

东方法学丛书

# 电子商务 发展的 法律研究

吴弘 等著

本书紧紧围绕电子商务发展这一主题，在分析我国电子商务现状的基础上，着重在网络经济经营主体、基础条件、业务空间及市场监管等方面进行了深入的研究探讨，提出了在这些领域促进电子商务发展的法律措施；并对依法促进网络经营者发展壮大、依法改善网络经济基础环境，以及网上市场准入、网上竞争秩序等问题提出了建设性意见。

上海交通大学出版社

东方法学丛书

# 电子商务发展的法律研究

吴 弘 等著

上海交通大学出版社

## 内 容 提 要

本书研究重点紧紧围绕电子商务发展这一主题,在分析我国电子商务现状的基础上,着重从网络经济经营主体、基础条件、业务空间及市场监管等方面进行了深入的研究探讨,提出了在这些领域促进电子商务发展的法律措施;并对依法促进网络经营者发展壮大、依法改善网络经济基础环境,以及网上市场准入、网上竞争秩序等问题提出了建设性意见。

本书理论联系实际,具有前瞻性、务实性与应用价值。可供政府决策管理和有关理论研究、实务操作者参考,也可供高等院校有关专业师生阅读。

### 图书在版编目(CIP)数据

电子商务发展的法律研究/吴弘著. —上海:上海交通大学出版社,2006

(东方法学丛书)

ISBN 7-313-04333-3

I. 电… II. 吴… III. 电子商务-法律-研究

IV. D912.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 011472 号

### 电子商务发展的法律研究

吴 弘 等著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 张天蔚

立信会计出版社常熟市印刷联营厂印刷 全国新华书店经销

开本: 880mm×1230mm 1/32 印张: 9.125 字数: 256 千字

2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷

印数: 1~3 050

ISBN 7-313-04333-3/D·126 定价: 15.00 元

---

版权所有 侵权必究

## 东方法学丛书编委会

主 编:何勤华

副主编:顾功耘 游 伟 郑少华

编 委:(按姓氏笔画顺序排列)

王立民	王虎华	王嘉禔	叶 青	刘宪权
杨正鸣	邱格屏	何勤华	张天蔚	张明军
张梓太	岳川夫	郑少华	宣文俊	徐永康
殷啸虎	顾功耘	游 伟	傅鼎生	鲍正熙

# 总 序

在世纪转换的历史时刻,中华民族前所未有地感受到了实行法治对国家发展和强盛的重要意义;在千年更替的重要关头,中国人民也更加坚定地确立了法治的目标。1999年3月,九届全国人大第二次会议通过的《宪法修正案》,把“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略载入了宪法,勾画出了我国法治建设在新世纪发展的宏伟蓝图。

法治目标的实现,需要全体公民的共同努力,更需要法学研究者和法律工作者的不懈追求。法律高等院校一方面承担着培养法律专业工作后备力量的重任,同时也是法学研究的一支重要力量。华东政法学院是司法部属普通高等院校之一,拥有一支法律教学和研究的师资队伍,长期以来,许多教师在从事法律教学工作的同时,辛勤地耕耘在法学研究的园地,并取得了一批成果,不仅为立法和司法实践提供了不少卓有价值的建议,也在法学理论研究方面提出了一些富有创见的观点。这些研究反过来又促进了教学质量提高,它证明了法学研究和法学教育相互依存、相互促进的关系。

法学理论研究应当为法制建设服务,这是不言自明的道理。我国的法制建设在最近20多年取得了令世人瞩目的巨大进步和飞速发展,丰富多彩的法律实践和法治活动为法学理论工作者提供了一展身手的宽阔舞台和任意驰骋的广袤天地,也向法学研究人员提出了大量亟待解决的课题,这些都是法学研究走向繁荣的不可缺少的原动力和必要条件。

法学理论研究应当为法制建设提供指导,这是法学理论工作者必须承担的职责。我国的法治实践是在独特的历史背景和现实条件下进行的。一方面我们拥有上千年陈陈相因、绵延不绝的中华法系的传统,这一传统在近代以来却遇到了西方法律制度的巨大冲击与严峻挑战而几近中断;另一方面我们在建设社会主义现代化强国和构建社会主义

市场经济体制的过程中,又需要形成有自己特色的法律体系,而这一法律体系又必须能积极应对当今世界的共同法律规则。这些都要求我国的法学研究具有更高的立意、更广阔的视野和更新颖的理念。

正是基于上述认识,华东政法学院和上海交通大学出版社联手推出了这套《东方法学丛书》,以期尽自己绵薄之力,推动我国法学研究的开展。丛书取“东方”之名,是因为中国处于世界之东方,而上海又位居中国之东方,华东政法学院地处上海,原司法部部长、现任最高人民法院院长的肖扬同志曾称誉华东政法学院为“法学教育的东方明珠”,以“东方”二字来命名,固可区别于其他各种法学丛书,更期望能借得风气之先的这块宝地之地利,为我们这套丛书更多地汲取来自于生活这棵常青之树的养分。

收入这套丛书的著作均为华东政法学院教师的学术专著,这些著作中的观点不一定成熟,但却凝聚了作者对有关法律问题的思考。而且我们也想借丛书出版的机会,广泛地征求各方面的意见,使作者们在此基础上,能进一步深入研究,为我们奉献出更多更优秀的学术成果。

东方法学丛书编委会

## 前 言

当今世界,信息技术的广泛应用使全球信息化进程日益加快,有力地推动了社会生产力发展,不断改变着人们的生产、生活方式。电子商务作为信息技术成功运用的典范,已经发展成为一种极具活力和前景广泛的新型行业。其发展渗透到经济、社会生活的方方面面,将生产制造、商业服务直接与千千万万百姓的生活连通。作为一种全新的流通方式,电子商务具有提高效率、降低成本、促进交易的特点,不仅在市场中正发挥越来越重要的作用,而且将成为 21 世纪全球经济增长的驱动力之一。根据联合国贸发委 2004 年报告的统计,2003 年世界电子商务交易额达到了 3.88 万亿美元,比上年增加了 69%,并且预计到 2006 年世界电子商务交易额将达到 12.84 万亿美元,占全球商品销售的 18%。<sup>①</sup>

电子商务的概念引入我国的时间不长,但发展势头喜人。我国发展电子商务的基础环境逐步完善,有关电子商务的政策规范逐步出台,电子商务专业企业成长壮大,已为电子商务的发展建立了基本的条件。我国的电子商务最近几年平均年增长率达到 40%,2004 年电子商务的交易总额达到 4400 亿元(人民币,下同),2005 年可增至 6200 亿元。<sup>②</sup>

我国十分重视电子商务的发展,党的十六届三中全会明确指出:大力推进市场,增进对外开放,加快要素价格市场化,发展电子商务物流配送等现代物流等方式,促进商品各种要素在国内自由流动和竞争。2004 年 8 月 28 日,十届全国人大常委会第十一次会议表决通过了《中华人民共和国电子签名法》,2005 年 4 月 1 日起正式实施,对于电子商

---

<sup>①</sup> 中国电子商务协会理事长宋玲在第八届中国国际电子商务大会开幕式上致辞,新华网,2005-4-17

<sup>②</sup> 电子商务交易额年均增长 40%。东方早报,2005-4-24

务的发展起到极大的推动作用。2005年1月8日,国务院办公厅颁布《关于加快电子商务发展的若干意见》指出:发展电子商务是党中央、国务院作出的完善社会主义市场经济体制、加速国民经济和社会信息化进程、提高国民经济运行质量和效率的战略决策,各地区、各部门要充分认识发展电子商务的重要性和紧迫性,积极发挥职能作用,密切协调配合,制定并不断完善加快电子商务发展的具体政策措施,推进我国电子商务健康发展。《意见》明确了加快电子商务发展的指导思想,是按照科学发展观的要求,着力营造电子商务发展的良好环境,积极推进企业信息化建设,推广电子商务应用,加速国民经济和社会信息化进程,实施跨越式发展战略,走中国特色的电子商务发展道路。

随着电子商务的日益发展,人们在关心电子商务会带来的机遇和利润的同时,也在关注电子商务带来的新的风险。电子商务区别于传统商务,传统商务已拥有一套较完整的规范体系,而电子商务在世界范围内尚缺乏完善有效的法律依据。特别在我国,市场经济及网络建设应用都处在初级阶段,网络法律意识淡薄、网上信息资源匮乏、信息安全性不足等瓶颈问题,制约了国内电子商务市场的进一步发展。为解决这些问题,还需在法规配套、规范监管、诚信体系建设、安全保障、在线支付和现代物流的建设等方面,深入从法律理论与实务上进行有针对性的研究,提出措施,以促进其发展。

本书系根据我所主持完成的上海市教委人文社科专项课题成果进一步整理而成。在该研究成果中,我们针对近年来我国网络经济发展历经曲折,一些矛盾逐步暴露的现象,努力从法律视角找出妨碍我国电子商务发展的问题所在,并提出解决这些问题的法律措施,为政府有关决策提供理论依据,也为我国电子商务市场实践献计献策。

本书区别于阐述电子商务法律系统知识的教科书,也不是讨论个别电子商务法律新问题的论文集,而是研究我国网络经济发展中宏观调控和市场监管法律问题的专著,该选题与视角目前在国内尚无先例。本书研究重点紧紧围绕电子商务发展这一主题,在对我国电子商务发展概况、问题及原因作了分析之后,着重从网络经济经营主体、基础条件、业务空间及市场监管等方面进行了较深入的研究探讨,并提出了在



这些领域促进电子商务发展的法律措施。内容涉及依法促进网络经营者发展、依法改善网络经济基础环境等实际问题,还对网上市场准入、网上竞争秩序等热点问题提出了自己的看法。其中对于网络经营主体融资和收购合并法律问题的研究,对基础设施“三网”融合立法原则的研究,属于填补目前国内相关研究的空白。所提出的在网上咨询等方面拓展了电子商务空间,并讨论了相关法律问题,亦属国内首创。

本书立足于中国实际,在充分调查、掌握国内外电子商务发展现状的基础上展开研究、提出对策,力求理论联系实际,具有务实性与应用价值。并努力理论创新,不仅具有独到的观点、结论,而且在研究重点、内容结构、体系体例等方面也与国内同类研究有着显著的区别;还对有关电子商务法的现有理论与立法做了综述、评价,为进一步的研究创下了基础,具有理论性与学术价值。

本书撰写分工是:第一、二章,吴弘、胡伟;第三章,孙静、司伟;第四章,吴弘、孙静;第五章,吴弘、何明娟;第六章,鄂鸣;第七章,尹乃春;第八章,许景波。全书由我统稿定稿,在出版前我又作了进一步修饰。参与课题研究资料工作的还有宋静、尚芹、袁腊梅等。由于国内外电子商务发展速度迅猛,本研究成果完成后的一段时间里,有不少问题已有了较大的变化,但本书在推动“政府推动与企业主导相结合、网络经济与实体经济相结合、重点推进与协调发展相结合、加快发展与加强管理相结合”方面作出的探索,仍很具有现实意义。

由于各种局限性,本书一定还会存在不足,但我们愿与大家交流、听取大家的意见,进行更为深入的研究。

吴 弘

2006年2月

# 目 录

<b>第一章 中国电子商务发展概况、问题及原因</b> .....	3
一、电子商务的定义和分类 .....	3
二、电子商务在中国——成绩与欠缺 .....	6
三、影响电子商务发展的法律问题 .....	22
<b>第二章 促进电子商务经营主体发展的法律问题</b> .....	26
一、电子商务经营主体发展的法制环境建设 .....	26
二、电子商务主体并购与分拆的法律模式 .....	35
三、电子商务主体私募融资的法律思考 .....	45
<b>第三章 电子商务发展的基本法制环境</b> .....	52
一、电子商务的税收法制 .....	52
二、网上市场经营准入资格与经营主体责任 .....	62
<b>第四章 电子商务发展基础条件的法律问题</b> .....	69
一、“三网融合”的制度推进 .....	69
二、电子商务的安全保障 .....	82
三、电子商务的支付与物流 .....	100
<b>第五章 电子商务发展的空间拓展(网上服务)的法律问题</b> .....	111
一、网络咨询业的发展及其法制建设 .....	111
二、电子商务公证业务及其立法 .....	116

<b>第六章 电子商务发展的空间拓展(网上金融)的法律问题</b> ·····	122
一、网上银行发展中的法律问题·····	123
二、网上证券交易的发展及其法律监管·····	148
三、网上保险的发展及其法律规制·····	170
<b>第七章 电子商务市场秩序的法律问题</b> ·····	180
一、网上不正当竞争行为及其规制·····	180
二、网上消费者权益保护·····	196
三、网络广告存在的问题及法律对策·····	203
<b>第八章 电子商务法理论及其应用综述</b> ·····	212
一、电子合同·····	212
二、电子签名·····	224
三、电子认证·····	235
四、电子商务中隐私权保护·····	242
五、电子支付·····	248
六、电子商务经营者·····	262
<b>附录 中国电子商务法规索引</b> ·····	266
<b>主要参考书目</b> ·····	276

电子商务代表着未来贸易的发展方向。

——江泽民

在 21 世纪,我们能以我们多数人现在甚至无法想象的方式在因特网各种创新的基础上实现我们的许多繁荣。

——克林顿

不上网的企业,将面临倒闭的危险。

——布莱尔

电子商务是信息技术促进经济增长的最显而易见的方式之一。

——安南



# 第一章

## 中国电子商务发展概况、问题及原因

### 一、电子商务的定义和分类

#### (一) 电子商务的定义

电子商务的定义至今仍众说纷纭,较典型的有以下几种:

##### 1. 国际商会的定义

1997年11月,在法国巴黎举行了世界电子商务会议(the World Business Agenda for Electronic Commerce),会议对电子商务下了一个比较全面的定义:电子商务是指实现整个商业过程中各阶段交易活动的电子化。从包括的范围方面可以定义为:交易各方以电子交易方式而不是通过当面交换或直接面谈方式进行的任何形式的交易;从科技方面可以定义为:电子商务是一种多技术的集合体,包括交换数据(如电子数据交换、电子邮件)、获得数据(共享数据库、电子公告牌),以及自动捕获数据(条形码)等。电子商务涵盖的业务包括:信息交换、售前售后服务(提供产品和服务的细节、产品使用技术指南、回答顾客意见)、销售电子支付(使用电子资金转账、信用卡、电子支票、电子现金)、运输(包括商品的发送管理和运输跟踪以及可以电子化传送的产品的实际发送)、组建虚拟企业(组建一个物理上不存在的企业,集中一批独立的中小企业的权限,提供比任何公司多得多的产品和服务),公司和贸易伙伴可以共同拥有和用于运营的商业方法等。<sup>①</sup>

##### 2. 欧洲议会的定义

欧洲议会关于电子商务给出的定义是:“电子商务是通过电子方式进行的商务活动。它通过电子方式处理和传输数据,包括文本、声音和

---

<sup>①</sup> 孙建著. 网络经济学导论. 北京:电子工业出版社,2001:86

图像。它涉及许多方面的活动,包括货物电子贸易和服务、在线数据传递、电子资金划拨、电子证券交易、电子货运单证、商业拍卖、合作设计和工程、在线资料、公共产品获得。它包括了产品(如消费品、专用设备)和服务(如信息服务、金融和法律服务)、传统活动(如健身、体育)和新型活动(如虚拟购物、虚拟训练)。”<sup>①</sup>

### 3. 世贸组织的定义

世界贸易组织在其出版物《电子商务与世界贸易组织的作用》一书中这样写道:“电子商务可以简单的定义为,通过电子通讯网络进行产品的生产、广告、销售和分配。”<sup>②</sup>

### 4. 上海市电子商务安全证书管理中心的定义

电子商务是指采用数字化方式进行商务数据交换(EDI)、电子邮件(E-mail)、电子资金转账(EFT)及 Internet 技术在个人间、企业间和国家间进行无纸化的业务信息交换。<sup>③</sup>

从上述定义我们可以得出这样的结论,电子商务是一种依托信息技术而产生的全新的商务形式。但它区别于信息经济或网络经济这样的大概念,也不仅仅是网上购物这样的小概念。

电子商务的实现方式主要有三种:电子数据交换(Electronic Data Interchange,即“EDI”)、互联网(Internet)和内部企业网(Intranet),而最广义的电子商务还应当包括电子通讯商务(Tele-Commerce)。其中互联网电子商务是最具主导性的,已成为当前电子商务的主流,也是本书所重点讨论的对象。互联网电子商务的优点在于其开放性。广告费、信息费、产品销售、买卖手续费、租借费、会费、网页制作费(信息登载费)、其他(软件、系统的特许使用费、上网费等等)是互联网电子商务的八大收入主要来源。

---

① 吴弘等著. 计算机信息网络法律问题研究. 上海:立信会计出版社,2001: 82

② 张楚著. 电子商务法初论. 北京:中国政法大学出版社,2000:11

③ 吴弘等著. 计算机信息网络法律问题研究. 上海:立信会计出版社,2001:

电子商务的出现对于经济发展具有革命性的意义,它打破了传统商务活动的时空限制,可以支持全球化的、24小时不间断的商务需要;电子商务的运用减少了交易的中间环节、密切了生产和流通的各个链条,降低了成本,对企业的规模和组织形式产生了重要影响;电子商务的出现变标准化的商务模式为个性化的商务模式,适应了快速变化的商机;电子商务也动摇了传统的生产决定消费的工业社会的基本原则,体现了消费者主权的理念,使供需匹配。从宏观经济层面上讲,电子商务优化了资源的配置,优化了经济结构。

## (二) 电子商务的分类

从不同角度,对电子商务可做不同的分类:

### 1. 按商业活动运作方式分类

可分成完全电子商务和不完全电子商务两类。所谓完全电子商务,是指可以完全通过电子商务方式实现和完成整个交易过程的交易活动。所谓不完全电子商务,是指无法完全依靠电子商务方式实现和完成整个交易过程,需要依靠一些外部因素,如交通运输来完成交易。

### 2. 按电子商务的内容分类

可分为电子商贸、电子金融、电子信息服务等。电子商贸主要是指在线交易、电子广告、供应链管理等;电子金融指网上银行、保险、证券等服务;电子信息服务则包括了短信息、网上娱乐(含游戏)、网上咨询、远程教育、远程医疗等。

### 3. 按从事电子商务的主体和商务本身的性质的不同分类

可将电子商务分为机构之间、机构与个人之间及个人相互间等类型:

商业机构对商业机构的电子商务(Business to Business,即BtoB),其特点是交易双方都是企业,交易目的往往是为了下一环节的生产,这使得交易往往在双方之间多次的连续的发生,并且数额巨大。

商业机构对消费者的电子商务(Business to Consumer,即BtoC),其中交易的一方为企业,而另一方为个人消费者。电子商务的出现打破了传统的交易受地域和时间限制的束缚,扩大了顾客范围,同时,做到了生产需求在产品内容上、数量上的匹配,使零库存成为可能。戴尔



是 BtoC 成功的例子,它从 1997 年时的一家在网上直接销售电脑的小公司起步,几年内成长为仅次于 IBM 的行业巨人,其运营模式功不可没。此外,网上书店亚马逊也是这方面的典范。

商业机构对行政机构的电子商务(Business to Government,即 BtoG),商务活动的一端是企业,另一端是政府的职能部门。政府通过电子数据交换方式向企业征税、外贸企业通过 EDI 方式向海关报关、政府有关部门通过网络向厂商下发政府采购清单、网络公司通过网络向政府设立或指定的认证中心(CA)申请电子证书等均属于这一商务模式范畴。

个人对行政机构的电子商务(Consumer to Government,即 CtoG),一方为个人而另一方是政府部门。如政府通过远程电子方式向个人发放社会福利基金,个人通过网络向政府纳税。

个人对个人的电子商务(Consumer to Consumer,即 CtoC),又称消费者定价模式,交易双方均为临时介入商务活动,所以绝大多数为自然人。网站并非交易方,而仅提供了交易的平台。网上拍卖是这一商务模式的典型。这方面著名的拍卖网站 e-bay 是成功的例子。

在这些商务模式中,BtoB 电子商务模式在整个电子商务结构中最为关键的,在很多权威机构对电子商务发展走势所作的预测中,BtoB 电子商务占到了 95%左右的权重。<sup>①</sup>在互联网大规模运用之前,电子数据交换(EDI)是 BtoB 电子商务的主要形式,随后互联网电子商务取代了其地位。BtoB 电子商务模式之所以如此重要,不仅因为其日益巨大的交易额,更重要的是因为它反映了一国企业的信息化、国际化程度和国际竞争力的强弱,它带给整个国民经济的变化是质的变化。

## 二、电子商务在中国——成绩与欠缺

近年来,电子商务的发展速度十分惊人。根据 2002 年联合国贸发会会议上发表的报告书,2000 年网上贸易总值达到 3 549 亿美元,2001 年达到 6 153 亿美元,并预测 2005 年将达到 46 000 亿美元。

<sup>①</sup> 见联合国贸发会. 电子商务与发展报告 2002 年:8