

电子商务法

主 编 / 孙占利



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

013043724

D922.294
28

电子商务法

主 编 孙占利
副主编 陈 敏 曾怀东
李馨博 刘志娟

本书研究和出版得到广东省电子商务市场应用技术实验室开放基金项目的后期资助。



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



北航

C1646729

D922.294
28

图书在版编目(CIP)数据

电子商务法/孙占利主编. —厦门:厦门大学出版社, 2013. 1

ISBN 978-7-5615-4482-2

I. ①电… II. ①孙… III. ①电子商务-法规-研究-中国 IV. ①D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 012321 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

沙县方圆印刷有限公司印刷

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:31.75 插页:2

字数:561 千字 印数:1~2 000 册

定价:48.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



北航

C1646729

目 录

第一章 电子商务法概述	1
第一节 电子商务及其法律问题.....	1
第二节 电子商务法的法律渊源.....	5
第三节 电子商务法的基本原则.....	9
第二章 电子商务的主体	26
第一节 主体虚拟与虚拟主体.....	26
第二节 虚拟经营主体.....	35
第三节 第三方电子交易平台服务提供商.....	45
第四节 个人网店.....	83
第五节 自然人的电子订约能力.....	96
第三章 电子商务的方式——电子通信	109
第一节 电子通信的发出和收到时间.....	109
第二节 电子通信的发出和收到地点.....	123
第三节 电子通信的归属.....	133
第四节 电子通信的确认收讫.....	139
第四章 电子订约	145
第一节 电子要约邀请与电子要约的区别.....	145
第二节 电子要约.....	157
第三节 电子承诺.....	161
第五章 电子合同的效力	170
第一节 电子通信与电子合同效力.....	170
第二节 电子合同与合同的书面形式要求.....	177
第三节 电子合同与合同的签字要求.....	187
第四节 电子合同与合同的原件要求.....	197

第五节 电子格式合同的效力·····	204
第六节 电子代理人的订约效力·····	221
第七节 电子合同错误·····	228
第六章 合同的在线履行 ·····	261
第一节 合同在线履行及其立法前瞻·····	262
第二节 合同在线履行的标的·····	280
第三节 合同在线履行的规则·····	287
第四节 在线履行合同双方的权利救济·····	300
第七章 虚拟货币 ·····	310
第一节 虚拟货币概述·····	311
第二节 虚拟货币的合法性与法律属性·····	327
第三节 虚拟货币法律关系·····	341
第四节 虚拟货币的国内法规制·····	352
第五节 虚拟货币国际化及其国际法规制·····	365
第八章 电子支付法 ·····	375
第一节 电子支付法概述·····	375
第二节 网络第三方支付·····	385
第三节 网络第三方支付的沉淀资金及其孳息·····	412
第四节 网络第三方支付的法律监管·····	421
第五节 小额电子支付中银行的民事责任·····	426
第九章 电子商务管理法 ·····	462
第一节 电子商务的征税管理·····	462
第二节 电子商务中的不正当竞争及其管理·····	466
第三节 电子商务中的消费者权益保护·····	471
第四节 WTO 与国际电子商务管理·····	478
参考文献 ·····	485
后 记 ·····	504

电子商务法概述

第一节 电子商务及其法律问题

一、电子商务概述

电子商务的核心是电子合同的订立和履行,电子订约属于电子商务的重要组成部分。WTO 秘书处专题研究报告《电子商务与 WTO 的作用》认为可将电子商务简单定义为通过电信网络进行的产品的生产、广告、销售和交付。目前有 6 种不同的电子商务媒体:电话、传真、电视、电子支付和货币转账系统、电子数据交换和互联网,由于其中互联网处于主导地位,因而 WTO 对电子商务的工作主要针对基于国际互联网(特别是因特网)和其他网络(如 EDI 网络)的电子商务。^①虽然电话、传真等电子商务媒体出现在因特网之前,但直到因特网的实际应用才促生了电子商务,因特网是电子商务最重要和最典型的媒体。WTO 总理事会也就 WTO 在电子商务方面的工作制订了《工作方案》(WT/L/274,983738),按照该《工作方案》的说明,就其工作计划的排他目的而言和对其结果的无歧视性,“电子商务”这一术语被理解为通过电子方式的生产、分销、营销、销售或货物和服务的交付。虽然国内外关于电子商务的定义和理解不尽相同,但上述两种对电子商务基本一致的理解应被认为是国际上对电子商务具有普遍意义和权威性的理解。

^① WTO 秘书处编著,原外经贸部 WTO 司译:《电子商务与 WTO 的作用》,法律出版社 2002 年版,第 13 页。

电子商务可以被分为三个阶段:第一阶段,购买前的阶段,包括广告和信息查询;第二阶段,购买阶段,包括购买和支付;第三阶段,交付阶段。原则上,所有形式的货物都可以通过电子网络广告和购买,但并非所有的货物都可以通过电子方式进行交付,这要求最终产品能够以电子信息显示和以电子方式(如因特网)进行传输。通常将具备上述三个阶段的商务活动称为完全的电子商务,否则称为不完全的电子商务。不完全的电子商务主要是指未通过因特网交付,而是通过传统的物理方式完成交付的电子商务。

OECD《全球电子商务行动计划》(1998)认为,电子商务有许多积极的影响,其中包括:(1)减少中间环节和改变其性质,从而压缩生产和销售链。此外,利用网络可使市场直接与供应商和库存、跟踪程序一体化从而可减少成本并有利于采用更灵活的生产方法;(2)采用虚拟购物方式,可改变许多货物、服务的零售观念,提高消费者浏览、选择新产品和服务的能力;(3)由于消费者的成本下降,供应商进入市场的成本也下降,因而增加了市场竞争力;(4)生产效率的提高和新的服务的发展,将创造新的工作机会,同时也需要新的工作技能。OECD《全球电子商务行动计划》同时认为,电子商务是保证未来可持续经济增长的创新举措。在全世界,电子商务对全球经济的巨大影响毫无疑问将提高经济效率、竞争性和可获利性。在这样的环境下,各国在所有的发展阶段将有机会获得以下利益:提高企业内部组织和管理上的效率;提高商业交易的效率,减少供应商和消费者的商业交易成本;扩大供应商的市场范围,增加供应商和消费者的选择性;提供准确信息以改进服务提供能力,如健康服务和向用户提供信息的能力;电子商务有助于确立公司对公司的商业关系、公司对消费者的销售关系和消费者之间的交换关系。它在全国、全地区、全球范围内影响商业环境,为市场的增长、就业、产业和服务的发展提供重要机会和新的挑战。因此,国际协调对同时确保“信息富国”和“信息穷国”在电子商务的经济效益至关重要。

一般认为,电子商务具有如下优点:简化贸易程序、提高贸易效率、降低贸易成本、促进公平竞争及增加贸易机会。因而电子商务被认为是新的经济增长点。当然,随着电子商务的发展,电子商务的法律问题也随之产生。国务院办公厅国办发[2005]2号文《关于加快电子商务发展的若干意见》指出,应“充分认识电子商务对国民经济和社会发展的作用……完善政策法规环境,规范电子商务发展”。电子商务已经成为一种新型而又日益重要的贸易方式,因而引起了一些国际组织、国家或地区的广泛关注并进行了相关立法。

电子商务是围绕电子合同的订立和履行展开的。电子订约是电子商务的

开始阶段,也是电子商务法律问题最为集中的领域,相信这也是《联合国国际合同使用电子通信公约》(*United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*,简称 UECIC)作为第一个电子商务专门公约产生的原因(UECIC 在起草过程中曾长期被称为“电子订约公约”)。

二、电子商务的特殊性

电子商务主要针对基于国际互联网(特别是因特网)和其他网络(如 EDI 网络)的电子商务。其中,由于 EDI 网络的封闭性,其用户限于加入特定 EDI 网络的企业,因而,基于因特网的电子商务最为普遍,前景也最为广阔。可以认为,因特网是电子商务最重要和最典型的媒体。因特网具有如下特性:全球性、开放性、虚拟性、交互性、即时性及管理的非中心化。从电子商务的角度看,其与传统商务的主要区别或曰其特殊性主要表现为:

1. 电子商务的订约环境是虚拟空间。电子商务是订约人采用电子通信在网络虚拟空间中磋商和订立合同,即订约活动发生在虚拟环境而非物理环境。计算机信息交易合同的履行甚至也都是通过信息网络完成的,而非利用传统的物流渠道。

2. 电子商务的主体虚拟。电子商务的主体通过其在网络上的注册名、ID、信用等级等有关的身份信息展示其主体形象,创建其在信息网络中的虚拟主体身份。为解决主体虚拟问题,订约人通常会采用第三方认证来确认其现实社会中的真实身份。第三方认证主要是认证机构(CA)的认证和第三方交易平台提供商提供的认证服务。我国工商行政管理部门颁发的电子营业执照也能够实现对虚拟经营主体的身份确认。

3. 电子商务对经营主体资格的要求不同。例如,我国目前并未要求自然人在网上从事经营活动时应当作为个体工商户或其他经营主体进行工商登记,也未要求网上商店进行工商登记,但对网上经营企业资质又规定了备案登记等更多的经营资格要求。

4. 与传统的面对面商谈形式或纸面通信不同,电子商务是通过电子通信来订立合同的。电子通信的便捷、高效决定了订约人不再认为见面商谈或纸面通信是必需的环节。即使是商品的外观性状,也都可以通过发送图片或视频资料等方式来实现。

5. 在很多情况下,电子商务是自然人与交易对方的自动电文系统等交互式应用程序或系统而非自然人进行交流和订立合同。所谓“自动电文系统”,

系指一种计算机程序或者一种电子或其他自动手段,用以引发一个行动或者全部或部分地对数据电文或执行生成答复,而无须每次在该系统引发行动或生成答复时由人进行复查或干预。^①

6. 电子商务的意思表示规则不同。例如,通常情况下,电子通信发出即到达,因而发出的电子通信难以撤回,除非出现了网络阻塞等特殊情况,因而,传统合同法中关于要约的撤回、撤销及承诺的撤回制度并不能完全适用于电子商务。

7. 合同的形式不同。电子商务所订立的合同是利用数据电文生成和储存的,其存储介质主要是计算机存储设备的磁性介质,由此也决定了电子合同的形式并不同于传统的纸质合同(纸面形式的合同)。

8. 电子商务时并不能采用传统的方式进行签字盖章。电子商务中的合同签字盖章不可能通过传统的签字盖章方式来实现,而是通过电子签名来实现。所谓电子签名,是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。^②

9. 电子商务所达成的电子合同并非传统法律上的合同原件。电子合同是以数据电文形式生成、传输和储存的,因而电子合同具有易复制性和无限复制性,且并不存在原件与复印件的区别。此外,电子合同也具有易消失性和易篡改性,且消失或被篡改后几乎不留痕迹。^③

10. 由于电子商务的主要媒体——因特网的全球性和开放性,电子商务本质上是具有国际性的。因此,电子商务中交易双方可能并不知道对方在哪个国家或地区,特别是在交易网站使用顶级域名的情况下。对于在线即时交付的完全电子商务而言,交易双方通常也并不非常关心交易对方在哪个国家或地区。

11. 由于因特网的管理非中心化,因特网上的每一台计算机都是平等的,并不存在因特网的管理中心,因而也无法利用这样的机构对电子商务进行管理或控制,以及获取所需要的信息。

12. 由于信息技术处于不断的快速发展之中,电子商务实践也会不断发展,新的法律问题也会不断出现,这就为立法的稳定性不断带来新的挑战,如

① UECIC 第 4 条“定义”。

② 《电子签名法》第 2 条第 1 款。

③ 电子记录被篡改后并非不留任何痕迹,例如系统日志会对篡改进行记录,但日志很容易被修改。

何为未来技术的发展留下必要的法律空间就成为立法时必须要考虑的问题。

三、电子商务中的特殊法律问题

由于上述电子商务的特殊性,电子商务也产生了新的特殊法律问题。这些法律问题主要是:主体虚拟和虚拟主体问题、电子通信的发出和收到时间及地点问题、电子通信的归属和收讫确认问题、电子商务中的合同订立方式(电子要约和电子承诺)问题、电子商务中的合同效力问题、电子合同的合同形式问题、电子商务中的电子签名和认证问题、电子商务错误问题、合同的在线履行、电子商务征税管理、电子商务中的消费者权益保护等。这些电子商务中的法律问题大致可以分为以下三类:

1. 传统法律所没有涉及的法律问题,例如,自动电文系统在电子商务中的使用所产生的法律问题、虚拟经营主体法律问题、电子签名与认证法律问题等。对于这些法律问题就需要为其确立新的法律规则。

2. 传统法律虽有所规定,但由于电子商务不同于传统的商务方式,使得传统的合同法并不能够完全适用于电子商务,例如要约邀请和要约的区别问题、要约和承诺的生效时间和生效地点问题等。对于这些法律问题,需要将传统法律规则进行“转化”从而适用于电子商务。

3. 传统法律虽有所规定,但不能够适用于电子商务,例如网上要约大多是对非特定的受要约人的,这种情况下并不能因此就否定其为要约或将其认定为要约邀请。

电子商务是电子商务的起始阶段,如果不解决电子商务中的法律问题,电子商务就无法合法、有效和有法律保障地开展。因此,联合国贸易法委员会等国际组织和世界各国都对电子商务中的法律问题给予了充分关注,并进行了一系列卓有成效的立法活动。

第二节 电子商务法的法律渊源

法的渊源一词可在多种意义上使用,即实质渊源、历史渊源和形式渊源。其实质渊源是指法的效力根据,即法是根源于社会物质生活条件还是神的意志、君主意志抑或人民意志;法的历史渊源是指法第一次出现的地方;其形式渊源指的是法的表现形式,或者说是具有法律效力的法的形式。本节所说的

信息网络法的渊源主要指的是其形式渊源。

电子商务法的立法史并不悠久,大约也就 20 多年的历史,但其内容却比较丰富。有关立法既有一些国际组织制定或编拟的国际条约、国际惯例和示范法,也有包括我国在内的很多国家制定的国内法。电子商务法的法律渊源包括国际法规范和国内法规范。由于电子商务法的发展迅速且为新型立法,联合国贸易法委员会以其示范法的方式发挥了积极作用。

一、国际法渊源

联合国国际贸易法委员会于 1984 年向联合国秘书长提交了名为《自动数据处理的法律问题》的报告,1985 年又编写了名为《计算机记录的法律价值》的报告,这些报告被认为揭开了电子商务国际立法的序幕。为了推动国际间电子支付的广泛应用,1992 年贸易法委员会颁布了《国际贷记划拨示范法》,贸易法委员会起草的《电子资金划拨示范法》也于 1996 年在贸易法委员会大会通过并于 1997 年正式发布。1996 年,贸易法委员会经过 5 年时间起草的《电子商务示范法》经联合国大会讨论通过,为各国电子商务立法提供了指导性规范。2001 年,贸易法委员会起草的《电子签字示范法》经联合国大会讨论通过。贸易法委员会从 2000 年开始制定关于电子订约的公约,该公约的名称为《联合国国际合同使用电子通信公约》(UECIC),已经于 2005 年 11 月在联合国大会第六十届会议上审议通过,并开放供各国签署。按照 UECIC 的规定,UECIC 将于第三份批准书、接受书、认可书或加入书交存之日起满六个月后的下一个月第一日生效。我国政府参加了 UECIC 的起草工作并已经签署了 UECIC。UECIC 主要是为了弥补《联合国国际货物销售合同公约》(*United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods*,简称 CISG)适用于电子商务的不足而制定的,被普遍认为是有关电子商务的第一个专门性公约。

国际商会对贸易法委员会的工作给予积极协作和支持,并在电子商务规则方面也作出了重大贡献。国际商会于 1997 年 11 月发布了《国际数字签署商务通则》(*General Usage for International Digitally Ensured Commerce*),该通则被认为是第一部真正意义上的电子商务的全球性自律性规范。1990 年国际商会为使贸易术语能适应日益广泛使用的电子数据交换(EDI)和不断革新的运输技术变化的需要,对该通则作了修订。为使贸易术语更进一步适应交易中使用电子信息的增多等状况,国际商会再次对《通则》进行修订,并于 1999 年公布了《2000 年国际贸易术语解释通则》。国际商会制定的《UCP 500

电子交单附则》1.0 版(*Supplement to UCP500 for Electronic Presentation*, 简称 eUCP 1.0)于 2002 年 4 月 1 日正式生效,后来为了配合 UCP 600 的使用,国际商会将其升级为 1.1 版,并命名为《跟单信用证电子交单统一惯例》(简称 eUCP 1.1),也已于 2007 年 7 月 1 日同 UCP 600 同时生效。^①此外,2005 年 4 月国际商会发布了经过修订的《营销和广告使用电子媒体指南》。国际商会在 2004 年制定了《国际商会 2004 年电子商务术语》(载有《国际商会电子订约指南》),为当事人提供了两个易于纳入合同中的简短条款,以此表明当事人打算商定一项具有法律约束力的电子合同。目前国际商会还正在制定《电子贸易和结算规则》。^②

欧盟的电子商务立法也很有代表性。欧盟于 1997 年制定了《欧洲电子商务行动动议》,为规范欧洲电子商务活动制定了框架。同年,欧盟还颁布了《远程销售指令》,防范远程销售中的某些风险并对消费者加以保护。^③1998 年颁布了《关于信息社会服务的透明度机制的指令》。1999 年通过了《关于建立有关电子签名共同法律框架的指令》。2000 年 6 月 8 日通过了《欧洲议会及欧盟理事会关于共同体内部市场的信息社会服务,尤其是电子商务的若干法律方面的第 2000/31 号指令》(即通常所称的《电子商务指令》),该指令的立法目的是协调欧盟内部市场并促使其标准化,对以欧盟消费者和经营商为对象的网上销售规定了最基本要求,并出台了具体的信息服务和程序规定。该指令试图对电子商务作出综合性的规范。^④2002 年 7 月 31 日,《欧盟电子通信指令》生效。依据该指令,所有经营商(包括营业地设在欧盟、美国或其他地区的经营商),只要其与在欧盟的个人无在先的客户关系就不得在没有获得“准入”的情况下使用个人的电子信箱。欧盟的指令可以直接对欧盟各成员国产生约束力,也具有直接对成员国国民的约束力。在成员国没有按照规定将指令转化为国内法时,成员国的国民可以引用指令对抗国家,但不能用来对抗其他的

① eUCP 1.1 版是专门针对 UCP 600 所做的升级版本,与 UCP 600 同时于 2007 年 7 月 1 日生效实施。由于条件不成熟,UCP 600 并未将 eUCP 纳入其中。鉴于 UCP 很多条款并不对电子交单产生影响,eUCP 仍将与 UCP 并行。根据 ICC 国家委员会的建议,升级后的 1.1 版 eUCP 仍作为 UCP 600 的补充。

② 查阅自国际商会网站:<http://www.iccwbo.org>,下载日期:2005 年 6 月 23 日。

③ [英]安德鲁·斯帕罗著,林文平、陈耀权译:《电子商务法律》,中国城市出版社 2001 年版,第 49 页。

④ 高富平:《电子商务立法研究报告》,法律出版社 2003 年版,第 22 页。

个人。^①

还有一些国际组织也在其职能范围内关注电子商务的发展并致力于相关的立法工作,如国际海事委员会于1990年颁布了《国际海事委员会电子提单规则》,对电子提单作了规定;国际民航组织《统一国际航空运输某些规则的公约》(即1999年《蒙特利尔公约》,2005年7月31日正式对我国生效)则对电子客票作了规定;国际统一私法协会修订的《国际商事合同通则》(2004年)[*UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts* (2004)],以下简称PICC]也将电子合同纳入其规范的范围。

二、国内法渊源

在国内立法方面,美国的立法被普遍认为具有先进性,其中犹他州于1995年颁布的《数字签名法》被认为是全球范围的第一部关于电子签名的立法(该法在2005年被废止)。美国统一州法全国委员会于1999年颁布了《统一电子交易法》和《统一计算机信息交易法》,供各州立法时采纳。2000年克林顿签署颁布了国会两院一致通过的《全球与国内商务电子签名法》,表明美国的电子商务立法走上了联邦统一制定的道路。^②此外,美国的《统一商法典》也有有关电子商务的规定,如其第4A编就是关于电子资金划拨的。

已经对电子商务进行立法的国家比较多,如意大利的《电子文件和数字签名法》(1997年)、德国的《签名法》(1997年)和《信息与通讯服务法》(1997年)、加拿大的《统一电子商务法》(1999年)、丹麦的《数字签名法》、俄罗斯的《电子数字签名法》(2001年)、新加坡的《电子交易法》(1998年)、韩国的《电子商务基本法》(1999年)、菲律宾的《电子商务法》(2000年)、印度的《电子商务支持法》(1998年)、马来西亚的《数字签名法》(1997年)、澳大利亚的《电子交易法》(1999年)等。^③

我国关于电子商务的主要立法如下:《合同法》^④对数据电文和电子合同的有关问题作了规定;《电子签名法》^⑤对数据电文及电子签名和认证作了规

① 张晓东:《国际经济法原理》,武汉大学出版社2005年版,第305页。

② 张楚等:《外国电子商务法》,北京邮电大学出版社2000年版,第63页。

③ 高富平:《电子商务立法研究报告》,法律出版社2003年版,第23~26页;另参见沈根荣:《国际电子商务立法的发展进程及特点》,载《国际商务研究》2000年第2期。

④ 自1999年10月1日起实施。

⑤ 自2005年4月1日起施行。

定,该法也被认为是我国第一部电子商务专门法律;^①《电信条例》^②对电子商务的电信基础设施和电子商务网站从电信业的角度作了规定;广东省也于2002年率先颁布了我国内地第一部电子商务立法——《广东省电子交易条例》^③。此外,也有一些部门规章,例如国家工商行政管理总局颁布的《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》^④;中国银行业监督管理委员会制定的《电子银行业务管理办法》^⑤;商务部制定的《关于网上交易的指导意见(暂行)》^⑥和《第三方电子商务交易平台服务规范》^⑦。

我国香港特别行政区于2000年颁布了《电子交易条例》,台湾地区于2000年颁布了“电子签章条例”。

第三节 电子商务法的基本原则

自联合国国际贸易法委员会于1984年向联合国秘书长提交了名为《自动数据处理的法律问题》的报告从而揭开了电子商务立法的序幕起算,电子商务法经过了20多年的发展,已经形成了一个较为完善的法律制度,从而形成商事法的一个新的分支或子部门。每一个法律制度都有作为其制度灵魂的基本原则,电子商务法也不例外。然而,有关电子商务法的基本原则的立法主张和理论观点可谓众说纷纭。

一、关于电子商务法基本原则的主要立法主张和理论观点

商事法的基本原则是制定、执行和研究商事法的出发点,^⑧也是制定、解释、适用法律的基本准则,探讨电子商务法的基本原则具有重要的理论价值和实践意义。关于电子商务法的基本原则的主张或观点,大致可以分为两个方

① 该法也适用于电子政务领域。

② 国务院于2000年9月20日颁布实施。

③ 自2003年2月1日起实施。

④ 自2010年7月1日起施行。

⑤ 自2006年3月1日起施行。

⑥ 2007年3月6日发布实施。

⑦ 2011年4月12日发布实施。

⑧ 左海聪:《商事法的几个基本理论问题》,载《法学评论》1996年第3期。

面:其一为立法所依据或体现的原则;其二为学者们的理论观点。

有关的立法主张主要如下:(1)UECIC。公约序言第6段提到了指导贸易法委员会在电子商务领域所有工作的两项原则:技术中性和功能等同。^①技术中性原则系指公约以为以电子通信形式生成、存储或传输信息的所有实际情况作出规定,无论使用的是何种技术或媒介。为此,公约的规则是“中性”规则;也就是说,这些规则不依赖于或不预先假定使用特定类型的技术,而是可适用于所有类型信息的沟通和存储。^②技术中性还包括“媒介中性”,公约的重点是推动“无纸”通信手段,办法是提供标准,使其按标准等同于纸面文件,但公约的用意不是改变纸面通信的传统规则,也不是为电子通信另外创立实体规则。^③(2)《电子商务示范法》。关于《电子商务示范法》所依据的一般原则,以下所列虽不详尽,但似可予以考虑:①促进各国间和各国内部的电子商务;②认可以新信息技术手段达成的交易;③促进和鼓励采用新信息技术;④促进法律统一;⑤支持商务活动。^④这些原则大致可归纳为开放原则、协调原则、中立原则及鼓励、促进原则。(3)中国《电子商务法(示范法)》。该示范法确立的电子商务法的基本原则或立法原则有:媒介中立原则、技术中立原则、信息安全原则、个人资料保护原则、功能等同原则及当事人意思自治原则。^⑤

学者们的代表性研究观点主要如下:(1)中立原则(包括技术中立、媒介中立、实施中立),自治原则及安全原则;^⑥(2)全球性原则,中立原则,自治原则,开放、兼容原则,安全原则;^⑦(3)开放原则,协调原则,安全原则及鼓励、促进与引导等原则;^⑧(4)电子商务的立法原则只有中性原则,包括技术中性和媒体中性原则。^⑨国外学者的代表性观点则认为电子商务法的基本原则主要是

① A/CN.9/608/Add.1,第3段。

② A/CN.9/608/Add.1,第4段。

③ A/CN.9/608/Add.1,第5段。

④ 《电子商务示范法颁布指南》,第43段。

⑤ 黄进教授主持起草:《中华人民共和国电子商务法(示范法)》,载《法学评论》2004年第4期。

⑥ 张楚:《电子商务法初论》,中国政法大学出版社2000年版,第37~40页。

⑦ 齐爱民、万暄、张素华:《电子合同的民法原理》,武汉大学出版社2002年版,第258~261页。

⑧ 刘德良:《论我国电子商务立法的指导思想与基本原则》,载《武汉理工大学学报》(社会科学版)2001年第4期。

⑨ 何松明、刘满达:《电子商务立法三题》,载《中国法学》2002年第1期。

最小化原则、非实质性原则、功能等同原则、技术和实施中立原则及当事人自治原则。^①

概括上述立法主张和理论观点,关于电子商务法的基本原则,较为普遍认可的原则如下:功能等同原则,媒介中立原则,技术中立原则,最小化原则,程序性(非实质性)原则,协调性原则(包括国际协调性原则或全球性原则),当事人意思自治原则,安全原则^②,开放原则,鼓励、促进与引导原则。这些观点虽然在哪些是基本原则方面不大相同,但在所共同提及的原则的内涵方面却是基本一致的。下文对这些原则进行简要介绍,以便作进一步讨论。

1. 功能等同原则(Functional Equivalence)。该原则在《电子商务示范法》、《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第7条和CISG第13条等诸多规范中都有体现,其基本含义为电子单证、票据或其他文件与传统的纸面单证、票据或其他文件具有同等的功能时就应当肯定其法律效力并在法律上同等对待。按照贸易法委员会《电子商务示范法颁布指南》的说明,《电子商务示范法》依赖一种有时称作“功能等同法”的新方法,这种方法立足于分析传统的书面要求的目的是和作用,以确定如何通过电子商务技术来达到这些目的或作用。例如,书面文件可起到下述作用:提供的文件大家均可识读;提供的文件在长时间内可保持不变;可复制一文件以便每一当事方均掌握一份同一数据副本;可通过签名核证数据;提供的文件采用公共当局和法院可接受的形式。应当注意到,关于所有上述书面文件的作用,电子记录亦可提供如同书面文件同样程度的安全,在大多数情况下,特别是就查明数据的来源和内容而言,其可靠程度和速度要高得多,但需符合若干技术和法律要求。然而,采取功能等同办法不应造成电子商务使用者须达到较书面环境更加严格的安全标准(和相关费用)。^③《电子商务示范法》并不打算确定一种相当于任何一种书面文件的计算机技术等同物。相反,《电子商务示范法》只是挑出书面形式要求中的基本作用,以其作为标准,一旦数据电文达到这些标准,即可同起着相同作用的相应书面文件一样,享受同等程度的法律认可。《电子商务示范法》第6条至

^① Amelia H. Boss, Electronic Commerce: Globalization of Domestic Law or Domestication of Globalized Law? <http://www.aals.org/2005midyear/commercial/AmyBossOutline.pdf>, 下载日期:2007年2月22日。

^② 该原则也被称为“安全交易原则”,或在强调信息安全时引申称为“信息安全原则”。

^③ 《电子商务示范法颁布指南》,第16段。

第8条内含的功能等同法是针对“书面形式”、“签名”和“原件”等概念的,并不针对《电子商务示范法》内涉及的其他法律概念,例如,《电子商务示范法》第10条并未为现行的贮存要求创立其功能等同体。^①我国《电子签名法》也采用了功能等同法,如该法第4条规定:“能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为符合法律、法规要求的书面形式。”

2. 媒介中立原则(Media Neutrality)。该原则也被称为“媒介中性原则”,是指法律对于交易是采用纸质媒介还是采用电子媒介(或其他媒介)都应一视同仁,不因交易采用的媒介不同而区别对待或赋予不同的法律效力。按照《电子商务示范法颁布指南》的解释,《电子商务示范法》采用的方法是,原则上规定它适用于任何手段生成、储存或传递信息的各种实际情况。如限制《电子商务示范法》的适用范围,将任何一种形式或手段排除在外,就会造成实际困难,违背真正“不注重任何手段”的规则的宗旨。然而,《电子商务示范法》注重的是“无纸”通信手段,除非《电子商务示范法》有明文规定,它无意改变有关用纸张进行传递的传统规则。^②在起草 UECIC 草案的过程中,工作组也认为,本着不偏重任何媒介的原则,对网上交易采用的办法不应有别于对纸面环境中同等情形所采用的办法。^③

媒介中立原则是与功能等同原则相联系的两个原则。有观点认为两个原则是相同的,即“对于基于纸质文件所进行的交易与基于电子通信方式所进行的交易应该平等对待,不应该对其中一个给予优势而歧视另一个”。^④但也有观点认为,功能相等原则不仅仅限于媒介上的区别而采纳的原则,该原则贯穿在电子商务立法的各个方面,包括合同的形式、签名的方式和技术以及文件的完整性和认证性等等。“功能相等”是整个概念的核心,是解决问题的出发点。^⑤后一观点有其合理性,但“媒介中立原则”并非等同于或包含于“功能等同原则”,实际上,两者的侧重点并不相同。前者侧重于确保不同媒介在立法上的中立性或平等性,而后者则强调通过“功能等同”方法解决传统法律中的“书面形式”、“签名”和“原件”等概念适用于电子商务时所产生的法律障碍。

① 《电子商务示范法颁布指南》,第18段。

② 《电子商务示范法颁布指南》,第24段。

③ A/CN.9/509,第77段。

④ *Summary of the Electronic Transactions Act 1999*, <http://www.law.gov.au/publications/ecommerce/>,转引自吴伟光:《电子商务法》,清华大学出版社2004年版,第49页。

⑤ 吴伟光:《电子商务法》,清华大学出版社2004年版,第49页。