

第一章 导论

知识目标

- » 了解电子商务发展对传统立法模式的突破；
- » 掌握电子商务基础知识；
- » 了解我国电子商务立法的现状及发展。

技能目标

- » 掌握电子商务的概念、特点；
- » 掌握电子商务法的调整对象、地位、性质、特征和作用。

引例

8岁男孩的网络购物纠纷^①

一名8岁男孩在某购物网站以其父的身份证号注册并订购了一台小型打印机。当物流配送公司将货物送到家里后,小孩的家长拒绝接受,双方因此产生纠纷。

由于网络购物是通过网络完成购买和销售过程,买卖双方互不见面,由此便引发了一系列的法律问题,如此类合同中购买行为是否有效、购买主体身份应如何确认等。

一些人认为,网络与电子商务是一种新的媒介、新的载体,但不是新的社会关系。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,所以它不是新的法律关系,应该受现行法律的规范。而我国现行的《民法通则》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,所以这个案件中家长有权拒绝购买。

也有一些学者提出,应在电子商务合同要约中明确规定对方当事人的年龄或在合同履行中不与无相应民事行为能力人进行交易等条款。对家长或其他监护人来说,应该告知家中儿童或心智不成熟的其他非完全行为能力的民事主体不能在网上签订电子商务合同或只能签订简单的、特定的小额电子商务合同。

在这一案例中,如果援引上述观点,那么不但可以对该8岁男孩所签订的电子商务合同作出无效的界定,而且由于合同的签订必须明确规定当事人的年龄,因此无效的过错责任应当由网站独立承担。

但是另一种观点认为,这种依据传统的法律规范作出的判断有失公允。因为该8岁男孩是以其父亲的身份证号码进行购物的,而身份证中已经载明了购物人的年龄等信息,网站无须也不可能审查身份证的来源。作为监护人,由于自身失误致使孩子冒用自己的身份购物,其后果应当由监护人自己来承担。

对于这件事情进一步展开联想:如果男孩伪造身份证或盗用他人的名义进行商务活动,又应当如何确认其效力呢?通过本章的学习,我们将会对这类问题有一个初步的认识。

第一节 电子商务概述

一、电子商务的概念及特点

(一) 电子商务的概念

电子商务源于英文 electronic commerce,简称为 EC。顾名思义,其内容包含两个方面:

^① 张春明,赖远明.网络经济的法律困境研究[EB/OL].2008-11-10[2011-10-12].<http://gzzy.china-court.org/public/detail.php?id=16403>.

一是电子方式,二是商贸活动。简而言之,电子商务指的是利用简单、快捷、低成本的电子通信方式,买卖双方不见面地进行各种商贸活动。

电子商务可以通过多种电子通信方式来完成。简单地说,某人通过电话或发传真的方式与客户进行商贸活动,似乎也可以称作电子商务。但是,现在人们所探讨的电子商务主要是以 EDI(电子数据交换)和 internet(互联网)来完成的。尤其是 20 世纪末,随着 internet 技术的日益成熟,商业运行模式发生了深刻变革,电子商务得到了飞速发展,所以也有人把电子商务简称为 IC(internet commerce)。

需要说明的是,关于电子商务的定义,学术界仍然存在着巨大争议。目前,电子商务还没有一个较为全面、确切的定义,各种组织、政府、公司、学术团体都是依据自己的理解和需要来对其下定义的。以下列举一些比较有代表性的定义,比较它们,有助于更全面地了解电子商务的内涵。

(1) 国际商会的定义。1997 年 11 月 6~7 日,国际商会在法国首都巴黎举行了世界电子商务会议,阐述了关于电子商务最权威的概念:电子商务是指对整个贸易活动实现电子化。从涵盖范围方面可以将电子商务定义为:交易各方以电子交易方式而不是通过当面交换或直接面谈进行的任何形式的商业交易。从技术方面可以将电子商务定义为:一种多技术的集合体,包括交换数据(电子数据交换、电子邮件)、获得数据(共享数据库、电子公告牌)以及自动捕获数据(条形码)等。

(2) 世界贸易组织的定义。世界贸易组织在《电子商务与世界贸易组织的作用》一书中这样写道:“电子商务可以简单地定义为,通过电子通信网络进行产品的生产、广告、销售和分配。本书的绝大部分讨论都限定在因特网这一电子商务的主要联系媒介上。”

(3) 欧洲议会的定义。欧洲议会关于电子商务给出的定义是:“电子商务是通过电子方式进行的商务活动。它通过电子方式处理和传递数据,包括文本、声音和图像。它涉及许多方面的活动,包括货物电子贸易和服务、在线数据传递、电子资金划拨、电子证券交易、电子货运单证、商业拍卖、合作设计和工程、在线资料、公共产品获得。它包括了产品(如消费品、专门设备)和服务(如信息服务、金融和法律服务)、传统活动(如健身、体育)和新型活动(如虚拟购物、虚拟训练)。”^①

(4) 权威学者的定义。美国学者瑞维·卡拉科塔和安德鲁·B. 惠斯顿在他们的专著《电子商务的前沿》中提出:“广义地讲,电子商务是一种现代商业方法。这种方法通过改善产品和服务质量、提高服务传递速度,满足政府组织、厂商和消费者的最低成本的需求。这一概念也用于通过计算机网络寻找信息以支持决策。一般地讲,今天的电子商务通过计算机网络将买方和卖方的信息、产品和服务联系起来,而未来的电子商务则通过构成信息高速公路的无数计算机网络中的一条将买方和卖方联系起来。”

(5) IT(信息技术)行业的定义。IT(信息技术)行业是电子商务的直接设计者和设备的直接制造者,很多公司都根据自己的技术特点给出了电子商务的定义。虽然差别很大,但总的来说,无论是国际商会的观点,还是 HP 公司的 E-world、IBM 公司的 E-business,都认同电子商务是利用现有的计算机硬件设备、软件设备和网络基础设施,通过由一定的协议连接

^① 张楚. 电子商务法初论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:6-12.

起来的电子网络环境进行各种各样商务活动的方式。

(6) 我国电子商务机构的定义。上海市电子商务安全证书管理中心给电子商务下的定义是:“电子商务是指采用数字化电子方式进行商务数据交换和开展商务业务活动。电子商务(EC)主要包括利用电子数据交换(EDI)、电子邮件(E-mail)、电子资金转账(EFT)及 Internet 的主要技术,在个人间、企业间和国家间进行无纸化的业务信息的交换。”

上述国际组织及公认机构对电子商务的界定都具有一定的合理性,只是各自基于不同的角度,因而在解释上略有差异。但总结起来都是对电子商务进行了广义和狭义两种模式的界定。如果使用拆词法,电子商务便可以分成“电子”和“商务”二词,则电子商务的定义可以理解为“电子技术”加“商务活动”。

基于上述国际通行的电子商务定义模式,对电子商务的理解有广义和狭义之分。广义的电子商务就是指一切以电子技术手段为基础而进行的与商业有关的活动。首先,这里的“电子技术”是一个广义的概念,它包括了信息化通信与电子计算技术。其次,这里的“商务”,正如联合国国际贸易法委员会的《电子商务示范法》对“电子商业(商务)”中的“商业”一词所作的解释:“包括不论是契约型或非契约型的一切商务性质的关系所引起的种种事项。”也就是说,所有这些运用“数据电文”的商业活动都是电子商务。这是一种广义上的理解。狭义的电子商务则是指仅借助互联网络为运行平台的商事交易活动,即 I-commerce。这是当前发展最快、前途最广的电子商务的形式,也是电子商务的主流。目前企业界所说的电子商务,一般都是指这种互联网电子商务。首先,狭义的电子商务是利用计算机网络进行的商务活动,它利用现有的计算机硬件设备、软件设备和网络基础设施,并通过由一定的协议连接起来的电子网络环境进行商务活动。其次,如果将商务限定在交易范畴内,那么电子商务只包括不同主体之间通过互联网完成的商务活动,所有这些商务活动都是一种交易,都需要订立合同或契约,而不是单纯的信息传递。这种意义上的电子商务被称为狭义的电子商务,也可以称为在线交易。

同前述的大多对电子商务奉行广义理解的国际组织与认证机构一样,本书也赞同从广义上理解电子商务。但是鉴于研究是为了规范电子商务立法,所以更确切地说,本书所讲的电子商务是指运用各种电子通信手段所进行的商事法律行为。

(二) 电子商务的特点

实际上,电子商务是为了适应市场全球化的变化而出现和发展起来的,它可以使销售商与供应商更紧密地联系起来,尽快地满足客户的需求,也可以让销售商在全球范围内选择最佳供应商,在全球市场上销售产品。今天,电子商务已经成为现代人生活中不可或缺的部分。

电子商务是现代信息技术、网络技术与商务的组合。真正意义上的电子商务是建立在企业全面信息化的基础上,通过电子手段对企业的生产、销售、库存、服务以及人力资源等环节实行全方位控制。绝不仅仅是企业前台的商务电子化,更重要的是包括后台在内的整个运作体系的全面信息化,以及企业整体经营流程的优化和重组。因此,电子商务不能简单地等同于商务电子化。

电子商务与传统商务相比具有明显的特征,主要表现在以下几个方面:

1. 交易虚拟化

电子商务通过互联网进行贸易,参与贸易的各方从意向磋商、签订合同到资金支付等都无须当面进行,整个交易完全虚拟化。

2. 交易成本低

电子商务使买卖双方的交易成本大大降低,具体表现在以下几个方面:

- (1) 交易距离越远,网络上进行信息传递的成本相对于信件、电话、传真而言就越低。
- (2) 买卖双方通过网络进行商务活动,无需中介者参与,减少了中间交易环节。
- (3) 卖方可通过电子工具进行产品介绍、宣传,这些渠道所耗费的广告费用远低于传统广告,节省了用传统方式制作广播、电视、平面广告的大笔费用。
- (4) 电子商务实行“无纸贸易”,可减少 90% 的文件处理费用,同时也有利于环境保护。
- (5) 便利、快捷的网络使买卖双方能够即时沟通供需信息,使无库存生产和销售成为可能,从而最大限度地降低了库存成本。
- (6) 企业利用内部网(intranet)可实现“无纸办公”,不仅提高了内部信息传递的效率,节省了时间,而且降低了管理成本。
- (7) 传统的贸易平台是地面店铺、实体店铺,新的电子商务贸易平台则是网上商店,减少了租用铺面的费用。
- (8) 互联网是国际的开放性网络,使用费用很便宜。一般来说,其费用不到企业在公用数据通信网的基础上建立专用网络的 1/4。

3. 交易效率高

由于互联网将贸易中的商业报文标准化,使电子商务克服了传统贸易方式费用高、易出错、处理速度慢等缺点,极大地缩短了交易时间,使整个交易变得异常快捷与方便。

4. 交易透明化

由于电子商务交易过程使用了许多先进的信息技术(如 EDI 技术),买卖双方从交易的洽谈、签约以及货款的支付、交货通知等整个交易过程都在网上进行,便捷的信息传输也可以保证在交易过程中能够及时核对各种信息,保障交易的透明化。

总之,电子商务将传统的商务流程数字化、电子化,让传统的商务流程转化为电子流、信息流,突破了时间和空间的局限,在大大提高商业运作效率的同时,有效地降低了成本。

二、电子商务的应用类型

网络时代的电子商务可以分为信息服务、电子交易和在线支付三个方面,其核心包括电子商务广告、电子选购与交易、电子交易凭证的交换、电子支付与结算以及售后的网上服务与服务评价等。参与电子商务的实体有六类,即顾客(个人消费者或企业集团)、商户(包括销售商、制造商、储运商)、银行(包括发卡行、收单行)、认证中心、交易经理人和国家行政机构。这六类主体展开交易的类型,主要包括以下几种:

1. B2B 模式

B2B(business to business)是最常见的由商家对商家的电子商务,即企业与企业之间使

用网络技术或各种商务网络平台发布供求信息,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。有时也被写作 B to B,但为了简便一般用其谐音 B2B(2 即英文单词 two 的发音)。

2. B2C 模式

我国最早产生的电子商务模式就是 B2C(business to customer)模式,其标志为 8848 网上商城正式运营。B2C 即企业通过网络为消费者提供一个新型的购物环境——网上商店,消费者通过网络在网上购物、支付。这种模式节省了客户和企业的时间和空间,大大提高了交易效率。

3. C2C 模式

C2C(consumer to consumer)同 B2B、B2C 一样,都是电子商务的模式之一。不同的是 C2C 是用户对用户的模式,C2C 商务平台就是通过为买卖双方提供一个在线交易平台,使卖方可以主动提供商品上网拍卖,而买方可以自行选择商品进行竞价。

4. B2M 模式

B2M(business to manager)模式下,企业通过网络平台发布该企业的产品或者服务,职业经理人通过网络获取该企业的产品或者服务信息,并且为该企业提供产品销售或者企业服务。企业通过经理人的服务达到销售产品或者获得服务的目的,职业经理人通过为企业提供服务而获取佣金。它所针对的客户群是该企业或者该产品的销售者或者其他工作者,而不是最终消费者。其本质是一种代理模式。

5. M2C 模式

M2C(manager to consumer)是在 B2M 的电子商务模式下出现的延伸概念。此模式下,经理人将取代企业直接面对最终消费者。C2C 是传统的盈利模式,赚取的基本是商品进价和出价的差价。而 M2C 的盈利模式则更加丰富、灵活,赚取的既可以是佣金也可以是差价,并且物流管理模式和库存方面也较传统的 C2C 更有优势。

实践证明,要实现完整的电子商务还会涉及很多方面,除了买家、卖家外,还要有银行或其他金融机构、政府机构、认证机构、配送中心等主体的加入才行。由于参与电子商务的各方在空间上是互不见面的,因此整个电子商务过程并不是传统商务活动的翻版,其中还融入了许多新的元素,例如网上银行、在线电子支付等方式和数据加密、电子签名等技术,它们在电子商务中发挥着不可或缺的作用。

6. B2A/B2G 模式

B2A/B2G(business to administration, business to government)即商业机构对行政机构的电子商务,指的是企业与政府机构之间进行的电子商务活动。例如,政府将采购的细节在国际互联网络上公布,通过网上竞价方式进行招标,企业也要通过电子的方式进行投标。虽然目前这种方式仍处于初期的试验阶段,但基于其便捷性,该模式可能会发展很快。在这种模式下,政府可以通过示范作用促进电子商务的发展,还可以实施对企业的行政事务管理,如政府用电子商务方式发放进出口许可证、开展统计工作,企业可以通过网络办理交税和退税等。这也有利于促进其他各类电子商务活动的开展。

7. C2A/C2G 模式

C2A/C2G(consumer to administration,consumer to government)即消费者对行政机构的电子商务,指的是政府对个人的电子商务活动。目前该模式尚处于雏形阶段。然而,在个别发达国家(如澳大利亚),政府的税务机构已经能够通过指定私营税务所或财务会计事务所用电子方式来为个人报税。虽然还没有达到真正的报税电子化,但是,它已经具备了消费者对行政机构电子商务的雏形。随着上述电子商务模式的发展,政府将会对社会个体实施更为全面的电子方式服务,如社会福利金的支付等,将来都会在网上进行。因此有人说,21世纪是电子经济的时代。

三、电子商务带来的法律新问题

据中国互联网络信息中心(CNNIC)第 25 次《中国互联网络发展状况统计报告》的统计,我国网民数量已位居世界第一。从宏观角度看,我国互联网络各项数据都保持着快速增长的态势。

电子商务的迅猛发展,究其根源,始于互联网络这一交易媒介的普及和不断进步,然而这一变革给现行法律带来的冲击与挑战也是十分令人震惊的,几乎涵盖了传统民事、经济、刑事等所有的部门法律制度。这种网络交易世界的出现,构成了一个区别于传统商业的新环境。出于对这个新环境的规范和管理需要,必然要求立法构建适宜电子商务这种新型模式运作的法律环境,并配套适当的法律规范,来明确交易相关的电子合同、电子签名、电子认证、电子证据、电子支付以及电子物流等一系列问题。主要表现为以下几个方面:

1. 交易主体认定问题

现行法的立法基础,源于交易主体必须是现实存在的自然人、法人或其他组织,而电子商务却恰恰相反,所有的交易行为均由虚拟主体完成,甚至连交易行为也是虚拟的。因此电子商务法首要解决的问题就是确保网络交易主体现实身份的真实性,且能够使其真实身份为对方当事人所确认。这就必然依赖于已有的工商管理制度和交易习惯共识制度。换句话说,电子商务交易主体管理的实质也就是一个市场准入资格和网上商业的政府管制问题。

在现行法律体制下,任何一个长期从事营利性买卖的人或组织都必须进行工商登记,与之不同的是,电子商务所依赖的网络却是任何人均可以设立网页、在线商店以销售商品,这样,电子商务参与主体的认定实质上也就转化为网络交易市场准入问题,成为电子商务法需要研究的首要问题。

2. 电子合同问题

合同是买卖双方之间设立、变更、终止交易关系的协议。依法成立的合同受法律保护,是交易活动中重要的法律凭据。我国通常规定合同采用书面形式(包括手写、打字、印刷、电报、电传、传真等形式)订立才具有法律效力。

传统商业模式下,除即时结清或小额支付的交易无需记录外,买卖交易一般均采用订立书面形式的合同来预防违约或追究赔偿。而在电子合同中,所有当事人的意思表示均以电子化的形式储存于电脑硬盘或其他电子介质中,而这些记录不仅容易被涂改、删除、复制、遗失等,而且离开电脑或相关工具后也不易为人所感知,亦即不能脱离其特定的工具而作为证

据存在。就这一特性而言,电子合同与传统合同有很大的区别,而电子合同的成立又直接关系到电子交易的有效性,因此电子商务法需要研究包括电子合同的有效性、电子合同收到与合同成立地点、合同证据、电子合同的管辖权等方面的问题。

3. 电子签名及认证问题

现行法律体制下,从事交易的买卖双方订立书面性的交易合同后,须在合同上分别签字盖章,该合同才能成立并发生法律效力。因此,当事人的签名对交易成立具有重要意义。而在在电子合同中使用电子签名时,由于电子商务固有的非直面属性使得签名的真实性难以保证,从而容易引发合同有效性争议。要想解决这一难题,最好的方法就是由其他具有公信力的第三方认证机构对电子签名予以查证并加以认证,这样可从根本上杜绝冒用、仿造,保证交易的真实性和有效性。

《中华人民共和国电子签名法》中对电子签名的定义是: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。它是现在电子商务中比较准确的身份认证方式。个人和企事业单位均可到专业的认证机构申请使用数字证书。因此,电子商务法律规范需要规制明确:CA(certification authority)认证机构(CA 是提供身份验证的第三方机构)的成立条件、工作内容是什么;数字证书的拥有者如何正确使用数字证书;在发生数字证书丢失、过期等问题时应该如何解决,责任归属如何界定;等等。这也是电子商务发展过程中必须要解决的问题。

典型案例

冒用他人名义进行网络通信的法律界定

北京某高校学生薛某收到美国密执安大学通过国际互联网发来的、为其提供 1.8 万美元奖学金的电子邮件,但有人冒用其名义向该大学发去了一封电子邮件,谎称薛某已经接受了其他学校的邀请,回绝了该所大学。美国的这所高校将这份奖学金转给了别人,薛某失去了一次赴美深造的机会。

薛某经过调查后向法院起诉,要求同学张某承担赔偿责任。起诉的依据是:在向美国大学发出拒绝信的当天,有人证明张某曾经在发出电子邮件的实验室。张某本人也承认在当天曾经到过实验室,但拒绝承认电子邮件为其所发。原告的证人证明当时只有张某一个人在实验室,并在拒绝信发出的 4 分钟前曾用同一台计算机往美国发送过电子邮件。试验证明,关机后重新开启该计算机需运行 5 分钟后方能进入发电子邮件的状态,有人证明在张某关机后与其一同回到宿舍,所以不可能有别人在 4 分钟之内用同一计算机发出这样一封拒绝信。被告则认为没有直接证据证明拒绝信的发出是被告所为,本案中不排除是其他人通过修改机器号作案的可能性。最后,法院采纳了原告的有关证据,认定被告侵权。经法院调解,双方达成协议,被告以书面形式向原告赔礼道歉,并向原告赔偿精神损害和经济损失共计 1.2 万元。

分析:在我国电子商务法律制度尚不发达的当时来看,大多数学者认为被告冒用原告的姓名向美国密执安大学发出电子邮件,既构成假冒他人姓名的行为,也构成盗用他

人姓名的行为。不管原告以后是否能拿到这笔奖学金,都不妨碍认定被告的行为已构成对原告姓名权的侵害。因为根据我国《民法通则》第 99 条第 1 款的规定:“公民享有姓名权,有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名,禁止他人干涉、盗用、假冒。”凡是非法干涉、盗用、假冒他人姓名的,不管是否造成了他人财产损失,均构成对他人姓名权的侵害。

时至今日,在电子商务飞速发展的时代,随着 2004 年我国《电子签名法》的颁布实施,此案将会有不同的启示。笔者认为,以《电子签名法》为依据认定被告侵犯原告电子签名权,而非运用《民法通则》认定侵犯薛某的姓名权将更加合理。因为 2004 年我国颁布的《电子签名法》第 2 条第 1 款规定:“本法所称电子签名,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。”很显然张某假冒薛某名义使用同一台计算机向密执安大学发送的电子邮件正符合这一条件。同时该法第 32 条进一步规定:“伪造、冒用、盗用他人的电子签名,构成犯罪的,依法追究刑事责任;给他人造成损失的,依法承担民事责任。”因此,本案如以此作为判决依据将更加合理。本案虽然罪名认定和断案依据上有所偏差,但最终判决被告以书面形式向原告赔礼道歉,并向原告赔偿精神损害和经济损失共计 1.2 万元,仍属合理。

4. 网上电子支付问题

现代商务体制下,买卖交易支付往往采用汇款、划账或是直接支付的形式,是由买卖双方直接完成的,并不需要通过任何中间人。但由此产生的货到不付款或款到不发货等涉及信用违约的现象也频频出现。

对于电子商务,其典型的支付形式是在网上通过虚拟银行的电子资金划拨来完成支付过程,这无疑也加大了交易风险。同时,电子支付的实现还须依赖于网络银行与电子交易客户之间的服务协议、网络银行与网络服务提供商之间的服务协议以及严密的交易安全保障协议。这是一个复杂的问题,而支付宝的出现,比较有效地解决了这一难题。但是支付宝不可能解决所有的网络支付问题,因此,我国亟须制定相应的规定,明确电子支付的当事人包括付款人、收款人以及银行之间的法律关系和权利义务。并配套相应的电子签名法律规定,防止伪造、冒用他人电子签名或是伪造、更改电子支付数据等违法行为,并确保在发生侵权事实后当事人可以选择便捷、有效的救济途径。

资料链接

支付宝的发展成就

支付宝(中国)网络技术有限公司是国内领先的、独立的第三方支付平台,由阿里巴巴集团创办。支付宝(www.alipay.com)致力于为中国电子商务提供“简单、安全、快速”的在线支付解决方案。

支付宝提出的建立信任、化繁为简、以技术的创新驱动信用体系完善的理念,深得人心。短短 3 年时间,用户覆盖了整个 C2C、B2C、B2B 领域。截至 2009 年 3 月 30 日,使用支付宝的用户已经超过 1.5 亿,支付宝日交易次数突破 400 万笔,日交易总额超过

7 亿元。

支付宝交易是互联网发展过程中的一个创举,也是电子商务发展的一个里程碑。支付宝品牌以安全、诚信赢得了用户和业界的一致好评。支付宝被评为“2005 年网上支付最佳人气奖”、“2005 年中国最具创造力产品”、“2006 年用户安全使用奖”;同时支付宝也在 2005 年中国互联网产业调查中获得电子支付第一名,名列中国互联网产业品牌 50 强。2006 年 9 月,在由中国质量协会用户委员会及技世资讯主办的“2006 年中国 IT 用户满意度调查”中,支付宝被评为“用户最信赖互联网支付平台”。另外,支付宝还获得“2006 年卓越表现奖之创新产品奖”和“2006 年中国 IT 十佳市场策划”等多项殊荣。

.....

5. 在线不正当竞争与网上无形财产保护问题

传统商务发展取决于自由竞争,竞争同样存在于电子商务为企业带来的新经营环境和经营方式中,而有竞争就会有不正当竞争,在电子商务中同样会产生许多不正当的竞争行为。这些不正当竞争行为大多与网络知识产权或网络虚拟财产权有关,尤其是域名、ID、虚拟物权等一些容易引起权利纷争的网络信息。要解决这些问题,就需要对一些既有规则进行完善或者创制一些新规则。

6. 网上个人隐私保护问题

在电子商务中,凡是进行在线消费(购物或接受信息服务)均须向对方提供真实的个人资料,包括姓名、住址、证件号码等信息,而由于互联网络的公开性也使得对这些信息的再利用成为了网络时代的普遍现象。这些信息迅速被他人所获取、传递、复制,随之带来的是资料提供者的个人生活被干扰、个人隐私被侵犯的不适感和不安感,所以法律需要规范商家的信息再利用行为,保护消费者隐私权。这一问题实质上仍然是在保护消费者利益、树立消费者信任,因为即使电子商务是虚拟交易,但买方的消费者身份不会变。因此,应完善立法,明确电子商务交易中消费者的消费权利和个人隐私权。

7. 电子商务交易中的税收问题

依法纳税是每个公民应尽的义务,也是从事营利性活动的交易主体不可免除的义务之一。但是,目前电子商务税收的征收与传统税收相比存在着很大的困难,原因有以下几点:

(1) 传统的税收制度是以中国境内和公民资格为基础的,并且税收征管离不开对账簿资料的审查,而反观电子商务中的账簿、发票都是以电子形式而非纸质形式出现的,数据信息又极易被删除、修改、复制,这些均给税务部门获取真实交易资料带来相当大的困难。

(2) 电子商务交易空间范围很广,甚至可能遍及全球,必然衍生合同订立或生效地的争论。而营业主体的经营地点及业务范围的不确定性,也给税务部门的稽查、监督以及催讨带来不便。

(3) 我国普遍存在的电子交易偷税漏税现象,是由于消费者没有索要发票的习惯或为了获得较低的商品价格而放弃索要发票所导致的,因此消费者养成良好的交易习惯将有助于我国的税收征管。所以,我国亟须在相应法律制度中完善电子商务税收的征收规则以及惩戒手段,有效预防偷税漏税。

典型案例

电子商务偷逃税惊人^①

2007年5月29日上午,戴某的网上二手计算机又卖出一台,他从支付宝中获得了3 000元的货款。戴某经营这家店已经有两三年时间了,他除了靠实体店经营外,网店每个月差不多有4 000~5 000元的收入。实体店一月营业额大概有40 000~50 000元,利润仅在4 000元左右,比网店利润更低,因为网店不但无须付门面费,亦不必考虑税金——网店可以比实体店节约4%~17%的税费。和戴某一样做着这种生意的人在中国有2 000多万,他们分布在易趣网、淘宝网以及各种各样的网络交易平台。按照2007年全国电子商务交易总额2.17万亿元计算,我国2007年在电子商务交易中流失的税收额度达到上百亿元。

综上,客观上就要求我国建立起促进电子商务健康有序发展的民商事法律体系,以弥补现有民商事法律的缺失,尽快确立电子商务活动的必要法律规则,为电子商务的发展创造一个良好的法律环境。

第二节 电子商务法概述

一、电子商务法的概念

电子商务法是随着现代信息化技术发展和应用而形成的商事法律部门中的一个重要领域。它不仅是对传统商事理念和交易规则的继承和发展,更是对传统法律无法应对新兴交易规则、交易模式等问题的突破。关于电子商务法的概念,就目前所能够查阅到的国内外相关著作或材料来看,尚未出现明确的、权威性的界定。而我们关注的国内有关法学论著中对这一问题也仅作出了简要的解释,尚无确切定义。

一般认为,法律是调整特定社会关系或社会行为的规范。而电子商务的发展和自身的规范及要求导致电子商务法的产生。顾名思义,电子商务法是调整以数据电文为交易手段而形成的以交易形式为内容的商事关系的法律规范的总和。但是,由于人们对电子商务存在不同的理解,也就使得电子商务法调整的范围显得难以把握和统一。

二、电子商务法的调整对象

法律的调整对象即立法目的,是立法的核心问题。通常,人们在描述某一法律部门或领域的概念时,往往免不了要提及其特定的对象。实际上前文在解释电子商务法的基本含义时,已经涉及了电子商务法的调整对象问题。本书认为,电子商务法是调整以数据电文(da-

^① 每年数千万税费流失 电子商务偷逃税惊人[EB/OL]. 2007-05-30. [2011-10-12]. <http://www.chinaacc.com/new/184%2F187%2F2007%2F5%2F%2F5682124571035700222008-0.htm>.

ta message)为交易手段而形成的以交易形式为内容的商事关系的规范体系。也就是说,以数据电文为交易手段而形成的以交易形式为内容的商事关系,就是电子商务法调整的对象。

三、电子商务法的地位

电子商务法的地位是指电子商务法在整个法律体系中应归属于哪一个法律部门的问题。同时这也是电子商务法学的基本理论问题,对这一问题的正确回答,有利于科学构建电子商务法学体系,指导我国的电子商务立法与司法。

传统观念认为,电子商务法属于民商法的范畴,但也有人认为电子商务法应属于一个全新的、独立的法律范畴,是独立的部门法,属于民事特别法,它调整平等主体的当事人之间以计算机网络为媒介所进行的活动。其学科体系由电子商务法原理和具体制度两部分组成,具体制度包括电子合同法、电子签名法、电子支付法、个人信息保护法、网络知识产权法等。

四、电子商务法的性质

从电子商务法的定义来看,电子商务法调整的对象是一种私法上的关系。从总体上应属于私法范畴,不过其规范体系中又包含一些具有行政管理性质的规范,如认证机构的许可与监管等,而且这些行政管理规范也是重要因素。所以,从公私法划分的角度上看,电子商务法应属公私法之融合。

电子商务法是一个非常庞杂的法律体系,涉及许多领域,既包括传统的民法领域,如合同法、著作权法等,又包括新的领域,如数字签名法、数字认证法等,这些法律规范从总体上讲,属于商法范畴。

电子商务法是商法的组成部分,按组织法与行为法划分,电子商务法应在性质上属于行为法,或者说是交易行为法。更确切地说,是交易形式法。比如美国、新加坡、澳大利亚等国将其电子商务法定名为“电子交易法”,这并不一种巧合,而是有其道理的。从一定意义上说,它具有程式性的特点,所以必须同其他相应的商事法律配合,以调整具体的电子商务法律关系。^①

随着电子通信与计算机技术的飞速发展和广泛应用,电子商务法将在商事法领域里起到越来越重要的作用。可以说,21世纪将是一个以电子商务法占商法主导地位的时代。对此,不仅可从电子商务技术应用与市场的迅猛发展中察觉到其巨大的动力,而且可从国际组织和世界各国的异常活跃的电子商务法中找到确实的论据。展望未来,电子商务法将随着电子商务活动的发展,渗透到每一种乃至每一个社会关系中,发挥其不可替代的重要作用。

五、电子商务法的特征

电子商务法本质上是网络时代的商法,同时也是传统商事法律的一个新兴的领域,电子商务法是规范商事主体和商事行为的商事法律,属于商事行为法和商事组织法交叉的领域,因此是一个新兴的领域。因为其既不是单纯的组织法也不是单纯的行为法,而是两者兼有,因此与其他传统商事法律规范不同,它存在着独有的特性,大致表现在以下几方面:

^① 张楚. 电子商务法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2001:16.

1. 技术性

电子商务的基础是电子工具的使用,而这些工具的使用和相应的技术规范是分不开的。体现在电子商务法中,即多数法律规范都是直接或间接地由技术规范演变而成的。例如在我国的多数网络运营商的协议中规定,当事人若不遵守相关技术标准,就不得在开放环境下进行电子商务交易。所以,技术性特点是电子商务法的首要特征。倘若从时代背景上看,这正是 21 世纪知识经济在法律上的反映。技术规范的强制力来源于其产生的客观规律性,而对于客观规律,人们只能接受,不能违抗。

2. 开放性

因为电子商务的基础是互联网,是国与国之间、网络与网络之间连成的庞大体系,实现的是全球性的信息互通,同时在这个开放性的网络中又充斥着多样化的技术手段和信息媒介,这就要求电子商务法必须要以开放性的思维接纳这些各式各样的技术手段和信息媒介,以开放的方式来制定相应的规范和标准,以便更好地促进电子商务的健康发展。

3. 复合性

这一特点是源于电子商务交易手段的复杂性和对技术手段的依赖性。它体现在电子商务活动中,经常需要通过第三方的协助或参与才能完成交易。除非是当事人双方面对面买卖,否则即使是在传统交易点对点的模式中,交易人也需要借助第三方的电话、电报或是邮件等服务来完成交易。尤其在电子商务环境下,或者是合同订立需要第三方提供网络接入服务,或者是货款支付需要第三方提供的在线电子支付服务,还可能为保证支付安全由第三方提供的电子签名认证或密匙等种类繁多的服务,但其间必不可少的都是扮演参与者或协助人的第三方主体。因此电子商务法除了需要对商事主体的双方当事人进行规范外,也不能忽略广泛参与商事交易的第三方主体。实际上,每一笔电子商务交易的进行,都必须以多重法律关系的存在为前提,有民事法律关系、商事法律关系、经济法律关系、行政法律关系甚至刑事法律关系,这是传统的口头或书面形式中所没有的。由此可见,电子商务需要的是一个全方位、多方面的法律调整,以及多学科综合的知识应用。

六、电子商务法的作用

电子商务法的作用主要体现在以下三个方面:

(1) 为电子商务的健康、快速发展创造一个良好的法律环境。随着信息高速公路和互联网技术的迅速普及,电子邮件和电子数据交换等现代化通信手段在商务交易中的使用正在急剧增多,并有望得到进一步的发展。然而,以非书面的电文形式来传递具有法律意义的信息,可能会因使用这种电文所遇到的法律障碍或电文法律有效性的不确定而受到影响。制定电子商务法的目的,就是要向电子商务的各类参与者提供一套虚拟环境下进行交易的规则,说明怎样去消除此类法律障碍,如何为电子商务营造一种比较可靠的法律环境。

(2) 法律是保证网络交易安全的重要手段。一谈到交易安全,人们首先想到的是技术保证措施,例如防火墙技术。但是,单纯技术仍难以完全保证电子商务的交易安全,更何况技术本身也需要法律规范。因此,电子商务安全仍然需要法律保障。

电子商务安全问题涉及两个方面:一是交易安全,另一个则是信息和网络安全。这两个

安全问题往往又交织在一起,没有信息网络安全,就没有交易安全。我国目前还没有出台专门针对电子商务交易的法律法规,其主要原因就是上述两个方面相关的法律制度尚不完善,因而面对迅速发展的电子商务,一时难以出台完善的安全保障规范性条文。

在“中华人民共和国电子商务法”尚未出台的情况下,目前应当抓紧已经公布的有关交易安全和计算机安全的法律法规的落实,保护电子商务交易的正常进行,并在此基础上不断探索,逐步建立适合我国国情的电子商务法律制度。

(3) 鼓励利用现代信息技术促进交易活动。电子商务法的目标主要包括促进电子商务的普及或为此创造方便条件,平等对待基于书面文件的用户和基于数据电文的用户,充分发挥高科技手段在商务活动中的作用等。这些目标都是促进经济增长和提高国内、国际贸易效率的关键。从这一点讲,电子商务立法的目的不是要从技术角度来处理电子商务关系,而是要创造尽可能安全的法律环境,以便电子商务参与各方高效率地开展贸易和服务活动。

第三节 电子商务立法

一、电子商务立法概述

电子商务立法是近几年全球商事立法的重点。电子商务立法的核心,主要围绕电子签章、电子合同、电子记录的法律效力展开。从 1995 年美国犹他州颁布《数字签名法》至今,已有几十个国家、组织和地区颁布了与电子商务相关的法律,其中影响较大的有:联合国国际贸易法委员会 1996 年的《联合国国际贸易法委员会电子商务示范法》(简称《电子商务示范法》)和 2001 年的《贸易法委员会电子签名示范法及立法指南》,欧盟的《关于内部市场中与电子商务有关的若干法律问题的指令(草案)》和《电子签名统一框架指令》,德国 1997 年的《信息和通讯服务规范法》,俄罗斯 1995 年的《联邦信息、信息化和信息保护法》,新加坡 1998 年的《电子交易法》,美国 2000 年的《国际与国内商务电子签章法》等。

总体来看,各国国内的电子商务立法有着以下三个共同特征:

(1) 立法迅速。从 1995 年俄罗斯制定《联邦信息、信息化和信息保护法》及美国犹他州出台《数字签名法》开始,在短短几年的时间里,有几十个国家、组织和地区制定了电子商务的相关法律或草案。无论是美国、德国等发达国家,还是马来西亚等发展中国家,对此都反应极为迅速。尤其是联合国贸易法委员会,起到了先锋与表率的作用,及时引导了世界各国的电子商务立法。这种高效的立法,在世界立法史上都是罕见的。

(2) 具有较好的兼容性。在电子商务高速发展并逐步打破国界的大趋势下,任何闭门造车的行为都会严重阻碍电子商务与相关产业的发展,所以,各国在进行电子商务立法时,兼容性是首要考虑的问题之一。并且,也正是这种兼容性的要求造就了电子商务立法中先有国际条约后有国内法的奇特现象。联合国贸易法委员会在其《贸易法委员会电子签名示范法及立法指南》中就曾指出:“电子商务内在的国际性要求建立统一的法律体系,而目前各国分别立法的现状可能会产生阻碍其发展的危险。”

(3) 法律的制定及时有力地推动了电子商务、信息化和相关产业的发展。

此外,在这些国际电子商务立法中,电子商务国际立法还具有边制定边完善、重点在于使过去制定的法律具有适用性、发达国家在其中居主导地位、工商垄断企业在电子商务技术标准的制定上起主要作用等特点。

二、国外电子商务立法

自 20 世纪 90 年代中期以来,电子商务迅速发展,如同一场风暴席卷了全球。面对这一不可逆转的潮流,各国和相关国际组织纷纷行动起来,试图制定适应电子商务发展的规范。电子商务法制建设之快、范围之广,形成了世界立法史上一道亮丽的风景线。从各国的电子商务立法中把握一些全球电子商务立法的规范化趋势,吸取其中的经验教训为我所用,对我国电子商务立法是相当必要的。

1. 国际组织电子商务立法

早在 1985 年,联合国国际贸易法委员会即十分关注计算机的商业应用所引发的法律问题。1992 年,为了推动国际间电子支付的广泛应用,联合国国际贸易法委员会制定了《国际资金支付示范法》;为了处理因特网的商业运用引发的电子签名、认证机构及相关的法律问题,1996 年,联合国国际贸易法委员会经过 5 年时间起草的《电子商务示范法》提经联合国大会通过,为各国电子商务立法提供了规范性指引。另外,1999 年联合国国际贸易法委员会起草了《统一电子签名规则(草案)》,草案提出了电子签名与强化电子签名的概念,并对电子签名、认证证书、认证机构等作了规范。之后,又广泛吸取了一些国家的立法经验,于 2001 年 3 月 23 日正式公布了《贸易法委员会电子签名示范法及立法指南》。在这之后,该委员会又先后于 2005 年和 2007 年公布了《联合国国际合同使用电子通信公约》和《增进对电子商务的信心:国际使用电子认证和签名方法的法律问题》两部规范。前者的宗旨是对国际合同使用电子通信的情形增加法律确定性和商业可预见性,而后者主要分析了法律可以为电子认证和签名方法的使用提供的便利性。

此外,国际商会也对联合国国际贸易法委员会的立法工作给予积极的支持和配合。国际商会于 1997 年 11 月发布了《国际数字化安全商务应用指南》,主要是为了解决在互联网上进行可靠的数字化交易的问题。此外,在 2004 年发布了《国际商会 2004 年电子商务术语》(载有《国际商会电子订约指南》,为当事人提供了两个易于纳入合同中的简短条款),2005 年 4 月又发布了经过修订的《营销和广告使用电子媒体指南》,为国际电子商务交易提供了进一步完善的规范性框架,并推动其向前发展。之后,又开始制定以《电子商务示范法》为基础展开细致规定的《电子贸易和结算规则》。

1999 年,欧盟公布了《关于统一市场电子商务的某些法律问题的建议》,包括一些市场进入、认证服务、电子证书及其责任以及国际方面的问题。另外,世界贸易组织对贸易领域的电子商务已提出了工作计划,特别是针对服务贸易问题提出了重点解决的几个问题,如电子商务主义、司法管辖权、电子商务分类、协议签署等。具体而言,国际贸易组织有关电子商务的立法范围包括:跨境交易的税收和关税问题、电子支付、网上交易、知识产权保护、个人隐私、安全保密、电信基础设施、技术标准、普遍服务、劳动力问题和政策引导。^① 2000 年 5

^① 周仪,等. 电子商务法律及案例[M]. 北京:中国国际广播出版社,2001:15.

月,欧盟通过的《电子商务指令》,试图对电子商务做出综合性的一体规范,并以其高效性和安全性促进电子商务在欧盟的发展。此外欧盟认为,有必要采取一系列积极的政策和立法措施,对电子货币的相关问题进行指导、规范和协调。最重要的措施莫过于2000年9月出台的有关电子货币机构的两个新指令,即欧洲议会与理事会颁布的《关于电子货币机构业务开办、经营与审慎监管的2000/46/EC指令》和《修改〈关于信用机构业务开办与经营的2000/12/EC指令〉的2000/28/EC指令》。这两个欧盟指令为信用机构(既包括传统意义上的信用机构,也包括新型的信用机构——电子货币机构)发行电子货币建立了一个全面的协调管制框架,标志着欧盟在电子货币管制立法方面迈出了重要的一步。

据相关资料显示,欧盟委员会已着手研究“自律”与“合作管理”的规范性文件,并已经完成其中部分内容,目标是在广泛征询意见的基础上,为制定电子商务行为自律准则提供指导性的意见,用于非诉讼争议解决机制^①解决跨国消费者的合同争议。

2. 各国电子商务立法

在电子商务立法初期,除国际间的电子商务立法外,一些国家也各自制定了相关的法律,主要是经济发达国家,其中美国的立法最为发达。美国的犹他州于1995年颁布的《数字签名法》,是全美、全世界范围的第一部全面确立电子商务运行规范的法律文件。目前,美国绝大多数州都制定了与电子商务有关的法律。美国的全国州法统一委员会于1999年4月通过了《统一电子交易法》,供各州立法时借鉴。1996年美国律师协会通过了《数字签名指南》。2000年6月,克林顿签署国会两院一致通过的《电子签名法》,表明美国的电子商务立法已走向了世界前列,同时表明美国的电子商务立法最终走上了联邦统一制定的道路。至20世纪末,美国已经出台了一系列的法律和文件,其中包括《电子信息自由法案》、《个人隐私保护法》、《公共信息准则》、《网上电子安全法案》等,从而构成了电子商务的法律框架。

加拿大于1998年制定了《个人信息保护与电子文件法(草案)》,同时还起草了《统一电子商务法》。此外,欧洲国家制定的有关电子商务的法律有:意大利的《数字签名法》、丹麦的《数字签名法》、德国的《信息和通讯服务规范法》、俄罗斯的《联邦信息、信息化和信息保护法》等。

1997年,马来西亚制定了《电子签名法》,这是亚洲最早的电子商务法。1998年,新加坡出台了《电子交易法》,之后又相继出台了《电子交易执法指南》、《电子证书指南》、《电子交易(认证机构)规则》等配套法律法规。1999年,韩国制定了《电子商务基本法》。

三、我国电子商务立法现状

我国加入世界贸易组织后,为迎头赶上世界电子商务的发展,亟须解决电子商务安全问题。除技术范围和管理体制问题外,电子商务的立法配套也是一个主要问题。纵观国际电子商务立法,不管是自下而上立法的美国,还是强调一体化特性的欧盟,抑或是马来西亚,均以单项立法形式明确电子商务发展的核心问题,而我国在这一方面则明显落后。

1999年10月我国实施的《合同法》在合同中引入了数据电文形式,从而在法律上确认了

^① 非诉讼争议解决机制是指在传统的诉讼解决纠纷的基础之上,还可发展调解、协商、仲裁、谈判等其他途径,并配套相应的机构和制度,节省当事人的时间和成本,同时有效减轻法院受案量。

电子合同的合法性。但我国《合同法》关于电子合同的规定还比较粗略,缺乏具体而详细的内容,实际操作起来还比较困难,所以我国《合同法》关于这方面的规定与国际立法趋势有相当大的差距。

国务院 2000 年 9 月颁布属于行政法规的《互联网信息服务管理办法》。除此之外,我国的一些行政机关在其业务范围内制定了一些具体的行政规章,例如,中国证监会于 2000 年 3 月颁布的《网上证券委托暂行管理办法》,教育部 2000 年 6 月发布的《教育网站和网校暂行管理办法》,国家工商总局 2000 年 9 月制定的《经营性网站备案登记管理暂行办法》及其实施细则、《网站名称注册管理暂行办法》及其实施细则等,均系与电子商务有关的规章。这些规范大都是 2000 年制定的,可以说都是全国人民代表大会九届三次会议呼吁电子商务立法的成果。

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表决通过了《中华人民共和国电子签名法》,并于 2005 年 4 月 1 日开始实施。该法首次赋予可靠的电子签名与手写签名或盖章签名具有同等的法律效力,并明确规定了电子认证服务的市场准入制度。这标志着我国首部“真正意义上的电子商务法”正式诞生。有专家认为,该法是中国电子商务立法发展史上的里程碑,将对我国电子商务、电子政务的发展起到非常重要的促进作用。但仅此一部《电子签名法》是远远不够的,缺少其他有关电子合同的法律配套规定必将成为我国电子商务发展的重大法律障碍。

2010 年两会期间,全国人大代表、广东移动公司董事长徐龙再次提案为电子商务立法。他指出,相对于电子商务快速发展的实际,我国电子商务立法明显滞后,并已严重制约我国电子商务快速、健康发展,因此他建议尽快制定统一的、系统的“中华人民共和国电子商务法”。

2010 年 4 月 2 日,国家工商行政管理总局正式在其官方网站上公布了《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法(征求意见稿)》,广泛征询对网络商品交易及其相关服务行为管理暂行办法的意见和建议。5 月 31 日,《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)由国家工商行政管理总局审议通过,并于同年 7 月 1 日起施行。

《暂行办法》首次将电子商务从业人员划分为“网络商品经营者”和“网络服务经营者”两类。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》对“网络商品经营者”和“网络服务经营者”的责任和义务,以及监管、处罚等方面作出了较为详细的规定,还明确规定对违反《暂行办法》行为的处罚措施,如对在网络交易过程中侵犯消费者个人信息者予以警告,责令限期改正;逾期不改正的,将处以 1 万元以下的罚款。

《暂行办法》是我国首部针对电子商务网络购物行业制定的行政法规,它标志着中国网民在网络购物时将不再无法可依。同时,应以《暂行办法》的出台与实施为契机,尽快制定统一的、系统的“中华人民共和国电子商务法”,规范和保障电子商务这一新兴经济模式的快速、健康发展,从而促进中国产业结构调整,推动经济增长方式转变,提高国民经济运行质量和效率,进而提升中国在全球范围内配置资源的能力,形成国民经济持续发展的新动力。

引例解析

在传统的面对面交易中,当事人一方往往仅凭直观感觉就能判断其交易相对方是未成年人还是精神失常者。但在网络环境下,当事人双方互不见面,而是利用计算机来进行意思表示,即使网上商店要求交易相对人输入身份证号码及出生日期或信用卡卡号以证明其为成年人,但仍有伪造或提供不实资料的可能性。

孩子伪造身份证或盗用他人的名义进行商务活动时,应当如何确认商务合同的效力?这里涉及对未成年人的保护和对交易安全的平衡问题。如果确认这种合同的效力,虽然维护了交易的安全,却不利于对未成年人的保护;如果否定其效力,又不利于交易安全。因此,有学者提出,对网络交易中当事人的行为能力问题应该重新思考。

世界各国均以年龄作为界定行为能力的主要依据之一,但对于网络商家而言,无从证实交易相对人实际年龄,而且各国规定的成年年龄是不同的,如中国、法国等多数国家规定为18岁,而日本、瑞士规定为20岁,意大利为22岁,奥地利为24岁,丹麦、西班牙、智利为25岁,这就更增加了商家确定交易相对人的缔约能力的难度。

尽管按照我国目前的法律应该认定合同无效,但这对于没有任何过错的商家来说是明显不公平的。对此,中国台湾地区的规定比较合理,其现行《台湾民法》第83条规定:“限制行为能力人用诈术使人信其为有行为能力人或已得其法定代理人之许可者,其法律行为为有效。”所谓诈术,是指使用法定代理人允许的函件或户籍资料等。台湾大学法律学院教授王泽鉴先生解释说,该法条之所以强制法律行为有效,系以限制行为能力人既已能使用诈术,其智虑不薄,而且玩弄手段,无保护的必要。同时,也为了避免相对人因误信而遭受不利。在美国,如果未成年人在订立合同时谎报年龄,许多州的法院则不允许该未成年人撤销合同。当然,另一方当事人把未成年人当成成年人必须是合理的。许多网站根据不同情况来确定顾客是否是成年人。他们通常要求顾客提供工作地址、信用卡号码,或者要求顾客声明自己是成年人。在这种情况下,即使顾客的年龄是8岁,也不能撤销合同。^①

因此,中国大陆在修改相关法律时,可借鉴中国台湾地区和美国的规定,对未成年人利用欺诈手段缔结的合同的效力予以明确规定。但遗憾的是,目前在提交全国人大常委会的各类法律议案中并没有相关内容。

^① 鞠海亭. 电子合同法律适用中的挑战及对策——以合同的三个方面为视角[J]. 中国律师和法学家, 2007, 3(2): 57-58.



本章小结



综合训练

一、思考练习

1. 什么是电子商务?
2. 电子商务的应用模式有哪几种?
3. 电子商务对传统法律有哪些影响?
4. 电子商务法调整的商事关系有哪些特点?
5. 电子商务法的作用表现在哪几个方面?
6. 国际电子商务立法给我们哪些启示?

二、案例分析

网购笔记本电脑竟为二手

张浩东是在某写字楼工作的一名白领,平时喜欢通过网络购买一些商品,享受一下网络购物的时尚乐趣。2007年3月29日,张浩东看中了一款笔记本电脑,于是,他通过一家银行的信用卡网站向一家电脑产品销售公司订购一台价值9999元的笔记本电脑。第二天,该银行客服向张浩东确认交易成功,张浩东使用信用卡通过分期付款形式向银行支付货款,银行将全部价款支付给这家电脑产品销售公司。当天,电脑产品销售公司方面就为张浩东开具购货发票,并于第二天将包装完整的该款笔记本电脑按照张浩东留下的地址,免费送货上门。

收到货物后,张浩东对这台笔记本电脑爱不释手。但是没过几天,他突然发现,自己所购的笔记本电脑竟然没有产品说明书,而且电脑产品销售公司所开具的发票所盖章与网站所说供应商不符,因此,他认为这家电脑产品销售公司所售商品可疑。于是,他马上向 114 查号台查询电脑产品销售公司的电话,但是未查到。4 月 3 日,张浩东又向该品牌的电脑公司电话查询该编号的笔记本电脑情况,该公司称该笔记本电脑于 3 月 20 日在公司维修部做过维修,并将该机的“服务行为报告”发送给张浩东。

看到这些材料后,张浩东认为那家电脑产品销售公司存在欺诈行为,因此,一纸诉状将电脑产品销售公司告上法院,要求其双倍赔偿。

问题

1. 本案属于电子商务的哪一种交易模式?
2. 谁是本案中的交易当事人? 谁应当对原告的损失承担法律责任?
3. 本案涉及哪些电子商务法律问题?



实训设计

网络电子交易实践

【实训目标】

认识电子商务目前的一些具体应用,如电子政务、网络游戏及网络竞买和网上拍卖等,并掌握这些电子商务的形式涉及的相关法律法规问题。

【实训内容与要求】

(1) 和同学一起尝试网上购物,总结自己的体验和感受。掌握什么是电子商务,什么是电子商务法。

(2) 作为一个网上购物的消费者,你认为网上购物应了解哪些知识? 结合自己的经历讨论预防网络购物受骗的方法。

【成果与检验】

听取学生的实践感受,检验分析是否正确,理由是否充分。可分为若干组讨论。

第二章

电子商务法律关系

知识目标

- » 了解电子商务法律关系的概念和特征；
- » 掌握电子商务法律关系的要素；
- » 理解电子商务交易主体的设立条件、电子商务企业的网络权利。

技能目标

- » 区别电子商务企业、网络服务提供商、网络中介服务商及在线自然人用户的概念；
- » 掌握电子商务交易主体的法律关系；
- » 掌握网络服务提供商的责任。

引例

货物短少谁之过

2008年5月,李天华在淘宝网上向某商家订购了三台数码相机,按每台12 650元的价款支付了37 950元预付款,约定由李天华的母亲作为收货人,并留下了收货人地址和联系电话。此后,商家将三台相机包装成一个大包,包装箱四周均有“确认包装完好后签收”字样的胶带加封,委托一家快递公司递送。在快递单正面注明了收件人、“需要本人签收”等字样,同时规定货物价值不能高于5 000元。

数天后,快递公司将货物送交给李天华小区的门卫,门卫在第二天转交给了李天华母亲。接到快递后,李天华发现快递包装内有二个小包装已被掏空,只留下一台相机,三台相机的发票、说明书和三张存储卡。因此,李天华并未按流程在网上确认收货付款,而是申请退还货款,并将这一情况告知了商家。由于收不到货款,又与李天华商量无果,商家将李天华告上了法庭。

商家认为,根据淘宝网相关交易规则,如果发现分量不足或外包装损坏不能擅自打开,要联系卖家。李天华明知邮件重量不对仍打开包装,即可认定包装完好无损、重量没有短少,故请求法院判令李天华撤回退款要求。李天华也辩称,原告通过快递公司将货物送到被告所居住的小区,没有和被告指定的收件人联系而擅自将货物交付给门卫,本身存在过错。被告有权申请淘宝网退款,不同意原告的诉讼请求。

本案涉及的主要法律问题是:被告李天华是否需要承担支付两部丢失相机的货款的义务?购买的相机丢失的责任到底应由谁承担?通过本章的学习,我们将会得到上述问题的答案。

第一节 电子商务法律关系概述

一、电子商务法律关系的概念及特征

在社会生活中,个人和组织为了满足自身的各种需要,必须从事社会活动,因此相互之间必然发生各种社会关系,而为了使社会关系的确立和发展符合国家和社会公共利益,国家运用不同的法律规范来调整社会关系,这就形成了法律关系。因此简单地说,法律关系即法律调整社会关系所形成的权利和义务。由于调整社会关系的法律规范不同,形成的法律关系也就不同。例如,由行政法调整的社会关系是行政法律关系,由诉讼法调整的是诉讼法律关系,由民法规范调整的社会关系就是民事法律关系,而由电子商务规范调整的即为电子商务法律关系。因此,电子商务法律关系即电子商务法调整社会关系的具体法律形式。它是指由电子商务法律规范确认和调整的、以电子商务活动参与人的权利和义务为内容的社会关系。电子商务法律关系具有以下几个特征:

1. 电子商务法律关系是一种人与人之间的社会关系

电子商务法律关系不是人与自然界或人与物的关系,更不是物与物的关系,而是属于人与人的关系。虽然民事法律关系多涉及物或信息,但所反映的却是通过物或信息而引发的人与人的关系。例如,买卖关系中,实际发生的并不是买方或卖方与所卖之物的关系,更不是出卖物与交付货币之间的关系,而是通过出卖物和货币交换而发生的买方与卖方的关系。因此,在电子商务活动中,物或信息尽管十分重要,但终究只能是出于被人管理、被人支配的地位,它不会自动参与电子商务活动,而只能是人参与的电子商务关系的附属。

2. 电子商务法律关系具有平等性

电子商务法律关系是平等主体之间的财产关系和人身关系在法律上的表现。因此,这种法律关系具有平等的特点,主要表现为以下两个方面:

(1) 主体地位平等。电子商务法律关系的交易人双方各自有着独立的、平等的法律地位,不论以何形式参与电子商务法律关系,与对方地位都是平等的,双方之间不存在不平等的命令与服从、管理与被管理的隶属关系。而非建立在平等基础上的法律关系,也不属于电子商务法律关系范畴。

(2) 权利义务一般对等。在大多数电子商务法律关系中,交易人双方往往都享有权利并且负有义务,且通常一方的权利也即相对方的义务,反之亦然。但是,权利义务的对等却并非电子商务法律关系的根本特征。也就是说,只要当事人的法律地位是平等的或是在平等的基础上设立的,即使某些情况下只有一方享有权利,另一方只承担义务,也应属于电子商务法律关系的范畴。

3. 电子商务法律关系具有复合性

电子商务的交易和服务关系主要由电子商务法中的民商法部分来调整。由于电子商务法具有私法和公法交融的性质,国家为推进电子商务的发展实行宏观调控,行政部门对电子商务主体、市场秩序、电子认证、网络安全、网络税收等进行监管,所以,违反电子商务法的法律责任不仅有民事责任,还有行政责任和刑事责任。^①

电子商务法律关系的构成,包括三个要素:电子商务法律关系主体、电子商务法律关系客体、电子商务法律关系内容。

二、电子商务法律关系的主体

(一) 电子商务法律关系主体的概念

法律关系的主体即法律关系的参加者,是指在一定的法律关系中权利的享有者和义务的承担者。在每一个具体的法律关系中,主体都是相对应的双方:一方是权利的享有者,称为权利人;另一方是义务的承担者,称为义务人。

在我国,根据各种法律的规定,能够参与法律关系的主要包括三类主体:一是公民(自然人);二是法人(机构和组织),即各种国家机关、各种企事业单位和社会团体;三是国家,在特殊情况下,国家也可以作为一个整体成为法律关系主体。例如,国家作为主权者是国际公法

^① 秦成德. 电子商务法[M]. 北京:科学出版社,2007:30.

关系的主体,可以成为国际金融关系中的债权人或债务人。国家还可直接以自己的名义在其国内发行国债,但多数情况下则是授权国家机关或组织作为代表参与法律关系。

因此,电子商务法律主体是指电子商务法律关系的参与者,即在电子商务法律关系中承担义务和享有权利的个人或组织。探讨电子商务主体对于研究电子商务中的具体行为,如电子合同的定义、电子签名的认可、电子支付的效力等理论具有基础性的意义。

(二) 电子商务法律关系主体的种类

以主体的法律属性为标准,可以将电子商务法律主体分为自然人、法人和非法人企业。结合电子商务的特征,电子商务法律主体的这一分类可以转化成在线自然人用户和电子商务企业。此外,还有网络服务提供商、网络交易中心、电子认证服务商、在线金融服务商等电子商务法律关系主体。

1. 在线自然人用户

在线自然人用户是指借助电子化手段参与电子商务法律关系的成立、变更或者消灭的自然人。类似的概念还有网络经济自然人用户^①和在线个人用户^②。三个概念的本质特征基本一致,即都是依照自然规律出生而取得民事主体资格的自然人。但相比较而言,网络经济自然人用户侧重于网络经济环境,而网络经济与电子商务的内涵和外延有所差异;在线个人用户突出了电子商务法律主体所在的外在环境,但未能准确地表达出其法律特征。考虑到电子商务法体系的统一性和完整性,本书使用了在线自然人用户这一概念。

在线自然人用户本质上还是自然人。因此,有关自然人的传统法律制度依然可以适用于在线自然人用户,但因其置身于虚拟网络环境中,也对传统法提出了挑战。

首先,随着技术的进步及网络教育的普及,很多在法律上原本属于无民事行为能力的自然人越来越多地参与到电子商务中,尤其在网络游戏和即时通信工具(在线聊天)用户低龄化的今天,这个特征变得更加明显。而这些用户的法律行为都不可避免地面临效力不确定的问题。从司法角度而言,司法机关审查此类电子合同时应考虑到网络经济的现实,采取更加宽松的原则;从立法角度而言,起草中的我国《民法典》已建议将限制民事行为能力人的年龄从10周岁以上降至7周岁以上,这主要是考虑到社会发展所带来的人们认知能力的提高,而此举对促进电子商务法的发展无疑是有利的。

其次,在线自然人用户作为自然人,除了完全享有其法定的人身权和财产权外,也应享有网络环境中的隐私权和虚拟财产权。在网络环境下,隐私权被赋予了新的概念,是指公民在网上享有的私人生活安宁与个人信息依法受到保护,不被他人非法侵犯、知悉、搜集、复制、公开和利用的一种人格权利,也指禁止在网络上泄露某些与个人有关的敏感信息,包括事实、图像以及毁损的意见等。例如,一般论坛登录网站都要去注册用户信息,虽然在一定程度上在线自然人用户从保护自己隐私的角度出发可以选择匿名注册,但有些信息却是无法虚构的,如电子邮箱,许多网站往往在注册时要求提供真实的电子邮箱地址,否则将无法激活浏览论坛信息。而在购物网站上更是如此,用户必须提供真实的姓名、地址、联系方式

① 齐爱民,徐亮.电子商务法原理与实务[M].武汉:武汉大学出版社,2001:13.

② 秦成德.电子商务法[M].重庆:重庆大学出版社,2004:50.

甚至银行账号才能顺利地完成电子交易,然而一些网络服务商在未征得在线自然人用户同意的情况下,与其他网站共享或者向第三方提供在线自然人用户的个人资料,这就造成对隐私权的侵犯。虚拟财产则是指在虚拟世界中可能受到法律保护的客体。虚拟财产在网络游戏中呈现不同的形式和状态,归纳而言有三种形式。一是存储形式,即虚拟物体现为存储在游戏服务器上的电磁记录。除了游戏账号和虚拟角色中的游戏等级以外,其他虚拟财产类别都体现为游戏服务器上的电磁记录。二是效用形式,即虚拟物体现为玩家与运营商之间的权利义务凭证,如游戏账号。游戏账号本质上是一份合同,是玩家权利和运营商义务的统一体。三是感知形式,即虚拟世界中的美术作品,如游戏中的虚拟动植物(宠物、盆景)等,以及玩家通过自己在玩游戏的过程中创造性的劳动所形成的具有独创性的游戏场景、游戏装备、角色服饰等的外在形态。而用户对虚拟财产享有的权利即为虚拟财产权。此项权利也应该像自然人用户享有的实际财产所有权一样受到同等保护。

2. 电子商务企业

电子商务企业包括法人和非法人企业,具体来说,包括有限责任公司、股份有限公司、个体工商户和个人独资企业以及合伙企业等。电子商务企业属于参加电子商务法律关系的重要主体,在网络环境中,电子商务企业从事网络经营或网上交易,往往是通过网站或网页反映其存在的,但电子商务网站本身并不具备法律主体的资格,也无法承担相应的法律责任。电子商务网站只是网站设立人(即电子商务企业)的产品、工具或者虚拟运营场所。至于其所代表的电子商务企业是否真实存在则并不能得到直观认识。因此,如何确保网上企业交易主体的真实性就成为保障网上交易安全的一个重要问题。

从本质上讲,电子商务企业仍是民事法律关系的主体,因此,有关电子商务的企业规范(如准入制度)仍遵从传统法的规定。凡是以企业名义从事网络经营或网上交易的企业,都应当进行工商登记,取得营业执照,因此,可以通过查看企业工商登记进行认证。另外一种方式则是查看网上企业的公示,即网上企业应当公开其对应的现实社会真实的主体身份及其相关资料来验证网上企业交易主体的真实存在。2010年7月1日起施行的《暂行办法》也规定:已经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志。这一规定无疑也应和了我国传统法律规定的对于电子商务企业的准入制度。

该《暂行办法》还规定,从2010年7月1日起,对通过网络从事商品交易及有关服务行为的个人,也实行“实名制”,即需提交姓名、地址的真实信息,“具备登记注册条件的,依法办理工商登记注册”。这也是我国首次在行政法规中明确规定,虚构、伪造身份和地址信息的个人网店经营者将无法开展网上交易,包含零星的二手货交易。然而上述规定也反映出,我国当前并未强制一切网上经营个人用户进行工商登记注册,对于尚没有工商登记或营业执照的网上经营主体,退而求其次地仅要求其公示真实身份资料,但这并不意味着公示行为具有赋予其营业主体资格的作用。现实的问题是,由于没有工商登记环节,这些网上交易主体的公示仍然只能依赖于第三方认证或网上交易平台身份认证来实现。通过身份认证,发放身份证证书或准予登记为用户,以确保网上交易主体的真实性和合法性。其实早在2003年的时候,国内最大的网上交易平台——淘宝网就已经确定了开店的卖家必须实名的规定,即

个人开店卖家,在正式开始销售商品之前,必须上传银行卡、身份证复印件,并提交到网银和公安部的系统,以此获得“三方实名认证”才可以开立营业。由此来看,国家工商总局发布的暂行办法中的此项条款并无新意。

3. 网络服务提供商

网络服务提供商是指向广大用户综合提供互联网接入业务、信息业务和增值业务的运营商,一般又可分为向社会公众或特定用户提供信息内容服务的网络服务提供商(Internet content provider, ICP)以及提供网络接入服务和主机服务的网络中介服务提供商(Internet service provider, ISP)。^① 众所周知,现今中国有三大基础运营商:中国电信、中国移动和中国联通。^②

4. 网络交易中心

在我国目前的电子商务交易实践中,网络服务提供商通常仅提供交易所需的网络接入服务,并不直接参加电子商务交易,因此也就无法为交易双方提供直接的交易便利条件和辅助措施,这一职能则往往是由为买卖双方提供商品信息查询、交易经验交流、稳固的资金支付的网络交易中心来完成的。因为稍有消费经验的人都知道,买东西若想经济又实惠,最好货比三家,而要货比三家,选择综合性商城无疑最便捷。而网络交易中心恰恰扮演了这一角色,它实质上就是虚拟的网络市场。网络交易中心以网络为基础,利用先进的通讯技术和计算机软件技术,将商品供应商(卖方)、采购商(买方)和银行(在线金融服务商)紧密地联系起来,为客户提供市场信息、商品交易、仓储配送、货款结算等全方位的服务。因而也是电子商务法律关系的主体之一。

5. 电子认证服务商

电子认证服务商是基于在上述开放性网络环境下进行的贸易而产生的。交易双方由于互不见面,对对方的身份和信用必然会产生疑虑。为增进信任,防止交易欺诈,需要由受双方信任的第三方出面核实签名人的身份及其资信状况,完成这一任务的就是通过签发数字证书提供网上安全电子交易认证服务的认证机构(简称 CA)。

6. 在线金融服务商

现代经济活动离不开金融服务,同样,完整网络经济的运行也离不开金融机构的网络服务。代表未来金融业发展方向的网上银行随着网上商务活动的发展而兴起,网上银行创造出的电子货币也将改变传统货币的流通形式,成为未来资金流转的主要途径。

三、电子商务法律关系的客体

在本书第一章中已言明,电子商务法系公法与私法融合的产物,隶属于民商法范畴,因此电子商务法律关系也是民商事法律关系中的一种。而民商事法律关系的客体即民商事法

^① 张楚. 电子商务法教程[M]. 北京:清华大学出版社,2005:33.

^② 2008年中国电信进行了第四次重组,中国网通并入中国联通,组成新联通;中国铁通并入中国移动组成新移动;中国联通 CDMA 并入中国电信组成新电信。所以我国现今实际只余留三大网络服务提供商:中国电信、中国移动和中国联通。

律关系主体的权利义务指向的对象。一般来说,可以作为民商事法律关系客体的事物包括以下几种:

(1) 物(包含货币)。日常生活中发生的绝大多数民商事法律关系,都与物有关,如借贷关系、赠与关系等。因此,物是民商事法律关系的最为普遍的客体,包括动产和不动产。动产是指可以一般方法移动且移动后不会改变或不会损害其价值的物,不动产则是指不能以一般方法移动或移动后会改变或损害其价值的物。依我国法律规定,土地及房屋、林木等地表附着物为不动产,不动产以外的物为动产。

(2) 智慧财产。智慧财产是人的智力劳动创造出来的精神财富。它无形无体,却能够为人感知,也可满足生产和生活的一定需求,因而具有一定的商业价值和使用价值。例如,作者对自己的作品享有著作权,发明人依法对自己的发明取得专利权,或者将自己的著作权、专利权转让或允许他人用于实际生产等,因此,智慧财产也是民事法律关系的重要客体。

(3) 行为。此处的行为是公民或法人有意识的活动,是引起民商事权利、义务的发生、变更和终止的活动,是权利和义务所共同指向的活动。具体是指人的工作或服务等,如保管物品的行为、演出服务等。作为法律关系客体的行为一般是特定的,是相互对应的民商事权利和义务,通过这种行为的实施同时得以实现特定活动。

(4) 人身利益。人身利益包括公民的生命健康、姓名、肖像、名誉、尊严、荣誉、身份等。人身利益虽然与主体的人身不能分离,但并非主体本身,而只是能够满足主体需求的客观事物,是人身权关系的客体。

根据以上对民商事法律关系客体的分析可知,电子商务法律关系的客体就是指电子商务法律关系的主体享有的权利和承担义务所指向的对象,具体包括有形商品、数字化商品或信息商品、知识产权和信息产权以及在线服务四大类。

(1) 有形商品。有形商品主要是针对服务类的无形商品而言的,顾名思义,它是指能够被感知具体形状、色彩、重量、体积等具有实在形体性状的商品。消费者通常购买的除服务类商品外,一般均属于有形商品。即前述民商事法律关系客体中的“物”,包括动产(如图书、食品、电脑、体育用品、数码产品等)和不动产(如房屋、土地等)。而在当今的网络时代,即使有形商品(如不动产)也可以通过网络进行交易,并几乎不存在任何障碍。

(2) 数字化商品或信息商品。数字化商品或信息商品是一种虚拟化的商品,属于无形商品的一种,它通常是以数字二进制形态存在于电子媒介中,由买卖双方通过订立电子合同的方式进行购买和使用。消费者可采用直接下载或拷贝的方式消费商品,商品种类主要有手机铃音、电子图书、网络游戏、数码影音等。

(3) 知识产权和信息产权。知识产权和信息产权是指商标权、专利权、著作权等的专项许可使用权,即前述民商事法律关系客体中的“智慧财产”,它们与数字化商品同属于虚拟化的无形商品。消费者同样通过与服务提供方订立电子合同的方式,使用电子数据库、网络空间、网络虚拟财产、电子域名或是 IP 地址以及其他信息产权等。但需要指出的一点是,信息产权包括但不限于知识产权,其是信息所有者对本身所创造的具有独创性和实用性的智慧成果所独享的权利,可以是知识产权,也可以是其他非知识性的信息权利。

(4) 在线服务。在线服务是无形商品的代表,即服务提供商通过网络向消费者提供的

特定服务或信息,如求职招聘、旅游门票、电子客票、网上保险、网上汇款、数字卡、网上教育等。对于在线服务,供需双方可以在网上直接实现交易。

四、电子商务法律关系的内容

电子商务法律关系的内容是指电子商务法律关系的主体在电子商务法律关系中所享有的权利和应该承担的义务。这种权利义务内容,是电子商务法调整的社会关系受法律约束所表现出来的权利和义务。任何个人和组织作为电子商务主体,参与电子商务法律关系,都必然体现为享有一定的电子商务权利和承担一定的电子商务义务。

1. 电子商务主体的权利

电子商务主体的权利是指电子商务主体为实现某种利益而依法为某种行为或不为某种行为,主要体现为主体的民事权利。通常包含以下三种:

- (1) 权利人依照法律规定直接取得某种利益,或者实施一定行为的权利;
- (2) 权利人依照法律规定可以请求义务人为或不为一定行为,以保证其享有或实现某种利益的权利;
- (3) 在权利受到侵犯时,权利人有请求有关国家机关予以保护的权力。

电子商务主体的以上三种权利中,又以第一种(即实现法律赋予其的利益或行为)最为常见。通常情况下,电子商务主体权利和义务均是由权利人、义务人本人完成。但是个别时候,法律并未禁止权利人通过代理人来行使自己的权利。如植物人、18岁以下的未成年人,可以由其监护人或法定代理人协助其行使权利。

然而权利人自身权利的实现往往都需要义务人义务的履行才能完成,也即前述第二种权利的内容,权利人依照法律规定可以请求义务人为或不为一定行为,以保证其享有或实现某种利益的权利。此处也反映出权利和义务的统一性与对应性特征。因此,电子商务主体在行使其权利时,也应尊重他人的利益,不得滥用权利,否则仍将受到法律的制裁。

对上述第三种权利的解读则应是,任何电子商务主体在民事权利受到他人非法侵犯时,都有权向人民法院提起诉讼,请求依法保护。一般说来,此类民事诉讼请求通常有如下三类:确认之诉,即请求法院确认某种权利是否存在的诉讼;给付之诉,即请求法院责令对方履行某种行为以实现自身权利的诉讼;形成之诉,即请求法院通过判决变更现有的某种民事权利义务,形成某种新的民事权利义务的诉讼,如请求分割财产、变更合同等。

2. 电子商务主体的义务

电子商务主体的义务是指电子商务活动中的义务人为实现权利人的权利而必须为或不为一的行为的必要性。包含:义务人必须遵照法律规定或合同约定为或不为一定行为,以便满足权利人的利益;义务人只能在法定或约定范围内为或不为一定行为,以便满足权利人的利益;义务人必须为或不为一定行为,以便满足权利人的利益。需要说明的一点是,这种义务同样是一种受到国家强制力保障的约束,即如果义务人不履行其义务或违反约定、规定履行义务,须依法承担违法或违约的责任。

第二节 电子商务参与方的法律关系

在上一章中我们介绍过,在线交易是利用网络通信进行的一种虚拟化交易,一切的交易过程和意思表示都是虚拟化的,这就不可避免地会使当事人在交易过程中对对方的信用产生疑虑。因此,为了保证其安全性和有效性,在一个交易过程中通常并不是只有买卖双方当事人存在,同时还存在着许多为交易提供安全和有效服务的其他主体。所不同的是,这些主体并不直接参与交易过程,而仅是为交易双方提供所需的间接服务,因此属于买卖双方当事人以外的第三方范畴,也称间接主体。比如,在线交易平台提供者提供的网络空间、信息交易技术平台服务,安全保障认证机构提供的安全认证、信用评估服务,金融服务机构提供的网上支付、交易保险等服务,以及物流运输机构提供的物流配送服务等。

由于电子商务是在一个虚拟空间上进行交易的,在电子商务的交易过程中,买卖双方之间,买卖双方与银行之间,买卖双方与网络交易中心之间,买卖双方、银行与认证机构之间,买卖双方与物流运输机构之间等,都会彼此发生业务联系,从而产生相应的法律关系。

一、买卖双方的法律关系

买卖双方之间的法律关系实质上就是电子商务直接交易当事人之间的权利和义务关系。因为电子商务法律关系中,买卖当事人之间的法律地位是平等的,因而所发生的经济权利和经济义务是相对应的,是相互制约、互为条件的。即如果没有一方的经济权利也就没有一方的经济义务。通俗来说就是买方的义务就是卖方的权利,反之依然成立,因此,为保证交易能顺利履行,双方应确保以下权利的顺利实现。

1. 买方享有的权利

在订立合同的条件下,与卖方的义务对等,电子商务交易中的买方享有以下权利。

(1) 有权要求卖方按合同亲自履行交易并提供交易单据。电子商务合同一般都是买卖双方基于一定的相互信任订立的,具有一定的人身性特征,因此合同义务的履行通常只能由合同订立的当事人亲自实施。当然,在第三人履行义务不损害买方利益并征得当事人同意的情况下也可例外。为保证交易的合法有效性,随交易产生的相关单据和票据也应一并交付,以供查证、举证。

(2) 有权要求卖方按合同约定的型号、规格和价格交付货物或提供服务。即买方有权要求卖方(即交易的对方当事人)按约定交付合同的标的^①(即交易物)。也就是要求卖方履行合同义务时,应按照合同约定的标的来履行,而不得以其他相类似甚至完全不类似的标的来替代,也叫履行标的正确。

(3) 有权要求卖方按约定的时间、地点和方式履行交易。时间正确是要求卖方在执行合同义务时,应按照约定的时间,不得提前或延迟履行,因为一般买方提供的时间都是在考

^① 标的是合同当事人双方权利和义务所共同指向的对象。它是合同成立的必要条件,是一切合同的必备条款。合同标的是多种多样的,可以是物、财产、智力成果、劳务,甚至是权利义务关系。

虑实际情况后确定的,提前或延迟则会打乱买方已有计划。而合同履行的地点错误往往会使买方合同目的落空、成本增加,因此交易履行地点必须正确。此外还有履行方式的问题,因为履行合同义务的方式有许多种,比如货物运输有海陆空多种途径,服务可以一次性提供也可分期、分次提供等,因此也就要求卖方必须严格按照合同约定来履行交付义务。

(4) 有权向卖方提出合同不完全履行的权利。不完全履行是指卖方没有按照合同约定的全部要求履行义务的情况。本来根据合同效力的要求,当事人履行合同时应按约定全部完成,不得只履行一部分,也不得分割履行。但实践中,合同当事人面临的客观情况随时都在变化,可能发生合同暂时无法履行,或是需要分割履行,又或是提前履行的情况。法律不能脱离现实,于是我国合同法相应规定了在特殊情况下不完全履行的方式,其中包括中止履行、提前履行和部分履行。

(5) 有权要求卖方对交易标的承担保证义务,即卖方应保证其是交付的货物或服务的合法权利人,并保证承担买卖货物或服务标的的不被第三人主张权利。若出现第三人对交易标的主张权利时,卖方有义务证明第三人无权追索,并于必要时出庭作证,参加权利诉讼。

(6) 有权要求卖方承担对交付标的的质量保证义务。《中华人民共和国合同法》规定,买卖合同中标的物质质量应按国家标准、行业标准执行,没有国家标准、行业标准的,则按照通常标准^①或符合合同目的的特定标准执行。卖方应保证交易标的的质量符合相关规定,不存在有损质量的瑕疵或与广告相悖的情况。如果卖方在网络上出售的是有瑕疵的物品,应当事先向买方说明,但若卖方故意隐瞒,则须承担责任。如果买方明知有瑕疵却依然购买,则卖方不负责任。

2. 卖方享有的权利

在订立合同的条件下,与买方的义务对等,电子商务交易中的卖方享有以下权利。

(1) 有权要求买方按照合同约定的方式和时间支付标的价款。因为电子交易不同于以往的、传统的买卖双方直面式交易,对交易价款支付的制约一般很难实现,在这种条件下,买方在合同约定时间内,严格按照以约定的信用卡支付、电子支付等方式尽快履行交付价款的义务就显得尤为重要了。

(2) 有权要求买方在约定的地点、时间以及按规定方式接收货物或服务。这一点同买方权利中的第三项权利是对应的。即买方要求卖方在履行合同义务时,也应当按照约定的时间、地点和方式接收货物或服务,而不能随意延迟接收,因为此举同样会增加卖方的成本,从而直接导致合同目的无法实现。否则,应由买方承担延迟交付的责任以及对卖家的违约责任。如果标的交付第三方承运而造成迟延交付的,则第三方承运人只需对卖方负责并承担相应违约责任,再由卖方对买方承担迟延交付的违约责任。

(3) 有权要求买方在接收货物或服务时进行验收。因为卖家基于合同约定直接承担着对买卖的货物及服务标的的质量保证义务,若标的物质质量有瑕疵一般应由卖家承担赔偿责任,因此卖方通常会要求买方在接收或提取货物当时履行验收手续。若果然发现标的存有表面瑕疵且在法律规定期限内提出,则质量保证责任由卖方承担;反之,若未能及时发现瑕

^① 所谓通常标准,指的是该标的物在通常流通中所适用的标准。在这一规定上,我国与欧美法系国家相同,而对于大陆法系国家则等同于“中等品质”标准。

疵存在或虽发现但未能及时提出的,则卖方不承担责任,当然卖方故意隐瞒质量问题的情形除外。买方一旦发现瑕疵,应立即通知对方并及时通过相应途径追究卖方的违约责任。

(4) 有权在合同正式履行之前,向买方提出情势变更请求。情势变更,顾名思义,指的是合同订立的基础情况发生根本变化。在合同有效成立之后、真正履行之前,若出现直接影响合同履行结果的客观变化,如果仍然要求卖方按原合同约定履行,显然有失公平。这时,法律允许卖方变更或解除合同而免除其违约责任,但前提是须征得买方同意。例如交易标的已售尽、断货或原材料价格大幅上涨等情形。这种处理合同履行中客观实际发生变化的法律规则,称为情势变更规则。

二、网络交易中心的法律地位

网络交易中心在网络商品中介交易中扮演着组织、中介和促成的角色。这一角色决定了交易中心既不买也不卖,而只是为买卖交易的双方牵线搭桥。它按照法律的规定、买卖双方委托业务的范围和双方的具体要求开展业务活动,为各类网上交易提供交易平台、商品查询、信息交流和在线支付等多种服务。

用户协议是客户与交易中心之间签署的,以关于遵守在线交易规则和确保权利义务实现为内容的使用性协议。网络交易中心经营者须采取合理并必要的措施确保客户注册信息的真实性,并依法对企业商户的基本信息予以公示,同时还应妥善保存客户个人注册信息、交易信息、管理信息以及公示信息等基本资料,以备查证。

网络交易中心应认真负责执行买卖双方委托的业务,并积极促成双方当事人完成交易。业务执行应遵守公平、诚实、守信原则,其经营范围、收费标准、商品价格等事项都应遵守国家相关规定,严禁交易国家明令禁止流通的标的及从事超出经营范围的活动,同时坚决杜绝为不具备交易资格和能力的客户弄虚作假并提供服务。



资料链接

欧盟立法经验之网络中介服务提供商的侵权责任^①

欧盟议会于2000年5月4日通过了《电子商务指令》。该指令在第二章第四部分规定了网络中介服务提供商的法律责任,并要求成员国保证在满足指令规定的条件下,服务提供商在提供传输服务、存储服务、主机服务中不承担责任。

1. 网络接入服务提供者免责的条件

根据指令第12条,从事信息传输服务或者接入服务的免责条件是:① 服务提供者没有主动传输信息;② 服务提供者没有挑选传输信息的接受者;③ 没有删选或修改传输信息。

指令第13条规定,如果服务提供者在其他服务接受者的要求下自动地、中间性地、短暂地储存传输信息的唯一目的是使信息传输更有效,则服务提供者对这样的信息储存不负责任。具体内容如下:① 提供者没有修改信息;② 提供者遵守信息准入的条件;③ 提供者遵守业内普遍认可的信息更新规则;④ 提供者没有干涉合法利用业内普遍认

^① 徐敬宏,欧盟网络隐私权的法律法规保护及其启示[J].情报理论与实践,2009(5):117-120.

可和采用的技术获取信息使用的数据;⑤ 提供者一旦确切获知最初来源中的信息已经从网上删除或已经禁止获取,或法庭或行政机关一经下令删除或禁止获取,就迅速有效地删除了其存储的信息或使之禁止获取。

2. 主机服务提供者免责的条件

指令第 14 条规定,主机服务提供者对在服务接受者的要求下储存的信息不负责任:① 提供者确实不知为非法的活动或信息,并且在涉及损害赔偿时也不知道非法活动或信息产生的事实背景;② 提供者一旦确切获知或意识到该信息为非法活动或信息,就迅速有效地删除了该信息或使之禁止获取。

但是,服务提供者在所有情形下均应当承担停止侵权责任,指令只免除赔偿责任而不免除停止侵权或防止侵权行为发生的发生的责任。免责条款不妨碍法庭或行政机关根据成员国法律有可能要求服务提供者停止或者防止侵权行为的发生,也不妨碍成员国有可能制定调整信息删除或者禁止获取的程序规则。

.....

三、电子商务认证法律关系

电子商务认证的核心职能就是向客户颁发数字证书。数字证书,即数字标志(digital certificate, digital ID),是交易用户在网络上进行身份识别的主要方式,也是用来标志和证明网络通信双方身份的数字信息文件。简单理解,就是个人或企业在网络上的身份证。数字证书通常包括三方面的内容:证书所有者的信息、证书所有者的公开密钥、证书颁发机构的签名。电子商务主体在网上进行电子商务、政务活动时,双方均须使用数字证书来表明身份并展开相关操作。而数字证书是一种特殊商品,它所传达的是信赖、可信和安全,因此交易用户应尽量选择知名的电子商务认证机构获颁数字证书,以增加交易可信度。

就像公安部门为公民出入境发放护照一样,认证机构的核心职能就是发放和管理客户的数字证书。它不仅要对进行网络交易的买卖双方负责,还要对整个电子商务的交易秩序负责。认证机构,是采用公钥基础设施(public key infrastructure, PKI)公开密钥基础架构技术,专门提供网络身份认证服务,负责签发和管理数字证书,且具有权威性和公正性的第三方信任机构。

电子商务、电子政务对网络安全性的高要求,使得认证机构的服务成为发展电子商务的重要组成部分,否则,电子商务会停滞不前。从这个意义上说,认证机构是电子签名安全的技术保证体系,它为网上交易建立了一种有效、可靠的保护机制,这也是电子签名制度的核心要求。

2009 年 3 月 31 日施行的《电子认证服务管理办法》第 5 条规定了设立电子认证服务机构应当具备的条件。第 6 条规定了申请电子认证服务许可的,应当向工业和信息化部提交的相关材料;并在第 10 条进一步规定,工业和信息化部应自接到申请之日起 45 日内做出是否许可的书面决定,准予许可的颁发《电子认证服务许可证》,不予许可的用书面形式通知申请人并说明理由。第 14 条规定,电子认证服务机构许可证有效期届满前 30 日可申请办理延续手续。可见,我国当前对电子商务认证的管理采取的是行政许可和市场准入的双重模式,即获得国家行政机关许可并登记获得营业执照后,由工业和信息化部集中管理。



资料链接

《电子认证服务管理办法》节选

第二条 本办法所称电子认证服务,是指为电子签名相关各方提供真实性、可靠性验证的活动。

本办法所称电子认证服务提供者,是指为需要第三方认证的电子签名提供认证服务的机构(以下称为“电子认证服务机构”)。

向社会公众提供服务的电子认证服务机构应当依法设立。

第五条 电子认证服务机构应当具备下列条件:

(一)具有独立的企业法人资格。

(二)具有与提供电子认证服务相适应的人员。从事电子认证服务的专业技术人员、运营管理人员、安全管理人员和客户服务人员不少于三十名,并且应当符合相应岗位技能要求。

(三)注册资本不低于人民币三千万元。

(四)具有固定的经营场所和满足电子认证服务要求的物理环境。

(五)具有符合国家有关安全标准的技术和设备。

(六)具有国家密码管理机构同意使用密码的证明文件。

(七)法律、行政法规规定的其他条件。

第六条 申请电子认证服务许可的,应当向工业和信息化部提交下列材料:

(一)书面申请。

(二)人员证明。

(三)资金证明(经依法审计的近三年的财务会计报告,新成立公司的验资报告)。

(四)经营场所证明。

(五)国家有关认证检测机构出具的技术、设备、物理环境符合国家有关安全标准的凭证。

(六)国家密码管理机构同意使用密码的证明文件。

第七条 工业和信息化部对提交的申请材料进行形式审查。申请材料齐全、符合法定形式的,应向申请人出具受理通知书。申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当当场或者在五日内一次告知申请人需要补正的全部内容。

第十条 工业和信息化部应当自接到申请之日起四十五日内做出准予许可或者不予许可的书面决定。不予许可的,应书面通知申请人并说明理由;准予许可的,颁发《电子认证服务许可证》,并公布下列信息:

(一)《电子认证服务许可证》编号。

(二)电子认证服务机构名称。

(三)发证机关和发证日期。

电子认证服务许可相关信息发生变更的,工业和信息化部应当及时公布。

《电子认证服务许可证》的有效期为五年。

第十一条 取得电子认证服务许可的,应当持《电子认证服务许可证》到工商行政

登记机关办理相关手续。

第十二条 取得认证资格的电子认证服务机构,在提供电子认证服务之前,应当通过互联网公布下列信息:

- (一) 机构名称和法定代表人。
- (二) 机构住所和联系办法。
- (三) 《电子认证服务许可证》编号。
- (四) 发证机关和发证日期。
- (五) 《电子认证服务许可证》有效期的起止时间。

第十三条 电子认证服务机构在《电子认证服务许可证》的有效期内拟变更公司名称、住所、法定代表人、注册资本、类型、股东以及股东的出资方式、出资额、出资时间等事项的,在向公司登记机关申请变更登记前应当报工业和信息化部同意。

第十四条 《电子认证服务许可证》的有效期限届满需要延续的,电子认证服务机构应当在许可证有效期届满三十日前向工业和信息化部申请办理延续手续,并自办结之日起五日内按照本办法第十二条的规定公布相关信息。

第三十二条 工业和信息化部对电子认证服务机构进行定期、不定期的监督检查,监督检查的内容主要包括法律法规符合性、安全运营管理、风险管理等。

工业和信息化部对电子认证服务机构实行监督检查时,应当记录监督检查的情况和处理结果,由监督检查人员签字后归档。公众有权查阅监督检查记录。

工业和信息化部对电子认证服务机构实行监督检查,不得妨碍电子认证服务机构正常的生产经营活动,不得收取任何费用。

第三十三条 取得电子认证服务许可的电子认证服务机构,在电子认证服务许可的有效期内不得降低其设立时所应具备的条件。

第三十四条 电子认证服务机构应当如实向工业和信息化部报送认证业务开展情况报告、财务会计报告等有关资料。

第三十五条 电子认证服务机构有下列情况之一的,应当及时向工业和信息化部报告:

- (一) 重大系统、关键设备事故。
- (二) 重大财产损失。
- (三) 重大法律诉讼。
- (四) 关键岗位人员变动。

第三十七条 工业和信息化部根据监督管理工作的需要,可以委托有关省、自治区和直辖市信息产业主管部门承担具体的监督管理事项。

.....

四、网络交易客户与银行间的法律关系

通过网上银行,用户可以查询账户信息、账户余额、交易记录甚至进行网上支付和转账。而这些功能于电子交易都是必不可少的。也由于网上转账、支付的低成本性和便捷性,使得电子银行与网络交易的关系密不可分。在电子商务中,大多数交易都要通过电子银行的在线资金转账来完成。转账依据的是虚拟网络银行与网络交易客户所订立的协议。这种协议

属于服务合同的一种,通常是由银行起草并作为开立账户的条件交给网络交易客户的。所以,网络交易客户与电子银行之间的关系仍然是以合同为基础的。

电子银行在执行服务活动时,既是发送银行也是接收银行。前者的职能是遵照客户的指示,及时、准确地完成电子资金划出。作为后者,则承担着及时收入资金,准确核对交易金额的责任。在实践中,由于这类业务对计算机和网络技术的依赖性过高,发送银行常常出现因技术性错误或通信中断导致支付失误或迟延的现象。由此产生的赔偿责任应由发送银行承担,除非属于法律规定的免责情形。同时,接收银行也须履行合同义务,及时地接收转入的资金,并立即核对数额;如有延误或失误,也应按照违约行为处理。

五、物流配送企业的法律地位

“物流”一词起源于第二次世界大战中美国军队对军火、药品等战略物资的运输和供给。确切地说,电子商务的每一笔完整交易,都包含着几种基本的“流”,如信息流、资金流、物流等。其中的物流就是指买卖双方通过网络交易的商品或服务的流动过程,即商品的储存、保管、配送、运输、信息管理等活动。而在网络交易中心和电子银行飞速发展的今天,信息流、资金流都已得到很好解决,只有物流因涉及实体的转移功能,一直是制约我国电子商务发展的主要瓶颈之一,环节多、速度慢、无法保障等都使得人们不愿在网上买卖商品和开展交易,因而构建发达的物流和配送网络是实施电子商务的根本保证。

第三方物流是物流专业化的一种重要形式,是指由电子商务交易关系以外的第三方提供的商品运送服务,核心在于物流企业本身并不参与买卖双方的直接交易,仅承担货物从生产到销售过程中的物流业务,包括商品的包装、储存、运输、配送等一系列服务活动。作为专业化、社会化的第三方物流的承担者就是物流企业。

在国外,物流业近年来得到了很大的发展,在有些国家已经形成了一个比较完整的产业。美国将在第二次世界大战中的“后勤供应”手段用于物流业管理,并且在公路、铁路、管道、航空等五种运输业中广泛使用信息技术等手段,早在 20 世纪 70 年代,仅汽车货运及相关行业的产值就达到国民经济总产值的 7% 以上。在电子商务发展得如火如荼的今天,实物配送在我国电子商务应用与发展中的重要性,已经得到业界人士的广泛认同和重视,并尝试以各种不同的方式予以解决。在这方面,出现了一些堪称突破的可喜进展。例如,拥有我国最大传递网络的中国邮政已加盟电子商务领域,同时一些专门为电子商务项目服务的专业配送企业也相继出现,这些都说明我国的电子商务发展正在迎头赶上世界潮流。

以上所说的这些第三方主体对于引发电子交易的商品需求方和供给方而言,显然都是配角。企业是市场的主体,是电子商务的主力军,既是倡导者,又是参与者,同时还是结果的承受者;消费者则是电子商务的服务对象。而作为生产力中最活跃的要素,消费者也是商务模式的创新之源。

特别是在政府积极有效的支持和推动下,只要每一个角色能完成各自在电子商务交易关系中的任务,就可以克服制约电子商务发展的种种障碍,促进电子商务应用的繁荣和经济的持续发展。

引例解析

本案是公民个人进行网络购物时常见的一类案例。不少人有类似的遭遇,他们有的收到石头,有的收到的货物型号不同,还有的收到旧货甚至假货等。一般来说,公民网购时,通常只能通过一些图片或文字说明了解商品,事先无法看到交易的物品,正是这一特性给部分不法商家虚假宣传、销售假冒伪劣商品甚至欺骗顾客提供了便利,网络购物作为非直面性交易,一旦发生纠纷,仅凭双方的证言很难做出判决。

而在本案涉及的电子商务法律关系中,实际存在着原被告双方的商品买卖合同和原告与快递公司之间的商品运送合同两个合同。同时该法律关系的主体呈现了多样化,案例中的直接交易主体为被告李天华和原告淘宝网卖家,此外还有间接参与交易的第三方主体:电子银行和快递公司以及网络服务提供商淘宝网。也正因为如此,出现货物交付不符时,追究损失赔偿也将更加复杂。

我们可以试着先来假设一下可能出现的几种结果:

(1) 原告承担责任——本案中,如果原告(卖家)短少数量发货成立,在民事上则违背了诚信原则,构成欺诈,被告(消费者)可请求双倍赔偿。如果数额达到一定程度,还可能构成合同诈骗罪,要追究刑事责任。

(2) 快递公司承担责任——本案中,快递公司受原告委托,把货物送交被告,并且等同货物运送合同的快递单正面已注明收件人、“需本人签收”等字样,则快递公司应遵守合同约定,履行运送义务。但原告委托的快递公司只是将货物送到被告所居住的小区,并未和被告指定的收件人联系而擅自将货物交付给门卫。因此,在运送货物合同中,快递公司相对于原告应该已经构成违约,因其既未依照委托将货物交给指定收货人,同时,在未征得被告人同意的情况下又将包裹交给小区门卫,造成被告未能对货物进行验收。如果上述违约行为成立,快递公司应对原告负责赔偿可能产生的损失,但因是向货物运送合同当事人以外的第三方(即被告)履约,快递公司对消费者则不承担合同责任。另一方面,如果运送人员在运送过程中更换包裹内货物,由于数码相机价值达到一定程度还可能构成盗窃罪,应被另行追究刑事责任。

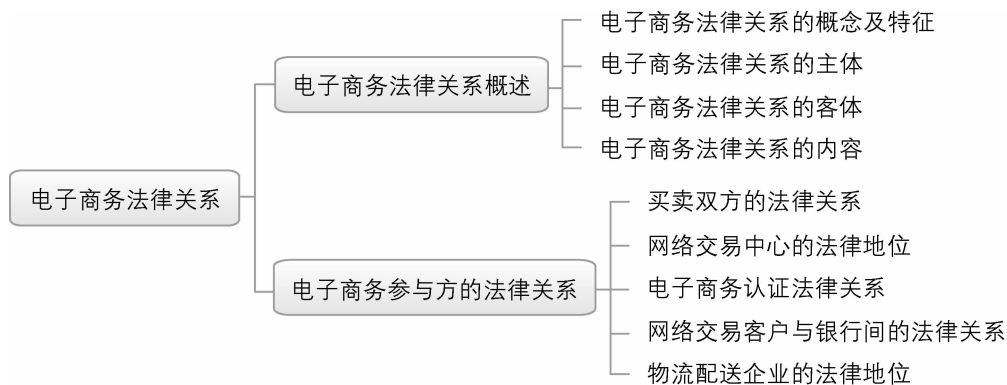
(3) 被告承担责任——在民事诉讼中,证据相当重要,消费者索赔中应对发生事实予以证明。本案中,被告实施的在线购买行为,成立的是数据电文形式合同,而根据《中华人民共和国电子签名法》第4条规定:“能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为符合法律、法规要求的书面形式。”这一规定相应要求被告必须提供有关的交易记录、聊天记录等来证明买卖关系存在,并且保证这些证据能够随时调取、查用。这些措施都是为了便于在诉讼中的举证,以增强可信度。而本案中的被告之所以处于被动地位,也正是因为缺乏具有说服力的证据所导致,因为仅凭口头证词,却无法提供实体证物的话,法官也很难能够采信并做出公正判决,因此此类纠纷处理上有一定难度。这也提示喜好网络购物的消费者应在交易过程中注意保留足以证明自己主张的相关证据,包括双方的交易记录,收货签单,甚至聊天记录和网上支付记录等。

也正是基于以上的理由,法院最终认为快递公司接受原告委托递送物品,其行为责任要由原告承担。根据国内特快专递邮件的封装规定,物品类邮件装入纸质包装箱内交寄的,包装箱应以邮政专用透明胶带封固。该快递单上有“每单货物不能超过5 000元”字样,而照相机价值远远超过此限额,原告应当有相应的保障措施。其次,包装箱四周虽有“确认包装完好后签收”的字样,但原告委托的投递人员没有和被告指定的收件人联系,就擅自将货物放置在被告居住小区的门卫处,存在明显的过错。被告对邮件没有仔细核对检查并及时与卖家联系就打开包装,也存在一定过错。但李天华作为一般的公民,缺少商业交易经验,又没有专业递送人员提醒,情有可原。况且,原告也没有其他证据证明被告收取了三套照相机主机和配件,应当承担举证不能的责任。

法院认为,原告要求被告支付三台相机和配件的货款理由不充分,难以支持。李天华已经收取一台照相机和配件,应当承担相应的货款。



本章小结



综合训练

一、思考练习

1. 电子商务主体与传统商业主体存在哪些区别?
2. 试述电子商务法律关系的概念。
3. 试述电子商务法律关系的要素。
4. 电子商务企业的特征有哪些?

5. 电子交易关系中各参与主体的法律地位如何?
6. 什么是电子认证? 什么是电子认证机构?

二、案例分析

虚拟财产权

小孙是一个网络游戏爱好者,自从 2006 年偶然接触了一款叫《连连看》的微型网络游戏后便一发不可收拾。渐渐地,他所玩的游戏规模也越来越大,从单机游戏开始转向大型联机游戏,而他最喜欢的则是一款叫做《仙剑奇侠传》的游戏。在这款游戏中,小孙俨然已是一名高级玩家,账号的角色已经小有名气,身上也有很多顶级的装备和法宝,其中有些在游戏市场上已竞价到了数百美金。

就在 2011 年的一天,小孙借着周末休息的机会,吃过午饭后,像往常一样打开电脑准备进入游戏,却愕然发现自己平时使用的游戏角色身上的装备从原来的 15 件变为了 10 件,其余 5 件不见了踪影,账号储物空间中的部分珍贵物品也同时消失不见,甚至连前几日刚刚充值的游戏币数额也与原来不符,那些他用了近 3 年的时间好不容易积累下来的财富竟然在一夜之间不翼而飞了。小孙立即向《仙剑奇侠传》的游戏网管反映了情况,要求展开调查,尽快处理,同时在论坛上,小孙也联系了一些平时谈得来的游戏玩家,才知道有另外几位玩家也遇到了和他一样的问题。于是大家讨论纷纷,最终的意见是如果不是由于网络服务器故障导致的数据错误,就一定是遇到了网络黑客。前者的解决方法简单,只需要由游戏公司的技术人员恢复数据,返还装备和游戏币即可;但如果是后者,则应立即报案。

后来游戏客服人员联系小孙等人,原来是前天傍晚的雷雨天气导致游戏服务器所在机房遭受雷击,两台服务器被烧毁,技术人员正在努力修复并恢复受损玩家数据,而对于小孙等人的损失,客服人员也承诺只要服务器修好便立即恢复原状。

问题

1. 该案例反映了何种类型的电子商务法律关系?
2. 针对此案例所确立的电子商务法律关系,其主体、客体应该如何认定?



网络电子交易主体实践

【实训目标】

加深对电子商务交易在线自然人用户和电子商务企业的知识理解,并辨析电子商务主体的特征之一是主体表现出的虚拟性,以及在电子网络环境下保护商务主体交易安全的法律重要性。

【实训内容与要求】

- (1) 作为在线自然人,进行网上交易。
- (2) 仔细记录自己网上交易的过程,并注意阅读电子商务企业提供的服务合同的内容。

(3) 上网查询集中在线金融服务商的服务项目与条款。

【成果与检验】

听取学生的实践感受,检验分析是否正确,理由是否充分。可分为若干组讨论。

第三章

电子商务经营者及其法律问题

知识目标

- » 了解电子商务经营者的分类；
- » 掌握网络服务提供商、在线企业的义务和责任。

技能目标

- » 掌握电子商务经营者的概念与特征；
- » 掌握网站经营者、网络服务提供商、网络中介服务商及在线个人用户的概念。

引例**淘宝网的支付宝在电子商务交易中到底扮演什么角色**

2007年,上海的龚先生在淘宝网上看中了一款超薄型手机,他一口价拍下,并与身处异地的卖家姜某约定运输方式为平邮,手机价加邮费共1585元。当日,龚先生即按要求,将全部货款汇至淘宝网的支付宝处。

3天后,手机出乎意料地通过快递送达,龚先生拿到包装盒时发现纸盒有明显拆封迹象,打开时竟发现手机和电池板全无,剩下的只是些其他配件和说明书等物。龚先生当即拒绝在快递签收单上签字确认。他向淘宝网方面申请退款,数日未见结果之后,又向网站的客户服务中心投诉。但是投诉了近3个月,始终没有结果,据淘宝网的说法,是卖家不同意退款,淘宝网便拒绝将货款退还给龚先生。按照淘宝网站中《争议处理规则》规定,自买卖双方争议发生之日起30天内,支付宝未收到交易双方协商一致的意见或公安机关、法院的案件受理通知书等法律文书,若交易双方中的一方申请支付宝对争议货款进行处理,支付宝可在7天内自行判断将争议货款的全部或部分支付给交易一方或双方。

对此,龚先生提出质疑,淘宝网凭什么可以行使这一权力?龚先生认为,支付宝的身份和任务是买卖双方代收代付货款,起一个代理人的作用,但是,支付宝凭什么让人信服其裁判的结果一定是公平、公正的?而且,淘宝网久调未果,钱款一直被扣,也会耽误买卖双方提起诉讼的时间。龚先生表示他将向法院提起诉讼。

在电子商务纠纷环境下,如何给类似易趣网、淘宝网这样的网络交易平台提供商进行法律定位,它们是不是纠纷的一方当事人?它们是否有权作为纠纷的裁决者?在电子商务纠纷解决中,它们有什么样的权利、义务和责任呢?通过本章的学习,我们将会对这类问题有一个初步的认识。

第一节 电子商务经营者概述

通常,人们习惯将互联网构筑的人类开展信息交流和发生商务行为的环境称为“虚拟”社会。用“虚拟”一词来描述互联网区别于传统的现实社会的特征,比如,看不到真实的人、企业及其存在状况,只能通过数字符号辨识其主体,也只能利用数字形式传递他们的信息。也就是说,“虚拟”只是说明这种环境、方式、手段的特殊性,其真正从事电子商务活动的主体还是现实中的民事主体。也就是我们下文所要提及的电子商务经营者。

一、电子商务经营者的含义及其特征

所谓电子商务经营者,就是通过电子方式进行商业交易的企业、个人和其他组织。从功能上讲,电子商务的交易主体有广义和狭义之分。从广义上来理解,只要通过电子化手段来完成各项商务活动(包括广告、交易、支付、服务等活动)的企业、个人和其他组织都可以称之

为电子商务经营者。狭义的电子商务经营者仅指以互联网为基础、以网站或网页形态出现的虚拟企业。本章中的电子商务经营者主要是从狭义的角度来理解的。

电子商务经营者应具有以下两个特征：

(1) 主体表现虚拟性。在网络环境下,网络用户(个人、企业等)以数字或网页等电子化方式表现出来,其主体是否真实存在、主体是谁或是否为数码信息指示的真正用户,并不能直观地判断出来。在网络环境下,有的经营者以网站形式出现,通过计算机软硬件构筑网络平台,形成一个电子营业场所;有的经营者通过页面形式设立在线窗口进行交易。

(2) 主体属性难以判断。网络具有开放性、无国界性,因此电子商务的主体的国别、住所地、企业资信等情形,不易立即确定。

二、电子商务经营者的分类

电子商务经营者的种类大致可以分为:在线商店、在线商城、在线交易中心、企业网站和网络公司等。

(1) 在线商店。在线商店又分为在线超市和在线专卖店两种。其中,在线超市也称为网上超市或网上商场,是指由公司或个人建立的,直接销售有形商品的在线企业。在线超市主要采取 B2C 交易模式。

在线超市可以由大型商场和超市设立网络中心,作为现有的营销渠道的一种补充。北京西单商场较早地开通了自己的网上商店;上海联华也有网上超市,即联华 OK 网上购物中心。网络公司也可以独立或与大型商场或连锁店合作成立在线超市。在线超市最为关键的是必须解决信息流、资金流和物流整合与衔接,特别是物品配送问题。

在线专卖店是指“租用”某一个购物平台或在线商城网络空间开设的商品专卖店或特色商店。它与在线超市的重要区别不仅在于它门面小、规模小、产品少且专业化,而且在于它是存在于一个在线商城中的,与其他专卖店共同构筑了一个虚拟的市场。专卖店只是在在线商城开设的在线商店,是在线商城中独立的销售单位或服务提供者。尽管在线专卖店也是以自己的名义直接与消费者交易的,但是它须以在线商城或网站的服务为前提。在线专卖店适合生产厂商通过网络平台直接销售自己的产品,也适合经销商、零售商或专营店销售所经营的商品。

在线超市或在线专卖店均可能销售实物类产品,也可能销售或许可使用信息产品,如软件、多媒体作品、数字化文字作品等数字产品。因这些数字产品具有不可消耗性、使用的非排他性,这些信息产品均可通过网络传输、下载,实现买卖标的物的“交付”或实现在线阅读、欣赏。这使信息产品交易成为电子商务中最核心和最活跃的领域,且只有数字产品的交易才能完成信息流、物流和资金流的一体化。

(2) 在线商城。在线商城类似于现实中出租摊位或店面而形成的商城,只是它是由专业的网络公司为商家或个人提供的虚拟经营场所。上述的在线专卖店便是在线商城成员。在线商城的设立者(网络公司)只是向专卖店或其他人提供“店面”服务的企业,而不是直接与消费者(购买人或接受服务者)交易的主体。其从事的营业本质上是网络服务。

但是,由于所有进入商城的店家事实上构成一个虚拟商城,在线商城的设立人同时也成为商城营业的管理者,特别是在线商城拥有共同的客户,不仅向网上经营者提供服务,而且

也向最终用户或消费者提供服务,最常见的是实行会员制,通过网络向会员或注册用户提供服务,以形成商城固定的客户群。在这个意义上,在线商城的服务对象不仅是经营者,还包括最终消费者,通过这两项服务达到商城营业的繁荣。

(3) 在线交易中心。在线交易中心同在线商城一样,也是在线交易平台,专用于某一个行业或某种性质的商品交易。与在线商城不同的是,在线交易中心一般只是促成其会员之间达成交易,为他们达成交易提供技术和信息服务,而不负责所缔结合同的履行。因此,交易中心实行会员制,会员通过共同接受交易中心的服务实现交易;交易中心为各会员之间买卖交易提供信息、沟通渠道、签约服务等,充当经纪人或居间人角色。

在线交易中心与会员模式一般适合 B2B 交易模式,交易中心一般是由行业协会、大型企业设立,以吸引该行业的企业“入住”交易中心,建立虚拟的交易市场,实现该行业产品的交易。如中昊化工网上交易中心即属这种类型的网上交易模式。

这种模式也适合 C2C 交易和其他网上中介服务。有些中介性网络服务公司所建的平台提供网上竞拍服务或 C2C 交易服务,实质上也是提供网上交易中介服务。这类中介服务有一个非常重要的特点,即网络公司为会员发布交易信息(出售或求购信息),会员通过网络公司交易平台达成交易(缔结合同)并履行交易(目前也可以在线下达成交易)。例如,易趣即为个人会员提供网上出售或求购服务,个人会员可以在网上发布求购或售卖信息,供其他会员或网民与其交易。网上拍卖、网上证券交易等均属于在线交易中介模式,另外,在线房屋中介、职业中介等服务基本上也属于这种交易模式。

(4) 企业网站。有条件的企业可以建立自己的网站,进行企业形象和产品宣传并进行在线销售。传统企业往往需要遍及全国甚至世界各地的经销商或代理商销售其产品,互联网为传统企业销售产品提供直接面向用户的渠道,这便是建立自己的网站,运用电子商务应用系统,直接销售其产品。

(5) 网络公司。网络公司是一个与在线企业相交叉的概念,它主要指提供网络技术服务、提供内容信息服务和其他在线服务的依赖网络生存发展的在线企业。实际上,上述在线超市、在线商城、在线交易中心、在线网络技术服务公司和信息服务公司均可称为网络公司。原则上,凡是以建立网站并以此为基础从事经营活动的企业均可称为网络公司。

当然,在线企业也好,网络公司也好,均不是一个法律概念。在法律上,只有严格按照公司法要求兴办的公司才可以称为公司。因此,在线企业、网络公司只说明他们公司营业性质或从事在线交易活动,但并不表明其本身是法律意义上的公司。

第二节 电子商务经营者的义务和责任

一、网络服务提供者的义务和责任

从广义上讲,任何一个网站的设立者和经营者都是网络服务提供者,因为他们从事共同的服务——信息传输、存储、处理等。但是,习惯上仅把专门为他人设立经营网站或为其他网络通信提供服务的网络服务提供者称之为网络服务提供者。在有些情形下,网络管制是

针对所有网站经营者的;而在有些情形下,法律有必要专门对网络服务提供商的义务和责任作出界定。本节首先从所有网站经营者均从事信息服务这一共同特性论述所有的网站设立人的法律义务和责任,然后再讨论网络服务商在侵权责任中的特殊性。

(一) 网站经营者作为公共信息服务提供者的义务和责任

网站具有发表、传递和交流信息的功能,因此被誉为“第四媒体”,任何人借助计算机登录某一个网站就可以浏览和阅读网上的公开信息。消费者或公众借助于网站的信息处理和传输功能,可以实现信息交流,这种交流可以是一对一的,也可以是群体对群体的。因此,在网站与社会公众之间存在着一种“服务关系”。但这里不需要当事人任何意思表示或合意就直接推定或默示其存在这样的服务关系。而且,网络服务提供者与公众之间的权利和义务直接由法律规定。法律直接规定网站在向公众提供信息服务过程中应当履行哪些义务,以确保网络信息发布和传输能够按照合法、有效的方式运营。正是基于此,《互联网信息服务管理办法》(以下简称《办法》)规定了网站的基本义务。这些义务大致可分为两方面:一是保证信息内容合法的义务,二是保证服务行为合法的义务。实际上,这两个方面是基于网站作为一种新型媒体对社会公众应当承担的义务。

1. 保证信息内容合法的义务

《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”。这一条有两个含义,一是提出了一个信息服务提供者应当履行的一般性义务,即提供良好的服务。至于什么是良好的服务,需要根据具体情况分析,至少要达到在现有技术范围内一般网站所能做到的水平。另一个含义是网站应保证提供的信息内容的合法性。《办法》第 15 条规定了 9 种不合法的信息,因此,保证提供信息的合法性义务至少要求服务提供者提供的信息不包含这 9 种不合法信息:

- (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。

第 16 条规定,互联网信息服务提供者发现其网站传输的信息明显属于上述 9 种内容之一的,应当立即停止传输,保存有关记录,并向国家有关机关报告。这也就是说,不仅网站经营者自己不能发布这些不合法的内容,而且也负有禁止他人在网上传播不合法信息的责任。该条主要确定了互联网服务提供者发现后停止继续传输和向国家有关机关报告的义务,而没有明确网络服务提供者是否有监控其所传输的内容是否合法的义务,更没有规定要注意到什么程度。

2. 保证服务行为合法的义务

网络信息服务提供者(即网站),首先应当按照经营许可范围提供服务。《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,不应超出经许可或者备案的项目提供服务。这是我国对网络服务提供商实行管制的必然结果。这意味着网站服务内容必须依照许可上列明的服务事项,特别是非经营性互联网信息服务提供者不得从事有偿服务。

《办法》第12条明确规定,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。这一规定实际上要求网站公示其服务身份的合法。如果没有这样的公示,那么其身份就不合法,消费者不宜接受这些网站的服务,否则法律不予以保护。

另外,《办法》第14条规定了网站在从事特殊服务项目中要求登记备案的义务。根据该条规定,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,应当记录提供信息内容及其发布的时间、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。这些记录备份应当保存60日,并在国家有关机关依法查询时予以提供。

对于提供内容服务的网络公司,上述义务的履行和责任承担是明确的,但是,对于提供中介服务的网络服务提供商,情形较为复杂。在这一点上,需要根据中介服务提供者的服务内容及其对被动上传的信息的监控能力来确定。本书将在后面的网络服务提供商的侵权责任中加以讨论。

(二) 网站经营者与特定用户之间的网络信息服务合同义务

1. 网络信息服务合同概述

几乎任何一个网站经营者,特别是网络服务提供商,均可以为网络用户实现网上信息展示、传输、存储、交流等提供基础性服务;有偿传输电子邮件、信息检索和查询等均是向特定用户提供某种以网络信息服务为主要内容的服务。

提供服务的一方和接受服务的一方,在法律上必然存在着合同关系,可以暂且称之为网络信息服务合同。从信息服务的内容讲,网络服务者提供的服务大致可以分为三种。第一种是信息发布,即接受他人委托在网站上发布针对不特定受众的某种信息(可能是商业性的信息,也可能是非商业的)。第二种是信息传输,即将某甲的信息传递给某乙。与前一种不同,其受众是特定的,如发送电子邮件、发送订购单或确认函等即属于传输服务。第三种是提供信息服务,即向特定的消费者提供其索取的信息,如学术文献、产品信息等有偿查询服务即属于向特定用户提供信息服务。另外,在所有这些信息服务过程中,均存在一个共性的网上信息服务,即信息储存服务。所有这些信息服务既可能是通过明示的合同建立起来的,也可能是通过用户(消费者)的注册登记而建立的。一般而言,如果用户请求网站提供某种信息或者提供某种信息传输服务,一般必须进行登记或注册,将姓名、性别、年龄、国籍、身份证号、住址、电话等个人信息登记于网站的信息库中,这种注册或登记意味着消费者通过注册登记和网站之间达成一种信息服务合同。这种信息服务可能是有偿的,也可能是无偿的,但不管是有偿还是无偿,在网络服务提供商和用户之间都构成一种信息服务关系。

作为一种合同关系,网络服务提供商和用户之间的权利和义务应当遵守合同法总则和分则的有关规定。而且,对于特定的服务,当事人还可以通过合同加以约定。例如,作为传

输服务提供者,网络服务提供者负有不迟延地或在合理的时间内将信息传递给相对人,并且负有不删节、不遗漏、不篡改信息的义务。作为一般规则,信息服务中网络公司的义务和责任应当按照服务合同确定,在没有明确规定的情况下,应当按照行业惯例和法律规定执行。目前,我国还没有关于信息服务或信息交易方面的立法,而现行法对网络服务提供者的基本义务也没有明确的规范,实践中主要根据法律一般原则、行业习惯、网站经营者提供的格式合同,来确定双方的权利、义务和责任。因此,经营者必须遵守《中华人民共和国合同法》第39~41条的规定,合理地提示格式合同的存在,如果格式合同中存在免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的条款,则该条款无效。

2. 网络信息服务合同的几个法律问题

在法律没有明文规定的情形下,网络服务提供者在向特定用户提供信息服务的过程中的一些基本的权利、义务和责任,是一个值得探讨的问题。这里讨论几个特殊问题:网络服务商对信息内容所承担的义务和责任;有偿合同和无偿合同责任的区分;应请求的中止行为的责任问题。

(1) 网络服务商对信息内容所承担的义务和责任。在向特定用户提供信息服务的过程中,网络服务提供者对于信息内容承担的义务要超出作为公共信息服务者的义务,除了保证信息的合法外,还应当保证信息真实、有效。所谓合法,即提供的信息不为法律所禁止,也就是不得含有前面提及的、为法律所禁止传播的内容。所谓真实,即所提供的信息符合事实或不虚假。所谓有效,即保证所传递的信息是在有效期限内,而不是失效的信息。

(2) 有偿合同和无偿合同的区分。网络服务提供者对用户承担的责任因服务合同的可有偿或无偿而有所区别。根据注册用户是否向网络服务者支付费用,可以将网络服务者与用户间的合同分为有偿合同和无偿合同。而在现实中,大多数网络用户与服务提供商之间有的服务合同是无偿的。例如,电子邮件服务大多数是无偿的,只有个别网络服务商开始提供有偿邮箱服务。作为一般原则,合同不因无偿而免责,向用户提供免费信息服务的网络服务商同样要承担基本合同义务和责任。但是,根据权利和义务对等的原则,在因服务瑕疵而给用户造成损失时,可以考虑只要求服务商承担较轻赔偿责任。也就是只有在网络服务商对其服务有故意或重大过失的情况下才承担赔偿责任,而在一般过失或疏忽情形下不承担责任或只承担实际损失的责任。

(3) 应请求的中止行为的责任问题。网络服务提供者的中止行为主要是针对信息的处理。网络服务提供商对于网络内容存在监控能力和义务时,按照“表面合理标准”审查而出于善意主动删除或接到权利人发出通知而采取删除等措施制止侵权行为。一旦后来被权威机构认定不成立,此时服务商要不要承担违反合同的责任呢?再如,权利人指控上传信息者侵害其版权,在裁决之前被权威机构通知暂停传播,但后来被裁决不构成版权侵权(可能属于合理使用或其他原因),此时服务商承担什么责任呢?对此类问题,可以借鉴美国的《跨世纪数字版权法》确立的规则。该法规定,如果网络服务者出于善意而采取删除等措施,则不需承担法律责任;发出通知的人如果作虚假陈述,应当承担法律责任,赔偿被控侵权人和网络服务者因其虚假陈述所遭受的损失,包括增加的成本及律师费。

(三) 网络服务提供商的分类及其侵权责任一般原则

网络服务提供者虽然是在虚拟世界中提供有关服务,但其行为也应遵守真实世界里的

法律规定,并对侵权行为承担相应的法律责任。2000年12月28日全国人大通过的《关于维护互联网安全的决定》第6条第2款首次明确了网上侵权责任:“利用互联网侵犯他人合法权益,构成民事侵权的,依法承担民事责任。”利用互联网侵犯他人权利的行为主体自然包括网站经营者和其他人两种。利用网络侵权仍然适用传统法中谁侵权谁担责的基本规则。而对于利用网络侵权而言,最重要的是区分两种情况:一是网站经营者利用自己的网站侵犯他人权利时应当承担什么责任;二是在他人利用网站实施侵权时,网站经营者应承担什么责任。为此需要了解网络服务提供商的类别,以确立其在侵权事件中的责任。

1. 网络服务提供商的分类

网络服务提供商比较复杂,通常按照其服务的内容区分为许多种类,存在不同的称谓,常见的有因特网接入提供者(Internet access provider, IAP)、因特网服务提供者(Internet service provider, ISP)、因特网内容提供者(Internet content provider, ICP)、因特网设备提供者(Internet equipment provider, IEP)、在线服务提供者(online service provider, OSP)、因特网媒体提供者(internet media provider, IMP)、因特网平台提供者(Internet presence provider, IPP)、应用服务提供者(application service provider, ASP)。

上述分类显得非常复杂,但不可否认的是,所有的网络服务提供者均具有信息服务功能。从网站经营者在信息传输中的作用或者网站经营者对信息内容的控制角度,网络服务商大致可以分为两类:一类是网络内容服务提供商,另一类是网络中介服务提供商。在前一种角色下,网络服务器的经营者直接向消费者(接受者)发布信息,充当主动传输内容的角色;在后一种角色下,是经营者以外的人通过某个服务器发布信息,网络服务经营者充当被动传输信息的角色。为了便于分析,将网络内容服务提供商简称为ICP,而其他网络服务提供商统称为ISP。ICP充当网络信息交流的一方当事人(发布者),而ISP充当网络信息交流的媒介或中介。

(1) 网络内容服务提供商。在一定程度上说,任何人都能成为网络内容提供者。不论是普通的个人或企业用户,设立并经营网站的个人、公司,只要提供信息向网络发布就属于网络内容提供者。但是,通常讲到的网络内容服务商,专指提供内容服务的网络服务公司。大多数网络服务公司既提供中介服务,同时也提供内容服务,如果网络经营者自己上传了某种信息(不管是依合同,还是经营需要),那么它就成为信息的发布者。发布者即是以自己的名义向他人发布信息的主体,如出版社、报社、杂志社、广播电台、电视台等。

(2) 网络中介服务提供商。网络中介服务提供商指为网络提供信息传输中介服务的主体,它又可以分为接入服务提供商和主机服务提供商。

接入服务提供商,指为信息传播提供光缆、路由器、交换机等基础设施,或为上网提供接入服务,或为用户提供电子邮件服务的主体。接入服务提供商对网上信息所起的作用仅仅相当于一个传输管道,无论是信息提供者发送信息,还是信息获取者访问信息,均通过接入服务提供者提供的设施或计算机系统,经过自动的技术处理过程实现信息内容的传输。在技术上,接入服务提供商无法编辑信息,也不能对特定信息进行控制。

主机服务提供商,指为用户提供服务器空间,供用户阅读他人上传的信息或自己发送信息,甚至进行实时信息交流,或使用超文本链接等方式的搜索引擎,为用户提供在网络上搜索信息的主体。例如,电子布告板系统经营者、邮件新闻组及聊天室经营者等就属于这一

类。虽然,主机服务提供商一般是按照用户的选择传输或接受信息,本身并不组织所传播的信息,但其对网上的信息所担当的角色已不再仅限于“传输管道”。在技术上,主机服务提供商已经可以对信息进行编辑控制了。

虽然上述两类网络中介服务提供商在网络信息传播中均处于媒介地位,不属于信息的发布者,但两者对所被动传输的信息控制能力却不尽相同。正是基于此,接入服务提供商在信息传输中的地位被认为是“类似但不完全等同于普通电信业者”;而主机服务提供商的地位显然不是信息发布者,同时也不是纯粹的信息传播者^①。

资料链接

信息发布者与信息传播者

信息发布者是指以自己的名义向他人发布信息的人;而信息传播者则是指在不知信息内容的前提下,消极地、原封不动地对现有信息继续传播的人或机构,如书店、报刊亭、公共图书馆等。

两者的法律地位完全不同。对于发布者而言,在将信息以书籍、文章、广播节目或电视节目等方式向社会公众发布之前,都有充分的机会对原始信息的内容进行选择 and 审查。正因为发布者在向社会公开发布信息之前,已经依据职责进行了审查,知悉其内容,并对其行使了“充分的编辑方面的控制权”,能够预料到它可能造成的后果,因此,各国法律普遍规定,发布违法信息者和侵权信息提供者均应承担法律责任。在这里,不管发布者是事前明知(故意),还是本应发现却因怠于行使审查和编辑权而未发现(过失),均承担责任。

而对于传播者而言,由于传播者不可能对其出售、出借、出租的大量书籍、报纸等的内容进行审查,更不可能行使“编辑方面的控制权”而修改或删除其中某一部分,法律一般推定他们事先不知道或没有合理的理由知道出版物的内容,无法预料到对社会可能产生的不利影响。因此,如要求传播者对传播内容承担责任,则必须首先举证证明其了解信息内容非法后仍加以传播,即存在着主观上的故意。

.....

2. 网络侵权行为及其归责的基本原则

网络作为一种新型的信息传播媒体,在其上可能发生多种侵权或违法行为,包括侵犯他人的著作权(如未经著作权人许可将其作品上传到网络)、发布虚假广告导致侵权或法律责任、侵犯隐私权(如将他人的个人资料上传到电子公告牌供人利用)、侵犯名誉权(在网络上散布不实信息侮辱、诽谤他人)、侵犯消费者权益(如发布不实商品信息,导致消费者损失)、侵犯商业秘密(如擅自在网上披露他人的商业秘密)、传播非法或有害信息(如色情信息或图片)等。

ISP 只为用户网上信息交流提供通道、空间及技术服务,且不能事先选择、改变传输信息的内容,也不能选择信息的接受者。一旦他人(用户)利用其系统或网络发送侵权或违法

^① 在美国等西方法学理论中将信息流动过程中所有当事人分为两类,即发布者和传播者。

信息,侵犯了他人的合法权益或危害了社会公共利益,ISP 是否应为此承担责任? 责任的性质、范围如何? 采用什么样的归责原则? 我国法律目前尚无明确规定。根据冯刚和张星 1999 年进行的调查,在所调查的 13 家网络公司中只有两家认为网络服务公司应承担部分责任,其余公司都认为只要做到了“事先规定,事后删除”这些技术上能够做到的事情,就不应承担任何责任。不过有一家公司的有关人士表示可以区别情况对待,如果提供的这些服务是营利性质的,则网络服务公司应承担部分责任;如果是公益性质的,则不承担责任。^①

就网上公开的信息所产生的侵权责任问题,存在一个基本原则,即谁发布谁承担责任。也就是说,如果是张三在网上发布的侵犯他人隐私或著作权的信息,那么由张三承担由此而引起的侵权责任。对于网络上的侵权行为而言,每一行为均涉及直接实施侵权行为的网络内容提供者,同时还牵涉到为侵权信息的传播提供媒介服务的网络中介服务提供者。在有些情形下,权利人难找到网络内容的提供者,有时即使找到了,又可能在别的国家,本国法院很难行使管辖权,因此,网络中介服务提供者最易成为侵权诉讼的被告。这就使得网络中介服务提供者面临很大的风险。

如何从法律上正确、恰当地界定 ISP 在侵权法中的地位与责任问题,不仅直接关系到 ISP 和用户的切身利益,同时也关系到社会公共秩序及 Internet 的健康发展。在这方面,国外已有一些立法、判例及学说形成了一些规则,对我国的立法具有一定的借鉴意义。

(四) 网络中介服务商的侵权责任

为促进网络事业的健康发展,我国立法也应当对 ISP 是否承担信息审核监督义务及由此引发的 ISP 责任及其归责原则作出规定。

民事责任是以民事义务为前提的,因此要确定网络中介服务者的民事责任,必须先明确网络中介服务者负有哪些民事义务。从上述对国外主要国家和国际组织的立法介绍来看,网络中介服务者的义务主要有两个:监控义务和协助调查义务。其中,协助调查是辅助义务,而监控义务是主要义务。中介服务商是否承担责任主要看它是否履行了这些应尽的义务。

1. 中介服务商的监控义务

网络服务商的监控义务应当包括两个方面:其一,事先审查义务,即在被明确告知侵权信息存在之前,主动对其系统或网络中信息的合法性进行审查;其二,事后控制义务,即在知道侵权信息存在后及时采取删节、移除等措施阻止侵权信息继续传播。侵权一般有三种情况:一是经事先审查或其他方式得知;二是接到权利人确有证据的通知;三是权利人向法院起诉。在为网络中介服务商设定监控义务时,首先不能脱离其实际监控能力,包括技术可行性、法律判断力和经济承受能力等,同时还应当作出有利于平衡社会公共利益的考虑。正如前文指出的,接入服务提供商与主机服务提供商对网络信息的编辑能力和对特定信息的控制能力有很大不同,因此,其监控义务也有很大区别。

(1) 主机服务提供商的监控义务。主机服务提供商的法律地位介于发布者和传播者之间,故不能简单地适用发布者或传播者的责任标准,对于其监控义务的设定主要看在什么时段对传输信息具有监控能力。

^① 冯刚,张星. 网络服务公司知识产权保护现状调查报告[J]. 科技与法律,2000(1):24.

在用户信息发布(上传)之前,主机服务提供商在技术上无法获悉该信息的内容,无法行使编辑控制权,主机服务提供商不负有任何事先监控的义务。

在用户信息发布(上传)之后,主机服务提供商在技术上具备了编辑控制能力,此时,它负有两项监控义务:一是主动审查义务,二是应请求中止传播义务。

① 主动审查义务。由于网络信息数量巨大以及主机服务提供商法律判断能力有限,主机服务的主动审查义务只能限定在合理限度之内。所谓合理限度,指“合理时间内”和“表面合理标准”。合理时间是指用户信息发布后至信息依据表面合理标准被删节或删除之间的时段。合理时间是供主机服务提供商主动发现违法或侵权信息的时间,它不能规定太长,因为时间太长信息已被广泛阅读或转载,再删除也不能有效地保护权利人的合法权益;但也不能太短,因为时间太短会迫使主机服务提供商运用过多的人力、物力进行审查工作,增加经营成本,妨碍网络服务业的发展,也会影响审查的质量。

表面合理标准是指主机服务提供商只负有对信息表面依据常理进行审查的义务。它包含两层含义,首先是应当删除明显违法、含有侮辱或诽谤等给社会或他人造成不良后果的语句、段落,即审查的主要对象是用语而非内容本身。其次,判断标准是一般公众识别能力,而非专业编辑或专家鉴别能力。

② 应请求中止传播义务。在接到权利人确有证据的通知时,主机服务提供商负有立即中止违法或侵权信息传播的义务,称之为应请求中止传播义务。当有人提供充分的证据表明主机服务器上传播的某个信息违法或侵权时,应当视主机服务提供商知道其侵权或违法,此时,主机服务提供商负有中止继续传播的义务。但是,对于权利人通知的程序、条件和效力同样也应当加以合理地界定,否则就会使网络服务商陷入两难境地:一方面,如果网络中介服务商得到了权利人关于侵权信息存在的通知,而不立即采取措施控制该信息在其系统或网络中继续传播,就会面临着承担侵权责任的风险;另一方面,如果网络中介服务商收到通知后,不对通知的侵权指控做法律上的分析判断即采取控制措施或披露被控侵权人的情况,一旦侵权指控不能成立,则因擅自清除用户上传的信息或披露用户资料,也会承担合同责任甚至侵权责任的风险。

为解决这一问题,美国《跨世纪数字化版权法》对权利人的通知要件、通知的程序、用户的针对指控的反通知及其各自在各种情形下的责任作出了详尽的规范,可以为我国所借鉴。比如,对通知的形式要件可以作如下规范。首先,通知必须是书面的,不能采用电话、电子邮件等方式。其次,通知必须具备三类文件:一是身份证明,即权利人的身份证、法人执照、营业执照等有效身份证件,及其住址、电话等联系方式;二是权利证明,即权利人享有其所主张的权利的证明,例如有关著作权登记证书、创作手稿等;三是侵权情况证明,即在网络中介服务商所运营的系统或网络上确实发生了侵权事件的证明,包括被控侵权信息的内容、所在位置等。

(2) 接入服务提供商的监控义务。接入服务提供商的地位类似于邮电、电信等电信业者,只是为信息在网络上传播提供“传输管道”,不能对信息进行编辑,因此要求接入服务提供商履行事先审查义务在技术上是是不可能的,故法律不应向其施加事先审查义务。同时,由于接入服务提供商对网络信息传播的控制能力也是有限的,一般只能采取封锁网络上某个特定站点或特定用户,甚至关闭整个系统的方法来达到停止侵权信息传播的目的,不能就某

一特定信息采取控制措施。因此,接入服务提供商的事后监控能力也有限,即使要求承担事后监控义务,也只是在负有技术可能、经济许可的范围内采取阻止违法、侵权信息继续传播的义务。

只要权利人或经其授权的人发出的通知符合上述形式要件,就应当视为权利人已发出了确有证据的通知,即为有效的通知。网络中介服务者在接到这样的通知后,应当采取相应的措施阻止被控侵权信息的继续传播。如果权利人的侵权指控实际并不成立,因网络中介服务者采取措施而引起的有关法律责任应当由权利人承担;反之,如果权利人发出的通知不符合上述形式要件,而且没有说明正当理由的,也应当视为未发出通知,网络中介服务者可以置之不理。^①

2. 中介服务商的协助调查义务

网络中介服务商的协助调查义务是指网络中介服务商负有协助权利人或有关机关收集侵权行为证据的义务。直接实施侵权行为的人一般就是网络中介服务商的注册用户,在一般情形下用户信息及其一定时段的读写记录等会储存于中介服务商的服务器中。一旦发生侵权行为,网络中介服务商一般掌握有关侵权行为的直接证据。因此,要求网络中介服务履行协助调查义务是合理的,也是可行的。现在有些网络中介服务商并不要求注册用户提供真实的身份资料,而且读写记录的储存也不规范,因此对中介服务商施加协助调查义务,不但有利于查清侵权事实,而且也有利于促使其规范对用户及服务的管理,使网络服务业走向规范化。

网络中介服务商协助提供的证据,一般应当包括被控侵权人身份情况的证明材料以及上传、下载情况记录等有关侵权行为的证明材料。网络中介服务商的协助调查义务具体表现为:在用户信息发表后的任何时间,服务商明知某信息为侵权信息或经权利人发出了确有证据的通知后,或者经法院等权威机构发出调查令,服务商在技术可能、经济许可的范围内负有向权利人或有关机关提供上述证据的义务。

在协助义务方面,美国《跨世纪数字版权法》也对网络中介服务商协助调查义务作出了规定,设计了一套在网络中介服务商协助下收集侵权行为证据的程序,值得我国立法借鉴。例如,该法授予版权人请求美国联邦地区法院向网络中介服务者发出“证人传票”,令网络中介服务商提供被指控为在其系统或网络中直接实施侵权行为的人的证明材料,不管中介服务商是否已按照版权人发出通知采取措施,都应当立即按照“证人传票”的要求行事。这种赋予法院调查令用以弥补权利人通知力度的不足的做法,对于证据收集是非常重要的。

3. 中介服务提供商违反义务的责任

由于中介服务提供商并非属于传统意义上的信息发布者角色,因此,在其所经营的服务器上传到网络中的信息被认定为违法或侵权时,它并非当然地承担责任,即承担出版者的严格责任。只有违背其应当承担的义务时,也就是存在过错时才应当承担相应的责任。一般而言,中介服务提供商的责任主要有以下几种情形:

(1) 直接侵权责任。在以下情形下,中介服务提供商应承担直接侵权责任。

^① 蒋志培,等. 网络与电子商务法[M]. 北京:法律出版社,2001:198-210.

① 接入服务提供商负有在技术可能、经济许可的范围内阻止侵权信息继续传播的义务,如果接入服务提供商明知某信息为侵权信息或接到权利人发出确有证据的通知后,在技术可能、经济许可的范围内不采取必要措施阻止该信息继续传播的,则主观上具有过错,客观上实施了不作为的侵权行为,根据《民法通则》第 106 条第 2 款的规定,应当在其责任范围内承担侵权的民事责任。

② 主机服务提供商负有在用户信息发布之后的合理时间内依据表面合理标准审查信息合法性的义务,如果主机服务提供商怠于履行主动审查义务或根据表面合理标准应该发现并删除侵权信息却因疏忽没有发现并删除,则主观上具有过失,客观上实施了不作为的侵权行为,根据《民法通则》第 106 条第 2 款的规定,应当在其责任范围内承担侵权的民事责任。

③ 网络中介服务商在接到权利人发出确有证据的通知以及提供有关侵权证据的要求后,不履行相关义务,致使权利人无法向直接实施侵权行为的网络内容提供者寻求救济的,根据《民法通则》第 106 条第 2 款的规定,应当承担直接侵权责任;造成权利人其他损害的,应当在其责任范围内承担相应的侵权责任。

(2) 共同侵权责任。在以下情形下,网络中介服务商与网络内容提供者承担共同侵权的连带责任。

① 如果中介服务商通过网络参与实施侵权行为,或通过网络教唆、帮助他人实施侵权行为,应当与直接实施侵权行为的网络内容提供者一起承担共同侵权的连带责任。

② 主机服务提供商在明知某信息为侵权信息或接到权利人发出确有证据的通知后,在技术可能、经济许可的范围内不采取必要措施阻止该信息继续传播的,则主观上具有侵权故意,客观上实施了不作为的侵权行为,因此构成共同侵权,应当承担连带责任。

上述两种侵权责任的法律依据是《民法通则》第 130 条,即两人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任。

网络中介服务商的责任确定关系到社会公共利益和整个网络通信的发展,立法既不能使之承担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,又不能让其在侵权、违法行为面前袖手旁观和听之任之,以免损害权利主体的合法权益,从而危及公共秩序与公共安全。合理的选择应当是,让中介服务提供者承担其力所能及的监督和协助义务,采取措施防止危害结果进一步扩大的义务,并在违反这些义务时承担相应的民事责任。

中介服务提供者的义务和责任设计具有一定合理性,它符合中介服务商在网络信息传播中的作用,同时也与它们对于信息控制的能力相适应,并且按照过错责任原则确定其是否承担责任。当然,这些原则还需要根据具体的情形贯彻到具体案例中,这仍然是一个需要探索的问题。

二、在线企业的义务和责任

(一) 在线企业的概念

人们已经习惯将互联网称为虚拟世界,将在互联网上开展商务活动的企业称为虚拟企业。但虚拟并不表示不存在,而只是为了将它区别于存在于实体社会中的从事传统商务活动的企业,因此本书更愿意将虚拟企业称为在线企业。

在线企业是现实企业在网上的延伸,这类在线企业并不能完全独立于现实中的企业,它仅仅是现实企业经营手段的一种扩展,是现实企业在网上宣传和销售产品的窗口。对于制造商或生产商而言,它可以撇开营销的中间商,直接在網上建立自己的销售网络;对于批发和零售商而言,它可以开设在线交易市场或在线超市,销售其经销的产品;对于从事管理咨询、法律、中介等服务企业而言,既可以在网上招揽生意,也可以通过互联网提供有偿或无偿服务。因此,互联网为所有的企业开辟了另外一个空间,现实中从事经营活动的企业,需要在这里寻找一席之地,在这个虚拟世界中开辟竞争的第二战场。

在线企业也可以是一个在物理世界中只有虚拟主机或服务器的企业。这类在线企业是通过网站上的页面展现自己的形象的。它没有物理形态的生产、经营设施,只有图片、文字和大量的企业产品和服务信息。不能认为这类企业是撇开现实而在网上单纯存在的虚拟企业。它们需要在工商部门登记,需要公布自己虚拟主机或服务器的位置,所以,并不是所有出现网络图文的网站都可以成为在线企业,也不是所有从事在线交易的当事人都是在线企业。

从技术角度,在线企业表现为两种形式:一种具有独立的站点,另一种具有独立的主页面。

(1) 具有独立站点的在线企业。具有独立站点的在线企业是拥有自己的域名和服务器(包括虚拟主机),在工商或其他部门登记设立网站的企业。大部分经营性网站都是这类在线企业。这类在线企业也有两种不同的情况。一种是现实中已经存在的生产或零售企业,为开辟新的营销领域在互联网上设立独立的网站,建立在线销售渠道和网上交易系统,并在网站主页上清楚地表明网站的性质和归属。另一种是专门从事网络技术或信息服务的公司,通过设立网站提供交易平台、在线超市,开展网络信息服务,网站的经营活动即是这类公司经营的全部内容。一般来说,只有获得经营许可或具有从事网上零售业执照的网站才可以开设在线超市,从事网上直销业务;而提供交易平台(在线交易中心)等其他业务则属于有偿信息服务的范畴。

这两种在线企业有一个共同特点,即网站本身便构成在线企业,网站与现实中的企业存在直接对应关系,网上站点成为这些企业另外的“经营场所”甚至是唯一的“经营场所”。特别值得指出的是,网站本身并不是法律上的主体,也不具备民事主体资格。具备主体资格的是经营这些网站的公司或个人。尽管有时候声称由某某网站承担责任或与某某网站签订合同,但是,实际上这里所指的网站是设立和经营该网站(提供网络服务)的公司或个人。

(2) 具有主页形态的在线企业。并不是所有的企业都能够或者需要设立独立的网站,对于大多数中小企业来说,从事网上交易最便捷的方式便是在某个网站的交易平台上设立自己的主页面。在主页面上清楚地标明现实企业名称、营业执照号码、地址和联系方式、经营范围、资信情况等。一般来讲,这些主页面是挂在某一个行业的专业网站上或挂在同一种性质网站上的,由这些主页所载的内容构成一个在线交易市场,在网站经营者管理和协助下对外从事在线交易。

主页形态的在线企业有时也称为专卖店或在线店铺,它们是现实企业在网上设立的销售窗口,这个窗口代表了现实中的企业,是现实企业在网上的虚拟。

当然,设立在线企业或在线商店并不是通过网络销售产品的必要条件,企业可以采取类似于代销或寄售的方式销售其产品,即将自己的产品放入其他人开设的在线商店中,由设立该商店的企业(可能是网站本身,也可能其他人设立专业商店)对外销售。例如,厂商 A 可以将产品委托给网站本身设立的零售商店 B 销售,不过这时很难说该企业在从事在线交易。

(二) 在线企业的登记管理

在线企业虽然是现实企业的在线交易窗口,但是,网上企业毕竟是通过页面反映其存在的,至于其是否真实存在并不能给人以直观的认识。因此,如何确保在线企业的真实性就成为保障在线交易安全的一个重要问题。这里面临两种选择,一种是让企业自由设立在线企业,不进行任何登记,依靠市场监督机制和企业自身信用保证交易安全;另一种是对在线企业进行登记,通过公证机构参与以确保在线企业真实存在。在我国企业信用度不高的情况下,宜采取登记的办法,以确保设立的在线企业的真实性。当然这种登记只是对于现实企业从事在线交易的一种认可,将现实企业基本情况在网上加以公示,以使在线企业“对应”一个真实的企业,并不是新设一个独立的在线企业。

关于经营性网站,《电信条例》和《互联网信息服务管理办法》已经作出相应的规定,其设立需要获得网络信息服务的许可和办理企业登记。但对于没有设立网站的在线企业(主要指网上专卖店或其他以主页形式存在并从事在线商业的企业),没有统一规定是否需要进行工商登记和如何登记或备案。

2000 年,北京市工商行政管理局发布了《北京市工商行政管理局网上经营行为登记备案的通告》,率先在北京市推行企业在互联网上经营行为的登记备案制度。

根据北京市工商局的通告,网上经营行为包括:依照国家法律、法规领取营业执照的市场主体(以下简称网络经济组织),利用互联网从事以营利为目的的经营活动,通常为经济组织进行形象设计、产品宣传、拍卖、发布广告的行为。有下列行为的网络经济组织应申请网上经营行为登记备案:

- (1) 利用互联网签订合同,从事经营活动,进行网上交易。
- (2) 利用互联网发布经营性广告。
- (3) 利用互联网进行经营性形象设计、产品宣传。
- (4) 利用互联网专业从事因特网接入业务、网络技术服务、电子商务、提供信息源服务。
- (5) 利用互联网从事其他以营利为目的的活动。

网上经营行为登记备案的主要事项包括:网络经济组织名称、注册号(或有效证件号码)、住所(家庭地址)、法定代表人、注册资本(金)、类型、经营范围、网络管理负责人、网络从业范围、通信地址、联系电话、电子邮件地址、注册域名、IP 地址及网络提供商、网络地址、服务器的机器及所在地点、其他事项。备案通过互联网进行,完成后编制网上经营行为备案代码并通过互联网提供备案标志,该网络经济组织应在其网站首页设置备案标志。这种标志即被称为电子版营业执照。

网上经营行为登记备案的主要事项发生变化的,应申请变更备案;网络经济组织注销或终止网上经营行为的,应向登记备案机关申请注销备案登记和网络标志。该通告具有溯及力,凡是以前已经存在的网上经营行为,需要在本通告发布之日后 180 日内向登记备案机关

申请登记备案。

显然,工商局是以企业在网上从事在线商业行为为登记要件的。但是,这些在线商业行为并不都是交易行为。一般情况下,不存在交易行为就不存在交易主体的识别问题,也不存在保障交易安全问题。例如,企业在网上进行产品宣传、发布广告只是利用网络这个“第四媒体”而已,它同现实企业在其他媒体上所进行的广告行为没有什么本质区别,不需要单单因为在网上做广告而必须另行到工商局备案。因此,对在线商业行为采取适当的管制是必要的,但并不是一“触网”就管起来。工商管理部门对企业的在线登记管理主要应当针对企业设立网站、设立在线商店或窗口,以确保在线企业的真实存在。

因此,企业在线交易的备案制度,应包括在线企业的基本数据库备案;签发数字式或电子营业执照,要求在线企业或其设立人的电子营业执照号码标志于在线企业的主页面,使交易相对人通过标志可以方便地查寻在线企业基本情况;设立网站的企业同时设立在线超市的,在其办理设立网站的许可或备案手续后,还必须在工商局取得普通的营业执照,以保证除了具备信息服务内容外,还必须具有从事商品零售业的能力和资质;在登记方式上,可以通过互联网进行。

(三) 在线交易主体的认定的基本原则

在线交易是一种非面对面的交易,即使有了在线企业登记制度,对在线交易主体的判断也是比较困难的。在经营性网站提供在线交易平台的情况下,在线交易主体的认定更有一定的难度。交易平台类似一个交易中心,里面聚集了许多商家,这些商家共同构成一个市场,而且这个市场与网站存在着密切的利害关系。在这种情形下,如何认定交易主体?是网站还是在线企业?如果是在线企业,网站在这里承担什么责任?到目前为止,尚没有法律规范,加上现实操作的复杂性,因而难以笼统地作出回答。在这里,先提出一个界定在线交易主体的一般法律原则,再结合实例对该问题进行探讨。

判断在线交易的合同主体须遵循三个基本原则,即民事主体资格法定原则、民事主体真实原则和公示原则。

1. 民事主体资格法定原则

民事主体资格法定是民法的第一个基本原则,即哪些主体可以形成民事法律关系,其享有的民事权利、承担的民事义务都由法律规定。民事主体资格法定突出地表现在商事主体法定上。在我国,凡从事营业或以企业或商事主体身份从事商事交易,必须获得企业登记;不具有法人资格的独资企业、合伙企业或其他营业主体(如分支机构),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。从民法的角度看,只要获得营业执照,即可认定为具有参与民事法律关系的主体资格(即权利能力)。

需要讨论的问题是,企业是否可以在网上设立与企业名称或商号不一致的在线商店或窗口。比如,现实中的企业名称为“家乐福”,在网上是否可以设立“乐家福”专卖店?一般认为,在网络环境中不可能完全禁止人们设立异于其现实企业商号的企业,硬性规定禁止是不现实的和不可行的,但法律必须要求在线商店标明其设立人或现实中真实的对应主体,并按照规定将现实企业的营业登记证号或电子营业执照号码标志于专卖店上。上述情况的存在,给在线企业主体的判断增加了一些难度。

在国际上,网上交易主体会因不同国家对商事主体的法律规制不一样而存在差别。某些国家对在线企业的设立采取自由原则,允许任何人或企业在网上设立企业或从事交易活动,而忽略现实中存在真实企业的可能性。但在我国,普遍认为应结合身份认证制度逐步对网上交易主体进行登记,发放电子营业执照,以确保网上交易主体的真实性和合法性。

2. 民事主体真实原则

民事主体真实原则,即是说民事法律关系的主体必须是真实存在的,而不应当是“虚拟”的或不存在的。就法律而言,不存在虚拟主体,所以网上在线企业(主体)必须真实存在。而真实存在,可以有两种存在形式。一种是现实中存在对应的企业主体,即在现实中具备住所或办公场所、注册资本、组织机构等要素经登记而成为合法营业主体,网上主体仅仅是现实企业“搬到网上”。网上直销模式基本上属于这种情况。在中介模式下,也有这样的可能:比如某百货店或连锁店可以在某网站的交易平台上寻找一家网络交易市场,开设自己的主页面或专卖店。另一种情况是现实中原本不存在对应的企业,只是为设立在线企业而成立新企业,纯粹从事网上交易。这种情况在B2C交易中比较多。一般来讲,除生产信息产品的企业外,纯粹从事网上交易的企业只能是商业企业。这类企业具有普通企业资格,它设有账户,存在经营人员、配货中心等,只是它没有商品展示的柜台,只有在线虚拟超市。

很明显,虚拟的在线企业只是相对于传统企业而言的,网上虚拟主体在现实社会中也可以找到真实存在的依据。

3. 公示原则

商事主体的名称或商号最主要的功能是区别交易主体,不同的名称即视为不同的主体,以谁的名义缔结合同,谁即是合同的当事人。这是由民商法上自主行为、自我负责原则推出的一个基本原理。但是,在中介模式中,许多企业集中在一个市场,在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了。在这一点上,中介模式下的交易可以适用代理法上的显名规则,即在交易过程中应当向交易相对人显示专卖店的设立人或真实的交易主体,所显示的是谁,谁即成为交易的主体。如果中介网站不能向客户提供真实的现实存在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,主体公示原则要求在线企业必须在网上显示其真实主体,这一点特别适用于在网站上开设虚拟专卖店的情形。

在线企业或商店在现实中至少存在两种作法:一种是直接以原有企业名称(以营业执照上名称为准)设立网上销售窗口,另一种是以新名称设立销售窗口或专卖店。直接以现实企业名义设立的在线商店,网上显示的名称与现实企业一致,符合显名原则,判断当事人是谁不成问题。在虚拟名称的情况下,消费者无法从专卖店名称本身判断它是哪个企业设立的,因而无从判断交易主体是谁,谁将最终对所销售的产品负责。除非专卖店依法进行登记,取得电子营业执照,否则专卖店不具备商事主体资格。因此,在交易相对人访问该专卖店并寻求订约时,了解在跟谁缔结合同就显得特别重要。所以,专卖店主页上应当有专门的链接页面显示其设立人或现实中符合法定条件的民事主体名称。

中介网站有责任让交易相对人(消费者)知道他在与谁订立合同,谁将承担履行合同的

责任。如果一个专卖店未将自己的真实姓名告诉交易相对人,中介网站也未能提醒消费者,那么中介网站可以被认为是合同的当事人或卖方,至少中介网站应承担合同履行的保证责任(承担连带责任)。因此,网站负有向当事人披露真实交易主体存在或名称的义务,不履行这一义务,即可推定网站为当事人。

一般地讲,凡在线企业或商店没有普通营业执照(包括法人营业执照和非法人的营业执照)者,均可视为设立人的分支机构或在线企业,尽管可以以专卖店名义从事网上交易(在法律尚未作出必须登记强制规定的前提下),但其不能独立承担民事责任。如果专卖店没有显示真实姓名,中介网站应承担责任。这主要是从保护交易安全的角度设计出的一种规则。因为是中介网站为这些企业提供了“虚拟市场”,在专卖店不具备独立民事主体资格或不能独立承担民事责任时,应当由提供“交易场所和手段”的中介网站承担。

(四) 在线企业设立中的法律问题

网上交易的进行需要网站提供服务,同时也需要设立企业的全面配合,在这一过程中,双方应尽相应的义务。对于网站而言,主要义务有:保证系统正常、安全、稳定地运行的交易安全保证义务,正确、及时更新信息和传递信息的义务,必要的保密义务,重要事项的通知、报告义务等。对于专卖店设立人而言,主要义务是:保证所有提供资料的合法性、真实性和有效性;完善相应的售后服务体系和处理客户信息反馈和投诉。

在线企业分为两种形式:一种是通过设立独立的网站,另一种是在他人网站的交易平台设立窗口或专卖店。前一种在线企业必须按照经营性网站的要求设立;后一种在线企业的设立,一般需要与网站签订设立协议。作为为社会提供交易平台的网站,其生存需要吸引商家到该平台设立专卖店;而对于需要开辟在线交易窗口的商家而言,也只有这样一些具有一定规模的专业网站设立店铺,才能进入虚拟市场从事交易。网站(或交易平台)与设立专卖店的设立人之间存在着相互依存的关系。网站既要为商家提供服务,也要管理整个虚拟市场,创立市场的品牌和形象。因此,在现实生活中,商家与网站之间设立专卖店的协议大多称为合作协议。但是,这种协议具有什么性质、应当适用什么法律,则是需要搞清楚的。

关于网站与专卖店设立人之间的关系有四种说法:合伙关系说、租赁关系说、居间关系说、技术服务关系说。

(1) 有人认为,网站与专卖店设立人之间是合伙关系。这种看法似乎不能成立。第一,虽然网站的虚拟市场是由进入市场的所有企业设立的专卖店构成,而且网站要与所有这些设立人签订合作协议,但是在这些企业之间并不存在设立交易市场的共同的意思表示。第二,除非专卖店标明是网站与设立企业合资举办的,否则,标明是商家专卖且标明了设立人的专卖店应当被认为是设立人独立设立的。一般来讲,网站与专卖店设立人合伙设立专卖店的可能性很小,因此,多数情况下,网站与专卖店设立人之间不是合伙关系。

(2) 专卖店与网站之间的关系有点类似于租赁关系。现实生活中的大多数批发市场、交易中心甚至专业性商厦都是将场地租赁给众多的商家。各个商家独立对外交易,共同构成市场;同时,交易市场也有机构统一管理和对外宣传,形成了既分散独立,又有一定程度统一的市场。在网站交易平台建设过程中,也要吸引众多商家“入住”,网站为商家提供一定磁盘空间、制作专卖店的主页面、提供其他配套服务等,因此可称之为网络空间的租赁。甚至

有学者将专卖店比喻为交易市场或商厦的摊位租赁或专柜。在某种意义上,这种观点具有一定的道理。因为,虚拟市场的交易模式也无非是现实生活模式的“镜像”。但是,虚拟世界有其特殊性,很难完全套用现实世界中的某一种法律关系构筑这新环境下的“合作关系”。而且这种合作关系中有许多内容远不是租赁合同所能容纳得了的,特别是它包含居间关系和技术服务等方面内容。

(3) 在以下两个方面,网站与专卖店设立企业之间的关系类似于居间关系。第一,专卖店的商品信息、要约或要约引诱信息、确认(合同成立等)信息是由网站传递给客户的,客户的订购、支付等信息也是经网站公司传递给专卖店。第二,网站一般要按照专卖店营业额收取交易“佣金”,这种佣金类似于居间人的佣金。但是,网络公司提供的信息传递工作,有三点不同于居间人的作用。第一,网站仅提供传输手段或通道,主要起单纯的传递作用(最多相当于传达),而没有选择、改变等功能。更为准确地说,网站只是给交易双方提供了渠道,而不是信息本身,因网站这一特殊平台,而使他们建立直接联系。第二,网络公司传递的信息要远远超出居间,在合同标的为电子产品的时候,通过网站即可以完成寻购、下订单、确认订单、交付(下载文件)、支付价款等全部过程;在标的物为货物时,除交付(物流)不能通过网站实现外,其余环节都可以通过网站实现。第三,按照营业额收取一定比例佣金而形成的法律关系并不一定都是居间。因此,网站与专卖店设立企业之间的关系很难说是《合同法》中的居间,也无法完全适用《合同法》关于居间合同的规定。

(4) 就技术服务合同而言,网上开店合同也有其特殊性。纯粹的技术服务合同是指当事人以技术知识为另一方解决特定技术问题,一般是委托人提供工作条件,受托人只提供智力劳动或技能的传授。而在网上开店合同中,受托的网站则全面提供设备、程序、磁盘空间等,不仅仅是网页制作和维护等技术服务,而且这种服务的提供具有长期性,只要专卖店营运,这种服务就得继续。这些特征使得这种技术服务合同具有了合作性因素。实际上,缺少合作或在某些方面的相互配合,专卖店和网上交易中心都很难生存下去。双方既有共同商誉和利益的一面,也有各自商誉和利益的一面。这种相互依存、共同发展的合作关系,使网站的服务区别于独立主体之间完全基于技术服务合同所提供的服务。

因此,网站与设立专卖店企业之间不是合伙,也不是租赁、居间、技术服务所能单独反映的一种特殊法律关系。它的特殊性就在于它反映了企业为从事在线交易而在他人的交易平台上设立在线企业的一种复杂行为,这种行为既具有合作因素,但又不以成立共同的主体为目的,是网站通过提供设备、技术服务为设立人从事在线交易提供了手段和条件,而这种服务又具有传递双方信息的作用。这里不能继承沿用传统观点来看待在线交易新生事物,也不能以现实法律关系的框架和思维模式界定这种新型的合作关系。所以,更倾向于将他们之间的法律关系定位在新型服务合同法律关系。

服务提供方是网站,接受方是企业,服务的客体是服务行为。之所以说它“新型”,是因为它是在网络环境下为他人提供在网上进行交易的全套服务,不仅包含的内容广泛,而且这种服务具有长期性、持续性,因此他们之间的关系具有合作因素,但这种合作绝不能构成合作经营。为了方便,暂且称之为在线企业(专卖店)设立合同。

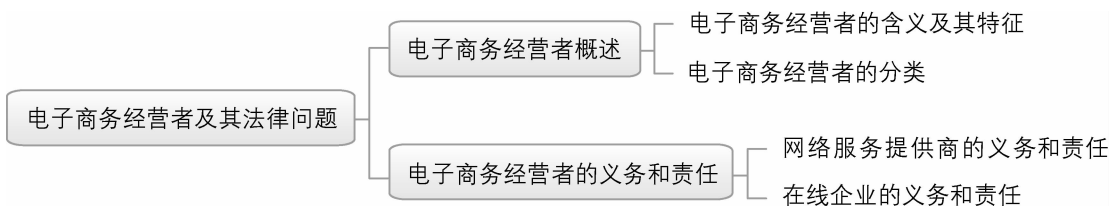
引例解析

案例中,淘宝网作为交易纠纷解决者,在作出处理方案之后,并未使当事人的问题得到解决,反而使其严重质疑这种做法的合法性。淘宝网的处理方案没有法律上的执行力,不但没有解决纠纷,反而延误了当事人寻求合理途径解决纠纷的时间。当然,这也并不是说网络交易平台提供商在纠纷解决中完全无所作为。在电子商务的开展过程中,网络交易平台提供商的作用是非常重要的,正是这些重要的职责决定了它的法律定位。

网络交易平台是网络交易平台提供商在电子网络条件下,为用户搭起的作为交易市场的虚拟空间平台。用户经过注册、认证进入这个虚拟空间,开展商品交易活动。虚拟市场上通过计算机系统自动撮合或者电子撮合,经买卖方的最后确认来达成商品的买卖交易。另外需要明确的是,网络平台不是法律实体,仅是网站设立人在互联网上设立的站点或者信息库,在法律上,对网站承担责任的是网站的设立人,即网络交易平台提供商。在法律语境中,我们所说的淘宝网、易趣网实际上指的是设立淘宝网和易趣网的公司法人。



本章小结



综合训练

一、思考练习

1. 电子商务企业具有哪些特征?
2. 试述网络中介服务商的侵权责任。
3. 注册登记为在线企业时需要注意哪些法律问题?

二、案例分析

文化部:百余款违法网络游戏被依法查处

2010年3月30日,中华人民共和国文化部公布第七批违法网络游戏查处工作进展情

况,百余款违法网络游戏被各地文化部门和文化市场综合执法机构依法查处,一批违法网站被关停取缔。

据文化部市场司有关负责人介绍,一段时间以来各地以查处重点案件为突破口,持续加强网络游戏市场监管,严厉打击含有低俗、赌博、暴力等内容的网络游戏产品及经营活动,取得了阶段性成果。其中,《乐土》等 12 款利用互联网进行格调低俗的内容宣传的网络游戏被叫停,上海乐纷数码科技有限公司等 8 家提供含有宣扬低俗、赌博、暴力等内容的网络游戏运营单位被责令整改,广州龙游信息科技有限公司等 36 家擅自从事互联网文化经营的网络游戏经营单位被依法处罚,九合天下(北京)科技有限公司等 4 家擅自从事进口网络游戏的运营单位被责令停止提供,《经典传世》等 52 个网络游戏“私服”、“外挂”网站被取缔关闭。

另外,根据网民举报,文化部又重点对 30 余款涉嫌违反网络游戏虚拟货币管理规定的经营单位下发了整改通知书,要求其限期整改,并将经查实违反法律的责任人移送公安部门处理。

问题

1. 网络服务提供商的义务和责任是什么?
2. 在保证信息内容合法性方面,网络服务提供商具体应怎样做?



网络电子交易主体实践

【实训目标】

通过电子化手段来完成预设的商务活动和商业调查,实现对电子商务经营者的概念具体化。

【实训内容与要求】

(1) 打开阿里巴巴(<http://china.alibaba.com/>),试分析阿里巴巴的电子商务模式属于哪种在线(虚拟)企业。

(2) 作为一个网上消费的参与者,你认为网上购物应了解哪些知识? 如何了解在线企业的真实性?

【成果与检验】

听取学生的实践感受,检验分析是否正确,理由是否充分。可分为若干组讨论。