

法官智库丛书 25

A Series of Judicial Wisdom

Selected the Information Society and Judicial Cases

信息社会与司法案例选



主 编：沈国明
沈志先
副主编：何乃刚
刘 力
高明生

 上海人民出版社



《法官智库丛书》是一套实践型开放性的学术著作，由上海市三级法院审判经验较为丰富的资深法官编写。“丛书”素材虽多取自于上海法院审判之实践，研究视野却不囿于上海之一域；目标虽着眼于服务司法实践、社会公众之需求，研究内容却不局限于实证之分析，具有一定的法学理论深度和理论研究成果价值。

上架建议：审判实务

ISBN 978-7-208-12774-6



9 787208 127746 >

定价：78.00元

易文网：www.ewen.co

图书在版编目(CIP)数据

信息社会与司法案例选/沈国明,沈志先主编.—
上海:上海人民出版社,2015
(法官智库丛书)
ISBN 978-7-208-12774-6

I. ①信… II. ①沈… ②沈… III. ①信息化社会—
案例—汇编—中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 021519 号

责任编辑 汪 娜
封面装帧 依 人

· 法官智库丛书 ·

信息社会与司法案例选

沈国明 沈志先 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行

江阴金马印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 24.25 插页 5 字数 435,000

2015 年 3 月第 1 版 2015 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12774-6/D·2620

定价 78.00 元

Selected the Information Society and Judicial Cases

信息社会与司法案例选

主 编：沈国明

沈志先

副主编：何乃刚

刘 力

高明生

序

古往今来,公正是人类的永恒追求和司法的永恒主题。依法独立公正行使审判权,维护人民群众的合法权益,维护我国宪法和法律的尊严和权威,为推进依法治国基本方略、建设社会主义法治国家而努力,是新时期人民法院的神圣职责。随着我国经济社会的转型和利益格局的调整,社会矛盾纠纷呈现出主体多元、数量多发、诉求多样的发展态势,越来越多的权利义务关系和矛盾纠纷以案件的形式进入司法领域,社会对司法的需求及对公正的期待日益增强。

司法公正应该是程序公正、实体公正、形象公正的有机统一,政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。我们既要注重司法的实践性,即通过对每一个具体的案件明是非、断责任、解纠纷,来实现司法的基本功能;还要注重司法的思辨性,即立足审判实践,加强理性思考,使每一个司法个案的解决,既符合政治方向又符合法律规定,既体现法律精神又体现社情民意。这就要求新时期的人民法官应当是具备社会主义法治理念、娴熟的司法能力和精湛的法律素养,能够不断适应司法新形势,解决司法新问题,善于思考、善于总结、充满睿智的群体。

早在2004年,上海法院就曾编写了《法官素养与能力培训读本》,作为全市三级法院法官集中系统轮训的教材,该书为提高上海法官的司法能力、规范司法行为发挥了重要作用。今天,新的形势和任务需要人民法院在实现司法公正、构建和谐社会的方面,有新的思考和新的作为。上海市高级人民法院在借鉴《法官素养与能力培训读本》编写经验的基础上,组织编纂《法官智库丛书》,其编纂出版的过程,是法官智慧集聚和传承的过程,是法官的法学素养、司法技能与司法经验自我总结提高的过程,也是法官的知识储备自我更新的过程。“丛书”的出版将有利于法官群体互相学习、互相借鉴、共同提高,以造就一支适应时代发展要求的法官队伍。

《法官智库丛书》这一名称,标志着这是一套实践型、开放性的学术著作。所谓

实践型,是指该“丛书”由上海三级法院审判经验较为丰富的资深法官编写,选择驾驭庭审、诉讼调解、法律适用、证据规则、自由裁量、审判、文书制作等系列性的实践主题进行总结,凸显了立足法官审判需求,回应维护社会公平正义、构建社会主义和谐社会发展要求的实践特色。所谓开放性,是指该“丛书”坚持司法观点的与时俱进以及主题内容的与日俱增,首批出版的这七本书,只是阶段性成果,随着司法实践的不断深入,“丛书”的内容将不断扩充,它将长期编纂下去。所谓学术性,则是指“丛书”素材虽多取自于上海法院审判之实践,研究视野却不囿于上海之一域;目标虽着眼于服务司法实践之需求,研究内容却不局限于实证之分析,而具有一定的法学理论深度和理论研究成果价值。

《法官智库丛书》的出版也为人民法院加强民意沟通、开展学术交流提供了新的渠道。“丛书”的特色之一就是由法官编写,写法官的工作,把法官的思维方式、审判心路历程、法官对应用法学的研究,通过“丛书”向社会公开,为法律工作者、法律院校师生、人民调解员等提供了解法官思维的路径、研究法学课题的素材、解决法律争议的方法、评判法律问题的尺度。“丛书”的出版还能让社会公众看到法官是如何依法明断,定纷止争,知晓裁判背后的法律原理和法律精神。这既为提高公民的法治意识提供了帮助,也有助于保障公民对司法工作的知情权、参与权、表达权和监督权,从而实现人民法院在民意沟通质量和效果上的进一步提升。

“丛书”的编纂出版凝聚着上海三级法院法官的心血,我衷心期待上海法院有更多的法官,在繁忙的断案之余,润泽笔墨,利用该“丛书”的平台,积极奉献自己的司法智慧,为把人民法院建设成为最讲理、最文明、最公正的司法场所而共同努力。

上海市委副书记

原上海市高级人民法院院长、大法官



二〇〇九年十月十六日

前 言

自1980年美国著名未来学家阿尔温·托夫勒首次提出“大数据”的概念以来,大数据时代、智能化生产和无线网络革命已经成为引领未来繁荣的三大技术变革。21世纪初叶是互联网技术蓬勃发展的新时期,以数据分析、共享为特征的大数据浪潮正深刻改变着传统社会生活的方方面面。2007年全球有5亿个设备联网,人均0.1个;2013年全球有500亿个设备联网,人均70个。全球新产生的数据现已达到年增40%,信息总量以每两年翻一倍的速度增长。从最初的信息共享功能将客观的地缘差距缩小至前所未有的范围内,再到社交网络的兴起引发了公共舆论参与模式的信息化结构转型,无论人们是否已做好准备迎接这个“既是最好也是最坏”的时代,信息社会正悄然来临,并全面影响着每个公民的微观生活和国家的宏观制度。信息体量的爆炸式增长,信息种类的繁杂多样以及信息处理、传播速度的快捷是信息社会的主要特征。在无限扩展资源共享范围的同时,信息泛滥、信息安全、舆论导向呈现民粹主义变化等社会问题也随之而来,这些都严重威胁着信息社会的人身和国家安全。因此,传统的社会管理理念亟须革新,建立与信息社会特点相适应的全新、灵活管理模式,从行政、司法、国家安全、宣传等多重角度规范网络世界的秩序,最终构筑安全、和谐的网络信息环境是大数据时代国家治理需要研究的重大课题之一。

信息社会既是机遇也是挑战。就司法维度而言,大数据时代对司法的机制建设也提出了新的挑战,积极回应信息社会的上述司法需求,尽快弥合信息泛滥与合法权益保障之间的鸿沟已然成为现代司法工作的重中之重。与此同时,信息社会对传统司法制度形成的改革倒逼压力也让司法理论研究和实务遇到了新的改革机遇期。具体而言,一方面,层出不穷的新类型网络信息法律纠纷对司法

保护需求的广度和深度更为迫切,诸如网络知识产权保护,电子商务中的新型民商事法律纠纷以及网络社交中的名誉权侵权纠纷等新型案件不仅需要立法上的进一步明确,更需要学术上的进一步探讨。建立有法可依、统一适法的良性司法环境是保障信息社会长治久安的根本前提。而上述网络环境的构建不仅需要各部门法之间的交融,更需要跨部门、跨领域的交流与合作。由于司法保护仅属于事后纠纷的解决机制,一旦缺乏与前期和中期管理部门之间的沟通、反馈,就无法形成管理合力,更无从发挥法律的规范和社会作用。因此,只有不断加强司法与其他网络管理部门之间的深度合作,构建良性、共赢的互动回馈机制方能构筑安全的网络防火墙。另一方面,复杂多样的信息社会也为司法理论与实务界提供了难得的社会研究样本,这使得传统法律学科在大数据时代呈现出新的生命力。由于信息社会赋予了诸多社会概念与社会关系新的内涵,同时也颠覆了许多传统行为模式,故与之相对应的法律概念是否也应当注入新的内容,重新定义一些固有的行为模式:诸如虚拟财产是否属于传统刑法意义上的财产,电商企业销售主体的认定,网店民事主体资格的认定以及网络名誉权问题等等,都是当下司法学术与实务研究的焦点。本书编者寄希望通过对近年来涉网络信息案件的类型特征与审判经验的梳理、总结,为司法理论与实务界提供些许有益的思索与借鉴。

上海作为国际化的综合性大都市,既是互联网创新产业的聚集区,也是互联网消费、应用的集中区。上海的信息化发展指标一直保持国内领先水平,并已基本达到发达国家中心城市的平均水平。因此,信息安全对上海的城市建设发展尤为重要。本书编者即以有效保护社会信息安全、促进法治建设为宗旨,在全国范围内筛选曾收录于《人民法院公报案例》、《人民法院案例选》、《中国审判案例要览》、《中国法院年度案例》、《上海法院案例精选的案件》等权威媒体中涉及网络信息的案件,并在此基础上仔细遴选出75篇案例,进而又将之细分为民商事、知识产权、刑事三个审判领域。据此,本书分为“民事保护篇”、“知识产权篇”、“刑事保护篇”三个部分,案件类型涵盖名誉权纠纷、合同纠纷、不正当竞争纠纷、著作权纠纷、商标权纠纷、商业秘密纠纷、破坏计算机信息系统罪、非法获取公民个人信息罪等多种具有典型性和借鉴性的案例。其中,每个案例都统一按照“案

情”、“审判”、“评析”的结构撰写,着重体现了案例的借鉴作用,希望在分享司法论证、分析过程中,能为司法理论的研究与实践操作起到抛砖引玉之作用,并提供有益的论证思路和方法论。

由于时间有限,编写核校人数众多,本书难免存在疏漏,不当之处敬请读者批评指正。

编者

2014年12月

目 录

民事保护篇

1. 网络交易中销售主体的认定
——上海朗智机械设备有限公司诉北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司等买卖合同纠纷案 / 3
2. 未经核准登记的自然人所开网店的民事主体资格问题
——舒某某诉海南天涯在线网络科技有限公司名誉权纠纷案 / 7
3. 网络交易中网站的法律地位及责任
——应某某诉亿贝易趣网络信息服务(上海)有限公司网络购物双倍赔偿纠纷案 / 12
4. 涉名人网络名誉侵权的认定
——徐某某诉宋某某、刘某某名誉权纠纷案 / 15
5. 关于网络名誉侵权问题
——上海十方餐饮经营管理有限公司诉上海汉涛信息咨询有限公司名誉权纠纷案 / 20
6. 网络名誉侵权中侵权行为之认定标准
——李某等诉牛某等名誉权纠纷案 / 24
7. 因征信系统不实信用记录导致名誉权受损的构成要件及其认定
——周某某诉乙银行股份有限公司上海市分行名誉权纠纷案 / 28
8. 网络服务提供者的注意义务及侵权认定
——殷某诉北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷案 / 33
9. 关于电子邮件的证据形式及其证明力的认定
——永恒力公司诉科塞物流系统设备(上海)有限公司买卖合同案 / 40
10. 协议确认的单方网络数据可以用作纠纷评判依据
——叶某某诉易趣网络公司等服务合同纠纷案 / 45
11. 网络虚拟财产的善意取得及网络运营商保障协助义务之判定
——黄某诉上海盛大网络发展有限公司网络服务合同纠纷案 / 51

12. 网络团购活动举办者应对消费者承担连带赔偿责任
——焦某某诉上海热线信息网络有限公司等买卖合同纠纷案 / 55
13. 网络购物中格式条款的认定及其效力
——上海诺盛律师事务所诉上海圆迈贸易有限公司买卖合同纠纷案 / 60
14. 通过淘宝网买卖形式完成的“代购”行为的法律性质之认定
——赵某诉陈某委托合同纠纷案 / 66
15. 消费者免费下载软件不能免除软件提供者的充分告知义务
——何某诉上海很棒信息技术有限公司侵权纠纷案 / 71
16. 网络经济语境下的信赖保护
——王某诉上海付费通信息服务有限公司财产损害赔偿纠纷案 / 74

知识产权保护篇

17. 计算机软件技术保护措施之认定
——北京精雕科技有限公司诉上海奈凯电子科技有限公司计算机
软件著作权侵权案 / 83
18. 计算机远程登录取证的司法认定
——磊若公司诉肿瘤医院侵害计算机软件著作权纠纷案 / 86
19. 网络服务提供者的性质区分及侵权责任认定
——佛山市顺德区孔雀廊娱乐唱片有限公司与北京联丰通信技术
有限公司等侵犯著作权纠纷案 / 91
20. 汇编作品著作权及版式权的界定及权利范围
——《中国学术期刊(光盘版)》电子杂志社诉赵某某等侵犯汇编作品
著作权案 / 96
21. 未经许可创作的演绎作品仍受著作权法保护
——龚某某诉王某等未经许可的演绎作品著作权权属、侵权案 / 102
22. 搜索引擎服务商侵权责任认定
——上海玄霆娱乐信息科技有限公司诉北京百度网讯科技有限
公司等侵犯著作财产权纠纷案 / 110
23. 权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定时赔偿
数额的具体确定
——微软公司诉大众保险股份有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷案 / 114
24. 打击网络游戏“私服”、“外挂”行为的法律责任分配问题
——EST 软件公司诉上海摩力游数字娱乐有限公司侵害计算机
软件著作权纠纷案 / 122

-
25. 网络服务提供商对反复侵权行为的注意义务
——庄某、佐某诉上海隐志网络科技有限公司侵害信息网络传播
权纠纷案 / 126
26. 网络证据保全公证的效力判定
——广东中凯文化发展有限公司诉中国移动通信集团山东有限
公司等侵犯信息网络传播权纠纷案 / 132
27. 信息存储空间网络服务提供者的侵权责任认定
——新传在线(北京)信息技术有限公司诉上海全土豆网络科技
有限公司侵犯著作财产权案 / 137
28. 网络服务提供商承担侵权责任的类型化分析
——中国音乐著作权协会诉网易公司、移动通信公司侵害信息
网络传播权纠纷案 / 143
29. 网络传播授权的翻译与解释
——北京星传影视文化传播有限公司诉上海新华电信网络电视
有限公司侵犯著作财产权纠纷案 / 147
30. 一类商品名称的认定及商标合理使用的认定
——大宇资讯股份有限公司诉上海盛大网络发展有限公司商标侵权案 / 153
31. 商标指示性合理使用的司法认定
——立邦涂料(中国)有限公司诉上海展进贸易有限公司、浙江淘宝
网络有限公司侵害商标权纠纷案 / 160
32. 网络交易平台提供商的商标侵权责任的认定
——衣念(上海)时装贸易公司诉周某及浙江淘宝网络公司商标侵权案 / 166
33. 具有第二含义的通用名称的成立要件及其保护
——上海人才网(集团)有限公司诉上海创汇信息科技有限公司擅自
使用他人企业名称案 / 170
34. 网络环境下商业诋毁的新特点及相关主体认定
——上海万食通互联网技术有限公司诉上海邦助信息技术有限公司
商业诋毁案 / 178
35. 网络搜索引擎商标间接侵权的司法认定
——大众交通(集团)股份有限公司等诉北京百度网讯科技有限公
司等商标侵权及不正当竞争纠纷案 / 185
36. 擅自在网络搜索页面投放广告亦可构成不正当竞争
——北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司等
不正当竞争纠纷案 / 193

37. 擅自接入他人即时通讯系统的行为性质认定
——深圳市腾讯计算机系统有限公司诉上海蔚蓝计算机有限公司等
计算机软件著作权侵权及不正当竞争纠纷案 / 198
38. 盗链行为及《反不正当竞争法》第二条原则性条款的适用标准
——上海星韦慧业过滤设备有限公司诉曹某、上海翔昊环保科技有限公司、杭州阿里巴巴广告有限公司不正当竞争纠纷案 / 206
39. 网络域名侵犯注册商标专用权的司法认定及责任承担
——施华洛世奇有限公司诉王某、上海王星信息技术有限公司
计算机网络域名侵犯商标专用权案 / 212
40. 互联网有奖竞猜活动举办者不正当竞争行为的判定
——上海卓尚信息有限公司诉艺龙网信息技术(北京)有限公司
不正当竞争纠纷案 / 219
41. 电子邮件的证据属性及法律效力
——上海合家购物有限公司诉程某等侵害商业秘密纠纷案 / 223
42. 计算机软件的商业秘密保护
——杭州恒生电子股份有限公司诉姜某、上海志天信息技术有限
公司侵犯商业技术秘密案 / 226
43. 确认域名不侵权案件的成立条件及实体认定
——吴某诉中国银联股份有限公司确认不侵权案 / 233
44. 域名注册代理机构丢失域名的法律责任
——上海和平汽车销售有限公司诉上海新浪技术服务有限公司
委托续注互联网域名合同纠纷案 / 238
- 刑事保护篇**
45. 非法获取企业短信通客户的账号密码用于群发短信广告行为的定性
——芦某盗窃案 / 245
46. 虚拟财产可以成为刑法意义上的公私财产
——程某职务侵占、潘某销售赃物案 / 248
47. 网络合同诈骗的定罪量刑
——关某等合同诈骗案 / 252
48. 窃取、收买、非法提供信用卡信息资料有效性的认定标准
——焦某、周某收买、非法提供信用卡信息案 / 256
49. 网络安全犯罪的行为甄别与取证短板
——向某非法控制计算机信息系统案 / 259

-
50. 通过信息网络传播他人作品的行为性质
——付某侵犯著作权案 / 264
51. 网络语境下诽谤罪的认定标准
——毛某诽谤案 / 266
52. 网络盗窃中的电子证据取证和犯罪形态认定
——李某盗窃案 / 270
53. 销售假冒注册商标的商品罪未遂形态的界定
——周某、王某销售假冒注册商标的商品案 / 279
54. 利用网络开设赌场的罪责
——臧某等开设赌场案 / 282
55. 利用“木马”程序制造交易假象骗取他人财物的性质认定
——田某网络诈骗案 / 286
56. 利用 POS 机进行信用卡套现的定性
——程某非法经营案 / 287
57. 非法制作、销售游戏“外挂”程序的罪责
——唐某等非法经营案 / 291
58. 通过网络盗划他人资金的罪名认定及既遂标准
——沈某盗窃案 / 295
59. 利用网站设置漏洞进行充值行为的性质认定
——陈某、邢某盗窃案 / 297
60. 篡改计算机软件许可协议的行为定性
——徐某、姜某侵犯著作权案 / 300
61. 网络传播淫秽物品牟利行为的罪责
——叶某等传播淫秽物品牟利案 / 305
62. 网上开设赌场的定罪量刑
——叶某开设赌场案 / 309
63. 网络销售假药案件的定性
——佳杰郑鑫公司、郑某销售假药案 / 311
64. 网络传销的特点及认定
——胡某网络传销案 / 314
65. 虚拟货币诈骗犯罪中涉案金额的认定
——曾某某等诈骗案 / 316

66. 利用职务便利修改网络游戏数据并出售获取财物的定性 ——王某等职务侵占案	/ 320
67. 违反规定私自获取公民个人信息的性质界定 ——陈某等非法获取公民个人信息案	/ 329
68. 酒托诈财案件的定性及犯罪金额认定 ——王某等诈骗案	/ 331
69. 非法侵入计算机信息系统抬高股票价格获利行为的定性 ——赵某操纵证券交易价格案	/ 337
70. 利用未公开信息交易罪中“未公开信息”的认定 ——许某利用未公开信息交易案	/ 344
71. 未经著作权人许可运营网络游戏的性质认定 ——张某、游某侵犯著作权案	/ 346
72. 未经著作权人许可发布软件供他人下载获取广告费的定性 ——成都共软网络科技有限公司、孙某等侵犯著作权案	/ 351
73. 利用“外挂”制售虚拟货币的性质认定 ——余某等侵犯著作权案	/ 356
74. 内幕交易犯罪的司法认定 ——王某泄露内幕信息、徐某内幕交易案	/ 359
75. 利用未公开信息交易罪的法律适用 ——李某利用未公开信息交易案	/ 367
后记	/ 372

民事保护篇

1. 网络交易中销售主体的认定

——上海朗智机械设备有限公司诉北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司等买卖合同纠纷案

[当事人]

原告:上海朗智机械设备有限公司

被告:北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司

被告:上海圆迈贸易有限公司

[案情简介]

2010年3月6日,原告在域名为www.360buy.com的网站,提交购物订单,购买西部数据笔记本硬盘一台,质保期为三年,并注明发票抬头为原告,发票内容为办公用品。2010年3月9日,被告上海圆迈贸易有限公司(简称圆迈公司)将订单载明的笔记本硬盘送交原告,收取了货款,并向原告交付加盖有被告圆迈公司印章的发票,该发票左上角印刷有“京东商城 360buy.com”的字样。2010年10月8日,原告在前述网站提交维修申请,其中问题描述栏填写了“磁道损坏,不能读盘”。同日网站回复审核意见,表示开发票时有特殊提示“发票不开明细,自动放弃质保”,因发票开的是办公用品,故无法提供返修服务。审理中,原告、二被告一致确认系争笔记本硬盘目前已无法使用。

另查明,被告北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司(简称京东公司)系www.360buy.com网站经营者,在该网站上并未披露被告圆迈公司的名称以及被告京东公司与圆迈公司的关系。审理中,二被告表示京东商城是一个集团,被告京东公司仅为www.360buy.com网站经营者,负责网站技术运行,其并非京东商城的所有者,具体的贸易由案外人北京京东世纪贸易有限公司及其子公司负责,被告圆迈公司系北京京东世纪贸易有限公司在上海的子公司,本案系争货物的买卖应由被告圆迈公司负责。

原告诉称,二被告销售的硬盘存在质量问题,且拒绝履行质保义务,导致原告无法正常使用硬盘数据经营,造成经济损失。故诉请法院判令:系争硬盘作退货处理,被告京东公司退还系争硬盘货款899元,并赔偿原告相应损失。被告圆迈公司对于退还货款承担连带责任。

被告京东公司、圆迈公司共同辩称,被告京东公司仅是网站的经营者而非京东商城的所有者,仅负责交易平台,实际发货、开票、收款均由被告圆迈公司履行,故

本案买卖合同双方是原告和被告圆迈公司,与被告京东公司无涉。原告购买的硬盘不符合退货条件,原告诉请主张缺乏事实和法律依据,应予以驳回。

[审判]

一审法院认为,本案的争议焦点在于买卖合同的当事人如何确定。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)规定,合同中应包括当事人的名称。从本案事实来看,京东商城在确认订单时,并未向原告披露合同的交易主体,故涉案合同交易主体无法根据双方书面约定予以确定。《合同法》又规定,法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。本案中,双方未在订单中约定交易主体,故对交易主体这一合同主要内容未以书面形式明确,但从合同履行可见,被告京东公司负责京东商城的网站经营,发布商品信息,接收原告订单,处理原告关于质量问题的维修要求。被告圆迈公司负责京东商城上海地区的销售,由其送货、收款并开具发票,买卖合同中卖方的主要义务系由京东公司和圆迈公司共同履行完成,原告亦予以接受,符合上述法律规定要件,故可以认定原告与二被告买卖合同成立。

从消费者角度看,原告称其购买商品时系认为向京东商城购物,鉴于被告在确认订单时未披露交易主体,且京东商城无论在其网站还是发票上均显著标识了“京东商城”的文字及图案,故一审法院认为原告该认识符合消费者的一般习惯。原告在京东商城浏览、提交订单时,仅凭网站显示信息无法明确买卖合同的相对方。网络经销商认为开具发票的单位即合同的相对方,限制了消费者的知情权和交易主体选择权,不符合《合同法》的平等原则和自由原则。

从网络经销商的角度看,为了更好地扩大网络经销的规模,降低网络销售的成本,网络经销商一般会采取集团化运营的模式,将同一合同项下的不同内容交由集团中负责不同业务的独立单位分别完成。本案中,京东商城并非企业法人主体,二被告为集团内不同的企业法人,负责履行合同的不同的内容。在合同双方无明确约定的情况下,简单地将被告之一作为唯一的交易主体,承担全部的交易风险,显然与网络经销商的经营模式不符。而且,在网络交易的环境下,对交易主体的审查较传统交易更难,网络经销商有条件在合同缔结时向消费者披露交易相对方,但在提供给消费者的格式条款中未予披露交易主体,造成双方对合同主体理解上发生争议,应由其承担相应的法律后果。

综上,除非网络经销商在与消费者缔结合同时已明确告知了交易主体,否则消费者可以将向其履行合同义务的不同主体作为合同相对方,并可选择或同时要求这些主体承担合同责任。本案因被告提供的商品存在质量问题导致无法使用,原

告要求退货退款符合合同法定解除的条件,原告其余诉讼请求依据不足。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第八十七条,《中华人民共和国合同法》第十二条第一款、第三十六条、第九十四条、第九十七条,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定,判决被告京东公司退还原告货款 899 元,并从原告处取回问题硬盘,原告予以配合;被告圆迈公司对上述第一项中退款义务承担连带责任;驳回原告的其他诉讼请求。

一审判决后,原、被告均坚持己方一审理由并提起上诉,原告要求支持其全部诉讼请求,被告要求驳回原告诉讼请求。

二审法院认为,民事行为须遵循诚实信用的原则,民事行为亦须规范地予以实施,民事权利更须依法行使。京东商城网站系由京东公司经营,在京东公司未披露其他网络商品经营者的情况下,原告作为消费者在该网站上购物,系与京东公司以数据电文形式订立合同,该合同中当事人、标的、数量等主要内容明确,合同成立并生效。虽然订立合同时原告并不知晓圆迈公司为合同的实际履行人,但其后原告接受圆迈公司送货、开具发票等合同实际履行行为,并未提出异议并付清货款。因此,京东公司、圆迈公司系以不同分工共同完成与原告之间的交易行为,故二者均为合同相对方,应承担连带责任。一审判决认定事实清楚、适用法律正确,故判决驳回上诉,维持原判。

[评析]

消费者在京东商城购物,其面对的是网站背后的网络销售商,在法律上其实是一个以案外人北京京东世纪贸易有限公司为总公司的企业集团,二被告仅是该集团中承担不同分工的子公司。被告京东公司只是 www.360buy.com 网站的经营者,负责以网络平台接受订单销售商品,其所负责的基本相当于传统交易形式下的合同订立部分。被告圆迈公司负责商品运输配送、出具发票和接收货款,其所负责的基本相当于传统交易形式下的合同履行部分。可见,正是由于企业集团内部分工细化以及电子商务平台的运用,传统单一合同主体所充当的角色被多元主体所替代,从而造成合同主体认定的复杂化。尽管如此,传统合同法中认定合同主体的一些基本原则仍可适用并应予以遵循。

第一,合同主体的认定通常应首先以合同约定为依据,但本案显然缺乏明确约定。首先从网站订单来看,其通常为卖方对消费者购买商品的要约作出承诺的书面确认形式,京东商城作为承诺的发出方不仅未在其订单上写明承担卖方合同权利义务的主体,也未在网站披露的交易细则中明确具体的卖方主体。其次,从购货发票来看,其只是对消费者已支付货款的确认证明和税务凭证,无论是发票抬头还

是发票专用章所列的“上海圆迈贸易有限公司”，还是发票左上角标明的与网站相同的 logo 图案，均难以作为认定双方约定合同主体的直接依据。再次，本案可以用来推断合同主体的线索还有网站本身所标识的“360buy.com”加京东商城的 logo 图案以及网站文字中所使用的京东商城的称谓，但网站并未明确上述 logo 图案或“京东商城”到底是在狭义上指代网站经营者本身，即京东公司，还是在广义上指代作为企业集团的京东商城集团，更何况后者本身还涵盖了包括集团控股公司和子公司在内的众多不同主体。因此，由于缺乏明确的合同约定以及已有判断合同主体线索的模糊性，无法从已有的相关书面文件中直接准确判断合同主体的身份。

第二，在合同事项缺乏明确约定的情况下，应依照《合同法》第六十一条和第六十二条针对合同漏洞所确定的补充性合同解释的基本原则加以确定。需要指出的是，补充性合同解释的前提是合同欠缺的是非必要条款或约定，合同如欠缺当事人或标的等必要条款的，则依具体情形按合同不成立或无效处理。本案表面上缺乏合同主体约定，但实质并不属于欠缺合同当事人的情形。首先，从通常的消费者心理来分析，消费者在京东商城购物，其关注的显然是京东商城这一主体，可见京东商城的相对方地位是相对确定的，至于在法律上的主体未能显性化，最主要原因在于京东商城自身复杂的运营架构和不充分的披露。其次，从电子商务交易实践看，如以合同未约定主体而否定合同成立，不仅不符合促进交易的合同法原则，也会造成大量已有交易的不确定性。因此，无论从理论还是实践的角度，涉案合同中所指代的法律主体不明确，仍属于可补充的合同漏洞的范畴，应允许对其进行补充性解释。《合同法》针对合同漏洞的补充方法包括补充协议、整体解释补充、交易习惯补充以及法律的任意规定补充，但均无法在本案中适用。理由如下：其一，当事人无法就合同主体达成补充协议；其二，本案并不存在明确的书面合同且相关文件如上所述也难以反映卖方具体的主体身份，因此无法进行整体解释；其三，本案作为电子商务交易条件下出现的合同主体认定上的新问题，不存在行业惯例，双方也未举证存在交易习惯；其四，《合同法》第六十二条也无针对合同主体确定的任意规定。

第三，在法律所规定的合同漏洞的补充方法无法解决本案问题的情况下，应当回归到合同解释的本源目的，即通过解释探寻当事人双方真实意思。首先需要指出的是，这里所指的探求当事人真意，不是事实上经验的意思，而是“假设的当事人意思”，即双方当事人通常在交易上合理所意欲或接受的意思。从消费者的角度来看，由于京东网站并未明确披露其与圆迈公司乃至整个企业集团的具体架构，普通消费者在购物时其主观只认同对应的主体，即京东商城。消费者之所以愿意在京东网站上购物，显然不是仅仅基于对注册资本仅有百万，主要负责网络平台运营的网站经营者（京东公司）本身的信赖，而是基于网站所代表的整体京东企业集团所

具有的商业实力、信誉及履约能力的信赖。事实上,京东商城在网站“关于我们”栏目的公司简介中所描述的“京东商城”指的也是资本雄厚、子公司遍及全国的京东企业集团,这正是其利用集团信用为合同订立和履行提供保证的表现。因此,买卖双方客观可推断的意思均表明,卖方合同主体不应局限于京东公司,而应延伸至京东商城企业集团层面。当然,就其范围而言,应以买卖双方均可合理期待的主体范围为限,如本案中与合同签订和履行存在直接关联的京东公司和圆迈公司。

第四,从缔约能力和合同公平性的角度,采纳原告的诉讼主体选择有其合理性。一方面,从消费者角度看,代表京东商城企业集团具体从事交易行为的卖方主体包括京东公司和圆迈公司,两者都使用了京东商城的 logo 标志,共同与消费者发生接触并实际承担了买卖合同中卖方的权利和义务,客观上也给了消费者信赖其为共同合同相对人的“表象”。因此,无论是从民事诉讼中原告处分其诉讼权利的角度,还是从网络经销商未明确披露交易主体的情况下消费者保护的角度,消费者均有权选择或者同时将京东公司和圆迈公司列为合同相对人及诉讼被告。另一方面,从网络经销商的角度看,其采取集团化运营的模式,并授权其不同子公司使用京东商城的名称与消费者发生交易,是其采用的内部管理模式,不能据此免除或减少其法律责任,更不能对抗善意的合同相对方,尤其不能以开具发票单位即为合同相对方为由限制消费者的合同主体选择权。而且,京东商城作为具有相当规模以及提供格式合同的一方,明确具体的合同相对方是其规范交易的重要环节,由于其自身原因导致格式合同中未能加以明确,应推定其在合同订立时,就应当合理预见由相关合同主体共同承担合同责任以及相应法律后果的结果。

[案例提供单位:上海市浦东新区人民法院]

(编写人:曹克睿 杜晓淳 丁 勇)

2. 未经核准登记的自然人所开网店的民事主体资格问题

——舒某某诉海南天涯在线网络科技有限公司名誉权纠纷案

[当事人]

原告:舒某某

被告:海南天涯在线网络科技有限公司

[案情简介]

原告于 2005 年 9 月 27 日在淘宝网注册成立名为“LUNA LIMITED(LUNA

LIMITED)”)的女装店铺(即原告所称“LUNA LIMITED”网店)销售服饰鞋包,并设有支付宝账户,通过实名认证,该店铺已成为淘宝网的皇冠卖家。自2009年5月起,有网民在被告创办的“天涯社区”论坛和博客上先后发布名为“淘宝LUNA的独家神话被打破”、“淘宝五皇冠大店‘luna limited’检举材料”等多篇帖子、文章和漫画,宣称“LUNA LIMITED”网店涉嫌造假贩假、偷税漏税、虚假广告、信用作弊等违法犯罪行为,借机诽谤和诋毁,引起众多网友关注。原告曾多次向被告投诉,并于2010年6月21日、8月16日两次致函被告,要求其接函后立即全部删除侵权文章及帖子,但被告未采取任何必要措施。

原告认为,被告的不作为,损害了原告网店的名誉权。该网店属于个体工商户性质,其作为店主有权主张网店的权利。故诉至法院,请求判令:(1)被告立即停止侵害“LUNA LIMITED”淘宝店铺的名誉权,并删除被告“天涯社区”网站上的涉案图片5幅,文帖9篇,照片1张;(2)被告在其“天涯社区”网站首页上刊登向“LUNA LIMITED”淘宝店铺赔礼道歉的声明以消除影响,并恢复原告的名誉;(3)被告支付“LUNA LIMITED”淘宝店铺经济损失人民币6000元;(4)被告支付“LUNA LIMITED”淘宝店铺精神损害抚慰金人民币10000元。

[审判]

一审法院认为:首先,涉案“LUNA LIMITED”网店并非法律规定的民事主体,依法不享有名誉权。所谓民事主体,是指根据法律规定,能够参与民事法律关系,享有民事权利和承担民事义务的当事人。作为民事主体,不但须是适合于享有民事权利的社会存在,还须经国家法律的认可。“LUNA LIMITED”网店是原告舒某某基于销售商品目的,经相关网络服务提供者审查认可,在虚拟的网络环境下设立的店铺。目前对于该类网店,我国法律尚未赋予其民事主体地位。其次,原告舒某某作为民法上的自然人主体,有权为主张本人的权利而提起诉讼,但原告舒某某在本案以本人名义起诉并主张“LUNA LIMITED”网店的“民事权利”,理由是该网店属于个体工商户性质,原告作为店主有权为其主张权利。对此,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十六条规定:“公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。”而“LUNA LIMITED”网店未经工商部门核准登记,依法不属于个体工商户范畴,故原告无权以店主身份提起诉讼。综上,原告舒某某的起诉不符合法律规定的条件。据此,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条第一款之规定,裁定驳回原告舒某某的起诉。

一审裁定后,双方当事人均未提起上诉,一审裁定已生效。

[评析]

网店是自然人、法人、其他组织基于销售商品目的,经相关网络服务提供者审查认可,在虚拟的网络环境下设立的店铺。网店分为未办理工商登记注册的和已办理工商登记注册的两种。前者如本案的“LUNA LIMITED”网店,仅通过网络交易平台服务经营者的实名认证;后者如合伙企业、法人、个体工商户。本案讨论的网店限于前者,因后者的主体地位已由法律明确规定。由于涉案网店未经工商登记注册,故网店无法直接作为原告起诉,于是本案中,作为网店店主的舒某某以自己名义起诉主张“LUNA LIMITED”网店的名誉权,理由是该网店属于个体工商户性质,原告作为业主有权为其主张权利。而根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第二十六条规定,个体工商户需依法经核准登记,故该理由不成立。由于在民事诉讼中,原告资格是一个至关重要的问题,是否具有起诉主体资格是民事诉讼程序开始的前提,因此本案关键在于审查舒某某是否可以作为原告主张网店的权利。

一、我国关于原告资格的认识变迁与诉讼担当制度的出现

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条第一款是对民事起诉主体的限制,规定了成为民事诉讼原告的资格条件。根据该项条文,具备民事诉讼原告资格,条件有二:一是实质要件,即与所诉案件有直接利害关系;二是形式要件,即必须是可以成为诉讼主体的公民、法人或其他组织。“直接利害关系”意味着只有因自己的权利受到侵犯或与他人发生争议的一方才能作为原告,进行诉讼的目的只能是为了保护自身民事权益。由于直接利害关系说将实体请求权等同于诉权,将程序当事人等同于实体权利义务承受者,导致程序意义上的原告资格具有了依附于民事实体法的特征,不符合诉讼的现实发展和高效、整体、公正解决现代型纠纷的需要,一直备受诟病。近年来,理论上开始有所突破,出现修正利害关系说,将原告的定义修正为“因自己或者依法受其管理支配的民事权益与他人发生争议,以自己的名义向人民法院提起诉讼,从而引起民事诉讼程序发生的人。”^①该学说最直接的后果是法律开始承认诉讼担当。

所谓诉讼担当,是指“本不是权利或民事法律关系主体的第三人,对他人的权利或法律关系有管理权,以当事人的地位,就该法律关系所产生的纠纷行使诉讼实施权,判决的效力及于原民事法律关系的主体”。^②民事诉讼担当制度使原本不具备实体意义上诉权的第三主体获得了行使程序意义上诉权的资格,扩大了适格当

^① 张晋红主编:《中国民事诉讼法》,中国政法大学出版社1996年版,第90—91页。

^② 江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第404页。

事人的范围,也扩充了利益主体的救济范围。

根据诉讼担当权的来源不同,民事诉讼担当一般分为两大类:法定诉讼担当和任意诉讼担当。法定诉讼担当,是指诉讼担当人根据法律规定的强制授权条款取得诉权,以自己的名义为他人权利进行诉讼。^①如诉讼中的代位债权人、破产案件中的管理人、遗产管理人、死亡公民的亲属和继承人等,其并非实体法律关系的主体,却可作为诉讼主体而参与诉讼。任意诉讼担当是指受托的第三人依据法律关系主体的直接意思表示,以双方合意方式取得诉权。分为法律明确规定的任意诉讼担当与扩大适用的任意诉讼担当两种。法律明确规定的任意诉讼担当,是指法律明确允许一定类型案件可以由他人进行诉讼担当。如我国《民事诉讼法》第五十四、五十五条规定的代表人诉讼制度。扩大适用的任意诉讼担当,指在法律没有明文规定也没有明文禁止的情况下,当事人自行决定适用诉讼担当制度的情形。

二、本案中舒某某的原告资格分析

舒某某作为自然人,有权以自己名义提起诉讼,但是否有权提起诉讼,主张网店的权利,就涉及到本案是否符合诉讼担当的情形。

本案情况显然不属于法定的诉讼担当和法律明确规定的任意诉讼担当范畴,因为二者都需要由法律明确规定。而诉讼担当中,仅有扩大适用的任意诉讼担当不是由立法明确规定,而是司法者出于避免权利无法得到救济或无法得到及时救济的正当性、紧迫性考量,行使自由裁量权,允许个案中他人代为主张权利主体的权利。那么,本案是否可以扩大适用任意的诉讼担当,这就需要对本案是否可以扩大适用任意诉讼担当在司法过程中进行正当性论证。

扩大适用的任意的诉讼担当可以进一步细分为为了权利主体利益和为了诉讼担当人利益两种类型。为了权利主体利益类型的适用范围基本上可以定位为原则上禁止,极个别情况下允许。这里的极个别情况是指同时满足“若是不予承认任意的诉讼担当,实际上权利归属主体就难以起诉或进行诉讼实施,而且有可能使自己权利无法获得有效保护”和“诉讼担当人对于该权利关系的参与达到‘等于或超越权利关系主体对于该权利关系了解’的程度”的双重限制。为了诉讼担当人利益类型的适用范围可以定位为:“诉讼担当人除了进行诉讼担当之外,别无他法足以维护其合法权益”。^②

^① 谢绍静:《试论我国民事诉讼担当制度之完善》,《昆明理工大学学报》(社会科学版)2007年第5期。

^② 肖建国、黄忠顺:《任意诉讼担当的类型化分析》,《北京科技大学学报》(社会科学版)2009年第1期。

本案情况不符合为了权利主体利益类型,理由很简单,涉案网店并非民事主体,不享有民事权利,也就不存在需要第三人代为实施诉讼的必要。^①所谓民事主体,是实体法上的概念,指根据法律规定,能够参与民事法律关系,享有民事权利和承担民事义务的当事人。主流的民事主体判断标准认为,民事主体的本质条件包括两个方面:一是一定的社会经济条件的存在;二是国家法律的确认。^②

应该说,未经登记的网店在网店中所占比例最大,在社会生活中扮演着举足轻重的角色,是经济生活中一股不可忽视的潜流,但未经工商登记的网店与作为网店店主的自然人主体身份是有区别的,原因如下:(1)网店身份是由网络管理者认可,自然人身份是由国家户籍管理部门确认的;(2)网店身份是在特定的网络环境中存在,是相对的,而自然人的身份是绝对的,任何主体都负有不得侵害的义务;(3)网店身份的确定是为了销售商品的特定目的,而自然人身份是为权利主体生存、发展的利益保护为目的而依法确定的。可见,网店身份与自然人身份是不能简单合一。同时,未经工商登记的网店由于财产状况、组织机构都处于不确定、不规范的状态,与作为民事主体的店主分离性不够,其独立意志难以体现,尚不属于适合于独立享有民事权利的社会存在范畴。特别是目前国家法律在未强制要求网店进行工商登记的同时,也没有承认未经登记的网店的民事主体地位。故涉案网店非民事主体,也难以享有包括名誉权在内的民事权利。

本案情况也不符合为了诉讼当事人利益的类型,理由就在于舒某某作为网店店主,是自然人身份,依法享有名誉权,当网络言论对原告的现实社会评价产生影响时,舒某某可以依法提起诉讼保护自己的名誉权,故并不存在必须承认诉讼担当的急迫情形。

综上,目前并不存在舒某某对网店拥有诉讼实施权的法律和理论依据,舒某某在本案中并非适格原告。网店有三种形态:C2C、B2B、B2C,其中C2C是个人所开设的网店。C2C网店的数量远大于B2B、B2C网店的数量,C2C网店多未经工商登记,尽管C2C网店店主需向电子商务平台提供实名信息登记,但不排除冒用、借用他人身份的可能性,这就增加了监管方面的难度。而网络交易自身发展出的信用评价机制能在一定程度上弥补这一缺漏,这种信用评价不但表现在网购过程中,买家对交易的

^① 这里需要说明的是,我国现行法上也有对无权利对应保障的损害予以救济的规定。比如《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》规定,死者名誉受到损害的,其近亲属有权向人民法院起诉。这意味着死者不享有民事权利,却能够成为被诉讼担当的主体。应该说,对死者名誉的保护,既是对生前名誉权保护的延续,又是对人的尊严不可侵犯的法则的维护。而涉案网店显然不在无权利对应保障也应受救济的范畴内。

^② 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第63页。