

B2C 仲裁条款效力探源 ——兼论中国的路径选择

刘沁予

(华东政法大学, 上海 200042)

摘要: 在各电商平台中普遍存在 B2C 仲裁条款, 域外立法对其效力持不同观点, 以欧盟、英国和美国最典型。产生两种截然相反态度的根本原因是欧盟和美国在消费者保护立法上的不同法律传统和法律体系上的关键差异。在中国, 消费合同中存在 B2C 仲裁条款的泛行业化趋势, 法律规制欠缺, 司法实践对该类条款效力认定不一。分析域外这两种相反立场的根源, 再结合中国消费者权益保护和诉讼性质可看出, 中国应采取特别规制的路径: 认定“B2C 强制性仲裁条款”无效; 符合生效要件的“争议后 B2C 仲裁条款”有效; 消费者自行勾选了仲裁的条款需结合其是否具有真实选择权进行效力判断, 且在立法上引入限制, 才能够实现消费纠纷仲裁的立法本意。

关键词: B2C 仲裁条款效力; 消费仲裁; 消费合同; 消费者保护; 不公平合同条款

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2024) 03-0073-13

一、问题的提出

企业卖家一个人买家 (B2C) 仲裁条款广泛存在, 用于解决经营者与消费者之间的消费纠纷。这类条款如今被经营者恶意利用后明显有利于经营者, 损害消费者利益。域外对此类条款的效力认定存在不同态度, 典型代表是欧盟、英国和美国: 欧盟和英国认为争议前 B2C 仲裁条款普遍无效, 美国认为该类仲裁条款普遍有效 (Garnett, 2017; Alderman, 2006)。透过法律规定的表象, 这两种截然相反的立场有其深层次原因——源于它们不同的法律传统和精神, 并由此衍生不同的法律制度和实践后果。

在中国, 电子商务平台的经营者制定 B2C 仲裁条款已形成泛行业化趋势, 但该类条款的效力还没有明确的法律规制, 司法实践中人民法院也认定不一。中国法律亟需对 B2C 仲裁条款效力作出判断, 以维护法律的确信性和可预见性, 保护消费者的合法权益。目前, 中国学界仅注意到他国法律制度的规定及侧重消费者保护的优势, 便主张移植借鉴 (姚敏, 2019; 胡田野, 2012), 对产生这两种截然相反法律立场之根本缘由的深层次探析欠缺; 在 B2C 仲裁条款效力规制路径的讨论上未能跳出形式正义即格式条款提示义务的窠臼 (魏求月, 2018; 乔仕彤和何其生, 2007)。对

作者简介: 刘沁予, 华东政法大学国际法学院博士研究生, 研究方向: 国际法。

域外典型国家在该问题上不同法律立场及其实践后果进行深层次剖析，有助于中国结合自身情况，对 B2C 仲裁条款的效力问题及其规制作出更恰当的路径选择。

二、欧美对 B2C 仲裁条款的规制与实践

欧盟“一体化”的过程就是欧洲消费者保护立法统一和完善的过程。最典型的是欧盟《关于消费合同中的不公平条款的第 93/13/EEC 号指令》（以下简称《不公平条款指令》）将具有“排除或阻碍消费者采取法律行动或行使任何其他法律补救措施的权利，特别是要求消费者仅将争议提交法律条款未涵盖的仲裁”的合同条款认定为“不公平”。因此，在欧盟国家，争议前 B2C 仲裁条款无效。在美国，《联邦仲裁法》（FAA）和大多数州仲裁法规定，即使在消费合同中，争议前 B2C 仲裁条款也有效。

（一）欧盟

欧共体在成立之初便已经关注到消费者保护问题和整个欧洲在该问题上的统一性，只不过消费者保护在当时是“一体化”的附属品。为实现建立“共同市场”的目标，需确保消费者适用其他成员法律签订合同时权益也能得到保护，欧盟决定清除合同中的不公平条款，《不公平条款指令》因此出台。

欧盟《不公平条款指令》的立法依据就是《建立欧洲经济共同体条约》第 100a 条。该指令的基本原则是：消费合同中的任何条款，除了标的物价格之外，都可以被质疑——因为它没有经过单独谈判，是不公平的。为避免“不公平”的概念模糊，该指令也指明了其中必须包括的两个主要因素：(a) 权力的“严重不平衡”对消费者造成损害；(b) 违反诚信原则。该指令还有效地创建了一系列表面上看起来不公平的条款范本。关于“不公平”的内容不确定还被认为是为了赋予法院判断任何条款公平性的广泛权力。总之，欧盟《不公平条款指令》明确赋予法院权力，可以认定不公平的消费合同中的任何条款无效。欧盟后来又在整合既有指令的基础上顺应时代需求，出台了 2011/83/EU 号指令，用于规制跨境电商等新型销售方式。

（二）英国

1. 普通法

根据传统的英国普通法，意图剥夺法院管辖权的合同条款无效，因为它违反了公共政策。每个公民都有权让自己的法律地位由该国合法设立的法院决定，任何否认这种权利的企图都是对法治的侵犯。将争议解决权授予独立第三方或仲裁员的合同条款显然属于应当禁止的范围。然而，严格遵循这一规则并不适当，因为仲裁条款在商业交易中很常见，它提供了便捷快速的商业纠纷解决方案，使法院能够专注更重要的事项。因此，对禁止仲裁条款适用的法律解释一直比较宽松。

此后，这种普通法理念逐渐发展为，若仲裁条款旨在授予仲裁员确定广义事实

问题的专属权利，只要它不与公共政策冲突，该条款通常有效。因为公共政策仅限于保留法院在确定争议各方合法权利方面的作用，事实问题是当事人自己的事情，对需要保护的公共利益来说不是关键问题。^①这种观点后来延伸到事实和法律的混合问题：在 Overseas Union Insurance Ltd. 诉 AA Mutual International Insurance Co. 案中，^②法院支持了一项仲裁条款——该条款要求仲裁员将一份合同解释为“光荣的约定”，而不是根据严格的合同规则作出解释。此后，以仲裁条款违反公共政策而无效的规则逐渐不再具有普遍性。只有如 Home & Overseas Insurance Co. 诉 Mentor Insurance Co. 案所述：^③“旨在让仲裁员不考虑法律，例如根据他们自己的公平观念作出决定的条款，不是有效的仲裁条款。”但仲裁在商业交易中的广泛使用引起了立法机关的注意，并逐步出台了有关仲裁条款的专门法律。

2. 《英国仲裁法》

在英国境内进行的普通仲裁由1996年《英国仲裁法》规制。在英国国内仲裁中，任何排除法院对初步法律问题的管辖权、对裁决的质疑或对法律问题上诉权利的协议都是无效的，除非这种协议在仲裁程序开始后签订。彼时，英国尚未宣布“脱欧”，为了在本国执行欧共体^④《不公平条款指令》，英国制定了《1994年不公平消费合同条款条例》（以下简称《1994年条例》）。从本质上讲，1996年《英国仲裁法》将消费仲裁指向了《不公平条款指令》管辖，欧盟消费者保护的首要地位得以强化。^⑤

英国公平贸易局在其《不公平合同条款指南》中解释说，根据《英国仲裁法》第91条，强制仲裁条款涉及5,000英镑或以下的索赔在任何情况下都自动成为不公平条款。^⑥经营者如果不删除这样的条款就应消除强制因素。公平贸易局通过实施该法对消费合同条款进行了修改，要求企业要么完全删除争议前有约束力的仲裁条款，要么让消费者在争议发生后选择仲裁。公平贸易局甚至在高价消费品如汽车销售的案件中也采取了类似措施。^⑦

（三）美国

在美国，争议前B2C仲裁条款通常有效。为转变普通法对仲裁的敌意态度而产生的FAA在“有效、不可撤销和可执行”的争议前仲裁协议时，并未区分商事合同和消费合同。FAA确立的“包容性支持仲裁政策”表明尽可能地支持仲裁协议 /

① Dobbs v. National Bank of Australasia Ltd.[1935] 53 CLR 643.

② [1988] 2 Lloyd's Rep. 63 (Q.B.).

③ [1989] 1 Lloyd's Rep. 473 (C.A.).

④ 1993年11月1日，欧共体正式更名为欧洲联盟（EU），但颁布该指令时尚为欧共体（EC）。

⑤ 《1994年不公平消费合同条款条例》为1996年《英国仲裁法》第89条至第91条规定的判定不公平条款的法律依据。

⑥ Office of Fair Trading, Unfair Contract Terms Guidance 17.2,17.3.

⑦ Office of Fair Trading, Unfair Contract Terms Bulletin 5, at 33,33 (Oct. 1998)(TC Harrison Group Ltd.)(motor vehicle supply); Office of Fair Trading, Unfair Contract Terms Bulletin 9, at 29,29 (Aug. 2000)(Vauxhall Motors Ltd)(motor vehicle warranty and statement); Office of Fair Trading, Unfair Contract Terms Bulletin 6, at 67,67 (Apr. 1999)(Portway Motor Centre)(car auction).

条款的有效性，即便是消费仲裁。

FAA 对消费仲裁的适用范围是经判例确立的，而非立法。FAA 在 1925 年出台时适用“任何海上交易或证明涉及商业交易的合同”，由于当时对商业权力进行狭义解释，FAA 只适用少数消费合同。在 Allied Bruce Terminix Cos. 诉 Dobson 案中，^① 美国最高法院对 FAA 的适用范围作了宽泛解释，以充分发挥国会监管州际商业的权力。自此，许多消费合同受 FAA 约束。如果 FAA 适用，则消费仲裁条款有效；如果 FAA 不适用，则以州仲裁法为准。无论是依据 FAA 还是州仲裁法，美国没有关于争议前消费仲裁条款无效的全面规则，法院在个案基础上监督消费仲裁条款的公平性。概言之，美国对消费仲裁条款采取了自由主义态度，并不作特殊限制。

（四）经营者的投机做法

法律保护水平差异给了经营者可乘之机：给处在保护水平较低地方的消费者规定仲裁条款，在保护水平高的地方如欧盟和英国规定由诉讼解决。这种做法的本质是侵犯消费者权益，境外消费者失去了集体诉讼等权利，得不到平等的保护。目前全球最大的网上零售商亚马逊 (Amazon)、苹果、微软等大型跨国企业均采用这种做法。

在中国，消费者使用最多的跨境购物平台是“天猫国际”，其经营者为 Taobao China Holding Limited，注册地在香港。其“用户服务协议”中载明：“凡因本协议引起或与之相关的争议或索赔，包括违约、协议的效力和终止，均应根据《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》在香港仲裁解决。仲裁员三名，仲裁语言为英文。”该条款中经营者单方指定了仲裁地、仲裁机构、仲裁员人数和语言，给消费者额外增加巨额维权费用，且剥夺了消费者的多项程序性权利。

三、欧美对 B2C 仲裁条款效力认定差异的成因探析

在美国，争议前有约束力的仲裁条款在消费合同中有效。在欧盟和英国，争议前有约束力的仲裁条款无效。在对消费者仲裁法律监管的态度和方法上，为何欧洲和美国有着如此大的差异？最合理的解释是，二者对消费者保护的法律精神和传统不同以及法律制度有重大差异。这些法律制度也给予美国公司比欧洲公司更强的激励，以反对限制争议前消费仲裁的立法。

（一）法律精神不同

欧盟对争议前消费者仲裁条款的法律立场和规制方法深植于欧洲两个主要法律体系：普通法和欧洲民法。出于不同但同样令人信服的原因，这两种传统都倾向于反对执行这些条款。美国与英国虽同属普通法系国家，其法律精神的侧重却与英国乃至欧洲大陆有极大不同。

^① 513 U.S. 265(1995),at 277.

1. 欧洲民法

欧洲大陆民法倾向于更多的监管而非放任自流。就普通法而言,意思自治基本通过对事实的客观审查来分析,欧洲民法则更强调主观分析。合同自由是欧盟法中一项基本却有限的权利与原则,当欧盟基础性和派生性法律规则所保护的客体地位与合同自由齐平或高于合同自由时,自治和合同自由必须受到限制。《欧洲人权公约》第6条规定:“诉诸法院是一项基本权利,没有例外。庭外程序的设计不能取代法庭程序。使用庭外替代方案不能剥夺消费者向法庭提起诉讼的权利,除非他们在充分了解事实的情况下明确同意这样做且只能在争端发生后。”

显然,争议后的仲裁协议是消费者在充分了解争议的情况下决定的。它是一个关于如何解决实际纠纷的协议,而争议前条款处理的是一个可能发生或不发生的假设。欧洲民法精神不是侧重当事人自己达成协议的自由,而是侧重消费者抽象地达成协议的主观能力。民法观点认为这样的仲裁条款是片面的,违背诚实信用原则——不仅要求消费者放弃权利,而且因为消费者并不能理智地预知未来可能发生的纠纷,消费者根本不知道他在同意什么,经营者基于商业经验完全预见了未来的争议、争议处理方法及结果。

这是普通法系下的美国和大陆法系下的欧洲在立法观点上的实质性差异。美国法律似乎侧重商业交易各方根据需要安排事务的自由,欧洲的方法则试图保护那些它认为是商业交易中的弱势一方,避免合同强势主体单方面滥用自由。美国的方法将更绝对的意思自治的概念放在首位,欧洲的方法则认为公共政策可以限制这种自治。

2. 普通法

在英国普通法中,倾向于仲裁的两个主要原因是统一性和竞争。英国普通法并不符合欧洲大陆法的精神,但与美国相比,英国的管辖方法却与欧洲方法更接近。在英国历史上,普通法为解决争端提供了统一的概念。多重管辖权和多重法律子系统是普通法的一个特点。此外,行使普通法管辖权的法院和衡平法院之间的竞争反过来又催生了法律程序和补救措施,以应对诉讼当事人不同的需求。英国普通法作出的调整中最引人注目的就是在仲裁领域。普通法允许仲裁运作但实施全面监督。诚然,在理想状况下,普通法希望完全消除仲裁的作用。囿于资源有限和人员短缺,它无法做到这一点。而且,英国普通法认为仲裁实际上是经济强人的工具,当经济实力不平等时它更会对仲裁程序进行干预。社会工业化下出现了大量缺乏仲裁相关经济实力的消费者阶层,英国普通法的态度是以公共政策为由介入消费仲裁,尤其是经济差距更大的争议前条款。

(二) 政策与立法方式不同

欧洲的消费者保护因与“一体化”进程紧密相关而演变成一项独立且重要的政策。欧盟的相关立法反映了各成员的法律精神,但终归是基于各种交易中消费者的具体

需要而产生。其立法过程包含与各利益攸关方特别是消费者团体进行协商，消费者会质疑任何表面上似乎剥夺消费者权利的条款。

支持仲裁是美国的一项重要政策。美国 FAA 出台时适用范围比现在窄得多，没有考虑争议前消费仲裁问题。在 *Moses H. Cone Memorial Hospital 诉 Mercury Constr. Corp* 案中，美国最高法院认为“FAA 第 2 条表明支持仲裁已发展成为一种联邦政策，任何怀疑事项可仲裁性的争议均应在国会支持仲裁的背景下考量”。^①自 *Doctors Associates Inc. 诉 Casarotto* 案起，^②任何将仲裁协议与其他合同“区别对待”的行为均被禁止。通过司法解释，FAA 使许多争议前的消费仲裁协议可以执行。

（三）诉讼制度不同

美国法律体系和欧洲法律体系具有几个关键性差异，使得美国的企业有更大的动力反对排除 FAA 对消费仲裁的适用。与欧洲的法律体系不同，美国的法律体系规定了民事案件中陪审团审判的权利、广泛提供集体诉讼程序允许索赔人合并小额索赔以及更广泛地提供惩罚性赔偿。

1. 陪审团审判

在美国，民事案件的当事人有获得陪审团审判的宪法权利。陪审团的存在伴随着大量对事实的审前准备和审判结果某种程度上的不可预知性，加上美国高昂的律师费用与胜诉酬金制，造就了“好讼”的氛围。美国陪审团制度来源于英国，后来二者衍生出差异。第一，在民事案件中适用范围不同。英国严格限制对民事案件适用陪审团审理，如今主要用于欺诈和诽谤类案件，其他民事案件几乎不再适用。美国的民事案件适用陪审团制度受宪法保障，具有普遍性。第二，法律地位不同。陪审团制度在英国只是一项诉讼法制度，但在美国是受宪法保障的司法制度。第三，成员资质不同。英国对陪审团成员资质要求比美国低。第四，社会评价不同。陪审团制度在英国因程序繁杂、时间冗长、加重负担、易受舆论影响公正性等原因遭受批评，而美国国民却更满意这种“将权力掌握在手里”的感觉。

基于上述原因，在美国，许多企业认为陪审团成员容易从个体角度出发甚至倒向消费者一边，所以更愿意选择其他的争议解决方式，譬如仲裁。但在欧洲无论是普通法还是大陆法，都严格限制民事案件中的陪审团审判权。因此，在美国，企业更有动力选择仲裁，以避免潜在的、敌对的陪审团。

2. 集体诉讼

美国《民事诉讼规则》第 23 条规定原告可以在集体诉讼中合并索赔。这源自衡平法“任何人不得通过违法行为获利”的思想，主要功能是直接向消费者提供赔偿并剥夺不当得利、防止违法行为再次发生。美国法律认为，经营者向每个消费者略

^① 460 U.S. 1 (1983).

^② 517 U.S. 681 (1996).

微“动点手脚”就足以获得巨额利润。消费者虽明知遭到不公正对待，但过小的金额不值得浪费时间和金钱去聘请律师维权，经营者却因此越发肆意妄为。美国集体诉讼的目的就是要让经营者吐出全部非法收入，最大程度地震慑和预防经营者继续实施类似行为。美国消费者集体诉讼不仅仅是为个体实现公平正义，还兼具公益性质及公共机制欠缺下控制商业行为功能。即使集体诉讼受到不少批判，美国仍坚持采用，还于2005年颁布了专门规范集体诉讼的《集体诉讼公平法案》。欧洲有学者主张借鉴美国的集体诉讼制度，但美国集体诉讼的发展受律师胜诉酬金制的大力推动，欧洲大陆没有这一背景，法律移植能否成功受到质疑。可见，美国消费合同中的仲裁条款最初就是经营者用来规避消费者集体诉讼的策略。通过在消费合同中加入争议前仲裁条款，企业可以减少面临集体诉讼的可能。但欧盟不普遍提供集体救济，因此美国的企业比欧洲的企业更愿意选择仲裁。

3. 惩罚性赔偿

在美国，惩罚性赔偿可以作为许多侵权索赔的补救措施。惩罚性赔偿（Punitive Damages）又叫示诫性赔偿（Exemplary Damages），是美国私法的一大特色。企业滥用权力侵害的消费者利益不仅是某个特定消费者个体利益，而是整体社会利益，惩罚性赔偿基于对经营者这种恶意行为的愤怒和谴责而实施。从惩罚性赔偿的名称可以看出其功能兼具惩罚和示诫，赔偿金额远超不法行为所获利益，以此阻却类似行为再发生。1852年肯塔基州法院裁决的Fleet诉Hollenkamp案是美国惩罚性赔偿适用扩展到产品责任与商事侵权的第一案。^①

虽然企业不必然会被处以惩罚性赔偿，但企业希望降低面临这种裁决的风险。实践表明，仲裁员不太可能判给惩罚性赔偿，即便判处金额也判得较诉讼少（Drahozal and Hylton, 2003）。如果仲裁条款规定消费者放弃惩罚性赔偿权利，仲裁员会比法官更倾向于执行该规定。与美国广泛认可惩罚性赔偿相比，欧洲大陆法系普遍怀疑或禁止惩罚性赔偿。同为普通法系且作为惩罚性赔偿的发源地，英国却严格限制惩罚性赔偿的适用。

四、中国对B2C仲裁条款效力认定的实践和路径选择

（一）中国对B2C仲裁条款效力认定的实践

1. 法律依据

在中国，消费纠纷可以仲裁解决的法律依据主要为《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第2条、《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消法》）第39条以及网购商品适用的《中华人民共和国电子商务法》第60条。目前中国没

^① 52 Ky. 175, 13 B. Mon. 219 (1852).

有对 B2C 仲裁条款效力的专门法律规定。法院常以 B2C 仲裁条款都是经营者单方拟定为由援引格式条款效力判定规则,法律依据主要有:《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 496 条、第 497 条、第 498 条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 31 条、《消法》第 26 条。还有法院援引仲裁条款效力认定规则。

2. 司法实践

经营者制定 B2C 仲裁条款在中国已经形成泛行业化趋势,单个经营者辩称没有强迫消费者接受,但消费者更换购买平台也依然会面对相同或类似的仲裁条款。在中国裁判文书网检索可以发现,消费者对 B2C 仲裁条款有异议的案件数量很多,案由集中为网络购物合同纠纷、买卖合同纠纷、侵权责任纠纷和申请确认仲裁协议效力等。中国法院对 B2C 仲裁条款效力的认定并不统一,标准混乱,甚至出现“同案不同判”。例如,消费者在国内知名电商平台购物产生纠纷诉至法院,平台以超链接形式存在的“用户服务协议”有仲裁条款。一类法院从格式条款的提示义务出发——平台对仲裁条款的字体加黑加粗,有的法院认为不构成对消费者的合理提示,仲裁条款无效;^①有的法院认为已构成对消费者的合理提示,仲裁条款有效。^②另一类法院从仲裁协议有效的构成要件出发,如果具备《仲裁法》规定的仲裁协议生效要件,仲裁条款有效;^③反之则无效。也有法院将格式条款提示义务和仲裁协议生效要件结合判断仲裁条款效力。^④甚至还有一类法院回避仲裁协议效力问题,径直受理实体争议,罔顾若仲裁协议有效,纠纷应当由仲裁解决,而排除法院管辖。^⑤

又例如,同为消费者与苹果公司关于 B2C 仲裁条款效力争议,两地法院的法律依据均为《仲裁法》规定的仲裁协议生效要件和《消法》规定的格式条款不得限制消费者权利。一地法院认定仲裁条款具备生效要件且不构成对消费者权利的限制,仲裁条款合法有效;^⑥另一地法院则认定构成对消费者权利的限制,仲裁条款无效。^⑦

以上法院认定仲裁条款无效的案件中,经营者也举证了类似案件的既往生效裁定表明其他法院已认可该类仲裁条款效力,但均被法院以与本案无关为由不予采纳。B2C 仲裁条款效力认定在中国司法实践中的混乱状态,不仅损害消费者利益,也有损法律的确信性和可预见性。现实中就该类争议诉至法院的消费者都具有一定经济实力、法律实力或充足的时间成本。除司法实践外,普通消费者向各网络平台和消

① 张哲与杭州优买科技有限公司网络购物合同纠纷上诉案,案号:(2020)苏01民辖终422号。

② 赵琪与杭州网易妙得科技有限公司买卖合同纠纷上诉案,案号:(2021)京04民终882号。

③ 杭州优买科技有限公司与林海棠买卖合同纠纷再审案,案号:(2017)粤民再398号;杭州优买科技有限公司与黄凯扬买卖合同再审案,案号:(2017)粤民再399号;杭州网易雷火科技有限公司与张燕申请确认仲裁协议效力案,案号:(2016)京02民特145号。

④ 丛赫与杭州优买科技有限公司上诉案,案号:(2017)辽01民终3805号。

⑤ 曾小武与杭州优买科技有限公司买卖合同纠纷上诉案,案号:(2016)粤01民辖终2582号。

⑥ 李宏晨与苹果电子商贸(北京)有限公司买卖合同纠纷案,案号:(2018)京民申1124号。

⑦ 张帅与苹果电子产品商贸(北京)有限公司买卖合同纠纷上诉案,案号:(2017)湘06民辖终120号。

费者协会申诉、投诉更为常见，处理结果可以想见。经营者在格式合同中制定 B2C 仲裁条款，待争议发生后消费者方才知悉自己已经丧失诉权。即便参与仲裁，条款和程序也给个体消费者制造了极大限制和负担，向法院主张其无效，结果又难以预料。经营者用这种方式对消费者维权进行“威慑”，令大量消费者有苦难言。

3. 实践中的问题

中国没有 B2C 仲裁条款的专门规定，也没有对消费合同作专门规定，人民法院在处理以上争议时常援引中国对格式条款和仲裁条款效力认定的法律规定。B2C 仲裁条款不全是格式条款。“用户服务协议”和超链接中的 B2C 仲裁条款以格式条款形式存在，由经营者单方拟定，消费者要么接受、要么离开，无法协商。一方面，在商人逐利属性驱使下 B2C 仲裁条款泛行业化，消费者实则已无从拒绝；另一方面，B2C 仲裁条款对消费者的实质“不公平”是隐藏的。格式条款的规制方式解决不了这些问题。争议发生前消费者自主勾选“通过仲裁解决争议”的 B2C 仲裁条款不是格式条款，其“外观”完全符合仲裁条款生效的规则，“内在”却是经营者利用商业经验与法律知识侵害消费者权益。

欧盟消费者领域的不公平合同条款涵盖了形式不公平与实质不公平的合同条款，并不限于格式条款，个别协商、一定程度协商的合同条款也可能是不公平合同条款。以格式条款形式存在的仲裁条款也并非都是不公平合同条款——在 B2B 或 C2C 合同中只要满足格式条款提示义务，符合仲裁条款生效要件，仲裁条款有效。司法实践将格式条款和仲裁条款效力认定的方式适用于 B2C 仲裁条款，不能解决 B2C 仲裁条款的实质不公平，而不公平合同条款的规制方式能解决这个问题。

（二）中国对 B2C 仲裁条款效力认定的应然路径

1. 区分消费合同与普通民商事合同

消费合同与普通民商事合同在合同主体、内容和客体上存在交叉重叠部分，但二者有区别。消费者的弱势地位是商品经济本身导致的，直接适用民商事合同规则并不恰当。消费合同的主体特定，仅限消费者及经营者。形式上消费合同普遍为格式合同已经便利了经营者；实质上消费者又不同于普通民事合同主体双方能够“势均力敌”地谈判，只能概括地接受或不接受。消费合同是民商事合同的一种，其规制方法应按特别法优于普通法的原则处理。

20 世纪初垄断资本主义形成，自由竞争的市场秩序被破坏，隐藏于合同自由面纱下的消费者与经营者矛盾凸显。科技进步使产品信息复杂化，市场竞争激烈化促使经营者用更隐蔽和巧妙的手段损害消费者权益，消费者处于绝对弱势，完全无法与经营者的实力相抗衡。传统合同法的功能已经无法解决消费合同的不平等问题。为平衡弱者与强者的利益，以实质正义为价值取向，跳出徒具形式平等的局限，侧重经济实力、知情合意 (informed consent/fairness-oriented consent) 的消费合同专

门法在一些国家出现。^①这些专门法弥补传统合同法规则适用于消费合同的不足，赋予法院矫正正义的权力，如规定用损害赔偿判决来制约经营者的不平等措施，促进社会公平正义，维护社会生产发展。

2. “支持仲裁”的政策向消费合同审慎延伸

消费者保护是人类社会发展到一定阶段的产物。中国由于经济体制改革的深入及商品经济的发展，损害消费者利益的情形逐渐多发，演变成阻碍经济发展的社会问题，政府开始采用法律手段对此进行整顿和制衡，于1994年出台《消法》。《消法》从价值判断、调整原则和方法上均与传统私法有差异，其基本精神是保障消费者人权，维护经济和社会秩序。市场交易本身是私法性质，国家并不是简单地对经营者进行管制，否则也会扰乱市场秩序。消费者保护的宗旨是在这种平等的交易关系上，通过抑强扶弱实现消费者和经营者之间真正的意思自治。

仲裁解决商事纠纷的优势毋庸置疑，但仲裁解决的是“平等主体之间”的合同及其他财产权益纠纷，因经营者与消费者之间天然且永远无法自然改变的实质不平等，使得消费者不能理解仲裁条款的法律含义，磋商实力也严重失衡，在消费纠纷发生前没有形成真正的仲裁知情合意。在B2C仲裁条款下，经营者与消费者的仲裁“合意”常常是披着形式平等的外衣而实质极不平等，经营者还可以单方面设计仲裁程序进一步侵害消费者权益。知识专业化在B2C仲裁条款的双方主体间造就了绝对的信息优势者和信息劣势者，表面的意思自治或者契约自由成为侵害弱势一方的工具。这不仅表现在仲裁协议的缔结，还可延续至仲裁程序的各个步骤，例如举证环节。此外，因为消费纠纷涉及的金额通常都很低，所以，认为仲裁解决商事纠纷更快速、成本更低的固有思维在消费纠纷上体现得并不明显。例如，普通跨境商事纠纷的当事方可能担心，不同法域的法院有不公平的潜在可能，以及涉及多国法院平行或多重诉讼、上诉等因素，仲裁总体费用会较诉讼更低廉，对公平性也更有保障。但在跨境B2C纠纷中，消费者很难从仲裁的这些特点中获益。反倒是仲裁的“一裁终局”性和保密性对经营者更有利，消费者自身以及潜在的广大消费者失去了公众监督及权益被侵犯的知情机会。

仲裁解决消费争议的初衷是发挥仲裁专业和快速的优势，本身也具有维护消费者权益的性质，实践后果却与立法本意背道而驰。在“尽量使仲裁条款有效”支持仲裁的大环境下也不能将实现仲裁的目的置于消费者权益保护之上，而应当关注经营者将仲裁作为工具，通过改变与消费者的纠纷解决方式产生实质不平等问题。

3. 规制路径

为顺应经济发展和消费经济改革的要求，1994年《消法》历经两次修正成为现

^① 如1977年《英国不公平合同条款法》、2000年《日本消费合同法》和欧盟与时俱进的诸多消费合同指令：关于商业谈判中保护消费者的85/577号指令、关于消费合同不公平条款的93/13号指令、关于远程合同中消费者保护的97/7号指令等。

今施行的2013年新《消法》。1994年《消法》肇始便立足于弱者保护,从消费者权利、经营者义务和国家对消费者合法权益保护等方面进行规制,在价值判断、调整原则和方法上区别于传统私法,具有浓重的公权力干预色彩。但至今其第26条格式条款中“不公平”与“不合理”程度仍语焉不详,具体如何衡量较为模糊,因而导致司法实践中大量的“同案不同判”现象。中国关于集体诉讼的规定主要体现在新《消法》第37条、第47条和《中华人民共和国民事诉讼法》第55条。中国目前只有消费者协会可以代表消费者团体提起公益诉讼,其他消费者团体和组织甚至个人没有这项权利。

2021年1月1日正式施行、作为中国全面依法治国法律规范体系建设重要标志的《民法典》纳入了惩罚性赔偿制度。2013年修订《消法》时,关于惩罚性赔偿的第55条曾是修法重点,其较1994年《消法》第49条有具体适用的新发展,但同美国的惩罚性赔偿制度及中国学界的期待仍有极大差距。从中国民事法律的发展可知,虽然中国立法也考虑法律实用主义,但在法律建构上终归还是更尊崇大陆法系的体系性法律思维。在对惩罚性赔偿的立场上,尽管在大陆法系国家和英美法系国家内部备受争议,《民法典》却突破传统学理认为“民事属性”与“惩罚性”存在悖论的窠臼,立足新时代新需求,对中国惩罚性赔偿制度进行传统公私法二元区分理论重构,赋予民法平等原则新内涵。《民法典》在总则编、侵权责任编分别规定了一般规则和具体适用,这表明《民法典》对惩罚性赔偿的肯定和认可。结合《民法典》的编纂方式,总则编用于规定民事法律制度中具有普遍使用的一般规则,对各分编和其他民事立法具有统辖效力,足以表明《民法典》无意将惩罚性赔偿局限在侵权责任领域。《民法典》以其民事基本法的地位表明对国家公共利益和人民生命健康安全的重视,加强对不法行为的惩罚及威慑。

B2C仲裁条款在美国之所以普遍有效,总体上归因于美国立法精神对“私法自治”和“合同自由”的无尚尊崇。这与美国法律传统和诉讼制度相适应,也能达到其需求。与美国诉讼制度相比:人民陪审员的性质及职权与英美法的陪审团均不相同;中国消费者协会虽然有集体诉讼的权利,但立法没有明确这种公益诉讼权具体如何行使;中国民法虽然采纳了惩罚性赔偿制度,但主要看中其威慑和预防功能,惩罚的力度和金额远不及美国那么高。因此,中国在B2C仲裁条款上选取“美式”规制路径并不恰当,只会导致消费者在本国境内和跨境购物中权益受损。将中国的诉讼制度与美国诉讼制度进行比较后可以看出,从民事合同出发,援引合同条款无效的“美式”规制路径并不适合中国,中国应当采取“欧式”特别规定的方式予以规制。

通过分析中国仲裁法与消费者保护法的立法本意与功能,结合中国民事法律和消费者保护法律制度,落实法律的确定性与可预见性,争议前B2C强制性仲裁条款在中国应属当然无效。纵观中国司法和消费者保护实践,该类争议无一不是经营者利用市场支配地位或经济强势地位将仲裁条款强加给消费者,恶意损害消费者权益,

使经营者与消费者权利义务严重失衡。这种局面与经营者的提示义务无关，增加经营者提示义务并不能得到改善。消费者与经营者信息不对称，消费者永远无法达到和实力强大的经营者一样能理性熟练地知悉法律后果的水平。B2C 仲裁条款可能很简单，表明争议将根据相关仲裁法律解决；也可能很复杂，涉及仲裁员的选择、仲裁程序的地点、谁支付法律费用、是否可以披露、消费者放弃各项权利等，这些复杂的内容在美国的实践中已经多有体现。在 B2C 情境下，消费者本着方便快捷的日常生活购物目的，在其购物时增加严苛复杂的法律步骤也与生活实际需求相违背。美国汽车销售行业存在一种“争议后仲裁条款”——相较于“争议前仲裁条款”规定“有关合同的任何法律纠纷都将进行仲裁”，“争议后仲裁条款”的措辞为：“如果发生争议，您和汽车销售方可以签订协议，将争议提交仲裁。”

综上，从仲裁法角度看，消费合同不同于普通民商事合同，争议前 B2C 强制性仲裁条款不是在势力均衡的平等主体之间订立，无法达成自愿真实的仲裁合意。在中国司法实践中，法院应当据此认定 B2C 仲裁条款无效。从消费者保护法角度看，《消法》规定消费争议可以仲裁的初心也被争议前仲裁条款对消费者权益和社会整体利益的侵害而大打折扣。现行《消法》第 39 条第 4 款所指的“争议可以仲裁解决”应当被理解为，依据非强制性的仲裁条款进行仲裁，如“普通消费者^①依据与经营者在争议产生后达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁”。争议发生后的 B2C 仲裁条款符合《仲裁法》规定的生效要件便有效。如同欧洲民法观点所称“争议后的仲裁协议是消费者在充分了解争议的情况下决定的”，争议发生后消费者普遍足够了解争议的具体情形并能够与经营者进行单独协商，这种仲裁条款也无法达到强制性，消费者有拒绝接受仲裁的机会，方才符合消费者保护法规定仲裁方式的立法初心。对于外观上不具有强制性的选择性争议解决方式，消费者在仲裁和诉讼之间自主勾选了“通过仲裁解决争议”，且经营者未在利益驱使下作出任何信息网络技术和策略的引导，效力认定需结合消费者在仲裁机构、仲裁地点、仲裁员等事项上是否有真实的选择权来判断。为避免因消费者非理性等因素导致的权益受损，立法还需对选择性 B2C 仲裁条款的自治引入必要限制，如将具体事项选择权单方赋予消费者，禁止约定与纠纷无实际联系或增加消费者额外负担的仲裁地点等。

五、结语

电子商务和物流的迅猛发展使网络平台购物深入中国千家万户的日常生活。各电商平台大量存在、呈现泛行业化做法的 B2C 仲裁条款正肆意侵害中国消费者权益。经营者通过改变双方的争议解决方式、利用所拥有的信息和资源不对等，将仲裁作

^① 区别于金融消费者。

为一种工具,把自己单方拟定、实现自身利益最大化却侵害消费者权益的条款“强加”给处于弱勢的消费者一方。欧盟、英国和美国自 20 世纪末就开始规制这一问题。我们不能仅借鉴他国的法制成果,明晰域外典型国家之所以会存在截然相反法律立场的根本原因更为紧要,对其立场和相关法律制度的探源是为了中国选择更适合自身的解决路径。好的立法应立足本国实际实现公平,并易于法官适用。美国认为其有效是在其诉讼制度和理念政策影响制衡下的产物。继续将 B2C 仲裁条款无效适用一般合同无效依据的“美式路径”不适合中国,而应该选择“欧式路径”进行特别规制。中国网络平台消费者数以亿计且数量仍在持续增长,经营者滥用仲裁条款、披着合法外衣恶意侵害消费者权益、阻碍消费者维权的行为应被重视,予以及时“纠偏”,增强消费者信心,维护经济发展与社会和谐稳定。

参考文献:

- [1] 胡田野. 最新欧盟消费者权益指令的解读与借鉴[J]. 河北法学,2012,(12).
- [2] 乔仕彤,何其生. 电子格式合同中仲裁条款的效力:以中国消费者市场中 Microsoft 软件最终用户许可协议为例[J]. 武大国际法评论,2007,(7).
- [3] 魏求月. 跨境网络消费合同强制性仲裁条款效力研究[J]. 法学杂志,2018,(5).
- [4] 姚敏. 中国消费仲裁的问题与进路:基于美国消费仲裁的启示[J]. 河北法学,2019,(3).
- [5] Alderman, R. M. Pre-dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform[J]. Journal of Texas Consumer law,2006,(38).
- [6] Drahozal, C. R.,Hylton, K. N. The Economics of Litigation and Arbitration: An Application to Franchise Contracts[J].The Journal of Legal Studies,2003,(2).
- [7] Garnett, R. Arbitration of Cross-border Consumer Transactions in Australia: A Way Forward[J].Sydney Law Review,2017,(39).

The Origin of the Validity of B2C Arbitration Clauses and China's Resolution

LIU Qinyu

Abstract: The B2C arbitration clauses that are prevalent in China's e-commerce platforms are subject to different views on their validity in extraterritorial legislation, with the EU, the UK and the US being the most typical. Looking beyond the surface of the differences in legal systems, the root cause of opposing attitudes is the different legal traditions and key differences in the consumer protection legislation. In China, the lack of legal regulation and inconsistent judicial practice on the validity of such clauses have led to increasing abuse. By analyzing the root causes of the two opposing positions, and taking into account the nature of consumer protection and litigation in China, it can be seen that China should apply the path of special regulation. The "B2C mandatory arbitration clause" should be invalid, the "post-dispute B2C arbitration clause" should be valid, and the clause that consumers checked for arbitration on their own should be judged in the context of whether they have a real right to choose. So the legislative intent of arbitration in consumer disputes can be realized.

Keywords: validity of B2C arbitration clause; consumer arbitration; consumption contracts; consumer protection; unfair contracts terms

(责任编辑: 金孝柏)