现有执法和分析工具并不能有效察觉并解决这类新的挑战。特别是，自我优待行为大多数情况下是需要通过算法来实现的，所以很难被发现并受到处罚。因此，竞争执法机构应适当采用新型数字工具和解决方案，^④提升对潜在违法行为的识别和侦破能力，改善数据处理和分析能力，增强对新型数字技术的应用和治理能力，有效治理算法并利用算法治理数据，提高执法效率。

结语

实务界和学界对于数字平台自我优待行为的反垄断法规制模式和分析路径选择一直争论不休，欧美主要国家的反垄断执法机构甚至在过往案件中得出了截然相反的结论，反垄断执法机构对自我优待行为的认识和看法也在不断改变。总体来看，在企业运营追求利益最大化的过程中，自我优待行为具有一定的经济效益和合理性。因此，在选择规制模式时，不应限制企业的经营模式而对数字平台经营者的双重角色进行结构性禁止以避免潜在的利益冲突。相反，针对具体行为而开展的科学的行为规制值得信赖。数字平台实施的自我优待行为具有独特的行为特质，其内在成因和外在行为表现都有别于传统类型化的滥用行为，有必要将自我优待行为视为一种独立的滥用形式，对其竞争效果进行综合考量。在个案分析过程中，更不能忽视作为支撑自我优待行为机制的算法逻辑。

注释：

① 丁茂中：《自我优待的反垄断规制问题》，《法学论坛》2022年第4期。

② 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。

③ 相关观点可分别参见孙晋、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；贺斯迈：《论自我优待的行为定性与治理路径》，《公共管理与政策研究》2024年第1期。

④ Lina M. Khan, “The Separation of Platforms and

Commerce,” *Columbia Law Review*, vol. 119, no. 4, 2019, p.984.

⑤ Patrice Bougette, Oliver Budzinski and Frédéric Marty, “Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses,” *The Antitrust Bulletin*, vol. 67, no. 2, 2022, p.196.

⑥ ⑧ ⑳ ㉓ Valdivia Eduardo Aguilera, “The Scope of the ‘Special Responsibility’ upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business?” *World Competition*, vol. 41, no. 1, 2018.

- ⑦ Gunnar Niels, Helen Jenkins and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers* (2d ed.), Oxford: Oxford University Press, 2016, p.183.
- ⑨ Robert O'Donoghue QC and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (2d ed.), Oxford: Hart Publishing, 2013, p.251.
- ⑩ Digital Competition Expert Panel, *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, London: HM Treasury, 2019, p.31.
- ⑪ Björn Lundqvist, "Competition and Data Pools," *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 7, no. 4, 2018, p.148.
- ⑫⑬⑭ Inge Graef, "Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence," *Yearbook of European Law*, vol. 38, no.1, 2019, p.455, p.452, pp.487-488, p.478.
- ⑮⑯ Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (European Commission), ECORYS, *Business-to-Business Relations in the Online Platform Environment*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, pp. xiii, 44, p.28.
- ⑰ Pablo Ibáñez Colomo, "Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles," *World Competition*, vol. 43, no. 4, 2020, p.422.
- ⑱⑲ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era (Final Report)*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019, p.65, p.66.
- ⑳ Federal Trade Commission, "Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices—In the Matter of Google Inc," <https://www.ftc.gov/public-statements/2013/01/statement-federal-trade-commission-regarding-googles-search-practices>, 2012-01-03.
- ㉑ Lina M. Khan, "The Separation of Platforms and Commerce," *Columbia Law Review*, vol. 19, no. 4, 2019, pp.1052-1055, 1066-1067.
- ㉒ H.R. 3825 — Ending Platform Monopolies Act, Section 5 (5).
- ㉓ H.R. 3816 — American Choice and Innovation Online Act.
- ㉔ House Committee on the Judiciary, "Chairman Nadler Applauds Committee Passage of Bipartisan Tech Antitrust Legislation," <https://democrats-judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=4622>, 2021-06-24.
- ㉕ European Commission, *Regulation on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act)*, OJ L 265, 2022.
- ㉖ Bo Vesterdorf, "Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal—Two Sides of the Same Coin?" , *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, no. 1, 2015, p.4.
- ㉗ Renato Nazzini, "Unequal Treatment by Online Platforms: A Structured Approach to the Abuse Test in Google" , <https://ssrn.com/abstract=2815081>, 2016-08-07.
- ㉘ Bo Vesterdorf, "Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal—Two Sides of the Same Coin?" *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, no. 1, 2015, pp.4-9; Pablo Ibáñez Colomo, "Exclusionary Discrimination Under Article 102 TFEU," *Common Market Law Review*, vol. 51, no. 1, 2014, pp.141-163.
- ㉙ Petit Nicolas, "Theories of Self-Preferencing under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf," https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2592253, 2015-04-10.
- ㉚ Alisn Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials* (6th ed.), Oxford: Oxford University Press, 2016, p.561.
- ㉛ 欧盟委员会认为，具有市场支配地位的纵向整合企业在向下游竞争对手出售上游投入产品时，该上游产品的定价与其出售下游产品的价格之间的价差使得下游同等效率的竞争对手无法有效开展竞争并长期盈利的行为被视为价格挤压。
- ㉜⑳ Friso Bostoen, "Online Platform and Vertical Integration: The Return of Margin Squeeze?" *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 6, no.3, 2018.
- ㉝ Inge Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Leiden: Kluwer Law International, 2016, p.243.
- ㉞ Renato Nazzini, "Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102 TFEU," *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, no.5, 2015, p.301.
- ㉟ Case T-286/09 Intel v Commission, EU:T:2014:547, para 219.
- ㊱ 时建中：《数据概念的解构与数据法律制度的构建——兼论数据法学的学科内涵与体系》，《中外法学》2023年第1期。
- ㊲ OECD, *The Use of SupTech to Enhance Market Supervision and Integrity*, In: *OECD Business and Finance Outlook 2021: AI in Business and Finance*. Paris: OECD Publishing, 2021.

编辑 孙冠豪