

电子商务平台“二选一”行为的 反垄断规制研究

赵雅馨

浙江理工大学法政学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2024年9月20日; 录用日期: 2024年10月14日; 发布日期: 2024年11月15日

摘要

本研究聚焦于数字经济时代电商平台“二选一”行为的反垄断法律规制问题。“二选一”行为被界定为电商平台利用其优势地位要求商家独家销售, 具有强制性和手段多样性等特征。该行为在一定程度上会导致消费者权益、其他电商平台和商家权益以及社会公共利益受损。同时, “二选一”行为可能会导致寡头垄断的局面, 针对我国现有法律对“二选一”行为规制存在不足的情况, 完善以反垄断法为核心的规制路径是打破僵局的关键。但仍面临滥用市场支配地位认定模糊、相关市场界定复杂及竞争损害认定困难等挑战。为此, 建议采取明确界定电商平台市场支配地位、充分界定相关市场范围、构建竞争损害评估框架等措施进行规制。这些措施旨在有效规制“二选一”行为, 维护市场公平竞争秩序。

关键词

反垄断法, 电子商务平台, 二选一, 限制性交易

Research on Anti-Monopoly Regulation of the “Choice of Two” Behavior of E-Commerce Platforms

Yaxin Zhao

School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tec University, Hangzhou Zhejiang

Received: Sep. 20th, 2024; accepted: Oct. 14th, 2024; published: Nov. 15th, 2024

Abstract

This research focuses on the anti-monopoly legal regulation of the “choice of two” behavior of e-commerce platforms in the era of digital economy. The “choice of two” behavior is defined as an e-

commerce platform taking advantage of its dominant position to require merchants to sell exclusively, which has the characteristics of compulsion and diversity of means. To a certain extent, this behavior will lead to damage to the rights and interests of consumers, other e-commerce platforms and merchants, and the public interest. At the same time, the “choice of two” behavior may lead to an oligopoly situation, and in view of the inadequacy of China’s existing laws on the regulation of “choice of two” behavior, improving the regulatory path with the anti-monopoly law as the core is the key to breaking the deadlock. However, it still faces challenges such as the vagueness of the determination of abuse of market dominance, the complexity of the definition of the relevant market, and the difficulty of determining the damage to competition. Therefore, it is recommended to adopt measures such as clearly defining the dominant market position of e-commerce platforms, fully defining the scope of relevant markets, and establishing a framework for assessing competition harm. These measures are aimed at effectively regulating the “choice of two” behavior and maintaining the order of fair competition in the market.

Keywords

Antitrust Law, E-Commerce Platform, “Choice of Two” Behavior, Restricted Transactions

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

数字经济的广泛发展促使人类社会发生了翻天覆地的变化，随之而来的，也是一些不利于市场公平竞争的消极竞争行为。近年来，自“阿里巴巴集团垄断案”为电子商务平台排他性交易提供了参考，“二选一”行为逐渐成为反垄断执法的重点。该案是《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》自发布以来，首次认定“二选一”属于滥用市场支配地位行为的案件，这对于《反垄断法》《平台经济反垄断指南》等法律法规的理解和适用、电子商务平台的健康、平稳发展具有重要的实践指导意义。

随着互联网浪潮席卷而来，电商平台之间的竞争日趋激烈，部分头部电商平台借助其市场优势地位，通过“二选一”行为这种排他性交易行为进行不正当竞争。平台内的经营者与平台之间的关系不仅仅是交易关系，无论是营销推广还是售后服务，经营者的日常运营都离不开平台的支持。正是基于这种不对等的关系，平台一方通常利用自身优势地位的条件，以追求利益最大化为目标，要求平台内经营者进行“二选一”的不正当竞争行为。

2. 电商平台“二选一”行为之概述

2.1. 电商平台“二选一”行为的概念

《电子商务法》中明确规定了电子商务的含义，它是指通过互联网来销售商品或者提供服务的经营活 动，而电商平台正是通过互联网为这类活动提供交易平台。电商平台以互联网为依托，具有虚拟性、跨时空性，消费者可以借助平台随时随地购买自己需要的产品或服务。

电商平台“二选一”行为不是一个法律概念，它是指电商平台利用其优势地位要求平台内的经营者订立独家合作协议，只能在该平台销售商品，从而达到排挤竞争对手以获得最大利润的目的。在数字时代背景下，淘宝、京东、美团等头部电商平台都出现过以“二选一”进行不正当竞争的行为，以此限制平台内经营者对于平台的选择，巩固自身的优势市场地位。

2.2. 电商平台“二选一”行为的分类

“二选一”行为可按照行为目的和效果分为两种类型，分别是剥削强迫型“二选一”行为和意思自治型“二选一”行为。电商平台在运营过程中，可能会采取一系列措施如店铺封禁、搜索权重调整及流量调控等，这些措施被部分解读为带有强制性质的“二选一”策略。此类做法不仅直接触及了商家自主经营的权利边界，还可能在无形中削弱了市场内部的多元竞争活力，进而对消费者的选择多样性和福利造成不利影响。

另外一种意思是自治型，这种协议表面上是双方平等协商、达成共识的产物，但不可忽视的是，在某些情况下，电商平台可能凭借其市场优势地位，对合作条款施加影响，导致商家在实质上面临不平等条件，从而引发对协议公正性的质疑。

通常情况下有意思合意的情形不具有可责性，而强迫型行为一定程度上侵犯了相对方的法益，有必要通过相关法律法规进行规制。

2.3. 电商平台“二选一”行为的特征

“二选一”行为具有以下几种典型特征，比如行为强制性、手段多样性。强制性体现在平台内经营者没有与平台平等协商的地位，面对平台单方面要求时没有过多的选择空间，只能被动接受并实施其提出的“二选一”限制性交易行为。在数据流量至上的时代，一旦经营者拒绝平台的“二选一”要求，平台就可以利用其优势地位和技术手段，采取降低店铺曝光度、减少店铺流量投放、降低搜索排名等手段，以此影响其正常的生产经营，从而迫使处于相对弱势地位的经营者放弃在其他平台内经营的机会[1]。手段多样性表现在促使平台内经营者放弃其他电商平台而选择该平台进行生产经营的手段是多样的，平台可以从硬性和软性两个角度采取相应措施。例如采用平台补贴、优惠政策等温和手段，通过技术措施对流量投放、检索曝光、资源倾斜、后台锁死等强制手段[2]。

3. 通过反垄断法规制电商平台“二选一”行为的正当性

3.1. 电商平台“二选一”行为具有负面竞争效应

平台在实施强迫型“二选一”行为时，往往会借助其优势的市场地位要求与经营者进行限定交易，如果平台在相关市场不具有市场支配地位，那么基于影响力分析，其实施的“二选一”行为不至于严重限制、影响竞争的有序发展。反之，则可能会涉嫌垄断从而侵犯多种法益，如消费者权益、其他电商平台竞争者权益、平台内商家权益以及社会公共利益。

3.1.1. 消费者权益

消费者的精力是有限的，有数据表明，消费者经常会基于习惯对商品进行选择，因此商家更倾向于活跃在各大平台以提高曝光度。如若平台选择实施“二选一”行为，消费者的知情权、自主选择权、公平交易权在某种程度上受到影响，增加了消费者消费成本，其消费者权益会遭受损害[3]。

3.1.2. 其他电商平台竞争者权益

实践中，平台与商家签订排他性协议，限定该平台作为唯一平台进行市场交易，这便是排他性交易行为。“二选一”行为作为一种影响市场正常交易秩序的行为，会剥夺其他中小型电商平台公平参与市场竞争的机会。

3.1.3. 平台内商家权益

排他性协议限制平台内商家与其他平台合作，使其丧失了与其他平台订立合约的机会，影响商家的

正常盈利。另外，平台使用的流量控制、消费者数据分析、平台补贴等技术或营销手段会增加商家经营的不确定性和被动性，存在自主性降低和销售不稳定的风险。

3.1.4. 社会公共利益

电商平台“二选一”行为容易造成拥有不同程度技术及财力水平的平台出现“强者更强，弱者更弱”的局面，为垄断的出现创造了条件，严重地压制了中小平台企业有序参与市场竞争的积极性，不利于市场经济的长远平稳发展。

3.2. 现有法律对“二选一”排他性交易规制不足

《反不正当竞争法》第12条，即“互联网专条”这一条款主要聚焦于利用技术手段直接干扰或破坏竞争对手网络产品与服务的行为。而在电商领域频繁出现的“二选一”现象，其表现形式更为复杂和间接。这类行为往往是通过商业合作协议的签署，如独家合作协议，或者通过经济手段如调整服务费用、调整服务范围来间接影响市场竞争格局。这些做法并不直接依赖于技术手段来破坏对手的网络服务，因此，在直接适用“互联网专条”时面临了挑战。

《电子商务法》是伴随互联网发展应用而生的一部法律，其条款在二十二条、第三十五条中规定了电商平台与平台内经营者之间的关系，但并没有对平台内经营者的优势地位设立任何条件。自《电子商务法》实施以来，在大数据杀熟、“二选一”等行为的解决被给予了很大的期待。而在实务中，该法只是无限接近于“二选一”行为，并未真正应用于相关行为的有关案例中。

《关于平台经济领域的反垄断指南》在第十五条中对限定性交易作出了规定，但其内涵仍存在很大争议。其次，指南明确在认定市场份额时需要参考市场份额的持续时间，这也说明企业可以提升创新能力以提高市场份额，另外，数据这一影响市场支配地位的因素并不能直接带来收益，目前的条文有些空泛，有待进一步阐明。

3.3. 《反垄断法》适用于“二选一”行为的合理性分析

在探讨《反垄断法》框架下电商平台“二选一”策略的法律定性问题时，依据该法第17条的核心精神，将此类行为视为对市场支配地位的滥用，并构成对《反垄断法》的违背，其逻辑起点在于确立平台经营者在特定市场中的支配性地位。而此地位的判定，则依赖于对相关市场边界的精确界定与深入分析。

竞争法领域的专家学者普遍认同，反垄断原则在数字经济这一新兴领域内的适用性是不可或缺的，因为维护市场竞争秩序、遏制垄断行为、促进公平竞争是所有经济形态的共同需求。然而，鉴于互联网经济的独特属性，如高度的动态性、跨界融合性以及数据驱动的竞争模式，反垄断法的实际应用确实面临诸多挑战与复杂性[4]。

学术界的主流思潮倾向于，当电商平台实施的“二选一”策略显著抑制了市场竞争，限制了市场参与者的多元选择，反垄断执法机构应果断介入，以维护市场的健康竞争生态。面对这一新兴领域带来的执法难题，即便执法机构在初期可能缺乏直接相关的处理经验，但通过积极借鉴国际经验，如深入研究美国、欧盟等成熟市场体系下的反垄断执法案例，可以有效积累知识，提升应对复杂案件的能力与智慧，从而更加精准高效地执行反垄断法律，保障数字经济市场的公平竞争。

4. 电商平台“二选一”行为的反垄断法规制困境

4.1. 滥用市场支配地位在“二选一”行为中适用不足

虽然《反垄断法》对滥用市场支配地位有所规定，但对于“市场支配地位”的认定在电商平台这一特殊领域存在模糊性。电商平台具有双边市场、网络效应等独特特征，使得传统的市场支配地位认定标

准难以直接适用。随着市场的发展和技术的进步，电商平台的竞争环境也在不断变化。新兴平台的崛起、消费者需求的多样化等因素都可能对市场竞争格局产生重要影响。在评估电商平台是否滥用市场支配地位时，需要充分考虑这些动态变化因素。

从反垄断法的维度审视，“二选一”策略可能触及滥用市场支配地位范畴，具体表现为一种强制性的交易限制措施，同时，它也可能构成纵向市场中的垄断协议形态。在探讨其是否构成滥用市场支配地位时，我们需聚焦于几个核心要素的验证。首先，确立行为主体在相关市场中的支配性地位，这要求深入分析其在市场中的份额、控制力、进入壁垒等因素，以判断其是否具备足以影响市场结构和竞争态势的能力。其次，需明确该主体是否实施了滥用其市场优势地位的行为，特别是通过“二选一”等手段，不当地限制了市场竞争，导致其他竞争者难以公平参与，进而影响了市场的整体竞争效率和消费者福祉。这一步骤需细致考察行为的具体形式、实施过程及其对市场环境的实际影响。最后，还需排除任何可能的豁免情形。反垄断法通常设定了若干例外规定，旨在保护某些基于公共利益、技术创新或效率提升的合理行为[5]。因此，在认定滥用行为时，必须严格审查行为人是否具备这些豁免条件，以确保执法的公正性和准确性。

然而，值得注意的是，上述三个方面的验证过程均面临诸多挑战，包括数据收集的复杂性、经济分析的精确性以及法律条款的深入理解等。因此，要有效证明“二选一”行为构成滥用市场支配地位，往往需要综合运用多种手段和方法，进行深入的调查和分析。

4.2. 电商平台的相关市场界定具有复杂性

在“二选一”行为的背景下，电商平台的相关市场界定展现出高度的复杂性。它是一个融合了技术、经济、法律等多维度考量因素的复杂且动态的过程。

首先，鉴于电商平台涵盖的商品种类繁多且服务领域广泛，加之平台间普遍存在的交叉竞争态势与个性化服务差异，单独聚焦于某一商品或服务市场难以全面捕捉平台间的竞争全貌。因此，在划定相关市场范畴时，必须全面审视商品以及服务的可替代程度、消费者需求动态、平台特色功能、以及独特的商业模式等多元化要素。

再者，随着技术创新的加速与互联网经济的蓬勃发展，市场界限正变得愈发模糊。电商平台借助先进的算法推荐机制与个性化定制服务，不断拓展其服务边界并优化用户体验，这一趋势无疑增加了传统地理界限与时间框架内市场界定的挑战性。同时，网络效应与规模效应的叠加作用，使得平台在用户基础稳固后能够构筑起坚实的市场防护墙，进一步复杂化市场界定的过程。

此外，二选一策略的实施可能对市场竞争环境产生扭曲效应，引发市场结构的不平衡。在界定相关市场时，还需深入剖析该策略对市场准入门槛、消费者选择自由度以及市场竞争态势等方面的潜在影响，以便精准把握其行为本质及其可能带来的后果。

4.3. “二选一”行为的竞争损害的认定存在难度

“二选一”行为在电商领域虽多次出现，但其法律定义与性质却模糊不清，为竞争损害的认定带来不确定性。不同法律条文与司法解释间的差异，使得判断该行为是否构成不正当竞争或滥用市场支配地位变得复杂。这种模糊性不仅增加了法律适用的难度，也为企业合规和监管执行带来了挑战。

进一步来讲，该行为造成的损害难以精确量化，尤其是商家销售额下滑、品牌影响力削弱等间接损失，难以用具体数字衡量，从而给损害评估设置了障碍。同时，商家业绩下滑可能受多重因素交织影响，如市场环境波动、产品质量问题或营销策略调整等，这使得将责任单一归咎于“二选一”行为变得尤为困难。

在证据收集方面，由于“二选一”行为涉及多种证据类型，包括书面协议、电子数据等，这些证据往往分散且难以确保完整与真实。加之电商平台技术复杂、商家与平台间利益关系错综复杂，使得取证过程更加艰难。这些因素共同构成了“二选一”行为竞争损害认定的重大难题。

5. 通过反垄断法规制电商平台“二选一”行为的完善建议

5.1. 充分发挥滥用市场支配地位规制“二选一”行为的作用

为了有效防止电商平台凭借其市场优势地位推行“排他性选择”策略，滥用市场支配地位的规制机制必须得到强化与充分利用。首要任务是确立电商平台市场支配地位的明确界定标准，这需综合考虑市场份额占比、技术防护壁垒强度、用户忠诚度与依赖性等多个维度，以确保监管措施能够精准施策。此外，还需深化相关法律法规的细化工作，清晰界定“排他性选择”行为的内涵、构成要件及其法律后果，为执法部门提供坚实的法律支撑，降低执法过程中的模糊地带与争议空间。

在执法层面，提升执行力度与效率至关重要。监管部门应构建高效的应急响应体系，对涉嫌滥用市场支配地位的电商平台迅速介入调查，并严格依据法律条款严惩不贷。通过公开曝光典型案例、实施严厉的罚款处罚等手段，形成强大的法律威慑力，以维护市场的公平竞争秩序。同时，积极鼓励受害商家站出来发声，拓宽监督举报渠道，促进社会各界共同参与治理，营造一种协同共治的良好环境。

此外，推动行业自我约束与技术革新亦不可或缺。电商平台应主动遵循法律法规，积极履行社会责任，通过算法优化、规则透明化等手段，从源头上减少“排他性选择”行为的发生。同时，应鼓励技术创新，特别是大数据、区块链等前沿技术的应用，以提升监管的智能化水平，实现对电商平台行为的即时监控与风险预警。通过多方携手合作，共同塑造一个健康、规范、可持续发展的电商生态系统。

5.2. 充分界定电商平台相关市场

在处理平台“二选一”案件时，首要任务是清晰界定相关市场。本文以“美国司法部诉 Visa 与 MasterCard 案”为例分析如何充分界定电商平台相关市场以规制平台“二选一”行为¹。此案聚焦于信用卡网络服务平台领域的竞争行为，Visa 与 MasterCard 被指控利用其市场地位实施排他性策略，要求加入其网络平台的银行不得同时在 American Express 与 Discover 的网络上发行信用卡，否则将面临退出 Visa 网络的威胁。这一“二选一”策略是否构成反垄断违法，成为了庭审的核心焦点。

首先，法院面临的首要任务是界定相关市场范围。法院细致区分了两个既相互关联又各自独立的市场领域：一是信用卡市场，作为广泛接受的支付工具；二是信用卡网络服务市场，负责信用卡交易的基础设施与各项服务运作。在界定过程中，法院深入考量了消费者的选择行为与替代品的可获得性，通过广泛听取专家及消费者意见，确认了信用卡在支付功能上的独特性与不可替代性，即便面临成本上升，消费者仍倾向于使用信用卡而非现金、支票或借记卡等其他支付方式。这一结论在初审及上诉阶段均得到了法院的一致认可。

此外，法院还明确将四家主要信用卡网络服务商提供的网络服务视为一个独立的相关市场。因为信用卡网络服务不仅涵盖了交易授权、结算与清算等核心功能，还因其高昂的设立成本与低运行费用而成为了发卡行与收单行难以自行提供或找到有效替代品的必要服务。法院进一步指出，在这一市场中，网络服务商不仅竞争发卡行的加入，还积极争取收卡商户的支持，体现了市场竞争的多维度特性^[6]。

通过以上对该案的分析，可以得出结论：在界定相关市场时，要通过详尽的市场分析和论证确认该市场的独立性，从而为电商平台“二选一”行为是否构成反垄断违法奠定了坚实基础。

¹United States v. Visa U.S.A., Inc., 163 F.Supp.2d 322(S.D.N.Y. 2001); United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003).

5.3. 充分认定“二选一”行为的竞争损害

在相对较小的相关市场中，竞争损害可以明显地量化出来，而在较大的相关市场中，由于竞争者众多反而不易在量化指标上显著地体现出来，但是限定交易行为对市场的影响会加倍放大，造成更严重的影响[7]。

为全面评估并有效确认“二选一”行为所带来的竞争损害，首要任务是构建一个综合性的竞争损害评估框架，这一框架需全面覆盖直接经济损失及深远的间接效应，细致考量商家销售额的直接缩减、市场占有率的波动以及品牌信誉的潜在削弱等多个维度。借助独立的第三方专家团队，结合先进的经济学分析工具和大数据处理技术，我们能够实现对损害程度的精确量化，确保评估结果既科学又公正。同时，我们还需将目光放远，关注“二选一”行为对市场准入壁垒的增加、创新活力抑制等长期影响，从而更全面地揭示其对市场结构与竞争生态的深层次破坏。

其次，为了有效应对“二选一”行为的隐蔽性和复杂性，我们必须强化证据搜集与保护机制。这包括建立多渠道、高效率的证据收集体系，鼓励受影响的商家积极贡献线索，如合同文件、电子记录、内部沟通资料等。同时，执法部门需不断提升技术能力和培训水平，以确保能够高效、准确地提取和保存电子证据，保障其真实性和完整性。对于关键性证据，我们应依法采取强制措施进行保全，防止其被销毁或篡改，从而为后续的法律程序提供坚实支撑。

最后，促进跨部门合作与信息交流是提升“二选一”行为竞争损害认定效率的关键。鉴于此类行为涉及市场监管、反垄断执法及司法等多个领域，我们有必要建立一个跨部门协作平台，通过定期召开协调会议、搭建信息共享网络等方式，促进各部门之间的紧密合作与资源整合。这样不仅能够加速案件线索的传递与调查进展的共享，还能汇聚多方智慧与研究成果，共同推动对“二选一”行为竞争损害的深入剖析与有效打击。

6. 结语

在数字经济蓬勃发展的今天，电商平台“二选一”行为作为一种市场策略，其复杂性与危害性日益凸显。本文通过深入探讨“二选一”行为的概念、分类、特征及其对市场竞争、消费者权益、平台内商家权益乃至社会公共利益的负面影响，揭示了其本质上的不公平性和反竞争特性。

面对“二选一”行为带来的多重挑战，本文进一步分析了现有法律规制框架的不足之处，特别是《反不正当竞争法》《电子商务法》及《反垄断法》在应对此类行为时的局限性。在此基础上，本文强调了《反垄断法》在规制电商平台滥用市场支配地位、维护市场公平竞争方面的重要作用，并提出了完善建议。具体而言，要充分发挥滥用市场支配地位规制“二选一”行为的作用，需要明确界定电商平台的相关市场，充分考虑其双边市场、网络效应等特性；同时，要精准认定“二选一”行为对市场竞争的损害，包括对市场准入、消费者选择权、商家自主权等方面的负面影响。此外，还需通过立法完善、执法加强、行业自律等多方面措施，形成合力，共同遏制电商平台对正常市场秩序“二选一”行为，促进数字经济市场的健康发展。

总之，电商平台“二选一”行为的规制是一个复杂而紧迫的课题。通过本文的探讨，期望能为相关领域的理论研究和实践操作提供有益参考，为构建更加公平、开放、竞争有序的数字经济市场环境贡献一份力量。

参考文献

- [1] 郑佳宁. 电子商务平台经营者的私法规制[J]. 现代法学, 2020, 42(3): 166-179.
- [2] 曹阳. 互联网中滥用相对优势地位行为成因与危害性的法学思考——兼对我国互联网中滥用相对优势地位行为

典型案例分析[J]. 广西师范学院学报(哲学社会科学版), 2019, 40(4): 151-160.

[3] 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.

[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] 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] 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.

[7] 孙晋. 数字平台“二选一”行为的反垄断法公共规制[J]. 政法论丛, 2024(2): 51-62.