

跨國 B2C 買賣契約的法律問題

--國際管轄權、準據法決定與線上爭端 解決機制 (ODR)

許耀明*

目	次
壹、前言	三、國際私法學說上關於契約準據法之決定
貳、B2C 買賣契約之特性	四、跨國 B2C 契約準據法決定之建議
參、跨國 B2C 買賣契約之國際管轄權決定	五、跨國 B2C 契約準據法決定之困難
一、美國之學說與實務	伍、跨國 B2C 買賣契約適用線上爭端解決機制 (ODR) 之可行性
二、歐盟之學說與實務	一、線上爭端解決機制 (ODR) 之意義與類型
三、海牙國際私法會議草案	二、線上爭端解決機制 (ODR) 適用於跨國 B2C 買賣契約之可行性
四、我國學說與實務	陸、結論
肆、跨國 B2C 買賣契約之準據法決定	
一、跨國 B2C 契約準據法決定之處理順序	
二、具體案件中關於跨國 B2C 買賣契約成立要件、契約效力與面臨之問題	

* 國立中興大學科技法律研究所助理教授。法國保羅賽尚愛克斯馬賽第三大學國際法與歐體法中心博士。本文曾發表於 2007 年 5 月 18 日中興大學科技法律所「電子商務的法律問題」研討會，感謝與談人國立中正大學法律系所蔡華凱教授對本文提出之諸多指正與建議。更感謝本文匿名審稿人對於本文諸多指正與建議。然所有文責，當由本文作者自負。

投稿日期：96 年 5 月 10 日，審查通過日期：96 年 5 月 17 日。

中文關鍵詞： 網際網路、電子商務、國際管轄權、準據法、線上爭端
解決機制 (ODR)

Key Words : Internet, E-Commerce, International Jurisdiction,
Applicable Law, Online Dispute Resolution (ODR)

中文摘要

本文主要之關切對象為電子商務時代中跨國 B2C 買賣契約的爭端解決問題。從傳統國際私法角度觀察，本文先從美國、歐盟等學說與實務出發，並兼及海牙國際私法會議草案，而回到我國現行學說與實務，討論此等契約之國際管轄權決定問題。其次，就準據法之決定，本文亦就此等跨國 B2C 買賣契約之特殊性，討論其契約成立與生效問題，以此進行國際私法上此等契約之準據法決定討論，並指出此等準據法決定之困難。因此，本文最後跳脫對於此等契約之爭端採訴訟解決之框架，討論採行線上爭端解決 (ODR) 機制之可行性，並分別指出其優缺點，以此作為解決跨國 B2C 買賣契約爭端的另一可行方案。

Abstract

The major concern of this article is the possible dispute resolution of B2C E-Commerce Contract. First, beginning from the theory of private international law, this article discusses the American and European doctrines and practices, and the proposal of HCCH about the international jurisdiction. Moreover, it also discusses the doctrines and practices in Taiwan. Secondly, this article focuses on the difficulties for deciding the applicable law of such a contract, by retracing to the specific nature of E-Commerce. Thus, finally this article proposes that the online dispute resolution (ODR)

would be a proper solution for the disputes resulting from such a contract, simultaneously analyzing the advantages and disadvantages of ODR.

壹、前言

網路通訊科技由於具有無國界、與實際所在地理位置無關、一對多、低成本、普遍人人皆可使用、可攜性、互動性與缺乏中央統一控制等特性，已經深深影響了現代人的生活。尤其是隨著此等科技之發展，傳統上之面對面交易形態產生了巨大的演變，進而使得傳統法學之概念與詮釋、適用有時而窮，而影響了有關財產權概念之演進、契約締結之認定與爭端解決之方式¹，也影響了課稅之方式²，甚至撼動了關於傳統以國家主權為基礎的國際私法理論³。其中最引人矚目的，無非各種電子商務（Electronic Commerce，簡稱 E-Commerce）之發展⁴。所謂電子商務，目前學者間定義略有差異，但不外「以電子方式進行的商品與服務之生產、分配、市場營銷、銷售或交付」⁵以及相關之資訊交換、電子

¹ Bruce L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Cyber Law: Norms, Property Rights, Contracting, Dispute Resolution and Enforcement without the State*, 1 J. L. Econ. & Pol'y 269 (2005).

² 馮震宇，從爭議到共識——從電子商務發展看課稅議題，月旦法學雜誌第 130 期，2006 年 3 月，頁 5-22；馮震宇，論網路電子商務發展與相關法律問題，載於氏著，網路法基本問題研究（一），學林，2000 年，頁 229-274。

³ Dan Jerker B. Svantesson, *The Characteristics Making Internet Communication Challenge Traditional Models of Regulation—What Every International Jurist Should Know about*, 13 Int'l J. L. & Info. Tech. 39 (2005).

⁴ 電子商務之發展與新興模式，參見：馮震宇，電子商務之發展與電子商務法制之建構，收於氏著，企業 e 化、電子商務與法律風險，元照，2002 年，頁 68-87。

⁵ 吳嘉生，電子商務法導論，學林，2003 年，頁 4；周忠海，電子商務法新論，神州，2002 年，頁 9；王傳芬，網路交易法律錦囊，元照，2000 年，頁 9；

資料交換與付款機制。以具體進行電子商務之行為主體分類，則主要有企業與企業間（Business to Business，簡稱 B2B）、企業與個人間（Business to Consumer，簡稱 B2C）與個人與個人間（Consumer to Consumer，簡稱 C2C）等型態⁶。本文以下討論者，主要為 B2C 之「跨國」電子商務所引起的相關國際私法問題與其他「替代爭端解決機制」（Alternative Dispute Resolution，本文以下簡稱 ADR），尤其是「線上爭端解決機制」（Online Dispute Resolution，本文以下簡稱 ODR）。

貳、B2C 買賣契約之特性

線上購物（Online Shopping），依交易之客體區分，大略可分為「商品交易」與「服務提供」兩大類，前者又區分為「實體商品交易」與「數位化商品交易」兩大類⁷。其中實體商品交易僅是以網路取代傳統之店家訪價、締約、郵購買賣等等交易形態，也就是說，除了交易之方式由傳統之方式改為網路之外，其他的交易客體仍為傳統有形之商品，例如目前最常見的書籍、CD 唱片、錄影帶或 VCD、DVD、小家電等等線上購物網站。而數位化商品交易除了交易方式改變之外，交易客體也變成經由電子訊息交

THOMAS J. SMEDINGHOFF (eds.), *ONLINE LAW* 75 (1996); Philippe le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 2002, p.235; Guy Hervier, *Le Commerce électronique*, 2001, p.17.

⁶ 此一分類參見：吳嘉生，同前註 5 書，頁 30；林麗真，電子商務契約民事法律問題之研究，台北大學博士論文，2005 年 6 月，頁 23；另有學者認為應該另外加入「政府」之主體而另有「企業與政府」、「個人與政府」間之電子商務活動。參見：周忠海，同前註 5 書，頁 12-14。關於政府與個人間之線上爭端解決機制，可參見：Anita Ramasastry, *Government-to-Citizen Online Dispute Resolution: A preliminary Inquiry*, 79 Wash. L. Rev. 159 (2004).

⁷ 林麗真，同前註 6 書，頁 27-29。

換傳遞之數位化產品，例如軟體程式、MP3 音樂、圖片之下載（download）、線上掃毒等等⁸。目前我國消費者保護法第二條第十款，於 2003 年修正時，將此種線上購物定性為「郵購買賣」之一種，規定「郵購買賣指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。」（楷體字為作者自加）。但由於以「郵購買賣」通稱此等契約似有名實不符之疑，因此最新之「消費者保護法部分條文修正草案」，參酌歐盟立法，擬改為以「遠距通訊交易」稱之⁹。歐盟 1997 年「遠距契約消費者保護指令」¹⁰則以「遠距契約」（distance contracts）涵蓋此種線上購物行為。此外，歐盟 2000 年「電子商務指令」¹¹更精確地整合了資訊服務行為之各成員國法制。

線上購物，依前述定義，可認定仍屬於傳統「買賣契約」之法律概念涵攝範圍¹²。蓋買賣契約之法律規範中，僅就交易主體之行為能力、意思表示合致以及交易客體之物加以規範，對於交易形態，例如係由拍賣或傳真訂購，概所不問。但諸如當事人身

⁸ PHILIPPE le TOURNEAU, *supra* note 5, p.235.

⁹ 行政院消費者保護委員會「消費者保護法部分條文修正草案總說明」，參見：<http://www.cpc.gov.tw/npdetail.asp?id=573> (2007/5/2 visited)。相關評釋可參見：林政君，遠距金融服務與消費者保護之法律問題—以歐盟遠距行銷金融服務指令為借鑑，法令月刊第 58 卷第 3 期，2007 年 3 月，頁 90-105，相關評釋參見該文頁 101-105。

¹⁰ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts；關於電子商務時代的消費者保護問題，另可參見：吳嘉生，同前註 5 書，頁 381-426；馮震宇，論網際網路與消費者保護問題，載於氏著，網路法基本問題研究（一），學林，2000 年，頁 173-228；林麗真，同前註 6 書，頁 139-176。

¹¹ Directive 2001/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in Internal Market.

¹² 王傳芬，同前註 5 書，頁 50。

分之確定、行為能力之有無、意思表示生效之時點、特殊要件之屢踐¹³等等，在此類線上購物契約，引發許多關於「事實」之詮釋問題¹⁴。例如：我國人甲於臺北家中上網至美國 www.allyouwantwehave.com 公司購買書籍一本，並以線上授權信用卡扣款方式支付該書價金，三個月過後，石沈大海，甲依該網頁所示地址電話查詢書籍寄送進度，答曰已經寄出，途中滅失責任由買受人自行承擔。其中牽涉之問題為：締約地為何？契約履行地為何？契約準據法為何？若該網站購物結帳之前有一長篇之定型化契約，約定危險負擔之移轉時點為出賣人將貨物交付運送人時，此約定之效力如何¹⁵？

在數位化商品之交易，問題變得更為複雜：例如上例中某甲購買之商品為遊戲程式乙套，線上付款後，進入下載畫面，某甲發現該下載所連結之網站出現「錯誤」或「無法連結」訊息，此時某甲如何主張自己之權利？按此類契約，目前德國學說上認為有「權利買賣說」、「類似買賣契約說」、「類似租賃契約說」及「介於買賣和權利租賃契約說」等說法¹⁶，本文限於篇幅，僅討論實體商品交易契約之問題，合先敘明。

此等線上購物契約，如果發生爭端，例如債務不履行，在國內法層次上，問題解決比較單純，僅涉及前述諸多事實點之認定問題。然而，現代網路無國界之特性，使得此等契約之當事人，

¹³ 例如拍賣之要式要件，參見民法第三百九十一條以下。

¹⁴ 吳嘉生，同前註 5 書，頁 133-149；周忠海，同前註 5 書，頁 46-76；林麗真，同前註 6 書，頁 61-117，皆有詳盡的關於電子商務契約之成立與當事人認定、意思表示效力問題之解說。

¹⁵ 民法第 374 條：「買受人請求將標之物送交『清償地』以外之處所者，自出賣人交付其標之物於為運送之人或承攬運送人時，標之物之危險，由買受人負擔。」（條文內之引號為筆者自加）茲有疑義者是，本案之「清償地」應為臺北？或是該公司實際上座落之處？

¹⁶ 王傳芬，同前註 5 書，頁 63。

可能分屬不同國家，在爭端發生時，應由何一法院管轄？該適用何等法律處理？以下茲分析國際私法上對於此等契約之管轄權決定問題與準據法適用問題。

參、跨國 B2C 買賣契約之國際管轄權決定

關於涉外案件之國際管轄權決定，國內學者討論甚多¹⁷，本文不擬重複其論述，以下僅簡要敘述其分類與基本原則。一般言之，關於涉外案件之國際管轄權（或稱國際裁判管轄權），學理上有「間接管轄權」（*compétence indirecte*）之與「直接管轄權」（*compétence directe*）之分¹⁸，前者係屬一國法院之判決是否受到他國法院承認執行之問題，後者係案件審理權限於各國法院間分配問題。此外，另有「國際管轄權」（*compétence internationale*）與「國內管轄權」（*compétence interne*）之區分，前者為「何國（法域）法院」得管轄之問題，後者為一國內法院管轄權限分配之問題。需要特別說明者是，法國學理上對國際管轄權又稱一般管轄權（*compétence générale*），國內管轄權又稱特別管轄權

¹⁷ 關於國際管轄權之通論，例可參見陳隆修，國際私法管轄權評論，五南，1986年；陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，載於氏著，國際民事訴訟與民事程序法，自版，1998年，頁1-46；蔡華凱，國際裁判管轄權總論之研究—以財產關係訴訟為中心，中正大學法學集刊第17期，2004年10月，頁1-85；吳光平，涉外財產關係的國際裁判管轄權，法學叢刊第51卷第1期（201期），2006年1月，頁57-106；吳光平，國際裁判管轄權的決定基準—總論上方法的考察，政大法學評論第94期，2006年12月，頁267-334。

¹⁸ Dusan Kitic, *Droit international privé*, 2003, p.98；國內學者亦採此種分類，參見：馬漢寶，國際私法（總論、各論），自版，2004年，頁198；林秀雄，國際裁判管轄權—以財產關係案件為中心，載於：國際私法理論與實踐（一）（劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集），1998年，學林，頁119-135，參見頁121。

(compétence spéciale)¹⁹，我國多數學者也從此一分類²⁰。然而，布魯塞爾公約 I²¹以及後續的歐盟管轄規則 I²²，亦用「一般管轄權」與「特別管轄權」，前者係指從國內法院基於對案件有普通審判籍而得出之國際管轄權，原則上以「以原就被原則」為基礎；後者係從國內法院對案件有特別審判籍而得出之國際管轄權，屬

¹⁹ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit International Privé*, 8^e édition, 2004, n°276 ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascale de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8^e édition, 2004, n°441-2.

²⁰ 參見：馬漢寶，同前註 18 書；劉鐵錚、陳榮傳合著，*國際私法論*，三民，2004 年三版，頁 600；林秀雄，同前註 18 文；李元樺，*國際民事訴訟法論*，五南，2007 年 3 月二版，頁 22。

²¹ Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, available at <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm> (2007/5/9 visited)。1968 公約 I 制定後，現行歐盟各國，依加入歐體之順序，陸續亦參加該公約，於 1996 年其時歐盟十五國全部加入該公約。值得一提的是，依 1971 年 6 月 3 日公約議定書，歐體法院對此公約有解釋權。此外，於 1988 年就歐體成員國與歐洲自由貿易聯盟 (AELE, Association Européenne de Libre-Échange) 之間，亦簽訂類似布魯塞爾 I 公約的盧加諾公約 (Lugano Conventions)，以為各國間決定民商事管轄權之依據，並為相互判決執行之基礎。盧加諾公約請參見：Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=41988A0592&model=guichett (2007/01/23 visited)

²² Council Regulation No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments civil and commercial matters, available at: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/l_012/l_01220010116en00010023.pdf (2007/5/9 visited)此一規則對丹麥有除外規定，仍適用布魯塞爾公約 I (第一條第三項)。關於 1968 布魯塞爾 I 公約與歐盟 44/2001 號規則的遞嬗關係，此處不擬詳論，參見：許耀明，*歐盟統一國際私法之發展：以管轄權規則與契約準據法公約為例*，*月旦法學雜誌*第 110 期，2004 年 7 月，頁 93-110；亦可參見：Georges A.L. Droz et Hélène Gaudemet-Tallon, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *Revue Critique de Droit International Privé*, n° 90(4) octobre- décembre 2001, p.601-p.652; 歐盟官方對於 44/2001 規則與後續因應歐盟東擴新成員國相關法制修正之說明，參見：<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33054.htm> (2007/01/23 visited).

於以原就被原則之例外，故稱之為特別管轄權。兩種術語使用意義上之不同，實須在不同討論脈絡下辨明。海牙「民商事管轄權公約」草案（Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, 1999）²³，亦採取同布魯塞爾公約 I 的分類方式。而法國學者，也有從此布魯塞爾公約 I 看法，認定一般管轄權與特殊管轄權者²⁴。為免閱讀誤會，法國學理上所稱之一般管轄權與特別管轄權，宜稱「國際管轄權」與「國內管轄權」為宜²⁵。本文以下所討論者，僅為「直接」「國際」管轄權，合先敘明。

一、美國之學說與實務

在跨國 B2C 買賣契約之直接國際管轄權具體決定上，美國與歐陸有不同之主張。美國聯邦部分，對外國人之管轄權部分，係採取「最低限度的關連點」原則（minimum contact），根據美國憲法修正案第十四條正當程序（due process）條款之要求，認為非居民被告與審判地之間，必須存在一定程度之接觸，並且該訴訟之進行並不違反「傳統上公平及正義之原則」（traditional notions of fair play and substantial justice）²⁶。基於此一原則，在美國各州

²³ Oct 30, 1999 草案條文與相關說明可參見：Peter Nygh and Fausto Pocar, Report on the preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (2000), available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3494&dtid=35 (2007/5/1 visited).

²⁴ 例如：Bernard Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité*, Cours général de l'Académie de droit international 2001, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, tome 305, 2003. p.395.

²⁵ 我國學者蔡華凱亦認為一般管轄與特殊管轄之區分實無必要，參見：蔡華凱，同前註 17 文，頁 8-9。

²⁶ 陳隆修，同前註 17 書，頁 122；陳隆修，父母責任、管轄規則與實體法方法論相關議題評析，東海大學法學研究第 25 期，頁 191-324，參見頁 261。馮

管轄權延伸部分，則有所謂「長臂法」(Long-arm statute)，認為非本州之自然人或法人，在該州境內從事某些活動，達到一定接觸程度，則該州法院對於該人有管轄權²⁷。但此一管轄權之行使，需符合「被告在該州從事商業活動」、「訴因與該州有關」與「不違反傳統之公平與實質正義原則」等要求²⁸。在當事人間無契約約定管轄權之情形，美國法院傾向以此長臂原則為管轄權之認定，例如在 *Resuscitation Technologies, Inc v. Continental Health Care Corp.* 一案²⁹中，由於原被告之間有多達八十多次的電子郵件往來，因此法院認定此構成一定之商業活動，因此原告所在地之印第安那州對於本案有管轄權。而在合意管轄之情形，原則上，電子商務契約亦為一種民事契約，沒有理由否定當事人得合意訂其管轄³⁰。但合意管轄之判斷上，美國第六巡迴上訴法院在 *Compuserve Inc. v. Patterson* 一案，法院認為單純的與網路服務提供者 (ISP) 簽約，並不足以因此使 ISP 之總公司所在地在法院取

震宇，論網路商業化所面臨的管轄權問題，載於氏著，網路法基本問題研究 (一)，學林，2000年，頁23-62，此處參見頁30；周忠海，註5書，頁262-266；陳榮傳，網際網路行為的涉外法律問題，月旦法學雜誌第84期，2002年5月，頁241-252。美國憲法第十四修正案(1868年7月9日修正)：“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” (粗體字作者自加)

²⁷ 馮震宇，同前註文，頁31；林麗真，同前註6書，頁232-236。

²⁸ 馮震宇，同前註26文，頁31-32。

²⁹ 1997 U.S. Dist. LEXIS 3525 (S. D. Ind. 1997)，轉引自：馮震宇，同前註26文，頁47。

³⁰ 林麗真，同前註6書，頁231；關於國際管轄合意，新近文章可參見：陳啟垂，國際管轄權之合意——評最高法院九十二年度台上字第二四七七號民事判決，月旦法學雜誌第131期，2006年4月，頁151-165；黃國昌，國際訴訟之合意管轄——以排除效果之有效性要件為中心，政大法學評論第90期，2006年4月，頁301-354。

得管轄權，但是如果另有傳送軟體、下載等行為，就足以使法院依據雙方之「合意管轄」而取得管轄權³¹。因此，本文所討論之線上購物契約（B2C 買賣契約），依前述意旨，在無合意管轄之情形下，如果是透過線上購物之「一次性」網路下單締結買賣契約，似乎無法被認定為被告在「原告」所在地「有商業行為」；而一般來說，線上購物契約之合意管轄又常以網路企業經營者之主事務所所在地為合意管轄地，此等約定如被認定為有效，對於原告，似有應訴不便之議（例如原告在加州，被告在紐約），因此，是否可能以違反「公平原則」排除此一合意管轄之約定，而使得原告所在地之法院取得管轄權？理論上應無問題，但仍待實際案例之建立認定。

二、歐盟之學說與實務

在歐盟層次上，目前歐盟管轄規則 I 則將被告之住所所在地視為契約之一般管轄權³²，而以債務履行地為特別管轄權³³。此等債務履行地之認定，除非當事人另有合意，在物品之買賣，為物

³¹ 馮震宇，同前註 26 文，頁 45-47。

³² Regulation 44/2001, art. 2.1: "Subject to this Regulation, persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State." 關於布魯塞爾規則 I 之一般管轄權與特別管轄權之詳細說明，參見：PETER STONE, EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW 45 (2006)；MICHAEL BOGDAN, CONCISE INTRODUCTION TO EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW 43 (2006)；Hélène Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3e édition, 2002, p. 59 et s.；許耀明，法國國際私法上之國際管轄權決定原則：以涉外勞動契約之國際管轄權決定為例，興大法學，創刊號，2007 年 6 月即將出版。

³³ Regulation 44/2001, art. 5.1(a): "A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued: in matters relating to a contract, in the courts of the place of performance of the obligation in question."

之運送出發地或應交付運送之地；在服務之提供，為服務之提供地或應提供地³⁴。在電子商務交易，原則上適用前述決定方法，但此等法律如不明確，例如在交易客體為數位商品時，或有認為則以出賣人之住所地為管轄法院³⁵。此外，當事人間（至少其一於成員國內有住所）亦得合意選擇另一成員國之法院為管轄法院³⁶。此等合意管轄，實際運作上通常亦約定為出賣人之主事務所所在地。以此觀之，在 B2C 買賣契約，對於原告，可能仍有訴訟成本過高之問題。因此，歐盟管轄規則 I 第十六條特別就消費者訴訟，規定消費者得於企業經營者所在地國或消費者住所地國法院提起訴訟³⁷。

三、海牙國際私法會議草案

在國際合作上，1999 年 10 月 30 日海牙國際私法會議通過了「民商事管轄權與外國判決公約」草案，對於買賣契約之管轄權，也有特殊規定。該草案第六條以商品之給付地、服務之提供

³⁴ Regulation 44/2001, art. 5.1(b): "for the purpose of this provision and unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation in question shall be: --in the case of the sale of goods, the place in a Member State where, under the contract, the goods were delivered or shall have been delivered, --in the case of the provision of services, the place in a Member State where, under the contract, the services were provided or should have been provided."

³⁵ 林麗真，同前註 6 書，頁 240。

³⁶ Regulation 44/2001, art. 23.1: "If the parties, one or more of whom is domiciled in a Member State, have agreed that a court of the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise un connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction."

³⁷ Regulation 44/2001, art. 16.1: "A consumer may bring proceedings against the other party to a contract either in the courts of the Member States in which the party is domiciled or in the courts for the place where the consumer is domiciled."

地或主要債務履行地為有管轄權法院³⁸。但針對消費者之特別保護，草案第七條則規定，消費者為原告時，得於其慣居地法院起訴³⁹，此顯然較為保護消費者。準此，本文所關切之跨國 B2C 契約，對消費者則可較有訴訟之便利性。此外，在 2000 年海牙國際私法會議⁴⁰中，針對電子商務與國際管轄權，特別提出電子商務中消費者契約之管轄權問題加以討論，認為雖基於保護弱勢之原則，海牙「民商事管轄權與外國判決公約草案」第七條以消費者慣居地之法院為有管轄權法院，但此亦可能引發企業經營者「全球被訴」之風險，尤其是越來越多的小企業也開始經營線上交易，該如何也均衡此等小企業之利益？頗值考量⁴¹。此會議中也提出了對於促進本文最後要討論的 ADR 與 ODR 之重要性，但該 2000 年會議認為也許海牙「民商事管轄權與外國判決公約草案」並非列入此等 ADR 或 ODR 之適當規範處所，但此一草案亦不能作為 ADR/ODR 日後發展之限制⁴²。

³⁸ HCCH, Preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, art. 6: "A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a state in which a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part; b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part; c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principle obligation took place in whole or in part."

³⁹ HCCH, Preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, art. 7.1: "A plaintiff who concluded for a purpose which is outside its trade or profession, hereafter designated as the consumer, may bring a claim in the courts of the State in which it is habitually resident..."

⁴⁰ HCCH, Ottawa, 18 February to 1 March 2000, Summary of discussions, Electronic Commerce and International Jurisdiction, available on <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl12.pdf> (2007/5/2 visited). 亦可參見：林麗真，同前註 6 書，頁 246 以下。

⁴¹ Id., Summary of discussions, p.7.

⁴² 關於海牙國際私法會議「民商事管轄權與外國判決公約草案」與 2000 年 Ottawa 海牙國際私法會議之相關說明與其適用於電子商務之限制，以及 ADR/ODR 之適用可能，參見：Mary Shannon Martin, Keep it Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in

四、我國學說與實務

我國目前對於涉外民事案件，並無管轄權之成文規定。學說上有以「逆推知說」（二重機能說）、「管轄分配說」（法理說）、「利益衡量說」與「新類型說」等學說處理者⁴³，而實務上則多以「類推適用說」為主而以我國民事訴訟法規定類推適用之。例如，在最高法院 96 年台上 582 判決中，認為「涉外剩餘財產分配事件之國際管轄權，涉外民事法律適用法未有規定，應類推適用民事訴訟法之規定」⁴⁴；而最高法院 95 年台抗字 2 號裁定中，也指出「關於涉外事件之國際管轄權誰屬，涉外民事法律適用法固未明文規定，惟受訴法院尚非不得就具體情事，類推適用國內法之相關規定，以定其訴訟之管轄」；又最高法院 93 年台上字 1943 號判決則稱「查涉外民事法律適用法並無關於離婚事件國際管轄權之規定，惟綜合民事訴訟法第五百六十八條關於離婚事件管轄權之規範意旨及原理，應解為我國就離婚事件之國際管轄權，係以當事人本國法院管轄為原則，輔以住所地法院管轄權及原因事實發生地法院之管轄權。」此雖未明言類推適用，但論理上實為此意⁴⁵。

International Business-to-Consumer E-Commerce, 20 B. U. Int'l L. J. 125 (2002).

⁴³ 蔡華凱，同前註 17 文，頁 17-21。

⁴⁴ 以下最高法院判決，皆檢索自司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw> (2007/04/11 visited).

⁴⁵ 蔡華凱教授在對本文評論時 (2007/5/18) 提出質疑，認為觀諸民事訴訟法第五百六十八條，並未有「國籍管轄」之規定，此等類推適用，有不當擴張我國管轄之嫌，實屬反面教材。蔡華凱教授並認為，此以歐盟管轄規則 I 中禁止「國籍管轄」自明。本文作者認為，歐盟管轄規則 I 原則上雖以「住所」為管轄連繫因素，但該規則第四條第二項，針對非居住於歐盟成員國之被告，認為「對於此等被告，不論任何國籍之人，若居住於歐盟成員國境內，

因此，在前述 B2C 買賣契約，如被告為我國人，依我國實務見解，我國法院自有國際管轄權（類推適用民事訴訟法第一條）⁴⁶；又或債務履行地在我國，亦有國際管轄權（類推適用民事訴訟法第十二條）。此一債務履行地之認定，在 B2C 實體商品交易契約，認定較無困難，依我國民法第三一四條規定，「清償地，除法律另有規定或契約另有訂定，或另有習慣，或得依債之性質或其他情形決定者外，應依左列各款之規定：一、以給付特定物為標的者，於訂約時，其物之所在地為之（下略）」。⁴⁶但此一類推適用之作法，就被告為外國人，或債務之履行地在外國之情形，對於我國之原告即有保護不周之虞。而我國消費者保護法第四十七條則規定：「消費訴訟，得由消費關係發生地之法院管轄」，此得否類推適用於涉外消費訴訟？依前述我國實務，似無不許之理，但在跨國 B2C 買賣契約，如何認定「消費關係發生地」？仍有疑問。

實則，跨國 B2C 買賣契約之特性，使得前述不管是美國、歐盟或海牙國際私法會議草案之管轄權認定，皆有時而窮。由於網路網路空間的非中心性，使得傳統國家司法主權之概念受到動搖，司法管轄界線亦變得模糊，尤其是傳統以當事人之住所、國

則可以如該國國民一般，援引其所居住之歐盟成員國法上現行管轄權規則，特別是明示於本規則附錄一者。」(As against such a defendant, any person domiciled in a Member State may, whatever his nationality, avail himself in that State of the rules of jurisdiction there in force, and in particular those specified in Annex I, in the same way as the nationals of that State.) 本規則附錄一中，則有法國民法第 14 條與第 15 條之「國籍管轄」。因此，歐盟管轄規則 I 原則上雖以被告之住所地為一般管轄，但例外時，在被告並非居住於歐盟成員國境內時，例外也允許「國籍管轄」之使用。參見：PETER STONE, *supra* note 32, at 57.

⁴⁶ 此等國籍管轄之類推適用，是否妥適？蔡華凱教授評論本文時亦認為有問題。限於篇幅，他日將另行為文討論之。

籍、財產、行為與意思等因素決定國際管轄權有無之基礎，在國際網路與物理空間並無關連之時，此等決定國際管轄權之因素，將變得難以適用。此亦為本文提倡 ODR 原因之一，詳見下述「伍」。

肆、跨國 B2C 買賣契約之準據法決定

從傳統國際私法理論來看，不僅是對於跨國 B2C 買賣契約，不僅是國際管轄權難以決定，在準據法選擇部分亦有所爭議，以下茲先敘述傳統國際私法上如何決定此等契約之準據法加以說明，其次指出此等契約準據法具體適用時之問題，再次討論國際私法學說上關於契約準據法如何決定之原則，最後做出對於跨國 B2C 買賣契約準據法決定之建議。

一、跨國 B2C 契約準據法決定之處理順序

在本文「貳」所舉之例中，由於跨國 B2C 買賣契約涉及之交易主體、交易客體、交易場所常涉及數法域⁴⁷，因此在法律適用上，須先闡明應適用何種法律為該契約之準據法問題。因之，如該案件繫屬在我國法院，依我國國際私法學說習用之方式⁴⁸，須依序檢討以下各點：

⁴⁷ 法域 (territorial unit)，指基於一立法主權，所制定之法律的有效施行地理範圍。例如目前中華民國民法，僅于台灣金馬地區有其施行效力。因之中華民國民法之法域，即為台灣金馬地區。

⁴⁸ 馬漢寶，談國際私法案件之處理，軍法專刊第 28 卷第 10 期，1982 年 11 月，頁 3

(一)該案件是否為涉外私法契約？

在我國對於涉外案件之解決，須適用「涉外民事法律適用法」以決定以何一準據法為該案件之實體法而加以適用。其適用之前提，則須以發生涉外私法案件為前提。在跨國 B2C 買賣契約中，將涉及外國自然人或法人，因此為涉外案件；本案係為買賣契約，為私法事件。因之有臺灣涉外民事法律適用法之適用。

(二)我國法院對該案有無國際管轄權？

原則上，因甲為我國人，我國法院對本案自有管轄權。此外，若當事人合意以我國法院為第一審管轄法院，通說亦認為此時得類推適用臺灣民事訴訟法取得國際私法上之國際管轄權⁴⁹。

(三)本案應定性為何種法律關係？

定性 (Characterization 或 Qualification)⁵⁰，依通說有「法庭地法 (Lex Fori) 說」、「本案準據法 (Lex Causae) 說」、「初步及次步定性說」(Primary and secondary Characterization)、「分析及比較法理說」(Comparative and Analytical Jurisprudence) 等等。以法庭地法說為便利而為多數所採。依我國民法，本案宜定性為「買賣」契約。

⁴⁹ 陳榮傳，同前註 26 文，頁 245。另參見劉鐵錚、陳榮傳合著，同前註 20 書，頁 604。

⁵⁰ 亦譯為識別 (大陸譯名)。對於此一概念，討論之文獻頗多，參見：CHESHIRE & NORTH, PRIVATE INTERNATIONAL LAW 43 (11th ed. 1987); KEGEL/SCHUIG, INTERNATIONALES PRIVATRECHT 278 (8 Aufl. 2000); Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *supra* note 19, n^o166; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascale de Vareilles-Sommières, *supra* note 19, n^o183; 馬漢寶，同前註 18 書，頁 257; 劉鐵錚、陳榮傳合著，同前註 20 書，頁 518; 柯澤東，國際私法，元照，2006 年 9 月，頁 64。

(四) 準據法之選擇

依涉外民事法律適用法第六條第一項：「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。」本案如有當事人合意，則理論上（詳下述契約準據法之決定部份之討論）應適用當事人合意之法律。

如果當事人間無合意，則依同法第六條第二項：「當事人意思不明時，同國籍者依其本國法。國籍不同者依行為地法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地視為行為地。」本法目前所採取之方式，係屬「準據法一般確定式」(general choice of law) 中之「硬性規則」(rigid rules)⁵¹。

⁵¹ 關於當事人意思不明時法律之選擇，學說上有「準據法一般確定式」(general choice of law) 與「準據法個別確定式」(individualized choice of law)，前者又分為由立法者設定一定法律適用順序之「硬性之一般規則」(rigid rules)，如我國現行涉民法第六條第二項，以及較為彈性的「表面規則」(Prima Facie rules)。參見：陳榮傳，當事人意思自主原則，月旦法學雜誌第 6 期，1995 年 10 月，頁 56-57。「準據法個別確定式」主見于英美法系國家，交由法官于具體個案中斟酌案件之各種具體情狀綜合判斷契約之準據法，例如「契約適切法」理論 (a proper law of contract)，大陸學者又譯「自體法」，參見：傅靜坤，契約衝突法論，人民出版社，2001 年，頁 36；我國學者亦有採此一譯名者，參見：賴來焜，當代國際私法學之構造論，神州，2001 年，頁 752。「準據法一般確定式」則常見於大陸法系成文法典中，「表面規則」僅設定基本原理原則供法官判斷時之參考，實則為準據法個別確定式之成文化而已。例如臺灣涉外民事法律適用法修正草案 (92.10.28) 中，關於契約準據法之選擇，於當事人意思不明時改訂為 (草案第 15 條第 2 項)：「當事人無明示之意思或其明示之意思依前項應適用之法律無效時，依『關係最切』之法律。」(引號為本文作者自加)，係採取「最重要牽連說」(Theory of Most Significant Contacts) 之精神。而現行第六條第二項，則係採取一定順序之連繫因素，依序由「共同國籍」、「行為地」、「發要約通知地」、「要約人之住所地」指向準據法之適用，此種法律適用方式，亦有學者稱為「梯級適用」(參見：賴來焜，本註前揭書，頁 736)。

(五)準據法之適用

通常在當事人意思自主原則之行使下，由於並無國籍、住所等連繫因素介入，所以無國籍衝突、住所衝突以及一國數法、反致等問題。可能有問題者是，當事人所約定之外國法抵觸我國公序之問題（涉民法第二十五條）。由於篇幅之關係，此處不擬詳述⁵²。

⁵² 公序 (l'ordre public; public order/policy) 概念首見於 1804 年法國民法典前加篇 (Titre Préliminaire) 第 3 條第 1 項：「凡關於警察及公共安全之事項，拘束所有法國境內一切人民。」(Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.) 此亦為現代歐陸國際私法新思潮「即刻適用法」(大陸學者譯為「直接適用法」)(lois de police; lois d'application immédiate; immediately applicable law) 概念之起源。在現代國際私法學說論述體系上，公序概念為「外國法適用論」之一環，主要說明在何種情形下，經過選法程式而找出之準據法並不能適用而必須被排除。當然，在目前各國提倡各國法律平等適用及促成國際間判決一致之國際私法發展理想前提下，以公序為由排除外國法之適用，理應屬於一種例外情形。相關公序概念說明，可參見：Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *supra* note 19, n^o199; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascale de Vareilles-Sommières, *supra* note 19, n^o246；馬漢寶，同前註 18 書，頁 235；劉鐵錚、陳榮傳合著，同前註 20 書，頁 218；柯澤東，同前註 50 書，頁 88。關於即刻適用法，參見：柯澤東，從國際私法方法論討論契約準據法發展新趨勢——並略評兩岸現行法，台大法學論叢第 23 卷 1 期，1993 年 12 月，頁 292-297（亦收於：柯澤東，國際私法新境界——國際私法專論，元照，2006 年，頁 141-184）。其他新近討論即刻適用法之文獻，亦請參見：許兆慶，海事國際私法上「至上條款」與「即刻適用法」簡析——兼評新海商法第七十七條之訂定，月旦法學雜誌第 78 期，2001 年 11 月，頁 124-141（亦收於氏著：國際私法與比較法研究，翰蘆，2005，頁 47-86）；吳光平，即刻適用法及其於海事國際私法上貨物運送法律關係之運用——並論我國海商法第七十七條之規定，法學叢刊第 189 期，2003 年 1 月，頁 101-116；吳光平，重新檢視即刻適用法——源起、發展，以及從實體法到方法的轉變歷程，玄奘法律學報第 2 期，2004 年 12 月，頁 147-196。

二、具體案件中關於跨國 B2C 買賣契約成立要件、 契約效力與面臨之問題

前段所述者為在臺灣涉外民事法律適用法下對於跨國 B2C 實體交易契約準據法決定的一般原則，乍看之下，似乎沒有太多疑義。如決定以某國法（甚至非一國實體法，例如國際條約）為準據法後，法院即以該法律為該案實體判決之依據。但我們要回過頭來，試想一下如果本案係以中華民國民法為裁判依據時，臺灣法院在適用實體法時考量的究竟是什麼？之所以要回到實體法做討論，乃因實際上在「定性階段」，我們係以我們民法之概念為定性。所以雖然說國際私法上盛傳著「程序依法庭地法」之原則而主張實體須平衡適用內外國法，但是由於定性階段之法律概念分類，實際上實體上因素早已滲進選法程序中，再加上「準據法選擇」階段所依據之「主要條文」係由法庭地國立法者依法庭地實體概念歸納分類各種典型案件，預設連繫因素，指向一定之準據法而來。因之其實在「準據法選擇」之階段，法庭地實體概念亦滲進選法程序。我們要說，這樣的選法程序，是不是一種「假面具」式的假平等，而枉顧當事人實際上之意思及利益呢？反觀英美法系之「契約適切法」理論、「最重要牽連說」理論等等，直接賦予法官一定之權限斟酌具體個案具體情狀而為綜合判斷，擺明就是「司法至上」之主張，是不是顯得較不虛偽呢？

在現行架構下，我們為了凸顯目前大陸法系選法模式之僵化，特別是在網際網路發達之今天，對於各種交易模式準據法選擇之無所適從，我們先回到我國實體法層次看看：

目前依臺灣學者之通說，契約之成立，須有三要件：「當事

人」、「意思表示」及「標的」；契約之生效，則須「當事人有行為能力」、「意思表示有效合致」與「標的係適法、可能與確定」⁵³。對照在國際私法選法程序上，一個實體交易契約，其實須有多種準據法之適用。依通說之看法，當事人能力及契約標的若為「物」，則必須另行適用行為能力準據法及物權準據法。於是一個現實上發生之涉外契約，其實有多種準據法之同時適用，這樣的法律適用方式稱為「分割適用」(Dépéçage)⁵⁴。我們以這樣的標準，檢視一下前述跨國 B2C 買賣契約，將發現網際網路的特性，使得目前決定契約成立及效力之事實情狀，變得模糊難辨，試想：

- 1、關於行為能力。企業對於坐在電腦桌前以滑鼠鍵盤漫遊網路世界的個人，何從判斷其行為能力之有無？（年齡通常為行為能力取得之法定要件，但現在電腦日益普及，小學生上網已成家常便飯）更何況企業往往由網路主機自動回應接收之電子訊息，更無識別能力去從事此等判斷。而國際私法對於行為能力此類屬人法 (*Lex Personia*) 之適用，若非採「本國法主義」(*Lex Patriae*)，如臺灣，即採「住所地法主義」(*Lex Domicilii*)，如英美。企業何從得知當事人之國籍？住所？網際網路，何時何地皆能上網，締約人之國籍為何？實無從辨識。而住所應如何認定？以上網之電腦實際所在地點擬制？此又失去住所與自然人實際生活重心連結之意義。
- 2、關於當事人意思表示之有效與合致。有效部份，意思能力之有無（比如說締約人其實已酩酊大醉），在網路上亦無法

⁵³ 王澤鑑，民法實例研習：民法總則，1990年，頁193；孫森森，民法債篇總論（上冊），自版，2004年，頁23。

⁵⁴ 賴來焜，同前註51書，頁724。

彰顯。合致部份則比較單純，通常目前實務上以點選「同意」鈕之按擊滑鼠動作，彰顯同意。茲較有疑問者是，何時意思表示合致生效而契約成立？傳統上英美法系大多對承諾之意思表示採取「發信主義」，則契約於相對人為承諾時成立，大陸法系對之則採「到達主義」，則契約通常於承諾之意思表示達到要約人時方生效而契約成立。不管採取何者，由於通說認為在網頁（webpages）上刊載價目表不視為要約，而為要約之誘引⁵⁵，因之消費者點選欲購買之商品應屬要約，而承諾由於實為企業主機因程式設計而自動回應，可視為企業行為之延伸，因之承諾之時點，由於網際網路電子訊息傳遞只在彈指間，所以幾乎在消費者點選完畢送出訊息後，同時間企業已為承諾。採取發信或到達主義，關於契約成立時點差異不大。差異者在於契約成立之「地點」（締約地）：在英美法系發信主義契約成立地在承諾人處，大陸法系到達主義則在要約人處⁵⁶。但如上述，傳統上之所以有這兩派之爭，主要牽涉到「意思表示之撤回」、「遲到」等問題因而衍生契約成立地不同之問題。今在網路上既契約成立於一瞬間，何必倒因為果斤斤計較契約成立地？

- 3、關於物權準據法。在以數位化商品為交易標的時，此問題更為複雜。因為傳統之「物權依物之所在地法（*Lex Rei Sitae*）」原則根本無從適用。軟體程式之所在地為何？企業之主要主機實際所在地？網路交易之伺服器（server）所在地？在實體商品交易契約，由於有實際物品佔據一定之物

⁵⁵ 王傳芬，同前註 5 書，頁 108。

⁵⁶ 陳隆修，國際私法契約評論，五南，1986 年，頁 36-37。

理空間，所以此原則之適用較不成問題。

三、國際私法學說上關於契約準據法之決定

目前國際私法上關於契約準據法之決定，大抵有「當事人意思自主原則」、「契約重心地理論」、「特徵性履行契約」以及「契約適切法」等理論。

- 1、當事人意思自主原則 (l'autonomie de la volonté)⁵⁷：此一原則為法國學者 Dumoulin 於十六世紀針對 Bartolus 法則區別說 (Theory of Statutes) 中關於「混合法則」(Statuta Mixta) 之法律適用不明而提出。本說主張關於契約之成立要件與效力，在準據法選擇上適用當事人自己合意所選定之法律，法官即以此為當事人間權利義務關係之定奪⁵⁸。
- 2、契約重心地理論 (center of gravity)⁵⁹：所謂契約重心地理論，係指法官就契約之締約地、履行地、債權人住、居所地以及債務人住、居所地等等，斟酌具體契約中，與系爭法律關係最有關係者係為何地，以該地之法律作為契約準據法之謂。
- 3、特徵性履行契約 (Characteristic Performance)⁶⁰：特徵性履行契約為契約適當法之一種類型，受到最重要牽連說

⁵⁷ 詳細資料請參見：賴來焜，同前註 51 書，頁 229；亦請參見，傅靜坤，同前註 51 書，頁 29。

⁵⁸ 此說現成為大陸法系連繫因素論中之一環。在當事人為明示合意時，法官適用法律有明確之準據，但在當事人意思不明時，應如何適用法律，以及如何找出「當事人推定或假設之意思」，有許多學理上爭議。參見：賴來焜，同前註 51 書，頁 299；傅靜坤，同前註 51 書，頁 42。

⁵⁹ 此為美國法之主張，參見：許兆慶，美國國際私法選法理論之變遷，載於：氏著，國際私法與比較法研究，翰蘆，2005 年，頁 257-286，本處參見頁 263。

⁶⁰ 柯澤東，同前註 52 文；柯澤東，同前註 50 書，頁 213-222。

(Theory of Most Significant Theory)⁶¹之影響，大陸法系就各種債之關係，分門別類分別主張其適當法之適用，此為最重要牽連說之具體化。1980年羅馬「契約準據法公約」⁶²在當事人無明示或默示之選法時，就契約準據法之決定，於該公約第四條第一項規定依「最密切關連」(les liens les plus étroits)之國之法律。此須綜合考量締約地、履行地、當事人住所地或營業地以及契約之性質與主要目的。而公約第四條第二項另以瑞士法上之「特徵性履行」(la prestation caractéristique)為最密切關連之判準。認為在各類契約有典型之履行特徵時，履行債務人締約時之慣居地即為最密切關連之地。

- 4、契約適切法 (Proper Law Theory)⁶³：契約之適切法理論認為於確定契約之準據法時，法官並非以契約之締約地或履行地為排他的、機械的唯一準據法，係以當事人之意思，綜合契約之條款、當事人之狀況與締約時之客觀情狀綜合判斷。當事人有明示合意時，通常法官及以此為準據法，當事人無合意或合意不明時，法官即以「公正理性之人」

⁶¹ 美國紐約州上訴法院於1963 Babcock v. Jackson 中，採用契約重心地理論之精神，於侵權行為之準據法選擇上，捨傳統機械僵化之侵權行為地法，採取較為彈性之最重要牽連說。其後此說之精神逐次擴張到整個選法理論，而成為與傳統連繫因素論分庭沓禮之選法方式，又稱「彈性選法主義」。參見：許兆慶，同前註59文；賴來焜，同前註49書，頁591。

⁶² CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS opened for signature in Rome on 19 June 1980, available at http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_en.htm (2007/5/9 visited) 目前關於此一公約，亦有「歐體法化」之呼聲，參見：許耀明，同前註22文，頁103。

⁶³ 大陸學者譯為「自體法」，參見：傅靜坤，同前註51書，頁36。我國學者則譯為「適當法」，參見：李復甸，網際網路行為準據法之研究，收於：國際私法理論與實踐（一）（劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集），學林，1998年，頁15-36，此處參見頁26。

(just and reasonable persons) 在締約時所必須考慮之法律作為準據法⁶⁴。

綜合前述，我們可以得見，國際私法上對於傳統契約準據法之選擇，大抵是以「當事人意思」為中心，由當事人自行決定其法律關係應適用之法律，在當事人意思不明時，則由法官依一定之法則決定該契約應適用何法律。以上各說，除當事人意思自主原則外，其餘各說名稱或有不同，但實質上精神頗為接近。

四、跨國 B2C 契約準據法決定之建議

由於網際網路之特性，許多傳統連繫因素論據以決定準據法之方式將受到重大衝擊，例如傳統屬人連繫因素，在網際網路中不論「國籍」或「住所」等連繫因素皆無法彰顯其作用，主要是因為「身分真實性」目前在網際網路上仍舊為有待發展之技術。再如傳統屬地之連繫因素，例如行為地，由於網路空間係屬虛擬，行為地之認定並無實際之地理意義。而對傳統主觀連繫因素，當事人意思，於消費契約常有「定型化契約」之問題，各國關於消費者保護之「即刻適用法」，勢必限制當事人意思之行使⁶⁵。而最重要牽連說、特徵性履行契約、契約適切法等等彈性選法理論，面臨網路上層出不窮之契約類型，亦有時而窮⁶⁶。

因此，對於網際網路法律行為之選法，有學者提出「網址法原則」，主張有關 Internet 所生之國際民商事法律關係，以「網址」

⁶⁴ 傅靜坤，同前註 51，頁 37。

⁶⁵ 參見：賴來焜，同前註 51 書，頁 696-702；陳榮傳，同前註 51 文，頁 248，其進一步主張，如在臺灣法院進行該等案件審理，在實體法適用上，須注意消費者保護法第 11 條到第 16 條，判斷該定型化契約關於準據法合意之效力。

⁶⁶ 賴來焜，同前註 51 書，頁 705-709。

(IP Address/URL) 為連繫因素而採取「網址法」為準據法⁶⁷。對於此一主張，學理上有肯定說、否定說及區分說、未定說等四說。肯定說認為網址在網路空間中的位置是可以確定的，而 ISP 與其實際座落地之管轄區域間具有關連性，因此主張以網址作為準據法決定之連繫因素以及國際民事訴訟管轄權決定之審判籍。否定說認為網址為虛擬性空間，不符客觀現實關係，法院應另行擇定連繫因素以為準據法之決定。區分說認為須區分「被動型網址」(Passive Web Sites) 與「交互型網址」(Interactive Web Sites)，被動型網址將供上網者瀏覽資訊，交互型網址則非僅瀏覽，尚可讓上網者留下如自己之 E-Mail，被動型網址不足構成聯繫，互動型網址則足以以此為連繫因素。未定論說則主張，網址在網際網路空間中雖有一定之穩定性，但其與具體特定之地理空間關係，其聯繫度尚無定論⁶⁸。

前揭數說，筆者認為以未定說為可採。蓋肯定說所持之主張，以目前國際間通用之網址編排方式，雖可識別網址所在 ISP 之實際地理位置，例如 www.xyz.com.tw，所指者為以 xyz (自然人或法人均可能) 為名所申請之商業網站，座落地為台灣，又如 www.123.edu.jp 所指為以 123 為名所申請之教育網站，座落於日本，如 kkk.net，則是以 kkk 為名之網路服務業網站，座落地為美國 (美國網站名後不加.us)，但是此處所稱之「座落地」，事實上僅為申請地，因為該企業或個人實際上可能位於日本而在台灣申請該網址，或是位於台灣而於美國註冊網址名稱。因此，若僅以網址為判斷基準而決定準據法之適用，仍可能有「規避法律」(la fraude à la loi) 之嫌。

⁶⁷ 賴來焜，同前註 51 書，頁 710。

⁶⁸ 賴來焜，同前註 51 書，頁 712-714。

五、跨國 B2C 契約準據法決定之困難

綜前所述，可以得知國際私法理論迄今仍無法妥善解決關於跨國 B2C 買賣契約之準據法決定問題。究其原因，並非傳統國際私法理論有理論上之缺陷，而是因為電子商務「無國界」之特性很難以傳統上以「國家主權」為建構概念中心的國際私法加以規範⁶⁹。例如，在國際管轄權決定上，網路經營者之主事務所所在地如何認定？以網址認定？目前仍眾說紛紜。又如在準據法選擇上，羅馬公約中判斷最密切關連之「締約地、履行地、當事人住所地或營業地」等等，在網路世界亦難以認定。縱如歐盟已經於 2000 年通過「電子商務指令」(Directive 2000/31 on electronic commerce)⁷⁰，以調和歐體內部市場關於資訊社會服務 (information society services) 之各國法制，但其亦明言「本指令不建立額外的國際私法規則，亦不處理國際管轄權之問題」⁷¹，由此可知此一問題在傳統國際私法上之難度。

因此，面臨傳統國際私法理論在網路世界適用之疑義，學者間倡議對於電子商務之跨國爭端，基於網路法 (Cyberlaw)⁷²自

⁶⁹ José Edgardo Muñoz López, *Alternative Dispute Resolution for E-Commerce*, 10 VJ (Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration) 53, 57 (2006).

⁷⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market. 關於本指令之逐條釋義，參見：LILIAN EDWARDS (eds.), *THE NEW LEGAL FRAMEWORK FOR E-COMMERCE IN EUROPE* (2005).

⁷¹ Directive 2000/31/EC, art.1 (4): "This Directive does not establish additional rules on private international law nor does it deal with the jurisdiction of Courts."

⁷² 關於網路法之發展，可參見：Bruce L. Benson, *supra* note 1; Christiane Féral-Schuhl, *Cyberdroit*, 3^e édition, 2002；馮震宇，*網路法律問題專論*，收於：氏著，*網路法基本問題研究（一）*，學林，2000 年，頁 11-22。

身「無國界」之特性，也許應該尋求其他「非訴訟」的 ADR⁷³，而其中 ODR 正方興未艾，前述歐盟 2000/31 號電子商務指令第 17 條亦鼓勵此種發展⁷⁴，詳見下述。

伍、跨國 B2C 買賣契約適用線上爭端解決機制（ODR）之可行性

以下首先闡述 ODR 之源起、意義與類型，其次則討論此種新興爭端解決模式，是否足以妥善解決本文關心的跨國 B2C 買賣契約。

一、線上爭端解決機制（ODR）之意義與類型

所謂 ADR，係指以傳統訴訟途徑以外之解決爭端方式，又

⁷³ YUN ZHAO, DISPUTE RESOLUTION IN ELECTRONIC COMMERCE 37 (2005); Mohamed Wahab, Globalization and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement, 12 Int'l J. L. & Info. Tech. 123, 128 (2004).

⁷⁴ Directive 2000/31/EC, art.17: “

1. Member States shall ensure that, in the event of disagreement between an information society service provider and the recipient of the service, their legislation does not hamper the use of out-of-court schemes, available under national law, for dispute settlement, including appropriate electronic means.
2. Member States shall encourage bodies responsible for the out-of-court settlement of, in particular, consumer disputes to operate in a way which provides adequate procedural guarantees for the parties concerned.
3. Member States shall encourage bodies responsible for out-of-court dispute settlement to inform the Commission of the significant decisions they take regarding information society services and to transmit any other information on the practices, usages or customs relating to electronic commerce.”

關於歐盟電子商務指令中 ODR 之設計，參見：Paul Motion, Online Dispute Resolution: A View from Scotland, THE NEW LEGAL FRAMEWORK FOR E-COMMERCE IN EUROPE 137 (Lilian Edwards eds, 2005).

稱「裁判外紛爭處理」。具體類型有調解、和解、仲裁等⁷⁵。歐盟執委會 (Commission) 於 2002 年之「民商事 ADR 綠皮書」⁷⁶中，亦定義 ADR 為「由中立第三人進行之法庭外爭端解決程序」⁷⁷，而可區分為「司法程序中誘導之 ADR」(ADR in the context of judicial proceedings) 與「訴訟程序外當事人合意之 ADR」(conventional ADR)，或區分為「第三人需做出爭端解決決定」(又區分為有拘束力與無拘束力) 與「第三人無需做出爭端解決決定，僅由當事人自行達成協議」之諸次類型。此一 ADR 發展，由於各種知識與資訊流通之迅速，加上 ODR 之出現，也逐步邁向全球化，並兼容各種不同文化之需求與強調資訊科技可接近性之普及⁷⁸。

ODR 興起於 1990 年代中期，實為替代爭端解決機制(ADR) 的具體型態之一，係透過各種網路科技之輔助而做成。所謂 ODR，依早期倡導 ODR 有力之學者 Katsh 與 Rifkin 之看法，包括線上協商 (Online Negotiation)、線上調解 (Online Mediation) 與線上仲裁(Online Arbitration)⁷⁹，近期也開始有線上申訴(Online

⁷⁵ Karim Benyekhler & Fabien Gékinas, *Le règlement en ligne des conflits*, 2003, p.65; Aashit Shah, *Using ADR to Resolve Online Disputes*, 10 *Rich. J. L. & Tech* 25 (2004); Amy S. Moeves & Scott C. Moeves, *Two Roads Diverged: A Tale of Technology and Alternative Dispute Resolution*, 12 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 843 (2004); Krik W. Schuler, *ADR's Biggest Compromise*, 54 *Drake L. Rev.* 751, 754 (2006); 沈冠伶, *訴訟權保障與裁判外紛爭處理*, 2006 年, 頁 334; 梁潛心, *線上解決爭議機制之研究*, 世新大學法律學研究所碩士論文, 2004 年, 頁 75。

⁷⁶ COM (2002) 196, *Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf (2007/4/30 last visited).

⁷⁷ *Id.*, p.6.

⁷⁸ Nadja Alexander, *Mobile Mediation: How Technology Is Driving the Globalization of ADR*, 27 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 243, 244 & 253 (2006).

⁷⁹ ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, *ONLINE DISPUTE RESOLUTION: RESOLVING CONFLICTS IN CYBERSPACE* 9 (2001); 亦可參見: LUCILLE

Complaint) 制度之發展⁸⁰，甚至有線上陪審團 (Online Jury)⁸¹ 或「實體法院線上化」⁸² 之制度。ODR 之適用，未必限於因線上行為所產生之爭端，實體世界之爭端也可適用 ODR 來處理⁸³。其具體適用案例類型，除本文關切之電子商務行為之外，也有學者認為更適用於身分法或勞資爭議等傳統因為面對面處理而可能有更多問題的爭端類型⁸⁴。

ODR 不僅利用電子郵件 (E-Mail) 等網路科技之輔助達成爭端之解決⁸⁵，更強調 ODR 「與 ADR 三方架構有點不同，而有第四方 (the Fourth Party) 之加入」⁸⁶。此一第四方，就是網路科技之線上空間、線上工具與電腦螢幕。此一主張，亦獲得其他學者之支持，而強調科技在 ODR 之重要性⁸⁷。例如可進行「喊價」(Blind

M. PONTE & THOMAS D. CAVENAGH, CYBER JUSTICE: ONLINE DISPUTE RESOLUTION FOR E-COMMERCE 38,62,82 (2005); Karen Stewart & Joseph Matthews, Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes, 56 U. Miami L. Rev. 1111 (2002); 陳思廷, B2B 電子商務訴訟外爭議處理 (ADR) 機制之研究 (上), 科技法律透析第 14 卷第 5 期, 2002 年 5 月, 頁 31-43, 參見頁 37。

⁸⁰ 梁瀨心, 同前註 75 文, 頁 48。

⁸¹ LUCILLE M. PONTE & THOMAS D. CAVENAGH, *supra* note 79, at 100.

⁸² Lucille M. Ponte, The Michigan Cyber Court: A Bold Experiment in the Development of the First Public Virtual Courthouse, 4 N. C. J. L. Tech 51 (2002).

⁸³ Arno R. Lodder & John Zeleznikow, Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model, 10 Harv. Negot. L. Rev. 287, 300 (2005).

⁸⁴ Andrea M. Braeutigam, Fusses that Fit Online: Online Mediation in Non-Commercial Contexts, 5 Appalachian J. L. 275 (2006).

⁸⁵ ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, *supra* note 79, at 120; José Antonio Garcia Alvaro, Online Dispute Resolution: Unchartered Territory, 7 VJ (Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration) 187 (2003).

⁸⁶ ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, *supra* note 79, at 93; Ethan Katsh, Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes through Code, 1 N. Y. L. Sch. L. Rev. 271, 284-290 (2004-2005).

⁸⁷ COLIN RULE, ONLINE DISPUTE RESOLUTION FOR BUSINESS: B2B, E-COMMERCE, CONSUMER, EMPLOYMENT, INSURANCE, AND OTHER COMMERCIAL CONFLICTS 55 (2002); 邇來甚至有主張應利用 XML (eXtensible Mark-up Language) 程式語言以設計 ODR 網站之主張, 參見: Jim

Bidding) 之 ClicknSettle 或 Cybersettle 此類線上工具，在當事人間僅涉及一定金錢之爭端時，可以迅速的替當事人找到平衡點⁸⁸。又如諸即時通訊軟體 (MSN, Yahoo Messenger)、電子聊天室與視訊裝置等，亦可提供給當事人即時協商的環境⁸⁹。

現今之 ODR 服務網站，大約有七十多個，大多分佈在美、歐盟、加、澳等地區⁹⁰，其具體類型包羅萬象⁹¹，例如在線上協商，與著名拍賣網站 Ebay 合作 SquareTrade 公司提供的協商軟體，可以在調解人介入前由當事人自行協商⁹²。而線上調解，有可能是電腦完全自動化之線上調解程序，例如 Cybersettle 公司所提供之線上工具。也有可能是有調解人介入，伴隨電腦程式之半自動化線上調解，或是兼用傳統與線上調解程序之網站。線上仲裁最著名者，即為「網際網路名稱與號碼分配組織」(the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, 簡稱 ICANN) 之「網域名稱爭議解決方法統一政策」(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 簡稱 URDP) 中的線上仲裁機制⁹³。

Keane & Debi Miller-Moore, *Linking Information Technology and Dispute Resolution: Framing the Future of Online Dispute Resolution Using OdrXML*, 59-APR Disp. Resol. J. 58 (2004); Darryl Mountain, *XML E-Contracts: Documents that describe themselves*, 11 Int'l J. L. & Info. Tech. 274 (2003).

⁸⁸ ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, *supra* note 79, at 13.

⁸⁹ Janice Nadler, *Rapport in Legal Negotiation: How Small Talk can Facilitate E-Mail Dealmaking*, 9 Harv. Negot. L. Rev. 223 (2004); 關於對話線上工具之發展與 ODR 之關係，參見：Arno B. Lodder & John Zeleznikow, *supra* note 83, at 303.

⁹⁰ 梁瀟心，同前註 75 文，頁 51；Joseph A. Zavaletta, *Using E-Dispute Technology to Facilitate the Resolution of E-Contract Dispute: A Modest Proposal*, 7 J. Tech. L. & Pol'y 2 (2002).

⁹¹ 梁瀟心，同前註 75 文，頁 28-48。

⁹² Ethan Katsh, *supra* note 87, at 277. 關於 SquareTrade 之可信度 (Accountability) 研究，可參見：Orna Rabinovich-Einy, *Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 Harv. Negot. L. Rev. 253 (2006)

⁹³ *Id.*, at 279.

二、線上爭端解決機制（ODR）適用於跨國 B2C 買賣契約之可行性

在目前跨國 B2C 買賣契約之爭端，如前所述，傳統國際私法理論之適用有時而窮；更甚者是，由於此等契約之訴訟標的大致都在 100 美金以下，當事人實無可能耗費大量時間與金錢進行跨國訴訟。對於經營線上購物之企業來說，ODR 也為較佳的解決爭端方案。因為 ODR 不但降低了企業在處理各種線上購物爭端之時間與成本，亦可藉此建立與消費者較好之互動關係，而有利於企業之永續經營⁹⁴。而對一般消費者來說，ODR 也節省了當事人諸多金錢與時間⁹⁵、消除了所有物理空間上之限制、可以從世界各地尋找公正之第三人解決紛爭，而其通訊方式更可以是即時之線上對談或視訊會議，或是非即時之 E-Mail 往來。由於在特定爭端中，當事人常有「仇人相見分外眼紅」之心態，因此傳統面對面之協商常常無法達成共識，因為面對面之方式常會激起不必要之情緒。ODR 之距離感，適足以讓當事人冷靜思考問題真正之所在，進而理性地達成協議⁹⁶。而文字之溝通方式，通常也比語言來的理性、平和許多（雖然 ODR 也不排斥視訊會議等方式，

⁹⁴ Graham Ross, *Online Dispute Resolution and Business*, 8 VJ 301, 301-305 (2004).

⁹⁵ LUCILLE M. PONTE & THOMAS D. CAVENAGH, *supra* note 79, at 24; José Antonio Garcia Alvaro, *supra* note 85, at 190-191; Robert Bennett Lubic, *Reducing Costs and Inconveniences in International Commercial Arbitration and Other Forms of Alternative Resolution through Online Dispute Resolution*, 15 *Am. Rev. Int'l Arb.* 507 (2004); Youseph Farah, *Critical Analysis of Online Dispute Resolutions: the Optimist, the Realist and the Bewildered*, 11 *C.T. L. R.* 123 (2005).

⁹⁶ Andrea M. Braeutigam, *supra* note 84, at 292.

但大多數之 ODR 目前仍是以 E-Mail 文字解決)。甚者，由於非面對面式的爭端解決，原本可能有的種族、文化差異等因素將被弭平，而可達成當事人間平等的普遍主義 (universalism) 理想⁹⁷。因此，似乎 ODR 為跨國 B2C 買賣契約爭端解決之較佳方案。但果真如此？

事實上，雖然目前已有許多 ODR 之應用，但其紛爭解決之功能，多半來自於當事人間自願之合意。然而，ODR 之所以無法普及，除了部分當事人對於網路科技之使用仍有技術上之困難外，ODR 制度本身也有一些障礙尚待克服⁹⁸。首先，雖然 ODR 技術上沒有困難，但是由於目前存在各種不同技術之應用，並沒有統一之技術標準，因此在不同 ODR 之間，技術整合等可能上有困難。其次，利用 ODR 之過程中，目前完全倚賴當事人自願之合意與服從，各項通訊行為，並沒有法律上的拘束力。例如關於電子簽章之真正性與效力，各國規定不一，關於電子文件傳遞之效力與證明等，各國立法也不一，此等缺乏法律效力之 ODR，將使得潛在的使用者對其不夠信任而望之卻步。

除了因為無強制力與法律拘束力所產生的不信任感之外，ODR 在紛爭解決之過程上，也出現一些問題。首先，傳統面對面之爭端解決方式，當事人可以透過臉部表情、肢體語言等，得到非言語之資訊，以作為協商時之資訊參考。然而，在 ODR 程序中，缺乏面對面之互動，當事人無從感受對方之肢體語言與情緒等等，因此對於協商所需之資訊，可能將有遺漏⁹⁹。雖然網路世界也開始出現一些表情符號之運用，例如「☹」表示不開心，

⁹⁷ Benjamin G. Davis, *International Commercial Online and Offline Dispute Resolution: Addressing Primacism and Universalism*, 4 J. Am. Arb. 79 (2005).

⁹⁸ José Antonio Garcia Alvaro, *supra* note 85, at 190-192.

⁹⁹ LUCILLE M. PONTE & THOMAS D. CAVENAGH, *supra* note 79, at 32; Andrea M. Braeutigam, *supra* note 84, at 288.

「☺」表示開心，但此與面對面接觸相比，仍有相當大之差距。此種非即時性之溝通，為 ODR 便利之優點，但卻也成為資訊可能遺漏之缺點。此外，部分當事人對於資訊科技與網路之不熟悉，可能會造成資訊歧視與不平等（disparity）之問題。此本為 ODR 之特性，卻也可能造成傳統訴訟所沒有之缺點。甚者，目前 ODR 之進行，多半以英文進行，此對於非英語系國家之當事人來說，也可能造成實質上之不平等。

另一方面，ODR 之發展也牽涉到當事人之隱私權保障問題¹⁰⁰。現代司法制度之特徵原本即為公開審理，因此本無隱私權之問題。但由於 ADR 制度之興起，當事人之隱私開始得到相當保障（甚至還被譏為有錢人的私人正義）。然而，ODR 制度之出現，似乎在這兩者間創造出中間類型。在資訊時代，有些人可能對於個人購物習慣之資訊可能會遺留在網站中這樣的新發展漠不關心，甚至認為此種下次再造訪該網站之廣告（藉由之前的購物習慣分析）或透過郵件軟體發送之廣告，對於個人購物參考相當有幫助；但也有些人越來越擔憂資訊時代個人資料之保護問題。此二種對於資訊時代隱私權的不同態度，也會影響到關於 ODR 之發展。依學者之樂觀評估，如果 ODR 日後可能會越來越多，甚至逐漸取代法院，如此 ODR 也將逐漸擔負法院處理爭端時代「公開性」之任務（對於潛在可能發生爭端者之告示作用），則資訊時代之爭端解決「透明度」之發展應為未來之趨勢。但此種將傳統之調解「去隱私化」之作法，可能反而會降低當事人利用 ODR 之意願，因此反過來不利於 ODR 之普及。而如 ODR 不夠普及，則 ODR 並沒有必要擔負法院公開性之任務。如此陷入一個弔詭的兩難境界。因此，日後各 ODR 網站可能傾向於至少公布在 ODR

¹⁰⁰ Orna Rabinovich- Einy, *Going Public: Diminishing Privacy in Dispute*

之成立合意清單，而僅對於實際 ODR 最後爭端解決之條件與內容保密，如此可兼顧隱私權保障與透明度之問題¹⁰¹。此外，關於 ODR 隱私權的另一問題是，當事人間相關通訊資料的保密與資訊安全問題¹⁰²。除了電腦駭客之資訊安全問題外，當事人也能輕易將電子文件傳送至第三人，而有礙另一當事人之隱私。因此，文件加密技術之發展將不可或缺。

以上談到的對於 ODR 之「不信任感」與「隱私權」疑慮等問題，其實都需要政府之介入。關於 ODR 之發展，究竟要由相關業者與當事人自律？還是由政府介入？一直有不同聲音出現。然由於 ODR 本身不具有拘束力與強制力，也缺乏對於 ODR 經營者之適當聲譽評估機制，對於 ODR 可能做出之爭端解決方案，更沒有可預測性，因此，學者主張應該由政府扮演適當之加持角色，以其公信力與資金對 ODR 進行最小干擾之協助¹⁰³。首先，可以由政府進行各 ODR 網站之評估，建立所謂的「信任標章」(trustmark) 制度。其次，甚至可以由政府建立 ODR 之交換所機制 (clearinghouses)，由政府提供良好之 ODR 名單以供當事人篩選。而若要建立 ODR 之司法化，透過線上上訴機制 (Online Appeals) 之建立，也可增加 ODR 爭端解決之正當性¹⁰⁴。

陸、結論

科技的日新月異，帶來許多新興的法律問題。法律如何因應

Resolution in the Internet Age, 7 Va. J. L. & Tech. 4 (2002).

¹⁰¹ Id., at 114.

¹⁰² Id., at 123.

¹⁰³ Thomas Schultz, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust, 6 N. C. J. L. & Tech. 71, 79-90 (2004).

¹⁰⁴ Id., at 96-100.

與處理這些新科技潮流所帶來的新法律適用問題？此為現代法律人之職志所在。

關於跨國 B2C 買賣契約之國際管轄權決定與準據法決定，目前依舊眾說紛紜。傳統大陸法系國際私法以連繫因素決定準據法之做法，在電子商務時代，造成所謂「當事人意思」獨大，但意思不明時卻又無法可用之問題（以臺灣涉民法第六條第二項為例：何謂共同本國法？何謂行為地？何為要約人住所地？）。例如目前線上購物「定型化契約」氾濫之情形，空以「當事人意思自主」為名，而漠視網路上法律行為準據法決定之適當性，此相當有待斟酌。因為在 B2C 之情形，消費者往往無暇、也無力細覽該契約，而只是簡單地點選「同意」者為多。而此類定型化契約常常出現準據法、管轄合意偏袒企業一方之情形，此時諸如內國之消費者保護相關法令規定，得否作為即刻適用法而排除當事人合意？亦無定論。甚至，是否得直接在涉民法中規定諸如「涉外實體商品買賣契約，依涉民法決定應適用之法律。但依本法對消費者保護較優者，不適用之。」等即刻適用法以為明確規定？然而此種一面倒地以消費者為中心以求消費者權利之保護，有無矯枉過正之問題？此皆為懸而未決之問題。針對此等跨國 B2C 買賣契約，或有學者主張得以特徵性履行契約之概念，以「交貨地」為行為地，決定契約準據法¹⁰⁵。然而，在如數位化商品之買賣契約，又如何決定「交貨地」？相較於前述大陸法系選法理論之問題，英美之彈性選法主義雖然藉由賦予法官較大之權限以求個案公平正義之實現，然而亦失之明確、無從遵循。

此類法律問題，已變成目前國際間共同之課題。然而回想一下當初國際私法屬人法兩大主義之衝突所造成之法律衝突現象

¹⁰⁵ 參見：賴來焜，同前註 51 書，頁 698。

以及法律適用之困擾（例如為求國際間判決一致而有反致制度之設計），在本法律問題方興未艾、各國尚未形成習慣法或完成立法之前，如果以國際統一實體法之方式來加以規範，是否也不失為一個解決方法？但國際統一實體法之訂立，亦非一蹴可幾。

因此，放下國際私法國際管轄權決定與選法理論之爭執，本文探討了 ADR 中 ODR 之可行性問題。雖然 ODR 本身還有一些問題存在，例如當事人對 ODR 之不信任、缺乏拘束力與強制力、網路科技之普及性問題與隱私權保障等問題，但此等問題似可逐漸透過政府之適度背書與介入而解決。此仍有待 ODR 之持續發展¹⁰⁶。如果 ODR 之利用能逐漸普及，此將能同時減輕實體世界法院小額訴訟之案件負擔，並讓當事人間的爭端能夠迅速且低成本地解決。

¹⁰⁶ 在技術面上，目前甚至有關於人工智慧（Artificial Intelligence）之 ODR 研究。參見：Arno B. Lodder & John Zeleznikow, *supra* note 83, at 289.

參考文獻

一、中文書籍

1. 王傳芬，網路交易法律錦囊，元照，2000 年。
2. 王澤鑑，民法實例研習：民法總則，1990 年。
3. 沈冠伶，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，2006 年。
4. 李沅樺，國際民事訴訟法論，五南，2007 年 3 月二版。
5. 林麗真，電子商務契約民事法律問題之研究，台北大學博士論文，2005 年 6 月。
6. 吳嘉生，電子商務法專論，學林，2003 年。
7. 周忠海，電子商務法新論，神州，2002 年。
8. 梁靜心，線上解決爭議機制之研究，世新大學法律學研究所碩士論文，2004 年。
9. 孫森焱，民法債篇總論（上冊），自版，2004 年。
10. 柯澤東，國際私法，元照，2006 年 9 月。
11. 馬漢寶，國際私法（總論、各論），自版，2004 年。
12. 陳隆修，國際私法管轄權評論，五南，1986 年。
13. 陳隆修，國際私法契約評論，五南，1986 年。
14. 劉鐵錚、陳榮傳合著，國際私法論，三民，2004 年三版。
15. 賴來焜，當代國際私法學之構造論，神州，2001 年。

二、中文期刊論文或書籍論文

1. 李復甸，網際網路行為準據法之研究，收於；國際私法理論與實踐（一）（劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集），學林，1998 年，頁 15-36。
2. 林玫君，遠距金融服務與消費者保護之法律問題—以歐盟遠距行銷金融服務指令為借鑑，法令月刊第 58 卷第 3 期，2007 年 3 月，頁 90-105。
3. 林秀雄，國際裁判管轄權—以財產關係案件為中心，載於：

- 國際私法理論與實踐（一）（劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集），1998年，學林，頁119—135。
4. 吳光平，即刻適用法及其於海事國際私法上貨物運送法律關係之運用——並論我國海商法第七十七條之規定，法學叢刊第189期，2003年1月，頁101-116。
 5. 吳光平，重新檢視即刻適用法—源起、發展，以及從實體法到方法的轉變歷程，玄奘法律學報第2期，2004年12月，頁147-196。
 6. 吳光平，涉外財產關係的國際裁判管轄權，法學叢刊第51卷第1期（201期），2006年1月，頁57-106。
吳光平，國際裁判管轄權的決定基準—總論上方法的考察，政大法學評論第94期，2006年12月，頁267-334。
 7. 柯澤東，從國際私法方法論討論契約準據法發展新趨勢——並略評兩岸現行法，台大法學論叢第23卷第1期，1993年12月，頁292-297（亦收於：柯澤東，國際私法新境界—國際私法專論，元照，2006年，頁141-184）。
 8. 馬漢寶，談國際私法案件之處理，軍法專刊第28卷第10期，1982年11月，頁3。
 9. 馮震宇，網路法律問題導論，收於：氏著，網路法基本問題研究（一），學林，2000年，頁11-22。
 10. 馮震宇，論網路商業化所面臨的管轄權問題，載於氏著，網路法基本問題研究（一），學林，2000年，頁23-62。
 11. 馮震宇，論網際網路與消費者保護問題，載於氏著，網路法基本問題研究（一），學林，2000年，頁173-228。
 12. 陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，載於氏著，國際民事訴訟與民事程序法，自版，1998年，頁1-46。
 13. 陳隆修，父母責任、管轄規則與實體法方法論相關議題評析，東海大學法學研究第25期，頁191-324。
 14. 陳榮傳，當事人意思自主原則，月旦法學雜誌第6期，1995年10月，頁56-57。
 15. 陳榮傳，網際網路行為的涉外法律問題，月旦法學雜誌第84期，2002年5月，頁241-252。
 16. 陳啟垂，國際管轄權之合意—評最高法院九十二年度台上字

- 第二四七七號民事判決，月旦法學雜誌第 131 期，2006 年 4 月，頁 151-165。
17. 陳思廷，B2B 電子商務訴訟外爭議處理 (ADR) 機制之研究 (上)，科技法律透析第 14 卷第 5 期，2002 年 5 月，頁 31-43。
 18. 許兆慶，海事國際私法上「至上條款」與「即刻適用法」簡析——兼評新海商法第七十七條之訂定，月旦法學雜誌第 78 期，2001 年 11 月，頁 124-141 (亦收於氏著：國際私法與比較法研究，翰蘆，2005 年，頁 47-86)。
 19. 許兆慶，美國國際私法選法理論之變遷，載於：氏著，國際私法與比較法研究，翰蘆，2005 年，頁 257-286。
 20. 許耀明，歐盟統一國際私法之發展：以管轄權規則與契約準據法公約為例，月旦法學雜誌第 110 期，2004 年 7 月，頁 93-110。
 21. 許耀明，法國國際私法上之國際管轄權決定原則：以涉外勞動契約之國際管轄權決定為例，興大法學，創刊號，2007 年 6 月即將出版。
 22. 黃國昌，國際訴訟之合意管轄——以排除效果之有效性要件為中心，政大法學評論第 90 期，2006 年 4 月，頁 301-354。
 23. 馮震宇，論網路電子商務發展與相關法律問題，載於氏著，網路法基本問題研究 (一)，學林，2000 年，頁 229-274。
 24. 馮震宇，電子商務之發展與電子商務法制之建構，收於氏著，企業 e 化、電子商務與法律風險，元照，2002 年，頁 68-87。
 25. 馮震宇，從爭議到共識——從電子商務發展看課稅議題，月旦法學雜誌第 130 期，2006 年 3 月，頁 5-22。
 26. 蔡華凱，國際裁判管轄權總論之研究——以財產關係訴訟為中心，中正大學法學集刊第 17 期，2004 年 10 月，頁 1-85。

三、外文書籍

1. Bernard Audit, Le droit international privé en quête d'universalité, Cours général de l'Académie de droit international 2001, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, tome 305, 2003.

2. Karim Benyekhler & Fabien Gékinas, *Le règlement en ligne des conflits*, 2003.
3. Michael Bogdan, *Concise Introduction to EU Private International Law* (2006)
4. Cheshire & North, *Private International Law* (11th ed. 1987).
5. Lilian Edwards (eds.), *The New Legal Framework For E-Commerce In Europe* (2005).
6. Christiane Féral-Schuhl, *Cyberdroit*, 3^e édition, 2002.
7. Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3e édition, 2002.
8. Guy Hervier, *Le Commerce électronique*, 2001.
9. Ethan Katsh & Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts In Cyberspace* (2001).
10. Kegel/Schuing, *Internationales Privatrecht* 278 (8 Aufl. 2000).
11. Dusan Kitic, *Droit international privé*, 2003.
12. Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascale de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8^e édition, 2004.
13. Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit International Privé*, 8^e édition, 2004.
14. Lucille M. Ponte, & Thomas D. Cavenagh, *Cyber Justice: Online Dispute Resolution For E-Commerce* (2005).
15. Colin Rule, *Online Dispute Resolution For Business: B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, And Other Commercial Conflicts* (2002).
16. Thomas J. Smedinghoff (eds.), *Online Law* (1996).
17. Peter Stone, *EU Private International Law* (2006).
18. Philippe le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 2002.
19. Yun Zhao, *Dispute Resolution In electronic Commerce* 37 (2005).

四、外文期刊文章或論文集中之一章

1. Nadja Alexander, *Mobile Mediation: How Technology Is Driving the Globalization of ADR*, 27 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 243 (2006).

2. José Antonio Garcia Alvaro, Online Dispute Resolution: Unchartered Territory, 7 VJ (Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration) 187 (2003).
3. Bruce L. Benson, The Spontaneous Evolution of Cyber Law: Norms, Property Rights, Contracting, Dispute Resolution and Enforcement without the State, 1 J. L. Econ. & Pol'y 269 (2005).
4. Andrea M. Braeutigam, Fusses that Fit Online: Online Mediation in Non-Commercial Contexts, 5 Appalachian J. L. 275, 292 (2006).
5. Benjamin G. Davis, International Commercial Online and Offline Dispute Resolution: Addressing Primacism and Universalism, 4 J. Am. Arb. 79 (2005).
6. Georges A. L. Droz et Hélène Gaudemet-Tallon, La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Revue Critique de Droit International Privé, n° 90(4) octobre- décembre 2001, p.601 -p.652.
7. Youseph Farah, Critical Analysis of Online Dispute Resolutions: the Optimist, the Realist and the Bewildered, 11 C.T. L. R. 123 (2005).
8. Ethan Katsh, Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes through Code, 1 N. Y. L. Sch. L. Rev. 271, 284-290 (2004-2005).
9. Jim Keane & Debi Miller-Moore, Linking Information Technology and Dispute Resolution: Framing the Future of Online Dispute Resolution Using OdrXML, 59-APR Disp. Resol. J. 58 (2004).
10. Arno B. Lodder, & John Zeleznikow, Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model, 10 Harv. Negot. L. Rev. 287 (2005).
11. José Edgardo Muñoz López, Alternative Dispute Resolution for E-Commerce, 10 VJ (Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration) 53 (2006).

12. Robert Bennett Lubic, Reducing Costs and Inconveniences in International Commercial Arbitration and Other Forms of Alternative Resolution through Online Dispute Resolution, 15 *Am. Rev. Int'l Arb.* 507 (2004).
13. Mary Shannon Martin, Keep it Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in International Business-to Consumer E-Commerce, 20 *B. U. Int'l L. J.* 125 (2002).
14. Amy S. Moeves & Scott C. Moeves, Two Roads Diverged: A Tale of Technology and Alternative Dispute Resolution, 12 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 843 (2004).
15. Paul Motion, Online Dispute Resolution: A View from Scotland, *THE NEW LEGAL FRAMEWORK FOR E-COMMERCE IN EUROPE* 137 (Lilian Edwards eds, 2005)
16. Darryl Mountain, XML E-Contracts: Documents that describe themselves, 11 *Int'l J. L. & Info. Tech.* 274 (2003).
17. Janice Nadler, Rapport in *Legal Negotiation: How Small Talk can Facilitate E-Mail Dealmaking*, 9 *Harv. Negot. L. Rev.* 223 (2004).
18. Lucille M. Ponte, The Michigan Cyber Court: A Bold Experiment in the Development of the First Pubic Virtual Courthouse, 4 *N. C. J. L. Tech* 51 (2002).
19. Orna Rabinovich-Einy, Going Public: Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age, 7 *Va. J. L. & Tech.* 4 (2002).
20. Orna Rabinovich-Einy, Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation, 11 *Harv. Negot. L. Rev.* 253 (2006).
21. Anita Ramasastry, Government-to-Citizen Online Dispute Resolution: A preliminary Inquiry, 79 *Wash. L. Rev.* 159 (2004).
22. Graham Ross, Online Dispute Resolution and Business, 8 *VJ* 301 (2004).
23. Krik W. Schuler, ADR's Biggest Compromise, 54 *Drake L. Rev.* 751 (2006).
24. Thomas Schultz, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust, 6 *N. C. J. L. & Tech.* 71 (2004).

25. Aashit Shah, Using ADR to Resolve Online Disputes, 10 Rich. J. L. & Tech 25 (2004).
26. Karen Stewart & Joseph Matthews, Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes, 56 U. Miami L. Rev. 1111 (2002).
27. Dan Jerker B. Svantesson, The Characteristics Making Internet Communication Challenge Traditional Models of Regulation—What Every International Jurist Should Know about, 13 Int'l J. L. & Info. Tech. 39 (2005).
28. Mohamed Wahab, Globalization and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement, 12 Int'l J. L. & Info. Tech. 123 (2004).
29. Joseph A. Zavaletta, Using E-Dispute Technology to Facilitate the Resolution of E-Contract Dispute: A Modest Proposal, 7 J. Tech. L. & Pol'y 2 (2002).

五、網路資料

1. 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw> (2007/04/11 visited).
2. 行政院消費者保護委員會「消費者保護法部分條文修正草案總說明」<http://www.cpc.gov.tw/npdetail.asp?id=573> (2007/5/2 visited).
3. 歐盟官方對於 44/2001 規則與後續因應歐盟東擴新成員國相關法制修正之說明，<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33054.htm> (2007/01/23 visited).
4. CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS opened for signature in Rome on 19 June 1980, available at http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_en.htm (2007/5/9 visited).
5. Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, available at <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm> (2007/5/9 visited).
6. Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters,

- http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=41988A0592&model=guichett (2007/01/23 visited).
7. COM (2002) 196, Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf (2007/4/30 last visited).
 8. Council Regulation No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments civil and commercial matters, available at: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/l_012/l_01220010116en00010023.pdf (2007/5/9 visited).
 9. HCCH, Ottawa, 18 February to 1 March 2000, Summary of discussions, Electronic Commerce and International Jurisdiction, available on <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm12.pdf> (2007/5/2 visited).