

《电子商务法》“通知-删除” 条款的经济分析



龙小宁
厦门大学“长江学者”特聘教授
本刊学术主编 专栏作者

本文从法经济学的研究视角，通过讨论自我实施机制与第三方实施机制的应用，以及比较强制性规则与缺省性规则两种法律规则在使用中的成本和收益，来对《电子商务法》中的“通知-删除”条款进行分析，并进一步探讨立法过程应该遵循的经济逻辑和一般原则。

一、缘起

2018年8月31日,《中华人民共和国电子商务法》(简称《电子商务法》)经第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过,并于2019年1月1日生效,成为规范我国电子商务活动的主要法律依据。这部法律一方面被称为电子商务领域的基本大法,旨在“保障电子商务各方主体的合法权益”,并“规范电子商务行为,维护市场秩序,促进电子商务持续健康发展”;但另一方面,《电子商务法》中的一些条款却引起了学界和业界的诸多争论和挑战,例如,《电子商务法》中的竞争条款被指出未能处理好与竞争法之间的衔接关系等(见朱理、曾友林2019);而被诟病最多的当属《电子商务法》中的“通知-删除”条款(《电子商务法》第42条)。

《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;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。如果电子商务平台在接到权利人的通知后未及时采取移除措施的,该法第42条规定其法律后果为“对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。”另外,该法第84条还进一步规定了电子商务平台违反第42条应承担的行政责任。如同学峰(2019)文中所述,《电子商务法》的“通知-删除”条款不仅仿照《侵权责任法》的做法,将电商平台“未及时采取必要措施”的法律后果规定为连带责任,而且将《信息网络传播权保护条例》中仅适用于著作权领域的“通知-删除”条款,推广到可适用于电子商务背景下的全部知识产权领域。¹

可见,《电子商务法》中的“通知-删除”条款是作为一项强制性规则来规范电商平台的知识产权保护义务的,目的应该是为了提高知识产权保护水平。但这一条款的实施效果如何呢?本文从法经济学的研究视角,通过讨论自我实施机制与第三方实施机制的应用,以及比较强制性规则与

¹ 同样地,这不仅背离了美国《千禧年数字版权法案》第512条(c)款中将“通知-移除”规则作为“避风港”免责规则来进行设计的原始意图,也将其适用范围从版权扩大到了所有知识产权领域。

缺省性规则两种法律规则在使用中的成本和收益,来对《电子商务法》中的“通知-删除”条款进行分析,并进一步探讨立法过程应该遵循的经济逻辑和一般原则。

二、《电子商务法》的立法背景

《电子商务法》的立法背景与我国电子商务产业的快速发展以及面临的挑战息息相关。从世纪之交至今的短短20年里,我国电子商务产业得到飞速发展:2016年,我国网络零售交易额达5.16万亿元,同比增长26.2%,占同年社会消费品零售总额的17%;2017年增至7.18万亿元,增长32.2%,占同年社会消费品零售总额的19%。2016年底发布的《中国电商“十三五”规划》中进一步确立了2020年电商交易额达40万亿元(占同年社会消费品零售总额的20%)、网络零售总额达10万亿元和相关从业者5000万人等三个发展指标。²

但快速发展的电子商务在增加消费品的种类和数量、提高商品性价比和消费者选择的同时,也造成了一定程度上的假货、劣质品泛滥,在客观上削弱了我国在相应领域的知识产权保护水平。具体表现在知识产权侵权行为由线下转移到线上,并出现线上与线下结合的新样态,从而让知识产权问题成为电子商务发展面临的最大挑战。美

国于2019年4月25日发布的《2019年特别301报告》中国部分特别列出一章(“五、中国电子商务市场中的盗版和假冒”)来讨论相关问题,其中指出:“随着中国成为世界上最大的电子商务市场,电子商务市场中广泛的网络盗版和假冒行为成为美国权利人关注的关键性问题……经合组织的报告指出,含有假冒和盗版商品的小包裹的增长反映了从线下售假到线上售假的转移,中国同香港成为缉获的通过邮件或快递公司运送假冒商品的主要来源。”还特别点名了被列入恶名市场名单的几家中国电子商务平台企业:DHgate.com(敦煌网外贸平台)、淘宝和拼多多。

毋庸置疑,我国电子商务的快速发展主要依赖了现代信息技术在规模经济方面的技术优势。但必须承认,我国流通行业中行政审批等规制环节过多、税负较高的历史事实,也让电子商务比传统商业活动享有了不受税收、规制约束的所谓“法外之地”的监管优势。加上实体店的缺失,这一监管领域的差别便在促进电商产业快速发展的同时,在所难免地滋生了假货、劣质品泛滥,知识产权侵权行为多发等现象,也带来了消费者个人信息泄漏等可能的风险。

面对电子商务高速发展带来的这些挑战,我们可以采用两种

不同的应对模式,一是依赖市场的自发举措(或称自我实施机制, self-enforcing mechanism),二是借助于第三方实施机制(third-party mechanism),例如政府规制或法律体系。在这两种模式中,我国选择了制定和实施法律来规范电子商务活动和业态发展,一方面是应国内经济转型和国际舆论关注的急迫要求,另一方面也与我们对有为政府的一贯信任有关。在此情势下应运而生的《电子商务法》也自然凸显了立法者试图制定一部包罗万象的综合性立法的雄心壮志,表现在该法的调整范围及其规范对象几乎涵盖了与电子商务有关的所有行为。

三、规范市场行为的不同机制比较

虽然我国选择了法规作为应对机制,但对于规范市场行为的不同机制的比较可以有利于我们更好地讨论《电子商务法》实施的有效性。鉴于电子商务活动中涉及的各方大多都有签订商务协议,下文即在合同与合同法的框架下来讨论这两种不同应对模式(自我实施机制v. 第三方实施机制)之间的优劣。

因为多数情况下双方会在互利的条件下自愿达成协议,而只需依照合同执行便可达成协议的初

² 详见“电子商务的兴起与迅速发展”(商务部网络文章) <http://history.mofcom.gov.cn/?newchina=%E7%94%B5%E5%AD%90%E5%95%86%E5%8A%A1%E7%9A%84%E5%85%B4%E8%B5%B7%E4%B8%8E%E8%BF%85%E9%80%9F%E5%8F%91%E5%B1%95>.

衷,得到令各方满意的结果,所以并不需要法庭的介入,甚至合同法的存在也是多余的。以本文讨论的题目为例,在电子商务经营中,平台中的经营者时常会面临权利人关于侵犯知识产权行为的投诉。这种情况看似需要合同法与法庭的介入,但现实中较大的电商平台多已出台了自已的平台投诉机制,以规范相应的投诉行为。而平台中的经营者在与电商平台签订开店协议时,也已经同意遵守相关规定,在发生争议时按照相应的投诉机制进行调解。例如,阿里巴巴及其主要电商平台淘宝、天猫等在过去十年来针对假冒商品、知识产权侵权等问题已经制定了十余项适用于各类平台的侵权投诉机制及知识产权保护规则等规范性制度和条例。³

可见,《电子商务法》第42条等条款试图规范的知识产权侵权行为已经在各种电商活动的相关协议中得到关注。但立法者仍可能会担心现实中采用的相关合同原则和合同条款不能实现对权利人和消费者的有效保护,反映为电商业务中的假货、劣质品泛滥。那么应该如何评判现实中电商合同原则和合同条款的有效性呢?让我们先来讨论商业活动中涉及的公司是如何生成和演化的。

在英美法系中,合同领域的法律原则基本上是以判例的形式包含在普通法之中,并没有系统的、成文的合同法。换言之,在长期的市场交易过程中衍生出来的合同原则,可能通过两种机制得以确立:一是在大量市场交易中得到认可、被多数合同采用、并得以无争议的履行(合同采用机制),二是经由普通法的法官通过判案确立、并未被后来的判案所推翻(合同纠纷机制)。前者采用的原则毋庸置疑是得到了市场的认可,而根据法经济学中普通法的演进理论,后一渠道中发展而来的合同领域的法律原则也应该是有利于提高经济效率的(Rubin 1977)。鉴于这两种机制催生出的合同原则都反映了市场交易的推进对维护经济效率的要求,不妨将这种市场经济发展对有效合同原则(economically efficient contract principles)的催生作用称之为“有效合同原则的催化作用”。这种催化作用可以解释为什么普通法中的合同原则虽然没有成文法的形式,但却可以为促进市场交易和推动经济发展提供有效的行为规范。而市场竞争则是这两种机制能够产生“催化作用”的根本经济逻辑:在“合同采用机制”中,是依赖合同签订人之间的竞争;而在“合同纠纷机制”中,则依赖于普通法

法官之间为了其判案意见获得引用而产生的竞争。

回到本文的话题,在当今电子商务发展过程中,电商平台无一例外地需要与数量众多的平台内经营者签订多种经营合同,往往也要面临大量的合同纠纷。无论是在原始合同的签订过程中,还是在合同纠纷的解决过程中,不同的电商平台之间都存在广泛的竞争,使得市场交易对合同条款和合同原则的选择效应不仅普遍存在,还会随着交易量的急剧增长而得到快速增强。具体说来,有利于电子商务发展的合同条款和合同原则会带来更多的销量和流量,让能够制定和采用更为有效的合同条款和纠纷解决原则的电商平台在竞争中胜出;而不能及时采取有效合同条款和原则的电商平台则在竞争中失利,随之不利于电子商务发展的合同条款和原则也会被淘汰。

以上讨论着眼于平台间在销量和利润方面的竞争,而投资方的压力在强化这种竞争压力的同时,也会提出其他维度的要求,例如美股市场对知识产权保护的要求等,因而导致有竞争力的平台必须致力于高效治理规则体系的建设,包括对合同条款和纠纷解决机制的选择和订立。因此,激烈市场竞争

³ 详见《阿里巴巴知识产权保护平台投诉指引》《淘宝网关于不当使用他人权利实施细则》《天猫不当使用他人权利的规则及实施细则》《天猫出售假冒商品的规则及实施细则》《全球速卖通知识产权保护规则》《阿里巴巴国际站知识产权保护规则》《知识产权侵权处理规则(2019版)》《图片侵权处理规则》《如何回应知识产权侵权投诉》等等。

中的电商平台制定的合同条款和纠纷解决机制具有高效率是大概率事件。进而我们也有理由相信，假以时日，市场的自发举措，将逐步解决市场失灵的问题，例如产品质量、知识产权等信息不对称的问题。而市场的自发举措既包括电商平台制定的纠纷解决机制，也包括平台制定和推行消费者针对商品和服务的有效评价制度，等等。

四、“通知-删除”作为强制性规则的影响

好奇的读者可能会提出另外两个理由，用以支持通过立法途径来规范电子商务活动的主张。首先，市场的自发举措仍不能有效地解决产品质量偏低、知识产权保护不足的问题，也即出现市场失灵；其次，上文的讨论是针对大型电商平台，而小型电商平台不一定有足够经济实力提供相应的纠纷调解机制，而统一的法律规范可以帮助这些平台规范经营，从而获得竞争优势。

这两点理由非常重要，它们恰恰可以帮助阐明合同法的必要性。上文第三部分的讨论一直在强调合同自由能够帮助达成有效的市场交易，因此多数情况中并不需要法庭甚至合同法的介入。但现实中，下面几种情况会时有发生，从而确立了合同法的重要地位：首先，合同的订立本身是否有效？例如合同的订立是否是双方真实的意思表示，合同的订立是否会

带来第三方利益受损，等等？其次，合同条款未能执行时应该如何处置？违约方(promisor)应该如何补偿守约方(promisee)，等等？再次，如果遇到合同未约定情形(contingencies)，应该如何应对？以本文讨论的电商业务为例，电商平台中的经营者与电商平台签订的协议可能会伤害第三方的利益，例如知识产权受到侵犯的权利人；此外，中小平台与其中经营者之间签订的合同很可能没有包括侵权纠纷如何解决的内容。可见，这些情况赋予了合同法存在的重要理由。合同法的主要目的即是针对上述问题提供相应的合同原则或样本条款作为解决方案，而这些原则通过帮助解决外部性和不完全契约的问题，为合同法赋予了帮助解决市场失灵的功能。

在电商领域是否存在严重的市场失灵现象仍然值得争议，但我们这里姑且认可法律规范的必要性，而在此前提下讨论缺省性规则和强制性规则之间孰优孰劣的问题。按照其执行能否被合同条款所规范，法律规则可被归为缺省性规则和强制性规则，其中缺省性规则可以为合同中另行约定的条款所取代，而强制性规则不能被合同条款所取代。显而易见，《电子商务法》中的“通知-删除”条款属于强制性规则，因为不按照第42条规定“及时采取必要措施”的电商平台需要“对损害的扩大部分”负连带责任。

因为无论多少合同条款也不能穷尽未来的各种可能性，不完全契约是现实中合同的常态。合同法即需要对合同中没有说明的情况发生时双方应该如何行为提供规则，而缺省性规则是合同法中处理不完全契约的常规解决办法，因为这样的做法既给予合同双方签订不同条款的可能性，又为其他签约人提供了标准条款以利于其节省签约成本。因此，缺省性规则往往以多数签约者的需求为基准制定，这样才能满足有效合同条款的要求。

而强制性规则的目的则完全不同，其采用并非为了解决不完全契约问题，而是要求签约者必须遵照执行的规则，因此应该是立法者认为对维护其政治、社会和经济秩序等社会公共利益至关重要的行为规范。而在《电子商务法》中将“通知-删除”条款作为强制性规则列入，就应该理解为：立法者认定这一条款中规定的行为规范是能够最有效促进电子商务发展的方式。但现实情况如何呢？让我们来看一组数据。

2016年，阿里发现其电商平台中有恶意投诉行为账户3862个，而近103万商家和超600万条商品链接遭受恶意投诉，造成卖家损失达1.07亿元；拼多多发现在其全部投诉中，30%以上来源于恶意投诉；而京东发现在618、双11等购物节前，其平台上投诉量增长幅度约为30%到40%，远远超过正常的月平均投诉量。可见，除了产品质量低

下和知识产权侵权等问题,平台经营者之间的恶性竞争,尤其是通过恶意投诉打击竞争者的做法,同样也是电商平台面临的严重问题。

时至《电子商务法》生效后的2019年,恶意投诉的问题反而愈演愈烈。究其原因,是因为《电子商务法》第42条中关于“通知—删除”的严苛要求,使得电子商务平台丧失了自己进行调查并决定是否删除相关商品链接的选项,因而造成一旦投诉必然下架的逻辑链条,显著降低了恶意投诉的成本,使其成为恶性竞争的主要手段。

而《电子商务法》第43条中的“反通知—恢复”规则,虽然给了平台终止所采取的删除等措施的选项,但条件是:电商平台在将平台内经营者不存在侵权行为的声明转送到达知识产权权利人后十五日内,未收到权利人已经向有关主管部门投诉或者向人民法院起诉的通知。换言之,平台需要在“反通知”送达15日之后才可能终止商品链接删除等措施,但这对于在双11等购物节期间以恶意投诉为手段遭受竞争对手打击的平台内经营者来说,完全是无济于事的救助。可见,《电子商务法》中关于“通知—删除”和“反通知—恢复”


规则的相关条款导致了平台与经营者之间的权利义务失衡,进一步造成了恶意投诉成本的低廉和恶性竞争的增加。显然,这与立法者规范商务活动、促进电商发展的初衷是南辕北辙的!

五、小结与建议

《电子商务法》的实施为何会在恶意投诉方面产生与立法宗旨相悖的后果呢?上文分析给出了下面的逻辑链条:(1)市场经济竞争中普遍存在“有效合同原则的催化作用”,表现为电商发展中平台公司不断制定和完善纠纷解决机制,日益有效地应对电子商务活动中出现的产品质量低劣、知识产权侵权等各种问题;(2)当然,电商业中仍然可能存在于外部性和信息不对称等市场失灵问题,这些问题的解决可以通过立法途径解决,但《电子商务法》中的“通知—删除”条款以强制性规则出现,反而带来了恶意投诉成本的降低和恶性竞争的增加;(3)与强制性规则相比,缺省性规则是可以更有效解决不完全契约的合同原则,因为这样的规则一方面为中小电商平台提供了可以便捷使用的缺省法律规则,从而降低了它们的交易成本,同时

也允许一些电商平台选择在以往经验的基础上采用更加有效的纠纷解决机制。如上文第三部分中所述,电商平台在激烈的市场竞争中往往已经制定出了高效率的合同条款和纠纷解决机制,因此允许后一选项的存在至关重要。

具体而言,笔者建议《电子商务法》中的第42条可以修改如下:“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;电子商务平台经营者接到通知后,应当及时将该通知转送平台内经营者。如果电子商务平台在接到权利人的通知后,能及时采取移除措施的,则可以对著作权人的侵权指控主张免责;电子商务平台经营者与平台内经营者之间另有约定的除外。”换言之,可以在《电子商务法》中将“通知—删除”条款由强制性规则修改为缺省性规则列入,在平台与平台内经营者之间没有另行约定时,自动成为平台经营者的免责条款。

这样既可以实现《电子商务法》的立法初衷,又允许市场竞争中自发形成的行为规范发挥作用,也许不失为一种可行的方案。

参考文献

- [1] 朱理、曾友林(2019):“电子商务法与竞争法的衔接:体系逻辑与执法展望”,《中国社会科学院研究生院学报》2019年第2期,第106-114页。
- [2] 周学峰(2019):“‘通知—移除’规则的应然定位与相关制度构造”,《比较法研究》2019年第6期,第21-35页。
- [3] Paul H. Rubin(1977),“Why Is the Common Law Efficient? The Journal of Legal Studies”, Vol. 6, No. 1 (Jan., 1977), pp. 51-63.