

互联网争议解决的制度分析

两种路径及其社会嵌入问题

高 薇*

摘 要 网上争议解决(ODR)是适应网络社会的争议解决制度。在发展过程中,ODR 形成了作为“机制设计”产物的外生 ODR 和作为“自发秩序”的内生 ODR 两种演化路径。外生和内生机制在主导者、激励、信息及方法方面存在重要差异,面临与社会整体制度间的不同嵌入问题。外生 ODR 是相对于网络社会的外生制度,在移植过程中遭遇了嵌入困境,必须处理与传统争议解决机制和内生 ODR 的双重竞争关系。内生 ODR 与在线交易模式共同演化,是网络社会的内生制度,具备与在线商业交往相适应的形态和特点。未来,互联网时代争议解决的版图将由传统争议解决机制、外生 ODR 和内生 ODR 构成,互联网争议解决将呈现出两个主要发展趋势,即“外生 ODR 内生化”和“内生 ODR 专业化”。

关键词 网上争议解决 社会嵌入 内生 ODR 外生 ODR

引 言

在以互联网为基础的信息技术革命和经济全球化趋势的共同推动下,电子商务浪潮席卷全球。截止 2013 年 12 月,中国网络购物用户规模达到 3.02 亿人,网络购物使用率提升至 48.9%,使用网上支付的人数达到 2.60 亿。^{〔1〕}2012 年,中国电子商务交易总额突破 8 万亿元,同

* 上海交通大学凯原法学院讲师。本文系作者主持的国家社会学科学基金项目“网络纠纷解决机制研究”(项目编号:12CFX050)的阶段性成果。

〔1〕 数据来源于中国互联网信息中心发布的第 32 次《中国互联网络发展状况统计报告》,http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwzxbg/hlwjbg/201401/P020140116395418429515.pdf,最后访问日期:2014 年 5 月 22 日。

比增长 31.7%，增速约为当年国内生产总值增长率(7.8%)的 4.1 倍；网络零售市场规模占社会消费品零售额的比例已经超过 6%。^{〔2〕} 借助电子商务，中国将在近期超越美国、日本，成为全球最大的网络零售市场，销售额在十年内将达到国内消费品总零售额的一半。电子商务的增长速度和规模已远远超出人们的想象，市场潜力巨大。^{〔3〕}

巨大的市场和商业利益背后隐藏着潜在的争议。虚假促销、售后服务、退款问题、退换货难、质量问题、网络售假、物流快递、支付问题、网络诈骗等成为网络购物的突出问题。2011 年，全年中国电子商务投诉与维权公共服务平台共接到全国网购用户的电子商务投诉近 10 万起，其中网络购物投诉占到 52%。^{〔4〕} 淘宝网在 2013 年“双十一”过后，退货率已达 25%，部分商家更高达 40%。^{〔5〕} 如何改善网购环境以保障电子商务发展，已成为当前社会关注的热点问题。电子商务需要与之匹配的争议解决机制。

早在上世纪 90 年代初，在电子商务最先兴起的美国出现了网上争议解决(Online Disputes Resolution, 简称 ODR)的实践，即利用电子通信技术解决争议。^{〔6〕} 当今全球范围内已经出现了各式各样的电子商务争议处理机制。较具代表性的有：在线协商及调解，如 Square-Trade；全自动化的协商程序，如 Cybersettle；在线仲裁，如中国国际贸易仲裁委员会(简称贸仲)的网上仲裁；UDRP 的域名争议解决机制。一些著名电子商务平台如 eBay、淘宝网发展出了自治的争议处理规则，包括信用评价系统、第三方支付、信誉标记、网上第三方争议解决、在线投诉等。全球正在形成信息交换和对话的平台，一些示范性的行业标准及指令也在制定和修改之中。当前各方关注的焦点是：如何建立有效的争议解决机制，来处理因电子商务引起的大量、小额、跨境的网上争议，从而促进虚拟经济的发展；如何应对互联网给传统法律制度带来的挑战。

因此，本文拟分析并回答下述问题：第一，ODR 产生的制度背景和演化路径为何；第二，具有不同演化路径的 ODR 是如何嵌入社会整体之中的，为什么一些机制成功了而另一些陷入发展困境，什么是能够适应网络空间的争议解决机制；第三，ODR 未来的发展趋势如何。

〔2〕 参见商务部电子商务和信息化司司长李晋奇 2013 年 9 月 8 日，在第八届两岸经贸合作与发展论坛上的发言，http://tga.mofcom.gov.cn/article/zt_hzfzceight/subjectaa/201309/20130900305334.shtml，最后访问日期：2013 年 11 月 16 日。

〔3〕 截止 2012 年 11 月 30 日晚上 9 点 50 分，阿里巴巴集团下的淘宝网和天猫的总交易额已经突破 10000 亿大关，占全国社会消费品零售总额近 5%，发展十年来交易增长了 5 万倍，“双十一”已成为世界最大的网购交易日。刚刚过去的 2013 年“双十一”淘宝网和天猫购物狂欢节，支付宝 24 小时内的总成交金额为 350 亿元，产生 1.6 亿个订单和 1.52 亿票包裹。当天凌晨，支付宝的瞬间订单进发量达到了 3900 笔/秒。天猫仅用 13 个小时就使销售额突破了 100 亿，相当于全国所有百货公司一天零售额(500 亿)的 20%。

〔4〕 参见 http://www.100cc.cn/detail_6034950.html，最后访问日期：2013 年 11 月 15 日。

〔5〕 参见 <http://b2b.toocle.com/detail--6135796.html>，最后访问日期：2013 年 11 月 15 日。

〔6〕 联合国贸易法委员会第三工作组(网上争议解决)对 Online Dispute Resolution 的定义为：网上争议解决，是借助电子通信和其他信息和通信技术解决争议的一种机制。与 ODR 同时使用的术语还包括“Internet Dispute Resolution”(iDR)，“Electronic Dispute Resolution”(eDR)，“Electronic ADR”(eADR)，“Online ADR”(oADR)等。本文使用“Online Dispute Resolution”(ODR)这一更常见的英文表述。

一、文献综述

迄今为止,无论是在概念表述还是在内涵界定上,都缺乏对 ODR 的一致观点。对于 ODR 主要有三种认识:ODR 是传统 ADR 在网上的演化形式;^[7]ODR 是所有传统争议解决模式在网上的对应物,包括网上诉讼;^[8]ODR 不限于传统争议解决模式,是争议预防、争议解决等多种网上争议解决方式的总合。^[9]作为一种争议解决制度,ODR 首先引起了法律学者和实务界的讨论。一些研究介绍了运行较为成功的网上争议解决机制,如 Sali 关于 Risolvionline,^[10]Moore 关于 AAA—Online,^[11]Baron 关于 eBay^[12], Thornburg 关于 ICANN^[13]的分析以及 Tyler 和 Bretherton 对所有 ODR 网站的评估。^[14]Hörnle 和 Schultz 等探讨了网上仲裁的法律问题,包括仲裁协议的有效性、仲裁程序的公正性、裁决的执行等。^[15]关于如何

[7] Julia Hörnle, “Online Dispute Resolution - The Emperor’s New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration”, 17 *International Review of Law, Computers & Technology*, 27-37 (2003); see also K. V. Bounet, M. Boudaoud, Gagnabin, J. Harms and Thomas Schultz, “Online Dispute Resolution System as Web Services”, http://www.hpovua.org/PUBLICATIONS/PROCEEDINGS/9_HPOVUAW/Paper_4_2.pdf, last visited June 3, 2009.

[8] Thomas Schultz, “Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architecture of Control and Trust”, 6 *N.C.J.L. & TECH.*, 102-105 (2004).

[9] Final Report and Recommendations of The American Bar Association’s Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, “Addressing Disputes in Electronic Commerce”(2002), <http://www.abanet.org/dispute/documents/FinalReport102802.pdf>, last visited Nov. 18, 2013.

[10] Rinaldo Sali, “The Risolvionline Experience: An ODR Approach for Consumer and Companies”, in Ethan Katsh and Daewon Choi ed., *Online Dispute Resolution (ODR): Technology as the “Fourth Party”*, Papers and Proceedings of the 2003 United Nations Forum on ODR, 2003.

[11] Debi Miller Moore, “ODR at the AAA—Online Dispute Resolution in Practice in Symposium on Enhancing Worldwide Understanding Through Online Dispute Resolution”, 38 *The University of Toledo Law Review*, 395-402 (2006).

[12] David P. Baron, “Private Ordering on the Internet, The eBay Community of Traders”, *Business and Politics*, vol. 4, Issue 3, 245-274 (2002).

[13] Elizabeth G. Thornburg, “Fast, Cheap and Out of Control: Lessons from the ICANN Dispute Resolution Process”, 6 *Computer Law Review & Technology Journal*, 89 (2002).

[14] Melissa Conley Tyler and Di Bretherton, “Seventy six and Counting: An Analysis of ODR Sites—A Report of Research Conducted for the Department of Justice, Victoria, Australia”, <http://www.odr.info>, last visited Mar. 3, 2010; see also Melissa Conley Tyler, “One Hundred and Fifteen and Counting: The State of Online Dispute Resolution 2004”, <http://www.ord.info>, last visited May 25, 2009.

[15] Julia Hörnle, “Online Dispute Resolution - The Emperor’s New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration”, 17 *International Review of Law, Computers & Technology*, 27-37 (2003); Thomas Schultz, “Online Arbitration: Binding or Non-Biding?” <http://www.fabao365.com/zhuanli.php?action=onlinearbitration&item=shownews&id=296>, last visited Nov. 10, 2013.

促进网络争议解决的发展, Perritt 提出网络治理(包括争议解决)应当是一种混合模式,^[16] Schultz 认为 ODR 需要政府干预,^[17] Post、Johnson 和 Ethan 将 ODR 看作是正在崛起的网络法的一部分。^[18]一些经济学家对网上声誉机制进行了理论和实证分析,如 Bolton、Katok、Ockenfels 通过采集 eBay 的交易数据研究卖家声誉对拍卖商品价格的影响,^[19]李维安、吴德胜和徐皓^[20]以及周黎安、张维迎、顾全林和沈懿^[21]分别对淘宝网和易趣上卖家声誉的作用进行了验证, Gabuthy、Jacquemet、Marchand 通过实验方法考察了自动协商系统促进合意的可能。^[22]还有部分学者探讨如何在技术层面设计和优化网上争议解决程序,如 Thiessen、Lodder、Walton 等介绍了人工智能,^[23] Thiessen、Fraser、McMahon^[24]介绍了某些自动程序在解决网络争议上的应用。另外,美国联邦贸易委员会(FTC)、欧盟、联合国经济合作与开发组织(OECD)、联合国贸易和发展会议(UNCTAD)、世界知识产权组织(WIPO)、海牙国际私法研究会(HCPIL)、国际商会(ICC)、伦敦国际仲裁中心(LCIA)、美国律师协会(ABA)、瑞士仲裁协会(ASA)等组织也开始积极推动网络争议解决的发展,举办了各种研讨会和国际会

[16] H. Henry Perritt, "Towards a Hybrid Regulation Scheme for the Internet", 2001*U. Chi. Legal F.*, 215 (2001).

[17] Thomas Schultz, "Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architecture of Control and Trust", 6 *N.C.J.L. & TECH.*, 89 (2004).

[18] David Post and David R. Johnson, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace", 48 *Stan. L. Rev.*, pp. 1367-1402 (1995-1996); Katsh Ethan, "Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace", http://www.lcx-electronica.org/docs/articles_65.pdf, last visited Sep. 6, 2011.

[19] G. Bolton, E. Katok and A. Ockenfels, "How Effective Are Electronic Reputation Mechanisms? An Experimental Investigation", 50 *Management Science*, 1587-1602 (2004).

[20] 李维安、吴德胜、徐皓:“网上交易中的声誉机制——来自淘宝网的证据”,2006年第六届经济学年会论文集。

[21] 周黎安、张维迎、顾全林、沈懿:“信誉的价值:以网上拍卖交易为例”,《经济研究》2006年第12期。

[22] Yannick Gabuthy, Nicolas Jacquemet and Nadege Marchand, "Does Resorting to Online Dispute Resolution Promotes Agreements? Experimental Evidence", 52 *European Economic Review*, 259-282 (2008).

[23] Arno R. Lodder and Ernest M. Thiessen, "The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution", Papers and Proceedings of the 2003 United Nations Forum on ODR (2003); Douglas Walton, Arno R. Lodder, "What Role can Rational Argument Play in ADR and Online Dispute Resolution", in John Zeleznikow and Arno R. Lodder ed., *Proceedings of the Second International ODR Workshop*, Wolf Legal Publishers, 2005, pp. 69-76; Douglas Walton and David M Godden, "Persuasion Dialogue in Online Dispute Resolution", 13 *Journal of Artificial Intelligence and Law*, 273-295 (2006).

[24] Ernest M. Thiessen and Ken Fraser, "Mobile ODR with Smartsettle", <http://www.info/unccc> 2003, last visited 3 Feb. 2010; Ernest M. Thiessen and Joseph P. McMahon, "Beyond Win-Win in Cyberspace", 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 643 (1999-2000).

议,发布了一系列研究报告。^[25]联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)于2010年成立了专门针对跨界电子商务交易所涉争议的第三工作组,正在制定具有示范法性质的《跨境电子商务交易网上争议解决:程序规则草案》。

当前网上争议解决的研究主要集中在两个方面:一方面是对各种机制的介绍和分析;另一方面是对机制与法律制度之间关系的探讨。这些研究的突出不足在于:首先,没有将网上争议解决机制放入社会的整体结构中,作为一项根植于社会中的制度予以认识,从而难以看清ODR的制度全貌和其在整体社会中所处的位置;同时,现有研究仅停留在对机制本身和所处法律环境的描述上,无法从制度根源上澄清网上争议解决制度发展至今所呈现出的某些规律性特点和演化路径,亦不能为某些网络争议解决机制发展至今遭遇的现实困境提供有力解释。^[26]毋庸置疑,网上争议解决是互联网治理的重要一环,争议解决对电子商务发展具有重大现实意义,但我们对ODR的认识和研究还十分不足。

本文的研究对象是广义的争议解决制度,包括争议预防、争议解决、执行机制及其他各种交易治理机制,它们都是ODR版图的必要组成部分。本文将从制度分析角度,尝试建立一个区分内生和外生ODR的统一分析框架,并从ODR的社会嵌入(embeddedness)视角分析二者的演化路径,通过比较外生和内生ODR的特点和社会嵌入方式,解释为什么某些ODR机制尝试失败了,而另一些ODR机制却被互联网世界吸纳成为其网络规则体系的一部分并得以有效运行,最后在此基础上对ODR的未来发展趋势做出预测。

全文分六部分展开。第一部分为文献综述,介绍目前对ODR分析的主要理论和实证文献。第二部分建立网上争议解决的制度分析框架,指出网上争议解决的内生和外生演化路径及各自面临的嵌入问题。第三部分以网上仲裁为例说明外生ODR的社会嵌入问题,解释外生制度的发展困境。第四部分分析内生ODR的社会嵌入问题,包括内生ODR与两种在线交易类型的共同演化以及网络架构与内生制度的结合。第五部分将在前文基础上揭示纷繁芜杂的ODR图景中存在的规律性元素,提出ODR未来发展的两种趋势。第六部分总结全文。

[25] Consumer International, "Disputes in Cyberspace Report" (2000); European Commission, "Out-of-Court Dispute Settlement Systems for E-Commerce," Report from the Workshop Held in Brussels (Mar. 21, 2000); International Chamber of Commerce, "Business-to-Consumer and Consumer-to-Consumer Alternative Dispute Resolution (ADR) Inventory Project," Summary Report (May 14, 2002); Final Report and Recommendations of The American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution. *Supra* note 9.

[26] 墨尔本大学国际争议解决中心(International Conflict Resolution Center)在2004年进行的一项针对ODR网站的调查报告显示,在所有被调查的115个ODR网站中,82个网站尚在运行,30个网站已不再提供ODR服务,3个网站情况不明。同时值得注意的是,许多正常提供ODR服务的网站都显示为业务不够活跃的状态。See Tyler, *Supra* note 14. 据笔者近期了解,中国国际经济贸易仲裁委员会的网上仲裁业务几乎从未被使用过。

二、网上争议解决的制度分析框架

(一)两种制度观下的内生和外生制度

为理解 ODR 发展的多样性及制度演变过程,我们从博弈规则论的视角考察外生 ODR 制度,从博弈均衡论的视角考察内生 ODR 制度。

博弈规则论将制度理解为博弈规则,即人类设计的制约人们相互行为的约束条件。^[27]持这一制度观的学者主要关注如何通过“机制设计”达成特定的社会目标。从 ODR 的发展中可以看到机制设计的影响。例如,ODR 网站的建立者和贸仲等知名仲裁机构希望设计出网上仲裁、网上协商、网上调解等机制以解决新涌现出的网络争议。^[28]这些机制对于网络空间这一系统是外生给定的,不是由系统内部演化而出的。我们称其为外生 ODR。外生 ODR 的最大问题是设计出的机制能否实现解决网络争议的既定目标,而在机制无法自我实施时,是否需要施加额外的实施机制(如强制立法或采取行政手段)促进实施。博弈均衡论将制度理解为从众多策略组合中脱颖而出的、稳定的、自我维持和自我实施的一组均衡策略组合,是从参与者交往行为中互动内生的“自发秩序”(spontaneous order)。^[29] ODR 的发展同样受到自发秩序的推动。例如某些网络交易平台自发产生了能够有效替代法律制度的私人秩序。eBay、淘宝建立了双向信用评价系统,并提供第三方支付工具。同时,这些网站还利用第三方托管、网上争议解决及商盟等制度补充声誉机制。这些机制是从网络空间内部自发演化而成并反复出现的有效制度,起到了保障交易顺利进行的重要作用。我们称其为内生 ODR。下面我们对这两种 ODR 机制的重要差异做进一步地解释。

1. 主导者

内生 ODR 的主导者是在线民商事活动的参与者,他们基于所处的在线民商事域环境,通过选择不同的策略组合,进行相互博弈,是“局内人”;外生 ODR 的主导者是对博弈形式进行调整的人,他们处于在线民商事活动域外,对该域内运作的 ODR 机制进行设计和调整,是“局外人”。

局内人和局外人的资源禀赋不同。局内人有两类,即数量庞大的个体参与者和资金充裕

[27] See D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, pp. 3-4.

[28] 根据外国学者的分析,网上争议解决机制可以被分为:协助式协商(facilitated negotiation)、网上调解(online mediation)、网上仲裁(online arbitration)、案件评估(case appraisal)、自动协商(automated negotiation)、协商支持系统(negotiation support system)、投诉机制(complaint handling)。See Tyler et al, *Supra* note 14.

[29] R. Sugden, "Spontaneous Order", 3 *Journal of Economic Perspectives*, 85-97 (1986); F. A Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, pp.35-54 (1973); (日)青木昌彦:《比较制度分析》,周黎安译,上海远东出版社 2001 年版,页 11-12。

的组织参与者,例如淘宝的卖家、买家及淘宝平台。而局外人通常是独立的个体,例如仲裁机构和 ODR 网站的建立者。无论是调动人力还是资本的能力,前者都有后者无法比拟的优势。而且,内生 ODR 机制在资本或是劳动密集度方面更具弹性,也能够投入更多资源来发展更有效率的 ODR 机制。

2. 激励

内生 ODR 的参与者主要由从事在线民商事活动的网络用户组成。作为在线活动的参与者,他们在博弈过程中趋向一个 ODR 演化均衡的激励主要来自于维持在线交往活动的存在并持续从该项活动中获益。潜在的无法解决的在线争议将增加在线交易的风险,降低交易带来的利益。外生 ODR 的设计者大多是法律从业者或技术专家,他们在设计如网上仲裁一类的机制时,只有当新设计出的机制能够替代争议解决域中原本运行的争议解决机制时,才能产生替代效应。换言之,内生 ODR 的参与者面对的是整个网络活动的潜在收益,而外生 ODR 设计者面对的仅仅是制度替代所节约的交易成本。而且,外生 ODR 的设计者或将 ODR 项目作为一次实验,或是采集数据进行相关的研究,或是对运作良好的线下争议解决方案进行补充,即使机制失败,对设计者而言也无关痛痒。而对在线活动的参与者而言,缺乏有效的争议解决机制,可能会使整个在线活动的规模萎缩到可以被忽略的程度。因此,局内人相较于局外人有更强烈的激励来完善 ODR 机制。

3. 信息

人类依其所掌握的信息而行为。两类信息与 ODR 机制的演化高度相关,即在线民商事行为的信息和线下争议解决的信息。它们属于哈耶克所称的“有关特定时空之情势的知识”。^[30]另外,合约经济理论区分了私人信息和可观察信息。^[31]由于信息在传递过程中会出现损耗,因而“有关特定时空之情势”的私人信息和可观察信息是不能等同的,对于信息拥有者而言,前者在信息的广度、深度和可信用上远远超过后者。局内人和局外人对这两类信息的占有度不同,使他们在信息结构上存在明显差异。

有关在线民商事行为的信息对局内人而言是私人信息,即这些信息是他们从亲身体验中获取的,其中部分信息无法从外部观察得到。局外人只能获得私人信息中的可观察部分。因此,局内人比之局外人掌握更多更全面的在线民商事活动的信息。比如在线交易平台服务的供应商不但掌握其服务流程、顾客类型、交易商品的统计数据,甚至掌握构建服务流程和数据统计程序的原始代码,而仲裁机构或是律师事务所的法律从业者只能作为网络买家体验一下购物流程。相反,有关争议解决的信息对局外人而言是私人信息,法律专家的优势就在于掌握

[30] F.A.Hayek, “The Use of Knowledge in Society”, 35 *The American Economic Review*, 521—522 (1945).

[31] “私人信息”指特定时空之情势亲历者所掌握的信息。“可观察信息”指从外部观察特定时空之情势得到的信息。

传统 ADR,如仲裁、调解等替代性争议解决手段的程序和相关法律的信息。而局内人只能利用该类信息中可观察的部分。因此,局外人拥有大量的关于线下争议解决的知识。

4. 方法

阿尔钦指出,即使引入的信息不完全或具有不确定性,从随机的行为中也能产生有效率的结果。但需要指出的是,这并不意味着理性在现实世界中没有立足之地。人有两类重要的有意识的适应性行为,即试错和模仿。^[32]内生 ODR 主要采取试错,外生 ODR 主要采取模仿的方式来适应市场环境中的新需求。

试错是一种依靠过往经验对当前环境进行有意识地适应的方法。重点在于选择一组策略作为参照点,通过调整策略组合,看随之变化的产出相对于参照点的产出是否有改善。如果产出减少,就回到参照点策略。内生 ODR 产生于互联网用户的交互行为,这些交互行为处于双重演化力量的驱动之下,一是有意识的试错行为,二是多种 ODR 形式之间的竞争。局内人的信息优势在于掌握大量的关于在线民商事行为的信息,因而他们将较少采用模仿线下争议解决机制的方式作为其适应性策略。内生 ODR 向一个制度均衡演化,更多是从一个随机行为产生的参照系出发。比如互联网买家是否决定将卖家的交易评价作为交易参考的信息,网络平台商添加互评的选项等。淘宝网、eBay 等在线交易平台商频繁修改其信用规则,就是网络卖家、买家和平台商三方以试错形式互动的结果。^[33]这种调整—反馈的机制将帮助制度向更具适应性和更具稳定性的方向演化。不过,试错的过程可能是可逆的,也可能是不可逆的,策略组合的调整可能形成稳定的争议解决制度,也可能在特定社会域中无法形成争议解决制度。此外,试错过程中产生的各种类型的 ODR 机制还将受制于它们之间的竞争,这种竞争压力会迫使试错的方向向着具备稳定结构的、有效率的 ODR 机制演化。

另一类有意识的适应性行为是模仿。外生 ODR 的设计者掌握大量关于争议解决的信息,他们可以用较低的成本将运作良好的线下争议解决机制复制到网上。模仿行为面对两个问题:一是环境的改变(changing environment),这将可能造成原本具备适应性的策略组合在新环境下不再有效率;二是不完美的模仿(imperfect imitation),人们可能因为信息的不完全或能力的限制等诸多因素,无法完美模仿原本成功的行为。当环境变化时,不完美的模仿可能更具备适应性并使演化成为可能。从线下环境变为在线环境,技术架构和人类交往的行为模式都发生了一系列的变化,外生 ODR 设计者必须考虑环境的变化,如果试图完美复制线下争议解决机制的程序,可能无法与在线环境相容。事实也证明,由于在线交易产生的争议在类

[32] Armen.A.Alchian, "Uncertainty, Evolution, and Economic Theory", 58 *The Journal of Political Economy*, 211—221 (1950).

[33] 淘宝网在出台或修改官方规则时,会进行公告或通知。其各种细则和条款变更的公告或通知参见淘宝网官网:<http://rule.taobao.com/search.htm?spm=0,0,0,0,rRH1OQ&codes=555218253&order=yes>,最后访问日期:2013年7月1日。eBay 同样会在官网上的公告栏中对各种规则的修改随时进行通告,参见 eBay 中国官网:<http://www.ebay.cn/>,最后访问日期:2013年7月1日。

型、标的、数量上都与传统交易产生的争议不同,仲裁、调解等的单纯在线化无法成功解决在线争议。而 SquareTrade 部分模仿了传统调解程序,同时还发展出了其他功能(徽章制度和与评级系统挂钩)使它能够很好地和 eBay 的交易模式相融合,因而成功地对外生制度进行了内生化的改造。

(二) 内生和外生制度的嵌入性问题

制度的演化很大程度上是内部机制和外部环境共同作用的结果。一种制度和社会整体制度之间(外部环境)的关系被称为社会嵌入。嵌入性(embeddedness)的概念首先由波兰尼在其经典著作《大转型》一书中提出。^[34]社会学家格拉诺威特对嵌入性的概念进行了进一步阐释,分析了现代工业化背景下嵌入到社会网络中的经济行为。^[35]青木昌彦将促使制度产生并反过来由制度维系的不同域之间的关联称为制度化关联(institutionalized linkage),并认为社会嵌入是制度化关联的一种特定类型,即某一域“嵌入”到其他域,使得某些在关联发生前不可能的策略组成为可能。^[36]卢曼在论述现代社会的功能分化时提出结构性耦合(structurally coupling)的概念,从另一侧面强调社会诸系统间的相互关联性。^[37]托依布纳在其以法律全球化为主题的研究中,也强调了法律体系与民族国家现有的经济体系、政治体系、教育体系的结构耦合问题。^[38]这些研究为我们理解 ODR 制度与整体社会之间以及与其他社会制度间的关系提供了重要分析角度。

内生 ODR 从创生到形成稳定的结构,深深地嵌入在线交易域,它们之间的关联是一种制度化关联。内生 ODR 的特征和结构与在线交易类型相互影响、共同演化,形成了一种新的均衡,即内生 ODR 能够有效促进在线交易的规模,在线交易域也维持内生 ODR 的存在并使其从中受益。因此,内生 ODR 的社会嵌入体现为两个问题:一是“谁之 ODR?”,即 ODR 是同何种在线交易类型结构性地耦合在一起;二是“何种 ODR?”,即该种在线交易类型又催生出何种 ODR 机制。

[34] 卡尔·波兰尼指出,市场制度是嵌入到社会整体制度当中的,要引入市场制度作为主要的资源配置机制就必须先将社会改造为市场社会,即使得社会的其他制度适应市场制度的发展。See Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Beacon Press, pp.45—80 (2001).

[35] M. Granovetter, “Economic Action and Social Structure: The Problems of Embeddedness”, 91 *American Journal of Sociology*, 480—510 (1985).

[36] 青木昌彦,见前注[29],页 212。

[37] Niklas Luhmann, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, 13 *Cardozo Law Review*, 1431—1438 (1992).

[38] Siche z.B., “Globale Bukowina—Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, 15 *Rechtshistorisches Journal*, 255—290 (1996); (德)托依布纳:“社会宪政:超国家中心模式宪法理论的选择”,陆宇峰译,载托依布纳:《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧等译,清华大学出版社 2012 年版,页 172—175;同时参见高薇:“功能分化时代的宪法再书写:从国家宪法到社会宪法”,《交大法学》2013 年第 1 期,页 18。

外生 ODR 脱胎于机制设计,是对线下制度的模仿。这导致其不得不面临两类嵌入问题。其一,由于外生 ODR 的设计初衷是为了替代传统 ADR,目标争议包括了线下争议,因而需要处理与线下相关制度间的关联,主要为线下交易域及法律制度的关联。传统 ADR 在漫长的发展过程中与这两种制度均形成了制度化关联。例如,私人仲裁与法律制度形成了互相支持的制度互补(institutional complementarity),^[39]仲裁得到了法律制度在强制执行方面的支持,而法律制度通过传统仲裁分担了商事争议解决的压力。将外生 ODR 引入线下空间将发生它与传统 ADR 的制度挤出(institutional crowding out)^[40]问题,即外生 ODR 能否对原先在该社会域发生作用的 ADR 制度形成替代效应。其二,外生 ODR 在被引入网络空间时,需要处理与线上相关制度间的关联。由于网络法的缺失,主要需要处理的是与在线交易域的嵌入问题。这意味着外生 ODR 将与网络空间内生的争议解决制度进行角逐。简言之,外生制度必须面对的问题是:一方面,外生 ODR 能否继受传统 ADR 与线下社会制度之间存在的互补关系,并在此基础上通过在线化带来的优势将传统 ADR 挤出传统社会域;另一方面,能否挤出与在线社会制度共同演化的内生 ODR,成为在线争议解决空间的主要制度。

从社会嵌入角度可以清晰地说明内生和外生制度各自面临的路径和问题,这对理解 ODR 制度具有重要意义。下文将结合具体实例进一步阐述处于社会关系之中的内生和外生 ODR 制度,解释外生 ODR 遭遇困境的制度根源,并分析内生制度与网络空间共同演化的不同模式。

三、外生制度的社会嵌入:以网上仲裁为例

网上仲裁是外生 ODR 最重要的形式。虽然人们在设计和引入在线仲裁制度方面进行了很多尝试,但它至今既没有替代传统仲裁,也没有在解决新兴在线商事争议方面发挥重要作用。根据前文分析,外生制度面临的最主要问题是规则与系统的嵌入问题,具体表现为网上仲裁与传统仲裁制度和内生制度的双重竞争。无法妥善处理这两种竞争,是阻碍网上仲裁发展的根本原因。

(一)网上仲裁与传统仲裁的竞争

传统仲裁在和社会制度的共同演化中,经历了依靠行业内部的声誉机制执行到依据法律执行的过程。这表明传统仲裁制度从一个封闭系统的内部均衡向一个与法律制度等其他社会制度形成制度化关联的均衡演化,即传统仲裁在演化过程中更深入地嵌入到社会整体制度中。因此,在线仲裁制度对传统仲裁制度形成制度替代的前提是:它不但能够实现后者的社会功

[39] 青木昌彦指出,在特定时间点上观察,一个国家交易域市场治理机制之间的关系呈现出互补关系:即某种交易(产权)治理机制的有效性(或存在性),直接或间接地被同一域或相嵌的域另一种机制的存在(制度化)所强化。这种存在于制度化机制之间的互补关系可以称之为制度互补性。参见青木昌彦,见前注[29],页90。鲍尔斯通过港口公会和迈阿密州政府间的关系等例子说明了制度互补的情况。参见(美)萨缪·鲍尔斯《微观经济学:行为、制度和演化》,江艇、洪福海、周业安等译,中国人民大学出版社2006年版,页365。

[40] 鲍尔斯指出,当一个制度破坏了另一个制度时,会出现制度挤出现象。参见鲍尔斯,同上注,页366。

能,还要和其他社会制度之间形成类似后者的制度化关联。

在形式上,网上仲裁与传统仲裁并无显著不同。贸仲的网上仲裁即具备典型的外生 ODR 的特征。它由一个常设仲裁机构设计并移植入网络环境中。网上仲裁规则与普通仲裁规则的主要差别体现为技术手段在仲裁程序中的运用。^[41]同时,这一移植十分小心地兼顾了网上仲裁与现行法律制度的衔接,期望以此避免可能产生的法律风险和阻力。例如,为方便执行,裁决仍被视为在仲裁地做出,裁决书应当以书面形式制作,并由仲裁员签署,加盖仲裁委员会印章等。正因为如此,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。^[42]

即便如此,网上仲裁在保留传统仲裁的形式和功能外,还必须解决制度的实施问题。但现行法律制度中法律条款的修辞明确指向传统仲裁制度。因此,在线缔结的仲裁协议的有效性、在线裁决的做出和送达等问题在现有法律框架下存在争议。网上仲裁实际上尚未继受传统仲裁和其他社会制度,特别是法律制度之间的互补关系。这使利用网上仲裁解决争议存在较大法律风险。传统仲裁往往费用高昂、受案标的大,当事人在选择争议解决方式时也会更为谨慎。他们不愿意冒险使用与法律制度无法有效连结的网上仲裁机制,即使这一方式成本较低。

网上仲裁本身无法消除嵌入过程中产生的制度化关联的不确定性,必须引入第三方力量。一种路径是通过制定或修改相关法律,直接赋予网上仲裁法律地位。但法律虽然由立法机关颁布,颁布的过程却只是将已经存在的惯例书面化和明确化。这些惯例本身是在漫长的时间里通过法律主体间的交互关系演化并稳定下来的,法律不过是反映了大多数人自愿施加的行为准则。^[43]但网上仲裁是一个新生事物,这方面的实践尚不多,还未形成稳定的、基于参与者共同信念(shared belief)的规则。因此,短时间内通过立法或是修订法律的方法加快在线仲裁的社会嵌入存在相当难度。另一种路径是通过行政手段扶持在线仲裁。ODR 发展的障碍之一在于消费者缺乏对这种新兴机制的认识和信任,而政府权威有助于建立此种信任。例如,政府可以主导对 ODR 行业内部进行评级及水准鉴定,从而弥补行业标准缺失或解决规则缺乏透明性导致的对 ODR 从业人员的约束不足等问题。评级和认证能够传达关于争议解决机制的信息,政府的权威性则能够加强信息传递的有效性。与法律相比,行政手段更为灵活,能够根据情况做出更及时的反应。但必须指出的是,无论法律还是行政手段,作为一种外部强制性的干预可能使网上仲裁普及化,也可能使当事人做出制度规避的选择,即完全放弃仲裁,转而使用调解、协商等原本在某些情境中是次优的争议解决方式。正如 Berman 提醒我们的:“法律学者和政策制定者有一个不幸的倾向,即他们想当然地认为法律规则一经建立,就立刻发挥作用并形成法律制度。”^[44]

[41] 例如文件的提交、发送与传输应当采用电子邮件、电子数据交换、传真等方式,证据可以是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的电子证据。

[42] 李虎:《网上仲裁法律问题研究》,法律出版社 2005 年版,页 25。

[43] R. Sugden, *The Economics of Rights, Cooperation and Welfare*, Oxford Press, 1986, p.5.

[44] Paul Schiff Berman, "From International Law to Law and Globalization", 43 *Colum. J. Transnat'l L.*, 485, 498 (2005).

(二)网上仲裁与内生制度的竞争

内生制度是与在线交易域共同演化的,网上仲裁若想与之竞争必须要与在线争议相匹配。

网上仲裁对传统规则的模仿本身包括了对目标争议大小的设定。但传统商事仲裁针对的是大宗商品交易,因而往往单笔争议标的巨大。而电子商务涉及总体规模巨大的频繁发生的单笔小额交易,产生了大量涉及消费者的小额争议。^[45]根据贸仲的网上仲裁规则,凡争议金额不超过人民币10万元的,可以适用快速程序。任何一个低于10万元的案件,收费为标的的5%,最低收费为4000元人民币,涉外案件每案需另收立案费人民币1万元。这样“昂贵”的网上仲裁程序很难满足电子商务争议解决的需求。^[46]

同时,在线仲裁需配备相应的争议处理者。传统仲裁中,一些仲裁地法律对仲裁员资格作了要求。^[47]即便未作资格上的要求,仲裁员通常也是熟练的法律或是其它专业从业者。换言之,负担三个仲裁员组成的仲裁庭的费用是相当昂贵的,因为这些专业人士担任仲裁员的机会成本相当高。传统商事争议,特别是国际商事争议的标的一般较大,涉及合同内容复杂,所以该类争议能够负担仲裁庭的费用,也需要专业法律或是行业从业者的知识。但在线争议在类型、规模和频度上都与传统商事争议不同。在线交易引发的争议类型单一、频度高、标的小。一个传统意义上的仲裁员不可能24小时去处理上百起标的在100元以下的争议。而这类争议往往又是类型化的,也不需要特别的专业法律知识和行业知识。

此外,内生机制是一种博弈均衡,通过参与人之间的博弈互动最后自我实施(self-enforcing),而作为外生机制的网上仲裁还涉及裁决的执行问题。一个标的在100元以下的争议如果要递交法院执行,显然是不经济的。即使递交法院,如上文所述网上仲裁和法律制度之间的互补关系尚存在很大的不确定性。^[48]在联合国贸法会第三工作组2013年5月最新一次会议

[45] 据中国电子商务投诉与维权公共服务平台监测数据显示,2012年网络购物投诉占电子商务类投诉55.40%,占据最大的比例,团购紧随其后,占21.32%,第三位是移动电子商务领域投诉,占5.36%,第四位是B2B网络贸易领域投诉,占2.53%。参见http://www.100cc.cn/zt/upload_data/wenjian/2012ndbg.pdf,最后访问日期:2013年11月16日。从投诉量所占比例看,网络购物争议在数量和发生频率上远远超过B2B争议。

[46] 据中国电子商务投诉与维权公共服务平台监测数据显示,2012年电子商务投诉金额分布中,投诉100—500元区间的投诉金额占比最大,其次是100元以下、500—1000元和1000—5000元,而5000元以上的投诉金额占比最少,仅占2.30%。数据表明,往往订单金额在100元以上的消费纠纷才能引起网络消费者的注意,并开始不信任网站商家,寻求第三方力量的帮助来解决,参见http://www.100cc.cn/zt/upload_data/wenjian/2012ndbg.pdf,最后访问日期:2013年11月16日。因此,贸仲4000元的最低争议解决费用显然不适应涉及消费者的争议解决。

[47] 例如,1994年《匈牙利仲裁法》第12条要求仲裁员不得因不可上诉的法院判决被禁止从事公共事务;我国《仲裁法》第13条规定,仲裁员必须满足任意条件之一,如从事仲裁工作8年以上;1985年《沙特阿拉伯仲裁规范》第3条规定,仲裁员必须具有沙特国籍或为穆斯林。

[48] 联合国贸法会第三工作组在考虑在线仲裁的跨境执行问题时特别对《纽约公约》第5条项下各项可以拒绝承认与执行仲裁裁决的理由进行了讨论,特别涉及到关于消费者的仲裁裁决是否会因为这一理由而无法得到执行的问题。由于裁决必须满足执行国对于可仲裁性的要求,而不同法域国家对这一问题规定不同,仲裁裁决依据《纽约公约》执行存在风险。参见联合国大会文件A/C.N.9/WG.III/WP.110,第43—46段。

上,欧盟观察员代表团在提案中直接提出了“《网上解决规则》的设计——仲裁作为设计价值低、货量大电子商务交易网上解决全球标准的模式?”的疑问,焦点在于有关依据《纽约公约》^[49]执行价值低、货量大交易中做出的裁决不切实际的观点,就该点而言,网上仲裁的前景令人堪忧。^[50]因此,工作组考虑能否绕过《纽约公约》转而采取除法律之外的其他更为简单和有效的执行机制,包括诸如信誉标记、声誉管理系统、将当事人逐出市场、对延迟履约的处罚、代管制度以及信用卡退款等网络内部的执行机制。^[51]

事实上,若不依据或无法依据法律的强制力而是依靠网络内部机制执行裁决,网上仲裁就已经脱离了由法律制度作为支撑的传统国际商事仲裁范畴。^[52]此时,网上仲裁的争议解决程序与内生于网络空间的执行制度产生关联,形成一个新的、适用于网络空间的争议解决制度。在程序形态上,原始地模仿传统仲裁的程序将通过试错进一步改变为适应在线争议特点的程序。这个过程是网上仲裁嵌入网络的社会构建,是人为设计的外生制度进行内生化的过程。也就是说,网上仲裁无法挤出网络社会内生的争议解决制度,而只有通过内生化的途径将自己变为内生 ODR 的一员。

四、内生制度的社会嵌入:以三种模式为例

内生 ODR 的演化和在线交易的结构密切相关。根据交易主体不同,电子商务可以分为企业对企业(Business-to-Business, B2B)、企业对消费者(Business-to-Consumer, B2C)、消费者对消费者(Consumer-to-Consumer, C2C)等模式,可以对应在线超市型和在线平台型两种交易模式。下文首先分析这两种模式对应的争议解决模式,说明内生 ODR 如何与在线商业行为共同演化。内生 ODR 的另一种重要类型是以代码方式存在的争议解决机制,它们在线下空间不存在对应形式,是网络空间的制度创新。

(一)在线超市型交易的争议解决模式:网络空间与法律制度的联结

B2C 是一种在线超市型交易,即在线经销商在网络平台上将商品销售给消费者,类似于传统超市。比较著名的电商有美国的亚马逊、中国的当当网和京东商城等。这种模式下争议主要集中在三方面:一是电商和生产商或者线下渠道商之间的争议,二是电商和消费者之间的争议,三是消费者和生产商或者线下渠道商之间的争议。传统经销商受制于空间限制,在扩张过程中采取不断开设门店的策略。而电商的一个网站就可以联通全世界的消费者。这一特点决定了市场上只能观察到规模极大、数量很少的电商。一个实体的规模越大,处理争议的能力也

[49] 即 1958 年联合国《承认和执行外国仲裁裁决公约》,简称 1958 年《纽约公约》。我国于 1986 年批准,该公约 1987 年对我国生效。

[50] 联合国大会文件 A/CN.9/WG.III/WP.121,“跨境电子商务交易网上争议解决:程序规则草案 欧洲联盟观察员代表团的提案”。

[51] 联合国大会文件 A/CN.9/WG.III/WP.110,第 49 段。

[52] 实际上,在传统仲裁中已经存在非约束性仲裁。笔者曾探讨过非约束性网上仲裁的执行问题,参见高薇:“非约束性网上仲裁解决电子商务争端的法律分析”,《中州学刊》2012 年第 2 期。

越强。这就好比是将生产到消费链条上所有的参与者都进行争议保险,根据科斯定理,保费在交易成本过高无法有效分摊的情况下会落在能以最低成本负担该费用的实体身上。^[53] 在生产到消费的完整流程中,电商是一个争议的吸收装置。另外,传统经销商(如超市)因地域造成的运输成本可能可以在一定区域内形成部分的垄断性优势。但互联网打破了空间的桎梏,也打破了电商垄断的美梦。任何不如意的用户体验都可以驱使一个用户从一家电商转向另一家。如果垄断性均衡无法成立,那么激烈的竞争也将驱使电商负担处理争议所产生的费用。

因此,在线超市型交易的争议解决主要由电商主导,将通过市场竞争下的投诉机制实现。这种在线投诉机制是由自助和人工混合的投诉机制组成的。^[54] 2012年北京市电子商务企业自行和解的消费纠纷总量与工商部门接收量比例达10:1,说明电商本身逐渐开始关注自行解决消费纠纷的重要性。^[55]

法律制度从两个方面侵入在线超市型交易域。一方面,法律通过承认在线缔结合同的有效性,将在线交易行为纳入合同法的框架,如对电子数据交换方式缔结合同的方式、电子签名的效力、格式电子合同的效力等进行规定。但是这种承认的界限有待更多的实践来检验和确定,特别是各国有关消费者保护的法律及政策一直存在较大差异,电子商务的立法也不一致。^[56] 将合同法和在线交易行为相关联,等同于隐性地将在线投诉的结果与法律的监督和强制执行相关联。这种制度化关联改变了原本网络空间中仅靠竞争来迫使商家负担争议解决成本的状况,使得法律执行成为另一种可能。另一方面,法律(产品质量法和消费者权益保护法)可以就生产商、经销商、消费者的责任关系进行一定界定。如果这种界定随着法律制度进入网络空间,那么争议解决成本将在三者之间根据法律规定重新被界定。争议将以法律规定的方式得到解决。但是法律制度是从网下社会提炼出的这种责任关系,这种制度性关联会给在线交易带来正面还是负面的影响尚待考察。

(二)在线平台型交易的争议解决模式:网络空间的自发秩序

在线平台型交易包括B2B、C2C模式,平台不直接参与交易,仅提供交易的空间。如果交易者之间产生争议,则有可能影响平台在吸引交易者方面的竞争力,降低平台的显著性,所以第三方交易平台有动力参与网上争议解决。在线平台型交易要解决的问题是如何筛选出诚实的交易者来预防争议的发生;当争议发生时如何组织争议的解决;最终运用何种手段确保争议解决结果的执行。这三个问题分别对应事前的网上争议预防机制、事后的网上争议解决机制和有强制力的网上执行机制。三者形成的制度联结构成在线平台型交易争议解决的一般性方案。三者通常对应的类型为在线多边声誉机制、第三方争议解决服务和第三方支付平台。

[53] R. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law and Economics*, 1-44 (1960).

[54] 例如,拉手网建立了小额消费纠纷快速解决的工作流程;凡客网作出了30天无条件退换货的承诺;小米公司除热线电话人工服务外,同时提供微博、邮件、在线、留言等多种方式咨询,确保在收到咨询或投诉后第一时间响应;京东商城设立了500万元的先行赔付基金,成立了专门的绿色通道受理小组。

[55] 参见 http://www.baic.gov.cn/zwgk/jqdt/sjdt/201303/t20130314_883859.htm, 最后访问日期:2013年11月17日。

[56] 参见郑成思、薛虹:“各国电子商务立法状况”,《法学》2000年第12期。

1. 在线多边声誉机制

声誉机制在维持传统交易网络方面起到了相当重要的作用。格雷夫研究马格里布商人时发现,马格里布商人会将关于代理人的信息反馈给商会,并通过商会传播到其他商人那里,声誉差的代理人将受到马格里布商人的集体惩罚,格雷夫称之为多边声誉机制治理。^[57]但是这种治理模式受制于人际网络所能达到的广度。互联网储存信息、传播信息的能力要大大超过传统的人际社交网络。互联网技术可以极大地扩展多边声誉机制适用的范围,可以称之为在线多边声誉机制。

从 eBay 和淘宝网等大型在线交易平台的交易流程看,在一项在线交易完成后,交易双方可以给对方评价,这个信息将添加到交易者的在线信息集合中。获得差评的交易者(主要指卖方,因为存在恶意买方的情况较少,而卖家有较大的动机靠以次充好、隐瞒信息等行为谋利)的交易愿望将遭到对方的拒绝。通过在线多边声誉机制可以在交易之前将恶意交易者甄别出来,防止其进入交易程序;另一方面,也抑制了交易者采取机会主义行为的动机,因为任何不良的交易历史都会被纪录,形成自身声誉的一部分。在这一点上,互联网比传统社会的关系网络更为严苛。任何交易历史中的瑕疵都会引起有意向的交易者的怀疑,导致一项交易无法完成。因此,在线多边声誉机制是一项行之有效的争议预防机制。eBay、淘宝网等都将该机制作为网站规则的一部分加以实现。

2. 第三方争议解决服务

与在线平台交易结合进行争议解决的典型是 SquareTrade。^[58] SquareTrade 公司于 2000 年开始营业,主要提供争议解决服务。它开发了在线协商和在线调解程序,并将该程序整合进 eBay 的服务流程。争议发生后,用户首先可以直接进行协商。这一阶段不需要付费,且大部分争议在这一阶段可以得到解决。如果需要调解员介入,eBay 将向双方各收取 20 美元。调解员将通过电邮或者其他在线通讯工具与双方进行联系,直至双方当事人达成解决争议的协议。SquareTrade 帮助 eBay 成功处理了大量争议,被认为是网络空间最具有竞争力的网上争议解决机构之一。

SquareTrade 成功的关键在于,它是 eBay 内生法则庇护下的第三方争议解决机制,能够与网络平台的声誉机制互为补充。卖方通过承诺使用第三方争议解决机制处理争议,能够增强潜在买家的信任。保证使用网上争议解决的卖家将获得一个 SquareTrade 徽章。享有徽章的用户有义务对商品进行清晰的描述,参加调解程序,在适当的期限内对投诉进行处理,并遵守达成的合意。徽章能够将信用好的用户甄别出来,并对欺骗行为进行信息传递,使不服从决定的人因欺骗而失去交易机会。由于潜在的匿名交易者在网上交流信息的速度非常之快,违约以及不服从决定的消息可以迅速传播。^[59]此外,网上争议解决机制还能够帮助交易者取消

[57] 参见阿夫纳·格雷夫:《大裂变——中世纪贸易制度比较和西方的兴起》,郑江淮等译,中信出版社 2008 年版,页 42—64。

[58] 公司网址为 www.squaretrade.com。该公司最初的两项业务包括网上调解和信誉标记(Square Trade Seal)。但目前这两项业务均已停止,转而进行 Square Trade Protection Plans,主要为一些电商如 eBay、Amazon 等提供货物保险服务。

[59] 青木昌彦,见前注[36],页 93。

不合理的负面评价。如果 eBay 用户认为交易对方给予的信用评价不合理,可以求助 eBay 的“物品未收到或与描述显著不符”处理流程,通过进行网上调解取消不合理的中评或差评,从而扩大了信用评价系统的作用范围。

第三方网上争议解决机制的重要性还在于其具有独立性和中立性。SquareTrade 是网络交易平台引入的中立第三方争议解决机制的代表。而淘宝网采取了“店小二”服务的方式。^[60]与上述在线超市型交易争议解决模式中的内部投诉机制不同,店小二虽然同样是网站内部处理投诉争议的客服,但它是独立于争议双方的第三方(而非在线超市型交易中用以协调电商与买家间纠纷的电商本身的客服),扮演着纠纷解决者的角色。但是,店小二服务仍然是淘宝网内部的管理机制,而非像 SquareTrade 一样的专业争议解决机构,容易引发私人领域的腐败问题。^[61]如果第三方争议解决服务提供者有腐败行为,那么交易方和交易平台就会终止其服务。第三方受制于市场竞争的压力,会有较强的激励去遵守争议解决规则。而交易平台如果和争议解决提供者是一体的,腐败行为就可以侵入平台本身,最终导致用户失去对交易平台的信心。

3. 第三方支付平台

声誉机制只能规制反复交易,对一次性交易无效。职业的欺诈型卖家,可以不断注册新的店铺,并通过设置具有足够竞争力的价格来吸引买家。因此,第三方支付平台被作为重要的执行手段,例如淘宝网的支付宝。在一项交易中,有关款项首先被支付给第三方平台,在货物或服务被确认无异议后,钱款才从第三方平台支付到卖家的账户。如果交易过程中产生了任何争议,钱款将留在第三方支付平台,直到纠纷解决方就纠纷做出判定,并由平台根据判定的内容进行钱款的拨付。^[62]这类似于法院的财产保全。但是财产保全是在争议递交法院后才由法院做出的。而第三方支付平台全程参与交易,是建立在交易有很大可能会引发争议的预设之上的。这一预设对于在线交易而言是较为真实的。一是由于交易无法即时完成,无论对于买家还是卖家,在线交易就好比是一场赌博,将货物寄出或是支付钱款就意味着当事人失去了对交易的控制。二是由于在线交易的合约结构简单,缺乏对未来情境的详细规定,很容易因双方在履行合约方面无法达成一致而导致争议。

第三方支付平台所基于的交易全程财产保全的设想在线下社会中的操作成本十分高昂,但是网络技术开启了应用该种支付模式的可能性。所以第三方支付平台机制是互联网社会在

[60] 淘宝小二是阿里巴巴内部及淘宝商家对淘宝工作人员的统称。小二作为淘宝的客服,在买卖双方发生纠纷之后,可以根据淘宝相关的规则介入处理交易纠纷。

[61] 有关淘宝店小二腐败问题的报道参见石雁、杨磊、张淇人:“淘宝腐败黑幕调查”,《IT 时代周刊》2012 年第 8 期, <http://bbs.taobao.com/catalog/thread/154521-257377854.htm>, 最后访问日期:2013 年 11 月 18 日。

[62] 根据淘宝退款管理流程,如果买方在收到货物后需要退款,可以发起退款程序,但需要区分“交易进行中”或“交易完成后”。以“交易进行中”为例,在退款程序中,如果卖方同意退款,则买方可以直接寄回货物。如果交易进行中卖方不同意退款,买家可以按照以下步骤操作:第一步:若未申请退款,请先发起退款申请;若已经申请退款,请关注退款超时并及时修改退款协议避免退款关闭;第二步:申请客服介入,在买家申请退款后,如买卖双方未协商一致意见,买家可以在卖家拒绝协议后“要求淘宝介入处理”。如果买家以支付宝支付,则淘宝客服可以进行纠纷解决,并决定款项的拨付。具体流程参见淘宝网站 <http://www.taobao.com>。

应对在线争议时的制度创新,是基于网络空间特有的物理环境构成要素——代码所创造出的适合在线争议特点的执行机制。

4. 三种机制的制度性关联

争议预防机制和争议解决机制之间通常存在着替代关系,替代程度取决于使用两者的边际成本。在内生 ODR 的发展中,争议预防机制呈现出与争议解决机制相融合的趋势。ODR 体现为一种由多部分构成的混合模式,并且机制之间存在制度性关联。如上文所述,声誉机制能够规制反复交易的商家,防止恶意的机会主义行为,而第三方争议解决服务能够解决因为在线交易合约结构简单等特点所引发的争议,并通过声誉机制和第三方支付平台机制获得强制执行。其中,第三方支付平台机制和声誉机制又形成在执行上的互补关系,前者能够有效防止一次性交易引发的恶意行为。所以,这三种机制之间所形成的制度化关联能够弥补各自的不足,将三者整合为一个整体的网上争议解决方案,就像一张密集编织的网,能够处理单个争议解决机制所无法处理的争议情况。

ODR 在在线平台型交易中的发展说明以下三点:第一,内生机制和在线交易类型共同演化,是适应在线交易类型特点的;第二,内生机制的类型是多样化的^[63],各种类型之间往往会形成制度化关联,构成一个网上争议解决制度群,能发挥单个机制所无法发挥的最大功效;第三,内生机制的演化受到多种因素的影响,例如技术的发展程度、市场规模、参与交易者的文化背景、交易习惯等,其演化是高度历史相关和路径依赖的。^[64]

(三)代码:互联网世界的法律

莱斯格提出,在网络空间中,代码——网络空间中行为规范的数字组合——就是法律,它从根本上转换了网络空间的规范性秩序。与物理空间的规制手段不同,塑造网络空间的软件和硬件构成了对在线行为的约束。^[65]代码与外生和内生 ODR 的结合形式完全不同。对外生 ODR 而言,技术使争议解决程序更便捷,^[66]被认为是争议解决程序中除中立第三方之外的

[63] 交易平台上的内生 ODR 并非只有上述的几种类型。仅在 eBay 平台上就有 SquareTrade、在线陪审团(internet jury)等模式。eBay India 采取了一种众包方式进行纠纷解决(eBaycourt.com)。大致流程为:如果 eBay India 的卖家认为受到了不应遭受的买家差评,他可以提请 Community Court 裁决。网站将把案件提交随机组成的在线陪审团,案件将依据众人的智慧得到解决。参见 Colin Rule and Chittu Nagarajan, "Crowdsourcing Dispute Resolution over Mobile Devices in Mobile Technologies for Conflict Management", in Marta Poblet ed., *Mobile Technologies for Conflict Management: Online Dispute Resolution, Governance Participation*, Springer, 2011, p. 99.

[64] 吴德胜通过对比 eBay 和淘宝网说明了中美网上交易的制度差异,参见吴德胜:“网上交易中的私人秩序——社区、声誉与第三方中介”,《经济学》第 6 卷第 3 期。

[65] (美)莱斯格:《代码 2.0:网络空间中的法律》,李旭等译,清华大学出版社 2009 年版,页 5。

[66] 根据西森(Thiessen)和策勒尼科(Zelcznikow)从技术角度的分类,ODR 可以分为:信息系统(information systems)、单变量不公开竞价系统(univariate blind bidding systems)、文件处理系统(document management systems)、电子协商或自动协商系统(eNegotiation or automated mediation systems)、特定的协商或调解系统(customised negotiation or mediation systems)、虚拟调解室(virtual mediation rooms)及仲裁系统(arbitration systems)。See Ernest Thiessen and John Zelcznikow, "Technical Aspects of Online Dispute Resolution—Challenges and Opportunities", <http://www.odr.info>, last visited Feb. 6, 2010.

“第三方参与者”。^[67]对内生 ODR 而言,代码及其自我执行属性催生了在线下环境中不可能实现的争议解决机制,代码本身担负起了争议处理者的角色。如果说传统法律基础的特征在于法律创制、法律适用和法律执行的制度、程序、人员彼此分离,数字化的奇特效果是三要素的核聚变。^[68]

互联网域名争议解决机制是最典型的实例。互联网名称与数字地址分配机构(ICANN)作为互联网自治管理机构接管了全球域名主服务器的管理权。ICANN 于 1999 年 12 月建立了域名争议解决机制,通过《统一域名争议解决政策》(UDRP)为商标持有者提供了一个快速高效的在线争议解决方式。已经获得 ICANN 授权的争议解决服务提供商有:亚洲域名争议解决中心(ADNDR)、国家仲裁论坛(NAF)、世界知识产权组织仲裁与调解中心(WIPO 中心)、捷克仲裁法院互联网争议解决中心(The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes)、阿拉伯域名争议解决中心(ACDR)。^[69]

根据 UDRP 相关规则,域名管理机构要求域名注册商在注册协议中将 UDRP 程序规则纳入为格式条款。UDRP(以附件形式并入注册协议)要求域名注册人在域名注册商申请域名时保证“不侵害他人合法权益”。通过这种安排,UDRP 为域名持有人与域名注册商以外的任何其他方之间因域名持有人注册和使用域名而引发的有关争议设定了条款和条件,实际上是注册协议双方(域名注册人和域名注册商)一致同意为第三方(投诉方)设置一种权利。在发生争议时,投诉人可以从上述争议解决机构中选择一个提起争议解决程序。争议解决程序完全在网上进行,如无特殊情况,专家组应在其被指定后 14 日内做出裁决,并公布在相关网站上。专家组的裁决,将由域名注册机构依据域名解析技术在裁决发出后 10 日内直接予以执行。UDRP 程序高效、便捷的特点已经使其成为目前最主要的域名争议处理程序,也是最为成功的网上争议解决机制之一。

eBay 的声誉机制同样依靠网络架构得以实现。在 eBay 的评价系统(feedback system)下,当用户完成一起交易后,卖家和买家可以进行互评。当一个用户获得一个积极的评价时,获得 1 分;当他获得一个消极的评价时,失掉 1 分。当用户得到 10 分之后他们可以在其用户 ID 旁得到一个星星标志。当用户获得更多的分数之后将得到不同颜色的星星。用户可以允许他人查看他们的评价记录。这些评价记录不仅包括他所获得的分数,还包括评价。^[70]当一个用户因交易中的合作行为而在 eBay 的社区内获得了良好的声誉时,其他用户会希望与其进行交易。因此,关心自身评价和排名的用户被激励去进行合作。而潜在的 eBay 用户在浏览 eBay 的网页时,也将看到网站上多数用户的 ID 旁都有不同颜色的星星图标,这为他们传递了如下信息,即这一社区的人们在交易中是合作的。由于网络用户具有匿名性,eBay 无法确认用户自称的身份,而用户发起的评价系统却能帮助用户判断交易对象。评价系统的重要功能

[67] Ethan Katsh and Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, 2001, pp. 93-117.

[68] 托依布纳,见前注[38],页 178.

[69] ICANN 的争议解决服务提供商名单(包括已经停止服务的提供商)参见 ICANN 官方网站:<http://www.icann.org/cn/help/dndr/udrp/providers>, last visited Nov.6, 2013.

[70] See Baron, *Supra* note 12, at 263-264.

在于,它能够传递用户在过去行为的信息,使买家或卖家能够从交易历史中获得潜在交易对象的信息。这正是声誉机制的精髓。更重要的是,网络架构能使声誉机制在网上发挥的更为彻底。网上评价系统使信息更为透明,传递的信息量更大。网络标识(星星标志)使信息传播更直观、更快,更便于被评价方利用,同时也使被评价者对本身的交易历史更敏感,从而为获得好的信誉约束自身行为。

代码的执行属性还表现为第三方保存服务(escrow services)、^[71]交易保险机制(transaction insurance mechanism)、^[72]裁决执行基金(judgment funds)、^[73]特定技术控制手段(particular technological tools)^[74]等。在这些机制的作用下,违约行为不会发生,因为他们通过技术方式被制止。

应当说,在网络空间中,网络逻辑改造了争议解决方式,而非争议解决的逻辑改造了网络结构。内生 ODR 其实是给网络逻辑披上了争议解决的外衣。

五、互联网争议解决机制的发展趋势

(一)网络时代争议解决机制的版图

网络时代的争议解决机制可以分为三类:传统争议解决机制、外生 ODR 和内生 ODR。争议类型分为在线争议和线下争议。三种争议解决方式均可以用于解决在线争议和线下争议。

传统争议解决方式自生自发于线下空间,与线下争议共同演化。内生 ODR 自生自发于网络空间,与在线争议共同演化。外生 ODR 则以传统 ADR 的制度框架为基础,使用信息技术手段将程序在线化。未来,传统争议解决方式,包括诉讼和 ADR 还将继续主导线下争议解决服务的市场。内生 ODR 则将成为解决网上争议的首选。外生 ODR 由于存在制度嵌入问题,将继续横跨线下线上两个市场,在与传统 ADR 和内生 ODR 的竞争中争得一块生存的空间。

值得注意的是,无论外生还是内生 ODR 的发展,理论上都预留了国家干预的空间。我们也不能一概否定所有类型的国家干预。但任何形式的国家干预都将对网络时代争议解决的版图造成巨大的影响。对外生 ODR 而言,其主导者有动机主动寻求国家干预,通过国家的强制

[71] 主要指买方先将货款支付给卖方,而是暂时交由第三方支付平台保存,买方收到货物并确认无误之后,再由第三方支付平台将货款付给卖方。

[72] 交易保险机制是一种钱款返还制度,适用于当事人不能通过协议解决争议的情形。它不要求当事人事先支付一定金额。在争议发生后,当事人可以在协商未果、调解也无法达到双方预想的结果时,选择仲裁员仲裁并获得一份仲裁裁决。若买方(消费者)胜诉,则他可以从在线争议解决服务提供商那里或者其他相关组织那里得到赔付,争议解决机构再向败诉方追偿。

[73] 根据这一机制,商家预付一定数额的资金作为裁决执行基金。若商家与消费者发生争议,则从基金中扣除仲裁决定的商家应赔付的金额。若商家向在线争议解决服务提供商预先支付基金,则在线争议解决服务提供商可以在做出裁决后直接执行。

[74] 在某些领域,特定技术手段将直接被用来执行争议解决的结果。如在互联网域名争议仲裁中,域名管理机构自身并不处理域名争议,而是指定专门的争议解决机构解决域名争议。同时,域名管理机构授权多个企业作为域名注册机构向用户提供域名注册服务。在争议解决机构对争议做出裁定后,由域名注册机构利用域名解析技术直接执行裁定,或维持域名注册,或撤销域名注册,或将被执行人所设域名转移给权利人。

力将网上仲裁、网上调解等制度作强行推广,将市场竞争转化为政治竞争,加速其嵌入过程。而内生 ODR 的主导者在该类制度运作良好时会避免甚至抵制国家干预。从博弈均衡论的角度看,内生 ODR 是一项稳定的纳什均衡,但纳什均衡不必然是帕累托最优。内生 ODR 制度的演化过程是某一个纳什均衡从多重均衡中脱颖而出并形成惯例的过程。国家力量的介入可以影响均衡选择的过程,使得帕累托最优的纳什均衡替代原始的均衡成为新的惯例。但在实践中,如何辨别潜在的帕累托最优的均衡,如何通过国家政策选择这类均衡都不是能够轻易完成的任务。

(二)网络争议解决的发展趋势

ODR 无法脱离网络空间而独立发展。在线人类活动引发的争议必然和解决该种争议的机制共同演化。ODR 机制的有效性取决于它的目标争议的形态和它与其他社会制度的相容度。综合本文的分析,ODR 未来将呈现出两种发展趋势,即“外生 ODR 内生”和“内生 ODR 专业化”。

“外生 ODR 内生”意味着外生 ODR 机制将逐渐嵌入到线上线下社会的整体制度安排中。嵌入有两种路径,一是与法律体系的关系逐渐稳定并形成明确的规则。如果外生 ODR 能够消除目前存在的法律联结风险,它将能够挑战传统 ADR 在线下争议解决领域的优势地位。不过这一嵌入过程将较为漫长,外来的国家干预也许能加速这一过程,但是国家干预下制订的法典和从先例中演化出的法典是否有相同的内容和作用,还存在疑问。第二种路径是外生 ODR 将集成于在线交易的程序中,亦即嵌入到在线活动的制度化规则中。这一过程将模糊外生 ODR 和内生 ODR 的界限。SquareTrade 与 eBay 的合作是这一做法的代表。特别是, SquareTrade 从成立,加入 eBay 平台,到 2008 年退出 eBay 转而采取电子信用担保服务的过程说明商业个体具有自发寻求市场需求点的激励。这一过程正是外生机制为适应市场需求内生化的演变过程。

“内生 ODR 专业化”将体现在两个方面。第一,互联网革命引发的各种类型的商业模式的井喷现象将驱动内生 ODR 向着高度专业化的方向发展。在线活动的特点是信息传递成本极低,通过网页浏览软件或是即时通信软件在几秒钟内就可以完成全球范围内的信息传递。低廉的信息传递成本使得大规模的单一类型的在线交易活动不断涌现。而大量出现的单一类型的在线交易活动将产生大量的同质争议,其数量和总标的额度也可以负担高度专业化的在线争议解决方式。例如域名争议解决机制针对域名,淘宝网、eBay 的争议处理模式也仅针对因网络交易引起的货物买卖争议。第二,制度架构与市场特定需求相结合将激发内生 ODR 形态的多样化。技术革新是 ODR 产生的直接动因,一些确保交易进行的机制本身正是内生于技术发展之中。在互联网上,已经出现了多种新兴的争议处理机制,如网上交易者身份认证机构、第三方支付工具、信誉标记、电子交易担保以及集合了多种机制的电子交易平台的社区自治体系等,并且这一名单会应市场需求而不断延长。^[75]

^[75] 例如,淘宝网为应对 2013 年“双十一”,提前一个月推出了全新的商家客服机器人,帮助商家减少客服沟通的成本。

六、结 论

本文澄清了网上争议解决的内生和外生两种发展路径,通过主导者、激励、信息和方法四个维度,说明了内生和外生网上争议解决机制的制度差异。不同的特点和发展路径使它们需要面对不同的社会嵌入问题。外生制度在方法上模仿了传统 ADR,但这一改变造成了网上仲裁与现有法律制度间连接的不确定性,无法在传统空间中对传统仲裁形成制度挤出,同时,在与网络空间内生规则的竞争中也不具备优势。这解释了外生 ODR 制度遭遇的发展困境。内生制度与在线争议共同演化,形成了一种制度化关联。通过对在线超市型交易及在线平台型交易的争议解决模式及互联网域名争议解决机制等进行分析,本文清晰呈现了内生 ODR 的形态。未来,ODR 将呈现出“外生 ODR 内生化”和“内生 ODR 专业化”两种发展趋势。

本文的可能贡献在于:第一,将法律问题置于制度分析的框架下,将争议解决视为一项嵌入网络社会的制度,不局限于对争议解决机制本身的研究,本文为 ODR 研究提供了一个统一分析框架和崭新的研究角度,能够分析和解释 ODR 的发展形态及问题;第二,网络在经济生活中广泛应用,产生了大量在线争议,网络用户亟需满足现实需要的网上争议解决机制,本文提供的理论分析能够为实践提供指导,对电子商务的参与者以及争议解决者都具有重要参考价值,亦能为网络治理提供一种思路。

总之,无论 ODR 产生和演化的路径如何,ODR 的应用范围将随着网络活动的多样化而随之扩展。互联网在经历了门户网站时代、电子商务时代之后又迎来了社交网站时代,facebook、twitter 等类型网站的崛起使得在线的民事交往变得越来越频繁。当传统的争议解决手段因为法律缺失或是制度障碍无法解决在线民事交往产生的争议时,ODR 很有可能除解决在线商事争议之外,担负起解决在线民事争议的功能,而采取的形态可能区别于任何网下解决民事纠纷的手段。

人们对 ODR 的发展趋势和前景或许存在着不同的意见和看法。但是,随着网络空间成为人类活动越来越重要的场所,ODR 将成为争议解决制度体系中不可或缺的一部分。我们正处于制度演进的过程中。

(责任编辑:唐应茂)