

跨境网络消费者合同 强制性仲裁条款效力研究

魏求月

(中国政法大学国际法学院 北京 100088)

内容提要:随着我国跨境电子商务发展得如火如荼,跨境网络消费者已经成为一个不可忽视的群体。如何在新的技术条件下维护跨境网络消费者的合法权益,已经受到广泛关注。经营者为维护自身利益,普遍在跨境互联网消费合同中订立强制性仲裁条款。从形式上看,强制性仲裁条款属于格式条款,且经营者往往并未履行充分提示义务;从实质上看,一方面强制性仲裁条款利用国际商事仲裁的特点加重消费者负担,另一方面规避跨境集体诉讼妨碍消费者维护自身合法权益,因此,在法律上应判定跨境互联网消费者合同中的强制性仲裁条款无效。

关键词:强制性仲裁条款 超链接合同 点击合同 集体诉讼

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.05.014

利用仲裁解决国际商事争议由来已久,合同双方通常认为仲裁与诉讼相比是更为经济、快捷的纠纷解决方式。消费者合同中的强制性仲裁条款并非一个新的概念。伴随着互联网的迅猛发展,经营者在长期的实践过程中发现,若在网络消费者合同(以下简称“B2C合同”)中加入法院选择协议或者强制性仲裁条款,将有利于纠纷的高效解决,强制性仲裁条款遂逐渐成为经营者维护其权益的利剑。

一、B2C合同中强制性仲裁条款的本质

随着智能手机的发展,手机应用客户端充斥于人们的生活,同时,人们也在不知不觉中受

制于成千上万的强制性仲裁条款。我国2016年网上零售B2C市场份额主要由天猫(占57.5%)、京东(占26.2%)、唯品会(占3.6%)占据,而这些电商巨头无一例外地选择了超链接合同的形式与消费者达成用户协议或消费者合同。比如主要经营跨境B2C电子交易的“天猫国际”制定的《天猫国际争议处理规范》第47条规定“天猫国际对争议做出处理并通知支付宝公司支付争议款项后,买家或(和)卖家对天猫国际的处理有异议的,您必须在天猫国际处理后的20日内将争议诉诸香港国际仲裁中心HKIAC进行仲裁。”可见,我国境内消费者在

作者简介:魏求月(1991—),女,满族,吉林白山人,中国政法大学国际法学院博士研究生。

本文为中国政法大学博士生创新基金项目“国际电子商务纠纷管辖权问题研究”(项目编号:2016BSCX16)的阶段性成果。

进行跨境互联网消费的过程中,有超过一半的可能会受到强制性仲裁条款的影响和约束。那么跨境 B2C 合同中的强制性仲裁条款是否有利于消费者权益的保护呢?要回答这个问题,首先要从强制性仲裁条款的本质入手,继而探求经营者选择强制性仲裁条款的原因。

在跨境互联网消费者进行网上消费时,其与经营者订立的消费者合同条款通常是格式条款。格式条款之所以成为一个社会问题和法律问题并引起人们广泛关注,恰恰是因为格式条款经常被订入消费者合同并损害消费者权益,尤其是格式消费者合同中的不公平条款。^①在互联网交易背景下,经营者运用技术优势能够更方便地将各类潜在的免责条款订入消费者合同当中。我们常见的电子消费者合同中的免责条款主要有:(1)拒绝提供产品的保修单据;(2)协议选择法院条款;(3)强制性仲裁条款;(4)隐私条款。^②从理论上讲,如果消费者认为经营者提供的格式条款不公平,可以放弃交易而选择与其他能够提供合理合同条款的经营者进行交易,但在实践中往往无法做到。除经营者具有垄断地位的原因外,在互联网背景下,格式条款通常会在消费者不知情的情况下以点击合同或者超链接合同的形式出现,并且显示在页面的底部,即使消费者顺利找到全部合同文本,以上不公平条款也往往与其他条款混合规定在一起,消费者难以第一时间找到并辨识不

公平条款。^③因此,跨境 B2C 合同中的强制性仲裁条款本质上是不公平的。

此外,跨境 B2C 合同中的强制性仲裁条款有其跨国程序以及实体方面的特殊考量。首先,经营者通过设置强制性仲裁条款,能够有效避免就赌注型纠纷(bet the company cases)与消费者对簿公堂。当案件属于赌注型纠纷时,尤其涉及到跨境消费者集体诉讼时,跨国消费者集体更倾向于选择程序完整、尤其是具有上诉机制的诉讼方式来解决。^④之所以如此,是因为通常情况下诉讼相比仲裁能够对一审判决实行更为有效的审查,而法院对仲裁裁决尤其是境外仲裁裁决进行审查的基础十分有限,仲裁员在仲裁过程中产生的实体性错误不易被发现。^⑤其次,经营者可以利用国际商事仲裁的特点为临时措施命令的发布增加难度。当案件在程序上需要跨国采取临时措施时,选择诉讼比仲裁更具有优势。^⑥在程序复杂的赌注型纠纷中,消费者集体可以随时请求法院采取临时措施,相反,在仲裁中,且不提临时措施是否能够得到他国的承认与执行,经营者可以轻易通过拖延选择仲裁员的方式阻碍临时措施命令的发布。^⑦最后,选择仲裁还可以给予经营者选择对自己有倾向的仲裁员的机会。同样,对于非赌注型纠纷,经营者选择国际商事仲裁也有客观理由。跨境消费者独立通过国际商事仲裁途径

① 参见韩世远《合同法纵论(第三版)》,法律出版社2011年版,第740~741页。

② See Gregory C. Smith, Start-up and Emerging Companies (American Lawyer Media, 2011), Chapter 26. Legal Issues Associated with Creating and Operating Web Sites, para d.

③ See Coteanu, Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices (Hampshire, 2005) at p. 48.

④ See Jack L. Foltz, et al., Alternative Dispute Resolution, in 3 SUCCESSFUL PARTNERING BETWEEN INSIDE AND OUTSIDE COUNSEL, 57.4 (Jan. 2008); See also Richard C. Downing & Patrick R. James, Arbitration of a securities Dispute - An Overview for the Practitioner, 13 U. ARK. LITTLE ROCK L.J. 621_(1991).

⑤ See Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, International Dispute Resolution 1, 13 (Nov. 2008) (“Whether or not manifest disregard challenges remain viable remains a hotly debated issue”).

⑥ See Theodore Eisenberg, Geoffrey P. Miller & Emily Sherwin, Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts, 41 U. MICH. J.L. REF. 340 (2008).

⑦ See Christopher R. Drahozal, Arbitration Costs and Forum Accessibility: Empirical Evidence, 41 U. MICH. J. L. REF. at 78~79.

解决纠纷的情况非常少。^⑧ 据美国仲裁协会(AAA)和美国司法仲裁调解服务有限公司(JAMS)统计,相比于其他纠纷解决途径,消费者个人极少选择国际商事仲裁解决消费者合同纠纷,即使消费者合同明确有强制性仲裁条款。^⑨ 经营者在这类纠纷中选择仲裁,可以大量减少需要应付的案件。可以肯定地说,不论是在赌注型纠纷还是在相对简单的纠纷当中,经营者都有充分理由在合同中设置强制性仲裁条款,以最大限度维护其程序及实体利益。

总之,强制性仲裁条款的本质不但是不公平格式条款,而且是经营者出于阻碍消费者获得诉讼中程序及实体利益以及规避跨国诉讼的动机而做出的单方面纠纷解决策略。那么,这种强制性仲裁条款的效力究竟如何?笔者将从不公平格式条款本身以及经营者动机两个方面进行分析。

二、强制性仲裁条款不符合形式正义

我国《消费者权益保护法》并不限制消费者合同中使用格式条款,只是要求以“显著方法”提醒消费者注意。^⑩ 在英美普通法上,如果文件上有当事人的签字,通常不可能或至少难以否认它的合同性特征,^⑪ 即“签字即为同意”规则。《合同法》对此虽未明文规定,但是在解释上通常肯定其存在,消费者在载有格式条款的文件上签字,格式条款即订入合同,即使他未阅读过这些条款,除非有欺诈、胁迫等因素。^⑫ 而在几乎所有的电子消费合同中,消费者有时

以点击“我同意”的方式与经营者订立合同,甚至更常见的是连“点击”行为都不需要。在超链接形式下,消费者只需要继续在页面进行操作就完成了合同的订立。这种订立合同的方式不论在传统《合同法》还是在《电子签名法》中都未有明文规定,其效力有待考量。

(一) 点击合同与超链接合同的效力

在世界范围内,有关这一问题最早的三个案件是“美国在线服务公司案”^⑬“微软网络公司案”^⑭以及“网络解决方案公司案”。^⑮

在“美国在线服务公司案”中,原告认为,在缔结合同时其从未“发现、阅读法院选择条款,也没有机会与经营者就此条款进行商议且不知道该条款具有拘束力”,因此不应该受到该条款的约束。法院认为,如果原告不点击“我同意”按钮,就无法继续浏览网页,因此原告不可能不知道点击合同的存在。在合同上签字即视为同意,该方不能以没有“阅读或理解”合同条款为由规避合同的约束。在“微软网络公司案”中,上诉人与微软签订了在线用户协议,为了缔结合同,上诉人必须将页面滑动到底部,并点击“我同意”按钮。用户协议中规定了法律选择以及法院选择条款。当微软在没有事先通知的情况下加收上诉人会员费时,上诉人提起了诉讼并提请了管辖权异议。新泽西州上诉法院肯定了法院选择条款的效力,认为上诉人已经通过点击“我同意”按钮明示同意了合同条款,当受合同约束。同样,在“网络解决方

^⑧ See Jean R. Sternlight, Mandatory Binding Arbitration Clause Prevent Consumers from Presenting Procedurally Difficult Claims, 42 Sw. L. Rev. 87, at 98 (2012-2013).

^⑨ See Jean R. Sternlight, Mandatory Binding Arbitration Clause Prevent Consumers from Presenting Procedurally Difficult Claims, 42 Sw. L. Rev. 87, at 98 (2012-2013).

^⑩ 我国《消费者权益保护法》第26条规定“经营者在经营活动中使用格式条款的,应当以显著方式提请消费者注意商品或服务的数量和质量……,并按照消费者的要求予以说明。”

^⑪ See Cheshire, Fifoot and Furnston's Law of Contract 179 (14th ed, 2001).

^⑫ 参见崔建远主编《合同法(第4版)》,法律出版社2007年版,第64页;王利明《合同法研究(第1卷)》,中国人民大学出版社2002年版,第395页。

^⑬ Groff v. America Online A 2d 1998 WL 307001 (R1 Super).

^⑭ Caspi v. Microsoft Network LLC (1999) 732 A 2d 528.

^⑮ Barnett v. Network Solutions Inc (2001) 38 SW 3d 200.

案公司案”中,原告与网络解决方案公司订立了域名注册合同,电子合同文本要求原告将页面滑动到最底部从而同意合同条款,其中就包含了选择在弗吉尼亚州进行诉讼的法院选择条款。后来,原告认为被告并没有完成域名注册,继而在德克萨斯州提起诉讼,德克萨斯州上诉法院最终支持了法院选择条款的效力,驳回原告起诉。^{①⑥}可见,强制性仲裁条款的效力并不能仅仅因为其出现在点击合同中就受到影响。

相比点击合同,超链接合同在B2C电子消费合同中更为常见,尤其是目前手机应用客户端(APP)的发展。对于超链接合同,消费者不需要任何操作即可继续使用商品或享受服务,即使合同条款完全被消费者忽略。因此,相比点击合同,超链接合同的成立甚至都不需要消费者的签字(点击“我同意”按钮)。当然,其效力也受到更多质疑。有关超链接合同的最典型案例为“网景通信公司案”。^{①⑦}在该案中,消费者从网景通信公司下载程序,但是超链接合同在页面中出现在“下载”按钮下方,也就是说,消费者不需要查看超链接合同中的合同条款即可下载所需程序。法院认为,在消费者能够立刻获得所需商品或服务而不需要阅读合同条款的背景下,单单是超链接地址出现在屏幕中并不能够给予消费者足够的提示。法院同时指出,在超链接形式下,经营者负有更重的对消费者就有关合同条款的提示和注意义务,^{①⑧}该案法院的决定也成为后来美国法院判断超链接合同有效性的依据。^{①⑨}总之,超链接合同并没有获得消费者的签字(点击“我同意”按钮),如果经营

者又没有给予相当的提示义务,那么包含强制性仲裁条款在内的超链接合同就难以对消费者产生拘束力。问题是究竟满足什么条件才能达到“足够的提示”标准,对此我国法律并没有具体详细的规定,但是司法实践中不乏相关案例。

(二) 经营者的提示义务标准

“孙丁丁诉苏宁易购电子商务公司网络购物管辖权纠纷案”是一起典型的B2C电子商务管辖权纠纷案件。^{②⑩}在该案中,苏州市中级人民法院对经营者提示消费者注意的标准做了较为详细的回答。^{②⑪}2014年11月26日,原告孙丁丁在被告经营的苏宁易购网站基于对其网站宣传的信赖购买了一台惠普打印机,收货后原告发现被告使用了虚假的广告宣传,其行为足以认定为欺诈,故诉至法院。该案管辖权部分的争议焦点是《苏宁易购网站会员章程》(以下简称《章程》)中的协议选择法院条款是否足够提醒消费者注意,从而判断其有效性。苏宁易购公司认为其管辖权条款的标题及内容均黑体标示足以提醒消费者。对此法院认为,苏宁易购公司制定的管辖权协议格式条款仅通过字体加黑方式尚未尽到合理提请消费者注意的义务。首先,字体加黑方式能够引起消费者合理注意的前提是其与其他条款字体明显不同,而根据苏宁易购公司提供的经过公证的《章程》网页打印件,其内容共计12页,每一页均有多条黑体标示条款,其中共达6页中的黑体标示条款明显多于非黑体字条款。因此,经过字体加黑的管辖权条款与其他条款并无明显区别,未起到

^{①⑥} Followed by the District Court N D Texas Dallas Division in *Recursion Software Inc v. Interactive Intelligence Inc* (2006) 425 F Supp 2d 756.

^{①⑦} *Specht v. Netscape Communications.*, 306 F. 3d 17 (2nd Cir. 2002).

^{①⑧} *Specht v. Netscape Communications.*, 306 F. 3d 17, 32 (2nd Cir. 2002).

^{①⑨} See *Siedle v. National Association of Securities Dealers Inc* (2002) 248 F. Supp 2d 1140. See also *DeJohn v. The. TV Corporation International, Register.com Inc and Verisign Inc* (2003) 245 F. Supp 2d 913.

^{②⑩} 在宏观研究争端解决条款的形式效力问题时,没有必要仔细区分强制性仲裁条款与法院选择条款,强制性仲裁条款是法院选择协议的特殊形式。See *Scherk v. Alberto - Culver Co*, 417 U S 506, 519 (1974).

^{②⑪} http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324845348886.html?keywords=管辖&match=Exact, 访问日期:2017年5月19日。

提请消费者合理注意的作用。其次,由于网站页面与纸质介质存在差异,纸质介质通过加黑或字体变化方式容易引起消费者注意,但网站页面本身内容丰富,消费者浏览时注意力容易被分散,故网站页面上字体加黑方式的提示注意功能降低。网站经营者有更多更有效的提请注意方式如弹出式页面等可供选择,应根据实际情况采用合理的提请注意方式。综上,因苏宁易购公司未能采取合理方式提请消费者注意,其公司在《章程》中载明的管辖权条款对本案当事人不具有法律约束力。虽然该案并不含有涉外因素,但一方面,超链接合同条款这一存在形式不论在国内购物网站还是全球性购物网站都存在共性;另一方面,对待对于经营者来说更易提请消费者注意的国内网站,法院尚且如此严格,对待还可以同时运用外文语言优势的全球或者境外网站经营者,法院的态度势必更加谨慎。由于该案说理清楚,被最高人民法院定为参阅案例。由此可知,除了要将管辖权条款做加黑处理外,更重要的是要与其他合同条款有显而易见的对比,此外,在网站页面这一特殊媒介下,注意文字颜色与背景颜色的对比也是不能忽视的。

此外,对于超链接合同来说,超链接网址的位置也值得考量。通过对上述主要电商巨头网站首页的观察可知,大部分的超链接合同条款都位于页面的底部,因此我们可以合理推断,在正常情况下消费者是可以滑动到页面底部来寻找用户协议的,若在页面底部没有找到链接,则不能够期待消费者花费更多的时间在页面其他位置寻找。然而,现实的情况是,当我们打开“天猫国际”或“亚马逊中国”等电商平台主页并滑动到页面底部时,难以寻找到以“用户协议”或“消费者协议”等类似字眼来命名的超链接网址,并且,在底部会同时出现几十个超链

接,消费者需要花费相当长的时间才能够找到指向用户协议的链接。在直接给出用户协议原文的情况下,我们都难以期待消费者仔细阅读文本,在这种超链接形式下,消费者亲自花费时间寻找协议原文并阅读理解的可能性就更微乎其微,因此,经营者在这种情况下没有使用合理的提请注意方式,也就是说,这种情况下的强制性仲裁协议是不具有拘束力的。

三、强制性仲裁条款违背实体正义

我国《消费者权益保护法》第26条第2款和第3款规定:“经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式,作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定,不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的,其内容无效。”那么如果强制性仲裁条款限制消费者就争议提起诉讼,是否对消费者“不公平”且“不合理”呢?我们从强制性仲裁条款是否减轻经营者负担、是否限制消费者权利两个方面来分析。

(一) 强制性仲裁条款减轻了经营者负担

强制性仲裁条款将消费者合同争议的解决方式限制在仲裁领域,但实际上仲裁并不适合解决消费者合同纠纷。首先,跨境B2C合同纠纷交易金额相对较小以及个性化服务的特征要求相应的争议解决机制必须具备可选择性强、程序迅捷和价格低廉的特点。^②而国际商事仲裁中含有很多不特定的隐形费用,比如备受诟病的举证规则。一般仲裁举证规则都要求当事人应对其申请、答辩和反请求所依据的事实提供证据加以证明,对其主张、辩论及抗辩要点提供证据,^③并且仲裁员也不像法官一样拥有权力传唤证人,^④即使有的国家仲裁法规定仲裁员在必要情况下可以协助当事人搜集证据,但实践

② 黄进主编《国际商事争议解决机制研究》,武汉大学出版社2010年版,第563页。

③ See Jean R. Sternlight, Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just? 57 STAN. L. REV. 1641 (2005).

④ Id., 1651.

中仲裁机构并不强制仲裁员这样做^⑤,因此,消费者就需要额外在搜集证据上付出更多的花费。除了举证责任之外,仲裁员选择也会给消费者带来很大的负担。一些跨境 B2C 用户协议不仅规定以国际商事仲裁作为纠纷解决方式,还要求双方选择 3 名仲裁员,不允许独任仲裁,且仲裁语言为英文,比如天猫“用户服务协议”就排除了独任仲裁的可能^⑥。如此一来,消费者有可能要负担 3 位仲裁员的费用,很难说仲裁是最经济的纠纷解决方式。其次,在国际商事仲裁中,仲裁员通常不必像法官一样恪守判例或法律条文,而是有更多的自由裁量权来解释合同和仲裁过程中适用的实体规则^⑦,仲裁的非公开性以及国际商事仲裁的实体问题难受法院审查的特点有时也会为非中立仲裁员大开方便之门^⑧。最后,与消费者权益保护有关的仲裁裁决在跨国执行中将面临困难:一方面,许多国家的国内法禁止有关消费者的案件提起仲裁^⑨;另一方面,有关消费者案件提起的仲裁一般属于一国公共政策的范围,容易被以公共秩序保留为理由拒绝跨境承认与执行。比如,欧盟范围内消费者权益的保护由来已久,与其相关的立法多现于“条例”“指令”这类高位阶法

律之中,保护消费者这一弱势群体已经成为公共政策的体现。我国《消费者权益保护法》同样强调“保护消费者权益是全社会共同的责任”^⑩。

国际商事仲裁的以上三个问题在消费者合同纠纷中无法避免且毫无疑问会影响到案件的公正性。仲裁过程中的花费对于作为申请人的消费者来说也是不合理的负担,经营者使消费者合同纠纷通过强制性仲裁条款脱离了法院审查的控制从而减损了消费者在各国消费者权益保护法下应有的权益,也减轻了自己应对诉讼的负担。

(二) 强制性仲裁条款限制了消费者权利

保护消费者权益的方式有多种,在英美法系国家,有一种保护消费者权益的司法制度被认为发挥着不可替代的作用,即消费者集体诉讼制度^⑪。所谓消费者集体诉讼制度,是指当众多的消费者因经营者的同一个违法行为或同一种产品或服务受害,但由于每一个消费者所遭受的损失很小不值得提起个别诉讼时,通过集体诉讼程序迫使违法经营者吐出非法所得并为消费者提供救济的一种诉讼制度^⑫。比如 2011

^⑤ 比如我国《仲裁法》第 43 条第 2 款规定“仲裁庭认为有必要收集的证据,可以自行收集。”然而,我国北京仲裁委员会以及深圳国际仲裁院的仲裁规则中有关举证的规定中,都不要求仲裁员帮助当事人搜集证据。

^⑥ 天猫《用户服务协议》,见 https://rule.tmall.hk/rule/rule_detail.htm?spm=0.0.0.0.UITu3t&id=1521&tag=self,访问日期:2017年5月21日。(All disputes, issues or claims arising from this Agreement, . . . , will be arbitrated in Hong Kong using the effective Hong Kong International Arbitration Centre . . . , There will be three (3) arbitrators, and the arbitration proceedings will be English.)

^⑦ See Jeff Guarrera, Mandatory Arbitration: Inherently Unconscionable, but Immune from Unconscionability, 40 Western State University Law Review, 89, 96 (2013).

^⑧ See Testimony of Dr. Deborah Pierce, Arbitration: Is it fair when forced? : Before the S. Comm. On the judiciary, 112th Cong. 9 (May 2011), <http://www.judiciary.senate.gov/pdf/11-10-13PierceTestimony.pdf>. 访问日期:2017年5月21日。

^⑨ Maxime Hanriot: Online Dispute Resolution to Cross Border Consumer Dispute: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill J. Disp. Resol. 1 22(2015-2016) p. 5.

^⑩ 我国《消费者权益保护法》第 6 条规定“保护消费者的合法权益是全社会的共同责任。”

^⑪ 然而消费者集体诉讼制度并不受理有关消费者侵权诉讼,原因是不同消费者遭受侵权的事由不同,难以合并审理。

^⑫ 参见钟瑞华《美国消费者集体诉讼初探》载《环球法律评论》2005年第3期,第347页。

年著名的“美国电话电报公司案”^③，虽然该案并不是发生在互联网背景下，但可以说是美国司法历史上有关消费者强制性仲裁条款与消费者集体诉讼关系认定的转折性案例。案件在美国加利福尼亚州提起，原告一方为集体诉讼的消费者代表，被告为美国电话电报公司。被告与大量的消费者签订的消费者合同中载明，如果消费者使用该公司提供的服务，那么将免费向其提供一部手机。事实上，该公司在将手机邮寄给消费者时，向每个消费者收取了30.2美金的消费税，消费者代表基于欺诈向联邦法院提起诉讼。^④但随后，美国电话电报公司将争议提请了仲裁。案件争议焦点就是，美国电报电话公司在给所有的消费者签订的合同中都订入了强制性仲裁条款，并且在条款中明确约定消费者放弃任何形式的集体诉讼或集体仲裁。这类条款是否能够阻碍法院对案件的管辖权？在互联网背景下，不乏类似的强制性仲裁条款，比如“亚马逊英国”就要求消费者放弃提起集体诉讼或仲裁的权利。^⑤即使有充分的证据表明在个人层面消费者提起仲裁要比诉讼划算，但是不能证明经营者在消费者合同中排除消费者集体诉讼的权利就是正当的，尤其是在很多情况下，经营者订立强制性仲裁条款的目的就是为了排除消费者这一诉讼权利，因为在一些强制性仲裁条款中我们可以看到，经营者在订立仲裁条款的同时并不反对消费者就小额争议向小额争议法院（small claims court）提起诉讼。“亚马逊美国”与“亚马逊英国”的用户协议都

有类似规定。^⑥就上述案件来说，若是仅一个消费者就30.2美金向小额争议法院提起诉讼，那么经营者是不反对的，只要消费者愿意承担得不偿失的风险，然而当千千万万个消费者将这些损失累积起来提起集体诉讼，对于经营者来说就会成为“赌注型纠纷”，关系到公司的生死存亡，因此阻止这类诉讼的发生成为经营者制定强制性仲裁条款的首要目标。^⑦在当下跨国B2C电子商务蓬勃发展的背景下，外国经营者通过订立强制性仲裁条款阻止我国消费者参与集体诉讼的情况难以避免。建立消费者集体诉讼制度或者在具体案件中参与在外国提起的集体诉讼，可以使我国消费者在不出庭的情况下获得法律救济，同时也可以规范外国经营者的经营行为，对于保护我国参与跨境B2C交易的消费者来说是一种理想的纠纷解决方式。

然而，在美国等设立消费者集体诉讼制度的国家，对于强制性仲裁条款排除消费者参与集体诉讼权利的合法性众说纷纭，直到美国最高法院在“美国电话电报公司案”中给出了否定答案。美国最高法院认为，集体诉讼或集体仲裁并不是一种高效解决消费者合同纠纷的方式，不符合联邦仲裁法（FAA）的主旨和精神，因此，允许经营者在消费者合同中通过订立强制性仲裁条款免除集体诉讼。^⑧可想而知，在该案之前，经营者在订立强制性仲裁条款排除集体诉讼时还可能会担忧法院因实体不公正判处条款无效，但是从2010年该判决做出后，会有更多的经营者在消费者合同中毫无顾忌地订立强

③ AT&T Mobility LLC v. Conception, 131 S. Ct. 1740 (2011).

④ AT&T Mobility LLC v. Conception, 131 S. Ct. 1744-45 (2011).

⑤ https://www.amazon.ca/gp/help/customer/display.html/ref=ap_register_notification_condition_of_use?ie=UTF8&nodeId=918816, 访问日期:2017年9月22日。

⑥ https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html/ref=ap_register_notification_condition_of_use?ie=UTF8&nodeId=508088, 访问日期:2017年9月22日。

⑦ See Amy J. Schmitz, Legislating in the Light: Considering Empirical Data in Crafting Arbitration Reforms, 15 HARV. NEGOT. L. REV. 115, 150 (2010).

⑧ AT&T Mobility LLC v. Conception, 131 S. Ct. 1740, 1753 (2011).

制性仲裁条款,事实也确实如此。³⁹因此,“美国电话电报公司案”成功打消了消费者通过强制性仲裁以外的集体诉讼或集体仲裁的方式维护自己权益的可能。美国联邦最高法院的这一判决几乎遭到了学者们压倒性地反对。⁴⁰虽然集体诉讼制度在英美国家的发展也存在一些问题,比如对集体成员的通知、撤诉、滥诉、诉讼费用来源等,但是不得不承认,目前对于大规模的基于合同的消费者权益纠纷,集体诉讼是最好的解决方式。一方面,集体诉讼可以保护部分不知道自己的权益遭到侵害的消费者。如果消费者不知道自己的权益受到侵害,也就不可能以个人的名义提起诉讼或申请仲裁。集体诉讼属于代表诉讼,依据《美国联邦民事程序规则》,代表人可以代表所有其他具有相似情形但并不知晓其权利遭到侵害的人提起诉讼,并且即使这些被代表人不知道这样的诉讼已经提起,⁴¹非代表人一般不需要参与具体的诉讼程序,只需要代表人及其律师知晓众多消费者权利被侵害并全程参与诉讼即可。另一方面,以消费者个人就单个人遭受的损失提起诉讼或申请仲裁,不仅容易得不偿失,也很难请到有经验的律师。而集体诉讼的消费者群体累积起来的损失额,会使律师等代理人对律师费有更高的预期,也有更强的动力去聘请专家、搜集证据以及进行法律调查。

目前我国虽然没有建立消费者集体诉讼制度,但是不排除日后随着电子商务的发展,为维

护广大消费者权益而建立集体诉讼制度的可能。即使在现阶段没有集体诉讼制度的前提下,我国消费者也完全可以参与发生在境外的集体诉讼程序。如果境外经营者与我国消费者之间订立的数以亿计的跨境电子消费合同都通过强制性仲裁条款排除集体诉讼的可能,那么我国消费者势必失去一个极为重要的维权途径,不利于我国消费者权益在全球化和信息化背景下的保护。

四、结论

我国主要跨境电商平台的用户协议都以格式条款的方式订入了纠纷解决条款,而占我国电商市场半壁江山的天猫国际以及亚马逊的用户协议中则订立了强制性仲裁条款。对于强制性仲裁条款的效力,主要从形式正义和实质正义两个角度来考虑。一方面,强制性仲裁条款多出现在超链接合同中,超链接网址在网页中难以被消费者顺利找出,对其合法性的质疑远高于点击合同。除此之外,经营者使用超链接与消费者订立消费者合同时,不论从链接在网页的位置还是字体大小、字体与背景颜色对比上,都没有给予消费者足够的提示,因此这类消费者合同本身的成立就应该受到很大质疑。另一方面,从实践角度看,国际商事仲裁机构的市场性、国际商事仲裁的费用和程序问题都无疑加重了消费者的负担,会抑制消费者提起仲裁的欲望,经营者成功利用了强制性仲裁条款规

³⁹ See Myriam Gilles, Killing Them with Kindness: Examining “Consumer – Friendly” Arbitration Clauses After AT&T Mobility v. Concepcion, 88 NOTRE DAME L. REV. (forthcoming 2013).

⁴⁰ For example: Jean R. Sternlight: Mandatory Binding Arbitration Clauses Prevent Consumers from Presenting Procedurally Difficult Claims, 42 Sw. L. Rev. 87 (2013); Jeff Guarrera: Mandatory Arbitration: Inherently Unconscionable, but Immune from Unconscionability, 40 W. St. U. L. Rev. 89 (2013); Sarah Rudolph Cole: On Babies and Bathwater: the Arbitration Fairness Act and the Supreme Courts Recent Arbitration Jurisprudence, 48 Hous. L. Rev. 457 (2012); Emily Canis: One “Like” Way: Mandatory Arbitration for Consumers, 26 Geo. Mason U. C. R. L. J. 127 (2016); Anoghus McClafferty: Effective Protection for the E – Consumer in light of the Consumer Rights Directive?, 11 Hibernian L. J. 85 (2012); Joshua Woo: Consumer Protection and Mandatory Conflicts of Laws Provisions, 21 Auckland U. L. Rev. 142 (2015).

⁴¹ Fed R. Civ. P. Rule 23 permits a class to be certified so long as it meets the Rule 23 (a) requirements of numerosity, typicality, commonality, and adequacy of representation, and so long as it falls into one of the Rule 23(b) categories.

避了许多司法纠纷,同时,强制性仲裁条款也规避了让跨国经营者最胆战心惊的消费者集体诉讼,严重妨碍了各国消费者联合起来维护其合法权益。综上,依据我国《消费者权益保护法》强制性仲裁条款属于格式合同中加重消费者负担、减轻或排除经营者责任、减损消费者权益的条款,应当认定无效。

中国政法大学国际法学院副院长、教授、博士生导师霍政欣点评:

跨境 B2C 合同纠纷是“互联网+”时代一类常见的涉外合同纠纷,但因出现的时间较晚,且随着互联网技术的发展而不断发展,相关法律规制因而具有滞后性。因此,如何从法律角度探讨因此类合同产生的纠纷,确保消费者权

益在“互联网+”时代得到有效保护,具有重要的学术与实践价值。该文以此类合同的强制仲裁条款为着眼点,在中国《消费者权益保护法》的语境下,从形式正义与实质正义两个角度分析此类条款的有效性,并最终得出此类条款不利于保护我国消费者、在立法与司法上应认定为无效的结论。文章视角新颖,引证丰富,逻辑推演较严密,反映出作者敏锐的学术思维与较扎实的学术功底,具有一定创新性和较高的学术价值。不过,文章也存在一些值得商榷的地方,如文章落脚点为保护中国消费者的权益,但此类合同的消费者并不局限于中国籍,如何与国际私法上平等保护各国当事人的主旨相协调也是文章需要考虑的问题。

Research on the Validity of Mandatory Arbitration Clause in Cross – Border Consumer Contracts

Wei Qiuyue

Abstract: The group of consumers relating to International Internet should not be ignored in the context of the development of International B2C career in China. It is necessary to concentrate people's attention on the protection of the legal rights of the B2C consumers. Mandatory arbitration clauses always been concluded in International Internet B2C contracts for the sake of businesses themselves. In form, mandatory arbitration clause has the characteristic of Standard Terms, however, business seldom fulfills the obligation of giving a reasonable alert and explanation. In essence, the burden of consumers has been added in light of the features of International commercial arbitration on the one hand, on the other hand, through the mandatory arbitration clause, cross – border class action could be circumvented. For all the reasons stated, Mandatory arbitration clauses in International Internet consumer contracts should be deemed legally invalidity.

Keywords: mandatory arbitration clause; browse – wrap agreements; clicking agreements; class litigation

(责任编辑:程绍燕)