

# 论我国互联网平台“二选一”行为 法律属性的再厘定

曾 晶

(深圳大学 法学院, 广东 深圳 518052)

**摘要:** 互联网平台“二选一”行为的实际竞争效果是其法律定性、评价及规制的前提与基础。因未全面准确地把握该行为对市场竞争的真实影响,我国不论是根据《反垄断法》《反不正当竞争法》还是《电子商务法》对其所进行的法律定性均存在局限与不足,以致在实践中产生规制混乱或冲突的局面,不利于我国对该行为进行全面科学有效的规制。互联网平台“二选一”行为存在“非法利用市场力量来排除或限制竞争”和“促进或提升销售环节中的竞争与效率”两方面的正反竞争效果,因而我国应在全面比较权衡这两方面竞争效果的基础上,重新构造其法律属性界定的基本范式、步骤及规程。这不仅有效化解我国因其法律定性不准或不明而导致上述三法产生拼接分立规制的困境,而且还有助于我国理顺现有法律规范的适用逻辑与次序,实现各相关法律条款之间的充分衔接与协调,以最终为促进我国互联网平台经济领域的公平竞争与创新发展提供有效制度支撑与法律保障。

**关键词:** 互联网平台;二选一;法律定性;正反竞争效果;平台内经营者

**中图分类号:** D912.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2022)01-0122-15

## 一、引言

“加强互联网平台经济领域反垄断、维护其公平有效竞争是促进我国社会主义市场经济高质量发展的必由之路”。<sup>①</sup>随着我国互联网平台经济的高速迅猛发展,大型或超大型互联网平台通过对其内部经营者或消费者实施“二选一”行为来排除或限制市场有效竞争的现象也日益频发,这引起了我国社会各界对该行为应如何进行有效法律规制的广泛讨论。但由于我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》的立法目标、具体规定及规制侧重点各有不同,我国学术界与实务界对互联网平台“二选一”行为的竞争效果与法律属性、规制思路与基本框架以及考察因素与认定标准均存在明显的分歧与冲突,以致实际上形成一个上述三法拼接分立规制所造成的“看似有法可循、实则无法可依”的规制混乱局面。<sup>②</sup>

**收稿日期:** 2021-09-03

**基金项目:** 广东省哲学社会科学规划青年项目“我国垄断协议行为的法律规制体系及标准优化研究”(GD19YFX04);国家社会科学基金青年项目“共享经济法律规制的司法路径研究”(19CFX065);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“我国纵向垄断协议规制体系化及标准”(860/000002110170)。

**作者简介:** 曾 晶(1984—),男,湖南邵阳人,深圳大学法学院副教授。

<sup>①</sup>王文泽:《促进平台经济健康发展必须强化反垄断》,http://www.chinanews.com/ll/2021/09-29/9576532.shtml,2021年9月30日访问。

<sup>②</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。

具体说来,上述分歧与冲突主要体现在以下三方面:一是以焦海涛(2020)、戴龙(2021)为代表的学者主张,根据互联网平台“二选一”行为对市场竞争不同层面的影响而分别采用我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》来进行单独法律定性及规制;<sup>①</sup>二是以王先林(2019)、朱理和曾友林(2019)及袁波(2020)为代表的学者主张,整体运用我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》对互联网平台“二选一”行为进行综合法律定性及规制,并从法律操作层面上来梳理、澄清及解释上述三法相关法律条文的适用逻辑与次序,以消除其现已发生的法律竞合与冲突问题;<sup>②</sup>三是以王晓晔(2020)、兰燕卓(2021)为代表的学者主张,根据互联网平台“二选一”行为的特殊性以及对经营者特殊利益的损害,而从立法上创设一个专门独立的法律规制框架与体系。<sup>③</sup>

但遗憾的是,以上研究与主张更多地关注如何在操作层面上化解互联网平台“二选一”行为法律适用中“考察因素不全”“认定标准不明”及“逻辑体系混乱”等具体障碍与困难,而没有从学理上系统全面地探讨该行为的法律定性问题,其最终将因其法律属性界定不够准确或周延而导致我国难以建构起完整统一且清晰明了的规制框架、路径及标准。同时,域外以欧美为代表的主要国家与地区,对互联网平台“二选一”行为的规制与研究也处于初级起步阶段,一方面其总是被动片面地着眼于解决该行为的具体类型及竞争影响、互联网平台市场力量的认定框架与条件、竞争损害可能性的考察因素与标准以及是否有必要从立法上创设特殊专门法律规定等在实践中所面临的难点问题,另一方面其对该行为的法律特征、性质、竞争形态与效果及规制思路与范式则至今尚存在着巨大争议与分歧,难以达成有效共识或定论,<sup>④</sup>因而其对我国的直接借鉴意义亦非常有限。

“法律规则的具体应用只不过是在法律概念或属性上形成的大前提之下的逻辑涵摄,因而若没有对某一事实或行为的法律性质进行规范性评价,则法律规则本身在任何具体案件中都将变得寸步难行”。<sup>⑤</sup>而我国欲实现对互联网平台“二选一”行为进行全面准确的法律评价,以及有效化解其规制实践中的冲突与争议,首要任务就是根据其对市场有效竞争的真实影响来重新构建其法律属性的界定思路、框架、方法及标准。这不仅有利于我国有效澄清、理解及把握现行《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》相关法律规定中基本要素的内涵与外延,从而为我国执法与司法机构在实践中具体法律适用提供更为清晰明了的操作指引,而且还有利于我国对上述三法具体规定中的法律缺陷与规整漏洞进行全方位且有针对性的填补与完善,既增强其周延性与圆满性,又提升其可操作性与可执行性,从而最终有效推进我国在互联网平台经济领域塑造公平竞争机制与秩序的进程。

据此,本文拟将首先对我国根据《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》的相关规定

<sup>①</sup>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;戴龙:《论我国〈电子商务法〉竞争规制条款的适用》,《法治研究》2021年第2期。

<sup>②</sup>王先林:《电子商务领域限定交易行为的法律适用》,《中国市场监管研究》2019年第11期;朱理、曾友林:《电子商务法与竞争法的衔接:体系逻辑与执法展望》,《中国社会科学院研究生院学报》2019年第3期;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>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;兰燕卓:《电商平台“二选一”行为的规制路径探索》,《湖北社会科学》2021年第6期。

<sup>④</sup>Nooreen P, Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options, Policy and Internet, Vol.10, No.3,2020, pp.264-301; Hovenkamp H, Antitrust and Platform Monopoly, Yale Law Journal, Vol.130, No.8,2021, pp.1952-2050; Ribeiro VM, Professionalization of Online Gaming? Theoretical and Empirical Analysis for a Monopoly-Holding Platform, Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research, Vol.16, No.4,2021, pp.682-708.

<sup>⑤</sup>[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,商务印书馆2020年版,第17-18页。

来定性互联网平台“二选一”行为的局限进行梳理与分析,然后再着重从互联网平台之间的竞争特性以及该行为对市场竞争的真实效果等方面来探讨其法律定性的理论基础,最后在此基础上对其法律属性重新厘定的思路、框架及方案进行相应探讨。与以往研究所不同的是,本文的分析并不是着眼于互联网平台“二选一”行为在微观层面上对所涉经营者具体竞争行为所产生的片面影响,而是重点从维护互联网平台经济领域市场竞争机制与秩序有效运转的宏观层面上来全面综合分析该行为所可能产生正反竞争效果的利弊与优劣,并以此来探讨对其进行准确法律定性评价的分析范式、步骤及要点。

## 二、我国互联网平台“二选一”行为法律定性的局限

“二选一”行为是对互联网平台与其内部经营者或消费者达成某种限定或固定交易行为的直观描述,而并非我国现行《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》上一个明确的法律概念。<sup>①</sup>但不论是根据我国《反垄断法》第17条的规定将互联网平台“二选一”行为定性为滥用市场支配地位中限定交易的行为,还是根据我国《反不正当竞争法》第12条的规定将其定性为互联网不正当竞争行为,抑或是根据我国《电子商务法》第35条的规定将其定性为不合理限制交易行为,均过分强调互联网平台有没有实施该行为的事实、是否存在损害其他竞争者的可能性以及是否与法律规定之间存在直接的相对对应性,而难以客观全面地反映其对市场竞争的实际影响或效果,这也是我国上述三法在规制该行为的过程中面临各种困境、难题乃至矛盾冲突的根源。<sup>②</sup>

### (一) 过分强调对竞争者本身的保护

不论是我国《反垄断法》《反不正当竞争法》还是《电子商务法》,其第1条的立法目标与宗旨均意在鼓励和保护市场自由公平竞争,因而保护所有竞争者免受任何形式的限制或制约是上述三法应有的题中之义。<sup>③</sup>

在上述三法第1条规定的语境中,“经营者”均是其最主要的保护对象之一,因而其采用的基本上都是“保护经营者”的调整范式,即基于竞争者本身是否遭受限制或损害来判定某种行为是否具有不正当或不合理性而应受到其否定性评价。<sup>④</sup>而市场自由公平竞争的好坏,一般来说首先取决于市场竞争者数量的多寡。如果市场上竞争者的数量越多,则其自由公平竞争越能得到保障与落实,反之亦然。因此,任何限制竞争者本身或减少竞争者数量的行为,均应被视为同维护市场自由公平竞争机制与秩序的价值目标不相容。<sup>⑤</sup>

而由于互联网平台“二选一”行为直接指向的是阻碍或破坏其他竞争性平台与其内部经营者或消费者进行买卖交易等具体经济活动,故其实施目的与现实结果,均是在某种形式或程度上消除或减少了竞争者的数量。这时,不论所实施的互联网平台本身是否拥有排除、限制或消灭市场有效竞争的市场力量,只要该行为一经实施,就意味着市场竞争将因竞争者数量的减少而变得不再那么有效了,哪怕其实施本身存在某种合理性或正当性。<sup>⑥</sup>因此,互联网平台“二选一”行为消除或减少竞争者本身是对我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》所保护

①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。

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陈兵、赵青:《科学合理规制“二选一”,规范平台经济健康发展》,《中国价格监管与反垄断》2021年第6期。

④杨东、林禹岐:《数字经济平台竞争背景下“二选一”行为的理论廓清》,《河南财经政法大学学报》2020年第2期。

⑤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。

⑥焦海涛:《“二选一”行为的反垄断法分析》,《财经法学》2018年第5期。

的市场自由公平竞争不折不扣的破坏,是完完全全无效的或非法的。<sup>①</sup>

这一强调对竞争者本身保护的观念在我国对互联网平台“二选一”行为的执法实践中得到了充分展现。例如,在“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垄断”案(以下简称“阿里”案)和“美团在中国境内网络餐饮外卖平台服务市场垄断”案(以下简称“美团”案)中,我国国家市场监督管理总局在分析当事人所实施的“二选一”行为时,就开宗明义地指出:“该行为将不当限制平台内经营者与其他竞争性平台之间所正常开展的交易或合作,并通过锁定效应来减少其他竞争性平台上的经营者或消费者的数量,以削弱其他竞争性平台与当事人进行公平竞争的能力,降低相关市场竞争程度,从而最终破坏公平有序的市场竞争秩序。”<sup>②</sup>

但保护竞争者并不完全等于就能有效地保护竞争,尤其是在互联网平台经济领域中,因动态颠覆性或破坏性创新效应而导致其有效竞争能否顺利开展,并不像传统经济领域那样依赖于竞争者本身数量的多寡,<sup>③</sup>因而若仅强调通过对竞争者本身的保护来规制互联网平台“二选一”行为,不仅将导致我国难以对其进行全面有效的法律定性或评价,尤其是将无形夸大或缩小其对互联网平台经济领域市场自由公平竞争的真实影响,而且还将导致我国现行《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》均为了保护竞争者本身而产生法律调整对象之间的冲突,即该行为均同时且无差别地属于上述三法的调整范围之内,造成行为性质争议和体系归属的难题。<sup>④</sup>

## (二) 过分强调对具体竞争行为的保护

在市场经济条件下,经营者自主自由地实施竞争行为是基础,<sup>⑤</sup>因而不论是我国《反垄断法》第17条的规定,还是《反不正当竞争法》第12条的规定,抑或是《电子商务法》第22条或第35条的规定,其立法原意或目标均是为了最大限度地保护经营者在选择交易对象或范围、提供交易产品或服务以及接受交易内容或条件等方面能够独立自主地来实施或开展各种经营或竞争活动,这也是私法自治所强调的经营者之自决性在上述法律规范中的延续。<sup>⑥</sup>由此可见,根据上述法律规定来判断互联网平台“二选一”行为是否会影响或破坏市场竞争机制与秩序的正常运转,关键在于其是否会阻碍或限制其他经营者在竞争过程中独立自主地实施其竞争策略与行为。

从上述法律规定中“禁止……”和“不得为……”的立法表达来看,其是以保护自由竞争行为为逻辑起点,禁止所有经营者通过任何限制竞争自由的方式或手段来获取不正当的竞争优势,从而使其在更广泛的范围内实现竞争自由。<sup>⑦</sup>换言之,互联网平台及其内部经营者所达成实施的“二选一”行为是否有利于自由竞争的顺利开展,是否贯彻或符合市场自由竞争机制的基本要求,既是上述法律规定判断该行为是否具有正当性的根本标准,也是确定其竞争者利益

①伍富坤:《竞争法域下平台“二选一”的困境与应对》,《北京化工大学学报(社会科学版)》2019年第4期。

②《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕74号),[http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008\\_335367.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008_335367.html),2021年10月10日访问;《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕28号),[http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409\\_327698.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html),2021年4月11日访问。

③Howard A, Information Innovation and Competition Policy for The Internet, University of Pennsylvania Law Review, Vol.161, No.6, 2020, pp.1663-1705.

④宋亚辉:《风险立法的公私法融合与体系化构造》,《法商研究》2021年第3期。

⑤孔祥俊:《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》,《东方法学》2018年第1期。

⑥电子商务法起草组:《中华人民共和国电子商务法解读》,中国法制出版社2018年版,第67-69页。

⑦张占江:《论不正当竞争认定的界限》,《政法论丛》2021年第4期。

是否应予以保护的终极依据。<sup>①</sup>只要互联网平台“二选一”行为排除或限制了平台内经营者及其他竞争性平台所能开展的自由竞争活动或行为,则意味着其将因损害其他经营者的自主经营权利、商业机会与竞争优势等正当合法权益而应受到禁止,否则,要保护或促进整个互联网平台经济领域内市场自由公平竞争机制与秩序就将无从谈起。<sup>②</sup>

在“阿里”案和“美团”案中,我国国家市场监督管理总局就严格遵循了上述法律规定的字面意思逻辑,着重从其他竞争性平台及平台内经营者的开业自由、选择交易对象自由以及市场进出自由三方面来证明互联网平台“二选一”行为对自由竞争行为与正当竞争利益产生的影响:(1)该行为要求平台内经营者放弃在其他平台的经营机会,而只能与实施人独家合作,不合理干涉了前者自主选择合作平台的经营自由;(2)该行为通过跨多边网络效应直接导致其他竞争性平台上的经营者和消费者同时流失,并使平台内经营者和消费者数量减少形成循环反馈,削弱其他竞争性平台的自由竞争能力;(3)该行为通过锁定其内部经营者来增加相关市场潜在竞争者与之达成合作协议的难度,使其难以充分获取进入市场开展竞争的必要资源,不当地提高了市场进入壁垒。<sup>③</sup>

但如果互联网平台“二选一”行为排除或限制了某一经营者的具体竞争行为,就将其视为是因损害市场竞争而认为违法的话,则不仅无助于我国明确该行为对市场竞争究竟会产生哪些实际损害以及判断具体损害的标准是什么,以致于我国迄今无法对其形成完整统一的考察规则与认定标准,而且也不利于理顺我国现行《反垄断法》《反不正当竞争法》及《电子商务法》对该行为进行拼接分立规制中的法律适用逻辑与次序,以及在法律规制体系上实现其各具体相关条文的有效衔接与协调,<sup>④</sup>因为若一味地强调互联网平台“二选一”行为对具体竞争行为的危害性,则意味着就不必再对互联网平台实施该行为的主观动机是否存在善意、该行为的具体内容与运作方式是否是公开的或强迫的、其他竞争性平台与其内部经营者竞争行为或利益究竟受到多大的损害等核心要素进行逐一考量,而直接在结论上推定为不合理或不合法。这也是我国在规制互联网平台“二选一”行为过程中产生简单绝对化或片面裁剪性考察与适用现象的主要动因之一。<sup>⑤</sup>

### (三) 过分强调“二选一”行为的违法性

不论是我国根据《反垄断法》第17条和《电子商务法》第22条将互联网平台“二选一”行为定性为滥用市场支配地位行为,还是根据《反不正当竞争法》第12条或第2条将其定性为互联网不正当竞争行为,抑或是根据《电子商务法》第35条将其定性为不合理限制交易行为,其均是基于该行为对市场竞争机制与秩序、经营者和消费者的正当合法权益等某一方面所存在的违法性来做出的,不仅没有综合全面分析其有可能存在的所有违法性,而且更是遗漏了其有可能存在的正当合理性,从而造成我国对其规制的泛化与冲突。

首先,过分强调实施“二选一”行为的互联网平台对其内部经营者或其他竞争性平台在技术手段、服务协议或交易规则等方面拥有市场优势地位,并假定其必然会利用或滥用这一地

①孔祥俊:《〈民法总则〉新视域下的反不正当竞争法》,《比较法研究》2018年第2期。

②Nooreen P, Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options, Policy and Internet, Vol.10, No.3,2020, pp.264-301.

③《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕74号),[http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008\\_335367.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008_335367.html), 2021年10月10日访问;《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕28号),[http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409\\_327698.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html), 2021年4月11日访问。

④朱理、曾友林:《电子商务法与竞争法的衔接:体系逻辑与执法展望》,《中国社会科学院研究生院学报》2019年第2期。

⑤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。

位。从上述法律规定来看,互联网平台实施“二选一”行为的根本性前提是,其相对于平台内经营者或其他竞争性平台而言拥有某种程度上的市场优势地位,并进而通过该行为来排除或限制后者有效竞争的开展,以巩固、延续或扩大这一竞争优势。<sup>①</sup>但对于“市场优势地位”的认定框架与标准、利用或滥用“市场优势地位”的基本手段与方式,以及“技术手段、服务协议或交易规则”与“市场优势地位”之间的内在逻辑与关联,我国现有立法规定和执法实践均没有进行明确统一,以致于往往因互联网平台存在某方面的市场优势而人为夸大其实施“二选一”行为的现实可能性与严重危害性,产生《电子商务法》相关法律条文架空《反垄断法》及《反不正当竞争法》的风险。<sup>②</sup>

其次,过分强调互联网平台“二选一”行为对其内部经营者及其他竞争性平台正当竞争权益的损害。由于上述法律规定以经营者正当竞争权益是否遭受损害作为其归责的基本理由之一,因而我国执法机构和审理法院在现已产生的案例中,均不约而同地着重从竞争机会、竞争过程及竞争结果三大方面来证明“二选一”行为将损害平台内经营者及其他竞争性平台所享有的正当竞争权益:一是将导致其他竞争性平台在展开竞争的市场条件上面临根本性歧视或差异;二是将导致平台内经营者及其他竞争性平台难以根据自身特色与优势来自由地参与市场竞争;三是将导致平台内经营者及其他竞争性平台无法最终获得市场的客观评价或公正肯定。<sup>③</sup>这显然突破了“以市场竞争损害中性原则来保护整个竞争过程不受严重扭曲”<sup>④</sup>的内涵与外延,造成我国对互联网平台“二选一”行为之违法性干预存在过当或宽泛的嫌疑。

最后,过分强调互联网平台“二选一”行为对消费者合法正当权益的侵害。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,互联网平台“二选一”行为不仅将限制或缩小消费者可接触的品牌和商品范围,而且还将最终使其无法获得公平交易条件与结果,这表明其在手段或结果上均具有上述法律规定中损害消费者合法权益的不正当性或可责性。<sup>⑤</sup>但这里对消费者权益的保护,并非单个消费者的具体权益,而是整体消费者的决策自由,故若片面强调互联网平台“二选一”行为对消费者具体权益的损害,不仅将夸大该行为的违法损害性,而且还将造成其普遍违法性同我国执法公正性或规范性之间的矛盾与冲突。<sup>⑥</sup>

①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。

②王先林:《电子商务领域限定交易行为的法律适用》,《中国市场监管研究》2019年第11期;张辉、梁正:《自动驾驶“单车智能”模式的发展困境与应对》,《齐鲁学刊》2021年第6期。

③具体内容可见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕28号),[http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409\\_327698.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html),2021年4月11日访问;或《上海市市场监督管理局行政处罚决定书》(沪市监反垄处〔2020〕06201901001号),[http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210412\\_327737.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210412_327737.html),2021年4月13日访问;或卢燕飞:《美团、饿了么因“二选一”分别向对方索赔100万,法院判决来了》,<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1697107994878493525&wfr=spider&for=pc>,2021年5月2日访问;或于浩:《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》,<http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2021-04-14/doc-ikmxzfmk6745668.shtml>,2021年5月2日访问;或《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕74号),[http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008\\_335367.html](http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008_335367.html),2021年10月10日访问等。

④市场竞争本身必然导致一方收益,而另一方受损,因而判断某一行为是否具有我国竞争法意义上的不正当性,关键在于某个竞争者的具体竞争利益是否遭受了损害,而在于整个竞争过程以及其所产生的正当竞争利益是否遭受了明显的扭曲或损害。对于这一方面的详细论述,可具体参见张占江:《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。

⑤《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审民事判决书》(2019浙07民初402号),<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=6561750c9b36430fb304acdb00aa71c0>,2021年5月2日访问。

⑥熊文聪:《电商平台“二选一”的法律问题辨析——以反垄断法为视角》,《中国应用法学》2020年第2期。

### 三、我国互联网平台“二选一”行为法律定性的理论基础

互联网平台“二选一”行为对市场竞争机制与秩序的真实影响或效果是对其进行准确有效法律定性的前提与基础,因而欲解决我国现行《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》对其法律定性的局限与不足,首先就必须厘清:互联网平台经济领域市场竞争机制与秩序的运作机理与其“保护市场公平竞争”的价值目标之间存在何种有机关联?“二选一”行为究竟对市场竞争机制与秩序产生了什么样的负面影响,才能引发其具体法律条文上的“不正当性”或“不合理性”考察?是否存在促进市场公平竞争、提升经济运行效率及维护消费者权益或社会公共利益等方面的“正当合理性”?

#### (一)平台间有效竞争是互联网平台市场公平竞争机制与秩序的基石

“竞争法保护的是整个市场公平竞争机制与秩序,而非单个具体竞争者的行为或利益”,<sup>①</sup>故不论是从立法目的还是从具体规定来看,我国《反垄断法》和《反不正当竞争法》上的“保护市场公平竞争”均是着眼于整个市场公平竞争机制与秩序能否正常运转而言的。<sup>②</sup>而《电子商务法》第22条和第35条作为我国《反垄断法》第17条和第18条与《反不正当竞争法》第12条和第2条在互联网平台经济领域的特殊规定,其对市场公平竞争机制与秩序的维护亦应遵循前二者的规制逻辑与分析范式。<sup>③</sup>因此,我国对互联网平台“二选一”行为进行法律定性应围绕整个市场公平竞争机制与秩序是否能正常有效运转来展开。

尽管互联网平台“二选一”行为将在产品销售规模与范围数量、经营销售模式与渠道体系以及潜在促销方式与宣传活动等环节上排除或限制其内部经营者之间开展具体竞争活动与行为,<sup>④</sup>但由于互联网平台相较于传统经济领域而言,具有竞争的多元性与复杂性、对消费者选择的高黏着性与体系黏着性以及数据信息的兼容性与标准性等特征,使之互联网平台之间所提供的相关产品或服务的市场进入门槛或壁垒变得微乎其微,即便是两个之前所提供的产品或服务压根不存在任何竞争关系的互联网平台,一方也可在短期内通过技术手段或经营手段进入另一方经营领域并开展跨界竞争,以致原本互不搭界的互联网平台亦可成为直接的相互竞争者;同时,互联网平台经济领域竞争的主基调是互联网平台之间的产品创新、模式创新、技术创新以及业态创新,而在这一破坏性动态创新的驱动下,互联网平台之间的竞争强度、频率及范围将变得更大、更高及更广,以致互联网平台经济领域有效竞争能否顺利开展,在很大程度上取决于互联网平台创新能力的高低以及创新竞争的激烈程度。<sup>⑤</sup>因此,互联网平台市场公平竞争机制与秩序能否正常运转的基石是平台之间是否存在有效市场竞争,而非平台内经营者之间能否在销售环节上开展相互竞争。换言之,判断互联网平台“二选一”行为是否存在损害市场公平竞争机制与秩序的可能性,其着眼点并不在于该行为是否排除、限制或破坏了平台内经营者之间所从事的具体竞争活动或行为,而在于其是否会阻碍、压制或毁灭互联网平台之间有效竞争的顺利开展与进行。<sup>⑥</sup>

①[日]土田和博:《关于“竞争法保护的是竞争而非竞争者”之格言》,陈丹舟、王威骅译,《竞争政策研究》2018年第1期。

②安建:《中华人民共和国反垄断法释义》,法律出版社2007年版,第13页;王瑞贺:《中华人民共和国反不正当竞争法释义》,法律出版社2018年版,第11页。

③戴龙:《论我国〈电子商务法〉竞争规制条款的适用》,《法治研究》2021年第2期。

④Cozzolino A, Digital Platform-based Ecosystems: The Evolution of Collaboration and Competition Between Incumbent Producers and Entrant Platforms, *Journal of Business Research*, Vol.126, No.2, 2021, pp.385-400.

⑤孙晋:《数字平台的反垄断监管》,《中国社会科学》2021年第5期。

⑥Kim BC, Two-sided Platform Competition with Multi-homing Agents: An Empirical Study on the Daily Deals Market, *Information Economics and Policy*, Vol.41, No.5, 2019, pp.36-53.

只要互联网平台之间存在有效竞争,则其内部经营者之间的竞争即便受到了某种限制,前者亦可自行对后者进行调整或纠正,而无需国家运用法定干预手段或措施来进行规制。<sup>①</sup>因此,如果互联网平台“二选一”行为仅仅只是损害了其内部经营者在产品或服务销售上的相互竞争,而没有对互联网平台之间所开展的相互竞争产生显著的排除或限制,则该行为就很难产生损害或破坏互联网平台经济市场公平竞争及促进其规范有序创新健康发展意义上的归责事由或违法结果,不属于我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》的调整范围。相反,如果互联网平台实施“二选一”行为的目的是为了以此来排除或限制其他竞争性平台所施加的有效竞争约束,并且该实施者确有能力实现这一终极目标,即“二选一”行为本身不是目的,而是作为排除或限制互联网平台之间横向有效竞争的手段或载体,则该行为就有可能对互联网平台经济领域的市场公平竞争机制与秩序产生负面影响,<sup>②</sup> 理应根据我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》上的相关条款来对其进行否定性评价或相应规制。然而,我国国家市场监督管理总局在“阿里”案和“美团”案中并没有有效澄清上述平台间竞争与平台内竞争之间的有机联系与区别,相反而是将二者强行糅合在一起共同作为论证“二选一”行为破坏市场公平竞争机制与秩序的理论基础。

## (二) 互联网平台“二选一”行为的负面竞争影响是其法律定性的首要标准

如果一个行为没有对市场竞争产生损害,则其通常不太可能会违反以保护市场自由公平竞争为直接立法目标的竞争法律制度。<sup>③</sup> 因此,不管是根据我国《反垄断法》还是《反不正当竞争法》,抑或是《电子商务法》来定性互联网平台“二选一”行为,均须首先证明或认定其是否存在损害市场竞争的事实或效果,即其将在哪些方面能满足上述法律相关条款中“竞争损害”的构成要件。

由上可知,只有当互联网平台“二选一”行为能排除或限制其相互之间的横向竞争关系与约束时,其才存在损害市场竞争的可能性,而这又取决于其实施者是否拥有凌驾于竞争之上的市场力量,即其实施要么是为了非法获得市场力量,要么是为了非法滥用原本已合法拥有的市场力量。由于互联网平台本身与其内部经营者分属于上下游不同市场环节,故“二选一”行为并不同时增强二者的市场力量,相反其往往只会增强某一方的市场力量,但这种单方市场力量的增强通常要受制于另一方所在市场环节竞争的约束,所以只有当该行为能同时增强双方的市场力量时,其才有可能在横向竞争关系上排除或限制其他竞争性平台所提供的现有竞争或潜在竞争。<sup>④</sup> 一般而言,互联网平台“二选一”行为将从以下两方面产生上述负面竞争影响:一是充当互联网平台与其他竞争性平台之间达成并实施横向限制竞争协议的手段或工具;二是充当已合法拥有市场支配地位的互联网平台滥用该地位来排除或限制其他竞争性平台开展有效竞争行为的手段或工具。<sup>⑤</sup>

互联网平台“二选一”行为之所以能够有利于互联网平台之间达成并实施横向限制竞争协议,主要是因为其能够有效地帮助各互联网平台准确地控制或监督其内部经营者所选择的交易对象、方式、范围乃至价格,并及时发现惩罚当中没有严格执行“二选一”行为的背叛者,以

<sup>①</sup> Kuenzler A, Advancing Quality Competition In Big Data Markets, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol.15, No.4, 2019, pp.500-537.

<sup>②</sup> Crandall R, The Dubious Antitrust Argument for Breaking Up the Internet Giants, *Review of Industrial Organization*, Vol.54, No.4, 2019, pp.627-649.

<sup>③</sup> 兰磊:《论垄断行为分析模式的配置逻辑》,《经贸法律评论》2021年第2期。

<sup>④</sup> 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。

<sup>⑤</sup> Diane C, Practical Competition Policy Implications of Digital Platforms, *Antitrust Law Journal*, Vol.82, No.2, 2019, pp.243-287.

至于其内部经营者无法依托转向选择机制来自由选择交易平台,造成各互联网平台之间的横向竞争关系处于凝固或停滞的状态。通常,互联网平台与其内部经营者之间的交易内容与方式往往是不公开的,甚至在很大程度上将其视为商业秘密而被严格保护起来,这时其他竞争性平台很难根据其所观察到的相关信息来准确判断前者究竟采取了什么样的竞争政策或措施,而它要想在竞争中实现利润最大化,除了实施能更加吸引其内部经营者的竞争行为外而别无他法。但如果各互联网平台之间均同时实施“二选一”行为,则其只需根据该行为的具体内容与实施情况,即可准确地判断出其他竞争性平台的目的与意图,这时若再采取更为积极的竞争手段,反倒于自身不利,是非理性的行为。<sup>①</sup>

而“二选一”行为能有利于互联网平台通过滥用市场支配地位来排除或限制竞争的根本原因是:互联网平台之间一般并不会在业务上发生直接的交易关系,因而其相互之间的具体交易信息往往是不透明的,即便是对某个拥有市场支配地位的互联网平台而言也概莫能外。同时互联网平台之间竞争的动态性与多变性,将进一步增强其相关信息的不对称性,这时所有互联网平台均无法实施排除或限制竞争行为,因为一旦实施,其他竞争性平台即可采用有针对性的竞争策略而导致其变得无利可图。但如果拥有市场支配地位的互联网平台实施“二选一”行为,则其不仅能最大限度地防止其内部经营者以及终端消费者流向其他竞争性平台,而且还能行之有效地阻止潜在竞争性平台通过跨界竞争进入其所提供的相关产品或服务市场中来,进而最终通过封锁整个相关市场以实现其巩固或加强市场支配地位的非法目的与意图。<sup>②</sup>

### (三) 互联网平台“二选一”行为的正面竞争效果是其法律定性的终极标准

理论上,即便经营者的某一行为已被证明对竞争有所限制或损害,但也不能据此武断地认定其不可能存在有利于竞争的一面。<sup>③</sup>因此,判断互联网平台“二选一”行为是否具有我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》意义上的违法性,不能仅着眼于其对竞争的限制或损害,而要充分考虑到其是否存在促进竞争的可能性,并通过综合比较权衡前后两方面的竞争效果来判定其合法与否,这也是上述三法“正当理由”“不正当性”及“不合理性”评估考察中不可缺少的最终环节。

但不论是我国《反垄断法》第17条还是《反不正当竞争法》第12条,抑或是《电子商务法》第35条,均没有明确规定互联网平台“二选一”行为正面竞争效果的考察方向与认定标准,以致在具体操作中将面临“于法无据”的局面。虽然我国国家市场监督管理总局在“阿里”案和“美团”案中,尝试根据《反垄断法》第15条的豁免标准来考察互联网平台“二选一”行为是否在“销售激励措施”和“保护特定投入”上具有正当合理性,但该条实际上并没有对任何销售环节上的正面竞争效果进行规定。而我国法院在根据《反不正当竞争法》第12条来考察互联网平台“二选一”行为是否具有“不正当性”或“不合理性”时,往往也因该条没有明确规定“正面竞争效果”而将其束之高阁或直接弃用。<sup>④</sup>因此,我国要想避免对互联网平台“二选一”行为法律定性的片面化与武断化,就必须在立法上明确其正面竞争效果的类型与范围。

众所周知,互联网平台“二选一”行为主要发生在其下游环节内部经营者之间,而非直接作

<sup>①</sup>Larsson S, Putting Trust into Antitrust? Competition Policy and Data-driven Platforms, European Journal of Communication, Vol.36, No.4,2021, pp.391-403.

<sup>②</sup>Cappa M, Taming Digital Gatekeepers: The 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law, Computer Law & Security Review, Vol.41, No.1,2021, pp.157-192.

<sup>③</sup>Herbert H, The Rule of Reason, Florida Law Review, Vol.70, No.5,2018, pp.81-167.

<sup>④</sup>黄武双、谭宇航:《电子商务平台“二选一”行为的反不正当竞争法规制》,《电子知识产权》2021年第5期。

用于互联网平台之间的相互竞争,因而其往往在其内部经营者的销售环节上存在着明显的正面竞争效果。归纳起来,这通常主要体现在以下三方面:(1)能有效地避免互联网平台内部经营者之间所发生的“搭便车”问题,从而激励其相互间展开更为充分的销售服务竞争;(2)能有效地避免互联网平台内部经营者为进入该平台所进行沉没性投资而产生“最终被阻止进入”的问题,以使新进入互联网平台的内部经营者能够更加及时有效地参与到相互竞争当中去;(3)有利于维护互联网平台所建立起的良好市场评价与形象,以及确保其商业模式与经营方式的统一性或标准化,从而实现其销售中的规模经济与范围经济效应。<sup>①</sup>

上述正面竞争效果必须是真实发生且具体存在的,而不是假定虚构的或难以有效实现的。这一方面要求互联网平台“二选一”行为与上述正面竞争效果之间存在直接必然的因果关系,即后者是因为前者的付诸实施所产生的,而不是由前者之外的任何原因所导致的;另一方面还要求互联网平台“二选一”行为在性质、价值及实现时间与方式等方面与上述正面竞争效果存在一一相适应性,而不能超出所必需的限度与范围,即对于实现后者而言,前者的具体实施都是唯一且无法用其他更好的方式来替代的。如果互联网平台“二选一”行为不能同时满足这两方面的要求,则表明其产生上述正面竞争效果将是无法证实的,或者说压根不存在实现的可能性与确切性。<sup>②</sup>

#### 四、我国互联网平台“二选一”行为法律属性的再厘定

在形式上,互联网平台“二选一”行为是一种排除或限制其内部经营者进行自由交易或竞争的行为。<sup>③</sup>但其是否属于一种损害市场竞争的违法行为,则还需在全面综合分析其对互联网平台经济领域市场竞争机制与秩序所可能产生的正反两方面影响后,方能作出准确性与判断。<sup>④</sup>这不仅要全面系统地考察互联网平台“二选一”行为的目的、性质以及对市场竞争的实际影响,而且更要细致深入地比较权衡其正反竞争效果的优劣以及是否对相关竞争者或消费者的正当权益产生了显著性损害。同时,这一法律定性思路与框架也有助于我国有效化解因《反垄断法》《反不正当竞争法》及《电子商务法》对互联网平台“二选一”行为的不同立法规定,而造成在其法律属性界定过程中所产生的适用范围、逻辑顺序及规制体系的冲突。

##### (一)以互联网平台“二选一”行为的目的或性质为逻辑起点

判断互联网平台“二选一”行为是否存在排除或限制竞争的可能性,首先就应考察其究竟是有损害市场竞争的主观恶意,还是有提升竞争或促进效率的善意目的,抑或是二者兼有之。如果互联网平台实施“二选一”行为的主要目的是以此来排除或限制其内部经营者与其他竞争性平台正常的市场交易活动,或为了维护其某些内部经营者的特殊利益而抑制其他内部经营者与之进行竞争,或为了妨碍、扭曲及压制互联网平台之间的现有竞争、潜在竞争及动态创新竞争等主要竞争活动,或为了形成、巩固或加强实施该行为的互联网平台本身及与其合谋者的市场力量,或其在本质上对互联网平台经济领域中市场核心竞争或社会公共利益的主体、内容及关键部分存在明显的损害意图等,则该行为就有可能存在排除或限制竞争的违法性,应纳入进一步分析与考察的范围当中来,反之则不必予以关注。因此,互联网平台“二选一”行为的

<sup>①</sup>Baker B, Antitrust Enforcement Against Platform MFNs, Yale Law Journal, Vol.127, No.7,2018, pp.2176-2202.

<sup>②</sup>Kamrul M, Antitrust Law Regulation and Platform Monopoly, International Journal of Industrial Organization, Vol.69, No.4,2020, pp.513-558.

<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>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。

“主观目的”或“基本性质”是对其进行考察、分析以及法律定性的逻辑起点或首要步骤。<sup>①</sup>

在这里,对“主观目的”或“基本性质”进行考察,并不是要对互联网平台“二选一”行为的法律属性进行实质判断,而仅是据此来确定其是否属于我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》管辖权意义上的调整对象与行为。在我国《反垄断法》上,凡具有排除或限制竞争的目的或效果的行为均应纳入其考察范围,而我国《反不正当竞争法》和《电子商务法》则是以是否损害竞争者和消费者利益来确定其调整范围。因此,如果互联网平台“二选一”行为的主要内容或具体措施表明其就是赤裸裸地为了排除、压制甚至毁灭竞争,则就应优先考虑将其纳入我国《反垄断法》的调整框架内,反之则需进一步考察其实际竞争效果。

考察“主观目的”或“基本性质”的一般思路是通过互联网平台“二选一”行为本身来推导其排除或限制竞争意愿的强烈程度。如果该行为的主要内容是为了服务实施者巩固或加强其所拥有的市场力量,如存在单一品牌限制、独家交易限制、不得竞争限制以及销售数量限制等内容,则意味着其“主观目的”或“基本性质”仅在于排除或限制竞争本身。而如果该行为的主要内容是改善生产或销售,或提升经济与技术进步,则需进一步考察其对实施者相互间的生产、研发,以及销售等各环节具体经济活动有没有进行整合以及整合程度的高低,以具体判定其是为了促进竞争,还是以此来掩盖其限制竞争的真实目的或意图,这通常可根据其是否与行为实施对象的正常经济利益相悖来进行甄别。<sup>②</sup>

#### (二)以互联网平台“二选一”行为的实际竞争影响为关键核心

能否科学准确地界定互联网平台“二选一”行为的法律属性,关键在于能否全面客观地评估其对互联网平台经济领域市场竞争机制与秩序的实际影响,这意味着要全面系统地考察其所可能产生的正反竞争效果或影响。虽然我国《反不正当竞争法》和《电子商务法》也旨在保护和鼓励市场公平竞争,但从其具体法律规定来看,其往往只关注互联网平台“二选一”行为是否存在损害市场竞争的一面,并以此来证成该行为的“不正当性”或“不合理性”,而基本上不须考虑其是否存在促进市场竞争的一面。这实际上导致我国《反不正当竞争法》第12条或第2条与《电子商务法》第22条或第35条严重侵袭了我国《反垄断法》17条的规制领域,产生后者被前者架空以及上述法律规定适用混乱的现实风险。而我国《反垄断法》则不论是从基本规制思路还是从具体相关规定来看,均要求全面系统地考察互联网平台“二选一”行为的正反竞争效果或影响,即不仅要考察该行为产生负面竞争效果的表现形式与内在动因,而且要考察其正面竞争效果的产生方式与客观条件。因此,对于互联网平台“二选一”行为实际竞争效果的考察,应当优先考虑适用我国《反垄断法》的相关规定,而不是《反不正当竞争法》第12条或第2条,至于《电子商务法》第22条和第35条也应被严格限制在《反垄断法》的考察框架内作为特殊因素来适用。

由于我国现行《反垄断法》的相关规定在立法上存在缺陷与不足,因而要想确实理顺上述三法具体法律条款在全面系统考察互联网平台“二选一”行为实际竞争效果的适用关系与逻辑顺序,并实现其相互之间的充分衔接与有机协调,则还需我国从反垄断立法上来明确与完善其考察思路与框架。这重点可从以下两方面来展开:

第一,根据平台间竞争与平台内竞争之间的内在联系来考察互联网平台“二选一”行为的实际竞争效果。通常,互联网平台“二选一”行为主要是影响其内部经营者在销售上的相互竞

<sup>①</sup>Robert W, The Dubious Antitrust Argument for Breaking Up the Internet Giants, Review of Industrial Organization, Vol.54, No.4,2019, pp.627-649.

<sup>②</sup>许光耀:《垄断协议的反垄断法调整》,人民出版社2018年版,第209-210页。

争,而很难对该行为实施者与其他竞争性平台之间的相互竞争产生直观的影响。只要后者没有遭受到根本性的破坏,则前者不仅无需关注,相反还有可能会活跃竞争;而只有当前者不够充分有效时,才需要强调后者的重要性,因为此时前者显然已经产生了一定程度上的市场力量;若后者再被限制,则其有效竞争就难以自行修复了。<sup>①</sup>因此,我国《反垄断法》应尽快明确考察互联网平台“二选一”行为实际竞争效果的立足点是平台间竞争,而非平台间竞争与平台内竞争二者兼顾,不然就仍将面临像“阿里”案和“美团”案那样片面强调对具体竞争者及行为保护的质疑。

第二,根据互联网平台“二选一”行为的不同种类与内容来分别考察其实际竞争效果,并全面系统地考察与之相关的所有因素。互联网平台“二选一”行为的具体内容、实施手段及奖惩措施不同,其实际竞争效果也将随之不同,如独家交易条款就比排他性交易条款的负面竞争影响大,而数量强制交易条款就比不得竞争限制条款产生正面竞争效果的可能性大。<sup>②</sup>因此,我国《反垄断法》应根据互联网平台“二选一”行为的不同类型来明确其相应的考察因素与标准,这着重可围绕受限制经营者的具体情况与特有事实、被限制前后的市场竞争状况、实施限制的原因与条件、限制持续时间的长短、针对限制所能采取的救济措施与成效以及限制产生的历史与频率等方面来具体展开,以最终确保其考察评估的科学性与准确性。<sup>③</sup>

### (三)以比较权衡互联网平台“二选一”行为正反竞争效果为基本方法

既然互联网平台“二选一”行为有可能存在正反竞争效果,则评判其合法与否的基本方法就应是比较权衡其正反竞争效果的利弊与大小。而从我国《反不正当竞争法》第12条和《电子商务法》第35条所预设的论证思路与逻辑来看,其基本上难以有效统摄这一比较权衡的实质与要求,以至于在个案中不得不通过向《反不正当竞争法》第2条逃逸来寻求解决方案,这不仅大大降低了前两个条款的可操作性与可预期性,而且也严重背离了比较权衡正反竞争效果的实施机理,导致其与我国《反垄断法》的相关法律规定因同时拼接分立规制同一行为而引发规制矛盾。因此,只要涉及比较权衡互联网平台“二选一”行为的正反竞争效果,均应优先考虑适用我国《反垄断法》的相关法律条文,而非《反不正当竞争法》第12条或第2条以及《电子商务法》第35条,这不仅更能把握比较权衡正反竞争效果的本质与要领,而且也是我国目前缓和或消除其相互间法律规范适用重叠与冲突最具可行性的方案。

总体来说,这一比较权衡应以我国《反垄断法》中的“市场公平竞争是否受到实质性的排除或限制”“整体经济运行效率及社会总福利是否受到显著性的影响”<sup>④</sup>为基本标杆,在个案中结合具体案情来有针对性或有选择性地采用其各种评估方法或手段来综合考察互联网平台“二选一”行为对上述两方面所可能存在的危害与益处,并根据其具体考察因素与认定标准来逐一测算衡量该行为对平台内经营者及其他竞争性平台、终端消费者、动态创新机制、用户多边归属效应、社会公共利益以及互联网平台经济规范有序健康发展等方面的利弊,以最终实现对其正反竞争效果的全面比较与整体权衡。<sup>⑤</sup>

①[美]赫伯特·霍温坎普:《反垄断事业原理与执行》,吴绪亮、张兴、刘慷等译,东北财经大学出版社2011年版,第184-186页。

②[美]欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦契奇、斯蒂芬·卡尔金斯:《反垄断法与经济学》(第5版),任勇、邓志松、尹建平译,法律出版社2009年版,第288-291页。

③[美]理查德·A.波斯纳:《反托拉斯法》(第二版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第81-85页。

④对于这两方面的详细论述,可具体参见许光耀:《支配地位滥用行为的反垄断法调整》,人民出版社2018年版,第245-247页。

⑤Cappa M, Taming Digital Gatekeepers: The 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law, Computer Law & Security Review, Vol.41, No.1, 2021, pp.157-192.

对于互联网平台“二选一”行为反竞争效果的考察与评估,我国可采用市场结构法来理顺与统合《反垄断法》第1条、第12条、第13条、第17条、第18条及第19条之间的逻辑关系与操作规程,并在此基础上重点增补“竞争与效率比较权衡”“平台需求替代分析”“跨界多边竞争约束”“平台交易模式”“平台控制市场的能力”“平台技术优势与壁垒”“用户黏性与锁定效应”“数据获取的难易程度”“平台内经营者对平台在交易上的依赖程度”<sup>①</sup>等特殊因素的考察要件与认定标准。而对于该行为正反竞争效果的比较权衡,我国可根据《反垄断法》第15条的豁免标准来确定其基本条件与步骤:(1)是否确能产生正面竞争效果;(2)该效果是否能被消费者公平分享;(3)该行为是否是惟一且不可替代的方式;(4)不会严重消除主要竞争。这四个条件应依次进行考察且缺一不可,如能同时满足,则表明其正面竞争效果大于负面竞争效果,应视为合法,反之亦然。此外,对于正面竞争效果的类型,我国还应在第15条的基础上增补其一般概括性的规定以及各种促进销售服务的具体效果,以避免在实践中出现法律规整漏洞。

#### (四)以竞争者与消费者正当权益之保护为个案补充

如果互联网平台之间的有效竞争没有发生根本失灵,则因“二选一”行为而遭受具体权益损害的竞争者或消费者,通常均有能力采取相应手段或措施来弥补这一损害,故无须对此予以关注。但由于互联网平台之间竞争的特殊性与复杂性,以至于在某些案件中对“二选一”行为从上述三方面来进行法律定性存在诸多现实障碍与操作困难,而该行为的实施又确实与我国互联网平台经济领域公平竞争发展目标相悖,故此时可结合具体案情依据我国《反不正当竞争法》第12条或第2条以及《电子商务法》第35条来考察其对竞争者与消费者的正当权益是否存在显著损害或影响。<sup>②</sup>

但需要指出的是,这种做法只能在个案中作为特殊情况下的一种替代补充方案,既不能罔顾案件事实而随意使用,更不能为了追求某一特定结果而有选择性地使用,不然将会造成我国对互联网平台“二选一”行为的干预过当或规制泛化。因此,这一补充做法能否在个案中使用,必须是在穷尽上述三方面法律定性规则的大前提下,由我国执法与司法机构结合具体案情来进行具体分析,不仅要防止机械地生搬硬套,更要避免过度地灵活运用,以最终在法律解释与适用的实践中形成一套清晰、严密且行之有效的个案补充规则。

## 五、结 语

虽然互联网平台“二选一”行为涉及影响到其内部经营者与其他竞争性平台等多方竞争主体的具体竞争行为,但其最终能否损害该领域的市场自由公平竞争机制与秩序,还在于其“是否能非法形成或滥用市场力量来排除或限制互联网平台之间的横向有效竞争”和“是否能产生促进市场竞争的积极正面效果以及能否弥补其所产生的负面竞争影响”两大方面的比较权衡。

而不论是我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》,还是《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》《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》,均没有围绕上述两大方面来对互联网平台“二选一”行为进行全面准确的法律定性,从而

<sup>①</sup>Hovenkamp H, Antitrust and Platform Monopoly, Yale Law Journal, Vol.130, No.8, 2021, pp.1952-2050.

<sup>②</sup>例如,在浙江省海盐县市场监督管理局处罚嘉兴市洞洞拐利用网络技术手段强迫平台商家“二选一”案中,海盐县市场监督管理局就根据我国《反不正当竞争法》第12条和第2条重点考察了嘉兴洞洞拐实施“二选一”行为对竞争者和消费者正当权益的损害与影响,并最终据此将其定性为违法行为。具体内容可参见曹继斌:《浙江海盐办结首例利用网络技术手段妨碍竞争案》, <http://www.cicn.com.cn/zggsb/2018-09/27/cms111196article.shtml>, 2021年3月25日访问。

导致因其法律定性不明而在具体实践中产生法律规范适用矛盾与冲突。

在“国家支持平台企业创新发展、增强国际竞争力,同时要依法规范发展,健全数字规则”<sup>①</sup>的大背景下,我国要想解决互联网平台“二选一”行为规制过程中所产生的各种障碍、困境以及争议,首先就必须围绕“比较权衡该行为正反竞争效果”这一核心命题来重新厘定其法律属性,建构其明确统一的考察方法与规程,然后在此基础上理顺我国现有相关法律规定之间的逻辑关系,最终为各具体考察因素与认定标准的完善提供指引。

第一,鉴于互联网平台“二选一”行为对该领域市场自由公平竞争机制与秩序的实际影响,我国应明确以《反垄断法》为规制该行为的基本法律制度;同时,一方面要限缩我国《反不正当竞争法》第12条或第2条的适用空间或范围,另一方面更要明确我国《电子商务法》第22条或第35条应在《反垄断法》相关条款的框架内来进行具体适用。

第二,我国应明确规制互联网平台“二选一”行为现行相关条款的内涵与外延,并对其具体考察标准进行有针对性的填补、细化及完善,如互联网平台市场支配地位的认定思路与标准、纵向非价格垄断协议行为的适用情形与范围、“不合理”的认定框架与因素以及“正当理由”的证明方法与规则等。

第三,互联网平台经济领域是变化莫测的,因而“二选一”行为能否得到全面准确地界定及规制,除了上述立法层面上的改进与完善外,还需要我国执法和司法机构在具体案件中运用法教义学和法解释学来寻找相关问题的答案,即以现行法、判例和教义学语句为对象展开法律论证,在法律的解释和适用以及法教义学的形成中促成法的成长。<sup>②</sup>

## Re-definition on the Legal Attributes of the “Either-Or Choice” Behavior of Internet Platforms in China

Zeng Jing

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

**Summary:** The actual competitive effect of the “either-or choice” behavior of Internet platforms is the premise and foundation of its legal characterization, evaluation, and regulation. At present, in order to maintain, consolidate and enhance their own competitive advantages and status, Internet platforms exclude or restrict the effective competition constraints imposed by other competitive platforms by implementing “either-or choice” behavior on their internal operators or consumers, which is increasingly hindering the shaping and formation of free, fair and orderly competition mechanism and order in the field of Internet platform economy in China.

Due to the limitations and deficiencies of the legislative provisions and regulatory focus of China’s current *Anti-monopoly Law of PRC*, *Law of PRC Against Unfair Competition* and *E-Commerce Law of PRC*, there are some specific obstacles and operational difficulties in the practice of regulating the “either-or choice” behavior of Internet platforms in China, such as “incomplete investigation factors” “unclear identification criteria” and “confusion of logical

<sup>①</sup>智春丽:《推动平台经济规范健康持续发展(人民时评)》,《人民日报》2021年3月16日第10版, <http://yn.people.com.cn/n2/2021/0316/c372441-34623196.html>, 2021年4月13日访问。

<sup>②</sup>徐涤宇:《间接代理制度对仲裁条款的适用》,《法学研究》2009年第1期。

system”, etc. So far, China has not yet formed a complete and unified consensus and standard on its competitive effect, legal attributes, regulatory frameworks, and investigation factors, resulting in excessive emphasis on the protection of competitors themselves and specific competitive behavior, rights and interests, which has led to the fact that the three laws mentioned above have formed a situation or dilemma of conflict and confusion in splicing and separating regulations.

Whether the “either-or choice” behavior of Internet platforms is illegal or not depends not on whether it damages the specific competition behavior or rights and interests, but on whether it fundamentally excludes or restricts the normal operation of the free and fair competition mechanism and order in the field of Internet platform economy. Effective competition between Internet platforms is the cornerstone of the free and fair competition mechanism and order of the whole market in the field of Internet platform economy. Therefore, when evaluating the real competitive effect of the “either-or choice” behavior of Internet platforms, we should not only comprehensively examine its negative effect, but also comprehensively examine its positive effect, and comprehensively compare and weigh the advantages and disadvantages of these two aspects. This is conducive to effectively clarifying the internal relationship between the former and the value goal of “protecting fair competition in the market” in the three laws mentioned above, and ultimately lays a solid theoretical foundation for its accurate legal characterization in China.

Thus, if we want to solve the problem of inaccuracy and conflict in the legal characterization of the “either-or choice” behavior of Internet platforms, and straighten out and clarify the application logic and scope of the existing legal norms in China, we should focus on comparing and weighing the positive and negative competitive effects of “illegally acquiring or utilizing market power to exclude or restrict competition” and “promoting or enhancing competition or efficiency in the sales process” to reconstruct the basic paradigm, steps and regulations for the definition of its legal attributes. This will ultimately provide effective institutional support and legal protection for free and fair competition and healthy development in the field of Internet platform economy in China.

**Key words:** Internet platform; either-or choice; legal characterization; positive and negative competitive effects; operators in the platform

(责任编辑: 倪建文)