



联合国国际贸易法委员会
第四工作组（电子商务）
第四十二届会议
2003年11月17日至21日，维也纳

电子商务的法律方面

电子订约：背景资料

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 导言	1-2	2
二. 与当事人所在地有关的问题	3-26	2
A. 信息系统所在地	9-17	2
B. 域名和电子地址	18-20	4
C. 披露营业地的职责?	21-26	5



一. 引言

1. 本说明概述秘书处对第四工作组（电子商务）审议电子订约公约草案初稿时讨论的一些主要问题所进行的研究情况。¹本说明的目的是协助工作组在其第四十二届会议（2003年10月17日至21日，维也纳）上进行审议。
2. 本说明所涉及的问题主要与当事人的所在地有关。将作为单独文件另行印发关于其他问题的补充背景说明，其中包括当事人意图的条件说明、数据电文的发出和接收时间、数据电文的认证及其归属、自动信息系统的使用以及合同条款和其他资料的有无等问题。

二. 与当事人所在地有关的问题

3. 工作组自其对电子订约产生的问题进行了初步讨论以来，所关切的核心问题之一是提高法律确定性和可预见性的必要性。这种提高可以通过制订有助于确定合同国际性质或国内性质及其订立地点以及其他要素的统一规则来实现。工作组认为，拟订统一的国际条款，在其中作出规定，使当事人能够事先确定其对应方的所在地，这一做法总的来说是可取的（A/CN.9/484，第103段）。
4. 工作组在审议这一问题时关切的基本问题始终是，电子通信的日益使用造成交易方合理地尽快确定合同上的某些关键问题变得格外重要，其中包括是否订立了有效和可执行的合同以及这种合同受哪一法律管辖等问题。
5. 大多数国际商法公约都将其适用领域圈定在“国际”交易的范围内。国家和国际上为界定“国际”合同而采取的解决方法包括一般标准，例如“与一个以上国家有重要联系”或与“国际商业”有关的合同，以及包括较具体的因素，例如各当事人在不同国家拥有其“营业地”或惯常居住地。²如果某一当事人拥有一个以上营业地，这些文书则指的是与合同及其履行有着最密切关系的地点。³
6. 如果以电子方式订立的合同的各当事人明确指明其相关营业地的地点，则可将这种指明视为确定合同的“国际”性的重要（即使不是最重要）的标准。⁴不过，如果未作出这种指明，这一规则便无能为力。
7. 在国内法律冲突规则下也可能产生困难，此类规则往往使用国际公约中常见的概念（例如，“营业地”或“与合同或其履行有着密切联系”的地点）。国际私法中关于将合同订立地点视为相关因素的规则也可能产生其他问题，因为当事人的所在地不一定能够从其相互往来的电子函件中看出。
8. 鉴此，工作组审议了是否存在可从中推断出相关营业地所在地并可用于对当事人所在地加以法律推定的情形。

A. 信息系统所在地

9. 即使电子通信的传输协议通常并不指明当事人的所在地，但其中往往载有一些其他类型明显客观的信息，例如互联网协议地址、⁵域名⁶或与中间信息系统

有关的信息。因此，产生的问题是，就确定当事人的实际所在地而言，如果对这种信息给予其价值，可给予什么样的价值。

10. 秘书处就公约草案初稿第一稿进行的预备性研究表明，设备及其辅助技术的所在地不一定可成为确定当事人所在地的充分因素，因为其不足以指明合同的最终当事人，因此可能会随着时间的推移发生变化，并且在当事人进行通信往来期间并不为其所知或对其显而易见（A/CN.9/WG.IV/WP.95，第 42 段）。还据指出，信息系统的管理和运行有可能完全通过外部采办解决或由第三方操作。例如，卖方网站所在的互联网服务商电脑主机可代表卖方自动与买方缔结合同。因此，对设备所在地的依赖可能导致不可取的结果，将某一合同与某一地理位置联系起来，而该地理位置虽然与当事人之间往来的电文所使用的路径有关，但也许与其实际地点几乎或根本没有关系。⁷另一种可能不可取的结果是，当以电子方式谈判一项合同时，一个人的营业地最后可能与其通过其他方式谈判时的营业地不同。⁸工作组总的赞同这一分析（A/CN.9/509，第 50 和第 57 段）。

11. 不过，可以想象，电子商务和“新经济”可能涉及完全是或主要是通过使用信息系统进行的活动，而并无固定的“营业所”，⁹或除了仅仅涉及例如在某一特定登记处登记其公司组织章程外，与实际地点并无任何关联。有一种意见认为，使这种所谓的“虚拟公司”适用传统上用于确定一个人的营业地点的相同标准，可能并不合理。换句话说，为了确定这种“虚拟公司”的营业地而对支持信息系统的设备和技术的所在地或对检索这种系统的地点赋予其法律意义是否妥当？

12. 迄今为止，工作组似乎无意背离与“营业地”概念相关的既定标准（A/CN.9/509，第 51-54 段和第 56-59 段；另见 A/CN.9/528，第 93 段）。不过，尚未就“虚拟营业地”展开充分的讨论。在这方面，工作组似宜注意到其他组织所做的有关工作。

13. 经济合作与发展组织（经合组织）结合其就税收问题国际方面开展的工作，审议了通过电子手段提供货物和服务的实体的所在地问题。2000 年 12 月 22 日，经合组织财税事务委员会通过对《所得税和资本税示范公约》（《经合组织税收示范公约》）第 5 条的评注所作的更改，以处理在电子商务方面按《税收示范公约》的理解适用永久营业所的定义问题。¹⁰

14. 经合组织财税事务委员会指出，虽然某一企业操作自动化设备的所在地“可能构成在其所在国中的一个永久营业所”，但有必要区分“为了在某些特定环境下构成永久营业所而可能在某一地点安装的计算机设备与这种设备所使用或储存的数据和软件”。根据这一解释，就构成网站的软件和数据而言，作为软件和电子数据结合体的互联网网站，“其本身并不构成有形财产，因此并无一个可构成‘营业地’的地点，因为并不存在任何‘诸如房屋或某些情况下还有机器或设备等设施’[……]”。另一方面，财税事务委员会还指出，“存设和检索网站的主机服务器是一项具有实际地点的设备，从而使这一地点可构成操作该服务器的企业的一个‘固定营业地’”。¹¹

15. 对网站与其存设和使用的主机服务器作出区分具有下列理由：

“[……]操作服务器的与用网站进行营业的可能是不同的企业。例如，企业所赖以进行营业的网站设在网络服务商的主机服务器上是很常见情况。虽然在这种安排下网络服务商可能按用于存设网站所需软件和数据的空间大小收费，但是这类合同一般并不会导致企业可以支配主机服务器和决定其地点[……]，即使企业能够确定其网站应设在某一特定地点的某一特定主机服务器上。在此情况下，由于网站是无形的，因此企业在该地点甚至并没有实际存在。在这些情况下，不可认为该企业已通过网站的存设安排而获得了营业地。但是，如果用网站进行营业的企业拥有自己可支配的主机服务器，例如其拥有（或租赁）和操作网站存设和使用的主机服务器，而且[《税收示范公约》第5条]¹²的其他要求也得到满足，则该服务器所位于的地点可构成该企业的永久营业所。”

16. 为了将网站与存设网站的服务器区分开来，经合组织财税事务委员会强调了相对于附属活动（例如在供应商和客户之间提供通信联系，为货物或服务做广告，为安全和效率目的通过镜像服务器转发信息，为企业汇集市场数据或提供信息而确定一个企业实体核心职能履行地）的重要性。在这方面，作出了以下澄清：

“42.9 某一特定企业核心职能的构成要素明显取决于该企业经营业务的性质。例如，有些网络服务商所经营的业务是操作自己的主机服务器用以存设其他企业的网站或其他应用。对这些网络服务商来说，操作其主机服务器以便向客户提供服务是其商业活动的一个十分重要的部分，因而不可将此视为预备性的或辅助性的。从事网上售货营业的企业（有时称为‘电子零售商’）则是一个不同的例子。在此种情形中，该企业并不是在经营主机服务器的操作业务，仅仅因为该企业可在某一特定地点这样做这一事实并不足以得出结论认为在该地点进行的活动超出预备和辅助的性质。在此情况下需要做的事情是，应参照该企业所经营的业务情况审查在该地点进行的活动性质。如果这些活动对网上售货营业来说只是预备性或辅助性的（例如，该地点被用于操作存设有网站的主机服务器，而该网站往往专门用于做广告、展示产品目录或向潜在客户提供信息），[……]则该地点不构成永久营业所。不过，如果在该地点履行了与售货有关的典型职能（例如，通过位于该处的设备自动进行与客户缔结合同、处理付款及交付产品等事宜），则不可将这些活动视为只是预备性或辅助性的。”

17. 上述澄清表明了可能据以为税收目的将主机服务器视为永久营业所的狭义条件。虽然私法中一般界定的“营业地”这一用语不一定与国内和国际税法中的“营业所”这一概念相吻合，但是工作组还是不妨审议经合组织财税事务委员会所作的澄清在多大程度上提供了可用于公约草案初稿第7条的要素。

B. 域名和电子地址

18. 另一个有关的问题是，可在多大程度上考虑电子信息发出时所用的地址，以确定某一当事人的所在地，从而在地址与联接具体国家的域名相联系的情况

下（例如地址“.at”结尾代表奥地利，以“.nz”结尾代表新西兰，等等），可推定当事人营业地设在相应的国家。

19. 在工作组进行审议过程中，有与会者称，在某些国家，只有在对申请人提供的信息（包括其在与相关域名有关的国家中的所在地）的准确性加以核实之后才分配给域名。对这些国家来说，依靠或至少部分依靠域名来确定某一当事人的所在地可能是妥当的（A/CN.9/509，第 58 段）。不过，在没有进行这种核实的国家中，不可自动地将某一电子邮件地址或域名视为在功能上等同于某一当事人营业地的实际地点。¹³而且，在某些营业分支部门，公司往往通过各种区域性网站提供货物或服务，而在网站的域名所关联的国家中，其并无传统意义上的“营业地”。此外，从任何这种网站预订的货物均可从为向某一特定区域供货而设置的仓库中交付，而这些仓库则可能实际位于所涉域名相关国家以外的其他国家。

20. 工作组似宜进一步探索在对当事人所在地作出推定方面域名和电子邮件地址可能发挥的作用，以及应如何建立这种推定，以便考虑到关于域名分配的各种国内制度和做法。工作组可能需要铭记的一种特别情形是“.com”或“.net”等“总类”顶级域名¹⁴的用法。这些类型的域名和电子邮件地址与某一特定国家无任何关联，这种情况是可能的，因为互联网网站域名分配系统并不是按严格的地理划分来设计的。

C. 披露营业地的职责？

21. 上述讨论表明，互联网协议地址、域名或信息系统地理位置等与电子信息有关的外围信息，对确定当事人的实际所在地可能所具有的价值有限。

22. 工作组审议的一种办法是，按照公约草案初稿第 7 条第 1 款和第 11 条第 1 款(b)项目前的设想，要求电子交易各当事人明确指明其相关营业地的所在地。不过，这一主张也引起了一些问题，例如以书面方式进行的国际交易中并不存在这种职责，因而这样做会在多大程度上导致法律制度具有双重性（见 A/CN.9/509，第 63 段）。另一个关切问题是，这种信息的缺乏或不准确会引起何种法律后果以及关于电子订约的一项国际统一文书可如何处理这一问题而不会不适当地干扰所依据的合同法（A/CN.9/509，第 44-50 段和第 62-65 段；A/CN.9/528，第 83-91 段）。

23. 工作组似宜注意到，虽然《联合国销售公约》中并未规定类似的披露义务，但其他一些文书中则载有关于当事人负有披露其营业地的义务的条款。这见于例如《联合国海上货物运输公约》（“《汉堡规则》”）¹⁵第 15 条 1(c)项以及——至少是隐含于——《联合国独立担保和备用信用证公约》（大会第 50/48 号决议，附件）第 4 条第 1 款。诚然，这些条款与根据上述公约签发特定单证时其中所需的内容有关，但似乎没有任何明显理由将类似的规则排除在公约草案初稿范围之外，因为其第 11 条处理的是商业交易中必须随附的信息。

24. 当事人不遵守第 11 条草案而可能引起的后果不一定是使得交易无效或不可执行，因为据称这是一种“不可取的和不合理地多管闲事的解决办法”

(A/CN.9/509, 第 63 段)。例如,《汉堡规则》第 15 条第 3 款明确规定,提单中若缺少一项或多项所需细节,“不影响该单证作为提单的法律性质,但该单证必须符合规定的要求”。仍可对其他类型后果作出规定,以期赋予公约草案初稿第 11 条有意义的目的。

25. 一种可能类型的后果也可能与公约草案的适用领域相关。例如,如果一方当事人未能披露其营业地,则可推定其已同意使合同受公约草案制度管辖,条件是对方当事人位于某一缔约国,而且适用法律为某一缔约国的法律。当然,即使双方当事人并不都位于缔约国,但也是只有双方一致同意适用公约,才可使这一办法有效,对于这一可能性,工作组尚未作充分审议(A/CN.9/528, 第 43 和 44 段)。

26. 对于一方当事人故意或不经意地未能披露其营业地,法院裁决可提供另一种可能的附带法律后果。在最近的一个案子中,美国一家法院确认以电子方式完成对一家外国公司的传票送达手续,理由是该外国公司对其营业的安排使外界只能通过其电子邮件地址与其联系,未列出任何可容易发现的街道地址。¹⁶这种结果不一定可以轻易地套用于国际商法文书的情形中。不过,这一法学方法提供了工作组似宜加以审议的一种法律后果的例子,即推定当事人如未另外披露其营业地则被认为同意通过特定信息系统接收电文或法律通知。

注

¹ 电子订约公约草案初稿第一稿载于 A/CN.9/WG.IV/WP.95 号文件。工作组在其第三十九届会议(2002 年 3 月 11 日至 15 日,纽约)和第四十届会议(2002 年 10 月 14 日至 18 日,维也纳)上审议了这一案文。工作组的审议情况反映在其这两届会议的工作报告中(分别为 A/CN.9/509 和 A/CN.9/527)。公约草案初稿第二稿载于 A/CN.9/WG.IV/WP.100 号文件,并由工作组第四十一届会议(2003 年 5 月 5 日至 9 日,纽约)作了审议。工作组的审议情况反映在其该届会议的工作报告中(A/CN.9/528),工作组在该届会议上请秘书处编写公约草案初稿修订稿供其第四十二届会议审议。这一案文载于 A/CN.9/WG.IV/WP.103 号文件。

² 例如,《联合国国际货物销售合同公约》(《联合国销售公约》)(联合国,《条约集》,第 1489 卷,第 25567 号,第 3 页,也可从 www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm 上查到),第 1 条,第 1 款;《国际货物销售时效期限公约》(《联合国时效期限公约》)(联合国,《条约集》,第 1511 卷,第 26119 号,第 1 页),第 2 条,(a)项;以及《联合国独立担保和备用信用证公约》(《大会正式记录,第五十届会议,补编第 17 号》和更正(A/50/640 和 Corr.1,附件),第 1 条,(a)项。另见统法社《国际金融租赁公约》,第 3 条,第 1(a)项(www.unidroit.org/english/conventions/c-leas.htm)和统法社《国际保理公约》,第 2 条,第 1(a)项(www.unidroit.org/english/conventions/c-fact.htm)。

³ 例如,《联合国销售公约》,第 10(a)条;《联合国时效期限公约》,第 2(c)条;《联合国担保和备用信用证公约》,第 4 条,第 2(a)款;统法社《国际金融租赁公约》,第 3 条,第 2 款;以及统法社《国际保理公约》第 2 条,第 2 款。

⁴ 例如,在《联合国销售公约》范围内。

⁵ 互联网协议地址是二进制的的一个 32 位数(按照互联网协议版本 6 则为 128 位数),用于确认在互联网上分组发送的信息的每一个发件人或收件人的身份。

⁶ 域名是分配给以数字表示的互联网协议的一种名号,其功用为统一资源定位器的组成部分。

⁷ 欧洲议会和理事会 2000 年 6 月 8 日关于互联网市场上信息社会服务的某些法律方面特别是电子商务方面的 2000/31/EC 号指示（《欧洲共同体正式公报，L17》，17/07/2000 p.0001 016）也提及了必须保留非网上交易所用的相同定义，其中指出：

“服务商营业所在地应按照法院的判例法加以确定，根据这种判例法，营业所概念涉及通过某个固定的营业所不无限定期地实际从事经济活动；[……]通过互联网网站提供服务的某家公司的营业所所在地并不是支持其网站的技术所位于的地点，也不是可检索其网站的地点，而是其从事经济活动的地点。”

⁸ 视使用的媒介情况而定建立双重企业制度的风险是国际商会就贸易法委员会目前的电子订约工作表示的主要关切之一（见 A/CN.9/WG.IV/WP.96；另见 A/CN.9/WG.IV/WP.101）。

⁹ Thibault Verbiest 和 Maxime Le Borne 合著的“Le fonds de commerce virtuel:une réalité juridique？”（www.droit-technologie.org），2002 年 5 月 24 日。

¹⁰ 经济合作与发展组织，《对在电子商务中适用永久营业所定义的澄清：《税收示范公约》第 5 条评注的更改（可在 www.oecd.org/dataoecd/46/32/1923380.pdf 上查到，最近一次的查询时间是 2003 年 9 月 3 日）。

¹¹ 同上，第 42.2 段。

¹² 《税收示范公约》第 5 条（“永久营业所”）第 1、2 和 4 款如下：

“1. 在本公约中，‘永久营业所’一语系指一个企业开展其全部或部分营业的固定营业地。

“2. ‘永久营业所’一语特别包括如下：

“a) 管理所在地；

“b) 分支机构；

“c) 办事处；

“d) 工厂；

“e) 车间，以及

“f) 矿山、油井或气井、采石场或开采自然资源的任何其他场所。

“[……]”

“4. 尽管有本条的前述规定，但‘永久营业所’一语应被视为不包括如下：

“a) 完全为储存、展示或交付属于本企业的货物或商品而使用设施；

“b) 完全为储存、展示或交付而保持属于本企业的货物或商品库存；

“c) 完全为由另一家企业进行加工而保持属于本企业的货物或商品库存；

“d) 完全为替本企业购买货物或商品或收集信息而维持某一固定营业地；

“e) 完全为替本企业开展其他任何预备性或辅助性活动而维持某一固定营业地；

“f) 完全为任何组合方式的(a)至(e)项提及的活动而维持某一固定营业地，条件是由这种活动组合导致的该固定营业场所的总体活动是预备性或辅助性的。

“[……]”。

- ¹³ 根据互联网络名字与编号分配机构（ICANN）的规定，包括国家编码在内的顶级域名的分配“委托由指定的管理人负责处理，该管理人依照酌情制定的最适合所涉国家或领土的经济、文化、语言和法律情况的本地政策处理国家编码顶级域名”（www.icann.org/tlds/）。不必说，每一个国家都为在其法域内分配域名制定了自己的详细规则。例如，瑞典域名登记制度似乎要求证明公司对域名的权利要求及其与该国的联系，而例如德国等较“自由”的制度则仅要求某一“联系人”存在于该国（见 Frederik Roos 所著“‘先到，但得不到’：瑞典的域名管理”，载于 *International Review of Law Computers and Technology*，第 17 卷，第 1 号，第 70 页）。
- ¹⁴ “总类”顶级域名是通过‘互联网络名字与编号分配机构’所认可的登记处直接登记的（关于该制度的进一步详情，见 www.iana.org/cctld.htm）。
- ¹⁵ 联合国，《条约集》，第 1695 卷，第 29215 号，第 3 页。
- ¹⁶ Rio properties 有限公司诉 Rio International Interlink 公司，美国第九巡回上诉法庭，2002 年 1 月 17 日（284 F.3d 1007）。这一案件涉及一家美国公司对一家外国互联网企业实体提出的各项商标侵权索赔。在以常规方式在美利坚合众国向被告送达传票的尝试失败后，申诉人提出了一项紧急动议，以便使以电子邮件送达传票的替代方式具有效力，这一方式曾被确定为被诉人所希望的联系手段。地区法院核准了这一动议。地区法院对被诉人作出缺席裁判，因其未能遵守法院的要求告知令。被诉人根据《联邦民事诉讼程序规则》第 4(f)(3)条就电子邮件和常规邮件送达传票的充足性提出了上诉。这项规则允许“以……不受法院可能指定的国际协定所禁止的方式”在不属于美国任何司法辖区的地点送达传票。上诉法院的结论是，用电子邮件送达传票不仅适当——因为这是经过合理的考虑以便通知被诉人即将到来的诉讼，并使其有机会作出应诉——而且在此特定案件中，这是一种最有可能使传票送达被诉人的方法。在这方面，法院注意到，被诉人“对其营业的安排使外界只能通过其电子邮件地址与其联系”，而且被诉人“并未列出任何可容易发现的街道地址”，而是在其网站和印刷品上“指定其电子邮件地址作为其所希望的通讯地资料”。