

平台经济领域垄断和反垄断问题的法律思考

王先林

(上海交通大学 凯原法学院, 上海 200030)

摘要:平台经济是互联网平台发展到比较高级的阶段而形成的一种新型经济形态,我国目前的平台经济在总体上呈现出垄断与竞争并存的局面,在相关细分领域基本呈现出高度集中的市场结构,但涉及垄断行为时则需要做具体分析。平台经济具有网络效应和跨界性等不同于传统经济的特点,反垄断理论和实践需要做出及时的回应和必要的变革,我国在平台经济领域反垄断需要注意竞争与创新的平衡等问题,并予以细化性的规则指引。互联网平台“二选一”和“大数据杀熟”等热点问题有构成垄断行为的可能,因此需要纳入反垄断法的制度框架进行严谨的竞争分析与法律论证。

关键词:平台经济;平台垄断;反垄断;反垄断法

中图分类号:DF411.91 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2021)04-0034-12

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2021.04.004

近年来,互联网平台作为数字经济时代重要的基础设施在提高我国经济发展效率和质量、丰富和方便人民生活等方面发挥着非常重要的作用,但与此同时,平台经济领域的垄断问题也日益受到关注,近期我国与欧美国家一样掀起了一股平台经济领域的反垄断热潮。平台经济领域的垄断和反垄断涉及的问题很多并且非常复杂,需要做冷静、客观和理性的讨论和分析。本文拟就平台经济领域的垄断和反垄断问题进行一些宏观思考,并就相关的热点问题进行法律分析,以作抛砖引玉。

一、我国平台经济的发展态势与垄断的基本情况分析

(一) 平台经济的基本含义和发展态势

从最基本的含义来说,平台是一种居中撮合、连接拥有多种需求且相互依赖的两个或多个不同类型的用户群体,为其提供互动机制,以促进不同用户群体之间的交互与匹配,满足彼此的需求,并将他们之间产生的外部性内部化的市场组织形态^[1]。从这个意义上来看,平台并非新生事物,古老的集市、

收稿日期:2021-03-03

基金项目:国家社会科学基金重点项目“强化反垄断促进平台经济健康发展研究”(21AZD017)

作者简介:王先林,男,中国经济法学会副会长,上海交通大学凯原法学院教授,博士生导师,法学博士,主要从事经济法和竞争法研究。

现代的商场都属于平台。但只有与互联网深度融合之后,作为生产力组织方式的平台经济才应运而生。现在所称的平台为互联网平台,“是指通过网络信息技术,使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互,以此共同创造价值的商业组织形态”。^①互联网平台的发展大致可分为三个阶段,从电商平台到行业平台再到平台经济。随着平台进入的产业领域变得越来越丰富,其对产业和产业组织变革的影响力越来越大,平台逐步由一种商业现象发展为一种经济形态。因此,现在所说的平台经济是指互联网平台发展到比较高级的阶段而形成的一种新型经济形态。虽然关于平台经济的含义有不同的视角和表述方式^[2],但从基本和共性的方面来看,平台经济就是由互联网平台协调组织资源配置的一种经济形态。

在过去的20多年里,我国的互联网产业发展迅猛,互联网平台异军突起,一大批平台型企业从无到有、从小到大,成为经济生活中举足轻重的力量。随着移动互联网快速普及和“互联网+”向垂直领域加速融合,近年来我国平台经济保持良好发展态势,表现出头部平台崛起、中小平台快速成长以及越来越多行业出现平台引领的新特征,成为壮大数字经济发展的新动能。相关研究表明,我国平台经济保持快速发展势头,特别是过去5年,我国平台经济进入大规模发展的时期。截至2019年年底,我国价值超10亿美元的数字平台企业达193家,比2015年新增了126家。从价值规模看,2015年至2019年,我国数字平台总价值由7957亿美元增长到2.35万亿美元,年均复合增长率达31.1%。一方面,中小型数字新平台在不断涌现。2019年市场价值在10亿美元以上100亿美元以下的平台数量比2015年增加了108家,数量增长了近2倍,市场价值增长了151.9%。另一方面,中小型平台也在不断成长。与2015年相比,截至2019年共有18家平台加入到了100亿美元以上的行列,数量增长1.5倍,市场价值增长了204.3%。^②

近年来,在大数据、物联网、人工智能等科技创新的背景下,我国的产业和互联网进一步融合,平台经济通过资源整合和共享,促进了我国经济的高质量发展。正如《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(国办发〔2019〕38号)所指出的,互联网平台经济是生产力新的组织方式,是经济发展新动能,对优化资源配置、促进跨界融通发展和大众创业万众创新、推动产业升级、拓展消费市场尤其是增加就业,都有重要作用。中央财经委员会第九次会议也充分肯定了近年来我国平台经济快速发展及其在经济社会发展全局中的地位和作用,指出“平台经济有利于提高全社会资源配置效率,推动技术和产业变革朝着信息化、数字化、智能化方向加速演进,有助于贯通国民经济循环各环节,也有利于提高国家治理的智能化、全域化、个性化、精细化水平”。^③

(二) 我国平台经济领域在总体上呈现垄断与竞争并存局面

目前,我国平台经济发展的总体态势是好的、作用是积极的,同时也存在一些突出问题。其中,一些平台企业发展不规范、存在风险,平台经济发展不充分、存在短板,监管体制不适应的问题也较为突出。^④随着平台竞争已经成为我国互联网竞争的主要形式,有关平台垄断的质疑和争议越来越多,平台反垄断的话题和执法行动越来越受到关注。

通常所说的“平台垄断”,是指平台经济中常见的“赢者通吃”现象可能演化为少数垄断平台长期

^①参见《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第2条。

^②参见中国信息通信研究院、智研咨询:《全球及中国平台经济发展态势分析:2019年全球平台经济继续保持快速增长》,载中国产业信息网, <https://www.chyxx.com/industry/202012/919697.html>,最后访问日期:2021-01-12。

^③参见中央财经委员会第九次会议报道稿,载中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/15/content_5593154.htm,最后访问日期:2021-04-18。

^④参见中央财经委员会第九次会议报道稿,载中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/15/content_5593154.htm,最后访问日期:2021-04-18。

维持“通吃赢家”地位,对良性市场竞争和消费者福利造成损害^[3]。而从反垄断法的角度来说,平台经济领域的垄断问题还是要回归到现有法律的认定和分析层面,即是指平台企业作为经营者所实施的垄断行为,包括达成垄断协议,滥用市场支配地位,以及具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。从更广泛的意义上来说,还涉及在这个领域的滥用行政权力排除、限制竞争的问题,但受到关注的还是前述平台作为经营者所实施的垄断行为。而要在平台经济领域进行反垄断,首先就需要对平台经济领域的垄断状况进行初步的分析和基本的判断。

在看到我国平台经济在总体上快速发展或者平台经济领域在总体上激烈的市场竞争状况的同时,还需要看到不同领域的平台经济发展状况以及相应的垄断和竞争状况是存在明显差异的,这就需要结合电子商务、社交网络、金融科技和数字媒体等细分市场或者具体场景进行分析。就作为分析平台经济领域的市场竞争和垄断状况逻辑起点的相关市场界定来说,通常就至少要分为电子商务、即时通信、本地生活服务、搜索引擎、移动出行、第三方移动支付、数字音乐和网络视频等不同的平台类型,每类平台都有各自的特点,相应的市场竞争和垄断状况也不尽相同,有的一家独大,有的双寡头,有的则是多寡头。总体来说,我国头部平台企业特别是BAT(百度、阿里巴巴、腾讯)通过收购、控股、参股等方式将其业务范围向多个领域渗透,而得到头部平台应用巨头加持的业务具有非常明显的优势。同时,我国目前平台经济的每个细分领域基本都呈现出高度集中的市场结构,并都持续了较长时间,但不同细分领域的具体竞争态势与竞争强度仍有所区别。

当然,由于垄断者的行为不等于垄断行为,因此即使我国目前的平台经济领域存在垄断结构(如“一家独大”),也不一定意味着就有反垄断法意义上的垄断行为。这既需要区分经济学上的垄断(强调垄断结构)和法律上的垄断(强调垄断行为),也需要结合具体行业的情况进行深入具体的分析。毋庸讳言,近年来我国的一些头部平台企业不断被指控存在涉嫌垄断行为,特别是限定交易行为,这突出地表现为近年来愈演愈烈、社会关注度非常高的电商等平台的“二选一”现象;同时,一些商旅平台和外卖平台存在的“大数据杀熟”以及一些头部平台针对初创企业和新生企业的大规模并购等问题也引起了很大的关注。此外,从产业特点来看,平台经济具有交叉网络效应和跨界影响的杠杆效应,并且产业成熟的周期在不断缩短,如果不加干预地放任其无序发展,“强者愈强,弱者愈弱”的局面将会成为定局。凭借技术和资本的巨大优势,一些平台企业的经营规模迅速扩张、业务领域快速扩大,形成了更强的用户黏性,损害消费者的情况也时有发生,中小微企业的生存空间被大大压缩。特别是一些巨型平台企业通过先引入资本进行大量补贴的手段把同行竞争者赶出市场,再在垄断市场后进行涨价。而且,一些巨型平台企业的业务牵涉千家万户,一旦形成“大而不能倒”的情况就会酝酿系统性风险,并将风险转移至银行。

有研究进一步指出,随着互联网的普及率超60%与平台竞争的加剧,我国互联网新增人口红利消失殆尽,平台凭借低获客成本实现流量变现、粗放增长的自由竞争阶段一去不复返,全面转入以专业化程度高、智力输入密集、商业模式创新、前端消费互联网深度整合后端产业互联网为特征的“分层式垄断竞争”新阶段,而平台垄断即为“下半场”最突出的市场结构特征。自由竞争时期互联网平台朝气蓬勃,其中赢者通吃的佼佼者更以鲁宾逊式开拓精神创造出惊人的物质财富,引领互联网经济巨轮驶入寡头垄断的“下半场”。但随着垄断降临,用户人数触顶的头部平台获得信息交易市场主宰权,以平台“价格最大化”准则取代原“用户人数最大化”准则,并通过“跟涨不跟跌”竞争策略选择拟保留平台数量,使价格与最后一家平均成本一致,引发社会信息交易总成本大幅上涨,最终殃及效率、公平、社会福利与经济增长最大化^[4]。

但同时,我们也应该认识到,如同其他经济领域一样,平台经济领域的垄断是与竞争相伴而生的。实际上,我国平台经济领域的竞争仍然是很激烈的,不仅在同一平台内的不同主体(平台内经营者)之

间存在内部竞争,而且在两个或者两个以上的平台(平台经营者)之间也存在外部竞争。一方面由于前述的网络效应、双(多)边市场等固有特点使得平台经济领域容易存在“一家独大”和“赢者通吃”的现象,而另一方面互联网领域的动态竞争等特点又使得这种市场领先者的地位处于不稳定的状态。例如,在我国细分市场的BAT三巨头“一家独大”的格局下,仍然成长出了像字节跳动、美团、拼多多和快手等新的大型互联网平台企业,而且百度的市值规模早已被多个后来者超越。因此总的来说,目前我国平台经济领域是垄断与竞争并存的态势,虽然垄断行为时有发生,且在一些方面表现得还比较突出,但竞争也仍然存在,甚至还很激烈。

此外,在看待平台经济领域的垄断与竞争状况时还需要重视经济学家提出的“竞争者举报悖论”现象,^①这提醒我们需要注意在平台企业的竞争对手之间举报垄断的背后可能恰恰存在激烈的竞争。实际上,经济学家在多年前就提到在经营者集中领域也存在类似的情形。根据威廉姆斯模型,如果一起兼并引起其他有竞争关系的企业的反对的话,那么很大可能是因为这些兼并会大大提高兼并企业的规模效益,从而给其他企业带来不利,但这样的兼并正是社会所需要的;如果一起兼并没有引起其他有竞争关系的企业的反对,甚至得到它们的拥护,那么这些兼并有很大可能会减少该行业的竞争,但这种兼并正是需要加以制止的。因此,竞争者对一项兼并的态度,跟社会的偏好往往是相反的,根据它们的(真实)态度来判断一项兼并是否对社会有利,极可能会得到错误的结论^[5]。这当然不是说,对受到同行举报的平台企业并购等垄断行为可以置之不理,但至少也要深入分析其背后的真实情况,以便作出正确的判断。

二、平台经济领域垄断问题的复杂性与反垄断需要注意的问题

(一) 平台经济的特点对反垄断规制带来的影响

作为互联网平台发展到比较高级的阶段而形成的一种新型经济形态,平台经济具有一些不同于传统经济的特点。这些特点可以从不同的角度去观察和概括,主要有网络效应、赢者通吃、多边市场、大数据匹配效应、动态创新性、跨市场性等。从经济学原理出发,其中的网络效应和跨市场性的特点是特别明显和重要的。而网络效应又可分为直接网络效应和间接网络效应,前者是指同一市场内用户之间的相互依赖性,即同一产品用户的收益随着用户数量的增加而增加;后者是指用户使用一种产品的价值取决于该产品互补品的数量和质量,在互联网平台的场合即是平台一边用户数量的增加可提高平台另一边用户的经济效益。而“许多(可能是绝大部分)存在网络外部性的市场都是双边(或者多边)市场”^[6]。实际上,平台就是联接不同用户群的产品或服务的双边或者多边市场,双(多)边市场构成平台经济的固有属性。正是由于这种直接和间接的网络效应,平台经济领域中的规模经济和范围经济明显,平台市场的发展明显存在垄断或者寡头垄断的趋势,存在所谓“赢者通吃”的现象。这也就是互联网领域的梅特卡夫法则,即网络价值以用户数量的平方的速度增长。正是由于这种梅特卡夫法则现象的存在,在网络外部性的作用下,互联网特别是其中的互联网平台经济领域很容易形成“赢者通吃”的局面。市场结构趋于垄断,成为互联网平台经济发展的普遍现象。相关数据表明,截至2019年年底,全球市值排名前十的企业中有8家为数字平台企业,市值规模达到6.23万亿美元。^②

^①笔者在最近的多个会议上注意到于立教授在发言中提到这个悖论,但尚未查到这方面的具体的分析文献。

^②参见中国信息通信研究院、智研咨询:《全球及中国平台经济发展态势分析:2019年全球平台经济继续保持快速增长》,载中国产业信息网, <https://www.chyxx.com/industry/202012/919697.html>,最后访问日期:2021-01-12。

相关经济学理论运用“企业—市场”二重性的视角来解释平台经济领域的这种现象的原因和合理性。具体来说,互联网平台在本质上同时具有企业和市场的双重性质。作为在市场上竞争的企业,平台的最大特征是具有跨边网络外部性,即平台一侧的用户会关注平台另一侧(或数侧)的用户数量,因而平台往往是双边或多边的,它会同时和多类用户发生交互。正是这一特征使得平台市场上经常出现一两家企业占据整个市场的现象,“一家独大”是平台市场结构的一个重要特征。而从经济学的角度来看,一方面,这种统一的、整合的市场使得资源得到更有效率的配置;另一方面,平台的其他几个特点也可以制约“一家独大”的平台的力量,包括多归属的存在让占据了高份额的平台企业不敢轻易为所欲为,跨边网络外部性在带给平台企业野蛮生长的动力的同时也给它们带来了更为严酷的竞争威胁,跨界竞争的普遍存在导致平台之间的竞争空前激烈,以及技术的迅速迭代导致的“熊彼特式创新”令平台企业即使占有了高市场份额也难以长期保持市场力量^[7]。

平台经济的这些特征,一方面使得这个领域的反垄断显得更为重要和迫切,以便有效抑制平台企业的垄断行为,防止资本的无序扩张;另一方面也使得这个领域的反垄断面临着更为复杂的情况,从相关市场界定、市场支配地位认定到滥用行为的构成和抗辩理由等方面都在受到挑战。例如,与传统企业不同的是,平台可能与多类用户进行交互,因此在界定相关市场中,一个重要的问题就是究竟是要根据不同的用户分别界定相关市场,还是只界定一个相关市场,而这需要区分具体案例中是企业与企业的关系,还是市场与市场的关系;又如,主要运用市场份额、赫芬达尔—赫希曼指数(HHI指数)等结构性的指标来判断市场支配地位的传统反垄断分析方法,在以高集中度为基本特点的平台市场上就基本失去了意义,而对潜在竞争状况的分析可能更具有意义;再如,由于互联网平台的用户多归属性以及交叉补贴等特点,分析评价平台经济领域的价格歧视、掠夺性定价和搭售等滥用市场支配地位行为,也不能直接套用传统的反垄断分析方法。这正如诺贝尔经济学奖得主让·梯若尔针对平台经济领域的反垄断所指出的:“对反垄断从业者来说,困难在于那些源于标准市场的传统智慧不再有效:不能再孤立地研究市场的一端,因为其定价非常依赖于市场此端新增一名成员给市场彼端成员所带来的收益。甚至一些没有市场力量的小平台也会展示出非常倾斜的定价模式:对市场一端制定低价(通常是零价格),而对市场其他端则制定很高的价格。反垄断当局不能轻率作出决定,认为这种定价就是实施掠夺和垄断价格的直接证据。”^[6]

面对平台经济领域的新特点及其给反垄断规制带来的现实挑战,反垄断理论和实践需要作出及时的回应和必要的变革,以适应实际的需要。例如,有经济学家就建议在评估多边平台的市场势力时,为了保证评估的经济可靠性,竞争监管机构和法院应该注意线上平台企业与其他行业存在差异的三个特性:多边平台提供服务的不同参与者群体的需求具有相互依赖性;许多线上企业使自己的平台对一方参与者免费开放甚至提供补贴,然后对另一方消费者群体收费并从中获取利润;线上平台通常寻求渐进式创新以求在吸引多边参与者时获得优势,但如今线上平台往往面临越来越多的颠覆式创新企业从它们那里抢走消费者^[8]。显然,在涉及平台经济领域反垄断的其他很多方面也需要注意到类似的差异性,以避免将传统反垄断分析方法直接套用到平台经济领域的相关行为分析时可能出现的错误。

(二) 我国在平台经济领域适用反垄断法需要注意的问题

基于我们平台经济领域的垄断情况和反垄断的复杂性,对我国目前平台经济领域的垄断问题既不能视而不见、坐视不管,也不能任意夸大、以偏概全,更不能搞舆论审判,对大型平台企业扣上“垄断”(这里指垄断行为)的帽子,而应本着实事求是的态度,依法进行专业的分析和审慎的处理,避免被一些非理性的舆论绑架。笔者认为,这是对待目前中央关于“强化反垄断和防止资本无序扩张”应有的

态度。正如《人民日报》针对阿里巴巴因实施“二选一”等涉嫌垄断行为被市场监管总局立案调查的评论文章所指出的,平台经济领域反垄断“并不意味着国家对平台经济鼓励、支持的态度有所改变,恰恰是为了更好规范和发展平台经济,引导、促进其健康发展,以期为中国经济高质量发展做出更大贡献”。^①在2021年4月10日市场监管总局公布对该案的处罚结果时,《人民日报》发表的题为《推动平台经济规范健康持续发展》的评论文章也表达了同样的意思。^②

总体来说,现有反垄断法的基本制度、规制原则和分析框架在平台经济领域仍然是可以适用的。这也正是我国目前平台经济领域反垄断的基本理由和法律依据。但同时,前述平台经济领域的特点对反垄断提出了不少的难题,反垄断法在这个领域的规制思路和监管措施就需要作出相应的变革。事实上,在平台经济领域适用反垄断法,特别是其中的滥用市场支配地位规制制度,涉及很多方面的复杂问题,既存在数字经济条件下相关市场界定的问题,也有市场支配地位的认定和滥用市场支配地位行为的构成以及相关抗辩是否成立等问题。其中,是否需要界定以及如何界定相关市场、数据是否构成市场支配地位的要素、隐私保护是否应作为一种非价格竞争(质量竞争)的维度纳入反垄断分析框架予以考量等,都是目前各界存在重大争议的问题,也对相关立法完善或者规章和指南的制定提出了要求。^③因此,除了遵循反垄断法滥用市场支配地位规制制度的一般分析框架外,还需要考虑平台本身的特点。其中,平台经济反垄断的特殊性在很大程度上源自平台企业定价策略的特殊性,如果简单套用传统的单边市场的政府管制理论,就极有可能致使平台交易规模和用户参与规模齐降,破坏平台经济内在的运行质量参数,陷入“一损俱损”的发展困境。现阶段以产品价格和质量为核心的需求替代分析不能适应多边平台以跨界竞争为主的平台经济的现状,以市场份额和营业额为标准的企业规模认定也逐渐被用户活跃数与有效转化率等指标替代。从国内外实践来看,平台经济领域常常存在激烈的“熊彼特式竞争”,市场占有率较高的平台企业依然面临巨大的竞争压力^[9]。

基于此,在我国平台经济领域适用反垄断法时应当注意竞争和创新的平衡,即在坚持保护和促进竞争的宗旨和前提下,秉持在包容审慎理念指导下的依法监管原则,以保护创新为政策目标,促进平台经济规范有序创新健康发展,也就是要达到《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第1条所要达到的目标。反垄断促进平台经济规范有序和健康发展是题中应有之义,而同时强调促进平台经济创新发展是非常必要的。由于平台经济领域的技术和创新密集,这个领域反垄断执法的重要目的就是鼓励和促进创新,因此更需要体现出这一精神。此外,在当前强化平台经济领域反垄断的大背景下,还有利于打消人们的一些不必要的焦虑和误解,体现维护竞争与激励创新的平衡和协调。

具体来说,在我国平台经济领域适用反垄断法,一方面要做到包容创新,通过给予互联网平台创新发

^①参见余超:《加强反垄断监管是为了更好发展》,载人民日报客户端, <http://opinion.people.com.cn/n1/2020/1224/c1003-31977402.html>,最后访问日期2021-01-11。

^②参见智春丽:《推动平台经济规范健康持续发展》,载人民日报客户端, <http://opinion.people.com.cn/n1/2021/0410/c1003-32074529.html>,最后访问日期:2021-04-18。

^③2021年2月7日公布并实施的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》在不少方面已经进行了非常有益的探索,例如其第4条中关于相关商品市场界定的规定就比较充分地体现了平台经济的特点:“平台经济领域相关商品市场界定的基本方法是替代性分析。在个案中界定相关商品市场时,可以基于平台功能、商业模式、应用场景、用户群体、多边市场、线下交易等因素进行需求替代分析;当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时,可以基于市场进入、技术壁垒、网络效应、锁定效应、转移成本、跨界竞争等因素考虑供给替代分析。具体而言,可以根据平台一边的商品界定相关商品市场;也可以根据平台所涉及的多边商品,分别界定多个相关商品市场,并考虑各相关商品市场之间的相互关系和影响。当该平台存在的跨平台网络效应能够给平台经营者施加足够的竞争约束时,可以根据该平台整体界定相关商品市场。”

展的机会和必要的试错空间,来鼓励和促进创新。这既是基于对互联网平台本身动态变化的特殊性的把握,也是基于当前国际竞争的大背景和互联网产业发展、科技进步的现实情况所作的整体考虑。基于反垄断法的错误成本理论,在快速发展的技术创新市场,过早干预或者过度干预都极易破坏整个互联网行业的发展生态,甚至挫伤互联网企业的创新动力,反倒对整个互联网行业的长远发展造成不利影响。另一方面要做到审慎监管,避免从不监管、松监管的极端,走向过度监管、过严监管的另一个极端。反垄断执法的专业性强,要用科学、合理、专业的分析工具,避免过分依赖市场份额和市场结构的分析方法,要重视个案中竞争损害及行为效率的分析,而不能被一些比较极端的舆论所误导。给予市场更多的空间和时间实现自我调节,对我国平台经济的长期发展和参与国际竞争具有重要的意义,也是实现有效市场和有为政府有机结合所需要的。进一步来说,在进行具体的反垄断执法过程中,除了需要遵守程序规则外,还要在实体的处理上体现包含了适当性原则、必要性原则和均衡性原则的比例原则^[10]。

毫无疑问,平台经济领域反垄断的出发点和落脚点都应是依法监管,也就是依据反垄断法所确立的实体和程序规则来进行相应的分析和认定,做到不枉不纵。在平台企业的相关涉嫌违法行为(如“二选一”)已有比较充分的表现、其危害性日益突出时,反垄断执法机构就需要及时出手、精准执法。这意味着,强调包容审慎的前提是有执法行为,如果不存在执法行为而谈论包容审慎是没有意义的,甚至是放纵违法行为。在包容慎重的理念下仍然可以而且也应当有所作为。这就要求对各类市场主体一视同仁,依法依规实施公平公正执法,平等保护各类市场主体合法权益,维护公平竞争的市场环境。这正如2021年1月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《建设高标准市场体系行动方案》第41条所指出的:“健全对新业态的包容审慎监管制度。按照鼓励创新、平等保护原则,对新技术、新产业、新业态、新模式等实行包容审慎监管,分类实行相应的监管规则和标准,加强和规范事中事后监管,不得简单化予以禁止或者不予监管。”^①《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》在第3条第2项和第3项中也明确规定:“反垄断执法机构将根据平台经济的发展状况、发展规律和自身特点,结合案件具体情况,强化竞争分析和法律论证,不断加强和改进反垄断监管,增强反垄断执法的针对性和科学性。营造竞争有序开放包容发展环境,降低市场进入壁垒,引导和激励平台经营者将更多资源用于技术革新、质量改进、服务提升和模式创新,防止和制止排除、限制竞争行为抑制平台经济创新发展和经济活力,有效激发全社会创新创造动力,构筑经济社会发展新优势和新动能。”这里的原则规定是非常必要的、合理的,值得充分肯定,这有利于实现在我国平台经济领域竞争与创新的协调兼顾。

实际上,我国对平台经济的有序创新和健康发展一直是非常重视的,近年来国家先后出台了相关的指导文件,我国反垄断执法机构已经不断地对主要平台企业进行相关的行政指导和执法行动。特别值得注意的是,于2020年12月先后召开的中央政治局会议和中央经济工作会议以及2021年的政府工作报告和中央财经委员会第九次会议都强调“强化反垄断和防止资本无序扩张”。这意味着我国互联网平台经济领域的反垄断将会得到强化,也对我国反垄断法的修订、相关反垄断指南的制定以及具体的反垄断执法和司法行动都提出了新的要求。2021年2月7日公布并实施的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)正是体现了对在我国平台经济领域具体适用《反垄断法》所进行的有针对性的规则指引。今后一段时间的主要问题就是《指南》能否得到正确的理解和合理的适用,并在总结实践经验的基础上进一步完善《指南》和《反垄断法》。2021年4月10日国家市场监督管理总局依法对阿里巴巴集团“二选一”等行为作出行政处罚,责令其停止违法行为,并处以其2019年销

^①参见中共中央办公厅、国务院办公厅:《建设高标准市场体系行动方案》,载中国政府网, http://www.gov.cn/zhengce/2021-01/31/content_5583936.htm,最后访问日期:2021-01-31。

售额4%计182.28亿元的罚款,同时进行行政指导。^①这既是国务院反垄断执法机构认定互联网平台实施滥用市场支配地位的第一案和迄今为止我国反垄断执法领域罚款金额最高的案件(在全球范围内也名列前茅),也是对《指南》所阐释的原则和方法的一次系统运用。

三、我国平台经济领域两个热点问题的反垄断法律分析

(一) 关于“二选一”行为的反垄断法律分析

“二选一”是社会公众对于平台经营者不合理要求平台内经营者不得在其他竞争性平台经营等的概括性说法。随着近年来平台竞争的加剧,电子商务等平台领域的“二选一”现象愈演愈烈,其危害也日益显现。首先,作为限定交易行为在平台领域的典型表现,平台实施“二选一”行为通过限制交易对方的选择权,为市场设置了障碍和壁垒来排斥竞争对手的行为,违背了自由公平竞争的市场准则,扰乱了正常的市场竞争秩序,阻碍了资源和信息的自由流动,违背了互联网开放共享的理念。其次,平台“二选一”行为通过使得平台内经营者(合作方)被迫站队,放弃与其他平台的合作机会的方式,直接损害了其他平台经营者(竞争者)和平台内经营者的交易机会和经济利益,也明显影响了消费者的选择机会和消费利益。最后,平台“二选一”行为最终也破坏了平台领域的营商环境,损害了中小企业的利益,不利于大众创业万众创新和平台经济的规范健康发展^[11]。

互联网平台“二选一”行为的不断出现,引发了反垄断法能否为这类现象提供有效的执法依据的讨论。实际上,这方面我国近几年已经有了相关的司法诉讼案件,如2017年北京市高级人民法院受理的京东诉天猫“二选一”滥用市场支配地位案,2019年11月5日广州知识产权法院受理的广州格兰仕生活电器商业有限公司、佛山市顺德格兰仕生活电器销售有限公司诉浙江天猫网络有限公司、浙江天猫技术有限公司滥用市场支配地位纠纷一案等。而我国的行政执法方面,以往多数是依据《反不正当竞争法》进行调查和处理的,这在很大程度上可能与反垄断调查所需要的相关市场界定和市场支配地位认定的困难有关。例如,此前饿了么与美团均因存在“二选一”等不正当竞争行为而多次被地方市场监督管理局调查罚款,多地市场监督管理局均以涉嫌不正当竞争为由对两家线上外卖平台展开调查,责令停止违法行为并处以罚款;^②国家市场监督管理总局也于2021年1月依法对唯品会(中国)有限公司涉嫌不正当竞争行为立案调查,并于2021年2月8日对该公司作出行政处罚决定,处罚金额为300万元。^③但在2020年12月24日,国家市场监督管理总局宣布根据举报,依法对阿里巴巴集团控股有限公司实施“二选一”等涉嫌垄断行为立案调查,并且在2021年4月10日作出了前述的行政处罚。同时,国家市场监管总

^①参见国家市场监督管理总局:《市场监管总局依法对阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出行政处罚》,载国家市场监督管理总局官网,http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210410_327702.html,最后访问日期:2021-04-10。

^②例如,浙江省金华市市场监督管理局在2017年11月14日对三快公司(美团)金华分公司作出行政处罚决定,罚款8万元;2019年3月四川省通江县市场监督管理局对美团罚款25万元;2019年9月安徽省天长市市场监管局对饿了么罚款10万元;2020年12月广东省汕头市潮阳区市场监督管理局对饿了么罚款3万元。值得注意的是,2021年2月浙江省金华市中级人民法院一审判决美团不正当竞争,需赔偿饿了么100万元,而本案涉及前述浙江省金华市市场监督管理局的那份行政处罚决定。参见《南方都市报》2021年2月27日的报道《饿了么诉美团“二选一”一审获赔100万 双方曾遭多地处罚》,<http://www.51caijia.com/qiye/672737.html>,最后访问日期:2021-04-18。其中,(2019)浙07民初402号的上海拉扎斯信息科技有限公司与北京三快科技有限公司不正当竞争纠纷一案民事判决书可在中国裁判文书网查询。

^③参见国家市场监督管理总局:《市场监管总局对唯品会(中国)有限公司不正当竞争行为作出行政处罚》,载国家市场监督管理总局官网,http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202102/t20210208_325978.html,最后访问日期:2021-02-21。

局官网也公布了近期上海市市场监管局依法对上海食派士商贸发展有限公司在互联网餐饮外送平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出的行政处罚。^①这意味着今后会更更多地针对这类行为进行反垄断执法,尤其是在前述《指南》已经公布和实施的情况下。

实际上,《指南》对“二选一”行为进行了必要的回应,其第15条有关限定交易的规定中对此进行了明确规定,即具有市场支配地位的平台经济领域经营者,可能滥用市场支配地位,无正当理由对交易相对人进行限定交易,排除、限制竞争。分析是否构成限定交易行为,可以考虑的因素之一就是包括要求平台经营者在竞争性平台间进行“二选一”,或者限定交易相对人与其进行独家交易的其他行为。同时,《指南》从惩罚性措施和激励性措施两个角度,进一步细化了判断“二选一”等行为是否构成限定交易的标准:平台经营者通过屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制,因对市场竞争和消费者利益产生直接损害,一般可以认定构成限定交易行为;平台经营者通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式实施的限制,如果有证据证明对市场竞争产生明显的排除、限制影响,也可能被认定构成限定交易行为。这是根据近年来互联网平台竞争的实际情况和相关执法经验作出的合理规定,有利于对竞争性平台间进行“二选一”或者其他具有相同效果的行为进行反垄断分析和认定处理。

这样,在认定平台“二选一”是否构成滥用市场支配地位行为时,需要在反垄断法禁止限定交易的制度框架下进行。一方面,需要在界定相关市场的基础上认定相关平台经营者具有市场支配地位这一前提性的主体要件;另一方面,需要对具有市场支配地位的平台经营者是否存在实施限定交易的行为,以及该行为是否产生了排除、限制竞争的效果、是否有正当的理由进行具体分析。在具体认定时,需要将相关平台通过服务协议和交易规则等方式限制、排斥经营者参加其他平台组织的经营活动等本领域特定的行为纳入考虑之中,关键还是要分析实施该行为是否对市场竞争产生排除、限制的效果,包括平台内经营者和消费者的选择机会是否受到不当限制,其他平台内经营者是否被不当排挤,新的市场进入是否受到严重阻碍。显然,平台“二选一”行为对竞争对手产生了较为明显的封锁、排斥效果,遏制在位竞争者的发展,影响潜在竞争者进入市场,排除、限制了市场竞争,除非平台能够证明其有正当的理由。因此,在经过具体的经济和法律分析后,这种行为被认定为构成滥用市场支配地位的可能性还是很大的。值得肯定的是,前述国家市场监督管理总局对阿里巴巴集团控股有限公司和上海市市场监管局对上海食派士商贸发展有限公司实施“二选一”行为的调查处理都很好体现了这种分析的专业性和细致性,特别是都进行了深入的经济学分析。

需要注意的是,在我国目前涉及电子商务领域“二选一”行为的法律规制除了《反垄断法》之外,还有《反不正当竞争法》和《电子商务法》,因此就存在这三部法律在适用中如何协调的问题。总体来说,电子商务领域的限定交易行为涉及不同法律的适用,在其涉及技术手段时存在适用《反不正当竞争法》第12条的空间(如前述市场监管总局对唯品会的处罚),但更多的还是要在《反垄断法》的分析框架下进行适用,《电子商务法》第22条则是在进行这种具体分析时的特别考虑因素,而《电子商务法》第35条是对电子商务平台经营者(相对于电子商务经营者)相对优势地位的专门规定。当然,平台经济领域经营者限定交易如果具有正当理由,包括为保护交易相对人和消费者利益、为保护知识产权、商业秘密或者数据安全所必须以及为维护合理的经营模式所必须等,可以依法提出抗辩。不过,从目前存在的相关情况来说,这种证明任务是很难完成的,在前述两案中也都没有得到认可。

^①参见上海市市场监管局:《上海市市场监管局依法对上海食派士商贸发展有限公司在互联网餐饮外送平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出行政处罚》,载国家市场监督管理总局官网,http://www.samr.gov.cn/xw/df/202104/t20210412_327765.html,最后访问日期:2021-04-12。

(二) 关于“大数据杀熟”行为的反垄断法律分析

“大数据杀熟”也是近年来备受消费者关注和质疑的一种平台竞争行为,通常是指平台企业在利用大数据把握用户的需求,根据用户的各种需求提供更多的个性化服务的过程中,向不同的用户收取不同的价格,出现了“越老”的用户价格越高的奇怪现象。例如,打车软件对相同客户收取不同的费用,订酒店时会员比普通用户花钱更多,订机票时“高端客户”支付的票价更高等。“大数据杀熟”正是社会公众对互联网平台利用大数据和算法对用户进行“画像”分析,从而收取不同价格等行为的概括性说法。而从反垄断法的角度来看,“大数据杀熟”有可能构成滥用市场支配地位中的差别待遇行为,因此就需要从反垄断法中禁止滥用市场支配地位制度的视角进行分析。

具体来说,差别待遇,或称歧视待遇,是指具有市场支配地位的经营者没有正当理由而对条件相同的交易相对人提供不同的价格或者其他交易条件,致使有的交易相对人处于不利的竞争地位。由于价格是交易条件的最主要和最典型的方面,因而价格歧视或者歧视性定价是差别待遇的一种主要和典型的表现形式。价格歧视表现为经营者在提供或者接受商品时,对不同的客户实行与成本无关的价格上的差别待遇。价格歧视的违法构成要件除了行为人具有支配地位之外,还要求具有以下构成要件:存在价格歧视行为、价格歧视损害竞争以及该歧视行为不具有合理性。我国《反垄断法》第17条禁止经营者滥用市场支配地位,无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。《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》还对交易条件、条件相同和正当理由作了进一步明确。但这些规则在适用到互联网平台的“大数据杀熟”行为时还需要进一步厘清所涉的相关技术问题。

除了《反垄断法》以外,我国现有的其他法律规范也对“大数据杀熟”行为有所涉及。例如,《电子商务法》第18条规定:“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的,应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项,尊重和公平保护消费者合法权益。”又如,《在线旅游经营服务管理暂行规定》第15条规定:“在线旅游经营者不得滥用大数据分析等技术手段,基于旅游者消费记录、旅游偏好等设置不公平的交易条件,侵犯旅游者合法权益。”显然,这些规范要么比较笼统,要么规制手段不足,用来规制“大数据杀熟”行为的实际作用还是非常有限的,这种行为的有效规制最终还是要依据反垄断法。

从反垄断法的角度来说,如果某个“大数据杀熟”行为被认定为垄断行为,那么首先要认定该平台经营者在相关市场上具有市场支配地位,同时要认定平台实施了差别待遇的行为,并且这种行为产生了排除、限制竞争的效果且没有正当的理由。在某个平台的市场支配地位这一前提性的主体要件能够成立的条件下,关键的问题就是接下来的竞争分析。这方面的问题非常复杂,需要考虑很多专业的问题。好在前述《指南》的发布实施为分析和处理“大数据杀熟”行为提供了更为明确的规则依据和分析方法。《指南》第17条第1款第1项明确了构成差别待遇可以考虑的因素,其中就包括平台经济领域经营者基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等,实行差异性交易价格或者其他交易条件。同时,关于认定交易相对人是否“条件相同”,《指南》第17条第2款特别规定,平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同。这样在实践中,如果平台经济领域经营者具有市场支配地位,对不同的消费者实施不同的交易价格等交易条件,就可能构成差别待遇行为。^①同样,平台经济领域经营者实施“大数据

^①参见国务院反垄断委员会办公室负责同志就《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》答记者问,载国家市场监督管理总局官网,http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/202102/t20210207_325971.html,最后访问日期:2021-02-21。

杀熟”等差别待遇行为如果具有正当理由,包括根据交易相对人实际需求且符合正当的交易习惯和行业惯例实行不同交易条件,针对新用户在合理期限内开展的优惠活动,基于平台公平、合理、无歧视的规则实施的随机性交易等,也可以依法提出抗辩。这些更具针对性的相对细化的规定有利于我国今后对这类行为进行反垄断执法。当然,在具体的反垄断执法或者民事诉讼中,认定“大数据杀熟”行为构成差别待遇还有很多障碍。

一方面,对价格歧视等差别待遇行为的法律构成要件需要准确地把握,而这又是很不容易的。原则上,具有市场支配地位的经营者也可以当产品在不同市场上作不同的用途时对同一产品实行不同的价格。实际上,不同的用途可以作为区别不同交易的一个客观因素,它允许具有市场支配地位的经营者在定价行为中考虑不同产品市场上的不同市场条件。价格歧视与合理的价格差别的界限往往并不是很明确的,价格歧视对市场竞争的损害也并不是绝对的,因此在认定价格歧视时需要把握其违法的构成要件。一般来说,违法的价格歧视行为需要具备以下构成要件:(1)行为人占支配地位;(2)存在价格歧视行为;(3)价格歧视不具有合理性;(4)价格歧视损害竞争^[12]。基于这四项要件,一些具有价格歧视的外观的行为(价格差异),如适应竞争、成本差别、交易数量差别、条件变化等,就不应当被认定为价格歧视。

另一方面,也是最主要的难点,在于“大数据杀熟”行为的证据获取和认定非常困难。随着技术的发展,“大数据杀熟”变得越发隐蔽,在进行不同价格比较时,涉及的相关变量很多,并且消费者很难知悉平台的定价规则、了解算法机制等,因此消费者证明平台存在“大数据杀熟”行为很困难。这方面就需要反垄断执法机构运用公权力借助技术手段加以解决,在民事诉讼中法院可在规则范围内让平台经营者承担更多的举证责任。显然,很多涉及非常专业的技术问题,反垄断执法机构和法院自身也难以解决,这就需要借助外部专家团队的力量。

总之,《指南》的发布为我国认定平台经济领域的“大数据杀熟”等是否构成相关垄断行为提供了更为细化的规则和分析思路,但在实际认定中还会面临非常复杂的问题。这也正是反垄断法本身的特点和难点的一种体现。

四、结 语

近年来,欧美国家等主要法域都在加大对大型平台企业的反垄断力度,呈现出监管常态化与执法严厉化的趋势。尽管各国的具体背景和考量因素不完全相同,但主要还是基于平台经济本身特点和平台垄断带来的现实挑战。其他法域的反垄断执法经验对我国互联网平台领域的反垄断具有一定的参考和借鉴意义,这既有对待平台经济领域反垄断的基本态度和原则方面,也包括具体行为的反垄断分析认定方法方面。比如,目前平台经济领域的涉嫌垄断行为主要集中在掠夺性定价、限定交易、搭售、数据垄断、自我优待以及扼杀性并购等方面,这些行为在我国有的已经出现,有的将来可能也会出现,国外这方面反垄断执法的相关分析方法和考量因素可以给我们提供一些启示和参考。但是,我国互联网平台经济领域的反垄断最终还是从中国自身的市场竞争和垄断的基本情况以及反垄断法律制度出发的,不会盲目跟随欧美的相关做法。

实际上,平台经济领域的反垄断对各国都是全新的复杂的问题,可以说各国在这方面基本上是在同一个起点上的,而且我国平台经济发展本身处于世界前列,因此我国从一开始就有机会探索这方面的问题,并且已经取得了初步的成效,尤其是前述《指南》的发布实施。相信我国在进一步探索平台经济领域的反垄断实践中会对世界做出自己的贡献。

参考文献:

- [1]王磊,马源.新兴互联网平台的“设施”属性及监管[J].宏观经济管理,2019(10):52-58.
- [2]周毅.全球平台经济的发展、问题与建议[J].发展研究,2019(10):4-9.
- [3]熊鸿儒.我国数字经济中的平台垄断及其治理策略[J].改革,2019(7):52-61.
- [4]张泉.互联网经济“下半场”的垄断危机与管制对策——基于互联网寡头市场动态均衡模型[J].贵州社会科学,2020(9):138-146.
- [5]林平.中国企业兼并的反垄断控制[M]//王晓晔.经济全球化下竞争法的新发展.北京:社会科学文献出版社,2005:36-37.
- [6]让·梯若尔.创新、竞争与平台经济:诺贝尔经济学奖得主论文集[M].寇宗来,张艳华,译.北京:法律出版社,2017:202.
- [7]陈永伟.平台反垄断问题再思考:“企业-市场二重性”视角的分析[J].竞争政策研究,2018(5):25-34.
- [8]戴维·S·埃文斯.多边平台、动态竞争与互联网企业的市场势力评估[M]//时建中,张艳华.互联网产业的反垄断法与经济学,北京:法律出版社,2018:2-3.
- [9]李凌.平台经济发展与政府管制模式变革[J].经济学家,2015(7):27-34.
- [10]蒋红珍.目的正当性审查在比例原则中的定位[J].浙江工商大学学报,2019(2):55-65.
- [11]王先林.电子商务领域限定交易行为的法律适用[J].中国市场监管研究,2019(11):9-13.
- [12]王晓晔.竞争法学[M].北京:社会科学文献出版社,2007:311-312.

Legal Thinking on Monopoly and Anti-Monopoly in the Field of Platform Economy

WANG Xianlin

(KoGuan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

Abstract: Platform economy is a new economic form formed by the development of Internet platforms to a relatively advanced stage. Currently, the platform economy in China presents a situation of coexistence of monopoly and competition on the whole, and a highly concentrated market structure in the relevant segments. However, specific analysis needs to be done when it comes to monopoly behaviors. The platform economy has the characteristics different from the traditional economy, such as network effect and cross-border nature. The anti-monopoly theory and practice need to make timely response and necessary reform. In the field of platform economy, China's anti-monopoly should pay attention to the balance between competition and innovation, and give detailed rule guidance. Although hot issues such as “Select One in Two” and “use big-data analysis to price products to the disadvantage of existing customers” on Internet platform may constitute monopolistic behavior, they need to be brought into the corresponding institutional framework of anti-monopoly law for rigorous competition analysis and legal demonstration.

Key words: platform economy; platform monopoly; anti-monopoly; anti-monopoly law



(责任编辑 张伟 郑英龙)