

中国电子商务立法丛书

电子商务法研究

王利明 ● 主编

中国法制出版社

普通高等学校人文社会科学
重点研究基地基金资助

电子商务法研究

主编 王利明

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

电子商务法研究/王利明主编. —北京:中国法制出版社, 2002. 12

ISBN 7 - 80182 - 055 - X

I. 电… II. 王… III. 电子商务 - 法规 - 研究 - 中国 IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 098526 号

电子商务法研究

DIANZI SHANGWUFA YANJIU

主编/王利明

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/23.625 字数/586 千

版次/2003 年 1 月第 1 版

2003 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 055 - X/D · 1021

定价: 43.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

发行部电话: 66062752

编辑部电话: 66032924

邮购部电话: 66033288

读者俱乐部电话: 66026596

序 言

随着现代网络技术的日臻成熟,人类逐渐步入以 IT 产业为基柱的新经济时代,电子商务的浪潮曾经一度席卷全球。然而,“网络泡沫”的出现使得世界范围内电子商务大面积遭遇寒冬,一度风声鹤唳、步履维艰。

直到今年夏天,国内外才相继出现一些商务网站宣布已经微盈利或即将盈利的利好消息,钟情于电子商务阵地的人们也由此感到了一丝暖意。然而,更多人仍旧忧心忡忡,看淡电子商务行业的前景。其实,分析电子商务的发展,不过是由“概念炒作”的第一阶段,历经“DOT COM”竞相涌现的第二阶段,而步入了理性发展的第三阶段的过程。放眼未来,我们应当坚信,电子商务是现代经济和商业活动中不可或缺的一部分,将成为 21 世纪主要的交易方式之一。电子商务代表着未来贸易方式的发展方向,发展前景十分广阔,为此,各国理应加紧这一方面法律问题的研究,推动解决电子商务特殊法律障碍的法律规范的出台。

早在上个世纪 90 年代,联合国国际贸易法律委员会就曾为促进国际贸易法的协调与统一,以及为推动各国制定规范电子商务活动的法律,组织专家委员会开展了卓有成效的工作,并于 1996 年将其《联合国电子商务示范法》及《颁布指南》公诸于众。随后,世界范围内掀起了竞相立法的高潮。截至目前,美国、加拿大、欧盟、日本、俄罗斯及澳大利亚等发达国家或地区早就颁行了自己的电子商务法,我国邻邦韩国、印度、马来西亚、菲律宾及新加坡等国通过了各有特色的本国电子商务基本法,我国香港和台湾地区也

分别制定有《香港电子交易条例》与《台湾电子签章法》。

相对而言,我国大陆地区就显得非常滞后。虽然国内有关立法部门已经颁行了为数不少的有关电子商务方面的行政规章、地方性法规或规章和司法解释,但由于理论准备不充分等因素,这些法规性文件显得零乱、低效且操作性不强。这种状况无疑同我国的最大发展中国家地位很不相称,将极大影响我国在新经济形势下的市场竞争能力。

作为国家教育部确定的我国惟一的民商事法律科学国家级研究基地,中国人民大学民商事法律科学研究中心承担了教育部人文社会科学重点研究基地项目“电子商务立法研究”。为了有效地开展工作,本中心组织了基地内部一大批功底扎实的研究人员,并联合国内外这一领域享有盛名的专家学者,启动了细致缜密的调研活动。我们计划通过1-2年时间的辛勤努力,编辑出版一套“中国电子商务立法丛书”。

本书是该丛书的第一本,内容涵盖电子商务立法总论、电子商务与民商事法制、电子商务与刑事法制、电子商务与行政法制、电子商务与证据法制、以及电子商务与程序法制等。此后,我们还将出版系列专著,分别围绕一些专题问题进行深入挖掘。

我们希望,本项目的研究能够为我国适时立法做好理论准备,推动符合世界规则,且具有自身特点的中国电子商务基本法和单行法的尽快制定,促进我国积极融入世界电子商务规则制定的步伐。

为了实现上述目标,仅仅依靠一个学术基地或个别项目人员的努力是远远不够的,我们竭诚欢迎本领域内的专家以各种方式加盟,也期望广大读者对该丛书给予关注和支持。

中国电子商务立法丛书编辑委员会

2002年9月

目 录

序言	(1)
第一章 总论	(1)
一、电子商务法导论	(1)
二、北京市电子商务发展状况及法律问题调查	(21)
三、电子签名在电子商务活动中的基本功能	(30)
四、欧洲联盟电子商务立法评介	(42)
第二章 电子商务与民商法	(64)
一、民法原则在网络环境下的延伸	(64)
二、电子合同的法律问题	(77)
三、关于电子合同挑战传统民商法的几个问题	(134)
四、从 UCITA 论我国电子合同法律规制之建立	(141)
五、网络服务商的责任的基本理论与归责原则	(168)
六、网络环境下的版权侵权	(204)
七、刘京胜诉搜狐案的法理学思考	(233)
八、大额电子资金划拨的法律基础	(249)
第三章 电子商务与刑法	(315)
一、关于电子商务犯罪问题	(315)
二、电子商务犯罪的法律对策	(332)
三、论网络盗窃罪及其刑法因应	(361)
第四章 电子商务与行政法	(373)
一、电子商务安全问题的法律探讨	(373)

二、网上统计调查的法律规制	(400)
第五章 电子商务与证据法	(415)
一、电子商务亟需电子证据规范	(415)
二、数据电文的法律支持	(422)
三、关于电子数据证据	(441)
四、数字签名的证据法分析	(470)
五、关于电子证据的认定规则	(497)
第六章 电子商务与程序法	(525)
一、网络交易纠纷的司法管辖	(525)
二、因特网与国际民商事案件的管辖权	(555)
三、电子商务对法律适用制度的挑战及其对策	(571)
四、电子商务争端解决机制	(583)
五、司法的数字化生存空间：虚拟法院	(675)
第七章 附录	(690)
一、电子商务与国际和国内法律改革的互动关系	(690)
二、点击的意义——因特网交易效率和公平的平 衡	(721)

第一章 总 论

一、电子商务法导论

张 楚*

引言

人类已经跨入由原子向比特转变的信息化、网络化的 21 世纪。计算机与通讯技术的融合与发展，所引起的人类社会的变革，反映在商事法律制度上，就是电子商务法的形成与发展。

从技术上讲，电子商务是商事交易中一种媒介的改变，即以电子信息方式代替了传统的书面形式。表面上看，它充其量只是在商事交易中媒介形式的改变。然而，这一小小的变革，却带来了广泛的、深刻的革命，一切交易形式都随之发生了不可避免的演变。从要约、承诺的作出，到合同的履行方式，都变得面目一新；从公司的设立到清算，从证券的发行到上市交易，以至于票据、货币的流通，都将产生前所未有的改变。

促使电子商务迅速更替传统交易手段的动因 - 首先在于经济方面。每份交易文件的处理成本下降了许多倍，相反速度却又提高了数倍。这就是商家和消费者们纷纷采用电子商务的根源。虽

* 北京邮电大学教授、法学博士。

然，电子商务从形式上抛弃了以纸面为媒介的手段，但从实质上看，它却仍然，并且也必须保持着千百年来人们在书面形式交易中所形成的法律价值观。因为以书面形式所构成的当事人之间的风险分担与证据提供方法，已经在人们的观念里根深蒂固，并形成了具体的公平观念。因此，要吸引广大消费者加入这一新兴的市场，无论是技术开发或供应商，还是立法与司法者，仅仅从电子商务的快捷上入手是不够的，还必须考虑如何使之同传统的法律价值相对接、相吻合。于是，就在技术上产生了电子信息收到告知、电子签名、电子认证等功能，与此同时，也在相关的法律制度中，出现了以数据电讯代替书面概念，以电子签名取代手书签名，以电子认证取代传统的身份鉴别方法等法律手段应运而生的情况。这些将书面交易形式所具有的基本法律功能抽象出来，并在电子交易形式中寻找出具有类似价值的技术与法律手段，经过重新组合，而对电子商务关系进行调整，所形成的法律领域，就是所谓的电子商务法。

下面拟就电子商务法的概念、调整对象、特征、原则等基本问题，作一尝试性的探讨，以期抛砖引玉，促进电子商务法的研究。

（一）电子商务法的现状及其意义

1. 电子商务法的现实状况

关于电子商务法这一新兴法律领域的发展状况，至少可以从以下几方面进行描述：

其一，从实证法上看，近年来世界上已有许多国家和国际组织，制定了为数不少调整电子商务活动的法律规范，形成了许多电子商务法律文件。

在国际组织方面，联合国国际贸易法律委员会（以下简称贸法会）主持制定了一系列调整国际电子商务活动的法律文件，主

要包括：“计算机记录法律价值的报告”；《电子资金传输示范法》、《电子商务示范法》（以下简称示范法）、《电子商务示范法实施指南》；以及贸法会正在起草制订的《统一电子签名规则》等。这些法律文件是世界各国电子商务立法经验的总结，同时又反过来指导着各国的电子商务法律实践。此外，欧盟委员会于1997年提出了《欧洲电子商务行动方案》，为规范欧洲电子商务活动制定了框架。1998年又颁布《关于信息社会服务的透明度机制的指令》。1999年通过了《关于建立有关电子签名共同法律框架的指令》。

从美洲各国来看，美国犹他州于1995年颁布的《数字签名法》（Utah Digital Signature Act），是美国、乃至全世界范围的第一部全面确立电子商务运行的法律文件。目前，美国已有45个州制定了与电子商务有关的法律。另外美国的全国州法统一委员会也于1999年7月通过了《统一电子交易法》，供各州在立法时采纳。2000年6月克林顿签署的国会两院一致通过的《国际与跨州电子签章法》，表明美国的电子商务立法走上了联邦统一制订的道路。加拿大、阿根廷等国都制定了电子商务法。

就欧洲来看，俄罗斯联邦也是世界上最早制定电子商务法的国家之一。其1995年元月颁布《俄罗斯联邦信息法》，调整所有电子信息的生成、存储、处理与访问活动。^①该法赋予通过电子签名鉴别的，经由自动信息与通讯系统传输与存储的电子信息文件以法律效力，并规定电子签名的认证权必须经过许可。与该法相配套，该国联邦市场安全委员会还于1997年下发了“信息存储标准暂行要求”，具体规定了交易的安全标准。德国于1997年8月制定了《信息与通讯服务法》其中包括了“通讯服务使用

^① 参见美国MBC律师事务所·电子商务立法摘要[R]〈<http://www.mbc.com/ds-sum/html>〉Electronic Commerce Legislation 1999年10月访问。

法”，“通讯服务中个人信息的保护法”，“电子签名法”，“刑法典修正案”，“行政违法修正案”，“禁止对未成年人传播不道德出版物修正案”，“版权法修正案”，“价格标示法修正案”等。可以说德国为了实施其电子商务法，已经对整个法律体系进行了调整。^①意大利于1997年制订了《意大利数字签名法》。为了实施该法，于1998年和1999年分别颁布了总统令，并制定了“数字签名技术规则”。^②再从亚洲来考察，我国周边许多国家都制定了电子商务法。马来西亚早在九十年代中期就提出了建设“信息走廊”的计划，并于1997年制订了《数字签名法》。可以说这是亚洲最早的电子商务立法。同年，韩国也制定了内容较全面的《电子商务基本法》。紧接着，新加坡于1998年正式制订、颁布了《新加坡电子交易法》，又于1999年制订了“新加坡电子交易（认证机构）规则”和“新加坡认证机构安全方针”。印度于1998年颁布了《电子商务支持法》。菲律宾也在2000年制定了《电子商务法》。日本的“电子签名与认证法案”于2001年4月生效。泰国的电子商务法也正在制订之中。

我国为了适应电子商务的发展，也已采取了一些法律措施。譬如新颁布的《合同法》，在合同形式条款中加进了“数据电文”这一新的电子交易形式。又如我国《专利法实施条例》为了适应国际通行趋势，已规定可以电子通讯方式提出专利申请。但是，与电子商务实践的需求和世界发达国家的立法相比，我国电子商务立法的进展，还有待加速进行。从电子商务专项立法来看，我国目前除了全国人大代表的议案之外，尚无正式的法律文件产

① GERMANY: FEDERAL ACT ESTABLISHING THE GENERAL CONDITIONS FOR INFORMATION AND COMMUNICATION SERVICES, International Legal Materials, Vol. 37, 1998, p565.

② 参见美国 MBC 律师事务所·电子商务立法摘要 [R] <<http://www.mbc.com/ds-sum/html>> Electronic Commerce Legislation, 1999 年 10 月访问。

生。可喜的是广东、上海、海南等地关于电子商务的地方立法起草活动正在积极进行，即将产生的地方法规可能为全国的立法提供一些经验。此外，我国香港特别行政区于2000年1月制定了《电子交易条例》。1999年我国台湾省起草了《电子签章条例》，并于2000年3月通过了第一次审议。

据不完全统计，目前世界上至少有40多个国家与地区已经制定、颁布了实质意义上的电子商务法。而正在酝酿、起草、审议电子商务法的国家和地区就更多了。

其二，从电子商务法的研究上看。自20世纪80年代以来，世界许多国家的法律学者就已经开始了对电子商务法的探讨，虽然当时还并没有称之为电子商务法。据笔者掌握的资料来看，八十年代初国际上就在意大利的佛罗伦萨召开了题为“逻辑，信息技术与法律”的研讨会。会议出版了两本论文选集，其中就着重探讨了计算机记录的证据法的效力这一与电子商务法紧密相关的问题。而世界各国专门发表电子商务法研究文章的学术期刊，至少有三十多种。如美国的《约翰·马歇尔计算机与信息法杂志》(THE JOHN MARSHALL JOURNAL OF COMPUTER & INFORMATION LAW)、欧洲的《通讯法》杂志(COMMUNICATION LAW)、《EDI法律评论》(THE EDI LAW REVIEW)等，都是专门刊载电子商务法论文的学术论坛。目前世界各国关于电子商务法研究的学术会议、期刊，已经是层出不穷，蔚为大观。至于综合性法学杂志开辟的关于电子商务法的专集、专栏，或刊登的电子商务法的论文，就更是不胜枚举了。

再次，在电子商务法的司法实践中已经积累了一些案例。譬如美国内务部就在其官方出版物《法律周刊》中，^①专门开设了

^① 参见美国内务署网址：<http://www.bna.com/e-law/>；另，中国政法大学图书馆收藏有该杂志。

电子商务法一目,其内容包括联邦及各州的关于电子商务的法律文件及案例的报道。另外值得一提的是,目前因特网上专门介绍、讨论电子商务及其法律问题的站点,已经达到了目不暇接的地步。电子网络不仅催生了电子商务法,同样也促进着对电子商务法的研究。

总之,电子商务法存在与迅速发展已是不争的事实,这一全球化的立法现象,充分反映了电子商务法在调整各国与国际之间的电子商务活动方面的重要作用。同时它也为法学界提供了一个不可回避的研究课题。

2. 关于电子商务法的简要解释

就笔者所涉猎的国内外的法律文件与论著来看,目前尚未发现有人给电子商务法这一概念下过定义。由于电子商务活动的发展变化异常迅速,而人们对它的认识需要有个过程,况且各人的观察角度不同。因而很难设想会出现一个普遍被接受的定义,至少在目前电子商务法尚处于发轫之时,这种可能性很小。笔者无意给电子商务法创造一个完美的定义,出于行文的需要,却又不肯不对之做出一个相对合理的解释。

(1) 广义的电子商务法

广义的电子商务法,是与广义的电子商务概念相对应的,它包括了所有调整以数据电讯方式进行的商事活动的法律规范。其内容极其丰富,至少可分为调整以电子商务为交易形式的,和调整以电子信息为交易内容的两大类规范。前者如联合国的《电子商务示范法》(亦称狭义的电子商务法),后者的内容更是不胜枚举,诸如联合国贸法会的《电子资金传输法》、美国的《统一计算机信息交易法》等等,均属此类。需要指出的是,电子商务的形式性规范,与以电子信息为内容的实体性规范之间的关系,犹如行政诉讼法与行政法那样,其形式规范可以一部法典或法律而制定,但其实体性规范由于涉及面极广,无法以统一的法典或单

行法律予以囊括，而只能分别以单行法律、法规、甚至是判例的形式出现，也可能融合在其他部门法的规范之中。虽然，广义的电子商务法概念，有时在应用时比较通俗、方便，特别是在对涉及及到将电子商务法作为一个法律群体给予称谓时，似乎易于使用。但是，在具体的立法与司法中却比较难以运用。一方面，不可能制定一部调整对象如此广泛的电子商务法，同时，也不可能某一具体的案件中，将这样广义的电子商务法适用于其中。

(2) 狭义的电子商务法

如果从联合国及世界各国，以“电子商务法”或“电子交易法”命名的法律文件的内容上分析，^① 其间存在着明显的共性，即它们所解决的问题，都集中于诸如计算机网络通讯记录与电子签名效力的确认、电子鉴别技术及其安全标准的选定、认证机构及其权利义务的确立等方面。这些实质上都是解决电子商务交易的操作规程问题的规范。所以，倘若从便于立法和研究角度出发，有理由认为，电子商务法，是调整以数据电讯（DATA MESSEGE）为交易手段而形成的因交易形式所引起的商事关系的规范体系。^② 需要指出的是，虽然此处主要是从狭义电子商务法的角度来论述这一问题，当提到电子商务法时，一般是指这种意义上的概念。但由于电子商务法有广狭两种含义，当具体遇到电子商务法这一术语时，应注意区别其语境而理解与使用，不可一律对待。

(二) 电子商务法的调整对象与范围

(1) 调整对象

① 除了联合国贸法会的《电子商务示范法》之外，其法律文件名为“电子交易法”的有：美国、新加坡、澳大利亚、加拿大等。

② 关于数据电讯的概念与含义，详见拙作《电子商务法初论》（中国政法大学出版社 2000 年版）第二编第三章第一节。

任何法律部门或法律领域，都以一定的社会关系为其调整对象。电子商务法作为新兴的商事法律制度概莫能外。在以口头和传统书面为主要商事交易手段之时，交易形式问题并没有成为商法的独立的调整对象，而是由程序法中的证据制度来解决的，并且只是在当事人就该类问题发生纠纷，不能自行处理，提交法院或仲裁机构时，才适用这些规范。因为在口头和传统书面条件下，交易形式问题相对简单，当事人之间因交易形式的选用，所产生的权利义务关系一目了然，没有必要由专门的法律对之进行调整。但是，随着电子计算机与通讯技术的发展，及其广泛的商业化应用，商事交易形式问题变得越来越多样性、复杂化，已经到了必须由专门的法律规范对之调整的地步。私法之所以调整这种因数据电讯的使用而引起的商事关系，就是因为现代化商事交易手段的运用，已经形成了绝大部分重要的商事关系中的不可分割的部分。无论是证券交易、票据流通、公司的运作，还是银行、保险、投资等行业的营业，都丝毫不能离开数据电讯手段，以产生实体交易法律关系。特别是随着因特网的广泛应用，甚至将会出现如果不以专门的电子商务法来对之进行调整，就可能严重阻碍商事关系发展的情况。也就是说电子交易形式关系，已经成为必须由法律调整的重要的社会关系。这是电子商务法产生的重要原因之一。

通常，人们在描述某一法律部门或领域的概念时，往往免不了要提及其特定的对象。实际上前面在解释电子商务法的基本含义时，已经涉及到了电子商务法的调整对象问题。一般认为，电子商务法是调整以数据电讯（DATA MESSEGE）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。

数据电讯本来是一个计算机通讯方面的专业术语，简单地说

就是电子信息的总称，但在电子商务法中它有着特定的含义。贸法会在《示范法》中所给（DATA MESSAGE）的定义是：“就本法而言，（A）数据电讯，是指以电子手段、光学手段、或类似手段生成、发收、或储存的信息，这些手段包括但不限于电子数据交换（EDI）、电子邮件、电报、电传、或传真”。当以数据电讯为交易手段，即为无纸化形式时，一般应由电子商务法来调整。

电子商务是一个内涵十分丰富，外延非常广泛的概念，而狭义的电子商务法的任务是，在电子通讯技术的商业化应用上，建立一个使之顺畅运行的法律平台，亦即要从法律上造成一个使各种通讯技术，都能畅通无阻的应用于其中的商事交易活动的环境。它本质上是电子网络精神在法律上的实现。

从广义上来理解，电子资金传输、电子化的证券交易等，都属于电子商务关系，但这些具体的商事交易关系，却并不单纯由狭义的电子商务法来调整，而同时亦属于证券法、金融法的调整范围。因为这类关系中的数据电讯，并不是仅仅作为交易手段而应用的，它同时也表现为证券、货币等交易标的，即是作为交易内容而应用的。

电子商务法，是商法在计算通讯环境下的发展，是商事法新的表现形式，它必然以商事关系为其调整对象的，但是该种商事关系又有着以下一些特点：

其一，它是以数据电讯为交易手段的商事关系。换言之，凡是以口头或传统的书面形式所进行的商事关系，都不属于电子商务法的调整范围。

其二，该商事关系是由于交易手段的使用而引起的，一般不直接涉及交易方式的实质条款。因为交易手段只是交易行为构成中的表意方式部分，而并非法律行为中的意思本身，亦不充当交易标的物。

其三，该商事关系并不直接以交易的标的为其权利义务内容，而是以交易的形式为其内容，即因交易形式的应用而引起的权利义务关系。诸如对电子签名的承认、对私用密钥的保管责任等，均属此类。

需要说明的是，任何分类都是相对的。当数据电讯既作为交易手段，又成为交易内容时，这种狭义电子商务法调整对象的确定，就显得不够准确，甚至是很别扭的了。此时，电子商务交易中的对象与手段在数据电讯上似乎合而为一了。即便是在这种特殊情况下，狭义电子商务法的概念，也仍然是有用的，因为作为交易手段的数据电讯的规范方法，与作为交易对象的电子信息的规范制度，是有区别的。

2. 电子商务法的适用范围

(1) 从交易手段上观察

电子商务法的适用范围，就是以数据电讯所进行的、无纸化的商事活动领域，换言之，仅仅是以口头或传统的书面形式所进行的商事活动，都不属于电子商务法调整的范围。随着电子通讯技术的日益发展与创新，以及电子商务活动的多元化发展，电子商务法的适用范围，也将越来越广。

联合国贸法会《示范法》在第一条中规定：“本法适用于在商务活动方面使用的、以一项数据电文为形式的任何种类的信息。”并在其《示范法实施指南》中又解释道：电子商务是“无纸化的”贸易形式，也就是说，电子商务法是适用于“无纸化”贸易关系的。然而，无纸化是相对于纸面形式的交易活动而言的。如果以有无纸面来判断电子商务活动的话，那么口头交易也是无纸化的，这种划分方法，虽然形象、明白，但却不够严密。倒是用数据电讯来解释电子商务法的适用范围更为贴切。美国《统一电子交易法》第三条 A 款规定：“……，本法适用于与任何交易相关的电子记录与电子签名”。而韩国《电子商务基本法》