

● 国际法

电子商务管辖权规制的探讨^{*}

汪 金 兰

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 汪金兰(1966-), 女, 安徽怀宁人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事国际私法学研究。

[摘 要] 管辖权是解决电子商务争议案件的先决问题。在网络环境下, 传统的管辖权规则受到严重挑战。如何规制电子商务的管辖权规则, 在学术界已提出多种管辖理论。在实践中, 欧美国家的判例也形成一些处理网络案件的管辖权规则。一些国际组织也在进行电子商务的国际管辖权规则的国际立法。但在新的统一管辖权规则形成之前, 各国将通过对传统管辖权规则进行解释的方法, 来确定具体网络案件的管辖权。

[关键词] 电子商务; 管辖权; 网址

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002) 01-0018-06

一、电子商务对传统管辖权规则的挑战

随着计算机技术的发展和因特网的推广应用, 电子商务作为一种新生力量, 得到了迅速的发展, 并将成为未来国际商务的主流。由电子商务而引发的法律问题也日益受到国际社会的广泛关注。为使电子商务能够健康有序地发展, 对电子商务进行必要的法律规制是各国和国际社会所面临的共同课题^①。电子商务涵盖的内容丰富而复杂, 但其涉及的法律问题主要有两大类: 一类是合同问题, 另一类是侵权问题。随着电子商务的发展, 其所引发的法律问题与法律争议也大量出现。如何建立电子商务法律体系, 圆满解决电子商务的法律争议, 已成为各国政府所必须面对的重要课题。虽然, 国际社会和有关国家对电子商务的实体问题的立法已着手进行, 许多国家已制定了规范电子商务的单行法规, 但电子商务仍处于不断发展之中, 有关电子商务的法律体系仍处于探索阶段。而对电子商务引发的法律争议的解决, 更是一个复杂的问题。它不仅困扰着政府和网络服务商, 而且在诉讼中也一直困扰着法院。在实践中, 如何解决电子商务引发的法律争议, 最关键和最迫切需要解决的就是电子商务案件的管辖权问题。由于因特网是一个全球性和开放性的体系, 它既是一个信息传输的渠道, 又是一个虚拟的电子空间。要对网络交易或行为套用传统的管辖权规则比较困难, 其无国界及与地理位置无关联的特性, 给传统的管辖权规则提出了挑战。

首先, 网上地址与地理位置没有关联, 传统的以地域为基础的管辖权原则在网络环境下很难发挥其作用。如前所述, 以因特网为基础的电子商务, 涉及的法律问题主要是合同问题和侵权问题。无论是合同纠纷还是侵权纠纷, 传统的确定管辖权的规则主要以行为地或营业地为基础来确定法院的司法管辖

* 收稿日期: 2001-08-08

权。而网上发生的合同行为和侵权行为,其网上地址既可以是真实的地址,也可以是其虚拟的地址,这使网上行为到底是发生在哪一个具体的地理位置很难确定。因此,以地域为管辖权基础的理论对网上纠纷难以适用。例如,网上签订和履行的合同,其签订地和履行地究竟与哪一个地理位置有关就很难确定;对网上侵权行为而言,侵权行为地的地理位置的确定同样面临难题。一方面,通过链接可以使侵权行为地由一个网址变为多个网址;另一方面,因一个侵权行为所致的损害结果,可能发生在有因特网联系的任何一个国家。如果以传统的侵权行为地为依据来确定管辖权,那么任何一个国家都可以对它行使司法管辖权,这显然是不合适的。

其次,网络的无国界性使传统的以当事人的国籍为基础的管辖权理论,在网络环境下已无实际意义。当事人在网上签订合同和履行合同时,虽然其身份的确认很重要,但主要是了解其真实的商业身份。当事人的国籍身份在网络环境下对确定管辖权的意义不大。

由于网络的全球性、开放性和虚拟性,使地域与国籍在网络环境下变得模糊和不重要,因而传统的以地域和当事人的国籍为管辖权基础的原则在电子商务案件中适用困难或根本无法适用。

二、规制电子商务管辖权的理论

为了解决管辖权问题在网络环境下的困惑,各国都在寻求网络环境下新的管辖权模式。针对网络的特性,对网络案件的管辖权问题出现了许多新的理论。概括起来,主要有以下几种:

1. 管辖权相对论。持这种理论的学者认为,网络空间应该作为一个新的管辖区域而存在,就像公海、国际海底区域和南极洲一样,应在此领域内建立不同于传统规则的新的管辖原则。任何国家都可以管辖并将其法律适用于网络空间的任何人和任何活动,其程度和方式与该人或该活动进入该主权国家可以控制的网络空间的程度和方式相适应。网络空间内争端的当事人可以通过网络的联系在相关的法院出庭,法院的判决也可以通过网络的手段来加以执行^[1](第 266 页)。根据这种理论,一个国家管辖权的大小取决于该国接触和控制网络的范围和能力。因此,在具体的网络纠纷发生时,某一法院是否享有管辖权,需要法官在个案中自由裁量并做出判断。在判断时除了与该国的技术水平、法律规定有关外,某种程度上必然带有法官的主观性。笔者认为,这种管辖理论的实质主要是依靠技术来解决网络管辖问题,而对解决电子商务争端而言,这可能只会受少数技术领先的国家欢迎,它并不能从根本上解决问题。同时,对技术的衡量在很大程度上取决于法官的知识与认知,使原本无确定性可言的网络管辖权变得更加随意。其次,在各国对网络空间的司法管辖权制度还未达成共识之前,认为任何国家只要愿意都可以管辖并将其法律适用于网络空间内的任何人和任何活动的管辖权也不足取。它使一个网上行为可能受世界上任何一个国家的司法管辖,这只能给已经足够困惑的网络空间的司法管辖权问题带来更大的困惑^[2](第 136 页)。

2. 网络自治论。这种理论认为,对网络利用所发生的任何争议,应摆脱传统地域管辖的观念,承认网络虚拟空间就是一个特殊的地域,并承认在网络世界与现实世界中存在一个法律上十分重要的边界。若要进入网络的地域,必须通过屏幕或密码,一旦进入网络的虚拟世界,则应适用网络世界的网络法,而不再适用现实世界中的各国不同的法律。^[3](第 232 页)网络成员之间的纠纷,由网络服务提供商(ISP)根据网络法规则来解决,从而排除网络世界之外的法院的管辖。这样,将可以不必就行为地或交易发生地的问题争论不休。笔者认为,该理论将网络空间游离于国家和政府之外而不受约束,这是不切实际的。虽然网络世界确实不同于现实世界,但网络管理的分散和非中心性,使得“网络政府”设置的构想难以实现,作为网络管理者的民间组织,在发生纠纷后仍然只能回到现实世界通过司法诉讼来解决,并承认司法享有最终的审判权和管辖权。

3. 全球统一协调论。有学者认为,以因特网为基础的电子商务所具有的国际性,使各国立法和司法的介入成为困难。为此,主张等待全球的统一协调和国际社会制定一个统一的“网络法”^[3](第 232 页),以

规范网上行为所引发的任何法律问题,包括网络纠纷国际管辖权的争议问题。该理论强调,对网络纠纷的解决应注重国际的交流与合作,各国应寻求制定统一的国际公约以解决网络争议的管辖权问题。不应否认,这一理论具有一定的重要性,对某些网络纠纷的最终解决,确实不得不依赖国际社会的协作,但实际情况是,各国不会轻易放弃其管辖权,也不可能轻易改变扩张其管辖权范围现状^②。

4. 网址作为新的管辖基础论。主张这一理论的学者认为:网址存在于网络空间中,它在网络中的位置是可以确定的,且在一定时间内具有相对的稳定性。网址受制于其 ISP 所在的管辖区域,是比较充分的关联因素。因此,网址应当成为新的管辖基础^[4](第 11 页)。但网址是当事人在网上的地址,而非在法院管辖区域的地理地址,当以网址入手来确定管辖权时,必须找出与网址相关联的地理地址,这个地理地址就是服务器位置所在地。如果从一个特定网址上网活动的人,其活动具有侵权性而被他人起诉,那么该网址相对应的服务器位置所在地的法院才能拥有对此的管辖权。以网址作为确定网络案件的管辖权依据,也存在疑问。与网址有关联的地理地址,除了网址所对应的服务器位置所在地之外,还包括该网址上进行的活动所涉及到的其他参加者的网址所对应的服务器位置所在地。根据网络的全球性,网上任何用户都可以访问该网址,该网址也可以将活动扩大到网络存在的任何地方。这就意味着与网址相关的地理地址除了该网址的服务器位置所在地的地址外,还包括世界上任何网络可以触及到的地方。这也会导致网上行为人的活动可能受到全球的法院和法律的制约,其结果势必阻碍网络和电子商务的发展。

三、关于电子商务管辖权的立法与实践

电子商务带来的复杂的管辖权问题,一直困扰着司法实践。虽然,在电子商务发展较快的国家,有关网络案件的管辖权已形成一些基本的规则,但不同的管辖权理论基础的存在却造成了管辖权的对抗和法律的不稳定。

(一) 美国

在美国,对网络案件行使管辖权的标准一直在通过判例发生着变化,从最初的长臂管辖法则(long-arm statute)要求“有目的地利用”法院地法这一实质联系,到通过网站要求网络用户进行“法院地选择”以预先同意某一法院的管辖,无不体现法院在行使具体管辖权时的捉摸不定。但有一点是肯定的,那就是将长臂管辖权规则扩张到网络案件,是美国法院处理网络案件管辖权的普遍实践。

首先,美国法院在处理网络案件时,仍然适用“最低限度联系”标准。在决定法院是否对州外被告拥有管辖权时,传统的标准认为,应当考虑法院地的“长臂管辖法则”和宪法中的“正当程序”要求。一方面,它要求非本州居民的被告必须与法院地有必要的“最低限度的联系”,当被告与法院地之间“不断、系统和实质”的联系存在时,则产生具体的管辖权。另一方面,根据“最低限度联系”而行使的管辖权必须符合正当程序的要求,以达到公平和实质公正。但怎样才能构成“最低限度联系”,其判断一直是法院决定管辖权时必须诠释的难题,因而在司法实践中出现了不同的判断标准。其中,“有目的利用”和“营业活动”极具影响。根据“有目的利用”标准,如果被告为自己的利益有目的地利用法院地的商业或其他条件,以取得在法院地州从事某种活动的权利,进而得到该州法律上的利益与保护,则该州法院可以行使管辖权。这种标准强调行为的目的性和可预见性。而“营业活动标准”则要求,只要原告的权利产生于被告在本州的“营业活动”,州法院就可以对其行使管辖权。但在网络环境下,“最低限度联系”这一传统标准的适用遇到了困难。虽然网络活动能够特定化和量化,以便识别认定“有目的地利用”,但因特网通讯交流的形式特征,使法院很难把握体现公正的管辖权理念,以最终确定一个满意的管辖权。在实践中,美国法院将网络案件划分为三类:第一类是被告通过因特网与特定管辖区的客户进行交易,例如,被告订立的合同,对这类能够容易确定被告“有目的地利用”的案件,法院很容易并且是经常主张行使管辖权。第二类是互动式的网址,用户藉此可以同主机交换信息,对此类案件法院将根据互动性的程度来决定是否行使管辖权。如果互动性程度越高,该网站的商业性质越明显,该网站经营人就越容易被认为是“有目的地

利用”法院地,达到最低限度联系标准,从而成为法院行使管辖权的根据。^[5](第 8-9 页)在 1996 年的 *CompuServe, Inc. v. Patterson* 案中,法院认为,原告的营业场所设立于俄亥俄州并不能构成俄亥俄州法院行使管辖权的依据。相反,被告有目的地通过因特网在俄亥俄州进行交易,才是法院对之行使管辖权的充分依据。该案是美国处理因特网案件管辖权的一个有影响意义的判例。第三类是受动的网址,仅仅那些对该网站感兴趣的人可获得一些信息,对此类案件法院极少有可能主张管辖权。1997 年的 *Bensusan Restaurant Corp. v. King* 案便是一个很好的判例。在该案中,被告只是制作了一些在因特网上可以利用的信息,而这些信息当时在纽约可以查到,但这并不意味着被告利用了法院地——纽约州的法律。如果没有证据证明网站与法院地有连接并进行了销售活动,而仅有网站的存在并不足以确立管辖权^[6](第 44-45 页)。

通过网络活动及其效果来判定管辖权的方法,表明行使管辖权是否正当主要取决于在网址上进行信息交换的互动水平和商业性质,管辖权的基础经常立足于传统的与法院地具有商业联系的具体管辖理念之上。然而,在电子商务管辖权问题上的一项最新发展是,通过有关网络站点所作的传统的法院地选择条款,来确定法院的管辖权。网站管理者可以利用法院地选择条款,让客户确认在他们获准进行电子商务交易之前,已经通过点击方式阅读和了解了法院地选择条款。

(二) 欧盟电子商务管辖权指令

欧盟向来注重对消费者的保护,并将其纳入公共政策的范畴。在实践中倾向于把因特网的管辖权同消费者所在地法院联系起来,而不管与法院地是否存在“最低限度的联系”。欧盟 1999 年通过的电子商务管辖权指令,对消费者实行“原地管辖权(home jurisdiction)”,允许不满意的网络购物者在他们的居住国的法院对电子商务公司起诉,而不管这些公司是否曾“积极寻求”在法院地销售其产品。这种关注电子商务消费者而非电子商务的作法,使电子商务被迫在消费者所居住的成员国的管辖范围内应对潜在的诉讼。有人认为,这种管辖权方法可能严重阻碍电子商务的发展。

(三) 海牙国际私法会议关于电子商务与国际管辖权的讨论

由于电子商务的特殊性,海牙国际私法会议正在讨论起草的《关于民商事案件的管辖权与外国判决公约》是否应包括电子商务的管辖权,成员国对此还存在争论。海牙国际私法会议对这一问题采取谨慎态度,并组织专家于 2000 年 2 月份在加拿大渥太华进行过专门讨论。在渥太华会议上,专家就网络环境下的合同和侵权问题是否应制订新的管辖权规则进行了讨论。关于合同问题,会议认为应区分不同情形,分别确定电子商务合同的管辖权规则。对于在网上签订而在网下履行的电子商务合同,可以直接适用海牙《民商事管辖权与外国判决公约》草案的第 6 条的规定,而没有必要另起炉灶^③。因为这种电子商务合同只是合同的签订方式与传统的合同有所不同,其他方面并没有实质性区别。因此,公约草案第 6 条关于一般合同的管辖权规定完全可以适用于这种不完全的电子商务合同。但对签订和履行均在网上进行的合同,则有必要制定一个补充性条款。因为公约草案第 6 条的规定,将商品与服务做了区分,而对合同的签订与履行都在网上进行的完全电子商务而言,传统的商品与服务的区分是不现实的。同时,由于网上履行没有物理上的履行地(physical place),使得第 6 条要求的履行地的确定也遇到困难。这些都是第 6 条规定不适合完全电子商务合同的原因。然而,电子交易的主体事项主要是信息,正如欧盟电子商务指令所认为的那样,这种信息被视为一种服务。因此,专家认为补充性条款应将信息交换视为提供服务而以信息传递地为确立管辖权的根据^④。

关于侵权问题的管辖权,海牙公约草案第 10 条规定,损害发生地的法院将拥有管辖权,除非有证据表明侵权人不能合理预见该损害结果。同时,损害发生地法院将有权裁决受害人在世界任何地方所遭受的损害,只要受害人的惯常居所在法院国境内。但在网络环境下,损害发生地可能在全球的任何一个地方,损害发生地既不是惟一的,也不是确定的,损害发生地的确定十分困难。同时,侵权人发布的诽谤性信息,人们可以通过网站下载,侵权人可以合理预见到这种信息在世界任何一个地方都能被浏览,惟一不知道的是其被“复制”的数量。因此,如何规定网上侵权行为的管辖权,在网络环境下规定“合理预见”

的条件是否有必要,仍然存在争论。

2001年3月,海牙国际私法会议在渥太华举行了第二次特别会议。会议认为,正在制订的海牙《民商事管辖权和外国判决公约》,对电子商务应有所涉及且应持开放的态度。对电子商务的管辖权问题,会议就以下问题达成共识:(1)正在制订的海牙管辖权公约应适用于网络交易;(2)管辖权规则应是实际可行的;(3)适用公约应取得合理的结果;(4)应坚持技术中立原则;(5)尽量减少网络交易当事人对确定管辖权带来的不确定因素;(6)管辖权规则应与实体规则相一致。

(四)我国的实践

在我国,网络案件引发的管辖权问题也引起了学术界和司法实务界的重视。但目前最突出的还是网络侵权案件的管辖权问题。司法实践中,对网络侵权案件的管辖权的确定,仍然适用民事诉讼法关于侵权行为的管辖权的一般规定,即由被告住所地或侵权行为地法院行使管辖权,但对侵权行为地的理解和认定并不统一。为此,最高人民法院于2000年11月发布了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》。该司法解释第1条规定:“计算机网络著作权侵权案件,由侵权行为地或被告住所地法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的,原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”这是目前我国法院确定网络侵权案件管辖权的依据。

四、结 语

分析有关网络案件管辖权的立法与实践之后,我们发现传统管辖权理论在网络案件中仍在发挥作用,只是在适用时应结合网络空间的特性加以考虑。然而,互联网的国际化性质意味着,所有争端都在国际化背景下产生的,同时需要在国际化范围内加以解决。尽管一些国家在学说的指导下力图延伸其国内法的效力,但事实上,任何宣称其国内法适用或具有解决争端的司法效力的行为都不会有实际效果。在网络环境下,法律冲突规则的存在当然重要,但不是在所有情况下都能适用,有些根本不适用或不被当事人所接受或希望。同时,各国法律具有平行的效力,最密切联系的确定也变得非常复杂。因此,需要有一个适合新技术特性的特殊体制,以更快更方便地解决在线争端。解决这一问题的最佳方式就是全球合作并制订相关的国际条约。如果各国依照其自身的需要和利益需求来寻求答案或自成体系,那也只能暂时解决一些问题,而且协调国内法的办法,仍会遇到障碍。因此,电子商务的发展,需要在全球范围内寻求一个可接受的法律体制。目前一些国际组织在此方面已做出努力,但效果有限,体系仍未形成,框架也很模糊。在统一的管辖权规则出台之前,我们只能发挥传统管辖理论的作用,通过解释使之在网络案件中仍具有生命力。目前,在确定电子商务的管辖权方面,首先,应当重视法院地选择条款的运用,这也是当事人意思自治原则在电子商务中的具体体现。其次,可以考虑以原告的住所地作为确立管辖权的依据,特别在网络侵权案件和B to C合同中,由原告住所地法院行使管辖权更具有现实意义。

注 释:

- ① 对什么是电子商务,不同层面的人有不同的见解。这些不同的解释可以归纳为两种:一种是广义的解释,认为电子商务是以国际互联网为主的各种计算机网络上所进行的一切经济和商业活动。包括对货物和服务的电子贸易、数字内容的网上交货、电子资金转移、电子股票交易、电子提单、商业拍卖、合作设计开发以及针对用户的直接广告和售后服务等各种商业行为。一种是狭义的解释,认为电子商务仅指以因特网为运行平台的商事交易活动,主要指电子合同。本文指广义的电子商务。
- ② 在处理网络纠纷的案件中,美国、德国等国都有主张对其境外的网站经营者行使管辖权的案例。
- ③ 对于一般合同,草案第6条规定:原告可以就合同案件在下列法院提起诉讼:(a)提供货物的合同案件在货物提供地(全部或部分提供地);(b)提供服务的合同案件在服务提供地(全部或部分提供地);(c)与提供货物及服务均有关的合同案件在主债务的履行地(全部或部分履行地)。

- ④ 参见: International and foreign judgments in civil and commercial matters, Report drawn up by Catherine Kessedjian, The Hague Conference on Private International Law, [http //www. hcch. net](http://www.hcch.net).

[参 考 文 献]

- [1] 郑成思. 知识产权文丛: 第 1 卷 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [2] 梅绍祖, 等. 电子商务法律规范 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2000.
- [3] 蒋志培. 网络与电子商务法 [M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [4] 陈 钧. 网络侵权案件的管辖确定 [J]. 法律适用, 2000, (6).
- [5] 韦 燕. “最低限度联系”与网络管辖权——美国有关网络管辖权的判例及其发展 [J]. 河北法学, 2001, (1).
- [6] 罗伯特·L. 霍格, 等. 因特网与其管辖权——国际原则已经出现但对抗也隐约可见 [J]. 何乃刚译, 黄列校. 环球法律评论, 2001, (1).

(责任编辑 车 英 于华东)

Discussion about Jurisdiction of Cases on Electronic Commerce

WANG Jin-lan

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

Biography WANG Jin-lan (1966-), female, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in private international law.

Abstract Jurisdiction is a prerequisite question of cases on electronic commerce. There are some new jurisdictional doctrines of regulating cases on electronic commerce because the traditional jurisdictional rules are being challenged by the internet. In fact, some rules have been made by cases in USA and EU and some international organizations are trying to draft convention on it. However, many countries apply the traditional jurisdictional rules to the internet cases.

Key words electronic commerce; jurisdiction; website