

平台垄断的法律适用研究¹

吕本富 顾聪
中国科学院大学经济管理学

一. 问题由来

2019 年全球十家市值最大的公司中，有七家都是平台型的公司，其中就包含中国的阿里巴巴和腾讯。平台类公司的业务范围、定价策略、隐私保护等成为舆论的焦点，美国的亚马逊、Alphabet (google)，Facebook 成为欧美反垄断机构重点调查对象，欧盟甚至开出了巨额的罚单。因此平台垄断问题引起了学术界的关注。

然而，目前的反垄断法均是以工业时代的传统市场经济形式为理论基础而制定的，而平台经济与传统市场经济存在着很大的不同。首先，平台经济在网络外部性的作用下，本身就存在“赢者通吃”的特征，倾向于寡头的形成，而这种市场结构本身在通常情况下对消费者是有利的。同时，在平台经济中，平台企业的市场势力也很难用传统经济学中的方法去衡量，而垄断行为的形式和对社会福利的影响也与传统市场经济中的情况有所不同。因此，现在很多研究平台经济学的学者均认为，传统市场经济中的反垄断理论不能直接套用到平台经济学当中。

二. 中国相关法律综述

中国的反垄断法中禁止的垄断行为分为两个层次：禁止所有企业进行的行为（十三条）和禁止具有市场支配地位的企业进行的行为（十七条）。具体如下：

第十三条

禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：

- （一）固定或者变更商品价格；
- （二）限制商品的生产数量或者销售数量；
- （三）分割销售市场或者原材料采购市场；

¹ 本文是为北京凯恩克劳斯经济研究基金会资助的项目--国际视野下中国数字经济竞争政策--所撰写研究成果报告。报告完成时间为 2020 年 6 月。

- (四) 限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；
- (五) 联合抵制交易；
- (六) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

第十三条是通用条款，禁止所有企业进行的行为，与是否具有市场支配地位无关。也就是说，具有竞争关系的企业之间，即使不具有市场支配力，也不能进行共谋行为。

第十七条

禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

- (一) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；
- (二) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
- (三) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
- (四) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；
- (五) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；
- (六) 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别待遇；
- (七) 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

第十七条是禁止具有市场支配地位的企业进行的行为。结合这两类法条，有关平台垄断问题对应的法条如下：

第十三条 (一) 固定或者变更商品价格；	平台合谋：平台或平台上的经营者在价格有合谋行为
第十七条 (三) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易； (五) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；	“平台二选一”：平台之间互相排斥，约束平台上的经营者
第十七条 (六) 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别待遇；	价格歧视；大数据杀熟

可以看出，现在大部分备受关注的平台问题，均与第十七条有关，而在十三

条中没有相关规定，因此，在反垄断判罚中，企业的市场支配力就成了问题的关键。

反垄断法在第十八条中规定了如何推定企业具有市场支配地位：

第十八条

认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：

- （一）该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- （二）该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- （三）该经营者的财力和技术条件；
- （四）其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- （五）其他经营者进入相关市场的难易程度；
- （六）与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

虽然十八条中罗列了若干因素，但只有市场占有率在第十九条中得到了量化的规定。在实际应用中，也往往只有市场占有率得到应用。

第十九条

有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

- （一）一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- （二）两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- （三）三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

在2020年1月2日最新公布的反垄断法修订草案中，在十八条加入了网络效应，规模效应，锁定效应等因素。这些修订就是着重考虑了平台经济的垄断问题，法律部门在分析平台企业市场支配力时可以获得更好的支撑。然而，定量判断企业支配地位的指标依然只有市场占有率一条。事实上，网络效应，锁定效应等因素本身也存在难以定量分析的特点，因此在实际执法过程中依赖网络效应，锁定效应等对企业的市场支配力进行判断依然存在困难。

三. 反垄断经济理论综述

反垄断法条的基础经济学有关市场垄断的理论，有关市场支配力、网络效应、锁定效应，只有回到经济学框架内，才能还原其本来面目。

1. 市场结构主义

市场结构主义建立在集中化的市场结构会促进反竞争行为的理论基础上。核心观点为：一个由极少数大公司主导的市场可能比一个由许多中小型公司组成的市场有更弱的市场竞争水平。Lina M. Khan (2016), JOE S. BAIN (1968), DONALD (1959) 等对此皆有贡献，总结如下：

(1) 垄断和寡头的市场结构使主导行为更容易协调，便于操纵价格、市场分割等行为；

(2) 垄断和寡头企业可以利用其现有的优势来阻挡新进入者；

(3) 垄断和寡头垄断企业对消费者、供应商和工人有更大的议价能力，从而在保持利润的同时提高价格、降低服务和质量。

在很长的一段时间，基于市场结构主义的反垄断理论是经济学思想中的主流。正是在这一思想的指导下，美国的法庭拆分了一些赫赫有名的产业巨头（如标准石油公司），还积极地阻止大规模的企业并购。

2. 芝加哥学派

芝加哥学派对市场结构主义提出了挑战，并在 1970 到 1980 年代获得了经济学界主流的认可，Lina M. Khan (2016) 就是代表。芝加哥学派的 MARC ALLEN EISNER (1991), ROBERT H. BORK (1978) 认为，公司规模、行业结构和集中度水平等是由独立的市场力量和生产的技术需求的相互作用产生的结果。也就是说，市场集中度或高或低，也是由市场力量选择的结果，政府的干预会导致社会福利的下降。

相比较于市场结构法的直接通过市场占有率来判断市场支配力，芝加哥学派主张通过价格结构，边际成本，需求曲线等因素来判断市场支配力。

虽然很难说集中的市场结构完全不会导致竞争的减少，但是芝加哥学派的思想在一定程度上得到了证实，研究表明美国消费者的福利并没有在标准石油公司被拆分后得到显著提升 Thomas M. Lenard (2019)，企业的拆分还给美国企业的国际竞争力带来巨大影响。

3. 平台经济反垄断

最近两年，美国市值最高的五家企业：Apple, Amazon, Alphabet (google), Microsoft 和 Facebook，都具有平台企业的性质，平台经济已经作为一种独特的经济模式获得了广泛的认可，并得到了学术界的高度关注，平台垄断问题也开始进入人们的视野。

然而，到目前为止，平台经济的反垄断问题依然没有一个受到广泛认可的模型。仅有的一些较为统一的思想是：平台经济中的垄断问题是高度复杂的，传统经济中的很多反垄断理论在平台经济中不适用。

Evans (2013) 专门总结了一些关于平台经济反垄断的文献，他得出的结论就是，“正确的多边平台的经济分析要比正确的单边企业分析复杂得多。此外，相关理论，至少在其目前的发展阶段，产生的明确预测较少，可以借鉴的实证工作相对较少。因此，现在似乎不可能提出许多可用于构建理性调查规则的指导方针，更不用说用尖锐的线条来证明规则本身的合理性了。”他也指出，虽然还没有完善的平台经济反垄断分析框架，但是拿传统经济的框架套入平台经济是不合理的。即使没有完善的模型，也应该从平台经济的特征入手进行分析。

四. 市场占有率判断标准的局限性

在判定市场支配力时，市场占有率长期以来都是最为重要的因素。因为在工业经济时代，企业往往只在占据大部分市场份额的时候，才能拥有定价权。如果企业市场份额不大，则只能是市场价格的接受者，如果市场出清价格大于边际成本，就会进行生产，企业利润最大化时社会福利也会最大化。但如果企业的市场占有率很大，产量能够影响市场价格，那么企业利润的最大化就会与社会福利最大化产生矛盾。这是古典经济学的核心框架之一。也正是因此，市场占有率一直是市场支配力的核心。包括我国的反垄断法，虽然十八条中罗列了若干因素，但只有市场占有率在第十九条中得到了量化的规定。在实际应用中，也往往只有市场占有率得到应用。

然而，因为下述几点因素，市场支配力在平台经济中可能无法准确衡量平台企业的市场支配力。

1. 平台经济的市场结构的特殊性

首先，平台经济的市场结构与传统工业经济的市场结构完全不同。传统工业经济结构中只有卖家和买家，卖家直接出售商品给买家，古典经济学中所有关于社会福利的分析都是基于此市场结构产生的。而在平台经济中，商家，用户和平台组成了一个双边市场，商品的提供者是商家而不是平台，平台只是作为一个信息交换媒介，促成用户和商家的交易，市场结构与古典经济学中的市场结构完全不同。因此，平台市场的竞争结构，平台企业的市场支配力等因素对于社会福利的影响也要复杂得多。

2. 平台的二重性

市场占有率这一指标的一个核心就在于市场的划分，只有能够明确如何划分市场的范围，市场占有率这一指标才有意义。平台具有二重性的特点，本身就具有企业和市场的二重特征，这就给市场的划分带来了挑战，不能明确划分市场，市场占有率也就无从谈起。

我国的《反垄断法》专门发布了配套的《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》详细描述了划分市场的参考依据。其中第八条第四项：

（四）商品的销售渠道。销售渠道不同的商品面对的需求者可能不同，相互之间难以构成竞争关系，则成为相关商品的可能性较小。

如果销售渠道不同也是划分市场的依据，那么对于平台来说，不同的平台有着不同的用户群体，是不是应该被划分成不同的市场呢？如果平台本身就被划分为不同市场，那么平台的市场占有率自然就是 100%了。这不是说每家平台都是垄断企业，然而不可否认的是，很多平台都在努力打造平台特色，锁定不同的用户群体，这正是因为他们都在试图通过这一特征来寻求超额利润。

3. 市场的快速变革与潜在竞争者威胁

在现代信息社会中，随着科技的快速发展和资本市场的高度发达，市场占有率带来的市场支配力和行业壁垒与工业时代相比已经大大减小。

在工业经济时代，拥有大量市场份额的大企业往往具有很强的市场支配力，小企业很难与之竞争，入行门槛也会很高。然而，在网络经济时代，大企业稍不

注意就会在产品质量或服务 quality 上被新兴企业超越。与此同时，由于资本市场的高度发展，新兴企业只要具有创新的商业模式，很容易拿到融资。近几年新兴企业经过几轮融资后与老牌企业大打价格战补贴战的案例也不在少数。

事实上，由一家企业提供独家的中介服务，并在潜在竞争者的威胁下不享有任何市场势力，可能是平台经济中社会总福利最高的模式。平台经济天生具有公共品的属性，边际成本接近于零，同时用户规模对于平台双方都具有正的外部性，一家企业独家提供中介服务是利社会福利的，同时潜在的竞争对手也保证了平台企业的价格处于高度竞争下的水平。正如 Caillaud 和 Jullien 所说：“出现了太多窃取竞争对手业务的方式。不足为奇的是，战略形势非常不稳定，唯一可以维持的均衡局面是企业在中介市场上占据主导地位，即成为中介服务的唯一供应商，而不享有任何市场力量，因为潜在的进入者为占主导地位的企业创造了强大的纪律机制。从某种意义上说，这个市场极具竞争力。”

五. 平台经济中市场支配力的影响因素

1. 交叉外部性

交叉外部性指平台一方用户的增加会提高另一边用户的福利水平，平台的双面性和交叉外部性是平台型经济区别于其他普通经济模式的核心特征，因此，几乎所有分析平台经济垄断问题的文章都会从平台的交叉外部性出发，并认为平台的交叉外部性会影响企业的市场支配力。David S. Evans (2003, 2005, 2013) Haucap (2015)。

David S. Evans (2005) 指出平台的交叉外部性是影响平台企业市场支配力的关键因素，由于平台交叉外部性的存在，平台在两边的定价权都会受到另一边的约束，即使平台在某一边竞争很有限，也很难从提价中获得超额利润。同时，也正是由于这种交叉外部性，传统经济模型中的边际成本，普通的价格弹性等因素在平台经济中都缺乏说服力。

在 Armstrong (2006) 的经典双边市场模型中，影响均衡价格的三个核心因素是：

1. 交叉外部性的相对水平；(Relative sizes of cross-group externalities)

2. 平台的收费结构；(Fixed fees or per-transaction charges)
3. 用户和商家只选择一家平台（单宿）还是多家平台（多宿）

其中第二条是平台自主选择的结果，而第一，三条则是影响平台定价权的重要因素。其中交叉外部性的相对水平直接决定了平台的收费结构。

举一个例子，酒吧可以理解为一个沟通男性和女性的平台，如果酒吧里女性增加对男性福利的提升大于男性增加对女性的福利，那么酒吧对男性的收费就会高于女性。其他平台也是一样的道理，如果增加用户对商家的福利提升较大，增加商家对用户的福利提升较小，那么平台对商家的收费就会更高，对用户的收费就会更低，甚至是免费和补贴，现在很多平台就是如此。

网络交叉外部性是平台经济学的核心，也是分析平台企业定价权的核心。现在在很多平台都对用户实行免费政策，收入主要来源于商家，那么平台定价权的核心就是用户增加给商家带来的外部性福利。

福利这一经济学中经常使用的概念，在实际应用中一直很难进行测量，因此很难在法律上以外部性作为评判平台企业市场支配力的量化指标。但是，交叉外部性是直接决定平台定价核心，在分析平台市场势力和定价权时也是不能忽视的因素。

2. 单宿与多宿

有多少用户或商家只选择一家平台，多少选择多家平台，即单宿和多宿的比例，也是影响平台定价权的重要因素。从直观上很好理解，如果用户都只使用一家平台，那么这些用户就是这一平台的垄断资源，平台的市场势力就会更大。

3. 平台粘性

平台粘性作为一个较新的概念，在学术界尚未得到统一的定义。有时粘性被定义为用户对于重复使用平台的倾向性，有时被定义为用户重复使用平台而产生的一种心理依赖。同时，网络粘性，用户粘性，平台粘性等概念也没有得到很好的区分。

我们对此的定义是平台粘性为用户重复使用平台而产生的一种心理依赖。平台粘性会使得用户依赖于平台，即使在平台提供的交易条件发生一定程度的恶

化，用户也不愿离开平台，可以理解为平台对用户的一种锁定。平台粘性无疑是影响平台企业市场支配力的重要因素，如果平台用户具有较高的粘性，那么通过交叉外部性，平台就可以向商家索取更高的费用，而不用担心市场份额会因此降低。

虽然平台粘性对于平台的市场支配力影响很高，但是作为一种心理因素，在测量上存在一定的难度，而且现在学术界对这一指标的口径并不统一。

在学术研究中研究平台粘性时，往往采用调查问卷的方式。

例如，目前研究平台粘性中被引较高的（Zhang & Guo, 2016）对社交平台的分析中，是使用如下问题对平台粘性进行测量的：

- 1: I would stay for a long time while browsing X enterprise microblog.
- 2: I intend to prolong my stays on X enterprise microblog.
- 3: I would visit X enterprise microblog frequently.

（Lien & Cao, 2016）对社交平台的分析中，是使用如下问题对平台粘性进行测量的：

- 1: I would stay a longer time on WeChat than other applications
- 2: I would visit WeChat as often as I can
- 3: I intend to link to WeChat every time I am online

（Rong & Xiao, 2019）在对视频网站的分析中，则采用每周浏览时间作为衡量粘性的指标。

4. 转移成本

转移成本在这里指用户或商家从一平台转移到另一平台所需要付出的客观成本。

转移成本包括：

1. 学习的成本。如从 QWERTY 键盘转移到 Dvorak 键盘将花费的培训和学习费用，这已经成为市场失灵的经典案例。

2. 交易的成本。如更换供应商所面临的风险以及交易费用。

3. 机会成本 (Artificial Switching Cost)。如“老客户优惠”的损失等。

对于用户来说，转移成本是换至另一平台所带来的客观成本，区别于平台

粘性的心理成本。与平台粘性相同，转移成本是平台锁定用户的重要因素。

对于商家来说，转移成本往往更加明显，转移成本越高，商家能够忍受的平台提价就越高，平台的市场势力就越强。店铺的信誉分，单数和评价往往是决定店铺销量的重要因素，如果大量店铺都通过促销方式耗费大量成本来冲单，这就在一定程度上提高了转移成本。商家在转移平台时，如果他不得不再次进行促销，来与其他商家进行竞争，那么他就面临较高的转移成本，这种转移成本往往是将商家锁定在平台上的核心因素之一。

5. 小结

现在平台往往采用对用户免费，对商家收费的策略。在判断平台市场支配力的时候，交叉外部性往往是问题的核心，用户增加带给商家的外部性是平台对商家收费的定价基础。同时，平台粘性和转移成本对用户的影响，即用户被平台锁定的程度，在交叉外部性的作用下，也会影响平台对商家的定价权。另一方面，商家自身往往也面临着转移成本，商家转移成本的高低也是影响平台市场支配力的重要因素。

六. 垄断行为的性质

可上看出，量化地判定平台的市场支配力还是很有挑战性的。然而，市场支配力导致的垄断行为，判断垄断行为的性质又是反垄断的核心。

市场结构的垄断可能是市场规律作用下的产物，这对于平台经济更为明显，平台天生具有规模经济的特性，平台服务由少数几家企业来提供往往是经济最优的。但是与市场的垄断结构相比，垄断行为才应该被禁止。

我国现行的反垄断法中，第十三条中只对合谋和分割市场等行为进行了禁止，而价格歧视，限制交易等更加常见的垄断行为只在十七条中，即只针对拥有市场支配力的企业进行禁止，这就导致了反垄断问题的中心被转移到了如何判断企业的市场支配力上。

平台垄断行为的几个主要表现：

第十三条 （一）固定或者变更商品价格；	平台合谋
---------------------	------

<p>第十七条（三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；</p> <p>（五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；</p>	“平台二选一”
<p>第十七条（六）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别待遇；</p>	价格歧视；大数据杀熟

欧盟竞争法被认为是我国反垄断法的蓝本，与我国的反垄断法在结构上有很多相似之处。但是可以看到，在针对所有企业的“禁止限制竞争协议或者协同行为”和针对具有市场支配地位的企业的“禁止滥用市场支配地位的行为”的内容上，两者存在很大不同。

	反垄断法	欧盟竞争法
针对所有企业	<p>第十三条</p> <p>（一）固定或者变更商品价格；</p> <p>（二）限制商品的生产数量或者销售数量；</p> <p>（三）分割销售市场或者原材料采购市场；</p> <p>（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；</p> <p>（五）联合抵制交易；</p> <p>（六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。</p>	<p>Article 101</p> <p>(a) 直接或间接固定商品价格或其他交易条件（平台合谋）</p> <p>(b) 限制或控制产量，市场，技术进步或投资</p> <p>(c) 分割商品市场或源材料市场</p> <p>(d) 给予相同条件的交易对手方不同的交易条件，使他们处于竞争的劣势地位（价格歧视）</p> <p>(e) 把其他与本交易无关的附加协议作为达成本交易的额外条件。</p> <p>（平台二选一）</p>
针对具有市场支配地位	<p>第十七条</p> <p>（一）以不公平的高价销售商</p>	<p>Article 102</p> <p>(a) 直接或间接施加不公平的交</p>

的企业	<p>品或者以不公平的低价购买商品；</p> <p>(二) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；</p> <p>(三) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；</p> <p>(四) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；</p> <p>(五) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；</p> <p>(六) 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别待遇；</p> <p>(七) 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。</p>	<p>易条件或不公平的交易条款。</p> <p>(b) 限制或控制产量，市场，技术进步或投资</p> <p>(c) 给予相同条件的交易对手方不同的交易条件，使他们处于竞争的劣势地位</p> <p>(d) 把其他与本交易无关的附加协议作为达成本交易的额外条件。</p>
-----	--	---

可以看出，欧盟竞争法中的 Article 101 明显比我国的第十三条范围要广。事实上，Article 101 和 Article 102 只有第一项有所不同，Article 102 的另三项是包含在 Article 101 中的，只是去掉了 Article 101 中的 (c) share markets or sources of supply；即分割产品或原材料市场。而在我国的反垄断法中，第十三条只对应了 Article 101 中的一部分，而更多的垄断行为只在第十七条中得到了体现。欧盟对于拥有市场地位的企业和普通的企业并没有太大的区别对待，在第 101 和 102 条中均禁止了区别定价，削减产量，区别交易条件等行为。

那么，是否十七条中的垄断行为只有具有市场支配地位的企业实施才会损害

社会福利，没有市场支配地位的企业就可以随意使用呢？其实并不是，经济学中关于垄断势力和垄断行为的逻辑是，具有垄断势力的企业可以进行垄断行为而不会被市场力量惩罚，所以才需要法律来对垄断行为进行惩罚。而那些不具有垄断势力的企业，进行垄断行为往往会受到市场力量的惩罚。然而，在平台经济学中，情况变得更加复杂，市场边界变得模糊，市场支配力难以有效衡量，传统经济中的垄断行为对平台，对社会福利的影响也产生了一些变化。在现阶段，要想给平台经济中的垄断行为划清明确界限，还是具有一定的难度的。在现阶段最好的做法可能是，综合分析平台行为的性质和企业的市场支配力，对行为给用户福利和行业竞争造成的影响进行评估。这也正是大量欧美反垄断案中很多法官的做法。

然而在我国现在的法律体系下，由于十三条范围很窄，十七条范围很宽，这就使得平台的市场支配力判断成为了问题的核心，而平台经济中市场支配力又很难进行准确判断，这就导致了无法判断市场支配力就无法对大部分的平台垄断问题进行判罚。

七. 平台经济中的典型垄断行为分析

1. 平台“二选一”

“平台二选一”一般指企业要求对方必须在自己与竞争对手之间进行选择，如果对方与竞争对手进行交易，那么就拒绝与其交易，或者给其施加不利的交易条件。

二选一与反垄断法中的第十七条的（三）（五）相关

（三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易

（五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；即要求具有市场支配力的企业不得进行此类行为。

从这一点出发，判定平台的市场支配力似乎对于判断“平台二选一”是否需要判罚至关重要。然而事实上在《反不正当竞争法》和《电子商务法》中也存在具有相关性的条款，而这两个的法案并不以企业的市场支配地位作为条件。法条如下：

《电子商务法》第三十五条 电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他

经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。

《反不正当竞争法》第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：

（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；

（二）误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；

（三）恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；

（四）其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

因此与平台的市场支配力相比，“二选一”是否具有合理性才是问题的关键。

“二选一”作为一个网络术语，在经济学和法律上还没有正式的定义，上述条款是否适用也还没有明确的答案。现在社会上对于这一问题以批评的声音为主，因为它可能会损害消费者的利益，也可能妨碍市场的正常竞争。例如之前的3Q大战，360和腾讯的二选一无疑给网民们带来很多不便，给消费者利益造成了巨大的损害，因此不出意外的，3Q大战被工信部快速叫停。

但如果不说“二选一”，而说排他性条款或者独家交易，那就是反垄断中的一个经典问题了。而平台排他性条款，也早在上个世纪就有过案例。达拉斯晨报(Dallas Morning News)和达拉斯时代先驱报(Dallas Times Herald)是德克萨斯州达拉斯的两家处于竞争中的报纸，他们都从环球报业辛迪加获得了专栏和漫画等内容。1989年8月，晨报与环球报签订了独家合同，时代先驱报随后失去了读者群。它提起了反垄断诉讼，但最终败诉 Evans (2013)。

在欧盟的法律体系中，有一类排他性条款是被特别允许的，即“关系特定性”，或者说是为了解决“套牢”问题。假设公司A对公司B进行专属性投资，提高了B的生产力，能够与A或其他公司交易，那么A可以要求B在一定时期内只能与自己交易，这是为了保护企业A的投资，是一种合理的排他条款。

在电商平台的双十一大促中，电商平台有时要求参与平台活动的商家不得再去其他平台的活动，如果平台确实为了促销付出了一定的成本，那么这时排他性条款就具有了一定合理性。因为平台付出的成本是为了与其他平台争夺流量，可以视为是平台的一种投资，如果商家可以同时参加多家平台的活动，则平台进行类似投资就失去了意义，这时的排他性条款可以视为是为了保护平台投资，为了促成此交易的必要的条款。

再比如电商平台倾注资源培育的特色品牌，如果平台投入了一定的成本，那么他要求与该品牌签订排他性条款就是合理的，这也是为了保护平台的投资。否则，如果没有排他性条款保护，平台就不会去倾注投资培育新品牌，而是选择“截胡”，反而不利于平台间的竞争。因此，这种情景下的排他性条款是合理的。

可以看出，在这种情况下排他性条款是对维持正常市场秩序有利的一种条款。

但平台“二选一”问题适用于这一点的条件在于：平台付出的投资。欧盟这一条款的目的是保护企业A的投资，保证A能够回收投资的合法收益，因而企业A需要有证据其付出了实在的投资，而不仅仅是价格的优惠。

另一方面在于独家合作的合理性。此次电商平台的“二选一”问题中，京东等指出天猫并不是直接拒绝，而是给拒绝合作的商家施加不利条件。而阿里巴巴方面指出，“天猫是给予了与天猫独家合作的优质商家流量上的优待。”

独家合作在线下实体经济中其实十分常见。那么平台给予独家合作商家流量优待又是否合理呢？独家合作其实就相当于欧盟法律体系中的“忠诚性折扣”，理论上讲，忠诚性折扣一定条件下会具有与限定交易条款同样的作用，是限定条款的一种，但不可否认的是，忠诚性折扣没有限定交易条款那样的绝对性。

有两个欧盟判罚忠诚性折扣的经典案例，2009年的英特尔忠诚折扣案和2006年的陶朗（tomra）忠诚折扣案。虽然在欧盟竞争法 Article101 中也有与限定交易相关的条款，但是上述两个忠诚折扣案中法庭是在确定两者具有市场支配地位，并且忠诚折扣确实起到了排除竞争者的作用，才进行的判罚。因为，与限定交易不同的是，忠诚性折扣不具有绝对性，需要通过市场支配力，具体折扣条件等进行具体而全面分析。

因此，对于二选一问题，问题的关键在于二选一问题的合理性，需要从二

选一行为的环境，条款性质，以及企业的市场支配力各方面综合考虑。二选一并不都是不合理的，然而不合理的二选一条款也不应该因为无法推定企业的市场支配力就不进行法律监管。

2. 价格歧视

价格歧视在经济学中指对交易者索取不同的价格。价格歧视的问题不在于福利损失，而在于掠夺消费者剩余。通过对不同的消费者征收不同的价格，企业可以获得比只索取均衡价格时更高的利润，超额部分即来自于对消费者剩余的掠夺。

特别的，折扣在经济学中也是一种典型的价格歧视行为。

价格歧视也在反垄断法中第十七条中被禁止，即：

（六）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别待遇；

需要被禁止的价格歧视，是主观上为了掠夺消费者剩余而进行的价格歧视，例如现在的大数据杀熟问题。打车平台，旅游平台结合大数据方法，对老顾客征收高价，这无疑是为了掠夺消费者剩余而进行的行为。现在此类行为对社会总体福利的影响还不明确，但是从保护消费者的角度出发，此类问题也应当被禁止。此外，从限制竞争的角度，Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi（2016）也指出劣步的“pricing bot”即大数据定价算法会产生限制竞争的效果。

对于一般的打折和促销等行为，打折企业的目的往往不是掠夺消费者剩余，而是从经营角度出发的考虑，比如促销和减少存货。这时情况较为复杂。一般情况下，如果是为了清理存货，防止货物减值而进行清仓处理的打折是不存在问题的，但是“促销”在传统经济学中如果被认为是“掠夺性定价”，即以低于成本的价格销售来争夺市场份额，那么就可能存在问题。然而这些往往是商家的行为，而不是平台的行为，如果平台不具有商品的定价权，就不应让平台为此类行为负责。

因此在价格歧视问题上，应重点关心平台的定价权，和价格歧视的性质。现在旅游平台和打车平台，由于拥有定价权，大数据杀熟问题较为严重。那么如果按照市场占有率来判断，他们在相关市场不具有市场支配地位，是不是这些平台就可以随意进行价格歧视行为而不用受到法律约束呢？显然这是不合理

的，在“大数据杀熟”中即使没有证据表明该平台在相关市场存在市场支配力，然而“大数据杀熟”算法的成功已经证明了他们可以利用有限的市场力量和大数据方法的加持完成掠夺消费者剩余。诚然现在对于大数据杀熟这一现象还没有很完善的分析，但是在现有的法律框架下无法推定他们具有市场支配力，不应该是他们免于法律监管的理由。

八. 政策建议

到目前为止，平台经济的反垄断问题依然没有一个受到广泛认可的理论模型，然而大部分学者都认同的是，传统经济中的很多反垄断理论不适用于平台经济中。

由于我国反垄断法中第十三条，第十七条的存在，我国的反垄断分为两个步骤，判断市场支配力，再分别依照第十三条和第十七条进行判断。这种逻辑在传统经济中十分合理，但是在平台经济中就会产生一些问题。

首先，判断市场支配力在传统经济学中依靠市场占有率就可以得到很好的结果，但在平台经济中就很容易产生误判，甚至都很算出合理的市场占有率。在之前的3Q大战以用户规模为主要指标，这可能在即时通信行业比较合理，而现在电商平台往往说“GMV”网站成交金额，这就与之前的用户规模不平行。同时，无论是用户规模还是GMV，与传统经济模式中的计算市场份额的商品销量都不是一个概念，电商平台的“GMV”是商家出售给用户的，而不是平台出售的，不同的平台佣金比例不同，甚至淘宝网都不收取佣金。同时在平台经济中，平台的交叉外部性，平台粘性，转移成本等等，也都是影响平台市场支配力的重要因素，而这些因素想在现实中量化的应用都还面临很多挑战。

其次，在平台经济中，平台进行垄断行为对市场支配力的要求也相对降低了。目前热度较高的平台垄断问题如价格歧视和“二选一”，在反垄断法中均在第十七条中得到了规定。然而，并不应该因为无法推断市场支配力，就不对类似问题进行监管。在“3Q”大战中，最后最高法判断腾讯在相关市场不具有市场支配地位，二选一行不构成滥用市场支配地位。当然，从法院的角度应该严格按照法律法规进行判断，但是当时的3Q大战给网民利益带来了实质性的损害也是客观存在的，该行为也被工信部迅速叫停。

在欧盟竞争法中可以看出，Article101 的范围比我国第十三条宽泛很多，与上述两问题相关的法条均出现在 Article101 中，这也就是从理论上讲，欧盟可以不推定市场支配力而对类似行为进行处罚。然而在实际操作中，欧盟并没有忽视市场支配力这一因素，而是对经济影响，行为性质和市场支配力进行综合考虑。

在现在平台经济理论还不完善，很难给市场支配力判定划出一条清晰的界限，甚至这条界限可能根本不存在。另一方面，即使画出了这条界限，不具有市场支配力的平台就可以随意的“二选一”或者“大数据杀熟”，而不会损害商家和消费者吗？这也还没有答案。在这种情况下，更多地从行为本身的性质出发，从保护消费者的角度出发，从全面评估行为对社会福利影响的角度出发，综合法律监管和行政监管对平台企业行为进行规范，才是更合理的选择。

参考文献：

- [1]Lina M. Khan,Amazon's Antitrust Paradox, 126Yale L.J.(2016).
- [2]JOE S. BAIN, INDUSTRIAL ORGANIZATION (2d ed. 1968);
- [3]DONALD F. TURNER & CARLKAYSEN, ANTITRUST POLICY: AN ECONOMIC AND LEGAL ANALYSIS (1959);
- [4]Joe S. Bain, Workable Competition in Oligopoly: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence, 40 AM. ECON. REV. 35, 36-38 (1950).
- [5]MARC ALLEN EISNER, ANTITRUST AND THE TRIUMPH OF ECONOMICS: INSTITUTIONS, EXPERTISE, AND POLICY CHANGE 107 (1991).
- [6]ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF (1978).
- [7]Thomas M. Lenard, Introduction to the RIO Special Issue on Antitrust and the Platform Economy, Review of Industrial Organization (2019)
- [8]Evans, David S. (2003) "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets," Yale Journal on Regulation: Vol. 20: Iss. 2, Article4.
- [9]David S. Evans, Michael Noel,DEFINING ANTITRUST MARKETS WHEN FIRMS OPERATE TWO-SIDED PLATFORMS(2005)
- [10]David S. Evans, Richard Schmalensee, THE ANTITRUST ANALYSIS OF MULTI-SIDED PLATFORM BUSINESSES, NBER WORKING PAPER SERIES (2013)
- [11]Haucap, Justus; Stühmeier, Torben (2015) : Competition and antitrust in internet markets, DICE Discussion Paper, No. 199, ISBN 978-3-86304-198-4, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf
- [12]Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, How Pricing Bots Could Form Cartels and Make Things More Expensive, HARV. BUS. REV. (Oct. 27, 2016)
- [13] 《中华人民共和国反垄断法》
- [14] 《中华人民共和国反不正当竞争法》

[15] 《中华人民共和国电子商务法》

[16] 李剑. 市场力量、市场份额与信息不充分[J]. 现代法学, 2006(03):98-105 []

焦海涛. “二选一”行为的反垄断法分析[J]. 财经法学, 2018(05):78-92+117

[17] 姜奇平. 论互联网领域反垄断的特殊性——从“新垄断竞争”市场结构与二元产权结构看相关市场二重性[J]. 中国工商管理研究, 2013(04):12-14.

[18] 单姗, 曲创. 平台厂商市场势力的判定——提价能力的适用性分析[J]. 福建师范大学学报(哲学社会科学版), 2017(01):87-94+169

[19] 戚聿东. 资源优化配置的垄断机制——兼论我国反垄断立法的指向[J]. 经济研究, 1997(02):23-29