

中华人民共和国电子商务法学者建议稿



高富平
著

Legislation Research on Electronic
Commerce Law of China

中国电子商务 立法研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中华人民共和国电子商务

国家社科基金重大项目

项目名称：“信息服务”



Legislation Research on Electronic
Commerce Law of China

中国电子商务 立法研究

 法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国电子商务立法研究 / 高富平著. —北京: 法律出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8161 - 8

I. ①中… II. ①高… III. ①电子商务—立法—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 150195 号



责任编辑 孙东育 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 15.75 字数 230 千

印次 2015 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8161 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

制定网络商法，迎接“互联网+” 经济时代（代序言）

一、电子商务已经演绎为网络商务

电子商务的定义是由联合国贸易法委员会（以下简称贸法会）在制定《电子商务示范法》过程中创立的，被世界各国沿用。贸法会认为，凡是使用电子通信手段（也称为 data message 数据电文）的即为电子商务。数据电文是指由电子手段、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商务交换（EDI）、电子邮件、电报、电传或传真。虽然贸法会是为了解决计算机通信（即网络通信）带来的法律不确定性，但却构筑一个广义的概念。之所以这样，是因为要“借力”，既然传统电子通信手段的法律效力已经得到解决，那么计算机通信手段法律效力亦应当援用相同的方式解决。只是联合国并没有采扩张书面合同解决的方法，而是通过独立类型立法方式来解决其效力的。

事实上，电子商务概念虽然是广义的，但是几乎各国的立法或实践，电子商务基本上均指以计算机网络或数字通信技术为基础的网络交易模式。而且随着数字技术在各种电子通信中的应用，各种通信方式也同质化

了。也就是说,现在讲到电子通信时,传统方式无不是网络通信、记录呈现方式无不是数字形式。因此,无论从电子商务概念创立的背景,还是信息和通信技术的发展,现在以网络商务称谓电子商务是恰当的。网络通信以互联网为典型,有时我们直接以互联网商务表述网络商务。

自20世纪末互联网应用于商务活动之后,网络应用于商业活动已经成为普遍现象,任何商务——不管是生产,还是贸易或服务——均在使用网络通信。人类进入到“互联网+”时代即互联网可以应用到任何行业(产业),在创造出新的行业(业态)和商业模式的同时,也在打破行业、产业之间的界线,促进产业的融合和转型。因此,用网络商务可以更加准确地表述我们商业的生存基础。

网络商务要比电子商务具有更丰富的内涵。电子商务强调的是商务手段电子化或无纸化,其核心是解决电子形式具有书面形式效力、电子数据如何作为有效证据问题。网络商务它不仅强调商务通信、记录和呈现方式的电子化(数字化),还强调商业模式、商业环境、商业运营方式的网络化(数字化环境——虚拟环境),也就是它可以表达为商业渠道、商业方式、商业模式的不同。如今,除了种植和制造等产品生产无法利用网络外,几乎一切商务活动——从了解客户需求、招揽客户、开拓市场到缔结和履行交易——均可以通过互联网完成,甚至采取个性化定制(产品或服务)的消费趋动的商业模式。

因此,网络商务更宜表达电子商务所不能反映出来的内涵,网络商务可以全面描述现代商务生存和运营状态,具有电子商务不能涵盖的内容和意义,可以视为电子商务高级形式。

二、网络商务亟待法律规范

随着2004年《电子签名法》的实施,由联合国贸法会开创的电子商务立法任务在我国已经初步实现。“《合同法》+《电子签名法》”立法模式基本上解决了我国电子通信手段应用于商务领域引发的法律不确定性。虽然电子商务应用中,电子形式如何等同于书面形式、如何认定电子数据的证明力等电子化引发的法律问题在实践中还没有完全解决,但是,它是法律实施层面的问题,而不是需要再立新法的问题。在这个意义上,电子

商务已经不需要立法了。

但是,网络商务却面临巨大的法律不确定性。兹举一二例说明。首先,网络商务的准入问题。在营业自由是一项基本权利和自由的国家,利用网络从事商务本身根本不是一个法律问题。如果商务活动不落入电信增值服务,根本不需要政府许可(获得ICP许可证);如果按照现行法需要政府许可的营业,已经获得许可证的主体当然地可以利用网络从事经营活动,不需要再另行审批或许可。但是,在我国,许多政府部门将传统的准入式的事前监管延伸到网络环境,似乎利用网络从事商务需要准入。因此,需要法律明确网络营业自由原则,以鼓励人们利用互联网,创新商业模式。其次,网络交易法律关系界定问题。互联网的应用,打破了地域和行业界限,创造产业融合、整合,产生新业态和新商业模式,如何界定网络环境下不同商业模式的法律关系,就需要立法明确或者确立判断规则,以指引人们从事交易行为,对行为后果事先预期。此外,网络经营行为的法律规制问题。从法理上说,网络上所有经营行为必须遵守现行法,凡是现行法规定属于违法行为,在网络环境下亦属违法,应当承担相应的法律责任。但是,在网络环境下有许多新类型的有违公平竞争的行为就需要法律给予特别明确,有些侵害消费者的行为,甚至欺诈交易就需要规范和打击。还有,在网络商务中,存在着大量的非正式规范,比如用户协议、政策和规则等,目前没有法律对网站或网络交易平台上的网络用户协议、网络交易规则、网站政策等法律效力有明确规范,其贯彻执行面临法律不确定性。需要法律明确这些协议、政策或规则的在法院的可执行力。我国是一个高度依赖制定法的国家,网络商务发展和运营中存在这些法律上的不确定性成为亟待解决的问题。这些问题的解决正是本次电子商务法要解决的重要问题。

法律不仅要解决现实面临的问题,而且还有重要的引领产业或经济发展的功能。尤其是,“互联网+”已经成为我国产业转型的基本战略,迫切需要一部网络商法勾勒未来的商业秩序,引领我国经济转型和商业升级发展。虽然移动互联网、云计算、大数据、物联网等技术在商业中的应用才刚刚开始,但是,未来的商业生存模式和环境已经初步展现。如何在网络商务初露端倪的时期,创制一些引导性规则促进我国网络商务大发

展,也应当成为本次立法的重要目的。

三、网络商法是商法的特别法

如果电子商务法旨在解决商务电子化问题、解决商业手段形式问题,那么网络商法即解决商务的网络化问题、解决商业本身法律规则的问题。也就是说,网络商法旨在调整网络环境下经营行为和交易关系,确立网络环境下商事行为的基本规则和商事交易的基本秩序。简言之,网络商法即网络商事行为的法律规范。

显然,网络商法是商法的特别法。网络商事行为是商事行为在网络环境下的延伸,网络商法是调整网络环境下商事行为的法律。网络商事行为虽然具有普遍性,但是,网络商法却是商法的特别法。因为网络商法并不是创制商法规则,而是将网络商事行为嫁接到现行商法,使现行商法适用于网络环境下的商事行为,使网络商事行为得到法律的调整。当然对于现行商法不能调整的商事行为,网络商法也给予规范。因此,网络商法有两项功能:第一,嫁接网络行为与传统商事行为,使网络嫁接调整网络环境下适用;第二,解决现行法不能解决的特殊问题,确立网络环境下商事主体和商行为的特殊规则。

笔者坚信,我国需要制定的法律是网络商法,它可以并应当解决“互联网+”面临的不确定性,它可以并应当引领我国商业的未来。

目 录

制定网络商法,迎接“互联网+”经济时代

(代序言) / 001

第一编 电子商务立法研究

第一章 电子商务立法定位研究 / 003

一、电子商务应用和发展:电子商务的界定问题 / 004

二、电子商务立法初步完成:国际电子商务立法不再
具有可借鉴性 / 008

三、我国电子商务发展面临的法律问题 / 011

四、我国电子商务法定位思考 / 016

五、结论 / 024

第二章 借鉴电子商务立法国际经验,制定引领

未来电子商务发展的法律 / 025

一、世界电子商务立法基本情况和特点 / 025

二、世界电子商务立法特点及其对我国的启示 / 046

三、国际电子商务立法经验对我国当前电子商务立法
的借鉴意义 / 051

第二编 中华人民共和国电子商务法学者建议稿

中华人民共和国电子商务法学者建议稿起草说明

/ 071

中华人民共和国电子商务法学者建议稿条文 / 075

- 第一章 总则 / 075
- 第二章 电子合同 / 076
- 第三章 电子商务基础服务 / 078
- 第四章 网络经营行为 / 083
- 第五章 电子商务制度保障 / 085
- 第六章 附则 / 087

中华人民共和国电子商务法学者建议稿立法理由 / 088

- 第一章 总则 / 088
- 第二章 电子合同 / 097
- 第三章 电子商务基础服务 / 116
- 第四章 网络经营行为 / 144
- 第五章 电子商务制度保障 / 159

附录 1:主要参考立法依据

- 电子商务示范法 / 183
- 联合国国际合同使用电子通信公约 / 191
- 网络交易管理办法 / 200
- 中华人民共和国电子签名法 / 210
- 中华人民共和国合同法(相关条文) / 217
- 中华人民共和国消费者权益保护法 / 219
- 全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定 / 231
- 互联网信息服务管理办法 / 234

附录 2:“互联网+”时代的商业新秩序

——上海共识

第一编 电子商务立法研究

第一章 电子商务立法定位研究

自 20 世纪 90 年代电子商务开始应用后,电子商务在本世纪得到飞速的发展,其应用不断扩展,商业规模不断扩大,商业模式不断翻新,成为新的经济增长点和经济转型的引擎。在 1996 年联合国大会颁布《电子商务示范法》后,在 2000 年前后世界各国曾出现一波电子商务立法高潮。我国也在 2004 年颁布了《电子签名法》。《电子签名法》曾经被誉为真正的电子商务法。在 10 年之后,我国再次动议制定电子商务法,按照十二届全国人大常委会立法规划,电子商务法被列入“需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案”中。按照立法规划,2016 年将完成草案的起草工作。^{〔1〕} 电子商务无疑是现代商务的表现形式,对规范电子商务秩序、促进电子健康发展无疑具有重要意义。但是,在示范法颁布近 20 年之后,制定一部电子商务法面临许多难题,这是因为,在近 20 年时间里,电子商务本身及其应用已经发生翻天覆地的变化,电子商务发展面临的问题愈来愈

〔1〕 2013 年 12 月 27 日,全国人大财经委召开电子商务法起草组成立暨第一次全体会议。根据规划,从起草组成立至 2014 年 12 月为专题调研和课题研究阶段,2015 年 1 月至 2016 年 6 月,将完成法律草案的起草。2014 年年初,电子商务立法调研已经启动,起草组分别设立了 12 个课题,分别委托有关单位承担,年底完成调研。

愈复杂和多样化,世界各国追随联合国示范法制定的电子商务立法对我国本次立法已经没有什么参考价值。这意味着我国再次提起的电子商务立法必须具有新含义、具有新定位,否则就难免滑入大杂烩的宣示性立法。本书首先分析了本次电子商务立法的逻辑起点,电子商务已经发展到以网络应用为主体的高级阶段,国际社会开创的电子商务立法在我国基本完成;其次分析了我国电子商务发展面临的法律问题,但是这些问题并不可能在一部法律中来解决,而需要首先定位立法目的和性质,然后以合理的逻辑体系解决网络商务发展面临的主要问题。

一、电子商务应用和发展:电子商务的界定问题

制定电子商务法首先必须清晰界定何谓“电子商务”,然后才能回答调整什么——调整目的和内容是什么。

电子商务是电子通信手段应用于商务活动的结果,因此,凡是采用电子通信手段的商务均为电子商务。这是联合国贸易法委员会(以下简称贸法会)1996年《电子商务示范法》^[1]提出的界定电子商务的思路。按照这样的思路,我们需要从电子通信手段和商务两个方面来描述什么是电子商务。

(一) 电子通信手段

严格来讲,贸法会并没有定义电子商务,也没有使用电子通信手段,而使用了生造词汇“数据电文”(data messages)。数据电文被赋予广泛的含义:数据电文是指由电子手段、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商务交换(EDI)、电子邮件、电报、电传或传真。2005年贸法会在将示范法改造为国际公约^[2]时,使用了电子通信(Electronic communication),并将电子通信定义为“当事人以数据电文方式发出的任何通信”,使两个术语衔接起来。实际上,电子通信是通

[1] UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (85th plenary meeting, 1996).《电子商务示范法》最初的中文官方译本为“电子商业示范法”,但后来人们习惯上称《电子商务示范法》。而且,在电子签字示范法中文版颁布指南中,也改称电子商务示范法。

[2] 指 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, (即《联合国国际合同中电子通信公约》,可简称《电子通信公约》)。UNCITRAL 于 2005 年 7 月 4~15 日,在维也纳第 38 届会议上通过最终文本,供联合国大会批准。

信的过程,而通信的结果是电子记录(被称为数据电文),以电子通信应用于商务来定义电子商务更合理并易理解。

为创设电子商务概念,贸法会试图将所有的电子通信手段涵盖进来,既包括传统的电话、电报、传真,也包括计算机网络通信。不过,随着各种通信手段的数字化、网络化,几乎所有的电子通信均使用以0和1为原码的数字通信和存储技术。因此,在今天区分各种电子通信手段的意义已经不大了,实践中也多将电子商务限定在“利用IT技术或计算机网络技术应用于商务”,认为电子商务是利用现有的计算机硬件设备、软件设备和网络基础设施,通过一定的协议连接起来的电子网络环境,进行各种各样商务活动。^[1] 因此,以数字通信为基础的网络通信——无论是有线还是无线——在商务中的应用,均为电子商务。由于电子通信的网络化,网络通信以互联网为代表,所以电子商务在今天更多地表现为网络商务。

事实上,虽然从范畴上电子商务包括传统电子通信手段,但电子商务或数据电文概念的创设目的主要是解决计算机网络应用于商务引发的法律问题。这不仅是因为电子商务概念是计算机网络应用于商务才提出的,而且也因为计算机通信手段引发了许多传统法律框架不能解决的问题。这是因为以互联网为代表的计算机网络具有区别于传统电子通信明显特征即不仅通信过程是电子化的,而且记录及其再现也是电子化或数字化的,是完全无纸化的通信方式。另外,计算机网络通信还有以下特点:

(1)全球性:网络通信可以实现超越地域界线,与世界任何一个角落的企业、个人通信、交易;

(2)互动性:网络通信既可以单向通信,又可以即时互动通信;

(3)虚拟性:网络通信以网站、用户的名义进行,而且可以再现和模拟现实场景,呈现一定的“虚拟性”;

(4)智能性:网络通信可以通过计算机系统自动响应,具有自动通信功能。

[1] 无论国际商会,还是HP公司、IBM公司或SUN公司基本上都认为,电子商务是利用现有的计算机硬件设备、软件设备和网络基础设施,通过一定的协议连接起来的网络环境,进行各类商务活动。

上述四个特征就使互联网不简单的是商务通信手段,而是商务的转型和升级手段。网络商务不仅仅是商务手段(商务通信方式和记录方式)的改变,而且也是商务环境、商务模式、商务运营方式的改变。因此,网络商务具有更广的含义,具有电子商务不能涵盖的内容和意义。

(二) 商务范围

电子商务界定还涉及对“商务”的理解。商务(commerce)指任何持续性营利性事业(business)。营利性事业的核心是交易即货物的买卖或服务提供。这也是商法中商事或商行为的基本含义。不过,《示范法》对“商务”一词作了广义解释:“包括契约型或非契约型的一切商务性质的关系所引起的种种事项。”^[1]这也就是说,将企业内部管理活动电子化和业务流程电子化也归属于电子商务,称其为企业内部电子商务。^[2]这一定义得到了国际社会的响应,在几乎所有的有关电子商务的著作中,均将电子商务的商务范围涵盖了所有经营性和非经营活动、契约性活动和非契约性活动。从法律角度看,企业内部并不存在商务活动,企业内部的电子信息系统应用只是服务于外部交易,二者构成完整的经营或商事活动。贸法会之所以将内部活动纳入电子商务,是因他们所制定的电子商务示范法核心是解决数据电文应用于商务引发的形式问题(即电子形式是否具有书面形式的效力),而在他们看来,企业内部管理电子化与外部通信的电子化是密不可分的整体,必须统一解决整个商务活动的无纸化的挑战,而不仅局限于对外交易环节。撇开这样的立法目的,我们必须承认企业内部的非契约活动不属于真正的商务活动,而是辅助于商务的业务。

如果从交易角度来界定商务的范围的话,商务根本上分为两类:一类

[1] 其中,“商务性质的关系包括但不限于下列交易:供应或交换货物或服务的任何贸易交易;分销协议;商务代表或代理;客账代理;租赁;工厂建造;咨询;工程设计;许可贸易;投资;融资;银行业务;保险;开发协议或特许;合营或其他形式的工业或商务合作;空中、海上、铁路或公路的客货运输。”参见《电子商务示范法》第1条适用范围注释4。

[2] 企业内部电子商务一般包括以下内容:发送内部E-mail和信息;在线发布公司文档;在线查询文档、计划和知识;向员工实时发布重要信息;管理公司财务和人事系统;生产后勤管理;安排存货、分销与仓储的供应环节的一条龙管理;向供应商和顾客发订货;处理信息和报告;跟踪订货和装运;利用网络进行广告宣传、搜索产品信息,等等。这些活动一般不涉及契约(除企业内部雇用合同等外),不属于传统法律意义上的商务活动,但却属于电子商务之商务范畴。

是有形货物生产、销售和贸易,涵盖了农业、制造业和货物贸易等商业活动;另一类非以移转货物所有权或使用权为交易内容,而以提供各种服务为交易对象。例如,智力服务、技术服务、信息服务、劳务服务、金融服务、旅游服务、物流服务等服务产品生产和贸易的服务提供。不管是货物还是服务均要通过交易才能实现商业的目的,而要交易均可以利用网络进行。不仅纯贸易型企业可以利用网络销售产品,而且传统产品制造商也可以利用网络直接销售或通过网络交易平台销售自己的产品。因此,作为一种通信工具,网络具有极强商业渗透力或应用性,几乎所有的行业均可以直接或间接利用网络开展商务活动。

不仅如此,网络在改造和提升传统生产和贸易性行为的同时,也创造着新产业。比如,文化内容和信息消费成为伴随互联网应用而产生的新商业形态。传统的文化产品大多是通过有形载体分销到受众如图书、音乐和影视制品、报纸杂志等,而如今这些产品均可以数字化,数字化的文化产品可以通过网络分销到受众(用户),这些传统文化产品进军互联网,形成重要的信息资源;加上网络环境下任何人都可以成为信息提供者或发布者,又构成巨大的信息资源,因此,互联网首先是一个信息内容提供、传输、分享、消费的商务平台。这一产业现在被称为数字内容产业或信息内容产业,也称之为数字贸易(digital trade)。这样,无论传统的货物,还是服务,还是数字时代出现的特殊的信息内容和文化产品均可以通过网络实现交易,网络商务已经覆盖到社会的整个商业领域。

如果网络通信手段已经应用于所有的商业领域,那么电子商务就不再是商务的个别现象,而是所有企业或从事经营活动的普遍现象。简言之,“无商不电子化”。现代网络通信技术将所有的商业活动一网打尽,传统的制造业企业、种植业等农产品的农户,都可能利用网络通信手段开展宣传、招揽生意、缔结合同等。在电子通信在商务中的应用普遍的时代,电子商务没有边界,任何行业、任何商业活动均可采用电子方式或涉足电子商务,它不再能标识特定的商业活动,不再能将电子商务与传统商务区分开来。基于此,笔者认为,单纯从电子商务无法确定电子商务法调整的范围。在当今电子通信或网络通信普及时代,试图清晰界定电子商务是徒劳的,试图以电子商务界定电子商务法调整的对象似乎也是徒劳的。

二、电子商务立法初步完成:国际电子商务立法不再具有可借鉴性

贸法会是世界电子商务立法的领导者,1985年委员会即开始着手研究应对计算机应用引发的法律问题。1996年6月联合国全体大会通过了该委员会第四工作组草拟的《电子商务示范法》对数据电文法律效力等作出了开创性规范,确立电子商务立法的基本原则,成为世界各国电子商务立法的“示范文本”。为解决电子商务示范中规定的电子签字安全性、可靠性、真实性问题,第四工作组经过几年努力,2001年提交联大85届大会通过了《电子签字示范法》。^[1]这两部示范法仅是联合国大会推荐各国立法采纳的规范性文件,而不具有直接国际法效力。因此,各国采纳示范法后,并不要通知联合国或其他国家,宣称他们已经采纳了示范法,也不需要任何形式的签字或承认形式。不过,贸易法委员会并不满足于这样的效果,而是积极推进制定国际公约,以提升国际电子商务法律的确定性和可预见性水平,最终促成了2005年联合大会通过《电子通信公约》。^[2]

虽然联合国在电子商务方面的立法朝着国际公约方向发展,但是,《电子通信公约》只有19个国家签署,至今并没有成为已经有拘束力的国际公约。^[3]而至今对世界各国影响力仍然是两部示范法即1996年《电子商务示范法》和2001年《电子签名示范法》。而这两部示范法并不是分别解决不同问题的互不相干的法律文件,而是相互补充关系。《电子

[1] UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures With Guide to Enactment 2001, United Nations Commission on International Trade Law Working Group on Electronic Commerce.

[2] 公约是联合国贸易法委员会根据《电子商务示范法》和《电子签名示范法》的基本原则而制定的,将二者确立的基本原则和规则再次提炼、精确化,形成具有国际法效力的法律文件。适用于营业地位于不同国家的当事人之间使用电子通信订立或履行合同引发的纠纷。《公约》的内容可以分为三部分:第一部分:关于加入申请、接受申请以及会员国管理的规定(第1条至第3条、第5条至第7条、第15条至第25条);第二部分:关于电子通信的采纳和法律承认的规定(第4条、第8条、第9条);第三部分:关于电子合同构成的规定(第10条至第14条)。在笔者看来,公约对于各国电子商务立法尤其是电子合同规范更具有借鉴意义。

[3] 2006年7月6日在美国纽约召开的联合国贸易法委员会第三十九届年会上,商务部条约法律司副司长吴振国经授权,代表中国政府签署了该公约。除中国外,还有中非共和国、黎巴嫩、塞内加尔、新加坡、斯里兰卡(2006年7月6日)、马达加斯加(2006年9月20日)、塞拉利昂(2006年9月22日)、巴拉圭(2007年3月26日)、俄罗斯(2007年4月25日)、巴拿马、菲律宾共和国(2007年9月25日)、伊朗伊斯兰共和国(2007年9月26日)、哥伦比亚、黑山共和国(2007年9月28日)等。