

我国电子商务法调整的社会关系范围

刘 颖^{*}

内容提要 制定电子商务法首先应分析电子商务涉及的社会关系。电子商务产生了三类社会关系,其中一种是不改变各种商事交易的法律性质、仅将交易从线下转移到线上而产生的新的社会关系,新的社会关系为各类商事交易所共有且不在现有法律的调整范围内。国际立法和许多国内立法均将此类社会关系作为专门的电子商务法的调整对象。我国《电子商务法(草案)》在规范第三方平台等方面进行了有益的探索,但其综合性立法模式也存在诸多不足,最主要的是该项立法缺乏特有的调整对象,所规范的内容与现行制度存在重叠、交叉与矛盾,宣示性条款过多等问题。我国电子商务立法应整合我国《电子签名法》《合同法》的相关规定,主要规范数据电文与电子合同、电子商务平台、身份识别与信任服务等三类问题。

关键词 电子商务立法 《电子商务法(草案)》 调整对象 社会关系

引 言

电子商务是一种全新的生产力、生产方式及生产关系的组合。完善我国电子商务法律制度是推动电子商务法治化和提高电子商务国际化水平的重要基础和根本保障。我国《电子签名法》已施行十余年。近年来,我国积极完善涉及电子商务的法律法规。总的而言,我国仍缺乏一部电子商务领域内的一般法,电子商务立法的工作缺乏体系化,没有明确的指导目标,呈现各自为战的局面。在此背景下,2016年12月19日,第12届全国人大常委会第25次会议对《中华人民共和国电子商务法(草案一审稿)》(以下简称《电子商务法(草案一审稿)》)进行了审议;2017年10月31日,第12届全国人大常委会第30次会议对《中华人民共和国电子商务法(草案二审稿)》(以下简称《电子商务法(草案二审稿)》)进行了审议;2018年6月19日,第13届全国人大常委会第3次会议审议了《中华人民共和国电子商务法(草案三审稿)》(以下简称《电子商务法(草案三审稿)》)。我国电子商务立法(以下用《电子商务法(草案)》统称《电子商务法(草案一

^{*} 暨南大学法学院教授,博士生导师。本文系国家社科基金重大项目“国际法与国内法视野下的跨境电子商务建设研究”(项目批准号:17ZDA141)成果之一。

审稿》《电子商务法(草案二审稿)》和《电子商务法(草案三审稿)》引起了诸多争议,其中法律的调整范围是立法研究和讨论中最受关注的问题。作者认为,“商品交易”“服务交易”“涉及金融类产品和服务”“利用信息网络播放音视频节目”“网络出版”这些概念都是电子商务的服务模式或服务内容,多是互联网时代下电子商务不断渗透、影响社会生活的结果,是服务创新、模式创新的表现。要分析我国电子商务立法的调整范围,首先应分析电子商务到底涉及哪些社会关系。只有理清这些社会关系,才能“按照法律的逻辑”规范这些关系。如果电子商务涉及的某种社会关系已为现行法所调整,那么我国电子商务立法再将其纳入调整范围难免会与现有法律规定之间产生不协调甚至发生冲突,这不仅是对立法资源的浪费,而且还可能阻碍我国电子商务的进一步发展。

一、电子商务涉及三类社会关系

计算机技术和通信技术在商事活动中的应用产生了电子商务,也对传统的民商事法律产生了诸多影响。例如,意思表示的工具由纸面文件变成了电子文档,当事人的意思为计算机程序所取代,对当事人的认证方式由手写签字变成了以数字签名为代表的电子认证方式,数字签名技术产生了认证机构,远程交易催生了为交易双方提供虚拟经营场所和交易撮合的第三方平台,履行电子商务债务带动了快递物流、电子支付的快速发展,运营电子商务平台涉及网络知识产权、数据保护等问题。这些关系可以分为三类,只有下述第三类社会关系才应当是我国电子商务立法所应调整的范围。

第一,电子商务具有渗透性,对支付、流通、消费均产生了巨大影响。随着电子技术的广泛应用和互联网行业与传统行业的相互渗透,在特定领域形成了新的业务模式并产生了新的社会关系,这些新的社会关系并不必然与电子商务相关且不在现有法律的调整范围内。电子支付即为实例,在以纸质票据为主要工具的传统支付模式中,发动银行支付程序的是持票人,此种债权人发动的支付称为借记划拨(debit transfer);而在电子支付中,不论是以ATM、POS为工具的小额电子资金划拨,还是银行间的大额电子资金划拨,发动银行支付程序的都是债务人,此种债务人发动的支付称为贷记划拨(credit transfer)。借记划拨和贷记划拨所产生的社会关系不同。在第三方电子支付中,还增加了支付机构这个新的主体,形成了新的社会关系。由于电子支付并不必然服务于“商品交易”或者“服务交易”,例如微信支付就常用于红包发送,所以这种新的社会关系虽然涉及电子商务但并不属于电子商务特有的社会关系。这种新的社会关系需要具有新概念和新规则的法律予以调整,从而应制定涉电子商务的特定领域的单行法。显然,此种社会关系不应纳入我国电子商务立法所调整的范围。

调整大额电子资金划拨的美国《统一商法典》第4A编(Article 4A of Uniform Commercial Code)以“支付命令”(payment order)和“安全程序”(security procedure)这两个重要概念为基础,为大额电子资金划拨的当事人创设了权利和义务,规定了责任分

担规则 构造了贷记划拨法律关系。^①欧盟《支付服务指令》(Directive 2007/64/EC ,简称 PSD) ^②调整传统的支付服务 ,包括将现金存入支付账户的服务以及操作支付账户的所有流程、从支付账户提取现金的服务以及操作支付账户的所有流程、转账汇款等。在 PSD 实施以后 ,技术革新使支付市场产生了新的支付服务模式 ,对现有的法律框架形成冲击。在此种情形下 欧盟通过了修订的《支付服务指令》(Directive (EU) 2015/2366 ,简称 PSD2) ^③ 将第三方支付服务(Third Party Service) 纳入其调整范围 ,具体包括账户信息服务(Account Information Service) 和支付开通服务(Payment Initiation Service) 。

在我国 ,第三方支付已成为新的四大发明之一。不论是否服务于电子商务 ,电子支付涉及的社会关系完全一样 ,且由于第三方支付机构的介入而形成了新的社会关系 ,应就电子支付这一领域单独制定统一的法律规则。因此电子支付不应属于我国电子商务立法的调整范围。随着电子商务的发展 ,还有哪些新的、被电子商务所“渗透”的社会关系需要单独制定法律规则 ,还有待实践的发展。

第二 电子商务的出现扩大了合同法、版权法、消费者保护法等现有法律调整对象的表现形式 ,即扩大了法律关系的表现形式。虽然法律关系的表现形式更加多样化 ,但是法律关系的性质没有改变。因此 ,这些具有新的表现形式的社会关系当然应被纳入现有法律的调整范围 ,应当由现有法律增加和修改部分条款来调整 ,当然也不属于我国电子商务立法所调整的范围。

欧盟于 1999 年制定了《电子签名指令》(Directive 1999/93/EC) ^④ ,于 2000 年制定了《电子商务指令》(Directive on Electronic Commerce) ^⑤ ,《电子签名指令》和《电子商务指令》是欧盟电子商务立法最重要的规范文件 ,构成了欧盟电子商务立法的基础。在执行欧盟法时 ,德国将《电子签名指令》《电子商务指令》有关书面形式和电子合同的部分内容纳入《德国民法典》。为执行《电子签名指令》第 5 条 ,《德国民法典》第 126a 条第 1 款规定 ,法律规定的书面形式应当由电子形式取代的 ,做出意思表示的人必须在表示上附具自己的姓名 ,并且依《签名法》为电子文件附加“合格电子签名”。为执行《电子商务指令》第 10、11 条转化为德国法 ,《德国民法典》第 312i 条规定 ,企业经营者为订立交付商品或者提供服务合同的目的 ,而使用电信或者媒体服务的(电子交易合同) ,其应当向客户提供适当、有效并可获取的技术手段 ,以保证客户能够在做出订购之前识别并更正输入错误 ,应当不迟延地以电子方式向客户确认订单的到达 ,以及使客户取得在订约

① 参见刘颖《电子资金划拨法律问题研究》,法律出版社 2001 年版 ,第 142-261 页。

② 全称为 Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market.

③ 全称为 Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market.

④ 全称为 Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a community framework for electronic signatures.

⑤ 全称为 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services , in particular electronic commerce , in the Internal Market(Directive on Electronic Commerce) .

时访问并以可再现的方式存储合同条件连同一般交易条款的可能性。

我国1999年颁布的《合同法》就有电子合同的规范。《合同法》第11条规定“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”《合同法》第16条、26条在规规定要约、承诺到达生效的基础上,分别规定了数据电文要约和数据电文承诺生效时间的认定标准。

为履行世界知识产权组织(World Intellectual property organization,简称WIPO)互联网条约^⑥美国国会1998年通过《数字千年版权法》(Digital Millennium Copyright Act,简称DMCA)以修改美国版权法,规定了避风港和技术措施等内容,完善了保护数字作品版权的规定。德国在1997年颁布《信息和通信服务法》(Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz,简称IuKDG,一般称为Multimedia Act)在第七章对《德国著作权法》进行了修订。通过此次修订,《德国著作权法》在第4条中定义了汇编作品与数据库作品,并对数据库作品与计算机程序进行了区分,认为数据库是系统地依据一定的方法编排各成分且借助电子手段或通过其他方式能够进入各单独成分的汇编作品,而计算机程序是指包含准备性的设计材料在内的任何形式的程序。此外,在邻接权部分增加了第87a条—第87e条,规定对数据库进行了投资的人为数据库制作者,对数据库制作者的利益用邻接权进行保护。数据库制作者有复制、发行及公开再现数据库的权利。

欧盟于1997年颁布了《远程销售指令》(Distance-selling Directive)^⑦旨在保护远程订立合同时的消费者权益。由于通过电子手段订约乃是远程订立合同的最主要方式之一,故《远程销售指令》中的内容适用于电子商务环境下的消费者保护。欧盟曾于1985年颁布旨在保护消费者在非营业场所订立合同时权益的《上门销售指令》(Doorstep Selling Directive)^⑧。2011年,欧盟颁布《消费者权益指令》(Consumer-rights Directive)^⑨取代了《远程销售指令》和《上门销售指令》,将原先两部指令保护的各类消费者置于同一部法律之下,强化了对远程销售及上门销售中的消费者权益的保护。^⑩保护的范围并不仅限于电子商务。

我国《消费者权益保护法》有保护电子商务消费者合法权益的特殊规范。《消费者权益保护法》第25条规定,除特定商品外,经营者采用网络、电视、电话等方式销售商品,消费者有权自收到商品之日起七日内退货,且无须说明理由。《消费者权益保护法》

⑥ 全称为《世界知识产权组织版权条约》(WIPO Copyright Treaty,简称WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WIPO Performances and Phonograms Treaty,简称WPPT)。

⑦ 全称为 Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts.

⑧ 全称为 Council Directive of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (85/577/EEC)。

⑨ 全称为 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

⑩ 参见胡庆乐《欧盟消费者保护机制介评》,载《东莞理工学院学报》2016年第2期。

第 28 条规定,采用网络、电视、电话等方式提供商品或者服务的经营者,以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者,应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。

第三,不改变各种商事交易的法律性质、仅将交易从线下转移到线上产生了新的社会关系。新的社会关系为各类商事交易所共有且不在现有法律的调整范围内。作为电子商务的典型业态之一,网上购物的法律性质仍为买卖合同,但意思表示的工具由纸面文件变成了电子文档;不论是自营平台或通过第三方平台,一方当事人的意思为计算机程序所取代;对当事人的认证方式由手写签字变成了以数字签名为代表的电子认证方式,数字签名技术产生了认证机构;远程交易催生了数字平台等。

对此类法律问题,许多国家和国际组织制定专门的电子商务法予以规范。这些电子商务法的名称并不相同,有的称之为《电子商务法》《电子交易法》《电子商务基本法》,有的称之为《电子签名法》《数字签名法》。这些不同名称的电子商务法的内容并不完全相同。

1996 年,联合国国际贸易法委员会(以下简称贸易法委员会)(United Nations Commission on International Trade Law,简称 UNCITRAL)颁布了贸易法委员会《电子商务示范法》(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce,以下简称《电子商务示范法》)。2001 年,贸易法委员会颁布了贸易法委员会《电子签名示范法》(UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures,以下简称《电子签名示范法》)。^① 在规定不得歧视数据电文的基础上,《电子商务示范法》将具有可以调取查用功能的数据电文视为书面形式,将具有身份识别功能的可靠手段视为签名。此即功能等同方法。以此为基础,《电子商务示范法》规定了数据电文的归属、数据电文的确认收讫、发出和接收数据电文的时间和地点等规范。这些规定本质上是以数据电文为意思表示载体的电子合同的规范。^②

虽然《电子商务示范法》将具有身份识别功能的可靠手段视为签名,但未规定可靠性的标准。此种技术中立的规定虽然能适应技术发展日新月异的需要,但也带来了对可靠性认定的困难。毕竟,法官和其他裁判者不可能是全能的技术专家,而且随着技术的发展,一项技术是否可靠也是处于变化之中的。在此背景下,《电子签名示范法》对“电子签名”进行了界定,“电子签名”指在数据电文中,以电子形式所含、所附或在逻辑上与数据电文有联系的数据,此种数据具有签名的功能,即可用于识别与数据电文有关的签名人的身份并表明签名人认可数据电文所含信息。《电子签名示范法》重申,可靠的电子签名具有签名的法律效力。以此为基础,《电子签名示范法》具体规定了可靠电

^① 《电子商务示范法》和《电子签名示范法》是联合国电子商务立法最重要的规范文件,构成了迄今为止联合国电子商务立法的基础。

^② 《电子商务示范法》还采用功能等同方法规定了原件、数据电文的可采性、数据电文的留存等问题。

子签名的四项条件,弥补了《电子商务示范法》的不足。《电子签名示范法》第6条第3款规定“符合下列条件的电子签名视作可靠的电子签名:a. 签名制作数据在其使用范围内与签名人而不是还与其他任何人相关联;b. 签名制作数据在签名时处于签名人而不是处于其他任何人的控制之中;c. 凡在签名后对电子签名的任何改动均可被发现;d. 如对签名的法律要求的目的是对签名涉及的信息的完整性提供保证,凡在签名后对该信息的任何改动均可被发现。”

虽然《电子签名示范法》声称,它不排斥、不限制、不剥夺满足可靠性要求的任何电子签名方法的法律效力,但是,本文作者咨询多位技术专家证实,迄今为止,能满足《电子签名示范法》第6条第3款要求的四项条件的电子签名技术只有数字签名技术(digital signature)。数字签名技术由非对称密钥加密和哈希函数(hash function)两项技术组成。

在使用数字签名时,数字签名的依赖方要鉴别声称的公钥是真实地代表签署者,这就需要第三方向签署者颁发含有私钥、公钥这一密钥对的数字证书,以确保声称的公钥与签署者相关联。实践中,提供数字证书的第三方就是认证服务提供者(certification service provider)或认证机构(certification authority,简称CA)。认证机构以自身的信用担保签署者身份的真实。因此,《电子签名示范法》在确认数字签名具有签名的法律效力后,规定了认证服务提供者的义务,以及签名人和依赖方的责任。初步构建了签名人、认证服务提供者、依赖方三者之间的法律关系。

1995年,美国犹他州制定了世界上第一部专门规范电子商务的法律——《犹他州数字签名法》(Utah Digital Signature Act)。^⑬1999年7月23日,美国全国统一州法委员会(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws,简称NCCUSL)颁布了美国《统一电子交易法》(Uniform Electronic Transaction Act,以下简称UETA),作为示范法供各州立法采纳。^⑭UETA在美国获得了极高的认可,截止到2017年12月24日,除了伊利诺伊斯州、纽约州和华盛顿州外,各州均采纳了UETA。^⑮美国《统一电子交易法》是目前美国最重要的电子商务法律。

美国《统一电子交易法》中的电子记录与《电子商务示范法》中的数据电文含义类似,都是电子化的意思表示载体,^⑯而“电子签名”指附着于一项记录或与一项记录有逻辑关联的、意图签署该记录之人执行或采纳的电子声音、符号或程序。有关电子记录、电子签名和电子合同,UETA在第7条中确立了不歧视原则,不得仅因一项记录或签名

^⑬ 美国犹他州《犹他州数字签名法》已于2006年废止。See <https://le.utah.gov/~2006/bills/static/SB0020.html> (Last visited on April 9, 2018)。

^⑭ Electronic Transactions Act Summary, at <http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act> (Last visited on January 7, 2018)。

^⑮ Legislative Fact Sheet - Electronic Transactions Act, at <http://www.uniformlaws.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act> (Last visited on June 7, 2018)。

^⑯ “电子记录”指通过电子手段创制、生成、发送、传播、接收或存储的记录。See Uniform Electronic Transaction Act, sec. 2 (7)。

采用电子形式而否定其法律效力或执行力;不得仅因一项合同在其订立过程中使用电子记录而否定其法律效力或执行力。第7条进一步规定,如果法律要求签名,则电子签名符合该法律的规定。UETA 尊重当事人的意思自治,认为签名人使用电子签名来进行签名的意图(intent)是电子签名具有效力的根据。就“书面形式”要求,UETA 用“功能等同方法”进行了规定,UETA 第8条规定,各方当事人约定采用电子手段进行交易,而法律要求一方当事人应以书面信息向另一方当事人提供、发送、或交付信息,如果该信息系以在接收时可被接收方予以保留(retention)的电子记录形式提供、发送或交付,则符合法律要求。在此基础上,UETA 规定了电子记录和电子签名的归属,发出和收到电子记录的时间、地点,合同可以由当事人的电子代理人之间的交互行为而成立等内容。UETA 第11条还将电子签名的效力延伸至公证领域,允许公证机构能以电子形式进行公证。

欧盟《电子签名指令》将电子签名分成两种:电子签名和高级电子签名(advanced electronic signature)。《电子签名指令》第2条第1款规定“电子签名是指作为身份认证方法的附加于其他电子数据之上或与其逻辑上相联的电子形式的数据;”第2条第2款规定“高级电子签名是指达到以下要求的电子签名:(1)与签字人有着唯一的联系;(2)能够识别签字人;(3)使用签字人单独控制的手段制作;(4)与数据以这样的方式相关联,后续数据的任何修改都可被检测到。”《电子签名指令》采“功能等同方法”,规定高级电子签名与在纸面数据上的手写签名具有相同的法律效力,并可在法律程序中作为证据被接受。可见,在与签名人存在唯一联系和制作签名的数据由签名人单独控制方面,《电子签名指令》对高级电子签名的要求与《电子签名示范法》对可靠电子签名的要求是一致的。《电子签名指令》的另一项重要内容是规范电子签名的认证服务,制定了关于认证和认证服务的共同标准。在认证服务提供者的管理上,放宽入门标准,一方面,保证电子签名认证服务市场自由开放,“成员国不得将认证服务业置于预先批准的制度之下”。另一方面,授权成员国可以“建立或维持旨在提高服务水平的自愿认可制度”,亦即成员国可根据本国情况,在认证服务业中授权某一公共或私人机构制定行业服务标准,并经主动申请后,对满足这些标准的认证服务提供者给予特许执业许可,同时对其执业质量给予监督。上述两项措施并用,既鼓励了认证服务业的发展,又引导认证服务提供者不断提高其服务水平,使其更具备市场所需要的信赖。在认证服务提供者的法律责任方面,《电子签名指令》要求认证服务提供者应保证以下事项,否则应对合理信赖证书的法人或自然人的损失承担责任:(1)在合格证书中包含的所有信息真实准确;(2)在合格证书中确认的签名人持有的签名制作数据(signature-creation data)与证书中给出的签名验证数据(signature-verification data)相互对应;(3)签名制作数据和签名验证数据可以以互补的方式运用;(4)合理信赖合格证书的法人或自然人能撤销证书。此外,《电子签名指令》还规定了认证服务提供者不承担赔偿责任的两种情况:第一,认证服务提供者在合格证书中指明了使用证书的限制,超出其限制使用证书所造成的损失;第二,认证服务提供者在合格证书中指明了使用证书的交易价值的限制,超出

最高交易价值限制使用证书所造成的损失。

欧盟《电子商务指令》的规定主要包括三个方面:第一,信息社会服务提供者(information society service provider)。^{①⑦}第4条要求各成员国确保信息社会服务提供者的设立自由,任何人从事和进行信息社会服务提供者的活动无须经过事先授权。第5条要求所有信息社会服务提供者进行信息披露,包括其名称、营业机构地址、电子邮件地址等信息。就“纯粹管道传输服务”(mere conduit)、“缓存”服务(caching)、托管服务(hosting)等中间服务提供者(intermediary service providers),《电子商务指令》规定在一定条件上免责。第二,商业通讯(commercial communication)。第6条要求商业通讯可以被清楚地识别,代表某一自然人或法人进行商业通讯时,发出通讯的自然人或法人的身份可以被清楚地识别。第7条要求对未经请求的商业通讯(unsolicited commercial communication)予以明确的标识以方便接收者识别。第8条规定特定职业(regulated professions)在提供职业服务时,在符合其职业规范的前提下允许使用由特定职业从业人员所提供的构成某种信息社会服务的商业通讯。^{①⑧}第三,电子合同规则。第9条规定了不歧视原则,成员国应保证其国内法律体系允许通过电子手段缔结合同;第10条要求服务提供者在服务接受者向其发出订单前应向服务接受者告知以下内容:(1)缔结合同需要遵循的各种技术步骤;(2)服务提供商是否需要备案所缔结的合同,以及相关信息是否可以被获得;(3)在发出订单之前可用于确认和更正输入错误的技术手段;(4)缔结合同所使用的语言。第11条要求在服务接受者发出订单之前,服务提供者或服务接受者提供有效的技术手段来识别或更正输入错误;在服务接受者通过技术手段发出订单时,服务提供者应当及时确认收到服务接受者发出的订单。

尽管存在一定差异,但上述国际和国内电子商务立法均将重点放在以下几个方面:(1)数据电文或电子记录效力及相关规则;(2)电子签名的效力;(3)认证机构的准入和责任;(4)电子代理人的地位和自动交易的效力;(5)包括交易平台的信息社会服务提供者的地位和责任。之所以如此,是因为在买卖、借贷等商事交易的法律性质不变的情况下,从事电子商务产生的且不属于现行法律所规范和调整的社会关系主要存在于上述方面。由于这些新的社会关系不为任何现行法律所规范,就无法通过修改和增补现行法律来调整。又由于没有产生新的商事交易类型,也不必通过制定电子商务单行法来调整。所以,这些问题才是上述国际和国内电子商务立法要解决的问题。此类社会关系也理应成为我国电子商务立法的主要调整对象。

^{①⑦} 信息社会服务,是指有偿、远程、通过电子手段并在服务接受者的个人请求下所提供的任何服务。See Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulation, art. 2(a)(2).

^{①⑧} 未经请求的商业通讯指那些消费者被动接受的商业宣传,以“垃圾邮件”(spam)为代表。See Arno R. Lodder & Andrew D. Murray edited, *EU Regulation of E-commerce*, at 39 (Edward Elgar Publishing, 2017).

^{①⑨} 对部分具有特殊性的职业,欧盟对其使用商业通讯施加一定限制,如某些成员国不允许律师和公证员使用商业通讯。See Arno R. Lodder & Andrew D. Murray edited, *supra* note 18, at 40.

二、我国《电子商务法(草案)》缺乏特有的调整对象

为打造世界电子商务立法的“3.0版本”,我国《电子商务法(草案)》的起草者全面吸收借鉴了全球电子商务立法的经验,并体现中国立法的原创智慧,起草了世界上此领域首部综合性立法,^⑩并力图使其成为电子商务的一般法。^⑪全国人大常委会先后三次对《电子商务法(草案)》进行了审议。由于通过第三方平台达成的交易占目前网络零售市场规模的九成,第三方平台对电子商务市场具有主导作用,^⑫以电子商务平台为核心的电子商务生态体系不断完善,^⑬因此,发达的第三方平台构成了我国电子商务的重要特点。《电子商务法(草案一审稿)》将电子商务经营主体区分为电子商务经营者和电子商务第三方平台,并就第三方平台从以下几个方面进行了规范:(1)要求第三方平台对平台内经营者进行形式审查,对平台内的商品或者服务信息进行检查监控并提供稳定、安全的服务(第19条、第21条)。(2)第三方平台应当公开、公平、公正地制定平台服务协议和交易规则;应当公开、合理地修改交易规则,允许不接受修改内容的平台内经营者退出(第22条第1款、第23条)。(3)第三方平台应遵循重要信息公示、保存交易记录等要求(第18条第2款、第22条第2款、第25条)。《电子商务法(草案一审稿)》明确规范电子商务主要经营主体的经营行为及其义务和责任,有利于形成良好的营商环境和公平竞争的市场秩序,保障电子商务各方主体的合法权益。

《电子商务法(草案二审稿)》在电子商务经营者中增加了“自建网站经营的电子商务经营者”(第10条),表明《电子商务法(草案二审稿)》更倾向平等对待各种电子商务经营模式,体现了电子商务法立法的“模式中立”。《电子商务法(草案二审稿)》还增加了多个条款加强了对电子商务消费者的保护。例如,电子商务经营者一般应承担商品运输中的风险和责任(第19条);平台经营者不得删除消费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价(第33条);对于竞价排名的商品或者服务,应当显著标明“广告”(第34条);电子商务经营者应当告知用户订立合同的步骤、注意事项、下载方法等事项,并保证用户能够便利、完整地阅览和下载。电子商务经营者应当保证用户在提交订单前可以更正输入错误(第43条)。通过上述制度设计,《电子商务法(草案二审稿)》融入了更多的消费者保护理念,加强了对电子商务消费者的保护。

《电子商务法(草案三审稿)》在电子商务经营者中又增加了通过“其他网络服务销

^⑩ 参见蒲晓磊《中国立法“原创智慧”有望引领潮流》,载法制网: http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2016-12/27/content_6932482.htm?node=20908,最后访问时间:2017年12月24日。

^⑪ 参见薛军《电子商务立法路径解析》,载中国工商报网: <http://www.cicn.com.cn/zggsb/2016-12/19/cms93645article.shtml>,最后访问时间:2016年12月17日。

^⑫ 参见前引^⑩,蒲晓磊文。

^⑬ 参见王炳南《国内外电子商务的现状与发展》,载中国人大网: http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-06/29/content_2024895.htm,最后访问时间:2017年12月24日。

售商品或者提供服务的电子商务经营者”(第10条),力图将通过微信、网络直播等方式销售商品或者提供服务的经营者也涵盖在电子商务经营者之内。^{②④}此外,《电子商务法(草案三审稿)》进一步加大对消费者的保护力度。例如,“电子商务经营者搭售商品或者服务,应当以显著方式提请消费者注意,不得将搭售商品或者服务作为默认同意的选项”(第19条第2款);“电子商务经营者按照约定向消费者收取押金的,应当明示押金退还的方式、程序,不得对押金退还设置不合理条件”(第21条);“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求,或者有其他侵害消费者合法权益行为,未采取必要措施的,依法与该平台内经营者承担连带责任”(第37条);“电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立;格式条款等含有该内容的,其内容无效”(第48条第2款)。

尽管我国《电子商务法(草案)》取得了积极的成果,但也存在诸多的不足。例如,从《电子商务法(草案一审稿)》开始,就赋予电子商务平台经营者建立在线争议解决机制,自行制定规则解决争议(第65条)。《电子商务法(草案三审稿)》第62条规定“电子商务平台经营者可以建立争议在线解决机制,制定并公示争议解决规则,根据自愿原则,公平、公正地解决当事人的争议”。虽然平台经营者熟悉平台运营和电子商务活动,对查清事实等具有天然优势,允许其依自定规则解决争议以化解部分纠纷,能减轻法院、仲裁机构等传统纠纷解决机构的压力,但也存在明显的不足。尽管选择在线争议解决机制出于争议当事人的自愿选择,但缺乏中立性和公信力。平台经营者既不是法院这种公权力机关,具有天然的公信力,也非仲裁机构,经过多年的发展而获得社会的广泛认可,且既是纠纷的当事人,又是纠纷解决规则的制定者。这些来源多样、变动不居的平台经营者与争议的当事人具有利益关系,中立性和公信力均不具备。又如,《电子商务法(草案一审稿)》和《电子商务法(草案二审稿)》均将“保障合法权益”“规范市场秩序”“促进健康发展”并列为我国电子商务立法的目的,《电子商务法(草案三审稿)》又加上了“规范电子商务行为”,使该法肩负了难以完成的过多的使命,导致《电子商务法(草案)》体现国家干预的行政法、经济法色彩有余,而崇尚自治、自由精神的商事法色彩不足。^{②⑤}

除了上述不足之外,我国电子商务立法的综合性立法模式更存在先天的缺陷。我国《电子商务法(草案)》的起草者认为,电子商务立法必须覆盖电子商务领域的绝大部分事项。^{②⑥}这种综合性立法的思路在我国电子商务立法之初就已确立。早在2013年12月27日电子商务法起草组成立暨第一次全体会议上,我国电子商务立法框架的初步设

^{②④} 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国电子商务法(草案)〉修改情况的汇报》,载中国人大网: http://www.npc.gov.cn/COBRS_LFYJNEW/user/UserIndex.jsp?ID=9106493,最后访问时间:2018年7月1日。

^{②⑤} 参见李东澎、郭为禄《论电子商务法(草案)的修改与完善》,载《贵州省委党校学报》2017年第5期。

^{②⑥} 参见薛军《〈电商法〉立法过程中相关的核心问题分析》,载《上海法治报》2017年2月8日第B06版。

想就已明确。立法框架囊括了十多个方面:(1) 电子商务各主体之间的法律关系;(2) 支持鼓励电子商务健康发展的政策;(3) 电子商务监管体制;(4) 电子商务市场的准入和退出机制;(5) 电子商务的数据电文和电子合同、电子支付;(6) 电子商务的税收、互联网金融发展与第三方支付的规定;(7) 知识产权和消费者保护;(8) 争端解决机制;(9) 网络信息安全和交易安全保障;(10) 跨境电子商务;(11) 反垄断和不正当竞争;(12) 物流配送的规范等。立法框架的设想实际上是按照整个电子交易流程所涉及的方方面面都进行规范,实际上是希望把电子商务的“全过程做一个总括性规定”,并且“还不够完全和完整,还可以进一步补充完善。”^{②7}我国电子商务立法之初采取的这种综合性立法的思路,在《电子商务法(草案一审稿)》《电子商务法(草案二审稿)》及《电子商务法(草案三审稿)》中得到了延续。

《电子商务法(草案一审稿)》共八章,包括以下内容:电子商务经营者、电子商务第三方平台、电子合同、自动交易系统(第29、30条)、电子支付、快递物流与交付、电子商务交易中的个人信息保护和商业数据、电子商务中的知识产权保护(第53、54条)、电子商务活动中不正当竞争行为的规制、电子商务中的消费者权益保护、电子商务第三方平台的争议解决机制、跨境电子商务的贸易便利化措施、跨境电子商务活动中的个人信息和商业数据保护、电子商务管理综合协调机制、电子商务经营主体和第三方信用评价机构的信用评价体系、电子商务行业组织的行业自律职责和行业自律规范、法律责任等。

《电子商务法(草案二审稿)》虽然比《电子商务法(草案一审稿)》减少一章,删除了“跨境电子商务”一章和“电子支付”“快递物流与交付”两节,但仍保留了“跨境电子商务”“电子支付”“快递物流”的部分内容。《电子商务法(草案三审稿)》沿用了《电子商务法(草案二审稿)》的体例,并增加了个人信息保护(第19条)、反垄断(第22条)的规定,进一步加强了立法的综合性。

可见,我国《电子商务法(草案)》的确是把电子商务的“全过程做一个总括性规定”综合性立法,但是,由于我国已有调整合同(包括电子合同)、知识产权、消费者权益保护的法律,《电子商务法(草案)》中的许多规范并非“一般法”而是“特别法”。

我国《电子商务法(草案)》的综合性立法模式存在以下问题:

第一,《电子商务法(草案)》没有该项立法所特有的调整对象。任何立法都必须要有明确的调整对象,亦即立法所调整的社会关系应当是其他法律没有规范和调整而为所属立法特有的一种社会关系。“立法需要遵循法律分工,遵循法律与法律之间的分工与协调”。^{②8}当然这一被调整的社会关系,可以有多种具体的表现形式。^{②9}从《电子商务法(草案一审稿)》到《电子商务法(草案三审稿)》均没有该项立法所特有的调整对象。

^{②7} 全国人大财政经济委员会电子商务法起草组编《中国电子商务立法研究报告》,中国财政经济出版社2016年版,第5页。

^{②8} 高富平《电子商务立法的思路:行为立法》,载《上海法治报》2017年1月18日第B06版。

^{②9} 如诉讼法所调整的诉讼关系可以表现为原告与被告之间、原告与法院之间、被告与法院之间、证人与法院之间等具体的社会关系。

《电子商务法(草案三审稿)》第2条第1款规定“中华人民共和国境内的电子商务活动适用本法”,第3条规定“本法所称电子商务,是指通过互联网等信息网络进行商品交易或者服务交易的经营活动。”据此,《电子商务法(草案三审稿)》的调整对象为在我国境内通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动中所产生的社会关系。这些社会关系所涉及的活动范围相当广泛,包括电子合同、电子签名、认证机构服务、电子支付、快递物流、消费者权益保护、知识产权保护、市场秩序维护、个人信息保护、纠纷解决等诸多领域。显然,这些领域的社会关系大都被其他法律调整,并不属于电子商务领域特有的社会关系。

根据上述定义,《电子商务法(草案三审稿)》也应规范和调整因不同电子商务业态所产生的具有共性的社会关系,但《电子商务法(草案三审稿)》并未规范认证机构等所产生的明显属于电子商务活动之共性的社会关系。何况由于《电子商务法(草案三审稿)》将金融类产品和服务利用信息网络提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务排除在该法适用范围之外,^⑩这些交易中产生的明显属于电子商务活动之共性的社会关系也被排除在《电子商务法(草案三审稿)》的调整范围之外。

第二,《电子商务法(草案)》所规范的内容与现行制度存在重叠、交叉与矛盾。由于《电子商务法(草案)》没有明确的调整对象,导致其规范内容庞杂、混乱,缺乏统一性和逻辑性,与现行制度的相关规定相互重叠、交叉与矛盾,甚至破坏了现有法律体系的完整性和系统性。例如,《电子商务法(草案一审稿)》第三章曾设有“快递物流与交付”一节。《电子商务法(草案三审稿)》虽然仅保留了有关“快递物流”的第51条,但其内容仍与我国《快递暂行条例》第25条规定的内容重复。^⑪又如,《电子商务法(草案三审稿)》第40条—第44条规定了平台内经营者、电子商务平台经营者侵犯知识产权的“通知与移除”规则,将美国DMCA和我国《信息网络传播权保护条例》中的相关规定移植到了电子商务中的专利等知识产权侵权。“通知与移除”规则之所以由著作权法创设,其合理性在于,作品可以以纯粹信息的形式提供,著作权人的专有权利包括通过网络以纯粹信息形式提供作品的“信息网络传播权”,网络服务提供者容易对通知所指称的侵权行为进行初步核实。与此不同的是,平台内经营者、电子商务平台经营者实施的侵犯专利权人专有权利的行为,只能是许诺销售、销售、进口专利产品的行为,对于发明和实用新型专利而言,电子商务平台经营者仅根据专利权人的通知,很难对相关产品是否为侵权的专利产品做出直观的初步判断。且发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准,这更增加了判断的难度。^⑫我国《专利法》没有规定“通知与移除”规则,《电子商务法(草案三审稿)》的有关规定与我国《专利法》矛盾,且将电子商务平台经营者的专利侵权从网络服务提供者的专利侵权中区分出来,导致网络专利侵权立

^⑩ 参见《电子商务法(草案三审稿)》第2条第2款。

^⑪ 参见《快递暂行条例》第25条规定“经营快递业务的企业应当将快件投递到约定的收件地址、收件人或者收件人指定的代收人,并告知收件人或者代收人当面验收。收件人或者代收人有权当面验收。”

^⑫ 参见王迁《论“通知与移除”规则对专利领域的适用性》,载《知识产权》2016年第3期。

法统一性的丧失。^⑬

以电子支付为例。由于第三方电子支付存在支付机构这个新的主体,产生了新的社会关系,中国人民银行对银行电子支付与第三方电子支付分别制定了规章。在第三方支付中,就支付机构与客户、银行的关系,《非银行支付机构网络支付业务管理办法》第15条规定,支付机构根据客户授权,向客户开户银行发送支付指令,扣划客户银行账户资金的,支付机构、客户和银行在事先或者首笔交易时,支付机构应当取得客户和银行的授权,同意其向客户的银行账户发起支付指令扣划资金,支付机构应当为银行对客户身份及交易验证提供必要技术支持,不得人为设置障碍。

另外,不论是银行电子支付还是第三方电子支付,都面临验证客户的支付指令、承担对客户的告知义务等共同的问题。就银行电子支付,《电子支付指引(第一号)》第8条规定,办理电子支付业务的银行应公开披露以下信息:(1)所提供的电子支付业务品种和收费标准;(2)电子支付交易品种可能存在的全部风险;(3)客户使用电子支付交易品种可能产生的风险;(4)提醒客户妥善保管、使用或授权他人使用电子支付交易存取工具(如卡、密码、密钥、电子签名制作数据等)的警示性信息。第17条规定,电子支付指令的发起行应建立必要的安全程序,对客户身份和电子支付指令进行确认。就第三方支付,《非银行支付机构网络支付业务管理办法》第7条规定,支付机构为客户提供网络支付服务,应当与客户签订服务协议,至少约定下列内容:(1)支付机构提供的网络支付业务类型和业务规则;(2)支付机构对客户支付指令的验证方式;(3)收费项目和收费标准;支付机构应当以显著方式提示客户注意服务协议中与客户有重大利害关系的核心事项,并按客户的要求予以解释或说明。第38条规定,支付机构应当向客户充分提示网络支付业务的潜在风险。

《电子商务法(草案三审稿)》中的电子支付服务提供者包括银行和支付机构,第52条第2款规定“电子支付服务提供者电子商务提供电子支付服务,应当遵守国家规定,告知用户电子支付服务的功能、使用方法、注意事项、相关风险和收费标准等事项,不得附加不合理交易条件。”其内容与现有法律制度的内容重复或相似,且属于对在电子商务活动中银行电子支付和第三方支付共同涉及的社会关系的规定。这种立法方式存在两个问题。一是这种立法导致了调整对象过于狭窄,不能涵盖所有电子支付活动,只调整服务于电子商务的电子支付。现行制度对第三方支付和银行电子支付分别制定规则的做法有其合理性,上位立法本应解决下位立法的矛盾和冲突,形成统一的规则,利于法律适用,而《电子商务法(草案三审稿)》将服务于电子商务的电子支付从电子支付中区分出来,导致了电子支付立法统一性的丧失。二是纵使在电子商务法中对电子支付进行规定,《电子商务法(草案三审稿)》也忽略了第三方支付的特殊

^⑬ 《电子商务法(草案三审稿)》第19条第1款规定“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其推荐商品或者服务,应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项,尊重和公平保护消费者合法权益”。本款涉及数据画像,是有关消费者个人信息保护的规定。有关内容应当在我国个人信息保护立法中进行统一规定。

性,导致现实适用中的一些障碍和困惑,不符合科学立法的要求,违反了立法的科学原则。^{③4}

第三,《电子商务法(草案)》存在大量宣示性条款。《电子商务法(草案三审稿)》第4条规定“国家鼓励发展电子商务新业态,创新商业模式,促进电子商务技术研发和推广应用,推进电子商务诚信体系建设,营造有利于电子商务创新发展的市场环境,充分发挥电子商务在推动高质量发展、构建开放型经济方面的重要作用。”第5条规定“国家平等对待线上线下商务活动,促进线上线下融合发展,各级人民政府和有关部门不得采取歧视性的政策措施,不得滥用行政权力排除、限制市场竞争。”第8条第2款规定:“国家建立符合电子商务特点的协同管理体系,推动形成政府有关部门、电子商务行业组织、电子商务经营者、消费者等共同参与的电子商务市场治理体系。”《电子商务法(草案一审稿)》第6条甚至规定“国家发挥市场在资源配置中的决定性作用,鼓励和支持电子商务经营主体依法自主经营、自律管理。”采用大量宣示性条款有两个明显的缺点。一是不能合理配置权利义务,致使责任无法落实。宣示性条款必须以具体的调整性规范内容为基础,明确权利义务主体,这样才能保证宣示性条款现实适用效力,否则宣示性条款只能是一纸空文,没有任何意义。二是现阶段的电子商务产生的社会关系的调整规范不宜采用过多的宣示性条款。因为宣示性条款具有引导性,是对某种社会关系或新的业态的保护与促进。而目前我国的电子商务市场已经相对成熟,立法不应再将重点放在促进、鼓励电子商务活动上,而应注重对电子商务活动进行切实地规范,明确具体的权利和义务,保障电子商务活动依法进行。

三、我国电子商务立法应规定的主要内容

关于我国电子商务立法,有学者认为应该是综合性立法,是电子商务一般法,并且是具有较高的法律效力等级的电子商务活动基本法律,是规范电子商务活动的“基本宪章”。^{③5}有学者认为可以采取制定电子商务基本法、修订相关法律并出台相关单行法及司法解释的立法模式,坚持专门立法和分散立法相结合。一方面,应当对传统立法中不适应网络环境的法律法规进行梳理、修改、完善、补充,尽量通过立法解释、司法解释等方式将传统法律延伸适用于网络空间;另一方面积极研究网络社会中的新问题、新情况,及时制定专门立法,以应对网络空间治理的挑战。^{③6}还有学者早在《电子签名法》颁

^{③4} 不论是在电子商务活动中还是在非电子商务活动中,电子支付所涉及的社会关系基本上是一样的。电子支付所涉及的社会关系只是电子技术应用于支付领域所产生的社会关系,并不必然与电子商务有关。因此,我国电子商务立法中不应规定电子支付的内容。如果要就电子支付统一立法,应该就银行电子支付和第三方电子支付的共同问题制定统一的规则,就银行电子支付和第三方电子支付的特殊问题制定特殊的规则,而不考虑电子支付是否与电子商务有关。

^{③5} 参见前引^{②1},薛军文。

^{③6} 参见李欲晓、邬贺铨、谢永江、姜淑丽、崔聪聪、米铁男《论我国网络安全法律体系的完善》,载《中国工程科学》2016年第6期。

布之前就认为,应当采取问题导向的方法,不能将所有问题都规定在“电子商务法”当中。原因有二:一是广义的电子商务法涉及面极其广泛,无法在一部法律文件中达到“毕其功于一役”的效果;二是从全球范围来看,许多电子商务法律问题还处于探索阶段,尚无适当的解决方法,综合性的电子商务立法条件并不成熟。^{③⑦} 本文作者赞同我国电子商务立法应定位为电子商务一般法,既不是针对“电子商务渗透到特定领域的新问题、新情况的专门立法”,也不是“对传统立法中不适应网络环境的法律法规进行梳理、修改、完善、补充”。但是,我国电子商务立法不应成为“覆盖电子商务领域的绝大部分事项”,^{③⑧}“把电子商务的全过程做一个总括性规定”^{③⑨}的综合性立法,我国电子商务立法应“回归到电子商务的商务特殊性上”,^{④⑩}以商事法律规范为主体,定位为调整所有类型电子商务模式所涉共同社会关系的一般法。在整合我国《电子签名法》《合同法》有关内容的基础上,我国电子商务立法应主要规定以下内容:

(一) 数据电文与电子合同

意思表示是法律行为的工具,法律行为则是私法自治的工具。^{④⑪} 作为贯彻私法自治的重要工具,在电子商务中,意思表示的载体由纸面变成了数据电文或电子记录,是最重要的变化,有必要在电子商务立法中明确其效力,并为其制订必要的规则。^{④⑫} 我国现行《合同法》和《电子签名法》已有关于数据电文和电子合同的规范。《电子签名法》第2条第2款规定“本法所称数据电文,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。”

有关数据电文与书面形式的关系,《合同法》第11条规定“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式”,将数据电文视为书面形式之一种。数据电文不是书面形式,只是在一定条件下视为书面形式。整合我国《电子签名法》第2条第2款、第4条的内容,我国电子商务立法应规定:第一,数据电文是指经由电子手段、电磁手段、光学手段或类似手段生成、发送、接收或存储的信息,包括但不限于电子邮件、短信、即时通信软件信息。第二,不得因一项合同采用数据电文形式而否定其效力。第三,能够固定信息且能够调取查阅的数据电文,视为书面形式。

有关数据电文的到达时间,《电子签名法》第11条第2款规定“收件人指定特定系统接收数据电文的,数据电文进入该特定系统的时间,视为该数据电文的接收时间;未指定特定系统的,数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为该数据电文的接收

^{③⑦} 参见张楚《关于电子商务立法的环顾与设想》,载《法律科学》2001年第1期。

^{③⑧} 前引^{②⑥},薛军文。

^{③⑨} 前引^{②⑦},全国人大财政经济委员会电子商务法起草组书,第5页。

^{④⑩} 前引^{②⑧},高富平文。

^{④⑪} 参见朱庆育《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第189页。

^{④⑫} 《民法总则》已于2017年10月1日起开始施行。有关数据电文及电子合同的部分条款,也可以在民法典的《合同编》中规定。

时间’,《合同法》第16条第2款规定“采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,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。”据此,《电子签名法》和《合同法》均分两种情况规定数据电文的到达时间:(1)收件人指定特定系统且数据电文进入该指定系统;(2)收件人未指定特定系统且数据电文进入收件人任一系统。《民法总则》第137条第2款基本上也是将数据电文的到达时间分为上述两种情况。但客观上存在以下三种情况:(1)收件人指定特定电子地址且发件人发送至该电子地址;(2)收件人指定特定电子地址但发件人发送至收件人其他电子地址;(3)收件人未指定电子地址而发件人发送至收件人任一电子地址。因此,应按这三种情况分别进行规范。第一,收件人指定特定电子地址且发件人发送至该电子地址。《合同法》第16条第2款规定“收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间”。《民法总则》第137条第2款作有类似规定。考虑到当前过滤器、防火墙等安全措施可以对数据电文进行筛选,如果由于这类安全措施的因素而导致收件人事实上无法检索到数据电文,则不应视为到达。因此,应采用“能够检索”(be capable of being retrieved)标准而不是“进入”标准,规定“收件人指定特定电子地址接收数据电文的,该数据电文在该特定电子地址能够被收件人检索的时间视为到达时间。”第二,收件人未指定电子地址而数据电文发送至收件人的任何电子地址。《合同法》对此种情况规定,数据电文进入收件人任何系统的首次时间,视为到达时间。此规定明显不利于收件人。《民法总则》第137条第2款规定,未指定特定系统的,相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。此规定较为合理。但基于第一种情况有关应采用“能够检索”标准而不是“进入”标准的分析,应将此种情况的要约生效标准表述为“收件人未指定电子地址的,收件人知道或应当知道数据电文已被发送至其任何电子地址且该数据电文在该电子地址能够被收件人检索的时间视为到达时间。”第三,收件人指定特定电子地址但数据电文发送至收件人其他电子地址。我国《合同法》和《民法总则》均未考虑到此种情形。《电子商务示范法》第15条第2款针对此种情形,要求将收件人检索到(be retrieved)数据电文的时间视为到达时间。但是,“检索到”一词有“了解主义”之嫌,所以还是采“能够检索”标准为宜。结合以上对第二种情况的分析,应将此种情况的要约生效标准表述为“数据电文发送到收件人特定电子地址以外的电子地址的,收件人知道或应当知道该数据电文已被发送至该电子地址且该数据电文在该电子地址能够被收件人检索的时间视为到达时间。”

有关数据电文的归属,《电子签名法》第9条第1款规定“数据电文有下列情形之一的,视为发件人发送:(1)经发件人授权发送的;(2)发件人的信息系统自动发送的;(3)收件人按照发件人认可的方法对数据电文进行验证后结果相符的。”有关自动信息系统,《电子商务法(草案三审稿)》第47条第1款进一步规定“电子商务当事人使用自动信息系统订立或者履行合同的行为对使用该系统的当事人具有法律效力。”随着自动售货机、交易平台等自动信息系统在商事交易中日益广泛地使用,承认通过自动信息

系统来订立或者履行合同的行为的法律效力无疑值得肯定。但是,这里更重要的是应该强调,在自动信息系统只能在预先设定的编程技术结构内行动的前提下,即使没有人作为的介入,也应将自动信息系统行为的效果归属于设立该系统的个人或实体。我国电子商务立法应规定,通过自动电文系统与自然人之间的互动或者通过若干自动电文系统之间的互动订立的合同,不得仅因为无自然人复查或干预这些系统进行的每一项个别行动或由此产生的合同而否定其效力。

(二) 电子商务平台

在不断演进的电子商务和数字经济格局中,各种形式的数字平台(digital platforms)发挥着核心作用。通过降低交易成本和搜索成本,数字平台使资产或服务的提供者得以与资产或服务的消费者更便利地建立联系。这既为数字化交易(digitally traded)的产品、服务等新型贸易创造了机会,也为传统贸易利用电子商务及其他在线平台创造了机会。^{④③}作为数字平台重要组成部分的电子商务平台,其职能是为“电子交易或网络交易(包括货物、服务)提供服务”,^{④④}亦即提供基础设施(infrastructure),在不同的用户群体之间充当中介。^{④⑤}电子商务平台在将交易从线下转移到线上过程中发挥着决定性作用,产生了新的社会关系,新的社会关系为各类商事交易所共有且不在现有法律的调整范围内,理应成为我国专门的电子商务立法规范的对象。《电子商务法(草案一审稿)》规定了电子商务第三方平台和电子商务经营者两类电子商务经营主体,《电子商务法(草案二审稿)》将电子商务经营者扩大到自建网站经营的电子商务经营者,《电子商务法(草案三审稿)》进一步扩大到包括“通过其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者”。在《电子商务法(草案三审稿)》中,电子商务经营主体包括电子商务平台经营者、平台内经营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者。《电子商务法(草案一审稿)》《电子商务法(草案二审稿)》和《电子商务法(草案三审稿)》均将电子商务平台经营者作为规范的重点,是因为电子商务平台经营者作为一种主体所具有的特殊性。^{④⑥}《电子商务法(草案三审稿)》将电子商务经营者扩大到通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者,这使得《电子商务法(草案二审稿)》《电子商务法(草案三审稿)》规范的电子商务不再局限于某种特定的电商模式。尽管对“电子商务第三平台”是否属于一种特殊的电子商务经营主体存在不同的观点,^{④⑦}但规范“自建网站经营的电子商务经营者”和“通过其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者”体现了对各种电子商务经营模式平等对待,值得肯定。

^{④③} See UNCTAD secretariat, *Fostering development gains from e-commerce and digital platforms*, U. N. Document TD/B/EDE/2/2, para. 15.

^{④④} 前引^{②③}高富平文。

^{④⑤} See UNCTAD secretariat, *supra* note ^{④③}, para. 18.

^{④⑥} 参见前引^{②④}薛军文。

^{④⑦} 参见前引^{②③}高富平文。

《电子商务法(草案三审稿)》总结我国电子商务实践,对电子商务平台经营者所涉的三类社会关系进行了规范。首先,平台经营者与平台内经营者之间的法律关系。鉴于巨型平台经营者已具有“准公共”企业的特征,^{④⑧}《电子商务法(草案三审稿)》要求平台经营者对平台内经营者进行相应的身份和资格审查,要求平台内经营者应向平台经营者提交其身份、联系方式、行政许可等真实信息,平台经营者应当按照规定向市场监督管理部门报送平台内经营者的身份信息和经营信息(第26、27条)。平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段,对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件,或者向平台内经营者收取不合理费用(第34条)。其次,平台经营者与消费者之间的法律关系。加强对电子商务消费者权益的保护,是电子商务立法的重要内容,《电子商务法(草案三审稿)》规定,平台经营者不得删除消费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价(第38条);电子商务平台经营者应当根据商品或者服务的价格、销量、信用高低等多种方式向消费者显示商品或者服务的搜索结果;对于竞价排名的商品或者服务,应当显著标明“广告”(第39条)。最后,平台经营者与电子商务监管者之间的法律关系。同样由于巨型平台经营者已具有“准公共”企业的特征,《电子商务法(草案三审稿)》要求平台经营者发现平台内经营者存在未取得相关行政许可、销售或者提供法律、行政法规禁止交易的商品或者服务时,应当依法采取必要的处置措施,并向有关主管部门报告(第28条)。有学者认为,对于国民经济具有重要影响力的巨型电子商务平台,属于我国《网络安全法》规定的“关键信息基础设施”,因此应该建立特殊的管理体制。^{④⑨}鉴于此,《电子商务法(草案三审稿)》要求平台经营者制定网络安全事件应急预案,发生网络安全事件时,应当立即启动应急预案,采取相应的补救措施,并向有关部门报告(第29条)。

《电子商务法(草案三审稿)》将电子商务界定为“通过互联网等信息网络进行商品交易或者服务交易的经营活动”(第3条),电子商务平台经营者相应地也应分为“货物电子商务平台经营者”和“服务电子商务平台经营者”两大类。这与联合国贸易和发展会议将第三方电子商务平台(Third-party e-commerce platform)分为货物电子商务平台(Goods e-commerce platform)和服务电子商务平台(Services e-commerce platform)是一致的。^{⑤①}前者包括亚马逊、阿里巴巴等为我们所熟知的商品零售类电商,后者则涵盖交通运输服务(如Uber、滴滴)、旅游服务(如Airbnb、Booking.com)、广告服务(如脸书、谷歌)、学习平台(如作业帮、学堂在线)、健康平台(如Doctor.com)、应用市场服务(如App Store)、云服务(如亚马逊Web服务、百度云、阿里云)等服务类电子商务平台。因此,尽管《电子商务法(草案三审稿)》将“电子商务平台经营者”专节进行规定体现了电子商务立法的重点,但是,我国专门的电子商务立法应区分货物电子商务平台和服务电

④⑧ 参见前引②①,薛军文。

④⑨ 参见前引②①,薛军文。

⑤① See UNCTAD secretariat, *supra* note ④③, para. 13.

子商务平台,并根据各自特点制定相应的规则。另外,作为“自建网站经营的电子商务经营者”,Caterpillar,宜家等大公司电子商务平台(Incumbent companies e-commerce platform)构成了数字平台的主要组成部分,是否应该对其适用法律规则,也值得进一步研究。

依靠网络效应(network effect),数字平台存在垄断趋势,^①而基于巨型平台经营者具有“准公共”企业的特征而对第三方电子商务平台课以的责任还有可能会加重垄断。为了有效防止平台垄断扰乱市场秩序、侵害平台内经营者的合法权益,^②《电子商务法(草案三审稿)》从两个层次对此进行规制,一是增加第22条规定“电子商务经营者因其技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素而具有市场支配地位的,不得滥用市场支配地位,排除、限制竞争。”二是将《电子商务法(草案二审稿)》第30条修改为“电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段,对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件,或者向平台内经营者收取不合理费用”(第34条)。虽然此种立法意图值得肯定,但是有关规定仍然停留在宣示层面,且数字平台的垄断趋势不仅存在于销售商品或提供服务的电子商务平台,也同样存在于其他数字平台。有关数字平台的反垄断规范和其他竞争规范应通过修订《反垄断法》《反不正当竞争法》或者制定相应的指南来统一规定。

(三) 身份识别与信任服务

在传统商事交易中,在合同、票据等纸面文件上签名是明确法律行为主体身份的主要办法。在电子商务活动中,由于交易双方互不谋面,识别交易主体的身份具有重要的意义。根据《电子签名法》第14条的规定,满足第13条规定的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,是识别交易主体的身份的重要方法。迄今为止,能满足《电子签名法》第13条要求的四项条件的可靠电子签名只有数字签名技术,需要通过第三方认证机构的介入来实现。《电子签名法》第17条规定了提供电子认证服务应当具备的条件,要求电子认证服务提供者必须取得企业法人资格。《电子签名法》第18条规定了认证机构的设立程序。设立认证机构,须在征求国务院商务主管部门等有关部门的意见后,由国务院信息产业主管部门依法审查,自接到申请之日起45日内做出许可或者不予许可的决定。因此,电子商务不仅产生了第三方平台等为交易提供“中介服务”的主体,还产生了认证机构等为交易提供“信任服务”的主体。

《电子签名法》第20条规定,电子签名人向认证机构申请电子签名认证证书,应当提供真实、完整和准确的信息;第21条规定,认证机构签发的电子签名认证证书应当准确无误;第22条规定,认证机构应当保证电子签名认证证书内容在有效期内完整、准确;并保证电子签名依赖方能够证实或者了解电子签名认证证书所载内容及其他有关

^① See UNCTAD secretariat, *supra* note ⑬, para. 18.

^② 参见前引⑭。

事项。这些规定初步构建了电子签名人、认证机构、电子签名依赖方三者间的关系,为认证机构提供信任服务提供了基础的规则。

我国《电子签名法》已经施行了12年,对保障电子商务交易安全发挥了积极作用。但是实践中由于数字签名成本高和法律规定严格等原因,许多中小企业往往使用电子信箱作用识别身份的手段。另外,由于隐私保护等原因,客户并不希望在交易中披露全部身份信息,同时,商品或服务的提供者也并不关心客户的全部身份信息,无须了解其真实身份,因而通过简单且廉价的账号密码登录机制也能在一定程度上实现身份的识别功能。身份识别技术和信任服务实践都产生了深刻的变化,通过注册帐户、电子信箱来识别电子商务交易双方身份,通过电子时间戳及电子登记传输服务、网页认证证书等信任服务来保障往来文件内容的真实可信,为保障电子商务交易的安全发挥了重要的作用。本文作者多年前曾指出,“功能等同方法”只是解决电子商务法律问题的一种过渡方法。^{⑤③}随着身份认证技术的发展,将电子签名作为与手写签名具有相同法律效力的、唯一合法的认证手段已不能再满足实践的需要,应制定身份识别的实体规则。在此背景下,联合国国际贸易法委员会电子商务工作组已于2017年4月24日开始制定身份管理与信任服务的法律规则。^{⑤④}

2011年,欧洲理事会与欧盟委员会认为,要为电子身份确认(electronic identification)、电子文档、电子签名和电子传输服务(electronic delivery service)等跨境相互承认创造适当的条件,以提升整个欧盟电子政务服务的互操作性。2014年,欧盟颁布了《电子身份管理与信任服务条例》(regulation on electronic identification and trust services,简称eIDAS Regulation),^{⑤⑤}将《电子签名指令》规定的内容经修改扩充后加入到eIDAS Regulation中。2016年7月1日,eIDAS Regulation正式适用于欧盟各成员国,并同时取代了《电子签名指令》。eIDAS Regulation主要包括电子身份和信任服务两部分内容,其中,在电子身份部分,根据可信度的不同将电子身份系统划分为高(high)、实质(substantial)、低(low)三级,并明确签发电子身份凭证方、身份认证程序运行方因故意或过失给自然人或法人造成损失的应承担责任;^{⑤⑥}在信任服务部分,确认了电子签名、电子印章、电子时间戳、电子登记传输服务(registered delivery)及网页认证等实践中已广泛使用的认证服务的法律地位。2015年,美国弗吉尼亚州通过了《弗吉尼亚州电子身份管理法》(Virginia Electronic Identity Management Act),目的在于构建一套“可信身份框架”(Identity trust framework),法案重点为通过设立身份管理标准建议委员会(Identity Management Standards Advisory Council)来负责推荐包含各类技术标准的指导文件,框架的参与方通过达到指导文件中的标准将有

⑤③ 参见刘颖《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》,载《中国法学》2004年第1期。

⑤④ See U. N. Document A/CN.9/WG. IV/WP. 140.

⑤⑤ 全称为 Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC.

⑤⑥ See eIDAS Regulation, art. 11(2) (3).

助于提升整个框架中身份的可信度,且在一定情形下可享受免责。2016年韩国《电子文书和电子商务基本法》第31-2条规定,科学技术信息通信部长可指定专门机构作为经认证的电子文件存放中心,以确保电子文件存储过程中的安全性和准确性。第31-43条规定,认证电子文件中心和认证电子文件中间商,负责保证电子文件储存、分发过程中的稳定性和可靠性。

我国政府参与了联合国国际贸易法委员会电子商务工作组的所有立法工作。我们应积极研究身份识别实践,研究身份识别技术和信任服务的发展,放弃过时的“功能等同”思路,在我国电子商务立法中对新的身份识别方式、信任服务模式及各类信任服务提供者进行规范,并结合我国实践中对各种信任服务的使用情况,承认各类信任服务的法律效力,明确各类信任服务提供者的权利与义务,为联合国电子商务立法提供中国经验。

具体而言,我国电子商务立法应规定以下内容:第一,注册帐户、电子信箱、电子签名、电子时间戳等信任服务不能仅因其采用了电子形式或未能达到可靠性要求而否定法律效力和在法律程序中作为证据的可采性。第二,根据技术标准的不同,区分电子身份认证的保证级别;技术标准应注意与国际标准的衔接,从而方便未来实现身份管理的跨境兼容。第三,在不违反国家网络安全法律的前提下,不应否定在电子交易中使用假名的效力。第四,区别对待信任服务提供者,将信任服务提供者分为一般信任服务提供者和合格的信任服务提供者;达到法定最低技术标准并取得监管机构核准的信任服务提供者是合格信任服务提供者;合格的信任服务提供者在一定条件下免责。第五,所有信任服务提供者必须承担相应的义务,包括但不限于:(1)任何信任服务提供者均应采取适当的技术措施和组织措施以管理所提供的信任服务带来的安全风险,这些措施应确保安全水平应与风险程度相当;(2)任何信任服务提供者均应采取措施,以防止和减少安全事故的影响,并向利益相关方通报此类事故的任何不利影响;(3)如果发生对其提供的信任服务或其所保存的个人资料有重大影响的任何违反安全性或丧失完整性的情况,任何信任服务提供者都应在知道后合理时间内通知监管机构。第六,信任服务提供者就未能履行法定义务而在对任何自然人或法人造成的损害承担赔偿责任,承担责任的范围不超过信任服务提供者事先声明的使用限制和交易金额限制。

结 语

法律是治国之重器,良法是善治之前提。要真正发挥立法规范电子商务行为、保障电子商务各方主体的合法权益的作用,提高立法质量是关键,而增强立法的科学性则是提高电子商务立法质量的根本途径之一。增强我国电子商务立法科学性的核心则在于以电子商务所涉的社会关系为标准,而不是以电子商务的不同业态、电子商务活动所涉及的不同行业为标准,准确界定其调整范围,并从立法理念和立法技术两个层面全面落实我国《立法法》第6条所确立的科学性原则。

首先,从立法理念上尊重电子商务所涉社会关系的客观实际,反映电子商务所涉社会关系的客观规律,同时遵循我国法律体系自身的内在规律。科学分析电子商务涉及的社会关系,科学界定我国电子商务立法所应规范的社会关系,将为电子商务各类交易所共有且不在现有法律的调整范围内的社会关系确定为我国电子商务立法的主要调整对象。据此,明确我国电子商务立法是规范电子商务行为的一般法,不是调整电子商务所涉所有社会关系的综合法;其次,从立法技术上使我国电子商务立法中的规范“明确、具体,应具有针对性和可执行性”,尽可能避免内容和表述上的重复。《电子商务法(草案)》中过多的宣示性条款,与其缺乏特有的调整对象密切相关。损害了法律规范的明确、具体、严谨,致使法律规范不具针对性和可操作性,弱化了法作为调整社会关系的行为规范的属性,也给未来执法造成困难。明确我国电子商务立法是规范电子商务行为的一般法,只将电子商务各类交易所共有且不在现有法律的调整范围内的社会关系确定为我国电子商务立法的调整对象,将消除我国电子商务立法与我国现行制度之间存在的重叠、交叉甚至矛盾,才能实现我国法律规范的标准统一,才能保证我国法律体系的完整统一、协调衔接、内在和谐。

Abstract: To formulate the Electronic Commerce Law, we should first analyze the social relationships involved in e-commerce. There are three types of legal relationships accompanied with e-commerce. One of the new social relationships does not change the legal nature of various commercial transactions and only transfers deals from offline to online, which are common to all types of commercial transactions and are outside the scope of existing laws. Both the international and domestic legislation regard these kinds of social relationships as the specialized objects of the e-commerce law. The Electronic Commerce Law of China (Draft) has made meaningful exploration in regulating the third-party platforms, but there are also many shortcomings in its comprehensive legislative model. The most serious one is that there is no object specific to the law, many of the rules overlap, intersect or contradict with existing laws, and there are too many declarative clauses. The e-commerce legislation of China should integrate the relevant provisions of the Electronic Signature Law and the Contract Law of China, mainly regulating data message and electronic contract, e-commerce platforms, identification and trust services.

(责任编辑:王莉萍)