

论电子商务格式合同的特性及其法律规制

□胡家强 刘 娜 [中国海洋大学 青岛 266100]

[摘 要] 电子商务中广泛使用的格式合同主要包括点选包装合同和软件拆封授权合同,其特有的预先性、确定性和稳定性在很大程度上促进了电子商务的发展,但其常常限制了消费者的订约自由,不公平不合理地规避法律,甚至存在着某些陷阱式条款,给消费者权益的保护带来了很多问题,为此,有必要从立法、司法、行政以及行业自律与社会控制层面予以规制。

[关键词] 电子商务格式合同; 特性; 法律规制

[中图分类号] D923.6 **[文献标识码]**A **[文章编号]**1008-8105(2010)03-0089-03

电子商务格式合同作为契约法的一种制度设计,顺应了社会发展和民商法价值取向的需要,但对消费者权益的侵害亦极易发生,由此引发的司法纠纷日渐增多,为此,对其应予以必要的法律规制。

一、电子商务格式合同的涵义及表现形式

对于格式合同,由于观察角度的差异,在法律上和学界中称谓不一,德国法称之为一般交易条件或条款,我国《合同法》表述为格式条款,《消费者权益保护法》则称之为格式合同。尽管实务界往往以“格式条款”的称谓对其探讨,学术界的研究则多用“格式合同”的术语,但对格式合同和格式条款未作更多的区分,定义的内容更是一致^[1],为此,笔者沿顺学者的提法,称之为格式合同,并将其条款称之为格式合同的条款。所谓格式合同条款是由一方当事人预先拟定,且在没有和对方当事人协商的情况下拟定的,对方当事人只有表示同意或不同意的权利。随着互联网的迅速发展,面对数以万计的软件和网络用户,软件公司和网络公司不可能采用传统的单独谈判模式与单个消费者订立合同,因此,为了最大限度地提高经济效益,他们便通过提供在线电子协议,或将合同条款数据电文化的方式,将预先拟定的格式合同供消费者选择,特别是在BToC模式下,买方须在同意卖方提供的电子数据协议的前提下才能继续订立合同,否则将无法完成这种网络合同的交易过程。因此,我们认为:电子商务格式合同是指在电子商务过程中,商品或服务的

提供方为了重复使用而通过计算机程序预先设定的以电子数据为表现形式的合同,以规定其与相对人(包括商家及消费者)之间的法律关系,并适用于不特定相对人,相对人对其内容不能加以改变,必须点击“同意”后才能订立的合同。

由于电子商务格式合同缔结方式的多样性,交易双方在接受合同条款的方式上也不尽相同。根据缔结程序的不同,我国学者将其分为点选包装合同(click-wrap contract)、软件拆封授权合同(shrink-wrap contract)、访问合同(access contract)、大众市场许可合同(mass-market license)等^[2]。也有学者根据对译名的不同理解和合同表现方式的不同,将电子格式合同分为网上点击合同和网上软件拆封授权合同^[3]。结合国外立法例和我国学术研究成果,笔者认为,电子商务格式合同可分为以下两种形式:

(一) 点选包装合同

点选包装合同,即在电子商务中,消费者如果需要购买某物品或者服务,需要按照商家预先设定的购买操作步骤,看到商家预先拟定的合同条款,并在合同条款末尾的“同意”“不同意”两个按钮中点击“同意”或类似按钮,方可进入合同签订的下一步,或者是表明了合同的成立。由于点选包装合同的商家往往聘请专业法律人员拟定合同条款,故此类合同通常是专业词汇堆积,有的甚至晦涩难懂,一般消费者难以完全理解,或者没有足够的耐心阅读全文所有条款。大多数消费者都会跳过这些条款直接点击“同意”按钮,这就使得一些不利于消费者的条款存在于合同之中,而消费者却并不知道这些

[收稿日期] 2009-07-07

[作者简介] 胡家强(1963-)男,中国海洋大学政法学院教授。刘娜(1985-)女,中国海洋大学政法学院法律系硕士。

条款的存在。商家在点击合同中规避了很多责任,同时商家采取的只有点击“同意”即接受或者“不同意”即离开的交易方式,实际上是强迫消费者接受了不公平合同^[4]。

(二) 软件拆封授权合同

拆封授权合同是一种常见的软件授权形式,通常是在软件的包装或者封面上或者封面内印刷或者记载着合同条款,其中多载明:“当消费者拆开本包装使用本软件时,即视为消费者接受该授权之全部条款^[5]”。其另一种方式是软件生产者事先将合同设计成软件程序置于软件产品中,当用户购买后,在安装过程中,合同文本才显现在电脑屏幕上,用户必须点击“同意”按钮,接受其合同条款,方可进入下一步安装。软件公司提供的合同条款通常具有如下内容:要求用户在一定数量的电脑上安装软件;排除生产者的品质担保以及对间接损失的担保;规定争议解决的方式和适用的法律;限制用户可能要求的救济种类等。消费者在购买软件、支付价款乃至安装软件时,往往没有机会阅读这一格式合同,他们在消费时才发现软件的文件中还有一些限制其权利的“异常条款”,丧失了订立合同的知情权和选择权,受到了不公平的强制交易。

二、电子商务格式合同的缺陷

电子商务格式合同的快捷性降低了缔约成本,提高了交易活动的效率,节省了交易时间;其所具有的预先性、确定性和稳定性,在一定程度上保障了交易的安全。但是,其缺陷和不足也显而易见,主要表现在:

(一) 电子商务格式合同的订立方式常常限制了消费者的订约自由

电子商务格式合同是由商家通过在线或软件形式预先提出的,消费者只有点击“同意”,无条件接受商家提供的格式条款,才能进入下一步操作程序或完成软件安装。而且这样的程序设定在交易前就已经排除了消费者与其协商的机会,使消费者在缔约能力和缔约环境中处于弱势,增大了消费者权益受到损害的几率。尽管从表面上看,相对人自愿接受了全部合同条款,但事实上却是商家对消费者的“霸王条款”,限制了消费者的合同自由。

(二) 电子商务格式合同内容通常不公平不合理地规避法律

由于格式合同所具有的预先拟订性和单方决定性,使得商家为了追求自身利益的最大化,很少甚至完全不考虑相对人的利益,导致其成为经营者垄

断和强制消费者的工具。主要表现为:1)减轻或免除己方及其辅助人或代理人的责任,如规定自己仅就故意或重大过失负责等免责条款;2)不合理地分配合同风险,加重对方的责任,如有的网上电子合同规定“网上软件购买者对因网络安全与故障而导致的商品交易的损失负责”;3)限制或剥夺相对人的权利,如规定买受人在标的物有瑕疵时,只能要求更换,不得解除合同或减少价款,也不得请求损害赔偿;4)合同提供方拥有任意修改合同内容或产品特征描述及对合同条款最终解释权而免除己方责任的权力;5)设定有利于自己的管辖法院或仲裁条款,如规定以自己的住所地或营业所在地为第一审法院,增加相对人的诉讼成本。此外,还通过设定缩短瑕疵担保期间、转移举证责任、限制法律救济途径等条款剥夺或限制消费者的合同权利,造成利益失衡,损害相对人的利益。

(三) 电子商务格式合同中常常存在着某些陷阱式条款

格式合同的提供方常常采取许多不合理、不公平的手段,如:在字体上,故意将不公平条款用小字或模糊字体来展现,使消费者难以发现;在制作技术上,故意将合同条款制订得模棱两可,令人不知所云;在位置上,故意将陷阱式条款置于合同的末尾或夹杂于其他条款之中,根本不能引起一般人的注意,使消费者难以知道这些条款的存在;将格式合同文本制作成浩大的巨作,使消费者失去阅读兴趣;故意使用生僻的专业术语和法律术语,即使消费者耐心阅读,也难以理解其含义或其法律意义。

三、规制电子商务格式合同的法律措施

随着格式合同在电子商务中使用的日益广泛,对其采取必要的合理的规制已成为必然,但对其如何规制,学者们却有不同的观点。有学者认为,我国原来构建的合同条款和格式条款的法律框架体系,可基本上适用于对电子商务格式条款进行法律规制^[6],也有学者认为,我国电子商务合同的法律规制应当既适应中国国情,又考虑到电子商务的国际性,与联合国《电子商业示范法》总体保持一致^[7]。笔者认为,电子商务虽具有无国界性、虚拟性、高技术性,但电子商务环境并没有改变对消费者保护的社会经济基础,对电子商务格式合同的规制,仍应遵循使消费者在电子商务交易中得到与其他交易条件下同等有效的保护原则,现行有关对格式条款的法律规制原则仍应适用于电子商务,但一些具体规制措施则需要进一步完善。

(一) 立法规制

目前国内外对格式合同规制的立法模式主要有两种:一种是针对各类合同的特点,通过制定单行法的方式规制格式合同,有关规制格式合同的规定散见于各单行法中;二是将规制格式合同的有关规定集中规定于一部单行法中,通过统一的单行法规规定规制格式合同的基本原则和具体规则,适用于对所有格式合同的规制。鉴于我国已颁布了统一合同法,且相关规定可为电子商务格式合同中的一些传统问题提供原则性和基础性的法律支持,只是无法应对电子商务格式合同中的新问题,因此,制定单行法没有太大意义,但需进行必要的改革。今后的立法不妨借鉴电子商务较为发达的美国和欧盟的做法,通过制定《统一计算机信息交易法》、《消费者保护(远距离销售)规则》的方式,对网络消费者信息许可格式合同的内容、服务提供者和电子商家的信息披露义务等做出相应的规制,防止商家利用格式条款侵犯消费者的合法权益。在保护网络消费者合法权益方面,可以借鉴欧盟《关于远程合同中消费者保护的指令》,规定在远程合同缔结之前,消费者必须得到有关合同主要条款的信息,并享有订约后7日内无条件解约而不负违约责任的权利^[8]。

(二) 司法规制

相对于电子商务经营者来说,消费者无疑是一个弱势群体,为此,笔者认为有必要借鉴国外的司法判例并通过完善相关司法规则来强化对电子商务格式合同的规制。由于电子证据的取得十分困难,在诉讼或仲裁中如果仍采用“谁主张、谁举证”、“举证不能者承担败诉责任”的一般举证原则,无疑将会加大消费者的诉讼风险。因此,建议在有关电子商务诉讼或仲裁中适用过错推定原则,由经营者举证证明自己无过错或者损害是由对方自己的过错造成的,否则将承担败诉的结果。同时,有必要建立网上仲裁和网上投诉制度,拓展消费者寻求权利救济的途径,完善传统的诉讼和仲裁救济机制。

(三) 行政规制

行政审查监督能有效地遏止电子商务格式合同的滥用,起到良好的规制作用。如,我国台湾地区的《中华台北消费者保护法》规定,定型化契约中之条款违反诚信原则,对消费者显失公平者,无效;中央主管机关得选择特定行业,公告规定其定型化契约应记载或不得记载之事项。而在线交易中所使用的交易契约通常也是使用定型化契约,而其权益与规范也都与一般行业之定型化契约管理相同。为了有效规制电子商务格式合同,笔者建议,行政机

关可以主动采取下列措施:一是公告规定格式合同应当记载或不得记载的事项以及制定格式合同应当遵守的准则;二是行政机关可以主动拟定合同范本,引导企业按照范本制订格式合同;三是建立电子商务格式合同的登记备案制度,要求格式合同使用人在使用格式合同之前,先提交相关行政机关进行审核备案,兼采事前审查和事后监督的规制方法;四是设立不定期审查制度,发挥行政监督职能,对违反公平、诚实信用的行为由行政机关给予一定的行政制裁。

(四) 自律规制与社会控制

自律规制主要是通过行业协会等社会组织制订本行业自律监管规范,对电子商务格式合同进行监督、审查,最大限度地减少或限制不公平、不合理的条款,实现行业自律。由于现阶段我国电子商务格式合同法律法规不完善,在电子商务经营者中倡导行业自律具有十分重要的意义。社会控制主要是软件销售商、网络服务商在拟定格式合同时,广泛公开征求消费者及社会中介的意见,以达到平等协商、完善合同样本之效果,从源头上避免电子格式合同条款不利于消费者的法律风险。另外,应允许社会组织对其资质、信用、保密水平等进行评级^[9]。

参考文献

- [1] 刘心稳.中国民法学研究评述[M].北京:中国政法大学出版社,1996.526.
- [2] 吴汉东.高科技发展与民法制度创新[M].北京:中国人民大学出版社,2003: 122.
- [3] 齐爱民,万瞳,张素华.电子合同的民法原理[M].武汉:武汉大学出版社,2002: 146-147.
- [4] 吴海斌.电子商务格式合同的法律效力及规制[J].法制与社会,2007, (1):93.
- [5] 李二元,王海浪.电子商务法[M].北京:北京大学出版社,2004: 152.
- [6] 齐爱民,万瞳,张素华.电子合同的民法原理[M].武汉:武汉大学出版社,2002: 155.
- [7] 郭学文.我国电子商务合同的法律规制[J].现代商业,2003, (6):226.
- [8] 胡家强,管娜.对“消费冷静期”的立法探讨[J].扬州大学学报(人文社会科学版),2006, (3):32.
- [9] 张渊,朱晓燕.网络时代的新契约.网络格式合同[J].当代法学,2002, (12):58.

(下转第100页)