

电商平台强制二选一行为的反垄断分析研究

潘 豪

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年3月8日; 录用日期: 2024年3月25日; 发布日期: 2024年5月10日

摘 要

“二选一”行为本质是排他性交易, 电商平台利用“二选一”滥用市场支配地位, 目标是市场独占。电子商务法、反垄断法、反不正当竞争法是规制电商“二选一”的法律依据, 但现有法律条文难以对“二选一”行为进行有效制裁。“二选一”行为会造成市场垄断, 反垄断法是规制的核心。分析“二选一”行为时要注意电商平台的行业特点, 从电商平台的结构入手, 明确电商平台的相关市场, 评估“二选一”行为的实际影响, 有助于得出合理恰当的结论。

关键词

二选一, 反垄断法, 电商平台, 市场垄断

Antitrust Analysis Research on the Forced “Either-Or” Choice by E-Commerce Platforms

Hao Pan

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 8th, 2024; accepted: Mar. 25th, 2024; published: May 10th, 2024

Abstract

The “either-or” choice essentially constitutes an exclusive transaction. E-commerce platforms use the “either-or” tactic to abuse their dominant market position, aiming for market monopoly. The E-commerce Law, Anti-Monopoly Law, and Anti-Unfair Competition Law serve as the legal basis for regulating the “either-or” practices of e-commerce. However, the existing legal provisions are insufficient to effectively sanction the “either-or” behavior. Such practices can lead to market mo-

nopolization, with the Anti-Monopoly Law being the core of regulation. When analyzing the “either-or” behavior, it is important to consider the industry characteristics of the e-commerce platforms. Starting with the market structure of the e-commerce platforms, clarifying their relevant markets, and assessing the actual impact of the “either-or” behavior will contribute to reaching a reasonable and appropriate conclusion.

Keywords

Choose One of the Two, Anti-Monopoly Law, E-Commerce Platform, Market Monopoly

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

在电子商务领域，一些主导市场的平台运用其优势地位，要求商家做出独家选择：要么在其平台上销售产品或服务，要么选择其他竞争平台，但不能两者兼顾。这种策略被称作“二选一”，并广泛应用于网络平台之中。采纳这一策略的动机在于降低与商家的谈判成本，确保更高质量的交易资源，提升消费者忠诚度，以及削弱对手的市场份额。然而，互联网行业的特殊性，如马太效应、网络效应以及垄断力量的波动性，意味着传统反垄断法可能无法充分评估“二选一”策略的影响，从而可能对电商平台的健康发展造成不利影响。电商平台实施“二选一”行为，产生了诸多消极影响，不仅会损害消费者和平台内经营者合法权益，而且会破坏正常的市场竞争秩序[1]。鉴于此，本文旨在基于电商平台的独特性，通过反垄断法的视角，分析“二选一”策略的影响，并为电商平台的实际操作提供借鉴。

2. 电商平台的特点

首先，网络效应的交互性。电商平台构成了一个双向市场，商家和消费者互为依存。商家群体的扩大能够吸引更多消费者参与，而消费者人数的增加则鼓励更多商家入驻。在我国互联网市场，用户基数庞大且对价格较为敏感，这促使互联网企业更加重视利用网络外部效应来创造价值。例如，提供视频和音乐服务的平台在西方市场可能采取一次性付费模式，而在我国，它们倾向于提供免费基础服务，辅以收费的增值服务，以此快速扩张用户群，并从中愿意支付的用户中获得收益。

其次，垄断的不稳定性。互联网市场普遍受到马太效应的影响，垄断现象较为常见。然而，技术革新和运营改进使得垄断地位不再牢固，互联网行业的发展也不会被单一市场的垄断者所阻碍。通常，互联网行业的垄断被打破是由于新兴市场的出现，取代了旧有市场。

最后，用户转移成本的高昂。电商平台的价值在于其用户数量、日访问量和交易量，这些指标都受到网络效应的直接影响。在大数据时代，平台规模越大，其吸引和保留消费者的能力就越强。消费者若转向其他平台，不仅会丢失原有的交易记录，还可能错过特定平台独有的优惠或商品。因此，消费者往往倾向于忠于一个平台，不愿意承担更换平台所带来的额外成本。

3. 电商平台“二选一”行为现状

3.1. 《电子商务法》对强制“二选一”行为的规制

《电子商务法》中，针对电商平台“二选一”现象的相关规定涉及第二十二条以及第三十二到第三

十五条。其中，第二十二条针对电商平台经营的新特点提出了规制措施，但在可操作性方面存在不足。这一规定是建立在市场支配地位的认定之上的，而这种认定需要先对相关市场进行界定，而且该规定没有形成一个独立的规制体系。要有效规制“二选一”行为，需跨越四大难关：相关市场的界定、市场支配地位的确认、市场支配地位滥用的判定，以及无正当理由的滥用行为的证明。

《电子商务法》第三十二条至第三十四条规定了电商平台服务协议和交易规则的制定及变更，保障了商户的自主选择权。大多数“二选一”行为实际上是违反合同的表现。对于非独家合作的商户，平台是否采取“屏蔽”或“降权”措施，取决于其是否遵守了平台公布的管理规则；若涉及格式合同的变更，还需考虑变更是否合理，是否遵循了正当程序。平台如果未经通知擅自更改规则，则构成违约。此外，平台利用优势地位强迫商户“二选一”的行为，也应受到法律的限制。

《电子商务法》第三十二条和第三十五条从两个维度对平台运行规则进行了规范。首先，电商平台在违反合同的“二选一”行为中具有其特殊性，因为它既是经营者也是规则制定者。其次，对于处于优势地位的“二选一”滥用行为进行了规制。第三十二条至第三十四条明确了平台应当承担的义务，而第三十五条则指出了平台应避免的行为。第三十五条的目的是保护平台内的中小企业不受到平台滥用优势地位的影响，是在我国反垄断法、反不正当竞争法、消费者保护法等法律框架下，制定的具有中国特色、前瞻性和包容性的规定。明确规定电商平台不得利用技术手段对平台内经营者的交易进行不合理规制。技术手段的隐蔽性使平台内商家很难察觉，即使察觉到了也无法证明该技术手段与自身损失之间存在因果关系[2]。它弥补了反垄断法在平台经济监管方面的不足，能够在不需要认定市场支配地位的情况下，有效地制约限制竞争的行为。

3.2. 《中华人民共和国反不正当竞争法》对强制“二选一”行为的规制

《中华人民共和国反不正当竞争法》(简称《反不正当竞争法》)第十二条专门针对互联网领域的不正当竞争行为，旨在强化监管。与《电子商务法》相比，它适用于更广泛的互联网活动，不限于电商领域。

《反不正当竞争法》的门槛较低，不需要确定企业是否具有市场支配地位即可适用。除了第十二条，第二条也规制了电商平台的“二选一”行为，但在实际司法中，这些规定的适用存在难点。例如，第二条的一般性规定难以适用，因为它是针对竞争者之间的行为，而电商平台与商家之间是管理服务关系，并非直接竞争。《反不正当竞争法》的一般条款通常作为最后手段使用，在互联网专条不适用时才适用。电商平台的“二选一”行为本质上属于反垄断范畴，应依据反垄断法来处理。如果错误地应用《反不正当竞争法》的一般条款，可能会削弱反垄断法的效力，降低垄断认定标准，使反垄断法的相关条款失去作用。

第十二条作为针对互联网领域设立的专门章节，其在司法实践的适用中也存在问题，主要包括以下几方面。第一，由互联网专条适用条件可知，对相关不正当竞争行为的规制必须基于行为的实施借助了技术手段，而有些“二选一”行为可能会囿于本条款对技术手段的限制而无法适用，只能转而适用一般条款[3]。第二，该条款主要规制冲突提示、安装失败、强制卸载等恶意诱导、欺骗、强迫用户卸载其他合法软件的情形[4]，电商平台的“二选一”行为一般是通过提升佣金、降低排名、缩减配送范围等手段来实施的，显然不符合该条款的规定，互联网专条不适用。

第三，互联网专条规制经营者对其他经营者所提供服务的实施的不兼容行为。不兼容在实践中表现为两种情况：一种情况是，电商平台产品尚未兼容，作为一个新产品进入市场，电商平台对其竞争对手产品并无兼容义务；另一种情况是，电商平台提供的产品与竞争对手产品原本存在兼容性，但电商平台通过实施不兼容行为排挤竞争对手。对于前者，除非竞争对手所提供的服务为必要设施，否则不应构成不正当竞争；对于后者，无论电商平台所提供的是否作为必要设施，均应构成不正当竞争[5]。也即，如果

按照互联网专条的规定将不兼容行为均认定为是不合法可能存在一定不合理性。

3.3. 《反垄断法》对强制“二选一”行为的规制

电子商务平台实施的“二选一”政策，可能构成市场支配地位的滥用。在这种情况下，判定市场支配地位至关重要。根据《反垄断法》第 18 条、第 19 条和《国家市场监督管理总局暂行规定》第 11 条，评估电商平台是否滥用市场支配地位时，应综合考虑以下因素：

1) 市场份额：企业在市场中的份额是判断其市场支配地位的主要指标。《反垄断法》第 19 条规定了市场支配地位的推定规则，即如果企业在相关市场的份额达到 50%，则可推定其具有市场支配地位。这意味着，只要反垄断执法机构或原告能证明电商平台在相关市场的份额达到 50%，就完成了举证责任。

2) 其他经营者的依赖程度：考虑商家与电商平台之间的交易量、持续时间、市场关系，以及在合理时间内转向其他平台的难易程度。

3) 控制行业、资金和技术条件的能力：电商平台与商家签订的独家交易合同数量，可以作为评估其市场控制能力的一个指标。

4) 市场竞争程度：判断电商平台是否滥用市场支配地位还需考虑市场的发展状况、竞争者数量、市场份额和资金技术实力等因素。如果市场上存在实力相当的竞争者，则不易认定其具有市场支配地位。

5) 其他公司进入市场的难易程度：在线零售市场的资源获取难度、渠道控制、资本投入、技术门槛、品牌影响力、用户忠诚度和消费偏好等因素，都是评估市场进入难度的重要指标。

此外，《反垄断法》第 14 条和第 17 条也对电商平台的“二选一”政策进行了规定。第 14 条明确指出，如果电商平台的协议禁止商家入驻其他同类平台，则构成纵向垄断协议。但第 14 条也有局限，反垄断执法主体仅限于国务院反垄断执法机构，这意味着法院和其他机构无权执法。因此，在司法实践中，电商平台的“二选一”行为通常被视为不正当竞争，这可能对市场自由竞争产生负面影响。通常来讲，只有通过技术手段实施的不兼容行为才可适用反不正当竞争法网络条款调整^[6]。在适用《反垄断法》第 17 条关于滥用市场支配地位的条款时，需要考虑多个条件。通常，“二选一”的做法不会直接被视为滥用市场支配地位，因为实行该策略的电商平台不必然拥有市场支配地位。尽管如此，电商平台的“二选一”策略明显滥用了其市场优势，但当前反垄断法律框架尚未明确规定如何限制此类行为。

4. 电商平台强制“二选一”行为反垄断法规制的完善建议

4.1. 引入相对优势条款

尽管实行“二选一”政策的电商平台可能不占据市场支配地位，它们仍可能在依赖它们的交易方中获得优势。为了解决基于市场支配地位规制“二选一”政策的问题，引入相对优势地位条款是一种有效的方法，这有助于更好地发挥竞争法的作用。该条款基于依赖性理论，考虑平台内经营者对平台的依赖程度。判断平台是否具有相对优势地位，需要考虑经营者偏离平台的可能性以及平台是否利用其优势地位进行不正当竞争。根据依赖性判断滥用优势地位的优点是，它简化了评估过程。评估电商平台是否滥用相对优势地位时，应考虑行为是否公平合理以及是否影响消费者利益。例如，“二选一”政策剥夺了经营者在多个平台上选择的自由，并限制了消费者的购买选择，这违反了公平原则并损害了消费者利益。相对优势地位条款不仅适用于传统行业，也适用于具有双边市场特征的电商平台，其引入有助于解决反垄断法在处理“二选一”问题时的适用性问题。因此，可以在现有反垄断法的基础上，对滥用相对优势地位的行为进行补充规定。

4.2. 建立协同治理体系

通过互联网平台，商家和消费者可以共同建立一个公益诉讼机制，以集体的方式对违法行为提起诉讼

讼。公益诉讼的主体包括受损害的商家、消费者、社会组织和志愿者等，他们联合起来对互联网垄断企业提起诉讼。这种多方协作可以提高公众对问题的关注，并促进行业标准的提升。

4.3. 优化相关市场的界定标准

当前对电商平台“二选一”政策的相关市场界定过于简化，容易导致错误的结论。因此，应当优化这些标准，引入适用于双边市场的测试方法。这些方法包括利润来源法、集群市场法和子市场法，它们可以帮助更准确地评估电商平台的市場影响力和竞争范围。这些方法的引入将有助于更全面地分析市场力量，从而做出更准确的判断。

5. 结论

在数字经济时代，信息技术迅猛发展推动了电子商务平台之间的激烈竞争。这些平台通过利用数据分析、网络效应和客户忠诚度，实现了快速增长，扩大了它们的规模和影响力，从而改变了传统市场经济的运作模式。目前，国内的电商平台趋向于形成垄断格局。本文通过探讨了电商平台“二选一”行为，并提出了包括建立协同治理体系、引入相对优势条款、优化相关市场界定标准等解决方案，以期对“二选一”政策的规制提供有益参考，促进互联网经济的健康有序发展。

参考文献

- [1] 丁晓东. 论数据携带权的属性、影响与中国应用[J]. 法商研究, 2020(1): 73-86.
- [2] 兰燕卓. 电商平台“二选一”行为的规制路径探索[J]. 湖北社会科学, 2021(6): 129-137.
- [3] 刘维. 论网络不正当竞争一般条款的价值取向[J]. 交大法学, 2021(3): 25-38.
- [4] 王先林. 竞争法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 187.
- [5] 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.
- [6] 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[J]. 中外法学, 2019(1): 180-202.