

# 论电子商务法的基本原则

## ——以全球电子商务立法为视角

孙占利

(广东商学院, 广东 广州 510320)

**摘要:** 电子商务法的国际协调性和趋同性并未完全统一当前关于电子商务法基本原则的不同立法主张或理论观点。目前主张的原则大多属于与电子商务法的基本原则有关的立法指导思想、立法技术、具体原则及传统商法的基本原则的范畴,其中技术中立原则和媒介中立原则才属于电子商务法的基本原则。融合了公平原则、过错责任原则和技术局限免责理念的技术风险合理分配原则作为电子商务法的基本原则在立法中已有反映但未能理论上得到重视。

**关键词:** 电子商务; 电子商务法; 基本原则

**中图分类号:** DF961 **文献标识码:** A

自联合国国际贸易法委员会于1984年向联合国秘书长提交了名为《自动数据处理的法律问题》的报告从而揭开了电子商务立法的序幕起算,电子商务法已经经过了二十多年的发展,初步形成了一个较为完善的法律制度,从而形成成为商事法的一个新的分支或子部门。然而,有关电子商务法的基本原则的立法主张和理论观点可谓众说纷纭,本文在既有研究和立法的基础上对电子商务法的基本原则进行探讨。

### 一、关于电子商务法基本原则的主要立法主张和理论观点

商事法的基本原则是商事法的立法、司法、执行、解释及研究的基本准则,探讨电子商务法的基本原则具有重要的理论价值和实践意义。关于电子商务法的基本原则的主张或观点,大致可以分为两个方面,其一为立法所依据或体现的原则,其二为学者们的理论观点。

有关的立法主张主要如下:第一,UECIC的相关规定。公约序言第6段提到了指导贸易法委员会在电子商务领域所有工作的两项原则:技术中性和功能等同。技术中性原则系指公约的用意是为以电子通信形式生成、存储或传输信息的所有实际情况做出规定,无论使用的是何种技术或媒介。为此,公约的规则是“中性”规则;也就是说,这些规则不依赖于或不预先假定使用特定类型的技术,而是可适用于所有类型信息的沟通和存储。技术中性

收稿日期: 2008-02-24

基金项目: 广东省哲学社会科学规划项目“和谐网络社会之法治构建研究”(07G02)

作者简介: 孙占利(1970-),男,宁夏固原人,广东商学院法治与经济发展研究所/电子商务实验室副教授,武汉大学国际法专业博士生。

还包括“媒介中性”,公约的重点是推动“无纸”通信手段,办法是提供标准,使其按标准等同于纸面文件,但公约的用意不是改变纸面通信的传统规则,也不是为电子通信另外创立实体规则<sup>①</sup>;第二,《贸易法委员会电子商务示范法》(以下简称“《示范法》”)。关于《示范法》所依据的一般原则,以下所列虽不详尽,但似可予以考虑:(1)促进各国间和国内部的电子商务;(2)认可以新信息技术手段达成的交易;(3)促进和鼓励采用新信息技术;(4)促进法律统一;(5)支持商务活动。<sup>②</sup> 这些原则大致可归纳为开放原则、协调原则、中立原则及鼓励、促进原则;第三,《中国电子商务法(示范法)》。该示范法确立的电子商务法基本原则或立法原则有:媒介中立原则、技术中立原则、信息安全原则、个人资料保护原则、功能等同原则及当事人意思自治原则。<sup>③</sup>

学者们的代表性研究观点主要如下:第一,中立原则(包括技术中立、媒介中立、实施中立和同等保护)、自治原则及安全原则<sup>[1]</sup>;第二,全球性原则,中立原则,自治原则,开放、兼容原则,安全原则<sup>[2]</sup>;第三,开放原则、协调原则、安全原则及鼓励、促进与引导等原则<sup>[3]</sup>;第四,电子商务的立法原则只有中性原则,包括技术中性和媒体中性原则<sup>[4]</sup>。国外学者的代表性观点则认为电子商务法的基本原则主要是最小化原则、非实质性原则、功能等同原则、技术和实施中立原则及当事人自治原则<sup>[5]</sup>。

上述观点虽然在哪些是基本原则方面不大相同,但在所共同提及的原则的内涵方面却是基本一致的。下文对这些“原则”进行简要介绍,以便做进一步的分析和讨论。

1. 功能等同原则(functional equivalence)。该原则在《示范法》、《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第7条和《联合国国际货物销售合同公约》第13条等诸多规范中都有体现,其基本含义为电子单证、票据或其他文件与传统的纸面单证、票据或其他文件具有同等的功能时就应当肯定其法律效力并在法律上同等对待。按照贸易法委员会《电子商务示范法颁布指南》的说明,《示范法》依赖一种有时称作“功能等同法”的新方法,这种方法立足于分析传统的书面要求的目的是作用,以确定如何通过电子商务技术来达到这些目的或作用。应当注意

到,关于所有上述书面文件的作用,电子记录亦可提供如同书面文件同样程度的安全。《示范法》只是挑出书面形式要求中的基本作用,以其作为标准,一旦数据电文达到这些标准,即可同起着相同作用的相应书面文件一样,享受同等程度的法律认可。《示范法》第6至8条内含的功能等同法是针对“书面形式”、“签名”和“原件”等概念的。我国《电子签名法》也采用了功能等同法,如该法第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。”

2. 媒介中立原则(media neutrality)。该原则也被称为“媒介中性原则”,是指法律对于交易是采用纸质媒介还是采用电子媒介(或其他媒介)都应一视同仁,不因交易采用的媒介不同而区别对待或赋予不同的法律效力。按照《电子商务示范法颁布指南》的解释,《示范法》采用的方法是,原则上规定它适用于任何手段生成、储存或传递信息的各种实际情况。如限制《示范法》的适用范围,将任何一种形式或手段排除在外,就会造成实际困难,违背真正“不注重任何手段”的规则的宗旨。然而,《示范法》注重的是“无纸”通信手段,除非《示范法》有明文规定,它无意改变有关用纸张进行传递的传统规则。<sup>④</sup> 在起草 UECIC 草案的过程中,工作组也认为,本着不偏重任何媒介的原则,对网上交易采用的办法不应有别于对纸面环境中同等情形所采用的办法。<sup>⑤</sup>

媒介中立原则是与功能等同原则相联系的原则。有观点认为这两个原则是相同的,即“对于基于纸质文件所进行的交易与基于电子通信方式所进行的交易应该平等对待,不应该对其中一个给予

① 《电子商务的法律方面关于〈国际合同使用电子通信公约〉的解释性说明》第4—5段。

② 《贸易法委员会电子商务示范法颁布指南》第43段。

③ 黄进教授主持起草:《中国电子商务法(示范法)》《法学评论》2004年第4期。

④ 《电子商务工作组第39届会议工作报告》(A/CN.9/509)第77段。

⑤ 《贸易法委员会电子商务示范法颁布指南》第24段。

优势而歧视另一个。<sup>①</sup>但也有观点认为,功能相等原则不仅仅限于媒介上的区别而采纳的原则,该原则贯穿在电子商务立法中的整个方面,包括合同的形式,签名的方式和技术以及文件的完整性和认证性等等。“功能相等”是整个概念的核心,是解决问题的出发点<sup>[6]</sup>。本文基本上赞同后一观点,但同时认为“媒介中立原则”并非等同于或包含于“功能等同原则”,实际上,二者侧重点并不相同。前者侧重于确保不同媒介在立法上的中立性或平等性,而后者则强调通过“功能等同”方法解决传统法律中的“书面形式”、“签名”和“原件”等概念适用于电子商务时所产生的法律障碍。

3. 技术中立原则 (technology neutrality)。该原则也被称为“技术中性原则”,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。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。”<sup>②</sup>这就是在立法上肯定电子签名的效力,但在立法中对电子签名及认证技术不作任何具体的规定或要求。国际贸易法委员会《电子商务示范法》也体现了此原则。贸易法委员会在起草 UECIC 过程中也曾说明“技术中性”还包括“媒介中性”,可以认为这是广义上的“技术中性”,本文认为此种主张有一定理由,但技术并不同于媒介,如果将二者合并,可以称之为“非歧视原则”。

4. 最小程度原则 (minimal principle)。该原则是指电子商务立法仅是为电子商务扫除现存的障碍,并非全面建立一个有关电子商务的新的系统性的法律,而是尽量在最小的程度上对电子商务订立新的法律,尽可能将已经存在的法律适用到电子商务中。其原因在于:首先,虽然电子商务是一个崭新的事务,但是对于现存的法律规则和原则进行适当的修改便可以适用于电子商务,没有必要对于我们已经存在的法律体系进行根本重建或者创造一套全新的法律框架;其次,有关电子商务的技术还在不断发展,最小程度原则可以对于新的技术保持足够的灵活性,过于具体的规定可能会面临过时的危险,而且可能会阻碍新的发展;再次,最小程度原则可以在国际范围内很快得到共识,成为共

同的规则,从而解决跨国交易产生潜在的障碍和不确定性<sup>[6]</sup>。

5. 程序性原则 (Procedural Principle)。该原则是与最小程度原则紧密联系的一个原则。因为电子商务法的最小程度原则的要求,各国并不试图制定一部系统的电子商务法律,而是尽力将已经存在的法律适用到电子商务中。电子商务法在一定程度上是为了清除法律障碍或者明确关系,是如何将实体法适用到电子商务中的法律,这便是程序性原则的体现,即电子商务法更倾向于程序性而非实体性。《示范法》旨在提供必不可少的程序和原则,以有利于在各种不同的情况下使用现代技术记录和传递信息……应当指出,《示范法》所考虑的记录和传递信息的技术,除引起在实施条例中要解决的程序问题之外,还可能引起在《示范法》中不一定能找到答案而要在其他法律中寻求答案的一些法律问题<sup>[6]</sup>。

6. 协调性原则 (harmonization principle)。该原则是指电子商务立法既要与现行立法相互协调,又要与国际立法相互协调,同时还应协调好电子商务过程中出现的各种利益关系,如版权保护与合理使用、商标权与域名权之间的冲突等,尤其是要协调好电子商家与消费者之间的利益平衡关系<sup>[3]</sup>。一些学者主张的国际协调性原则应为协调性原则的其中一部分内容,该原则是指在制定电子商务法时应该更加注意电子商务的国际性特征,立法时更应该注重促进电子商务法国际化<sup>[6]</sup>。

7. 当事人意思自治原则 (Party autonomy)。其内在含义是: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制定。其实,《示范法》中的强行规范不仅数量上很少(仅有4条)而且其目的也仅在于消除传统法律为电子商务发展所造成的障碍,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。换言之,《示范法》的任意性条款,从正面确定权利,以鼓励其意思自治;而强制性条款,则从反面摧毁传统法律羁绊,使法律适应电

① Summary of the Electronic Transactions Act 1999 <http://www.law.gov.au/publications/e-commerce/> 转引自吴伟光:《电子商务法》清华大学出版社2004年版,第49页。

② 《电子签名法》第14条。

子商务活动的特征,更好地保障其自治意思的实现。可以说是一正一反,殊途同归<sup>[1]39</sup>。

8. 安全原则 (safety Principle)。电子商务必须以安全为其前提,它不仅需要技术上的安全措施,同时也离不开法律上的安全规范。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<sup>[7]</sup>。

9. 开放原则 (Open Principle)。该原则也被称为开放、兼容原则,是指电子商务立法对所涉及的诸如电子商务、签名(字)、认证、原件、书面形式、数据电文、信息系统等有关范畴应保持开放、中立的态度以适应电子商务不断发展的客观需要,而不能将其局限于某一特定的形态。目前的电子商务立法大多采取了开放原则,我国电子商务立法也应采取开放性原则,以适应电子商务快速发展的需要<sup>[3]321</sup>。如果说中立原则旨在实现公平价值,那么开放、兼容原则反映的则是效率价值的要求<sup>[2]261</sup>。

10. 鼓励、促进与引导原则。通过立法鼓励和促进电子商务的发展是各国电子商务立法的基本原则。我国电子商务的发展水平比较低,更应当通过立法鼓励、促进电子商务的发展。立法应从网络基础设施建设、与电子商务相关的技术发展和技术标准、税收、市场准入等方面鼓励和促进电子商务的发展。由于我国电子商务的发展水平和社会公众对电子商务的认同程度较低,政府应更多地担负起引导职责,从政策、法律上为电子商务创造良好、宽松的经营环境,引导企业和社会公众积极参与电子商务<sup>[3]322</sup>。

## 二、电子商务法基本原则的界定标准

毋庸置疑,上述所列十项“原则”不可能都是电子商务法的基本原则,否则就不是基本原则了。然而,这些“原则”的确都对电子商务法的立法、适用和解释具有重要的指导意义。那么,电子商务法的基本原则到底有哪些?要解决此问题,关键在于要搞清楚电子商务法基本原则的界定标准。

“原则”一词源自拉丁语的“原理”,该词在法学

上有其特殊含义。《布莱克法律词典》(第5版)将“原则”解释为“法律的基本公理或原理;构成其他法律的基础或根源的全面性规则或原理。”(a fundamental truth or doctrine as of law; a comprehensive rule or doctrine which furnish a basis or origin for others)<sup>[8]</sup>该词典第8版则将“原则”解释为基本规则、法律或原理(A Basic rule, law, or doctrine)<sup>[9]</sup>。弗里德曼认为:“原则是超级规则,是制造其他规则的规则,换句话说,是规则模式或模型。……‘原则’起标准作用,即是人们用来衡量比它次要的规则的价值或效力的规则。‘原则’还有一个意思是指归纳出的抽象东西。从这个意义上说,原则是总结许多更小的具体规则的广泛的和一般的规则。”<sup>[10]</sup>

一般认为,商法的基本原则是指反映商事关系本质,体现商事法的基本内容,概括商事法的基本制度,且其效力贯穿商事法律始终的商事法根本规则,这是指导和克服法律局限性的重要准则与立法技术<sup>[11]</sup>。商法的基本原则,也应当符合以下的标准:其一,高度性标准;其二,普遍性标准;其三,特殊性标准<sup>[12]</sup>。

关于商法的基本原则的具体内容,学术界的争议颇大,有“三原则说”、“四原则说”、“五原则说”等观点<sup>[13]</sup>。这些研究成果为我们探讨电子商务法的基本原则问题提供了极富价值的借鉴。其中代表性的观点认为,作为特别私法,商事法首先包括作为一般私法即民法的基本原则,其次它还包括体现在商事法特点的基本原则,即保障交易简便迅速、维护交易确实、安全原则<sup>[14]</sup>。电子商务活动是典型的商事活动,在确立电子商务法的基本原则时既要遵循传统民商事法律的基本原则,还应该根据电子商务有别于传统商务活动的特性确立其特有的基本原则。

电子商务法的基本原则也应当是电子商务法的基本理念、基本价值和立法宗旨的概括反映,应当科学反映电子商务关系的本质和电子商务活动的本质规律,并构成电子商务法律制度的基础和灵魂。具体而言,电子商务法的基本原则也应当符合高度性、普遍性、特殊性的标准。电子商务法的基本原则不仅应贯彻于整个电子商务法律制度中,对

电子商务法律规范起统帅作用,而且也应贯彻于电子商务立法、执法、司法和守法活动的全过程中,并对上述活动起指导作用,它不仅是立法者应当遵循的准则,而且也是司法者、执法者和守法者应当遵循的准则<sup>[3]322</sup>。

### 三、电子商务法基本原则的主要主张和观点分析

按照电子商务法基本原则的界定标准,上述列举的十项电子商务法“基本原则”可分为以下三类:第一,不属于法律基本原则的范畴。第二,属于商法基本原则的范畴,虽然被赋予了新的内涵。第三,电子商务法特有的基本原则。“媒介中立原则”和“技术中立原则”即属于此范围。至于其他的“原则”,则不应纳入到基本原则的范畴。

(一)“鼓励、促进与引导原则”和“协调性原则”应属于立法的指导思想

立法的基本原则是指立法主体据以进行立法活动的重要准绳,是立法指导思想在立法实践中的重要体现,它反映立法主体在把立法指导思想与立法实践相结合的过程中特别注重什么,是执政者立法意识和立法制度的重要反映。立法的指导思想与立法的基本原则既有区别,又有联系。立法的指导思想是观念化、抽象化的立法原则;立法的基本原则是规范化、具体化的主要立法思想。立法的指导思想是通过立法的基本原则等来体现和具体化,立法的基本原则须根据立法指导思想等来确定<sup>[15]</sup>。以此为据,“鼓励、促进与引导原则”应属于立法的指导思想,而不属于电子商务法的立法原则,因而也不是电子商务法的基本原则。详言之,商法及其分支都可以说是鼓励、促进与引导商事活动的,这也是商事立法的一个主要立法目的。从立法学的角度看,基本原则是介于立法指导思想和具体原则之间的概念。立法指导思想追求的是立法科学性和可操作性等立法目标,具有宏观性、政策性和目的性特点。法律制度的基本原则是能够成为具体法律制度的基础和灵魂的准则,因而“鼓励、促进与引导原则”属于立法指导思想而不属于电子商务法的基本原则。

协调性也应属于立法指导思想的范畴,而非基

本原则。“立法要协调,包括内部协调和外部协调两方面的要求,前者指立法本身要有协调性(包括各种立法的纵向关系协调、横向关系协调及内部结构的协调等)后者指立法要与它所调整的社会关系相协调。”<sup>[15] 276-279</sup>协调要求是立法的基本方略,是包括电子商务法在内的所有立法都需要遵循的要求,是立法原则的上位概念,因而应属于立法的指导思想。

(二)程序性、最小化、开放性属于立法技术范畴

立法技术,是指在法的创制活动中所应体现和遵循的有关法的创制知识、经验、规则、方法和操作技巧等的总称。具体地讲,立法技术主要是指法律的内部结构和外部结构的形式、法律的修改和废止的方法、法律的文体、法律的系统化等方面的规则<sup>[16]</sup>。也就是说,立法技术只是立法的方法、技巧和规则等,而基本原则是对立法内容具有指导意义的原则。

有观点认为,程序性是电子商务法的特点,而非基本原则<sup>[1]34</sup>。本文也认为程序性并非电子商务法的基本原则,然而,虽然电子商务法的确反映了程序性、最小化的特点,但这是从立法结果来看的。如果只从立法结果来看程序性、最小化及开放性,就会否定其在立法规划和立法活动过程中的指导意义。换言之,程序性、最小化及开放性作为立法工作的指引,在立法过程中甚至是在立法规划时就已经存在了。因此,程序性、最小化及开放性早在立法规划时就已经考虑到了,并作为立法工作的指引而贯穿于立法活动中,立法结果也就会呈现出程序性和最小化的立法特点。所以,本文认为将其归入立法技术范畴较为合理。

(三)“功能等同原则”虽非基本原则但可作为具体原则

至于功能等同原则,持否定意见的学者认为“功能等同”只是一种立法方法,而非立法原则<sup>[4]59</sup>。也有观点进一步认为,“功能等同”方法从本质上讲就是“扩张解释”方法,即将“书面”扩张解释为包括“数据电文”,将“签名”扩张解释为包括“电子认证方法”<sup>[17]</sup>。实际上,此种观点是将“功能等同”归于立法方法的范畴。

按照《电子商务示范法颁布指南》的解释,《示范法》依赖一种有时称作“功能等同法”的新方法,这种办法立足于分析传统的书面要求的目的和作用,以确定如何通过电子商务技术来达到这些目的或作用。《示范法》第6至8条内含的功能等同法是针对“书面形式”、“签名”和“原件”等概念的,并不针对《示范法》内涉及的其他法律概念,例如,《示范法》第10条并未为现行的贮存要求创立其功能等同体。这是对“功能等同”的权威解释和概括说明,其中也将“功能等同”作为一种方法看待。可能正是因为这个原因,一些观点认为“功能等同”只是一种方法,而非立法原则。本文认为“功能等同”不应属于基本原则,因其不符合“普遍性”之标准,但将“功能等同”看作是立法方法却也是值得商榷的。

从《电子商务示范法颁布指南》的解释看,《示范法》的确是将“功能等同”看作是一种方法,但其意思并非是指立法方法,而是指解决“书面形式”、“签名”和“原件”等法律问题的方法,并不同属于立法技术范畴的立法方法。“书面形式”、“签名”和“原件”及因此而引起的“效力”问题无疑是电子商务所面临的重大法律障碍,虽然这些问题目前在全球范围内都得到了较为普遍的立法解决,但解决这些问题的“功能等同原则”作为一种原则和解决问题的创新方法,其立法指导意义和解决类似法律问题的独特价值是不容否定的。如果将“功能等同”看作是立法技术,则该原则对具体法律问题的解决不会有任何指导意义,也不足以在司法、执法和研究过程中以之弥补立法缺陷,但事实是“功能等同”在某些具体问题上是有此功能的,因而,“功能等同原则”虽然因为缺乏普遍性而不能成为电子商务法的基本原则,但作为具体原则的地位是应当得到肯定的。“所谓具体原则,是这样一些指导思想或者理念,在一个复杂的系统整体中它们共同受到一个更高的指导思想或者理念(即基本原则)的引导,成为其下位的指导思想,具体体现着基本原则的根本要求,但是对于自己所作用的相对独立的领域则发挥着基础性的指导功能。”<sup>[18]</sup>从更广泛的意义上看,“功能等同原则”也可被看作是在媒介中立原则和技术中立原则指导下所产生的解决一系列具体法律问题的具体法律原则。

(四)“意思自治原则”和“安全原则”属于商法基本原则

虽然理论界对商法基本原则的内容有争议,但对于“当事人意思自治原则”和“安全原则(或安全交易原则)”属于传统商法的原则并无异议。由于这两个原则的重要性及已经获得的立法重视,特别是由于电子商务的技术性特点使得安全原则对于电子商务尤为重要,因而有学者主张这两个原则应属于电子商务法的基本原则。从立法实践和电子商务实践的角度考察,情况的确如此。正如前文引用的学者观点对这两个原则的解释,电子商务及其立法的特殊性也赋予了这两个原则新的内涵。本文认为,这些特征正是商法基本原则的“普遍性”要求的具体体现,然而,电子商务法基本原则的“特殊性”要求决定了这些原则无需确立为电子商务法的基本原则,正如作为民法基本原则的“公平原则”在商法中虽也有进一步的发展但无需再确立为商法的基本原则一样。需说明的是,本文并不否定在教学或研究过程中对这些原则的新内涵给予关注,也并不否定将其写在立法中。实际上,这些原则的新内涵由于反映了电子商务法的特点,应当给予充分关注,只是基本原则的“特殊性”要求不应将其在理论上确立为电子商务法的基本原则。

#### 四、电子商务法基本原则的确立

关于电子商务法的基本法律原则,除了媒介(或媒体)中立原则和技术中立原则这两项原则(可概括称为非歧视原则)外,电子商务法还有没有其他的基本原则?基于基本原则的特质性要求,要回答此问题,就需要溯本追源,先要搞清楚电子商务法的调整对象、调整方法、主要内容及其本质和特点,然后在此基础上抽象出构成电子商务法律制度的基础并对电子商务法的实施(包括立法、司法、执法和守法)和研究具有指导意义的基本原则。

WTO秘书处专题研究报告《电子商务与WTO的作用》认为,可将电子商务简单定义为通过电信网络进行的产品的生产、广告、销售和交付。目前有6种不同的电子商务媒体:电话、传真、电视、电子支付和货币转帐系统、电子数据交换和互联网,

由于其中互联网处于主导地位,因而电子商务主要是基于国际互联网(特别是因特网)和其他网络(如ED网络)的电子商务<sup>[19]</sup>。电子商务并非旨在改变商务的内容,而是利用信息技术改造商务的组织、形式、方式和手段。电子商务法规范的就是这些新型商务活动,调整的对象是因为这些活动所产生的电子商务关系。从调整的方法看,主要采用了开放、协调、最小化及程序性的方法,其主要立法目标是去除传统法律对信息技术应用于商务活动(即电子商务)所产生的障碍,而非为电子商务创建全新的法律体系,有关的交易内容仍然适用传统的商法来规范,因此,电子商务法着重解决的是信息技术在改造传统商务活动中所产生的特殊法律问题。概括而言,这些特殊法律问题主要是因为交易主体的虚拟性、交易活动的技术性、标的的数字化及交易风险的非传统性所产生的。电子商务法是解决电子商务中的特殊法律问题的(也只解决这些特殊法律问题),这些特殊法律问题是因为信息技术的应用而产生的,电子商务法律规范必须要解决且致力于解决这些因信息技术的应用所产生的特殊法律问题。

媒介中立原则解决了互联网等电子商务新媒介的合法地位及与此相对应的电子商务的合法性或有效性问题,技术中立原则则贯彻非歧视的立场解决了电子商务活动中的技术选择问题。电子商务法虽不旨在为交易内容确立新的法律规则,但电子商务活动所产生的电子商务关系仍然需要纳入法律关系的范畴来进行调整,其中当然存在权利义务及相应的法律责任,这是媒介中立原则和技术中立原则所无法解决的,电子商务法也必然存在着这方面的基本原则需要我们去挖掘。

电子商务法主要包括电子商务主体法、电子商务合同法、电子支付法、运输电子化法、信息交易法等内容。同传统商法一样,电子商务法大致上也可分为主体法、行为法和责任法三个部分。在主体法方面,主体虚拟和虚拟主体问题仍需要沿用传统商法中的“主体法定原则”来解决。那么,有关的问题主要在于行为法和责任法方面。在行为法方面,立法主要集中于为主体的行为确立明确的法律规范。

电子商务的本质特征是信息技术应用于商务

活动,电子商务法需要就信息技术应用于商务活动所带来的特殊问题提供符合其特点的法律解决方案。那么,信息技术的本质特点是什么?答案是高效率性和高风险性。前者催生了作为“新经济”的电子商务,后者则产生了一系列的新的法律问题。电子商务无非也是由订立合同和履行合同构成的,因信息技术局限、信息系统风险及意外事件所导致的电子订约错误和合同履行不当等技术性风险的承担问题就成为电子商务中普遍存在的新问题。

电子商务法所追求的法律价值也不外乎公平与效率。如果说经济学更注重效率的话,法学则更注重公平。“以利益均衡作为价值判断标准来调整民事主体之间的物质利益关系、确定其民事权利和民事责任的要求,谓之公平。”<sup>[20]</sup>在法律上,科学、合理地分配主体的权利义务和责任就是在追求公平与效率,或者说公平与效率在法律上的体现就是科学、合理地分配主体的权利义务和责任。对于电子商务法而言,不仅仅要解决信息技术应用于商务的合法性问题,更重要的是要解决信息技术应用于商务活动后主体之间的权利义务和责任的分配问题。抓住技术性规范的特点并能够科学、合理地分配主体之间的权利和义务的原则应当能够成为电子商务法的基本原则。

具体而言,如果当事人选择了电子通信手段订立或以电子方式履行合同,对于在交易活动过程中因信息技术局限、信息系统风险及意外事件等原因所产生的风险应当在当事人之间进行科学分配和合理分担,以彰显法律之公平和促进电子商务的发展。本文认为,对电子商务中存在的特殊风险应综合考虑公平原则、过错责任原则和技术免责理念在当事人之间进行科学分配和合理分担,可称之为技术风险合理分配原则。该原则在电子商务立法中已有反映但未能在理论上得到重视,其基本内涵和要求如下:

1. 如果交易风险是由于一方当事人的过错所产生的,则该风险应由该当事人承担。例如,因为一方当事人因为操作不当所产生的输入错误。但是,鉴于此类错误很容易发生在电子商务中,而非过错方可能采取但未采取技术性防范措施时,相应的风险由过错方承担并不意味着不给予过错方其

他救济。例如,《联合国国际合同使用电子通信公约》规定:“一自然人在与另一方当事人的自动电文系统往来的电子通信中发生输入错误,而该自动电文系统未给该人提供更正错误的机会,在下列情况下,该人或其所代表的当事人有权撤回电子通信中发生输入错误的部分:该自然人或其所代表的当事人在发现错误后尽可能立即将该错误通知另一方当事人,并指出其在电子通信中发生了错误;而且,该自然人或其所代表的当事人既没有使用可能从另一方当事人收到的任何货物或服务所产生的任何重要利益或价值,也没有从中受益。”<sup>①</sup>这里就充分体现了技术风险合理分担原则。

2. 因某一方所支配的信息系统原因所导致的交易风险,一般适用“谁支配,谁负责”,以贯彻“主体一行为一责任”相一致的基本法律理念。欧共体委员会在《关于通过 ED 订立合同》的研究报告中提出,为了解决问题,可以把对计算机的运作拥有最后支配权的人视为由其同意了计算机所发出的要约或承诺的人,并由他对计算机系统所作的一切决定承担责任。之后,各国和国际组织对此类问题都采取了相同或类似的处理办法。贸易法委员会在起草《国际合同使用电子通信公约》时,曾就自动电文系统(即美国法中的“电子代理人”)产生的错误问题进行审议。电子商务工作组认为,任何这类系统所产生的差错都应当最终归责于它们所代表的人。但是,工作组认识到,在有些情况下可能有必要在这一原则上做出让步,例如当自动系统以一种所发电文所代表的人不可能合理预期的方式生成错误电文时。<sup>②</sup>在当事人共同选择了电子交易时,如果交易风险是因为信息技术局限(即当前的技术本身无法实现预期结果)产生的,则虽然风险因存在或发生于某一方的信息系统并导致该方的行为目的无法实现(如电子交付未能如期到达),但有关的风险应由双方合理分配,此为“技术局限免责”理念的具体体现。

3. 一方当事人如果利用第三方提供的服务来传递或处理数据电文,那么该当事人应对该服务商在服务范围内的任何行为、失误或疏漏承担责任。任何当事人如果要求其他人使用其指定的第三者提供的服务,该当事人也应对该服务商在服务范围

内的任何行为、失误或疏漏承担责任。但如果该服务商是双方共同选择的,则双方当事人应当对因此造成的错误予以合理分担。例如,如果双方当事人选择了第三方交易平台,则对因该第三方交易平台所产生的交易风险也应由双方合理分担。

4. 信息系统和信息网络具有脆弱性,电子商务风险可能因为意外事件(如大规模的病毒爆发)所导致的技术事故造成的,则有关的风险承担也应体现技术风险合理分配原则。意外事件是指通常情况下无法预见的小概率事件。由于意外事件通常无法预见,因而通常也无法避免。或者说,为了预防和避免意外事件,需要太多的成本<sup>[21]</sup>。意外事件的具体情形是不可能被当事人事先约定的,而只能在事后根据事件的性质和具体情形进行分析判断<sup>[22]</sup>。按照我国法律规定,“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民事责任。”<sup>③</sup>在无过错的情况下根据公平合理原则分担民事责任也体现了技术风险合理分配原则。

总之,确立技术风险合理分配原则的意义不仅仅在于基本原则体系的统一性和系统性,还在于该原则能够解决电子商务法中的技术风险承担这一重要问题。因此,同技术中立原则和媒介中立原则一样,融合了公平原则、过错责任原则和技术局限免责理念的技术风险合理分配原则也应当是电子商务法的基本原则。

#### 参考文献:

- [1] 张楚. 电子商务法初论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 37-40.
- [2] 齐爱民, 万暄, 张素华. 电子合同的民法原理[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002: 258-261.
- [3] 刘德良. 论我国电子商务立法的指导思想与基本原则[J]. 武汉理工大学学报(社科版), 2001(4): 320.
- [4] 何松明, 刘满达. 电子商务立法三题[J]. 中国法学, 2002(1): 58-60.
- [5] Amelia H. Boss. Electronic Commerce Globalization of Domestic Law or Domestication of Globalized Law? [EB/

① UECT第14条“电子通信中的错误”第1款。

② 《电子商务的法律方面 电子订约: 背景资料》(A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4)第11段。

③ 《民法通则》第132条。



Olj. (2006-1-9)[2007-02-15] <http://www.aaljs.org/2005midYear/commercial/AmYBossOutline.Pdf>

[6] 吴伟光. 电子商务法[M]. 北京: 清华大学出版社, 2004: 49.

[7] 杨义. 网络信息安全与保密[M]. 北京: 北京邮电大学出版社, 1999: 2-5.

[8] Henry Campbell Black. Black's Law Dictionary (5th ed)[Z]. M.A. 1979: 462.

[9] Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary (8th ed)[Z]. West Group: 2007: 1231.

[10] 劳伦斯·M·弗里德曼. 法律制度[M]. 李琼英, 林欣, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 56.

[11] 张民安. 商事法学[M]. 广州: 中山大学出版社, 2002: 17.

[12] 张守文. 论经济法基本原则的确立[J]. 北京大学学报, 2003(2).

[13] 徐学鹿. 论现代商法的基本原则[J]. 法学杂志, 2003(1).

[14] 左海聪. 商事法的几个基本理论问题[J]. 法学

评论, 1996(3).

[15] 周旺生. 立法学[M]. 北京: 法律出版社, 1998: 47.

[16] 张文显. 法理学[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 350.

[17] 刘颖. 支付命令与安全程序—美国《统一商法典》第4A编的核心概念及对我国电子商务立法的启示[J]. 中国法学, 2004(1).

[18] 李建人. 税法的基本原则 [EB/OL]. (2004-09-11)[2006-11-12] <http://www1.cn1.cn/show.asp?>

[19] WTO秘书处. 电子商务与WTO的作用[M]. 原外经贸部WTO司, 译. 北京: 法律出版社, 2002: 13.

[20] 徐国栋. 民法基本原则解释[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 65.

[21] 魏振瀛. 民法[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2007: 759.

[22] 秦国荣. 关于不可抗力与意外事件的几个法律问题 [EB/OL]. (2005-05-18) [2007-03-12] [http://www.fatianxia.com/blog\\_list](http://www.fatianxia.com/blog_list)

## Basic Principles of Electronic Commerce Law: A Perspective of Global E-Commerce Laws

SUN Zhan li

(Guangdong Business College, Guangzhou 510320, China)

Abstract: International coordination and similarity of E-commerce law has not led to unification of legislative intents or theoretical views concerning the basic principles of E-commerce law. Most of the principles formulated now are either of legislative guidelines and technique, or of practice and traditional law commercial, which strictly speaking do not qualify as fundamental principles with the exception of technology neutrality principle and media neutrality principle. The contribution of technical risk principle having incorporated the justice principle, the faulty liability principle and the notion of immunity from liability due to technical limitation, has already been held as a basic principle in some legislation but not ever gained its recognition in logic.

Key Words: E-commerce; E-commerce law; fundamental principles

本文责任编辑: 徐 泉