

# 电子商务“二选一”行为的竞争法规制困境及出路

李海文

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2024年6月12日; 录用日期: 2024年7月3日; 发布日期: 2024年8月16日

## 摘要

在我国现行法律体系的框架下, 规制“二选一”行为看似有法可依, 实则面临着无法可循的局面。《反垄断法》面临着滥用市场支配地位条款难以界定市场支配地位, “无正当理由”证成依据缺失的问题, 垄断协议条款存在着适用主体受限、非价格垄断协议的认定缺乏适用标准等困难。《电子商务法》《反不正当竞争法》亦存在与此相关的条文, 但相关规定或缺乏相应的理论基础, 或原则性强而可操作性低, 或与该等行为的特征不符, 实际约束力偏弱。要规制目前的困境局面, 首先要厘清各部门法之间的关系, 消除《电子商务法》第35条架空《反垄断法》滥用市场支配地位条款的风险, 构筑起反垄断法和反不正当竞争法互相协调, 相互补充的二元规制格局。其次要明确电子商务领域确认市场支配地位的要素, 对“无正当理由”进行证成, 将独家交易协议解释为纵向垄断协议条款的适用情形。并对《电子商务法》第35条进行限缩解释, 引入滥用相对优势地位理论明确其理论基础, 明晰具体适用条件, 提高该条款的可执行性。

## 关键词

电子商务, “二选一”行为, 竞争法, 滥用市场支配地位, 电子商务法

## The Dilemma and Approach of Competition Law Regulation of “Either-Or” Behavior of Electronic Commerce

Haiwen Li

School of Law, Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Jun. 12<sup>th</sup>, 2024; accepted: Jul. 3<sup>rd</sup>, 2024; published: Aug. 16<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

Under the framework of our current legal system, it seems that there is a legal basis for regulating the “either-or” behavior, but in fact, it is facing a situation that cannot be followed. With the application of the *Anti-Monopoly Law*, the abuse of market dominant position clause is faced with the problems of difficult to define market dominant position and lack of evidence of “no justification”. There are some difficulties in the terms of monopoly agreement, such as limited subject of application and lack of applicable standard for the identification of non-price monopoly agreement. There are relevant provisions in the *Electronic Commerce Law* and the *Anti-Unfair Competition Law*, but the relevant provisions either lack the corresponding theoretical basis, or are strong in principle but low in operability, or are inconsistent with the characteristics of these acts, and the actual binding force is weak. In order to regulate the current difficult situation, we must first clarify the relationship between the various departments of law, eliminate the risk of the *Anti-Monopoly Law* abuse of market dominance clause in Article 35 of the *Electronic Commerce Law*, and build a dual regulatory pattern in which the anti-monopoly law and the anti-unfair competition law coordinate and complement each other. Secondly, it is necessary to clarify the elements of confirming market dominance in the field of e-commerce, to certify “without justification”, and to interpret the exclusive transaction agreement as the application of the terms of the vertical monopoly agreement. Article 35 of the *Electronic Commerce Law* is interpreted in a limited way, and the theory of abuse of comparative advantage status is introduced to clarify its theoretical basis and clarify specific applicable conditions to improve the enforceability of the article.

## Keywords

E-Commerce, “Either-Or” Behavior, Competition Law, Abuse of Market Dominance, Electronic Commerce Law

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

近年来,随着电子商务的快速发展,平台间的竞争也日益激烈,“二选一”行为逐渐成为了一些大型电商平台常用的竞争手段。从2010年奇虎公司与腾讯公司的“三Q大战”<sup>1</sup>到京东诉天猫滥用市场支配地位纠纷<sup>2</sup>,再到北京三快科技有限公司与上海拉扎斯信息科技有限公司不正当竞争纠纷<sup>3</sup>,尤其是在“双十一”“双十二”等大型促销活动前夕,平台企业之间的“二选一”争斗十分激烈,电商平台要求参与活动的商家必须与其签订独家合作协议,否则将面临流量限制、搜索降权等惩罚措施,而迫于商家与电商平台的纵向强制关系商家只能接受。“二选一”行为的存在,影响了商家自由选择的权利,损害了竞争对手及其他电商平台的利益,对消费者权益造成了潜在威胁,从而破坏了市场的公平竞争秩序,影响市场经济健康发展。

无论是从博弈论出发定量分析社会的总福利[1],还是从消费者权益保护的法律视角出发[2],对双边

<sup>1</sup> 北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位纠纷案,指导案例78号(2017年)。

<sup>2</sup> 浙江天猫网络有限公司与浙江天猫技术有限公司等滥用市场支配地位纠纷上诉案,最高人民法院(2019)最高民辖终130号。

<sup>3</sup> 上海拉扎斯信息科技有限公司、北京三快科技有限公司金华分公司等不正当竞争纠纷案,浙江省高级人民法院(2021)浙民终601号。

平台“二选一”行为进行法律规制都具有正当性。为避免平台垄断和资本无限扩张、维护市场竞争秩序，司法机关和执法机关需要依法及时制止“二选一”等电商领域限制竞争行为，使“二选一”行为具有多样性和隐蔽性，从法律适用的角度解决“二选一”行为会出现理论与实践的难题。研究学者认为，规制电商“二选一”行为的法律依据丰富，《反垄断法》第18条和第22条，《反不正当竞争法》第2条和第12条，《电子商务法》第22条和第35条均可以适用。然而从实践层面来看，以上法条的适用各自面临现实困难，未形成完整、清晰的适用体系，未能形成对“二选一”行为的良好规制路径。一方面，《反垄断法》在判断是否构成滥用市场支配地位方面存在现实困难，在认定纵向非价格垄断协议方面缺乏标准；另一方面，《反不正当竞争法》的“互联网专条”在规制以商业手段实施的不正当竞争行为方面存在先天不足，“原则性条款”的行为要件难以把握；《电子商务法》因存在对于“不合理”的把握等问题，实际上不具有适用的可能。

学者对该行为进行了研究，提出以《反垄断法》为核心的规制路径，还有学者认为破题之路在于引入“相对优势地位”理论，还有的学者认为应当制定专门法。但是鲜少有学者以法律规制的体系建构和相关部门法的衔接适用为视角，系统分析竞争法视域下法律依据的适用关系，总结各条款之间的适应条件和情形，进而梳理出一条清晰完整的适用进路，避免出现“法律真空”和“法律冲突”。鉴于此，本文从竞争法体系的角度出发，逐一梳理探索电商“二选一”行为法律适用面临的理论难题和现实障碍，并尝试从体系重建和规制重释上给出解决方案，以期对实践有所裨益，维护公平竞争秩序，优化营商环境。

## 2. 反垄断法适用面临的现实障碍

### 2.1. 滥用市场支配地位条款面临的困难

学界普遍认为，《反垄断法》第二十二条第(四)项是电商“二选一”行为的适用依据，该条款的行为要件是必须要证明行为人具有市场支配地位，且实施该行为没有正当理由，效果要件为排除、限制竞争。滥用市场支配地位制度涉及相关市场界定、市场份额、滥用的认定几个关键点。尽管《反垄断法》第二十二条和第二十三条规定认定市场支配地位应当考虑的因素，但是鉴于互联网经济与传统经济存在很大不同，互联网经济具有双边市场、锁定效应、网络效应等特点，学界和实务界普遍认为平台经济领域市场支配地位的认定存在现实困难。传统的鉴定方法在鉴定平台相关市场时具有复杂性，由于互联网经济的双边市场结构和网络的外部效应，需求替代分析框架、供给替代分析框架、假定垄断者测试(SSNIP)分析框架在界定相关市场时存在较大不确定性，具有现实困难<sup>[3]</sup>。

在指导性案例中，确立了“并非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”的裁判规则<sup>4</sup>。原则上滥用市场支配地位制度仍要界定相关市场，在互联网经济迅速发展的情况下，为应对出现的具体情况，可以坚持个案分析。美国和欧盟已有案例认为<sup>5</sup>，结合线上和线下市场的不同特点，可以将线上市场界定为独立市场。传统经济领域，我国《反垄断法》中市场支配地位的认定主要依据市场份额的推定。但是应当承认市场份额对于互联网经济领域市场支配地位的判断作用正在减弱<sup>[4]</sup>。一方面，应当明确市场份额推定的标准。国家市场监督管理总局2019年9月实施的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第六条之规定，市场份额的认定应当采用更为多元化的标准，即在市场份额推定的基础上，淡化市场份额计算时的价格分析，综合分析平台的浏览量、点击量、销售量等数据，同时将平台的自身规模纳入推定标准之中。另一方面，在网络效应与用户锁定效应共同作用下，应当考虑转向成本。有些情况下，消费者没有转向的自由，便只能接受较高的价格，即高昂的转移成本让平台企业产生

<sup>4</sup>同上注1。

<sup>5</sup>United States v. Visa L.S.A., Inc., 163 F Supp. 2d 322 (S.D.N.Y.2001); Case No COMP/M. 4731-Google/Double Click.

了较强的锁定能力。《〈反垄断法〉修订草案》(公开征求意见稿)中采取列举方式,在认定市场支配地位时增加的“锁定效应”与“转向成本”具有相同含义。这恰好印证了立法机关对于线上市场和线下市场份额认定因素的不同倾向。质言之,平台经济领域市场份额的确定必须要结合平台经济的特点,综合分析认定。

另外,“滥用市场支配地位”的条文还存在“无正当理由”证成依据缺失的问题。“二选一”行为作为一种常见的经营方式,可能存在诸多经济合理性。平台与商家达成深度合作,在销售渠道方面具有更多确定性,有利于商家将更多成本投入生产研发,提高产品质量,从而增益消费者权益。平台与商家定向合作还能够使平台快速收回成本,同时给予消费者更多优惠。例如拼多多采用的“百亿补贴”等营销手段,前期投入的成本巨大,与商家达成合作协议,有利于短时间内赚回成本,促进市场良性竞争。从经济学角度考虑,“二选一”行为可能在消费者福利、经济效率、市场竞争方面具有积极效果。发达国家大都通过出台相关规定或者实践中积累案例对正当理由予以释明。比如美国的反托拉斯法虽然并未明文规定,但积累了司法实践中大量判例,形成了美国判例法中“二选一”行为的正当理由抗辩体系[5]。然而我国现行法仅有2019年颁布的国家市场监督管理总局《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第17条第2款对此作了规定:“本条所称‘正当理由’包括:(一)为满足产品安全要求所必须;(二)为保护知识产权所必须;(三)为保护针对交易进行的特定投资所必须;(四)能够证明行为具有正当性的其他理由。”规定过于原则性,缺乏配套的解释,仍然难以适用。同样,学界对于“二选一”行为的正当理由抗辩体系尚未形成统一意见,正当理由尚不充分,未能形成强有力的学说和理论指导[6]。

## 2.2. 垄断协议条款面临的困难

《反垄断法》第18条第(三)项,“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”作为兜底条款,可以适用于电商“二选一”行为的规制。该条的适用需要达到三个要件,存在纵向垄断协议,排除、限制竞争,不存在豁免理由。电商“二选一”行为的当事人是电商平台经营者与平台内经营者,两者属于纵向交易关系,可以适用第18条。该条款的绕开了认定市场支配地位,似乎切实可行,但该条款的适用仍然困难重重。

垄断协议兜底条款适用主体受到限制。该条适用主体严格限定为国务院反垄断执法机构,人民法院认定垄断协议存在现实障碍。按照该规定,如果当事人欲对非价格垄断协议提起诉讼,需要先请求反垄断执法机构认定构成垄断协议,这无异于给民事诉讼增设了前置行政程序,使当事人适用该条款困难重重。

非价格垄断协议的认定缺乏适用标准,适用条件过于宽松,引起“假阳性错误”的风险增大。该项属于纵向垄断协议的兜底条款,在能够避免列举式立法导致的不周延问题,应对随经济社会发展出现的新情况、新问题。但该条款缺乏相应的解释,亦没有相关的指导性案例,国务院反垄断执法机构在认定“其他垄断协议”时缺乏参考标准,贸然适用容易造成口袋性解释,增大患“假阳性错误的风险”。另外从交易的特点出发,任何商业交易都存在着交易相对人,交易各方达成合意,其他人就丧失了交易的机会,从这种意义上说任何交易都具有排除或限制竞争的目的或效果。该条款的适用在认定存在纵向非价格垄断协议时存在困难,在判断效果要件是否构成排除和限制竞争方面存在障碍。

实践中国务院反垄断执法机构并不愿意适用该条款。一方面,国务院反垄断执法机构存在先天不足,受到执法资源和执法禀赋的制约。在科层体制中,国务院反垄断执法机构处于较低地位,执法人员和执法经费都受到限制。另外,适用该条款对于执法人员知识储备和经验丰富程度要求较高,在没有相关解释规范的情况下,适用存在障碍,要求国务院反垄断执法机构在执法资源和执法禀赋都存在限制的情况下主动适用该条款存在困难。另一方面,出于尽可能规避执法错误责任的角度考虑,实践中国务院

反垄断执法机构不愿意适用该条款，事实上该条款至今从未进行适用。

### 3. 反不正当竞争法条文缺乏可适用性

适用《反不正当竞争法》规制电商“二选一”行为的依据为该法第二条和第十二条第(二)(三)(四)项。第十二条也被称为“互联网条款”，首先要求经营者利用技术手段，对以商业行为实施的或者通过“协商”达成的合同抑或是口头约定不具有约束力。另外，网络平台经营者相对于平台内经营者具有优势地位，平台内经营者考虑到产品销路等原因不愿与网络平台之间发生矛盾或冲突，不具有维权的动力。此外，利用技术手段实施的妨碍、破坏其他经营者产品或服务的行为往往具有隐蔽性，请求权主体难以掌握利用技术手段实施该行为的证据，举证责任负担较重。且在缺乏专业知识和相关经验的条件下，法院认定通过技术手段实施妨碍、破坏行为较为困难。最后，从立法原意的角度考虑，“互联网条款”的提出是源于司法实践中的类似案例汇总，抽象出共同适用的法条而来，是否能适用于“二选一”行为仍有争议。

#### 3.1. 《反不正当竞争法》第 2 条的适用存在困难

该法第二条规定了不正当竞争行为的行为特征和行为效果，行为特征为违反自愿、平等、公平、诚信的原则，违反法律和商业道德，行为效果为扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益。由于违反诚实信用原则和商业道德的含义不明确，依赖法官的自由裁量，存在扩大适用的风险，因此实务界及法学界对适用一般条款认定不正当竞争行为持审慎的态度。最高人提出适用《反不正当竞争法》第 2 条认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件：(1) 法律对该种竞争行为未作出特别规定；(2) 其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；(3) 该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和商业道德而具有不正当性。

司法机关通过制定司法政策和发布典型案例为明晰适用《反不正当竞争法》第 2 条的标准作出不懈努力，这有助于明确公平诚信原则和商业道德等抽象概念的含义，限缩适用时的考量范围。

#### 3.2. 《反不正当竞争法》第 12 条几乎不具有适用的可能

第(二)项强调“误导、欺骗、强迫”，从法释义学的角度来讲，“误导、欺骗”意味着歪曲事实、捏造虚假情况，引起他人误解，但是“二选一”行为往往明确告知平台内经营者只能选择一个平台进行经营。另外“强迫”也很难达成，“强迫”意味着另他人做出违背自己意志的行为，但同意“二选一”行为往往由平台内经营者权衡利弊做出的决定，网络平台经营者并未剥夺其自主决策的权利。第(三)项强调“恶意”实施“不兼容”行为，在竞争法视角中，“恶意”的标准很难判断，是民法领域中的“知道”还是某种程度上对违法后果的追求或者放任[7]。另外，往往对于网络平台经营者而言，兼容是例外，不兼容是常态，事实上，已有不少学者提出“互联网条款”可能涵盖正当竞争行为，不宜任意扩大该条的适用范围。第(四)项为该条的兜底条款，该项除了要证明共同要件“利用技术手段”外，还要明确哪些行为属于其他破坏行为。在司法实践中其他行为主要包括，店铺屏蔽、搜索降权，限制流量等行为。另外，该条款仅包含行为要件，缺失结果要件，结果要件要根据本法第二条一般条款进行判断[8]。

### 4. 《电子商务法》第 35 条缺乏理论基础

《电子商务法》第 35 条规定，该条的形式要件是发生在电子商务平台经营者和平台内经营者之间，实质要件是“不合理”。但是对于什么样的限制构成不合理，该法并未进行列举，也并未见到相关解释规定，国家市场监管局也未公布相关指南予以说明。从性质来看，竞争本身具有排他性，总是追求利益最大化，是否对他人的交易构成不合理限制，应该从行为效果上进行考虑，即客观上有没有产生阻碍公平

竞争的消极效果[4]。

从竞争法体系上讲，电子商务平台经营者对平台内经营者进行限制的理论基础有两条，一是《反垄断法》中的滥用市场支配地位理论，另一条则是《反不正当竞争法》中的滥用相对优势地位理论。虽然将滥用相对优势地位理论引入《反不正当竞争法》引起了极大争议，在草案中引入了该理论，后续因为考虑到相对优势地位难以把握，可能架空滥用市场支配地位理论等予以删除。但是脱离这两条，《电子商务法》第 35 条再无以建构的理论基础，从体系解释上将，由于《电子商务法》第 22 条已经对滥用市场支配地位进行了规定，故第 35 条的理论基础只能为滥用相对优势地位理论，事实上，学界和实务界普遍承认这一点。电子商务法起草组编著的《中华人民共和国电子商务法解读》中，明确将《电子商务法》第 35 条冠名为“禁止滥用优势地位”[9]。但是在第 35 条的表述中，并未体现滥用相对优势地位，难免会造成该条缺乏理论基础，适用范围模糊且容易任意扩大。

该条的优势在于以下两点，第一没有界定相关市场和认定市场支配地位的要求，适用具有便利性。第二，该条包含利用服务协议、交易规则等，突破了《反不正当竞争法》第 12 条，仅仅关于利用技术手段的规定，扩大了调整范围。但仍存在以下缺点，第一法律效果仍需完善，违反该条的民事责任在第 74 条，仅做了一般宣誓性规定，行政责任见于第 82 条，规定罚款的最高数额为 200 万元。对于电子商务领域具有相对优势地位的平台经营者来讲，该罚款数额明显偏低，应适用根据违法所得按照比例进行罚款。另外，该条适用主体受到限制，请求权主体为交易受到限制的平台内经营者，而不包括在竞争中利益受损的其他平台。而平台内经营者往往因为不接受平台规定自身利益可能受损等原因不会选择提起诉讼。

## 5. 完善竞争法规制电商平台“二选一”行为的进路

经过以上的分析可以看出，规制“二选一”行为的法律依据分散于《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》之中，由于各部门法之间的价值取向不同，可能造成法律适用的混乱，这在一定程度上解释了为何对“二选一”行为的规制看似法律依据丰富，实则无法可依，仍然屡禁不止，甚至出现监管真空的状态。要恰当的规制“二选一”行为，避免法律适用的混乱首先要厘清各部门法之间的关系。

### 5.1. 理顺规制法律体系的内部关系

#### 5.1.1. 《反垄断法》和《反不正当竞争法》的关系

《反垄断法》规制的是排除、限制竞争的行为，聚焦于竞争机制的有无，市场竞争的自由和秩序，即“反垄断法保护的是竞争，而非竞争者”。《反不正当竞争法》规制的是扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为，其保护的为特定竞争者的利益，从程度上来讲，不正当竞争行为对竞争的破坏性要小于垄断行为。两者为互相协调，相互补充的关系，而非交叉重叠，因此在规制“二选一”行为时也不存在反垄断和反不正当竞争如何选择的问题。从法律责任来看，两者都规定了侵权性质的民事责任和行政责任，其中《反不正当竞争法》的行政责任罚款数额最高为 300 万元，相对《反垄断法》较轻。若“二选一”行为构成垄断行为，那么也构成不正当竞争行为，请求权竞合时可由当事人选择，反之则不然。从实践层面来看，我国法院对于互联网行业的不正当竞争案件，大多适用《反不正当竞争法》第 2 条进行处理，到目前为止仅有阿里巴巴行政处罚案中直接适用《反垄断法》。因为其适用门槛较高，法律责任最重。

#### 5.1.2. 《电子商务法》与《反垄断法》之间的适用关系

《电子商务法》第 35 条从性质上来看应为竞争法条款，虽然条款中未提及滥用相对优势地位，但学界通常认为其为其理论基础为相对优势地位理论。但该条款抛开本该遵循的相对优势地位理论不谈，只要求构成“不合理限制”或者“不合理条件”，对电商平台经营者的市场势力或市场地位没有任何要求。

其适用门槛较《反垄断法》的滥用市场支配地位和不存在正当理由以及认定非价格纵向垄断协议低得多，没有理由期待司法实践中处理“二选一”案件时抛开《电子商务法》第35条而适用《反垄断法》第18条和第22条。这存在架空《反垄断法》的滥用市场支配地位和纵向垄断协议条款的风险，可能会对竞争法体系形成强烈的冲击。因此，应当对《电子商务法》第35条进行限缩解释，引入滥用相对优势地位理论，并以此为基础明确构成“不合理限制”或者“不合理条件”的要求，避免对竞争法体系的冲击，并提高该条款的可执行性和可适用性。

## 5.2. 明确《反垄断法》中相关条款的适用条件和情形

明确认定市场支配地位的参考因素。尽管《电子商务法》第22条给出了认定市场支配地位的参考要素，但仍然缺乏具体的表现形式，因为盲目照搬而缺乏可操作性，司法适用难度较大。近年来，国内外出台了很多关于互联网经济认定市场支配地位的相关文件，电子商务领域属于互联网经济领域，因此可以参照这些文件提及的因素予以认定。《禁止滥用市场支配地位暂行规定》第11条认为互联网等新经济业态经营者具有市场支配地位应当参考以下因素：相关行业竞争特点、经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、掌握和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等。德国2017年最新修订的《反限制竞争法》第18条第3a款指出考虑网络效应、利用多个服务的转换费用、规模优势、获得相关数据的情况、创新推动的竞争压力等因素。第二，应当承认市场份额对于判断电子商务领域市场支配地位的作用正在减弱。许光耀等学者将市场支配地位分为绝对的市场支配地位和相对的市场支配地位两类<sup>[10]</sup>。前者要求经营者有巨大的市场份额，从而有阻止竞争对手进入市场的能力。后者则不要求经营者具有巨大的市场份额，因为双边市场的网络外部性导致了产品或服务对一方市场主体的价值取决于另一方主体的数量，平台会的用户数量会对另一方市场主体用户产生锁定效应，从而带来高昂的转向成本，用户无法轻易选择转向其他规模和用户数量较小的平台。因此相对的市场支配地位并不取决于市场份额，而是受到转向成本的影响。事实上，立法机关在其征求意见稿中也认可将线上和线下领域认定市场支配地位的标准应当区分，弱化市场份额在认定互联网平台市场支配地位中的作用。第三，应当明晰经营者无从事“二选一”行为正当理由，可以参考“二选一”行为合理性的因素进行分析。“二选一”行为合理性主要体现在防止搭便车、提升相关产品或服务品质、防范掠夺性议价、强化商业秘密保护、阻止交易相对人无视商誉等方面。因此在分析“二选一”行为是否合理时，应当首先采用合理性原则进行分析，同时参考正当理由相关要素，避免过度干预市场自由竞争。

## 5.3. 对《电子商务法》第35条进行限缩解释

如前所述，《电子商务法》第35条适用门槛极低，仅要求构成“不合理限制”或者“不合理条件”，可能导致《反垄断法》第18条和第22条被弃用，进而对竞争法体系产生冲击，因此必须对该条进行限缩解释。首先，引入滥用相对优势地位理论，即适用该条要求平台经营者对平台内经营者具有相对优势地位，赋予其竞争法的品性。至于“相对优势地位”的具体意涵，可参考《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》第6条的相关规定<sup>6</sup>。第二，在认定“不合理”时，应当遵循“扰乱市场经济秩序、损害其他经营者利益”的内在逻辑。反不正当竞争法体系之所以要对相对优势地位进行规制，是因为在形成依赖关系时，具有优势地位的一方往往会利用劣势方难以转向其他经营者这一情况做出不合理的要求，扰乱市场经济秩序。这是合理原则的要求，也是经济法介入市场规制不正当竞争行为的底层逻辑。另外，关于不合理的具体表现形式，应当参考《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》第6条所做的解释，即“没有正当理由，限定交易相对方的交易对象”。第三，应当充分听取当事人关于不具备“相对优势地位”或不<sup>6</sup>即“相对优势地位，是指在具体交易过程中，交易一方在资金、技术、市场准入、销售渠道、原材料采购等方面处于优势地位，交易相对方对该经营者具有依赖性，难以转向其他经营者”。

属于“不合理”所做的陈述申辩。该条关于相对优势地位的判断和是否属于不合理的认定都具有较强的主观性，司法适用存在较大困难，容易损害当事人权利，因此应当充分听取当事人的陈述申辩。如此不仅可以帮助《电子商务法》与《反垄断法》进行合理的衔接，而且还增强了第35条在法律实践中的可执行性和可操作性。

## 6. 结语

“二选一”行为作为市场交易中的一种限制性做法，对合同相对方、市场竞争秩序及公共利益均构成损害。尽管《反垄断法》、《反不正当竞争法》及《电子商务法》等法律法规提供了评判依据，但由于法律间的复杂关联以及规定的抽象性原则，导致在实际适用过程中存在诸多争议。近年来，国家政策密集出台，旨在加强平台经济的公平竞争和维护市场秩序。然而，鉴于平台经济的特殊性、法律的原则性导向以及执法司法的审慎态度，对于“二选一”行为的惩处措施尚缺乏积极的尝试，这不利于回应社会关切并促进电子商务的健康、规范发展。

为完善竞争法规制体系，有必要对现行法律框架进行重构，并对相关规则进行重新阐释。反垄断法与反不正当竞争法应形成分工合作的良好格局，前者致力于维护市场的自由竞争秩序，后者则侧重于保护经营者免受不正当竞争行为的侵害。在解决法条竞合问题时，应灵活适用法律条文，确保法律适用的准确性和有效性。此外，针对《电子商务法》第35条存在的不足之处，应予以纠偏，并引入滥用相对优势地位的理论。同时，应准确理解现行法律规定，为“二选一”行为提供清晰、明确的法律指引。具体而言，应补充和细化电商经营者市场支配地位的判定规则，明确判断行为人是否存在无正当理由的分析因素；同时，将独家交易协议纳入纵向垄断协议的解释适用范围，以限制其滥用市场支配地位的可能性；最后，对《电子商务法》第35条进行限缩解释，避免其泛化适用，确保法律的精准性和可操作性。

## 参考文献

- [1] 乔岳, 杨锡. 平台独家交易妨碍公平竞争吗?——以互联网外卖平台“二选一”为例[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2021(2): 98-109.
- [2] 苏号朋. 优势电商平台“二选一”行为中的消费者权益保护[J]. 法律适用, 2021(3): 16-24.
- [3] 吴懿俊. 区分性适用视阈下电商平台“二选一”行为竞争法规制探究[J]. 价格理论与实践, 2021(11): 32-35, 50.
- [4] 赵霞. 请求权竞合视域下电子商务平台“二选一”行为的三元规制路径及其完善[J]. 法律适用, 2021(10): 153-166.
- [5] 吴太轩, 赵致远. 电商平台排他性协议的反垄断法规制[J]. 西北民族大学学报(哲学社会科学版), 2021(3): 101-111.
- [6] 袁波. 电子商务领域“二选一”行为竞争法规制的困境及出路[J]. 法学, 2020(8): 176-191.
- [7] 宁立志. 互联网不正当竞争条款浅议[J]. 竞争法律与政策评论, 2017(1): 7-10.
- [8] 曾晶. 论我国网络服务平台“二选一”法律规制分歧及其完善[J]. 湖南科技大学学报(社会科学版), 2021, 24(6): 129-136.
- [9] 钱晶晶. 电商平台“二选一”行为的竞争法分析[J]. 中国检察官, 2022(24): 37-40.
- [10] 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[J]. 法学评论, 2018, 36(1): 108-119.