我国电子商务监管体制改革思路及立法建议

北京工商大学 吕来明 董 玫[①]

电子商务作为技术进步和商业模式创新相结合的一种全新交易形态,在交易模式、交易安全、支付方式、消费者保护、信用机制、知识产权保护、争议解决等方面都带来了新问题。为维护交易秩序、促进行业发展、保障交易安全、保护消费者权益,需要改革电子商务监管体制,对电子商务予以必要的监督管理。

目前电子商务监管体制是一种典型的"分工共管"模式,各主管部门各有其职,但这些职责并不都属有监督管理性质,有的体现为监管,有的体现为服务,有的体现为促进。"分工共管"模式的主要依据在于,电子商务涉及多个环节和领域,其行业领域本身的监管就必然包括采用电子化交易的情形,难以也没必要完全剥离,另外电子商务涉及的诸多环节具有较高的专业性和技术性要求,不易由单一部门监管。在美国等一些发达国家也是如此。

一、我国电子商务监管体制需要解决的问题

第一,欧美国家政府在电子商务中扮演的角色主要是提供服务和法律规则平台,尽可能通过市场机制和司法手段解决电子商务中出现的新问题。我国国情有所不同,应当在促进发展的前提下,注重在监管和促发展中找到平衡。

第二,电子商务所涉领域不断扩大,难以通过一个部门完成电子商务的全部监管。但是存在部门职责分工不清造成监管重叠或漏洞,各监管部门之间的行政沟通和协作机制不完善的问题。[②]需要建立有效的统筹协调机制,随时协调和纠正监管中出现的问题。

第三,互联网是一个全球系统,网络的跨地域性使得电子商务活动在空间上不再受区域限制,因此,在地域性划分原则下,传统的行政管辖权对庞大的网络交易市场进行管辖时,往往显得力不从心。[③]需要改变过于倚重政府监管的局面,加强行业自律和消费者维权及市场自治,建立和完善多元共治的监管体制。

第四,随着互联网和新商业模式的迅猛发展,用传统的监管方式和处罚手段应对互联网上无所不在的潜在风险和不法行为,常显得捉襟见肘,所以监管方式和处罚措施亟待创新,并应通过法律予以确认。

二、电子商务的监管模式和原则

我国电子商务目前实行的是政府行政监管为主导,行业自律、自治管理为辅的模式,但是应当加快培育和增强行业自律和企业自治的监管作用,逐步形成多元共治的格局。

强化行业自律和第三方交易平台自治功能是市场取向改革的一项重要内容,根据发达市场的经验以及我国目前电子商务的发展状况,应当在加强政府职能部门监管的同时,充分发挥行业自律组织的自我约束作用。我国目前已有中国国际电子商务协会和各地电子商务协会,随着这些行业组织的发展,自律意识和自律能力的提高,强化行业自律功能、充分发挥协会作用的条件逐步形成。同时,像淘宝这样的第三方交易平台发展得相当成熟,其内部治理规则也获得了长足的进步,起到了很好的效果,担负着管理海量站内经营者的功能。因此,监管部门应适应市场发展的要求,及时更新监管理念,完善监管体系,挖掘和提升行业组织和电子商务平台的管理作用。

---

① 作者简介:吕来明,北京工商大学法学院教授;董玫,北京工商大学法学院研究生。

② 国家工商总局市场司等:《中德网络商品交易监管比较研究》,《中国工商出版社》2011年版,第281页。

③ 傅达峰:《工商行政管理对电子商务监管的对策研究》,《中国工商管理研究》2002年第10期。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

因此，我国电子商务的有效监管应当由政府部门的行政监管、行业组织的自律管理、第三方交易平台的自治管理以及消费者维权监督共同构成，形成电子商务监管多元共治的目标。其中，政府部门的监管与行业组织的自律管理紧密联系，相互支持，平衡发展；第三方交易平台的内部约束起到自治管理的作用，可与外部约束相衔接适用；消费者维权监督则是市场机制下外部约束的基本体现。建议在即将制定的《电子商务法》中确立政府、市场、社会多元共治的管理模式，即政府相关部门、行业组织、电子商务交易平台、消费者及其组织通过行政监管、行业自律、市场内部管理、消费者维权监督等机制，相互协调补充，建立多元共治的电子商务管理模式。

发展是目的，监管是手段。在市场化改革的背景下，应当尽可能通过市场机制解决问题，必须运用监管手段时，应当采用对市场正常运行和发展影响最小的方式进行。电子商务本质上是经济活动而不是行政活动，只有在市场难以自我纠偏时，才启动监管手段，以发挥市场潜力，最大化预留行业发展空间。从国际经验以及电子商务持续发展性的特点考虑，政府应尽量减少交易前监管，以避免阻碍创新和分散性带来的执行不力，政府的事前监管原则上应以法律法规的规定范围为限。因此，建议在《电子商务法》中体现政府对电子商务适度监管原则。政府有关部门对电子商务的监督管理应遵循促进发展、适度有效的原则，避免对电子商务的发展进行不当限制。

三、政府、行业组织、其他社会组织在电子商务管理中的职责划分

在国外发达国家，对电子商务的规范很大程度上依靠成熟的市场机制，政府主要通过搭建完善的法治环境来解决可能出现的问题和纠纷。德国政府通过增加透明度，促进信息流动解决问题，重在形成自我约束机制，形成多元化的市场监督手段和环境，鼓励第三方认证和维权机构的积极参与，不再靠法律和政府包打天下。④日本政府部门对电子商务的监管以自由发展为主导，尽量减少对网络商品交易的干预。⑤美国的电子商务监管走法治化道路，美国联邦政府对电子商务的扶持和促进主要体现在调整税收政策和电信行业政策方面，一般不介入具体的管理事务中。⑥

通过行业组织的自律来实现电子商务监管是符合市场要求的一种管理途径。网络空间很难受到管制，与现实生活中的监管有所不同，因此行业自律在电子商务监管中可以起到很大作用。行业组织作为一种民间性、非营利性的社会团体，其自愿性和独立性决定了在管理职责方面，只要不与法律、法规、规章和政策相抵触，行业组织就可以规定，包括事前、事中或者事后的监管及其方式。

在我国，电子商务第三方交易平台通过制定网规对于平台内交易各方进行约束和管理，在电子商务网络交易平台上，产生了一个新型的、自治的治理框架，从而演化出颇具自身特色的一套自生系统来支持电子商务的高效率运作⑦。确保了大量的网购交易有序进行，促进了行业发展。

消费者组织有权按照消费者权益保护法的规定，受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解，支持受损害的消费者提起诉讼或者对侵害众多消费者合法权益的行为提起诉讼，帮助消费者维权，可以在事后监管中起到很大作用。基于以上分析，建议在《电子商务法》中规定政府、行业组织、电子商务交易平台及消费者组织在电子商务管理中的基本职责划分。具体是：

(1)政府部门的职责主要应当是制订制度、政策，维护电子商务市场的交易秩序，依照其职能和权限采取相应的监督管理措施，制裁电子商务活动中的违法行为。对于事前监管或许可，采取只有法律、行政法规

④ 阿拉木斯：《德国与欧盟电子商务监管研究》，《信息网络安全》2011 年第 7 期。

⑤ 日本、韩国网络商品交易监管考察团：《日本、韩国网络商品交易监管概况》，《工商行政管理》2009 年第 13 期。

⑥ 《电子商务监管出国考察报告》，引自国家工商行政管理总局官网：http://www.saic.gov.cn/gsld/yjbg/ktbg/yjzx/200503/t20050318_48063.html，2014 年 5 月 31 日访问。

⑦ 张欣：《中国电子商务在线治理研究》，《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2014 年第 1 期。

©1994-2010 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

有规定时,才进行事前监管的制度。

(2)电子商务相关行业组织的主要职责是,依照其章程提供服务并约束其成员的行为,促进行业规范发展,加强行业自律。

(3)电子商务第三方交易平台经营者主要通过制订和实施平台内网络交易规则和信用管理制度,实现电子商务交易当事人的自我管理和约束。

(4)消费者组织主要职责是对消费者进行电子商务交易安全的宣传教育,并按照《消费者权益保护法》的规定维护电子商务消费者的权益。

四、电子商务行政监管部门的职责划分与协作机制

电子商务涉及网络商品经营者、第三方交易平台和其他服务经营者等多元主体的多种交易或经营行为,涉及网上支付、物流快递、电子认证、数据服务和信息安全等重要环节,相应的监督管理必然涉及多个方面或领域,继而涉及多个部门的分工负责,在一定程度上,网络经济是实体经济在方式或形式上的扩展,电子商务的管理为相关政府职能部门在传统监管职能基础上向网络空间的延伸。因此,在我国目前的政府职责分工的基本体制下,电子商务的监管体制仍应以分工监管为主。[8]目前我国电子商务监管体制存在职责不够清晰、各部门管辖界限模糊、交叉重叠、协调机制不完善的问题。制定《电子商务法》的目的和重点之一便是厘清各部门职责与权限并明确综合协调机构,因此,有必要建立"专项分工监管与一般综合监管相结合"的电子商务监管体制。在此建议在电子商务法中明确工商与市场监管部门作为电子商务交易的一般监督管理部门。工商与市场监管部门的一般监管职能是指在监管职责中,凡是法律和国务院没有明确规定由其他部门行使的职责,都由其负责监管,这是为了解决监管职责划分中因职责不清带来的效率低下和监管疏漏的问题而设计的。

之所以拟定国家工商总局作为中央层面的一般监管机构,主要是考虑其电子商务监管职责和业务内容相对而言更为广泛和基础。工商与市场监管部门作为市场监督管理和有关行政执法的机关,监管电子商务的范围包括了网络商品交易及有关服务行为的全部过程和各个环节,可以实现电子商务监管与企业日常监管的有机结合,继而能更直接、及时地发现电子商务各环节的具体问题,尤其是发现应由其他部门查处的违法行为并依法移交相关部门,从而为发挥综合协调职能打下现实基础,因此,由工商与市场监管部门作为一般监管机构更能全面发挥监管的效能,做到监管有效。

沟通协调机制是避免目前我国电子商务分散监管固有弊端的重要之举。国家工商总局颁布的《网络交易管理办法》规定了跨部门协调联动机制,[9]为相关立法提供了借鉴。此外我国电子政务建设已开展多年并取得很大成效,而且从网络技术和通信基础设施看,包括工商部门在内的许多监管部门系统内部已搭建了信息共享或监管平台,这些为通过进一步网络技术整合建立全国统一的"电子商务监管平台",通过上下、左右的沟通协调实现对电子商务的全方位无缝隙监管,保证电子商务的良性发展,提供了保障和可行性。因此,建议在电子商务法中明确相应的协调机制:一是各级人民政府电子商务相关监督管理部门应当建立定期和不定期的行政沟通、协调、会商制度和联合执法制度。地方人民政府根据本法规定并结合当地实际情况确定行使电子商务监督管理的综合监管协调部门。二是政府有关部门在对网络商品交易及有关服务活动的监督管理中发现应当由其他政府部门查处的违法行为的,应当依法移交或提请相关部门查处。三是通过全国统一的电子商务监管平台进行协作监管的制度。实现互联互通、信息共享。

⑧ 尽管目前我国正进行大部制改革,如2013年3月以来,我国在食品安全领域改变了原来的分段监管模式,采用统一监管、集中监管的模式(3月22日,我国国家食品药品监督管理总局正式挂牌成立),本次大部制改革的结果是食药总局对食品安全最终负责。但由于食品安全涉及面广,其他的一些涉及食品安全的部门如国家质检总局、国家工商总局、商务部、公安部等仍有相应的业务监管职责。

⑨ 《网络交易管理办法》第四十五条、第四十六条、第四十七条。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

五、电子商务行业自律与参与者自治的法律确认

(一)电子商务行业自律的促进与保障

过多依赖政府监管、行业自律管理作用发挥不够是我国电子商务监管体制中需要解决的问题。与行政监管相比,行业自律的优势在于:制定准则时信息更充分;政府付出的成本更低;规范内容更容易为企业所接受,因而具有更高的可行性,自律规章能够及时调整以适应环境的变化。此外,与纯粹的市场手段和政府手段相比,行业自律有行业专家参与,规范适用于整个行业,以及行业成员的集体行动所建立的行业声誉和共同的技术标准等优势。⑩以往许多法律、法规常常采取鼓励性或者促进性条款,鼓励行业组织开展自律活动,但是这类条款的性质不明确的,与其说是法律,不如说是建议。为了促进和加强行业自律在电子商务监管功能方面的作用,建议规定行业组织自律不是一种权利,即不具有可选择性,而是一种义务,是行业组织应尽的职责。行业自律与政府监管具有较强的互补性,行政监管的权威性、强制性和独立性等是行业自律所不可比拟的,而行业自律的灵活性、适时性和民主性则是行政监管所不及的。二者功能的相互配合与有机结合,有利于社会利益与行业目标的均衡,因此应建立行业自律与政府监管的联动机制。

据此,建议在《电子商务法》中规定电子商务行业组织在行业自律方面的职责以及政府对行业自律的支持与保障。具体是:(1)政府对行业组织依法开展活动提供支持和帮助制度。(2)政府与行业组织的监管衔接制度。政府有关部门应当确立与电子商务行业组织的沟通协调、信息共享制度,行业组织可以制定和实施行业标准。政府有关部门可以授权行业组织制定相关标准,根据行业组织对企业或会员的信用评价和处理措施,确定重点监管对象。(3)电子商务行业组织应当履行行业自律职责,制定行业规范,指导、规范和监督企业依法生产经营,建立行业内电子商务信用评价制度,推进相关信用评价的互通、互联、互认。推动、参与电子商务相关行业标准建设,并组织实施。向政府有关部门提出工作建议和意见。(4)明确行业组织依法制定的章程、标准、公约、规则等自律规范,对其成员有约束力。

(二)第三方交易平台的自治与监管

第三方交易平台的内部管理和制度体现了电子商务参与方的自治管理,是通过市场力量建立监督机制的典型方式,体现了意思自治的私法契约精神,在电子商务服务业发展中具有举足轻重的作用。近年来,它作为一种不同于自营式电商网站的商业模式,在网络购物市场中一直保持迅猛增长趋势,其 C2C 类业务和 B2C 类业务吸引了海量站内经营者和注册用户。网络平台上店铺运营涉及售前售后服务、营销、推广、客户关系等多领域管理,为此第三方交易平台须制定体系化的站内交易规则和管理制度,以加强第三方电子商务交易平台的服务规范。这对于维护电子商务交易秩序,促进电子商务健康快速发展,具有非常重要的作用。应当结合现行有关规定和实践做法,在法律上对此模式予以确认和规范。建议在《电子商务法》中规定电子商务交易平台的监管职责,具体是:

(1)平台经营者的监管义务。电子商务交易平台经营者应当依照法律规定或注册服务协议的约定建立用户注册及身份审核、交易规则、交易安全保障、信息披露与审核、隐私权与商业秘密保护、知识产权保护、不良信息处理、商品和服务信息检查监控、消费纠纷和解和消费维权自律、争议解决机制等制度,组织检查网上交易管理制度的实施情况,并根据检查结果及时采取改善措施。

(2)平台规则的制订、修改、披露及限制制度。平台经营者制订、修改各项协议、规则应当遵循公开、连续、合理的原则,遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。不得妨碍相关经营主体的正常交易活动。平台经营者制定的各项管理制度应当在其网站显示,并从技术上保证用户能够便利、完整地阅览和保存。平台经营者应采用技术等手段引导用户完整阅读用户协议,合理提示交

⑩ Peter P. Swire: Markets, Self-Regulation, and Government Enforcement in the Protection of Personal Information, in Privacy and Self-Regulation in the Information Age by the U.S. Department of Commerce, Social Science Research Network, from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract id=11472.

©1994-2010 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

易风险、责任限制和责任免除条款。免责条款不得违反法律、行政法规的强制性规定。平台经营者修改其与平台内经营者的协议、交易规则,修改内容应当至少提前七日予以公示并通知相关经营者。平台内经营者不接受协议或者规则修改内容、申请退出平台的,第三方交易平台经营者应当允许其退出,并根据原协议或者交易规则划分、承担责任。

(3)确认平台规则的约束力。平台经营者依法制定并公布的各项管理制度和规则,对通过平台从事交易的当事人有约束力,平台经营者可以按照平台的制度和规则采取相应的监督管理措施。

(4)平台规则的自愿备案制度。平台经营者可以自愿将依法制定的各项管理制度在政府电子商务监督管理机构备案,经过备案的,可以标注相应的标记。

(5)平台经营者的配合义务。平台经营者发现平台内交易者有违反法律、法规、规章的行为的,应当向平台经营者所在地电子商务监督管理的政府部门报告。政府监管部门发现平台内有违反法律、法规、规章的行为,依法要求交易平台经营者采取措施制止的,交易平台经营者应当予以配合。

(6)平台经营者的行业监督制度。行业协会设立消费警示制度,监督和约束有不良行为的平台经营者。鼓励平台经营者行业组织开展行业规范自律,对平台交易规则提出意见,建立与电子商务平台经营者的互动机制,推进平台交易规则的标准化与规范化。

六、行政监管方式和措施的完善

电子商务具有虚拟性、跨地域性的特点,基于互联网的特殊性质,传统的"现场执法和区域执法"不足以有效监管。必须以网络信息技术为依托和手段,创新网络交易监管方式,实现"以网管网",在工商与市场监管部门的监管实践中,国家工商行政管理总局和地方各级工商与市场监管部门已经推行通过网络交易监管平台进行监管,取得了较为成熟的经验。因此应当在法律上明确"以网管网"的监管方式。

一般而言,对于线下的监管与查处措施大都适用于线上违法行为,如询问、查阅复制、查封扣押(行政强制)、行政处罚等,这也是较传统的监管手段。随着社会发展和执法理念更新,公共警告或消费警示、行政约谈(座谈)、责令停网整顿或提请停止接入等新型监管措施不断涌现出来。目前,在我国众多领域监管执法实践中,公共警告或消费警示被广泛运用,电子商务监管可以借鉴这种措施并在相关立法中予以明确。

对于有轻微违法行为或努力整改的经营者可以通过约谈、告诫、建议、协调等行政指导方式进行提醒、警告,行政指导属于非强制性的"柔性"监管方式,实践证明,这种"软"方法更能获得当事人的配合,增强其自律。

信用监管,以诚信激励、失信惩戒的机制逐步消除网络交易主体的不良信用,是一种新型又有效的监管方式。关于信用监管我国已有不少立法例,如《食品安全法》第一百七十九条规定:"县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当建立食品生产经营者食品安全信用档案,记录许可颁发、日常监督检查结果、违法行为查处等情况;根据食品安全信用档案的记录,对有不良信用记录的食品生产经营者增加监督检查频次。"《网络交易管理办法》第四十条规定:"县级以上工商行政管理部门应当建立网络商品交易及有关服务信用档案,记录日常监督检查结果、违法行为查处等情况。根据信用档案的记录,对网络商品经营者、有关服务经营者实施信用分类监管。" 新颁布的《企业信息公示暂行条例》也包括信用监管的具体内容。这些法律、法规为电子商务法中规定信用监管提供了立法经验和可以参照、援引的制度。

因此,在《电子商务法》中应对上述监管措施予以规定。一是明确政府有关部门可以采取实地监管和通过网络监管系统进行监管的方式对电子商务活动进行监督检查。二是规定政府有关监管部门应当建立电子商务及有关服务信用档案,记录日常监督检查结果、违法行为查处等情况。根据信用档案的记录,对网络商品经营者、有关服务经营者实施信用分类监管,对有不良信用记录的网络商品或有关服务经营者实施重点巡查,对不良信用记录情节严重者实施失信联动惩戒或列入信用不良当事人名单。

责任编辑:邢 淼

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net