

● 经济法

电子商务的发展与民商法的创新^{*}

刘 大 洪

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

[作者简介] 刘大洪(1963-), 男, 湖南武冈人, 中南财经政法大学法学院博士生, 贵州工业大学法学院教授, 主要从事经济法学、民商法学研究。

[摘 要] 电子商务作为一种新型的市场交易方式, 在给社会带来无限商机、促进经济效益快速增长的同时, 也使调整现代市场交易关系的民商法律规范受到极大的挑战, 因此民商法必须实行变更与创新, 赋予新型民商事主体的法律地位, 制定形式意义上的电子商务法或对传统民商法律规范作出修改, 并注重与 WTO 规则和国际通行规则相衔接, 以回应这种挑战。

[关键词] 电子商务; 民商法; 创新

[中图分类号] D923 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)03-0282-05

一、电子商务运行过程的民商法考察

目前, 国内外日益盛行的电子商务已实现了整个贸易过程中各阶段贸易活动的电子化, 通过电子方式处理和传递数据, 包括文本、声音和图像, 涉及货物和服务贸易、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、公共产品获得等多方面活动。

为便于对电子商务过程作民商法思考, 可将电子商务的交易过程分为四个阶段: 1. 交易前的准备。买方根据要购买的商品, 准备好货款, 制定购货计划, 利用 Internet 和各种电子商务网络寻找自己满意的商品和商家。卖方制定各种销售策略和销售方式, 了解买方国家的贸易政策, 在 Internet 网上寻找贸易伙伴和交易机会。2. 交易谈判和签订合同。买卖双方对交易双方细节进行谈判, 交易双方利用现代电子通信设备和网络技术, 将经协商的各方的权利义务, 将交易的商品品种、数量、价格、交货地点、交货期、交易方式及运输方式、违约和索赔等合同条款, 全部以电子交易合同作出详细的规定。合同双方可用 EDI (Electronic Data Interchange) 形式签约, 也可以通过数据签名等方式签约。3. 这指买卖双方签订合同后到合同履行前办理各种手续的过程。交易中要涉及到中介方、银行金融机构、信用卡公司、海关、商检、税务、保险公司、运输公司等部门。买卖双方要利用 DEI 与有关各方进行各种电子票据和电子单证的交换, 直到办理完可以将所购商品从卖方按合同规定开始向买方发货的所有手续为止。4. 交易合同的履行和索赔补救。卖方要备货、组货, 同时还要办理报关、保险、商检、取信用证等手续, 并将买方所购商品交付给运输公司包装、起运、发货。买卖方可通过电子商务服务器跟踪发出的货物, 银行和金融机构按照合同处理双方收付款, 进行结算后出具相应的银行单据, 直到买方收到自己所购的商品。买卖双方交易过程中出现违约时, 受损失一方要向违约方索赔。

由此可知, 电子商务不完全排除传统民商法制度的有效性调整, 只不过针对新的电子商务交易方式涉及的各种关系, 对传统的民商法作调整修改, 设立公平、安全、可靠的规则, 以保障电子商务交易的安

全、可靠,更使交易各方权利受损时得到有效的补救^[1](第125页)。

二、电子商务对传统民商法律规范的挑战

电子商务作为一种新型的市场交易方式,在给社会带来无限商机、促进经济效益快速增长的同时,也使调整现代市场交易关系的民商法律规范受到极大的挑战。主要表现在以下几个方面:

(一)电子商务民商事主体的确认方面

电子商务所创设的网络服务商、配送企业、网上公司等新型民商事主体,不同于传统市场交易的市场主体,产生了新的法律问题。首先,这些新型民商事主体准入方面不规范。一是电子服务商的设立不规范,其设立的条件、程序以及经营的范围缺乏相应规范;二是从事电子网络经营活动的主体资格缺乏规范。传统的民商事主体需经工商行政管理机关登记注册、领取营业执照,方可在核准登记的经营范围內从事经营活动。由于网络的虚拟性,物理主体一旦进入虚拟空间,物理上的特征全都消失。电子商务主体在电子商务平台上以虚拟的形式出现,这个主体是否是一个合格的行为主体人们无法确认。再由于网络市场的跨行业、跨部门、跨地区性,使得电子商务经营商从事的经营活动多样化,可以不受行业、部门、区域的限制,如果适用传统民商事主体严格规定的经营范围,便不足以体现网络市场的特点,不利于电子商务便捷性、高效性的发挥。其次,电子商务活动各主体之间没有明确的权利义务关系。就民商事法律关系的内容而言,电子商务与传统商务之间在原则上是没有区别的,电子商务也是关于当事人之间某一物品或服务在各自的权利和义务上的约定。因此,电子商务法律关系中权利和义务与传统商务是一致的。现存的法律制度中有关当事人之间的权利义务关系的法律规范和原则可以直接适用于电子商务,电子商务的权利和义务关系在目前之所以还无法确认,问题还是在于虚拟空间、虚拟主体和行为无法在法律上予以确认,所产生的纠纷难以寻求解决的依据。

(二)电子商务的商行为方面

电子商务大量通过电子合同、电子支付等新型交易方式完成。电子合同、电子支付与传统的书面合同、支付方式相比,其目的和作用虽然没有变化,但带来了许多新的问题:1. 书面形式问题。在传统的民商法规中,合同的签订及履行环节均涉及到了书面形式的问题,书面形式包括手写、打字、印刷、电报、电传、传真等形式。因为采用以上形式,交易双方都有留底,可以证明其所签合同的合法性。电子商务中的电子合同是通过数据信息传递来形成的,是无纸化合同,如固守传统的合同格式、书面、手签名等形式,显然对电子商务的发展形成法律障碍。2. EDI 电文的效力问题。传统的书面合同和各种单据之所以被法律普遍认为可作为证据,是因为其本身即为有形物,可以长期保存,并且如对其修改、添加都会留下痕迹,一般都能识别。而以电子商务方式进行的商务活动,其合同、提单、保险单及汇票等单据存在的惟一证据就是电子数据。但电子数据的特点之一就是容易消失及修改,即使被修改也不会留下任何痕迹。且电子商务的进行是在计算机之间传递电子信息,这些信息都储存、记录在计算机里,不能算是原件,只能被认为是复制品或副本,这给电子数据效力认定带来许多困难。3. 签字认证问题。在某一项单证上进行签字,是法律所要求的最常见的认证方式。传统商务中,很多国家的法律都规定某些合同或文件、单据等都必须有当事人的签字。而在电子商务中,这一点很难做到,因为人们无法通过电子数据来传递亲笔签名。可见,电子商务中的电子签名、数字签名的效力及其安全认证等问题需要做出新的明确规定。4. 合同成立问题。电子商务合同的订立过程是在计算机网络中完成的,故在合同法上引起许多问题,除已述的合同书面形式等问题外,还有要约与承诺的撤回和撤销问题、合同成立的时间和地点问题。例如,传统商务中的一项要约是可以撤回的,只要撤回的通知先于要约或与要约同时到达受要约人就可以撤回。电子商务中的要约撤回是不可能的。要约的传递和承诺几乎是同时发生的,目前还找不到一种传递方法,能使要约人的撤回通知先于要约到达或同时到达受要约人。因此,在电子商务中,应采用何种生效的原则来确定合同成立的时间和地点就需要立法加以明确^[2](第128页)。5. 支付问题。传统商务活动中,主要采用现金和支票两种支付方式。在电子商务环境下,传统的支付方式已经不

能适应其要求,而必须由全新的电子支付方式来代替,其外在表现形式有两个方面:一是电子货币,一是网上银行。目前,电子货币是主要的电子支付方式,但面临以下危险:一是丢失电子货币就等于丢失了现金,无法挂失止付,而这正是成为货币的条件之一,即隐匿姓名或不可追踪性。更严重的是,伪造者可能复制系统数字从而生成数字化货币;二是当发行人破产或发生危机时,其发行的电子货币也会发生信用危机,一旦被拒绝接受,损失只能由使用者来承担;三是系统风险,包括系统故障和外来攻击。由于电子货币是以电子文件的形式存入计算机内,并通过网络进行传输,电子信息会由于计算机故障或网络黑客的篡改而受到破坏,使用者将无法得到补救。

(三)市场交易的范围与权利救济方面

电子商务以网络为通讯、传播的媒介,以网络为交易的运行为平台。网络本身是一个不受国界与地域限制、活动时空相对虚拟的大市场。这就注定了电子商务的交易活动处于一个国际性、虚拟性、全新性的环境之中。而网络的建立与电子商务的开展是以数字化知识、数字化信息为主导资源,通过这些数字资源的交换完成交易,实现增值。虽然这与传统交易方式资本经营在物质形态上存在差别,但产生着同样价值增值的效果。如果将数字资源的交换排除于市场交易的范围之外,势必会造成电子商务缺乏必要的法律调整,制约电子商务的发展。

同时,由于网上虚拟空间是一个开放、无国界、一体化的网上社会,网上并不完全自由,网上违约行为、侵权行为经常发生,对受到损害的权利进行救济是理所当然的。传统的权利救济形式有和解、调解、仲裁、诉讼,网上权利救济采用那种方式最有利于合法权利的保护呢?有人否认国家对网络的管辖权,提出建立独立的网上救济机制,这些都值得认真思考。

三、电子商务引发的民商法律制度的创新

电子商务作为 21 世纪的主导交易方式和竞争手段已是必然。它带来的是全新的交易理念、日新月异的交易手段,必然要求作为现代市场交易准则的民商法创新,为其生存创造必需的法律环境,为其发展清除障碍。

1. 强化电子商务民商事主体素质,赋予新型民商事主体的法律地位,明确其权利义务,以适应科学技术日新月异的发展,避免交易陷入无序状态,减少纠纷的发生。解决这个问题首先是要承认虚拟主体可以是一个合格的民事主体。因为虚拟主体显然是真实主体在网络平台上的体现,合格的真实主体是合格虚拟主体存在的基础,只是他们以一种无差别的电子数据方式出现,使得人们对于其身份的识别产生困难,但承认主体的合法性与主体合法性识别是两个不同的但并不互相排斥的概念,不能仅仅因为电子商务主体以电子数据形式出现,而在法律上否认电子商务主体的合法存在。

对此,必须承认网络平台上的主体可以是一个合法的主体,其次在法律和技术上设计出一种确认民商事主体的制度和方式。因此,需要在技术上设计出一种电子身份(全世界独一无二的身份),并建立一种确认电子商务主体身份的法律制度。这个法律制度将确认电子商务安全证书管理机构,即 CA 中心有权力对电子身份进行确认,并有权力将其确认结果送至交易主体,确认在电子商务环境下的主体,有义务披露和以真实的或一个确定的身份进入电子商务的平台,没有这个确定的身份,即使交易者具备了真实空间中的合格条件,他在网上的交易行为也是一种无效的行为,不受法律保护。这个法律制度还将对个人的电子身份提供强有力的保护,防止和惩罚不法侵害和未经授权的使用,同时必须确认电子商务的权利和义务关系。这一相关的民商法律制度的创新已经迫在眉睫。

2. 制定形式意义上的电子商务法或对传统民商法律规范作出调整修改,以减少、消除电子商务法律障碍。电子商务法,可在广义与狭义上予以解释。广义的电子商务法,包括了所有调整以数据电讯方式进行的商事活动的法律规范。其内容极其丰富,至少可分为调整以电子商务为交易形式的和调整以电子信息为交易内容的两大类规范。而狭义的电子商务法,是指调整以数据电讯(DATA MESSAGE)为交易手段而形成的因交易形式所引起的商事关系的规范体系。从联合国及世界各国以“电子商务法”或

“电子交易法”命名的法律文件的内容上分析,其间存在着明显的共性,即它们所解决的问题都集中于诸如计算机网络通讯记录与电子签名效力的确认、电子认证技术的选定及其安全标准、认证机构的确立及其权利义务等方面。这些实质上都是解决电子商务交易的操作规程问题的规范,所以都属于狭义电子商务法的范畴。

为全球电子商务减少、消除障碍,各国都抓紧制定电子商务法律规范。如美国颁布了《全球电子商务框架》、《电子签名商务法案》等,新加坡制定了《电子交易法令》等等。到目前为止,全球有30多个国家和地区已经或正在制定有关电子商务的法律。

对尚未进行系统电子商务立法的国家,务实地采取对现行法律进行调整修改,清理阻碍电子商务发展的现行法规,以便电子商务与传统商务的法律问题协调,我国就比较典型。在我国,新法律概念的界定与旧规范的废除,是两个相辅相成的基本方面,这是由法律体系的系统性所决定的。电子商务的有效运行,需以适应电子商务关系特征的法律保障体系为条件。而现实的情况是,既有的商事交易制度,大都是纸面环境下制定的,有些已经成为电子商务发展的羁绊,清除这些法律障碍,使电子商务活动更加顺畅快捷的进行,同样是电子商务立法的不可缺少的部分。具体来讲,当前的电子商务立法工作应体现在“破与立”两个方面。既要按照电子商务活动的特点,制定与之相适应的法律制度,又要消除原有的法律体系中不适应电子商务运行的规范^[2](第11页)。例如,我国传统民商法规定合同尤其是涉外合同必须采取书面形式,并且在加入《联合国国际货物销售合同公约》时也对此内容作了保留。为了电子商务的发展,1999年10月1日起实行的《中华人民共和国合同法》对有关传统条款进行了修改。例如,该法第10条规定:“当事人订立合同,有书面形式,口头形式和其他形式。”该法第11条对书面形式的解释扩大为:书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。有关电子合同的成立时间和地点,《合同法》第16条第2款规定,要约到达受要约人是生效。采取数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接受数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。第26条规定,承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。采取数据电文形式订立合同的,承诺到达的时间适用本法第16条第2款的规定。该法第33条规定,当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书,签订确认书时合同成立。第34条规定,承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的,按照其约定。这些不能不说具有一定的前瞻性。

3. 遵循WTO规则,务实进行电子商务民商法制度的创新。Internet商务涉及货物贸易、技术贸易和服务贸易,涉及知识产权、电信信息技术、金融、税收等。WTO在这些方面均有了较为完整的法律体系。电子商务的发展和规范有赖于网网相连的全信息基础设施,有赖于电信自由化和开放,有赖于各国进行公平的、规范的通信、金融业竞争。因此,各国在制定有关的电子商务法令时,须着眼于方便全球商务。中国已是WTO的成员国,在涉及电子商务行为规则、电子支付规则,数据电文和单证规则、安全认证规则,电子商务纠纷处理办法等方面进行电子商务民商法制度创新时,要与WTO的规则和国际通行规则相衔接,切实保障中国电子商务民商法制度创新的国际协调。具体地说:1. 电子商务行为规则。电子商务归根到底还是一种商务行为,它需要民商法进行规范。比如商品或服务的种类、特许经营权、产品质量、商品配送、售后服务、消费者权益保护、公平竞争法则、各种主体(企业、消费者、网络服务商、认证中心、网关银行、配送机构等)各自的权利义务及相互间的关系、违法(违约)行为的处罚等等,这些都必须要在电子商务行为规则中予以明确。2. 电子支付规则。电子支付是电子商务的核心组成部分,从某种意义上说没有安全可靠的网络结算体系,电子商务只是一种理念上的空中楼阁。实现电子支付的手段很多,既有传统领域的信用卡、转账卡、ATM卡,又有新型的智能卡(Smart Card)、储值卡(Store Value Card即电子钱包)、数字现金(Digital cash)等,这就要求民商法对数字现金的发行、流通、监管等作出规定;此外网际银行的设立,银行对客户信息的认证、交易记录,发证行与支付行、银行与认证机构、

银行与交易双方之间的关系及各自的权利与义务都要在电子支付规则中予以明确。3. 数据电文和单证规则。这是对电子合同和电子证据的专门规定,它包括数据电文和电子单证的法律性质、可接受程度、识别判断方法;数据电文的生成、传输、接受规则;对数据电文储存、备份、编辑的要求;加密及认证;EDI 服务中心的设立和性质及它所提供的证据的客观公正性;电子提单的转让、质押规则等等。它不仅对规范电子商务有着重要的意义,而且对司法审判实践有着积极的指导作用。4. 安全认证规则。在网络上由于交易双方互不相识,如何确认对方身份的真实性、保证交易的不可否认性、不可修改性就显得尤其重要,CA 中心就是负责数字证书的申请、签发、制作、认证和管理的机构,它为交易双方提供网上身份认证、数字签名、证书目标查询、电子公证及安全电子邮件等服务,可以说 CA 中心就是网上的“公证处”,因此民商法制度创新必须确定 CA 中心的法律地位,明确 CA 的权限和责任及其它所签发的数字的证书效力。5. 权利救济的仲裁机制。网络技术、电子商务的发展,要求民商法以自治规则为主,民商法在性质上就是属于“自治法”,只有通过仲裁协议加以补充才是切实可行的,充分发挥仲裁机制的作用是电子商务时代民商权利救济的国际趋势^[3](第 34 页)。

此外,我国在电子商务的民商法制度创新中,要借鉴他国立法成果,着重解决好数字信息化的法律地位,网络合同的法律效力和网络服务提供者的责任等方面问题。对合同缔结中的电子代理人的法律地位、权利义务给予明确规定,对网上格式许可合同的效力、限制等作出规定。电子商务立法还要规定知识产权保护办法,个人隐私保护条例。通过民商法制度创新,达到消除阻碍电子商务发展的法律障碍,消除现有法律适用上的不确定性,保护合理的商业预期,保障交易安全。

[参 考 文 献]

- [1] 李有星. 论电子商务与传统商务法律冲突与协调[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2001, (4).
- [2] 张 楚. 关于电子商务立法的环顾与设想[J]. 法律科学, 2001, (1).
- [3] 韩 鹰. 电子商务立法的原则方式和框架设想[J]. 中国司法, 2001, (1).

(责任编辑 车 英)

Electronic Trade & Civil Law

LIU Da-hong

(Law School, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430073, Hubei, China)

Biography: LIU Da-hong (1963-), male, Doctoral candidate, Zhongnan University of Economics & Law, Professor, Guizhou Industrial University, majoring in economic law and civil law.

Abstract: The electronic trade, as a new trade style, has issued a great challenge to the civil law which regulates modern trade relationship, while creating enormous trade opportunity to the whole society to push economic benefit increase fast. Therefore, the civil law must be perfected and innovated to admit the legal status of new style civil subject, and we must draw up a independent Electronic Trade Law or amend the traditional Civil Law. At the same time, we must pay attention to make it corresponds to the WTO regulations and the intentional practice to respond the challenge.

Key words: electronic trade; civil law; innovation