

数字交易的欧盟路径与德国模式

——《德国民法典》数字产品合同规则对债法的“补丁式”更新*

金 晶

内容提要: 欧盟是数字交易立法的先行者。作为 2022 年《德国民法典》修正的驱动因素,2019 年欧盟《数字内容指令》是欧洲统一买卖法的“拼图”之一,继承了《欧洲共同买卖法》的“法律遗产”,并对《消费品买卖指令》做数字化升级,首次回应数字交易的合同法挑战,专设瑕疵担保规则,包括与合同相符、数字内容或数字服务之提供、违约救济权利。采取“法典内转化”模式的德国,通过《德国民法典》确立数字产品合同新规则,新创“数字产品”与“产品瑕疵”概念,新设“经营者的更新义务”制度,但新的规则和制度“瑕瑜互见”。法技术上,“与合同相符”概念强调时间维度,“产品瑕疵”凸显客观要件,此种技术性调整虽更契合数字交易现实,但须与传统瑕疵担保法相协调;体系上,采取“提取公因式”的立法路径,在“债法总则”安置具有鲜明消费者保护色彩的数字产品合同规则,构成对债法的“补丁式”更新,给以功能理性为基础逻辑的“总分则”法典体例带来结构冲突和价值冲突的双重风险。

关键词: 数字交易 《德国民法典》 数字产品 产品瑕疵 债法

引言 数字交易触发民法“更新”?

数字世界正试图“改造”并“征服”传统私法。^① 作为一项新元素,数据已深入经济生活的各个环节,数字平台构成了市场运行的重要载体。中共中央、国务院发布的

* 本研究受以下课题支持:国家社会科学基金项目“数据流通合同法原理体系的构建与展开”(项目批准号:22BFX180)、司法部法治建设与法学理论研究课题(项目编号:18SFB3043、21SFB3017)、中国政法大学钱端升杰出学者支持计划和青年教师学术创新团队支持计划(项目编号:21CXTD03)。

^① 德国学者格林贝格尔(Michael Grünberger)甚至明言“数字化已占领私法”。Michael Grünberger, “Verträge über digitale Güter,” *AcP*, 218/2018, S.214。

《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》提出,“数据作为新型生产要素,是数字化、网络化、智能化的基础……深刻改变着生产方式、生活方式和社会治理方式”,^①将数据提升到生产要素的高度。与之相对,在法律世界,私法是且仍是经济社会的重要基础,仍在持续形塑法律经济生活。^②但毋庸置疑的是,当数字经济的功能、条件发生变化,私法作为经济运行的基础制度亦须自我调适,以应对新的元素带来的影响。一言以蔽之,“私法的数字化”已成为各国立法、司法无法回避的崭新课题。^③

数据流动自由作为欧盟内部市场的“第五大自由”初露端倪,颇有与货物、服务、资本和人员流动自由并驾齐驱之势。^④数据流动自由顶层设计之根本,在于数据流通制度,其核心构成落脚于数据交易的规则体系,而数据交易规则的起点,当属数字交易的合同规则。借此,欧盟“开风气之先”,成为全球最早针对数字内容、数字服务制定合同规则之区域。2019年5月20日,欧盟以“孪生指令”的形式同时通过《关于提供数字内容和数字服务的合同特定方面的指令》(简称《数字内容指令》)和《关于货物

^① 《中共中央、国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》,2022年12月19日, http://www.gov.cn/zhengce/2022-12/19/content_5732695.htm。

^② Hilke Herrchen, “Die Transformation des deutschen Privatrechts,” *NJW*, 2022, S.3111.

^③ “私法的数字化”是一项备受欧洲民法学界关注之议题,2017年,德国民法协会将其设为年度讨论专题,2018年,奥地利第20届法学家大会也以“数字时代 ABGB 的合同法”作为专题研讨。参见 Nikolaus Forgo und Brigitta Zöchling-Jud, *Zivilrecht Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand—Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, Verhandlungen des 20. Österreichischen Juristentages, Manz Verlag Wien, 2018。

^④ 数据流动自由(the Free Flow of Data)作为一项形成中的“第五大自由”,在欧盟立法、理论和实务界都有讨论。立法层面,2018年欧盟《非个人数据自由流动条例》第13条、第18条、第20条明确出现“非个人数据自由流动原则”(the Principle of the Free Flow of Non-personal Data)的表述,认为该原则旨在防止出现阻碍内部市场顺利运行的新障碍。欧洲议会甚至以“非个人数据自由流动;议会批准欧盟的第五大自由”作为新闻标题,主导条例草案的议会议员比尔德(Anna Maria Corazza Bildt)甚至明言:“条例事实上将数据自由确立为欧盟单一市场的第五大自由”。2022年,欧盟将“非个人数据自由流动原则”进一步泛化表达为“数据自由流动原则”(the Principle of Free Flow of Data)。《欧盟数据法条例(草案)》在解释性备忘录中提出,草案“落实了内部市场的数据自由流动原则”。在理论实务界,2016年就有关于数据流动自由作为“第五大自由”的专题论证。参见 Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a Framework for the Free Flow of Non-personal Data in the European Union, OJ L 303, 28.11.2018, pp.59-68; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data (Data Act), COM(2022) 68 final, 2022/0047 (COD), 28.02.2022, p.7; European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Kristina Irion, “Public Security Exception in the Area of Non-personal Data in the European Union,” PE 618.986, April 2018, p.1, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/618986/IPOL_BRI\(2018\)618986_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/618986/IPOL_BRI(2018)618986_EN.pdf); Laura Somaini, “Regulating the Dynamic Concept of Non-Personal Data in the EU: From Ownership to Portability,” *European Data Protection Law Review*, Vol.6, Issue 1, 2020, pp.84-93; National Board of Trade Sweden, *Data Flows—A Fifth Freedom for the Internal Market?* 2016, <https://www.kommerskollegium.se/global-assets/publikationer/rapporter/2016/publ-data-flows.pdf>。

买卖的合同特定方面的指令》(简称《货物买卖指令》),^①首次在合同法层面回应数字交易的法律挑战。两部指令各有侧重,《货物买卖指令》是对欧盟消费品买卖规则的一次数字化“升级”,针对“具有数字元素的货物”(Goods with Digital Elements)^②设定新规则,并直接取代1999年欧共体《消费品买卖指令》。^③《货物买卖指令》不直接适用于提供数字内容或数字服务的合同,^④仍以有体物交易为规范对象。相较之下,《数字内容指令》直击数字交易的“靶心”,聚焦提供数字内容和数字服务两类交易内容,专设瑕疵担保规则,事实上构建了欧盟数字交易的统一法则。两部指令均在第24条设定转化时限,成员国应于2021年7月1日之前通过并公布转化措施,转化措施应于2022年1月1日起生效适用。据此,2021年6月25日,德国同时颁布《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律》和《关于带有数字元素的物之买卖以及买卖合同其他方面规定的法律》,分别构成《数字内容指令》和《货物买卖指令》的转化法,^⑤所涉规则被直接纳入法典,《德国民法典》新规则于2022年1月1日正式生效。^⑥

新规则之颁行,不意味着新概念、新制度之定型,更不意味着新体系、新法域之确立。事实上,纵使诸多法律概念已远滞后于数字经济的发展,欧洲的立法者也并不总能轻易地告别传统的概念体系,欧盟如是,德国亦然。《数字内容指令》和《货物买卖指令》仍以消费者保护为宗旨,适用范围仍限于消费者合同,规则体例仍遵循传统瑕疵担保法。德国亦未摆脱此路径依赖,依旧遵循2002年债法改革的基本决策,采取“法典内转化”模式转化指令,将新规则径行纳入《德国民法典》。但《数字内容指令》和《德国民法典》之“数字产品合同”新规则是否诚如立法机关所言,是欧盟数字市场

① Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services, OJ L 136, 22.05.2019, pp.1-27; Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sale of Goods, Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and Repealing Directive 1999/44/EC, OJ L 136, 22.05.2019, pp.29-50.《数字内容指令》中译本,参见张彤:《欧洲议会和欧盟理事会〈关于提供数字内容和数字服务合同特定方面的第2019/700(EU)号指令〉》,《中德私法研究》(第21卷),北京大学出版社2022年版,第349-385页。

② 参见《货物买卖指令》第2条第5项第b项。

③ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees, OJ L 171, 07.07.1999, pp.12-16.

④ 参见《货物买卖指令》第3条第3款。

⑤ 德国将《货物买卖指令》转化为《德国民法典》第474条及以下条款,所涉条款构成民法典消费品买卖法的一部分。

⑥ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 25.6.2021, BGBl. I, S.2123; Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 25.6.2021, BGBl. I, S.2133.

立法的“新起点”、^①“欧洲合同法的里程碑”，^②抑或仅是对《消费品买卖指令》的形式性调整？^③数字时代，欧盟与德国延续旧传统，是否足以应对数字交易的新挑战？数据新元素是否会对经典的潘德克顿民法体系产生颠覆性影响？传统民法典有无更新之必要？^④

本文以“数字产品合同”这一具体议题切入，试图一窥数字时代民法典“更新”之宏伟面貌。鉴于《货物买卖指令》针对有体物买卖，而非数字产品交易，故行文仅限于《数字内容指令》及德国的转化规则。全文以2022年《德国民法典》“数字产品合同”新规则为主线，以2019年欧盟《数字内容指令》为辅线，分为四个部分：第一部分明确2022年《德国民法典》规则更新的外部缘由，将《数字内容指令》界定为欧洲统一买卖法的“拼图”之一，从历史的视角，确定《数字内容指令》在欧盟立法中的具体位置；第二部分从整体结构、新概念、新制度三个层次，呈现《德国民法典》和“数字产品合同”规则的基本面貌；第三、四部分从法技术和法体系维度评价“数字产品合同”规则对经典债法的“补丁式”更新，尤其是民法典旧体系如何对数据新元素进行自我调适。

一 《德国民法典》的修正契机：作为统一买卖法“拼图”的《数字内容指令》

2022年《德国民法典》的修正，是迫于转化欧盟《数字内容指令》和《货物买卖指令》的外部压力，对传统法典做被动“更新”。而作为欧洲统一买卖法的“拼图”之一，《数字内容指令》并非凭空而出、一蹴而就，也非欧盟立法者在数字时代的法律创新，而是欧盟在消费者合同领域的立法延续。^⑤

回溯学术史，欧盟《数字内容指令》受到欧洲私法统一思潮的深刻影响。^⑥在欧洲

^① Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Commission Work Programme 2015—A New Start, COM(2014) 910 final, 16.12.2014.

^② 欧委会立法专家施陶登迈尔(Dirk Staudenmayer)对两部指令赋予“欧洲合同法里程碑”的高度评价。参见 Dirk Staudenmayer, “Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen,” *ZEuP*, 2019, S.663.

^③ 对指令的批判意见，参见 Ivo Bach, “Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte,” *NJW*, 2019, S.1711.

^④ 例如，德国有学者认为合同法亟待“更新”。参见 Lea Katharina Kumkar, “Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter,” *ZJPW*, 2020, S.306.

^⑤ 关于欧盟数字内容立法延续性的论述，参见 Reiner Schulze, “Die Digitale-Inhalt-Richtlinie-Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht,” *ZEuP*, 2019, S.695-723.

^⑥ 欧洲私法统一的相关研究，参见张彤：《欧洲一体化进程中的欧洲民法趋同和法典化研究》，载《比较法研究》，2008年第1期，第11-24页；张彤：《欧洲合同法最新发展之探析》，载《比较法研究》，2009年第2期，第89-97页。

大陆,“欧洲私法”(European Private Law)的理论研究和立法项目,始终遵循20世纪30年代比较法学家恩斯特·拉贝尔(Ernst Rabel)在《货物买卖法》^①中所建构的价值理念和规范结构,从1980年《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)^②到《国际商事合同通则》(PICC),乃至《欧洲合同法原则》(PECL)^③和《共同参考框架草案》(DCFR)^④,皆以合同法统一为追求,以救济路径下的瑕疵担保法统一为核心。而作为欧洲私法学界“自下而上”推进“欧洲私法统一”宏大项目的一小步,《数字内容指令》亦是欧洲学界“自下而上”推动下的立法产物,其既是对2011年《欧洲共同买卖法》所留存的“法律遗产”的继承,也是对1999年《消费品买卖指令》立法结构的延续。

(一)以《欧洲共同买卖法》为灵感来源^⑤

《数字内容指令》的规则渊源,可追溯至2011年欧盟《消费者权益指令》和《欧洲共同买卖法》两项文本。

其一,“数字内容”首见于欧盟正式立法,是在2011年的欧盟《消费者权益指令》中。^⑥该指令第2条第11项首次将“数字内容”(Digital Content)的概念界定为“以数字形式制作和提供的数据”,并且,鉴于条款第19条将“提供数字内容合同”(Contracts for the Supply of Digital Content)纳入指令适用范围。借由消费者权益保护的欧盟立法,提供数字内容合同首次被明文纳入欧盟立法,数字内容亦由此被纳入欧洲合同法体系。

其二,“数字内容”在买卖法上首次做出体系性规则设计,则是2011年欧盟委员

^① Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung*, 2. Band, Tübingen-Berlin, 1958.

^② United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Vienna, 11.4.1980.

^③ The Commission on European Contract Law, Ole Lando Hugh Beale, eds., *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, Kluwer Law International, 2000; Ole Lando et al., eds., *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, 2003.《欧洲合同法原则》的中文译介,参见《欧洲合同法原则》,载《外国法译评》,1999年第1期,第106-112页;《欧洲合同法原则(续)》,载《外国法译评》,1999年第2期,第103-111页;《欧洲合同法原则第三部分》,载《华东政法学院学报》,2004年第6期,第83-86页。

^④ Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier. European Law Publishers, 2009; DCFR中译本,参见欧洲民法典研究组/欧盟现行私法研究组编著:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本)》,法律出版社2014年版。相关讨论,参见[意]阿尔多·贝杜奇:《制定一个欧洲民法典?——〈共同参考框架草案〉(DCFR)及其历史根源》,载《比较法研究》,2010年第6期,第147-158页。

^⑤ 例如,德国学者将《欧洲共同买卖法》称为《数字内容指令》的灵感源泉(Inspirationsquelle),参见Reiner Schulze, “Die Digitale-Inhalt-Richtlinie - Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht,” *ZEuP*, 2019, S. 698.

^⑥ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22.11.2011, pp.64-88; 指令中译本,参见《欧盟消费者权益指令(2011/83/EU指令)》,载《中德私法研究》(第9卷),张学哲译,北京大学出版社2013年版,第181-207页。

会颁布的《欧洲共同买卖法条例(草案)》,^①条例草案附件一《欧洲共同买卖法》(Common European Sales Law, CESL)明确纳入“销售数字内容”。《欧洲共同买卖法》是一部独立、统一的买卖法规则体系,内容贯穿从合同订立到合同救济的全生命周期,以选用性工具^②的方式适用于跨境交易,相当于提供了一套在成员国合同法之外能够适用的合同法。《欧洲共同买卖法》引入“数字内容”和“提供数字内容合同”规则,并且放弃了集中规定的方式,而是将其散嵌于先合同信息、合同当事人的义务、合同救济等规范群。例如,《欧洲共同买卖法》第四部分以“当事人在买卖合同或提供数字内容合同中的义务和救济”为标题,该部分第十章第99-105条规范群围绕“货物和数字内容与合同相符”(Conformity of the Goods and Digital Content)展开。

将欧盟《消费者权益指令》和《欧洲共同买卖法》两相比较,可以看出,《消费者权益指令》仅在“数字内容”规则上“先声夺人”,《欧洲共同买卖法》则通过成体系性的具体规则,为《数字内容指令》提供了丰富的灵感和“法律遗产”。

立法史上,自2011年《欧洲共同买卖法》引入“数字内容”特别规则之后,其法规规则旋即引发学界极大关注,批评之声不绝于耳。^③有学者认为,《欧洲共同买卖法》或将成为民族法典的竞争者。^④有学者直言不讳,抨击《欧洲共同买卖法》“作为一部选用性的买卖法草案,内容不成熟、不完整,适用存疑,所带来的成本和问题,远多于其欲解决的问题,难被实践接纳”。^⑤德国甚至将“民法之调整”(Anpassung im Zivilrecht)^⑥提上法政策议程。2012年,德国民法学者协会以“欧洲共同买卖法”为题召开特别会议,希望“在内部发出一个信号……提请学界关注其对德奥瑞私法发展的意义”。^⑦不仅学界争议纷繁,成员国亦多抵制。即便到2014年欧洲议会已在一读程序

^① Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

^② 选用性工具(Optional Instrument)指《欧洲共同买卖法》作为一部供当事人选择适用的第二套合同法规范存在于所有成员国。当事人若就《欧洲共同买卖法》之适用达成一致,那么就《欧洲共同买卖法》规定范围内的所有事项而言,该法将成为唯一适用之法律,此时,排除适用本国法(成员国合同法)。

^③ 德国学者对《欧洲共同买卖法条例(草案)》的批判性讨论,参见 Horst Eidenmüller et al., “Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht,” *JZ*, 2012, 269 ff.

^④ Stefan Grundmann, “Kosten und Nutzen eines optionales Europäischen Kaufrecht,” *AcP*, 2012, S.528 ff.

^⑤ Gerhard Wagner und Reinhard Zimmermann, “Vorwort: Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Vorschlag für ein Common European Sales Law,” *AcP*, 2012, S.467, 471.

^⑥ Gerald Spindler, “Digital Wirtschaft—analoges Rechts: Braucht das BGB ein Update?” *JZ*, 2016, S.805.

^⑦ Gerhard Wagner und Reinhard Zimmermann, “Vorwort: Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Vorschlag für ein Common European Sales Law,” S.467, 469.

原则性通过该条例草案后,仍遭到若干成员国(尤其是德国)^①之质疑,最终导致法案在2020年被正式撤回,这一宏大的立法项目在政治上最终宣告失败。^②但欧洲立法者并未放弃统一买卖法的“雄心”,而是吸取了难以在成员国层面完全统一买卖法规则的教训后,才退而求其次,转而采取“小切口”推进的方式,限缩于数字交易的特定领域,将《欧洲共同买卖法》中的“数字内容”的规则提取出来,借数字单一市场战略之“东风”,以数字交易立法之名,继续推进买卖法统一。

立法虽折戟,政策仍延续。《欧洲共同买卖法》立法虽然受挫,但为欧盟数字交易立法留下了两项“法律遗产”:^③其一,《欧洲共同买卖法条例(草案)》第5条第b项明确纳入“提供数字内容合同”;其二,欧洲议会在对《欧洲共同买卖法》进行一读时,将适用范围扩大到“以金钱之外的对待给付所提供的数字内容”,而“提供数字内容合同”和“以金钱之外的对待给付所提供的数字内容”则被直接延续到数字单一市场的欧盟政策文件中,构成2015年《欧洲数字单一市场战略》^④的核心内容。基于《欧洲数字单一市场战略》的政策框架,欧委会借助数字议程的立法机遇,再次发力,于2015年12月9日一并提出《关于提供数字内容的合同特定方面的指令(草案)》和《关于线上及其他远程货物买卖的合同特定方面的指令(草案)》,^⑤并于2019年以《数字内容指令》和《货物买卖指令》的“孪生指令”形式,同时通过前述草案。此外,不容忽视的是,欧盟颁布指令草案,亦部分缘于成员国在此领域立法尝试的外在压力。例如,脱欧前的英国于2015年修订《消费者权益法案》,在第三章专门引入销售数字内容的消费者

^① Christiane Wendehorst, “Die neuen kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen—ein Schritt in Richtung unserer digitalen Realität,” *JZ*, 20/2021, S.974.

^② 欧洲议会原则性通过《欧洲共同买卖法条例(草案)》的决议,参见 Document 52014AP0159, P7_TA (2014)0159 Common European Sales Law *** I, European Parliament Legislative Resolution of 26 February 2014 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM(2011)0635 — C7-0329/2011 — 2011/0284(COD)), P7_TC1-COD(2011)0284 Position of the European Parliament Adopted at First Reading on 26 February 2014 with a View to the Adoption of Regulation (EU) No.../2014 of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, OJ C 285, 29.08.2017, pp.638-724; 欧盟正式撤回《欧洲共同买卖法条例(草案)》,参见 Withdrawal of Commission Proposals 2020/C 321/03, PUB/2020/760, OJ C 321, 29.09.2020, pp.37-40.

^③ Europäisches Parlament, Legislative Entschließung v. 26.2.2014, ABl. 2017 C 285, 635, 650.

^④ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital Single Market Strategy for Europe, 06.05.2015, COM(2015) 192 final.

^⑤ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content, 09.12.2015, COM(2015) 634 final, 2015/0287 (COD); Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Online and Other Distance Sales of Goods, 09.12.2015, COM(2015) 635 final, 2015/0288 (COD).

权利。^① 正因成员国先行一步立法,使得欧盟的立法协调成为当务之急。

明确的规范继受更值一提。《数字内容指令》以《欧洲共同买卖法》中“数字内容”的概念、规则为模版。《数字内容指令》第2条第1项关于“数字内容”的概念界定、第3条第5款对适用范围的除外情形,分别取自《欧洲共同买卖法条例(草案)》第2条第j项中的“数字内容”概念及其但书条款。《数字内容指令》对客观瑕疵概念之强调,也可回溯至《欧洲共同买卖法》第99条第3款。

(二)以《消费品买卖指令》为底版

欧盟消费者保护指令体系中,《数字内容指令》与1999年欧共体《消费品买卖指令》一脉相承,后者当属欧盟最具代表性和影响力的合同规则指令,亦是德国债法改革的“导火索”。正由于这层承继关系,《数字内容指令》亦聚焦于瑕疵担保这一债法核心领域,并在延续《消费品买卖指令》规范结构的基础上,进行了若干技术性调整。

《数字内容指令》对《消费品买卖指令》之承继,主要体现于立法目的和实体规则。一方面,《数字内容指令》第1条所确立的立法目标与《消费品买卖指令》类似,旨在促进内部市场正常运转,并为消费者提供高水平的保护,就经营者和消费者之间订立的关于提供数字内容或数字服务的合同的特定要求制定统一规则。因此,《数字内容指令》仍以高水平的消费者保护为基础,从合同法的角度进行法律协调,通过在合同法核心领域引入统一规则,来增强消费者在欧盟内从另一成员国供应商处购买数字产品时的信心,并通过提高法律确定性来降低经营者在跨境销售数字产品时的成本,由此增强法律安定性、降低交易成本,实现数字单一市场。^② 另一方面,《数字内容指令》的实体规则包括经营者提供数字产品时“给付义务的具体化”(Konkretisierung der Leistungspflicht)、合同不履行时的消费者救济权利,这些规则的核心内容,仍然是经营者的给付与合同相符,以及在瑕疵给付情形下消费者的瑕疵担保权利。而上述规定都承继于《消费品买卖指令》中的补正履行、合同解除和减价规则,并且,《数字内容指令》第14条关于救济权利的顺位问题,如补正履行的优先顺位,也是从《消费品买卖指令》中承继而来。

^① 英国《2015年消费者权益法案》在第三章专章规定了“数字内容”,<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/part/1/chapter/3/enacted>。

^② 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”。Deutscher Bundestag, Begründung, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drucksache 19/27653, 17.03.2021, S.23; Klaus Tonner und Christoph Brömmelmeyer, *Schuldrecht Besonderer Teil Vertragliche Schuldverhältnisse*, Nomos, 5. Auflage, 2022, S.40, Rn.4.

《数字内容指令》对《消费品买卖指令》的技术性调整,在于更强调法律确定性,并在指令转化程度上改弦更张,放弃最低程度协调,转而在指令第4条明确采取“完全协调”(Vollharmonisierung)的转化要求。1999年《消费品买卖指令》采取最低程度协调要求,意在设定瑕疵担保权利的“底线”,实现消费者合同救济权利的最低程度统一。此举虽然保障了消费者在跨境购买消费品时瑕疵担保权利的“保底性”保护,但实践中却因为成员国转化后的规则歧异,引发了规则“碎片化”现象。因此,出于法律确定性和构建稳定性的合同法之考量,^①《数字内容指令》要求各成员国对于数字内容的合同救济权利立法的完全统一,禁止成员国继续保有或引入与欧盟法不相符的规定。在转化要求上,从最低程度协调到完全协调之转变,既是欧盟为避免重蹈20世纪90年代消费者保护指令立法碎片化之覆辙,防止因专门监管数字内容和数字服务产生新的法律碎片,^②也是为了尽量弥合数字内容议题上成员国法律传统和法典体系的差异性,更是秉持欧盟自《一般数据保护条例》(GDPR)以来在数字单一市场立法上的立法统一化立场。^③

《数字内容指令》对《消费品买卖指令》的实质调整,落脚于适用范围和瑕疵担保规则。其一,指令强调未来面向,适用范围不做严格限定,旨在为数字技术及其商业模式之发展预留充足空间。《数字内容指令》适用范围的灵活性,显然区别于《消费品买卖指令》,后者之适用仅限于买卖合同。而《数字内容指令》的适用范围,则是从合同类型、交易场景、给付交换关系和对待给付形式四个维度,做灵活化处理。^④在合同类型上,指令原则上涵盖经营者向消费者提供数字内容的所有类型,例如,生产、加工或存储数据的服务合同,或仅为移转数字内容的DVD和其他商品的买卖合同。^⑤在交易场景上,指令的适用不区分数字内容的移转方式,将数字内容下载到客户机器、数字流、实现访问可能等诸多情形皆得适用。^⑥在给付交换关系上,指令既适用于一次性给付交换关系(互易),也适用于持续性债务关系。在对待给付形式上,《数字内容指令》第3条第1款第2句明确规定,指令适用于消费者向经营者提供或承诺提供个人

① 参见《数字内容指令》鉴于条款第6条、第7条。

② 参见《数字内容指令》鉴于条款第7条。

③ 事实上,1995年欧共体《数据保护指令》仍采取最低限度协调的转化要求,但与消费者保护领域的欧盟指令类似,也出现了成员国转化规则的碎片化现象。自欧盟颁布《一般数据保护条例》以来,欧盟在数字单一市场的立法,呈现出规则统一化倾向,以条例立法和完全协调的指令立法为基本思路。

④ Klaus Tonner und Christoph Brömmelmeyer, *Schuldrecht Besonderer Teil Vertragliche Schuldverhältnisse*, Nomos, 5. Auflage, 2022, S.40, Rn.4.

⑤ 参见《数字内容指令》鉴于条款第19条、第20条。

⑥ 参见《数字内容指令》鉴于条款第19条。

数据的情形,既适用于一方当事人通过支付价金(报酬)来获得数字内容或数字服务的合同,也适用于由经营者处理消费者个人数据的合同。

其二,瑕疵担保规则之调整,依数据特性“量身定制”。《数字内容指令》虽以《消费品买卖指令》为底版,遵循其规范模式,聚焦于瑕疵担保规则,但欧盟立法者进一步提出,在数字单一市场上,“在特定核心领域,经营者和消费者的合同权利,应完全统一”。^① 据此,《数字内容指令》在统一“提供数字内容或数字服务的消费者合同”的关键规则时,于现行瑕疵规范之外,立足数字技术特性,补充了若干新规则,所涉关键规则,大致包括:数字内容与合同相符、不履行及瑕疵履行时的违约救济权利。一方面,指令规制对象明确限于对实现数字单一市场而言至关重要的合同法领域,针对数字产品特性引入规则,由此实现合同法的现代化。另一方面,指令也在关键规则上进行创新,例如,规定经营者的更新义务,使更新义务成为瑕疵担保法的一项新要素。

二 《德国民法典》“数字产品合同”规则:结构与创新

德国将《数字内容指令》转化为国内法时,立法者面临的首要抉择是以何种形式来转化。一般而言,成员国可以通过不同立法模式来转化欧盟指令,其中,以“法典内转化”和“单行法转化”最为典型。例如,荷兰采取“法典内转化”模式,在《荷兰民法典》第七编第7.1节之后新增第7.1AA节,将《数字内容指令》纳入民法典。^② 与荷兰类似,德国也采取了“法典内转化”模式,根据德国基民盟、基社盟和社民党在2018年《联合执政协议》中关于数字领域欧盟规则1:1转化的基本立场,^③对《数字内容指令》也采取了1:1转化。

(一) 规范结构

一旦采取“法典内转化”模式,德国面临的又一抉择是新规则的体系位置,即在何

^① 参见《数字内容指令》鉴于条款第6条。

^② 值得关注的是,荷兰未按时转化欧盟指令。《数字内容指令》和《货物买卖指令》第24条第1款规定,成员国应在2021年7月1日前完成转化,荷兰选择用同一部法案来转化《数字内容指令》和《货物买卖指令》,但直至2022年4月20日才通过转化法案,并在4月26日正式公布法案。由此,荷兰既未遵守指令转化的时限,也未满足国内法转化规则应予适用的时限。事实上,荷兰在2021年9月30日就收到了违反欧盟指令转化要求的正式通知。参见 Kamerstukken II 2021/22, 21 109, No.252。荷兰的转化法案,参见 Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud, Act of 20 April 2022, Staatsblad 2022, 164, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2022-164.html>。

^③ Ein neuer Aufbruch für Europa—Eine neue Dynamik für Deutschland—Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 07.02.2018, Berlin, S.13, Rn.396。

处安置新规则。德国采取了“22+6”的安置方案,“22”是指共二十二条新规则集中于“债法总则”,“6”是指共六条新规则散见于“各种之债”。

集中呈现的二十二条新规则,是指德国采取在《德国民法典》之“债法总则”增设特别规则的转化路径,在“债法总则”(第241条及以下条款)新增一节“数字产品合同”规范群(第327条至第327u条),将《数字内容指令》转化为《德国民法典》第二编“债之关系法”中第三章“约定债之关系”的新规则。具体就是在《德国民法典》第二编第三章第二节“双务合同”和第三节“向第三人为给付之承诺”之间,新增“第二节之一:数字产品合同”(Titel2a. Verträge über digitale Produkte),并且,“第二节之一:数字产品合同”包含两个分目,第一分目为“数字产品的消费者合同”(第327条至第327s条),第二分目为“数字产品商事合同的特别规定”(第327t至第327u条)。

分散规定的六条新规则,是指立法者为兼顾民法典的内部体系,除了在“债法分则”部分调整和补充《德国民法典》第312条之外,还在“债法分则”其他部分,进行了多处体系性调整。具体而言,是在《德国民法典》第八章“债法分则”之下的典型合同,在买卖、赠与、租赁和承揽合同各处,做相应规则调整,所涉条文分别为第445c条(数字产品合同的追索)、第475a条(数字产品的消费品买卖合同)、第516a条(数字产品赠与的消费者合同)、第548a条(数字产品租赁)、第578b条(数字产品租赁合同)以及第650条(数字产品承揽的消费者合同)。

“债法总则”的新规则涵盖两类合同,分别为数字产品的消费者合同(第327条至第327s条)和数字产品的商事合同(第327t条与第327u条)。两类合同的规则篇幅相差较大,以“数字产品消费者合同”规范群为主要内容,具体分为五大类:

第一,适用范围(第327条和第327a条)。第327条规定了数字产品消费者合同的适用范围及其例外,除以支付价金为对待给付的消费者合同之外,该条还涵盖以提供个人数据为对待给付的消费者合同。根据第327a条,第二节之一的新规定也适用于“一揽子合同”(Paketverträge)。

第二,提供数字产品和未提供时的权利(第327b条和第327c条)。第327b条规定了经营者的给付义务,包括给付时间、数字内容和数字服务之提供。第327c条规定了未提供时的消费者权利。

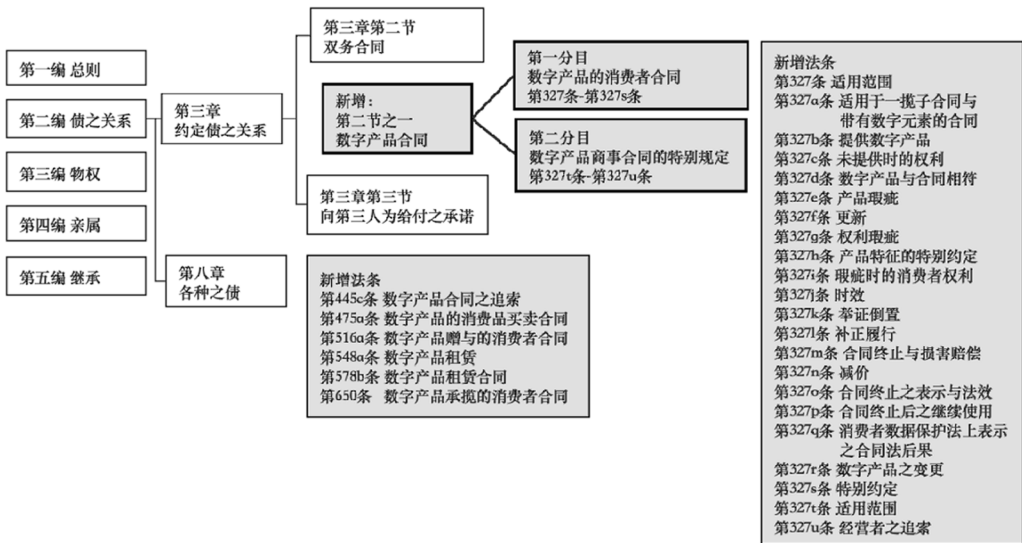
第三,经营者给付义务的具体范围(第327d条至第327h条)。第327d条规定经营者提供数字产品,应免于产品瑕疵(Produktmangel)和权利瑕疵。第327e条和第327g条分别界定产品瑕疵和权利瑕疵。第327f条规定经营者的更新义务及未安装更

新之后果。第 327h 条是关于产品特征的特殊约定,规定了当事人在何种前提条件下,得通过产品品质特征之约定,来偏离前述规则中的客观要件。

第四,产品瑕疵时的消费者权利(第 327i 条至第 327n 条)。第 327i 条列举了消费者的违约救济权利,包括补正履行请求权、合同终止权、减价权、损害赔偿请求权和费用补偿请求权。第 327j 条为诉讼时效规则,两年诉讼时效原则上自提供数字产品之时起算,在持续提供情形自提供期间届满时起算。第 327k 条为举证责任倒置的一般规定。第 327l 条规定了补正履行请求权及排除适用该权利的前提条件。第 327m 条规定了消费者终止合同的前提条件及损害赔偿。第 327n 条规定了减价及减价金额的不同计算要求。

第五,合同之终止(第 327o 条和第 327p 条)。第 327o 条规定了合同终止的形式要件与法律后果。第 327p 条规定,消费者在合同终止后,仍负有停止使用设备之义务,经营者不得继续使用基于消费者所提供的不构成个人数据的数字内容。第 327r 条和第 327s 条分别是数字产品之变更和特别约定。

图 1 2022 年《德国民法典》“数字产品合同”新规则概览



注:图由作者根据 2022 年《德国民法典》自制。

作为一项独立的新制度,“数字产品合同”的规范群自成一体。其中,“第二节之一:数字产品合同”第一分目“数字产品的消费者合同”(第327条至第327s条)规范群,实质上是形成数字产品消费者合同的独立的瑕疵担保法,^①具有“双重优先适用”的属性。适用位阶的“双重优先”,是指“债法总则”中的数字产品瑕疵担保新规则,其适用位阶,不仅优先于“债法总则”中的瑕疵担保一般规则,也优先于“债法分则”中典型合同的瑕疵担保规则。^②此次立法者在“债法分则”买卖、赠与、租赁和承揽四类有名合同中分散补充新规则,也反向确保了“债法总则”新规则的优先适用地位。^③

(二)新概念:“数字产品”与“产品瑕疵”

1.“数字产品”上位概念:统摄数字服务与数字内容

作为新设的上位概念,“数字产品”被规定于《德国民法典》第327条。“数字产品”是德国的一项概念创新,《数字内容指令》无此内容。不过,德国所做创新,也仅是形式性创新,无实质内容更新。正如《德国政府转化法(草案)》的立法理由书所言:“决定性的因素,应是交易的数字形式(Digitale Form),而非交易内容”。^④因此,德国立法者未对指令概念内容做任何变化或扩展,而仅是出于规则可读性目的,将“数字产品”抽象为上位概念,统辖指令中的数字内容和数字服务。^⑤在此引入“数字产品”上位概念的立法价值在于:实践中,数字内容和数字服务往往难以精确区分,而第327条至327u条(第二节之一:数字产品合同)的规则大多适用于数字内容和数字服务,^⑥用数字产品来涵盖数字内容和数字服务两种形式,规范射程具有充分的延展性,十分灵活。

《德国民法典》第327条第1款的“数字产品”概念,是对《数字内容指令》第3条之转化,而《德国民法典》第327条第2款中的“数字内容”和“数字服务”,则是对《数字内容指令》第2条第1项“数字内容”和第2项“数字服务”之转化。第327条第1

^① Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.225, Rn.64.

^② Ansgar Staudinger und Markus Artz, *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Einführung in das neue Recht*, C.H.Beck, 2022, Vorwort.

^③ Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.225, Rn.64.

^④ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”之论证。Deutscher Bundestag, Begründung, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drucksache 19/27653, 17.03.2021, S.37.

^⑤ 同上。

^⑥ Axel Metzger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, 9. Auflage, 2022, BGB § 327 Rn.6.

款规定,“本目次规定(第 327 条-第 327s 条)适用于经营者以提供数字内容或数字服务(数字产品)作为标的,来换取支付价格的消费者合同。本目次意义上的价格,也包括价值的数字形式”。第 327 条第 2 款规定,“数字内容,是指以数字形式创建和提供的数据。数字服务是:1. 使消费者能以数字形式创建、处理、存储或访问此类数据的服务,或者 2. 使消费者或其他用户能以数字形式上传或创建的数据进行交互的共享服务。”

在立法技术上,德国采取根据“合同标的”(Vertragsgegenstand)配置规则的规范进路,以“数字产品”为合同标的。消费者合同的标的,应是经营者提供的数字产品,形式上既可以是数字内容,也可以是数字服务。由此,第 327 条及以下条款就得以涵盖以买卖为典型的一次性给付交换型合同,也可辐射至租赁、承揽、服务等“使用类合同”(Gebrauchsüberlassungsverträge)。^①此外,德国虽已规定“数字内容”(《德国民法典》原第 312f 条第 3 款),但在转化《数字内容指令》时,立法者另增第 327 条,通过规定“数字产品消费者合同”适用范围的方式,将数字内容和数字服务描述为合同标的。此外,在转化《数字内容指令》第 3 条时,为确保指令能顺应未来发展,德国在第 327 条有意识地宽泛界定,使“数字产品合同”得以涵盖《数字内容指令》鉴于条款第 10 项和第 19 项的“数字化要约”(Digitale Angebote),无论数字化要约的具体技术形式为何。^②

在“数字产品”概念的统辖之下,对于“数字内容”和“数字服务”的概念界定,德国立法者沿袭了《数字内容指令》鉴于条款第 19 条的立法思路,以技术中立和概念开放为基调,追求技术中立,采取面向未来的开放立法态度,防止通过技术调整来规避监管。基于中立性和开放性的标准,数字内容与数字服务的概念呈现出以下特色。

首先,重新界定“数字内容”。“数字内容”并非 2022 年《德国民法典》的新设概念,但新规则对既有规则进行了进一步的定义和调整。回溯旧概念,德国民法最早规定“数字内容”,是为转化《消费者权益指令》第 2 条第 11 项的“数字内容”定义,“数字内容”是指“以数字形式制作(hergestellt/produced)和提供(bereitgestellt/supplied)的内容”,相应地,《德国民法典》旧法第 312f 条第 3 款将“数字内容”界定为“以数字形

^① Michael Stürmer, “Verträge über digitale Produkte: die neuen §§ 327–327u BGB, Teil 1: Grundlagen und vertragliche Pflichten,” *Juristische Ausbildung*, 2022(1), S.33; Ansgar Staudinger und Markus Artz, *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Einführung und das neue Recht*, C.H.Beck, 2022, 1. Auflage, S.125, Rn.283.

^② 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”之论证, S.37; 另参见 Christian Grüneberg, *Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. Auflage, 2023, BGB § 327 Rn.3.

式制作(hergestellt)和提供(bereitgestellt)的内容”。观察2022年《德国民法典》的新概念,第327条第2款第1句对“数字内容”的界定,是转化《数字内容指令》第2条第1项,^①界定为“数字内容是指以数字形式创建(erstellt)和提供的数据”,2022年《德国民法典》第312f条第3款对“数字内容”的定义直接转致第327条第2款第1句,由此保持对“数字内容”定义的统一性。将“数字内容”定义的新旧规则相比较,可以看出,相较于《德国民法典》旧法第312f条第3款,新法第327条第2款第1句进行了术语微调,新规则更为开放。其一,术语调整。从制作(herstellen)改为创建(erstellen)。制作更类似于生产,《数字内容指令》第2条第1项之所以将动词改换为创建,是因为这能更好表达已经数字化的内容,亦能面向未来发展,兼顾无法预见的技术创新,涵盖在生产过程中无直接人工干预的情形,例如,人工智能下的自动化创建。^②其二,列举性说明。《数字内容指令》鉴于条款第19条进一步明确,“数字内容”概念应涵盖未来技术发展。由此,指令仅示例性列举计算机程序、视频音频文件、音乐数据、数字游戏、电子书和其他电子出版物等能构成“数字内容”的形式。其三,“内容”的理解。“数字内容”中的“内容”与“内容”的通常词义有所不同,不应理解为“数字内容”必须要有“内容信息”,^③在界定“数字内容”时,唯一的决定性因素是数字形式,即数据须以数字形式存在、以可再现的方式记录数据,至于数据是否包含内容、内容为何,则不重要。^④

其次,界定“数字服务”。有别于“数字内容”的规范模式,《德国民法典》第327条第2款第2句的“数字服务”之定义,并未采取欧盟消费者合同立法的现行模式。具体而言,《数字内容指令》虽将“数字服务”“数字内容”并列,但作为一个整体使用,未做概念区分。这种立法方式旨在使指令适用范围尽可能广泛,防止经营者通过产品设计来规避监管。^⑤《数字内容指令》鉴于条款第19条还对“数字服务”做示例性列举:“本指令涵盖以数字形式创建、处理、访问或存储数据的数字服务,包括软件服务,例如,视频或音频共享,以及其他形式的文件托管、文字处理或在云计算环境和社交媒体中提供的游戏”。转化指令后,《德国民法典》第327条第2款第2句第1项针对消费

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”之论证, S.38; 另参见 Christian Grüneberg, *Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. Auflage, 2023, BGB § 327 Rn.4。

^② 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”之论证, S.38。

^③ Axel Metzger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, 9. Auflage, 2022, BGB § 327 Rn.7。

^④ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”之论证, S.38。

^⑤ 同上文, S.39。

者的单独使用情形,第2项重点针对多人共同使用情形,且第2句中的“其他用户”无须是消费者身份。《德国民法典》第327条第2款第2句第2项的情形,不仅包括用户可以在其中创建内容,或创建与其他用户或提供商互动的服务和产品,例如,社交网络、社交媒体,还包括销售、预订、比较、经纪或评级平台,以及具有相应功能的其他产品,还包括共享的基于云的文字处理。^①

2.“产品瑕疵”概念:对应“物之瑕疵”

作为《德国民法典》的新概念,“产品瑕疵”可谓传统民法典以有体物交易为原型的“物之瑕疵”概念的数字化升级。《德国民法典》第327d条和第327e条确立的“产品瑕疵”概念,乃德国立法新创。第327d条规定,“经营者依据第327条或第327a条意义上的消费者合同负有提供数字产品之义务的,其所提供的数字产品,应免于第327e条至第327g条中的产品瑕疵和权利瑕疵。”虽然《数字内容指令》鉴于条款第54条使用了“权利瑕疵”概念,但指令并无“产品瑕疵”概念。德国在转化指令时,遵循买卖法上“物之瑕疵”“权利瑕疵”的经典二分进路,根据指令的立法目的进行相应修正,提出了“产品瑕疵”概念,以对应“物之瑕疵”。德国立法者创设的“产品瑕疵”概念,也是从产品不符合合同的角度,对指令第7条、第8条和第9条违约情形的转换表达。^②由此,“产品瑕疵”规范群(第327d条和第327e条)也形成了数字产品的瑕疵担保法体系。其中,第327e条正面规定“产品瑕疵”,第327d条反面规定“数字产品与合同相符”,要求数字产品“免于瑕疵”。

纵观体系结构,《德国民法典》第327d条“数字产品与合同相符”(Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte)规则,旨在转化《数字内容指令》第6条,经营者应提供免于“产品瑕疵”和“权利瑕疵”的数字产品。第327d条明确引入“产品瑕疵”和“权利瑕疵”一对概念,将经营者提供无瑕疵数字产品的合同义务具体化。此种规范方式,与第433条第1款第2句“出卖人应使买受人取得无物之瑕疵及权利瑕疵之物”相一致。^③这意味着,数字产品的与合同相符(第327d条至第327h条)与买卖合同的物之瑕疵和权利瑕疵(第433条第1款第2句、第434条以及第435条)的规则相

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”之论证, S.39。

^② 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第327d条之论证, S.52。

^③ Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.228, Rn.75.

当。^①第327e条至第327g条界定了数字产品的“产品瑕疵”和“权利瑕疵”，出现“产品瑕疵”时，消费者享有第327i条的瑕疵担保权利。^②德国在立法理由中明确提出，第327d条并非提供无瑕疵数字产品的“原给付义务”（primäre Leistungspflicht），而是与第327b条相同，第327d条仅构成给付义务的具体化，并未创设新的义务。^③

及至规则构成，《德国民法典》第327e条共分三款，规定数字产品的主观要件（第2款）、客观要件（第3款）和互操作性要求（第4款），是逐字转化《数字内容指令》与合同相符的主观要件（第7条）、客观要件（第8条）和互操作（Integration）（第9条、第2条第12项）。^④第327e条第5款规定，如果经营者提供其他数字产品（aliud），即所提供的数字产品与约定的产品不同时，视同产品瑕疵，这一规则与买卖法上的物之瑕疵的异种交付规则（第434条第5款）类似。在结构和术语上，与第327e条的“产品瑕疵”规则相对应的，是《德国民法典》第433条的买卖合同的“物之瑕疵”规则。^⑤不同在于，相较于《德国民法典》第434条在“物之瑕疵”规则中将主观要件置于优先顺位，第327e条在“产品瑕疵”的规则构造上，强化了数字产品的客观要件。^⑥

具体到产品“免于瑕疵”之判定，依据《德国民法典》第327e条第1款，“产品瑕疵”的消极构成要件有三个，包括主观要件、客观要件和互操作要件，三者须同时满足，其中主客观要件居于同等顺位，互操作性针对数字产品与数字环境连接方能使用之情形。^⑦第327e条第1款规定，“如果数字产品在特定时间内符合本规定各款的主观要件、客观要件和互操作要求，则该产品无瑕疵。除非另有规定，特定时间为第327b条中的提供时间。如果经营者负有在一段时间内持续提供的合同义务（持续提供），特定时间为约定的提供时间段（提供期间）。”第327e条第1款是对第327d条“经营者的给付义务”的具体化，规定了“产品瑕疵”意义上数字产品与合同相符的问

① Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.228, Rn.75.

② 同上。

③ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第327d条之论证，S.52。

④ 同上。

⑤ Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.228, Rn.76.

⑥ Axel Metzger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, 9. Auflage, 2022, BGB § 327e Rn.1.

⑦ Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.228, Rn.76; Reiner Schulze, *Bürgerlichen Gesetzbuch Handkommentar*, Nomos, 2022, 11. Auflage, 2021, BGB § 327e Rn.2; Axel Metzger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, 9. Auflage, 2022, BGB § 327e Rn.1.

题。^① 根据第 1 款第 1 句,如果数字产品在特定时间内符合主观要件、客观要件和互操作要求,则免于“产品瑕疵”。第 327e 条第 1 款第 1 句仅规定“特定时间”(maßgeblichen Zeit),第 2 句和第 3 句进一步具体规定,从第 2 句可知,第 1 句所谓“免于瑕疵”的特定时间,应是第 327b 条意义上的“提供时间”,第 3 句则表明,其也适用于持续提供情形。^②

产品瑕疵的要件之一为主观要件。第 327e 条第 2 款规定,“下列情形下,数字产品符合主观要件(subjektive Anforderungen):1.数字产品 1)具有约定之品质,包括对数量、功能、兼容性和互操作之要求,2)适于合同预定之用途,2.依合同之约定提供配件、说明和客户服务,并且 3.在合同特定期间内依合同约定提供更新。功能(Funktionalität)指数字产品依其目的实现功能之能力。兼容性(Kompatibilität)指数字产品与同种类数字产品通常使用的硬件或软件配合使用而无须转换之能力。互操作(Interoperabilität)指数字产品与同种类数字产品通常使用的硬件或软件之外的其他硬件或软件一起运作之能力。”第 327e 条第 2 款共 4 句,第 1 句是对数字产品主观要件的列举,第 2 句至第 4 句是对第 1 句所涉内容的法律界定。第 327e 条第 2 款第 1 句第 1 项是对《数字内容指令》第 7 条第 a 项和第 b 项所含的标准之转化,第 2 款第 1 句第 3 项则涉及合同约定的更新。^③ 第 327e 条第 2 款第 1 句采取了与《德国民法典》第 434 条第 1 款第 1 句和第 2 句第 1 项相同的表达方式,列举了与合同相符的主观要求,例如,不符合“数量”要求为数量瑕疵,构成产品瑕疵。第 327e 条第 2 款第 2 句至第 4 句分别定义功能、兼容性、互操作,三项定义源于《数字内容指令》第 2 条第 10 项至第 12 项。^④ 其中,功能指数字产品本身的功能,兼容性和互操作性则是指数字产品与其他硬件和软件相结合的功能,两者区别在于,兼容性指通常与数字产品一起使用的硬件和软件产品,互操作指不属于前述情况的硬件和软件产品。^⑤ 有所不同的是,德国在转化《数字内容指令》时,考虑到经营者对各种不同的数字环境往往无法预见,所以选择将数字产品的互操作要求纳入第 327e 条第 2 款的主观要件范畴。

产品瑕疵的要件之二为客观要件。第 327e 条第 3 款规定,“下列情形下,数字产

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327e 条之论证, S.53。

^② 同上。

^③ 同上文, S.54-55。

^④ 同上文, S.55。

^⑤ 同上。

品符合客观要件 (objektive Anforderungen): 1. 适于通常之使用, 2. 显示同种类之数字产品通常具有之品质, 包括数量、功能、兼容性、可访问性、连续性和安全性, 且该品质为消费者依数字产品之种类所期待者, 3. 符合经营者在缔约前向消费者提供的测试版本或预览之品质, 4. 提供了消费者可得期待获得之配件和说明, 5. 根据第 327f 条向消费者提供更新, 并告知消费者此等更新, 以及 6. 若无另行约定, 应提供缔约之时的数字产品最新版本。第 1 句第 2 项所称之通常品质, 亦包含经营者或经销链上的其他前手或其委托之人特别于广告或标签中之公开表示, 消费者可得期待之品质。但经营者不知该表示, 亦非可得而知该表示与合同订立时业已同等方式更正, 或不影响交易决定者, 不在此限。”第 327e 条第 3 款第 1 句第 1 项的“适于通常使用”(Eignung zur gewöhnlichen Verwendung), 是判断数字产品是否免于产品瑕疵的首要客观要件, 应根据市场流通中具有可比性的数字产品的“使用目的”(Nutzungszweck) 来加以判断。^① 该项是对《数字内容指令》第 8 条第 1 款第 a 项之转化, 规范表达方式则沿袭了《德国民法典》第 434 条第 1 款第 2 句第 2 项第 1 前半句。^② 由于《数字内容指令》第 8 条第 1 款第 a 项规定“数字内容或数字服务应符合通常使用目的, 并顾及……成员国法律、技术标准或在欠缺技术标准时, 适用特定行业的行为准则”, 因此, 第 327e 条的客观要件仅限于“通常使用”(gewöhnliche Verwendung)。通常概念之解释, 应根据交易情事做综合判断, 而根据指令第 8 条第 1 款第 a 项, “通常”概念的参照基准, 应是此类数字产品的使用目的, 这也是在确定数字产品“适用性”(Eignung) 这一客观标准时所应采取的参考和解释基准。^③ 第 327e 条第 3 款第 1 句第 2 项的通常品质规则, 则是对指令第 8 条第 1 款第 b 项之转化, 并且, 依据《数字内容指令》鉴于条款第 46 条, 应以客观标准来确定消费者之期待。^④ 概念上, “品质”(Beschaffenheit) 概念采取了买卖法上对品质的广义理解, 并将功能和互操作概念再次单独纳入第 327e 条第 3 款第 1 句第 2 项。^⑤ 内容上, 基于指令第 8 条第 1 款 b 项所列标准, “通常品质”包括可访问性、连续性和安全性等“性能特征”(Leistungsmerkmale), 第 3 款第 1 句第 2 项还包含两项不同参引: 一是同类数字产品的品质; 二是更准确界定消费者的合理期待。此外, 与《消费

^① Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.230, Rn.82.

^② 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327e 条之论证, S.56。

^③ 同上。

^④ 同上。

^⑤ 同上。

品买卖指令》的转化立场一致,第 327e 条第 3 款第 1 句第 2 项仅使用“消费者期待”,而未使用消费者“合理”期待之表达。^①

产品瑕疵的要件之三为互操作^②。第 327e 条第 4 款规定,“就执行互操作而言,下列情形中,数字产品符合互操作要求:1.已适当(sachgemäß)执行,或 2. 虽然执行不当,但其既非因经营者的互操作不当,也非因经营者提供的指示有瑕疵所致。互操作,是指与消费者的数字环境或数字环境组成部分的连接和整合,使数字产品得以依照本节规定之要求使用。数字环境,是指消费者用于访问或使用数字产品的任何种类的硬件、软件或网络连接。”当数字产品必须与消费者的数字环境连接和整合方能使用时,还需要满足互操作要求。第 327e 条第 4 款共 3 句,其中第 1 句规定了数字产品的互操作要求(Integration),第 2 句和第 3 句则分别界定了“互操作”和“数字环境”(Digitale Umgebung)概念。根据《数字内容指令》第 6 条,互操作构成数字产品与合同相符的一部分,第 327e 条第 4 款第 1 句是对指令第 9 条之转化,第 2 句和第 3 句则是对指令第 2 条第 4 项和第 9 项之转化。^③ 根据第 327e 条第 4 款第 1 句,当数字产品因不当互操作,并且是由经营者或其负责下进行,或由消费者实施,但因经营者提供的说明存在瑕疵所致时,构成产品瑕疵。^④ 因此,消费者对数字产品自行所为之不当互操作被排除在产品瑕疵范畴之外,除非其因经营者提供的说明存在瑕疵所致。

(三)新制度:经营者的更新义务

《数字内容指令》的重大创新,在于引入“经营者的更新义务”(Aktualisierungspflicht),《德国民法典》亦单设第 327f 条,确立“经营者的更新义务”,该义务亦构成瑕疵担保法的新制度。更新数字产品,乃数字产品本质特征使然。数字产品和与之互动的技术环境处于持续发展变化之中,此点显然有别于传统商品,因此,要求数字产品的定期更新成为题中之义,唯有定期更新,方能继续使用数字产品,并保持产品本身处于与合同相符之状态,此点于安全更新而言尤甚。^⑤

欧盟立法者对更新义务颇为强调,认为即便是一次性的给付交换型合同,经营者

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327e 条之论证, S.56。

^② 国内学界有关“互操作”的前沿研究,参见周汉华:《互操作的意义及法律构造》,载《中外法学》,2023 年第 3 期,第 605-624 页。

^③ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327e 条之论证, S.58。

^④ 同上。

^⑤ Axel Metzger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, 9. Auflage, 2022, BGB § 327f Rn.1.

亦负有提供更新之义务,以维持数字产品与合同相符。^①《德国民法典》第327f条是对《数字内容指令》第7条第d项、第8条第2款和第3款之转化,就经营者提供和告知数字产品更新的义务内容,予以具体规定。第327f条规定,“(1)经营者应确保在特定时限内向消费者提供维持数字产品符合合同之必要更新并告知消费者。必要更新还应包括安全更新。第1句所称之特定时限指:1.持续性提供数字产品合同,特定时限指提供时限;2.其他情形之时限,指依数字产品种类与目的,并基于合同类型与情事,消费者可得期待之时限;(2)若消费者未在合理期限内安装根据第1款提供之更新,经营者不对仅因缺乏该更新而导致的产品瑕疵负责,前提是:1.经营者已告知消费者该更新的可用性以及未安装更新之后果,以及2.消费者未安装或未正确安装更新的事实非因经营者提供的安装说明存在瑕疵所致。”

性质上,更新义务不构成瑕疵担保法的主给付义务。内容上,第327f条分两款,第1款是“提供更新”规则,第2款是“未更新”规则。术语上,德国虽沿用《数字内容指令》的“更新”(Aktualisierung)一词,但概念射程略有微调:立法者认为,鉴于瑕疵担保法的规范意旨,在此背景下,对于“更新”和“升级”两个术语,实无区分之必要,应以“更新”作为上位概念,覆盖“改进”(Verbesserung)或“变更”(Veränderung)两种类型。^②

1.更新义务的体系定位

立法者将更新义务设定为客观要件的一部分,这种体系化安排绝非偶然。具体来说,第327f条对第327e条中与更新相关的产品瑕疵的与合同相符要求,进行了具体规定。而根据第327e条第2款第1句第3项,更新的主观要件基于合同约定产生,并且,经营者还应遵守第327e条第3款第1句第5项的更新的客观要件。此外,倘若当事人想要降低更新的客观要求,就必须仅在严格满足第327h条的特定前提要件时,方能做出不利于消费者并与客观要件相偏离之合同约定。换言之,所谓更新,既可以是约定之更新,也可以是基于合同预设使用所必须之更新,若无约定,则可根据第327e条第3款来确定。在法律后果上,若经营者违反更新义务,则构成产品瑕疵,消费者由此可主张第327i条之权利。若因制造商未提供其所负担之更新而导致经营者未履行

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第327f条之论证, S.58。

^② 同上。

更新义务,经营者可根据第 327u 条第 1 款第 2 句向制造商追索。^① 由此,更新义务既属于产品瑕疵的主观要件,也属于客观要件。^② 但德国主要从客观要件规定更新义务,经营者“提供更新之信息”构成产品瑕疵客观要件的一部分。

2.更新义务的范畴

《德国民法典》第 327f 条第 1 款是对《数字内容指令》第 8 条第 2 款之转化。第 327f 条第 1 款第 1 句要求经营者在特定时限内向消费者提供为保持数字产品与合同相符所必要之更新,并将其告知消费者,第 2 句强调安全更新,第 3 句对特定时限进行了具体规定。^③

“安全更新”之所以呈现为第 327f 条第 1 款第 2 句,以单独一句的形式在立法上特别强调,源于指令本身。《数字内容指令》鉴于条款第 47 条强调,数字产品应处于符合合同的状态并保持安全,《数字内容指令》第 8 条第 1 款第 b 项中的“安全”一词表明,数字产品在提供之时必须安全,即使发生了安全瑕疵或与安全有关的软件缺陷,即使此种瑕疵或缺陷对产品功能并无影响,经营者也负有更新义务,以消除安全瑕疵。^④ 换言之,纳入更新义务范畴的更新,主要是为确保数字产品的安全性所做之更新,即便安全瑕疵不会对数字产品本身的功能性产生任何影响。^⑤ 因此,当事人未做约定且与增强产品性能相关之更新(准确而言是“升级”^⑥),原则上不属于更新义务范畴,而仅纳入第 327r 条的数字产品变更权之范畴。

“必要更新”则构成判定更新义务范畴的决定性因素。所谓“必要更新”,是指第 327f 条意义上的“更新”,即仅限于为保持数字产品与合同相符所必需之更新。经营者无须向受领人提供任何类型之更新,而是仅需提供“为获得或提供符合合同要求的主给付所必须之更新”。在类型上,经营者的更新义务,包括“创建”(Erstellungspflicht)、“告知”(Informationspflicht)和“提供”(Bereitstellungspflicht)义务,但不包括“安

^① Axel Metzger, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck, 9. Auflage, 2022, BGB § 327f Rn.2.

^② Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.229, Rn.79.

^③ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327f 条之论证, S.58。

^④ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327f 条第 1 款之论证, S.59。

^⑤ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327f 条之论证, S.58ff。

^⑥ 《数字内容指令》和《德国政府转化草案》均未对更新(Update)和升级(Upgrade)作出区分,参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327f 条之论证, S.58。

装”义务,而之所以未将“安装义务”纳入义务范畴,是因为经营者虽然必须提供正确安装所需之必要信息,但消费者的疏忽及由此引发之瑕疵,不仅不构成经营者责任,而且会使经营者免于瑕疵担保义务。

3.更新义务期间

更新义务的真正“爆炸性”^①内容,在于更新义务期间。所谓“更新义务期间”,是指经营者应在何种期间内,负有更新义务,即便是一次性提供数字产品之情形,也应确定,经营者在何种期间内负有更新义务。

《数字内容指令》未就数字内容或数字服务“免于瑕疵”(Mangelfreiheit)做统一规定,加之数字产品“免于瑕疵”之判断,在一次性提供和持续性提供两种情形下显然不同,由此,在不同提供情形下的更新义务期间,亦应区分构造。^②事实上,《数字内容指令》第 8 条第 2 款有意识地区分规定,作为对该条款之转化,《德国民法典》第 327f 条第 1 款第 3 句中,第 1 项和第 2 项之规定,分别对应指令第 8 条第 2 款中的第 a 项和第 b 项。据此,德国立法者将第 1 句中的“特定时限”(maßgebliche Zeitraum)区分为两种情形:一是持续性提供情形,特定时限涵盖整个提供期间(第 1 项);二是其他情形,特定时限指依数字产品种类和目的、基于合同类型和情事,消费者可得期待之时限(第 2 项),例如,一次性单独提供及系列性单独提供。并且,根据第 327f 条第 1 款第 3 句第 2 项,更新期间之确定,应基于消费者期待并依据“数字产品种类与目的,并基于合同类型与情事”综合判定。

“特定时限”(更新时限)的评估和判断,应考虑:(1)消费者期待,(2)数字产品种类与目的,以及(3)合同类型与情事三类因素。其一是消费者之期待(第 327f 条第 1 款第 3 句第 2 项)。根据《数字内容指令》鉴于条款第 46 条,消费者合理期待采客观标准,应客观确定。消费者合理期待之确定,还需考虑其他标准,例如,数字产品继续传播的程度、欠缺更新时产生风险的程度。^③数字产品若被包含在某一物品中或与之相连时,标的物的通常使用寿命、使用期限,也将对消费者可合理期待的更新时限产生

^① Gerald Spindler, “Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalt in das BGB, Schwerpunkt 1: Anwendungsbe-
reich und Mangelbegriff,” *MMR*, 2021, S.456.

^② 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327e 条之论证, S.53。

^③ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327f 条之论证, S.59。

决定性影响。^①例如,在智能家居 APP 的复杂控制系统下,消费者通常可以期待,在供暖设备使用期内为合同约定的额外功能提供更新。如通过 APP 来控制汽车导航系统或娱乐电子系统亦是如此。^②值得注意的是,《数字内容指令》第 7 条第 3 款将更新期作为一段时限,额外使用了“消费者可以合理期待”之表述,但《德国民法典》在第 327f 条第 1 款第 3 句第 2 项并未采纳指令表达。^③德国立法者认为,并无必要引入“合理期待”的概念,因为消费者可期待的更新期,取决于一般消费者的预期范围,但对于《德国民法典》而言,“合理期待”是一个陌生概念,其仅描述了必须审查的内容,即一个理性的一般买受人可以在什么时间段内期待更新。^④

更新义务期间的特殊之处在于与瑕疵担保期间的关系。鉴于现行德国民法并无“产品更新”的类似规则,而《数字内容指令》鉴于条款第 47 条表明,数字产品的更新期限事实上会长于瑕疵担保期间。因此,更新义务将导致经营者义务的持续时间被显著延长。换言之,经营者提供更新信息的时限长度,不限于且可能超出瑕疵担保期间。即便两年瑕疵担保期间可以成为更新义务最短期间的“抓手”,但当瑕疵担保期间经过之后,更新义务仍有适用余地。^⑤

三 “数字产品合同”新规则的技术性评价

《德国民法典》以概念抽象、定义简明、符合逻辑的立法技术见长,但对第 327 条至第 327u 条的“数字产品合同”规则,法技术上应做何评价?对此,德国学界立场分歧,褒贬不一。有学者认为,在缺乏司法判决的情况下,目前的“数字产品合同”新规则,看上去略显怪异和夸张,但随着社会生活数字化的进一步发展,新规则的意义将愈发凸显。^⑥有批评认为,《数字内容指令》将数字内容合同界定为双务合同,这种类型

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327f 条之论证, S.59。

^② 同上。

^③ 同上。

^④ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327f 条第 1 款之论证, S.60; 另参见德国 2002 年债法改革立法理由中关于买受人可期待之品质的相关论证, Deutscher Bundestag, Begründung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Drucksache 14/6040, 14.05.2001, S.214。

^⑤ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第 327f 条第 1 款之论证, S.59。

^⑥ Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.224, Rn.61.

界定以传统销售链为基础,但现实的网络销售行为则常常体现为多方合同,将新规则纳入双务合同,与交易实践不符。^①

诚然,某种程度上,《数字内容指令》用语烦琐、表达冗长,甚至有失精准,但欧盟此种立法表达,多基于如下考量:为了尽可能准确表达数字内容和数字服务的技术特征,而采用较为细致的、具有技术性 or 描述性的语言表达方式。这种立法特色,也导致《德国民法典》的“数字产品合同”新规则,需要如实反映指令的技术要素,以满足完全协调的转化要求。体现在“数字产品合同”新规则上,如下两项技术性调整颇具特色:其一,“与合同相符”概念,着重强调给付的时间维度;其二,“产品瑕疵”概念,凸显瑕疵的客观要件,将之提升到与主观要件同等地位。

(一)与合同相符概念:强调时间维度

作为现代合同法的一项核心概念,“与合同相符”(Vertragsmäßigkeit, conformity),又称适约性、合约性、一致性、契约适合性。^②《数字内容指令》虽然延续了《消费品买卖指令》对适约性的基本界定,但相较于《欧洲共同买卖法》和《消费品买卖指令》,此前立法均未体现提供数字内容与交付货物在与合同相符问题上的差异,《数字内容指令》则着眼于此,立足数字技术特性,回应数字服务、数字内容的现实状况,对“与合同相符”概念进行了技术修正,强调给付的时间维度。

《数字内容指令》第6条以“数字内容或数字服务与合同相符”为题,规定“经营者应向消费者提供符合指令第7条至第9条规定的数字内容或数字服务”,指令第8条第4款更是单独一款,规定“如果合同约定在一定时间内持续提供数字内容或数字服务,则在该期间内数字内容或数字服务应符合约定”。这标志着,欧盟立法者明确调整与合同相符概念的内涵构成,强调“持续性提供数字内容”这一给付特征。

与合同相符的时间维度,在于提供方式和更新义务。首先,实践中,数字内容或数

^① [德] Beate Gsell:《欧盟(EU)2019/770号指令针对数位内容及服务提供契约之特定契约法面向》,载《月旦民法杂志》,2020年第68期,第177页。

^② 就概念表达而言,此概念系从英文“conformity”和德文“Vertragsmäßigkeit”翻译而来,目前尚未统一用语,以“与合同相符”居多。在中国,吴越早在2002年撰写的《德国债法改革对中国未来民法典的启示》一文中,就将“Vertragsmäßigkeit”翻译为“适约性”,杜景林、卢谔则称之为“合约性”,新近指令翻译也常见“适约性”“不适约”之表达。参见吴越:《德国债法改革对中国未来民法典的启示》,载朱岩编译:《德国新债法条文及官方解释》,法律出版社2003年版,第4-5页;张彤:《欧洲议会和欧盟理事会〈关于提供数字内容和数字服务合同特定方面的第2019/700(EU)号指令〉》,《中德私法研究》(第21卷),北京大学出版社2022年版,第376页;孙新宽:《论数字内容合同的权利救济体系——以欧盟〈数字内容合同指令〉案为中心》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》,2017年第6期,第28-29页;[德] Beate Gsell:《欧盟(EU)2019/770号指令针对数位内容及服务提供契约之特定契约法面向》,第170页。关于“物的不适约”的用语生成之历史考察,参见武腾:《买卖标的物不适约研究》,中国政法大学出版社2017年版,第85-87页。

字服务的提供方式,既可以是一次即时提供,也可以是在某一时间段内持续提供。在持续提供的情形下,数字内容与合同相符的要求,就不限于特定提供时点,而应保证数字内容在某一时间段内符合合同约定。这种给付方式的区分,本质上是继续性债务关系和一时性债务关系的区别。其次,数字内容的更新,亦要求与合同相符概念具有时间维度。事实上,更新义务的产生时点不再仅限于“提供”时点,构成债法的一项创新。^①《数字内容指令》第8条第2款规定,“经营者应确保向消费者告知并向其提供更新,以确保在一段时间内保持数字内容或数字服务与合同相符”,第2款第a项进一步明确,“如果合同约定在一段期间内持续性提供,则确保所提供的数字内容或数字服务在整个期间内与合同相符”。

强调时间维度,有可能产生体系性后果,传统买卖法上的风险移转和违约责任即是其例。传统买卖法上的风险移转,原则上以出卖人交付货物为移转时点。但在持续性提供数字内容的情形下,风险移转的时点就不再是一次性时间点,而是持续性状态,由此,就需要适用持续性债务关系的风险移转相关规则。此外,由于《数字内容指令》中的与合同相符概念适用于持续性给付,数字内容提供方的违约责任,就相应关联两种不同时间类型:一是提供数字内容的时点;二是合同约定的提供数字内容的时间段。就后者而言,《数字内容指令》第11条第3款在“经营者的责任”标题下明确规定,“如果合同约定在一段时间内持续提供,那么经营者应对在依合同提供数字内容或数字服务期限内发生的与合同不符承担责任”。而就德国民法而言,传统买卖法以一时性交换关系为原型,由此,经典违约责任的规则原型,需要对上述特点进行相应调整。

(二) 产品瑕疵概念:凸显客观要件

《数字内容指令》的另一重大创新,在于修正了此前欧盟指令对与合同相符概念的主观要件的优先立场,采取了与《消费品买卖指令》不同的立法方式,平行规定与合同相符的主观要件(第7条)和客观要件(第8条),并在《数字内容指令》第8条第1款明文规定,“经营者‘除遵守主观要件之外’,还应(具备如下客观要件)”,由此,将主客观要件居于同一顺位,适用不分先后。

回溯立法史,主客观要件孰先孰后,在与合同相符概念的立法过程中,并非一锤定音。立法最初以主观要件优先,后续调整后,才将客观要件居于和主观要件同等的地

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第327d条之论证, S.52。

位。

欧盟原始的立法方案是在构造与合同相符概念时,采取主观要件优先的立场。2015年《数字内容指令(草案)》第6条的基本立场是主观要件优先于客观要件,这一点明显区别于《消费品买卖指令》。《数字内容指令(草案)》第6条共5款,其中第1款为主观要件,第2款为客观要件,实质上是对2019年《数字内容指令》的第6条(数字内容或数字服务与合同相符)、第7条(与合同相符的主观要求)和第8条(与合同相符的客观要求)三项规则的合一规定。《数字内容指令(草案)》第6条第1款和第3款采主观要件,规定,“为符合合同约定,数字内容应当……”,第6条第2款的客观标准则居于嗣后补充地位,规定,“在合同未作约定时,数字内容……符合同类数字内容通常使用之目的”。但由于《数字内容指令(草案)》第6条第2款的客观要件以“合同未做约定”作为补充适用的必要前提,就不难理解,指令草案的基本立场是,若有约定,则以约定优先。欧委会以主观要件为首要标准的考量在于,根据《数字内容指令(草案)》鉴于条款第18条至第21条,唯有强调主观要件,才能在使用格式条款提供数字内容的情形下,避免与知识产权产生矛盾。^①

欧盟在后续调整中,开始将客观要件置于与主观要件齐平之地位。在后续的咨询意见中,欧盟理事会未采纳关于修正草案中主观要件优先的意见,而认为,应在指令中对主客观要件分设规则。据此,客观要件通过“数字内容还需符合合同约定的须具备的品质”的规定而得到强化。此外,客观标准还增加了“数字内容须具有同类数字内容通常具备的,且消费者能合理期待的质量和其他给付特征”。这一表述与消费者保护进行了折中,“通常使用”指向市场实践标准,例如,应供应商和生产商要求进行质量或安全升级。反之,“消费者的合理期待”则从消费者视角对这种修正提出了一些批判性评价。问题当然还在于,就销售链中经营者之间的合同最初的主观要件而言,这种潜在地改善消费者的地位的规定究竟会产生何种影响?尤其是如何避免对最末端的经营者产生不适当的负担?关于数字内容与合同相符的上述新规定或能通过包括许可权在内的商事领域的新立法予以化解。尽管仍有不足,但《数字内容指令》对与合同相符概念因应数字化的变化而言,仍有助益。此外,《数字内容指令》鉴于条款第45条,也对将主客观要件置于同一顺位的立法考量有所提及,立法者担心客观标准

^① Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content, 09.12.2015, COM(2015) 634 final, 2015/0287 (COD).

可能会因当事人的个别约定而降低,因此,指令第8条第5款规定,仅在消费者明示,并且单独接受的前提下,才允许另行约定。^①

问题在于,主观要件和客观要件之间,也可能存在矛盾。作为合同客体,数字产品不仅要满足合同当事人对标品质的主观约定,也需满足此类标的应具备的客观交易要求。但主观上,消费者通常对数字产品并无专业知识,对产品瑕疵更无明确认知;而客观上,数字产品也尚未形成明确的行业惯例。^②

此外,产品瑕疵之判断,还受其他因素影响,数字产品本身的创新性、不同数字内容特性之间的相互影响,当属两项典型因素。其一,数字产品的创新性会直接导致客观要件之缺位。数字内容常具有创新性,市场上可能无法获得同样或类似的数字内容,那么,一旦数字内容构成“特定物”,在判断数字内容有无瑕疵时,就缺乏客观标准,而须回溯至主观品质约定加以判断。例如,通过APP购买苹果Mac运营系统时,在判断该系统的某项功能有无瑕疵时,能否将Windows或Linux系统的同类功能纳入“瑕疵”的考量范畴?其二,不同数字内容的各项特性会相互影响,导致瑕疵判断困难。例如,软件直接与存储空间相关,存储空间不足,软件就无法正常运行。如果从瑕疵的客观要件出发,往往难以判断,瑕疵究竟是存在于软件的数字内容,还是存在于存储空间的数字内容。^③因此,在判定数字内容瑕疵时,就有必要在瑕疵的主观要件和客观要件之间确立一定的顺位,例如,只有在当事人就数字内容的瑕疵缺乏约定之时,才需要按照客观标准判断是否存在瑕疵,这一点在《欧洲共同买卖法草案》第99条第2款中有所规定。《德国民法典》第327e条遵循了与合同相符的主客观要件处于同一顺位的指令要求,同时,巧妙地将如何处理主客观要件的相互矛盾问题,留给了司法裁判。

四 “数字产品合同”新规则的体系性评价

在经典的债法体系之下,对于2022年《德国民法典》第327条至第327u条的“数

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第327e条之论证, S.53。

^② Brigitta Zöchling-Jud, *Vertragsmäßigkeit von Waren und digitalen Inhalten - (rechtzeitige) Bereitstellung digitaler Inhalte*, in Markus Artz und Beate Gsell (Hrsg.), *Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt*, Mohr Siebeck, 2018, S.126.

^③ *Ibid.*, S.126-127.

字产品合同”新规则,应做何评价?是否存在体系性“瑕疵”?德国将“数字产品合同”规则“提到括号前”作为公因式,在“债法总则”安置新规定,此举是否合乎民法典的体系逻辑?

《数字内容指令》立足“合同标的”设定规则,这种立法逻辑与《德国民法典》基于功能理性建构规则“金字塔”的体系逻辑,可谓“背道而驰”。欧盟以“主题式”立法见长,从1994年《消费品买卖指令》到2011年《消费者权益指令》,消费者保护领域的欧盟指令立法,总是围绕某一特定主题、特定事项、特定场景来制定规则,由此来实现欧盟“建构内部市场+加强消费者保护”的双重政策目标。《数字内容指令》亦不例外,指令规则仅针对提供数字内容或数字服务的合同,仅限于这两种合同标的类型创设规则,不详细规定经营者主给付义务的具体内容,仅以提供数字内容或数字服务作为指令适用之前提。正是基于此种立法逻辑,欧盟或者说对于欧盟立法者而言,无论是所有权移转、授予使用权,还是提供服务;不论约定之给付究竟是一次性提供,还是在一段时间内提供,约定的给付类型并不重要,指令应适用于所有合同类型,内容则应涵盖提供数字产品规则及瑕疵担保权利。^①

反观之,《德国民法典》以功能理性为底层价值,强调概念之抽象、定义类型之精简和法典体系的内部逻辑。原则上,《德国民法典》并未采取针对特定产品类型设置独立有名合同规则的立法方式。^② 迄今为止,德国以给付义务作为合同类型的划分依据,并无根据给付义务指向的标的种类来确定合同类型之方法。^③ 例如,德国不是针对“卡车”来进行分类,而是适用关于买卖、租赁、服务合同等一般规则。也正是《数字内容指令》与《德国民法典》的立法逻辑不尽相同,也使得德国在转化指令规则时,需要“冲破”不同立法逻辑的“屏障”。针对《德国民法典》的“数字产品合同”新规则的体系安排,德国学界也多有抨击。例如,有学者从合同类型论的角度出发,认为德国将新规则置于“债法总则”的合同通则,发挥补充规定功用,但此种转化路径,并不能妥当解决非典型合同和混合合同的问题,实践中存在与现行有名合同的类型特征不相符合的差异性规则。^④

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”关于四种转化方案之论证, S.27。

^② 同上。

^③ Sebastian Martens, *Schuldrechtsdigitalisierung, Einführung in die Änderungen des Kauf- und Verbraucherrechts, insbesondere in die Regelungen der Verträge über digitale Produkte* (§ § 327ff. BGB), C.H. Beck, 2022, S.61.

^④ [德] Beate Gsell:《欧盟(EU)2019/770号指令针对数位内容及服务提供契约之特定契约法面向》,第177页。

由于《数字内容指令》采取完全协调的立法方式,德国在转化指令时,就面临如何将指令与现行规则相协调的立法挑战。而德国在转化《数字内容指令》时,不仅在内容上严格转化指令规则,也将指令中的规范结构,纳入《德国民法典》之中。^①

(一)《立法理由书》四种转化方案的弊端

德国在《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》中,明确比较了逐一增补、整体转化、分解转化和单行法四种方案,本文认为四种方案各有不足。

方案之一:逐一增补,即将新规则纳入“债法分则”的各典型合同规则之中。分解转化的主要缺陷在于立法负担过重,恐导致《德国民法典》篇幅剧增、规则“臃肿”,此外,还可能出现转化漏洞。具体而言,如果采取在“债法分则”的有名合同中补充新规则的转化方案,就需要在买卖、租赁、服务和承揽合同中,分别增补相关的瑕疵担保规则,这将使指令转化的立法工作量成倍增加。^②此外,由于《数字内容指令》对数字产业持开放立场,指令也适用于目前无法预见的新商业模式,指令规则自然应能适用于未来可能出现的新型合同。因此,为了防止出现转化漏洞,德国的转化规则还应适用于非典型合同和混合合同,但目前《德国民法典》“债法分则”的有名合同,可能也可以覆盖未来的新型商业模式。^③逐一增补的转化方案不仅难以处理有名合同与混合合同的关系,更与所有合同类型统一适用“提取到括号前”(vor der Klammerziehen)的债总规则的传统思路相矛盾。

方案之二:整体转化,即在“债法分则”中新设一种有名合同。^④此种方案的缺陷在于,在“债法分则”中,根据约定的给付类型确定具体的合同类型,这似乎并不可行,可能与“债法分则”的规范结构存在矛盾。《数字内容指令》并未规定能与买卖、租赁相并列的统一、独立的合同类型,也未规定给付义务的合同正当性,而是直接作为前提预设,因此,无论约定的给付类型为何,只要其与提供数字内容或数字服务相关,指令

^① Sebastian Martens, *Schuldrechtsdigitalisierung, Einführung in die Änderungen des Kauf- und Verbraucherrechts, insbesondere in die Regelungen der Verträge über digitale Produkte* (§ § 327ff. BGB), C.H. Beck, 2022, S.61.

^② 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”关于第一种转化方案之论证, S.26。

^③ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”关于四种转化方案之论证, S.27。

^④ 在“债法分则”确立合同新类型之见解,参见 Axel Metzger, “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?” *JZ*, 2019, S.586; Charlotte Wendland, “Abtretungen und Verbraucherschutz unter der Rom I-Verordnungsinhalt,” *ZvglRWiss*, 2019, S.226f.

即可适用。^① 内容上,相较于既有的有名合同,由于《数字内容指令》的给付义务内容多样,规则内容欠缺典型的交易原型,这导致“提供数字内容或数字服务的合同”在法律适用上,难以形成一种典型模式。^② 德国在转化指令时,需要涵盖一次性给付和持续性给付(提供数字内容或数字服务)两种形态,法律适用的类型取向自然可能关联数字内容的买卖合同、租赁合同或是数字服务合同,但若是针对数字内容或数字服务创建一种独立的有名合同,恐怕与“债法分则”的既有规范结构不相符合。^③

方案之三:分解转化,即在“债法分则”中新设若干有名合同。该方案是指在“债法分则”中,引入几种新的合同类型,例如,区分终局性或一时性提供数字内容合同。但是,区分终局性(永久提供)或一时性(暂时提供)合同,既无法依托于任何业已存在的交易原型(Leitbild),也不以实践中的给付方式、给付内容为依据,甚至可能无法涵盖合同类型的未来发展,难以满足《数字内容指令》对技术发展的未来面向,存在不完全转化指令的转化漏洞风险。^④

方案之四:另设单行法。^⑤ 欧盟的一些其他成员国可能选择以这种方式转化指令。^⑥ 就德国而言,尤其是20世纪90年代,也曾有制定单行法转化欧盟与消费者合同相关指令的立法先例。^⑦ 但在2002年德国的债法改革中,立法者为了提高私法秩序的透明度和可理解性,最终决定将欧盟关于消费者合同法的指令规则,纳入《德国民法典》,而当时放弃单行法的立法理由,在今日仍然适用。^⑧

最终方案是“提取到括号前”,在“债法总则”设定规则。德国采取了“法典内转化”的模式,这一点与荷兰类似,但并不赞同荷兰将新规则置于“债法分则”的做法,而是以“提取到括号前”作为最终立法方案,将新规则纳入“债法总则”,将指令转化为

① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”关于四种转化方案之论证, S.27。

② 同上。

③ 同上。

④ 同上。

⑤ 在《德国民法典》之外制定单行法之观点,参见 Andreas Sattler, “Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter—Die Richtlinie (EU) 2019/770 als Herausforderung für das Schuld-, Urheber-, und Datenschutzrecht”, *CR*, 2020, S.153。

⑥ 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”关于四种转化方案之论证, S.27。

⑦ 同上。

⑧ 德国2002年债法改革将消费者保护法纳入民法典予以规定的立法理由,参见 Deutscher Bundestag, Begründung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Drucksache 14/6040, 14.05.2001, S.97; 2022年德国转化《数字内容指令》的立法考量,参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”关于四种转化方案之论证, S.27。

《德国民法典》第二编第三章“债法总则”的特殊规则。^①这也表明,德国原则上赞同欧盟对实质内容的处理模式,指令的转化规则,不应创设或纳入任何具体的合同类型,新设有名合同,既无必要,也不恰当。^②在德国司法实践中,《数字内容指令》所涉内容大多体现为消费者合同中的格式条款,相关争议可以通过直接适用或类推适用“债法分则”规则加以解决。并且,争议焦点主要涉及软件销售商业模式的合同定性,以及软件是否构成民法上的“物”这一前提问题,对此,法院能够基于现行规则框架予以澄清和明确。^③

德国采取“提取到括号前”方案的核心理由,在于《数字内容指令》未与任何特定合同类型相关联,指令规则围绕合同本身的规范对象(合同内容)展开,《数字内容指令》鉴于条款第12条明确规定,“指令不影响提供数字内容或数字服务合同的法律性质……合同是否构成买卖、服务、租赁合同或混合合同,留待成员国自行规定”,指令未将合同界定为任何一种有名合同,若将新规则置于“债法分则”,新设合同类型时就很难确定特征性给付的具体内涵,也很容易与既有的有名合同产生交叉,徒增规则适用成本。^④与放弃合同类型化的欧盟立场类似,弗洛里安·福斯特(Florian Faust)也在专家意见中认为,应通过司法判例,来为大量的混合合同和非典型合同设定新的类型。^⑤

(二)“提取到括号前”转化方案的缺陷

在“法典内转化”模式下,德国将数字产品合同新规则“提取到括号前”,提取为“债法总则”的公因式,这一规范模式有其合理之处。“提取到括号前”能够最大限度地避免民法典在典型合同中的规则重复,保持新规则的规模精简。对于法典化的国家而言,此种规范模式有其可借鉴之处。但问题在于,这种立法方式,能否妥当回应数字产品的特殊性?^⑥有何风险?

1. 法典体例之破坏

^① 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”关于四种转化方案之论证, S.27; Gerald Spindler, “Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalt in das BGB, Schwerpunkt 1: Anwendungsbereich und Mangelbegriff,” *MMR*, 2021, S.451。

^② 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”, S.24。

^③ 同上。

^④ Gerald Spindler, “Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalt in das BGB, Schwerpunkt 1: Anwendungsbereich und Mangelbegriff,” *MMR*, 2021, S.451; 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第327条之论证, S.38。

^⑤ Gerald Spindler, “Digital Wirtschaft—analages Rechts; Braucht das BGB ein Update?” *JZ*, 2016, S.810。

^⑥ 德国法上类似讨论,参见 Michael Grünberger, “Verträge über digitale Güter,” S.214-216。

“提取到括号前”的立法方案,对德国而言并非新事。早在2002年的德国债法改革中,出于规则透明度和可理解性之考量,立法者有意识地将所有消费者合同规则纳入《德国民法典》。^①问题在于,《德国民法典》以“总分则”体例享誉世界,被认为是全球立法之典范。但在欧盟指令规则的屡次冲击之下,以体系结构著称的《德国民法典》却在当下变得面貌模糊、结构不清。在“债法总则”嵌入“数字产品合同”规则的解决方案,使欧盟“数字产品合同”的“主题式”立法,再一次“填充”了《德国民法典》规则,以逻辑和均衡著称的《德国民法典》规则体系,也再次因为欧盟指令转化而被“膨胀”。^②“数字产品合同”的新规则(第327条-第327u条)成为“庞然大物”。《德国民法典》所确立的“总分则”体例,意味着立法者在“债法总则”中,确立的是一般规则和嗣后适用的规则,在“债法分则”中,则设置特别规则和优先适用的规则,“总分则”体例下,规范适用遵循“特别法优先”(lex specialis)的基本原则。^③但“数字产品合同”新规则却在某种程度上打破了前述规范结构。数字产品合同,是指提供数字内容或数字服务,并以支付报酬为对待给付的合同,当提供方是经营者,相对方是消费者时,即构成《德国民法典》第327-327s条意义上的消费者合同,以“数字产品”为标的的消费者合同,在规范适用上,就会出现“债法总则”优先适用于“债法分则”的基本格局,这与法典的“总分则”体例,显然存在冲突。^④

2. 格式条款控制的原型缺失

欧盟立法者的基本立场,是放弃合同类型化。《数字内容指令》鉴于条款第12条直言不讳:“指令不影响提供数字内容或数字服务合同的法律性质……合同是否构成买卖、服务、租赁合同或混合合同,由成员国自行规定”。《数字内容指令》毋宁聚焦于给付内容和瑕疵概念,不把提供数字内容或数字服务的合同界定为任何一种特定合同类型,也不要求成员国专门针对数字内容创建新的合同类型。^⑤这更多的是欧盟的政策考量,为成员国民法或合同法的多元性提供充分空间。然而,放弃合同类型化的立法进路,既不完美,亦有“隐忧”。放弃合同类型化之立场,并不能改变如下事实:必须

^① Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, 2023, 47. Auflage, S.224-225, Rn.63.

^② Ibid.

^③ Klaus Tonner und Christoph Brömmelmeyer, *Schuldrecht Besonderer Teil Vertragliche Schuldverhältnisse*, Nomos, 5. Auflage, 2022, S.33, Rn.3.

^④ Ibid.

^⑤ Gerald Spindler, “Digital Wirtschaft—analoges Rechts: Braucht das BGB ein Update?” *JZ*, 2016, S.806; 参见德国《关于转化提供数字内容和数字服务的合同法特定方面指令的法律草案》“立法理由”对第327条之论证, S.38。

对基本类型加以分类,由此,方能为格式条款法上的内容控制提供类型原型,倘若立法放弃了合同类型化,而实践中,数字产品合同又常以格式条款的形式出现,那么,在欠缺一个明确界定的合同类型原型的情况下,格式条款的内容控制就存在障碍。^① 有学者明确指出,德国只有对《数字内容指令》1:1 对照转化,严格限于指令内容转化,才有可能在《德国民法典》第 307 条规定的不同合同类型的基础上,维持对数字内容合同的“原型控制”(Leitbildkontrolle)。^②

代结语:数字时代民法典“更新”的双重风险

数据流通基础制度的立法探索,呈现全球同步的节奏。世界主要国家和地区,都致力于探索数字市场、数据交易的法律规则,试图在“法律竞争”^③中抢占先机。

欧盟数字交易立法虽先行一步,却先天不足。受制于《欧洲联盟条约》第 5 条第 2 款的有限单一授权原则,欧盟在私法领域的立法权限仅限于消费者保护、公司法、反垄断法、劳动法等特定授权领域。^④ 换言之,欧盟以保护性立法为主,而作为基础规则的交易规则,却因为缺乏全面授权导致立法缺位。正因为缺乏数字经济领域的一般性立法权限,欧盟在数字市场的交易规则立法上“捉襟见肘”,无权制定全面综合的基础性规则。《数字内容指令》的一系列规定,旨在强化内部市场的消费者保护水平,仍是保护性规则,绝非纯粹中立的交易规则。

德国虽保持立法节制姿态,但仍固守传统瑕疵担保法的理论体系,在法典内部转化指令,强做调整。数字产品合同新规则,事实上是诞生于工业时代的《德国民法典》的经典体系,打上了一片数字时代的异色“补丁”。诚然,德国未借修法之机大肆更新《德国民法典》,仅是 1:1 转化《数字内容指令》,新规则甚至原样采纳指令的规范方法、规则结构和术语表达。至于指令未涉足之规则领域,例如,数据交易的一般性规则,德国则保持缄默。但即便它刻意保持立法节制,仅在法典内做最低程度地修正,仍无法改变新规则对《德国民法典》进行“补丁式”更新之本色。数字产品合同的特殊瑕

^① Gerald Spindler, “Digital Wirtschaft—analoges Rechts: Braucht das BGB ein Update?” *JZ*, 2016, S.806, 811.

^② *Ibid.*, S.806.

^③ 参见金晶:《欧盟的规则,全球的标准? 数据跨境流动监管的“逐顶竞争”》,载《中外法学》,2023 年第 1 期,第 46-65 页。

^④ 《欧洲联盟运行条约》第 50 条、第 81 条、第 114 条、第 153 条、第 169 条。

疵担保规则,给经典的潘德克顿体系带来新的一击:德国仍陷于“瑕疵”的类型化起点,创造了“产品瑕疵”和“数字产品”概念,试图以更宽泛、复杂的法律定义和构成要件,来涵盖所有新的交易,但此举与类型化、抽象化的法典编纂思路,相去甚远。面对《数字内容指令》的新规则,德国并无完美的安置方案,而仅能劣中选优,在“债法总则”中设置数字产品合同特殊规则,但在“债法总则”的一般规则中大幅植入消费者保护的规则,打破了“特殊到一般”的规则体系,冲击了传统民法的总分则体例,也冲击了经典债法的抽象逻辑体系。潘德克顿体系下《德国民法典》的数字化更新,可谓“积重难返”。

欧盟法和民族法典之间的张力关系,在数字时代进一步加剧,甚至欧盟数字市场立法,正在给以《德国民法典》为代表的欧洲大陆民族法典,带来新一轮破坏。欧盟以主题式立法为特色,从《消费品买卖指令》到《数字内容指令》,从《数字服务法》^①到《数据治理法》,系针对特殊事项、为解决特定问题所设。不同的是,《德国民法典》基于功能理性建构法律“金字塔”,以类型化、抽象逻辑为根基。《德国民法典》的体系建构并非从实际现象出发,而是以具体法律问题为最小单元。若以结果论,即便没有“数字产品合同”新规则,适用《德国民法典》现行规范,在很大程度上也能得出与《数字内容指令》规则相同之结果,但德国转化的指令规则,无疑将突破现行法典体系。^②“产品瑕疵”和“数字产品合同”新概念,难谓“债法总则”的新的适格“公因式”,实质是在“公分母”(一般规则)中嵌入“分子”(特殊规则)。经营者的更新义务是一项新的瑕疵担保规则,但若论及当事人的利益格局,亦有经营者负担过重之嫌。“产品瑕疵”规范群看似延续了给付障碍法的“救济进路”立法模式,但新规则的“双重优先适用”属性,挑战着“一般到特殊”的现行给付障碍法体系。风险更在于,将新规则置于成文法典,法典化不仅会很快过时,也将无法跟上商业模式创新周期的步伐。^③对《德国民法典》百年经典体系而言,日新月异的欧盟指令恐将成为一种极富侵略性的“外来物”。

数字时代的民法典“更新”,面临结构冲突和价值冲突的双重风险。诚如苏永钦

^① 欧盟《数字服务法》的前沿研究,参见王天凡:《数字平台的“阶梯式”监管模式:以欧盟〈数字服务法〉为鉴》,载《欧洲研究》,2023年第2期。

^② Florian Faust, *Digitale Wirtschaft—Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag*, in Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band I Gutachten, C.H.Beck, 2016, S.A 88.

^③ Gerald Spindler, “Digital Wirtschaft—analoges Rechts: Braucht das BGB ein Update?” *JZ*, 2016, S.810.

教授所言：“应当只把一般性、不涉及公共政策的规定留在民法典，涉及公共政策的往外丢，例如，消费者保护处理的民事关系，就不是民法典需要管的问题。”^①欧盟有限授权立法的结果是，作为保护法的例外规则与日俱增，消费者保护规则膨胀，而作为交易法的一般规则并无建树。对成员国而言，保护性规则的立法转化任务，如《德国民法典》，就体现为愈发增多的消费者保护规则与少有改动的任意性交易规则之间的结构失衡。这种结构失衡进一步触发价值冲突，数字交易领域的消费者保护规则，再次冲击以平等主体为基本预设的民法典价值基础。^② 消费者保护规则，本应构成以平等主体、平等保护为基础的民事规则之例外，以平等主义作为价值根基的民事法律，仅在有特殊保护之必要时，方为例外情形，明文设定相应的保护性规则。但在欧盟法的外部压力之下，例外规则“反客为主”，成为《德国民法典》的立法新素材。若德国疲于应对欧盟法转化的压力，无法从中抽身，就失去了将立法焦点集中于数字经济领域一般交易规则立法考量之机会。德国学者弗洛里安·福斯特指出，民法“更新”应恪守两项基本原则：第一，若现行法足够灵活，足以涵盖数字内容特性，就无必要专门制定一般规则；第二，若欲创设法律规则，则须立足数字产品特性理性为之。^③ 因此，数字时代的民法典更新，其功能定位仍要继续反对大幅引入保护性规则，而应当尽可能地设置一般性规则。

立法者的任务，绝非紧随每一次技术革新，在立法上“亦步亦趋”。若任由立法者随技术变革应声而动，那么身处瞬息万变的技术创新时代，民法典更新的节奏恐将难以追及技术变革的脚步。立法者不应关注时下涌现的某个具体的实际问题来制定特殊规则，这些规则不仅会很快过时，甚至根本跟不上数字技术更迭的脚步。

(作者简介：金晶，中国政法大学民商经济法学院副教授；责任编辑：蔡雅洁)

^① 苏永钦：《只恐双溪舴艋舟，载不动许多愁》，载《厦门大学法律评论》，总第三十二辑，厦门大学出版社2021年版，第18页。

^② 欧盟在其他领域的类似冲突，参见程卫东：《欧盟宪政秩序的挑战与危机——基于波兰法治危机案的考察》，载《欧洲研究》，2022年第1期；石佳友：《德国违宪审查机制考验下的欧盟法优先效力原则——以德国宪法法院关于欧洲中央银行公共债券购买计划的最新判决为例》，载《欧洲研究》，2020年第5期。

^③ Gerald Spindler, “Digital Wirtschaft—analoges Rechts: Braucht das BGB ein Update?” JZ, 2016, S.806.