

电商平台自治规制体系的反思与重构

——基于《电子商务法》第35条规定的分析

金善明^{*}

摘要:《中华人民共和国电子商务法》第35条试图对电商平台自治行为进行规制,强调电商平台不得通过制定交易规则、服务协议或设计技术应用方案等方式对交易相对人附加不合理条件,扰乱正常的交易秩序。但这一规定并没有在充分评估现行制度且用尽既有规范的基础上便导入以行政权力为主导的规制机制,形式上看是为了规范电商平台自治行为,实质上却潜藏着逻辑冲突和规范矛盾,实践中会产生解释分歧、个案中暴露其潜在的制度缺陷,因而需要对这一规定进行反思并从整个法律体系层面来考量和完善电商平台自治行为规制的制度机制。对此,通过法律解释操作机制来用尽既有制度规范是导入规制机制的前提,并在制度评估的基础上考虑对电商平台自治规制进行体系性优化,以规范电子商务行为、促进平台经济高质量发展。

关键词:电商平台 平台自治 营业自由 交易秩序

一、问题的提出

电商平台已成为现代经济社会不可或缺的一部分,以此为支撑的平台经济更是发展为不容忽视的新经济模式。平台经济是一种基于数字技术,由数据驱动、平台支撑、网络协同的经济活动单元所构成的新经济系统,是基于数字平台的各种经济关系的总称。^① 电子商务是这一经济模式下典型的商业活动和新兴的产业组织形式,在国家促进平台经济发展、加快数字化发展等政策规划的推动下正成为高质量发展的新动力。电子商务是信息技术与商务活动融合的产物,以在线化、数字化、智能化为主要特征,具有开放、低成本和高效率等优势,代表着新的生产力和发

^{*} 中国社会科学院法学研究所副研究员

^① 参见赵昌文:《高度重视平台经济健康发展》,《学习时报》2019年8月14日。

展方向。^① 相较于传统产业而言,电子商务更具双边市场特征,平台是其具体营运活动的主角和功能承载者。从这个意义上说,电子商务产业的兴起,实际上就是电商平台的兴起。电商平台治理问题,遂成为我国平台经济发展中不可避免的重要课题。治理本身不是目的,其目的在于营造和维护能够促进和保障电商平台健康有序发展的制度环境和市场秩序,以充分发挥电商平台在提高经济运行效率、促进经济增长和提升社会福利中的积极作用。

不难看出,平台治理是项系统化的工程,不仅要对电商平台自身的违法行为进行矫治和规范,以消解其负外部性,同时还要塑造利于平台运行的内部治理结构和外部环境,以激发其积极性。就此来说,平台治理不能简单等同于规制,除了以公权力介入的方式来矫治、规范和约束电商平台的经营行为外,更要通过鼓励、引导、服务等公权力一体化运行的机制和路径来实现和保障电商平台运行的“帕累托最优”。然而,电商平台的实际运行不可能教科书式地完美无瑕,相反在实践中往往采取有利于自身利益最大化的经营策略或行为,其结果不可避免地会侵害其他相关利害关系人的利益、扰乱正常的交易秩序和市场竞争秩序,有悖市场逻辑、有损法治精神,因而应更多地以法治思维和法治方式来寻求平台治理的方案和推进平台治理体系的完善。2018 年颁布的《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)是我国推动互联网经济治理法治化的重要之举,也是对我国互联网经济发展中客观诉求的制度回应。

作为电子商务领域的综合性、基础性法律,《电子商务法》对我国电子商务发展中的突出矛盾和问题做了较为系统的规定,旨在实现促进发展、规范秩序、保障权益的立法目标。《电子商务法》通过自身制度设计企求从宏观层面建立开放、共享、诚信、安全的电子商务发展环境,同时试图从微观层面对电子商务行为予以规范和规制,从而在良性有序的宏观秩序之下激发和释放作为市场主体的电商平台的积极性和创造性,实现电子商务产业的高效和可持续发展。值得注意的是,在电子商务活动中,电商平台不仅发挥着一般经营者的营运功能,而且具有一定的基础设施效用,因而备受《电子商务法》的关注并成为其重点规范对象。《电子商务法》对电商平台积极赋权的同时,也对其行为边界予以规范,这集中体现在该法第 35 条规定之中,即电商平台可以依法制定服务协议、交易规则等来实现自身的平台管理和服务,但不得附加不合理条件。^② 然而,这一规定在实践中却引起了不小争议,肯定者有之,否定者亦有之。那么,究竟应该如何理解和适用这条规定,值得重点关注和深入研究。事实上,这一规定背后折射的是平台经济环境下如何规制电商平台自治行为的问题,这需要在考虑我国电子商务立法的同时更应将其置于整个法律体系之中来进行反思和完善。

二、电商平台自治规制的制度表达

电商平台是电子商务活动的重要载体,“为他人从事电子商务活动而搭建了一个电子化的网

^① 参见电子商务法起草组:《中华人民共和国电子商务法条文研析与适用指引》,中国法制出版社 2018 年版,第 29 页。

^② 《中华人民共和国电子商务法》第 35 条规定要求“电子商务平台经营者”“不得”对平台内经营者进行“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”。在此,笔者为了行文方便统称为“不合理条件”。

络空间”。^① 故电商平台不应被简单地理解为传统交易模式下的经营者,而应将其交易场景相应地转化为更具立体性的三方交易之中,配置与其市场功能相匹配的权利与义务,以法治思维和法治方式来保障其规范运行、促进电子商务健康发展。

(一) 电商平台自治的市场逻辑

平台经济之下,平台的地位和作用无法否定也不容否定,因而必须给予其充分发展的空间,唯有激发和释放平台作为市场要素所蕴含的经济力量,方能实现平台设立和运营的初衷。但电商平台究其本质来说仍是运行于市场之中的经营者,享有蕴含于宪法所确立的市场经济体制之中的营业自由。营业自由通常是指“以营业为目的从事自主活动的自由”,^②“从事经营活动的权利(行商权)并非源自于授予,而是一项代表了自由意志的基本权利”。^③“营业自由”具有主观权利与客观法的内涵,既能在一定程度上排除国家的妨碍与侵害,亦要求国家应当负有积极的义务,为营业自由提供制度性的保障,为营业自由的实现提供组织与程序的保障,同时也应当保护营业自由不为第三人所侵害。^④ 强调电商平台依法享有自治的权利,并非是要夸大电商平台所享有的权利,而是基于电商平台和平台经济健康发展所作的制度设计和权利安排,同时也是平台经济治理法治化的基本要求和必然选择。治理是“秩序得以完成的手段”,^⑤电商平台治理也正是从秩序角度展开,在既有的制度安排和逻辑体系下受“权利—权力”博弈与平衡的影响而呈现为平台自治与国家治理两个维度:

一方面,平台自治是市场经济条件下作为市场主体的电商平台所应享有的权利,这种权利源自于传统的私法制度,而非新经济形态中衍生的权利或营运模式。自治是私法的核心理念,是私法赖以生成和形塑之根基。^⑥ 私法自治的核心是尊重当事人的选择,由其根据自己的判断而行为。^⑦ 平台自治意味着不仅可以依法构建相应的平台组织及其治理结构,建立和完善契合新经济需要的平台,为潜在经营者进入该平台经营提供具有准公共属性的“基础设施”。在此基础上,平台治理结构和机制成为平台自治的重要组成部分,其外在表现集中体现为平台治理规则。相对于电商平台运行秩序来说,平台治理规则不仅包括发挥着市场准入功能的平台准入制度,而且包含着能够矫治和维持平台内经营者正常交易活动的平台监管规则。这实际上是要求电商平台在私法框架下充分发挥自身主观能动性,不断地改善平台及其组织结构的经营管理、提升运营技术水平,以求电商平台在获得自身利益最大化的同时实现社会福利的总提升。

另一方面,国家治理是电商平台良性发展的外在保障。平台经济的良性发展从根本上来说

① 电子商务法起草组:《中华人民共和国电子商务法条文研析与适用指引》,中国法制出版社2018年版,第52页。

② 参见吴越:《经济宪法学导论:转型中国经济权利与权力之博弈》,法律出版社2007年版,第141页。

③ 《〈中华人民共和国商事主体登记管理条例(草案)〉起草说明》,http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202006/t20200615_317040.html,2020—08—27。

④ 参见潘昀:《作为宪法权利的营业自由》,《浙江社会科学》2016年第7期。

⑤ 参见[美]奥利弗 E. 威廉姆森:《治理机制》,石烁译,机械工业出版社2016年版,第11页。

⑥ 参见钟瑞栋:《民法中的强制性规范——公法与私法“接轨”的规范配置问题》,法律出版社2009年版,第5页。

⑦ 参见李建华、许中缘:《论私法自治与我国民法典——兼评〈中华人民共和国民法(草案)〉第4条的规定》,《法制与社会发展》2003年第3期。

需要电商平台能够健康发展,这是前提也是基础;否则,皮之不存毛将焉附? 尽管强调应基于私法充分赋予并保障电商平台自治权,但任由其发展可能会出现事与愿违的情形或结果,导致市场机制失灵,从而偏离了组建平台、发展电子商务的初衷。事实上,基于意思自由的平台自治本身并不是立法目标之所在,而通过确保平台能够意思自由来实现平台经济的效率优化方是其根本追求。意思自由并不是私法自治的简单形式化和外在化,而是诚如苏永钦所言“只是在国家设定的高低不同的栅栏中流动私法自治的领域,事实上自始充满了各种国家强制”。^① 平台发展确实需要国家治理的保障,但公权力对平台治理的介入必须限定在必要范畴之内,市场机制能够发挥作用的地方就无须公权力介入,以防出现不作为、乱作为的现象。这就需要国家治理坚持“包容审慎”原则,^②为平台成长和发展提供空间,为平台营造发展新动能的环境,坚持公平的准入、公正的监管,依靠市场引导和促进平台发展。^③

由此可见,合理的平台治理体系,不仅是电商平台有序运行的制度保障,更是互联网经济健康发展的制度诉求。电商平台在行为规制方面受到诸多关注的同时理应在对内治理、对外交易方面享有更为充分的意思自治。对电商平台自治的规制也必然走向法治化,以法治思维和法治方式对电商平台进行治理。

(二)电商平台自治规制的制度安排

电商平台确实是个经营者,但并非传统产业中的普通经营者,因创建能够聚合不同电子商务经营者并组织其从事经营活动的虚拟空间而实际成为电子商务活动的组织者、协调者和控制者。但此空间可能“存在着很多行为的外部性,可能会使平台的价值增加或减少,因而平台需要制定若干规则,以便确保参与平台的人们和商家都规规矩矩”。^④电商平台须对在此虚拟空间内发生的相关电子商务行为承担相应的监管义务,其核心在权力分配,包括与网络平台相关的各种规则的制定与实施中的权力分配,以及与之相伴而生的义务与责任的分配。^⑤

我国电子商务立法对此给予了积极回应并进行了较为系统的规范。《电子商务法》以专节的形式对“电子商务平台经营者”做了规范,并从权利、义务和责任等维度对其主体制度进行体系化的设计和安排,彰显了立法对电商平台作为市场主体的共同性和特殊性的考虑和尊重。《电子商务法》将电商平台视为市场主体但意识到其特殊性而赋予其相应的规则制定权,并从积极和消极两个维度对该规则制定权进行规范:一方面,基于公开、公平、公正原则,有权制定诸如“平台服务协议”“交易规则”等平台对内治理、对外交易的契约条款和交易制度。这是电商平台作为市场主体依私法所享有的意思自治积极开展有利于电商平台充分发挥自身主观能动性、根据市场需要来决定构建何种类型的平台、如何治理平台及提供何种平台服务等经营活动,从而使得意思自治与市场机制达到良性互动;另一方面,根据权利义务相一致原则,电商平台基于意思自治在享有

① 苏永钦:《私法自治中的国家强制》,中国法制出版社2005年版,第24页。

② 参见《李克强详解为何对新业态实施“包容审慎”监管?》, http://www.gov.cn/xinwen/2018-09/12/content_5321209.htm?_zbs_baidu_bk, 2020-08-29。

③ 参见《李克强:以包容审慎的原则对待新业态、新模式》, http://www.xinhuanet.com/politics/2019lh/2019-03/15/c_1210083405.htm, 2020-08-29。

④ [美]戴维·S.埃文斯、[美]理查德·施马兰奇:《连接:多边平台经济学》,张昕译,中信出版社2018年版,第154页。

⑤ 参见周学峰、李平主编:《网络平台治理与法律责任》,中国法制出版社2018年版,第34页。

积极规则制定权的同时还应保护其交易相对人合法权益的消极权利,即不得滥用自身依法享有的规则制定权而导致交易双方权利义务失衡、扰乱市场交易规则,从而有损交易效率、有违电商平台经营的初衷。

这一制度安排要求电商平台在享有意思自由的同时,应当注意自身治理和经营行为的合法性边界,若越界侵害他人合法权益、扰乱市场交易秩序,就要承担与之相应的不利后果。自治越过合理边界,就意味着不再是意思自由范畴内的事,继而为以行政权力为依托的规制提供介入的基础和正当性。这实际成为电商平台治理体系中自治与规制的分水岭:一方面,电子商务立法尊重电商平台意思自由并保障其自治权合理运行,即通过服务协议、交易规则以及技术等手段来优化自身平台服务质量和平台运行效率,以规范和维护电子商务交易秩序、提高平台经济运行效率;另一方面,电子商务立法对电商平台的意思自由设置了相应的红线,一旦出现越线而损害平台内经营者合法权益、破坏公平交易秩序的,则需要通过规制来予以矫治违法行为、恢复正常交易秩序、维护市场竞争。唯有将平台自治与国家治理有机地结合起来,方能实现电商平台的优化发展,以法治化的规制方式实现平台经济有序运行,确保电商平台在公权力介入前能够进行自我监管、自我矫治,从而降低经济治理成本、提高互联网经济中平台运行的效率。

三、电商平台自治规制的制度冲突

《电子商务法》第35条对电商平台自治行为作出约束性规定,要求电商平台在享有营业自由的同时不得滥用其自治权利,以免破坏交易秩序、损害交易相对人合法权益。这既是内嵌于市场经济的固有规律之必然要求,也是市场经济在法治逻辑维度的客观体现。然而,这一规定在实践中时常出现解释分歧甚至在个案实施中暴露出其潜在的制度性缺陷。

(一)电商平台自治规制的冲突表现

从形式上看,《电子商务法》第35条仅是要求“电子商务平台经营者”不得向交易相对人平台内经营者附加不合理条件,但从规范适用角度来看其中却潜藏着诸多逻辑冲突和制度风险:

首先,强化规制而忽视私法保障机制。电商平台是平台经济高质量发展的关键,也是决定力量,因而与之相匹配的治理便成为平台经济发展的重要保障。治理相对于传统的行政管理来说被赋予了更多内容,不仅仅是依托于行政权力的简单干预和严厉处罚,更是强调政府自身的职责和义务,即应为经济发展营造良好的营商环境、提供优质的政务服务。这从客观上要求平台经济治理必须“创新监管理念和方式”,^①创新监管意味着不能墨守成规而要守正革新,相应的监管制度和机制亦应着力于释放电商平台的积极性、创造性而不是扼制甚至扼杀电商平台发展,因而简单规制不是平台经济治理的最佳路径选择。但强调不宜简单规制并不是不要规制,而是以非必要不干预为前提和原则,在用尽既有制度的基础上方可考虑导入新的制度或机制。事实上,既有的私法制度依旧是电商平台治理的基础,不仅是维护电商平台意思自由并开展自我治理的制度保障,也是电商平台依法经营并保护自身合法权益的制度依据,因而在导入对电商平台的规制机制时理应评估既有制度对电商平台治理或经营行为负外部性的抑制和消除能力。无论是业已实

^① 参见《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》, http://www.gov.cn/zhengce/content/2019-08/08/content_5419761.htm, 2020-08-27。

施的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)还是我国电子商务立法时的《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国侵权责任法》等民事法律制度,无不强调意思自由并依此构建相应的主体、契约以及侵权责任等制度在不同程度上明确了作为民事主体的电商平台相应的权利义务,为电商平台治理提供了法律依据。就此而言,《电子商务法》第 35 条所规定的情形,并非都溢出了既有的制度范畴而逃脱了现行法律的规范和约束,因而可结合个案具体情况予以定性分析并将其涵摄于相应的规范之中,即第 35 条所述情形都可回归为市场交易行为,即本质上来说属于合同行为,因而电商平台遵守《民法典》相关规定理所应当。之所以强调用尽既有制度规范,是因为一方面尽量以既有的制度机制来规范和保障平台经济发展,以减少制度规范之间的冲突、提高治理效率;另一方面,力图在不改变或者增加既有制度的情况下能够以最低的治理成本获得平台经济高质量发展。

其次,规制泛化易诱发规范适用冲突。尽管强调对电商平台自治的规制应建立在用尽既有制度规范的基础上,但对电商平台与平台内经营者之间发生的交易问题也并非都能由合同制度予以解决。在具体交易中,彼此双方因实力悬殊而处于实质上不平等地位时难以有效达成平等主体之间协商一致的意思表示,因而出现了传统私法规范难以解决的问题,但即便如此,也并不意味着现行法律规范无法救济,只是需要将规范的视角进一步拓展,更多地转向特别法律。除一般意义上的《民法典》外,《电子商务法》第 35 条规定的情形在现行法律体系中依然存在着制度选择,个案分析可将其涵摄至《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)之中。值得注意的是,通过《电子商务法》第 35 条预设的情形在《反不正当竞争法》中也非易见行为,需要在考察《反不正当竞争法》第二章列举的具体行为基础上进一步寻求解决方案,相应的规范适用逻辑大致包含三个层次,即首先分析确定能否将《电子商务法》第 35 条预设情形涵摄于《反不正当竞争法》第二章所明确列举的行为规范之中;如果前述方案无法定性预设情形的性质,继而可将分析的目光和思维转向《反不正当竞争法》第 12 条第 2 款第(4)项规定的“兜底条款”,并依此来进行相应的处罚;如果前述“兜底条款”也无法适用于《电子商务法》第 35 条规定的情形,那么就需要进一步考虑如何启动《反不正当竞争法》第 2 条“一般条款”的适用。^①当然,如果电商平台在特定相关市场中具有市场支配地位,那么《电子商务法》第 35 条规定情形的规范依据则变得更为清晰,即须按照《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)相关规定进行分析认定。如此可见,《电子商务法》第 35 条规定情形并没有逃脱现行法律规范的调整范畴,可以从法律解释操作层面得以解决,而无须再设新的条款。^②我国法治实践中长期以来确实存在着遇到问题就立法的惯性思维,立法对处于法律体系尚不完善的治理阶段来说确有必要,但当我国

① 对《中华人民共和国反不正当竞争法》第 2 条“一般条款”的启动和适用,无论是理论研究还是司法实践都有诸多探讨和应用,尤其是在最高人民法院的指导性案例中明确了适用条件。

② 这一点,从《中华人民共和国电子商务法》第 22 条的规定就可以看出其中的端倪。笔者认为,《中华人民共和国电子商务法》第 22 条实际上也并无立法必要,因为该条强调的是具有市场支配地位的电子商务经营者不得滥用市场支配地位排除、限制竞争。因为即便《中华人民共和国电子商务法》没有这一规定,作为保护市场竞争的基础性法律规范,《中华人民共和国反垄断法》也当然适用于电子商务领域;更何况,《中华人民共和国电子商务法》第 85 条也明确规定“电子商务经营者违反本法规定……滥用市场支配地位……等行为的,依照有关法律的规定处罚”。质言之,《中华人民共和国电子商务法》就电子商务领域的垄断行为作出的规定,只是援引性条款,最终都需要依据《中华人民共和国反垄断法》规定来处理。

法律体系基本建成并转向全面依法治国战略时科学合理地适用法律规范就显得更为重要;否则,一旦遇到问题就试图立法或修法,实际上是种“偷懒”的做法。因为问题并没有从根本上得以解决,相反可能引起更多的新问题,至少从规范适用层面上来说会引起规范矛盾或适用冲突的问题。

众所周知,任何规制都应建立在必需之上和合理限度之内,否则规制本身的合理性和正当性就值得怀疑。《电子商务法》第35条通过否定性评价的方式对电商平台自治行为进行规制,强调不得对其交易相对人附加“不合理交易条件”。单从条文本身来看,这一规定似乎并无不妥,但将其置于整个法律体系中并结合电子商务特点进行考量,其存在的必要性和合理性则需要重新审视。

(二)电商平台自治规制的效果担忧

经济治理从来不排除规制,但规制也仅在合理限度内方能发挥出预期效用,而规制的必要性则在于作为市场主体的经营者意思自由产生负外部性,尤其是体现为超过合理范围对他人合法权益或者竞争秩序造成损害。《电子商务法》第35条规定的情形在实践中确实是个风险点,因而导入此等规制必须谨慎且实践中确有必要;否则,规制的正当性就存有瑕疵。对电商平台治理作适当规制,本质上来说是国家针对电商平台治理行为可能诱发的侵害市场机制、破坏交易秩序的潜在风险进行事先预警或事中监管的重要机制,体现了现代经济治理中规制主动积极的一面,即在防范风险方面以其行政主导的制度优势更为高效地介入到电商平台治理和市场运行中来,从而减少事后损害和效率减损。从这一角度来说,对电商平台依法予以规制是平台经济高质量发展的必要举措之一,但合理规制的前提是拥有良好的制度设计,即意味着为规制提供制度保障的规范安排本身不仅要符合平台经济发展的需求,而且还要符合平台经济发展的规律;否则,规制则可能束缚平台经济的健康发展。

平台经济是以智能技术为支撑、以数据化的数字平台为基石、以聚合器为利器、聚合数量众多且零散的资源,连接具有相互依赖的多方,促进彼此互动与交易,形成健壮的、多样化的数字平台生态系统。^①在此生态系统下,电商平台可能会利用其规模经济形成的聚合效应,在交易过程中对平台内经营者施加不合理条件,扰乱正常交易秩序、损害相关市场竞争、恶化电子商务营运环境、扭曲互联网经济的发展机制和创新机制,因而对此类行为进行规制确有必要,但此类规制应有必要限度;否则会造成过度规制,对平台自治和平台经济造成不必要的干扰甚至是破坏。《电子商务法》第35条规定的存在,事实上不仅无法消解电商平台自治行为风险,相反会产生更多制度风险和理论误解。例如,有些论者认为这一规定是“《电子商务法》中通过设立专门适用于互联网行业竞争的条款”,^②能够“站在数字经济、平台经济规范发展的框架下进行全方位、综合性地规范,并通过这一规定实现对整个平台经济的有效规制”。^③就竞争在创新和互联网经济发展中的地位和作用来说,笔者认为,怎么强调规制电子商务领域限制竞争行为规范的重要性都不为过。然而,倘若文本规范中相应的制度设计未能解决法律干预的理论依据,也没有提供公权力干预的有效手段,那么该规定很可能沦为执法机构肆意干预电子商务市场运营的理由,或者成为

① 参见赵昌文等:《平台经济的发展与规制研究》,中国发展出版社2019年版,第89页。

② 参见戴龙:《关于〈电子商务法〉对滥用优势地位规制的适用研究》,《价格理论与实践》2019年第2期。

③ 参见杨东:《〈电子商务法〉也是平台经济竞争法》,《法制日报》2019年9月4日。

经营者提起恶意诉讼、干扰正常市场经营活动的借口。^①

我国当初的电子商务立法过分强调电子商务的特殊性而忽视了电子商务的市场经济一般属性,在对既有法律规范适用情况未做充分评估的情况下导入《电子商务法》第 35 条规定的規制机制貌似必要,实质上会引发冲突。《电子商务法》第 35 条实质上确立了范围极度宽泛的对滥用相对优势地位行为的規制,要么可能侵入《反不正当竞争法》的規制领域,要么可能侵入《反垄断法》的規制领域,导致体系逻辑的混乱,势必破坏已经形成的竞争法规制体系。^②《电子商务法》对滥用市场优势地位并未明确规定,实践中易导致打击面过宽的风险,也易引发反垄断法关于滥用市场支配地位的规定在电子商务领域有被架空的风险,极易导致行政权力对电子商务领域或市场干预过多,最终损害电子商务产业的健康发展,因而这一否定性态度和评价背后隐含的担忧不无道理。

(三)电商平台自治规制的制度检讨

《电子商务法》第二章“电子商务经营者”本应属于主体制度立法,但其第 35 条却体现为規制性立法。这一规定实际是对电商平台创制服务协议、交易规则或技术应用等平台治理结构的权限作了相应的限制性规定,对维护电子商务秩序、促进电子商务发展具有重要意义,最终能否实现这一立法初衷仍有待实践验证,但从电商平台治理及相应制度完善来说需要从理论上予以检讨和反思。

一是《电子商务法》第 35 条立法定位存在偏差。尽管说《电子商务法》是综合性立法,但作为第二章“电子商务经营者”的重要条款,第 35 条性质上应该隶属于主体制度,应从组织法的角度对电商平台权利义务进行设置,以最大限度保障电商平台作为市场主体的权利、激发其积极性和创造性。为此,这一规定的本意并不是促使行政国家渗透到经济活动之中,而是应对现代经济演化进程中相关利害关系人之间权利义务的再配置和再平衡,以确保参与市场活动的各方之间权责效相一致。在此权利义务配置架构下,组织法和契约法都会从各自角度对行为主体的权利作出相应的约束,以防权利的肆意扩张和蔓延导致具体交易活动中权利不对等、责任不相称的问题。正因如此,“组织法中的合同不会太自由,法律就是这样根据社会需求,不断游离在私法与公法、自由与规制的两极之间”。^③然而,当立法转向規制时,相应的规范设计则意味着应为国家公权力介入电子商务领域尤其是电商平台治理活动寻求正当性并提供法定依据,其目的在于约束和规范国家公权力行为,而不在于对作为市场主体的电商平台权利义务进行分配和保障。立法性质不同,对电商平台的态度和要求也有所差别,故而两者不可混同,否则会导致相应的规范适用困难。

二是《电子商务法》第 35 条規制性立法的正当性不足。就平台经济治理而言,《电子商务法》第 35 条规定的情形并不鲜见,也确有治理必要,但倘若未经充分评估论证而仓促导入規制条款继而诱发规范冲突,则需要进行反思,以改善电商平台治理行为的規制机制、促进平台经济高质量发展。这一规定的規制初衷是防止电商平台通过附加不合理条件的方式干涉平台内经营者与

① 参见戴龙:《关于〈电子商务法〉对滥用优势地位规制的适用研究》,《价格理论与实践》2019 年第 2 期。

② 参见朱理、曾友林:《电子商务法与竞争法的衔接:体系逻辑与执法展望》,《中国社会科学院研究生院学报》2019 年第 2 期。

③ 蒋大兴:《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》,《法学》2017 年第 4 期。

其交易相对人之间的交易,因而其本质上旨在恢复和维护平台内交易秩序,确保平台的活力和效率。诚如部分学者所言,这一规定对规范电商平台电子商务行为具有积极意义,通过设置相应的责任条款可以预防和制止电商平台向其交易对象“平台内经营者”附加不合理条件,因而被视为电商平台“量身打造的义务性规定”。^① 具体来说,电商平台营业自由的边界、自主决策的范畴以及自我负担的能力等核心要素能否依据《电子商务法》第35条规定获得相应的保障和救济支撑,是考量这一规定正当性和合理性的重要指标。尽管《电子商务法》第35条试图适用的范畴较广,即但凡电商平台不当“利用服务协议、交易规则以及技术等手段”增加交易相对人不合理负担的情形,皆可成为第35条的调整对象,但第35条最终能否胜任这一规制目标则并非易事,其预设的规制功能从文本转向实践仍面临诸多不确定性甚至是挑战。

三是《电子商务法》第35条规定的适用范围貌似明确但实际难以界定。第35条规范性质应隶属于组织法范畴,但最终体现为规制性立法。在我国现行法律体系下,规制性立法的实施最终将启动行政执法,与之相应的要求便是严格依法行政,必须具备法定依据、遵循法定程序,因而明确作为规制依据的相关概念和规范内涵则甚为重要。电商平台在日常经营活动中根据平台自身特点和提供服务的属性来设计相应的“服务协议”“交易规则”或采取“技术”手段,是电商平台日常经营活动的范畴,也是电商平台作为市场主体所享有的经营自由的体现,但这种自由并非漫无边际,而应依据权责效相一致原则来予以设计和框定。无论是“服务协议”“交易规则”还是“技术”应用,都只是电商平台自我治理的工具选择,其本身是中性的,并不天然具有损害市场竞争或侵害交易秩序的倾向,只是在特定情境中被滥用了才会触发法律对其作否定性评价和禁止性规定,可见廓清规制条款的适用范围是第一步。紧随其后的是,不得利用的“服务协议”“交易规则”或“技术”等核心要件范畴需要明确;同时,“不合理交易条件”的合理限度何在,也要予以厘清。否则,这对规制性立法或规范的适用来说是难以克服的制度挑战,将导致相应的制度设计成为摆设。

综上所述,《电子商务法》第35条规定在实践中时常被定性为电商平台滥用市场优势地位行为的规制条款,并强调这是对《反垄断法》和《反不正当竞争法》规制电子商务领域限制竞争行为的补充性规范。^② 这既是我国电子商务立法试图对电商平台治理予以规制存有的缺陷之处,也是因对该规定理解和解释异化所致,使得原本就错综复杂而又充满不确定性的电商平台治理行为规制问题变得愈发扑朔迷离,因而有必要对电商平台自治规制进行体系性优化,以更好地维护电商平台自治效率与外部交易秩序之间的平衡、实现电商平台最优化运行。

四、电商平台自治规制的体系重构

电商平台的有无与优劣,直接关涉平台经济运行质量和数字经济发展走向,因而平台治理显得尤为重要。电商平台治理并不简单等同于规制,规制也不意味着要当然地创设“新”制度,唯有

① 戴龙:《关于〈电子商务法〉对滥用优势地位规制的适用研究》,《价格理论与实践》2019年第2期。

② 戴龙:《关于〈电子商务法〉对滥用优势地位规制的适用研究》,《价格理论与实践》2019年第2期;朱理、曾友林:《电子商务法与竞争法的衔接:体系逻辑与执法展望》,《中国社会科学院研究生院学报》2019年第2期;杨东:《〈电子商务法〉也是平台经济竞争法》,《法制日报》2019年9月4日。

在平台自治行为超越必要限度时方应从法律体系整体角度进行考虑,以寻求能够进一步完善旨在保障平台自治权的规制体系。

(一)电商平台自治规制的理念重申

无论是就电商平台自治来说还是国家对电商平台的规制来说,其最终目的都是基本一致的,就是要恢复和维护电商平台的意思自由,营造公平有序的竞争环境和平等合理的交易秩序,以激发和释放电商平台的积极性和创造性。意思自治是私法的精髓所在,对电商平台来说则表示可以依据自身意思而行使相应的自治权:对内,能够通过制定、修改交易规则来不断完善平台治理,提高平台运营质量和市场地位;对外,能够通过格式化的平台服务协议来增加自身平台内经营者数量、提高平台市场地位。现行私法体系既是电商平台享有自治权的法定依据,也是电商平台行使自治权、实行自我治理的制度空间,其初衷在于通过赋权促使电商平台在互联网经济环境下生成具有主体性、自主性和自律性的市场主体,因而此等制度背后的逻辑要求是电商平台在依法享有意思自治、行使自治权的同时必须坚持私法的基本原则,在该原则的支撑和规范下能够形成电商平台自我治理、自我发展的自发秩序体系。

《电子商务法》在重申前述原则的同时更强调电商平台“应当遵循公开、公平、公正的原则”,对电商平台的治理更多地衍生出的是监管或者规制,即试图通过诸如行政权力等公权力的作用来塑造和维护电商平台正常运行的外部秩序。事实上,以行政权力为主导的监管制度或规制工具,对转型经济或互联网经济初期电商平台生成与发展确实能够起到塑造和推动作用,但仅有外力作用而无内生秩序保障下的电商平台并非真正的市场主体,无法适应市场机制的作用或者说难以在市场经济体制下求得生存和长远发展,因而以私法来培育和催生电商平台的市场主体意识并促使其自觉遵守法律、尊重市场规律显得尤为重要。这就要求,电商平台应结合私法品性和市场规律来明确其行使自治权所应坚持的原则。因此,无论是电商平台自治还是对电商平台的规制,都应遵循以下两个方面的原则:

一方面是透明度原则,即电商平台在治理实践中应及时将对内治理规则和对外交易协议等内容公布于众,以便相关交易主体知晓相应的游戏规则与结果。具体来说,为了确保电商平台治理与交易的透明性,首先应做到规则透明,平台治理规则、平台服务协议、争议纠纷解决等规则应予以公开且对其作相应修改时亦应及时告知并保证公开可查。此外,电商平台应对其运营中的搜索结果予以公开标明,以明确是算法生成、付费排名还是与该平台的关联关系而备受关注等情形。但值得注意的是,尽管强调电商平台应该坚持透明度原则,但实践中这一原则无法从根本上解决平台运营中相关主体之间的待遇公平问题,因而导入平等原则就很有必要。

另一方面是平等原则,即电商平台对潜在的平台内经营者准入机会均等、准入条件平等,对平台内经营者的运营待遇平等。但这种平等并非简单的形式上或外在条件简单等同,而是要求在方法论上应更多地导入个案分析、实现实质公平,从而更好地发挥平台及平台内经营者的主动性和积极性,提高平台运行效率和经济效益。之所以一再强调电商平台应坚持透明度原则和平等原则,是因为力图通过私法制度体系来引导、规范和保障电商平台能够最大限度地实现意思自治,充分发挥其自治的积极性和有效性。因此,以私法保障平台实现自我治理并促进其优化发展,就要求有与之相适应的私法作保障;否则就可能出现私法不健全、私权利不彰的问题,也就无法为电商平台的健康发展营造良好的内生秩序。

(二)电商平台自治规制体系的重构进路

通过私法赋予和保障电商平台优化发展,与“市场经济是法治经济”的信条是一致的,即将作为市场主体的电商平台融入市场竞争机制之中并通过私法规范与竞争规律共同作用来实现平台经济繁荣的初衷。然而,这并不意味着电商平台行使自治权不受限制,其意思自治的外在行为理应有相应的边界,而此边界性规范内含于现行的制度框架之内并呈阶梯性约束。因此,为确保电商平台自治权有效行使、促进互联网经济健康发展,需要运用法律操作技术对现行制度框架下的自治规范进行合理的解释和相应的适用优化:

一是传统私法理念及其制度机制要求电商平台必须理性行为,对自身的治理行为予以自我约束。私法旨在促进主体意识觉醒,培育和发展权利并以此来实现个体自身利益最优化,这与市场经济条件下有限理性人的假设相契合,能够从制度层面塑造和保护现代经济增长中个体的权利意识和利益诉求。生成于市场经济条件下并依私法获得权利保障的电商平台,虽有别于传统个体的组织结构和经济功能,但其底层的制度诉求依然是作为市场主体的基本权利能够得到保障。电商平台作为市场经济的新生事物,在享有传统私法所保障的基本权利同时,更应遵守私法所内嵌的基本原则,以使其能够在符合法治逻辑和经济规律的情形下获得有效发展。平等自愿、诚实信用等原则要求电商平台在自身治理过程中依法经营和管理好平台设施,确保潜在平台内经营者进入平台从事经营获得的条件,保障平台内经营者各方面待遇相对公平的竞争生态和营商环境。在此原则规范和约束之下,作为体系化的私法制度对电商平台的保护和约束也随之展开,一方面赋予电商平台积极权利,以鼓励、引导和保护电商平台健康发展,为平台内经营者营造良好的竞争秩序和市场环境;另一方面同样应强调电商平台的消极权利,其本质则是要求电商平台依法承担相应的义务,平台服务协议、交易规则等治理规则应当公开透明、平等而无歧视,且对前述规则应承担解释说明义务并承受不利后果。这是源自传统私法对电商平台的调整要求,以确保其在获得充分发展空间的同时能够有效保护其他经营者尤其是平台内经营者的合法权益,从而营造良好的自我治理、自我发展的制度环境和平台生态。

二是竞争立法对电商平台自治行为的秩序规制。平台经济健康发展离不开电商平台有效运行;而电商平台有效运行须以自身意思自由得到保障为前提。意思自由不仅需要传统的私法制度进行维护和规范,同时也需要竞争法来营造意思自由赖以存在的外部秩序环境。电商平台享有私法保障的意思自治并根据市场机制设计对内、对外治理规则或交易规则,但这并不意味着电商平台治理行为不受规制;相反,如果电商平台没有正当理由“利用服务协议、交易规则以及技术手段,对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与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”,则需要依据个案情况展开具体分析并适用相应的法律规范。对此,前文已经作出具体分析,强调应根据电商平台的市場力量情况来考虑援引相应的法律制度并作相应的规制和救济:若电商平台具有市场支配地位,则当然适用反垄断法;若电商平台未形成市场支配地位,则转向反不正当竞争法,尤其是《反不正当竞争法》第12条的兜底条款或者是《反不正当竞争法》第2条的一般条款。但由于电子商务领域被认为是平台经济的重要体现,具有诸多迥异于传统经济之处,因而在是否应当援引兜底条款或一般条款来规制电商平台自治行为这一点上存有分歧。笔者认为,这种分歧只是对既有法律制度作浅层理解的结果,实际上通过法律解释操作机制来合理解释《反垄断法》《反不正当竞争法》等制度规范,即可克服规制此类行为规范上的不足。可见,对电商平台行为规制的思路需要更新,应更多地转向法律解释和规范适用层面的机制和技术完善,而不是动辄通过立法来创制所谓新制度

来解决。

三是积极倡导私人诉讼制度在电子商务领域的应用。尽管电商平台较传统经济中的经营者有诸多不同,甚至有不少学者强调其具有“私权力”,^①但这并没有改变其仍是参与市场活动的私主体这一属性,因而因其行为造成他人损失的,私人诉讼制度应是首选机制。其理由主要有两个方面:一方面是无救济便无权利,每个人都是自身利益的最佳判断者和维护者,平台内经营者也不例外。当遭受电商平台附加不合理交易条件时,平台内经营者可以在既有制度机制框架内提起诉讼维护自身权益,在个案救济中矫正不合理行为、优化自身利益,可以弥补规制着眼于宏观整体利益或秩序而留下的对私主体权益救济不足的遗憾;另一方面是平台经济尚处于不断发展演化之中,仍面临诸多不确定性。私人诉讼通过双方当事人之间的博弈和平衡可以为平台经济的发展提供救济渠道和营造外部环境,而不至于像规制那样惩罚性更强,从而给电商平台更多的自我纠错机会、获取更好的发展空间。当然,强调在平台经济中倡导私人诉讼机制并不是要否定规制的作用,但相应的规制机制应当从法律体系整体角度出发,结合电商平台行为的特点援引相关制度、完善相应机制,而非凡事“另辟蹊径”、特别立法,其最终浪费公共资源,效果不彰。

五、结 语

电商平台在互联网经济中通常发挥着基础设施功能,具有一定的公共产品属性,因而对互联网经济至关重要。尽管我国互联网经济获得了引人注目的发展,但我国电商平台存在基础技术薄弱、技术依赖性强等不足,且难以在短期内得到克服,因而我国互联网经济发展前景并不乐观。互联网平台经济是生产力新的组织方式,是经济发展新动能。^②这就要求通过充分发挥市场机制和法治体系双重作用来激励电商平台健康有序发展,在现行法律框架下既要电商平台充分赋权、确保其意思自治,实现平台优化发展,同时又应将其置于整个法治体系中予以考量、规范,对其超越权利边界而扰乱市场秩序、侵害其他经营者和消费者合法权益的行为应依法予以规制。这是市场经济应有之义,但规制本身不是目的,而是为电商平台自我治理、自我发展营造良好的制度秩序和营商环境,因而对电商平台自治行为的规制应持包容审慎态度,依法监管,给予电商平台自我治理、自主决策、独立经营以适当的空间,以使电商平台能够形成内生发展机制、促使互联网经济实现高质量发展。

责任编辑 翟中鞠

① 参见许多奇:《Libra:超级平台私权力的本质与监管》,《探索与争鸣》2019 年第 11 期;周辉:《算法权力及其规制》,《法制与社会发展》2019 年第 6 期;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》,《法学研究》2020 年第 2 期。

② 参见《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》。