

赵云著

电子商务中的 争端解决问题探究

Research on Legal Issues
in Electronic Commerce and Dispute Resolution



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

电子商务中的 争端解决问题探究

Research on Legal Issues
in Electronic Commerce and Dispute Resolution

赵云 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

电子商务中的争端解决问题探究/赵云著. —厦门:厦门大学出版社, 2008. 9
ISBN 978-7-5615-3078-8

I. 电… II. 赵… III. 电子商务-国际争端-研究 IV. F713. 36

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 137474 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

三明地质印刷厂印刷

2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:16.5 插页:2

字数:320 千字 印数:0001~2 000 册

定价:25.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

内容简介

电子商务的飞速增长极大地推动了人们商务往来的全球化、便捷化、高效化,与此同时,它也不可避免地给这一领域带来了所谓“诉讼爆炸”的新困境,而且,这类争端往往由于具有前所未有的复杂性特征而难以适用传统的争端解决机制,因而无法得到快速、合理、令人满意的解决。因此,法律社会能否应时代发展的新需要,尽快展开相关研究并逐步建立起有效的电子商务争端解决机制,将大大影响到电子商务的进一步发展,甚至对它起到举足轻重的作用。本书所探讨的问题正好是国际社会在探索如何建立电子商务争端解决机制必须面临的崭新课题。作者在本书中先是对电子商务的发展以及现存争端解决机制的局限性分别进行了分析阐述。然后,通过对国际社会对于电子商务的一些现有政策的思考以及对于传统商业诉讼模式是否仍具有适用性展开剖析,并由此论证了当前电子商务争端解决因缺乏新的争端解决技术和规则而处于困境的现实状况及缘由。最后,作者在总结该领域现有研究成果的基础上,颇有建设性地提出了应该怎样设计争端解决的新机制才能符合当前电子商务发展的需要。

有关电子商务及其争端解决课题的研究,已经在 20 世纪末开始。但是有关此方面的专著,至今在国际国内还没有出现。当前正处于进行相关法治建设的关键时期,本书研究成果和出版恰能起到抛砖引玉的重要作用。

序

在迈入 21 世纪的进程中,人类继续表现出了令人惊叹的创造力。毋庸置疑,以数字化、网络化和知识经济为主要特征的全球一体化发展潮流方兴未艾,科技革命展示出了对生产力发展的巨大推动作用。电子商务在全球的蓬勃兴起正是这一时代特征的重要代表,尤其是因特网的迅猛发展,直接导致了人们从传统商贸活动中分离出以网络为基础的电子商务成为现实。而这一重要转变正在给人类的经济、社会、法律制度等发展带来新一轮的冲击与挑战。

事实上,电子商务的飞速增长极大地推动了人们商务往来的全球化、便捷化、高效化,与此同时,它也不可避免地给这一领域带来了所谓“诉讼爆炸”的新困境,而且,这类争端往往由于具有前所未有的复杂性特征而难以适用传统的争端解决机制,因而无法得到快速、合理、令人满意的解决。因此,法律社会能否应时代发展的新需要,尽快展开相关研究并逐步建立起有效的电子商务争端解决机制,将大大影响到电子商务的进一步发展,甚至对它起到举足轻重的作用。

为此,全球电子商务提供者都有责任建立使用者对电子商务的信心,并确保网上交易安全,才能继续促进电子商务的持续、高速发展。本书所探讨的问题正好是国际社会在探索如何建立电子商务争端解决机制必须面临的崭新课题,赵云博士在这方面做出了较为全面、系统、富有前瞻性和创新性的研究。作者在本书中先是对电子商务的发展以及现存争端解决机制的局限性分别进行了分析阐述;然后,通过对国际社会对于电子商务的一些现有政策的思考以及对于传统商业诉讼模式是否仍具有适用性展开剖析,并由此论证了当前电子商务争端解决因缺乏新的争端解决技术和规则而处于困境的现实状况及缘由;最后,作者在总结该领域现有研究成果的基础上,颇有建设性地提

出了应该怎样设计争端解决的新机制才能符合当前电子商务发展的需要。

总之,无论国际社会在这一方面是否已经做好了充分的准备,电子商务前进的车轮仍然一如既往地滚滚向前,新生事物如火如荼地成长乃大势所趋。而在网络技术日新月异的形势下,且又得益于众多专家学者的积极探索和实践,适用于电子商务的行之有效的争端解决机制也呼之欲出了。当前正处于进行相关法治建设的关键时期,我相信本书的出版恰能起到抛砖引玉的重要作用。因此,对于所有致力于在此领域进行学习、研究及实践的读者来说,此书必将是值得首选阅读的论著了。

该书是在作者的博士学位论文的基础上修改而成的,我有幸担任其导师。该同志学习刻苦、思维敏捷、视野开阔。该书结构完整、构思严谨、内容丰富、论证有力,充分反应了作者较高的理论研究水平和严谨求实的治学态度。当然,电子商务争端解决的发展远未达到成熟阶段,故而希望作者今后进一步对之跟踪研究,以发挥更大更重要的作用。

马德培 (Peter Malanczuk) 教授

目 录

Contents

内容简介

序

第一章 简介 /1**第一节 背景 /1****第二节 研究的问题 /4****第三节 方法和范围 /8****第四节 概要 /8**

第二章 电子商务及争端解决 /10**第一节 电子商务 /10****第二节 通过网络而进行的商务 /11****第三节 电子商务纠纷 /21****第四节 争端解决机制 /26**

第三章 政策选择 /34**第一节 自律(自我监管)原则 /35****第二节 国际取向原则 /48****第三节 消费者保护原则 /57****第四节 结论 /73**

第四章 电子商务与诉讼 /75**第一节 引言 /75**

第二节	司法管辖权	/77
第三节	法律适用与法律选择	/106
第四节	结语	/128
第五章	现存的机制及其发展	/130
第一节	自律原则与网上争端解决机制	/130
第二节	世界知识产权组织的争端解决机制	/147
第三节	结论	/164
第六章	为电子商务而制定的新机制	/166
第一节	引言	/166
第二节	为电子商务而制定的网上机制	/167
第三节	在新机制中的电子商务法	/188
第四节	结语	/211
第七章	结论	/214
参考书目		/220
后记		/256

第1章

简介

第一节 背景

20 世纪末因特网的迅猛发展令人瞩目;通过网络进行的商务活动,即电子商务得到极大的推广并被人们广泛接受和使用。坐在电脑前通过浏览网页,就能完成很多工作,这对许多人而言曾经是一件不可思议的事情。在计算机及网络出现之前,人们根本无法想象足不出户就能获取各种信息或在一个看不见、摸不着的世界里进行商务往来。^①这一切都随着计算机的使用、电信技术、缩小化及压缩技术以及数字化等技术革新而改变,许多原来根本无法想象的构思都变成了现实,并展示着未来技术发展不可逆转的趋势。

其实,电子商务的某些形式早在我们今天所称的电子商务之前就已经出现了。当我们用电话、传真或所熟悉的其他形式的通信工具进行商务联系时,我们就已经融入了最广泛意义上的电子商务。^②但只有当网络出现后,人们才真正认识到电子商务的潜在威力;正是网络特有的开放性、多功能性以及国际性等多种特性极大地激发了电子商务的潜能,展现了网络对现代商业的革命性影响。^③电子商务正在改变商业实体与其客户及供应商之间沟通联络的方式,也日益深入地影响着客户与商业实体及其他个人之间交流联络的模式。某权威机构将这种变化描述为“在经济层面上带来根本性的改变,以致简直可以认为是我们商务往来方式的一个重大突破。网络的广泛使用是一个迅猛的不可逆转的转折点,通过滌

^① A. Goldstein & D. O' Connor, *E-Commerce for Development: Prospects and Policy Issues*, OECD Development Center, at <http://www.oecd.org/dev>; R. Perez-Esteve & L. Schuknecht, *A Quantitative Assessment of Electronic Commerce*, Economic Research and Analysis Division, WTO, Staff Working Paper ERAD-99-01, September 1999, at 2.

^② K. W. Grewlich, *Governance in "Cyberspace": Access and Public Interest in Global Communications*, Kluwer, 1999, p. 47, 383.

^③ 参见《电子商务:OECD 政策简报第 1-1997 号》,第 1~3 页。

清已经建立起来的商业做法并以新的商业范例取而代之展示着历史发展的方向”。^①正是出于此种考虑,本书所指的电子商务专指基于网络展开的商务往来。

以往一直被视为怪异想法的电子商务近年来由于网络的迅猛发展得到许多商家的青睐,其业绩也得以成倍增长。^②每一天我们都会面对更多更新的统计数据反映电子商务的迅速扩张。现今电子贸易的增长正处于快速增长时期,而网络为电子商务的发展提供了前提和无限的机会。^③

1991年网络的使用者只有4500万,当时根本谈不上在商业上的使用;^④但是新的信息交换方式从那时起就开始改变社会和经济结构的很多方面。^⑤当网络延伸到商业领域时,其强大影响很快就显而易见了。商业实体、组织机构、政府和个人可以利用计算机网络销售产品,分享信息,交流和开展对话,跨越时空迅速拓展相关群体。^⑥在短短几年的时间里,电子商务得到了显著的发展。据估计,1994年的时候就有大约3亿或更多的网络使用者,^⑦网上交易的金额也在十年内从零增长到20世纪末的近3亿美元。^⑧另一项研究表明网上交易者的

① T. M. Siebel & P. House, *Cyber Rules, Strategies for Excelling at E-Business*, 1999, p. 1.

② M. M. Waldrop, Culture Shock on the Networks, *Science*, Vol. 265, 1994, pp. 879 ~ 880.

③ MT. Melville-Ross, The Changing Face of Business, in T. Nash (Ed.), *Electronic Commerce: Directors and Opportunities for Electronic Business*, 1998, p. 5.

④ 有关网络的迅猛发展,参见 K. S. Byford, Privacy in Cyberspace: Constructing a Model of Privacy for the Electronic Communications Environment, *Rutgers Computer & Tech. L. J.*, Vol. 24, 1998, pp. 1 ~ 38. 保守估计,网络在1994年拥有两千万用户。参见 G. P. Long, III, Comment, Who are You?: Identity and Anonymity in Cyberspace, *U. Pitt L. Rev.*, Vol. 55, 1994, pp. 1177 ~ 1178.

⑤ 参见 R. Wiley & R. Butler, National Information Infrastructure: Preserving Personal Space in Cyberspace, *Communications Lawyer*, Vol. 12, No. 3, 1994, p. 1.

⑥ G. Friedman & R. Gellman, An Information Superhighway "On Ramp" for Alternative Dispute Resolution, *N. Y. St. Bus. J.*, Vol. 68, 1996, pp. 38 ~ 39.

⑦ 网络以每个月5% ~ 8%的速度增长。参见 J. Clark, The Online Universe: Find Out Why Some 30 Million People Count Themselves as Citizens of this Mysterious World, *Toronto Star*, October 20, 1994, at J1; Internet Crimes Soars, *Information Week*, October 10, 1994, at 20.

⑧ 参见 M. Bachetta, P. Low, A. Matto, L. Schuknecht, H. Wager & M. Wehrens, *Electronic Commerce and the Role of the WTO*, 1998, p. 1. 根据另一项资料,该数字应为2000亿美元。参见 Opening remarks by B. Munder on *Customer Privacy on the Web—Self-Regulation or Government?* March 4, 1998, at <http://mcgraw-hill.govservices.com/speech/forum1.html>. 网络使用者的数量仍然以几何级数的数目增长。参见 Web News & Views: *Internet Marketing 101, Basics*, at <http://www.cincymart.com/webnews/market.html>. 如今网络的交易量每100天就翻倍。参见 R. I. R. Abeyratne, Auctions on the Internet of Airline Tickets, *Communications Lawyer*, No. 1, 1999, p. 22.

数量在 2003 年增长到 1.83 亿,网上交易额也激增至 1000 亿美元。^①如今,尽管网络交易与传统交易比起来可能仍然只占据次要地位,但是考虑到以纸张为基础的传统商业已经存在了几百年的事实,电子商务取得的成果已经是令人关注的;更为重要的是,电子商务目前正以更为迅速的速度发展着。2003 年网络交易占到工业化国家所有商业交易的 2%,^②到 2004 年,网络交易则已经占到世界商品和服务交易总额的 8.6%。^③

作为信息技术的引领者,美国在网络交易方面更为活跃并为其其他地区指明了方向。大约有 70% 的网站位于美国,在 1996—1997 年间,大约 85% 以上的以网络为基础的电子商务交易额发生在美国。^④到 2003 年,商业对商业(B2B)的电子商务^⑤交易额单单在美国就达到 1.3 万亿美元。^⑥

认识到电子商务的潜在优势,其他国家和地区也在努力加强研究和推广,促进本国商贸的电子化。20 世纪 90 年代欧洲委员会一个雄心勃勃的计划就是要在 2000 年底推进有关电子商务的立法以帮助欧盟推动其网络经济的发展。^⑦该计划已经在有关法规的出台下实现了。此外,在 1993—1996 年间,非洲、亚洲、拉丁美洲都经历了在网络方面最快速的增长,此后这种发展势头还得到了延续。^⑧

展望未来,虽然很难将电子商务量化,但电子商务将很有可能占到消费者和

① 参见全球因特网使用和商务、国际数据市场预测公司 1999 年 6 月的数据。同样,Forrest 公司的研究表明电子商务的贸易额在 2003 年达到 1330 亿美元。具体参见 R. Holleyman, *The Impact on Intellectual Property: Jurisdiction, Enforcement and Dispute Resolution*, International Conference on Electronic Commerce and Intellectual Property, Geneva, September 14 to 16, 1999, WIPO/EC/CONF/99/SPK/6-C.

② M. Bachetta, P. Low, A. Matto, L. Schuknecht, H. Wager & M. Wehrens, *Electronic Commerce and the Role of the WTO*, 1998, p. 23.

③ R. Holleyman, *The Impact on Intellectual Property: Jurisdiction, Enforcement and Dispute Resolution*, International Conference on Electronic Commerce and Intellectual Property, Geneva, September 14 to 16, 1999, WIPO/EC/CONF/99/SPK/6-C.

④ M. Bachetta, P. Low, A. Matto, L. Schuknecht, H. Wager & M. Wehrens, *Electronic Commerce and the Role of the WTO*, 1998, p. 25.

⑤ 电子商务可以分为几种, B2B(即商业对商业)是其中重要的一类,有关的讨论将在第二章中介绍。

⑥ *Financial Times*, 1999 年 4 月 12 日。

⑦ *Financial Times*, 2000 年 6 月 26 日。欧洲委员会希望通过 7 个方面的立法,包括版权、远距离金融服务以及电子货币等方面的法律。

⑧ ITU, *World Telecommunications Indicators Database*, 1997 b.

商业实体进行商贸活动相当重要的一部分。^① 通信基础设施的发展,数字网络和以图像为基础的网络的应用已经使得并将继续促使信息传递更迅速、更便宜、更简单。随着技术的进一步提高,通信将变得更为可靠,因此更多的使用者将会被吸引到这个美妙的世界里。这将不可避免地导致很多工商业的生产力和效率的提高。理论上,提高的生产力将会创造出更多的利润并使经济体制更为稳定。^② 因此,网络的商业化使用,更确切一些,电子商务的未来发展将会十分美好。

大量网上消费者交易的涌现预示了电子商务的光明前景。网络通过促进消费者和商业实体之间的直接交易,鼓励消费者采用电子商务。虽然目前商业对商业(B2B)的电子商务的交易量远远超过网上消费者的交易量,^③但是消费者大量采用网络进行商贸往来只是一个时间迟早的问题。^④ 在电子商务的环境下,商业实体和消费者只需坐在电脑前与网络连接就可以进行交易,这从根本上改变传统的商业世界。伴随这些交易所可能产生的潜在利润已经吸引了很多商业实体并改变传统的观念和消费模式。

第二节 研究的问题

网络高效和便捷的通信方式,对传统的商业模式产生极大的冲击。商界正在试图改变传统的商业模式以适应新的交流方式。要取得成功,商界必须规划出一套完整的策略来应对商务、技术、安全及法律等多方面的要求,以更好地服务于消费者并避免潜在的责任。因此,网络的广泛使用给现有的许多领域都带来了新挑战,并要求有关人员对这些挑战作出迅速而有效的反应。^⑤

① J. Coppel, E-commerce: Impacts and Policy Challenges, Economics Department Working Papers, No. 252, OECD, ECO/WKP, 2000, p. 25.

② 详见 *USA Today*, 1995 年 12 月 8 日。

③ 参见 *Measuring Electronic Commerce*, Committee for Information, Computer and Communications Policy, OECD/GD(97)185, at 13, at http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/prod/e_97-85.htm.

④ The Emerging Digital Economy, U. S. Department of Commerce report, April 1998 at 5 - 6, at <http://www.ecommerce.gov/whatsnew.htm>.

⑤ 详见 M. I. Meyerson, Virtual Constitutions: The Creation of Rules for Governing Private Networks, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 8, 1994, p. 129; I. K. Gotts & A. D. Rutenberg, Navigating the Global Information Superhighway: A Bumpy Road Lies Ahead, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 8, 1995, p. 275.

其中,解决法律的适用问题已经是很迫切的任务。^① 网络的使用已经对现有的法律体系、法律概念造成了很大的冲击并因而产生了许多争议。例如,现有法律有无提供清晰的、足够的指引来促进网络交易的发展?^② 是否要消除一些电子商务特有的法律障碍? 在电子商务背景下,如何重新考虑合同的一些要求如“书面”、“签字”、“原始证据”等等问题?

针对上述存在的问题,为了弥补法律存在的漏洞,许多团体已经着手做了许多工作。^③ 例如,联合国国际贸易法委员会牵头制定《电子商务示范法》,该法于 1996 年 12 月 16 日被采纳。^④ 此外,在国际与国内层面上的其他立法也均在进

① P. H. Schuck, *Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures*, *Duke L. J.*, Vol. 42, p. 1, 18 (1992).

② J. K. Winn, *Open Systems, Free Markets and Regulation of Internet Commerce*, *Tul. L. Rev.*, Vol. 72, 1998, p. 1177; R. J. Robertson, *Electronic Commerce on the Internet and the Statute of Frauds*, 49 *S. C. L. Rev.* 787 (1998); H. K. Towle, *Electronic Transactions and Contracting*, 520 *PLI/Pat.*, 515 (1998); K. S. Haw, *E-Commerce: Technology Can Bypass the Legal Pitfalls*, *Bus. Times* (Singapore), 14 October 1996, at 16.

③ 例如, the International Chamber of Commerce (ICC) formulated *General Usage for International Digitally Ensured Commerce (GUIDEC)*; this document can be found at <http://www.iccwbo.org/guidec2.htm>. 有关的讨论, 参见 *Survey of International Electronic and Digital Signature Initiatives*, *Internet Law & Policy Forum*, at <http://www.ilpf.org/digsig/survey.htm>.

④ United Nations, *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, *J. L. M.*, Vol. 36, 1997, p. 197; 同时参见 *The Report of UNCITRAL on the work of its 29th Session*, *UN General Assembly Official Records Supplement No. 17 (A/51/17)*, Annex I; A. H. Boss & J. K. Winn, *The Emerging Law of Electronic Commerce*, *Bus. Law.*, Vol. 52, 1997, p. 1469; J. Y. Gliniecki & C. G. Ogada, *The Legal Acceptance of Electronic Documents, Writings, Signatures, and Notices in International Transportation Conventions: A Challenge in the Age of Global Electronic Commerce*, *Nw. J. Int'l. & Bus.*, Vol. 13, 1992, p. 117; D. J. Greenwood & R. A. Campbell, *Electronic Commerce Legislation: From Written on Paper and Signed in Ink to Electronic Records and Online Authentication*, *Bus. Law.*, Vol. 53, No. 1, 1997, pp. 307 ~ 309; J. Clift, *Electronic Commerce: the UNCITRAL Model Law and Electronic Equivalents to Traditional Bills of Lading*, *International Business Lawyer*, Vol. 27, No. 7, 1999, pp. 311 ~ 316; R. Hill & I. Walden, *The Draft UNCITRAL Model Law for Electronic Commerce: Issues and Solutions*, *The Computer Lawyer* (March 1996), at <http://www.batnet.com/oikoumene/arbunc.html>.

行中。^①应该说,这些立法为电子商务的开展奠定了良好的法律基础。

但是,必须注意到,电子商务争端解决的问题一直被众多学者、商家遗忘,没有得到足够的重视。^②近年来,随着电子商务的与日俱增,由于误解、利益冲突或其他恶意行为而产生的纠纷不可避免。^③例如,如果通过网络购买的产品或提供的服务没有收到或不能产生应有的效用或被消费者认为在某方面不满意,其寻求法律救济方面就会存在一定的困难。这些困难包括了交易双方之间的地理距离,双方所处的政治和法律背景的差异,追索所可能发生的费用以及法律措施的复杂性等等;而这些问题都对传统争端解决的理念带来了巨大的挑战。伴随着电子商务所产生的纠纷,无论在其发生的数量上还是复杂程度上都使人们不能再对电子商务争端解决的问题熟视无睹。

例如,一个美国商人通过一个德国的服务器设立了一个网站,一个荷兰的消费者在该网站与这个美国商人进行交易。在交易过程中,消费者可能会与商人发生有关货物质量、价格、交付方式等纠纷。此外,在该电子交易过程中还可能会产生其他类型的纠纷:商人因为连接服务问题可能会与网络服务商发生争执;商人的网站可能侵犯另一个公司的知识产权等等。很明显,电子商务开展过程中会产生出许多纠纷,而这些纠纷往往都跨越国界,牵涉到许多国际利益。

争端解决的妥当与否会在很大程度上影响商人和消费者对网络交易的态度

① 例如加拿大联邦及六个省的立法部门专门为电子商务制定法律。参见 L. Guibault, Canada: New Legislation on E-Commerce Underway, *Computer Und Recht International*, No. 1, 2001, at 25 ~ 26. 美国统一商法典第 2 条的修改以及加入新的有关计算机信息交易的 2B 条款都是出于健全电子商务法律的目的。参见 R. T. Nimmer, Article 2B: An Introduction, 16 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 211, 227 - 237 (1997); R. T. Nimmer, Electronic Contracting: Legal Issues, 14 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 211 - 212 (1996); A. H. Boss, Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform, *Tulane L. Rev.*, Vol. 72, 1998, p. 1931, pp. 1956 ~ 1963. 荷兰商业机构和荷兰政府经济事务部为促进电子商务的发展,共同建立荷兰电子商务平台组织,该组织提出了电子商务行为准则草案。该草案提出以非法律方式解决许多电子商务运转中继续解决的问题。参见 The Draft Code of Conduct for Electronic Commerce, *Willamette J. Int'l L. & Dispute Resolution*, Vol. 7, 2000, p. 173.

② Symposium, Doing Deals in Cyberspace: Negotiation, ADR and the Electronic Revolution, *Negotiation*, J. 91, Vol. 11, 1995; I. MacDuff, Flames on the Wires: Mediating from an Electronic Cottage, *Negotiation*, J. 5, Vol. 10, 1994.

③ 参见 R. H. Mnookin, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, Vol. 8, No. 2, 1993, p. 235; W. L. Ury, J. M. Brett & S. B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*, at xii (Jossey-Bass, Inc., 1988).

度。而商人和消费者对互联网的态度又将决定电子商务的最终命运。当然,从目前来看,电子商务短期内将会继续发展,而不论这种交易本身存在多少问题:只要有可预见的利润,商人就会设立网站做生意;而消费者由于对电子商务存在的猎奇心态以及所提供交易便利的机会,也会从行动上支持商人的生意。但这只是短期的现象。如果当电子商务发生的争端堆积如山,却没有解决这些争端的适当的法律措施和途径,商人和消费者就会发现其利益处于危险境地,他们的热情也就会逐渐消退了。这对电子商务的长期发展将会造成毁灭性的打击。因此,为确保电子商务的健康发展,建立有效的争端解决机制就变得十分必要了。

争端解决是确保一个多元的社会组织所必须具备的最低秩序性和稳定性的机制。^①从这个角度来说,争端解决在人类社会出现的时候就已经存在了。不无奇怪,当人们回顾美国的历史资料时,会发现许多诉讼的记录,这说明争议双方去法院解决问题是一件既平常又自然的事情。

虽然上述诉讼的记录表明人类社会为处理一切争端,包括电子商务的争端提供了一条有效的途径并建立了一个良好的基础,但是电子商务作为一种新型的贸易方式与传统交易方式在许多方面均有所不同,特别是电子商务交易的性质使得传统诉讼上的管辖理论受到极大的质疑,因此需要一种新的法律机制来应对这些质疑与挑战。此外,诉讼所需的高额费用和时间令争议双方对将电子商务的争议提交法院解决望而却步;而消费者电子交易所涉的金额往往都较少,当其争议所涉金额仅为 100 美元或更少时,更令人质疑诉讼方式的可行性。

除了诉讼以外,还存在其他的争端解决方式,这些方式往往效率高而成本较低,受到很多人的欢迎并广为采用。其中,通过仲裁解决商务争端更是得到了广泛的认可。

如前所述,通过现有的机制来解决电子商务的争端也是可能的,但问题在于这些方式合适与否。网络的发展带来电子商务的应用,在争端解决方面也应该加强对现代技术的应用,不应限制视野而削弱互联网本身应有的意义。电子商务的出现与网络的使用需要发展新的争端解决机制来适应它。目前的主要问题就是要确定一个连接点,将互联网的应用融入现有的争端解决机制。在继续发挥争端解决机制传统功能的同时,引入新技术,提高争端解决机制的可操作性和适用性。

本书研究的目的在于探求解决电子商务争端中应适用的原则和规则,并构建新的机制快捷地解决电子商务争端。本书所要解决的问题可以归纳为:由

^① T. E. Carbonneau, *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, 1989, p. 5.

于传统的争端解决机制不能很好地适应目前的状况,那么应该制定什么样的规则和措施来快捷地解决电子商务中产生的争端?

第三节 方法和范围

如上所述,电子商务过程中会产生争端。在没有新的机制之前,我们没有其他选择,只能利用传统机制来解决此类争端。但是这其中会存在诸多问题和困难。电子商务对传统诉讼机制带来诸多的挑战,要求对诉讼的传统理论,例如管辖权和法律适用的理论等,作出相应的发展和修改,以适应新的需求。

电子商务所具有区别与其他传统交易的新特征要求进一步发展争端解决体制。虽然诉讼仍然可以用来解决争端,但在处理电子商务的争端时应积极寻求诉讼之外的解决方式。替代性争端解决机制(ADR)的概念实际上包括除了诉讼(和仲裁)以外的所有争端解决机制,这就为寻求适应电子商务争端解决需求的努力提供了极大的灵活性。

本书研究的目的并非在于呼吁适用替代性争端解决机制取代传统的诉讼,恰恰相反,其目的是要对所有可能的电子商务争端解决机制做一个全面的审视。在分析传统诉讼中存在的问题的同时,本书试图找出其他方式来解决诉讼存在的问题。本书作者的观点是诉讼仍然是争端解决的一种重要机制;而且诉讼是保障公平正义的一个安全阀。但现代技术的应用要求更快捷的方式来解决争端。随着新技术在经济领域中的广泛运用,相应地,应积极采用新技术制定出的机制来监管经济,如果不这样做的话,就会造成对现有资源的浪费。因此完全有必要及早研究如何在现有机制中应用现代技术,或更确切一点,如何发挥网络在争端解决中的作用并从而制定新机制。

将网络技术应用到争端解决中的可行性已经得到许多机构和组织的验证。一些组织机构尝试应用在线设施来处理某些特别领域的争端,但这些尝试都没有从一般意义上处理电子商务的争端。在在线机制没有得到广泛应用的情况下,专家的意见以及现有的在线做法就变得很重要了。电子商务的潜力是巨大的,而电子商务对于许多人来说还是一个新现象,本书对争端解决以及在线机制的探讨都是尝试性的工作,其涉及的范围也相当广泛,相信一定会引起诸多的讨论,这也是本书作者作此项研究的本意之所在。

第四节 概要

本书共七章。第一章简介;第二章阐述电子商务的发展、与电子商务有关的

争端以及处理这些争端可能使用的争端解决机制。本章将电子商务定义为通过互联网进行交易这样一个概括性的术语,并将电子商务划分为几种特定形式。接着讲述了电子商务的交易过程,并综述潜在的合同性与非合同性纠纷以及目前现有的争端解决机制。本章尤其分析了现存机制的缺陷及有待改善之处。

互联网的应用从根本上改变了社会生活,法律也应通过采纳新的争端解决措施作出相应的变动。第三章指出了一些政策方面的考虑。第一节讨论了自律原则这一规制互联网的理想方式;第二节探讨了国际合作在跨国界的电子商务争端中的意义;第三节针对由于交易各方所能接触到网络信息的不同而导致新的力量失衡的可能情况,重新审视了保护消费者和商人利益的传统政策。本章还列举了一些例子来诠释推行以上三方面政策的程序及与政策之间的关系。

在上述三项政策的指引下,第四章讨论了传统的商业诉讼模式。无论发生了什么纠纷,代表国家权力的传统诉讼模式在争端解决中一直占有重要地位。但是诉讼应进一步发展以适应科技的进步,否则陈旧的理论将阻碍诉讼进一步发挥作用。本章专门对诉讼两个相关的方面加以详细讨论。第一节针对司法管辖权,即授予某个法院受理案件的权力;第二节针对电子商务中的法律选择问题。这是与诉讼密切相关的两大议题。法院应确立其受理案件的正当性并适用恰当的法律以确立其立场的合法有效性。

第四章的讨论表明诉讼其实并不是处理电子商务争端的最佳选择,因此必须加强新机制的研究。本书第五章选出并论述了体现设立新机制总体趋势的几个例子。其中包括“虚拟法庭项目”、马萨诸塞大学的网上申诉办事处、网络仲裁庭、世界知识产权组织解决域名争端以及有关应用网络服务提供商预防及解决争端的一些举措和做法。

基于第五章的讨论,第六章于是设计了电子商务争端解决的新机制,该机制并非是现有仲裁的简单移植。本章第一节描述了该机制的蓝图,阐述了其指导原则及应用中的特殊细节。第二节讨论了电子商务中法律的适用并建议现阶段依照“信息所在”原则处理该领域纠纷。第七章对本书的研究和发现作出总结。