

LOW

◎万以娴/著

论电子商务之法律问题

——以网络交易为中心



法 律 出 版 社

论电子商务之法律问题

—— 以网络交易为中心

图书在版编目(CIP)数据

论电子商务之法律问题:以网络交易为中心/万以炯著.
-北京:法律出版社,2001.5
ISBN 7-5036-3406-5

I. 论… II. 万… III. 电子商务-科学技术管理-法规-研究-中国 IV. D922.174

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 022007 号

出版·发行/法律出版社
责任印制/陶 松
印刷/中国科学院印刷厂
开本/A5

经销/新华书店
责任校对/何 萍

印张/8.25 字数/208 千

版本/2001 年 8 月第 1 版

2001 年 8 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3406-5/D·3123

定价:16.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序言

研究电子商务的人多,而且,在市场和学术界这也是热门话题。当电子商务处于高涨时,谈论的人多;在电子商务处于低潮时,谈论的人也一样多。但是,真正研究电子商务法律问题的人少:无论在律师实务界和法学理论界,无论电子商务处于高涨或低潮时,论述精辟的人都少。而在屈指可数的著作中,深入研究的著作就更加少有。

但是,我眼前这部由万以娴著、即将由法律出版社出版的书稿《论电子商务之法律问题——以网络交易为中心》,却是我目前阅读过的为数不多的、高质量的专著。

这本书有三大特色:

第一,万以娴女士花了相当大的工夫进

BA683/05

行资料方面的收集。我大概计算了书中的使用情况:这本书大约有388个中外文脚注、100多个相关网址(包括为数将近50份的官方文件、国际组织文件及案例)、40多种英文资料和英文期刊、82种中文期刊、30多种中文论文和相关书籍,以及近百个相关法规目录和5个重要的附录和图表。仅就这些资料来讲,作者毫无保留地将自己的研究资料以及来源出处贡献出来,这对从事电子商务法律问题的后来研究者来说,将会节省很多的时间,提高研究的效率。所以,仅从这一点来看,本书的工具性和资料性就足以让内行人对作者寄以无言感谢了。

第二,作者在本书中涉及的电子商务的视角非常广泛:从国际互联网络与网络交易到国际电子商务的立法现状,从中国大陆网络交易的实践到网络交易电子合同的成立与消灭,从拆封授权合同及网络包装合同到电子签章的法律效力,从电子商务付款制度到网络交易与消费者权益保护,以及国际网络交易共同的法律问题的解决等。由于视角广泛,所以,本书可以对法律界的同仁提供采用一本书、就可以基本了解电子商务法律基本问题的方便路径。

作者自己花了大量的时间,甚至是她健康和生命中的一部分,为以后的研究工作者节省了时间,避免了弯路。正如作者自己在后记中写到的:“历经了半年日以继夜的艰苦写作及无数次的修改,每一章均至少历经70稿以上的修改及润色,虽然实际写作的时间只是半年,但这半年却总是一天当两天用,陪伴我的永远是香港黎明时的曙光。说是‘艰苦’,一点不假,因为除了写作,之前于各地收集、阅读各类资料的时间却不少于一年,其间更曾多次返台查找资料,而阅读每一份珍贵的资料都如同享受一份饕餮大餐,以至于往往到图书馆晚间9时关门时才猛然想起自己一天不曾进餐。”

这些辛苦,只有作者知道。我这个阅读书稿的人,只能从自己写作的经验来体会别人的经历:看到书稿中扎实的资料和丰富的案例,自己的经验告诉我,要做到这样,作者的上述经历是必不可少的。而且,作为职业女性而言,万以娴女士只能做得比她说的经历有过之而

无不及！

第三，作者对于 IT 的法律问题，采用通俗的语言，朴白的结构，将专业问题讲述得平易近人，清晰易懂。文字的可读性之高，使我感到也是对读者的一种尊重。文字只有经过多次修改和润色，才能达到上述的程度。就像国画中的工笔重彩，或西洋油画中的暗部，都不是一次就将深色涂抹上去的，而是一次又一次，多次润上去的。这样出来的效果，才能厚重而不笨重，深沉而不僵化，工稳而不呆板。也好像演奏弦乐时的揉弦一样，虽然是一个长音，但不是生硬地脱出来的，而是富有弹性和变化揉出来的。音乐、美术的道理，与写文章都是相通的。作者是网络法律方面的专家，又有中文和英文的文学功底，所以，驾驭文字的经验轻车熟路。

二

我认识作者本人有几年时间了，因为作者是北大法学院的优秀硕士毕业生。凡是教过万以娴的教授，都有一个共同的想法：“万以娴女士做事特别认真。”从她每科考试成绩看，平均成绩都在 90 分以上。而且，每次交的作业或考试试卷，她总是写得最认真、资料最翔实、参考书最丰富。为写好一门课程的作业，专门买英文原作的书，这成为同学和教授人所共知的事情。甚至，我们教授中有人感到她太认真了，还劝过她：“一般的作业，可以不必那么花费时间，也不必那样追求完美。”但是，劝过她的一位教授最后对我说：“没有用。万以娴是一个尽善尽美的人：追求完美，注意细节，本性所致，无法改变。”

有一次，我正在研究一个专业问题，需要查找资料。当时正好在香港教书，身边离得最近的图书馆的资料，也不够我所要的那样专门化，更没有那样新颖。怎么办呢？我想起了万以娴女士。万以娴女士在同学中是有名的查找资料和做研究的能手。于是，我请万以娴女士帮忙。

万以娴女士接我到她在香港中环的写字楼,带我去她们公司内部一个小型图书馆。里面虽然有许多图书,但是,对我最有用的,还是她们做的分类剪报。我花了大半天在这里看剪报。万以娴女士请她的助手将我要的剪报复印并装订起来。等我离开的时候,已经有厚厚的一本最新的资料整理好了。

后来,我回到了北大法学院,还不断收到万以娴女士从香港寄来的我所需要的几个专题的分类剪报。我的研究工作完成后,也用过万以娴女士帮我收集的资料,可是,我一直没有机会向她表示感谢。借为她的大作写序的机会,向万以娴女士表示我的谢意。

三

电子商务法律的研究,一点不比电子商务的研究容易,甚至更加困难。好比如,现在在高速公路上已经开始行车,而且行车的速度越来越快,但是,高速公路行车的交通规则还没有,或者还远不完善。如果是这样的话,可以试想:坐在车子上的人将是多么危险!我们现在已经开始了相当程度的电子商务运行,而且发展的速度也很快,但是,我们的法律跟不上,同样是相当危险的一件事情!特别是涉及到金融的电子商务问题,我们的钱还安全吗?我的钱保存在哪里?钱付出去了吗?对方收到了吗?收到了多少?如此等等,都是看得见而摸不着的虚拟状态,而不是以往的实物纸币了。

商务交易比金融更加广泛,每天要签署的合同生效了吗?签字有法律效力吗?如果以后发生了诉讼,有证据证明我们的权利吗?电子证据法庭采信吗?实物的交易,虚拟的契约!有关商务契约的一切要素,都变得那样不确定、不熟悉了。我们的法律呢?我们的司法机关呢?我们的律师和法官呢?

《论电子商务之法律问题——以网络交易为中心》一书的面世,对法律界同仁来说,是对上述问题的一个初步的解答,也是客观的、实例的和通俗的解答。我感谢万以娴女士的劳动,同时,也要感谢法

律出版社将这本书推向市场,让包括我在内的更多法律人,了解和研究电子商务的法律问题。

吴志雄 谨识

北京大学法学院

2001年2月15日

内 容 简 介

互联网(Internet)的飞速发展,导致法律层面可能引发之问题亦逐渐浮现。在网络交易的过程中,涉及的法律问题可以说是既多样且复杂。本书拟以现存的实体法为探讨基础,并参照外国之立法趋势,以网络交易为中心对电子商务(electronic commerce)之主要法律问题加以探究论述。本书共分十章,依行文之逻辑撮其要如下:

第一章系对互联网之发展、电子商务之定义、网络交易之特色及其与传统交易之差异加以论述;而鉴于互联网打破了疆界及国域限制之特质已经将法律问题由一个国家提升至全球,故本书于第二章对国际间电子商务的立法现状,如美国、德国及新加坡诸国之法律及联合国电子商务示范法加以宏观的论

述;所谓他山之石,可以攻玉,期望可从国际之相关法制中,探讨我国之因应对策。第三章遂就我国网络交易之实践与立法现况作一阐述,并探讨我国电子商务未来之立法思路。

鉴于网络交易不论各式形形色色之类型,首要问题即是合同之缔结,当事人必须意思表示一致,始能缔结合同。然而,传统民法上缔结合同之规定转至网上能否全部适用即有疑问,故第四章乃就现行合同法及民法之规范原则论述下列问题,即在网络世界中,商家既无法与消费者面对面,亦无从征信其实际年龄,此时,若无行为能力人或限制行为能力人经由网络进行交易,其行为能力在网络交易中是否属于必要的考量点?电子合同之效力如何?又计算机是否能自动为要约或承诺?应如何认定意思表示之作成以及意思表示一旦作成之后能否撤回或撤销?

第五章欲对在国外已被深入研究、但在我国尚属新兴概念的拆封授权合同(shrink-wrap license contract)及网站包装合同(web-wrap contract,类似我国《合同法》下的格式合同)作一比较,除佐以案例说明两种合同在实践中之效力外,并探讨目前国际立法趋势以及我国《合同法》对格式合同之相关规定。第六章则欲在我国尚无相关法律加以规范之情况下,就数位签章与电子签章之定义及关系作一阐释,并对数位签章之特性(保密性、可验证性、完整性及不可否认性)及实际操作流程加以说明。此外,亦参考外国之立法例与立法趋势对认证机构有关之问题加以综合探讨,并提出本书粗浅之建议。第七章论述在“无现金社会”(cashless society)来临之际,网络交易中所使用的支付工具——电子货币在交易过程中的安全问题与电子付款可能衍生之法律问题;第八章则欲就消费者在从事网络交易时,现有之《消费者权益保护法》能否充分保障其权益,以及互联网接入服务提供商(ISP)是否应为不实广告承担责任等问题进行论述。

第九章针对国际间网络交易中共通的主要法律问题、特别是近年来国际上愈趋重视的隐私权及管辖权之有关问题加以探讨。

鉴于本书拟从经由网络进行电子商务的角度切入,故此,除论及

管辖权及电子付款有关之问题时始略微提及网络犯罪之案例外,原则上与网络犯罪及知识产权有关之法律问题并不在本书论述范围内。

第十章则就全文作一总结。笔者认为网络法律最终之目标应是在国际间制订出一套整合的、可预测的规则,以为网络交易提供一个合理的、安定的法律环境,如此方能促进电子商务之蓬勃发展。

绪 论

——研究动机与目的

互联网(Internet)的兴起,为人类带来了另一个充满无穷可能性的世界。虽然网络世界未来何去何从难以预测,然而伴随着整个社会环境的资讯化,数位化环境的发展已对世界造成了全面的冲击,互联网已在无形中改变了人类的生活与交易方式;而越来越多的商家更深切地认识到,商务电子化已成为一股不可抵挡的趋势。谁也不会漠视这样一组数字:全世界的网址已经超过 600 万个,每 50 秒钟便有一部计算机主机接入国际网络,每秒钟就有 7 人首次上网,2000 年底将有 1 亿台计算机、100 万个计算机网络与互联网联接^{〔1〕}。若从全球趋势来看,在千禧年内,估计全球线上的消费者将从 1997 年的 1,700

〔1〕 参见巩双印:《电子商务热炒冷卖,政府引导试点先行》,2000 年 2 月 10 日大公报 A15 版。

万人增加至 1 亿 2 千万人,市场规模也将由 24 亿美元增加至 5,950 亿美元^[2],至 2005 年止,全球电子商务之总值更将高达 7.572 兆美元^[3]。故此,可以预见经由网络进行的商业行为将日趋普遍。

身为消费者但又学习法律之笔者,在面对网上应有尽有的商品、服务以及诱人的广告时,脑中不禁浮现出诸多法律问题,譬如如何经由网络签订具有效力的合同?网站包装合同(web-wrap contract,即网络商家在网上所张贴的格式合同,消费者按下同意键就表示接受合同条款的约束)在网络环境中是否有效?以及我国现行的《消费者权益保护法》(以下简称“《消费者保护法》”)是否足以保障自己的权益等等。而笔者在作为法律顾问,为资讯业者(网络经营者)提供法律咨询之同时,更不免战战兢兢。如何能在现行法律、法规之规范下,使客户之一切网络合同条款合法、公平,既不损及消费者之权益,同时亦能确保客户之利益,使其经营之目的发挥至极限,获取最大之利润?这无疑是笔者心中最大之顾虑。基本上二者是具有潜在冲突的,且绝非轻易舞文弄墨即可寻得解决之方案,如欲在冲突、矛盾中求得平衡点,恐怕首先必须对相关的法律问题进行较具深度的探讨,才能掌握好权利义务的相对关系。

此外,网络交易已演变为跨越国界之交易,但国际间却尚无一套统一且获各国一致承认的网络交易法则,因此在发生争议时,究竟应以何处之法律为合同之准据法?各国政府如何对虚拟空间中的网络交易行使其管辖权?而网络交易中一个最大的特色即为“匿名性”,

[2] See *Goldman Sachs* (高盛投资银行)《全球资产研究报告》*Global Equity Research, Technology: Internet-Commerce United States*, 2000 年 5 月 9 日, p. 9。

[3] See *Goldman Sachs*, supra note [2], p. 9.

在交易相对人身份难以确定之情况下,电子签章^{〔4〕}之效力如何?什么样的认证机构(certification authority, CA)方符合标准?甲国是否承认乙国之认证标准?电子付款会衍生出哪些问题?又在网络交易蓬勃发展的今日,如何保障资讯安全和保护个人及儿童之隐私?这些问题均值得深思及探讨。而我国在此领域之立法显有不逮之处,可以预见当出现争议及诉讼时,当事人及司法机关均无法可依、而当事人之权益则无法受到妥善保护的窘境,诸如此类之问题遂兴起笔者研究之动机。

所谓“所有法律都将成为网络法律”(All laws will be Internet laws)^{〔5〕},随着网络以等比级数的速度成长,现行法制环境若未能与之配合,即会凸显出法律与新兴科技及现实生活间之鸿沟。虽然,其中许多行为只是转换不同媒介而呈现,运用现行法律或经由解释即足以规范,但针对网络之特殊性,仍有许多法规须待立法或加以修订方能加以规范^{〔6〕}。

首先,经由网络这种新兴的交易媒介,在无法与交易相对人面对

〔4〕 参见李科逸:《电子文件及电子签章国际最新立法趋势之略述》,台湾资讯工业策进会科技法律中心研究报告,1999年8月,第2—3页。电子签章(electronic signature)是国际上之立法趋势,此前多将电子签章称为数位签章(digital signature),目前则公认数位签章应仅是电子签章的一种。待联合国UNCITRAL提出Draft Uniform Rules on Electronic Signature后,宣示“科技中立原则”,认为如果立法规范上以数位签章作为主要适用技术,将造成日后只有数位签章始得使用,为了不在立法上对任一技术发展造成偏袒效果,国际上立法趋势均已改采“电子签章”之定义,即“以电子形式存在,依附在电子文件并与其逻辑相关,可用以辨识电子文件签署者身份及表示签署者同意电子文件内容者”,以期取代“数位签章”狭窄定义及开拓未来之适用空间,使其他技术得以纳入适用,促进辨识技术多元化发展。故本书除在原文及概念应为“数位签章”时采用“数位签章”一词外,原则上采用“电子签章”之广义概念。

〔5〕 参见陈汝吟撰,《论网际网络上电子契约之法规范暨消费者保护》,台湾中兴大学法律研究所硕士论文,1999年6月,第2页。

〔6〕 以民法为例,通过电脑等机械设备,甚至经由电子代理人所为之意思表示是否为现行法所承认?再者,所谓之“资讯”,在我国民法上,应如何适用于以有体物为规范标的之现行法?尤其是物权法上,究竟应赋予“资讯”何种地位等,均是值得探讨之问题。

面时,行为能力的认定是否仍应依传统民法之规定?意思表示之“到达”应如何认定?何谓电子错误?诸如此类的问题,笔者皆欲加以探讨。又如,网站包装合同(web-wrap contract)与拆封授权合同(shrink-wrap license contract)在我国之研究尚属萌芽阶段,笔者期望能藉由对此方面的研究及资料的搜集,与国内网络法律的研究者和学子进行交流,以期教学相长。其次,本书亦拟循现行法之架构,论述围绕着网络交易的电子付款制度、电子签章、管辖权等问题。此外,针对网络接入服务提供商(ISP)及不实广告之责任等问题是否适用现行法加以规范,希望藉本书之论述抛砖引玉,引起更多人士对此方面问题之探讨及关注,以期消费者之权益在我国能够受到应有之重视及保护,并能与电子商务发展之步伐齐头并进。

再次,我国的电子商务业面临着信息化程度低、金融电子化进程较慢、网络设施及立法进程亦相对滞后(若与发达国家相较)的现状,在此情况下,欲开发适合中国国情并能迅速发展的因应方案,使我国的电子商务得以健康有序地发展,则须先了解网络交易中可能出现的法律问题,方能全面对症下药。在上述诸多问题至今均尚无定论之情况下,笔者已可预见处理此研究主题之难度。笔者才疏学浅,自然无法对每一个问题均提出完美之解答,惟本书之目的实乃在于欲尽一己之力,提出问题并提供个人之浅见,以期能为学术界、业界及后进学子提供些许思考的灵感,或许也忝为一种贡献。

笔者于撰写本书时艰难之处首在于与网络交易有关之法律问题繁多,本书无法一一尽述,故与知识产权、网络犯罪有关之法律问题原则上并不在本书论述之范围内。其次,由于电子商务乃新兴科技发展之成果,而网络之特色之一即在于其无疆界,因此,对相关法律问题之探讨绝不能闭门造车;除了解我国之现况外,更必须了解国际立法动态。惟由于目前国内有关文献较为欠缺,故收集国外文献就益显其重要性。而当前国外与电子商务及网络交易相关之书籍、期刊与论文资料可谓汗牛充栋,无可讳言,本书所收集之资料难免有所疏漏,然由于时间及精力之限,笔者仅能专注于参阅“参考文献”中所

列之资料。再次,由于网络交易是一个持续发展的新兴交易形式,本书从收集资料、撰稿、完稿直至修订之过程中,即面临国外法令之不断持续更新,某些草案更已通过成为正式之法案;而不同机构的研究报告、政府部门陆续发布的各项新的统计数据亦多有不一致之处,故笔者于引用时均加以审慎比对,凡存疑者本书一律不予采用,以免造成误导。此外,使用原始资料及官方资料亦为本书处理资料的基本原则,以期立论基础之真确。最次,身为法专业的学生,对于网络及其相关之通讯技术自然认识有限,以此不足的认知,再加上前述诸多困难,本书内容必有未臻成熟之处,尚祈法学前辈及后进不吝批评指正。

万以娴

2001年初春于香港



万以嫔

祖籍江西省南昌县，1957年出生于台北。本科时就读于台湾大学外国语文学系。1990年移居香港。1997年起于北京大学法学院攻读国际经济法专业硕士学位，2000年7月以名列前茅之优异成绩毕业。2001年6月被北京大学法学院录取为知识产权法专业博士研究生。

从事法律业务已逾十年，专长于中国劳动法、信息产业、知识产权及土地法相关之法律、法规，实务经验丰富。现就职于权亚律师事务所，任资深法律顾问。该所代表多家跨国公司 & 国际知名网络公司，包括新闻集团(News Corp)、联想集团、搜狐、证券之星、双击(DoubleClick)、赛威、中国字节(ChinaByte)、亚联网(Asiacontent)等。

已出版之中、英文主要著述包括：“Taking a Stake in Tomorrow”（收录于“Life and Death of a Dotcom in China”一书中，Euromoney出版）；“Employers' Legal Obligations in China”；《中国互联网政策法规指南（第一卷）》（权亚自版）；《中国劳动法暨社会保障法规—重要问题释疑》（CCH出版）及《中国土地政策法规指南》（Sweet & Maxwell出版）。其中，后三部作品均系该类法律专业书籍中首部中、英文对照之著述。此外，曾于国外报章杂志发表中、英文论述近百篇。

即将出版之著述包括：《中国互联网政策法规指南（第二卷）》、《电子签章法律问题研究》（人民法院出版社出版）及《中国职工之工资水平及人工成本》（CCH出版）。