

电子商务法新规对微商的规制及其影响

吕来明 教授 郑国华 (北京工商大学法学院 北京 100048)

基金项目: 本文是原国家工商总局委托项目“电子商务监管体制研究”的相关成果

中图分类号: F713 文献标识码: A

内容摘要:《电子商务法》将微商纳入调整范围,但未明确微商中电子商务经营者的界定标准。营利性和经常性一般是传统商法对经营者的判断标准,对于电子经营者应同样适用。作为电子商务经营者的微商应当依法进行工商登记、缴纳税款,为保障此义务的实施可以采取鼓励政策,税收设计上也应考虑微信代购行业特殊性给予一定减免。微信平台对于微商经营行为应承担一定的责任,该责任应根据其对微商的控制情况和交易的参与情况进行细化,不能一概而论。

关键词: 电子商务法 微商 平台责任 行业影响

微商作为电子商务经营者的界定标准

(一) 界定的难点和意义

微商最初是熟人之间以分享个人体验推荐商品及服务的模式,后因成本低、门槛低、传播快、覆盖广等特点迅速发展起来。目前微商经营模式很多,具有隐蔽性的特点,尤其通过朋友圈、群组分享方式推销产品的,在信息传递中缺少明显标志,难以和普通微信内容区分,使得界定用户发送的是否为商品销售信息成为难点之一。微商虽有“商”字,但以微信为社交场景的交易中,并非所有交易均为商事交易,并非所有卖家都是电子商务经营者,所以界定微商的行为是营利性性质的商事交易行为还是民事行为成为难点之二。

区分电子商务经营者和非电子商务经营者。对于微商来说,在权利义务和责任承担方面有所不同;对于消费者来说,在权利救济和法律诉求方面有所不同,故应明确微商中电子商务经营者的范围。作为电子商务经营者的微商,应当承担《电子商务法》、《消费者权益保护法》、《产品质量法》等法律法规规定的义务和责任,如应依法进行工商登记,满足税收条件的应当缴纳税款,受市场监管部门的监管,出具发票等购货凭证或者服务单据,公示营业执照或经营许可信息等。而网络交易中的非经营用户,则不必承担电商新法规定的义务责任,其行为仅受到民事法律法规的规制。明确微商中承担电子商务经营者责任的主体范围、责任内容,对于规范和促进电子商务行业的健康发展,维护电子商务消费者的合法权益有重大意义。

(二) 界定的标准

电子商务经营者虽在交易方式上与传统经营者不同,但在行为性质方面仍满足商法理论概括的经营者特点,故界定微商为《电子商务法》规定的电子商务经营者,应满足经营者的下列特点:一是具有营利性。传统商法理论中经营者是以营利为目的的,其营利性一般理解为行为有偿且有偿活

动的利润归投资人或其成员分配。二是具有经常性或大量性。经营活动是经营者经常实施的行为,而不是偶尔从事的有偿活动,存在不特定的潜在交易对象。此外,传统商法理论中经营者有企业和自然人两类,其中自然人从事营利活动成为经营者,除符合上述两个要件外,还需具有一个字号和相对确定的场所。笔者认为,因为互联网经济具有虚拟性等特性,所以在自然人经营场所问题上应做一定突破,不要求作为电子商务经营者的微商具有相对固定的场所。综上,微商成为电子商务经营者应满足有偿行为反复多次、利润分配给投资人或成员、具有不特定交易对象的条件。具体到微商实际经营模式上,分析界定如下:

企业或自然人以开立公众号的方式进行商品宣传和销售,是一种将传统电子商务平台交易转移到社交平台上进行的模式,其本质未发生变化,满足上述界定标准,应认定为电子商务经营者。

自然人以朋友圈、群聊方式推销商品的,若其满足营利性、经常性或大量性的要件,应当认定为电子商务经营者。偶尔将物品放置朋友圈销售的,不具有经常性、大量性的特点;通过微信将物品无差价进行转让,不具有营利性特点,不应认定为电子商务经营者。

微信平台“发现”页面中的“京东购物”及微信钱包页面中的“第三方服务”下的企业销售商品时,已提请消费者注意相关服务由第三方提供、相关责任由第三方承担,此种模式下微信实质上是消费者转至第三方的中介平台,可直接认定商品卖家为第三方平台下的电子商务经营者,而非作为微商的电子商务经营者。

企业或自然人以在社交平台上发送链接或程序的方式,消费者点击链接或程序可转至其他销售服务网址购买商品,这种模式中若跳转后网站上的商品是企业或自然人自己的,当然认定为经营者,但可直接作为转出网站的

“电子商务平台经营者”，不必认定其为“通过其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者”；若链接相关商品并非企业或自然人自己的，但企业或自然人可以依此点击量或交易量获取收益或者在发布前收取定额收益，笔者认为其虽对交易撮合、商品推广起到重要作用，但其本质上更多体现的是广告发布者的角色，不宜认定为电子商务经营者。

微信平台对微商经营行为承担的责任范围

（一）微信平台承担责任的前提

目前微信的自我定位仍是一个社交平台，其重心不在于促成交易，其提供的服务与传统电商平台不同。但笔者认为微信平台是一个综合性平台，不能以其自称社交平台而免除其具有电商平台功能的责任。理由如下：微信平台具有信息传递功能，用户可将它视为聊天工具，同时其也具有转账功能，用户可以通过微信红包进行金额转让，而信息发布和金额转让两个功能也可以视为电商平台交易过程中的商品信息展示与价格支付环节，从这个角度看，微信平台具有电商平台的色彩。尤其以公众号、微商城等方式进行产品营销的，微信平台会收取公众号营销服务费、电商小程序服务费、门店费等一系列费用，若个体户或企业注册公众号销售商品，需要填写企业名称、营业执照注册号，并经过支付验证、微信认证或法定代表人验证，这些都体现出微信平台有类似于微商的“招租者”的性质，提供经营者的日常管理服务。也就是说，微信平台对交易具有一定的控制能力，所以应当对微商的经营行为承担责任。

微信平台虽与传统电商平台在电子商务交易环节有一定相似性，但其在交易前期的审核、交易纠纷的处理等方面与传统电商平台有本质不同，而这种不同是基于其主要功能、机制运作、交易控制力与传统电商平台不一样。主要功能方面，电商平台的设立和运行是以电子交易为中心的，而微信平台与此不同，其以社交功能为主。机制运作方面，卖家入驻电商平台需要经过比较严格的审核，如在淘宝上开店需要注册淘宝账户、绑定支付宝账号、完成支付宝实名认证和淘宝身份认证，虽然开店免费，但广告位和店铺装修等需要缴费；而微商在微信平台若以朋友圈或群聊方式推销产品，不需要上述复杂程序，仅需要一个微信账号即可，而此账号仅需一个有效的手机号，且此种方式微信不收取广告费、服务费，微信平台对于微商的经营行为控制力相对较弱。

微商运营模式多样，且微信平台对不同模式的控制能力、掌握情况、对交易的参与程度不同，所以对不同模式下微信平台的责任不能一概而论。如上文所述，微信平台对于通过公众号推销商品的微商、B2C 模式下的微商在主体审核和日常管理方面控制力强，商品交易层面的关系更

为密切、发挥效能更大，应承担的责任相对较大；对于自然人通过朋友圈、群聊发布商品信息的微商掌控度小，应承担较轻的责任。也就是说，微信平台的责任应当根据微商不同的经营模式分类进行规定，对微商控制力越强、交易参与程度高的经营模式，微信平台承担的责任越强。

（二）微信平台承担责任的具体内容

主体资质审核的责任。《电子商务法》第 27 条规定了电商平台对于入驻卖家的信息审核义务，并需对提供的信息进行核验登记，建立登记档案，定期核验更新。微信平台对于其上的经营者也应有主体信息审核的义务：对于通过公众号推销商品的和 B2C 模式下的微商，微信平台的审核程度应与电商平台基本一致。目前微信平台要求个体工商户和企业注册账户或公众号时，应进行信息登记，提供主体名称和营业执照注册号，并经支付验证、微信认证或法定代表人验证，对于此模式下的主体资质审核程度已经与电商平台的审核程度大致相同。自然人通过朋友圈、群聊发布商品信息的交易与其作为社交主体和社交信息混杂在一起，且带有一定的熟人交易性质，微信平台的主体审核义务主要是微商身份的核验，微信平台对于微商身份信息进行谨慎审核即可，不必进行实质审核。现在的微信账号需要实名的手机号进行注册，而此方式便于微信平台对于用户身份的审核。

报送信息、协助监管的责任。《电子商务法》第 28 条规定了电商平台应向市场监督管理部门、税务部门报送有关信息，配合相关部门对电子商务经营者进行工商登记、缴纳税款的提示。对于通过公众号推销商品的和 B2C 模式下的微商，微信平台提供虚拟的交易场所、相对专门的技术服务和支付系统，角色近似于电商平台，故应履行此项义务，报送已掌握的主体信息，协助相关部门工作。若微信平台未履行此义务，应参照《电子商务法》第 80 条第一款第二项承担责任。自然人通过朋友圈、群聊发布商品信息的微商数量多、发布信息杂，微信平台的控制能力较弱，不应承担主动审查和事中监管的义务，但应尽力协助相关部门的工作。因为微信平台对微信中信息最具有掌控力，可以通过技术初步确认具有成为电子商务经营者可能性的主体。

数据保存的责任。《电子商务法》第 29 条规定了电商平台应记录和保存所有商品和服务的交易信息，且至少保留 3 年。对于微信平台来说，保存用户的朋友圈和交易聊天记录至少三年，加重了平台运行成本，且有侵犯用户隐私权之嫌。笔者认为，平台保存商户身份资料和交易情况信息的成本与众多权利人可能维权的成本及所受损失相比，可能后者更为重要。且平台可以不必将所有用户的朋友圈和聊天记录保留三年，可通过技术手段先初步确认哪些微商属于电子商务经营者，确认后再对其资料信息进行至少

三年的保存,或者通过技术手段筛选可能为交易内容的信息,对该类信息至少保存三年。作为微商交易中的参与方、交易场所提供者,微信平台应当为消费者权益保护发挥重要作用,对于消费者维权支持态度,积极进行技术革新。

提供交易评价途径的责任。《电子商务法》第39条规定了电子商务平台经营者应为消费者提供评价途径,建立健全信用评价机制。对于公众号方式销售商品的经营者,微信平台可以在公众号内设计消费者反馈功能,供消费者进行评价;对于C2C模式下的电子商务经营者,微信平台可以不必承担此义务,因为一方面交易评价机制是为了让消费者经营者的诚信度有所了解而设计的,而C2C模式中多为渐近式熟人交易,消费者一般为经营者的亲朋好友或者老客户的亲朋好友,对经营者的诚信度已经有所了解;另一方面群聊可以视为变相式的评价系统,已购买的消费者可以在群中直接提出使用商品后的反馈意见,未购买过的消费者也可以通过群组加已购买过商品的消费者的微信咨询商品情况。

及时采取必要措施的责任。《电子商务法》第38条、第42条和45条规定了下列情形电子商务平台应采取如删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务的必要措施,否则与平台内经营者承担连带责任:平台明知或应知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;平台接到知识产权权利人因认为知识产权受到侵犯而要求采取必要措施的通知;平台明知或应知平台内经营者侵犯知识产权的。笔者认为,对于微信平台来说,如有上述情形也应当采取必要措施,只是明知或应知的证明难度较大,此处的必要措施与电商平台采取的方式不同,为达到终止交易的结果,微信平台可以删除公众号内相关产品信息、暂停该用户账户使用等。

电商新法对微信代购行业的影响

(一) 微信代购行业现状

代购,是指经常出入境的个人从境外购买消费者需要的商品带回国内,或境外人员购买当地商品直接国际快递寄回国,以此赚取差价或手续费的行为。代购形式多样,本文讨论的微信中的代购,与专门的代购网站或海淘平台不同,其属于私人代购,主要通过朋友圈发布代购商品基本信息,通过群聊或私聊详谈商品具体情况。微信代购不仅可以向跨境电商平台一样为消费者提供国外商品,还可以根据消费者针对性、小众性的个性诉求购买到从国内购物平台不容易买到的、价格相对较低的好商品。微信代购为消费者生活提供了便利,但其存在的问题很多:对消费者来说,代购的供货源不稳定,因为微商从零售渠道购买商品,可能遇到供货不足的情况,所以不能确保购买到商品;商品真伪难分,代购商品假冒伪劣的不在少数;物流风险高,若选择国际

快递,消费者不便查询物流进度,运输中也容易出现商品毁损的情况。对微商来说,法律风险高,海关监管时可能要求其补缴税款、扣留商品,这部分费用一般由经营者垫付,若之后消费者取消交易,该费用由经营者自担。若满足《刑法》第153规定,该代购微商构成走私普通货物、物品罪,承担刑事责任。对于海关等监管部门来说,微商私密性较高、隐蔽性强,难以发现且取证不便。对于国内市场秩序来说,代购规避海关和税收监管而取得的价格优势有不正当竞争之嫌,可能对国内市场产生不利影响。

(二) 电商新法对微信代购行业的影响

微商被纳入《电子商务法》的调整范围后,根据第10条和第11条规定,具有登记和缴纳税款的义务。微商按规定登记、缴税可以方便政府部门的监管,也有利于市场秩序的维护。电商新法中适用于微信代购者的规定,一方面规范了微信代购者行为,促进该行业自身规范化发展;另一方面给予消费者权益诉求的途径,同时可以提高消费者对微信代购的信赖度。但对微信代购行业的发展也有消极影响:一方面,登记的实现是实践中的难题,微商自己不愿登记,微商数量大且不易发现,工商部门难以监管,平台也怠于协助部门进行登记提示;另一方面,微信代购之所以兴起,是在于去掉关税而形成的价格优势,如因登记、缴税丧失了代购行业的根本性优势,代购行业极有可能随之没落,消费者很难买到价格较低的同等商品。笔者认为,可以政策上鼓励微信代购商登记,以提高其诚信度的方式增加其登记的积极性,税收设计方面也可以更加科学,使得微信代购仍有一定价格优势,此行业仍有存在的意义。

结论

《电子商务法》的出台是电商行业与法学界共同期盼的结果,但其中的一些规定仅点到为止,未做具体规定,如微商和微信平台等主体的义务责任方面,但可以根据今后的实际情况通过司法解释等方式加以明确和细化。平台经济的兴起将各方关系变得更加紧密和复杂,法律需要权衡消费者、平台内经营者及平台利益,但法律具有滞后性,所以电子商务领域问题的解决不仅需要制定相关法律,更需要行业形成自治规范,更需要技术方面的革新,以达到各方共赢的目的。

参考文献:

1. 陈军梅,胡文校,吴晴,陈志成.微商的法律责任分析及监管维权研究.中国市场监管研究,2016(8)
2. 周辉.微商治理:平台责任与政府监管.中国科技论坛,2016(10)
3. 朱巍.微商入法形式值得商榷.检察日报,2018-8-1