

电子商务系列教材

Series Books on E-Commerce

# E-Commerce and laws

## 电子商务与 法律

覃征 岳平 田文英 编著

人民邮电出版社  
[www.pptph.com.cn](http://www.pptph.com.cn)

电子商务系列教材

# 电 子 商 务 与 法 律

章 征 岳 平 田文英 编著

人 民 邮 电 出 版 社

## 内 容 提 要

电子商务中的法律问题是电子商务中的重要问题,也是法学研究中的热点问题。本书针对电子商务活动中出现的法律问题,从现行法律适用中遇到的挑战及立法上出现的盲区出发,分为八章进行研究和探讨。书中列举了大量的电子商务案例,结合观点论述,有理有据。

本书既可作为大专院校法律和电子商务专业的学习教材,又可供从事电子商务法律研究人员参考,还可作为从事商业贸易、管理、计算机等应用人员学习研究电子商务的参考资料。

### 电子商务系列教材 电子商务与法律

---

◆ 编 著 覃 征 岳 平 田文英  
责任编辑 滑 玉

◆ 人民邮电出版社出版发行 北京市崇文区夕照寺街14号  
邮编 100061 电子函件 315@pptph.com.cn  
网址 <http://www.pptph.com.cn>  
北京汉魂图文设计有限公司  
北京顺义向阳印刷厂印刷  
新华书店总店北京发行所经销

◆ 开本:787×1092 1/16

印张:14

字数:338千字

2001年3月第1版

印数:1-5 000册

2001年3月北京第1次印刷

ISBN 7-115-09119-6/TP·2082

---

定价:23.00元

## 编者的话

电子商务源于企业的需要,企业希望利用计算机更好地进行经营,提高企业内外的信息交流,包括与客户的交流速度。正如人们所希望的那样,电子商务改变了企业的经营模式,取代了与客户的非电子化的交互和产品(服务)交付等活动。以美国为代表的信息技术发达国家是电子商务活动的发源地。从电子商务产生之日起,它就以惊人的速度发展,从而影响着各行各业,对企业的经营模式、政府的管理模式、人们的生活方式等方面产生了前所未有的革命性影响。因为电子商务不仅仅是交易手段的变化,更是经济结构的变革。

从长远来看,电子商务作为一个发展潜力巨大的市场,具有十分诱人的发展前景,其重要性是不可估量的。当然,与任何其他具有强大生命力的新生事物一样,电子商务也不可能在短时期内就发挥巨大的潜力。它不可能在给我们带来便利的同时就解决自身所产生的全部问题,而尽善尽美地呈现在我们面前。电子商务在我国经济发展中的重要性是不言而喻的,同时也存在着诸多问题。这些问题不仅仅局限于技术方面,更涉及到法律、税收、经营管理、文化等方方面面。尤其是法律问题,电子商务发展至今世界各国仍没有制定有关的完整的法律法规。联合国国际贸易法委员会已经完成了示范电子商务法的制定工作,希望建立统一的、通用的电子商务规则,然而该示范法仅是作为一个示例,其本身并不是法律。欧盟委员会也建议通过立法来明确从事电子商务活动的企业和个人的权利和义务。全世界都迫切需要制定一致认可的法律框架,以法律的统一性和确定性促进电子商务健康、快速的发展。但又必须看到,电子商务所涉及的法律问题非常广泛,在我国没有明确的法律法规给电子商务保驾护航之前,本书就电子商务中所涉及的法律问题,如电子交易、银行电子化、税收、知识产权、安全制度以及法律责任等,以及这些涉及的现实与法律的问题所面临的困惑与挑战进行了重点研究和探索。

电子商务方兴未艾,电子商务法律的研究正逐渐成为法学研究的热点。但令人感到遗憾的是迄今为止电子商务中的法律问题研究多散见于文章或一些著作的章节里,很少能见到有关电子商务中的主要法律问题的较为系统的研究专著。希望本书能为电子商务法的创制以及繁荣电子商务法学的研究与发展尽己所能。

本书是以西安交通大学法学系为主要研究力量完成的研究成果。法学系研究生宋亚明、谢勇、孙涛、王晓燕、孟娟、申屠晓娟参与了本书部分章节的编写。王宝社讲师编写并完成了本书中关于全球电子商务立法备忘录的章节内容。

法学界、司法界的专家、学者对电子商务法律问题的研究与真知灼见,是本书珍贵的参考资料,也是我们做研究工作的基本素材。在此,编者向原著作者表示诚挚的谢意。由于作者水平有限,本书中难免有各种失误和不当之处,欢迎大家批评指正。

作者

2001年1月

# 目 录

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| 绪论 .....                          | 1  |
| 1. 电子商务概述 .....                   | 1  |
| (1) 电子商务的概念 .....                 | 1  |
| (2) 电子商务发展的现状与趋势 .....            | 2  |
| 2. 现行法律对电子商务的不适应以及出现的诸多法律问题 ..... | 4  |
| 第1章 电子商务与合同法 .....                | 6  |
| 1.1 电子商务交易及电子合同 .....             | 6  |
| 1.2 电子合同中的法律问题 .....              | 8  |
| 1.2.1 意思表示的真实性 .....              | 8  |
| 1.2.2 电子合同的要约与承诺 .....            | 8  |
| 1.2.3 签字署名问题 .....                | 10 |
| 1.2.4 书面形式问题 .....                | 12 |
| 1.2.5 电子商务文件的证据效力 .....           | 13 |
| 1.3 电子商务交易的法律保护 .....             | 16 |
| 1.3.1 保护的必要性 .....                | 16 |
| 1.3.2 电子商务交易的法律保护 .....           | 17 |
| 1.4 小结 .....                      | 20 |
| 第2章 电子商务与银行电子化 .....              | 21 |
| 2.1 电子银行概述 .....                  | 21 |
| 2.1.1 什么是电子银行 .....               | 21 |
| 2.1.2 电子银行服务是对传统银行业的历史变革 .....    | 22 |
| 2.1.3 电子银行服务的四大竞争优势 .....         | 23 |
| 2.1.4 我国银行电子化的发展现状及面临的问题 .....    | 25 |
| 2.2 银行电子化中的法律问题 .....             | 28 |
| 2.2.1 电子资金划拨的要素 .....             | 29 |
| 2.2.2 电子资金划拨中的程序问题 .....          | 31 |
| 2.3 电子资金划拨的法律问题 .....             | 35 |
| 2.3.1 电子资金划拨的立法现状 .....           | 35 |
| 2.3.2 电子资金划拨的主体界定 .....           | 37 |
| 2.3.3 电子银行的安全措施 .....             | 38 |
| 2.4 小结 .....                      | 38 |

|                           |    |
|---------------------------|----|
| <b>第3章 电子商务与税法</b>        | 39 |
| 3.1 电子商务税收概述              | 39 |
| 3.1.1 传统税收概述              | 39 |
| 3.1.2 电子商务税收的特点           | 41 |
| 3.2 电子商务税收中的法律问题          | 44 |
| 3.2.1 电子商务的税收管辖权问题        | 44 |
| 3.2.2 “常设机构”原则受到挑战        | 45 |
| 3.2.3 所得税的性质难以界定          | 46 |
| 3.2.4 电子商务给税务管理带来的问题      | 46 |
| 3.2.5 电子商务引发的国际避税         | 47 |
| 3.3 国际社会解决电子商务税收问题的对策     | 48 |
| 3.3.1 联合国组织对税收政策的定义       | 48 |
| 3.3.2 主要发达国家对税收政策的定义      | 49 |
| 3.3.3 跨国公司对税收政策的定义        | 52 |
| 3.3.4 其他国家对电子商务涉税的对策      | 53 |
| 3.4 我国解决电子商务税收问题的对策       | 55 |
| 3.4.1 电子商务发展对我国现行国内税收的影响  | 55 |
| 3.4.2 电子商务对我国现行涉外税收的影响    | 57 |
| 3.4.3 我国解决电子商务税收问题的对策     | 59 |
| 3.5 小结                    | 61 |
| <b>第4章 电子商务与知识产权法</b>     | 63 |
| 4.1 域名引发的法律问题             | 63 |
| 4.1.1 域名的产生与发展            | 63 |
| 4.1.2 域名系统及其管理制度          | 64 |
| 4.1.3 域名引发的法律问题           | 68 |
| 4.2 域名与知识产权冲突的协调          | 77 |
| 4.2.1 引发冲突的原因             | 77 |
| 4.2.2 国际社会有关域名问题的建议       | 78 |
| 4.2.3 WIPO 关于域名与知识产权冲突的协调 | 80 |
| 4.2.4 我国解决域名与知识产权争议的措施    | 85 |
| 4.3 电子商务中的版权问题            | 87 |
| 4.3.1 电子商务中的服务性行为与传统版权的冲突 | 87 |
| 4.3.2 数据库与版权保护            | 90 |
| 4.4 小结                    | 97 |
| <b>第5章 电子商务安全法律制度</b>     | 98 |
| 5.1 电子商务的安全问题             | 98 |
| 5.1.1 电子商务的安全隐患           | 98 |

|                                   |            |
|-----------------------------------|------------|
| 5.1.2 电子商务的安全要素 .....             | 99         |
| 5.1.3 电子商务采用的主要安全技术及其标准规范 .....   | 100        |
| 5.2 电子商务安全法的立法概况 .....            | 104        |
| 5.2.1 国外电子商务安全法立法状况 .....         | 104        |
| 5.2.2 我国电子商务安全法立法状况 .....         | 105        |
| 5.3 电子商务安全法律制度 .....              | 106        |
| 5.3.1 计算机信息系统安全等级制度 .....         | 106        |
| 5.3.2 有害数据防治制度 .....              | 107        |
| 5.3.3 安全专用产品销售许可证制度 .....         | 109        |
| 5.3.4 管理制度 .....                  | 112        |
| 5.4 违反电子商务安全法的法律责任 .....          | 113        |
| 5.4.1 违反电子商务安全法的行政责任的概念及形式 .....  | 113        |
| 5.4.2 违反各项电子商务安全制度的行政责任 .....     | 115        |
| 5.5 小结 .....                      | 118        |
| <b>第6章 电子商务与消费者 权益保护法</b> .....   | <b>119</b> |
| 6.1 电子商务对消费者的影响 .....             | 119        |
| 6.1.1 概述 .....                    | 119        |
| 6.1.2 网络推动消费者角色的转变 .....          | 119        |
| 6.1.3 虚拟空间逐渐替代有形市场 .....          | 120        |
| 6.2 电子商务引起消费者权益保护的法律问题 .....      | 121        |
| 6.2.1 信息安全问题 .....                | 121        |
| 6.2.2 信息不完整及保密问题 .....            | 122        |
| 6.2.3 网上广告的法律问题 .....             | 122        |
| 6.2.4 电子商务网站存在的问题 .....           | 123        |
| 6.2.5 责任界定问题 .....                | 125        |
| 6.2.6 责任追究问题 .....                | 125        |
| 6.2.7 管辖权问题 .....                 | 125        |
| 6.3 电子商务与消费者隐私权保护 .....           | 126        |
| 6.3.1 电子商务对隐私权的影响 .....           | 126        |
| 6.3.2 消费者隐私权保护的主要内容 .....         | 126        |
| 6.3.3 各国与国际组织保护消费者隐私权的法律对策 .....  | 127        |
| 6.3.4 隐私权保护与电子商务经营者利益的平衡 .....    | 129        |
| 6.4 各国与国际组织解决网上消费者权益保护问题的对策 ..... | 130        |
| 6.4.1 经济合作与发展组织(OECD) .....       | 130        |
| 6.4.2 欧洲 .....                    | 132        |
| 6.4.3 中国 .....                    | 132        |
| 6.5 小结 .....                      | 134        |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| <b>第7章 电子商务中的法律责任</b>    | 135 |
| 7.1 电子商务的民事责任            | 135 |
| 7.1.1 民事责任概述             | 135 |
| 7.1.2 电子商务的合同责任          | 138 |
| 7.1.3 电子商务的侵权民事责任        | 141 |
| 7.2 电子商务的行政责任            | 151 |
| 7.2.1 行政责任概述             | 151 |
| 7.2.2 电子商务中的行政责任         | 152 |
| 7.2.3 电子商务中几种主要的行政责任     | 152 |
| 7.3 电子商务的刑事责任            | 156 |
| 7.3.1 对电子商务中的犯罪的认识       | 156 |
| 7.3.2 电子商务中的犯罪与刑事责任      | 159 |
| 7.3.3 刑法适用面临的问题与挑战       | 169 |
| 7.3.4 完善刑法适用的建议          | 171 |
| 7.4 小结                   | 172 |
| <b>第8章 我国电子商务立法设想</b>    | 174 |
| 8.1 立法的必要性               | 174 |
| 8.2 电子商务法的特征             | 176 |
| 8.3 电子商务法的地位与性质          | 177 |
| 8.3.1 电子商务法的地位           | 177 |
| 8.3.2 电子商务法的性质           | 178 |
| 8.4 电子商务法与相邻法律部门的关系      | 179 |
| 8.4.1 电子商务法和民法           | 179 |
| 8.4.2 电子商务法和商法           | 180 |
| 8.4.3 电子商务法和经济法          | 180 |
| 8.4.4 电子商务法和行政法          | 180 |
| 8.4.5 电子商务法和知识产权法        | 181 |
| 8.4.6 电子商务法和刑法           | 181 |
| 8.5 电子商务立法指导思想建议         | 181 |
| 8.6 电子商务法的基本原则           | 183 |
| 8.7 小结                   | 185 |
| <b>第9章 全球电子商务立法现状备忘录</b> | 186 |
| 9.1 电子商务立法现状的概述          | 186 |
| 9.1.1 国际组织电子商务立法概况       | 186 |
| 9.1.2 美国电子商务立法概况         | 188 |
| 9.1.3 美洲其他国家电子商务立法概况     | 190 |
| 9.1.4 欧盟电子商务立法概况         | 191 |

---

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 9.1.5 欧洲主要国家的电子商务立法概况 .....   | 191 |
| 9.1.6 亚太地区主要国家的电子商务立法概况 ..... | 193 |
| 9.1.7 我国的电子商务立法现状 .....       | 195 |
| 9.2 电子商务主要法律政策介绍 .....        | 196 |
| 9.2.1 《电子商务示范法》 .....         | 196 |
| 9.2.2 美国《全球电子商务纲要》 .....      | 199 |
| 9.2.3 OECD《电子商务行动计划》 .....    | 205 |
| 参考文献 .....                    | 210 |

# 绪 论

## 1. 电子商务概述

### (1) 电子商务的概念

按照世界贸易组织电子商务专题报告的定义,电子商务就是通过电信网络进行的生产、营销、销售和流通等活动,它不仅指基于因特网上的交易,而且指所有利用电子信息技术来解决问题、降低成本、增加价值和创造商机的商务活动,包括通过网络实现原材料查询、采购、产品展示、订购、出品、储运以及电子支付等一系列的贸易活动。简单地讲,电子商务是指利用电信网络进行的商务活动<sup>①</sup>。

然而在国际商务的实践中,人们通常是从以下两个方面来理解电子商务的:① 因特网上在线销售式电子商务。这是从狭义上理解的电子商务。在此意义上,电子商务意味着通过因特网上的“商店”所从事的在线产品和劳务的买卖活动。交易内容可以是有形的产品和劳务,如书籍、日用消费品、在线医疗咨询等;也可以是一些无形产品,如新闻、音像作品、软件及其他类型的知识产品。② 以整个市场为基础的电子商务。这是广义上理解的电子商务。它泛指一切与数字化处理有关的商务活动。因此它不仅只是通过网络进行的商品或劳务买卖活动,还涉及传统市场的方方面面。除了在网络上寻求消费者,企业还通过计算机网络与供应商、财会人员、结算服务机构、政府机构建立业务联系。这样,电子商务就使整个商务活动在产品生产、产品促销、交易磋商、合同订立、产品分拨、货款结算、售后服务等方面产生了划时代的变化<sup>②</sup>。

鉴于对电子商务有不同层次的理解,我们认为,电子商务是利用现有的计算机硬件设备、软件和网络基础设施,在按一定的协议连接起来的电子网络环境下从事各种各样商务活动。因此,对于电子商务概念的科学理解应包括以下几个基本方面:① 电子商务是整个商务活动的电子化和数字化;② 电子商务是利用各种电子工具和电子信息技术从事各种商务活动的过程;③ 电子商务渗透到商务活动的各阶段,因而内容广泛,以信息流、物质流或货币流为核心,包括信息交换、售前售后服务、销售、电子支付、运输、组建虚拟企业、共享资源等;④ 电子商务的参与者包括消费者、销售商、供货商、企业雇员、银行或其他金融机构以及政府等各种机构或个人;⑤ 电子商务的目的就是要实现企业乃至全社会的高效率、低成本的商务活动。

因此从某种程度上讲,电子商务实际上也可以认为是以现代信息技术,特别是网络互

---

① 王伟泉:《世界电子商务发展现状与我国电子商务发展战略》,《清华大学学报》(哲学社会科学版)1999年第4期。

② 王健:《电子商务知识讲座》,《国际贸易问题》1999年第1期。

联技术作为推动力的商业领域的跨时空界限的一场革命。我们看待电子商务要从动态的角度来考察,它不应该仅仅被看作是一种因特网的在线销售模式,更重要的是它标志着企业与企业之间、企业与消费者之间、企业或消费者与政府行政管理部门之间以信息流、物质流或货币流为核心的商务活动的各个环节都实现了电子化、数字化,并且它们之间会相互影响、相互促进。尽管目前许多企业并未实现全部交易过程的电子化和商务过程的网络数字化,但是,伴随着信息技术及其商业应用水平的不断提高以及企业与消费者之间的电子商务实践的发展,企业内部(如生产制造、库存管理、财务管理及业务的操作等活动)和企业间(如原料供应管理、投标等活动)的电子商务实践也会得到迅速的发展。这种商业变革甚至会影响到政府职能、教育、社会等各个方面的变革。

根据上面的分析可以看出,我们这里所说的电子商务的具体范围包括按以下方式或涉及到以下内容的方式所进行的交易或商务活动:① 通过因特网(Internet)进行的交易;② 通过增值网络(Value-Added Net-works, VANs)进行的电子交易,如 EDI;③ 通过电子公告牌(Bulletin Board Systems, BBS)进行的采购交易;④ 企业在线式服务(Online Services);⑤ 通过连接企业计算机网络发生的交易等。至于通过传统方式进行的交易,如纸面信函、电话、电传、传真、电视购物、邮购等,就不属于电子商务的研究范畴。但是,如果该交易或商务活动的一部分涉及到企业与外部计算机网络,如因特网的连接和信息传递,那么该项交易或商务活动就属于电子商务的范围。

## (2) 电子商务发展的现状与趋势

关于电子商务市场的规模和发展前景,迄今尚无一致公认的评估<sup>①</sup>。

国际电信联盟在 1997 的统计表明,1996 年因特网上的商品交易总额为 20 亿~30 亿美元,预计 1998 年全球电子商务营业额将达到 500 亿美元,2001 年将超过 3000 亿美元。

据国际数据公司的推断,因特网电子商务 1997 年年交易额已达 100 多亿美元(其中美国为 85 亿美元,欧洲为 11 亿美元),2001 年电子商务年交易额将激增到 2200 亿美元。从 1997 年至 2001 年,美国的因特网电子商务将从 85 亿美元增长到 1551 亿美元,欧洲将从 11 亿美元增长到 295 亿美元,亚太地区将从 7.2 亿美元增长到 306 亿美元。在线购物的比重将从 1998 年的 12% 上升到 2000 年的 30%。另据该公司推测,在全球通过因特网进行的电子交易中,2001 年公司之间的交易以及居民在旅游、金融服务和电脑销售等方面的电子交易额,将比 1997 年增加 5 到 24 倍;2002 年时企业间的买卖将占网上活动的 79%。Forrester 调查研究公司的一项调查显示,属于售票性质的活动和公司之间的电子商务交易,将是增长最迅速的领域。

据美国联邦电子商务专案小组提出的评估,到 2000 年,全球网络的商业成交额将达到 1000~2000 亿美元,在线购物额占购物总额的比重将从现在的 12% 上升到 30%。美国因特网媒体 Mecklermedia 公司总裁梅克勒 1998 年 9 月说,目前全世界的因特网使用者约 7500 万人,这个数目在 10 年后将增至 4 亿人。另外,1996 年电子商务的交易额只是 20 亿美元,但到了 2002 年,这个数字将激增至 4000 亿美元。据美国市场研究机构 Active Media Research 公司 1998 年 4 月上旬公布的一项最新报告显示,到 2002 年,电子商务市场总值将超过 1.2 万亿美元,这将对未来企业的业务模式产生重要影响。Active Media Research 称,届时绝大

① 姚立新:《电子商务透视》,经济管理出版社,1999 年版,第 8~12 页。

部分业务往来都将通过因特网站点、电子函件、因特网传真或电话的方式进行。此外该公司还预测,1998 年因特网带来的相关收入将达到 750 亿美元,是 1997 年的 3 倍,增长的原因主要包括因特网人口膨胀以及各站点收入的增长。美国一家权威证券公司认为,到 2001 年美国商品和服务领域的电子交易额可达 2 280 亿美元,其中企业与企业之间为 2020 亿美元,企业与顾客之间为 260 亿美元。美国麻省理工学院媒体实验室估计,到 2000 年全美电子商务营业额可达 1 万亿美元,其中 70%在企业与企业之间进行。尽管电子商务的发展如此迅猛,但目前它在所有交易量中所占的份额仍然很低,有预测说,2000 年,美国电子商务交易额仅占其 GDP 的 15%。目前在因特网上有很多电子商务成功应用的例子,如全球最大的虚拟书店 Amazon(<http://www.amazon.com>)、顾客可以自己管理和跟踪货物的快递公司 Federal Express (<http://www.fedex.com>)、网上预定外卖食品的 PizzaHut (<http://www.pizzahut.com>) 等。

电子商务的发展有望大幅度促进国际贸易的发展。据 WTO 预计,到 2001 年通过因特网进行的国际贸易额可达 600 亿美元。到 2002 年,通过网络的国际电子贸易可能占到世界贸易总额的 10%至 15%。据 WTO 1998 年初对电子商务发展所做的报告预测,到下个世纪初,电子商务交易总值将达 3000 亿美元。

目前,电子商务的潮流仅仅是一个开始。据资料显示,目前全球因特网用户正以每年 15%至 20%的速度增长着。根据 InterNIC 的调查,在过去三年里,因特网的使用量每年要翻一番还多。目前因特网上有超过 100 万个注册域名,其中的 74%是在过去的一年里建立的,并以每天 3000 个新域名的速度增加着。这些站点中 88%是公司或商业站点。尽管美国目前拥有因特网上 57%的主机,但由于欧洲站点的增长率高于美国,到 2000 年底,美国只拥有 50%的因特网站点。根据 Jupiter 的调查,美国上网的家庭中有 12.5%以上每年通过因特网进行 7 次采购。

电子商务与传统的贸易形式相比,具有以下几个优点:电子商务以现代信息技术服务作为其支撑体系,它的实施和完善要依靠技术服务;电子商务以电子虚拟市场作为其运作空间;电子商务以全球市场作为其市场范围;电子商务以全社会参与作为其渗透方式。除此之外,电子商务还有另外一个明显的特点,即电子商务活动的全过程是以信息流、资金流和物质流为核心而进行的。在电子商务中,产品信息和资金在网络上的流动形成了所谓的信息流和资金流;而产品从一家企业转移到另一家企业或送到用户手中便是所谓的物质流;而电子商务活动中参与各方最关心的也正是信息流、资金流及物质流的传输通畅。

电子商务与传统商务活动相比具有许多明显的优点,这些优点最集中的体现就是电子商务对企业的影响。电子商务的优点主要表现在降低交易成本、减少库存、缩短生产周期、24 小时无间隔的商业运作可以增加商业机会、减轻对实物基础设施的依赖等几个方面。

电子商务的特点和优点决定了它必然会取代传统贸易形式而成为占据主导地位的新的贸易形式。

我们可以看到,随着信息技术的迅速发展,因特网已成了全球重要的信息传播工具和商务交流的领域。面临网络时代的挑战,越来越多的企业意识到:入网经营是现代企业开发新产品、拓展新市场、扩大对外合作以及提高生产效率的最有力手段。

## 2. 现行法律对电子商务的不适应以及出现的诸多法律问题

现行法律调整的都是比较传统的法律关系,诸如民事关系、商事关系、行政关系以及刑事关系等。而电子商务这种贸易活动正在成为 21 世纪信息化社会贸易活动的主要表现形式,交易方式的日新月异的变化,已经打破了由传统法律来调整方方面面的社会关系所形成的平衡状态,出现了许多法律调控的盲点。对于这种新生事物如果缺乏适当的监管和调控,从长远来讲,也是不利于其成长和发展的,那么如何以理性的态度善意地面对这种新生事物,从理论上对它的法律调控问题进行研究,是摆在每位法学研究人员面前的一个重要课题。电子商务已经或正在对我们现在的法律制度提出了严峻的挑战,它涉及到民商法、行政法、经济法、刑法等各个法律部门。

在民商法方面,电子商务具有区别于传统商业的突出特点,交易主体的虚拟性和商品销售形式的无形化、信息化,尤其是电子商务过程的无纸化、无记录性决定了它具有不可追踪性。这些特点从根本上动摇了传统民商法对平等主体当事人之间,在“面对面”情况下所发生的法律关系,进行调整的根基。另外,消费者通过网络进行商品或服务的消费,这势必要求其披露某些受到现行法律所保护的个人信息,诸如往来信件、收支账目、职业与教育情况、健康与医疗情况、婚姻家庭情况、出生时间、身份证号码等,在传统上其中的相当大一部分是属于消费者的个人隐私信息的,而在电子商务中,消费者不得不通过披露自己隐私来接受所需商品和服务。保护好这些脱离了本人控制的隐私具有重要的法律意义。

在刑法方面,摆在传统的刑法和刑事控制方法面前的问题很多,最主要的是对电子商务中出现的犯罪的认识以及如何适用刑罚和适用什么样的刑罚的问题。电子商务中出现的犯罪可以分为三大类,一类是利用计算机和网络工具所实施的传统类型的犯罪。比如通过网络进行诈骗、洗钱等犯罪,对于这类犯罪,原则上应适用传统的刑事法律,但对其中诸如管辖等问题也要做出进一步明确的规定。第二类是与计算机有关联的犯罪,如对计算机数据进行修改,假冒他人身份并窃取计算机信息流的犯罪。第三类的犯罪是在电子商务中特有的犯罪,诸如通过互联网终端非法进入他人的计算机设施、破译他人的密码、使用他人的计算机资源、利用互联网络向他人的计算机系统散布计算机病毒等犯罪,这些类型的犯罪是我们所要重点研究的。因为我国现行的刑事法律对它的调整还处在一种“灰色”或“黑色”状态之中。

在行政法方面,主要是关于那些发生在电子商务活动中具有违法性却又未达到应受刑罚处罚的行为,比如在计算机信息系统安全、有害数据防治、安全专用产品销售许可等制度中所涉及到的行政违法行为,以及在电子商务中出现的违反税收征管、侵犯知识产权和消费者隐私权的违法行为的行政责任问题。对它们进行深入研究有助于弥补我国传统法律在电子商务中的行政责任的空缺,以便使我国的法律监控体制更加严密。

最后在经济法领域,依照我国传统的观点,经济法调整的是国家对国民经济进行宏观调控的过程中所发生的经济关系。由于计算机网络的出现,人们进行经济交往的习惯方式发生了改变,这就为国家对经济进行调控提出了新的课题。比如电子银行、电子货币的出现使得经济往来形式和传统的付款方式受到了冲击。再如现代税收制度中的商品流转税的征收主要依赖于销售发票,所得税的征收则主要依赖于现代会计簿记制度;这种簿记制度又依赖于

进货、销货和支出的单据凭证，由于网上交易的无纸化和无单据性，使得建立在交易和会计簿记制度上的税收征管制度无法正常运转。另外，计算机网络的出现对现行的知识产权制度也提出了同样严峻的挑战，电子商务这种新型的交易方式一方面使得知识产权能以更快的速度、更廉价的成本进行传播，以利于社会的发展和进步；另一方面也使得对知识产权进行保护的难度加大。

面对不断变化着的社会关系，现行法律就显得有些守旧和滞后了。电子商务中出现的这些法律问题又是必须解决的，否则就会影响国民经济的运转和社会秩序的稳定。如何将这些亟待解决的问题纳入到法律的调控之中，是每一位法律工作者都应深入思考的问题。

以上内容是从电子商务的概念着手，综合了世界通行的对电子商务的界定，提出了自己关于电子商务的定义，并从五个方面对这一科学定义作了解释，分析了电子商务的发展情况和趋势，得出了电子商务“必然会取代传统贸易形式而成为占据主导地位的新的贸易形式”这一结论。电子商务的发展势必会对现行的法律调整提出挑战，如何认识这种挑战及现行法律在这方面所出现的问题，是作者在本书以后各章中所要讲座的主要内容。

# 第 1 章 电子商务与合同法

## 1.1 电子商务交易及电子合同

什么是电子商务交易？迄今为止并没有一个公认的概念，目前专家们正在为给它下一个精确的定义而争论不休。一般较普遍的看法认为电子商务交易就是商务贸易的电子化，即电信工具（包括电报、电话、传真以及因特网等）在商务贸易中的应用。再具体一些，就是指运用电信工具进行商品买卖或服务技术贸易，以期降低交易成本，获取最大利润的商务活动。电子商务交易包括企业与企业间的商务活动、网上企业的销售活动以及金融企业的数字化处理过程等诸多商业活动。从前的电子商务交易是通过电子数据交换（EDI）进行的，今天随着科技手段的发展，EDI 技术已经摆脱了旧式昂贵的公司间独立网络，而逐步融于因特网（Internet）之中。电子商务交易方式多种多样，常见的有网上购物和企业间的电子商务交易。网上购物又称作商家对个人模式（Business-to-Customer, B2C），它最早起源于 1995 年，创建者是那些运用网络技术建立网站，将产品、服务和信息销售给顾客的公司，其中著名的有亚马逊（Amazon）公司。企业间的电子商务交易（Business-to-Business, B2B）是将买方、卖方及中间商（包括金融机构和网络服务商等）之间的信息交换和交易行为集成一体的电子化运作模式。B2B 模式主要进行的是产品批发业务，有时也称作批发电子商务，它是电子商务交易的主要部分。除了上述两种方式以外，电子商务交易还有企业对员工（Business-to-Employee, B2E）、企业对政府（Business-to-Government, B2G）等模式<sup>①</sup>。

在知识经济的大潮中，利用电子计算机及其通信网络进行商贸活动已成为世界潮流。根据国际著名的 IDC 顾问公司统计，2000 年的电子商务交易额将达到 1000 亿美元，相当于目前美国年进口总额的 1/5，在未来的若干年内，因特网将成为全球最大交易市场所在地。与此相适应，作为电子商务交易的重要工具和产物——电子合同便应运而生。电子合同一般是指通过因特网（Internet）或电子数据交换（EDI）所订立的、明确当事人彼此之间权利和义务关系的协议，有时也称作无纸合同，以区别于传统意义上的合同。我国《合同法》第 11 条就规定，合同的书面形式可以是数据电文，数据电文包括了电子数据交换、电子函件等形式。这种新兴的合同与传统意义上的合同有很大的不同，它有着自身的法律特征；但目前无论是国际贸易还是国内贸易，都有签字、盖章、书面形式等传统的法律要求，这对于电子合同，在许多方面都意味着严峻的考验。

电子合同作为一种新型的合同，除了具有传统合同的一些特征外，还具有以下一些特征。

---

<sup>①</sup> 《什么是电子商务》，《美国中联网》2000 年 10 月。

### (1) 合同的要约和承诺均通过因特网进行

在传统的合同订立过程中,当事人一般是面对面地提出要约和接受要约;或者,当事人有时也通过信件、电报、电话、电传和传真等方式发出要约,作出承诺;而且,当事人有时先后多次采用上述方式,以便充分地协商,不过这些要约和承诺没有通过计算机因特网进行。而电子合同则不同,它的要约、承诺均是合同双方当事人通过电子数据的传递来完成的——一方的电子数据的发出(输入)即为要约,另一方的电子数据的回送(回执)即为承诺;并且,由于电子数据交换在功能上具有自动审单判断的功能,因此,合同的签订过程几乎完全在计算机的操作下完成,不需要也不存在传统意义上的协商过程。

### (2) 合同的传递也通过因特网进行

在传统的合同订立、变更过程中,合同的传递一般是双方当事人见面,通过邮寄、电报传递只是其不常用的补充;而电子合同则不然,它的传递完全在计算机因特网的用户终端之间。这就是说,电子合同的传递也仅是因特网的电子传递,完全不同于传统的合同传递方式。

### (3) 合同的成立、变更和解除不需采用传统的书面形式

传统的合同成立,除即时清结的以外,必须用书面合同。如我国原来的《经济合同法》第3条规定:“经济合同,除即时清结者外,应当采用书面形式。”第27条规定:“变更或解除经济合同的通知或协议,应当采用书面形式(包括文书、电报等)……”。我国的《涉外经济合同法》第7条也规定,涉外经济合同的形式要件必须以书面形式达成协议并签字。而最高人民法院在《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》中则进一步明确规定:“订立合同未用书面形式的,涉外经济合同无效。”这些规定将电子合同排除在法律以外。电子合同的成立、变更或解除,均不需要传统的书面形式。由于电子合同是采用电子数据交换的方法签订合同的,合同的内容可以储存在计算机的内存中,也可以储存在磁盘或其他接收者选择的非纸张的中介物上,如磁带、磁盘、光盘等。作为国际上正式诞生的第一个世界范围的电子数据交换法案,联合国国际贸易法委员会第29届会议通过的《贸易法委员会电子商业示范法草案》第6条规定:如法律要求信息必须采用书面形式,则假若一项数据电文所含信息可以调取以备日后查用,即满足了该项要求。我国新制定的《合同法》为了适应电子合同这一新情况,采用了类似的规定,该法将电子数据交换作为书面形式的一种,这就使得电子合同符合合同法的要求,受到合同法的规范和保护。

### (4) 合同的成立不需经过传统的签字

不论是国内贸易,还是国际贸易,传统的合同要成立,都必须具有签字(签名或盖章)。例如,我国原《经济合同法》就作出了这样的规定;又如,国际贸易中,单汇必须有签字的要求;再如,美国的《统一商法典》也规定,合同必须签名。但该商法典对签名的规定有所放宽:“包括当事人意图认证一份书面材料的所作的或所使用的任何符号。”但在电子合同中,人们不可能也不需要通过电子方式亲笔签名或签字,它只需要每一方采用电子密码“签名”即可。这种电子签名的方法,不仅成为电子合同成立的特征,而且获得国际社会越来越广泛的认可。如《汉堡规则》第14条已规定:“提单上的签字可以用手写、印摹、打孔、盖章、符号或依照提单签发地所在国家的法律,用任何其他机械的或电子的方法实施签字行为。”

## 1.2 电子合同中的法律问题

### 1.2.1 意思表示的真实性

意思表示真实主要是指行为人的内心意思与外部的表示行为相一致的状态<sup>①</sup>。各国法律都要求订立的合同，应当反映当事人的真实意思。意思表示真实是合同生效的要件之一，如果当事人的意思有错误或者有重大的误解，该合同可能被认为无效或予以撤销。

按照传统的做法，要约和承诺都是由人通过文件、信函或口头进行的，是当事人的一种意思表示，其真实性比较容易判断出来。而电子商务合同订立的一个重要特点是完全自动化，不受人的直接干预。双方利用计算机，使用预先编制的程序，通过计算机网络自动发出要约或表示承诺，从而订立合同。订立合同的决策过程自动化，会增加以下两方面的可能性：

(1) 由于缺乏机器所有者的直接控制，可能发出一个合同订立的信息，而这并不反映订立合同时某一方当事人或更多方当事人的意图。

(2) 如果发出不反映发送意图的电文，直到错误的合同被执行，错误都可能一直被发送人和接受人所采取。在传统方式下，在收到对方的信件或电报、电传时，即可发现其错误，但是进行电子商务交易时，往往要到合同已被自动执行后才能发现其中的差错。因此，这种错误在电子商务中可能比在传统的通信方法中要更加严重。这是一个新的法律问题。目前，一些国家和国际组织正在寻求解决这个问题的办法。

前欧洲共同体委员会在《关于通过电子商务订立合同》的研究报告中指出，可以把对计算机的运作拥有最后支配权的人确认为可发出要约或承诺的人，并由他对该计算机系统所做的一切决定承担责任。

### 1.2.2 电子合同的要约与承诺

#### 1. 要约能否撤销的问题

要约是一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人所作的意思表示<sup>②</sup>。各国合同法都认为，合同是经由一方的要约被另一方所接受而成立的。但各国对要约的撤销的具体规定并不完全相同，英美法系和大陆法系存在严重分歧。英美法系认为在受要约人对要约作出承诺之前，要约可以撤销。大陆法系认为要约原则上对要约人有约束力，规定了有效期的要约，在要约的有效期内不得撤销；未规定有效期的要约，则通常依照具体情况在渴望得到答复前不得撤销。

通过电子商务方式发出的要约，是否可以撤销，这是一个值得探讨的问题。因为电子商务方式传递信息的速度太快，而且当受要约人的计算机系统收到要约或定单的电子信息后，便可立即自动处理，并发出承诺的电文；在这种情况下，要约就很难有撤销的机会。对此，各国法律还没有制定适用于电子商务的专门规定。

<sup>①②</sup> 刘家兴：《民事法学》，法律出版社，1998年。