

小微商户网络直播营销行为规制体系研究

于立文

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2024年7月12日; 录用日期: 2024年10月21日; 发布日期: 2024年10月28日

摘要

网络直播营销是伴随着互联网短视频平台的发展而兴起的电子商务模式。网络直播营销模式为人们的生活提供了便利, 但是随之而来的是网络直播营销产品质量低下, 虚假宣传、消费者侵权等乱象。本文对小微商户网络直播营销行为规制体系进行了检视, 发现规制体系存在法律规制体系不健全、监管部门工作无序化、法律规制不科学等问题, 导致消费者权益得不到有效救济。本文以行政法规制体系为出发点, 从法律体系完善、法律监管职责明晰、行政规制建构三个方面为小微商户网络直播营销行为规范化搭建一个有效的法律规制体系, 促进小微商户网络直播营销的良性发展。

关键词

电子商务, 网络直播营销, 行政法规制

Research on the Regulatory System of Online Live Streaming Marketing Behavior for Small and Micro Merchants

Liwen Yu

Shi Liangcai School of Journalism and Communication, School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Jul. 12th, 2024; accepted: Oct. 21st, 2024; published: Oct. 28th, 2024

Abstract

Network broadcast marketing is an e-commerce model that rises with the development of Internet short video platform. The network broadcast marketing model provides convenience for people's life, but it is followed by the low quality of network broadcast marketing products, false publicity, consumer infringement and other chaos. This paper inspected the regulation system of online live marketing

文章引用: 于立文. 小微商户网络直播营销行为规制体系研究[J]. 电子商务评论, 2024, 13(4): 807-813.

DOI: 10.12677/ecl.2024.1341215

behavior of small and micro businesses, and found that there were problems in the regulation system such as imperfect legal regulation system, disordered work of regulatory departments, and unscientific legal regulation, which led to the lack of effective relief for consumers' rights and interests. This paper takes the public law regulation system as the starting point, and builds an effective legal regulation system for the standardization of small and micro merchants' online live broadcast marketing behavior from three aspects: the perfection of the legal system, the clarity of legal supervision responsibilities, and the construction of administrative regulations, so as to promote the sound development of small and micro merchants' online live broadcast marketing.

Keywords

Electronic Commerce, Network Broadcast Marketing, Administrative Law Regulation

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近年来,互联网短视频的发展势头迅猛,网络直播营销也随之而来。随着乡村振兴战略和全面小康社会建设的不断推进,小微商户¹也加入到网络直播营销中来。小微商户参与网络直播营销在促进经济发展的同时,也造成了产品质量低下,数据造假、虚假宣传、价格欺诈等乱象。面对科技和社会实践的快速发展,法律的稳定性和滞后性特征展现无遗,消费者权益难以受到法律保护。小微商户网络直播营销具有灵活性、机动性、隐匿性的特征,涉及民事侵权、知识产权、消费者权益保护等多个领域,建立网络直播营销行为规制体系,不是某一部门法的责任,而是民法、刑法、行政法、电子商务法等多个部门法联合发力,共同构成法律规制体系。目前对网络直播营销行为的规制以私法规制为主,但是私法规制的不足已经开始显现出来,公法规制的主动性与强制性优势逐渐显现。本文以行政规制为切入点,以行政法规范与司法实践为主线,梳理了目前小微商户网络直播营销行为规制体系存在的问题,并针对问题给予了行政法答案。

2. 小微商户网络直播营销行为规制体系现状

2.1. 小微商户网络直播营销行为法律规制现状

网络直播营销伴随着互联网短视频不断发展应运而生,小微商户开启了“直播带货”新世界的大门。在促进经济发展的同时,网络直播营销乱象横生,法律规制也随之出现。但是目前并没有出台针对网络直播营销进行体系化规制的法律,对于网络直播营销进行规制的规范散见于法律、行政法规、部门规章、部门规范性文件中。例如,在《电子商务法》中只笼统地规定了电子商务平台、电子商务经营者的责任以及电子商务争端解决路径;在《消费者权益保护法》中详细规定了网络直播营销人员侵害消费者权益的行政责任与消费者救济途径;2021年发布的《网络直播营销管理办法(试行)》中系统地规定了网络直播营销平台的监督管理责任以及网络直播人员的主体条件和诚信义务;2022年发布的《关于进一步规范网络直播营利行为促进行业健康发展的意见》中明确了网络直播平台的管理主体责任以及网络主播依法纳税责任。

¹本文中称“小微商户”为《网络交易监督管理办法》第八条规定的年交易额累计不超过10万元的网络直播营销商户。

笔者通过梳理小微商户网络直播营销行为的行政法规制体系发现其有以下三个特点。第一，小微商户网络直播营销行为规制体系不系统，小微商户网络直播营销行为规制的相关法律规定较为分散且各有其侧重点。第二，从强调平台监督管理责任到参与主体责任全覆盖。2021 年以来发布的部门规章中对网络主播、商家、直播平台等网络直播营销参与主体都进行了责任规定，参与主体不仅要遵守平台“软法”规定，同时还必须履行规范性文件中的责任。第三，从单一的政府监管到多元主体共同治理。除了政府监管之外，发展出了平台监管、用户投诉监管，社会行业自律规范也层出不穷，例如中国广告协会发布了《网络直播营销行为规范》。

2.2. 小微商户网络直播营销行为行政规制司法实践

行政规制主要包括：制定行政法规、规章；制定具体政策；具体的干预行为^[1]。在司法实践中小微商户网络直播营销行为行政规制有效性较低，小微商户的灵活性和机动性决定了行政监督的难度。而且平台核实商户真实信息的能力不足，市场监督管理局事后监督不及时，消费者维权成本较高。例如张某诉上海长宁区市场监督管理局不予立案一案²。

2.2.1. 案情简介

本案中，张某在拼多多平台的多多果园中购买了 3 斤芒果，但实际只收到了 2.32 斤的芒果。拼多多作为平台有义务核验商家的真实信息以及产品的质量，但在本案中拼多多平台并未对小微商户的身份信息进行核实，出现实名认证人与实际经营人不一致的现象。由于缺乏真实的商家信息，导致张某无法向商家所在地市场监督管理局投诉举报，无法有效维护自己的合法权益。因此张某请求拼多多所在地市场监督管理局(即上海长宁区市场监督管理局)责令商家对消费者进行 3 倍赔偿，但是上海长宁区市场监督管理局不予立案，张某即提起行政诉讼请求法院判令市场监督管理局履行职责。

2.2.2. 判决思路分析

一审法院裁定：首先，一审法院认为商家是否侵犯了消费者合法权益应当经“消费者投诉举报”和“市场监督管理局核查”这两个程序审查认定。本案中张某只是进行了投诉，商家是否存在侵犯消费者合法权益的问题还有待市场监督管理局的审查认定，此时申请上海长宁区市场监督管理局履行职责缺乏事实依据。其次，一审法院认为该商户是小微商户，属于《电子商务法》第十条³规定的例外情形，不需要办理市场主体登记，而且拼多多平台已经提供了店铺的姓名、身份证号码等信息，拼多多平台不存在违法行为，驳回张某诉讼请求。

二审法院裁定：二审法院根据《电子商务法》第十条的规定肯定了一审裁定中对于上海长宁区市场监督管理局和拼多多没有违法行为的裁定结论。

3. 小微商户网络直播营销行为规制体系困境

3.1. 直播营销行政法律规范体系不健全

目前直播营销行政法律规范散见于多个部门法，并没有形成层级分明的体系化法律体系。例如《电子商务法》《消费者权益保护法》等，这些部门法并没有直接对直播营销行为进行规制，而且由于法律的稳定性特征和国家立法规划的影响，使得这些部门法无法及时根据制度运行状况进行有效规制，使得直播营销行为规制没有直接的上位法依据。直播营销行为的直接规制多见于部门规章和政府规范性文件，其权威性较弱，而且缺乏体系化建构。例如《网络直播营销管理办法(试行)》《网络表演经营活动管理办

² 参见(2024)沪 03 行终 39 号行政裁定书。

³ 《电子商务法》第十条电子商务经营者应当依法办理市场主体登记。但是，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。

法》《关于进一步规范网络直播营利行为促进行业健康发展的意见》这三个部门规章中均规定了主播、商户、网络直播营销平台的法律责任，规定内容大同小异，且多为原则性规定，不利于执法机关寻找执法依据。

3.2. 网络直播营销法律监管工作无序化

网络直播营销打破了原有时间和空间上的壁垒，呈现出灵活性和复杂性的特征，在促进经济发展的同时也对网络直播营销的监管造成了极大的困难，传统的单一监管主体监督模式不能满足对网络直播营销所涉及的各个领域进行监管的需求。

网络营销活动涉及多个监管领域，我国对网络直播营销进行规制的主体呈现出多中心治理网络的特点[2]。但是在实践中相关政府部门并没有形成系统的监督管理体系，“政出多门”的现象仍然存在。例如，《网络直播营销管理办法(试行)》中规定了网信办等七个部门的监管责任及联合规制网络直播营销行为的工作机制。《关于进一步规范网络直播营利行为促进行业健康发展的意见》中则规定了网信办、国家税务总局、市场监管总局的主体责任。多个部门规章、政府规范性文件中对监管主体责任的规定存在交叉，监管职能重叠，造成过度监督和监管推诿现象的出现。虽然《网络直播营销管理办法(试行)》中规定了网信办等七个部门建立信息共享等工作机制，但是仍然强调各部门在自己职责范围内履行职能，并没有改变监管工作无序化的现状。

3.3. 网络直播营销行为法律规制不科学

3.3.1. 事前准入机制过于宽松

现行的法律规范对于网络直播营销的准入规定过低，例如《网络直播营销管理办法(试行)》中仅仅规定了年龄限制，即直播营销人员必须年满十六周岁，不满十六周岁经监护人同意也可以进行直播营销。

《网络直播营销行为规范》第二十条规定，网络直播营销的主播必须进行实名认证。《电子商务法》第十条规定电子商务经营者应当办理市场主体登记，但是小微商户属于例外情形，无需办理市场主体登记。

《网络直播营销管理办法(试行)》第五条规定从事网络直播营销依照法律规定需要办理行政许可的应当办理行政许可，但是根据法律规定只有直播营销平台才需要办理行政许可，针对小微商户的行政许可在法律中并没有规定。从以上法律条文中我们可以得知小微商户只需要符合年龄条件和实名认证即可从事网络直播营销，不需要办理其他额外的主体登记或行政许可。在实践中实名认证的监管力度不大，在实名认证时只需要输入身份证号，缺乏人证核实机制，造成一个人拥有多个账户或借用身份证开设账户的乱象，宽松的准入门槛对后续的监管增加沉重的负担。

3.3.2. 事中监管行政机关缺位

目前行政机关对网络直播营销的监管集中于事前、事后监管，事中监管主要依靠平台自律以及用户投诉举报。针对海量的网络直播营销活动，行政机关没有能力进行全方位、全覆盖、全天候地监管。以下两个原因使得行政监管在网络直播营销中长期缺位：一是缺乏监管技术，将网络直播营销纳入全方位控制需要先进的技术支撑；二是全方位监管的成本与收益不成正比。事中监管的缺位使得监管部门不能获得小微商户侵犯消费者权益的一手证据，为后续的消费者权益保护和救济造成了较大的障碍。

3.3.3. 事后控制机制不健全

第一，针对小微商户网络直播营销行为的行政处罚手段较少，主要包括罚款、封禁直播间以及直播营销黑名单制度。第二，行政处罚适用条件模糊，例如《网络直播营销管理办法(试行)》中规定的直播营销黑名单制度，只有严重违法法律法规的直播营销主体才适用该制度，但是政府规范性文件中对严重违法

反哪些法律法规, 何种情形属于“严重违法”并没有明确的规定, 在执法实践中只有少数“头部”主播适用了直播营销黑名单制度, 对于小微商户网络直播营销的行为规制作用较弱。第三, 行政处罚力度低。例如“薇娅偷逃税款”一案, 在本案中税务机关对其追缴税款、加收滞纳金、并处罚款共计 13.41 亿元, 对于一场直播的销售额就达到几亿元的“头部”主播来说如“九牛一毛”。行政处罚力度低, 主播违法成本低, 使得行政处罚的威慑力明显下降。

4. 小微商户网络直播营销行为规制体系的完善路径

4.1. 完善小微商户网络直播营销行为行政规制法律体系

体系化是一国制度建设科学性和系统性的重要标志, 具有整合法律规范、对社会关系进行全面调整、精简法律规范、方便法律实施等多种功能[3]。及时修订以《电子商务法》为主体的法律体系迫在眉睫。面对涉及多领域、多主体的网络直播营销行为, 颁布一部系统的部门法是不现实的, 所以应当对小微商户直播营销行为的法律规制体系进行重新整合[4]。首先, 必须重新梳理相关法律规范体系, 及时修改《电子商务法》, 将网络直播营销直接纳入《电子商务法》的规制范围中去。其次, 应出台《网络直播营销管理办法(试行)》等部门规章、政府规范性文件实施细则, 理顺规制主体执法依据。形成以《电子商务法》为主体, 部门规章、政府政策性规范为补充的法律体系, 促使小微商户网络直播良性发展。

4.2. 理顺网络直播营销行为法律监管职责

第一, 明晰网络直播营销法律监管职责。面对多元主体都对网络直播营销有监管职责的现状, 应当对相关法律和《网络直播营销管理办法(试行)》等部门规章中关于网络直播营销的监管职责进一步明晰, 根据网络直播营销的不同阶段特性, 确立不同的监管机关[5]。首先, 小微商户网络直播营销的准备阶段主要涉及产品质量问题, 应由市场监督管理局负责监管; 其次, 网络直播营销进行阶段主要涉及广告问题以及直播内容问题, 该阶段应当由公安部、文化和旅游部、国家广电总局负责, 文旅部和广电总局的职责高度重合, 为了协调监管工作应当选择其中一机关作为牵头部门, 出台联合执法的实施细则; 最后, 网络直播营销事后阶段主要涉及消费者权益保护的问题和主播依法纳税问题, 该阶段应当由国家税务总局和市场监督管理局在《税法》及相关法律法规规定的职责范围内履行职责。

第二, 增强规制主体监管协作能力。网络直播营销行为监管是一个复杂的系统工程, 需要各规制部门形成合力。虽然各部门分别监管不同类型的网络直播营销行为, 但是规制对象是相同的, 因此, 应当在完善工作联动机制的基础上增强各部门的监管协作能力[6]。首先, 应当建立联合执法工作数字平台, 实现执法信息共享。各规制机关入驻平台, 各机关的执法信息直接上传平台, 其他机关无须特别程序即可查看信息。其次, 建立联合执法常态化, 各机关在执法时相关机关可以提供小微商户违法信息, 各机关合力维护消费者合法权益。对于涉及刑事责任的主播应当及时移交司法机关, 做好行刑衔接工作。

4.3. 构建小微商户网络直播营销行为全过程行政法规制体系

4.3.1. 事前准入: 完善准入规则引入网络直播营销行政备案登记制

第一, 完善实名认证管理规则, 《网络直播营销行为规范》中关于网络直播营销参与者实名认证的规定应该加入“手持身份证照片”核验模式, 且一个身份证号只能注册一个网络直播平台账号, 最大限度限制责任主体与实名主体不一致的现象。第二, 针对《电子商务法》中的便民劳务活动和零星小额交易活动不需要办理行政许可的规定加以限制。小微商户在网络直播营销中行政义务负担较少, 但其侵害消费者权益给消费者造成的义务负担较重, 基于利益衡量可以对小微商户网络直播营销行为加以最低限度的限制, 引入网络直播营销行为行政备案登记制度。该制度只需要向行政监管部门提交自己的信息即

可，不需要政府审批。在解决消费者维权困难的同时，最低限度地增加小微商户的行政义务，也为“溯源治理”的实现增加了可能性。

4.3.2. 事中控制：建立行政监督常态化和激励体系

落实行政监管常态化，有效弥补事前控制的漏洞。首先，在网络直播营销领域落实《国务院关于在市场监管领域全面推行部门联合“双随机、一公开”监管的意见》，建立全方位、全覆盖、常态化的随机抽检监督制度。对小微商户的商品随机抽检，并将抽检结果公开，接受社会大众的监督。其次，建立“信用评级”制度，该信用等级由政府监管部门根据消费者投诉的数量与核实情况评定。针对不同的信用评级采取不同的监督管理措施，对于信用评级较低的小微商户采取着重监管[7]。最后，建立激励机制。对于在“双随机一公开”抽检中表现优秀和信用评级为良好以上的小微商户给予更多的“平台流量”，促进小微商户自律。

4.3.3. 事后惩戒：完善行政处罚与行政强制相结合的惩戒体系

第一，坚持行政处罚谦抑性原则和包容审慎理念。行政处罚谦抑性原则和包容审慎理念要求审慎发动行政处罚，可以罚可以不罚的就不罚，能少罚的就少罚，对于情节轻微的可以采用教育手段。行政处罚具有惩罚性，一旦发动将会给小微商户带来较重的行政负担。在查处小微商户不良行为时，要坚持包容审慎理念，对于情节轻微、危害不大的可以采用约谈、教育的方式，帮助其树立正确的商业观。对教育后仍不整改的小微商户应当给予行政处罚并将“拒不整改”作为加重处罚情节，对其加重处罚。

第二，明确网络直播营销领域的行政强制类型。从行政法的视角来看，引入行政强制规制模式可以有效制止小微商户在网络直播营销中的违法行为，避免危害再次发生。《行政强制法》没有对“其他行政强制措施”作进一步限制，行政法只要符合《行政强制法》规定的权限和条件，也可以创设新的行政强制措施种类[8]。这也可以得出行政法规可以根据网络直播营销监管实际情况创设更加有针对性的行政强制类型。监管部门可以根据小微商户在网络直播营销中的违法行为造成的不同后果，规定不同的行政强制措施。例如，商品存在瑕疵，可能对消费者产生侵害的，强制下架商品、查封伪劣商品。

第三，完善网络直播营销黑名单制度的适用规则[9]。首先，认定网络直播营销黑名单适用条件应当由法律或者政府规范性文件实施细则具体规定其构成要件，进一步明确“严重违法”的情形。例如，是否严重侵犯消费者的合法权益，是否给消费者造成难以挽回的损失、是否长时间虚假广告、以次充好。其次，规范直播营销黑名单适用程序，将小微商户列入直播营销黑名单中时应当听取其申辩，对于积极进行赔偿、消除不良影响的小微商户应当终止列入黑名单的程序。给予小微商户申请听证的权利，最终是否举行听证应当由行政机关根据具体情形决定，但是涉及公共利益的应当举行听证会。再次，建立网络直播营销黑名单有效期规则，行政机关将小微商户列入网络直播营销黑名单时应当根据其违法情形确立不同的惩罚期限。在惩罚期限内确有悔改表现，且惩罚执行完毕后承诺不再实行违法行为，经当事人申请，可以核准退出网络直播营销黑名单。此制度不仅惩罚了小微商户的违法行为，同时有利于电商行业的良性发展。最后，应当给予被列入黑名单的小微商户救济渠道。有权利必有救济，小微商户对自己被列入黑名单有异议的，可以通过申诉、行政复议、行政诉讼等渠道维护自己的合法权益。

5. 结语

在网络直播营销越发火热的今天，现有的法律体系却无法对其进行有效规制。在司法实践中网络直播营销模式下的消费者权益保护成本高，无法有效得到损害赔偿的现象时有发生。虽然网络直播营销行为私法规制具有显著的优势，但是公法规制所具有的主动性和强制性是私法规制不具备的优势，只有公私法相结合才能构建出完善的小微商户网络直播行为规制体系。本文在行政法的视角下对目前已有的小

微商户网络直播营销行为规制体系进行了批判反思，找出了目前小微商户网络直播营销行为规制体系存在的问题，并且给出了“完善小微商户网络直播营销行为行政规制法律体系”“理顺网络直播营销行为法律监管职责”“构建小微商户网络直播营销行为全过程行政规制体系”，这三个行政法体系下的规制路径答案。

参考文献

- [1] 江必新. 论行政规制基本理论问题[J]. 法学, 2012(12): 17-29.
- [2] 张红凤, 井钦磊, 张丽媛. “直播 + 电商”多元协同监管模式构建研究[J]. 山东财经大学学报, 2021, 33(6): 98-105.
- [3] 江必新. 行政法律体系化建设的若干思考——以行政诉讼制度体系建构经验为视角[J]. 行政法学研究, 2023(1): 4-8.
- [4] 缪颖. 网络直播的行政规制探究[J]. 行政与法, 2021(10): 75-83.
- [5] 周汉华. 论互联网法[J]. 中国法学, 2015(3): 20-37.
- [6] 张涛. 我国网络表演直播中政府规制机制初探[J]. 行政与法, 2017(5): 12-21.
- [7] 许向东. 我国网络直播的发展现状、治理困境及应对策略[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2018, 40(3): 70-81.
- [8] 王菲著. 行政强制法律适用研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2016: 53.
- [9] 王芳, 李靖宇. 网络直播营销行为规范化研究——以行政法规制为视角[J]. 成都行政学院学报, 2023(6): 75-85+105+119.