

电子商务平台滥用相对优势地位行为的违法性辨析

陈 可，侯利阳

(上海交通大学 凯原法学院, 上海 200030)

摘 要: 电子商务平台在互联网经济时代尤为重要, 已经成为网络交易中的主要市场主体。但是由于电子商务平台市场力量过于强大, 导致其与平台内经营者之间的力量过于悬殊, 进而引发二者之间的谈判地位失衡。《中华人民共和国电子商务法》第三十五条作为规制这一问题的法律条款在其中发挥着重要的引领作用。该法律条款从滥用相对优势地位的角度出发, 规定电子商务平台不得进行不合理限制、附加不合理条件或者收取不合理费用。但是对于如何理解“不合理”却始终没有阐明, 导致该条款在司法实践和行政执法活动中无法得到有效适用。本文结合电子商务平台的发展特性以及特有的市场结构, 从继续性合同角度出发, 探讨电子商务平台与平台内经营者之间的非对称依赖关系, 在继续性合同和非对称依赖关系的基础上对电子商务平台与平台内经营者之间契约的不完全性展开分析, 并结合二者之间交易关系的特殊性, 从再交涉义务以及专用资产损害性两个方面对何为“不合理”进行解读。

关键词: 电子商务平台; 相对优势地位; 继续性合同; 再交涉义务; 专用资产损害性

中图分类号: F713.36 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-176X(2023)09-0070-11

随着平台经济的兴起, 采用电子商务进行交易逐渐成为主流趋势。每年电子商务平台举办的“双十一”“618”等活动都形成了庞大的流量, 产生了巨大的经济价值, 但与此同时, 电子商务平台的发展也带来诸多法律纠纷。由于电子商务平台汇聚了大量的数据、拥有平台优势, 其谈判地位与日俱增, 因而在电子商务平台与平台内经营者进行交易的过程中, 电子商务平台所具有的市场优势地位为自身增加了谈判筹码, 导致其在与平台内经营者之间的谈判中易占据优势地位, 从而引发大量法律纠纷。为了规制这一问题, 《中华人民共和国电子商务法》(后文简称《电子商务法》) 出台, 其第三十五条用于调解电子商务平台与平台内经营者之间的法律关系。但是由于这一法律条款设置得过于模糊, 导致在适用性方面存在标准不清以及可操作性不强等问题, 给司法和执法实践带来诸多不便。《电子商务法》第三十五条从滥用相对优势地位的角度出发, 规定电子商务平台不得进行不合理限制、附加不合理条件或者收取不合理费用, 但是对于何为“不合

收稿日期: 2023-06-25

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“平台经济领域的反垄断与规制研究”(22AFX018)

作者简介: 陈 可 (1991-), 女 (蒙古族), 辽宁朝阳人, 博士研究生, 主要从事竞争法、法律经济学研究。E-mail:

chenke6098@126.com

侯利阳 (1979-), 男, 河南荥阳人, 教授, 博士, 博士生导师, 主要从事竞争法、法律经济学研究。E-mail:

liyang.hou@sjtu.edu.cn

理”却未进行具体的释明,这导致《电子商务法》第三十五条至今无法在司法案例中适用。不仅如此,在《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》中也提到互联网平台领域的滥用相对优势地位制度,并着重强调互联网平台不得对交易相对方“进行不合理限制或者附加不合理条件”。^①可见,互联网平台滥用相对优势地位行为引起广泛关注,但上述两部法律均未对何为“不合理”进行具体规定,而对何为“不合理”的解释直接关乎两部法律能否落地实施。本文从“不合理”认定标准的角度出发,对《电子商务法》第三十五条予以分析和细化。对于这一条款的解读,不仅有助于厘清电子商务平台与平台内经营者之间的交易关系,还有利于规范电子商务平台的商业行为,为建立公平的市场竞争秩序提供支持。

一、问题的提出

《电子商务法》自制定实施以来引起了广泛关注,其中第三十五条尤其引人注目。学术界争议的焦点在于《电子商务法》第三十五条是否为滥用相对优势地位条款。虽争议颇多,但是更多的学者倾向于将此条款认定为滥用相对优势地位条款,而且《电子商务法》起草组在进行解读时也将此条款指向滥用相对优势地位制度^[1]。《电子商务法》第三十五条本身并非属于竞争法规范,而是处理电子商务平台与平台内经营者之间交易关系的法律规范^[2]。具体来说,这一条款作为对电子商务平台进行规制的条款,主要着眼于电子商务平台与平台内经营者之间的交易关系。因此,对这一条款的解读需要结合电子商务平台与平台内经营者之间的法律关系,聚焦于二者之间的权利义务关系。

在电子商务平台与平台内经营者之间的法律关系中,相较于平台内经营者,电子商务平台在数据、算法、流量、技术、资本等方面具有优势地位,导致二者在交易中的权利义务不对等,从而引发交易中的市场失灵。具体而言,电子商务平台的主要经营模式为搭建网络交易市场并吸引大量商家和消费者入驻,据此电子商务平台与平台内经营者之间建立以合同为主要形式的交易关系。合同关系以自由为主要原则,主要体现为意思自治,但由于电子商务平台具有优势地位,使得交易双方之间通过合同赋权的方式存在强势主体对弱势主体的利益盘剥,进而对双方之间的交易关系产生影响。电子商务平台所实施的滥用相对优势地位行为,不仅对合同双方产生影响,而且这样的行为已经溢出纯粹合同关系的边界,具有相当程度的社会连带性^[3],需要法律予以规制。当滥用优势地位的行为损害了市场中的公平与正义,而市场机制无法对其进行有效制约时,公权力的介入就具有必要性和可行性^[4]。市场规制法作为一部以解决具体的市场失灵为目标的法律,其不足引发了政府干预的必要性^[5]。因此,对于电子商务平台滥用相对优势地位所导致的市场失灵问题,有必要对其进行规制以确保市场机制的规范化运行。

《电子商务法》第三十五条作为规范电子商务平台行为的法律条款,其规定了三项电子商务平台不得有的行为,分别为不得进行不合理限制、附加不合理条件以及收取不合理费用。电子商务平台若实施以上三种行为均以“不合理”作为违法性认定要件,但是对于何为“不合理”,我国法律却未进行具体释明,导致在具体实践中该条款无法得到有效适用。首先,在司法案件方面,笔者以该条款作为主要内容在中国裁判文书网进行检索,发现涉及该条款的案件只有1件,且该案件中对于《电子商务法》第三十五条的适用只体现在当事人的上诉请求中,而在法院的判决中并未具体体现。^②其次,在行政执法方面,本文以“《电子商务法》第三十五条”为核心词检索了7篇行政处罚决定书^③并进行汇总分析,汇总后可知,行政机关的分析重点集中在对电子

① 参见国家市场监督管理总局2022年11月22日发布的《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第十三条。

② 参见河南省洛阳市中级人民法院(2021)豫03民终1033号二审民事判决书。

③ 参见新泰市监处字[2020]23号、庄市监处字[2019]20号、武市监处[2019]58号、元市监罚[2020]03号、七星市监行处字[2019]343号、黔南市监经罚字[2019]00016号和黔南市监经罚字[2019]0017号。

商务平台行为的描述, 而对于该行为是否具有合理性则缺乏阐释。综上可知, 在具体实践中, 由于法律尚未进行明确规定, 导致这一重要的条款尚未得到有效适用。因此, 对于“不合理”的解读不仅关乎认定具体行为违法性的标准, 还涉及《电子商务法》第三十五条能否得到切实有效的应用。

本文以电子商务平台与平台内经营者之间交易关系的法律定性作为出发点, 在此基础上分析二者的依赖关系, 讨论二者之间的交易关系所引发的契约的不完全性。因此, 下文从法律关系、依赖性以及契约的不完全性三个方面对《电子商务法》第三十五条中的“不合理”进行解读, 以期能够为司法实践和行政执法提供有益参考。

二、电子商务平台与平台内经营者之间的法律关系分析

从《电子商务法》第三十五条的法律条款中可以看出, 这一条款旨在调整电子商务平台与平台内经营者之间的法律关系。对于法律条款中“不合理”的分析和认定, 应先从法律条款认定的法律关系着手。其原因在于, 电子商务平台与平台内经营者之间法律关系的定性构成了对于“不合理”认定的前提条件, 只有深入剖析二者之间的法律关系, 才能清晰界定二者之间的权利义务边界, 进而对电子商务平台实施的“不合理”行为边界进行界定和划分。对于电子商务平台与平台内经营者之间法律关系的定性, 学术界争论颇大, 且存在诸多不同的学术观点。

第一种观点认为, 电子商务平台与平台内经营者之间为服务合同关系。此时, 对于具体服务合同类型, 存在两种不同的观点: 第一, 杨立新^[6]认为, 电子商务平台与平台内经营者之间为网络交易平台服务合同关系。电子商务平台为平台内经营者提供平台, 而平台内经营者可以按照约定的性质和范围, 利用平台从事信息发布、交易等活动。在这一模式下, 二者之间形成具有权利义务关系的服务合同^[7]。在此法律关系中, 电子商务平台与平台内经营者作为交易双方, 以居于中心位置的平台作为交易场所建立起服务关系。第二, 杨坚争^[8]则认为, 电子商务平台与平台内经营者之间为新型服务合同关系。其以提供网络交易服务作为出发点, 认为电子商务平台提供的是一种技术服务, 该技术服务为平台内的交易活动提供支持。

第二种观点认为, 从传统的店铺租赁角度出发, 电子商务平台与平台内经营者之间为租赁关系^[9]。主要的原因在于, 电子商务平台参与信息的汇集、整合, 并深度参与商品买卖, 此时电子商务平台与平台内经营者之间就网络空间的使用形成租赁关系, 平台内经营者付费使用电子商务平台所建立的信息汇总空间。此时, 电子商务平台与平台内经营者之间形成了类似于传统商场与店铺之间的关系, 即平台内经营者如同线下实体商铺一样依托于商场进行经营, 形成基于租赁而产生的合同之债。

第三种观点认为, 电子商务平台与平台内经营者之间为居间关系。在信息传递的过程中, 电子商务平台在平台内经营者与消费者具体交易关系中占据中介地位, 为平台内经营者和消费者之间订立合同提供订约机会和媒介服务。由于电子商务平台与平台内经营者之间订立的是中介合同, 因而电子商务平台承担居间人的责任, 并尽信息披露的义务^[10]。由于居间关系的存在, 电子商务平台依据居间服务对平台内经营者收取服务费, 且服务费随平台内经营者的不同营业额度变化。高富平^[11]认为, 尽管不同于传统意义上的居间合同, 但是电子商务平台在提供信息服务的过程中确实发挥了居间作用。

综上可知, 上述观点均聚焦于电子商务平台与平台内经营者之间成立合同关系, 尤其体现为通过有名合同的方式来诠释二者之间的权利义务关系。笔者认为, 通过有名合同的方式无法完全清晰界定电子商务平台与平台内经营者之间的权利义务关系。从时间性因素的角度出发, 该合同关系更加倾向继续性合同关系。其主要的原因在于, 对于电子商务平台与平台内经营者之间的交易关系认定, 既有的观点大多从传统合同法的角度出发, 认定为有名合同关系。但笔者认为, 单

一的有名合同无法清晰界定电子商务平台与平台内经营者之间交易关系的复杂性,应该对二者之间交易关系特点进行高度抽象。笔者发现,抽象分析后的特点与继续性合同的特点高度相似。继续性合同具有如下特点:第一,时间性给付因素起决定性作用。继续性合同的给付必须持续一段时间,且给付行为反复履行而非一次性完结。由于时间性因素的存在,合同当事人双方在合同履行的始末都无法对总给付有清晰的认识。第二,合同给付的牵连性。在继续性合同中,合同双方之间的数次给付均具有牵连性^[12]。在电子商务平台与平台内经营者之间的交易关系中,由于交易的连续性和长期性,二者形成了无法一次性完结的交易关系,而在长期的交易过程中,很多重要条款无法通过事前约定的方式得以明确。在无法明晰所有权利义务关系的情况下,继续性合同的特点能够解释电子商务平台与平台内经营者之间交易的连续性和长期性,因而电子商务平台与平台内经营者之间签订的是继续性合同。继续性合同展现了与一时性合同完全不同的特点,其合同主体间的权利义务关系变得更为复杂,需要考虑很多额外的因素才可以界定清楚二者之间的权利义务边界。

三、电子商务平台与平台内经营者之间的依赖性认定

《电子商务法》第三十五条是规定滥用相对优势地位制度的法律条款,其中依赖性理论是滥用相对优势地位制度的核心理论^[13]。因此,分析滥用相对优势地位制度,应该重点分析依赖性因素。不仅如此,依赖性的认定还是相对优势地位以及滥用行为的分析起点^[14],而且这一因素也与交易双方的继续性交易关系息息相关。对于依赖性的认定,是界定交易双方市场关联度的重要因素。

(一) 依赖性形成的缘由与机理

市场经济本身即为相互依赖、合作与竞争并存的经济形态,在此背景下,催生了市场交易和在此基础上的契约以及其他民商事法律关系^[15]。电子商务平台作为一种网络销售类平台,为交易双方提供服务场景,促进交易双方进行信息匹配并完成交易。随着网络销售类平台的发展,市场模式从实体经济向网络经济转变。互联网经济的发展使众多中小型企业必须依附于大型平台才能谋求自身的发展。

学术界普遍认为,基于长期契约或长期商业往来所形成的依赖,是依赖性认定的重要来源^[16-17]。因此,在电子商务平台与平台内经营者之间成立继续性合同的前提下,可以推导出二者之间存在依赖性关系。继续性合同最基本的特征在于时间因素在债务履行上居于重要地位,总给付之内容系于应为给付时间的长度^[18],因此,继续性合同展现了合同长期性的特点。基于此,电子商务平台与平台内经营者之间产生了长期契约关系,这一长期契约关系是认定二者之间具有依赖性的重要表现因素。不仅如此,继续性合同的存在使二者之间的依赖性更加紧密,且这种紧密程度远超一时性合同。

电子商务平台与平台内经营者之间具有紧密的依赖关系主要基于以下三方面原因:第一,互联网经济的发展使网络经营模式成为当下最流行的销售方式。这样的销售方式需要商家依附于电子商务平台才能开展业务。这些商家以中小型企业为主,其谈判能力低且不具有搭建电子商务平台的能力。第二,双边网络效应的存在使电子商务平台产生规模效应,并与平台内经营者之间形成悬殊的市场力量对比。电子商务平台通过同时吸引商家和消费者的方式不断扩大其市场影响力。电子商务平台汇聚了大量的用户(包括消费者和商家),并据此产生规模效应,进而形成消费者粘性,吸引更多的商家入驻。因此,依赖关系会向大型电子商务平台一方倾斜。第三,得益于技术手段,互联网平台所产生的依赖性粘度远超传统线下经济中中小企业对大型销售企业的依赖性粘度。电子商务平台所拥有的技术性控制力量使不具有互联网技术的平台内经营者不得不遵从平台设置的规则,进而加大了二者之间市场力量的对比。

（二）市场结构作用下的非对称依赖关系证成

电子商务平台与平台内经营者之间的依赖关系不仅与电子商务平台的经营特点有关，还根植于特定的市场结构。从本文检索出的案例中可以看出，几乎所有案例均涉及外卖领域，这个领域最为显著的特征为寡头垄断。在本文检索的7件行政处罚案件中，其中，4件涉及美团外卖公司，1件涉及饿了么外卖公司。依据前瞻产业研究院的统计报告，在2018年第3季度至2019年第3季度，美团外卖公司的市场占有率从60.1%上涨至65.8%，而饿了么外卖公司（包括饿了么外卖和饿了么星选）的市场占有率在32.2%—37.0%之间波动。在这一时期，两家外卖公司的市场份额占据了市场总份额的97.1%—98.0%^[19]，形成了双寡头垄断的市场格局，并对市场形成了绝对的控制优势。在这种双寡头垄断的市场格局中，平台内经营者只能在两家公司之间进行转向，如果两家公司均以格式条款的方式对平台内经营者进行利益盘剥，不给予平等谈判的机会，就会使平台内经营者转向的可能性急剧降低。在这样的市场结构中，竞争不充分，平台内经营者作为依附于电子商务平台进行经营的商家，本身并无更多的选择，这为电子商务平台实施滥用相对优势地位的行为提供了可能。

滥用相对优势地位的行为根源于特定的社会结构，即上下游企业在特定的交易中形成相对优势或劣势地位^[20]。特定的市场结构可能引起选择的稀缺性，因而需要对特定的相关市场中能够提供类似商品或采购类似商品的企业数量进行判断，类似企业越多，转向可能性的充分性越容易被满足^[21]。可见，市场结构与优势地位之间存在相互作用关系。在依赖性的认定标准中，转向的可能性直接与企业数量有关，企业数量越少，转向的可能性越低，即相关市场中替代性的竞争者不足使得电子商务平台得以实施更多滥用优势地位的行为。此时，交易方在相关市场中虽未达到支配地位的程度，但却具有一定的市场地位^[22]，并以合同赋权的方式实施滥用相对优势地位行为。滥用相对优势地位制度旨在强调交易双方之间的市场力量对比，其中，主要考虑经营者与交易相对方之间的经济依赖性关系^[23]。特定市场结构引起的选择稀缺性是优势地位形成以及非对称依赖关系得以发挥作用的重要前提条件。

从长期契约关系的角度出发，平台内经营者与电子商务平台之间存在依赖性关系，但是由于电子商务平台特有的市场结构，使得二者之间呈现非对称依赖关系并进一步导致谈判地位失衡。具体而言，平台内经营者对电子商务平台本身所营造的经营环境更加依赖，也使得二者之间的交易关系更加紧密。在对电子商务平台与平台内经营者之间的依赖性进行分析时，市场结构是二者建立非对称依赖关系的重要因素。如果交易相对方对交易方的依赖程度足够大，则说明二者之间的交易十分必要。如果二者之间的继续交易存在困难，则交易相对方的业务开展将受到极大的阻碍^[22]。因此，电子商务平台与平台内经营者之间不仅仅具有依赖性，还因为市场结构的特殊性而具有非对称依赖性。

四、不完全契约的展开与剖析

不完全契约理论是指导契约发展和进步的关键性理论。不完全契约理论认为，契约是不完全的，当事人的有限理性和资产专用性会导致敲竹杠问题，因此，可以采取产权安排来实现次优效率^[24]。

（一）电子商务平台与平台内经营者之间的契约具有不完全性

电子商务平台作为刚性需求的一方占有基础设施，这成为平台内经营者赖以生存的必要条件。互联网平台的发展模式呈现不同的特点，每一个平台都独具特色，且因自身特色发展而产生价值，进而吸引相应价值的消费者。平台常见的经营模式是对消费者一端免费，即“零价经济”，此时消费者不提供金钱给付，但是消费者提供的数据和注意力等均成为一种对价，且这种对价有利于提升平台的价值^[25]。由于大量的消费者作为免费端入驻平台，使经营者为了获取足

够的消费者关注度以及商品展示度,需要依赖和借助电子商务平台这一媒介。在注意力经济时代,消费者的注意力是争夺的重要资源,因而大型电子商务平台发挥了重要的引流作用。在双边市场理论下,电子商务平台通过自身发展吸引消费者注意力,同时平台内经营者为实现更多的关注而依赖于电子商务平台。在这种交易模式下,中小型经营者与电子商务平台签订连续性、长期性、稳定性的契约以实现自身经营发展的需要。在电子商务平台搭建的经营模式中,如果因为电子商务平台的强势地位导致合同不履行或终止履行,平台内经营者作为弱势群体通常无法维护稳定的消费者客源,并由此引发经营场所的不稳定性,从而无法保障利润收益。因此,在互联网经济时代,电子商务平台成为商家与消费者达成交易行为的必要条件,在二者之间起到交易中介以及信任中介的作用。由于电子商务平台成为平台内经营者与消费者展开交易的必需品,因而中小型商家愿意通过与大型电子商务平台签订长期稳定契约的方式实现对于经营场所的需求。此种情况为电子商务平台与平台内经营者之间契约的不完全性奠定了基础。

市场经济的基础是交易关系,无交易则无市场^[26]。基于上文的分析,笔者认为,电子商务平台与平台内经营者之间为继续性合同关系。继续性合同具有长期性和连续性的特点,交易的时间越长,由于人的有限理性、外在环境的复杂性和不确定性、信息的不对称性,更容易使缔约双方无法对契约期间的重要事项进行提前约定,从而引发契约的不完全性^[27]。同时,依照法经济学的理解,继续性合同属于不完全契约^[28]。电子商务平台与平台内经营者之间系纵向交易的垂直关系市场主体,在平等的交易关系中,交易相对方通过平等协商达成相对合理的交易条件。但是在非对称依赖的关系中,强势一方会提出不合理的交易条件,从而侵害弱势一方的交易利益。优势地位源于交易相对方的依赖关系^[16]。电子商务平台与平台内经营者形成了以非对称依赖性为基础的交易关系,在这种关系下,二者之间的合同关系极容易引发不完全契约的问题。因此,在继续性合同和非对称依赖关系的基础上,可以认为电子商务平台与平台内经营者之间的契约具有不完全性。

(二) 平台内经营者在电子商务平台拥有专用性资产

不完全契约理论的关键假设包括当事人至少具有一定程度的有限理性,无法预期未来的各种或然情况;当事人具有机会主义行为;存在关系专用性资产^[24]。本文结合电子商务平台的特点,对上述假设进行分析。

首先,平台内经营者作为商品或服务的供应商,在与电子商务平台进行交易的过程中,除了作为市场主体本身所具有的有限理性外,还因技术性这一黑箱的存在而使得不具有技术背景的平台内经营者信息获取能力有限,由此导致信息不对称并进一步引发更大程度的有限理性。由此可知,二者之间的交易关系因电子商务平台这一特殊客体的存在而走向更加不平等的相对交易关系。在互联网经济时代,科技的快速发展是平台经济得以快速进步的重要原因,技术的控制能力使互联网平台具有更大程度的操作隐蔽性。技术因素在互联网平台的建构过程中处于技术黑箱中,不被公众所知悉。中小型商家作为入驻互联网平台的市场主体,进入电子商务平台创建的技术规则中,不具有技术识别能力以及技术操作能力,因而电子商务平台与平台内经营者之间的信息严重不对称。技术的发展具有两面性,一方面,技术的发展使生活更加便捷,使平台管理更具可操作性;另一方面,技术性因素也会导致科技壁垒的产生,使交易双方之间的谈判地位更加不平等。因此,电子商务平台的运营模式会强化平台内经营者的有限理性。

其次,电子商务平台与平台内经营者处于连续性、长期性的交易关系中,当事人无法预见合同履行的所有情形属正常。但是,电子商务平台作为交易规则的制定者,对交易关系的操控能力较强,其有能力使平台内经营者无法预期市场的或然情况。加之机会主义的存在,电子商务平台有动力在不与平台内经营者提前商定的情况下,临时、单方面地更改交易条件或者增加交易事项等,进一步增加平台内经营者无法预期未来的各种或然情况的可能性。

最后, 不完全契约理论的主要目标是通过产权安排解决敲竹杠问题, 而关系专用性资产则用于解决不完全契约情况下所有权与控制权分离的问题。根据不完全契约理论, 一旦当事人进行了事前专用性投资, 在事后就会遭遇对方的敲竹杠行为。预见此种情况, 当事人会缺乏足够的投资激励, 进而直接损害社会总福利^[24]。具体到电子商务平台领域, 平台内经营者对店铺和页面的修饰、布局, 以及经过长期经营所形成的用户评价和商业信誉等, 都构成对电子商务平台的事前专用性资产。这些事前专用性资产非常依赖特定的电子商务平台, 无法完全复制和转移至其他类似平台。投资专用性越强, 交易关系的持续性越重要^[27]。因此, 在电子商务平台与平台内经营者形成的长期交易关系中, 专用性资产在二者的博弈中变得更为重要。

五、《电子商务法》第三十五条中“不合理”的理论解构

《电子商务法》第三十五条作为平衡电子商务平台与平台内经营者之间交易关系的法律条款, 规定了三项电子商务平台不得实施的滥用相对优势地位的行为。电子商务平台实施上述三类行为均以“不合理”作为违法性认定要件, 但是对于如何理解和认定“不合理”, 《电子商务法》却没有给予明确的规定。由此导致的问题是, 《电子商务法》第三十五条在内容设置上过于模糊、适用标准不明确以及违法性认定要件不清晰, 进而缺乏可操作性的指引, 在司法实践和行政执法中无法得到有效实施。目前, 学术界对于如何认定“不合理”并无过多讨论, 戴龙^[29]认为, “不合理”的认定以“是否扰乱正常的市场竞争和交易秩序”作为判断依据。袁波^[30]认为, “不合理”的认定应以“扰乱市场经济秩序和损害其他经营者利益”作为考量因素。宋燕妮^[31]认为, “不合理”的认定应当是电子商务平台的限制或者附加的条件构成了对平台内经营者已有利益的严重损害, 不能简单地以平台内经营者需要退出平台而可能承担的商业预期利益损失加以判断。在《电子商务法》第三十五条的框架下, 急需对如何认定“不合理”予以厘清和细化。

(一) 基于继续性合同而产生的“不合理”认定原则: 再交涉义务

电子商务平台与平台内经营者之间存在继续性交易关系, 这种交易关系最大的特点体现为对待给付的延续性。其与传统合同法所规定的合同类型不同, 需要对其加以特殊的权利义务界定。继续性合同的发展源于传统的一时性合同, 但又与一时性合同存在本质不同。为追求长期的、可持续的交易关系, 平台内经营者在与电子商务平台达成协议的过程中, 会让渡一部分权利和自由, 但是这种让渡仍然起源于“商事合意”, 而非“政治让渡”^[32]。合同期限越长, 合同双方越无法规定详细的合同条款, 即契约越具有不完全性^[33]。

笔者认为, 在继续性交易的认定模式下, 认定“不合理”的原则体现为是否进行再交涉。原因在于, 电子商务平台与平台内经营者处于长期的契约关系中, 交易条件的变动属于正常的商业活动, 电子商务平台无故改变或增加交易条件是基于利益盘剥还是基于自身发展的需要, 有时很难清晰界定。即在电子商务平台和平台内经营者的合同履行期间, 电子商务平台新增加交易条件是因为新的、以前无法预见的事由而需要在合同双方之间重新明确权利义务关系, 还只是出于电子商务平台的排他性或剥削性目的犹未可知。在原因不明的情况下, 能够确定的基本原则是在改变或者增加交易条件时, 作为超低谈判能力的一方主体(即平台内经营者)是否具有对合同条款享有展开新一轮谈判的权利, 而且电子商务平台保证谈判的范围围绕主要的争议事项展开, 保证在再谈判的过程中交涉的标的涉及合同条款的实质内容, 交涉内容涉及交易双方的切实利益, 二者能够合理合法地进行磋商, 双方提供真实有效的信息资料, 并就谈判内容进行记录和归档等, 以保证双方谈判的平等性。再谈判权是平台内经营者就电子商务合同展开新一轮平等谈判的权利, 同时再交涉义务也是电子商务平台应该履行的法定义务。上述条件构成滥用行为是否受《电子商务法》第三十五条否定性评价的前提。

再交涉义务是具有相对优势地位一方主体需要履行的重要义务。在Meta案件^①中,再交涉义务被重点提及。在该案件中,意大利竞争管理局命令具有相对优势地位的主体Meta恢复与交易相对方SIAE的谈判。再交涉义务是判断“不合理”的前提,在长期的交易关系中,如果电子商务平台就新事项不履行再交涉义务,则可认定其滥用相对优势地位;如果电子商务平台就新事项履行再交涉义务,则需要对交涉过程中所达成的条款是否合理进行进一步的判断,而这一判断标准即为专用资产损害性。

(二) 基于不完全契约而产生的“不合理”认定标准:专用资产损害性

滥用相对优势地位的行为之所以能够实施,原因在于电子商务平台与平台内经营者之间交易地位的不平等。电子商务平台相较于平台内经营者在诸多方面均具优势地位,这些优势地位使二者之间的交易关系出现失衡。当然,交易地位不平等并不必然引致法律的干预,只有处于优势地位的交易方滥用优势地位,以交易相对方受损害为前提来获取利益时才会引起法律的干预,以对交易双方的利益进行重新调整分配^[34]。对于“不合理”的清晰认定,则是在电子商务平台与平台内经营者之间进行利益重新分配的重要体现。

在不完全契约理论中,资产专用性是指“在不牺牲生产价值的条件下,资产可用于不同用途和由不同使用者利用的程度”^[35]。在电子商务平台与平台内经营者之间的交易关系中,平台内经营者基于信赖利益建立自己的经营模式、培养用户群体和获得信用评价,并基于此与消费者开展交易。此时,平台内经营者进行用途上的专业性投资构成了专用性资产,同时也形成了沉没成本。由于电子商务平台与平台内经营者具有长期交易关系,因而在平台内经营者对电子商务平台形成非对称依赖的前提下,如果合同不能履行或被提前终止,将导致平台内经营者的专用性资产不能收获应有的投资回报,进而可能引发电子商务平台对平台内经营者的敲竹杠行为。

笔者认为,《电子商务法》第三十五条中关于“不合理”的认定标准应界定为专用性资产之资产损害性。平台内经营者对电子商务平台实施的投资在超过其他方面的投资时,则构成专用性资产。在专用性资产没有收回时,电子商务平台对平台内经营者产生锁定效应,进而使平台内经营者转变为依赖主体。电子商务平台利用在互联网市场中形成的主导性地位,成为具有相对优势地位的市场主体,将其在互联网市场中的主导性地位传导至与平台内经营者的交易关系中,并在二者之间建立起非对称依赖关系。在此非对称依赖关系下,平台内经营者处于弱势谈判地位,表现为谈判能力的缺失。电子商务平台在二者谈判地位失衡的情况下所引发的专用性资产的资产损害性构成“不合理”的认定标准。

(三) 专用资产损害性的分析与应用

在电子商务平台与平台内经营者的谈判博弈中,设置的交易条件需在合理范围内则遵循合同自由原则。但当设置的交易条件超出合理范围时,即达到“不合理”程度时,则需要法律的介入。在互联网经济时代,电子商务平台需要投入大量的资金用于维护平台的运营以及声誉机制的建立,因而会产生一系列的平台运营费用。依据双边市场理论,消费者作为免费端参与平台运营,而平台内经营者则作为收费端参与平台经营,因而在此运营环境中,平台内经营者需要承担一部分由电子商务平台转嫁的费用;且平台内经营者作为市场交易主体,也应承担一定的经营风险。因此,在界定“不合理”标准时,不宜为电子商务平台设定过于严格的法律责任。专用资产损害性是“不合理”认定的最低标准,这一标准为电子商务平台与平台内经营者之间的谈判留有充分的空间。对专用性资产的投资本身存在风险,平台内经营者需要承担一定的浪费风险,但是平台内经营者作为依赖主体对电子商务平台存在非对称依赖,因而专用性资产作为平台内经营者的投资不能被无故浪费,其需要得到合理保护。如果电子商务平台与平台内经营者之间的交易条

① A559-ICA: Abuse of Economic Dependence by Meta towards SIAE.

件达到损害平台内经营者专用性资产的程度, 则认为此行为构成“不合理”。因此, 专用资产损害性构成“不合理”认定的最低标准, 并以此作为保护平台内经营者合法权益的标准。

平台内经营者在电子商务平台内的专用性资产具有两种属性: 第一, 专用性资产作为一种成本, 在电子商务平台与平台内经营之间的交易关系中尤其是认同阶段发挥重要作用。第二, 专用性资产作为一种资源, 能够为平台内经营者带来收益, 此时如果专用性资产本身不能发挥作用, 则会给平台内经营者带来损失。专用性资产受到损害包括两个方面: 一方面, 已有专用性资产损失是指平台内经营者已有专用性资产受到损害; 另一方面, 预期专用性资产损失是指平台内经营者已投资的专用性资产没有带来预期收益。以上两方面损失都构成专用性资产损害。在电子商务平台与平台内经营者之间的长期交易中, 电子商务平台如果施加繁重的交易条件会造成平台内经营者专用性资产已有利益和预期利益均受到损害。例如, 如果电子商务平台通过附加条件或限制的方式不合理地终止与平台内经营者的交易, 则构成平台内经营者已有专用性资产损失; 如果电子商务平台附加不合理的交易条款但与平台内经营者继续交易, 由于利润的压缩, 则会造成平台内经营者预期专用性资产损失。因此, 专用性资产所带来的锁定效应是电子商务平台与平台内经营者之间讨价还价的筹码, 是衡量二者之间交易条件是否合理的基准。由于电子商务平台与平台内经营者之间属于合同关系, 基于合同相对性原则, 对于专用资产损害性的具体分析应采取个案分析方法, 因而对于“不合理”的认定也应该采取个案分析方法。

在个案分析中, 如果交易条款中约定的“费用”“条件”“限制”造成平台内经营者专用性资产的损害, 则认定电子商务平台实施的行为“不合理”。平台内经营者作为有价值的用户入驻电子商务平台应享有盈利的权利, 因而需要在资产专用性、利润率以及交易条款三者之间进行权衡, 并对“费用”“条件”“限制”进行分析, 通过计算的方式为平台内经营者留有一定比例的利润。如果电子商务平台实施的行为没有为平台内经营者留有一定的利润, 却意在增加与平台内经营者之间的权利义务差距, 导致平台内经营者的专用性资产被无故浪费, 则构成对专用性资产的损害。上述结论作为认定专用资产损害性的标准, 可以进一步构成“不合理”的认定标准。

六、结 语

法律关系确立的本质, 不是以拘束为中心, 而是以设定一种自由空间为中心, 即法律关系是“法律制度赋予特定的人的一种可能性, 一种自由空间, 所有其他人都不得干涉”^[36]。在电子商务平台与平台内经营者之间的法律关系中, 通过为二者界定合理的权利义务边界的方式为其设置合理的自由空间, 使电子商务平台和平台内经营者享有合理的权利范围。权利构成了法律关系的事实要素, 即法律关系的本质就是权利^[37]。《电子商务法》第三十五条通过规定电子商务平台与平台内经营者之间交易关系的方式, 对二者之间的权利义务关系进行分配, 旨在调整二者由于市场力量失衡所引发的法律纠纷问题。但是由于条款设置上的模糊, 导致其缺乏可操作性的指引。对于条款中不得进行不合理限制、附加不合理条件或者收取不合理费用中的“不合理”进行解读, 有利于解决电子商务平台与平台内经营者之间的利益分配失衡, 以及由此所引发的滥用相对优势地位的法律问题。本文从电子商务平台与平台内经营者之间合同关系的类型入手, 认为二者之间签订的是继续性合同。继续性合同关系所引发的长期契约是产生依赖性的重要来源, 由此认定电子商务平台与平台内经营者之间产生依赖关系, 而且是非对称依赖关系。在继续性合同和非对称依赖关系的共同作用下, 电子商务平台与平台内经营者之间的契约具有不完全性。专用性资产作为不完全契约理论的关键假设, 是衡量电子商务平台与平台内经营者之间交易条件合理与否的基准。在此基础上, 本文从再交涉义务和专用资产损害性的角度对《电子商务法》第三十五条中的“不合理”进行解读。这一标准作为最低标准用于平衡电子商务平台与平台内经营者之间的利益, 为电子商务平台与平台内经营者之间的谈判留有足够空间, 并给电子商务平台预留自由运

营的范围以及保护中小型平台内经营者的利益不受侵犯。对电子商务平台与平台内经营者之间权利义务进行合理的划分,能够消解结构性差异,并期待实现实质意义上的交换正义。

参考文献:

- [1] 电子商务法起草组. 中华人民共和国电子商务法解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2018: 177.
- [2] 焦海涛. 电商平台“二选一”的法律适用与分析方法[J]. 中国应用法学, 2020(1): 49-62.
- [3] 曹阳. 互联网领域滥用相对优势地位行为的法律规制[J]. 法学论坛, 2019(3): 79-88.
- [4] 孟雁北. 滥用相对经济优势地位行为的反垄断法研究[J]. 法学家, 2004(6): 82-88.
- [5] 侯利阳. 市场与政府关系的法学解构[J]. 中国法学, 2019(1): 186-203.
- [6] 杨立新. 网络交易法律关系构造[J]. 中国社会科学, 2016(2): 114-137.
- [7] 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[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2019(2): 110-120.
- [8] 杨坚争. 电子商务法教程[M]. 北京: 高等教育出版社, 2016: 76.
- [9] 刘巍巍. 网络店铺移转的法律属性研析[J]. 学习与实践, 2018(3): 50-57.
- [10] 钟晓雯. 数据交易的权利规制路径: 窠臼、转向与展开[J]. 科技与法律, 2021(5): 34-44.
- [11] 高富平. 网络对社会的挑战与立法政策选择: 电子商务立法研究报告[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 131.
- [12] 栾志红. 关于继续性合同的几个问题[J]. 法学论坛, 2002(5): 52-57.
- [13] 李剑. 论结构性要素在我国《反垄断法》中的基础地位[J]. 政治与法律, 2009(10): 121-129.
- [14] 曹阳. 互联网滥用相对优势地位行为的认定及其法律规制[J]. 江西社会科学, 2019(8): 174-183.
- [15] 戴龙. 滥用相对优势地位的法律规制研究——兼议《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》第6条的修改[J]. 中国政法大学学报, 2017(2): 146-158.
- [16] 徐世英, 唐茂军. 滥用相对支配地位行为的法律规制研究[J]. 东方法学, 2008(3): 35-45.
- [17] 李剑. 零售垄断的竞争法规制——以超市入场费为视角[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 41.
- [18] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 155-156.
- [19] 前瞻产业研究院. 2020年中国在线外卖行业市场现状及竞争格局分析[EB/OL]. (2021-02-08) [2023-05-26]. https://www.sohu.com/a/449485094_473133.
- [20] 全玲贤. 韩国滥用交易地位行为规制研究[J]. 法治研究, 2016(5): 132-140.
- [21] 袁嘉. 德国滥用相对优势地位行为规制研究[J]. 法治研究, 2016(5): 123-131.
- [22] 王玉辉. 滥用优势地位行为的违法性判定与规制路径[J]. 当代法学, 2021(1): 106-116.
- [23] 王先林. 反不正当竞争法的修订与竞争法体系的协调与衔接[J]. 中国市场监管研究, 2017(12): 28-31.
- [24] 聂辉华. 契约理论的起源、发展和分歧[J]. 经济社会体制比较, 2017(1): 1-13.
- [25] 张晨颖. 公共性视角下的互联网平台反垄断规制[J]. 法学研究, 2021(4): 149-170.
- [26] 侯利阳. 市场地位的反垄断剖析[M]. 北京: 中国书籍出版社, 2019: 198.
- [27] 王向东. 制度经济学[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2021: 175.
- [28] 屈茂辉, 张红. 继续性合同: 基于合同法理与立法技术的多重考量[J]. 中国法学, 2010(5): 25-40.
- [29] 戴龙. 算法、人工智能与反垄断法[C]//陈耿华. 2019年“互联网领域反垄断法前沿问题学术研讨会”综述. 竞争政策研究, 2019(3): 64-75.
- [30] 袁波. 电子商务领域“二选一”行为竞争法规制的困境及出路[J]. 法学, 2020(8): 176-191.
- [31] 宋燕妮. 《中华人民共和国电子商务法》精释与适用[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2018: 107.
- [32] 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[J]. 法学研究, 2020(2): 42-56.
- [33] 徐细雄. 参照点契约理论: 不完全契约理论的行为与实验拓展[J]. 外国经济与管理, 2012(11): 52-60.
- [34] 钟瑞庆, 万玲. 交易行为二重性与复合调整模式——也谈经济法的调整对象[J]. 法学, 2001(8): 65-69.
- [35] 袁庆明, 魏琳. 威廉姆森企业边界理论评析[J]. 当代财经, 2009(12): 23-27.
- [36] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 51.
- [37] 龙卫球. 民法总论: 第2版[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002: 107.

Analysis of the Illegality of E-Commerce Platforms' Abuse of Superior Bargaining Position

CHEN Ke, HOU Li-yang

(Koguan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

Summary: In recent years, e-commerce platforms have assumed a pivotal role in the Internet economy, emerging as a popular transaction method. However, owing to the substantial market influence wielded by these platforms, the balance of negotiation power between them and platform operators has progressively eroded. Article 35 of China's E-Commerce Law serves as a pivotal clause addressing this legal concern and playing a leading role. This legal provision outlines three obligations for e-commerce platforms: refraining from imposing unreasonable restrictions, imposing additional unreasonable conditions, and charging unreasonable fees to operators on the platforms. However, the interpretation of the term "unreasonable" within this legal provision remains ambiguous, leading to challenges in its effective application in practice.

This paper employs the method of law and economics analysis, combining the distinctive developmental features of e-commerce platforms with the unique market structure of e-commerce. It delves into the illegality associated with the abuse of e-commerce platforms' superior bargaining position. The study reveals that Article 35 of China's E-Commerce Law serves as a regulatory provision designed to recalibrate the legal dynamics between e-commerce platforms and platform operators. To comprehensively analyze and discern the concept of "unreasonable" within the legal framework, it is imperative to initially scrutinize the legal ties binding e-commerce platforms and operators on these platforms. By considering the nature of the contractual relationship between e-commerce platforms and platform operators, it becomes evident that a continuous contractual relationship exists between the two. The long-term contract, triggered by the continuous contractual relationship, serves as a significant source of dependency. Furthermore, it is recognized that the contractual relationship between e-commerce platforms and operators within the platform constitutes an incomplete contract. Within this framework, the yardstick for assessing the reasonableness of transactional conditions between the e-commerce platform and the platform operators rests upon asset specificity. Building upon this foundation, this article offers an interpretation of the term "unreasonable" as presented in Article 35 of China's E-Commerce Law from the perspective of renegotiation obligation and damage to asset specificity.

The interpretation of the term "unreasonable", as outlined in Article 35 of China's E-Commerce Law, helps address the imbalance in interest distribution between e-commerce platforms and platform operators, as well as the resulting legal issues that arise from the abuse of bargaining position. A reasonable definition of rights and obligations between e-commerce platforms and operators on platforms can grant e-commerce platforms the freedom to operate, safeguard the interests of small and medium-sized operators on platforms from infringements, and eliminate structural differences between the two. This, in turn, contributes to achieving substantial fairness in the realm of exchange.

Key words: e-commerce platform; superior bargaining position; continuing contracts; renegotiation obligation; specific asset impairments

(责任编辑: 徐雅雯)

[DOI]10.19654/j.cnki.cjwtyj.2023.09.006

[引用格式]陈可, 侯利阳. 电子商务平台滥用相对优势地位行为的违法性辨析[J]. 财经问题研究, 2023(9): 70-80.