



《电子商务法(草案)》的若干修改建议*

孙占利

(广东财经大学法学院,广东广州510320)

摘要:历时三年的《电子商务法(草案)》形成了征求意见稿,然其范围和体例、内容及用语与表达尚存在很多不足与问题。《草案》应将电子合同的订立、效力、履行及监管等作为立法的重点,删除快递物流等就电子商务法而言无特殊性的内容,充分考虑与其他立法的协调和衔接,确立媒介中立、技术中立等符合高度性、普适性及特殊性的立法原则,制定符合科学性、合理性及可行性的具体内容,并要避免立法术语和表述方面的错误。

关键词:电子商务;电子合同;电子商务法

中图分类号:D923

文献标识码:A

文章编号:1673-8268(2017)04-0038-05

按照《关于〈中华人民共和国电子商务法(草案)〉的说明》(以下简称《草案说明》),2013年12月,全国人大财政经济委员会牵头开展电子商务立法工作,组织成立由国务院12个部门参加的电子商务法起草组。2016年7月,全国人大财政经济委员会审议并原则通过《中华人民共和国电子商务法(草案)》(以下简称《草案》),之后根据委员们的意见进行了修改。此后,财政经济委员会征求了国务院各部门的意见,根据61个部门反馈的意见进行修改完善,并按照全国人大常委会法工委审核意见对重点问题进行了协调和修改,形成目前的《草案》。总体来说,历时三年的《草案》虽然可圈可点,但仍然存在诸多不足与问题。本文对草案存在的一些问题进行分析并提出修改建议。

一、《草案》的范围和体例

将基于信息网络的商务定义为电子商务是值

得肯定的,但《草案》应对“信息网络”进行界定,以便明确立法的调整对象和适用范围。信息网络为互联网(包括移动互联网)、广电网、电信网及物联网“四网融合”的产物。《草案》将互联网作为信息网络的代表,但业界的声音是互联网(包括移动互联网)正在走向消亡或衰落,此虽夸张,但应当看到“四网融合”特别是物联网将会为信息网络带来新的变革,《草案》宜对此给予必要的关注。电子商务立法的核心内容应当为电子商务主体、电子交易及其监管,再加上立法应有的总则、法律责任和附则。《草案》基本采纳了这个体例,其体例安排如下:总则、电子商务经营主体、电子商务交易与服务、电子商务交易保障、跨境电子商务、监督管理、法律责任、附则。

主要问题与建议如下:

第一,应增加的内容。电子商务的本质是运用电子通信手段订立合同和履行合同,这应当是

* 收稿日期:2017-03-06

作者简介:孙占利(1970-),男,宁夏固原人,教授,法学博士,主要从事信息网络法研究。

电子商务法的核心内容。然而,《草案》“电子合同”一节只有5条,推测是考虑到《合同法》和《电子签名法》对此有所规定。然而,问题在于:(1)《合同法》和《电子签名法》的很多内容是有冲突的,例如关于书面形式问题,《合同法》采用的是直接纳入法,《电子签名法》采用的是功能等同法,对此等问题进行修正性立法是有必要的;(2)《电子签名法》中的有关电子商务法的主要立法是数据“电文”一章的规定,但这个本身就有立法范围问题,以致实践中对这方面内容知晓不多;(3)如果不对电子要约、电子承诺等问题做具体规定,那么很多问题就会遗留下来,例如,电子合同的效力、电子格式合同、点击包装合同、以提及方式纳入条款、电子承诺的格式与撤回及撤销问题等将成为立法空白;(4)目前跨境电子商务主要内容是海关、检验检疫等方面的特殊监管,应增加跨境电商中的对交易关系调整的内容。

第二,不宜纳入的内容。《草案》不应将一些对电子商务法而言无特殊性的内容纳入到电子商务法中,例如《草案》关于快递物流的条文。如其有特殊性,可将其中具有特殊性的内容保留下来,但纵观这些条文,并无特殊性,宜由其他立法来规定。此外,《草案》中的宣示性条文较多,对于无实质性和无特殊性的内容,宜予以删除。

第三,体例安排。(1)第4章“电子商务交易保障”基本上可以纳入第6章“监督管理”的内容,因其主要是监管范畴的内容,否则内容上存在重合。至于不属于监管的内容,可规定在总则和电子商务经营主体的义务中。例如,《草案》第21条规定:“电子商务第三方平台应当采取必要的技术手段和管理措施保证平台的正常运行,提供必要、可靠的交易环境和服务,保障电子商务交易安全。”(2)争议解决应当在法律责任的前面,而非跨境电子商务和监督管理前面。(3)《草案》正文中有一些定义条文,建议统一放在附则里面。

第四,立法协调与衔接。(1)《草案》规定:“涉及金融类产品和服务、利用信息网络播放音视频节目以及网络出版等内容方面的服务,不适用本法。”《草案说明》提及其理由是“立法应尽可能涵盖电子商务的实际领域,同时与其他法律法规有效衔接”。从整个法律体系来考虑,其他法律将规定其中涉及特别监管的内容,不可能也不应当规定其中涉及电子合同等交易方面的内容,而《电

子商务法》的核心内容恰恰是电子交易法,例如,《电子商务法》关于利用第三方交易平台进行交易的内容是否适用于这些领域呢?应当予以适用,其他立法不应重复立法。所以,总体排除《电子商务法》在这些领域的适用是不可取的。(2)关于电子支付,宜保留与合同价款支付有关的交易性内容,监管性的内容则交给相关金融立法来规定。(3)《网络安全法》列了专章对“网络信息安全”进行规定,《消费者权益保护法》也对个人信息保护有相关规定,《草案》要考虑的是如何与这些立法进行衔接和补充上具有特殊性的内容,宜将重复之前立法的相关内容删除。(4)《草案》第15条规定:“电子商务经营主体应当依法履行纳税义务,并有依照专门税收法律规定享受税收优惠的权利。”从立法实践判断,制定专门税收优惠法律的可能性不大,可能的是相关的行政法规甚至是部门规章。

二、《草案》的具体内容

(一)电子商务法的立法原则

电子商务法的立法原则应遵循高度性、普适性及特殊性要求。《草案》的有关条文主要是第5条、第9条及第10条。《草案》第5条规定:“从事电子商务活动,应当遵循自愿、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”此为商法的基本原则,不具有特殊性。《草案》第9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。”此为传统的平等原则的再现。《草案》第10条规定:“国家维护电子商务交易安全,保护电子商务用户信息,鼓励电子商务数据交换共享,保障电子商务数据依法有序流动和合理利用。”本条再现了商法中的安全原则。总之,真正体现电子商务法特殊性的立法原则尚未纳入《草案》。建议将媒介中立和技术中立原则纳入其中,功能等同原则也可以作为具体原则纳入到立法中。另外,电子商务的特点是技术加商务,除了明确规定媒介中立和技术中立原则,以解决有关的法律效力问题外,也应考虑交易过程中的技术风险如何分担,包含公平原则、信息技术局限免责等要求的技术风险公平合理分担原则宜纳入立法,以便解决相关的法律问题和制定更为具体的条款。如此,电子商务法的立法原则或基本原则体系才得

以确立。

(二) 个人网店的工商登记

这个问题引起的争论比较多,从争论的本质原因看,当前的工商登记由于一系列的改革(特别是对个人网店的工商登记不要求实体经营地点和在线办理工商登记)并不构成设立登记的负担,真正的原因是担心因此而承担纳税义务。按照税收公平原则的要求,从事经营活动的个人网店(排除个人偶然交易)应当成为纳税义务主体。这样也符合商主体法定原则的要求。在《草案》讨论的过程中,也有不同的意见,主要是担心影响电子商务发展、农产品自产自销、残疾人就业。笔者认为,是否办理工商登记取决于下列情况:经营范围(是否属于许可经营)、经营规模(是否达到个体工商户2万元的纳税标准)及经营时间(排除偶然交易、农产品的短期销售及短期的创业尝试)。对于这个问题,实际上存在一个认识错误:只看到了工商登记的“不利之处”,而没有看到办理了工商登记有利于提高网店的竞争力和解决了网店依法维权时的诉讼主体问题。至于残疾人就业和税收问题,国家已经有这方面的立法,可以交由这方面的立法进行解决。《草案》也排除了家庭手工业,按照《草案》说明,是因为小规模经营,实际上,家庭手工业的年产值可能达到几百万,此与实际不符。《草案》也排除了农产品的自产自销,那么,是否属于自产自销该如何认定呢?当然,这是个事实问题,而非法律问题,但如果这样规定,就需要考量执法成本,引入经营时间和经营规模标准可解决此问题。根据目前的情况,可将经营时间和经营规模综合考量来确定是否办理工商登记,例如规定:持续经营6个月且经营额达到个体工商户的纳税标准的,应当办理工商登记,考虑到法律的稳定性,具体标准由国务院或其工商管理部门规定。至于个人网店的经营范围涉及许可经营的,应当办理工商设立登记,但从立法技术上讲,不用在本法中予以规定,因许可经营资格必然要办理工商登记,自然人不可能取得许可经营资格。需要特别说明的是,当前的整体舆论认为个人网店的工商登记是对店家的约束和经营成本的增加,这种看法是不正确的,此与媒体的片面导向有关。有必要通过媒体说明个人网店办理工商登记对店家的好处,例如,遇到差评时可以以网店作为诉讼主体进行维权,否则面临诉讼主体不适格的

问题。此外,也应说明个人网店办理工商登记符合消费者和实体店经营者的权利诉求,也便于把经营活动纳入统一的监管活动,这对电子商务的长期发展是有利的,从而取得反对者的理解。

(三) 自然人的订约能力

《草案》第27条规定:电子合同当事人在电子商务活动中推定其具有相应的民事行为能力,其意思表示真实。但是有相反证据证明的除外。诚然,未成人的保护制度只能作为盾牌而非宝剑使用,在电子商务中也确实存在主体虚拟的实际情况,然而,电子商务的主体虚拟性就足以突破传统的行为能力制度吗?在遵从传统行为能力的前提下,虑及未成年人订约中的各种不同情况是比较合理的,否则就有利于电子商务经营者,但有违法律对未成年人等限制民事行为能力人甚至无民事行为能力人保护的理念。《草案》规定了有相反证据证明的除外,但考察当前的电子商务实践,基本没有可能性。而且,概括推定也不利于推动电子商务经营者采取必要的措施(例如回答一些简单的问题)来确定相对人的行为能力。

(四) 第三方平台服务提供商

《草案》第54条规定:“电子商务第三方平台接到知识产权权利人发出的平台内经营者实施知识产权侵权行为通知的,应当及时将该通知转送平台内经营者,并依法采取必要措施。知识产权权利人因通知错误给平台内经营者造成损失的,依法承担民事责任。平台内经营者接到转送的通知后,向电子商务第三方平台提交声明保证不存在侵权行为的,电子商务第三方平台应当及时终止所采取的措施,将该经营者的声明转送发出通知的知识产权权利人,并告知该权利人可以向有关行政部门投诉或者向人民法院起诉。”本条未对采取哪些必要措施作出规定,建议考虑暂停相关产品的销售,以便有法可依。此外,学界对“反通知”颇有争议,主要是认为《草案》沿袭的是著作权法规定的“反通知”原则,而非《侵权责任法》第36条规定的通知删除原则^[1]。鉴于“反通知”方式考虑到了双方权益的平衡,且符合第三方平台服务提供商作为企业的法律地位,《草案》引入“反通知”是合理的。当然,考虑到第三方平台上的假冒产品确实比较多,确立第三方平台服务提供商的合理注意义务也是必要的。近期,因屡屡虚假投诉商家,杭州一家恶意知识产权代理公司被阿里

巴巴正式封杀,也成为首家遭封杀的此类公司^[2]。

(五) 电子合同错误

电子合同错误的情形很多,例如,身份错误、归属错误、输入错误、内容被篡改、内容不完整、电文丢失、重复发送、错发他人、存储或显示错误、传达错误、用语错误、格式错误等,这些错误可能出现在数据电文的生成、发送、传输、接收、存储、显示、处理及转发过程中,其原因包括信息技术局限、人为原因(当事人、网络服务提供者、其他第三方)、不可抗力及意外事件。《草案》目前只对电子输入错误借鉴《国际合同使用电子通信公约》作了规定,留下了诸多立法空白。

(六) 在线履行

《草案》只有第44条第2、3款对此有所规定,实质上只规定了交付时间。对交付地点、标的的完整性、检验与接收、电子控制等在线履行问题均未规定,应当增加相关立法,特别是增加有关数字产品在线交付方面的内容。

(七) “可检索识别”标准

《草案》第28条第2款规定:“电子形式的要约或者承诺能够由收件人检索识别的时间视为该要约或者承诺到达的时间。”可识别的前提是可检索,“可检索识别”标准在逻辑上属于语义重复且可能引起误解。建议借鉴《国际合同使用电子通信公约》区别是否指定接收电子形式要约或承诺的电子地址的情况并引入当事人意思自治原则对此问题进行规定。此外,《草案》未对发出时间作出规定,为保持与国际法的一致(我国已经签署了《国际合同使用电子通信公约》)和便于国际民商事交往,建议参考《国际合同使用电子通信公约》对此问题进行规定。

(八) 数据共享

《草案》第10条规定:“国家维护电子商务交易安全,保护电子商务用户信息,鼓励电子商务数据交换共享,保障电子商务数据依法有序流动和合理利用。”本条再现了商法中的安全原则。但是,电子商务数据的范围较广,“鼓励交换共享”会触及个人信息保护的“红线”,有违《网络安全法》和《消费者权益保护法》的有关规定,考虑到大数据的发展和利用,特别是不具有可识别性的数据的开发利用,可增加“依法”一词,修改为“鼓励电子商务数据依法交换共享”。

(九) 自动交易系统

自动交易系统也就是《国际合同使用电子通信公约》中的“自动电文系统”,美国法律称之为“电子代理人”。《草案》第29条规定:电子合同当事人使用自动交易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。本条宜增加合同的变更、转让及终止情形,或者采用概括立法方式明确规定“谁支配/控制,谁负责”。

(十) 跨境电子商务

从目前的进口电商模式来看,商家可能被认定为受托购买境外商品,也可能被认定为交易的卖方,宜分别就其商业模式来规定商家的法律地位和法律责任,特别是要考虑到跨境电商中消费者维权难的问题,强化商家的法律责任。此外,《草案》第72条规定:从事跨境电子商务活动,应当遵守本法及其他相关法律的规定,同时遵守中华人民共和国所缔结或参加的国际条约、协定的规定。本条将遵守国内法放在国际法前面,可能被理解为有违国际法优先于国内法的一般法律适用规则,宜沿用符合《民法通则》《合同法》及《涉外民事关系法律适用法》等立法的传统的表达方式,也可考虑删除,因遵守相关国际国内法是应有之义,没有必要专列条文,且《草案》第13条已经规定:“电子商务经营主体应当依法从事经营活动。”

三、《草案》的术语与表述

草案中的术语错误或表达不准确之处较多,需要进一步斟酌修改,列举部分如下:

1. 如同贸易包括货物贸易、技术贸易和服务贸易,电子交易的标的也包括了货物(商品)、技术及服务。《草案》中使用“电子商务交易”“电子商务交易与服务”,此类用语需修改。事实上,《草案》中也有正确的表达,例如,第14条第2款中“法律、行政法规禁止交易的商品或者服务”。

2. “电子商务第三方平台”指向的是平台而非法律主体,应沿用习惯用语“第三方交易平台服务提供商”。

3. “数据信息”一词可能是要强调数据形式的信息,但实无必要,且数据与信息语义重复。

4. 《草案》第11条第2款用语是“开展交易活动”,第3款用语是“销售商品或者提供服务”,宜予以统一。

5. “主页空间”和“主页面”有误,应为“网站主页”。

6. 《草案》使用了“自动交易系统”和“自动交易信息系统”,宜统一用词,建议采用习惯使用的“自动交易系统”。

7. 《草案》第6条“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”中,发挥市场在资源配置中的决定性作用系纲领性规定,所有的相关立法均须遵循,无需在电子商务法中做专门规定。另外,本条的“鼓励……自主经营”在当前的立法中实无必要。此外,“自律管理”一般用于行业自律管理。

8. 《草案》第10条中的数据“有序流动”非法律术语,宜为“合法流动”。

9. 《草案》第30条“该系统未提供更正错误的方式”中的“方式”修改为“机会”。“该用户没有从对方当事人处获得实质性的利益或者价值”中的“或者价值”系直接援用《国际合同使用电子通信公约》,不符合我国的立法用语,宜予删除。

10. 《草案》第17条:“电子商务经营主体应当在其主页面显著位置公示营业执照信息,以及与其经营业务有关的行政许可信息。”其中的“公示营业执照信息,以及与其经营业务有关的行政许可信息”应修改为“公示营业执照信息和与其经营业务有关的行政许可信息”。

11. 《草案》第20条:“电子商务第三方平台应当依照法律规定,为有关部门的执法活动提供技术支持和协助。”应修改为:电子商务第三方平台应当依法为有关部门的执法活动提供技术支持和协助。

12. 《草案》第73条第2款:“国家推动和建立与不同国家、地区之间的跨境电子商务争议解决制度。”其中的“制度”应修改为“机制”。

13. 《草案》第74条:“确定本行政区域内电子商务的部门管理职责划分”,建议修改为:“确定本行政区域内电子商务的行政管理部门及其职责”。

14. 《草案》第92条第2款的“处分”一词应为“行政处分”。

15. “和”“或”及“或者”的使用。“和”表示并用,“或者”表示只能在其中选择一个,“或”则表示可选择其中一个,也可同时选择。此类问题涉及的条文较多,宜做修改。

参考文献:

- [1] 沈积慧. 阿里巴巴首次封杀“知识产权流氓”[EB/OL]. (2017-02-08)[2017-02-16]. <http://tech.hexun.com/2017-02-08/188036496.html>.
- [2] 任震宇. 法律专家对《电商法(草案)》八大焦点问题提建议[EB/OL]. (2017-01-29)[2017-02-18]. <http://www.ccn.com.cn/329/931109.html>.

Some Proposals on the Modification of the Draft of *Electronic Commerce Law*

SUN Zhanli

(School of Law, Guangdong University of Finance and Economics, Guangzhou 510320, China)

Abstract: The *Electronic Commerce Law* (Draft for Comments) was open to seek for public feedbacks. There are many problems on its legislative scope and style, content and expression. The draft should focus on the legislation of electronic contracting, validity of electronic contract, implementation and supervision of electronic contract, delete the content which is not special to E-commerce law, and fully coordinate with other relevant legislations. The draft should establish its own legislative principles with abstractness, universality and particularity, such as media neutrality and neutrality of technology. Additionally, the content of the draft should meet the demands of scientificity, rationality and feasibility, and avoid errors of legislative terms and expressions.

Keywords: electronic commerce; electronic contract; electronic commerce law

(编辑:刘仲秋)