

论电商平台“二选一”行为的法律规制

李军林

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2024年7月4日; 录用日期: 2024年9月23日; 发布日期: 2024年9月30日

摘要

“二选一”行为是电商平台谋求市场竞争优势的常用手段, 它被规制的原因在于其本质上是限制交易的行为, 对电商商户的自主经营权、消费者的合法权益和竞争平台的公平竞争权造成了严重损害。现有法律对“二选一”行为的规制主要是《反垄断法》《反不正当竞争法》和《电子商务法》三部法律, 它们虽有相对明确的规定, 但也存在着《反垄断法》举证困难、《反不正当竞争法》中技术手段隐蔽、《电子商务法》打击力度不大等问题。为此, 本文提出扩大认定“二选一”行为举证责任倒置的适用范围、引入相对优势条款、明确三部法律适用的逻辑等完善规制“二选一”行为的具体路径。

关键词

电商平台, 二选一, 反垄断法, 反不正当竞争法, 电子商务法

On the Legal Regulation of “Two-Choice-One” Behavior of E-Commerce Platform

Junlin Li

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jul. 4th, 2024; accepted: Sep. 23rd, 2024; published: Sep. 30th, 2024

Abstract

“Two-choice-one” behavior is a common means for e-commerce platform to seek market competitive advantage, it has caused serious damage to the independent management right of e-commerce merchants, the legitimate rights and interests of consumers and the fair competition right of competition platform. The existing laws mainly regulate the “Two-choice-one” behavior in “Anti-Monopoly Law”, “Anti-Unfair Competition Law” and “E-Commerce Law”, however, there are also some problems such as the difficulty of giving evidence in the *Anti-Monopoly Law*, the concealment of technical means in the *Anti-Unfair Competition Law*, and the weak strike in the *E-Commerce Law*. To this end,

this paper proposes to expand the scope of application of the reverse onus, introduce the relative advantage clause, and clarify the logic of the application of the three laws.

Keywords

E-Commerce Platform, Two-Choice-One, Anti-Monopoly Law, Anti-Unfair Competition Law, E-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

互联网技术的飞速发展, 助推互联网平台(主要是“电商平台”)经济成为市场经济发展的新的经济增长点。通常来说, 电商平台的发展与电商商户的数量直接相关, 即商户越多的电商平台, 消费者使用该平台的可能性就越大, 平台因此而获得的经济利益就越多。因此, 电商平台想尽办法使商户入驻, 在其平台经营。与传统市场中商户不同的是, 商户经营的潜在市场更大、地域更广、门面费、服务费等更低, 大量的电商商户涌入电商平台, 消费者有了更多的选择, 致使消费者选择最好的商品而不是最好的平台, 其结果是商户为了获取更多的交易机会, 会最大限度地入驻不同的电商平台进行经营。电商平台的商户数量追求与商户对交易机会追求之间的矛盾, 造成近年来频繁出现电商平台试图垄断商户资源的“二选一”行为[1]。因此, 为更好有序管控我国市场经济, 实现市场经济的充分竞争, 保障消费者群体及广大商户的合法权益, 本文基于现有的法律文本, 试分析现行有效的法律规定, 提出规制电商平台“二选一”行为的有效路径, 以期为促进我国互联网平台经济健康、有序发展尽一份绵薄之力。

2. 电商平台“二选一”行为的概述

2.1. 电商平台“二选一”行为的定义

“二选一”行为没有统一的内涵和外延, 不同的学者有不同的理解。金福海认为, “二选一”行为, 指电商平台利用自身的优势地位, 要求平台内的电商商户只能在自己平台进行交易, 而不能同时入驻除自己以外的其他电商平台进行交易, 进而限制平台内商户经营活动的行为[2]。焦海涛认为, “二选一”行为是平台限制商户只能与自己合作, 或者限制商户不得与其他平台合作的行为[3]。王晓晔认为, “二选一”行为在本质上是限制交易的行为[4]。虽然不同的学者对“二选一”行为的内涵和外延理解并非一模一样, 但都认为“二选一”行为在本质上是限制交易的行为。因此, 结合前述学者们的理解, 本文认为, 电商平台“二选一”行为是指电商平台利用自身的优势地位, 通过威逼、利诱等手段, 利用不合理的限制性条款, 限制本平台商户入驻竞争平台(其他电商平台), 从取得竞争优势的排他交易行为。

2.2. 电商平台“二选一”行为的危害

从电商平台“二选一”行为的定义可知, “二选一”行为对多个主体均有损害, 涉及电商商户的自主经营权、消费者的合法权益和竞争平台的公平竞争权。

2.2.1. “二选一”行为对商户自主经营权的损害

与传统商户相比, 电商商户具有潜在市场大、客户地域范围广、门面、服务、仓储等经营成本低的

优势，该优势均以商户入驻平台为前提，这决定了商户对平台具有巨大的依赖性。于商户而言，入驻多个平台意味着更多的曝光度，曝光度的增加将增加商户取得更多交易机会的可能性，得到更多的经营利润。平台的“二选一”行为，使商户只能选择一个平台进行经营，商户因此失去在多个平台经营的可能。同时，一个平台占据的市场份额是有限的，不可能占据所有的市场份额，即使平台不断壮大，商户依然希望在多个平台经营。平台要求商户“二选一”，商户在权衡利弊之后，只能选择一个相对合理的方案在一个较大平台经营，这不仅会使商户丧失交易机会、利润降低，而且会加大商户对平台的依赖性，使商户与平台的博弈处于更加不利的地位。

2.2.2. “二选一”行为对消费者合法权益的损害

有人也许会认为，“二选一”行为是平台针对商户的不合理限制，与消费者无甚关联。实际上，消费者购物往往会货比三家，选择最具性价比的商品进行交易，但“二选一”行为本质上是一个限定交易的行为，即消费者可能只能在某一个平台才能够买到预定商品，损害了消费者的自主选择权，此时由买方市场转化为卖方市场，消费者在交易中处于不利地位，需花费更多的货币。同时，商户因丧失在多个平台经营而失去交易机会、利润降低、为增加曝光度增加宣传费等不利影响，完全有动机将其转嫁给消费者，最直接的表现商品价格上涨。不仅如此，当消费者在一个平台消费的次数增加，平台对消费者的数据收集愈发完善，平台借助精密的算法可以为消费者提供更体贴的服务，增加用户的回头率，当确定消费者只能在本平台消费后，大数据杀熟由此而生。在平台实施“二选一”行为之前，消费者可以自主选择最具性价比的商品，平台实施“二选一”行为之后，消费者需花费更大的代价才能买到同样的商品，是对消费者合法权益的损害。

2.2.3. “二选一”行为对平台竞争者的公平竞争的损害

鉴于电商市场是双边市场甚至是多边市场，主动要求平台商户“二选一”的都是占据巨大市场份额、拥有巨大影响力的电商平台[5]，否则其行为难以达到限制竞争平台竞争的预期效果。不同的电商平台得以充分竞争，不断进行技术、服务创新的前提是有特定的商品服务提供者入驻。若电商平台为取得独有销售特定商品或服务，利用自身的资本、技术、服务等优势，强制要求商户进行“二选一”，商户面临具备优势地位的平台实施“二选一”行为，不得被迫放弃入驻其他平台的机会，进而排除竞争平台吸引商户入驻的可能性。竞争平台失去了商户这一“源头活水”，会在某种程度上提高被排挤平台的隐形边际成本，利润进项减少，将极大影响平台生产与再生产，平台会逐渐失去创新动力，平台之间的竞争力度因此而降低，直至最终消失。在“二选一”行为模式下，行为实施者会不断扩大市场占有率，压榨其他平台的生存空间，最终形成寡头市场或垄断市场。而鼓励市场充分竞争、推动市场参与者不断创新是市场在资源配置中起决定作用的题中之义，这种行为无疑从根本上阻碍创新、消除竞争，是对市场经济秩序的践踏。

3. 电商平台“二选一”行为的规制现状

电商平台实施“二选一”行为是为了固化已有商户数量，排除竞争以获取市场垄断地位，破坏公平竞争秩序。目前，对“二选一”行为有规制作用的法律路径有《合同法》《反垄断法》《反不正当竞争法》和《电子商务法》[6]。有人认为，因商户入驻平台时签署合作协议并非必经程序，若商户在权衡不同平台的优势后，选择与某一平台签署独家经营协议，应属意思自治的结果，而非平台强制“二选一”之产物，所以《合同法》在规制“二选一”行为方面不具备适用空间[7]。因此，本文主要针对《反垄断法》(2022 修正)《反不正当竞争法》和《电子商务法》对“二选一”行为的规制进行论述。

3.1. 《反垄断法》的规制现状

《反垄断法》第十八条禁止经营者与交易相对人达成垄断协议，若以十八条为由对电商平台“二选一”行为(涉及纵向垄断协议)进行处罚，则须证明平台与商户之间签订了纵向垄断协议，但《反垄断法》第十八条前两款是对价格垄断协议的规定，仅有第三款作为兜底条款有解释成纵向垄断协议的空间。且证明双方存在纵向垄断协议还有一个难题：平台并不会以书面协议的形式实施“二选一”行为，可能是口头协议，也可能是其他方式，难以找到直接的证据证明。此外，十八条规定以国务院反垄断机构作为界定垄断协议的唯一主体，其他主体诸如法院、市场监督管理局等不是认定垄断协议的合法主体，这样的主体规定的范围过于狭窄，不利于对“二选一”行为进行处罚。

《反垄断法》第二十二条禁止具有市场支配地位的经营者滥用市场支配地位，若要证明平台滥用市场支配地位将面临一系列的困难。首先，滥用市场支配地位的前提是具有市场支配地位，但实施“二选一”行为的平台并非都具备市场支配地位。其次，即使平台具备市场支配地位，在认定滥用市场支配地位时，也要界定相关市场，虽然有文件为界定相关市场提供了比较明确的标准，但由于互联网市场的虚拟性，使相关市场的界定仍有模糊性。最后，还要审查平台是否有豁免事由——正当理由，难点在于在正当理由的认定上，没有法律的具体规定，完全依赖于认定主体的主观能动性。

因此，《反垄断法》对于平台“二选一”行为虽然能够规制，但在使用《反垄断法》的法律条文对“二选一”行为进行规制时，每一步都面临着巨大的证明责任，难以有效规制。

3.2. 《反不正当竞争法》的规制现状

《反不正当竞争法》第二条规定“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。”由条文的内容可知，本条是规制不正当竞争行为的一般性条款，只要本法对行为没有专门规定，行为损害其他经营者的合法权益，违反自愿、平等、公平、诚信的原则，就可以用本法第二条对该行为进行规制。具体到电商平台的“二选一”行为，该行为实施者主观上通常有排斥、限制竞争平台之不正当目的，因此，司法实践中常援引该条处理相关案件。《反不正当竞争法》第十二条被称为针对“二选一”行为的“互联网专条”，是基于既有问题的现实回应，但在司法适用中也面临着难题。通过检视本法十二条第二款发现，适用互联网专条的前提是平台使用了技术手段。当平台实施“二选一”行为时，既可以使用技术手段，也可以采用限流、屏蔽消费者搜索等方式，甚至是威胁商户下架其店铺。对于前者，自然是可以适用本条进行规制，但后者则难以被解释成技术手段，这违背了设立互联网专条的初衷。

即使援引《反不正当竞争法》的条文规制平台的“二选一”行为，但根据第二十四条的规定，对违反本法的电商平台也只能处以最高不超过三百万元的罚款。相较于我国当前的主流电商平台，诸如阿里、美团、京东等市值可能上百亿元的大企业来说，违法的收益远超违法的不利后果，以三百万元作为处罚上限实难达到预期的震慑效果，甚至使某些平台更有实施“二选一”行为的动机。

3.3. 《电子商务法》的规制现状

《电子商务法》第二十二条和第三十五条均可用以规制平台“二选一”行为，但因条文内容的笼统表述，不具备太多的实操性。对比《反垄断法》相关条文发现，第二十二条是对《反垄断法》的再次重申，同样以行为实施者具有市场支配地位为前提，依旧要界定相关市场，但对具体的界定标准又无详细的规定，在认定平台具有市场支配地位时也以技术优势为依据，在界定技术优势时缺乏具体操作标准。且前述的证明责任均由原告独自承担，这为原告维护自身合法权益造成了极大地阻碍，也不利于打击平台的违法行为。

相较于二十二条，三十五条的针对性更强，也更具操作可能性。从条文内容不难发现，其立法初衷就是为了规制平台与商户之间的关系，尤其是平台使用服务协议等对商户进行不合理的限制等“二选一”行为。但“不合理”的表述看似给了执法机关较大的自由裁量权，实则没有统一的执行标准，亟需细化。此外，与《反不正当竞争法》存在类似的问题，《电子商务法》第八十二条对违反三十五条的“二选一”行为的处罚上限为二百万元，不能达到惩罚违法行为的效果。

4. 规制“二选一”行为的具体路径

前述对三部法律的规制现状分析，在对电商平台“二选一”行为的规制上，都存在着不同的问题。关于《反垄断法》，垄断协议的方式多样，不仅仅是书面形式，隐蔽性强；认定垄断协议的主体单一；证明滥用市场支配地位的难度高，每一步都面临巨大难度。关于《反不正当竞争法》，平台实施“二选一”行为的技术手段不易被发现；处罚上限低，难有效打击。关于《电子商务法》，第二十二条款是《反垄断法》的重复叙述，与《反垄断法》存在类似问题；第三十五条处罚上限低。本部分拟基于现有法律规制的不足，提出规制电商平台“二选一”行为的完善路径。

4.1. 扩大认定“二选一”行为举证责任倒置的适用范围

实施“二选一”行为的主体均是有一定的技术、资本优势，且手段隐蔽，除了行为实施者，他人难以知晓，将部分举证责任倒置由被告承担，可以有效避免因技术手段隐蔽、协议信息不公开造成的证明难问题。如原告承担因被告实施的有关行为致使自身遭受权益损害，被告证明自身行为与原告所受损害无因果关系、证明行为的正当性或豁免事项。举证责任倒置后，双方均承担了一部分责任，使双方更有动力提供证据，这有助于法院还原案件事实，也为法院认定垄断协议提供了理由，解决认定垄断协议主体单一的问题。

4.2. 引入相对优势条款

相对优势指在交易中一方因资本、技术等因素居于相对优势地位，交易相对方依赖优势方，难以和其他交易方交易的状态^[8]。引入相对优势条款的优点在于，可以避免证明滥用市场支配地位时，界定相关市场，证明平台具备市场支配地位，仅需证明商户对平台是否有依赖性。具体证明方式如下：首先，以是否存在一定数量的与行为实施方实力相当的电商平台为参照，判断商户是否有入驻其他平台的可能。其次，计算商户变更入驻平台必需的成本支出，判断商户拒绝平台“二选一”行为的损失。最后，对比是商户在当前平台的收益与变更平台后的收益，判断商户拒绝平台“二选一”行为的可能性。该条款虽降低了证明难度，但也存在被滥用的可能，因此，在援引此条款解决实务问题时，应持审慎态度。

4.3. 明确三部法律适用的逻辑

三部法律对电商平台“二选一”行为都有比较明确的规定，但也有不同程度的不足，若明确三者规制“二选一”行为的逻辑，则可以有效缓解其不足。具体而言，对违法性较弱的“二选一”行为，可以援引《反不正当竞争法》和《电子商务法》进行规制，当二者均可规制一行为时，因《电子商务法》第三十五条对“二选一”行为更具针对性，应优先适用；对违法性严重的“二选一”行为，可援引《反垄断法》进行规制，理由是《反垄断法》对该行为可处以年销售额1%到10%的罚款，打击力度更大，更具威慑力。将三部法律因“二选一”行为违法性的轻重而分别适用，可以形成“轻行为轻打击，重行为重打击”的处罚体系，这可以避免市值百亿的电商平台实施严重违法“二选一”行为，却只能适用轻的责任条款的情形，提高违法者的违法成本，保障互联网经济健康、有序发展。

5. 结语

电商平台实施“二选一”行为的情形屡见不鲜，现有的《反垄断法》《反不正当竞争法》和《电子商务法》虽有比较明确的规定，但也有不同程度的不足。为此，可从扩大认定“二选一”行为举证责任倒置的适用范围、引入相对优势条款、明确三部法律适用的逻辑的角度来弥补现有法律规制的不足，为我国互联网经济健康有序发展提供有力的法律保障。

参考文献

- [1] 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[J]. 竞争政策研究, 2021(1): 20-29.
- [2] 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.
- [3] 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.
- [4] 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.
- [5] 张义成, 蒙杰. 电商平台“二选一”行为的法律适用[J]. 对外经贸, 2021(8): 76-79.
- [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] 华祎琳. 电商平台“二选一”类型分析与法律适用[J]. 昆明学院学报, 2021, 43(4): 73-78.
- [8] 许光耀. “相对优势地位”与“市场支配地位”的法理辨析——对《反不正当竞争法(征求意见稿)》第6条的不同阐释[J]. 价格理论与实践, 2016(5): 43-45.