

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 529

## 讨论关于中国电子商务立法的五种说法

阿拉木斯

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

近几年来,随着计算机与互联网的发展,电子商务,无论是作为一种交易方式、传播媒介还是企业组织的进化,都在广度与深度等各方面取得了前所未有的进展。在这方面,我国也毫不例外,2000年前后围绕我国电子商务发展的一系列起伏变幻足以充分说明这一切。然而,与此同时,电子商务发展的基础环境问题,尤其是电子商务的法律环境,也越来越引起了人们的关注,一方面,电子商务的各个环节与问题都直接影响着相关法律法规的制定;另一方面,法律环境的每一个细节与措施也都左右着电子商务的前程。所以,及时制定我国一系列与电子商务相关的法律法规、完善我国的电子商务政策法律环境,不仅会改善我国的电子商务基础环境,从根本上促进我国电子商务与网络经济的发展,还可以使我们在以信息化带动工业化,实现现代化的伟大构想更早实现。

然而,实践中我们看到,关于我国的电子商务立法,社会各界,尤其是立法者和学术界还存在许多不尽相同甚至完全不同的看法,这种现象在一定程度上导致了我们的电子商务立法难以推进或缺乏统一的原则。我们认为,对于电子商务相关法律问题这一类新兴的、跨学科的、动态的法律问题,在认识与研究上,在解决办法和方式上存在较大差异都是非常正常的,但同时我们也必须看到,新经济的大好时机稍纵即逝,如果我们要完全等把所有的问题都研究透了,所有的意见都统一了再去立法,恐怕也就没有什么实际意义了。所以,相关的立法必须尽量跟上产业与市场的发展,为达到这一目的,及时的研究、深入的探讨、在一些原则问题上最大限度的共识和高效的行动都必不可少。也就是说,在电子商务立法上,如果大部分立法者和管理者就其中的关键原则问题没有基本的共识,电子商务立法将是无法进行的。

而我们注意到,目前关于中国的电子商务立法,主要有着五种相对比较片面的说法,所以,我们希望通过下面对这五种说法的讨论,进一步澄清其中的相关问题,取得更多数人在电子商务立法上的共识,推进电子商务立法的进程。

### 一、关于电子商务立法的时机不成熟说

首先,去年或更早的时候,我国电子商务的基本环境是,电子商务模式还不够成熟,人们对于其能否生存下去、能否盈利等都是一个未知数,而且很多商务模式还停留在概念的层次,对于其能否深入下去、能否与行业结合人们也都没有十分的把握,并且对电子商务的自身规律、范围、作用等也还没有完全了解,显然,在这样的环境下,电子商务立法的时机不成熟说还是十分准确和必要的。但我国的电子商务发展到了今天,网民数字已不断翻番,各个行业与电子商务的结合也达到相当的程度,电子商务企业的运作模式、经营模式和资本运作模式都已相当成熟,经不起风浪考验的电子商务企业也差不多倒掉了,能坚持下来的,在资金和商业模式一般都有自己存在空间和一定的优势。各管理部门在认识和掌握电子商务上都取得了极大的进步,并且也积累了相当的经验。因此,这个时候,再守着时机不成熟说就显得有点过时。

其次,人们习惯于把电子商务立法与普通立法的过程相比,例如立一部《婚姻法》、《合同法》等都需要最少三、五年以上的时间去调研、反馈、研讨,这种立法的程序对于民法中这些相对比较稳定的法律关系的调整,是十分必要的。但是对于电子商务来说,是否非要完全按这一程序和周期来进行,我们认为,值得探讨。因为电子商务的调解对象和合同法、婚姻法的调整对象有很大的不同,它的内容、法律关系之间的变化和发展、发展的周期等,都和传统的法律关系存在比较大的差别。所以我们在议论或操作电子商务立法的时候,不能完全依照已有的模式,必须用变革的思维方式和崭新的眼光去看待、解决这个问题。或者说,需要从另一个角度看待电子商务立法。

例如联合国贸易法委员会于1996年制定的《电子商务示范法》可以说是电子商务领域最早的、最广泛的立法,而该《示范法》出台时,其结构与一般的法律或条约有着很大的不同,就是因为制定者在制定的

过程中，充分考虑到电子商务发展的特点，采用了独特的体例结构。比如，《示范法》分为总则和分则两部分，在总则里，对电子签名、电子合同的形式及效力都做了具体的认定和规定，而在分则里，只有一章的内容，是关于货物运输的，而且条款也很少，只有寥寥几条，感觉是象没有写完。但就是这样一部法律文件，及时地为各国电子商务立法奠定了基础，确立了基本的原则。如果没有这个蓝本，恐怕以后各国的电子商务立法都很难开展，或者会因在相关原则问题上出入太大而使电子商务难以发展，也就很难产生98年后电子商务空前繁荣的局面。其中我们需要借鉴的是，联合国贸易法委员会当初在制定这部法律的时候，并没有受到已有立法模式框架的约束，也没有过分强调时机的不成熟，而是采取了针对不同的调整对象使用不同的立法方式和法律框架的做法，这种做法充分考虑了电子商务的特殊性，基本是和电子商务本身的特点相适应的。

所以，我们不妨可以尝试先出台一部分法律，然后再不断的完善的做法。比如，如果说我国的电子商务立法需要十章的内容，而可能我们现在只能写好其中的两章，像电子签名什么的，就可以先出台这部分内容。因为即使我们将十章的内容全部考虑清楚了，也会因为电子商务涵盖的内容非常广泛，而且不断发展等原因致使在我们出台的时候，可能真正的内容已经需要有十五章了。也就是说，这样的矛盾在这样的领域可能是始终存在的，不是靠等待能够解决的。

## 二、关于电子商务立法的市场自身调节说

大部分人认为电子商务是自下而上产生的，市场化程度要求很高，许多规则都是由企业和消费者自己制定和执行的，在这种情况下，政府的干预和法律的干预就显得没有必要，甚至只能为电子商务带来枷锁和负担，影响电子商务的发展。这也就是电子商务立法的市场自身调节说产生的基础。然而，仅仅靠市场自身调节就可以了吗？

我们也承认电子商务确实是一种市场化程度很高的事物，有一些规律是自下而上产生的，逐步上升到法律的层次，不能完全靠国家强制力贯彻。但是，首先，市场毕竟不可能完全实现自身调节，就像市场经济同样少不了政府的调节作用一样，同样，电子商务在许多方面也必须需要政府的参与。如果政府的管制能够在出发点、力度、方式等方面把握好，处理好一些关系，并在方式上能够做到确实与电子商务的实际需求相结合，同时做到管理的透明、高效、一致的话，我们认为就不仅不应该为电子商务的发展带来障碍，反而会有相当的促进和协调作用。其次，结合我国目前的实际状况，尚存市场经济体制不完善、政企未分开、市场信用制度没有建立、网络法制建设刚起步、市场经济条件下政府的管理还没有完全理顺等诸多弊病，所以，在目前及相当一段时间内，政府的管理和干预恐怕还是必不可少的。第三，人们在谈到对于电子商务的政府管理时，总爱谈到美国政府尽量不管的成功例子，但我们认为，在这方面，还得综合对待，美国的“不管”是以其相应的行业自律机制、信用机制、判例法和完善的两级立法体系、产品邮购的发达程度以及启发、自主式教育等为基础的，与我国的情况差距甚远，还有，美国的“不管”是以只要想管就能一管到底的发达的管理机制为基础的，其中的功底，不是我们简单模仿“不管”就能学得到的。

那么，究竟哪些方面需要政府的参与或是市场自身所无法调节达的呢？我们认为，至少包括，其一，市场发展的基本规则和法律上的认可与衔接需要政府做工作。目前，反映在电子商务立法上，就是急需解决的三大问题：数字签名的效力、CA认证机构的效力及运作的法律许可、电子支付及电子支付相关的法律体系的建立，这三个方面可以说是组成了电子商务发展的基本规则，并且也是市场自身所无法调节的。关于这一点，我们可以从已经出台的各国的电子商务法律中看到，无论是美国、日本等的《数字签名法》、《电子商务法》，还是香港特区的《电子交易条例》，其主要内容都是围绕这几个方面的。可以说，这些是电子商务立法最重要的环节。数字签名有没有效力、在法律上能不能得到认可，一个企业或组织是永远无法得出结论的。只有通过法律的形式，对它们进行认可，同时和已有的法律相衔接，才能使数字签名具备真正的效力，使电子商务发展的根基得到保证。

其二，市场本身是由生产者、销售者和消费者等各个方面组成的，而政府立法的另一个目的就是要保护弱势群体的利益，这种保护也是市场本身所无法实现的。因为市场和企业追求的是效率，对公平是很难兼顾的，实现公平的责任就需要由政府来承担。而通过立法或行政管理，需要达到的目的就是实现市场交易的公平和市场环境的公正，具体到电子商务领域，目前急需保护的就是电子商务中的消费者权益及隐私权。只有弱势群体的权益得到了保护，电子商务才可以均衡和持续地发展。

## 三、关于电子商务立法的已有法律涵盖说

对于已有法律涵盖说，是一些人认为，现有的《民法通则》、知识产权法律、《公司法》《合同法》等在不做修改或略做修改之后就可以完全满足电子商务的需要，没有必要大张旗鼓地探讨电子商务立法。关于这种说法，我们认为，一方面，有些法律确实已经涵盖了电子商务的一些问题，如果对所有的有关电子商务的法律都要重新立法，显然是不必要和不经济的，甚至会对已有的法律体系造成破坏，负面效应会很大。而另一方面。我们也必须承认，现有法律毕竟没有涵盖所有的电子商务法律问题，电子商务是一种新型的商务模式，无论是在交易方式、经营方式、交易参与者等一系列环节，还是在支付、配送、合同的签定等方面都和传统的商务有很大的不同，而这种不同迟早会反映到对法律的要求上。既然我们认为电子商务是新经济，那么就必然有它新的地方，就应该反映到法律层面上。尤其是在法律关系的主体、客体和内容都发生了变化的情况下，就有重新立法的必要。比如，象我们上面提到的数字签名的效力及CA认证机构的法律认可等，都是无法通过简单的对现有法律的修改达到目的的。还有，网络上产生的一些新的权利义务关系，和现有法律范畴不完全不同，如域名问题等，也有必要通过专门的法律来调整。域名应该属于无形资产的概念，但还不能完全归于知识产权的范围，它和商标不完全相同，和企业名称也不完全相同，

域名的形式、权利的取得、争议的方面等，都存在着和商标权等知识产权不同的地方，很难通过修改现有法律涵盖。到去年年底，我国在.cn下注册的域名已经有12万个，还有很多.com的一级域名以及一些新的域名体系。但目前我国已有的域名管理规定还没有上升到法律法规的层次上，虽然在域名的调整和规范方面起到了一定作用，但与法律相比，效力要低一个层次，因此在域名的使用或纠纷的裁判过程中，就产生了很多具体的问题。

还有，在谈到对这一说法的看法时，我们认为，有一点十分关键，那就是我们对电子商务的未来究竟持何种态度的问题。因为如果电子商务确实好景不长，它就不会对现实社会带来多大的改变。当然，这个问题比较大，这里我们只想简单说几句。我们相信电子商务的前途无量，是因为，第一，电子商务与互联网带来史无前例的人类的大沟通与大合作，必将极大地优化资源配置，产生合力（LINUX就是合力的产物之一）；第二，电子商务的真正伟大在于它建立了传统的生产、经营、销售与信息技术之间的桥梁，几十年来，虽然信息技术一枝独秀，得到了长足的进步，但一直没有很好地融入企业的生产、经营、销售，而电子商务正是一个非常好的契机与开始，这种结合，必将大有作为；第三，现在地球上有300多万个数字转换器，五亿多部个人电脑，每13人就有一部个人电脑，互联网从中国遍布到巴西等地，这些巨大的资源如果产生出联合的力量，恐怕是任何人都不应低估的。

#### 四、关于电子商务立法的地方立法说

在电子商务立法的初期，地方立法先行的做法可以尝试，但这种方式的周期不能过长，不能与国家立法间隔太久，地方立法和部门立法也不能取代国家立法，否则只会带来混乱。目前我们的问题就是地方立法与国家立法之间的间隔时间太长，造成了在我国电子商务的发展的过程中比较严重的条块分割、部门利益等诸多问题，对电子商务的发展十分不利。电子商务本身的特点就是跨地域、跨行业、甚至跨国界的商务模式，具有广泛性、灵活性、即时性的特点，如果将它圈定在一个地域、或行业里发展，电子商务的优势就会荡然无存或无法发挥。而这些问题只能靠电子商务立法来解决。目前这些问题一定程度地存在于CA认证机构的交叉认证问题，各行业电子商务企业的登记许可问题等领域。

#### 五、关于电子商务立法的技术万能说

我们始终认为，技术和法律是两个层次，技术只能解决技术范畴的问题，无法解决法律范围内的问题。以电子签名为例，技术如果百分之百地完善，只能保证电子签名的可靠性和真实性等，而根据目前的法律对签名的具体要求，其在法律上的效力仍然不会得到任何改变。只有修改法律条款，才能使其具有法律效力，技术改不了法律规定。另外，还有人认为，电子商务是技术范畴的事情，法律再完善，也不能保证网络的安全，还得靠技术解决问题。但我们不禁要反问，技术真的解决了网络安全的问题了吗？全球87%的电子邮件病毒感染率、90%以上的网站受袭击比例、近六万种不同类型的病毒以及诸如“库尔尼科娃”、“后库尔尼科娃”、“裸妻”、“红娘”、“跟耶稣瞎侃”、“欢乐时光”等等让人眼花缭乱不断出现并且似乎永不休止的新病毒等所有这一切事实还会让我们再一次天真地相信技术手段可以解决网络安全问题吗？不正是单纯依靠技术解决的误区是我们已经陷入病毒丛生，黑客纵横，要网络就不能安全，要安全就不能要网络的窘境，陷入人类不断地与自己作战，不断以更新的技术毁灭更大的成绩、再在更大的进步中生产更强的毁灭技术的恶性循环之中了吗？而网络经济与电子商务安全可靠的真正出路还是在于技术措施、法律威慑与加强管理三种办法的综合治理，其中，尤其要加强法制和管理的作用。

与以上“五说”相反的观点，就基本构成了我们对电子商务立法的认识，希望这种认识能得到更多人的认同，以此为我国的电子商务立法和电子商务的发展贡献我们的一份力量。

#### 阿拉木斯简介：

信息产业部计算机与微电子发展研究中心法律研究部主任、律师。参与了我国大部分IT政策法律的起草工作，目前主要从事我国电子商务的立法与研究。相关著作100余万字，论文40余万字

出处：chinaeclaw.com