

[文章编号] 1009-3729(2013)05-0060-07

在线解决纠纷机制的基本制度研究

——基于民事诉讼对应制度的比较

郑世保

(郑州轻工业学院 政法学院, 河南 郑州 450002)

[摘要] 新型的网络民事纠纷催生了在线解决纠纷机制(ODR)。这种纠纷解决机制的核心价值是依靠“屏对屏”的方式,便捷、便宜、高效地解决纠纷。ODR的价值定位与理念预设和诉讼有很大的不同,因而二者的运行机理有很大的差异:ODR机制中回避的对象范围较窄,需要回避的情形较少,回避的重要性较弱;ODR机制中ODR网站和裁决人一律实行无因回避;ODR机制的裁决过程无法向普通网民公开,民事诉讼公开审判的核心价值无法在ODR机制中移植;ODR机制中应大力推广运行裁决方式,其裁决结果应在保护当事人隐私的基础上尽可能详细公开;ODR当事人在审判组织的构成上仅具有相对的权利;ODR机制实行独任制为主、合议制为例外的原则,无需陪审制度;ODR机制可以借鉴大陆法系民事诉讼发现程序的做法选派裁决人或者由ODR系统管理员来主持完成该发现程序。需要说明的是,ODR的出现并不是为了取代其他纠纷解决机制,而仅仅是当事人面对网络民事纠纷时的另一种选择。随着对网络认识的加深,网络民事纠纷的解决机制会更加多元化。

[关键词] ODR;回避制度;公开裁判制度;审判组织制度

[中图分类号] DF72 **[文献标志码]** A **[DOI]** 10.3969/j.issn.1009-3729.2013.05.010

有人的地方必然有纠纷。网络诞生以后,人类的足迹由实体的物理世界拓展到了虚拟的网络世界。在网络世界里,以网络购物为代表的各类网络民事纠纷呈快速增长趋势。而绝大多数网络民事纠纷的标的额较小、当事人之间的物理距离相对遥远,用诉讼和非诉讼纠纷解决程序(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)来解决这类网络民事纠纷将会遭遇“会面成本高于标的额”等尴尬。为应对网络民事纠纷对诉讼和ADR所带来的挑战,美国人开始尝试利用网络资源来化解网络民事纠纷,以实现“网上纠纷网上解决”的设想。^[1]1996年春季3个试验性的解决网络民事纠纷的网站(The Virtual Magistrate Project、The University of Maryland Online Mediation Project、The University of Massachusetts Online

Ombuds Office)正式运行。这些网站解决纠纷的程序大致为:裁决者在网络上建立一个网站,申请人先把自己的“起诉书”通过网络“起诉”到该网站,网站把该“起诉书”通过网络“送达”给被申请人,被申请人通过网络提交“答辩状”。纠纷解决的其他程序如证据的提交、证据的认证、质证、开庭、合议、判决书的送达等,也依据网络信息技术主要在网上完成。^[2]这种利用网络资源来化解纠纷的机制就是Online Dispute Resolution,英文缩写为ODR,译为“在线解决纠纷机制”。

ODR的出现是民事纠纷解决发展历史上的一次重大变革,是人类由物理世界的“面对面”纠纷解决方式向虚拟世界的“屏对屏”(当事人双方以及裁决人、证人等均在电脑屏幕前)的纠纷解决方式的

[收稿日期] 2013-08-20

[基金项目] 国家社会科学基金项目(12BFX063);司法部国家法治与法学理论研究项目(12SFB2031);郑州轻工业学院博士科研基金资助项目

[作者简介] 郑世保(1969—),男,河南省光山县人,郑州轻工业学院副教授,博士,主要研究方向:诉讼法学、司法制度。

转变。纠纷解决环境的巨大变化势必导致 ODR 与民事诉讼在纠纷解决原则、制度、规范以及其背后的理念等方面出现诸多差异。本文拟选取 ODR 机制中的 3 项基本制度——回避制度、公开裁判制度、审判组织制度——展开研究,以民事诉讼的对应制度作为参照物,从二者对比中展示 ODR 机制在这 3 项基本制度上的个性。

一、ODR 的回避制度

ODR 机制实质上是依靠网络资源、利用现代信息技术来化解纠纷,因此 ODR 的一个重要特征就是利用网络的便捷性在世界各地海选 ODR 裁决人。而当事人、裁决人等 ODR 主体之间的交流也主要依靠电子邮件、电子布告栏、电子聊天室、语音设备、视频设备、网站系统软件等网络信息技术工具。^[3]显然 ODR 这种虚拟环境下的纠纷解决机制在回避制度上自有特色。

1. ODR 回避制度的具体内容

与民事诉讼的回避制度相比较,ODR 的回避制度具有以下明显特征。一是回避的对象范围较窄。ODR 是一个快速、廉价、高效的诉讼外纠纷解决机制,检察院不参与;ODR 一般通过网络把专业技术人员聘为裁决人,因此 ODR 机制中无需鉴定人;ODR 纠纷解决资讯的记录一般是通过信息技术工具来完成的,因此书记员的回避情形也不存在;由于 ODR 网站大多数情形下要求当事人提交指定语言的书面文件进行书面审理,因此 ODR 翻译人员的回避情形也很少。这样 ODR 机制的回避对象一般仅仅是 ODR 网站和 ODR 裁决人。二是需要回避的情形较少。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 44 条的规定,本案的当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属因与本案有利害关系或与本案当事人有其他关系,可能影响对案件的公正审理,因而必须回避。由于 ODR 的裁决人系通过网络在世界各地海选,因此 ODR 裁决人虽然也可能在民事诉讼法第 44 条规定的回避之列,但是这种情形并不常见;在民事诉讼中法院很少由于经济原因回避,而 ODR 机制中的 ODR 网站由于经济原因最有可能需要回避。三是回避的重要性较弱。在民事诉讼中回避是一个重要的程序保障内容,“依法应当回避的审判人员而没有回避的”是再审的一个理由。但是在 ODR 机制中由于当事人、裁决人之间距离遥远,裁决人与当事人一方或双方有亲属、经济、同学关系的可能性很小,因此 ODR 机制回避的重要性较弱。研究 ODR 回避的学术文献很少,而且实务中关于回避的 ODR

规范非常鲜见。如:2006 年 3 月生效的《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》就没有关于 ODR 回避的规定;2009 年 5 月生效的《中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁规则》也没有相关规定。

2. ODR 回避制度的完善

(1) ODR 网站的回避

在民事诉讼中有时也需要法院的回避,这种回避是通过指定管辖或者管辖权转移等管辖制度实现的,而 ODR 机制中 ODR 网站的回避具有自己的个性。

关于 ODR 网站需要回避的情形。由于 ODR 系在虚拟环境中解决纠纷,ODR 网站和当事人在物理距离上具有遥远性,因此由于亲属关系和其他关系导致 ODR 网站回避的可能性较小,在实务中导致 ODR 网站回避的一般是经济关系。ODR 网站除了政府、民间社团设立的公益性 ODR 网站外,大多数是商人设立的企业法人,即以提供纠纷解决服务为内容的服务型企业法人。运行一个 ODR 网站,成本包括服务器租金、主机租金(或电脑设备购买费用)及维养费用、宽频连线费用、纠纷解决软件购买费用以及调解人或仲裁人的劳务费用等。向当事人收取“诉讼费”是 ODR 网站运营费用来源之一,但是网络民事纠纷所涉及的标的额往往不大。如果 ODR 收取的“诉讼费”超过了纠纷对象本身的标的额,那么当事人势必不使用 ODR 机制来解决其纠纷;而如果 ODR 网站收取低廉的“诉讼费”甚至免费,则又无法平衡 ODR 网站的运营成本。于是 ODR 网站向网络企业靠拢,寻求网络企业的赞助以解决其经济困境。^[4]而接受网络企业赞助的一个恶果就是:当该赞助企业成为 ODR 当事人时,人们就会对 ODR 网站的中立性产生怀疑,事实上实务中 ODR 网站向赞助企业低头让步的事时有发生。一个典型案例是:2 位纠纷类同的 eBay 顾客向 eBay 指定的 ODR 网站 BBBOnline 和 TrustE 同时申请纠纷解决,这 2 家 ODR 网站先后做出了裁决书,而 BBBOnline 的裁决书更利于顾客而不利于 eBay。eBay 威胁 BBBOnline 说,如果 BBBOnline 不改变其裁决书,eBay 将退出 Privacy Seal Programs 标章,不再向 BBBOnline 缴纳会员费。出于经济上的压力,BBBOnline 被迫向 eBay 低头,并最终做出了有利于 eBay 的裁决结果。可见,当事人申请 ODR 网站回避是有必要的。

关于 ODR 网站经济问题回避的具体落实。中立性原则是现代程序包括诉讼程序和非讼程序的基本原则,是程序的基石。^[5]ODR 网站也必须独立、中立,不能与任何利益团体有不当的挂钩或瓜葛,否则

就可能危及其中立性。^[6]因此 ODR 网站必须远离使他人对其中立性产生怀疑的资金。关于 ODR 网站接受企业赞助资金产生的回避,笔者提出如下两条解决问题的思路。

一是加大 ODR 网站回避的严格性。ODR 网站应在其官网上明文公示其资金来源,一旦赞助企业成为 ODR 当事人,则对方当事人可以申请该 ODR 网站无因回避,由当事人协议选取另一家 ODR 网站来解决当事人之间的纠纷;ODR 网站发现此种情形时也可以主动回避,退出对该案件的裁决,建议当事人协议选取另一家 ODR 网站来解决纠纷。

二是解决 ODR 网站资金压力,彻底根治 ODR 网站回避的经济诱因。现行的免费 ODR 网站其背后多有政府资金支持或社会公益资金的资助,如 ECODIR 是由欧盟执行委员会及爱尔兰的企业、贸易与劳工部共同予以经费支持的。如果由社会来提供 ODR 网站的运营资金,则其中立性就不会由于经济原因而受到怀疑,从而不需要由于经济原因申请该网站回避。在 ODR 实务中由社会来提供 ODR 运行资金的 ODR 网站很少,所以解决 ODR 网站资金困境的最有可能的办法还是由 ODR 网站设立企业会员,收取赞助企业的会员费。为解决企业赞助资金进驻 ODR 网站后产生的 ODR 网站的中立性受到怀疑的问题,应该针对 ODR 网站的中立性设置内部及外部控制机制,如消费者团体当选董事或是有公正机构定期监督^[7],以使网民对 ODR 网站的中立性产生基本的信任。

(2) ODR 裁决人的回避

由于 ODR 裁决人是在虚拟环境中解决纠纷的,ODR 裁决人虽然存在回避情形的可能性不大,但也并不意味着不存在回避的情形。ODR 裁决人是利用网络对世界各地专业技术人才进行海选的结果^[8],ODR 裁决人与一方当事人间存在亲属关系、经济关系、其他关系等需要回避的情形很少,故 ODR 裁决人的回避是一个备受忽略的问题。《财团法人台湾网络信息中心网域名称争议处理办法实施要点》对此做出了提示性的规范,该《实施要点》第 7 条规定,专家于接受选定前或处理程序进行中,如有可能影响其公平性与独立性之理由,应立即向争议处理机构说明,争议处理机构应指定替代人续行程序。其对于 ODR 裁决人需要回避的具体情形、提出回避的时间、回避的决定权、回避的能否复议等程序均没有规定。

关于 ODR 裁决人回避的具体落实。针对 ODR 机制中裁决人回避存在的“立法”空白,笔者提出以

下措施以落实 ODR 裁决人的回避。一是科学地确定 ODR 裁决人回避的方式和程序。为了增加当事人对于 ODR 裁决人的信任,ODR 裁决人的产生应以当事人合意选择为主,如果当事人无法取得合意,才能由 ODR 系统软件随机选取或者由 ODR 网站指定。另外,笔者建议,对于 ODR 裁决人的回避一律实行无因回避,由当事人提出回避申请报 ODR 网站备案后立即终止裁决人裁决某个案件的资格;当事人申请 ODR 裁决人的回避和 ODR 网站做出的“同意该裁决人回避”的决定,均可以采取电子书面的形式;当事人提出回避申请后该 ODR 裁决人应立即停止本案的工作,除非案件需要采取紧急措施;ODR 裁决人回避以前所进行的工作是否有效,由新的 ODR 合议庭(或独任裁判员)决定。二是详细公示 ODR 裁决人的相关资料。虚拟世界中的 ODR 裁决人的权力更容易被滥用^[9],再加上人们对于虚拟环境中裁决人的天然不信任,必须针对虚拟环境中的 ODR 裁决人设计一种制度,以确保 ODR 裁决人的中立性地位不会被动摇,并使网民能够“看得见” ODR 裁决人的中立性。这些制度主要包括 3 个方面。(1) 裁决人身份的详细介绍。在 ODR 网站上详细介绍裁决人的身份,包括专长、教育经历、工作经历、ODR 培训经历等,特别是该裁决人从事工作的经历(笔者访问的几个中文 ODR 网站,均没有达到这方面的要求)。这些详细信息的公布为当事人申请回避提供制度上的保证。(2) 裁决书的公布。ODR 的裁决书应当在保护当事人隐私的基础上或者在征得当事人同意的基础上在 ODR 网站上予以公布,以接受社会的监督,也迫使裁决人在裁决 ODR 案件中保持中立公正。(3) 裁决人的评分系统。设置一个评价系统,由当事人对 ODR 裁决人予以打分,如果一名裁决人长时间地被多名当事人打了很低的分数,这就应该引起重视,需重新考量其是否具有担任裁决人的备选资格。

二、ODR 的公开裁判制度

民事诉讼中公开审判指的是审理过程和审理结果向群众公开、向社会公开,公开的对象包括向当事人公开和向社会公开两个方面,公开审判的核心内容则是审判过程和审判结果的对社会公开^[10]。而 ODR 机制系在虚拟的网络环境中解决,解决的一般是小额的网络民事纠纷,通常情形下采取电子书面审理,只有当事人申请了才采取网上开庭审理。因此 ODR 机制的公开裁判制度也有自己的特色。

1. ODR 公开裁判制度的具体内容

与民事诉讼的公开审判制度相比,ODR 的公开裁判制度具有以下明显特征。第一,ODR 的裁决过程无法向网民普遍公开,只能向当事人公开。由于网络科技水平的限制以及案件裁决的需要,ODR 的裁决过程只能向当事人公开,无法向网民普遍公开,也即 ODR 的裁决过程不存在向社会公开的问题。即便是当事人,也只能凭借注册账号和密码进入 ODR 程序中。当事人只有进入 ODR 裁决程序以后,所有资讯特别是关于纠纷解决过程的电子记录才能随时向当事人开放。第二,民事诉讼公开审判的价值预设无法在 ODR 机制中兑现落实。根据民事诉讼经典理论实行审判公开,可以使法院的审判置于广大人民群众的直接监督之下;可以带动辩论、回避等各项制度的执行;可以密切法院同群众的关系,增强审判人员的责任感;可以充分发挥审判的教育作用等。^[11]由于 ODR 的裁决过程无法向网民普遍公开,所以民事诉讼公开审判的这些价值预设无法在 ODR 机制中兑现落实。第三,ODR 实行电子书面审理为主、网上开庭审理为例外的原则。为了实现 ODR 机制的便捷、便宜、高效的价值预设,在 ODR 机制中一般是依据当事人双方提交的电子文件进行书面审理,在例外情形下才可能在网上开庭审理。如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第 33 条规定:正常情况下,域名争议解决程序不举行当庭听证(包括以电话会议、视频会议及网络会议方式进行的任何听证),但专家组认为有必要举行且当事人愿意承担相关费用的除外。第四,民事诉讼中不公开审判的案件在 ODR 机制中很少遇到。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 134 条的规定,涉及国家秘密、个人隐私的案件法院不公开审理;离婚案件、涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的也可以不公开审理。这些不公开审理的案件在 ODR 机制中基本不会遇到:由于离婚案件和个人隐私案件均涉及到身份关系,其证明标准较高,故此 ODR 很少受理解决这类案件;涉及国家秘密的案件更不可能由 ODR 机制受理解决;ODR 机制最可能受理的案件只能是涉及到商业秘密的案件。总之,由于在 ODR 机制中审理过程不对社会公开,严格地讲 ODR 机制对案件的审理均是不公开审理。

2. ODR 公开裁判制度的完善

迳行裁决方式应在 ODR 机制中大力推广。在 ODR 机制中,实行电子书面审理为主、网上开庭审理为例外的原则。如《财团法人台湾网络信息中心

网域名称争议处理办法实施要点》第 13 规定:争议处理之程序,以书面审理为原则。但专家小组认为有必要时,不在此限。该《实施要点》第 19 条第 6 项规定:如专家小组认为有必要进行言词审理或其他程序时,在取得当事人同意后,收取所生之费用。此处所谓“必要时”,依据例外从严的法理解释,必须是专家小组从申诉人或注册人所提出之数据无从了解双方之争点,或双方对于争点在书面的叙述难以理解,专家小组即得以采用言词辩论之方式或其他之程序。^[12]不过鉴于实行网上开庭审理会减损 ODR 快速、高效的价值优势,笔者建议可以借用我国二审案件适用的迳行判决方式。迳行判决是介于书面审理和开庭审理之间的一种过渡方式,因为迳行判决仅仅需要询问当事人和证人。^[13]迳行判决这种审理方式无需严格程序的言词辩论,可由 ODR 裁决人与当事人就案情的争点,以一种询问、讨论的方式进行,可避免辩论方式的紧张,免除所有“诉讼参与者”共同参与程序的约束。只有在使用迳行裁决方式后仍无法查清案件事实时,才可以适用开庭审理的方式裁决 ODR 案件。

ODR 信息的公开。事实上,ODR 在公开裁判制度的价值预设上与诉讼一样,均企图通过对纠纷解决过程和纠纷解决结果的公开来达到规制裁判者的目的。相较于民事诉讼,ODR 裁决人更需要监督约束,原因是,为了保证 ODR 机制高效、便捷、便宜价值预设的实现,ODR 机制赋予了裁决人在程序推进和证据收集上更大的权力。如《中国国际贸易促进委员会网上仲裁规则》第 28 条规定:除非当事人另有约定,仲裁庭可以在遵守本规则的前提下,按照其认为适当的方式进行仲裁程序。第 31 条规定:仲裁庭认为必要时,可以就案件所涉及的相关问题向电子商务服务提供商、物流配送公司及支付银行等机构调查事实,收集证据。但是由于 ODR 无法通过公开裁决过程来对裁决者进行制约规范,因此必须创立 ODR 自我特色的公开裁决制度,其中一项重要内容就是把与纠纷解决的有关信息在 ODR 网站上予以详细公布,以保证当事人对于 ODR 网站和裁决人的提前监督。笔者认为,需要公开的有关信息包括以下几方面:(1)ODR 网站的信息。如 ODR 网站的合伙人、投资人、资金来源、隶属部门等关键信息必须在 ODR 网站上予以公布。(2)ODR 裁决人的信息。如调解人和仲裁人的资质、证书及经历、解决纠纷的领域专长、擅长的语言等。(3)ODR 纠纷解决的流程。如关于注册、进入 ODR 裁决程序的流程以及不会操作这些流程的辅导内容。(4)ODR 网站的

安保措施。如 ODR 网站对当事人隐私权的保障措施、ODR 纠纷解决资讯记录保存的方法以及使用的范围等。^[14] (5) ODR 网站业绩的公布。如历年受理案件数、案件解决的成功率、处理案件的平均时间、裁决结果自愿履行的案件数、当事人不服 ODR 裁决结果向法院起诉的案件数、法院维持 ODR 裁决结果的案件数等。但是根据笔者的调研,这些需要公开的有关信息在绝大多数 ODR 网站上并没有公布。

ODR 裁决结果的公开。相较于民事诉讼审判结果的公开,ODR 裁决结果的公开更具有重要意义。因为普通网民无法介入 ODR 的纠纷解决程序,容易导致舆论压力真空、程序参与者缺乏监督,最终导致 ODR 裁决结果的质量下降。作为弥补,在个案解决后,ODR 网站应该在保护当事人隐私的基础上,在自己官网上把 ODR 裁决结果予以公开。关于 ODR 裁决结果在互联网上向普通网民的公开,在实务中落实得并不好。根据国际消费者协会(Consumers International) 2001 年的调查,当年有 29 家 ODR 网站提供 ODR 服务,仅有 5 家对于其裁决结果予以公开。ODR 发展到今天,大多数 ODR 网站仅仅对于网站设立人、裁决人的资料以及案件受理数、成功化解案件数予以公布,而对于每个案子的裁决结果并没有公布。如中国国际经济贸易仲裁委员会域名纠纷解决中心就没有公布每个案子的裁决结果。但是有些 ODR 网站已经开始进行这些工作,如我国台湾地区解决域名纠纷的 ODR 网站——科技法律中心网站,在自己的网站上详细地公布了受理的每一件案子的当事人双方名称、裁决人、案情、裁决依据、处理结果、当事人是否向法院起诉(包括一审结果)、当事人是否向法院上诉(包括二审结果)。科技法律中心网站还把从创立至今历年所做的在线仲裁判断集结成了资料库,供纠纷当事人以及仲裁人、普通网民在网上随时查阅。ODR 裁决结果的公开对裁决者容易形成舆论压力,迫使其认真办案,这就非常有助于当事人权益的保障;而且 ODR 裁决结果的公开还将产生一种裁决先例的约束力,增强判断的一致性,最终形成 ODR 纠纷解决的实体规则;公开的 ODR 裁决结果可以供公众自由浏览查询,这将取得潜在当事人的信任,提高网站的信誉度,提升该网站被选用的可能性。ODR 裁决结果的公开也有负面作用,主要表现为对当事人商业机密以及隐私权的破坏,特别是网络的开放性、传播广泛性将给当事人带来更大的伤害。如果不解决当事人的隐私保护问题,当事人可能担心自己的隐私受到侵犯而放弃对 ODR 机制的使用。ODR 裁决结果的公开性

与保密性是矛盾的统一体,因此协调好二者的关系就显得非常重要。^[15] 为解决该难题,ODR 网站在公布 ODR 裁决结果之前,必须取得当事人的明示同意,以确保所有当事人对于 ODR 隐私保密的信任。

三、ODR 的审判组织制度

民事诉讼的审判组织是指法院审判案件的组织形式。一般认为审判组织有独任制、合议制两种形式,但也有学者认为审判委员会也属于审判组织。笔者认为,由于价值定位的原因,ODR 机制中不可能存在审判委员会,只有独任制和合议制两种纠纷解决组织。ODR 这种虚拟环境下的纠纷解决机制在审判组织制度上存在着自我特色。

1. ODR 审判组织制度的具体内容

与民事诉讼的审判组织制度相比较,ODR 的审判组织制度具有以下明显特征:第一,当事人在审判组织的构成上具有相对的权利。ODR 当事人在审判组织的构成上所享有的权利既不同于诉讼也不同于仲裁。首先,在独任制还是合议制的选用上,ODR 当事人具有绝对的权利。但是如果 ODR 当事人选择了独任制,则由 ODR 网站直接指定裁决人而不是由当事人双方协议选取,这主要是考虑到 ODR 快速解决纠纷的需要,防止程序的拖延。如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第 22 条规定:如果投诉人和被投诉人均未选择 3 人专家组,域名争议解决机构将在收到被投诉人答辩或答辩期限届满后 5 日内从其专家名册中指定 1 名专家成立独任专家组。其次,在合议制成员的构成上当事人仅具有有限的权利。^[16] 如果 ODR 当事人双方有一方选用合议制的,则使用合议制来解决纠纷。而在合议制的构成上,则由当事人双方各自提供 3 名专家,由争议解决机构从这 3 名专家中各选取 1 名专家作为合议庭成员,第 3 名专家则由 ODR 网站从其专家名单中直接指定。ODR 合议制成员的产生显然不同于仲裁机制,根据《中华人民共和国仲裁法》第 31 条规定:当事人约定由 3 名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定 1 名仲裁员,第 3 名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第 32 条规定:当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的,由仲裁委员会主任指定。第二,ODR 机制实行独任制为主、合议制为例外的原则。合议制是民事诉讼中常态化的一种审判组织,而独任制则是一种特殊情形下的审判组织。ODR 机制实行独任制为主、合议制为例外的

原则,如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第22条规定:如果投诉人和被投诉人均未选择3人专家组,域名争议解决机构将在收到被投诉人答辩或答辩期限届满后5日内从其专家名册中指定1名专家成立独任专家组。之所以这么规定,除了ODR机制追求纠纷解决的效率外,还由于ODR机制一般是对当事人双方提交的诉讼文件、证据进行书面审理。如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》33条规定:正常情况下,域名争议解决程序不举行当庭听证(包括以电话会议、视频会议及网络会议方式进行的任何听证),但专家组认为有必要举行且当事人愿意承担相关费用的除外。第三,ODR机制无需陪审制度。民事诉讼中引入陪审员的目的是:通过陪审员制度,实现人民群众直接参与国家管理;利用陪审员的技术优势,实现审理的正确化。^[17]而ODR不像诉讼那样,承载了那么多的目的和价值。首先ODR就是为了解决纠纷而存在的,通过陪审员来管理国家的目的在ODR机制中不存在;其次ODR利用网络信息技术很容易把世界各地的各类专业技术人才吸收为裁决人。因此诉讼中引入陪审员的两个目的在ODR机制中均不存在,在ODR机制中不需要陪审员参加。另外ODR机制像ADR机制一样没有上诉制度,因此ODR也没有二审审判组织。

2. ODR 审判组织制度的完善

第一,明确规定ODR裁决人的条件。裁决人作为审判组织的构成人员对于审判结果的质量具有重大的意义,而现行的大多数ODR规范对于ODR裁决人的条件并没有详细规定。笔者认为,ODR规范对裁决人的条件应提出明确要求。(1)ODR裁决人必须具有中立性。可以通过ODR裁决人的履历,也可以通过其他途径查清该裁决人是否具有中立性。^[18](2)ODR裁决人应具有基本的职业道德。应允许当事人充分陈述意见,如果由于网速等原因无法清楚地听懂当事人的意见,应允许当事人重新陈述,甚至在必要的时候运用实体世界的通讯工具来完整听取当事人的陈述。(3)ODR裁决人应具有专业性。在挑选ODR裁决人时,应该注意让各个行业的专业人才进入ODR裁决人名单以供当事人选择。而根据中国国际经济贸易仲裁委员会域名仲裁员名单来看,其专家以法律专家为主,其他领域的专家几乎没有,这是不符合ODR裁决人专业资质多元化要求的。(4)ODR裁决人应较为熟悉网络世界,能很好地理解网络空间发展习惯和相关法律。

第二,规范ODR裁决人产生的程序。ODR裁

决人的产生、考核在现阶段均由ODR网站来进行,笔者认为这样做是不严肃的。笔者拟对ODR裁决人的产生程序作出以下规范:(1)由省级司法行政部门或其他有公信力的组织来负责对裁决人的培养、认证、评价、监督,以保证裁决人的品质。(2)成立ODR裁决人培训机构。ODR裁决人应取得相应的资格证明^[19],但不以取得司法资格证明为限制条件。为此应成立培训机构对裁决人进行必要的培训,其中调解人经大约2周的培训即可,而在线仲裁人的培训时间则需要长一些,大约为18个月。(3)允许当事人在ODR裁决人名单外选用裁决人。为了取得当事人的信任,加快纠纷解决程序,应允许当事人在裁决人名单外协议选用裁决人,如果ODR网站没有发现该裁决人有不适合于裁判本案的情形,应同意当事人的选择。

第三,协调ODR审判组织组成的迅速性与公正性的冲突。为了追求ODR纠纷解决的快速,ODR往往规范赋予ODR网站在审判组织的构成上过大的权力。如《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第25条规定:如果投诉人或被投诉人之一方选择3人专家组,域名争议解决机构应当分别从投诉人和被投诉人各自提供的3位候选专家名单中指定1名专家。如果域名争议解决机构无法在5日内按照惯常条件从某一方当事人选择的专家中指定1名专家,则域名争议解决机构将自行从其专家名册中予以指定。第3名专家应当由域名争议解决机构从其专家名单中指定。第3名专家为首席专家。第26条规定:如果投诉人选择1人专家组,域名争议解决机构应当从其专家名册中指定1名专家;如果投诉人选择3人专家组,在可能的情况下,域名争议解决机构应当从投诉人提供的3位候选专家中指定1名专家,从其专家名册中指定第2名专家和首席专家。笔者认为,赋予ODR网站过大的权力容易导致其中立性的丧失,使当事人对ODR裁决人失去信任。笔者建议,应要求ODR当事人在一定期限内提出裁决人人选,如提不出才可以由ODR网站指定。为此可以将《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第25条修改为:……第3名专家应当由当事人协商选任或者由当事人委托纠纷解决机制选任,当事人无法在5日内按照上述条件选任出第3名专家的,由域名争议解决机构从其专家名单中指定。对《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》第26条修改为:如果投诉人选择1人专家组,该专家应当由当事人协商选任或者由当事人委托纠纷解决机制选任,当事人无法

在5日内按照上述条件选任出专家的,由域名争议解决机构从其专家名单中指定。

第四,ODR审前组织的构成。由于ODR机制受理的案件标的额一般都很小、案情也比较简单,大多数情形下没有必要启动审前的发现程序。但假如ODR网站受理了一些比较复杂的案件,启动审前发现程序就很有必要。笔者认为,ODR机制应当借鉴大陆法系的发现程序,因为大陆法系是在法官主持下完成发现程序的^[20],ODR网站可以借鉴此种做法选派裁决者或者由ODR系统管理员来主持完成该发现程序,进而实现发现程序的目的。英美法系的发现程序主要由当事人双方来自主完成^[21],而ODR机制是在当事人双方没有直接会面的情形下解决纠纷的,因而使用英美法系的发现程序很难实现发现程序的目的。^[22]

四、结语

当人类的足迹迈入虚拟的网络世界后,新型的网络民事纠纷催生了ODR机制。这种纠纷解决机制的核心价值就是依靠“屏对屏”的方式,便捷、便宜、高效地解决纠纷。这样ODR的价值定位与理念预设和诉讼就有很大的不同,因而二者的运行机理有很大的差异。本文仅仅以诉讼的基本制度为主线,对比了二者在回避制度、公开裁判制度、审判组织制度上的异同。需要说明的是,基本制度上的差异并不能说明谁优谁劣,而只是说明了每种纠纷解决机制既有存在的价值,又有无法避免的缺陷。显然,现代诉讼的一些基本原则如审判公开、直接听审、审判集中以及言词辩论等,无法在ODR机制中实现,实质上我们并不需要全部移植诉讼的原则制度,正是由于ODR机制与诉讼机制在一些原则制度上的差异,才使ODR机制的价值优势得以充分发挥。ODR的出现并不是为了取代其他纠纷解决机制,而仅仅是当事人面对网络民事纠纷时的另一种选择。我们坚信随着对网络认识的加深,网络民事纠纷的解决机制一定会更加多元化,现有的网络纠纷解决机制一定也会多层次化。这些多元化、多层次化的网络民事纠纷解决体系将逐步满足实践的需要、满足人类化解矛盾的需要。

[参 考 文 献]

- [1] Ethan Katsh, Janet Rifki. Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace [M]. San Francisco: Jossey-Bass Press, 2001: 47.
- [2] Sarah Rudolph Cole, Kristen M Blankley. Online media-
- tion; where we have been, where we are now, and where we should be [J]. The University of Toledo Law Review, 2006(38): 195.
- [3] 何其生. 电子商务的国际私法问题 [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 295.
- [4] 邓杰. 电子商务法研究——以争议解决为中心 [M]. 兰州: 兰州大学出版社, 2008: 259.
- [5] [日] 谷口安平. 程序的正义与诉讼 (增补本) [M]. 王亚新, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 18.
- [6] 郭玉军. 网上仲裁的现状与未来 [J]. 法学评论, 2003(2): 36.
- [7] 李虎. 网上仲裁法律问题研究 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2005: 89.
- [8] 贺旭红. 国际间网络仲裁裁决的承认与执行 [J]. 甘肃政法学院学报, 2006(6): 135.
- [9] Colin Rule. Online Dispute Resolution for Business [M]. San Francisco: Jossey-Bass Press, 2002: 85.
- [10] 邱联恭. 司法之现代化与程序法 [M]. 台北: 三民书局, 1992: 167.
- [11] 常怡. 民事诉讼法学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992: 51.
- [12] 陈剑钊. TWNIC 网域名称争议处理机制与我国民事诉讼制度之比较研究 [D]. 高雄: 国立高雄第一科技大学, 2009.
- [13] 田平安. 民事诉讼法原理 [M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2005: 281.
- [14] [美] 罗森诺. 网络法 [M]. 张泉彤, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 368.
- [15] Llewellyn Joseph Gibbons. Private law: public justice; another look at privacy, arbitration and global e-commerce [J]. Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2000(15): 769.
- [16] 高兰英. 网上仲裁的若干法律问题 [J]. 学术论坛, 2008(1): 144.
- [17] 江伟. 民事诉讼法 [M]. 北京: 法律出版社, 2007: 56.
- [18] Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz. Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice [M]. Hague: Kluwer Law International Publishers, 2002: 114.
- [19] 肖永平. ODR: 解决电子商务争议的新模式 [J]. 中国法学, 2003(6): 155.
- [20] 杨立新. 中国民事证据法研讨会讨论意见综述 [J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2000(6): 10.
- [21] 汤维建. 美国民事司法制度与民事诉讼程序 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2001: 226.
- [22] Lucille M Ponte, Thomas D Cavenagh. CyberJustice: Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce [M]. Upper Saddle River: Pearson Prentice Hall Press, 2004: 33.