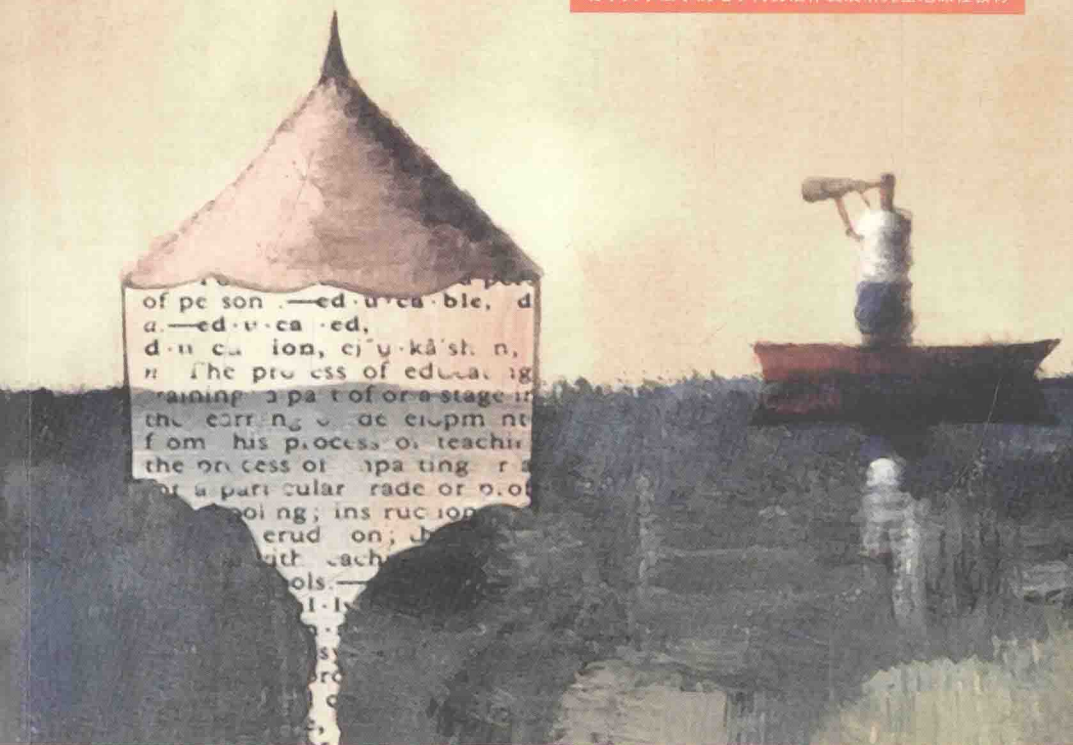




Introduction to Regulation of E-Commerce

电子商务监管导论

沈岢 付宇程 刘权 等著

北京大学法学院电

Introduction to
Regulation of E-Commerce

电子商务监管导论

沈岢 付宇程 刘权 等著

法律出版社 LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

电子商务监管导论 / 沈岢等著. —北京: 法律出版社, 2015. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8203 - 5

I. ①电… II. ①沈… III. ①电子商务—监督管理—研究 IV. ①F713.36

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 157439 号

电子商务监管导论

沈 岢 等著

责任编辑 易明群

装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8 字数 191 千

版本 2015 年 8 月第 1 版

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 杨锦华

责任印制 陶 松

印刷 固安华明印业有限公司

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8203 - 5

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引子:中国电子商务监管十大案例	001
-----------------	-----

导论:互联网时代行政法的变革	010
----------------	-----

第一章 电子商务的发展及监管现状	021
------------------	-----

第一节 电子商务的发展及其特点	022
-----------------	-----

一、电子商务的发展历程	022
-------------	-----

二、电子商务的特点	027
-----------	-----

第二节 电子商务领域的市场失灵	031
-----------------	-----

一、市场失灵的产生	031
-----------	-----

二、电子商务领域的市场失灵现象	034
-----------------	-----

第三节 电子商务监管的积极探索和实践	050
--------------------	-----

一、电子商务监管模式概述	050
--------------	-----

二、电子商务监管立法体系	052
--------------	-----

第四节 电子商务监管面临的新挑战	057
------------------	-----

一、互联网新模式对监管的冲击	057
----------------	-----

二、电子商务领域既存的监管问题	065
-----------------	-----

第二章 电子商务监管的基本原则 081

第一节 有效监管原则 082

- 一、电子商务监管的特殊性:信息经济时代要求“去机械化的治理” 084
- 二、回应性:监管应当且仅限于回应市场对秩序的需求 086
- 三、效率性:监管应当在最短的时间内作出 088
- 四、有效性:电子商务监管的信息化改革 090

第二节 适度监管原则 092

- 一、监管范围有限性:为市场自治、合理裁量留有空间 092
- 二、公共利益性:防止规制俘获 094
- 三、比例性:监管措施的成本收益分析 096

第三节 公共治理原则 098

- 一、多元治理主体 100
- 二、软法之治 102
- 三、公众参与 104

第四节 信息安全原则 106

- 一、对消费者和经营者个人信息的保护 106
- 二、平台经营者商业数据的保护及信息共享 110

第三章 电子商务的监管体系与公共治理 115

第一节 电子商务的行政监管体系 115

- 一、监管权的分布现状 116
- 二、监管权配置方面存在的乱象 121

第二节 重构电子商务行政监管体系的构想 125

- 一、通过顶层设计统一权力划分标准 125
- 二、设置相对集中行政监管权 127

三、适应电子商务特殊性调整地域管辖权的分配	132
第三节 电子商务公共治理体系的其他主体	133
一、第三方交易平台经营者:借助软法规则的平台治理	134
二、行业协会:借助专业背景的协调自律	140
三、商盟:网店经营者自治联盟的萌芽	144
第四节 电子商务治理的协调机制	147
一、政府:事后监管为主,最小干预	148
二、明确第三方交易平台经营者的治理权力边界和责任承担	154
三、从行业协会到商盟:权威性与独立空间的赋予	156
 第四章 电子商务监管措施	 159
第一节 电子商务监管措施的认识	160
一、电子商务监管措施的功能	160
二、电子商务监管措施的实施主体与对象	162
三、电子商务监管措施与第三方交易平台内部治理措施的区别	163
第二节 我国电子商务监管措施的类型	164
一、许可证	164
二、实名制	165
三、工商登记	166
四、备案登记	166
五、强制信息披露	167
六、制定标准	168
七、信用管理工具	169
八、监管谈话、出具警示函	169
第三节 我国电子商务监管措施存在的问题	170
一、事前性监管措施过多,过于依赖许可证	170

- 二、强制推行实名制,存在个人信息重大安全隐患 171
- 三、许多监管措施是不必要的,有违市场经济基本规律 171
- 四、监管措施缺位和重复并存 172
- 五、监管措施落后 173
- 第四节 完善我国电子商务监管措施的对策 174
 - 一、确立事后性监管模式,逐步减少许可性监管 174
 - 二、实名制的问题应当交给市场去解决 177
 - 三、应重视备案登记 178
 - 四、加强跨部门、跨地区监管措施的协作、协调 179
 - 五、建立网上巡查平台,加强对电子商务的信息监管 180
 - 六、推进电子商务标准制定的科学化与民主化 181
 - 七、加快电子商务信用体系建设,完善信用监管措施 182
 - 八、赋予第三方交易平台适度的法定监管义务 185

附录:电子商务重要法律法规 187

- 国务院关于大力发展电子商务 加快培育经济新动力的意见(2015) 187
- 网络交易管理办法(2014) 199
- 电子商务模式规范(2009) 211
- 商务部关于加快流通领域电子商务发展的意见(2009) 222
- 商务部关于促进网络购物健康发展的指导意见(2010) 225
- 商务部关于促进电子商务应用的实施意见(2013) 230
- 国家邮政局、商务部关于促进快递服务与网络零售协同发展的指导意见(2012) 236
- 网络发票管理办法(2013) 241

引子:中国电子商务监管十大案例

案例一 北京市工商局“网店新规”事件

2008年8月,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》开始实行,其中规定利用互联网从事电子商务经营活动的主体,均应依法登记注册,在领取营业执照后才能开展经营。该规定受到广泛质疑,网店经营者和网友多持反对态度,执行遇到阻力。其时,各地对于开网店是否要求办理营业执照也政策不一。

【争议焦点】“网店新规”是必要的监管措施,还是过度监管?电子商务监管是否需要与普通商务活动的监管相区别?

案例二 图书限折令事件

2010年1月8日,在新闻出版总署有关部门的主导下,由中国出版工作者协会、中国书刊发行业协会、

中国新华书店协会制定的《图书公平交易规则》正式在京发布,内容规定出版一年内的新书(以版权页出版时间为准),进入零售市场时,须按图书标定实价销售。该规则出台后,新书网售不得低于8.5折。网上书店对此多持观望态度,消费者也多有不满。2010年2月1日,北京市消费者协会正式给国家发改委发出函件,建议对“图书限折令”情况予以调查直至废除。

【争议焦点】 监管政策是否严苛对待电子商务经营者以保护线下企业?行业协会在电子商务监管中是否正确发挥其作用?

案例三 团购网站评估事件

2010年10月,中国国际电子商务中心发布《电子商务信用认证规则》,这是中国第一个“官方”针对购物网站而进行的第三方信用评价体系,首批递交信用认证申请的网站多达300余家,而通过信用认证并获得信用认证证书仅有29家团购网站。值得一提的是,团购网站信用认证方——中国国际电子商务中心表示其是商务部直属事业单位,是商务部商务领域信用体系建设领导小组成员单位。这一说法却未得到商务部的证实;另外,其认证费用的收取及认证评价标准也受到团购网站的质疑。

【争议焦点】 电子商务领域是否存在身份定位不清晰的监管主体?信息规制是否一定要采取信用认证的方式?

案例四 网游监管部门争夺审批权事件

2009年11月2日,新闻出版总署发出通知,终止《魔兽世界——燃烧的远征》审批,退回关于引进出版《魔兽世界》申请。而在此之前,《魔兽世界》已获得文化部的批准。随后,文化部和新闻出版总署的矛盾公开化。文化部市场司司长李雄就对外宣称,网之易《魔兽世界》已于7月21日通过文化部审批,网上运营完全合法,并指新闻出版总署的处罚通知越权,违反了国务院的“三定”方案规定。一部分网民为国家出版总署拍手叫好,认为出版总署出手果断,有力地净化了国内乱糟糟的网游市场;另一部分网民则认为出版总署手伸得太长,文化部反击有理。部分网络媒体则表示希望能够通过慎重充分的沟通,最终明确界定行业的监管部门、监管责任、主体与权限,避免类似的事情再次出现。

【争议焦点】 新闻出版总署对网游进行审批是否越权? 监管部门之间是否存在监管权限划分不明确导致的多重监管的问题?

案例五 淘宝围城系列事件

(一)2010年淘宝新规门

2010年7月8日,淘宝更改搜索规则,加入了流量转换率、动态评分、卖家服务态度、违规扣分程度、退款次数和比例、投诉笔数等,影响在淘宝搜索结果中的排位。而之前按照下架时间排名的比率大大降低,绝大部分中小卖家,甚至是皇冠卖家的店铺流量大比例下降,从而

引起淘宝卖家的大力呼吁和抗议。三批百人以上的抗议团队分别于8月3日、8月28日和9月9日到淘宝杭州总部门前维权。一篇落款为“淘宝店主联合委员会”的抗议书在各大论坛流传,指出自淘宝高调修改搜索排序规则以来,中小卖家流量骤降,订单大量减少,要求淘宝立即更改商品搜索排序规则,改回最原始的按照商品上下架时间排序。

(二)2011年淘宝十月围城

2011年10月10日,淘宝商城发布了《2012年度淘宝商城商家招商续签及规则调整公告》,核心内容是大幅提高了技术服务年费和商铺的违约保证金数额,并指出续签商家2012年度技术服务年费的缴纳和保证金的冻结必须在2011年12月26日之前一次性完成。年内不能缴费签订新一年合同的卖家,将被清退出商城。此举导致中小卖家资金链紧张,于是集结起来的中小卖家决定开始行动。他们在淘宝一些大卖家的店面上恶意购买几乎每件商品,又迅速申请退款,或者在卖家发货之后马上确认收货并给出差评。为此,淘宝方面紧急出台措施,包括调整库存、限制买家等级、锁定阿里旺旺等方式遏制小卖家的恶意购买行为。经过商务部的从中协调,2011年10月17日下午,马云让步,出台倾向中小卖家的5项新政策以缓和局势。但反淘宝联盟并不买账,再次隔空喊话称行业定价机制应由淘宝商城、网商、政府职能部门共同参与制定,马云也应和中小卖家进行直接对话,回应其诉求,并于10月21日转而攻击支付宝。

(三)2013年“双十二”事件

2013年12月3日,淘宝启动大规模的严厉“整治虚假交易行为专项行动”。开始大规模删除很多淘宝店的宝贝、执行炒一罚二,同时引导卖家作出不申诉承诺。这次行动致使部分中小卖家无辜中枪很多宝贝被删,愤怒的中小卖家联合发起“创业者网商联盟”创建了多个QT语音室和16个QQ大群,他们初始的主要诉求还是恢复被删除宝贝,停

止整治虚假交易的专项行动。后来,小卖家开始集体攻击天猫卖家,韩都衣舍、优衣库等多家天猫知名大卖家遭受攻击,热销款商品恶意拍下,商铺直通车广告遭受攻击。12月6日,淘宝网官方微博发布《清除炒信雾霾 让市场再现蓝天》及《虚假交易申诉流程优化公告》的声明,对申诉流程做了优化,并延长了申诉期。12月7日晚,某微博传出号召继续集合小卖家,短短几小时就有1000多人转发。QT语音室突破5000人。12月8日,中小卖家正式提出八大诉求,攻击行为继续升级,并向天猫商城正式宣战,其宣传口号变为:要平等,均流量。12月8日下午,攻击行为继续升级。大流量高价格关键词逐一扫荡进行中,直通车排名靠前的天猫卖家直通车消费被耗光。

【争议焦点】 第三方交易平台经营者作为自发形成的管理者,是否应当被赋予一定的管理网店经营者的权力?是否应当同时施加一定的义务限制?

案例六 电商网站泄密门事件

2011年12月28日,当当网和支付宝均被曝出用户信息遭到泄露消息,其中包含了用户姓名、邮箱、地址、电话等详细信息,而涉及数据甚至已在黑市上流通。2012年5月,有人通过QQ来兜售1号店的数据,90万用户的资料卖500元,大部分用户数据属真实信息。2012年11月1日,上海市公安局网安总队透露,警方根据前期排摸调查,已查获1号店网上商城员工与离职、外部人员内外勾结,造成部分客户信息泄露一案,并控制部分涉案人员。

另一事件是快递公司销售快递单号信息。大量专门销售快递单信息的网站与圆通、申通、韵达等快递公司合作,销售快递单信息,包含

收、发货人的联系方式、收发货地址、是否已扫描等内容。买卖快递单信息的 QQ 群也在火热运作。在“58 同城”、“赶集网”等生活信息类网站上,也存在着大量销售快递单信息的卖家。买卖快递单已形成一个庞大的“灰色产业”,每条快递单信息的价格从 4 角到 1 元不等,买卖双方大多通过互联网完成交易,购买者遍布全国,且每笔交易量动辄上万元甚至数万元,部分网站还能满足指定收、发货地点等特殊需求。为拓展“业务规模”,不少网站正在全国各地招募代理商、加盟商。经记者调查,网店店主是购买快递单信息的主力军,快递单信息买卖市场起源于淘宝网店的“刷钻”需求,即通过制造虚假交易量来提高网店的信誉度。买卖的快递单信息还会被用于“电话营销”。快递单信息泄露的原因之一是因为圆通、申通、韵达等快递公司采取的是“加盟模式”,加盟网点门槛低,缺少严格监管,增加了其基层员工出现违规行为的可能性。

【争议焦点】 泄密门是否属于政府应予监管的范围? 第三方交易平台经营者是否应同时承担一部分信息安全监管职责?

案例七 网上禁售食盐事件

为贯彻执行《盐业管理条例》《食盐专营办法》《浙江省盐业管理条例》等,淘宝网自 2013 年 2 月 26 日至 2013 年 3 月 8 日,展开“食盐类”商品的管理与整顿,并最晚于 3 月 8 日对食盐类商品的发布进行关停。同时,食用盐列入淘宝网禁限售的管理名单中,违规者将被严惩。此外,进口的食用盐也不能出售。一号店相关负责人透露,并未接到禁盐令,食盐还在继续销售。而中粮我买网上食盐也在正常销售。当当网相关负责人也表示,虽然并未收到相关部门的通知,但食盐属于敏感商品,已对其进行了下架处理。

【争议焦点】 因地域性问题,某些线下允许的普通商务活动在电子商务领域被禁止,是否合理?食盐被禁售作为一种严格的行政措施,是否合理?

案例八 互联网药品交易许可证事件

2005年12月,国家药监局正式实施《互联网药品交易服务审批暂行规定》。网上药店必须建立在实体药店的基础上,具备“互联网药品交易服务机构资格证”和“互联网药品信息服务资格证书”,才能进行网上售药。省级药监部门对零售连锁药店申请开办网上药店进行审批,对符合要求的网上药店发放《互联网药品交易资格证书》。2010年,拿到互联网药品交易许可证的药店只有30家,2013年,根据新闻报道一共有101家。

【争议焦点】 对线上和线下同一经营主体的药品销售予以两次行政许可,是否存在合理性?

案例九 立邦漆诉淘宝案

2011年3月,立邦涂漆有限公司发现展进公司未得到其许可和授权,在淘宝网上开设店铺,并大量使用“立邦”商标标识、平面广告来装饰其店铺页面,认为侵犯了其商标权,并认为淘宝公司在接收到投诉通知后,未采取有效措施制止侵权行为。立邦向徐汇区人民法院提起诉讼,请求判令展进公司与淘宝公司立即停止侵权,赔礼道歉,赔偿经济

损失及合理费用共计 20 万元,但徐汇区法院一审驳回了立邦的诉讼请求。立邦公司对一审的判决不服,向上海一中院提出上诉。上海一中院审理后认为,展进公司使用立邦公司的注册商标,仅为指示其所销售商品的信息,未造成相关公众的混淆,亦未造成商标利益的损害,则不应认定为商标侵权行为。同时,展进公司销售的是立邦公司的产品,不存在商品质量的降低,且在商标使用过程中,也不存在对商标的贬损,故而并未损害“立邦”作为驰名商标所包含的质量保障和信誉价值。淘宝公司作为网络服务提供者,在展进公司不构成商标侵权的前提下,也不应被认为构成商标侵权。

【争议焦点】 立邦公司对淘宝公司的起诉理由是否合理? 网店经营者售卖假冒伪劣产品时,平台经营者是否具有辅助监管责任?

案例十 淘宝网不当有奖销售案

2013 年淘宝双十二活动中,淘宝为推广其无线产品,曾打出使用淘宝客户端即可获 500 万元的宣传文案,事实上这 500 万只是赠与用户的一注彩票。举报人陈志浩在双十二活动当天,即用微博向余杭工商局举报淘宝虚假广告问题,12 月 16 日进行电话举报,被告知提交文字材料,当天即用 EMS 送达。陈志浩声称,余杭区工商局直到 2014 年 1 月底也未作出是否立案的决定,经举报人陈志浩多次交涉,才在 2014 年 3 月 13 日下午被口头告知不予立案的决定,但余杭区工商局拒绝给出书面裁定。余杭区工商局方面的解释是,接到陈志浩的举报后,在 2013 年 12 月 30 日即立案调查,2014 年 2 月 25 日调查终结,并撤销案件。余杭区工商局的理由是,淘宝在双十二活动中,并没有要求用户购买商品或支付费用,而是使用其客户端即可获赠一注彩票,属于附带条件的赠

与行为,而非有奖销售行为,不构成不正当竞争。至于下载客户端获赠500万的宣传语,因淘宝在双十二当天主动予以纠正,不予行政处罚,经余杭区工商局负责人批准,该案于2014年2月25日予以撤销。杭州市工商行政管理局认为,根据国家相关规定,《反不正当竞争法》中所称的有奖销售,是指经营者以附带性地提供金钱、物品或其他利益(统称奖品)的引诱方式,促销其商品(包括服务)的行为。不论向商品的购买者提供奖品,还是向其他有关当事人提供奖品,只要经营者以促销商品为目的,均可构成有奖销售。根据调整后的《反不正当竞争法》第十三条,被举报人即淘宝涉嫌构成不正当有奖销售行为。

【争议焦点】 平台经营者的不正当有奖销售行为是否属于必须由政府监管的范畴? 监管部门是否应当对进行不正当销售行为的平台经营者进行行政处罚?

导论:互联网时代行政法的变革

如果说由工业技术开创的工业时代大大提高了人类社会的生产力,大大增加了人类社会的财富,那么由网络技术开创的互联网时代则完全改变了人类社会的工作、生产与生活方式。作为 21 世纪迅猛发展的基于网络技术的电子商务,对人类社会之冲击与影响不亚于当年的工业革命。电子商务经济必将成为未来世界知识经济的发展引擎和主要模式。经济基础决定上层建筑,经济基础发生了变化,作为上层建筑的法律制度也应当随之进行调整。然而,我们现有的行政法律制度仍然是建立在传统经济类型的基础上,其很多理论已不符合互联网时代的新要求,甚至与互联网精神背道而驰。因此,传统的行政法理论,在如今电子商务蓬勃发展的互联网时代,亟须对现实作出有效回应,并进行革命性变革。

早在新世纪之初,我国学者皮纯协、胡锦涛、王从虎就敏锐地呼吁:“采用何种模式、方法和手段来规范‘虚拟世界’,以保障信息技术进步和社会稳定发展,