

# 深度研究

2021年2月19日

## 企业边界、萨伊定律与平台反垄断

平台反垄断已成为中美欧三大经济体的共同动向，不过，美欧反垄断理念不尽相同，欧盟注重保护竞争者，经历了结构主义向行为主义转变的美国，更重视保护竞争机制本身。探讨平台垄断，存在静态和动态两个维度：静态看，数字技术广泛运用带来传统企业边界缩小压力和平台企业边界扩张的合理性，双边市场的网络外部性意味着传统反垄断方法难以直接应用于平台企业；动态来看，创新具有供给创造需求的“萨伊定律”特征，即企业面对的需求是自身创新能力的函数，如果企业不创新，则需求将萎缩、市场地位将瓦解，如果持续创新，市场地位也有可能被自己的创新所颠覆，这种“创新悖论”意味着平台企业的市场势力具有内在不稳定性。据此，我们对平台反垄断提出四点建议：（1）将研发投入强度作为评判平台垄断是否合理的重要指标；（2）重视震慑性执法，防范平台龙头的机会主义倾向；（3）结构拆分为辅，区分实体和金融平台巨头化；（4）行为监管为主，保护市场竞争机制。在反垄断之外，从数据的准公共品属性看，还应重视公民隐私保护、知识产权保护等，反对不正当竞争。

**关键词** | 平台反垄断 企业边界 萨伊定律 创新悖论

**研究员** | 谢超 彭文生 李瑾

## 目录

一、反垄断的理念之辨 .....	2
(一) 保护竞争机制，还是保护竞争者？ .....	2
(二) 结构主义转向行为主义 .....	6
二、思考平台垄断的两个维度 .....	7
(一) 静态维度：双边市场的巨头化与网络外部性 .....	8
(二) 动态维度：萨伊定律下的创新悖论 .....	16
三、推进平台反垄断的四点建议 .....	23
(一) 将研发投入强度作为评判平台垄断是否合理的重要指标 .....	23
(二) 重视震慑性执法，防范平台龙头的机会主义倾向 .....	27
(三) 结构拆分为辅：区分实体和金融平台巨头化 .....	30
(四) 行为监管为主：保护市场竞争机制 .....	32
四、超越反垄断的思考：准公共品与反不正当竞争 .....	33
(一) 侵犯公民隐私问题 .....	34
(二) 侵犯知识产权等不正当竞争问题 .....	34

## 内容概要

- **反垄断的理念之辨。**(1)保护竞争,还是保护竞争者?欧美均称保护竞争,但欧盟注重保护竞争者,美国则更重视保护竞争机制本身。这个理念差别也体现在有关社区团购的争议中,从竞争角度看平台开展社区团购并无不妥,舆论关切则更多的聚焦于保护弱势地位的竞争者。(2)反垄断理论上,美国经历了哈佛学派的结构主义向芝加哥学派的行为主义的演变。根据哈佛学派SCP框架,产业组织结构决定企业行为,进而决定市场绩效,反垄断就要对垄断结构进行拆分;芝加哥学派则认为,结构是行为的结果,而不是原因,反垄断关键在于管制垄断行为而非拆分竞争形成的产业组织结构。
- **思考平台垄断的两个维度。**静态维度看,数字技术的广泛应用,降低了传统行业中运用市场机制的交易成本,这意味着传统企业边界存在缩小压力;也增大了双边市场中构建完备契约的难度、增强了解决争端的时效要求,这意味着平台企业边界持续扩张的巨头化倾向具有一定合理性。动态来看,创新具有供给创造需求的“萨伊定律”特征,即企业面对的需求是自身创新能力的函数,如果企业不创新,则需求将萎缩、市场地位将瓦解,如果持续创新,市场地位也有可能被自己的创新所颠覆,这种“创新悖论”意味着平台企业的市场势力具有内在不稳定性。
- **推进平台反垄断的四点建议:**(1)将研发投入强度作为评判平台垄断是否合理的重要指标;(2)重视震慑性执法,防范平台龙头的机会主义倾向;(3)结构拆分为辅,区分实体和金融平台巨头化;(4)行为监管为主,提升市场可竞争性。此外,数据的准公共品属性,和平台在双边市场所发挥的组织者、管理者角色,意味着平台企业配置数据资源的权力具有准公权力属性,面临着究竟是服务于企业利润,还是服务于大众福利的矛盾与抉择。这样一种内在矛盾意味着应重视公民隐私保护、知识产权保护,反对不正当竞争行为。

2021年2月7日，国务院反垄断委员会正式印发了《关于平台经济领域的反垄断指南》，明确提出了保护市场公平竞争、依法科学高效监管、激发创新创造活力、维护各方合法权益等四条基本原则，其中第一位的是强调保护竞争。无独有偶，欧盟委员会在2020年11月10日发布的针对亚马逊的第二轮调查公告中也明确表示：必须确保亚马逊这样的具有市场势力的巨头没有扭曲竞争<sup>1</sup>。不只是中、欧，美国众议院反垄断委员会早在2019年就启动了针对Facebook、谷歌、苹果、亚马逊等平台巨头的反垄断调查，并于2020年10月发布了长达450页的调查报告《Investigation of Competition In Digital Markets》，提出了分拆平台巨头等反垄断建议。

也就是说，针对平台企业的反垄断已经成为中、美、欧三大经济体的共同动向，上述保护竞争、分拆巨头也是传统反垄断框架下的常见理念和做法。不过，传统的反垄断框架是否还适用于平台反垄断？平台经济的广泛流行，是否正在对传统反垄断理念和实践形成新的挑战？在数字经济时代，究竟应该如何推进平台反垄断工作？对于平台经济监管而言，当务之急究竟是反垄断，还是在其他方面？本文将尝试对这些问题进行探讨。

## 一、反垄断的理念之辨

### （一）保护竞争机制，还是保护竞争者？

维护竞争是中、美、欧三大经济体在推进平台反垄断时一致的目标，但维护竞争的内涵究竟是什么似乎并没有那么一致的认识。比方说，社会各界在2020年一度热议的“互联网巨头正在夺走卖菜商贩的生计”问题，对于阿里、腾讯、美团、拼多多等平台巨头开展社区团购业务而言，如果仅从市场竞争的

---

<sup>1</sup> European Commission, 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, 10 November 2020.

角度看似乎并无不妥，但舆论的关切却在于这样一种竞争是否正在抢走小商贩的生计。因此，可以从这个案例中看出对维护竞争内涵的两种不同理解：保护竞争机制，还是应该保护竞争者？

事实上，这样一个矛盾也蕴藏在欧盟委员会对亚马逊的调查公告中。欧盟委员会在2020年11月10日发布的对亚马逊的第二轮反垄断调查公告中，提到了反对亚马逊利用未公开的第三方平台数据问题。就事实而言，亚马逊确实存在利用第三方数据谋利的问题。例如，在亚马逊的第三方卖家以约40美元的价格售卖Rain Design牌笔记本支架后，亚马逊利用了自己对第三方数据的掌握，开发了这种支架，并以约20美元的价格进行售卖<sup>2</sup>。亚马逊利用第三方（未公开）数据的行为是否涉嫌违法，以及涉嫌违反什么样的法律，我们留在后面去讨论，此处仅从反垄断角度来探讨这个行为究竟是促进了竞争，还是阻碍了竞争。

就经济学本质而言，竞争的一个重要特点应该是增加产出、压低价格，这样才有利于提升消费者剩余。如果从这个视角来看，亚马逊的行为无疑是促进了竞争的。既然如此，为什么会被欧盟委员会发起反垄断调查呢？我们进一步梳理了2015年以来，Facebook、亚马逊、苹果和谷歌四家美国平台公司所受到的单次金融50万美元/欧元以上的处罚。从金额上看，欧盟对FANG的累积处罚金额达到了253亿欧元，同期美国只有56亿美元。而且美国主要从行为的角度对四家企业进行了处罚，欧盟对反垄断的兴趣似乎更大些。如何理解这样一种差别？

在国家利益之外，还可能涉及到一个理念的不同。美国司法部资深反垄断专家Werden曾撰文指出，欧盟委员会认为通过反垄断执法干预市场可以提升社会福利，所以在反垄断诉讼方面设置了比较低的进入门槛，允许原告通过声称自己利益受到了侵犯而发起反垄断诉讼。因此，可以在一定程度上认为欧盟委员会比较注重保护竞争者。与此同时，更注重保护市场机制和尊重竞争结果，而非保护竞争者，则是美国过去几十年反垄断执法的主要特点：如果反垄断执

<sup>2</sup> Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, Faculty Scholarship at Penn Law, 2020.

法能够提供的实际益处有限，美国司法机构会慎重发起对市场的干预；如果在反垄断诉讼中，私人原告仅声称被告人对自己造成了伤害，则被美国法院驳回的概率比较大；研究表明，美国私人发起反垄断诉讼的成本越来越高，胜诉率却比较低<sup>3</sup>。



---

<sup>3</sup> Werden G J, Froeb L M. Antitrust and Tech: Europe and the United States Differ, and It Matter. SSRN 3442798, 2019.

图表 1: 2015 年以来欧美对 FANG 单次金额 50 万以上的处罚 (万美元/欧元)

处罚时间	处罚主体或案件	罚金	缘由
苹果			
美国	2015年9月 美国司法部	10375	涉嫌垄断, 苹果与 Google, Intel and Adobe, 协商一致不雇佣彼此员工, 来压制员工工资
	2016年12月 员工发起诉讼	200	涉嫌违反劳动法, 要求员工工作超过五小时且没有吃饭休息时间
	2020年11月 多州司法部	11300	由30多名其他司法部长组成的联盟宣布与Apple, Inc.达成一项1.13亿美元的和解协议, 内容涉及苹果公司2016年决定限制消费者的iPhone速度, 以解决某些iPhone意外关机的问题
欧盟	2015年12月 意大利税务局	31800	涉嫌逃税, 据意大利税务部门称, 苹果利用爱尔兰附属机构减少应纳税收入, 从而减少应纳税额
	2016年8月 欧盟委员会	1300000	涉嫌逃税, Apple在2003年至2014年间曾在爱尔兰享受非法税收优惠(2020年苹果胜诉, 无需补缴此罚款)
	2016年11月 法国税务机构	40000	涉嫌逃税, Apple复杂且富有争议的税务“优化方案”, Apple会将大部分利润转移到有更多税收优惠
	2018年 意大利竞争管理局	1000	由于用户升级系统即遭遇卡顿的“降频门”, 未向用户告知iPhone系统升级后电池性能下降
	2020年3月 法国反垄断监管机构	110000	涉嫌垄断, Apple与两家批发商Tech Data和Ingram Micro合谋, 阻碍了非iPhone产品(如Apple Mac电脑)在批发领域的竞争
谷歌			
美国	2015年9月 美国司法部	10375	涉嫌垄断, 苹果与 Google, Intel and Adobe, 协商一致不雇佣彼此员工, 来压制员工工资
	2017年1月 员工发起诉讼	475	工资和超时劳动
	2017年5月 个人	550	工资和超时劳动
	2017年8月 个人	129	工资和超时劳动
	2018年9月 个人	88	工资和超时劳动
	2018年12月 华盛顿司法部	22	指控自2013年以来未能在其在线平台上保留华盛顿州政治广告的法律要求信息
	2019年8月 个人	1100	年龄歧视
	2019年9月 联邦贸易委员会	17000	未经父母同意收集孩子的个人信息
	2019年9月 纽约司法部	3400	未经父母同意收集孩子的个人信息(作为上一个罚款的一部分)
欧盟	2016年7月 欧盟委员会	149000	Google广告的不正当竞争“行为”
	2017年6月 欧盟反垄断监管机构	242000	涉嫌垄断, Google 通过对其搜索服务的主导地位, 引导用户使用自己的服务不公平地歧视与之竞争的比较购物服务
	2018年7月 欧盟反垄断监管机构	434000	使用android移动操作系统来屏蔽竞争对手
	2019年1月 法国国家信息自由委员会	5000	违反数据隐私保护相关规定
	2019年3月 欧盟反垄断监管机构	149000	垄断在线广告业务, 在与使用其AdSense广告业务的网站签订合同时规定了“限制性”条款
	2019年12月 法国竞争管理局	15000	因Google滥用在互联网广告市场的独大地位
	2020年7月 比利时数据保护部门	60	未遵守欧洲关于个人在网上“被遗忘权”的规定, 即从搜索结果中及时删除公众人物的负面信息
	2020年3月 瑞典数据保护局	660	未遵守欧洲关于个人在网上“被遗忘权”的规定
2020年12月 法国国家信息自由委员会	10000	未经同意搜集用户上网痕迹, 在未征得用户同意情况下, 擅自向用户设备投放用于广告的Cookies	
亚马逊			
美国	2015年12月 纽约市消费者工人保护部	50	Whole Foods同意支付50万美元解决其标明价格不正确的预包装产品的指控。
	2016年1月 个人	80	违反就业筛选条例
	2016年9月 环境保护署	51	违反环境条例
	2016年9月 环境保护署	269	违反环境条例
	2017年4月 环境保护署	325	违反环境条例
	2018年2月 环境保护署	274	违反环境条例
	2018年8月 加州多辖区案例	156	违反顾客保护条例
	2018年9月 加州多辖区案例	164	违反环境条例
	2018年11月 个人	500	违反就业筛选条例
	2019年5月 华盛顿司法部长	70	违反环境条例
欧盟	2017年10月 欧盟委员会	25000	补缴税款
	2020年12月 法国国家信息自由委员会	3500	未经同意搜集用户上网痕迹, 在未征得用户同意情况下, 擅自向用户设备投放用于广告目的的Cookies
Facebook			
美国	2019年3月 美国全国公平住房联盟	245	声称Facebook在其广告平台上创建类别, 为房屋广告中的非法住房歧视提供便利
	2019年7月 证券交易委员会	10000	误导投资者
	2019年7月 美国联邦贸易委员会	500000	用户数据处理不当
	2020年10月 个人	165	工资和超时劳动
欧盟	2017年5月 欧盟委员会	11000	Facebook在2014年以190亿美元价格收购了WhatsApp信息服务, 但向欧盟委员会提交了误导性的收购信息, 违反了欧盟的并购法规
	2017年9月 西班牙数据保护监管部门	120	收集西班牙用户的个人信息并用于广告
	2018年12月 意大利竞争管理局	1000	Facebook在劝说用户在其平台上注册过程中并未告知其可能会被收集数据, 并用于商业目的, 且Facebook将数据提供给第三方
	2019年7月 德国司法部	200	Facebook在报告该平台存在的非法内容时存在不足, 违反了德国有关互联网透明度的法案

资料来源: 中金研究院根据美国司法部公共事务办公室、美国联邦贸易委员会、欧盟委员会网站、法国国家信息自由委员会(CNIL)等公开资料整理。注: 美国罚款单位为美元, 欧盟及成员国罚款单位以欧元标记。

既然如此, 对于平台反垄断而言, 维护竞争的意义究竟应该是美国的保护竞争机制本身, 还是欧盟的保护竞争者? 对于这个问题的回答可能已经超出了纯粹的经济范围。但我们至少可以发现这个一个有意思的问题, 在平台经济发展方面, 中、美是世界领先者, 这通常被认为与人均GDP衡量的经济发展水平

较高（如美国），或者人口密度较大（如中国）密切相关。但人均GDP高于中国、人口密度高于美国的欧盟，为什么在平台经济发展方面却乏善可陈？答案尚无定论，但从经济角度看，至少可以说存在这样的特征事实：在反垄断方面，更尊重市场竞争机制的美国，其平台等数字经济发展要远好于侧重于保护竞争者的欧盟。

## （二）结构主义转向行为主义

当然，特征事实的背后并不意味着两者之间有必然的因果关系，美国这样一种尊重市场竞争结果、着重保护竞争机制的反垄断理念也不是固有的。自1890年《谢尔曼法》公布到2000年微软反垄断案第一次判决，在百余年的时间里，结构主义基本主导了美国反垄断司法实践，并在1950年代形成了系统性的反垄断理论，即哈佛学派的SCP（结构-行为-绩效）分析框架。

哈佛学派认为产业组织结构决定企业行为，进而决定市场绩效。因此，只要存在垄断结构，就难以杜绝垄断行为、难以提升市场效率。相应的政策含义是只有对垄断性的产业组织结构进行拆分，才能遏制垄断行为、提升市场绩效。前述《Investigation of Competition In Digital Markets》报告所提的拆分平台巨头建议，与1911年的标准石油公司被拆分、1984年的ATT公司被拆分一样，基本上都体现了这样一种结构主义的反垄断观念。受结构主义的影响，在2000年美国联邦地区法庭对微软反垄断案做出的第一次判决中，判处微软一拆为二，一家公司负责运营Windows操作系统，另一家负责其他软件和网络业务。

对于这样一个判决结果，弗里德曼、阿尔钦等芝加哥学派的代表人物均表示质疑和反对。事实上，在产业组织方面，形成于1970年代的芝加哥学派，对哈佛学派SCP框架进行了系统性的理论反思，否定了结构主义的反垄断政策取向。在芝加哥学派看来，探讨反垄断问题的关键是市场集中及其定价结果是否提高了效率，而不是像哈佛学派那样只看是否损害了竞争。兼并未必反竞争，高利润率并不一定是反竞争定价的结果，完全可能是高效率的结果。也就是说，

是行为决定了结构，而不是结构决定了行为<sup>4</sup>。

芝加哥学派行为主义的效率倾向，对美国的反垄断实践产生了较大影响，美国司法部在1982年版《兼并准则》中，更多的强调用效率原则来指导反垄断实践，相应放松了反竞争的标准。这样一个反垄断理论革新也潜移默化的影响了微软的命运。2001年，美国联邦上诉法院否决了地方法院对于微软的拆分决定。2002年，美国联邦法官批准了美国司法部和微软的和解协议，在不拆分微软的同时，主要约束其行为，包括但不局限于要求微软向其他软件开发者提供资料以方便第三方开发能够在Windows系统上运行的软件等。这份具有行为主义倾向的协议，基本上印证了Werden（2019）的看法：美国反垄断理念是尊重市场竞争机制，尽量减少干预，而非保护竞争者。

## 二、思考平台垄断的两个维度

微软案最终判决虽然标志着芝加哥学派对哈佛学派的胜利，但两派学者都没有着重从平台角度去理解微软。在微软案一波三折期间，梯若尔等发表了平台研究的开创性文章，并对七种平台经济进行了初步探讨，其中一种模式即是微软的操作系统<sup>5</sup>。如果仅从理念上看，平台反垄断确实没有超出哈佛学派和芝加哥学派的讨论范围，例如究竟是应该保护竞争机制还是竞争者，应该怀疑还是尊重市场机制。但是，从反垄断的具体理论与实践层面看，平台经济蓬勃发展给反垄断还是带来了许多新问题，下面我们将从静态和动态两个维度进行探讨。

---

<sup>4</sup> 黄桂田编著：《产业组织理论》，北京大学出版社，2012年。

<sup>5</sup> Jean-Charles Rochet & Jean Tirole (2001) "Platform Competition in Two Sided Markets," Working Paper, November 26, 2001. 这篇文章的较早版本发表于2000年。

## （一）静态维度：双边市场的巨头化与网络外部性

### 1、巨头化：数字技术改变企业边界

#### （1）巨头化是平台企业的突出特点

平台企业给公众留下的最深刻印象莫过于巨头化，苹果、微软、亚马逊、谷歌、Facebook等美国平台企业位于美股市值前列，阿里、腾讯、美团等中国平台企业位于港股市值前列。对于巨物，心理学上有种现象叫“巨物恐惧症”，是指即便巨物没有伤害自己，人们内心也难免对其有所畏惧。在美国南北战争后的镀金时代，巨头对于公众不只是心理上的威慑，也侵犯了消费者、中小生产者等广大群体的实际利益，最终美国社会出现了持续的反垄断运动，促成了1890年《谢尔曼法》的出台。

图表 2：美股、港股市值 Top10 中平台企业位居前列

美国上市	总市值（亿美元）	香港上市	总市值（亿港元）
苹果公司（APPLE）	22360	腾讯控股	72679
微软公司（MICROSOFT）	18380	阿里巴巴-SW	57303
亚马逊（AMAZON）	16461	美团-W	26580
ALPHABET	14268	工商银行	18355
脸书（FACEBOOK）	7802	快手-W	17260
特斯拉（TESLA）	7643	招商银行	17086
阿里巴巴（ALIBABA）	7328	中国平安	17019
伯克希尔·哈撒韦	5760	建设银行	15901
VISA	4594	京东集团-SW	13045
JPMORGAN CHASE	4409	友邦保险	12772

资料来源：Bloomberg，中金研究院。时间截止到2021年2月17日。

不过，《谢尔曼法》高度原则化、措辞含义不清，在执法实践中产生了很多争议，导致它一度难以发挥反垄断的作用。例如，1897年，美国最高法院在“跨密苏里”案中提出《谢尔曼法》自动谴责所有垄断性的交易限制，但是时任美国大法官的White认为：法律所针对的只是不合理的限制交易，合理的限

制交易并不在法律制裁范围内<sup>6</sup>。1911年，时任美国最高法院首席大法官的White在“标准石油”案中进一步明确提出“合理原则（rule of reason）”，并认为对于所有相关案件的判决都需要考虑该原则<sup>7</sup>。此后，合理原则逐渐成为反垄断执法的首要原则，是否合理也成为反垄断执法中需要考虑的首要问题。

不过，White法官并没有对这个原则的内涵进行非常详细的阐述，大量法学或者经济法学文献对于合理原则的内涵进行了分析、阐述，这些法学层面的探讨并非本文重点，我们更倾向于从经济学角度去理解反垄断执法中的合理原则，一方面因为垄断首先是一个经济学问题，另一方面，法律等上层建筑是由经济基础决定的，经济基础角度的探讨有助于我们厘清上层建筑的分歧。

从经济学的角度看，平台企业普遍巨头化实际上是企业边界的不断扩张。要回答这样一种扩张是否合理，新制度经济学的分析框架能给我们一些有益的启示。科斯作为新制度经济学的开创者，在1937年具有里程碑意义的论文中提出：企业是一种通过行政指令来配置资源的机制，市场则是一种通过价格信号来配置资源的机制，两种资源配置方式都有各自的交易成本，企业的边界决定于两种交易成本的比较<sup>8</sup>。从交易成本角度看，平台企业巨头化是数字技术带来的两种效应的共同结果，即双边市场规模的扩大，和平台企业边界的扩大。

## （2）传统企业边界缩小VS平台企业边界扩大

从新制度经济学的角度看，建立企业之所以有利可图是因为使用市场机制是有成本的<sup>9</sup>，因此数字技术所带来的交易成本大幅下降，意味着传统企业的

---

<sup>6</sup> 详见1896年美国最高法院对“跨密苏里”案判罚中White法官表示异议的部分：the words "restraint of trade" embrace only contracts which unreasonably restrain trade, and, therefore, that reasonable contracts, although they, in some measure, "restrain trade," are not within the meaning of the words.

<sup>7</sup> 详见1911年美国最高法院对“标准石油”案判罚中的阐述：The Anti-Trust Act of July 2, 1890, c. 647, 26 Stat. 209, should be construed in the light of reason; and, as so construed, it prohibits all contracts and combination which amount to an unreasonable or undue restraint of trade in interstate commerce. it becomes obvious that the criteria to be resorted to in any given case for the purpose of ascertaining whether violations of the section have been committed is the rule of reason.

<sup>8</sup> Coase R H, The nature of the firm, *Economica*, 1937, 4(16): 386-405.

<sup>9</sup> Coase R H, The nature of the firm, *Economica*, 1937, 4(16): 386-405.

边界存在缩小压力。以出租车市场为例，在没有数字技术支持的场景下，打车和司机之间的交易意愿可能会因为双方信息不对称而受到极大抑制，比如打车人可能会因为担心司机的背景而不敢乘车。这个时候组建出租汽车公司，并以出租汽车公司的信用为出租车司机进行“信用增进”，能够有效克服信息不对称下使用市场机制的高成本、促成交易的发生。在数字经济时代，数字技术显著降低了交易双方信用数据生产、传输、识别、跟踪等方面的成本，从新制度经济学的角度看，这意味着市场机制在出租车行业中的使用成本大幅下降，以传统出租车企的方式来组织供给的必要性下降，甚至可以通过个体经济这种“自由人”的联合方式来组织市场交易<sup>10</sup>。

考虑到绝大多数传统企业的边界都是建立在数字技术广泛使用之前，这意味着伴随着数字技术的逐步渗透，各领域使用市场机制的成本都存在下降的可能性，从定性角度看，这意味着传统企业的边界在数字经济时代都存在缩小的压力。甚至可以做这样一个展望，伴随着工业互联网逐步普及后，传统工厂的边界也可能会缩小。不过，一个有意思的现象是，由于数字技术带来市场机制使用成本的下降，传统出租车企业边界存在缩小压力的同时，滴滴、Uber等组织出租车市场交易的新型平台企业边界却不断扩张，甚至出现了市场企业化或者说企业市场化的倾向。这样一种倾向究竟是偶然，还是必然？

对此，我们仍倾向从新制度经济学的角度来解读。梯若尔（2001）认为，绝大多数具有网络外部性的市场都是双边市场<sup>11</sup>。因此，双边市场并非数字经济时代的新事物，杂志等具有网络外部性的传统市场也是双边市场，只是受限于实物形态产品生产、运输等交易成本较高，传统双边市场边界比较有限。数字技术出现带来了两个重要的变化：一方面，数据本身的非竞争性意味着数字产品的复制成本几乎为0；另一方面，云计算、大数据、物联网、移动互联网（简称云大物移）等数字技术极大降低了数字产品的搜寻、生产、运输、跟踪

<sup>10</sup> 彭文生、谢超等：《共享经济是新的增长点》，2015年9月。

<sup>11</sup> Jean-Charles Rochet & Jean Tirole (2001) "Platform Competition in Two Sided Markets," Working Paper, November 26, 2001

和识别<sup>12</sup>等交易成本，极大拓展了双边市场的边界。

在双边市场中，网络外部性是最根本的特点，市场中的网络节点越多，市场能够给参与者创造的价值越高，这也是平台能够产生规模经济的根本原因。从传统产业组织理论来看，网络型市场确实未必意味着只能采取完全垄断或者寡头垄断的产业组织结构，甚至也可以追求垄断竞争或者完全竞争的组织模式。在多个分散企业运营同一个网络型市场的情况下，签订一组网络互相开放的契约和设置一个监督相关契约执行的部门通常是确保分散经营下能够实现网络经济的必要条件。

不过，从新制度经济学的角度看，这样一种设想有时候可能过于理想化。在普遍的信息不对称情况下，没有人能够对未来全知全觉，因此契约中对于未来的约定也必然是不完全的。在不完全契约背景下，一旦出现由契约未明确而诱发的纠纷，这个时候就会产生市场化的协商解决成本，与同一所有者行政干预成本之间的比较，两者的大小在一定程度上影响了企业的边界。与传统的双边市场相比，数字经济时代的平台经济有这样几个特点：1、如前所述，数字技术极大拓展了平台企业所处双边市场的边界，双边市场中的网络节点因此规模空前扩大，意味着节点之间互动的不确定性增加、构建完备契约的难度变大；2、平台经济对于交易的实时性要求通常较高，意味着相比于传统的双边市场而言，平台经济对于争端解决效率的要求更高。

企业作为一组契约的集合，其存在的一个必要性正是在于应对不完备契约和及时解决不完备契约下的纠纷。因此，在数字技术下的平台经济中，双边市场的组织模式通常是通过市场企业化的模式来实现，即由一个或少数几个平台企业来实现市场组织。这样一个市场企业化的过程，从企业的层面上看即是企业市场化和巨头化。因此，从新制度经济学的角度看，数字技术对传统企业和平台企业边界的影响是不同的：一方面，数字技术降低了传统行业中运用市场机制的交易成本，这意味着传统企业边界存在缩小压力；另一方面，数字技术

---

<sup>12</sup> Avi Goldfarb, Catherine Tucker, Digital Economics, NBER Working Paper 23684, 2017 July.

增大了双边市场中构建完备契约的难度、增强了解决争端的时效要求，这对于平台企业而言意味着企业市场化下的边界扩张。

## 2、网络外部性：反垄断技术面临的新问题

除了企业边界扩大是否合理的讨论外，在反垄断执法层面还有诸多技术问题需要解决。在2014年中国最高人民法院对“3Q大战”的判决中，这场具有里程碑意义的中国平台反垄断案，展示了传统反垄断执法中通常绕不开的三个重点技术问题：界定企业所处的市场范围；度量企业的市场支配地位；以及识别是否存在滥用市场支配地位的限制竞争行为等<sup>13</sup>。由于双边市场下的网络外部性，这些反垄断技术层面的问题变得更加复杂，一些判决标准难免产生争议，意味着传统方法需要进行有针对性的改造才能适用于平台经济反垄断，有些技术方法甚至可能不再适用<sup>14</sup>。

以限制竞争为例，在单边市场中，低于成本的价格竞争通常会被认为存在掠夺性定价嫌疑<sup>15</sup>。但在双边市场中，价格竞争变得更为复杂。正如梯若尔（2001）所指出的，由于网络外部性的存在，双边市场中的价格竞争不只体现在价格水平方面，也体现在价格结构方面<sup>16</sup>。因此，如果某一侧消费者的价格持续低于平台为其提供的生产成本，这个时候也很难作为认定这些企业存在限制竞争的违法行为的充分证据，而是需要同时考察双边的价格结构以及双边加总起来的价格总水平。也就是说，对于平台企业而言，网络外部性意味着包含了交叉补贴在内的定价结构本身就是其固有的一种竞争策略。

---

<sup>13</sup> 详见中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2013）民三终字第4号，原文如下。广东省高级人民法院一审认为，本案争议焦点主要是：相关市场如何界定；腾讯公司和腾讯计算机公司在相关市场上是否具有支配地位；腾讯公司和腾讯计算机公司是否滥用市场支配地位排除、限制竞争以及其应承担何种民事责任。

<sup>14</sup> OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018.

<sup>15</sup> 2020年12月9日，南京市市场监督管理局发布社区团购合规经营告知书，要求不得以低于成本的价格实施低价倾销。

<sup>16</sup> Jean-Charles Rochet & Jean Tirole (2001) "Platform Competition in Two Sided Markets," Working Paper, November 26, 2001.

## （1）市场范围的定性界定：只有平台才能和平台竞争？

双边市场给限制交易判定带来的上述新问题，在美国最高法院2018年对“美国运通”反垄断诉讼案的判决中得到了充分考虑<sup>17</sup>。不过，美国最高法院在这起判决中提出，对于美国运通这样一个在双边市场从事实时交易的平台企业而言，它向商家侧和消费侧“各自出售”服务必须要同时完成，因此仅向一边“出售”服务的企业与运通公司不构成竞争关系，进而得出了只有平台才能和平台竞争的论断<sup>18</sup>。虽然在这份判决的注释中，美国最高法院将这个对双边市场范围的定性界定谨慎的限制在交易型平台范围内，但问题依旧是明显的。

主要问题在于如何理解竞争，美国最高法院的这份判词在逻辑上显然更注重竞争的形式而非实质。就经济学实质而言，竞争意味着一个企业的存在对另外一个企业的利润空间形成挤压。如前所述，在数字技术的作用下，传统企业边界受到挤压，平台企业边界不断扩大，这说明新兴的平台企业和非平台类的传统企业之间存在着某种竞争关系。即便是在从事实时交易的双边市场中，以前述提到的出租车市场为例，滴滴、Uber这类平台企业需要确保向双边“各自出售”的服务同时完成，但这个市场上的竞争关系明显不只存在于平台企业之间，也存在于平台与传统出租车企业之间。

另一个值得重视的问题在于平台企业的范围经济。数据作为一种虚拟资源，和石油这种实物资源不同，数据的通用性更强一些，任何一个数字类平台企业在积累大量数据后，通常会出现跨界经营、实现范围经济，这个过程本身意味着平台企业竞争范围的扩大。以信用卡公司为例，很多信用卡发行公司不只经营传统的支付中介业务，而且拥有信用卡积分兑换商品的App，值得注意的是这些App不仅支持信用卡积分兑换礼品，而且可以在里面用货币购买商品，说

---

<sup>17</sup> 详见2018年美国最高法院对“美国运通”案判罚中的表述：And the fact that two-sided platforms charge one side a price that is below or above cost reflects differences in the two sides' demand elasticity, not market power or anticompetitive pricing; Thus, courts must include both sides of the plat-form—merchants and cardholders—when defining the credit-card market.

<sup>18</sup> 详见2018年美国最高法院对“美国运通”案判罚中的表述：Only other two-sided platforms can compete with a two-sided platform for transactions

明信用卡平台的竞争范围已经超越了它的主营业务，进入到网络商城领域。这意味着，从“只有平台才能和平台竞争”的狭窄视角去界定平台企业的市场范围是不合适的。

事实上，这样一种范围经济的逻辑，也是2014年中国最高人民法院驳回奇虎公司诉求的重要原因之一。在即时通信服务领域，既存在只具有一种功能或者两种功能的即时通信服务，又存在集成了以上三种功能的综合性即时通信服务。在奇虎公司发起的反垄断诉讼中，奇虎主张腾讯QQ所处的综合性即时通信产品及服务作为一个独立的相关商品市场<sup>19</sup>。广东省高院和最高人民法院均认定奇虎公司对相关商品市场界定过于狭窄，对该主张不予支持。事实上，QQ在积累了充足数据之后，从单一即时通讯工具逐步发展出了语音、视频等功能，再之后又演化出了离线传输、QQ短信等功能。也就是说，它的竞争者不只存在于初期的即时通讯软件，也逐步延伸至邮箱、电话、短信等领域。

总之，美国最高法院在“美国运通案”判决中虽然初步认识到平台经济的特殊性，并相应的对是否构成限制交易的判定准则进行了修正，但所提出的“只有平台才能和平台竞争”的观点，依旧没有能充分反映平台经济的新特点，没有充分考虑数字技术给传统企业和平台企业边界造成的不同效应，也没有考虑数字通用性较强所带来的范围经济，从一个侧面体现了平台经济快速兴起给反垄断执法技术带来的挑战的艰巨性。

## （2）市场范围的定量界定：从SSNIP到SSNDQ

在传统的反垄断执法中，通常认为只有比较准确的界定了市场范围，才能谈得上准确的界定市场势力，或者比较科学的判定是否存在交易限制。因此，反垄断案件涉及的各方对如何准确界定市场范围都是格外重视，并逐步发展出

<sup>19</sup> 详见中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2013）民三终字第4号，奇虎公司主张：仅提供文字聊天的即时通信服务比同时提供语音聊天的即时通信服务品质要低，仅提供文字和语音聊天的即时通信服务也比同时提供视频、语音和文字聊天的即时通信服务品质要低，用户只会用综合功能的即时通信软件替代单一功能的即时通信软件而非相反，因此单一文字、音频以及视频等非综合性即时通信服务很可能构成一个单独的、重叠的相关市场，且该市场仅可能是综合性即时通信产品市场之外的市场。

了多种方法相互印证，既有前文定性的分析方法，也有定量的假定垄断者测试（HMT, hypothetical monopolist test），即在其他条件不变的情况下，通过目标产品特定变量的变化来定量观察目标产品与备选产品之间的可替代性。在司法实践中，最常用的方法是SSNIP测试（Small but Significant and Non-transitory Increase in Price），通常是采用价格上涨5-10%的假设来测试。

应该说这种看似比较精确的市场界定方法，在实践中存在诸多数据可得性和弹性系数等测算误差较大的不足，但是之所以在传统的反垄断执法中依旧广为流行，主要是因为它非常好的契合了传统的反垄断理念，即以更低的价格供应更多的产品是增进消费者福利的主要方式，背后更根本的假设是产品无差异或者差异不大。但是，这样一个广为流行的传统方法在平台反垄断中面临着不再适用的问题。事实上，在“3Q大战”中，奇虎公司对于广东高院的一审判决并不认可，进而上诉至最高人民法院，一个重要的理由即是奇虎认为一审判决在该案中对SSNIP方法的使用是错误的<sup>20</sup>。

应该说，奇虎的这个质疑不无道理。在传统的单边市场中，一分钱一分货，产品通常都是一个严格正的价格。但是平台企业所处的双边市场中，一边用户的参与意愿取决于另一边用户的参与情况，这种双边互动的网络外部性是平台企业和双边市场的根本特征，也造成了平台企业普遍采取了交叉补贴的定价结构，在很多时候某一侧消费者付出的价格是0甚至是负的。例如，当消费者用百度进行搜索、用抖音观看短视频的时候，无需为这些产品进行付费；当共享单车推出红包单车活动时，一些消费者“购买”相关产品的价格甚至是负的。这样一个平台企业独特的定价策略，让传统的SSNIP测试方法难以再适用。

从数学上看，SSNIP的不再适用性是显而易见的。因为在初始价格为0的情况下，如果按照惯例去涨价5-10%，价格依旧是0；如果价格变为正的，无论设置多小的正价格，价格涨幅都是无限大的，无法满足“小而显著的价格上涨”要求。然而，“3Q大战”中的一审法院在判决中似乎没有充分考虑到平台

<sup>20</sup> 详见中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2013）民三终字第4号。

企业特殊定价结构带来这个技术难题，因循了传统反垄断中的SSNIP思路。对此，最高人民法院认为一审法院未作变通而直接运用基于价格上涨的假定垄断者测试方法，有所不当，应予以纠正，同时提出以SSNDQ (Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality, 小而显著的非暂时质量变化<sup>21</sup>) 作为变通的量化方式<sup>22</sup>。OECD (2018) 也认为，对于平台企业的假定垄断者测试而言，传统反垄断案例中广为流行的SSNIP适用性存在局限，需要改用SSNDQ<sup>23</sup>。

## (二) 动态维度：萨伊定律下的创新悖论

无论是在反垄断理论层面还是执法实践中，在明晰市场范围后通常都少不了对市场势力的度量。所谓市场势力，是指企业将价格确定在边际成本以上的能力，通常用勒纳指数<sup>24</sup>来衡量。不过，企业的边际成本究竟是多少，很难精确测定。在实践中，对于市场势力或者说是市场支配地位的定量测量，更多的采用市场份额的方式<sup>25</sup>，常见的指标有行业集中度（例如CR4、CR8等）、赫芬达尔指数（HI指数）以及洛伦兹曲线和基尼系数等。

和前面对巨头化和网络外部性的分析一样，这些SCP框架下的常用指标也是对市场现状的静态观察，没有反映市场势力的动态变化问题。不过，作为哈佛学派的重要代表人物，也是将哈佛学派的理念应用到司法实践的主要推动者之一，美国法学家Turner在思考反垄断问题时也会考虑时间维度的持久性。他认为：《谢尔曼法》适用于任何存续时间足够长的垄断势力<sup>26</sup>。除此之外，新

<sup>21</sup> 以平台企业为例，消费者通常能够享受平台提供的免费服务，是因为平台向另一侧的厂商收取了广告投放费用。一般认为，广告提供的越多，消费者所享受的服务质量越差。在这种场景下，SSNDQ即是指通过观察平台广告投放数量一定比例增加带来的后果来定量判断市场范围。

<sup>22</sup> 详见中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2013）民三终字第4号。

<sup>23</sup> OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018.

<sup>24</sup> 勒纳指数=（价格-边际成本）/价格。

<sup>25</sup> 也有观点主张市场势力和市场支配地位是内涵有交叉的两个不同概念，如郝俊淇（2020）《市场支配地位与实质性市场势力之辨析——兼及〈反垄断法〉第17条第2款的修改》。但考虑本文的意图，我们对这两个相近的概念不进行严格区分。

<sup>26</sup> Donald F. Turner, *The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies*, *Harvard Law Review*, Apr., 1969, Vol. 82. 原文：I believe there is sound legal ground for interpreting section 2 of the Sherman Act to apply to monopoly power that has been persistently maintained over a substantial period of time, except where based solely on economies of scale or where it arose out of and still depends upon the same unexpired patents.

制度经济学的开创者之一、诺奖获得者威廉姆森在思考反垄断问题时，也将持久性看成一个需要考量的重要因素，他认为只有满足两个条件，政府干预才是合理的，即：一是主导企业的市场地位牢固到市场本身无法动摇它；二是能够设计出有效的干预方式<sup>27</sup>。

既然从时间维度去思考反垄断问题是有道理的话，那么对于两个静态来看拥有相同市场势力的企业，在两者市场势力存续期限(的预期)不同的情况下，在反垄断方面进行区别对待应该是合理的。具体到平台企业而言，它与传统企业的一个重要差别，可能正是体现在市场势力的动态稳定性方面。或者说，传统企业带有需求决定供给的特点，由此形成的市场势力比较稳定，而平台企业在一定程度上则体现出供给创造需求的色彩，由此形式的市场势力具有内在不稳定性。详细分析如下。

### 1、马斯克与巴菲特之争的启示

需要说明的是，由于供给和需求关系紧密，因此无论是需求决定供给，还是供给创造需求都不是绝对的，而是说有些行业更多的体现出某一方面的特点，马斯克与巴菲特之争有助于我们理解两类企业的差别。特斯拉的CEO马斯克曾多次公开表达对巴菲特的不认可，说他做的很多资本配置和研究公司年报是无聊的事情，并表示“护城河”理论是过时的思路，创新才是决定企业竞争力的根本因素<sup>28</sup>。而巴菲特对于马斯克虽然非常谨慎地表态“他的确做了一些了不起的事情”，但被问及是否投资特斯拉的股票时，巴菲特则非常明确地否定<sup>29</sup>，这就是马斯克与巴菲特之争，事实上代表了两者对两类不同公司的倾向。

众所周知，巴菲特非常青睐可口可乐这家企业，他的主要合伙人芒格曾在1996年的演讲中提到，假如有人在1884年想建立一个生产非酒精类饮料的企业，

<sup>27</sup> Oliver E. Williamson, Dominant Firms and the Monopoly Problem: Market Failure Considerations, *Harvard Law Review*, Jun., 1972, Vol. 85.原文: government intervention to upset this condition seems reasonable, provided only that (i) the dominant firm's market position can be judged to be relatively secure and hence unlikely to be undone by the operation of unassisted market processes, and (2) an efficacious remedy can be devised.

<sup>28</sup> <https://www.nytimes.com/2018/05/07/business/dealbook/elon-musk-warren-buffett-candy.html>

<sup>29</sup> <https://finance.yahoo.com/news/heres-warren-buffett-thinks-tesla-195520766.html>

他应该这样展望：“到2034年，预计全世界大概有80亿饮料消费者，平均来看，这些消费者会比1884年的普通消费者更有钱。每个消费者每天必须喝下64盎司的水，也就是八瓶八盎司的饮料。因此，如果我们的新饮料和在新市场上模仿我们的其他饮料能够迎合消费者的味道，只要占到全世界水摄入总量的25%，而且我们在全世界能够占据一半的新市场，那么到2034年，我们就能卖出29200亿瓶八盎司的饮料。如果我们每卖出一瓶能赚到四美分，那么我们能够赚到1170亿美元”<sup>30</sup>。这样一种从人类天然或既有需求出发，去形成供给以迎合需求的行业，我们称之为需求决定供给的行业。

在马斯克所处的科技行业，供给和需求的关系有很大的不同。作为马斯克的硅谷前辈，乔布斯在进行产品策划时，也有人提议应该先进行市场调查、搞清楚消费者的需求，以生产出能够满足消费者需求的产品。这样的提议和芒格对可口可乐的分析思路是一致的，事实上这也是最常见的产品策划思路。但乔布斯对此非常不赞同，他认为：在苹果公司拿出新产品之前，消费者根本不知道他们自己到底想要什么；苹果公司应该生产消费者未来需求的产品，而不是迎合他们当下的需求。乔布斯的这样一种理念被总结为：**Jobs didn't believe in market research**<sup>31</sup>。因此，对于乔布斯、马斯克所代表的科技型企业而言，他们的产品不是迎合消费者天然的或者当下的明确需求，而是满足消费者现在还不明确但未来或有的需求，以至于当他们的产品出现的时候具有一种“供给创造需求”色彩。

这样一种产品层面的特点，虽然与萨伊定律在宏观经济学层面的含义并不完全一样，但从供给创造需求的角度看，两者有相通之处，因此我们姑且将供给创造需求的行业（主要是科技行业），称为萨伊定律所支配的行业。平台企业不只是基于云大物移等数字技术的高科技企业，更重要的是，长期以来人类作为社会性动物，社会活动基本上建立在人与人直接接触的基础上，人与人之

<sup>30</sup> 考夫曼编，李继宏等译：《穷查理宝典：查理·芒格智慧箴言录》第282页，上海人民出版社2010年。

<sup>31</sup> <https://medium.com/@mktgwithmeaning/that-steve-jobs-research-quote-should-rip-e8f3335ec66>

间的物理隔离会造成心理上的不适<sup>32</sup>，平台企业所提供的无接触在线交易方式因而也并非人类的自然需求。事实上，在平台经济刚刚兴起的时候，这样一种供给模式是否符合未来的需求也是高度不确定的，因为当时的人们普遍将互联网看成是一种匿名的工具，认为网络增加了信息不对称<sup>33</sup>。与此同时，信任的普遍缺乏通常会被认为是不利于大规模交易达成的。

## 2、创新悖论造成垄断内在不稳定性

究竟是需求决定供给，还是供给创造需求，对于企业竞争策略的选择具有本质上的不同含义。以芒格对可口可乐的分析为例，他明确表示：“我们必须避免突然对产品的味道做出重大的改变。即使在双盲测试中，新的味道尝起来更好，换成那种新味道也是一种愚蠢的做法。因为我们辛辛苦苦努力了那么久，我们原有产品的味道已经深入人心，改变味道对我们根本没有好处。那么做会在消费者中引发标准的剥夺性超级反应综合征，会给我们造成很大的损失”<sup>34</sup>。这里面的逻辑是非常清晰的，因为在消费决定供给的行业，供给是用来迎合消费者的天然或既有需求的，而不是用来“创造”需求的，轻易改变得不偿失。

萨伊定律支配下的行业则不然，正如马斯克所讲，创新才是决定企业竞争力的根本因素。因为这些行业的需求并不是天然存在的，而是被供给“创造”出来的需求。这样一个供求关系给企业带来的好处是，只要能够不断提供优质供给，企业不会存在芒格所称“80亿\*64盎司”的需求极限天花板，或者说这种需求天花板的高度是由内在的企业创新能力决定的，而不是取决于一些企业不可控的因素，例如自然或者人类的生理原因。创新对于两类企业的不同含义，造成了两类企业支出结构的较大差异，以美国标普500行业层面的数据为例，无论是在研发支出还是资本开支占比方面，具有供给创造需求特点的半导体、互联网等行业，要远高于需求决定供给的消费品行业。因此，只有不断的研发

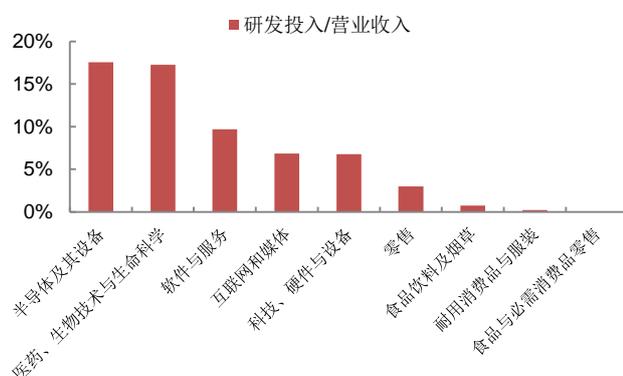
<sup>32</sup> Tomova, L. et al.. Acute social isolation evokes midbrain craving responses similar to hunger. *Nature Neuroscience*, 23 November, 2020. 该研究表明，社交隔离下，人类大脑在多巴胺能神经元作用下，会产生社交渴望，反应模式与饥饿的人对食物的渴望相仿。

<sup>33</sup> Avi Goldfarb, Catherine Tucker, Digital Economics, NBER Working Paper No. 23684, August 2017. 该文曾引述1993年媒体对互联网的认知：“On the Internet, nobody knows you're a dog.”

<sup>34</sup> 考夫曼编，李继宏等译：《穷查理宝典：查理·芒格智慧箴言录》第291页，上海人民出版社2010年。

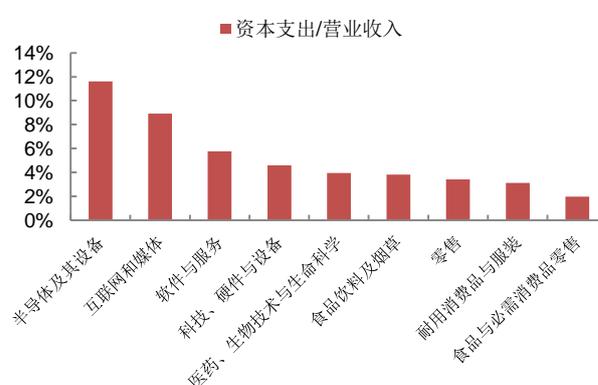
创新和提供优质供给，平台等科技企业才会有持久的生存空间。

图表 3: 标普 500 行业研发投入/营业收入



资料来源: Bloomberg, 中金研究院。2015-2019 年平均。

图表 4: 标普 500 行业资本支出/营业收入



资料来源: Bloomberg, 中金研究院。2015-2019 年平均。

不过，创新通常是具有破坏性的（creative destruction）<sup>35</sup>。这种破坏性主要体现为两个方面，一个是对竞争对手的破坏，另一个是对创新者自身的破坏。前者很好理解，也是被社会舆论关注最多的地方，比方说大家讲电商平台已经“抢”了实体店的生意，现在又要“抢”菜贩的生意。从更一般意义上来讲，数字技术下传统企业边界的缩小和平台企业边界的扩大，就是一种典型的因为创新而对竞争对手形成的破坏。

第二种破坏被舆论关注的比较少，但对我们理解应如何推进平台反垄断而言可能更重要一些。因为这种破坏对创新者垄断势力的瓦解，可能比人为的反垄断干预更为有效。以柯达为例，在美国 White 大法官提出“合理准则”的 1910 年代，柯达就已经屡次遭到反垄断调查<sup>36</sup>，但似乎并没有显著瓦解柯达的市场势力，在此后的 1950-1970 年代近 30 年的时间里，柯达在专业电影市场的份额一直高达 80% 以上，1960 年代柯达在个人爱好者市场的份额也一度高达 90%。以至于美国第二巡回上诉法院在 1979 年的判决中明确将柯达称为“行业的巨头”

<sup>35</sup> 详见熊彼特著，吴良健译：《资本主义、社会主义与民主》第八章“垄断的做法”，商务印书馆 2009 年。

<sup>36</sup> 详见美国第三巡回上诉法院（United States Court of Appeals, Third Circuit）1910 年对 Loeb vs Kodak 一案的判决；美国纽约西区联邦地区法院（District Court, W. D. New York）1915 年对 United States vs Kodak 一案的判决。

<sup>37</sup>。不过，这样一个持续长达百年的巨头最终在2012年宣布破产，原因与历史上遭受的多次反垄断判决无关，而是因为革命性的数码技术诞生了<sup>38</sup>。

需要强调的是，数码技术之所以颠覆了柯达，并非因为柯达在数码技术创新方面落伍了。恰相反，柯达自身正是数码技术创新的先锋和初期多项技术专利的保有者。在一定程度上可以说，正是柯达的创新终结了柯达自己的垄断势力，类似的情况还有诺基亚。众所周知，诺基亚是传统手机时代公认的巨头，但随着触屏手机时代的到来，诺基亚的市场地位迅速瓦解。值得注意的是，诺基亚的失败也不是因为它缺乏创新。事实上，作为一个典型的供给创造需求的巨头，诺基亚一直保持着大规模的研发投入，在技术专利方面也一直处于领先地位，例如，诺基亚在2004年就已经推出了基于触屏的智能手机，时间上领先苹果智能手机三年<sup>39</sup>。

柯达和诺基亚两大巨头的倒掉，体现了一种“创新悖论”。因为创新具有供给创造需求的“萨伊定律”特征，即企业面对的需求是自身创新能力的函数，如果企业不创新，需求将萎缩、市场地位将瓦解，如果持续创新，市场地位也可能被自己的创新所颠覆。这种内在不稳定性，在两类行业的对比中体现的更为明显。以美国标普500为例，似乎在研发投入占比越高的行业，企业市值排序的稳定性越差（图表3、4、5）。1995年日常消费品市值排序前十的企业，有六家仍位列2020年的市值排序前十；但在信息技术行业，1995年市值排序前十的企业，只有三家在2020年仍跻身市值排序前十之列。这意味着，对于供给创造需求的行业而言，企业市场领先地位的稳定性显著低于需求决定供给的行业。

<sup>37</sup> 详见1979年美国第二巡回上诉法院对Berkey Photo vs Kodak一案的判决。原文：titan in its field.

<sup>38</sup> Herbert J. Hovenkamp, Antitrust and Platform Monopoly, Faculty Scholarship at Penn Law, 2020.

<sup>39</sup> Ahmed Alibage, Charles Weber, Nokia Phones: From a Total Success to a Total Fiasco, 2018 Portland International Conference on Management of Engineering and Technology (PICMET).

图表 5: 美国标普 500 信息技术和日常消费行业市排名前十的公司

信息技术				日常消费品			
1995		2020		1995		2020	
公司	市值 (亿美元)	公司	市值 (亿美元)	公司	市值 (亿美元)	公司	市值 (亿美元)
微软	518	苹果公司	20700	可口可乐	939	沃尔玛	4121
IBM	510	微软	16200	高特利	754	宝洁	3369
英特尔	466	维萨公司	5000	宝洁	570	可口可乐	2289
惠普	429	万事达	3301	沃尔玛	511	百事可乐	1993
思科 - T	206	英伟达	3295	百事可乐	440	好市多	1658
甲骨文	185	Paypal	2587	家乐氏	168	菲利普莫里斯	1314
施乐	148	奥多比	2333	Hillshire	155	雅诗兰黛	895
XEROX	148	英特尔	2068	金宝汤	149	亿滋国际	819
冠群国际	137	Salesforce	2026	金佰利	133	高特利	797
ADP公司	107	思科 - T	1869	高露洁棕榄	102	高露洁棕榄	722

资料来源: Bloomberg, 中金研究院。截止到2020年12月18日。

从逻辑上看,由创新悖论造成的垄断势力内在不稳定问题,可能具有一定必然性。如果创新的成果是渐变性的,比方诺基亚在传统手机框架下每年开发出多个机型,这个时候的创新成果有利于企业现存机器设备等有形资产和品牌等无形资产利用率的不断提升,可以起到范围经济的效果。一旦创新成果具有颠覆性,要么会因为企业在传统时代过于成功而出现路径依赖,甚至可以说在旧模式下越成功越难以摆脱旧路径的束缚,因而无法充分适应自己“有意无意”开创的新时代,例如诺基亚对于自己“首创”的触屏智能手机抱有“令人费解”的怀疑态度;要么会因为创新成果的颠覆性导致企业出现范围不经济,例如IBM在发展个人电脑以及Microsoft在探索互联网业务时,新产品的出现对于两家企业的有形资产、无形资产乃至管理构架而言,都一度起到了范围不经济的效果<sup>40</sup>。无论是路径依赖还是范围不经济,都将导致创新者无法准确领会或者充分发挥颠覆性成果的价值。与此同时,一旦某些科技进步尤其是革命性成果出现,即便原有创新者无法有效发挥它的价值,这些革命性成果总会通过论文、专利、产品乃至科研人员等某种载体形成外溢,最终被其他企业所利用,进而形成对原有创新者的“革命”。

<sup>40</sup> Timothy F. Bresnahan, Shane Greenstein, Rebecca M, Henderson Schumpeterian Competition and Diseconomies of Scope: Illustrations from the Histories of Microsoft and IBM, *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, 2012.

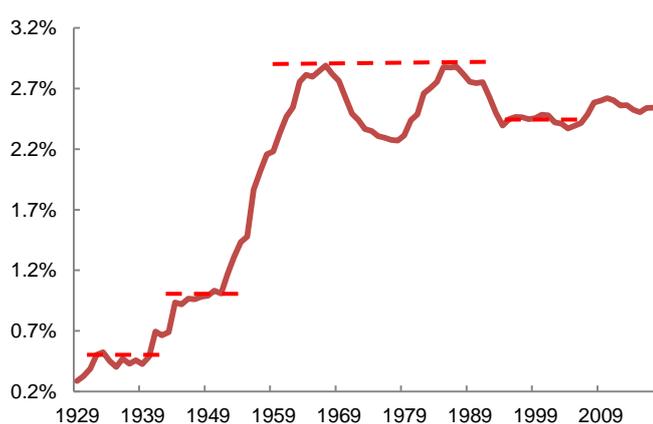
### 三、推进平台反垄断的四点建议

综上所述，由于云大物移等数字技术的广泛应用，造成了传统企业边界的缩小，与平台企业边界的不断扩大，网络效应和多边互动的市场结构给一些传统反垄断技术形成了挑战。更重要的是，由于平台经济具有供给创造需求的特点，相关企业面临着创新悖论，市场势力具有内在的不稳定性。既然如此，还要对平台企业进行反垄断么？我们认为是有必要的，但需要高度重视平台企业的创新投入强度，更多的采取震慑性执法思路，即结构拆分为辅、行为监管为主，以约束平台企业的机会主义倾向、增强市场的可竞争性。

#### （一）将研发投入强度作为评判平台垄断是否合理的重要指标

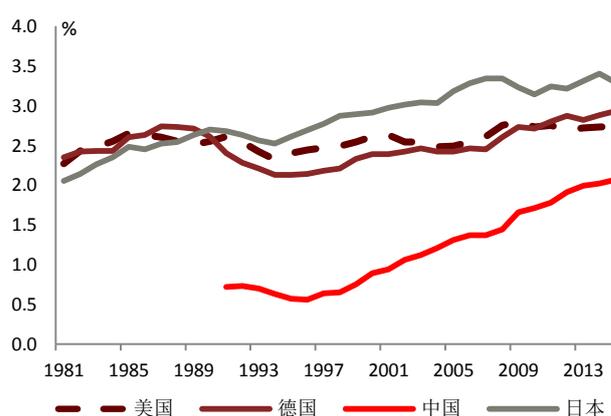
如前所述，无论是基于美国标普500中日常消费行业 and 信息技术行业市值龙头的稳定性差异，还是基于萨伊定律支配下的创新悖论，对于具有供给创造需求特点的平台企业而言，其市场势力的可持续性大概率弱于消费决定供给的行业。在这种背景下，相比于传统反垄断而言，思考平台反垄断问题时更应该重视究竟应如何看待垄断，以及垄断与创新的关系问题。

图表 6: 美国历年 R&D/GDP



资料来源：Wind，中金研究院。

图表 7: 各国 R&D/GDP



资料来源：Wind，中金研究院。

众所周知，科技是第一生产力。问题是，科技是如何进步的？就其短期和微观机制而言，并没有确定的结论，有的时候科技进步甚至是以某种可遇不可求的偶然形式出现。如果从经济史的长周期视角看，似乎可以得出一个基本结论：研发投入是科技进步的必要条件。美国研发投入强度（R&D/GDP）在1957年就已达到了2%，此后一直维持在2%以上；中国则是在2014年才达到了2%以上，从研发投入强度上看中国落后于美国57年。支撑美国数十年持续高研发投入的主要因素有两个：从外部看，是二战、冷战等激烈国际竞争带来的压力；从内部看，企业部门是研发投入的绝对主力，占到了美国总研发投入的约70%。



图表 8: 美国 2018 年 R&amp;D 投入结构 (百万美元)

2018年 (百万)	基础研究		应用研究		开发		总计	
	Basic Research		Applied Research		Development			
部门	美元	比重	美元	比重	美元	比重	美元	比重
联邦政府	40.4	41.8	39.5	34.3	47.4	12.9	127.3	21.9
非联邦政府	2.5	2.6	1.6	1.4	0.6	0.2	4.7	0.8
企业	28	29	62.4	54.3	313.9	85.2	404.2	69.7
高校	13.1	13.6	5.7	4.9	2.3	0.6	21.1	3.6
其他非营利组织	12.5	13	5.8	5.1	4.3	1.2	22.7	3.9
总计	96.5	100	115	100	368.5	100	580	100

资料来源: CRS analysis of National Science Foundation, 中金研究院。

我们把上述事实结合起来看,可以发现:由于科技是人类的第一生产力,对于企业而言,研发、创新的社会价值,可能远大于私人价值,即研发创新存在正的外部性。因为对于企业而言,尤其是萨伊定律所支配的企业而言,并不是所有的创新成果都有助于帮助企业盈利,有些创新成果甚至会成为企业自身的“掘墓人”,即前述“创新悖论”。但是,无论研发投入的成果对于企业是正面还是负面的价值,这些研发投入的社会价值几乎都是正面的,因为创新成果会通过研究人员、学术论文、相关产品、知识产权转让等渠道由原创企业广泛扩散到社会中去。比方说,柯达和诺基亚各自在数码技术和触屏技术上投入,虽然起到了颠覆自己市场地位的效果,但数码技术和触屏技术却在全社会的范围内广泛发展起来。

需要强调的是,对于存在正外部性的产品,私人的供给意愿通常是不足的。那为什么在美国却能看到企业存在较高的研发意愿呢?垄断可能是一个重要的原因。从经济学的角度看,垄断并非一个道德意义上的好还是坏的概念,它只是代表着企业具有获取超额收益的能力;与此相反,竞争的重要表现就是压低企业的超额收益,完全竞争就意味着企业没有任何超额收益。如果竞争程度越高越好,企业没有获得超额利润的激励,如何才能让企业克服对创新悖论的恐惧,去充分提供社会价值远高于私人价值的正外部性产品呢?

事实上,正如熊彼特所提出的:任何投资必须有某种保护行动,如保险或

套头交易。在急剧变动的条件下，尤其在新商品和新技术冲击下任何时刻都会变动的条件下进行长期投资，就像打不但模糊而且活动——颠簸地活动——的靶子。因而有必要依靠这样的保护措施。经济学家或政府代表都看到在他看来是掠夺性的价格政策和在他看来与损失生产机会同义的产量限制。他没看到，在长期风暴条件下，这种类型的限制是长期扩张过程的附带事情，并常常是不可避免的附带事情，它们保护而不是抑制扩张过程<sup>41</sup>。新增长理论开创者之一、诺贝尔经济学奖获得者罗默也认为垄断利润是市场研发投入的发动机<sup>42</sup>。

也就是说，垄断为企业克服创新悖论提供了保险机制，或者说只有靠垄断带来的超额利润激励，才能让企业有动力去充分提供创新这种具有高度正外部性的产品。事实上，专利权保护制度的创建，正是利用垄断激励创新作用的典范。这在一定程度上可能部分解释了本文开篇提出的那个问题，为什么相比于注重保护竞争者的欧盟，更倾向于保护竞争机制和尊重竞争结果的美国，在平台经济等创新型经济发展方面要更胜一筹。这也意味着为什么对于供给创造需求的企业，在反垄断执法层面上应考虑市场势力持续的时间长度，如果企业刚刚获取一些超额收益就遭到反垄断打击，并不利于发挥垄断在解决创新悖论和正外部性方面的积极作用。

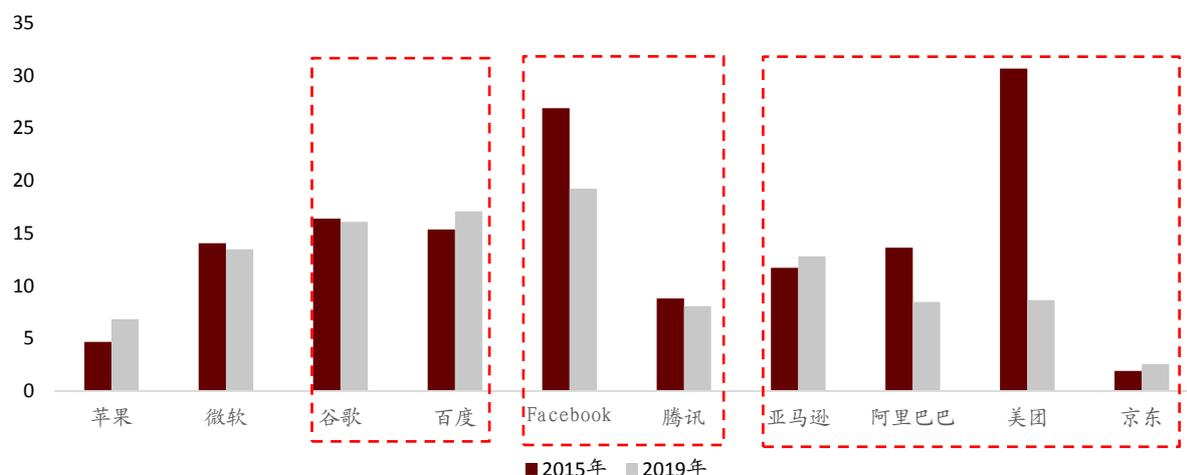
综上所述，我们不应该对垄断采取“污名化”认识，而是应该区分出好的垄断和坏的垄断。平台经济是萨伊定律支配下的行业，平台企业具有供给创造需求的特点，其边界扩大的合理性来自于对云大物移等新兴数字技术的大量应用，平台企业应该获取多少和多长时间的超额收益也应取决于它在创新方面所做出的贡献。因此，与传统反垄断执法相比，我们建议在平台反垄断中加入或者说给予创新贡献更大的考察权重，以此作为垄断好坏的评判标准之一。一个简单的例子，比方说可以考察以R&D/营收所衡量的企业研发投入强度。

---

<sup>41</sup> 详见熊彼特著，吴良健译：《资本主义、社会主义与民主》第八章“垄断的做法”，商务印书馆2009年。

<sup>42</sup> The Committee for the Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel, *Economic Growth, Technological Change, and Climate Change*, October 8, 2018.

图表 9：中美主要平台企业研发投入强度对标



资料来源：Bloomberg，中金研究院。

具体而言，如果某企业研发强度明显低于国外对标企业，则无法认定该企业有充分的垄断合理性；如果某企业研发投入强度在一个较长时期内（比方说5年）呈现下降态势，则认为其垄断合理性正在减弱。如上图所示，搜索平台中，百度与谷歌的研发投入强度相当；在社交平台中，腾讯的研发投入强度远逊于Facebook；在电商平台，阿里、美团研发投入强度虽一度高于亚马逊，但在过去五年亚马逊提升了研发投入强度的同时，阿里、美团的研发投入强度均出现了显著下降，京东虽有所提升，但研发强度显著低于国内和国外对标平台企业。

## （二）重视震慑性执法，防范平台龙头的机会主义倾向

在反垄断研究领域，曾经有这样一个基于动态视角的统计：对于高度集中的市场结构而言，其自然瓦解大约需要十年，针对垄断势力的人为有效干预大约需要八年<sup>43</sup>。如何理解这个统计结果的含义？反垄断执法究竟是否有意义？两年的差距是否意味着人为干预垄断，比市场纠正垄断更可取？这个研究结果在当年就引发了激烈争议。直到现在，执法机构和经济学家之间以及两类群体

<sup>43</sup> Bain, J. S. Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936–1940. The Quarterly Journal of Economics, 1951. Mann, H. M. Seller Concentration, Barriers to Entry, and Rates of Return in Thirty Industries, 1950–1960. The Review of Economics and Statistics, 1966.

内部之间，关于反垄断是否必要和是否有效依旧存在巨大的争议。尤其是当反垄断诉讼持续多年后，如果不了了之或者原告诉求无法得到充分满足、甚至败诉的话，无论是支持原告的还是支持被告的一方，都会有诸多观点认为发起反垄断调查是没有意义的。

例如，美国运通作为一家平台企业，对平台上的商户采取了类似于“二选一”的做法。这种行为在单边市场一般会被认为是限制交易的垄断行为，因此美国司法部和一些州政府将美国运通告上法庭。对此，美国最高法院在充分考虑到平台企业所处双边市场的特殊性后，认为美国运通并不违法<sup>44</sup>。此案起始于2010年，八年长跑后美国运通作为被告似乎全身而退，是否意味着该案件一直在浪费公共资源？事实上，即便在传统的反垄断领域中，这种长期诉讼最后无果的情况也并不罕见。例如，美国司法部在1969年就对IBM发起了反垄断诉讼，1982年该指控被撤销，理由是“没有依据”<sup>45</sup>。这场持续了13年的反垄断官司最终不了了之，是否也是浪费公共资源的劳而无功？

这涉及到究竟应该如何评价反垄断的必要性和效力的问题，这对于如何认识平台反垄断成果尤其重要。在结构主义主导的时代，ATT和标准石油等经典反垄断案例让公众觉得，似乎不拆分巨头的反垄断就是失败的。如前所述，平台企业边界扩大具有经济上的合理性，盲目拆分并不合理。既然如此，推进平台反垄断的意义何在呢？我们认为一个可能的答案在于约束机会主义动机。理解这一点，需要剖析一种从企业家精神角度为平台企业辩护的观点。企业家精神原本是用于阐述企业家所具有的特殊人力资本，但在日常使用中，这个术语被泛道德化了。基于道德化的企业家精神，去论述反垄断的必要性不足是不妥当的。

---

<sup>44</sup> 详见2018年美国最高法院对“美国运通”案判罚中的表述：And the fact that two-sided platforms charge one side a price that is below or above cost reflects differences in the two sides' demand elasticity, not market power or anticompetitive pricing; Thus, courts must include both sides of the platform—merchants and cardholders—when defining the credit-card market.

<sup>45</sup> <https://truthonthemarket.com/2020/02/03/the-ghosts-of-antitrust-past-part-2-ibm/>. The case lasted almost thirteen years, ending on January 8, 1982 when Assistant Attorney General William Baxter declared the case to be “without merit” and dropped the charges

这一点需要从新制度经济学的角度去理解。新制度经济学认为，机会主义动机是普遍存在的。所谓机会主义动机是指：由于信息不对称的普遍存在，人们存在从事损人利己等不道德、不合法行为的动机。因此，如果将企业家精神泛化为一种道德概念，就存在否认企业存在机会主义动机的风险，从而会导致对反垄断必要性的认知不足。事实上，按照新制度经济学的逻辑，约束机会主义动机可能正是平台反垄断执法的重要意义所在。如前所述，数据资产、数字技术的种种特点使得平台企业边界扩大具有经济上的合理性，克服正外部性和创新悖论的约束也确实需要垄断作为一种激励机制，因此对于巨头和垄断采取污名化的做法是不妥当的。

但需要强调的是，虽然短期和局部范围内，不乏不追求利润、只追求社会公益的企业，但是从长期和整体来看，资本逐利本性才是企业的意义所在。否则这个机构可以改制成非营利组织，不需要以企业的形式存在。因此，就企业的本质而言，它是一种盈利组织，创新等手段不过是企业用以盈利的工具。由此而来的推论是：在信息不对称造成的机会主义动机影响下，这并不意味着平台企业边界合理扩大之后的一切行为也是合理的，更并不意味着平台获得有助于创新的垄断地位后就会把这种市场势力用于促进创新。

那如何避免平台巨头的这种机会主义动机呢？对企业家精神的泛道德化解读，必然也会更多的从企业内在的道德约束上去寻求解决方法。这和中国儒家传统主张有些类似，儒家很早就发现了人群中普遍存在的机会主义倾向，但将希望寄托在“慎独”<sup>46</sup>的道德修养上，即：在没有其他人监督的情况下，一个人的行为也应该合乎道德。事实上，将企业家精神去做泛道德化的阐述，进而论证反垄断执法的必要性不足，其实质和寄托于“慎独”的道德修养去约束机会主义动机一样。然而，无论是中国“外儒内法”的传统治理实践，还是从新制度经济学的机会主义动机逻辑看，“慎独”的道德说教可能会约束若干人的、短期的机会主义行为，但要约束整个群体的、长期的机会主义倾向，只

---

<sup>46</sup> 《礼记·中庸》：莫见乎隐，莫显乎微，故君子慎其独也。

能靠制度和法治。

就平台企业而言，由于数字技术造成了平台企业边界的极大扩大，高度的范围经济、规模经济、网络经济，以及前所未有的大规模客户节点的存在，大大加剧了平台内部人和外部人的信息不对称，进而为平台企业从事机会主义行为提供了更为广阔的空间。这意味着就具体案件而言，很难说执法部门或者原告是否准确抓住了被告人真正有问题、有危害的垄断行为。因此，如果只将反垄断执法的意义看成是针对某些具体行为的诉讼，那么IBM、美国运通等反垄断案件似乎确实有浪费公共资源的嫌疑，因为持续了数年甚至十几年的反垄断案件，要么不了了之，要么宣判被诉垄断者无罪。但是，从约束机会主义倾向的角度看，长期反垄断压力下的平台企业，与没有外在约束的平台企业相比，前者的机会主义动机明显更有下降的可能性。

以似乎不了了之、劳而无功的IBM反垄断案为例，在美国司法部刚刚发起反垄断诉讼的1969年，尽管案件将会持续多久、法院最后将如何判决均不明朗，但IBM很快就于当年宣布解绑它的软件服务与硬件销售业务，IBM认为此举培育了规模庞大的软件服务业<sup>47</sup>。类似地，作为一个当时几乎无所不能的科技巨头，IBM在1981年推出个人电脑的时候，并没有寻求对个人电脑的完全掌控，而是首次采取了与其他公司合作的模式，其中芯片采购自Intel，操作系统则是采购自当时一家只有32个人的小公司——Microsoft。很明显，IBM所做出的这些改变，并不是基于反垄断的未然判决结果，而是受到了反垄断执法本身带来的压力。我们认为，这样一个震慑性执法思路，值得更广泛的运用在平台反垄断中。

### （三）结构拆分为辅：区分实体和金融平台巨头化

在SCP的结构主义框架下，拆分是传统反垄断理论与实践应对巨头的常见方案，当前中、美、欧的反垄断行动中也不乏拆分的呼声。如前所述，从新

<sup>47</sup> [https://www.ibm.com/ibm/history/history/year\\_1969.html](https://www.ibm.com/ibm/history/history/year_1969.html)

制度经济学的角度看，平台企业普遍的巨头化受益于数字技术带来的两个效应：一是，搜寻、生产、运输、跟踪和识别等交易成本的大幅下降，极大拓展了双边市场的边界；二是，双边市场结点数目越多，通常越意味着由结点互动而产生各种“意外”的概率越大，在线实时交易对处理各种意外的时效性要求也越高，及时、有效应对信息不对称下的不完全契约问题正是企业存在的价值之一。因此，不应仅看企业规模或者市场地位就将拆分与否作为平台反垄断的重点。

不过，需要说明的是，前述分析都是基于实体经济范围，并不涉及到金融。之所以做这种区分是因为“金融是特许行业，必须持牌经营”<sup>48</sup>。从产业组织的角度看，所谓特许经营是指这个行业的进入壁垒是由行政权力授予的。之所以在金融行业搞特许经营，是因为金融行业存在显性的或者隐性的政府担保。例如在银行，存款保险机制是一种典型的政府显性担保；在非银金融部门，08年美联储为应对危机而对贝尔斯登等投行实行救助，体现了政府对系统重要性非银金融机构的隐性担保。因此，对于获得政府特许经营和隐性担保的金融平台而言，企业市场势力在一定程度上并非自然竞争的结果。

与此同时，如果金融平台利用数据通用性较强的特点将业务延伸至非金融领域，则是一种典型的“杠杆效应”（也称“传导效应”，leverage effect），即企业将某个领域所获得的市场势力延伸至另一个领域以谋求市场地位。当然，基于合理原则，并非所有的杠杆效应都需要进行反垄断干预，甚至在很多情况下，杠杆效应也是范围经济的一种体现。但是，鉴于金融平台在金融领域的垄断地位并非完全基于市场竞争获得，而是在一定程度上受益于特许经营壁垒和政府隐性担保，而且市场机制很难突破非市场因素构筑的行业壁垒，那么金融平台向实体经济延伸的杠杆效应就并非完全合理，需要进行反垄断干预。为了防止新型产融结合造成的不正当竞争，可能也需要一定的结构干预。

<sup>48</sup> 易纲：《再论中国金融资产结构及政策含义》，《中国人民银行政策研究》2020年第1期。

#### （四）行为监管为主：保护市场竞争机制

对于中国平台反垄断具有里程碑意义的“3Q大战”，控、辩双方及两级法院将大量资源用于市场范围界定、份额计算等有关市场支配地位问题的论争上，应该说这是结构主义影响下最常见的反垄断诉讼程序。在二审判决中，最高人民法院在对于这些市场结构问题进行详细分析后，驳回了奇虎公司关于QQ软件市场范围界定和依据份额认定腾讯市场支配地位主张，但依旧对腾讯是否存在限制竞争的垄断行为进行了分析。这种做法并不常见，因为原则上，如果被诉者不具有市场支配地位，则无需对其是否滥用市场支配地位进行分析，可以直接认定其不构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位行为。

对此，最高人民法院认为：在相关市场边界较为模糊、被诉经营者是否具有市场支配地位不甚明确时，可以进一步分析被诉垄断行为对竞争的影响效果，以检验关于其是否具有市场支配地位的结论正确与否。即使不明确界定相关市场，也可以通过排除或者妨碍竞争的直接证据对被诉经营者的市场地位及被诉垄断行为可能的市场影响进行评估。因此，并非在每一个滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场<sup>49</sup>。故，二审虽驳回了奇虎从结构主义视角认定腾讯存在市场支配地位的主张，但最高人民法院依旧认为有必要对被诉垄断行为对竞争的影响及其合法性进行分析，这体现了行为主义的逻辑。

虽然中国不是判例法系，但最高人民法院在本次案件中关于市场结构与垄断行为关系的认识，对于当下的平台反垄断而言，可能依然具有一些借鉴意义。如前所述，相比于传统企业反垄断而言，平台企业带来的新困难恰恰在于比较难清晰的定性或者定量界定市场范围，供给创造需求的创新悖论也意味着依据静态份额来判断平台的市场势力并不妥当。在这种情况下，如果继续囿于“结构-行为-绩效”的结构主义框架，反垄断执法的技术难度将大幅增加，甚至会

---

<sup>49</sup> 详见中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2013）民三终字第4号，原文如下。广东省高级人民法院一审认为，本案争议焦点主要是：相关市场如何界定；腾讯公司和腾讯计算机公司在相关市场上是否具有支配地位；腾讯公司和腾讯计算机公司是否滥用市场支配地位排除、限制竞争以及其应承担何种民事责任。

将很多资源投入到难以说清楚的市场结构分析中。因此，芝加哥学派的行为主义理念虽然不是因平台经济而兴起，但在逻辑上却更适用于平台反垄断。

问题是，在平台经济中，企业市场化和市场企业化造成了平台企业普遍巨头化，双边市场组织结构也越发呈现出寡头垄断格局。与此同时，传统产业组织理论认为：按照集中度由低到高，通常可以将市场划分为完全竞争、垄断竞争、寡头垄断、完全垄断四种组织结构，并且市场集中度越高，企业之间的竞争行为越不充分，市场效率也就越低。既然如此，双边市场中较高的产业集中度是否意味着平台企业间的竞争行为受到了抑制，“多聚焦行为，少谈些结构”的平台反垄断思路能够提升市场效率吗？

对于这样一种结构主义的担忧，提出了“Baumol's disease”的知名经济学鲍莫尔认为是不成立的。在他所开创的“可竞争市场理论”(contestability theory)中，鲍莫尔提出了这样的新产业组织理念：提升市场绩效的关键不在于市场当前的结构和现存竞争关系，而在于潜在竞争者是否可以自由进出这个市场。只要市场是完全可竞争(perfectly contestable)的，那么潜在的进入威胁与现存企业间的竞争行为一样可以有效约束现存企业的行为，进而确保合意、有效的市场绩效<sup>50</sup>。这也印证了前述“结构拆分为辅”的分析，即为什么对于金融平台企业的产融结合，不应只考虑行为监管，一定程度的结构干预可能也是必要的，因为金融的特许经营机制意味着这个行业并非完全可竞争的。

#### 四、超越反垄断的思考：准公共品与反不正当竞争

数据作为平台企业的核心生产要素，本身是非竞争性的，这和传统企业生产要素的竞争性特点并不相同，与此同时，数据的使用存在排他性，因此数据又不是纯粹的公共品，看以看成是一种准公共品。另一方面，平台企业作为双边市场的核心组织者，担负着有效匹配大量生产者和消费者供求的责任，事实上在双边市场中发挥了管理者的角色。综合平台企业生产要素的准公共品属性，

<sup>50</sup> Baumol, William J. Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, *The American Economic Review*, 1982.

和平台在双边市场所发挥的组织者、管理者角色，可以将平台企业配置数据资源的权力看成一种准公权力。与此同时，企业的本质是追逐利润，公权力的职责是为大众福利服务，这就意味着平台所拥有的准公权力，内在面临着究竟是服务于企业利润，还是服务于大众福利的矛盾与抉择。

当然，按照斯密的观点，市场上每一个参与者主观上都是为了追逐私利而从事经济活动，市场机制却让追逐私利的主观愿望，变成了增进大众福利的客观结果。这就是著名的“看不见的手”原理。但是，这只手要起到这样一种积极效果，是需要建立在法治和监督的基础上。如果种植罂粟并不违法，为什么还要种植粮食？至少在没有法治约束的纯市场机制下，罂粟的均衡种植占比要比当下高的多。同样的道理，如果缺乏了监督和约束，平台企业所拥有的准公权力并不必然确保对私利的追逐最后能增进大众福利。目前看，由这样一个准公权力内在矛盾所衍生出来的问题，主要体现为侵犯公民隐私、侵犯知识产权等不正当竞争行为。不过，严格来讲这些问题并非垄断问题，而是如何规范准公权力使用的问题。

### （一）侵犯公民隐私问题

数据作为平台企业的关键生产要素，排他性的占有大量数据也是平台的核心竞争力之一。问题是，很多数据涉及到个人隐私。这些敏感、隐私数据应该归谁所有？谁才有充分的处置权？一旦隐私数据泄露，谁应该承担责任，应当承担何种责任？这些问题都亟待有明确的法律或者监管规定。从近期曝出的多起侵犯公民隐私的主体来看，不只有平台巨头，也有小型平台企业；不只有企业，也有个人（如成都不幸感染新冠女子的隐私信息被泄露），甚至还有地方公权力部门（如某地文明码）。因此，从保护公民隐私的角度看，与其说是垄断问题，不如说是如何尽快推进个人隐私数据的严格保护和合法依规使用问题。

### （二）侵犯知识产权等不正当竞争问题

2月7日发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》，一个亮点是针对社会

热议的“大数据杀熟”问题进行了正面回应。在“第三章 滥用市场支配地位”中的“第十七条 差别待遇”中，明确提出：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，无正当理由对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇，排除、限制市场竞争。并且明确规定了是否构成差别待遇的三个因素，这有利于从反垄断的角度惩治“大数据杀熟”的不正当竞争行为。不过，需要说明的是，不正当竞争与垄断是两种有交集但并不完全一样的行为，巨头也并非不正当竞争的必要条件。在滥用市场支配地位之外，平台还存在着其他不正当竞争问题。

如前述提到的亚马逊利用其未公开第三方数据“仿制”其他商家产品的问题，与其说是滥用市场支配地位的垄断行为，不如说这是利用未公开数据的不正当竞争或者侵犯知识产权的问题。因为即便亚马逊不是一家平台巨头，如果没有严格的知识产权保护，它依旧可以仿冒热销产品；现实中大量仿冒侵权事件也并不是平台企业或者垄断企业所为。因此对于通过仿冒热销商品来谋利的不正当竞争行为，应该通过加强知识产权保护来解决。在我国市场经济法制化仍有待推进的当下，对于维护包括数字经济在内的各行业公平竞争而言，打击不正当竞争的迫切性可能更具有广泛的现实意义。

## **法律声明**

本文章由中金研究院基于公开信息及/或中国国际金融股份有限公司已发布的研究报告（以下简称“研究报告”）制作而成。中国国际金融股份有限公司及其关联机构（以下合称“中金公司”）对这些信息及观点的真实性、准确性、时效性及完整性不作任何保证。

本文章中的信息、意见等均仅供贵方参考之用，其中的信息或观点不构成对买卖任何证券或其他金融工具的出价或征价或提供任何投资决策建议的服务。该等信息、意见在任何时候均不构成对任何人的具有针对性的、指导具体投资的操作意见。贵方如使用本文章，须寻求专业顾问的指导及解读。贵方应当对本文章中的信息和意见进行评估，根据自身情况自主做出决策并自行承担风险。对依据或者使用本文章所造成的任何后果及风险，中金公司及/或其关联人员均不承担任何责任。

本文章所载意见、评估及预测为本文章出具日的观点和判断。该等意见、评估及预测无需通知即可随时更改。在不同时期，中金公司研究部可能会发出与本文章所载意见、评估及预测不一致的研究报告。中金公司的销售人员、交易人员以及其他专业人士可能会依据不同假设和标准、采用不同的分析方法而口头或书面发表与本文章意见不一致的市场评论和/或观点。

本文章不构成任何合同或承诺的基础，中金公司不因任何单纯接收、阅读本文章的行为而将接收人视为中金公司的客户。

本文章的版权仅为中金公司所有，未经书面许可任何机构和个人不得以任何形式转发、转载、翻版、复制、刊登、发表、修改、仿制或引用。