

● 国际法

欧盟电子消费合同管辖权问题研究*

郭玉军, 向在胜

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 郭玉军(1964-), 女, 河北唐山人, 武汉大学国际法研究所教授, 法学博士, 主要从事国际私法、艺术法学研究; 向在胜(1971-), 男, 河南桐柏人, 武汉大学国际法研究所硕士生, 主要从事国际私法研究。

[摘 要] 为了适应电子商务迅猛发展的形势, 并确保消费者对电子商务的信心, 在最近通过的《民商事管辖权及判决的承认与执行条例》中, 欧盟对电子消费合同的管辖权问题作出了专门规定。“针对性”方法将成为未来电子商务管辖权的理性选择, 将能真正作为确定电子商务案件管辖权的科学依据。

[关键词] 欧盟; 电子消费合同; 管辖权

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002)03-0343-06

近年来, 随着欧洲共同体内部经济关系的巨大变化, 科学技术的飞跃发展, 贸易活动的不断演变, 以及新的商务活动方式的不断涌现, 对《民商事案件管辖权及判决的承认与执行公约》(下称《布鲁塞尔公约》)进行修订开始正式纳入欧盟的工作日程。经过 3 年的反复酝酿、讨论和修改, 最终由欧盟理事会于 2000 年 12 月 22 日正式通过《民商事案件管辖权及判决的承认与执行条例》(下称《布鲁塞尔条例》)。在《布鲁塞尔条例》的制定过程中, 电子消费合同管辖权一直是一个颇受关注和争议的问题。近些年来, 电子商务管辖权问题亦日益引起我国学者的关注, 鉴于此, 本文试图围绕《布鲁塞尔条例》中有关电子消费合同的管辖权问题作一研究。

一、《布鲁塞尔条例》对公约有关消费合同管辖权规则的变更——“针对性”模式

就合同事项而言, 《布鲁塞尔公约》第 2 条所确立的一般管辖权规则允许被告住所地法院行使管辖权。而第 5 条第 1 款确立的特殊管辖权规则则规定, 合同履行地法院亦可行使管辖权。另外, 公约第 14 条又为消费合同规定了一条例外规则, 即消费者可以选择在其住所地法院或企业住所地法院起诉企业。当然, 启动这一例外规则尚需满足第 13 条所规定的两项条件: (a) 在合同签订之前, 企业在消费者住所地国曾向消费者发出特定邀请或做广告; (b) 在该国(消费者住所地国)消费者为签订合同而采取过必要行动。

《布鲁塞尔条例》仍然保留了公约所确立的一般管辖权规则和特殊管辖权规则, 只是在第 15 条改变了公约确立的例外规则, 将其中的两项条件转变为一项单一的标准, 即允许消费者在满足以下标准的情况下选择法院起诉企业: 如果“该合同是在消费者所居住的成员国与从事贸易或职业活动的当事人签

订,或者,该当事人通过任何方式针对该成员国或针对包括该成员国的几个国家从事上述活动,而且该合同属于这些活动的范围”。

就例外规则而言,如前所述,公约的管辖标准特别强调在企业的活动与消费者住所地国之间应存在两项物理联系,即企业在消费者住所地国曾向消费者发出邀请或做广告,以及消费者在其住所地国采取特定步骤以签订合同。欧洲法院曾就第 13 条的适用作出解释,认为公约并不轻易允许原告住所地国法院行使管辖权,如果原告欲启动上述例外规则,必须以有关争议与原告住所地国之间比该争议与被告住所地国之间有更密切的联系为基础^[1](P.179)。公约第 13 条的两项条件正体现了这一精神。而《布鲁塞尔条例》第 15 条则继承了公约的上述精神,亦要求有关争议与原告住所地国之间存在某种物理联系,只是为了适应电子商务的发展而做了适当变通,即要求合同在消费者住所地国签订或企业“针对”该国从事贸易或职业活动,且有关合同属于这些活动的范围。

按照欧盟委员会的解释,第 15 条所确立的“针对性”模式主要是针对电子消费合同的。条例草案序言第 13 条曾特别强调,第 15 条所确立的“针对性”模式适用于企业的任何网站,即使该网站建立在消费者居住地国之外亦是如此。该条款还为“针对性”活动下了一个定义,指出,“从事可在另一成员国访问的有关货物与服务的电子商务,均构成针对该国的活动”。显然,这一“针对性”概念所涵盖的范围相当广泛。随后,条例草案的解释备忘录进一步厘清了第 15 条的适用范围,指出第 15 条适用于通过可在消费者居住地国访问的交互型网站(interactive website)所签订的消费合同,并特别强调,对于被动型网站(passive site),由于消费者通过它只能获得有关购买的可能性,其不构成“针对性”活动。

《布鲁塞尔条例》的“针对性”模式自提出以来便遭到了企业界的强烈批评和消费者组织的大力支持。企业界对“针对性”模式的批评主要有以下理由:第一,《布鲁塞尔条例》和《布鲁塞尔公约》的制定环境不同。在起草《布鲁塞尔公约》和罗马公约时,共同体尚不存在一个消费者保护协调框架,因此有必要对单一市场原则作出一些例外规定,以增强消费者远距离购买的信心。而在 1999 年,情况已经完全不同,一个相对完善的消费者保护协调框架已基本存在,是否有必要为消费者争议提供一套特别的管辖权和法律适用机制值得怀疑。第二,该模式将使企业尤其是中小企业的经营成本和风险大增,不仅打击它们对电子商务的信心,而且亦不符合欧洲判例法对服务自由流动的解释。第三,该模式与电子商务指令的“来源地”原则冲突。而消费者支持的理由则主要基于对消费者作为弱势一方的必要保护。正如英国沃立克大学的 John Dickie 教授所指出的,“将处理外国管辖权 and 法律的负担加给企业明显更为合理,因为企业一般说来拥有更多的资源和经验,而且它们更倾向于考虑如何在事发之前避免争议的产生”^[2](P.304)。

当然,欧洲企业界尤其是中小企业之所以对《布鲁塞尔条例》中的“针对性”管辖权模式感到恐惧,还存在着一定的误解成分。一种观点认为,即使企业只是通过网站被动地进行交易,也将面临在无数可访问其网站的管辖区域被起诉的被动局面。根据第 15 条的规定,企业的网络活动若要构成“针对”消费者居住地,不仅其网站有必要是交互型网站,而且其还必须通过该网站与消费者签订了合同。仅仅访问是不足以启动第 15 条的例外规则的。还有一观点则把网页看成了向访问其网站的用户销售产品或提供服务的有拘束力的要约,这样,一旦用户在线作出肯定的答复(即承诺),合同便告成立,企业便面临着在消费者居住地被起诉的可能。这种看法也是不对的。网页在本质上是要约邀请,相当于传统商务中的邮寄产品名单或者商店窗口,在实践中,通常都是消费者先发出订单,然后再由企业作出确认,也就是说,企业在电子消费合同的成立问题上拥有主动权,其完全可以在对相关风险进行审慎分析之后再作出是否交易的决策。

二、《布鲁塞尔条例》“针对性”模式与美国“针对性”模式的关系

《布鲁塞尔条例》的“针对性”模式是对美国以企业活动作为确定管辖权的连接因素的法律理念的借

鉴,反映了美国法院在审理网络案件中的最新理论发展。美国法院网络案件管辖权的“针对性”模式以两个学说为核心,其一是“进一步活动”说(additional activity),其二是“按比例增减”说(sliding scale)。根据“进一步活动”说,如果当事人仅仅设立了一个网站或在网络上提供了一些信息或产品(如软件),但并没有作出针对法院地的有意行为,则法院不得对其行使管辖权。这里的“进一步活动”,指的是被告所实施的能够显示其有服务于某一特定法院地市场的故意或意图的行为,这些行为将促使被告意识到其将受到某一特定法院的法律约束。由于网络全球性、实时性和非中心化的特点,网站上的信息在理论上可以为世界各地的用户在任何时候获得,如果被告仅仅设立了一个网站或在网络上提供了一些信息或产品,而没有做出其他“进一步活动”,则当事人并没有有意从某一特定的州或国家获取利益,更没有与某一特定的州或国家建立“实质联系”,因此,其行为对某一特定的州或国家来说不构成“针对性”。

“按比例增减”说则认为,法院行使长臂管辖权符合正当程序要求的可能性与当事人通过网络从事商事活动的性质和质量直接成正比,并将当事人的活动根据其性质分为三个层次:1. 当事人通过商业型网站从事商事交易;2. 当事人通过交互型网站进行信息交流;3. 仅仅在被动型网站上提供一些信息。在上述三个层次中,对第一层次的网络活动行使管辖权基本上都是正当的,而对第三层次的网络活动则不能行使管辖权,至于第二层次的网络活动,对其行使管辖权的可能性,与该层次信息交流的交互程度和商业性质呈“按比例增减”关系,也就是说,通过个案分析,如果一案件的具体情况更接近第一层次,便可以由被告行使管辖权,反之,便不能对其行使管辖权。第二层次包括的范围相当广泛,处于在网络上从事商事活动和仅仅在网络上进行广告宣传之间的灰色区域,实践中主要包括在交互型网站中申请加入邮递列表、订阅网上杂志和登记注册等情况。

在目前美国的“针对性”模式中,出现了将“按比例增减”说和“进一步活动”说进行结合的趋势,强调法院在考察被告网络活动的交互性和商业性的同时,还要考察其是否实施了“进一步活动”。在实践中,“进一步活动”主要表现为以下几种形式:1. 针对法院地的特定交易活动。如果非法院地居民通过网站与法院地居民进行某种特定的交易,比如签订了合同,则这种特定交易构成“进一步活动”。2. 主动向某一特定法院地发送(pushing)信息。3. 选择发送信息所使用的语言。当然,英语是商业通用语言,选择英语不能认为是针对说英语国家的。4. 选择某种在一定范围内流通的货币可以作为针对该区域的证据。但对于美元、欧元等通用货币,这一结论便不成立。5. 在交易中明确选择某国法律作为准据法或者选择某国税法作为税收规则,也可以作为针对该国的证据。6. 免责条款(disclaimers)。鉴于网络的全球性特征,企业往往会在网站上对其交易范围作出明确的声明,表示只愿意同来自某一地区的用户进行交易,这种声明对该被指定区域而言,便是一种针对性的证明。

美国的“针对性”概念已日益引起世人的注意。经合组织(OECD)于1999年通过的关于在电子商务中保护消费者的行动纲领中便提到了“针对性”概念,北欧消费者监察专员机构(the Nordic Consumer Ombudsmen)在解决消费者争议时也采用了“针对性”模式。

欧盟之所以借鉴美国的“针对性”模式,笔者认为可能有以下原因:第一,正如一位欧洲学者所指出的,“针对性”方法本身可以作为美国判例法和欧洲成文法之间冲突的协调器,因为这一方法可以从一个假设的前提出发进行抽象的解释,从而满足成文法传统对于事先制订好的抽象规则的需要^[3]()。第二,就消费者争议而言,这一模式在一定程度上可以达到原告法院管辖(forum actoris)的效果,从而实现由消费者住所地法院行使管辖权的目的。

当然,《布鲁塞尔条例》“针对性”模式虽然自美国借鉴而来,但二者之间仍有一些细微差别。《布鲁塞尔条例》在判断企业的网络活动是否构成“针对”消费者居住地时,考察的是双方之间是否签订了消费合同,这是一个客观标准,法官没有自由裁量权,我们可以姑且将这种“针对性”模式称之为客观论的“针对性”模式。而在美国,法官在这一问题上却有相当程度的自由裁量权,联邦最高法院在长臂管辖权理论适用于网络案件的问题上尚没有作出判例,这方面也没有任何成文法规定,即使是已有的一些学说和理论如“进一步活动”说和“按比例增减”说等,亦有诸多不完善之处,比如对于处于“按比例增减”说中第

二层次的网络活动是否构成“有意利用”，该学说并未给予具体指导，全仰赖法官的主观判断，因此，如果与《布鲁塞尔条例》的“针对性”模式相比，完全可以将美国的“针对性”模式称作主观论的“针对性”模式。客观地说，很难对欧美这两种模式的优劣作出区分，因为它们分别是与其所属法系的法律理念与传统相适应的。不过从实际效果来看，由于没有有拘束力的权威判例的指导，美国的“针对性”模式在司法实践中的适用相当混乱，缺乏足够的统一性和一致性。

三、《布鲁塞尔条例》“针对性”模式与电子商务指令“来源地”原则的关系

如前所述，企业界反对条例“针对性”管辖权模式的一个非常重要的理由是，他们认为该管辖权模式的“目的地”性格与电子商务指令中的“来源地”原则是冲突的。该指令采纳了如下原则，即，为了确保对公共利益的有效保护，应在其活动来源地对信息社会服务进行管理，而且该活动只应受到服务提供机构设立地所在国法律的约束。企业界认为，指令中的“来源地”原则要求企业只需接受设立地国法律的管辖，而“针对性”模式亦要求企业接受其电子商务活动所“针对”的成员国法院的管辖，二者显然是矛盾的^[4] (P.106)。笔者认为这种观点值得商榷，理由有三：1. 上述两项法律文件中所规定的管辖权基础分属不同层次，彼此间不会产生冲突。《布鲁塞尔条例》规定的是对人管辖权 (personal jurisdiction)，而电子商务指令所规定的则是与标的有关的管辖权 (jurisdiction relating to subject-matter)^[5] (P.5)。2. 上述两份法律文件的性质亦是不同的。事实上，电子商务指令属于公法性质，主要为成员国规制网络服务提供一个法律框架。而《布鲁塞尔条例》调整的则是私的、具有跨国因素的关系，也就是说，其主要为个人其中包括消费者的跨国民商行为提供一套国际私法规则^[5] (P.5)。3. 也是最重要的理由，电子商务指令明确指出，该指令将不影响国际私法或消费者的民事权利。指令序言第 23 条、正文第 1 条第 4 款均强调，该指令不准备另外设立国际私法规则或处理法院的管辖权问题。序言第 55 条指出，该指令不影响有关消费合同的准据法；正文第 3 条第 3 款以及附录亦将消费合同的合同义务问题从“来源地”原则的适用范围中排除出去。

因此，无论是从两份法律文件的性质的角度，抑或从国际私法本身或保护消费者的角度，《布鲁塞尔条例》的有关规定均不违反电子商务指令中的“来源地”原则。

四、“针对性”管辖权模式与诚实信用原则

《布鲁塞尔条例》的“针对性”管辖权模式在实践中的运作需要解决两个问题，一是消费者的身份确认 (identification)，二是消费者的地理位置确认 (localisation)。第一个问题之所以必要，是因为只有事先确认了对方的消费者身份，才能知道对方是否将会享受《布鲁塞尔条例》第 15 条的保护性规定。而第二个问题之所以必要，是因为只有事先确认了对方的居住地，才会使企业能够判断是否有必要因为与对方签订合同而冒在其居住地法院被起诉的风险。笔者认为，就 B2C 电子商务而言，由于有保护消费者的政策问题，消费者一方在交易时显示其身份显然是必要的。至于第二个问题，合同各方当事人应该提供其惯常居所地或成立地，从而使得各方能够对对方的陈述产生善意的信赖。合同必须“地域化” (localisation)。当不能确定合同的义务履行地时，至少也应确认双方当事人的所在地。合同的“地域化”亦是满足国际私法目标的需要。

笔者认为，上述两个问题既是技术问题，同时又是法律问题。从技术上而言，企业在交易时采用一定的技术手段以探寻对方当事人的身份及所处位置并不是不可能。比如，在实践中，企业往往会在其订单处理系统中设置一个滚动菜单，在交易之前，先由用户对其消费者身份进行注册，然后再在菜单上所列举的国家或地区 (如美国的州) 中选择其所在国家或地区，如果企业不愿与来自某一国家或地区的用户交易，便会对其发出的订单予以拒绝。但笔者认为，仅仅从技术上解决上述两个问题是远远不够的，

从法律的角度对上述问题进行规制显然更为重要。由于上述问题的解决从根本上有赖于各方当事人尤其是消费者一方的诚实信用,因此,诚信原则应发挥重要作用。

如果我们假设,一家法国的网络企业非常不愿意去英国诉讼,其在网页上宣称将不与来自英国的用户交易,而且其订单处理系统亦将拒绝来自英国的订单,但如果一名英国用户虚报其地址,对该法国企业产生了误导,促使与其签订了合同,那么一旦产生争议,该用户可否在英国起诉该法国企业呢?答案显然是否定的,法国企业完全可以要求英国用户不得反言(estoppel)。关于禁止反言适用于上述问题的结论,可以从欧洲法院的有关判例中经过类推得出,比如在 *Segoura v. Bonakdarian* 案、*Tilly Russ v. Haven* 案以及 *Berghoefer v. ASA* 等案中,欧洲法院便根据诚实信用原则对《布鲁塞尔公约》第17条关于管辖权条款必须采书面或以书面证明的要求给予了限制。当然,如果《布鲁塞尔条例》第15条或其他条款能够就保护网络企业对对方当事人(消费者)的善意信赖问题作出明确规定将再好不过,因为如前所述,这一问题对于企业在电子商务中预测其所面对的法律环境是至关重要的,比如说,企业在多大程度上对其不知道或不能合理地知道其在与消费者进行交易的问题负有举证责任?

五、反“针对性”措施的法律分析

在电子商务中,企业若要避免在不同国家遭受起诉的被动局面,可以采取两项措施,一是法律措施,如在网页上的免责条款中宣称不与某些国家的消费者进行交易,另一是使用技术措施以限制某些国家的消费者访问其网站。由于各种原因,比如所提供产品或服务的针对性、地理位置的遥远、讨厌或陌生的法律环境等,网络企业往往不愿与某些国家的消费者进行交易,此时采取一些反“针对性”措施对这些企业来说显然是很重要的,因此有必要就这些措施的法律效力问题进行探讨。

1. 运用免责条款拒绝消费者。这是一项典型的法律措施,为企业经常采用,比如,“本网站不对德国消费者的合同要约开放”。但这一措施的法律效力却有相当程度的不确定性。譬如,法国法规定,与消费者签订合同,其所有条款和条件均必须采用法文。这样,如果一名居住于法国的消费者访问了一家设立于英国的英文网站,而该网站含有一条免责条款(英文),其中规定该网站不对法国消费者开放,但该消费者却与该网站签约,并最终在法国法院起诉该网站。根据法国法,该英国网站中的免责条款显然是无效的。在法国,消费合同以法文签订是法国消费者保护法的一项强制性规定,这样,法国法院很可能就会无视该英国企业网站中的有关声明。很显然,免责条款的法律效力是一个很复杂、棘手的问题,涉及到多方面的法律问题,如企业与消费者利益的平衡、诚信原则与消费者保护政策的关系以及各成员国相关法律的协调等等,笔者认为,就欧盟而言,这一问题有必要在共同体立法的层面予以统一。

2. 使用技术措施以限制消费者访问。这是企业限制自己进入某国市场的一种技术手段,对其法律效力不存在任何争议,即使是欧洲直接销售联合会亦承认其不违反非歧视性原则。

学者们普遍认为,由于传统的管辖权规则以地域为中心,网络空间的全球性、实时性和非中心化一方面使司法管辖区域的界限变得模糊,另一方面又使得各方当事人的住所、行为等连接因素变得不易确定,从而使传统的管辖权规则面临挑战。但笔者认为,对这种挑战不可过分夸大。在网络空间中,人与人之间的交往不是“面对面”(face-to-face)而是“背对背”(back-to-back)的交往,在很多情况下人们并不知道亦没有必要甚或根本也不想知道对方的身份,从这个意义上将网络空间称作“虚拟空间”是合理的。但不能忘记,这一“虚拟空间”是以现代科学技术为依托的,其具有客观性,和传统的非网络活动一样,其反映了人们的主观意志,是人类活动的延伸和物化。从这一角度说,“虚拟空间”和现实空间并非绝然割裂,而是有密切联系的。当“虚拟空间”和现实空间之间存在某一连接点,比如,当通过网络实施的某一活动对一自然人或法人实体造成了损害,此时将这一网络活动“地域化”便是可能的。传统地域性管辖权规则能否成功应对网络对其提出的挑战,关键在于能否为网络活动的“地域化”提供一套科学的方法论,而“针对性”模式显然为我们提供了一个合理的选择。也许我们无法判断某一网络活动是否发生于

某一地域,但我们却可以判断该活动是否“针对”该地域。

当然,“针对性”方法若要成为未来电子商务管辖权模式的合理选择,尚有很多工作需要做。首先这一概念尚有待于世界上其他大多数国家的接受和承认,而更为重要的是,还需要从技术和法律两个方面去界定和完善“针对性”这一标准。只有在“针对性”这一概念有了科学而统一的含义和适用标准,而且在技术上亦比较完善而可行的时候,才能真正作为确定电子商务案件管辖权的科学依据。

[参 考 文 献]

- [1] Fedetion of European direct marketing. Applicable law and jurisdiction in electronic commerce fedma position paper[EB/OL]. www.europa.eu.int/comm/scic/conferences/991104/contributions.pdf, 2001-08-10.
- [2] John Dickie. “Hearing on Electronic Commerce; Jurisdiction and Applicable Law” Position Papers submitted to the European Commission[EB/OL]. www.europa.eu.int/comm/scic/conferences/991104/contributions.pdf, 2001-08-10.
- [3] James A Graham. <!DOCTYPE HTML PUBLIC “-//W3C//DTD HTML 3.2//EN”> European Private International Law and E-commerce; Comments to the Draft Final ABA Report[EB/OL]. www.kentlaw.edu/cyberlaw/docs/foreign/, 2001-08-15.
- [4] Stuart Dutson. E-Commerce-European Union Transnational E-Commerce[J]. Computer Law & Security Report, 2000, 16.
- [5] Peter Stone. Internet Consumer Contracts and European Private International Law[J]. Information and Communications Technology Law, 2000, (9).

(责任编辑 车 英)

Research on EU Electronic Consumer Contract Jurisdiction

GUO Yu-jun, XIANG Zai-sheng

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: GUO Yu-jun (1964-), female, Professor, Doctor, Wuhan University Law School, majoring in private international law and the law of art; XIANG Zai-sheng (1971-), male, Graduate, Wuhan University Law School, majoring in private international law.

Abstract: In order to adapt itself to the development of E-commerce and guarantee the consumers' confidence in E-commerce, EU has given special provisions to electronic consumer contract jurisdiction in recently passed “council regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters”. The “target” method will be a rational choice of E-commerce jurisdiction as well as a reasonable basis for E-commerce jurisdiction.

Key words: EU; electronic consumer contract; jurisdiction