

电商平台“二选一”问题的法律规制

——以“3Q大战”为例

杜妍

上海政法学院, 上海

收稿日期: 2022年5月23日; 录用日期: 2022年6月16日; 发布日期: 2022年6月23日

摘要

网络环境下滥用市场支配地位行为的认定有其特殊性。判定一个经营主体是否有滥用市场支配地位行为, 应当在正确界定“相关市场”的前提下, 判断该经营者在该“相关市场”内是否具有“市场支配地位”, 并分析其是否有滥用该市场支配地位的行为。本文就以奇虎360与腾讯QQ的反垄断案为例, 分析“二选一”的行为性质, 发现现有法律规制中的失灵问题, 揭露电商平台“二选一”行为在法律规制中出现的漏洞、在适用中还需完善的地方, 并提出了相应的解决措施和新途径。

关键词

二选一, 电商平台, 法律适用, 法律规制

Legal Regulation of “Choose One from Two” Problem of E-Commerce Platform

—Taking the Battle of 3Q as an Example

Yan Du

Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: May 23rd, 2022; accepted: Jun. 16th, 2022; published: Jun. 23rd, 2022

Abstract

The identification of abuse of dominant market position in the network environment has its particularity. To determine whether an operating entity has abused its dominant market position, it should be based on the correct definition of “relevant market”. Judge whether the operator has a “dominant market position” in the “relevant market”, and analyze whether it abuses the dominant

market position. Taking the anti-monopoly case between Qihoo 360 and Tencent QQ as an example, this paper analyzes the nature of the “choose one” behavior, finds the failure problems in the existing legal regulations, exposes the loopholes in the legal regulations of the “choose one” behavior of e-commerce platforms, and places that need to be improved in the application, and proposes corresponding solutions and new approaches.

Keywords

Alternative, E-Commerce Platform, Application of Law, Legal Regulation

Copyright © 2022 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

随着互联网科技的发展，电商平台已经成为大家生活中不可或缺的一部分，网购也成为了绝大部分中国人的生活常态。不过随着电商平台竞争进入下半场，寡头趋势也越来越明显，淘宝、京东、拼多多成为了如今行业内的三座大山。更重要的是，电商平台本身不生产商品，也不经营店铺卖货，它就像一个“大地主”，通过对门店、品牌收租盈利，甚至于还反过来强迫商家“二选一”。很显然，强迫商家“二选一”这已经涉嫌了垄断。

根据国家市场监管总局在4月10日上午9点发布的公告显示，市监总局将依法对互联网巨头阿里巴巴处以高达182.82亿的罚款，原因就是阿里巴巴强迫商家进行“二选一”。与之前不一样的是，此次针对阿里垄断行为的罚款是按照销售额百分比处罚的。2019年阿里巴巴在中国境内销售总额为4557.12亿元，按照4%的罚款额度计算，也就是182.28亿元。简单来说，就是阿里利用自己的市场支配地位，强迫商家在平台之间进行“二选一”，店铺只要是在淘宝卖货，那么就禁止再去其他电商平台。就在市场监管总局处罚阿里巴巴的公告发布后1小时之内，阿里巴巴就火速作出了回应，称对于此次处罚将“诚恳接受，坚决服从”。互联网行业不是反垄断法外之地，尤其是“互联网中介平台”这种轻资产模式更应该受到强监管。有了阿里事件，电商平台“二选一”问题再次被推向风口浪尖。

2. 中国互联网反垄断第一案

奇虎360与腾讯QQ的反垄断案历时长达4年之久，此案涉及到巨大的诉讼标的，是我国反垄断领域规模最大的一起案件，号称“中国互联网反垄断第一案”。该案对于整个互联网的竞争环境产生了重大影响，严重损害了广大用户的利益，引起了各界的普遍关注。

2.1. 案件过程

当时在国内的互联网市场，腾讯QQ与奇虎360是实力不相上下的两大客户端软件商。两者经营的产品有所差别，其中腾讯QQ经营的产品是即时通讯软件及服务市场，而奇虎360却在安全杀毒软件领域称霸一方。

腾讯于2010年推出了和QQ即时通讯合并管理的QQ医生，QQ医生经改版到最后的更名为“QQ电脑管家”，拥有的功能与360安全卫士相差无几。鉴于QQ庞大的用户群，而腾讯公司又强制用户大规模安装，奇虎紧接着发布了“隐私保护器”，并声称其能对QQ进行实时监测，同时提示用户，QQ擅

自偷窥窃取个人信息。针对这种情况，腾讯联合其他几家公司发表了声明。时隔两日后，奇虎 360 公司发不了“360 扣扣保镖”，腾讯则于 2010 年 11 月 3 日，宣称 QQ 软件与 360 软件不兼容。QQ 公司的这一行为不仅使“3Q 大战”逐渐趋于白热化，也引起了广大网民的强烈反响。基于此种情况，工信部等三部委强烈要求奇虎将扣扣保镖收回，腾讯 QQ 也与 360 相互兼容。虽然此举使奇虎 360 和腾讯 QQ 的拉锯战暂告一段落，但却拉开了两家企业诉讼站的大幕。

2.2. 争议焦点及评析

广东省高院在庭审之前，组织双方进行了证据交换和质证，根据奇虎 360 的诉讼请求、腾讯 QQ 的答辩意见，法院列举了四个争议焦点。二审时，最高院综合整理归纳后，总结了五个争议焦点。综合一审二审的争议焦点，不难看出，整个案件最主要也是最重要的就是相关市场、市场支配地位和滥用市场地位行为三个问题。

2.2.1. 本案的“相关市场”

腾讯和奇虎相互竞争的市场又称为相关市场。要分析腾讯 QQ 的行为是否构成对自身优势地位的滥用，相关市场的定性成为了首要解决的问题。因为本案相关市场的大小直接决定腾讯与 360 公司的利益范围，所以在认定相关市场的时候应该适当，既要分析所有的非替代品并将此排除在外，同时还要分析所有的替代品并将此囊括在内。

在 3Q 大战总中，腾讯与 360 双方对本案的相关市场到底该如何界定这一问题，各持己见。奇虎公司认为，微博与 SNS 社交网站虽然被广泛使用，但是与即使通讯产品之间不能完全相互代替，显然不能归结到同一相关市场中。因此，本案的双方只能在即时通讯软件的平台上展开竞争，并且竞争的地域范围只能在中国。而腾讯 QQ 提出的观点则完全不同，腾讯认为微博与即时通讯产品的功能相似，他们之间具有较强的替代性，应当纳入同一市场领域，而且，腾讯认为，原被告之间的竞争范围不能仅限于即时通讯聊天市场，应为“网络应用平台”。由于网络环境的开放性与无国界性，使得双方的竞争地域范围扩大到全球市场。

2.2.2. 腾讯是否具备市场支配地位

“市场支配地位本质上是控制商品价格或者服务价格的能力，通过提高商品价格或者服务价格还能持续获利。”^[1]在本案中，奇虎 360 指出腾讯公司在艾瑞咨询 2010 年公布的监测数据中市场份额高达 76.2%，同时，在 1999 年 CNNIC 公布的《中国即时通讯用户调研报告中》QQ 软件渗透用户的概率高达 97.4%，而且相关分析报告记载，腾讯公司具有控制交易条件的能力，也能够妨碍或者影响其他人进入相关市场。由此可以推定，在即时通信领域，腾讯公司获得市场优势地位。

而腾讯 QQ 则辩称，奇虎公司对相关市场的界定错误，再次情况下得出市场份额，不能作为腾讯 QQ 的市场占有率。而且即时通信茶品之间的替代新强，竞争异常激烈，加之其他经营者进入门槛的低障碍，使得腾讯公司想要拥有市场支配力量成为不可能。

本案的广东高院认为，奇虎对于本案的相关市场界定过于狭窄了。用这个来衡量腾讯的市场份额并不客观。最高人民法院则认为，根据考察用户的使用额度、有效使用时间以及活跃用户数等，可以得出，在即时通信产品市场上，腾讯公司的市场份额已经超过了 80%。但是，腾讯市场支配力量的存在与否，不是只关注市场份额的高低，其他因素也必须考虑在内。

2.2.3. 腾讯是否滥用市场支配地位

“尽管在 3Q 案件中，一审和二审的判决结果是一样的，但是一审、二审法院对腾讯‘二选一’行为的认定并不一致。”^[2]在此案的审理过程中，360 认为，在即时通信软件及服务市场上，腾讯已经构

成了滥用市场支配地位。理由如下：首先，从腾讯的高市场份额，并结合其他因素的分析，就可以看出其所具有的市场支配地位。其次，对腾讯的下述两种行为进行分析：第一，2011年11月3日，腾讯公司在《致广大用户的一封信》中宣称：“如果广大用户在电脑上及安装了360，同时又使用QQ，那么本公司将会在这些电脑上已有的QQ软件停止工作”。腾讯这样做属于“限制交易”或“拒绝交易”。第二，腾讯公司借用软件升级的名义，把QQ电脑管家捆绑到即时通讯产品上，并且推出此软件供广大消费者使用，毫无疑问这是明显的“搭售”。腾讯公司作出辩驳：首先，奇虎公司为了破坏QQ的完整性，不顾及市场竞争的规则，开发一些软件对QQ进行诽谤，广东高院已经对奇虎公司的这种行为作出判决，认为其构成了不正当竞争。其次，腾讯出于保护自己的合法权益，为了抵制这种不正当竞争行为，才被迫让用户作出“二选一”的选择，这是一种正当的自救行为。最后，本企业并非是想对用户进行强制，而是出于对软件进行整合的目的才推出QQ电脑管家，用户也可自由选择是否进行安装，因此，不属于搭售的范围。而且腾讯认为，360很多时候也会进行软件的整合行为。假如腾讯的做法是搭售，可想而知，360以及很多其他网络企业也都免不了有搭售的嫌疑。

最后，本案的两审法院都认为，在“即时通讯产品及服务”这个市场上，腾讯如果存在滥用行为，则一定是在其优势地位基础上实施的，但是腾讯本来就不具有市场优势地位，所以根本不存在滥用一说。

3. “二选一”行为的法律规则失灵

3.1. “二选一”行为的含义

“二选一”行为本质上是独家交易。^[3]有的学者认为，电商平台中出现的“二选一”行为是指处于市场支配的地位的电商平台经营者要求平台经营者不可以与其竞争对手进行交易，只能与自己进行交易。法律上对于该行为并没有明确的定义，实践中一般是这样认为的：电商平台基于技术优势或者是规模优势，强行命令商家与自己签订“独家合作协议”，承诺产品是通过自己的平台进行销售，或者是以其他方式要求商家在两个平台中选择一个平台进行合作。

3.2. 规制“二选一”行为的法律失灵

近年来，电子商务在我国得到了快速发展，各大互联网平台的竞争也愈发激烈。“二选一”行为在电子商务领域频繁上演，已逐步蔓延至电子商务市场的各个细分领域。“就行为的本质而言，电子商务领域‘二选一’行为乃传统‘二选一’行为在电子商务领域的延续，即电商平台经营者要求平台经营者只能与自己进行交易，不可以与其他经营者进行交易。”^[4]

对于强迫型的“二选一”排他性交易行为，学界和实务界的认知基本一致，认为应当通过法律予以禁止。从目前我国电商平台“二选一”的实际情况看，并不存在完全自由的利诱型及合意型的“二选一”行为，大部分都是具有优势地位的电商平台通过较为强硬的手段，要求平台内经营者在本平台与竞争平台之间作出选择。而强制或者变相强制的“二选一”交易安排对被动平台、平台内经营者、终端消费者以及市场竞争秩序本身均具有天然的伤害，具体表现在以下几个方面：一是侵害被动平台合法权益。平台内经营者流失导致商品交易额锐减和品牌商家流失，平台竞争优势削弱。二是减损平台内经营者利益。经济利益受损，资金链紧张。商家商誉受损，无法开拓新客户甚至导致零售市场甚至生产环节出现大规模裁员。三是破坏电商平台市场公平竞争秩序，妨碍经济健康发展。

“近年来‘二选一’行为频发，愈演愈烈绝非偶然，在法律层面无相应制度安排也是诱因之一。”^[5]照理说，电子商务领域“二选一”行为的竞争法规制存在法律依据，有关部门对其监管的态度明确，其早该受到相关法律法规的审查，可从现实情况看，该等行为目前基本处于不受审查和脱离监管的状态，罕见公开曝光的已被查处、正在审理抑或已审结的“二选一”案例。电子商务领域“二选一”行为的竞

争法规制之所以陷入困境，固然与该等行为认定中的“取证难”“举证难”等老大难问题不无关系，还受到互联网领域的复杂性等特质及传统思维定势和路径依赖的制约，但若从深层次上观察，这一窘境的出现主要还是因为我国竞争法关于“二选一”行为的相关规定过于简略和单薄，存在适法困难，需从解释论上予以回应。举例而言，在适用《反垄断法》17条和《电子商务法》22条时，关于禁止滥用市场支配地位部分，就会出现诸多阻碍，不仅要克服界定相关市场的问题，而且还要解决究竟哪些情形构成此处的“没有正当理由”这样的问题。另外，《电子商务法》35条中有关“不合理限制”或者“附加不合理条件”规定的适用条件标准不清，且再无其他法律法规对何谓“不合理”作出解释，使其可执行性不强。

由此可见，尽管我国是有规制电子商务领域“二选一”行为的竞争法依据，但囿于相关法律条文适用本身面临理论难题和现实困境，其在司法实践中鲜有运用，甚至长期被束之高阁，没有发挥应有的作用，以至于该等行为一直游离于法律监管之外。质言之，我国对电子商务领域“二选一”行为的法律规制深陷一种“看似有法可循，实则无法可依”的局面。那关于电商平台中的“二选一”问题，法律在规制和适用上到底有什么问题，我们可以通过哪些方式进行改善呢？

4. “二选一”行为的法律适用

在寻求对电商平台“二选一”排他性交易的法律救济时，权利主体提起法律救济首先需要最大可能保证救济的实现，“而实现最终的救济，必须考虑法律适用的难度问题，同时要考虑法律条文与行为的关联度即可适性的问题。”^[6]

4.1. 现有法律不完善

4.1.1. 《电子商务法》第35条理论薄弱

我国《电子商务法》第35条中提到，电商平台不可以利用协议、交易规则或者技术等手段，对平台内的交易进行限制或者是增加不合理条件。照这样的说法，电子商务领域大部分的“二选一”行为似乎都可以纳入其中，因为该条款主要表现的就是电商平台对交易相对人的限制，但是问题在于条款中的“不合理限制”应当如何理解？到目前为止，并没有配套的规定或者解释对于这样的一个名词进行细化分析，但是该认定直接关系到本条款是否可以适用，笼统的解释无疑给具体实践带来很大的困扰和麻烦。

一般来说，电商平台之所以可以进行不合理限制、增加一些不合理条件或者是另外收取费用，主要是因为其较之于其他电子商务经营者的交易优势地位，而这种优势地位又来自该平台之于其他竞争者的市场优势，抑或它因某种因素而具有的较强议价能力和谈判空间。否则的话，一旦电商平台从事这样的“二选一”行为，平台内的经营者就会转向其他同类型的竞争平台，从而导致无利可图。针对由上述两种原因引致的经营者滥用市场交易优势行为，竞争法中存在两类与之对应的禁止性规范：一是禁止滥用市场支配地位，另一类禁止滥用相对优势地位。滥用市场优势地位是《电子商务法》第35条的理论渊源，自然应该成为制定、理解和适用这一条款的理论基石。但是实际上，该条款却完全脱离了理论。从35条的字面意思来看，其对电商平台经营者是否具有优势地位并没有具体规定，直接导致了在适用范围和适用条件上过于宽泛。

总体上看，《电子商务法》第35条的主要问题是定位不清、条件不明，存在与生俱来的缺陷，缺乏可操作性和可执行性，造成这一困境的主要原因则是脱离了理应遵循的滥用相对优势地位理论。

4.1.2. 《反不正当竞争法》第12条适用可能性小

我国新修订的《反不正当竞争法》中新增的12条似乎是最有可能适用于商务领域的“二选一”行为，然而从该条款的文义解释跟立法原来看，适用该规定的可能性却不大。

首先,《反不正当竞争法》第12条目的主要在于规范网络上的竞争行为,因而被称为“互联网条款”,其中第(二)项与电子商务领域“二选一”行为的关联性最大,联系最为密切,主要内容是用户的选择不可以被经营者利用技术手段而影响。如果进行法律解释,其适用可能性较小。一是利用技术手段并非电商平台经营者实施“二选一”行为的惯常手段。该规定要求经营者利用技术手段,对此的正确解释应是所涉行为是通过某种技术措施抑或是仰仗技术力量实施的,若无这种技术的介入就无法从事所涉行为,而非只要所涉行为牵扯到网络技术就落入第(二)项适用范围。考虑到电子商务领域“二选一”行为通常并不依托技术手段,而是凭借电商平台经营者相对于平台内经营者的交易优势,满足该要求的可能性并不大。二是在电子商务环境下,“二选一”行为难以满足“误导、欺骗、强迫”这一行为要件。因为“误导、欺骗”包含了捏造虚假信息、引起他人误解之意,但事实上,电商平台经营者往往会如实告知平台内经营者独家交易信息,并不存在故意捏造和歪曲的情形,所以不存在“误导、欺骗”行为。至于“强迫”行为,同样不存在。“强迫”一词强调行为人为自己的意志迫使他人做出非自愿行为,但电商平台经营者往往并没有剥夺平台内经营者自主决策的空间。

其次,“互联网条款”在很大程度上是对既有司法实践的归纳和总结,其本身并非针对电子商务领域“二选一”行为,而是旨在规范网络经营者之间利用技术手段,攻击竞争对手的应用工具,导致竞争对手没有办法对应用工具正常运行。在之前的司法实践中,我国互联网领域不正当竞争案件的裁判严重依赖于一般条款,由此形成了不少具有代表性和典型性的司法判例,因此在《反不正当竞争法》修订时,理论界与实务界便提出可通过案例群类型化的方法提炼网络领域反不正当竞争规则,以此提高法律实施的可预测性,这是其中“互联网条款”的生成背景。事实上,该条所列举的每一种情形几乎都可从既有案件中找到来源,但其中并无与电子商务领域“二选一”行为相关的现实案例。

综上,由于《反不正当竞争法》第12条的生成背景及适用对象较为特殊,依此对电子商务领域“二选一”行为进行规制的可能性不大。早在之前,就有学者指出《反不正当竞争法》第12条第2项的规定有一些词不达意或者字面意思理解太宽泛的地方,需要进行限缩解释,避免在之后的适用中出现扩大解释的问题。

4.1.3. 《反垄断法》中滥用市场支配地位

“从行为表现看,‘二选一’行为与限定交易相吻合,但是只是市场支配地位的一种。”^[7]“滥用市场支配地位”的行为包括以下三个要件:一是有资格,即具有市场支配地位,二是限定了交易相对人的活动,三是没有正当理由。“因为《反垄断法》的相关市场界定主要是针对传统工业的,那对于互联网这样的双边或多边市场就很难适用”^[8] 3Q大战一案中的判决书剖析了何为滥用市场支配地位,强调了平台经济作为互联网行业新事物与一般实体经济不同,关于认定经营者市场支配地位的问题,首先是要明确市场的范围。这说明在互联网覆盖全球、信息传播快的平台经济环境中,去认定市场支配地位是比较困难的。判决书接着表述了当无法明确市场范围的时候,应该去分析影响效果,以此检验其是否具有市场支配地位。《反垄断法》关注的重点就是市场是否会被现有的竞争机制所破坏,“无论是滥用行为的认定,还是市场支配地位的认定,‘二选一’行为的性质都具有极大的不确定性,或者说,《反垄断法》中并未将此行为视为违法行为。”^[9]

4.2. 法律适用不明确

现如今,我国关于“二选一”行为的定位并不明晰,关于该行为的法律规制也不够完善和系统,并没有专门性法律去规定此类行为。现有的三部法律法规该如何适用,并没有明确规定。在对“二选一”行为的规制中,《电子商务法》与《反不正当竞争法》形成了彼此独立又相互关联的法律适用逻辑。

首先,《反不正当竞争法》与《反垄断法》同属于一般竞争法,分别规制违法性程度有差异的不正当竞争行为和垄断行为。根据违法性吸收理论,某一“二选一”行为在构成垄断行为的条件下,就不存在被认定为不正当竞争行为的可能性。但是,在电商平台“二选一”中,两类行为性质交叉出现了法律的选择性适用难题。实践中,《反垄断法》的证明标准和要求会高很多,被更多的运用于司法实务,较轻的法律责任就相应地产生了法律威慑力不足的缺陷。

其次,在认定市场支配地位中,《反垄断法》从市场份额以及市场进入难度等方面判断是否具备市场支配地位。《电子商务法》则跳出市场份额的限制,主张从技术、流量、依赖性等方面进行判断。但是,《电子商务法》第22条作为仅具有宣示性作用的转致条款,成为了《反垄断法》的补充条款。

最后,《电子商务法》第35条不是特别竞争法条款。从规制对象角度,《电子商务法》第35条作用于平台经营者与平台内经营者间的纵向竞争关系,甚至更多的表现为一种内部管理关系,只是在一定程度上承担了调整平台内部纵向竞争关系的职责。因此,《电子商务法》第35条不是特别竞争法,其既可以作为内部管理规范独立适用,也可以与一般竞争法同时适用。

5. “二选一”行为的法律规制新途径

5.1. 完善现有法律

5.1.1. 明确《反垄断法》中相关条款的适用条件和情形

1) 完善确认滥用市场支配地位的参考因素

在电商平台中,认定市场支配地位和确认是否滥用市场支配地位相关条款面临着理论难题,因而相关的改进措施也应该围绕这个方面展开。尽管《电子商务法》第22条列举确认市场支配地位的相关因素,但从其内容来看,列举的相关因素或者并不契合电子商务领域的行业特征,或者因盲目照搬照抄而缺乏实际操作的可能。关于参考因素,可类推适用于电子商务领域,因为该领域归根结底属于互联网领域的一个分支,两者之间具有可类比性的。

2) 纵向垄断协议兜底条款的适用

纵向垄断协议兜底条款的适用在很多方面都受到限制,这给依据《反垄断法》第14条第(三)项规制电子商务领域“二选一”行为带来了困难。考虑到我国电子商务领域“二选一”行为极为普遍,且这种行为往往会损害市场竞争和消费者利益,在《禁止垄断协议暂行规定》并未规定独家交易协议的情况下,可以考虑将其解释为纵向垄断协议兜底条款的其中一种适用情形。具体来说,如果电商平台经营者与平台内经营者通过独家交易协议的方式,来限定交易相对人,那么执法机构可将其解释为《反垄断法》第14条中的“其他垄断协议”,以此规制这种形态的“二选一”行为。当然,为了约束监管部门适用该条的恣意性,防止监管者“被俘获”,以及避免经营者滥用该“口袋条款”进行恶意举报,以此打击竞争对手或扰乱竞争秩序,在适用该条款时,执法机构应当充分考虑涉嫌垄断行为人提出的抗辩事实和理由。

5.1.2. 限缩《电子商务法》第35条的解释范围

不管是出于理顺电子商务领域“二选一”行为竞争法规制体系还是提高该条款可执行性和可操作性之目的,都有必要对《电子商务法》第35条的解释和适用予以限定,即以滥用相对优势地位理论为指引来赋予其反不正当竞争法品性。至于操作路径,可通过对该条款“不合理”一词进行合理且必要的限缩解释加以实现。

一是在解释“不合理”时,将扰乱秩序,损害利益作为考量因素,以确保该条的适用遵循滥用相对优势地位理论的内在逻辑。“在适用《电子商务法》处理‘二选一’问题时,还必须对‘不合理限制’的内涵进行科学限定,保持与《反垄断法》现有条文适用口径的衔接,从而明确电子商务平台经营者实

施不合理限制行为的认定要件，确立判定‘不合理性’的明确标准。”^[10]反不正当竞争法之所以对相对优势地位进行规制，是由于矫正因市场议价能力失衡而造成的市场失灵现象，即在具有依赖性关系的交易关系中，经营者往往会利用市场交易优势从事不合理的交易行为，尽管这些行为看起来似乎并无不妥，甚至被当作民事活动中“契约自由”“意思自治”的体现，但实际上，在“形式公平”的假象背后隐藏着“实质不公平”的真相，由此以维护实质公平为己任的经济法便有了介入的实质理据。所以，扰乱秩序、损害利益是滥用相对优势地位制度的理论起点，将其作为《电子商务法》第35条的适用条件，有助于确保该条的适用尽可能地回归立法本意。

二是在适用该规定时，充分保障行为人陈述和申辩的权利，行为人有证据证明其不具有相对优势地位的，或者行为人有证据说明其行为具有合理性的，不应认定其行为构成进行不合理限制或附加不合理条件。理由在于：该条的适用主观性较强，有必要充分听取行为人提出的抗辩事实和理由，尤其是要重视其中涉及行为人不具有相对优势地位及系争行为具有“合理性”的内容，如此才能妥善处理法律规制中“适度”与“过度”的关系。

5.1.3. 《反不正当竞争法》的规制路径

《反不正当竞争法》的目的就是制止不正当竞争行为，维护市场竞争秩序。互联网行业滥用相对优势地位行为导致市场自由和公平的缺失，基于行为性质、实施效果和立法成本的考虑，可以从以下两个方面完善互联网行业滥用相对优势地位之立法规制。

首先，划清界限，明确概念。相对优势地位的概念其实并未统一，有学者称为相对支配地位，还有学者称为市场优势地位，急需正式的立法统一明确概念。滥用市场支配地位与滥用相对优势地位在不明情况下适用易混淆。所以需要明确两者的含义和界限。其次是修订《反不正当竞争法》应依赖性判定的标准，对何为依赖性应当作具体的阐释。“经营者之间的依赖关系有无以及到何种程度是判定相对优势地位之核心要素”，^[11]因此，建议在相对优势地位概念后明确依赖性判定的标准，即所谓的经营者之间是否有足够且可期待之偏离可能性，以此来判定依赖关系的存在与否。

5.2. 理清法律内部关系

就电子商务领域“二选一”行为竞争法规制体系的架构而言，首先需要解决反垄断和反不正当竞争两条路径如何抉择的问题。对此，可从两法的关系中寻找答案。一般认为，两法之间具有互补性，即前者主要规范排除、限制竞争行为，旨在维护市场竞争的自由，且这种自由并不拘泥于某一特定交易关系中的竞争自由，而是整个相关市场乃至行业的竞争自由，换言之，这即是说“反垄断法保护的是竞争，而非竞争者”，而後者的目的是保证经营者免受不公平竞争行为的侵害。由此推演开去，两法之间的关系更多体现的是互补性，并非重叠性，就“二选一”行为的规制而来说，《反不正当竞争法》与《反垄断法》都有其各自的独立价值，不存在所谓的路径选择问题。在实践中，两者分工协作，一起形成对电子商务领域“二选一”行为的协同规制。

在不存在规制路径选择的情况下，并不意味着无需考虑不同法律条文之间的衔接和协调问题，因为立法活动总是存在着偏差。理想状态下，若能将有关电子商务领域“二选一”行为的竞争法条款协调整合在单个法律中，便有可能形成一整套法律规则明晰、体系完整周密的竞争法规制体系。然而从之前的分析中不难看出，我国现行法中有关电子商务领域“二选一”行为的条款分散于《反垄断法》《电子商务法》《反不正当竞争法》中，由于不同部门法之间的价值取向差异较大，这极有可能导致立法者在竞争法品性的认知上存在不足或盲区，由此便会衍生出不同法律部门中竞争法条款的衔接和协调问题。从法律规则的可适性角度看，我国《反垄断法》第14、17条及《电子商务法》第35条是规范电子商务领

域“二选一”行为的主要法条依据，从其涵摄范围看，三者之间存在一定的交叉或重叠，为避免法律适用上的混乱，需要厘清它们之间的相互关系。

其一，滥用市场支配地位条款与纵向垄断协议兜底条款的选择性适用。从理论上言，两者之间存在竞合之可能，即某一垄断行为同时符合这两个法律条文所规定的适用条件。当某一电商平台在相关市场具有支配地位，且通过与平台内经营者签订“限定其与其他竞争性平台合作”协议的方式实施“二选一”行为时，这种行为便有可能同时构成对滥用市场支配地位条款与纵向垄断协议兜底条款的违反，也就是出现了法条竞合问题。对此，可基于具体案情，依据不同法律条文所追求的立法目标决定两者的选择和适用。两者其实在法律适用上具有一定互补性，如果真的出现同时符合两者规制目标和适用条件的情形，那么也不会妨碍法律的适用，因为两者对应的法律责任基本上完全一致，选择其一适用即可。

其二，《电子商务法》第35条与反垄断法条文的衔接和协调。《电子商务法》没有对电商平台经营者的市场势力附加任何要求，抛开该规定本应遵循滥用相对优势地位理论，将行为人具有交易优势地位作为其适用条件不谈，如此规定将对竞争法的体系逻辑形成强烈冲击。具体来说，这可能导滥用市场支配地位条款和纵向垄断协议兜底条款被架空，因为与前者需要面临认定行为人具有市场支配地位且无从事“二选一”行为的正当理由，后者要举证证明电商平台经营者与平台内经营者之间存在垄断协议相比，《电子商务法》第35条的适用门槛极低，只需证明所涉“二选一”行为构成“不合理限制”或者“不合理条件”即可。如此一来，我们似无理由期待市场监管部门或当事人会选择适用反垄断法条款，易言之，两者无疑都会有规避反垄断法条款而转向《电子商务法》第35条的倾向。那么，该如何去解决这样一个问题呢？答案其实很简单，即可对《电子商务法》第35条进行合理而必要的限缩解释，以防止其被泛化适用，进而消除在实际操作过程中竞争法的相关规定可能被其架空的风险。具体可从如下两个方面着手：一是明确该条款的反不正当竞争法的性质，把滥用相对优势地位理论作为支撑其理解和适用的理论基础，以此限缩其适用范围；二是在适用该条款时，严格限制其适用条件，以滥用相对优势地位理论为指引，附加行为人具有相对优势地位这一适用要件，对该规定中的“不合理交易条件”作限缩解释。如此做法不仅可理顺对电子商务领域“二选一”行为的竞争法规制体系，而且还能赋予该条款具体的可执行性和可操作性。

5.3. 改进责任承担方式

从法律规制电商平台“二选一”行为的法律责任来看，违反《电子商务法》相关规定的法律责任相对最轻。违反《反不正当竞争法》的话，最高处罚是三百万。违反《电子商务法》第22条及《反垄断法》第三章的法律责任最为严重，违法所得将被没收，并处销售额1%~10%比例的罚款。

“反垄断法禁止的垄断行为，是对市场竞争机制的破坏，是一种违法性较为严重的损害公共利益行为，所以反垄断法规制的典型特点是法律责任重。”^[12]目前，从实施“二选一”电商平台的角度，《电子商务法》第35条最可能对该行为形成规制，但最高罚款200万元对该行为的警示效果确实有限。而要认定“滥用市场支配地位”则较为困难。从被排除的电商平台的角度，要起诉对方实施“二选一”，可能性较大的是对方承担200万元的罚款，而可能要求对方承担的民事责任则可能是对方赔偿相关损失，而这一损失的计算认定非常困难。从平台内经营者的角度，若起诉实施“二选一”的电商平台，面临的风险是从此无法在该电商平台内经营，民事损失赔偿金额计算也较为困难。从最终消费者的角度，若起诉实施“二选一”的电商平台，成本是付出大量的人力、财力，短期未能获得任何收益。

现在可以对以上法律中的法律责任承担方式进行改进，对不同法律中的规定尽可能统一。行政责任方面，一是要明确责令改正违法行为，二是要明确没收相关违法所得，三是建立与销售额相关联的罚款比例；民事责任方面，则主要需进一步完善该行为造成民事损害的评估标准。

6. 结语

综上所述, 虽然我国现行法规中有可以解决“二选一”行为的规定, 但是适用上还存在问题。在实践中, 执法者一般会优先考虑《反不正当竞争法》, 而不是《反垄断法》和《电子商务法》, 因为后者的证明往往有很大的难度。《反垄断法》中对违法性的认定却相对容易, 自然在实践中也容易适用。但是《反不正当竞争法》中只规定了对技术手段实施的不正当行为进行规制, 其他非技术手段却没有受到关注。对于这样的局限性, 《电子商务法》第 35 条有所弥补, 但是该法条本身依旧存在问题。面对这样的法律规制漏洞, 我们要在理清现有法律规范之间的逻辑关系之后, 明确适用顺序, 弥补不足, 争取对电商平台的“二选一”行为规制更加完善和具体。

参考文献

- [1] 刘子聪. 电子商务领域“二选一”行为的反垄断法规制[J]. 北方金融, 2021(3): 80-83.
- [2] 王胜伟. 互联网行业限制交易行为的认定及管制——以 3Q 案腾讯“二选一”为例[J]. 山东社会科学, 2017(12): 174-179.
- [3] 王晓晔. 论电商平台“二选一”行为的法律规制[J]. 现代法学, 2020, 42(3): 151-165.
- [4] 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.
- [5] 伍富坤. 竞争法域下平台“二选一”的困境与应对[J]. 北京化工大学学报(社会科学版), 2019(4): 53-59+74.
- [6] 郭宗杰, 崔茂杰. 电商平台“二选一”排他性交易法律适用研究[J]. 中国应用法学, 2020(2): 104-118.
- [7] 焦海涛. “二选一”行为的反垄断法分析[J]. 财经法学, 2018(5): 78-92+117.
- [8] 吴太轩, 赵致远. 电商平台“二选一”行为的反垄断法规制——兼论滥用相对优势地位理论的适用不足[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2020, 32(6): 59-68.
- [9] 金福海. 电商平台经营者“二选一”行为的竞争法分析[J]. 经济法研究, 2018, 21(2): 199-218.
- [10] 张广亚, 周围. 规制“二选一”行为的反垄断法适用[J]. 中国应用法学, 2020(2): 119-132.
- [11] 袁嘉, 刘维俊. 互联网行业滥用相对优势地位规制研究——以“二选一”行为为视角[J]. 价格理论与实践, 2016(5): 51-54.
- [12] 焦海涛. 电商平台“二选一”的法律适用与分析方法[J]. 中国应用法学, 2020(1): 49-62.