

## 热点问题

## 电子商务立法的问题与思考

沈 木 珠

(中南财经政法大学法学院教授 湖北 武汉 430074)

**摘要:**我国立法将电子合同归入书面形式之后,引发了在电子签名、电子证据、电子认证等方面一系列现行法律无法解决的问题。在我国今后的电子商务立法中,政府在商务活动中的行为及网络中的各种法律关系、电子合同的法律效力、网络安全及保障包括电子交易、电子结算及个人隐私的安全等问题都应有所体现。

**关键词:**电子商务立法 问题 原则 意见

今天,没有人能指责我国电子商务没有立法,也没有人会认为我国电子商务的前景不够开阔,尽管我国的电子商务贸易额迄今不足美国的万分之一,<sup>①</sup>电子商务立法也仅仅处在起步阶段。相反,无论官方还是民间,都有人认为我国现有法律已足以使电子商务合同“进入实施阶段”。<sup>②</sup>甚至认为我国电子商务的发展,将使我国在21世纪成为世界第二经济大国。

然而,事实是,我国电子商务的运作至今尚未进入正常轨道,法律更未进入可操作性阶段,与国际立法实践比较还有很大一段距离,遑论与美、加等发达国家相比,就是与新加坡、马来西亚、韩国等国家比较也显得落后。这是国人不愿意看到的,但又是严酷的现实。

### 一、立法现状与问题

截至本文写作之日,我国电子商务立法仅有《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第11条关于书面形式包括“数据电文”及第33条关于当事人采用数据电文订立合同可以“要求签订确认书”的规定。前者承认了电子合同的合法性,后者涉及电子合同生效的要件,可以说是电子合同效力的一种探索。另外,《合同法》第16条、第26条、第34条规定了电子合同要约的生效时间、承诺的生效时间及合同成立地点。但是,仅有以上规定,电子合同仍然无法操作,无法进入实施阶段。

除《合同法》原则上承认电子合同的法律地位外,国务院及有关部委也制订了一些行政法规,如1994年2月18日国务院发布《计算机信息系统安全保护条例》,1996年2月1日国务院发布《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》,1997年12月16日公安部发布《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》,2000年9月25日国务院发布《中华人民共和国电信条例》、《互联网信息服务管理办法》等。然而,这些规定一方面缺乏基本法律的权威性,另一方面局限于网络的安全、管理等电子商务基础设施的法律建设,并非对电子商务所涉主要问题的直接立

法。

为解决我国没有对电子证据、电子签字及电子认证等立法的问题,我国发达地区先后颁布了一些规定,如广东省制定了《对外贸易实施电子数据交换暂行规定》,北京、上海也加紧制定电子商务法规等。这些地方立法虽然与美国各州的电子商务立法相比较在完整性、趋时性方面相对落后,但对当地电子商务发展的促进作用不能低估,特别是其与国家对电子合同法律地位的原则性规定一起,发挥了投“石”问路的作用。不过,从长远看,以上地方立法也逃脱不了美国各州电子商务立法的命运,即导致地区差异,与电子商务的无区域性发生冲突。

我国电子商务立法除了以上既不全面完整又不细致完善的缺陷之外,还由于认识上和理解上的原因,导致了以下几个方面的问题,阻碍了电子商务的发展。

### 1. “功能等同”演变为形式等同

联合国国际贸易法委员会在拟定《电子商务示范法》(以下简称《示范法》)的过程中,曾考虑到各国国内法律对传统贸易形式的规定,建议采用“功能等同法”赋予电子商务与传统商务同等的法律地位和效力。但不知是翻译上还是理解上的原因,我国在制订《合同法》的有关条款时,把这种“功能等同法”演变成形式等同法,把无形的非纸质的电子合同归入有形的纸质的“书面形式”。

《示范法》第6条“Writing(书写)”规定:“当法律要求信息具有书写功能时,一条数据信息如果包含的有关内容可以被读取并随后使用,该信息应被视为符合该要求。”这里显然是指电子合同具有与传统合同同等的书写功能,这是一种“假设”的功能等同,不是事实的功能等同,而且必须是“当”法律对数据信息有此要求的时候,并无任何要求将电子合同形式等同并归入书面合同形式的意思,而我国学者在解释《示范法》第6条时是与《合同法》的“形式等同法”相一致的。<sup>③</sup>在这个问题上,似乎立法者与学界的观点在相互影响。但由于我国学界早已习惯于一种声音,因而长时间以来并未出现不同意见。其实,我们不必强制电子合同去作有违其实质意义的“认祖归宗”,无形的数据与有形的纸面,本就有实质的不同,<sup>④</sup>而且联合国国际贸易法委员会制订《示范法》也曾认为可自行规定排除此项适用。

### 2、电子签名与“电子确认书”

电子合同归入“书面形式”之后引起的第一个问题是电子签名的价值。电子签名一词是国际立法相对于书面签名而提出来的,在修辞学上是一种借代法,它的表现形式是通过计算机网络、借助数据信息完成的,它可以是数字,也可以是符号,与手书签名没有内在联系。但是,《合同法》还是避开了电子签名的问题,提出另一种解决办法,即“签订确认书”,这实际上是一种无意义的规避方法,因为签字人通过数据信息交换签订确认书,却仍无法绕开必须有确定身份的“电子签名”这一问题,签订确认书并不能使电子合同完成签字人或依赖方认证的要求,而且按“书面形式”的规范,电子合同也根本无法摆脱手书签名法律的束缚。

我国除了“书面形式”的合同要求当事人签名之外,几乎所有“书面形式”的票据也都要求有出票人的亲笔签名才能生效。如《中华人民共和国票据法》(以下简称《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。持票人行使票据权利,应当按照法定程序在票据上签章,并出示票据。其他票据债务人在票据上签章的,按照票据所记载的事项承担票据责任。”第7条规定:“票据上的签章,为签名、盖章或者签名加盖章。法人和其他使用票据的单位在票据上的签章,为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。在票据上的签名,应当为该当事人的本

名。”但是，在电子商务的交易过程中，完成交易的各方是通过无纸化的电子票据来进行支付和结算的，其被强加的“书面形式”也无法满足《票据法》的以上要求。

### 3、电子证据与“视听资料”

电子合同归入“书面形式”之后引起的第二个问题是电子证据的效力。电子证据是计算机内存储的无形的数据信息，其在诉讼中能否被法院采纳作为证据，《合同法》没有规定，但按传统的贸易法律和书面合同形式的证据要求，答案是否定的。因我国现行证据法规定，书面形式的证据必须是有形的书面文件（包括合同、单据），而且必须是“原物”，如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第78条规定：“证据材料为复制件，提供者拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第53条也规定：“收集、调取的书证应当是原件”，“收集、调取的物证应当是原物”。然而电子证据使用的是磁性介质，存储的载体是计算机，其打印出来的“书面形式”委实不是“原件”，充其量也不过是“复制件”而已。

为此，多有学者主张把电子证据归入《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第63条规定的“视听资料”类，有的甚至已经提出电子证据认证办法。<sup>⑤</sup>但是，在我国“视听资料”是必须依靠“其他证据”才能认定或产生效力的“间接证据”，如《民事诉讼法》第69条规定：“人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据”，可见这与《示范法》的规定大相径庭。《示范法》第9条明确地承认电子证据在任何法律程序中，在应用有关证据的任何规则时，不应否认其作为证据的可接受性。在电子商务交易中，电子数据存储于计算机内，一般很难有除电子信息外的“其他证据”，当所有的电子证据都可能因没有“其他证据”证明而失去效力时，还有谁敢用电子手段与我国做生意？如是，我国电子商务又如何能有长足发展并使我国跻身于世界经济强国？

### 4. 电子认证及技术标准

电子合同归入“书面形式”引起的第三个问题是电子认证及其标准，即由谁认证及其依据的技术标准。我国没有对电子证据、电子签名作出法律规定，又由于电子合同的“书面形式”引发一系列问题之后发生了电子商务纠纷，法官认证的标准和依据只能是传统贸易法律的规定，而在传统贸易法律根本不能适用于电子商务这一新的贸易方式的情况下，法官的自由裁量权便可能无限制地扩大。这样，不同地区、不同法官对同一证据的认定便可能完全不同。不少学者谈到电子证据问题时，最后都不得不寄希望于法官“最大限度的公正”。然而，在没有法律标尺的情况下，法官的公正只能是当事人的一厢情愿。如此，电子商务的法治便可能成为一句空话。为此，建立电子数据信息认证机构，制定统一的技术标准，修订贸易法律的证据规则，是我国电子商务发展的一项重要措施。

## 二、立法应当遵循的几项原则

### 1、立足于与国际立法趋同的取向

尽管《示范法》并非国际条约，也不是国际惯例，没有强制力，而且在认证问题、信息传递错误的风险分担问题以及司法管辖、各国协作等方面没有作出规定，缺乏全面性和完整性，但是电子商务明显的跨地域性和非主权倾向，要求各国的法律保持一定的协调一致的规范，因此，各国在制定电子商务法规的时候，一般都注意与《示范法》保持一致，甚至当国内法规与电子商

务的国际性发生冲突时,往往舍弃国内立法的规定而维护电子商务的合法性。如英美法系的许多国家都基本上赋予了电子证据的可采纳性,同时规定了相应的认证标准,排除传统认证方式的障碍。又如新加坡的《电子交易法案》就几乎全部吸收了《示范法》的有关规定,同时根据《示范法》的精神增加了一些内容,如网络服务提供者责任、认证机构及数字签名的法律标准和验证、电子记录、签名的政府作用等。我国的电子商务要想在21世纪的国际贸易中取得一席之地,甚至与发达国家一争贸易份额之短长,毫无疑问必须使立法立足于与国际立法趋同的取向,就像美国《全球电子商务纲要》第4项原则所述,政府应承认因特网独一无二的特性,现存法律规章凡属可能妨碍电子商务发展者均应进行修订。

## 2、研究《示范法》尚未涉及的法律问题

《示范法》未涉及的法律问题,一般是指未发出通知或通知错误的责任问题、电子提单问题、合同订立的时间和地点、要约与承诺问题,其实还有税收、金融、信息安全、市场准入、知识产权、司法管辖和国际协助及消费者权益保护等问题,《示范法》也未作出规定。这一方面是考虑其他国际公约或规则在相近问题上已有相应规定,但更多的是考虑各国法律制定的实际情况。因此,我国的电子商务立法,不仅要在数字信息交换和存储方式等方面与国际立法保持一致,而且要研究《示范法》未涉及的法律问题,特别是对因全球电子商务的特性引起的与传统法律的冲突问题,作出与国际立法趋同的探索。

## 3、根据网络交易的特点制订法律

制订电子商务法律,不仅为了遏制网络犯罪,更为了统一商务游戏规则。因此,必须充分考虑其有别于传统商务的特点:(1)网络无界,市场“虚拟”。互联网是一种无国界的网络,电子商务是一种无国界的贸易,这种贸易的运作是在网上虚拟市场的特定空间进行的。因此,无论洽谈确认、款项支付、货物交接及追踪、监管,都带有无界和虚拟的特性。这种特性所产生的纠纷,往往不是传统商务的规则所能适应的。特别是电子商务超越时间和地域,解除了传统商务中物质、时空对交易双方的限制而可能出现的网上合同诈骗、金融犯罪以及“黑客”“黑手”侵袭等在线问题,更是现有法律所不能调控的。(2)数据交换,交易“无形”。电子商务是通过计算机网络的电子信息交换来签订合同、完成交易的。当它记录在计算机或磁盘的载体中是具有直接法律效力的;但当它作为一种书面形式,并不是传统意义上的原件,不具备传统意义的直接法律效力。换句话说,它必须经过认证、签字,才具有传统书面合同的法律效力。因此,简单地将其归入书面合同范畴而未按其实际法律定义作效力规范的权宜做法,将给今后电子合同纠纷的解决带来困难。即使扩大法律对原件一词的定义,把电子合同的复制件也归入原件的范畴,也无法改变电子合同作为书面形式不是原件的事实。另外,银行支付、信用确认、货物交接或转让及电子追踪等,都带有“无形”的特性。对“无形”交易的立法,如局限于从传统商务法系中觅找脚注,通过“扩大”“范畴”的办法,以司法解释或修改现行法的方式来解决,其结果必将是捉襟见肘。<sup>⑥</sup>(3)贸易方式交叉互补。国际电子商务是新兴的国际贸易模式,但它与传统的贸易方式并非就没有任何联系。国际电子商务包括两种贸易形式:完全的国际电子商务和不完整的国际电子商务,前者从洽谈、订立合同到银行结算、货物交接等,一切贸易活动均在网上进行,即在线交易;后者除了洽谈、订立合同或银行结算外,货物的生产、运输、保险、税收等均按传统贸易方式进行,即某种程度的离线交易。这种贸易模式交叉互补使电子商务立法不得不考虑对两种国际贸易形式在许多具体问题上分别作出规定。如完全国际电子商务适用新订的法律,不完全电子商务部分适用传统商务法律。又如税收,美国等发达国家规定并呼吁电

子商务完全永久零关税,世界贸易组织作出维持零关税至少 1 年的决定,这对技术服务贸易发达的美国来说,获益非浅。此后,美国技术数据服务贸易长驱直入,取得各国市场的更大份额,似乎难以避免。对此,我国采取什么策略、制订什么法律来保护国内经济呢?

#### 4、研究我国的国情

电子商务之在我国,面对的是以下三种情况:(1)该热者未热。即作为电子商务中介的网络服务商踌躇满志,为了未来预计中的高额回报,不惜投巨资创品牌,而作为电子商务主体的各大企业却远未投入,不少企业在我国第四届电子商务大会上还表现为漠然和旁观;尽管不时传出汽车、家电巨头涉足电子商务,但却多为做做姿态;其他传统企业陈兵互联网,也大都止于摇旗呐喊。至于保障网络交易的基础设施及法律环境,更远远未能适应电子商务的要求。(2)信用与道德沦落。当今社会信用和商业道德所剩几何?毋容讳言,我国传统观念中依托于血缘和地缘关系的信用和道德,在经济浪潮的撞击下早已分崩离析。如果说,传统商务是通过社会人际关系网络的商家信用和道德来进行的,那么,超越社会人际关系网络的以全球计算机网络技术为手段的电子商务,其正常交易则更需建立在有效的信用和道德的基础之上。随着社会分工与专业化,传统商务风险不断增加,互联网的电子商务风险更甚。我们是处在一个把钱掖在裤腰带上都可能感觉不安全的年代,没有信用和道德,电子商务的大厦无以构筑。我们应当从“吕科事件”<sup>⑦</sup>得出更深层次的结论。(3)学界影响立法。曾有学者认为网络法并不是也不可能是一部像刑法、民法或专利法、商标法那样独立的基本法或单行法,没有任何国家制订或准备制订这样的单行法,认为那样“必将打乱各国已有的法律体系,或与已有的法律重复乃至冲突”。<sup>⑧</sup>这种观点在一段时间内影响着我国电子商务立法,也影响了许多学者的思维,使学界出现不少修订传统法律以适应互联网带来问题的建议。对此,笔者不敢苟同。美国、加拿大、韩国、新加坡等国对电子商务早有“基本”立法,德国、阿根廷、意大利、俄罗斯、马来西亚等许多国家和香港特区、台湾地区也均制订某些单行法律,没有任何国家制订或准备制订的说法不尽事实。笔者以为,在网络经济的 21 世纪,谁不为电子商务的发展奠定法律基础,谁就无法取得电子商务发展的主动权,也就无法夺取 21 世纪网络经济的制高点。

### 三、立法的若干意见

美国从 1997 年发布《全球电子商务框架》,1998 年通过《互联网税收自由法案》、《统一计算机信息交易法》,1999 年州法统一委员会制订《统一电子交易法》到向联合国国际贸易法委员会提交《国际电子交易公约(建议草案)》及克林顿亲赴世贸组织大会,力促 132 个成员国发布电子商务宣言等一系列行动,说明美国不仅致力于促进电子商务的发展,而且力图左右世界电子商务游戏规则制订。对此,凡欲在世界经济占有一席之地国家均不能等闲视之。我国自 1996 年成立国际电子商务中心以来,电子商务的基础设施建设已经取得一些进展,如自行开发电子商务 CA 安全认证系统,运用电子商务实行出口商品配额招标、进口许可证申领发放、海关管理和电子报关以及进出口商品检验等。这为我国电子商务立法提供了依据。

#### 1、关于政府行为

美国政府在国际电子商务中扮演主导角色是当仁不让,在国内则是极力淡化其主导地位,这在《全球电子商务框架》中有明确的表示。该框架五项原则,前四项都涉及政府在电子商务中的地位和作用,即主张私营企业应在电子商务发展中起领导作用,政府应避免对电子商务的不当干预,政府干预的目的仅应是以预定的最低限度主义来支持和推行与电子商务相协调的

简化的法律环境,政府必须承认因特网的特殊性质。但是,在“具体做法”的第三点关于电子商务与传统法律冲突的问题上却明确提出:“只要支持电子技术应用所必须或非常需要的,就应修改现行的法律或颁布新的法律。”

我国政府面临的已经不是修订某一传统法律或制订某一单行法以适应电子商务发展的问题,而是如何制订一部电子商务基本法的问题。因此,研究电子商务的法律规制,不仅必须考虑到贸易管辖边界已被打破的事实,应对现有的法制框架重新审视;也要考虑到网络技术应用已经打破传统贸易手段的局限,对所涉问题进行规范,特别是对我国传统贸易法律未作规定的或已作规定但形成冲突的问题,采取积极的态度。

我国电子商务立法框架,应当包括电子商务法的适用范围、电子合同的效力问题、电子支付及金融管理、税收与保险、网络管理与信息安全保护、电子证据与电子签名的法律认定、政府的强制性措施及审查机制、市场准入规则、知识产权保护、消费者合法权益的保护、司法的国际管辖和国际协助等等。而当前,有两个问题尤应引起政府特别重视,一是税收,二是信用。前者不妨参照美国的做法,在一定时期内明确国内电子商务的免税或低税收政策,这是我国电子商务发展的要求。但全面的免税又可能使国家和地方财政的税基受到影响,而且随着高税额的贸易转向电子贸易,这个问题将更显严重。因此,区分电子商务零售批发及不同类型商品的税收,以免税和低税为调节手段,似是当前政府既要促进电子商务发展又要保证税收相对稳定的一个办法。至于信用,我国与美国不同,一方面我国的电子技术措施与美国相比有较大距离,另一方面我国的企业,无论公私均信誉不高,尽管人们对官僚机构及工作人员不满意,但在虚拟的无形的电子交易中,还是宁肯信任政府机构而不信任商家。因此,我国人民比发达国家的人民更加需要政府信用的补充和政府措施的保障。美国由企业自行颁发电子签名认证书的作法,我国目前就很难行得通。我国人民习惯于政府参与型的规范与管理,这使我国电子商务的税收管理有一个良好的基础,但也带来另一方面的问题。笔者认为,在市场尚未成熟的阶段,电子交易以政府参与或主持型的管理为好。但是市场成熟,特别是一批信誉卓著的大型企业涌现之后,采取企业或行业自律的调整方式,应是一种必然趋势。因为,无论是企业还是民众,过分依赖政府的信用和管制,本身就是商务市场不成熟的标志。而企业和行业自律,不依靠政府参与的管理而有序地开展国内外贸易,并得到全国人民的认同之时,就是我们国家市场成熟、电子商务足以与发达国家分庭抗礼之日,当民众摆脱对政府和行政的过分依赖之后,国人的文化观念也才有可能完全摆脱封建桎梏的束缚。此外,以我国行政干预的传统和做法,其将来对电子商务发展的危害绝不容忽视,我国股票证券业的前车之鉴应当记取。

## 2、正确处理网络法律关系

(1)政府与服务商的法律关系。由于电子商务内涵广泛,网络服务商将来可能出现两种类型,一是政府设立的数据交换服务中心,二是企业设立的行业服务商,尽管两类服务商的起跑线不同,但最终皆须以信誉和服务作为生存之本。因此,政府对它们应采取中性立场,即政府与之关系虽是监控与被监控的关系,然而监控的手段应是法律。法律规定服务商必须具备的条件,包括硬件、软件、技术人员等及有限的责任,授权政府相关部门对服务商运作的业务活动进行检查监督。诚然,在具体实施上各国各有侧重。但一般来说,市场趋于成熟之后人们更拥护行业自律、技术中立和宽松的交易环境。国内有学者主张借鉴美国尤他州政府集中管理型的作法,<sup>⑤</sup>这比较符合我国民众的一般愿望。但从促进电子商务发展和有利于企业施展才华的角度考虑,笔者更倾向于法制型管理:加强法律规范、弱化政府干预。国内学者认为美国

加利福尼亚州的民间合约管理,在电子商务发展的初期还可能算作一种策略,但它决不是解决问题的长久之计。<sup>⑩</sup>笔者恰恰认为,电子商务发达和成熟的将来,市场自由化的程度将会更高,一切都应当由交易当事人包括服务商在一个统一的法律环境中去选择,去明确,去决定。联合国国际贸易法委员会电子商务工作组2000年9月在维也纳召开会议,讨论《电子签字统一规则》第12条“对外国证书和电子签字的承认”问题,代表们普遍表示应当允许当事人自愿通过协议的方式选择某一类别的证书或签字,<sup>⑪</sup>就反映了这一种时代趋势和精神。

(2)服务商与企业(包括个人网站及信息使用人)的法律关系。服务商依照法律提供电子交易所需服务,企业根据交易需要使用服务商的网络和技术,交纳一定费用,双方在法律允许的范围内不承担任何法律责任。在我国,如实行对外电子数据交换必须统一经过政府管辖的服务中心之后,服务商与企业之间因数据信息交易发生纠纷的事件将会减少,但由于互联网本身自由、开放和网络资源共享及排斥任何妨碍资源共用措施的个性特点,更由于网络使用者尚未建立完全的网上版权概念,服务商与著作权人、个人网站及信息使用人之间有关知识产权的纠纷将会大量发生。有鉴于此,通过法律手段遏制网络侵权,不仅仅是维护知识产权专有性、保护著作者的权益问题,其意义还在于引导网络朝健康的方向发展。

(3)商家与用户的法律关系。商家指利用网络从事经营或交易的企业或服务商,用户则泛指从网上获取或存储信息、购买商品的主体,既可以是单位,也可以是个人。以《大学生》状告首都在线侵权案为例,Kaoyan还没有发展成为一个商业网站,属李翔注册的个人“用户”,用户可以在网上自由浏览各网站的网页,并通过存盘、打印等方式下载、复制网上信息(尽管有的国家主张这也构成对权利人版权的侵犯),但通过网络服务商提供的主页空间设立个人网站并未付报酬上载他人的署名文章(尽管是以数据方式存储于计算机内),按1996年《世界知识产权组织版权条约》的规定则应视为侵权。对此,笔者没有异议。但是,笔者认为,“无形”的数据侵权赔偿不能完全仿效“有形”的媒体侵权赔偿,那种为解决网络侵权而照搬现有媒体侵权法律规定的说法,有苟且之嫌自不必说,也委实不利于我国互联网络必须尽快赶上世界潮流的目标要求。特别对于始创时期的善意侵权人,应从扶持角度,在界定侵权责任的前提下,尽可能减少其赔偿数额。一方面,网络兴起,国家对其知识产权的保护没有明确的法律规定,另一方面,由于其资源共享、信息互通的原则,无形数据的侵权与传统的媒体侵权应当有所不同。

### 3、以科学态度赋予电子合同法律效力

电子合同的效力是电子商务立法的核心,它不是一个简单地把传统合同规范移植到网络交易中的问题,而是在网络中如何重建与传统合同法价值相近的规范的课题。从传统合同与电子合同特点来看,电子合同效力所涉至少有以下三个问题:

(1)电子合同记录法律效力的确认。何谓电子合同,电子合同的法律定义是什么,《合同法》没有明确规定,依照国际上通行的观念,可暂理解为以互联网络为载体,当事人为实现一定目的,通过电子数据交换而明确相互权利义务关系的协议。而这一实质为非纸质信息交流与存储的定义,显然与以纸质为载体的书面合同大相径庭,属于书面形式之外的另类合同。本来,合同形式可以有书面形式、口头形式,也就可以有数据电文的第三种形式。把非纸质记录合同强行归入纸质合同形式的这种曾被国内视为“对公约发展”的简单划一法,本意也许是为了电子合同在其他方面均能得到适用或实施,不料却因此引发电子合同在证据、票据、签名等方面不能适用现有法律的问题。因此,我国电子商务立法必须改变这种“削足适履”的做法,直接承认电子合同记录的法律效力。

(2)订立合同当事人签名的确定。《合同法》第 32 条规定书面合同订立以双方签字或盖章为合同成立的必要条件,而对于电子合同,第 33 条规定“签订确认书时合同成立”。但是,签订确认书要不要签名?没有签名又该如何确认?如果需要签名采用何种技术方案?这一切均未作规范。而没有这些规范,我国电子合同又如何与国际电子商务接轨?

解决电子合同的签名问题,《示范法》第 7 条依然采用功能等同法赋予电子签名与书面签名同等效力,而我国学者则更多主张利用司法解释,把《中华人民共和国刑法》第 280 条中关于公文和印章的概念扩展到电子签名。但何谓电子签名、电子签名与手书签名有何区别、如何保证电子签名的安全和有效以及要不要对电子签名技术方案的选择作出规定等等必须相应解决的问题,则没有更多人加以探究。根据鉴别功能来理解,电子签名是一种对交易人身份进行识别的手段。当今社会,能够对电子商务交易人身份进行识别的电子技术手段很多,美国各州就曾为此争论数年而没有结果。不过,尽管对技术方案没有统一意见,但对电子签名“独立”的法律效力,却是早已形成共识。如美国犹他州于 1995 年颁布了在美国乃至全世界范围的第一部《数字签名法》,其他各州也都承认电子签名的法律效力,许多国家也早已不作怀疑,我国电子商务立法没有必要再采取“签订确认书”的回避办法,而应当直接承认电子签名的法律效力,只是在采用何种技术手段的问题上,法律似只需要作出原则性规定,由市场和用户去做选择并承担相应责任为好。

(3)电子认证机构的建立和管理。电子签名解决身份辨别与文件归属问题,而电子认证解决的是签名者及其密钥的可信度问题。盖因密钥存在丢失、被盗及破译的可能,这就产生一个辨别与认证的问题。解决这个问题,需要一个公认的权威机构来对公开密钥进行管理,以避免或减少密码丢失、被盗冒用的风险。同时,对有关交易人提供对方当事人的资信情况,提高交易的透明度。但由谁充当认证机构,谁来管理认证机构,认证机构具有什么权利义务和责任,这在美国各州曾经出现官方、民间、行业三种不同的做法,第三种“采取官方监督、行业自律的方法,实际上是前两种的折衷”。<sup>②</sup>从我国的实际情况出发,该方案较具可行性。我国似可由中国电子商务中心负责成立一个电子认证审查委员会,对电子认证行业的标准进行开发、制订或修订,并且负责对各认证机构进行审查、确认、颁证,对其采用的密码、标准进行规范。

#### 4、网络安全及保障

网络安全是电子商务的生命,它直接关系到电子商务的存在和发展。鉴于网络和电脑主机被黑客侵入事件不断发生,各国都在认真考虑网络的安全和保障问题,美国《全球电子商务框架》特别提出将与经济合作发展组织(OECD)建立更安全的全球资讯网络(GII)系统,加强通讯加密措施。克林顿甚至屈尊邀请“黑客”到白宫作客,共研网络安全问题。虽然国际立法目前并没有对网络安全取得一致意见,但各国对网络安全的实践和探索却不容忽视。网络安全所涉问题中最令人担忧的主要是:

(1)电子交易。指当事人在网络上通过数据信息所进行的买卖,包括企业对企业、企业对消费者等类型的商务活动。由于“黑客”或第三方侵入,交易双方数据信息可能会遭受一定程度的改变或歪曲,这就需要在网络商务的运作、在交易方向的数据传递方面设置某种安全设施,而这种安全措施的采用,必须得到法律的确认;抑或法律不具体规定采用何种技术措施,但必须对网络的安全条件和技术标准作出规定。

(2)电子结算。指企业或消费者个人交易后通过网络支付款项和网上银行、网上货币发行机构的运作、责任,付款系统与记录及相关的权利义务,这是各国电子商务的关键问题。虽然

电子商务有跨越时空的优势,但如不能建立一套安全、便捷、有效的电子付款制度,电子商务将难有突破性的发展。尽管目前各国仍无一种方法或制度可以确保网上付款安全,但由于电子付款方式较一般的传统付款方式具有较低的成本和便捷快速的特点,联合国国际贸易法委员会1992年制订了《国际资金支付示范法》,国际清算银行(Bank of International Settlement, BIS)也对此表示重视并进行相应的研究,发达国家则都兼取加密保护、线上认证及不易更改装置等方式,并已逐步建立起网上银行,制订网上支付规则。这方面我国银行的实践良多,但立法尚处空白。不论今后采取何种形式,立法者都必须注意一个大众化、市场化的问题,即建立消费者的信心,为广大消费者所接受。

(3)个人隐私。指网络使用人储存于计算机内的个人资料,包括个人账号、密钥及生活习惯等,这是近年消费者日趋关注也确实应当引起重视的问题。如在网络上使用全球资讯网(world wide web, www),消费者凡是利用浏览器都会面临一种 cookies 的功能,这一功能能使网站了解消费者的习惯、类型及必要的连线资料,而消费者既无法拒绝也无法消除该功能。至于网站取得消费者有关资料后作何用途,就更不是消费者所能控制的了。如美国尽管早在1974年订立了隐私法、1986年订立了电子通讯隐私法,然也曾出现美国在线(AOL)将其有同性恋倾向的订户资料透露给美国海军,致其用户遭受撤职处分的事件。<sup>⑬</sup>

美国这一案例至少说明,没有特别针对网络对个人资料的保护与利用的法律规定,仅仅依靠过去的一些立法来保护一般民众的隐私权与个人资料是远远不够的。对于连专门的隐私法都还没有制定的我国来说,保护网络用户个人资料的任务显然更为艰巨。因此,我国电子商务立法应当明确规定,网站对所有到访用户的个人资料严守秘密,严禁对用户个人资料作任何商业目的的搜集、储存、交换、利用。同时,对现行法律中关于个人资料保护的规定作出适应网络特点的修改,以最大限度地保护网络进一步商业化后的个人资料的安全。在这方面,欧洲共同市场理事会1995年10月24日通过的《自动处理个人资料保护公约》、欧洲议会于1995年11月23日通过的《保护个人资料的指令》及我国台湾地区1995年8月11日订立的“电脑处理个人资料保护法”,均有一定的参考价值。

注释:

① 参见李晓东:《电子商务——21世纪全球商务主导模式》,《国际贸易问题》2000年第3期;甄炳禧:《全球电子商务发展趋势及其影响》,《国际问题研究》2000年第3期;任延华:《电子商务如火如荼,网上税收何去何从》,《国际商报》2000年8月18日第5版。

② 参见杨毅:《电子合同效力问题之探析》,《国际商报》2000年6月16日第5版。

③ 参见周敏:《EDI的法律问题与〈电子商业示范法〉》,《国际贸易问题》1998年第5期。

④ 参见沈木珠:《中国电子商务立法的几个问题》,《河北法学》2001年第1期。

⑤ 参见蒋建平、杨毅:《电子合同效力问题探讨》,《人民法院报》2000年3月25日第3版。

⑥ 参见沈木珠:《电子商务立法初探》,《法制日报》2000年8月13日第3版。

⑦ 参见黄河:《吕科事件了犹未了》,《中国商法》2000年第8期;沈木珠:《网络安全立法滞后与前瞻——从“吕科”事件谈起》,《法制日报》2000年11月19日第2版。

⑧ 郑成思:《“网络法”的研究与完善》,《法制日报》2000年2月20日第3版。

⑨⑩⑪参见张楚:《美国电子商务法评析》,《法律科学》2000年第2期。

⑫《〈电子签字统一规则〉讨论持续升温》,《国际商报》2000年11月3日第7版。

⑬ 冯震宇:《论网络电子商务发展与相关法律问题》,台湾《月旦法学》1998年第5期、第6期。

责任编辑 翟中鞠