

电商平台“二选一”行为的规制路径探索

兰燕卓¹

（首都经济贸易大学 法学院，北京 100070）

【摘要】：“二选一”行为是电商平台获取市场竞争优势地位的有效途径，但其可能会对相关利益主体带来负面影响。作为平台经济模式下的全新产物，“二选一”行为对行政机关的监管能力提出了新的挑战。为实现对“二选一”行为的有效监管，针对规范理论依据薄弱、技术手段的隐蔽性、行政执法威慑力不足、协同治理模式乏力等现实问题，应采取确立包容审慎监管原则、引入相对优势地位理论、推进监管手段的创新、完善协同治理体系之具体解决手段。

【关键词】：“二选一”行为 电商平台 平台内经营者 行政监管

【中图分类号】：D912.1 **【文献标识码】**：A **【文章编号】**：1003-8477（2021）06-0129-09

一、“二选一”行为概念辨析

（一）“二选一”行为的定义与特征。

所谓“二选一”行为，即电商平台基于自身的平台优势地位，要求自身平台内的经营者只能与自己交易，而不得同时与除自己以外的电商平台进行交易，从而限制平台内经营者经营活动的行为。^{[1] (p202)} 电商平台要求平台内经营者进行“二选一”的直接目的是，将平台内经营者牢牢锁定在本平台内，避免消费者的购买力被其他平台分流。这一行为的本质是维护自身平台的核心利益，以获取更多的竞争优势，提升其在市场上的优势地位。

“二选一”行为在实践中表现出单方性、时限性、强制性、多样性等基本特征。单方性表现为“二选一”并非电商平台与平台内经营者合意之结果，而由电商平台单方面提出。对此，平台内经营者只能选择接受或是拒绝，而无法与电商平台沟通或协调。时限性表现为电商平台提出的“二选一”时间点，往往集中于各大电商平台开展促销活动之前。一方面，由于各大电商平台开展促销活动的同质化越来越严重，锁定优质商家能够保障平台脱颖而出；另一方面，由于促销活动期间用户流量大增，锁定优质商家能够提升将用户流量变现为实际购买力的可能性，继而提升电商平台的经营效益。强制性表现为平台内经营者面对“二选一”要求所能做出决定的唯一性。虽然电商平台在提出“二选一”要求时看似较为温和，但若经营者拒绝“二选一”，则电商平台会利用其提供信息存储介质和传输通道的优势地位，通过屏蔽商家店铺、降低搜索排名、控制用户流量引入等多种技术手段影响经营者的正常经营，从而迫使其停止在其他电商平台上的经营活动。^{[2] (p172)} 多样性具体表现为电商平台实施“二选一”行为方式的多样性。为保障平台内经营者接受要求，放弃在其他电商平台开展业务，电商平台的实施手段具有多样性。如通过给予平台内经营者以物质鼓励或政策优惠进行行为诱导的温和方式；利用技术手段对拒绝“二选一”的平台内经营者在检索权限、活动资源、流量引入等方面进行限制的强制方式；无正当理由直接屏蔽平台内经营者的店铺、强制锁死其后台等更为激烈的手段。^{[3] (p157)}

作者简介：兰燕卓（1981-），女，法学博士，首都经济贸易大学法学院副教授。

基金项目：2019 年教育部规划基金项目“数据财产私法规制体系的重塑研究”（19YJA820057）

（二）“二选一”行为的负面影响。

电商平台通过“二选一”行为开展竞争活动一直广受争议，主要原因在于此种竞争方式客观上会给电商平台、平台内经营者、消费者带来一定程度的负面影响。

对电商平台来说，优质商家是电商平台吸引用户的重要因素。一旦“二选一”行为成为行业竞争的常态，将会直接增加中小型电商平台获取优质商家资源的难度，继而演变成电商平台行业无形的准入门槛。大型电商平台的优势地位将进一步凸显，可能加剧电商平台的行业垄断。同时，对于大型电商平台来说，一旦行业竞争固化，其基于自身所占有的平台优势地位所面临的生存压力将显著降低。市场竞争机制的积极效用将难以得到全面发挥，大型电商平台可能由此怠于创新而导致发展活力降低。

对平台内经营者来说，随着市场竞争日渐激烈，“二选一”也逐步从仅针对大型平台内经营者向中小型平台内经营者顺延。对于大型平台内经营者来说，由于其具有大量稳定的消费群体，若是其拒绝“二选一”要求，选择其他电商平台开展商业活动，会导致该平台经营者用户流量直接损失。因此，大型平台内经营者与电商平台客观上处于较为平等甚至于相对强势的地位，在是否接受及如何接受“二选一”要求等问题的沟通协调上，均具有更大的话语权。但对于中小型平台内经营者来说，其对于电商平台具有更强的依赖性，更多的经营平台意味着更多的潜在用户。“二选一”要求将直接阻断其在其他电商平台与消费者建立的潜在联系，使其发展受阻。同时，在不同电商平台建立销售网络需要投入大量的人力、物力和财力，而“二选一”要求中小型平台内经营者关闭其他电商销售渠道，这意味着其将直接损失该部分的前期成本投入，从而带来较大的经济压力。此外，一旦中小型平台内经营者被锁定在特定电商平台以后，竞争平台的消失会进一步强化其对于该平台的依赖性，亦会同时弱化其在该平台的话语权，将来可能受到更多的限制。

对消费者来说，消费者对于电商平台的选择并不仅仅考虑其平台内经营者的数量，电商平台所提供的物流速度、售后服务、争议解决等，同样是其考量的重要因素。“二选一”要求平台内经营者仅在特定、唯一的电商平台开展销售活动，在此种情形下，消费者仅能以平台内经营者为导向来选择电商平台，而无法对电商平台进行二次选择。可见，“二选一”在客观上限缩了消费者购物时的选择空间，是对消费者选择权的间接限制。同时，根据前述，电商平台的“二选一”行为不仅会导致中小型平台内经营者失去大量的潜在用户，而且会给予其造成直接的经营成本损失。此种情形下，部分中小型平台内经营者以往薄利多销的经营模式将受到挑战，其可能会选择提升商品价格以弥补其在“二选一”行为中遭受的损失。如此，“二选一”行为的实施成本最终会转移到消费者身上，利益受损的仍然是消费者。

二、规范“二选一”行为的理论依据

明确的规范依据能够为相关部门的监管活动提供清晰的指引，确保行政执法活动的一致性和统一性，维护执法主体的权威性。当前，规范“二选一”行为的理论依据主要有三种。

（一）排他性协议。

“二选一”行为被谴责的重要原因，在于电商平台利用了自己的优势地位，以牺牲平台内经营者的权益为代价，实现自身利益的最大化。但考虑到电商平台享有法律体制默认的经营自主权和私人自治权，^{[4] (p21)}其有权与平台内经营者就经营平台的选择进行沟通，并达成排他性合作的合意。从平台内经营者的视角来看，接受电商平台“二选一”的要求，有时并非是被迫做出的决定。客观上存在平台内经营者自愿与电商平台达成合意，做出独家入驻或独家促销承诺的可能性。实践中，双方可签订排他性协议，协议实施效果与“二选一”行为一致。所谓排他性协议，是指经营者要求交易相对人只能与自己进行交易，而不得与其他竞争者进行交易。若将电商平台视为服务的提供者，把平台内经营者看作服务的购买方，则“二选一”行为满足“排他性协议”的概念内涵要求。^{[5] (p39, p46)}依据协议内容的不同，以排他性协议实施的“二选一”行为一般分为三种类型：一是要求平台内经营者仅在自己的电商平台上开展商业活动，并关闭在其他电商平台开展商业活动的渠道；二是允许平台内经营者在其他

电商平台开展商业活动，但只能在自己的平台开展相应的营销活动；三是允许平台内经营者在其他电商平台开展商业活动和营销活动，但电商平台大促或电商节庆等特殊节日期间，只能参与自己平台的营销活动。^{[6] (p92)}排他性协议能够保障电商平台获得独家且稳定的商品供应，同时确保平台内经营者获得更加忠诚可靠的平台开展商业活动，对于电商平台和平台内经营者自身竞争力的提升均具有积极效用。只要排他性协议本身没有显著地减少竞争或是试图垄断，且协议双方都是出于自身意愿加入该协议，排他性协议就具有合法性，不应过度干涉。^{[7] (p491)}

若采用排他性协议作为规制电商平台实施“二选一”行为的理论基础，对于监管部门而言难度较大。首先，排他性协议具有相对性，其内容仅为电商平台和特定平台内经营者所知，监管部门很难突破协议的相对性来直接全面监管双方签订排他性协议的行为，而仅在一方主体主动披露协议内容的情形下才可以实现。其次，主观故意的认定存在困难。无论平台内经营者是否自愿签订排他性协议，抑或双方签订排他性协议时是否具有排除、限制竞争的主观故意，均涉及对行为主体心理状态的认定。商业竞争市场瞬息万变，相关主体的心理状态可能随着市场的变化而改变，探究双方在签订协议时的心理状态客观上无法实现。同时，考虑到排他性协议的内容难以为外人所知，要想从协议内容推知双方的心理状态亦存在一定的困难。最后，排他性协议的效果难以明确。电子商务市场具有高度的流动性，而某一特定排他性协议的影响范围和效果亦具有动态性，要想论证某一特定排他性协议的签订是否在客观上达到了排除、限制竞争的效果，难度较高。

（二）不正当竞争行为。

从“二选一”行为的后果来看，经营平台的唯一性使得平台内经营者丧失了大量的潜在客户，尤其是对于部分中小型平台内经营者而言，“二选一”行为必然对其正常的生产经营活动带来影响。但从《反不正当竞争法》的立法目的来看，反不正当竞争法的唯一任务就是保护竞争，^{[8] (p110)}而并未首要保护相关主体的利益。因此，此处应考察“二选一”行为是否妨碍、阻碍了其他电商平台的正常运行。从“二选一”行为的后果来看，平台内经营者的排他性入驻固然会减少其他电商平台内的经营者数量，导致其对消费者的吸引力降低，但这并不会影响其作为电商平台的正常运行和平台服务的稳定提供。由于不符合《反不正当竞争法》所规制行为的指向对象，因此，难以将“二选一”行为纳入《反不正当竞争法》的规制范畴。考察近几年与互联网相关的不正当竞争行为的司法实践发现，不少法院为解决互联网领域新型不正当竞争行为难以纳入传统法律规范框架的难题，常选择借助作为一般条款的《反不正当竞争法》第 2 条进行裁判。^{[9] (p13)}适用一般性条款的目的是寻求法律确定性和开放性之间的平衡。^{[10] (p151)}一般性条款的价值在于能够为相关法律并未给予明确指引的背景下，给予法官一定的裁量自由，以有效解决现实问题，这也为规制“二选一”行为提供了新的思考路径。

综上，无论是《反不正当竞争法》第 12 条，还是一般性条款的第 2 条在作为针对“二选一”行为的规范依据时，在具体适用中均存在论证难题。实践中，浙江省市场监管部门公布的 2018 年查处不正当竞争行为典型案例中，将嘉兴市洞洞拐网络科技有限公司利用网络技术手段迫使平台内经营者退出另一家公司所运营竞争平台的行为认定为互联网不正当竞争行为。¹同时，浙江省金华市市场监管局亦将美团网利用自身优势地位要求平台内经营者以签订“合作承诺书”的方式与其独家经营的行为，认定为不正当竞争行为。2019 年由国家市场监管总局等八个部门联合开展的网络市场监管专项行动“网剑行动”，同样将电商平台限制平台内经营者参与其他第三方电子平台经营活动的行为纳入不正当竞争行为的范畴。可见，虽然理论上将“二选一”行为认定为不正当竞争存在一定的难度，但在现有规范并未明确的前提下，实践中仍然较为青睐以《反不正当竞争法》为依据来规范“二选一”行为。

（三）滥用市场支配地位。

正是由于“二选一”行为的实施者所具有的行业优势地位，引发了其行为能否被定义为滥用市场支配地位，进而适用《反垄断法》进行规制的思考。若电商平台具有行业支配地位，同时将平台内经营者作为获取平台服务的相对人，则电商平台限定平台内经营者只能保留本平台的销售渠道，仅与自己建立平台合作关系的“二选一”行为能够通过《反垄断法》进行有效规范。国家市场监管总局在 2019 年 11 月 5 日召开的“规范网络经营活动行政指导座谈会”上，亦明确将对各方反映强烈的“二选一”

行为依法开展反垄断调查。从滥用市场支配地位的构成要件来看，论证实施“二选一”行为的电商平台具有行业支配地位，成为适用《反垄断法》的关键。

为解决传统规范模式下判断市场支配地位因素适用于互联网经济出现的不适配难题，2019年1月1日起实施的《电子商务法》第22条提出，从电子商务经营者的技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素来考量其是否具有市场支配地位。但该条款所提出的要素本质上与《反垄断法》第18条规定的考量因素存在重叠，且在适用中仍然存在需要界定相关市场的现实问题。同时，《电子商务法》第22条作为判断电子商务经营者是否具有市场支配地位的特别条款，在适用时仍然需进一步结合《反垄断法》的相关规定进行判定。虽然2019年6月26日公布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》进一步细化了依据《反垄断法》认定互联网等新业态经营者具有市场支配地位需考量的因素，但从内容上看，该暂行规定给出了行业竞争特点、经营模式、用户数量等将近十个可考虑因素。此种规范模式虽然进一步细化了市场支配地位的认定因素，但也可能会导致自由裁量空间过大的问题。同时，该暂行规定仅作为部门规章，在约束效力上稍显不足。

三、行政机关规范“二选一”行为的现实难题

电商平台的“二选一”行为对电商平台、平台内经营者、消费者均会产生一定程度的负面影响，且从现实来看，“二选一”行为存在愈演愈烈之势，引起了社会的广泛关注，而导致此种行为难以得到有效约束的原因有多种。

（一）规范“二选一”行为的理论依据不足。

首先，排他性协议理论规范更注重尊重市场主体的自由意志，此种性质认定有利于市场的充分竞争，但据此规制“二选一”行为则力度上稍显不足。其次，不正当竞争的理論规范更侧重考察行为本身，只要“二选一”行为满足不正当竞争的构成要件，即能对其进行有效规范。虽然具体要件的满足存在一定难度，但也能由此避免打击范围过大，影响行业充分竞争的实现。相较而言，此种行为性质认定路径未考虑“二选一”行为实施主体的市场地位，规制对象更加广泛。这也是实践中多认定电商平台所实施“二选一”行为属于不正当竞争，进而对其进行规范的重要原因。再次，滥用市场支配地位的理论规范更侧重从整体竞争秩序这一宏观视角进行考察，客观上需要论证实施“二选一”行为的电商平台具有市场支配地位这一具有挑战性的命题。同时，此种规范理论仅针对大型电商平台，效果有限。最后，《电子商务法》是互联网经济飞速发展下的立法产物，规范内容充分考虑了互联网经济的特点，能够有效契合对于电商平台“二选一”行为的规范需求。但从具体内容来看，要想完全适用于规范电商平台的“二选一”行为，仍需进一步明确适用细节。

（二）技术性手段具有高度隐蔽性。

为有效锁定平台商家，电商平台一旦发现平台商户同时在其他电商平台开展业务，即会通过多样化的手段迫使商户“二选一”。随着技术手段的升级，电商平台大多不再采用强迫关店的强制性手段，而多通过技术性手段来影响店家的正常经营，从而迫使平台商家做出关闭在其他电商平台建立销售渠道的决定。从已有案例来看，电商平台较为常用的技术性手段包括：限制平台商家的店铺流量、降低平台商家店铺的搜索排名、屏蔽平台商家店铺的关键词搜索、减少平台商家的有效曝光度等。上述技术性手段所具有的隐蔽性特征并不代表该手段无法被平台商家识别，而在于即使平台商家能够识别这种不公正对待，其仍然难以证明此种技术性手段的存在，更无法证明此种技术性手段与自身遭到的损害具有直接的因果关系。一方面，技术性手段主要针对平台流量，由于电商平台的用户流量本身具有高度的不稳定性，即使商家能够举证说明店铺的流量出现了异常，客观上亦无法将流量异常等同于电商平台对其使用了技术性屏蔽手段。另一方面，对于平台商家而言，依赖信息曝光所带来的更多用户流量意味着更多的潜在交易机会，但用户流量与最终的产品销量之相关性究竟有多大，客观上是不稳定的。因此，平台商户即使能够证明店铺出现的流量异常是由电商平台所采用的技术性措施导致，客观上也难以证明此种流量的异常与产品销量的下滑直接相关。技术性手段的隐蔽性导致行政机关客观上亦难以直接判定电商平台是否采用了技术性手段，以及此技术性手段给

平台商家所造成损失的大小。这也是“二选一”行为难以得到有效规范的重要原因。

（三）行政执法的威慑力欠缺。

在电子商务蓬勃发展的背景下，电商平台作为平台内经营者联系消费者的重要桥梁，具有巨大的发展潜力。以天猫近几年“双十一”当天的成交总额来看，2018—2020年分别为2135.5亿元、2684亿元、4982亿元，不仅成交总额数量巨大，且每年增速惊人。促销期间，电商平台是否具有独家的平台内经营者是决定其竞争力高低的重要因素，与最终交易额直接相关。在巨大经济利益的推动下，电商平台即使知道可能面临舆论压力与相应的行政处罚，仍然会选择通过“二选一”来锁定平台内经营者，以实现自身利益的最大化。纵观近年对“二选一”行为的后续处理，行政机关多选择以约谈的方式要求电商平台自觉遵守市场规则，承诺不再要求平台内经营者进行“二选一”的选择，主动消除负面影响，而较少看到行政机关给予相应的电商平台以严厉的行政处罚。如2019年“双十一”到来之前，国家市场监管总局召集了阿里巴巴、京东等20多家电商平台企业参加“规范网络集中促销活动行政指导座谈会”，并在会上明确电商平台要规范自身行为，避免出现“限制商家选择平台”问题。此种座谈会式的规范倡导虽能在短期内起到积极效用，但客观上难以形成长效的规范机制。可见，电商平台实施“二选一”仅需付出极低的成本，甚至无须付出成本。在行政处罚力度较轻而难以形成有效威慑力的现实背景下，要想有效消除“二选一”行为，现实可行性不足。

（四）协同治理模式仍显乏力。

平台内经营者在电商平台上开展业务活动，与电商平台形成了管理与被管理的关系。为了实现对于平台内经营者的有效管理，平台内经营者需要让渡一定的信息权限，以确保电商平台监督管理行为的有效性，也使得电商平台相较于平台内经营者在信息占有上处于优势。若电商平台使用不正当手段强制要求经营者“二选一”，平台内经营者虽能够依靠自身店铺的流量数据证明经营出现了异常，但客观上仍需要电商平台提供相关数据来论证平台内经营者的数据异常与电商平台是否具有直接关联。在此情形下，作为监管主体的行政机关亦难以直接要求电商平台交出相关数据。同时，大型电商平台均凭借互联网技术突破了服务地域和服务空间的限制，面对全国的平台内经营者和消费者提供平台服务。在此背景下，仍以地域作为划分标准的行政机关，在对电商平台进行监管时，显得力不从心。为改善单一的行政主体监管难以全面规范电商行业的困境，《电子商务法》第7条明确规定，建立符合电子商务特点的协同治理模式，推动形成有关部门、电子商务行业组织、电子商务经营者、消费者等共同参与的电子商务市场治理体系。此种协同治理模式虽看似以最广泛的监管主体最大程度保障了监管力度，但从各主体的主要职责来看，其中有关行政部门的主要职责为监管，电子商务行业组织主要侧重于促进电商行业的健康发展，电子商务经营者主要侧重于在商业活动中实现自身经济利益的最大化，消费者主要侧重于在日常的交易活动中保障自身权益不受侵害，客观上无法花费大量时间对电商平台实施“二选一”行为进行及时监督管理。同时，从现有规定来看，亦未明确划分各主体的监管职责，由此可能导致协同治理模式在实践中反而出现监管重叠或是监管漏洞之情形，形成监管乏力之结果。

四、电子商务法中“二选一”规范条款评述

《电子商务法》的目的在于保障电子商务各方主体的合法权益，规范电子商务行为，维护市场秩序，促进电子商务持续健康发展。从具体内容来看，《电子商务法》第35条明确规定电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。该条款被认为是所谓的“二选一”条款，但从该条款的具体内容来看，其出发点并不在于规制“二选一”行为，而是为了避免平台内经营者的经营自主权受到电商平台的不正当限制。^{[11](p7)}此种不正当限制的表现形式多样化，如收取不合理的费用、提出不合理的合作条件、要求不合理的促销力度等。由于电商平台实施“二选一”行为属于此种不正当限制的具体表现形式，因而能适用该条款。因此，该条款所规范对象的范围客观上远大于“二选一”行为，认为该条款是所谓“二选一”条款的理解并不准确。

虽然《电子商务法》第35条并非为规制“二选一”行为而量身定做，但同样为有效规范该行为提供了可能性。依据《电子商务法》第35条，规制“二选一”行为需满足两个要素：其一为电商平台以服务协议、交易规则以及相关技术作为手段实施“二选一”行为；其二要求“二选一”的实施使得平台内经营者受到了不合理限制、被附加了不合理条件，或是被收取了不合理费用。从实践来看，电商平台为避免承担相应的责任，往往采取隐蔽的技术手段向平台内经营者施加压力。技术手段的隐蔽性会增加平台内经营者的证明难度，对于行政监管部门实现有效监管也是不小的挑战。除此之外，该条款在适用中的最大争议在于如何判定“不合理”之限制、条件，或是费用。是否合理是一个充满主观性的判断，并没有一个量化的判断标准。此种规范模式虽给予了行政机关以较大的自由裁量空间，但客观上也会对行政机关的监管能力提出了更高的要求。为保障电商平台的平台管理权和平台内经营者的自主经营权之间的有效协调，行政机关需要基于大量的数据进行分析 and 比对，才能做出相应的判断。而在该部分举证责任的承担上，考虑到电商平台相对于大多数平台内经营者在信息占有、技术构建、资源聚集等方面均处于优势地位，建议由电商平台承担该部分举证责任。即由电商平台证明其针对平台内经营者做出的“不合理”限制、条件和费用的合理性，如此，不仅能减轻平台内经营者的举证责任，也能够有效缓解行政机关分析相关数据的压力。

综上，《电子商务法》确能为规范“二选一”行为提供有效依据，但碍于技术隐蔽性和不合理性认定困难等因素，其适用仍存在一定的局限性。行政机关要想据此规范“二选一”行为，仍会面临较大的工作量。值得注意的是，由于该条款并非针对“二选一”行为的专门条款，在具体适用时应避免狭义解读，相应的规则还需根据互联网经济的特殊性进行细化。

五、规范“二选一”行为的具体措施展望

现有规范“二选一”行为的手段看似具有多样性，但客观上，每种规范模式在具体适用中存在相应的短板，要想实现对于“二选一”行为的全面规范仍任重而道远。

（一）确立包容审慎的监管原则。

平台经济作为互联网经济背景下的产物，无疑是新业态新模式的典型代表，对其监管同样应坚持包容审慎原则。包容审慎的监管原则包含“包容创新”和“审慎监管”两个要素。^{[12] (p38)}从内容上看，“包容创新”要求监管主体以宽容的心态看待互联网经济发展下“二选一”行为的产生，要允许其发展，并为电商平台的健康发展创造良好环境。“二选一”行为属于电商平台的竞争手段，客观上有利于促进电商平台行业竞争，实现资源优化配置，推进行业技术创新，提升电商平台效益。这是“二选一”行为具有积极效用的具体表现，也是在监管中要求“包容创新”的价值基础。“审慎监管”要求监管部门统筹兼顾，审慎制定监管政策和开展执法活动，避免过度干预。“二选一”行为的不当使用，会对电商平台、平台内经营者、消费者等各方主体造成损害，这也是对其进行审慎监管的价值基础。可见，“二选一”行为的积极效用呼唤监管包容，不当使用可能带来的利益损害则要求审慎对待。^{[13] (p809)}包容审慎监管原则是包容创新和审慎监管的有机结合，能够弥补传统审慎监管的不足，有效满足“二选一”行为的监管需求。^{[14] (p56)}

为确保包容审慎监管原则的有效落实，应从以下几个方面入手。首先，全面改变传统的监管思路。包容审慎监管原则作为审慎监管原则的发展，要求监管主体正确认识“二选一”行为作为电商平台竞争手段的必要性和积极性，以发展的眼光看待“二选一”行为。要求监管主体针对“二选一”行为展开具体分析，避免“一刀切”式的监管模式损害平台经济的发展活力。其次，把握好包容和审慎的限度。过分的包容会导致市场发展的无序竞争，而过度的审慎也会抑制市场竞争活力与效果。^{[15] (p124)}为确保包容审慎监管原则的有效适用，要求监管主体处理好政府同市场的关系和发展同安全的关系。为此，监管主体一方面应尊重市场，给予市场调节机制以充分的信任，减少对“二选一”行为的干预，构建良好的市场环境，保障促进电商平台的健康发展。另一方面，监管主体应时刻保持清醒，为“二选一”行为划出安全的底线，一旦触及底线，即应对其进行全面规制，以保障行业竞争的安全有序。最后，将监管作为最终落脚点。坚持包容审慎的监管原则并不意味着赋予“二选一”行为以完全自由的发展空间，放纵其肆意生长，而仍应以监管作为最终的落脚点。考虑到“二选一”行为处在互联网经济的特殊背景下，包容审慎监管原则的落实事实上对监管部门提出了更高的要求。监管部门必须提出不同于以往的监管新思维，以更加科学合理的监管方

式，构建针对“二选一”行为的事前、事中、事后的全程监管体系，才能确保在不损害行业发展前景的基础上，对不合法的“二选一”行为进行及时规制。

（二）引入相对优势地位理论。

所谓相对优势地位，是指在与相对方的交易关系中，交易一方基于技术、资金等因素处于优势地位，源于对经营者的依赖性，使得交易相对方难以转向其他经营者的状态。^{[16] (p43)}若能证明电商平台相较于平台内经营者处在相对优势地位，即可进一步判断电商平台所实施“二选一”是否属于滥用相对优势地位行为，并以此作为规范“二选一”行为的理论基础。

近几年，相对优势地位理论在互联网经济下的规范优势逐步凸显，引发学界的关注。滥用相对优势地位的要件构成需满足四要件：交易主体在交易中处于优势地位、优势主体客观上实施了滥用行为、行为已造成或极有可能造成相应的后果、滥用行为旨在实现以谋求自身利益最大化或打击竞争对手为目的。在四要件说的指导下，如何认定电商平台相较于平台内经营者处于相对优势地位成为关键。考虑到相对优势地位通常表现为交易相对方基于对经营者的依赖，而难以转向其他经营者，或是虽能转向其他经营者，但由于巨大的转移成本使得此种转移不具有可行性。因此，首先要考察电商平台市场是否存在相当数量且实力相当的其他电商平台可供经营者选择，以判断平台内经营者在面对“二选一”要求时，客观上是否存在其他选择的可能。其次，需分析平台内经营者改变经营平台所需支出的现实成本损耗与可能面临的未知经营风险，以判断平台内经营者是否存在拒绝“二选一”行为的可能性和可期待性。最后，还需考虑平台内经营者在改变经营平台以后是否还能获得在原平台相同的收益，以判断“二选一”行为是否对平台内经营者的经营活动带来了实际损害。^{[17] (p335-338)}但实践中，考虑到为避免自由裁量空间过大，导致规范对象范围过大，针对滥用相对优势地位行为的规制并不涉及对电商平台所处市场地位的判断。监管部门应持审慎态度对电商平台是否具有相对优势地位进行判断，必要时可以采纳平台内经营者在该电商平台销售额与其总销售额的占比等客观数据作为论证依据，以增强论证过程的客观性。

（三）推进监管手段的创新。

电商行业健康竞争秩序的保障需要行政机关积极作为，以避免不合法的“二选一”行为对各方主体利益造成损害。由于电商平台具有用户数量大、不受地理空间限制、信息交互迅速等特点，这对行政部门的监管能力也提出了更高要求。近几年电商平台“二选一”行为的多发趋势反映了行政机关的现有监管效果不尽如人意。首先，监管方式较为单一。实践中，行政机关针对“二选一”行为给予电商平台以行政处罚的案例屈指可数，大多数行政机关倾向于采取约谈的方式，在电商平台和经营者之间居中协调，以暂时解决问题。此种方式虽能暂缓矛盾，但并未真正铲除“二选一”行为产生的土壤。一旦有机会，“二选一”行为会再次出现。其次，监管具有滞后性。电商平台多在重大节日、平台促销等特定促销日之前实施“二选一”行为，以最大程度吸收用户流量。平台内经营者若拒绝“二选一”要求，即会遭到电商平台在促销期间的区别对待，导致自身利益受损。“二选一”行为具有的期限性特征要求行政机关迅速采取措施，以避免平台内经营者在即将到来的促销活动中利益受损。但由于现有针对“二选一”行为的规范依据尚不明确，行政部门考虑多方利益，最终选择拖延的情形并不少见，导致相关主体的利益难以得到及时保障。最后，事前监管和事中监管缺失。现有针对“二选一”行为的监管，主要是基于作为竞争对手的电商平台或是平台内经营者的举报而展开，属于事后监管的范畴。事后监管虽能给予相关主体一定的威慑力，但此种威慑力的实现总是伴随相关主体的利益损害。事前监管和事后监管的缺失，使得行政机关无法提前识别“二选一”行为，进而阻止该行为可能带来的损害。

对电商平台“二选一”行为监管的目的并非全盘否定“二选一”，亦不是要取代电商平台所享有的平台自治权，而是要通过有效的监管构建多赢共享的电商平台市场生态文明。^{[18] (p17)}为此，行政机关必须不断推进监管手段的创新，构建事前、事中、事后的全程监管体系。通过系统考量和行之有效的综合整治，根除滋生“二选一”行为的土壤。^{[19] (p87)}首先，事前监管的落实要求行政机关对电商平台的平台规则和交易规则进行及时的监督和备案。《电子商务法》第33条虽明确要求电商平台应当在其首页显著位置持续公示平台服务协议和交易规则信息或者上述信息的链接标识，但从“二选一”行为的具体实施模式来看，存在

以签订排他性协议实施“二选一”行为的操作模式。此类排他性协议本质上可视为平台服务协议在特定期间内的内容变更，属于平台服务协议的内容，但却往往不会在平台上公开，从而难以得到及时监管。为此，行政机关应要求电商平台就特定期间涉及平台内经营者权利义务变更的内容及时向行政机关进行备案。行政机关应及时审查此种权利义务变更是否属于不合法的“二选一”行为，并视情况要求电商平台做出合理解释或修改相关内容，从源头上杜绝“二选一”行为的产生。其次，事中监管的落实要求行政机关依靠现代化信息手段对电商平台进行日常监督。电商平台一般会采用技术性手段影响平台内经营者的正常经营，从而迫使其做出选择。技术性手段引发的流量异常能够为行政机关所捕捉，进而为判断“二选一”提供依据。为切实提高网络市场监管执法效能，全国网络交易平台监管服务系统已于2016年开始运行。建议在该服务系统中增加对于异常流量变化的监管内容，同时积极与相关的平台内经营者沟通，及时识别“二选一”行为，同时，积极利用大数据对市场发展趋势和重点监管对象进行行为预判，提前调整相关的监管政策，辅助开展线下执法活动，确保对电商平台的日常监管到位。最后，事后监管的落实要求行政机关进一步完善针对电商平台的信用评价机制。信用评价机制能够通过一套科学合理的指标体系，全面展示各个电商平台履约偿债的经济能力与意愿。^{[20] (p155-156)} 建议为各大电商平台建立服务信息档案，将电商平台是否实施“二选一”行为纳入信用评价机制，并对其进行分级管理。对信用评价好的电商平台，可以在一定程度上给予政策上的倾斜，促进其自觉遵守市场竞争规范。

（四）完善协同治理体系。

协同治理是社会多元主体充分运用自身资源优势，遵循特定规则，以协同联动的方式，实现社会秩序优化和公共利益最大化的治理过程。《电子商务法》第7条确立了针对电子商务的协同治理模式，要求改变单一主体的监管模式，由电子商务活动中所涉及的多方主体共同管理电子商务活动。“二选一”行为的独特性在客观上对行政机关的监管能力提出了更高的要求，单纯依靠行政机关难以适应对于监管要求的不断变化与提升，通过多方主体协同治理成为必然选择。首先，电商平台实施“二选一”行为不仅与大量平台内经营者的利益息息相关，也牵涉众多消费者的权益，复杂的利益关系会显著增加行政机关的监管难度。而将相关利益主体变为治理力量，让其在参与治理过程中实现自身的价值目标，即能较好地解决“二选一”行为中可能存在的利益冲突。其次，由于行政机关与电商平台之间存在严重的信息不对称，信息获取困境使得行政机关仅凭借自身力量，难以实现对“二选一”行为的有效监管。基于协同治理赋予相关利益主体以治理主体地位，能够拓宽行政机关获取信息的渠道，补足行政机关在信息占有上的弱势地位。再次，电商平台享有对平台内经营者的管理权，但却可能成为行政机关有效监管“二选一”行为的阻碍。实践中常见电商平台以“二选一”行为是平台内经营者自主选择为由，粉饰“二选一”行为之情形。协同治理模式能够充分汇聚多方主体的监管力量，从而实现穿透式监管。最后，对于“二选一”行为的监管是一个长期过程，而电子商务行业基于信息技术的发展日新月异，行政机关仅凭自身力量构建的规范体系需要耗费较高的治理成本。同时，这种治理成本也会随着电商行业的不断发展而增加，进而形成较重的负担。协同治理模式通过引入多方监管主体，能够显著减轻行政机关的监管成本。

协同治理模式的关键在于协同的实现，为防止协同治理模式的适用由于协调成本过高导致监管效率低下，有必要从两个方面对协同治理模式进行完善。一方面，应明确各主体的监管职能，实现主体协同。首先，虽然在协同治理模式下行政机关并非唯一的监管主体，但基于其所具有的强制执行力，必须正确认识行政机关在监管主体中的主导地位。现有监管体系下，应由国家市场监管总局承担对“二选一”行为的监管职能，其既能制定法规政策实现有效监管，亦有权采取相应的监管措施，查处违法行为。其次，电子商务相关行业组织作为推进行业自律的重要主体，应制定相应的自律规范，积极推进行业自律与政府部门监管的有机结合，引导行业的公平竞争。再次，电商平台作为“二选一”的实施主体，同时也是有效的监督主体。电商平台应自觉遵守竞争秩序，自觉抵制非法“二选一”行为。同时积极举报其他电商平台开展的不正当竞争活动，为行政机关提供相应的信息或数据支持，共同打击非法“二选一”行为。最后，消费者应积极向相关行政部门反映情况，实现对“二选一”行为的全面监管。另一方面，通过制度构建，实现机制协同。在明确各监管主体的职责权限以后，还需构建沟通机制和信息共享机制，实现各监管主体的有效联动。构建沟通机制的目的在于为各监管主体提供平等高效的沟通平台，确保各主体的监管状况和经验能够被及时与全面地分享，推进监管合力得到最大程度发挥。建立信息共享机制是“二选一”行为产生于互联网经济的内在要求。信息共享的内容涉及监管数据、监管成效、监管措施等各方面内容，由此保障各监管主体及时了解协同治理的现状。

同时,各主体还能利用大数据,针对自身监管职能的优化进行个体化安排,不断提升治理效能。

参考文献:

- [1]金福海.电商平台“二选一”行为的竞争法分析[J].经济法研究,2018,(2).
- [2]郑佳宁.电子商务平台经营者的私法规制[J]现代法学,2020,(3).
- [3]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,(4).
- [4]薛军.电子商务法平台责任的初步解读[J]中国市场监管研究,2019,(1).
- [5]许光耀.互联网产业中排他性交易行为的反垄断法分析方法[J].中国应用法学,2020,(1).
- [6]周帮扬,郭双嘉.关于网络零售平台垄断行为的法律问题思考[J].知识产权和市场竞争研究,2019,(1).
- [7][美]菲利普·科特勒,凯文·莱恩·凯勒.营销管理[M].何佳讯,译.上海:上海人民出版社,2016.
- [8]范长军.德国反不正当竞争法研究[M].北京:法律出版社,2010.
- [9]薛军.互联网不正当竞争的民法视角[J].人民司法(应用),2016,(4).
- [10]吴峻.反不正当竞争法一般条款的司法适用模式[J].法学研究,2016,(2).
- [11]薛军.应注重保护中小电子商务经营者[N].经济参考报,2019-11-6(7).
- [12]谢新水.包容审慎:第四次工业革命背景下新经济业态的行政监管策略[J].西北大学学报(哲学社会科学版),2019,(3).
- [13]廖凡.论金融科技的包容审慎监管[J].中外法学,2019,(3).
- [14]刘太刚.从审慎监管到包容审慎监管的学理探析——基于需求溢出理论视角下的风险治理与监管[J].理论探索,2019,(2).
- [15]刘乃梁.包容审慎原则的竞争要义——以网约车监管为例[J].法学评论,2019,(5).
- [16]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).
- [17]朱静洁.天猫强迫商家“二选一”行为性质的竞争法认定——基于滥用相对优势地位理论[J].网络法律评论,2017,(1).
- [18]刘俊海.增强电子商务法可诉性优化电子商务生态环境[J].人民法治,2019,(5).

[19]曹阳. 互联网领域滥用相对优势地位的法律规制[J]. 法学论坛, 2019, (3) .

[20]刘铭卿. 论电子商务信用法律机制之完善[J]. 东方法学, 2019, (2).

注释:

1 《市场监管部门 2018 年查处不正当竞争行为典型案例》, <http://www.cicn.com.cn/zggsb/2018-11/01cms112092article.shtml>, 2020-4-15.

2 《利用优势地位排除限制竞争美团涉不正当竞争被罚五十二万》, http://www.xinhuanet.com/legal/2017-08/29/c_129691983.htm, 2020-4-15.