

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2003年第1号

总第26卷

VOL · 26

梁慧星 / 主编

民商法论丛

2003 年第 1 号 / 总第 26 卷
金桥文化出版(香港)有限公司

民 商 法 论 丛 (总第 26 卷)

主编 梁慧星

责任编辑 王 玲

封面设计 石 磨

出版 金桥文化出版(香港)有限公司

港澳台及海外总发行 三联书店(香港)有限公司

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

北京办事处 电话(010)68028094

深圳办事处 电话(0755)55177258

印刷 永恒印刷

版次 2003 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

书号 ISBN 962—86389—5—5

公司住所 香港中环干诺道中 68 号华懋广场二期
六字楼 A 室

公司电邮 goldenbridge@vip.sina.com

出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是第 26 卷(2003 年第 1 号)。

【专题研究】栏编入四篇文章:一是李凌的《电子商务争端在线解决机制研究》。在网络交易出现争端的情形,消费者如何向商家索赔?索赔的繁琐程序和时间、金钱的花费,在很大程度上影响了消费者进行网上消费的信心。如何建立公平、有效、迅速、低成本的争端解决机制,成为当前电子商务发展中的重大课题。本文对在线争端解决机制进行了深入研究,值得一读。二是钟瑞栋的《版权穷竭制度研究》。知识产权学者认为,“权利穷竭”是知识产权法上的特殊制度,在专利法上有专利权穷竭,在商标法上有商标权穷竭,在著作权法上有版权穷竭。其中,版权穷竭最为复杂。作者探讨了版权穷竭制度的理论基础,并对我国版权穷竭制度的完善提出立法建议。三是贺万忠的《试析提单的电子化与功能“移植”》。在国际商事交易中,EDI 的使用日趋广泛,而使用 EDI 最引人注目的结果是提单电子化现象。本文对提单电子化作了系统的研究,并认为电子提单取代传统纸面提单,并不存在不可逾越的障碍,但最终决定电子提单是否能够取代纸面提单的,不是立法,而是经济动因。四是刘燕的《会计师对第三人责任范围研究》。会计师因提供有瑕疵的信息致信息使用人遭受损害,应当对多大范围的信息使用人承担赔偿责任,即第三人的范围问题,是会计师专家责任诉讼中争执的焦点。作者结合我国现行法,广泛参考英美法学说判例,对第三人范围问题作了系统、全面的深入研究,有重要参考价值。

【学术争鸣】栏刊登两篇文章。一是尹田的《论物权的公

示与公信原则》。物权的公示与公信原则,是物权法三大原则之一,关于物权公示与公信原则的有关理论研究尚有待深入。本文是作者近来研究物权法理论问题的第二篇论文,值得重视。其第一篇论文《物权行为理论评析》,刊登在本刊第24卷。二是编者的辩论文章《为什么不能取消债权概念和债权总则》。2002年11月8日晚在中国政法大学昌平校区举办《中国民法典论坛》,编者与江平教授、王利明教授三人就民法典结构体例问题进行辩论。编者集中反驳江平教授否定债权概念和债权总则编的主张。这里刊登的当晚发言的整理稿。

【立法问题】栏刊登唐宗焜的《中国合作社立法导向问题》,和编者的《合作社的法人地位》。编者应邀出席了国际劳工组织与中国供销合作总社2002年11月27日、28日在福州召开的合作社政策与合作社立法国际研讨会,非常有感触。事关人口绝大多数的合作社法律问题,居然没有引起法学界的关注!世界上劳动者人口最多的社会主义大国,居然成为世界上没有合作社法的少数几个国家之一!因此与出席会议的经济学家唐宗焜教授商定,要推动中国的合作社立法的研究,特别要动员法学研究生选合作社立法研究作为硕士、博士论文选题,为最终制定中国的合作社法提供理论基础和立法建议。刊登唐宗焜教授和编者提交会议的论文,是希望引起学术界对合作社问题的关注。另一篇是丁广宇的《由应收款转让国际公约论我国合同法债权转让规则的完善》。应收款是公司最常见的债权形式,以应收款转让为基础的融资方式日益成为公司融资的重要来源,因此债权转让的意义特别体现在应收款债权转让上。我国合同法已经规定了债权转让的基本规则,但当时未充分注意国际上应收款债权转让的实践,致失之于过分简略。本文结合对应收款转让的国际公约的研究,对合同法债权转让制度的完善提出建议。

【判解研究】栏选刊两篇文章。一是王小能和顾契妮的《〈最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定〉评释》。最高法院在票据法颁布施行6年之后,于2000年2月24日发布了《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》,自同年11月21日施行。本文作者王小能教授多年来致力于票据法理论和实践的研究,特别对这一重要解释文件作了细致的分析研究,肯定其成就,指出其不足,值得重视。二是秦钰的《论保证期间》。保证期间问题,可能是当前担保法司法实务中最为疑难的问题,在理论上也引起相当的困扰。本文结合现行法规定和司法解释,探讨了保证期间的性质、解释、清算、中断、效力及其与诉讼时效期间的关系等问题,有重要实践意义和参考价值。

【域外法】栏选刊七篇文章,一是[加]约翰·巴勒斯的《体育伤害的民事责任》。20世纪中期以来,体育运动已经不再是原来意义上的强身健体的竞技活动,已经成为一项重要的产业,成为市场经济的一个重要领域。中国对传统的体育运动观念和管理体制的改革起步于20世纪90年代,至北京申奥成功才开始重视体育经济。发展体育经济和体育产业,要求有完善的体育立法,要求发展体育法的研究和教学。体育法的研究可以说在中国还没有引起法学界的关注。而发达国家关于体育法的研究和教学已经有相当的发展,大学法学院有体育法课程,有专门研究和讲授体育法的教授,体育法成为法学的一个重要的专业。本文介绍加拿大的体育伤害的民事责任,由高燕竹翻译。二是[美]卡罗林·布莱德里的《21世纪英美合伙法?》。在20世纪,美国 and 英国的主要企业形式是普通合伙和公司法人。两个国家的合伙法一直保持相对稳定,直到20世纪末,美国修改普通合伙法,规定了有限责任合伙,致使有人发出“合伙的死亡”的惊叹。英国也已经引进这种有

限责任合伙形式,并正在考虑修订其普通合伙法。本文对英美两国合伙法的发展作了概括研究,值得重视。由刘小燕、冉昊翻译。三是王传辉的《美国产品责任法革命述评》。众所周知,严格产品责任于20世纪60年代产生于美国,很快传遍世界,欧洲在90年代即已实现严格产品责任立法,我国1993年的产品质量法第四章规定了严格产品责任,日本1994年的制造物责任法规定了严格产品责任,韩国1999年的制造物责任法规定了严格产品责任。但美国本土则在70年代和80年代发生产品责任危机并引发保险危机,因此导致对消费者保护政策的调整和修正,在此背景下美国侵权行为法第三次重述对产品责任原则进行修改,被称为产品责任“革命”。值得注意的是,欧洲及亚洲各国采纳严格产品责任制度,并没有引发所谓产品责任危机和保险危机,因此各国严格产品责任制度的合理性并没有受到质疑,并没有出现仿效美国修改产品责任制度的迹象。有鉴于此,编者负责起草的《中国民法典:侵权行为编草案》仍以产品质量法关于严格产品责任的规定为基础予以完善。本文对美国产品责任法革命作了概括介绍和评论,值得一读。四是[美]H. 史蒂芬·哈利斯的《日本的竞争法及专利保护——50年来的进步与新世纪的挑战》。是作者于2002年5月23日在美国联邦贸易委员会及司法部联合举行的“关于竞争和专利的法律及政策之影响”听证会上的发言稿。我们可以看到美国人是如何评价日本法律的。由杨丽君翻译。五是崔吉子的《韩国的不动产登记制度》。作者曾在韩国汉城大学攻读民法,其对韩国不动产登记制度的介绍和评述,可供作中国设计自己的不动产登记制度的参考。六是日本学者大石真的《日本对外国法的继受与法律用语的选择》,由吴博翻译。七是韩国学者林中浩的《韩国对外国法的继受与法律术语的形成过程》,由金玉珍翻译。后两篇是2002年

9月14日韩国法制研究院举办的“东亚法律继受与法律用语学术研讨会”上日本学者和韩国学者的论文,编者提交给研讨会的论文稿已刊登在本刊第25卷。

【美国统一商法典】栏续刊孙新强翻译的《美国〈统一商法典〉及其正式评论(五)》。【资料】栏刊登《荷兰〈解决亲子关系方面的法律冲突的法律〉》,由陈卫佐翻译。

国人期盼已久的中国民法典草案终于提到2002年12月23日的全国人大常委会进行第一次审议。这一草案包括:总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事关系的法律适用法九编,其中合同法、婚姻法、收养法和继承法,是原封不动地将现行法编入,是彻底的松散式和汇编式的法典。虽然受到少数学者的赞扬,但实际上与人民所期望的民法典有太大的差距。包括编者在内的多数学者认为,中国应当制定一部具有逻辑性和体系性的法典,而不是所谓松散式、汇编式的法典。

中国属于成文法国家,与英美法国家不同。英美国国家有悠久的判例法传统,法律规则是法官创制的,主要依靠法官的产生机制、高素质的法官队伍和陪审团制,保障裁判的公正性。大陆法国家,法律规则是立法机关制定的,法官只能适用法律而不能制定法律,主要依靠法律本身的逻辑性和体系性,保障裁判的公正性和统一性。法典愈有逻辑性和体系性,愈能保障审理同样案件的不同地区、不同法院、不同的法官,只能从法典中找到同一个规则,得出同样的判决。尤其我国法官队伍人数众多,平均学历不超过大专,法律素质参差不齐,地位和收入不够高,独立性不够强,容易受法律外因素的干扰。一部不讲究逻辑性和体系性的所谓松散式、汇编式、邦联式的法典,使审理同样案件的不同地区、不同法院、不同的法官,可以从中找到完全不同的规则,得出截然相反的判决。这

样的法典,不仅不利于保障裁判的统一性和公正性,还会适得其反,使那些在法律外因素干扰之下作出的不公正的判决合法化!这样的法典,不仅不利于遏制地方保护主义、行政干预和司法腐败,还会适得其反,进一步助长地方保护主义、行政干预和司法腐败!因此,我们说这场争论绝不是什么纯学术之争和学者之间的意气之争,还有什么难以理解的吗?!

目 录

卷首语

专题研究

电子商务争端在线解决机制研究

李 凌 / 1

版权穷竭制度研究

钟瑞栋 / 48

试析提单的电子化与功能“移植”

贺万忠 / 130

会计师对第三人责任范围研究

刘 燕 / 178

——以普通法为中心

1
目
录

学术争鸣

论物权的公示与公信原则

尹 田 / 259

为什么不能取消债权概念和债权总则

梁慧星 / 321

立法问题

中国合作社立法导向问题

唐宗焜 / 329

合作社的法人地位

梁慧星 / 339

由应收款转让国际公约论我国合同法

债权转让规则的完善

丁广宇 / 351

判解研究

《最高人民法院关于审理票据纠纷

案件若干问题的规定》评释 王小能 顾晏妮/371
论保证期间 秦 钰/446

域外法

体育伤害的民事责任【加】约翰·巴勒斯 高燕竹译/500
21世纪英美合伙法?

【美】卡罗林·布莱德里 刘小燕 冉 昊译/538
美国产品责任法革命述评 王传辉/559

日本的竞争法及专利保护

——50年来的进步与新世纪的挑战

【美】H. 史蒂芬·哈利斯 杨丽君译/594
韩国的不动产登记制度 崔吉子/694

日本对外国法的继受与法律用语的选择

——以公法为中心 【日】大石真 吴 博译/721

韩国对外国法的继受与法律术语的形成
过程 【韩】林中浩 金玉珍译/735

美国统一商法典

美国《统一商法典》及其正式评论(五) 孙新强译/777

资料

荷兰《解决亲子关系方面的法律冲突的
法律》

陈卫佐译/831

专题研究

电子商务争端在线解决机制研究^{*}

李 凌

目 次

- 一、电子商务争端与 ADR
- 二、ODR 的内涵和基本类型
- 三、ODR 运作中的关键性问题
- 四、ODR 前景展望
- 五、ODR 制度在中国的确立
- 六、结语

当前,电子商务在全球化市场中正扮演着日益重要的角色。在开放性网络的支持下,广大消费者广泛参与电子商务,为商家拓展市场提供了前所未有的良机;对消费者来说,则可以超越时空地选购商品,快捷经济地从事交易,买卖双方的交

^{*} 本文的写作得到厦门大学法学院齐树洁教授的热心指导和帮助,谨致谢意。

易成本与费用都得以降低。但在这种局面的背后,却隐藏着各种交易安全问题。

在网络虚拟环境下,消费者难以充分掌握商家的资信以及商品或服务 quality 等真实情况,对交易对象的真实性、交易过程的安全性等心存疑虑。而且,一旦出现了争端,消费者如何向“异国他乡”的商家要求赔偿呢?即便主张赔偿,如果面对繁琐的法律程序,需要花费大量金钱和时间。这种状况会在很大程度上影响消费者进行网上消费的信心。因此,如何公平、有效、迅速、低成本地解决电子争端(e-dispute),建立起用户对在线交易的信赖感,已成为当前电子商务发展中的重大课题。在多样化的争端解决方式中,ADR(Alternative Dispute Resolution)在解决跨境电子商务争端方面越来越受到重视,而网络技术与ADR结合则衍生出ODR(Online Dispute Resolution)这一电子商务争端解决新机制。本文拟对ODR的基本理论问题进行探索和分析,进而对ODR机制的发展趋势及ODR制度在中国的建立进行阐述。

一、电子商务争端与ADR

(一)电子商务争端的分类

依据不同的标准,可以对电子商务争端进行分类,其中最主要的是以下两种:

1. 按争端的性质可分成合同争端和非合同争端

合同争端包括:(1)信息基础设施的经营企业和信息基础设施使用企业的合同争端。这类争端由于合同的解释问题、合同条件修改频繁以及涉及电信服务的行政许可,较为复杂。各国国内法在这方面大多有相应的争端解决机制的规定。^[1]

在国际上,欧盟委员会就此类争端规定了争端解决机制;^[2]而在欧盟以外,此类争端主要是通过双边投资协定或者多边条约(例如,《北美自由贸易协定》、《华盛顿公约》)中的投资保护规则加以调整。世贸组织的争端解决程序也可能被用于解决此类争端。^[3]

(2)用户和接入服务的提供商(Internet Service Provider)之间的合同争端。这类争端主要涉及服务费用、服务质量,标的数额较小,但这类争端也可能包括服务提供商的责任或用户对所传输的信息的责任。ISP 协会(Internet Service Provider Associations, ISPAAs)制定的行为规范(Code of Practice)在避免和解决此类争端方面具有重要作用,其中的争端解决途径被视为 ISP 合同的组成部分,拒绝执行争端解决的裁决就意味着违反 ISP 合同。例如英国 ISPAAs 制定的行为章程规定,ISP 的顾客(又称为“第三方”)只要支付 15 英镑即可进入投诉程序,程序分为两层,如果启动了第一层的“第三方程序”(third-party proceedings),作为第二层的协会理事会(Council)可拒绝管辖,一旦理事会管辖并作出裁决,该裁决具有终局性和可执行力。^[4]

(3)用户间的合同争端。依照国内法和国际法上所作区分及涉及的利益的不同,可再分成商事合同和消费合同。^[5]此外还可将用户间合同区分为临时合同和特定的封闭性用户集团所签订的合同。前者是指买卖双方通过开放性网络(如互联网)所订立的合同。这种交易方式正在飞速增长,例如,许多软件公司已经通过互联网销售软件产品,网络银行为身处异国的客户开立账户。从长远看,这种交易具有的优点(市场的全球性、主体的广泛性)将使其占据电子商务活动的主要地位。后者则指公司和其供应商之间通过专用网络缔结的合同。这种合同通常采用电子数据交换合同的形式(Electronic

Data Interchange Agreements)。^[6]这种封闭网络交易范围日广,已经涵盖包括电子提单、电子支付交易、电子股票市场等活动。

非合同争端指除合同争端之外的其他各类争端,例如侵权,包括版权、数据保护、言论自由及竞争法等方面的争端。争端涉及的当事人包括个人、商业团体、国家、国际组织等。当前,各种非合同争端也呈现日益增多的趋势。

2. 依照电子商务的形式,可对应地分成 BtoB 争端、CtoC 争端和 BtoC 争端

电子商务争端可能发生于企业之间、顾客之间以及企业与顾客之间,根据当事人的不同地位及电子商务的形式,一般将其分为:

(1)BtoB(business to business),即发生在企业之间的电子商务争端。

(2)CtoC(consumer to consumer),即发生在顾客之间的电子商务争端。

(3)BtoC(business to consumer),即发生在企业与顾客之间的电子商务争端。

在(1)BtoB 和(2)CtoC 争端中,当事人双方地位大致平等;而在(3)BtoC 争端中,企业与顾客双方实力对比较为悬殊,企业一方财力雄厚,并往往有专业法律人员负责解决争端;而消费者大多欠缺法律知识,也无法承受时间、精力、财力的耗费。再者,消费争端数额小、频率高,一旦进行诉讼,双方都得不偿失,尤其是企业的商誉可能受损。因此,这一类争端在电子商务争端中特别值得关注。

此外,还可根据争端主要围绕事实问题或法律问题、争端的复杂程度、当事人的资质等标准对电子商务争端进行分类。

(二) 电子商务争端的特点及对 争端解决机制的新要求

首先,电子商务争端要求跨境性的、高速便捷的争端解决机制。互联网的出现使全球市场发生了变革。现在,身处地球上各个地区的消费者都可以获得来自其他地区商家的产品和服务。每天有无数的人在全世界的每个角落登录上网,在网上进行交易。一方面,电子商务的全球化导致了争端的跨境性,增加了争端解决的难度和成本;另一方面,许多电子商务交易的数额并不大,而跨国法院诉讼需要耗费大量的时间、金钱,诉讼成本很可能超过争端标的额,对于电子商务的参与者无疑是难以承受的负担。而且,电子商务的快捷性使交易者提高了对争端解决程序效率的要求。当在“信息高速公路”上从事交易的当事人发生争端时,如果提供给他们的是争端解决机制仍是“乡间小路”的话,显然不能满足他们的要求。因此,当事人希望通过网络解决电子商务争端的要求就构成了一种社会和市场的需求,并成为制约电子商务发展的关键环节。

其次,电子商务争端从实体法和程序法两方面向司法管辖权提出了挑战。作为一个全球性和开放性的体系,互联网既是一个信息传输渠道,又是一个虚拟的电子空间,电子商务活动模糊了地理疆域的界限。电子商务争端涉及多个国家的管辖争议、实体法选择以及判决的承认与执行等,传统的以地域管辖为基础的管辖权理论面临网络的地域模糊性所带来的挑战,迄今,电子商务争端管辖权原则与实体法适用问题均未获得圆满解决。各国对此问题都十分关注,并积极扩张其管辖权范围,^[7]但尚未形成成熟的理论。^[8]在电子商务交易中,消费交易日益增多,由于涉及消费者保护法、产品责任法之类

“直接适用的法”，经营者和消费者通过意思自律达成的管辖协议效力是不确定的。^[9]因此现阶段在线交易缺乏法律上的可预测性。

第三，电子商务争端特殊性决定了这一领域对ADR的特殊需求。消费者国际联盟(Consumers International[CI])于2000年圣诞节期间对17个国家的电子商务网站进行了在线购物调查，结果显示：只有10%的电子商务业者提供消费争议处理的流程信息。电子商务争端解决机制中的问题如果不能得到及时解决，就会使消费者对自己的利益能否得到充分保护缺乏信心；商家尤其是中小型企业(SME)，也往往对网上交易争端感到棘手。这必然阻碍电子商务的发展。因此，如何有效解决BtoC争端以增强商家与消费者双方对在线交易的信赖，在保护消费者权益与促进电子商务发展间取得平衡，增进消费者和电子商务企业间的相互信任及对电子交易的信心，已成为建立良好的电子商务发展环境的关键，并成为许多国家和政府间组织有关积极促进电子商务发展的法律政策框架的重要内容。

鉴于电子商务争端迫切需要以一种有效、公平、快捷、低成本的机制加以解决，如此，人们会很自然地考虑适用ADR解决电子商务争端，通过诉讼外争端解决方式寻求更有效的权利救济。在美国及其他主要的英语国家，如加拿大和澳大利亚，非在线的诉讼外争端解决机制早已成为传统的经济组织体的一部分，因此迅速扩及电子商务领域，出现了一批在线争端解决系统。近期的发展趋势是消费争议得到越来越多的重视，欧盟关于电子商务、管辖权、消费者保护的多份文件均讨论并鼓励建立和利用解决网上争端的诉讼外方式与消费者救济机制。^[10]欧盟委员会还发布了适用于解决消费者争端的诉讼外争端解决机构的最低质量要求。民间性组织如国际商