

电子商务平台经营者的识别与判断标准探析

兰 昊

摘 要：《电子商务法》的有效运行离不开对调整对象具体范围的细化与落实，然而，由于电子商务平台的特殊性以及“电子商务平台经营者”本身表述的抽象性，对平台经营者的识别与判断存在困难。《电子商务法》的目标宗旨是降低网络交易存在的安全风险，提升和完善网络交易信任。平台模式中的平台经营者具有形成和加强网络交易信任的功能作用，因而，识别和判断平台经营者的落脚点在于，特定平台是否提供了统一的、为交易服务的规则模式而影响交易信任，或者未提供但实质性地管控了平台上的交易开展，并通过这一管控导致了交易信任的形成和加强，又或者通过其宣传、推广或者实际运营，使其自身在消费者心中定位，成为一种可信任的网络交易选择。识别和判断标准应保持一定的灵活性，且按顺序适用，相互补充，共同组成电子商务平台经营者的评判标准体系。

关键词：电子商务；平台经营者；网络交易；社交电商；交易信任

中图分类号：DF414

文献标识码：A

文章编号：1674-9502（2020）04-087-010

作 者：兰昊，浙江大学法学博士研究生。

《电子商务法》是我国电子商务领域系统性、全局性的法律，不仅要对主要的电子商务模式进行有效调整，而且对主要的电子商务主体进行有效规范。作为电子商务发展进程中的重要角色，电子商务平台在中国网络零售市场中表现突出，据《2017 年度中国网络零售市场数据监测报告》显示，2017 年我国 B2C 电商市场份额中，天猫、京东、唯品会、苏宁易购、拼多多、国美在线、亚马逊中国、当当等主流平台占网络零售市场总交易份额的 97%。^①在这样的一个形势之下，电子商务平台也成为了我国《电子商务法》的主要调整对象，由于电子商务平台是随着电子商务行业发展新出现的一类主体，既不同于传统的消费法律关系中的直接经营者，又不同于传统的网络服务提供商，具有一定的特殊性，为了与之相适应，《电子商务法》单独设置“电子商务平台经营者”（以下简称“平台经营者”）这一主体类型，并在第 27 条至第 46 条设置专门性的义务，因此，识别和判断是否属于平台经营者在《电子商务法》运行过程中具有了先决性的意义。只有清楚和明确哪些主体能被视为平台经营者，《电子商务法》针对性地调整目标才能落实，调整效果才能到位。但是，近年来随着新技术的发展和新模式的出现，电子商务行业出现了很多新变化，各种新型电商不断出现，社交电商中的社交平台、各种二手交易平台、代买购票平台、出行旅游平台、团购外卖平台等新平台是否属于受《电子商务法》调整的平台经营者并不明晰。如果无法准确辨别各种平台主体在《电子商务法》中的主体身份，《电子商务法》的作用可能无法落实。运行效果可能不尽理想。因此，明确电子商务平台经营者的具体指向，完善电子商务平台经营者的判断标准，是当前我国《电子商务法》亟需解决的重要问题。

^① 参见《2017 年度中国网络零售市场数据监测报告》，<http://www.100ec.cn/zt/17wlls/>，网经社网，2020 年 2 月 6 日访问。

一、电子商务平台经营者识别判断的场景及其面临的困境

《电子商务法》第9条规定,“电子商务经营者”是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织,并且将“电子商务平台经营者”“平台内经营者”“通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者”(以下简称“自建网站和其他网络服务经营者”)并列,纳入到“电子商务经营者”概念体系当中。随后单独将平台经营者界定为“在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务,供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织”。结合第9条以及后面的第27条至第46条规定来看,识别和判断平台经营者是《电子商务法》运行的重要一环,因为平台经营者负有区别于其他电子商务经营者的专属义务。

那么,识别和判断平台经营者是在一个什么情况下进行的呢?《电子商务法》第2条指出,本法所调整的是电子商务活动,而第9条又界定了“电子商务经营者”为从事电子商务活动的主体,并且平台经营者与其他的几种经营者都属于“电子商务经营者”。再结合平台经营者“在电子商务中”的表述限定,可以得知,判断是否属于平台经营者是在“电子商务”活动中,并且存在“电子商务经营者”时,此时如果能进一步确定存在平台经营者这类的主体类型,该平台经营者将要承担额外的义务。否则“电子商务经营者”的分类的特定法律意义将无法体现。具体来说,如果某一平台中的特定用户从事网络交易活动,而该活动满足《电子商务法》中电子商务的要求,那么,作为该网络交易的从事主体,该用户就有可能成为“电子商务经营者”而纳入管制范围。此时,该平台就有几种可能的属性:一是满足平台经营者的要求,那么该用户即为平台内经营者,该平台承担有关义务;二是不满足平台经营者的要求,那么该用户可能是其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者,该平台不属于《电子商务法》调整范围内的主体。由于平台模式和自建网站模式的最大区别在于是否存在以独立名义进行交易,因而,判断属于平台模式还是自建网站模式困难不大。但是,平台模式和通过其他网络的模式都具有多参与主体,以独立名义交易的特点,需要进行区分,因此,识别判断是否属于平台经营者的主要场景是区分某一平台是需要承担专属义务的平台经营者,还是其他通过网络服务的电子商务经营者中的网络服务提供者。

然而,《电子商务法》只对平台经营者和平台内经营者进行了界定,并且没有明确几种电子商务经营者分类的依据,使得在上述的场景中,识别和判断是否是平台经营者并非十分容易,甚至还可能面临困境。依据第9条,判断是否属于平台经营者的主要依据是“提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务”,然而这一表述并不清晰,有观点认为,这些内容只是示例性的列举^①,也有观点认为三者是承接关系,是平台经营者必须具备的特征。^②更重要的是,当区分是平台经营者还是普通的网络服务提供者时,这一表述的作用有限。现实生活中,新出现的各种社交平台、购票平台、信息中介平台一般具有内容展示、资讯传递、为交易达成提供便利的功能,因而,无论是“提供网络经营场所”“交易撮合”还是“信息发布”,都存在指向不明的可能。如果按照字面表述,“提供网络经营场所”可理解为是技术上的支持,各方交易主体需要在特定的网站

^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释义》,法律出版社2018年版,第50页。

^② 参见泽钧:《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》,《人民法治》2018年第20期。

或 App 上开展交易,但是,如今网络交易的开展都需要借助一定的网络空间,甚至包括微信、微博、抖音等社交平台也是在搭建网络空间,对“交易撮合”的理解也有分歧,到底是要求具有交易撮合的目的还是交易撮合的效果呢?在以信息交换为核心的电子商务活动,各种信息推送刺激交易的行为都可能被视为交易撮合,如赶集网、58 同城上的家政预定、房屋租赁、汽车买卖中,交易双方通过在线信息知晓彼此,取得联系后进行交易,这种网站是否能够视为平台经营者呢?还有,“信息发布”一般是指多方主体需要通过特定方式展示其交易信息,并且需要通过这样的信息展示来开展交易。然而,信息传递是一切网络在线活动共有的特征,一些社交平台、中介平台甚至游戏平台都会有信息的传递发布,甚至社交平台本来就定位于信息沟通的角色,但是,这种信息发布更接近于广告的性质,据此认定为平台经营者可能会囊括各种信息平台或网络平台。因此,如果只从对平台经营者的界定的字面理解出发,尚不足以有效地识别和判断出平台经营者的具体指向。

二、现有的对平台经营者的理解存在分歧

由于《电子商务法》出台不久,因此目前对平台经营者范围的探讨较少,更缺乏系统性的研究。但是《电子商务法》作为电商领域的基础立法,在其出台后,有一些观点分析了其对于各种新型电商模式的适用,分析的过程中有涉及哪些平台属于平台经营者的探讨,并结合《电子商务法》对平台经营者本身的界定给出了看法和解释。

有观点认为,有些类型的电子商务平台只提供信息发布类的服务,不提供具体的交易规则,这并不影响其属于电子商务平台,对于电子商务平台的认定,应该从宽把握。^①在实践中,对于通过社交网络、微信小程序、移动应用商店、客户端等进行的经营活动,也应当属于电子商务调整的范围。^②在这一观点之下,即使是只提供信息发布服务的平台也能是电子商务平台,但是,要知道互联网本身具有“互联互通”的基本属性,任何主体都能够通过特定的网络渠道和网络空间进行信息的交换,因此,像信息发布、信息展示、信息沟通是很多网络空间都具有的特点,而平台经营者的界定其实是从众多的互联网经营主体中,挑选和识别出从事平台业务而不是一般性网络活动的主体,因此,很多网络空间仅仅提供了一个信息交流的场所,或者是创造了一个信息交流的机会,据此就认定为平台经营者,反而会加大平台经营者与网络服务提供主体之间的判别困难。

与上述看法对应的是,有观点认为,是否实质提供交易条件是判断电子商务平台经营者的有效标准,这一标准主要用于各种社交或媒介平台。比如,手机微信作为媒介平台,其主要功能是发送微信信息和朋友圈信息等。如果仅仅是在朋友圈发布出售物品的信息,实质性的交易是在线下进行,由于微信并没有为双方提供交易条件,它仍然是媒介平台。但在其增加交易功能后,将部分转化为网络交易平台。此时,微信应当依照《消费者权益保护法》第 44 条以及《电子商务法》的规定承担责任。^③实际上,这种“交易条件”的要求还是具有一定模糊性的,首先,“交易条件”

^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》,法律出版社 2018 年版,第 52 页。

^② 参见何波:《〈电子商务法〉适用中的若干基础问题》,《人民法治》2018 年第 20 期。

^③ 参见杨立新:《电子商务民事责任之立法基础与基本规则》,《甘肃社会科学》2019 年第 1 期。

的具体表现并不清晰,哪些条件是交易条件有待说明。其次,提供交易条件的程度也不明确,是只要有提供交易条件就满足平台认定的要求,还是这种交易条件必须达到一定程度。最后,“交易条件”的要求是否与现有界定要求相吻合,而不是提高或者改变原有的立法界定标准也不清楚。

也有观点认为,要加入主观标准来补充现有内容的不足,以判断是否是电子商务经营者。就主观标准而言,要求平台经营者有积极、主动管理平台内交易的意愿,如通过服务协议、交易规则等形式对平台内交易的当事人进行管理。如果仅仅是提供交易场所而没有管理的意愿,则不能界定为电子商务平台经营者。^①也有观点认为,主观层面的考虑不是管理的意愿,而是是否有供交易双方或者多方独立开展交易活动的主观目的。在监管实践中,京东、美团、滴滴属于典型的电子商务平台经营者,而抖音、百度、微信、P2P网贷等不以供交易双方或者多方独立开展交易活动为主要目的,不当被认定为电子商务平台经营者,而是属于其他网络服务提供者。^②从主观上进行考虑有其合理性,但是,主观层面的判断,一方面难以被客观化证明,在判断时可能出现取证困难且认识不一致的情况,另一方面,当主观状况与客观效果冲突时,主观状况容易成为一些平台逃脱监管的借口。

还有观点指出,电子商务平台必须要有电子商务经营者入驻成为稳定的平台内经营者,而且电子商务平台与平台内经营者之间通过服务协议等方式,建立稳定的联系,符合这些条件的,可界定为电子商务平台。如果社交媒体平台同时开放了类似的经营者入驻功能,允许这些经营者稳定地开展经营活动,成为“平台内经营者”,那么在这种应用场景下,也可以认为社交媒体兼具了电子商务平台的属性。^③因此,这一思路主张判断平台内经营者是平台经营者的必备要件,因而识别平台经营者的重心可以放在平台内经营者上,具体而言就是两者通过协议建立了稳定的联系,但是什么样的协议或者什么程度的联系才能被视为平台的性质却仍未明晰。比如说,社交平台上进行电商活动的小程序或者订阅号与平台之间的协议和联系是否满足要求就难以判定。

因此,总的来看,目前对于平台经营者识别判断的几种解读还不能有效地解决当前存在的问题,而且有的观点之间还存在一定的对立性,其他的一些观点采取难以把握和操作的主观要件或者依靠已经存在的形式要件。对此,为了更好地落实《电子商务法》的调整目标,还需要进一步探索更为合适的平台经营者的识别与判断标准。

三、应结合《电子商务法》目标宗旨来识别判断平台经营者

探讨《电子商务法》中电子商务平台经营者这类主体的判断标准,实则是要明确哪些平台属于电子商务平台经营者,而要承担《电子商务法》的各种义务。因此,当存在判断标准困难时,需要回到《电子商务法》当中,从其立法本意和调整意图出发,明确电子商务平台经营者的具体内涵,总体来看,《电子商务法》通过一系列的规定,希望完善电子商务的秩序。在具体的调整手段上,《电子商务法》采取的是“主体+义务”的模式,通过义务的设置,约束、规范特定主

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

^② 参见北京市市场监管局网监处:《电子商务法的理解与适用》,《中国市场监管研究》2019年第1期。

^③ 参见电子商务法起草组:《中华人民共和国电子商务法条文释义》,法律出版社2018年版,第50-51页。

体的行为,并明确规定相应的责任承担。因此,识别和判断主体范围是实现《电子商务法》调整目标的首要步骤。虽然从该法的全文来看,“电子商务经营者”和“电子商务平台经营者”是主要的两类主体,但是,仅从字面表述上来把握是困难和不够准确的,还是应当回到该法的宗旨目标上来理解。

《电子商务法》是电子商务治理的体现和落实。我国之所以如此重视电子商务治理,除了因为它在我国经济社会发展中的作用越发突出,影响越发广泛之外,更重要的是因为相比于传统的线下交易而言,电子商务活动本身存在较高的安全风险,甚至容易成为极不规范的灰色地带,不仅会破坏市场秩序,还会危及消费者的合法权益。因此,治理电子商务活动具有很强的现实必要性。《电子商务法》将“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”作为立法追求的目标,正是体现了这一现实必要性。

然而,电子商务活动为什么会具有较高的安全风险呢?这与电子商务活动的特殊性有关。《电子商务法》第2条将“电子商务”定义为“通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动”,而在《电子商务法》出台之前的相关规定中,“电子商务”曾被理解为网络交易活动^①和利用现代信息技术和计算机网络所进行的各类商业活动^②,这些界定虽然点出了电子商务的主要表征或基本要素,但是没有突出电子商务的最大特点。国际上相关文件的一些界定也更多强调互联网在商务活动中的“加入”,比如,世界贸易组织(WTO)在《电子商务与世界贸易组织的作用》中提出:“电子商务”的含义是通过电子手段生产、分销、营销、销售或交付货物和服务。^③世界经济合作与发展组织认为,电子商务交易是在计算机网络上,通过专门为接收或下订单而设计的方法销售或购买商品或服务。商品或服务是按照这些方法订购的,但付款和最终交付货物或服务不需要在网上进行。^④

事实上,相比于传统的商务活动,电子商务最主要的特殊性在于,双方通过网络实现的信息传递在线达成交易,这一特殊性又可以从以下三个方面来解读:首先,交易双方是在没有现实接触的情况下进行交易。在传统的商务活动中,交易双方是在现场进行交易的,一方可以通过检视商品和服务,由此建立信任关系。而在电子商务活动中,交易双方往往相隔较远距离,无法现实查看商品和服务,因而容易出现“货不对版”的情况。另外,电子商务构造了虚拟商业环境。不仅交易的环境是虚拟的数字环境,而且交易主体均可以以用户名方式进行。^⑤非现实接触导致交易信任难以建立或者不够牢固,从而存在较大的交易安全风险。其次,交易双方是基于网络上的信息交换来达成交易。这意味着买方只能通过卖方的信息披露来作为交易与否的判断基础,而无法直接从商品或者服务中获取信息。同时,由于网络具有虚拟性和隐蔽性,信息的造假可能性高,可追查性较低,使得信息不对称的问题被进一步放大,在这样的交易情境中安全风险较高。最后,

① 参见北京市工商局颁布的《关于贯彻落实〈北京市信息化促进条例〉加强电子商务监督管理的意见》。

② 参见商务部与北京市共同发布的《第三方电子商务交易平台服务规范》。

③ 参见《Work programme on electronic commerce》, https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/wkprog_e.htm, 世界贸易组织网站, 2020年2月6日访问。

④ 参见《ELECTRONIC COMMERCE》, <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721>, 世界经济合作与发展组织网, 2020年2月6日访问。

⑤ 参见高富平、尹腊梅:《电子商务法律基础》,北京师范大学出版社2011年版,第3页。

交易双方需要在线达成交易。电子商务不同于基于互联网的信息展示或者广告宣传,而是一种交易活动,交易达成是交易活动的应有之义。“把电子商务视作一种交易活动,意味着这个过程是需要订立合同或契约的,而不是单纯的信息传递。”^①因此,在线达成交易意味着交易双方要承担法律上的权利义务,并为此承担法律后果,一旦交易一方产生了错误认识,就可能导致损失发生。

电子商务活动的特殊性引发的安全风险给交易造成了极大不便,不仅成为电子商务行业发展的绊脚石,降低了消费者采用电子商务方式购物的热情,而且演变为欺诈、售假的违法行为的高发地,损害了消费者的合法权益。从行业长远发展和社会有序治理来看,电子商务有必要降低甚至克服网络交易特殊性带来的问题,提升和完善交易信任,一方面让消费者愿意通过这种互联网远程交易的方式购买商品和服务,提升便捷度,发挥电子商务的最大优势,另一方面保障消费者购物的顺利开展,减少因远程交易导致的假冒、盗版等不良现象的发生。《电子商务法》正是在我国电商快速发展,影响增大,但是固有风险依然突出的时代背景下出台的,是电子商务治理的有力之举,并以提升和完善交易信任为根本追求。由此可见,需要受到《电子商务法》调整的主体,应当是通过规范其行为能够实现电子商务治理目标,即提升和完善网络交易信任的主体。

四、平台经营者具有形成和加强网络交易信任的功能作用

由于《电子商务法》是通过规范相关主体的行为来提升和完善网络交易信任的,因此,纳入《电子商务法》调整范围的主体,应当是能够直接或者间接影响网络交易信任的主体。那么,电子商务平台是否属于这样的角色呢?

在《电子商务法》出台之前,对于电子商务中的参与主体其实存在过一个二元分类的治理思路——“电子商务经营者”(网络交易经营者)与“电子商务有关服务提供者”(网络交易有关服务提供者)。2007年9月14日,北京市人大常委会通过《北京市信息化促进条例》,首次对电子商务中的有关主体进行了规定:针对利用互联网从事经营活动的单位和个人规定了取得营业执照和信息公示的义务^②,针对电子商务服务提供商规定了核查信息、数据备份、建立投诉受理规则和监督的义务。^③从义务内容来看,这里利用互联网从事经营活动的单位和个人接近于电子商务经营者的角色,而电子商务服务提供商接近于电子商务平台的角色。北京市工商局颁布《关于贯彻落实〈北京市信息化促进条例〉加强电子商务监督管理的意见》(以下简称“《意见》”)对电子商务经营者和电子商务服务提供商的关系进行了说明:“经营者利用互联网从事电子商务经营活动,主要依托电子商务服务提供商开设的电子商务交易平台、网上商城、网络黄页以及其提供的网站主机托管、虚拟空间租赁、互联网接入等服务。”可见,电子商务经营者和电子商务服

^① 参见张楚:《电子商务法》,中国人民大学出版社2016年版,第5页。

^② 参见《北京市信息化促进条例》第26条规定:“在本市从事互联网信息服务活动的,应当按照国家规定办理相应许可或者履行备案手续。利用互联网从事经营活动的单位和个人应当依法取得营业执照,并在网站主页上,公开经营主体信息,已取得相应许可和备案的证明、服务规则和服务流程等信息。”

^③ 参见《北京市信息化促进条例》第27条规定:“电子商务服务提供商应当对利用其网站从事经营活动的经营主体的身份信息、合法经营凭证和反映交易信用状况的材料进行核查,并对相关信息做好数据备份,便于当事人和有关部门查询、核对。电子商务服务提供商应当建立投诉受理机制,对利用其网站从事的经营活动进行监督,配合政府有关部门的管理活动,但不得妨碍相关经营主体开展正常交易活动。”

务提供商应当是两个有明确区分的概念。《意见》的第五部分规定,进行查处电子商务违法行为的法律适用时,区分了电子商务经营者和电子商务服务提供商,强调两类主体的区别。^①在2014年国家工商总局颁布的《网络交易管理办法》中,这样的二元体系依然得到贯彻,采用了网络商品经营者和有关服务经营者的区分性的表述方式,同时还强调了第三方网络交易平台作为平台服务提供商与其他类型有关服务提供者的同类关系。^②然而,《电子商务法》打破了这种二元分类思路,将电子商务平台经营者与平台内经营者、自建网站、其他网络服务经营者并称为电子商务经营者,并采取“一般”加“特殊”的模式予以规范。在电子商务法起草组看来,电子商务经营者包括两类,一类是电子商务平台经营者、一类是除平台经营者以外的其他的电子商务经营者。两者具有不同的特点,应该设置具有针对性的不同的法律规则,从而将两者区分开来,针对各自的特点予以调整。^③

《电子商务法》将平台经营者视为“电子商务经营者”,其实是对电商平台内涵的一个更为准确的把握,按照传统的理解,经营者是销售商品或提供服务的一方,电子商务经营者应当是在电子商务活动中销售商品或提供服务的一方,也就是合同的当事人。在传统的交易活动中,交易的模式规则由经营者提供,通过给经营者设置义务,能够很好地促使安全、便捷、有序的交易秩序的形成,最终达到提升和完善交易信任的效果。但是,在电子商务活动中,这一情况会有所变化。电子商务活动作为一种网络交易,其交易模式规则是影响交易信任的关键。不同类型的电子商务,交易模式的主导权掌握在不同的主体手里。在自建网站和通过其他网络服务的电子商务活动中,电子商务经营者既是模式规则的提供者也是模式规则的运营者,因此,只为电子商务经营者设定义务,能够直接地规范其交易行为。但是,在通过平台开展的电子商务活动中,直接的电子商务经营者是平台内经营者,他们在规则制定和模式运营上的自主权限是受到控制的,也就意味着为他们设定义务,并不能直接有效地规范交易模式,平台往往有统一的账号,统一的支付、退换货、申诉、维权规则,平台对各种信息、数据进行统一的管理和控制。因此,要想实现对交易模式规则的约束和规范,不可避免地要将平台纳入调整的范围,这是由平台的能力和权限决定的。虽然从表面功能上看,电子商务平台是在网络交易活动中提供平台服务的主体,而非直接作为网络交易的一方主体,但是,从实际作用来看,电子商务平台是平台内商家与消费者之间的桥梁,并对交易顺利进行产生实质影响。尤其是在电子商务从“零”到“一”的过程中,电子商务平台是形成和加强网络交易信任的重要贡献者。相比自建网站的电子商务经营者,电子商务平台上的卖家大多数是中小规模经营者,他们在开展网络交易之前并不像一些知名企业的电商那样,已经通过原来的实体经营在消费者心中构建了一定的信任基础,而是要打破网络交易天然存在的信任屏障。这一过程中平台作为一个中间者,通过其统一的管理和控制,以及规则和技术上的针对性设计,让交易信任能够尽快的形成和加强。因此,平台不是一种置身于网络交易之外的无关主体,而是

① 在《关于贯彻落实〈北京市信息化促进条例〉加强电子商务监督管理的意见》查处电子商务违法行为的法律适用中,第1、2、4项针对的是电子商务经营者,第3项针对的是电子商务服务提供商。

② 《网络交易管理办法》第23条到第34条对第三方交易平台经营者的义务进行了特别规定,第35条规定的是为网络商品交易提供网络接入、服务器托管、虚拟空间租用、网站网页设计制作等服务的有关服务经营者的义务,第36条规定的是为网络商品交易提供信用评价服务的有关服务经营者的义务,第37条规定的是为网络商品交易提供宣传推广服务的经营主体的义务,第38条规定的是为网络商品交易提供网络接入、支付结算、物流、快递等服务的有关服务经营者的义务。

③ 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》,法律出版社2018年版,第49-50页。

实际上参与并影响网络交易顺利开展的重要主体。《电子商务法》一改之前对电商平台的定性认识,不仅符合电商平台的功能角色,也满足了通过规范交易过程来提升和完善网络交易信任的宗旨目标。

总之,《电子商务法》要规范的是网络交易中的规则模式,也就是网络交易达成的过程。但是,现实情况是,这样的规则模式或者交易过程,在涉及平台参与的情况下,有可能由平台经营者主导控制,或者实质性受到平台的影响,现行《电子商务法》将平台经营者、平台内经营者、通过自建网站或其他信息网络方式的经营者统称为电子商务经营者,为了维护电子商务交易模式下的秩序,必须规范所有参与主体,这也是该法将上述主体统称为电子商务经营者的缘由。

五、电子商务平台经营者识别和判断的思路与标准

事实上“提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务”是电子商务平台服务内容的具体体现,是在总结当前主流电子商务平台服务内容基础上的一般性归纳,但是,评判“电子商务平台经营者”不能只依靠《电子商务法》第9条的规定,而应当分析平台在交易开展中的作用——即其所提供的模式和设置的规则能否实质上让交易活动顺利开展,或者通过对平台内交易活动进行一定程度管理和控制保障交易的有序和安全,从而让平台成为交易信任的来源,并以此作为判断的主要依据。

首先,特定平台是否提供了统一的交易规则模式,并以此作为平台之上交易信任形成和加强的基础,是识别和判断平台经营者的第一个选择标准,一方面,这种模式规则是统一的,意味着每一个平台内经营者都需要遵守,也意味着能够适用所有的在此平台进行交易的消费者。另一方面,这种模式规则是为网络交易的开展所服务的,既包括买家和卖家的对接方法,例如,提供搜索、推荐、排序等方式进行匹配,也包括对网络交易过程的干预和要求,例如,交易中的信息披露方式、交流磋商方式、付款交货方式、退换货和售后服务方式均由平台经营者的模式规则所设定好。然而,不同的电子商务平台所提供和设置的交易规则模式的形式内容都会有所不同,如果从识别和判断平台经营者的角度来看,什么样或者什么程度的规则模式才能够满足作为平台经营者的要求呢?实际上,电子商务平台经营者最主要的贡献是创设了一个能够开展网络交易的情境机会,因此,只要提供了统一的、为交易服务的规则模式,就能够被视为该平台为网络交易信任的形成和加强作出了贡献,也就能够确定属于平台经营者,因此,识别判断的重心在于是否统一、是否为交易服务。

其次,特定平台主体对平台内的交易是否进行事实上的管控,并通过这一管控实际上影响了交易信任的形成和加强,这是识别和判断平台内经营者的第二个标准选择。有时候,平台未必提供统一的交易规则模式,或者难以证明这种统一的交易规则模式时,就要转向考察平台经营者的另一个重要角色,即对平台内交易的管理和控制,这种管控也能有效起到对网络交易信任的提升和完善作用。平台经营者的管理控制既体现在平台经营者通过主体资格登记、业务分类、销量记录、信用评价等方式,知晓平台内所发生的交易内容;又体现在平台能够基于技术手段,对平台

内交易采取强制措施,防止违法违规现象发生。但是,这种管理和控制虽然实质性地影响了交易,但无法实质性地变更交易。在电商平台上交易双方或者多方依然是独立地开展交易活动。这是对平台的必然要求,否则,如果颠覆了各方主体交易的独立性,则会改变平台经营者的法律地位。值得注意的是,任何的互联网平台都能够对平台内的活动进行一定程度的管理和控制,这是由互联网技术服务特点所决定的,比如,微信上能够对不当信息进行屏蔽。那么,电子商务平台经营者的管控和一般的网络平台或者网络服务提供主体的管控之间的区别是什么呢?事实上,平台经营者的管控会更突出“管”的部分,即知晓和掌握交易内容,而控的部分,包括各种删除、屏蔽、断开连接,则与多数普通平台相差不大。具体来说就是,平台内经营者从入驻、到登记、到推广、到收付款、退换货、物流和评价等整个交易过程,都应该是受到平台经营者的管控,即卖了什么、卖了多少、卖的什么价格都有记录,而一般的平台或者网络提供主体则既无能力也无必要对交易活动有如此深入细致的管控。但是,这并不意味着只有达到了很高程度的管控的平台才能被视为平台经营者,否则,会因为要求太高而使得很多平台逃脱《电子商务法》的监管,实际上,平台经营者的管控有多种体现的方式,比如,在平台上卖家销量记录的展示、价格波动的反映、信用等级的评分(好评率或店铺头衔)等。另外,如果平台能够从每一次的交易活动中获利,也能证明平台记录了交易的金额和数量,从而在事实上对平台交易进行了管控。因此,在通过是否进行事实上的管控来识别和判断平台经营者时,最主要的落脚点是平台是否对交易的过程知晓和掌握。

最后,如果既无法通过统一的交易规则模式,也无法通过事实上的管理控制来识别和判断平台经营者,那么还有一个可以选择的判断标准,那就是从消费者的角度来看,特定平台本身是否具有了网络交易的信任基础,即平台是否通过其宣传、推广或者实际运营为自身在消费者心中树立了一种可信任的网络交易形象。现实生活中的网络平台形形色色,不排除一些平台具有多重身份的可能,尤其是在如今流量经济背景下,各种非网购定位的平台也或多或少地涉及一定的网络交易,这在社交平台上十分突出。比如,蘑菇街、小红书,用户先逛博主的主页,这一过程有点类似于导购,看中了再点击链接进入商城或者博主店面购买。这种模式是在具有一定流量和内容量的社交平台上发展演变而来的,如果链接的商城或者博主店面是在其他的电商平台或者独立主页上,那么不涉及该社交平台本身是否属于平台经营者的判断,因为在线达成交易的环节是通过其他的网络空间实现的,此时社交平台只是一种广告发布或者信息推广的身份。但是,如果这些商城和店面是在该社交平台之上且难以通过是否提供统一的交易规则模式或者进行事实上的管控来判断时,可以考虑平台官方是否向消费者表示或者传达出其能够为消费者提供良好的交易体验和优质的交易选择等信息,从而让平台成为了信任的来源。消费者基于对特定平台的这种认识和了解,选择在特定平台上开展交易活动。如果满足这一标准,那么平台即使主要业务或者主要印象不是网购,也可以被视为电子商务经营者。如果不符合这一标准,则无须视为平台经营者纳入《电子商务法》调整。微信上的小程序、公众号网购,直播平台上的在线带货,若认定满足“电子商务”的要求,则需要进一步判断微信以及这些直播平台是否是社交平台。如果只是通过前文提及的通过是否提供统一的交易模式规则或者事实上的管控来判断,有可能无法适应变化迅猛的新型电商发展形势,使得很多新型电商中的平台逃脱监管、远离义务,最终会让这些新型电商成为了灰色

地带,《电子商务法》的治理功效将大打折扣。

综合来看,识别和判断平台经营者的过程应遵循一定的思路,识别和判断标准不是僵化、唯一的,而是灵活的,有层次的。首先,应先从所涉平台是否提供了统一的交易模式规则下手,分析这样的模式规则是否形成和加强了平台上的网络交易信任。当满足这一要求时,平台就不是完全独立于网络交易的主体,而是实质性地参与了交易的过程,对网络交易的开展有重要影响。虽然模式规则的表现会有所不同,但是,只要是统一的而且是为交易服务的模式规则,就能够据此将特定平台视为电子商务平台经营者。其次,如果无法获知平台上的交易模式规则或者难以证明时,可以分析平台是否事实上对交易过程进行了管控,这一点可以依托平台上一些信息来进行,比如,平台对销量、价格、评价的呈现,据此可以推定平台知晓和掌握平台内交易的基本情况。如果平台能够从每一笔的网络交易中获利,则更有利于退订平台事实上管控交易开展。最后,如果前两种选择都无法有效适用,那么识别和判断平台经营者还可以通过平台本身是否定位为一种网购选择且成为了信任来源,重点通过平台在其经营过程中是否向消费者表示或者传达出其能够为消费者提供良好的交易体验和优质的交易选择等信息,以及消费者是否基于这样的认识产生信任而选择在这类平台上进行交易进行判断。如果特定平台已经建构了这样的信任印象,那么也应当被视为平台经营者。

六、结论

总的来看,在识别和判断平台经营者的时候,尤其是区分平台经营者与一般的提供网络服务的主体时,《电子商务法》第9条“提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务”的表述提供的作用十分有限,容易造成把握不准,无法有效识别各种非传统的电商平台的主体身份,从而难以判断是否属于《电子商务法》调整的平台经营者,容易形成监管空隙,不利于《电子商务法》规范目标的落实。对此,应当从《电子商务法》的宗旨目标出发,结合交易信任的提升和完善予以把握,电子商务平台是网络交易信任重要的形成和推动者,识别和判断平台经营者,可以采取有步骤灵活的而非一刀切的思维,首先分析特定平台是否提供了统一的交易规则模式,并以此作为平台之上交易信任形成和加强的基础,如果无法找寻统一的规则模式,则接下来分析特定平台主体对平台内的交易是否进行事实上的管控,并通过这一管控实际上影响了交易信任的形成和加强,这是实质判断的角度。如果依然无法识别,则可以分析特定平台本身是否成为或者具有了网络交易的信任基础,即平台是否通过其宣传、推广或者实际运营使自身在消费者心中定位为一种可信任的网络交易选择。《电子商务法》的目的在于促进电子商务活动的健康有序发展,对于平台经营者的范围,既要调整到位,又要管制有度,才能使《电子商务法》的价值目标落到实处。

(责任编辑:王建民)