

微商治理：平台责任与政府监管

周 辉

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100009)

摘 要: 移动互联网技术的进步推动了微商等新型电商的发展。针对微商发展中的问题, 平台和政府都应承担相应的责任。要合理确定平台监管原则、科学界定平台责任。协同而非对峙才是治理的方向。

关键词: 平台治理; 平台责任; 协同治理; 微商

中图分类号: D912.1 **文献标识码:** A

The Governance of Micro-commerce: Platform Responsibility and Government Regulation

Zhou Hui

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100009, China)

Abstract: The progress of mobile internet technology has promoted the the development of new types of E-commerce such as micro-commerce. Both the government and the platform should take corresponding responsibility for the problems during the development of micro-commerce. The principles of platform regulation should be set reasonably and the responsibility should be defined scientifically. Cooperation rather than confrontation is the right direction of governance.

Key words: Platform governance; Platform responsibility; Collaborative governance; Micro-commerce

“技术改变商业, 商业改变生活^[1]。” “现在人类已进入互联网时代这样一个历史阶段, 这是一个世界潮流, 而且这个互联网时代对人类的生活、生产、生产力的发展都具有很大的进步推动作用^[2]。”

随着移动互联网技术的不断成熟、智能手机的不断普及和商业模式的不断创新, 电子商务也在从 PC 端逐渐向移动端延伸, 成为新的经济增长点。依托于其数以亿计的活跃用户, 微商近年得以迅猛发展, 给网络治理带来了新的挑战。在国家鼓励各类电子商务平台为小微企业和创业者提

供支撑, 降低创业门槛的背景下, 如何“简政放权、放管结合、优化服务”, 把握电商平台治理的方向, 本文将以微商的监管为切入点进行探讨。

1 微商概述

1.1 概念

目前关于微商的内涵与外延尚没有统一的界定。广义上的微商, 以移动互联网为场景, 对应桌面互联网上的电子商务, 基本上等同于移动电子商务。相对狭义的微商则以社交应用为场景, 主要指在微信、微博等社交平台上, 具有“时空

收稿日期: 2015-12-16

作者简介: 周辉(1985-), 男, 山东人, 中国社会科学院法学研究所助理研究员; 研究方向: 行政法、网络治理。

的灵活性、应用的即时性、支付的便捷性、服务的个性化”^[3]等特征的电商模式。最狭义的微商虽仅指微信这一社交应用场景,但是具体类型也很丰富,包括但不限于微信朋友圈电商、微信公众号店铺、微信“钱包”入口电商。

从概念的科学性来看,广义的微商混同于移动电商,不能集中凸显“微”的特征;从定位的精确性、分析的针对性和当前的代表性来看,以微信为平台的电商更能反映微商作为一种独立类型电商模式的价值和特征。因此,下文分析中的微商取最狭义的概念。

1.2 特征

实现社交关系资源向商脉资源的转化,是微商运营的关键,也是微商与一般移动电商的本质区别。因此,如果说一般移动电商仍然以“物”的交易为中心,以直销模式、熟人经济为特色的微商则更加注重以“人”的服务为中心。

就具体商业模式而言,C2C、B2C、O2O 都可以适用于微商运营。C2C 模式主要发挥微信朋友圈的信息发布平台功能;B2C 模式主要利用了微信公众号的交互功能;O2O 则进一步实现了微信公众号与商家线下业务的结合。

在网民投入更多时间精力进行刷微博、刷微信等社交活动的背景下,相对于一般电子商务的陌生人经济模式,微商将触角伸入社交网络,具有更明显的优势:

第一,深入挖掘了用户的有效注意力资源,拓展了交易的覆盖范围。“互联网所具有的泛在性——时间泛在、空间泛在和主体泛在,使得分布式的资源配置、协同型的价值网络和跨越空间的经济集合成为可能^[1]。”在微信的使用中,互联网的泛在性更是得以充分体现。据统计,微信已经成为近三成用户手机上网使用流量最多的应用,平均每天打开微信 10 次以上的用户达到 55.2%,平均次数超过 30 次的用户比例接近四分之一^[4]。腾讯公布的 2015 年第二季度及中期业绩报告更是显示,微信和 WeChat 的合并月活跃账户数已经达到 6.00 亿^[5]。这意味着以微信为端口,处于不同空间的各类用户的大量时间可以被挖掘和利用,有大量潜在的需求可以被激发。

第二,充分利用了熟人经济模式的信任度优势,口碑传播更快^[6],增加了交易的成功几率。

微信用户与微博用户的最大不同在于,前者更像“朋友圈”,后者更像“粉丝圈”。就交易来看,粉丝关系仍属于一种弱关系。非社交类电商模式中,买卖双方的关系更淡、更弱。微信“好友”相对属于一种强关系,更加符合熟人经济的适用场景。

第三,在监管不太明晰的情况下,微商在合规成本上也比淘宝、京东等电商平台要低。微商作为一个快速发展中的新事物,监管上不可避免地存在“缺位”。从公共秩序的视角来看,这是一个问题;但就微商而言,却是一个优势。监管必然带来合规的成本,轻监管自然是低合规成本。这是一个必须面对的现实,也是一个证明简政放权必要性、合理性、正当性的鲜活实例。

2 实践中的微商平台责任和政府监管

电商治理离不开电商平台,也离不开政府部门。确立平台责任制度的目的在于规范电商平台的行为,更在于通过对其施以法律责任的压力促使电商平台构建合规的交易秩序。平台责任并不仅仅是责任追究和权利救济,而是整个电商治理体系中的重要制度抓手,是平台治理思维中的关键环节。一方面,政府监管需要抓住平台责任这个切入点;另一方面,平台责任设定清楚了,政府监管的重点和边界也就划定清楚了。实现微商治理的目标,有必要考察实践中微商平台责任和政府监管的主要问题,并在此基础上有针对性地提出问题解决的路径。

2.1 实践中的微商平台责任

在不同的模式下,微商平台可能是不同的,微商平台的法律责任更是存在明显差异。作为所有微商运营的生态场景和技术环境,微信是微商运营的首要平台。在微信之外还存在着不少针对微信公众账号提供营销推广服务的第三方平台(以下简称“第三方平台”),如“点点客”、“微盟”等。实践中,这两类平台面临的法律责任风险是显著不同的。

第三方平台主要为微商提供技术和管理服务。“点点客”对自己的介绍是“向企业提供一系列的标准化在线软件、客户端软件、嵌入式软件和服务器端软件,帮助企业更好的管理、运营自己的微信、微博、易信或者其他的社交软件账户,从而把传统的营销行为迁移到移动社交工具上来”。

“微盟”对自己的介绍是“基于微信为企业提供开发、运营、培训、推广一体化解决方案,帮助企业实现线上线下互通,社会化客户关系管理,移动电商,轻应用 WMAPP 等多个层面的业务开发”。仅仅提供这种技术和管理服务的第三方平台并不参与微商和其服务对象(消费者)之间的交易,一般情况下也不会因微商交易而面临法律风险。唯一的例外是,如果第三方平台在提供的软件应用中留下收集数据的端口,其将可能会因数据隐私侵权而承担相应的责任。

就提供的服务内容和类型而言,微信要远远广于第三方平台。除了技术服务,微信更是有意或无意中提供了微商交易的场景,与交易产生了或直接或间接的联系。是微信这一平台,而不是第三方平台才有可能“利用信息技术优势、传播优势、规模优势,将相互依赖的不同群体集合在一起,通过促进群体之间的互动创造独有的价值^[1]”。因此,对于微商治理而言,还是要聚焦在微信平台上;对于平台责任的讨论,重点也应当放在提供微信服务的腾讯上。

就目前的实践来看,围绕微商平台责任的焦点问题主要有两点:连带责任是否成立以及何时成立。对于一般的电商平台而言,由于其定位就在于促成交易,存在连带责任的可能性明显存在,因而第一个问题并不是重要问题。但是,由于微信仍是一个社交平台,其定位的重心并不在于,或者说,至少并不首先在于促成交易。腾讯是否需要对其微信用户之间的交易承担连带责任,仍然是一个理论上需要阐明的问题。对此我们需要结合《侵权责任法》、《消费者权益保护法》的有关规定进行分析。

《侵权责任法》第三十六条规定的避风港规则在明确平台什么情况下承担侵权责任的同时,也划定了平台豁免责任的条件。根据这一规定,平台连带责任的成立,首先考虑其是否存在过错,其次考虑平台是否知情(知道)和采取必要措施。而判断平台是否“知道”,应当结合平台“撮合意愿”的大小来识别;之所以设定平台能够“采取必要措施”,则是因为平台拥有事实上的“控制能力”。

修订后的《消费者权益保护法》第四十四条也规定了平台承担责任的具体条件。根据本条规

定,网络交易平台是否承担责任,也要考虑其过错、知情(知道)和采取措施等因素。与《侵权责任法》不同的是,这里进一步规定了平台对承诺所应承担的责任。承诺对应地会让用户形成理性预期,合理的预期就意味着平台要承担相应的责任。

腾讯虽然未必有很强的交易撮合意愿,但是却拥有对于微信上任何活动的绝对控制能力。腾讯可以决定微信上的所有行为规则——这当然也包括微商交易行为。腾讯对微信公众号的实名认证、审核规则就是支撑微商交易安全的重要制度举措。只要微商作为一种业态,还被腾讯“许可”在微信生态中存在,腾讯就应当去构建一种安全的环境。这里的安全既包括用户个体权益的安全,也包括整个网上秩序的维系。前者主要对应平台的私法责任,如《侵权责任法》、《消费者权益保护法》规定的民事责任;后者对应的更多的是平台的公法责任,如《关于维护互联网安全的决定》、《关于加强网络信息保护的决定》中规定的行政责任和刑事责任。就私法责任而言,这里的安全并不一定包括交易安全的全部。还是那句话,微信应用的定位首先还是社交而非交易。如果交易没有采用腾讯提供的支付工具,腾讯甚至可能不会承担任何责任。进一步来看,在微信这样一个私密性较强的生态中,腾讯应当尽可能少地渗入用户的交流。因而对于微信平台的私法责任,不能设定过高的“应知”要求。但是对于用户举报的问题,如果属于符合法律要求的有效“通知”,而微信平台没有处理,其承担私法责任也是没有什么疑问的。就公法责任而言,由于属于刚性要求,微信平台难以回避。这也是在实践中,腾讯在微信服务中承担平台责任最多的情形。政府监管理论上也应将平台的公法责任作为重点。

2.2 实践中的微商监管

微商的发展,首先要解决与微信社交平台定位的冲突。防范过度商业化对社交生态的冲击,既是微信自身的捍卫的底线,也是微商避免用户取消关注乃至“拉黑”的红线。此外,尽管目前的合规要求尚不太明确,微商在发展中仍面临不少法律风险点。其中,最有代表性的问题集中在以下三个方面:

第一,以代购的名义规避海关和税收监管。

自兴起以来,打着熟人代购的幌子开展商品交易,在微商中就大量存在。正是规避了关税监管,有关商品的价格才具备了显著优势,推动了微商的快速发展。违规的大额、大量代购可能带来行政处罚甚至刑事责任,一旦形成具有广泛影响的公共事件,必然会给微信平台带来严重风险。

第二,假冒伪劣。2015 年曝光的“毒面膜”事件^[7]在线上线下引发广泛热议。如何保障交易的商品质量已经成为消费者关注的焦点,也开始进入监管部门的视野。假冒伪劣既可以是消费者权益保护的问题,也可能是不正当竞争的问题或广告监管的问题,在线上线下都存在着。但是,在微商这样一个社交生态中,买家的判断理性会受到“友情”的影响,“杀熟”具有更强的杀伤力。

第三,传销。亲朋好友是传销的主要目标群体,微信的社交生态刚好具备了这一要素优势。因此,通过鼓吹微商可以快速致富,发展创业者成为下线成为不少违法者获利的新手段。2015 年 5 月,央视新闻就报道了一则利用微信进行课程培训传销的案例^[8]。事实上,在一些化妆品的微商营销中,也存在着不少类似传销的运作方式^[9]。

这些显然不是微商监管面临的全部问题。但是即便这些代表性问题,目前的监管也是薄弱,甚至是无力的。其原因也与微商自身的特点密切相关。微商规模小的占较大比例,有关交易信息与社交信息混同在一起,难以接触交易信息等要素交织在一起,给监管部门发现违规交易带来了很大困难。即便发现了违规交易,监管部门也要面临管辖权不清、取证不便等新的难题。这也是为什么实践中微商虽然曝光过一些问题,但是监管总显得滞后的原因。因此,在平台之外的监管部门,离开平台的协作和配合很难渗透进微商这一私密性较高的电商环境中执法。

3 微商平台责任和政府监管的完善

3.1 平台责任的基础和边界

“平台企业是价值的整合者、多边群体的连接者,更是生态圈的主导者^[10]。”社交圈就是一个微生态。这个微生态的“实际控制人”和“直接管理者”就是社交平台。平台对于利用平台提供服务的活动显然要承担一定的法律责任。微信平台

对于微商的健康发展显然发挥着不可替代的作用。但是,这也并不意味着微信要对平台上的所有问题负责任。因此,有必要在理清微信平台责任的基础上,再去讨论设定平台承担责任的具体条件。

平台的私法责任包括平台直接侵权所承担的责任(直接侵权、自己责任)和平台对于其用户侵权行为所承担的连带责任(间接侵权、对第三人侵权的责任)^[11-12]。平台直接侵权责任的判断主要考虑其是否存在侵权故意即可。平台连带责任的认定则更加复杂,需要综合考虑多方面因素。这一点对于考虑平台的公法责任也基本适用。

第一,过错程度。平台存在过错,追究其责任显然不存在任何争议。问题主要在于平台不存在过错或者过错不确定的情况下,是否承担责任、承担什么范围的责任。平台过错的识别依据主要是平台的注意义务。根据义务规范来源,注意义务可以分为公法上的义务和私法上的义务。二者的区分意义主要在于,在不触犯公法义务的前提下,单纯违反私法义务如缔约过失、违约等仅构成民事违法,不宜成为承担公法责任的基础。

第二,控制能力。所谓控制能力就是具备可以直接处置有问题的交易行为和处理交易当事人的能力。如果平台没有事实上的控制力,承担责任就没有可行性和操作性。所以,平台的控制能力是平台责任的客观基础,有多大的能力就至多可以承担多大范围的责任。就此而言,对于 B2C 模式的微商或者以公众号为载体运营的微商,相较于 C2C 模式的通过朋友圈发布广告信息的微商,微信平台掌握更全面的信息,控制能力相对更强,相应承担更大的责任。腾讯对自身在朋友圈投放的广告相较于用户在朋友圈发布的广告显然具备更强的控制力,也就要承担更明确的责任。

第三,撮合交易的意愿。平台存在撮合交易的意愿越明显、参与交易的程度越深,承担责任的危险越高。作为社交平台,在直接通过朋友圈投放广告、开发“微信小店”服务等情形下,腾讯撮合交易的意愿是最明确、直接的。通过微信“钱包”一级入口中的“京东精选”、“吃喝玩乐”等,促成有关交易,在一般用户看来,不会混淆为腾讯直接提供的服务,微信平台承担责任的危险相对就低很多。对于利用微信平台进行的 C2C 交易而言,微信显然并未参与到交易之中,其承

担平台责任的风险就是最低的。

第四，用户的理性预期。“社会建立在秩序的基础上，而秩序必须以界限和预期作为基础^[13]。”在具体的电商生态和商业模式环境下，用户的理性预期越高，平台承担责任的可能性也就越大。比如，用户对于在天猫和淘宝上交易的预期肯定是不一样的。结合平台的自我宣传和交易的基本知识，天猫类似于商场，主打正品（“品质之城”）；淘宝则类似于集市，主打产品的多样化（“淘我喜欢”）。就产品质量而言，用户对于前者相对于后者的预期显然更高。因此，前者的产品责任标准也要高于后者。微商又不同于天猫和淘宝电商：一方面，用户在朋友圈发布商品广告信息时，其微信好友一般会理解为自己好友的“推荐”，而不是作为平台的微信的“推荐”。所以，在这种情况下，一般不存在微信承担责任的基础。另一方面，在微信自身通过朋友圈推广商品时，显然会被理解为微信的“推荐”，微信因而就要承担一定的平台责任。

3.2 政府监管的思路和原则

面对微商发展中存在的各种问题，监管的缺位、不力一直是舆论所关心的，加强立法、执法也是舆论所呼吁的。

但是，涉及监管的具体问题，需要既考虑监管的必要性，也要兼顾监管的能力和发展的需求。毕竟在线下交易和其他线上电子商务发展中，前述问题也是存在的，监管并没有将问题全部解决。而且，监管本身也可能会带来新的问题，比如增加市场交易的运营成本、合规成本，存在管制俘获和权力滥用的风险等等。如何实现有效监管、审慎监管、轻监管和创新监管的平衡，在简政放权的大背景下对于微商监管尤显重要。因此，在微商的监管中，有必要把握以下思路和原则：

第一，区别私法责任和公法责任。前者属于当事人意思自治的范畴，应当充分发挥市场在资源配置中的决定性作用。“对于民事关系，除法律有特别授权，行政机关一般无权直接处理^[14]。”适宜通过市场自我调节或司法途径解决的问题，政府就尽量不去干预，避免越位、错位的过度监管对产业发展造成不利影响。后者属于严重影响当事人权利、公共秩序的行为。对于此种违法犯罪行为，在法定职责范围内，政府必须勇于担当、

敢于负责，积极、主动、有效作为。

第二，比例原则。对制度设计的目标和所设定的监管措施做审慎评估，既要把握措施的可操作性，也要把握监管和合规的成本。一方面，关于经营门槛，由于微商本身存在多种商业模式，对于B2C与C2C就应当区别适用不同的要求，不能一概要求登记注册。另一方面，要区分不同程度的违法行为，根据社会危害性大小，采取相适应的监管措施。此外，对于微商平台的合规义务，如对入驻商家的审查宜做形式审查要求，而不是实质审查要求。

第三，不重复监管。对于线下已经设立行政许可的经营活动，不应再单独设立针对线上经营活动的行政许可。比如，国家食品药品监督管理局制定的《互联网药品信息服务管理办法》，要求互联网药品信息服务需要专门申请《互联网药品信息服务资格证书》。对于线下已经取得《药品经营许可证》的经营者而言，同时在微信平台提供电商服务再申请《互联网药品信息服务资格证书》，就属于重复许可。未来应当修订这一部门规章，设定一定的豁免范围——提供互联网药品信息服务的，应免于申请《互联网药品信息服务资格证书》或者可以凭《药品经营许可证》获发《互联网药品信息服务资格证书》。

3.3 政府监管与平台责任的平衡

目前，平台在政府监管过程中所能发挥的作用已经被广泛认可。但是，创新监管绝不是监管的“让位”，发挥平台的作用不能替代政府的责任。某些不法行为或现象，在线下以及不同平台上都是存在的，处理这些问题首先应该是政府的责任，一概通过平台实施治理是不妥当的。

首先，不应期待在线上完全解决线下监管尚无法根治的问题。假冒伪劣是中国市场经济不完善的阶段难以避免的社会现象，在微商中彻底杜绝这种问题就不现实。其次，不应期待仅仅通过平台就可以解决全部问题，尤其是某些政府自身尚且解决不了的问题。比如，在一些资质的审查上，政府在实践中基本采取的是形式审查，那么对于平台做实质审查的要求就要做充分的研究论证。再者，不应期待平台的私权力完全承担本应由政府承担的监管成本。平台具有收集、统计、分析交易数据的便利。但是，在没有法律明确授权的情况下，政府是否可

以向平台免费索取有关数据,尤其是需要存储、加工的数据,也要进行深入的分析论证。也就是说,对于上述问题的解决,无论是政府还是社会都应当有合理的预期,在发展中逐步规范才是正道。当然,对于明知的底线问题、红线问题,平台显然是要承担责任。政府针对这种行为的监管和处理,显然也是要坚定不移的。

4 微商治理的方向: 协同而不是对峙

政府与平台都是“微生态”的“局内人”,对于微商平台的治理都有着各自的角色和作用。如果政府监管的基础是公权力,腾讯则可能拥有某种意义上的“私权力”^[15-16]。单独依靠政府的监管或者仅仅强调平台的责任,都不能保障微商的健康发展。互相推脱责任的对峙,并不能有效解决问题,反而会带来内耗和公共资源的浪费。协同治理则是对政府、平台、社会多方都有利的选择。因此,协同治理而不是对峙、冲突,才是微商治理可取的方向。这才与轻对峙、重协作的互

联网思维是一致的。

面对新的商业模式和线上交易的复杂性,政府传统的监管方式、监管资源、监管能力都面临严峻挑战,平台的配合、支持已经日益变得不可或缺。平台需要不断完善“微生态”的秩序,比如实施必要的实名认证、保存必要的交易记录等。这样既有利于微生态自身的健康发展,也可以补足监管的短板、补强监管的能力。

但是,平台“微生态”秩序的完善显然是有成本的。对于平台而言需要投入相当的经济成本,实名认证要花费人力、物力,海量交易数据的存储更是成本巨大。在政府可以采取降低相应成本时,无论是从节约整个社会的资源出发,还是以促进电商产业的发展为目的,都应积极推出支持平台的有效措施。无论是公共数据及其端口的开放,还是将平台的某些合规活动(协助统计数据、协助查处案件)纳入政府采购,都是协同治理的有效方案。

参考文献:

- [1] 阿里研究院. 互联网+: 未来空间无限[M]. 北京: 人民出版社 2015: 2、11、15.
- [2] 习近平谈互联网[EB/OL]. (2014-11-20) [2015-11-15]. <http://politics.people.com.cn/n/2014/1120/c1001-26059219.html>.
- [3] 李化, 郭璨. 移动电子商务发展趋势及模式构建[N]. 光明日报 2014-09-14.
- [4] 微信平台首份数据研究报告“微信的影响力”[EB/OL]. (2015-01-27) [2015-11-15]. <http://www.18touch.com/shu-jubaogaoweixi.html>.
- [5] 腾讯公布2015年第二季度及中期业绩[EB/OL]. (2015-08-12) [2015-11-15]. <http://www.tencent.com/zh-en/content/at/2015/attachments/20150812.pdf>.
- [6] 易北辰. 移动互联网时代[M]. 北京: 企业管理出版社 2014: 5.
- [7] 90后网络红人售卖毒面膜 自称年收入七位数 - 新华网[EB/OL]. (2015-04-20) [2015-11-15]. http://news.xinhuanet.com/overseas/2015-04/20/c_127708125.htm.
- [8] 央视揭秘微传销首例微信传销案在审[EB/OL]. (2015-05-25) [2015-11-15]. <http://mt.sohu.com/20150525/n413698757.shtml>.
- [9] 微信朋友圈变“生意圈”: 假货横行有传销嫌疑[EB/OL]. (2014-05-20) [2015-11-15]. <http://business.sohu.com/20140520/n399777541.shtml> 2014-05-20.
- [10] 陈威如, 余卓轩. 平台战略: 正在席卷全球的商业模式革命[M]. 北京: 中信出版社 2013: 82.
- [11] 张新宝. 侵权责任法(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2011: 168.
- [12] 杨立新. 侵权法论(第四版)[M]. 北京: 人民法院出版社 2011: 648.
- [13] 王成. 侵权责任法[M]. 北京: 北京大学出版社 2011: 11.
- [14] 胡建淼. 行政法学(第四版)[M]北京: 法律出版社 2015: 60.
- [15] 周辉. 从网络安全服务看网络空间中的私权力[J]. 中共浙江省委党校学报 2015(04): 121-128.
- [16] 周辉. 平台责任与私权力[J]. 电子知识产权 2015(06): 37-43.

(责任编辑 刘传忠)