

·数字经济·

论平台经营者不合理限制交易的法律 规制



□李 超

[南京大学 南京 210093]

[摘 要] **【目的/意义】** 平台经营者掌握着优势的规制权力, 且可能对平台内经营者实施排他、歧视和剥削等不合理限制交易的行为, 直接损害平台内经营者的合法权益, 阻碍平台市场的自由和公平竞争, 迫切需要法律规制。**【设计/方法】** 通过对《电子商务法》实施前的法律规制体系梳理, 可知平台经营者不合理限制交易的格式条款规制和竞争法规制兼存在漏洞。一方面, 提示说明义务弱化、公平原则适用困难、平台规则备案审查作用有限, 使格式条款规制体系无力应对; 另一方面, 不合理限制交易行为难以被《反垄断法》和《反不正当竞争法》规制体系完全覆盖。**【结论/发现】** 《电子商务法》第35条通过设置不合理限制交易的“禁止+合理抗辩”条款, 专门规定行政法律责任, 是对平台经营者不合理限制交易法律规制的发展。《电子商务法》第35条所蕴含的“相对优势地位”“不合理限制”“明显不合理限制”等关键实施要点, 有待进一步丰富、充实。

[关键词] 平台经营者; 不合理限制; 格式条款; 竞争法; 电子商务法

[中图分类号] D912.29

[文献标识码] A

[DOI] 10.14071/j.1008-8105(2020)-4013

On the Legal Regulations of Platform Operators' Unreasonable Restrictions on Transactions

LI Chao

(Nanjing University Nanjing 210093 China)

Abstract [Purpose/Significance] Platform operators have superior regulatory power, and may impose unreasonable restrictions on transactions such as exclusivity, discrimination, and exploitation of operators on the platform, which directly damage the legitimate rights and interests of operators on the platform and hinders free and fair competition in the platform market. There is an urgent need for legal regulations. [Design/Methodology] Through combing the legal regulation system before the implementation of the E-Commerce Law, this article shows that platform operators unreasonably restrict transactions in the regulation of standard terms, and competition laws and regulations have loopholes. On the one hand, it is reminded that the weakening of obligations, the difficulty in applying the principle of fairness, and the limited role of platform rules for filing and reviewing make the standard terms regulatory system unable to respond; on the other hand, unreasonable restrictions on trading behaviors are also difficult to be fully covered by the Anti-Monopoly Law and Anti-Unfair Competition Law. [Findings/Conclusions] Article 35 of the E-Commerce Law establishes a “prohibition + reasonable defense” clause for unreasonably restricted transactions, specifically stipulating administrative legal responsibilities. It is the

[收稿日期] 2020-06-22

[基金项目] 国家社科基金项目 (20BFX122) .

[作者简介] 李超 (1993-) 男, 南京大学法学院博士研究生.

development of legal regulations for unreasonable restrictions on transactions by platform operators. The key implementation points of “relative advantage”, “unreasonable restrictions” and “obviously unreasonable restrictions” contained in Article 35 of the E-Commerce Law need to be further enriched.

Key words platform operator; unreasonable restriction; standard terms; competition law; E-Commerce Law

一、问题的提出

我国《电子商务法》第35条规定:“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。”该条被电子商务法起草组称之为针对电子商务平台经营者(以下简称“平台经营者”)“不得进行不合理限制、附加不合理条件、收取不合理费用”条款,旨在防止平台经营者在追求自身利益或参与市场竞争过程中,滥用市场力量,通过平台规则或技术手段,对平台内经营者课以不公平、不合理的义务,损害消费者和其他平台经营者的合法权益,影响市场正常的竞争秩序^[1]。但是,《电子商务法》第35条对“平台经营者不合理限制交易”行为的列举过于宽泛,对于何谓“不合理限制交易”无法提供清晰的判断标准。

在《电子商务法》实施以前,已有多部法律调整平台经营者“不合理限制交易”的问题。例如,我国《合同法》第39条、40条、41条分别从程序(说明义务)和实体(无效制度、不利解释规则)的角度,对格式条款提供方不合理限制交易进行规制^[2]。《反垄断法》第17条第(四)项和第(五)项从禁止经营者滥用市场支配地位的角度,对“没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”和“没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件”两类情形进行了规制。《反不正当竞争法》第12条,则对经营者“利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式”,实施“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”进行了规制。若从法秩序整体的视角观之,在“平台经营者不合理限制交易”已有法可循的情况下,《电子商务法》第35条的规定是否多余?还是因为电子商务环境下不合理限制交易问题又有其特殊性,故立法者有意为之?如果承认《电子商务法》第35条有独立价值,那么,其同相关法律之间的关系如何?如何更好地实施第35条?以上都是本文所欲提出讨论和解决的问题。

事实上,“平台经营者不合理限制交易”的认定及其法律适用的问题,会对行政执法或司法裁判造成直接影响。例如,在近来发生的“格兰仕诉天猫案”^[3]中,格兰仕以天猫涉嫌“滥用市场支配地位”为由向广州知识产权法院诉讼,认为天猫平台限制格兰仕选择交易对象行为(俗称“二选一”)构成“不合理限制”,但该案最终以格兰仕撤诉并与阿里巴巴签订合作协议而告终^[4]。或许格兰仕撤诉有自身利益的考量,但似乎也与平台经营者“滥用市场支配地位”认定门槛过高有关。如果格兰仕援引《电子商务法》第35条起诉,是否会因为证明难度降低出现不一样的结果?本文对平台经营者不合理限制交易法律规制问题的研究,无疑能够为该类案件的解决提供可行思路。与之同时,也能为相关法律实施提炼一套可供参照的规则和方法。

二、“平台经营者不合理限制交易”法律规制之必要性

随着平台经营者市场份额和市场力量的不断提升,对平台内经营者的影响力和控制力日益强化。平台经营者为了追求自身利益和市场竞争,会通过平台规则和技术手段,不合理限制平台内经营者的交易和竞争,迫切需要进行法律规制。

(一) 平台经营者易滥用优势的规制权力

近年来,平台经济获得飞速发展,平台经营者掌握着核心交互技术,连接平台内经营者和消费者,制造了积极的网络效应。平台市场份额和市场力量的不断提升,平台发展和竞争呈现“无所不包”“无所不能”“赢者通吃”的局面。平台主导和掌握着用户流量的分配之权,平台内经营者不得不依附平台流量和网络效应生存,平台经营者成为平台市场的“准守门人”。由于用户海量、交易体量巨大、违法行为隐秘性强,平台经营者已形成一套维护网络效应的内部治理机制,成为电子商务经济中的重要经济管理主体^[5]。例如,平台经营者通过规则制定、发布与执行,对相关市场行为予以引导、规范与惩戒。同时,平台经营者还创制了以技术手段支撑的限制促销、控制搜索排名、缴纳违约金、扣除积分关店处理等多种新型规制措施,以纠正平台内经营者的机会主义,消除平台市场的负

外部性。

平台经营者通过制定平台规则和技术手段,采取规制措施对平台内经营者开展内部治理,固然可以在一定程度上减少机会主义带来的消极网络效应,契合平台内经营者和消费者需求。但是,当下平台经营者在市场规制中的作用越来越明显,规制力量越来越强大,平台经营者为了追求自身利益,也可能滥用其优势的规制权力,平台经营者针对平台内经营者不合理限制交易便是滥用规制权力的典型样态。

(二)“平台经营者不合理限制交易”之表征及其效果分析

根据案例考察发现,“平台经营者不合理限制交易”行为可分为排他、歧视和剥削三种主要类型。

1. 平台经营者的排他行为

平台经营者的排他行为,是指平台经营者缺乏正当理由,利用平台规则和技术手段,对平台内经营者实施指定交易对象、限定交易价格或规定交易条件等限制交易的行为。例如,在格兰仕诉天猫案中,格兰仕表示,其被要求在天猫和其他平台间“二选一”。此后,格兰仕一直遭遇来自天猫的不公正对待,遭受技术屏蔽、限制流量乃至下架商品等手段,最终,格兰仕表示天猫相关店铺蒙受了上亿元的损失^[3]。天猫通过技术手段搜索降权,要求格兰仕在天猫和其他平台之间“二选一”的行为,即属于排他行为类型。如果格兰仕的主张属实,天猫的行为将使消费者客观选择格兰仕的可能性减少,格兰仕由于天猫的威胁而无法自由选择合作对象,从而损害平台市场的自由公平竞争。此外,平台经济中的“最惠待遇条款”,也是一种平台经营者对平台内经营者进行交易条件限制的格式条款。通常表现为平台内经营者向平台经营者承诺,不会给予平台经营者的竞争对手更为优惠的待遇;若平台经营者的竞争对手给予该平台内经营者更优惠的待遇,则该平台内经营者将自动匹配这一待遇。有学者分析认为,“最惠待遇条款”可能造成市场封锁、促进共谋和抑制价格竞争等市场竞争的问题^[6]。

2. 平台经营者的歧视行为

平台经营者的歧视行为,是指平台经营者缺乏正当理由,利用平台规则和技术手段,对平台内同类型经营者给予在同等条件下有差别的技术服务或待遇,或者给予差别化处置,从而不当影响平台内经营者的流量和收益。例如,在丹桂飘香书店诉京东案中,原告丹桂飘香书店因销售《入团志愿书》,被告京东认定其严重违规,依据平台服务协

议,对丹桂飘香书店做出缴纳违约金、扣除积分及关店处理的处罚。原告认为,被告允许其他经营者在平台上销售《入团志愿书》等资料,存在滥用市场支配地位限制交易、不正当竞争、向平台内经营者收取不合理费用等违法行为^[7]。在该案中,京东对丹桂飘香书店可能实施的差别处置,就涉嫌对平台内经营者的歧视。近来,平台经营者的歧视行为,也引起了国外执法部门的关注。例如,2019年7月,亚马逊便因被怀疑使用独立零售商的数据来提高自家产品的销量,遭受欧盟委员会的反垄断调查^[8]。平台经营者的歧视行为,将使处于被歧视的平台内经营者丧失更多的交易机会和竞争优势,间接增强了其他平台内经营者的竞争优势,损害平台内经营者参与平台市场的公平竞争。

3. 平台经营者的剥削行为

平台经营者的剥削行为,是指平台经营者缺乏正当理由,利用平台规则和技术手段,对平台内经营者收取不合理的费用,从而不当提高平台内经营者经营成本的行为。例如,外卖平台经营者为争夺交易市场,先对平台内经营者进行补贴,待用户粘性培养成功后,再收取高昂服务费^[9]。又如,在2019年3月,Spotify(音乐流媒公司)在向欧盟委员会提起的法律诉讼中指控,苹果对Spotify的应用商店订阅收取了30%的费用,Spotify对此感到十分不满,因为其只能通过对用户提高应用订阅价格,才能填补这一费用^[10]。平台经营者对服务过高定价,只会人为提高平台内经营者的运营成本,最终由消费者埋单,平台经营者则坐享其成,没有动力去改善技术和服务,平台内经营者也只能被迫与之形成“合谋”。

三、《电子商务法》实施前“平台经营者不合理限制交易”法律规制之漏洞

在《电子商务法》实施以前,我国《合同法》《反垄断法》《反不正当竞争法》的相关条款已经能够为“平台经营者不合理限制交易”的行为提供规制依据,本文将其归纳为格式条款规制和竞争法规制两大规制体系,并借此对其逐一检验。

(一)格式条款规制的作用受限

由平台经营者服务协议、交易规则组成的平台规则,是平台经营者对平台经营者实施限制交易行为的重要依据,故对限制交易行为“合理性”的认定,应首先对平台规则的效力进行评判。在《电子商务法》出台以前,我国《合同法》及相关法律文件为平台规则提供了效力评判的依据。

1. 提示说明义务弱化

根据我国《合同法》第39条规定,平台经营者作为提供格式条款的一方,应当在“遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”后,采取“合理的方式”提请平台内经营者“注意免除或限制其责任的条款”,平台内经营者可要求其对该条款说明。但是,在平台经济背景下,平台经营者对提示说明义务的履行趋于弱化。一是由于平台规则内容庞杂、技术性强,易加重平台内经营者的阅读理解负担。“多数网络用户在注册或购买商品或服务时往往不会注意和阅读这些条款,在裁决争议时,由于难以否定其合同效力,其中对用户有约束力的条款的执行结果明显对用户不利或侵害用户的权益。”^[4]二是由于平台规则一般并非面对面签署,提示说明义务难于进行,即使有机会说明,平台经营者也会充分运用其信息和技术优势,以更隐秘、更晦涩的形式呈现对自己有利的内容。平台经营者对“免除或限制其责任”等核心给付条款的特殊提示义务,也会因附随给付条款的信息过度供给或刻意掩盖而丧失显著性。

2. 公平原则适用困难

《合同法》第39条虽将“公平原则”作为确定当事人之间合同内容给付均衡的基本原则,但在平台经济背景下,“公平”与“不公平”的界限模糊。一是平台经营者的排他行为会因平台规则的同质化而正当化。由于平台规则具有高度同质化的特征,“二选一”行为被认为是市场选择的结果,并逐渐演变为正常普遍的商业行为,乃至成为平台经济领域的行业惯例,在披上这一正当化的外衣后,很难谓之不公平。二是由于平台经营者的歧视行为往往不会在平台规则上直接呈现,而是通过极具专业性、隐秘性和复杂性的技术手段实施,很难使用公平原则检验。三是平台经营者服务费收取“剥削”与否的边界模糊。平台经济往往具有双边市场和交叉补贴的特征。平台经营者的收益,主要来源于网络效应所带来的流量及相关衍生增值服务,其同平台内经营者之间往往无直接货币对价或不构成对价,公平与否通常难以有效判断。平台经营者对平台内经营者收取的服务费极低乃至免费,在此情形下,平台经营者提高服务费用,也难以认定构成“加重对方责任或排除对方主要权利”。

3. 平台规则备案审查作用有限

2014年,商务部发布《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定(试行)》规定,由商务部负责建设平台规则备案系统,开展平台规则的备案审

查,这在一定程度上可以实现缔约过程的意思自治与合同内容的给付均衡的问题,但从备案审查的实际运作来看,所能发挥的作用也十分有限。从覆盖范围来看,平台规则备案系统几乎覆盖所有业态的平台规则,备案审查任务繁重。从审查方式来看,平台规则备案审查系统公布的平台规则,都是由备案平台企业自行登录提交,且商务部声明这些平台规则的真实性、合法性由备案平台企业负责。省级商务主管部门的审查标准是“企业所提交的材料是否齐全、是否符合条件”,但何为“符合条件”并不明确,实际上只是一种形式审查。由于商务部及各级商务主管部门并非具体内容的专门审查机构,又无法律明文要求市场监管部门负责内容实质审查,平台规则备案审查的形式大于实质,监督实效存疑。

(二) 竞争法规制的适用门槛高

平台经营者不合理限制交易行为,由于可能阻碍或扭曲平台市场的自由和公平竞争,将其纳入竞争法规制框架亦为可行,以填补格式条款作用受限之处。但竞争法规制的使用门槛终究太高,恐无法为广大中小型平台内经营者提供充分的保护。

1. 《反垄断法》的规制困境

《反垄断法》第13条、第14条、第17条,确立了市场主体达成“垄断协议”和“滥用市场支配地位”两类垄断行为的规制框架,但都很难对平台经营者不合理限制交易的行为做出充分的评价。

(1) 用于“平台经营者不合理限制交易”的平台规则难以认定为垄断协议。第一,根据《反垄断法》第13条规定,横向垄断协议必须是由具有竞争关系的经营者达成。平台经营者与平台内经营者是管理与服务的关系,一般不存在直接竞争关系。即使平台经营者的自营门店与平台内经营者存在竞争关系,平台内经营者多为中小型商户,与平台经营者达成合谋瓜分相关市场的可能性微乎其微。第二,《反垄断法》第14条“纵向垄断协议”条款规制的是经营者与交易相对人之间的关系,这对平台经营者也难以适用。有学者认为,平台经营者与平台内经营者之间的基础关系为代理法律关系,可适用诞生在普通法系的反垄断法认定原则——“代理原则”^[6]。但是,我国属于大陆法系国家,平台经营者与平台内经营者之间的法律关系很难被广义地解释成为民法上的代理关系。对于尚未形成共识的概念,不宜当作执法的依据;即使可以通过认定代理关系来评价“最惠待遇条款”这一特定行为的竞争效果,但平台经营者其他的歧视行为和剥削行

为,也难被有效认定。

(2) 平台经营者不合理限制交易很难构成滥用市场支配地位。《反垄断法》第17条虽对经营者滥用市场支配地位进行了类型化列举,平台经营者实施的排他、歧视和剥削行为,似乎分别符合第17条(四)(五)(六)的构成要件,但这些条款适用须以平台经营者具有市场支配地位为前提。平台经济下,如何认定平台经营者具有市场支配地位仍存在不少障碍,仅根据平台经营者的“市场份额”便认定其在相关市场上具有市场支配地位十分困难且有失偏颇。例如,在“3Q大战”中,连腾讯这样的超级平台尚且不构成市场支配地位,对于其他份额相对较小的平台经营者而言,更难认定其具有市场支配地位^[12]。从域外经验比照来看,就连竞争法规制体系相对完备的欧盟,在其2018年4月公布的《促进网上商业用户中介服务的公平和透明度法案》的提案说明中也不得不承认竞争法在规制此类问题的不足:“这项议案所涵盖的平台单方面可能有害的贸易做法不一定违反欧盟《竞争法》第101条或第102条的规定。因此,欧盟或国家层面的竞争法可能无法解决所有问题。”^[13]

因此,必须认识到,力图从《反垄断法》层面规制平台经营者不合理限制交易的问题,难度仍然较大。因为《反垄断法》只禁止那些违法性较为严重的垄断行为,平台经营者实施的上述不合理限制交易行为,未必能够达到《反垄断法》的违法性标准。

2. 《反不正当竞争法》的规制困境

平台经营者不合理限制交易行为能否通过《反不正当竞争法》解决呢?在《反不正当竞争法》修订之前,有些执法部门的确将平台经营者不合理限制交易的行为视为“不正当竞争行为”。例如,浙江省市场监督管理局(原省工商局)2017年8月公布的“金华查处‘美团网’不正当竞争案”中所提到:美团利用优势地位,以“合作承诺书”的方式,要求入网经营者签订协议,约定只与其独家经营。同时,美团以不提供服务、不签协议等方式迫使入网经营者签署选择“只与美团合作”这一补充约定。浙江金华监管部门认为,美团利用自身优势,阻碍、胁迫他人与竞争对手发生正常交易的行为,属于不正当竞争行为。金华市市场监管局根据《浙江省反不正当竞争条例》依法予以处罚^[14]。

金华市场监管部门将“二选一”视为不正当竞争行为的执法思路值得商榷,因为监管部门更多关注的是平台竞争者之间的利益,并未仅将平台内经

营者这一直接受害主体纳入利益考量范围。

此外,平台经营者对平台内经营者实施的剥削行为和歧视行为,虽直接损害平台内经营者利益,也难以构成不正当竞争。2018年1月实施的新《反不正当竞争法》第12条,有其规制的局限性。一方面,平台实施的剥削行为和歧视行为,虽直接发生于平台经营者与平台内经营者之间,但平台内经营者是接受平台管理和服务的被管理主体,其同平台之间很难成立竞争关系。例如,在丹桂飘香书店诉京东案中,法院便认为,原告丹桂飘香接受被告京东管理并在被告平台上销售商品,双方不属于相互竞争关系,故不适用《反不正当竞争法》的规定^[7]。另一方面,即使新《反不正当竞争法》淡化了“竞争关系”的要件,但第12条所规制的平台经营者不正当竞争行为,也只限于“技术手段”并需受同类解释规则的限制,无法涵盖平台经营者的歧视行为和剥削行为。从立法过程来看,此前的《反不正当竞争法(修订草案)》第6条,试图将平台经营者不合理限制交易行为纳入反不正当竞争法进行规制,但在正式通过的法律文本中却将该条删除,这表明,立法者并不想把该类行为交由《反不正当竞争法》解决。

四、《电子商务法》第35条对平台经营者不合理限制交易法律规制的发展

在《电子商务法》实施之前,格式条款和竞争法规制体系,无法有效规制平台经营者不合理限制交易行为。若对平台经营者不合理限制交易行为缺乏有效的事前和事后规制措施,极可能助长平台经营者滥用规制权力,损害平台内经营者的合法权益,排除和限制平台市场竞争。基于此,《电子商务法》第35条确立了平台经营者不合理限制交易的“禁止+合理抗辩”条款,并设置平台经营者行政法律责任(《电子商务法》第82条),以期能够建立起一套较为灵活的独立规制机制。

(一) 《电子商务法》第35条的规范构造

《电子商务法》第35条、第82条形成了针对平台经营者不合理限制交易的主体、行为和责任规制框架,是对格式条款规制和竞争法规制的发展。

1. 主体要件:优势主体与依赖主体

《电子商务法》第35条是调整平台经营者和平台内经营者之间交易关系的规范,平台经营者和平台内经营者是该条的核心主体。一般而言,平台经营者较之平台内经营者,具有相对优势地位。但第

35条并未列明平台经营者应具备“相对优势地位”，以及平台内经营者对平台经营者是否具有“依赖性”这两个要件。依照一般原理，相对优势地位产生的背景是一方对另一方有依赖性^[15]。依据第35条“限制”一词的文义解释，“限制”通常指涉“规定范围”“约束”的含义。一方主体之所以能够对另一方主体划定行动范围或约束对方活动，意味着约束方较之受约束而言具备相对优越的条件。据此可知，根据文义解释，判断平台经营者的相对优势地位和平台内经营者的依赖性要件隐含于第35条表达之中。也即平台经营者具有相对优势地位则是适用《电子商务法》第35条之前提。

因此，《电子商务法》第35条的主体要件，由优势主体（平台经营者）和依赖主体（平台内经营者）构成。至于第35条所指的“其他经营者”，根据《电子商务法》第9条对经营者的界定可知，即包括其他平台内经营者，又包括其他平台经营者，但其并非第35条的核心主体。较之《反垄断法》第17条、《反不正当竞争法》第12条，《电子商务法》第35条主体要件适用的好处在于，既不需要考虑平台经营者是否具有“市场支配地位”，也不需要考虑平台经营者与平台内经营者是否需要“竞争关系”，降低了适用难度。

2. 行为要件：不合理限制交易

《电子商务法》第35条采“禁止+合理抗辩”的模式，对平台经营者不合理限制交易行为的手段和内容做出了具体规定。

一是列明了平台不合理限制交易的手段，包括平台经营者采用的服务协议、交易规则以及技术等，基本能覆盖所有的手段形式。关于平台经营者不合理限制交易的手段，可大致分为平台规则（服务协议、交易规则）和平台技术两类。前已述及，平台经营者制定的平台规则，构成了平台治理的基本秩序。这些平台规则远超出格式和条款规制体系所能够调整的范围，具有一定的公共性或团体性，完全交由平台进行“自治”，存在许多法律风险。

《电子商务法》第34条在确立平台经营者平台规则单方变更权的同时，赋予平台内经营者单方解除权，并设置平台规则的意见征集与先期公示制度，这可以视为对平台规则备案审查机制的另一补充。此外，《电子商务法》第35条明确将技术手段列入规制范围。较之平台规则这一显性手段而言，技术手段更为隐秘，更难以判断和识别，而平台经营者实施的歧视或排他行为，大多借助技术手段实现。平台技术手段是一个神秘的“黑箱”，一旦技术手

段（如搜索引擎算法）被滥用，很难发现和察觉，更难以得到救济。故而，平台经营者通过技术手段限制平台内交易和竞争的行为，更值得警惕和防范。随着技术发展和商业模式迭代更新，还可能产生其他新型手段，故第35条使用“等手段”作为兜底，使该条的适用能兼顾可预测性和灵活性。

二是对平台经营者不合理限制交易的行为进行了分类。《电子商务法》第35条将平台经营者不合理限制交易行为归类为三种：（1）平台经营者对平台内经营者在平台内的交易、交易价格和交易对象进行不合理限制；（2）平台经营者对平台内经营者在平台内的交易、交易价格和交易对象附加不合理的条件；（3）平台经营者对平台内经营者收取不合理费用。此处第35条关于“不合理”的条件限定，意味着并非对所有限制交易的行为进行一刀切地禁止，而是为平台经营者预留了充足的自治空间。但是，“不合理限制”属于不确定性概念，第35条未给出明确的判断标准。这既是法律应对未定型的社会生活的无奈之举，但又可能因其过度抽象而牺牲法的安定性，亟需进一步明确。

3. 责任要件：以行政责任为主

《电子商务法》第82条专条设置平台内经营者的行政责任，以作为第35条实施之保障。第82条规定，平台违反第35条所列情形的，由市场监管部门责令限期改正，可以处5万元以上15万元以下罚款；情节严重的，处50万元以上200万元以下罚款。第82条将公共实施作为第35条法律实施的主要路径，各级市场监管部门是第35条最重要的实施主体。另外，《电子商务法》第82条设置的行政责任，远低于市场主体实施滥用市场支配地位行为的法律责任。根据《反垄断法》第47条规定，市场主体实施滥用市场支配地位行为的，应责令停止违法行为，没收违法所得，并处上年度销售额1%以上10%以下的罚款。这从侧面也反映出，《电子商务法》对平台经营者不合理限制交易行为持谦抑态度，使平台经营者的违法性和责任相匹配。也进一步说明，《电子商务法》第35条和《反垄断法》第17条的适用应有主次之分，应根据平台经营者违法性的程度依次适用。

值得一提的是，《电子商务法》并不排除平台内经营者援引第35条要求平台经营者承担民事责任。根据《电子商务法》第74条规定，平台经营者不履行义务或履行合同义务不符合约定，或造成“他人”损害的，“依法”承担民事责任。根据立法释义，该条是《电子商务法》同其他法律民事

责任制度的衔接条款,应当遵循“特别法优于一般法”的原则,确定平台经营者的民事责任^[1]。《电子商务法》虽属特别法,但并未具体规定平台经营者民事责任,故平台内经营者可援引《合同法》《侵权责任法》等法律,要求平台经营者承担民事责任。

(二)《电子商务法》第35条的实施要点

平台经营者实施的所有排他、歧视和剥削行为,并非当然落入《电子商务法》第35条的规制范围,第35条实效的发挥离不开对条文中所蕴含的不确定性法律概念作精细化的界定,最大化消除该条在适用中的不确定性。

1. 平台经营者“相对优势地位”的判断

《电子商务法》第35条淡化了对平台经营者市场地位的认定门槛,平台经营者无需达到“市场支配地位”程度,便符合该条的构成要件。但是,平台经营者的“相对优势地位”和平台内经营者的“依赖性”仍是一对需要被明确的概念。本文认为,平台经营者相对优势地位和平台内经营者依赖性可以依据“网络效应”“锁定效应”和“转换成本”等核心要素来判断。

在平台市场上,平台内经营者依靠平台经营者制造的网络效应生存,由于平台经营者掌握核心交互技术,主导流量分配,平台内经营者借助平台经营者提供的流量开展经营,逐渐产生依赖并形成“锁定效应”。网络效应的存在,使平台内经营者在平台经营者上创造的价值随着交易的积累而不断增多。当平台内经营者投入大量“沉没成本”后,“用户粘性”不断增强,转向其他平台经营者的成本也随之增加。平台经营者的技术优势、信息(数据)优势和规制优势,以及“赢者通吃”的平台竞争格局,更是进一步坐实了平台经营者同平台内经营者之间的“不平等”。电子商务法起草组编著的立法释义也进一步佐证了这一判断:“电子商务平台在平台内的交易过程具有优势地位,本条旨在约束其在平台内从事的竞争行为和交易行为。”^[1]

需要指出的是,在平台经济背景下,平台内经营者相对优势地位认定,具有其涉他性、社会连带性特征^[16]。相对优势地位的认定,不仅要考虑平台内经营者利益,还应考虑对消费者选择和其他平台公平竞争的影响。

2. 平台经营者“不合理限制”的判断

平台经营者不合理限制交易的最大难点在于“不合理限制”的判断。平台经营者实施的限制交易行为,并非完全不合理。特别是平台经营者为了

执行法律义务,维护平台内交易质量和交易安全而采取的限制交易措施,其产生的限制竞争的效果要么不明显,要么具有正当性的依据。因此,反垄断法上“合理原则”便值得借鉴,即判断平台经营者所强加的限制是促进了竞争,还是压制或消除了竞争。然而,完全适用“合理原则”的标准,又同样存在问题。由于处于弱势一方的平台内经营者对平台经营者高度依赖,转换成本极其高昂,平台内经营者会产生恐惧心理,不敢轻易中断交易关系,不敢把不公平交易行为诉诸法院,甚至不敢向社会公开他们的遭遇^[15]。若直接采用合理原则,平台内经营者很难具备与平台经营者抗衡的技术条件与举证能力,只有拥有足够财力、人力和技术的大型零售企业才有可能诉诸法院,绝大多数小微的商户,则处于不敢救济和不能救济的境地。例如,前文所述的格兰仕诉天猫案中,格兰仕已经撤诉并与阿里巴巴签订了合作协议。格兰仕凭借自己的品牌效应,向阿里巴巴施加了谈判筹码,最大限度地维护了自己的利益。但对于缺乏品牌塑造能力和营销能力的广大中小型平台内经营者而言,其权益受损时几乎很难得到有效保护。

美国《反垄断法》上的“Quick Look Test”标准是对“合理原则”的适当改良,或许可以借鉴用于平台经营者“不合理限制”交易的判断。“Quick Look Test”标准,是一种简化版的“合理原则”,一般在有关行业组织反垄断法规制案件中适用。在该标准下,法院不需要对相关市场和反竞争效果进行严格分析,原告只需要证明被告行为在形式上造成市场损害。也就是说,被告行为虽然不构成本身违法,但很可能产生反竞争的效果时,法院没有必要对被告行为进行全面分析,而是采用“Quick Look Test”标准,由被告提供证明其行为合理性的证据,如果被告提供的证据证明其行为是合理的,则采用“合理原则”进行分析,反之,则直接适用“本身违法原则”^[17]。由于平台经营者对平台内经营者的限制和行业组织对其成员限制高度相似,故该标准的引入具有可行性。

当然,“Quick Look Test”标准的引入应有其限度,以防止因市场监管部门和法院自由裁量权过大,过度干预平台经营者的自治活动,阻碍平台经济发展。美国联邦最高法院审理的FTC诉Indiana Federation of Dentists一案,是“Quick Look Test”标准应用及其限制的典型判例。在该案中,加利福尼亚牙科协会是一个非营利的自治组织,该组织通过制定行业规则限制成员发布广告,要求成员就广

告费用的折扣、护理索赔等信息进行披露，并由专门机构监督其实施。FTC采用“Quick Look Test”标准进行调查，发现被告的限制是不合理的，于是裁定相关条款违法，美国第九巡回上诉法院也支持了FTC采用的判断标准。美国联邦最高法院则认为，FTC和上诉法院应当对某些条款促进竞争的效果给予充分的衡量，因为该案行业协会反竞争效果并不是那么“明显”。被告Indiana Federation of Dentists也曾抗辩称，如果成员发布广告时缺乏必要的披露，被禁止的广告可能具有误导性和欺骗性，而被告这些限制符合防止误导性广告反竞争的目的^[18]。一般情况下，当违法行为足够明显时，原告只要提供初步证据即可，再由被告承担促进竞争效果的举证责任。但是，反竞争效果不明显时，举证责任的转移便不合适，原告仍有义务提供令人信服的证据，证明限制措施的反竞争效果。

综上，通过借鉴“Quick Look Test”标准，对平台经营者“不合理限制”交易的判断可遵循如下步骤：（1）是否依据法律（履行法定义务）、平台规则做出的平台经营者限制交易措施，若无依据，则直接认定该限制措施违法。（2）若平台经营者限制交易措施有明确的依据，则应对平台规则进行审查，看是否违反《合同法》格式条款规制和《电子商务法》第34条有关平台规则单方面变更的相关规定。若违反，则认定行为违法；若合法，则进入第三步。（3）运用“Quick Look Test”标准审查平台经营者限制交易措施的合理性，原告应提出限制交易措施具有“明显反竞争效果”的初步证据，由平台经营者承担限制交易措施具有促进竞争效果的举证责任，若举证不能，则推定其行为违法。

3. 平台经营者“明显不合理限制”的类型化

鉴于“Quick Look Test”标准的适用，需要受到具有“明显反竞争效果”这一条件的制约，有必要对平台经营者限制交易的“明显不合理行为”进行类型化。一般而言，当平台经营者履行法定义务或利用平台规则（如制定“二选一”条款）不合理限制时，有明确的法律或平台规则文本参照，平台内经营者出具“明显”反竞争效果的初步证据难度较小。但平台经营者利用技术手段实施的限制交易行为更具隐秘性，造成的损害可能更大，甚至产生关停门店、账户等不可逆的损害。因此，对于平台经营者通过技术手段实施的限制交易行为，平台内经营者只需提供受到损害的初步证据。本文认为，平台经营者通过技术手段实施明显“不合理”限制

交易包括但不限于如下情形：（1）未说明正当理由，通过技术手段实施控制搜索排名、曝光屏蔽、暂停和终止平台服务；（2）未说明正当理由，通过技术手段进行物流、支付捆绑；（3）未说明正当理由，通过技术手段进行数据接入控制，设置不清晰条件。如采用平台内经营者数据来改善自营产品销量，却对平台内经营者设置数据使用障碍；（4）未说明正当理由，通过技术手段给予不同平台内经营者在排名、服务费、广告位、流量等方面的差别待遇；（5）未说明正当理由，通过技术手段限制同其他平台交易；（6）其他情形。

五、结语

当下，我国平台经济发展已经从野蛮、无序迈向有序治理的新时代，平台经营者在平台经济治理中扮演着十分重要的角色。一方面，平台经营者可凭借其相对优势地位，能够通过自治活动，规范约束相关主体行为，打造积极网络效应。另一方面，在缺乏权力控制和约束的情形下，平台经营者也可能滥用优势规制权力，对平台内经营者实施排他、歧视、剥削等不合理限制交易行为，损害平台内经营者的利益和消费者选择自由，不利于形成自由、公平、透明的平台市场竞争环境。本文通过穷尽既有法律文本解释发现，由合同法和竞争法组成的法律规制体系尚无法有效解决平台经营者不合理限制交易所带来的难题。《电子商务法》第35条通过确立平台经营者不合理限制交易的禁止性条款，并设置平台经营者行政法律责任，建立起一套较为灵活的独立规制机制，是对原有法律规制体系的发展。但是，《电子商务法》第35条中有关平台经营者“相对优势地位”“不合理限制”之判断，以及“不合理限制交易的类型化”等问题，仍有待在总结既有制度、理论和实务资源的基础上，进行充实、丰富。

参考文献

- [1] 电子商务法起草组. 电子商务法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 111.
- [2] 马辉. 格式条款规制标准研究[J]. 华东政法大学学报, 2016, 19(2): 74-93.
- [3] 罗克研. 2019年家电大事件: 格力举报奥克斯格兰仕与天猫开战[J]. 中国质量万里行, 2020(2): 88-91.
- [4] 王琳. 企业有权撤诉, 抵制平台“二选一”不应止步[N]. 检察日报, 2020-07-08(6).

- [5] 李超, 谭佳珍. 论电子商务平台的经济管理主体地位[J]. 电子科技大学学报(社科版), 2020, 22(6): 39-45.
- [6] 孙晋, 徐则林. 平台经济中最惠待遇条款的反垄断法规制[J]. 当代法学, 2019, 33(5): 98-108.
- [7] 北京市第二中级人民法院. 京 02民终字9500号民事判决书[Z]. 2019-08-26.
- [8] PATRICK M. Amazon is facing multiple antitrust investigations in 2019[EB/OL]. (2019-08-19). <https://marketrealist.com/2019/08/amazon-is-facing-multiple-antitrust-investigations-in-2019/>.
- [9] 王喆言. 外卖市场的无序竞争应当制止[N]. 光明日报, 2019-03-29(11).
- [10] ROSSIGNOL J. Spotify files complaint against apple with European regulators over 'unfair' app store practices[EB/OL]. (2019-03-13). <https://www.macrumors.com/2019/03/13/spotify-files-complaint-vs-apple-in-europe/>.
- [11] 高富平. 从电子商务法到网络商务法——关于我国电子商务立法定位的思考[J]. 法学, 2014(10): 138-148.
- [12] 最高人民法院. 民三终字第4号民事判决书[Z]. 2014-10-08.
- [13] European Commission. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services[EB/OL]. (2018-04-26). <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/regulation-promoting-fairness-and-transparency-business-users-online-intermediation-services>.
- [14] 浙江省市场监督管理局. 2017浙江“红盾网剑”专项执法行动十大典型案例[EB/OL]. (2017-08-22). http://gsj.zj.gov.cn/art/2017/8/22/art_1236110_9746571.html.
- [15] 王晓晔. 论滥用“相对优势地位”的法律规制[J]. 现代法学, 2016, 38(5): 79-92.
- [16] 曹阳. 互联网滥用相对优势地位行为的认定及其法律规制——强制不兼容的类型化视角[J]. 江西社会科学, 2019, 39(8): 174-183.
- [17] MEESE A J. Farewell to the quick look: redefining the scope and concept of the rule of reason[J]. Antitrust Law Journal, 2000, 68: 461.
- [18] FTC. Indiana federation of dentists[EB/OL]. [2020-01-30]. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/476/447.html>.

编辑 邓婧