

ODR运行中的“数据主权”维护

李奕廷

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2022年10月13日; 录用日期: 2022年12月1日; 发布日期: 2022年12月8日

摘要

ODR作为一种在线纠纷解决形式, 其概念有狭义和广义之分。就我国的ODR实践现状来看, 采取广义的ODR概念更加符合现实情况。其中, 非司法ODR的自治性意味着ODR体系中的一部分有脱离国家“数据主权”控制的风险, 而司法ODR的存在则提供了一种双方对接的可能性。司法机关作为行使国家权力的主体之一, 理应成为ODR回归我国“数据主权”框架下的媒介, 在ODR的自治性与国家控制之间搭建共存的桥梁。

关键词

司法ODR, 非司法ODR, 数据主权, ODR体系

Maintenance of “Data Sovereignty” in ODR Operation

Yiting Li

School of Law, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Oct. 13th, 2022; accepted: Dec. 1st, 2022; published: Dec. 8th, 2022

Abstract

As an online dispute resolution form, the concept of ODR can be divided into narrow sense and broad sense. In the narrow sense, ODR refers to extrajudicial ADR; broadly speaking, ODR is divided into out of court ODR (non judicial ODR) and court ODR (judicial ODR). As far as the current situation of ODR practice in China is concerned, adopting the broad concept of ODR is more in line with the reality. Among them, the autonomy of non judicial ODR means that some parts of the ODR system are at risk of being out of the control of national “data sovereignty”, while the existence of judicial ODR provides a possibility for both sides to connect. As one of the subjects exercising state power, the judiciary should be the media under the framework of ODR’s return to China’s “data sovereignty” and build a bridge between the autonomy of ODR and state control.

Keywords

Judicial ODR, Non Judicial ODR, Data Sovereignty, ODR System

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

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

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



Open Access

1. 引言

从我国 ODR 实践现状出发, ODR 虽然有众多类型, 但是其功能是在逐渐相互交融的。利用广义的“司法和非司法”的标准来界定 ODR, 符合我国的现实国情, 也符合我国互联网发展趋势。为了 ODR 能得到长足发展, 可以根据各类 ODR 的特点, 建立全国性的 ODR 体系。最高层来说, 司法 ODR 地位高, 解决大型、复杂、影响大的纠纷, 法律效力可以立刻得到确认。非司法 ODR 数量多, 可以根据主体来区分, 政府参与的非司法 ODR 拥有政府性质; 民间企业自创的非司法 ODR 保持它们足够的自治性, 其结案的效力提交到司法 ODR 来进行确认。简单来说, 就是模仿我国国家机关的构建模式, 来构建 ODR 的全国体系。在数字时代的背景下, 司法 ODR 是国家数据主权的实现方式, 它保障下面所有非司法 ODR 的安全运行。非司法 ODR 通过政府和企业、民间的协调, 根据纠纷的具体性质, 影响大小来看适合哪一个层级的非司法 ODR 来解决。全国 ODR 机构之间构建互联互通的信息交流机制, 以弥补 ODR 超主权性质所带来的挑战, 让数据主权将主权的内涵带回到整个 ODR 机制中。

2. 司法 ODR 的角度

2.1. 司法 ODR 与数据主权的内在联系

数据主权, 是指一国对本国国境范围内产生和存储的数据及本国国民产生和拥有的跨境数据所拥有的所有权、控制权、管辖权和使用权, 是现代国家主权在数据领域的外化[1]。数据主权是网络主权中较为核心的部分, 数据作为网络空间中流动的内容, 是网络空间存在的价值之一。正如有学者所说, 过去计算机数据几乎储存与美国境内的美国公司的服务器中, 美国当然拥有管辖权力。但是, 如今互联网数据早已分布全球各地[2]。ODR 机制的建立可以说与数据有着千丝万缕的关系, 一旦个人或者公司将纠纷相关信息提交到 ODR 的程序中, 它们就会作为数据存在于网络中。如果这些本属于个人和公司的数据在全球随意流动, 这必然会给纠纷主体带来比纠纷本身还要巨大的风险。所以数据主权便产生了它存在的意义。我国学者提到, 依据传统国家主权理论, 数据主权作为其延伸, 就包括了数据管辖权、数据独立权、数据平等权、数据自卫权以及数据安全权。司法 ODR 如果被定位为全国 ODR 机制“守卫者”的角色, 必然就要在数据安全方面做出自身的贡献。

首先, 从数据管辖权看, 全国性 ODR 机制的构建, 能够让 ODR 中的数据在国内形成互联互通的运行模式, 司法 ODR 通过司法力量对全国 ODR 数据进行管辖。但是, 这种管辖不能和物理空间下的管辖一样, 要充分照顾非司法 ODR 的自治性, 当我国 ODR 数据正常运行时是一种消极管辖, 当受到域外侵犯时则转化为一种积极管辖。

其次, 从数据安全权的内容看, 数据安全是网络安全的核心, 而网络安全则牵扯到国际安全问题。每在网络空间构建一种新型机制, 就应当让相应的安全维护措施建设跟上脚步。ODR 的数据安全问题向社会延伸是公民的个人信息安全以及公司的商业秘密安全, 向国家延伸则是国家安全。如果承认了司法

ODR 的数据管辖权,那么它必然会带来数据安全维护的义务。当然,在互联网多元治理的框架下,数据安全不能只依靠司法 ODR 单方的努力,应当结合非司法 ODR 的实践成果,共同进行 ODR 领域的数据安全体系构建。

2.2. 司法 ODR 的优势与困境

司法 ODR 的优势在于,第一,司法 ODR 由司法机关参与建设,可以整合该区域的解纷资源为当事人提供足够的选择。比如人民法院调解平台下得到法院认证的调解机构数量是非常多的,且按省市区域进行了详细划分。这让当事人在纠纷发生的初期不需要花费大量时间去寻找解决途径,节约了一定的时间成本。其次,司法 ODR 相比非司法 ODR,它与线下、网络司法资源是直接对接的,通过平台的在线咨询,有利于当事人了解相关法律法规和线下解纷手段,为自己的选择做合理预期。

第二,提高解纷效率,缓解司法压力。司法 ODR 通过“互联网+法院”的模式,提高了纠纷的解决效率。计算机程序帮助调解员,降低了人力、时间、空间等因素的限制。由人民法院调解平台的流程看,当事人调解不成可以立即申请立案,这帮助当事人在调解不成时可以立即走向下一个阶段,提高了阶段衔接效率。其次,从平台调解的案件数量可以看出以司法 ODR 形式进行的在线争端解决机制,其帮助线下司法系统分担了大量的压力。

第三,司法 ODR 提高司法力量的参与度,能降低解纷解决过程中的对抗性。司法 ODR 可以将司法机关的公信力带给当事人,当事人会乐于将纠纷提交到能够信任的机构解决。司法 ODR 解纷过程中当事人会基于一定的信任放下一些对抗心理,帮助双方当事人控制自己情绪。司法 ODR 在网络上会给当事人带来另外一番感受,走向法院不等于走向诉讼。如北京互联网法院的非诉解纷平台就是法院内的诉讼外选择。

第四,调解资源更加专业化,与法院对接保障 ODR 结案的法律效力。无论法院调解平台还是互联网法院,它们建立 ODR 机制都是为了能将调解纠纷作为诉讼前的一条防线。司法 ODR 通过司法力量能够提供专业化的解纷资源,让当事人对调解员有足够的信心。其次,司法 ODR 也是我国建设新型司法审判模式和智能审判的辅助系统,司法机关作为维护社会公平正义的最后一道防线,保证 ODR 的结案效力,为当事人保驾护航;ODR 则不断拓宽司法机关对网络空间治理的领域,为中国的互联网治理提供更多经验。

困境而言,司法 ODR 虽然符合我国在线纠纷解决的实践趋势,但是其内部可能会带来一定的问题。背后所隐藏的困境就是“司法”和“ODR”之间如何构建和平相处的发展模式。首先,ODR 本身是要排除诉讼行为的,那么司法 ODR 的关键还是要放在 ODR 本身的特征上,要给在线诉讼和 ODR 划出清楚的界线。但是,我国现在虽然在实践界上不断丰富 ODR,在理论上尚未给 ODR 的类型做出一个标准的界定。这就会让当事人因为对“司法”的信任,而对 ODR 产生误解,以为在线诉讼也是 ODR 的解纷方式。这是不利于 ODR 的发展,也可能会造成司法力量对 ODR 程序的不当介入干扰解纷过程。对于司法 ODR 的界定,是平台功能为标准(带有在线诉讼功能的平台),还是以平台创立的主体为标准(法院主导创立的平台)。如果不给出一个权威性的定义,一些 ODR 平台的定位就会处于空白。

其次,我国各个省市的互联网法院发展进度不同。北京、杭州、浙江的互联网起步早,也取得了喜人的成果。但正如有学者所说,各地对在线纠纷多元化解工作的重视程度和发展水平不均衡,在思维上,停留在前信息时代,没有理解“互联网+”背后跨界融合、创新驱动的理念[3]。在线下全国司法系统是一个整体,走上网络后司法 ODR 的全国范围建设只是时间问题,如果不能统一司法系统的观念,那么构建司法 ODR 相关的实体法或程序法的规制体系也会产生困难。借用亨廷顿的话来说:“人类可以无自由而有秩序,但不能无秩序而有自由。必须先由权威,然后才能对它加以限制。”司法 ODR 若不承担起

ODR 领域的指导者，数据主权的追求的秩序则无法在 ODR 机制中现身。简单来说，从一个普通民众的角度而言，线下的司法系统的无论是实体法规定还是程序法规定都是一套较为成熟的体系，法律体系的健全带来的秩序是民众信任感的来源之一，但是司法 ODR 中 ODR 部分的配套法律体系尚不成熟，光靠司法机关的线下形象、宣传，恐怕难以给民众带来对 ODR 机制的信任感。

2.3. “硬法”与“软法”交融的解决路径

马长山教授在谈到数字社会治理时提到数字时代的“软法之治”问题，所谓的“软法”，是指那些难以或者不能运用国家强制力保证实施的具有公共规制性质的规范性文件或者惯例，主要包括国家立法中的指导性、号召性、激励性、宣示性等非强制规范，国家机关制定的规范性文件中通常属于不运用国家强制力保证实施的非强制性规范，政治组织创制的各种自律规范，社会共同体创制的各类自治规范等四大类[4]。

在物理空间下司法机关实施的司法行为遵守的那一套法律体系属于“硬法”范畴，但是 ODR 起源与民间，它所适用的那一套规则是基于民间交易规则、交易习惯而产生的，那么司法 ODR 带来的是“硬法”适用领域与“软法”适用领域的交叉。在本文看来，“硬法”和“软法”的交互相融正是司法 ODR 的天然优势。“软法”自古有之，它是“硬法”的重要补充和支撑[5]。以互联网法院为例，司法 ODR 的构建逻辑是，物理空间下的司法机关是它产生的基础，它引入互联网技术和民间在线纠纷解决机制的实践经验，将 ODR 的功能添加进自身的功能之中。司法 ODR 中“硬法”所涉及的那一部分的体系可以从物理空间中转移到网络空间中，已经是相对成熟的，但是“硬法”具有一定的滞后性，并不适合 ODR 生存的网络环境。也并非说它就没有发挥作用的余地，“硬法”的任务在于两点，第一弥补“软法”体系缺少的国家强制力；第二保障“软法”体系的成长。在这个基础上，如果说确立了司法 ODR 在全国 ODR 中的主导地位，数据主权就可以通过网络司法机关的“硬法”，对“软法”体系下 ODR 那一部分进行介入。当涉及 ODR 功能的信息或者主体受到域外的非法侵害，数据主权不再是空谈，而是切实通过“硬法-软法”的路径对我国的 ODR 机制进行管辖与保护。“硬法”所蕴含的就是 ODR 机制背后的主权保护，司法 ODR 正是国家性与民间性、规制性与协商性的集合体。

所以，我国需要统一全国司法系统的互联网法院建设的思想，加快各省市的互联网法院官方平台的上线，再将统一推广互联网法院中 ODR 机制的建设，形成全国性的司法 ODR 体系。正如有学者所说 ODR 的价值在于，借由 ODR 平台实现的镇街、社区、企业多级联动机制，为政府决策和法院审理提供了参考，缓解了诉讼爆发式增长的现实需求与行政司法系统运行成本高昂、人员结构烦冗间的冲突[6]。司法 ODR 体系的健全，有利于数据主权找到其存在的意义，也有利于帮助占多数的非司法 ODR 建立更安全的网络发展空间。

3. 非司法 ODR 的角度

3.1. 非司法 ODR 与数据主权的内在联系

相对于司法 ODR，非司法 ODR 显然要走在我国互联网治理的前线。数据主权要在尊重其自治性的基础上，有限度地进行介入，才能保障非司法 ODR 在治理前线做出更多创新性的成果。本文从数据安全管理的角度和平台责任的角度进行分析。

第一，非司法 ODR 在我国的实践中，数量多，是消费者和企业选择处理纠纷的第一选择。从国内来说，非司法 ODR 会收集到大量的企业数据和消费者的个人数据；从国际来说，跨境纠纷如果交于我国非司法 ODR 来进行处理，还会涉及到境外当事人的数据。可以说，非司法 ODR 成为了数据跨境流动的关键节点，基于国家数据安全的需求，数据主权对非司法 ODR 的介入是必要的。另一方面来说，发达

国家与发展中国家对数据跨境流动的安全管理持不同的态度，我国作为发展中国家是站在保护国家网络安全的立场上进行数据管理的。所以，非司法 ODR 作为我国未来互联网治理的重要内容，与数据主权不能脱钩。

第二，非司法 ODR 作为网络平台的行使“准司法权”[7]的产物，这种权力不能是无界限。网络平台可以通过自身制定规则来进行限制，但本质上都是平台的自律规则没有国家公权力的约束。产生民间 ODR 的网络平台，其技术开发实力比政府和司法机关强大。这就要求公权力主体，必须对其施加一定的控制。有学者提出，明确网络平台的“私主体的公法义务”。即对网络平台的在互联网治理中产生的私权力施加公法意义上的义务，比如信息公开、正当程序等。非司法 ODR 的程序是否公正，就是该网络平台应当负责的领域。而谁来监督这种责任的履行，也是为数据主权的介入打开了入口。其次，网络平台走在网络空间功能开发的前列，放在 ODR 的视角下，ODR 在将来的发展过程中也会获得新的功能，同时带来的就是相应的功能管理责任。数据主权也会随着这样的功能拓展，产生新的监管模式。换句话说，非司法 ODR 的功能进步也是在扩展数据主权的内涵。私权力走到哪里，公权力就要跟到哪里。

3.2. 非司法 ODR 的优势与困境

非司法 ODR 的优势在于，第一，相比线下解纷机制提高解纷效率。通过互联网与信息网络技术的发展，纠纷已不是需要民众踏出门外才能解决的问题。纠纷解决中的一部分环节可以借助计算机程序来进行，一些事务性工作可以交给程序处理，帮助调解员提高效率，不会受人力、空间等因素的限制。ODR 通过提供更加方便的解纷手段，以获得当事人的青睐。

第二，成本相对低廉，能够满足大部分维权者的现实需求。从时间成本上来看，线下解纷机构不可能方便所有当事人在短时间内参与到纠纷过程中。而 ODR 能让当事人“足不出户”进行维权，提高效率的同时时间也得到了有效的利用。从金钱成本来看，那些纠纷涉及金额小、规模不大的当事人可以节省下交通、律师咨询等费用，维权不再是遥不可及的奢望。

第三，在一定程度上可以解决在线下解纷机构产生的对抗性。传统的线下解纷机构都是以当事人双方到场进行调解、协商为前提。当事人面对面交谈，虽然是最明确、最坦诚的方式，但是纠纷发展的不确定性会造成当事人之间随时可能将纠纷激化，甚至上升到肢体冲突。而 ODR 解纷过程在线上进行避免了当事人面对面造成纠纷激化的可能性，让纠纷的对抗性相对降低了一些。其次，ODR 的递进式解决流程是一个完整的程序，不会减弱作为解纷手段的有效性，也能进一步减少对抗性。无论是对 B2B、B2C、C2C 模式下的电子商务而言，都有利于和平化解纠纷，保护当事人之间的交易信心，维护电子商务的发展环境。

第四，是解决跨国电子商务纠纷的坚实基础。非司法 ODR 类型众多，也是小额纠纷当事人接触最多的 ODR 平台。观察我国非司法 ODR 平台的实践情况，大部分的跨境电子商务纠纷是集中于非司法 ODR 平台中去解决的。面临跨境电子商务纠纷，非司法 ODR 有独特的优势。传统诉讼机制在解决跨国纠纷时会面临管辖、法律适用、承认与执行等一系列问题，而更富灵活性的非司法 ODR 会成为解决跨境电子商务纠纷的坚实基础，这也是符合我国“一带一路”建设中互联网环境治理的现实需求。非司法 ODR 会在未来承担起更加重要的角色。

困境而言，非司法 ODR 一般包括了司法外所有的 ODR 平台，具体可以分为两个大类，一种是民间主导的非司法 ODR，另一种是政府参与建设的非司法 ODR。与司法 ODR 不同的是，司法 ODR 中的执业人员一般都是司法机关的执业人员，能够保证处理纠纷的专业化。但是，非司法 ODR 并没有统一的执业人员标准，当事人很难得知参与进来的调解员的职业水平，也就无法对非司法 ODR 平台产生更多的信任感。纠纷解决的背后对于当事人而言牵扯到是否公平的问题，这就是民间 ODR 中，调解人员非专业化

可能导致的问题。一些规则只是自律规则，没有强制力的保证，也会牵扯到平台数据分享和对当事人隐私保护的问题。

对于政府参与建设的 ODR 来说，需要考虑的问题是政治系统的目的导向问题。宾凯教授提到，不同类型的组织，各有其主导的决策前提，法律组织的主导性决策前提是条件纲要，政治组织的主导性决策前提则是目的纲要[8]。简单来说，法律组织的决定是通过是否符合法律规范来做的，而政治组织的决定是与其希望达成的预期目的正当性(政治系统的正当性)来做的。区别在于，法律系统的条件纲要为社会提供了“合理预期”，而政治系统的目的纲对于当前来说不知道对错，只能看最后的结果是好是坏。从这个角度看，ODR 系统也要依照自身规范来进行，也要根据当事人的合意达成当事人追求的结果，政府追求的结果和当事人追求的结果会产生冲突，这就是政府参与的 ODR 就会带来当事人的目的导向与政治系统的目的纲要的冲突，可能有碍于“正义”的实现。数据主权不仅要回归，还要以正当且合理的姿态回归。

3.3. 建立平台监管与评价体系的解决路径

第一，根据上文对非司法 ODR 的分类，政府参与的 ODR 和民间 ODR 所涉及的问题是不同的，应当分别建立不同的公权力监管模式。对于政府参与的 ODR 来说，监管的重点主要在于保证 ODR 程序的中立性，不得让政府部门过多介入 ODR 程序，规范政府参与的行为模式。如我国学者所说，政府的介入不是行政干预，而是行政指导[9]。政府最重要的职责在于帮助 ODR 机构建立良好的形象，促进 ODR 机构内部的行业自律。

对于民间 ODR 来说，对其设置的公权力监管体系主要在于对于当事人相关信息的保护，这也是我国数据主权切入 ODR 领域的可行之策，规范 ODR 行为的同时，也能给当事人带来跟多的信任感。其次，还要对 ODR 机构所使用的自动化处理程序进行安全评估，保证自动化处理程序的有效性。监管体系的建立可以参考我国 ODR 平台评估指标体系建设中提出的基本原则，包括依法设定、客观中立、科学严谨、突出重点四个原则[10]。其次，还可以引入社会监管的模式，国内一些 ODR 平台提供案例展示的功能，其中会涉及当事人的反馈。除此外，一般用户观看案例展示后会对该纠纷案件产生自己的看法。那么，ODR 平台可以顺势建立意见箱，让没有参与到纠纷中的用户提供对 ODR 平台建设的意见，提高一般用户的参与度。

这是我国非司法 ODR 发展所需要经历的阶段，通过监管体系的规范作用，让更多民间 ODR 机构认可政府参与的正面作用，主动寻求与政府的合作。最终形成全国统一的非司法 ODR 体系，一方面，让 ODR 回到数据主权的框架下，另一方面，监管体系也会由繁化简，促进我国互联网治理能力的提升。

第二，在我国网络高速发展的背景下，网络平台显得百花齐放，数量庞大。网络平台出于自身声誉和利益最大化的考虑会通过自我规制提高平台形象，强化自身在网络社会中的影响，评价也已经成为网络用户选择网络平台的重要标准。

对于非司法 ODR 平台来说也是一样的道理，非司法 ODR 平台的结案率、执行率等都是当事人选择时重点关注的数据。可以参考网络平台内部信用评分机制的逻辑，我国学者认为，“平台信用评分是一种被设计和开发出的声誉机制，在未来交易中提供了一个供买卖双方信息披露和沟通的窗口，从而为双方建立交易信任”[11]。在国家互联网治理的背景下，不同的非司法 ODR 平台就像“用户”一样拥有自身在整个网络社会中的评价。评价的高低，决定着是否有更多的当事人愿意选择该 ODR 平台来解决自己的纠纷。评价体系可将平台功能、结案执行情况、数据保护情况等设置为标准。其次，可以对众多 ODR 平台进行评价排位，并且以季度或者以年为单位对社会公开排位的具体情况，以供公众了解那些非司法 ODR 获得了较高评价，帮助公众在未来发生纠纷的时候能够进行合理选择。另一方面来说，评价机制的

建立也会督促非司法 ODR 平台自律机制的建设, 各个 ODR 平台为了更多的案源和利益考虑必须要加强自身各方面建设才能提高整体评价。简单来说, 即把非司法 ODR 拉入到评分体系中, 提高全国 ODR 建设的质量。

4. 结语

在 ODR 体系中司法 ODR 的存在像是一个总体的引导者, 而非司法 ODR 一方面充当着先锋队的角色, 另一方面与政府部门充分衔接, 达到多方共治, 协同合作的效果。只有两者进行协调共建, 国家的数据主权才能在其中找到合理的现身方式。用张宝新和许可教授的话来总结, 就是关键并不在于主权国家能否在网络空间中现身, 而在于其以何种方式行使其权力[12]。纵观全球 ODR 的发展进程, 我国起步虽晚但具备自身的特殊性, 应当置身于 ODR 的实践之中, 不断总结经验, 建立我国特色的 ODR 体系。但是, 人们对于 ODR 机制所涉及的网络空间的认知依然是任重道远。

参考文献

- [1] 武长海. 数据法学[M]. 北京: 法律出版社, 2022: 164+167-170+309.
- [2] 杨永红. 美国域外数据管辖权研究[J]. 法商研究, 2022, 39(2): 146-157.
- [3] 陈国猛. 大力推进在线纠纷解决机制建设[N]. 人民法院报, 2016-12-28(005): 1.
- [4] 马长山. 互联网+时代“软法之治”的问题与对策[J]. 现代法学, 2016, 38(5): 49-56.
- [5] 马长山. 迈向数字社会的法律[M]. 北京: 法律出版社: 2021: 215.
- [6] 张玥, 沈秋豪. 在线纠纷解决机制的法治逻辑及完善建议——以浙江 ODR 实践为分析样本[J]. 浙江树人大学学报, 2022, 22(1): 72-80+90.
- [7] 解志勇, 修青华. 互联网治理视域中的平台责任研究[J]. 国家行政学院学报, 2017(5): 102-106+147.
- [8] 宾凯. 系统论观察下的紧急权: 例行化与决断[J]. 法学家, 2021(4): 1-15+190.
- [9] 郑世保. 在线纠纷解决机制(ODR)研究[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 271.
- [10] 中国社会科学院法学研究所. 中国司法制度发展报告(2019) [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2020: 435-436.
- [11] 肖梦黎. 平台信用评分机制的规制功能及其法治化实现[J]. 探索与争鸣, 2022(2): 133-145+179-180.
- [12] 张新宝, 许可. 网络空间主权的治理模式及其制度构建[J]. 中国社会科学, 2016(8): 139-158+207-208.