



李双元法学文丛



电子商务法 若干问题研究

第二版

李双元 王海浪 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



李
双
元
法
学
文
丛



本书系国家社科基金重点项目：

全球治理下国际私法的功能定位研究（16AFX022）的成果。

电子商务法 若干问题研究



第二版

李双元 王海浪 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

电子商务法若干问题研究:第二版/李双元,王海浪著. —武汉:武汉大学出版社,2016.8

李双元法学文丛

ISBN 978-7-307-18470-1

I. 电… II. ①李… ②王… III. 电子商务—法规—研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 181839 号

责任编辑:林 莉 辛 凯

责任校对:汪欣怡

版式设计:韩闻锦

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:虎彩印艺股份有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 20.25 字数: 360 千字 插页: 4

版次: 2016 年 8 月第 1 版 2016 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18470-1 定价: 68.00 元

作者简介

李双元，男，1927年生，湖南新宁人。湖南师范大学终身教授，武汉大学国际法研究所教授，博士生导师，中国国际私法学会名誉会长，《时代法学》和《国际法与比较法论丛》主编。曾任武汉大学国际法研究所副所长、中国国际私法学会副会长、湖北省国际法研究会总干事、中国法学会理事和中国国际法学会理事、国务院学位委员会（第三届）学科评议组成员、全国高等教育自学考试指导委员会委员、中国国际经济贸易仲裁委员会委员和仲裁员、中国博士后流动站管委会专家组及该管委会基金委员会专家组成员、武汉市政协委员及其法制委员会副主任、湖南省政府参事等学术与社会职务。先后主持完成国家社科基金项目、教育部哲学社会科学博士点基金项目、司法部项目、湖北省及湖南省社科基金一般及重大项目20余项；在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表学术论文100余篇。独著、主编的经典著作主要有《国际私法（冲突法篇）》（已出第3版）、《国际民事诉讼法概论》（第2版为教育部审定的研究生教材）、《中国与国际私法统一化进程》（已出第2版）、《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》、《国际民商新秩序的理论建构》、《中国国际私法通论》（已出第3版）、《比较民法学》、《走向21世纪的国际私法——国际私法与法律的趋同化》（中国法学家自选集）、《国际私法》（全国高等教育自学考试统编教材，已出第3版）、《国际私法》（“十一五”国家级规划教材，已出第4版）、《法学概论》（“十一五”和“十二五”国家级规划教材，已出第11版）等，合译《戴西和莫里斯论冲突法》、萨维尼《现代罗马法体系（第八卷）》和《牛津法律大辞典》等世界法学经典著作。著述中获国家级及省部级一、二、三等奖及湖北省特别奖等奖励十余项。

王海浪，男，1975年生，厦门大学法学院教师，2003年获得湖南师范大学法学院国际法学硕士学位，2006年获得厦门大学法学院国际法学博士学位。2013—2014年于美国美利坚大学访学。2006年至今于厦门大学法学院任教，主要研究方向为国际投资法、WTO法、电子商务法；给法学本科、研究生分别教授国际法、条约法、国际投资法等课程。参与撰写学术专著、教材多部。曾在《法律科学》、《国际经济法学刊》、“Manchester Journal of International Economic Law”等多类刊物发表学术论文十多篇，其中有文章被人大复印资料《国际法学》全文刊载以及《中国社会科学文摘》转载。主持国家社科基金课题、教育部课题、福建省社科课题、法学院课题各一项，参与国家级与省部级各类课题多项，曾多次参加国家部委咨询会议并作专题发言。

出版说明

为了庆祝我国著名法学家和法学教育家李双元教授 90 华诞，湖南师范大学法学院组织出版了《李双元法学文丛》。本套丛书共有 15 本，其中 1 本为新书。另外的 14 本皆为已经出版过的，因出版年代跨度较大，我们以保持原书原貌为原则，仅对一些文字标点符号的明显错误做了订正；书中有一些资料和引文因年代久远，已无法一一核查的，仍保持原样。

在已经出版过的 14 本书中，有 8 本书作者未做修改的，版次不予增加，所涉的法律法规也基本保持原样；另 6 本书作者予以了一定的修改，版次予以增加。

武汉大学出版社

2016 年 8 月

总 序

2016年中秋，我们将迎来我国著名法学家、法学教育家李双元教授90华诞。

李先生历任武汉大学教授（已退休）、湖南师范大学终身教授、博士生导师、中国国际私法学会副会长和名誉会长，国务院学位委员会学科评议组（法学组）成员、中国博士后流动站管委会专家组成员、全国高等教育自学考试指导委员会（法学组）委员、中国国际经济贸易仲裁委员会委员和湖南省政府参事等学术与社会职务，为新中国法学教育、研究和实践作出了重要贡献。

李先生在青年时代，即积极参加反对国民党统治的学生运动和湖南新宁县的武装起义。但是在1957年却因言获罪，被划为右派分子，在大学从教的权利被完全剥夺。然而他对马克思主义法学理论的探求，却矢志不衰。1979年武汉大学恢复法律系，他即从华中农学院马列室迅速调回武汉大学，协助韩德培、姚梅镇先生等参加法学院的恢复与发展工作，并在国内最早组建的国际法研究所任副所长。由韩德培教授任主编的第一部《国际私法》国家统编教材，也是在他的积极参与下，迅速完成并出版。在两位老先生的直接领导下，中国国际私法学会和中国国际经济法学会成立大会与它们的第一次研讨会也在武汉大学同时召开。

1993年，李先生出任湖南师范大学终身教授，负责组建湖南师范大学法律系、法学院以及国际法研究所、环境法研究所。现在，我院已经拥有法学一级学科博士和硕士学位授权点、法学博士后科研流动站和法律硕士专业学位授权点以及教育部首批卓越法律人才教育培养基地和国家级大学生校外实践教育基地，法学学科在第三轮全国学科评估中名列第21位。李先生学术视野开阔，在法理学方面也有他个人的理论贡献，其中，他先后提出“国际社会本位理念”、“法律的趋同化走势”和“国际民商新秩序的构建”等理论观点，均在法学界受到重视。

为庆祝李双元教授九十华诞，在武汉大学和湖南师范大学的大力支持下，

我们特别选取了李先生的十五本著作，集结为《李双元法学文丛》，隆重推出，以弘扬李先生的治学精神和学术思想，并恭祝李先生永葆学术青春。为保持原书的风格，其中《比较民法学》、《国际民商新秩序的理论建构》、《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》、《中国与国际私法统一化进程》、《21世纪法学大视野——国际经济一体化进程中的国内法与国际规则》、《现代国籍法》、《国际民事诉讼程序导论》和《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》未作修改。

鉴于李先生长期在武汉大学执教，加之这套丛书中有六种原来就是由武汉大学出版社出版，因此，我们仍然选择由对法学界出版事业长期提供大力支持的武汉大学出版社出版这套丛书。在此，特别感谢武汉大学出版社和武汉大学法学院的鼎力支持！

湖南师范大学法学院

2016年6月18日

序（第二版）

早在 2004 年《中华人民共和国电子签名法》通过之前，电子商务在国内还是新生事物，相关立法几近空白。在这种背景下，我们撰写了《电子商务法》这本书。从 2004 年第一次出版至今已有 12 年。而在这 12 年中，电子商务的发展势头迅猛。国人对电子商务的认识也从陌生到熟悉。例如，在 1999 年某网站组织的“72 小时网络生存测试”活动中，在可通过网络寻找朋友帮助的情况下，仍有选手因无法通过网络购买到食物而退出。现在，与网购绝缘的年轻人则很可能被视为“异类”。与此相适应，针对各行业的电子商务立法大量出现，修订频繁并日趋完善。

无疑，电子商务已成为我们日常生活的一部分。为顺应这一时势，反映中国的电子商务法律规则的新发展，我们对原书进行了修订，对内容作了较大调整，主要体现在以下几个方面：

首先，删减以前属于新事物但现在已近乎常识的内容。在 2004 年，大家对电子商务的基本内容并不熟悉，因此，原书用了较多篇幅介绍电子签名、电子认证的背景知识，详细介绍缔结电子合同、网上付款、网上交易证券等行为的具體流程。现在，网上交易已经常态化。号称“剁手党”的购物达人们几乎每天都会缔结电子合同、进行网上支付，经常使用电子签名与电子认证，网上交易股票也已成常态。换言之，这些背景知识与具体流程已演变为大多数人掌握的日常技能，无须浓墨重彩，花费太多篇幅介绍。因此，对这些内容进行大幅精简。

其次，精简对相关电子商务法律规则之应然状态进行确认的推理过程，同时纳入了新出台的电子商务法律规则。2004 年，大量领域缺乏相应电子商务法的规制，或者是相关法律规则过于原则性或难以适用于现实中的问题。因此，原书用了较多篇幅横向比较国外相关立法，同时结合中国具体情况，提出相关法律规制建议。例如，在最后一章的“电子商务诉讼中的司法管辖”一节中，本书从美国的长臂管辖权理论开始，通过分析最低限度接触标准、交互性测量分析法来探讨“以网址为依据的管辖”之正当性，同时详细介绍与比

较运用“以服务器所在地为依据的管辖”、“保护性管辖”以及“非方便法院原则”的利弊。然后,从政府层面提出立法建议:我国应该借鉴以网址的互动性为主同时采多元因素确定管辖依据。现在,2014年最高人民法院的司法解释已明确,消费者住所地或收货地法院可对相关争议行使管辖权。这实际上相当于以网址的互动性为管辖依据,与此前本书经大量分析推理得出的结论是相同的。由于司法解释已有了直接规定,故此处修订就直接援引该司法解释,精简了大量横向比较国外立法的内容。当然,保留了从企业与消费者层面提出相应行为建议的内容。又如,在本书出版之后,2005年的《电子认证服务管理办法》才生效,相关章节的论述也因出版时“无法可依”而主要依赖于横向比较国外相关立法与分析已有研究成果得出结论。故此次修改对此也作了精简,直接纳入该《电子认证服务管理办法》及其先后于2009年与2015年修订的内容。

再次,在这12年间,我国绝大多数电子商务法律规则都历经修改,甚至部分法规已废止,故此次修订对原书中所有援引的国内立法条款逐一查证并进行相应更新。例如,原书详细介绍的2002年《广东省电子交易条例》已于2010年被废止,故此次修订把全书中所有援引该法的条款删除。再如,2001年的《网上银行业务管理暂行办法》已被2006年的《电子银行业务管理办法》取代,2004年的《电子签名法》也已于2015年修订,故此次修订将相应内容全部更新。

最后,为呼应上述精简与更新,此次修订在章节结构安排上也进行了调整,以使逻辑思路更为严密,前后衔接更为紧凑。对原书的错漏之处也作了修正。

总体而言,此次修订继续坚持深入浅出、理论与实践并重等写作方法。然而,由于能力所限,如有错漏,劳烦广大学友不吝指正。

作者

2016年6月

序（第一版）

没有切实有效法律规制的电子商务就如同中国的“战国时代”，无序混战的结果必然是诚实经营的商人和消费者的权益得不到保障，也就无从树立人们对电子商务的信心，得不到人们信任的电子商务终将是无源之水、无本之木。所以，尽快根据我国的经济特点制定适当的电子商务法律是摆在我国面前的非常迫切的课题。通过法律的方式对电子商务加以引导和规制，已经成为全世界的发展趋势。许多国家（地区）不但早已立法，甚至已经正在针对电子商务法律适用过程当中所出现的新问题加以修订和完善（如新加坡和我国香港地区）。在我国，虽然 2004 年 8 月 28 日第十届全国人大常委会第十一次会议通过了《电子签名法》，其中确立了电子签名、电子认证、数据电文等法律制度，但仍然存在着许多不尽完善之处。比如，没有规定多个不同认证机构之间的交叉认证问题，没有规定对相关当事方的个人数据、商业秘密加以保护等内容，这些都需要根据该法在实践中的应用情况及时作出相应的补充和完善。另外，网上保险、电子商务中的知识产权保护、电子商务发生纠纷时对管辖法院和准据法的确定等法律问题都迫切需要立法加以切实有效的规制。

对于我国企业来说，面对互联网这么一个极具优越性的交易媒介，坐等出台专门的电子商务法来“保驾护航”显然不是第一位的选择。况且，“战国时代”虽然充满着风险，但是也有着无限的机遇。尤其是当面对电子商务中一不小心就会受到国外法院、法律管辖的特点时，掌握电子商务法的相关理论以指导实践甚至了解国外相关立法都非常重要。对于消费者来说，除非不上网，否则总会或早或迟或多或少地参加到电子商务中来。那么，在缺乏直接针对性法律保护的情况下，如何利用现有的相关法律、法规来最大限度地维护自己的权益，是一个非常现实的问题。

这些都呼唤着更多、更好的电子商务法著作的出版。然而，和研究其他法律或者电子商务的大量论著相比较，研究电子商务法的论著无疑还太少，法学界在此领域还任重道远。

本书主要有以下几个特点：

第一，深入浅出，力避晦涩。笔者试图对所述内容全面理解之后用自己语

言表达出来,而绝不仅仅是资料的堆砌。和其他法律相比,电子商务法不可避免地涉及更多的技术性问题,理解起来有一定难度。因此,笔者在本书写作当中力图贯彻深入浅出的原则。

第二,理论和实践并重。由于互联网的虚拟性和全球性,我国在进行电子商务立法时为了发挥互联网的优势,肯定要贯彻开放性原则,要在相当程度上和其他国家的有关电子商务立法相协调甚至一致。同时,作为电子商务立法的后来者,又有必要借鉴发达国家电子商务立法的经验。因此,如何在协调和借鉴的过程中贯彻安全性原则,把握好安全性和开放性之间的关系,作出有利于我国电子商务健康发展的法律选择,就成为法学界面对的一个重要课题。另外,还存在许多即使是发达国家也没有解决的电子商务法律问题,这些都迫切需要电子商务法律理论上的指导。为了回应这些需求,本书作了尝试性的探讨,并提出了建议。其中,对许多问题的讨论运用了比较的方法,介绍了国外的相关立法以及案例。同时,对于我国目前已有立法,笔者指出了一些不足。

本书还注重对实用性的讨论,力图让读者在看了本书之后,不仅知道如何参与到电子商务实践中来(如从事网上证券交易、网上购买保险),而且更重要的是知道在具体实践的过程当中应该如何维护自己的应有权益。即使由于电子商务的快速发展,读者在实践中会遇到一些本书中没有提到的问题,但是凭借对本书内容透彻的理解,也能够做到举一反三,知道如何在新情况下维护自己的权益。

第三,本书对许多问题的讨论力求在学界已有成果的基础上有所突破。比如,在讨论电子商务法的基本原则时,许多论著和文章都把一般原则当做电子商务法基本原则来加以讨论,但是,基本原则还是和一般原则有所区别的。基于互联网的开放性优点、交易对安全的内在需求、法律价值发展到一定历史阶段加强保护弱势方权益的自然取向这些认识,笔者通过对有关法条的分析,把电子商务法的基本原则归纳为开放性原则、安全性原则、保护弱势方原则。另外,对于“常设机构原则”、管辖权选择、知识产权保护等问题的讨论也都陈述了我们自己的观点。

当然,由于电子商务还处于快速发展的进程之中,本书的许多观点是否可行,还需要在实践中经受考验。如果本书能够引起读者的共鸣,能对我国电子商务立法、对我国企业和消费者在参与电子商务实践的过程中维护其应有权益起到积极作用,那么笔者将感到无限欣慰,本书的目的也算初步达到了。

作者

2004年10月

目 录

第一章 绪论	1
第一节 电子商务简述	1
一、电子商务的含义与发展	1
二、电子商务的交易类型	3
第二节 电子商务法概述	4
一、电子商务法的含义与特征	4
二、电子商务法与商法、民法、经济法等部门法的关系	5
三、电子商务法的性质	6
第三节 电子商务法的基本原则	8
一、开放性原则	9
二、安全性原则	10
三、保护弱势方原则	11
四、应该综合运用三大基本原则	12
第四节 国际社会电子商务立法及其重点领域	14
一、国际上电子商务立法概述	14
二、国际上电子商务立法的重点	18
三、我国电子商务立法现状	20
第五节 联合国贸法会的《电子商务示范法》	22
一、《电子商务示范法》的目的	22
二、《电子商务示范法》的适用范围	23
三、《电子商务示范法》的基本结构	24
四、《电子商务示范法》的“功能等同”原则	24
五、《电子商务示范法》的解释原则	26
第二章 电子签名	28
第一节 电子签名简述	28

一、电子签名的产生	28
二、电子签名的定义	29
三、电子签名的种类	32
四、电子签名技术方案的选择	36
第二节 我国《电子签名法》的法律规则	39
一、《电子签名法》简述	39
二、《电子签名法》的适用范围	40
三、《电子签名法》第3条第1款的含义	41
四、电子签名人的责任	43
五、政府机构在确定安全电子签名中的作用	44
第三节 联合国贸法会的《电子签名示范法》	45
一、《电子签名示范法》的适用范围	46
二、《电子签名示范法》的基本原则	46
三、电子签名的基本要求	47
四、电子签名的预决性	47
五、签署方、相对方及其认证方的义务	48
六、电子签名的可信赖性	49
七、外国证书和签名的承认	50
第三章 电子认证	51
第一节 电子认证概述	51
一、电子认证的产生	51
二、电子认证的程序	53
三、认证机构的功能、内外部架构	55
四、证书的生成、更新、中止和撤销	57
第二节 电子认证中各方的法律关系	59
一、认证机构和签署方之间的权利和义务	59
二、认证机构和证书信赖方之间的权利和义务	61
三、认证机构的法律责任	63
第三节 电子认证机构的设立、管理和终止	65
一、电子认证机构的设立	66
二、电子认证机构的管理	67
三、电子认证机构的暂停、终止	69

第四章 电子合同	71
第一节 电子合同概述	71
一、电子合同的概念与特征	71
二、数据电文的归属	72
第二节 电子合同的成立	74
一、电子合同的要约、要约邀请和承诺	74
二、要约和承诺的撤回	79
三、要约的撤销	80
四、要约的生效	81
五、要约和承诺的送达确认	83
六、电子合同成立的时间	86
七、电子合同成立的地点	89
第三节 特殊情况下电子合同的效力	91
一、当事方的行为能力	91
二、电子代理人法律问题	93
三、电子错误	95
四、电子格式合同法律问题	100
第四节 电子合同的履行	106
一、卖方的义务	106
二、买方的义务	108
三、第三方交易平台经营者的义务	109
第五章 电子银行	112
第一节 电子银行概述	112
一、电子银行的含义	112
二、电子银行的组织模式	113
三、电子银行的多样化终端	114
第二节 电子银行的监管	115
一、电子银行业务的准入监管	117
二、电子银行的风险管理体系与内部控制体系	119
三、电子银行的数据交换与转移管理	123
四、电子银行的业务外包管理规则	124
五、电子银行的跨境业务活动管理	124

六、对电子银行业务实施非现场监管、现场检查和安全监测	125
第三节 银行实施电子支付的法律规则	126
一、电子支付业务的申请	127
二、电子支付中银行的安全控制义务	128
三、电子支付中的差错处理规则	130
第四节 非银行支付机构实施电子支付法律规则	131
一、非银行支付机构与电子货币	131
二、非银行支付机构的申请与许可	135
三、对非银行支付机构的监督与管理	137
四、客户支付账户的开立	139
五、支付账户的分类管理制度	140
六、风险管理与客户权益保护制度	141
七、监督管理	144
第五节 调控支付机构预付卡的法律规则	146
一、对支付机构的限制与监督	146
二、对特约商户的限制与监督	149
三、预付卡的使用、充值和赎回	150
第六章 网上证券	152
第一节 网上证券概述	152
一、网上证券的发展	152
二、网上证券的优点	153
三、网上证券所带来的问题	153
四、网上委托交易账户的开立	154
第二节 网上证券相关法律法规	155
一、网上披露招股说明书	155
二、股票推介和网上推介	157
三、证券公司的技术规范监管	158
四、证券公司相关信息的适当性责任	161
五、网上委托交易的风险责任分担	164
第七章 网上保险	168
第一节 网上保险概述	168

一、网上保险与网上保险法律规范	168
二、网上保险的优点	169
三、网上保险所带来的问题	170
四、网上保险合同的成立	171
第二节 网上保险业务相关法律规则	173
一、网上保险的经营条件	174
二、网上保险经营区域的扩展	176
三、网上保险的信息披露要求	178
四、网上保险的经营规则要求	180
五、对网上保险的处罚	183
第八章 电子商务中的税收法律制度	184
第一节 电子商务税收法律体系的构建	184
一、电子交易给税收征管带来的困难	184
二、我国是否应对电子交易征税	185
三、构建电子商务税收法律体系的基本原则	186
四、“互联网+税务”行动计划	187
第二节 跨境电子商务中的税收法律规则	189
一、跨境电子商务零售进出口商品税收的监管	189
二、电子商务中的“常设机构”原则	192
第九章 电子商务中的消费者权益保护法律制度	198
第一节 网上消费者个人数据的法律保护	198
一、隐私权和个人数据	198
二、电子商务对个人数据的侵犯	200
三、我国的电子商务个人数据保护法律规定	202
四、美国《儿童在线隐私权保护规则》的借鉴	203
五、欧盟两个《指令》的借鉴	204
第二节 垃圾邮件的法律调整	211
一、垃圾邮件的含义与危害	211
二、我国对垃圾邮件的立法规制	212
第三节 电子合同履行中消费者权益的法律保护	214
一、消费者的信息知情权	214

二、消费者的退货权.....	219
第十章 电子商务中的知识产权法律问题.....	221
第一节 信息网络传播权的监管规则.....	221
一、传播的许可与权利管理电子信息.....	221
二、侵权的认定及其法院管辖权.....	222
三、信息网络传播权的合理使用制度.....	223
四、信息网络传播权的法定许可制度.....	224
五、网络服务提供者承担多种责任的划分.....	225
六、侵权行为与处罚标准.....	228
第二节 技术措施的法律保护问题.....	229
一、技术措施概述.....	230
二、美国有关技术措施保护的立法借鉴.....	230
三、我国的技术措施保护.....	232
第三节 关于域名的法律规制.....	234
一、域名与商标之间的冲突.....	234
二、域名争端中独特的“专家组争议解决制度”.....	236
三、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》的判案标准.....	238
四、“专家组争议解决制度”的裁决标准.....	239
五、美国《反网络侵占消费者保护法》(ACPA).....	241
第十一章 WTO 与电子商务.....	243
第一节 WTO 对电子商务的考虑.....	243
一、WTO 研究电子商务的进程.....	243
二、WTO《电子商务工作计划》的内容.....	245
第二节 WTO 框架下对数字化产品的定性.....	247
一、问题的引出.....	247
二、分别界定为货物与服务的两种观点与理由.....	248
三、评析与建议.....	250
第三节 《信息技术协议》与《基础电信协议》.....	253
一、《信息技术协议》(ITA).....	253
二、《基础电信协议》(ABTS).....	254