

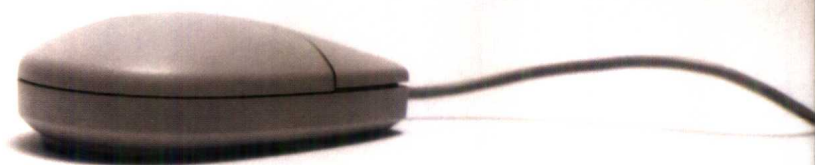
G

GUIDANCE TO
E-COMMERCE LAW

电子
商务

高富平/主编

法律指南



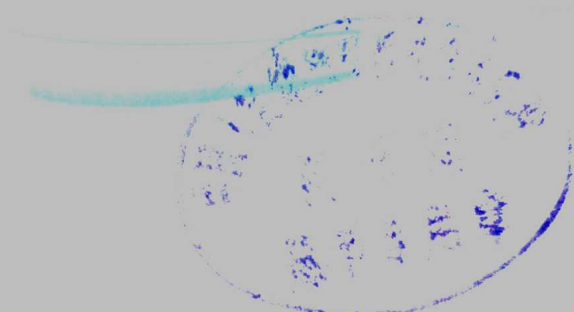
法律出版社
LAW PRESS

G

GUIDE TO
E-COMMERCE LAW

电子商务法律指南

高富平 主编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

电子商务法律指南/高富平主编. —北京:法律出版社, 2002. 12

ISBN 7-5036-4065-0

I. 电… II. 高… III. 电子商务—法规—研究
IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 098322 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

开本/A5

印张/25.5 字数/676 千

版本/2003 年 3 月第 1 版

印次/2003 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

法律应用出版中心/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/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939640 63939641

传真/010-63939650

中国法律图书公司/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

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4065-0/D·3783

定价:49.00 元

序 言

人类社会已经进入信息网络时代。信息数字化、网络化给人类社会带来新的发展机遇,电子商务、电子政务、虚拟社区等正在改变整个社会运行模式和行为方式,但与此同时,也给法律体制带来了挑战。自20世纪90年代以来,国际社会和世界各国一直在积极寻求传统法律体制与信息网络时代对接的途径,寻求解决信息网络环境出现的特殊问题的策略、方法。在这种背景下,本人开始学习和研究国际社会和各国立法对策,关注我国电子商务实践中的问题并进行实际调研和理论探讨。在研究过程中,撰写了一些论文,并撰写了两本电子商务法教材,形成了自己对电子商务法体系的理解和认识。

在这些研究的基础上,我萌发了出版一本“通俗读物”的想法,以清晰勾勒电子商务对整个法律挑战,系统概述已经形成的法律规则,展示面临的未决问题。这一想法得到了我的同事和学生的支持,并在2001年8月份与法律出版社达成出版意向。虽然当初希望本书主基调是通俗、实用,但是,在写作的过程中,我们发现还不能做到完全通俗,因为电子商务法仍然处在一个探索阶段,尤其是对我国尚未有实质性的电子商务立法情形下,不可能不涉及理论探讨。因此,现摆在读者面前的书,仍然具有一定的理论色彩,甚至可以说学术性较强的一本书。

本书学术性主要体现在,我们始终贯彻传统民商法基本原理和网络法特殊问题相结合原则,援用和参照联合国电子商务示范法和其他国家立法,不仅总结已有的成熟规则,而且提出尚待解决的问

2 电子商务法律指南

题,并努力对这些问题作出作者的理解和分析。这样,本书不仅在整体结构上体现了作者对电子商务的理论理解,而且许多章节也是作者的理论探讨的结果。因此,本书是一本面向有一定法律基础并希望了解电子商务法基本问题和规则的著作。

但是,本书强调实用的方针不变。这里的“实用”也绝非简单地回答“how to”问题,而是注重体系和内容的完整、正确,强调语言的简练、清晰、易懂;这里强调的不是单纯的理论分析、规范的旁征博引,而对实际问题的解决,为进一步从事电子商务法理论研究的人提供基础和方向,为从事电子商务、在线交易业内人士预防法律风险、避免法律纠纷提供指导,为人们解决电子法律纠纷提供指南。

基于以上思路,本书涉及较广的范围,不仅涉及数据电文法律问题、在线交易法律调整、电子纠纷解决等电子商务核心问题,而且也涉及网络知识产权、网络和信息安全、电子文档管理等问题。本书也可以说是对信息网络给法律带来的挑战和主要应对措施的较为集中和系统的论述。

高富平

2002年8月1日

目 录

第一编 电子商务和电子商务法基础

第 1 章 电子商务	(1)
§ 1 什么是电子商务	(1)
§ 2 电子商务的主体:谁可以从事电子商务.....	(7)
§ 3 从事电子商务的途径或方式	(13)
§ 4 电子商务的交易模式或类型	(14)
§ 5 电子商务范围和内容	(21)
第 2 章 网站设立与运营:法律指南	(26)
§ 1 有关网站的基本知识	(26)
§ 2 接入网络和域名申请	(31)
§ 3 网站设立:条件和程序.....	(36)
§ 4 网站设计合同	(41)
§ 5 网站维护合同	(44)
§ 6 网站隐私政策	(45)
§ 7 网站安全管理	(51)
第 3 章 网络服务提供商及网络服务法律指南	(54)
§ 1 网络服务提供商	(54)
§ 2 网站经营者作为公共信息服务提供者的 义务和责任	(59)

§ 3 网络服务合同关系:网站与用户之间的 权利和义务	(62)
§ 4 网络服务提供商在网络信息侵权或违法中的责任: 一般原则	(76)
§ 5 网络中介服务商的侵权责任	(82)
第 4 章 在线交易主体及其规制	(92)
§ 1 在线交易主体及其规范的基本原则	(92)
§ 2 在线企业登记管制问题	(96)
§ 3 在线商店设立的法律指引	(111)
§ 4 在线交易主体判定的实例分析	(119)

第二编 数据电文法律制度

第 5 章 数据电文与电子证据	(129)
§ 1 电子化、数字化对法律的冲击	(129)
§ 2 传统证据规则	(134)
§ 3 电子形式的证据	(142)
§ 4 联合国示范法:数据电文功能等同解决方案	(152)
§ 5 数据电文作为证据:一些国家的立法探索	(165)
第 6 章 电子记录(文档)管理指南	(176)
§ 1 电子记录或文档管理概述	(176)
§ 2 电子记录管理系统	(181)
§ 3 电子记录管理的基本要求	(186)
§ 4 电子邮件记录管理	(194)
第 7 章 电子签字与认证	(200)
§ 1 电子签字概况	(200)
§ 2 数字签字基本原理	(203)
§ 3 数字签字法律制度的基本内容	(206)
§ 4 电子认证基础知识	(212)

§ 5 电子认证的法律关系	(219)
§ 6 电子认证的其他问题	(230)

第三编 电 子 合 同

第 8 章 电子合同与传统合同	(235)
§ 1 合同与电子合同	(235)
§ 2 电子合同与书面合同	(239)
§ 3 电子合同适用的法律体系和电子合同适用范围	(243)
第 9 章 电子合同的订立	(248)
§ 1 电子合同的当事人	(248)
§ 2 电子合同订立的过程	(251)
§ 3 电子合同成立的特殊形式	(261)
第 10 章 电子合同的特殊问题	(267)
§ 1 点击合同	(267)
§ 2 电子错误	(276)
§ 3 数据电文的格式	(278)
第 11 章 信息产品合同	(279)
§ 1 信息产品交易中当事人的权利义务	(279)
§ 2 信息产品合同的履行	(284)

第四编 电 子 支 付

第 12 章 电子支付	(292)
§ 1 什么是电子支付	(292)
§ 2 各方当事人在电子支付中的权利和义务	(304)
§ 3 电子支付的损失承担	(310)
§ 4 我国电子支付系统中目前存在的法律问题	(315)

第五编 电子商务的法律规制

第 13 章 在线交易的法律规制体系	(321)
§ 1 在线交易的法律规制概述	(321)
§ 2 在线交易主体规范	(327)
§ 3 特殊行业电子商务管制尝试:部门规章介绍	(332)
第 14 章 电子商务中的消费者权益保护	(342)
§ 1 网络环境下消费者权益保护的基本框架	(342)
§ 2 现行消费者权益保护法对在线交易消费者的保护 ..	(352)
§ 3 在线消费者特殊保护规则	(357)
§ 4 数字商品交易之消费者保护的特别问题	(364)
§ 5 网上格式条款的法律规制	(366)
第 15 章 在线交易消费者隐私保护	(375)
§ 1 网络环境下的隐私权保护	(375)
§ 2 个人信息隐私权保护概述	(379)
§ 3 个人信息的收集和利用	(386)
§ 4 特殊个人信息收集和利用规范	(396)
第 16 章 网络广告行为规范	(404)
§ 1 网络广告及其类型	(404)
§ 2 网络广告法律规范体系和管制问题	(408)
§ 3 网络虚假广告及其广告发布者的责任	(414)
§ 4 网络广告与不正当竞争	(418)
第 17 章 在线拍卖与竞价买卖法律规范	(424)
§ 1 在线拍卖与在线竞价买卖	(424)
§ 2 在线拍卖的法律规制问题	(429)
§ 3 在线竞价买卖的法律调整	(435)
§ 4 在线交易中自治规范范例:易趣网站的 自律规范	(444)

第 18 章 在线证券交易的法律规范	(453)
§ 1 在线证券交易	(453)
§ 2 在线证券交易的主要法律问题	(455)
§ 3 我国在线证券交易管制的基本内容	(462)
§ 4 在线证券交易的一些特殊问题	(472)
第 19 章 在线不正当竞争行为的法律规范	(480)
§ 1 网络环境下的不正当竞争行为概述	(480)
§ 2 传统不正当竞争行为在网络环境下的新表现	(484)
§ 3 域名和网站名称不正当行为	(489)
§ 4 网页抄袭和数据库资料引用引起的 不正当竞争行为	(497)

第六编 网络环境中的知识产权

第 20 章 网络著作权概述	(512)
§ 1 著作权和网络著作权基础	(512)
§ 2 网络著作权的客体	(522)
第 21 章 网络著作权权利	(534)
§ 1 网络著作权:精神权利	(534)
§ 2 网络著作权:财产权	(538)
§ 3 网络著作权:自我保护性权利	(544)
§ 4 著作权的行使:许可和转让	(554)
第 22 章 网络著作权的侵权和救济	(563)
§ 1 网络著作权侵权概述	(563)
§ 2 网络著作权侵权特殊问题	(568)
第 23 章 域名及其性质概论	(581)
§ 1 域名的技术特征	(581)
§ 2 域名的法律性质	(584)
§ 3 域名的特征及其与商标发生纠纷的主要原因	(588)

§ 4 域名权利的法律保护	(591)
第 24 章 域名与商标:冲突及其法律调整	(593)
§ 1 域名和商标冲突:商标法解决途径	(593)
§ 2 域名和商标冲突:反不正当竞争法保护	(607)
§ 3 反不正当竞争法的新发展——反域名抢注法	(614)
§ 4 不构成侵权的域名使用	(623)
§ 5 商标权人对域名的反向抢夺	(629)
第 25 章 域名争议的自律解决机制	(636)
§ 1 NSI 的域名争议解决政策	(636)
§ 2 ICANN 的域名争议解决政策	(637)
§ 3 中国 CNNIC 的域名争议解决政策	(641)
§ 4 域名争议自律解决机制的评价	(643)
第 26 章 中国法律对域名与商标争议的解决	(644)
§ 1 我国域名争议诉讼现状及现行的相关法律	(644)
§ 2 典型案例分析	(648)
第 27 章 互联网上的专利权	(655)
§ 1 专利概论	(655)
§ 2 互联网上的商业方法专利基本问题	(657)

第七编 网络与信息安全

第 28 章 计算机网络和信息安全:标准与规范问题	(666)
§ 1 计算机信息系统与安全保护	(666)
§ 2 网络与信息安全标准化	(676)
§ 3 信息安全保护的法律法规	(683)
§ 4 计算机病毒的法律防范	(687)
第 29 章 网络犯罪	(699)
§ 1 什么是网络犯罪	(699)
§ 2 世界主要国家、地区关于网络犯罪的规定	(705)

§ 3 我国关于网络犯罪的规定	(709)
§ 4 网络犯罪对传统刑事法理念的冲击	(717)

第八编 网络纠纷的法律救济

第 30 章 电子商务纠纷的管辖问题	(722)
§ 1 网络纠纷管辖权概述	(722)
§ 2 网络纠纷管辖权遇到的法律障碍	(726)
§ 3 解决网络纠纷管辖权问题的立法和司法实践	(729)
§ 4 管辖权法律风险的防范	(739)
第 31 章 电子商务纠纷的法律适用	(742)
§ 1 电子商务纠纷对冲突法的影响	(742)
§ 2 合同纠纷的法律适用	(744)
§ 3 侵权纠纷的法律适用	(746)
§ 4 在线调解和在线仲裁的法律适用	(750)
第 32 章 电子商务争议解决替代方式:	
在线争议解决方式	(754)
§ 1 替代性解决方式	(754)
§ 2 在线争议解决方式的主要形式	(757)
§ 3 在线仲裁	(761)
第 33 章 电子商务诉讼中电子证据的运用	(768)
§ 1 电子证据公证	(768)
§ 2 电子证据获取:可资利用的公力手段	(774)
§ 3 获取电子证据的方法	(778)
§ 4 电子证据的认证和质证	(785)
§ 5 电子证据在司法实践中的运用:以电子 邮件为例	(792)
后记	(801)

第一编 电子商务和电子商务法基础

第1章 电子商务

§1 什么是电子商务

计算机和网络技术的发明和应用,不仅带来信息数字化、信息网络化,而且使互联网运用至商业领域,带来了商业运行模式的变革,这便是电子商务(E-Commerce 或 E-Business)的出现。电子商务是一广泛运用的词语,但什么是电子商务,它的范围如何,在国内外、商界和法学家还没有一个一致的看法。

1.1 联合国《示范法》定义

联合国贸易法委员会《电子商务示范法》(下称《示范法》)第1条规定:“本法适用于在商业活动方面使用的、以一项数据电文为形式的任何种类的信息。”该条不是对电子商务的准确定义,而只是对该法适用范围的定义。不过,我们从该规定中可以推出该法对电子商务的基本看法:凡是运用数据电文的商业或商务活动,均视为电子商务。

示范法对数据电文的解释是:“数据电文系指由电子手段、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。”其核心意思是商务活动的信息是运用电子手段表达、传递的。

因此,联合国示范法对电子商务的理解也可以表达为:电子商务就是“商务活动电子化”,或者说是“电子技术+商务活动”。这里有一个如何界定商务和电子手段问题。

2 电子商务法律指南

1.2 电子商务之手段

联合国《示范法》对电子手段的理解是广义的,它不仅包括利用计算机和网络技术的电子数据交换(EDI)、电子邮件,而且包括了电报、电传或传真。凡是运用这些手段传递和表达商业信息,就被称为电子商务。显然,这样的电子商务很广泛,使人难以把握其范围。于是,就有了狭义的电子商务概念。

狭义的电子商务是“将传统的交易行为转移到计算机网络上的商务活动”。换句话说,电子商务是一种整合了商业运作中的信息流(信息的传递)、资金流(金钱的流动)和物流(商品实体的转移),并以电子传递形式或部分电子形式通过计算机网络来完成的商品交易新模式。

这里的网络包括不同形式的计算机网络,包括企业内部网(Intranet)、广域网(WAN)和因特网(Internet)。因特网也称国际互联网,不过在大多数情形下,人们习惯上称各种形态的网络为互联网。

将电子通信手段限定在互联网或网络技术上,突出网络这种电子通信手段区别于传统的电子传媒,它使用可编程序电文——电脑程序制作的电文,形成与传统电子通信根本差别;而且网络具有互动、协同处理等传统传媒所没有的特征。实质上,网络形成了一个所谓的虚拟社会,它已经不仅是简单的传媒,而且营造了一个虚拟空间或虚拟社会,成为商务运用的新平台、新环境、新手段。

在这一意义上,电子商务也可以称为因特网商务或互联网商务。或者说,以因特网为基础的商务代表了电子商务,其形成或适用的规则可以代表整个电子商务的规则,对以因特网为手段的电子商务法的研究基本上代表了对整个电子商务法的研究。

因此,通常意义上的电子商务即指利用互联网开展的电子商务。

1.3 电子商务的商务范围

对于商务也存在广狭两义。

《示范法》对“电子商业(商务)”^①中的“商业”一词作了广义解释:“使其包括不论是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。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。”这也就是说,所有这些商业活动运用了“数据电文”就是电子商务。

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包括各种典型的商务活动和与商务有关的活动。也就是说,商务范围几乎涵盖了所有经营性和非经营性活动、契约性活动和非契约性活动,包括所有生产、销售、服务和从事这些活动所涉及的活动。因此,广义的电子商务包括企业内部管理活动或业务流程。企业利用网络将企业内部管理流程集成为一个整体商业过程称为企业内部电子商务。

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;

^① 在汉语习惯上,商业主要指贸易活动,而商务除了贸易外,还包括所有有偿服务等营利性事业。《电子商务示范法》最初的中文官方译本为“电子商业”,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。

▲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。

之所以将企业内部的活动也纳入电子商务,主要是因为电子手段改变了整个商务运营环境和手段,使人们不得不面对无纸化环境的挑战,由此,在传统情形下,只是辅助性或非商业性的活动,也被纳入到电子商务范畴。因此,有关电子商务法律规则设计是以数据电文或数据电讯为基础设计的,而不管使用这种数据电文用于内部商务活动,还是对外的交易活动。

尽管有以上广义的电子商务定义,但是,电子商务法的核心仍然是交易活动,非交易性的“商务”活动除了遵循数据电子文件规则外,一般不涉及当事人权利义务关系,而以权利义务为核心内容的电子商务法当然将重心放在交易或契约活动领域。

交易意味着商品买卖或服务提供,意味着订立合同或契约,而不是单纯的信息传递。如果将商务圈定在交易范畴内,那么电子商务仅指不同主体之间通过互联网完成的交易活动。可以称之为狭义的电子商务。

狭义上的电子商务也可以称为在线交易(on-line transaction)。

在线交易,从内容上讲主要包括:

- ▲在线货物买卖,如各类在线商店、传统企业网上直销;
- ▲在线计算机信息交易,如软件、视听等数字作品在线交易;
- ▲在线网络技术服务,ICP、ISP、ASP等网络服务提供商;
- ▲在线信息服务,广告和商业信息的服务、在线阅读、在线娱乐等;
- ▲在线交易服务或辅助商,如认证服务、支付网络服务、物流配送企业等。

在线交易具有三个根本特征:

- 一是利用计算机网络技术或互联网;
- 二是从事交易活动或服务活动;

三是以电子合同为基础。

1.4 电子商务的特点

电子商务首先或仍然是一种商务活动,它只是利用了信息技术(或称计算机网络技术)的商务。电子商务是“信息技术”和“商务”两个子集的交集,如图 1—1 所示。

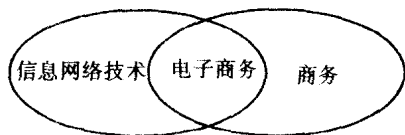


图 1—1

作为商务它仍然不能脱离传统商务的特点,而因利用了信息技术使得它具有传统商务不同的特点。电子商务有以下特点:

第一,电子商务采用最先进的信息技术——网络通信技术作为手段。由于网络可以将商业活动所需要的信息再现出来并且通过网络可以完成意思表示的传递、合意的达成、支付等(除物流即货物交付以外的)商业活动,因此,经济学界认为电子商务构成了一个异于现实社会的虚拟商业环境,称为虚拟市场或虚拟商业。虚拟只是一种比喻,它只是描述不同于现实物理世界的网上世界,它仍然是一种真实存在,法律上不承认任何虚拟的东西。不过,为了便于分析,本书也沿用这一概念。

第二,电子商务能够跨越时空和地域的局限性,它真正实现了贸易的全球化。国际网络的出现完全打破了地区的限制,在网络这个虚拟世界里,没有地理位置概念,坐落于任何一个角落的人,借助电脑均可登陆位于任何“地方”的网站,同该网站或在网站上设立专卖店的任何企业进行贸易活动。真正实现了“天涯若比邻”。

第三,电子商务是信息化和无纸化交易。电子商务与传统商务的另一大区别是电子商务将传统记载交易者意思和交易内容的纸扔