

LAW LAW LAW LAW 法学论丛



国际经济法系列

电子商务法 若干问题研究

◆ 李双元 王海浪 著

北京大学出版社

法学论丛

AW

国际经济法系列

电子商务法若干问题研究

李双元 王海浪 著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

电子商务法若干问题研究/李双元,王海浪著. —北京:北京大学出版社,2003.12

(法学论丛)

ISBN 7-301-06679-1

I. 电… II. ①李… ②王… III. 电子商务-法规-研究-世界
IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 097959 号

书 名: 电子商务法若干问题研究

著作责任者: 李双元 王海浪 著

责任编辑: 冯益娜 周淑敏

标准书号: ISBN 7-301-06679-1/D·0795

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 16.625 印张 480 千字

2003 年 12 月第 1 版 2003 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序

20 世纪末至今,恐怕没有什么比互联网更为深刻地影响到人们的生活,以互联网为运行平台的电子商务极大地改变了整个社会的交易形式,同时又从各个方面对传统民商法乃至整个法律体系形成了巨大的冲击和挑战。目前我国的电子商务缺乏法律的有效调整,就像有了高速公路,却没有适用于高速公路的交通规则,由此可见,电子商务的安全性还得不到保障,这对于我国电子商务的发展是极为不利的。

在国际上,许多国家和国际组织都处于轰轰烈烈的电子商务立法和研究进程当中,其中更多的是发达国家。而发达国家一般都属于电子商务的“净输出国”,基于其自己的国家利益,发达国家的有关电子商务立法无疑更加体现出发达国家的利益。对于电子签名技术方案的选择、认证机构的设立和管理、电子商务的税收和知识产权保护、电子合同中管辖权和准据法的选择等等问题的立法规定,发达国家无疑会以更有利于发达国家企业向发展中国家的经济渗透为出发点。而因为互联网的虚拟性和全球性,作为发展中国家的我国在进行电子商务立法时为了发挥互联网的优势,肯定要在相当程度上和其他国家的有关电子商务立法相协调甚至一致。同时,作为电子商务立法的后来者,又有必要借鉴发达国家电子商务立法的经验。这样,如何在协调和借鉴的过程中做出有利于我国电子商务健康发展的法律选择,就成为法学界面对的一个重要课题。这就迫切需要法学界对此加紧研究,推动我国电子商务立法的进程。然而,到目前为止,在有着十多亿人口的中国,却只有屈指可数的几本电子商务法律论著出版,相对于研究其他法律或者研究电子商务的大量论著来讲,无疑极不相称。

本书有以下几个特点:

第一,对其他电子商务法律论著没有或者没有系统论述的问题

作了原创性的探讨。比如,由于电子商务法的基本理论问题还没有定论,所以,除了有限的二三本论著外,有关电子商务法方面的书籍对电子商务法的法律地位和调整对象问题都采取回避的态度。但是,对这些问题进行正确或者错误讨论的尝试应该是达到正确结论的必经过程,如果大家都因为害怕犯错误而对这些问题不予以讨论,那么我们永远无法真正解决这些问题。本书试图从“以现实法律问题为中心”的思路出发,对电子商务法的法律地位以及调整对象作了有益的探讨。还比如,有的论著只涉及到电子证据,有的只涉及到网上纠纷的司法管辖,本书则把电子商务诉讼中的证据规则、司法管辖、准据法选择以及在线争端解决机制这四个问题集中在第十章“电子商务争端解决法律制度”中加以讨论。

第二,对许多问题的讨论力求富有新意,有所突破。比如,在讨论电子商务法的基本原则时,现有的论著和文章都把一般原则当作电子商务法基本原则来加以讨论,但是,基本原则还是和一般原则有所区别的。基于互联网的开放性优点、交易对安全的内在要求、法律价值发展到一定历史阶段加强保护弱势方权益的自然取向这些认识,通过对有关法条的分析,本书把电子商务法的基本原则归纳为开放性原则、安全性原则、保护弱势方原则。还有,对于“常设机构原则”、管辖权选择、知识产权保护等等问题的讨论都提出了我们自己的观点和理论。此外,还针对企业在许多法律不健全的情况下所应该采取的对策提出了建议。

第三,目前许多电子商务法论著在讨论有关问题时,都是旁征博引世界各国有关电子商务法律条文,诚然,基于电子商务法的开放性原则,各国在这方面立法的趋同性更为迫切,但是引用有关国外条文的最终目的应该是更好地为我国有关立法提供借鉴、提出建议。如果没有落实到对我国有关立法的指导,则读者很容易误以为存在一部“世界电子商务法”。本书力图避免出现这种现象,通过国外有关法条的比较、国内外案例的分析,指出我国有关立法的空白和已有立法的不足之处,并提出建议。

不过,本书也存在一些不足之处。比如,只讨论了网上银行的有关法律问题,没有涉及到网上证券、网上保险等法律问题,对在线诉

讼的讨论过于粗浅(主要是限于篇幅)等等。但是,从整体上来说我们是努力就所涉及的问题详加论析的。因此,笔者非常乐意把本书推荐给大家,并且希望读者在此基础上进一步对电子商务法的有关理论加以分析、补充和完善,以更好地促进我国电子商务的发展。

作者谨识

2003年8月30日

于岳麓山下

法学论丛

简介

法学论丛是我社近年推出的大型法学专著系列丛书。该丛书共有以下几个系列：法理学系列、公法系列、比较法系列、宪法行政法系列、民商法系列、刑事法律系列、经济法系列、国际经济法系列、国际金融法系列、法律史系列、国际法系列。该丛书将以开放的形式连续出版下去。每个系列都由该领域的专家学者进行策划、审稿，作者队伍包括法学界老中青几代学者，既有德高望重的学术权威，又有刚刚展露才华的后生晚辈，体现了法学研究的繁荣昌盛、蒸蒸日上。

本丛书本着“人无我有，人有我优”的原则，所选书目基本上反映了该学科最新、最前沿的研究成果，既有重要的理论价值，又具有较强的实践指导意义。希望本丛书的出版能够为法学学术研究的发展增姿添彩，呈现出一道亮丽的风景。

法学论丛

国际经济法系列已出书目

跨国银行法律制度研究

岳彩申

国际商事仲裁及其适用法律研究

赵秀文

● 电子商务法若干问题研究

李双元 王海浪

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 电子商务简述	(2)
一、电子商务的两个主要发展阶段	(2)
二、电子商务的含义	(3)
三、电子商务的交易类型	(7)
第二节 电子商务法概述	(9)
一、电子商务法的调整对象和法律地位	(9)
二、电子商务法的定义和特征	(23)
三、电子商务法的性质	(25)
第三节 电子商务法的基本原则	(29)
一、开放性原则	(30)
二、安全性原则	(33)
三、保护弱势方原则	(34)
四、应该综合运用三大基本原则	(35)
第二章 国际上电子商务立法现状和发展趋势	(38)
第一节 主要国家和国际组织的立法现状	(38)
一、美国	(38)
二、加拿大	(42)
三、欧盟	(43)
四、世界经济合作与发展组织(OECD)	(47)
五、世界贸易组织(WTO)	(47)
六、其他	(48)
第二节 联合国贸法会的《电子商务示范法》	(50)
一、《示范法》的目的	(50)
二、《示范法》的适用范围	(51)
三、《示范法》的基本结构	(52)
四、《示范法》的“功能等同”原则	(53)

五、《示范法》的解释原则	(55)
第三节 小结	(56)
一、国际上电子商务立法的特点	(56)
二、国际上电子商务立法的重点	(58)
三、我国的现状及其借鉴	(61)
第三章 电子签名	(63)
第一节 电子签名简述	(63)
一、电子签名的产生	(63)
二、电子签名的定义	(65)
三、电子签名的种类	(68)
四、电子签名技术方案的选择	(71)
第二节 我国对电子签名的法律规定及其存在的 问题	(74)
一、《合同法》中电子签名的缺失	(74)
二、《广东省电子交易条例》电子签名中存在的问题	(75)
三、政府机构在确定安全电子签名中的作用	(77)
第三节 联合国贸法会《电子签名示范法》	(79)
一、学习《示范法》的重要性	(79)
二、《示范法》的适用范围	(80)
三、《示范法》的基本原则	(81)
四、电子签名的基本要求	(81)
五、电子签名的预决性	(83)
六、签署方、相对方及其认证方的义务	(84)
七、电子签名的可信赖性	(85)
八、外国证书和签名的承认	(85)
第四章 电子认证	(87)
第一节 电子认证概述	(87)
一、电子认证的产生	(87)
二、电子认证的分类	(89)
三、认证机构与证书信赖人之间关系的分类	(90)
四、电子认证的程序	(91)

第二节 电子认证中各方的法律关系	(93)
一、电子认证与公证的区别	(93)
二、认证关系的性质	(94)
三、认证机构和签署方之间的权利和义务	(97)
四、认证机构和证书信赖方之间的权利和义务	(99)
五、认证机构的法律责任	(101)
第三节 电子认证机构的设立和管理	(107)
一、电子认证机构的设立	(107)
二、电子认证机构的管理	(112)
第五章 电子合同	(115)
第一节 电子合同概述	(115)
一、电子合同和电子合同立法的发展	(115)
二、电子合同的概念	(117)
三、电子合同的特征	(117)
四、数据电文的证据性问题	(119)
五、数据电文的归属	(121)
六、电子代理人法律问题	(123)
七、当事方的行为能力	(127)
第二节 电子合同的成立、生效和履行	(129)
一、电子合同的要约、要约邀请和承诺	(129)
二、要约和承诺的撤回	(133)
三、要约的撤销	(134)
四、要约的生效	(135)
五、要约和承诺的送达确认	(136)
六、电子合同的成立	(139)
七、电子合同的履行	(144)
第三节 电子格式合同的法律问题	(150)
一、电子格式合同问题的产生	(150)
二、国外的有关判例及立法	(153)
三、我国有关的法律规定	(160)
四、政府机构的作用	(161)

第六章 电子支付法律制度	(163)
第一节 电子支付法概述	(163)
一、电子支付的含义	(163)
二、电子支付的主要形式	(163)
三、电子支付中各当事方的界定	(168)
四、电子支付中各方的权利和义务	(169)
五、国外有关支付行信息披露、责任分担规定的借鉴	(172)
六、间接损失赔偿问题	(187)
七、我国有关立法的不足和建议	(190)
第二节 网上银行的风险控制与监管	(196)
一、网上银行概述	(196)
二、国际上对网上银行监管的态度	(199)
三、我国网上银行业务的准入	(201)
四、我国网上银行风险的控制与监管	(207)
第三节 电子货币法律问题	(210)
一、电子货币的含义和特征	(210)
二、电子货币的分类	(212)
三、电子货币的性质	(212)
四、电子货币对货币政策的影响	(213)
五、电子货币的发行主体	(214)
第七章 电子商务中的消费者权益保护法律制度	(216)
第一节 网上消费者个人数据的法律保护	(216)
一、隐私权和个人数据	(216)
二、电子商务对个人数据的侵犯	(220)
三、我国的有关立法现状与价值取向	(223)
四、美国《儿童在线隐私权保护规则》的借鉴	(225)
五、欧盟两个《指令》的借鉴	(226)
六、建议	(236)
第二节 未经请求的大量商业电子邮件广告的法律调整	(241)
一、未经请求的商业电子邮件广告所带来的问题	(241)

二、我国的现有规定	(243)
三、建议	(244)
第三节 电子合同履行中消费者权益的法律保护	(244)
一、消费者的信息知情权	(245)
二、消费者的退货权	(248)
第八章 电子商务中的税收法律制度	(254)
第一节 电子商务税收法律体系的构建	(255)
一、我国是否应对电子交易征税	(255)
二、构建电子商务税收法律体系的基本原则	(256)
三、电子商务中的新税问题	(257)
四、所得税问题	(259)
五、进一步完善税收征管方式	(259)
第二节 电子商务中的“常设机构”原则	(265)
一、电子交易给“常设机构”原则带来的冲击	(265)
二、保守性方案	(267)
三、加强居民税收管辖权方案	(270)
四、预提税方案	(271)
五、虚拟性常设机构	(272)
六、基于消费地的经济存在标准	(273)
七、评析和建议	(274)
第九章 电子商务中的知识产权法律问题	(278)
第一节 域名和商标的法律冲突	(278)
一、域名概述	(278)
二、域名与商标发生冲突的原因	(281)
三、域名与商标冲突的表现形式	(283)
四、我国的几种主要观点及其有关法律规则	(285)
五、美国的做法	(290)
六、我国中文域名争端解决实践对“恶意”的认定	(292)
七、我国对“已经或者极有可能受到损害”的认定实践	(296)
八、对驰名商标的超强保护	(298)
第二节 商业方法软件的法律保护问题	(299)

一、问题的产生	(299)
二、软件、商业方法、商业方法软件辨析	(300)
三、国际上对商业方法软件法律保护的转变	(304)
四、我国采取专利模式保护商业方法软件的必要性	(307)
五、我国对商业方法软件授予专利的可行性	(317)
六、商业方法软件专利性的实质要件判断	(320)
七、结论	(327)
第三节 技术措施的法律保护问题	(328)
一、技术措施概述	(328)
二、国外有关技术措施保护的立法	(330)
三、我国的技术措施保护	(333)
四、美国“环球影视城诉雷莫迪斯”一案的启示	(335)
第十章 电子商务争端解决法律制度	(338)
第一节 电子商务诉讼中的证据规则	(338)
一、电子证据所带来的问题及其国际上的反应	(338)
二、电子证据的概念、特点	(340)
三、电子证据的法律地位	(345)
四、电子证据的收集和保存	(353)
五、电子证据的采纳	(360)
六、电子证据运用范例——电子邮件(E-mail)	(362)
第二节 电子商务诉讼中的司法管辖	(365)
一、互联网对传统管辖权的冲击	(365)
二、以网址为依据的管辖	(370)
三、以服务器所在地为依据的管辖	(377)
四、yahoo 案及其评论——保护性管辖权的运用	(378)
五、“非方便法院”原则在电子商务诉讼中的运用	(381)
六、当事方对司法管辖权的选择与规避	(383)
七、我国在电子商务诉讼中的管辖权选择及其对策	(385)
第三节 电子合同的准据法选择	(392)
一、电子合同准据法选择的难题	(392)
二、意思自治原则的适用	(394)

三、最密切联系原则的运用	(396)
四、美国 America Online, Inc. v. Superior Court(Mendoza)案 及其评价	(397)
五、总结和建议	(399)
第四节 在线争端解决机制	(402)
一、在线争端解决机制的优点	(402)
二、在线协商	(402)
三、在线调解	(404)
四、在线仲裁	(405)
五、在线诉讼	(415)
 附录一 联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》	(417)
附录二 美国《统一计算机信息交易法》	(425)
附录三 《广东省电子交易条例》	(494)
附录四 《网上银行业务管理暂行办法》	(501)
附录五 中国人民银行《关于落实《网上银行业务管理暂行 办法》有关规定的通知》	(507)
 参考资料	(512)

第一章 绪 论

随着电子商务在全世界的蓬勃发展,我国的电子商务也日益受到政府、经济学界以及法学界的重视。然而,最近几年,一系列的电子商务案件表明,我国电子商务的发展在许多方面还处于无法可依的状态。虽然有关国家部门、地方政府已有针对性地出台了一系列的法规、规章。但是,这些法规、规章之间存在着互相缺乏配合,不成体系,甚至互相冲突的现象。同时,电子商务法律制定的不成熟又影响到电子商务法基本理论的确立,由此造成目前电子商务的发展缺少法律的有效规范,而电子商务法的制定和运行又存在严重缺少基本理论指导这么一种现象。

电子商务法基本理论的缺失,会造成电子商务法律规范的孤立和零乱、对立和矛盾,会直接影响到电子商务法律体系的建立,最终不能使我国电子商务的发展起到电子商务法律应有的促进作用。因此,本章试图在我国和国际电子商务发展实践的基础上,重新审视有关法律规定和论著,立足于发展中国家的立场,对电子商务法是不是一门新的独立法律部门、电子商务法的定义、特征、性质,以及基本原则等等基本理论问题进行探讨。

如果简单地从字面上来看的话,电子商务法当然是对电子商务关系进行调整的法律规范的总和。因此,要准确地把握住电子商务法的基本理论问题,就要首先确定电子商务法的调整对象,就有必要对“什么是电子商务关系”,也就是对电子商务关系所包括的具体关系和内容做出准确而实用的理解。而对此,本书观点和当前的几种观点又有所不同,这种不同又将影响到基本理论的建立。所以,本章首先对电子商务做简要介绍,并且在探讨电子商务法的调整对象时,重点对应该如何从法律角度理解电子商务关系这个问题加以讨论。

第一节 电子商务简述

一、电子商务的两个主要发展阶段

早在 1839 年,商人们从加快贸易信息传递速度的角度出发,尝试着用电报的方式收发贸易信息,并开始了运用电子手段这种快捷方式进行商务活动。应该说,这是运用电子手段进行商务活动的开端。^① 不过,真正意义上对电子商务的研究和利用始于 20 世纪 70 年代末。可以把从那以后电子商务的发展分为两个阶段,第一阶段是 20 世纪 80 年代中期的 EDI 电子商务,第二阶段是从 20 世纪 90 年代初期发展起来的 Internet 电子商务。^②

在 20 世纪 70 年代末就出现了作为企业间电子商务应用系统雏形的 EDI(Electronic Data Interchange, 电子数据交换)和 EFT(电子资金传送)。在 80 年代,实用的 EDI 商务得到了比较大的发展。EDI 电子商务主要是通过增值网络 VAN(Value Added Networks)实现,通过 EDI 网络,交易双方可以通过预定的标准格式,把交易过程中产生的报价单、订购单、保险单等等在双方的计算机系统上进行端对端的数据传送。到了 90 年代,EDI 电子商务技术已经非常成熟。但是,它建立在大量功能单一的专用软硬件设施的基础上,对技术、设备、人员的要求比较高,成本非常高。因此,随着价格低廉的 Internet 技术的突破性发展,电子商务发展到了第二个阶段——Internet 电子商务阶段。

Internet(互联网,也叫因特网)最早是在冷战时期为了防止核武器的破坏而由美国国防部高级研究计划署(Advanced Research Projects Agency)提出的一个军事科研项目。其目的是建立一个互相联系的计算机网络,当该网络的某一部分受到敌方打击而断开时,网络中的计算机可以主动寻找其他连接部分继续传送信息,使得该网络可以继续运转。苏联解体后,该科研项目在军事上的重要性和紧迫

① 赵立平著:《电子商务概论》,复旦大学出版社 2000 年版,第 1 页。

② 宋玲、王小延主编:《电子商务实践》,中国金融出版社 2000 年版,第 4 页。