

电子商务平台经营者的私法规制

郑佳宁

(中国政法大学商法研究所,北京 100088)

摘要:电子商务平台经营者旨在为交易达成和促进提供相应服务,具有开放性、中立性、营利性、控制性的特征,其在网络交易领域扮演举足轻重的角色,理应明确其私法属性,强化法律规制。由于给付标的的无体性、复原之不可能性、难以库存性、持续性等特征,应将电子商务平台经营者法律属性界定为服务合同的当事人。该服务合同与居间合同等现有典型合同均存在显著差异,属于一类全新的有名合同,即平台服务合同。按照对交易活动促进作用的不同,可以将电子商务平台经营者提供的服务分为必要型服务和辅助型服务,必要型服务包括提供缔约系统、提供履约手段等,辅助型服务包括交易信息发布、信用评价信息发布、履约信息反馈等,应该按照服务类型的不同具体确定电子商务平台经营者的权利义务。

关键词:数字经济;平台经济;电子商务法;平台经营者;服务合同

中图分类号:DF59

文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2020.03.13 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



一、既有规范与研究的评析

在逻辑上,电子商务平台经营者是电子商务法中一类重要的市场主体,电子商务法调整范围的宽窄将对电子商务平台经营者的定义产生重大影响。因此,有必要对相关文献予以一体考察和回顾。

从语义学角度而言,电子商务为典型的偏正结构词组,“商务”构成了该词组的中心词,而“电子”则为该词组的修饰语,此二部分构成了理解这一概念的核心要素。域外立法和相关研究也大多采取这一模式对电子商务进行界定。例如,1996年联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)《电子商务示范法》规定,该法的适用范围为“一切与商业活动有关的数据电文信息”,随后,该法又对“商业

收稿日期:2020-01-10

基金项目:2018年中国政法大学青年教师学术创新团队资助项目(18CXTD08)

作者简介:郑佳宁(1978),女,北京人,中国政法大学商法研究所教授,博士生导师,法学博士。

活动”和“数据电文”进行了界定。其中,商业活动不以契约形式为限,非契约型活动也被纳入商业活动的范畴。数据电文也采取了极为宽泛的定义,一切以电子、光学或类似手段进行的信息生成、传递、存储均属于这一范畴^①。加拿大《统一电子商务法》则采取抽象定义模式对“电子”进行了范围确定。具体而言,“电子”涉及任何通过数字手段或者其他无形手段进行的信息创造、记录、传输、存储活动(created, recorded, transmitted or stored in digital form or in other intangible form),^②具体的技术形式如何,在所不问,这使得电子商务法的适用范围保持了相当程度的弹性。在世界贸易组织1998年《电子商务工作方案》(Work Program on Electronic Commerce)中,电子商务被界定为通过电子手段进行的产品和服务的生产、分发、市场营销、销售、配送等活动。^③而经合组织发布的《定义与计量电子商务》(Defining and Measuring E-commerce)研究报告区分了电子商务的广义定义与狭义定义,两者的差异主要体现在技术手段层面,广义定义认为电子商务的技术手段应为一切开放、无产权的网络系统(open, non-proprietary networks),互联网仅为其中的表现形式之一,而狭义定义则认为其技术手段仅为互联网。^④就电子商务平台而言,联合国贸易和发展会议2018年发布的《促进电子商务和数字化平台的发展收益》对其进行了极为宽泛的定义,首先,按照业务范围的不同将电子商务平台分为商品类电子商务平台(goods e-commerce platforms)和服务类电子商务平台(services commerce platforms),而服务类电子商务平台又可以根据行业和功能的不同分为交通运输、娱乐、搜索、信息/评价、应用市场、云服务等众多类型^⑤。

在我国,电子商务调整范围明显采取广义说的立场。《电子商务法》第2条也从技术条件与商务目的两个层面对电子商务进行界定。从技术条件来看,电子商务的开展必须通过信息网络展开,立法者对信息网络采取了宽泛的界定,互联网仅为其中的一种典型表现形式而已。^⑥从商务目的来看,电子商务既涵盖销售商品的活动,也包括提供服务的活动,与此同时,此种活动应当具有持续性和营利性,即满足经营活动的要求。《电子商务法》在这一问题上的立场与我国学界通说不谋而合。在学理层面,我国多数学者亦主张采取广义的界定模式,在技术层面,应对信息网络进行宽泛理解,电信网、广电网、物联网等均属于信息网络的范畴;从时间层面上来看,商务活动只要有某一环节采取信息网络的技术形式进行,就应当被纳入电子商务的麾下。^⑦而《电子商务法》对电子商务平台经营者的界定体现在该法第9条第2款中,该条款主要包括如下内容:第一,电子商务平台经营者的服务内容包括提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等;第二,上述服务提供的目的在于促进交易活动的独立开展;第三,电子商务平台经营者须为组织体,自然人不得为之。很显然,上述概念界定以网络交易平台经营者为蓝本进行。一方面,上述界定与网络交易平台经营者的实际情形高度吻合。网络交易平台经营者开放符合准入条件的买方和卖方进行注册,使其拥有账户从事交易活动,对应提供网络经营场所服务;网络交易平台经营者通过信息网络技术设立、运行远程缔约系统,提供看

① UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment § 1, § 2 (1996).

② Uniform Electronic Commerce Act of Canada § 1(a) (1999).

③ Work Programme on Electronic Commerce § 1.3 (1998).

④ OECD, Defining and Measuring E-commerce Issues for discussion, p. 3, p. 5.

⑤ United Nations Conference on Trade and Development, Fostering Development Gains from E-commerce and Digital Platforms, 2018, p.

5.

⑥ 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13页。

⑦ 参见崔聪聪:《论电子商务法的调整对象与适用范围》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期,第80页。

货下单功能,对应交易撮合服务;网络交易平台经营者允许卖方在其账户内发布商品服务信息,对应信息发布服务。另一方面,从历史解释的层面而言,《电子商务法》中对电子商务平台经营者的相关界定与其他规范性文件中对网络交易平台经营者的界定具有高度类似性。例如,在《网络交易管理办法》中,第三方交易平台经营者所提供的服务与电子商务平台经营者大体相同,仅存在细微差异,毫不夸张地说,后者的界定几乎是前者的翻版。

在我国学理上,对电子商务平台经营者内涵和外延的认识众说纷纭,聚讼不已,尚未形成通说观点。例如,杨立新教授认为,电子商务平台经营者与网络交易平台经营者可以等同视之,^①两者具有完全相同的内涵、外延和规范意义。而网络交易平台经营者的根本特征在于其提供的看货下单功能,即不仅提供线上的信息发布服务,而且能够为交易相对人提供远程交易系统,使之通过该平台完成合同订立之过程。按照上述标准,信息发布平台、网络支付平台、信用评价平台等众多类型的经营者均被排除在电子商务平台经营者行列之外。杨立新教授可能也意识到了狭义界定电子商务平台经营者的弊端,另行创设了参与网络交易的其他经营者这一概念,^②将网络支付平台经营者、信用评价平台经营者纳入其麾下。与此同时,学界也有观点主张对电子商务平台经营者采取更为开放和包容的界定模式,这些主张大多采取类型罗列的方式对电子商务平台经营者进行界定。例如,有观点认为《电子商务法》第9条所规定的交易撮合,既包括以淘宝、京东为典型代表的提供远程交易系统的模式,也包括以58同城为典型代表的整理发布信息的模式,^③此种观点事实上将信息发布平台经营者纳入电子商务平台经营者的范畴之中。此外,还有学者在责任承担的类型化分析维度下对上述问题进行探讨,认为提供交易撮合、信用评价、网络支付等不同类型服务的电子商务平台经营者须承担不同范围的审查义务,^④该观点对电子商务平台经营者采取极为广泛的理解模式。

综合既有的实证法规范和相关学理,笔者认为目前对电子商务平台经营者的概念界定有待商榷,具体内容阐释如下:

第一,概念界定欠缺周延的逻辑体系,核心特征之间的关系尚未明确,直接导致电子商务平台经营者的外延范围处于极为飘忽不定的状态之中。诚如前述,我国目前《电子商务法》主要采取服务类型这一维度对电子商务平台经营者进行界定,是否提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务成为判定电子商务平台经营者的关键性标准。然而,该法并未对上述核心特征之间的逻辑关系进行必要的解释与说明,三者之间是彼此并列的逻辑关系还是存在一定的主从关系?三者之间满足其一即可认定为电子商务平台经营者还是必须全部满足才能予以认定?对此,《电子商务法》第9条第2款并未予以明确回答。就逻辑关系而言,三者并不处于同一层面之上,网络经营场所的提供起到了基础性、根本性的作用,通过信息网络技术为交易活动的开展提供了虚拟空间,而交易撮合、信息发布等服务的开展都必须依托网络经营场所进行,两者之间的关系类似于操作系统与应

^① 参见杨立新:《电子商务法规定的电子商务交易法律关系主体及类型》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第114页。

^② 参见杨立新:《网络交易法律关系构造》,载《中国社会科学》2016年第2期,第116页。

^③ 参见王泽钧:《电子商务平台经营者的界定——结合〈电子商务法〉第九条的分析》,载《人民法治》2018年第20期,第26页。

^④ 参见伏创宇:《我国电子商务平台经营者的公法审查义务及其界限》,载《中国社会科学院研究生院学报》2019年第2期,第122-123页。

用程序,存在明显的主从逻辑关系。因此,《电子商务法》第9条第2款将三者予以并列,在逻辑层面欠缺合理性。就是否应当提供上述三项全部服务而言,《电子商务法》未置一词,这使得电子商务平台经营者的范围难以确定。如果欲对其范围进行扩张解释,则可以认定上述服务提供一项即可落入电子商务平台经营者的范围之内,而如果欲对其范围进行限缩解释,则可以认定必须提供全部三项服务方能构成电子商务平台经营者。如此广泛解释空间的遗留显然背离了法之确定性与安定性的基本价值追求,令人难以信服。这一点也是导致学界众说纷纭的重要原因之一。除此之外,由于《电子商务法》对自身调整对象采取了较为宽泛的界定模式,以网络交易平台运营者为蓝本建构的电子商务平台经营者概念范畴与之存在一定的张力和龃龉,这将导致整个电子商务法体系融贯性存在相当程度的瑕疵与缺陷。为消除体系层面的不协调性,也有必要对电子商务平台经营者概念范畴进行重新设计。

第二,一元化概念界定模式无法反映电子商务平台经营者内部的丰富性,使得权利义务关系的配置出现重大偏差。现有的概念界定以网络交易平台经营者为主要原型设计,假定电子商务平台经营者内部具有高度的同质性与一元性,忽视实践中电子商务平台经营者多样化、差异化的发展态势。随着电子商务不断深入推进,电子商务平台经营者对交易活动的参与阶段和介入方式不尽相同,已经发展成为既存在普遍共性又存在自身鲜明个性的有机整体,而一元化概念界定模式使得人们对电子商务平台经营者的认识仍然处于扁平化的状态之中,这与客观实际相较差之甚远。更为重要的是,抽象基础的严重不足使得具体规则的设计尤其是权利义务配置规则存在较大缺陷。既有权利义务配置规则以网络交易平台经营者为基础,通过强化全流程义务的方式以期为消费者等交易相对人提供强有力保护。然而,网络支付平台、信息发布平台、信用评价平台等其他类型的经营者对交易活动的参与往往仅仅局限于特定阶段,此种规制方式使其承担过重的法律义务,在利益考量上仍有进一步推敲的余地。综上,一元化的概念界定模式不仅导致认知上的狭隘化,更导致法律适用的“一刀切”,无益于电子商务的持续稳定发展。

第三,列举式概念界定模式无法集中反映电子商务平台经营者的本质属性,也无法为电子商务的发展预留充分的空间。为适应实践中电子商务平台发展实际的需要,学界出现了对电子商务平台经营者进行广义解释的声音。这些主张大多是从实践中既有的商业模式出发,对应当被涵盖在电子商务平台经营者概念之内的主体进行列举式定义。这些学者虽然已经意识到既有概念界定模式存在的弊病,并试图予以纠正,但显然欠缺方法论自觉。列举式概念界定模式无法彰显电子商务平台经营者的本质属性,也无法划定“我者”与“他者”之间的清晰标准,这使得概念的界定在很大程度上取决于定义者本身的主观意志,在客观性层面存在重大欠缺。再者而言,列举式定义模式始终面临着逻辑不周延的难题,无论定义者如何努力,都无法穷尽实践中的一切情形,这使得法律漏洞的风险宛如达摩克利斯之剑高悬于头顶。更何况电子商务领域千变万化,全新的商业模式不断涌现,法之安定性与现实的变动性之间的矛盾尤为突出,列举式概念界定模式在解决这一难题上无能为力,转向抽象式概念界定模式,成为解决这一问题的必由之路。

综上所述,电子商务平台经营者既有的概念界定应当摒弃列举式模式转而采取抽象式模式,使概念界定适应电子商务平台经营者多元化发展趋势,保持电子商务平台经营者概念的开放性,有效化解其与电子商务调整范围的龃龉,实现两者的无缝对接。

二、电子商务平台经营者的概念框定

电子商务平台经营者是指设立、运营电子商务平台,为交易的实现和达成提供特定服务,具有开放性、中立性、营利性、控制性的组织体。这一概念可以从两方面进行理解:一方面,电子商务平台经营者与电子商务平台之间的关系,电子商务平台是理解电子商务平台经营者无法绕开的关键一步;另一方面,电子商务平台经营者的本身特征,即开放性、中立性、营利性、控制性。

由于电子商务平台的复杂性和多元性,对其进行概念界定显得异常困难,为此,本文从技术与商务两个维度对其进行考察,力图最为充分地展现电子商务平台的真实面貌。就技术层面而言,电子商务平台属于网络平台的范畴,以海量端点、交互空间和通用介质为核心要素。就三者的关系而言,交互空间构成了电子商务平台的本体和中心,而海量端点和通用介质则处于相对边缘的地位,但在另一方面,交互空间效用的发挥无法脱离海量端点和通用介质而独立实现,否则,交互空间将沦为毫无意义的空中楼阁。^①就商务层面而言,电子商务平台旨在促进和保障电子商务活动的顺畅展开,这也是电子商务平台区别于网络社交平台等其他平台的根本特征。有论者指出,电子商务平台充当着网络交易展开的底层架构和基础设施,^②这一观点恰到好处地反映了电子商务平台在电子商务活动中扮演的角色和作用。具体而言,该作用是通过平台经营者为电子商务交易活动的达成和实现提供服务的方式得以实现,即电子商务平台经营者积极参与到电子商务交易活动中来,对交易发挥积极、正向的促进作用,充当合同磋商、缔约、履行、争议解决等阶段的桥梁和纽带。

对于电子商务平台经营者本身的特征,可以从如下方面进行分析:

第一,电子商务平台经营者具有开放性。基于平台经济学的相关理论,电子商务领域为典型的双边市场,^③平台内经营者、交易相对人等不同类型的主体彼此勾连,相互影响,形成水乳交融的伴生关系。^④普遍认为,在双边市场中存在网络交叉外部性效应。具体到电子商务领域,该市场的效用不仅与平台内经营者、交易相对人等主体规模呈现出明显的正相关性,而且不同类型主体的规模大小具有极强的关联性,平台内经营者数量的增加会促使交易相对人数量的增加,而交易相对人规模的萎缩也将导致平台内经营者规模的减损,任何一类主体规模的变动都最终将对市场效用产生重大影响。基于此,电子商务平台经营者必须保持开放性,且这种开放应当满足双向性乃至多向性的要求。开放性是指电子商务平台必须将平台代码、端口、信息传输通道、存储介质、交易资格等向平台内经营者与交易相对人予以开放。从开放对象来看,既包括作为商品服务提供方的平台内经营者,也包括作为商品服务接受方的交易相对人,仅向一方开放上述内容的主体不属于电子商务平台经营者的范畴。例如,实践中广泛存在的电子商务自营经营者仅向商品服务接受方开放上述内容,对商品服务提供方而言并不具有开放性,因此,此类主体不属于电子商务平台经营者的范畴。

^① 谷虹:《信息平台论:三网融合背景下信息平台的构建、运营、竞争与规制研究》,清华大学出版社2012年版,第65-70页。

^② 胡凌:《从开放资源到基础服务:平台监管的新视角》,载《学术月刊》2019年第2期,第98-99页。

^③ 这一点在诸多针对特定行业的电子商务研究中得到充分印证。例如,在网约车领域,有学者指出,由于双边市场属性、交叉网络外部性效应的存在,致使传统的出租车监管体系无法适用。(参见冯博、杨童:《中国网约车监管路径转型研究》,载《大连理工大学报(社会科学版)》2018年第3期,第108页。)

^④ 李剑:《双边市场下的反垄断法相关市场界定——“百度案”中的法与经济学》,载《法商研究》2010年第5期,第40页。

从开放的内容来看,主要包括如下内容:首先,电子商务平台经营者必须向双方开放平台代码、端口等内容,以便其能够顺利接入该平台,从而为缔约信息、履约信息的传递乃至最终促成交易创造技术前提;其次,电子商务平台经营者必须向双方开放信息传输渠道、存储介质,使得相关主体能够在该平台上注册买方或卖方账户,获得相关虚拟空间的使用权限,发布、传输、获取缔约信息、履约信息等相关信息,为交易的开展扫除信息障碍;最后,电子商务平台经营者必须向双方开放交易资格,使得平台内经营者与交易相对人能够利用平台提供的远程缔约系统服务、远程支付服务等开展交易活动。就上述开放的内容而言,平台代码、端口、信息传输通道、存储介质等居于技术手段的地位,交易资格则为最终目的,最终目的之实现须借助于技术手段的渐次演进而达成。

第二,电子商务平台经营者具有中立性。^① 中立性是指电子商务平台经营者在法律关系与利益格局上独立于商务服务提供方和接受方,作为中立第三方主体而存在的特征。法律关系上的中立性是指电子商务平台经营者并非网络交易基础法律关系的当事人,不得全部或者部分行使请求支付货款、请求提供商品服务等合同债权。与此同时,电子商务平台经营者分别与平台内经营者、交易相对人形成平台服务合同法律关系,依法履行提供虚拟空间、信息服务、提供缔约系统、提供履约手段等主给付义务,行使要求支付服务费等权利。上述权利义务明显有别于交易双方。利益格局的中立性是指电子商务平台经营者在最终利益分配上不与交易双方共进退,电子商务平台经营者不得通过订立合同等其他方式间接行使交易双方的合同权利。这一点还体现为电子商务平台经营者作为网络市场的搭建者、维护者,其利润获得有赖于整个市场的良性健康运行,与单次交易之间并不存在明确的对应关系,因此,其处于独立交易双方的地位。值得注意的是,在实践中,部分电子商务平台经营者除为电子商务交易的顺畅进行提供服务外,还可能开展自营业务,例如,电商巨头京东、亚马逊均采取这一模式。对于自营业务而言,由于电子商务平台经营者直接充当商品服务提供者的角色,这使得其不再满足中立性的要求,此时,须适用电子商务自营经营者的相关规范。电子商务平台经营者的中立性特征是法律赋予其交易规则制定权的重要原因。基于禁止利益冲突的法理,任何人不得为自己创设规则,充当自己的法官。中立性意味着电子商务平台经营者独立于交易双方,在相当程度上不受利益冲突的困扰,能够以客观公正的态度制定交易规则,最终合理配置双方的权利义务关系。值得注意的是,中立性并非意味着电子商务平台经营者超然于交易活动之外,仅仅处于消极守夜人的地位。事实上,电子商务平台经营者对交易活动的介入和参与呈现越来越深的趋势,而且由于事实层面和法律层面的优势地位,其对交易活动具有很强程度的控制力。控制力的强化与中立性之间并不存在矛盾,控制力体现的是电子商务平台经营者对交易活动和交易活动的掌控,反映的是主客体之间的关系。而中立性则体现的是电子商务平台经营者与交易双方的法律地位和利益格局,反映的是主体间的关系。两者彼此共存,并行不悖。

第三,电子商务平台经营者具有营利性。通说认为,营利性是指以营业活动为手段最终获取利润并将利润分配给组织体成员的特征,^②对于电子商务平台经营者而言,由于其从事的诸多行为均

^① 在规范和学理层面,中立性被广泛承认,部分研究和文件采取了第三方的表述方式来阐明这一点。规范层面的事例参见《网络交易管理办法》第22条之规定,学理层面的文献参见荣振华:《网络食品交易第三方平台提供者义务之反思与重构》,载《北方法学》2018年第4期,第26页。

^② 施天涛:《公司法论》(第4版),法律出版社2018年版,第7页。

呈现出无偿性的特征,其营利性特征并不一目了然。然而,本文认为,不能以此为据否定其营利性特征。现代商事营利性理论已然扩张营利内涵,将营利界定为谋求利润,超越了目的与手段的区分。^①在商事实践中,无偿行为广泛存在,例如公司捐赠、附条件赠送等,这些行为的效力被普遍承认,是商事主体实现营利的中间环节。电子商务平台经营者的相关行为也应当从这一层面进行理解。从更为深层的角度而言,电子商务平台经营者之所以大量采取无偿行为,与该领域的双边市场特性息息相关。在双边市场领域,企业获取的利润可以在不同主体之间通过交叉补贴的方式进行适度分配,仅就单一主体享受的服务而言,其定价并不遵循边际成本原理,有可能出现定价为零甚至为负数的情形。^②这一点使得电子商务平台经营者的营利模式呈现出较为鲜明的多元性和非传统性。在实践中,电子商务平台经营者的营利模式主要包括直接营利模式与间接营利模式,在前者中,经营者直接向服务接受者中的一方或者双方收取费用,而在后者中,经营者则通过其他渠道间接获取利润。

第四,电子商务平台经营者具有控制性。这里所称的控制性是指电子商务平台经营者对电子商务平台和电子商务交易活动能够予以掌握,在一定程度上使得上述对象按照其自身的意志运行的特征。从客体的层面来看,控制对象既包括电子商务平台,也包括电子商务交易活动,前者是电子商务得以顺畅进行的基础设施和虚拟空间,后者则是平台搭建的最终目的和归宿,两者存在明显的手段与目的关系,电子商务平台经营者对两者的控制则呈现出犬牙交错的关系。在学理上,控制性可以分为事实上的控制性与法律上的控制性。事实上的控制性体现的是主体对客体进行物理支配的现实能力,具体到本文论题,则是电子商务平台经营者对信息传输存储通道和介质的支配。通常而言,信息具有传播共享性、单向不可逆性等特征,^③主体无法对其建立起如同物理实体般的垄断性支配。然而,在电子商务领域情况有所不同,由于信息发出者与信息接收者之间并不处于同一物理空间,信息的传递高度依赖电子商务平台经营者提供的存储介质和传输通道,这使得电子商务平台经营者对信息传输过程具有高度支配力。具体而言,电子商务平台经营者可以关闭信息传输通道或者设置访问权限,使得信息发出者无法发送信息或者令信息接受者无法接收信息;电子商务平台经营者可以对存储在其所控制的物理介质之上的信息进行删除、更正、补充,从根本上改变信息的内容。电子商务平台经营者通过信息传输的拒绝或者内容的改变,阻却潜在交易的缔结或影响已缔约交易的履约情况,最终实现对电子商务交易活动的控制。在法律上的控制性方面,电子商务平台经营者有权制定并单方变更交易规则等合同条款,其所制定的交易规则对平台内经营者、交易相对人等主体具有普遍、广泛的拘束力,其效力并不局限于特定交易活动,而能够抽象地适用于平台内发生的一切交易活动。因此,交易规则事实上居于“软法”的地位。对于交易规则,平台内经营者与交易相对人无权就其内容与电子商务平台经营者进行协商,只能选择接受或者不予接受。交易规则制定权与单方变更权的引入使得相关主体的意思自治受到相当程度的限制,是法律对电子

^① 郑景元:《商事营利性理论的新发展——从传统到现代》,载《比较法研究》2013年第1期,第61页。

^② 吴汉洪、孟剑:《双边市场理论与应用述评》,载《中国人民大学学报》2014年第2期,第150页。

^③ 参见董涛:《知识产权还需要占有制度吗?——知识产权给占有制度带来的困惑与重构》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2009年第4期,第83页。

商务平台经营者权利作出的倾斜性配置,^①从而在法律层面确立其对电子商务交易活动的控制。从涵盖的领域来看,交易规则遍及交易达成、价格确定、合同履行、违约责任等诸多方面,上述环节均存在法律上的控制。综上,电子商务平台经营者通过事实层面与法律层面的控制,广泛深入地参与到电子商务交易活动中,对其施加极为重要的影响。

三、电子商务平台经营者的私法属性定位

对于电子商务平台经营者法律属性,学界素来存在争议,其中,两种有代表性的观点为虚拟空间出租人说与居间人说。^②前者认为电子商务平台经营者与平台内经营者、交易相对人之间存在租赁合同法律关系,将虚拟空间交付给平台内经营者、交易相对人并供其在一定时间内使用构成了电子商务平台经营者的主给付义务。后者认为上述主体之间存在居间合同法律关系,向平台内经营者、交易相对人报告相关交易信息并积极促成交易构成了电子商务平台经营者的主给付义务。值得注意的是,在体系定位上,租赁合同为典型的物型合同,而居间合同属于服务合同的范畴,两者存在天壤之别,这表明学界在类合同的层次上并未对电子商务平台经营者法律属性达成共识,有待进一步澄清。

笔者认为,在类合同的层次上,电子商务平台经营者与平台内经营者、交易相对人等主体之间的法律关系属于服务合同的范畴。理由如下:其一,给付标的具有无体性。在该法律关系中,电子商务平台经营者所负担的主给付义务在于为电子商务交易活动的达成和实现提供服务,此种服务并不具有为人的感官所能识别的物理外观,无法从质量、体积等维度进行衡量,也不占据一定的物理空间,属于民法上无体物的范畴。究其本质,电子商务平台经营者所提供的服务本质上属于信息的传递,此种信息传递旨在实现促进交易的顺畅缔结和履行。较之于传统模式,此种信息传递已经在相当程度上摆脱了实体化载体的束缚,而是通过虚拟化的信息技术进行,这在一定程度上进一步强化了其无体性特征。其二,难以库存性。库存的实现,一方面以生产的标准化与定型化为前提,另一方面则意味着生产过程与消费过程的分离,两者存在一定的时间差。对于电子商务平台经营者而言,其负担的主给付义务旨在促进电子商务交易活动的顺畅展开,该义务必须依附于特定交易活动方能履行。而每一笔交易活动都富有其鲜明的个性,在交易对象、交易标的、交易条件、履约时限、交易地点等方面都独具特色,电子商务平台经营者服务的提供必须围绕这一笔笔交易活动而展开,因此无法在事先完全实现标准化与定型化。与此同时,电子商务平台经营者提供的服务在生产与消费上具有同步性,无法实现分离。从本质上来说,该服务即为交易信息的传递,无论是服务的生产或消费,都是在电子商务平台经营者与平台内经营者、交易相对人彼此之间的交流互动中得以实现,生产与消费实质上是同一过程的两个不同侧面,难以在时间维度上分割。其三,复原之不可能性。信息的传递具有单向不可逆性的特征,只能从信息发出者指向信息接受者,无法做反向运动。电子商务平台经营者履行主给付义务后,相关交易信息便与平台内经营者、交易相对人融为一

^① 王红霞、孙寒宁:《电子商务平台单方变更合同的法律规制——兼论〈电子商务法〉第34条之局限》,载《湖南大学学报(社会科学版)》2019年第1期,第141页。

^② 参见王利明:《民法分则合同编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期,第32-33页。

体,无法分离,在现实层面已经无法恢复至义务履行之前的状态。其四,持续性。由于电子商务平台经营者的主给付义务以服务 and 促进交易的实现为根本目的,其内容并非在合同订立之时便完全确定,而是随着交易活动的展开而渐趋明晰。与此相对应,电子商务平台经营者义务的履行也并非一蹴而就,而是一个长时段的过程,与交易活动的推进相伴而行。

综上,鉴于该法律关系所具备的给付标的无体性、难以库存性、复原之不可能性、持续性等特征,应在类合同的层次将其界定为服务合同。^①

在学理上,服务合同包含承揽型服务合同与委托型服务合同,^②前者可以被视为是物型合同的衍生,旨在实现特定成果的交付,后者与物型合同距离较为遥远,以纯粹劳务提供为主给付义务。很显然,电子商务平台经营者与平台内经营者、交易相对人之间的法律关系属于劳务提供型服务合同的范畴,明确这一点的法律意义在于:首先,电子商务平台经营者所承担的是行为义务而非结果义务,在履行合同过程中,应当尽善良管理人勤勉尽责之义务,而不对结果负担绝对担保。在电子商务平台已经履行勤勉尽责义务的情况下,即便未能达成预期结果,亦不得认定其违约。其次,基于双方之间的人身信赖关系,平台内经营者、交易相对人不得寻求强制履行的违约救济方法,只得寻求损害赔偿等替代性救济措施。最后,由于给付内容的无体性,物之瑕疵担保制度并不适用于该领域。

就具体合同类型层面而言,本文主张将电子商务平台经营者与平台内经营者、交易相对人之间的法律关系界定为一种全新的有名合同,即平台服务合同。该合同区别于既有典型合同的个性体现在:其一,平台服务合同具有数据性特征。从本质上来说,电子商务平台经营者扮演着数据处理中心的角色,一方面,其通过开放端口和信息传输通道,使得相关主体的数据得以汇集,并以自身为中转站将其传输至四面八方;另一方面,其也是重要的数据产生源,通过事先设定的程序产生海量数据并及时反馈给合同当事人。在数据的产生、汇集、处理、传输过程中,平台服务合同得以顺畅履行。其二,平台服务合同具有远程性的特征。通常而言,服务合同中劳务的提供意味着服务提供者与服务接受者彼此之间的这种互动,此种互动要求双方处于同一物理空间。而平台服务合同则不然,由于其采取信息技术作为履约手段,服务提供者与服务接受者无须身处同一地点即可完成合同的履行。其三,平台服务合同具有智能性的特征。在合同订立之前,电子商务平台经营者往往预先设置一系列算法程序。待合同缔结之后,相关算法程序会根据相关技术参数自动作出判断,生成相关信息并将其通过信息通道予以传输,而无须电子商务平台经营者的工作人员逐一进行识别和判断。智能化程序的运用在相当程度上避免了服务水准的参差不齐,推动服务朝着标准化、自动化的方向推进。其四,平台服务合同包含“一揽子服务”,呈现出鲜明的综合性特征。在该合同中,电子商务平台经营者所提供的服务涵盖从磋商、缔约、履行、争议解决的各个阶段,包含交易信息提供、缔约系统提供、履行信息告知、网络支付服务、协助处理争端、信用评价服务等诸多方面。以上

^① 在比较法上,英国、意大利、西班牙等国已将电子商务平台经营者与平台内经营者、交易相对人之间存在的云计算合同定性为服务合同,相关内容转引自金晶:《数字时代经典合同法的力量——以欧盟数字单一市场政策为背景》,载《欧洲研究》2017年第6期,第81页。

^② 参见周江洪:《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》,载《中外法学》2008年第5期,第665页。

服务彼此组合,共同服务于促进交易缔结和顺畅履行这一根本目标,^①在交易目的上具有整体性。

针对学界有声音主张将电子商务平台经营者法律属性界定为居间人,本文认为,平台服务合同尽管在表面上与居间合同存在一定的类似性,但两者的差异显而易见,此种观点对电子商务平台经营者的定性有失偏颇,不宜采纳。具体而言:其一,有偿与否不同。基于营利模式的多样性,平台服务合同的有偿性问题在实践中存在很大的差异,既包括直接收取对价的有偿合同,也包括不直接收取对价的无偿合同。而居间合同属于商事合同的范畴,全部属于有偿合同的范畴。^②其二,对交易的介入时段和介入程度不同。平台服务合同对交易活动的介入贯穿交易的全过程,从磋商、缔约到履行、争议解决的各个阶段,都可以看见电子商务平台经营者积极提供服务的身影。此外,由于法律承认电子商务平台经营者享有交易规则制定权与单方变更权,其对交易活动具有一定的控制性,介入程度较为深入。居间合同则主要作用于磋商与缔约阶段,基本上不介入合同履行与争议解决阶段,与此同时,由于居间人并无自主制定自治规则的权利,其对交易活动的介入程度较浅。其三,服务对象不同。电子商务平台经营者的服务对象具有二元性,既包括平台内经营者,也包括交易相对人,两者在利益关系上具有对立性。在提供服务的过程中,电子商务平台经营者应基于独立的第三方立场,妥善处理两者利益分歧,合理配置双方权利义务关系。居间人的服务对象则呈现出一元性的特点,基于禁止利益冲突考量,法律禁止实施双方居间行为。

四、服务维度下电子商务平台经营者的私法规制路径

诚如前述,电子商务平台经营者扮演着服务合同当事人的角色,服务的提供系电子商务平台经营者所负担的主给付义务。由此,须进一步探究服务的经济本质与规范本质,从而更为深入全面地洞察电子商务平台经营者的私法地位。

在经济学上,服务包含如下特征:首先,服务具有变动性,服务的提供使得某一经济单位发生某些变化;其次,提供主体与享受主体的分离性,即服务应当由另一方主体为该经济单位提供,不得由其自行提供;最后,合意性,即服务提供者向服务接受者提供服务须以双方达成意思表示一致为前提。^③对于服务与货物的区别,经济学也进行了深入探究,具体体现为:服务的提供过程并无财产权利的移转,服务提供者并不因此而减损财产权利,服务接受者也无法增添新的财产,服务的提供直接作用于服务接受者既有的财产之上,并可能对其形态产生一定的改变;而货物交易必然伴随着财产权利的交换,使得买受人获得财产权利的同时而使得出卖人丧失相关权利。再者,由于服务所具有的无体性特征,其生产消费具有同步性,两者无法分离,因此具有无法库存的特征,而货物具有特定物理形态,其生产与消费可以彼此分离,在两者之间的阶段,货物处于库存的状态。从规范的层面来看,服务为给付行为所指向的客体,此种客体具有无体性的特征,显然不属于有体物,难以以为人的五官所直接感受,无法从质量、体积等维度进行衡量,并不具有空间上的独占性和排他性,在一定

^① 正如有论者指出的那样,互联网销售者与消费者之间的买卖合同法律关系在互联网交易中居于支配与核心地位,而互联网经营者与销售者、消费者之间的服务合同法律关系则居于从属地位,相关内容参见夏庆锋:《互联网商品交易的二阶法律关系分析》,载《社会科学》2019年第1期,第114页。

^② 崔建远主编:《合同法》(第5版),法律出版社2010年版,第525页。

^③ 曾祥生:《服务合同一般规则与立法模式研究》,中国政法大学出版社2017年版,第8页。

程度上可予以迭加。^① 服务虽不具有有形的物理形态,但其作用的发挥仍然须与服务接受者的人身或者既有财产相结合方能实现,此种结合使得既有财产或人身发生了一定的积极变动,不过,在这一过程中,财产权利并未一时性或者终局性由服务提供者处移转至服务接受者处。财产权利移转的欠缺性是服务区别于货物等其他给付标的物的显著特征。

按照对网络交易基础法律关系作用的不同,可以将电子商务平台经营者提供的服务分为必要型服务与辅助型服务。如此分类的原因在于,服务合同当事人系电子商务平台经营者的私法属性,服务类型的差异将影响其权责关系的配置。必要型服务能够直接促成网络交易基础法律关系的变动,而辅助型服务欠缺这一功能,两者在给付义务层面具有相当之差异。此外,前者对交易活动的介入更为深入,其提供者须承担更为严格的审核义务与安全保障义务,提供后一服务的主体义务标准则有所降低。因此,这一分类对电子商务平台经营者权责关系的明晰化具有重要意义。

具体而言,必要型服务是指为网络交易基础法律关系订立与履行所无法或缺,是该法律关系设立、变更、终止之必备条件的服务形态。就两者的关系而言,必要型服务构成了网络交易基础法律关系的必要条件,必要型服务的提供并不意味着网络交易基础法律关系一定能够得以订立和履行,但欠缺必要型服务,网络交易基础法律关系将因技术条件的欠缺而陷入订约不能与履行不能的境地。在实践中,必要型服务包括提供网络缔约系统、网络支付服务等具体类型。网络缔约系统的提供能够有效地传递平台内经营者与交易相对人的意思表示,通过数据电文的方式形成意思合意,使得物理空间的阻隔不再成为影响合意达成的障碍。而网络支付服务则通过电子终端发出支付指令的方式使得价金支付义务在交易双方互不见面的前提下得以顺利进行,为网络交易基础法律关系的履行奠定重要基础。例如,支付宝以网络支付服务为主营业务。辅助型服务是指并不构成网络交易基础法律关系的前提条件,但也能在一定程度上促进网络交易基础法律关系缔结和履行的服务。辅助型服务主要包括交易信息发布服务、信用评价信息发布服务、履约信息反馈服务等。

与必要型服务不同,辅助型服务与网络交易基础法律关系之间并不存在线性因果关系,前者对后者的促进建立在盖然性的层面之上。具体而言,信息发布服务的提供并不构成网络交易基础法律关系缔约的必要前提,然而,相关信息的发布使得相关主体了解到潜在交易对象,从而在概率层面增强了缔约可能性。在实践中,58同城平台经营者主要提供该类型的服务。针对电子商务交易所具有的虚拟性、身份匿名性、信息流动性等特点,^②信用评价服务在一定程度上缓解了远程交易中存在的信息不对称局面,使得交易风险得以控制,增强相关主体的缔约意愿,从而对交易的达成起到正向推动作用。综上,必要型服务与辅助型服务在促进网络交易基础法律关系缔结和履行的作用程度上表现出明显的差异,前者体现为一种强作用力,后者则仅为弱作用力。此外,两者在介入环节上也存在显著差异,前者对交易活动的介入主要体现在缔约、履行等合同本体阶段,而后者对交易活动的介入主要体现在磋商、争端解决等前合同阶段与后合同阶段。

从提供服务的具体类型来看,电子商务平台经营者包括以下三种情况:其一,提供必要型服务的经营者,此类经营者介入缔约、履行等合同本体阶段,充当网络交易基础法律关系缔约和履约的技术手段,支付宝即为典型事例。其二,提供辅助型服务的经营者,此类经营者介入磋商、争端解决

^① 梁慧星、陈华彬:《物权法》(第5版),法律出版社2010年版,第9页。

^② 参见刘铭卿:《论电子商务信用法律机制之完善》,载《东方法学》2019年第2期,第160页。

等前合同阶段与后合同阶段,通过信息媒介服务的提供,促进网络交易基础法律关系的缔结和履行,⁵⁸ 同城平台经营者为实践中的典型代表。其三,既提供必要型服务又涉及辅助型服务的经营者,此类经营者对网络交易活动的介入呈现出全流程性的特征。例如,网络交易平台经营者提供信息发布、缔约信息提供、信用评价、争端解决等多重服务,这些服务横跨必要型服务与辅助型服务。淘宝、京东等平台经营者即属于此种类型。本文认为,此类经营者与提供必要型服务的经营者更为相似,应当置于同一框架内进行讨论,理由在于:一方面,从必要型服务与辅助型服务两者的关系来看,前者居于主导地位,而后者则居于从属地位,辅助型服务的提供旨在改善与优化必要型服务的效果,辅助型服务可以被视为是必要型服务的延伸与拓展。因此,此类经营者与只提供必要型服务的经营者并无本质区别,应当予以同等对待。另一方面,必要型服务与辅助型服务之划分,一个很重要的特征在于,两者对交易的介入程度不同,前者明显强于后者。必要型服务与辅助型服务的同时提供,进一步强化了电子商务平台经营者对交易活动的介入程度。从这一点来看,此类经营者与只提供必要型服务的经营者具有高度相似性而与提供辅助型服务的经营者存在本质区别。

在必要型服务中,按照服务作用环节的不同,可以将其分为远程缔约系统服务与履约手段服务。在实践中,远程缔约系统服务多由网络交易平台经营者提供,此类经营者除提供该服务外,还普遍在磋商、履约等环节提供信息发布与反馈等一系列辅助型服务。例如,淘宝、京东等经营者既提供远程缔约系统服务等必要型服务,也提供交易信息发布、履约信息反馈等辅助型服务。较之于其他的电子商务平台经营者,网络交易平台经营者的鲜明特点在于服务内容的综合性与介入阶段的持久性。从服务内容来看,网络交易平台经营者既涉及缔约系统提供这一必要型服务,又涉及信息发布、交易规则制定、履约情况反馈、争端解决等辅助型服务,这些服务之间形成牢固的整体,共同促进电子商务交易活动的缔结和推进。从介入阶段来看,其对交易活动的参与几乎遍及每一个阶段,从交易的预备直至交易完成,几乎无所不包,具有全流程性。正是由于网络交易平台经营者服务内容的综合性与介入阶段的持久性,其对交易活动的控制明显强于其他的电子商务平台经营者,因此,也应负担更为严格的法律责任。而履约手段服务在实践中多由网络支付平台经营者等主体提供,此类服务具有较强的独立性,通常情况下并不与辅助型服务一起捆绑进行。值得注意的是,履约手段服务与履约信息反馈服务虽然都发生在合同履行阶段,但两者存在本质区别:其一,法律属性不同,履约手段服务属于必要型服务的范畴,而履约信息反馈服务属于辅助型服务的范畴。其二,作用机理不同。履约手段服务的提供直接促进合同义务的履行,使得双方当事人的网络交易基础法律关系发生实质性变动,而履约信息反馈服务则是对上述变动的通知,使得双方当事人知悉相关情况,并不直接对网络交易基础法律关系产生影响。从履约的具体内容来看,网络交易基础法律关系可能涉及物品交付、服务提供、金钱支付等主给付义务。其中,物品交付的完成必然涉及物理空间的移转,无法在虚拟空间中完成,而服务提供具有较强的人格性,^①通常以服务提供者与服务接受者面对面的方式完成,现阶段,此类服务主要针对的是金钱支付义务,但不排除技术发展进一步扩展该服务的适用空间。

辅助型服务以信息发布和反馈为主要内容,按照发布信息的类型不同,可以将其分为交易信息

^① 邱聪智:《新订债法各论》(中),中国人民大学出版社2006年版,第5页。

发布服务、信用评价信息发布服务等。交易信息发布服务是指电子商务平台经营者提供虚拟空间和信息传输渠道,供平台内经营者发布交易商品和服务的种类、数量、价格等相关信息的服务。对于仅提供交易信息发布服务的经营者而言,其对交易活动的介入仅涉及磋商阶段,并不包含缔约、履行等阶段。值得注意的是,网络交易平台经营者同样也向相关主体提供该服务,但其与仅提供交易信息发布服务的经营者存在显著区别:前者以提供网络缔约系统服务为核心,并能够对后续履约情况实时跟进,予以密切掌握;而后者并不提供网络缔约系统,交易相对人获知相关信息后须通过线下等方式自行与平台内经营者订立合同,该合同的后续履行情况也无法为该经营者所获知。例如,58同城平台经营者仅仅发挥交易信息发布媒介的作用,并不提供远程缔约系统,交易双方须通过线下或其他电子手段缔结契约。信用评价信息发布服务是指电子商务平台经营者开放其信息传输管道,供交易相对人等主体发布对已经完成的交易及平台内经营者评价等信息的服务。值得注意的是,信用评价信息发布服务与交易信息发布服务都旨在为信息传输提供管道,但两者发布的信息不尽相同,前者主要发布潜在交易对象的资信状态,^①这些信息能够在一定程度上熨平虚拟世界中的信息鸿沟,从而有效降低交易风险、增强交易信心,而后者主要发布的是交易信息,能够增加交易机会,促进交易的达成。此外,信用评价信息对交易信息具有很强的依附性,脱离了交易信息,信息评价信息将难以发挥其用武之地。因此,在实践中,提供信用评价信息发布服务的经营者大多采取与其他经营者合作的方式开展经营活动。

针对电子商务平台经营者所提供服务的类型化分析对权利义务的厘清具有重要的意义,不同类型服务的确定将直接影响具体规范的适用。首先,就提供远程缔约系统服务的电子商务平台经营者而言,其居于意思表示传达人的法律地位,应当确保远程缔约系统处于持续稳定运行的状态,能够准确、及时、无误地将相关主体的意思表示传达给对方,当双方意思形成合意时,能够自动产生电子合同,及时将合同的履行情况生成电子数据并向双方当事人及时反馈,便于其了解合同的履约进度。因远程缔约系统故障造成意思传达错误、合同无法继续履行等情形的,电子商务平台经营者须承担损害赔偿责任。其次,就提供网络支付服务等履约手段的电子商务平台经营者而言,其应当审查支付指令的发出者是否具有相应的权限,审核无误后应当按照相关指令向相关账户支付款项,因未尽相应审核义务或系统故障而导致错误支付时,须向相对人承担损害赔偿责任。应注意的是,电子商务平台经营者的审核义务原则上并不涉及基础交易关系本身,后者的法律效力并不影响该给付义务的履行。就提供辅助型服务的电子商务平台经营者而言,其主给付义务在于按照合同的约定准确、完整、及时地存储、传输、发布交易信息、信用评价信息等内容,未经合同相对人的允许,不得擅自删除、修改、屏蔽相关内容。需要指出的是,电子商务平台经营者在信息传递过程中并非完全居于消极被动的地位,出于保护消费者人身财产安全以及维护正常市场秩序的需要,应对其课以一定的审查义务。在法律性质上,该审查义务为侵权法上的安全保障义务与合同附随义务、保护义务之竞合。在审查方式上,既包括主动式的事先审查,也包括被动式的事后纠正。在审查范围上,电子商务平台经营者须重点检视交易信息是否存在侵害消费者人身财产安全之虞,信用评价信息是否存在虚构、捏造等情形。

^① 杨立新:《网络交易法律关系构造》,载《中国社会科学》2016年第2期,第136页。

结语

作为新经济的重要形态,电子商务领域呈现出蓬勃发展的态势,电子商务平台经营者也从单一走向多元,在网络交易活动中扮演着不可或缺的关键性作用。既有的立法和学理以缔约平台经营者为蓝本设计电子商务平台经营者的相关规则,显然忽视了实践中电子商务平台经营者多元化的发展趋势,已经无法适应行业发展的需要,容易导致出现监管逃逸的现象,值得检讨和反思。本文采取由浅入深、循序渐进的研究思路,对电子商务平台经营者的私法属性与规制进行研究。电子商务平台经营者具有开放性、中立性、营利性、控制性之特征,旨在为交易的缔结和履行提供促进服务。本体层面的厘清为电子商务平台经营者私法属性的研究奠定了基石。由于其所给付标的的无体性、复原之不可能性、无法库存性等特征,电子商务平台经营者应当被认定为服务合同的当事人,该服务合同系独立的有名合同即平台服务合同。而私法属性的深入则以服务类型为线索展开讨论。在实践中,电子商务平台经营者所提供的服务包罗万象,极具复杂性,服务类型的不同直接影响其所承担的给付义务,因此,须进行类型化的梳理。具体而言,提供缔约系统的经营者须确保该系统持续处于正常运行状态,以便交易的缔结和履行;提供支付等履约手段服务的经营者须遵循相对人的指令协助完成付款操作;而提供交易信息、信用评价信息发布的经营者则应保障相关信息的准确、完整发布。■

The Private Law Regulation of E-Commerce Platform Enterprises

ZHENG Jia-ning

(Institute of Commercial Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: E-commerce platform enterprises, with the feature of openness, neutralism, profit and control, provide relevant services to conclude or promote a transaction. It plays a significant role in the e-commerce transaction field, so it is necessary to clarify its private law attribute and enhance the regulation. The object of payment has the character of incorporeality, impossibility of restoration, difficulty of storage, and persistence, so the legal attribute of the e-commerce platform enterprises should be a party of the service contract. This kind of service contract, which is obviously different from current typical contract, such as brokerage contract, belongs to an entirely new kind of named contract, namely platform service contract. According to the different degree of promotion of transaction activities, the services provided by e-commerce platform enterprises can be divided into necessary services and affiliate services. The necessary services include providing a system to conclude a contract, providing performance methods and so on. The affiliate services include issuing transaction information, issuing credit evaluation information, feedback performance information and so forth. The relationship of rights and obligations of e-commerce platform enterprises should be specifically determined according to the kind of services.

Key Words: digital economy; platform economy; E-Commerce Law; e-commerce platform enterprises; service contract

本文责任编辑:李晓锋
青年学术编辑:孙莹