

试论我国电子消费合同准据法的确定

刘益灯

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 随着国际互联网的广泛普及和电子商务的发展, 越来越多的消费合同通过网络订立。电子消费合同所产生的法律问题冲击了传统的国际消费合同法律制度。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, 我国立法必须从保护消费者权益的角度确定电子消费合同的准据法。

关键词: 电子消费合同; 电子商务; 准据法

中图分类号: D996.6

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2005)05-0616-04

在国际私法中, 准据法是指经冲突规范指定援用来具体确定国际民商事法律关系当事人的权利与义务的实体法律^[1]。随着国际互联网的广泛普及和电子商务的发展, 越来越多的消费合同通过网络订立。网上消费主要是通过电子消费合同的方式进行, 因而同样存在着准据法的确定问题, 将现有国际消费合同准据法的确定规则适用于电子消费合同, 无疑会产生一些新的国际私法问题。因为网络上的逻辑方位不同于地理方位, 这样导致双方当事人的所在地、合同缔约地以及合同履行地具有偶然性并难于确定。同时由于因特网的全球性和虚拟性, 传统的客观连结点难以有效地适用于网络消费交易领域, 而主观性连结点又未被各国的立法所认同, 因此必须重新审视电子消费合同准据法的确定规则。

分析我国电子消费合同准据法的确定之前, 需要准确把握电子消费合同的含义和法律特征。首先要界定“消费者”这个概念, 各国立法和国际公约有关消费者的定义一般考虑了三个因素^[2]: 1) 供应商的性质。一些法律制度中的消费者是相对于“供应商”而言的, 出于某种目的, 提供商品或服务的供应商又各有不同定性, 如在法国被定性为“职业行为者”, 在英国被定性为“在贸易过程中供给行为者”。欧盟1980年通过的《关于合同义务的法律适用公约》(罗马公约) 也认为, 消费者是基于行业或职业之外的目的而购买商品或接受服务的私人。2) 消费者的性质。即强调消费者本身具有或不具有的典型特征, 以区别于供应商, 如1994年欧盟《关于消费合同

中的不公平条款的规则》规定, 消费者是出于非职业目的的缔结合同的自然人; 欧盟1968年通过的《关于管辖的布鲁塞尔公约》认为, 消费者是基于非行业或职业目的而购买商品或接受服务的人; 采取这种否定方式下定义的还有荷兰、奥地利等。而其他国家则采用肯定而非否定的形式, 即规定谁是消费者, 而非规定谁不是, 如1987年英国《消费者保护法》第2条规定, 消费者通常是出于私人使用或消费目的而购买商品或服务的人; 欧盟《电子商务指令》认为, 消费者是指为了行业、业务或职业以外的目的购买商品或接受服务的任何自然人。采取这种肯定方式下定义的还有葡萄牙、瑞士及斯堪的纳维亚国家。3) 所提供的商品或服务的性质。如1980年《联合国国际货物销售合同公约》(CISG) 从反面对消费者的含义做出了规定, 即为个人、家庭或家务使用之目的而订立的合同(即消费者合同) 不适用该公约; 美国《统一商法典》(UCC) 也采取这种作法。

在这些立法和实践的基础上, 笔者认为, 消费者是指为满足个人或家庭需要或消费而取得或使用贷款、购买商品或服务的个人。相应地, 电子消费合同是消费者为购买商品或接受服务而与提供者或经营者之间通过网络订立的合同。它具有如下主要特征: 1) 电子消费合同是为非行业或职业目的而购买商品或接受服务所订立的合同; 2) 电子消费合同必须是商品或服务的提供者或经营者在其经营过程中与消费者所订立的合同; 3) 电子消费合同是指消费者与提供者或经营者之间借助于网络尤其是互联网

络而订立的合同;4)电子消费合同应当适用现行远程合同的有关规则的规制,因为互联网实际上是一种通信平台,通过互联网络而订立的电子消费合同多属远程通信交易合同,合同的订立一般是在双方当事人没有谋面的情况下进行的。此外,互联网络的虚拟性、开放性、高技术性特征使得电子消费合同比一般消费者合同具有更多、更复杂的不利于消费者权益的问题。

我国至今还没有规定电子消费合同准据法的相关立法。因此借鉴国外先进做法,尽快制定电子消费合同准据法的法律,是保护网络消费者的正当权益,推动电子商务发展的必然选择。从立法和司法实践的角度,立足我国具体国情,在借鉴国外先进立法的基础上,笔者认为我国电子消费合同准据法的确定可采取如下几种做法。

(一) 有限制地适用当事人自主选择的法律

国际私法强调消费者合同这一概念的基本原则在电子消费合同中继续有效,因为当事人的利益预期与冲突是消费者合同的冲突法基础。^[3]如前所述,网络案件的特殊性使传统冲突法遭遇挑战,在各国没有普遍认可新的连结点之前,解决问题的最好办法是允许当事人自主合意选择电子消费合同的准据法。因为法院推定的准据法未必能较好地适用于电子消费合同,况且一个在线要约有可能使要约人受到几乎全世界所有国家的控制,这就大大增加了在线交易的风险成本,当然这是在线当事人所不愿见到的。而且这种做法已体现在目前的立法中。例如,1999年7月美国统一州法委员会通过的《统一计算机交易法》(以下简称UCITA)第109条(A)规定:“双方可以协议选择应适用的法律,并且不要求当事人的法律选择必须与在线交易有合理联系。”2000年6月8日欧盟《关于内部市场中与信息社会的服务特别是电子商务有关的若干法律问题的指令》和2000年2月海牙国际私法会议关于消费合同的共识也有类似规定。^①这就抛弃了“合理联系”的标准,放宽了对“意思自治”的限制,有利于保护当事人的行为预期,稳定网络消费法律关系,降低当事人在线交易的成本和风险,迅速合理地解决网上消费纠纷,促进网络消费甚至电子商务的发展。

因此,当事人“意思自治”作为电子消费合同领域的首要原则,依然受到诸如消费者保护法、产品责任法等适用于在线交易的强制性规则的限制。例如UCITA第109条(A)规定:“如果在一项消费合同中做出的法律选择改变了根据有管辖权地区的法律

不得以协议加以改变的规则,则此种选择无效。”UCITA第104条也规定了一些限制性规则:当事人的协议不能改变不得以约定加以变更的任何规则或程序的适用:“在一宗大众市场交易中,协议不能改变下列规则的适用性:A)消费者保护法(或行政法规);B)适用于以打印格式存在的信息拷贝的法律;C)欺诈、因电子错误而引起的消费者抗辩、显失公平原则或基本公共政策或善意义务的可适用性;以及某些法律中的直接适用的条款等”。UCITA还特别规定了公共政策(或公共秩序)条款:“如果某一合同违反了某一基本公共政策,则法院可以拒绝执行该合同,而执行该合同中不包含被禁止条款的剩余部分,或限制被禁止条款的适用以避免违反公共政策的结果,在上述情况下,当事人的执行利益应服从禁止该条款执行的公共政策。”

(二) 适用与电子商务交易有最密切联系的法律

传统的以客观连结点为主的冲突规则由于其单一性和僵固性,在虚拟的网络空间很难有用武之地。因此,对连结点进行软化处理的最密切联系原则将是支配电子消费合同准据法的主要原则。英国学者依据1990年《契约法》,认为电子消费合同的准据法应该是与交易有最密切联系的国家的法律。^[4]美国UCITA第109条也规定了最密切联系原则。但各国立法判断“最密切联系”的标准各有差异,大致有以下两种方法:1)特征性履行方法。不同类型的电子消费合同的特征性履行各不相同,例如,非网上履行合同或不完全电子商务合同只是在网上订立,其具体履行在物理空间完成,比较容易确定特征性履行方及其所在地,因此,传统冲突法中的特征性履行方法依然可以适用;而对于完全电子商务合同,虽有学者主张适用用户所选择的ISP作为特征性履行的标准,也有学者认为1980年罗马公约第4条第2款有关特征性履行的规定也与电子合同的法律适用规则相关,但容易产生挑选法院(forum shopping)现象,既违背了立法者的初衷,也违反了法律的基本精神^[5]。2)连结点确定法。由于特征性履行方法并不适用于完全电子商务合同,法院只能综合权衡网上交易过程中的各连结点以确定电子消费合同的准据法。应考虑的连接点主要有两类:A)传统冲突法上的连结点。例如,当事人的国籍、住所、惯常居所、营业地、标的物所在地等;B)新的连结点。例如:网址、ISP的住所、服务器所在地、网上广告或特殊要约的内容与实质、电子服务提供地、当事人连网的计算机

所在地等。

但国内有学者认为,这种做法过于抽象笼统,缺乏可操作性,在实践中易片面扩大法官的自由裁量权,导致“法官造法”或“法官立法”现象,因此不具有可借鉴性。事实上,一部法律所宣告的或应当宣告的规则并不是为了正在消逝的片刻,而是为了不断延展的未来,只要法律背离了这个标准而降落到细节和具体问题上,它就失去了灵活性和适应性^[6]。实践证明,法官必须而且确实立法,但他们只能在间隙中这样做,法官将在这一狭隘的选择范围内来寻求社会正义,即“法律中的空白”理论。正如格雷所言:“法律就是法官所宣布的东西:制定法、先例、习惯、道德和博学专家的意见都只是法律的渊源。”^[7]衡平法法官通过不断地诉诸正当理性和良知之学说,建立了衡平法体系,同时并没有牺牲法律的一致性和确定性。事实上,我国1999年合同法借鉴外国合同法律制度,吸收了“意思自治原则”和“最密切联系原则”,从而简化了合同审批程序,减少了交易成本,建立了稳定的预期,加速了资金周转,提高了经济效益,推动了企业的拓展与改进,促进了市场的形成和发展。

(三) 直接适用保护网络消费者的强制性规则

法律的终极原因是社会的福利,未达到其目标的规则不可能永久性地证明其存在是合理的。电子消费合同纠纷适用当事人自主选择法律,当事人未做选择时适用与电子商务交易有最密切联系的法律,这些规定不仅符合传统合同法的自由和平等原则,而且符合推动网上消费发展、促进电子商务开展、增加社会福利的终极目标。然而,现代经济的发展使消费者在市场中的从属和弱势地位日益明显,消费者的处境每况日下,基于一切主体平等与自由原则的传统合同法逐渐暴露出保护消费者利益的局限性。社会化大生产和市场经济随之孕育了一种考虑合同当事人之间存在的合同关系的不平等合同关系的新观念,并促使国家通过立法来规制这种不平等的合同关系,排除阻碍社会经济障碍。消费者合同逐渐从传统合同中分离出来,消费者合同法随之产生。

因此,各国在国际民商事法律关系中都规定了一些当事人不能规避的强制性规则,例如消费者合同法、消费者权益保护法、产品责任法、不公平交易法、反不正当竞争法等。电子商务作为国际商务的一种,其法律适用必须遵守这些强制性规则。新近的一些电子商务立法也强调了消费者惯常居所地国

法律的适用。1997年5月20日,欧盟《远程合同消费者保护指令》和2000年欧盟《关于内部市场中与信息社会的服务特别是电子商务的若干法律问题的指令》也都强调了对消费者的保护和对消费者惯常居所地法的适用。在英国,具体到消费者的电子合同应适用的法律应该是消费者惯常居所地所在国的法律^[8]。美国UCITA也强调了消费者惯常居所地法的适用,该法第109条(B)(3)规定:“要求以有形介质交付拷贝的消费者合同应适用向消费者交付拷贝的地方或本应向消费者交付拷贝的地方的法律;”“在某一大众市场交易中,合同不能改变消费者保护法的适用(第104条(1));”“除非另有规定,如本法与某一消费者保护法发生冲突,则应适用消费者保护法规(第105(3))。”

此外,各国为保护本国消费者的合法权益以及直接相关的产业利益,在确定电子消费合同准据法时还经常运用公共秩序保留这一最后的“杀手锏”。如果其在国内法院审理的电子消费合同案件所适用的准据法或其适用结果违反了内国的公共秩序,该法律将得不到内国法院的适用。如果某一在外国法院审理的电子消费者合同案件所适用的准据法或其适用结果违背了内国的公共秩序,其判决就很难得到内国法院的承认与执行。“就如同一个人不可能从他的生活中排除至关重要的空气一样,伦理因素也不可能从司法活动中被排除出去,而正义是一切民事法律的目标和目的。逻辑、历史、习惯、效用和至高无上的公共政策,都是社会福利的构成因素,在具体案件中哪个因素将起支配作用,这在很大程度上必定取决于将因此得以推进或损害的诸多社会利益的相对重要性或相对价值。”^[9]因此,西方国家立法在规定当事人意思自治原则和最密切联系原则时加以强制性规则和公共秩序的限制,无疑是一种先进和成功的做法。

在国内法学界,有的学者强调法学研究的本土化和法制建设中对本土资源的充分利用,认为任何一个国家法律制度的形成和变革总是取决于自身特定的文化背景,法律秩序是人们在社会生活中磨合并体现出来的,而不是按照理论构成的^[9],他们认为没有必要借鉴国外法律制度。事实上,在国际社会法律文化的传播和交流过程中,虽然法律受到政治历史、地理环境、道德信仰、风俗习惯等因素的影响而各具特点并呈现鲜明的多样性或差异性,但各个主权国家的法律制度蕴涵着世界法律文化进步大道上的共同基本法律准则,使各国的法律制度在某些

方面相互借鉴彼此吸收与融合。因此过分强调“中国特色”,认为吸收外国法律制度不适应中国“水土”的观点是不恰当的,正如耶林所说:“外国法律制度的接受问题并非一个‘国格’(Nationalität)问题,而是一个单纯的适合使用(Zweckmassigkeit)问题。只有傻子才会认为金鸡纳树皮不是在自己的菜园里生长出的为其理由而拒绝接受。”^[10]更重要的是,“本土化”一词应有更广泛的含义,而并非仅仅限于“本国法律文化传统与实践的重视和利用”,所借鉴和吸收的国外法律和国际惯例也必须与中国法律文化传统和实践进行冲突与融合,而这一冲突与融合过程实际上就是“本土化”过程。

综上所述,西方国家有关电子消费合同准据法的立法具有先进性和成功之处,但在借鉴时需要根据我国具体情况做些变更,如我国立法强调明示选择方式和公共秩序的运用等。因此,我国相关立法可以将电子消费合同的准据法规定为:电子消费合同,适用当事人协商一致并以明示方式选择的法律,但不得违背当事人本国的强制性或禁止性法律规定;当事人没有选择法律的,适用电子消费合同的最密切联系地法,在通常情况下最密切联系地是指当事人的国籍、住所、惯常居所、营业地、标的物所在地,以及网址、ISP的住所、服务器所在地、网上广告或特殊要约的内容与实质、电子服务提供地、当事人连网的计算机所在地等;如果电子消费合同准据法的适用结果违反我国的公共秩序,则不能在我国法

院适用。

注释:

① See UCITA § 109 art 2.

参考文献:

- [1] 黄进. 国际私法[M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [2] Auberg L. Diamond. Harmonisation of private international law[J]. Recueil Des Cours IV, 1986, (2): 299.
- [3] Johnson, Post. Law and borders: The rise of law in cyberspace at I. B[J/OL]. <http://www.cli.org/X0025.LBFIN.html>, 2001-11-20.
- [4] Catherine Kessedjan. Electronic data interchange: Internet and electronic commerce [M]. Oxford: Preliminary Document Press, 2000.
- [5] 安德鲁·斯帕罗. 电子商务法律[M]. 北京: 中国城市出版社, 2001.
- [6] Dillon. Laws and jurisprudence of England and America[J]. Harvard Law Review, 1997, (5): 731-733.
- [7] Gray. Nature and Sources of Law[M]. Berlin: Berlin University Press, 1995.
- [8] Reese. Conflict of laws: Case, Materials, Problems [M]. Washington: Washington University Press, 1971.
- [9] 苏力. 后现代思潮和中国法学和法制[J]. 法学研究, 1997, (3): 15.
- [10] 耶林. 罗马法的精神[M]. 北京: 商务印书馆, 1955.

Thoughts on defining the lex causae of electronic consumer contract in China

LIU Yi-deng

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: With the development of the electronic commercial affairs, more and more consumer contracts are concluded by Internet. The question of Lex Causae of electronic consumer contract has challenged the traditional law system of international consumer contract. In order to advancing the development of electronic commercial and assuring consumers' faith to the electronic commercial, Chinese legislation should have draft the Lex Causae of electronic consumer contract on basis of consumer protection.

Key words: electronic consumer contract; electronic commercial affairs; lex causae

[编辑: 苏慧]