

ZHONGLUN

E-COMMERCE

中伦电商法律文集
新业态下的聚焦与展望



中伦研究院出品



中伦研究院出品

总编辑



龚乐凡
合伙人
私募基金与资管部
上海办公室
+86 21 6061 3608
lefangong@zhonglun.com



张炯
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2223
zhangjiong@zhonglun.com

主编



周洋
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3658
zhouyang@zhonglun.com



蔡鹏
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2786
caipeng@zhonglun.com



龚乐凡
合伙人
私募基金与资管部
上海办公室
+86 21 6061 3608
lefangong@zhonglun.com

编委 (按姓氏笔画排序)



王红燕
合伙人
知识产权部
杭州办公室
+86 571 5662 3968
gracewang@zhonglun.com



朱叶萍
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3081
carolzhu@zhonglun.com



乔骄
非权益合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3466
berryqiao@zhonglun.com



刘娜
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2152
liuna@zhonglun.com



刘新宇
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3700
jeffreylie@zhonglun.com



吴鹏
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2002
wupeng@zhonglun.com



岑兆琦
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2013
cenzhaoqi@zhonglun.com



陈际红
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2003
chenjihong@zhonglun.com



高俊
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com



舒海
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3650
michaelshu@zhonglun.com



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com

PREFACE



国际货币基金组织(International Monetary Fund, “IMF”)在2020年10月的《世界经济展望报告》中,对2020年全球经济增速预计为-4.4%,对中国2020年经济增长预测为1.9%,中国成为全球唯一实现正增长的主要经济体。IMF对中国2021年经济增长的预测更是达到了8.2%。这其中,电商行业受疫情催化,增速发展带动整体经济:数据显示,2020年前三季度,在中国快速消费品市场整体销售额与去年同期近乎持平的情况下,电商渠道快消品销售额占比达到26.7%,较2019年上升4.8%,电子商务成为疫情期间我国维持国民消费水平、促进经济增长的重要支持。

近年来,网络普及率的边际效应逐步递减,互联网人口福利逐渐消失,加之消费者个性化需求的提高,传统电商面临着获客成本提高、增速放缓的挑战。各类电商平台均在探索不同路径以突破“流量瓶颈”,有的结合短视频、网络直播风口,强势引流,形成了社交电商、直播电商等新运营模式;有的利用物流服务、金融支付手段的升级,发展跨境电商开拓广阔国际市场;还有传统产业融入电商新元素,银行电商与房地产电商为行业打入新鲜剂。

行业的宏观视角下,竞争秩序一直是电商行业面临的突出问题;企业微观视角下,不同的电商平台与模式面临着共性与个性的合规挑战,其中市场竞争秩序、知识产权、数据保护、广告宣传、运营资质获取等问题被重点关注。而针对电商新业态的发展与监管双重需求,国家一方面颁布政策与福利鼓励支持行业创新;另一方面以法律、行政法规、部门规章、行业规范、标准化规范形成完善的监管体系。

新业态的背后是机遇与风险的并存。中伦法律文集之电商系列关注电商新业态的商业模式、法律风险与合规挑战,以期为从业者提供全景式观察角度,厘清法律法规背后的治理逻辑,为新的一年发展布局提供参考。

CONTENTS

目
录



PAGE 002 前言

CHAPTER 01

PAGE 008 新业态下的聚焦与展望

- | | | |
|-----|-----------------------|-----|
| 1.1 | 电子商务新业态：“流量瓶颈”下的突围与创新 | 012 |
| 1.2 | 电子商务的政策与法律框架：创新与治理并举 | 016 |
| 1.3 | 电商新业态下的法律问题聚焦 | 021 |

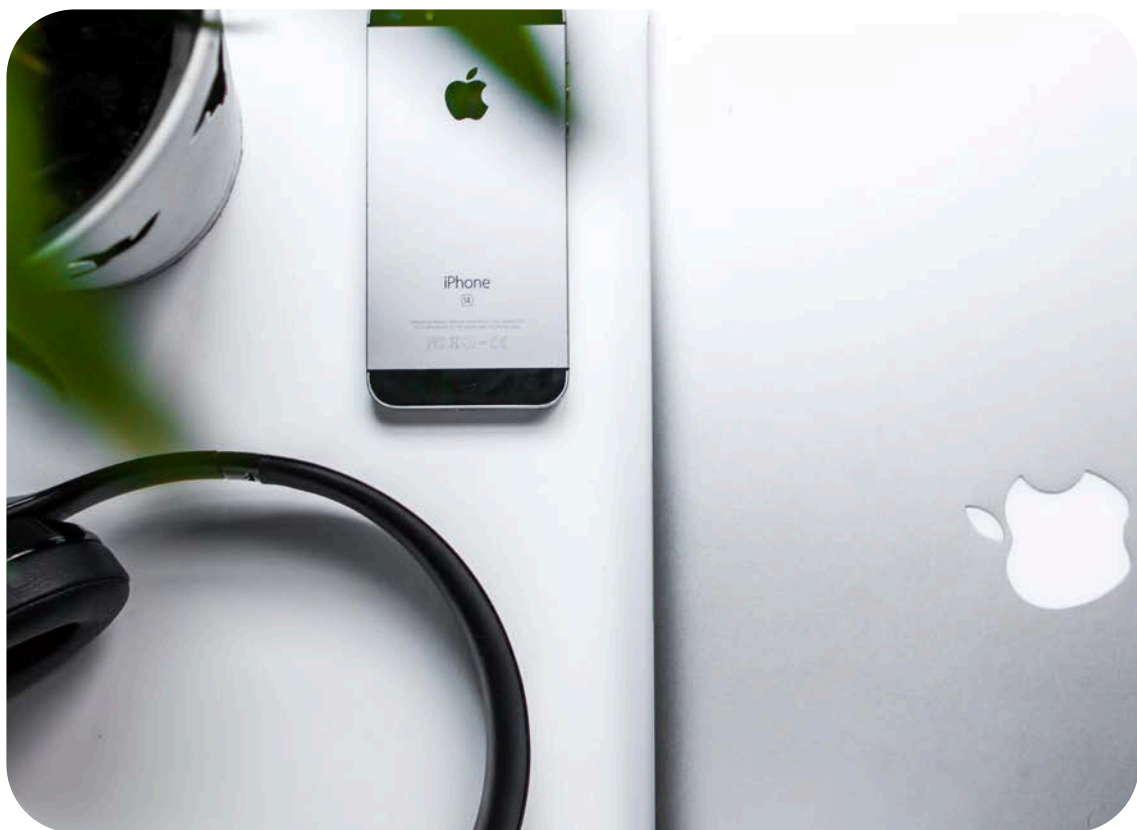
CHAPTER 02

PAGE 024 电商的热点问题

- | | | |
|---|-------------------------------|-----|
| 1 | 电商平台“二选一”行为的法律适用问题探讨 | 026 |
| 2 | 眼见非为实？警惕直播电商领域作假行为“雷区” | 042 |
| 3 | 平台电商“碰瓷”营销的法律边界探讨 | 051 |
| 4 | 网约工&共享员工：
新业态劳动用工法律风险识别与防范 | 066 |

CONTENTS

目
录



CHAPTER 03

PAGE 078

新产业电商

- | | | |
|---|---|-----|
| 1 | 迫在眉睫还是杞人忧天?再谈算法合谋的反垄断法律规制 | 080 |
| 2 | 投资化妆品电商:商业及合规风险 | 088 |
| 3 | 大健康领域产品电子商务销售的规与矩——以药品、医疗器械、保健食品的电子商务销售为切入点 | 100 |
| 4 | 传统房地产与电商创新模式结合中的合规风险及防范 | 117 |
| 5 | 乘风破浪的银行电商:业务转型与法律合规 | 130 |

CHAPTER 04

PAGE 142

数据合规与知产保护

- | | | |
|---|--------------|-----|
| 1 | 新型电商的数据合规路径 | 144 |
| 2 | 电商平台知识产权维权策略 | 156 |

CHAPTER 05

PAGE 170

跨境电商问题

- | | | |
|---|------------------------------------|-----|
| 1 | 跨境电商零售进口之海关监管及企业合规探讨 | 172 |
| 2 | 跨境电商的知识产权侵权风险及防范措施 | 185 |
| 3 | 跨境电商合同纠纷案件的管辖条款效力研究
及在线争议解决机制探索 | 202 |

CHAPTER/
01

INTRODUCTION

导 引 篇

背景

国际货币基金组织(International Monetary Fund, “IMF”)在2020年10月的《世界经济展望报告》中,对2020年全球经济增速预计为-4.4%,对中国2020年经济增长预测为1.9%,中国成为全球唯一实现正增长的主要经济体。IMF对中国2021年经济增长的预测更是达到了8.2%。

在全球经济受到新型冠状病毒肺炎疫情(以下简称“新冠疫情”)严重冲击下,中国经济实现了逆势增长。电商行业受疫情催化,增速发展带动整体经济。2020年11月15日,中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰和东盟十国共15个成员国正式签署《区域全面经济伙伴关系协定》(“RCEP”)。RCEP的签署,将为电子商务领域的国际合作,尤其是跨境电商带来更大的发展机遇。

BACKGROUND

回望中国电商行业崛起的近二十年,我们看到了科技进步给人民生活带来翻天覆地的变化,新业态不仅是电子商务行业主动求变求新的追求,更是适应时代发展、市场变化的生存之道。伴随新业态而来的是新问题,例如直播电商中的虚假流量问题,某些新型电商平台碰瓷营销问题,数字营销当中的隐私保护问题,电商平台的垄断问题,以及国际合作背景下与电子商务相关的内国法的兼容性、一致性问题等等。

在《电子商务法》实施两周年之际,本文集聚焦电商行业的新业态和新问题,深度剖析供应商、商家、平台、消费者以及竞争秩序将面临怎样的机遇与挑战。

Section 01

电子商务新业态： “流量瓶颈”下的突围与创新

自上世纪90年代,亚马逊、eBay等国外平台进入中国市场开启了中国对电子商务的萌芽认识。1999年至2005年期间,国内零星网站开始了对电商的培育与探索。再到2005年至2015年的阶段,随着我国网络普及率迅速提高,互联网人口红利与同步提高的GDP以及居民可支配收入共同为电商发展带来巨大推动力,电商形式不断创新、渗透行业更加广泛,相关产业链逐渐完善,电子商务逐步走向成熟并成为我国经济增长的重要部分。2015年,电子商务占比已达到中国零售总额的15.9%¹。在这个阶段,B2B/B2C/C2C/O2O等基础电商模式成型,促进了企业经济效益的提升,推动了多个产业供应链结构的完善,最终作用于我国经济的高速发展²。也使得中国在国际电商领域“一骑绝尘”,占全球电商零售约三分之一的市场份额,且保持着高速增长。

自2015年以来,随着网络普及率的边际效应逐步递减,互联网人口福利逐渐消失,加之消费者个性化需求的提高,对产品、服务的要求更加严格挑剔,传统电商面临着获客成本提高,增速放缓的挑战。**当下的电商领域并不是因循守旧即可成功的年代**。各类电商平台均在探索不同路径以突破“流量瓶颈”,新渠道的开拓往往使得新平台后来居上,电子商务发展进入“引领期”。

1.1

路径一:结合短视频、网络直播风口,强势引流

2014至2015年,朋友圈成为成本较低的获客方式,朋友圈“买面膜”的大潮也带领了初代社交电商的兴起,月销售额一度超过十亿元。2016年,在国家的规范引导下,传统行业进入社交电商领域,使得社交电商呈现出平台化、品牌化、规模化的特征,涌现了一批如拼多多、云集等专业的

1. 麦肯锡,《中国跨境电商市场研究白皮书》,2020年8月。

2. 参见张俊英,郭凯歌,唐红涛:《电子商务发展、空间溢出与经济增长——基于中国地级市的经验证据》,载《财经科学》2019年第3期,第105-118页。

3. 数据来源：
CNNIC, 艾瑞咨
询研究院

4. 数据来源：IT桔
子, 艾瑞咨询研
究院

社交电商平台。社交电商的崛起,反映了电商行业两方面的创新与竞争:
一是引流模式的创新。相较于传统的电商平台以消费者产生消费意向再去平台寻找对应商品的方式,社交电商的传播方式更为优化,不同的社交平台背后是多场景、多形态、多玩法的社交运营形式,以便精准吸引更多销售者与消费者。消费者抱着社交的目的却能自然地接触到产品的宣发,相对于传统电商滞后于用户需求,社交电商往往能起到“主动上门”的效果。**二是运营模式的创新与系统化。**在传统B2C模式的基础上,社交电商形成了S2b2C模式,其中S(Supplier)是指供货商,B(Business)是商家负责分销业务,C(Customer)是客户也是采购商。2019年社交电商消费者人数已达5.12亿人,预计市场规模达20605.8亿元,同比增长高达63.2%,成为电子商务发展的中坚力量。

除了传统的分销模式、拼购模式,社交电商在原有基础上进一步融合短视频、直播的风口,发展细分出了内容电商、直播电商等新形式。由于流量资费下降,居民娱乐需求释放等诸多要素,我国短视频、直播行业进入红利期,截至2020年3月,我国短视频用户人数达到7亿7325万人,网络直播用户达到5亿5982万人³。短视频与直播契合了互联网用户碎片化、娱乐化的内容偏好,以用户对KOL(关键意见领袖)、KOC(关键意见消费者)的信任感与亲切感,进一步提高所获得流量的数量与质量。内容电商与直播电商在社交电商的基础上拓宽了核心消费者的规模,实现了更高效的增长。自2017年至2020年,直播电商交易额占网络购物比例从0.3%增长至10.2%,交易规模从209.3亿元增长至4512.9亿元,且据行研报告预测,在2022年时还将实现成倍增长⁴。

1.2 路径二:跨境电商开拓广阔国际市场

跨境电商是电子商务在地域上的延伸,与国内电商相对应,包含进口与出口两个方向。根据麦肯锡最新预测,全球跨境电商交易额预计将从2016年的4000亿美元增长到2021年的12500亿美元,26%的增幅背



一些实体传统行业开始涉足电商领域,成为了电商“新平台”,为电商种类的丰富以及传统行业的长远发展都打入了新鲜剂。

后是巨大的市场潜力。

《中国电子商务报告2019》表明,为更好利用国际市场广阔的优势,我国电子商务服务体系进一步完善,为企业走出去扫清了障碍。**一是跨境电商物流服务升级。**我国跨境电商物流企业通过与境外物流企业合作、增加国际配送航线、打通境外“最后一公里”、扩大国内仓储面积等形式大幅提升境内外配送效率,优化全球供应链服务,基本形成全球智能物流网络。**二是跨境支付持续拓展,金融服务能力稳步提升。**在海外收付款方面,中国第三方收款企业拓展海外合作,为电商出口提供一站式跨境支付解决方案;在供应链金融服务方面,传统金融互联网金融创新融合,为国内跨境电商中小企业提供更系统、更稳定的信贷服务。**三是贸易便利化水平提高。**海关总署进一步简化通关一体化流程,实施进口概要申报、完整申报“两步申报”通关模式改革,为企业提供多元化的通关服务,有效降低企业申报中的经济和时间成本,提高通关效率。

值得注意的是,让中国制造走出去的同时要警惕因对境外法律了解不足造成的“水土不服”:以美国为代表的发达国家贸易保护主义近期有所抬头,可能对中美、中欧路向的跨境电商产生影响。跨境电商知识产权类纠纷日益增多,如何避免让知识产权成为境外企业制约我国跨境电商从业者的竞争手段、维护中国企业合法利益,也是我们关注的焦点。

1.3 路径三:新产业电商为传统行业打入新鲜剂

除了电商在零售领域获得新流量,发掘新市场,一些实体传统行业开始涉足电商领域,成为了电商“新平台”,为电商种类的丰富以及传统行业的长远发展都打入了新鲜剂。最典型的如银行电商与房地产电商。

准确而言,银行电商并非新兴事物,互联网飞速发展造就了“互联网+金融”和“金融+互联网”这两种出发原点不同的金融创新:电商巨头纷纷涉足金融业务,商业银行也开始搭建电商平台,二者在跨界业务领域展开了白热化的竞争。然而银行电商在单纯的销售竞争中却屡屡处于劣

势。当下的银行逐渐将电商思维融合内化,在电商环境下、以电商的方式、为价值链的各方提供金融服务。银行电商的目的将更多的转化为将金融服务融入到现实场景中,提高银行与客户之间的黏性;以及利用银行全牌照的优势,为其存量的客户和吸引的新客户提供供应链金融服务和消费金融服务,从而将供应链金融链条打通。⁵银行电商思维方式的转化,也将为行业带来新发展。

房地产作为传统支柱产业,由于受到国家政策调控,产权转移规范化要式化,一直被认为无法与电商进行深度、彻底的融合,以往的房产“电商”也多以广告宣传或是中介信息集合为本质,并未将完整的交易链置于线上。而在近年,尤其是今年上半年受到疫情的影响,为提高交易效率,众多房企希望以电商入局的方式缓解销售压力。随着京东房产、苏宁乐居、天猫好房等平台的成立,以及在今年“双11”上线的“房产狂欢节”,在线上完成房产交易全过程的“房地产交易电商”成为关注重点,外界对电商能否引起房地产营销模式变革问题多有期待,而其中的房产电商合规问题,也值得从业者或投资者予以关注。

5. 参见《银行与电商正从竞争走向融合》,作者:未央网,来源:中国金融, <https://www.weiyangx.com/127371.html>

Section 02

电子商务的政策与法律框架： 创新与治理并举

2.1

电子商务产业政策鼓励创新

政策方面,国务院制定了一系列发展规划,宏观地对电子商务发展作出指引,并要求各部委对计划予以落实。如在促进农村电商发展方面,国家大力支持农村电商,一方面促进农业生产标准化、规模化,完善农产品供应链、产业链;另一方面布局下沉市场,进一步激发农村地区的消费活力。而各部委也进一步从打击假冒伪劣、个人信息保护、物流、支付、税收、互联网广告、知识产权、跨境电商等角度推出政策,为电子商业产业全流程保驾护航。

颁布机构	日期	文件	主要内容
国务院	2019年5月16日	《数字乡村发展战略纲要》	加强乡村互联网建设,扩大电子商务覆盖、培训电商人才,拉动农村消费等要求。
国务院	2019年8月8日	《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》	推进平台经济相关市场主体登记注册便利化,合理设置行业准入规定和许可,加快完善新业态标准体系,科学合理界定平台责任,维护公平竞争市场秩序等意见。
国务院	2019年8月27日	《关于加快发展流通促进商业消费的若干意见》	促进流通新业态新模式发展,加快发展农村流通体系,扩大农产品流通,扩大跨境电商零售进口试点城市范围等意见。
国务院	2019年11月19日	《关于推进贸易高质量发展的指导意见》。	提出推进跨境电子商务综合试验区建设,完善跨境电子商务零售进出口管理模式,发展“丝路电商”等规划。
市场监管总局	2019年1月9日	《假冒伪劣重点领域治理工作方案(2019-2021)》	集中开展电商平台专项治理,净化网络市场交易环境,包括强化对虚假宣传、虚假促销、刷单炒信、侵权假冒等违法行为的监测和治理等。
中央网信办、工业和信息化部、公安部、市场监管总局	2019年1月23日	《关于开展App违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》	针对App强制授权、过度索权、超范围收集个人信息的现象大量存在,违法违规使用个人信息的问题,在全国范围组织开展App违法违规收集使用个人信息专项治理。
国家邮政局、商务部、海关总署	2019年2月23日	《关于促进跨境电子商务寄递服务高质量发展的若干意见(暂行)》	为促进跨境寄递服务高质量发展,提出对跨境寄递服务企业依法监管,落实寄递渠道安全管理规定等意见。
国家邮政局、商务部	2019年6月12日	《关于规范快递与电子商务数据互联互通的指导意见》	提出保障电子商务与快递数据正常传输、加强电子商务与快递数据管控、加强电子商务与快递数据互联互通管理等意见。
国家税务总局	2019年12月31日	《关于开展网络平台道路货物运输企业代开增值税专用发票试点工作的通知》	在全国范围内开展网络平台道路货物运输企业代开增值税专用发票试点工作。
市场监管总局	2020年04月16日	《2020年知识产权执法“铁拳”行动方案》	提出加强电子商务执法,调动电子商务平台经营者保护知识产权的积极性,督促其落实“通知-删除-公示”责任,并在执法办案中发挥好沟通联络、信息共享等协助作用。
财政部、商务部、国务院扶贫开发领导小组	2020年05月26日	《关于做好2020年电子商务进农村综合示范工作的通知》	大力发展农村电子商务,中央财政资金重点支持县乡村三级物流配送体系、农村电商公共服务体系、农村现代流通服务体系和农村电子商务培训体系。

2.2

电子商务监管的“有形的手”日渐显现

电子商务新业态的健康发展除了政策支持,也离不开法律法规的引导。2019年1月1日《电子商务法》正式生效以来,围绕着这部电商行业的“基本法”,我国已经形成了结合不同电商模式与场景,以法律、行政法规、部门规章、行业标准、行业自律规范为实操落地的全方位多层次的电子商务法律体系,规范并引导了电商平台的发展。此外,我国加入的国际条约为电子商务领域尤其是跨境电商的国际合作提供了指引。

2.2.1 法律

《电子商务法》出台后,一些法律的修订也融入了为电商发展的考量。

生效日期	法律	主要内容/修改
2019年1月1日	《中华人民共和国电子商务法》	电商行业“基本法”
2019年4月23日	《中华人民共和国电子签名法》	允许土地、房屋等不动产权益转让使用电子签名,以扩大电子合同在实践中的适用范围,为相关交易提供便利。
2019年4月23日	《中华人民共和国反不正当竞争法》	增加互联网不正当竞争条款,规范电子商务交易、促进网络经济有序发展。
2019年12月1日	《中华人民共和国药品管理法》	增加了对网络销售药品的相关规制。
2020年12月1日	《中华人民共和国出口管制法》	电子商务平台划入经营者从事出口管制违法行为的规制范围。

2.2.2 国务院出台的行政法规

国务院颁布的行政法规兼具政策引领与规范作用。值得注意的是,在跨境电商领域,跨境电子商务综合试验区的设立将直接促进跨境电商的发展。

日期	文件	主要内容
2019年3月2日	《中华人民共和国药品管理法实施条例》	要求通过互联网进行药品交易的药品生产企业、药品经营企业、医疗机构及其交易的药品,必须符合《药品管理法》和条例的规定。
2019年10月11日	《中华人民共和国食品安全法实施条例》	电商平台内商家违法经营行为可能导致食品安全监督管理部门对电商平台的法定代表人或者主要负责人进行责任约谈。
2019年12月24日	《关于同意在石家庄等24个城市设立跨境电子商务综合试验区的批复》	截至2020年7月,国务院在全国范围内分五批设立了105个跨境电子商务综合试验区,覆盖30个省区市。
2020年4月27日	《关于同意在雄安新区等46个城市和地区设立跨境电子商务综合试验区的批复》	

2.2.3 国务院部门规章与其他规范性文件

《电子商务法》作为综合性法律,广泛地为电子商务各业态的规范奠定基调,而国务院各部委制定的部门规章,则以更加专业的视角贯彻落实了对具体行业的监管。

日期	主管部门	文件	主要内容
2019年4月8日	国家市场监督管理总局、公安部、农业农村部、海关总署、国家版权局、国家知识产权局	《加强网购和进出口领域知识产权执法实施办法》	关注互联网领域侵犯知识产权新问题,完善监管措施。
2019年9月6日	交通运输部、国家税务总局	《网络平台道路货物运输经营管理暂行办法》	对网络货运经营管理加以监督规范。
2020年10月23日	国家市场监督管理总局	《网络购买商品七日无理由退货暂行办法》	对《消费者权益保护法》规定的七天无理由退货关于商品范围、完好标准、退货程序及退款方式等均作出了相对细致的规定。
2020年10月20日	国家市场监督管理总局	《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》	规范网络商品交易及有关服务,保护消费者和经营者的合法权益
2021年2月7日	国务院反垄断委员会	《关于平台经济领域的反垄断指南》	对平台经济领域中常见的涉及垄断风险的行为提供分析思路和合规指南。

2.2.4 行业自律规范

各行业协会针对电商新业态的运行也制定了一系列行业规范,对各类电商平台的经营者起到了指引作用。其中有中国广告协会发布的《网络直播营销行为规范》、中国网络视听节目服务协会发布的《网络短视频平台管理规范》、中国商业联合会媒体购物专业委员会牵头起草制定的《视频直播购物运营和服务基本规范》和《网络购物诚信服务体系评价指南(征求意见稿)》。行业规范的制定对依法加强行业自律,提供自律公共服务和引导市场主体自治,推进行业诚信建设都大有裨益。

2.2.5 电子商务标准规范

标准化是现代经济社会运行的重要基础,是我国电子商务发展标准化、品质化、国际化的基础与保障。近年来,电子商务相关质量与标准的建设步伐不断加快,已发布标准规范有《电子商务基本术语》《电子商务商品验收规范》《旅游电子商务企业基本信息规范》《电子商务产品质量信息规范》《电子商务模式规范》等;正在起草的标准规范有《农业社会化服务-生鲜农产品电子商务交易服务规范》《电子商务物流服务规范》等;正在征求意见的标准规范有《快递服务与电子商务信息交换规范》《跨境电子商务产品质量评价结果采信指南》等;正在批准的标准规范有《电子商务数据交易准则》《电子商务数据交易隐私保护规范》《跨境电子商务交易服务规范》《电子商务平台知识产权保护管理》等。众多标准规范不仅给企业合规提供了标准化的细致指引,还能起到统一业务术语的作用,从而减少企业间的沟通成本,减少因标准不一产生的商事纠纷。

2.2.6 国际条约

在逆全球化和贸易保护主义抬头的背景下,电子商务或将在区域经济一体化和贸易全球化中扮演重要角色。RCEP的签署,将为电子商务领域的国际合作,尤其是跨境电商带来更好的发展机会,但同时也对我国电子商务行业提出了更加具体多元的要求。

6. 参见《构建亚太信息通信多边市场, 激发区域数字经济产业活力——RCEP电子商务和电信服务章节解读》, 作者: 李雅文, 来源: 中国信通院CAICT, <https://mp.weixin.qq.com/s/x-QdYQvgUKyjKp-dPh-z0vjA>

RCEP为“电子商务”设专章, 第十二章“电子商务”共17个条款, 在内容上主要包括三个方面: 一是通过鼓励无纸化贸易、保障电子认证和电子签名有效性、有限度的免征关税等条款, 创造适宜电子商务发展及贸易便利化的友好环境; 二是通过消费者保护、个人信息保护、垃圾信息治理以及网络安全防护等条款, 避免电子商务产业发展中对用户权益、产业竞争秩序以及社会公共利益的妨害, 三是通过增进透明度、电子商务对话以及有限度的跨境信息传输和设施自由放置, 增强产业合作及主管部门间的交流对话。⁶

Section 03

电商新业态下的法律问题聚焦

电商新业态的出现一方面给电商的发展注入活力, 另一方面也会给平台与企业带来新的法律挑战。行业的宏观视角下, 竞争秩序一直是电商行业面临的突出问题; 企业微观视角下, 不同的电商平台与模式面临着共性与个性的合规挑战。合规是企业生存与发展的生命线, 电商新业态下的法律问题值得关注。

3.1

宏观视角下的竞争秩序问题

电商行业竞争愈发激烈, 竞争秩序问题尤为突出。一方面, 电商领域头部企业、平台突出, 马太效应初显。大平台有充足的资本涉足各类市场和营销模式, 从而形成综合类电商平台, 在市场份额、产业链控制、议价能力方面都占有优势, 头部平台如何利用自己的市场地位, 不仅是头部企业必须关注的反垄断合规问题, 更是电商行业生态问题。2020年“双十一”前夕, 国家市场监督管理总局(“市场监管总局”)发布的《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》, 就“二选一”、搜索降权、“大数据杀熟”、流量限制、红包补贴、算法合谋、轴辐合谋等平台经济问题的规制公开征求意见。此外, 在垄断行为的形式上, 专门将“涉及协议控制(VIE)架构的

经营者集中”纳入了反垄断审查范围。2021年2月7日,《关于平台经济领域的反垄断指南》由国务院反垄断委员会正式颁布并生效实施,对于头部平台将产生深远影响。电商市场的竞争问题关系着平台、商家以及消费者的福利,可谓牵一发而动全身,如何在保障各方权益的同时提升市场效率,维护公平竞争市场秩序是我们持续关注的焦点。

另一方面,不同种类的电商平台由于销售模式的不同可能存在冲突与博弈。新的电商模式对传统行业及其直营电商的价格体系、营销体系带来冲击。社交电商的“拼团模式”是销售行为还是商业广告,如何看待社交电商与直营电商间的冲突,更深层次的问题是,现有法律可以如何解读以回应该等冲突。由于“互联网+”时代,各行业都试图向电商跨界发展,传统行业直营电商也会越来越多,他们兼具供货商与电商平台的双重属性,与其他一类电商平台之间的竞争秩序将会得到更多的关注。

3.2 微观视角下的合规问题

由于电子商务依托互联网平台进行运营,新业态也需要以传统模式为基础,因此电商平台与企业会面临一些共性的合规问题。例如,电商平台的运营资质问题,运营资质是电商平台以及从事特定领域电商平台运营的基本要求⁷。在电信监管领域,“经营类电子商务(平台类电商)”属于增值电信业务范畴,电商平台往往涉及“在线数据处理与交易处理业务(经营类电子商务)”许可⁸。如电商平台除经营电子商务外还可能涉及其他增值电信业务,例如信息服务,电商平台则还需取得信息服务业务(“ICP”)许可。除电信业务许可,电商平台还需办理ICP备案⁹及公安网备¹⁰。在电信监管之外,电商平台如涉及销售出版物、药品、医疗器械、食品等,则还需办理出版物网络交易平台备案、互联网药品信息服务资质、医疗器械网络交易服务第三方平台备案、网络食品销售第三方平台备案等备案或许可。

再如,电商平台都涉及个人信息保护、互联网广告、知识产权保护等

7.《电子商务法》第十条规定“电子商务经营者应当依法办理市场主体登记。”第十二条规定“电子商务经营者从事经营活动,依法需要取得相关行政许可的,应当依法取得行政许可。”

8.参见《电信业务分类目录(2015年版)》。但对于利用自身网络平台直接从事商品销售的自营类电商,实践中不需办理“在线数据处理与交易处理业务(经营类电子商务)”许可,仅需ICP备。

9.参见《互联网信息服务管理办法》第4条。

10.参见《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第12条。

问题。各类电商场景下,如何合法地进行数据处理活动,如何处理数字营销与隐私保护的关系?还有宣传广告问题,新业态下流量入口增多,也意味着电商平台可运用的宣传手段增多。直播、视频、图文推送、甚至营销模式本身都有可能被归入商业广告的范畴,保证宣传广告符合相关法律法规的规定,才能使企业兼顾流量的同时避免落入虚假宣传陷阱。此外,《电子商务法》还规定了电商经营者在知识产权保护方面的义务,电商平台自身也涉及商标保护问题;服务类电商经常涉及到的“网约工”相关劳动法问题等等。以上情形体现出合规设计是传统电商以及新业态电商都需要重点关注的领域。

在共性问题的基础上,不同业态与商业模式也会带来个性化的合规问题。例如跨境电商面临的海关、税务、物流、跨境数据流通等方面的监管问题更为突出,尤其在境外疫情的危险还未散去,检验检疫方面的合规必将成为新的风险点与关注点。跨境电商的平行进口问题也成为各跨国企业关注的痛点。经营资质方面,如房地产电商如何兼顾房屋预售、房屋买卖许可和金融支付相关资质,是需要新的电商平台独立申请,还是可以直接沿用控股方的电商金融牌照与房产公司资质?银行电商平台如何获取经营类电子商务的增值电信资质也成为银行跨界电商的重要考量因素。在直播电商模式下,虚假流量现象频发,其在法律层面涉及到虚假广告宣传与不正当竞争问题;裂变式社交电商模式下还可能涉及类似传销的风险,“诱导式分享模式”会不会引发相关的处罚后果?以上只是对电商新业态下可能涉及的个性化合规问题的不完全列举。除了企业特点,特殊时期也会为企业合规带来新的挑战,例如疫情期间,“共享员工”模式出现,新型用工模式可能带来“多重劳动关系”的风险,为劳动合规提出了更精细化的要求。

总之,随着新商业模式的不断涌现,以及社会环境的快速变化,电子商务平台与企业会持续受到合规问题的风险与挑战,值得我们持续关注。

CHAPTER/
02

E-COMMERCE
SPOTLIGHT

电商热点问题



电商平台“二选一”行为的法律适用问题探讨

作者:吴鹏 马成豪 张依澜

近年来,电商平台飞速发展,由于“网络效应”“规模效应”“倾覆效应”等互联网效应,个别领域的电商平台呈寡头竞争态势,例如网络零售平台。有些电商平台为了保持甚至加强其现有市场地位,要求其平台上的经营者在该平台和竞争性平台之间“二选一”“选边站”等做法引发了较大的社会争议。从现有立法看,目前有《中华人民共和国反垄断法》(“《反垄断法》”)、《中华人民共和国电子商务法》(“《电子商务法》”)、《中华人民共和国反不正当竞争法》(“《反不正当竞争法》”)可以用以维护电商领域的竞争规则,保护消费者利益并促进电商的健康有序发展。就电商平台的“二选一”问题,《反垄断法》《反不正当竞争法》《电子商务法》均存在适用的可能性。但具体如何适用,经营者在遇到该问题时就选择何种途径维护权益存在疑虑。本文主要讨论对于社会关注度较高的电商平台的“二选一”行为适用何种法律较为有效,并对适用惩戒力度最强的《反垄断法》时面临的难题等提出初步的探讨思路,供相关人员参考。

Section 01

电商平台“二选一”问题概述

1.1

电商平台的概念

根据《电子商务法》，电子商务平台经营者，是指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。现阶段，知名的电商平台包括天猫、淘宝、京东和拼多多等网络零售平台，主要满足消费者对于线上购物的需求；滴滴打车、神州出行、优步打车等网约车平台，主要满足消费者的出行需求；美团外卖、饿了么等外卖平台，主要满足用户对于餐饮的需求等。此外，我们注意到微信、支付宝等小程序、公众号和订阅号也经营了相关电商业务。与此同时，我们观察到抖音和快手等拥有海量用户的社交平台也对电商业务进行了布局。种种商业现象表明，电商平台的边界趋向模糊，由此产生的法律问题也愈加复杂。

1.2

电商平台“二选一”问题概述

电商平台的“二选一”问题，是指平台对入驻商家同时在其他平台开店的行为进行限制，包括明示的要求并辅之以奖励，也包括较为隐蔽的以“搜索降权”“屏蔽店铺”等组合措施进行打压，强迫或者诱导平台商户进行“二选一”，或者进行独家交易。网络零售平台的“二选一”问题频繁登上热搜成为社会热点事件。例如，A平台商城就曾在对B平台商城发起的反垄断诉讼中宣称B平台要求在其平台开设店铺的商家不得在A平台商城参加网络大型促销活动，不得在A平台商城开设店铺进行经营；家电品牌C也曾公开披露，B平台要求C公司等商家“二选一”，不得与其他网络零售平台合作，在C公司拒绝从其他网络零售平台下架公司产品后，C公司在B平台被搜索降权、限制流量、技术屏蔽、下架产品等，致C公司产品在B平台的销售出现断崖式下跌，消费者无法正常选购C公司产品。

Section 02

规制电商平台“二选一”行为的立法现状及适用困境

2.1

规制电商平台“二选一”行为的立法现状

如前所述,就电商平台的“二选一”问题,《电子商务法》《反不正当竞争法》和《反垄断法》均存在适用的可行性。

2.1.1 《电子商务法》对电商平台“二选一”的规制

《电子商务法》第三十五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,对平台内经营者与其他经营者的交易进行不合理限制或者附加不合理条件,该规定可以用以规制电商平台“二选一”行为。但《电子商务法》第八十二条对该行为设置的最高200万元人民币的罚款限额,对电商平台的惩戒作用明显不足,这也是《电子商务法》施行后电商平台“二选一”没有得到有效遏制的原因之一。

2.1.2 《反不正当竞争法》对电商平台“二选一”的规制

《反不正当竞争法》第十二条规定利用网络从事生产经营的经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务等妨碍、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。该规定可以用以规制部分电商平台“二选一”行为。

实践中已经有执法机关以《反不正当竞争法》为依据规制过电商平台的“二选一”行为。2017年,在浙江省金华市,对D平台“要求入网商户只与其独家经营”“以不提供D平台服务、不签协议等方式迫使商家接受其独家经营安排”“在知道自己的签约商户与同类在线服务平台合作后,强制关停商户在D平台上的网店”等行为,浙江省金华市市场监管局对D平台

的该等强制“二选一”行为以《浙江省反不正当竞争条例》为依据进行了处罚,合计罚没52.6万元¹。2018年,嘉兴一科技有限公司E作为海盐地区某知名外卖平台代理商,为了维持自身的市场占有率,通过后台管理软件修改数据、缩小商家配送范围等手段,迫使平台上有关商家退出另一公司运营的竞争平台的行为,海盐县市场监管局调查认定该行为违反《反不正当竞争法》,责令当事人停止违法行为,并处20万元的罚款²。国家市场监督管理总局将该案纳入全国反垄断与反不正当竞争行政执法十大典型案件。

但《反不正当竞争法》的该条款在适用中也存在问题。该条款的适用要满足“利用技术手段”“误导欺骗强迫用户”等条件,因此实践中仅能用于规制特定的“二选一”行为。此外,《反不正当竞争法》对该行为设置了最高300万元人民币的罚款限额,这对于大部分电商平台巨头而言,惩戒作用不足。

2.1.3《反垄断法》对电商平台“二选一”的规制

《反垄断法》通常规制排除、限制竞争的行为,其设定的没收违法所得并处以以上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款的处罚,力度远远强于《反不正当竞争法》和《电子商务法》,适用该法规制超级平台的“二选一”行为更具震慑性,但《反垄断法》的适用也存在一些实际困难。

电商平台“二选一”行为通常在滥用市场支配地位这一垄断行为项下进行讨论,具体而言,“二选一”可能构成限定交易这一滥用市场支配地位的行为。根据我们的观察和经验,以滥用市场支配地位对电商平台的“二选一”行为进行规制,实践中过程比较复杂,障碍和困难较多。

第一重障碍就是相关市场界定的问题,这是所有滥用市场支配地位案件的逻辑分析起点。具体到电商平台,相较于线下传统商务领域,线上市场是否能构成独立的相关市场,以及作为平台产生的双边市场甚至多边市场等问题,目前没有明确的法律规则,也没有明确的执法或司法案例指引。**第二重障碍是市场支配地位认定。**传统行业的市场支配地位认定中,市场份额具有重要作用。但在互联网行业,市场支配地位的认定,不得

1. <https://www.mrc-jcn.com/n/240565.html>

2. 《电商平台经销商强迫商家“二选一”被罚浙江海盐办结首例利用网络技术手段妨碍竞争案》, <http://www.w.cicn.com.cn/zggs-b/2018-09/27/cms111196article.shtml>



根据我们的观察和经验,以滥用市场支配地位对电商平台的“二选一”行为进行规制,实践中过程比较复杂,障碍和困难较多。

不考虑网络效应和动态市场的问题。互联网市场竞争中显著的网络效应和极强的动态性使得市场份额对于经营者的市场力量的指示作用相对于传统行业而言可能存在差异。例如,在一滥用市场支配地位纠纷案³中,最高人民法院曾提出观点,互联网环境下的竞争存在高度动态的特征,相关市场的边界远不如传统领域那样清晰,不能高估市场份额的指示作用,而应更多地关注市场进入、经营者的市场行为、对竞争的影响等有助于判断市场支配地位的具体事实和证据。由此可见,电商领域的市场支配地位认定也较为复杂。**第三重障碍是证明相关行为具有排除、限制竞争的效果。**证明相关行为具有排除、限制竞争的效果通常比较复杂,根据我们的经验,当事人会考虑聘用法学专家、经济学家、技术专家和行业专家等提交相关分析报告,并出庭作证等,因为该等工作通常具有专业性、复杂性的特点,且通常需要较高的费用,处于被“二选一”的弱势一方通常可能没有这个动力和能力完成本项证明工作。

除滥用市场支配地位外,一部分学者认为,纵向垄断协议的兜底条款对规制“二选一”行为也有适用空间。《反垄断法》禁止经营者与交易相对人达成固定或限定转售价格的协议,以及国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议,即纵向垄断协议的兜底条款。但是,对电商平台“二选一”行为适用纵向垄断协议的兜底条款也绝非易事,主要理由如下:首先,虽然相关市场界定和支配地位认定不是认定纵向垄断协议的必备要件,但在诸多判例中,法院明确表示,在认定纵向垄断协议时,法院会从相关市场竞争状况、相关经营者的市场地位是否强大等角度综合分析。⁴在其他法域,例如欧盟,个别行业和领域的市场份额较小的经营者之间的纵向非价格协议通常可直接适用安全港制度,免于进行进一步审查。因此,相关市场界定和市场地位考量的难题在适用纵向垄断协议的兜底条款的情形下大概率依然不能绕开。其次,纵向垄断协议虽然有兜底条款,包含纵向非价格协议,根据法律条文,需要国务院反垄断执法机构进行认定。根据我们的观察,执法机关对纵向非价格协议一直采取审慎的态度,截至目前,执法机关从未利用该纵向垄断协议的兜底条款赋予其的权力认定任

3. (2013)民三终字第4号判决书。

4. 北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生(上海)医疗器材有限公司、强生(中国)医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷(2012)沪高民三(知)终字第63号判决书;武汉市汉阳光明贸易有限公司与上海韩泰轮胎销售有限公司纵向垄断协议、滥用市场支配地位纠纷(2016)沪73民初866号判决书;东莞市横沥国昌电器商店与东莞市晟世欣兴格力贸易有限公司、东莞市合时电器有限公司纵向垄断协议纠纷(2016)粤民终1771号判决书。

5.《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》http://www.samr.gov.cn/hd/zjd-c/202010/t20201020_322434.html

何纵向非价格协议违法。因此,对于受害者而言,如果适用纵向垄断协议的兜底条款进行私权救济,其是否能够得到支持存在一定的不确定性。

2.1.4 其他

2020年10月20日,国家市场监督管理总局发布关于《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》公开征求意见的公告,征求意见时间截止到2020年11月2日⁵,其第三十一条提到“网络交易平台经营者不得滥用优势地位干涉平台内经营者的自主经营,不得对平台内经营者与其他平台的商业合作进行不合理限制或者附加不合理条件。平台内经营者可以自主选择在多个平台开展经营活动。平台与平台内经营者建立或者变更独家经营合作关系有关的事项,应当在平等基础上进行公平协商,并通过书面形式对合作条件、双方义务、违约责任等予以明确约定,平台不得通过不合理的搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等手段强制平台内经营者接受。平台提出建立或者变更独家经营合作关系有关的事项,造成平台内经营者损失的,应当对平台内经营者予以合理补偿。”第四十八条提到“网络交易平台经营者违反本办法……第三十一条……规定的,责令限期改正,并处一万元以上三万元以下的罚款。”我们理解,本条款也可以规制电商领域的“二选一”行为,但其行政处罚责任明显不足以遏制相关违法行为。

2021年2月7日,国务院反垄断委员会正式颁布了《关于平台经济领域的反垄断指南》。该指南第十五条规定了“具有市场支配地位的平台经济领域经营者,可能滥用市场支配地位,无正当理由对交易相对人进行限定交易,排除、限制市场竞争”构成限定交易的垄断行为。且该条文第一款第一项将“要求交易相对人在竞争性平台间进行‘二选一’或者其他具有相同效果的行为”作为认定是否构成限定交易行为的考量因素,第三款将“平台经营者通过搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制,对市场竞争和消费者利益产生直接损害”作为一般可认定构成限定交易行为的情形。指南将“二选一”行为及其相关措

施作为滥用市场支配地位的表现形式,从规范层面确定了“二选一”行为可能受到《反垄断法》的规制。在一定程度上回应了反垄断执法的现实关切,对“二选一”涉及限定交易的行为要件做出了较为清晰的指引与描述。但针对“市场支配地位”的主体要件认定以及“排除、限制竞争”的效果要件的认定,在实操中可能仍然存在争议。

2.2 执法机关等对电商平台“二选一”的态度

2018年,无锡市工商局称接到举报,商户被外卖平台下线,初步调查显示存在不正当竞争和垄断经营行为。无锡市工商局随后召开紧急约谈会,约谈三家外卖运营商。随后三家企业负责人相继表态,会积极配合执法部门,恢复市场秩序。但是我们未发现执法机构是否对涉案企业进行了处罚,以及依据何种法律处理了相关案件⁶。

2019年6月17日,国家市场监督管理总局、发改委、工信部、商务部等8部门再次发布通知,明确于6月-11月联合开展2019网络市场监管专项行动,严格贯彻落实《电子商务法》有关规定,严厉打击不正当竞争行为,依法查处电子商务平台经营者限制平台内经营者参与其他第三方电子商务平台经营活动等行为。2019年8月8日,国务院办公厅印发《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》,指出要维护公平竞争市场秩序,制定出台网络交易监督管理有关规定,依法查处互联网领域滥用市场支配地位限制交易、不正当竞争等违法行为,严禁平台单边签订排他性服务提供合同,保障平台经济相关市场主体公平参与市场竞争。2019年11月5日,国家市场监督管理总局在浙江省杭州市召开“规范网络经营活动行政指导座谈会”,召集20多家平台企业参会,指出近期网络经营活动中存在“二选一”问题等。

此外,2019年5月25日,最高人民法院大法官胡云腾在由最高人民法院司法案例研究院主办、上海市高级人民法院承办的第十八期“案例大讲坛”上提到:某些电商主体利用自身优势地位,滥用市场优势力量,强迫商

6. <https://www.36kr.com/new-sflash-es/32786694471>
69

家进行“二选一”，此类行为有违公平竞争的市场经济理念，需要通过裁判予以规范，维护公平竞争的基本原则。

Section 03

解决电商平台“二选一” 法律适用困境的初步探讨

如前所述，理论界普遍认为，对于超级平台的“二选一”行为，由于以维护市场竞争秩序为立法目的的《反垄断法》的处罚力度明显强于《反不正当竞争法》和《电子商务法》，适用《反垄断法》进行规制可能更为合适，与此同时，难度也最大。因此，打通快捷适用《反垄断法》规制平台“二选一”行为的路径，极为关键。

3.1

反垄断执法机构对电商平台领域“二选一”行为的执法力度有待加强

我们注意到，截止目前，电商平台领域“二选一”的相关执法活动较少。我们认为执法是最好的普法，反垄断执法机构具有很强的取证能力和丰富的办案经验，且行政执法具有时效性和警示性的特点和作用，其会形成全社会都能够接受并遵守的规则，这会降低企业的合规成本和经营活动中相关行为的预期，并激发市场公平竞争的活力。此外，反垄断执法机构对电商平台领域“二选一”的执法文书，例如行政处罚决定书，可以作为相关民事诉讼的起诉契机或证据之一，且反垄断执法机构在调查过程中掌握的全部或部分证据也可以通过人民法院依职权调取等方式成为相关民事诉讼的事实依据。因此，反垄断执法机构的积极主动执法对遏制电商平台领域“二选一”行为有积极的作用。

3.2

明确电商领域的相关商品市场界定和动态竞争问题等

7. (2013)民三终字第4号判决书。

相关市场界定是竞争分析的第一步,是认定行为人是否具有市场支配地位的前提条件之一。众所周知,电商领域相关市场界定和传统相关市场界定存在一定的差别,仅依据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》界定相关商品市场存在一定的困难。例如,在一滥用市场支配地位纠纷案⁷中,最高人民法院认为“互联网环境下的竞争存在高度动态的特征,相关市场的边界远不如传统领域那样清晰,不能高估市场份额的指示作用,而应更多地关注市场进入、经营者的市场行为、对竞争的影响等有助于判断市场支配地位的具体事实和证据”。但是我们观察到相关立法对动态竞争的回应明显不足。据此,我们初步认为如果能够通过反垄断配套指南等明确电商领域的相关市场界定和动态竞争问题,则行为人是否具有市场支配地位等问题会得到一定程度的解决,并将会推动反垄断民事诉讼的发展。

3.3

重新分配排除、限制竞争的影响的举证责任

《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第七条规定:“被诉垄断行为属于反垄断法第十三条第一款第(一)项至第(五)项规定的垄断协议的,被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任”;第八条规定:“被诉垄断行为属于反垄断法第十七条第一款规定的滥用市场支配地位的,原告应当对被告在相关市场内具有支配地位和其滥用市场支配地位承担举证责任。被告以其行为具有正当性为由进行抗辩的,应当承担举证责任。”据此,可以理解滥用市场支配地位案件的相关司法解释目前基本遵循“谁主张、谁举证”的原则,原告对被告在相关市场内具有支配地位并滥用市场支配地位行为承担举证责任,被告以其行为具有正当性为由进行抗辩时应承担举证责任。

根据我们的观察及经验,涉嫌滥用市场支配地位的经营者通常具有

就滥用市场支配地位案件,现有的严格遵循民事诉讼基本举证责任分配方式的“谁主张、谁举证”的举证制度,对原告而言意味着极大的举证负担。

雄厚的财力和技术实力,并且能够控制交易的条件等。基于对相关市场的参与程度及了解,以及对自身及主要竞争对手的市场份额的掌握等优势,其举证能力通常明显强于原告。此外,这些经济实力很强的滥用市场支配地位的经营者,在相关诉讼中通常也会聘用所持观点对其有利的经济学家、法学家、技术专家和行业专家或机构等出具相关经济学分析报告、法学分析报告、技术分析报告和行业研究报告等,该等报告通常会对诉讼产生较大的影响。

由此可见,就滥用市场支配地位案件,现有的严格遵循民事诉讼基本举证责任分配方式的“谁主张、谁举证”的举证制度,对原告而言意味着极大的举证负担。考虑到公平、举证能力和举证责任等问题,可以考虑在一定条件下重新分配举证责任,例如,举证责任倒置,即在原告已经证明了被主张滥用市场支配地位的经营者在合理界定的相关市场上具有市场支配地位,且证明了滥用市场支配地位行为的存在,可以考虑将之后的举证责任转移到被告,即要求被告承担证明其行为没有排除、限制竞争效果的举证责任,从而在一定程度上减轻原告的举证负担。退一步讲,如果排除、限制竞争效果的举证责任倒置存在较大的困难,也可以考虑由诉讼双方共同举证,而不是依照“谁主张、谁举证”的原则分配举证责任。

3.4 将规制滥用相对优势地位行为纳入到现行法律体系

部分平台相对其平台上的经营者具有极大的相对优势,平台上的经营者依赖于平台提供的销售途径、客户以及物流、支付等服务。平台也可能利用这种相对优势从事《反垄断法》所禁止的滥用市场地位等行为,损害竞争秩序和消费者利益等。考虑到经营者滥用市场支配地位已经由《反垄断法》进行规制,滥用相对优势地位由于其产生的危害性也需要相关立法予以明确。

参考域外相关立法,我们注意到日本、德国等国家的相关立法中包

含相关内容。日本《禁止私人垄断法》第十九条规定,“企业不得实施不公平的交易方法”,这里的不公平交易方法包括滥用相对优势地位的行为。根据该法第二条第九项第五款的规定,滥用优势地位是指利用交易上的优势地位,违反正常的商业习惯,不当实施下列行为之一者:(1)对经常性交易之相对人(包括新的经常性交易相对人),令其购买与该交易无关之商品或者服务;(2)对经常性交易之相对人,令其提供金钱、服务或者其他经济利益;(3)拒绝受领相对人提出与交易相关商品之给付,或令相对人取回已受领给付之交易相关商品,或对相对人减少或者迟延支付价款,或行使、订立或变更于交易相对人不利的交易条件。德国《反对限制竞争法》第二十条第三款规定:“与中小竞争者相比具有优势地位的企业不得滥用其市场地位,以直接或间接的不公平方式妨碍中小规模的竞争者。”这里的不公平妨碍特别表现为不公平地要求中小企业:(1)以低于成本的价格提供《德国食品和饲料法》第二条第二款意义上的食品;(2)长期以低于成本的价格提供其他商品或者服务;(3)要求在下游市场与其开展竞争的中小企业销售商品或者服务时,要高于它自己销售商品或者服务的价格;除非上述各种情况具有客观的公正性。如果低于成本销售是应卖方的要求,例如是为了尽快销售以阻止食品变质或者销售很快就不能销售的商品,或者出于其他紧急情况,这种情况下低于成本的销售具有客观公正性。此外,食品安全期内向慈善机构捐赠食品的行为不构成不正当妨碍。⁸”

8. 王晓晔,《论滥用“相对优势地位”的法律规制》,《现代法学》,2016年第5期。

9. 参见(2012)沪高民三(知)终字第63号判决书。

在我国,规制滥用相对优势地位行为也有相关立法和尝试。例如,早在2006年商务部、工商总局等五部委发布的《零售商供应商公平交易管理办法》中就包含禁止滥用相对优势地位的条款。此外,在另一起垄断案⁹中,上海市高级人民法院二审认为:“本案相关市场是中国大陆地区的医用缝线产品市场,该市场竞争不充分,强生公司在此市场具有很强的市场势力,本案所涉限制最低转售价格协议在本案相关市场产生了排除、限制竞争的效果,同时并不存在明显、足够的促进竞争效果,应认定构成垄断协议。”在2016年2月25日公布的《反不正当竞争法(修订草案

送审稿)》(“《反不正当竞争法送审稿》”)中,也包含对滥用相对优势地位的规制,其第六条规定:“经营者不得利用相对优势地位,实施下列不公平交易行为:(一)没有正当理由,限定交易相对方的交易对象;(二)没有正当理由,限定交易相对方购买其指定的商品;(三)没有正当理由,限定交易相对方与其他经营者的交易条件;(四)滥收费用或者不合理地要求交易相对方提供其他经济利益;(五)附加其他不合理的交易条件。本法所称的相对优势地位,是指在具体交易过程中,交易一方在资金、技术、市场准入、销售渠道、原材料采购等方面处于优势地位,交易相对方对该经营者具有依赖性,难以转向其他经营者。”该条款引发了广泛争论,然而最终未能被纳入《反不正当竞争法》中。其主要原因可能在于:第一,《反不正当竞争法送审稿》中相对优势地位概念与《反垄断法》下市场支配地位概念的差异和界限不清。第二,《反不正当竞争法送审稿》中“相对优势地位”的认定标准不甚清晰,实践中将产生较大的不确定性。另外,我们也观察到,在2020年10月20日国家市场监督管理总局发布的《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》第三十一条提到“网络交易平台经营者不得滥用优势地位干涉平台内经营者的自主经营,不得对平台内经营者与其他平台的商业合作进行不合理限制或者附加不合理条件。”其第四十八条提到“网络交易平台经营者违反本办法……第三十一条……规定的,责令限期改正,并处一万元以上三万元以下的罚款。”我们理解,本条款也可以规制电商领域的“二选一”行为,但其行政处罚责任明显不足以遏制相关违法行为。

我们初步认为,滥用相对优势地位应当由相关立法进行规制,可以考虑将规制滥用相对优势地位的条款纳入到《反垄断法》中,细化相对优势地位的认定标准,明确滥用优势地位的适用条件和违法责任等,这可能是实现对滥用相对优势地位的有效规制的途径之一。

Section 04

结语

综上, 电商平台的强制“二选一”行为有违“平等”“自愿”的理念, 具有违法性和社会危害性, 目前可以适用《反垄断法》《电子商务法》和《反不正当竞争法》进行规制。综合考虑现有立法制度及其法律责任, 适用《反垄断法》规制电商平台的“二选一”行为可能具有很好的法律效果和良好的社会示范效应。考虑到目前《反垄断法》规制“二选一”的现实困境, 我们期待相关立法在举证责任分配和新制度构建上对执法和司法及时响应, 也非常期待反垄断执法机构能够加强对电商平台领域“二选一”行为的执法力度。



吴鹏
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2002
wupeng@zhonglun.com



眼见非为实？ 警惕直播电商领域作假行为“雷区”

作者：薛熠 俞炜

直播电商,或所谓“直播带货”“直播营销”,一般是指商家、主播等参与者在电商平台、内容平台、社交平台等直播平台以网络直播形式向用户销售商品或提供服务的网络直播营销活动。作为互联网经济与传统经济融合发展的重要形式,直播电商已成为新冠疫情以来最为火爆的销售方式之一,并在网络直播用户持续增长、国家政策大力支持、互联网技术迅速发展等因素综合作用下保持着十分迅猛的发展态势。但与此同时,直播电商不法钻营和违规竞争的乱象突显,相应法律监管不到位的问题引发了行业外外的热议,也引起了市场监管部门的关注。本文拟结合近期发布或公开征求意见的相关市场监管和行业自律文件,就当前热议的直播电商领域作假行为“雷区”所涉法律问题探讨,以供相关人士参考。

Section 01

直播电商领域中的作假行为

2020年1月至3月期间,中国消费者协会组织开展了直播电商消费者满意度调查,并于3月底发布了《直播电商购物消费者满意度在线调查报告》。该报告征集并梳理了消费者对当前直播电商行业现状的“吐槽”情况如下图所示:

消费者对直播电商行业现状不满意的关键词



从“虚假宣传”“夸大其词”“夸大宣传”“虚假”“夸大”等高频关键词可以看出,直播电商领域中的作假行为已成为直播电商不法钻营和违规竞争乱象的最集中体现,是当前直播电商行业发展中的最大痛点。

实践中,直播电商领域中的作假行为具体以何种方式呈现,又将如何受到法律监管?下文将主要就流量作假、宣传作假、价格作假和产品作假四大类最为常见和典型的直播电商领域作假“雷区”进行分析。

Section 02

“雷区”一:流量作假

直播电商以电商为基础,而以直播为工具。流量一直是传统电商市场运营中的重点要素,其对于直播电商的重要性亦不言而喻——将流量聚集在直播间,是直播电商通过专业化的商品推介实现销售转化、变现的前提。

1. 包括由市场监督管理部门责令其停止违法行为, 根据情节严重程度处二十万元以上二百万元以下的罚款并决定是否吊销营业执照。

2. 其他经营者、消费者因虚假宣传受到损害的, 可以分别依据《反不正当竞争法》第十七条规定和《消费者权益保护法》第四十五条规定要求经营者依法承担相应民事责任进行赔偿。

3. 流量作假形式的虚假宣传行为, 视责任主体和具体情形的不同可能被认定为构成诈骗罪、非法经营罪、破坏生产经营罪等。

串联厂商、直播平台(含电商平台)、主播(含MCN机构)、消费者等众多参与方的网络直播营销活动中, 除消费者外的其他各方均可能存在动机实施流量作假的行为, 并事实上滋长了提供粉丝、点赞、人气、评论、销量等“全方位的刷单服务”的流量作假产业。厂家通过购买刷单企业的服务可以虚构商品人气、商品销售业绩, 直播平台、主播则可通过购买刷单企业的服务来美化自己的人气、带货能力。

从法律评价的角度看, 尽管直播电商场景下的流量作假行为在实施方式上可能呈现出一定的新颖性和多样性, 但其法律定性本质上并无异于传统电商场景中的刷单炒信行为, 均将落入《反不正当竞争法》第八条所述虚假宣传行为的范围之内。从法律规制的角度看, 流量作假行为将面临《反不正当竞争法》第二十条所规定的行政处罚¹。而责任主体的范围既包含了流量作假行为的实施主体, 亦包括帮助其他方实施流量作假行为的主体, 提供刷单服务的刷单企业和接受该等服务的厂家、直播平台或主播均可能落入该等范围之内。除相应行政责任外, 经营者流量作假行为对其他经营者、消费者造成损害的, 还应承担民事责任², 构成犯罪的, 则还应承担相应刑事责任³。

根据2020年11月5日发布的《市场监管总局关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》(“指导意见”), 直播电商领域内“虚构交易”“擅自删除或编造用户评价”亦属于市场监管机构需要重点查处的网络直播营销违法行为之一。因此, 无论是厂家、直播平台或主播, 都需注意避免选择流量作假的竞争“捷径”, 而一般经营者也不应从事“刷单服务”的非法营生。

【参考案例】

近日, 金华市场监管局查处一起组织流量刷单平台大案。该案中陈某制作流量刷单软件, 为直播平台的虚增围观人数、评论数等服务, 其被认定为从事了虚假宣传的行为而被重罚50万元。

Section 03

“雷区”二：宣传作假

直播电商以网络直播的形式实现商品的导购推荐过程，消费者得以在传统图文宣传和视频宣传的方式之外，以“眼见为实”的方式实时、细致地了解商品。但是，直播电商行业市场竞争日趋激烈，行业内参与者良莠不齐的背景下，直播电商领域中的直播宣传可能出现“**眼见非为实**”的情形。

该等“眼见非为实”的情形包括在网络直播营销活动中对商品、销售状况(如“实时成交量”)、用户评价(如“粉丝好评”)所作虚假宣传，实质上属于前述流量作假，不再赘述。除此以外，“眼见非为实”的情形也包括在网络直播营销活动中对商品性能、功能、质量、曾获荣誉等所作虚假或者引人误解的宣传。

从法律评价的角度看，该等虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者的，将落入《反不正当竞争法》第八条所述虚假宣传行为的范围之内。而当该等虚假宣传是以商业广告的形式作出时，将被认定为《广告法》第二十八条所述虚假广告行为。根据《广告法》，商业广告可以理解为商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的活动。按照这一定义，直播电商领域的网络直播营销活动很容易落入《广告法》的规制范畴。

从法律规制的角度看，《反不正当竞争法》下虚假宣传的责任主体为实施或帮助该等不正当竞争行为的经营者，厂家、直播平台、主播均可能因虚假宣传而面临如前所述《反不正当竞争法》第二十条所规定的行政处罚(虚假宣传还可能产生相应民事和刑事责任，参见前文流量作假部分论述)。而《广告法》下虚假宣传的责任主体则为广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人四者，厂家、直播平台、主播在不同网络直播营销活动合作模式下各自所扮演的角色不尽相同，其可能面临《广告法》下具体行政、民事法律责任亦有所不同。此外，虚假广告行为构成犯罪的，相关责任主体还将承担虚假广告罪的刑事法律责任。

鉴于网络直播营销活动中虚假宣传、虚假广告的具体形式、实施主体的多样性,指导意见指出,应当在厘清有关主体的法律责任的基础上,重点查处虚假宣传的不正当竞争行为和虚假广告的广告违法行为。包括厂家、直播平台和主播在内的直播电商各参与方都应当注意商业诚信的问题,避免踏入虚假宣传和虚假广告的“雷区”。

【参考案例】

2020年2月,四川省自贡市高新区某养发馆利用互联网发布“益生菌原浆”广告,其中含有“解决病菌感染”“预防病毒感染”“每天50毫升到100毫升益生菌原浆就可以预防新型冠状病毒”等内容。该养发馆无法提供相关材料证明广告中推销的商品有预防新冠肺炎的功效,构成虚假广告行为,被责令停止违法行为,并罚款20万元。

Section 04 “雷区”三:价格作假

直播电商的本质仍然是对商品的推介和销售,商品价格作为一般消费者购物选择最重要的考虑因素之一,极可能成为网络直播营销活动中的被操纵对象。

直播电商领域中的商品价格操纵可能表现为对商品价格信息的直接虚假表述,如网络直播营销活动中有关“全网最低价”“跳楼价”“亏本价”等促销价的设定不符合实际的情况。该等情形下的价格作假可能构成对商品价格的虚假宣传和虚假广告,相应法律责任的分析见前文宣传作假部分。此外,该等价格作假还可能构成《价格法》第十四条、《禁止价格欺诈行为的规定》第七条所述价格欺诈行为,包括但不限于:(1)虚构原价,虚构降价原因,虚假优惠折价,谎称降价或者将要提价,诱骗他人购买的;(2)销售商品有价格承诺,不履行或者不完全履行的;(3)谎称销售价格

高于或者低于其他经营者的销售价格,诱骗消费者或者经营者与其进行交易的等情形。实施价格欺诈行为的经营者将面临《价格违法行为行政处罚规定》第七条所述行政处罚⁴。此外,经营者还可能承担《消费者权益保护法》下对消费者的民事赔偿责任⁵,构成犯罪的,还将承担相应刑事责任⁶。

直播电商领域中的商品价格操纵还可能表现为通过捏造、散布涨价信息以推动商品涨价。该等情形的间接价格作假可能构成《价格法》第十四条所述哄抬价格,即捏造、散布涨价信息,哄抬价格,推动商品价格过高上涨的价格违法行为,将面临《价格违法行为行政处罚规定》第六条所述行政处罚⁷。经营者哄抬价格相关价格作假行为构成犯罪的,还将承担相应刑事责任⁸。

类同虚假宣传和虚假广告的问题,指导意见亦将网络直播营销活动中价格欺诈和哄抬价格作为重点查处的价格违法行为,是包括厂家、直播平台 and 主播在内的直播电商各参与方都应当注意的高风险行为。

【参考案例】

2020年三月,杭州市余杭区市场监管局查处浙江某电子商务公司价格欺诈案。该案中,浙江某电子商务公司在某网络平台上开设的某品牌企业店上,开展了“6件2.7折折扣”活动及“4件2.7折折扣”活动,在产品页面只展示了能够享受到的最低2.7折的折扣优惠,但消费者在购买6件或4件商品时,并不能享受2.7折折扣。其相关行为被认定为构成价格欺诈,被处以罚款10万元。

4. 包括由市场监管机构责令改正,没收违法所得并处违法所得5倍以下罚款(无违法所得的,处五万元至五十万元罚款),乃至视情节严重程度责令停业整顿或吊销营业执照。

5. 消费者因价格欺诈遭受损害的,可以依据《消费者权益保护法》第五十五条的规定要求经营者承担相应赔偿责任。

6. 经营者从事价格欺诈行为,可能被认定为构成诈骗罪而受到刑事处罚。

7. 包括由市场监管机构责令改正,没收违法所得并处违法所得5倍以下罚款(无违法所得的,视情节严重程度处五万元至三百万元罚款),乃至视情节严重程度责令停业整顿或吊销营业执照。

8. 经营者从事哄抬价格行为,可能被认定为构成非法经营罪而受到刑事处罚。

Section 05

“雷区”四:产品作假

除前述“价不实”的手段外,“货不真”也是网络直播营销活动中的常见而为广大消费者诟病的问题之一。近期网络热议的“不粘锅当场粘锅”“阳澄湖大闸蟹并非产自阳澄湖”等情形,均可能涉及产品质量作假

9. 包括由市场监督管理部门责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，没收违法所得(如有)，并处违法生产、销售产品货值金额百分之五十以上三倍以下的罚款，并视情节严重程度决定是否吊销营业执照。

10. 根据作假产品的具体类别与作假行为的具体情形，产品作假亦可能构成《刑法》第一百四十一条至第一百四十八条所述生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售有毒、有害食品罪等犯罪。

的问题。

产品作假，可能落入为《产品质量法》第五十条所述生产、销售假冒伪劣产品的范围内，包括通过在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品等。相应厂商和销售方的产品作假行为可能面临市场监管部门的行政处罚⁹，甚至还可能构成《刑法》第一百四十条所述生产、销售伪劣产品罪而受到刑事处罚¹⁰。此外，厂商和销售方的产品作假行为涉及侵犯知识产权，侵犯消费者权益等具体情形的，还将受到《消费者权益保护法》《商标法》等法律规制而需要承担相应的民事责任。

长久以来，严厉打假治劣一直是我国工商执法实践中所关注的重点，网络直播营销活动中的产品作假亦是指导意见所指明重点查处的产品质量违法行为之一，是直播电商各参与方需要注意避开的绝对“雷区”。

【参考案例】

近期上海市公安局召开新闻发布会，通报了上海警方侦破的全市首例“网红直播带货”售假案。该案中，制假售假的厂商通过网红主播廖某直播售卖假冒奢侈品，涉案金额超过6000万。目前，廖某及部分制假售假厂商相关人员均已被批捕，案件仍在进一步调查中。

Section 06

结语

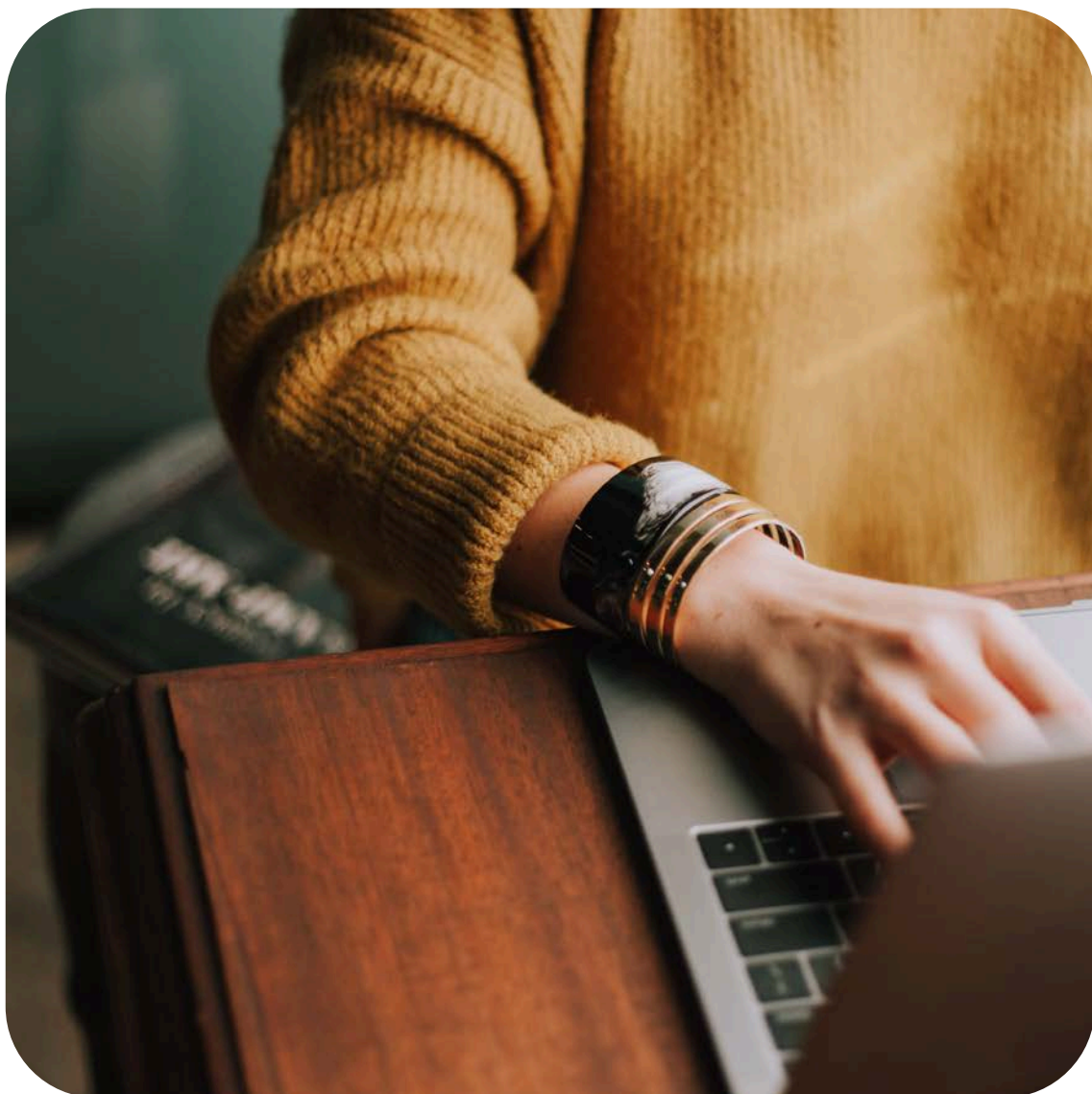
直播电商领域所涉法律风险“雷区”远不止如此，宽泛语境下的作假行为还包括商业混淆、不当有奖销售情形下的作假问题。而在此之外，更存在食品安全、消费者权益保护等众多其他法律问题。由于直播电商开展方式的复杂性和直播电商各参与方在不同模式下所扮演角色的多样性，对各参与方具体行为的法律定性和相应法律责任的预测有赖于个案实情下的具体分析，具有“避雷”合规需求的直播电商参与方应当在必要时引

入专业法律顾问。

但是从整体上看,如同本文对直播电商领域四大类常见作假行为“雷区”所作分析,直播电商领域所涉法律问题并非真正意义上的新生法律问题,传统直播以及传统电商所适用的《电子商务法》《反不正当竞争法》《产品质量法》《食品安全法》《消费者权益保护法》《广告法》《价格法》等相关法律规定能够对直播电商领域中的法律问题进行评价和规制。“直播电商野蛮生长,法律监管相应滞后”的行业现状实际上并非出于法律缺位的原因,而是由于当前执法层面对直播电商这一新潮事物的认识和理解程度尚待加深所导致。因此,对直播电商各参与方而言,市场监管部门所发布的旨在厘清直播电商领域内法律问题实质的指导意见等相关文件尤有重大指导意义,值得直播电商各参与方持续关注、跟进。在此之外,由中国广告协会发布的《网络直播营销行为规范》、中国商业联合会媒体购物专业委员会牵头起草制定的《视频直播购物运营和服务基本规范》和《网络购物诚信服务体系评价指南(征求意见稿)》等行业自律相关文件亦对直播电商各参与方的合规经营提供了众多具有参考价值的“避雷”指引。而最为基础的是,直播电商各参与方均应当立足于商品推介和销售的直播电商本质,在推动直播电商创新发展并享受红利的同时,为消费者带去货真价实、物美价廉的商品。



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com



平台电商“碰瓷”营销的 法律边界探讨

作者：周洋 王佳一

团购活动是一种常见的促销方式,但2020年7月,某平台电商组织的一场特殊“团购”却引发争议。在事件中,该平台电商未经授权,组织了对第三方品牌企业旗下明星产品的团购活动,参加活动并中奖的5名幸运的消费者将获得万元购买补贴。该活动吸引了3万名消费者的参与,各家媒体对此争相报道。第三方品牌企业得知该活动后,立刻澄清该活动未经其授权,并拒绝向在该活动中购买产品的消费者交付产品。但几经周折,第三方品牌企业最终让步,消费者成功收到所购产品。

平台电商在未经第三方品牌企业同意的情况下,通过组织“团购”第三方品牌产品的活动以获取关注度和流量的行为,究竟是一种营销创新,应当被容忍;还是有违商业道德,应当被抑制,现行法律没有给出明确答案。本文以《广告法》¹、《反不正当竞争法》²、《电子商务法》³为基础,结合商业逻辑进行分析,探讨现行法律体系下应如何规制这种商业行为。

1.《广告法》,由全国人民代表大会常务委员会于1994年10月27日发布,2018年10月26日修正。

2.《反不正当竞争法》,由全国人民代表大会常务委员会于1993年9月2日发布,2019年4月23日修正。

3.《电子商务法》,由全国人民代表大会常务委员会于2018年8月31日发布,2019年1月1日生效。

Section 01

平台电商所组织的“团购”是一场“碰瓷”营销

1.1

平台电商所组织的“团购”不是传统意义上的“团体购物”

4. 参见百度百科，“团购”，<https://baike.baidu.com/item/%E5%9B%A2%E8%B4%AD/335173?fr=aladdin> 访问时间：2020年12月8日。

传统意义上的团购，即“团体购物”，是指“认识或不认识的消费者联合起来，加大与商家的谈判能力，以求得最优价格的一种购物方式”。商家本着“薄利多销”的原则，给予“团体购物”的消费者更大的优惠或折扣。通俗来讲，也就是一起买的人越多，商品价格越便宜。⁴“团体购物”是一种正常的商业活动。

但是，平台电商组织的“团购”与上述“团体购物”有明显的区别。首先，平台电商组织的“团购”不是大量消费者一起“团体购物”，平台电商的“团购”活动虽有3万人参与，但仅在其中抽取5名消费者最终获得“团购”补贴，而在传统“团体购物”中，所有参与者都能享受优惠价格。

其次，活动中“团购”补贴为每人2万，共5个名额，活动参与人数的多少不会影响到“团购”补贴金额，购买人数多少与商品优惠程度没有关联，这与传统“团体购物”中“一起买的人越多，商品价格越便宜”的情形是不同的。

最后，常见的购物平台上的“团体购物”活动，都是平台与商家联合举办，双方对于活动策划、优惠幅度等都会有事先的沟通和安排。而本次“团购”活动是由平台电商单方面组织，第三方品牌企业事先并不知情，不属于平台电商与第三方品牌企业联合组织的活动，与常见的“团体购物”活动存在差异。

1.2

平台电商所组织的“团购”具有“碰瓷”营销的属性

平台电商提供“团购”补贴以吸引消费者,仅仅是一种商业营销手段。法律没有禁止或限制平台电商通过补贴消费者进行购物来吸引消费者的行为。但是,平台电商的“团购”活动涉及了第三方品牌的明星产品,且平台电商组织团购是未经第三方品牌同意的。各家媒体对平台电商“团购”第三方品牌产品的报道中,很多都聚焦了平台电商利用第三方品牌影响力的行为,用了“碰瓷”营销或类似表述来定性本次活动。

1.2.1 “碰瓷”营销的含义与特点

“碰瓷”营销最初的含义为:“一方利用自己较为弱小的地位,通过指控更为强大的另一方侵害自己的权益,从而引起舆论关注,进而提升自己的知名度”。⁵随着商业发展,“碰瓷”营销被赋予了更广泛的含义,所对应场景也发生了变化。

“碰瓷”营销,与经济学上的“搭便车”有类似性,“搭便车”是指“不付成本而坐享他人之利”的行为。⁶较之“搭便车”,“碰瓷”营销更为激进,具有以下特点:第一,采取“碰瓷”营销行为的一方是积极地、主动地找上被“碰瓷”一方,即便对方反对,仍继续进行“碰瓷”营销的行为,而非静静等待以坐享其成;第二,与“搭便车”多为免费利用公共资源不同,“碰瓷”营销将利用私主体的热度、影响力、品牌效应;第三,“搭便车”仅仅是“不劳而获”,而“碰瓷”营销则可能“损人利己”,损害被“碰瓷”一方的权益。

平台电商组织“团购”第三方品牌产品的活动,第一,平台电商是主动地“碰瓷”第三方品牌进行营销,活动未经允许,遭到第三方品牌企业反对后仍继续开展;第二,平台电商利用了被“碰瓷”的知名企业的品牌影响力,想借此推广自己的平台和服务;第三,平台电商自己从中获益,却可能影响第三方品牌的权益。因此,平台电商的该行为完全符合上述“碰瓷”营销的特点。

5.MBA智库·百科,“碰瓷营销”,<https://wiki.mbalib.com/wiki/%E7%A2%B0%E7%93%B7%E8%90%A5%E9%94%80> 访问时间:2020年12月8日。

6.MBA智库·百科,“搭便车问题”,<https://wiki.mbalib.com/wiki/%E6%90%AD%E4%B E % B - F % E 8 % B D % A 6> 访问时间:2020年12月10日。

1.2.2 “碰瓷”营销的其他案例

7. 参见搜狐, https://www.sohu.com/a/422550840_99951575 访问时间:2020年12月8日。

8. 参见新浪财经, <http://finance.sina.com.cn/chna/20140322/091918583630.shtm> 访问时间:2020年12月8日。

上文中提到的平台电商“碰瓷”营销行为不是个案,在电商领域,平台借助高端品牌商家的影响力开展营销的行为并不鲜见。“碰瓷”营销也不是电商新业态下的产物,类似行为在其他行业、其他场景下曾多次发生。

例如,餐饮品牌H曾经为了推广自己的APP,推出优惠活动声称,“消费者在距离任何一家M品牌门店600英尺内下载H品牌APP,即可享受1美分购买汉堡活动”。脑洞大开的“碰瓷”活动,甚至让大量消费者跑去M品牌询问如何前往H品牌的门店。H品牌APP下载量大大增加,跃升至当月APP下载量第一名,超过了Youtube等常年排行榜冠军。⁷

又比如,一饮料品牌的文案“对不起!是我们太笨,用了17年的时间才把中国的凉茶做成唯一可以比肩可口可乐的品牌”,作为凉茶品牌,通过“碰瓷”可口可乐这一家喻户晓的碳酸饮料品牌,帮助该饮料品牌树立了中国凉茶品牌领导者的形象。⁸

1.2.3 “碰瓷”营销为何受到抵制?

首先,平台电商的“碰瓷”营销活动,事先未征求第三方品牌的意见,第三方品牌非自愿参加。大多数被“碰瓷”营销的第三方品牌已经具备广泛和坚实的客户基础,不需要通过“团购”“低价促销”“万元补贴”等吸引消费者。平台电商出于自身营销目的,开展“碰瓷”营销的活动,有违第三方品牌的意愿。

其次,平台电商的“碰瓷”营销活动参与者众多,吸引广泛关注。对于消费者来说,这样的“碰瓷”营销活动将可能影响其对第三方品牌的印象与认知。尽管有的平台会通过《用户服务协议》等形式向消费者说明平台与第三方品牌的关系,但部分消费者可能不会留意这样的说明,还有很多消费者虽知道“碰瓷”营销活动,却没有参与活动、没有使用过平台。这些消费者很可能误以为平台是第三方品牌产品经认可的经销商,或误以为该品牌可能会进驻平台或者和平台合作。在“碰瓷”营销活动中,平台电商大多给予消费者补贴或者优惠,使消费者将能以显著低于第三方品牌企

业“直销价格”的售价购得商品,这将冲击消费者心目中第三方品牌官方标价就是该品牌产品唯一市场价的现有认知。

“碰瓷”营销对第三方品牌经销模式和价格体系的影响,进而将上升到企业的品牌形象。品牌形象包含品牌特点、价位、经销模式等诸多要素。品牌企业通过日常经营活动以及市场营销,才能在消费者心目中形成其所希望营造的印象与认知。而平台电商的“碰瓷”营销将可能影响消费者心中的印象和认知,这种影响甚至是难以修复或是不可扭转的。如果茅台、法拉利、爱马仕等高端品牌产品屡被降价甚至低价“团购”,这些高端品牌企业将难以维系消费者对这些品牌“很高端”“有格调”的现有认知。

一家品牌企业在消费者心目中树立品牌形象,往往需要品牌企业投入巨大经济成本。“碰瓷”营销将可能导致第三方品牌企业投入经济成本塑造的品牌形象受损,损害了第三方品牌企业的“财产权利”。

“碰瓷”营销,作为一种市场上并不少见且备受争议的商业行为,可能已经触及了法律的边界。

Section 02

“碰瓷”营销应遵守《广告法》

2.1

平台电商的“碰瓷”营销属于“广告活动”

根据《广告法》第二条,商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动,受该法调整。⁹该条文对商业广告采取了较为开放的定义,并不要求广告采取特定的媒介或形式,介绍方式也包括直接介绍与间接介绍。根据司法实践,在电商销售页面中,通过文字等形式对商品进行描述介绍,从而宣传推销该商品的行为构成商业广告。¹⁰

司法案例中有关法院也曾对“广告活动”的判定给出指引。在江苏晶瑞特环保新材料有限公司与江阴市市场监督管理局、江阴市人民政府行

9. 参见《广告法》第2条。

10. 参见(2018)沪0112行初668号行政判决书。

11. 参见“江苏晶瑞特环保新材料有限公司与江阴市市场监督管理局、江阴市人民政府行政复议案”，(2020)苏02行终238号。该案中，江阴市市场监管局因晶瑞特公司在其网站首页中广告具有让广告受众产生误解，排除竞争可能性，对其作出了行政处罚，晶瑞特公司向江阴市政府请求了行政复议。因不服行政复议结果，晶瑞特公司提起了行政诉讼，法院两审后认定处罚决定，符合法律规定，并无不当。

12. 参见《广告法》第33条。

政复议一案¹¹中，终审法院认为商业广告应具备三个特征：“一是媒介特征，即商业广告应通过一定媒介和形式发布；二是行为特征，即通过上述媒介传播后，受众能知晓、了解广告内容；三是目的特征，即该广告的目的是为了推销其商品或服务，引诱受众购买其商品或服务。”

就平台电商的“碰瓷”营销而言，第一，“碰瓷”营销活动符合“媒介特征”。平台本身就是媒体，关于活动的宣传语、海报、活动安排在平台电商的网页或者APP上都有发布。第二，“碰瓷”营销活动符合“行为特征”。消费者不仅可以在平台电商的数字化工具上看见该活动的宣传推广内容，消费者的口耳相传以及新闻媒体的报道评论，让更多的广告受众知晓活动内容。有些“碰瓷”营销活动影响力极大，能够登上微博热搜，成为搜索引擎关键词，引发大量的关注，足以让大量公众知晓、了解活动以及组织活动的平台电商。第三，“碰瓷”营销活动符合“目的特征”。平台上的商品都来自其他商家，活动并非平台与商家联合举办。平台电商组织“碰瓷”营销活动，其目的在于推广和宣传平台本身，而非促销第三方品牌的商品。活动虽然没有直接推广介绍平台的服务，却通过利用第三方品牌成名已久的品牌形象间接推广了平台的活动，为平台的品牌和服务进行了营销，达到了宣传目的。因此，平台电商的“碰瓷”营销，具备上述三个特征，属于“广告活动”，应遵守《广告法》。

2.2 平台电商开展“碰瓷”营销应事先取得第三方品牌企业的书面同意

根据《广告法》第33条规定，“广告主或者广告经营者在广告中使用他人名义或者形象的，应当事先取得其书面同意；使用无民事行为能力人、限制民事行为能力人的名义或者形象的，应当事先取得其监护人的书面同意”。¹²上述规定包含了三个要件：(1) 行为主体应当时广告主或广告经营者；(2) 在广告中使用了他人名义或者形象；(3) 使用他人名义或者形象，但事先未取得他人的书面同意。

13. 参见《广告法》第2条。

首先,如上述讨论,平台电商的“碰瓷”营销活动,属于广告活动。根据《广告法》,“广告主是指为推销商品或者服务,自行或者委托他人设计、制作、发布广告的自然、法人或者其他组织”。¹³平台电商为了推广和宣传自己的平台和服务,自行或委托他人设计、制作、发布了活动推广内容,构成《广告法》项下的“广告主”,符合主体要件。

其次,平台电商会在活动的标题、海报内容中明确提到第三方品牌企业的商号,使用第三方品牌的商标或产品预览图等,符合“在广告中使用他人名义或者形象”这一要件。

最后,平台电商的“碰瓷”营销活动,使用第三方品牌企业的名称与形象,却未在活动开始前取得其书面同意。甚至,有的平台电商在第三方品牌企业坚决抵制的前提下,仍然开展活动。因此,平台电商未经他人同意,在广告中使用他人名义或形象的行为,有违《广告法》“事先应取得他人的书面同意”的要求。

2.3

适用“在广告中使用他人名义或形象应事先取得书面同意”规定的疑点

《广告法》第33条关于“使用他人名义或者形象应事先取得书面同意”的规定在理解适用上存在模糊之处。法条中所述的“他人名义或者形象”中的“他人”在一般法律规则中包含自然人、法人和非法人组织三种,本条中的“他人”没有排除法人或非法人组织。并且,通过目的解释的方法,《广告法》规范广告活动,保护消费者权益,促进广告业健康发展,维护社会经济秩序。在广告中使用某法人的名义或形象,原则上应尊重“被”广告法人的真实意愿,法条中的“他人”不应排除法人或非法人组织。否则,如在广告中可随意使用其他法人的名义或形象,将可能导致消费者认为发布广告的主体与广告中涉及的法人具有特定联系,误导消费者。这与《广告法》“规范广告活动,维护社会经济秩序”的立法目的相悖。

但通过文义解释的方法,该条中提到的“无民事行为能力人”和“限制民事行为能力人”,均为“自然人”项下的分类。据此,“他人名义或者形象”



在广告中使用某法人的名义或形象,原则上应尊重“被”广告法人的真实意愿,法条中的“他人”不应排除法人或非法人组织。

中的“他人”或许应被理解为“自然人”。实践案例中,因被他人擅自使用自己的名义或者形象而主张违反《广告法》第33条的主体都是“自然人”主体,比如名人吴京¹⁴、杨洋¹⁵等。我们未看到有“法人”主体依据本条主张自己的名义或形象未经同意被他人用于广告活动,司法实践中对此的态度尚不明了。

因此,如果“他人”被理解为不包括法人,则平台电商使用第三方品牌企业名称或形象,没有事先征求其书面同意的义务;相反,如果“他人”被理解为包括“法人”,则平台电商应事先取得第三方品牌企业的书面同意。

Section 03

“碰瓷”营销应遵守《反不正当竞争法》

3.1

平台电商的“碰瓷”营销行为应受《反不正当竞争法》规制

平台电商与第三方品牌都是从事商品生产、经营或者提供服务的市场主体,属于《反不正当竞争法》项下的“经营者”。¹⁶但仅作为经营者,不必然受《反不正当竞争法》规制,该法所调整的是具有竞争关系的经营者所实施的竞争行为。由此,需要进一步判断平台与品牌是否具有竞争关系。

3.1.1 “相关市场”分析

在对竞争关系的界定上,我国普遍采用“相关市场说”,即从相关产品市场和地域市场判断是否存在竞争关系。首先,就相关地域市场而言,平台电商的线上用户遍布中国,被“碰瓷”营销的第三方品牌企业也都是高端品牌,消费者同样遍布中国,故双方在相关地域市场构成竞争。其次,对于相关产品市场的界定,则相对复杂。除淘宝、天猫、京东等既做平台也做自营外,一般的平台电商,仅搭建交易平台,通过收取平台加盟费、会员费等来营收,而不会销售自己的商品;与之相反,第三方品牌则主要通过各种渠道销售自己的商品来营收。双方不属于同一行业的经营者,所提供的产品或服务是不同的,不论是按照需求替代分析,还是供给替代分

14.参见“吴京与内蒙古哈谱轩科技有限公司网络侵权责任纠纷案”,(2019)京0491民初5235号。被告未经许可擅自使用原告吴京的肖像和姓名对被告经营的产品进行广告宣传,法院责令被告赔礼道歉并向原告吴京赔偿经济损失20万元。

15.参见搜狐,https://www.sohu.com/a/203008460_407722 访问时间:2020年11月25日。某公司未经杨洋先生或其所属经纪公司的合法授权,在其网站及APP的醒目位置擅自使用含有杨洋先生肖像的图片,以双十一促销为主题进行宣传推广,杨洋的经纪公司及苏宁公司分别发布声明,要求该公司予以澄清,及时改正并道歉。

16.参见《反不正当竞争法》第2条。

17. 参见上海市杨浦区人民法院(2015)杨民三(知)初字第114号民事判决书及上海知识产权法院(2016)沪73民终54号判决书。

18. 参见(2010)鲁民三终字第5-2号判决。

19. 参见《电子商务法》第2条。

析,两者都不存在“替代”关系。在这种情况下,平台电商和第三方品牌之间不具有直接的竞争关系。

3.1.2 司法判例

但上述竞争关系的判断方法并不绝对,从司法实践上看,竞争关系的认定出现了由狭义的同业竞争关系向广义的竞争关系演化的过程。比如在一不正当竞争¹⁷案中,法院认为,狭义的竞争关系只适用于传统经济模式,随着互联网行业的发展,出现了不同于传统经济模式的新业态,狭义竞争关系已难以实现《反不正当竞争法》的立法目的,应当按照“只要双方在最终利益方面存在竞争,则具有竞争关系”的标准来进行判断。

同样的,最高人民法院45号指导案例¹⁸中指出,虽然某电信是互联网接入服务经营者,某网络公司是搜索服务经营者,服务类别上不完全相同,但是电信公司通过技术手段,为其他企业提供在网络公司的搜索结果出现之前弹出企业广告的业务服务,与网络公司的付费搜索业务之间存在竞争关系,影响了网络公司的业务经营。由此可见,确定市场主体之间竞争关系的存在,并不严格要求双方属于同一行业或者同一服务类别,如果二者在市场竞争中存在一定联系或者一方的行为影响了另一方的正当经营活动且损害了其权益,则可以认定双方存在竞争关系。

3.1.3 电商新业态下平台电商与第三方品牌“竞争关系”的认定

如今,越来越多的品牌企业,在线下销售之外,进驻线上销售平台或开发自己的线上直销网站和应用。该等品牌企业将构成“平台内经营者”或“通过自建网站销售商品或者提供服务的电子商务经营者”(即“自营类电商”)。此时,平台电商和该等品牌企业同属于《电子商务法》项下的“电子商务经营者”,二者在市场竞争中存在一定联系。¹⁹此外,平台电商的“碰瓷”营销,将会吸引消费者,分散客户流。流量本身便具有价值,能够为企业带来关注度,提升影响力。平台电商与第三方品牌企业之间也可能存在着对于流量、关注度、影响力的竞争。

在“碰瓷”营销的场景下,尽管平台电商与第三方品牌在所处行业、所提供产品与服务上不具有直接的竞争关系,但在竞争流量、关注度、影响力时,双方将存在“竞争关系”。因此,平台电商的“碰瓷”营销行为受《反不正当竞争法》的规制。

3.2 平台电商的“碰瓷”营销行为有违《反不正当竞争法》的基本原则

平台电商的“碰瓷”营销行为应遵循《反不正当竞争法》中的基本原则。该法第2条规定,经营者在生产经营活动中应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德。²⁰如最高人民法院的公报案例²¹所述,“由于市场竞争的开放性和激烈性,必然导致市场竞争行为方式的多样性和可变性,反不正当竞争法作为管制市场竞争秩序的法律不可能对各种行为方式都作出具体化和预见性的规定。因此,在具体案件中,人民法院可以根据反不正当竞争法第二条第一款和第二款的一般规定对那些不属于反不正当竞争法第二章列举规定的市场竞争行为予以调整,以保障市场公平竞争。”

从“商业道德”的角度看,根据最高人民法院的公报案例²²对商业道德的认定方法,“商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判……所体现的是一种商业伦理。反不正当竞争法所要求的商业道德必须是公认的商业道德,是指特定商业领域普遍认知和接受的行为标准,具有公认性和一般性。不能仅从买方或者卖方的立场来判断是否属于公认的商业道德……应当根据特定商业领域和个案情形(如特定行业的一般实践、行为后果、交易双方的主观状态和交易相对人的自愿选择等)具体分析确定。”

“特定行业的一般实践”是指市场上其他经营者的态度。从本文中提到的案例来看,“碰瓷”营销普遍受到品牌企业的反对,这将是衡量特定商业行为是否有违“商业道德”的重要参考因素。

“行为后果”是指“碰瓷”营销带来的结果。“碰瓷”营销让平台电

20.参见《反不正当竞争法》第2条。

21.参见最高人民法院民事裁定书,(2009)民申字第1065号,“山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马大庆不正当竞争纠纷申请再审案”。

22.同注30。

商获得了流量、关注、人气、口碑、商业机会等,但被“碰瓷”的品牌方却因此受到影响。这种影响是全方位的,第三方品牌甚至可能因此遭受经济损失。可见,“碰瓷”营销是一种损人利己的商业行为,有违公认的商业道德。

“交易双方的主观状态和交易相对人的自愿选择”是指采取“碰瓷”营销的一方与被“碰瓷”营销的一方各自主观上的态度。“碰瓷”营销活动由平台电商单方组织开展,“碰瓷”的对象大多为高端品牌,且在受到第三方品牌反对后未终止活动。可见,平台电商主观上积极地、有意地进行“碰瓷”营销。相反,被“碰瓷”营销的第三方品牌主观上是非自愿地、被迫地受到“碰瓷”营销。第三方品牌企业大多事先不知情,知情后都会声明活动非经授权,或要求终止活动。

综合上述因素,平台电商的“碰瓷”营销行为很可能会被认定有违公认的“商业道德”。



23. 参见《反不正当竞争法》第6条。

3.3

“碰瓷”营销未被列入《反不正当竞争法》的具体违法情形

《反不正当竞争法》第二章对“不正当竞争行为”的列举包括：市场混淆、商业贿赂、虚假宣传、侵犯商业秘密、违规有奖销售、商业诋毁以及妨碍、破坏其他经营者网络产品或者服务的正常运行。

其中，《反不正当竞争法》第6条规定的“市场混淆”与“碰瓷”营销有一定的相关性。“市场混淆”是指通过擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页以及其他方式，足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的行为。²³

如上述讨论，平台电商与第三方品牌主要在流量、关注度、影响力方面存在竞争关系，与典型的同一市场、同一行业中直接具有竞争关系的经营者间的“市场混淆”有一定差异。对于仅在特定方面、特定场景下存在“竞争关系”的经营者之间的“市场混淆”，是否也将受到监管和限制，有待法律进一步明确。

需要说明的是，有的平台电商可能会通过《用户服务协议》等方式，向消费者具体明确活动的性质以及平台与第三方品牌的关系。这样的平台电商至少已有意识地采取措施来避免“市场混淆”。但是，部分消费者可能不会专门阅读或留意这样的声明，且还有很多未参与活动、未使用平台的消费者，他们仅注意到活动宣传中所呈现的平台与第三方品牌的紧密关系。这些消费者误认为平台电商与第三方品牌企业存在特定联系的可能依然存在。

24. 参见(2017)鄂01民终4950号。法院关于网络直播平台明知而擅自使用他人培养并独家签约的知名主播资源是否违反网络直播行业公认的商业道德的分析与认定。

Section 04 法律对新兴商业模式的边界需进行引导

在现行法律体系下，“碰瓷”营销行为有违法律的原则性规定，然而法律对违反原则性规定却没有规定对应的罚则。并且，在具体规定的实操适用上，不论是《广告法》中“在广告中使用他人名义或形象应事先取得书面同意”的规定，还是《反不正当竞争法》中关于“市场混淆”的规定，都存在解读适用上的模棱两可之处，有待进一步明确。在具体实践中，就本文中提到的其他“碰瓷”营销事件而言，终究是雷声大、雨点小。监管机关没有干预或限制“碰瓷”营销行为，法院也未作出过“碰瓷”营销违反法律的判决。

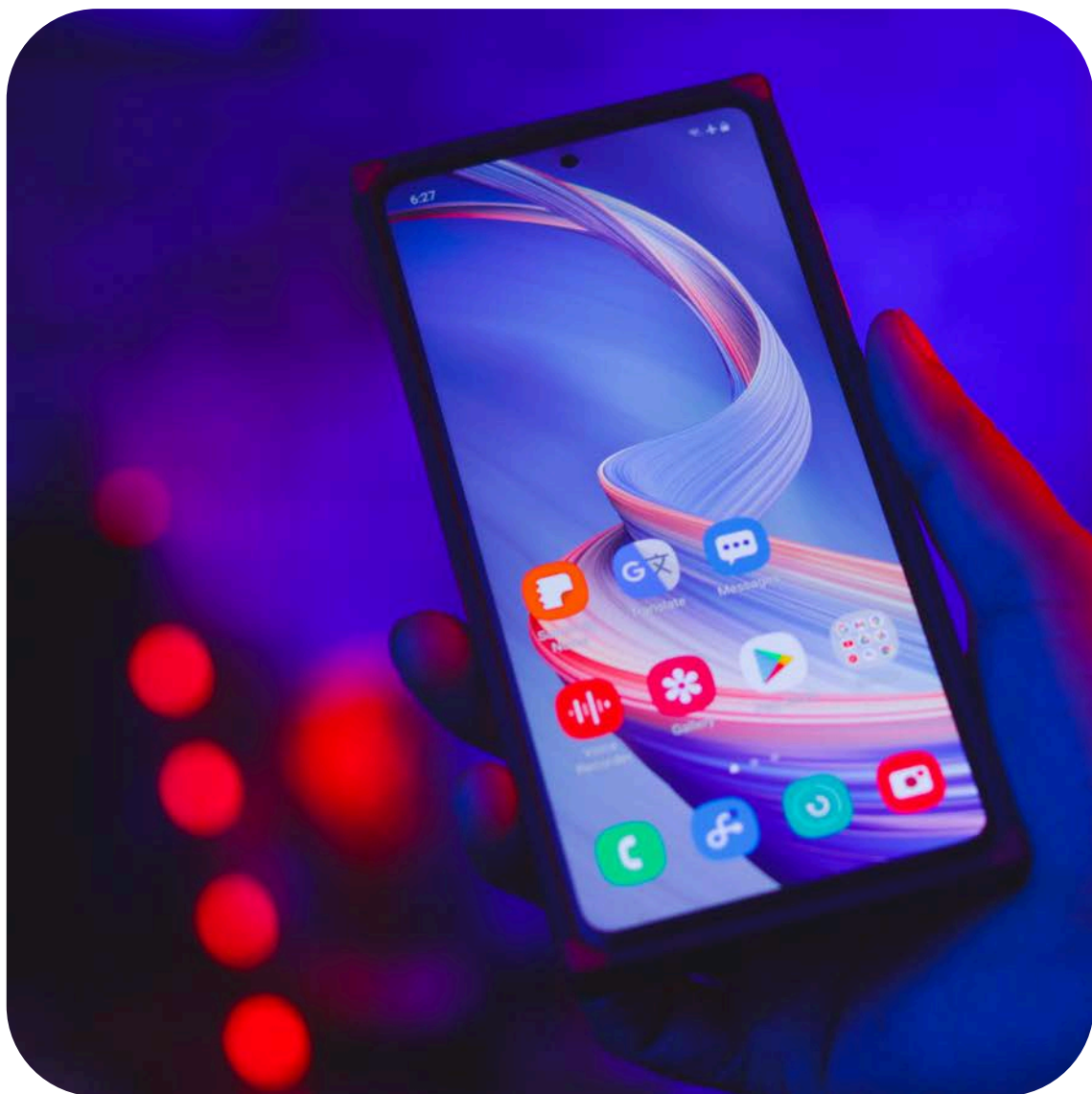
目前，对于平台电商的“碰瓷”营销，从鼓励电商新业态下的商业模式、商业行为发展创新的角度，原则上市场会对这种行为多加容忍。但同时也应避免经营者肆意妄为，破坏市场秩序。正如最高院在相关判例²⁴中提到，如竞争行为虽然损害了其他竞争者利益，但却符合商业实际，促进了商业模式的创新，提升了行业效率，增加了消费者福利，则应倾向于认可竞争的正当性；反之，则应归于不正当竞争之列。

短期来看，平台电商的“碰瓷”营销活动，尽管影响了被“碰瓷”营销的第三方品牌企业的权益，却在购物中给用户带来了乐趣与实惠。但长远来看，应避免“碰瓷”营销行为对第三方品牌企业的权益的侵害不断升级或蔓延。不论是某一经营者高频次开展“碰瓷”营销，还是出现大量“碰瓷”营销行为的“效仿者”，都将破坏良好的市场秩序。

综上，平台电商的“碰瓷”营销行为，有违商业道德，损害了其他经营者的合法权益，且可能影响良好市场秩序，与法律规定相悖。



周洋
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3658
zhouyang@zhonglun.com



网约工&共享员工： 新业态劳动用工法律风险 识别与防范

作者：朱叶萍 赵里博

自新冠疫情爆发以来,出于防疫的需求,各地纷纷出台了限制人流聚集以及控制人员流动的措施。受此影响,传统的餐饮、零售等行业遭受较大冲击,业务规模持续减少,产生大量劳动力的冗余;而以外卖送餐员、新零售等与互联网电子商务平台相结合的新业态则迎来了业务量的爆炸性增长,并产生了大量的劳动力缺口。在此背景下,大量的劳动力从传统行业流向新业态,并进一步促进了以“线上点单、线下服务”为特征的“网约工”模式的发展;另一方面,政府主管部门以及企业亦在探索实施与规范“共享用工”的最佳方案,以填补疫情所造成的短期劳动力缺口。

“网约工”与“共享员工”的用工方式因具有更强的灵活性从而激发了市场活力、扩大了劳动就业。但是,“网约工”和“共享员工”又与以劳动关系为核心的传统用工方式存在明显差异,进而也导致在司法实践中人民法院对电商平台和新业态从业人员之间法律关系的认定存在分歧。

为促进“网约工”和“共享员工”用工模式的健康发展,从中央到地方政府都已陆续发文对这两种新用工模式予以管理和规范。基于此,本文将以此“网约工”和“共享员工”这两个新业态背景下最具代表性的新用工方式为视角,分析从业人员与相关电商企业之间的法律关系,并对该等新用工模式的法律风险予以梳理,以期能够对电商企业在实践中防范劳动用工相关的法律风险有所助益。

Section 01

“网约工”用工方式的法律风险识别和防范

根据人力资源社会保障部办公厅等部门于2020年2月25日发布的《关于发布智能制造工程技术人员等职业信息的通知》¹，网约配送员被确立为新职业。可以预见，随着平台模式和零工经济的不断发展，“网约工”将在劳动力市场占据更为重要的地位。但是，由于“网约工”尚处于发展阶段，配套的法律法规并不完善，因此通过对“网约工”的用工模式进行梳理，并结合当前司法实践识别“网约工”模式存在的法律风险，对于电商企业依法依规地使用“网约工”模式有着重要参考价值。

1. 《关于发布智能制造工程技术人员等职业信息的通知》(人社厅发〔2020〕17号)，人力资源社会保障部办公厅、市场监督管理总局办公厅、统计局办公室于2020年2月25日发布

1.1

“网约工”的用工模式

截至目前，“网约工”用工模式下的服务提供者主要包括网约车司机、外卖骑手、网络主播等，不同的互联网平台与不同类型的服务提供者的合作方式各不相同，总体上可以分为以下三类：

1.1.1 互联网平台与服务提供者直接建立劳动关系（“直接雇佣模式”）

在直接雇佣模式下，服务提供者直接与互联网平台签订劳动合同，并由互联网平台为其缴纳社会保险，双方之间的权利义务关系适用《劳动法》《劳动合同法》以及其他劳动法律法规。

1.1.2 互联网平台的代理商与服务提供者直接建立劳动关系（“外包模式”）

在外包模式下，互联网平台与代理商签署合作协议，将特定区域内的工作量整体外包给代理商，由代理商安排自己的员工处理，实际服务提供者与互联网平台之间并无直接的法律关系。

1.1.3 服务提供者直接从互联网平台接收订单并提供劳务（“众包模式”）

与前述两种以劳动关系约束服务提供者的情形不同，在众包模式下，

2.王天玉:《互联网平台用工的合同定性及法律适用》,《法学》2019年第10期

服务提供者并不与任何一方建立劳动关系,服务提供者可以自主决定在何时、何地提供服务。

在该模式下,还衍生出了外包模式与众包模式的融合,即互联网平台将某一区域的业务外包给代理商,代理商再以众包模式将订单分配给服务提供者。但究其本质,此种融合模式仍未超出众包模式的广义范畴,即互联网平台以及代理商均不与服务提供者建立劳动关系,故本文将互联网平台和其代理商统称为“用工平台”。

除了上述三种较为常见的“网约工”用工模式外,实践中还存在“中介模式”,即互联网平台仅作为虚拟交易场所起到撮合供需双方达成交易的作用。在该模式下,用工平台仅发布需求信息,在需求方和服务者达成协议后,用工平台从交易金额中抽取服务费,Amazon Mechanical Turk即采用了中介模式²。但是,由于中介模式下服务提供者与互联网平台之间并不存在管理和被管理的关系,因此,服务提供者与互联网平台的法律关系争议不大,被认定为存在劳动关系的风险相对较小。

1.2

“网约工”用工模式下的典型争议类型及核心法律问题

通过对相关案例的梳理,我们发现“网约工”用工模式下较为典型的案例主要与众包模式相关并可分为两类,第一类:服务提供者认为其与用工平台之间为劳动关系,并据此要求用工平台承担劳动关系下用人单位应当承担的义务,例如支付加班工资、支付经济补偿金、缴纳社会保险、因未签书面劳动合同而支付双倍工资差额等;第二类:服务提供者在从事雇佣活动中对第三人侵权,第三人主张用工平台作为服务提供者的雇主应当承担侵权责任。

无论是在第一类还是第二类的争议案件中,对裁判结果有重大影响的核心法律问题表现为:在众包模式下,服务提供者与用工平台之间是否构成劳动关系。

1.3 法院对“网约工”模式典型争议的裁判规则

法院在审查众包模式下服务提供者与用工平台之间是否构成劳动关系时,并不局限于审查双方之间签署的书面协议,而是会根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》³的规定,审查双方在实际履行用工关系中是否具备了如下所有情形:

1.用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;

2.用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;

3.劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

对于情形1,根据《劳动合同法》第二条,只要是在中国境内注册的企业、个体经济组织都可以作为适格的用人单位,因此,法院一般会审查众包模式下的用工平台是否取得营业执照;而对于劳动者,法院一般审查是否已经成年,以及是否已经达到法定退休年龄等。

对于情形2,法院一般会审查服务提供者是否受用工平台内部规章制度的约束、用工平台如何对服务提供者进行管理,包括用工平台是直接分配订单还是发布后由服务提供者主动接单⁴、用工平台向服务提供者支付固定薪资还是按照完成订单数计费⁵、用工平台是否对服务提供者有固定的工作时间要求,用工平台是否提供统一工作服、工作牌⁶等内容。

对于情形3,法院一般根据营业执照记载的经营范围确定用人单位的主营业务范围,例如在(2020)赣11民终1417号案件中,一审法院认为“某公司系经注册登记的有限责任公司,主要经营范围为餐饮配送服务、餐饮外卖服务、电动车租赁房屋等等”,并据此认定服务提供者从事的外卖配送业务属于该公司的主营业务。

虽然对众包模式下服务提供者与用工平台之间是否构成劳动关系适用相同的法律规定,但是,法院对于相似的案件事实审查后得出的适用结果却不尽相同。例如,在(2017)沪0107民初22421号判决书中,上海市普陀区人民法院认为骑手与用工平台之间存在劳动关系,理由为“原告可以

3.《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号),劳动和社会保障部于2005年5月25日发布

4. 参见北京市石景山区人民法院(2016)京0107民初4021号判决书

5. 参见北京市第二中级人民法院(2018)京02民终5779号判决书

6. 参见上海市松江区人民法院(2018)沪0117民初5238号判决书

选择是否开始接单,但并不能仅以此为由否定双方的劳动关系,因为如果原告接受订单,他就不得拒绝,他的工作内容就是完成这一订单的配送”。而在事实类似的(2020)鄂01民终1206号案件中,法院则认为“平台仅是在骑手和顾客之间提供信息撮合服务,与骑手之间不具有人身依附性,骑手可根据意愿随时抢单,也可随时终止抢单”,并最终判决双方之间不存在劳动关系。

因此,《关于确立劳动关系有关事项的通知》虽然确立了劳动关系的审查标准,并被广泛适用于处理“网约工”与用工平台之间的劳动争议,但是,不同人民法院对于相似的案件事实仍存在截然不同的认定结果,这使得用工平台在实现合法合规使用“网约工”的过程中,有必要咨询专业的法律人士,从而充分了解其所在当地的司法裁判口径。

1.4 各地的地方规定

为明确众包模式下,服务提供者与用工平台之间的法律关系,各地区亦纷纷出台了地方规定:

地区	相关规定
浙江省	《关于优化新业态劳动用工服务的指导意见》规定,对难以直接适用现行劳动保障法律法规的新业态从业人员,引导企业积极履行社会责任,通过与当事人协商签订书面协议,明确新业态企业和从业人员以及关联单位的权利和义务。
江苏省	《关于印发江苏省劳动人事争议疑难问题研讨会纪要的通知》规定,仲裁机构应注意把握保护劳动者权益与促进劳动力市场灵活性的平衡关系,综合考量用人单位网络平台的运营形式、劳动者从业状况、网络平台对劳动者的管理程度、劳动者收入分配方式及劳动者是否独立承担经营风险等因素,依法区分劳动关系和劳务关系。
广东省	《广东省高级人民法院广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》规定,网络平台经营者与相关从业人员之间的用工关系性质,原则上按约定处理。如双方属于自负盈亏的承包关系或已订立经营合同、投资合同等,建立了风险共担、利益共享的分配机制的,不应认定双方存在劳动关系。实际履行与约定不一致或双方未约定的,以实际履行情况认定。
重庆市	《关于审理劳动争议案件适用法律问题的会议纪要(四)》规定,外卖平台公司与外卖人员之间既有可能存在劳动关系,也有可能不存在劳动关系,应当根据劳动关系的认定标准,并结合具体案情进行认定。

结合以上所列的地方规定以及司法实践中采用的裁判标准,我们注意到,对于众包模式下服务提供者与用工平台的关系,一般不会被一刀切地全部认定为劳动关系或不是劳动关系,政府部门和裁判机关目前普遍认可不同种类的法律关系存在的可能性,这也给了用工平台与“网约工”之间适用除劳动关系外的其他法律关系留有了一定的空间。

1.5

关于法律风险的防范建议

为防止在众包模式下,被法院认定与服务提供者存在劳动关系,用工平台应采取以下措施:

1.5.1 与服务提供者签署书面协议约定双方之间的法律关系

建议用工平台与服务提供者在书面协议中明确双方不建立劳动关系,并避免在协议中约定对服务提供者考勤、奖惩、提供底薪、要求服务提供者遵守公司的内部规章制度等内容。

1.5.2. 在实际操作过程中应与合同约定一致,并注意留存相关证据,避免因事实上对服务提供者进行了管理而被认定存在劳动关系

如前所述,劳动关系的建立固然要尊重双方当事人的意思自治,但劳动法律关系中当事人的意思自治要受到劳动法、劳动合同法等法律、法规及规范性文件的限制,劳动关系属于强制性规范予以认定的范畴,无法仅凭当事人的书面约定就排除劳动关系,而是仍要结合双方的合作模式和劳动者的具体工作内容和方式予以确定。

此外,根据公开的案例显示,如双方对是否存在劳动关系产生争议,用工平台往往需要就未对劳动者进行用工管理承担主要的举证责任。

1.5.3 持续关注各地有关“网约工”的地方规定,并根据当地规定及时做出调整

由于“网约工”为新兴用工形态,相关的法律法规尚不完善。随着“网约工”模式的发展和成熟,国家和地方都会有更加明确和详细的规定出台,从而将“网约工”模式制度化,以平衡有关各方的利益。



不同人民法院对于处理“网约工”与用工平台之间的劳动争议仍存在截然不同的认定结果。

Section 02

共享员工模式下的法律风险及防范

疫情期间,盒马鲜生由于业务量激增,导致各门店用工紧缺。在此情形下,盒马鲜生与云海肴、望湘园、蜀大侠等餐饮企业就共享员工展开合作。此后,苏宁物流、联想等企业也向社会公告,招募临时歇业企业的员工到该等公司短期工作。

共享员工、劳务派遣、员工借调虽然本质上都是员工在与用人单位不解除劳动关系的情形下,被安排至另一家用人单位提供劳动,但是在实践中还存在明显的差异,例如员工借调通常是在关联公司或者具有紧密业务关系的公司间实施,而劳务派遣则只能由具备资质的人力资源公司实施。共享员工在疫情期间为调剂劳动力,稳定就业做出了重大的贡献,但是,由于共享员工缺乏具体的法律规定,这也导致共享员工在实践中存在一定的法律风险。

在缺乏明确法律规定的情况下,各地为了平衡共享员工模式下各方的权利义务,纷纷以发布通知或指导意见对企业运用共享用工模式提供指引。

2.1

有关部门对共享员工模式的指导意见

在国家层面上,人力资源社会保障部办公厅于2020年9月30日发布《关于做好共享用工指导和服务的通知》(“《共享用工通知》”)就企业间有关共享员工安排协议的主要内容、如何安排员工至缺工单位工作、保障劳动者合法权益以及保障企业用工和劳动者工作的自主权提供了指导意见。

在地方层面上,各地也发文对共享员工所涉及的核心问题提供进一步指导。如广东省高级人民法院和广东省人力资源和社会保障厅于2020年4月21日发布《关于审理涉新冠肺炎疫情劳动人事争议案件若干问题的解答》明确共享员工不改变员工与原单位的劳动关系;上海高院则发布

《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答》，明确共享用工下借出单位不得以营利为目的借出员工，并且员工与借出单位和借入单位之间不形成双重劳动关系。

2.2 共享员工基本操作方式

由于将员工共享至其他用人单位（“缺工单位”）工作本质上是对员工岗位、工作内容、工作地点、工作时间和劳动报酬的变更，因此，根据《劳动合同法》第三十五条，用人单位（“原单位”）应当与劳动者协商一致并采用书面形式变更劳动合同。此外，缺工单位与原单位之间亦应签订合作协议，明确双方的权利义务关系。该协议一般须明确以下内容：共享期间员工工资、社会保险、住房公积金等人力资源成本的承担、共享员工的期限、共享员工的退回等事宜。

2.3 共享员工的法律风险和防范建议

由于员工至缺工单位工作期间仍然与原单位存在劳动关系，因此造成了对员工进行用工管理的主体和建立劳动关系主体的分离，并导致了法律风险的产生。相关法律风险以及防范建议如下所列：

2.3.1 原单位作为与员工建立劳动关系的主体，需承担向员工支付工资、代扣代缴个人所得税并为其缴纳社会保险和住房公积金的法定义务。

在劳动关系存续期间，原单位作为法律意义上的用人单位具有支付工资、代扣代缴工资对应的个人所得税、缴纳社会保险和住房公积金的法定义务，这些法定义务无法通过缺工单位和原单位的双方约定而得到有效转移。有鉴于此，实践中出现的模式是由原单位继续向员工发放工资、扣缴个人所得税、缴纳社会保险和住房公积金，而缺工企业据此向原单位进行补偿以最终承担因共享员工而产生的所有人力资源成本。

为避免因用工成本承担而产生争议,建议缺工单位和原单位可以明确约定用工成本的计算基数以及计算方式,要求核验原单位支出人力成本的有效凭证,并约定违约金以敦促缺工单位按时向原单位补偿其实际承担的人力资源成本。

2.3.2 原单位若通过共享员工营利,将会被认定为经营劳务派遣业务,并因不具备劳务派遣经营资质而遭受处罚。

根据人力资源和社会保障部2020年2月1日发布的官方解答,在关于“目前,盒马与餐饮企业的共享员工模式在媒体宣传较多,如何看待疫情期间企业之间的共享员工?”的答复中,人社部明确指出“原用人单位不得以营利为目的借出员工。原用人单位和借调单位均不得以共享用工之名,进行违法劳务派遣……”。因此,建议缺工单位向原单位支付的费用应当以原单位所承担的人力资源成本为限。

2.3.3 工伤保险责任的承担

根据《共享用工通知》第六条的规定,“劳动者在缺工企业工作期间发生工伤事故的,按照《工伤保险条例》第四十三条第三款规定,由原企业承担工伤保险责任,补偿办法可与缺工企业约定”。对于由原单位已经缴纳了工伤保险的员工而言,虽然大部分的工伤保险待遇都由工伤保险基金支付,但是,如下费用仍可能需要由原单位承担:

- (1) 生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的费用;
- (2) 按月支付的伤残津贴;以及
- (3) 解除或终止劳动关系时支付一次性伤残就业补助金。

为控制因员工工伤导致的风险,建议原单位和缺工单位对包括上述费用的补偿进行约定,以避免双方之间产生争议。

2.3.4 严重违纪员工的处理

《共享用工通知》第七条规定,“劳动者严重违反缺工企业规章制度、

不能胜任工作以及符合合作协议中约定的可以退回劳动者情形的, 缺工企业可以将劳动者退回原企业”。因此, 如果员工在共享期间严重违纪, 缺工单位可以将员工退回原单位, 但是, 对于原单位能否以此为由单方解除劳动合同, 目前尚无明文规定。

对于此类严重违纪的员工, 建议原单位和缺工单位协同固定能够证明员工违纪行为的证据, 参照法律法规以及原单位的规章制度, 谨慎处理劳动合同的解除事宜。

Section 03

结语

“网约工”作为新兴的用工模式, 其灵活性不仅体现在企业和劳动者之间可建立传统意义上的劳动关系之外的其他法律关系, 还体现在该用工模式本身亦在随着互联网技术的发展、商业需求的变化乃至监管的态度而不停地演进。“网约工”相关的劳动争议在司法实践中主要表现为服务提供者与用工平台是否存在劳动关系, 究其本质, 各方争议的核心仍是由哪一方承担“网约工”的社会保障成本。因此, 解决“网约工”与用工平台之间法律关系不确定性的关键不仅在于明确司法裁判规则, 也在于对我国社会保障制度进行改革以充分接纳“网约工”群体, 使其能够在互联网时代健康、长远地发展。

“共享员工”的特点在于其可以解决企业之间临时性的劳动力需求不平衡。因此, 我们认为共享用工未来可能并不具备成为主流用工模式的特质, 而是可能成为对主流用工模式的补充, 适用于经济或市场形势产生波动时, 企业之间自主调剂劳动力的有效工具, 从而提高社会整体人力资源的利用效率。

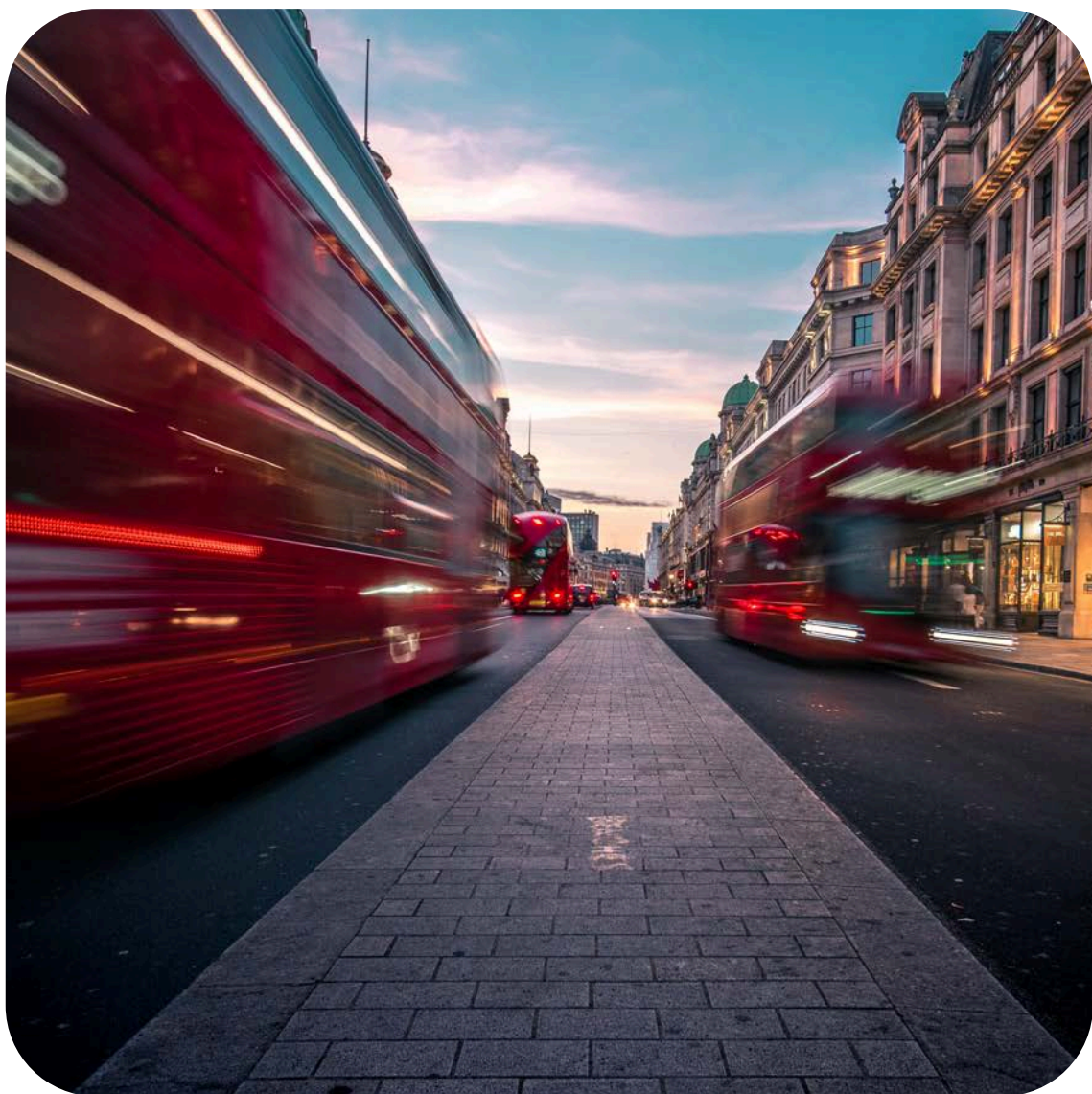


朱叶萍
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3081
carolzhu@zhonglun.com

CHAPTER/
03

NEW INDUSTRY
E-COMMERCE

新产业电商



迫在眉睫还是杞人忧天？ 再谈算法合谋的反垄断法律规制

作者：薛熠 俞炜

随着数字经济发展,算法引生的竞争问题已经成为全球各反垄断司法辖区重要研究课题。经过数年的积累,各国反垄断执法机构纷纷认识到算法的普遍应用或将对反垄断法的三大支柱——禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位和控制经营者集中——均产生广泛而深刻的影响。在我国国务院反垄断委员会正式颁布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(“指南”)中,算法一词也在垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中章节被频频提及,引发公众热议。然而,需要谨慎指出的是,在全球性的热度之下,对算法的全面反垄断法律规制仍然任重道远,特别是其中的算法合谋问题。本文将从指南对算法合谋问题的关注出发,就算法合谋问题的研究现状及其反垄断法律规制趋势进行探讨,以供有关人士参考。

Section 01

真正引人担忧的算法合谋是什么？

指南第六条指出，具有竞争关系的平台经济领域经营者可能“利用数据和算法实现协调一致行为”。如其所指，这当然是与算法相关联的合谋类型之一，但另外两类算法合谋，即默示合谋与虚拟合谋更加复杂而应被给予更多关注¹。

1.1

引人担忧的默示合谋——从平行行为的回顾说起

经营者或许存在这样的疑问：平行行为在传统的反垄断法律规制框架下，通常被认为是经营者对市场的理性适应而并不当然违法，但经算法的介入，为何平行行为却很可能被认定为默示合谋，并带来严重的竞争关切？

在回应前述问题之前，有必要就平行行为以及明示合谋、协同行为、默示合谋等相互关联的概念进行辨析，以解决在不同语境中相关语汇在口径与理解上的差异。

平行行为 (parallel behavior或conscious parallelism)，是指经营者在观察和预测竞争对手行为的基础上，独立地、单方面地采取与竞争对手行为相协调的行为。传统的经济学理论下，平行行为与寡头垄断市场 (oligopoly) 及默示合谋 (tacit collusion) 的概念紧密关联，甚至多有观点将平行行为等同于默示合谋。该观点的合理性在于，平行行为仅在相对透明和高度集中的寡头垄断市场结构特性下，才可能导致经营者无需通过明示的协商沟通即可隐秘地达成对相互依赖性的认可从而达成默示合谋，而该等默示合谋客观上表现为各经营者分别采取对市场上特定领导经营者行为的跟随和平行行为并实现了超竞争水平的协调结果。但需要说明的是，在该等语境之外，将单方面的平行行为和多方面的默示合谋等同而论并不合理，仅凭非寡头垄断市场上的平行行为客观表现本身，并不足以推论默示合谋的存在²。按照传统的反垄断法律规制体系，平行行为³

1. 算法促成和导致的合谋，可大致分为三类，即：明示合谋、默示合谋及虚拟合谋算法合谋。有关算法合谋的分类及说明请参见笔者此前发布的文章《未来已来？——价格算法合谋或成为反垄断执法焦点》，<http://www.zhonglun.com/Content/2019/02-27/1143513595.html>。

2. 例如Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, How Much Collusion? A Meta-Analysis On Oligopoly Experiments等文献指出默示合谋常见于双寡头垄断市场，偶见于三寡头垄断市场，未见于四寡头垄断市场。参见<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167268103001380>, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951160。

3. 为叙述的便利，本文中所指平行行为仅指经营者单方行为和市场

平行结果。

4.当经营者之间的该等明示沟通协调表现为书面或口头的协议时,则构成明示合谋项下的垄断协议。

5.参见Executive Summary of the Roundtable on Algorithms and Collusion, [https://one.oecd.org/document/DAF/COM-P/M\(2017\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COM-P/M(2017)1/ANN3/FINAL/en/pdf)。

进一步结合相应经营者的主观意图的判断或推定,有可能构成协同行为或默示合谋,该等判断和推定包括:

-经营者采取平行行为,存在着相应的明示沟通协商,则可能构成明示合谋项下的协同行为,是各国反垄断法明确禁止的垄断行为之一⁴;

-经营者采取平行行为,尽管不存在相应的明示沟通协商,但在寡头垄断市场情形下可能被推定为默示合谋(默示合谋的反垄断法律评价一直以来存在争议,但目前其并不为欧美等反垄断司法辖区所禁止,目前我国亦不存在对默示合谋的明确立法或执法实例)。

算法介入平行行为的方式可能是多样的,例如经营者可能利用平行算法达成与其他经营者价格的平行,又如经营者可能共同采用某一第三方设计的同一算法,从而导致各经营者价格的平行。但无论如何,与算法相关联的经营者平行行为所引生的反垄断问题,仍应落入前述协同行为和默示合谋的分析框架;然而,算法的引入,可能造成有关认定默示合谋的分析与监管框架受到重大挑战。具体而言,由于不存在经营者之间明确的协议或明示的意思联络,经营者之间的默示合谋不易被轻易识别及认定,在传统分析框架内,该类合谋被认为通常只能发生在极为简单的市场条件下(例如双寡头垄断市场),且其维持存在较大的不确定性;但是,算法的引入对传统市场结构特性产生了重大影响,整体来看可能使得非寡头垄断市场上出现默示合谋的可能性大大增加。经济合作与发展组织(“OECD”)所提出的,就算法介入下各市场结构特性对合谋影响的如下分析思路,具有启发意义⁵:

市场结构特性	算法介入对合谋可能性的影响
市场竞争者数量	双向影响, 有不确定性
市场进入壁垒	双向影响, 有不确定性
市场透明度	正向影响, 增加可能性
市场交流频率	正向影响, 增加可能性

6. 参见 Antitrust intent in the age of algorithmic nudging, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Zingales.pdf.

从反垄断执法机构的角度看,就如何监管利用算法达成的默示合谋而言,尚存在许多问题有待解决,但考虑到默示合谋对市场竞争、社会福利和消费者利益的损害与明示合谋并无实质差异,反垄断执法机构未来恐怕难以忽视算法的应用所导致的寡头垄断市场及其他一般市场上大量出现默示合谋的现实可能性,可以预见全球的反垄断执法机构都将开始衡量何时以及如何改变当前对默示合谋不作规制的反垄断法监管框架。

1.2

引人担忧的虚拟合谋——对机器人合谋归责原则的疑问

在作为经营者所倚赖的关键工具以促成默示合谋的情形之外,算法还可能导致虚拟合谋,即:算法在无需人为干预的状态下进行高效的反复试验,最终自行达成经营者之间的合作性均衡,实现合谋的效果。

虚拟合谋对反垄断法律规制提出的重大挑战在于,虚拟合谋是机器人之间达成的算法合谋,其中的人力因素进一步弱化,该等情况下应当如何进行反垄断法分析和归责?

一方面,对垄断意图的关注在虚拟合谋场景下难以适用。具体而言,尽管反垄断法并不会仅因经营者的垄断意图而对其进行处罚,但反垄断执法及司法过程中通常会对经营者的意图进行关注,并结合经营者意图以指引对经营者行为的观察和分析,且该等做法在案件相关事实不甚清楚以及竞争损害的证据不甚充分的情况下尤具有重要意义⁶。然而,在虚拟合谋的场景下,对经营者垄断意图的关注却成为一大难题。算法所显示出的意图是否即为经营者的意图?算法的意图应当如何分析?

另一方面,虚拟合谋的责任应由谁承担尚不明确。如果说归责于算法或机器人并不现实,而应当由控制算法或机器人的经营者对算法作出的决定负责,那么具体应当由算法的开发者还是算法的使用者承担责任?在具体的场景下又应当如何进行责任分配?

综上,我们理解,除指南所关注经营者利用算法所达成明示的协同行为外,特别引人担忧并可能存在大量争议的问题还在于由算法促成或导致的默示合谋和虚拟合谋。

7.参见Algorithmic Tacit Collusion Is A Limited Threat To Competition, <https://awards.com/en/awards/2020/business-articles/algorithmic-tacit-collusion-is-a-limited-threat-to-competition>.

Section 02

默示合谋和虚拟合谋即将迎来反垄断法律规制?

近年来,各国反垄断执法机构和相关组织对算法合谋的问题进行了持续的关注与研究。这一背景下,相关经营者应用算法,是否应当开始关注算法的反垄断合规问题?

2.1

展望默示合谋和虚拟合谋的反垄断法律规制

在算法合谋问题全球性的热度之下,相应的反垄断法律规制仍然任重而道远。

首先,对默示合谋和虚拟合谋进行反垄断法律规制的现实必要性还有待观察。尽管从理论研究的角度看,各国反垄断执法机构和相关组织所形成的相关报告均指出了默示合谋和虚拟合谋的现实可能性,并且相应的经济学实验亦表明在特定实验条件下,算法与真人、算法和算法之间均可能达成合谋结果。但从实践观察的角度看,与相对简单的理论假设和实验条件相去甚远的真实市场上,是否已经或必将发生默示合谋和虚拟合谋还远远不是确定的成熟结论。例如,有学者指出按照此前实验中算法达成合谋的速率进行换算,短期内算法学会合谋尚不具有时间上的现实可能性(若算法每日进行一次价格试验,则需要花2300年方可学会合谋,若算法每小时进行一次价格试验,则需要花79年方可学会合谋),企业亦可能耽于算法试错的时间成本和经济成本,而放弃完全依赖于算法进行价格决策⁷。其次,如前所述,对默示合谋和虚拟合谋的分析及归责原则尚不明确,在必要的前提下如何进行反垄断法律规制仍旧是一个有待研究的问题。

2.2

企业对算法合谋的反垄断合规担忧并非杞人忧天

随着算法以及与其密切相关的人工智能的相关理论研究工作的逐步

深入,算法的透明度问题愈发受到各方高度关注,例如,欧洲议会于2019年4月发布的关于算法透明度和归责机制的监管框架文件⁸、欧盟委员会于今年2月发布的人工智能白皮书⁹、我国信安标委于2020年11月发布的人工智能伦理道德规范指引的征求意见稿¹⁰等众多官方文件中均对算法的透明度和可解释性提出了相关要求。

无论是从了解算法是否可能、已经或必将导致算法合谋的角度,还是最终确定算法合谋责任承担者的角度看,对算法进行解释,了解算法如何运作的过程均具有不可替代的重要意义,对于解决算法可能引生的其他相关法律问题亦是如此。因此,对于算法透明度相关要求可能成为当前企业算法反垄断合规乃至算法全面法律合规的必然要求。

根据公开报道¹¹,欧盟于2020年12月出台数字服务法案及数字市场法案两项新规(“欧盟新规”),将要求数字服务平台,公开其数字业务的运作方式,通过确保平台算法工作上的透明,让平台对他们所做的决定更加负责。对算法进行解释成为企业的法定义务已经指日可待。

这一要求可能是广泛而严苛的,作为算法的设计开发一方或实际使用一方的经营者应当开始注重算法透明的问题,以应对未来潜在的合规要求:

-算法透明度的要求可能具有相当的广度,视具体算法的不同,算法透明可能指向代码、逻辑链、建模、目的或其他任何有助于理解算法具体如何运作的因素的透明;

-算法透明度的要求可能具有相当的深度,其既包括任何输入与相应输出结果之间关联性的宏观解释,也包括特定输入与特定输出结果之间关联性的微观解释;

-算法透明度的要求可能具有相当的跨度,其既包括在设计阶段对算法运行机制的把控,也包括在运行阶段对算法运行情况的监测和记录,还包括对未来潜在问题的预测和解释。

8.参见A Governance Framework for Algorithmic Accountability and Transparency, [https://www.europarl.europa.eu/Reg-DATA/etudes/-STUD/2019/624262/EPRS_STU\(2019\)624262_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/Reg-DATA/etudes/-STUD/2019/624262/EPRS_STU(2019)624262_EN.pdf).

9.参见White Paper on Artificial Intelligence, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

10.参见关于对《网络安全标准实践指南——人工智能伦理道德规范指引<征求意见稿>》公开征求意见的通知, <https://www.tc260.org.cn/upload/2020-11-09/1604910722830014746.pdf>.

11.参见EU digital boss: New rules to curb big tech aim for fairness, <https://abcnews.go.com/Business/wireStory/eu-digital-boss-rules-curb-big-tech-aim-73901791>.

Section 03

结语

尽管算法的种类和应用场景可能是多种多样的,但算法所引生合谋的反垄断法律问题已经随着大量的理论研究呈现出相对明朗的局面。就其中特别引人担忧的默示合谋和虚拟合谋问题而言,相应反垄断法律规制既需要理论研究的进一步拓展,更需要从理论到实践的市场观察。指南一定程度上体现了我国市场监管部门对算法合谋前沿问题的关注,但相关经营者可能尚不必过度担忧单纯因算法的研发和应用而卷入合谋的反垄断法律风险;但在此基础上,需要提示相关经营者关注的是,各国的监管者为治理算法合谋及其他算法引生的法律问题,已明确倾向于对算法透明度提出监管要求,并将解释算法作为相关经营者的法定义务。就此而言,欧盟新规的庐山真面目及其反响值得相关经营者进一步关注,我们亦将持续跟进、分享。



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com



投资化妆品电商： 商业及合规风险

作者：龚乐凡

近年来, 电商以及化妆品电商在中国发展迅速, 根据天猫官方发布的数据, 今年的“双十一”, 天猫的成交额达到了4982亿元, 同比去年同期增长26%。美妆美护产品是最活跃的品类之一, 全国美容护理网络零售额同比增长22.62%¹。根据企查查数据, 2019年仅化妆品电商企业注册量就比十年前的数据增长了45倍之多。然而, 在快速发展的同时, 电商企业, 尤其是化妆品电商运营面临着越来越多的合规风险, 例如, 互联网时代新型营销方式带来的“涉传”风险、海量数据的安全风险、“人人直播”背景下直播广告的合规风险等等。对于化妆品电商来说, 如何把握运营安全、合规的尺度?

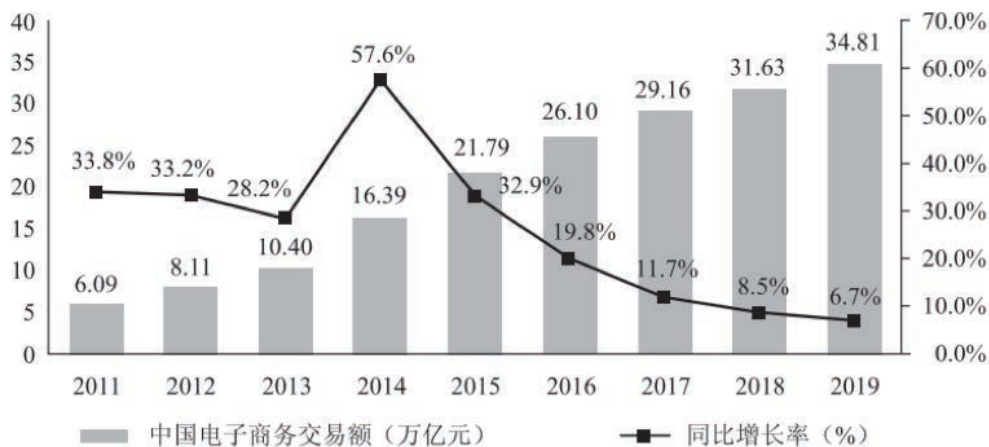
本文将从近年来化妆品电商快速发展的现状出发, 结合我国现行的对于化妆品电商的监管体系, 最后落脚于化妆品电商运营, 针对主要风险进行提示, 以期给出一份化妆品电商投资与合规的“安全锦囊”。

1.来源:四川省电子商务协会。

Section 01

化妆品电商现状

一方面，“双十一”抢眼数据的背后是我国电子商务行业近几年的快速发展。根据商务部发布的《中国电子商务报告2019》，中国电子商务交易额连续数年大幅增长，2019年，我国电子商务市场规模持续引领全球，全国电子商务交易额已达到34.81万亿元，其中，网上零售额达到10.63万亿元，同比增长16.5%。²



(2011-2019年中国电子商务交易额,数据来源:国家统计局)

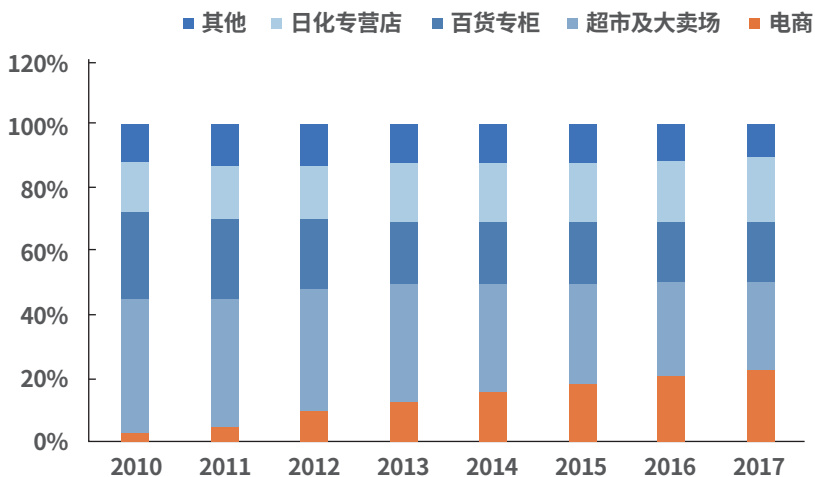
另一方面，“双十一”美容护理产品表现活跃也与中国巨大的化妆品市场以及化妆品电商的兴起息息相关。国内化妆品行业经过二十多年的发展，市场规模保持稳定增长，自2013年以来，中国就成为了全球第二大化妆品消费市场，近年来市场规模年均增长率达10%以上³。2010年后，我国化妆品行业电商渠道崛起，在化妆品行业整体渠道中占据越来越大的比例。根据企查查数据，2019年化妆品电商企业注册量达11.6万家，同比增长58%，比十年前数据增长了45倍⁴。

2.来源:中华人民共和国商务部新闻办公室,
<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/sjj-d/202006/20200602978887.shtml>

3.来源:《丽人丽妆首次公开发行股票招股说明书》。

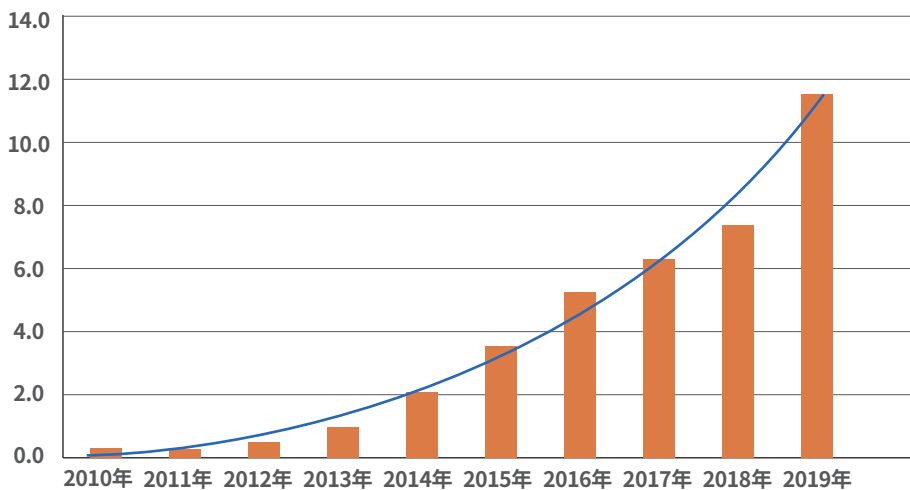
4.https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_9324609

我国化妆品行业整体渠道变化



资料来源:欧睿, 华安证券研究所

近十年化妆品电商企业注册量 (单位:万家)



数据说明:

- 1.统计企业名、品牌产品、经营范围包含“化妆品电商”的企业
- 2.统计截止2020年9月23日

(近十年化妆品电商企业年注册量, 来源:企查查)

Section 02

现行法律法规监管体系

5.参考《若羽臣 招股说明书》、《丽人丽妆 招股说明书》中有关“行业主要法律法规及政策”部分。

目前,对于化妆品电商,我国尚未出台专门法规来规制,有关化妆品电商的规定散见于不同领域的法律法规、产业政策中。根据我们的初步研究,化妆品电商的现行法律法规监管体系主要可以从电子商务行业和化妆品行业两个方面来理解:

从电子商务行业的角度⁵,2019年1月1日生效的《中华人民共和国电子商务法》是电商领域的首部综合性法律,规范了电子商务行业参与者的行为,尤其是电子商务经营者的方方面面。《反不正当竞争法》和《消费者权益保护法》分别涉及互联网领域的不正当竞争行为和消费者权益保护的规制和规范。《广告法》对于电商行业“直播带货”等新营销方式也有所应对。此外,还有诸如《网络交易管理办法》《互联网信息服务管理办法》等构成电商行业的主要法律法规。从2005年在国务院办公厅公布的《关于加快电子商务发展的若干意见》中首次提出“加快电子商务发展”以来,我国就持续出台一系列的产业政策,支持电子商务及电子商务服务业快速发展,商务部等部门出台了《电子商务“十三五”发展规划》,并提出“预计2020年,电子商务交易额同比“十二五”末翻一番,超过40万亿元,网络零售额达到10万亿元左右”的目标。

同时,个人数据安全也是电子商务行业的重要一块,法律法规也对此做出了相应规制。首先,《民法典》沿袭了《民法总则》对“个人信息受法律保护”的规定,构建了数据安全的民法基础。在国家法律层面,《电子商务法》《网络安全法》等从不同的角度对数据安全和数据保护做了回应。《APP违法违规收集使用个人信息自评估指南》《信息安全技术个人信息安全规范》等规范规定了个人信息收集、使用、存储等过程中的原则。在电子商务发展迅速的背景下,越来越多的规定关注到了个人信息的保护、数据安全,企业亟需重视这方面相关规定。

从化妆品行业的角度,我国先后颁布了众多涉及化妆品安全监管的

6. 根据商务部2018年7月6日发布的《社交电商经营规范(征求意见稿)》,“社交电商是基于人际关系网络,利用互联网社交工具,从事商品交易或服务提供的经营活动,涵盖信息展示、支付结算以及快递物流等电子商务全过程,是新型电子商务的重要表现形式之一。”

法律法规与技术标准的规范性法律文件,主要法规政策包括《化妆品监督管理条例》《化妆品卫生监督条例》《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》等,对包括化妆品行业在内的电子商务经营者提出了诸如主体登记、信息公示等新的监管要求。同时,在国家药监局下新设化妆品监督管理局,这体现了国家对化妆品行业加强监管的趋势。

Section 03

化妆品电商运营主要风险提示

3.1

新型营销体系:可能涉及传销

随着数字技术的创新应用和智能终端的普及,新的网络营销方式不断涌现,如微商、小视频、电商平台直播等,新的网络营销方式可能会带来一定的合规风险。化妆品产业链中有一些社交电商⁶,由于社交电商以“人”作为扩宽销售渠道的营销模式和特点,不少社交电商都曾涉嫌传销。化妆品行业的社交电商尤其需要注意新营销模式带来的传销合规风险。以下是社交电商涉嫌传销被处罚的典型案例:

序号	公司	营销模式	结果
1	穗工商处字〔2019〕13号: 某网络科技有限公司	公司运营一款电子商务平台商品智能导购APP。 (1)公司以平台运营商可获取其发展的会员所购买的商品一定比例的佣金为诱饵,发展了多个粉丝数量多、流量大的流量运营公司,作为其分公司(也称之为运营中心),再由这些分公司去管理运营商,运营商负责发展会员,按照层级提取佣金。 (2)公司通过设定“平台(分公司)—运营商—超级会员—超级会员... ..超级会员”的层级式管理架构,采取多层次佣金计提制度和会员升级费用等手段,发展会员2100多万人,会员层级最多达51级。 (3)发展APP平台会员,收取“超级会员”99元升级费用,超级会员以及运营商才能获得发展他人加入并从下一级会员消费金额中提取佣金的资格。	被当地工商部门处以以下 行政处罚 (1)责令改正传销的违法行为; (2)没收违法所得7,300多万元; (3)罚款150万元。
2	(2019)湘0421财保7号:	公司设立运营的某社交应用类电子商务平台APP涉嫌从事传销行为。	公司及公司关联方开设的银行账户 因涉嫌传销 资

序号	公司	营销模式	结果
	某网络技术有限公司		金沉淀账户被法院裁定冻结。
3	杭高新(滨)市监罚处字〔2017〕2101号:某网络科技有限公司	公司开发移动购物平台APP。 (1) 公司通过发展人员,要求被发展人员发展其他人员加入,对发展的人员以其直接或者间接滚动发展的人员数量为依据计算和给付报酬。 (2) 公司通过发展人员,要求被发展人员交纳平台服务年费,取得加入或者发展其他人员加入的资格。 (3) 公司通过发展人员,要求被发展人员发展其他人员加入,形成上下线关系,并以下线的销售业绩为依据计算和给付上线报酬。	被地方工商部门合计罚没款项约960万元。

根据《禁止传销条例》及《国家工商行政管理总局关于新型传销活动风险预警提示》等规范,同时具备“**交入门费**”“**拉人头**”“**组成层级团队计酬**”三点即可断定涉嫌传销。然而在实际操作中,由于社交电商的会员制分销模式的特性,其与传销的界限十分模糊,给化妆品社交电商带来很大的合规风险。

在上表第一个案例中,该公司要求会员交纳99元的升级费用才能升级成为超级会员,而只有超级会员及以上才能获得发展他人加入并从下一级会员消费金额中提取佣金的资格,这实际上是变相地收取“入门费”,涉嫌传销。在第三个案例中,该公司的计酬方式是只要招募一名新店主加入,那么公司、合伙人、导师和店主都可以得到利益,这构成“组成层级团队计酬”,也涉及传销。第三个案例中的公司已于境外上市,根据其招股说明书,其因涉嫌传销被工商部门处罚后,为**避免再被认定为建立层级会员关系,对其业务模式做了一个关键调整:原先上面几级会因为下面会员出售的产品而有提成,但是现在仅仅给予会员直接通过其分享链接出售的产品对应的奖励,这种模式得到了当地工商的“口头确认”**。微商、社交电商是否涉嫌传销,原则仍是以其是否符合传销的三个特点来判断,化妆品电商在设计新型营销模式之前一定要严格根据这几点来评估,必要时借助律师的力量。

7.《化妆品卫生监督条例》第十四条化妆品的广告宣传不得有下列内容:

- (一)化妆品名称、制法、效用或者性能有虚假夸大的;
- (二)使用他人名义保证或以暗示方法使人误解其效用的;
- (三)宣传医疗作用的。

8.《中华人民共和国反不正当竞争法》第八条 经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消

9.沪监管嘉处字(2019)第142019000224号。

3.2

“直播”广告营销合规:是否违反《广告法》和《反不正当竞争法》?

电商平台直播的新营销模式不仅对电子商务市场和消费者的消费行为产生了巨大的影响,同时也带来了新的治理难题,需要引起高度重视,其中,广告营销是非常容易“踩雷”的一块。

根据2020年11月6日发布的《市场监管总局关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》,“对网络直播营销活动进行宣传、推广,构成商业广告的,应按照《广告法》规定履行广告发布者或广告经营者的责任和义务”,结合《广告法》《互联网广告管理暂行办法》等规定,以信息宣传、推广为目的的网络直播活动,受《广告法》的调整与规制。

在直播营销中宣传化妆品还要注意不要触碰虚假宣传的“雷区”。就化妆品产品宣传而言,《化妆品卫生监督条例》第十四条就规定不能虚假夸大、不能宣传医疗作用等⁷,比如只有特殊用途化妆品才可以宣传祛斑美白、防晒、防脱发等功效,否则可能涉嫌虚假宣传。《反不正当竞争法》也对虚假宣传有所规制⁸。例如,某化妆品公司在某电商平台上宣传自己的化妆品具有“美白的功效,且产地为韩国进口”,但实际上,“该产品为国内生产的普通化妆品,并没有获得过美白或者增白类特殊化妆品备案”。最后,这家化妆品公司因涉嫌虚假宣传,违反《反不正当竞争法》,被当地工商部门处以罚款的行政处罚⁹。

3.3

数据保护合规:重视个人信息的收集、使用和存储

当前,很多化妆品电商企业会用APP、小程序、微信公众号或者快应用等形式来开展广告宣传、市场营销,而部分消费者在购买化妆品的时候可能会有一定的隐私性需求。随着《电子商务法》生效,执法部门对个人信息保护工作力度不断加强,对侵犯个人信息行为的打击、整治和联合查处力度不断加大,仅在2019年就开展了“净网2019”专项行动、以“打击侵害消费者个人信息违法行为”为主体的“守护消费”专项执法行动、App违法

违规收集使用个人信息专项治理等旨在保护个人信息的活动。

化妆品电商企业作为电子商务经营者或是电子商务平台内经营者，不可避免地会涉及到获取、处理、存储大量的用户个人信息，这些用户数据的合理收集、使用和存储成为化妆品电商在企业合规制度建设中不能忽视的一个问题。

首先，由于电子商务行业在实践中会获取巨量的信息，电商企业数据合规要求高，稍有不慎，就可能有被处罚风险。根据工信部发布的《关于电信服务质量的通告》，多款电商APP或因“未经用户同意收集个人信息”，或因“未明确告知用户收集、使用信息的目的、方式和范围”等而被工信部“公开处刑”、要求整改。其次，对于拟上市企业而言，数据合规也是上市路上不可回避的重要问题。某气象信息服务和广告信息服务提供商在2019年首发申请上市被否，其用户数据的收集、处理、商业化使用问题被监管部门重点关注和问询。可见，数据合规如果处理不好，可能成为企业上市的“拦路虎”，需要给予足够的重视。

即使是成功上市的企业，数据合规之路也任重道远。社交电商上市公司云集就在其招股说明书中披露“业务产生和处理大量数据”、“数据的不当使用和泄露可能会对我们的业绩产生重大不利影响”等风险因素，为此，该公司在数据合规建设上“推行了全面和严格的数据合规计划”，用多种手段加密信息、保护用户数据。

数据合规建设需要企业的重视，巨量的数据更需要企业“小心翼翼地收集、处理。对于化妆品电商来说，处理好巨量的数据，或许能让这些数据资源发挥更大的商业价值。

3.4

产品质量和消费者权益保护：守好化妆品质量关

《电子商务法》要求电子商务经营者销售的商品、提供的服务不能侵害消费者权益，对电子商务平台经营者来说，也需要对平台内经营者侵害消费者合法权益的行为及时采取必要的措施、对消费者尽到安全保障义务¹⁰。对于化妆品电商而言，线上销售的产品质量问题不容忽视，尤其是

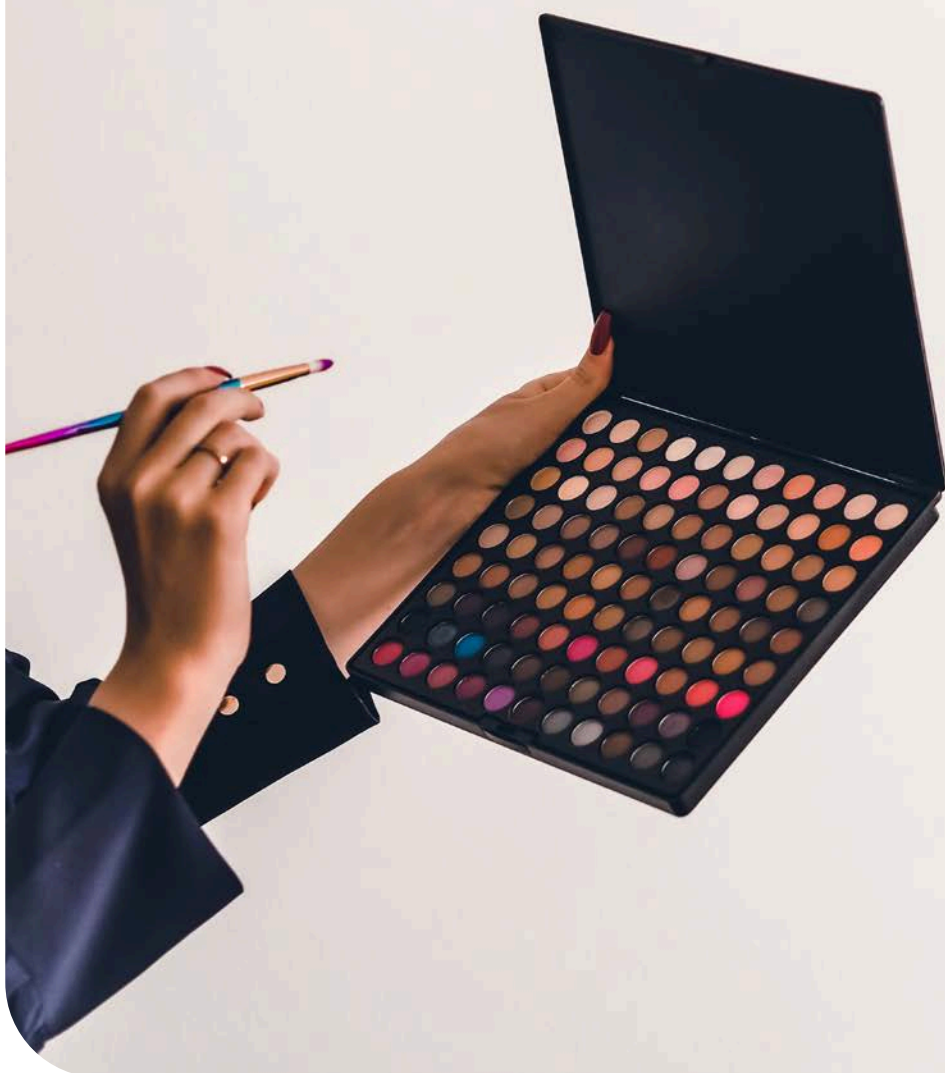
10.《中华人民共和国电子商务法》

第三十八条 电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要措施的，依法与该平台内经营者承担连带责任。

对关系消费者生命健康的商品或者服务，电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务，或者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，依法承担相应的责任。

第八十五条 电子商务经营者违反本法规定，销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，实施虚假或者引人误解的商业宣传等不正当竞争行为，滥用市场支配地位，或者实施侵犯知识产权、侵害消费者权益等行为的，依照有关法律的规定处罚。

对化妆品代运营电商来说,如果委托的品牌方改为采取自主经营的模式,切入电子商务行业,也可能会影响到业绩。



“双十一”期间，网络集中促销，若是发生产品质量问题，该负面新闻可能会对期内的营业收入产生较大的影响。

对于电商的产品质量问题，执法部门已经加大查处力度。国家市场监督管理总局等多个部门开展的“2019网络市场监管专项行动(网剑行动)”的一个重点任务就是“落实电子商务经营者责任，营造诚信守法经营环境”¹¹。

某银行信用卡掌上商城网络销售平台的运营公司“在未审核合作商户提供的品牌护肤品的货源渠道及检验检测报告等资质资格材料的情况下，将该护肤品审核通过并展示销售”，该护肤品经鉴定是“冒用厂名、厂址的产品”，运营公司的行为违反了《电子商务法》第三十八条，被当地市场监管部门处以罚款的行政处罚。

11.《市场监管总局等部门关于印发2019网络市场监管专项行动(网剑行动)方案的通知》http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/wjs/201906/t20190620_302494.html

3.5

产业链:运营平台单一集中、品牌单一、返利政策变化的商业风险

从投资角度，在关注前述法律合规风险之外，还需要关注一些具有代表性的行业商业风险。化妆品电商通常位于化妆品产业链的中游和下游，主要包括提供品牌代运营服务的线上化妆品营销零售服务商、采取自主营销模式的品牌商以及部分下游化妆品终端渠道等。

根据我们的项目经验及研究，化妆品电商运营中主要存在电商销售运营平台单一集中、品牌单一、返利政策变化等三个商业风险如下：

首先，化妆品电商普遍存在的问题是电商销售运营平台单一、集中。例如，天猫是国内网络零售业务市场占有率最大的电商平台，业务发展好，主要的化妆品品牌均会在天猫的平台上开展经营，对天猫平台的依赖性强。因此如果天猫的平台管理政策发生变化，或者因为某些原因导致和天猫的合作关系生变，则可能对化妆品电商的营业收入、经营业绩产生一定的影响。

第二，目前市场上很多品牌方会将品牌的线上营销委托给专业的线上代运营电商，也有一部分品牌方自建线上营销。两种模式都有可能存在

的问题是品牌单一,可能对于某个自有或者取得授权的品牌依赖较大,如果品牌的业绩下降,对化妆品电商的经营业绩则影响较大。对化妆品代运营电商来说,如果委托的品牌方改为采取自主经营的模式,切入电子商务行业,也可能会影响到业绩。另外,品牌方和代运营商合作的合同通常是一年一签,因此双方合作稳定性也是一个需要考量的商业风险。

第三,对于化妆品代运营电商来说,在获取品牌方的授权时约定返利是一种商业惯例,品牌方可综合考虑公司销售及订货指标的完成情况、市场拓展情况等,激励公司销售,给予公司一定的返利。返利政策的变化,例如返点比例的下降,都有可能对公司的业绩产生不利影响。

“爱美之心,人皆有之。”化妆品逐渐成为国人不可或缺的物品,化妆品电商近几年也乘着电子商务的东风快速发展。“双十一”购物节狂欢之余,化妆品电商也应该要注重合规和风险控制,形成良好的内部治理和管理。毕竟,企业要想长期生存、发展、乃至上市,对合规的关注、对风险的控制都不能少。



龚乐凡
合伙人
私募基金与资管部
上海办公室
+86 21 6061 3608
lefangong@zhonglun.com



大健康电商的规与矩

——以药品、医疗器械、保健食品的 电子商务销售为切入点

作者：高俊 乔骄

1. 资料来源: 中华人民共和国商务部新闻办公室, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/sjj-d/202006/20200602978887.shtml>

2. 资料来源: 2020 宅经济洞察报告, 金融界网站, https://author.baidu.com/home?from=b-jh_article&app_id=1573162320060777

3. 资料来源: 前瞻产业研究院整理

近日, 商务部电子商务司发布了《中国电子商务报告2019》, 对2019年中国电子商务发展情况、发展特点以及未来发展趋势进行了总结盘点。即使在世界经济增速放缓的情况下, 我国电子商务依然呈现积极态势: 规模大, 全国电子商务交易额达34.81万亿元; 结构优, 农村电商进入规模化专业化发展阶段, 跨境电商成为外贸转型升级的重要方向; 模式新, 大数据、小程序等技术广泛应用, 直播电商、社交电商等模式深化创新。¹随着电子商务产业的不断深化发展, 越来越多的生产企业、销售企业、创业个人等将电商销售这种“新零售”模式作为其产品推广及拓展销售的重要渠道。

2020年伊始, 由于新冠疫情对于全球的影响, “宅经济”再次强势发展。大健康产品的需求和电商销售进一步走入人们的视野, 而这类产品的电商平台也为广大人民群众在严酷疫情的应对中提供了一把有效便捷的“保护伞”。2020年春节期间, 线上问诊、居家健康管理、运动健身需求爆发。根据相关数据²显示, 医疗服务行业整体月活在3000万左右, 同比增速TOP 5 APP中, 叮当快药、科瑞泰Q医、北京挂号网、丁香医生、健客网上药店分别同比增长190.9%、189.1%、182.8%、173.1%、154.4%。同时, 医药电商平台更多成为消费者抢购防护用品如口罩、消毒液、手套、酒精以及预防及抗病毒药物的重要途径。³

本文将从法律合规角度结合行业实践, 以药品、医疗器械、保健食品为切入点, 从大健康产品电商销售的现状、我国现行法律法规监管体系、大健康产品电商营销的合规热点问题三个部分入手, 初步阐述及分析大健康领域产品电商销售的模式下面临的或潜在面临的主要合规风险, 并简要提出合规相关建议。

Section 01

大健康产品电商销售的现状

从销售的产品类别和交易对象来看,大健康领域电商销售主要集中在药品、医疗器械以及保健食品三大类。这些大健康产品或依托于电商销售的平台,或建立线上自营业务,共同构建起完整的大健康产品电商服务的产业链。由于看准大健康电商产业发展的黄金期,一些商业巨擘也顺势而为,如娃哈哈集团于2020年5月在杭州正式推出旗下的电商平台“康有利”,布局并专注大健康领域销售。⁴

于医药电商销售而言,早在2013-2018年间,我国医药流通和医药电商市场规模就逐年增长,据商务部统计,2018年我国医药电商的市场规模高达978亿元,同比增长32.7%。⁵

于医疗器械电商销售而言,自2018年则开始细分并主要集中在家用治疗类⁶、家用康复类⁷、家用监测类⁸、家用保健类⁹及家用理疗类¹⁰这五类产品市场。我国目前家用医疗器械市场规模与医药市场规模比约为1:3,艾媒数据中心¹¹的统计数据表明,2020年在医药电商端,以三高治疗、助行、呼吸机为代表的家用医疗器械占比突出,在B2C端的占比高达24%,仅次于西药类。

于保健品电商销售而言,截止至2019年,保健品市场规模约达2227亿元,2021年有望突破3300亿元。¹²于此同时,众多国际知名一线国际保健品品牌受到中国消费者喜爱。然而,由于其在华发展道路存在着包括进口政策、境内资质监管等方面的诸多障碍,因此,诸如澳大利亚品牌Blackmores、Swisse;日本品牌FANCL一类的国际品牌主要仍通过线上渠道销售。

由此可见,以药品、医疗器械、保健食品为主的大健康产品的电商销售呈上升趋势的发展态势迅猛,随着2017年下半年药品、医疗器械网络交易的一些规章出台,至2018年《电子商务法》及近日国家市场监督管理总局关于《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》的发布,越来越多的生

4.资料来源:经济日报新闻客户端

5.资料来源:中华人民共和国商务部市场秩序司、亿欧智库《2020年中国医药电商发展白皮书》, <https://www.iyiou.com/intelligence/report709.html>

6.家用治疗类设备主要指家用制氧机、家用呼吸机、雾化器、视力治疗仪、助听器、睡眠治疗仪等。

7.家用康复类设备主要指家用跑步机、握力器、瑜伽球等。

8.家用监测类设备主要指电子体温计、血糖仪、电子血压计等。

9.家用保健类设备主要指拔罐器、刮痧板、敲打按摩捶等。

10.家用理疗类设备主要指电疗机器、光疗仪器、特定电磁波治疗仪等。

11.资料来源:艾媒数据中心, <https://www.iimedia.cn/c1020/70009.html>

12.资料来源:iiMedia Research(艾媒咨询)《2019-2020中国保健品行业研究报告》

产者、经营者、销售方等愈加重视电子商务渠道经营行为的合规性,以求长远、稳定、健康地立于市场。

Section 02

我国大健康产品电商销售的现行监管体系

笔者经初步分析总结认为,目前我国大健康产品电商销售的法律法规监管体系主要着眼于两个层面:其一是针对销售的渠道与途径,即对于电商销售这一渠道方式具有严格的监管要求;其二是关注电商销售不同维度,对于大健康产品于销售时所需的经营资质、质量把控、对外宣传等进行多角度、多层次的监管要求。

对于销售的渠道途径而言,大健康产品电商销售主要由《电子商务法》《互联网药品信息服务管理办法》《互联网药品交易服务审批暂行规定》《医疗器械网络销售监督管理办法》等其他相关法律法规共同约束,对于药品、医疗器械发布产品及交易信息,开展交易行为等提出了具体的监管要求。此外,旨在更好地贯彻落实《电子商务法》,《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》于2020年10月20日发布,即使在征求意见阶段,但就其条款内容而言,对网络交易的经营者、网络交易平台的经营者的监督管理和法律责任都做了更为细致的梳理,以进一步地规范网络交易行为和电子商务经营活动。

对于销售的不同维度要求而言,由于涉及多方面的因素,整体结构也较为分散。从经营资质方面的“持证上岗”“工商亮照”;到“食药安全无小事”的质量严格把控方面,《药品管理法》《食品安全法》《产品质量法》《侵权责任法》,甚至《刑法》等,从民事、行政、刑事责任,逐层加大了把控程度及处罚力度;再到外部宣传方面,由《广告法》领衔,至《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》(以下简称《“三品一械”广审办法》)加以细化,再由《网络直播营销行为规范》等行业规范进行自我约束,针对“网络直播”“主播带货”等时下热点形式、难点问题均在不同程度上提出了相应的监管要求。

具体的现行法律法规监管体系如下表所示：

法律渊源	文件名称	发布时间
法律	《中华人民共和国药品管理法》	2019.8.26(2019.12.01实施)
	《中华人民共和国食品安全法》	2015.4.24
	《中华人民共和国电子商务法》	2018.8.31(2019.01.01实施)
	《中华人民共和国产品质量法》	2018.12.29
	《中华人民共和国侵权责任法》 ¹³	2010.7.1
	《中华人民共和国刑法》	1997.10.1(2020年修正)
	《中华人民共和国广告法》	2018.10.26
行政法规	《医疗器械监督管理条例》	2017.5.4
	《中华人民共和国食品安全法实施条例》	2019.10.11(2019.12.01实施)
部门规章	《药品经营许可证管理办法》	2017.11.17
	《医疗器械经营监督管理办法》	2017.11.17
	《食品经营许可证管理办法》	2017.11.17
	《互联网药品信息服务管理办法》	2017.11.17
	《互联网药品交易服务审批暂行规定》	2005.10.25
	《医疗器械网络销售监督管理办法》	2017.12.20
	《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》	2019.12.24(2020.03.01实施)
	《市场监管总局关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》	2020.11.5
	《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》	2020.10.20
行业规范	《网络直播营销行为规范》	2020.6.24

Section 03

大健康产品电商营销的合规热点及重点

3.1

完善经营资质要求、全面申请互联网站备案

虽然以电商途径销售大健康产品越来越被广为接受，但在追求销量的同时，“资质”问题却成为了分享行业蛋糕的第一道门槛。一方面，基于大健康产品本身的特殊性，对于药品、医疗器械、保健食品这种直接关乎

13.《民法典》已于2021年1月1日正式生效。其中，侵权责任编在继承《侵权责任法》的基础上，结合司法解释与实践经验对侵权责任制度进行完善。

生命健康安全等特殊类型的产品,由于电商销售不存在面对面的交流介绍环节,何种产品销往何种消费者也不得而知、难以把控,因此不得不对其设立更为严格的经营许可资质要求,以管控可能带来的风险;另一方面,由于销售途径是依托互联网的电商营销的模式,若生产者、经营者、销售方自行搭建平台(如:网站、APP等)则需要完成销售平台全面的备案资质。

3.1.1 销售产品:自身的经营业务资质

无论是《电子商务法》还是《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》,电商交易的各类经营者均应当在网站的首页或主页面的显著位置,持续公示其市场主体的登记信息,即所谓的“工商亮照”。对于大健康产品电商销售的主体而言,无论是借用第三方平台,或是自行搭建运营平台,将其作为市场主体登记的、与经营业务有关的行政许可信息、实际地址、联系方式等也一并公示。具体来说:

1. 经营许可证

在我国行政许可的大监管背景下,销售大健康产品的主体同样需要针对品类的不同,取得不同的经营许可证:比如,经营药品需取得《药品经营许可证》;区分销售不同类别的医疗器械,则应当符合“一类不用,二类备案,三类许可”的资质监管要求。目前较为频繁进行电商交易的医疗器械以一、二类的家用医疗器械为主;再比如,保健食品归根到底仍是食品的一种细分类别,销售保健食品,无论是以线上还是线下方式进行,均需要取得《食品经营许可证》。当然,对于保健食品本身应当首先需要获取“蓝帽子”(保健食品标志)资质。

2. 其他资质要求

由于销售大健康产品是以电商渠道进行,则除了一般的经营资质外,还应当获得互联网交易相关的资质。

(1) 通过互联网销售药品、医疗器械的,应当取得《互联网药品信息服务资格证》及《互联网药品交易服务资格证》

根据《互联网药品信息服务管理办法》，通过互联网向上网用户提供药品(含医疗器械)信息的服务活动属于互联网药品信息服务，应当取得《互联网药品信息服务资格证》。根据《互联网药品交易服务审批暂行规定》，通过互联网提供药品(包括医疗器械、直接接触药品的包装材料和容器)交易服务的电子商务活动属于互联网药品交易服务，应当取得《互联网药品交易服务资格证》。

(2) 针对药品、医疗器械的特殊行业备案规定

无论是自建网站还是借用第三方平台，对于进行电商销售药品的主体，根据《中华人民共和国药品管理法(2019修订)》的规定，应当向所在地省级人民政府药品监督管理部门进行行业备案。对于销售医疗器械的主体，则应当根据《医疗器械网络销售监督管理办法》的规定，向药品监督管理部门办理医疗器械网络销售备案。

3.1.2 销售途径:电商平台的经营者资质备案

从外部资质方面的数据合规角度来看，大健康产品电商平台应当根据自身提供的服务内容及自身平台的形式，全面申请互联网站相关备案。

1. ICP备案

为了供消费者浏览和挑选相应的产品，一些生产者、经营者、销售方自行搭建销售网站在平台上发布药品、医疗器械、保健食品等信息。由于发布信息属于《电信业务分类目录》中“B25-信息服务业务”项下的“信息发布平台和递送服务”，因此属于“非经营性互联网信息服务”，则作为平台的经营者需办理常规的ICP备案。

2. EDI证

如果平台不仅发布拟销售的大健康产品的相关信息，还提供交易服务，则属于《电信业务分类目录》下的“数据的处理与交易”行为，需要获得“B21-在线数据处理与交易处理业务”类增值电信业务经营许可证(以下简称“EDI证”)。

因此,倘若既发布信息又开展销售业务商品类电子商务网站、APP,如淘宝、1药网等开展业务需同时获得ICP备案与EDI证。

3. 公安联网备案

对于网络交易平台的经营者而言,根据公安部33号令的规定,大健康产品电商交易网站应当于开通之日起30日内,向住所地公安机关(网安部门)办理联网备案。

4. 应用程序备案

若大健康产品的电商交易是通过应用程序APP等从事相关服务,那么此应用程序平台的经营者还需要根据《移动互联网应用程序信息服务管理规定》的相关要求,应当在业务上线运营三十日内向所在省级网信办备案。

3.2 规范个人信息的收集、使用和存储

此前不久,某快消品电商平台的消费者称接到“客服”电话,对方在电话中确认客户身份及购买商品的内容、日期、收货地址等。随后,这些“客服”以产品问题、误把消费者列为代理商需要取消等名义诱骗受害消费者打开QQ的共享屏幕,套取银行卡密码,或者干脆诱使消费者打款用来“解除代理商绑定”,并“拿回赔偿”。受害消费者向公安机关报案,并质疑电商平台用户数据泄露。后经多方了解,被怀疑用户数据遭泄露的电商平台不止一家,很多知名的电商平台都未能幸免于难。

大健康产品的电商销售由于其行业的特殊性,在日常运营中会大量接触消费者个人的健康医疗信息。比如,通过一些药品交易平台购买药品,需要填写年龄、病情状况,甚至在购买处方药时,还需进行实名登记。因此,相关信息的收集和使用就更应当遵循严格的数据保护、信息安全的合规标准。

首先应遵守个人信息收集和使用的规范与原则(如最小化原则、必要性原则等),并确保消费者作为健康医疗信息主体的基本权利(如删除权、更正权等)。需要特别注意这些信息作为个人敏感信息享有更高的

大健康产品的电商销售相关信息的收集和使用就更应当遵循严格的数据保护、信息安全的合规标准。



14. 资料来源: 检察日报, 2019年6月16日, <http://news.sper.jcrb.com/>

保护标准, 遵循明示同意、目的明确、公开透明、一数一源、最少够用等原则。其次, 在存储和传输方面, 我们国家普遍采取“本地存储+传输评估”的模式。即, 在境内收集到的健康医疗信息应当存储在境内, 未经安全评估和审批的健康医疗信息原则上不得向境外传输。再次, 若大健康产品电商销售的网站、APP托管给第三方进行运营维护, 还应当注意健康医疗信息的流转合规, 防止因第三方供应商行为不当引发相关信息在披露或共享方面的法律风险。

实践中, 对于大健康产品电商销售的主体, 应当建立健全内部专门的数据安全保护体系, 完善相关内部制度及标准操作流程, 全面细致地更新网站或手机应用软件上的隐私保护政策, 构建内部高效健全的数据安全保护的合规团队等, 从而最大程度的保护公司的数据安全, 保证公司健康、长远的发展。

3.3 严格把控产品质量、保障消费者的生命健康安全

2019年6月, 山东省新泰市检察院对一起涉及食药安全领域案件提起刑事附带民事公益诉讼, 法院以生产、销售伪劣产品罪判处被告人陈某有期徒刑五年, 同时判令其支付惩罚性赔偿金80余万元, 并在全国性媒体向社会公众赔礼道歉。陈某等人网购了“甘油胶囊”等伪劣胶囊、食品商标、药瓶等, 租了场地, 在没有取得生产、销售食品、保健品资质的情况下, 雇用了几名当地人开始了所谓的“生财大计”。自2016年3月至2018年1月, 这个“三无”小作坊共生产了“虾青素”“辅敏”“肾宝”等数十种伪劣保健品。随后, 陈某等人又对这些伪劣保健品的作用进行了吹嘘和夸大, 声称对多种病症都有保健、治疗作用, 并通过网络、QQ、淘宝销售的方式销往全国各地, 涉案金额达80余万元。¹⁴

3.3.1 立法、执法力度不断加强

俗话说“食药安全无小事”, 食品、药品的安全卫生不仅关乎产品质量的行业健康生态, 更为重要的是关乎人民群众的生命健康安全。近年

来,一些国家法律法规的修订、出台,足以证明我国法律监管体系对于食品、药品安全的惩处力度在不断加大。

2019年10月,最高检召开新闻发布会称,2018年1月至2019年9月,全国检察机关以生产、销售假药罪,生产、销售劣药罪,生产、销售不符合安全标准的食品罪,生产、销售有毒、有害食品罪这四个罪名共批捕5299件8401人,起诉12601件20513人;建议行政执法机关移送涉嫌上述罪名案件3259件3669人;监督公安机关立案1332件1552人。在发布会上,最高检发布《全国检察机关、市场监管部门、药品监管部门落实食品药品安全“四个最严”要求专项行动工作方案》。该专项行动于2019年9月至2020年12月在全国范围内开展,将重点查办利用网络、电商平台、社交媒体、电视购物栏目等实施的食品药品安全违法犯罪,坚持依法从严打击,对违法犯罪行为“处罚到人”。国家市场监督管理总局也于2019年11月26日发布《产品质量监督抽查管理暂行办法》(已于2020年1月1日起施行),专门增加网络抽样部分,加强对电商平台销售产品质量的监督抽查。由此可见,国家司法、检察、主管行政机关等对于食品、药品安全问题坚决落实最严要求的决心和力度。

3.3.2 基本的民事、行政责任,甚至刑事责任

对于终端消费者而言,一旦通过电商平台购买的大健康产品发生了一定的质量问题,首当其冲需要承担责任的主体主要有二:一是产品生产者和电商经营者;二是平台方。根据情节严重程度,轻则罚款、吊销执照、行业禁入,重则追究刑事责任,最高可至死刑。

对于药品、医疗器械、保健食品的生产者、电商的经营者而言,无论是根据《产品质量法》《食品安全法》《药品管理法》《医疗器械监督管理条例》,还是根据《民法典》侵权责任编、《电子商务法》《网络交易监督管理办法(征求意见稿)》《刑法》等,作为大健康产品的生产者、电商经营者,对于产品本身的质量应当承担相关责任。同时,也应当重视产品的外包装标识的真实性且应符合相关具体标准。

对于平台方而言,若其知道或应当知道,或无法证明其不知道平台内销售的商品不符合保障人身、财产安全的要求,且未采取必要措施的,则平台经营者也无法避免承担相应的连带责任。故此,针对大健康产品这类关系消费者生命健康的特殊商品,电子商务平台的经营者应当对平台内经营者的资质资格、销售产品的监管勤勉尽责,实施严格的审核义务和安全保障义务、构建产品质量相关的保障体系,积极、正确并合理运用大健康产品,如药品、医疗器械的特殊的的质量把控制度,比如不良事件报告制度、产品召回制度,避免使得具有质量问题的产品继续在消费者中流转,产生更多不必要的悲剧。

3.4 重视大健康产品电商销售时的广告宣传

对于大部分药品、医疗器械、保健食品的电商销售主体来说,无可避免地在销售时经常发布产品的相关宣传信息。然而,对于对外宣传及广告内容的合规,因其处罚力度普遍较小,恰恰被很多商业主体忽略。2019年1月8日,由于直销企业权健公司引发的事件,国家市场监督管理总局联合国家工业和信息化部、公安部、民政部等13个部门下发《联合整治“保健”市场乱象百日行动方案》,决定从1月8日起,在全国范围内集中开展为期100天的联合整治“保健”市场乱象百日行动。同年10月份,十三届全国人大常委会第十四次会议举行了联组会议,最高检与最高法院表示,将针对电视购物广告虚假宣传保健品进行重点整治,进而加大了对大健康产品中保健食品对外宣传合规的监管、执法力度。

2019年12月底,《“三品一械”广审办法》出台,对大健康产品中进行电商销售的药品、医疗器械、保健食品所发布的广告,其广告审查的内容标准、审查程序、法律责任等作了更加系统全面的规定,优化、整合了以前“三品一械”分散在各个单行细则中的要求。“严”审查,力求做到内容标准严格,对“三品一械”广告从严审查;“宽”程序,按照便民高效的原则,进一步优化广告审查的全部工作程序,减轻广告申请人负担,包括:精简证明材料、压缩审查时限、延长广告批准文号有效期、公开方便公众

查询、推行网上办理等。

根据2019年至今的大健康产品电商销售广告行政处罚的统计,主要的处罚事由如下:其一,发布的广告未经过广告审查,未取得广告批准文号。由于三品一械产品的特殊性,发布相关广告,无论通过任何渠道发布,必须经过广告审查。且对于广告的内容有严格的限制,无论是药品、医疗器械还是保健食品,其广告的内容不得超出国家相关主管部门核准的说明书或批准的注册证书、备案凭证的内容。其中对于保健食品,绝对不得涉及疾病功能、治疗功能。其二,发布的广告未标明应当显著标明的内容。比如药品的广告,应当显著标明禁忌、不良反应,处方药广告还应当显著标明“本广告仅供医学药学专业人士阅读”,非处方药广告还应当显著标明非处方药标识(OTC)和“请按药品说明书或者在药师指导下购买和使用”。推荐给个人自用的医疗器械的广告,应当显著标明“请仔细阅读产品说明书或者在医务人员的指导下购买和使用”。医疗器械产品注册证书中有禁忌内容、注意事项的,广告应当显著标明“禁忌内容或者注意事项详见说明书”。而保健食品广告应当声明本品不能代替药物,显著标明“保健食品不是药物,不能代替药物治疗疾病”,并显著标明保健食品标志、适宜人群和不适宜人群。而这种“显著标明”在电商平台销售时除了应当突出“显”的特性,还应当保持“持续不断”。其三,大健康产品电商销售发布的广告所含有的安全性、功能性的断言而不符合《广告法》要求,比如使用“安全、无毒副作用”“疗效非常显著”“有效率达95%以上”“常喝xx保健酒,腰不酸、腿不软、少起夜”等广告用语。

除以上常见处罚事由外,有些大健康产品在进行电商销售时还运用了弹窗、开屏、banner等新形式,那么此类广告也要区分是干扰类还是融入类,严格按照法律法规要求设置一键关闭功能,不能影响到用户对于网络的正常使用。

如前所述,广告合规一直以来并非电商销售合规的重点,但是国家主管机关的执法力度在不断加强,从以前的“被动执法”为主,变成了“主动执法”。企业内部广告合规管理力度不到位不仅会招致行政处罚,相关



信息还会在国家企业信用信息公示系统向社会公示,给药品、医疗器械、保健食品电商销售的广告主带来了商誉、社会信用等级上的消极影响。同时,由于国家对于行政奖励的推动,还应当多关注来自无论是职业打假人,还是竞争对手、消费者的社会监督。

3.5 规范网络直播营销中的广告合规行为及“代言人”行为

近两年来,网络自媒体的快速兴起,催生出许多网络公众人物。由于这些网红主播KOL们依靠动辄数十万、上百万网民的追捧,“带货”成为新时代热门、有效的经济发展途径,在疫情期间成为不降反升的经济增长点。很多大健康产品的生产者、经营者也已经或希望通过第三方主播机构(比如MCN等),或者与网红主播KOL直接对接,以“带货”的销售模式促进其线上销售业务的发展。但是,基于各种原因,主播在直播“带货”、介绍并推荐产品时惯常进行自由发挥,或为达商业目的夸大一些内容,很大可能导致其在直播活动中对产品的宣传不当,对消费者造成欺

骗或误导。

上海某商贸有限公司委托主播以网络直播方式对其公司保健食品xx鸡精进行广告宣传,主播在某直播平台的直播中宣传称:“xx鸡精有一点点瘦身效果”。经查该鸡精属于进口保健食品,且未经广告审查机关对广告内容的审查,被主管机关处罚。又如,上海某生物科技有限公司以直播广告形式,对其经营的口服液作安全性的保证,表示含消炎、治疗不孕不育等功效,明示其成分“天然”并暗示其为保障健康所必需等行为,被主管机关处罚。大健康产品的电商销售主体也应当关注网络直播营销模式下的各种监管要求。

从2016年11月发布的《互联网直播服务管理规定》,到2020年6月、11月分别发布的《网络直播营销行为规范》《市场监管总局关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》,对平台经营者、商品的经营者、网络主播本身,都提出了各种监管要求。对于药品、医疗器械和保健食品的网络直播营销,除了已在本文前面论述过的资质、产品质量、对外宣传的合规要求外,主要以严格规范广告审查发布、严格规范直播宣传内容及严格规范广告代言为着眼点。对于药品、医疗器械、保健食品,一方面,如果未经广告审查,不得以网络直播形式发布相关产品广告,且直播宣传时的产品介绍除了不能违反《广告法》中的禁止性规定外,还不得含有表示功效、安全性的断言;不得说明治愈率或有效率;不得与其他同类品做比较。此外,保健食品的直播宣传介绍不得涉及疾病预防、治疗功能;声称或者暗示其为保障健康之所必需等。另一方面,主播在直播中是以自己的名义或形象对药品、医疗器械、保健食品做推荐、证明,直播的内容也多被认定为商业广告,其自身也很大可能会被主管机关认定为《广告法》下的“广告代言人”。那么,根据《广告法》的相关规定,对于药品、医疗器械、保健食品的广告,是不得利用广告代言人做推荐、证明的。所以,不仅是因为药品、医疗器械、保健食品这类产品适用人群的特殊性,而且因为法律法规对于广告代言人的禁止性规定,我们在许多网络直播营销中心接触到对于这几类大健康产品的网络直播非常少。

当然,对于除类似上述特殊性大健康产品以外的产品在进行网络直播营销时,从合规管控的角度,笔者建议相关经营主体从事前对产品是否可以网络直播或聘请主播带货进行确认;对于拟合作的第三方主播机构(比如MCN等)的相关资质进行严格审核,在合作协议或服务协议中明确划分双方的权利义务,规范第三方主播机构及合作项目中所涉旗下主播的行为;在直播进行中,定期或以抽查的方式观看直播,对直播带货行为进行实施监管;在直播结束或合作结束后,按照协议约定的方式进行付费,确保主播机构或主播不存在未经授权对产品进行宣发的行为。

3.6 严格遵守跨境电商零售中的“底线”要求

伴随着国内消费升级的带动,近年来我国跨境电商市场迅速发展,交易额不断提升,对于境外大健康领域的相关产品的需求也在不断增强,在国内注册的各类跨境电商平台数量也在不断增多,比如天猫国际、亚马逊中国、小红书、洋码头等。但对于跨境电商平台的经营者、跨境电商的经营者、甚至消费者都应当具有底线思维,严格遵守跨境电商零售中的相关监管要求。

首先,跨境进口的药品、医疗器械、保健食品应当依法取得相关进口审批许可,严格遵循市场准入的原则。2018年财政部等11个部门联合发布了《关于调整跨境电商零售进口商品清单的公告》(2018年第157号),公告附件项标明“依法需要执行首次进口许可批件、注册或备案要求的药品、医疗器械、保健食品等,按照国家相关法律法规的规定执行”。但对于个人消费者零星购买的跨境药品、医疗器械、保健食品,国家商务部等六部委于2018年11月28日发布的《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》指出,按个人自用进境物品监管,不执行有关商品首次进口许可批件、注册或备案要求。

再者,跨境电商零售进口的药品、医疗器械、保健食品应当遵循单笔交易额的限制。按照财政部于2018年11月30日发布的《关于完善跨境电子商务零售进口税收政策的通知》规定,跨境电子商务零售进口商品的

单次交易限值为人民币0.5万元,年度交易限值为人民币2.6万元。

第三,跨境电商平台应当加强保护用户信息,防止不法分子非法套用他人身份信息。2020年5月,广州海关缉私局就查获一走私团伙伪报贸易方式,通过与广东省内多家跨境电商平台勾结,非法套用他人身份信息,使用虚假的跨境电商订单、支付单、运单信息向海关申报,走私某国品牌的保健品。

2019年12月30日,北京市药监局、商务局、北京海关、天竺综保区管委会四部门,联合发布《北京市跨境电商销售医药产品试点工作实施方案》(以下简称“《实施方案》”)并随后正式获得国家药监局批复,明确了电商试点的企业申请条件以及入驻企业管理、销售管理、监督管理、追溯管理等规定。至此,北京成为国内药品跨境电商第一个试点城市。2019年12月31日,随着第一批日本“久光制药撒隆巴斯药肩止痛膏贴”从北京天竺综合保税区出区,实现了全国首票跨境医药电商产品顺畅通关,第一次打通了我国医药产品B2C进口的合法正规路径。

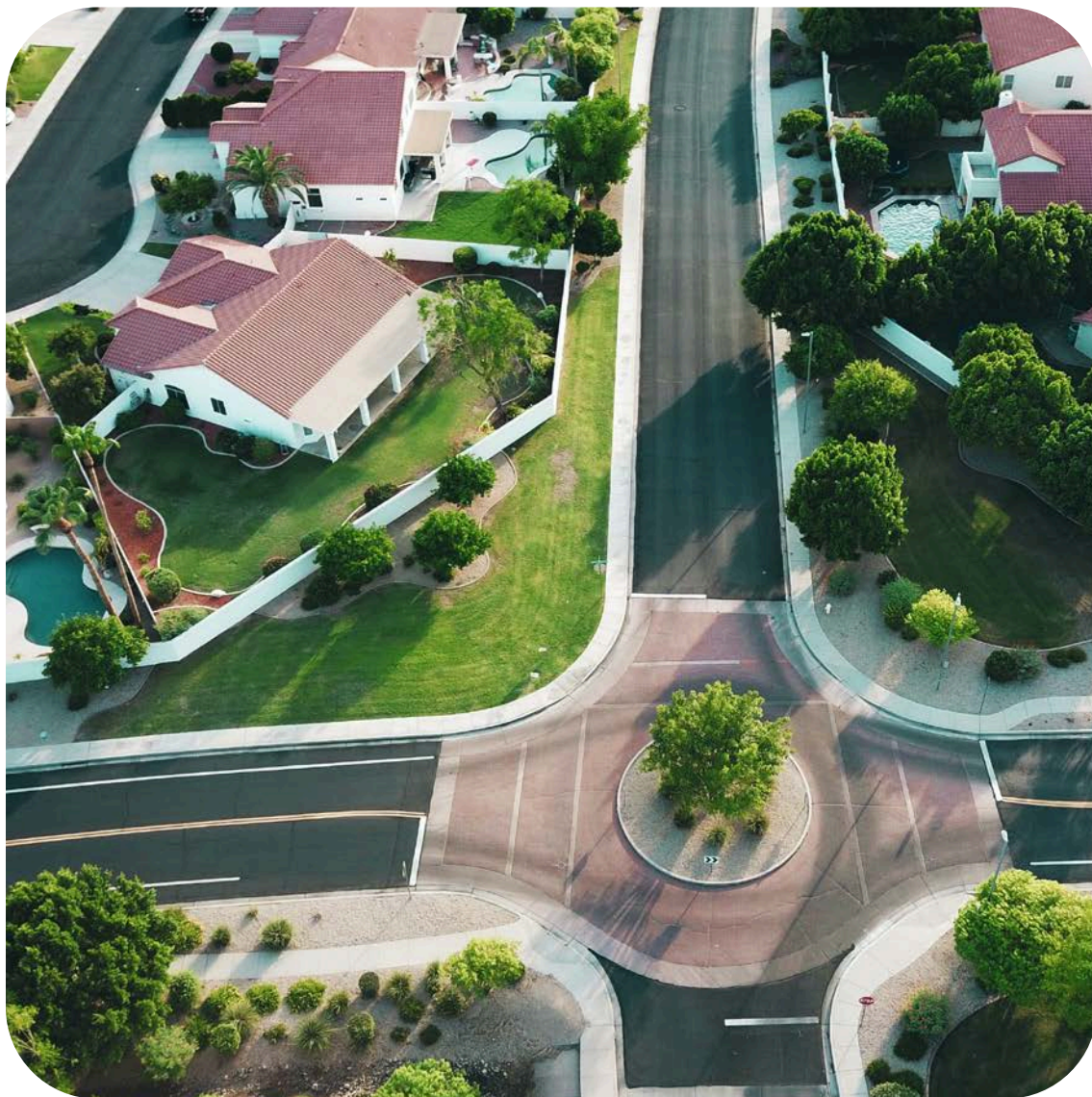
有人说,各地主管机关都在积极学习并推进“北京模式”,大健康领域的跨境电商似乎迎来了春天。但从笔者看来,由于监管体系仍在不断完善的过程中,对于药品、医疗器械、保健食品的跨境电商零售中仍有一些值得商榷和探讨的地方。比如,通过电商平台销售处方药必须提供真实、准确的处方,但对于跨境电商零售进口处方药,是否也要有同样的要求。又如,通过跨境电商平台购买的大健康产品如果出现质量问题,消费者该如何有效维权。虽然六部委的《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》指出,跨境电商企业、跨境电商平台、境内服务商、消费者“明确各方责任,各负其责”。但责任的具体划分和界限在哪里又不得而知,这些都亟待立法、执法机关予以关注及考量。



高俊
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com



乔骄
非权益合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3466
berryqiao@zhonglun.com



房地产电商创新模式的 合规风险及防范

作者:刘娜 李洋 姜琪 孙亦杉

近年来,随着电子商务浪潮发展,电商市场规模不断扩大,消费群体持续增长,人们已经习惯了从互联网上购买生活中所需的绝大多数消费品。其中,房地产销售行业也逐渐搭上电子商务快车,掀起一股全新浪潮,正在逐渐改变房地产传统的营销模式和销售模式。但事实上,作为一种不动产,商品房销售具有频次低、交易额大、交易门槛高的特征,且其本地化、非标准化以及流程高度复杂化的特点,也使得房地产与电商的连接过程中,与其他消费品存在一定区别,房地产电商的发展仍然任重而道远。

Section 01

房地产电商类型

在房地产市场,根据电商平台参与到房地产交易的深度的不同,电商可以区分为以下三种类型:

1.1

作为广告平台的媒体电商

房地产媒体电商主要是作为广告平台参与房地产交易,从法律关系而言,开发商通过媒体电商与开发商通过其他媒介发布销售广告、宣传资料并无实质不同。但在一些特定的电商广告形态中,广告各参与方及其合作模式的多样化,可能导致法律关系的不同。

1.2

作为电子商务平台经营者的渠道电商

市场上较为常见的另一类房地产电商,会更深入参与到商品房交易的过程,为开发商提供网络经营场所、销售渠道及/或信息发布服务,并一定程度上起到撮合交易的作用。在该等模式下,电商平台作为电子商务平台经营者,在开发商向其提供主体信息进行核验登记后,开发商作为平台内经营者可通过电商平台为买受人提供网上VR看房、网上选房乃至网上认购的服务。

1.3

实现网上不动产交易的交易电商

无论是媒体电商、还是渠道电商,都是将传统的商品房销售宣传、蓄客、预约合同订立及支付定金阶段从线下转到了线上,使得不动产交易的效率有所提升,但因商品房销售必须经由开发商核查买受人资格,商品房买卖合同还需经房屋主管机关网签备案、价格监管等流程,目前最终的交易环节尚无法完全在线上完成。但是,只有将交易全流程完全置于电子平台之上,才能真正意义上实现房地产销售的“电商化”“电子

化”。随着技术手段的发展和监管态度的转变,将开发商作为电子商务经营者的端口与主管机关进行房屋交易监管的端口进行互联、实现网上不动产交易逐渐成为可能。

Section 02

各类房地产电商涉及的法律问题

2.1

开发商与房地产媒体电商合作时应注意责任分割,并关注不同行业的合规要求

首先,房地产电商作为开发商的广告发布平台,开发商应注意分割与电商平台的广告发布责任。

根据多年商品房销售的实践,对于线下售楼处的案场宣传及设置,开发商已有较为丰富的操作经验,且在组织线下售楼处宣传前通常将由公司法务部门、外聘律师等进行广告内容审查,确保广告合规。开发商在电商平台上发布广告,一方面仍应关注自身的广告是否有不当情形,例如是否存在虚假宣传,欺骗、误导买受人;另一方面还应当注意防范合作的电商平台的不当宣传带来的法律风险,在合作时做好双方责任的分割,禁止电商平台以可能构成虚假宣传或虚假广告行为的方式介绍、推介商品房,避免因合作电商平台的不当行为损害到开发商的合法权益。

其次,房地产广告发布有行业性的法律法规要求,在电商平台上促销宣传,不能只追求广告效果而忽视合法合规要求。

商品房的宣传促销,除应符合《中华人民共和国广告法》外,还应注意《房地产广告发布规定》《商品房销售管理办法》《城市房地产开发经营管理条例》等多个法律法规的广告发布要求,而一般电商平台可能并不熟悉房地产广告发布的特殊要求。开发商在电商平台上促销宣传,应与电商平台共同关注并遵守上述行业性的法律法规要求,如:对于存在禁止发布商品房销售广告的情形的(例如未取得预售许可证、权属有争议的、违规建设、不符合工程质量标准等),开发商同样不可通过电商平台发布

商品房销售广告；在电商平台发布商品房销售广告，亦应注意广告中有些内容是禁止提到的，例如不得含有风水、占卜等封建迷信内容，对项目情况进行的说明、渲染，不得有悖社会良好风尚，不得以所需时间来表示距离，不得利用其他项目的形象、环境作为本项目的效果，不得出现融资或者变相融资的内容，不得含有升值或者投资回报的承诺，不得含有广告主能够为入住者办理户口、就业、升学等事项的承诺等。

再次，开发商还应关注媒体电商的广告审核标准。

房地产媒体电商作为互联网媒体，区分不同平台（例如公众号、小程序、网站、APP等）亦有其内部审核规定，甚至不同平台的发布审核标准也不尽相同，可能存在因其内部审核规定导致广告不能播出的风险。建议开发商在选择媒体电商展开促销时，及时关注了解相关规定，如广告因审核原因不能及时发布，将可能实际影响到商品房销售。

最后，开发商与媒体电商合作时应着重关注广告和宣传内容是否将构成要约。


还需提示注意的是，在商品房买卖中，商品房的销售广告和宣传资料一般应当视为要约邀请，但《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《**商品房买卖司法解释**》”）第3条规定：“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。”因此，开发商通过电商平台就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，同样应当视为要约。

2.2

根据提供具体服务的不同, 房地产渠道电商可能需进行房地产经纪机构备案

根据《房地产经纪管理办法》的规定, 房地产经纪机构是指依法设立, 从事房地产经纪活动(为促成房地产交易, 向委托人提供房地产居间、代理等服务并收取佣金)的中介服务机构。笔者注意到, 一些电商平台与开发商合作时, 并非促成和撮合买受人与开发商达成商品房买卖合同, 即并非直接提供居间、代理服务, 而是通过销售楼盘优惠券、打折券的方式(例如淘宝平台的天猫好房频道(截至发稿时查询)), 撮合销售优惠券、打折券的交易, 则通常不认为该等渠道电商是房地产经纪机构。但如渠道电商为开发商及买受人提供更深程度的居间服务, 构成从事房地产经纪活动的, 则应当根据《房地产经纪管理办法》的规定, 配备足够数量的有资质的房地产经纪人员, 并于相关主管部门办理房地产经纪机构的备案手续(经备案的房地产经纪机构可以取得网上签约资格)。值得一提的是, 根据2014年国务院发布的《国务院关于取消和调整一批行政审批项目等事项的决定》(国发〔2014〕27号)有关取消“房地产经纪人职业资格许可”的要求, 房地产经纪人资格已从准入类资格, 调整为《房地产经纪专业人员职业资格制度暂行规定》规定的水平评定资格。

房地产电商从事房地产经纪活动的, 除经营主体需在房地产主管部门备案外, 还应注意办理网站备案手续。以北京市为例, 根据《住房城乡建设部等部门关于加强房地产中介管理促进行业健康发展的意见》(建房〔2016〕168号)、《关于转发〈住房城乡建设部等部门关于加强房地产中介管理促进行业健康发展的意见〉的通知》(京建发〔2016〕440号)的相关规定, 通过互联网提供房地产中介服务的机构, 应当到机构所在地省级通信主管部门办理网站备案, 并到服务覆盖地的市、县房地产主管部门备案。互联网房地产经纪机构网站备案信息由房屋、工商、通信行政主管部门定期交换。如违反上述要求备案的规定, 可能被责令限期改正, 给予罚款等行政处罚, 记入信用档案, 还可能被取消网上签约资格, 影响业



未来网签备案系统将
实现当事人仅凭身份
证件即可完成买受人
主体核验。

务开展。

2.3

对交易电商的展望

根据《国务院办公厅关于促进房地产市场平稳健康发展的通知》(国办发〔2010〕4号)要求,房地产主管部门对商品房销售严格管理,房屋转让实行房屋网签备案,由各地房地产主管部门的房屋网签备案系统管理,实现相关主管部门对房地产市场的监测和管理目的。2019年8月1日,住房和城乡建设部发布《房屋交易合同网签备案业务规范(试行)》,2020年3月26日,住房和城乡建设部发布《住房和城乡建设部关于提升房屋网签备案服务效能的意见》(建房规〔2020〕4号)、《房屋网签备案业务操作规范》,根据相关规定,商品房买卖的当事人通过住房和城乡建设部门向开发商、房地产经纪机构、金融机构等提供的网签备案端口办理商品房交易网签备案。

结合上述规定,笔者相信,在全面采集房地产项目楼盘信息的前提下,未来网签备案系统将可能实现自动核验房源是否存在查封、抵押、未满足销售条件或有其他权利负担;通过房屋主管部门的网签备案系统与公安、民政、税务、人力资源社会保障、市场监管、自然资源、法院等各部门和单位信息系统联网,未来网签备案系统将实现当事人仅凭身份证件即可完成买受人主体核验;利用大数据、人脸识别、电子签名、区块链等技术,网签备案系统将更方便、快捷且安全。住建部正在推进“全国一张网”建设,未来将实现房屋网签备案系统全国联网,实现部门间数据共享,建立跨地区、跨部门、跨层级的全国房地产市场数据库。上述工作将使房地产交易规范化、标准化和便捷化,进而便于开发商将电商销售端口与房屋网签备案系统端口互联、咬合,最终使得全程在网上进行不动产交易成为可能。

2.4 警惕“收取电商费”可能构成的违法行为

在实践中,为了吸引和锁定消费者,电商与房地产的结合也出现了一些违法行为的变种。开发商在与电商平台合作中应注意遵守合规要求,避免构成下述的违法行为。

2.4.1 警惕通过电商收取预订款的行为违反销售许可规定

在取得预售许可前,为了提前蓄客,有个别开发商可能通过与电商平台合作,由电商平台以收取团购费或认筹金、销售优惠券、销售VIP卡等方式收取买受人预定款。《商品房销售管理办法》第二十二条规定:“不符合商品房销售条件的,房地产开发企业不得销售商品房,不得向买受人收取任何预订款性质费用。”上述行为一方面违反了《房地产广告发布规定》中未取得预售许可禁止发布广告的规定,另一方面也可能被认定为不符合销售条件而收取费用的违法行为,将可能被行政主管部门处以行政处罚。

2.4.2 警惕通过电商收取服务费的行为违反价格规定、构成不正当经营

开发商与电商合作,较为常见的一种模式是如买受人通过电商平台与开发商签订买卖合同,则买受人可享受“抵扣部分房款”的优惠,具体方式为买受人向电商缴纳服务费,以服务费抵扣相应金额的“房价款”。开发商应关注该等交易模式中可能存在的如下几方面合规问题:

首先,应关注“明码标价”的相关规定。

《价格法》第十三条规定:“经营者销售、收购商品和提供服务,应当按照政府价格主管部门的规定明码标价,注明商品的品名、产地、规格、等级、计价单位、价格或者服务的项目、收费标准等有关情况。经营者不得在标价之外加价出售商品,不得收取任何未予标明的费用。”《商品房销售明码标价规定》第五条规定:“已取得预售许可和销售现房的房地产经

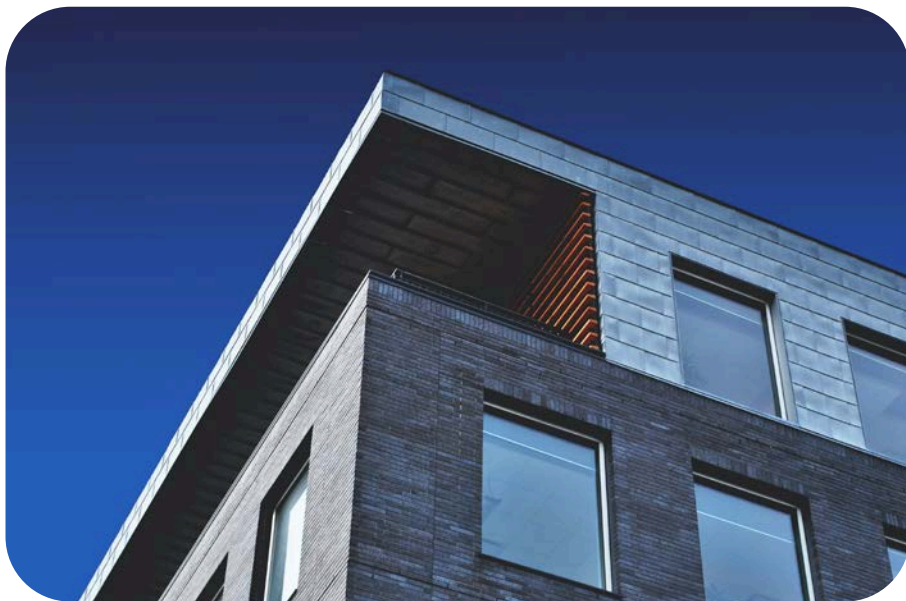
营者,要在公开房源时,按照本规定实行明码标价。”第六条规定:“商品房经营者应当在商品房交易场所的醒目位置放置标价牌、价目表或者价格手册,有条件的可同时采取电子信息屏、多媒体终端或电脑查询等方式。采取上述多种方式明码标价的,标价内容应当保持一致。”第八条规定:“商品房销售明码标价实行一套一标。商品房经营者应当对每套商品房进行明码标价。按照建筑面积或者套内建筑面积计价的,还应当标示建筑面积单价或者套内建筑面积单价。”第十三条规定:“商品房经营者不得在标价之外加价销售商品房,不得收取任何未予标明的费用。”

买受人通过上述交易模式向电商平台缴纳的“服务费”不计入房价款,表面看,系电商平台向买受人作出了“抵扣”房价款的承诺。但通常此类销售情形下,开发商与电商平台存在合作关系(包括开发商在电商平台发布房屋销售信息),甚至关联关系,所收取的“服务费”开发商亦参与分成,即所谓“服务费”系从开发商应收取的房价款中拆分,开发商将可能构成违反明码标价规定的行为。

其次,应关注“禁止价格欺诈行为”的相关规定。

《价格法》第十四条规定:“经营者不得有下列不正当价格行为:……(四)利用虚假的或者使人误解的价格手段,诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易……”《禁止价格欺诈行为的规定》第七条规定:“经营者收购、销售商品和提供有偿服务,采取下列价格手段之一的,属于价格欺诈行为:(一)虚构原价,虚构降价原因,虚假优惠折价,谎称降价或者将要提价,诱骗他人购买的”。《价格违法行为行政处罚规定》第七条规定:“经营者违反价格法第十四条的规定,利用虚假的或者使人误解的价格手段,诱骗消费者或者其他经营者与其进行交易的,责令改正,没收违法所得,并处违法所得5倍以下的罚款;没有违法所得的,处5万元以上50万元以下的罚款;情节严重的,责令停业整顿,或者由工商行政管理机关吊销营业执照。”

开发商在进行项目的商品房销售时,不得用虚假的或者使人误解的价格手段,诱骗消费者与其进行交易。第一,虽然开发商并未直接向买受



人允诺其缴纳“服务费”后会提供优惠,但是通常开发商与电商签署的合作协议中会明确相关销售策略,即实际给予电商以此优惠为宣传思路或销售思路的合同依据;第二,开发商应在项目销售现场展示商品房销售价格表(备案价格),但如开发商与买受人实际签署的商品房买卖合同中,并未在备案价格基础上给予优惠,则可能构成虚构降价、虚构优惠折价的行为;第三,如前文所述,开发商与电商签订合作协议,委托电商推荐购房者,允许其在平台发布房屋销售信息,配合开发商进行签约前的各项工作,实际与电商之间成立了委托代理关系,即便开发商并未直接向买受人允诺会提供优惠,但是买受人可能有证据证明其有理由相信开发商已与电商已达成一致,授权电商为其提供优惠。

最后, 开发商不得通过拆分房价款规避销售限价监管。

住房和城乡建设部《关于进一步规范房地产开发企业经营行为维护房地产市场秩序的通知》(建房〔2016〕223号)规定:“依法查处房地产开发企业不正当经营行为……(六)商品房销售不予明码标价,在标价之外加价出售房屋或者收取未标明的费用;(七)或以捆绑搭售或者附加条件等限定方式,迫使购房人接受商品或者服务价格……对存在上述行为的房地产开发企业,各级房地产主管部门要加大执法检查力度,依法严肃查

处,不正当经营行为应当由其他部门处理的,及时移交有关部门依法处理,涉嫌犯罪的,移交司法机关依法追究刑事责任。在此基础上,各级房地产主管部门应当视情节轻重,对房地产开发企业采取以下措施:(一)书面警示;(二)约谈企业主要负责人;(三)公开通报企业不正当经营行为;(四)列入严重违法失信房地产开发企业名单;(五)由资质许可机关在资质审查中重点审核。”

个别开发商与电商合作的目的是通过收取电商费的方式拆分房价款,以突破政府商品房销售限价政策,该等行为可能被视为不正当经营行为而被处以行政处罚,涉嫌犯罪的,可能会被追究刑事责任。

Section 03

结语

2020年,新冠疫情的突发改变了人们的很多生活习惯,全国各地多省市发布了鼓励网上看房、线上售房的规定,例如江西省房地产协会发布了《关于开通房地产项目网上售房平台的通知》,杭州市住房保障和房产管理局发布了《关于积极推进商品房全流程网上销售工作的通知》,重庆市房地产业协会发布了《重庆市房地产业协会关于开通主城区房地产项目线上售房平台的通知》,山东省住房和城乡建设厅、山东省发改委等5部门联合印发《关于推行和规范商品房网上销售工作的通知》,山西省房地产业协会发布了《山西省房地产业协会关于开通商品房项目网上售房平台的通知》等。

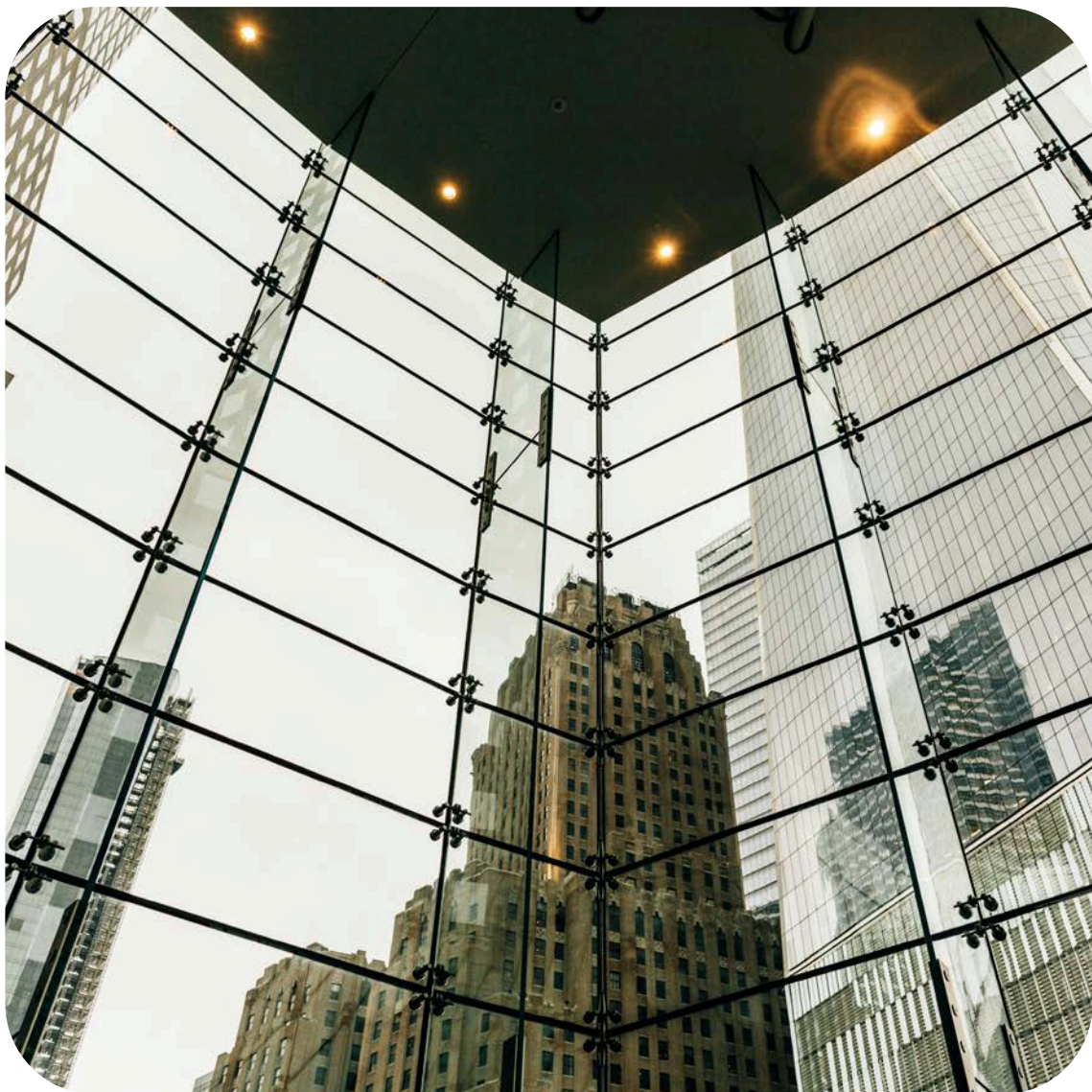
上述文件支持开发商转变思想观念,推进和拓展网上销售渠道,通过微信公众号、企业官网、小程序等方式,推行线上项目查询、线上开盘、VR售楼处、线上预约选房等服务,探索开发电子认购、定金支付等配套功能,帮助更多消费者通过在线平台满足购房置业的需求。

但目前房地产交易仍具有本地化、非标准化、信息量庞杂和流程复杂的行业特点,电商平台卷款跑路、假优惠假降价等违法案例层出不穷,打

击了消费者线上交易的信心,房地产电商的发展仍然任重而道远。从政府主管部门的监管角度,实践中政府通常通过对网签平台的控制实现市场管理,如买受人与开发商可以通过电商平台直接在线完成商品房交易,将对政府主管部门的市场管理带来一定的挑战;从买受人的消费角度,目前市面上的VR看房、在线讲房等服务仍无法令人产生直观、切实的感官体验,对于这样高额标的的产品,可能最多可以在线上完成预约合同的订立和定金支付,而正式交易的线上达成,一方面还需要开发商、电商更紧密结合推陈出新,围绕客户体验作出更好的服务,另一方面,也还需要较长时间的交易习惯培养;从开发商的商务角度,如何实现买受人的资格核验,如何保证在线广告合法合规,向买受人的介绍真实、准确和完整,如何确保资金安全与监管等方面,仍需要监管和市场共同给出答案。



刘娜
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2152
liuna@zhonglun.com



乘风破浪的银行电商： 业务转型与法律合规

作者：刘新宇 吴豪雳

近年来,我国的电子商务产业日趋成熟,产业规模的扩大吸引了许多传统的非互联网企业投身于电子商务的浪潮之中。其中,作为传统金融机构的银行,亦成为“跨界”从事电商业务的典型代表,广泛参与到电商平台的开发和运营当中。尽管投身电商的银行众多,但实践中,不少银行缺乏开展电子商务业务的相关经验,且银行主导的电商平台由于具备金融和电子商务的交叉属性,相较于一般的电商平台亦存在一些合规要求上的特殊性,为银行电商业务的合规开展带来了一定的困难。本文拟结合当前银行电商业务的开展情况,就银行电商业务的开展及银行电商平台面临的常见法律合规问题展开探讨。

Section 01

银行电商兴起的原因

诚然，在电商业务迅猛发展之际，企业都想参与到电子商务业务中“分一杯羹”，但作为“传统”和“保守”的代表，银行跨界电商绝非仅是简单的“蹭热点”。无论是传统国有大行和大型股份制银行，还是包括各地城商行、农商行在内的各类中小银行，频频在不同的时点选择了切入电商领域，加快电子商务领域的业务布局，不仅是因为看到电子商务的繁荣和潜在的业务增长，亦是基于其自身金融业务发展需要所作出的选择。

互联网时代，用户可谓是企业最重要的资源之一，在银行电商兴起之初，各大银行未尝不想借电子商务之“东风”获客，通过电商业务为银行固有的金融业务引流，攫取更多客户资源。但随着电子商务行业的持续发展，电子商务业态也发生了较大变化，客户的消费习惯也已趋于稳定，单纯通过银行电商平台获取新客的可能性相对较低。在当下，各大银行并未放弃发展电商业务，盖因即使抛开电商业务的“获客”功能，电商平台对于银行仍具备其他价值。

对于银行的C端用户而言，其多来源于银行的传统金融业务，该等业务用户粘性较低，用户购买相应的存款类或理财类产品后可能在很长时间内不会频繁打开商业银行的网页、App、小程序等业务渠道，活跃度相对有限，故而部分银行电商平台寄希望于通过电商平台提供的商品和服务缓解金融业务用户粘性较低的问题，提高用户使用时长从而增强用户粘性。另一方面，借助电商平台，商业银行也可以更好地融入同电商业务相关联的具体消费场景，衔接开展同消费场景相关的金融服务，如消费贷款、消费分期等，从而为用户提供多样化的金融服务。

就B端客户而言，商业银行一般本身即拥有规模庞大且较为稳定的自有B端客源，且该等客源往往同银行建立了较为良好的长期合作关系，这使得银行对客户有一定的控制力与影响力。搭建电商平台亦可以一定程度上利用这种控制力与影响力，一方面协助既有的企业客户拓宽产品的购销渠道，另一方面协助客户对接电商平台和相关的电子支付及供应

链金融融资服务,从而进一步稳固同B端客户的关系,为B端客户提供更为全面的金融服务。

总的来说,在当下,银行跨界电商或许“醉翁之意不在酒”,其并不单纯在意银行电商平台能够带来的直接利润,而更在乎如何有效将银行电商平台所带来的线上消费场景与既有的金融服务相衔接,加强C端用户粘性,提升服务B端客户的综合能力,以更好地提升用户体验,满足用户需求。

Section 02

实践中银行电商同传统互联网电商业务的区别

尽管兴起的原因具有一定的特殊性,但银行电商平台在发展的过程中并未因其特殊性走出同传统互联网电商平台迥异的发展之路。梳理实践中典型银行电商平台的业务开展情况可以发现,当前银行电商平台无论从平台的搭建、交易模式还是从提供的产品、服务具体内容来看,同传统的互联网电商并无显著区别。但基于行业银行固有的金融属性,银行电商平台在业务开展过程中仍同传统互联网电商平台表现出一定的区别。

2.1

平台所提供的产品及服务的区别

结合当前银行电商平台的业务开展情况来看,就提供的一般商品或服务而言,银行电商平台同传统互联网电商平台并无实质性区别。但如前所述,由于部分银行电商平台往往被赋予了回哺银行传统金融业务的职责,故而实践中,银行电商平台除了向用户提供传统互联网电商平台提供的商品和服务外,还往往在此基础上整合了银行本身的金融产品或服务板块,如信用卡还款、理财产品销售、消费贷款等。而传统互联网电商由于受到金融监管政策的限制,其一般较少通过业务渠道提供金融类产品或服务。

2.2

平台运营主体不同

对于传统互联网电商平台而言,其依托的互联网企业往往具有相对较强的技术能力和运营能力,其电商平台大多自主开发、运营。而银行作为相对传统且保守的行业,实践中技术能力较于一般的互联网企业相对偏弱。对于行业中大量中小银行而言,其虽然存在着开展电商业务的需求,但可能缺乏开发、运营电商平台的经验和技術能力,且缺乏同电商业务开展相关的营销和销售管理经验。基于此,实践中该等中小银行委托第三方代为开发、运营电商平台主体的情形亦较为常见。

2.3

平台支持的支付方式不同

在电子商务的发展浪潮中,移动支付的发展起到了重要的推动作用,支持的支付方式是否多样、便捷亦成为消费者选择不同电商平台的一个重要因素。对于传统互联网电商平台而言,其往往支持多种不同的支付方式,且一般同时向用户提供包括银联支付、第三方支付在内的多种支付方案。但对于银行电商平台而言,由于其某种程度上承担着增强用户粘性,服务本行金融业务的功能,这导致其支持的支付方式多为本行银行卡或银联支付,且一般力推其本行的支付渠道,支持第三方支付的比重较低且支持的第三方支付类型较传统互联网电商平台相对较少。

Section 03

银行电商平台业务开展流程 及可能涉及的法律文件

实践中,银行电商平台的业务流程同传统互联网电商平台的业务流程相仿,一般亦包括商户入驻、商品展示、买家注册、下单、支付、发货等环节。在业务开展流程中,涉及的法律文件主要可能包括:

序号	业务流程环节	所涉法律文件名称	协议签署主体
1.	商户(卖家)入驻	《商户入驻协议》	平台运营者、拟入驻商户
2.		《交易结算服务协议》	银行、拟入驻商户
3.	买家注册	《用户注册协议》	平台运营者、买家(注册时勾选确认/同意)
4.		《个人信息保护政策》	买家(注册时勾选确认/同意)
5.		《电子签名授权书》	买家(注册时勾选确认/同意)
6.		《平台交易规则》	买家(注册时勾选确认/同意)
7.	下单、支付、发货	《销售合同》	入驻商户、买家

Section 04

银行电商业务合规的特殊要点

4.1

银行经营电商业务的增值电信业务资质问题

4.1.1 电子商务经营者一般应取得EDI许可证

《中华人民共和国电子商务法》(以下简称“《电子商务法》”)第十二条规定,电子商务经营者从事经营活动,依法需要取得相关行政许可的,应当依法取得行政许可。银行作为电子商务经营者,搭建并运营银行电商平台,属于《电子商务法》第十二条所称的“电子商务平台经营者”,应当取得相应的行政许可。

结合《电信条例》第七条和第八条规定,电子商务经营者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,应属于增值电信业务范围,须取得增值电信业务许可。参照当前行业实践,经营电子商务平台经营者一般应向通信主管部门申请并取得《电信业务分类目录(2015年版)》项下“B21在线数据处理与交易处理业务”许可证(“EDI许可证”)。

4.1.2 由银行作为运营主体自主运营的银行电商平台申请EDI许可证可能存在法律和实操障碍

实践中,通过区分运营银行电商平台的主体可以将银行电商平台大体分为两类,一类平台由银行作为运营主体自主运营,另一类平台则一般通过集团内关联公司或第三方公司运营。结合实践考察,对于由银行作为运营主体自主运营的银行电商平台而言,由于银行自身作为电子商务经营者,在搭建并运营平台的过程中,申请EDI许可证可能存在法律和实操层面的障碍。

首先,《中华人民共和国商业银行法》(以下简称“《商业银行法》”)第三条规定,“商业银行可以经营下列部分或者全部业务:(一)吸收公众存款;(二)发放短期、中期和长期贷款;(三)办理国内外结算;(四)办理票据承兑与贴现;(五)发行金融债券;(六)代理发行、代理兑付、承销政府债券;(七)买卖政府债券、金融债券;(八)从事同业拆借;(九)买卖、代理买卖外汇;(十)从事银行卡业务;(十一)提供信用证服务及担保;(十二)代理收付款项及代理保险业务;(十三)提供保管箱服务;(十四)经国务院银行业监督管理机构批准的其他业务。经营范围由商业银行章程规定,报国务院银行业监督管理机构批准。商业银行经中国人民银行批准,可以经营结汇、售汇业务”,若严格依照《商业银行法》第三条解释,商业银行以自身为主体搭建并运营电子商务平台,为消费者提供商品和服务,经营增值电信业务的行为可能不符合《商业银行法》第三条对商业银行业务范围的规定。其次,根据前述《商业银行法》之规定,商业银行经营范围应报国务院银行业监督管理机构批准。同时,申请EDI许可证一般亦需要在经营范围中增加同增值电信业务相关的内容。从实务操作来看,实践中商业银行获得监管机构批准且在经营范围中增加同增值电信业务相关内容的情形亦极为罕见,难以在经营范围中增加增值电信业务等相关内容亦是银行电商领域具有行业性、普遍性的问题。

而对于通过集团内关联公司或第三方公司运营的银行电商平台,该等子公司或关联公司申请EDI许可证基本不存在实质性障碍,应根据《电

由于银行自身作为电子商务经营者,在搭建并运营平台的过程中,申请EDI许可证可能存在法律和实操层面的障碍。

信条例》的相关规定申请EDI许可证。

基于此,考虑到银行经营电商业务是否需要申请EDI许可证存在一定不确定性,且以商业银行作为业务开展主体直接申请EDI许可证在实务操作中可能存在实质性障碍,从最严格的角度来讲,建议开展电商业务的银行在实践中审慎选择银行电商平台的运营主体。

4.2

银行电商平台开展金融营销宣传的合规性问题

近年来,规范金融营销宣传行为,保护消费者合法权益成为了实践中监管部门开展监管工作时重点关注的一环。如前所述,银行电商平台除向用户提供商品或服务外,往往亦承担着一定的反哺银行金融业务的作用。基于此,许多银行电商平台或是在平台中整合了其金融业务入口,或是以弹窗、页面广告等方式通过电商平台展开金融营销宣传。银行电商平台参与金融营销宣传已是实践中的普遍现象,相应的合规问题也应当引起充分的重视。

就金融营销相关资质而言,《关于进一步规范金融营销宣传行为的通知》(银发〔2019〕316号)明确未取得相应金融业务资质的市场经营主体,不得开展与该金融业务相关的营销宣传活动。但信息发布平台、传播媒介等依法接受取得金融业务资质的金融产品或金融服务经营者的委托,为其开展金融营销宣传活动的除外。根据上述规定,若银行电商平台由银行自行运营,则一般不存在金融营销的资质障碍,但若银行电商平台的运营主体为集团内无金融业务资质的企业或银行委托的无金融资质的第三方,则银行电商平台运营者开展金融营销宣传活动至少应依法取得银行的委托。

当前实践中以短信、电子邮件等方式发布营销宣传广告的行为较为普遍,部分银行电商平台亦存在向收集的注册用户联系方式以电子信息形式发布金融营销宣传广告的行为。就该等行为而言,根据《关于进一步规范金融营销宣传行为的通知》,以电子信息形式发布营销宣传广告应经金融消费者同意或请求,并向接收者提供拒绝继续接收的方式。对于

银行电商平台运营者而言,建议于用户注册时通过用户主动勾选《用户注册协议》《隐私政策》等相关文本的方式获得其同意,并采用回复退订等方式确保用户可实现不再继续接受相关金融营销信息。

在信息时代,平台基于用户的消费行为,往往积累了大量同用户的兴趣爱好、消费习惯等相关的数据,并可以通过技术手段基于相关数据描摹出用户的个人特征。实践中,电商平台大多存在基于该等个人特征向用户提供商品或者服务的搜索结果的情形,在这一场景下,根据《关于进一步规范金融营销宣传行为的通知》规定,平台应当同时向用户提供不针对其个人特征的选项,尊重和同等保护用户的合法权益。建议银行电商平台运营者严格依照上述规定执行,于平台中“用户设置”等相关页面中设置相应选项,确保用户可以实现针对个性化营销行为的有效管控。

4.3 银行电商业务开展中的金融数据合规问题

近年来,随着数据保护和治理的相关监管工作逐渐步入深水区,数据合规成了企业合规中绕不开的话题。电子商务平台作为通过互联网开展交易撮合业务的中间方,其业务开展过程中往往涉及到大量用户个人信息和交易数据的处理,亦因此承担了较重的数据保护义务。由于涉及到大量个人敏感信息的处理,金融行业往往是数据侵权事件发生的重灾区,金融数据安全亦受到了央行、银保监会等银行业监管部门的重点关注。

对于银行电商平台,尤其是将运营或部分服务外包由第三方提供的平台而言,其业务开展流程中往往会涉及到金融数据的处理。例如,对于在银行电商平台注册的用户,银行可能基于平台运营服务商回传的用户的使用习惯和消费习惯数据,结合既有的行内数据对用户进行分析并形成用户画像,基于用户画像针对用户开展金融营销活动,为用户推荐其可能感兴趣的商品或金融服务。对于该等金融数据的处理,往往可能对用户的个人信息权益产生一定的影响,也受到用户的普遍关注。

鉴于电商平台的业务主要系线上开展,银行电商平台运营者显然属于《中华人民共和国网络安全法》(以下简称“《网络安全法》”)规定的网

络运营者,应遵守《网络安全法》中对于数据合规的相关要求,如收集、使用个人信息经用户同意、发生个人信息安全事件时立即采取补救措施,并向有关主管部门报告等。除了数据合规应遵循的一般规定外,于2020年11月1日施行的《金融消费者权益保护实施办法》对银行处理消费者金融信息还提出了具体的合规要求,银行电商经营者在实际业务开展中亦应当遵守其中的相关规定,主要包括:

对应的数据活动	合规要求
处理(包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等)	遵循合法、正当、必要原则; 经金融消费者或者其监护人明示同意; 不得以金融消费者不同意处理其金融信息为由拒绝提供金融产品或者服务,但处理其金融信息属于提供金融产品或者服务所必需或履行反洗钱业务的除外。
收集	公开收集规则,明示收集的目的、方式和范围,并留存有关证明资料。
收集(用于营销)	提供拒绝继续接收金融营销信息的方式。
使用	公开使用规则、明示使用的目的、方式和范围,并留存有关证明资料; 按照法律法规的规定和双方约定的用途使用,不得超出范围使用; 建立以分级授权为核心的消费者金融信息使用管理制度。
存储	按照国家档案管理和电子数据管理等规定,采取技术措施和其他必要措施,妥善保管和存储。
内部控制	建立以分级授权为核心的消费者金融信息使用管理制度,根据消费者金融信息的重要性、敏感度及业务开展需要,在不影响本机构履行反洗钱等法定义务的前提下,合理确定本机构工作人员调取信息的范围、权限,严格落实信息使用授权审批程序。

此外,考虑到《数据安全法(草案)》和《个人信息保护法(草案)》均已先后公布,数据合规领域立法动作亦明显加快,央行亦通过《个人金融信息保护技术规范》(JR/T 0171-2020)《金融数据安全 数据安全分级指南》(JR/T 0197—2020)等推荐性行业标准一再重申金融数据保护的重要性,建议银行在经营电商平台过程中仍应对金融数据保护问题充分重视,并可以参照上述推荐性行业标准进行相应的金融数据合规安排。

Section 05

结语

银行电商平台作为传统金融业务同电子商务业务的交叉领域,在金融服务场景化的构建、业务模式创新等方面有其独特的发展特点,是当前各大银行业务板块中的重要一环。但在开展电商业务的过程中,银行亦应当充分认识到其作为金融与电子商务的交叉领域,在法律合规上存在一定的特殊性,梳理规划业务开展流程并做好相应的合规安排,以更好地利用电商平台带来的场景优势,推动银行业务的整体发展。



刘新宇
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3700
jeffreylieu@zhonglun.com

CHAPTER/
04

DATA COMPLIANCE
& INTELLECTUAL
PROPERTY
PROTECTION

知数 产据 保合 护规 与



新型电商的数据合规路径

作者:陈际红 蔡鹏 薛泽涵

新冠肺炎疫情不仅没有浇灭“618”“双十一”等电商节日的热情,反而加速推进企业的数字化、电商化步伐。与传统线下交易不同,电子商务基于网络技术的进步、大数据的发展以及消费升级,在消费场景端、运营端不断且快速地进行模式的演进和更新,如最近火爆的直播电商、社交电商等。与之伴随而生的,为各类合规问题,其中最为人们关切的,系电商模式下衍生出的网络安全、数据及隐私保护等合规风险。

本文旨在《数据安全法》《个人信息保护法》等草案发布的背景下,以新型电商涉及的商业模式为基础,就有关数据合规问题进行探讨。

Section 01

数据合规框架

不论是自商品服务信息发布、商品服务信息更新维护到商品服务下架等运营全流程,或者是从用户注册、用户浏览及使用到最终用户支付完成的用户体验流程,数据作为基础要素,始终贯穿于电商活动全生命周期流程中。电商平台运营,物流、信息流及资金流交叉频繁,线上及线下场景深度交织,形成诸多主体之间的数据交互关系。



从数据交互全景图中可以感知,作为电商平台运营主体,电商数据合规建设需同时兼顾面向用户、其他商事主体及企业内部的工作。电商数据合规框架需覆盖如下三个层次:

(1) TO C: 遵循国内《网络安全法》《电子商务法》《个人信息安全规范》等个人信息保护的相关规定,并参考《个人信息保护法》《数据安全法》等已公开的草案要求,结合近期工信部等执法机构针对App等载体的个人信息执法行动要求,形成面向用户个人信息收集处理的全生命周期

管理要求；

(2) TO B:包括平台服务供应商(技术&内容)、外部合作平台(如淘宝、微信)等,通过商务谈判、协议控制等方式,明确数据的商业秘密保护、竞争性财产权益及数据治理等责任边界；

(3) 内部:针对外部数据爬取、用户信息管理、数据共享、前端用户告知、新业态数据需求评估等事项,构建数据内部管理制度及流程机制。

Section 02

数据合规的重点问题

结合《网络安全法》《电子商务法》等法律法规要求,以及一系列外部执法行动的关注要点,电商企业应加强对如下业务形态的数据合规问题的关注:

- 开展社交电商,业务场景渗透至App、小程序、微信群等多种渠道；
- 串联线上线下业务场景的新零售业务；
- 利用即时推送等多途径开展的个性化营销；
- 自动化访问并获取海量网络数据；
- 与外部第三方的数据交互。

上述业务模式中存在的合规问题,主要存在于数据收集、使用、涉及第三方的数据爬取以及数据共享、数据安全等方面。以下将结合具体业务模式,分别展开相关问题的讨论。

2.1

社交电商业务场景下授权同意

自2019年起,工信部、公安部等执法机构,密集开展针对电商平台数据合规的相关执法行动,其关注重点更多在于外部易感知的、易引发用户关注及投诉的个人信息收集问题。从已公开的执法案例来看,其中不乏业内知名的购物、餐饮、直播等电商企业,问题颗粒度也渗透至数据收集最小必要性,以及数据共享、权限开启等与技术结合较深的合规问题。

序号	执法对象	执法机构	违规行为	惩罚措施	披露日期
1.	斗鱼直播等	工信部	未经用户同意,收集、使用用户个人信息	整改	2019/9/19
2.	ZAO	工信部	用户隐私协议不规范,存在数据泄露风险等网络数据安全问题	约谈	2019/9/3
3.	饿了么、网易考拉等	工信部	未经用户同意收集个人信息;未明确告知用户收集、使用信息的目的、方式和范围;误导用户同意使用个人信息	整改	2019/7/1
4.	“折疯了海淘”APP	杭州市公安局	未明示数据项采集用途,涉嫌违规收集用户信息	整改	2019/12/4

从平台治理角度考虑,鉴于目前国家监管范围已从App逐步扩展至小程序、网站、快应用等媒介,与电商投放业态高度重合,关于外部平台个人信息处理规则的设置及用户告知,保证获取用户合法有效的授权同意,应是电商企业优先处理的合规事项。一般而言,如下数据收集事项属于企业应高度关注的高风险场景:

-未设置个人信息收集处理规则(隐私政策、隐私说明等);

-规则未以突出、显著、易于感知的方式(例如弹窗、显著勾选项等),方便用户阅读及获取其明示授权同意;

-规则内未如实明示各项功能场景,以及各项场景涉及的数据范围、系统权限等,包括可能涉及的数据向第三方传输、出境的情形。

此外,需关注的是,除上述渠道外,鉴于社交电商开展的多样性及便捷性特征,数据收集还可能渗透在私域流量运营等典型场景中,例如即时通讯App群聊天或者评论等。除依靠平台自身的隐私政策外,电商企业应结合平台特征,在开展具体数据收集处理活动之前,以各种友情提示或者友好设计,引导用户阅读个人信息收集处理规则,知悉并同意规则内容,以保证数据收集场景的合规性。

2.2 新零售业务的合规风险

“新零售”业态,为目前众多企业电商化力推的业务发展模式。在该业态下,结合大数据分析、人脸识别等新技术开发应用,以用户运营为中心,利用数据优化组织和运营模式,推动线上、线下业务的无缝融合。该业态下存在的合规风险,我们简要归纳如下:

-门店的信息收集风险:线下场景信息收集的合规性问题,往往容易被忽视。如线下门店注册中的个人信息收集往往缺乏同意环节,对应的解决方案如可在门店张贴显著标识,提示用户已进入视频采集区,或者通过店员及店内消费设计,引导用户阅读数据收集处理规则等;

-“智慧门店”中生物识别信息的滥用风险:部分线下门店,会引入人工智能技术,通过采集用户生物识别信息,以推广相应的“智慧门店”建设,例如“无人店模式”。但该模式下,对于在收集用户生物识别信息前是否有特别告知环节并获取用户单独明示授权同意,仍需重点关注。目前,加拿大的信息和隐私专员已经就Cadillac Fairview公司在卡尔加里运营的购物中心未经同意使用面部识别技术开展调查。对此,电商企业仍应当在“最小、必要”的原则下,谨慎收集处理用户的生物识别信息,同时做好信息使用目的控制,防范信息安全风险;

-智能硬件的同意获取瑕疵:新零售场景中出现的例如智能收银等硬件产品,获取授权同意的场景面临合规质疑;此外,在收集完用户的消费行为数据等个人信息后,此类前端是否做到数据仅在前端存储及处理、相关数据是否会流入其他业务场景乃至其他数据处理方进行处理等,均对电商企业的数据合规及安全管理能力提出挑战。

2.3 定向营销的合规问题

竞争的加剧以及技术的演进,使得电商场景下自动化决策机制大量应用,个人信息往往会存在加剧滥用的风险。如何通过决策的透明化和结果的公正化,减轻合规风险,保护消费者的权益,一直是需要关注的核

如何通过决策的透明化和结果的公正化,减轻合规风险,保护消费者的权益,一直是需要关注的核心问题。



心问题。

依据《电子商务法》《广告法》《消费者权益保护法》《通信短信息服务管理规定》《个人信息保护法》(草案)的规定,通过网络、短信、电话、即时通讯工具等方式发送电子营销信息,对用户开展定向营销推广行为,应满足如下合规要求:

- 1) 告知用户定向推广的相关信息,并获取其授权同意;
- 2) 以显著标识展示个性化推送内容;
- 3) 为用户提供简单直观的退出或关闭个性化展示的选项;
- 4) 当用户退出或关闭个性化展示,明确表示拒绝接受个性化推荐的,不得向其发送商业性信息。
- 5) 通过自动化决策方式向信息主体进行商业营销的,应同时提供不针对其个人特征的选项。

2.4 数据爬取风险

电商企业出于了解市场及竞品情况、数据备份、监控自家投放产品动态、数据报表制定等多种目的,会采用自动化访问采集技术(如常见的数据爬虫),通过网页采集、公开或非公开API方式,从第三方平台(部分可能存在直接或间接竞争关系)爬取市场营销相关信息、报表、商品信息、媒体推广活动信息乃至含有用户个人信息的数据(例如用户评论)等。

目前国内应用自动化手段收集网站数据的现实法律风险主要体现在《刑法》对于非法侵入计算机信息系统、非法获取计算机信息系统数据、破坏计算机信息系统的刑事处罚、《反不正当竞争法》对于不正当竞争行为的管制、《网络安全法》对于干扰网络正常功能及防护措施等危害网络安全行为的监管、《数据安全管理办法(征求意见稿)》对于采取自动化手段收集数据妨碍网站正常运行的规定等。评估应用自动化技术采集网站数据的合规风险,应综合评估爬取对象(政府信息公开网站/商业性网站)、网站是否具备Robots协议或公示条款限制爬取、网站是否具备反爬措施、爬取的数据类型、爬取数据的使用目的、爬取途径(API或者页面,

API为公开/非公开等)、爬取量及频率、是否影响被爬网站的正常运行等核心因素。

考虑到数据爬取行为不仅引起监管关注,而且容易导致竞争对手的诉讼,从业务角度建议开展相应行动时,应注重考虑如下要素:

-尽可能避免爬取构成直接竞争关系的企业的平台数据,以及具有较高传播度及公众知名度的商业网站数据,以降低爬取行为可能引发的诉讼风险及社会影响。

-尽可能避免爬取平台非公开数据,或者由平台运营者设置一定要求(例如用户认证登录等)才可访问的数据(此类数据的爬取受限于用户协议或者开发者协议等契约约束)。

-控制数据爬取频率及规模。参考《数据安全管理办法(征求意见稿)》第十六条标准,数据爬取收集流量不得超过网站日均流量的三分之一。

-关注被爬取平台的动态,如已收到被爬取平台关于停止数据爬取的相关通知说明,或者被爬取平台公开登载禁止、限制数据爬取行为的,应及时采取对策,暂停数据爬取行为。

2.5 与第三方的数据交互风险

基于服务支持及提供、数据价值挖掘、数据碰撞分析等不同目的,电商企业在完成数据收集后,除本企业内部处理外,可能涉及向外部第三方共享数据。此类第三方,既包括与电商企业具有股权关联关系的企业(例如同一集团下的关联公司),也包括不存在关联关系的外部第三方(例如技术或服务提供商)等。对于电商行业而言,后者常见为物流、技术服务提供商、第三方平台供应商(微信、淘宝等)以及有关必要服务提供方(如支付、位置、分析等)。

由于数据共享涉及第三方数据合规管理,并存在数据安全管理问题,因此数据共享应作为内部管理高风险项予以规范运作。关于数据共享,应着重关注的风险问题有:

-基于不同的场景,分析共享情形导致的合规义务区别;

-识别与共享第三方的关系,确定双方数据保护的权利和责任。

-委托场景下,要确保在信息主体授权同意范围内委托。评估委托本身是否存在信息泄露风险。评估受托方,确保其足够的数据安保能力。委托过程中持续监督受托方的信息安全工作,并在侵权(风险)发生时及时补救。

-共同控制场景下,将与第三方责任约定明确告知信息主体。

-在使用第三方工具场景下,要对该工具进行技术评估,确定其是否具有直接或间接收集个人信息的能力。如SDK能收集个人信息,明示用户并就敏感信息征得同意;持续监督第三方工具是否存在违法或违约收集用户信息的行为。

-脱敏信息的管理和控制,区分不同脱敏数据性质,控制信息安全和合规风险。



Section 03

建议梳理

针对如上新型电商数据合规重点问题，建议企业在电商化转型时，应重点关注以下合规工作要点：

环节	主要问题	合规要点
数据收集	<ul style="list-style-type: none"> -有无个人信息收集规则，规则呈现形式及内容详尽程度是否符合当前个人信息保护相关法律法规要求以及监管实践（当前的电商平台多数以APP/小程序等线上形式呈现，部分新零售模式下的电商业务还需注意线下场景中授权同意的取得）； -是否已取得用户授权同意，是否针对不同的应用场景满足相应的授权同意要求（例如拼团型、分销型电商平台内将用户数据用于市场营销场景时的明示同意）； -是否遵循最小必要原则收集个人信息（电商因类型、模式较多，因此各平台的功能不同，例如导购型平台与直销型平台的服务及功能存在较大差异，平台是否根据自身业务需要而收集个人信息）。 	<ul style="list-style-type: none"> -根据电商的类型特质，结合自身的商业模式和业务特点制定个性化的隐私政策，保证规则内容和呈现形式的合规性、获取用户授权同意的合规性等。
数据使用	<ul style="list-style-type: none"> -是否按照法律规定及与用户的约定（个人信息收集处理规则）等如实使用所收集的个人信息，未超出约定范围使用； -对于画像分析、个性化展示等高风险使用场景，是否满足相应的合规要求（电商业务中，用户需求、浏览习惯、搜索偏好等特征尤为重要，画像分析和个性化展示是常见的数据使用场景）； -是否存在非法交易数据等违法使用场景（电商平台现有模式下，流量和数据更是重要资源，容易引发非法牟利行为）。 	<ul style="list-style-type: none"> -超范围收集个人信息时，应及时告知用户并另行征得用户的授权同意； -注意市场营销场景下用户画像的使用限制以及个性化展示的合规要求，提供不针对用户个性化特征的选项并允许其随时退出。
数据管理	<ul style="list-style-type: none"> -是否保障数据主体享有法律法规约定的权利（查看、更正、删除个人信息权利、注销账户等），实践操作与约定是否相符（电商APP端用户行权的保障）； -是否已采取相应技术措施防止个人信息被非法拷贝、丢失或者盗窃； -是否基于必要原则和最小原则，做好对个人信息内外部访问权限的管控； -是否做好事件发生后告知相关用户、风险管控以及报告主管机关的应对措施；是否制定个人信息安全事件应急预案（部分电商平台因其社交的属性，使得相关平台积累了巨大的流量和庞大的用户群体，例如直播电商平台下产生的即时流量，内容电商平台下积累的流量；一旦发生数据泄露等个人信息安全事件，影响范围广泛）。 	<ul style="list-style-type: none"> -应根据电商平台自身的特点（例如团购性平台、内容型平台等、导购型平台在流量获取方式、商业模式等方面的不同），制定个性化的数据管理内部规则和风险应对措施，规范数据管理行为同时防范风险。

环节	主要问题	合规要点
数据流转	<ul style="list-style-type: none"> -会与谁共享个人信息(包括委托处理及合作共享);共享个人信息的方式是否安全;相关用户是否知道上述个人信息共享场景及相应安全措施; -是否与相应数据合作第三方签订数据处理协议,以厘清双方在数据保护及合规处理方面的责任义务(例如导购型社交电商平台与第三方平台的数据合作时的数据收集问题等); -是否存在跨境传输场景,所涉的个人信息是否为不可跨境传输的信息类型; -对于数据接收方是否做到审慎评估对方数据保护能力(例如跨境电商平台的服务器部署,以及在主播在境外“扫货”时开启直播是否涉及数据的跨境传输问题等)。 	<ul style="list-style-type: none"> -在隐私政策中明确写明数据共享的主体、目的、范围等信息并征得用户的同意; -电商平台运营中,涉及较多与第三方平台合作的问题,因此签订相关数据协议是数据合规的必要举措。

Section 04

结语

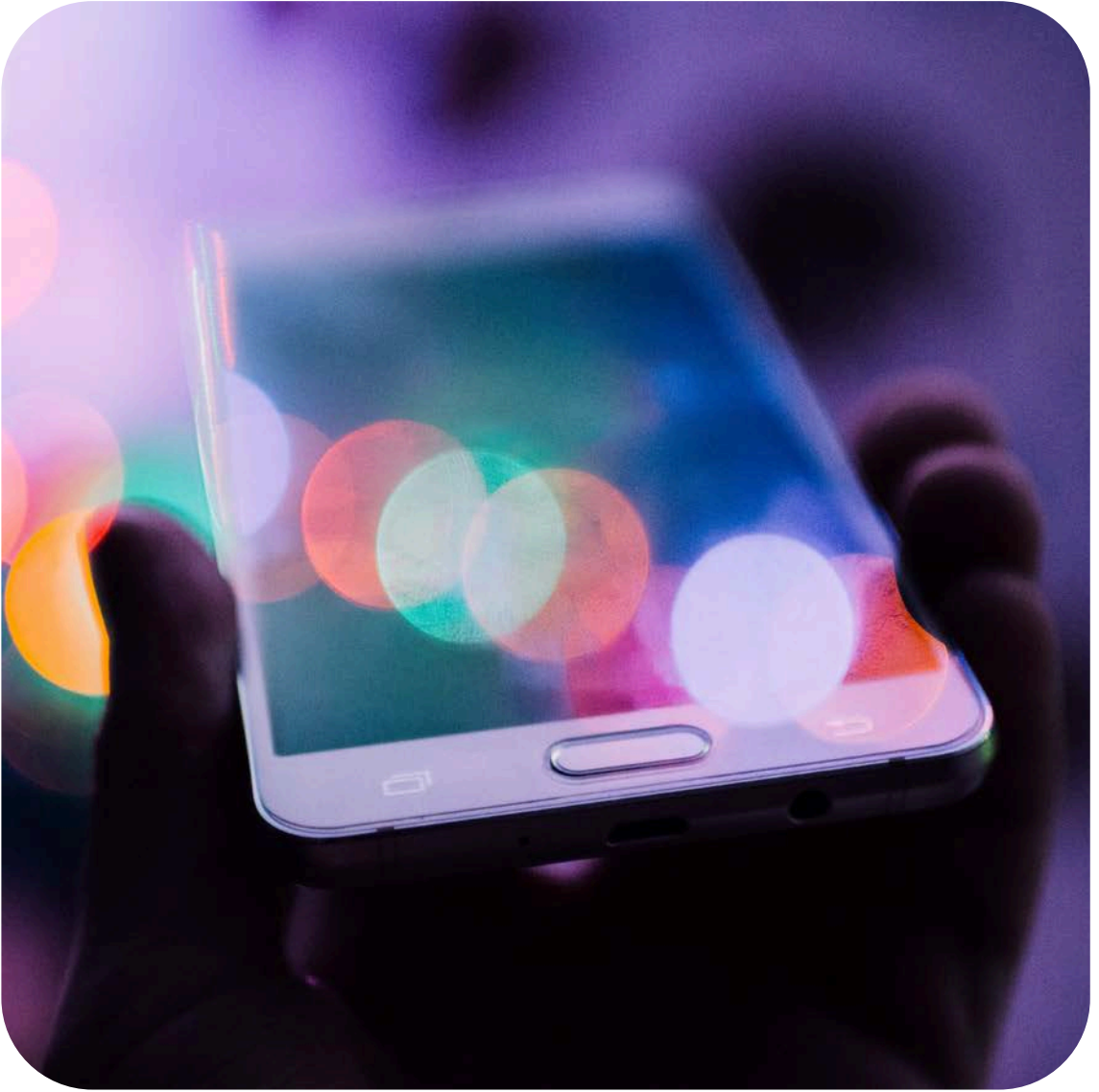
在新型电商场景下,企业面临的诸多合规问题亦是当下监管的重点问题。考虑近年来对于数据保护的频繁立法,以及执法机构的从严趋势,重视并解决数据和隐私风险是企业数字化转型中的应有之义。当然,日趋激烈的商业竞争环境,也给企业带来发展过程中的合规困惑。如何处理好数字化商业转型与监管红线冲突,找到合理解决机制,是摆在电商企业面前的一道核心命题。



陈际红
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2003
chenjihong@zhonglun.com



蔡鹏
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2786
caipeng@zhonglun.com



电商平台知识产权维权策略

作者：舒海 桂爽

近年来,随着互联网的飞速发展,网络购物越来越便捷,电子商务呈现迅猛发展的态势,市场规模不断扩大,消费群体持续激增。但随之而来的,是层出不穷的知识产权问题——未经授权使用受版权保护的图片、擅自使用他人的注册商标、仿冒他人有一定影响力的商品包装装潢等等,这些侵权现象使得权利人头疼不已。本文从权利人角度,初步梳理权利人针对电商平台出现的知识产权侵权现象可采取的维权措施,以期给权利人列明维权路径,便于权利人选择最优维权方式来维护其合法权益。

Section 01

发现侵权行为, 维权有几招?

由于侵权成本低、侵权行为简单易行, 导致电子商务领域侵权现象屡见不鲜, 既有大规模的擅自使用知名商标, 也有抄袭少量图片、文案的情况。针对各式各样的侵权情况, 权利人可以根据实际需求采取以下一种或几种维权措施:

1.1

电商平台投诉

如果侵权行为比较明显, 认定比较简单清晰, 但侵权后果不是特别严重, 或者侵权方只是个人或规模不大的公司, 权利人从维权成本考量, 可以选择先向侵权行为所在平台进行投诉, 按照电商平台投诉指南线上提交相关材料, 要求平台方对侵权行为采取行动。

1.2

向侵权方发送公司函件或律师函

如果向平台投诉反馈较慢或没有成效, 权利人也可以考虑向侵权方发送维权函件, 通过书面文件的形式明确告知对方侵权事宜及权利人的要求。函件可以以权利人的名义发出, 也可委托律师, 以律师函形式发出。尤其是律师函虽无强制力, 但一定程度上可以起到威慑的作用; 而且该等列明侵权行为的书面材料, 也可以作为后续诉讼中的证据使用, 来佐证侵权方对侵权行为的明知, 如在明知情况下仍继续侵权足见其主观的恶意。

1.3

向行政部门进行投诉举报

除了通过自力救济外, 权利人也可以借助公权力来进行维权。例如权利人发现有侵权方未经授权销售使用了权利人注册商标的产品, 此时权利人可以请求侵权行为地市场监督管理部门进行查处, 如经处理认定侵

权行为成立的,市场监督管理部门会依法做出责令立即停止侵权行为,没收、销毁侵权商品和主要用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具、没收违法所得、罚款的决定。

在实践中,市场监督管理部门开展查处时大多会要求权利人提供侵权方具体线下地址,如存放侵权产品的线下仓库地址或线下门店等,如无法获知具体地址或市场监督管理部门前往调查时未发现侵权产品或侵权行为的,则执法机关可能无法做出相应的处罚决定。

1.4 提起民事诉讼

对于侵权获利较多、情节较为严重的侵权行为,权利人可以考虑通过司法渠道,对侵权方提起民事诉讼。民事诉讼是较为常见的维权措施,虽然其耗时较长,且其中涉及的流程、要求也较为繁琐,但如能拿到胜诉判决,不仅有利于从根源上遏制侵权方的侵权行为,也可以通过生效的法律文书形式证明权利人所享有的权利,从而对其他侵权方起到威慑作用,同时,权利人也可通过民事诉讼获得相应的赔偿金,从而加大侵权方的成本。

1.5 刑事保护

如侵权行为情节严重、违法所得金额较大,且权利人希望将侵权行为定罪入刑,以刑事手段威慑其他侵权方,此时可以考虑基于侵权人触犯侵犯知识产权罪的名义要求刑事保护。

但我国知识产权侵权行为刑事追究门槛较高,针对的侵权情况较为有限,例如就商标侵权而言,目前只考虑在同一种商品上使用与权利人注册商标相同商标的行为,对于近似情况一般难以通过刑事手段解决。此外,调查成本也是需要考虑的重要因素。因此,需具体结合案件情况判断是否满足刑事保护的需求。

上述五种方式都是针对电商领域知识产权侵权行为权利人可选择的

维权措施,考虑到平台投诉及民事诉讼是实践中更为常见的手段,我们将在下文具体介绍这两种维权手段具体的方式及权利人需特别关注的内容。

Section 02 电商平台投诉,到底如何操作?

《电子商务法》第四十一条规定,电子商务平台经营者应当建立知识产权保护规则,与知识产权权利人加强合作,依法保护知识产权。第四十二条到第四十五条¹明确列明知识产权权利人投诉的方式及平台应遵循的处理流程,简而言之即权利人通知平台——平台收到通知应立即采取必要措施并转达经营者——经营者收到通知可以出具不侵权声明——平台收到声明转达权利人,若15日内未收到权利人起诉的通知则终止所采取的措施。

目前阿里、京东、小红书、拼多多等各大电商平台都在不断重视知识产权保护,加大知识产权侵权的打击力度,分别设置了相关投诉渠道、提供相应操作指南,以便权利人维权。笔者将目前主流的4大平台(阿里、京东、小红书、拼多多)中知识产权维权相关信息整理如下表,权利人可参考具体流程进行线上投诉,从而达到维权目的。

	阿里巴巴 (淘宝、天猫、1688)	京东	小红书	拼多多
侵权投诉平台/规则	https://qinquan.taobao.com/info-Content.htm?skyWindow-Url=rules/info-cn	https://help.jd.com/user/issue/343-4122.html	http://www.xiaohongshu.com/content_dispute	https://ipp.pinduoduo.com/cpp/index
初步证明材料	1) 投诉人身份材料(个人用户提供有效身份证明;企业用户提供企业营业执照);	1) 投诉人身份证明文件 (a) 按要求填写权利人具体的身份信息和联系信息,并提交	1) 投诉人身份证明文件 2) 委托证明文件 3) 权属证明文件	按照流程完成身份信息注册及知识产权证明材料审核后: 1) 登录知识产权保护系统,选择“去投诉”;

1.第四十二条 知识产权权利人认为其知识产权受到侵害的,有权通知电子商务平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据。

电子商务平台经营者接到通知后,应当及时采取必要措施,并将该通知转送平台内经营者;未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。

因通知错误造成平台内经营者损害的,依法承担民事责任。恶意发出错误通知,造成平台内经营者损失的,加倍承担赔偿责任。

第四十三条 平台内经营者接到转送的通知后,可以向电子商务平台经营者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据。

电子商务平台经营者接到声明后,应当将该声明转送发出通知的知识产权权利人,并告知其可以向有关主管部门投诉或者向人民法院起诉。电子商务平台经营者在转送声明到达知识产权权利人后十五日内,未收到权利人

人已经投诉或者起诉通知的,应当及时终止所采取的措施。

第四十四条 电子商务平台经营者应当及时公示收到的本法第四十二条、第四十三条规定的通知、声明及处理结果。

第四十五条 电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者侵犯知识产权的,应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施;未采取必要措施的,与侵权人承担连带责任。

	阿里巴巴 (淘宝、天猫、1688)	京东	小红书	拼多多
	<p>2) 权利证明,即对应的商标权、专利权、著作权等有效权利证书; 若不是知识产权所有人,还需要提供: - 知识产权所有人身份材料 - 知识产权所有人签发的授权委托书 3) 提交相应的侵权商品和信息所在的链接,并告知对方侵权的理由。</p>	<p>权利人身份主体证明; (b) 委托代理人投诉的,代理人需出具代理人身份主体证明、权利人的授权委托书,授权委托书应包含授权知识产权维权投诉等相关内容、权利人的签字并加盖其法人公章或其自然人签字。 2) 按照维权系统的要求填写权属信息并提供相关证明文件; 3) 在维权系统中提交有效的侵权通知,通知应当包括构成侵权的初步证据(涉嫌侵权商品的具体商品链接+涉嫌侵权商品侵犯上述知识产权的具体内容和理由,并写明诉求)。</p>	<p>(a) 著作权:著作权登记证书、创作手稿、作品发表时间证明、认证机构出具的权属证明以及取得著作权权利的合同等; (b) 商标权:商标注册证、商标许可合同; (c) 专利权:专利证书、专利的权利要求与说明书等 4) 要求冻结、屏蔽、删除的侵权链接的准确名称、网页截图及在小红书上的链接地址 5) 联系方式</p>	<p>2) 选择对应的商标权(仅能选择已经通过平台审核备案的商标权); 3) 选择对应的投诉理由; 4) 填写对应的侵权商品链接; 5) 对侵权事实进行说明; 6) 填写电子邮箱信息,该信息将披露给被投诉方; 7) 上传对应的侵权举证材料。</p>
流程	<p>1) 注册成为阿里巴巴知识产权保护平台会员 2) 明确要保护的知识产权 (a) 上传身份证明材料; (b) 上传权利证明材料(材料一经确认,在有效期内无需重复提交) 3) 明确侵权信息 (a) 选择要投诉的涉嫌侵权的商品/店铺所在的平台,提交相应的侵权商品和信息所在的</p>	<p>1) 注册成为京东知识产权维权平台会员; 2) 上传身份证明材料和权利证明材料(京东形式审核); 3) 在维权系统中提交有效的侵权通知,通知应当包括构成侵权的初步证据(涉嫌侵权商品的具体商品链接+涉嫌侵权商品侵犯上述知识产权的具体内容和理由,并写明诉求); 4) 通知被投诉人在收到投诉</p>	<p>1) 权利人发起书面投诉(提交《侵权投诉通知书》及初步证明材料); 2) 小红书形式审核; 3) 通知被投诉者并采取冻结、屏蔽涉嫌侵权链接措施; 4) 被投诉者可提交申诉材料,小红书转达权利人; 5) 转达后15日内,未收到权利人已经起诉或者起诉通知的,可及时终止所采取的措施。</p>	<p>1) 注册拼多多知识产权保护平台登录账户; 2) 注册成功后,提交知识产权证明材料(著作权、商标、专利)及授权; 3) 证明材料审核通过后,发起投诉; 4) 等待平台处理及反馈; 5) 收到被投诉方提供的不侵权声明,若不认可,可在声明到达日起15日内上传向有关部门投诉或向人民法院起诉的通知,否则平台将解除针对该商品</p>

	阿里巴巴 (淘宝、天猫、1688)	京东	小红书	拼多多
	<p>链接,告知对方侵权的理由; (b)一旦投诉成立,平台会移除侵权链接并通知对方,若对方申诉,其申诉内容也会转送给权利人以便作出回应。</p>	<p>通知的1-3个工作日内提交申诉; 5) 被投诉人提交了不存在侵权行为的声明及初步证据的,平台方依法将该声明及初步证据转送给发出通知的投诉人,投诉人可以在收到被投诉人反通知材料的15天内向有关主管部门投诉或者向人民法院起诉; 6) 通过系统转送声明到达知识产权权利人后15日内,未在知产维权系统中收到权利人已经投诉或者起诉通知的,有权及时终止所采取的措施;收到权利人已经投诉或者起诉通知的,将对被投诉链接保持之前已经采取的措施。</p>		<p>已采取的的处理措施。若认可,请点击‘认可声明’,平台将解除针对该商品投诉已采取的处理措施。</p>
联系方式	<p>如不想采用上述知产纠纷解决机制,而需要在投诉后进一步以向有权机关投诉、司法机关起诉的方式来解决本次知识产权争议的,请通过邮箱进行投诉,即:将投诉通知及构成侵权的初步证据发送至 ipr@alibaba-inc.com 邮箱。</p>	/	<p>关于社区用户或笔记侵权,请将侵权投诉通知书及初步证明材料发送至 shuduizhang@xiaohongshu.com; 关于商城商品或服务侵权,将侵权投诉通知书及初步证明材料发送至 qinquan@xiaohongshu.com。</p>	/

Section 03

民事诉讼, 具体有几步?

民事诉讼在遏制侵权行为的众多手段中, 不仅有利于从根源上制止侵权, 而且取得的生效判决具有示范效应, 对于其他潜在的侵权人也具有一定的威慑力。此外, 通过主张赔偿, 权利人还可以通过民事诉讼弥补自身因遭受侵权而蒙受的损失。当然, 启动民事诉讼需要将原被告主体、管辖法院、证据搜集等诸多要素考虑在内, 且这些要素会互相影响, 更加需要专业律师主导民事诉讼的整个过程。

3.1

原告的选择

无论是商标、版权还是专利, 相应的权利证书(如商标注册证)已经明确将权利人白纸黑字写得清清楚楚, 乍看之下民事诉讼过程中的原告并没有选择的空间。然而, 由于知识产权许可在实践中普遍存在, 对应的诉权同样可以委托给被许可人, 因此, 尤其是在涉外案件中, 原告的选择实际上颇有门道。

国内的知识产权立法初步完成于上个世纪90年代, 而知识产权诉讼直到2000年前后仍是新鲜事物。在当时的时代潮流下, 如果权利人是涉外主体, 以该主体为原告直接提起民事诉讼是较为普遍的做法。一方面权利主体明确, 容易审查, 可以避免在案件审理过程中就诉权问题产生争议, 另一方面顺应了我国当时彰显对知识产权之重视的需求, 尤其是体现对尊重国外当事人知识产权的需求。21世纪初, 北京的几起国外奢侈品打假案件, 在审理后就得到了极为广泛的宣传, 当事人不仅保护自己的权利, 甚至通过这样的案件宣传了其品牌及其保护品牌的决心。

随着司法实践的发展, 涉外诉讼越发普遍, 其审限更长、审查更为复杂的特点逐渐暴露。相比于非涉外案件的严格审限, 涉外案件审限宽松, 可能会导致侵权行为不能得到及时制止的后果; 而法院对于委托手续等材料的严格审查, 甚至会使得案件在立案阶段即遇到一些障碍; 另外在

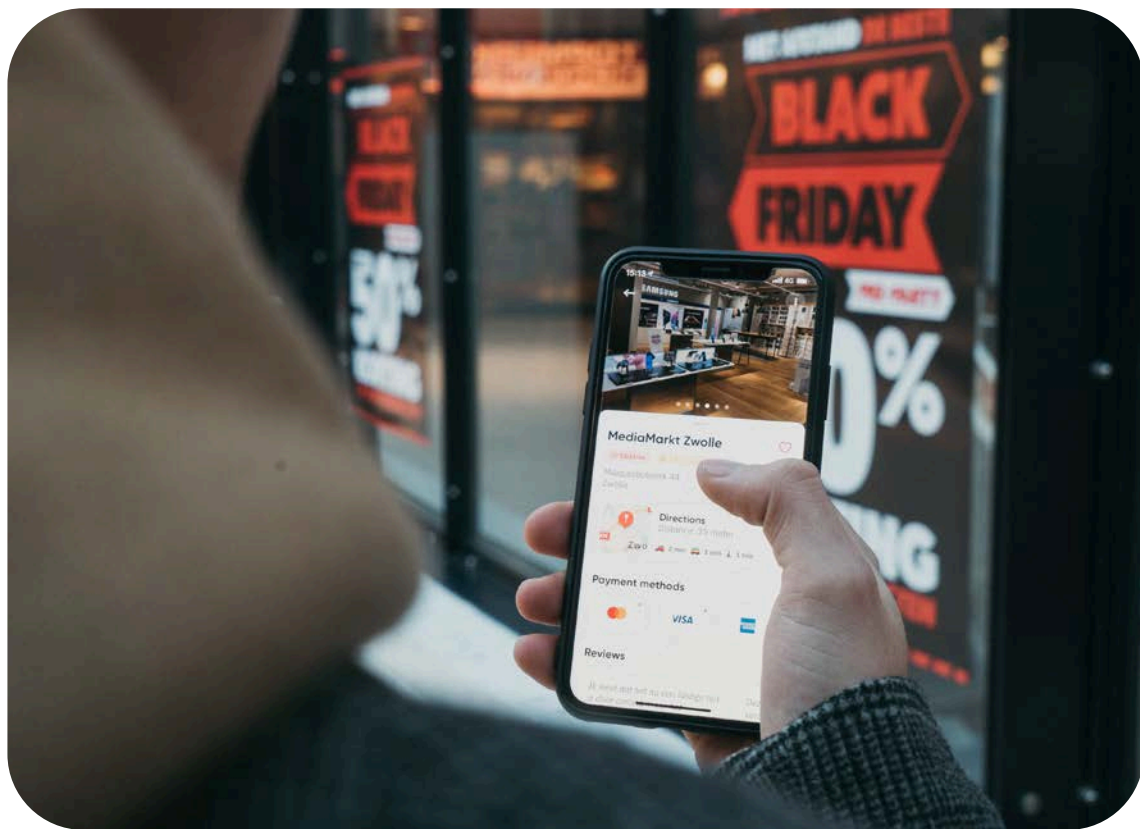
执行阶段,如原告为国外公司,执行款的支付安排也会存在一些不便之处。在此情形下,不少国外公司开始通过其设立在国内的关联公司以被许可人的身份提起诉讼,以规避上述问题。

3.2 被告的选择

同样的,被告的选择乍看之下似乎也是个伪命题,肯定谁是侵权人谁就是被告。然而,实际上在选择被告这个问题上,需要有赖于对侵权人的深入调查和挖掘。随着侵权人愈加狡猾、善于通过公司架构等各种手段将实际侵权人隐藏到幕后,这种对被告的挖掘,无论从打击侵权行为还是获得赔偿的角度,都显得至关重要。

实践中,侵权产品的品牌方、生产商(包括定牌加工方和实际制造方)、销售商大多时候是不同的主体。电商平台侵权店铺的运营者一般仅是销售商,如仅将其告上法庭,一方面其很可能仅需就该店铺销售情况承担责任,另一方面销售商在诉讼中常见的做法就是提交第三方供应商的合同,以其商品来源合法为由主张不承担赔偿责任,这不仅不利于抓出核心侵权方、彻底解决侵权行为,也不利于原告获得损害赔偿。但从另一个角度看,如果将所有发现的涉嫌侵权行为主体一股脑的诉至法院,也并非上策。由于其中的一些主体,尤其是诸如小规模生产商这类主体,往往可能是打一枪换一个地方的小作坊,从司法程序中文书送达、法院传唤的便利性角度,以及通过这类主体获赔可能性的角度综合考虑,将这类主体诉至法院可能反倒弊大于利。除此之外,被告的选择还与诉讼管辖直接相关,不同地方法院对知识产权案件的裁判态度、赔偿尺度等均有不同,如在有多项选择的情况下,可以通过选择被告将管辖确定在对原告更为便捷、有利的法院。由此可知,被告的选择还是需要结合实际侵权情况、涉及具体侵权主体、各主体规模、侵权责任承担、管辖法院等多个因素来综合考量。

除上述考虑因素外,通过挖掘被告,精确打击侵权行为的幕后黑手,是每个权利人最为期盼的。然而,现在很多侵权人也会通过各种方式规



避风险、逃避责任。其中，一种较为常见的情况，就是侵权行为的实际操作者通过成立一家空壳公司实施侵权行为。如果仅以该公司为被告起诉，虽然拿到胜诉判决并不困难，但是权利人的获赔难以执行，而侵权人也容易改头换面，另开设新的公司再次实施侵权行为，此种情况下就需要将矛头直指空壳公司幕后实际控制人，将其也列为被告，从而直接承担相应的责任。

2. (2017)沪73民初471、472号；
(2018)沪民终285号、286号。

本团队在代理“滴露案”²(上海知识产权法院2018年十大案例之一)过程中，即通过深入的调查、挖掘和取证，发现被告公司的某自然人股东才是实施侵权行为的幕后黑手，其以个人名义在中国申请了侵权商标，并且设立了一家与原告商标近似字号的英国公司打造虚假授权链，因此本团队将该自然人也列为被告诉至法院。案件审理过程中，通过证明该自然人的众多恶意行为以及其深入参与侵权产品生产、销售全过程的事实，本团队最终成功说服法院，使得该自然人承担了相应的法律责任。

3.3 管辖的确定

在确定被告后,根据被告住所地可以大致圈定可以选择的管辖法院。但是由于不同地域的法院,对于知识产权案件的审理经验有着较为明显的差异,且不同地域的法院对于某些尚存争议的法律问题可能存在偏向性的意见,因此在确定管辖时,还是需要结合实际案情和各地法院对涉案问题的态度,挑选对原告较为有利的法院。例如对于网购收货地是否可以作为知识产权案件管辖地的问题,不同法院在不同时期有着相反的观点。早年间,大多法院基于《民事诉讼法》³第二十三和二十八条、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》⁴第二十、二十四和二十五条规定,认为网购收货地可以作为知识产权侵权案件的管辖权连接点。然而这一标准,导致了一些权利人为了拉管辖随意选择网络购物收货地,使得知识产权案件的管辖地缺乏明确性、稳定性,管辖制度一定程度上被架空。因此,从2017年左右,最高院在相关案件⁵中又逐渐明确,原告通过网购方式购买被诉侵权产品,收货地不宜作为管辖权的连接点。但考虑到目前并没有具体的法律法规或司法解释给予此问题一个明确的答复,在起诉时还是建议结合不同地区不同法院对此问题最新的观点来进行判断选择。

同时,在选择管辖的时候尽量避免案外因素的影响。例如,如果被告在当地是纳税大户或有较大的影响力,若在被告所在地起诉可能会在一定程度上增加原告胜诉的难度。

除上述因素外,案件的执行,尤其是财产保全是否便利,也是选择管辖法院需要重点考虑的因素。为避免被告在诉讼过程中转移财产,使得权利人即便拿到胜诉判决也较难执行的情况,一般在立案的同时建议向法院提交财产保全申请书,尽量查封冻结被告相应款项以备执行之需。但各地法院对是否同意在开庭审理前就裁定保全被告财产、是否愿意协助查询被告财产线索,以及是会冻结整个账户还是仅冻结查到的余额,态度及尺度均有区别。例如本团队之前代理的某知识产权侵权案件中,

3.《民事诉讼法》第二十三条:因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

4.《民事诉讼法》第二十八条:因侵权行为提起的诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第二十条:以信息网络方式订立的买卖合同,通过信息网络交付标的的,以买受人住所地为合同履行地;通过其他方式交付标的的,收货地为合同履行地。合同对履行地有约定的,从其约定。

第二十四条:民事诉讼法第二十八条规定的侵权行为地,包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

第二十五条:信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地,侵权结果发生地包括被侵权人住所地。

5. (2016)最高法民辖终107号; (2018)最高法民辖终93号; (2019)最高法知民辖终66号。

法院裁定财产保全,我们也提供了被告支付宝账户供执行局冻结,但执行局最终仅就该支付宝账户在执行当天的余额进行了冻结,并未冻结整个支付宝账户,使得被告仍可继续使用该账户且后续进入该账户的钱款也不会再冻结,这对原告来说是十分不利的。因此在有选择的情况下,尽量挑选财产保全和执行流程较为便利的法院是大有裨益的。

随着知识产权法庭在全国各地的普遍设立,在选择管辖时,原告的选择自由度进一步得到增加。举例而言,发生在江苏南通的商标侵权案件,在诉讼标的达到300万元的情况下应由苏州知识产权法庭审理,而发生在江苏扬州的商标侵权案件,在诉讼标的达到200万元的情况下应由南京知识产权法庭审理。这种跨区管辖制度,使得当事人可以灵活选择更加有经验的法院,这在一些疑难案件中,对于案件走向至关重要。

3.4 证据的收集

在知识产权案件中,证据的收集和梳理往往是一个难点。权利证据方面,版权案件中涉及作品的创作过程和独创性的证明,商标案件涉及商标的知名度的证明,专利案件则涉及到技术方案新颖性的证明。侵权证据方面,为了证明侵权的时间、规模、获利等,则更需要着重挖掘相应的证据。本团队在立案时,曾遇到立案庭法官笑称:“看你拿了这么多证据,就知道是个知识产权案件”。

在搜集权利证据的过程中,需要专业律师与当事人进行高效的互动,从业务部门或者研发部门取得必要的权利证据,尽量做到充实完整。同时,关于侵权证据的取得,不仅需要通过对侵权门店或者网店的调查、公证等措施取得充足的表面证据,而且需要与法官有效沟通,通过取得调查令,向开设侵权门店的商场调取财务账册或者向天猫等网络平台取得交易记录,以掌握更有利的侵权数据,便于赔偿金额的计算和主张。

3.5

上述因素的综合考量

如果说单独考量上述各方面因素已经较为复杂,那么更为严峻的挑战则是上述因素时常相互影响,需要进行一定的衡量和取舍。以下是当事人、管辖、证据几个因素相互影响的几种常见情况。

3.5.1 原告选择与证据收集的交叉

如前所述,原告的选择多数时候是在外国权利人及其国内被许可人中进行选择。虽然选择国内被许可人目前而言有其便利之处,然后,商业实际中,国内被许可人往往不会是作品的创作者或是技术方案的研发者,这也会对国内被许可人的举证难度有所提升。

这一问题在商标案件中尤为显著。即国外权利人通过长期经营积累了良好的商誉,获奖无数,被广泛的宣传、报道,其财务账册也更加容易证明涉案商标的知名度。而与之对应的国内被许可人则相对默默无闻,且财务账册体现的商业规模有限。在此情形下,就会出现从程序角度选择国内被许可人更优,而从证据角度选择国外主体更优的局面。

3.5.2 原告选择与管辖确定的交叉

如前所述,管辖的确定通常考量的是法院的经验以及司法观点因素。然而,某些情况下,管辖的确定也与原告的选择相关。很多情形下,如果管辖法院可以选定在原告的住所地或其分支机构的住所地,不仅便于文书的送达,而且更容易通过原告在当地通过长期经营建立起的声誉,使法官形成对原告有利的心证。在选择原告时,考虑这一因素不仅是国外公司的常见做法,而且也越来越多的被国内公司接纳。比如某从事即时通讯软件和游戏软件开发的知名国内公司,在国内提起诉讼时,通常会将在管辖地的子公司或其他关联公司,作为被许可人列为共同原告。

3.5.3 管辖确定与证据收集的交叉

管辖的确定有时也需将证据收集方面的需求纳入考量范围。最常见的情况是,部分法院对于开具调查令较为保守,或者对于通过调查令取得的证据,在证据开示程序上极其严苛。上述情况对于原告取得侵权人的财务账册或者取得相应证据后的举证会有一些的不利影响。而与之相应的,一些对于权利人更加友好的法院,甚至可以通过证据保全的形式,由执行庭法官亲自帮助权利人取得相应的证据。因此,从举证角度考量管辖在一些对证据依赖度较高的知识产权案件中就显得尤为必要。

综合以上几方面,不难看出相较于一般的民事诉讼,知识产权民事诉讼是极其特殊的。为了更好的保护自身权利,权利人在诉讼过程中需要慎之又慎,综合考量一系列因素及这些因素的互相影响,以使民事诉讼取得尽可能良好的效果。

Section 04 结语

虽然电子商务平台的侵权行为屡见不鲜,但随着国家对知识产权的愈发重视、广大消费者保护知识产权的意识不断提升,权利人可采取的维权方式、维权的成效相较过往均有了实质的增多和提升。了解各种维权策略将有利于权利人基于实际情况,选择最为契合实际的渠道。本文所列的维权方式并不能囊括所有,但希望为知识产权权利人提供参考,从而更加合理有效的维护自身权益。



舒海
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3650
michaelshu@zhonglun.com

CHAPTER/
05

CROSS-TERRITORY
E-BUSINESS

跨境电商问题



跨境电商零售进口 之海关监管及企业合规探讨

作者:岑兆琦 张玥 黄锦翔

Section 01

跨境电子商务概述

1. 数据来源：国务院新闻办公室2020年1月14日新闻发布会。

跨境电子商务(以下简称“**跨境电商**”)属于国际性商业活动,其交易主体分属在两个甚至更多不同的关税区,通过跨境电子商务平台达成交易、进行支付结算,并通过跨境物流送达商品以完成交易。作为顺应信息经济发展的产物,跨境电商改变了传统的面对面交易和纸质文件交流模式,交易流程趋于无纸化与数字化。而通过互联网进行信息传输与共享则更是造就了跨境电商的实时性与交互性。随着数据与信息交换标准化进程的不断推进,跨境电商正在逐步消除国别与地区的限制,开放性与无地域性亦已成为跨境电商的特点。

近年来,作为外贸新业态的跨境电商持续保持蓬勃发展的态势,2019年中国通过海关跨境电子商务管理平台进出口达到1862.1亿元,较2018年增长38.3%。¹自2015年在杭州试点设立首个跨境电子商务综合试验区以来,中国通过先后五批次已共计在105座城市设立跨境电子商务综合试验区,引导跨境电商在全国范围的有序发展。从试点到普惠,均体现了国家政策对跨境电商行业的利好。此外,《电子商务法》所释放的促进跨境电商发展的积极信号,亦表明政府及立法机构对跨境电商的基本态度。

跨境电商作为一种“互联网+”时代下,传统贸易模式与互联网产业创新结合而发展出来的一种新业态、新模式,牵涉海关、外汇管理局、市场监督管理局、央行等诸多行政主管部门,亦涉及不同国家的法律适用和国家主权利益的维护。有鉴于此,本文将着重关注跨境电商零售进口之海关监管问题,并为相关参与企业提供相应的合规建议。

Section 02

跨境电子商务零售进口之海关监管体系

目前而言,中国的跨境电商零售进口,主要是指境内消费者通过跨境电商第三方平台经营者(以下简称“跨境电商平台”)从境外的跨境电商进口经营者(以下简称“跨境电商企业”)处购买商品,并通过“直购进口”(海关监管代码9610²)或“网购保税进口”(海关监管代码1210³)运递入境的消费行为。

2.1 跨境电商零售进口政策沿革

中国的跨境电商零售进口政策自2012年实施至今已逾8年,从萌芽探索步入成熟实践,大致可分为如下几个阶段:(1)试点探索阶段(2012.12-2016.04);(2)“四八”新政阶段(2016.04-2016.05);(3)过渡期阶段(2016.05-2018.12);(4)现行政策阶段(2019.01至今)。

第一,试点探索阶段。以2012年12月海关总署和国家发改委批准首批五个试点城市(郑州、上海、重庆、杭州、宁波)作为起点,再到2015年3月,杭州设立首个跨境电子商务综合试验区,试点探索阶段内,海关总署推出了“直购进口”和“网购保税进口”两大海关监管模式,并着手推行订单、支付单、物流单的“三单印证比对”工作⁴。同期,国家外汇管理局⁵、原国家质检总局⁶亦出台了相应的试点政策,支持跨境电商进口发展。在税收层面,本阶段内跨境电商零售进口商品均按个人物品征税,即征收行邮税。行邮税共设4档税率,分别为10%、20%、30%和50%,其税率普遍低于同类进口货物综合税率。⁷

第二,“四八”新政阶段。所谓“四八”新政,即2016年4月8日生效实施的《关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知》⁸,其规定跨境电商零售进口商品不再依据个人物品征税,而是以货物进口征税(即包括关税、增值税、消费税),同时规定了个人单次2,000元、年度20,000元人民币的交易限额。限额内跨境电商零售进口商品的关税暂设为0,增值税和消费税

2.参见海关总署公告2014年第12号——关于增列海关监管方式代码的公告。

3.参见海关总署公告2014年第57号——关于增列海关监管方式代码的公告。

4.参见海关总署公告2014年第56号——关于跨境贸易电子商务进出境货物、物品有关监管事宜的公告。

5.参见国家外汇管理局相关文件:(1)支付机构跨境电子商务外汇支付业务试点指导意见(汇综发[2013]5号);(2)关于开展支付机构跨境外汇支付业务试点的通知(汇发[2015]7号)。

6.参见原国家质检总局相关文件:(1)关于进一步发挥检验检疫职能作用促进跨境电商电子商务发展的意见;(2)关于加强跨境电子商务进出口消费品检验检疫监管工作的指导意见(国质检检[2015]250号)。

7.行邮税还享有一定的免税额,即对货值在5000元人民币以下的随身行李、税额在50元人民币以下的邮递物品予以免征。

8. 参见财政部、海关总署、国家税务总局关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知(财关税[2016]18号)。

9. 参见财政部、发展改革委、工业和信息化部、生态环境部、农业农村部、商务部、人民银行、海关总署等公告2018年第157号——关于调整跨境电商零售进口商品清单的公告。

10. 参见商务部、发展改革委、财政部等关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知。

11. 参见财政部、海关总署、国家税务总局关于完善跨境电子商务零售进口税收政策的通知(财关税[2018]49号)。

12. 参见海关总署公告2018年第194号——关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告。

则按法定应纳税额的70%征收。同时,国家财政部、海关总署等主管部门分两批发布《关于公布跨境电子商务零售进口商品清单的公告》,从监管的角度提出更高层次的要求,如网购保税商品“一线”进区时需按货物核验通关单、部分特殊商品进口需办理注册或备案等许可证件。由于许可证件无法在短期内获取,通关单、许可证件政策下导致进口订单锐减,“四八”新政对于跨境电商零售进口产生了巨大冲击,跨境电商平台出现了大面积的断货情况,众多跨境电商企业的经营活动陷入停滞,因此相关政策在实施仅一个月后便暂缓实施。

第三,过渡期阶段。为使跨境电商零售进口相关企业能够更好地适应新的监管和税收政策,避免政策对跨境电商行业产生过大冲击,2016年5月,海关总署发布《关于执行跨境电子商务零售进口新的监管要求有关事宜的通知》作为“过渡期政策”。过渡期内,税收层面仍按照“四八”新政的要求予以执行,监管层面则暂按“个人物品监管”,即暂不执行部分特殊商品的进口许可证件等手续。国务院在过渡期内进一步扩大了跨境电商综合试验区的城市范围。最终,经过两次延期,过渡期延长至2018年底。

第四,现行政策阶段。2018年11月21日,国务院总理李克强主持召开国务院常务会议,决定延续和完善跨境电商零售进口政策并扩大适用范围,加大税收优惠力度,以激发更大的消费潜力,由此奠定了中国现行跨境电商零售进口的政策基调。相关政策措施主要包括:《关于调整跨境电商零售进口商品清单的公告》进一步扩大允许进口的商品范围,累计达到1321项税目商品⁹;《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》则明确了按“个人自用进境用品”监管的原则,不执行有关商品首次进口许可批件、注册或备案要求¹⁰;《关于完善跨境电子商务零售进口税收政策的通知》则进一步加大了税收优惠力度,将个人的单次交易限额提高至5,000元,年度交易限额提高至26,000元¹¹;《关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告》则进一步明确了海关监管权责¹²。除此之外,相关监管机构亦针对跨境电商企业注册登记、数据监管等各方面出台了一系列配套措施。

2.2 现行海关监管体系梳理与归纳

海关对于跨境电商零售进口环节的监管一贯以来基本保持一致态度。从海关总署2014年56号公告伊始,至2016年海关总署的第26号公告¹³,再到现行有效的海关总署2018年194号公告,海关针对跨境电商零售进口的监管体系主要包含:企业管理(注册登记、经营资质)、通关管理、税收征管、场所管理、退货管理、检疫查验、物流管理、数据监管等环节。为更好的理解海关对于跨境电商零售进口的监管,本文以“网购保税进口”模式为例,将相关交易流程抽象如图1所示:

13. 参见海关总署公告2016年第26号——关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告。

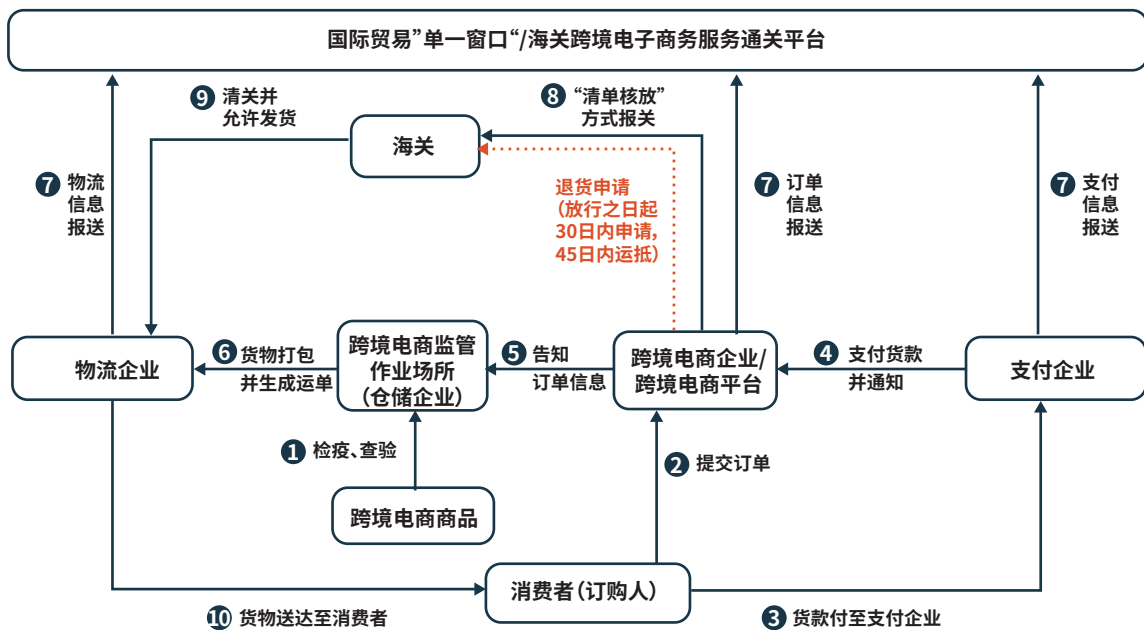


图1:“网购保税进口”模式交易流程图

基于上述交易流程图可知,海关对于“网购保税进口”模式的监管体现在交易流程的方方面面,而海关对于“直购进口”模式的监管亦大致相同¹⁴。有鉴于此,本文将海关对于跨境电商零售进口各个环节的主要监管内容梳理归纳如表1所示:

14.“直购进口”模式与“网购保税进口”模式的区别在于,“网购保税进口”模式系批量报关进仓,由境内仓库打包发货;而“直购进口”模式则为境外打包后,由企业提前申报清单,货物运抵理货。

表1: 跨境电商零售进口环节之海关监管

	对应环节	海关监管内容
注册登记	前置环节	<ul style="list-style-type: none"> ◆主体:跨境电商平台企业、物流企业、支付企业等参与跨境电商零售进口业务的企业 ◆地点:所在地海关 <p>注:境外跨境电商企业应委托境内代理人向该代理人所在地海关办理<u>注册登记</u></p>
经营资质	前置环节	<ul style="list-style-type: none"> ◆物流企业:《快递业务经营许可证》 <p>注:“直购进口”模式下,物流企业应为邮政企业或者已向海关办理代理报关登记手续的进出境快件运营人</p> <ul style="list-style-type: none"> ◆支付企业:银行机构——《金融许可证》;非银行支付机构——《支付业务许可证》(支付业务范围应当包括“互联网支付”)
实时信息传输	环节⑦	<ul style="list-style-type: none"> ◆时间:跨境电商零售进口商品申报前 ◆渠道:国际贸易“单一窗口”或跨境电子商务通关服务平台 ◆内容:交易、支付、物流等电子信息 <p>注:“直购进口”模式下,邮政企业、进出境快件运营人可以接受跨境电商平台或跨境电商企业境内代理人、支付企业的委托,向海关传输相关信息</p>
数据监管	环节②、③、④、⑤、⑩	<ul style="list-style-type: none"> ◆基本要求:向海关实时传输真实的业务相关电子数据和电子信息,并开放物流实时跟踪等信息共享接口
通关管理	环节⑧	<ul style="list-style-type: none"> ◆通关方式:采取“清单核放”方式办理通关手续 ◆通关材料修改或撤销:《申报清单》的修改或者撤销,参照海关《进(出)口货物报关单》修改或者撤销有关规定办理
检验检疫	环节①和⑨	<ul style="list-style-type: none"> ◆进境环节:对需在进境口岸实施的检疫及检疫处理工作,应在完成后方可运至跨境电商监管作业场所 ◆通关环节:对跨境电商零售进口商品及其装载容器、包装物按照相关法律法规实施检疫,并根据相关规定实施必要的监管措施
税款征收	环节⑨	<ul style="list-style-type: none"> ◆税种:关税、增值税、消费税 ◆完税价格:实际交易价格,包括商品零售价格、运费和保险费 ◆税款担保:对符合监管规定的跨境电商零售进口商品按时段汇总征税款,代收代缴义务人应当依法向海关提交足额有效的税款担保 ◆时限:放行后30日内未发生退货或修撤单的,代收代缴义务人在放行后第31日至第45日内向海关办理纳税手续
场所管理	环节①、⑤、⑥	<ul style="list-style-type: none"> ◆主体:跨境电商监管作业场所经营者、仓储企业 ◆要求:应当建立符合海关监管要求的计算机管理系统,并按照海关要求交换电子数据 <p>注:“直购进口”模式下的监管作业场所应按照快递类或者邮递类海关监管作业场所规范设置</p>
物流管理	环节①、⑥	<ul style="list-style-type: none"> ◆网购保税进口:采取视频监控、联网核查、实地巡查、库存核对等方式加强对网购保税进口商品的实货监管 ◆转关:允许批量转关,并需随附转关商品详细电子清单 ◆流转:允许保税区内调拨流转及不同1210保税区之间的调拨流

对应环节		海关监管内容
		转,不允许商品在1210保税区和123915保税区之间调拨流转
退货管理	退货环节	<ul style="list-style-type: none"> ◆退货范围:全部或部分原跨境电商进口商品 ◆申请时限:退货企业在《申报清单》放行之日起30日内申请退货 ◆运输时限:《申报清单》放行之日起45日内将退货商品运抵原海关监管作业场所、原海关特殊监管区域或保税物流中心(B型)的
其他事项	/	<ul style="list-style-type: none"> ◆禁止消费者二次销售行为 ◆海关质量安全风险监测

综上所述,海关对于跨境电商零售进口的监管涉及企业登记注册、商品进口报关、支付、物流、检验检疫、数据监管等各个层面。而随着跨境电商零售进口的不断发展,亦会涌现新的监管事项与难题,海关亦将不断完善监管体系,推动监管与新模式的匹配,助力新业态在规范中稳步发展。跨境电商零售进口相关参与主体需时刻关注海关监管风向变化与相关政策走势,且跨境电商进出口业务相关企业已被纳入海关信用管理,企业不断提升自身合规水平满足相应监管要求,将有助于跨境电商业务更好地开展。

15.参见海关总署公告2016年第75号——关于增列海关监管方式代码的公告:增列海关监管方式代码“1239”,全称“保税跨境贸易电子商务A”,简称“保税电商A”。适用于境内电子商务企业通过海关特殊监管区域或保税物流中心(B型)一线进境的跨境电子商务零售进口商品。

2.3

现行监管体系下各跨境电商零售进口参与主体的义务与责任

当前模式下,跨境电商零售进口的主要市场参与主体包括以下四类:跨境电商企业、跨境电商平台、境内服务商和消费者(订购人)。各市场参与主体的义务与责任是国家对跨境电商监管的重点。现行监管体系下,各参与主体的主要义务与责任如下表所示:

表2:跨境电商零售进口参与主体的义务与责任

参与主体	主要义务与责任内容
跨境电商企业	<ul style="list-style-type: none"> ◆商品质量安全主体责任:所委托的境内企业承担民事连带责任 ◆消费者权益保障责任 ◆消费者提醒告知义务 ◆商品质量安全风险防控机制 ◆建立健全网购保税进口商品质量追溯体系 ◆传输施加电子签名的数据,自行或委托代理人向海关申报清单,并承担相应责任

参与主体	主要义务与责任内容
跨境电商平台	<ul style="list-style-type: none"> ◆ 税款代缴义务人 ◆ 平台应在境内工商登记,并向海关办理注册登记,配合监管及后续执法工作 ◆ 传输施加电子签名的交易数据,并对交易真实性、消费者身份真实性承担责任 ◆ 建立平台内交易规则、交易安全保障、消费者权益保护、不良信息处理等制度 ◆ 区分跨境电商企业、国内电商企业/跨境电商零售进口商品、非跨境商品 ◆ 建立消费纠纷处理和消费维权自律制度 ◆ 建立商品质量安全风险防控机制 ◆ 建立防止跨境电商零售进口商品虚假交易及二次销售的风险控制体系 ◆ 根据监管部门要求,对平台内在售商品进行有效管理
境内服务商	<ul style="list-style-type: none"> ◆ 支付企业:应如实向监管机构传输支付信息,并承担相应责任 ◆ 报关企业: (1) 税款代缴义务人; (2) 接受跨境电商企业委托向海关申报清单,承担如实申报责任 ◆ 物流企业: (1) 税款代缴义务人; (2) 应如实向监管机构传输物流信息,并承担相应责任; (3) 应向海关开放物流实时跟踪信息共享接口,异常情况及时报告
消费者	<ul style="list-style-type: none"> ◆ 纳税义务人 ◆ 风险判断:购买前应当认真、仔细阅读电商网站上的风险告知书内容,结合自身风险承担能力做出判断 ◆ 禁止再次销售:对于已购买的跨境电商零售进口商品,不得再次销售

综上所述,随着跨境电商零售进口业务模式的不断探索,相应的监管体系亦趋于成熟,跨境电商零售进口各方参与主体的经营活动更应规范化。对于相关企业而言,一方面,明确的权责制度与监管政策将会为企业提供恰当的合规指引,企业亦应遵守相关准则,不断提升合规水平,规避经营风险;另一方面,跨境电商零售进口经营模式仍处于探索发展阶段,企业亦会不断做出新的商业尝试,未来可能产生新的问题,企业亦应与海关及其他行政主管机关开展积极沟通,共同谋划跨境电商零售进口的蓬勃发展。

Section 03

跨境电子商务零售进口之海关监管问题剖析

跨境电商的崛起依托于信息时代的蓬勃发展,而市场需求的与日俱增与消费模式的逐步转变,促使愈来愈多的企业进入跨境电商领域。海关作为跨境电商监管的重要环节,亦面临巨大执法压力。相关企业在实践中所采取的诸如“伪报”“刷单”等问题已然引发海关的执法关切,而保税仓监管亦是海关对跨境电商零售进口监管的重要环节。有鉴于此,本文将以此现行海关监管体系下的相关问题出发,剖析跨境电商零售进口相关参与主体的法律责任,以促其不断提升内部合规水平,积极配合海关共同提升行业整体发展水平。

第一,跨境电商零售进口之“伪报”问题。现行监管体系下,海关以正面清单的形式规定了允许以跨境电商零售进口模式进入中国的商品。依据正面清单,部分商品仅限于通过网购保税进口,部分类目仅限于特定商品¹⁶,且部分商品的进口需同时符合其他限制性要求¹⁷。“伪报”具有多种形式,主要如伪报品名、商品编码、原产地等。跨境电商零售进口中,相关市场参与者正是因为跨境电商零售进口税收优惠政策,为谋取差额税款作为额外“利润”而向海关提供了虚假的申报信息,将本应以一般贸易进口的货物以跨境电商形式进口代之,致使国家税收损失。基于现行监管体系,“伪报”行为涉嫌走私与违规行为,将由海关依法处理,构成犯罪的将会被追究刑事责任。然而,鉴于跨境电商零售进口货源极其广泛,进口批次繁多,海关仅能依据相关抽检活动来发现“伪报”问题,针对跨境电商零售进口“伪报”的监管仍任重而道远。对于“伪报”行为而言,如实提供真实准确的报关信息系企业基本义务,跨境电商企业及其代理人及报关企业对“伪报”行为承担连带责任。

第二,跨境电商零售进口之“刷单”问题。依据相关司法案例¹⁸,“刷单”是指跨境电商企业以购买、非法收集等手段获取客户信息,并利用其构造虚假交易,包括虚构订单、支付信息以及物流数据等,并将其报送

16. 例如税目号为“39204900”的按重量计增塑剂含量小于6%的聚氯乙烯板、片、膜、箔及扁条,在备注中明确规定仅限于家用保鲜膜。

17. 例如税目号为“05080010”的珊瑚及水产品壳、骨的粉末及废料,规定列入《进出口野生动植物种商品目录》的商品除外;税目号为“23091010”的零售包装的狗食或猫食罐头,不仅限于网购保税进口,亦要求为已获得检疫准入的商品。

18. 参见(2018)粤01刑初366号刑事判决书。



基于现行监管体系，“伪报”行为涉嫌走私与违规行为，将由海关依法处理，构成犯罪的将会被追究刑事责任。

海关,以使得相关商品能够以“直邮进口”或“网购保税进口”模式申报进口,之后再行二次销售。对于此类“刷单”行为,即利用其他公民身份信息非法从事跨境电商零售进口业务的,海关将按走私违规处理,并按违法利用公民信息的有关法律规定移交相关部门。尽管在当前海关监管体系下,海关已经能够主动抓取电商平台与交易相关的各项数据,但由于跨部门合作的监管体系尚不成熟,仅依靠海关所能抓取的信息仍较难甄别交易真实性,海关需与央行、市场监管部门、公安或网信部门展开密切合作,方能信息共享发现异常点(包括但不限于:大量不同人员使用同一收货地址且人员无相关性、人员信息与联系方式不一致、大量人员使用同一付款信息且人员无相关性等情形)。对于“刷单”行为而言,其责任主体不仅包括实施“刷单”行为的跨境电商企业本身,跨境电商平台对于交易真实性与消费者身份真实性亦需承担相应责任。

第三,跨境电商零售进口之保税仓监管问题。鉴于跨境电商零售进口具有优惠的税收政策,因此保税仓库存管理显得尤为重要,如若被海关监管或稽查发现严重的盘亏,且相关企业无法提供合理解释时,可能会被海关进行相应处罚。¹⁹从目前的实践而言,利用系统问题未进行申报、未申报成功即打包快递出区等非正常手段致使货物流出特殊监管区域的行为均可能造成库存盘亏。此外,非法申报退货行为,诸如申报退货数量与原进口报关单数量不一致、申报退货的商品品名与原进口报关单不一致等情形,亦有可能造成库存盘亏。由于库存盘亏会影响国家税收,因此超出合理范围的盘亏需由相关经营企业向海关提供合理解释。针对保税仓监管问题,直接责任主体为跨境电商仓储企业,而此类企业往往为跨境电商企业或跨境电商平台的境内合作服务商。如前所述,若因跨境电商企业或跨境电商平台行为所导致的盘亏,其亦应承担相应法律责任。

19.《海关行政处罚实施条例》第十八条:有下列行为之一的,处货物价值5%以上30%以下罚款,有违法所得的,没收违法所得:(三)经营海关监管货物的运输、储存、加工、装配、寄售、展示等业务,有关货物灭失、数量短少或者记录不真实,不能提供正当理由的。

Section 04

跨境电子商务零售进口之发展与展望

伴随着近年来国家力促跨境电商发展,政策红利不断释放并为相关经营者和消费者所享受,跨境电商已然进入高速发展阶段。与之相伴的,跨境电商零售进口的监管经验亦不断走向成熟。而在未来,行业发展与监管模式之间也必将碰撞出更激烈的火花,从而企业应对自身提出更高的合规要求。

第一, 检验检疫或将成为未来海关监管的重要关注点。国务院机构改革之后,出入境检验检疫管理职责和队伍已划归进入海关范畴,其中包含卫生检疫、动植物检疫、商品检验等。现行监管措施仅规定“对需在进境口岸实施的检疫和检疫处理工作,应在完成后方可运至跨境电商监管作业场所”“对跨境电商零售进口商品及其装载容器、包装物按照相关法律法规实施检疫,并根据相关规定实施必要的监管措施”。鉴于跨境电商零售进口具有商品种类繁多、批次多、来源广等特点,现行的卫生检疫、动植物检疫、商品检验领域相关法律难以完全与其相适应,且与进出口相关的检验检疫规定分散于各细分领域(例如《进出口饲料和饲料添加剂检验检疫监督管理办法》等),由此可期,未来必将形成更为体系化的进出口检验检疫管理法律体系以覆盖跨境电商零售进口领域。此外,新冠疫情的出现对跨境电商零售进口商品的检验检疫提出了新的要求,同时加速了民众对于新零售的认可并将逐步渗透并重构跨境电商行业,生鲜电商甚至直播电商亦可能拓展至跨境领域,从而触发新的检验检疫需求。因此,对跨境电商零售进口相关参与主体而言,应在现行政策的基础上,对自身提出更高的要求,以期满足未来可能趋严的进出口检验检疫要求。

第二, 创新型跨境电商零售进口模式的萌发。依据目前的监管规定,原则上不允许网购保税进口商品在海关特殊监管区域外开展“网购保税+线下自提”模式。传统模式下,前端消费者体验差,后端供应链效率低的弊端日益凸显;创新型O2O跨境电商模式开始萌发,并在全国多个城

市展开试点。O2O模式主要表现为“线下体验+线上购买+保税仓配送”，通过企业资源计划(Enterprise Resource Planning, “ERP”)系统整合跨境电商从清关到客户的各个阶段。目前尚未出台关于此类跨境电商零售进口经营模式的统一规定，仅由各地海关依据当地情况作出相关规定²⁰。而创新型跨境电商经营模式的萌芽，必然会催发新的监管制度。有鉴于此，跨境电商零售进口的相关参与主体应着重关注相关监管政策动向，警惕当前经营模式下的风险，推动创新型跨境电商经营模式由萌芽走向成熟。

第三，加强政企协作，共同推动跨境电商零售进口发展。跨境电商零售进口作为新业态历经多年探索，已然初窥门径。新产业的发展离不开政策支持，新模式的开拓亦离不开企业的实践，以创新引领发展谋划未来亦是跨境电商零售进口不断发展的必经之路。正如进博会的召开，境内跨境电商企业能够接触一带一路沿线国家，接洽更多优质海外企业，不断拓宽跨境电商渠道。而政企密切配合下的跨境医药电商在北京开展试点工作，亦拉开了跨境电商零售进口在特殊行业破冰的帷幕。目前，跨境电子商务综合试验区已然辐射全国范围，跨境电商相关参与主体更应依托国家与地方支持政策，加强政企、关企协作，共同营造适合跨境电商零售进口发展的大环境，在合规中发展，在合规中创新，推动跨境电商零售进口业务的进一步蓬勃发展。

20. 参见天津海关《关于在中国(天津)自由贸易试验区开展跨境电子商务网购保税进口商品保税展示的公告》：“二、区内企业开展跨境电子商务网购保税进口商品出区保税展示，应向特殊区域主管海关(以下简称主管海关)办理备案手续，并提交以下材料：(一)保税展示经营场地的位置图。(二)出区展示的跨境电子商务网购保税进口商品清单。展示期间，变更展示经营场地应向主管海关办理相关手续。如参加展会需提供展示合同、协议、邀请函或者展位确认书等证明文件。”



岑兆琦
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2013
cenzhaoqi@zhonglun.com



跨境电商的知识产权 侵权风险及防范措施

作者:王红燕 金萍霞

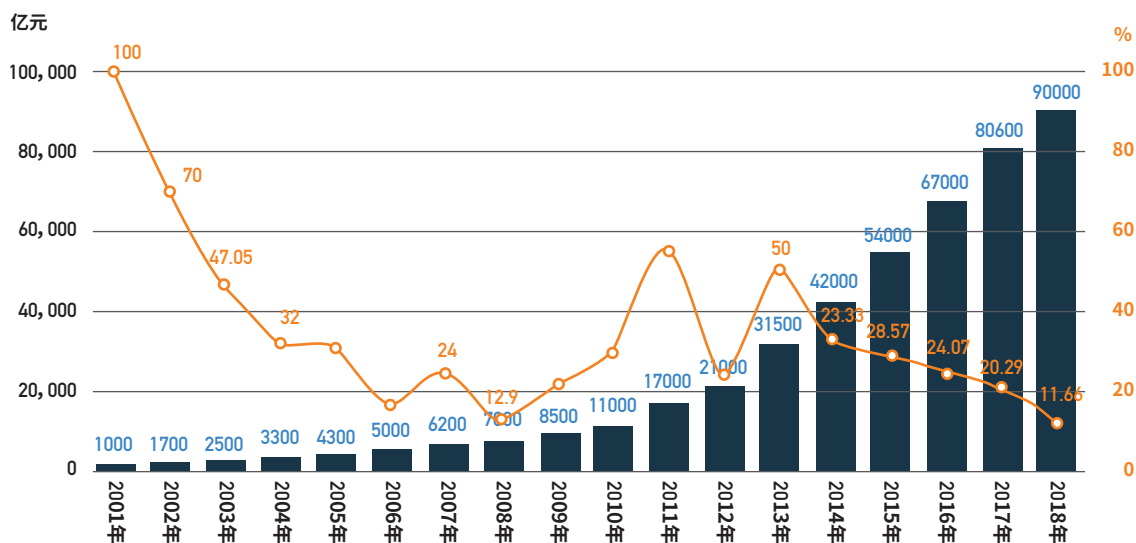
近年来,随着贸易全球化不断地深化以及“一带一路”建设的深入推进,我国跨境电商业务得到了迅猛发展。与此同时,快速发展的跨境电商行业也为各国法律如何规范新兴交易模式、保护本国经营者相关权利等问题带来了新的挑战。虽然我国在2018年出台了《电子商务法》等相关法律政策以规范跨境电商业务,但地域文化的差异性以及知识产权的地域性等原因,导致了境外企业控告中国跨境电商侵权事件层出不穷,使得我国跨境电商企业在贸易过程中屡屡遭到知识产权侵权纠纷的困扰。

Section 01

跨境电商行业的发展现状 及知识产权保护情况

在互联网技术和全球化发展的推动下,跨境电商已经成为了当今社会主流的经济贸易方式之一。作为新兴的贸易模式,其集结了全球性、即时性、便捷性、无纸化等多种优势与特点。因此,在阿里巴巴揭开跨境电商模式的序幕后,我国的跨境电商业务规模就不断地在逐年攀升(见下图)。根据2020全球电子商务大会对外发布的《中国电子商务发展报告2019-2020》显示,2019年我国跨境电商零售进出口总值继续走高至1862.1亿元,较上年增长38.3%。其中,跨境电商零售进口总值增加至917亿元,零售出口总值为943.5亿元。

行业背景:跨境电商行业交易规模及其增长率数据图



数据来源:网经社, www.100ec.cn

近年来,随着我国跨境电商交易规模的极速增长,跨境电商领域的纠纷,尤其是知识产权类纠纷也日渐增多,知识产权已经成为境外企业制约我国跨境电商从业者的重要竞争手段之一。2015年年初,由于涉嫌销售仿冒产品,中国5000余名商户使用的PayPal账户被美国法院的临时限制令冻结,涉及金额高达5000万美元,最终因应诉维权成本高、法律意识单薄等原因,不少商户PayPal账户被清零,中国企业无故遭受了巨大的经济损失;无独有偶,在2018年-2019年期间,小猪佩奇商标及著作权权利人娱乐壹英国有限公司聘请美国律师,以相同的“钓鱼取证”方式,再次利用法院的临时限制令,冻结了中国上千家企业的PayPal账户。

为进一步规范跨境电商行业的合规运作,减少跨境贸易中的纠纷与矛盾,促进跨境电商行业的健康发展,国家工商总局联合相关部门开展了网络市场监管专项活动,严厉打击假冒仿造行为,海关总署积极采取知识产权保护措施,严厉打击跨境电商领域中的知识产权侵权行为。与此同时,我国于2018年8月31日出台了我国电子商务领域首部综合性法律——《电子商务法》,对电子商务平台中的卖家、平台的相关责任做了明确的界定与划分,明确了电子商务平台经营者在知识产权保护中的法定责任与义务,提高了跨境电商从业者的知识产权保护意识。此后,由商务部、发展改革委、财政部、海关总署、税务总局、市场监管总局出台的《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》,进一步明确了包括跨境电商零售进口的参与主体,细化了包括跨境电商企业、跨境电商平台、境内服务商以及政府在内的各类主体的知识产权保护义务。然而,由于跨境电商领域涉及的知识产权存在地域性保护,再加之国内知识产权保护意识淡薄、管理制度尚未完善等原因,跨境电商中的知识产权保护问题仍然面临着巨大挑战。



Section 02

跨境电商知识产权纠纷频发的原因

2.1

跨境电商的无界性与知识产权的地域性的矛盾

相较于传统的知识产权纠纷而言，跨境电子商务领域内的知识产权纠纷问题具有明显“无界性”。所谓“无界性”，是指跨境电商往往是发生在2个或以上国家、地区主体之间的贸易，该类交易涉及的跨境往往不受地域、国界限制，交易对象也不仅限于境外的单一的国家或地区。而知识产权却具有明显的地域性，受政治、文化及经济发展水平影响，各个国家对本国知识产权的立法、保护内容、保护力度等方面存在着诸多差异，且其权利的保护范围也仅在该国有效。因此，在跨境电商贸易中，尤其是B2C模式下，即便跨境电商经营者在其本国就所销售的产品享有合法的知识产权，也无法确保其在产品所销售到的国家拥有合法的知识产权。因为这样做不仅本身是很难实现的，而且会大大增加经营成本，降低经济效率。**这种跨境电商的无界性和知识产权保护的地域性特征之间的矛盾，是跨境电商领域知识产权纠纷产生的根本原因。**

2.2

跨境电商在知识产权领域的贸易保护政策

近年来,随着我国企业“走出去”步伐的加快,跨境电商模式由传统的B2B模式逐渐衍生发展出了B2C、C2C等模式。其中,B2B模式下,由于订单金额大、数量多,因此交易双方均会通过书面合同的方式,较为规范地对相关知识产权问题进行约定,且一般此类模式下的卖家均为大型企业,既有严格的知识产权保护及风险防范意识,又有充足的资金和专业的团队进行前期产品的知识产权背景调查以规避潜在的侵权风险,因此B2B模式下产生的知识产权纠纷也相对较少。

然而,在B2C、C2C模式下,跨境电商出口商往往通过第三方平台网站进行产品销售,而用户网购的产品往往是基于生活所需,具有品种多样、单笔交易额低、交易单数量大等特点,一旦发生知识产权纠纷,往往会通过第三方平台网站的交易规则解决纠纷,而很少会通过单独起诉的方式解决,因此,平台交易规则是否公平公正也影响着知识产权纠纷的产生。然而,平台规则的制定往往还受制于平台所在国法律的规定,如所在国过分保护本国交易者的权利,那最终通过平台规则或平台所在国法律裁决出来的结果往往对我国卖家不利。

就目前而言,除阿里巴巴外,亚马逊、ebay等大型跨境电商平台的经营者大部分是美国、欧洲企业,对知识产权侵权纠纷案件的解决有着主导权。以亚马逊平台为例,依照该平台规则,一旦发现涉嫌侵害知识产权的行为,在未得到法院有效裁决前,平台有权下架、冻结电商用户的账户,一旦采取下架产品、冻结账户的措施,对卖家用户来说一方面增加了维权及应诉压力,另一方面也意味着长时间地错失交易机会,2015年的平衡车下架事件便体现了这一点。某平台在双十二之际下架了中国卖家的电动平衡车,甚至进一步追溯到此前已经收到货的买家,告知其可以申请全额退款,并从中国卖家账户直接扣除退款,给中国经销商造成了巨大的经济损失。

2.3 跨境电商企业的知识产权意识薄弱

就目前跨境电商企业主体来看,虽然我国跨境出口企业数量多,但企业间经济实力相差悬殊,主要以中小企业为主。由于知识产权保护在前期需要投入大量人力与财力,但大部分中小企业自身资金能力弱,交易品种多样但额度小,没有足够的资源和能力去防范潜在的知识产权风险,因此不少企业在发展前期均未将知识产权保护作为跨境贸易的“先锋”,不愿意在知识产权上投入过多的成本。

与此同时,一些企业亦缺乏对国内外知识产权法律保护意识,一味以“拿来主义”开拓国外市场,售卖仿冒产品,一旦被发现侵权,就立马更换平台账号或销售主体再次售卖,导致知识产权侵权问题频频爆发,损失惨重,也极大地影响了中国卖家的整体形象。

2.4 跨境电商企业的合规意识不足

现阶段我国跨境出口电商领域中,卖家主要以中小企业和自然人为主,知识产权法律意识相对薄弱,作为人口大国,我国具有强大的生产制造能力,产品成本低带来的价格差异能够形成巨大的经济效益,再加之汇率差异导致了部分企业贪图短期利润实施侵犯知识产权的不法行为。因此,低成本的仿冒、伪造带来的知识产权问题在跨境电商领域中显得尤为突出。随着“一带一路”倡议的提出以及“互联网+”模式的深入发展,我国与美国、欧洲以及东南亚国家与地区的贸易合作更加紧密,跨境电商空前发展。在知识产权保护意识相对较高、法律规范较为完备的美国以及欧洲地区国家,针对知识产权侵权行为的打击力度较大,权利人一旦维权成功,不但可以减少跨境卖家带来的市场份额的冲击,还可以获得较为可观的经济效益。因此,在维护自身合法权益、维护市场份额以及维权利益的促动下,境外权利人一旦发现知识产权侵权行为,就会纷纷拿起法律武器进行维权,这在一定程度上也加剧了跨境电商领域知识产权纠纷的产生。

而在跨境进口电商领域,近年来由于我国国内消费者对海外商品的需求量日益增大,消费能力及水平不断提高,不少跨境电商经营者与平台也纷纷转向跨境进口电商领域,出现了代购、海淘等方式的跨境交易。在跨境进口时,同样因为合规意识不足存在仿冒、侵害国内知识产权人的合法权益的不法行为。

Section 03

普通跨境电商的知识产权侵权风险及应对措施

3.1

普通跨境电商的知识产权侵权风险

3.1.1 著作权侵权

杭州互联网法院对漂洋过海来维权的“小猪佩奇”著作权侵权案件判决的法槌刚落下不久,国际知名动画影视作品Miraculous Ladybug(《瓢虫少女》)的品牌方ZAG AMERICA, LLC在2020年新年伊始,以侵害著作权与商标权为由,再次举起了跨境电商领域的维权旗帜。与“小猪佩奇”维权做法一样,ZAG AMERICA, LLC聘请了专业律师,向伊利诺伊州地方法院申请临时禁令,冻结了中国多家企业的PayPal账户,致使许多企业在新冠疫情和账户冻结的双重打击下受到了致命的重创,经营活动难以继。

相较于作品传统的存储及传播方式,当今社会大部分作品主要以电子化形式进行存储与传播,是故电子化后的作品更容易被复制与传播,大大降低了侵权人的侵权成本,实施侵权行为更为便利,也造成了在跨境电商活动中著作权侵权涉及的相关权利的主要集中在复制权、传播权与发行权等权利中的现象。从表现形式来看,普通跨境电商经营活动中的著作权侵权行为主要存在以下三种情况。第一是未经著作权人许可擅自使用权利人的图片、宣传语、音乐等进行宣传,较为典型的行为就是“盗图”。在“小猪佩奇”国内著作权纠纷首案中,侵权人聚凡公司非法使用著作权人的卡通形象,在淘宝网展示侵权商标,并销售印有“小猪佩奇”形象玩具,



在跨境电商活动中著作
权侵权涉及的相关
权利的主要集中在复
制权、传播权与发行权
等权利中。

被杭州互联网法院认定为侵犯了作品的发行权、信息网络传播权与复制权,最终判赔15万元;第二是未经权利人同意擅自出售、传播作品的行为。例如盗版书籍、盗版影片等,例如商家在未获得授权的情况下在亚马逊平台销售米老鼠毛绒玩具,就是属于该类型。该类侵权行为在跨境电商发展的早起阶段较为普遍,目前已经逐渐减少。第三类行为是未经权利人同意,擅自修改他人作品。此类行为往往与不正当竞争行为挂钩,一般表现为侵权人故意修改权利人享有著作权的美术作品、卡通形象等进行小幅度修改,形成与原作品有区别却神似的新“作品”,以期鱼目混珠、搭上原作品的“便车”来扩展销售市场。

3.1.2 商标权侵权

商标侵权是跨境电商经营活动中知识产权侵权频发的“高风险区”。中国海关总署的统计数据显示,在跨境电子商务贸易中,侵犯商标权的产品已占据了所有侵权产品总量的98.48%,属于侵权“重灾区”。这是由于跨境电商交易活动是通过线上平台完成的,除了卖家在平台披露、介绍的信息外,境外买家在收到货物之前,均无法判断所购商品的真伪、质量优劣,而只能通过对品牌信任与依赖来实现对商品的判断所造成的。正因如此,不少跨境电商企业往往会利用他人知名商标或品牌已有的影响力,来混淆消费者的视听。实践中,企业侵害商标权行为多种多样,主要包括将店铺名称或网站域名注册成与商标权人的商标一致或近似、在产品介绍时使用与商标权人相同或近似的商标、售卖标有他人注册商标的产品、销售仿冒产品等等行为。

在商标侵权类案件中,最为著名的是2016年美国婚纱业协会以销售假冒产品、侵犯知识产权为由在美国新泽西地区法院起诉了中国3000多家跨境电商独立站,控告中国企业假冒商标、商标侵权,不公平竞争和使用虚假原产地名称的行为。与此同时,近些年来,境外权利人维权的战场已慢慢燃烧至国内。2019年,德国汽车工业协会向北京海淀区法院提起诉讼,称其合法拥有的商标“ADBLUE”被中国公司侵犯了商标权,理由是

1.《贸促会专家：跨境电商企业不可忽视知识产权侵权风险》，《中国贸易报》，
<http://cacs.mofcom.gov.cn/article/flfwpt/jjydy/c-gal/202005/164093.html>，最后访问时间2020年10月31日。

中国公司在其阿里巴巴相关网站上使用了该标志。中国公司认为，“ADBLUE”在国内就是车用尿素的意思，是一种通用名称，不构成侵权。此外，中方主张自己并未将“ADBLUE”用于产品包装上，仅在阿里巴巴网站关键字中使用。经查“ADBLUE”是原告于1970年在德国注册的商标，后通过马德里注册申请国际商标，已获得中国商标权保护，且也在尿素所属第一类中注册了商标权。因此，中方侵权成立。¹

3.1.3 专利权侵权

相较于著作权侵权与商标侵权，专利侵权在知识产权侵权案件中所占的比例并不大，这是由于专利侵权确认的复杂性与专业性所导致的。在跨境电商活动中，专利侵权行为主要表现为未经授权假冒、销售专利权人的产品；未经权利人许可，许诺销售、销售、进口、制造他人享有专利权的产品；未经权利人许可，利用专利方案制造、销售、许诺销售专利产品等等。虽然专利侵权的占比不高，但一旦为认定为存在侵权行为，就会掀起不小的波澜。2015年轰动一时的“下架平衡车事件”以及美国婚纱业协会起诉事件，均是由于我国商家涉嫌销售侵害专利权产品所引起的，上述事件的相关权利人及平台均对我国超过上千家商家采取了平台产品全线下架、卖家PayPal账户资金冻结的措施，且相关商家均面临着高额的专利侵权赔偿的索赔。

以“下架平衡车事件”中中美双方权利人正面交锋的案件为例。追溯溯源，打响两个企业间专利纠纷战役的第一枪发生在我国境内。2009年前后，美籍华裔Shane Chen与杭州骑客均在美国和中国申请了平衡车专利，给后续专利争议埋下隐患。2013年前后，Shane Chen在中国起诉过几家平衡车公司专利侵权，但均以失败告终；2015年11月中旬，势单力薄的Shane Chen将平衡车专利卖给了美国公司Razor USA。鉴于在中国战场维权失败的经历，Razor USA汲取教训，卷土重来，将维权战场转向了美国市场，在加州中区联邦地区法院提交诉状指控美国Swagway公司侵犯其专利，并申请了临时禁令，请求停止电动平衡车的销售。在沃尔玛实体店据此停止了电动平衡车的线下销售后，2015年12月11日，某平台

美国站单方面删除了所有平衡车产品链接删除,并对销售平衡车的卖家账户执行了限制措施,并通知买家可以退货,致使我国卖家遭受的经济损失高达10亿元。而在我国卖家的电动平衡车下架后,Razor USA的平衡车产品在该平台美国站火速上架并火热销售。2016年5月,骑客公司针对Razor公司提起诉讼,认为Razor公司未经其允许,擅自制造、销售了侵害其知识产权的悬浮电动平衡车。截止目前,中美双方企业就平衡车专利纠纷案件仍尚未有定论,但美国企业却在本次事件中抢占了原本属于中国卖家的市场,而中国卖家不仅丢失了大量的交易机会与市场份额,还深陷在专利诉讼的泥潭中苦苦挣扎。

3.2 普通跨境电商知识产权侵权的应对

提高跨境电商企业的知识产权保护意识、提升企业自主创新能力、完善企业知识产权制度建设是应对普通跨境电商知识产权侵权风险的根本性措施。在我国跨境电商企业“走出去”的过程中,企业应当充分注重知识产权的保护,在拓展海外市场前,充分了解进口国相关知识产权法律规定;提前做好知识产权布局,视产品的市场需求及企业资金状况,在全球主要市场提前注册、申请相关知识产权;做好知识产权风险排查与预警工作,在产品生产、采购、营销环节中尽可能避免知识产权侵权行为的发生。例如:欧洲轻奢珠宝品牌TI SENTO在今年入驻天猫国际之前,委托笔者团队为其进行前期的知识产权清查工作。在风险排查过程中,我们发现“TISENTO”商标早在2008年已经被国内第三方在珠宝类别上申请注册。前期TI SENTO为开拓中国市场,已经多次提出了商标撤销申请,均被驳回。我们接受委托后,通过查询商标情况、分析抢注者注册动机、追踪争议商标的处理意向,通过诉讼与非诉讼结合的方式最终协助TI SENTO将争议商标权利拿回来,为TI SENTO顺利入驻天猫国际平台扫清了知识产权“路障”。

此外,在遭遇到被控侵犯知识产权的纠纷时,我们建议企业应冷静分析案件情况,针对个案采取不同措施。如确属侵权的,企业则应主动删除、

下架被控侵权产品链接,及时将PayPal账号提现,减少财产损失。与此同时,企业可以利用平台、通过Google找到权利人网站、查找权利人Facebook的公司页面等,获取权利人的联系方式,主动沟通协商和解事宜,争取尽快达成和解方案,以早日解封账户、顺利开展后期的企业经营活动。当无法联系到权利人或无法得到权利人回应的,跨境电商企业可以考虑委托境外当地律师协助处理、应对纠纷。当和解金额过高、条件过于苛刻时,跨境企业可以考虑在律师的帮助下积极应诉,以便在诉讼中争取将赔偿金降低至合理金额。需要提醒广大跨境电商企业的是,如果企业认为被法院冻结的资金不多,做好不和解也不应诉,甚至放弃店铺打算的,那么在法院下达缺席判决后,企业PayPal账户的钱还是会被划走,店铺也就无法运营了。新店铺的注册及账户的开立一定要注意使用全新的资料,只要是和之前店铺存在关联的信息,都可能会面临再次被追诉的风险。如果属于恶意投诉的,跨境电商企业可以在查清楚对方的知识产权权利状况后,向平台提供资料证明所售产品不构成侵权并与平台进行交涉,要求平台恢复产品链接。如平台不同意重新上架产品的,企业可以考虑对竞争对手的知识产权提出无效申请,通过诉讼手段以迫使其自动撤诉,必要时企业还可以聘请律师与竞争对手进行沟通协商,以促进产品早日上架。



除前文提及的与国内贸易领域中的知识产权纠纷相同的“直接侵权”行为外,跨境电商领域产生的知识产权纠纷还存在着另一类纠纷——“合法权利跨境引发的侵权”,即平行进口,是指在未得到进口国合法知识产权权利人同意或许可的情况下,跨境电商企业将其从合法渠道获得的产品销售到进口国,从而造成了对进口国知识产权人权利的伤害。

Section 04 平行进口侵权风险及应对措施

4.1 平行进口侵权风险

如前文所述,在跨境电商经营活动中,存在一类特殊的知识产权侵权行为,该行为下销售的产品既不是仿冒产品,也不是走私产品,而仅是在一定程度上打破了商标权人与授权经销商对商品销售的地域控制能力,²即由于平行进口行为引起的知识产权纠纷。由于各国普遍均认可专利权具有“一次用尽”的特性,因此该类知识产权纠纷一般均是指商标侵权。

所谓“平行进口(Parallel Import)”,其并非是一个纯粹的法律概念,各国亦对此众说纷纭。根据国际商标协会公布的《What are Parallel Imports》以及浙江省杭州市中级人民法院(2016)浙01民终2178号判决书中所述,我们认为,平行进口是指同一商标在两个或两个以上的国家、地区均受到合法保护,进口商未经商标权人同意,将由权利人自己或经其同意在其他国家或地区投放市场的产品,向知识产权人或独占被许可人所在国或地区的进口。该行为具有以下特征:1.平行进口商品在出口国是由商标权利人生产或经过商标权利人授权生产的品牌产品;2.平行进口商品在进口国的商标权由同一权利人所有;3.平行进口商品是为在出口国销售而定制并包装生产,而非为在进口国销售而生产的产品,且该商品的进口未获得商标权人的同意;4.平行进口商品经合法途径进口而非走私入境。³

就目前而言,除北京市高级人民法院在《当前知识产权审判中需要注

2.《跨境电商平行进口的商标权问题探析》:
https://mp.weixin.qq.com/s?s-rc=11&time-stamp=1604080150&ver=2676&signature=igyNdCzk0R4h4Dwr*zhs55xYen--D3kGkFuluqy7A-kQOyVqiJWdpYyfbmL3-sSkNSA2WpZarJU3Rcz4x6oBU*FGISahxmgLFo7DuHGvT4HqpBW-jZ79G76VNtiav2K&new=1,最后访问时间2020年10月31日。

3.崔春花:《跨境电商零售及“平行进口”商品的商标侵权风险分析》,
https://mp.weixin.qq.com/s?s-rc=11&time-stamp=1604080971&ver=2676&signature=8ZIEi9i2b3wGe0t7aywsOBhZE0zABIGUJnKwLrpoolFlnpXYgPAEe0*79Sh21uPype3j7xHZx7FRk2lnoTI8t9M**ojLGjfUnKDAXcmeHEAyuyN5WfMAFQ4b5MIGbI3&new=1,最后访问时间2020年10月31日。

意的若干法律问题》对“关于平行进口是否构成侵犯商标权的问题”作出“若被控侵权商品确实来源于商标权人或其授权主体,此时商标权人已经‘第一次’销售中实现了商标的商业价值,而不能再阻止他人进行‘二次’销售或合理的商业营销,否则将阻碍市场的正常自由竞争秩序建立的进程,因此‘平行进口’应被司法所接受,不认定构成侵害商标权”的明确答复外,我国现行《商标法》以及最高人民法院在《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》中,均未对于商标平行进口问题并作出明确规定,学界对此也存在不同的观点,然而司法实践中此类纠纷案件却比比皆是。随着对商标平行进口问题认识的深入,司法实践中也对此形成了相对统一的观点,认为根据商标权利用尽原则,平行进口在一般情况下可以被认定为合法,但如损害了商标的商标来源识别功能、品质保证功能、商标信誉功能或超出一定合理范围内的,则可以认定为商标侵权。

以大王制纸株式会社、大王(南通)生活用品有限公司与杭州俊奥贸易有限公司侵害商标权纠纷一案为例。该案中,俊奥公司与大王制纸株式会社在中国及日本均享有合法的商标权,其中,大王制纸株式会社将其在我国享有的“GOO.N”的商标权授权给了大王南通公司,授权其为“GOO.N”品牌家庭用纸产品(包括纸尿裤)在中国大陆地区的唯一进口商、唯一总代理商。然而,俊奥公司通过平行进口,将大王制纸株式会社在日本生产的“GOO.N”纸尿裤进口至中国国内销售,由此引发了本案纠纷。法院经审理后认为,通过平行进口的纸尿裤在产品标识、包装、质量上等均与大王(南通)生活用品有限公司销售的产品无实质性差异,未造成商誉损害,且俊奥公司能够提供证据证明进口产品的合法路径,宣传中也未损害大王(南通)生活用品有限公司的商品权益,因此判定被告不构成商标侵权行为。在此之后,“上海奢侈品平行进口第一案”中,上海市浦东新区人民法院自贸区知识产权法庭亦以相同的理由,驳回了原告芬迪爱得乐有限公司提出的100万元的侵权损失索赔。上述两个案件均适用了商标权利用尽原则,在充分考虑涉案商标功能及商誉未受损害的基础上,认可了平行进口产品的合法性。然而,与之相对的我国平行进口第一

案——米其林轮胎案以及“Prada案”中,均是由于进口产品或是未满足我国法律的强制性规定、影响商标功能,或是对商标商誉有所影响,在即便能证明入境渠道合法的基础上,最终也未能逃脱被法院认定为商标侵权行为成立的结局。

4.2 平行进口侵权的应对

虽然目前我国司法实践中有条件地认可了平行进口产品的合法性,但对于跨境电商企业来说,在开展经营活动时,仍然需要高度警惕因平行进口行为可能面临的商标侵权风险,“内外兼修”地预防、控制法律风险。

从“内修”方面来看,首先跨境电商企业在境外采购时,应通过正规销售渠道采购商品,例如,从商标权人或其合法授权的经销商处采购,通过大型商场、超市或者展销会采买,以确保商品来源的合法有效。

其次,确认、核实出口国的商标权人与进口国的商标权人一致,以避免丧失主张商标权权利利用尽的前提条件。如前所述,平行进口商品在进口国、出口国的商标权的权利人均为同一权利人是平行进口的四大特征之一,也是构成平行进口的权利基础,如果进口国、出口国的原始商标权人不一致,则跨境电商的进口销售行为就成为了普通的商标侵权行为,无法以平行进口行为抗辩。

再次,按照我国相关法律法规规定,按要求完成海关、税务等相关手续,确保进口通关手续合法合规,并保留好相应的凭证。

第四,除我国强制性法律要求外,跨境电商在销售产品时,应尽最大努力保持商品原有的标识、包装及识别码等有效信息,切勿破坏商标的识别功能以及与产品的对应关系,造成消费者的误认或混淆。

最后,充分尊重国内商标权人的权利,在宣传销售时,明示所销售商品的来源、可能存在的差异、与国内商品的区别,以区别不同渠道同款商品的来源,避免消费者对不同来源的商品质量及信誉造成混淆或降低评价,例如,在销售产品的界面明确表明“平行进口”等等。

从“外练”方面来看,作为进口商,跨境电商在遇到平行进口商标侵权

纠纷案件时,可以根据具体情况,通过以下三个方面进行抗辩:第一,未对所销售的商品进行改变,所售商品与商标间的对应关系并未被破坏,商标的识别功能未受损害,不会造成消费者的混淆。第二,证明所受产品来源合法,与权利人在国内销售的产品在质量上无实质性差异,商标的品质保证功能及商誉并未受到损害。第三,企业在进口被诉产品时,已经履行了合法的通关手续,商品进入国内市场的方式并未违反法律规定。作为国内权利人,跨境电商在维权时,可以从证明自身销售的产品与国内权利人销售的产品存在明显的区分、被控产品与权利人产品存在实质性差异、被控行为造成权利人商标权实质性损害等方面展开,论证商标侵权行为的成立。

Section 05

总结

贸易全球化为跨境电商的萌芽提供了肥沃的土壤,“一带一路”倡议的提出为跨境电商飞速发展插上腾飞的翅膀,跨境电商贸易活动也将越来越活跃与普遍。然而,无论是进口电商企业还是出口电商企业,境内企业还是境外企业,知识产权防御战与保卫战始终是企业开展跨境电商贸易活动的重要工作之一。企业应提高知识产权保护意识,以全球化的目光进行知识产权布局,做好知识产权风险排查工作,积极面对跨境电商贸易活动中的知识产权纠纷问题,以促进跨境电商环境的优化,推动跨境电商贸易的持久、健康发展。

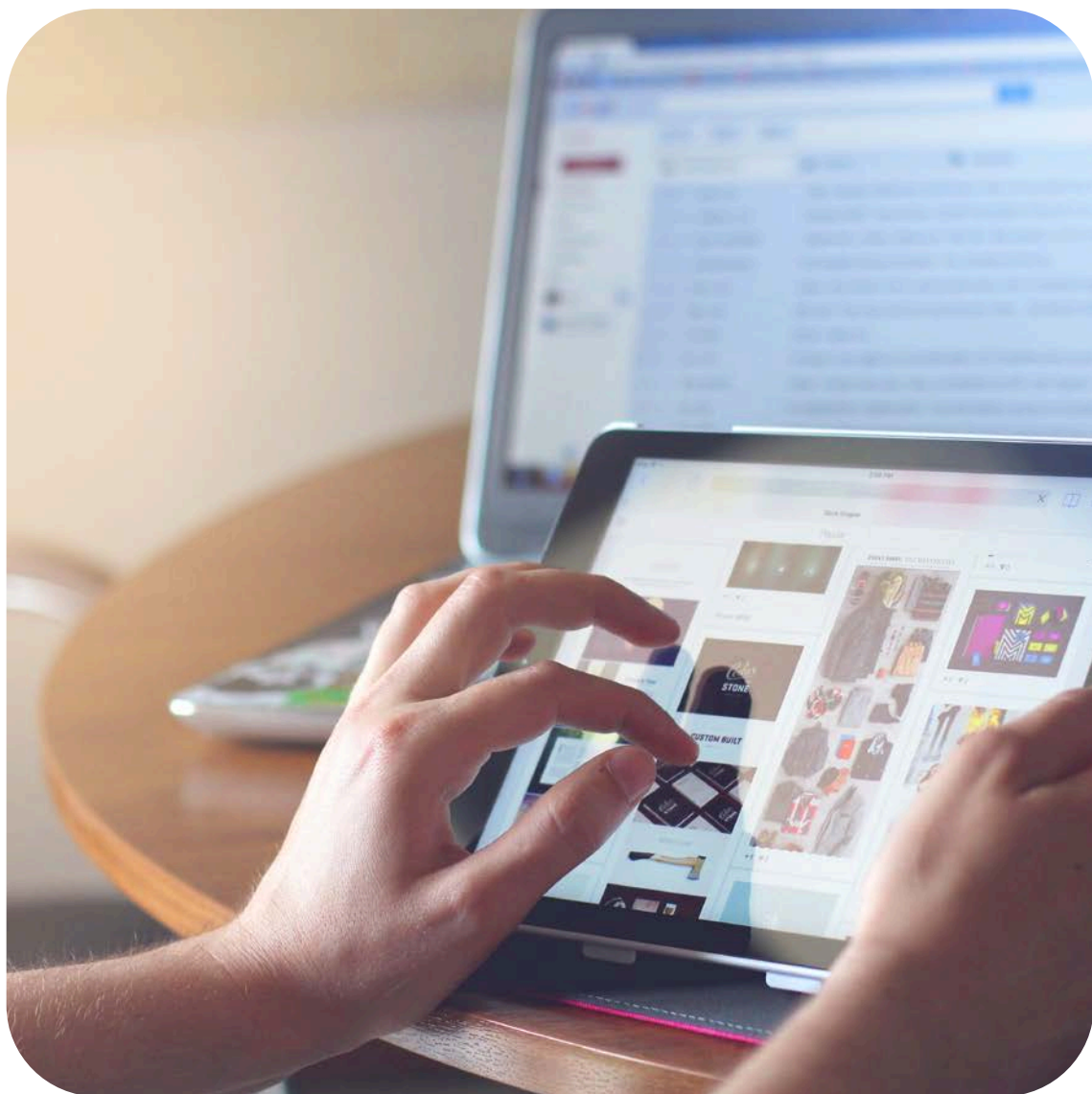


王红燕
合伙人

知识产权部
杭州办公室

+86 571 5662 3968

gracewang@zhonglun.com



跨境电商合同纠纷案件的 管辖条款效力研究 及在线争议解决机制探索

作者:王红燕 金萍霞 徐琳 王宇飞

随着网络购物全球化的日渐成熟,通过跨境电商平台购买商品已经逐渐成为越来越多的消费者所接受。然而,如果发生跨国电商合同纠纷案件,消费者维权却并不是一件易事。在一起中国公民因购买海外商品诉某海外电商平台的案件¹中,消费者以网络购物合同纠纷为由在其住所地所在法院杭州互联网法院起诉该平台。但该公司以用户注册使用条款中约定的管辖条款为由进行抗辩,认为本案应当由卢森堡市区法院管辖。无独有偶,笔者发现境内部分知名跨境电商平台的协议中也规定了用户与平台之间的合同纠纷的管辖条款,并且约定相关因网络购物合同引起的纠纷由中国境外的法院或仲裁机构管辖,这无疑会增加境内消费者维权的成本和难度。因此,本文将结合法律规定及司法实践,参考美国域外经验,探究跨境电商合同纠纷案件的管辖条款效力,并提出建立在线争议解决机制的方案。

根据最高人民法院中国司法大数据研究院发布网络购物合同纠纷案件专题报告的数据显示,2017年1月1日至2020年6月30日期间,全国各级人民法院一审新收网络购物合同纠纷案件中,超过十分之一的纠纷案件涉及海淘或进口商品。²在此类案件中往往会涉及案件的一方主体在国外的情况,中国法院对案件是否有管辖权,中国消费者应该在哪个法院提起诉讼,平台协议中约定的管辖条款是否有效,这些都是跨境电商合同纠纷中亟需面对与解决的问题。

1. 参见(2019)浙0192民初8526号民事裁定书。

2. 参见<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-273171.html>。

Section 01

B2C跨境电商合同纠纷管辖的主要类型

所谓“跨境电商合同纠纷”，其主要是指具有涉外因素的电商购物合同纠纷、电商平台服务合同纠纷以及跨境电商物流合同纠纷等，合同中所提供的产品或服务、合同中所涉及的主体、以及合同履行地等因素均可能涉及境外。依据我国相关法律的规定，B2C跨境电商合同纠纷在确定案件管辖权时，存在几种情形，分别为法定管辖、协议管辖以及仲裁。

1.1 法定管辖

《中华人民共和国民事诉讼法》第二十三条规定了合同纠纷管辖的一般原则：因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。在没有合同约定的情况下，消费者可以根据便利原则选择被告住所地或者合同履行地法院管辖。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二十条规定，以信息网络方式订立的买卖合同，通过信息网络交付标的的，以买受人住所地作为合同履行地；通过其他方式交付标的的，收货地为合同履行地。合同对履行地有约定的，从其约定。因此，根据以上法律规定，在平台服务协议未另行约定的情形下，通过网络购买产品或服务的消费者在选择管辖方面有较大的自主权，可以在发生合同纠纷时选择有利于自身的地区法院作为管辖地。

目前跨境电商市场中，相当一部分的跨境电商平台经营者主体是境外注册公司，跨境电商产品或者服务的提供方也往往来自海外，一旦发生纠纷，如以被告住所地法院作为管辖法院无疑会大大增加境内消费者的维权难度和诉讼成本。因此，从便利的角度出发，消费者往往会选择以合同履行地，即买受人住所地或收货地法院，提起诉讼。在某消费者诉某平台的买卖合同纠纷案中，消费者选择在收货地上海闵行区人民法院起诉，虽然被告平台提出应当由被告所在地北京市大兴区人民法院管辖，最终法院认为被告的请求缺乏法律依据，裁定驳回了被告提出的管辖权

异议。³

3. 参见 (2016) 沪 01 民辖终 402 号民事裁定书。

4. 参见 (2016) 沪 0112 民初 877 号民事判决书。

不过, 消费者仍需注意所涉购物合同的类型, 如购买服务过程中是否含有“平台自营字样”, 互相关联电商平台的实际经营者等信息, 否则就有可能存在起诉主体错误的风险。例如在另一起案件中, 某消费者在某全球购网站上购买了商品, 后向该公司提出诉讼, 但是法院经调查发现, 该全球购网站并非由平台公司的母公司经营, 而是由一家香港关联公司注册经营, 因此消费者无法直接向国内的平台公司主张权利, 最终法院判决驳回消费者的全部诉讼请求。⁴

1.2 协议管辖与仲裁

除了法定管辖, 当事人双方还可以利用合同约定的方式来确定争议解决方式, 例如选择案件管辖的法院或者仲裁机构、管辖机构适用的法律等。在约定诉讼方式解决争议时, 如果需要约定明确的管辖法院, 当事人必须考虑约定管辖法院所在地是否与合同争议具有实际的联系, 且不得违反法律有关级别管辖和专属管辖的规定。但是如果约定以仲裁方式解决合同纠纷, 当事人则可以任意选择仲裁机构与适用法律, 而不必考虑仲裁机构所在地是否与合同争议具有联系。

在B2C跨境电商交易模式下, 各大跨境电商平台通常在会员注册协议等公告中约定了消费者与跨境电商平台间纠纷的争议解决条款。例如上文提及的海外购平台约定的争议解决方式是由卢森堡市区法院解决, 天猫全球购平台约定的是由香港国际仲裁中心HKIAC仲裁解决。这类域外诉讼或仲裁的管辖约定令消费者对通过法律途径维权望而却步。一般消费者在面对平台违约时往往束手无策, 陌生的司法环境和高昂的维权成本较大可能地排除了消费者通过法律解决合同纠纷的可能。

5.参见(2020)鲁06民辖终79号民事裁定书。

Section 02

司法实践中对于约定管辖条款的效力认定情况

在消费者与跨境电商经营者的合同纠纷中,提起管辖权异议往往是被告应诉纠纷的重要策略之一。基于法律对于协议管辖和仲裁条款的认可,跨境电商经营者通常会设置格式条款约定对自己有利的管辖条件。同时,为避免经营者滥用格式条款的优势地位与消费者签订不平等合同,法律也规定了特殊情形下格式条款约定管辖无效的情形,以平衡消费者与经营者之间的利益冲突。

由于消费者在进行跨境购物时通常不会注意到格式合同中的管辖条款,而跨境电商经营者约定的管辖往往不利于消费者的维权,因此在此类管辖权异议案件中也出现了两种不同的裁判思路。

2.1

认定管辖条款有效

管辖条款不仅会出现在跨境电商平台的协议中,还可能存在于跨境电商产品的销售页面中,成为买家与卖家之间的合同条款之一。在消费者徐某与卖家宋某的网络购物合同纠纷一案⁵中,卖家在店铺详情页写有“拍前必看”中描述到:“买家购买本店产品发生任何交易纠纷,管辖法院为卖家注册地法院,拍下视为默认此条款。”法院认为,本案中消费者购买的是国外代购商品,商品的特殊性质要求消费者应当仔细阅读商品的声明条款,且卖家已经用黑色字体等特别标识用以引起消费者的注意,因此应当认为卖家已经履行了提醒注意义务,且双方约定的管辖法院与案件有实际联系,因此管辖条款有效。

2.2

认定管辖条款无效

然而,类似的案件发生在北京时,法院却出现了不同的观点。钱某是淘宝全球购的店铺卖家,其在商品宝贝详情中展示了海外产品特殊性声

6. 参见(2019)京01民辖终22号民事裁定书。

7. 参见(2018)沪02民辖终173号民事裁定书。

8. 某平台会员章程中约定：“若您因使用苏宁平台发生纠纷(包括您与苏宁平台中入驻商家的纠纷)，您同意将纠纷提交平台运营方所在地人民法院裁决。”

明，并在销售页面声明如发生交易纠纷，管辖法院为卖家所在地(苏州市姑苏区人民法院)，拍下视为默认此条款。买家吴某购买该店铺的商品后在收货地北京市海淀区法院提起了诉讼，钱某以销售页面已声明约定了管辖法院为由提起管辖权异议。但是法院最终认为卖家钱某未采取合理方式提请消费者注意，认定该协议管辖条款应属于无效条款。⁶

除了未尽提示注意义务，强制消费者同意的管辖条款也有可能因为违反公平交易原则被认定为无效。在冯某与某平台海外购自营店发生的在先购物合同纠纷⁷中，平台方将有利于自身的管辖条款⁸放置在《会员章程》中，如果不同意《会员章程》就无法在平台上购物，且《会员章程》中的条款是不可修改、不可选择、未经协商的。法院认为将管辖条款前置放在会员章程中违反了公平交易规则，而且考虑到异地诉讼不利于保护消费者权益，最终法院认定该管辖条款的约定无效。可见，法院在面对格式合同约定管辖案件时的态度尚未完全达成定论，一方面格式合同约定管辖条款并非完全没有效力，在采用合理的提示方法后能够被法院承认有效。但另一方面，个别商家利用绝对优势地位约定有利于己方的管辖方式又确实给消费者维权造成了很大的困难，如果一边倒地承认将导致大量消费者出现“有权不能维”的局面。

Section 03

约定管辖条款的法律效力分析

3.1 影响约定管辖条款效力的因素

3.1.1 是否不合理地免除或减轻己方责任义务、加重对方责任义务

合同是当事人双方意思自治的体现，合同中的管辖条款是当事人对争议管辖方式及地点的确认。近年来，互联网的普及以及电商行业的发展，使得越来越多的交易合同采用电商提供方事先拟制的可重复使用的格式合同，然而由于电商经营者所处的强势地位，此类合同中经常会包含



实践中经营者所在地的确定以及可能导致的域外诉讼仲裁仍然给消费者维权增加了不必要的困难。

一些不利于消费者的条款,消费者只能选择接受或者拒绝整个交易,而无法提出修改意见。为避免一方假借自由之名以合同压迫另一方,法律有必要对上述行为进行规制。

在《民法典》中就有关于格式条款无效情形的规定:

《民法典》第四百九十七条 有下列情形之一的,该格式条款无效:

(一)具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形;

(二)提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利;

(三)提供格式条款一方排除对方主要权利。

其中第二款明确指出,在格式合同中不合理地约定加重对方责任的,该格式条款无效。但是具体到约定管辖的问题中,何种约定属于超出合理界限,加重对方责任在司法实践中尚未有统一的意见。

此外,《消费者权益保护法》第二十六条也对经营者与消费者之间产生的格式合同做出了规定:“...经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式,作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、**加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定**,不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。**格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的,其内容无效。**”根据上述规定,如果经营者约定的管辖条款属于加重消费者责任,对消费者不公平、不合理,即使经营者已经采取措施提醒消费者注意该格式合同中的管辖条款,该条款也属于无效。

因此,在判断约定管辖条款是否有效时,需要判断该条款或约定是否属于不合理加重另一方责任、不合理免除或减轻经营者义务。从目前的司法实践来看,由于平台经营者已经做了充分的提示义务,因此大多数案件对约定在平台经营者所在地管辖的格式条款持认可态度,但实践中经营者所在地的确定以及可能导致的域外诉讼仲裁仍然给消费者维权增加了不必要的困难。首先,跨境电商合同具有金额小、案件量大的特点,为了小额纠纷前往外地甚至于境外进行维权诉讼或仲裁,对于一般消费者来说

无疑是强人所难;其次,网络全球化的趋势使得交易对象不再有地域上的局限,存在交易主体复杂、所在地存在难以确定的问题,要求消费者明确经营者的身份信息、所在地址然后确定管辖仍非易事;最后,与境内诉讼或者仲裁相比,如约定由境外法院或者仲裁机构管辖,对于境内消费者产生的司法效果完全不同,境外诉讼将大大增加境内消费者的维权难度和执行可能性。因此,即便管辖条款被法院认定为有效,其在实践中仍然会无形地增加消费者的维权成本,造成消费者“有苦无处诉”的情形。

3.1.2 是否尽到法律规定的提示义务及说明义务

在《民法典》出台前,最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第三十一条的规定:“经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议,未采取合理方式提请消费者注意,消费者主张管辖协议无效的,人民法院应予支持。”根据该规定,跨境电商经营者通过格式条款与消费者达成管辖约定条款时,跨境电商经营者应该尽到必要的提示义务,才有可能使得格式条款成为双方之间的有效条款。由此可见,在《民法典》颁布之前的法律规定中,经营者使用格式条款的,只对消费者承担对管辖条款的提示注意义务,明确采用格式条款与消费者订立管辖协议的需要满足提示注意的条件。

在上文介绍的(2020)鲁06民辖终79号海外购店铺案例中,商家在自己店铺的宝贝详情页面设置了管辖条款,并对该条款采用了特殊的文字格式,例如黑体、加粗、惊叹号等符号,法院认为商家已经采取了“合理方式”,因此判定管辖约定的格式条款有效。可见,采取格式条款约定管辖并不会一定导致无效的后果,除了其实质内容上不能不合理的加重消费者义务外,还必须在形式上保证约定管辖条款的足够醒目、显著,否则可能因为形式上未能达到“合理方式”的标准,导致约定管辖条款被主张不成为合同内容。

《民法典》第四百九十六条规定:“...采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方**应当遵循公平原则**确定当事人之间的权利和义务,并**采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害**

9. See 141 F.
Supp. 3d 1051.

关系的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务,致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的,对方可以主张该条款不成为合同的内容。”根据该条款规定,跨境电商经营者在《民法典》实施后,针对格式条款,尤其是“免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系”的条款,不仅需要履行明确的提示义务,还需要履行必要的说明义务。如果没有履行上述义务,消费者可以以未能理解与其有重大利害关系的条款而主张该条款不构成合同的内容。

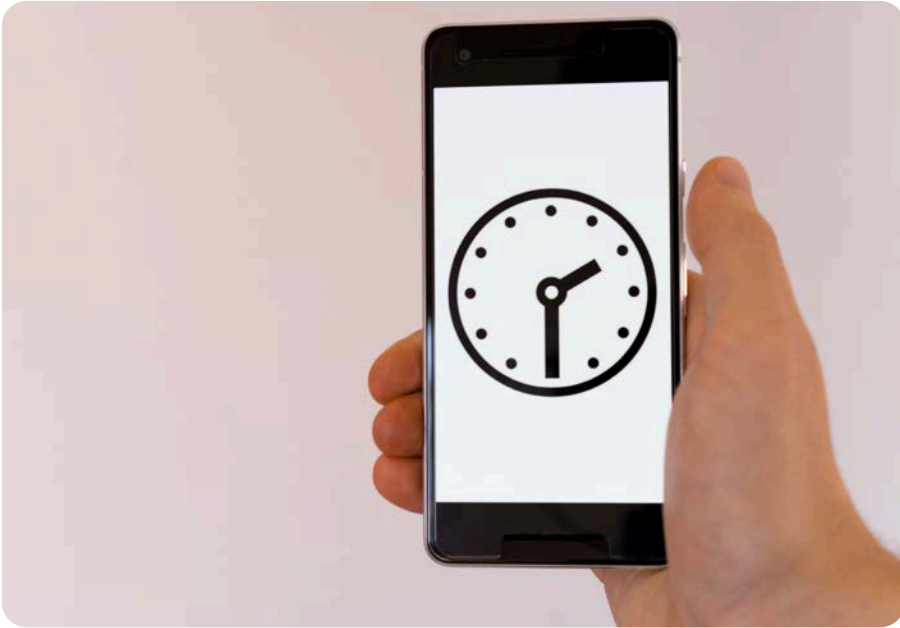
3.2 从境外案例经验探析格式条款的效力

在美国一判例⁹中,两位消费者对平台公司提起消费者集体诉讼,平台公司以消费者曾经同意的仲裁条款要求本案应当强制仲裁,驳回消费者的动议。法院认为仲裁条款的设置不存在程序上与实质上的不公,最终支持了平台公司的请求。

在该案中,法院将交易过程中发生的不平等情形分为两种,一种是程序性不平等,包含订立合同的方式、当事人是否有合理的机会理解合同、重要条款是否被隐藏在错综复杂的细则当中等等;另一种是实质性不平等,是指某一条款对于另一方来说过于苛刻,但这一点需要由消费者负举证责任。

从程序上来看,法院认为仲裁条款的设置不存在程序上的不公,其与其他合同条款使用了相同的字号,并且将关键条款进行加粗,虽然消费者无须打开浏览整个通知,但是平台公司已经提供了合理的通知,文本通知的大小和位置并不足以证明存在程序不公平。

从实质上来看,虽然消费者提出的采用仲裁条款会导致实质上的不公,但法院认为虽然协议中约定了平台公司拥有修改权,但是因为其必须遵守商业交易中诚信公平原则,因此并不意味着存在实质不公平。与此同时,就消费者认为协议中约定的仲裁条款将知识产权有关纠纷排除,系平台公司从自身考虑使自己在不同的案件获得有利的管辖优势,



而主张管辖条款存在实质不公平的问题,法院以不同情况下的管辖约定对双方都是公平的为由,驳回了消费者的主张。此外,就平台协议中约定的消费者有可能被平台公司索赔律师费的条款问题,法院认为该条款是华盛顿州法律的规定,而且适用于双方,并不构成实质不公。

综上,可以看出,美国司法实践中的程序性、实质性公平审查标准和我国检测约定管辖条款是否有效的规定有异曲同工之妙。其程序性标准类似于《中华人民共和国民事诉讼法》解释中有关“合理方式”提示消费者注意的要求,实质性标准则与《民法典》《消费者权益保护法》中关于认定“格式条款”有效性的规定相同。

Section 04

跨境电商合同纠纷争议解决机制的建议

跨境电商的发展加速了国际贸易流通的速度,拉近了不同地域贸易主体的距离,同时也给司法纠纷处理带来了挑战。电子商业的发展刺激了贸易主体对格式条款的使用,各大电商平台利用各种《会员章程》《使用协议》、通知公告与消费者签订合同已经接近常态化,由此产生的跨境电商

10. 郑维炜、高春杰：“一带一路”跨境电子商务在线争议解决机制研究——以欧盟《消费者ODR条例》的启示为中心，载于《法制与社会发展》（双月刊），2018年第4期，第195-197页。

合同纠纷中的管辖问题便常常成为消费者维权的拦路虎。如何平衡消费者权益与合同意思自治是认定管辖问题要解决的首要任务，但同时我们也可以积极探索更有效率的争议解决机制。

跨境电商合同纠纷具有虚拟性、跨地域性、案件多、金额小等特点，传统的诉讼、仲裁因其冗长的程序和高额的成本令消费者望而却步，如果不能建立高效、快捷、简便的纠纷解决机制，使消费者及时维权、解决纠纷，将不利于公平市场秩序的建立和发展。

目前，欧盟为解决跨区域电子商务纠纷制定了《消费者ODR条例》，通过建立ODR平台，试图以非诉讼的方式为欧盟范围内经营者与消费者之间的电子商务纠纷争议提供解决的渠道。但是该平台并不是直接的纠纷解决机构，而只是充当当事人与ADR机构之间的信息传递的功能。如果双方当事人接受ADR的解决方案，则ADR做出的结果就对双方均具有约束力。¹⁰

欧盟的ODR平台运营对于我国构建跨境电商合同争议纠纷解决机制具有重要的参考意义。我国跨境电商规模已经连年稳居世界第一，覆盖了世界上绝大部分国家和地区。随着市场的不断成熟，竞争也在加剧，根据杭州互联网法院发布《电子商务案件审判白皮书（2018年度）》显示，跨境电商纠纷已经成为法院案件新的增长点，通过天猫国际、全球购、网易考拉、小红书等专门从事进口产品销售的平台，购买进口产品引发的纠纷案件量增长明显。过去的几年，杭州互联网法院实现了设立首个全流程在线诉讼平台，全国首个跨境数字贸易法庭，未来随着社会需求的增长和新型纠纷解决模式的探索，建立电子化的在线纠纷解决平台已然是大势所趋。

首先，跨境电商合同案件具有案件量大、案件标的小、案件材料电子化的特点，如采用传统的案件审理模式，需要当事人提供经过公证认证等程序认可的证据材料，对于批量案件来说，增加了诉讼成本，降低了诉讼效率。如能采取线上纠纷解决机制来统一处理跨境电商合同纠纷，不仅可以大量案件集中处理，更可以采取对接电商平台接口等方式，便于确认合同真实性、合同履行过程等事实问题，方便当事人的举证，提高审判仲

裁效率。

其次,构建跨境电商在线纠纷解决平台具有完善的技术支持和经验。目前,浙江省法院系统正在全面推进司法程序无纸化进程,预计将在今年年底实现全流程无纸化。同时,杭州市贸促会与杭州市中级人民法院联合推出的中国(杭州)知识产权·国际商事调解云平台,初步实现了知识产权和国际商事纠纷调解线上解决方案,这对于构建成熟的跨境电商在线纠纷解决平台起到了“试验田”的作用。

最后,使用跨境电商在线纠纷解决平台能够快速实现调查取证、保全、执行多方面的诉讼功能,有利于实现法律效果与社会效果的统一。传统诉讼仲裁程序中,各地法院或者仲裁机构需要分别联系电商平台进行调查取证、财产保全、证据保全或者执行事宜,但是通过构建完善的线上流程机制,打通在线纠纷解决平台与电商平台之间的数据,将在极大程度上提高司法执行的效率与权威,节约司法资源。

司法制度是实现社会公平正义的重要保障,随着社会生活纠纷形式的不断变化,开辟和构建适应于当下社会矛盾特点的纠纷解决机制已是刻不容缓。多元化的纠纷解决方式可以与传统的诉讼仲裁并存,共同构成满足社会矛盾的多种解决需求的程序系统。



王红燕
合伙人
知识产权部
杭州办公室
+86 571 5662 3968
gracewang@zhonglun.com

免责声明：

本报告使用的数据和资料均来自公开渠道。本报告分析过程及结论系本报告课题研究参与人员对公开数据及资料所做出的客观陈述及独立分析解读，不构成对相关数据和资料的真实性、准确性、完整性等的确认、承诺或保证，也不代表中伦律师事务所官方立场或意见。

本报告任何内容不构成法律、投资等专业建议，对任何因直接或间接使用本报告内容造成的损失或其它损失，课题研究参与人员及中伦律师事务所不承担任何责任。

未经中伦律师事务所事先授权，任何机构和个人不得对本报告进行任何形式的复制、发表或传播。如需引用或获得本所书面许可予以转载、刊发时，不得对本报告进行有悖原意的删节或修改，并需注明出处。

任何机构或个人使用本报告内容，即视为已完全知悉理解，并接受本声明全部内容。



中倫研究院出品