



### 学习目标

1. 掌握电子商务的概念、特征、基本原则,了解电子商务涉及的法律问题;
2. 了解电子商务法的基本内容,了解电子商务法与其他法律法规的关系;
3. 了解世界各国和国际组织电子商务法立法概况,掌握中国电子商务法规;
4. 掌握《电子商务示范法》的主要内容。

电子商务是通过电子信息技术、网络技术、现代通信技术,使交易涉及的各方当事人借助电子方式进行联系完成交易。电子商务以其交易范围大、交易成本低、交易周期短等优势对传统交易形式产生巨大冲击的同时,也为市场规范带来了新的问题,如电子合同的订立问题、网上支付结算问题、征税问题、知识产权保护问题,以及电子商务的安全问题和争议的解决问题等。

## 第一节 电子商务概述

### 一、电子商务的概念

电子商务是在计算机信息技术,网络通信技术的迅速发展中崛起与逐步发展完善的,是以国际互联网为依托,随着国际互联网的广泛应用而发展起来的。电子商务随着信息技术、通信技术的发展而使传统商务活动发生巨大变革的一种全新的商务方式,电子商务的发展已经使人类的社会文明和经济生活发生了重大的变化。

随着国际互联网在全球各国的快速推广应用普及,世界各地的商务活动越来越受到

电子信息技术的影响,电子商务日益成为商业、贸易界的热门话题。电子商务已从电子购物,发展到商业贸易、咨询服务等商务交易活动全过程的网络化、电子化。



### 知识链接

#### 中国电子商务的发展

根据《中国电子商务发展报告》统计,2008年,中国电子商务交易额达到3.1万亿元人民币,网络购物交易额达到1257亿元人民币;2009年,中国电子商务交易额达到3.8万亿元人民币,网络购物交易额达到2586亿元人民币,同比分别增长21.7%和105.8%,其中网络购物交易额占社会消费品总额的2.06%。

《中国电子商务发展报告》(2010—2011)显示,中国电子商务市场规模不断扩大,企业应用不断深入,网络购物迅速增强,相关服务业快速跟进。2011年中国电子商务交易总额5.88万亿元人民币,同比增长29.2%,相当于当年国内生产总值的12.5%。截至2011年年底,中国网络购物用户达到1.94亿人,网络应用使用率达到37.8%,实现网络零售总额7825.6亿元,在社会消费零售总额所占的比重达到4.32%。

商务部有关负责人表示,目前中国的大型企业已经普遍应用了电子商务,我国中小企业开展电子商务的比例已经超过40%,实现原材料网上招标采购和网上营销等,大规模节约了企业成本。电子商务服务业收入达到1200亿元,2011年中国第三方支付交易规模达到21610亿元,其增长速度远超社会商品零售额增速。<sup>①</sup>

广义上的电子商务,是指以整个市场为基础的一切与数字化处理有关的商务活动。基于这种概括,电子商务就不仅仅只是通过网络进行的商品或劳务交易活动,还会涉及传统市场的各个方面,电子商务不过是商务活动的网络化、自动化、电子化,商务是核心,网络是手段。电子商务使整个商务活动,从产品的制造、销售、交易洽谈,到合同订立、结算、售后服务等都发生了划时代的变化。

狭义上的电子商务是通过电子信息技术、网络互联技术以及现代通信技术,使交易涉及的各方当事人借助电子方式联系,无须依靠纸面文件、单据的传输,就实现了整个交易过程的电子化。这是表现形式上的电子商务,在此意义上,电子商务意味着通过互联网上的在线销售活动和劳务的买卖活动,交易内容可以是有形的产品和劳务,也可以是一些无形的产品。前者可以是书籍、日用品、咨询服务等;后者则可以是新闻,录像制品、软件等。

<sup>①</sup> 资料来源:商务部《中国电子商务发展报告》。

综上所述,电子商务是利用计算机和国际互联网设备与基础设施,在电子网络环境下从事的各项商务活动。由此可见,电子商务组成要素必须包括两方面的因素:一是电子方式;二是商务活动,即必须是利用电子方式或电子信息技术来进行的商务活动。因此,对于电子商务概念含义应从以下几个方面理解。

- (1) 电子商务是商务活动的电子化和网络化;
- (2) 电子商务是利用电子信息技术进行商务活动的过程;
- (3) 电子商务内容广泛,是以信息流、物资流、货币流为核心,包括销售支付、运输、售后服务等在内的全方位的商务活动;
- (4) 电子商务参与主体广泛,包括消费者、销售商、供货商、银行、金融机构和政府机构等;
- (5) 电子商务是高效率低成本的商务活动;
- (6) 电子商务是跨越国界、跨越时空的全球性商务活动。

## 二、电子商务的特征

与传统的商务活动相比较,电子商务具有以下特点。

### (一) 交易网络化

电子商务所依赖的各项技术中,最为重要的是网络技术。电子商务必须通过计算机网络系统实现信息的交换与传输。因此,电子商务的实现与发展与信息技术的发展密切相关。

### (二) 交易虚拟化

电子商务利用计算机网络技术或者其他任何电信手段进行货物贸易、服务贸易、信息服务以及电子支付等活动,交易双方当事人无须面对面进行洽谈,通过计算机与互联网技术就可以完成整个交易过程,交易过程虚拟化。

### (三) 交易成本低

电子商务为交易双方当事人提供信息交换平台,并且在提高商品交换数量和加快速度的同时,大大地降低交易成本,提高了效率。电子商务降低生产、加工、销售和通信的成本,减少交易的中间环节,实行“无纸化贸易”,可以大量减少文件处理的费用。

### (四) 交易全球化

与传统商务相比较,电子商务可以不受时间和空间的限制,真正实现贸易的全球化。电子商务扩展了国内及国际市场,商家能够以最小的成本支出,在世界范围内简单而又迅速地寻找更多的消费者、更好的供货商和最合适的贸易伙伴。

### （五）交易过程透明化

电子商务的买卖双方从交易的洽谈、签约到货款的支付、交货通知等整个交易过程都在网络上进行,通畅、快捷的信息传输可以保证各种信息之间互相核对,可以防止伪造信息的流通。例如,在典型的许可证电子交换(EDI)系统中,由于加强了发证单位和验证单位的通信、核对,所以假的许可证就不易漏网。海关 EDI 也帮助杜绝边境假出口、骗退税等违法行为。

## 三、电子商务的经营模式和应用形式

### （一）电子商务的经营模式

电子商务经营模式是指电子化企业(e-business)运用资讯科技与互联网来经营企业的方式。根据交易主体的不同,电子商务可以分为 B2B(Business to Business)、B2C(Business to Consumer)、C2B(Consumer to Business)、C2C(Consumer to Consumer)四种经营模式,其中,B2B 和 B2C 是最常见的电子商务经营模式。

#### 1. B2B

B2B(Business to Business)是企业与企业之间通过互联网进行产品、服务及信息的交换,即电子商务交易双方都是企业,它们使用互联网技术或者各种商务网络平台,达到供应链(SCM)的整合,完成商务交易的过程。此过程包括:发布供求信息,订货及确认订货,支付及票据的签发、传送和接收,确定配送方案并监控配送过程等。

#### 2. B2C

B2C(Business to Consumer)是企业通过网络销售产品或者服务给个人消费者。企业通过互联网为消费者提供一个新型的购物环境——网上商店,消费者通过网络在网上购物、在网上支付。

B2C 是我国最早产生的电子商务模式,以 8848 网上商城正式运营为标志。由于这种模式节省了客户与企业的时间和空间,大大提高了交易效率,所以,一经产生就得到了快速发展。



### 知识链接

#### 2012 年二季度我国网上零售达 2788 亿

根据易观智库 EnfoDesk 最新发布的《2012 年第二季度中国网上零售市场季度监测》,2012 年第二季度中国网上零售市场交易规模达到 2788 亿元,环比增长 27.4%,同比增长 45%。其中 B2C 交易额 988.4 亿元,逼近千亿元。

专家分析,B2C 持续增长在进一步弱化 C2C 的市场份额,二季度 B2C 占国内网购市场

的比重达 35%，而 2011 年全年数据中这一比值仅为 30%，C2C 的下滑趋势进一步明晰。<sup>①</sup>

### 3. C2B

C2B(Consumer to Business)是将商品的主导权和先发权由厂商交给了消费者。传统的经济学认为针对一个产品的需求越高，价格就会越高。但是由消费者因议价或需要形成的社群，通过社群的集体议价或开发社群需求，只要越多的消费者购买同一个商品，购买的效率就越高，价格就越低，这就是 C2B 的主要特征。



#### 知识链接

C2B 模式强调“汇聚需求”(demand aggregator)，取代传统的“汇聚供应商”的购物中心形态，被视为是一种接近完美的交易形式。

### 4. C2C

C2C(Consumer to Consumer)是指消费者与消费者之间的互动交易行为。C2C 商务平台就是通过为买卖双方提供一个在线交易平台，使卖方可以主动提供商品上网拍卖，而买方可以自行选择商品进行竞价。



#### 知识链接

消费者可以同在某一竞标网站或拍卖网站中共同在线上出价而由价高者得标，或者由消费者自行在网络新闻论坛或 BBS 上张贴布告以出售二手货品，甚至是新品，诸如此类由消费者间的互动而完成的交易，就是 C2C 的交易，其典型代表如淘宝网等。

## (二) 电子商务的应用形式

### 1. 电子商务的应用层次

电子商务的应用层次有以下三个：市场电子商务、企业电子商务、社会电子商务。市场电子商务是以市场交易为中心的电子商务活动，如网上展示、网上公关、网上洽谈、网上信息沟通、网上支付、网上售后服务等。企业电子商务是企业利用网络进行企业的研、供、销的活动，与电子商务有交融。社会电子商务是整个社会经济活动利用网络进行的活动，如政府的活动、社团的活动等。

<sup>①</sup> 资料来源：<http://www.mofcom.gov.cn/article/resume/n/201207>。

## 2. 电子商务的具体应用形式

从广义的电子商务概念来看,电子商务的具体应用形式主要有以下几种。

- (1) 企业的网上采购业务,如利用网络举办的订货会、洽谈会等。
- (2) 消费者网上采购业务,如以淘宝网和易趣网为代表的各种各样的网上商城、网上超市、网上商店等。
- (3) 旅游业网络应用,如利用网络进行机票预订、火车票预订、酒店预订、旅游线路预订、旅游产品网上销售、旅游企业网上广告、网上旅游咨询、网上旅游交易会等。
- (4) 网上房地产交易,如利用网络开展房地产交易业务的中介服务,为商家和产品进行网上推广,向用户推荐商家产品、提供按揭服务和保险业务的详细咨询,提供信息的登记和咨询服务、自动交易撮合系统、网上竞拍等。
- (5) 网上支付结算,如利用互联网电子货币进行银行转账、付款等。
- (6) 网上证券交易,如在網上了解证券交易行情和进行证券的买卖等。
- (7) 网上保险,如通过网络及时获得保险公司的信息和得到保险服务等。
- (8) 网上税务,如通过网络获取税收信息,进行税务登记、纳税申报、税务文件下载等。
- (9) 网上银行,如金融企业利用网络为企业和个人提供理财服务等。
- (10) 网上广告,如利用网络进行广告信息发布、广告网上交易、广告网上搜索等。
- (11) 网上销售售后服务,如利用互联网进行售后商品的使用指导、维护咨询、电子产品的软件升级等。
- (12) 网上远程教学,如利用网络平台建立师生交互教学、网上课件收看与下载等。
- (13) 网上招聘与求职,如用人单位在网上发布信息和收取信息、求职者在网上查询和登记申请等。
- (14) 网上订票,如通过网络进行各种演出、展览的门票预订与申购,飞机票、火车票、汽车票、船票的查询、预订与申购等。
- (15) 网上医疗,如网上预约挂号、远程诊断、疑难病会诊等。
- (16) 网上调查,如利用网络进行企业的市场调查、政府的民意调查、各种社会统计等。
- (17) 网上信息咨询,如通过网络提供各种公共信息服务等。
- (18) 网上娱乐,如网上互动游戏、智力活动、网上阅读书刊等。

## 四、我国电子商务应用

随着计算机与网络技术的普及与发展,我国电子商务得到了迅速发展。1995年1月,中国电信开通了北京、上海两个接入互联网的节点,这一年被称为中国互联网元年。1998年3月6日,我国国内第一笔互联网上电子商务由世纪互联通信技术有限公司和中

国银行携手完成,标志着我国电子商务已经开始进入实用阶段。

1999年5月18日,北京珠穆朗玛(8848)电子商务网络服务有限公司正式成立,6月阿里巴巴成立,8月易趣网成立,11月当当网成立,当年年底卓越网上线,几乎能够让人耳熟能详的电子商务巨头全部选择在1999年起步,因此人们称1999年为中国电子商务元年。

1998年4月16日,招商银行在国内率先推出了网上银行系统“一网通”,成为国内首家通过网上提供服务的银行。此后,国内各家银行相继开发网上支付业务。到了2002年年底,中国各家银行普遍进行网上支付,网上支付也呈现出多元化的趋势。

2005年,支付企业的数量激增催生了第三方平台的发展,快钱公司出现了基于邮件的平台。易拍网推出了易拍通,2005年阿里巴巴推出了支付宝,以第三方支付保障交易安全,全球最大的支付商在中国推出了第三方。2006年2月,招商银行首次推出变更性的网上支付新模式支付通,可以直接在招商银行合作方网站上完成支付,极大地提高了支付业务的效率。

目前,中国的网上支付方式中,既有以支付宝和财富通为代表的非独立第三方机构平台,也有以银联电子支付和块钱为代表的独立第三方,还有以各大银行不断改进的网上银行支付平台。自从1998年起,网上支付的交易量几乎以每年100%的速度迅速增长,到了2007年,网上支付的交易额已经达到976亿元。2008年中国整个网络交易额达到1281.8亿元。2009年7月,支付宝的用户突破2亿元,超过一半的中国网民使用了电子商务。

近几年我国网民人数逐年增长,手机网民的增长更加迅猛。中国互联网络信息中心发布的统计报告显示,截至2012年12月,我国网络购物用户规模达到2.42亿元,网络购物使用率提升至42.9%。与2011年相比,网购用户增长4807万人,增长率为24.8%。截至2015年6月,我国网络购物用户规模达3.74亿,较2014年年底增加1249万人,半年度增长率为3.5%;2014年上半年和下半年,这一增长率分别为9.8%和9.0%,数字表明我国网络购物用户规模增速继续放缓。与整体市场不同,我国手机网络购物用户规模增长迅速,达2.70亿,半年增长率为14.5%,手机购物市场用户规模增速是整体网络购物市场的4.1倍,手机网络购物的使用比例由42.4%提升到45.6%。<sup>①</sup>在网民增速逐步放缓的背景下,网络购物应用依然呈现快速增长势头。团购领域数据显示,我国团购用户数为8327万,使用率提升2.2%达到14.8%,团购用户全年增长28.8%,继续保持较高的用户增长率。在网络营销受到重视、网民消费观念转变等因素影响下,不少商家纷纷打破单一经营模式,在传统渠道外开拓网络渠道,以寻求销售的新增长点。

<sup>①</sup> 资料来源:中国互联网络信息中心第36次中国互联网发展状况统计报告。

该统计报告还显示,网络经济快速发展的同时,手机端电子商务类应用也在迅速扩张。网民使用手机进行网络购物相比 2011 年增长了 6.6%,用户量是 2011 年的 2.36 倍;此外,手机团购、手机在线支付、手机网上银行三类用户在手机网民中的比例均有所提升,这三类移动应用的用户规模增速均超过了 80%。截至 2015 年 6 月,我国使用网上支付的用户规模达到 3.59 亿,较 2014 年年底增加 5455 万人,半年度增长率为 17.9%。与 2014 年 12 月相比,我国网民使用网上支付的比例从 46.9% 提升至 53.7%。与此同时,手机支付增长迅速,用户规模达 2.76 亿,半年度增长率为 26.9%,是整体网上支付市场用户规模增长速度的 1.5 倍,网民手机支付的使用比例由 39% 提升至 46.5%。<sup>①</sup>

中国互联网发展信息中心公布了自 2005 年至 2012 年关于中国网民规模和互联网普及率、2007 年至 2012 年中国手机网民规模及其占网民比例,其间的发展与变化如以下资料所示。



### 知识链接

中国网民规模、手机网民规模及其普及率

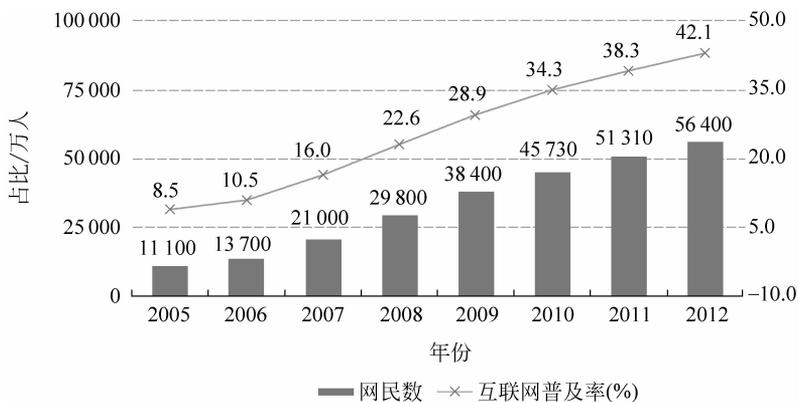


图 1 中国网民规模和互联网普及率

资料来源:CNNIC 中国互联网络发展状况统计调查 2012.12

<sup>①</sup> 资料来源:中国互联网络信息中心第 36 次中国互联网络发展状况统计报告。

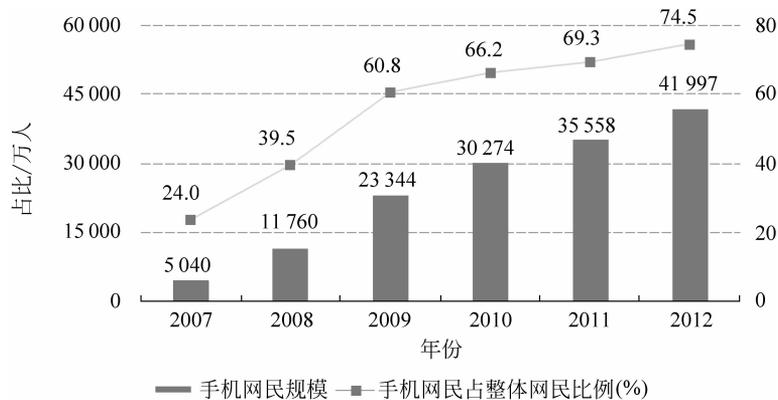


图2 中国手机网民规模及其占网民比例

资料来源: CNIC 中国互联网络发展状况统计调查 2012.12

## 五、电子商务涉及的法律问题

### (一) 电子商务交易中的信用保证

电子商务交易首先是一种商品交易,虽然其交易的形式产生了变化,但是电子商务的目的仍然是商业活动的有效完成,而贸易活动的进行必须遵循市场规范。市场经济是法治经济和信用经济,在交易主体无须面对面洽谈的电子商务交易中,信用保证显得尤为重要。

目前,我国调整市场交易行为的法律规范,如《民法通则》《合同法》《消费者权益保护法》等都是以诚实信用为首要原则。讲诚实、守信用是市场行为所必须遵循的基本准则。

#### 1. 信用制度在电子商务中的基础作用

信用,指诚实、不欺诈、遵守诺言。市场经济讲究公平竞争公平交易,本来就应该是信用经济。市场经济体制只有遵循信用原则才可能走向成熟,市场交易行为才能够走向规范。

信用危机最典型的表现就是商业信用危机,在商业活动中假冒伪劣商品泛滥,虚假广告层出不穷,不守信用,不遵合同,破坏市场秩序,损害消费者利益,成为严重的社会问题。

企业信用同样也会出现危机。目前企业的信用状况还存在着许多问题,企业信用管理体系建设还停留在探索阶段,企业与个人等经济主体普遍缺乏信用基础,债权保护和信用监控制度不健全,缺乏有效的信用保障机制,信用激励和惩罚机制不完善。企业信

用危机将严重影响社会公众对经济发展的信心,进而影响社会发展的信心。

电子商务利用互联网进行交易的特殊形式,决定了信用制度是其生存和发展的根本基础。信用危机会严重影响到电子商务的生存与发展。

### 2. 电子商务的特点决定了信用制度的必要性

传统的贸易形式是以交易主体面对面的洽谈为主,双方经过反复的面对面的磋商,最终达成协议。同传统的贸易形式相比,电子商务是通过互联网以其快捷的手段完成交易,节省了人员往来所占用的时间,以达到高效的目的,而这种无须贸易主体见面的形式,相较于其传统贸易形式来说,更需有完备信用制度作保证。

建立与国际信用环境相适应的信用制度与社会信用体系正是我国完善市场法律环境的现实问题,也是大力发展网络经济急待解决的问题,构建电子商务的良好市场环境应从信用开始,信用制度是发展电子商务的必要保证。

### 3. 电子商务的发展需要信用监督的保证

互联网在为电子商务提供方便快捷的交易手段的同时,也同样为电子商务的信用监督提供有效的途径。互联网的普及为企业合法经营身份的确认和身份管理提供了一个可以实行的解决方案。

工商行政管理部门可以通过互联网以电子政务方式,利用互联网流行的身份确定技术,为企业之间的合法经营身份的查询提供有效的认定服务,而各个有关的行政管理机构可以用资源共享的方式建一个统一的数据库,为企业之间展开的信用调查提供有效的服务,通过电子认证、电子签名等技术对企业的信用调查提供服务管理。

## (二) 电子合同订立的法律保护

电子合同是通过电子计算机网络系统订立的,以数据电文的方式生成、储存或传递贸易信息的一种现代贸易方式。

在电子商务中,合同的意义和作用并没有发生改变。但与传统合同有所不同的是:第一,电子合同双方当事人可能自始至终都不见面,所有的当事人都在虚拟市场上运作,当事人的信用依靠密码的辨认或认证机构的认证。第二,传统合同表示合同生效的签字盖章在电子合同中被数字签字所代替。第三,传统合同的生效地点一般为合同的成立地点,而电子合同的生效地点是以接收人的主营业地或经常居住地为合同成立地点。

以数据电文方式订立的电子合同是对传统合同法的一种挑战。这种挑战在合同订立的要约与承诺、合同的书面形式要求,以及签字生效、纠纷举证等方面都提出的新的问题。

由于电子合同在当今世界商业贸易活动中已成为一种潮流,在发达国家,电子合同已成为贸易往来的主要途径,许多大企业的绝大多数的合同是以电子合同的形式订立的。例如,新加坡已经废除了所有的书面文件成为世界上第一个在国际贸易中实现电子

数据交换全面管理的国家。

我国 1999 年 10 月 1 日实施的《合同法》明确将数据电文作为合同书面形式的一种,规定电子合同与传统书面合同具有同等效力,并对电子合同成立的时间、地点以及数据传输的要约与承诺的送达作了科学的技术规定,以法律形式确立和规范电子商贸行为。

### (三) 电子商务交易中的消费者权益保护

消费者权益保护正日益成为一个新的世界性潮流。我国的消费者权益保护事业随着与世界经济的接轨也正融入世界大潮之中,在电子商务高速发展的今天,消费者权益保护面临着如何应对网络经济、电子商务这些新的交易方式给消费方式带来的问题。由于交易方式发展的根本性的变化,在电子商务条件下,出现了许多过去未曾有过的消费者权益保护问题。

#### 1. 消费者的人身和财产安全问题

电子商务经营者应当保证所提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求,对于可能危及人身、财产安全的商品和服务,应当向消费者作出真实的说明和明确的警示,并说明和标明准确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。

信息安全问题是电子商务中的首要问题。消费者在电子商务交易过程中,个人的信用卡密码和其他一些属于隐私的个人资料就会暴露无遗,如果这些资料数据被泄露、伪造、篡改就会使进行电子商务交易的消费者受到难以预料的损失,也会对电子商务本身造成严重损害。

#### 2. 广告欺诈与广告误导问题

信息交易是电子商务的重要内容,如果信息的发布者利用信息进行欺诈或以虚假不实的广告误导消费者,都会使消费者的合法权益受到损害。因为,广告是消费者网上购物的主要依据,消费者在网上购物是根据广告文字和图像所提的信息进行选择判断做出决定,而不是像传统交易那样可以当面挑选,所以在电子商务中虚假广告更具有危害性。

#### 3. 责任界定与追究问题

在电子商务交易中,一件商品在最终送到消费者手中时,可能需要经过生产者、销售者、储运者等多个主体,经过商品信息的沟通、货物配送、货款支付等多个环节,在这诸多环节中,任何一个环节出现问题,都将损害消费者的合法权益,而由于环节较多,对可能出现的诸如产品质量问题、消费者理解异义问题、商品损坏问题和假冒伪劣问题等都会产生责任难于界定难于追究的情况。这必将影响到对消费者权益的保护。由于这些问题的存在可能会使进行电子商务交易的消费者怀疑电子商务的可信度,从而会大大制约电子商务的发展。

#### 4. 电子商务中的知识产权保护

电子商务将传统的商务活动的手段、途径引入虚拟世界,依靠互联网实现商品的网

上交易,开拓了一个高效率、低成本的全新市场。在这个虚拟的电子商务世界中,传统的知识产权制度受到由电子商务活动而引发的法律问题的挑战和冲击,如域名与商标的冲突、域名的抢注、网上著作权及其邻接权的侵权行为等,都面临着法律如何进行规制的问题。

知识产权是权利人对其所创作的智力劳动成果所享有的专有权利,主要包括专利权、商标权和著作权。

知识产权是一种无形财产,具有专有性、排他性、地域性的特点。知识产权的这些特点使其在互联网中遇到了传统知识产权制度中的新问题。

(1) 知识产权的具有专有性的特点,而在互联网上本应受到知识产权保护的信息则是公开、公知、公用的,所有权人很难加以控制。

(2) 知识产权具有地域性,其地域性的特点与以互联网为基础的电子商务的国际化特点产生了矛盾,因为在互联网上,信息的传输是无国界的。

(3) 在传统的法律程序中,绝大多数纠纷的诉讼是以被告所在地或侵权行为地为诉讼地的。但是,互联网的国际化特点使侵权人以及侵权行为所在地难以被确定,例如,在互联网上,侵权复制品只要一上网,世界上任何地点都可能成为侵权行为发生地,这就给确认知识产权侵权行为制造了难题。

随着互联网的进一步发展,以互联网为基础的电子商务将在世界经济活动中占据越来越重要的地位,同时,随着全球经济一体化的进程的推进,电子商务中的知识产权保护将日益成为世界各国积极面对的问题。

#### (四) 电子商务的税收管理

##### 1. 电子商务给税收征收管理带来了新机遇

税收是实现国家职能的物质基础,是国家财政收入的主要来源。无论是通过电子方式进行的交易,还是通过传统方式进行的交易,其本质都是实现商品和劳务的转移,因此,国家对待电子商务和传统贸易方式一样,都要进行税收的征收。

电子商务的迅速发展给各国的税收征收带来了新机遇。自互联网商业化以来,网上贸易得到了空前的发展,虚拟商场、网上劳务贸易、网上结算都呈快速增长的趋势。根据中国 B2B 研究中心的统计资料,2008 年中国 B2B 电子商务市场交易规模达 2.96 万亿元,预计在今后的发展规模还将进一步增长。

##### 2. 电子商务给税收征收管理带来了新挑战

电子商务以全新的交易形式代替了传统的贸易方式,传统商业流通形式、劳务提供方式和财务管理方式等都因此发生了重大的变化。此外,纳税环节、纳税地点、纳税方式、国际税收管辖权等规则都遇到新的问题。以传统的税收理论和税收原则建立起来的税收制度如何适应电子商务,是税收管理面临的电子商务时代的挑战。

(1) 纳税义务的确定出现了困难。在电子商务中,许多交易对象被数字化,如软件、书籍、图像、音乐等都可以用数字化信息的形式传送,在其被转化为文字、图像以前很难对数字化信息的内容加以确定。

(2) 纳税人的身份难以确定。互联网网址或网名与所有者身份并无必然联系,因此网址与网名并不能提供所有者的身份和所在地。

(3) 计算机加密技术加大了税务机关获取信息的难度。电子商务交易中,交易人可以用加密技术和用户双重保护来隐藏有关信息。税务机关对互联网经济活动进行监控活动涉及获取信息的合理成本问题,同时还面临着与保护个人隐私、保护知识产权之间如何协调的问题。

(4) 国际税收管辖制度面临着新的问题。互联网电子商务具有全球化的国际性特点,信息和价值的跨国流动借助于互联网可在瞬间完成。电子商务替代传统的贸易方式,使传统的建立在属地原则和属人原则基础上的国际税收管辖权制度面临前所未有的问题,也使国际避税问题在电子商务中表现得更为突出。

### (五) 电子商务的安全问题

实现电子商务的关键是要保证商务活动中系统的安全性,即保证在基于互联网的电子交易的进行过程能够与传统交易一样安全可靠。但是随着信息技术的高速发展,特别是互联网的问世和网上交易地点应用,许多信息安全的问题也纷纷出现:系统瘫痪、黑客入侵、病毒感染、网页改写、客户资料流失以及公司内部资料的泄露等,已经给企业管理、企业生存,甚至是国家安全带来了严重的影响。

电子商务安全的法律问题主要有以下几方面。

#### 1. 电子签名

电子商务以电子形式取代了纸张,保证这种电子形式的贸易信息的有效性和真实性是开展电子商务的前提。在现代技术条件下,公共密钥的加密技术和认证中心系统的产生解决了交易当事人身份认证问题。

2005年4月1日起施行的《电子签名法》确认了电子签名、数据电文的法律效力,制裁电子签名的伪造者、冒用者和盗用者,维护了电子商务交易各方的合法权益。

#### 2. 安全认证

传统的纸面贸易都是通过邮寄封装的信件或者通过可靠的通信渠道发送商业报文来达到保守秘密的目的。电子商务建立在一个较为开放的网络环境上,在享用现代信息系统所带来的快捷、方便的同时,如何充分防范信息的损坏和泄露,已经成为企业迫切需要解决的问题。信息安全管理认证体系从预防控制的角度出发,保障互联网上的信息系统的安全和电子商务业务的正常运作。

#### 3. 计算机犯罪

计算机是所有电子商务运作中不可缺少的组成部分。计算机犯罪是以计算机信息

系统为客体的犯罪,以及以计算机信息系统为工具的犯罪,如计算机诈骗和诽谤等。

## (六) 与电子商务有关的其他法律问题

### 1. 网上隐私权保护问题

在互联网时代,人们的隐私权受到泄露与传播的威胁,如“网上通缉”“人肉搜索”等。电子商务中的一些个人资料被以不正当的方式获取及利用,消费者在电子商务交易过程中,其个人信用卡密码及其他一些属于隐私的个人资料有可能被泄露、篡改、伪造,这些都会使进行电子商务交易的消费者受到难以预料的损失,也会使电子商务本身受到严重损害。如何依法保护公民个人网上隐私权已经成为世界范围内的一项重大课题。



## 知识链接

### 美国和欧盟的相关立法

欧美主要发达国家在保护网络隐私方面起步较早。美国 1986 年修订的《电子通信隐私法》是电子商务领域内保护隐私权重要的成文法。1999 年,美国政府又公布了“互联网保护个人隐私权”的政策。

在欧洲,欧盟部长会议 1995 年通过了《欧盟资料保护指令》,欧盟理事会 1996 年也通过了《欧盟电子通信资料保护指令》。这两个指令的宗旨是保障个人自由及基本人权,尤其是隐私权,确保个人资料在欧盟成员国间自由流通。

中国的网络隐私权保护尚处于初始阶段,尚无专门立法保护,只是在现有的法规中有所涉及。例如《计算机信息网络国际互联网安全保护管理办法》规定:“用户的通信自由和通信秘密受法律保护。任何单位和个人不得违反法律规定,利用国际互联网侵犯用户的通信自由和通信秘密。”《计算机信息网络国际互联网管理暂行规定实施办法》中规定:“用户应当服从接入单位的管理,遵守用户守则;不得擅自进入未经许可的计算机系统,篡改他人信息;不得在网络上散布恶意信息,冒用他人名义发出信息,侵犯他人隐私;不得制造、传播计算机病毒及从事其他侵犯网络 and 他人合法权益的活动。”

### 2. 网络服务提供者或经营者的法律责任问题

由于网上交易跨越地域和空间的限制,电子商务交易过程中发生的交易错误或数据丢失存在侵权责任或违约责任的认定,以及损害赔偿责任的承担问题。

### 3. 电子商务的反不正当竞争问题

电子商务的反不正当竞争涉及如何限制电子商务中的非法促销问题,以及侵犯商业秘密和损害商业信誉的问题等。

## 第二节 电子商务法的概念与特征

### 一、电子商务法的概念

广义的电子商务法与广义电子商务相对应,包括了所有调整以数据电文方式进行的商务活动的法律规范,其内容涉及广泛,将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规范都包括在内。

狭义的电子商务法,则对应于狭义的电子商务,是指调整以数据电文为交易手段引起的商事关系的法律规范体系。这也是部门法意义上的电子商务法,包括以电子商务法命名的法律、法规,以及其他所有现行制定法中有关电子商务的法律法规,如《合同法》中关于数据电文的规定、《刑法》中关于计算机犯罪的规定等。

本书采取狭义电子商务法的概念,将其定义为:电子商务法是调整以数据电文作为交易手段,以电子商务交易形式所产生的社会关系的法律规范的总称。

### 二、电子商务法的调整对象和适用范围

#### (一) 电子商务法的调整对象

电子商务法的调整对象是在电子商务交易活动中,以电子商务交易形式所产生的社会关系,是以数据电文作为交易手段所形成的商事关系。这类社会关系是在广泛采用新型信息技术并将这些技术应用于商业领域后才形成的特殊社会关系,交叉存在于虚拟社会和实体社会之间,有别于实体社会中的社会关系。

#### (二) 电子商务法的适用范围

与电子商务交易形式、交易手段和交易环境相关的法律问题均是电子商务法的适用范围,其在实际应用中主要表现在以下两个方面。

##### 1. 从交易手段上观察

电子商务的适用范围是以数据电文所进行的、无纸化的商业活动的领域。随着电子通信技术的发展和 innovation 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《电子商务示范法》的适用范围

1996年12月16日,联合国国际贸易法委员会通过了《电子商务示范法》,该法第1

条规定：“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。”美国《统一电子交易法》第3条规定：“本法适用于与任何交易相关的电子记录与电子签名。”

## 2. 从行为主体上观察

电子商务的主体是商人。但是,随着电子商务应用的不断普及,大量的商人与非商人的电子商务交易出现且成交额巨大,如在淘宝网上发生的网上购物快速增长,2007年上半年的总成交额已经接近2006年全年的交易额,突破157亿元人民币。

商人与政府之间的有关商务管理活动是否属于电子商务法的适用范围,各国的规定不同。美国许多州的电子商务法都将这部分关系纳入电子商务法的范畴,联合国贸易法委员会的《电子商务示范法》则明确将这类活动排除在电子商务法的范围之外。如果以商品交易法的观点来观察,这些商事管理活动并不是典型的电子商务交易活动,应当划入其他法律部门调整。但是,为了立法和执法上的便利,会将两类法律规范规定在同一部法律里,这种情况在现代立法中并不鲜见。

## 三、电子商务法的特征

### (一) 开放性

电子商务法是关于以数据电文进行意思表示的法律规范。数据电文的形式具有多元化,相关的技术、手段、方法及其应用也不断推陈出新。因此,以开放的态度对待任何技术手段与信息媒介,设立开放性的规范,使各种有利于电子商务发展的设想和技术都能充分发挥作用。国际组织及各国在电子商务立法中大量使用开放性条款。

### (二) 科技性

电子商务通过互联网来进行商务活动,是网络经济与现代高科技发展的产物,电子商务的法律规范必须以科技性为特点才能符合规范电子商务活动的需要。如关于网络协议的技术标准,当事人不遵守,就不可能进行电子商务交易。电子商务法应结合传统法律与现代高科技,对有关电子商务的技术问题做出规定,使电子商务走上法制化的道路。

### (三) 国际性

电子商务显著的特点是具有国际性。在20世纪90年代中后期,世界上几乎每一个国家都与国际互联网相联接,电子商务活动在国际互联网上已经打破了国家和地区之间的界限,因此电子商务法要适应国际化的要求。

### (四) 安全性

电子商务的安全性也可以称为安全的脆弱性。计算机的黑客、灰客与计算机病毒、

犯罪等都严重威胁着电子商务的安全,它们对计算机系统的侵入和攻击有可能使当事人经营秘密被窃、经营数据丢失或被破坏,给当事人带来巨大的损失。因此电子商务法必须通过对电子商务安全问题进行规范,有效地预防和打击各种利用互联网的犯罪,保证电子商务和计算机信息系统的安全运行。

### (五) 复杂性

电子商务的高科技化和互联网络技术的专业性、复杂性,造成了电子商务交易关系的复杂性。电子商务交易关系的复杂性决定了电子商务法律关系的复杂性。在电子商务交易中,当事人之间的交易必须在第三方协助下才能完成,即在网络服务商和认证机构等提供的服务下完成,使电子商务的交易活动与传统交易相比包含了多重的法律关系,使电子商务法的法律关系复杂化。

## 四、电子商务法的基本原则和作用

### (一) 电子商务法的基本原则

#### 1. 安全原则

电子商务必须以安全为前提,既需要技术上的安全措施,也需要法律上的安全规范,因此,安全规范是电子商务法的首要原则。

安全原则要求与电子商务有关的交易信息在传输、存储、交换等整个过程中不被丢失、泄露、窃听、拦截、改变等,要求网络和信息保持可靠性、可用性、保密性、完整性、可控性和不可抵赖性。例如,我国《电子签名法》规范电子签名的标准和认证,就是为了在电子商务条件下形成一个较为安全的环境,维护有关各方的合法权益。

#### 2. 中立原则

电子商务法的基本目标是在电子商务活动中建立平等、公平的交易规则,这是商法的维护交易安全原则在电子商务法上的体现。为了实现电子商务交易各方利益的公平、平等,中立原则包括以下四个方面:技术中立、媒介中立、实施中立和同等保护。

(1) 技术中立。技术中立是指法律对电子商务的技术手段一视同仁,不限定使用或不禁止使用何种技术,也不对特定技术在法律效力上进行区别对待。技术中立是各国政府和国际组织所采取的电子商务立法的基本原则,在有关电子签名的立法中表现得更为明显。例如,我国《电子签名法》规定:“可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。”

(2) 媒介中立。媒介中立与技术中立紧密联系,是指法律对于交易是采用纸质媒介还是采用电子媒介(或其他媒介)都应一视同仁,不因交易采用的媒介不同而区别对待或者赋予不同的法律效力。

(3) 实施中立。实施中立是指在电子商务立法和司法实践中,强调本国电子商务活

动与跨国电子商务活动在适用法律上一视同仁,电子商务法在事实上与传统商务环境下的法律规范在效力上并行不悖。

(4) 同等保护。同等保护是指电子商务法对交易双方乃至多方都同等保护,这是实施中立原则在商务交易主体上的延伸,电子商务法对于经营者与消费者、国内当事人与国外当事人等都应当尽量做到同等保护。

### 3. 交易自治原则

交易自治原则指参加电子商务交易的各方当事人完全可以按照自己的意愿与对方当事人协商,确定他们之间的合同条款、选择交易与履行方式,不得含有强迫交易内容。

联合国贸易法委员会的《电子商务示范法》规定:“在参与生成、发送、接收、储存或以其他方式处理数据电文的当事人之间,除另有规定外,第三章条款可经由协议做出变动。”其内在的含义是除了强制性的法律规范外,其余条款均可由当事人自行协商确定。此外,《电子示范法》中的强行性规范的数量很少,其目的是消除传统法律为电子商务设定的障碍,为当事人在电子商务领域里充分行使其意思自治而创造条件。

### 4. 保护消费者合法权益原则

电子商务的完成涉及生产者、销售者、配送机构等多个主体,经过商品信息沟通、网上支付、货物配送等诸多环节,任何一个“供应链”出现问题都将损害消费者合法权益,妨碍电子商务活动的正常进行。



## 知识链接

### 北京市在电子商务管理方面的规定

北京市工商行政管理局于2000年7月7日发布实施了《关于在网络经济活动中保护消费者合法权益的通告》,规范了网络经济活动中有关消费者权益保护的具体事项。

## (二) 电子商务法的作用

### 1. 电子商务法是市场经济健康发展的有力保障

电子商务将成为市场经济的主要贸易形式,但仍然是市场经济的一个组成部分,以法律规范来确保电子商务交易的安全与快捷是市场经济发展的必然要求。

### 2. 电子商务法是互联网安全的有力保障

电子商务法规范电子商务主体的行为,保护电子商务交易安全,保护电子商务交易主体的合法权益,并且直接有效地打击和防止各种危害电子商务安全的违法犯罪活动,保障互联网的安全发展。

### 3. 电子商务法是规范电子商务活动的有力保障

电子商务法对在互联网上进行商务交易的过程,以及当事人的权利义务都按照电子商务活动的特点做出规定,使电子商务活动有法可依,有据可查,责任明确。



#### 知识链接

2007年9月14日,北京市第十二届人大常委会通过《北京市信息化促进条例》,规定:利用互联网从事经营活动的单位和个人应当依法取得营业执照,并在网站页面上公开经营主体信息、已取得相应许可或者备案的证明、服务规则和服务流程等相应信息。

北京市工商行政管理局为贯彻落实该条例,规范网络交易行为,保护消费者合法权益,促进本市电子商务建立发展,发布了《关于贯彻落实〈北京市信息化促进条例〉加强电子商务监督管理的意见》,自2008年8月1日起实施。

## 五、电子商务法与相关法律、法规的关系

目前我国尚无专项电子商务法出台,第一部真正意义上的电子商务法是《电子签名法》,也仅仅规定了电子签名和电子认证。但是由于电子商务交易是计算机网络为交易平台的商务交易,电子商务法的调整手段是综合性的,涉及多种法律关系,与其他法律部门有着密切的联系。电子商务法涉及的内容广泛,了解电子商务法必须了解与电子商务法关系密切的其他法律法规。

### (一) 电子商务法与民法

民法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称,电子商务法中的有些法律也是调整平等主体之间的财产关系和人身关系,如有关电子合同的规定,不得在网上损害他人名誉的侵权规定等,这些法律规范既是电子商务法律规范,也是民法的法律规范。

此外,有关电子商务中法律责任的承担与损害赔偿的规定也具有民法的性质。更由于目前我国《电子签名法》的局限性,在目前的电子商务交易中有关平等主体财产关系和人身关系的调整仍属于民法范畴,所以电子商务法与民法之间存在着交叉之处,二者既有交叉又有区别。电子商务法与传统民法的区别主要表现在以下三个方面。

#### 1. 主要原则不同

民法崇尚公平原则,而电子商务法则是以安全为首要原则。

民法从商品经济等价交换的规律出发,要求商务交易必须做到公平合理,以公平合理为基础形成公平的交易结果。如果在交易中出现了不公平的交易后果,民法通过否定

交易合同效力的一整套规定,使交易当事人不受交易合同约定内容的约束,以达到保证公平原则得到彻底贯彻的结果。

电子商务法主要保护电子商务活动的安全性,如果计算机系统受到非法侵入或破坏、电子商务主体的商业秘密被非法窃取,电子商务交易主体将会受到极大的经济损失,由此决定了电子商务法以安全性为其首要原则。

### 2. 责任性质不同

民法基本上属于单一补偿性的民事责任,而电子商务法的责任具有多元化性质。

民法从责任的种类上看基本上属于一元责任,即单一补偿性的民事责任。电子商务法为维护交易主体安全,其责任呈现多元化的格局,既有补偿性的民事责任,又有制裁性和惩罚性的行政责任。对于一些利用计算机系统的犯罪行为,则要追究其刑事责任。

### 3. 适用范围不同

民法具有较强的地域性。与之相比,电子商务交易已超出国家地区民族的界限,发展成为超越传统商务空间的交易活动。作为规范电子商务交易的电子商务法也已超出了国家、地区和民族的界限,正向着国际化方面发展。

## (二) 电子商务法与商法

电子商务法与商法的关系十分密切。电子商务法中有关电子票据、电子保险、电子提单等规定与传统商法存在紧密的联系。虽然商法中包括的公司法、票据法、保险法等内容与电子商务法存在交叉,但是商法对电子活动征税、互联网管理、域名管理等问题均超出了商法的范围,是商法力所不能及的,因此电子商务法所涉及的领域大于商法。

## (三) 电子商务法与经济法

从大经济法的观点出发,不属于传统民商法的内容统统归于经济法的范畴,体现了国家对于经济生活的积极干预。电子商务法中有国家宏观干预的成分,也有经济主体的经济作为,体现了国家对经济行为的干预和管理。电子商务法与经济法二者在内容上既有交叉也有区别。

### 1. 调整对象不同

电子商务法调整的是电子商务主体之间的权利义务关系,着眼于电子商务主体的权益。经济法调整的是国家经济管理机关与各种经济组织相互之间,包括经济组织内部之间所发生的经济管理关系和经济协作关系。

### 2. 主体范围不同

电子商务法的主体主要是从事电子商务的法人和自然人,以及从事电子商务管理的有关国家机关。经济法的主体比电子商务法的主体广泛,包括国家管理机关、社会组织、其他经济组织、城乡个体工商户、农村的承包专业户以及其他经济法主体。

### 3. 承担责任不同

电子商务法只对违法行为进行追究,要求违法者承担法律责任。经济法表现为对市场行为的确认、保护,并对违法行为予以否定和对违法行为人进行法律制裁。

#### (四) 电子商务法与行政法

目前,我国电子商务法以公安部门和国家有关行政管理机构颁布的行政法规为主,这就使电子商务法与行政法在内容上有所交叉,但是从电子商务的发展需要上看,目前十分有必要制定一部统一的电子商务法规。

行政法的特点是涉及内容广泛,没有统一的法典。电子商务法由于其国际性的特点,即电子商务行为超越国界的全球化特点,仅凭单行的行政法律法规来规范显得力不从心。

行政法规涉及内容非常广泛,而今天的社会生活又发展变化迅速,行政法规为适应这些新变化,就必须经常地不断地进行调整。电子商务虽然是一种全新的交易形式,但电子商务法主要是以商业活动的惯例为立法规范标准,即使电子商务法也会随着计算机通信技术和电子商务业务的发展不断更新规范,但同时,按照商业交易的要求,电子商务法应当具有相对的稳定性。

行政法调整的行政关系是以领导与被领导、管理与被管理、监督与被监督为主的行政法律关系,在这种法律关系中,其关系主体的一方必定是国家行政机关或由法律授权代行某种行政职能的组织,主体地位是不对等地位。电子商务法律关系具有复杂性,既有平等主体的法律关系,如由《合同法》所调整的法律关系;也有不平等主体的管理与被管理的关系,如计算机信息安全管理等规章。

#### (五) 电子商务法与刑法

电子商务法对在电子商务活动中的违法行为规定了其必须承担的法律 responsibility,包括民事责任、行政责任和刑事责任。我国 1997 年修订的《刑法》明确规定了关于计算机犯罪的内容,确定了非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统功能罪、制作、传播计算机破坏性程序罪等罪名和其他利用计算机进行的财产犯罪,这些规定大大的增加了对犯罪的分子的威慑力,有力地保护了电子商务交易主体的安全和电子商务活动的安全。

## 第三节 电子商务法的立法概况

### 一、国际组织电子商务法的立法概况

#### (一) 联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)有关电子商务的立法

##### 1. 《电子示范法》

(1) 《电子示范法》的产生。联合国从 20 世纪 80 年代开始研究和探讨有关电子商务

的法律问题,在1982年联合国国际贸易法委员会的第十五届会议上,正式提出计算机记录的法律价值问题。在其第十七届会议上,提出计算机自动数据处理在国际贸易流通中所引起的法律问题,并将其优先列入工作计划。此后,联合国国际贸易法委员会对电子商务的立法开始全面的研究,于1996年6月提出了《电子商务示范法》蓝本,1996年12月,联合国大会通过该示范法。



### 知识链接

《电子商务示范法》是世界上第一个电子商务的统一法规,其目的是向各国提供一套国际公认的法律规则,以供各国法律部门在制定本国电子商务法律规范时参考。这部法的诞生解决了世界上许多国家在电子商务法律上空白或不完善,给各国电子商务立法提供了框架和示范文本,为解决电子商务的法律问题奠定了基础,促进了世界电子商务的发展。给世界各国电子商务的立法工作提出了法律范本,也为世界各国电子商务统一的可能性提供了一个示范的模式。

(2)《电子商务示范法》的主要内容。联合国国际贸易法委员会制定的《电子商务示范法》由两大部分组成:一是电子商务法律的总原则;二是电子商务的特定领域。

总原则部分是《电子商务示范法》的核心,共分为三章15条,第一章为一般条款,内容包括适用范围、定义解释、合同协议的改动等4个条款。第二章是对数据电文的适用法律要求,内容包括对电文的法律承认、书面形式、签字原件、数据电文的可接受性和证据、数据电文的留存。第三章为数据电文的传播,内容包括合同的订立和有效性共3个条款,当事人各方对数据电子的承认、数据电文的归属确认、收讫、发出和收到的时间、地点等共5个条款。第二部分为电子商务的特定领域,有一章两个条款,仅对涉及货物运输中的电子商务进行规定。

#### 2. 其他有关电子商务的立法

联合国国际贸易法委员会从1982年开始编写《电子资金划拨法律指南》,提出以电子手段划拨资金而引发的法律问题,并讨论了解决这些问题的办法,1986年获得大会的批准,1997年正式公布。1985年,联合国国际贸易法委员会在其第18次会议上通过了《计算机纪录的法律价值报告》,建议各国政府能够确定以计算机记录作为诉讼证据的法律规则,并为法院提供评价这些记录可靠性的适当办法。

1993年10月,联合国国际贸易法委员会电子交换工作组第26次会议审议了《电子数据交换及贸易数据通信有关手段法律方面的统一规则草案》。2000年9月,通过《电子签章统一规则》,提出除了建立在公钥加密技术(Public Key Cryptosystems, PKC)之上的

强化电子签章外,还有其他更多各种各样的设备,使得“电子签章”方式的概念更加广泛。2001年3月,第38次会议通过《电子签章示范法》,重新对电子签章进行定义:“电子签章是指在数据电文中,以电子形式所含、所附或在逻辑上与数据电文有联系的数据,它可用于鉴别与数据电文有关的签字人或表明此人认可数据电文所含信息。”

## (二) 国际经济合作发展组织(OECD)有关电子商务的立法

国际经济合作与发展组织在电子商务的立法方面做了大量工作。1980年,该组织提出《保护个人隐私和跨国界个人数据流指导原则》。1985年发表了《跨国家数据流宣言》,1992年制定了《信息系统安全指导方针》,1997年发表了《电子商务:税务政策框架条件》《电子商务:政府的机遇与挑战》等报告。

1998年10月,该组织在加拿大的渥太华召开了题为“一个无国界的世界:发挥全球电子商务的潜力”的电子商务部长会议,公布了《OECD电子商务行动计划》《有关国际组织和地区的报告:电子商务的活动和计划》《工商界全球行动计划》,并通过了《在全球网络上保护个人隐私宣言》《关于在电子商务条件下保护消费者的宣言》《关于电子商务身份认证的宣言》《电子商务:税务政策框架条件》的报告。

1999年12月,该组织制定了《电子商务消费者保护准则》,提出了保护消费者的三大原则和七个目标。



### 知识链接

#### OECD 关于保护消费者的三大原则与七个目标

保护消费者的三大原则是:确保消费者网上购物所受到的保护不低于日常其他购物形式;排除消费者网上购物的不确定性;在不妨碍电子商务发展的前提下,建立与发展网上消费者保护机制。

保护消费者的七个目标是:广告宣传,市场经营和交易信守公平,诚实信用原则;保障消费者网上交易的知情权;网上交易应有必要的认证;网上经营者应使消费者知晓付款的安全保障;应有对纠纷行之有效的解决和救济的途径与方法;保护消费者的隐私;向消费者普及并宣传电子商务和保护消费者的法律知识。

2000年12月,国际经济合作与发展组织公布了一项关于电子商务经营场所所在地的适用解释,规定将来通过网上进行的电子商务,由该公司经营实际所在地的政府进行征税。

2003年6月,该组织通过《经合组织保护消费者防止跨境欺诈和欺骗性商业活动指南》,该指南指出,为防止从事欺诈活动和商业欺骗活动者侵害消费者,OECD成员国应

该联合起来共同提出快速而有效的办法来收集和共享信息。成员国应该在现有方案的基础上,通过网络工具和数据库来收集和共享信息,其中包括消费者投诉和一些悬而未决的调查和案件中的通知信息等。

### (三) 世界贸易组织(WTO)有关电子商务的立法

1995年开始生效的世界贸易组织《服务贸易总协定》(GATS),为所有的金融服务贸易(包括电子贸易在内)提供了基本法律框架。

1996年12月,世界贸易组织在新加坡举行的第一次部长会议签署了《关于信息技术产品贸易的部长宣言》,即《信息技术协议》(1997年3月开始生效),电子商务首次纳入了多边贸易体制。1998年5月,132个世界贸易组织成员的部长们达成一致,签署了《关于全球电子商务的宣言》。1998年9月,世界贸易组织理事会通过了《电子商务工作计划》,涵盖了服务贸易、货物贸易、知识产权保护、强化发展中国家的参与等问题。

### (四) 世界知识产权组织(WIPO)有关电子商务的立法

1996年12月,世界知识产权组织通过了《世界知识产权组织著作权条约》《世界知识产权组织表演和录音制品条约》,以上条约被称为“网络环境下的”著作权条约,为解决电子商务所涉及的知识产权保护问题奠定了基础。1999年4月,该组织公布有关规定域名问题的《互联网名称和地址管理及其知识产权问题》的报告,针对互联网上由域名而引起的问题,包括域名与现有知识产权的冲突,提出了解决建议。

1999年11月,国际互联网名址分配公司(ICANN)指定世界知识产权组织作为第一个“纠纷处理服务提供者”。世界知识产权组织其后也公布了《统一域名争议解决政策补充规则》。

### (五) 欧盟有关电子商务的立法

欧盟始终将规范电子商务活动作为发展电子商务的一项重要任务,指定一系列有关电子商务发展的规范与相关的法律制度。1997年4月,欧盟委员会提出著名的《欧洲电子商务行动方案》,为欧洲的电子商务立法确定了立法宗旨和立法原则,明确提出了:欧洲究竟在多大程度上受益于电子商务,取决于是否具备满足企业和消费者需要的法律环境。



#### 知识链接

#### 《欧洲电子商务行动方案》为欧洲电子商务立法确立的目标

一是建立起消费者和企业对电子商务的信任和信心,即通过立法工作建立合法、安全和规范化的电子商务交易环境。电子商务交易中的身份、信用程度的确认、数据信息的安全、个人隐私的保护、合同的履行、支付的可靠性以及签名和认证制度等列为立法重点。

二是保证电子商务充分进入单一市场,即在欧盟成员国的范围内建立一个以欧洲统一市场的法律制度为基础的电子商务管理框架,以此保证电子商务的发展能最大限度地利用统一市场的良好环境和市场潜力,避免成员国各自为政,法出多门,以保证电子商务法律制度的统一性。

### 1. 互联网服务的法律制度

欧盟委员会在《关于内部市场中与电子商务有关的若干法律总指令建议案》中对欧盟范围内网络服务的法律制度做了以下几方面的规定。

(1) 目的与适用范围。指令的目的是保证内部市场的良好运行,重点在于保障信息服务得以在成员国之间自由流通。该指令致力于以下领域使各成员国关于信息服务的国内立法趋于统一,这些领域包括:内部市场制度,服务供应商的设立,商业信息传播、电子合同、服务中间商的责任,行业行为准则,争议的诉讼解决,司法管辖和成员国间的合作。

(2) 无须预先批准原则。各成员国须在其国内法中规定,从事提供信息营业活动无须预先批准,亦不受其他任何来自有关当局的决定、办法或认可的限制。但是服务供应商有义务向消费者和有关管理当局提供证明其身份的信息资料。

(3) 商业信息传播。各成员国必须在其国内法中规定商业信息传播应当符合以下条件:商业信息传播应易于识别,从事商业信息传播的自然人或法人应易于识别;各种促销优惠措施,包括折扣奖励以及赠予都应易于识别,且参与活动的条件和规则应易于达到且须详细无误地予以说明。

(4) 电子合同。各成员国须调整其国内立法以使电子合同合法化,应特别保证关于合同缔结的法律制度,不得妨碍电子合同的实际应用,不得因合同是通过电子方式缔结的这一事实而剥夺其生效权利和法律效力。

(5) 服务中间商的责任。各成员国在其国内法中规定:在信息服务的提供限于通过通信网络传播,服务获取者的信息或限于提供通信网络接入服务的情况,提供此类服务的服务供应商在符合指令规定的情况下,对所传播的信息不承担责任;在信息服务的提供限于通过通信网络传输来获取信息时,服务供应商在满足指令规定条件下,对应其他服务获取者的要求,出于日后更有效地传播信息的唯一目的,而对所传播信息进行自动、临时性和过渡性的存储不承担责任;在信息服务的提供限于存储信息获得者提供的信息时,信息服务供应商在满足指令规定条件时,不对应信息服务获得者的要求而存储的信息承担责任。

(6) 行业自律准则。各成员国和欧盟委员会鼓励行业协会成员国或者消费者组织制定适用于全欧盟范围的行业行为自律准则,以保证欧盟成员国立法的良好执行。

### 2. 电子签名的法律制度

欧盟议会和理事会共同制定和颁布了《关于欧盟范围内建立有关电子签名共同法

律框架的指令》，为在欧盟范围内电子签名的法律制度协调一致的运转和发展提供了保障。

指令的立法目的是：一是在欧洲联盟范围内建立一个有利于电子签名推广运用的统一的法律环境；二是建立一个完整的关于电子签名的法律认证体系，以便使电子签名法律效力得到法律上的承认。

该指令的立法重点是：规范电子签名的认证服务，制定了关于认证和认证服务的共同标准，以保证电子签名及其认证得以在欧盟成员国范围内相互得到承认。1999年又发布到了《数据签名统一规则草案》。

### 3. 消费者权益保护的法律制度

欧盟在其通过的《关于远程合同订立过程中对消费者保护的指令》中，为消费者网上交易的合法权益保护规定了多项措施，明确规定在远程合同订立前，货物或服务供应商有义务向消费者提供供应商的身份、货物或服务性能特点、价格、送货费用、付款及送货方式、消费者撤销订购的权利、报价的有效期、合同的期限等情况，并通过书面或者其他持久载体向消费者确认，消费者至少可以在7个工作日内有权退货或撤销合同。

### 4. 著作权保护的法律制度

欧盟委员会在《关于信息社会著作权及邻接权的指令草案》中，对欧盟成员国范围内统一协调著作权及邻接权保护的法律规定做出了相应的规定，以适应电子商务条件下与知识产权有关的产品及服务的发展需要。草案规定：作品的作者、表演者、音像节目和电影的制作人、广播电台、电视台对作品享有专属的复制权，著作权人所享有的对公众传播权并不随着传播或提供作品的行为完成而丧失。

《草案》对某些处于纯粹技术需要而进行的不存在任何经济意图的复制行为做出了例外的规定，以避免对网络发展造成限制和危害，既顾及了网络服务商和接入商的产品发展利益，又对著作权人的合法权益给予了法律上的保障。

## 二、外国电子商务法的立法概况

### （一）美国的电子商务立法

美国的电子商务发展在世界上处于领先的地位。美国政府在促进电子商务发展上制定了一系列积极政策，其中，著名的“信息高速公路”计划为美国电子商务的发展奠定关键性的基础。由于政府大力推行电子商务这种新的交易形式，电子商务成为了美国国民经济新的增长点，美国电子商务法律的立法工作的发展十分迅速。美国的许多州都制定了电子商务法，1997年9月15日颁布的《全球电子商务纲要》是美国电子商务发展的一个里程碑。《全球电子商务纲要》主要内容分为一般原则和问题处理建议两大部分。

#### 1. 一般原则

（1）私营企业应起主导作用。互联网的快速发展，将依靠私营企业带动，政府应尽可

能鼓励私营企业自行建立交易规则,政府采取少干预、少限制的原则。

(2) 政府应当避免不恰当地限制阻碍电子商务的发展。在电子商务交易中,当双方自愿合法地买卖产品和服务时,政府管理机构应当尽量减少干涉,尽力避免对网上发生的商业活动给予不必要的限制,以影响交易双方交易活动,阻碍电子商务的发展。

(3) 政府参与建立和谐的商业环境。政府有必要参与时,其目的应是支持与加强一个可预测的、简明的和一致的电子商务实行环境。政府机构只在必要时介入电子商务的市场管理,但这种管理应当主要着眼于支持加强建立一个和谐的商业法制环境,保护消费者、保护知识产权,确保竞争,以及制定解决纠纷的办法。

(4) 政府必须认清互联网的特征,制定相关的法律规则。互联网是在无人主管、自由蔓延跨国界的条件中繁荣发展的,其规则与标准是自下而上发展起来的。许多传统法律法规无法适用,都需要加以调整,以促进互联网顺利运行机制的建立。

(5) 制定的法律法规应有利于促进电子商务发展。电子商务法律法规的制定,应当有利于促进互联网上的电子商务。

## 2. 问题处理建议

(1) 海关和税务。互联网应宣告为免税区,凡是网上进行的商品交易如软件、咨询服务等,以电子方式提交的,如果课以关税是毫无意义的,也是难以做到的,因此应对此一律免税。

美国向世界贸易组织(WTO)和其他国际贸易组织建议,对电子商务适用现有的税制,而不开征新的税种。电子商务的税务应当遵循国际税务的基本原则,避免不一致的国家税务司法权和双重征税。

(2) 电子支付系统。信息技术的飞速发展已使网上的电子支付变成了现实,许多交易已经开始通过网上进行支付,电子银行、电子钱包、智能卡都已经步入社会生活。美国财政部已与各国政府合作,研究全球性电子支付的对应措施,世界十大经贸国的财政部长已经组成工作小组,共同制定电子支付政策。

(3) 电子商务法规。联合国国际贸易委员会为支持在电子商务中国际合同的商业作用,制定了一部示范法,确认了通过电子手段形式的合同规则和模式,规定约束电子合同履行标准,对电子文件、电子签名的有效性做出定义。美国政府支持所有国家采用示范法作为制定电子商务使用的国际统一商务法规,支持联合国国际贸易委员会以及其他国际团体进一步努力制定出示范法律条款。

(4) 保护知识产权。电子商务经常涉及知识产权的授权产品,为促进电子商务发展和建成有效的商务环境,销售者必须知道,他们的知识产权不会遭到侵权;购买者则必须知道他们购买的商品是经过认证的产品,而不是仿冒产品。为此,国际上确立了有效的保护知识产权的国际协定以防止仿冒和欺诈行为,各国应尽快立法以遏制产品仿冒行为和侵犯知识产权行为。

(5) 保护个人隐私权。商业信息在网上的发布与交流有利于电子商务的发展,但是在信息的发布与交流中保护个人隐私权则是一个十分重要的问题。

个人隐私原则包括两个方面:告知和许可,即收集数据者应当通知消费者,他们在收集什么信息以及打算如何使用这些数据,并应当向消费者提供限制使用和再利用个人信息的有效手段。

数据收集者披露信息的目的是鼓励人们用市场方式来解除对个人隐私的担心,根据个人隐私原则,数据收集者由于不当使用或者披露个人信息,或者提供不准确、过时的、不完整的或无关的个人信息而使消费者受到伤害时,消费者有权要求赔偿。

为保证世界各国的不同隐私权政策能够提供恰当的个人隐私保护而不妨碍互联网上的数据交换,美国应当采取双层个人隐私战略,将依据个人隐私原则所建立的框架会同主要贸易伙伴讨论支持一项基于市场的个人隐私对策。

(6) 信息安全。电子签名与认证制度是目前保障网上安全的可靠的重要手段,密码学是保护计算机安全的重要工具,美国政府通过制定相关政策促进开发和利用有效的加密产品,对存贮数据和电子通信加密。美国政府以及各相关机构在未来数年内,将同欧盟以及国际经济合作与发展组织一起,制定安全和加密的共同政策,为电子商务提供一个可预测的、安全的环境。

(7) 电信基础建设与信息技术。美国政府倡导电信自由化,鼓励世界各国开放通信市场进行公平竞争,要求世界各国遵守已签订的各项国际协定,排除关税与非关税壁垒,并将继续通过各国际组织进行与电信有关的网络问题的研究讨论,谋求达成共识,获得世界各国的支持。

(8) 信息内容。美国政府支持信息跨国自由流动,内容包括由互联网传送的新闻发布、信息服务、虚拟商场、娱乐节目等。对网上信息内容,美国政府认为不宜太多干涉。对认为有关暴力、煽动性言论、色情等内容,美国政府将同主要贸易伙伴探讨对其进行限制,并就有关广告及防止欺诈的管制问题同世界各国展开对话。

(9) 技术标准。技术标准对在互联网上进行电子商务极为重要。标准可以使不同厂商的产品和服务协调一致,有利于网络联通也可以促进公平竞争。但是如果过早制定标准,则有可能成为新技术发展的障碍,也可能被用作贸易的非关税壁垒。



#### 知识链接

### 美国《全国及全球商务电子签名法》

《全国及全球商务电子签名法》于2000年10月1日在美国各州生效,该法是规范电子合同的重要法律,着重对电子签名做出规定。

该法第一章主要规定了电子签名和电子记录的效力的一般原则和具体例外事项,同时还规定了对联邦机构的可适用性问题及调查;后三章在可转让记录、国际电子商务的促进和在线儿童保护委员会三个方面进行了规定。

美国政府鼓励由企业界协商订立标准,技术标准由市场来决定,政府不宜介入。为保证互联网的全球电子商务的增长,需要在安全、电子版权管理制度、电子视巡会议、高速网络技术数据交换等领域制定技术标准。

## (二) 新加坡的电子商务立法

新加坡是世界上较早制定电子商务法律的国家。1998年的《电子交易法》内容广泛,规范了电子商务中出现的多方面问题。该法的许多规定以联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》为基础,与国际标准保持一致,促使新加坡融入全球电子商务。

《电子交易法》共分为序言、电子记录和电子签名的一般规定、网络服务提供者的责任、电子合同、可靠电子记录和电子签名、数字签名的效力、与数字签字相关的一般义务、认证机构的义务、订户的义务、认证机构的规定、政府使用电子记录与电子签字、一般规定12个部分。《电子交易法》的内容包括以下几个方面。

### 1. 立法目的与法律解释

该法的立法目的是促进电子交易,对电子商务中出现的新问题能够给予有效解决。

### 2. 数据电文和电子签名的法律效力

《电子交易法》规定了数据电文和电子签名的法律效力。该法规定,不得仅仅以某项信息采用数据电文形式作为理由否定其法律效力、有效性与可执行性。在证实电子签名的方法以及在满足一定安全保护要求的前提下,可以要求以数据电文方式复制保存某些文件、记录或信息;对于数据电文和电子签名的承认,不适用某些方面,如遗嘱、流通票据、所有权文据、不动产买卖合同等。

### 3. 网络服务提供商的责任

《电子交易法》规定,网络服务提供商根据任何法律规定都不会仅仅因为提供了通道为第三者传输的数据电文资料承担民事责任或刑事责任,某些例外情况除外。因为在多数情况下,网络服务提供商无法控制通过其网络所传输的资料和内容。

### 4. 电子合同

《电子交易法》对电子合同所涉及的一些具体问题做出了规定。承认当事人在订立合同中使用的数据电文的法律效力;明确数据电文的归属问题;规定数据电文信息的确认收讫的规则,确定数据电文发送和接收的时间及地点的规则。

### 5. 认证机构

《电子交易法》对保证认证机构的可靠性规定了一定的标准和管理规则;规定所有认

证机构都应履行的义务、对外国认证机构的承认,以及持有执照经营的认证机构的责任。

#### 6. 数据电文与电子签名在商务公务中的作用

《电子交易法》承认政府部门和法定机构的电子存档,颁发的电子许可证、电子执照和电子批准书以进行的电子支付,以此承认和促进政府对个人的电子商务活动,目的是鼓励无纸公用事业的出现,提高公用事业的效率。

#### 7. 计算机数据的保密与使用

《电子交易法》为了保护计算机数据的秘密,规定有可能接近数据电文的人员的保密义务,禁止他们出于罪行检控和遵守法庭要求以外的其他目的而泄露信息,但管理人员为查明是否有违反《电子交易法》的行为出现时,有权检查任何计算机及数据。

### (三) 韩国的电子商务立法

韩国的《电子商务基本法》于1999年7月正式生效,共分为总则、电子通信信息、电子商务安全、电子商务的促进、消费者保护以及附则六章,内容较为全面。该法的总特点与立法目的是:促进电子商务的发展。该法对电子商务、电子通信息、发送人、接收人、数字签名、电子商店认证机构等基本概念做出了定义,对通信信息的有效性和电子商务的安全问题做出了规定,并对消费者的保护以专门章节做了规定。

该法兼容欧洲国家与美国在电子商务立法方面的优点,既有美国电子商务法着重于技术问题的解决,又具有欧洲国家的电子商务法偏重于消费者保护的规定。在当前电子技术日趋完善的情况下,技术问题的解决与消费者保护二者功效相辅相成。为具体实施其《电子商务基本法》,韩国还制定了《电子签名法》。

### (四) 澳大利亚的电子商务立法

1998年澳大利亚颁布了《私权利保护法》,确定信息私权保护原则。1998年3月,澳大利亚电子商务专家小组公布了《电子商务:法律框架的构造》的报告。1999年通过了电子签名法。1999年12月,颁布《电子交易法》(ETA),提出在电子商务中的媒体中立性原则和技术中立性原则。

## 三、国内电子商务的立法概况

### (一) 国内电子商务的立法现状

我国在1994年开始出现电子商务模式,近几十年来我国的电子商务发展十分迅速,为电子商务的进一步发展积累了丰富的经验,我国的电子商务立法已经取得一定成果。但是,从总体上说,我国电子商务发展仍处于初级阶段。同时,在电子商务的法治建设上,我国也是处于初始阶段。电子商务将成为社会经济发展的新增长点,要确保电子商务的健康发展,必须以健全的法律保障为基础和前提。

## （二）我国主要的电子商务相关立法

### 1. 电子签名法

2004年8月28日,第十届全国人民代表大会常务委员会通过了《电子签名法》(自2005年4月1日起施行)。该法规范了电子签名行为,确立了电子签名的法律效力。该法的颁布对我国电子商务的发展有很大的推动和保障作用。

### 2. 涉及交易安全的有关法律、法规和其他规范性文件

#### (1) 法律

《合同法》明确将数据电文作为合同书面形式的一种,规定了电子合同与书面合同具有同等的法律效力,并对电子合同的订立过程及有关内容做了详细的规定,有利于电子商务的实际操作。

#### (2) 规章、地方性法规和其他规范性文件

《网上证券委托投资暂行管理办法》(中国证券监督管理委员会2000年3月颁布实施)

《网上银行业务管理暂行办法》(中国人民银行2001年7月颁布实施)

《广东省电子交易条例》(2003年2月1日起施行)

《关于在网络经济活动中保护消费者合法权益的通知》(北京市工商行政管理局)

《关于规范网站销售信息发布行为的通告》(北京市工商行政管理局)

《关于对网络广告经营者资格进行规范的通告》(北京市工商行政管理局)

《关于利用电子邮件发送商业信息的行为进行规范的通告》(北京市工商行政管理局)

《经营性网站备案登记管理暂行办法》及其实施细则(北京市工商行政管理局)

### 3. 涉及计算机信息、网络安全的有关法律、法规

#### (1) 法律

《刑法》明确规定了计算机犯罪的罪名,包括非法入侵计算机系统罪(第285条)、破坏计算机信息系统功能罪(第286条第一、二款)、制作、传播计算机病毒等破坏计算机程序罪(第286条第三款)。

#### (2) 行政法规、规章、地方性法规和其他规范性文件

《计算机软件保护条例》。原条例1991年6月由国务院发布,于2001年12月20日第一次修订,2013年1月30日第二次修订,于2013年3月1日起施行,旧条例同时废止。该条例保护计算机软件著作权人的权益,调整计算机软件在开发、传播和使用中发生的利益关系,鼓励计算机软件的开发与应用,促进软件产业和国民经济信息化发展。

《计算机信息系统安全保护条例》。1994年2月该条例由国务院发布并实施,明确规定由公安部主管全国计算机信息系统安全保护工作;任何组织和个人不得利用计算机系统从事危害国家利益、集体利益和公民的合法权益的活动,不得危害计算机信息系统的安全;详细规定了计算机信息系统的安全保护制度、安全监察及相关的法律责任。

《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》(公安部 1997 年 12 月发布并实施)

《计算机信息系统国际联网保密管理规定》(国家保密局 2000 年 1 月发布并实施)

《关于执行〈计算机信息网络国际联网安全保护管理办法〉中有关问题的通知》(公安部 2000 年 2 月发布并实施)

《计算机病毒防治管理办法》(公安部 2000 年 4 月发布实施)

《关于维护互联网安全的决定》(全国人大常委会 2000 年 12 月通过)

《互联网安全保护技术措施规定》(公安部 2005 年 12 月 23 日发布)

《广东省计算机信息系统安全保护管理规定》(广东省政府 2003 年 4 月发布,2003 年 6 月起施行)

《互联网安全保护技术措施规定》(公安部 2005 年 11 月 23 日通过,2006 年 3 月 1 日起施行)

《宁夏回族自治区计算机信息系统安全保护条例》(2009 年 10 月 1 日起施行)

#### 4. 涉及网络互联管理方面的有关法律、法规

涉及网络互联管理方面的有关法律法规主要有:《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》(国务院 1996 年 2 月颁布并实施,1997 年 5 月修正);《计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》(1998 年 3 月 6 日颁布并实施);《互联网域名注册暂行管理办法》(国务院信息化工作领导小组办公室 1997 年 6 月发布并实施);《互联网信息服务管理办法》(国务院 2000 年 9 月公布并实施);《互联网新闻信息服务管理规定》(国务院新闻办公室和信息产业部 2005 年 9 月联合发布)等。

公安部《公安部关于对与国际联网的计算机信息系统进行备案工作的通知》。原邮电部《中国公用计算机互联网国际联网管理办法》《计算机信息网络国际联网入口信息管理暂行办法》等。

#### 5. 涉及信息媒体、特殊行业管理方面的有关法律法规

涉及信息媒体、特殊行业管理方面的有关法律法规主要有:《出版物市场管理暂行规定》《互联网医疗卫生信息服务管理办法》《互联网药品信息服务管理暂行办法》《教育网站和网校暂行管理办法》《互联网从事登载新闻业务管理暂行办法》《互联网出版管理暂行规定》《互联网上网服务商业场所管理条例》《互联网文化管理暂行规定》《电子出版物出版管理规定》等。



## 实训练习

### 一、单项选择题

1. 电子商务法的调整对象是( )。

- A. 电子商务交易  
B. 电子商务交易活动中发生的各种社会关系  
C. 电子商务交易流程  
D. 电子商务交易模式

2. 《电子商务示范法》是( )于1996年通过的,这将促进协调和统一国际贸易法。

- A. 国际贸易法委员会  
B. 国际商会  
C. 欧盟贸易法委员会  
D. 美国贸易法委员会

3. 在电子商务的概念模型中,强调信息流、商流、资金流和物流的整合,其中( )作为连接的纽带贯穿于电子商务交易的整个过程中,在起着串联和监控的作用。

- A. 信息流  
B. 商流  
C. 资金流  
D. 物流

## 二、多项选择题

1. 电子签名的立法模式包括( )。

- A. 技术特定型  
B. 技术中立型  
C. 政策主导型  
D. 折中型

2. 电子商务法的特征有( )。

- A. 开放性  
B. 科技性  
C. 国际性  
D. 安全性  
E. 复杂性

3. 电子商务法的基本原则有( )。

- A. 安全原则  
B. 中立原则  
C. 交易自愿原则  
D. 保护消费者合法权益原则

## 三、简答题

1. 如何理解电子商务法的含义?
2. 电子商务法的基本原则是什么?
3. 电子商务法涉及的法律问题有哪些?
4. 《电子商务示范法》的产生和主要内容。
5. 《欧洲电子商务行动方案》的立法目标是什么?



### 学习目标

1. 了解电子商务主体的概念、特征,掌握我国电子商务主体的种类;
2. 了解网站、域名、网站种类及法律管理,掌握我国网站设立的法律制度;
3. 了解网上商店的意义、认定原则,掌握网上商店的认定;
4. 掌握 ISP、ICP 及网络交易平台提供商的法律责任。

## 第一节 电子商务主体概述

### 一、电子商务主体的概念与特征

#### (一) 电子商务主体的概念

电子商务主体,是指参与电子商务法律关系,并在其中享有权利和承担义务的组织或个人。电子商务主体法律制度是电子商务法中需要研究的基础领域。

电子商务主体有狭义、广义之分。狭义的电子商务主体,是指利用电子商务手段进行交易的商事主体,也称为电子商务企业。广义的电子商务主体,指凡是通过电子网络手段从事商务活动的市场主体,既包括狭义的电子商务主体,也包括消费者、各种网络服务提供者等。电子商务主体法律制度需要研究广义的电子商务主体。

#### (二) 电子商务主体的特征

##### 1. 主体的虚拟性

电子商务不同于传统的商事活动,它是借助于互联网而实现的一种交易方式,主体具有一定的虚拟性。电子商务的主体,有的是通过自己设立的网站来进行交易活动,有的是借助于第三方所设立的网络平台而开展交易活动。但是,网上商家信息是否就是他

的真实身份信息?消费者在交易时容易存有担心和顾虑,因此,电子商务主体的身份是需要认定的,电子商务法中也必须建立起有关主体认定的制度。

### 2. 主体的广泛性、复杂性

传统的商事交易,往往有买卖双方参与即可顺利进行,而电子商务活动自身的特点决定了其必须通过网络平台进行,其支付方式必然是网上支付,这样,参加电子商务的主体就不仅仅是买卖双方,还要包括网络平台的服务机构、第三方支付机构以及认证机构等,这么广泛的主体以及它们之间所形成的复杂的关系,以及对各方责任的认定,这都是电子商务法中必须要解决的问题。

### 3. 主体的发展性

电子商务是随着互联网技术的发展和运用而产生的,未来网络技术的发展更将深刻地影响并决定着电子商务的发展,因此,可以预言,电子商务是一个变化着的、开放性的交易模式,电子商务的交易主体也必将随之有所发展和变化,可能会有更多、更新的主体参与到电子商务法律关系之中来。

## 二、电子商务主体的种类

电子商务主体不同于传统的商务活动主体,不仅仅指直接参与交易的双方,还包括在商事法律关系中,对特定电子商务行为的完成具有重要影响的参与者。由此,对电子商务主体可以划分为以下几类。

### (一) 电子商务的交易主体

电子商务的交易主体,简单讲就是指交易中的卖方和买方,也即电子商务活动中的主要行为者。电子商务交易主体无论从外观还是实质来看,与传统交易主体相类似。电子商务作为一种特殊的商事活动,交易双方从根本上看仍旧需要符合传统商法的要求。除了个人作为交易的一端外,其他的商事主体需要依据现有商法进行登记,取得营业资格,同时还要求具有商事能力,确保其具有履约能力。

交易主体可以分为以下几类。

#### 1. 商事组织

所谓商事组织,是指根据法律规定成立并依据商法的相关规定从事营业活动,享有权利、承担义务的法人或者合伙组织。商事组织一般具有较为强大的资金条件和技术条件,更具备发展电子商务的各种优势,因而成为电子商务中最为重要的一类主体。

法人,是指具有民事权利能力和民事行为能力,依法能够独立享有民事权利和承担民事义务的组织。企业法人在我国最主要的表现形式就是公司,既可以是股份有限公司,也可以是有限责任公司。通常情况下,法人更具有一定的经济实力和技术优势,往往成为电子商务中的最主要的一种主体。



## 知识链接

### 法人的成立条件

根据我国《民法通则》第 27 条规定,法人应具备如下条件:

- (1) 依法成立;
- (2) 有必要的财产或经费;
- (3) 有自己的名称、组织机构和场所;
- (4) 能独立承担责任。

合伙组织,是指合伙企业。合伙企业是不具有法人资格的一种社会组织,这就不同于公司。我国 2007 年 6 月 1 日起施行的《合伙企业法》对合伙企业做了规定,合伙企业是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。在现实中,由合伙企业设立的网站也比较多。



## 知识链接

### 普通合伙企业、有限合伙企业

《合伙企业法》第 2 条规定,普通合伙企业由普通合伙人组成,合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成,普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任,有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

## 2. 自然人

自然人是民事主体,也是电子商务的主体,与自然人参与民事法律关系的要求一样,成为电子商务的主体,也同样要求自然人具体相应的民事权利能力与民事行为能力。

目前,在我国的电子商务实践中,C2C 以及 B2C 等交易模式均有自然人主体的参与。大多数情形之下,自然人是作为接受商品或者服务的买方身份出现。但某些情况下,自然人也可以以卖方的身份出现,利用网络平台向他人提供商品或者服务。

### (二) 电子商务的服务主体

电子商务活动的开展离不开各种服务主体。所谓电子商务的服务主体,是指为电子商务的运行提供技术支持、网络报务以及电子认证和网上金融服务的主体,其活动目的是促使双方更快、更有效地达成交易。

电子商务的服务主体分为以下几类。

### 1. 网络服务提供商

网络服务提供商(Internet Service Provider, ISP),向广大用户综合提供互联网接入业务、信息业务和增值业务的电信运营商。ISP 是经国家主管部门批准的正式运营企业,享受国家法律保护。ISP 为电子商务活动构建一个最为基础的互连网络环境,是其能够得以有效运行的一个必须的关键环节。



#### 知识链接

#### 中国三大基础运营商及大陆其他的网络运营商<sup>①</sup>

##### 中国三大基础运营商:

中国电信:拨号上网、ADSL、1X、CDMA1X、EVDO Rev. A、FTTx

中国移动:GPRS 及 EDGE 无线上网、TD-SCDMA 无线上网、一部分 FTTx

中国联通:GPRS、W-CDMA 无线上网、拨号上网、ADSL、FTTx

电信重组之后,中国网通并入中国联通,剔除中国联通 CDMA,组成新联通;中国铁通并入中国移动,为其旗下全资子公司;中国联通 CDMA 并入中国电信组成新电信。

##### 大陆其他的网络运营商:

北京歌华有线宽带:有线电视线路;北京电信通(北京光纤接入, IDC, 目前开始覆盖武汉、重庆、广州、深圳、上海、沈阳、安徽、西安);长城宽带:宽频(覆盖北京、天津、广东、武汉、福建、四川、上海、沈阳、黑龙江、重庆、辽宁、河北、陕西、河南、安徽、江苏、江西、湖南、云南、海南);益家宽带:(辽宁省,光纤到楼,专线接入);创威宽带(北京市,光纤到楼、专线接入);东南网络:福建有线电视线路(最终出口在网通主干路由);E 家宽:宽频;方正宽带:宽频;广电宽带;广东有线视讯宽带网:有线电视线路(中国网通广州分公司以及中国电信广州分公司双出口);海泰宽带;柳州视通宽带:宽频(中国电信广州分公司出口);光环新网;深圳天威视讯:有线电视线路;四川艾普宽带;有线通:全国各地的有线电视网络;中信宽带:(湖南省);中国教育和科研计算机网:宽频;中国科技网(隶属于中国科学院计算机网络信息中心):宽频;中海宽带:宽频;珠江宽频:有线电视线路(中国电信广州分公司出口)。

### 2. 网络内容提供商

网络内容提供商(Internet Content Provider, ICP),是 Internet 网上的内容提供商,

<sup>①</sup> 资料来源:<http://baike.so.com/doc/3990746.html>。

向广大用户综合提供互联网信息业务和增值业务的电信运营商。ICP 同样是经国家主管部门批准的正式运营企业,受国家法律保护。



## 知识链接

### 中国 ICP 的主要种类<sup>①</sup>

目前按照主营的业务划分,中国 ICP 主要有以下几类。

(1) 搜索引擎 ICP。目前中国搜索引擎市场中国内 ICP,比如百度,已经超过以 Google 为首的海外 ICP,成为主要的市场占有者。提供的搜索服务也越来越丰富,包括地图搜索、论坛搜索、博客搜索等越来越多的细分服务。

(2) 即时通信 ICP。ICP 主要提供基于互联网和基于移动互联网的即时通信业务。

(3) 移动互联网业务 ICP。移动互联网业务 ICP 主要提供移动互联网服务,包括 WAP 上网服务、移动即时通信服务、信息下载服务等。

(4) 门户 ICP 提供新闻信息、文化信息等信息服务。门户 ICP 以向公众提供各种信息为主业,具有稳定的用户群,比如,新浪、搜狐、网易和雅虎等门户网站(包括行业门户)。

### 3. 网络交易平台提供商

网络交易平台提供商,也就是指通过互联网或移动网络方式为电子商务交易双方提供帮助或促成其交易完成平台的商家。2008 年 5 月我国商务部在《电子商务模式规范(征求意见稿)》中将电子商务平台定为六类。

(1) 网上商厦(B2C),指提供给具有法人资质的企业在互联网上独立注册开设网上虚拟商店,出售实物或提供服务给消费者的由第三方经营的电子商务平台。

(2) 网上商店(B2C),指具有法人资质的企业或个人在互联网上独立注册网站、开设网上虚拟商店,出售实物或提供服务给消费者的电子商务平台。

(3) 网上交易市场(B2B),指提供给具有法人资质的企业间进行实物和服务交易的由第三方经营的电子商务平台。

(4) 网上商务(B2B),指具有法人资质的企业在互联网上注册网站,向其他企业提供实物和服务的电子商务平台。

(5) 网上交易市场(C2C),指提供给个人间在网上进行实物和服务交易的由第三方经营的电子商务平台。

(6) 政府采购(G2B),指政府或政府授权的机构在网上面向法人进行采购的电子商

<sup>①</sup> 资料来源: <http://baike.so.com/doc/3990746.html>。

务平台。

这六类中的网上商厦、网上交易市场(包括 B2B 和 C2C 两种模式)和政府采购四种电子商务平台属于网络交易平台提供商所设立的,而网上商店和网上商务两种电子商务平台只是企业或个人所设立的,仅供自己进行网上商品或服务交易使用,不属于网络交易平台提供商所设立之列。

#### 4. 网络交易辅助服务提供商

电子商务活动是个系统工程,除上述服务主体之外,还包括为网络交易提供安全认证、在线金融服务及物流配送和交易保险等辅助服务的商家。

其中,电子认证服务,是指为电子签名相关各方提供真实性、可靠性验证的活动,主要解决的是网络交易中双方对真实身份的顾虑。根据我国颁布的《电子认证服务管理办法》,电子认证服务提供商,是指为需要第三方认证的电子签名提供认证服务的机构(CA)。

网上金融服务商,也称为在线金融服务商,是指为网络交易的支付与安全提供专业性金融服务的机构。网络金融机构主要有两种形式:一是一些传统的金融服务商,逐渐开通网上银行,买卖双方只要有银行账号,就可以通过网络进行转账结算;二是新兴的虚拟金融服务,它们以第三者的身份为网络交易提供安全保证。



### 知识链接

#### 农业银行“领商 e 航”电子商务业务<sup>①</sup>

农业银行“领商 e 航”电子商务业务为特约商户及支付客户提供电子渠道资金支付结算、信用中介以及相关的增值服务,支付渠道涵盖互联网、固定电话、移动终端、自助设备以及数字电视等各个电子渠道。它为特约商户提供了电子账单、B2C/B2B 网上支付和电子商务信用支付服务,商户可通过它实现对其个人以及机构客户的在线账单处理、收款、查询、对账等操作,商户个性化需求均可通过开放式的技术接口量身定制。

B2C/B2B 网上支付既支持客户证书支付,也支持无卡支付;电子商务信用支付产品可以通过设立交易资金专用账户,为充当信用中介的交易平台提供买卖双方网上交易资金的清算通道。目前,农行电子商务业务发展迅猛,作为传统实体商贸批发市场的一种创新和延伸,不仅为买卖双方提供了一个电子化和网络化的商务平台,改变了传统交易中一对一或一对多的模式,扩展成为多对多模式,而且创造众多买卖双方聚集的在线交易空间。2013 年农行顺应互联网金融大潮推出“E 商管家”,为传统企业转型电商提供集供应链管理、多渠道支付结算、线上线下协同发展、云服务一体的定制化商务金融综合服

<sup>①</sup> 资料来源:[http://miit.ccidnet.com/art/32559/20131225/5302809\\_1.html](http://miit.ccidnet.com/art/32559/20131225/5302809_1.html)。

务,能够全面打通实体渠道与网络销售、订单采集与资金收付、生产经营与市场营销,实现对自身以及供应链上下游财务结算、采购销售的全方位管理。

## 第二节 网站设立法律制度

### 一、网站概述

#### (一) 网站与域名

##### 1. 网站

网站(Website),指的是互联网上的站点,通常是指 Web 服务器。网站是一种通信工具,人们可以通过网站来发布自己想要公开的资讯,或者利用网站来提供相关的网络服务。人们可以通过网页浏览器来访问网站,获取自己需要的资讯或者享受网络服务。

电子商务活动离不开网站,电子商务交易中的双方都必须通过网站来发布、管理或获取商品及服务的资讯。可以说,网站是电子商务商家展示、经销其产品或服务的虚拟经营场所。随着互联网的发展,网站已经从最初的信息传递功能,发展到可以处理信息和传递信息的多种功能,电子商务主体间的信息发布、管理,信息交流以及市场营销活动、售后服务等都可以借助网站来进行。

##### 2. 域名

域名(Domain Name),是由一串用点分隔的名字组成的互联网上某一台计算机或计算机组的名称,用于在数据传输时标识计算机的电子方位。网络是基于 TCP/IP 协议进行通信和连接的,每一台主机都有一个唯一的标识固定的 IP 地址,以区别在网络上成千上万个用户和计算机。由于 IP 地址是数字标识,使用时难以记忆和书写,因此在 IP 地址的基础上又发展出一种符号化的地址方案,这个与网络上的数字型 IP 地址相对应的符号型地址,就被称为域名。



#### 知识链接

#### IP 地 址

IP 地址用二进制数来表示,每个 IP 地址长 32 比特,由 4 个小于 256 的数字组成,数字之间用点间隔,如 100.10.0.1 表示一个 IP 地址。

电子商务主体设立网站,首先必须取得一个域名。它是互联网上企业或机构间相互

联络的网络地址。应该说,域名是电子商务主体在网络上的重要标识,起着识别作用,便于他人识别和检索其信息资源,另外在虚拟环境下,域名还可以起到引导、宣传和代表等作用。

## (二) 注册域名

注册域名是设立网站第一项工作。域名注册可自行办理,也可委托代理机构或 ISP 办理。1997年5月30日中国互联网络信息中心(CNNIC)制定并颁布的《中国互联网络域名注册管理暂行办法》中,规定了在域名注册上我国采用国际通行的“先申请先注册原则”,因此,电子商务主体应尽早以自己的名称或具有代表性的产品或服务商标注册域名,以免被他人抢注。

### 1. 我国互联网络域名的体系结构

我国互联网络域名的体系结构分为三个层次,也就是顶级域名、二级域名和三级域名。中国在国际互联网络信息中心(InterNIC)正式注册并运行的顶级域名是 CN。

中国互联网络的二级域名分为“类别域名”和“行政区域名”两类。“类别域名”6个,分别为:

AC——适用于科研机构;

COM——适用于工、商、金融等企业;

EDU——适用于教育机构;

GOV——适用于政府部门;

NET——适用于互联网络、接入网络的信息中心和运行中心;

ORG——适用于各种非营利性的组织。

“行政区域名”34个,适用于我国的各省、自治区、直辖市,例如, BJ——北京市; SH——上海市; HE——河北省; TW——台湾; HK——香港; MO——澳门等。

以上两个层次的域名是由域名管理和注册机构来确定的,三级域名则由申请人自行确定。



## 知识链接

### “·中国”等非英文域名后缀快速通道实施计划

2009年10月30日在韩国闭幕的 ICANN 第三十六届会议上,国际互联网名称与数字地址分配机构(ICANN)表决通过了《“·中国”等非英文域名后缀快速通道实施计划》。2009年11月4日,中国互联网络信息中心宣布,我国将正式申请注册“·中国”为世界顶级域名“中国”有可能成为世界首个纯中文顶级域名,而这意味着今后网民在世界各地,都可以在电脑地址栏内输入全中文的域名来登录网站。

中文域名是含有中文字符的域名,同英文域名一样,是互联网上的门牌号。中文域

名在技术上符合多语种域名国际标准。作为互联网上的基础资源服务,中文域名支持 WWW、Email、FTP 等应用服务。

## 2. 三级域名的命名原则

(1) 三级域名的命名原则:

① 三级域名用字母(A-Z, a-z, 大小写等价)、数字(0-9)和连接符(-)组成,各级域名之间用实点(.)连接,三级域名长度不得超过 20 个字符;

② 如无特殊原因,建议采用申请人的英文名(或者缩写)或者汉语拼音名(或者缩写)作为三级域名,以保持域名的清晰性和简洁性。

(2) 三级以下(含三级)域名命名的限制原则:

① 未经国家有关部门的正式批准,不得使用含有“CHINA”“CHINESE”“CN”“NATIONAL”等字样的域名;

② 不得使用公众知晓的其他国家或者地区名称、外国地名、国际组织名称;

③ 未经各级地方政府批准,不得使用县级以上(含县级)行政区划名称的全称或者缩写;

④ 不得使用行业名称或者商品的通用名称;

⑤ 不得使用他人已在中国注册过的企业名称或者商标名称;

⑥ 不得使用对国家、社会或者公共利益有损害的名称。

## 3. 域名注册的管理机构

目前,我国国内域名注册统一由中国互联网络信息中心(CNNIC)进行管理,负责运行和管理国家顶级域名.CN 中文域名系统及通用网址系统,以专业技术为全球用户提供不间断的域名注册、域名解析和 WHOIS<sup>①</sup> 查询等服务。CNNIC 是亚太互联网络信息中心(APNIC)的国家级 IP 地址注册机构成员(NIR)。以 CNNIC 为召集单位的 IP 地址分配联盟,负责为我国的网络服务提供商(ISP)和网络用户提供 IP 地址和 AS<sup>②</sup> 号码的分配管理服务。

国际上的域名管理机构是 ICANN(The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers),中文名称是互联网名称与数字地址分配机构。它成立于 1998 年 10 月,是一个非营利性的国际组织,其主要职能包括管理互联网域名及地址系统,负责互联网协议(IP)地址的空间分配、协议标识符的指派、通用顶级域名(GTLD)以及国家和地区顶

<sup>①</sup> whois(读作“Who is”,非缩写)是用来查询域名的 IP 以及所有者等信息的传输协议。简单说,whois 就是一个用来查询域名是否已经被注册,以及注册域名的详细信息的数据库(如域名所有人、域名注册商等)。

<sup>②</sup> AS(Application server),中文是应用服务器,是指通过各种协议把商业逻辑暴露给客户端的程序。它提供了访问商业逻辑的途径以供客户端应用程序使用。

级域名(CCTLD)系统的管理,以及根服务器系统的管理。

#### 4. 域名注册的申请和审批

注册域名需提出申请,在提交申请书的同时,还要提交有关的文件和证书。注册申请人可以用电子邮件、传真、邮寄等方式提出注册申请,随后在 30 日内以其他方式提交所要求的全部文件。若申请注册的域名和提交的文件符合规定,域名管理单位应当在收到所需文件之日起的 10 个工作日内,完成批准注册和开通运行,并发放域名注册证。



### 知识链接

#### 申请域名注册应当提交的文件和证件

《中国互联网络域名注册暂行管理办法》第 15 条规定,申请域名注册应当提交下列文件、证件:(一)域名注册申请表;(二)本单位介绍信;(三)承办人身份证复印件;(四)本单位依法登记文件的复印件。

各级域名管理单位不负责解决域名冲突引起的纠纷,由申请人自己负责处理并承担法律责任。注册的域名可以变更或撤销,但禁止转让或买卖。

#### 5. 域名注册合同

域名注册合同是约定域名注册人与域名注册组织之间权利与义务的协议。域名注册合同对防止域名纠纷的发生,具有非常积极的作用。近年来,由于域名注册合同在预防域名纠纷方面的重要性开始突现出来,受到各种域名注册组织的关注。域名注册合同正逐渐发展成为一种被各类域名注册组织所普遍使用的预防域名纠纷的措施。



### 知识链接

#### 关于委任域名注册管理机构规则

世界知识产权组织(WIPO)于 1999 年 4 月公布的《互联网名称与地址管理中的知识产权问题》最终报告,以及互联网名称与数码分配公司(ICANN)于 1999 年 3 月公布的《关于委任域名注册管理机构规则的声明》,都主张建立以域名注册合同为基础的域名纠纷预防措施。

2001 年 2 月,世界知识产权组织在日内瓦举行的“与国家顶级域名有关的知识产权问题会议”上,公布了其起草的《国家顶级域名预防与解决知识产权纠纷的最佳措施》,再次建议各国家顶级域名的注册、管理组织重视域名注册合同预防纠纷的作用。

## 二、网站的种类与法律管理制度

### （一）网站的种类

依据不同的标准,网站的种类划分也不同。例如,按网站主体性质的不同,可以将其分为政府网站、企业网站、商业网站、教育网站、科研机构网站、个人网站等类型。按网站的服务模式的不同,网站可以分为综合类门户网站和专业网站等。

我国 2000 年 9 月 20 日由国务院第 31 次常务会议通过了《互联网信息服务管理办法》,它是我国目前对互联网信息服务进行管理的主要行政法规。《互联网信息服务管理办法》中所称互联网信息服务,是指通过互联网向上网用户提供信息的服务活动。该管理办法第 3 条规定:“互联网信息服务分为经营性和非经营性两类。经营性互联网信息服务,是指通过互联网向上网用户有偿提供信息或者网页制作等服务活动。非经营性互联网信息服务,是指通过互联网向上网用户无偿提供具有公开性、共享性信息的服务活动。”

### （二）网站的法律管理制度

#### 1. 对经营性网站实行许可制度

《互联网信息服务管理办法》第 7 条规定,从事经营性互联网信息服务,应当向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理互联网信息服务增值电信业务经营许可证(以下简称经营许可证)。省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门应当自收到申请之日起 60 日内审查完毕,作出批准或者不予批准的决定。予以批准的,颁发经营许可证;不予批准的,应当书面通知申请人并说明理由。

如果未取得许可不得从事互联网信息服务,得到许可的、申请人在取得经营许可证后,应当持经营许可证向企业登记机关办理登记手续。

另外,根据国务院 2000 年 9 月 25 日发布并实施的《电信条例》第 13 条的规定及《互联网信息服务管理办法》第 6 条的规定,经营性网站应当具备以下条件:

- (1) 经营者为依法设立的公司;
- (2) 有与开展经营活动相适应的资金和专业人员;
- (3) 有为用户提供长期服务的信誉或者能力;
- (4) 有业务发展计划及相关技术方案;
- (5) 有健全的网络与信息安全保障措施,包括网站安全保障措施、信息安全保密管理制度、用户信息安全管理;
- (6) 服务项目属于该办法第 5 条规定范围的,已取得有关主管部门同意的文件;
- (7) 国家规定的其他条件。

## 2. 非经营性网站实行备案制度

《互联网信息服务管理办法》第4条规定,国家对非经营性网站实行备案制度,未履行备案手续的,不得从事互联网信息服务。第8条规定,从事非经营性互联网信息服务,应当向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门办理备案手续。办理备案时,应当提交下列材料:

- (1) 主办单位和网站负责人的基本情况;
  - (2) 网站网址和服务项目;
  - (3) 服务项目属于该办法第5条规定范围的,已取得有关主管部门的同意文件。
- 省、自治区、直辖市电信管理机构对备案材料齐全的,应当予以备案并编号。

## 3. 特殊互联网信息服务的审核与专项备案制度

《互联网信息服务管理办法》第5条规定,从事新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械等互联网信息服务,依照法律、行政法规以及国家有关规定须经有关主管部门审核同意,在申请经营许可或者履行备案手续前,应当依法经有关主管部门审核同意。

《互联网信息服务管理办法》第9条规定,从事互联网信息服务,拟开办电子公告服务的,应当在申请经营性互联网信息服务许可或者办理非经营性互联网信息服务备案时,按照国家有关规定提出专项申请或者专项备案。

## 4. 互联网信息提供者的义务与责任

《互联网信息服务管理办法》中明确了互联网信息提供者法定的义务和责任,具体包括以下内容。

(1) 互联网信息服务提供者依法开展服务的义务。《互联网信息服务管理办法》第11条规定,互联网信息服务提供者应当按照经许可或者备案的项目提供服务,不得超出经许可或者备案的项目提供服务。非经营性互联网信息服务提供者不得从事有偿服务。互联网信息服务提供者变更服务项目、网站网址等事项的,应当提前30日向原审核、发证或者备案机关办理变更手续。

未取得经营许可证,擅自从事经营性互联网信息服务,或者超出许可的项目提供服务的,根据《互联网信息服务管理办法》第19条规定,由省、自治区、直辖市电信管理机构责令限期改正,有违法所得的,没收违法所得,处违法所得3倍以上5倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足5万元的,处10万元以上100万元以下的罚款;情节严重的,责令关闭网站。未履行备案手续,擅自从事非经营性互联网信息服务,或者超出备案的项目提供服务的,由省、自治区、直辖市电信管理机构责令限期改正;拒不改正的,责令关闭网站。

(2) 互联网信息服务提供者标明其身份的义务。《互联网信息服务管理办法》第12条规定,互联网信息服务提供者应当在其网站主页的显著位置标明其经营许可证编号或

者备案编号。未在其网站主页上标明其经营许可证编号或者备案编号的,由省、自治区、直辖市电信管理机构责令改正,处 5000 元以上 5 万元以下的罚款。

(3) 互联网信息提供者所提供内容必须合法的义务。《互联网信息服务管理办法》第 13 条规定,互联网信息服务提供者应当向上网用户提供良好的服务,并保证所提供的信息内容合法。

《互联网信息服务管理办法》第 15 条规定,互联网信息服务提供者不得制作、复制、发布、传播含有下列内容的信息:①反对宪法所确定的基本原则的;②危害国家安全,泄露国家秘密,颠覆国家政权,破坏国家统一的;③损害国家荣誉和利益的;④煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结的;⑤破坏国家宗教政策,宣扬邪教和封建迷信的;⑥散布谣言,扰乱社会秩序,破坏社会稳定的;⑦散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或者教唆犯罪的;⑧侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;⑨含有法律、行政法规禁止的其他内容的。

制作、复制、发布、传播《互联网信息服务管理办法》第 15 条所列内容之一的信息,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由公安机关、国家安全机关依照《治安管理处罚条例》《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》等有关法律、行政法规的规定予以处罚;对经营性互联网信息服务提供者,并由发证机关责令停业整顿直至吊销经营许可证,通知企业登记机关;对非经营性互联网信息服务提供者,并由备案机关责令暂时关闭网站直至关闭网站。

(4) 互联网信息提供者的记录义务。《互联网信息服务管理办法》第 14 条规定,从事新闻、出版以及电子公告等服务项目的互联网信息服务提供者,应当记录提供的信息内容及其发布时间、互联网地址或者域名;互联网接入服务提供者应当记录上网用户的上网时间、用户账号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息。互联网信息服务提供者和互联网接入服务提供者的记录备份应当保存 60 日,并在国家有关机关依法查询时,予以提供。

未履行以上规定的义务的,由省、自治区、直辖市电信管理机构责令改正;情节严重的,责令停业整顿或者暂时关闭网站。

(5) 互联网信息提供者停止非法信息传输并报告的义务。互联网信息服务提供者发现其网站传输的信息明显属于该办法第 15 条所列内容之一的,应当立即停止传输,保存有关记录,并向国家有关机关报告。

违反该义务的,由省、自治区、直辖市电信管理机构责令改正;情节严重的,对经营性互联网信息服务提供者,并由发证机关吊销经营许可证,对非经营性互联网信息服务提供者,并由备案机关责令关闭网站。

### 第三节 网上商店的认定

网上商店,也称为“虚拟商店”“网上商场”或“电子商场”,是建立在互联网上的商场。网上商店可分为两种情况,一种情况是最为简单的一种电子商务模式,也就是由企业自己设立网站或网上商店直接利用网络进行产品销售活动,其实质是将传统商务模式中的商店直接搬到了网上,产品的制造商可以运营这种电子商务模式,中间商也可以运营这种电子商务模式。另一种情况是企业利用网上已有的交易平台来开设自己的网上商店或专营店,以销售商品或服务,不需要自己去设立或管理网站,只需在交易网站上拥有自己的网页即可实现网上交易模式。



#### 知识链接

#### 关于“网上商店”界定

2009年,中华人民共和国商务部在《电子商务模式规范》中,提到“网上商店”[web store, B2C(II)]的概念,它特指在B2C模式下,企业(或其他组织机构)法人或法人委派的行为主体在互联网上独立注册网站、开设网上商店,出售实物或提供服务给消费者的电子商务平台。这应该是狭义的“网上商店”的概念,它还应包括法人或自然人租用第三方电子商务平台所开设的网上店铺。

因为在《电子商务模式规范》中是这样定义“网上商厦”的:网上商厦[web mall, B2C(I)],指提供给企业(或其他组织机构)法人或法人委派的行为主体在互联网上独立注册开设网上商店,出售实物或提供服务给消费者的由第三方经营的电子商务平台。由此可见,在第三方电子商务平台上所开设的“虚拟商店”也应属于“网上商店”的范畴。

#### 一、网上商店认定的意义

电子商务活动是在互联网上开展的交易活动,买卖双方互不见面,彼此之间缺乏信任。所有交易的过程都是在网上进行,从网上了解商家及其商品或服务的相关信息,网上磋商、下订单,又从网上完成付款等流程,应该说电子商务活动为交易双方提供了很大的方便,节省了大量的人力、物力和财力。但同时由于网络的虚拟性,使网上交易本身存在着较大的风险性,当事人对商务活动缺少安全感。

从维护电子商务活动的健康、有序发展的角度来看,对于网上商店的认定就显得非

常重要,只有通过建立网上商店的实体认证机制,确保电子商务主体的真实性,使网上交易活动的法律后果现实地落实到具体的责任人,这样才能使交易双方的顾虑与不安得以消除,放心地投身到电子商务交易之中。因此,我国的电子商务法中必须要有较为完善的电子商务主体认证制度。



### 知识链接

#### 深圳推出电子商务主体身份认证平台<sup>①</sup>

深圳市场监管局宣布,已推出能验身份、接受举报投诉的电子商务主体身份认证平台。消费信心不足的网民可到网上验“身份”。该局已经推出电子商务服务监管网,建立了深圳电子商务主体身份认证平台,解决网络交易中对看不见、摸不着对方的诚信担忧。在这个平台中,市场监管局建立公益服务平台,提供5种认证方式。从事电子商务的网站可以免费申请对其身份信息进行认证。在审核通过后,企业可以将“深圳市市场监管主体身份认证”电子标识悬挂在网站上。

深圳市市场监管局也对经过认证的企业建立数据库,市民可在这个平台上对企业进行免费查询。由于整个平台与企业注册登记信息查询接口共享,市民可查询到企业名称、工商注册号、企业地址、网址、注册资金、年检日期。目前,已有近60家电子商务企业通过“深圳市市场监管主体身份认证”。这个平台已经试运行了近半年时间,标识的公信力比较好。

在市场监管局随机的通过认证企业回访中,90%的企业被认为是有公信力。“维权会有保障,降低交易成本。”此前,北京等地工商部门也建立过类似的身份认证。这些地方大多是企业自行公布营业执照,网站的真实可靠性受到影响。深圳市市场监管局推出的身份认证平台则以用户、企业为中心,契合市场需要,通过公益服务的方式,解决市场交易过程中的诚信隐患。

## 二、网上商店认定的原则

网上商店的认定须遵循以下三个基本原则。

### (一) 主体真实原则

主体真实原则,就是指民事法律关系的主体必须是真实存在的。电子商务法律关系的实质也是一种民商事法律关系,这种法律关系的主体尽管是借助于网络开展交易活动

<sup>①</sup> 资料来源: <http://www.100ec.cn>, 2011.04.23, 中国电子商务研究中心网上资料改写。

的,但他们不应当是虚拟的,而应是一种现实的实体存在。这种实体存在可以是现实经济活动中的某个合法的经营实体,具备营业场所或实体商店、注册资本、组织机构及从业人员等,亦可以是某种纯粹的网络营销企业,但它仍然具有经营者、经营地址等现实要素。

## (二) 主体资格法定原则

主体资格法定原则,是指什么样的主体可以参与民事法律关系,享有的民事权利、承担的民事义务都由法律做出规定。民事主体资格法定原则是民法的一个基本原则。这一原则在商事领域也有突出体现,这就是商事主体资格必须依法来确定。电子商务作为网上商事活动,也要符合主体法定的原则。

根据我国有关民商事法律的规定,法人资格的企业以商事主体身份从事商事交易,必须获得企业登记,领取营业执照;不具有法人资格的独资企业、合伙企业或个体工商户等,只要取得营业执照或进行营业登记,也可以具有从事商事交易的主体资格。电子商务活动的主体也应首先领取营业执照或进行营业登记,才能取得电子商务主体的法定资格,进而才能开展电子商务交易活动。

## (三) 主体公示原则

主体公示原则,要求网上商店的主体必须在网上真实地标注其身份。我国《互联网信息服务管理办法》第12条规定,互联网信息服务提供者应在其网站主页的显著位置标明其经营许可证编号或者备案编号。该规定就体现了国家法律对主体公示原则的确认。

主体公示,也意味着责任的承担者明晰化,保障了电子商务活动的安全性。尤其是在网络平台模式中,许多企业集中在一个网站交易平台的统一管理和经营下,以谁的名义进行交易就显得非常重要。在交易过程中,应当向交易相对人显示网上商店设立人或真实的交易主体,网络平台上显示的是谁,谁即成为交易的主体。

如果网络平台不能向客户提供真实的、现实存在的交易主体的姓名或名称,那么即可推定该网站为合同的主体。所以,主体公示原则要求网上商店必须在网上显示其真实主体,这一点特别适用于在网络平台上开设网上商店的情形。

# 三、网上商店的认定

根据电子商务交易主体是否以独立的网站来开设网上商店,其认定也有所不同。

## (一) 以独立网站开设网上商店的认定

电子商务主体以独立的网站来开设网上商店的,显然其性质属于经营性网站,应当满足我国《电信条例》及《互联网信息服务管理办法》中关于经营性网站的规定,依法向省、自治区、直辖市电信管理机构或者国务院信息产业主管部门申请办理互联网信息服务增值电信业务经营许可证(以下简称经营许可证)。申请人取得经营许可证后,应当持

经营许可证向企业登记机关办理登记手续。

2000年根据国家工商局的授权,北京市工商行政管理局制定了《经营性网站备案登记管理暂行办法》及其实施细则,明确规定经营性网站向工商行政管理机关申请备案,经确认后由工商行政管理机关在网站的首页上加贴经营性网站备案电子标识,并将备案信息向社会公开,以供公众查询。

## (二) 在第三方电子商务平台开设网上商店的认定

对于借助于第三方交易平台开设网上商店的认定,主要是对交易主体身份的认定,也就是通过对网络商品经营者和网络服务经营者的登记管理来进行的。

### 1. 有关法律规定

我国国家工商行政管理总局于2010年5月31日公布了《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》(下称《暂行办法》),并于2010年7月1日起施行。该办法中所称的网络商品经营者,是指通过网络销售商品的法人、其他经济组织或者自然人。网络服务经营者,是指通过网络提供有关经营性服务的法人、其他经济组织或者自然人,以及提供网络交易平台服务的网站经营者。

《暂行办法》第10条规定,已经工商行政管理部门登记注册并领取营业执照的法人、其他经济组织或者个体工商户,通过网络从事商品交易及有关服务行为的,应当在其网站主页面或者从事经营活动的网页醒目位置公开营业执照登载的信息或者其营业执照的电子链接标识。通过网络从事商品交易及有关服务行为的自然人,应当向提供网络交易平台服务的经营者提出申请,提交其姓名和地址等真实身份信息。具备登记注册条件的,依法办理工商登记注册。

### 2. 电子商务交易平台的认证

在实际的电子商务活动中,作为交易平台的提供者也往往会要求从事网络商品或服务交易的主体进行实名认证。一方面要求有意开网店者要注册并输入有关的身份信息,如企业或个体工商户的营业执照信息,如是自然人则需要输入个人的身份证信息。另一方面通过开通网上支付功能,要求输入个人的有关银行账户信息,经核实认证后才给予网上开店的资格。

## 第四节 电子商务服务主体的法律责任

如前所述,电子商务的服务主体,是指为电子商务的运行提供技术支持、网络报务以及电子认证和网上金融服务的主体,主要包括网络服务提供商(ISP)、网络内容提供商(ICP)、网络交易平台提供商以及网络交易辅助服务提供商等。网络交易辅助服务商的

法律责任一般比较清晰,本节主要探讨前三方的法律责任。

## 一、网络服务提供商(ISP)的法律责任

网络服务提供商,是指向广大用户综合提供互联网接入业务、信息业务和增值业务的电信运营商。ISP所承担的责任主要包括合同责任和侵权责任两种。

首先,网络服务提供商(ISP)在网上交易过程中同时为交易的买卖双方提供服务。ISP提供的服务内容可以是信息发布服务,即接受他人委托提供通道、空间或技术,为他人网上发布针对不特定受众的某种信息;也可以是信息传输服务,向特定的受众发送电子邮件、发送订购单或确认函等;还可以是提供信息存储服务;亦还可以是提供信息检索或用户索取的特定信息服务。所有这些信息服务既可能通过用户的注册登记建立起来,也可能通过明示的合同建立起来。

一般情况下,用户请求提供某种信息传输服务,必须将名称、住址、电话、国籍等信息进行登记或注册,这种登记或注册意味着用户和ISP之间达成了一种信息服务合同。这种信息服务合同一般是有偿的,ISP按合同约定向用户提供信息交流通道、存储空间等中介服务,通常都收取一定费用,如网络登录费、平台使用费、信息传递费、网页制作或维护费、网络注册费等,也有可能是无偿的。但不管是有偿还是无偿,在ISP和用户之间都构成一种服务关系。而那些要求ISP提供较为复杂的信息服务的用户,也可通过协商签订合同建立服务关系。ISP既然和用户之间成立了合同关系,就有义务依法为用户提供安全、有效的网络服务,否则就要承担合同责任。



### 案例 2-1

#### 全国首例 ISP 服务质量诉讼案

大连一在校大学生在电信局办理了个人拨号上网服务手续。按规定,凡拨号上网的用户,电信局在本地服务器上提供一电子信箱,用户每天可免费存储1兆字符,超量者每月按0.2元千字符交费。电信局告知:只要用户每次上网时按下信件软件的“接收和发送”键就会清空信箱,不会产生超量费用。该学生按此说明进行操作。谁知三个月的存储费竟高达2841.60元。电信局对此无法解释。后经该生自行查明,是因其在对上网软件设置时,无意中的一个选项,造成他表面清空信箱,但实际上每封信都留了个拷贝在信箱里,这样一来,所有信件都留在信箱中作为超量信件计费。

该学生认为,用户按照服务商的要求进行了操作,电信局对该设置有指导义务,因为这个设置选项已超出一般用户应具有的知识范围,电信局应向消费者作说明和警示,以确保消费者的合法权益不受侵害。而目前的服务商除了提供一个上网口令外,没有相关

的技术指导。为此,该学生将大连电信局告上法庭。而被告认为:网络服务商只负责用户终端的接入,没有指导用户上网的义务。用户应具备相关知识,如用户因自己使用造成损失,应自负责任。

大连市中山区人民法院经过审理,认为原告诉讼理由“无法律依据”,“证据不足”,原告作为消费者应当努力掌握所需商品或服务的使用技能,正确使用商品,提高自我保护意识,驳回原告诉讼请求。

原告希望此案能引起国内网络服务商对网络服务质量的重视,作为消费者的广大网民,应当和其他消费者一样,有权享受到法律赋予的优质、安全的服务。<sup>①</sup>

### [评析]

本案是我国首例因 ISP 服务质量引起的纠纷案,较具有代表性。在本案中,虽然,原告已经具备了电脑操作常识,但本案所涉及的设置选项已经超出了一般用户应具有的知识范围,特别是可能危及人身、财产安全的服务,更应当有服务提供者向消费者作出真实的说明和明确的警示。

导致网络服务提供商侵权责任的主要原因是网络服务商为侵权人(主要是侵犯著作权)的侵权行为提供了服务和便利。作为服务提供者,网络服务商最基本的特征是:按照用户的选择传输或接受信息,本身并不组织和筛选所传播的信息。但是它们的计算机系统或其他设施却不可避免地要存储和发送信息。<sup>②</sup>这就造成网络信息传播中容易出现侵犯他人作品著作权的行为,也进而使得网络服务商的侵权责任问题成了法律界的热点问题之一。

法律在规定网络服务提供商的侵权责任时,应当在保护著作权与维护公众利益之间找到适度的平衡,既不能任由侵害著作权人的行为在网络上恣意横行,又不能对网络服务商课以超过其实际能力的义务,以免妨碍网络服务业的发展,进而损害用户的利益。

美国 1998 年制定的《数字千年版权法案》规定,网络服务提供者使用信息定位工具,如果由于其链接、存储的相关内容涉嫌侵权,在其能够证明自己并无恶意,并且及时删除侵权链接或者内容的情况下,网络服务提供者不承担赔偿责任。该条款是对网络服务商侵权责任的限制,被称为“避风港”条款。

中国《信息网络传播权保护条例》立法时对于“避风港原则”有所吸收,在相关条款中,分别针对提供网络自动接入或传输服务提供者、提供网络自动存储服务提供者、提供信息存储空间出租服务提供者、搜索引擎服务提供者等 ISP 在什么条件下可以免责,能

<sup>①</sup> 资料来源:<http://news.sina.com.cn/society/1999-9-3/11311.html>。

<sup>②</sup> 薛虹:《数字技术的知识产权保护》,158~159页,北京,知识产权出版社,2002。

够享受“避风港”待遇做出了规定。



### 知识链接

#### 《信息网络传播权保护条例》的相关规定

第二十条 网络服务提供者根据服务对象的指令提供网络自动接入服务,或者对服务对象提供的作品、表演、录音录像制品提供自动传输服务,并具备下列条件的,不承担赔偿责任:(一)未选择并且未改变所传输的作品、表演、录音录像制品;(二)向指定的服务对象提供该作品、表演、录音录像制品,并防止指定的服务对象以外的其他人获得。

第二十一条 网络服务提供者为提高网络传输效率,自动存储从其他网络服务提供者获得的作品、表演、录音录像制品,根据技术安排自动向服务对象提供,并具备下列条件的,不承担赔偿责任:(一)未改变自动存储的作品、表演、录音录像制品;(二)不影响提供作品、表演、录音录像制品的原网络服务提供者掌握服务对象获取该作品、表演、录音录像制品的情况;(三)在原网络服务提供者修改、删除或者屏蔽该作品、表演、录音录像制品时,根据技术安排自动予以修改、删除或者屏蔽。

第二十二条 网络服务提供者服务对象提供信息存储空间,供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品,并具备下列条件的,不承担赔偿责任:(一)明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供,并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址;(二)未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品;(三)不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权;(四)未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益;(五)在接到权利人的通知书后,根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。

第二十三条 网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书后,根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。

另外,国家版权局、信息产业部于2005年4月30日发布的《互联网著作权行政保护办法》第12条规定:“没有证据表明互联网信息服务提供者明知侵权事实存在的,或者互联网信息服务提供者接到著作权人通知后,采取措施移除相关内容的,不承担行政法律责任。”

## 案例 2-2

## 百度网络搜索引擎引纠纷

打开百度首页,搜索宝丽公司,显示的是宝丽公司的名称、地址和经营业务,点击进入之后发现,却是国顺公司的信息。宝丽公司称,搜索“宝丽广告”,在约 120 万个结果中,共有 7 个网页出现侵权行为,其中有数个网页均有宝丽公司离职员工的姓名和联系方式。宝丽公司认为,国顺公司盗用企业名称作为网站域名,及抄袭宝丽公司的宣传资料在网络上进行宣传,并进行销售获取非法所得,导致宝丽公司在百度上难以被搜索到或排名靠后,造成订单流失及直接经济收入减少。于是,宝丽公司将国顺公司和百度公司告上法庭,索赔 5 万余元。

法院审理查明,其中一个网页的“百度快照”时间是 2010 年 7 月 17 日,当时还是由宝丽公司经营,在同年 8 月 19 日转让给国顺公司后,国顺公司进行了修改,但“百度快照”没有及时更新信息。

法院审理认为,在现有技术条件下,要求百度对所有的网页变化及时更新“百度快照”,是难以做到的,只能依第三方网页的活跃程度和访问量等进行更新,但是宝丽公司发现网页涉嫌侵权后,没有通知百度公司,也没有证据证明百度公司知道或者应该知道,因此百度公司无须承担责任。而宝丽公司提交的证据不足以证明该网页信息由国顺公司发布,因此,要求国顺公司承担侵权责任没有依据。最终,法院驳回宝丽公司的全部诉求。<sup>①</sup>

## [评析]

本案是由于企业员工离职到新公司(被告公司)后,而引发的互联网搜索引擎搜索原告字号时,搜索结果会将被告或带有被告员工(原告此前员工)联系方式的网页优先显示而引发的案件。在互联网环境下,相关信息的发布者不易查找,本案不仅对互联网环境下的举证进行了明确,也界定了互联网搜索引擎公司的责任,更为互联网环境下企业对员工的管理和广告发布提供了典型案例。

## 二、网络内容提供商的法律责任

网络内容提供商(ICP),是向广大用户综合提供互联网信息业务和增值业务的电信运营商。ICP 拥有自己的主页,通过互联网定期或不定期的向上网用户提供信息服务。

<sup>①</sup> 资料来源:[http://news.timedg.com/2013-04/19/content\\_13749342.htm](http://news.timedg.com/2013-04/19/content_13749342.htm)。

ICP 通常通过选择和编辑加工自己或他人创作的作品,将其登载在互联网上或者通过互联网发送到用户端,供公众浏览、阅读、使用或者下载。<sup>①</sup> 网络内容提供商的法律责任也分为合同责任与侵权责任两类。

### (一) 网络内容提供商的合同责任

ICP 与用户间的合同责任与 ISP 的类似。ICP 一般也是通过用户登录注册与其成立合同关系,或者是通过专门的合同来建立合同关系,这样,ICP 就有义务向用户提供安全、合法的网络信息服务,否则就要依法承担合同责任。

### (二) 网络内容提供商的侵权责任

ICP 承担的侵权责任,主要是因其通过网络向社会公众上传信息过程中,未经知识产权人的允许擅自利用他人的知识制作信息产品而引起的,其中最主要的是著作权侵权责任。法律在对 ICP 的侵权行为进行有效制裁时,也需要平衡各方利益,既能合理保护权利人的利益,同时又能够保证网络产业的健康发展。

我国最高人民法院于 2000 年出台了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件的适用法律若干问题的解释》,根据该解释第 5 条和第 6 条的规定:如果网络内容提供商明知信息源提供者通过网络实施侵犯他人权利的行为时,应与该信息源提供者承担共同侵权责任。如果网络内容提供商不知道信息源提供者的行为侵犯了他人的权利,但在权利人提出确有证据的警告后,若此时网络内容提供商仍不采取措施消除或减轻侵权后果,应与该信息源提供者承担共同侵权责任。

同时,著作权人发现侵权信息向网络服务提供者提出警告或者索要侵权行为人网络注册资料时,不能出示身份证明、著作权权属证明及侵权情况证明的,视为未提出警告或者未提出索要请求。如果网络内容提供商不知道信息源提供者实施侵犯他人权利的行为,权利人也没有提出确有证据的警告,则网络内容提供商不应承担侵权责任。著作权人出示上述证明后网络服务提供者仍不采取措施的,可以在提起诉讼时申请人民法院先行裁定停止侵害、排除妨碍、消除影响,人民法院应予准许。

### 案例 2-3

原告方盛大文学诉称,盛大文学是原创文学门户网站“起点中文网”的运营商,曾推出多部著名网络小说,拥有庞大的读者群。被告百度公司提供的搜索服务,长期大量公开提供原告拥有独家信息网络传播权的涉讼作品的侵权盗版链接。盛大文学曾通知百度,要求其在 24 小时内删除相应侵权链接,但百度没有明确回复,也未对侵权链接予以

<sup>①</sup> 见《互联网信息服务管理办法》第 2 条。

删除。盛大文学称,经其查询发现,百度公司迟迟未删除的链接所指向的网站与其有合作关系,系“百度网盟推广”的合作者,百度对搜索流量所产生的收益可以分成。百度公司对拒不删除侵权链接,与直接侵权的第三方网站构成共同侵权,应当承担连带民事责任。此外,百度公司还在其二级域名 wap. baidu. com 通过设立“最热榜单”和“精品推荐”栏目的形式对涉讼作品进行推荐,并在其网站上完整复制了涉讼作品,使得公众无需到第三方网站,更无需到原告网站即可阅读或下载涉讼作品的完整内容,完全替代了作品的合法来源,构成对涉讼作品著作权的直接侵犯。

被告百度公司则辩称,百度未实施帮助侵权行为,不构成与第三方网站的共同侵权,在已断开链接的情况下,不应承担赔偿责任。对于盛大文学要求删除涉嫌侵权链接的要求,百度称其未能举证证明所列链接地址包含侵权内容,百度没有义务对链接进行审查,更没有断开链接的义务。百度称,根据筛查,那些未断开链接的网址中主要有:无效链接、与侵权内容完全无关的链接、网站首页链接(网页上仅有作品简要介绍)、页面上有合理引用作品内容的链接、作品目录页等情况。其已尽到注意义务,对原告提及的链接进行了及时删除,故不应承担赔偿责任。此外,百度公司认为,其提供的 Wap 服务不构成侵权。Wap 是一项全球性网络通信协议,Wap 将构成网页文档的超文本标记语言转换为无线标记语言,使之能够在手机等无线终端上得以显示,Wap 并未存储第三方网页的内容。百度 Wap 的技术转码服务不涉及对网页内容的编辑和修改,故百度不构成直接侵权。

法院判决:上海市卢湾区人民法院判决认为,百度公司侵犯了盛大文学网站上作品的著作权。判令百度公司立即停止对涉案作品的信息网络传播权的侵权行为,并赔偿盛大文学经济损失人民币 50 万元以及合理费用人民币 44 500 元。<sup>①</sup>

#### [评析]

百度作为网络服务提供者,明知涉讼作品的信息传播权仅归于原告以及侵权链接的状况,却未及时删除原告通知的侵权信息或断开链接,构成间接侵权;同时,通过百度 Wap 搜索对 Web 页面进行技术转码,并非只是引导用户到第三方网站浏览搜索内容,而是替代第三方网站直接向用户提供内容,属于复制和上载作品的行为,构成直接侵权。

### 三、网络交易平台提供商的法律责任

网络交易平台提供商,也就是指通过互联网或移动网络方式为电子商务交易双方提供帮助或促成其交易完成平台的商家。根据网络交易平台运营类型的不同,平台提供商所承担的法律 responsibility 也有区别。

<sup>①</sup> 资料来源:根据 <http://news.xinhuanet.com/legal/2011-05/10> 资料改写。

如果网络交易平台提供商不单是提供交易平台,自己也参与交易活动,那么其除了承担平台提供商的法律责任之外,还要承担作为销售者的法定责任。而如果只是单纯的网络交易平台提供商,其法律责任也就相对单一。尽管如此,应如何合理规制网络交易平台提供商的法律责任仍然是一个需要谨慎对待的问题。

现实中,买方因商品不符或遭到欺诈时,因向卖家索赔无望,转而要求网络交易平台提供商承担赔偿责任。买方往往认为作为交易平台的提供者,理应对卖家及商品进行审查,因此应承担责任。其实,法律在明确责任时仍然要维护网络交易平台提供商和买方之间的利益平衡。

网络交易平台的提供者,其能力范围是有限的,没有权利也没有能力对商品提供商进行实质性的审查,也不可能对所有在平台上交易的商品的质量、合法性、来源等进行检查。也就是说,网络交易平台的注意义务是有限的,无法保证其所提供的所有商品的真实性。因此,交易平台的提供者只要履行了合理的注意义务和披露义务,只要其向交易另一方披露了提供商品方的真实情况,对提供的商品进行了合理的注意,就不负责任。反之,若明知他人利用其交易平台提供违法的商品,则应承担责任。



### 知识链接

#### 最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定<sup>①</sup>

2014年1月9日,最高法召开新闻发布会,对外发布《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》。该规定将于2014年3月15日起施行。该规定第9条规定:“消费者通过网络交易平台购买食品、药品遭受损害,网络交易平台提供者不能提供食品、药品的生产者或销售者的真实名称、地址与有效联系方式,消费者请求网络交易平台提供者承担责任的,人民法院应予支持。网络交易平台提供者承担赔偿责任后,向生产者或者销售者行使追偿权的,人民法院应予支持。网络交易平台提供者知道或者应当知道食品、药品的生产者、销售者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施,给消费者造成损害,消费者要求其生产者、销售者承担连带责任的,人民法院应予支持。”这样规定的基本考虑是,商家入驻网络交易平台通常要支付不菲的入场费,具备先行赔付的条件,在网络交易平台提供者不能提供食品、药品生产者、销售者的真实名称、地址和有效联系方式时,其应当承担责任。如果网络交易平台的提供者明知食品、药品的生产者、销售者利用其平台侵害消费者权益而放任自流,此种情况下则构成共同侵权。

<sup>①</sup> 资料来源:<http://cppcc.people.com.cn/n/2014/0110/c34948-24075701.html>。

## 案例 2-4

## 美国花旗参诉淘宝商城卖家及淘宝网侵权案解读

美国威斯康星州花旗参农业总会在洋参产品类目下注册有鹰形商标,2011年,该总会发现淘宝商城上某店铺销售印有其商标的产品,并确认从未授权该卖家在该商品上使用其商标。随后,农业总会以侵权为由向马云(而非淘宝网)发送律师函(函中未提供具体侵权链接),后将该商城卖家和淘宝网一并诉至吉林中院,淘宝网在接到法院诉讼材料后,删除了涉嫌侵权的链接。

吉林中院一审认为,淘宝商城对外承诺“品牌正品,商城保障”,应在接到投诉后着手进行主动审查,而非被动等待投诉人提交侵权链接,淘宝网认为原告投诉不适格的抗辩不适用在商城平台上,故判决淘宝公司部分承担与卖家的连带责任。

案件上诉至吉林高院,二审后,吉林高院认为淘宝商城的“正品保障”是针对网店经营行为的保证,而农业总会的起诉是针对淘宝的侵权,二者并非一谈,因此还应该回归到网络服务提供商的法定义务上,本案淘宝网已尽到合法注意义务,且原告的投诉没有达到法定要求,故判决撤销原判,改判淘宝网不承担侵权责任。<sup>①</sup>

## [评析]

淘宝商城是淘宝网分拆出来的一个电商平台,以经营有合法渠道产品的卖家为服务对象,从而与淘宝集市形成区别,现已改名天猫。商城基于“正品保障”的承诺会在一定程度上考验法官对案件的认知,也许正因如此,吉林中院和吉林高院在淘宝网责任问题上作出了不同的判决。实际上,仔细研究会发现“正品保障”是淘宝网向卖家提供的一种规则约束同时也是消费者的维权渠道,在淘宝网官方页面上可以看到其对“正品保障”详细表述:“什么是‘正品保障’服务?在淘宝商城购物时,若买家认定已购得的商品为假货,则有权在交易成功后14天内按本规则发起针对该商家的投诉,并申请‘正品保障’赔付,赔付的金额以买家实际支付的商品价款的3倍+邮费为限(此规定2010年1月1日生效)。”

因此,不难发现“正品保障”是淘宝为维护消费者权益制定的一项消费保障措施,通过协议和保证金的形式适用到商城卖家,而这项措施并未从根本上影响到淘宝网第三方中立的网络服务提供商的法律地位,了解到这一点,就不难明白吉林高院做出终审判决的缘由了。

<sup>①</sup> 资料来源:中国电子商务研究中心,2013-01-23。





### 学习目标

1. 识记电子合同的概念、特征和类型,了解电子合同和传统合同的区别;
2. 掌握电子合同的订立程序,理解电子合同要约和要约邀请的不同;
3. 识记电子合同的生效要件,熟悉电子合同的履行过程。

信息时代,互联网非常发达,很多事情都可以通过网络解决,签合同也不例外。对于许多人来说,使用电子合同的次数越来越多,通过电子合同完成的交易甚至超过了传统的合同形式。

## 第一节 电子合同概述

### 一、电子合同的含义

电子合同,又称电子商务合同,是当事人之间以电子数据交换和电子邮件等数据电文形式签订的,通过计算机和互联网设立、变更、终止民事权利义务的协议。

数据电文是指经由电子手段、光学手段或者类似手段生成、储存或者传递的信息。数据电文包括但并不只限于电子数据交换(Electronic data interchange, EDI)、电子邮件(Electronic mail, E-mail)、电报或者传真所传递的信息。在电子合同中,合同的文本是以可读形式存储在计算机磁性介质上的一组电子数据讯息,该讯息首先通过一方计算机键入内存,然后自动转发,经过互联网到达对方计算机中。

电子合同就是以电子方式订立的合同,是在网络环境下当事人为实现一定的目的,通过数据电文、电子邮件等形式签订的明确双方权利义务关系的一种电子协议。

随着电子技术的发展,电子合同以其传输方便、节约等特点得到普遍认可。电子合

同通过电子脉冲传递信息,不再以纸张为原始凭据,而只是一组电子信息。电子数据交换和电子邮件是电子合同的两种基本形式,两者以其各自的特点和优势在电子商务活动中占据越来越多的地盘。电子合同与传统的合同有显著区别,电子合同的当事人、要约、承诺及合同的效力问题都是现代立法中的难点。



### 知识链接

#### 《电子签名法》生效后首份电子合同问世<sup>①</sup>

《电子签名法》颁布后首份电子合同在北京正式签署。这是记者从中国首份电子合同成功应用新闻发布会上获得的信息。

首份电子合同是顺天府超市与联合利华公司签署的,由北京书生国际信息技术有限公司智能文档和电子印章技术与天威诚信公司的数字签名技术联合开发成功。目前这个电子合同模式已经得到了包括联合利华、一商美洁宝洁销售公司等著名公司在内的许多供货商的认可。顺天府超市今后将逐渐在所有供货商的商务活动中全面推广使用电子合同。中国电子商务协会理事长宋玲女士对首份电子合同的成功应用给予高度评价,她认为这将促进中国企业信息化建设进程并增强中国企业国际竞争力。

据专家介绍,数字签名和电子印章可与合约文本捆绑,有利信息保密,具有不可更改、不可抵赖的特性,电子印章有双重密码,比纸质合同更安全。通过网络签约可提高企业效率。中国从1997年出现首枚电子印章以来,已有1.2万枚电子印章问世,已有37个政府、银行与大企业推广应用了电子印章,从而提高了效率。中国《电子签名法》的实施和电子合同系统的诞生将极大促进中国电子商务发展。

## 二、电子合同的特征

电子合同虽然与传统的合同所包含的信息大体相同,同样是对签订合同的双方当事人权利义务作出确定的协议。但因电子合同的载体和操作过程不同于传统的书面合同,所以电子合同具有以下特点。

### (一) 电子合同使用高科技手段

电子合同利用网络和计算机设备发布信息,电子合同储存在电脑中,通过网络传输信息,电子合同因此被称为“无纸贸易”。电子合同的签约和履行都是通过计算机和网络进行的,和传统的合同订立方式有很大的不同。电子合同的整个交易过程都需要一系列

<sup>①</sup> 参见秦京午:《电子签名法生效后首份电子合同问世》,人民网,2004-09-29。

的国际国内技术标准予以规范,如电子签名、电子认证等。这些具体的标准是电子合同存在的基础,如果没有相关的技术与标准电子合同是无法实现和存在的。

## （二）电子合同采用数据电文形式

电子合同采用数据电文形式订立合同。电子合同通过人体感官不能直接感知的电子数据传递信息,须经机器解读后才能为人所理解。电子合同不再以纸张为原始凭据,而只是一组一组的电子信息,这是电子合同和传统书面合同相区别的关键所在。

## （三）电子合同的电子数据具有易消失性和易改动性

电子合同的内容等信息记录在计算机磁盘中载体中,其修改、流转、储存等过程均在计算机内进行。电子数据以磁性介质保存,是无形物,其改动、伪造不易留痕迹,电子数据作为证据具有一定的不确定性。

## （四）电子合同的成本低廉,费用较低

电子合同利用网络订立合同,不受时空限制,交易速度快,手续简便,交易费用大大降低。信息传递能够以光速在网络上进行,从而使订立电子合同需要的时间大大减少、空间被大大压缩,因而电子合同要约和承诺的有效期比书面合同大大缩短。电子合同订立的整个过程采用电子形式,通过电子邮件、电子数据交换等方式进行电子合同的谈判、签订及履行,大大节约了交易成本,提高了经济效益。

## （五）电子合同交易的主体虚拟而广泛

订立合同的各方当事人通过在网络上的运作,虽远隔千里,却可以互不谋面,因此可以说,电子合同的交易主体可以是世界上的任何自然人、法人或者其他组织。

## （六）电子合同的交易安全必须得到保证

电子合同的交易主体在交易过程中自始至终见不到面,双方的真实身份难以确认,再加上网络自身的信息传递延迟和失误,电脑病毒的大量存在和黑客的恶意攻击等,都使电子合同的交易需要提供配套的安全措施,如建立信用制度,使交易相对人在交易前就知道对方的资信状况。只有建立健全电子合同的交易安全体系,才能使交易双方放心大胆地使用电子合同进行交易。



### 我国的电子合同立法

我国对电子商务法律的研究起步较晚。2000年3月,全国人大代表在九届全国人大三次会议上,提交了“关于加紧中国电子商务法制定”的议案,将电子商务立法问题推上了前台。1999年3月我国颁布的《合同法》中虽然首次明确了电子合同的合法地位,但有

关电子合同的规定还只是粗线条的,实际操作起来比较困难。

我国现有的网络立法主要有1996年2月1日颁布的《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》;1999年2月1日海关总署颁布的《海关舱单电子数据传输管理办法》;1999年上海市制定的《国际经贸电子数据交换管理规定》。

我国针对网络交易的立法还是能够基本满足需要的,只是不够系统。与发达国家相比,我国关于网络交易的立法还很不够,许多问题都未能解决,尤其是在电子商务的立法方面尚无一部统一的综合性法规。

### 三、电子合同的类型

电子合同作为合同的形式之一,可以按照传统合同的分类方式进行划分,但基于其特殊性,可以将电子合同分为以下几种类型。

#### (一) 利用电子数据交换订立的电子合同和利用电子邮件订立的电子合同

从电子合同订立的具体方式的角度,可分为利用电子数据交换订立的合同和利用电子邮件订立的合同。电子数据交换和电子邮件是电子合同订立的两种最主要的形式。

电子数据交换是使用统一的标准编制资料,利用电子方法形成结构化的事务处理或文档数据格式,将商业资料或者行政事务由一台独立的电脑应用程序,传送到其他独立电脑的应用程序。

电子数据交换的传递具有通用的特点是:电子数据交换可以产生纸张的书面单据,也可以被储存在磁的或者其他的接收者选择的非纸张的中介物上(如磁带、磁盘、激光盘等)。



#### 知识链接

#### 生产企业的电子数据交换

生产企业的电子数据交换系统,通过网络收到订单,该系统可以自动处理订单,检查订单是否符合要求,向订货方发确认报文,通知企业管理系统安排生产,向零配件供应商订购零配件,向交通部门预订货运集装箱,到海关、商检等部门办理出口手续,通知银行结算并开具电子数据交换发票,从而将整个订货、生产、销售过程贯穿起来。

相对于传统的交易方式,电子数据交换的突出价值在于取消了传统的书面贸易文件,代之以电子资料交换,大大节约了交易的时间和费用,使贸易流转更为迅速,从而实现了低费用、高效益的基本商业目的。

电子邮件是以网络协议为基础,从终端机输入信件、便条、文件、图片或者声音等,最

后通过邮件服务器传送到另一端的终端机上的信息。电子邮件是互联网最频繁的应用之一。电子邮件具有快捷、方便、低成本的优势,在许多方面都超过了传统的邮件投递业务。

较之电子数据交换合同,以电子邮件方式所订立的合同更能清楚地反映订约双方的意思表示。但电子邮件在传输过程中易被截取、修改,故安全性较差。为此,在电子交易中,应当鼓励订约双方使用电子签名,以确保电子邮件的真实性。当然,对于现实生活中大量存在的双方在交易过程中均认可的未使用电子签名的邮件,仍应依当事人的约定确认其效力。

## (二) 网络服电子合同、软件授权电子合同、物流配送电子合同

从电子合同标的物的属性的角度,可分为网络服电子合同、软件授权电子合同、物流配送电子合同。

## (三) 电子代理人订立的电子合同和合同当事人订立的电子合同

从电子合同当事人的性质的角度,可分为电子代理人订立的电子合同和合同当事人订立的电子合同。

## (四) B-C 合同、B-B 合同和 B-G 合同

从电子合同当事人之间的关系角度,可分为 B-C 合同、B-B 合同和 B-G 合同。

B-C 合同是企业与个人在电子商务活动中形成的合同。

B-B 合同是企业之间从事电子商务活动形成的合同。

B-G 合同是企业与政府进行电子商务活动形成的合同。

### 案例 3-1

原告 HOTMAIL 公司是免费邮件提供商。任何用户在申请使用 HOTMAIL 提供的免费邮件时说, HOTMAIL 会自动向其提供一个服务协议,其中要求申请者必须接受禁止通过 HOTMAIL 提供的服务从事散发电子商业广告邮件的条款。而申请者只有用鼠标点击“同意”按钮,才能完成申请程序获得免费邮件账号。被告 VAN MONET PIE 公司正是通过这一程序向 HOTMAIL 申请的免费邮件账号,但却利用该账号向他人发送了商业广告邮件。而任何从 HOTMAIL 发出的邮件均会有标记, HOTMAIL 发现这一情况后,以 VAN MONEY PIE 公司违约为由提起诉讼。法院认为,该 HOTMAIL 协议是有效合同,被告公司同意接受不利用 HOTMAIL 电子邮件账号发送商业广告邮件的条款,却又从事这一行为,构成了违约。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 资料来源: <http://wenku.baidu.com/view/21f15f01eff9aef8941e06c8.html>。

### [评析]

本案中的电子文本正是以交易为目的,通过计算机网络,以数据电文形式订立的合同,符合电子合同的特点。根据联合国《电子商务示范法》的规定,不得以合同记录是数据电文,而否认其法律效力。因此,该协议有效。

## 第二节 电子合同的订立

电子合同的订立是缔约人做出意思表示并达成合意的过程。任何一个电子合同的签订都需要当事人双方进行一次或者多次的协商、谈判,并最终达成一致意见,电子合同才可成立。也就是说,电子合同的订立离不开要约和承诺两个必备阶段。电子合同的缔结过程就是要约、新要约、再新要约,直至承诺,最终达成一致意思表示的漫长过程。

### 一、电子合同的要约

电子合同的要约,又称发盘,是指缔约方以缔结合同为目的,通过网络向对方当事人作出希望订立合同的意思表示。关于电子合同要约的形式,联合国的《电子商务示范法》第11条规定:“除非当事人另有协议,合同要约及承诺均可以通过电子意思表示的手段来表示,并不得仅仅以使用电子意思表示为理由否认该合同的有效性或者是可执行性。”电子合同要约的形式,即可以是明示的,也可以是默示的。

电子合同的要约通常都具有特定的形式和内容,一项电子合同要约要发生法律效力,必须具备以下的有效要件。

(1) 电子合同的要约须由有缔约能力的特定人做出。电子合同的要约人必须有订立合同的相应的民事行为能力。无民事行为能力人或者限制民事行为能力人发出要约,签订电子合同,也属于效力待定的电子合同。

(2) 电子合同的要约须有订立合同的意思表示。电子合同要约人发出要约的目的是订立合同。只有以订立合同为目的的意思表示,才构成要约。如果一方向对方发出提议,但该提议并没有发生订立合同的法律后果,该提议就不是电子合同的要约。

(3) 电子合同的要约须向受要约人发出。电子合同的要约人只有向受要约人发出要约,要约才能成立。

(4) 电子合同的要约内容须明确具体。电子合同的要约必须包括能够决定合同成立的主要内容,因为要约具有一经受要约人承诺,合同即告成立的效力。

(5) 电子合同的要约须送达受要约人。电子合同尚未到达受要约人时,要约人可以

撤回要约。

电子合同的要约一旦生效,就具有法律约束力。电子合同的要约人必须按照要约的内容履行电子合同,否则要承担相应的法律责任。

与电子合同要约容易混淆的是电子合同的要约邀请。电子合同的要约邀请是指希望他人向自己发出要约的意思表示。要约邀请在内容上不具体、不明确,只是希望对方发出要约,因此被作为要约诱惑,没有法律约束力。在电子商务活动中,从事电子交易的商家在互联网上发布广告的行为属于电子合同的要约邀请。但是,如果这些广告所包含的内容是具体确定的,如包括价格、规格、数量等完整的交易信息的就应当视为电子合同的要约。

电子合同的要约一旦做出就不能随意撤销或者撤回,否则要约人必须承担违约责任。我国《合同法》第18条规定:“要约到达受要约人时生效。”由于电子交易采取电子方式进行,电子合同要约的内容表现为数字信息在网络传播,往往要约在自己的计算机上按下确认键,对方计算机几乎同时收到要约的内容,这种技术改变了传统交易中的时间和地点观念。为了明确电子交易中何谓要约的到达标准,《合同法》第16条第二款规定:“采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间,未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。”

## 二、电子合同的承诺

电子合同的承诺,又称接盘,是指受要约人做出的,对要约的内容表示完全同意并愿意与要约人缔结合同的意思表示。我国《合同法》第21条规定:“承诺是受要约人同意要约的意思表示。”

电子合同的承诺,都是针对网络上发出的电子合同要约而作出的。电子合同的承诺人既可以用电子邮件的形式,也可以用点击的方式做出承诺。如果仅仅只是在网上进行谈判,在网上通过面对面的签约或者以电话、电报等方式做出承诺,仍然属于一般合同订立中的承诺,而不是在订立电子合同中做出的承诺。

意思表示是否构成承诺需具备以下几个要件。

(1) 电子合同的承诺须由受要约人做出。受要约人是要约人选定的,只有受要约人才有权作出承诺,受要约人以外的第三人没有承诺的资格,不能对要约作出承诺。即使第三人向要约人作出同意要约的意思表示,也不是承诺,而是新的要约。

(2) 电子合同承诺的内容须与要约的内容一致。电子合同承诺的内容与要约的内容一致,并非所有的内容都一致,只要实质内容一致即可。承诺只要在实质内容上与要约的内容一致,电子合同即可成立。受要约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。



### 要约内容的实质性变更

《合同法》第30条规定,有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。

承诺对要约的内容作出非实质性变更的,除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外,该承诺有效,合同的内容以承诺的内容为准。

(3) 电子合同的承诺须在要约确定的有效间内做出。要约没有规定承诺期限的,若要约以对话方式做出的,承诺应当即时做出,要约以非对话方式做出的,承诺应当在合理期间内承诺,双方当事人另有约定的从其约定。

电子合同承诺的撤回是指受要约人在发出承诺通知以后,在承诺正式生效之前撤回承诺。根据《合同法》第27条的规定:“承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知达到要约人之前或者是承诺通知同时达到要约人。”因此,电子合同承诺的撤回通知必须在承诺生效之前达到要约人,或者与承诺通知同时到达要约人,撤回才能生效。如果承诺通知已经生效,合同已经成立,受要约人不能再撤回承诺。

### 案例 3-2

#### 通过发送电子邮件订货是否构成承诺?

喜丰收农场于2009年6月16日向多家果品加工企业寄送了水果品种介绍和价目表。健食罐头厂于6月19日收到喜丰收农场的水果品种介绍和价目表后,立即回复电子邮件同意按照价目表所列杨梅价格8000元/吨,要求购买杨梅3.5吨,并在一周内运至健食罐头厂原料仓库。喜丰收农场当日收到电子邮件,此后的第三日装车发货,于6月24日将杨梅运至健食罐头厂原料仓库。

此时,杨梅已经降价至5000元/吨,健食罐头厂遂要求喜丰收农场按5000元/吨销售,喜丰收农场拒绝变更价格,健食罐头厂也拒不收货,造成3.5吨杨梅全部腐烂变质。喜丰收农场遂起诉健食罐头厂赔偿杨梅腐烂变质的全部经济损失。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 资料来源:<http://www.lawtime.cn/info/hetong/hetongdingli/chengnuo/20110907140585.html>。

### [评析]

喜丰收农场以价目表的形式发出了要约邀请,健食罐头厂对该要约邀请发生兴趣,发出电子邮件明确了价格、数量、交货时间、交货地点等合同的必要条款,构成要约。喜丰收农场虽然没有书面或电子回复,但其以实际行为在要约规定的时间、地点交付约定数量的货物,属于通过行为作出承诺,即合同成立。因此,喜丰收农场诉请健食罐头厂赔偿杨梅腐烂变质的损失符合法律规定,应予支持。

## 三、电子合同的成立

电子合同成立的时间和地点对电子合同当事人有着重大的意义。电子合同成立的时间决定电子合同效力的起始和法律关系的确立。电子合同成立的地点对诉讼时管辖法院的确定也有着重大的影响。

### (一) 电子合同成立的时间

电子合同成立时间是指电子合同开始对当事人产生法律约束力的时间。一般情况下,电子合同的成立时间就是电子合同的生效时间,合同成立的时间是对双方当事人产生法律效力的时间。一般认为收件人收到数据电文的时间即为到达生效的时间。

传统合同中,只要一方发出要约,对方作出承诺,合同就成立了。而采用电子数据交换方式签订的电子合同,是由买卖双方在交易洽商过程中的多次电子数据传递构成的。一方电子数据的输入即为要约,另一方电子数据的发出即为承诺。



### 知识链接

#### 有关接受生效时间规定

对于接受的生效时间,英美法和法国法均采取“投邮主义”,德国法则采取所谓的“到达主义”,《联合国国际贸易买卖合同公约》对接受生效原则上采取到达生效原则。

由于各种法律制度的差异,加上受到通信手段的限制,因此,对合同是否成立及何时成立,存在着许多不确定因素。在电子环境中,为避免贸易纠纷,《联合国国际货物买卖合同公约》对接受生效原则确定了到达生效原则,即不论何种传递,只有在被对方适当地“收到了”,才具有法律意义。这就要求传递的信息必须能够进入对方在协议中指定的数据电脑。在电子数据交换中,“收到”的意义也与各国法律的规定一致,即当传递进入接收方的数据电脑时,即为收到,而不管接受方是否已了解其内容。至于由于接收方自身的原因,延误对进入信息的反应而产生的风险责任则由接受方承担。



### 国际电子合同立法

目前,国际社会和世界各国为了确保电子合同的顺利进行和发展,纷纷着手通过电子商务立法的研究和制定来规范电子合同。其中,有代表性的包括1996年联合国国际贸易法委员会制定通过的《电子商业示范法》,1999年11月的美国《统一电子交易法》,以及2000年5月的欧盟《电子商务指令》。这一系列法律文件、法规的出台,为各国电子商务的立法提供了借鉴与依据,为电子合同的实际应用提供了规范与标准。

联合国国际贸易法委员会在EDI规则研究发展的基础上,于1996年6月通过了《电子商务示范法》(*UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*)。

示范法采用了开放性的立法模式,为国际电子商务法提供了一个框架。在示范法制定之后,一些国际组织与国家纷纷加强合作,制定各种法律规范,形成了国际电子商务立法的高速发展期。近年来,国际商会也在抓紧制定有关电子商务的交易规则,以促进国际贸易的发展。国际商会已于1997年11月通过了《国际数字保证商务通则》(*General Usage for International Digitally Ensured Commerce, GUIDEC*),该通则试图平衡不同法律体系的原则,为电子商务提供指导性政策,并统一有关贸易术语。

我国《合同法》的规定和联合国《电子商务示范法》基本相同。《合同法》明确规定:要约到达受要约人时生效。如果采用数据电文形式订立合同,收件人指定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。做出承诺的通知到达要约人时即发生法律效力。如果根据交易习惯或者要约的要求以履行方式做出承诺的,履行开始时,承诺即发生法律效力。如果承诺是以数据电文方式作出,承诺到达的时间适用《合同法》第16条的规定:“收件人为接收数据电文而指定了某一信息系统,该数据系统进入该特定系统的时间,视为收到时间。收件人没有指定某一特定信息系统的,则数据电文进入收件人的任一信息系统的时间为收到时间。”对于什么是“进入”,一项数据电文进入某一信息系统,其时间应是在该信息系统内可投入处理的时间,而不管收件人是否检查或者是否阅读传送的信息内容。

#### (二) 电子合同成立的地点

针对合同成立的地点,联合国贸易法委员会《电子商业示范法》第15条规定:“除非发端人与收件人另有协议,数据电文应以发端人设有营业地的地点,为其发出地点,而以收件人设有营业地的地点视为其收到地点。”

就本款的目的而言:如发端人或者收件人有一个以上的营业地,应以对基础交易具有最密切联系的营业地为准;如果并无任何基础交易,则以其主要营业地为准;如发端人或者收件人没有营业地,则以其惯常居住地为准。之所以以“营业地”作为发出或者收到地,主要是基于使合同等行为与行为地有实质的联系,从而避免以“信息系统”作为发出或者收到地可能造成的不稳定性。

我国《合同法》第34条第二款与示范法的规定颇为相似,规定:“采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的,按照其约定。”根据以上规定,采用数据电文形式订立合同成立的地点,首先受制于当事人意思自治原则,由当事人予以约定,在缺乏约定时,以主营业地为第一标准,以经常居住地为替代标准。



### 知识链接

#### 电子合同与传统合同的区别

电子合同生效的方式、时间和地点与传统合同有所不同。

传统合同一般以当事人签字或者盖章的方式表示合同生效,而在电子合同中,传统的签字盖章方式被电子签名所代替。

传统合同的生效地点一般为合同成立的地点,而采用数据电文等形式所订立的电子合同,以收件人的主营业地为电子合同成立的地点;没有主营业地的,以其经常居住地为电子合同成立的地点。

传统合同一般以要约到达受要约人作为要约生效的时间,以承诺通知到达要约人作为合同生效的时间,而采用数据电文形式订立的电子合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间(即生效时间);未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。

### 第三节 电子合同的效力和履行

#### 一、电子合同的生效要件

电子合同的成立意味着当事人之间已经就合同内容达成了意思表示一致,但合同能否产生法律效力,是否受法律保护还需要看该合同是否符合法律要求,即合同是否符合法定的生效要件。

电子合同的成立并不等于电子合同的生效,电子合同的生效是指已经成立的合同符合法律规定的生效要件。作为合同特殊形式的电子合同的生效需要具备以下几个条件。

### (一) 电子合同的订约主体必须具有相应的民事行为能力

电子合同的订约主体是指实际订立电子合同的当事人,既可以是电子合同的履约方,也可以是电子合同当事人的代理人。电子合同的订约主体必须具有相应的民事行为能力,就是要求订立电子合同的当事人必须具备正确理解自己行为的性质和后果,独立地表达自己意思的能力。

对于不具备相应民事行为能力的自然人订立的电子合同的效力,不能仅仅从保护无过错方当事人利益的角度考虑,将使用电子合同的无行为能力人或者限制行为能力人视为有民事行为能力的人,这样做无疑会鼓励互联网上不负责任行为的产生和泛滥,非但不能保护无过错方的当事人,反而会损害其他电子合同当事人的利益。这样的做法也违背了无民事行为能力、限制民事行为能力制度的设计初衷。因此,电子合同一方当事人缺乏相应的民事行为能力时,应当确定为无效的电子合同或者效力待定的电子合同。

### (二) 电子意思表示真实

电子意思表示真实是指利用资讯处理系统或者电脑而为真实意思表示的情形。电子意思表示的形式是多种多样的,包括但不限于与电话、电报、电传、传真、电子邮件、电子数据交换和互联网数据等,具体通过封闭型的电子数据交换网络,局域网与互联网连接开放型的互联网或者传统的电信进行电子交易信息的传输。

但随着科技的进步,当事人可能运用机械的或者自动化的方式来为要约或者承诺作出意思表示。在网络日益发达的今天,计算机程序或者主机在其程序设计的范围内自行“意思表示”,而当事人则完全不介入意思表示的过程,此为“电子代理人”,电子代理人应当独立代表个人的意思表示或者接受意思表示,其所代表的个人应该承担相应的法律责任。

### (三) 不违反法律或者社会公共利益

有效的电子合同不仅要符合法律的规定,而且在电子合同的内容上不得违反社会公共利益。有的电子合同还需具备特殊要件,如有些特殊的电子合同还需到有关部门办理批准登记手续后才能生效。



## 如何签订电子合同?

签订电子合同是一个简单快捷的过程:首先要使用智能文档设计工具,编辑合同内

容(也可以从 Word 文档直接导入),签约双方填写相关合同信息,并确认后,甲方先用电子印章(将一个类似于 U 盘大小的物体插入电脑,两次输入密码后,用鼠标点击电子文件下方空白处,一个红色的公司印章就印在指定位置)。之后,甲方用网络将合同传输到乙方,乙方用同样的方法盖上电子印章。这样,一份具有法律效力的电子合同就生效了。

## 二、电子合同的履行

电子合同的履行是指电子合同规定义务的执行。任何电子合同规定义务的执行,都是电子合同的履行行为。凡是不执行电子合同规定义务的行为,都是电子合同的不履行。当电子合同的义务执行完毕,电子合同也就履行完毕。

### (一) 电子合同履行的基本原则

根据我国《合同法》的规定,电子商务合同的当事人应当按照约定全面履行自己的义务。在合同履行的过程中,当事人应当遵循诚实守信原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

#### 1. 适当履行原则

适当履行原则是指当事人应依合同约定的标的、质量、数量,由适当主体在适当的期限、地点,以适当的方式,全面完成合同义务的原则。这一原则要求:

(1) 履行主体适当。履行主体适当是指当事人必须亲自履行合同义务或接受履行,不得擅自转让合同义务或合同权利让其他人代为履行或接受履行。

(2) 履行标的物及其数量和质量适当。履行标的物及其数量和质量适当是指当事人必须按合同约定的标的物履行义务,而且还应依合同约定的数量和质量来给付标的物。

(3) 履行期限适当。履行期限适当是指当事人必须依照合同约定的时间来履行合同,债务人不得迟延履行,债权人不得迟延受领;如果合同未约定履行时间,则双方当事人可随时提出或要求履行,但必须给对方必要的准备时间。

(4) 履行地点适当。履行地点适当是指当事人必须严格依照合同约定的地点来履行合同。

(5) 履行方式适当。履行方式包括标的物的履行方式以及价款或酬金的履行方式,当事人必须严格依照合同约定的方式履行合同。

#### 2. 协作履行原则

协作履行原则是指在合同履行过程中,双方当事人应互助合作共同完成合同义务的原则。合同是双方民事法律行为,不仅仅是债务人一方的事情,债务人实施给付,需要债

权人积极配合受领给付,才能达到合同目的。由于在合同履行的过程中,债务人比债权人更多地应受诚实信用、适当履行等原则的约束,协作履行往往是对债权人的要求。协作履行原则也是诚实信用原则在合同履行方面的具体体现。协作履行原则具有以下几个方面的要求。

- (1) 债务人履行合同债务时,债权人应适当受领给付;
- (2) 债务人履行合同债务时,债权人应创造必要条件、提供方便;
- (3) 债务人因故不能履行或不能完全履行合同义务时,债权人应积极采取措施防止损失扩大,否则,应就扩大的损失自负其责。

### 3. 经济合理原则

经济合理原则是指在合同履行过程中,应讲求经济效益,以最少的成本取得最佳的合同效益。在市场经济社会中,交易主体都是理性地追求自身利益最大化的主体,因此,如何以最少的履约成本完成交易过程,一直都是合同当事人所追求的目标。由此,交易主体在合同履行的过程中应遵守经济合理原则是必然的要求。

### 4. 情势变更原则

所谓情势,是指合同成立后出现的不可预见的情况,即“影响及于社会全体或局部之情势,并不考虑原来法律行为成立时为其基础或环境之情势”。所谓变更,是指“合同赖以成立的环境或基础发生异常变动”。我国学者一般认为,变更指的是构成合同基础的情势发生根本的变化。

在合同有效成立之后、履行之前,如果出现某种不可归责于当事人原因的客观变化会直接影响合同履行结果时,若仍然要求当事人按原来合同的约定履行合同,往往会给一方当事人造成显失公平的结果,这时,法律允许当事人变更或解除合同而免除违约责任的承担。这种处理合同履行过程中情势发生变化的法律规定,就是情势变更原则。

## (二) 电子合同履行的方式

从我国当前电子商务开展的情况来看,电子合同履行的方式基本有三种。

一是在线付款,在线交货。此类合同的标的是信息产品,例如音乐的下载。

二是在线付款,离线交货。

三是离线付款,离线交货。

后两种合同的标的可以是信息产品,也可以是非信息产品。对信息产品而言,既可以选择在线下载的方式,也可以选择离线交货的方式。采用在线付款和在线交货方式完成电子合同履行的,与离线交货相比,其履行中的环节比较简单,风险较小,不易产生履行方面的争议。





### 学习目标

1. 了解电子签名的含义、特征和种类,掌握我国电子签名法规定的基本制度;
2. 了解我国对电子认证机构设立条件和程序的规定;
3. 掌握我国法律对电子认证活动的基本规定。

## 第一节 电子签名法律制度

### 一、电子签名概述

#### (一) 电子签名的概念

电子签名是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。电子签名就是通过密码技术对电子文档的电子形式的签名,并非是书面签名的数字图像化,电子签名类似于手写签名或者印章,电子签名就是电子印章。

联合国国际贸易法委员会《电子签名示范法》规定:“电子签名系指在数据电文中,以电子形式所含、所附或在逻辑上与数据电文有联系的数据,它可用于鉴别与数据电文相关的签名人和表明签名人认可数据电文所含信息。”

我国《电子签名法》第2条规定:“本法所称电子签名是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。本法所称数据电文,是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。”我国对电子签名的概念的规定与联合国电子签名示范法相类似。

电子签名的概念包含三层含义:

- (1) 电子签名是以电子形式出现的数据。

(2) 电子签名是附着于数据电文的。电子签名可以是数据电文的一个组成部分,也可以是数据电文的附属,与数据电文具有某种逻辑关系,能够使数据电文与电子签名相联系。

(3) 电子签名必须能够识别签名人身份并表明签名人认可与电子签名相联系的数据电文的内容。



## 知识链接

### 我国法律对签名的要求

《合同法》第 32 条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或盖章时合同成立。”《票据法》第 4 条规定:“票据出票人制作票据,应当按照法定条件在票据上签章,并按照所记载的事项承担票据责任。”

## (二) 电子签名的特点

### 1. 电子签名具有非直观性

与传统的纸质材料上的签名不同,电子签名作为一种签字方式,所表现出来的是一组数码,通过计算机来记录、传输、保存,并通过计算机处理后才能够被识别,它不像手写签名那样可以直接被人们识别。由于电子签名是数据,所以在传统的证据法规则适用方面存在一定的困难。电子签名是由掌握电子签名的认证机构指令计算机系统通过数据比较来认证的。

### 2. 电子签名具有不安全性

这是由于计算机网络系统本身具有不安全性,再加上黑客的存在与泛滥,电子签名人认证系统也会成为“黑客”的攻击目标。一些不法之徒有可能利用计算机网络本身的弱点,盗用、更改电子签名进行交易,给电子签名的真正使用者或签署者造成损失,进而扰乱社会正常交易秩序。

## (三) 电子签名的种类

### 1. 电子化签名

电子化签名是把手写签名与数字化技术结合起来的签名,使用者在特别设计的感应板上用笔手写输入其亲自签写的名字,由计算机程序加以识别,做出反应后再经过密码化处理,然后将该签名资料与其所要签署的文件相结合,以达成原先以纸面为媒介物的情况下亲手签名所要完成的签署及证明动作。

### 2. 生理特征签名

生理特征签名,是利用每个人的指纹、声波纹、视网膜结构、脑波等生理特征各不相

同的特征,以使用者的指纹、声波纹、视网膜结构以及脑波等生理特征作为辨别使用者的工具的签名。

### 3. 数字签名

数字签名是指以对称密钥加密、非对称加密、数字摘要等加密方法产生的电子签名。数字签名产生于1978年,在20世纪90年代被大量采用。与电子签名的其他种类相比较,数字签名发展较为迅速并且也较为成熟,早期的电子签名立法往往将其确立为调整对象。

## 二、世界各国电子签名的法律规定

世界上第一部电子签名法是美国犹他州制定的《犹他州电子交易法》,该法制定于1995年。该法规定:“电子签名符合手写签名的要求,并且可在法院诉讼中接纳为证据,电子合同得以强制执行。”此后,有关电子商务的法律开始在各个国家陆续制定。

2000年10月美国国会通过《全球和国内商业法中的电子签名法案》,并由总统克林顿以电子方式签署为法律。它是一项重要的电子商务立法,其突出特点是,采纳了“最低限度”模式来推动电子签名的使用。该法案将重点放在查证签名人的意图上,并赋予电子签名、电子合同和电子记录与传统形式和手写签名相同的法律效力和可执行力。它不但承认了“数字签名技术”,而且也授权在未来可使用其他任何类型的签名技术。

新加坡充分借鉴、吸收了外国的立法经验,于1998年颁布了《电子交易法》,对数据电文、电子签名、电子商务合同和认证机构等电子交易中的重点问题都进行了规定。关于电子签名的内容占据了该法的大量篇幅,是该法的核心内容。该法还赋予数据电文和电子签名与书面形式和传统签名同等的法律效力。



### 知识链接

#### 新加坡《电子交易法》的立法目的

新加坡《电子交易法》第3节“目标和解释”中规定,本法应当按照商业的合理性进行解释,并实现以下目的:

- (1) 通过可靠的电子记录便利电子信息的交流;
- (2) 便利电子商务、消除电子交易中因书面形式、签字要求产生的不确定性,并促进保障实施电子商务所必须的法律和商业设施的发展;
- (3) 便利向政府和法定代表人进行文件的电子备案,并通过可靠记录的方式促进政府提供高效服务;
- (4) 较少伪造电子记录、故意或非故意的更改记录以及在电子商务和其他电子交易中欺诈的发生;

- (5) 帮助建立关于电子记录的确定性和完整性的统一的规则、规定和标准；
- (6) 促进各种建立对电子记录和电子商务的完整性与可靠性的自信心,通过使用电子签字给予相应的任何形式的电子媒介以确定性和完整性,推动电子商务的发展。

日本政府在2000年5月颁布《电子签名及认证业务的法律》,并颁布与之相配套的《电子签名法的实施》《电子签名法有关指定调查机关的省令》和《基于商业登记的电子认证制度》等相关法律,对电子签名的立法原则、立法宗旨、电子签名的效力、认证机关等做出明确的规定。2000年6月,日本政府又颁布了《数字化日本之发端——行动纲领》,该纲领重申了电子签名认证系统对发展电子商务的重要意义,并分析了几类具体认证系统及日本应采取的态度,行动纲领建议立法要点有明确“电子签名”的法律地位、保障“电子签名”所使用技术的中立性等。

联邦德国在2001年5月16日公布了《关于电子签名框架的立法》,对电子签名效力的规定严格遵循了技术中立性的原则,规定了“高级电子签名”和“合格电子签名”。所谓“高级电子签名”主要用于识别签名人的身份并表明其认可所签署文件的内容。所谓“合格电子签名”是指其生成时以有效合格证书为基础或者以安全签名制成单位生成的先进电子签名,被视为“合格电子签名”的电子签名必须符合一定条件。

1996年联合国国际贸易法委员会推出的《电子商务示范法》,其中第7条对“签字”问题做了具体规定。由于《电子商务示范法》的规定过于简单,缺乏可操作性,联合国国际贸易法委员会于2001年通过《电子签名示范法》。该法共有12条,对电子签名的一般效力、签名各方当事人的义务、可靠系统等方面内容做了规定。

欧盟委员会1997年4月提出《欧洲电子商务行动方案》之后,欧盟各国又于同年7月在波恩召开了有关全球信息网络的部长级会议,并通过了支持电子商务发展的部长宣言。随着电子商务的发展,为了在欧洲的层面上制定一个统一的电子签名法律框架,欧盟委员会于1999年12月13日制定了《关于建立电子签名共同法律框架的指令》。

目前,世界上已有60多个国家和地区制定了相关的法律法规,这些立法对规范电子签名活动,保障电子安全交易,维护电子交易各方的合法权益,促进电子商务的健康发展起到了重要作用。

### 三、我国的电子签名法律制度

2004年8月28日,中华人民共和国十届全国人大常委会第十一次会议通过了《电子签名法》,这是我国电子商务领域的第一部法律,被业界人士看作“中国首部真正意义上的信息化法律”。电子签名法的颁布,对商务、政务活动都产生深远的影响,并大大促进我国电子商务的发展。

### （一）电子签名法的立法目的

《电子签名法》第1条阐明了立法目的,规定:“为了规范电子签名行为,确立电子签名的法律效力,维护有关各方的合法权益,制定本法。”

在各国关于电子签名的立法中,一般都首先明确规定其立法目的。综合来看主要有以下几个方面:承认数据电文以及电子签章的法律地位,保障电子交易安全,维护各方当事人的合法权益,并且通过电子签名立法来推动电子商务的发展。

### （二）电子签名法的适用范围

《电子签名法》规定:“民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书,当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。当事人约定使用电子签名、数据电文的文书,不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。”

《电子签名法》第3条第三款规定以下文书不适用电子签名法,具体包括:

- (1) 涉及婚姻、收养、继承等人身关系的;
- (2) 涉及土地、房屋等不动产权益转让的;
- (3) 涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的;
- (4) 法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形。

根据以上规定,电子签名法适用于民事活动中,主要适用于电子商务,但是又不局限于电子商务。随着信息化水平的提高,在政府部门实施的经济、社会管理的管理中,也开始使用电子手段,如电子报关、电子报税、电子年检等,依据行政许可法规定而采用数据电文方式所提出的行政许可申请等活动,都涉及电子签名的法律效力问题。

《电子签名法》第35条规定:“国务院或者国务院规定的部门可以依据本法制定政务活动和其他社会活动中使用电子签名、数据电文的具体办法。”

### （三）电子签名的法律效力

电子签名的法律效力体现为法律的强制性,即法律的拘束力,是法律对人们行为的约束和强制作用。电子签名要取得与传统签名同等的法律地位,可以通过立法、司法、合同约定等方式来实现,其中最重要的方式是立法途径。为确保电子签名的合法有效,促进全球电子商务的顺利发展,世界各国纷纷进行有关电子签名的立法。

《电子签名法》确定了签名的法律效力,规定电子签名的合法性、有效性,并且明确规定合法有效的电子签名的条件,即在电子签名方法和手段中,只有满足一定条件的电子签名才具有与手写签名或者盖章同等的效力。

《电子签名法》第14条规定:“可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。”

### （四）可靠的电子签名

可靠性是电子签名的最基本特征。为确保电子签名的可靠,使电子签名具有与手写

签名同等的法律效力,我国《电子签名法》规定可靠电子签名的需要满足的条件。

- (1) 电子签名制作数据用于电子签名时,属于电子签名人专有。
  - (2) 签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制。
  - (3) 签署后对电子签名的任何改动能够被发现。
  - (4) 签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。
- 当事人也可以选择使用符合其约定的可靠条件的电子签名。



### 知识链接

#### 联合国《电子签名示范法》规定可靠电子签名的条件

联合国《电子签名示范法》第6条规定,凡法律规定要求有一人的签名时,如果根据各种情况,包括根据任何有关协议,所用电子签名既适合生成或传送数据电文所要达到的目的,而且也同样可靠,则对于该数据电文而言,即满足了该项签名要求。

符合下列条件的电子签名视作可靠的电子签名:

- (1) 签名制作数据在其使用的范围内与签名人而不是还与其他任何人相关联。
- (2) 签名制作数据在签名时处于签名人而不是还处于其他任何人的控制之中。
- (3) 凡在签名后对电子签名的任何更改均可被觉察。
- (4) 如果签名的法律要求目的是对签名涉及的信息的完整性提供保证,凡在签名后对该信息的任何更改均可被觉察。

伪造、冒用、盗用他人的电子签名,构成犯罪的,依法追究刑事责任;给他人造成损失的,依法承担民事责任。

#### (五) 数据电文的法律规定

##### 1. 数据电文的法律效力

《电子签名法》的第二章规定了“数据电文”,确认了数据电文为符合法律法规要求的书面形式。《电子签名法》第2条规定:“能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为符合法律、法规要求的书面形式。”

我国合同法规定合同当事人订立合同,可以采用书面形式、口头形式和其他形式。合同法明确规定,合同的书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。

##### 2. 数据电文的证据效力

数据电文的证据效力对于电子商务具有十分重要的意义。我国的《电子签名法》《合同法》确认了数据电文为书面形式,还明确了数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁

或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用。

按照我国有关证据的法律规定,以书面形式存在的文件属于书证的范畴。而书证作为证据提交时,必须提交原件。数据电文最原始的形式是贮存在计算机内的磁性介质中的电子数据。随着计算机与网络技术的发展和运用,电子信息的安全性得到了很大的增强,数据电文已经具备与书面文件相同的一些技术特征。

数据电文的原件可以保留在初始磁性介质中,网络文件可以被复制到硬盘或软盘上,保证数据文件可以像书面文件一样通过签字来进行核记。

《电子签名法》规定,符合下列条件的数据电文,视为满足法律、法规规定的原件形式要求:

- (1) 能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用。
- (2) 能够可靠地保证自最终形成时起,内容保持完整、未被更改。

但是,在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。

关于数据电文的保存,电子签名法规定,符合下列条件的数据电文,视为满足法律、法规规定的文件保存要求:

- (1) 能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用;
- (2) 数据电文的格式与其生成、发送或者接收时的格式相同,或者格式不相同但是能够准确表现原来生成、发送或者接收的内容;
- (3) 能够识别数据电文的发件人、收件人以及发送、接收的时间。

电子签名人应当妥善保管电子签名制作数据。电子签名人知悉电子签名制作数据已经失密或者可能已经失密时,应当及时告知有关各方,并终止使用该电子签名制作数据。

电子签名人知悉电子签名制作数据已经失密或者可能已经失密未及时告知有关各方,并终止使用电子签名制作数据,未向电子认证服务提供者提供真实、完整和准确的信息,或者有其他过错,给电子签名依赖方、电子认证服务提供者造成损失的,承担赔偿责任。

根据有关证据的法律规则,证据必须具有真实性。认定数据电文具有证据的效力,还必须依据法律的规定进行认定。

《电子签名法》规定,审查数据电文作为证据的真实性,应当考虑以下因素。

- (1) 生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性;
- (2) 保持内容完整性方法的可靠性;
- (3) 用以鉴别发件人方法的可靠性;
- (4) 可以证明数据电文可靠、完整的其他相关因素。

### 3. 数据电文的发送与接收

(1) 数据电文的发送。《电子签名法》规定,有下列情形之一的,视为发件人发送:①经发件人授权发送的;②发件人的信息系统自动发送的;③收件人按照发件人认可的方法对数据电文进行验证后结果相符的。当事人对以上规定的事项另有约定的,从其约定。

(2) 数据电文的发送时间。数据电文进入发件人控制之外某个信息系统的时间,视为该数据电文的发送时间。

### 4. 数据电文的接收

(1) 数据电文的收讫。法律、行政法规规定或者当事人约定数据电文需要确认收讫的,应当确认收讫。发件人收到收件人的收讫确认时,数据电文视为已经收到。

(2) 数据电文的接收时间。《电子签名法》规定,收件人指定特定系统接收数据电文的,数据电文进入该特定系统的时间,视为该数据电文的接收时间;未指定特定系统的,数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为该数据电文的接收时间。

《合同法》规定,采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。根据当事人意思自治原则,当事人对数据电文的发送时间、接收时间另有约定的,从其约定。

(3) 数据电文的发送地点。《电子签名法》规定,发件人的主营业地为数据电文的发送地点,收件人的主营业地为数据电文的接收地点。没有主营业地的,其经常居住地为发送或者接收地点。当事人对数据电文的发送地点、接收地点另有约定的,从其约定。

## 案例 4-1

### 电子遗嘱没有法律效力

卢某兄弟三个,大学毕业都工作在外地。老大、老二均已娶妻生子,只有小弟至今未婚。小弟工作在西北山区,条件艰苦,工资收入低。父母一直对他放心不下。今年父母双双病逝,逝世前他们通过电子邮箱给三个子女发过一封关于房屋等价值100万遗产的处理函(遗嘱)。写明上述遗产在他们走后归小儿子所有,注明了年月日,并有亲笔签名。父母走后,清理父母的遗物,他们一直没有找到这份电子遗嘱的手稿。那么,这份电子遗嘱是否具有法律效力呢?①

① 资料来源:<http://www.lawtime.cn/info/hunyin/jichengdongtai/2010061925500.html>。

### [评析]

电子邮件是指通过电子等方式产生、传递、接收或储存信息的方式,是国际互联网提供的通信方式之一。根据2005年4月1日起施行的《电子签名法》第3条规定,民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书,当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。当事人约定使用电子签名、数据电文的文书,不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。

但前款规定不适用下列文书:①涉及婚姻、收养、继承等人身关系的;②涉及土地、房屋等不动产权益转让的;③涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的;④法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形。

目前,我国《继承法》第17条只规定了五种有效形式的遗嘱:公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱,没有电子遗嘱的规定。因此尽管电子邮件属于书面证据的一种,可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力,但电子邮件遗嘱是没有法律效力的,即便有立遗嘱人的亲笔签名,注有年月日,符合自书遗嘱的构成要件、电子签名已经第三方认证并非伪造,也不能认定该电子邮件遗嘱为有效的遗嘱。

因此,卢某父母的遗产应当按照《继承法》第10条法定继承办理,即由第一顺序继承人配偶、子女、父母继承。同时,根据第13条规定,同一顺序继承人继承遗产的份额,一般应当均等。继承人协商同意的,也可以不均等。据此,本案可以由兄弟三人协商,尽量遵循其父母的遗愿处理。

## 第二节 电子认证法律制度

### 一、电子认证概述

#### (一) 电子认证的概念

电子认证是指特定认证机构对电子签名及其签署者的真实性进行验证的具有法律意义的服务。广义的电子认证包括认证机构、电子认证行为和数字证书等法律制度。狭义的电子认证仅指电子认证行为,即由认证机构采用电子方法以证明电子签名人真实身份或者电子信息真实性的行为。

#### (二) 电子认证的作用

##### 1. 防止欺诈

在电子商务环境下,交易双方当事人可能互不相见,特别是跨国交易的当事人相距甚远,难以形成信赖关系,容易发生欺诈行为,而且在发生欺诈事件后,当事人的救济方

法也非常有限。即使能够采取救济方法,其救济方法的成本会较高,甚至会高于损失。所以,事先对各种欺诈予以防范,才是最经济的选择。

电子认证可以防止欺诈。认证机构通过向其用户提供可靠的在线证书状态查询,保证其证书上的用户和公钥是正确的,满足用户实时证书验证的要求,从而解决了可能被欺骗的问题。

认证机构的在线证书目录提供证书公开信息服务,其中包括用户姓名、公开密钥、电子邮件地址、证书有效期以及其他信息的数字化的文件。认证机构还对每个证书都附加有电子签名,以证明证书的内容是可靠的。

如果用户的私有密钥丢失或被盜,就不能再用来加密信息。为了应付这种危险状况,大多数认证机构都能提供作废证书表,以维护广大用户的合法权益不受侵犯。

## 2. 防止否认

在电子交易领域中,当事人也应当遵循诚实信用原则。电子签名具有不可否认性,具体包括数据信息的发送、接收及其内容的不可否认,这既是技术要求,也是对交易双方当事人的行为规范。

认证机构通过提供有效认证服务,防止通信方否认已经发生的通信。特别是在当事人双方发生纠纷的情况下,提供有效的认证解决方。信息发送人难以否认电子认证程序与规则,而信息接受人不能否认其已经接受到信息,这就为交易当事人提供了预防性保护,避免一方当事人试图否认曾发送或收到某一数据信息而欺骗另一方当事人的行为发生。



## 知识链接

### 世界各国对电子认证和认证机构的立法规定

联合国《电子签名示范法》、欧盟《电子签名共同框架指令》、新加坡《电子交易法》等对于电子签名和电子认证进行了规范。新加坡在1999年又通过了《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》,对于认证机构相关的事项作出规定。在日本,日本电子商务促进委员会于1998年发布《认证机构指南》以及《交叉认证指南》。1999年决定建立政府主管的企业间网络交易电子认证制度,并在2001年开始实施《电子签名及认证业务相关法律》。

## 二、电子认证机构

### (一) 电子认证机构的设立条件

电子认证机构是电子商务活动中专门从事颁发认证证书的机构。提供电子认证是

一项复杂的技术工程,需要有专门技术人才从事电子认证工作。同时,作为具有权威性的第三方认证机构还需要具有相应的人力、物力、管理等条件。

《电子签名法》规定,提供电子认证服务的认证机构,应当具备下列条件。

#### 1. 具有与提供电子认证服务相适应的专业技术人员和管理人员

认证机构人员素质的高低,直接影响着认证行为的效果,对证书用户或信赖证书的交易影响重大。法律法规规定了认证人员必须具备的条件。我国《电子认证服务管理办法》规定,电子认证服务机构中从事电子认证服务的专业技术人员、运营管理人员、安全管理人员和客户服务人员不少于 30 名。

#### 2. 具有与提供电子认证服务相适应的资金和经营场所

认证机构必须具备一定的资金作为营业财产。根据我国《电子认证服务管理办法》规定,电子认证服务机构的注册资金不低于人民币 3000 万元,具有固定的经营场所和满足电子认证服务要求的物理环境。

#### 3. 具有符合国家安全标准的技术和设备

认证机构开展业务必须具有的设备,包括硬件和软件两个方面。我国《电子认证服务管理办法》规定,电子认证服务机构具有符合国家有关安全标准的技术和设备。

#### 4. 具有国家密码管理机构同意使用密码的证明文件

为保障信息安全,保障国家、社会以及其他合法权益,我国法律法规规定,电子认证服务机构应当具有国家密码管理机构同意使用密码的证明文件。

#### 5. 法律及行政法规规定的其他条件

除以上规定外,我国法律、行政法规对电子认证服务的认证机构规定了其他条件的,依其规定。

### (二) 电子认证机构设立的申请与受理

电子签名法规定,从事电子认证服务,应当向国务院信息产业主管部门提出申请,并提交符合法律规定条件的相关材料。

国务院信息产业主管部门接到申请后经依法审查,征求国务院商务主管部门等有关部门的意见后,自接到申请之日起 45 日内作出许可或者不予许可的决定。不予许可的,应当书面通知申请人并告知理由。予以许可的,颁发电子认证许可证书,并公布下列信息。

- (1) 《电子认证服务许可证》编号;
- (2) 电子认证服务机构名称;
- (3) 发证机关和发证日期。

《电子认证服务许可证》的有效期为 5 年。许可证有效期届满,电子认证服务机构要求续展的,应当在许可证有效期届满 30 日前向信息产业部申请办理续展手续。电子认

证服务许可相关信息发生变更的,信息产业部应当及时公布。



### 知识链接

#### 申请电子认证服务许可的,应当向信息产业部提交的材料

《电子认证服务管理办法》第6条规定,申请电子认证服务许可的,应当向信息产业部提交下列材料:

- (1) 书面申请;
- (2) 专业技术人员和管理人员证明;
- (3) 资金和经营场所证明;
- (4) 国家有关认证检测机构出具的技术设备、物理环境符合国家有关安全标准的凭证;
- (5) 国家密码管理机构同意使用密码的证明文件。

取得认证资格的电子认证服务提供者,在提供电子认证服务之前,应当按照国务院信息产业主管部门的规定在互联网上公布其名称、许可证号等信息。具体信息包括以下方面。

- (1) 机构名称和法定代表人;
- (2) 机构住所和联系办法;
- (3) 《电子认证服务许可证》编号;
- (4) 发证机关和发证日期;
- (5) 《电子认证服务许可证》有效期的起止时间。

申请人应当持电子认证许可证书依法向工商行政管理部门办理企业登记手续。

#### (三) 电子认证机构的电子认证服务

电子认证服务机构应当按照公布的电子认证业务规则提供电子认证服务。

电子认证服务机构应当保证提供下列服务:

- (1) 制作、签发、管理电子签名认证证书;
- (2) 确认签发的电子签名认证证书的真实性;
- (3) 提供电子签名认证证书目录信息查询服务;
- (4) 提供电子签名认证证书状态信息查询服务。



### 电子签名认证证书应当载明的内容

《电子签名法》第 21 条规定,电子认证服务提供者签发的电子签名认证证书应当准确无误,并应当载明下列内容:

- (1) 电子认证服务提供者名称;
- (2) 证书持有人名称;
- (3) 证书序列号;
- (4) 证书有效期;
- (5) 证书持有人的电子签名验证数据;
- (6) 电子认证服务提供者的电子签名;
- (7) 国务院信息产业主管部门规定的其他内容。

#### (四) 未经许可提供电子认证服务应当承担的法律责任

未经许可提供电子认证服务的,应当承担的法律责任主要有:

##### 1. 责令停止违法行为

即由国务院信息产业主管部门责令停止提供违法认证行为。

##### 2. 没收违法所得

对于未经许可提供电子认证服务而获得的违法所得,给予没收。

##### 3. 处以罚款

对于进行未经许可提供电子认证服务的行为,其违法所得 30 万元以上的,处违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足 30 万元的,处 10 万元以上 30 万元以下的罚款。

#### (五) 电子认证机构的暂停与终止

电子商务交易活动具有连续性,电子认证服务提供者暂停或者终止电子认证服务的,将会影响到交易双方当事人的合法权益,因此,在法律上对电子认证服务提供者的义务活动进行规制。

我国法律规定,电子认证服务提供者暂停或者终止电子认证服务应当履行以下义务。

##### 1. 通知的义务

电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的,应当在暂停或者终止服务 90

日前,就业务承接及其他有关事项通知有关各方。

### 2. 报告的义务

电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的,应当在暂停或者终止服务 60 日前向国务院信息产业主管部门报告。

### 3. 协商承接

电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的,应当与其他电子认证服务提供者就业务承接进行协商,做出妥善安排。

### 4. 指定承接

电子认证服务提供者未能就业务承接事项与其他电子认证服务提供者达成协议的,应当申请国务院信息产业主管部门安排其他电子认证服务提供者承接其业务。电子认证服务提供者被依法吊销电子认证许可证书的,其业务承接事项的处理按照国务院信息产业主管部门的规定执行。

## 三、电子认证机构的管理

### (一) 电子认证机构的管理部门

《电子签名法》规定,国务院信息产业主管部门对电子认证服务提供者依法实施监督管理,并且可以按照法律规定,根据电子商务活动的发展变化的情况,制定电子认证服务业的具体管理办法。

### (二) 电子认证机构管理部门的责任

#### 1. 经营业务许可

认证机构从事电子认证活动应当向信息行政管理部门提出申请,必须取得信息行政管理部门颁发的电子认证经营许可证。未取得电子认证经营许可证的任何组织和个人不得从事电子认证活动。

#### 2. 年度检查

信息产业部对电子认证服务机构进行年度检查并公布检查结果。审查的内容主要有:

- (1) 资产和财务状况;
- (2) 信息披露与保密情况;
- (3) 义务开展情况及业务处理与业务要求是否相符;
- (4) 安全系统运行情况;
- (5) 信息行政管理部门认为应当审查的其他情况。

年度检查采取报告审查和现场核查相结合的方式。

#### 3. 批准停止经营

电子认证服务机构停止认证服务的,必须先向信息行政管理部门提出申请,经过信

息管理部门批准以后才可以停止经营活动。

为了加强对国内电子商务认证机构的管理,信息产业部于2001年12月10日成立国家电子商务认证机构管理中心,并由信息产业部信息化推进司负责对管理中心的业务指导和管理。



### 知识链接

#### 电子商务认证机构管理中心的主要职责

- (1) 统筹规划我国电子商务认证机构总体布局,规范国内电子商务认证机构的建设。
- (2) 组织研究和提出有关电子商务认证的法规和技术标准,为制定电子商务认证法规和技术标准提出建议。
- (3) 组织制定国内电子商务认证机构的有关管理、运行和安全等规章制度,管理和监督我国境内的电子商务认证机构。
- (4) 组织协调国内电子商务认证机构之间的交叉认证。
- (5) 承办信息产业部交办的其他事项。

依照法律规定负责电子认证服务业监督管理工作的部门的工作人员,不依法履行行政许可、监督管理职责的,应当根据具体情况,分别追究行政责任或者刑事责任。

行政责任主要是对责任人依法给予行政处分。

行为人不依法履行行政许可、监督管理职责,情节严重,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

## 四、电子认证机构的职责

### (一) 制定并公布电子认证业务规则

电子认证服务提供者应当制定、公布符合国家有关规定的电子认证业务规则,电子认证业务规则应当包括责任范围、作业操作规范、信息安全保障措施等事项,并向国务院信息产业主管部门备案。

### (二) 查验身份,审查有关材料

电子认证服务提供者收到电子签名人提交的电子签名认证证书申请后,应当对于申请人的身份进行查验,并对有关材料进行审查。

### (三) 保证电子签名认证证书内容在有效期内完整、准确

电子认证服务提供者应当保证电子签名认证证书内容在有效期内完整、准确,并保



5. 世界上第一部电子签名立法是美国犹他州的( )。

- A. 电子签名法
- B. 数字签名法
- C. 电子签名条例
- D. 电子交易法

## 二、多项选择题

1. 下列有关认证中心说法正确的是( )。

- A. 认证机构具有半官方的性质
- B. 卖方和认证中心拥有买方的公开密钥
- C. 买方和认证中心拥有买方的公开密钥
- D. 工商行政管理部门拥有全国最权威的经济主体数据库,可以很好地完成电子商务认证机构的各项任务

2. 根据我国《电子签名法》的规定,以下文书不适用《电子签名法》。( )

- A. 涉及婚姻、收养、继承等人身关系的
- B. 涉及土地、房屋等不动产权益转让的
- C. 涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的
- D. 法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形

3. 我国《电子签名法》的规定,电子签名同时符合下列条件的,视为可靠的电子签名。( )

- A. 电子签名制作数据用于电子签名时,属于电子签名人专有
- B. 签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制
- C. 签署后对电子签名的任何改动能够被发现
- D. 签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现

## 三、简答题

1. 简述电子签名法的适用范围。
2. 可靠电子签名需要满足哪些条件?
3. 电子签名法对数据电文的证据效力有何规定?
4. 简述电子认证的主要作用。
5. 电子认证机构设立需要具备哪些条件?



### 学习目标

1. 掌握电子支付的概念、特征、电子支付工具的特点及使用规定；
2. 了解电子支付系统的安全标准、支付步骤，避免支付风险的方法；
3. 了解网上支付工具的效力及电子现金的法律地位；
4. 理解防止并惩治网上支付违法活动的主要措施；
5. 了解美国、欧盟和国际组织电子立法概况；
6. 掌握我国《电子商业汇票业务管理办法》的主要内容；
7. 掌握我国《银行卡收单业务管理办法》的主要内容；
8. 理解我国《电子支付指引(第一号)》的主要内容。

### 第一节 电子支付的基础知识

随着电子商务的发展,传统的支付方式已不能适应其发展的需求,出现了电子货币的形式。其流通速度远远快于传统货币,可以加快货币周转,提高资金使用效率,促进商品经济的发展。由于电子货币通过微机转账系统处理各项业务,减少印刷开支,节约了流通费用。对消费者而言,使用其简单方便,安全可靠,不受任何营业时间限制,可以享受更多的金融服务,促进商品交易的实现。

#### 一、电子支付概念及特征

##### (一) 电子支付的概念

电子支付,亦称在线支付,是指从事电子商务交易的当事人,包括消费者、厂商和金融机构,使用安全电子支付手段通过网络进行的货币支付或资金流转。

在电子支付中,主要当事人是从事电子商务交易的单位和个人,主要中介机构是银行等金融机构。通过电子终端,以电子计算机及其网络为手段,传递的信息是载有特定信息的电子数据,最终的目的是付款人直接或间接向银行业金融机构发出支付指令,实现具有实时支付效力的货币支付与资金转移。

## (二) 电子支付的特征

与传统的支付方式相比,电子支付具有下面几个特征。

### 1. 电子支付具有较强的技术性

电子支付是采用先进的技术通过电子数据流转来完成信息传输,其各种支付方式都是采用数字化的方式进行款项支付的,而传统支付方式则是通过现金的流转、票据的转让及银行的汇兑等物理实体形态完成款项支付。因此,电子支付所具有的较强的技术性是电子支付不同于传统支付方式的基本特征。

### 2. 电子支付的工作环境是一个开放性的系统平台

电子支付系统,是由客户、银行等金融机构、系统经营主体、通信线路提供者、计算机软件或硬件供应商、电力公司等主体构成的复杂的网络支付系统,它是电子技术发展的产物。通过该系统,债务人可不受时空限制地实现向债权人给付金钱的行为,而传统支付方式则是在一个较为封闭的系统中运行。

### 3. 电子支付具有方便、快捷、高效、经济的优点

由于电子支付使用的是先进的网络和通信等手段,具有不受时空限制的功能,它以电子商务为商业基础,以商业银行为主体,为网上交易的客户提供的电子结算手段,诸如支票、票据等金融交易的进行实行无纸化作业,而传统支付使用的是传统通信媒介,往往会受到时空限制的影响,因此,电子支付具有方便、快捷、高效、经济的优点。

## 二、电子支付系统的产生与发展

支付是为了清偿债权债务关系而将资金从付款人账户转移到收款人账户的过程,支付工具和支付系统的演变和发展是与人类文明的演变过程相一致的。20世纪50年代末,当计算机在银行业务中得到应用后,发达国家的一些银行利用计算机、终端机、电子信息网络等电子通信设备建立了高速划拨资金的电子支付系统。

电子支付系统改变了传统的支付结算方式,降低了成本,提高了效益,从而得到迅速发展,各国相继建立了大额电子支付系统和主要为消费者服务的POS系统、ATM系统。而货币作为支付工具在历经了实物、贵金属和纸张载体之后,在支付领域最引人注目的电子货币出现了。

电子货币的出现极大地突破了现实世界的时空限制,而互联网在人们生活和工作中的广泛应用使得人们可以利用电子货币更快地处理经济事务。新的支付工具和支付系统

在给人们带来高效的同时,也对传统法律制度形成了强烈的冲击,世界各国和国际组织对电子货币和电子支持系统予以密切关注,并颁发了相应的法律。

### 三、电子支付系统的构成

电子支付合同法律关系涉及当事人众多,一般包括客户、银行等金融机构、系统经营主体、通信线路提供者、计算机软件或硬件供应商、电力公司等。主要当事人有:

#### (一) 客户

客户是在银行开有账户并通过银行与第三方进行交易的自然人、法人,以及不具有法人资格的社会组织,在交易中即为购买方和销售方。购买方是付款方,在电子支付中第一个发出资金支付指令的人,在电子支付中又被称为持卡人。销售方也就是收款方,在电子支付中支付资金的最终受益人,在电子支付中又称为特约商店。

#### (二) 银行(金融机构)

在电子支付法律关系中,涉及的银行(金融机构)按作用分为以下几方面。

##### 1. 付款人银行、收款人银行、中介银行

付款人银行,指直接接受付款人支付指令的银行。收款人银行,指直接向收款人支付资金的银行。中介银行,指位于付款人银行和收款人银行之间的银行。

##### 2. 始发银行、接收银行、终端银行

始发银行,指在一系列付款指令中,第一个向其他银行发出指令的银行。接收银行,指接受指令人的指令支付或接受资金的银行。终端银行,指在一系列付款指令中,最后收到其他银行指令的银行。

##### 3. 持卡人、接单银行

持卡人(发卡银行或金融机构),指发行信用卡的银行或金融机构。接单银行,指特约商户的开户银行,接受特约商户的消费者(持卡人)的付款——电子资金划拨。电子支付交易中的银行一般是 CHIPS 或 CNAPS 等系统的成员。

##### 4. 电子资金划拨系统

小额资金划拨系统主要有:销售点终端设备(POS)、自动柜员机(ATM)、居家银行服务(HB)、自动清算所(ACH)。大额资金划拨系统主要有联邦电划系统(CHIPS)、清算所银行间支付系统(SWIFT)、环球银行间金融电讯协会(CNAPS)。

电子支付的当事人因电子支付方式的不同而有差别。例如网上支付的当事人往往涉及发出电子支付指令的客户(又称买家)、接受电子支付指令的客户、提供电子支付网络环境服务的经营者、银行等;移动支付的当事人一般会涉及发出电子支付指令的客户、提供移动通信服务的经营者、银行等。大额电子资金划拨均为贷记划拨,因此大额电子资金划拨的当事人亦即贷记划拨的当事人,包括:①发端人。即向银行签发最初支付命

令者,他是付款人,往往也就是债务人,其支付命令启动了电子资金划拨的银行程序。

②发端人银行。如果发端人不是银行,发端人银行是发端人支付命令的接收银行;如果发端人是银行,发端人本身同时就是发端人银行。无论发端人与其支付命令的接收银行事先是否存在账户关系,发端人支付命令的接收银行都是发端人银行。

③受益人。即发端人在支付命令中指定的收款人,往往就是债权人。

④受益人银行。受益人银行是受益人在该行的账户根据支付命令被贷记的银行,或支付命令没有规定贷记受益人账户时,以其他方式向受益人支付的银行。同样,无论受益人与向其支付的银行事先是否存在账户关系,向受益人支付的银行都是受益人银行。

⑤中间银行。中间银行是既非发端人银行又非受益人银行的接收银行。在一项电子资金划拨中,中间银行可以没有,也可以有一家或多家。另外,大额电子资金划拨的当事人中,还有发送人与接收银行这两个概念,这两个概念是一个总称:发送人是向接收银行发出指令的人,而接收银行是发送人指令发往的银行。发端人、发端人银行及中间银行都可以是发送人;而发端人银行、中间银行及受益人银行都可以是接收银行。大额电子资金划拨进行的过程,就是发送人签发支付命令,接收银行接受支付命令与执行支付命令的过程。



#### 知识链接

### 电子支付关系中银行的作用

在电子支付关系中,银行仍然起着支付结算和资金清算中介机构的作用,一般而言,接受客户委托发出电子支付指令的发起银行称为“发起行”,电子支付指令接受人的开户银行或接受人未在银行开立账户而电子支付指令确定的资金汇入银行称为“接受行”。如果银行自身提供了电子支付的网络环境,一般就不涉及提供该项服务的经营商,否则,银行只有与提供电子网络环境的经营商合作,才能完成电子支付行为。

银行与其他机构电子支付业务的,其合作机构的资质要求应符合有关法律、法规制度的规定。也就是说,非银行机构参与电子支付结算活动的,只有符合一定条件,并经过有关主管部门认定,才能从事该项服务。

鉴于非银行机构参与电子支付业务的实际情况,国家有关主管部门拟将非银行机构纳入支付清算组织进行监督管理,并对其机构性质、业务开办资质、注册资本金、审批程序、机构风险控制等做出相应规定。

## 四、主要的电子支付工具

在电子商务环境下,传统支付方式已不能适应商务活动电子化的要求,而必须由全

新的电子支付方式来代替。由于使用的传输网络、传输协议和支付程序的不同以及不同的相互组合方式,在实践中衍生出多种电子支付工具。

### (一) 信用卡

信用卡(Credit Card)是银行向金融上可信赖的客户提供无抵押的短期周转信贷的一种手段。由银行或其他财务机构签发给那些资信状况良好的人士,用于在指定的商家购物和消费,或在指定银行机构存取现金的特制卡片,是一种特殊的信用凭证,具有转账结算功能、消费借贷功能、储蓄功能和汇兑功能。银行为信用卡用户提供不限地域存取现金、支付、结算的服务。

信用卡支付关系一般涉及持卡人(买方)、商家(卖方)、发卡人(信用卡公司或银行)和银行。在线信用卡电子支付基本流程:交易完成后,持卡人就其所传送的信息先进行电子签名加密,然后将信息本身和电子签名经认证机构的认证后,连同数字证书一并传送到商家,商家通过银行从持卡人的信用卡账户上划拨走这笔交易的费用。

### (二) 智能卡

随着信息技术的进步,信用卡逐渐发展成为能够读写大量数据、更加安全可靠的智能卡(Master Card)。智能卡中一般有硬件的逻辑保护,以密码加密形式来保护其存储内容不被非法更改。智能卡提供了一种简便的方法,可用来存储和解释私人密钥和数字证书,非常好地解决了与电子商务的结合。智能卡上存放的证书使持卡人的身份得到认证,并直接在每一次网上购物时签上客户的电子签名。

由于智能卡内安装了嵌入式微型控制器芯片,因而可储存并处理数据。卡上的价值受用户的个人识别码(PIN)保护,因此只有用户能访问它。多功能智能卡内还嵌有高性能的、独立的基本软件,能够像个人电脑那样自由地增加和改变功能。这种智能卡还设有“自爆”装置,如果犯罪分子想打开智能卡非法获取信息,卡内软件上的内容将立即自动消失。智能卡是目前最常用的电子货币,可在商场、饭店、车站、互联网等许多场所使用,可采用刷卡记账、结账、提取现金、网上结算等方式进行支付。

### (三) 电子支票

电子支票(Electronic Check)是纸基支票的电子替代品,它借鉴纸基支票转移支付的优点,利用数据电讯方式将钱款从一个账户转移到另一个账户。这种电子支付方式是在与商家及银行相连的网络上以密码方式传递的,多数使用公用密钥加密签名或使用个人身份证号码代替手写签名。网络银行和大多数银行金融机构,通过建立电子支票支付系统,在各个银行之间发出和接收电子支票,向用户提供电子支付服务。用电子支票支付,事务处理费用较低,而且银行也能为参与电子商务的商家提供标准化的资金信息,是一种很有效率的电子支付手段。

电子支票支付过程包含三个实体:购买方、销售方以及金融机构。在电子支票支付

方式中,购买方通过计算机系统从金融机构那里获得一个电子方式的付款证明,这个以电子流为表现形式的付款证明表明购买方账户中欠金融机构的钱,购买方把这个付款证明交给销售方,销售方再转交给金融机构,整个处理过程如同传统的支票。电子支票今后的发展趋势将逐步过渡到互联网上进行传输,即采用电子资金转账(Electronic Fund Transfer)或网上银行(Electronic Banking)方式。

#### (四) 电子现金

电子现金(Electronic Cash/Digital Money)是一种以数据形式流通的货币。它把现金数值转换成为一系列的加密序列数,通过这些序列数来表示现实中各种金额的市值,用户在开展电子现金业务的银行开设账户并在账户内存钱后,就可以在接受电子现金的商店购物了。电子现金的优势在于完全脱离了实物载体,无须直接与银行信息系统连接便可使用,用户在支付过程中更加方便。一般适用于小额交易。仅从技术层面上讲,各个商家都可以发行电子现金,如果不加以规范控制,由此可能会带来相当严重的经济金融问题。

#### (五) 其他电子支付工具

除了上述的信用卡、智能卡、电子现金和电子支票外,还有电子零钱、安全零钱、在线货币等。这些支付工具的共同特点都是将现金或货币数字化和电子化,利于在网络中传输、结算和支付,利于网络银行使用,利于实现电子支付或在线支付。

### 五、电子支付安全标准

电子支付安全标准就是为了满足电子支付的安全性要求而开发出的集加密技术、电子签名和信息摘要技术、安全认证技术于一体的各种安全技术措施或者安全技术协议。目前国际上常用的两种电子支付的安全标准是 SSL 和 SET 协议。

#### (一) 安全套接层协议

安全套接层协议(Secure Socket Layer,SSL)是一种保护 Web 通信的工业标准,主要目的是提供互联网上的安全通信服务,能够对信用卡和个人数据、电子商务提供较强的加密保护,是国际上最早应用于电子商务的一种网络安全协议。在网络上普遍使用,能保证双方通信时数据的完整性、保密性和互操作性,在安全要求不太高时可用。

SSL 协议运行的基点是商家对客户信息保密的承诺,客户的信息首先传到商家,商家阅读后再传到银行。这样,客户资料的安全性便受到威胁。另外,整个过程只有商家对客户的认证,缺少了客户对商家的认证。在电子商务的初始阶段,由于参加电子商务的公司大都是信誉较好的公司,这个问题没有引起人们的重视。随着越来越多的公司参与电子商务,对商家认证的问题也就越来越突出,SSL 的缺点完全暴露出来,SSL 协议也逐渐被新的 SET 协议所取代。