



烟台大学《三元法学文丛》

数据电文意思表示制度 基本问题研究

于海防 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



烟台大学《三元法学文丛》



教育部人文社会科学研究青年基金项目资助
2010年获批，项目批准号10YJC820142

数据电文意思表示制度 基本问题研究

于海防 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

数据电文意思表示制度基本问题研究 / 于海防著.

—北京:法律出版社, 2015

(三元法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8451 - 0

I. ①数… II. ①于… III. ①计算机网络—科学技术
管理法规—研究—中国 IV. ①D922.174

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 218282 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/16 字数/330 千

版本/2016 年 1 月第 1 版

印次/2016 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN978-5118-8451-0

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会

主任 郭明瑞 房绍坤

委员 (以姓氏笔画为序)

亓健生 汤 唯 杨立新

汪建成 宋振武 张平华

范李瑛 金福海 房绍坤

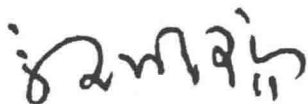
郭明瑞 唐广良 潘维大

秘书长 刘经靖 徐 蕊

着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字,藉此公告世人、报恩于世人?

三元湖是俊秀的,但她懂得领略东门外一望无际的黄海;三元湖是安静的,但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉,不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标,它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了国内及台湾地区十余名学者组成编委会,掌管文丛方略大计;我们将以质量为文丛之生命,以学术性为追求指标,坚持宁缺毋滥的原则;我们期望烟大法律人(文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师,烟大法学院的校友等)能在这一舞台上自信地展示自己,哪怕所展示的还不值得称道;真诚地奉献自己,哪怕所奉献的成果还显青涩;要勇敢地在舞台上走下去,哪怕不知道路在何方。



2013年8月

《三元法学文丛》总序

为拥有自己的文库,打造学术品牌,在法律出版社的鼎力支持下,烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名?盖因烟大校园中心有一湖,名曰“三元湖”。“三元”者含义有三:一者古有连中三元之说;二者烟大为地方出资,北大、清华援建而成;三者湖面一分为三。三元湖中,三个圆形湖面,心心相连;湖心有岛,湖上横跨小桥,四周翠柳环绕。春来鸟语花香,闲观鱼翔浅底;冬去冰雪沉卧,平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声,徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风,感受到的是远离尘嚣的寂静,读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中,始建于1984年的烟大法学专业,已走过了30个年头。三十年间,在杨春洗、杨殿升、郭明瑞、汪建成、房绍坤、汤唯、金福海等为代表的烟大法律人的共同努力下,烟大法学已形成了“教研并重、严谨扎实、和谐诚信”的优良传统,整体水平省内领先、部分学科在全国有较大影响力,成为中国法学教育和研究的一方重镇。

三十年间,三元湖见证了烟大法学的风雨历程,分享着烟大法律人的喜悦和失意;见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人,送走了一批批朝气蓬勃的学子;见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼,期待着法学院的日新月异。变幻的是时空,但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证!

三元湖懂得感恩,三元湖水或涌于地下,或来自天上,涓涓溪流滋养着她、滂沱大雨浇灌着她,三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑,记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达,他们的进步凝聚

谨以此书献给我的父亲母亲

融入传统法。笔者认为,许多传统法律规范拥有极强的生命力,在经过针对网络环境的解释之后,完全可以运用于网络环境。数据电文意思表示涉及的问题很多,但本书针对的是一般意义上的意思表示,对一般性的问题展开研究,因此对于一些相对特别的问题未予涉及,如电子票据、网络资金划拨、数字交付等。不过,本书对数据电文意思表示的一般性研究可以构成这些特别问题的研究基础。本书内容主要包括数据电文的概念、数据电文与传统载体的比较、数据电文与意思表示的关系、数据电文意思表示的认可、数据电文意思表示的形式、数据电文意思表示的归属、数据电文意思表示的内容、数据电文意思表示的效力。在这个宏观体系中,以数据电文为平台,贯穿了许多零散的网络法律问题,如电子代理、未成年人缔约、意思表示的撤回与撤销、电子签名、原件、保存、错误、确认收讫等。

囿于论题本身的特殊性与笔者对计算技术理解的偏差、研究水平的不足,本书中的一些观点、推导、分析以及结论定然存在不当之处,敬请批评指正。

于海防

2015 年 8 月 11 日

前 言

电子商务法的产生是技术与法律互动的实证体现,较诸传统法,只有二十余年历史的电子商务法无疑是新生事物,但似乎没有其他法律像电子商务法一样发展迅速,而这与电子商务的发展速度及在经济中所处的地位有很大关系。中国的电子商务总量已居世界之首,但是中国的电子商务法律发展水平与电子商务发展水平处于不相称的地位,电子商务法律供给严重不足,这也暴露出中国电子商务法研究的不足。电子商务法研究看起来属于前沿性研究,或者说较为时髦的研究,空白之处甚多,易于创新。然而,基于对学术创新性的追求,一些研究动辄认为网络对传统法形成了挑战,应当抛弃既定规则,制定新规则。但是传统法传承历史悠久,理论与规则的发展有其内在逻辑,革故鼎新贴合社会发展规律,电子商务法研究或网络法研究如果脱离传统理论与既定规则的话,势必成为无根之木,缺乏生命力与长效性。笔者认为,目前我国电子商务法研究需要重视电子商务法与传统法的联结、融合,加强对基础性问题的研究。本书研究的是数据电文意思表示问题。交易的核心是意思表示,电子商务交易的核心是数据电文意思表示,数据电文意思表示问题是电子商务法的基础性问题,具有桥接电子商务法与传统民商法的纽带作用。

本书从一般意义上的意思表示的角度出发,对数据电文意思表示展开研究,试图在宏观上容括数据电文意思表示制度的基本问题。本书对于一些目前研究较多的问题着墨甚少,对于研究较少及我国电子签名法存有缺漏的问题分析较多。例如,电子合同中的要约邀请、要约、承诺等问题虽然也属于数据电文意思表示问题,但未予涉及,而对于数据电文意思表示的形式规则、归属规则、生效规则、内容规则的讨论则比较详细。本书主要按照传统意思表示理论体系进行架构,在研究方法上主要采取的是建立在技术比较与法律比较基础上的规范解释方法,只有在解释不足以达到目的时,才创制新的规范。采取这种研究方法的目的是在维持传统体系稳定的前提下,将涉网络法律规范

目 录

绪 论	(1)
第一章 数据电文意思表示制度的概念基础	(16)
第一节 数据电文概念的内涵	(16)
一、贸法会的规定	(16)
二、各国的规定	(17)
三、我国的规定	(20)
四、数据电文的技术基础	(20)
第二节 数据电文概念的外延	(23)
一、宽泛的数据电文类型	(24)
二、电报、电传、传真不属于数据电文	(27)
第三节 数据电文的本质与特征	(34)
一、数据电文的本质	(35)
二、数据电文的特征	(37)
第四节 与数据电文相关的概念	(39)
一、网络	(39)
二、信息系统	(41)
三、发件人	(41)
四、收件人	(42)
五、中间人	(43)
第二章 数据电文与意思表示	(44)
第一节 数据电文系意思表示的载体	(45)
一、意思表示与载体	(45)
二、数据电文与传统载体的比较	(49)
第二节 意思表示视角下的数据电文	(54)
一、数据电文意思表示的构成要素	(54)

二、数据电文意思表示的形式	(55)
三、数据电文意思表示的分类	(55)
四、数据电文意思表示的解释	(55)
五、数据电文意思表示的效力	(56)
六、数据电文意思表示的具体规则	(56)
第三节 数据电文意思表示的认可	(57)
一、意思自治方式	(57)
二、法定方式	(58)
第四节 数据电文的排除	(60)
第三章 数据电文意思表示的形式	(64)
第一节 数据电文意思表示形式问题的表现与产生原因	(65)
一、书面要式要求对数据电文所形成的障碍	(65)
二、数据电文意思表示形式问题的表现与体系化解决	(67)
三、数据电文意思表示形式问题的产生原因	(69)
四、数据电文意思表示形式问题的解决方案	(71)
第二节 数据电文意思表示形式问题解决方案的选择基础	(72)
一、签名规则	(73)
二、认证规则	(73)
三、归属推定与归属确认规则	(74)
四、原件规则	(74)
五、保存规则	(74)
六、收发时间规则	(75)
七、收发地点规则	(75)
八、生效规则与具体的效力规则	(76)
九、程序管辖规则与证据规则	(76)
第三节 数据电文意思表示形式问题解决方案的优劣评析	(77)
一、功能等同方式	(77)
二、扩展书面方式	(79)
三、创设新形式方式	(85)
第四节 我国应采取创设新形式方式解决方案——数据电文形式的 创设与数据电文形式规则的拟定	(86)
一、我国应创设数据电文形式	(86)
二、我国的数据电文形式规则	(92)

第四章 数据电文意思表示的归属	(99)
第一节 归属规则概述	(99)
一、传统法上的意思表示归属	(99)
二、贸法会的数据电文归属规则	(101)
三、对归属规则存在必要性的争论	(102)
四、数据电文的归属方法	(105)
第二节 电子签名归属规则	(106)
一、电子签名的概念与类型	(106)
二、电子签名在归属中的作用	(108)
三、电子签名的立法模式	(117)
四、我国《电子签名法》上的电子签名规则	(122)
第三节 归属推定规则与归属确认规则	(130)
一、归属的一般规则	(132)
二、数据电文的归属推定规则	(137)
三、数据电文的归属确认规则	(144)
四、我国的归属推定规则与归属确认规则	(151)
第五章 数据电文意思表示的内容	(157)
第一节 数据电文的原件	(158)
一、传统法上的原件要求	(158)
二、数据电文原件要求的原因	(161)
三、贸法会以及各国的立法例	(162)
四、数据电文原件的条件	(170)
五、我国《电子签名法》上的数据电文原件规则	(172)
第二节 数据电文的保存	(175)
一、贸法会对数据电文保存的规定	(175)
二、其他国家、地区对于数据电文保存的规定	(177)
三、我国《电子签名法》上的数据电文保存规则	(181)
第六章 数据电文意思表示的效力	(185)
第一节 数据电文意思表示的主体资格	(185)
一、表意人的主体资格	(185)
二、电子代理	(191)
第二节 数据电文意思表示的生效时间	(196)

一、收发时间规则与生效时间规则应并存	(196)
二、收发时间规则	(198)
三、数据电文在生效时间上的一般规则	(200)
四、到达主义下数据电文到达时间的具体确定	(202)
第三节 数据电文意思表示的确认收讫	(206)
一、确认收讫规则的价值	(206)
二、贸法会对确认收讫的规定	(207)
三、我国《电子签名法》上的确认收讫规则	(210)
第四节 数据电文意思表示的生效地点与履行地点	(218)
第五节 数据电文意思表示的撤回与撤销	(220)
一、数据电文意思表示的撤回	(221)
二、数据电文意思表示的撤销	(222)
三、因网络环境导致的意思表示撤回、撤销问题——数据电文输入 错误	(224)
参考文献	(227)
致 谢	(236)
记忆中的场景——代后记	(238)

绪 论

2011 年中国电子商务交易总额达 5.8 万亿元,2012 年中国电子商务交易总额突破 8 万亿元,达到 80163 亿元,其中网络零售额超过 1.3 万亿元,相当于 2012 年社会消费品零售总额的 6.3%。^[1] 2013 年,中国电子商务交易额突破 10 万亿元,其中网络零售额超过 1.85 万亿元。^[2] 电子商务已经上升至国家以及各地区经济战略的高度,从硬环境到软环境,电子商务越来越受到重视,发展也越来越快,人们通过网络^[3]进行交易与生活越来越频繁。较诸传统交易活动,电子商务活动具有成本低、效率高并更为透明等特点,电子商务交易额增速越来越快。^[4] 2015 年,中国政府提出“互联网+”的概念,提升创新力和生产力,而将这势必进一步促进中国电子商务的发展,网络交易将更为频繁。通过中国互联网络信息中心(China Internet Network Information Center, CNNIC)发布的数据可以看出我国网络与电子商务的发展速度:截至 2013 年 6 月底,我国网络购物网民规模达到 2.71 亿人,网络购物使用率提升至 45.9%。与 2012 年 12 月底相比,2013 年上半年网民增长 2889 万人,半年度增长率为 11.9%。截至 2013 年 6 月底,我国使用网上支付的网民规模达到 2.44 亿人,使用率提升至 41.4%。截至 2013 年 6 月底,我国即时通信网民规模达 4.97 亿人,比 2012 年年底增长了 2931 万人。截至 2013 年 6 月底,我国

[1] 中国电子商务协会:“商务部召开‘电子商务’专题新闻发布会”,载 <http://www.ec.org.cn/Content/News/320.htm>,访问时间:2014 年 1 月 7 日。

[2] 王鑫:“商务部发布《中国电子商务报告(2013)》”,载 <http://ec.iresearch.cn/oec/20140528/231832.shtml>,访问时间:2014 年 6 月 1 日。

[3] 网络主要指的是计算机网络(computer network),一般是指互联网(internet)、因特网(Internet)等计算机网络。基于计算机网络进行的研究一般也可适用于移动电话等使用数字技术的通信网络。严格来说,互联网与因特网并不相同,但是本书依从我国的习惯,对其一般不加区分。

[4] 在 2013 年 11 月 11 日,支付宝全天成交金额为 350 亿元,较 2012 年 11 月 11 日的 191 亿元增长 83%。当天,支付宝完成的交易笔数为 1.7 亿笔。

域名总数增至 1469 万个,相比 2012 年年底增速为 9.6%。截至 2013 年 6 月底共计有 3.31 亿个 IPv4 地址,IPv6 地址也急剧增长。2013 年上半年,中国网民人均每周上网时长达到 21.7 个小时。^{〔1〕}

这些数据至少表明以下两点:第一,目前我国的网络越来越普及,网络使用者越来越多;第二,网络活动的增长非常快,网络交易类行为与非交易类行为愈加普遍。对网络法律问题展开研究主要是因为电子商务或者说网络交易的发达,但现今的网络也不仅仅只是用于交易,网络化生存已成为人们常态化的生活方式,主体非交易性的意思也越来越多地通过网络进行表示。随着阿里巴巴在美国上市,一举超越亚马逊,成为世界最大的电子商务企业,中国的电子商务总量已居世界第一。相形之下,中国电子商务法律供给不足的尴尬进一步显现。而法律上的这种不足,也暴露出学界对相关问题的研究不足。电子商务涉及各个领域,可以称得上是一个杂糅体,其中所涉及的问题不可谓不复杂。本书研究的是电子商务或者说网络中的交易等问题,就此而言,在交易型网络活动以及非交易型网络活动愈加频繁的背景下,目前我国对于居于核心与基础地位的数据电文民事法律问题的研究却不完整、深入,规范制定工作滞后,缺漏较多。面对巨量的网络交易行为与非交易行为,现行法捉襟见肘。简单来说,主体的任何行为,不论是交易性的还是非交易性的,均需主体发出指令,这些指令都转化为数据流。而从法律上来看,这些数据流表现为数据电文样态,成为承载当事人意思或行为的载体。在笔者看来,数据电文是研究涉网络问题的基础与出发点,对数据电文相关法律问题的研究应当成为贯穿网络法律问题研究的线索。虽然与网络中的域名、虚拟财产、隐私、自由、知识产品、信息等相关的规范无法在数据电文制度中体现,但对这些问题的研究、解决都应明悉其技术与法律基础,而这便会与数据电文问题产生间接关联。对数据电文的研究构成对这些问题研究的基础。

一、数据电文意思表示制度在电子商务法中的地位

电子商务主要指向交易,交易的核心是意思表示。数据电文意思表示在

〔1〕 中国互联网络信息中心:“中国互联网络发展状况统计报告(2013)”,载 <http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwxbzg/hlwjbg/201307/P020130717505343100851.pdf>,访问时间:2014 年 1 月 8 日。

电子商务法中^[1]居于基础地位,是电子商务法律研究与立法的线索,这是对数据电文民事法律制度展开研究的重要意义所在。

(一) 电子商务法并非独立的法律部门

网络平民普及化的实现使主体更喜欢通过网络来追求安全、快捷的交易,这使得社会关系发生了一定变化。但是笔者并不认为网络使新的社会关系产生。有学者认为“商务模式的变化产生了新类型法律关系,传统商事法律框架难以涵盖”。^[2]还有学者提出:电子商务法的调整对象是独立的、明确的,它调整的是电子商务交易中发生的各种社会关系,这些社会关系有自己明显的特征;传统的民法、经济法及其程序法很难适用于虚拟环境中的商务交易活动。^[3]在笔者看来,这类观点仅限于电子商务的特殊之处,而未看到传统法基于抽象性而具有的伸缩性,是一种错误的观点。

笔者认为,网络的确成为一种形成法律关系的新方式,令很多规范无法直接适用,但是网络并未在质上形成一种法律意义上的新型社会关系,当事人关系也没有发生根本性变化,网络交易形成的法律关系仍然是一种民事法律关系。这种观点将贯穿于本书始终,并且在各个方面予以具现。当然,必须承认的是,网络的应用的确使法律受到了冲击,虽然尚未严重到“挑战”的地步,但是法律为应对这些冲击,对其规范进行调整以及另订新法也在所难免。由此而生了一个问题,即是否存在独立的“电子商务法”、“电子交易法”、“网络交易法”或“网络法”。笔者的研究对象是数据电文意思表示制度,而非网络法或电子商务法是否独立,也不细究这些称谓是否合理。但简单来说,笔者并不认为电子商务法、网络交易法或者说网络法是一个独立的法律部门,因此各式涉网络法律规范均应归入相应的法律部门。其根本原因在于:网络并未在质

[1] “电子商务”(electronic commerce, electronic business)在目前并非一个严格的法律概念,从其内涵到外延都没有形成一致的认识。不同的国家、国际组织在立法时,有的使用“电子商务法”,有的使用“电子交易法”。在我国民商法或商法不再区别商人与非商人的背景下,使用“电子商务法”的确不合时宜。这样看来,“电子交易法”或“网络交易法”较“电子商务法”更贴近事物特征。但是,突出“电子”亦是不妥。使用何种称谓,的确是一个颇费头脑的问题。在笔者看来,这些称谓均不妥切。因为若使用“交易”(如刘德良教授在《网络时代的民法学问题》中称“电子商务法,仅指电子交易法”),而规范却不仅仅只适用于交易场合,在电子政务以及一些网络非交易民事行为中,规范也予适用。这样看来,使用“网络法”的称谓,虽然过于泛泛且无实质内容,却是最能涵盖研究客体、适用对象的称谓。本书对网络法与电子商务法并不详加区分。

[2] 傅明:“全球电子商务法统一化问题研究”,厦门大学2001年博士学位论文,第39页。

[3] 杨坚争:“我国电子商务立法:技术策略选择问题”,载高富平主编:《电子商务立法研究报告》,法律出版社2004年版,第293~294页。

上形成一种法律意义上的新型社会关系,所以网络法或电子商务法欠缺独立的调整对象,不能独立成为一种部门法。有学者认为:“电子交易形式关系,已经成为必须由法律调整的重要的社会关系。”〔1〕“(狭义的)电子商务法是调整以数据电讯(data message)为交易手段而形成的以交易形式为内容的商事关系的规范体系。也就是说,以数据电讯为交易手段而形成的以交易形式为内容的商事关系,就是电子商务法调整的对象。”〔2〕还有学者认为,“电子商务法是一个在新形势下产生的全新的独立的法律部门,是调整电子商务活动的法律规范的总称。”〔3〕

笔者同意电子商务法主要针对的对象是使用数据电文的交易,但是笔者并不认为存在“电子交易形式关系”,以数据电文作为意思表示手段的交易关系与传统交易关系没什么两样。如果说这两种关系有区别的话,那也是相对于传统交易手段来说,数据电文使用极快速并更为复杂的通信技术,因而导致在适用规范上产生诸多差异。但是如果纯粹依技术性因素来区分民商事关系的话,电话、电报、传真应用于商事交易,所生商事关系也应当是有别于之前的传统商事关系,可以成为独立的调整对象。因为这种交易相对于信函、信鸽、快马来说的确是太快了,技术上也存在非常大的区别。但是在电话、电报、传真广泛运用于交易后,也未见法律作出太大变动,在证据法上稍做调整即是,并没有生成一种新的调整对象或社会关系。在面对电子商务时,电话、电报、传真时代的解决办法已经不能奏效了,对规范进行大量的解释、修正、创制已不可避免,但这仍不意味着电子商务法拥有了独立的调整对象。

在民商合一的体制之下,电子商务意义上的商事关系指的便是民事关系。民商法之所以成为与宪法、行政法、刑法、诉讼法、国际法等相平行的独立的部门法,主要是因为民商法拥有独立的调整对象,即平等主体间的人身关系与财产关系(即民事关系)。使用数据电文的电子商务活动中的社会关系已被民商法的调整对象包含在内,因为其仍然属于平等主体之间所发生的社会关系。同时,虽然电子商务法也涉及一些公法事项,但仍不能改变其作为民商法律部门下的特别法地位,其地位甚至也弱于合同法。民法总则、合同法等也对电

〔1〕 张楚:“电子商务法初论”,中国政法大学2000年博士学位论文,第19页。

〔2〕 张楚:“电子商务法初论”,中国政法大学2000年博士学位论文,第19页。

〔3〕 覃征等:《电子商务与法律》,人民邮电出版社2001年版,第176~178页;高富平、张楚:《电子商务法》,北京大学出版社2004年版,第10~11页;李双元、王海浪:《电子商务法若干问题研究》,北京大学出版社2003年版,第20~22页。转引自刘满达:“关于网络与电子商务法的三个误解”,载《社会科学》2005年第12期。