

电商平台“二选一”行为性质分析与 与规制路径

彭 丽¹ 郭艳玲²

1. 中南财经政法大学法学院，武汉；

2. 中华人民共和国北海海事法院，北海

摘 要 | 当前电子商务行业迅速发展，其在学习过程中可能涉及的垄断行为也引起了学界和司法实践的关注，尤其是电商平台在每年促销活动前经常上演的强迫商家“二选一”的行为引发了热议。2018 年，《电子商务法》正式出台，给电商平台强迫商家“二选一”的行为套上了枷锁。但在此背景下，分析该行为的性质和提出相应规制路径仍有必要性。本文在梳理现有文献的基础上，对电商平台强迫商家“二选一”行为进行了总结和分析，并概括总结了基于性质分析而提出的规制路径，以期更好地为规范电商平台经营行提供借鉴和参考。全文一共分为五个部分，主要包括电商平台强迫商家“二选一”行为的概念及分类、研究现状、定性和规制必要性、性质分析、规制路径。

关键词 | 电商平台；“二选一”行为；反垄断法；反垄断规制

Copyright © 2024 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



近年来，“双十一”已成了公认的购物狂欢节，每年在此期间产生了巨大的消费交易量，这使得各种各样的电商平台极尽所能吸引消费者，以期能占据更大的优势。电商平台间的竞争已经愈发激烈了，在平台五花八门、纷繁复杂的规则中，有一条规则屡见不鲜，即本平台内的商家不能将店铺链接挂到其他平台之上，否则将采取一系列制裁措施，如降低店铺排序、将店铺界面设置成灰色甚至禁止店铺在本平台参加“双十一”活动等。平台胁迫其上面的经营者进行“二选一”的行为屡见报端。如 2018 年，临近“双十一”，电商平台再掀“二选一”风波。事件经过主要是拼多多在三周年纪念日庆典上指责天猫强迫商家“二选一”，淘集集反指拼多多“贼喊捉贼”，本身也存在“二选一”行为。^[1]事实上，电商平台此类行为并非是这两年才出现的。早在 2013 就曾爆出阿里胁迫商家作出二选一的选择。2015 年京东和天猫的“猫狗大战”也引发了热议，而 2017 年的“6.18”两家则再度掐架。^[2]从某种程度来说，

通讯作者：彭丽，中南财经政法大学法学院博士研究生，研究方向：环境与资源保护法学。

文章引用：彭丽，郭艳玲. 电商平台“二选一”行为性质分析与规制路径[J]. 社会科学进展, 2024, 6(4): 1078-1087.

<https://doi.org/10.35534/pss.0604109>

互联网平台强迫用户在两个平台中进行选择的行为可追溯到2010年的“3Q大战”，但是行为对象与电商平台有所区别，其面向的是消费者，电商平台面向的则是商家。

实际上，电商平台此类行为早已引起了司法实践和学界的关注，但对其性质的认定却迟迟没有得出具体的结论，对其是否应归《反垄断法》或者《反不正当竞争法》规制也没有明确回答。2018年，《电子商务法》正式出台，其中第二十二条和第三十五条被认为是对平台要求用户进行“二选一”的行为的正式规制，但该规定回避了上述问题。基于此背景，本文在对已有的相关文献及法律法规的梳理与总结的基础上，具体分析电商平台“二选一”行为的性质，为更好地规制该行为提供可行路径。

1 电商平台强迫商家“二选一”行为的概念及分类

“二选一”行为原本主要涉及三方主体：行为人、行为人的竞争者和被限制方，且被限制方同时为行为人与行为人竞争对手的共同客户或潜在客户。^[3]“二选一”的表现形式主要为，被限制方被行为人要求只能同其合作，或者被限制与行为人特定的竞争者合作。在互联网领域，由于互联网平台的特殊性，“二选一”行为则主要涉及平台（行为平台和竞争平台）、商家、终端用户（即消费者）几方主体。

根据“二选一”行为指向对象的不同，可以分为两类，一类是行为指向终端用户，如“3Q大战”中腾讯公司的行为，此种行为相对来说对消费者权益的侵害更为明显，对其规制更具有迫切性，事实上，在新修订的《反不正当竞争法》中已经设立了“互联网专条”针对此类行为进行规制，因此本文分析的重点并不在此。另一类是行为指向平台上的商家，此类行为的行为主体多为电商平台，包括从事他营业务的第三方平台、他营和自营业务并存的平台。具体而言，电商平台“二选一”行为是指，某个平台由于自身具备技术、用户、行业等方面的优势，要求入驻该平台的商家只能在这上面经营，不得同时选择其他平台。

2 国内研究现状与立法、司法现状

2.1 研究现状

与电商平台强迫商家“二选一”行为关系最密切的是垄断行为，主流媒体多次报道电商平台“二选一”行为涉嫌垄断，但学界的研究热点却并不在此。《反垄断法》实施十多年来，国内对垄断行为的研究成果增加，特别是在互联网行业快速兴起，给反垄断带来了新的挑战的背景下，对互联网垄断问题的研究成果颇丰。研究主要聚焦于以下几个方面。

第一，相关市场界定问题。如学者宁立志和王少南主要研究在互联网双边市场背景下界定相关市场的困难与可行方法。^[4]学者孙晋和钟瑛嫦则提出了互联网平台型产业中相关市场认定的新方法。^[5]学者丁春燕则是在总结假定垄断者测试方法在网络领域中的局限性的基础上，对相关市场界定方法的完善提出了建议。^[6]而学者侯阳和李剑的则主要研究在免费模式下互联网行业相关市场的界定。这些文献立足于传统的反垄断法理论，分析互联网行业的特性及其在发展过程中给反垄断法带来的新挑战，如双边市场乃至多边市场的出现及理论发展、互联网“免费模式”，以及价格弹性测试在互联网领域面临种种不适等，并基于这些问题提出了各自的完善方法。

第二,市场支配地位认定问题。如叶明教授提出的互联网行业认定市场支配地位的新的思路。^[7]刘旭教授则在分析奇虎与腾讯关于滥用市场支配地位的案件的基础上提出了自己对该问题的见解。^[8]杨文明教授对于这一问题的看法主要集中在其中的非结构因素上。这些文献分析了在《反垄断法》中,滥用市场支配地位的规定与当前的网络环境不适配的问题,并基于互联网行业的特性,提出了其市场支配地位认定的新思路。

第三,掠夺性定价行为研究。如叶明教授在提出认定互联网行业市场支配地位的新思路的过程中,就曾涉及掠夺性定价问题。此外,还有互联网反垄断规制问题研究等。总的来说,这些研究立足于相对宏观的方面,研究对象基本为整个互联网领域,研究方向主要为反垄断的基础理论,而缺少对具体垄断行为的分析。对微观领域来说,针对性不够强。但是这些界定方法和规制方法是分析电商平台“二选一”行为的性质和规制方法的基础,具有极大的借鉴意义。

在具体的垄断行为方面,现有文献对“二选一”行为和电子商务及电商平台垄断行为的研究较为匮乏。在这有限的文献中,一方面,对“二选一”行为的研究主要集中在“3Q案”的相关分析上。如学者许光耀、王胜伟、袁嘉、刘维俊都写过相关的文献。可以说此类“二选一”行为与电商平台“二选一”行为关系密切,此类研究对电商平台“二选一”行为的定性和规制具有很大的参考价值。但该案涉及的平台与通常的电商平台有所出入,行为对象也并不相同,因此两类行为并不能等同,对电商平台的“二选一”仍然有研究必要。另一方面,对电商平台垄断行为的研究则主要集中在平台经营者价格滥用行为方面,特别是针对“淘宝围城”事件进行的研究。除此之外还有对第三方支付平台垄断行为方面的研究等。但是相关文献却缺乏对“二选一”行为的具体分析。

在互联网平台“二选一”行为与电商平台垄断行为的相关研究相对匮乏的前提下,更具体二者结合的电商平台“二选一”行为的研究就更是少之又少了。相关文献主要有焦海涛教授的《“二选一”行为的反垄断法分析》等,这对本文的研究具有极大的借鉴意义。但是,其虽然涉及了电商平台,并对平台的“二选一”行为进行了具体分析,但是研究重点还是在大范围的互联网“二选一”行为上,而非限定在电商平台中,而且也没有给出具体的规制方法。

2.2 立法现状

在电商法出台之前,几乎没有法律专门针对电商平台强迫商家“二选一”的行为进行专门规定,与此类行为有关的法律主要有《反垄断法》《反不正当竞争法》。其中,《反垄断法》第十七条第四款被认为是电商平台强迫平台内的商家进行“二选一”的行为的规制,但此款的前提是经营者滥用市场支配地位。现实中,电商平台经常以此为理由屡打“擦边球”,即主张本平台未占据市场支配地位。而在新修订的《反不正当竞争法》的第十二条中,第二款对“二选一”行为进行了规制,但是只是涉及类似“3Q”案中腾讯所为的“二选一”行为。而2015年工商局颁布的暂行规定,^[9]无法真正规范电商平台“二选一”行为。因为一方面,它只适用于“网络集中促销”活动。另一方面,它是反垄断法的下位法,本身不能超越反垄断法的规定范围。而且,根据第十一条的表述,依据该规章处理电商平台“二选一”的行为时,仍需回到《反垄断法》的相关规定上来。市监总局2018年6月下发的“网剑行动”方明令禁止电商平台实施“二选一”行为,但实际上也收效有限。^[3]《电子商务法》第二十二条和第三十五

条被认为是对电商平台“二选一”行为的正式规制,让人看到了遏制电商平台此类行为的曙光。该规定突破了《反垄断法》的限制,从特别法的角度认定平台“二选一”的行为本身违法。^[10]这种规制方式有其现实的原因,但其并没有从根本上回答行为本身的性质,而且规制的范围也有限,恐怕难以从根本上解决电商平台强迫商家“二选一”难题。

2.3 司法现状

实践中,对于平台“台大欺店”的行为,很多商家只能选择忍气吞声。这是因为,首先,此类案件向工商局举报容易久拖不决,最后不了了之。如阿里巴巴“二选一”案,自2015年立案,三年过去了,到2018年,该案仍没有公布调查进展。其次,此类案件还会有“有同案不同判”现象。如对比阿里,美团网同样利用自身优势阻碍、胁迫商家与竞争对手发生正常交易的行为却被认定为不正当竞争行为,并处罚52万元。最后,司法实践容易偏袒互联网寡头,倾向于不认定电商平台“二选一”行为为垄断或者不正当竞争行为。^[11]

3 电商平台“二选一”行为定性及规制必要性

3.1 定性必要性

对电商平台强迫商家“二选一”行为的性质进行认定是对其进行规制的前提。只有从法律上对“二选一”行为的性质及其违法性进行认定,才能够为其规制提供合理的依据。长期以来,对电商平台“二选一”行为是否构成垄断行为或不正当竞争行为存在争议,难以得出统一的结论。电商法也没有对此作出回答,而是越过了定性问题,直接规定此类行为具有违法性。电商法作为特别法采用这种立法模式来先行规制泛滥的“二选一”行为有其合理性,但这种规制方法不能从根本上解决“二选一”难题。

首先,电商法第三十五条适用的主体范围有限,主体限于电商法规定的平台经营者,但是电子商务法规定的主体范围本身就存在质疑之声。其次,第三十五条规定的行为方式有限。第三十五条规定的“二选一”行为的表现形式只包括服务协议、交易规则以及技术手段等,现实中的行为方式更多样化。最后,如果不进行定性的话,在规制此类行为时,难以实现与现有法律的有效衔接,还有可能产生冲突。薛军教授就认为“电商平台的垄断行为,主要涉及法律体系的分工问题。如果一些电商的行为的确违反了反垄断法领域的规范,直接适用《反不正当竞争法》《反垄断法》就可以,不一定需要在电商法中体现出来”^[12]。朱巍教授也认为,电商法中滥用市场支配地位的规定可能会架空两反法。^[13]由此可见,要解决这个难题,行为性质分析是不能跳过的问题。“二选一”行为的规制最后还是要落脚到《反垄断法》,但笼统地探讨“二选一”行为到底是否构成垄断本身没有意义,真要用《反垄断法》来规制它,必须分析该行为具体构成何种类型的垄断行为。^[3]据此,性质分析就更有必要了。

3.2 规制必要性

平台的“二选一”行为普遍对市场的公平竞争秩序造成了损害,不但不利于本行业的健康发展,而且会间接损害消费者的合法权益。电商平台“二选一”行为的危害性主要体现在三个各方面:限制当前

市场的竞争、限制下游市场的竞争、损害终端消费者利益。^[3]这三方面的危害主要是从电商平台“二选一”涉及的三方主体——竞争平台、商家、消费者划分的。

在竞争平台方面，“二选一”行为的主要目的限制竞争对手与其竞争，使竞争对手竞争能力被削弱，甚至被排挤出市场，并限制潜在竞争平台进入市场。而如果每个平台都用这种方式去竞争的话，最终将会导致市场如一块蛋糕一般被分食殆尽，而占据最大一块并实行“二选一”的平台则享有极大的垄断利益。在商家方面，“二选一”行为也极大地限制了商家的自由经营，使商家丧失了自主选择权和经营自主权。主要表现为，商家如果被迫先行“扎根”在一个平台中的话，可能会倾向于不换平台，进而逐渐丧失了对比挑选的机会。除此之外，商家可能会在违约责任条款等约束下越来越难以脱身，从而被迫低价供货、集体赔本参加平台组织的满减促销活动。^[10]在消费者方面，反垄断法维护的竞争利益，本质上是消费者利益，竞争受到限制，损害最终会传递到终端消费者身上。如从近的来看，平台将同其他平台合作的店铺强制下架，买家的订单由于这个原因被系统取消，损害了消费者权益。从长远来看，某一平台形成垄断，则侵害了消费者的选择权及其他权利。最后电商平台不在提供更好的服务、更优的技术、更好的体验上下功夫以提高竞争力、吸引商家和客户，而致力于实施“二选一”行为，对其本身而言也是固步自封，不利于自身和行业的长远发展。

4 “二选一”行为性质分析

4.1 “二选一”是否为垄断行为

4.1.1 否定说

(1) 传统反垄断法不适应电子商务的发展，电商平台不能轻言反垄断

这种观点认为，新经济下，传统的反垄断理论和工具已经不适应于互联网行业的发展了。电商“二选一”行为涉嫌限定交易，但是认定限定交易行为需要以行为人滥用市场支配地位为前提，而在市场支配地位的认定中，市场份额是关键因素。在电商平台的市场份额方面，目前电商领域竞争激烈，一些在市场份额上占有优势的平台，很多时候是消费者盲目投票形成的，而只要它们稍有懈怠，就会失去市场优势。因此，很难从市场份额上去判断电商平台是否具有市场支配地位。而且，在这种情况下，竞争本身就是消费者最好的保护人，反垄断法不宜介入。^[14]在难以认定电商平台滥用市场支配地位的前提下，“二选一”行为自身不涉嫌垄断。刘晓春学者则认为，在互联网高度动态的竞争态势下，再大的电商平台也不敢随意对待平台内的商家，“二选一”行为与传统垄断行为有着本质差别。^[14]

(2) 反垄断需要与行业创新保护进行权衡

持这种观点的学者认为，电子商务行业的发展与创新是电商平台反垄断豁免的正当理由。丛立先教授从知识产权保护的角度提出，创新产业的核心其实是知识产权，而知识产权是不适用于反垄断的，没有“垄断”就没有知识产权，没有“垄断”也就没有创新产业。^[14]

(3) 平台与商家之间是平等合同关系

这种观点认为商家与平台之间关于平台选择问题是你情我愿的合同关系，不应上升到垄断违法的层面^[14]，持这种观点的主要是刘凯湘教授。还有观点认为电商平台与商家之间是平等关系，合同是在双

方地位平等的基础上订立的,前者要求后者“效忠”“良禽择木而栖”,并非不可^[12]。

4.1.2 肯定说

(1) 电子商务领域仍在传统反垄断法规制的范围内

这种观点主张,随着互联网产业的发展,出现了双边乃至多边市场、免费模式等挑战,导致界定相关市场和判断市场支配地位面临困境,但互联网领域本质上没有跳出反垄断法的规制范围。如缪因知教授认为,传统的反垄断法在规制“二选一”问题上并不是无能为力的,这个问题仍在其射程范围内。^[10]

(2) 阻碍了市场竞争,不等同于商业策略

王晓晔教授认为平台“二选一”行为不能简单地视为正常的商业策略,这种行为是否已经达到了反垄断法规制的程度,需要根据平台的市场地位进行判断。薛军教授也认为,从保护平台上的店家的角度来看,平台这种“二选一”的要求是对自己所具有的优势地位的滥用,即利用其商业上的优势来欺压平台内的商家。

4.1.3 不正当竞争行为说

有学者认为,认定电商平台“二选一”行为是否构成垄断行为,关键在于判断其是否滥用了市场支配地位,但在实际中难以判定,不如避开这个难点,另辟蹊径,由反不正当竞争法对其进行调整。反不正当竞争法所保护的法益之一是经营者之间的公平竞争与商业机会,平台这种“二选一”的行为实质上是限制乃至剥夺了商家以及其他平台的交易机会,具有不正当竞争的性质。“二选一”行为同时具备了限制竞争与过度竞争的属性,但是在难以界定电商平台行业的相关市场,难以判断其是否具有市场支配地位的情况下适用反垄断法存在很大的困难,此时可以用反不正当加以明确的规制。^[15]

总的来看,主流观点认为电商平台“二选一”行为涉嫌垄断行为,当然其也认同传统垄断法在规制此类行为时面临着新的挑战与困难,但这不是将“二选一”行为排除在垄断行为之外的理由。笔者也赞同此观点。因为当前反不正当竞争法对具体不正当竞争行为的规定采用的是封闭式列举的方法,虽然该法在第二条留下了认定新型不正当竞争行为的空间,但是无论学界还是实务界的主流观点是应当限制此条款的适用,而不应当滥用。由此可见,将电商平台上述行为归于不正当竞争行为未必比认定为垄断行为更容易。而且,基于认定为垄断行为比认定为不正当竞争行为更困难这一理由而选择后者,本身也并不十分正当。而否定说提出的理由依据似乎也有些薄弱,并不能从根本上否定电商平台“二选一”行为的垄断性。当然持此观点的学者并不是完全否定“二选一”的垄断性,而是认为对互联网行业不应该轻率地认定某一行为为垄断行为,某种程度上,肯定说和否定说这两种观点是“殊途同归”的。

4.2 “二选一”涉嫌何种垄断行为

在对电商平台“二选一”行为是否涉嫌垄断行为问题作出了肯定回答的前提下,对“二选一”具体构成何种垄断行为,学界也存在着不同看法,主要有限制交易、纵向限制、用反垄断分析方法具体界定三种观点。

(1) 限制交易行为

反垄断法上的限制交易行为,也称排他性交易,指的是具备市场支配地位的经营者滥用了这一地位,要求其他的经营者或者消费者只与自己或者自己指定的经营者进行交易的行为,主要包括排他性销售和

排他性购买这两种形式。^[16]从这个意义上看,电商平台“二选一”行为表现形式是符合限制交易的规定的。至于市场支配地位认定上,应该考虑互联网行业竞争的特点,采取与传统认定方法不同的方式,应考虑产品的性质、取兼容与否措施的时间、造成的损害等因素。^[16]但是这种多样化、多维度的认定方法,一方面是否比市场份额标准更具有操作性还存疑,另一方面,这无疑给实务处理带来了巨大的挑战与困难。

(2) 纵向限制行为

很多“二选一”行为以协议方式存在,而且行为人与被限制方之间属于交易关系,当其产生限制竞争效果时,就可认定为是一种纵向限制。^[3]这种观点的提出是基于认定滥用市场支配地位行为门槛太高,因此电商平台“二选一”行为难以被认定为限制交易行为,采用纵向协议规制可以避开市场支配地位认定问题。但是实践中,很多电商平台强迫商家“二选一”的行为并不是通过纵向协议的方式,而是往往有一个平等交易的合同的外观。甚至有时并无任何的协议,仅仅通过平台技术、用户、流量等方面的威慑力来迫使商家进行选择。这种情况下,认定平台是否构成垄断行为同样存在壁垒,而且商家举证极为困难。

(3) 反垄断法分析方法

将电商平台“二选一”行为认定为限制交易行为会面临难以确定市场支配地位的困难,认定为纵向交易又会面临可能不存在书面协议,举证困难;而且我国对纵向协议行为规定范围有限,只列举了转售价格维持行为,“二选一”行为认定只能适用“兜底条款”。因此有学者主张通过反垄断法的分析方法分析“二选一”行为,而不将其简单归入现存的垄断行为中。此方法主要分析以下三个方面:市场结构、限制竞争行为的消极效果、是否具有正当性。^[3]这种方法回归了反垄断法的基础理论而非将其归入当前《反垄断法》具体规定的集中垄断行为之中,通过反垄断的分析方法认定电商平台的性质,具有极大的灵活性。这种分析方法不失为一种合理的认定电商平台“二选一”行为的性质的有效标准。

总结这三种观点,不难发现,将电商平台“二选一”行为纳入当前传统的具体某一类垄断行为存在着障碍,并且这些障碍短时间内难以消除。这说明,新兴的电子商务领域确实与传统反垄断法存在着不适配的地方。也说明了,将反垄断行为强行归入现有的具体的垄断行为类型之中是不可行的。笔者认为,上述最后一种观点既参考了传统反垄断法理论又考虑了电子商务领域的特点,实践性较强,不失为当前背景下,司法实务中认定此类行为的一种有效方法。当然,对电商平台“二选一”行为定性并不是最终目的,只是对其进行规制的前奏,定性的最后仍需落脚到规制路径上来。

5 规制路径

基于对电商平台“二选一”行为性质的不同看法,学者提出了不同的规制方法和路径。

5.1 反垄断法规制路径

(1) 限制交易规制路径

这种观点在将电商平台“二选一”行为认定为限制交易的基础上,提出对滥用市场支配地位的认定应该采取新方法。在这种路径下,在市场支配地位的认定方法上又存在分歧,一种观点认为应按照传统

模式,先界定相关市场。在这个部分,应基于双边市场理论,在电子商务将“商品销售”转变为“双边市场”经营模式的情况下,同时界定两个相关市场。接着应判断电商平台是否具备市场支配地位。在这一环节,在平台“免费模式”下,应改进 SSNIP 测试方法,考虑互联网行业中存在的网络效果与锁定效果的影响,同时应考察用户数量。^[17]除此之外,还应重视分析市场准入壁垒、平台创新能力、研发能力,以及行业控制能力。另一种观点是绕过相关市场界定问题,更多地分析那些既不依赖于相关市场界定,又有助于证明是否具有市场支配地位的事实和证据,也就是一些非结构因素,主要包括关键设施、创新能力和转移成本因素。^[18]

(2) 纵向限制规制路径

在这种路径中,倾向于将电商平台“二选一”行为认定为纵向协议行为。在这个基础上,主张认定为纵向限制行为时,应该突破“存在独家交易协议”这一条件的限制。在垄断性分析上,应基于该行为对市场竞争所具有的双重效应,即积极效应与消极效应,适用合理性原则,综合考量多重因素,衡平这两种效应,从而判断该行为是否违法。^[19]同时完善《反垄断法》,引入“单一品牌”条款。^[3]

5.2 反不正当竞争法规制路径

这种路径是基于将电商平台“二选一”行为认定为不正当竞争行为的前提而提出的。在这种路径构想中,学者主张,在难以认定市场支配地位的情况下,应当引入相对优势地位的概念和规定针对滥用相对优势地位行为的规制制度,以维护互联网市场的竞争秩序。^[15]也就是说,应当在《反不正当竞争法》中引入相对优势地位理论,将电商平台“二选一”行为纳入《反不正当竞争法》的规制范围。

总而言之,这三种规制路径都涉及现有法律的完善,主流观点认为“二选一”是限定交易行为,研究也集中于限制交易行为的规制路径,但不可否认,这种路径是最困难且障碍重重的,其涉及的难点问题较多。而基于反垄断分析方法的垄断行为定性,在行为规制路径上也面临挑战。这要求《反垄断法》在当前规定的具体的垄断行为的类型之外应给予反垄断分析方法适用的空间。如增加兜底条款或者采用法律解释的方法将电商平台强迫商家“二选一”的行为纳入反垄断的审查范围之内,然后用前述的分析方法对其定性,如构成垄断行为就对其进行制裁。

然而,具体哪种路径更能节约司法资源,更具有可行性,能更好规制“二选一”行为还不能妄下判断,还需要通过理论和司法实践的不断探讨和验证。除此之外,无论采取何种规制方法都应考虑与《电子商务法》的衔接问题,避免出现法律规定不一致的问题。

6 结语

综上所述,当前国内外的相关文献对电商平台“二选一”行为的研究相对较少,只零星地散落在研究互联网及电子商务垄断行为的文献中,而专门针对“二选一”行为进行研究的文献则大多集中分析互联网平台针对终端用户的“二选一”行为。现行法律也缺乏对此类行为的专门规定,而已有的《反垄断法》在规制此类行为方面屡屡碰壁,新出台的《电子商务法》跳过对行为性质的分析,直接规定行为本身违法,有其积极意义,但不能根本解决问题。基于上述背景,本文在梳理现有文献的基础上,对此类行为的性质进行了分析,经总结可知,主流观点认为电商平台“二选一”行为属于垄断行为,行为

表现符合限定交易,但由于互联网特性,在认定中还存在困难。而认定为纵向限制也面临着举证、相关条款不完善的问题。最后一种主张从垄断行为基本构成要件角度分析“二选一”行为,不将其归入现有的垄断行为分类中。笔者认为,这种观点具有创造性与合理性,不失为当前一种可行的方法。基于行为的性质,学者也提出了相对应的规制路径,但众说纷纭,何种方式更加有效仍未可知。不过这些观点对于完善《反不正当竞争法》《反垄断法》,以更好地实现与《电子商务法》对接,从根源上解决“二选一”难题有着极大的参考价值。

参考文献

- [1] 王萌萌. “双11”将至,电商平台再掀商家“二选一”风波[EB/OL]. (2018-10-13) [2024-08-29]. http://www.xinhuanet.com/fortune/2018-10/13/c_1123552758.htm.
- [2] 裴照星. 猫狗大战,“二选一”为何成电商平台发展的绊脚石[EB/OL]. (2017-11-27) [2024-08-29]. <http://news.163.com/shuangchuang/17/1127/09/D485ESAS000197V8.html>.
- [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] 宁立志, 王少南. 双边市场条件下相关市场界定的困境和出路[J]. 政法论丛, 2016(6): 121-132.
- [5] 孙晋, 钟瑛嫦. 互联网平台型产业相关产品市场界定新解[J]. 现代法学, 2015, 37(6): 98-107.
- [6] 丁春燕. 论我国反垄断法适用中关于“相关市场”确定方法的完善——兼论SSNIP方法界定网络相关市场的局限性[J]. 政治与法律, 2015(3): 89-99.
- [7] 叶明. 互联网企业掠夺性定价的认定研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015, 33(5): 194-200.
- [8] 刘旭. 奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案中的市场支配地位认定[J]. 电子知识产权, 2013(4): 32.
- [9] 国家工商行政管理总局. 网络商品和服务集中促销活动管理暂行规定[EB/OL]. (2015-09-02). https://www.gov.cn/gongbao/content/2015/content_2978263.htm.
- [10] 缪因知. 革新反垄断模式 规制电商平台“二选一”[N]. 经济参考报, 2018-08-08(8).
- [11] 刘旭. 反垄断执法不应纵容互联网寡头[EB/OL]. (2018-08-30) [2024-08-30]. http://www.china.com.cn/opinion/think/2018-08/30/content_61038221.htm.
- [12] 寇佳丽. 电子商务法: 草案难触核心[J]. 经济, 2018(Z1).
- [13] 朱巍. 电子商务法三审稿指瑕(之一)[N]. 检察日报, 2018-07-25(7).
- [14] 冯铮. 国务院反垄断委员会张穹: 传统反垄断工具不适用互联网等新经济[EB/OL]. [2024-08-29]. <http://news.cnr.cn/>.
- [15] 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.
- [16] 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.
- [17] 许光耀. 互联网产业中双边市场情形下支配地位滥用行为的反垄断法调整——兼评奇虎诉腾讯案[J]. 法学评论, 2018, 36(1): 108-119.
- [18] 杨文明. 论互联网企业市场支配地位认定的非结构因素[J]. 河北法学, 2014, 32(12): 161-171.

[19] 叶明. 互联网企业独家交易行为的反垄断法分析[J]. 现代法学, 2014, 36(4): 62-70.

The Behavior Nature Analysis and Regulation Path of E-commerce Platform “Two Choices”

Peng Li¹ Guo Yanling²

1.Faculty of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan;

2.Beihai Maritime Court of the People's Republic of China, Beihai

Abstract: With the rapid development of the e-commerce industry, the monopoly behavior that may be involved in the development process has also aroused the attention of the academic community and judicial practice, especially the behavior of forcing merchants to “choose one of two” that is often staged by the e-commerce platform before the annual promotion activities has triggered hot discussion. In 2018, the “E-commerce Law” was officially introduced, which put the shackles on the behavior of e-commerce platforms forcing merchants to “choose one of two”. But in this context, it is still necessary to analyze the nature of the behavior and put forward the corresponding regulation path. On the basis of reviewing the existing literature, this paper summarizes and analyzes the forced “two-choice” behavior of e-commerce platforms, and summarizes the regulatory path proposed based on nature analysis, in order to provide better reference for regulating the operation of e-commerce platforms. This paper is divided into five parts, including the concept and classification of e-commerce platform forcing merchants to “choose one” behavior, research status, qualitative and regulatory necessity, nature analysis, and regulatory path.

Key words: E-commerce platform; “One out of two” behavior; Anti-monopoly law; Anti-monopoly regulation