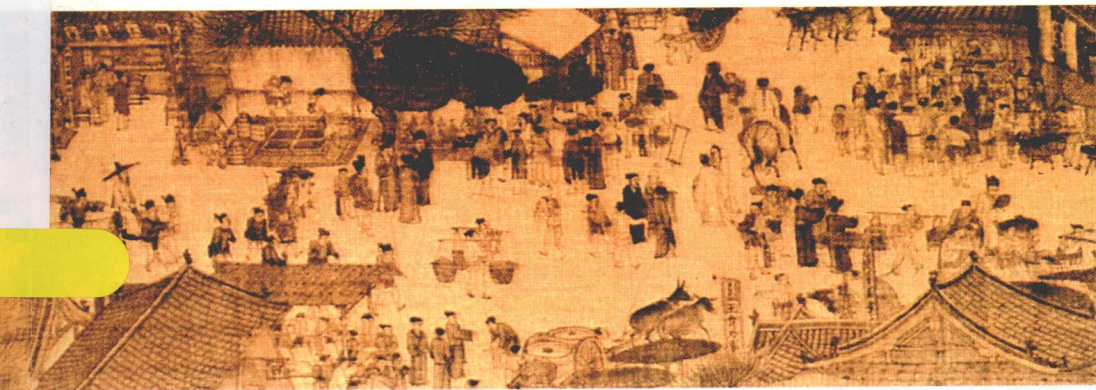


中原法学文库

郑世保 著

在线解决 纠纷机制(ODR)研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013031137

D925. 104
91

中原法学文库

郑世保 著

在线解决 纠纷机制(ODR)研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1639072

D925.104

91

图书在版编目(CIP)数据

在线解决纠纷机制(ODR)研究 / 郑世保著. —北京:
法律出版社, 2012

(中原法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4306 - 7

I. ①在… II. ①郑… III. ①互联网络—应用—民事
纠纷—处理—研究—中国 IV. ①D925.104 - 39

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 279917 号

中原法学文库

在线解决纠纷机制
(ODR)研究

郑世保 著

责任编辑 高山
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.75 字数 234 千

版本 2012 年 12 月第 1 版

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4306 - 7

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1639072

序

时代的步伐的确很快。想当初,打个长途电话还要步行到邮局去办,排队、挂号、交钱、接通,一等也许要数个小时。现如今,几乎处处有电话,人人有手机。几千里外数秒钟内即可联系。互联网的开通更比电话、手机来的快和具体。邮箱、微博、QQ……,不但可以传声音,而且可以传形象,万里之外如同近在咫尺。更有胜者,还可在网上购物呢,真是方便啊!

当然,有识之士也注意到,在方便的同时,也伴随有诸多的问题,网上发生纠纷即其一例。网上纠纷有别于生活中的纠纷。它有自己的特点与个性,诉讼机制及 ADR 机制无法和网络民事纠纷“与时俱进”保持和谐一致,迫切需要一种新的纠纷解决机制来与之“匹配”。

ODR(ONLINE DISPUTE RESOLUTION)即应运而生。

ODR 即“在线解决纠纷机制”,本身应该是一件新的也是一件很难的事,一般人是难以捉摸的。因为网上的事看似来无影去无踪,证据资料不好收集,当事人又很难面对面,在一个虚拟的空间里要看得见纠

纷,解决好纠纷,不容易啊。

一个大学毕业后在一所偏僻的乡村中学工作了十多年而今投在我的门下攻读法学博士的大龄青年,对 ODR 却表现出超乎寻常的兴致,并且表示要以此为博士论文选题。在开题会上,各位导师均持一种特别的关注与担心。在资料极度匮乏、基础又不甚理想、实践还缺少可资借鉴的经验情况下,能写出言之有理的文章吗?当时,作为导师的我,也有担心,更有关心。不过在我的潜意识中有一种直观的想法,即此题有新意。要创新当然也得承受风险。凭我平时对郑世保的了解,他是一个有钻劲的青年,加之可贵的兴趣,我想,写出一篇十来万字的东西应该是有可能的。最后决议:同意该选题。

好在作者具有老黄牛的品质(我猜想这可能与作者早年放牛有关,从那时起作者就和老黄牛实现了牛人一体化了),通过网络收集了大量的中外学术文献,借鉴法学、社会学、管理学、计算机等学科的知识,利用数据分析法、系统分析法、实证调查等方法,数易其稿,基本完成了博士论文的写作任务。现在出版的这本专著,就是作者博士论文的“升级版”。

本书介绍了国外的 ODR 形态与运作方法。作者本着立足本土,借鉴域外之精神,进行了一次很好的“嫁接”。嫁接是需要一些技能技巧的,特别是要对嫁接的“土壤”、“气候”做一些调研分析,做到心中有数。以这个标准来考察,我们发现作者显然在向这个目标努力,其方向感是正确可靠的,本专著中的一些国内外 ODR 网站调研的数据以及作者对我国 ODR 机制微观制度以及周边制度的建构可以证实我的判断。这些调研数据和制度建构对于我国 ODR 机制的发展路径具有积极的参考作用,也展示了作者的“嫁接”技能。但是作者建构的某些制度带有“理想国”色彩,这也反映了作者嫁接技术略显粗糙。

我国既然也有 ODR 网站,为什么只有一家 ODR 网站独秀,为什么其它的 ODR 网站没有做大做强?为什么没有形成“遍地开发”、“满园

春色”的大好山河？这是作者企图解开的第二个“谜”。作者对 ODR 机制的裁决程序、执行程序、价值优势、缺陷不足进行了仔细的分析研究，试图对国外 ODR 机制进行解构，在解构的基础上，对于我国 ODR 机制的发展壮大开出了自己的“处方”。细读这些“处方”我们发现作者对我国 ODR 机制的发展完善提出了有益的探索，但是这些探索性“处方”的可行性还需要时间来验证。

本书作者显然力图建构与网络民事纠纷最相契合的 ODR 机制，缓解法院审理案件的压力，防止纠纷的发酵与扩大促进社会和谐，保证网络的健康发展，培养网络购物者的消费信心。作者的研究显然是应对研究，是为了解决活鲜鲜的社会生活中的难题而做出的应对策略。在应对研究的模式下研究者有时会专注于具体制度的建构完善而缺乏对于制度背后理念的探求、只专注于表面而忽视实质、只注重感性而忽视理性。本书作者显然在努力规避这一研究模式的顽疾，他在制度建构的同时开始注重研究设立 ODR 机制的目的、作用；ODR 机制中公正与效率协调问题；ODR 与诉讼和 ADR 的对接问题；程序公正的基本要件及其在诉讼、ADR 和 ODR 中实现情况；诉讼、ADR 和 ODR 共同遵循的纠纷解决规律。ODR 机制至今还没有获得人们的广泛认同，因此作者对 ODR 机制制度背后的理论展开研究显然是必要的，尽管这些理论的探索还具有原始性。

当然，由于是一件难且具有开创性的工作，书中难免会有诸多的不足，期盼读者能施以援手，多多指教。也期待世保同志循此道路继续深入研究，产出更多更好的作品，愿他在今后的教学科研中百尺杆头更进一步。

寥寥数语，是为序。

西南政法大学教授 田平安

2012 年 10 月 24 日于安怡斋

目 录

引 言 001

- 一、本书写作背景和研究意义 001
- 二、国内外研究现状 005
- 三、本书的创新以及研究方法 006

第一章 ODR 概述 008

第一节 ODR 的产生 008

- 一、网络民事纠纷 008
- 二、网络民事纠纷的诉讼和 ADR 解决 014
- 三、诉讼和 ADR 解决网络民事纠纷存在的缺陷 018
- 四、ODR 的诞生 023

第二节 ODR 的概念和特征 025

- 一、ODR 的概念 025
- 二、ODR 的特征 034

第三节 ODR 在多元化纠纷解决机制中的定位 035

- 一、ODR 是 ADR 的替代性机制 036
- 二、ODR 是诉讼的替代性机制 036

第四节 ODR 的类型 039

- 一、在线协商、在线调解和在线仲裁 040
- 二、ODR 的其他类型 053

第五节 ODR 与诉讼、ADR 的比较 062

一、ODR 与诉讼 063

二、ODR 与 ADR 069

第二章 ODR 的运行 078

第一节 ODR 运行的基本制度 078

一、ODR 的受案范围和管辖 078

二、ODR 的裁决人 089

三、ODR 的当事人 097

四、ODR 的“公开裁决”制度 102

第二节 ODR 的裁决程序 107

一、ODR 裁决程序概述 107

二、ODR 的裁决过程 115

三、ODR 裁决中的其他程序 128

第三节 ODR 的执行程序 129

一、ODR 裁决执行的原则 130

二、ODR 裁决的司法执行 133

三、ODR 裁决的网络社区执行 143

四、ODR 裁决的社会力量执行 152

第三章 ODR 的价值 157

第一节 ODR 的优势——以解决 B2C 电子
商务纠纷为视角 157

一、给 ODR 网站带来的优势 158

二、给当事人带来的优势 161

第二节 ODR 价值优势的依归——网络信息技术工具 164

- 一、网络信息技术工具概述 165
- 二、网络信息技术工具发展的高级阶段 171
- 第三节 ODR 价值的实证考察 174
 - 一、域外 ODR 网站的实证考察 174
 - 二、ODR 网站受案最大领域——B2C 电子商务纠纷 179
 - 三、ODR 最成功范例——域名 ODR 网站 185

第四章 ODR 的缺陷 201

- 第一节 ODR 固有的缺陷 201
 - 一、ODR 自身价值的有限性 202
 - 二、ODR 技术工具的双刃性 204
- 第二节 ODR 运行中存在的问题及解决 208
 - 一、ODR 的信任性不足问题及解决 208
 - 二、ODR 的接近性难问题及解决 210
 - 三、ODR 的程序滥用问题及解决 216
 - 四、ODR 的实践标准混乱问题及解决 218

第五章 我国 ODR 机制的完善 223

- 第一节 我国 ODR 的现状 223
 - 一、实践急需我国 ODR 发展壮大 223
 - 二、我国 ODR 的现状无法满足实践的需要 232
 - 三、我国 ODR 无法满足实践需要的原因 249
- 第二节 完善我国 ODR 的具体措施 253
 - 一、我国 ODR 网站的设置 253
 - 二、建立当事人高度信任的 ODR 网站 258
 - 三、拓展案源化解我国 ODR 网站面临的生存危机 263

四、确保 ODR 与周边制度的衔接 267

五、正确处理政府与 ODR 网站间的关系 270

结 语 274

附 录:世界上主要 ODR 网站 276

参考文献 279

后 记 300

引 言

一、本书写作背景和研究意义

网络世界实际上是人类活动向虚拟世界的延伸,网络世界的主体仍然是人。有人的地方不可能没有纠纷。但是网络中的民事纠纷有自己的特点,诉讼和ADR虽然可以解决这类纠纷,但存在很多的缺陷。^①为化解诉讼和ADR在解决网络民事纠纷中的缺陷,寻找一种与网络民事纠纷特征最契合的纠纷解决机制,在1996年,一种被称为ODR(在线解决纠纷机制)的纠纷解决方式在美国试验性地运行了。实践证明这种机制对于纠纷的解决,^②以及保证网络的健康发展、培养人们对于电子商务的信任具有重大意义。

由于互联网发展变化快,而立法天然具有滞后性。以我国的域名纠纷解决为例,随着网络技术的发展出现了通用网址和网络实名等域名纠纷,而用现有的相关法律规定(有时根本就没有相关的规定)来处

① 参见本书第一章第一节。

② 参见本书第三章第一节。

理这些问题又难以让人满意,这就导致了法院在处理该类纠纷上的困惑如武汉中院在审理网络域名纠纷时遇到很多难题。^① 尽管最高人民法院根据实践经验出台了几个司法解释,^②上海、北京等地的法院也根据审判实践形成了一定的“判例”,但“无法可依”的困境依然不时地出现。而域名 ODR 在面对这样“无法可依”的情况时,^③完全可以依据当事人间的协议,使用国际惯例、商业行规、商事习惯及其他国际法来作出裁决。因此 ODR 机制积极地面对了新生的网络民事纠纷,其裁决方式的灵活性回避了法律的空白问题,这不仅处理了大量的网络民事纠纷,积累了大量的实践经验,并且为今后网络民事纠纷解决方面的立法提供了宝贵的经验。^④ 最为关键的是 ODR 对网络民事纠纷及时、有效、类型化、多元化地解决必然会增加消费者对于电子商务的信心,促进网络的健康发展,因此化解网络纠纷的 ODR 又被称为网络健康发展的钥匙。

ODR 对于电子商务消费者信心的培养也具有重要的作用。我们知道电子商务的产生使商业活动不知身份、不分时间、不分地点地进行变为了可能,人们之间的交易更加方便了。这种方便的交易也使交易中的纠纷甚至欺诈变得更为方便了,也使得电子商务中的纠纷及其解决变得更为复杂。如买卖双方当事人距离遥远甚至位于不同的国家,彼此之间的了解也仅限于通过网上发布的信息,双方不仅对交易对象的真实性、交易过程的安全性等心存疑虑,而且一旦出现了纠纷如货不对样、迟延交货、拒绝付款、欺诈等问题,根据诉讼和 ADR 来解决,将会面临会面成本高于标的额等难题。纠纷的不顺畅解决势必极大地影响着

① 郭英汉:“浅析处理网络经济纠纷中的仲裁优势”,载《仲裁研究》2004 年第 2 期。

② 如《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》以及《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》等。

③ 域名 ODR 是 ODR 的一种,是专门解决域名纠纷的 ODR。

④ [美] Eoghan Casey:《数字证据与计算机犯罪》,陈圣琳等译,北京:电子工业出版社 2004 年版,第 113 页。

人们从事网上消费的信心,一旦大家对电子商务的可靠性缺乏信心,电子商务将失去生命力。而 ODR 通常会与网络社区机制相结合,充分利用网络社区的力量来拓展案源、促使裁决的履行,顺畅地化解电子商务纠纷以提高消费者参加电子商务的信心。以 ODR 网站 SquareTrade 为例, SquareTrade 之所以成功的一个主要原因是注重建立电子商务交易者的信心,借着降低买家与卖家所面临的风险,使其认证的信任标章在 80 个以上国家的数万个商家张贴悬挂。^① 这些措施的运用,不仅保证了 SquareTrade 的案源以及裁决的执行,对于网络商家的身份确认以及进一步地对消费者赔偿起到了很好的作用。^② 正如联合国贸易和发展会议《2003 年电子商务与发展报告》所认为的那样: ODR 是一种能够有助于建立消费者信心的程序。ODR 机制也是用户在评估进入网络世界中的一个新市场或新的环境可能面临的风险时,必须考虑的因素之一,这在卖主的地点或身份不清楚,或所出售的物品品牌不为人所知的情况下,就显得特别重要。因而 ODR 是注重扩大新兴电子商务活动的国家应当特别重视的一个机制。联合国贸易和发展会议的《报告》还认为,虽然在绝大多数发展中国家 ODR 仍处在初级阶段甚至尚未出现,但是 ODR 具有逐步发展并对在线交易引起的纠纷作出公正、费用低廉的裁决的潜力。各国还应当确保国内立法承认电子交易的有效性和强制性,并为纠纷的替代性的解决提供便利。鼓励各国提倡电子企业自愿加入信赖标志和可靠性计划,并注意影响到 ODR 服务的提供的文化和和

① Steve Abernethy, "Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems", Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003, <http://www.odr.info/unece2003>. 本书网络作品的访问日期除特别注明外,均为 2009 年 11 月 8 日。

② 戴豪君主持台湾地区“资策会科技法律中心”:“网路交易争端解决机制之法律研究”,2002 年 12 月,第 9 页。

语言差异。^①很显然纠纷解决机制对于电子商务信心呈正相关性——纠纷解决机制建立越完备,消费者就越信任在线交易行为,就会提高重复购买率。因此网络世界这种新的关系正在得到建立,而在传统的纠纷解决机制功能缺乏或不足的情形下,特别需要采用此种 ODR 程序顺畅地化解电子商务纠纷、提高消费者对于电子商务的信心。

除了以上的作用以外,ODR 作为一种替代性的纠纷解决机制,化解了一部分案件,减少了法院的案件压力,促使了法院审判工作的优化,具体表现是:第一,促使法院审判质量提高。根据对 ODR 网站的实证研究,我们可以发现 ODR 网站势必会化解掉很大一部分案件,从而缓解法院审理案件的压力。^②这样法院就会集中有限的精力去处理那些不适合 ODR 或 ODR 根本无法处理的案件,从而保证这部分案件的审判质量得以提高。第二,促使法庭改革。多元化纠纷解决机制的并存势必使纠纷解决机制间相互吸收对方的优点,ODR 在与法院并存中势必会实现双方品质的升华。而 ODR 的高效率势必迫使法院在诉讼效率方面进行提升,以避免被人批评诉讼效率低下。^③特别是 ODR 对于网络信息技术的成功运用势必促使法院借鉴该经验,从而在证据收集、调查以及文书传送、证人询问等方面引入现代信息技术,促使法庭低成本高效率的运作。第三,为诉讼提供审判“先例”。一般来说,ODR 的裁决对于法院根本就没有拘束力,但这并不意味着法院对于 ODR 裁决熟视无睹。ODR 裁决必然成为法院审理同类案件的参考资料,甚至最后成为立法的重要信息库。

① 详见联合国贸易和发展会议:2003 年电子商务与发展报告,第 15 页,载 www.unctad.org/ecommerce。

② Lucille M. Ponte and Thomas D. Cavenagh, *CyberJustice : online dispute resolution (ODR) for e-commerce*, Pearson Prentice Hall Press, 2004, P. 36.

③ Ibid., p. 31.

二、国内外研究现状

ODR肇始于美国和加拿大,随后向欧洲大陆和日本、韩国、我国台湾地区蔓延。在ODR发展壮大过程中,联合国(UN)、经济合作发展组织(OECD)、亚太经济合作组织(APEC)、全球电子商务论坛(GBDE)等国际组织以及美加日韩等国家政府、各国消费者组织、学者们一直在极力推动ODR的发展,并对ODR进行了较为系统的研究。但是中国内地对于ODR的研究起步较晚,到目前为止,较为完整的研究成果笔者尚未发现。现把国内外对ODR的研究现状综述如下:

1. 对现行著名的ODR网站运行程序进行了介绍。对现行著名的ODR网站包括Virtual Magistrate、Dispute. org、ClickNsettle. com、WebMediate、SquareTrade、ICANN的UDRP的程序规范、使用的信息工具、经费来源、裁决效力等进行了介绍。

2. 对国际组织、各国政府、学术团体、消费者组织对ODR推动的有关举措进行了介绍。由于实践急需,国际组织、各国政府、学术团体、消费者组织对ODR机制进行了积极推动,国内外相关研究著作对推动的这些文件、推动的具体措施进行了详尽的介绍。

3. 对于ODR的必要性展开了分析。针对电子商务纠纷的特征,论证诉讼和ADR在解决该类纠纷的弊端,提出了网上纠纷网上解决思路,并论证了ODR解决该纠纷的必要性。

4. 对于ODR的可行性展开了论证。虚拟环境中的ODR是否可行,关键是看ODR能否保证最基本的程序公正要件的实现。学者们论证了ODR可以保证最基本的当事人陈述以及裁决人中立的实现,为ODR的可行性创立了基础。

5. 对ODR遇到的法律困境展开了应对研究。对ODR程序中的“正当”当事人、“诉讼”行为能力、管辖、受案范围、网络安全、准据法的

选用、在线仲裁协议的效力、仲裁地、网络包裹契约等如何与现行法律协调进行了研究。

三、本书的创新以及研究方法

(一)本书的创新

ODR 对于中国网民甚至对于从事纠纷解决服务的群体来说是一个新鲜的事物,在我国,ODR 的实务运作及理论研究均不发达,因此本书的很多内容均是笔者探索的结果,下面把主要的创新点列举如下:

1. 对 ODR 进行系统研究。ODR 实际上就是把 ADR 搬到网络上,这就牵扯到如何顺应网络科技的特点,对线下纠纷解决方式进行改造的问题。在对实体纠纷解决机制进行改造的过程中,必须考虑到法学、计算机、社会学、历史学甚至一个民族的习惯、法治意识、道德水平,因此本书把 ODR 置于一个大的系统中进行研究,以实现 ODR 与其他社会价值的相互促进、相互协调。

2. 注重对于 ODR 程序保障的研究。ODR 是虚拟环境中的一个纠纷解决程序,如何保证在虚拟环境中实现正义,是本书研究的另一个重点、创新点。笔者研究的落脚点是既要保证 ODR 的快速、便捷、高效率的优势,又要保证在 ODR 程序中实现最基本的程序公正。

3. 完善 ODR 裁决执行机制。ODR 裁决的执行是 ODR 面临的最大难题之一。为解决该难题,笔者设计了 3 种 ODR 裁决的执行机制:ODR 裁决的司法执行、ODR 裁决的网络社区执行、ODR 裁决的社会力量执行。笔者对各种执行机制又进行了细化的研究,并对 3 种执行机制间的位次进行了划分。在道德水平不高、ODR 裁决无法自愿履行的中国,这些机制对于 ODR 裁决的执行,具有重要的意义。

4. 注重研究的本土化、力争建构具有中国特色的 ODR 机制。本书

的研究属于应用研究,在借鉴国外成果的基础上,力争创立具有中国特色的 ODR 机制才是本文研究的目的。为此本书对于中国的 ODR 实践进行了考察,分析了我国 ODR 不发达的原因,找出了阻碍我国 ODR 发展的“瓶颈”,提出了完善中国特色 ODR 的具体路径。

(二)研究方法

没有最新的资料很难写出优秀的学术作品。由于国内学者研究 ODR 的不多,因此在资料收集上非常困难,借助于网络进行文献收集是一个很好的办法,但由于笔者只粗通英文,对其他语言基本不会,所以资料的收集、占有及消化极其困难。为使本书及时完成,笔者克服了一些写作的难题,选用了以下方法对本书展开研究:

1. 数据分析法。透过期刊、图书、互联网搜集世界上主要国家和地区如美国、欧盟、日本等,及重要国际组织如 UN、APEC、DECD、GBDe 及国际著名认证标章业者和有名的 ODR 网站等发展、建制与运作 ODR 的资料,及相关法制问题调研报告,进一步研读所搜集之相关资料后,分析、汇整、比较、整理所搜集之资料。

2. 系统研究法。前文论及 ODR 实际上就是把 ADR 搬到网络上,同时也谈到如何顺应网络科技的特点,对线下纠纷解决方式进行改造的问题。改造就需要把 ODR 放置于一个国家内乃至世界范围内,考虑到一个国家的法治、诚信、习惯、习俗,在建构 ODR 的时候,既要考虑到内国所需,又要实现 ODR 之间的国际对接。

3. 实证调查法。考察中国 ODR 的实践,并搜集企业界与网络消费者在进行电子商务时实际面临的种种纠纷问题及解决情形,并分析传统的电子商务纠纷解决机制对这些问题的适用性,以明了市场对于 ODR 的需求程度。论证现行的法律与制度对于 ODR 机制所造成的困难以及如何解套并分析在中国建立 ODR 的可行方案及运作形态。