



大会

Distr.: Limited
5 September 2013
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第三工作组（网上争议解决）
第二十八届会议
2013 年 11 月 18 日至 22 日，维也纳

跨境电子商务交易网上争议解决：程序规则草案

哥伦比亚、洪都拉斯、肯尼亚和美国政府的提案

秘书处的说明

目录

	段次	页次
一. 导言	1	2
二. 哥伦比亚、洪都拉斯、肯尼亚和美国政府的提案		2



一. 导言

1. 在联合国国际贸易法委员会第四十六届会议之后，哥伦比亚、洪都拉斯、肯尼亚和美国政府向秘书处提交了以下案文，现将该案文按照秘书处收到的原样转载如下。

二. 哥伦比亚、洪都拉斯、肯尼亚和美国政府的提案

以下文件由哥伦比亚、肯尼亚、洪都拉斯和美国代表团为贸易法委员会第四十六届会议编写。由于委员会未处理实质性事项，因此商定在工作组下届会议上处理提案的实质内容。

网上争议解决

哥伦比亚、洪都拉斯、肯尼亚和美国代表团提交的材料

一. 摘要

2010 年，委员会设立了一个新的网上解决工作组，任务是“在与跨境电子商务交易（包括企业对企业和企业对消费者交易）有关的网上解决争议领域开展工作。”¹据指出，“贸易法委员会在该领域开展任何工作，目标都应当是拟订通用规则，在与贸易法委员会各项文书（例如《电子商务示范法》）采取做法相一致的情况下，能够同时适用于企业对企业和企业对消费者的情况。”²

在委员会 2012 年届会上，发展中国家和发达国家均认为，《规则》需要就终局且有约束力的仲裁裁决作出规定。委员会专门指示第三工作组审议“《规则》如何响应发展中国家和面临冲突后局势国家的需要，尤其是需要将仲裁阶段作为程序的组成部分”，并就此提出报告；³委员会闭会期间第三工作组举行了两次会议，但并未审议这些问题并就此提出报告。

相反，工作组决定基于一个区域组的提案继续讨论，该提案为域外适用其国内法提供便利，限制商家在跨境电子商务交易中自由订立网上仲裁协议。⁴该提案在网上商家如何遵守《规则》以及预期当事各方在哪个法院解决争议方面造成严重问题。

工作组上届会议上提议的对《规则》的修订不会创建便利小微企业通过电子商务进入国际市场的法律环境，因为有关法律管辖权的不同概念互不兼容，以及通过法院解决货量大、价值低跨境争议实际上并不可能。《规则》不应当仅仅

¹ 联合国国际贸易法委员会第四十三届会议报告（2010 年 6 月 21 日至 7 月 9 日），联合国文件 A/65/17，第 257 段。

² 同上，第 253 段。

³ 联合国国际贸易法委员会第四十五届会议报告（2010 年 6 月 25 日至 7 月 6 日），联合国文件 A/67/17，第 79(a)段。

⁴ 欧洲联盟观察员代表团的提案，联合国文件 A/CN.9/WG.III/WP.121（2013 年 5 月）。主席确定“该提案所有部分均放在方括号内供进一步审议，与该提案有关提出的关切也需进一步处理。”第三工作组（网上争议解决）报告（2013 年 5 月 20 日至 24 日，纽约），联合国文件 A/CN.9/769，第 43 段。将在第六节对该区域组提案作详细讨论。

反映本区域当事方可得到司法救济、区域外当事方却得不到司法救济的特定区域的国家的观点。

我们请委员会再次指示工作组就以下事项提出报告，即《规则》需要将终局和有约束力的仲裁包括在内，尤其是对于来自基本法律框架缺乏或无效的欠发达国家、发展中国家和冲突后局势中国家的当事方而言。我们还请委员会工作组处理以下因素：

1. 《规则》应便利小微企业通过电子和移动商务切实进入国际市场；
2. 《规则》应当承认传统司法机制并非解决跨境电子商务争议的选项；
3. 《规则》应当提供简单明了的程序，其中包括争议的网上仲裁，以便卖方不能回避对不满意的买方的责任；
4. 网上裁决可以且应当根据《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）得到承认和执行，但单凭该机制还不够；
5. 有些国家的国内法要求通过法院解决争议，因而禁止网上解决制度针对其他国家的当事方有效发挥作用，《规则》不应当赋予这些国内法以域外效力。

我们还请求将 2013 年秋季网上争议解决（网上解决）会议安排在仲裁会议之后，以便利利用网上解决会议的部分时间讨论拟议的《网上解决规则》与国际仲裁法律和实践是否一致的问题。⁵请各国让仲裁专家同网上解决专家一道参加其代表团，以便利讨论。⁶

二. 《规则》应便利小微企业通过电子和移动商务切实进入国际市场

我们曾分别强调，创建便利小微企业通过电子和移动商务切实进入国际市场的法律环境至关重要。⁷如同无数研究所表明，未来的经济增长和商业发展与互联网和电子商务密不可分。贸易法委员会发现，“推动电子商务增长的一个主要动力是，上网人数不断增加。”⁸2013 年小额金融学术讨论会报告得出如下结论：“过去十年互联网使用率呈现爆炸式增长”：

⁵ 仲裁会议暂订于 9 月 16 日至 20 日在维也纳举行。这就意味着将网上解决会议的暂订会期从 11 月 18 日至 22 日改到 9 月 23 日至 27 日。暂订 9 月 23 日至 27 日在维也纳举行一次工作组会议，但还没有分配具体项目。

⁶ 在工作组第二届会议上，“指出关于是否牵涉《纽约公约》的任何讨论必须考虑到第二工作组（仲裁和调解）的建议和审议情况。”第三工作组（网上争议解决）报告（2013 年 5 月 23 日至 27 日，纽约），联合国文件 A/CN.9/721，第 18 段。贸易法委员会不时举行处理两个法律专业领域重叠事宜的会议。例如，2008 年委员会授权秘书处第五工作组（破产）和第六工作组（担保权益）一前一后举行会议时举办一次联合讨论，讨论破产对知识产权担保权的影响。联合国国际贸易法委员会第四十三届会议报告（2008 年 6 月 16 日至 7 月 3 日），联合国文件 A/63/17，第 326 段。

⁷ 哥伦比亚政府的提案，联合国文件 A/CN.9/790，第 7-8 页（2013 年）；美国政府关于贸易法委员会今后工作的提案，联合国文件 A/CN.9/789，第 7 页（2013 年）。

⁸ 秘书处的说明：在跨境电子商务交易网上争议解决方面今后可能开展的工作，联合国文件 A/CN.9/706，第 9 段（2010 年）。

过去 10 年，非洲的互联网使用率增长近 3,000%，中东增长近 2,250%，拉丁美洲增长 1,200% 以上（例如，在接入互联网人数方面，巴西排名世界第五位，墨西哥排名第十二位，哥伦比亚排名第十八位），亚洲增长近 800%。全球而言，过去 10 年互联网使用率增长 528%：现在世界人口的大约三分之一接入了互联网。到 2016 年该数字有望提高到 47%。⁹

不管是在发展中国家还是在发达国家，小微企业都是推动经济增长和帮助创造就业机会的关键因素。在任何数字经济的扩展中，小微企业属于主要受益者，因为互联网具有便利这些企业更快地融入和参与全球经济的潜力。

消费者通过网上市场能够接触到有竞争力的产品和价格，因而极大地受益于国际电子商务的发展。我们几个国家的政府如同每个国家的政府一样，也想确保消费者在跨境电子交易中得到妥善保护。正如工作组得出结论：“消费者保护不仅是地方性问题，也是区域性和国际性问题，网上解决可通过促进区域内部包括冲突后国家之间和发展中国家的互动和经济增长，而在消费者保护方面发挥积极作用。”¹⁰

不过，互联网商务仍然面临巨大挑战：为使小微企业切实进入全球电子商务市场，必须创建有利的法律环境，增进对跨境电子商务交易的信任并提供有利于贸易的无缝制度。要赢得消费者和商家信任，从而增加对跨境电子商务的使用，一个关键因素是获得公正处理的机会。网上解决项目基于以下假设，即此类交易中仅仅诉诸法院的机会并不能切实提供获得公正处理的机会，系统必须提供有效、低成本的解决争议手段，尤其是在网上交易的另一当事方位于别的国家时。

贸易法委员会不处理此类关切将限制跨境电子商务今后的增长，尤其是对消费者选择和新兴创业企业有负面影响。¹¹

三. 传统司法机制并非解决跨境电子商务争议的选项

委员会在 2010 年设立网上解决工作组之时赞同这样的观点，即“关于法律追索的传统司法机制没有为跨境电子商务争议提供适当的解决办法，而适当的解决办法——跨境迅速解决和执行争议——可能在于有一个全球网上争议解决系统，处理价值低、货量大的企业对企业和企业对消费者争议。”¹²

一些文书采取偏好仲裁的政策，如 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》、《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》和《纽约公约》，该政策基于以下事实，即国际仲

⁹ 秘书处的说明：小额金融：为微型企业和中小型企业创建有利法律环境，联合国文件 A/CN.9/780，第 52 段（2013 年）。

¹⁰ 第三工作组（网上争议解决）报告，（2012 年 5 月 21 日至 25 日，纽约），联合国文件 A/CN.9/744，第 132(c) 段。

¹¹ 根据欧盟市场调查的结论，通过跨境电子商务，理论上欧盟消费者可节约大量成本，增加产品选择。但是，欧盟发现多数跨境电子商务订单以失败告终（61%），因为商家拒绝面向消费者所在国提供服务，或者不能提供跨境支付的便利。见欧盟委员会市场调查，查阅网址：http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/market_studies/e_commerce_study_en.htm。

¹² 委员会第四十三届会议报告，前注 1，第 254 段。

裁增加而非减少参与国际交易的当事方利用争议解决机制的机会。各国保证获得司法救济的机会的观念必须结合以下情况看待，即不同国家的法院主张纷纷主张管辖权，以及在跨境争议中存在各种管辖权、法律选择和执行方面的难题。¹³

在涉及外国供应商的货量大、价值低跨境消费者交易中，寻求和获得司法救济面临的此类障碍进一步增加。如同工作组所认识到，“现在还没有一项就跨境执行法院裁决作出规定的国际条约，从而凸现了在网上解决程序中作出有约束力裁决的重要性。”¹⁴在 2005 年《关于法院选择协议的海牙公约》（尚未生效）中，各国最终就企业对企业交易中跨境执行司法判决达成一致意见（其中涉及法院选择协议），但企业对消费者交易被排除在外，因为对于哪个法院（即商家法院或消费者法院）对电子商务交易当事方享有有效管辖权有所担心。海牙会议常设局认为网上交易争议与其他争议有所不同：

商界和其他互联网用户……担心不得不面对多个法域的诉讼，却无法缩小如此广泛的管辖权主张的范围，因为网站在全球范围内传播，实际上不可能肯定地判断消费者位于何地。与此密切相关的是每个法域适用自身的法律选择规则，……从而使电子商务企业和互联网用户受多种可能相互冲突的法律框架的制约……用户必须随时了解无数法域所有此类新的[法律]动态，尤其感到不堪重负……许多国家仍在决定哪种做法更为可取[即商家法院还是买方法院]，其中一些考虑取决于例如网上争议解决技术的发展，此种技术可能提供可行的替代办法，使消费者能够获得有效救济。此外，互联网可能要求立法者重新评价适用于消费者和企业的传统法律理论，这些理论以假定的议价能力差异为基础。互联网企业可能规模很小，而互联网消费者可迅即从网上获得大量信息、非常复杂的分析工具和多种选择，当事双方孰强孰弱并不总是显而易见。消费者可强行作出法律和争议解决地选择这一点也许要重新考虑。¹⁵

工作组也承认，不大可能发生以下情况，即电子商务外国供应商愿意接受在消费者法域诉讼，在该法域拥有可用来为消费者提供有效救济的资产，或者来自承认并执行消费者本国法域作出的司法判决的国家（即使发生这样的情况，成

¹³ 见 Born,《国际商事仲裁》，第 577-579 页（2009 年）。

¹⁴ 工作组 2012 年 5 月报告，前注 10，第 119 段。

¹⁵ 海牙会议常设局，互联网对判决的影响项目：关于未来的思考，2002 年 2 月初步文件第 17 号，第 8-11 页，查阅网址：http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd17e.pdf（脚注省略）。

本也不大可能不让货量大、价值低案件中的消费者望而生畏。¹⁶而且，如果外国供应商同意（或被要求）在买方法院就争议进行诉讼，将使国内或区域生产商享有很大竞争优势，这些生产商能够以低得多的成本在本国法院（或者在有些法域通过区域小额索赔法庭）就争议进行诉讼。不管怎么说，正如委员会2012年届会指出，有40亿人缺乏获得司法救济的途径，更别说在《网上解决规则》打算适用的跨境电子商务交易中获得司法救济了。¹⁷

四. 《规则》应当提供简单明了的程序，其中包括争议的网上仲裁

全球贸易依赖贸易法委员会现有文书，如《贸易法委员会仲裁规则》、《贸易法委员会商事仲裁示范法》和《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》），使大小规模的交易得以进行，包括企业对企业交易和企业对消费者交易。从一开始就设想，贸易法委员会应当制定一套简单的通行规则，这些规则类似于贸易法这些现有文书，但要适应价值低、货量大电子商务争议的网上解决的情况。¹⁸早在第一届会议上，“就一致认为仲裁是网上解决程序的一个必要补充部分（因为没有仲裁，前面几个阶段未解决的案件就无法得到最终解决），但几个代表团敦促，在任何网上解决中，多数争议需要在付诸仲裁之前就得到解决，以便仲裁仅出现在其他方式无法解决的少部分案件中。”¹⁹

在工作组2012年11月届会上，压倒性观点又是《规则》应当以与2010年《贸易法委员会仲裁规则》和《纽约公约》一致的方式，就终局和有约束力裁决作出规定。²⁰尽管如此，仍有一个区域组声称“设计网上解决全球标准的最简单办法可能是……制定不以仲裁为模式的网上解决程序。”²¹恰恰相反，正如在委员会2012年届会上所解释：

¹⁶ 例如，见第三工作组（网上争议解决）报告（2010年12月13日至17日，维也纳），联合国文件A/CN.9/716，第16段。在许多法域，包括在哥伦比亚、肯尼亚、洪都拉斯和美国，企业对消费者交易中争议解决地选择条款在下述情况下通常可以执行，即这些条款得到适当披露，且并非不公正、不合理。见美国对关于制定管辖权和适用法公约和示范法的建议的答复，第3页（2011年），查阅网址：http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_consumer_protection_brazil_joint_proposal_Comments_United_States.pdf。另一些法域可能有不允许在消费者电子商务交易中采用争议解决地选择条款的绝对规则。见2000年12月22日关于管辖权和承认并执行民事和商事判决的理事会条例（欧洲理事会）第44/2001号条例（《布鲁塞尔条例一》），查阅网址：http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133054_en.htm。与欧洲联盟境内商家交易的消费者或许能够根据《布鲁塞尔条例一》跨境执行判决。

¹⁷ 秘书处的说明：影响小额金融的部分法律问题，联合国文件A/CN.9/756，第24段（2012年）。在工作组届会上，“还强调确保程序规则适应发展中国家的情况的重要性，在这些国家，缺乏金融知识的中小企业可能是申请人，在缺乏有效司法救济的情况下，网上解决可能是此类申请人可以采用的唯一选择。”工作组2011年5月报告，前注6，第93段。

¹⁸ 工作组2010年12月报告，前注16，第17段。

¹⁹ 同上，第30段。此外，“一致认为仲裁裁决应是终局裁决，具有约束力，不得对争议实体提出上诉，裁决作出后不久即应执行。”同上，第99段。

²⁰ 第三工作组（网上争议解决）报告（2012年11月5日至9日，维也纳），联合国文件A/CN.9/762，第26-30、34-35段。

²¹ 欧洲联盟观察员代表团的提案，前注4，第7页。

全球网上争议解决系统必须允许以仲裁方式作出有约束力的终局裁决，这样的系统可给发展中国家和冲突后局势中国家带来很大益处，原因有以下几点：

(a) 该系统将通过提供高效、低费和可靠的争议解决办法，增进获得公正处理的机会，因为在许多情况下，不存在受到信任和运作良好的司法机制来处理跨境电子商务交易产生的争议；

(b) 反过来这将有助于经济增长和跨境商务发展，使此类交易的当事人对其争议得到公平、及时的处理抱有信心；

(c) 该系统将使发展中国家的中小企业有更多机会进入外国市场，并在产生争议时，减少它们在与其他国家可得到更多法律和司法资源并且商业上更老练的当事方打交道时所处的劣势。²²

简言之，鉴于无法跨境得到适当的法院救济，以有约束力的仲裁为“后盾”的网上解决平台可有力地激励当事方实现自愿解决。在贸易法委员会网上解决下，多数案件将通过谈判或协助下调解得到友好解决。未得到友好解决的，当事方需要仲裁这一选项。有约束力的仲裁确保消费者对商家的索赔得到适当尊重，从而为消费者提供保护。与此同时，有约束力的仲裁也可防止手段高超、花招多端的互联网骗子冒充“消费者”进行购买的欺诈行为，从而为发展中国家的商家提供保护。²³

五. 网上裁决应当根据《纽约公约》得到承认和执行， 但单凭该机制还不够

在谈判一开始，“普遍的共识是可以假定《纽约公约》将适用于企业对企业和企业对消费者跨境争议网上解决案件中仲裁裁决的执行，但单凭该机制还不够……”²⁴上述区域组现在宣称，“此种程序中作出的仲裁裁决是否能够根据1958年《纽约公约》得到执行是有疑问的。”²⁵

恰恰相反，程序确实提供了通过《纽约公约》得到承认和执行的必要条件。在这方面，贸易法委员会认识到电子商务的使用日益广泛，2006年通过了一项关于根据《纽约公约》执行的必要条件的解释的建议。²⁶特别是，贸易法委员会建议，界定“书面协议”的《纽约公约》第二条第2款应予灵活适用，因为“认识到”，考虑到完全在网上订立的仲裁协议，“其中所述情形并非详尽无遗。”此外，贸易法委员会建议各国通过经修订的《贸易法委员会国际商事仲

²² 工作组2010年12月报告，前注3，第76段。

²³ 如果只提供调解，被申请人（视情况包括商家或消费者）将有动力对申请人开出价值不大的条件，“爱接受不接受”，他们知道受伤害的一方除了接受该条件没有有意义的备选办法，因为得不到法院救济。仲裁将提供一种备选办法，防止出现这种不平等的议价状况。

²⁴ 工作组2010年12月报告，前注16，第98段。

²⁵ 欧洲联盟观察员代表团的提案，前注4，第3页。

²⁶ 2006年——关于《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958年，纽约）第二条第(2)款和第七条第(1)款的解释的建议，查阅网址：http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html。

裁示范法》第 7 条，其中专门承认电子通信可能满足仲裁协议的书面形式要求，电子通信包括但不限于电子数据交换、电子邮件、电报、电传或传真。²⁷网上解决工作组曾要求基于《电子商务示范法》所载贸易法委员会现行标准，在规则草案中添加“书面形式”、“签字”和“电子签字”的定义。²⁸裁决以书面形式作出并由中立人签名，这项要求以《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 31 条第(1)款为基础。²⁹

一旦这些要求得到满足，我们认为网上解决的裁决即能够而且应当按照《纽约公约》得到执行。当然，正如秘书处所指出，《公约》（以及《贸易法委员会电子商务示范法》和《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》）是否适用于任何具体的电子商务争议，将取决于仲裁地的法律。但是，如果贸易法委员会制定一种仲裁制度，该制度产生的仲裁裁决不能如此执行，这种情况是反常的，并将间接对《纽约公约》造成损害。这种情况也将损害拟由贸易法委员会建立的网上解决制度的主要目的——建立一套有效、高效的用于解决所有货量大、价值低网上交易中的争议的程序规则。

该区域组还坚持认为，即使假设裁决可以执行，“但若认为价值低、货量大交易中作出的仲裁裁决真能够根据 1958 年《纽约公约》得到跨境执行，则未免不切实际……如果被申请人居住地或资产所在地的司法系统不完善的话。”³⁰显然，工作组在得出以下结论时已经认识到这一点，即《纽约公约》将适用于企业对企业和企业对消费者争议网上解决案件中仲裁裁决的执行，“但单凭该机制还不够……”³¹工作组报告指出，“随后的讨论集中于可用来以更加实用、迅速的方式执行裁决的其他选择”：

一种选择是重视使用信誉标记，依赖商家遵守信誉标记下的义务。另一种选择是要求对商家进行认证，商家承诺服从针对它们作出的网上解决裁决。在这方面，指出收集表明裁决在多大程度上得到遵守的统计数据是有益的。最后，强调有效和及时的网上解决程序将有助于当事各方遵守。³²

虽然这些私人执行机制应当更加快捷、简便、低费，因而在实践中被广泛使用，但是作为现实问题，作出的裁决可否根据《纽约公约》执行可能是此类私

²⁷ 同上。另外，2005 年《联合国国际合同使用电子通信公约》（2013 年 1 月 3 日订立，有三个缔约国）也相关。该《公约》第 20 条有一项规定，意在澄清与订立或履行须服从包括《纽约公约》在内的某些公约的合同有关，也可以使用电子通信。虽然《电子通信公约》的总体适用规定并未明确适用于企业对消费者交易，但各国与第 20 条有关的意图显然突出说明，国际协议和网上裁决电子通信在《纽约公约》下具有功能等同性，包括在企业对企业和企业对消费者情形中。《公约》专注于企业对企业交易，目的不是对企业对消费者交易制定或暗示采用不同标准，而是因其他原因缩小条约的范围。见同上，第 72 段。

²⁸ 工作组 2012 年 5 月报告，前注 10，第 59 段；工作组 2012 年 11 月报告，前注 20，第 44 段。另见 A/CN.9/WG.III/WP.119/Add.1，第 60-61 段。

²⁹ A/CN.9/752/Add.1，第 59 段。

³⁰ 欧洲联盟观察员代表团的提案，前注 4，第 3-4 页。欧盟观察员还说，“在价值低、货量大交易中，执行仲裁裁决的费用远远高于被判给的数额是很有可能。”同上，第 4 页。

³¹ 工作组 2010 年 12 月报告，前注 16，第 98 段。

³² 同上。

人执行系统或方法的前提条件。国内私人执行机制能够有效运作，是因为在未自愿遵守的情况下有可能诉诸有约束力的国内仲裁或诉讼。有意思的是，在多数国际仲裁案件中，当事方自愿遵守仲裁裁决是因为他们不大可能逃避《纽约公约》下的执行。³³

六. 《规则》不应当赋予禁止当事方选择争议解决地国家的国内法以域外效力

A. 根据国际仲裁规则正确对待强制性国内法

一致认为《网上解决规则》如同《贸易法委员会仲裁规则》一样，“应管辖仲裁，但本《规则》任一条款与适用于仲裁而当事各方又不能背离的法律规定有冲突的除外。”³⁴正如工作组报告所解释：

一致认为起草的《规则》是当事人约定适用的契约性规则。因此，《规则》对当事人的约束力限于国内法允许的范围，不能凌驾于国内一级的强制法律之上……

……《规则》的本意不是在全球范围内改变国内法，而是为快捷、简便和低成本解决低价值跨境争议提供一个实用的途径——目前并不存在这种途径——因为在法院对此类事项提起诉讼一般不切实际。指出这本身普遍有益于消费者，如果网上争议解决制度是公平和有效的，消费者就有可能不为此种案件而诉诸国内法院。³⁵

国内法可能与仲裁执行阶段相关：

如果争议解决条款具体载明将根据《规则》的一轨道（以仲裁终结）解决交易下产生的争议，在适用的国内法允许的情况下，所有当事方都将受最后裁决的约束。如果消费者所在法域认为争议前仲裁协议对消费者不具有约束力，这些法域的消费者将进行同样的网上解决程序，但根据本国的法律将不受裁决的约束（如果没有在争议产生后订立仲裁协议的话）。³⁶

在这方面，《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第36条第(1)款(b)项和《纽约公约》第五条第(2)款(b)项均规定，仲裁裁决违背本国公共政策的，寻求承认或执行所在国不必承认或执行该裁决。³⁷

³³ 见 Born,《国际商事仲裁》，前注 13，第 2327 页（“经验研究和传闻证据表明，自愿遵守仲裁裁决的百分比超过国际案件的 90%”）。

³⁴ 2010 年《贸易法委员会仲裁规则》第 1 条第(3)款。

³⁵ 工作组 2012 年 5 月报告，前注 10，第 15-16 段。

³⁶ 秘书处的说明：跨境电子商务交易网上争议解决：程序规则草案，联合国文件 A/CN.9/WG.III/WP.119/Add.1，第 17 段（2013 年 3 月）。

³⁷ 美国第二巡回上诉法院得出结论认为，应当狭义地解释例外情形，承认或执行仅在“违背所在国最基本的道德观念和司法”时才应当予以拒绝。Parsons v. Whittemore Overseas Co., Inc., v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA), 508 F.2d 969, 974 (2d Cir.1974)。另见 Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc., 472 U.S. 614, 639 (1985)；见 Born,《国际商事仲裁》，前注 13，第 2837-39 页（2009）（其中介绍了《纽约公约》公共政策条款的简短历史）。

B. 区域组关于域外适用国内法的提案

尽管如此，在工作组上届会议上，一个区域组声称“说《规则》意在仅具有合同性质……因而不能抛开消费者保护法……，这种说法是不够的。”³⁸相反，他们的主张是，《规则》应当规定“商家”有确定性义务，“必须在交易时根据买家所在的法域和身份（企业还是消费者）生成两套不同的网上争议解决条款……确保某些法域的消费者不必适用《规则》的仲裁轨道……而只需适用程序的非仲裁阶段。”³⁹另外，《规则》将随附一个“包含各法域名单”的附件，“至于是否列入该名单由有关法域自行选择，目的是对本法域的消费者排除适用《规则》一轨道[仲裁]……。”⁴⁰《规则》还将添加一个条文，规定“交易一方是附件 X 所列国家的消费者的，本《规则》不适用，除非在争议产生后约定使用本《规则》。”⁴¹事实上，这些修改是在“全球范围内改变国内法”，⁴²做法是将某一组国家的法律适用于所有其他国家的居民。⁴³

C. 区域提案与程序规则的性质不符

这种在多边文书中将一组国家的国内法强加于所有其他国家的做法有悖于贸易法委员会的宗旨。妥善协调法律不能仅仅通过扩展一组国家的国内法的范围以适用于其他国家的公民来实现。也不宜用一部贸易法委员会文书来实现这一目标。

最起码，工作组的任务要求其《规则》与通过贸易法委员会其他现有文书规范国际仲裁的框架相一致。在这方面，《贸易法委员会仲裁规则》第 1 条第(1)款专门承认，本《规则》适用于当事各方商定彼此之间的争议按照本《规则》解决的情形，但须服从当事各方可能商定作出的修改。”《仲裁规则》第 1 条第(3)款进一步规定，“仲裁应遵守本《规则》，但本《规则》任一条款与适用于仲裁而当事各方又不能背离的法律规定相抵触时，该法律规定应优先适用。”

考虑到《程序规则》具有契约性，以及当事各方可以全部或部分通过该《规则》，试图规定商家有义务确定买方的类别及其法域将超出工作组的任务授权。工作组上一届会议曾认识到这一点：

³⁸ 欧洲联盟观察员代表团的提案，前注 4，第 6 页。

³⁹ 工作组 2013 年 5 月报告，前注 4，第 21、31 段。

⁴⁰ 同上，第 34 段。该提案规定，“在通过《网上解决规则》之前，各国将通知贸易法委员会秘书处是否打算列入附件一……”。欧洲联盟观察员代表团的提案，前注 4，第 8 页。

⁴¹ 工作组 2013 年 5 月报告，前注 47，第 32 段。

⁴² 见前注 35 和随附的案文。

⁴³ 各代表团基于一系列理由反对该提案，其中包括：(1)“这一提案将要求工作组重新审议工作组已达成共识的关键领域之一，即在一个国际文本中界定“消费者”的含义是不可取的”；(2)“拟订一个据说要为国家来决定哪些规则将适用于本国消费者的附件的问题不是工作组可以决定的事项，而且也不应由国家来提供此种信息或增补此种信息”；(3)贸易法委员会作为政策问题不应当或者“在法律上不可以通过自称对某些国家或当事方不予适用的《规则》”；以及(4)该提案与《承认及执行外国仲裁裁决的纽约公约》的结构和适当解释不一致，因而有损于现行国际仲裁惯例。”工作组 2013 年 5 月报告，前注 3，第 24、29、37 段。在此，我们对反对该提案的所有理由均不作讨论。

理想情况下，企业卖主的网页甚至是争议解决条款中的内部链接应载明争议解决程序的影响，包括对某些法域的消费者的影响，例如认为争议前解决条款不具有约束性的法域。然而，由于对企业规定义务不属于《规则》范围之内的事项，工作组似应审议，网上解决机构准则是否应要求在提交申请时简明扼要地说明（所适用的）《规则》一轨道或二轨道对当事双方有何影响。”⁴⁴

由《规则》指示贸易法委员会秘书处保留一个表明愿意列入附件的国家的名单也与工作组的任务授权不相符。各国根据什么通知秘书处其愿意列入名单也不清楚，因为有些国家的规则有很大差异，不允许明确列入一份单一的名单中。工作组未被委托拟订一部对私人当事方有约束力的条约或示范法；而是被要求拟订一套争议当事方可作修改的一般性合同规则。

此外，规定企业有义务确定对方当事人的法域和地位（消费者或企业）也与促进跨境电子商务的目标不相符。正如秘书处指出：

要求商家确定对方当事人是企业还是消费者以及相关的法域和适用于该对方当事人的法律，并相应地调整其争议解决条款，可能不利于实现《规则》的预期目标，也就是消除商家的调查负担和风险，鼓励他们跨境销售。工作组以前曾查明网上交易情况下对消费者和企业进行分类固有的困难……⁴⁵

此外，规定由当事各方在争议后商定仲裁既造成法律问题，也造成实务问题：

如果以二次“确认”或同意取代初步争议解决条款，有可能削弱此种条款的有效性。无论如何，消费者的这种争议后二次点击不能解决与消费者被申请人有关的任何关切。无论是在企业对企业交易中，还是在企业对消费者的绝大多数交易中，当事双方在争议后达成仲裁协议似乎都不切实际，就前一情形而言，由于被申请人可能是企业，一旦企业被申请人拒绝争议后仲裁，申请人根据《规则》获得救济的能力就大打折扣。⁴⁶

D. 区域提案与《纽约公约》框架不符

区域提案还令人对贸易法委员会的任务授权感到困惑，因为该提案与《纽约公约》关于仲裁协议的实体有效性或不可仲裁性适用哪个法域的法律的规定不相符。特别是，其中有如下建议，即“交易一方不是附件 X 所列国家的消费者的，”本《规则》“不适用，除非在争议产生后商定使用本《规则》”，该提案可能与缔约国在《公约》第二条下的义务不相符。⁴⁷

《纽约公约》第二条第(1)款规定一项强制性义务，其中指出“当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议，如关涉可以仲裁解决事项

⁴⁴ 联合国文件 A/CN.9/WG.III/WP.119，前注 36，第 18 段（使用楷体以示强调）。

⁴⁵ 同上，第 9 段。

⁴⁶ 同上，第 12 段。

⁴⁷ 不清楚该项规定在实务中如何操作。区域组指出并不寻求在争议期间确定买方类型及其所属法域……另见前引文及所附的案文。

之确定法律关系，不论为契约性质与否，应提交仲裁时，”各国“应承认此项协定。”第二条第(3)款进而规定了仲裁协议强制性执行机制，要求具体履行这些仲裁协议，只可援引普遍适用的合同法抗辩：“当事人就诉讼事项订有本条所称之协定者，缔约国法院受理诉讼时应依当事人一造之请求，命当事人提交仲裁，但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”⁴⁸

工作组的理解是，“绝大多数国内消费者保护法都允许消费者在争议产生前达成仲裁协议。”⁴⁹即使对于不允许在争议产生前达成此种协议的少数国家的消费者而言，根据《公约》第二条第(3)款和第五条第(1)款，此类协议的实体有效性仍然不受影响。正如秘书处所指出：

仲裁协议实体有效性的要求受制于“当事各方选定适用的法律，或在没有这种选定的时候，裁决地所在国法律”（第五条第(1)款(a)项）。需要考虑的主要问题之一是当事各方是否同意仲裁。这个问题留待适用的国内法处理，网上仲裁协议可能不一定造成具体问题。关于企业对消费者协议，问题在于这些仲裁协议或争议前仲裁协议根据适用国内法是否被承认为有效。视具体法域而定，这个问题得到不同答复，对此问题并无协调一致的办法。⁵⁰

因此，根据《纽约公约》，如无明确的法律选择条文指定适用消费者本国法域的法律，在该法域寻求承认或执行仲裁协议或裁决时，以及在寻求取消裁决时，消费者所在地法律是评价此类协议和裁决时唯一相关和适用的法律。

区域提案似乎要求各国拒绝承认涉及某些国家的消费者的在其他方面有效的仲裁协议，而不顾各国对于管辖仲裁协议实体有效性的法律存在不同意见。因此，区域提案要么导致对《纽约公约》的解释相互冲突，要么导致做出不适当的努力，以求一些国家的国内法例外情形在其他国家适用。⁵¹如果一国确实要求

⁴⁸ 见 Born,《国际商事仲裁》，前注 13, 569（对《纽约公约》的“最恰当解释是该《公约》只允许援引普遍适用的合同法抗辩”）。美国上诉法院对该条款作狭义解释，指出“须将该条款解释为只包含可在国际范围中立地适用的标准的合同抗辩情形——如欺诈、错误、胁迫和放弃。”例如，见 DiMercurio 诉 Sphere Drake, PLC, 202 F.3d 71, 79-80 (1st Cir., 2000)。美国法院还拒绝采纳以下论点，即不一致的州法律使仲裁协议归于第二条第(3)款规定的“无效、失效或不能实行”，指出“通过加入条约，联邦政府坚持认为即使本国的地方性利益也不得作为解释的标准。”例如，见 Ledee 诉 Ceramiche Ragno, 684 F.2d 184, 187 (1st Cir., 1982)。

⁴⁹ 工作组 2010 年 12 月报告，前注 16, 第 52 段。

⁵⁰ 秘书处的说明，跨境电子商务交易网上争议解决：在构思全球网上解决框架时需要审议的问题，联合国文件 A/CN.9/WG.III/WP.110, 第 43 段（2011 年）[使用楷体以示强调]。另见例如 A. van den Berg, 1958 年《纽约仲裁公约》，第 126 页（1981 年）（“《公约》的系统解释原则上允许将第五条第(1)款(a)项的冲突规则比照适用于协议的执行。在执行裁决时适用《公约》统一的冲突规则，而在执行协议时适用可能不同的争议解决地冲突规则，这样做显得不一致。”）；J. Lew, L. Mistelis 和 S. Kröll,《国际商事仲裁比较》，第 6-54、6-55 段（2003 年）（“尽管这些条文[即《纽约公约》第(四)条第(1)款和《贸易法委员会示范法》第 36 条第(1)款(a)项(-)目]只是从销案或执行法官的角度处理这个问题，但有充分的理由表明应当在裁决前阶段适用相同标准。”）。

⁵¹ 见 Born,《国际商事仲裁》，前注 13, 第 827 页（一个令人信服的论点是，将所有争议前消费者仲裁协议宣布无效……违背第二条关于《规则》对于合同有效性采取中立立场的要求。”）

尽管有仲裁协议，也要在国内以诉讼方式解决争议，理由是认为此类争议不可仲裁，则该国对第二条或第五条第(2)款下不可仲裁理论的适用对其他国家没有约束力。⁵²这些国内法不管在国内如何执行，不应管辖国际交易中《规则》是否在初步处理时适用。⁵³

无论如何，区域提案并未提出消费者协议构成第二条第(1)款下的不得仲裁“事项”。事实上，即使根据区域提案，仍然允许消费者在争议产生后对争议进行仲裁。

我们认为，由于上述原因，区域提案令人对贸易法委员会的任务授权感到困惑，因为该提案可能与《纽约公约》关于仲裁协议的实体有效性或不可仲裁性适用哪个法域的法律的规定不相符。而且，如果贸易法委员会倡议在《规则》后随附一份主张当事方普遍无资格订立有约束力仲裁协议的国家的名单，则这种努力是在默许这些国家对实体有效性或不可仲裁性的解释，特别是因为名单本身由贸易法委员会保持。如对《纽约公约》有不同解释，对仲裁协议的实体有效性或不可仲裁性有不同的国家标准，则打算由一部为私人当事方制定合同规则的贸易法软性法律文书通过实质性赞同其中仅仅一组国家的立场而解决这些分歧，这样做是不恰当的。

简言之，区域提案无助于建立一个公平、高效地解决货量大、价值低国际跨境电子商务争议的统一法律框架。相反，却有可能为不一致且可能不适当地解释和适用《纽约公约》打开方便之门。2010年《贸易法委员会仲裁规则》第1条第(3)款要求正确对待强制性国内法，对于其法律限制消费者订立仲裁协议的能力的国家，该要求最终赋予这些国家的法律以适当效力，但并不会导致此类《纽约公约》问题。

七. 结论

工作组上届会议上提议的对《规则》的修订不会创建有利小微企业通过电子商务进入国际市场的法律环境，因为有关法律管辖权的不同概念互不兼容，以及

⁵² 见 Born,《国际商事仲裁》，前注 28，第 840-841 页（“不可仲裁理论属于例外情形，有悖于第五条第(1)款(a)项确立的统一法律选择制度，也有悖于《公约》的宗旨，适用时应当克制，从严掌握，不以个人好恶为准，一般不在作出中间性裁决适用（例如，在最后裁决之前）。而且，与适当的法律选择分析相一致，国家法院不应当适用外国的不可仲裁规则（除非是在特殊情况下），而应当执行第五条第(1)款(a)项的法律选择制度。即使允许一国作为一种回避手段采用本地的不可仲裁规则，但其他缔约国一般不应执行此类规则。”）（省略脚注）；另见第三工作组（网上争议解决）报告（2012 年 11 月 14 日至 18 日，维也纳），联合国文件 A/CN.9/739，第 28 段。

⁵³ 在 Mitsubishi Motors Corp.诉 Soler Chrysler-Plymouth Inc.案中（上文），美国最高法院特别得出结论（473 U.S. at 629），“对国际礼让的关切，对外国和跨国法庭能力的尊重，以及国际商事制度需要争议解决可以预期这一点具有敏感性，所有这些都要求我们执行当事各方的协议，即使假定在国内情形下将得到相反的结果。”该法院指出，在以前一项裁决中，法院“顾及谈判《公约》的代表们‘经常[提到]的关切，即寻求执行仲裁协议所在的签署国的法院不应当被允许基于本地关于协议是否可取的观点或以损害协议的相互约束性的方式拒绝执行此类协议’……，引用 GHaight,《承认及执行外国仲裁裁决公约》：联合国会议记录简要分析，1958 年 5 月/6 月，第 24-28 段（1958 年）。”

通过法院解决价值低、货量大的跨境争议实际上并不可能。《规则》不应当仅仅反映本区域当事方可得到司法救济、区域外当事方却得不到司法救济的特定区域的国家的观点。

应当再次指示处理以下需要，即《规则》需要将终局和有约束力的仲裁包括在内，尤其是对于来自基本法律框架缺乏或无效的欠发达国家、发展中国家和冲突后局势中国家的当事方而言。此外，委员会应当核准将 2013 年秋季网上争议解决（网上解决）会议安排在紧接仲裁会议之后，以便利利用网上解决会议的部分时间讨论拟议的《网上解决规则》与国际仲裁法律和实践是否一致的问题。
