

电商平台“二选一”行为的反垄断法分析

胡添凤

中国科学院大学公共政策与管理学院，北京

收稿日期：2024年3月7日；录用日期：2024年3月18日；发布日期：2024年4月19日

摘要

近年来，电商平台“二选一”行为在学术界引发大量讨论。如何界定该行为的性质，该行为对竞争有何影响，学者们提出了不同的看法。本文探讨了电商平台实施“二选一”行为对市场竞争的影响。通过分析相关案例和法律框架，评估了这种做法在市场支配地位、消费者权益和竞争环境中的作用。特别强调了如何平衡电商平台的经营自由与市场公平竞争之间的关系，以及反垄断法如何应对这一挑战。文章呼吁进行全面的市场和法律分析，以确保市场健康发展，保护消费者利益，并促进公平竞争。

关键词

电商平台，“二选一”，滥用市场支配地位，排除限制竞争

Antitrust Analysis of “Choose One from Two” Behavior by E-Commerce Platforms

Tianfeng Hu

School of Public Policy and Management, University of Chinese Academy of Sciences, Beijing

Received: Mar. 7th, 2024; accepted: Mar. 18th, 2024; published: Apr. 19th, 2024

Abstract

In recent years, the practice of “choose one from two” by e-commerce platforms has sparked extensive discussion in the academic community. There are differing views on how to define the nature of this behavior and its impact on competition. This paper explores the effects of the “choose one from two” practice by e-commerce platforms on market competition. By analyzing relevant cases and the legal framework, it assesses the role of this practice in terms of market dominance, consumer rights, and the competitive environment. It emphasizes how to balance the operational freedom of e-commerce platforms with fair market competition, and how antitrust laws can ad-

dress this challenge. The article calls for comprehensive market and legal analyses to ensure the healthy development of the market, protect consumer interests, and promote fair competition.

Keywords

E-Commerce Platform, “Choose One from Two”, Abuse of Market Dominance, Exclude or Restrict Competition

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. 问题的提出

2019年双十一期间, 淘宝因其“二选一”行为被京东和格兰仕在北京和广州分别起诉。一时之间“二选一”成为竞争法领域被广泛讨论的话题, 并且持续引发关注。其实, “二选一”行为在我国已不是新生事物, 早在2011年3Q大战时就已出现, 3Q大战之后, “二选一”的概念进入了电商领域, 并且作为一种新的经营模式被各大电商平台所沿用[1]。“二选一”行为在互联网经济领域, 引发了诸多争议与诉讼, 从2015年双十一, 京东就向国家工商总局举报阿里胁迫商家“二选一”的行为, 到2017年京东与唯品会发布联名声明, 声讨天猫要求商家“二选一”的做法涉嫌不正当竞争, 再到19年京东与格兰仕起诉淘宝, 网络舆论与社评充斥着对二选一行为的控诉与不满[2]。众多学者指出, 电商平台的“二选一”策略扭曲了市场竞争, 通过滥用市场主导地位限制交易, 迫使商家作出选择, 进而排除或限制竞争, 这种行为违反了《反垄断法》的明确禁止。2021年, 国家市场监督管理总局因阿里巴巴集团的“二选一”行为构成市场支配地位滥用, 对其处以182.28亿元人民币的罚款。¹当然, 也有一些学者提出, 二选一行为符合市场竞争规律, 并非扰乱市场秩序的行为。笔者认为, 尽管国家市场监督管理总局对该行为进行了处罚, 但是判断电商平台“二选一”行为是否违反法律不能从表象出发一概而论, 而需要探寻《反垄断法》背后的经济因素, 以及《反垄断法》相关概念的界定, 综合判定该行为积极的影响与消极的影响, 从而判断二选一行为是否真正排除或者限制了竞争抑或侵犯了消费者的合法权益。

2. 滥用市场支配地位之相关市场概念辨析

从形式上看, 电商平台“二选一”的行为符合《反垄断法》规定的限定交易, 限定交易条款是滥用市场地位章节的规定, 应该被认为是滥用市场地位的行为。依此逻辑, 《反垄断法》禁止限制交易前提是该主体具有市场支配地位且滥用市场支配地位。因为, 当该主体不具有市场支配地位时, 该主体难以实施限制交易的行为, 即使形式上实施了限制交易的行为也并不会达到影响市场竞争公平的效果。因此, 分析一主体是否具有市场支配地位具有极其重要的意义。若该主体实际上并不具有市场支配地位, 其实施的所谓限制交易行为也只能理解为是一种正常的市场竞争的方式, 而并不是《反垄断法》禁止的垄断行为。

认定企业是否处于市场支配地位, 主要采用勒纳指数、赫芬达尔-赫希曼等相关指数认定其集中程度, 从而得出相应的结论, 其中, 赫芬达尔赫希曼指数运用较为广泛[3], 笔者将对该指数进行分析。从该算式可以看出, 计算企业集中程度采取的方式是, 将各个行业主体所占行业的比重的平方和累加, 从

¹国家市场监督管理总局行政处罚决定书, 国市监处(2021)28号。

而计算出该行业的离散度，赫芬达尔指数越大，表明该企业在相关市场的占比越大。赫芬达尔指数扩大了企业份额对数值的敏感程度，并且将测量范围扩大到了整个行业，是能够较为精准地说明企业垄断势力的指数。然而，赫芬达尔指数却具有不确定性，根据 HHI 指数，市场总规模越大则该企业所占市场比例就越小，市场总规模越小则占比就越大，一个企业的垄断度很大程度上取决于相关市场的认定，虽然反垄断执法机构可以通过种种指标来确定被调查企业的份额 X_i ，但是却没有办法用统一的标准去确定相关企业的市场总规模 X 。

$$HHI = \sum_{i=1}^n (X_i/X)^2 = \sum_{i=1}^n S_i^2$$

X : 市场总规模; X_i : 第 i 个企业的规模。

$S_i = X_i/X$ 表示第 i 个企业的市场占有率, n 表示该产业内的企业个数。

有不少学者提出，淘宝等电商平台与商家签订“二选一”协议的行为是属于滥用市场支配地位的不正当的竞争行为，但大多数学者是将淘宝在其相关市场具有市场支配地位作为已知结论从而认准其滥用之嫌疑，他们并没有提出对于市场总规模的认定标准，而只是粗略判断电商平台处于市场支配地位，其论证逻辑颠倒。由上述论证可知，界定滥用市场支配地位这一《反垄断法》所禁止的行为，最重要的是确定市场相关市场从而确定市场总规模，主体的市场支配地位是相关市场领域内的市场支配地位，相关市场的界定是分析一主体是否占据市场支配地位的基础。

关于相关市场的划定，可以采用“替代分析法”，即供给替代与需求供给来分析[4]。从理论上说，某一电商平台进行“二选一”可影响的领域，从供给替代角度来说，并不是仅仅只有 A 平台能够给普通经营者提供一个销售的途径，B、C、D、E 等其他电商平台都可以给普通经营者提供一个销售的途径。甚至，不仅仅是电商平台，理论上全球的线下的实体店也能提供这些普通经营者一个销售途径。从需求替代角度来说，普通经营者可以入驻 A 电商平台，也可以入驻 B、C、D、E 等其他平台来进行销售，同样的也可以通过线下方式进行销售。因此，关于某一电商平台进行“二选一”的相关市场界定不应仅仅是互联网电商平台而应当是全球所有可以提供交易的场所及平台(包括线下，不仅限于互联网的电商平台)[5]。

但是这仅仅是从理论上的探讨，现实中商业定位和经营模式、消费者需求的不同可能导致不同的市场范围，在阿里巴巴二选一案件中，国家市场监督管理总局将相关市场的界定为中国境内网络零售平台服务市场，这包括为平台内经营者和消费者提供的一系列服务，如商品信息展示、营销推广、搜索、订单处理、物流服务、支付结算、商品评价、售后支持等。此外，还考虑了线下零售与网络零售的需求和供给替代分析，最终确定网络零售平台服务构成单独的相关商品市场，并且相关地域市场被界定为中国境内，基于经营者和消费者需求的地域性特点及供给替代的限制。²

学者普遍认为，对于一平台是否具有市场支配地位，最直观的方式是通过其在相关市场的份额来判断。但是在互联网时代，相关市场的界定可能并不如传统相关市场那样清晰，就“替代”分析法本身来说，有些人会认为线下的交易场所和平台与线上电商平台没有替代关系，即使是有也仅仅只有相当微弱的关系，这种微弱的关系是可忽略的，因此，正如从不同的角度去解释《反垄断法》所规定的垄断行为时会有大相径庭的效果一样，从不同的角度去界定相关市场往往会有不同的结果——若缩小相关市场的范围，将相关市场划定在互联网交易平台领域，在份额的考虑和市场的相关影响力的控制上会有极大的差别。因此我们不能将其具有市场支配地位作为已知条件，从而指控其“二选一”行为属于滥用市场支配地位的行为，而应当根据商业定位和经营模式、消费者需求等综合判定。

² 国家市场监督管理总局行政处罚决定书，国市监处（2021）28 号。

3. 电商平台“二选一”的竞争分析

在阿里巴巴行政处罚案件中，市场监督管理局认定阿里巴巴集团在中国境内网络零售平台服务市场具有支配地位，从而对该行为对竞争的损害进行分析，并没有分析二选一行为是否具有积极影响。笔者认为，不能够将阿里巴巴具有市场支配地位本身作为其违反反垄断法的先决条件，应当对“二选一”行为的积极影响与消极影响综合比较进行分析。

3.1. 电商平台“二选一”行为排除或者限制竞争的效果

公平是法的重要价值追求。反垄断法作为经济法的子部门法，公平原则也应该被始终贯彻，且经济法强调的公平是一种实质公平，而并非一个抽象的公平。那么，在依据《反垄断法》的形式抽象的模式中，我们难以肯定地界定电商平台“二选一”是否属于反垄断法禁止的垄断行为，就应当结合实质公平的原则，从效果上实质上对电商平台“二选一”行为进行效果的推断与分析，予以准确认定。《中华人民共和国反垄断法》第一条规定：“为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”第一条规范式阐明了《反垄断法》不同层次的立法精神，毫无疑问促进社会主义市场经济健康发展是最终目的。通过这一抽象性规定也可以得知其中蕴含了《反垄断法》极强的工具性、社会性和结果导向。即使《反垄断法》中基本是成文固定出垄断的几种模式。然而，其立法精神中对实际引导的结果的追求，使得垄断行为不能仅仅公式化将模式套用在某事实上，应当进行合理有效的结果推断，是否最后能达到促进社会主义市场经济健康发展。垄断的工具目的是限制或排除竞争，直接目的是获得利益，最终导致的结果是其他经营者以及消费者的合法权益遭到损害，并且破坏社会主义市场经济的健康发展。因此，在进行垄断行为的实质性界定的时候，可以通过此行为是否达到限制或排除竞争的效果，是否得到了非法的利益，是否侵害了相关人的合法利益，最终是否可能导致社会主义市场经济秩序被破坏。

二选一行为对于竞争的影响一方面体现在它阻碍了平台间生产要素的流通，另一方面在于它抑制了市场主体的活力和平台经济的发展。实施二选一行为通过限制平台内经营者只能在特定平台进行交易，抑制了经营者创新发展的动力和活力，从而限制了其通过不同形式和渠道为消费者提供更多选择的能力。该行为利用不当策略来保持及加强自己的市场优势，导致平台运营商在技术创新和商业模式探索方面的积极性受挫。这不仅影响了其他平台及未来潜在竞争者进行创新的意向，也对整个平台经济的健康和创新性发展造成了阻碍[6]。

其实，“二选一”行为在线上 and 线下其实都会发生。但是互联网的特征，需要有一定的新的考虑。在线下，市场的扩张或市场的进入或转移需要进行较大的成本作为支撑。例如一家饭馆由于其竞争对手的退出，可能需要接纳更多的客户，那么就需要提高接待能力，接待能力提高需要招聘更多的工作人员，甚至需要改造场地，这些都需要支出较大的成本。一家饭店在进入某一地区的市场之中，或者是想要从一地转移到另外一地，毫无疑问需要支出极大的成本。然而，在线上的模式之下，一家网络经营商一般不会由于其竞争对手退出导致的消费者增多而缺乏接待能力；同时一家提供电商销售的平台，可以很低成本地转化成为一家外卖平台或者是网约车平台。综上，在互联网模式下，市场扩张以及市场的进入和转移可能并不需要付出较多的成本，这一点是执法者在进行竞争评估时应该考虑到的。

3.2. 电商平台“二选一”行为侵犯消费者的合法权益

《反垄断法》不仅维护市场竞争，而且也保护消费者的合法权益，因此，是否有利于消费者的福祉是判断是否有实质的垄断行为的重要标准之一。那么，消费者的合法权益是否在平台“二选一”的实施过程中受到侵害呢？

笔者认为,电商平台“二选一”行为在一定程度上限制了消费者的自由选择权,减少了其他竞争性平台上可选择的品牌及商品,使消费者只能被动接受特定平台的交易条件,无法享受其他平台更具竞争力的价格和服务。

当然也不排除经营者在特定电商平台得到的利益,或多或少会转移到消费者端,因为电商平台为与其签订排他性协议的商家提供专项投资款的现象屡见不鲜,这些专项投资的使用往往能使消费者受益。签订排他性协议后,电商平台能为与其签订了“二选一”协议的商家提供大数据精准营销,在了解了消费者的消费偏好之后,有助于商家生产适销对路的产品,进一步改进其为消费者提供的服务;商家依靠电商平台大数据有效布局线下,实现全渠道库存打通,有助于消费者随时随地购买到当下最新商品以及获得极速退款等服务体验,进而实现电商平台资源对商家的有效赋能。但是,这些收益对于消费者遭受的损害而言可能杯水车薪,对于二选一行为我们应该综合评估其危害和积极的效果。

3.3. 电商平台“二选一”行为的积极竞争效果

3.3.1. 电商平台“二选一”行为是取得资源独占性的手段

价格是商家选择电商平台入驻的重要因素,一般来说哪一家电商平台给的补贴多,服务更精良,商家就会选择哪一家电商平台,这样一来电商平台之间的竞争就变成了烧钱大战。补贴迫使对手烧钱直到资金链断裂,对于在市场上占有优势地位的电商平台其用户数量庞大,因而对于该平台上商家的补贴金额将远远高于竞争对手,除非该电商平台有压倒性的资金优势,否则很有可能导致资金链断裂。在这种情况下,资源的独占性就非常重要,而“二选一”则是企业抢占资源独占性的必要手段。

3.3.2. 电商平台“二选一”行为能够实现平台与商家共建

互联网经济日益发达的今天,商家入驻电商平台并非是一种随出随进的绝对自由。商家与电商平台之间会签订相应的协议,彼此之间也会有相互的承诺,电商平台为供应商提供昂贵的资源,例如广告、补贴、折扣,因为这些资源都是稀缺的,所以电商平台一定会选择最有诚意的商家为其提供服务。正如价格筛选需求,电商平台“二选一”行为,能够为电商平台筛选出更有诚意与其合作的商家。在“二选一”的合约下,一方面,电商平台为商家提供优质的宣传与服务[7],另一方面,由于商家只在这一家电商平台开展业务,该商家也能在该合约范围内更加专注,为该平台投入更多的时间、精力,从这个角度看,电商平台“二选一”行为有助于实现平台与商家的共建,使得电商平台与商家都获得更高的价值。

3.3.3. 电商平台“二选一”行为能够避免“公地悲剧”的发生

公地悲剧是加勒特·哈丁在1968年提出的理论概念,在一个“向一切人”开放的牧场中,如果人人都没有节制地增加牲畜的数量,将会引发草场退化从而使所有牧民受到损害[8]。该理论解释了如果每个经济主体从某一公共资源中获得收益却不付出相应的成本,其必然导致资源的枯竭使社会成员付出相应的代价。其实,在互联网经济领域也会出现公地悲剧。我们所能看到的,电商平台为商家提供的一项服务包括为商家进行宣传,在相关的界面打广告。不管是线下销售或者线上宣传,电商平台为某个品牌打广告,其对象并非拘泥于该平台的商家,其范围是全国乃至全世界的提供这种产品的商家自然也包括其他电商平台的商家,而其他电商平台或者商家并不会向该电商平台缴纳相应的费用。阿里集团打造“双十一”,京东推出“618”等购物狂欢节,必然会投入大量的资金,自然也不希望其多年经营的心血以及在相应购物节的交易成果被其他电商平台所分割。如果不允许电商平台采取相应的措施去维护其经营多年的品牌及其劳动成果,那么久而久之,电商平台将不会有积极性去为产品做宣传,这不仅仅损害商家的合法权益,也会使消费者的权益受损。因此,“二选一”行为,可能是电商平台为避免“公地悲剧”而采取的合法的竞争措施,它同样也保障了消费者的合法权益。

4. 结语

反垄断法是我国经济法体系中重要的组成部分。经济法是适应社会发展的产物，为公权力干预经济提供了依据。经济法融公法和私法于一体，一方连接着私权，一方连接着公权，经济法即突破了经济活动是市民的私事，国家绝对不得干预的观念，又突破了计划经济中国家绝对控制的观念。经济干预的本质是国家干预经济。经济干预应该符合一定的规律，因为国家也是一个有限理性的经济主体，政府也不是万能的。在经济法的规范下干预成为必要，国家应当依法适度管理经济，然而国家对经济的管理必须在一定的“度”内，适度可以促进经济的增长。而这个“度”也是有弹性的一个标准，要根据不同时期做出判断。例如 20 世纪五六十年代，美国奉行保护中小企业的利益，80 年代后，美国对反垄断的执法力度却放松了。司法的假阳性错误往往比司法的假阴性错误对市场产生更大的不利影响。对于“二选一”行为，我们要在判定其相关市场的基础之上，对该行为的效益以及反竞争影响进行合理的评估和判断。对于负面影响大于积极影响的“二选一”行为，应当积极制止，保护电商平台、经营者及消费者的合法权益，激发市场活力，促使互联网环境下市场的健康发展。

参考文献

- [1] 孙帅, 苏爱远. 我国互联网行业滥用市场支配地位认定实证分析——以“3Q”大战一、二审判决为视角[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2015(6): 80-83.
- [2] 侯利阳. 如何正确面对电商行业的“二选一”[J]. 检察风云, 2020(2): 28-29.
- [3] 孟庆辉. 商业银行垄断势力的测度发展研究[D]: [硕士学位论文]. 济南: 山东大学, 2015.
- [4] 王晓晔. 反垄断法[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [5] 贾玉环, 王千. 电商平台“二选一”行为的相关市场界定问题研究——以“阿里巴巴”案和“食派士”案为视角[J]. 电子知识产权, 2023(5): 99-107.
- [6] 观察者. 市场监管总局依法对阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场实施“二选一”垄断行为作出行政处罚[EB/OL]. https://www.guancha.cn/politics/2021_04_10_586896_5.shtml, 2022-03-15.
- [7] 沈磊. 电商平台“二选一”行为的经济法规制[J]. 淮南师范学院学报, 2023, 25(4): 16-21.
- [8] 彭辉. 数据权属的逻辑结构与赋权边界——基于“公地悲剧”和“反公地悲剧”的视角[J]. 比较法研究, 2022(1): 101-115.