



学习目标

1. 理解电子商务的概念及特点,了解电子商务所涉及的法律问题。
2. 掌握电子商务法的概念、特征、基本原则。
3. 了解国际组织和其他国家有关电子商务立法概况,掌握中国电子商务立法概况。

电子商务是通过电子信息技术、网络技术和现代通讯技术,使商务交易所涉及的各方当事人借助电子方式进行联系、完成交易的商务活动。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方式交易产生巨大冲击的同时,也为市场规范带来了新的法律挑战。

第一节 电子商务概述

一、电子商务的概念和特点

(一) 电子商务的概念

《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)规定的电子商务是指通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动。电子商务在计算机信息技术和网络通讯技术的迅速发展中国崛起并逐步完善,它以国际互联网为依托,并随着国际互联网的广泛应用而扩大影响。

信息技术、通信技术的进步使传统商务活动发生巨大变革,电子商务已经成为一种全新的商务方式,居民的消费购物、企业的商业贸易、各个领域的咨询服务等商务交易活动已经或正在实现电子化、网络化。电子商务已经使人类的经济活动和生活方式乃至社会文明发生了重大的改变。

狭义的电子商务中,交易所涉及的各方当事人通过电子信息技术、网络互

联技术以及现代通讯技术,借助电子网络方式联系,无须面对面协商,也不依靠纸质文件和单据的传输就可以完成整个交易。通过互联网进行在线销售活动和服务活动的交易内容可以有形的产品,也可以是无形的服务。

广义的电子商务是以整个市场为基础的一切与数字化处理有关的商务活动。商务是核心,网络是手段。电子商务使整个商务活动的各个环节,从产品制造、销售、交易洽谈、合同订立、结算、售后服务等发生了全新的变化。

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。它的组成要素包括两方面: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进行商务活动。因此,对于电子商务的概念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,包括网络服务提供者、消费者、销售商、供货商、银行、金融机构和有关政府机构等;

(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) 电子商务的特点

电子商务与传统的商务活动方式相比,具有以下特点。

1. 交易网络化

电子商务所依赖的各项技术中,最重要的是网络技术。电子商务必须通过电子网络系统来实现信息的交换和传输。

2. 交易虚拟化

电子商务利用电子网络技术或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,交易双方无须面对面洽谈,而是通过计算机等终端设备与互联网络完成交易过程,交易过程虚拟化。

3. 交易成本低

电子商务为商家与消费者提供了信息交换平台,在提高商品交换数量和加快交易速度的同时,降低了生产、加工、销售和通信的成本,减少了交易的中间环节,大量减少了文件处理费用,提高了效率。

4. 交易全球化

电子商务能够不受时间和空间的局限,真正实现贸易的全球化。电子商务拓宽了国内及国际市场,使消费者和商家能以较低的成本支出,在世界范围内简单而又迅速地寻找到最合适的商品和交易伙伴。

5. 交易透明化

电子商务的买卖双方从交易的洽谈、签约到货款支付、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,防止伪造信息的流通。例如,在许可证电子数据交换(EDI)系统中,由于加强了发证单位和验证单位的通信、核对,假许可证就不易通过。海关EDI也能够杜绝边境的假出口、骗退税等行为。

二、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)运用信息科技与互联网经营企业的方式。根据交易主体的不同,电子商务分为B2B、B2C、C2B、C2C四种经营模式,前两种是最常见的电子商务经营模式。

1. B2B(Business to Business)

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



知识拓展

B2B大多发生在企业之间的大宗交易中,如电子元器件、会计服务、商业抵押、证券、电机、网络产品、解决方案等。通过B2B的商业模式,不仅可以简化企业内部信息流通的成本,而且可以使企业与企业之间的交易流程更快速,减少成本的耗损。B2B的典型是阿里巴巴网、中国制造网、慧聪网等。

2. B2C(Business to Consumer)

B2C是指企业通过网络销售产品或服务给自然人消费者。企业通过互联网为消费者提供新型的购物环境——网上商店,消费者通过网络在网上购物、在网上支付,由物流公司送货上门。B2C模式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。这种模式节省了客户和企业的时间和空间成本,大大提高了交易效率,所以得到了快速的发展。

据商务部统计,2014年中国网上零售总额同比增长49.7%,2015年网上零售总额同比增长33.3%。2016年,网络零售交易同比增长26.2%,总额达5.16万亿元。2016年实物商品网络零售交易额占社会消费品零售总额的12.6%。在网络零售交易额中,B2C模式的占比超过55%。

线上线下的融合也在持续。零售巨头通过联盟形成优势互补的融合模式,推动零售业资源优化配置。商务部发布的数据显示,2016年,O2O市场规模同比增长约45%。另一方面,云计算、无人仓、无人机、无人车、大数据、人工智能、虚拟现实和增强现实等新技术的应用正在推动电商平台的服务升级。

农村网购正在成为新的消费驱动力,2014至2017年,中央1号文件连续四年提出要发展农村电子商务。2017年,商务部从农村电商公共服务体系建设、提升农村产品电商发展水平、电商精准扶贫、加强经验总结和推广等方面推动农村电商的发展。



小贴士

2015年,中国B2C电商销售额已达4400亿美元。移动互联网改变了中国零售商与消费者之间的互动模式。58%的中国消费者表示会通过数字化渠道购买产品,高于47%的全球平均水平。91%的中国消费者认为线上购物更实惠,高于85%的全球平均水平。

在研究产品时,33%的中国消费者会首先访问品牌网站,12%的中国消费者会前往社交媒体网站查询,4%的中国消费者选择访问相关品牌的手机应用;而上述比例的全球平均水平分别为19%、4%和2%,均不及中国。

数据显示,中国线上零售额占零售总额的百分比已从2009年的2%上升为现在的10%。中国B2C电子商务销售额已经达到4400亿美元,中国已超越美国成为全球最大的电子商务市场。

资料来源:《实现O2O:中国零售商如何应对日益模糊的线上线下销售界限》,普华永道管理咨询公司

3. C2B(Consumer to Business)

C2B是指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。但由消费者社群的集体议价或开发社群需求,只要购买同一商品的消费者越多,购买的效率就越高,价格就越低,这就是C2B的主要特征。C2B模式强调用“汇聚需求”(demand aggregator)取代传统“汇聚供应商”的购物中心型态,被视为一种接近完美的交易形式。

4. C2C(Consumer to Consumer)

C2C是指消费者与消费者之间的互动交易行为。C2C商务平台是通过为买卖双方提供在线交易平台,使卖方可以主动提供商品上网拍卖,买方可以自行选择商品进行竞价。消费者可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,因消费者间的互动而完成交易。C2C的典型如淘宝网等。

（二）电子商务的应用形式

1. 电子商务的应用层次

电子商务的应用有三个层次：市场电子商务、企业电子商务和社会电子商务。市场电子商务是以市场交易为中心的电子商务活动，包括网上展示、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、产、销活动，与市场电子商务有交融；社会电子商务是整个社会经济活动利用网络进行，如政府的活动、社团的活动等。

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）消费品网上购物活动。如以淘宝网、京东网、当当网等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、向用户推荐安家产品、提供按揭业务和保险业务的详细咨询、提供信息的登记和查询服务、自动交易撮合系统、网上竞拍等。

（5）网上支付结算。如利用支付宝、网银等方式完成转账、付款等。

（6）网上证券交易。如在网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金融、理财等服务。

（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）网上售后服务。如利用网络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。如网上预约和挂号、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,实现咨询服务的交易。

(18) 网上娱乐。如网上互动游戏、智力活动、网上阅读书刊等。

三、我国电子商务应用

随着电子与网络技术的普及与发展,我国的电子商务得到了迅速发展。1998年3月6日,我国第一笔互联网上电子商务交易由世纪互联通讯技术有限公司和中国银行共同携手完成,标志着我国电子商务已开始进入实用阶段。

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,年底卓越网上线。现在,人们耳熟能详的电子商务巨头,大部分是在1999年起步的,因此人们把1999年称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络提供服务的银行,中国电子商务翻开了崭新的一页。此后,国内各家银行相继开发网上支付业务。到2002年底,中国各家银行普遍进行网上支付。2005年,网上支付企业数量激增,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;阿里巴巴推出了支付宝,以第三方支付的形式保障交易安全。2006年2月,招商银行推出了变革性的网上支付新模式“支付通”,用户可以直接在招行合作方网站上完成支付,极大提高了支付业务的效率。

我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快钱为代表的独立第三方,还有各大银行不断改进的网上银行支付平台。自1998年起,网上支付的交易量几乎以每年百分之百的速度在增加。2016年支付宝的用户数量达4.5亿。2016年,有超过10亿人次使用“指尖上的城市公共服务”。2016年,在全国范围内,“80后”人群的人均网上支付金额超过12万元,而“90后”人群采用移动支付的占比近92%。



小贴士

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。截至2016年6月,我国网络购物用户规模达到4.48亿,较2015年底增加3448万,增长率为8.3%,我国网络购物市场依然保持快速、稳健的增长趋势。其中,我国手机网络购物用户规模达到4.01亿,增长率为18.0%,手机网络购物的使用比例由54.8%提升至61.0%。近几年,网民人

数逐年增长,如图 1-1 所示。



图 1-1 中国互联网发展数据

资料来源:中国互联网络中心,《中国互联网络发展状况统计报告》

近年来,我国电子商务迅速发展,在“转方式、调结构、稳增长、促就业、惠民生”等方面发挥了重要作用。“十二五”期间,电子商务年均增长速度超过 30%。2016 年,我国电子商务交易额近 23 万亿元,电子商务交易市场规模稳居全球第一。



小贴士

2016 年中国电子商务交易额 22.97 万亿元,同比增长 25.5%(见图 1-2)。



图 1-2 2011—2016 年中国电子商务市场交易规模

资料来源:中国电子商务研究中心。中国新闻网 2017 年 5 月 24 日报道

中新网杭州5月24日电(徐瀚文):2017年5月24日,电商研究机构、产业互联网智库——中国电子商务研究中心(100EC.CN)发布《2016年度中国电子商务市场数据监测报告》。报告显示,2016年中国电子商务交易额22.97万亿元(人民币,下同),同比增长25.5%。其中,B2B市场交易规模16.7万亿元,网络零售市场交易规模5.3万亿元,生活服务O2O交易规模9700亿元。

报告显示,截止到2016年12月,中国电子商务服务企业直接从业人员超过305万人,由电子商务间接带动的就业人数,已超过2240万人。直接就业人员上,随着电商的规模化发展以及不断向农村市场下沉,更多的传统企业加入电商的行列,带动了电商从业人员的不断攀升。

另据2017中国(北京)电子商务大会发布的《中国电子商务报告(2016)》显示,2016年,中国电子商务交易额26.1万亿元,同比增长19.8%,交易额约占全球电子商务零售市场的39.2%,其中电子商务服务业市场规模达到2.45万亿元,同比增长23.7%。

中国网络零售市场的国际影响力不断增强,连续多年成为全球规模最大的网络零售市场。中国网民规模达7.31亿,普及率达到53.2%;网络购物用户规模达到4.67亿,占网民比例为63.8%。其中,手机网络购物用户规模达到4.41亿,占手机网民的63.4%,年增长率为29.8%(由于统计口径的不同,数据略有差异)。

END

四、电子商务涉及的基本法律问题

(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,只是交易的形式产生了变化。电子商务的目的仍然是商业活动的有效完成,而商业活动必须遵循市场规范。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,可以说,信用制度在电子商务中具有基础作用。

我国调整市场交易行为的法律规范,如《民法通则》《民法总则》《合同法》《产品质量法》《消费者权益保护法》等,都是以诚实信用为首要原则,明确规定市场行为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

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。与传统的商务活动模式一样,信用是其健康发展的基石。市场信用的危机、企业信用的危机都会严重影响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,避免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,就更需有完备的信用制度作保证。如果缺乏保障诚信的机制,电子商务的大厦必然崩塌。

我国加入 WTO 以后,在与世界经济接轨的过程中,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。



小贴士

在发达国家,一个经营者可能会因为仅仅几元钱的交通罚款未交而被列入信用记录不良的名单,有了这个不良的记录,任何一家银行都不会向其贷款。在美国,法律规定失信记录个人要背 7 年,如果某人有个人破产记录,10 年内他不能贷款,也不会有人发给他信用卡,甚至不可能在银行开一个银行账户。正是这些严格的法律规范造就了市场良好的信用制度。

北京市工商行政管理局承建的北京市企业信息网,可通过信用查询系统查询北京市各类市场主体的基本登记信息及信用信息,其信用公示系统发布企业良好信用信息和北京市工商行政管理局行政处罚信息等警示信息。这些直接向社会公布的信息正是通过政府网站提供的,这些基本登记信息在企业发展、维护企业和投资人利益、拓展商贸渠道、服务金融机构等方面发挥着积极的作用。电子商务的健康发展需要这样有力的信用监督制度来保障。

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。各有关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,更进一步可以通过电子认证、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网络系统订立的,以数据电文的方式来生成、储存或传递贸易信息的新式协议,是一种现代贸易方式。电子合同也是合同,并没有改变传统合同的意义和作用。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。这种挑战体现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。

在电子商务中,合同的意义和作用没有发生改变,但与传统合同有所不同的是:首先,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;其次,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(成立地点)多是接收人的主营业地或经常居住地。

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方式和手段,在许多大企业中,绝大多数的合同是以电子合同的形式订立的。



小贴士

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。

我国于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,规定了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、地点以及数据传输都作了规定,以法律的形式确立和规范了电子商务行为。随着网络经济的高速发展,电子合同将逐步渗透到社会的各个领域,国家正在从技术、管理、法律等层面,采取有效措施,促进电子合同的应用和发展。2018年8月31日通过的《电子商务法》专章规定了电子商务合同的订立与履行。

(三) 电子商务交易中的消费者保护

在电子商务高速发展的商业环境下,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。在电子商务中,出现了许多过去未曾有过的消费者权益保护问题。

1. 消费者风险增大、行使权利难度加大

由于电子商务的虚拟性,消费者既不能与经营者面对面交易,也不能当面直接感知和使用商品,因此,在电子商务活动中,消费者权益面临更大的被侵权风险。同时,消费者维权也遭遇到了更大的困难。

我国1994年1月1日起施行的《消费者权益保护法》是我国第一次以立法的形式全面确认消费者的权利。2014年3月15日第二次修订的《消费者权益保护法》实施,对消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务的合法权益作出更具体的规定。

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供的信息进行选择判断并作出决定,而不是像传统交易那样可以当面挑选,所以在电子商务中的虚假广告更具有危害性。

2015年4月24日修订的《广告法》第44条明确规定:“利用互联网从事广告活动,适用本法的各项规定。”《电子商务法》规定,“电子商务经营者向消费者发送广告的,应当遵守《广告法》的有关规定。”

3. 责任主体的界定与追究问题

在电子商务交易中,一件商品最终送达消费者,可能需要经过生产者、销售者、储运者等多个主体,通过商品信息的沟通、货物配送、货款支付等多个环节,其中的任何一个环节出现问题,都会损害消费者的合法权益。正是由于环节较多,诸如产品质量、消费者理解异义、商品损坏和假冒伪劣商品等方面都可能出现责任难于界定、难于追究的问题。

(四) 电子商务中的知识产权保护

电子商务将传统商务活动的手段、途径引入虚拟世界,在这个虚拟的电子商务世界中,传统的知识产权保护制度受到了新的挑战 and 冲击,如域名保护、域名权与商标权的冲突、域名抢注、网上著作权及其邻接权的保护、专利权保护等方面。

知识产权是一种无形财产权,具有专有性、排他性、地域性的特点。知识产权自身的特点使其在电子商务活动中遇到了新问题,电子商务中的知识产权保护日益成为世界各国必须面对和解决的问题。

(1) 知识产权具有专有性的特点,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) 知识产权的地域性特点,同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,也给诉讼程序中的诉讼管辖提出新问题。在传统诉讼程序中,绝大多数纠纷的知识产权诉讼是以被告所在地或侵权行为发生地决定管辖权的。但在互联网上的侵权人,由于互联网的国际化特点往往难以确定。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地制造了难题。

(五) 电子商务的税收管理

1. 电子商务给税收征管带来了新机遇

通过电子方式进行的交易,本质都是实现商品或劳务的转移,依据税收中性和公平税负原则,电子商务应与传统贸易方式一样征税。为了鼓励、促进电子商务的发展,我国实施了税收优惠政策。

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、网上服务贸易、网上结算都呈快速增长的趋势。2015年,中国电子商务市场交易规模达16.2万亿,到2016年,中国电子商务市场交易规模超过20万亿元。近年来,为了鼓励、促进电子商务的发展,国家实施了税收优惠政策。

2. 电子商务给税收征管带来了新挑战

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、财务管理方式等都因此发生了重大的变化,因此,纳税环节、纳税地点、纳税方式、国际税收管辖权等都遇到新的问题。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,也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,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构获取信息的难度。交易人可以用加密技术和用户双重保护来隐藏有关信息。税务机构对互联网经济活动进行监控,面临着获取信息的成本问题,以及与保护个人隐私和保护知识产权之间的协调问题。

(4) 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,使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新的挑战,同时,国际避税问题在电子商务中表现得更为突出。

(六) 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过程中系统的安全性。但随着信息技术的高速发展,许多信息安全问题也纷纭出现:系统瘫痪、黑客入侵、病毒感染、网页改写、客户资料及公司内部资料的泄露等,给企业甚至国家安全都带来了威胁。电子商务安全的法律问题主要有电子签名、安全认证和计算机犯罪。

1. 电子签名

电子商务以电子形式取代了纸张,保证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,公共钥匙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。《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,维护电子商务交易各方的合法权益。

2. 安全认证

电子商务是建立在开放的网络环境上,在享用现代信息系统带来的快捷、

方便的同时,如何充分防范信息的损坏和泄露,已成为当前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

计算机犯罪是以计算机信息系统为客体和工具的犯罪,如计算机诈骗和诽谤等。我国刑法对涉及计算机的网络犯罪作出了规定。

(七) 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可能更大,如所谓的“网上通缉”“人肉搜索”等。消费者在电子商务交易过程中,个人资料被不正当获取及利用,个人的信用卡密码及其他一些属于隐私的个人资料容易被盗,如果这些资料数据被泄漏、伪造、篡改,都会使进行电子商务交易的消费者遭受难以预料的损失,也会导致对电子商务本身的严重损害。依法保护公民个人网络隐私权已经成为电子商务中的重要内容。

中国的网络隐私权保护仍处在初级阶段,尚未专门立法保护,只是在现有的法规中有所涉及。如我国《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第7条规定:“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联网管理暂行规定实施办法》第18条规定:“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;不得在网络上散发恶意信息,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和他人合法权益的活动。”

《电子商务法》对个人信息的保护规定了比较具体的保护措施。

小贴士

欧美主要发达国家在保护网络隐私权方面起步较早,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最重要的成文法,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《欧盟电子通讯资料保护指令》,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间自由流通。

2. 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,以及侵犯商业秘密和商业信誉等问题。

第二节 电子商务法的一般原理

一、电子商务法的概念和特征

(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,其内容广泛,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,如联合国《电子商务示范法》。狭义的电子商务法对应于狭义的电子商务,是调整以数据电文作为交易手段,以电子商务交易形式所引起的社会关系的法律规范的总称。

在我国,作为部门法意义上的电子商务法,不仅包括以电子商务命名的法律法规,还包括其他现有制定法中有关电子商务的法律规范,如《合同法》中关于数据电文的规定,以及《刑法》中关于计算机犯罪的规定等。《电子商务法》已于2018年8月31日第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过,于2019年1月1日起施行。

(二) 电子商务法的特征

1. 国际性

电子商务法的显著特点是国际性。与电子商务的国际性相对应,电子商务法也以适应国际化的要求为特征,以此满足解决电子商务法律关系的需要。

2. 科技性

电子商务是网络经济与现代高科技发展的产物,需要通过互联网进行商务活动。规范这种行为的电子商务法必须要适应科学技术的发展。例如电子商务法应当对签字技术、确认技术等技术问题作出规定。

3. 开放性

电子商务法是规范以数据电文形式进行意思表示的法律关系的,数据电文的形式多样化,而且相关技术、手段与方法的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,让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,已成为世界组织、国家和企业的共识。

目前,国际组织及各国在电子商务立法中,大量使用开放型条款和功能等价性条款,其目的就是开拓社会各方面的资源,以促进科学技术及其社会应用的广泛发展。它具体表现在电子商务法的基本定义、基本制度和电子商务法律结构方面。

4. 安全性

电子商务的安全性也可以称为安全的脆弱性。电子商务在交易方式上给

商务活动提供了高效快捷的便利,与此同时也给商家带来新的问题,其中最令商家担心的就是电子商务的安全问题。由于电子商务是以互联网为基础进行的,计算机的黑客与计算机病毒、网络犯罪等都严重威胁着电子商务的安全。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违法与犯罪行为,保证电子商务和计算机信息系统的安全运行。

5. 复杂性

电子商务的高科技化和互连网络技术的专业性、复杂性,造成了电子商务交易关系的复杂性,由此决定了电子商务法律法规的复杂性。在电子商务交易中,当事人之间的交易必须在第三方的协助下才能完成,即在网络服务商和认证机构等提供的服务下完成。这就使电子商务的交易活动与传统交易相比,包含了多重法律关系。

二、电子商务法的基本原则

(一) 自愿、公平、诚实信用原则

自愿、公平、诚实信用是传统民商法的基本原则,当然也适用于电子商务法。电子商务作为一种新型的商业业态,应当遵守公认的商业准则。同时,国家鼓励电子商务信用体系建设,鼓励建立健全电子商务信用记录、信用评价、信用管理制度,完善电子商务信用服务保障制度。

(二) 安全原则

电子商务必须以安全为其前提,既需要技术上的安全措施,也离不开电子商务法的安全规范。国家致力于维护电子商务交易安全,保护电子商务用户信息,鼓励电子商务数据交换共享,保障电子商务数据依法有序流动和合理利用。

安全性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,要求网络和信息应保持可靠性、可用性、保密性、完整性、可控性和不可抵赖性。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较为安全的环境,维护有关各方的合法权益。

(三) 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自愿、平等、诚信、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。中立原则包括四个方面: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

和组织所采取的电子商务立法的基本原则,尤其在有关电子签名的立法中表现得更为明显,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,是中立原则在电子商务上的具体表现,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)都一视同仁,不因交易采用的媒介不同而区别对待或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。电子商务法与其他相关法律法规在实施上不能偏颇,传统商务环境下的法律规范与电子商务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。电子商务法对商家与消费者,国内当事人与国外当事人等,都应当尽量做到同等保护。

(四) 交易自治原则

交易自治原则是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,确定他们之间的协议条款,选择交易与履行方式,其中不含有被强迫的成分和由国家强制执行。

电子商务交易当事人享有交易自治权。电子商务交易的当事人有权决定自己是否进行交易、与谁交易和如何进行交易,任何单位和个人不得非法干预。联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》第4条规定,“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方之间,除另有规定外,第三章的条款可经由协议作出改动。”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。《电子商务示范法》中的强行性规范数量很少,其目的在于消除传统法律对电子商务发展的障碍,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。

(五) 监督管理与社会共治原则

我国《电子商务法》规定了国务院及各级政府对电子商务的监管职能。电子商务治理要充分发挥政府作用,国务院和县级以上地方人民政府应当将电子商务发展纳入国民经济和社会发展规划,制定科学合理的产业政策,完善标准体系建设,根据电子商务活动的特点完善和创新电子商务管理体制和管理方式。同时还要充分发挥行业自律和社会共治的作用,实现多管齐下、综合治理。即要体现电子商务管理创新,运用互联网思维、互联网管理办法。

电子商务行业组织和电子商务经营主体应当加强行业自律,建立健全行业规范和网络规范,引导本行业经营者公平竞争,推动行业诚信建设。国家鼓励、支持和引导电子商务行业组织、电子商务经营主体和消费者共同参与电子商务市场治理。

(六) 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、配送者等多个主体,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。电子商务法维护市场秩序,必须以保护消费者合法权益为原则。



小贴士

北京市在电子商务管理方面进行了很多的探索,如北京市工商局 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。

2014 年 2 月 13 日,工商总局公布了《网络交易管理办法》,消费者的网购“后悔权”将在法律和部门规章层面都获得支持。2014 年 3 月 15 日正式实施的新修订的《消费者权益保护法》规定,除特殊商品外,网购商品在到货之日起 7 日内可以无理由退货。

END

三、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电子商务交易活动中发生的各种社会关系。此类社会关系是以数据电文作为交易手段所形成的商事关系,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的社会关系,它交叉存在于互联网的线上和线下、虚拟社会和实体社会之中,有别于实体社会中的社会关系。



知识拓展

联合国国际贸易法委员会在《电子商务示范法》中所给的数据电文的概念是:“数据电文是指经由电子手段、光学手段或类似手段生成、收发或储存的信息,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。”当以数据电文为交易手段,即为无纸化形式时,一般应由电子商务法调整。

END

(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

电子商务法的适用范围是以数据电信所进行的、无纸化的商事活动领域。仅仅是以口头或传统的书面形式所进行的商事活动,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。联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》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。”数据电信是电子信息、电子记录与电子签名的上位概念。

2. 从地域和行为主体上观察

我国《电子商务法》规定,“中华人民共和国境内的电子商务活动,适用本法。”但是,“金融类产品和服务,利用信息网络提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务,不适用本法。”

商人与政府之间的有关电子商务管理关系是否属于电子商务法的适用范围,各国有不同规定。美国许多州的电子商务法都将这部分关系纳入了电子商务法的范畴,而联合国贸易法委员会的《电子商务示范法》则明显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,并不是电子商务交易活动,而是行政管理活动,调整这些管理活动的法律也应当划归行政管理法律部门。为了立法和执法上的方便,很可能将两类不同性质的法律规范,交叉规定在同一部法律里,这种情况在现代立法中并不鲜见。

第三节 电子商务的立法概况

一、国际组织电子商务的立法概况

(一) 联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)有关电子商务的立法

1. 《电子商务示范法》

(1) 《电子商务示范法》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。1982年联合国国际贸易法委员会的第十五届会议上,计算机记录的法律价值问

题被正式提出。此后在其第十七届会议上,提出了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工作开始了全面的研究,终于在1996年6月提出了《电子商务示范法》蓝本,并于1996年12月在联合国大会通过。



知识拓展

《电子商务示范法》是联合国国际贸易委员会为适应电子商务的快速发展而制订的法律,是目前世界上第一部关于电子商务的法律,给世界各国的电子商务立法工作提供了法律范本,解决了世界上许多国家在电子商务法律上的空白或不完善,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。

(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。第一部分是电子商务法律的总原则,是《电子商务示范法》的核心,共分为三章十五条。

第一章为一般条款,内容包括适用范围、定义解释、合同协议的改动等四个条款;第二章是数据电文的适用法律要求,内容包括对数据电文的法律承认、书面形式、签字、原件、数据电文的可接受性和证据力,以及数据电文的留存等共六个条款;第三章是数据电文的传递,内容包括合同的订立和有效性、当事人各方对数据电文的承认、数据电文的归属、确认收讫、发出和收到数据电文的时间和地点等共五个条款。

第二部分是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使用的电子商务作出规定。

2. 其他有关电子商务的立法

1982年,联合国国际贸易法委员会开始编写《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方法,1986年获得大会批准,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《计算机记录的法律价值报告》,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讯有关手段法律方面的统一规则草案》。

1999年6月,联合国国际贸易法委员会电子交换工作组第35次会议提出《电子签章统一规则》草案版本,并于2000年9月的第37次会议获得通过,提

出除了建立在公钥加密技术(Public Key Cryptosystems, PKI)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,这些正在或将要使用到的签字技术,都考虑到执行上述手写签字的某一个或未提及的功能。

2001年3月,联合国国际贸易法委员会电子交换工作组第38次会议通过的《电子签章示范法》,也重新对电子签章下定义:“电子签章系指在数据电文中,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) 国际经济合作与发展组织(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也做了大量的工作。1980年提出了《保护个人隐私和跨国界个人数据流指导原则》,1985年发表了《跨国界数据流宣言》,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,国际经济合作与发展组织在加拿大渥太华召开了题为“一个无国界的世界:发挥全球电子商务的潜力”的电子商务部长级会议,公布了《OECD电子商务行动计划》《有关国际组织和地区组织的报告: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》报告。

1999年12月,国际经济合作与发展组织制定了《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。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方式;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,建立和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月通过了《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》,指出:为了防止那些从事诈骗活动和商业欺诈活动的人侵害广大消费者,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与共享信息。这些成员国应该在现有方案的基础上,通过网络工具和数

数据库来收集与共享信息,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)提供了一个基本法律框架。

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

电子商务与知识产权保护有着极为密切的关系,世界知识产权组织为电子商务的发展也做了许多工作。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》,被称之为“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,公布了有关域名问题的《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发的问题,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工作,为此欧盟制订了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,明确指出欧洲究竟能在多大程度上受益于电子商务的关键取决于其是否具备满足企业和消费者需要的法律环境。

《欧洲电子商务行动方案》将欧洲电子商务的立法确立为两个目标:

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,法出多国,保证欧盟范围内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个方面的规定。

(1) 目的与适用范围。本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。本指令致力于在如下一些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立法中规定,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立法中规定商业信息传播应符合以下条件: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,包括各折扣奖励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,各成员国应特别保证其关于合同缔结的法律制度,不得妨碍电子合同的实际应用,也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。各成员国须在其国内立法中规定:在信息服务的提供限于通过通信网络传输,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,对所传输的信息不承担责任;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,对其应其他服务获取者的要求,出于日后更有效地传输信息的唯一目的,而对所传输信息进行自动、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团体或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。

指令的立法目的有两个：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。此后，欧盟于1999年发布了《数据签名统一规则草案》。

3. 消费者权益保护法律制度

欧盟在其通过的《关于远距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，并通过书面或其他持久的载体向消费者确认，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作出了相应的规定，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。

此外，《草案》对于某些出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了例外规定，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业发展利益，又对著作权人的合法权益给予了法律上的保障。

二、外国电子商务立法概况

(一) 美国的电子商务立法

在这场电子商务革命中，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的政策，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了关键性的基础。

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。同时,美国的电子商务法律的立法工作发展迅速,许多州都制订了电子商务法。1997年9月15日颁布的《全球电子商务纲要》更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

美国对未来在互联网上进行的商业交易,提出了五项基本原则。

(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的限制。政府避免对网上发生的商业活动给予不必要的限制而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法制环境。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。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。政府需要调整无法适用的传统法律法规。

(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。由于互联网的国际性特点,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。此外,美国还向世界贸易组织(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、智能卡等都已经步入社会生活。但目前电子技术支付系统的开发处于初级阶段,尚未定型,此时尚不宜制订法规约束,以免妨碍其进步与发展。由于互联网的国际性特点,美国财政部已与各国政府一起合作,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,共同制订电子支付政策。

(3) 电子商务法规。美国政府支持所有国家采用联合国《电子商务示范法》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法委员会以及其他国际组织进一步努力制定出示范法律条款。

(4) 保护知识产权。网上的电子商务经常涉及知识产权的授权产品,为促进电子商务的发展和促成有效的商务环境,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,为达到这一目的,国际间确立有效的保护知识产权的国际协定,对于防止仿冒和欺诈行为是非常必要的,各国应尽快立法以遏制产品的仿冒和知识产权的被侵犯。

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

个人隐私原则分为两个方面:告知和许可。收集数据者应当通知消费者,他们在收集什么信息以及他们打算如何使用这些数据,数据收集者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,消费者在由于不当使用或者披露个人信息,或者由于提供不准确、过时的、不完整的或无关的个人信息而受到伤害时有权要求赔偿。

为保证世界各国迥然不同的隐私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流,美国政策应当采取双层个人隐私战略。美国将依据个人隐私原则所建立的框架会同主要贸易伙伴一起讨论如何支持一项基于市场的个人隐私对策。

(6) 信息安全。对互联网安全性的担心是电子商务发展的重要问题。人们对于目前网络安全的脆弱性十分担心,只有互联网能成为一种安全可靠的商业媒体,只有确保互联网可靠性的安全措施到位,商家和消费者才能放心。

电子签名与认证制度是目前保障网上安全可靠的重要手段,密码学是计算机和安全的重要工具,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,既可对存储数据加密,又可对电子通信加密。

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,将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,等等。美国政府认为不宜太多干涉网上信息内容。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的限制,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。技术标准对电子商务极为重要,因为标准可以使不同厂商的产品和服务协调一致,有利于网络联通并促进公平竞争。但是如果过早制订标准,则有可能成为新技术发展的障碍,也可能被用来作为贸易的非关税壁垒。

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、电子视频会议、高速网络技术数据交换等领域制定技术标准。



小贴士

《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,着重对电子签章作出了规定。该法第一章主要规定了电子签章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范。

(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年新加坡的《电子交易法》内容丰富,规范了电子商务中出现的多方面问题,该法中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,促使新加坡融入日益兴起的全球电子商务之中。

新加坡《电子交易法》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字、数字签字的效力、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、一般规定共12个部分。《电子交易法》内容概括起来包括如下几个方面。

1. 立法目的与法律解释

《电子交易法》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予以有效的解决。

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。该法还规定了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,同时,该法也规定了对于数据电文和电子签名的承认,不适用的某些方面,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作出了规定:明确规定合同订立的程序可以采用数据电文的形式;对当事人在订立合同中使用的数据电文的也承认其法律效力;明确数据电文的归属问题;规定了数据电文信息的确认收讫的规则;规定了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:包括:所有认证机构都应履行的义务,对外国认证机构的承认问题,持有执照经营的认证机构的责任问题。

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及进行的电子支付,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,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,对于那些有可能接近数据电文的人员规定了保密义务,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》的行为时,有权检查任何计算机及数据。

(三) 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》,确立信息私权保护原则。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年澳大利亚通过了电子签章法。1999年12月,澳大利亚颁布了《电子交易法》(ETA),提出了在电子商务中的媒体中立性原则和技术中立性原则。

(四) 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。《电子商务基本法》总的特点与该法第一条所规定的目的是一致的,即旨在促进电子商务的发展。

该法不仅对电子商务、电子通信信息、发送人、接收人、数字签名、电子商店认证机构等基本概念作出定义,对通信信息的有效性和电子商务的安全问题作

出规定,并且对消费者的保护以专门章节做了规定。

该法兼容了欧洲国家与美国在电子商务立法方面的特点,既有美国电子商务法着重于技术问题解决的特点,又有欧洲国家电子商务法偏重于消费者保护的特点,两者功效相辅相成。为具体实施其《电子商务基本法》,韩国制定了《电子签名法》。

三、中国电子商务立法概况

中国于1994年出现电子商务模式。几十年来,我国电子商务发展得到迅猛发展。由于电子商务将成为社会经济发展的新增长点,电子商务将改变商业经营的方式,促进经济的发展。因此,要确保电子商务的健康发展,就必须以健全的法律保障为基础和前提。

面对迅速发展的电子商务这种新的交易形式,要保证目前电子商务健康有序的发展,就必须充分利用现行民商法的法律法规加以保护,保证电子商务交易的正常进行。目前我国电子商务立法包括《电子签名法》《网络安全法》等法律,以及行政法规与规章、地方性法规等,其中,以部门规章、地方性法规和地方政府规章为主。

目前,中国主要的电子商务相关法律法规有:

(一)《电子商务法》

《电子商务法》是我国电子商务领域的基本法。2016年底,全国人大常委会发布《电子商务法》草案,向全社会征求意见。经四次修订、审议后,该法于2018年8月31日由第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过。《电子商务法》包括总则、电子商务经营者、电子商务合同的订立与履行、电子商务争议解决、电子商务促进、法律责任和附则等七个部分,共7章89条。

(二)《合同法》

《合同法》将数据电文作为合同书面形式的一种,明确规定了电子合同与书面合同具有同等的法律效力,并对有关电子合同的订立过程及有关内容作了具体规定,这些规定有利于电子商务的实际操作。

(三)《电子签名法》

《电子签名法》于2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过,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。《电子签名法》的颁布与实施对我国电子商务的发展有很大的推动和保障作用。

(四)《网络安全法》

《网络安全法》于2016年11月7日由第十二届全国人民代表大会常务委

理会第24次会议通过,于2017年6月1日起实施。该法是为了保障网络安全,维护网络空间主权和国家安全、社会公共利益,保护公民、法人和其他组织的合法权益,促进经济社会信息化健康发展而制定的。《网络安全法》适用于在中华人民共和国境内建设、运营、维护和和使用网络的活动,以及对网络安全的监督管理,是保障电子商务安全的基本法。



知识拓展

我国现行的涉及交易安全的法律还有:综合性法律,即民法和刑法中有关保护交易安全的条款;规范交易主体的有关法律,如公司法、个人独资企业法、合伙企业法、外资企业法等;规范交易行为的有关法律,如产品质量法、价格法、消费者权益保护法、反不正当竞争法等;监督交易行为的有关法律,如会计法、审计法、票据法、银行法等。

(五)《互联网信息服务管理办法》

《互联网信息服务管理办法》于2000年9月25日由国务院发布实施。为了规范互联网信息服务活动,《互联网信息服务管理办法》将互联网信息服务分为经营性和非经营性两类。

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,即对经营性互联网信息服务采用许可制度;对从事非经营性互联网信息服务的,实行备案制,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。

(六)《信息网络传播权保护条例》

2006年,国务院发布实施《信息网络传播权保护条例》,保护著作权人、表演者、录音录像制作者的信息网络传播权,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播。对网络著作权的合理使用、法定使用、网络服务提供者的法定义务、信息网络传播权领域的“避风港”原则等内容作出规定。

(七)《计算机软件保护条例》

《计算机软件保护条例》于1991年6月4日由国务院发布。2011年1月8日第一次修订。2013年1月30日第二次修订。该条例对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十分重要,起到了促进软件产业和国民经济信息化发展的目的。

(八)《计算机信息系统安全保护条例》

《计算机信息系统安全保护条例》于1994年2月由国务院发布并实施,明

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;任何组织或个人,不得利用计算机系统从事危害国家利益、集体利益和公民合法权益的活动,不得危害计算机信息系统的安全。该条例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。该条例于2010年12月29日修订。

有关行业主管部门陆续制定规章,对一些特殊行业网络经营行为进行规定,如2004年7月8日,国家食品药品监督管理局公布《互联网药品信息服务管理办法》;2006年中国银行业监督管理委员会发布《电子银行业务管理办法》;2010年6月14日,中国人民银行颁布《非金融机构支付服务管理办法》等。

此外,信息化方面的地方性法规中对电子商务也有规定,如2007年12月1日实施的《北京市信息化促进条例》规定,“在本市从事互联网信息服务活动的,应当按照国家规定办理相应许可或者履行备案手续。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,并在网站主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。”

作为电子商务法的重要补充,一些行业规范陆续出台,如2005年中国电子商务协会组织网络交易平台服务商共同制定的《网络交易平台服务规范》,2006年中国电子商务协会组织会员单位签署了《抵制恶意软件自律公约》。



复习思考题

1. 电子商务所涉及的法律问题有哪些?
2. 简述电子商务法的概念、特征。
3. 简述电子商务法的基本原则。
4. 《电子商务示范法》的产生和主要内容是什么?
5. 《欧洲电子商务行动方案》的立法目标是什么?
6. 简述我国电子商务的立法概况。



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。

电子商务主体有广义、狭义之分。狭义的电子商务主体是指电子商务经营主体,包括电子商务第三方平台和电子商务经营者。广义的电子商务主体,指凡是通过电子网络手段参与电子商务活动的主体,既包括狭义的电子商务主体,也包括消费者、各种网络服务提供商、第三方支付机构以及认证机构等。

我国《电子商务法》第9条规定,“本法所称电子商务经营者,是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织,包括电子商务平台经营者、平台内经营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者。”

“本法所称电子商务平台经营者,是指在电子商务中为交易双方或者多方

提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务,供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织。”“本法所称平台内经营者,是指通过电子商务平台销售商品或者提供服务的电子商务经营者。”

(二) 电子商务主体的特征

1. 主体的虚拟性

电子商务主体本身应该是真实的,不是虚拟的,但是由于电子商务是借助于信息网络实现的一种交易方式,这种交易方式使主体的存在方式看起来具有一定的虚拟性,因此更容易发生虚假情形。

电子商务主体,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,交易各方不能面对面通过感官加以判断,消费者在交易时也存在担心和顾虑,因此,电子商务主体的身份需要认定,电子商务法中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,因此,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关系,以及对各方责任的认定,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将更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,存在着无限广阔的创新前景,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、更新型的主体参与到电子商务法律关系中来。

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,除了直接参与交易的双方,还包括对特定电子商务行为的完成具有重要影响的参与者。以下把电子商务主体分为电子商务经营主体和为电子商务经营提供服务的其他主体两大类予以介绍。

(一) 电子商务经营主体

1. 电子商务经营者

电子商务经营者,是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织,包括电子商务平台经营者、平台内经

营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者。

电子商务经营者应当依法办理市场主体登记。但是,个人销售自产农副产品、家庭手工业产品,个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动和零星小额交易活动,以及依照法律、行政法规不需要进行登记的除外。

电子商务经营者应当依法从事经营活动。需要取得相关行政许可的,应当依法取得行政许可。电子商务经营者销售的商品或者提供的服务应当符合保障人身、财产安全的要求和环境保护要求,不得销售或者提供法律、行政法规禁止交易的商品或者服务。

电子商务经营者应当依法履行纳税义务,并有依照专门税收法律规定享受税收优惠的权利。依照规定不需要办理市场主体登记的电子商务经营者在首次纳税义务发生后,应当依照税收征收管理法律、行政法规的规定申请办理税务登记,并如实申报纳税。

电子商务经营者销售商品或者提供服务应当依法出具纸质发票或者电子发票等购货凭证或者服务单据。电子发票与纸质发票具有同等法律效力。

电子商务经营者应当在其首页显著位置,持续公示营业执照信息、与其经营业务有关的行政许可信息、属于法律规定的不需要办理市场主体登记情形等信息,或者上述信息的链接标识。电子商务经营者的营业执照信息或者行政许可信息发生变更,应当及时更新公示信息。

电子商务经营者自行终止从事电子商务的,应当提前 30 日在首页显著位置持续公示有关信息。电子商务经营者应当全面、真实、准确、及时地披露商品或者服务信息,保障消费者的知情权和选择权。电子商务经营者不得以虚构交易、编造用户评价等方式进行虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。

有关主管部门依照法律、行政法规的规定要求电子商务经营者提供有关电子商务数据信息的,电子商务经营者应当提供。有关主管部门应当采取必要措施保护电子商务经营者提供的数据信息的安全,并对其中的个人信息、隐私和商业秘密严格保密,不得泄露、出售或者非法向他人提供。

电子商务经营者从事跨境电子商务,应当遵守进出口监督管理的法律、行政法规和国家有关规定。



知识链接

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、承担义务的企业法人或者合伙组织。自然人作为电子商务的主

体,需要具备相应的民事权利能力与民事行为能力。

根据我国《民法通则》第二十七条规定,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。公司是典型的法人企业。

根据《合伙企业法》的规定:合伙企业有普通合伙企业和有限合伙企业两种形式。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。合伙企业不具备法人资格。

2. 电子商务平台经营者

(1) 概念。《电子商务法》规定,“本法所称电子商务平台经营者,是指在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务,供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织。”

(2) 分类。2014年商务部制定的《电子商务模式规范》将电子商务平台模式分为五类。

① B2C(I)——网上商厦(web mall):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。

② B2C(II)——网上商店(web store):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。

③ B2B(I)——网上交易市场(web trade market):提供给企业(或其他组织机构)法人或法人委派的行为主体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 B2B(II)——网上交易(web business):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建立网站,向其他企业(或其他组织机构)法人或法人委派的行为主体提供实物和服务的电子商务平台。

⑤ C2C——网上个人交易市场(web market for consumers):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。

(3) 电子商务平台经营者应当履行的义务和承担的法律 responsibility。电子商务平台经营者应当要求申请进入平台销售商品或者提供服务的经营者提交其身份、地址、联系方式、行政许可等真实信息,进行核验、登记,建立登记档案,并定期核验更新。这是对电子商务经营者身份进行核验和管理的主要环节。电子商务平台经营者发现平台内的商品或者服务信息存在违反法定情形的,应当依法采取必要的处置措施,并向有关主管部门报告。

电子商务平台经营者应当按照规定向市场监督管理部门报送平台内经营者的身份信息,提示未办理市场主体登记的经营者依法办理登记,并配合市场监督管理部门,针对电子商务的特点,为应当办理市场主体登记的经营者办理登记提供便利。

电子商务平台经营者应当依照税收征收管理法律、行政法规的规定,向税务部门报送平台内经营者的身份信息和与纳税有关的信息,并应当提示依法不需要办理市场主体登记的电子商务经营者依规定办理税务登记。

电子商务平台经营者应当采取技术措施和其他必要措施保证其网络安全、稳定运行,防范网络违法犯罪活动,有效应对网络安全事件,保障电子商务交易安全。电子商务平台经营者应当制定网络安全事件应急预案,发生网络安全事件时,应当立即启动应急预案,采取相应的补救措施,并向有关主管部门报告。

电子商务平台经营者应当记录、保存平台上发布的商品和服务信息、交易信息,并确保信息的完整性、保密性、可用性。商品和服务信息、交易信息保存时间自交易完成之日起不少于3年;法律、行政法规另有规定的,依照其规定。

电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则,制定平台服务协议和交易规则,明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。

电子商务平台经营者依据平台服务协议和交易规则对平台内经营者违反法律、法规的行为实施警示、暂停或者终止服务等措施的,应当及时公示。

电子商务平台经营者在其平台上开展自营业务的,应当以显著方式区分标记自营业务和平台内经营者开展的业务,不得误导消费者。电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求,或者有其他侵害消费者合法权益行为,未采取必要措施的,依法与该平台内经营者承担连带责任。

电子商务平台经营者应当建立健全信用评价制度,公示信用评价规则,为消费者提供对平台内销售的商品或者提供的服务进行评价的途径。电子商务平台经营者不得删除消费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价。

除法律规定以外,电子商务平台经营者可以按照平台服务协议和交易规则,为经营者之间的电子商务提供仓储、物流、支付结算、交收等服务。电子商务平台经营者为经营者之间的电子商务提供服务,应当遵守法律、行政法规和国家有关规定,不得采取集中竞价、做市商等集中交易方式进行交易,不得进行标准化合约交易。



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》

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》于2014年3月15日起施行。

《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,消费者要求其与生产者、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。

案例 2-1

美国花旗参诉淘宝商城卖家及淘宝网侵权案

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,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。

案例评析: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了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:“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”。

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作出终审判决的缘由了。

资料来源:中国电子商务研究中心网站 <http://b2b.toocle.com/detail-6080392.html>, 2013年1月23日

(二) 电子商务服务主体

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、网络服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可以分为以下几类。

1. 网络服务提供商

网络服务提供商(Internet Service Provider, 简称为ISP),是向广大用户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网络运营企业,受法律保护。ISP为电子商务活动构建一个最为基础的互联网络环境,是其能够有效运行的关键环节。



知识链接

中国三大基础运营商及大陆其他的网络运营商

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,一少部

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)。

END

网络服务提供商(ISP)应当履行的义务和承担的法律責任:

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,为他人在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;或者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。

不管是有偿还是无偿,在 ISP 和用户之间都构成一种服务合同关系。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 既然和用户之间建立了合同关系,就应依法履行为用户提供安全、有

效的网络服务的义务,否则就要承担合同责任。

案例 2-2

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电信件软件的“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。

资料来源:《文摘报》,1992.9.2

END

网络服务提供商的侵权责任主要是因其为侵权人(主要是侵犯著作权)的侵权行为提供了服务和便利而引发的。网络服务提供商最基本的特征是: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。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。

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》中规定,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,分别针对网络自动接入或传输服务提供者、网络自动存储服务提供者、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,能够享受“避风港”待遇做了规定。



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条亦规定:“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。”

正在征求意见的《著作权法修改(草案)》规定:网络服务提供者为用户网络用户提供存储、搜索或者链接等单纯网络技术服务时,不承担与著作权或者相关权有关的审查义务。他人利用网络服务实施侵犯著作权或者相关权行为的,权利人可以书面通知网络服务提供者,要求其采取删除、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后及时采取必要措施的,不承担赔偿责任;未及时采取必要措施的,与该侵权人承担连带责任。

网络服务提供者知道或者应当知道他人利用其网络服务侵害著作权或者相关权,未及时采取必要措施的,与该侵权人承担连带责任。网络服务提供者教唆或者帮助他人侵犯著作权或者相关权的,与该侵权人承担连带责任。网络服务提供者通过网络向公众提供他人作品、表演或者录音制品,不适用上述规定。

案例 2-3

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。

2. 网络内容提供商

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

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。目前中国国内搜索引擎市场 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)。

网络内容提供商(ICP)的义务和法律责任:

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。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。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。

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,抑或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。

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。

3. 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。

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(简称为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,如支付宝等,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

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,而且创造了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。

资料来源: http://miit.ccidnet.com/art/32559/20131225/5302809_1.html

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),指的是因特网上的站点,通常是指 Web 服务器。网站是一种通讯工具,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,以区别在网络上的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 地址相对应的字符型地址,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,例如 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》规定,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;HB—河北省;TW—台湾;HK—香港;MO—澳门,等等。

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主要有:

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^① 查询等服务。CNNIC 是亚太互网络信息中心 (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^② 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因特网域名及地址系统, 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。

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。



知识链接

申请域名注册的, 应当提交下列文件、证件

申请域名注册的, 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。

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

^① 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)。

^② 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。

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。

《互联网信息服务管理办法》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。其中,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) 网站管理法律制度

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。获得许可的,申请人应当持

经营许可证向企业登记机关办理登记手续。

根据《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、用户信息安全管理制;
- ⑥ 服务项目属于《互联网信息服务管理办法》第5条规定的从事新闻、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 服务项目属于本《互联网信息服务管理办法》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、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) 互联网信息服务提供者所提供内容合法的义务。

《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。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《治安管理处罚法》《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。网上商店可分为以下两种情况。

(1) 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。

(2) 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,只需在交易网站拥有自己的网页即可实现网上交易。



知识链接

关于“网上商店”界定

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,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,使得网上交易本身也存在着较大的风险性,当事人对商务活动缺少安全感,彼此之间缺乏信任。

从维护电子商务活动的健康、有序发展出发,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,才能使交易双方的顾虑与不安得以消除。因此,需要建立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

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。

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对通过认证企业的回访中,90%的企业认为是有公信力。“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。

资料来源: <http://www.100ec.cn>, 2011. 04. 23 日, 中国电子商务研究中心网上资料改写

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。

1. 主体真实原则

主体真实原则,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的,但它们不应当是虚拟的,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。

2. 主体资格法定原则

商事主体资格必须依法确定。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,具有法人资格的企业以商事主体身份从事商事交易,必须进行企业登记,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。

3. 主体公示原则

主体公示原则,就是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。

1. 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,其性质显然属于经营性网站,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。

2. 在第三方电子商务平台开设网上商店的认定

对于借助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,是通过网络商品经营者和网络服务经营者的登记管理来进行的。

国家工商行政管理总局制定的《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》)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。

在电子商务活动中,作为交易平台的提供者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。



复习思考题

1. 电子商务主体的特征有哪些？
2. 我国电子商务主体是如何分类的？
3. 我国网站的分类及法律管理制度是什么？
4. ISP 的法律责任有哪些？
5. ICP 的法律责任有哪些？
6. 电子商务第三方平台的法律责任有哪些？



学习目标

1. 掌握电子合同的概念、特征和类型,理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。

“互联网+”的时代,电子网络越来越普及,很多事情都可以通过电子网络解决,签订合同也不例外。无论是商业领域,还是生活领域,使用电子合同的频率越来越高,通过电子合同完成的交易甚至超过了传统的合同形式。无纸化的电子合同与数字化的订立方式改变了传统合同形式,产生了新的法律问题,需要我们正视并合理解决。

但是,电子合同形式并未改变合同的基本法律制度,传统的合同法律制度仍然适用于电子合同,只不过需要结合合同的电子形式灵活适用。本章根据我国《民法总则》《合同法》《电子商务法》《消费者权益保护法》等法律法规的一般规定,结合网络交易的特点,对电子合同的相关法律问题进行讨论。

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,是当事人之间通过计算机和互联网、以数据电文形式达成的设立、变更、终止财产性民事权利义务关系的协议。根据我国《电子签名法》第3条第2款规定,下列事项的设立不适用电子合同形式:

- (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。

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、电子邮件、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。

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。电子合同与传统相比,其本质是相同的,但是由于缔约方式和合同载体发生了革命性的变化,因此表现出与传统合同显著不同的特征。



知识链接

电子签名法生效后首份电子合同问世

《电子签名法》颁布后首份电子合同在北京正式签署。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。

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。

资料来源:人民网,2004年9月29日

二、电子合同的特征

电子合同虽然与传统合同的本质相同,同样是合同当事人意思表示达成一致的协议。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) 意思表示方式的电子化

电子合同的意思表示,无论是要约还是承诺都是以数据电文方式通过网络和计算机设备发出的,合同内容以数据电文的形式储存在电脑的终端设备中,不再以纸面的合同书为凭据,而只是一组一组的电子信息,人体感官不能直接

感知,须经机器解读后才能为人所感知和理解。这是电子合同和传统书面合同相区别的关键特征。

电子合同需要一系列的国际国内技术标准予以规范,如电子签名、电子认证,等等。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) 电子合同具有易改动性

电子合同的内容等信息纪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,订立合同无须签字,被称为“点击合同”。它的缺点是合同内容的改动、伪造不易留痕迹,不像纸面合同书的“白纸黑字”那样确定,所以必须通过完善电子签名和电子认证制度加以规范,以保证电子合同的安全。

(三) 订立合同的间接性

电子合同中的意思表示采用数据电文形式,必须通过计算机等终端设备发送,合同的谈判和签订过程中,当事人无须像传统合同那样通过面对面的方式进行,所以意思表示的表达和传递呈现出间接性。

(四) 电子合同的成本低、效率高

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。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,大大节约了交易成本,提高了经济效益。

(五) 电子合同主体的虚拟性和广泛性

订立合同的各方当事人通过在网络上的运作,虽远隔千里,互不谋面,却可以进行谈判和签订各种各样的合同。因此可以说,电子合同的主体可以是世界上的任何自然人、法人或者其他组织,而且用于订立合同的名称不一定是真实的姓名或名称。这个特征是传统合同所不具备的。



知识链接

我国的电子合同立法

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。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。2018年8月《电子商务法》获得通过。

另外,有关的法律法规有: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》;2004年制定的《电子签名法》(2015年修订)。

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,又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

根据电子合同订立的具体方式,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非纸张中介物上(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立双方的意思表示。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) 网络服务电子合同、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角度,可分为网络服务电子合同、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。

电子代理人是指在没有自然人参与的情况下,独立采取某种措施对某个电子信息作出反应的某个计算机程序、电子的或其他的自动手段。例如,EDI交易就是交易双方事先约定交易的条件并以其为基础制作程序,通过网络的传输,一方向另一方发出订单,另一方的程序则自动审单,并向对方反馈,对方程序再自动化审阅,如此交替进行,直至完成交易。这些自动交易的执行者就是电子代理人。

电子代理人的出现使合同的缔结过程可以在无人控制的情况下自动完成。合同可通过双方电子代理人的交互作用形成,也可以通过电子代理人 and 自然人之间的交互作用形成。电子代理人的要约和承诺行为可以导致一个有约束力的合同产生。

(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,电子合同可分为 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订立的合同。

B-B 合同是企业之间从事电子商务活动中订立的合同。

B-G 合同是企业与政府在进行电子商务活动中订立的合同。



知识链接

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,纷纷着手通过对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《电子商务示范法》,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。

《电子商务示范法》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，制订各种法律规范，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订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。

案例 3-1

电子形式不影响合同效力

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。

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。

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。

资料来源：http://www.btdcw.com/btd_1bof302pyx6trx0166dk_1.html

第二节 电子合同的订立

电子合同的订立是缔约人利用数据电文方式作出意思表示并通过互联网发出以达成合意的过程。电子合同的缔结过程和传统合同一样，也是通过要

约、承诺的方式完成的,只不过作出要约、承诺的方式不同而已。

《电子商务法》第 50 条规定,电子商务经营者应当清晰、全面、明确地告知用户订立合同的步骤、注意事项、下载方法等事项,并保证用户能够便利、完整地阅览和下载。电子商务经营者应当保证用户在提交订单前可以更正输入错误。

一、电子要约

1. 要约和电子要约的概念

要约是希望和他人订立合同的意思表示,又称订约提议、发盘、发价、出价等。在要约关系中,发出要约的一方称为要约人,接受要约的一方称为受要约人。要约一般向特定对象发出,有时也向非特定对象发出(如悬赏广告等)。电子要约,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”。电子要约的形式,既可以是明示的,也可以是默示的。

2. 电子要约的生效

电子要约通常都具有特定的形式和内容,一项电子要约要发生法律效力,必须具备以下有效要件。

(1) 电子要约须由有订约能力的特定人作出。

电子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,属于效力待定的电子合同。

(2) 电子要约须有订立合同的意思表示。

电子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,但该提议并不能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) 电子要约须向受要约人发出。

电子要约人只有向受要约人发出要约,要约才能成立。

(4) 电子要约内容须明确具体。

电子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) 电子要约须送达受要约人。

电子要约到达受要约人时生效。电子要约到达受要约人前,要约人可以撤回要约,但撤回要约的通知必须在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达

受要约人。

电子要约一旦生效,对要约人具有法律约束力。电子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。

3. 电子要约邀请

与电子要约容易混淆的是电子要约邀请。电子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,因此被作为要约引诱,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要约。

4. 电子要约的撤回和撤销

要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

要约到达受要约人生效后,可以有条件地撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。但有下列情形之一的,要约不得撤销:(1)要约人确定了承诺期限或者以其他方式明示要约不可撤销;(2)受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同作出了准备工作。

电子要约撤回或者撤销,应严格遵守合同法的规定,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要约的到达标准,《合同法》第16条第2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。”至于收件人何时实际检索识别,在所不问。这些规定的实质是一致的。因为电子要约的发送具有点击即到的特点,所以电子合同缔结过程中要约的撤回或撤销在实际操作中有别于传统合同,特别是电子要约的撤回,几乎是不可能的。

5. 电子要约的失效

根据合同法的有关规定,有下列情形之一的,电子要约失效(即消灭):

- (1) 拒绝要约的通知到达要约人。
- (2) 要约人依法撤销要约。
- (3) 承诺期限届满,受要约人未作出承诺。
- (4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

二、电子承诺

1. 承诺和电子承诺的概念

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”。电子承诺，是指受要约人以数据电文方式通过互联网作出的，接受要约并愿意与要约人缔结合同的意思表示。

电子承诺是针对网络上发出的电子要约而作出的。电子承诺人既可以用电子邮件的形式，也可以用点击的方式作出承诺。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、电报等方式作出承诺，仍然属于传统合同订立中的承诺，而不是在订立电子合同中作出的承诺。

2. 电子承诺的生效

以数据电文方式作出的意思表示是否构成承诺需具备以下几个要件：

(1) 电子承诺须由受要约人作出。

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) 电子承诺的内容须与电子要约的内容一致。

电子承诺的内容与电子要约的内容一致，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。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。

承诺对有关合同标的、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。

(3) 电子承诺在承诺期限内作出。

电子要约如果规定了承诺期限，受要约人应在承诺期限内作出承诺。电子要约没有规定承诺期限的，承诺应当在合理期限内作出，当事人另有约定的从其约定。

(4) 电子承诺须送达受要约人。

电子承诺到达要约人时生效。按照《合同法》的规定：“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。”

3. 电子承诺的撤回

电子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到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。”因此，撤回电子承诺的通知必须在承诺到达要约人之前到达要约人，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。而作为数据电文形式的承诺具有点击即时到达的特点，所以实践中电子承诺的撤回几乎是不可能的。

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。

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。

资料来源：<http://www.110.com/ziliao/article-156833.html>, 2010. 1. 8

三、电子合同的成立

电子合同的成立是指当事人以数据电文作出的意思表示通过互联网发送后彼此达成意思表示一致的状态。《电子商务法》第 49 条第 1 款规定：电子商务经营者发布的商品或者服务信息符合要约条件的，用户选择该商品或者服务并提交订单成功，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。

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

电子合同成立的时间是指电子合同开始对当事人产生法律约束力的时间。与传统合同一样,受要约人发出的电子承诺生效时,电子合同就成立。

由于各种法律制度的差异,加上受到通讯手段的限制,因此,对合同的成立时间,因各国合同法律制度的不同而存在差异。《联合国国际货物买卖合同公约》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终端。

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终端时,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收方承担。



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”,《联合国国际货物买卖合同公约》对接受生效原则上采取到达生效原则。

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》第26条规定,承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

采用数据电文形式订立合同的,承诺到达的时间适用《合同法》第16条第2款的规定。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,联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》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。”

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2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。

(三) 实际履行与合同成立的关系

合同法规定了两种特殊情况下对合同成立的确认。第一,法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式,但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。第二,法律、行政法规规定或者当事人约定采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。此外,最高人民法院司法解释规定,商品房的认购、订购、预购等协议具备《商品房销售管理办法》规定的商品房买卖合同的主要内容,并且出卖人已经按照约定收受购房款的,该协议应当认定为商品房买卖合同。这些规定在电子合同中也适用。

(四) 输入错误的更正和撤回

根据《电子商务法》的规定,电子合同当事人使用自动交易信息系统订立或者履行合同的行为对使用该系统的当事人具有法律效力。在使用自动交易系统时,在人机互动中用户发生输入错误,电子商务经营者应当保证用户在提交订单前可以更正输入错误。

如果系统未提供更正错误的方式,用户有权获得适当的救济。比如,同时符合以下要求的,用户有权撤回输入错误的部分:(1)该用户在发生错误后立即通知对方当事人有输入错误发生;(2)该用户没有从对方当事人处获得实质性的利益或者价值。

四、电子合同的内容

1. 电子合同的一般条款

电子合同的订立与传统合同一样,也应当遵循当事人意思自治原则,《合同法》对合同内容和条款没有作强制性规定。但根据合同主要内容应当具体确定到能够履行的原则,电子合同一般包括以下条款:(1)当事人的名称或者姓名和

住所;(2)标的;(3)数量;(4)质量;(5)价款或者报酬;(6)履行期限、地点和方式;(7)违约责任;(8)解决争议的方法。

2. 格式合同或格式条款

(1) 概念。

格式合同是指当事人(特别是一些垄断性企业)为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商并不允许对其内容进行修改的合同条款。

(2) 对格式合同的法律限制。

由于格式合同或格式条款是单方面提供的,未经双方平等协商,与合同法平等、自愿、意思表示真实等基本原则有所不合,但是格式合同或格式条款的使用能够大大提高订立合同的效率,所以合同法并不禁止使用,只是对其法律效力做了一些限制,以平衡合同当事人之间的利益关系:

第一,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理方式提请对方注意有关格式条款的内容;

第二,提供格式条款的一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效;

第三,对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上理解的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。

五、电子合同的形式

合同的形式是指合同的外在表现形式,是合同内容的载体。合同的电子形式,也称为数据电文形式,是指以电子形式、光学形式或类似形式表达合同内容的合同表现形式。电子技术的发展和电子合同的出现,改变了“书面形式”的传统含义。

《合同法》第11条规定:“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。”我国《电子签名法》第4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。”

可见,随着科技的发展,作为合同载体的方式的变革,立法与时俱进,已经认可了电子合同的书面性质。合同的书面形式实际上是确定合同内容的比较确实可靠的证据而已,因此,司法实践中只认可合同原件的法律效力,因为复制件的真实性难以认定。

那么,电子合同的原件问题怎么确定呢?《电子签名法》第5条规定: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。电子合同的原件价值也得到了立法的认可。

六、缔约过失责任

缔约过失责任,是指一方当事人在订立合同过程中,因为过错给对方当事人造成损失时应当承担的责任。它发生在合同成立之前,所以不能以违约责任对待。缔约过失主要包括以下情形:

(1) 假借订立合同,恶意进行磋商。

(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况(如未经登记注册的企业主体资格、财产状况、履约能力、瑕疵、性能、使用方法等)。

(3) 有其他违背诚实信用原则的行为(如违反要约或要约邀请、初步协议或许诺;因一方过错合同被宣告无效或撤销;无权代理等)。

(4) 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用。否则,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。



知识链接

电子合同生效与传统合同的区别

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

合同的效力问题就是指合同是否具有法律约束力的问题。一般来说,合同成立后,其法律后果可能有以下四种情况:有效合同;效力待定合同;可变更、可

撤销合同;无效合同。电子合同也不例外。

一、有效的电子合同

1. 合同作为民事法律行为之一种,其生效的一般条件包括:

- (1) 行为人具有相应的民事行为能力。
- (2) 意思表示真实。
- (3) 内容不违反法律或者社会公共利益。

2. 合同的生效

- (1) 依法成立的合同,自成立时生效。
- (2) 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。如《担保法》规定,房屋抵押合同自办理登记手续之日起生效。
- (3) 附条件的合同。附生效条件的合同,自条件成就时生效;附解除条件的合同,自条件成就时失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就;不正当地促成条件成就的,视为条件不成就。
- (4) 当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同,自期限届至时生效;附终止期限的,自期限届满时失效。

3. 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的意思表示达成了一致,但电子合同的成立并不等于电子合同的生效,电子合同能否产生法律效力,是否受法律保护还需要看它是否符合法律规定的生效要件。电子合同的生效须同时具备以下几个条件。

- (1) 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。

由于电子合同订立是利用终端机、通过互联网以点击的方式完成的,合同当事人不能面对面判断对方的民事行为能力状况,如果非拘泥于以传统的方式确定对方当事人的民事行为能力才订立合同,会大大降低电子商务活动的效率,甚至使电子商务活动无法进行。所以《电子商务法》第48条规定,在电子商务中推定当事人具有相应的民事行为能力。但是,有相反证据足以推翻的除外。

作为民事法律行为生效要件之一,如果事后有证据证明当事人不具备相应民事行为能力的,应当对其所做电子商务行为的效力作出否定性评价,以维护民事法律关系的公正性。

 案例 3-3

未成年人订立的电子合同是否有效

一刚上小学二年级的男童,在某购物网站以他父亲李某的身份证号码注册了客户信息,并且订购了一台价值 1000 元的小型打印机。但是当该网站将货物送到李某家中时,曾经学过一些法律知识的李某却以“其子未满 10 周岁,是无民事行为能力人”为由,拒绝接收打印机并拒付货款。由此交易双方产生了纠纷。

李某主张,电子商务合同订立在虚拟的世界,但却是在现实社会中得以履行,应该也能够受现行法律的调控。而依我国现行《民法通则》第 12 条第 2 款和第 55 条的规定,不满 10 周岁的未成年人是无民事行为能力人,不能独立进行民事活动,应该由他的法定代理人代理民事活动。其子刚刚上小学二年级,未满 10 周岁,不能独立订立货物买卖合同,所以该打印机的网上购销合同无效;其父母作为其法定代理人有权拒付货款。

对此,网站主张:由于该男童是使用其父亲李某的身份证登录注册客户信息的,从网站所掌握的信息来看,与其达成打印机网络购销合同的当事人是一个有完全民事行为能力的正常人,而并不是此男童。由于网站是不可能审查身份证来源的,也就是说网站已经尽到了自己的注意义务,不应当就合同的无效承担民事责任。

评析:李某的未满 10 周岁的男孩在网络上订立了买卖合同。根据我国《民法通则》的规定,对于一个未满 10 周岁的儿童来说,他是无民事行为能力者。无民事行为能力人订立的合同无效,所以李某拒付货款的行为本来也无可厚非。但是,由于孩童是以其父的身份证登录客户信息,如果网站有充分的证据证明其已经尽到了必要的注意义务,那么完全无视网站利益受到侵害的事实则有失公平。

而另一方面,李某作为其子的监护人和其身份证的合法持有人,没有尽到相应的管教义务和保管义务,导致其子滥用其身份证进行登录注册,应当对合同无效给网站造成的损失承担赔偿责任。所以,应该认定购物网站有权要求李某承担货物的往返运费和其他交易费用。

资料来源:<https://wenku.baidu.com/view/07cfbb8e700abb68a882fb45.html>

(2) 电子意思表示真实。

电子意思表示真实是指利用数据电文形式而为的意思表示是当事人真实的意思表示。电子意思表示的形式是多种多样的,包括但不限于电话、电报、电传、传真、电子邮件、电子数据交换和互联网数据等,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。

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。如果通过技术手段能够证明电子要约或承诺不是当事人真实的意思表示,则应当允许撤销。

(3) 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。根据法律规定需要批准登记的,电子合同还需到有关部门办理批准登记手续后才能生效。



知识链接

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,传输给甲方。这样,一份具有法律效力的电子合同就成立了。

END

二、效力待定的电子合同

效力待定合同,是指合同虽然已经成立,但因其不完全符合合同的生效要件,因此其效力能否发生,尚未确定,一般须经有权人表示承认才能生效,如果在法定的时限内有权决定的人不表示认可或者拒绝认可,则合同归于无效。根据合同法的规定,以下几种情况下订立的电子合同效力待定。

(1) 限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状态相适应而订立的合同,无须经法定代理人追认即为有效。电子合同的订立方式决定了合同当事人各方互不见面,无从直观地判断对方的行为能力状况,所以这种情形更容易出现。

合同相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当

以通知的形式作出。

(2) 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人订立合同, 未经被代理人追认, 对被代理人不发生效力, 由行为人承担责任。但是相对人有理由相信行为人有代理权的, 该代理行为有效, 即表见代理, 如法人或其他组织的法定代表人、负责人的越权合同行为对善意相对人来说就容易构成表见代理。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作意思表示的, 视为拒绝追认。合同被追认之前, 善意相对人有撤销的权利。撤销应以通知的方式作出。

(3) 无处分权的人处分他人财产的合同效力待定, 经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的, 该合同有效。

三、可变更或者可撤销的电子合同

可变更或可撤销的合同, 是指合同成立后, 存在法定事由, 当事人有权请求人民法院或者仲裁机构变更有关内容或撤销的合同。当事人请求变更的, 人民法院或仲裁机构不得撤销; 当事人请求撤销的, 人民法院或仲裁机构可酌情变更或撤销。被撤销的合同, 自始无效。

1. 申请变更或撤销合同的法定事由

(1) 因重大误解订立的合同。

(2) 在订立合同时显失公平的。

(3) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危, 使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。

电子合同的当事人如果遇到上述情形之一, 就可以向人民法院或共同选定的仲裁机构申请变更或撤销合同。

2. 撤销权的消灭

依法享有撤销请求权的一方, 如果有下列情形之一, 撤销权即消灭。

(1) 具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内没有行使撤销权的。

(2) 具有撤销权的当事人明示或以自己的行为放弃撤销权的。

四、无效电子合同

无效合同是指不发生法律效力的合同。电子合同一旦被确认为无效, 从订立时起就没有法律效力, 不受法律保护, 即自始无效。合同尚未履行的不再履行; 正在履行的停止履行; 已经履行的恢复原状, 不能恢复原状的, 根据各自的责任折价补偿或者承担其他法律后果。

合同无效区分为全部无效和部分无效。合同部分无效,不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。《合同法》规定,下列合同无效:

- (1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立的合同,损害国家利益。
- (2) 恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益。
- (3) 以合法形式掩盖非法目的。
- (4) 损害社会公共利益。
- (5) 违反法律、行政法规的强制性规定。

《合同法》规定,下列免责条款无效:

- (1) 造成对方人身伤害的。
- (2) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

《电子商务法》第49条第2款规定:电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立;格式条款等含有该内容的,其内容无效。

合同无效的情形是法定的,除了人民法院依法确认符合上述情形的合同无效外,其他任何组织无权确认或宣布当事人签订的合同无效。

电子合同被依法确认为无效合同,或者电子合同被依法撤销后的法律后果如下:

- (1) 返还财产或折价补偿。
- (2) 赔偿损失。过错方应当赔偿对方因此所受到的损失。双方都有过错的,依过错大小各自承担相应的主次责任。
- (3) 追缴。当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。
- (4) 合同无效或者被撤销后,合同中解决争议方法条款的效力不受影响。

第四节 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。

（一）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,如果没有约定,履行方式应当符合惯例。

（二）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。

（三）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。

（四）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、电子合同约定不明确时的履行

合同法规定,合同生效后,当事人就有关内容没有约定或约定不明确的,可以协议补充,不能达成补充协议,按照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定的,适用下列规定:

(1) 质量要求不明确的,按照国家标准、行业标准;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

(2) 价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或指导价的,依其规定。

(3) 履行地点不明确,给付货币的,在接受货币一方所在地履行;交付不动产的,在不动产所在地履行;其他标的,在履行义务一方所在地履行。

(4) 履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行,但应当给对方必要的准备时间。

(5) 履行方式不明确的,按照有利于实现合同目的的方式履行。

(6) 履行费用的负担不明确的,由履行义务方负担。

执行政府定价或者指导价的,在合同约定的交付期限内政府价格调整时,按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的,遇价格上涨时,按照原价格执行;价格下降时,按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的,遇价格上涨时,按照新价格执行;价格下降时,按照原价格执行。

三、电子合同履行中的抗辩权

1. 概念

合同履行中的抗辩权,是指在双务合同中,一方当事人有依法对抗对方要求或者否认对方要求的权利。

2. 抗辩权的种类

(1) 同时履行抗辩权。当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行。一方在对方履行债务不符合

约定时,有权拒绝其相应的履行要求。

(2) 顺序履行抗辩权(先履行抗辩权)。当事人互负债务,有先后履行顺序,先履行一方未履行的,后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的,后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

(3) 不安抗辩权。应当履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:①经营状况严重恶化;②转移财产、抽逃资金,以逃避债务;③丧失商业信誉;④有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人行使不安抗辩权中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。当事人没有确切证据中止履行的,应承担违约责任。

四、电子合同履行中的代位权和撤销权

(1) 代位权。代位权是指债务人怠于行使(应行使且能行使而不行使)其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。

(2) 撤销权。撤销权是因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害;或者债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形的,债权人可以请求人民法院撤销债权人的行为。撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的,该撤销权消灭。

代位权、撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权、撤销权的必要费用,由债务人承担。

五、电子合同的履行

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,在线交付。二是在线付款,离线交付。三是离线付款,离线交付。

在线交付合同的标的一般是信息产品,例如音频、视频的在线下载等。合同标的为采用在线传输方式交付的,合同标的进入对方当事人指定的特定系统并且能够检索识别的时间为交付时间。合同标的为提供服务的,生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为交付时间;前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的,实际提供服务的时间为交付时间。

当然,信息产品也可以选择离线交付。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,其履行环节比较简单。合同当事人对交付

方式、交付时间另有约定的,从其约定。

《电子商务法》规定,电子商务当事人可以约定采用电子支付方式支付价款。

电子支付服务提供者电子商务提供电子支付服务,应当遵守国家规定,告知用户电子支付服务的功能、使用方法、注意事项、相关风险和收费标准等事项,不得附加不合理交易条件。电子支付服务提供者应当确保电子支付指令的完整性、一致性、可跟踪稽核和不可篡改。电子支付服务提供者应当向用户免费提供对账服务以及最近3年的交易记录。电子支付服务提供者提供电子支付服务不符合国家有关支付安全管理要求,造成用户损失的,应当承担赔偿责任。

用户在发出支付指令前,应当核对支付指令所包含的金额、收款人等完整信息。支付指令发生错误的,电子支付服务提供者应当及时查找原因,并采取相关措施予以纠正。造成用户损失的,电子支付服务提供者应当承担赔偿责任,但能够证明支付错误非自身原因造成的除外。

电子支付服务提供者完成电子支付后,应当及时准确地向用户提供符合约定方式的确认支付的信息。

用户应当妥善保管交易密码、电子签名数据等安全工具。用户发现安全工具遗失、被盗用或者未经授权的支付的,应当及时通知电子支付服务提供者。未经授权的支付造成的损失,由电子支付服务提供者承担;电子支付服务提供者能够证明未经授权的支付是因用户的过错造成的,不承担责任。电子支付服务提供者发现支付指令未经授权,或者收到用户支付指令未经授权的通知时,应当立即采取措施防止损失扩大。电子支付服务提供者未及时采取措施导致损失扩大的,对损失扩大部分承担责任。

六、快递物流与交付

如果电子合同标的是有形商品,就不可能在线交货,必须选择线下物流的方式交货。离线交付往往要选择快递物流的方式。

(一) 快递物流服务提供者

根据我国《邮政法》的规定,快递物流业的经营实行许可制度。经营快递业务,应当取得快递业务经营许可;未经许可,任何单位和个人不得经营快递业务。

申请快递业务经营许可,应当具备下列条件:(1)符合企业法人条件;(2)在省、自治区、直辖市范围内经营的,注册资本不低于人民币50万元,跨省、自治区、直辖市经营的,注册资本不低于人民币100万元,经营国际快递业务的,注册资本不低于人民币200万元;(3)有与申请经营的地域范围相适应的服务能

力；(4)有严格的服务质量管理体系和完备的业务操作规范；(5)有健全的安全保障制度和措施；(6)法律、行政法规规定的其他条件。

申请快递业务经营许可，在省、自治区、直辖市范围内经营的，应当向所在地的省、自治区、直辖市邮政管理机构提出申请，跨省、自治区、直辖市经营或者经营国际快递业务的，应当向国务院邮政管理部门提出申请；申请时应当提交申请书和有关申请材料。受理申请的邮政管理部门应当自受理申请之日起45日内进行审查，作出批准或者不予批准的决定。

予以批准的，颁发快递业务经营许可证；不予批准的，书面通知申请人并说明理由。邮政管理部门审查快递业务经营许可的申请，应当考虑国家安全等因素，并征求有关部门的意见。申请人凭快递业务经营许可证向工商行政管理部门依法办理登记后，方可经营快递业务。外商不得投资经营信件的国内快递业务。国内快递业务，是指从收寄到投递的全过程均发生在中华人民共和国境内的快递业务。

邮政企业以外的经营快递业务的企业（以下称快递企业）设立分支机构或者合并、分立的，应当向邮政管理部门备案。快递物流服务提供者以加盟方式为电子商务提供服务的，在加盟地域和业务范围内均应当具备经营资质，并签订书面协议约定权利义务。加盟，是指两个以上快递物流服务提供者依照有关法律、行政法规的规定采用统一的商标、商号或者运单等，共同组成服务网络，遵守共同的服务约定提供快递物流服务的行为。

（二）快递物流服务范围

快递物流服务提供者应当向社会公示服务承诺事项。服务承诺事项发生变更的，应当及时公示。快递物流服务提供者进行作业时，应当加强服务信息化、网络化和标准化建设，规范数据处理和数据管理程序，保证作业信息准确和可追溯。

快递企业不得经营由邮政企业专营的信件寄递业务，不得寄递国家机关公文。快递企业经营邮政企业专营业务范围以外的信件快递业务，应当在信件封套的显著位置标注信件字样。快递企业不得将信件打包后作为包裹寄递。

经营国际快递业务应当接受邮政管理部门和有关部门依法实施的监管。邮政管理部门和有关部门可以要求经营国际快递业务的企业提供报关数据。

（三）快递企业的物流义务和责任

快递物流服务提供者应当建立并严格实施作业技术规范，确保作业过程的安全性。快递物流服务提供者在揽收电子商务交易物品时应当履行查验义务，不得违法揽收国家规定的禁止和限制寄递、运输的物品。

快递物流服务接受者应当如实填写快递物流运单。快递物流服务提供者应当核对运单信息，对于运单填写不完整或者信息填写不实的，不予揽收。

对于与快递物流服务接受者有特殊约定或者提供代收货款服务的,快递物流服务提供者应当与快递物流服务接受者在合同中明确电子商务交易物品交付验收的权利义务。快递物流服务提供者在提供快递物流服务的同时,可以接受电子商务经营者的委托提供代收货款服务。快递物流服务提供者提供代收货款服务的,应当建立严格的现金管理、安全管理和风险管控制度。

快递物流服务提供者应当与电子商务经营主体签订协议,对收费标准、服务方式、争议处理等作出约定。所谓代收货款,是指快递物流服务提供者利用服务网络和资源,在提供快递物流服务的同时,为电子商务经营主体代收货款并结算的快递物流增值业务。

电子商务经营主体向消费者专项收取的快递物流服务费用不得高于快递物流服务提供者公示的服务价格,不得利用自身经营优势限定消费者选择快递物流服务提供者的范围。

电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的,以快递物流服务接受者签收时间为交付时间。快递物流服务提供者在交付商品时,应当提示收货人当面查验;交由他人代收的,应当经收货人同意。迟延交付的,依据物流合同约定承担违约责任。

如果物流合同是快递物流服务提供者与电子商务经营主体之间签订的,由快递物流服务提供者向电子商务经营主体承担违约责任,电子商务经营主体向电子合同的购买方承担违约责任。这种情况下,快递物流服务提供者与电子商务合同的购买方之间不存在合同关系。

快递物流服务提供者在服务过程中,电子商务交易物品发生延误、丢失、损毁或者短少的,应当依法赔偿。以加盟方式提供快递物流服务的,加盟方与被加盟方承担连带赔偿责任。

快递物流服务提供者应当按照规定使用环保包装材料,实现包装材料的减量化和再利用。

快递企业停止经营快递业务的,应当书面告知邮政管理部门,交回快递业务经营许可证,并对尚未投递的快件按照国务院邮政管理部门的规定妥善处理。



复习思考题

1. 简述电子合同与传统合同的区别和联系。
2. 简述电子合同的类型。
3. 简述电子合同的订立程序。
4. 简述电子合同的生效要件。
5. 简述电子合同的书面性质和原件价值。



学习目标

1. 了解签名在商务活动的功能及其重要性,理解电子签名的法定含义、特征。
2. 了解电子认证的含义与作用,掌握我国《电子签名法》中所规定的基本制度。
3. 了解我国对于电子认证机构设立条件以及设立程序的规定。
4. 掌握我国法律对于电子认证活动的基本规定。

在传统的信息传递领域中,书面形式是一种主要的意思表示方式,当事人以书面文本为意思表示,并以签名或印章进行确认。可以说,签名已经成为大多数社会活动的法定要件。但是,意思表示的电子形式的出现,使以纸面形式作为依托的签名失去了存在的依据。因此,如何从技术上保障电子意思表示签名的可靠性、从法律上确认电子签名的效力,就必须建立电子签名法律制度和电子认证法律制度,这是电子商务活动能够正常开展和发展的基础性制度。

第一节 电子签名概述

一、签名的概念和功能

(一) 签名的概念

传统上,签名是指一个人用手亲笔在一份文件上写下名字或留下印记、印章或其他特殊符号,以确定签名人的身份,并确定签名人对文件内容予以认可。在物理世界中,传统的信息传递方式主要有口头形式和纸面形式,在录音录像技术出现以前,口头形式无法保存和重复,也无法签署。而纸面形式既可以以

有形的方式保存,也可以在需要的时候反复拿出来再现,还可以通过有关当事人签署以防止篡改。

《美国统一商法典》对签名的范围作了扩大规定,从当事人的姓名扩大到任何符号,即当事人为鉴别某书面文书而作成或采用的任何符号,都视为签名。传统上,一个有效的签名应同时具备三方面要求:一是正确的名字或符号,二是书面形式,三是本人亲手书写。实践中,签名方式还扩大到盖印章、捺指印,以及特殊场合只要签署姓、名、别号、商号、堂名等文字即可。

《1978年联合国海上货物运输公约》第14条规定:“于不抵触海运提单签发国法律的情况下,海运提单的签名可以手写、传真、影印、打孔、印章、代号等方式,或以任何其他机械或电子方法作出。”总而言之,只要能确认文件签署人的身份,并且从法律上能够足以将文件责任归属于其人的符号,都可以认定为有效的签名。

(二) 签名的功能

签名是把被签署的文件及其内容与签名人联系起来的一种法律制度。签名主要具有以下三项功能:

(1) 表明签名人对文件内容的确认。签名人在纸面文件上亲手签署自己的姓名或约定的特殊符号,意味着其对文件内容的认可,这是签名的基本含义。

(2) 能够表明文件的来源,即识别签名人。传统的纸面签名都由当事人亲手为之,由于每个人的书写习惯具有独一无二的特殊性,通过这种特殊性可以鉴定、确定签名人。

(3) 防止文件内容被篡改。纸面形式的文件加上当事人各方亲手书写的独特的签名,相互制约,足以防止文件被篡改。

以上三项功能相结合,能够构成签名人对文件内容的真实性、完整性的确认并承担法律责任的根据。

二、电子签名的概念和种类

传统的签名必须依附于纸张等有形的介质,当民事活动进入电子网络空间,在电子交易过程,文件是通过数据电文发送、交换、传输、储存来形成的,没有有形介质,数据电文非经电脑等设备转化,人体感官不能直接感受和识别,这就需要通过一种技术手段来识别交易当事人、保证交易安全,以达到与传统的手写签名相同的功能,这种技术手段就是电子签名。

作为电子签名,在技术上,它是一种加密技术,能够确保不能被篡改,或者被篡改后能够被及时发现。在法律上,具有能够确认主体身份和文件真实、完整并确定责任归属的可靠性。自从竹简、木简、纸张等书写发明以来,在漫长的社会发展过程中,这些书写工具逐渐被赋予了法律意义,世界各国法律大都要

求文件须具备“书面”“原本”“原件”“签名”等形式或要素才认可其法律效力,不具备这些条件的,法律会否认其效力。

随着电子商务的出现,文件的数据电文形式和电子签名也必须被赋予特定的法律效力,电子商务才能开展下去。2001年联合国国际贸易法委员会通过了《电子签名示范法》,在国际领域赋予电子签名以法律意义。2004年8月28日,《电子签名法》的出台,使电子签名在我国也成为法律概念,电子签名及其相应的社会关系开始接受法律的调整。

(一) 电子签名的概念

电子签名的概念有广义和狭义之分。广义的电子签名包括使用各种电子手段的电子签名,是从功能等同的角度进行界定的,而不考虑签名是以什么技术形式出现。狭义的电子签名是指以一定的电子签名技术为特定手段的签名,通常是指数字签名。

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”。美国《统一电子交易法》对电子签名的定义是:“是指由意图签署一项纪录的人实施或采用的,附属于或逻辑上与该电子记录相联系的电子声音、符号或过程”。

我国《电子签名法》第2条规定,所谓电子签名,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。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。由此可见,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,都采取的是广义电子签名的概念。据此,电子签名的概念包含以下内容:

(1) 电子签名是以电子形式出现的数据。这种电子形式的数据非借助机械的转化不能为人体感官所感知。

(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。

(二) 电子签名与传统签名的区别

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。电子签名与传统的在纸面上的手书签名的主要区别有:

(1) 传统签名应用于物理空间,电子签名是网络空间的签名。以人的感官为标准衡量,可以说传统签名是有形的,电子签名是无形的。

(2) 电子签名是一种跨越地理空间的远距离认证方式,传统的签名不具备这种特点。电子签名的传递和识别不受物理空间的限制,签名人在点击发送签名的瞬间,无论位于多么遥远位置的对方可以即时收到并识别。

(3) 传统的手书签名一般都是签署者自己的姓名或其他特定的符号,每个人都会养成其特有的书写习惯,不会有大幅度的改变,也不会被忘记,同时,手书签名不可能每次都写得完全一样,但这种差异性在实践中并不影响其法律效力。电子签名是一组数字、字母或者符号构成的,是一种计算机程序,因此签名者每次录入其签名内容时,必须保证完全相同,否则就不能完成签名。除非通过解密程序得到签名者签名的数字内容,一般不能被仿冒。而传统的手书签名,因为是一种有形字体,所以有可能被仿冒得很相似,从这个意义上说,手书签字、印章的可靠性只是相对的,比如笔迹鉴定的可靠性。

(4) 传统的手书签名可直接通过人的肉眼感知,电子签名不能直接通过人的肉眼观看,只有通过机器的转化显示后人眼才能感知、识别,所以电子签名可靠性的验证也只能通过电子技术和机器手段的认证才能确定。

电子签名虽然与传统手书签名的形式存在着很大的差异,但这种差异不影响电子签名在社会关系和法律调整中发挥与手写签名相同的功能。这是因为电子技术确保了网络空间的电子签名能够满足签名所应当具备的基本条件,即:

(1) 电子签名人事后不能否认自己签名的事实。电子签名可以把该信息与信息的发出者联系起来,证明信息是从何处发出的,从而可以有效地防止拒绝承认的问题。

(2) 任何其他人无法伪造其签名。通过电脑作出的电子签名与所发送信息相联系,一方面保证所发出的信息没有被篡改,另一方面保证签名本身没有被篡改,两方面相结合,以保证信息的完整性、真实性。

(3) 签名能够由第三方通过技术手段公正地验证其真伪。电子签名的真伪可以由依法设立的机构通过电子计算机技术加以验证。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。电子签名存在的一个特殊问题是,电子签名和电子签名认证系统容易受到“黑客”的攻击,维护其安全性是一个持久的技术课题和法律课题。

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。但是,电子签名作为网络空间的一种特殊签名手段,只要能够起到与传统手写签名一样的功能,就应该享有与传统手写签名相同的法律地位。电子签名法所解决的正是电子签名的法律效力问题。

(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,并作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,以完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。

电子技术的发展使得这种电子签名只要签署一次,存入电脑,以后就可以重复使用。电子化签名与被签署的文件相结合,在未经授权的情况下,他人无法看到签名。这种电子化签名经过特殊的加密处理,使他人无法轻易复制签名或修改已经签署过的文件,如果遭到修改,就会留下记录,通过计算机技术可以被发现,安全性比较高。电子化签名的伪造或欺诈,与传统手写签名被仿冒的问题相似,如果遭到仿冒的嫌疑,仍需利用传统的笔迹鉴定技术。

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。由于每个人的指纹、声波纹、视网膜结构、脑波等生理特征各不相同,所以只要技术上可以将其存储在一定的资料库,这样通过对比就可以用来识别相应的主体,发挥与传统签名一样的功能。但是,建立这种资料库的成本高昂,使用起来程序烦琐,加之有被复制的可能,所以没有得到推广。

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年代后被大量采用。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,是电子签名的主要形式,也是电子签名法调整的重点对象。



知识拓展

在ISO7498-2标准中,数字签名被定义为:“附加在数据单元上的一些数据,或是对数据单元所作的密码变换,这种数据和变换允许数据单元的接收者用以确认数据单元来源和数据单元的完整性,并保护数据,防止被人(例如接收者)进行伪造”。

美国电子签名标准(DSS,FIPS186-2)对数字签名解释为:“利用一套规则和一个参数对数据计算所得的结果,用此结果能够确认签名者的身份和数据的完整性”。

三、各国关于电子签名的立法

(一) 各国关于电子签名法律的立法

世界上第一部电子签名法是美国犹他州 1995 年制定的《犹他州电子交易法》。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,有关电子商务和电子签名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。该法关于电子签名的内容占据了大量篇幅,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。

日本在 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,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。

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。



知识链接

“高级电子签名”与“合格电子签名”

根据《关于电子签名框架的立法》,“高级电子签名”是指符合下列条件的电

子签名:

- (1) 只属于签名密钥持有人;
- (2) 可用于鉴别签名密钥持有人;
- (3) 可通过签名密钥持有人单独控制的手段制作;并且
- (4) 与相关的数据相联系,使得它可辨别数据的任何嗣后变化。

根据《关于电子签名框架的立法》,“合格电子签名”是指符合下列条件的电子签名:

- (1) 该签名的制作以有效合格证书为依据,并且
- (2) 由安全的签名制作单位制作。

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作了规定。

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。

2004年8月28日,中华人民共和国第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、政务活动都产生了深远的影响,并大大促进了我国电子商务的发展。

(二) 各国主要电子签名法律的立法模式

世界各国关于电子签名的立法,大致可以分为三种类型。

1. 技术特定型立法模式

技术特定型立法模式是指由法律指定某种特定的技术作为电子签名的法定技术,并且只赋予由这种技术所产生的电子签名的法律地位。这种模式的立法将数字签名技术作为电子签名的法定技术,只承认数字签名的法律地位,规定只有通过非对称密钥加密技术作出的电子签名才具有与传统手写签名同等的法律效力,实际上是数字签名的立法。

技术特定型立法模式起源于美国犹他州的《数字签名法》,该法明确规定,以数字方式签署的文件如同纸面书写的一样有效。采用这种立法模式的还有意大利、俄罗斯、马来西亚等国。

2. 技术中立型立法模式

技术中立型立法模式主要关注签名相应的功能以及这些功能所借以转化为技术应用的方法,是对广义范围的电子签名给予法律承认,也称为功能等同方式。这种立法模式没有具体确定实现电子签名的技术方案,而是规定只要达到一定的要求,任何电子签名技术手段都享有与传统手写签名同等的法律地位。

技术中立型立法模式的代表是联合国国际贸易法委员会制定的《电子签名示范法》。该法的第3条规定,该法任何条款的适用概不排除、限制或剥夺满足一定要求或者符合适用法律要求的制作电子签名的任何方法的法律效力。采用这种立法模式的国家有澳大利亚、美国、加拿大等国。

3. 折中型立法模式

技术特定型立法模式和技术中立型立法模式都存在一定的局限性,折中型立法模式主要是试图解决以上两种立法模式存在的缺陷。折中型立法模式一方面对电子签名规定了技术要求,对使用数字签名或以数字签名为代表的安全电子签名的效力做出具体规定,规定了有关当事人的权利义务关系,另一方面规定了广义电子签名的一般效力,为新的技术发展留下空间,使立法更加具有持久性。

技术中立型立法模式的代表是新加坡的《电子交易法》。采用这种立法模式的还有欧盟、我国的台湾地区等。

各国和地区通过以上方法,对电子签名方式提出了法律上的要求,使电子签名具有某种最低法律地位,同时,又赋予某种电子认证技术更大的法律效力。

四、我国电子签名法的立法概况

2004年8月28日,第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《电子签名法》,自2005年4月1日起施行。2015年4月24日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议第一次修正。《电子签名法》共五章:第一章总则,第二章数据电文,第三章电子签名与认证,第四章法律责任,第五章附则。

在立法上,电子签名有广义和狭义之分。广义的电子签名,是指不限定技术形式和技术范围的电子签名,包括电子化签名、生理特征签名和数字签名等。狭义的电子签名,只限于数字签名。联合国《电子签名示范法》和我国《电子签名法》采取的都是广义电子签名的立场。世界上第一部电子签名法美国犹他

州《数字签名法》就采取了狭义电子签名的立场,即仅针对数字签名立法调整。

(一) 我国《电子签名法》的立法目的

我国《电子签名法》的第1条开宗明义阐明其立法目的:“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。



小贴士

新加坡《电子交易法》阐明的立法目的

新加坡《电子交易法》在序言部分阐明了立法目的:

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。

(二) 我国《电子签名法》的适用范围

《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。”但是,以下文书不适用《电子签名法》:

- (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。

这是因为涉及人身关系、不动产权益转让和共用服务事业的领域事关重

大,而且电子商务的普及还远远未达到对全社会的覆盖,还有相当一部分国民并不适应电子签名这种新兴事物,而且电子技术还存在不稳定性问题,所以在这些事关重大的领域排除电子签名的使用,在当前是适宜的。至于在将来,随着电子技术的发展和普及,法律会随着社会需求的变化和技术的发展而修改的。

另外,《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。”随着信息化水平的提高,在政府部门实施的经济、社会管理活动中,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。

第二节 数字签名

一、数字签名的概念

数字签名,是指以非对称加密方法进行的电子签名。新加坡的《电子交易法》规定:“数字签名是由利用非对称性加密系统、杂凑函数所转换的电子记录。”德国《多媒体法》规定:“数字签名,为一以秘密金钥对数字资料制作的封印,该封印以一相配属的公开金钥解密后,得以辨识该签名金钥之拥有人及该资料之未篡改性。”

美国犹他州的《数字签名法》规定:“数字签名,是某人欲以一串比特字节签署,而生成相关的清晰的标志信息。该信息是通过单项汉书运算,然后对生成的信息摘要,以非对称性加密术和其私钥进行加密的。”^①

二、电子签名的可靠性和法律效力

(一) 电子签名的可靠性

电子签名的法律效力即通过法律规定或当事人约定,赋予电子签名合法性、有效性,从而对当事人发生法律拘束力。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、合同约定等途径来实现,其中最重要的是立法途径。《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。”《电子签名法》第13条规定,可靠电子签名需要满足以下条件:

- (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。

^① 参见齐爱民:《电子商务法原论》,120页,武汉,武汉大学出版社,2010。