

关于我国电子商务立法的思考

李适时

内容提要 随着信息技术在全球的迅速发展及广泛运用,其必将给社会经济关系带来巨大的推动和影响。与此同时,在这一领域出现的不少问题亟需加快立法进程予以规范。为此,作者通过考察国外有关电子商务立法的特点及经验,认为我国在电子商务立法方面需解决以下问题:合法性问题、可信性问题、可执行性问题和法律适用问题。

关键词 电子商务立法 现状 问题

电子商务立法,与其说是立法问题,不如说是战略问题。世界上不论是已经制定电子商务法的国家,还是正在研究制定有关立法的国家,尽管抱有不同的目标主张,其动因还是基本一致的。那就是应对信息技术的高速发展,尤其是计算机技术和互联网的广泛运用给社会经济关系带来的巨大推动力和影响,通过加快电子商务立法进程,增强企业和个人对电子商务这一全新交易形式的信心,为电子商务的普及和顺利发展提供良好的法律环境。

一、国际上电子商务立法的特点和经验

电子商务并不是发生在法律真空中,并不需要为之创建一个全新的法律框架,关键在于调整现行法律、法规,使之适应电子商务发展的需求。^①正是在这样一种认识基础上,一些国家和国家集团先行启动了电子商务立法的研究与起草,如美国、马来西亚、新加坡、欧盟等;有关国际组织,如联合国贸法会也积极推动并开展了卓有成效的工作,由此在较短时间内,国际上形成了一股电子商务立法的浪潮。综观全球电子商务立法的实践,本文认为有三大特征:一是同步性。从1995年世界上第一部电子商务立法即美国犹他州《数字签名法》问世以来,短短五、六年时间,世界就有50多个国家和国际组织已经制定或正在研究制定相应的电子商务法,可以说各国基本上是同步进行的。除美国、欧盟、马来西亚、新加坡、印度、韩国、澳大利亚、日本、俄罗斯外,在欧洲,有德国(1997年《信息与通信服务法》)、意大利(1997年《意大利数字签名法》)、爱尔兰(2000年《电子商务法》)、丹麦、瑞典、荷兰等;在美洲,有加拿大、阿根廷、智利等;在亚洲,有菲律宾、泰国以及我国香港特别行政区等;^②在非洲有突尼斯等。^③在这么短的时间,这么多的国家几乎同时就电子商务立法,这在世界近现代发展史上可说是前所未有的。二是协调性。不论是有关国际组织还是有关国家,在制定相应的电子商务法时,都呼吁也都注重相互之间的协调与衔接。各国立法的协调与互动,促使电子商务法规范的趋同。这种协调性既体现在贸法会制定的电子商务示范法的成果上,又体现在各国国内立法相互参照、取长补短、力求兼容之中。同时,在传统民商事法律中两大法系之间不同主张造成的一些冲突,比如在要约与承诺的发出和接收时间问题上的“发送

① 经合组织《全球电子商务行动计划》第二部分第一(1)条,见上海市信息化办公室编译《国内外信息化政策法规选编——国外电子商务部分》,中国法制出版社2001年版,第121、122页。

② 参见张楚,“关于电子商务立法的环顾与设想”,载于《法律科学》2001年第1期。

③ 田文英等,《电子商务法概论》,西安交通大学出版社2000年版,第65页。

主义”和“到达主义”，在电子商务立法中也渐趋统一，力求消除冲突。三是立、改、废并重。电子商务面临的法律问题主要是难以逾越传统民商事法律规范造成的障碍。因此，各国在加快电子商务立法进程中，都注重对不合时宜的现行法律法规的修改或废止。比如，美国在推进电子商务立法进程中，相应废止了其20世纪30年代颁布的《电信管理法》；印度在其《电子商务支持法》中，一揽子修改了7部重要的现行法律；德国在颁发其《信息与通信服务法》的同时，出台了《刑法修正案》、《行政违法修正案》、《禁止对未成年人传播不道德出版物修正案》、《版权法修正案》等。

全球电子商务立法实践表明，由于电子商务所具有的全新特征以及各国的不同国情，各国在电子商务立法中的认识也并不是完全一致的，不同的侧重点和立场倾向在其相关的电子商务法律中也都有所体现。这种差异性主要表现在以下几个方面：一是，关于电子签名技术方案的选择。在电子商务交易中，以何种技术生成的电子签名才是安全可靠的，才具有法律效力，这是电子商务法应予确认的问题。各国电子商务法对此大致有两种不同的解决方案，一种是源自于美国犹他州的“技术特定化”方案，另一种是以贸法会《电子商务示范法》为代表的“技术非特定化”方案。两种方案互有利弊。“技术特定化”主张的理由是：在现行的电子辨别技术中，惟有非对称密码加密（即数字签名）方法既安全又可靠，因而应作为法定的电子签名技术予以确定。技术非特定化的理由是：电子签名技术手段的优劣理由由市场和用户作出判断，立法者只需制定原则性的标准，而不应越俎代庖。政府直接对技术作出选定，风险过大。本文认为，从当前的情况看，考虑到交易的确定性与安全性要求，“技术特定化”有一定道理，但其弊端也是显而易见的，技术特定化限制了其他类型技术的发展，还可能带来技术开发与应用上的垄断和不正当竞争。此外，技术的进步是相对的，用更先进的技术武装起来的黑客，完全有可能破译密钥。在电子商务市场开始形成但不成熟的情况下，就将某种技术标准化，似乎为时过早。与此同时，从发展趋势看，技术进步日新月异，在签名问题上持开明包容的态度确有促进“百花齐放”的一面。但是，其不利之面是，电子签名的技术日趋成熟，而要使电子商务大众化、市场化，关键是建立起信心，而信心的支柱是安全，只有对电子商务涉及的问题尽可能地作出明确具体的规定，做到有法可依，才能促进其发展。如果政府不出面以法律手段消除各种不确定因素，在技术发展的特定阶段确立对技术手段与方案明确具体的要求，也不利于电子商务市场的发育。总之，由于两种主张各有利弊，一些国家在其电子商务立法中将两者有机地结合起来，较好地克服了不同主张的弊端。

二是，关于认证机构的设立与运作。如果说电子签名着重解决身份辨别与文件归属问题，那么电子认证解决的是密钥及其持有人的可信度问题。因为密钥并非万无一失，存在着丢失和被破解的风险。这就产生了密钥的辨别、审核与认证的有效性问题。各国电子商务法在认证机构的设立与管理上主要有以下几种做法：其一，政府集中管理型，以美国犹他州为代表。其具体做法是：（1）法律授权政府相关机构对认证机构进行管理；（2）规定认证机构必须具备的条件，政府许可符合条件的认证机构承担有限责任；（3）法律上推定经认证机构核证的电子签名具有证据力。这种方法体现了政府的力量与作用。其二，市场培育型。这种型态集中体现了市场自由和技术中立原则。认证被视为市场中中介性服务活动。法律只规定认证的性质、基本功能和认证机构的义务，至于由谁来充当电子交易中的认证服务提供者，政府一般不加过问，也不设置审批许可等要求，而由市场产生并由交易当事人自己选择决定。这种对认证服务的原则性规范，被称为“最低限度主义”（Minimalist）。^①其三，政府监管与市场培育混合型。有的国家电子商务法明确规定充当认证机构应当具备的条件，规定凡符合条件者，均可依法获得许可从事认证业务。也有的国家并不将政府许可作为必要条件，但规定经政府许可的认证机构可以享有某种法定利益。在这两种情形下，政府只充当监管人的角色，政府机构不参与认证服务的提供。本文以为，实际上，国家对电子认证采取哪种管理和运作模式，首先要对电子认证的本质有正确的认识。电子认证本质上是一种市场中中介类的专业服务活动，作为中立的第三方，为交易双方提供相互认识与了解的机会与手

^① Jane K. Winn; Open System Free Markets & Regulation of Internet Commerce, Tulane Law Review, Vol. 72, 1998, p1177.

段。对这种专业服务活动,就国家管理而言,不外乎两种态度:一是政府主导,一是市场主导。本文认为,理想的形态是,政府尽可能地少直接干预,而要尽量由市场引导,靠市场自律。当然,具体实行哪种模式,则要视一国的具体情况确定。往往是,市场发育比较成熟的国家多采取市场主导型,而市场发育还不够健全的国家,多采取政府主导型。

三是,关于语言文字和术语的表述。电子商务依赖的技术手段尤其是互联网所采用的技术手段和标准在国际上趋于一致,模式也是趋同的,但各国电子商务立法条文采用的语言文字,甚至在一些同一事物专业术语的表述上都呈现出各有特色、丰富多彩的景象。这无疑是不同国家的不同历史文化背景的必然结果,但更多的是反映了各国立法者力求维护本国法律体系的独立与个性的意图。比如,日本、英国等国就有意采用不随大流的法律语言来凸显其法律的独特性。^①在这方面的比较突出的是欧盟立法。欧盟有意识地不步美国法律术语的后尘,甚至对贸法会示范法采用的术语也敬而远之,而自创了一套新的术语和概念。比如,在其《电子商务指令》中,推出了“信息社会服务”、“信息服务提供者”等概念;在其《电子签名指令》中,推出了“签名生成数据”(即私钥)、“签名审核数据”(即公钥)、“签名审核系统”等术语。本文认为,在经济全球化和各国相关法律制度逐步趋同的进程中,这种在立法中既做到吸收国际通行做法,又体现根据本国历史文化和具体情况所产生的特色,是难能可贵的,值得在我国立法中予以借鉴。

国际电子商务立法实践在许多方面都有借鉴意义。各国的电子商务立法活动往往是与其技术发展水平和信息化建设的目标紧密联系的,要么是为了保持技术领先地位抑或是扫除障碍,要么是为了提供强有力的保障。它表明,电子商务发展的外在本环境除国家发展政策、技术与基础设施外,就是法律规范的环境,而且是一种具有全球化观念的法律环境。我们在研究中,既要注意国际电子商务立法的同一性,也要考察其差异性,既要注意其原则和具体规范的形成确立过程,也要关注其发展趋势和动向,力求从中吸取为我国电子商务立法所用的有益经验。

二、我国电子商务方面的立法现状

随着人类步入信息经济时代,我国立法机关和政府有关部门已敏锐地捕捉到了电子商务对传统民商事法律制度造成的影响和冲击,已就我国建立电子商务法律制度有关问题开展了政策研究工作,并形成了若干可喜的成果。

令人瞩目的是1999年3月15日九届全国人大二次会议通过的新合同法。合同法的诞生标志着我国现代意义合同法律制度的发展和完善。《合同法》总则共129条,其中有6条涉及电子商务采用的以数据电文或其他电子通信手段形成的电子合同。关于“书面形式”要求,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。”这一条规定将数据电文纳入书面形式范畴,尽管在情理上和数据电文的特征上这样简单划分是值得商榷的,本文此前已有论及,但承认数据电文属于“书面形式”,就是在法律上确认了数据电文具有与书面形式同等的效力,这在我国合同法律制度上是一个进步。关于“要约”和“承诺”到达的时间,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。”该法第26条第2款规定,承诺到达时间,适用前述规定。这样规定,基本上遵循了贸法会《电子商务示范法》关于数据电文收到时间的规定,同时没有照搬示范法关于数据电文“发给了收件人的一个信息系统但不是指定的信息系统,则以收件人检索到该数据电文的时间为收到时间”的规定。可以说,合同法的规定,更为明确和合理,而且也排除了一般仅在理论上存在的繁琐推理。关于承诺生效的地点,第34条同样在示范法的基础上作了规定,“采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地

^① “《上海市数字认证管理办法(草案)》项目调研报告”,载《政府法制研究》2001年第9期。

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。”同样,尽管没有提到示范法规定的没有营业地的以其惯常居住地为规定的情况,由于规定当事人还可以约定,效果基本一致。此外,《合同法》第24条规定了数据电文形式下承诺期限如何计算。应当指出,我国合同法回避了电子签名的问题,看来并不是立法机关的疏忽,而是采取通过第33条规定合同确认书的方式确定合同成立问题。合同法规定合同“确认书”的补救办法,这不能不说是一个重大缺陷。但尽管如此,我国合同法实际已为电子商务法律制度勾勒出了粗略的框架。可以不夸张地说,合同法已为我国电子商务立法奠定了基础。当然,这不能不说是顺应国际上电子商务立法潮流,借鉴贸法会《电子商务示范法》成果的产物。全国人大常委会法工委编写的《中华人民共和国合同法释义》就承认,“合同法借鉴了联合国国际贸易法委员会制定电子商务示范法的有关规定,针对我国实践中需要解决而又较有把握的问题作出规定。”^①如果我们再进一步考虑在合同法之前出台的法律,就会发现我国在法律制度上认可数据电文形式的第一部法律是会计法。该法由全国人大常委会于1985年通过,1993和1999年两次修正。其第13条第2款规定,“使用电子计算机进行会计核算的,其软件及其生成的会计凭证、会计帐簿、财务会计报告和其他会计资料,也必须符合国家统一的会计制度的规定。”该法另有一款还规定了其登记、更正的要求。从法律上间接认可数据电文效力的另一立法例是《专利法实施细则》。很有意思的是,该细则第3条规定:“专利法和本细则规定的各种手续,应当以书面形式或者国务院专利行政部门规定的其他形式办理。”对于这样一条在形式问题上的灵活规定,作为国家权威机关的国家知识产权局条法司编写的《专利法实施细则第二次修改导读》是这样说明的:随着互联网和电子信息的迅猛发展,过去许多只能以纸件方式传送的信息已经能够通过网络通讯方式予以传送。目前,世界上许多国家已经开始以网络通讯方式进行申请人、当事人与专利局之间的文件传送事宜,其速度和效率大为提高,对公众和专利局来说都有很大的好处。国家知识产权局也在积极进行这方面的准备工作并将此项工作列入了其“十五”规划之中。这样规定,正是为了适应形势发展的需要,为今后的变化留出必要的余地。至于“其他形式”的具体要求,该“导读”指出,“以后通过国家知识产权局公告的方式告知公众”。^②

除了我国若干法律、行政法规在电子商务立法方面有所突破外,一些国家主管机关,如信息产业部、中国人民银行、中国证券监督管理委员会等制定的有关规章迈出的步子更大一些。比如,中国证监会于2000年4月制定发布《网上证券委托暂行管理办法》,正式承认了通过互联网下达证券交易指令、获取成交结果的委托方式的合法性。该办法在“技术规范”一章中对网上交易系统的技术安全提出了要求。比如,办法第20条规定:“网上委托系统中有关数据传输安全、身份识别等关键技术产品应通过国家权威机构的安全性测评;网上委托系统及维护管理制度应通过国家权威机构的安全性认证;涉及系统安全及核心业务的软件应由第三方公证机构(或双方认可的机构)托管程序源代码及必要的编译环境。”显而易见,这一规定遵循了技术中立原则,只规定技术安全的程序要求,并未规定采取特定的技术方案。办法还规定,申请开办网上委托业务的证券公司向中国证监会提交的材料应包括“网上委托系统的简要系统分析报告和系统设计报告,其内容主要包括:网络结构、实时监控、身份识别、传输加密、数字签名、网络隔离、风险防范等方面遵循的技术标准及技术实现策略、网络通信方式及网络接入方式等”(第28条(9)项)。

如前所述,我国近年来这些立法成果是可喜的。但当我们再进一步考察我国商事领域现行基本法律法规时,结果却是令人失望的。比如,担保法规定保证合同应为书面形式,保险法规定保险合同、保险单和其他保险凭证应为书面形式,票据法规定票据应为书面形式并要求签名或签章,等等。可以说,绝大多数现行法律都是基于纸面环境制定的,对“书面形式”、“原件”、“签名”、“盖章”等规定有严格要求。而且,在新合同法出台之前,这类要求是明确的、没有余地的。就是在国际上主流立法趋势开始放

① 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第25页。

② 国家知识产权局条法司编:《专利法实施细则第二次修改导读》,知识产权出版社2001年版,第12、19页。

松对书面形式的僵硬要求时,我国在这方面的立场并未有所松动。比如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》第11条规定:“销售合同无须以书面形式订立或以书面形式证明,在形式方面也不受任何其他条件的限制。”这条规定实际是考虑到了当时正开始席卷全球的EDI方式订立合同的情况。但是,我国在加入该公约时,声明对该条提出保留,仍然坚持合同必须采用书面形式。这就使我国在电子商务最为活跃的国际贸易领域仍然受到基于纸介质的书面合同要求的约束。尽管新合同法对此已有重大突破,但由于我国在民事法律领域奉行国际条约规定优先于国内法规定的原则,在我国未对该公约撤销上述保留前,仍存在法律适用上的困难,不能不说对电子商务的发展构成了又一法律障碍。

基于以上分析,我国电子商务立法现状主要存在以下三方面的问题:一是合同法规定数据电文为合同书面形式,这种简单的完全等同于书面形式的方法在理论上和实践上都还存在问题,同时条文过于原则,构不成一个完整的体系;二是合同法尚未承认电子签名的法律效力,而坚持传统纸介质书面形式下的签名或者盖章。比如,《合同法》第32条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”尽管合同法针对数据电文的情况又规定,可以在合同成立之前要求签订确认书,签订确认书时合同成立,但实际上又回到纸介质书面形式的要求,因而并没有从根本上解决电子商务面临的法律问题;三是从民事法律体系看,合同法在电子商务领域的突破是一枝独秀,基于纸介质书面形式的其他法律与之难以衔接,适用起来困难重重。总之,我国基于纸介质书面要求的现行民商事法律制度对电子商务的发展仍构成法律上的障碍,不破除不足以为电子商务发展提供良好的法律环境。与此同时,新合同法在数据电文作为书面合同问题上的突破,为我国电子商务立法提供了一定基础,作了一定的立法准备。因此,研究电子商务立法,加快电子商务立法步伐,是我国立法机关面临的一个十分紧迫的现实问题。

三、我国电子商务立法的必要性与时机

上世纪九十年代中期,随着互联网在我国的迅速普及,电子商务这一新的交易形式在我国快速推广开来,有统计表明,2000年全球电子商务贸易金额为6570亿美元,而到2001年将达到12,336亿美元,并预测到2004年这一数字将达67898亿美元。^①而在我国,网上交易的总额虽然还不大,但发展速度惊人,近几年年平均增长率高达400%,出现蓬勃发展的势头。^②电子商务在我国的推广,其意义不仅在于其增长快,还在于其对社会经济生活的广泛影响。电子商务以其全新的经济运作模式,实现了超常规、跨越式发展,对人们商业活动和日常生活带来了广泛影响,并正深刻地改变着人类社会既有的运行规则。

中国对电子商务总的来说是持积极态度的。在1998年APEC第六次领导人非正式会议上,国家主席江泽民发表讲话说,电子商务代表着未来贸易方式发展的方向,其应用推广将给各成员带来更多的贸易机会。在发展电子商务方面,我们不仅要重视私营、工商部门的推动作用,同时也应加强政府部门对发展电子商务的宏观规划和指导,并为电子商务发展提供良好的法律法规环境。江泽民主席的讲话实际阐明了中国政府发展电子商务方面的积极原则立场。这一叙述揭示了电子商务的本质和发展规律。1997年,国务院成立国家信息化工作领导小组,2001年12月新一届国家信息化工作领导小组成立。中国政府有关部门已在积极研究制定“国家电子商务发展总体框架”,有关部门也加快了电子商务立法的研究起草步伐。与此同时,我国积极与全球信息基础设施委员会(GIIC)等国际组织开展交流合作,对电子商务在我国的发展有所促进。在2000年3月九届全国人大三次会议上,上海代表团张仲礼代表提交了“呼吁制定电子商务法”的议案。^③作为新世纪的第一号议案,实际将电子商务立法这一重

① [www.fonester.com/fonester findings](http://www.fonester.com/fonester_findings), 2001年5月。

② 2001年第五届中国国际电子商务大会(北京)。

③ 见2000年3月20日《人民日报》。

大课题和立法任务现实地提到了国家最高立法机关的议程。同时,工商企业法律人士以及许多学者都不断地呼吁国家加快电子商务立法的步伐。面对这种形势,有必要对电子商务立法必要性与时机进行认真、深入的分析。

关于立法的必要性。从我国电子商务发展实际情况看,电子商务在我国大规模推广虽然是在上世纪90年代中期开始的,但在此前,我国已有不少外贸企业采用EDI方式从事国际贸易活动,已积累了一定经验。企业之所以能在对外经贸活动中采用数据电文交换从事交易,一个重要原因是国际上已为之创设有关的惯例,包括众多的行业惯例以及当事各方之间的合同。实际情况表明,无论是EDI方式,还是其他现代通讯技术,在国内商务的应用和普及都是具备技术和硬件上的基础和条件的。早在上世纪90年代末,我国电信骨干网就已基本建成,计算机互联网出口带宽已达1000兆/秒,为电子商务的发展提供了基础设施的支撑。尽管如此,其发展情况与其应有的水平和程度相比,还很不理想,其重要原因之一,在于国家还没有为电子商务确立基本法律框架。无论是企业,还是消费者都对开展电子商务是否具备交易安全的保障没有足够的信心,有的裹足不前。与之相反,许多发达国家和跨国公司已将电子商务作为开展经济贸易主要手段,如果我们不顺应这种国际趋势,将极大地制约我国电子商务的发展,从而影响我国积极参与国际分工,抓住机遇,积极发展我们自己。欧盟理事会在其“欧洲电子商务行动计划”中指出,欧洲得益于电子商务的速度与程度取决于完全适应企业和消费者需要的立法的更新。欧盟理事会的目标是自2000年开始实施适当的法律框架。^①因此,为使电子商务在我国取得关键性进展,加快我国电子商务法律框架的建设,是完全必要的。

从我国现行有关法律规则看,我们可以退一步分析,如果不就电子商务制定新法,现行法律体系是否能适应电子商务的需要。如前所述,我国最高立法机关虽然注意到了电子商务交易形式的发展趋势,在修订我国合同法时,在若干新条文中对数据电文作为书面合同形式予以了肯定,或者说明确了电子合同法律地位,但有关电子合同的描述还是粗线条的,缺乏可操作性;而国家其他法律法规除极个别外,绝大多数都是基于传统交易形式环境制定的,都没有涉及数据电文的地位,相反,都极重视文件的“书面形式”、“亲笔签名”、“原件”等要求,有着详尽具体的规定。此外,一些法律还有着一些特殊的规定,法律之间不衔接、不一致,更加剧了现行法律体系在电子商务领域适用的混乱与无奈。现行法律体系的这种情况,不适应电子商务这种新交易形式的发展要求,实际上构成了难以逾越的障碍。不难看出,如果不从立法上采取行动,消除法律障碍,电子商务要在我国得到快速发展,是难以想像的,从这个意义上说,加快电子商务立法,是完全必要的。

关于立法的时机。由于电子商务本身具有的国际性,研究电子商务立法势必要考察其国际因素。从国际上电子商务立法的情况看,鉴于本文在前面已深入考察分析了国际立法的现状和经验,我们可以说,电子商务立法是当今国际上立法的一股潮流,其速度之快,立法国家数量之多在现代各国法律发展史上是罕见的。无论是贸法会制定的两部示范法及其颁布指南,还是50多个国家的电子商务立法例,都为我们提供了可资借鉴、吸收的经验教训,包括立法的原则、模式,乃至立法的内容和体例。如果我们对这些进展还熟视无睹,以至于举步当车,那只能会贻误时机,落后于人,既不利于我国民事法律制度的完善,也不利于电子商务的发展。

再从我国电子商务立法和研究的准备情况来看,同样如前所述,国家最高立法机关此前已有所关注,并尽其努力在民商事领域最重要的法律合同法的修订中作了若干规定,受到了广泛欢迎,可以说具备了一定的立法经验,已有条件对电子商务的专门立法展开审议与讨论。我国政府有关部门对电子商务也抱有很大热情,先后发起了数次“电子商务立法研讨会”,各方面就电子商务立法提出了不少有价值的意见和建议。我国法律学者也不断撰文,论述电子商务立法的必要性和可行性。我们完全可以说,电子商务立法的理论准备已经具备一定基础。

^① Electronic Commerce: Legal Considerations, study prepared by the UNCTAD secretariat, UNCTAD SDTE/BFB/1, 15 May 1998, p29.

基于以上分析, 本文认为, 我国无论从现实情况还是发展要求看, 电子商务立法是完全必要的, 时机也是成熟的。因此, 本文的结论是, 我国加快电子商务立法步伐, 建设富有我国特色, 又与国际接轨的电子商务法律体系是时代的要求, 时不我待, 必须尽快正式提到国家立法机关的议事日程。

四、我国电子商务立法需要解决的问题

立法是形成、制定调整某一领域法律关系的法律规范的过程, 是国家立法机关将其意志上升确定为法律条文的程序。电子商务立法是在电子商务领域确立起电子商务当事人相互之间的行为规则, 以调整在这一领域形成的法律关系。简单说, 电子商务立法的任务就是要解决电子商务领域中产生的实际问题。这就要求我们研究清楚哪些问题需要通过立法来解决。电子商务涉及的法律问题包括: 如何认可数据电文具有与纸介质合同相同的法律效力, 如何认定“电子签名”具有与手写签名同等的法律后果, 如何确定交易对方真实身份, 如何确保通过互联网传递的交易信息的真实性、完整性和不可抵赖性, 如何确保交易的电子支付, 如何保护交易过程中涉及的个人数据、知识产权, 如何对电子商务征税, 等等。这些问题既涉及双方权利义务, 又涉及交易安全, 还涉及国家调控, 内容十分广泛。因而就有一个区分轻重缓急、明确孰先孰后、确定立法重点的问题。

基于前文的分析, 本文认为, 电子商务立法要解决的根本问题是要建立起电子商务的基本法律框架, 由此建立并增强人们乃至全社会对电子商务的信心。信心的建立与增强有赖于交易安全, 而交易安全需要法律的保障。可见, 反过来说, 理由也是成立的。为进一步说明这一问题, 此处借用欧共体委员会的一段论述: 电子商务立法的首要目标是确立信任与信心。为使电子商务得到发展, 消费者和企业“都必须对下列因素抱有信心: 其交易不会被破坏或篡改, 交易的买方或卖方确实是他们自称的那个人, 交易的机制是可得到的、合法的、安全的。确立此种信任与信心是企业 and 消费者成功开展电子商务的前提条件。”^①从法律角度分析, 对电子商务的信心主要有以下几个因素: 电子商务采用的数据电文以及其他电子通信手段是否合法, 电子商务交易形式是否真实、不可抵赖、值得信赖, 电子商务交易是否可强制执行, 电子商务交易应适用哪些法律规则。由此可见, 电子商务立法主要应解决上述四个问题。

(一)合法性问题。承认以数据电文为表现形式的电子记录的法律地位, 承认以数据电文为主要形式的电子合同的合法性, 是电子商务法需要解决的首要问题。在我国合同法修订中, 将数据电文纳入了书面合同的范畴, 有6个条文就一些基本问题作了规定, 可说已得到了初步解决。这里仍然存两个不确定因素: 一是根据我们的考察情况, 国际上电子商务立法是通过“功能等同法”, 承认数据电文具有与纸介质书面形式文件同等功能的效力的, 数据电文并不具备“书面形式”的全部构成要素, 与纸介质书面形式文件相比仍是有差别的, 因而简单将其等同于书面合同是有问题的; 二是, 合同法是较为开明的法律, 而基于纸介质书面文件的民商事领域的其他若干法律对数据电文没有涉及, 比如, 在保险法、票据法、海商法等法律建立的相应制度下, 数据电文的合法性仍然是不确定的。这就是说, 数据电文的合法性最终确定问题, 仍有待电子商务法解决。

(二)可信赖性问题。一份数据电文是否真实, 是否完整即发送途中是否被人截获并加以篡改, 接收人收讫的数据电文, 发送方事后可不可以种种理由予以否认, 直接关系到对电子商务交易形式的信心。如果说合法性是电子商务信心的前提, 那么可信赖性则是电子商务信心的核心。在基于纸介质书面文件的传统民商法中, 这个问题主要是由手书签名或者加盖公章等形式要求解决的。在电子商务所构建的虚拟环境中, 数据电文的真实、完整和不可否认性更为突出。比如, 银行接到客户关于付款给第三方的电子支付指令后, 它必须确信该指令的来源, 即确实是真实, 而不是伪造的。又比如, 当交易的一方收讫另一方经由互联网发送的同意按双方已经商谈的条件订约的承诺后, 它必须确定该数据信息是完整的, 中途没有被人篡改。再进一步看, 它还必须确信交易另一方事后不会因为双方在交易中发生纠纷而

^① 《欧洲电子商务行动计划》, 载 <http://www.ispo.tec.be/Ecommerce>。

否认自己曾发出过该承诺。在电子商务的环境中,可信赖问题往往通过双方事先商定的电子签名或安全程度更高的数字签名予以解决。这就需要在法律上解决电子签名的法律效果。与可信赖问题直接相关是电子签名的认证问题。由于电子商务是在虚拟环境中进行,在很多情况下交易双方互不认识、互不了解又互不见面,如何判断其真实、完整、不可抵赖,电子签名或数字签名本身解决不了。在纸介质环境下,这个问题可由第三方见证或公证机关公证解决。这就产生了与数字签名相联系的公认的第三方通过电子手段对数字签名进行认证以及认证机构的法律地位问题。贸法会两部示范法以及其他国家电子签名法或数字签名法以“功能等同法”承认了电子签名具有与手写签名同等的法律效果,同时确认了认证机构的法律地位。我国修订后的合同法对此没有解决,仍然规定“合同自签名或盖章之日起成立”。其他法律更没有承认电子签名的法律效果,这个问题只能通过电子商务立法解决。

(三)可执行性问题。数据电文是否可强制执行涉及到其证据力。可执行性是增强电子商务信心的第三道屏障。即使作为前提的合法性和作为关键的可信赖性问题得以解决,而在可执行性问题上存在不确定性,增强信心的努力仍将付之东流。因为,电子商务中的每一笔交易完成过程或完成之后,当事人都需确信,一旦出现纠纷,原来通过数据电文形式订立的合同将通过法律诉讼或仲裁得以强制执行。在这个问题上,我国包括合同法在内的民商事法律都是空白。在与民商事法律相关的民事诉讼法中规定了7类证据,数据电文是归入其中的某一类,还是单列一类,是不清楚的。因此,这个问题应该通过电子商务立法解决。

(四)法律适用问题。与前三个问题相比,这个问题可说是程序中的程序问题。主要涉及两个方面:一是以数据电文形式缔结合同,其发送、传输和接收相对于传统函电形式具有明显的特征,现行合同法规则难以完全覆盖。比如,以数据电文发送承诺,是以被要约人发出为准还是以要约人收到为准,何时收到?何地收到?直接关系合同成立的时间与地点,而合同成立地点直接关系合同的法律适用;二是电子商务中与履行合同相关的问题,尤其是实体法上的问题,比如合同标的的合法性,应当适用何种法律,都需要明确。这个问题可以通过电子商务立法予以解决。

除上述问题外,电子商务立法需要解决的还有:消费者保护,比如,与现实物理环境相比,电子商务中消费者权益保护要求更高,特别是格式合同在互联网上的应用带来的新问题如何处理;个人数据和个人隐私的保护,比如,为了确认交易对方身份,一般需要征集对方有关的信息,在开放的网络环境中,如何保护这些信息,使其不被滥用或者侵害;知识产权保护,比如,域名与商标权的冲突如何处理等等。尽管如此,本文仍然认为,电子商务法不可能一蹴而就,应当突出重点,当前重中之重是消除法律障碍,确立必要的制度,再逐步予以完善。

Abstract: As the rapid development and wide application of information technology, it is certain to put forward and influence the social economic relations and at the same time constitutes a challenge to the legislative authority. The author makes a survey on relative foreign legislations in the area of e-commerce and considers that China must try to solve following issues: legality, reliability, enforceability and legal application.

[作者单位:国务院法制办]

(责任编辑:李小明)