

互联网争议解决中的执行问题

——从司法、私人到去中心化数字执行

高 薇*

摘要:网上争议解决的兴起是20世纪90年代以来争议解决领域最引人注目的变革之一。迄今为止,缺乏有效的执行、特别是跨境执行机制仍然是阻碍网上争议解决发展的主要因素。由于法律缺失以及在网络空间通过法律制度执行合约、进行争议解决的成本偏高,执行媒介由公共机构转移到了私人第三方手中。但无论是以国家司法为中心、依靠法律强制力保障实施的司法执行,还是私人执行,都始终依赖某种第三方机制。区块链技术突破了传统中心化的模式,使法律的约束与执行逐渐走向一体。新一轮技术变革使网上争议解决的执行主体呈现出一种从公共机构到私人机构、由中心化组织到去中心化架构转移的新趋势。

关键词:网上争议解决 司法执行 私人执行 区块链 去中心化

20世纪90年代初,争议解决领域最引人注目的变革之一无疑是网上争议解决的兴起。随着互联网的全球化发展及其应用在各行业的渗透,网上争议解决的应用场景也从最初的电子商务扩展到其他争议解决领域。^① 迄今为止,中外学界仍然没有关于网上争议解决的统一定义。一个普遍认识是,网上争议解决是通过“网络技术”“解决”争议的机制,^②既包括在线替代性争议解决也包括在线诉讼,不仅指狭义的争议解决,还包括争议预防和争议解决结果的执行。另一种解读为,网上争议解决是对网络争议的解决。^③ 这种角度着眼于争议解决对象,在争议解决手段上,既包括各种利用新技术的手段也包括传统争议解决方式。^④ 本文的分析是在上述两种认识上展开的。

世界范围内,网上争议解决的发展仍然面临诸多挑战。普遍认为,缺乏有效的执行机制是其尚未取得广泛成功的主要原因之一。^⑤ 全球电子商务市场的发展引发了大量小额跨境消费争议,但如何针对这类争议建立有效的跨境执行机制,始终是网上争议解决发展中的重点、难点及国际和国内层面关注的焦点。一般而言,执行是指国家执行机关运用国家强制力强制义务人履行义务以实现生效法律文书确定之权利。本文将讨论一个更广泛意义上的执行,即除传统意义上的强制执行外还包括各种促进执行的手段。

* 北京大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(12CFX050)、中央高校基本科研业务费专项资金资助、美国斯坦福大学研究项目

① See Ethan Katsch, Colin Rule, White Paper: What We Know and Need to Know About Online Dispute Resolution, 67 South Carolina Law Review, 334-338 (Winter 2016).

② 例如,《联合国贸易法委员会关于网上争议解决的技术指引》第5节第24段指出,“网上争议解决或称‘网上解决’是借助电子通信以及其他信息和通信技术解决争议的一种机制”。

③ See Koji Takahashi, Blockchain and Online Dispute Resolution, Presentation at Workshop on the Use of Modern Technology for Dispute Resolution and Electronic Agreement Management Particularly Online Dispute Resolution Port Moresby, Papua New Guinea, 3-4 March 2018.

④ 例如,《联合国贸易法委员会关于网上争议解决的技术指引》第1节“导言”第5段指出,该技术指引并不倡导以任何网上解决做法作为最佳做法。

⑤ See Pablo Cortes, Arno R. Lodder, Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution European Law for Out-of-Court Redress, 21 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 17-20 (2014).

在互联网出现以前,传统争议解决以国家司法为中心、依靠国家法律的强制力保障实施。互联网兴起之后,由于公共执行的不足以及私人执行的优势,执行媒介由公共机构转移到了私人第三方手中,电子商务平台、域名争议解决机构、金融中介机构都充当了中间人的角色。事实上,网络架构的发展并未消除媒介,而是造成了权力主体的转移。时至今日,几乎任何服务及应用仍然是通过中心化的方式被提供的。但近年来崛起的区块链技术正在挑战传统架构及既有认知。其建立在对等网络(P2P)而非中心化网络的组网技术之上,无须中介参与,能在互不信任或弱信任的参与者之间维系一套不可篡改的账本记录。^① 区块链技术虽然一开始被主要应用于比特币的发展,但其在加密货币之外领域的应用及影响越来越受到各方关注。作为区块链 2.0 应用之一的智能合约,能够使法律的约束与执行逐渐走向一体化、智能化、自动化,大大降低执行成本,呈现出法律规则和技术规则相融合的趋势。我国高度重视区块链作为新一轮信息技术革命核心技术之一的价值,国务院在《“十三五”国家信息化规划》(2016 年 12 月)等文件中强调发展区块链技术。工信部于 2016 年 10 月发布《中国区块链技术和应用发展白皮书(2016)》(以下简称《白皮书》),为行业发展提供指引,但《白皮书》未涉及法律领域。^② 目前,我国在实践中仅有将区块链作为存证方式在司法和仲裁中的尝试。^③ 学界和实务界对区块链争议解决的其他应用,如“比特币担保”“去中心化司法”仍然缺乏认识。在这种背景之下,本文将探讨并澄清电子商务争议解决中的司法执行、私人执行及区块链争议解决的最新发展及相应问题。以执行问题为对象的研究,宏观上能够呈现一种网络时代“权力主体从公共机构到私人机构、由中心化组织到去中心化架构转移”的趋势。在沿着这条脉络展开的图景中,不同执行机制的特点及局限得以清晰呈现,“司法救济不足”“网络空间具有强自治性”“代码即是法律”这些认识也将得到进一步检验。

一、司法执行的成就与不足:基于欧盟的考察

司法制度介入跨境电子商务争议解决及执行主要有两个途径。一是建立适应跨境消费者诉讼的诉讼程序,并保证判决的跨境执行。二是在争议双方采用替代性争议解决方式解决争议时,提供强制执行的保障。近年来,欧盟为解决因跨境电子商务引发的消费者争议进行了一系列立法活动,在区域内相当程度上实现了实体法和程序法的统一,在制度层面尽可能消除了跨境执行的障碍,因而可作为考察跨境执行制度建立及其实际运行效果的理想样本。

(一) 司法判决的执行

20 世纪 80 年代以来,为保护消费者生命安全与身体健康权、知情权、获得救济权等合法权益,欧盟在电子商务领域制定了一系列实体法律。但实体法上的保护因程序法的繁琐(特别是在跨境交易时)而难以实现,传统的权利救济机制难以满足网络时代的要求。^④ 为此,欧盟在程序法方面进一步完善法律体系,主要方向为建立适应解决互联网争议的诉讼程序,特别是降低诉讼成本以应对小额争议解决的需要,以及建立相应的跨境执行机制。为促进小额争议解决,多数欧盟成员国都建立了小额争议诉讼程序。^⑤ 一些国家还在司法改革中废除了小额诉讼中诉讼前强制调解的规定,因为这类规定违宪或限制了个人接近正

^① 参见工业和信息化部信息化和软件服务业司、中国区块链技术和产业发展论坛:《中国区块链技术和应用发展白皮书(2016)》,http://www.fullrich.com/Uploads/article/file/2016/1020/580866e374069.pdf,2018-07-09。

^② 《中国区块链技术和应用发展白皮书(2016)》列举了金融服务、供应链管理、文化娱乐、智能制造、社会公益、教育就业等 6 个行业的应用场景作为代表。参见工业和信息化部信息化和软件服务业司、中国区块链技术和产业发展论坛:《中国区块链技术和应用发展白皮书(2016)》,http://www.fullrich.com/Uploads/article/file/2016/1020/580866e374069.pdf,2018-07-09。

^③ 2018 年 6 月 28 日上午 10 时,全国首例区块链存证案在杭州互联网法院一审宣判,法院支持了原告采用区块链作为存证方式并认定了对应的侵权事实。参见《全国首例:杭州互联网法院认可区块链存证》,http://baijiahao.baidu.com/s?id=16045078349046194346&wfr=spider&for=pc,2018-07-27。2018 年 2 月,广州仲裁委基于“仲裁链”出具了业内首个仲裁裁决书。参见《区块链+存证首份裁决诞生》,http://baijiahao.baidu.com/s?id=1594721791309359949&wfr=spider&for=pc,2018-10-27。

^④ 参见邹国勇、李俊夫:《欧盟消费者在线争议解决机制的新发展——2013 年〈欧盟消费者在线争议解决条例〉述评》,《国际法研究》2015 年第 3 期。

^⑤ See Horst Eidenmüller, Martin Engel, Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe, footnote 18, https://ssrn.com/abstract=2290654, 2018-10-11.

义的权利。^① 为简化、加速跨境小额申诉并减少申诉成本,欧盟在 2007 年出台了《欧洲小额诉讼程序的条例》(以下简称《小额诉讼条例》)。小额诉讼程序遵循简易、快捷和比例协调原则,处理标的不超过 2 000 欧元的诉讼。根据《小额诉讼条例》的规定,法院判决可以在成员国之间直接得到相互承认。同时,欧盟国家还将小额诉讼程序作为发展电子诉讼的切入点,《小额诉讼条例》将电子诉讼引入欧盟成员国,以提高诉讼效率、加强消费者权益保护。^② 事实上,在全球范围内都出现了司法电子化的潮流,这既是网络时代技术渗透司法的必然,也客观上促使司法更好适应网络社会的发展。^③

在跨国涉消费者争议中,通常涉及两个以上国家及法律适用问题。为避免法律适用上的不确定性,《欧盟关于合同之债准据法的第 593/2008 号条例》为所有成员国(丹麦除外)规定了统一的合同法律选择规则,以适应跨境购物尤其是跨境“企业对消费者(B2C)”电子交易增长的需要。在民商事判决执行领域,2012 年《欧洲议会和欧盟理事会 2012 年 12 月 12 日第 1215/2012 号关于民商事争议司法管辖及其判决的承认和执行条例》进一步促进了民商事判决文书在成员国之间的流转速度。尽管欧盟及其成员国在立法层面作出了相当努力,使有管辖权的法院和法律均对消费者有利,但出于成本收益的考量以及存在跨境执行机制,个人通常仍然不会寻求司法救济。^④ 事实上,由于欧洲小额诉讼程序要求争议双方熟悉外国法律和司法程序,加之翻译费用不断增长以及争议双方必须跨境亲自参加口头听证等客观障碍,多年来该程序未得到充分利用。^⑤ 欧盟成员小额诉讼法院的受案量每年也呈下降趋势。在德国,地方小额诉讼法院的受案量逐年递减约 2%,其他欧盟国家也存在类似情况。^⑥ 造成这种情况的主要原因之一是:进行争议解决的成本要远高于争议标的本身。对大多数争议(无论标的大小)而言,消费者至少需要花费三位数的诉讼费用进行诉讼。欧盟消费者法研究组的研究报告显示,欧盟内平均标的额在 2 000 欧元的案件,跨境诉讼的费用为 2 500 欧元;根据各国情况不同,平均每起诉讼案件历时 12 至 64 个月;另一项欧盟 2011 年发布的数据表明,一年内欧盟居民因购买商品或服务而产生的问题高达 21%,但其中仅 2%的消费者采用了诉讼方式解决争议。^⑦

相关研究及欧盟的实践表明,诉讼作为电子商务争议解决程序面临的巨大挑战仍然是成本。即便存在小额诉讼、电子诉讼、国际公约等机制,司法执行特别是跨境执行仍然不具备太大的现实可能性。

(二)替代性争议解决的司法执行

司法救济的各种障碍是人们寻求诉讼外争议解决的直接动因。替代性争议解决^⑧与网络技术结合形成了在线网上争议解决,并被认为有潜力替代繁杂、耗时、昂贵的司法救济。目前,几乎所有传统的替代性争议解决都有对应的互联网形式,而网上争议解决中相当一部分属于这类在线网上争议解决。理论上,替代性争议解决的在线化并不必然导致原有替代性争议解决的法律框架失效或必须重新制定新的法律规则。因而,我们此处所讨论的网上争议解决的执行问题很大程度上仍然是替代性争议解决的执行问题。与依托于国家司法权之决断力的诉讼不同,替代性争议解决程序不具有“直接”的强制执行力,当程序参与

^① 例如,在德国多数州法院免除了最小标的争议(低于 750 欧元)在诉讼前必须调解的规定。See Horst Eidenmüller, Martin Engel, Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe, footnote 21, <https://ssrn.com/abstract=2290654>, 2018-10-11.

^② 参见王福华:《电子诉讼构建的法律基础》,《法学研究》2016 年第 6 期。

^③ 我国近年来法院系统电子诉讼也有相当发展。参见王福华:《电子诉讼构建的法律基础》,《法学研究》2016 年第 6 期。

^④ 参见邹国勇、李俊夫:《欧盟消费者在线争议解决机制的新发展——2013 年〈欧盟消费者在线争议解决条例〉述评》,《国际法研究》2015 年第 3 期。

^⑤ 参见邹国勇、李俊夫:《欧盟消费者在线争议解决机制的新发展——2013 年〈欧盟消费者在线争议解决条例〉述评》,《国际法研究》2015 年第 3 期。

^⑥ See Horst Eidenmüller, Martin Engel, Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe, footnote 23, <https://ssrn.com/abstract=2290654>, 2018-10-11. 另外一项美国小额诉讼的数据显示,在 2008 年到 2010 年间,美国 28 个州小额诉讼的受案率都平均下降了 14%。See <http://www.courtstatistics.org/Civil/2012W5CIVIL.aspx>, 2018-07-16.

^⑦ 参见于颖:《欧洲消费者纠纷的非诉解决机制》,人民法院报 2015 年 8 月 21 日。

^⑧ 对仲裁是否属于替代性争议解决可能存在争议。本文所称替代性争议解决也包括仲裁。See Jean R. Sternlight, Is Binding Arbitration a Form of ADR?: An Argument That the Term “ADR” Has Begun to Outlive Its Usefulness (2000), Scholarly Works Paper, p. 270, <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/270>, 2018-07-16.

者不自愿执行时,争议解决结果需要依赖司法程序实现。具体如何实现,又取决于替代性争议解决程序的类型及争议解决结果的法律约束力。实践中替代性争议解决/网上争议解决类型繁多,各国差异较大,但仍可根据争议解决结果的效力作出具有法律约束力或不具有法律约束力的区分。前者的代表是调解,后者的代表是仲裁。只有具有法律约束力的结果才可以由国家强制力保障实施。否则,争议双方可以且只能重新诉讼或寻求私力救济,这使争议解决又回到诉讼的老路。这种区分决定了替代性争议解决司法执行的不同方式及可行性。

《欧盟关于替代性解决消费者争议并修正第 2006/2004 号(欧共体)条例及第 2009/22 号指令的第 2013/11 号(欧盟)指令》(以下简称《消费者替代性争议解决指令》)和《关于在线解决消费者争议并修正第 2006/2004 号(欧共体)条例及第 2009/22 号指令的第 524/2013 号(欧盟)条例》(以下简称《消费者网上争议解决指令》)以及联合国贸易法委员会(以下简称贸法会)制定的网上争议解决程序规则均对网上争议解决的法律约束性进行了区分。欧盟立法的目标是为消费者提供简单、快速、低廉的诉讼外争议解决方式。但由于《欧盟基本权利宪章》第 47 条规定人人享有获得有效救济和公平审判的权利,因此《消费者替代性争议解决指令》叙述性条款规定替代性争议解决/网上争议解决不能取代法庭程序,也不得剥夺消费者或经营者诉诸法庭的权利。从而对替代性争议解决/网上争议解决程序的法律约束力进行了限制。根据《消费者替代性争议解决指令》第 10 条,如果事前约定的将争议提交替代性争议解决的条款有剥夺消费者将争议诉诸司法解决的效果,则条款无效;此外,不得将替代性争议解决的结果强加于消费者;如果替代性争议解决程序具有这种效果,则当事人必须在事前知晓并特别认可该程序的法律约束力。但事实上,这种规定存在一定弊端:非约束性的安排使争议解决结果失去强制执行的保障、使程序丧失了某种促进当事人履行的激励(因为存在强制执行机制);同时,不排除诉讼并不代表诉讼可行,由于诉诸法院诉讼过于昂贵、缓慢以及存在实际困难,消费者最终将被事实上剥夺接近司法的可能。这种实施效果有违制度设计的初衷。因此,可以考虑设置单方面具有约束力的替代性争议解决程序,^①也有学者建议推行强制性的替代性争议解决。^②

具有法律约束力的替代性争议解决程序,则可以得到司法的强制执行。这以仲裁为代表。促进仲裁裁决全球执行的《联合国承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)显然不是为在线仲裁而设计。但通过电子手段达成仲裁协议并作出仲裁裁决这一事实,不必然导致在线仲裁被排除在《纽约公约》的适用范围之外。事实上,联合国贸易法委会(以下简称联合国贸法会)在最新修订的《纽约公约》文本中已经认可电子仲裁协议的效力,各国目前的立法潮流也是承认电子文件及电子证据的效力。执行方面的障碍更多出现在涉及消费者的仲裁上。一方面,《纽约公约》的规定不一定适用于消费争议解决。成员国可以通过《纽约公约》的商事保留原则,排除该公约对消费争议仲裁的适用。此外,事前仲裁协议的有效性也是问题。另一方面,利用《纽约公约》执行裁决的成本是现实障碍。针对这些问题,有学者建议制定执行在线仲裁裁决的国际公约。^③但目前还没有看到这种可能性。联合国贸法会也承认,以国际公约为基础的执行方案并不理想;联合国贸法会第三工作组建议,可以更多考虑依赖私人执行机制而非司法执行。^④显然,仲裁并不适合解决小额消费争议。

促进替代性争议解决跨境执行的另一个成就是《欧盟关于民商事调解若干问题的指令》(以下简称《调解指令》)。调解的劣势在于,依托于当事人自主处分权而达成的调解协议难以像司法判决及仲裁裁决那

^① 例如,《消费者替代性争议解决指令》叙述性条款第 43 段、第 49 段以及第 9 条允许成员国通过本国规定创设单方具有约束力的机制,一旦消费者受到替代性争议解决机构通知并接受争议解决结果,则其对消费者具有约束力。由于争议解决程序对消费者不具有约束力,当事人可以在程序的任何阶段撤回程序。对消费者而言可以获得一个可以强制执行的结果,同时不抵触消费者保护法的规定。

^② See Cortes P., What should the Idea ODR System for E-commerce Look Like? The Hidden World of Consumer ADR: Redress and Behavior, CSLS Oxford, 8 October 2011, p. 22, https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/dr_pablo_cortes.pdf, 2018-06-19.

^③ See Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 12 (2015-2016).

^④ 参见联合国贸易法委员会:《跨境电子商务交易网上争议解决:现有私人执行制度概览》,A/CN.9/WG.III/WP.124。

样获得国家强制力的直接支持。但《调解指令》利用立法技术,有效化解了调解协议执行力方面的劣势。《调解指令》第6条规定,争议当事人可请求成员国法院或适格的权力机构,依据请求作出地之成员国的法律,以判决、决定或以某种具有公信力的文书赋予其强制执行力。这也适用于以在线方式进行的调解。^①事实上,采用调解这种非裁决性的方式解决争议的双方,一般对程序的信赖较强,双方通常会自愿遵守调解人建议的解决方案,不会申请强制执行。^②不过,一旦法院介入,即便再简易的执行程序也可能会导致成本增加,这与请求法院执行仲裁裁决的困难如出一辙。

对司法执行的分析并非老调重弹,再论以司法为中心的争议解决体系如何不能适应网络社会的争议解决,目的在于说明近年来国际层面上对跨境争议解决执行所做的努力。欧盟以消费者保护和接近司法为指引,在内部逐步建立了统一的法律规则。《联合国贸法会关于网上争议解决的技术指引》(以下简称《技术指引》)在性质上是一部“软法”,争议双方可以如适用《国际商会国际贸易术语解释通则》那样,通过约定将其纳入争议解决安排中。但遗憾的是,前者的适用限于欧盟境内,后者则不具有约束力,全球范围内仍然缺乏较为统一的司法执行机制。^③且与这种努力形成对照的是,即便建立了一定的法律框架,法律供给和现实需求之间仍然不一定匹配。法律制度显然并非一经建立就有效便能发挥作用,网上争议解决需要更加有效的执行机制。

二、司法执行之有效替代:私人执行

(一)公共执行到私人执行的转向

如上文所述,在解决因网络商事活动产生的争议时,特别是在处理大量小额消费争议时,目前的司法制度较难做到正义、效率和成本的兼顾。而当依靠国家强制力实施的执行不具备现实可行性时,法律所保障的接近正义便失去了意义。目前业界已经普遍认识到,互联网经济与当前占主导地位的社会管理制度互不适应,作为工业时代产物的诸多现有法律,无力应对新的社会问题。因此,业界便自发建立起适应网络空间商业活动的治理机制,我们可以看到网上争议解决的发展受到自发的私人秩序的推动,这是通过私人规则制定、私人管辖及私人执行进行的自组织模式。既然私人秩序是在“网络空间”自发形成,私人执行就自然而然越过了“跨境”执行问题,也使研究者的视角突破了传统法学研究所主要关注的司法执行的狭窄范畴。

与公共执行相比,私人执行在专业性、成本、激励等方面具有显著优势。目前互联网上较为成功的网上争议解决都主要依赖私人执行。然而,当权力由国家转移到私人手中时,对私人执行的担忧和质疑也随之而来,如私人组织制定的规则缺乏法律条文的稳定性,私人规制会产生一些具有强势地位的个体、对其他参与者造成负面影响,私人执行无法保证程序公正等。实际上,私人执行和公共执行之间一直以来就存在着一种价值和目标上此消彼长的关系:私人执行具有灵活性、隐私性,能够实现效率;公共执行则依赖制定的规则体现公共价值、保证判决一惯性、实现公平。但网络空间的特殊性在于,若不通过私人规制,公共手段往往也无从规制。我们与其说是对“更优”之间进行选择,不如说是在“有”或“无”之间进行选择。^④这促使执行主体由公共机构向私人第三方转移。目前对“私人执行机制”没有确切的定义,联合国贸法会第三工作组将其定义为替代法院强制执行仲裁裁决或和解协议的一种办法。^⑤一般而言,“执行”暗指争

^① Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 13(2015-2016).

^② Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 13(2015-2016).

^③ 目前《联合国贸法会关于调解所产生的国际商事和解协议执行公约》已经起草完毕,在其生效后,商事和解协议将得到跨国执行。具体执行情况还有待日后观察。

^④ Orna Rabinovich-Einy, Ethan Katsch, A New Relationship between Public and Private Dispute Resolution: Lessons from Online Dispute Resolution, 32 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 719(2017).

^⑤ 参见联合国贸易法委员会:《跨境电子商务交易网上争议解决:现有私人执行机制概览》,A/CN.9/WG.III/WP.124第4段。

议解决结果已经做出,且存在一种执行该决定的机制。但目前网上争议解决领域所讨论的解决机制既包括鼓励服从裁决的私人机制(如评分制度和信誉标记),也包括执行那些可能应在国家法院执行的决定(如和解协议、不具约束力的裁决或仲裁裁决的情况)。^①前者有助于建立消费者对电子商务的信心,促使其执行争议解决结果。后者可以直接执行争议解决结果。在网上争议解决的整体图景中,还可以观察到工具与系统两种形态。^②执行工具指某一种执行机制,如声誉机制、退款与担保。“系统”则以第三方交易平台、域名争议解决系统为代表,具有完整的自治性,集争议发生、解决和执行为一体。

(二)单一执行机制:声誉、退款与担保

商业社会中,信誉总是扮演着重要角色。在古代美索不达米亚,商人通过在石碑上镌刻与外国商人相关的跨境交易信息来建立商人的信誉评价机制。^③11世纪从事地中海商业活动的马格里布商人以诚信和声誉建立远程贸易代理机制。^④互联网由于信息传播的速度和广度远远强于线下社会,声誉机制的效果更为显著。目前,以鼓励服从裁决或某些标准为目的的私人执行机制主要包括评分制度以及信誉标记。^⑤这两种机制的共性在于,它们都是信用指标,利用信誉促进执行;不同点在于,前者由用户产生而后者由第三方机构提供。一些网络商业平台如淘宝有效地利用了评价机制。当一项在线交易完成之后,商家及消费者均可以留下对此次交易的评价信息,这一信息将被添加到交易者的在线信息集合中。由于任何不良交易历史都将被记录,声誉机制可以在交易之前将恶意交易者甄别出来。这种机制为扩大平台商业规模及盈利带来了巨大的好处,被证明是一种行之有效的争议预防机制。但评价机制易受评价人主观因素影响,交易双方不一定在每次交易后均留下评价,且存在操纵评价导致评价信息不准确的可能,这些都影响了评价机制的可信度。因而实践中出现了中立且独立的第三方机制,如信誉标记。信誉标记是一种质量标签,由提供标记的机构建立行业行为准则,并授予符合资格的商户使用。商户可以将信誉标记上载至自身网站,消费者通过查看标识及所链接内容获取商户信息。在企业对消费者的网上争议解决中,信誉标记通常有两种形式,一是由替代性争议解决或网上争议解决机构向网上商家出售或以其他方式授予的图章或标志,使购买人知晓商家是第三方认可的值得信任的交易伙伴;二是由独立第三方以资格认可的方式授予网上解决提供商的图章或标志。^⑥提供信誉标记服务的典型是贸易广场公司。该公司曾为易贝(eBay)提供在线调解服务,保证使用在线调解的卖家获得一个贸易广场徽章。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,在适当期限内对投诉进行处理并执行争议解决结果。^⑦信誉标记的实施目前存在若干挑战。在电子商务市场上,由于缺乏统一管理,存在着若干信誉标记提供者,他们各自建立行为准则并进行授权。对消费者而言,由于缺乏对信誉标记的认识及甄别能力,易产生混淆;如果商家和网上争议解决提供商可以通过交易方式获得信誉标志,则信誉标记也就没有中立性可言。因而如果意在跨境交易中利用这种机制,则需要建立全球性的认证系统以及在全球范围内对第三方认证者进行规范。虽然欧盟在其数字议程中倡导建立欧盟境内统一的信誉标记,但《消费者替代性争议解决指令》和《消费者网

^① 参见联合国贸易法委员会:《跨境电子商务交易网上争议解决:现有私人执行机制概览》,A/CN.9/WG.III/WP.124,第5段。美国学者舒尔茨总结了7种自我执行机制。See Thomas Schultz, Online Arbitration: Binding or Non-Binding? ADR Online Monthly, November 2002.

^② See Orna Rabinovich-Einy, Ethan Katsch, A New Relationship between Public and Private Dispute Resolution: Lessons from Online Dispute Resolution, 32 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 712 (2017).

^③ See Colin Rule, ODR and Online Reputation Systems, in Mohamed S Abdel Wahab, Ethan Katsh and Daniel Rainey ed., Online Dispute Resolution: Theory and Practice, Eleven International Publishing, 2012, pp. 163-164.

^④ 参见[美]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,第42~64页。

^⑤ 除这两种机制以外,还存在着如“黑名单”等机制。See Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 18(2015-2016), footnote 131.

^⑥ 参见联合国贸易法委员会:《跨境电子商务交易网上争议解决:现有私人执行机制概览》,A/CN.9/WG.III/WP.124,第20段。

^⑦ See Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 16 (2015-2016), footnote 118.

上争议解决指令》并未建立这种信誉标记。^① 欧盟各成员国仅负有监管替代性争议解决及商户的义务,且这种监管体系又是分散的,与起初建立欧盟内部统一的信誉标记的设想存在巨大差距。

执行机制的代表是信用卡退款和第三方担保。这类制度通过控制资金流达到争议解决或执行的目的。信用卡退款允许购买人在某种情况下,针对扣款提出异议,并要求支付中介(如果已经将购买款付给商家)向商家索要退款。在这些情况下,支付中介实际上发挥着裁判者的职能(或者实际上一些发卡机构为此有一个仲裁委员会),即要求购买人提供信息说明对扣款有异议的原因,并决定是否同意扣款。在这种程序中,商家负有举证义务。信用卡公司对交易情况仅仅进行表面审查,在多数情况下会作出有利于消费者的决定。^② 不同国家对触发退款的原因规定不同,但通常包括信用卡欺诈、不交付货物或是交付不符。^③ 退款一直以来被用于传统跨境交易,在进行跨境电子商务交易时其仍然可以作为一种有效的执行机制。例如,在美国电商亚马逊购物,若买家认为出现了“未收到货物”“货不对款”“重复扣款”等情形,可以向信用卡发卡行发起退款,该银行会联系亚马逊获得交易详情。亚马逊再以电子邮件方式联系卖家获得交易信息。若卖家7日内未回复亚马逊的通知,亚马逊会直接将这部分交易款项进行扣除。^④ 退款也可以与争议解决机制合作执行争议解决结果,即由网上争议解决机构进行裁决并通知执行中介将钱款退回消费者账户。对善意消费者而言,退款是一个有效的救济手段,也防止消费者和商家之间进一步产生争议。但就程序公正而言,存在倾向保护消费者、损害商家利益的问题。由于在消费者提起请求时,商家被要求支付一定费用,且其信用评分也会受到相应影响,恶意退款就会伤害商家。另一个弊端是,退款的适用范围有限,其仅针对通过信用卡进行的支付,且主要在英美广泛使用。^⑤ 另外,发卡机构并非争议解决机构,因而其不符合对争议解决机构设定的行为规范和标准。^⑥

在某些区域普遍使用的另一种执行制度是第三方担保服务。由于其不限于信用卡交易,可以比退款的应用范围更大。在第三方担保制度下,由购买人向第三方账户付款。除非有任何投诉,或者经确认买家已按预期收到货物,在一段时间之后第三方担保机构便将钱款支付给商家。其通常要遵守国家法律和许可规则。在这种程序中,担保公司承担着第三方担保及争议解决的功能。机构将接受并审查当事方的投诉并作出决定,即是否打款。提供这种服务的代表是支付宝。淘宝利用支付宝增强了交易安全,是淘宝得以成功的关键之一。与退款机制类似的是,第三方担保机构不是真正意义上的争议解决机构,存在可信用和行为标准问题。

(三)整体性安排:第三方交易平台作为执行媒介

随着互联网商业模式向平台化发展,第三方交易平台上出现了最为成功的私人治理模式。由于出现争议将影响平台对用户的吸引力,进而影响交易规模及平台在竞争中的显著性,第三方交易平台首先有激励去建立有效的争议解决机制。平台所要采取的具体措施则是,筛选诚实的交易者以预防争议的发生,在争议发生时有效进行争议解决,最终确保争议解决结果得到执行。这三个问题分别对应事前的争议预防机制、事后的争议解决机制和具有强制力的执行机制。例如,在淘宝上同时存在声誉机制、争议解决服务(主要依靠客服)及支付工具(支付宝)。淘宝买家和卖家在交易结束后可以进行互评,各自积累起信用等级。对商家而言,其主页上通常标出反映其交易状况的一系列信息,如退款率、争议率、处罚率等。信誉对

^① See Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 17(2015-2016), footnote 118.

^② See Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 19 (2015-2016).

^③ See Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 19 (2015-2016), footnote 139.

^④ 参见《chargeback claim 怎么处理》, <http://www.amazon1688.com/thread-55372-1-1.html>, 2018-07-31。

^⑤ See Riikka Koulu, Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement, 13 Scripted, 45 (2016).

^⑥ Maxime Hanriot, Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes, 2 McGill Journal of Dispute Resolution, 19 (2015-2016).

于卖家尤为重要,因为消费者可以在平台上任意选择商家。支付宝为一种抵押担保服务,在交易完成前,如果交易存在问题,淘宝客服将对投诉进行判定,之后支付宝决定是否放款。交易完成后,如果交易存在问题,经淘宝判定之后,消费者可以通过卖家事先存入的保证金得到赔付或者由淘宝先行赔付再向商家追偿,以此执行争议解决结果。

由平台组织的争议解决是一种多重机制共治的系统,且机制之间存在制度性关联,能够弥补单个机制的不足。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;第三方争议解决服务不仅能够解决遗留的争议还可以修正过于严格的声誉机制。第三方支付具有强执行力,同时也与争议解决服务一样,能够有效防止一次性交易引发的恶意行为,与声誉机制(针对反复交易)形成互补关系。此外,第三方平台的存在能够为争议的解决提供担保和背书。《中华人民共和国消费者权益保护法》第36条、《中华人民共和国侵权责任法》第44条和2018年《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)第38条中规定了第三方平台在一定情形下承担连带责任的情形。一些平台本身也制定了消费者保证金和先行赔付规则,《电子商务法》第58条也对此予以肯定。

由平台组织进行争议解决的最大问题也出在平台本身。在上述模式下,交易平台实际上同时充当着规则制定者和执行者的角色;它们通过企业服务条款制定交易及争议解决规则,并作为执行者执行“审判”结果。这种集“立法者”和“司法者”于一身的角色招致了对平台行为正当性和中立性的质疑。具有垄断话语权的互联网企业,有着商业腐败的巨大风险。这是对私序正当性的挑战,也已为中国的互联网实践所证实。^① 消除平台执行弊端的核心在于约束平台的巨大权力。这始终是各国互联网规制的难点。正因为存在垄断性力量,当这类企业歧视用户、滥用权力时,行业自治和市场竞争可能无法有效解决问题。化解问题的方案之一是利用众包减轻私人企业双重角色所带来的负面影响。在过去,互联网的很多行业里出现了众包的实例,从简单的评价和分享(如评价书籍、电影)到维基百科,再到复杂系统,如亚马逊的“土耳其机器人(Mechanical Turk)”以及易贝和淘宝的大众争议解决机制。^② 这种发展预示了未来互联网的争议解决可以是更为民主的方式,这即将随着区块链应用的发展得到进一步实现。

目前较为成功的网上争议解决执行机制的共性在于,第三方控制了某种对当事人来说具有重要价值的资源。这种资源可以是金钱、声誉、域名。控制了资源的机构就获得了获取资源的途径,使其能够发布命令,令惧怕被剥夺资源的人有动力去执行命令。这一方式建立了一种自我执行统治,无论争议处理结果是约束性或非约束性的,执行都不再依赖传统的司法执行。联合国贸法会也强调私人执行的重要性,并希望网上争议解决能够与互联网中介、支付公司和银行(亦即具有市场力量对商家起到鼓励作用的实体)有效合作。^③ 但第三方私人执行也有其弊端。主要问题之一是第三方独立性、公正性以及合规问题。此外,依靠第三方进行的私人执行仍然存在成本。例如,退款需要商家支付费用,淘宝商家需事先缴纳赔付金或平台需进行先行赔付。虽然商家或第三方机构可以承担争议解决的成本,但成本的增加最终将由消费者负担。当人们仍然纠结于如何消除第三方媒介所带来的弊端时,新一轮技术革命已悄然兴起,去中心化的区块链技术为化解当前困境提供了新方案。

三、区块链技术之下:去中心化数字执行的兴起

一直以来,互联网架构和生产方式决定着商业模式及其规则的制定和实施。网络市场的交易规则可以分为三个阶段:过去、现在和未来。“过去”为辐射式模式,即大型网络公司向消费者提供商品,消费中的交易规则由大公司制定。“现在”为共享经济模式,个人消费者通过中介平台与作为商品提供者的微型和中小型企业进行交易,交易规则由中介平台制定。未来为区块链架构之上的“点对点”交易,消费规则由交

^① 参见石燕、杨磊、张洪人:《触目惊心:淘宝内部腐败调查》,《IT时代周刊》2012年第08期。

^② See AnHai Doan, Raghu Ramakrishnan and Alon Y. Halevy, Mass Collaboration System on the World Wide Web, <http://pages.cs.wisc.edu/~anhai/papers/mc-survey.pdf>, 2018-07-16.

^③ 参见联合国贸易法委员会:《跨境电子商务交易网上争议解决:现有私人执行机制概览》,A/CN.9/WG.III/WP.124第45段。

易双方直接规定。^①相应地,辐射式模式下争议由商家处理,共享经济模式下主要由平台型企业担负争议解决者的角色,而区块链技术将实现一种与以往任何模式均存在本质性差异的去中心化争议解决,也有学者称其为分散式司法权。^②

(一)区块链技术的崛起

区块链是一种无需中介机构和监管机构来加以验证的、不可篡改的、分布式账本技术。交易只能在一个仅能添加新数据(区块)而不可修改的数据库中按时间顺序被验证、执行和记录,并被盖上“时间戳”,由此形成全部数据全天候向公众开放,随时供查阅和验证。区块链首先被应用于金融领域,促成了多种加密货币的出现,对全球金融市场及其法律监管机制都提出了挑战。但区块链的应用前景远不止于此。区块链账本可以被用来记录任何数据结构,包括所有权证明、身份和认证信息、合同等。目前智能合约作为基于区块链的第二代技术刚刚兴起。它是一种由计算机代码表述并自动执行的合同,其中包含一套具体的指令,指明当特定的条件满足时,一项交易便会完成。因此,智能合约集合同安排及合约执行于一体,其最重要的特征之一是自我执行属性,即合约执行自动依赖于以数码形式写进合约的条款,不需要第三方监督合约义务的达成或执行。智能合约的设计可以实现一般的合约条件(例如付款、留置、保密甚至执行),减少例外情况(违约)发生(无论故意或偶然),减小对可信任的第三方媒介的依赖。智能合约可达成的经济目标则包括,降低欺诈造成的损失、降低仲裁及执行费用以及其他交易成本。^③

如果说在传统互联网交易中,司法介入理论上可行,但面临多重现实障碍,那么区块链技术之下,传统司法机制的可适用性将面临更大挑战。首先,区块链技术具有更为彻底的匿名性。传统网络交易中双方的身份和财产信息仍然具备可证实性。由于区块链使用数字加密技术,交易者身份以及用户的互联网协议(IP)地址都可以完全匿名化。另外,智能合约的双方多使用数字货币交易,后者也是匿名的、去中心化系统,付款信息和财产所在地难以获知。这种情况下,传统管辖权原则,如地域管辖、属人管辖都无从建立。其次,传统网络交易利用传统合约机制,只是网络交易通过电子方式达成;而区块链智能合约是基于计算机代码而非传统合约机制和执行机制的。最后,传统网络交易仍然建立在中心化的服务网络之上;而区块链仅仅是一个去中心化的计算机系统的集合,它是存储于算法规则的纯信息,由位于全球的分布式匿名用户组成,每个个体可能并不承认或遵从任何法律权威。^④因此,区块链更加体现为一种基于代码之上的自治系统,要求一种内部治理方案。

这种自治与传统电子商务中的私人自治亦不相同。目前,有效的私人执行仍然是通过第三方媒介。而区块链技术的倡导者提出比特币以及智能合约能够超越网上争议解决,是更为彻底的自我执行的网上争议解决。有建议称,对退款和担保的替代是通过使用比特币或其他电子货币进行交易。由于其彻底去中心化并依赖于用户自身设计有效的自我执行机制,非国家货币系统将提供一个与此前所有模式完全不同的自我执行机制。^⑤区块链技术将有助于解决联合国贸法会尚未解决的执行难题。

除争议解决形态发生变化外,争议解决机制的目标设定亦有变化。当前网上争议解决机制设计的核心目标之一是消费者保护,主要解决跨境电子商务中出现的涉消费者争议。联合国贸法会早期的工作重点曾经是跨境消费者争议解决。但由于各国在消费者保护领域的法律制度差异较大、实难统一,联合国贸法会在其最终制定的《技术指引》中一定程度上回避了消费者保护这个“烫手山芋”,网上争议解决程序规则既适用于“企业对企业(B2B)”也适用于“企业对消费者(B2C)”交易。旨在以消费者保护为中心的规则制定思路之局限在于:一方面在全球范围内统一消费者保护标准的努力将遭遇联合国贸法会最初遇到的

^① See Koji Takahashi, Blockchain and Online Dispute Resolution, Workshop on the Use of Modern Technology for Dispute Resolution and Electronic Agreement Management Particularly Online Dispute Resolution Port Moresby, Papua New Guinea, 3-4 March 2018.

^② See Wulf A. Kaal, Craig Calcaterra, Crypto Transaction Dispute Resolution, 73 Business Lawyer, 109-152 (2018).

^③ See Nick Szabo, Smart Contracts, <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>, 2018-10-11.

^④ See Wulf A. Kaal, Craig Calcaterra, Crypto Transaction Dispute Resolution, 73 Business Lawyer, 109-152 (2018).

^⑤ See Self-Enforcing Online Dispute Resolution; Lessons from Bitcoin, 36 Oxford Journal of Legal Studies, 20(2016).

障碍;另一方面,随着在线市场扁平化发展,消费者的“弱势群体”特点逐渐丧失了显著性,这使将消费者保护作为首要立法目标的必要性受到弱化。在诸如比特币这种“点对点”、非信任化的环境中,不再需要特别保护买家或某一方利益。实际上,区块链技术之下的执行,强化了“去中心化”“数字执行”“自治”等属性,超越了以往执行中“跨境执行”“消费者保护”的困境。

(二) 比特币托管与去中心化司法

1. 比特币托管交易

在比特币 1.0 的世界里,交易不可逆,只要进行了转账,资金转入就自动执行。这存在一定的交易风险,因此人们意识到,在比特币交易中也需要某种担保机制。其原理与传统担保协议类似,金额并非直接从发出者进入接收者账户,而是临时存储在服务提供者的钱包里。在存在争议时,服务机构可以充当仲裁者的角色,最终由服务机构将金钱转给收钱方。这种机制存在的明显问题是,它要求双方和服务提供商之间建立信任关系。这不符合比特币系统“非信任”的理念,即接收者和服务机构都在一个去中心化的环境中运行,和接收者相比,汇出者没有理由更相信服务机构。此外,这种服务仍然十分初级。在争议发生、机构介入时,缺乏争议解决所应遵循的清晰的程序和实体规则。^①更为关键的是,这种方式与目前依赖第三方支付媒介(如支付宝)无异,仍然无法排除第三方担保机构作恶的可能。^②这种问题可以通过一个建立在多重签名系统之上的比特币裁决系统予以改进。传统的比特币账户中,每个比特币地址都对应一个私钥。而多重签名地址有三个相关联的私钥,需要其中两个才能完成一笔转账。在没有争议的情况下,款项将从发出者的钱包转入接收者钱包,无需仲裁者介入。出现争议时,仲裁者可以就资金转移作出裁决。仲裁者和各方都拥有一个私钥,在其中两个私钥同时使用时才可以解锁并完成交易。仲裁者无法单独解锁转入多重签名地址的比特币。多重签名地址技术的出现表明,比特币技术已经可以提供更为复杂的私人裁决和执行模式。^③通过这种方式进行争议解决的代表是公开市场,一个类似淘宝的电商系统。与淘宝不同的是,公开市场是一个“点对点”的去中心化交易平台。^④在公开市场上买卖双方使用比特币进行交易,没有第三方审查交易,公开个人信息的决定权也掌握在用户手中。当公开市场上的买卖双方产生争议时,可以由一个公证人介入争议解决。第三方公证人也是公开市场网络的用户,是卖家和买家都信任的人。第三方为合约作证,并创建多重签名比特币账户,只有当集齐三个签名中的两个时,比特币才会被从多重签名地址发送给接收者。第三方公证人控制着第三把私钥,因此在买卖双方达成和解或者第三方作出判断之前,多重签名地址中的比特币不会被移动。在公开市场上用户隐私不被公开,因而必须有机能够甄选出值得信任的第三方来做公证人。公开市场有一个信誉评分系统,允许所有的用户对其他用户进行反馈评分。在用户进行欺诈或者不能公正裁决争议时,他们的信誉将会受损。当用户在公开市场上购物和选择第三方公证人时,可以看到潜在公证人的信誉评分。虽然公证人是随机挑选的,但买家和卖家可以创建一个投票池,挑选出双方都信任的人。这种机制有助于确保公证人的专业性,同时又可以保持整个系统的保密性。^⑤

2. 去中心化法庭

智能合约使合同条款可以事先约定,无法通过事后取巧,因而有效避免了争议的发生,但仍然有些条款无法通过代码进行表达,且人类行为的主观性造成的不完全信息、不可预见性、机会行为等问题,使争议无法被彻底排除。针对事后争议,区块链上发展出了去中心化司法的应用,将争议解决、众包、在线公民参与、透明度等概念融合在一起。这种应用的代表为阿拉贡(Aragon Network),^⑥主要依靠众包机制解决争

^① See Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin, 36 Oxford Journal of Legal Studies, 12(2016).

^② 参见胡翌霖:《比特币多重签名技术的应用场景》, <https://blog.csdn.net/luyong3435/article/details/38446521>, 2018-06-29.

^③ See Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin, 36 Oxford Journal of Legal Studies, 13 (2016).

^④ See Wulf A. Kaal, Craig Calcaterra, Crypto Transaction Dispute Resolution, 73 Business Lawyer, 109-152 (2018).

^⑤ See Wulf A. Kaal, Craig Calcaterra, Crypto Transaction Dispute Resolution, 73 Business Lawyer, 109-152 (2018).

^⑥ 这是一个以太坊上运行的去中心化自治组织管理应用,以太坊是一个能够在区块链上实际智能合约的底层系统。阿拉贡由代币控制,软件执行使用智能合约编写的代码。

议,利用代币激励参与并执行裁决。

以阿拉贡为例,当用户对阿拉贡上的合约执行存有疑义时,可以发起诉讼程序。申请人需要缴纳押金并提出诉求。如果这个争议解决的结果有利于申请人,押金会被返还,否则会被拿走。申请人可以从同样交纳押金的用户中随机选出5人作为案件的法官。如果其中某人拒绝参加审判会被轻微处罚,申请人可以另选一人。法官们根据阿拉贡司法的基本规则及程序参与者提供的被加密的材料进行判决。决定如何裁判后,法官会生成一个秘密的随机数,同时提交判决结果的摘要给法庭。等裁判的期限过后,法官必须披露他们的随机数和判决结果,任何人都可以验证这个判决结果。如果判决结果和随机数披露失败,会惩罚法官们交的押金。判决结果由多数票决定。投了正确票(多数票)的法官会被奖励一些不能转账的声誉代币,而投错票的法官会被严重处罚。首轮审判之后可以进行两轮上诉。发起上诉方需要缴纳一笔更大的押金,这将打开一个预测市场,组织中的任何用户都可以通过提交押金而成为法官。如果审判结果和首次判决不同,所有上轮判决中投错票的法官都会被严厉惩罚,本轮投票正确的法官会得到奖励。如果申请人不满意前两轮的判决,可以继续上诉至最高级,然后由阿拉贡司法中最高声誉的9人组成最高法院进行裁判。在这种系统设计下,法官若不保持公正,他们的代币和押金就会被罚掉。系统的设计是尽量不鼓励启动审判程序,但也尽量为被侵犯利益的个体主持正义。^①与公开市场不同的是,阿拉贡并没有促进争议解决专业化发展的机制。而根据民主原则随机选择出的法官,如果缺乏专业化背景,则不利于提供公正而有效的审判。另外,阿拉贡的争议解决机制仅限于其用户,阿拉贡也不允许用户使用其他争议机制,系统缺乏开放性。^②这些问题都亟待未来予以改进。

区块链作为新一轮技术变革再次给互联网争议解决带来深刻影响,无论是交易平台、担保机制还是争议解决机制都呈现出新的面貌。特别是,区块链技术以及智能合约的应用实现了更为彻底的自我执行、数字化执行。其不仅使司法介入困难,与目前互联网上的私人争议解决相比也有更强的自治性。区块链去中心化的特点扩展了争议解决程序,限制了中心化司法机构的地位,实现了更为民主化的争议解决。虽然区块链技术及其应用目前仍然处于发展早期,但随着技术成熟及应用的普及,技术将有能力帮助人们建立新的规则。美国网络法学者莱斯格提出的“代码即是法律”的论点得到了进一步印证。互联网的法律体系正在从“信息法”向“密码法”发展。^③

四、结论及启示

在国际层面上,联合国贸法会第三工作组关于在线争议解决规则制定的工作已经告一段落。《技术指引》作为一个示范性规则并没有解决电子商务的跨境执行问题。欧盟逐步在区域内建立了统一的法律规则,进一步实质性地推动了电子商务争议解决的跨境执行。但欧盟实践带来的经验是,法律的制度供给和商业的现实需求存在不匹配的情况。与之相对的是,从第一代互联网架构到区块链,私人争议解决和私人执行始终具有重要价值。它有助于提高效率和实现正义,可以补充公共执法的不足。内生机制以及互联网自治仍然是更有生命力的。当然,传统法律虽为外生于网络社会的制度,也对社会发展不断作出回应,体现为司法电子化浪潮以及司法系统逐渐认可网上争议解决并形成规则。因此,无论从实然还是应然角度,互联网的治理模式包括争议处理和执行规则,都始终将是一种混合之治,既指公共执法和私人自治之混合,又指技术之治和法治之治之结合。

对我国而言,一方面应继续推进国内相关法律法规的制定、完善及法律法规间的衔接,并积极参与国际规则的制定。由于目前中国的电子商务产业发展势头迅猛、体量巨大,且对新生事物接受、利用和转化较快,我国实践和经验对世界互联网治理具有重要价值,同时也应通过参与规则制定掌握未来互联网治理的话

^① See Wulf A. Kaal, Craig Calcaterra, Crypto Transaction Dispute Resolution, 73 Business Lawyer, 109-152 (2018).

^② See Wulf A. Kaal, Craig Calcaterra, Crypto Transaction Dispute Resolution, 73 Business Lawyer, 109-152 (2018).

^③ See Aaron Wright, Primavera De Filippi, Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, <https://ssrn.com/abstract=2580664>, 2018-10-11.

语权。另一方面应鼓励私人自治发展。《电子商务法》第4章“电子商务争议解决”的条文实际上强调电子商务平台在组织争议解决中的主导作用。至于如何令电子商务网络平台上出现的私人秩序良好发展,特别是限制平台的垄断性作用则还需要结合目前多部相关法律法规进一步探讨。就“技术之治和法治之治之结合”而言,技术层面的治理规则,由软件、算法、配套设施等技术要素构成;技术外部的、监管法规层面的治理规则,由法规框架、法律条文和行业政策等组成。混合之治能更有利于保护所有参与者利益并提升社会的整体福利,最终构建由监管机构、商业机构、消费者等共同参与的完善商业体系。

此外,对司法执行和私人执行进展及局限的分析表明,迄今为止任何一种网上争议解决的执行机制都存在一些弊端。这些问题相当程度上与对第三方媒介的依赖有关。区块链被认为有潜力改变现有的争议解决机制,实现一种不依赖第三方的去中心化司法系统。这种“中心化—去中心化”的转变以及新型的数字执行机制的出现是技术对法律制度的又一次冲击,同时也是技术变革对社会发展的馈赠。虽然区块链争议解决刚刚兴起,一些应用仍在发展之中,但这些初步尝试足以激发人们对未来互联网争议解决的想象。目前,我国互联网、信息技术等领域的一些企业正在着手研发或推出从基础设施到应用案例的系列方案,国内区块链的发展方兴未艾。无疑,区块链对网络争议解决具有促进的作用,尤其是区块链中的智能合约技术能够使合约参与者直接基于技术达成公开的、平等的协议,在效率、成本和公开透明的层面上智能合约技术明显比传统的合约执行以及纠纷解决机制具有优势。未来需要关注和进一步讨论的问题包括但不限于:区块链争议解决机制的适用范围,即并非所有争议都适合通过区块链架构解决;对争议解决程序正当性的控制;如何建立区块链标准体系框架等。

由于“中心化—去中心化”的变革由技术带来,技术与法律的关系又被推到台前。在一个由区块链和智能合约等技术规范建立的系统内,交易不可更改,合约无法撤销,这种高度的(数学上的)确定性,在人类社会从未有过。它带来了效率、实质上消除了违约风险,因为人们无法选择违约并造成损害。但法律的追诉权被排除,法律制度在解释和执行合约时的灵活性也被一并排除,这是否一件彻底的好事?未来,如果法律能够以代码的方式来表述,也许违反法律的唯一方式是违反代码。法律之治还是代码之治,技术的“先发制人”和法律的事后执行能否以及如何结合,都值得深思和进一步探讨。

责任编辑 何 艳