



论电子商务法基本原则^{*}

巩姗姗

(石家庄经济学院 法政学院 河北 石家庄 050031)

摘要: 电子商务法学界对电子商务法基本原则的认识仍存在种种分歧和不足。技术中立原则只是民法平等原则的细化,不能成为电子商务法基本原则。在梳理国内现有理论研究并汲取合理成分的基础上,以法律基本原则的原理为基础,从电子商务法解决的核心问题是在非面对面交易环境中,如何确保当事人能够获得商品和价款出发,提出电子商务法基本原则是安全原则。功能等同是判定利用新型信息技术所实施的法律行为有效与否的标准,是安全原则的重要外延和具体化。安全原则要求第三方电子商务平台针对平台内发生的第三方侵权行为负有合理的注意义务。在安全原则指引下,技术中立非绝对,应包含国家安全等例外规则。

关键词: 非面对面交易;安全原则;功能等同;技术中立;安全保障义务

中图分类号: D913; D922.29

文献标识码: A

文章编号: 1673-8268(2015)05-0038-05

电子商务法基本原则是我国电子商务法理论研究的基本问题之一。它上承电子商务法立法目的,下启电子商务法基本制度。但是到目前为止,有关电子商务法基本原则的立法主张和理论观点仍存在重大分歧,直接影响我国电子商务立法的进程。电子商务是行为人在网络空间进行的民商事活动,传统民商事法律的基本原则,电子商务法基本原则应予以体现,此外,还应依据电子商务的特征确立其特有的基本原则。以电子商务法所要解决的核心问题为基础,本文提出电子商务法基本原则为安全原则。

一、现有理论的分歧与不足

(一) 学界观点

张楚教授认为,电子商务法基本原则包括:中立原则、自治原则、开放与兼容原则、安全原则等。中立原则反映了商事交易的公平理念,包括技术中立、媒介中立、实施中立和同等保护;自治原则要求在电子商务立法与司法过程中,要为行为人自由的表达与实现自己的意愿预留空间和提供切实保障;开放与兼容原则中的“开放”,指在国际范围内对各地区、各种网络的开放,“兼容”指各种技

* 收稿日期: 2015-05-25

基金项目: 国家社会科学基金重大项目: 国家网络空间安全法律保障机制研究(13&ZD181); 石家庄经济学院博士科研启动基金项目(BQ201304)

作者简介: 巩姗姗(1980-),女,山东惠民人,讲师,法学博士,主要从事网络知识产权法研究。

技术手段、各种传输媒介相互对接与融合;安全原则要求电子商务活动必须实施技术安全措施和法律安全规范,以保障其交易的高效和快捷^[1]。

吴伟光先生认为,电子商务法基本原则包括当事人意思自治原则、技术中立原则、程序性原则、功能相等原则、最小程度原则和国际协调性原则。最小程度原则要求尽量在最小程度上对电子商务制定新法,应优先适用现行法。程序性原则是指电子商务立法重点是现行实体法律适用问题,因此,电子商务法更倾向于程序性而非实体性。国际协调性原则要求电子商务立法应考虑电子商务的国际性特征,立法时应促进电子商务法的国际化^[2]。

何松明等认为,电子商务法主要调整以数据电文为交易手段,以网络为交易平台的商务活动。由公平和平等原则演进和擅变而来的中性原则是电子商务立法区别于其他立法所独有的基本原则,中性原则具体表现为媒介中立和技术中立,媒介中立意味着法律应同等对待电子商务和其他商事活动,允许当事人自由选择商务媒介^[3]。

孙占利教授认为,电子商务法在解决信息技术应用于商事活动合法性的同时,还应解决商事主体利用信息技术进行商事活动时权责利的分配问题。因网络技术缺陷、信息系统存在漏洞以及意外事件导致的电子错误、合同不当履行等风险的分配,电子商务法必须面对并对这些普遍存在的新问题进行回应,体现公平理念、无过错即无责任和技术局限免责理念的技术风险合理分配原则,也应是电子商务法基本原则^[4]。

(二) 现有理论的不足

电子商务法基本原则的界定,应明确以下两个问题:(1)法律基本原则的内涵;(2)界定电子商务法基本原则的逻辑起点。电子商务法基本原则是电子商务法独立于其他部门法而特有的理念、价值和精神。电子商务法是网络时代的民商法,因此,民法基本原则中的平等原则、意思自治原则,以及由平等和意思自治原则衍生的原则,都不应成为电子商务法基本原则。中立原则、开放与兼容原则是民法平等原则的具体化,因此不能成为电子商务法基本原则;最小程度原则、程序性原则和国际协调性原则,只是电子商务立法原则,不能贯穿于电子商务活动和电子商务司法过程中,因此,上述原则均不是电子商务法的基本原则。

二、界定电子商务法基本原则的逻辑起点

法律原则是一个法律部门存在之根本^[5]。作

为立法、司法和指导当事人行为的基本准则,法律原则可以将不同的法律规范和制度按照一定的宗旨串联起来,从而有机地统一于某个法律部门,进而构造出一套相对严格、周密的理论体系和与之相适应的法律体系。

确定电子商务法基本原则,应坚持以下标准和方法:(1)电子商务法基本原则应具有法律规范的特性,属于法的原则性规范,而不应将超出法范畴的原则纳入;(2)电子商务法基本原则应是电子商务法特有的原则,而不能照搬其他部门法的基本原则;(3)电子商务法基本原则应贯穿于整个电子商务立法、司法和电子商务活动中,特别是指导和统领整个电子商务法体系,因此,作为电子商务法个别制度的指导原则,不应成为电子商务法基本原则。

电子商务法基本原则在反映电子商务活动特征的同时,既体现电子商务法的内容,又是对电子商务法内容的抽象,并能够统领电子商务法的各项具体制度。孙占利教授提出的风险合理负担原则,已表明电子商务法重点放在保障电子商务交易安全的倾向。在非面对面交易的环境下,保障交易双方能够收到商品和价款是电子商务法所关注的重点问题,这是确立电子商务法基本原则的出发点。电子商务法有关电子商务市场准入、电子形式的法律效力、电子签名与认证、电子自助与电子错误、七天无理由退货制度、信用体系建设和第三方电子商务平台责任等规则和制度,均围绕安全原则展开,是安全原则的具体体现。以保障电子商务交易安全为逻辑起点的安全原则,统领电子商务法各项制度,贯彻电子商务立法、司法和电子商务活动始终,因此可以成为电子商务法基本原则。

三、安全原则的由来和扩张

(一) 缘起——网络空间数据信息安全环境的变化

网络空间,财产以数据信息的形式存在,其所有与控制发生了分离,导致物理世界中的安全规则——他人负有消极不侵害的义务,无法适用于网络空间:物理空间,所有人对其所有物的实际拥有和控制即可实现其财产安全;网络空间,财产的载体变为各种数字信息,保障信息存储、流转过程中的安全以及网络技术设施本身的安全,就是保护财产安全的具体要求。

电子商务活动是以信息技术为支撑,以信息

流、资金流和物流为内容的民商事活动。较之线下的民商事活动,电子商务具有主体虚拟、交易活动的技术性、交易标的的数字化特征,这源于电子商务依托于尚不完善的信息网络技术,上述特征使电子商务的风险远远高于线下交易的风险。到目前为止,电子商务的市场准入、网店的归属、无民事行为能力人网购合同的效力、电子支付当事人的权利义务和责任、网络广告的先审后播制度、第三方电子商务平台因第三人实施的侵权行为应承担的法律责任、纠纷解决问题,现行法律无法为当事人提供明确预期和有效保障。

(二) 安全原则的扩张

民法对交易安全的保护,是为了实现民事主体移转财产权利和履行财产义务的确定性。交易安全是通过保障民事主体的交易结果不受法律的突然否定以及对方当事人意志的任意左右,从而保障其获取最终的交易利益,履约安全、交易当事人自身的人身和其他财产安全不属于交易安全的范畴^[6]。

民商事领域任何安全保障规则的终极目标都是为了保护民事主体私权不受侵害。电子商务活动中风险的特殊性,使安全原则在网络空间获得新内涵:首先,电子商务法要明确电子意思表示的效力;其次,要求保障交易信息的安全,即信息在存储、传输等整个过程中,不遭受被拦截、丢失、非法泄露等影响,以保障电子支付和物流的顺利进行,即履约安全;最后,电子商务法要保障交易当事人人身和财产安全,如用户个人信息免受非法收集、利用和泄露,个人账户资金不被盗取等。

电子商务法在保障用户安全的同时,也应对企业和国家安全有所“关注”:电子商务企业依法收集和持有的客户信息性质为商业秘密,交易数据对电子商务经营者以及第三方电子商务平台而言是财产——具有使用价值和交换价值,因此未经权利人许可,他人不得使用;第三方电子商务平台存储有大量交易数据,这些交易数据事关我国经济安全,基于国家安全的考虑,第三方电子商务平台不得将服务器设置于境外。

四、安全原则指导下的制度设计

(一) 第三方电子商务平台的安全保障义务

1. 安全保障义务的保障对象和义务主体

安全保障义务是系统性法律架构,其保障对

象包括个人和企业用户、公共安全和国家安全。安全保障义务主体,即软件服务提供者和硬件服务提供者。第三方电子商务平台处于网络交易的核心,因此,安全保障义务主要围绕第三方电子商务平台展开,而第三方电子商务平台安全保障义务的设置标准,成为最具争议性的问题。

2. 安全保障义务的主要内容

电子商务平台搭建于网络公共基础设施之上。网络空间的公共性特质,要求处于“守夜人”地位的网络服务提供者,必须履行“信息守门人”的各种义务和责任。网络服务者所承担的各类信息守门人的义务中,最基础、最重要的,便是对所有用户所承担的“最低限度的信息安全保障义务”^[7]。信息已成为网络时代的重要经济资源,电子商务平台作为受益者,理应对这一资源的安全和有序流动承担保障义务。第三方电子商务平台的安全保障义务如下:(1) 清除有害信息;(2) 保障系统正常运行,及时更新或升级系统,修补安全漏洞,防止被他人侵入和破坏;(3) 保障所收集的用户信息在存储和传输过程中的安全;(4) 对平台内的第三方侵权行为负有合理注意义务。

3. 对第三方侵权行为的合理注意义务

网络服务商安全保障义务,核心是对第三方侵权行为的注意义务。以获得收益、有权利和能力监控以及制止侵权为切入点,在网络服务商与权利人之间进行权衡,将对网络传输内容进行一定的审查监控义务赋予网络服务提供者,更为公平^[8]。网络服务商的安全保障义务只是“合理的注意”,而非无限安全保证:网络服务商应以专业人士的标准预见可能发生的侵权危险,当某项服务的开启将主要被用于侵权时,就应重新设计甚至取消该项服务,特别是针对同一对象反复发生的侵权,应采取措施防止其再度发生^[9]。

网络服务商在信息安全维护方面,拥有较强的优势地位,理应为此承担超过一般主体的安全保障义务。之所以赋予第三方电子商务平台一定的注意义务,是因为:第一,第三方电子商务平台作为风险的制造者和管理者,较之权利人,更易了解和预见可能发生的侵权风险;第二,侵权行为发生在第三方电子商务平台所控制的网络空间,相对于分散且在技术和信息上均处于劣势的诸多权利人,第三方电子商务平台更有能力去查明危险的性质、发生方式,更有能力控制和防止侵权危险的发生;第三,第三方电子商务平台距离侵权危险最近,较之权利人,其能够以较低的成本去控制和

消除侵权危险,因此在风险防范和控制上更有效率。依照风险应分配给可以预见和控制风险发生之人、可以最低成本预防风险发生之人的基本原理,第三方电子商务平台作为危险的制造者、保有者以及因特定危险而获益者,其承担合理的注意义务以防范侵权行为的发生,更为合理和公平。

(二) 功能等同

1. 法律定位

功能等同是传统民商法的书面形式、签名、原件等概念适用于电子商务时,所产生的法律障碍的应对规则^[10]。功能等同的实质是通过分析书面形式、签名等的目的和作用,即上述制度的功能,以确定网络技术支撑的在线交易如何达到这些目的或作用,进而赋予电子形式和电子签名相应的法律效力。

功能等同是否为电子商务法的基本原则,学界存在争议:吴伟光先生持肯定意见,认为功能等同是规范和调整电子商务问题的出发点,功能等同原则贯穿于电子商务立法的始终,包括合同形式、签名方式和技术以及文件的完整性和认证性等^[11];何松明、刘满达先生认为功能等同只是一种立法方法,而非立法原则^[3];孙占利教授认为,功能等同是解决书面形式、签名和原件等法律问题的方法,并不属于立法技术范畴的立法方法,且缺乏普遍性,而不能成为电子商务法基本原则,但作为具体原则当无可不可,可被看作是在中立原则指导下所产生的解决电子形式、电子签名和书面要求等具体法律问题的具体法律原则^[10]。

电子商务法不是简单地把传统法律规范移植到电子商务领域,而是针对网络空间中的民事活动进行与传统法律价值相近的规范调整。功能等同是解决电子商务运行的合法性、确定性和可执行性的重要方法,其不仅是应对技术创新、保持电子商务法开放性的手段和措施,更重要的是解决了网络环境下电子形式和电子签名法律效力问题。

如前所述,交易安全是获取交易利益的确定性。交易所获利益是交易行为发生效力的结果,而这种效果是通过确认交易行为效力的合法性和确定性实现的^[6]。电子形式和电子签名的效力直接影响法律行为的效力,功能等同原则是判定利用新型信息技术所实施的法律行为有效与否的标准。因此,功能等同是保障当事人交易安

全的基础性措施,是电子商务法安全原则的重要内涵。

2. 功能等同的适用

技术创新和应用对法律规则的内核会产生一定冲击,工业技术影响了侵权行为法的归责原则,最终以风险负担的方式重新平衡了人们之间的利益;信息技术以变革信息传递载体的方式影响了人们网络空间民商事活动的方式,特别是在意思表示层面,对传统民商法提出了挑战,需要法律明确电子意思表示形式的属性和效力。

以载体为标准,意思表示分为书面形式和口头形式。口头和书面的区别在于:前者的载体是声波,需要第三人旁证;后者是有形载体,无需第三人旁证。书面形式要求的主要功能是为了实现意思表示的如下特征:(1) 可视性,确保文件被人识读——帮助当事人意识到法律行为的后果,并能够证明当事人的意图及其意图的法律属性;(2) 载体有形——对当事人意思表示永久记录,确保文件恒久不变;(3) 可复制性——以便每个当事人均可持有原件;(4) 可验证真实性——可通过签字方式进行核对。

纸面通常属于书面形式,纸面具备有据可查、长久保存的特征。但纸面不等同于书面——电子形式也是有形载体,只不过其存储介质和展示介质是不同的设备,但都是计算机设备的组成部分。计算机网络设备使以数据为表现形式的电子形式能够被人识读,且可以附上电子签名,同时可以进行长期保存,因此具备了书面形式所要求的功能,其法律属性为书面形式。

(三) 政策干预下的技术中立

1. 技术中立的内涵

电子商务法不对任何技术本身进行评价,不直接影响技术,而是针对相关技术应用后果进行规范进而间接影响技术。因此,电子商务法并非以现存的某一特定技术作为基础,而是超脱于任何特定技术进行立法。电子商务法对待技术的态度之所以如此,原因为:一方面,人类认识的局限性决定了无法预见技术创新的过程和结果;另一方面,技术本身并无对错、善恶或利弊之分,法律评价对象是主体利用信息技术的具体行为,规范的是技术利用行为模式。技术中立确保了电子商务法的开放性和包容性,其法律规范可以适用到新的和没有预见到的技术和实践中。

2. 技术中立的修正

现行主流的学说基于技术的自然属性而倾向于将中立绝对化,但技术兼具自然属性和社会属性。技术的社会属性指技术在应用过程中由社会人所创造,用以满足社会性目标和实现社会性需求的各种方式和途径。技术的社会属性直接影响立法政策并决定立法重点,美国以保护国家安全为由审查华为、中兴以及对华禁售超级电脑芯片事件就是例证。中国电子商务立法应放弃绝对技术中立论,通过实施网络安全审查制度,以国家政策干预的技术中立主义对抗虚伪的纯粹技术中立论,确保我国国家安全。政策干预下的技术中立主义,在保证技术竞争实现实质平等的同时,也为技术创新创造了有利条件^[12]。

(四) 安全原则指导下的其他制度

1. 电子错误与电子自助

当事人利用网络进行交易,难免会发生意思表示错误,电子意思表示错误的认定及其法律后果是电子商务法必须解决的重要问题。电子错误法律制度要求,若一个信息系统未向消费者提供检测、避免或纠正意思表示错误的合理方法,消费者使用此信息系统订立合同的,对在此过程中发生的意思表示错误不承担责任。电子化意思表示削弱了消费者对表示行为的控制力,电子错误法律制度旨在保护处于弱势的消费者,避免其因此种错误而承担责任的不公正后果^[13]。

在信息产品交易过程中,当信息产品处于买方控制之下时,卖方权利处于事实上的失控状态。电子自助是信息产品交易合同中,卖方因约定而产生的对信息产品进行一定程度上控制的权利,其法律属性为民事权利保护中的自力救济措施。电子自助包括电子控制和电子救助。电子控制,即卖方有权以设定控制程序、密码或其他类似设施的方式,限制买方对交易中的信息产品进行非法使用;电子救助,即当买方侵权或违约时,卖方依约定采取相应控制措施以进行自我保护的各种行为,如卖方行使合同撤销权的同时,有权阻止买方继续占有和使用信息产品^[13]。

2. 卖方信息披露义务

电子商务是一种非面对面交易,消费者与经营者之间缺乏直接联系,因而,卖方信息披露义务对消费者利益的全面实现至关重要。经营者应充分及时披露商品或服务的信息及其交易条件,以

满足消费者对基于相关信息作出真实意思表示的合理期待。卖方信息披露义务包括:(1)销售者的名称、地址、联系方式,如果所销售商品或提供服务需事前获得行政许可,还须注明许可机构联系方式;(2)产品或服务的主要特征、价格、送货或交付费用、报价和价格的有效期限、售后服务及保证;(3)电子错误识别和纠正方法;(4)七天无理由退货产生运费的负担;(5)开展促销活动,折扣、奖励及赠予都应易于识别,对参与活动的条件和相关规则应易于达到并详细无误地予以说明;(6)收集消费者个人信息的目的、范围和信息使用规则。

安全原则的提出,体现了主观标准与客观标准的统一:就客观层面来说,安全原则真实、全面、准确、集中地反映当事人要求电子商务法全方位地保障整个电子商务过程安全的客观要求;就主观层面而言,安全原则是电子商务法规范的基本精神和共同本质的科学抽象,体现了电子商务法以安全为手段促进效率的根本价值取向。安全原则是电子商务法的根本,反映了电子商务法的宗旨、价值和精神,是电子商务法规范所应贯彻的指导性准则,是建构电子商务法体系的依据。中国现在启动的电子商务立法,应围绕安全原则展开。

参考文献:

- [1] 张楚. 关于电子商务立法的环顾与设想[J]. 法律科学 2001(1):3-12.
- [2] 吴伟光. 电子商务法的基本原则[M]//许章润. 清华法学:第三辑. 北京:清华大学出版社 2003:313-324.
- [3] 何松明,刘满达. 电子商务立法三题[J]. 中国法学, 2002(1):73-80.
- [4] 孙占利. 电子商务法[M]. 厦门:厦门大学出版社, 2013:23-25.
- [5] 史际春,邓峰. 经济法的价值和基本原则刍论[J]. 法商研究,1998(6):9-14.
- [6] 孙鹏,王智斌. 交易安全与中国民商法现代化[J]. 学习与探索,1996(1):98-105.
- [7] 梅夏英,杨晓娜. 网络服务提供者信息安全保障义务的公共性基础[J]. 烟台大学学报:哲学社会科学版, 2014(11):14-21.
- [8] 陈锦川. 关于网络环境下著作权审判实务中几个问题的探讨[J]. 知识产权 2009(6):42-54.
- [9] 刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务[J]. 中外法学 2012(2):395-410.
- [10] 孙占利. 论电子商务法的基本原则——以全球电子商务立法为视角[J]. 现代法学 2008(3):114-122.

(下转第120页)

- 悼之[M]//敬亭集:卷十一.首尔:民族文化促进会,1993:359.
- [17] 杜甫.钱注杜诗:上册[M].钱谦益,笺注.上海:上海古籍出版社,1979:202.
- [18] 浦起龙.读杜心解[M].北京:中华书局,1977:145.
- [19] 杜甫.杜诗镜诠:下册[M].杨伦,笺注.上海:上海古籍出版社,1980:674.
- [20] 洪亮吉.北江诗话[M].陈迥冬,校点.北京:人民文学出版社,1998:35.
- [21] 韩成武,贺严.论杜诗的用典艺术[J].河北大学学报:哲学社会科学版,2002(3):58-64.
- [22] 司马迁.史记:第十册[M].北京:中华书局,1962:3257.
- [23] 莫砺锋.杜甫评传[M].南京:南京大学出版社,1993:169-177.
- [24] 司马迁.史记:第一册[M].北京:中华书局,1962:105.
- [25] 班固.汉书:第九册[M].北京:中华书局,1962:2847.
- [26] 吕氏春秋:卷19[M]//诸子集成:六.北京:中华书局,2006:236.

Analysis of the Subtleties of Dufu's Poem—《赠司空王公思礼》: Comparison with Tread Rhyme Poetry of Lee Kyungyeo

HAN Dong

(College of Humanities, Hanyang University, Seoul 133791, Korea)

Abstract: The poem of 《赠司空王公思礼》 is not the masterpiece written by Du Fu, so few people talk about the characteristics of Du Fu's poems through this poem. In fact, by comparing with the Tread Rhyme Poetry of Lee Kyung-yeo which imitated the poem, we can clearly see the unusualness of Du Fu's poems. For example, Du Fu used realism to tell things in the poem, and was good at taking a series of events closely together. So, reading his poems, you can always see a picture in your head. Secondly, the way he expressed his feelings is not volcano eruption type, but a mildly tortuous way. So, reading his poems, you can also have the very long aftertaste. Thirdly, Du Fu not only loved using allusions, but also was good at it; he contracted the allusions and sentence structure perfectly. So, reading his poems, you can also have a strong interest, not ruled by words and sentences. In general, there are many people having initiated Du Fu's poems, but few people reached his level. Although the poem of 《赠司空王公思礼》 is just a drop in the bucket for Du Fu, spelling over this poem can also deepen our understanding of the characteristics of Du Fu's poems.

Key words: Du Fu; Lee Kyungyeo; 《赠司空王公思礼》; tread rhyme poetry; Du Fu's poems; characteristics

(编辑:李春英)

(上接第42页)

- [11] 吴伟光.电子商务法[M].北京:清华大学出版社,2004:491.
- [12] 郭鹏.关于技术中立原则及其反思[J].技术与创新管理,2001(4):503-506.
- [13] 齐爱民.电子合同典型法律规则研究[J].武汉大学学报:社会科学版,2002(2):158-161.

Basic Principles of E-commerce Law

GONG Shanshan

(School of Politics and Law, Shijiazhuang University of Economics, Shijiazhuang 050031, China)

Abstract: There are lots of academic disputes over the basic principles of E-commerce Law. the principle of technological neutrality, which is one of sub-principles of equality, shouldn't be a basic principle of E-commerce Law. This article, based on the theory of law-principle, reviews existing academic viewpoints, and points out the security principle should be the basic principle of E-commerce Law. Under the security principle, the ISP bears the reasonable duty of Care on infringement within the site. This point of view considers that the E-commerce Law should focus on realizing security of non face-to-face transactions, and should guarantee the participants can obtain the commodity or price. However, because of being extensionality and specificity of security-principle, functional equivalent, which is the criteria of effectiveness on legal actions by use of new information technologies, is not the basic principle. Moreover, under the guidance of security-principle, technological neutrality is non-absolute, which means the exception-rule of national security should modify the technological neutrality.

Key words: non face-to-face transactions; security principle; functional equivalent; technological neutrality; security obligation

(编辑:刘仲秋)