

国际游客在线纠纷解决机制研究

金慧湘

上海政法学院国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年4月30日; 录用日期: 2022年6月17日; 发布日期: 2022年6月27日

摘要

当前, 在世界范围内尚未形成有关国际游客和到访者权益保护的机制, 如何保护国际游客的权益仍然处于困境之中。2015年1月, 自巴西政府向海牙国际私法会议提交《国际旅游者司法救助与合作公约(草案)》起, 如何更切实地保护国际游客当事人的合法权益变得尤为重要。海牙国际私法会议也曾试图拟定一个《国际旅游者司法救助与合作公约(草案)》来保护国际游客的权利, 但是经过海牙国际私法会议项目专家小组多年研究, 综合借鉴各方提出建议, 认为现有机制可能已经足够能帮助国际游客、到访者维护他们的权益。专家小组认为可以通过制定一份《指南》向国际游客提供有关解决跨境纠纷以及就他们所可能遇到的法律问题诉诸司法的信息。就在线纠纷解决经验方面, 中国大陆和中国香港已经有了较为丰富的经验。因此中国加强对该《指南》的研究, 立足中国实践, 加强与周边各国的合作, 提高对国际游客和到访者的保护力度, 更好地维护他们的合法权益。

关键词

国际游客, ODR, ADR, 中国经验

Research on Online Dispute Resolution Mechanism of International Tourists

Huixiang Jin

School of International Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Apr. 30th, 2022; accepted: Jun. 17th, 2022; published: Jun. 27th, 2022

Abstract

At present, there is no international mechanism to protect the rights and interests of international

tourists and visitors in the world, and there is still a dilemma in how to better protect the rights and interests of international tourists. In January, 2015, the Brazilian government submitted the Convention on Judicial Assistance and Cooperation for International Tourists (Draft) to The Hague Conference on Private International Law. How to protect the legitimate rights and interests of international tourists more effectively has become more important. After years of research by the expert group of the ODR (“Online Dispute Resolution”) project of The Hague Conference on Private International Law, and comprehensive reference to the suggestions put forward by all parties, it is considered that the existing mechanism may be enough to help international tourists and visitors to safeguard their rights and interests, and a guide should be formulated to provide international tourists with information on solving cross-border disputes and seeking justice for legal problems they may encounter. Chinese mainland and Hongkong, China already have rich experience in online dispute resolution. Therefore, China should strengthen the study of the Guide, base itself on Chinese practice, strengthen cooperation with neighboring countries, improve the protection of international tourists and visitors, and better safeguard their legitimate rights and interests.

Keywords

International Tourists, ODR, ADR, Experience of China

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 国际游客争议概述

1.1. 国际游客争议

近几十年来, 国际旅行的增长、新兴目的地的增加以及数字技术在旅游服务中的使用, 都是导致国际游客争端出现的因素。然而, 旅游交流的增加并不一定使得保护游客的机制和工具随之增加。在国际层面, 这一领域的规则不能百分百有效地保证保护国际游客的利益, 也不能保证国际游客能就争议有效地诉诸司法。在许多情况下, 由于救济存在障碍, 游客无法采取相应的法律行为来维护他们作为消费者的权利。

鉴于各国立法对旅游者的定义不太相同, 不同的国际组织及国际性文件对国际旅游者的界定也不同。因而明确国际旅游者的概念, 理解其内涵与外延, 对于如何更好地维护国际旅游者的合法权益也显得非常重要[1]。

根据巴西向海牙国际私法会议提交的提案第二条第一项, 国际游客为“惯常居住在一缔约国或为一缔约国国民的人, 为任何主要目的(商务、会议、休闲或其他个人目的)到另一缔约国的主要目的地旅行不到一年, 但不包括受雇于被访问国家或地方的居民实体, 并为此目的购买或承诺购买旅游服务, 或是这种购买的受益者或受让人, 或购买或承诺购买消费品的人, 或在所访问的缔约国是这种购买的受益者或受让人。”

一般而言, 跨国旅游, 又指国际旅游, 即一个国家的居民跨越国界到另一个或几个国家和地区去的旅游活动。包括入境旅游和出境旅游[2]。世旅组织为统计目的, 就游客(tourist)、到访者(visitor)、旅行者(traveler)的概念提出了详细的建议。这些建议被旅游管理部门和行业广泛视为参考指南。旅行者的定义是“出于任何目的和任何时间在不同地理位置之间移动的人”。游客是旅行者的一个子集, 因为“游客是指除了受雇于被访问国家或地方的常驻实体之外, 出于任何主要目的(商务、休闲或其他个人目的)到其

通常环境之外的主要目的地旅行不到一年的旅行者”。游客(tourists)是到访者(visitors)的一个子集。如果游客在其旅行过程中有过夜停留的行为,则被归类为游客或过夜游客。

关于国际游客的定义,HCCH 专家组讨论了“国际游客”的可能定义的范围。世旅组织使用的定义被视为出发点。多数人认为这一定义中的国籍要求可以删除,因为惯常居所足以确立国际游客与原籍国的联系。定义将仅适用于自然人,并要求实施跨越国际边界的旅行。大多数专家认为,该定义不应包括国际游客、到访者在被访国的最短逗留时间,但是对于逗留的最长时期,应考虑到建立新的惯常居所以至于不再是国际游客的可能性。

1.2. 国际游客争议救济依据及常见障碍

1.2.1. 国际游客争议救济依据——国际或区际司法协定

HCCH 专家组通过旅游项目问卷收集了来自 HCCH 成员国国家、一个区域一体化组织、非成员国以及非政府组织对国际游客常见救济障碍的答复。它涵盖了最重要的国家、地区,无论是在入境旅游、出境旅游、收入方面还是支出方面,尤其是中国¹,欧洲²和美洲³。其他重要的旅游目的地国家,有亚洲的日本、韩国、菲律宾和越南,有非洲的马里、摩洛哥和塞舌尔和中东的以色列。

司法救助方面的主要国际法律来源是与人权有关的国际文书,通常按时间顺序排列如下:1948 年《世界人权宣言》第八条规定,“任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法庭对此种侵害行为作有效的补救”。1950 年《欧洲保护人权和基本自由公约》第 6 条规定,“保障公平审判权包括在合理时间内由依法设立的独立和公正的法庭进行公平和公开审理的权利”。1954 年《海牙民事诉讼公约》。1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 1 款规定,“所有人在法庭和裁判所前一律平等”。1969 年《美洲人权公约》第 8 条第 1 款规定,“人人都有权在适当的保证下和一段合理的时间内由事前经法律设立的独立公正的主管法庭进行审讯,以判定对该人具有犯罪性质的任何控告,或决定该人的民事、劳动、财政或具有任何其他性质的权利和义务”。对于 1980 年《海牙国际司法救助公约》,一些国家正在准备或考虑批准这项公约,其中就包括中国、德国、乌拉圭和越南。2000 年欧盟公布了一份内容广泛的政治文件《欧盟基本权利宪章》。随着 2009 年 12 月 1 日《里斯本条约》的生效,该条约对欧盟具有法律约束力。该条约第 47 条规定,“任何人,如果其受法律保障的权利和自由受到侵犯,有权根据本条规定的条件向法庭获得有效补救。每个人都有权在合理的时间内由依法设立的独立和公正的法庭进行公正和公开的审理。每个人都有可能得到咨询、辩护和代理。应向缺乏足够资源的人提供法律援助,只要这种援助是确保有效诉诸司法所必需的”。

一般来说,这些国际或者区际协定能在一定程度上保证游客、外国人与国民拥有相同的可以诉诸司法的待遇。

1.2.2. 国际游客争议救济常见障碍

虽然有许多国际或区际司法协定可以为国际游客提供相应的救济,但是绝大多数国家没有保证游客能明确了解他们的权利和法律救济措施以及应有的争端解决程序。只有在少数几个国家,他们在特定的地点、时间设立了以游客为中心的信息站。

例如,智利的一些地方机构偶尔会专门告知游客他们作为消费者的权利,尽管只是在一个固定的时间段,只用西班牙语在一个特定的地点告知游客⁴。同样,在 2014 年世界杯期间,巴西消费者和旅游机

¹ 包括中国大陆、中国香港地区和中国澳门地区。

² 欧洲指欧盟及其成员国以及其他欧洲国家,如波斯尼亚、黑塞哥维那、摩尔多瓦、塞尔维亚、瑞士和乌克兰。

³ 阿根廷、巴西、智利、多米尼加共和国、厄瓜多尔、墨西哥、巴拉圭、秘鲁、乌拉圭和委内瑞拉,美国等。

⁴ <https://www.sernac.cl/direccion-regional-coquimbo-entrego-recomendaciones-turistas/> 2022 年 4 月 25 日访问。

构分发了《旅游消费者指南》，这是一份用英语、葡萄牙语和西班牙语编写的关于游客权利的信息指南。阿根廷和韩国有专门的永久性游客支持机制，以多种语言提供信息。此外，德国普通消费者争议解决委员会以德语向消费者提供信息。中国澳门地区消费者委员会在实践中表现较为突出。中国澳门特别行政区通过各种渠道，例如媒体、网站、海报、分发传单等向国际游客传播关于权利和法律补救措施以及现有争议解决程序的信息，并与海外消费者协会合作，通过其当地出版物或官方网站和社交媒体在各自地区、国家宣传这些信息。

尽管在一些国家或地区采取了一些针对国际游客救济的创新做法，但总的来说，游客在诉诸司法方面仍然面临不同程度的困难。这些问题包括，国际游客往往没有被明确告知自己的权利和法律补救措施或没有被明确和系统地告知去哪里寻求相关信息和援助；没有专门的游客投诉机构，而游客的特殊需求没有在其他地方得到解决；由于国际游客必须亲自到场，国际游客可能无法从国外启动或继续诉讼程序；小额索赔程序或法院也是实际存在的，尽管数量上来说不多，但它们通常也不是为跨国界案件而专门设计的。

即使有关于游客权利的信息以多种语言被表达，但是游客似乎也没有被明确告知他们的权利和可以采取的法律补救措施。因此，他们可能会忽视现有可以利用的争端解决程序。一般来说，对消费者的一个假设是消费者和服务提供者之间存在信息不对称，其中包括法律和技术信息的不对称。那么对国际游客来说更是如此。国际游客不是弱者，而是相对而言的最弱者。

然而，缺乏专门信息似乎往往是游客诉诸司法的主要障碍。例如，在巴西，涉及国际游客纠纷的案件在小额索赔法院很少，游客甚至都不知道这个法院的存在。如果关于权利和补救措施的信息因其数量少而无法提供，那么提供信息或援助的机构的详细联系方式应更便于游客获取。但是在中国香港特别行政区的旅游地图上已经有此种标注。澳门消费者委员会通过海外消费者协会传播信息的做法说明了国际合作的好处。

进一步而言，没有专门的游客投诉机构并不一定意味着游客的特殊需求没有得到解决，但前提是这些需求在其他地方得到了解决，例如通过在当地消费者保护机构内招聘多语种工作人员来解释当地的法律救济措施和程序。调解、和解、仲裁可能无法在被访国停留期间获得，从而在很大程度上会影响游客诉诸司法。ADR⁵在理论上似乎经常可用，因为它通常被认为是解决小额索赔较为合适的方法，对于国际游客索赔自然是较为合适、相称的方法。然而，对于旅游者来说，ADR 在实践中可能是不可用的。首先，一些国家的法律可能要求当事人亲自到场。无法使用远程通信工具来替代这种实际存在可能导致调解、和解程序的缺失或中止，在被访问者停留的地方可能还会导致正义的缺失。第二，当远程通信工具可用于调解、和解时，可能会有一些限制，例如地理上或语言障碍上的限制。

在许多国家，国际游客不能从国外启动司法程序。在实践中，这意味着游客必须在被访国提起诉讼。一些国际游客往往停留时间很短，而且他们往往不知道以他们所懂的语言如何寻求法律救济和开启争端解决程序。因此，他们需要时间收集正确的信息，这在非常短暂的停留中是一个主要困难。中国香港地区就禁止从国外启动诉讼程序，包括在小额索赔法院在内也禁止在国外启动诉讼程序。事实上，由于大多数消费纠纷涉及的金额不大，并考虑到游客在中国香港地区花费的时间，受害游客通过诉讼寻求赔偿通常是不切实际和不可行的。此外，游客可能也不熟悉中国香港地区的立法及法律程序。因此，中国香港地区就认为发展网络在线争议解决(ODR)是一个比较合适的解决办法。因为通过此种方式，即使国际游客已经回到自己的国家，这也有可能为解决涉及游客的争议提供一个简单、快速、灵活和有效的选择。

⁵ADR 英文全称 Alternative Dispute Resolution，是起源于美国的争议解决的方式，一般译为“非诉讼纠纷解决程序”。主要的 ADR 方式有：调解、调停、仲裁、模拟法庭、专家裁定等。

2. 《指南》内容

2.1. 《指南》制定的背景

自海牙国际私法会议成员国于 2013 年首次审议该旅游项目以来,国际游客合作和诉诸司法问题专家组就游客项目进行了多次会议讨论。2013 年,巴西政府向一般事务和政策理事会(以下简称“理事会”)提交了一份提案(以下简称《巴西提案》),就未来可能的《国际游客合作和诉诸司法公约》(游客项目)开展工作。⁶2015 年,巴西政府向海牙国际私法会议提交了《国际旅游者司法救助与合作公约(草案)》。同年,理事会决定,应开展一项研究探讨在保护海外游客和到访者方面开展进一步合作的可取性和可行性。

2016 年底,理事会在巴西政府的慷慨资助下,聘请了一名顾问进行研究并编写最后的报告。在综合调查问卷、与主要利益攸关方的多次讨论和会议以及详细研究的帮助下,顾问编写了《关于就国际游客合作和诉诸司法公约草案开展进一步工作的可取性和可行性研究》的报告,并提交给了理事会。理事会还授权筹备建立一个专家组。该专家组于 2018 年 8 月 28 日至 31 日在海牙举行了会议。专家组讨论、考虑了与旅游项目相关的广泛问题。2018 年拟议的《国际游客合作和诉诸司法公约》旨在通过在中央当局之间建立国际合作机制,运用关于诉诸司法的条款来帮助国际游客走出遇到的困境。

ODR 中最困难的问题集中在关于协调 ODR 进程与国家私人规则的重要问题、国际法律冲突、国家消费者保护规则等。如果 ODR 的任何全球体系要取得成功,它就必须避免关于适用国家强制性法律规则的困难问题,必须加以考虑为消费者提供公正的程序和结果,并且获得的结果必须能够跨国强制执行。⁷

然而 HCCH 专家组并未就关于国际游客和到访者索赔的“就网上争议解决相关事项制定软法律文书的必要性、可取性和可行性”达成结论性共识。对此,专家组的结论是,编写一份《指南》可能会为游客和到访者提出索赔提供有益的帮助。⁸

2.2. 《指南》的具体内容

《指南》将由两部分组成。第一部分是从普通人的视角解释现有的 HCCH 公约和原则如何解决国际游客和到访者的索赔相关的问题。第二部分是在不带任何价值判断的情况下,通过提供事实信息,根据专家组确定的具体特征,列出并描述国际游客和访客可能使用的 ODR 平台,以帮助游客、访客评估哪个平台可能适合他们的需求。

由于存在信息差距,导致普遍需要向游客和到访者传播基本信息,介绍他们的权利和他们可以利用的争议解决服务。国际游客和到访者往往无法像居住在特定国家的人一样利用争议解决机制诉诸司法,或无障碍地确立管辖权和确定其索赔的适用法律方面可能面临障碍,特别是在小额索赔方面。此外,利用司法系统解决数额更小的索赔可能需要很长时间。例如,数百美元的旅游相关索赔可长达九年。

《指南》将向国际游客和到访者提供有关解决跨境纠纷以及就他们所可能遇到的法律问题诉诸司法的信息,但不包括与刑法有关的问题。它将提供关于 HCCH 公约、其他选定的国际和区域文书以及 ODR 平台如何帮助解决实质性跨境民事或商事索赔或其他消费者投诉的信息。

《指南》旨在通过提供关于一系列现有工具和方法的信息,帮助国际游客和到访者以及消费者保护和旅游组织,这些工具和方法可能有助于他们在跨境情况下更好地诉诸司法。《指南》不会提供法律建议,也不会表明对任何争议解决方法的偏好,也不会推荐任何特定的平台。

鉴于这些工具和平台可以迅速发展,《指南》打算以电子格式提供,以保持最新的清单。鼓励消费

⁶<https://assets.hcch.net/docs/6cadf415-1356-466d-a45a-c6de7bcd5553.pdf>

⁷BRAND, R.A. Party Autonomy and Access to Justice In the UNCITRAL Online Dispute Resolution Project, the Loyola University Chicago International Law Review, 2012(8).

⁸<https://assets.hcch.net/docs/588a7d85-37e8-4fe5-bfa8-8e914b6f9ecc.pdf>, 第 25 段。

者保护和旅游组织以及指南中提供的 ODR 平台, 确保与之相关的信息保持最新, 更好地配置资源, 提高资源利用效率。

根据 Guinchard 的报告⁹, 一方面, 因为除了许多情况下存在的语言障碍之外, 在一些国家无法利用调停和调解程序, 此外这些程序还要求游客亲自到场。因此, 在许多情况下, 这些程序不适用于国际游客纠纷, 尽管就其性质而言, 它们比许多法院程序更合适。另一方面, 新冠肺炎疫情造成的局势使许多国际游客在从航空公司或酒店公司获得相应退款、向在线服务提供商提出索赔或诉诸法律前程序方面面临的困难变得更加明显。在这方面, 国际游客的有效投诉机制, 例如通过服务提供商的网站, 是避免法律纠纷的必要和初步步骤。

通过对国际游客面临的主要障碍的研究, 使我们能够肯定 ODR 在确保有效诉诸司法方面可以提供的许多优势。它们成本较低, 程序简化, 有时不需要律师干预, 就可以从国外获得。ODR 在解决国际游客纠纷方面非常有用。例如, 聊天机器人可以帮助游客, 引导他们找到他们正在寻找的信息, 或者在纠纷的早期阶段为他们提供法律建议。预测性司法工具鼓励通过数学手段确定程序产生的潜在结果和解决方案, 促进产生关于解决冲突的统计数据和概率, 从而促进法律确定性。另一方面, 构成计算法学的工具允许法律推理和决策过程的所有部分实现自动化, 因此, 考虑到一定程度的决策自动化, 这些工具在网上争议解决中的应用将有利于网上争议解决。人工智能支持的机器学习技术允许机器学习, 而无需编程。这将给已经应用它们的 ODR 平台带来巨大的好处。

海牙国际私法会议可以在许多领域帮助国际游客更有效地诉诸司法。它可以采取的主要行动之一可能是制定一项具有约束力的文书或软性法律文书帮助协调 ODR 平台的创建、发展和提供服务的法律框架。此外, 为国际游客制定 ADR 程序的最低标准。同时, 为正确和有效地提供关于现有程序的信息制定规则。最后, 解决最低标准问题, 以确保通过 ODR 程序达成的协议得到执行。关于哪种法律文书最适合这些目的, 截至目前, 既有支持约束性文书的立场, 也有支持软性法律文书的立场。

3. 在线纠纷解决机制概述

3.1. 含义和范畴

ODR(Online Dispute Resolution)即在线纠纷解决机制, 是由第三方建立的在线争议解决平台。ODR 起源于 1996 年美国的三个实验性方案, 其中包含两个在线调解项目和一个在线仲裁项目。ODR 来源于 ADR(Alternative Dispute Resolution), 即替代性纠纷解决机制。因此, 对 ADR 的理解一定程度上决定了对 ODR 的理解。ADR 译为“替代性争议解决方式”, 因为 ADR 起到了代替诉讼解决争议的作用。

作为 ODR 的发源地, 美国关于 ODR 的项目大多来源于商事实践。在美国, 已经形成的较为著名的在线纠纷解决平台, 有 Square Trade、Cyber Settle 和 Modria 等[3]。

学术界对 ADR 主要有广义和狭义两种理解: 广义理解为不包括诉讼。狭义理解为不包括诉讼和仲裁。大多数学者将 ADR 从广义角度理解为除诉讼以外的争端解决机制, 即不包括诉讼, 但包括仲裁。中国通说也采用了广义的理解。

明晰 ADR 的概念可以帮助我们了解 ODR 概念的几种不同观点。学术界对 ODR 概念的理解, 有共同点, 但也有分歧点[4], 学者普遍认为 ODR 是指针对互联网产生的争议, 利用计算机和互联网信息技术, 以 ADR 的方式解决争议的形式。但对于计算机技术利用到何种程度观点不一。第一种观点认为将互联网技术应用到 ADR 中的就是 ODR。也就是说, 在运用 ADR 解决纠纷的过程中, 只要与计算机技术有

⁹E. Guinchard, Study on the desirability and feasibility of further work on the Proposal on a Draft Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists, Final Report, March 2018. Annex II to Prel. Doc. No 3 for CGAP 2019.

交叉就属于 ODR。第二种观点认为 ODR 是指完全利用互联网技术进行的程序。国际消费者协会 (Consumers International) 给 ODR 下的定义是：完全利用电子手段，争议方解决纠纷无需离开他们的家或办公室而提供的 ADR 服务。此外，第三种有观点认为 ODR 是互联网技术与 ADR 的融合，不能将其简单割裂开。

3.2. 类型

3.2.1. 在线协商

由于跨国旅游与一般的国内旅游有很大的不同，跨国旅游在游客在回到其有惯常居所地的国家之后，很少会为了在旅游地国家产生的纠纷又重新回到旅游地所在国家解决纠纷，此时对于国际游客来说，在线协商无疑成为一种经济实惠而且方便的争议解决方式。即使是在传统的非跨国的旅游争端中，协商有可能也是人们最习惯的纠纷解决方式。

在线协商是指国际游客纠纷双方利用网络通过自行协商解决纠纷，其中没有第三人实质性地参与该纠纷解决。但是无第三人实质性地参与国际游客纠纷解决不等于完全没有第三人的参与。有无第三人的“实质性”参与区分的关键在于，第三人在纠纷解决的过程中在多大程度上起到作用。如果第三人没有起到关键性作用，即可认为无第三人实质性地参与纠纷的解决。

在线协商一般可以分为自助型在线协商和辅助性在线协商。自助型在线协商实质上是自动报价系统，一般用于金钱款额纠纷。是指双方当事人通过网络，在没有第三人参与的情况下，通过文字、语音、视频等各种网络交流媒介，对纠纷的解决进行协商，将损失金钱化，得到双方都能接受的赔偿金额。而当达成的赔偿金额落在系统所设置的一定比例内时，ODR 系统自动达成协议。此种方式，纠纷的解决上大大地提高了效率。但是国际游客纠纷，很有可能由于当事人位于不同的国家、使用不同的语言，语言成为顺利沟通中的较大障碍。辅助型在线协商是指经过第三人全程指引，帮助当事人达成最终的协商方案，但是在该过程中第三人并没有起到实质作用，纠纷的解决依靠当事人自己的协商。

在线协商程序一般运用于金钱纠纷或者将其他纠纷化为金钱的形式的纠纷。提供在线协商服务的网站主要有 Smart Settle、Cyber Settle、Click Settle 等。以 Smart Settle 为例，Smart Settle 的协商双方利用 Visual Blind Bidding 程序，确保协商双方对他们最希望得到的金钱严格保密，但仍可看到双方协商的内容。协商双方分别提出一个可接受的范围，如果在争议的协商中双方提出的金额落在重合的范围内，争议就得以解决，系统就自动达成纠纷解决协议。如果又不止一个金额落在双方意愿的范围内，那么，对于较慷慨的一方，系统会基于奖励。最乐观快捷的方式就是双方都较为慷慨，那么争议就会得到一次性解决。

3.2.2. 在线调解

在线调解程序由于其充分尊重当事人的意愿、解决纠纷经济快捷等因素备受推崇，是现阶段 ODR 中运用度最高的程序，当今 ODR 网站基本都提供在线调解服务。在线调解一般是用在在线协商仍无法解决的纠纷之后。倘若纠纷双方当事人无法就赔偿的金额达成一致，或者在在线协商过程中所提出的金额范围未重合，那么双方当事人可以中止在线协商程序，申请通过中立的第三方来参与、帮助在线调解。

同在线协商程序相似，在线调解也分为自助型在线调解和辅助型在线调解。自助型在线调解是争议各在中立第三人的协助下，通过互联网进行交流，最后由系统根据交流沟通的内容自动生成调解协议，再由中立第三人根据调解协议及各方的争议不断修正调解协议，最终达到各方均认可调解协议的过程。Smart Settle 的在线调解程序就是比较典型的自助型在线调解。一方当事人通过填写表格提交争议的方式与对方当事人达成一致，均同意接受 Smart Settle 的管辖，而后进入调解程序。Smart Settle 指定一名专业调解员介入双方，调解员通过双方描述找出争议焦点，并逐一分析，双方当事人在调解员的指导下不断

进行协商。最后由系统根据聊天内容自动生成调解协议。若双方接受调解协议则在线调解终止,若有不接受的内容,再由调解员出面协调,以达到解决纠纷的目的。如果当事人要求终止调解,可形成程序终止前达成的调解协议,以供参考。

辅助型在线调解与自助型在线调解间最大的不同在于自助型调解协议由系统自动生成,而辅助型在线调解的调解协议则由中立第三人根据各方沟通的内容来拟定。辅助型在线调解的网站有著名的专门处理 Ebay 纠纷的 Square Trade、Internet Neutral、E-Mediator 等,但这几个名声很大的网站有的停用,有的被合并吸收。典型的辅助型在线调解与普通的调解解决争议的方式最大的不同就是在线调解中各方当事人都处于“非面对面”状态,即使各方也可以通过语音及视频技术达到视同“面对面”的效果,但相比于普通线下调解各方当事人口头、肢体语言的表达程度来说,显得稍逊一筹。

3.2.3. 在线仲裁

在线仲裁是一种应用广泛度仅次于在线调解的一种争议解决方式。在线仲裁是通过网络,依据当事人事先或事后订立的仲裁协议,仲裁员根据双方当事人提交的证据、资料、文书等进行审查,最后就当事人之间的纠纷形成仲裁裁决的形式。网上仲裁的支持者认为网上仲裁既拥有等同于传统仲裁的社会功能,又拥有程序在线化带来的低成本优势,将伴随国际电子商务的发展而茁壮成长[5]。

在线仲裁分为有强制力的在线仲裁和无强制力的在线仲裁。有强制力的在线仲裁裁决与线下仲裁具有同样的效力,可以排除国内法院管辖,当事人不履行此裁决时,的另一方当事人可以向法院申请强制执行。无强制力的在线仲裁裁决只是具有合同的效力,并不排除法院管辖,如一方当事人不履行在线仲裁裁决,另一方当事人仍向法院起诉,不得以仲裁裁决为由申请法院强制执行。

但在在线仲裁程序在实际操作中并未被大多数当事人选择,其原因在于:第一,在线仲裁程序的开始以仲裁协议为基础,但在国际游客纠纷中,当事人事先往往未达成仲裁协议;第二,在线仲裁成本颇高。中国国际经济贸易仲裁委员会网上仲裁收费较高,不论国内或涉外仲裁,争议金额 10 万以下的案件,仲裁费用为争议金额的 5%,最低不低于 4000 人民币,涉外案件另收取 1 万立案费。因此,出于成本考虑,争议方一般不会选择在线仲裁程序;第三,在线仲裁裁决执行难。网上仲裁裁决的执行只能依靠当事人自觉履行,即使网上仲裁裁决是有拘束力的且在别的国家也是可执行的,但对于很多网上争议的当事人来说,如果一方拒不履行,另一方拿到一纸判决之后还是要到法院甚至别国法院去申请执行仲裁裁决,这样还是会使国际游客花费巨大的代价,这样也就会违背 ODR 设立的初衷。

3.3. 优势

3.3.1. 经济、高效、节约司法成本

首先,ODR 机制为当事人节约了成本。此处成本可理解为时间成本和金钱成本。ODR 利用互联网解决争议,相比线下纠纷解决方式,可以省去国际游客争议当事人的时间成本,进而节约金钱成本。互联网在当今社会受到如此关注,不仅在于互联网技术本身,而且在于它对经济、社会的巨大作用和深刻影响[6]。

加之,ODR 机制的产生最重要的一点就是为了对接跨境电子商务纠纷的小额性特征,因此,ODR 机制所必须具有的特性之一即为其经济性,因其与传统争议解决方式相比金钱成本更加低廉而受到大众的青睞。

但是跨境游客纠纷与跨境电子商务纠纷在小额性特征上存在一定区别。跨境电子商务小额的特征比较合适适用 ODR 的方式来解决。但是跨境游客争议所涉及的金额不一定小,如果涉及到人身损害赔偿的,赔偿的数额也是比较大的。这就显示出 ODR 机制的重点不在于所涉及纠纷金额的大小,其背后的经济原

理是在国际旅游争端中,运用 ODR 机制能够比争议当事人去旅游地国家相关机构亲自处理纠纷更加节省成本,增加便捷。

其次,ODR 以其高效便捷为当事人所青睐。互联网解决争议最大的优势在于其信息交换的即时性。ODR 机制使争议解决突破了距离障碍,从申请争议解决到提交、审查证据再到争议解决过程,最后形成解决方案全部通过互联网完成,不但使纠纷解决全过程的记录保存更加方便和完整,而且大大提升了案件办理的效率。而且,由于 ODR 网站无固定的工作时间,争议双方可选择任意时间申请争议解决、上传证据等程序,较线下方式在时间和空间上更加方便当事人。ODR 机制能帮助争议当事人,尤其是国际游客受时间、空间拘泥更少一些。

最后,ODR 有助于节约司法资源。从庞大的跨境人群来看,跨境网购纠纷自然不少。试想,若将每个纠纷都提交法院或仲裁机构审理,那么,法官和仲裁员队伍的工作量将会多么繁重,法官和仲裁员的队伍将会多么庞大。然而,将大量小额纠纷通过 ODR 网站协商或调解的方式解决,无疑可以节约大量司法资源,使法官和仲裁员有更多的精力去办理复杂的案件。而且缩减法官和仲裁员人数可以节约办公空间,使司法资源得到更为有效的配置。

3.3.2. 程序灵活、降低远距离解决纠纷的难度

提供 ODR 的网站几乎都有不止一种解决纠纷的程序可供当事人选择。当纠纷产生时,当事人一般会先选择协商或调解,在协商或调解失败的情况下可选择将争议提交在线仲裁,以获得一个相对有保障的裁决。而且,ODR 程序一般不像法院、仲裁程序那样严格,其相对灵活性也适合解决跨国游客纠纷。当事人双方所在地不同,一方当事人很可能要到对方所在地起诉,那么远距离诉讼或仲裁就会使证据的收集等程序难度增大,同时也加大了时间和金钱成本。运用 ODR 程序能够超越距离,降低纠纷解决的难度[7]。

4. 中国的经验及应对

4.1. 中国大陆的经验

我国的在线纠纷解决机制的发展萌芽于 2000 年 12 月成立的贸仲委网上争议解决中心,其前身为中国贸仲委域名争议解决中心。随后由中国国际经济贸易仲裁委员会和中国香港国际仲裁中心牵头,亚洲域名争议解决中心于 2002 年 2 月 28 日投入运行。2004 年,中国电子商务法律网、北京德法智诚咨询公司共同合作组建中国在线争议解决中心。2013 年 12 月 30 日,淘宝网设立纠纷判定中心,独具特色的网购平台大众评审机制由此诞生。同时随着新一轮司法改革的深入和推进,智慧法院建设也在积极开展,电子法院、官方推出的调解纠纷解决 APP 不断涌现。

淘宝作为国内第一个将西方陪审团制度运用到电商纠纷解决领域内的企业,可谓是电商行业内启明星般的存在,在中国 ODR 发展缓慢的大湖泊中投下一枚石子,开拓了互联网社会的新型治理模式的同时,为我国社会领域范围内的 ODR 给出了示范,为智慧法院的建设与完善提供了启示,在一定程度上也推动了国内 ODR 的发展。在线纠纷解决将会成为互联网时代最为重要的纠纷解决方式[8]。

在《电子商务法》出台的大背景下,阿里、腾讯等互联网龙头企业致力于研究在线纠纷解决机制的大背景下,尤其是腾讯研究院推出的腾讯智慧法院项目,首次实现腾讯技术及数据信息能力在法院应用场景的对外开放,旨在运用将智能科技深度融合互联网与司法办案,搭建“智慧法院云平台”,实现司法便利化。由最初的 QQ 开庭,到现在利用 H5 双向音视频技术让位于不同地点的人员同时参与庭审。

为全面推进网络强国战略思想,全面加强智慧法院建设,我国互联网法院持续深入改革,积极推进互联网空间治理的法治研究,在线纠纷解决机制在我国司法领域业有了长足的发展。目前为止,我国已

经在杭州、北京、广州三地设立了三家互联网法院。根据最高人民法院在浙江乌镇发布的《中国法院的互联网司法》白皮书¹⁰显示,截至2019年10月31日,杭州、北京、广州互联网法院共受理互联网案件近12万件,案件审理周期相比传统审理模式节约时间约一半。白皮书显示,2017年8月18日,杭州互联网法院正式成立。2018年9月9日、9月28日,北京互联网法院、广州互联网法院先后成立。

4.2. 中国香港的经验

为了利用国际和地区发展(包括“一带一路”倡议和GBA倡议)带来的机遇,美国商务部支持并促进在线平台的发展,即电子商务相关的仲裁与调解(eBRAM)平台,该平台可提供高效,成本低廉的服务,通过集成诸如区块链,智能合约和人工智能等最先进的技术,在线交易和解决世界各地各方之间争端的有效而安全的平台。

中国香港也推出了eBRAM平台,其不仅可以促进全球商业,投资和贸易的交易和争议解决,而且还为中国香港展示宝贵的法律基础,著名的法律和争议解决专家提供了宝贵的机会,以及LawTech在亚太地区的开发能力。ODR是在各种替代性争议解决(ADR)服务中利用技术的过程,其中包括谈判,调解,仲裁等。它为消费者带来了许多好处,例如通过减少解决争端的成本来增加诉诸司法的机会,通过简化程序来节省时间,进一步坚持任何第三方调解员或仲裁员的中立性,而不会对族裔,性别,外貌造成偏见争议各方。贸易法委员会和亚太经合组织等各种国际和区域组织正在积极采取措施,促进和使用ODR,以提供一个可靠且有效的平台来促进ADR。

4.3. 中国的应对

中国ODR机制相较于其他国家或地区的ODR机制发展较晚,出现了诸如区域发展水平不平衡、在线纠纷解决机制的制度衔接、法律数据资源一体化等问题[9],但是近些年来也积累了大量经验。在中国,在线纠纷解决机制在高效便民、资源统筹和协同治理等方面的优势已经非常明显,纵深发展成一类能够实现纠纷预防与权利救济深度融合的新型社会矛盾纠纷综合治理机制。比如浙江ODR运行就取得了一系列创新性成果,从互联网法院成立到一站式平台入基层。但ODR也面临着现代性风险和社会认同缺失的现实拷问以及实体运作规范阙如和程序保障设计粗疏的法律问题[10]。需要注意的是,在线纠纷解决机制本身不应该只是现有纠纷解决模式简单叠加互联网技术而产生的简单结果[11]。换句话说,在线纠纷解决机制应当是利用网络科技高效融合现有纠纷解决机制。

在此基础上,中国应该努力建立一个有关于解决国际游客纠纷ODR机制平台。由于国际游客纠纷的特殊性,在不同国家的游客的纠纷可以通过ODR机制高效、便捷、低成本地化解。同时,中国也可以建立、夯实平台大数据系统,对ODR机制运行过程中的大数据进行收集。比如收集一些纠纷解决的典型案例,利用大数据展现ODR机制在解决国际游客纠纷方面的优势。

当前,COVID-19大流行也使得在线争议解决(ODR)成为适当或替代争议解决(ADR)的主流功能。从历史上看,ODR往往用于面对面会议或听证会的成本不切实际的情况,或者被热衷于使用技术的各方使用。现在,由于旅行和举行面对面会议的能力有限,ODR机制已经成为必不可少的一种纠纷解决机制。

参考文献

- [1] 陈珍.《国际旅游者司法救助与合作公约(草案)》述评[D]:[硕士学位论文].武汉:武汉大学,2017.
- [2] 夏雨.跨国旅游服务纠纷解决机制研究[D]:[博士学位论文].武汉:武汉大学,2010.
- [3] 刘艳娜,郭艳芳.我国跨境电子商务纠纷在线解决机制的发展与完善[J].燕山大学学报(哲学社会科学版),2022,23(1):72-79.

¹⁰http://www.cac.gov.cn/2019-12/04/c_1576994193495518.htm 2022年4月25日访问。

-
- [4] 高薇. 互联网争议解决的制度分析两种路径及其社会嵌入问题[J]. 中外法学, 2014(4): 1059-1079.
 - [5] 李虎. 网上仲裁法律问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 2.
 - [6] 龙飞. 中国在线纠纷解决机制的发展现状及未来前景[J]. 法律适用, 2016(10): 2-7.
 - [7] 刘东. 跨境电子商务纠纷解决模式研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2016.
 - [8] 谢鹏远. 在线解纷解决的信任机制[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2022(5): 175-176.
 - [9] 魏芊芊. 我国在线纠纷解决机制发展路径问题研究[D]: [硕士学位论文]. 镇江: 江苏大学, 2019.
 - [10] 张玥, 沈秋豪. 在线纠纷解决机制的法治逻辑及完善建议——以浙江 ODR 实践为分析样本[J]. 浙江树人大学学报, 2022, 22(1): 72-80+90.
 - [11] 安梓慧. “一带一路”下 ODR 机制发展趋势[J]. 合作经济与科技, 2020(5): 188-190.