

第29卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL

LAW REVIEW VOL. 29

◆ 梁慧星 / 主编

本卷要目

专题研究

【张兴全】

论电子合同

【尹田】

论动产善意取得的理论基础及相关问题

【丁亮华】

公司法律地位研究——以人格与责任为核心的考察

【萧凯】

论跨国证券交易中股份转让的法律适用

公民诉讼

【蔡从燕】

论私人反垄断诉讼

——法实现机制中私人的作用及保障

【徐伟敏】

环境公民诉讼问题研究——以美国法为中心

学术争鸣

【王丽萍】

解读女性主义法学

【杨源】

论“动物不是物，是什么”

【〔德〕Rudolf Wassermann 著 樊丽君 译】

评德国安乐死立法

域外法

【王承志】

试论国际私法条约在英国的适用

——以《布鲁塞尔公约》为例

【Peter Schlosser 著 王葆蔚 译】

永久抗辩和平衡关系

体育法研究

【郭树理】

奥林匹克体育仲裁制度研究

硕士学位论文

【张海燕】

产品责任法律制度研究

资料

【宋连斌、姜秋菊、许光耀 译】

欧盟1999年《消费者合同中不公平条件条例》



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第29卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 29

■ 梁慧星 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛.第29卷/梁慧星主编.一北京:法律出版社,2004.3

ISBN 7-5036-4758-2

I.民… II.梁… III.①民法—研究—文集②商法—研究—文集 IV.D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 010081 号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印书书刊有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/21.75 字数/642千

版本/2004年3月第1版

印次/2004年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4758-2/D·4476

定价:45.00元

卷 首 语

本卷是民商法论丛第 29 卷。

【专题研究】栏选刊七篇论文。一是张兴全的《论电子合同》。以现代电子通讯技术和互联网为基础的电子合同,作为一种新的交易手段和法律现象,向传统的民法制度提出了严峻的挑战。例如,合同是否可以通过电子通讯的交换来签订?电子通讯是否能满足反欺诈法对“书面形式”的要求?通过互联网进行的通讯如何才能被“鉴别”?“数字签名”是否是手书签名的等价物?等等。本文是研究电子合同的最新成果。二是郭锡昆的《践成合同研究:一个现代民法立场的追问》。所谓践成合同,又称要物合同、实践合同,是诺成合同概念的对应概念。我们注意到教科书上所称的一些要物合同在合同法上已被规定为诺成合同。这种“诺成化”现象,究竟属于偶然抑或必然?伴随践成合同的“物的交付”,究竟属于合同的成立要件抑或生效要件?践成合同这一由来已久的合同类型,到底还有多大的存活空间?本文是研究践成合同的最新成果。三是尹田的《论动产善意取得的理论基础及相关问题》。作者近年来致力于物权法基本理论问题的研究,已经在本刊和它刊发表若干重要论文,本文是这方面研究的最新成果。作者对善意取得制度的理论基础及相关问题作了系统研究,并提出了新的见解。四是丁亮华的《公司法律地位研究》。公司在现代社会生活中所占有的重要地位和所发挥的重大作用,已经毋庸置疑。但我们对公司制度的研究尚未达到应有的程度。本文从人格与责任的角度审视公司的法律地位,试图厘清几个认识问题:公司是否自诞生之日即具有法律人格?独立责任是否公司独立人格的必然结果?是公司的独立责任决定了股东的有限责任,抑或相反?作者认为,厘清这些问题,对于正确理解公司的制

度现实及制度改进,至关重要。五是潘申明的《论工作物致害责任之工作物界定与责任人范围》。工作物致害责任是一项古老的民法制度,现行民法通则设有规定,但民法学界关于工作物致害责任的研究并未深入,以致影响到法院裁判实务的正确解释适用。本文着重研究了工作物致害责任之工作物界定与责任人范围,可供裁判实务和立法参考。六是萧凯的《论跨国证券交易中股份转让的法律适用》。本文从股份这一概念入手,考察其法律性质不同层面以及在交易中股票上所表彰之股份性质,进而从国际私法的角度分析传统的物之所在地法立论基础及其局限,提出在股份转让问题上公司属人法的主导地位说。七是金振豹的《论国际条约在国内法上的效力问题》。我国加入的国际条约越来越多,其中有双边条约和多边条约,有政治性条约、经济性条约、涉及人权的条约、涉及民商事法律关系的条约,种类繁多。我国在加入一项国际条约以后,应如何履行我国所承担的条约义务?各种国际条约在国内法上的效力问题是否适用同一原则,还是应区别对待?这将是今后摆在我国立法、司法和行政部门面前一个颇为复杂的问题。本文结合国际条约效力的一般理论及其他国家在这方面的实践,具体地对影响条约在国内法上效力的诸多因素加以考察,并在此基础上提出立法建议。

公益诉讼已成为近来学界研究的热点问题。为配合国内学术界关于“公益诉讼”的讨论,本卷新设【公民诉讼】专栏,选载两篇论文,一是蔡从燕的《论私人反垄断诉讼——法实现机制中私人的作用及保障》;二是徐伟敏的《环境公民诉讼问题研究——以美国法为中心》。蔡文认为,在建设“小政府、大社会”的背景之下,特别需要私人积极介入反垄断法实施机制,与国家共同承担实施反垄断法的职责。作者结合美国和欧共体私人反垄断诉讼的经验,对于如何建立我国私人反垄断诉讼制度,提出了若干具体的建议。据徐文的介绍,随着日益增长的公众环境关注,公民诉讼作为政府执行成文法的激励和补充,于20世纪70年代被引入美国环境成文法,围绕公民诉讼已建立比较完善的成文法和判例法体系。作者选取美国环境法的公民诉讼为切入点,分析其制度构建与实践中的问题,揭示诸多争议和不确定性的根源,预测其未来走向,以期能为环境公益诉讼制度在我国的确立提供借鉴。

【学术争鸣】选刊四篇文章。一是王国华的《要重视对海商法的研究》。改革开放以来,我国航运业已经有了很大的发展,我国每年外贸货物的85%是通过海上运输完成的。海商法作为调整海上运输关系和船舶关系的商事法律,在我国加入世贸组织后其作用日显重要,因此作者呼吁要重视海商法的研究。二是王丽萍的《解读女性主义法学》。作者认为,在20世纪的所有文化革命中,女性主义必将产生其伟大的影响。女性主义法学,作为法学流派之一,以其独特的方法论和社会性别视角,观察历史、文化、社会现象,从而展现出与以往法学理论研究的不同进路,并已成为我国社科领域的一个新的发展趋势。据编者所知,本文是国内研究女性主义法学的首篇学术论文,值得重视。三是杨源的《论“动物不是物,是什么”》。自1990年8月20日修正通过的德国民法典第90条a规定“动物不是物”以来,动物在法律上的地位问题,已成为学术研究的一个热点。本刊曾刊载高利红的论文《动物不是物,是什么》一文,受到读者的关注。争论的焦点在于:动物能否成为法律上的主体?本文是对这一问题的回应。作者认为,动物成为法律主体,在理论上存在困境,在实践中也是行不通的。四是德国学者 Rudolf Wassermann 的《评德国安乐死立法》。无论法律工作者是否愿意,安乐死问题都是他们必须面对的挑战。值得注意的是,安乐死问题已经成为国内学术界和舆论的一个热门话题。无论是赞成安乐死的一方,或者反对安乐死的一方,都有种种颇具说服力的理由。本文是对德国安乐死立法的评论,由樊丽君翻译。

【域外法】栏选刊三篇文章。一是梁漳洙的《关于韩国民法典的最近修改——立法工作对法律“发展”的具体体现》,由崔吉子翻译。二是王承志的《试论国际私法条约在英国的适用——以〈布鲁塞尔公约〉为例》。在如何处理国际条约与国内法的关系问题上,英国有不同于其他国家的做法。英王缔结和批准的条约,必须先获得议会的承认,由议会通过一项与条约相一致的法令,将条约的有关规则转化为国内法体系,该条约才能在英国具有法律效力,才能由英国法院予以适用。这是英国宪法“议会至上”原则的体现。但欧共体法律,包括《罗马条约》则可以在英国直接适用,属于一种例外。我国宪法尚未就国际条约在国内适用的问题作出明确的规定,各部门法在这一问题上的规定也不一致,

导致司法实践中的混乱和不协调。本文所介绍的英国的实践和经验,显然对我国不无参考价值。三是 Peter Schlosser 著《永久抗辩和平衡关系》。我国担保法和合同法相继规定了抗辩权,但由于学术界对抗辩权的研究不够,不能为裁判实务正确解释适用各种抗辩权提供理论支持。本文研究抗辩权中的永久抗辩权,可供理论研究和实务参考。由王葆蒨翻译。

体育运动已经成为一项蒸蒸日上的产业,北京申办 2008 年奥运会成功,成为促进我国体育运动产业化的契机。但体育运动的产业化,亦即所谓体育经济的发展,需要法律的规范和支持。为此,本卷新设【体育法研究】专栏,发表体育法方面的研究成果。今选刊两篇文章。一是郭树理的《奥林匹克体育仲裁制度研究》。作者在广泛参考、研究发达国家体育仲裁立法和实践经验的基础上,提出了建立我国体育仲裁制度的建议,值得重视。二是日本学者森川贞夫著《体育法的作用、理念以及今日所面临的问题——地方自治体体育行政制度中存在的问题》。文中分析日本体育振兴立法、体育行政理念及日本的经验和问题,对我国不无参考价值。由吴博翻译。

【硕士学位论文】栏选刊两篇论文,一是张海燕的《产品责任法律制度研究》;二是陈宜芳的《船舶油污损害赔偿赔偿责任研究》。【资料】栏刊登的《欧盟 1999 年〈消费者合同中不公平条件条例〉》,由宋连斌、姜秋菊、许光耀翻译,及《新西兰〈1982 年合同(相对性)法〉》,由刘成伟翻译。

目 录

卷首语····· (1)

【专题研究】

- 论电子合同····· 张兴全(1)
- 践成合同研究:一个现代民法立场的追问 ····· 郭锡昆(49)
- 论动产善意取得的理论基础及相关问题····· 尹 田(97)
- 公司法律地位研究
——以人格与责任为核心的考察····· 丁亮华(128)
- 论工作物致害责任之工作物界定与责任人范围
····· 潘申明(175)
- 论跨国证券交易中股份转让的法律适用····· 萧 凯(196)
- 论国际条约在国内法上的效力问题····· 金振豹(254)

【公民诉讼】

- 论私人反垄断诉讼
——法实现机制中私人的作用及保障····· 蔡从燕(270)
- 环境公民诉讼问题研究
——以美国法为中心····· 徐伟敏(325)

【学术争鸣】

- 要重视对海商法的研究····· 王国华(341)
- 解读女性主义法学····· 王丽萍(347)
- 论“动物不是物,是什么” ····· 杨 源(371)

评德国安乐死立法

…………… [德]Rudolf Wassermann 著 樊丽君 译(378)

【域外法】

关于韩国民法典的最近修改

——立法工作对法律“发展”的具体体现

…………… 梁彰洙 著 崔吉子 译(394)

试论国际私法条约在英国的适用

——以《布鲁塞尔公约》为例…………… 王承志(422)

永久抗辩和平衡关系

…………… Peter Schlosser 著 王葆蔚 译(438)

【体育法研究】

奥林匹克体育仲裁制度研究…………… 郭树理(451)

体育法的作用、理念以及今日所面临的问题

——地方自治体体育行政制度中存在的问题

…………… 森川贞夫 著 吴 博 译(512)

【硕士学位论文】

产品责任法律制度研究…………… 张海燕(528)

船舶油污损害赔偿研究…………… 陈宜芳(608)

【资料】

欧盟1999年《消费者合同中不公平条件条例》

…………… 宋连斌、姜秋菊、许光耀 译(669)

新西兰《1982年合同(相对性)法》…………… 刘成伟 译(682)

论电子合同

张兴全

目 次

- 一、电子合同的概念
- 二、电子合同的特点
- 三、电子合同的法律特征
- 四、电子合同的效力
- 五、电子合同在合同法中的地位
- 六、电子合同的分类
- 七、几种主要的电子合同

电子合同(electronic contract)在目前是一个热门问题。虽然电子合同一直到20世纪末期才真正具有重要的意义,但它却绝非一种全新的东西。认为电子合同是网络时代的产物其实是一种误解。诚如《计算机法》(Computer Law)^①一书所称:“认为电子商务是一个新的现象将会是一个错误。早在互联网的发展和广泛的商业化运用之前,其他私人的或封闭的电子网络就已经被用来提供商业实体之间的电子通讯,而这些商业通讯又反过来被用来签订约束性的协议或合同。”因此正如有学者认为将电子商务分为所谓传统电子商务(Traditional e-

^① 见《Computer Law》第四版,Chris Reed and John Angel 著,Blackstone Press Limited 出版,第299页。

commerce)和互联网电子商务(Internet e-commerce)^①一样,电子合同也是从传统的电子合同发展为现在的以现代电子通讯技术和互联网为基础的新型的电子合同。

电子合同作为一种新的交易手段和法律现象为现代法律制度提出了严峻的挑战。《电子商务:在线合同问题》(Electronic Commerce: Online Contract Issues)一文的作者认为:“对商业活动的兴趣集中在对电子媒介本身引起的合同法问题上。例如,合同是否可以通过电子通讯的交换来签订?电子通讯是否能满足欺诈法(The Statute of Frauds)关于‘书面’的要求?通过互联网进行的通讯如何才能被‘鉴别’(authenticated)?数字签名是否是手书签名的等价物?”^②斯坦福法学院(Stanford Law School)的玛格丽特·简·拉丁(Margaret Jane Radin)指出了电子合同面临的六个十分重要的问题:(1)认证问题(Authentication),即我们如何知道谁进行了这笔交易,什么东西构成了合同条款的确定的记录?(2)有约束力的承诺(Binding Commitment),即人和计算机的互动如何来建立具有约束力的义务?(3)标准化(Standardization):具有统一标准的“标准”合同(adhesion contracts)是否具有可执行性?(4)排除条款(Excluded terms):在什么样的情况下电子商务交易中这样的排除条款是不被接受的?(5)病毒合同(Viral contracts):在什么程度上,分销商可以转移他的义务给销售链上的其他人?(6)管辖和法律选择(Jurisdiction and choice of law):适用的法律和管辖权的选择规则是

^① 参见 Internet and Electronic Commerce Law in the European Union, by John Dickle, LLB, MA the University of Warwick, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 1999, p.2.该书作者认为:传统电子商务仅仅涉及商业对商业(business to business only),通常是特定行业的封闭的俱乐部,在这种电子商务中,市场就是一个俱乐部(The Market is a Club),而在互联网电子商务中,不仅仅包括商业对商业,还包括商业对消费者、商业对公共管理机构、用户对用户,是一个公开的市场,拥有无限的合作者,运用公开的网络,需要具备安全和认证机制,在这种电子商务中,网络就是一个市场(the network is the market)。

^② 参见 Electronic Commerce: On-Line Contract Issues, by Fred M. Grehuras, Trudy A. Golobic, Robert A. Mesa and Rebecca Guncan, p.2, www.Fenwick comypub/corp-pubs/online20% contractingmain.htm。

不是不一样,它们可否像通常一样可由合同来改变?^①拉丁的观点是目前电子订约还缺乏一个稳固的法律基础,而该基础要能完全解决新技术的运用而可能产生的形式和内容的多样性问题。

著名计算机法专家、《计算机法》(Computer Law)一书的作者在该书第四版中称:“合同法的基本原则非常易于了解,能轻易地适用于大多数传统的合同场合,解决存在的问题。不幸的是,适用这些原则到通过电子网络进行的电子商务却经常会解决不了问题,相反会提出更多问题。这经常发生,即适用标准的合同原则到电子交易或者提供不受欢迎的结果,或者最坏的情况下,产生一系列互相矛盾的结果。”^②“在任何合同中,当事人需要能够决定几个因素,不管这些因素是明示的还是默示的。这些因素是合同成立的规则、法律选择、管辖权的选择、条款和条件、协议的可执行性、合同当事人的身份、是否合同可以约束第三方、和可能是最重要的,是否一个合同已经实际签订。”^③ 这些问题在电子合同中都会具有全新的特点,传统的合同法律制度并不能完全解决这些问题。这正是建立在传统合同法律制度基础之上但也有自身特点的电子合同法律制度所要解决的问题。

一、电子合同的概念

虽然电子合同被广泛提及和运用,但对电子合同却没有一个大家均可接受的定义,学术界及实务部门对其确切含义并未形成一个较为一致的看法。在我国现行法律中并无关于电子合同含义的规定,甚至连电子合同这一术语也没有。当然这并不是说我国法律完全不涉及电子合同,实际上我国现行合同法^④ 甚至以前的经济合同法^⑤ 均有关于

^① 参见 econtracts 1: The Evolution of Contract Formation, p. 1, The University of Pennsylvania Law School, <http://www.law.upenn.edu/law619/f2001/week05/contracts1-evolution.html>.

^② 参见 Computer Law, Fourth Edition, Edited by Chris Reed and John Angel, Blackstone Press Limited, p. 301.

^③ 参见注^①。

^④ 如《合同法》第 24 条、第 33 条、第 34 条。

^⑤ 如《经济合同法》第 3 条。

电子合同的零星规定,虽然我国有关法律并未明确使用电子合同这一术语。

尽管目前有很多关于电子商务的法律文件,包括一些国家的专门立法、有关国际组织和学术机构草拟的示范法性质的文件,但作者在查阅有关法律文件和学术著作时并未发现有关法律文件对主要以互联网为承载媒介的电子合同作出定义性的规定,甚至就电子合同的提法也并不完全统一。有的叫在线合同,如由迈克尔·琪西克和阿里斯特尔·凯尔曼合著的《电子商务:法律与实践》^①第二版即专设一章论述在线合同。丹尼斯·凯勒霍尔和卡伦·穆拉伊合著的《欧盟的IT法律》^②一书中也专列第九章在线合同。有的叫电子合同,如印度1998年的《电子商务法》(The Electronic Commerce Act)^③草案第四编即为电子合同。美国2001年的《统一计算机信息交易法》^④也使用了电子合同这一术语。国际商会在其于2002年7月公布的《电子商务全球行动计划》(A Global Action Plan for Electronic Business)^⑤第三版中也使用了电子合同这一术语。世界知识产权组织在其文件^⑥中也称其为电子合同,如其在《电子商务和知识产权入门》(Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues)的出版物中提到“无纸环境下的电子合同”(paperless environment electronic contracts)。然而在电子商务研究方面一直具有十分重要影响和地位的联合国国际贸易法委员会(即贸法会,UNCITRAL)在其颁布的法律文件中并没有就这一问题表明任何态

① Michael Chissick and Alistair Kelman, *Electronic Commerce, Law and Practice*, Second Edition, Charter 3, London Sweet and Maxwell 2000, pp. 60~104.

② Denis Kelleher and Karen Murray: *IT Law In The European Union*, Charter 9, London Sweet and Maxwell 1999, pp. 95~129.

③ <http://commin.nic.in/doc/eact1.html>.

④ 见《Uniform Computer Information Transactions Act》(Last Revisions or Amendments Completed Year 2001), <http://www.lawupenn.edu/bl/ulc/ucita/ucita01.htm>.

⑤ 见《A Global Action Plan for Electronic Business》, The Third Edition, prepared by Business with Recommendations for Governments, July 2002.

⑥ 见《Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues》, <http://ecommerce.wipo.int/primer/section2.html>.

度,该组织虽然已经制定了目前在全球很有影响的《1996年电子商业示范法及其颁布指南》和《2001年电子签名示范法及其颁布指南》,但贸法会并未在该两个文件中明确提及和使用过电子合同。在其正在准备的国际公约^①中,贸法会使用了电子订约(electronic contracting),强调了合同的签订方式,而非从法律角度上对这一法律现象进行研究。对于后者,贸法会并没有作出解释,仅仅是在秘书处向大会提交的说明中提到电子合同,并认为电子合同并不从根本上不同于书面合同。^②我国电子商务领域的大多数学者均较为一致的使用电子合同这一概念。但也有使用别的称呼的,如有学者称之为电子商务合同。^③本文采纳目前较为通行的提法,称之为电子合同。

(1) 电子的含义

理解电子合同的含义,正确地理解电子一词是关键。关于电子一词,有关国际组织的法律文件和各国法律的规定大体上是一致的。

美国《统一电子交易法(1999)》^④中对电子一词的定义是:“电子表示与具有电气科学的(electrical)、数字的、磁性的(magnetic)、无线的、光学的、电磁或相似的能力的技术”。而美国《统一计算机信息交易法》(Uniform Computer Information Transactions Act)中关于电子一词的定义与《统一电子交易法》并无不同。

加拿大用以执行联合国贸法会《电子商务示范法》而颁布的《统一电子商务法》(Uniform Electronic Commerce Act)^⑤讨论稿中对电子一词的定义如下:“电子包括用数字形式或者电子的、磁性的或光学的方

^① 见联合国国际贸易法委员会出版物 A/CN.9/WG.IV/WP.95,贸法会的第四工作组(电子商务):《电子商务的法律方面 电子订约:一项公约草案的规定和秘书处的说明》(Legal aspects of electronic commerce Electronic contracting: provisions for a draft convention Note by the Secretariat)。

^② 见上注中文件第4页“电子订约”的概念。

^③ 如印辉编著:《电子商务合同实务指南》,知识产权出版社2002年版。

^④ 见《Uniform Electronic Transactions Act(1999)》第10页, <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>。

^⑤ 见《Uniform Electronic Commerce Act》Civil Law Section, Ontario, p.3, <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/99pro/eeleccom.htm>。

法或用任何其他与上述方法相似的具有生成、记录或储存能力的方法进行的生成、记录或储存”。在该稿所附的评论中,作者说明对电子如此定义是为了确保该法的适用不至于不合理地受到技术描述的限制,例如,数字图像依赖光学储存,从技术上讲这并不属于电子,但这通常被认为完全受该法的调整。

印度《1998年电子商务法》草案(The Electronic Commerce Act, 1998)^①中关于电子一词的定义与美国有关法律文本的规定大体一致,该法对电子一词的规定是:“电子包括电气科学的、数字的、磁性的、光学的、电磁的或任何其他形式的具有类似于这些方法的能力的技术”。该条的评论称这一规定来源于伊利诺斯电子商务安全法和统一电子交易法。并称这一定义明确了本法广泛适用于现存的技术以及任何将来的技术。这一规定的目的同样也清楚地表明术语“电子”的使用不应被从字面上理解从而排除某些技术,而这些技术虽然在字面上不应属于“电子”,但显然应被认为应属于该法调整的技术。

联合国国际贸易法委员会在其《电子商务示范法》中未对电子一词作出定义,在其于2001年颁布的《电子签名示范法》中也没有关于电子一词的明确规定。但是联合国贸法会在其为关于电子订约准备的草案^②中就电子订约进行说明时,称“使用这个词(指电子订约——作者)是指通过电子通信手段或《贸易法委员会电子商务示范》第2条(a)项涵义内的‘数据电文’的手段订立的合同”。这里使用了不同的电子通信手段或数据电文,而电子通讯手段的含义较为含混和模糊。就数据电文而言,国际贸易法委员会在其电子商务示范法中作出了较为详细的规定,在该示范法的第2条^③定义中称:“数据电文系指经由电子手段、光学手段或类似手段生成、储存或传递的信息,这些手段包括但不限于电子数据交换(EDI)、电子邮件、电报或传真”;“而电子数据交

^① 见《The Electronic Commerce Act, 1998》, p. 9, <http://www.commin.nic.in/doc/ecact/htm/>。

^② 见 A/CN.9/WG.IV/WP.95, 20 September 2001 Chinese, 联合国国际贸易法委员会第四工作组(电子商务)第三十九届会议文件:《电子商务的法律方面 电子订约:一项公约草案的条文 秘书处的说明》,第4页第10段。

^③ 见《贸易法委员会电子商业示范法及其颁布指南》(1996年),第1章第2条。

换(EDI)系指电子计算机使用某种商定标准来规定信息结构的电子信息传输”。该规定虽然没有正面回答电子一词的含义问题,但其规定对理解电子一词的含义具有参考作用。

从上面各国的规定和国际组织的文件来看有一个共同的地方,即是对电子一词都从更广泛的角度来解释,以期让其能尽可能地包括目前存在的通讯技术和将来可能出现的技术,从而不至于对技术的飞速发展构成障碍。这也是像联合国教科文组织(UNESCO)、联合国国际贸易法委员会、经济合作与发展组织以及欧盟等国际组织和机构在进行电子商务立法时一直所强调的“技术中立”原则的体现。

本文认为,电子应作尽可能宽泛的理解,除了传统上被认为属于电子范畴的技术手段之外,还应包括目前已经被用于现代通讯的其他技术,以及将来可能被开发出来并可被用于信息通讯的技术。这样不至于因为法律的规定而阻碍科学技术的发展,也使得作为上层建筑的法律不至于因为不适应经济基础的要求而缺乏生命力,从而起不到应有的作用。以此为出发点,电子一词应理解为包括从传统意义上讲并不属于电子范畴的技术的手段。

电子一词在电子商务中作为一个重要的技术支持手段,作为一个集合概念,它可被理解为包括电气的、光学的、电磁的以及其他具有相似功能的可用以生成、传送、记录信息的技术。目前的互联网就是各种技术的综合运用和结合的产物。此外,电子一词不能孤立地禁止地看,现代信息通信通常要综合运用多种不同的技术,并非一个技术与另一技术是完全分离、互不联系的;即使这些技术本身也是飞速发展的,不断变化的。因此,在理解电子一词时应该以最包容的态度,原则上,可被用以进行现代的信息传送和通讯的技术都可被认为属于这一范畴,由此形成的合同均可被认为属于电子合同的范畴,受有关电子商务的法律法规的调整。

(2) 电子合同的定义

英国著名合同法专家,牛津大学前英国法教授 P·S·阿狄亚先生曾经说过:“仅仅为了下定义和分类的目的而进行法律概念的定义和分类是一项比较艰难的任务。但是,定义一个概念的通常目的是为了保证对整个科目一看便知。作为术语介绍而不是作为科目的内容对概念进

行分类也是有帮助的。”^①

我国很多学者从不同的角度对电子合同进行了定义,如有的学者就将电子合同或者电子商务合同定义为:“指当事人通过应用电子数据交换(EDI)等手段所形成的一种电子化合同。”^②也有学者认为,“电子合同是通过电子计算机网络系统订立的,以数据电文的方式来生成、储存或传递商业贸易信息的一种现代贸易方式”。^③还有学者认为:“电子合同即是以电子数据交换方式拟定的合同”。^④有学者对电子合同的定义为:“电子合同的范围有广义和狭义两种解释。广义的电子合同是指所有通过计算机网络形成的合同,包括通过电子邮件等传输手段订立的合同和通过 EDI 形成的合同等。狭义的电子合同则专指通过 EDI 系统形成的合同。”^⑤

我国《民法通则》第 85 条则规定:“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议”。而现行《中华人民共和国合同法》第 2 条则规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定”。这一定义与美国合同法重述对合同的定义不同。它强调的是合同本质上是一种协议,是双方或多方当事人就各自的权利义务进行讨价还价后形成的一致协议。这一定义与德国著名学者萨维尼的“契约的本质在于意思的合致”^⑥的观点大致相同。我国学者对合同定义可以分为两种,一种认为合同是指当事人之间设定、变更、终止债权债务关系的合意,这种观点可称为合意说;另

① 见 P.S.阿狄亚著,赵旭东、何帅领、对晓霞译:《合同法导论》第 5 版,法律出版社出版,第 36 页。

② 参见吴燕著:《浅论电子商务合同的法律调整》,第 1 页, <http://www.sculaw.myrice.com/qikan-6-15.htm>。

③ 参见殷观新、张颖、胡静编著:《电子商务法律热点》第五部分——热点专题之一——电子合同。

④ 参见孔嘉:《电子合同》,第 1 页。 <http://www.netlawcn.com/member/kongjia/0002.htm>。

⑤ 参见齐爱民、徐亮著:《电子商务法原理与实务》,武汉大学出版社,第 128 页。

⑥ 转引自胡长清著:《中国民法债编总论》,商务印书馆 1934 年版,第 16 页。