

论电子商务平台“二选一”行为的法律规制

吴 璇

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2024年11月8日; 录用日期: 2024年11月18日; 发布日期: 2024年12月23日

摘 要

电子商务平台所实施的“二选一”行为本质上系独家交易, 是排除、限制竞争行为在电子商务领域内的表现。基于电子商务平台“二选一”的行为限制经营者的归属选择权、侵害消费者的自主选择权、损害电子商务平台的公平竞争权以及阻碍电子商务市场的可持续发展, 对其进行法律规制实属必要之举。从公法规范体系出发, 《电子商务法》《反不正当竞争法》《反垄断法》并不适用于打击电子商务平台“二选一”的平台乱象, 存在“应然”与“实然”的差异。从私法规范出发, 电子商务平台与经营者之间地位的不平等、电子商务平台“二选一”行为存在胁迫或者无效格式条款的情形认定困难、电子商务平台“二选一”行为呈现公共性特征导致无法适用单纯的私法规范来解决电子商务平台“二选一”行为所带来的不利影响。因此, 应当借鉴欧盟《P2B条例》制定专门法对电子商务平台“二选一”行为进行针对性调整。

关键词

电子商务平台, “二选一”, 专门法

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

Xuan Wu

School of Law, Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Nov. 8th, 2024; accepted: Nov. 18th, 2024; published: Dec. 23rd, 2024

Abstract

The “one or the other” behavior implemented by the e-commerce platform is essentially an exclusive transaction, which is the performance of excluding and restricting the competition behavior in the field of e-commerce. It is necessary to regulate the “two alternative” behavior of the e-commerce

platform to restrict the operators' choice of ownership, infringe on the consumers' independent choice, damage the fair competition right of the e-commerce platform, and hinder the sustainable development of the e-commerce market. From the perspective of the public law standard system, the "E-Commerce Law", "Anti-Unfair Competition Law" and "Anti-Monopoly Law" do not apply to the "two alternative" platform chaos of e-commerce platforms, and there is a difference between "appropriate" and "real". Starting from the private law specification, e-commerce platform and unequal status between operators, e-commerce platform "two alternative" behavior coercion or invalid format terms identified difficult, e-commerce platform "two alternative" behavior present public characteristics lead to apply pure private law specification to solve the e-commerce platform "two alternative" the adverse effects of the behavior. Therefore, we should draw lessons from the "EU P2B Regulations" to formulate special laws to adjust the "two alternative" behavior of e-commerce platforms.

Keywords

E-Commerce Platform, "Two Alternative", Special 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

近些年, 基于电子商务平台的广阔交易空间和低廉交易成本, 越来越多的经营者纷纷退出传统线下实体销售领域转而入驻电子商务平台来开展线上网络经营活动。因电子商务平台可以使众多经营者在同一平台内同时销售商品, 消费者能够拥有更多的购物选择, 同时免费的配送服务和便捷的购买方式使得消费者愈发依赖网络购物, 电子商务平台已经成为经营者和消费者进行网络交易不可或缺的桥梁。然而, 在电子商务迅猛发展的同时, 电子商务平台乱象频发, 其中电子商务平台“二选一”问题愈发凸显。伴随着一系列反垄断执法领域案件的涌现, 学者们对电子商务平台“二选一”行为法律规制展开激烈讨论。

2. 电子商务平台“二选一”行为之规制原因

从表面上看, 电子商务平台“二选一”行为系指经营者在入驻一个平台后就不能再入驻另一平台, 只能选择其中一个电子商务平台与消费者进行线上网络交易。以“阿里巴巴二选一反垄断一案”为例, 阿里巴巴公司要求入驻其平台的经营者必须在天猫商城和京东之中选择一个平台开展经营活动, 若其不同意阿里巴巴公司的“二选一”协议内容, 则该经营者不能在阿里巴巴公司旗下的天猫商城内销售商品¹。然而, 电子商务平台“二选一”行为本质上系独家交易。独家交易本身具有双面性: 一方面, 参与独家交易的经营者能够进行集中经营从而提高经营效率; 另一方面, 独家交易亦是排他性行为, 如果参与独家交易的相关主体在总体市场份额中占有十分之三以上的市场份额, 此时独家交易就会丧失其积极价值反而成为限制市场竞争的助推器²。目前, 阿里巴巴公司市场份额大约占总体市场份额的60%, 京东的市场份额约为16%, 而拼多多约占5%, 这表明我国电子商务领域内已经出现商业巨头[1]。因此, 在这种市场结构下如果这些平台强迫经营者与其签订“二选一”协议, 势必会对当前电子商务市场造成不利影响。

¹ 只谈科技. 全球十大反垄断案: 谷歌被罚634亿, 高通被罚198亿, 阿里排第二[EB/OL].

<http://baijiahao.baidu.com/s?id=1696819769269139416&wfr=spider&for=pc>, 2021-04-12.

² Art.3.1, Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the Application 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices.

2.1. 限制经营者的归属选择权

电子商务改变传统实体经营模式,使得经营场所从实体店变为电子商务平台,入驻电子商务平台的经营者可以与消费者直接开展线上网络交易活动,从而减少了商品销售环节,降低了商品销售成本,扩大了商品销售范围,增强了经营者对电子商务平台的依赖度。在此背景下,如果电子商务平台并没有强制实施“二选一”行为,具有竞争关系的各类平台会开出更有利于经营者的条件邀请经营者入驻,那么以利益最大化为价值导向的经营者能够自由选择所入驻的平台及其数量,其拥有完整的归属选择权;若电子商务平台强迫经营者与其签订“二选一”协议,此时经营者很可能基于经营压力被迫接受“二选一”协议,这直接使得经营者的归属选择权丧失实际作用,形同虚设。

2.2. 侵害消费者的自主选择权

除了限制经营者的归属选择权,电子商务平台“二选一”行为也会间接侵害消费者的自主选择权。或许有人认为通过 APP 软件消费者可以进入不同的电子商务平台来挑选心仪的商品,即使仅存在一个电子商务平台,消费者亦可以在该平台上选择不同的商品,其仍然享有自主选择权。但是,如果在经营者与电子商务平台之间不存在任何强制性“二选一”行为,那么具有竞争关系的各平台会与平台内部的经营者进行平等协商,通过降低商品的价格、提高服务质量、加强售后保障等方式吸引消费者在该平台购物,此时消费者会拥有更多商品与平台选择机会。因此,电子商务平台“二选一”行为的实施会降低消费者拥有更多商品与平台选择机会的可能性,妨碍消费者自主选择权的实现。

2.3. 损害电子商务平台的公平竞争权

在传统销售领域内,商品的生产者或销售者可以通过很多线下场所售卖商品,如超市、杂货店等。一般情况下这些销售场所的所有者不会要求生产者或销售者只能在本场所内销售商品,否则生产者或销售者极有可能中断供货。反观电子商务领域内经营者基于对电子商务平台极强的依赖性很可能对实施“二选一”行为的电子商务平台妥协,被迫选择仅入驻该平台,这间接造成不同经营者之间的竞争条件的差异,损害电子商务平台的公平竞争权,主要表现为“二选一”行为可能会使电子商务平台产生网络外部效应,越来越多的消费者会聚集于适用“二选一”模式的电子商务平台,增加了该平台获取更多市场份额的可能性,而未适用“二选一”模式的电子商务平台则会处于不利地位,甚至由于经济压力被迫退出电子商务领域,进一步推动采取“二选一”模式的平台占据市场支配地位,为该平台实施垄断行为埋下隐患;此外,适用“二选一”模式的平台会减少入驻其他平台的商户数量,从而降低其他平台获取更多交易机会的可能性,缩小交易空间,增加交易成本,削弱其他平台的竞争力,最终损害其他平台的公平竞争权[2]。

2.4. 阻碍电子商务市场的可持续发展

具有强大生命力的电子商务市场需要各类市场主体之间的良性竞争助力。然而,通过实施“二选一”行为,经营者在经济压力下往往会选择与该平台达成“二选一”协议,很多处于不利地位、具备极小经济规模的经营者会被拥有较大经济规模的经营者吞并甚至消灭,这与“建立公平竞争的市场秩序”的价值理念相背离,本质上是一种去竞争化的表现,可能会造成电子商务市场秩序紊乱,不利于实现电子商务市场可持续发展的目标[3]。

3. 电子商务平台“二选一”行为之规制现状

电子商务平台“二选一”行为可能涉及电子商务领域内的垄断行为和不正当竞争行为,因此理论上可以适用《中华人民共和国电子商务法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国反垄断

法》对“二选一”行为进行规制，但是在具体适用上存在“应然”与“实然”的差距。

3.1. 不能适用《中华人民共和国电子商务法》

由于电子商务平台“二选一”行为与电子商务交易具有事实上的紧密性，因此为了达到确保“二选一”行为合规性和合法性的目的首先应当将《中华人民共和国电子商务法》的相关规定融入规范“二选一”行为的治理措施中。根据《中华人民共和国电子商务法》第二十二条之规定，如果电子商务经营者在技术水平、用户粘性、行业话语权和其他经营者的依附性等方面处于相对主导地位，与之对应的系该电子商务经营者不得滥用市场支配地位来损害正常的电子商务交易活动³。如果将该条文“不得滥用市场支配地位”的立法意图与规制电子商务平台“二选一”行为的配套措施相连接，那么需要在界定是否存在相关市场的基础上来判断电子商务平台市场支配情况，再由经营者证明电子商务平台存在竞争损害行为，繁杂的证明流程导致经营者的举证责任繁重。此外，该条款未明确规定存在上述行为的不利法律后果，使得其对实施“二选一”行为的电子商务平台威慑效果折半。此外，《中华人民共和国电子商务法》第三十五条规定，在电子商务交易过程中，电子商务平台经营者不得通过服务协议의起草、交易规则的制定、技术应用等手段对平台内经营者的交易行为、交易价格、交易对象进行不合理限制、附加不合理的条件或收取不合理的费用⁴。从立法逻辑出发，该条款显然与滥用相对优势地位制度相契合，但是从条文的字面含义上看第三十五条并不关注电子商务平台是否具有相对优势地位，这使得该条款在适用范围和适用条件方面过于宽泛，适用效果不明显，与滥用相对优势地位理论相背离[4]。因此，不能适用《中华人民共和国电子商务法》对电子商务平台的“二选一”行为进行规制。

3.2. 无法适用《中华人民共和国反不正当竞争法》

传统不正当竞争行为一般系通过不正当手段侵害正常竞争行为的方式直接损害经营者的正当权益，具有直接侵权行为的基本属性。反观电子商务平台“二选一”行为，其强迫经营者只入驻一个电子商务平台，将经营者捆绑于同一平台上，切断经营者与其他平台的合作可能性，是一种限制竞争行为，这符合《中华人民共和国反垄断法》第十七条之规定，与反垄断法联系更为紧密。此外，《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条和第十二条没有适用可能性。第二条规定的内容过于严苛，在实践中难以证明电子商务平台“二选一”行为符合“违反诚实信用和公认的商业道德而具有不正当性，不制止不足以维护公平竞争的市场秩序”这一条件。而第十二条需要执法机关通过相关“技术手段”进行调查取证来证明“二选一”行为系通过“技术手段”来影响用户的选择，但是执法机关并不具备相关“技术手段”，因此在实践中几乎不会使用该条款来规制电子商务平台的“二选一”行为。即使适用反不正当竞争的相关条款来规范电子商务平台的“二选一”行为，相关执法主体一般也仅采用行政处罚的形式，且执法机关的罚款数额对拥有巨大经济规模的电子商务平台的威慑力微乎其微。综上所述，适用《中华人民共和国反不正当竞争法》对电子商务平台的“二选一”行为进行规制不具有适用可能性。

3.3. 不可适用《中华人民共和国反垄断法》

如果能够将《中华人民共和国反垄断法》与规范电子商务平台“二选一”行为的配套制度相对应，那么应当在适用有关电子商务平台禁止滥用市场支配地位与垄断协议的基础上达到确保“二选一”行为合规性和合法性的目的，但是在实际应用过程中，两大制度的适用存在“实然”与“应然”的差异。

以滥用市场支配地位条款的适用为导向，如果判定能够适用滥用市场支配地位条款对电子商务平台的“二选一”行为进行规制，首先需要界定存在相关市场，再认定电子商务平台在事实上于电子商务交

³ 参见《中华人民共和国电子商务法》第二十二条。

⁴ 参见《中华人民共和国电子商务法》第三十五条。

易中处于支配地位,最后由经营者证明电子商务平台存在竞争损害行为,但在具体实践过程中,每个环节的认定均存在一定障碍。第一,界定相关市场存在一定挑战。首先,电子商务平台呈现周期性发展趋势,市场地位并不稳定,传统相关市场界定方法缺乏对时间、创新等因素的考量;电子商务平台以消费者的体验感为主要竞争方向,而以价格为重要参考的相关市场界定方法不具有适用可能性。因此,电子商务平台的动态竞争增加了市场边界的模糊性,使得区分各类平台所提供的商品存在困难。其次,平台的双边性使得界定相关市场的数量面临挑战。目前,消费者能够在电子商务平台上购买到各类商品,因此其对同一平台所提供的不同商品是否应当界定为同一市场存在疑问。根据目前理论与实践的反馈,界定为一个市场和两个市场的情形同时存在。最后,根据商品价格和消费者需求变化,所界定的相关市场范围呈现过宽或过窄的特征,相关市场范围并不合理[5]。第二,认定电子商务平台的市场支配地位面临难题。首先,市场边界的模糊性导致对市场份额的计算与认定不准确。其次,市场份额的影响作用日益下降。目前,电子商务领域呈现更新迅速的特征,一些弱小的电子商务平台随时面临着被具有较大经济规模的电子商务平台取代的风险,电子商务平台的市场地位并不稳固,因此仅凭借一时的市场份额并不能全面反映电子商务平台的市场支配情况。最后,缺乏统一的电子商务平台地位的衡量标准导致计算和认定市场份额的难度加大。第三,判定电子商务平台存在竞争损害行为容易陷入证明漩涡。首先,电子商务平台的“二选一”行为具有非对称性。电子商务平台通过限定经营者的交易对象达到去竞争化的目的进而由此带来外部网络效应,进一步扩大平台的经济规模。其次,电子商务平台的“二选一”行为具有隐蔽性。电子商务平台采取与经营者双方自愿签订“二选一”协议等形式合法的方式掩盖自身限制竞争的非法目的,反垄断执法机构在调查时容易被电子商务平台“二选一”行为的合法外在表现形式误导从而做出不恰当的决定。最后,电子商务平台“二选一”的行为具有竞争影响的交互性,电子商务平台通过限定经营者的交易对象,导致一边或多边的市场封锁,使得采取“二选一”模式的电子商务平台不断积累资本而未采取“二选一”模式的平台则面临着退出电子商务领域的风险。综上所述,不能适用《中华人民共和国反垄断法》中关于禁止滥用市场支配地位的规定对电子商务平台“二选一”的行为进行规制。

从纵向垄断协议兜底条款角度出发,在实践中纵向垄断协议兜底条款具有“适用失灵”“适用难”的特征。首先,纵向垄断协议兜底条款的“适用广泛性”存在随意扩大垄断协议范围的风险,相关主体可能会错误地对仅系一般违法但并不符合垄断协议兜底条款的“二选一”行为适用禁止垄断协议的相关规定。同时,配套司法解释的缺乏也加剧纵向垄断协议兜底条款的适用不合理化,其实际价值骤减,可能损害无辜电子商务平台的合法权益。其次,纵向垄断协议兜底条款的适用主体被严格限定为国务院反垄断执法机构,这间接阻断了相关市场主体通过反垄断民事诉讼来维护合法权益的救济通道。如果相关市场主体想要追究电子商务平台“二选一”行为的法律责任,需要在执法机构判定电子商务平台的“二选一”行为与禁止垄断协议的规定背道而驰的基础上再由相关市场主体向人民法院提起民事诉讼,这无疑增加了相关市场主体进行救济的时间、金钱成本,为相关市场主体提起民事诉讼徒增不必要的障碍。最后,有限的人员配置和经费预算限制反垄断执法机构对电子商务平台“二选一”行为的调查,我国反垄断执法机构并不愿意主动适用纵向垄断协议兜底条款来对电子商务平台“二选一”的行为进行规制。

综上所述,无论是适用禁止滥用市场支配地位制度还是禁止垄断协议制度,在规范电子商务平台的“二选一”行为上存在理论与实践的双重障碍,因此不能适用《中华人民共和国反垄断法》打击电子商务平台“二选一”的非法行为。

4. 电子商务平台“二选一”行为之法律规制路径

电子商务平台的“二选一”行为严重侵害了经营者、消费者以及其他电子商务平台的正当权益,破

坏了电子商务市场的可持续发展,应当对电子商务平台的“二选一”行为进行规制。然而,理论与实践的双重障碍导致现有规制方法失灵,因此为了确保电子商务平台以及电子商务贸易市场的良性发展,探求符合当前电子商务发展的规制电子商务平台“二选一”行为的具体路径系关键之举。

4.1. 不能适用私法规范

从表面上看,电子商务平台与经营者所签订的“二选一”协议系合同法律关系在电子商务领域的体现,理论上可以适用民事合同的有关规定对其进行规制,经营者可以主张受胁迫而请求人民法院撤销合同或者因其属于无效格式条款而请求法院认定“二选一”的协议内容无效,但实际上“二选一”行为与合同存在根本区别,因此不能适用私法规范对电子商务平台“二选一”行为进行规制。

首先,电子商务平台与经营者的地位在事实上不平等。虽然电子商务平台和经营者均属于电子商务市场主体的组成部分,但是一旦经营者选择入驻该电子商务平台,其必须遵守该电子商务平台制定的平台规则,如果该经营者违反平台守则,很可能会受到整改甚至退出该平台的惩罚,此时电子商务平台与经营者之间不再是单纯的商事法律关系,而应是一种管理与被管理的关系。若仍然沿用适用于平等主体之间的私法规范对电子商务平台“二选一”的行为进行规制,可能面临着私法规范失灵进而损害相关经营者与其他电子商务平台合法权益的风险。此外,由于经营者对电子商务平台的依赖程度极高,在面对电子商务平台强制实施“二选一”行为时,为了维护自身经济利益,经营者尤其是经济实力弱小的经营者很可能被迫与之签订“二选一”协议,并且不会以受胁迫或者格式条款无效向人民法院提起诉讼请求撤销合同或确认“二选一”协议内容无效^[6]。

其次,认定电子商务平台“二选一”行为存在胁迫或者无效格式条款的情形困难。虽然平台上的经营者并非出于自愿与电子商务平台达成“二选一”协议,经营者在决策过程中受到平台施压,但是该“二选一”行为是否能够达到胁迫的程度并不确定,且在司法实践中没有将电子商务平台“二选一”行为认定为胁迫行为从而撤销合同的案例。此外,“二选一”协议内容是否能够达到“不合理”以及“限制对方主要权利”的程度存疑,对其是否符合无效格式条款的情形难以进行准确判定。

最后,电子商务平台“二选一”行为不仅影响达成“二选一”协议的电子商务平台与经营者,其对其他市场主体也会产生不利影响,侵害消费者的自主权选择权,损害其他电子商务平台的公平竞争权,扰乱电子商务市场经济秩序。因此,仅适用私法规范已经无法保障消费者与其他电子商务平台的合法权益以及维持稳定的电子商务市场经济秩序。

4.2. 制定专门法

由于《中华人民共和国电子商务法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国反垄断法》缺乏适用可能性以及单纯的私法规范无法有效解决电子商务平台“二选一”的行为所带来的不利影响,主张制定专门法对电子商务平台的“二选一”行为进行规制确为必要之举。其中,借鉴欧盟《为商户提供互联网公平和透明中介服务的条例》(以下简称《P2B 条例》)制定专门法来调整电子商务平台“二选一”行为极其关键。欧盟《P2B 条例》是在避免和减少平台经营者和商户之间的不公平交易的背景下形成的,其核心内容为要求经营者对限制、中止、终止商户日常业务的行为进行合理解释,并以书面形式将处理理由告知商户。同时,《P2B 条例》要求平台服务商增加对商户产品或者服务搜索排序的透明度,其应当在合同中明确约定产品排序的参考因素以及附带相应解释。此外,《P2B 条例》也对争议解决方式作出明确规定,提倡平台服务商建立有关争议解决的内部协调机制,且应当在与商户签订的合同中呈现该方面内容。综上所述,在借鉴《P2B 条例》的基础上应制定更具针对性的专门法对电子商务平台“二选一”行为进行规制,达到维护相关市场主体的合法权益和巩固电子商务市场经济秩序的目的。

5. 结语

电子商务平台所实施的“二选一”行为本质上为限制、排除竞争行为在电子商务领域内的表现。如果对电子商务平台的“二选一”行为置之不理，久而久之将难以有效控制其因限制经营者的归属选择权、侵害消费者的自主选择权、损害电子商务平台的公平竞争权以及阻碍电子商务市场的可持续发展所带来的不利影响[7]。在分析各类法律规制路径的基础上，制定专门法实属最佳选择。因此，未来打击电子商务平台“二选一”行为的重心应当置于专门法的制定与具体实施，进而实现维护市场主体合法权益和稳定电子商务市场经济秩序的目标。

参考文献

- [1] 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.
- [2] 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.
- [3] 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): 104-108.
- [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] 曾雄. 平台“二选一”反垄断规制的挑战与应对[J]. 经济学家, 2021(11): 91-99.
- [6] 刘权. 网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角[J]. 法学研究, 2020, 42(2): 42-56.
- [7] 孙晋. 数字平台垄断与数字竞争规则的建构[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(4): 63-76.