

NEWSLETTER 中伦 e 简报 深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

电子商务法特刊

E - C O M M E R C E

五问《电子商务法》 01 /
从电信与网络安全法角度

从反垄断法角度看《电子商务法》 02 /
对涉嫌垄断行为的规制

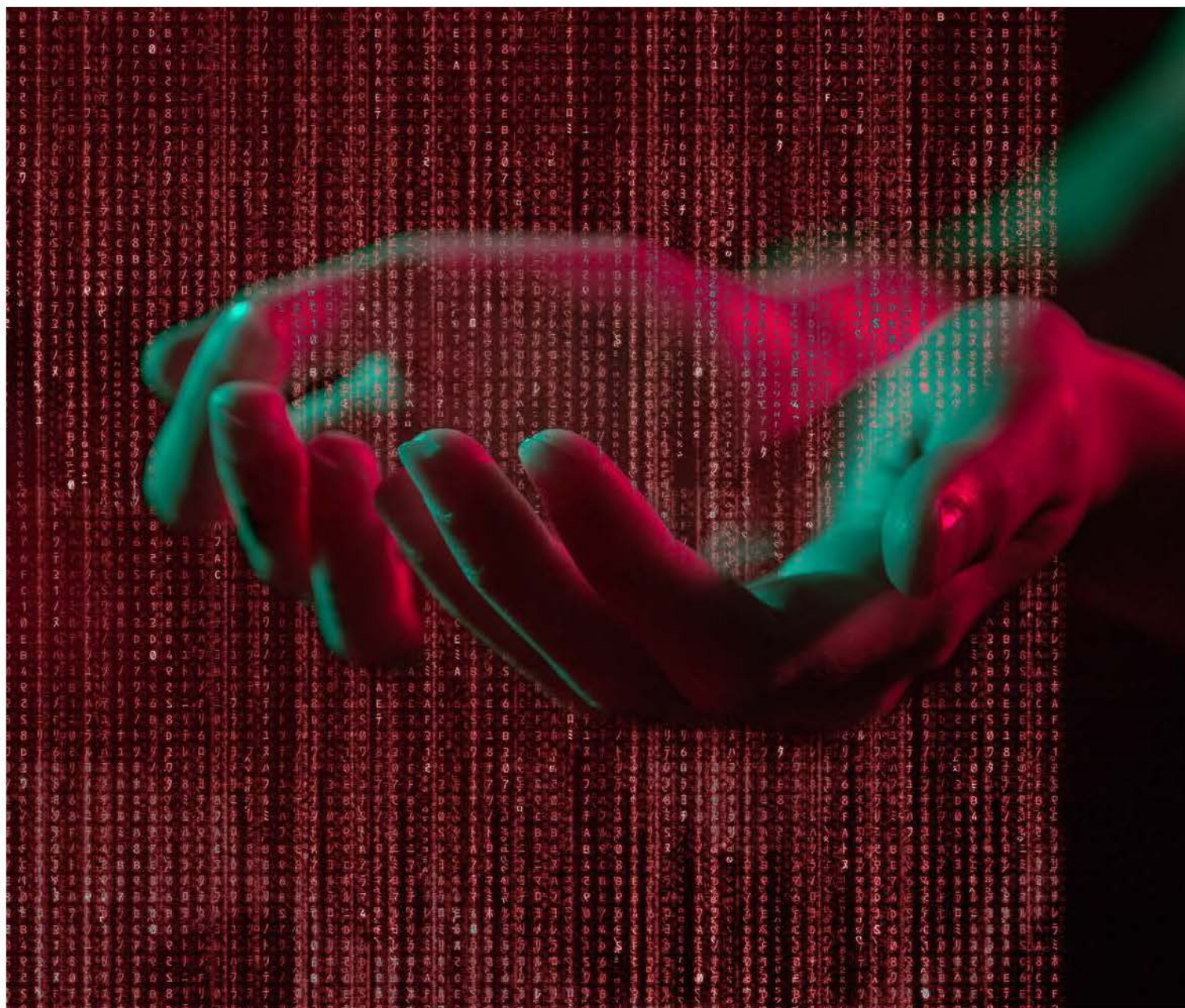
《电子商务法》 03 /
对知识产权保护的影响

福兮祸兮？《电子商务法》 04 /
对电商平台的直接影响

《电子商务法》视野下的 05 /
电商平台责任探析

五问《电子商务法》 —从电信与网络安全法角度

作者：周洋，徐颖蕾，王睿



本文从具体应用场景出发，针对电商行业的几个重点、难点，分析了《电子商务法》涉及的电信管理、网络安全和个人信息保护问题，以揭示《电子商务法》可能带来的突破、影响以及期待。

第一部分\

《电子商务法》出台后，以网约车平台、在线票务服务平台为代表的服务提供类电商平台需要申请哪一类增值电信业务经营许可证？

场景：《电子商务法》出台前，网约车平台、在线票务服务平台等服务提供类电商平台，依法自电信管理部门处取得“ICP”证。《电子商务法》出台后，前述服务提供类电商平台是否应按照“经营类电子商务”取得“在线数据处理与交易处理业务”许可证？

《电子商务法》将电子商务定义为：“通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动。”根据该定义，以京东、淘宝为代表的通过互联网（包括APP）“销售商品”的平台属于电子商务，同样，以网约车平台、在线票务服务平台为代表的通过互联网（APP）“提供服务”的平台也属于《电子商务法》下的电子商务范畴。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¹。

根据我国电信相关法律法规，“电子商务”被列入增值电信业务范畴，提供增值电信业务的，应当获得相应的增值电信业务经营许可证。²需要指出的是，《电子商务法》出台以前，“电子商务”的表述在电信相关法律法规和政策中已经出现，并表述为“在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）”³，“电子商务”的表述也出现在电信行业的外资准入规则中，如《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2018年版）》，并表述为“限于中国入世承诺开放的电信业务，增值电

信业务的外资股比不超过50%（电子商务除外）。”

在现行电信法律法规体系中，商品类电子商务和服务类电子商务被归入不同增值电信业务类别。具体而言，根据《电信业务分类目录（2015年版）》，商品类电子商务被归入B21“在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）”，⁴例如，商品类电商平台“1号店”、“唯品会”持有的是B21“在线数据处理与交易处理业务”许可；⁵而服务类电子商务被归入B25“信息服务业务（Internet Content Provider，ICP）”，例如，服务提供类平台“携程”、“滴滴”持有的是ICP证⁶。

出现上述差异的原因在于，我国在入世谈判中就货物贸易及服务贸易作出了不同承诺并分别签署了《关税及贸易总协定（GATT）》和《服务贸易总协定（GATS）》。工信部门承袭了WTO“货物”与“服务”二分的概念体系，仅从通过互联网等信息网络销售实物商品的狭义角度理解和适用“经营类电子商务”，而以互联网为依托，向用户提供服务的经营活动则在实践中被工信部门以“互联网信息服务业务”许可予以管理。

《电子商务法》项下的“电子商务”是否意味着原先被纳入“信息服务业务”的服务类电子商务应当归入“在线数据处理与交易处理业务”？服务提供类电商平台适用何种业务许可，背后涉及的是服务类电子商务对外资开放的问题。根据目前《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》，“在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）”的外资持股比例可以达到100%，而

从事“互联网信息服务业务”外资持股比例不得超过50%。

若《电子商务法》项下的“电子商务”突破传统的商品销售而延伸到服务提供，则预示着电信领域对外资的一项重大开放。由于服务提供类电商业务相较于传统商品销售电商业务存在的复杂性，以及涉及公众信息的广泛性和敏感性，我们理解，工信部门对于“在线数据处理与交易处理业务”下“经营类电子商务”的范围应该会持审慎态度。目前，工信部门依然遵从原先对于商品销售电商平台和服务提供类电商平台按照“商品”和“服务”二分法进行管理的模式。但是，《电子商务法》的出台为电信行业监管突破狭义的商品类电子商务概念提供了法律可能性。因此，服务提供类电子商务有可能在不远的将来被纳入“在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）”从而扩大对外资的开放。

第二部分\

电子商务经营者应履行何种网络安全保障义务？

场景：用户使用互联网等信息网络购买商品或服务时，常遇到各类网络安全问题。例如，“木马病毒”模拟网购支付界面骗取

1.参见《电子商务法》第12条。

2.参见《电信条例》第7条。

3.参见工业和信息化部与上海市人民政府于2014年1月6日，联合颁布的《关于中国（上海）自由贸易试验区进一步对外开放增值电信业务的意见》。

4.参见工业和信息化部与上海市人民政府于2014年1月6日，联合颁布的《关于中国（上海）自由贸易试验区进一步对外开放增值电信业务的意见》。

5.上海京东才奥电子商务有限公司（1号店），沪B2-20170039-在线数据处理与交易处理业务；广州唯品会电子商务有限公司，粤B2-20170777-在线数据处理与交易处理业务。

6.上海携程商务有限公司，沪B2-20050130-信息服务业务（仅限互联网信息服务）；北京小桔科技有限公司（滴滴），B2-20160181-信息服务业务（不含互联网信息服务）。



用户钱财、第三方利用从电商平台或商家购买或盗取的用户个人信息对用户进行产品服务推销甚至诈骗等。鉴于电子商务依托“互联网等信息网络”开展业务，该信息网络的运行安全和信息安全是电商行业中的热点和痛点问题。

《电子商务法》规定了电子商务平台应承担的网络安全保障义务包括：采取技术措施和其他必要措施保证其网络安全、稳定运行；防范网络违法犯罪活动；有效应对网络安全事件；保障电子商务交易安全；制定网络安全事件应急预案，发生网络安全事件时，应当立即启动应急预案，采取相应的补救措施，并向有关主管部门报告⁷。

除了《电子商务法》中的网络安全义务，《网络安全法》规定，“网络运营者，是指网络的所有者、管理者和网络服务提供者。”⁸电子商务经营者（电商平台和商家）作为网络的所有者、管理者和/或网络服务提供者，属于《网络安全法》项下的“网络运营者”。因此，还需要履行“网络运营者”的网络安全保护义务。例如，根据网络安全

等级保护制度的要求，制定内部安全管理制度和操作规程，确定网络安全负责人，采取数据分类、重要数据备份和加密等措施。

此外，《网络安全法》还规定，“国家对公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的关键信息基础设施，在网络安全等级保护制度的基础上，实行重点保护。”⁹对于特大型电商平台而言（例如淘宝、京东、携程、滴滴等），鉴于其搜集海量的个人信息、交易信息、个人敏感信息，尽管在行业上通常不属于能源、交通、水利、金融等重要行业和领域，但一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益，因而有可能落入《网络安全法》项下的关键信息基础设施范畴。如被认定为关键信息基础设施运营者，则这些特大型电商平台应履行更高标准的网络安全合规义务，包括但不限于网络安全审查制度、数据本地存储等。

第三部分\

用户可以向平台或商家查询、更正或删除其用户信息吗

场景：电子商务经营活动中，平台、商家会收集大量用户个人信息。其中，不乏信息有误或用户想注销账户，删除其个人信息的情形。这些情形涉及用户对其个人信息是否享有查询、更正或删除的权利。

《电子商务法》规定：“电子商务经营者应当明示用户信息查询、更正、删除以及用户注销的方式、程序，不得对用户信息查询、更正、删除以及用户注销设置不合理条件。电子商务经营者收到用户信息查询或者更正、删除的申请的，应当在核实身份后及时提供查询或者更正、删除用户信息。用户注销的，电子商务经营者应当立即删除该用户的信息；依照法律、行政法规的规定或者双方约定保存的，依照其规定。”因此，用户享有查询、更正或删除其用户信息的权利。¹⁰

我国《网络安全法》中规定，个人有权要求网络运营者更正、删除其个人信息，我国在《个人信息安全规范》中进一步规定了个人信息访问权。尽管《个人信息安全规范》仅是国家推荐性标准，但《电子商务法》在《网络安全法》的基础上，赋予了用户个人信息访问权，并要求商家、平台不得对用户该访问权、更正权及删除权的行使施加不合理阻碍。《电子商务法》对用户访问权的规定是对《网络安全法》在个人信息保护方面的延伸。

⁷ 参见《电子商务法》第30条。

⁸ 参见《网络安全法》第76条。

⁹ 参见《网络安全法》第31条。

¹⁰ 参见《电子商务法》第24条。

第四部分\

电子商务经营者可否利用用户画像对用户进行“价格歧视”？

场景：电商平台存在就同一产品或服务，对不同的客户提出不同报价的现象。例如，同一商品的搜索价格，某些电商平台VIP会员的搜索结果高于普通会员的搜索结果；同一航空公司相同时段的同一航线，常乘坐该趟航线航班的乘客，使用某些电子票务平台搜索出的机票价格高于普通乘客搜索出的机票价格。

上述场景即为所谓的“大数据杀熟”。通过“用户画像”进行“大数据杀熟”指的是商家通过收集、汇聚、分析用户的个人信息，对用户的个人特征，如其职业、经济、健康、教育、个人喜好、信用、行为等方面做出分析或预测，形成用户个人特征模型，即“用户画像”，并根据不同的用户画像进行差异化定价。用户粘性较高的“熟客”，通常具有更高的支付意愿，因此成为被“加价宰杀”的对象。电子商务时代，电商经营者掌握庞大的用户数据，“画像”和“杀熟”变得更加便捷及精准。如何规范大数据杀熟本质上是如何规范电商经营者对用户数据使用的问题。

本次《电子商务法》对“大数据杀熟”现象专门进行了规范。《电子商务法》第十八条规定：“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的，应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项，尊重和平等保护消费者合法权益。”该条意为商家不得利用用户画像，给不同的客户提供相同商品或服务但不同价格的搜索结果。违反此条的，商家将承担限期改正、交纳罚款等行政责任。¹¹

第五部分\

用户更换电商平台是否享有“数据可携权”？

场景：旅游电商平台A用户使用该平台预定机票、酒店及旅游产品，并时而撰写游记攻略，上传至平台A，与其余用户分享其旅游体验。现因各种原因，该用户决定不再使用平台A，并转而使用平台B。为汇总统计自己“打卡”目的地、保留曾撰写的游记攻略及相关评论、订单记录及便于平台B根据用户画像给自己推送符合自己偏好的旅游产品，该用户拟请求平台A将其向平台A提供的信息及因使用平台A而“被动”被采集的信息，如网页浏览记录、地理位置信息等迁移至平台B。

上述场景中的“数据迁移”即为法律中数据主体（用户）“数据可携权”的权利范畴。欧盟《通用数据保护条例》将数据可携权规定于第20条中，使其与用户访问权、用户清除权（被遗忘权）以及用户修正权等权利并列，作为用户的一项基本数据权利。

数据可携权指的是“对于用户向数据控制者提供的或与用户相关的个人数据，用户有请求数据控制者以结构化、普遍可使用的、机器可读的形式向用户提供前述数据副本及将该等数据无障碍地传送给其他数据控制者的权利”¹²。该等数据副本的获取及迁移需以用户同意或用户与数据控制者之间有合同约定为前提，且须以自动的形式进行¹³。本质上，数据可携权是用户数据所有权的一项权益，其权能包含两方面：“数据副本获取权”以及“数据迁移权”，即用户得以取得、重复利用并按需传输相应数据的权利。

我国在《个人信息安全规范》中规定了用户的数据可携权¹⁴，但该《个人信息安全规范》为推荐性国家标准，并不具有强制力。本次《电子商务法》未参照《个人信息安全规范》赋予用户数据可携权。

不仅如此，在司法实践中，法院曾以判

决的形式确认电子商务平台对其积累的用户数据享有竞争法意义上的财产权利¹⁵。该判决意味着用户数据的所有权归属于平台而非用户本身，用户既然不享有数据所有权，自然不享有数据所有权项下的权益—数据可携权。

因此，不论是立法还是司法实践中，我国尚不存在法律意义上的“数据可携权”。除数据权利归属本身的争议外，数据可携权的行使还面临另外两个法律和现实问题：一是如可携数据中含有商业秘密或独家知识产权，该等数据如何传输？二是如可携数据中含有其他方的个人信息，如含有第三方信息的转账记录等，数据可携权如何在不侵犯他人隐私的情况下行使？此等问题无论是《电子商务法》还是《网络安全法》均没有给出答案。近期出现的有关数据归属权的法院判例还需要经过时间的检验，我们期待随着更多法院判例的出现，数据归属权以及个人信息数据可携权问题会在司法实践中找到答案。 ■

11. 参见《电子商务法》第77条。

12. 参见《通用数据保护条例》第20条。

13. 参见《通用数据保护条例》第20条。

14. 参见《信息安全技术个人信息安全规范》第7.9条

15. 新浪微博起诉脉脉抓取使用微博用户信息案：(2016)京73民终588号判决。



周洋
合伙人
公司二部
上海办公室
+86 21 6061 3658
zhouyang@zhonglun.com

从反垄断法角度看《电子商务法》 对涉嫌垄断行为的规制

作者：余昕刚，李瑞，刘利柯



2018年8月31日，全国人大常委会表决通过了《电子商务法》（“《电商法》”，为方便起见，下文中“电子商务”简称为“电商”），标志着电商行业进入到“有专法可依”的时代。

电商行业的经营者直接面对广大消费者，满足消费者各项生活所需；电商平台具有典型的“网络效应”特征，也是最常见的双边市场之一。这些业务种类及业态特点，决定了电商行业天生是受到《反垄断法》关注的焦点行业之一，从而《电商法》和《反垄断法》之间也存在密切联系，两者共同肩负保护消费者权益、维护市场竞争秩序的使命。

总体来说，《电商法》和《反垄断法》在规制电商行业的不当竞争行为、保护消费者权益方面一脉相承，相互衔接。作为针对电商行业的“专法”，《电商法》对《反垄断法》项下的滥用行为监管体系在电商行业的应用进行了细化和诠释。并且，就电商行业中经常出现、广受消费者关注的一些涉嫌垄断的经营行为，《电商法》在《反垄断法》的基础上进行了延伸，规定了直接适用于行为的合规要求，加强了对这些行为的监管力度。我们将在下文中对此进行详细介绍。

第一部分\

《电商法》明确了在《反垄断法》项下确定电商经营者是否具有市场支配地位所需考虑的因素

《反垄断法》禁止具有市场支配地位的经营者滥用其市场地位，排除、限制竞争，并建立了针对具有市场支配地位的经营者滥用市场支配地位行为（“滥用行为”）的执法体系。显而易见，只有具有市场支配地位的经营者，才会成为《反垄断法》项下的滥用行为体系的监管对象。而在实践中，查明一个经营者是否具有市场支配地位，是《反垄断法》执法者在处理滥用行为有关案件时需要首先解决的问题，也是执法的难点所在。尽管《反垄断法》第18条中列举了一些在认定市场支配地位时应当考察的因素，但这些因素较为通用和笼统，在适用于不同行业的经营者时，难免缺乏针对性。

针对滥用行为执法体系在电商行业中的适用，《电商法》第22条将“技术优势”、

“用户数量”、“对相关行业的控制能力”以及“其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度”列举为考察电商行业经营者是否具有市场支配地位时的考虑因素。这一规定充分反映了电商行业的特点，是对《反垄断法》有关规定的有效细化和补充。

以“用户数量”为例，一般而言，用户数量并非评估经营者市场力量时可普遍适用的参考指标，因为其无法直接反映经营者在控制价格、产量或市场进入等方面的能力。但是，因为互联网行业普遍存在的“网络效应”（所谓网络效应，是指产品价值随购买这种产品及其兼容产品的消费者的数量增加而增加），用户数量对于评估电商行业经营者的市场力量具有重要的意义。在欧盟处罚的谷歌滥用网络搜索市场支配地位的案件¹中，网络效应即被欧盟委员会认为是一项重要的评估谷歌市场力量的因素。在目前中国尚无针对电商平台的反垄断执法先例的情况下，《电商法》突破性地从法规层面将用户数量纳入认定电商行业经营者是否具有市场支配地位的考察因素，反映了《电商法》对

于电商行业反垄断法问题的充分关注与研究，也与国际反垄断法执法实践接轨，具有很强的前瞻性。

《电商法》第22条规定的其他因素，即“技术优势”、“对相关行业的控制能力”及“其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度”等，亦精准地抓住了电商行业的业态特点和脉搏，对《反垄断法》项下的滥用行为体系在电商行业的应用具有重要的指导和参考意义。

第二部分\

《电商法》加强了对热点竞争行为的监管，延伸了《反垄断法》项下的监管体系

《电商法》第22条原则性地禁止电商经营者滥用市场支配地位，排除、限制竞争，与《反垄断法》项下的滥用行为体系一脉相承。

在《反垄断法》项下，典型的滥用行为包括垄断定价、无正当理由拒绝交易、无正当理由搭售商品、无正当理由附加不合理的交易条件等。要在《反垄断法》项下认定和查处滥用行为，需要满足以下四个要件：

- 经营者具有市场支配地位
- 经营者实施了滥用行为
- 就除垄断行为以外的滥用行为，经营者实施该等行为并无正当理由
- 经营者的行为排除、限制了竞争

实践中，要考察这四个要件是否满足，反垄断执法机关或反垄断诉讼中的原告要沿着“界定相关市场——认定市场支配地位——识别滥用行为——分析排除、限制竞

1. See http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf

争的效果”的路径来进行举证和分析。这为执法机构或原告设置了较高的监管门槛和证明责任，使得《反垄断法》颁布十年来，认定滥用行为的行政处罚相对较少，反垄断民事诉讼中滥用案件的胜诉率也较低。这也使得在一些损害消费者/其他经营者利益的不正当经营行为无法通过《反垄断法》得到有效解决。

在电商行业中，由于小部分电商经营者拥有雄厚的资本、技术优势和市场力量，交易双方力量显著不对等的情况经常发生，因此实践中更易发生捆绑、附加不合理交易条件等涉嫌垄断的不正当经营行为。为此，《电商法》在第22条与《反垄断法》相承接的基础上，又通过具体列举的方式明确禁止电商经营者（尤其是电商平台经营者）开展这些行为。具体而言，《电商法》第19条要求电商经营者不得将搭售商品或者服务作为默认同意的选项，第21条要求电商经营者不得对押金退还设置不合理条件，第35条要求电商平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者进行不合理限制或者附加不合理条件，或者收取不合理费用等。

可以看出，《电商法》和《反垄断法》都将“搭售”、“附加不合理交易条件”纳入了监管范围。但与《反垄断法》不同，在《电商

法》项下，监管机关不需要认定经营者具有“市场支配地位”或查明有关行为“排除、限制了竞争”，即可直接针对相关行为进行识别和监管。在这一点上，《电商法》极大地降低了现行法规对这些行为的监管门槛，从而加大了对市场竞争和消费者利益的保护力度。

与较低的行为认定标准相对应，《电商法》规定的经营者从事上述行为所需承担的违法责任也较低。《反垄断法》中为滥用行为设置了“上一年度销售额百分之一以上、百分之十以下”的处罚，而《电商法》第77、78条为上述不正当竞争行为设定了五万元以上、二十万元以下的罚款责任，第82条又特别为电商平台设定了五万元以上、二百万元以下的罚款责任，考虑到大型电商经营者的销售额情况，《电商法》在违法责任上要明显轻于《反垄断法》，而这也与《电商法》中更低的违法行为监管门槛相对应，与《反垄断法》相结合，两者共同构建了宽严相济的责任体系。

上述规定也留下了一个问题，那就是“捆绑”、“附加不合理交易条件”这两项在《电商法》和《反垄断法》项下均受到监管的行为，实践中有关机关会如何把握，是

否会出现同一行为在两法之下均被查处的情況？《电商法》第85条似乎回应了这个问题，规定了电商经营者违反《电商法》规定，滥用市场支配地位的，应依照《反垄断法》的规定进行处罚。考虑到本轮机构改革中国国家市场监督管理总局“着力解决多头多层重复执法”²的表态，根据这一规定，对于《电商法》以具体列举的方式明确禁止的行为，在满足《反垄断法》构成要件的情况下，似乎应适用违法责任更重的《反垄断法》，而非《电商法》，而仅在无法认定滥用市场支配地位的情形下，才适用《电商法》处罚。实践中电商监管部门和反垄断执法机关将如何相互衔接，我们将继续追踪。

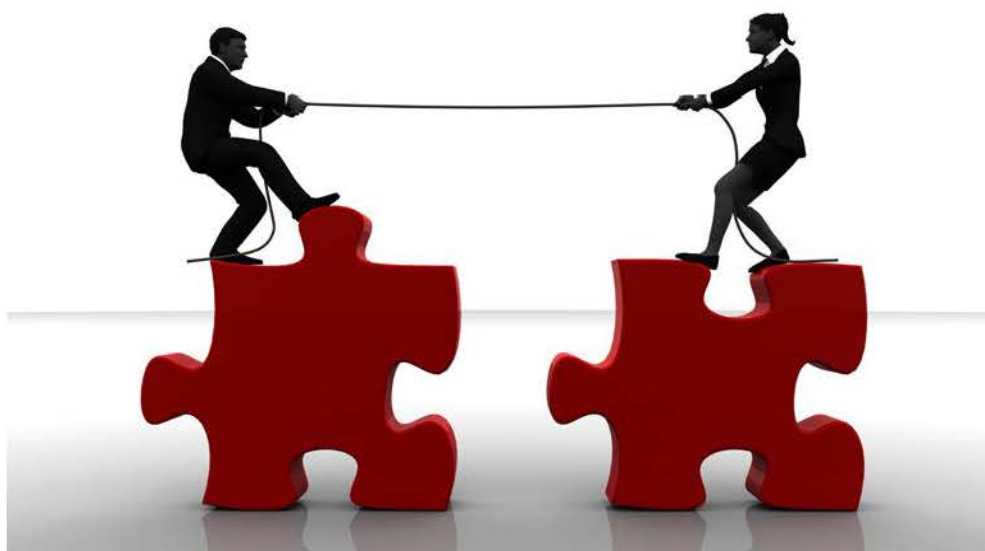
第三部分 结语

《电商法》与《反垄断法》在监管逻辑上相互吻合，但在其基础上又有所延展，加强了对电商经营者市场竞争行为的监管力度，同时也体现了宽严相济的责罚理念。在互联网行业竞争监管力度整体加大的背景下，相关电商经营者将面临越来越高的竞争合规风险。《电商法》将于2019年1月1日起正式施行，我们建议电商经营者尽快对业务模式、商务政策等进行全面合规审查，以应对不断增强的合规挑战。■

2. 参见新华网：组建国家市场监督管理总局，着力解决多头多层重复执法，2018年3月13日。



余昕刚
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2078
scottyu@zhonglun.com



《电子商务法》 对知识产权保护的影响

作者：石必胜、袁泉



2018年8月31日，全国人大常委会表决通过了《中华人民共和国电子商务法》（“《电子商务法》”）。近年来，我国电子商务市场飞速发展，在创造大量商机的同时，也带来了很多法律问题。因此，为了支持和促进电子商务的健康发展，我国迫切需要电子商务立法。鉴于知识产权在电子商务市场中所扮演的重要角色，《电子商务法》强调对知识产权的保护，其规定了电子商务平台经营者以及平台内经营者针对知识产权保护所负有的义务以及未履行该等义务所应承担的责任。具体来讲，《电子商务法》将会在以下几个方面对知识产权保护产生影响。

第一部分\

电子商务平台经营者“应当知道”平台内经营者侵犯知识产权的，有义务采取必要行动阻止该等侵权行为

《侵权责任法》第36条规定了网络服务提供者在知识产权保护方面应承担的义务，但该条文的规定并非完全明确，因此对该条文的理解有进一步解释的空间。电子商务平台经营者属于前述“网络服务提供者”的一类，因而其受到《侵权责任法》第36条的规制。《侵权责任法》第36条第三款规定，“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。”从字面意思看，该条款仅规定了网络服务提供者“知道”侵权行为存在的情形，而并未明确网络服务提供者“应当知道”侵权行为存在的情形。因此，如果电子商务平台经营者应当知道，但事实上并不知道其平台上存在侵犯知识产权的行为，其是否也应当负有知识产权保护的义务，实践中可能对该问题存在一定争议。尽管在司法实践中，法官通常会认为《侵权责任法》第36条包括了“应当知道”的情形，但该条款字面意思上所留下的解释空间并未被立法者正式消除。

上述问题因《电子商务法》的正式发布而得到解决。《电子商务法》第45条将“应当知道”的情形正式写入法条中，其规定“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。”

因此，对于电子商务平台经营者，不论其“知道”还是“应当知道”其平台上存在侵犯知识产权的行为，其都负有采取必要措施阻止该侵权行为的义务。

第二部分\

《电子商务法》规定了不同于司法实践的“通知-删除”的前提条件

在《电子商务法》正式发布之前，很多平台已经设立了“通知-删除”程序，《电子商务法》将这一程序的框架正式确立下来。但是《电子商务法》并未完全吸收此前司法实践中所确立的“通知-删除”程序，其中比较重要的变化是，《电子商务法》规定了不同于中国法院（包括北京市高级人民法院）在司法实践中确立的“通知-删除”的前提条件。

在国内有关电子商务知识产权保护的司法实践规则中，北京市高级人民法院制定的《关于审理电子商务侵害知识产权纠纷案件若干问题的解答》（“北京高院解答”）是最具代表性的规则之一。北京高院的解答对适用“通知-删除”程序设立了前提条件。根据该解答的规定，电子商务平台经营者收到有关知识产权侵权行为的通知后，仅在该行为有较大侵权可

能性时，其才负有义务阻止该等行为。具体来讲，如果知识产权权利人发现某电子商务平台的交易信息或相应商品侵犯其知识产权，其可以将这些交易信息或商品告知平台经营者，并要求平台经营者删除该交易信息或商品。电子商务平台经营者在接到前述通知后，会首先评估该通知所称侵权行为存在的可能性，如果侵权行为存在的可能性较小，则电子商务平台经营者可以不用及时采取必要措施。

然而，从《电子商务法》第42条的字面意思看，其似乎并未对上述前提条件做出要求。根据第42条的规定，电子商务平台经营者在收到有关知识产权侵权的通知后，只要该通知包括构成侵权的初步证据，则该经营者有义务采取措施阻止通知所称的侵权行为。换言之，即使通知所称的侵权行为存在的可能性较小，电子商务平台经营者似乎也有义务对该等行为进行阻止。

《电子商务法》第42条对“通知-删除”程序的前提条件所做出的规定，一方面会使知识产权权利人行使其权利更加便利，但另一方面也可能会使知识产权权利人滥用其权利更加便利，而知识产权权利人滥用权利将会严重影响电子商务平台经营者和平台内经营者的利益。有鉴于此，《电子商务法》第42条的文字表述的理解可能会有困惑。《电子商务法》第42条的用语相对模糊，上述分析仅基于该条款的字面意思而做出，未来很有可能会出台相应的配套法规或司法解释，对该条款做出详细解释。

第三部分\

意向电子商务平台投诉可能会承担惩罚性赔偿责任

根据《电子商务法》第42条第三款的规定，知识产权权利人恶意通知电子商务平台，宣称平台上存在侵犯知识产权的行为，

造成电子商务平台经营者损失的，应当承担加倍赔偿责任。

这是我国第一次从立法层面对向电子商务平台发出恶意通知的行为设立惩罚赔偿制度。近年来，恶意投诉电子商务平台内经营者的行为越来越普遍，这严重影响了电子商务平台的正常运行。知识产权保护体系创立的目的在于鼓励创新，而通过恶意投诉滥用知识产权只会起到阻碍创新的作用。我们相信，该惩罚赔偿制度将在阻止恶意投诉、促进电子商务平台健康发展上起到积极作用。

总的来讲，《电子商务法》第41条至第45条以及第84条和第85条涉及知识产权保护。《电子商务法》在知识产权保护领域与《侵权责任法》及知识产权相关法律有交叉和重合。正如我们在前文中所做的分析，《电子商务法》的部分规定与现行的司法实践不完全一致，我们预计未来将会有配套的法规或司法解释出台，从而对理解和适用《电子商务法》做出详细解释。☑



石必胜
合伙人
知识产权部
北京办公室
86 10 5957 2073
shibisheng@zhonglun.com

福兮祸兮？《电子商务法》 对电商平台的直接影响

作者：舒海



2018年8月31日，历经三次向全民征求意见、四次全国人大常委会审议、耗时五年之久，《中华人民共和国电子商务法》终于在万众瞩目中出台了。

大家注意到，《电子商务法》立法的博弈贯彻始终。与一般由部委牵头立法的实践不同，从一开始，《电子商务法》就由全国人大财经委牵头国务院12个部门组成了起草组。即便如此，2011年至2013年，原工商总局、商务部、工信部等各部委均分别出台了相应的规则。《电子商务法》一审的草案据称是结合了代表企业声音的行业协会大纲、学术界大纲、代表监管层立场的原工商总局大纲，经历几十遍修改而成。

2018年8月16日，全国人大举行的四审稿前的立法征求意见会议上，阿里、腾讯、网易、京东等互联网巨头均派员参加了会议，马云则亲自代表阿里出席，这也反映出国内电商巨头对《电子商务法》的高度重视。《电子商务法》（草案）第四稿在提交全国人大常委会审议前，并未征询中国消费者协会的意见，中国消费者协会罕见地公开指责《电子商务法》在立法程序上存在瑕疵¹，并称《电子商务法》第四审稿拟将电商平台的安全审核义务“承担连带责任”改为“承担相应的补充责任”，有严重隐患。²即使是在《电子商务法》获得通过前的最后一周里，《电子商务法》草案第38条关于电商平台的安全审核义务的责任，经历了“连带责任”、“补充责任”到语焉不详的“相应的责任”的戏剧性转换。

总体来看，这部《电子商务法》显然是消费者、电商平台、监管层等各方意志博弈和妥协的结果。这部法律将在2019年1月1日正式实施，它对于中国电子商务全行业的影响之大怎么说都不为过。本文试图简要分析这部法律对于电商平台的直接影响。

第一部分 \ 电子商务的正本清源，合约类电商被清理

一、对于何谓“电子商务”，此前官方并未有统一的说法。地方交易场所常常打着“电子商务”的旗号，而地方政府也把地方交易场所的交易额作为电子商务纳入统计范畴，因此，国内一度普遍存在着“商品服务类电商”和“合约类电商”的分类。比如，国家统计局电子商务交易平台调查显示，2017年全国电子商务交易额达29.16万亿元，同比增长11.7%。其中商品、服务类电商交易额21.83万亿元，同比增长24.0%；合约类电商交易额7.33万亿元，

同比下降28.7%。

但这一切将随着《电子商务法》的出台而彻底改变。《电子商务法》第二条指出“本法所称电子商务，是指通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动”。在第46条更是明确了“电子商务平台经营者为经营者之间的电子商务提供服务，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得采取集中竞价、做市商等集中交易方式进行交易，不得进行标准化合约交易”，这就将合约类电商完全排除在电子商务的范畴之外。

这些规定显然明确针对的是目前的地方交易场所此前和目前存在的“类证券期货”的经营行为。更是从立法层面对2013年12月23

日中国证券监督管理委员会、国家发展和改革委员会、工业和信息化部、商务部、国家工商行政管理总局、中国银行业监督管理委员会这六部委《关于禁止以电子商务名义开展标准化合约交易活动的通知》的再次确认。从此，电子商务仅仅指的是商品服务类电商。

第二部分 \ 网络卖家办理工商登记以及依法纳税义务

自然人以个人身份在第三方平台比如淘宝等C2C平台上开设网店，是否需要办理工商登记？2010年，原国家工商总局颁布《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》，虽然要求：通过网络从事商品交易及有关服务行为的自然人，“具备登记注册条件的，依法办理工商登记注册”，实质上是明确免除了自然人网店的工商登记义务³。

2019年1月1日即将生效的《电子商务法》直接推翻了这一规定，立法者的意图依然是以登记为原则，不登记为例外，因此《电子商务法》第10条最终确定“电子商务经营者应当依法办理市场主体登记”，同时留了一个小小的窗口，即“个人销售自产农副产品、家庭手工业产品，个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动和零星小额交易活动，以及依照法律、行政法规不需要进行登记的除外。”也就是说，除了极个别的例外情况，几乎所有的电商网络卖家将来都需要办理工商登记，

- 1.《消费者权益保护法》第三十条：国家制定有关消费者权益的法律、法规、规章和强制性标准，应当听取消费者和消费者协会等组织的意见。
- 2.国家市场监督管理总局主管的“中国消费者网”2018年8月30日《中消协指《电商法》（草案）四审稿修改有严重隐患》<http://www.ccn.com.cn/html/anhui/x-liaofeiyaowen/2018/0830/363706.html>
- 3.《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》第10条第2款：通过网络从事商品交易及有关服务行为的自然人，应当向提供网络交易平台服务的经营者提出申请，提交其姓名和地址等真实身份信息。具备登记注册条件的，依法办理工商登记注册。

此外，电商的纳税问题一直这次也将得到彻底解决。虽然从法律上来讲，不管是采取的是线上网络销售，还是线下的实体店销售，都发生了货物和劳务的应税销售行为，都应该按章纳税。但在实际税收征收管理过程中，线下实体店由于有固定经营场所，始终在当地税务部门的监管视线内，即使不开票也会采取定额核定等方式进行税收监管，因此很难完全逃避税款。但是，对于线上的电商，由于网上销售行为产生的交易数据主要集中在电商平台，加之我国税收管理的注册地原则，各个地方的税务部门无法对电商平台网络卖家的经营行为进行有效的监管。如果电商销售过程中消费者不主动索取发票，就给了从事线上销售的企业逃税避税的空间。

同样是电商，包括京东商城、天猫、苏宁易购等平台的众多B2C电商卖家均已进行税务登记并正常纳税。相比之下，C2C电商平台上，个人卖家开设的网店不缴税的情况相当普遍。对电商销售依法进行监管，让网上销售和实体店销售实现公平竞争，这一呼声日益高涨。《电子商务法》第11条，第一次明确要求电子商务经营者应当依法履行纳税义务。即使依照第10条规定不需要办理市场主体登记的电子商务经营者在首次纳税义务发生后，还是应当依照税收征收管理法律、行政法规的规定申请办理税务登记，并如实申报纳税。

网络卖家办理工商登记以及履行纳税义务，C2C电商平台上的大量自然人网店将需要进行工商登记，并且这些网店都将需要依法纳税。这也意味着，以自然人网店名义不纳税的电商避税福利将彻底终结。这两个条款无疑成为《电子商务法》执行后对于电商发展影响最大的重磅条款。

由于经营模式的不同，不同的电商平台所受的影响各不相同。B2C电商平台受的冲击相对较小，受影响最大的将无疑是淘宝、拼多多等C2C电商和美团、滴滴等O2O公司。《电子商务法》如果得到严格执行，C2C电商平台

上的开店运营成本增加将不可避免地导致个人卖家的大量流失，整个C2C电商平台的发展将会受到负面影响。业内甚至有一句“电商法只要通过，就是阿里的挫折”。

第三部分 \ 电商平台的审核义务和安全保障义务

根据《电子商务法》第27条，电子商务平台的审核义务包括审核平台内经营者的身份、地址、联系方式、行政许可等信息的真实有效性并定期核验更新。第28条更是规定电商平台向市场监督管理部门和税务部门报送平台内经营者的身份信息。我们认为，该等审核义务，尤其是定期审核更新的要求，无疑将大大增加电商平台的人力物力投入，从而增加其运营成本。

至于电商平台的安全保障义务，应该源自《侵权责任法》第37条的相关规定⁴。电商平台安全保障义务的最高行政责任包括责令停业整顿并处以200万元以下罚款。像滴滴、美团、携程、OFO等通过互联网销售服务的电商平台提供的是乘车服务、外卖服务和酒旅服务等，这些公司比单纯的商品类电商平台更深入地直接接触线下社会生活，因此发生恶性事件的频率更高，其面临的安全保障压力更大。随着温州女孩滴滴顺风车遇害案的发酵，舆论上有加大电商平台安全保障义务的趋势。如何合理界定电商平台的安全保障义务，有待执法和司法实践进一步明确。

第四部分 \ 电商平台的责任承担

电商平台的责任承担是立法过程中的核心问题，审议过程中一直存在广泛争议。《电子商务法》第38条第1款规定：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

品或者提供的服务侵害消费者合法权益且未采取必要措施的，依法与该平台内经营者承担连带责任；第2款规定：电商平台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的依法承担相应的责任。

就是这个第38条第2款“承担相应的责任”，引发了热议。《电子商务法》第四审稿本来拟将电商平台的安全审核义务由此前的“承担连带责任”改为“承担相应的补充责任”。但“温州女孩滴滴顺风车遇害案”，改变了立法的走向。铺天盖地的媒体报道，将滴滴平台存在的对驾驶员的背景核查走过场、客服安全保障不力等问题暴露于天下。在这个背景下，立法者将电商平台对平台内经营者的资质资格审核义务或者对消费者未尽到安全保障义务的责任仅仅限定为“补充责任”，立即引发舆论的强烈反弹。有人指出：《电子商务法》一出台，就面临着与《食品安全法》第131条⁵的法律冲突。更有人公开质问：女孩滴滴顺风车遇害案，这么快就被淡忘了？中国消费者协会在2018年8月29日发表措辞严厉的声明称，这个修改将很大程度上减轻电商平台的责任，使得电子商务法有严重隐患，希望能够将“补充责任”改回“连带责任”。

立法者最终将“补充责任”改为“相应责任”，虽然语焉不详，回避了争议，但实际上是回应了社会舆论的高度关切，这个立法技术上的回避动作也将个案认定电商平台责任的权利交由执法机构和人民法院。但由于法律规定的不明

4. 《侵权责任法》第三十七条 宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。

5. 《食品安全法》第131条：“违反本法规定，网络食品交易第三方平台提供者未对入网食品经营者进行实名登记、审查许可证，或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务的，由县级以上人民政府食品药品监督管理部门责令改正……；使消费者的合法权益受到损害的，应当与食品经营者承担连带责任。



确，在执法和司法实务上，可能出现由于不同的执法官员、法官因为认识的不同，对同一类案件，认定的责任不一致。

第五部分 \ 电商平台的知识产权保护

《电子商务法》第 45 条明确要求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。第 84 条进一步规定，在平台内经营者实施侵犯知识产权行为时，电商平台未依法采取必要措施的，承担罚款最高至 200 万元。

值得注意的是，《电子商务法》对于实践中的“通知 - 删除”规则（亦称“避风港规则”）进行了修正。根据《信息网络传播权保护条例》，一般认为执行了“通知 - 删除”程序后，网络服务提供者即可免责，主张进入了“避风港”。在司法实践中，有的法院认为，如果知识产权权利人发现某电子商务平台的商品侵犯其知识

产权，可以告知平台，并要求平台经营者删除该商品。电子商务平台经营者在接到前述权利人的通知后，一般应首先评估侵权行为存在的可能性，如果侵权行为存在的可能性较大，应立即采取措施⁶；实践中如果电商平台认为侵权的可能性较小，则一般会直接驳回权利人的投诉或者举报。

《电子商务法》直接修改了“通知 - 删除”的游戏规则。《电子商务法》第 42 条规定：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。

我们认为，《电子商务法》第 42 条的“通知”，实质上就是知识产权权利人关于知识产权的侵权投诉。我们注意到，根据这一规定，电商平台“转送通知”义务的履行并不能作为电商平台迟延采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易

和服务等必要措施的抗辩。从字面上理解，即使电商平台认为侵权的可能性较小，电子商务平台经营者似乎也别无选择，必须采取必要措施。

当然，电商平台内经营者（网络卖家）在收到平台转送的通知（权利人投诉）后，可以向电子商务平台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，实质上就是针对权利人投诉的辩解）。电子商务平台应当将该声明（辩解）转送给知识产权权利人，并告知其在 15 日内将争议提交执法机关或者向人民法院起诉，否则应及时终止所采取的措施。

《电子商务法》第四十四条还要求电子商务平台经营者应当及时公示收到的有关第四十二条、第四十三条规定的通知（侵权投诉）、声明（辩解）以及最终处理结果。

我们认为，《电子商务法》关于知识产权保护的相关规定，将为知识产权权利人的维权提供极大的便利。但另一方面，也存在知识产权权利人滥用其权利的可能性，从而有可能影响电子商务平台经营者和平台内经营者的利益。

有鉴于此，《电子商务法》试图对权利人滥用权利进行规制。第 42 条还规定：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。这也是我国第一次从立法层面对向电商平台进行知识产权恶意投诉设立惩罚赔偿制度。

第六部分 \ 禁止电商平台限制、排斥竞争行为

6 京高法发〔2013〕23号《北京市高级人民法院关于审理电子商务侵害知识产权纠纷案件若干问题的解答》第13项：电子商务平台经营者如何处理通知？

权利人的通知及所附证据能够证明被控侵权交易信息的侵权可能性较大的，电子商务平台经营者应当及时采取必要措施，否则认定其有过错。

近年来,电商平台竞争日趋白热化,代表性事件就是“二选一”之争,即某超级电商平台要求品牌商选择站队,非此即彼,排挤其他电商平台。虽然原国家工商总局2015年9月2日颁布的《网络商品和服务集中促销活动管理暂行规定》第十一条明确提出“禁止网络集中促销组织者限制、排斥平台内的促销经营者参加其他第三方交易平台组织的促销活动”。2018年6月4日,国家市场监督管理总局、发展改革委、工业和信息化部、公安部、商务部、海关总署、网信办、邮政局等部门发布《关于印发2018网络市场监管专项行动(网剑行动)方案的通知》,明确表示对于“限制、排斥平台内的网络集中促销经营者参与其他第三方交易平台组织的促销活动等行为”,也就是电商行业通常所指的“二选一”行为,违者将从严处罚。

这些规章和举措,现在看来实际效果并不佳,某电商平台要求商户选边站队,二选一的做法并未有丝毫的收敛。《电子商务法》对此再次予以回应,第35条规定,电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术手段,对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件,否则由市场监督管理部门责令限期改正并可以处5万元以上50万元以下或者50万元以上200万元以下的罚款。

第七部分 \ 对个人信息保护

针对个人信息保护,《电子商务法》第23条之规定,电子商务经营者收集、使用其用户的个人信息,应当遵守法律、行政法规有关个人信息保护的规定。电子商务经营者应当向用户明示信息查询、更正、删除以及用户注销的方式、程序,可以在平台服务协议或规则中明示,而不能通过附加或限制性条件阻碍用户查询、更正、删除及用户注销信息。当用户向电子商务经营者提出查询、更正、删除用户信息的申

请时,电子商务经营者应当在核实用户身份后及时提供查询或者更正、删除用户信息;用户注销的,也应当立即删除该用户的信息。

我们注意到,《电子商务法》相较于《网络安全法》第43条⁷的删除权和更正权之外,更增加了用户对个人信息可以查询和注销的权利。

另外,《电子商务法》第31条还规定,对于用户信息数据,比如平台上发布的商品和服务信息、交易信息,电子商务平台经营者应当确保信息的完整性、保密性、可用性,并且对信息的保存时间自交易完成之日起不少于三年。第53条第2款更要求电子支付的服务提供者也应当向用户免费提供对账服务以及近三年的交易记录。

值得注意的是,现行的《网络安全法》第21条,仅仅要求网络日志的留存时间不少于6个月。这也是《电子商务法》的一大亮点。

第八部分 \ 电商平台的其它合规义务

《电子商务法》还规定了电商平台的其它义务。比如:

1. 不得擅自删除差评:《电子商务法》第39条规定“电子商务平台经营者应当建立健全信用评价制度,公示信用评价规则,为消费者提供对平台内销售的商品或者提供的服务进行评价的途径”。更明确要求“电子商务平台经营者不得删除消费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价”,违者可以处二万元以上十万元以下的罚款;情节严重的,处十万元以上五十万元以下的罚款⁸。

2. 店商平台须以显著方式区分标记自营业务:第37条规定,电子商务平台经营者在其平台上开展自营业务的,应当以显著方式区分标记其自营业务和平台内经营者开展的业务,不得误导消费者。

3. 违法行为公示:第36条规定,电子商务平台经营者依据平台服务协议和交易规则对

平台内经营者违反法律、法规的行为实施警示、暂停或者终止服务等措施的,应当及时公示。

4. 垂直搜索和竞价排名:第40条规定,电子商务平台经营者应当根据商品或者服务的价格、销量、信用等以多种方式向消费者显示商品或者服务的搜索结果;对于竞价排名的商品或者服务,应当显著标明“广告”。

第九部分 \ 结语

我国已经成为全球发展最快、规模最大的电子商务消费市场,《电子商务法》也是全世界第一部规制电子商务的专门立法。《电子商务法》的出台,从法律上标志着我国电商野蛮生长时代的结束。《电子商务法》对电商平台施加的这些义务,无疑将对我国电子商务的长远发展产生重大影响。我们注意到,《电子商务法》与其它法律法规的衔接还有待进一步明确,这些法律包括《侵权责任法》、《消费者权益保护法》、《食品安全法》、《合同法》、《网络安全法》、《反垄断法》、《广告法》以及《反不正当竞争法》等。

我们期待后续的司法解释以及行政执法和司法实践,使这部法律真正能规范引导我国电商行业朝健康有序的方向发展。✎

7.《网络安全法》第43条:个人发现网络运营者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、使用其个人信息的,有权要求网络运营者删除其个人信息;发现网络运营者收集、存储的其个人信息有错误的,有权要求网络运营者予以更正。网络运营者应当采取措施予以删除或者更正。

8.《电子商务法》第81条第4款



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

《电子商务法》视野下的 电商平台责任探析

作者：周洋，马军



《电子商务法》的颁布对电子商务平台经营者（以下简称“电商平台”）以及电商行业的格局将产生深刻影响。本文从电商平台的角度对其在《电子商务法》下的法律责任进行梳理和评析，旨在提出电商平台的竞争力不仅来自价格和服务，也来自对法律义务的遵守和责任的承担。电商平台通过规范经营，创造和维护安全、合法、公平的电商环境，不仅可以保护消费者权益，还可以增强电商平台的竞争力从而促进电商平台和整个电商行业的发展。

《电子商务法》第2条将电子商务定义为“通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动”。因此，在《电子商务法》下，不仅淘宝、京东、苏宁易购等在线购物平台属于电子商务范畴，而且如58到家、携程、滴滴等提供家政、旅游、网约车服务的平台均属于电子商务范畴。《电子商务法》将电子商务活动中的经营者分为三类：电子商务平台经营者（电商平台）、平台内经营者（商家）以及通过企业自身网络平台销售商品或者提供服务的电子商务经营者（电商平台与商家的竞合）。其中，电子商务平台经营者，也就是我们通常所说的电商平台，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。鉴于电子商务具有瞬时性、跨地域性和虚拟性等特征，同时多数电商平台除提供交易场所之外还提供支付、物流、保险等配套服务，因此，电商平台的义务和责任相较于传统的线下平台（如商场）的义务和责任具有天然的特殊性。

第一部分 电商平台责任的来源

法律责任的产生源于对相应义务的违反，电商平台的责任同样源于对电商平台义务的违反。《电子商务法》不仅明确列举了包括电商平台在内的所有电子商务经营者的一般性义务，更是设置专节规定了电商平台的特殊义务及其法律责任。

电子商务运营者的一般性义务包括：

- (1) 依法办理市场主体登记（第10条）；
 - (2) 依法纳税（第11条）；
 - (3) 依法取得相关行政许可（第12条）；
 - (4) 销售的商品或提供的服务应符合保障人身、财产安全的要求和环境保护要求（第13条）；
 - (5) 依法出具纸质发票或者电子发票等购货凭证或服务单据（第14条）；
 - (6) 信息公示义务，包括公示营业执照信息并及时更新，营业终止信息（第15、16条）；
 - (7) 披露商品或者服务信息，保障消费者知情权和选择权（第17条）；
 - (8) 向消费者提供非针对个人特征的商品或服务的搜索结果（第18条）；
 - (9) 禁止默认同意的搭售（第19条）；
 - (10) 依承诺或约定向消费者交付商品或服务（第20条）；
 - (11) 及时退还消费者押金（第21条）；
 - (12) 禁止滥用市场支配地位，排除、限制竞争（第22条）；
 - (13) 用户个人信息保护义务（第23条）；
 - (14) 保障用户信息查询、更正、删除及用户注销（第24条）；
 - (15) 依法向主管部门提供电子商务数据信息（第25条）；
 - (16) 依法从事跨境电子商务（第26条）。
- 综观上述法律义务条款，可以看出《电子商务法》对电子商务经营者的一般性义务规定范围比较广泛全面，涉及电信、纳税、消费者权益保护、工商管理、网络安全与个人信息保护、

反不正当竞争以及反垄断等多个领域。上述义务的履行必然会涉及与其他相关部门法的衔接。

除遵守上述电子商务经营者的一般性义务，在《电子商务法》下，电商平台还需履行其特殊义务。根据特殊义务的应用场景，大致可以分为与电商平台自身经营活动相关的义务和电商平台对平台内经营者（商家）的管理义务。

1. 与电商平台自身经营活动直接相关的义务

- (1) 保障网络安全义务（第30条）；
- (2) 依法记录、保存商品、服务信息以及交易信息（第31条）；
- (3) 制定并公示平台服务协议和交易规则，并在修改前述协议和规则时确保有关各方充分表达意见（第32、33、34条）；
- (4) 禁止对平台内商家交易、交易价格等进行不合理限制、附加不合理条件或收取不合理费用（第35条）；
- (5) 及时公示依据服务协议和交易规则对平台内商家的处理措施（第36条）；
- (6) 显著标记平台自营业务与平台内商家开展的业务（第37条）；
- (7) 建立健全信用评价制度，公示信用评价规则，禁止删除消费者对商品、服务的评价（第39条）；
- (8) 多种方式向消费者显示商品或服务的搜索结果，并对竞价排名的商品或服务显著标明“广告”（第40条）；
- (9) 依法向平台内商家提供服务，禁止采取集中竞价、做市商等集中交易方式以及标准化合约交易（第46条）。

2. 对平台内商家的管理义务

- (1) 对商家信息进行核验、登记，建立登记档案并定期核验更新（第27条）；
- (2) 向市场监督管理部门以及税务部门报送商家相关信息信息，提示并配合办理市场主体登记和税务登记（第28条）；
- (3) 对违法商品、服务信息采取必要处置

并向主管部门报告（第 29 条）；

(4) 对平台内商家侵害消费者合法权益行为采取必要措施（第 38 条）；

(5) 对平台内商家侵犯知识产权行为采取必要措施（第 41-45 条）。

第二部分 \

《电子商务法》中电商平台的责任

(一) 民事责任

首先，电商平台开展自营业务时需承担商品销售者或服务提供者的责任。《电子商务法》第 37 条第 2 款¹规定了平台开展自营业务时，应当对其销售的商品或提供的服务承担商品销售者或服务提供者的责任。该责任既包括与商品质量相关的侵权责任，也包括基于与消费者订立的相关商品或服务合同的违约责任。从法理而言，侵权责任与违约责任在归责原则、责任构成要件、免责条件、责任形式、责任范围等方面存在诸多差异。以归责原则为例，违约责任适用过错推定责任原则或严格责任原则，而侵权责任通常以过错责任为基本原则，不过，在产品责任这类特殊情形下，相关法规对生产者适用严格责任原则，对销售者适用推定过错责任原则²。电商平台也应当了解有关电子合同订立，电子取证方面的规则和实践，从而为寻求法律救济做好准备。

电商平台自营行为的侵权责任主要是围绕电商平台提供的商品或服务产生的侵权责任。例如，当电商平台销售的产品存在缺陷，造成消费者人身、财产损害的，电商平台作为销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者时，则应承担赔偿责任。即便电商平台可以指明缺陷产品的生产者或供货者，由于法律规定生产者与销售者对于缺陷产品的侵权责任承担连带责任，消费者依旧可以直接向电商平台要求赔偿。在电商平台明知产品存在缺陷仍然销售，造成他人死亡或者健康严重

损害的，平台还将面临承担惩罚性赔偿的风险。

³ 因此，电商平台在从事自营业务时应注意对供应商的相关资质进行审核，在签署供货服务协议时需注意相关责任的约定，规避相关的风险。

电商平台的违约责任主要基于与消费者订立的商品或服务合同，所涉及的违约情形主要围绕商品的质量、交付、售后服务等。根据《电子商务法》第 20 条的规定⁴，从事自营业务的电商平台应当按照承诺或者与消费者约定的方式、时限向消费者交付商品或者服务，并且除非消费者另行选择快递物流服务提供者，在电商平台提供快递物流服务时，承担商品运输中的风险和责任。该条规定在考虑线上交易行业惯例的基础上，将商品运输的风险统一划给了电商平台，延长了商品的相关风险和责任由电商平台转移给消费者的时间点。因此，对于电商平台而言，在与供货、仓储、物流等供应商进行合作时，需注意根据向消费者作出的承诺与供应商就相关责任进行约定。

其次，电商平台在未尽安全保障义务以及知识产权侵权情形下的连带责任。《电子商务法》对电商平台未尽到对消费者的安全保障义务以及知识产权侵权两类情形下的责任进行了浓墨重彩的规定。这也是《电子商务法》针对与电商平台相关的社会热点问题作出的回应。

1. 电商平台未尽到对消费者的安全保障义务情形下的责任

《电子商务法》第 38 条第 1 款规定，电商平台知道或者应当知道平台内经营者销售或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，电商平台依法与该平台内经营者承担连带责任。例如，某外卖电商平台，若其知道或者应当知道本平台内商家生产不符合食品安全的食品，未采取停止在平台内销售该等食品等必要措施，导致消费者食用该商家的食品后发生中毒，则该外卖平台就应当与平台内商家对消费者承担连带责任。

《电子商务法》第 38 条第 2 款规定，对关

系消费者生命健康的商品或者服务，电商平台对平台内商家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，应依法承担相应责任。例如，某网约车平台对平台注册的网约车未经审核就准许其在平台上提供服务，导致消费者的人身安全受到极大的伤害，该网约车平台应当承担相应的责任。本条规定的“相应责任”在业内存在较大争议，下文将详细论述。

2. 电商平台在知识产权侵权情形下的责任

对于知识产权侵权，电商平台对知道或者应当知道的侵权行为，“应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要性措施。”⁵ 否则，将会与侵权人共同承担连带责任。其次，《电子商务法》第 42 条第 2 款⁶ 规定，电商平台接到知识产权权利人的通知未采取必要措施的，对损害的扩大部分与平台商家承担连带责任。其中，“必要措施”应当以第 45 条的规定作为参考依据。

(二) 行政责任

民事责任提供的救济手段通常要通过漫长

1. 参见《电子商务法》第三十七条第二款 平台对其标记为自营的业务依法承担商品销售者或者服务提供者的民事责任。

2. 参见《产品质量法》第四十二条 由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。

3. 参见《侵权责任法》第四十七条 明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

4. 参见《电子商务法》第二十条 电子商务经营者应当按照承诺或者与消费者约定的方式、时限向消费者交付商品或者服务，并承担商品运输中的风险和责任。但是，消费者另行选择快递物流服务提供者的除外。

5. 参见《电子商务法》第四十五条 平台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。

6. 参见《电子商务法》第四十二条第二款 平台接到通知后，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。

的诉讼程序实现，而行政责任对电商平台的影响则更直接、更激烈、更快速。行政责任的表现形式除了法律规定的市场禁入、限期改正、罚款以外，广义上还包括在作出行政处罚决定之前的约谈、调查、突击检查等。后者虽然不必然带来行政责任承担，但对电商平台的经营、管理、声誉等带来巨大的影响。

《电子商务法》下电商平台的行政责任主要包括违反本法规定未获得行政许可、信息提供义务、信息披露义务、合法经营义务、个人信息保护义务、维护消费者商品选择权义务、对平台内商家的监督管理（准入、登记、核验）义务等。针对不同的行政责任，电商平台将面临不同的行政执法部门，例如工信部门、网信部门、市场监管、质量监督、食品卫生、税务、公安网安等。从风险管理角度，做好企业内部的合规体系建设、制定好电商平台的用户使用规则、商家入驻规则、隐私政策、交易规则及平台管理规则等事前的合规工作，才能防患于未然。

第三部分 \

对电商平台“连带责任”与“补充责任”的评析

《电子商务法》第 38 条第 2 款规定了电商平台对关系消费者生命健康的商品或者服务，对平台内经营者未尽到审核义务或对消费者未尽到安全保障义务，造成损害时依法应承担的责任。在《电子商务法（送审稿三）》中明确规定电子商务平台应当承担“连带责任”，后因电子商务平台及部分专家的反对，《电子商务法（送审稿四）》将该责任修改为“补充责任”。最终，《电子商务法》对该条款进行了模糊处理，只是规定了“相应的责任”，将争议留给了法律体系的内在衔接和执法、司法实践。

主张“连带责任”的主要考量在于：如果不规定连带责任将极大地减弱平台对商家的监督和管理。再者，《消费者权益保护法》规定线



下商场对消费者负有先行赔付的义务，先行赔偿后可向经营者追偿，这种责任实际上相当于连带责任。支持“连带责任”的学者们认为，作为电商平台承担连带责任，将会极大减少消费者诉讼维权程序，消除了消费者与平台内商家之间的信息不对称，而且电商平台承担责任后仍然可以向平台内商家追偿。

主张电商平台应承担“补充责任”的主要理由是：为判定电商平台承担连带责任，其过错与平台内商家的过错应当是相当的。若将未尽到审核义务纳入连带责任不符合法理的逻辑。此外，我国需要充分鼓励电商行业的发展，规定承担连带责任将极大的限制电商的发展。

从本次的立法过程可以看出，所谓“连带责任”与“补充责任”的争论，其实是优先保护消费者和商家的利益还是优先保护电商平台的利益之间的博弈。最终《电子商务法》以所谓“相应责任”的措辞模糊处理甚至回避了这个问题。这其中不仅体现了电商行业各方的深

刻博弈，也体现了《电子商务法》在价值取向与立法目的方面，选择了中庸温和的处理方式。针对消费者利益和电商平台利益的矛盾，需要引发深思的是二者或许并不冲突。强化电商平台的责任有助于维护安全、合法、公平的电商环境，吸引商家和消费者到更规范的平台交易；弱化电商平台的责任或义务，可能伤害消费者的热情、侵害消费者的利益，最终导致消费者用脚投票。因此，从长远和整体来看，二者并不冲突，合规是电商平台的另一种竞争力。📌



周洋
合伙人
公司二部
上海办公室
+86 21 6061 3658
zhouyang@zhonglun.com



中伦研究院出品

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。