

网络法丛书

主编 孟勤国 屈茂辉

法律学术前沿
网络生存空间

电子合同法

杜颖 著

湖南大学出版社

 网络法丛书

主编 孟勤国 屈茂辉

法律学术前沿
网络生存空间

电子合同法

杜颖 著

湖南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

电子合同法/杜颖著. —长沙: 湖南大学出版社,
2002

(网络法律丛书/孟勤国, 屈茂辉主编)

ISBN 7-81053-448-3

I. 电... II. 杜... III. 电子商务—合同法—
研究 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 000819 号

电子合同法

Dianzi Hetong Fa

杜颖 著

☐ 责任编辑	谯鹏飞
☐ 出版发行	湖南大学出版社
	社址 长沙市岳麓山 邮码 410082
	电话 0731-8821691 0731-8821593
☐ 经 销	湖南省新华书店
☐ 印 装	国防科技大学印刷厂

☐ 开本	880×1230 32 开	☐ 印张	8.75	☐ 字数	190 千
☐ 版次	2002 年 2 月第 1 版	☐	2002 年 2 月第 1 次印刷		
☐ 书号	ISBN 7-81053-448-3/D·40				
☐ 定价	14.00 元				

(湖南大学版图书凡有印装差错, 请向承印厂调换)



序 言

罗玉中

电子技术的发展带来了经济和社会领域的一系列变革,电子技术应用于商业,产生了电子商务。电子商务带来的法律问题已经超越了传统法律的原有规定性,而相应的法律规范必须在原有制度框架内进行调整。电子商务以电子交易为核心展开,电子交易的主要形式是电子合同,因此,电子商务带来的法律问题主要围绕着电子合同展开。对与电子合同相关的问题,如电子支付、电子签名、电子认证等问题的研究成为时下研究的热点,而且这种研究因为经济和技术的发展体现出了以往所不曾出现过的必要性和迫切性。研究角度又出现了多元化,有从基础理论角度进行的研究,有从经济的视角进行的研究,有从法律角度进行的研究等等。而法律方面的研究又有从立法方面进行的研究和司法实践方面进行的研究等等。

本书作者对电子商务相关立法的发展给予了关注,通过考察英、美、德、日等国家和地区最近立法以及我国立法和司法界作出的积极反应,对电子合同的订立、履行、电子认证、电子签名以及网络环境下的消费者保护方面出现的有关问题进行了思考,提出

了各相关领域法律所应作出的应对之策。本书作者对电子合同中的法律新问题所作的系统性探讨,在我国于该领域立法和司法的步伐相对滞后的局面下,其意义是不言自明的。相信该书的出版定会对我国目前的司法和立法有所启示,为今后该领域的法律研究发展提供线索。是故为之序。

2001年10月于北京大学



总 序

科学技术是第一生产力，是人类社会不断发展和进步的源泉。20世纪是科学技术突飞猛进的一个世纪。从20世纪初马可尼发明无线电话到20世纪末万维网诞生和克隆技术的成功，人类只用了不到100年的时间。这些科技成果不但极大地推动了人类生产和生活的进步，而且极大地改变了人类的生存方式和思维模式。

20世纪末，恐怕没有什么比国际互联网更为深刻地改变人们生产和生活的了。通过国际互联网，人们不但可以与远在天边的不同国籍、不同肤色、不同年龄、不同性别的人自由对话和交流，倾诉最隐秘的事情，而且可以了解和掌握整个世界的最新发展动态，信手获取自己所需要的各种各样的信息，极大地节省了收集信息所需要的成本。对于企业来说，则可以利用电子计算机和网络技术实现市场交换和行政管理的全过程，并由此形成了一种前所未有的商务模式——电子商务。近几年来，电子商务以惊人的速度在发展。据统计，1998年底世界上通过国际互联网实现的交易活动收入为430亿美元，1999年增至600多亿美元，到2000年，则已经增加到

1320亿美元,预计到2003年,全球电子商务交易额将突破1.5万亿美元。经济学家们预计,电子商务作为一种迅速、快捷、节省交易成本的全新商业运作模式,在21世纪的全球经济活动大舞台中,将扮演核心角色,一些发达国家和地区也因此将电子商务作为了推行经济全球化和主导世界经济的重要战略。可以预计,电子商务也将成为我国新的经济增长点。

然而,正如人们常说的,科学技术总是一把双刃剑。科学技术在给人类带来巨大便利和福音的同时,也一再使人们陷入伦理道德的困境和利益冲突的纠纷当中。科学技术既可以以为那些遵纪守法的人使用,从而给社会创造巨大财富,也可能被那些利欲熏心、投机取巧的人以及那些以破坏为乐的人所利用,从而给他人和整个社会造成无法估量的损失,由此引发了已经让不同领域的专家为之绞尽脑汁的所谓网络问题。网络问题不是一个单一的问题,而是各种问题的综合体,它几乎涉及到经济、法律和文化的方方面面。就法律领域的网络问题而言,就涵盖了民法、刑法、经济法、诉讼法、国际法等主要法律部门。就私法领域来说,主要表现为网络数字化技术带来的知识产权究竟应该如何保护的问题,电子合同不同于传统合同的各种问题,网络中的信息安全以及各种侵权与赔偿问题等。

科技和法律是现代文明缺一不可的双翼,科学技术带来的问题一方面应该通过科学技术本身加以解决,另一方面则应该通过法律手段加以解决。创造一个良好的法制环境是保证国际互联网健康和正常发展的前提和保障。世界各国和地区以及国际组织已经越来越重视网络法制的建设。在电子商务领域,1997年7月,美国公布了《全球电子商务框架》;1998

年10月英国政府发表了《电子商务——英国的税收政策》；1997年4月欧盟出台了《欧洲电子商务动议》；1996年12月，联合国国际贸易法委员会制定了《电子商务示范法》；1998年5月世贸组织132个成员国签署了《关于电子商务的宣言》。知识产权领域中，世界各国和地区以及国际组织制定和通过的国内法与国际公约则更多。在网络信息安全与保障方面，世界各国也大都制定了相应的法律。

当然，网络法制建设是一项非常复杂而艰巨的全新的系统工程，它包括立法、司法等多个环节的有机配合，涉及到公法和私法中各种法律问题。正因为如此，本套丛书只是选取了网络法律中的几个重要问题加以探讨，以推动我国网络法制的建设。应当说，本套丛书在这方面作出了有益的探索。

本套丛书的作者，均是北京大学、中国人民大学、武汉大学年轻的博士或正攻读民商法的博士研究生，具有扎实的理论功底和专业知识。他们发挥自己的特长，借鉴已有的研究成果，立足于网络空间虚拟的特点，并且结合中国的现实，对电子商务、知识产权、网络安全、侵权行为等方面的问题，作出了较为深入和系统的探讨。

网络法制问题是一个复合性的全新领域，它们大多属于理论和实务的前沿问题，整个世界上也多处在摸索阶段，因此没有成熟的立法和理论经验可供借鉴，所以缺点和错误在所难免，许多问题都有待于进一步研讨。但瑕不掩瑜，本套丛书的出版无疑将对我国的网络私法法制产生十分有益的影响。

孟勤国 庄茂辉

2001年9月于北京

目次

绪论	技术理性、自由与社会发展	1
第一章	电子技术、电子商务与电子合同法	42
一、	电子技术与电子商务的发展历史	44
二、	电子商务法的立法发展	76
第二章	电子合同的主体	94
一、	电子合同的当事人	95
二、	网络交易中心	97
第三章	电子合同的订立	115
一、	要约的识别和生效时间	115
二、	承诺的识别和生效时间	129
三、	电子合同的成立与生效时间	139
四、	电子合同的书面形式问题	146
第四章	电子签名	163
一、	电子签名的概念及主要国家立法状况	168
二、	电子签名的程序	180
三、	电子签名的效力	182

第五章	电子认证	191
第六章	电子合同的履行	205
一、	电子合同双方的权利和义务	207
二、	电子合同下商品的配送问题(卖方交付货物)	214
三、	电子合同的支付与决算(买方支付价款)	218
第七章	网上商业交易中对消费者的保护	247
一、	对于《分期付款贩卖法》的借鉴	251
二、	对于《上门销售法》的借鉴	254
三、	对于其他规制的借鉴	255
四、	欧盟关于消费者保护的指令	260
五、	我国对于电子合同中的消费者的保护	264



绪 论

技术理性、自由与社会发展

——兼论产业技术政策中的法律理论

“对知识分子来说，合理的事物是这种制度的最佳功能，是这一制度延缓了灾害的发生，而不过问该制度在其总体中实际上是否是非理性中的最佳状态。……知识社会学为无家可归的知识分子安排了说教的场所，在那里，知识分子能够学到忘却自己的本领。”^①

——特奥多尔·W.阿多诺 (Adorno, Theoder Wiesengrund)

一、问题提出

工业革命以来，科学主义带着人们美好的幻想一直主宰着这个世界。“泰坦尼克号”的沉没其实并没有让多少人清醒过来，科学家的乐观主义也并未因为人文学家们的悲天悯人而有所消减；相反，技术进步与日益增长的财富迷惑了人们的双眼，并衍生为各个学科中的理性主义倾向。在此影响之下，正统经济学家们将“经济增长”变成了“不可动摇，

^① [德]特奥多尔·W.阿多诺：《知识社会学及其意义》，载上海社会科学院哲学研究所外国哲学研究室编：《法兰克福学派论著选辑》（上卷），商务印书馆1998年版，第237页。

不可否定的信念”^①；而近代以来的概念法学实质上就是这种科学主义在法学领域里的移植。在这些表象背后尤为深刻的是，“技术理性”或“工具理性”像一个挥之不去的梦魇，正在成为一种“意识形态”统治着我们，我们甚至还浑然不觉。这就是法兰克福学派^②为我们描绘出的工业社会的一幅可怕的景象。而今天，这种景象在现实生活中直接表现为各种社会问题：“生态的破坏、战争的威胁、社会秩序的急剧转变、人们思想和意识上的不安，都在显示知识增长并非一个可以无限膨胀的气球。”^③于是，耳边再次地响起了梅多斯等人早就警告过我们的话：“增长的极限”！^④但这次，似乎不单是资源的有限性问题。由于大量社会问题的出现，导致了以公共利益和公共目标为借口的各种形式的国家干预政策出台。而在这各种政策和纷繁复杂的社会关系中，惟一有可能被忽视的只是个人自由。于是，曾经被人们世代珍视的自由，如今只能在技术理性与社会发展的双重压力下艰难地残存于

① 著名经济学家加尔布雷思认为，以“经济增长”作为“目标”，必然导致为生产而生产，而不问产品的实际效用如何。要增长，就要有技术革新，有新技术、新发明。……这一切都是同“对人的关心”大相径庭的；不把人们从这些错误的信念之下“解放”出来，“经济增长”不可能是公众的幸福，而只会是祸患。参见[美]约·肯·加尔布雷思：《经济学和公共目标》，蔡受百译，商务印书馆1980年版，中译本序言。

② 法兰克福学派是20世纪20、30年代在德国兴起的一个思想学说流派，40、50年代后流入美国，以后在美、德两地都得到了发展。其影响也波及欧美学术界、思想界，十分广泛和深远。一般来说，该学派可以分为两代：第一代代表人物有霍克海默、阿多诺、马尔库塞、波洛克、弗洛姆等；第二代代表人物有哈贝马斯、施密特、涅格特、韦尔克等。也有学者将法兰克福学派划分成三代，即将韦尔克等列为第三代代表人物。其实，到了第二代以后，法兰克福学派便在理论和政治立场上分歧很大，他们没有一致的理论纲领和研究计划，政治立场上甚至针锋相对。因此，有人认为，连第二代学者是否还是法兰克福都成问题；甚至认为第二代已经是该学派的回光返照了。本文在此坚持将该学派分为两代的划分方法。作为一种批判社会理论，法兰克福学派在西方以“新马克思主义”著称，其思想渊源复杂，在受到马克思主义理论影响的同时，也广泛受到了弗洛伊德心理分析理论、海德格尔存在主义、青年黑格尔派及乌托邦理论等诸多理论和学说的影响。在法兰克福学派第一代学者中，其思想观点较多趋于一致；但到了第二代，便出现了左、右分裂，并理论纷呈的局面。

③ [美]华勒斯坦等：《学科·知识·权力》，刘健芝等编译，生活·读书·新知三联书店、牛津大学出版社1999年版，第1页。

④ 参见[美]D.梅多斯等：《增长的极限》，于树生译，商务印书馆1984年版。

人们的生活中,甚至大有被淹没的危险。

也许,现在是重新审视这些问题的时候了——特别是,我们正面临着要制定新的产业技术政策。^①

二、技术理性:一个挥之不去的梦魇

作为人本主义思潮的一支劲旅,法兰克福学派是在西方反科学主义斗争中逐步成长和发展起来的。有人将其科技哲学^②思想概括为“理性观”、“批判的科学哲学”、“科学技术社会学”和“新马克思主义”自然观这四个方面。^③而实际上,正如整个批判理论本身一样,我们很难对它有一个总的评价。^④不过,总的说来,它的科技哲学思想都是从技术理性或工具理性的角度出发来阐述的。因为批判理论在对实证主义、科学主义和资本主义进行批判的同时并对科技与理性、

① 制定新的国家产业技术政策的大背景是:朱镕基总理在第九届全国人民代表大会第二次会议上所作的政府工作报告中强调利用先进技术对农业、工业(特别是国有企业)的改造,并提出要“抓紧制定和实施适应新形势的产业技术政策”。除此之外,1997年中国共产党十五大报告、1999年8月中共中央和国务院《关于加强技术创新,发展高科技,实现产业化的决定》、1999年11月15-17日中共中央和国务院经济工作会议等,都强调了发展高科技、实现产业化的重要性。这些都为产业技术政策的编制提供了政策依据。这也就将制定新的国家产业技术政策纳入了议事日程。

② 严格地说,科技(即科学技术)所指的科学与技术,是两个不同的概念。一般的观点认为,科学即为自然科学,并侧重于理论研究;技术即为应用技术,侧重于实践方面。但从19世纪中后期以来,科学与技术的联系日益紧密,以至于人们难以将它们再次分开。因此,我们谈论现代科学技术时,往往是将科学与技术作为一个整体看待的。本文也持这种看法。不过,在这种意义上,本人反对将社会科学也作为科学的做法。如有人在谈科技对法律的影响时,将社会科学也纳入视野,这就混淆了学科分类体系,实际上是偷换了概念,回避了所要讨论的核心命题。参见苏力:《法律与科技问题的法理学重构》,《中国社会科学》1999年第5期。

③ 参见陈振明:《法兰克福学派与科学技术哲学》,中国人民大学出版社1992年版,第2页。

④ 由于法兰克福学派人员众多、时间跨度大、涉猎领域广泛和庞杂,的确很难全面把握。霍克海默曾经说过,“对整个批判理论的评价并没有一条总的准则,因为批判理论通常是以经常发生的各类事件为基础的,所以,它是建立在自我再造的总体的基础之上的”([德]霍克海默:《传统理论和批判理论》,张燕译,赵月瑟校,载上海社会科学院哲学研究所外国哲学研究室编:《法兰克福学派论著选辑》(上卷),商务印书馆1998年版,第88页)。而发展到今天,其理论更是纷繁复杂。

统治、意识形态、人的未来及自然等的关系的揭示的过程中，其理论核心和批判工具便是“技术理性”或“工具理性”。^①

在马尔库塞（Herbert Marcuse）看来，技术和统治——合理性和压迫——在现代社会已经达到了特有的融合。他说，“技术理性的概念，也许本身就是意识形态。不仅技术理性的应用，而且技术本身就是（对自然和人的）统治，就是方法的、科学的、筹划好了的和正在筹划着的统治。统治的既定目的和利益，不是‘后来追加的’和从技术之外强加上的；它们早已包含在技术设备的结构中。技术始终是一种历史和社会的设计；一个社会 and 这个社会的占统治地位的兴趣企图借助人和物而要做的事情，都要用技术加以设计。统治的这种目的是‘物质的’，因而它属于技术理性的形式本身。”^②这样，在现代社会里，科技已经不再具有中立性，已经成为一种统治工具或意识形态。他说，“面对这种社会的极权主义特点，那种技术‘中立性’的传统概念不再能维持下去。技术本身不能脱离技术所赋予的效用。这种工业技术社会是一种已经在各种技术的概念和构成中运转的统治制度。”^③

当然，不断的科技进步推动了社会的发展，并正在不断地满足人们的各种需求，消解着社会各阶层之间的矛盾。而马尔库塞则在这富裕和美好的工业社会表面发现了其作为整

① 有的著作中将它翻译为“工艺理性”或“工艺合理性”，这主要是从技术的实践意义上理解的，并没有什么实质上的差别。

② *Industrialisierung und Kapitalismus im Werke Max Weber*, 载 *Kultur und Gesellschaft II*, Frankfurt/M. 1965. 转引自[德]尤尔根·哈贝马斯：《作为“意识形态”的技术与科学》，李黎、郭官义译，学林出版社1999年版，第39~40页。这里，马尔库塞批评了马克思·韦伯的“合理性”、“合理化”的观点。

③ [德]马尔库塞：《单面人》，张伟译，载上海社会科学院哲学研究所外国哲学研究室编：《法兰克福学派论著选辑》（上卷），商务印书馆1998年版，第488~489页。这里，马尔库塞《单面人》译本选自美国波士顿1964年版。该书中文译本还可以参见另外一种，即《单向度的人》，上海译文出版社1989年版。

体的不合理性。他说：

“但这个社会作为一个整体来看，却是不合理的。社会的生产率破坏人的需要和人的才能的自由发展，社会的和平由经常的战争威胁来维持，社会的进步依赖于平息（个人的、民族的、国际的）生存斗争的各种现实可能性的压抑。这种压抑，极不同于我们的社会以往的、较不发达的阶段所具有的特点，今天不是一种自然状态的和技术上不成熟的状态起作用，而相反地是实力地位起作用。当代社会的各种能力（智力的和物质的）比以往任何时候要大得不可估量，这意味着社会对个人统治的范围比以往任何时候要大得不可估量。我们的社会，在一个极高的效率和一个不断提高的生活水平的双重基础上，以技术而不是以恐怖来克服离心的社会力量而显出特色。”^①

在本人看来，这就是马尔库塞的独到之处：他从科技给人类带来的显现的（如人的需求的增长、环境破坏、战争残酷等）和隐性的（“虚假的”意识形态、丧失自我、失去自由等）困惑与满足中发现了技术正在日益增长的巨大作用，特别是揭示了其具有的政治意义。工人和老板欣赏相同的电视节目、打字员和雇主的女儿打扮得一样妩媚、黑人开着“凯迪拉克”等并不表明各个阶级的消失，只是表明下层人们分享“用来维持现存制度的各种需要和满足所达到的那种程度”。^②他认为，虽然科技进步的成就避免了意识形态方面的

^① [德]马尔库塞：《单面人》，张伟译，载上海社会科学院哲学研究所外国哲学研究室编：《法兰克福学派论著选辑》（上卷），商务印书馆1998年版，第483-484页。

^② 参见[德]马尔库塞：《单面人》，张伟译，载上海社会科学院哲学研究所外国哲学研究室编：《法兰克福学派论著选辑》（上卷），商务印书馆1998年版，第496页。

指控并使合理性的“虚假意识”成为真实意识，但是这并不意味着“意识形态的终结”；相反，“在一定意义上说，发达的工业文化比它的前身是更加意识形态化的。”^①此时，作为意识形态的科学技术现在已不再处于政治系统和社会生活的幕后，而是居于前台，对统治人们发挥着直接的工具性和奴役性的社会功能。并且，科学技术愈发达，人们所受到的奴役和统治就愈为深重。^②

在第一代学者们的眼中，科学技术的这种意识形态化是一种科学技术的“异化”，它阻碍了人们对于事物的真实判断，将人们的行为捆绑在技术、机器之上，使人被物化，并成为科技的附属物。霍克海默（Max Horkheimer）说，“不仅形而上学，而且还有它所批判的科学本身，皆为意识形态的（东西）；科学之所以是意识形态，是因为它保留着一种阻碍人们发现社会危机真正原因的形式，……所有掩盖以对立面对应的社会真实本质的人的行为方式，皆为意识形态的（东西）。”^③而且，科技一旦被意识形态化以后，对于过去的统治方式的认知也发生了变化。资本主义社会过去所进行的资产阶级的“双重统治”，即以人对自然和对人的统治为特征的统治，现在则以科技作媒介或中介来完成。这样，从20世纪40年代

① 参见[德]马尔库塞：《单面人》，张伟译，载上海社会科学院哲学研究所外国哲学研究室编：《法兰克福学派论著选辑》（上卷），商务印书馆1998年版，第499页。

② 正如前面谈到的，马尔库塞认为，后工业社会是一个“以技术而不是以恐怖”进行统治的社会，这个社会窒息或压抑了“人的需要和人的才能的自由发展”。而且这种“社会压抑性的支配，越是合理的、生产性的、技术性的和总体性的，受支配的每个个人可用以解脱奴役和夺取自身解放的各种手段与方法，就越是不可想像的。”参见[德]马尔库塞：《单面人》，张伟译，载上海社会科学院哲学研究所外国哲学研究室（编）：《法兰克福学派论著选辑》（上卷），商务印书馆1998年版，第495页。

③ Max Horkheimer, *kritische Theorie, eine Dokumentation*, Herausgegeben Von A. Schmidt, Bd. 1, S. Fischer Verlag, 1977, S.5. 转引自[德]尤尔根·哈贝马斯：《作为“意识形态”的技术与科学》中译本序，李黎、郭官义译，学林出版社1999年版，第2~3页。又参见[德]霍克海默：《批判理论》，重庆出版社1989年版，第5页。

起,霍克海默等人便日益用人与自然的冲突来替代马克思主义的阶级斗争理论,形成了所谓的“新马克思主义”的自然观。

不过,如果以为法兰克福学派的观点都是一成不变的话,那就太教条了。实际上,有些观点在第二代学者中都进行了一些修正。哈贝马斯反对马尔库塞所说的“技术的解放力量转而成了解放的桎梏”的论点。他认为在马尔库塞的技术观中,无论是将科技作为意识形态还是将科技看成“纯粹性”生产力,都会使我们为了取得另外一种性质的技术而抛弃我们现有的技术。而且这种用“二者择一的**态度**对待自然”的方法不可能得出一种“新的**技术**观念”。哈贝马斯说:

“我们不把自然当做可以用技术来支配的对象,而是把它作为能够[同我们]相互作用的一方。我们不把自然当做开采对象,而试图把它看做[生存]伙伴。在主体通性(Inter-subjektivitaet)尚不完善的情况下,我们可以要求动物、植物,甚至石头具有主观性,并且可以同自然界**进行交往**,在交往中断的情况下,不能对它进行单纯的改造。一种独特的吸引力可以说至少包含着这样一种观念:在人们的相互交往尚未摆脱统治之前,自然界的那种仍被束缚着的主观性就不会得到解放。只有当人们能够自由地进行交往,并且每个人都能在别人身上来认识自己的时候,人类方能把自然界当做另外一个主体来认识,而不像唯心主义所想的那样,把自然界当做人类自身之外的一种他物,而是把自己作为这个主体的他物来认识。”^①

^① [德]尤尔根·哈贝马斯:《作为“意识形态”的技术与科学》,李黎、郭官义译,学林出版社1999年版,第45页。文中**黑体**及**重点符号**为作者本人所加。