

网络交易平台法律实务指引

网络交易最新热点解析

网络交易实战风险规避

网络交易立法追踪展望

网络交易法律实务

上册

阿拉木斯 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

网络交易法律实务

上册

主 编：阿拉木斯（中国电子商务法律网总裁）

副主编：徐 箐（亿贝易趣网络信息服务有限公司
法律部副总裁）

胡皓渊（亿贝易趣网络信息服务有限公司
高级法务总监）

撰稿人：张 晔 乔聪军 白永强
沈 隽 孙 浩 宋永泉
刘先锋 王慧丽 徐 伟
赵占领 周 群 梁 红
陈丽梅 李晴晖



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书编委会

吴亚非：国家信息中心信息安全研究与服务中心常务副主任

欧阳武：国家信息化工作办公室政策规划组处长

郭启全：公安部信息网络安全监察局局长

张智文：科技部高新技术发展及产业化司处长

冯楚建：科技部政策法规司副处长

唐建国：北京信息办法规处处长

陈 潜：上海信息办法律处处长

龚炳铮：信息产业部研究员、电子商务专家顾问

柴跃廷：清华大学自动化系教授、科技部现代物流与电子商务专家组组长

杨坚争：中国电子商务协会政策法律委员会主任

赵廷超：电子商务世界杂志社主编

陈曙光：福建电子商务协会副秘书长

乔 海：用友软件股份有限公司集团法务部总经理

张建斌：中国电信法务部总经理

王小夏：腾讯公司法务经理

李延昭：天威诚信公司副总裁

林 亚：西单电子商务公司总经理

刘单单：网易公司高级法律顾问

万以娴：权亚律师事务所资深顾问

铁 军：中孚律师事务所律师

前 言

2005年4月18日,在第八届中国国际电子商务大会上,由中国电子商务协会主持的我国电子商务领域的第一个行业规范——《网络交易平台服务规范》在政策法律论坛上正式发布,参与该规范的单位包括亿贝易趣、一拍、卓越、新浪、IGO5、首信、搜易得、云网等电子商务企业。作为一个新兴领域的第一个直接规范网上交易的文本,该规范的发布引起了消费者、企业、政府部门、学术界和媒体的广泛关注。

网络交易平台是指为各类电子商务交易(包括B to B、B to C和C to C交易)提供服务的网站或者网络系统。网络交易平台在电子商务中意义重大,规范、健康、有序和信用良好的网络交易平台服务对于素未谋面甚至相隔遥远的双方或多方交易主体之间的交流与合作起着关键作用,是降低风险、促进电子商务顺利进行不可或缺的因素。网络交易平台主要有两个特点:一是,它在电子商务交易中起到十分关键的承上启下的作用,是联系交易方、消费者、支付方、配送方、电信运营和服务提供方、认证服务提供方的纽带,是交易服务的核心;二是,由于其在电子商务交易中的特殊地位和作用,其面临的法律问题相当广泛,既有电子合同、消费者保护、隐私权保护方面的,也有信用管理、信息安全、违法及不良信息监控领域的。

随着电子商务的发展,我国网络交易平台数量急剧增多,一些较为成功和知名的交易平台如亿贝易趣、阿里巴巴等都建立了自己的交易模式,制定了自己的管理制度,也不乏几个网络交易平台联合起来制定一些规范制度。但是总体而言,这些模式或者制度都是各自为政,缺乏统一性和协调性。仅依靠各交易平台运营商各自的努力

无法规范整个市场行为,需要企业共同联合,以行业规章来规范其行为和和市场。由于网络交易平台在电子商务交易中的特殊地位和作用,交易者众多、涉及范围广、买卖商品繁杂,加之电子商务本身的虚拟性、跨地域和即时性等特性以及我国该领域的法律环境不健全等因素,网络交易平台自身的法律地位不明确,存在着不少风险,如法律风险、信用风险、安全风险等。消除这些风险、确保网络交易平台的健康发展需要及时立法,需要企业建立完善的规章制度,也需要相应的行业规范和部门规章早日出台。

正是基于这样的考虑,中国电子商务协会凭借其组织企业、沟通政府、联络专家的有利地位,利用行业规范形式灵活的特点,选择电子商务交易平台作为规范电子商务交易的突破口,提出了该《网络交易平台服务规范》的文本和倡议。该规范的主要内容包括相关定义、基本规定、交易标的限制、交易平台的制度建设、运营与管理、信息监管、用户注册、在线交易规则、用户注册和服务协议、交易记录的保存、网络交易辅助服务、消费者保护、隐私权保护、网上广告与垃圾邮件、公平竞争、保护知识产权、处罚等内容。

为进一步探讨该规范所反映的网络交易各个方面的问题,揭示我国网络交易法制化的现状与问题,探索更好的解决方案,我们编写了本书。对我国电子商务的法律环境、网络交易的法律问题、网络交易平台的服务规则、网络交易平台服务规范、电子签名法、网络支付中的法律问题、信息安全中的法律问题及网络实名制等网络交易平台所面临的几个关键法律问题进行了不同角度、不同程度的分析研究。希望能够为参与网络交易的各类人士提供一定的帮助,同时,作为一种对前沿领域的探索,更希望得到广大专家、学者、业内人士的批评与指正!

编者
2006年6月

目 录

第一章 中国电子商务法律环境综述	(1)
第一节 前言	(1)
第二节 电子商务法律问题产生的原因分析	(3)
第三节 国际电子商务立法的最新动态	(4)
第四节 电子商务法律问题分类	(6)
第五节 我国电子商务法律环境的基本状况	(9)
第六节 2005 年我国电子商务法律环境建设	(14)
第七节 我国电子商务法律环境存在的主要问题	(22)
第八节 我国电子商务法制建设的难点分析	(25)
第九节 完善我国电子商务法律环境的具体措施的建议	(33)
第十节 我国电子商务法律发展环境展望	(37)
第二章 网络交易的法律问题	(40)
第一节 网络交易在电子商务中的地位、作用和现状	(40)
第二节 我国网络交易法律规定现状	(41)
第三节 网络交易中的合同法律问题	(49)
第四节 网络交易平台的法律地位问题	(56)
第五节 相关案例分析	(61)
第三章 国外网络交易相关法律介绍	(89)
第一节 国际组织的相关立法	(89)
第二节 美国的相关立法成果	(92)
第三节 欧盟的相关立法成果	(104)
第四节 澳大利亚的相关立法成果	(109)

第五节	新加坡的相关立法成果	(111)
第六节	日本相关的立法成果	(112)
第七节	俄罗斯相关的电子商务立法	(115)
第四章	各大网络交易平台服务规则介绍	(117)
第一节	国内网络交易平台规则分析	(118)
第二节	国外网络交易平台规则分析	(132)
第三节	国内外网络交易平台服务规则对比分析	(142)
第五章	网络交易平台服务规范	(145)
第一节	《网络交易平台服务规范》	(145)
第二节	关于中国电子商务协会组织起草《网络交易平台服务规范》的情况介绍	(152)
第六章	电子签名法研究	(161)
第一节	电子签名法出台的必要性	(161)
第二节	电子签名法的主要特点	(162)
第三节	电子签名法的核心内容	(165)
第四节	电子认证服务管理办法	(174)
第五节	回顾我国电子签名法立法过程中的几个环节	(177)
第六节	电子签名法的实施	(183)
第七节	电子签名法第一案	(188)
第八节	小议电子签名法与信息化法制时代	(192)
第九节	电子签名法与电子病历	(195)
第十节	国外电子签名立法现状与发展趋势	(199)
第七章	网络支付中的法律问题	(209)
第一节	网络支付中所面临的主要法律问题	(209)
第二节	国外有关网络支付的主要法律规定	(213)
第三节	目前我国已有的关于网络支付的法律规定	(230)
第四节	《电子支付指引(第一号)》评价	(248)
第五节	关于网上支付第三方服务的法律问题	(258)
第八章	我国信息安全的法律体系	(269)

第一节	目前我国信息安全法律体系的主要特点	(269)
第二节	我国信息安全法律体系的发展过程	(273)
第三节	关于信息安全服务机构的种类及管理模式	(274)
第四节	目前我国信息安全法律体系的基本描述	(275)
第五节	我国电子商务交易安全性与法律状况 调查分析	(278)
第九章	网络实名制分析	(289)
第一节	网络实名制的发展历程	(289)
第二节	网络实名制的现状及问题	(290)
第三节	网络实名制的意义与作用	(300)
第四节	网络实名制实现的可行性分析	(304)
第五节	目前我国与网络实名制有关的法律、法规、 规章等简析	(305)
第六节	建立网络实名制、完善网络实名制法律制度	(311)
第七节	国内外主要电子商务网站网上交易身份 认证机制基本情况	(316)

第一章 中国电子商务法律环境综述

第一节 前 言

近十年来,基于互联网而产生的网络经济、电子商务、电子政务等在全球范围内全面、深刻、迅速地改变了我们的生产、生活、工作和交流方式,带来一系列新的变化、新的机遇和新的经济增长,一些基于网络的新的商务模式、行政管理模式和生活模式正在逐步形成并不断发展,一个虚拟的社会正在不断地与现实社会相互交织、互动发展。而在虚拟社会不断改变现实社会的过程中,对于现实社会上层建筑中法律的挑战、冲突和改变也在所难免,传统的法律规定、司法与执法的模式甚至法律原则都在网络时代面临变革和修正的处境,民法、商法、刑法、行政法、国际法、国际私法、知识产权法等各个部门法都面临不同程度的挑战,其中又以商法、国际私法和知识产权法领域尤甚,甚至在一定程度上已经开始动摇这些领域的一些法律原则。并且,这种挑战和动摇随着网络和电子商务的拓展、深化而变得更广泛、更强烈。

正是基于这样一种局面,近十年来世界各国开始了一系列围绕

着网络与电子商务的立法和修订法律的活动。^[1]我国也不例外,从1998年的合同法到修订的刑法、著作权法、商标法等,都或多或少地存在与网络和电子商务相关联的条款,而电子签名法等更直接与网络和电子商务息息相关。除此之外,各政府部门、各地方政府还陆续出台了大量的关于网络和电子商务的法规和规章,到目前为止,已逾百件。^[2]可以说,我们国家和社会对于网络与电子商务领域的法律问题不可谓不重视,网络与电子商务立法的力度也不可谓不强,但就是在这样的形势下,在网络与电子商务立法领域,还是有很多难题和令立法者、执法者都比较尴尬的事情,那就是:一方面,立法总是跟不上技术和产业发展的步伐,需要的时候出不来,终于出台了但也已经过时了;另一方面,也是更加关键的,就是新的法律法规或补充、修订的规定虽然出台了,但很难达到令行禁止的效果,违法行为依然我行我素,使得法律法规行同虚设,似乎虚拟社会的法律也有些“虚拟”了。这种现象在涉及网络与电子商务法律的各个领域普遍存在。

那么,电子商务与现代物流领域法律问题产生的根本原因是什么,这些法律问题主要可以分为几类,目前我国电子商务法律法规的基本环境如何,电子商务与现代物流法律问题根治的难点在哪里,如何有效地规划我国电子商务与现代物流的立法,做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究,增强法律的延展性、执行力和包容性并强

[1] 在电子商务领域,从1995年美国犹他州颁布《数字签名法》至今,已有几十个国家、组织和地区先后颁布了与电子商务相关的立法,其中较重要或影响较大的有联合国贸易法委员会1996年的《电子商务示范法》和2000年的《电子签名统一规则》、欧盟的《关于内部市场中与电子商务有关的若干法律问题的指令》和《电子签名统一框架指令》、德国1997年的《信息与通用服务法》、俄罗斯1995年的《俄罗斯联邦信息法》、新加坡1998年的《电子交易法》、美国2000年的《国际与国内商务电子签章法》、加拿大1999年的《统一电子商务法》、意大利1997年的《数字签名法》、马来西亚1997年的《数字签名法》、韩国1999年的《电子商务基本法》、日本的《电子签名与认证服务法》以及我国香港地区2000年的《电子交易条例》和我国台湾地区2001年11月的“电子签章法”等。

[2] 在法律出版社出版的《中华人民共和国电子商务与网络法规汇编》(2002年版)中,收录了相关法规、规章、地方法规等共计133件。

化相应的司法、行政执法,找到完善我国电子商务与现代物流法律法规环境的有力措施,这些正是本书想要探寻的主题。

第二节 电子商务法律问题产生的原因分析

第一,从互联网本身来看,其对传统法律体系带来的挑战主要在于其非中心性、虚拟性、全球性以及高度自治性。对于非中心性而言,在互联网的发展过程中,从1985年前的Arpa网^[3]1985—1995年的美国国家自然科学基金网^[4]到1995年后的现代因特网,分布性及各主体间的平等性一直是其最大的特点,与以往广播、电视等拥有绝对中心的传播方式相比,这种传播方式在信息控制上存在着很大的难度,甚至在一定程度上否定国家的控制和管辖;对于虚拟性而言,由于网络空间的虚拟性,许多传统的观念难以套用到网络空间,当事人的住所、国籍、财产、行为、意志等因素将丧失与物理世界的关联,给管理和控制带来极大的困难;对于全球性而言,互联网与电子商务把“比特”通过网络在瞬间跨越全球的特性发挥到了极致,自然又产生许多跨国的法律问题;而对于高度自治性而言,^[5]美国作为互联网和电子商务的“始作俑者”,其发展互联网和电子商务最主要的经验就是政府要尽量少地参与管制,包括域名的登记管理机构等都是由民间组织来经营的,这种状况就自然造成网络与电子商务领域法制建设的严重不足。

[3] 20世纪60年代,美国国防部启动的“先进研究规划机构”(Advanced Research Project Agency, ARPA),1969年连接了一些大学等机构,建成了称为ARPANET的实验网络。

[4] 1987年,美国国家科学基金会(National Science Foundation, NSF)建成NSF-NET,与ARPANET相连。

[5] 据China Byte2004年3月5日消息:意大利创新与技术部部长Stanca在欧盟15国集团会议上总结说,过去10年来,互联网的增长已发展为一个拥有7.5亿多用户的市场,这种市场是在放任状态下促成的,即允许互联网任意增长,政府基本上不干预。Stanca还认为,互联网成功的最重要原因之一就是没有一个单独实体来控制它。

第二,从电子商务本身的角度看,传统的商业活动涉及社会的方方面面,所以,电子商务的推广应用必定是复杂的系统工程,其对法律体系的挑战也是全方位的;而电子商务又将传统的迂回经济转向直接经济,其交易范围、信息流、资金流、物流的速度与强度明显增大,又给其管理带来一定的困难。

第三,电子商务的特殊性,交易者的身份、交易场所、交易权限虚拟化,给交易的风险及管理也带来很大的难度。

第四,国际化发展的电子商务自然会面临各国社会制度、政治状况、经济发展程度、法律法规、文化传统千差万别的难题,同时,由于电子商务有效地降低了中小企业参与国际贸易的门槛,使电子商务中的国际化成分较其他贸易形式有所增加,这样又使这些差别产生的问题更为繁多与复杂。

第三节 国际电子商务立法的最新动态

全球电子商务立法是近几年世界商事立法的重点,电子商务立法的核心主要围绕电子签章、电子合同、电子记录的法律效力展开。从1995年美国犹他州颁布《数字签名法》至今,已有几十个国家、组织和地区颁布了与电子商务相关的立法,其中较重要或影响较大的有:联合国贸易法委员会1996年的《电子商务示范法》和2000年的《电子签名统一规则》、欧盟的《关于内部市场中与电子商务有关的若干法律问题的指令》和《电子签名统一框架指令》、德国1997年的《信息与通用服务法》、俄罗斯1995年的《俄罗斯联邦信息法》、新加坡1998年的《电子交易法》、美国2000年的《国际与国内商务电子签章法》等。

虽然国家不同、时间各异,但总体来看,各国国内的电子商务立法却有着三个非常明显的共同特征:第一,迅速。从1995年俄罗斯制定《联邦信息法》及美国犹他州出台《数字签名法》至今,在短短几年的时间里,已有几十个国家、组织和地区制定了电子商务的相关法

律或草案,无论是美国、德国等发达国家,还是马来西亚等发展中国家,对此反应都极为迅速。尤其联合国贸易法委员会更起到了先锋与表率的作用,及时引导了世界各国的电子商务立法。这种高效的立法在世界立法史上是非常罕见的。第二,兼容。在电子商务高速发展并逐步打破国界的大趋势下,电子商务立法中任何的闭门造车不仅是画地为牢,更会严重阻碍电子商务与相关产业的发展,所以,各国在进行电子商务立法时,兼容性是首要考虑的指标之一。并且,也正是这种兼容性的要求造就了电子商务立法中先有国际条约后有国内法的奇特现象。联合国贸易法委员会在其《电子签名统一规则指南》中就曾指出:“电子商务内在的国际性要求建立统一的法律体系,而目前各国分别立法的现状可能会产生阻碍其发展的危险。”第三,法律的制定及时有力地推动了电子商务、信息化和相关产业的发展。2000年前后席卷全球的电子商务狂潮在很大程度上要归功于两个法律:一个是我们前面提到的联合国贸易法委员会的《电子商务示范法》,它奠定了全球电子商务开展的根基;另一个是美国1997年的《全球电子商务纲要》,直接涉及关税、电子支付、安全性、隐私保护、基础设施、知识产权保护等发展电子商务的关键性问题,为美国电子商务的发展创造了良好的政策法律环境。在亚洲,马来西亚是最早进行电子商务立法的国家之一,该国早在20世纪90年代中期就提出了建设“信息走廊”的计划,该计划与其在1997年颁布的《数字签名法》呼应,极大地促进了其信息产业和相关产业的发展。信息产业界后来居上的印度也不失时机地在1998年推出《电子商务支持法》,并在2000年提出针对电子商务的免税方案,促进了电子商务和相关产业的持续增长。此外,电子商务国际立法还具有边制定边完善、立法重点在于使过去制定的法律具有适用性、发达国家在电子商务国际立法中居主导地位、工商垄断企业在电子商务技术标准的制定上起主要作用等特点。

总之,经过近十年的立法实践,世界各国和国际电子商务立法都有了长足的进步,一些基本原则得到广泛应用,在一些细节的处理

上也已比较成熟。起步较早的国家在完成了针对电子签章和电子交易的相关立法之后,更多地把注意力转移到一些更具体的问题上,如完善交易规则、反欺诈、打击垃圾邮件和查处网络犯罪等,并同时加大了推广国际规则的力度。国际电子商务立法长于商流的法律确认、法律救济、营造公平竞争的环境、反欺诈、国际合作等方面,而我国在电子商务立法方面已经做的工作主要集中在信息管制、知识产权、信息安全、基础设施建设等领域,商流的法律确认、法律救济、营造公平竞争的环境、反欺诈、国际合作等方面将是我们的下一步的重点。

作为刚“入世”不久的发展中国家,中国在电子商务的立法上起步较晚,还有大量的实际问题和法律技术问题需要解决,有很多的国际规则需要研究消化,而在“以信息化带动工业化”的战略任务面前,给予我们的时间是很有限的,所以,及时研究跟踪国际电子商务立法的发展进程及特点,掌握国际电子商务立法的发展趋势,促进中国国内电子商务立法,对于中国积极参与国际电子商务立法,防止大国对电子商务立法的控制具有重要意义。

第四节 电子商务法律问题分类

一、横向分析电子商务的主要法律问题

(一)从电子商务流程的角度——电子商务流程所引发的法律问题

1. 信息流[商流——电子签名、电子认证、电子合同、电子记录、电子证据等,信息流——知识产权(版权、专利、商标、商业秘密、反不正当竞争等)、域名、信息监管等];
2. 资金流(电子支付、电子发票、电子货币、网上证券等);
3. 物流(所有权凭证的转移、权利义务的划分等)。

(二)从电子商务周边环节的角度——电子商务周边技术环境的法律问题

1. 信息安全与计算机犯罪;
2. 垃圾邮件与网络广告;
3. 虚拟财产的法律地位等。

(三)从法律关系平衡的角度——电子商务保障救济、权利义务平衡方面的法律问题

1. 消费者权益保护;
2. 隐私权保护和个人数据保护;
3. 网络与电子商务服务提供者的法律责任;
4. 管辖权的确定等。

(四)从行政监督的角度——电子商务监管中的法律问题

1. 电子商务的税收问题;
2. 电子商务企业的登记注册、许可、经营范围确定等问题;
3. 特定领域电子商务经营的监管,如药品、医疗、保险、证券等领域。

以往的分类是从法律体系的角度来划分的,如知识产权法、合同法、商法、票据法等,这样的分类使得很多电子商务法律问题找不到准确的位置,不能适应电子商务快速发展和形态多样的实际需求。如电子签名、服务商的法律责任、信息安全、虚拟财产等,无法找到其合适的位置。而且从法律体系角度的分类基本比较粗,一些比较具体的法律问题很难列出。而以上分类方式可以说是从应用或电子商务本身的法律需求出发的,再辅之以一定的法律救济和管制的考量。

二、纵向分析不同电子商务发展阶段的主要法律问题

如果我们把中国电子商务发展的历程分为四个阶段,我们就会发现,其实不同阶段法律问题的重点往往是不一样的:

第一阶段:1999年、2000年——快速起步期,其特点:门户网站为主体、风险投资追捧、普遍缺乏赢利模式支撑。

主要法律问题:域名抢注的法律解决、网上版权的保护、网上经营的合法性、网络公司海外上市的合法性等;

第二阶段:2001年、2002年——低靡期,其特点:电子政务、企业信息化为重点,国务院信息办成立,并出台电子政务发展的指导意见。

主要法律问题:电子政务建设、信息资源共享的法律问题,信息安全的法律问题等。

第三阶段:2003年、2004年——转折期,其特点:“非典”拯救虚拟经济,一些网络公司出现赢利,短信息服务、网上广告、网络游戏服务成为三个主要赢利点,网络游戏、短信息服务、即时通讯、网上旅游、以数字产品为主的B to C电子商务、网上拍卖成为电子商务的亮点;

主要法律问题:网络游戏——知识产权问题、代理、网上赌博、私服、外挂等问题;短信息服务——诈骗、不良信息、消费者保护的问题;即时通讯——信息安全、不良信息控制等问题;网上旅游——经营合法性的问题;以数字产品为主的B to C电子商务——消费者保护、交易安全、电子合同的问题;网上拍卖——反欺诈、交易者(卖家)身份确认、建立信用体系等问题。

第四阶段:2005年——快速发展期,其特点:法制化——第一部电子商务法律——电子签名法出台,政策扶持——国务院办公厅《关于加快电子商务发展的若干意见》出台,网上支付迅速发展——第三方支付平台兴起。

主要法律问题:电子签名法落实中的法律问题,如电子认证、商用密码管理的法律问题;电子支付的法律问题;网络交易规范和反欺诈的问题等。

第五节 我国电子商务法律环境的基本状况

一、立法

在立法领域,从1999年开始,相关的立法呼声开始出现,2000年人大会上一号提案使电子商务立法成为更多人关注的焦点,在其后5年的时间里,相关的一些法律、法规、部门规章和地方方法规陆续出台,以电子签名法为首,以相应法规、司法解释、部门规章、地方方法规为辅助的我国电子商务法律法规体系初步形成。在本书研究的附件中,我们统计了目前我国的电子商务与现代物流的法律法规,结果是广义的电子商务与现代物流法律法规362部,狭义的电子商务与现代物流法律法规38部。其中比较有代表性的有——法律:电子签名法、合同法、刑法、著作权法、全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》,以及订立中的电信法、个人数据保护法;法规:《互联网信息服务管理办法》、《电信条例》、《软件保护条例》、《互联网上网服务营业场所管理条例》;部门规章:《电子认证服务管理办法》、《电子支付指引》、《网上证券委托暂行管理办法》等;地方立法:《广东省电子交易条例》、《上海市电子商务条例》(订立中)、《北京市信息化促进条例》(订立中)。司法解释:最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》、最高人民法院《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》。

二、司法

在司法领域,1998年以后,相关案例开始增多,涉及的范围开始从北京、上海等少数大城市延伸到各地方省市直至国外,涉及的领域从域名、版权至刑法、民法、行政法等各个领域,涉及的侵权形式也从域名抢注、网上转载发展到网页链接、网上不正当竞争与黑客犯罪等