

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2021.06.020

# 论我国网络服务平台“二选一” 法律规制分歧及其完善

曾晶

(深圳大学法学院,广东深圳 518052)

**摘要:** 由于对网络服务平台“二选一”的行为特性及效果认识不足,以及对“市场优势”的认定存在市场支配地位与市场优势地位两种不同标准,加之我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》尚未针对该行为形成相配套的操作规程,导致我国执法机构和法院在规制网络服务平台“二选一”的实践中存在明显分歧,造成实际上“虽有法但无所依”的局面。因此,我国应在“控制滥用市场优势+保护自由公平竞争”这一基本规制框架下,着重对“平台市场优势的认定标准”“‘强迫’‘不合理’‘不正当’的判定标准”进行完善,以促进我国对网络服务平台“二选一”的有效规制与执法。

**关键词:** 网络服务平台;二选一;滥用市场优势;竞争法;电子商务法

**中图分类号:** D922.29

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1672-7835(2021)06-0129-08

## 一 问题的提出

进入21世纪,我国平台经济得到了飞速发展,产生了大量网络服务平台企业,这表明“平台经济作为数字经济的重要组成部分,在我们日常衣食住行中扮演着不可或缺的角色,并对国家经济社会发展起着重大影响”<sup>①</sup>。但与之同时,我国网络服务平台通过实施“二选一”来排除或限制其他竞争性平台所提供的有效竞争以及损害消费者合法权益的情形亦不断涌现,这也引起了我国社会各界的广泛关注与讨论,以期通过预防或制止网络服务平台的排除或限制竞争行为来促进我国平台经济规范有序创新健康发展<sup>②</sup>。

而对于网络服务平台所实施的“二选一”应当如何进行具体法律规制?我国执法机构与法院在实践中存在明显分歧,即执法机构倾向于采用《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)中的市场支配地位滥用规则来规制该行为,

而法院则倾向于采用《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)中的不正当竞争行为规则来规制该行为。同时,鉴于《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)是处理电商平台与平台经营者之间交易关系的法律规范,因而我国学界也有人主张该法对网络服务平台所实施的“二选一”亦可同时适用,与《反垄断法》和《反不正当竞争法》并行不悖<sup>③</sup>。但上述法律的立法目标、规制对象及违法判定标准各不相同,这一分歧实际上造成了我国对网络服务平台所实施“二选一”的法律规整漏洞,不利于我国平台经济公平竞争秩序的塑造。

党的十九届五中全会通过的“十四五”规划和2035年远景目标建议提出,“促进平台经济、共享经济健康发展”,“健全公平竞争审查机制,加强反垄断和反不正当竞争执法司法,提升市场综

收稿日期:2021-03-25

基金项目:广东省哲学社会科学规划青年项目(GD19YFX04);深圳大学重点学科建设高端人才队伍青年教师科研启动项目(860/00002110170)

作者简介:曾晶(1984—),男,湖南邵阳人,博士,副教授,主要从事反垄断法学、经济法学研究。

①董立人:《有效推动平台经济规范健康持续发展》,《中国发展观察》2021年第6期。

②《国家市场监督管理总局:国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南(国反垄发〔2021〕1号)》,国家市场监督管理总局官网:[http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207\\_325967.html](http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html)。

③焦海涛:《电商平台“二选一”的法律适用与分析方法》,《中国应用法学》2020年第1期。

合监管能力”<sup>①</sup>。在此背景下,本文拟将首先对我国规制网络服务平台“二选一”所存在的具体分歧进行梳理,并根据相关基本原理对分歧背后的成因进行剖析,指出我国《反垄断法》《反不正当竞争法》及《电子商务法》规制该行为的区别与联系,从而为完善我国网络服务平台“二选一”法律规章制度及科学有效执法提供参考。

## 二 我国网络服务平台“二选一”法律规制分歧之表征

由于网络服务平台所实施的“二选一”涉及竞争性平台、平台内经营者及消费者等多方市场主体,因而依考察侧重点及所保护对象不同,我国执法机构和法院在实践中往往有选择性地根据《反垄断法》和《反不正当竞争法》来规制该行为,同时我国学界则更多地主张对其应优先适用《电子商务法》,从而造成其具体规制分歧与冲突。

### (一) 根据《反垄断法》第17条认定为市场支配地位滥用行为

从我国现有案例来看,实施“二选一”的网络服务平台往往在一定程度上拥有控制市场的能力,这本身就意味着该平台有可能涉嫌满足我国《反垄断法》第17条第2款关于市场支配地位的规定;同时,“二选一”无论是行为本质还是具体方式,均符合我国《反垄断法》第17条第1款第4项关于限定交易的规定。因此,网络服务平台所实施的“二选一”可认定为市场支配地位滥用中的限定交易行为,应根据《反垄断法》中的相关规则与标准来判定其合法与否。

在阿里巴巴集团控股公司在中国境内网络零售平台服务市场滥用市场支配地位行为案中,国家市场监督管理总局认为:“自2015年以来,当事人为限制其他竞争性平台发展,维持、巩固自身市场地位,滥用其在中国境内网络零售平台服务市场的支配地位,实施‘二选一’行为,通过禁止平台内经营者在其他竞争性平台开店和参加其他竞争性平台促销活动等方式,限定平台内经营者只能与当事人进行交易,并以多种奖惩措施保障行为实施,违反《反垄断法》第17条第1款第4项关

于‘没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易’的规定,构成滥用市场支配地位行为。”<sup>②</sup>

与此同时,上海市市场监督管理局在上海食派士商贸发展有限公司滥用市场支配地位案中,则基本上完全承袭了国家市场监督管理总局的做法,将上海食派士商贸发展有限公司与所有合作餐厅商户签订含有“排他性送餐权条款”的合作协议,通过微信沟通、制作周报等形式要求未执行“排他性送餐权条款”的合作餐厅商户从竞争对手平台下架以及制定实施“独家送餐权计划”等“二选一”行为认定为构成我国《反垄断法》第17条第1款第4项的滥用市场支配地位限定交易行为<sup>③</sup>。

### (二) 根据《反不正当竞争法》第12条或第2条认定为不正当竞争行为

由于网络服务平台相关市场的界定及市场支配地位的认定均存在操作技术上的困难,加之也并非所有网络服务平台所实施的“二选一”均属于市场支配地位滥用行为而违反我国《反垄断法》第17条的规定,因而既为更全面有效地规制该行为,又为避免因产生争议而影响法律的稳定性,我国法院在某些案件中又倾向于根据《反不正当竞争法》第12条第2款第2项的规定将其认定为不正当竞争行为,即“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。”

在近年来发生的一系列“美团与饿了么不正当竞争纠纷”案中,“美团”为了维持市场占有率,通过高佣金、缩小配送范围、流量限制等手段强迫商家与其进行“独家合作”,并通过置休、设置不合理条件等一系列不正当手段阻碍、限制大量商家与其竞争对手“饿了么”开展正常交易活动。对此,浙江省温州市中级人民法院、江苏省淮安市中级人民法院等均认为,不论是从实施“二选一”的动机来看,还是从不正当动机与其实施或使用技术手段之间的联系来看,抑或是从是否产生了排挤或妨碍竞争对手的后果来看,“美团”通过迫

<sup>①</sup>薛鹏,李云舒:《美团被立案调查 平台经济反垄断监管释放清晰信号》,正义网:[http://news.jcrb.com/jszx/202104/t20210429\\_2275571.html](http://news.jcrb.com/jszx/202104/t20210429_2275571.html).

<sup>②</sup>国家市场监督管理总局:国市监处[2021]28号行政处罚决定书。

<sup>③</sup>上海市市场监督管理局:沪市监反垄处[2020]06201901001号行政处罚决定书。

使商家在自己和“饿了么”之间“二选一”,以达到强迫商家关闭或停止使用“饿了么”合法提供的网络产品或者服务的目的,符合新《反不正当竞争法》第12条第2款第2项规定的不正当竞争行为之特征<sup>①</sup>。

需要指出的是,如果网络服务平台所实施的“二选一”发生在2018年我国新《反不正当竞争法》增设第12条的规定之前,则我国法院通常将根据《反不正当竞争法》第2条的规定来认定其是否构成不正当竞争行为。例如,在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案中,浙江省金华市中级人民法院认为,由于被诉“二选一”行为发生在2018年新《反不正当竞争法》施行之前,故本案仍然应当适用《反不正当竞争法》(1993年)第2条对被诉“二选一”行为做出评价,这一方面应着重考察该行为在手段上是否具有反不正当竞争法意义上的不正当性或者可责性,另一方面也应重点关注该行为在结果上是否损害了有直接竞争关系的拉扎斯公司、商户和消费者的合法权益,并对市场竞争秩序造成了破坏<sup>②</sup>。

(三)根据《电子商务法》第35条认定为不合理限制交易行为

虽然我国迄今尚未出现根据《电子商务法》第35条将网络服务平台所实施的“二选一”认定为不合理限制交易行为的案例,但不论是从《电子商务法》的立法目的还是调整对象,抑或是从第35条的具体规定来看,我国学界均有人认为对于网络服务平台所实施的“二选一”,在逻辑上应优先考虑适用该条款来进行规制<sup>③</sup>。

首先,《电子商务法》第35条的规制对象是电子商务平台所实施的不合理限制或附加不合理条件或收取不合理费用等违法行为,这意味着其无须以认定市场支配地位或认定是否存在竞争关

系为前提,而更加侧重于平台违法行为本身的认定,与适用《反垄断法》第17条和《反不正当竞争法》第12条相比,对网络服务平台“二选一”适用该条款显然更加明确便利<sup>④</sup>。

其次,相对于平台内商家尤其是中小商家而言,电子商务平台不仅在交易上具有优势地位,而且还往往承担了一定的监管者职能,故其实施“二选一”的方式与手段是多种多样的,如屏蔽商铺、下架商品、搜索降权、流量限制、数量强制、不得竞争限制等。而从法教义学的角度来看,这些方式与手段均属于《电子商务法》第35条中“不合理”的调整范围<sup>⑤</sup>。

最后,与《反垄断法》和《反不正当竞争法》相比,《电子商务法》显然是一部更契合我国电子商务发展情况且更具有中国特色的法律规范,因而对于电商平台最典型的“二选一”行为,直接适用最具有针对性的第35条,不论是从法理上,还是实际操作上,均应是最佳选择<sup>⑥</sup>。

### 三 我国网络服务平台“二选一”法律规制分歧之成因

(一)未准确把握“二选一”的行为特性及效果

从我国现行法律规定来看,“二选一”并非是一个法律概念,不管是《反垄断法》《反不正当竞争法》及《电子商务法》,还是《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》及《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》,均未在法律上对其进行明确定义。而我国学界和实务界虽然根据上述法律的不同规定,试图对“二选一”进行相关定性和归类,但仍远未达成一致共识,其大体可分为限定交易行为、排他性交易行为、独家交易行为三大基本类型。尽管“二选

<sup>①</sup>卢燕飞:《美团、饿了么因“二选一”分别向对方索赔100万,法院判决来了》,东方财富网:[https://author.baidu.com/home?from=bjh\\_article&app\\_id=1536770056021788](https://author.baidu.com/home?from=bjh_article&app_id=1536770056021788)。于浩:《反不正当竞争法首次适用外卖领域:美团被判赔偿饿了么35.2万元》,新浪网:<http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2021-04-14/doc-ikmxzfmk67456668.shtml>。曹继斌:《浙江海盐办结首例利用网络技术手段妨碍竞争案》,中竞网:<http://www.cfcns.cn/keji/shuju/4281.html>。

<sup>②</sup>浙江省金华市中级人民法院:(2019)浙07民初402号民事判决书。

<sup>③</sup>王晓晔:《论电商平台“二选一”行为的法律规制》,《现代法学》2020年第3期。

<sup>④</sup>参见胡丽,郭振豪:《超级网络平台限制交易行为的反垄断规制》,《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2019年第5期;中国应用法学研究所课题组:《电子商务平台“二选一”行为的法律性质与规制》,《中国应用法学》2020年第4期。

<sup>⑤</sup>何茂斌:《电商平台“二选一”行为规制的法律适用》,《中国市场监管研究》2020年第11期。

<sup>⑥</sup>郭宗杰,崔茂杰:《电商平台“二选一”排他性交易法律适用研究》,《中国应用法学》2020年第2期。

一”在行为方式上均不同程度地符合这三大类行为的基本特征,但由于其内涵与外延不完全相同,因而其并不能完整准确地概括现已产生的“二选一”行为。

例如,如果严格根据我国《反垄断法》第17条规定的字面意思来理解,限定交易行为基本上等同于独家交易行为,仅是指滥用市场支配地位的一种特有类型,这显然不包括没有市场支配地位的网络服务平台单独实施的“二选一”行为和为达成一致目标而共同实施的“二选一”行为<sup>①</sup>。而如果从交易相对人受束缚的程度或对其他经营者所排斥的程度来看,排他性交易行为显然又包含了限定交易行为和独家交易行为,均是指买方只能同卖方交易,或卖方所指定的其他经营者交易的情形,只不过限定交易行为和独家交易行为对竞争的排斥性逐次增强而已,即均是应重点关注的排他性交易行为,但这也遗漏了网络服务平台要求其用户不能与特定经营者进行交易的“二选一”情形,更何况根据主导平台经营模式的不同,“二选一”又可细分为强迫型、利诱型及合意型,而这更是上述行为类型无法准确概括进来的<sup>②</sup>。

事实上,不论是从市场竞争的角度来看,还是从经营者和消费者合法权益的角度来看,“二选一”均有利有弊。而目前我国不论是对“二选一”的立法还是具体执法,显然更加关注其违法性的一面,而忽略了其合法性的一面。这是因为对于合法性的具体判定,我国既没有明确其适用的理论基础与基本框架,也没有确立其适用的分析方法与具体标准,以至于一方面造成我国对网络服务平台“二选一”的法律适用混乱,另一方面又有可能存在对网络服务平台合法或合理的“二选一”过度干预的嫌疑<sup>③</sup>。

## (二)未对“市场优势”形成完整统一的认定标准

网络服务平台所实施的“二选一”之所以应受到谴责,最根本的原因是其滥用了“市场优势”,而这在我国存在滥用市场支配地位与滥用

市场优势地位之分,即如果网络服务平台本身拥有市场支配地位,则其实施“二选一”就属于市场支配地位滥用行为,应受《反垄断法》第17条的规制;反之则属于市场优势地位滥用行为,应受《反不正当竞争法》第12条或《电子商务法》第35条的调整<sup>④</sup>。

但本质上讲,市场支配地位与市场优势地位并无差别,其均能使消费者处于“无法自由转向选择”的境地,即当市场支配(或优势)者提高产品价格或实施其他损害消费者利益的行为时,消费者除了接受而无法通过转向选择其他经营者来满足其需求。只不过,在市场支配地位情形下,消费者虽有转向选择其他经营者的意愿,但因后者产能不够而无法实现;在市场优势地位情形下,消费者因转向选择的成本太高且永远无法通过其他方式来弥补,导致其转向选择的可能与机会都没有。由此可见,市场优势地位只是市场支配地位的表现之一,而不是市场优势的两种不同评价标准<sup>⑤</sup>。我国之所以会人为地对市场支配地位与市场优势地位进行区分,是因为一方面囿于“拥有市场支配地位的经营者必然是大型或超大型企业”的传统观念,另一方面则是在认定市场支配地位过程中逐渐形成的“市场份额路径依赖症”<sup>⑥</sup>。

## (三)未构建起与“二选一”法律规制相配套的操作规程

虽然从立法规定上看,我国《反垄断法》《反不正当竞争法》及《电子商务法》对网络服务平台“二选一”均有相应条款来适用,但由于每一条款与该行为的特征并非完全吻合,以至于其在适用过程中可操作性与可执行性均不强;同时我国迄今在基本分析思路与框架、具体考察因素与标准、证明规则与要件等方面尚未建立与之相配套的实施细则与操作指南,这在很大程度上弱化了我国上述法律对网络服务平台“二选一”的实际约束力。

①许光耀:《互联网产业中排他性交易行为的反垄断法分析方法》,《中国应用法学》2020年第1期。

②郭宗杰,崔茂杰:《电商平台“二选一”排他性交易法律适用研究》,《中国应用法学》2020年第2期。

③吴太轩,赵致远:《〈电子商务法〉规制电商平台“二选一”行为的不足与解决》,《竞争政策研究》2021年第1期。

④袁嘉,刘维俊:《互联网滥用相对优势地位规制研究——以“二选一”行为为视角》,《价格理论与实践》2016年第5期。

⑤许光耀:《“相对优势地位”与“市场支配地位”的法理辨析——对〈反不正当竞争法(征求意见稿)〉第6条的不同阐释》,《价格理论与实践》2016年第5期。

⑥许光耀:《支配地位滥用行为的反垄断法调整》,人民出版社2018年版,第163页。

如果依据《反垄断法》第17条中的“限定交易”来规制网络服务平台的“二选一”,则在操作过程中将面临以下三方面困难:一是对“限定交易”的范围与种类规定得过于狭窄,要想将“二选一”的行为类型全部包括进来,仍需反垄断执法与司法机构在具体案件中进行弹性解释与处理,或在配套立法中进行相应完善。二是市场支配地位认定的两个基本标准存在冲突,以至于每项具体考察因素与方法均不够明确,尤其是对“在交易上的依赖程度”“进入相关市场的难易程度”等因素没有确定考察方向与重点,而这对认定网络服务平台是否具有市场支配地位至关重要。三是没有细化“正当理由”的证明框架及标准,即未对“客观合理性抗辩”“应对竞争抗辩”以及“效率抗辩”的证明因素与要件进行规定,这意味着在“二选一”的正当性与合理性的考察过程中将面临“于法无据”的困境<sup>①</sup>。

从新《反不正当竞争法》第12条的立法原意及背景来看,该条虽被社会各界称之为“互联网条款”,但其本身并非是专门针对网络服务平台“二选一”而设计。更准确地说,该条是旨在调整互联网经营者违反自愿、平等原则,采用技术手段恶意干扰或攻击其他竞争者的正常经营活动,以谋取其不正当竞争利益的情形,它是对我国过往互联网领域中发生的“强行插入购物链接”“插入警示标识”“流量劫持”“拦截浏览器”“诱导用户卸载软件”等不正当竞争行为的提炼、总结及归纳<sup>②</sup>。因此,该条第2款第2项能否适用网络服务平台的“二选一”,需首先解决以下两个问题:一是网络服务平台相较于其用户和消费者的市场优势与利用技术手段之间存在何种内在联系,即“二选一”的实施是因为其利用了市场优势还是技术手段,或是市场优势带来了技术手段,还是技术手段促进了市场优势,抑或二者相辅相成?二是“误导、欺骗、强迫”是否构成实施“二选一”的行为要件,以及各自的考察因素与证明标准是什么?<sup>③</sup>而如果对网络服务平台“二选一”适用《电子商务法》第35条,则还需明确“不合理限制、条

件及费用”的适用范围与界限,尤其是对“不合理”应当如何理解与判定?<sup>④</sup>

#### 四 我国网络服务平台“二选一”法律规制路径与标准之完善

##### (一)明确“二选一”法律规制的基本框架与路径

在实践中,我国对网络服务平台“二选一”的规制之所以出现分歧与争议,主要是因为我国没有针对其行为特性及效果而从立法上来明确其规制的基本框架与路径。因此,根据网络服务平台实施“二选一”的动因及对市场竞争机制影响的程度,并结合我国《反垄断法》《反不正当竞争法》及《电子商务法》的立法目的与原理来明确其基本规制框架与路径,迫在眉睫。

我国规制网络服务平台“二选一”的基本框架应是“控制滥用市场优势+保护自由公平竞争”。具体规制路径为两个步骤:首先,考察网络服务平台所实施的“二选一”是否属于滥用市场优势的行为。如果网络服务平台所实施的“二选一”属于滥用已有市场优势行为,则应适用《反垄断法》的滥用市场支配地位行为规则,反之则不受其管辖。其次,考察不属于《反垄断法》规制范围内的“二选一”是否限制了经营者的自由公平竞争,以及这一限制究竟在多大程度上对市场竞争机制产生了实质性的损害,这可结合《反不正当竞争法》第12条和《电子商务法》第35条来综合考察。此外,在这两个步骤中,对“二选一”竞争效果的考察本身就包含了对是否损害消费者权益的考察。

##### (二)明确“二选一”平台市场优势的认定标准

对“二选一”适用滥用市场支配地位行为规则,须首先判定实施人是否具有市场优势,即根据我国《反垄断法》第17条、第18条、第19条来认定其是否具有市场支配地位。但由于网络服务平台具有明显的网络锁定效果,导致其相关市场的边界更为模糊不清,以至于其市场支配地位的认

<sup>①</sup>张广亚,周围:《规制“二选一”行为的反垄断法适用》,《中国应用法学》2020年第2期。

<sup>②</sup>蒋舸:《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心》,《中外法学》2019年第1期。

<sup>③</sup>袁波:《电子商务领域“二选一”行为竞争法规制的困境及出路》,《法学》2020年第8期。

<sup>④</sup>何茂斌:《电商平台“二选一”行为规制的法律适用》,《中国市场监管研究》2020年第11期。

定变得更加困难<sup>①</sup>,因此应根据网络服务平台这一特性来确定其相关市场的界定标准及市场支配地位的认定标准。

### 1.根据网络服务平台中的不同需求来界定相关市场

界定相关市场就是为了辨别涉嫌当事人存在哪些竞争者,并以此展现其相互之间的力量对比关系与状况<sup>②</sup>。而经营者能否互为竞争者,关键在于其产品或服务能否满足消费者的“同一需求”,或在消费者看来是否具有相互替代性,因而界定相关市场的基本标准是“需求替代性”<sup>③</sup>。虽然网络服务平台上通常联结着多种不同类型的用户群体,同时这些群体之间还存在着高度交叉重叠性,但从消费者的角度来看,平台之间的竞争是具有替代性的,故其相关市场的界定仍应围绕着“需求替代性”来展开,即明确消费者或用户的需求是什么,以及有多少种需求<sup>④</sup>。

首先,根据网络服务平台所实施的具体排挤行为影响到了消费者的哪一方面需求来确定是否存在竞争关系,例如在奇虎诉腾讯案中,腾讯对奇虎实施排挤行为的根本目的是为了争夺互联网广告市场上的用户,因而双方在这一市场上属于竞争者,而不是综合性即时通信服务市场或杀毒软件市场<sup>⑤</sup>。其次,根据网络服务平台用户数量的来源及网络锁定效果的程度来确定竞争关系。如果网络服务平台用户数量的来源各不相同,或网络锁定效果存在根本性差别,则意味着其消费者的需求也各不相同,应一一单独识别和界定竞争关系,而非以平台与平台存在竞争而强行界定为同一竞争关系<sup>⑥</sup>。最后,根据网络服务平台的盈利模式、利润来源或交易对象来确定竞争关系,这需重点运用集群市场测试法、子市场分析、次级市场判定法及技术创新市场的界定方法,以便准确地识别消费者的真实需求及其背后所体现的竞争关系与约束<sup>⑦</sup>。

### 2.根据消费者转向选择机制来认定市场优势

市场优势的本质是能使消费者转向选择机制发生失灵,故市场支配地位和市场优势地位认定的落脚点,均是面对经营者所实施的反竞争性行为时消费者能否进行转向选择以及在多大程度上的转向选择足以阻止该行为。我国《反垄断法》第17条对此规定了两个认定标准:一是“经营者涨价是否有利可图”的标准,即不论是直接提高产品价格,还是通过控制产品数量或其他交易条件来间接提高产品价格,消费者的转向选择是否会导致经营者的行为变得无利可图,这通常是针对传统经济领域而言的;二是“经营者在交易上的依赖程度”的标准,即交易一方(买方或消费者)因转向选择成本过高而被锁定在交易另一方身上(卖方或经营者)。网络服务平台对平台内经营者和消费者的锁定就属于此情形,但我国《反垄断法》第18条及其他配套实施细则与指南,均没有明确这一标准的具体认定方法。

由上可知,网络服务平台的市场优势通常是源于消费者转向选择成本,而非传统上对产能的控制。因此,消费者转向选择成本的高低是衡量网络服务平台市场优势的决定性因素。(1)如果网络服务平台锁定的用户数量越多,则平台内经营者或消费者进行转向选择的成本就越高,该平台拥有市场优势的可能性也就越大<sup>⑧</sup>。一般说来,如果锁定的用户数量低于25%,则网络服务平台基本上不可能拥有市场优势;如果超过了45%,则需要有其他对等的抵消优势;而如果超过了65%,则通常很难否认其市场优势的存在。(2)对于消费者转向选择成本的具体测算,需结合网络服务平台拥有的技术优势、控制能力以及用户对其所产生的依赖程度来进行分析。而在这一过程中应重点采用合理可替代性法、剩余需求弹性法、临界弹性法、临界损失法以及格兰杰因果关系检测法等方法来具体评估消费者转向选择成

①仲春:《互联网行业反垄断执法中相关市场界定》,《法律科学》2012年第4期。

②许光耀:《互联网产业中双边市场情形下支配地位滥用行为的反垄断法调整——兼评奇虎诉腾讯案》,《法学评论》2018年第1期。

③基斯·N·希尔顿:《反垄断法——经济学原理和普通法演进》,赵玲译,北京大学出版社2009年版,第191页。

④Mark Armstrong. “Competition in Two-Sided Markets”, *Rand Journal of Economics*, 2006, 72(10): 135-157.

⑤许光耀:《支配地位滥用行为的反垄断法调整》,人民出版社2018年版,第120页。

⑥王少南:《双边市场与反垄断——平台优势滥用及其规制研究》,武汉大学出版社2020年版,第123页。

⑦李虹:《相关市场理论与实践——反垄断中相关市场界定的经济学分析》,商务印书馆2011年版,第178页。

⑧孙益武:《论平台经济反垄断执法中的数据因素》,《法治研究》2021年第2期。

本的大小与转向选择可能性及程度之间的内在联系<sup>①</sup>。

### (三)明确“强迫”“不合理”“不正当”的判定标准

要根据我国《反垄断法》第17条、《反不正当竞争法》第12条及《电子商务法》第35条来考察网络服务平台“二选一”是否违法,就必须明确上述条款中“强迫”“不合理”及“不正当”等核心考察要件的适用范围与标准。

所谓的“强迫”,是指一方经营者通过非法强制手段或措施对另一方经营者的自主选择产生了实质性的影响,以至于其选择与自身利益发生了根本性的背离<sup>②</sup>。如果网络服务平台是单方面地宣布了“二选一”的内容与条件,则这时需根据平台内经营者的具体行动及背后动因来判断是否存在“强迫”。如果平台内经营者没有接受或实施“二选一”,则表明基本上不存在“强迫”的可能性;而如果平台内经营者接受或实施了“二选一”,则需进一步考察其是双方合意的结果,还是网络服务平台利用自身优势施加压力的结果,这应重点考察“二选一”是否存在具有强制约束力的条款与奖惩措施,或对平台内经营者实施长期有效的监督评估机制。如果网络服务平台以“二选一”作为平台内经营者进入或开展经营活动的附加条件,则不论其采用何种形式均构成“强迫”,因为对于后者而言进入任何平台均是其实实现利益最大化的有效途径。在这里,应注意考察“非强迫形式”的真实性,以防网络服务平台以此

来掩盖其“强迫”的真实意图。

对“不合理”与“不正当”的考察与判定,应以“扰乱市场竞争机制与秩序、损害其他经营者和消费者的合法权益”为逻辑起点,从而确保其具体适用最大限度地契合我国《反垄断法》《反不正当竞争法》及《电子商务法》的立法目标与原意<sup>③</sup>。对“不合理”进行判定的标准有三:(1)“二选一”是网络服务平台或平台内经营者遵循或落实市场竞争机制与秩序的内在要求,还是其利用技术优势、用户数量及控制能力来阻碍、限制或扭曲市场自由公平竞争的具体体现;(2)“二选一”的实施是否存在客观必要合理性,如基于安全或健康等社会公共利益的考虑,或是为了应对其他竞争性平台或平台内经营者的竞争而被动实施的;(3)“二选一”是否是维护市场竞争机制与秩序或实现社会公共利益必不可少的方式,这不仅要考察“二选一”在整体上是否是必不可少,还必须考察其每项具体内容是否也是必不可少。

而对于“不正当”的具体判定,则应以“市场损害中性原则”<sup>④</sup>为基点,着重从“‘二选一’是否会损害网络服务平台或平台内经营者自由公平竞争所产生的正当利益”“‘二选一’是否会损害消费者基于自由选择决策机制所赋予的正当合法权益”以及“‘二选一’是否会损害市场自由公平竞争所产生的社会公共利益”三方面来展开。只要“二选一”损害了上述任何一方面的正当利益,其均将因缺乏“正当性”而受到禁止<sup>⑤</sup>。

<sup>①</sup>“合理可替代性法”是指在功能或用途上来测算产品或服务是否因具有合理互换性而满足消费者需求的一种基本评估方法;“剩余需求弹性法”是指通过测算消费者需求、替代性供应能力及市场价格之间的互动关系来展现消费者转向选择的难度及涉嫌当事人市场力量的大小;“临界弹性法”是指以经营者利润最大化的可实现性与消费者转向选择的主导性之间的内在关联来推算前者在相关市场上存在市场力量的可能性;“临界损失法”是指假定经营者实施小而显著且持久性的涨价后,消费者据此进行转向选择所能承受的最大损失,并以此来判定后者转向选择的可能性;“格兰杰因果关系检测法”则是指通过检验一个产品或地区消费者的转向选择是否是其他产品或地区消费者转向选择的外生条件,并以此来评估二者与消费者转向选择的因果关系。由于上述方法侧重点各有不同,因而在具体测算过程中,应结合个案情况有针对性地选择相应方法,而非简单机械地套用,以免因产生评估偏差而最终影响到市场优势的准确认定。参见 Daniel Gore, Stephen Lewis. *The Economic Assessment of Mergers Under European Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp.47-52.

<sup>②</sup>John Matheson. “Class Action Tying Cases: A Framework for Certification Decisions”, *Northwestern University Law Review*, 1982, 43(12): 185-219.

<sup>③</sup>袁波:《电子商务领域“二选一”行为竞争法规制的困境及出路》,《法学》2020年第8期。

<sup>④</sup>所谓的“市场损害中性原则”是指在市场自由竞争过程中,竞争本身就意味着必有一方受益,而另一方受损,故自由竞争与利益损害是相伴而生的。因此,不正当竞争行为的判定不能以具体竞争者的经营利益是否遭受损害为基本标准,相反应以“市场自由竞争机制是否受到了妨碍或扭曲”为逻辑起点,重点从是否损害了竞争者自由竞争所产生的正当竞争利益、消费者自由选择所产生的正当权益以及整个自由竞争过程所产生的社会正当利益等方面来认定。参见于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第30-31页;张占江:《反不正当竞争法属性的新定位——一个结构性视角》,《中外法学》2020年第1期。

<sup>⑤</sup>张占江:《不正当竞争行为认定范式的嬗变——从“保护竞争者”到“保护竞争”》,《中外法学》2019年第1期。

## 结语

无论是对其他竞争性网络服务平台而言,还是对网络服务平台内部的经营者而言,抑或是对其终端消费者而言,“二选一”在本质上均是一种排他限制竞争性行为,故而极有可能具有多重违法性。因此,我国《反垄断法》《反不正当竞争法》及《电子商务法》应对网络服务平台所实施的“二

选一”构建起体系性与层级性的立体规制架构与模式,这一方面需要从法律体系上对相关具体法律条文进行有效衔接与协调,另一方面也需要对每一条文的考察要件与标准进行系统性设计与构造,从而充分发挥并彰显其在我国“加强平台经济监管,着力营造创新环境,推动平台经济规范健康持续发展”中的应有作用与价值。

# On the Differences and Perfection of the Legal Regulation of “Either-or Choice” of the Network Service Platform in China

ZENG Jing

(School of Law, Shenzhen University, Shenzhen 518052, China)

**Abstract:** Due to the lack of understanding of the behavior characteristics and effects of “either-or choice” of Internet service platform in China, and the existence of two different criteria for determining “market advantage”, i.e. market dominant position and market superior bargaining position, *The China's Anti-Monopoly Law*, *The Anti-Unfair Competition Law* and *E-commerce Law* have not yet formed corresponding operating procedures for the corresponding legal provisions of this behavior. As a result, China's law enforcement agencies and courts have obvious differences in the practice of regulating the network service platform “either-or choice”, resulting in the situation of having “law but no basis”. Therefore, under the basic regulatory framework of “controlling abuse of market advantage and protecting free and fair competition”, China should focus on improving the criteria for the identification of platform market advantages and criteria for the determination of “forced”, “unreasonable” and “improper”, and finally promote the effective regulation and law enforcement of network service platform “either-or choice” in China.

**Key words:** network service platform; either-or choice; abuse of market advantage; competition law; e-commerce law

(责任校对 莫秀珍)