

【法学研究】

平台服务协议行政规制的检视与完善*

徐涤宇 王振宇

摘要:平台服务协议的行政规制,不仅是数字经济时代用户权益保障的重要举措,而且有助于推进合同法实质化的趋势。就功能主义视角来看,行政规制能够弥补司法规制之个别性、被动性调整的局限,发挥全面性、主动性规制的优势。但令人遗憾的是,我国既有行政规制在理念上落入格式合同规制模式的窠臼,在具体制度方面存在对象混同、内容简略、手段落后等问题。有鉴于此,需要从以下两个方面加以完善:一是在宏观层面上,应考虑构建统一的行政规制体系,并顺应平台经济的发展趋势,推动行政规制理念革新。二是在微观制度上,有必要通过设立专门机构、改进示范协议和构建分类分级的备案审查制度等方式,充分实现对平台服务协议的预防性控制和动态监管。

关键词:平台服务协议;格式合同;磋商对等性障碍;行政规制;预防性控制

中图分类号:D923.6

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2022)07-0063-08

数字经济时代,平台服务协议缔约双方之间的磋商对等性障碍愈发显著,由此引发的用户权益受损现象屡见不鲜。如何规制此种数量庞大、内容复杂的数字化格式合同,矫正因其引发的权利义务失衡现象,已经成为理论和实务界必须面对的难题。然而,作为格式合同规制手段之一的行政规制,却长期游离在规制理论和体系的边缘。究其缘由,受制于意思自治原则和规制俘获理论的担忧^①,有限的行政规制措施缺乏内在的逻辑性和体系性,且未能有效改善用户在服务协议中的结构性弱势地位。更为关键的是,平台通过数据获取和算法优化持续强化自己的优势地位,诸如“大数据杀熟”和侵害用户信息等乱象频出,以司法规制为中心的规制体系对此显然力有不逮。在此种背景下,有必要结合平台经营模式的特质,从理论层面重申行政规制的必要性与优越性,并以此检视当前行政规制存在的问题,进而针对平台行政规制的不足提出进一步修改完善

的建议。

一、平台服务协议行政规制的动因

(一) 合同自由限制趋势加强

民法法系合同自由原则在规范意义上的兴起,可追溯到有“典型资产阶级社会法典”之称的《法国民法典》。该法典第1134条关于契约效力之条款,向来被认为是合同意思自治原则的直接确认^[1]。合同自由原则的形成带有特定时期政治经济思想的印记。近代以来,主要资本主义国家都遵循自由放任的经济政策,将市场经济的秩序交由市场主体,任其通过自由竞争的方式来进行塑造,而实现该目标的主要制度工具就是合同自由。同一时期,平等、自由等政治哲学观念始终占据着社会主流思潮的地位,以合同自由为代表的个人自主决定权成为创制法律的核心价值^[2]。此后,合同自由原则陆续被德国和瑞士等国家所仿效,逐步成为合同法的基础性

收稿日期:2022-06-08

*基金项目:国家社会科学基金一般项目“非常态缔约规则之类型化与合同法体系重构研究”(19BFX114)。

作者简介:徐涤宇,男,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师(湖北武汉 430073)。

王振宇,男,中南财经政法大学法学院博士生(湖北武汉 430073)。

原则。按照这种理论,缔约双方被视为主观上具有理性判断能力、客观上处于平等社会地位的人,他们经由“要约-承诺”之不断往复的磋商过程,意图通过合同自由来实现交换正义^[3]。在这种理想的状态下,即便当事人做出不明智或不公平的交易行为,公权力也不便基于保护目的而干预他们的决定^[4]。

进入现代工业社会以来,因应技术革命和产业集中带来的挑战,合同自由原则的限制趋势愈加显著。在垄断资本主义时期,格式合同固然凭借其高效率、低成本的优势而展现出强大的生命力,但也因缔约合意均衡性不足等问题,而被认为是合同自由原则的背离。为避免缔约能力差距的持续扩大,防止合同沦为“他决”的工具^[5],多数国家都采取了不同程度的国家干预措施。如法国设置了“禁止条款滥用委员会”,其意即在将对多数格式合同的审查权力交给政府^[6]。类似的举措在合同自由与合同强制之间进行审慎衡量,为行政权力有条件地介入合同交易奠定了初步基础。行政权力的引导和监管在数字经济时代更具有重要意义。将格式合同与数字技术结合发展的平台经济模式方兴未艾,此种经济模式以海量数据为基础,以先进算法为工具,不仅极大地拓展了平台经济的发展空间,而且为用户提供了精准便捷的服务体验。然而,平台经济模式带有天然的垄断基因,平台服务协议则以信息不对称著称,用户权利群体性受损风险加剧,通过行政手段进行必要干预的趋势进一步加强。

(二) 缔约能力差距持续扩大

通常而言,格式合同的提供方在经济实力和信息能力等方面往往占据显著优势,极易对合同接受方的缔约能力和正当权利形成压制,此种情形在网络平台交易中更加普遍和严峻。就经济实力而言,平台与用户之间的经济差距正呈现持续扩大的趋势,除规模化平台的构建本身需要雄厚的经济基础外,以“用户+技术”为导向的运作模式,极大地强化了平台在经济上的优势地位。一方面,平台服务的开放性和廉价性,使得任何通过网络终端接受其协议内容者皆可获得高效、便捷的服务;而用户群体显著的从众效应,则使优质平台能在较短时间内吸引和集聚数量庞大的用户群体。另一方面,各个平台都在服务协议中规定,用户使用平台所衍生的服务数据和记录均归属平台所有,从而在实现信息熵减的劳动中攫取了大数据经济利益^[7]。此外,平台甚

至可以借助算法画像,分析用户的购买频率、购买能力、购买习惯等因素,并进行动态定价和预测性推荐,从而从多维度保证平台经济利益的最大化。

更为重要的是,平台在信息能力方面更是具有绝对性优势。为避免对合同内容的理解偏差,信息提供义务被视为平台方的一项重要义务。在德国学者看来,此项义务有助于保障双方合同自愿的基础^[8]。然而,复杂冗长的服务协议中包含着繁多内容,即便平台通过加粗、下划线等方式做出显著标识,用户往往也很难从中获取和甄别出有用的信息。特别是随着信息技术的迭代更新,平台与算法深度融合造成的知识壁垒和技术鸿沟,导致平台与用户之间信息不对称的形势更趋严重^[9]。就实践来看,多数平台对于信息义务的履行大多止步于文本提供,格式合同提供者提示、说明的法定义务则形同虚设。不仅如此,平台还惯于在服务协议中为用户权利的行使和救济设置诸多障碍,前者如要求用户非经平台允许,不得出借、转让账号等;后者如平台对与之合作的第三方服务、产品等不承担责任,并约定有利于己方的纠纷解决方式或管辖法院等。面对动辄数万字且暗藏玄机的服务协议,要求用户详细阅读并充分理解,无疑严重背离了其获得便捷、高效服务的初衷。

(三) 司法规制应对策略失灵

缔约能力上的差异并非平台服务协议面临的新问题。随着格式合同的产生和应用,传统民法为规避、破解此种合同诱发的权利义务失衡困局,逐渐形成了以司法规制为中心的规制体系。作为数字时代的典型格式合同,平台服务协议同样因其事先拟定、重复使用和合意不足等特征^[10],而整体落入司法规制模式的规制范围内,由人民法院对协议中的争议条款进行效力审查。这种模式虽具个别性、公正性、强制性和终局性等特点^[11],但远不足以遏制平台服务协议暴露出的合意失衡及其恶果。然而,数字时代的平台数量和用户数量更是呈现出指数级的增长态势,由此产生的平台服务协议的数量何止亿万之多,平台服务协议中的任何不公平条款,都有可能成为群体性侵权事件的导火索。就此意义而言,当前平台服务协议规制的重心,与其说是从实质正义的角度救济用户权益,毋宁说是对平台服务协议中磋商对等性障碍及其消极后果进行预防性控制。

事实上,面对数量巨大的平台服务协议纠纷,司

法规制的处理模式不仅徒增“讼累”,而且容易引发同案不同判的现象。司法规制聚焦个案、事后调整的方式,仅能解决少量不公平条款导致的用户权益受损案件;更多的时候是用户对权益受损的事实毫不知情,或是因主张权利救济的成本过于高昂而却步^[12]。即便是诉诸法院的案件,也不免因法院的立场差异而获得截然相反的判决结果^②。除了规制的低效率问题外,司法规制的功能实现同样面临着较大质疑。前已述及,格式合同提供方对特定条款的提示说明义务,经由原《合同法》进入《民法典》的第496条,这意味着法院可根据平台是否尽到提示说明义务来判断相关条款的效力。司法实践中对该义务履行所采取的判断标准,或是对条款文本进行显著性标示^③,或是接受一方就文本内容表示同意^④。但是,平台服务协议的技术性,使得提示性条款在协议文本中所占比例不断提高,“显著信息不显著”的悖论也随之显现^[13],提示说明义务的功能因而被严重稀释。

(四) 行政规制功能优势凸显

无论是从用户保护还是从平台监管的角度来看,行政规制都是平台服务协议规制的必然选择。国内消费者保护运动的发展史表明,行政权力在消费者保护问题上,一开始就发挥着不容忽视的作用^[14]。作为平台经济发展的重要驱动力量,用户群体不仅为平台创造了直接经济效益,而且为平台带来了数字时代商业竞争的关键工具——数据。因此,多数平台一面简化缔约流程,一面在服务协议中写入更为有利的信息数据获取方案,以求实现更加精准的预测性推荐乃至差别定价。当此种行为损害到用户的消费权益时,发挥行政规制的积极效用当属题中之义。数字经济时代,在强调对消费者维持适度保护的同时,还应加强对经营者的引导和管理。平台为获得用户数据形成的竞争优势,极易出现无序竞争和盲目扩张的发展态势,主要表现为依据服务协议限制或侵害用户正当权利,以避免用户群体流失,如禁止用户分享其他平台的链接。可见,平台服务协议的行政规制,亦有助于为平台经济提供稳定、健康和可持续的发展环境。

更为关键的是,行政规制具有司法规制难以比拟的功能优势。一是注重事前预防。平台交易的频度高、数量大、范围广,但交易所导致的损害却表现出小额、多数的特征。在司法规制的事后、个别的调

整模式下,不但用户寻求救济需要付出更高的成本,而且社会司法成本也随之增加。行政规制的预防性控制功能,则有助于降低平台利用服务协议损害用户权利的风险。二是规制阶段全面。行政规制不仅可以实现对服务协议的事前规制,还能够在事中、事后进行规制。在平台服务协议使用中,主管行政机关可以根据用户或消费者组织的请求,对协议内容进行审查,及时发现和消除协议中存在的 unfair 条款。在因服务协议发生纠纷以后,行政机关还可以根据情况对平台进行处罚,并要求其及时修改相关条款内容。三是规制手段灵活。信息数据的高速流动是数字时代的固有特征,服务协议中双方的权利义务配置,也随之处于一个动态变化的过程。譬如,立法虽然规定不允许格式合同提供者限制、排除对方权利,但此类条款却在平台服务协议中改头换面、层出不穷。行政规制能够因应社会发展的需求,先行制定相对灵活有效的措施,这就弥补了立法稳定性有余而灵活性不足的缺陷。

二、平台服务协议行政规制的检视

(一) 平台服务协议行政规制的现状

对平台服务协议行政规制现状的考察,可从规制的规范依据和实施主体两个维度展开。就规制的规范依据而言,平台服务协议行政规制的实质性依据已经蔚为可观。关键性的立法如《电子商务法》《民法典》和《消费者权益保护法》等,不仅为平台服务协议的行政规制创设和划定了权限范围,而且设置了规制的通常标准和方法;各地则通过监管条例或办法的形式将上述内容进一步细化,成为行政规制的重要依据。不仅如此,国家市场监督管理总局还先后出台了专门的《网络交易平台合同格式条款规范指引》《网络交易监督管理办法》等规范性文件,以加强对平台服务协议的针对性管理。就规制的实施主体而言,前述《网络交易监督管理办法》第5条和《电子商务法》第6条,即表明了国家宏观指导和地方具体实施相结合的规制格局,但原则上并不排除前者的直接监管权力。易言之,国家和地方两个层次的行政机关,均有权对平台服务协议采取具体规制措施,在实践中主要取决于平台规模及影响力范围。

正因如此,平台服务协议的行政规制表现出如下特点:其一,在方式上受制于立法规制的影响。为

引导和监管平台经济的有序发展,行政机关先后出台了《平台合同规范指引》《网络交易监督管理办法》等作为指导。但在这些规范性文件中,有相当比例的内容来自对法律规定的提取和整合,体现行政规制精神和效用的措施相对不足。其二,在内容上附合于格式合同的规制。除少数专门的规范性文件外,平台服务协议中的行政规制,原则上适用有关格式合同规制的内容。特别是在地方性的行政规制过程中,只能在其格式合同监管或消费者权益保护的规范文件中寻找依据。其三,在体系上改变着以地方为重心的规制格局。格式合同行政规制依赖地方政府的细化实施,但平台服务对空间桎梏的突破,使得其在行政规制过程中显示出与格式合同相异的态势,在国家层面对平台服务直接进行规制的实例已非鲜见。

(二) 平台服务协议行政规制的困境

1. 偏重于行政规制强监管模式

在数据和算法形成的交互优势下,对平台服务协议予以适度的行政规制,无疑是补苴罅漏的有效选择。根据规制理念和对应措施等方面的区别,可以将平台服务协议的行政规制分为两种模式。一是强监管模式,即行政机关依职权将服务协议所涉交易内容和过程全面纳入监管范围,以防止出现不利于用户权益保障情形。二是弱监管模式,即行政机关原则上不主动干涉平台与用户之间的交易活动,而是致力于对交易秩序的维护,仅在当事人提出请求或交易出现结构性风险时介入。这两种模式具有差异化的功能面向,作为“父爱主义”理念下的产物,强监管模式着眼于对平台服务过程中的风险防范和控制,但对当事人意思自治的关照度不足,且不乏遏制平台经济活力的可能。弱监管模式则是以合同意志论为指导,强调对合同当事人真实决定的尊重和保护,行政机关只需要对那些意志受到削弱而达成的服务协议予以调整,其弊端在于对用户权益的保护力度较弱。

结合上述分析,现行法对平台服务协议的行政规制偏向于强监管模式。主要体现在:相关法律多将维护市场秩序、规范交易行为作为立法的意旨;而各类办法、指引及其他规范性文件等,也主要是围绕行政权力对平台经营活动的监管展开的,如平台服务协议的内容、网络交易经营者的确定、监督管理方式及其法律责任等。在此种监管模式下,平台与监

管机构成为规制关系中的主体,用户作为被动接受平台服务协议的一方,往往被视为社会交往中的典型弱者加以保护,其参与交易行为的能动性反倒显得无关紧要。此种进路与消费者保护立法的旨趣可谓南辕北辙——法律规定消费者权利的基本目标在于,确保其权益能够在依照规则实施交易行为时获得实现^[15],而非仅被动地接受行政权力的安排和保护。孙斯坦(Sunstein)教授即明确指出,政府对相关问题的集中规制未必有效,试图发挥市场优势并利用市场信息的策略往往更具实效^[16]。易言之,平台服务协议的行政规制应摒弃强监管模式,不仅要适度发挥行政规制的社会控制功能,而且要重视行政手段在激发用户权利意识、塑造新型“平台-用户”非对抗关系方面的积极效用。

2. 忽视平台服务协议的特性

第一,规制对象混同,缺乏针对性。在既有行政规制的体系下,平台服务协议固然依附于格式合同,但以信息技术为基础的构造,使其表现出异于格式合同的规制需求。就此意义而言,平台服务协议行政规制应当针对其特殊性问题展开。一是非谋面性和无纸化使得平台服务协议的缔约效率获得极大提升;但与之相反,合意的透明度却呈现下降趋势,其原因在于提示说明义务的形式化履行无法弥补服务协议的专业性差距。二是平台服务协议的内容繁杂晦涩且不稳定,需要随着技术迭代和内容调整而频繁进行修改,平台方多将此种修改单方面视为自己的权利,要求用户在“同意”或“退出”之间做出抉择。三是在平台掌握缔约内容绝对话语权的情况下,用户权利救济的渠道不够畅通。如平台方通过制定于己有利的纠纷解决方案,形成对用户诉讼权利的压制,用户权利受损后难以得到有效救济。反观一体化的行政规制,它仍然着眼于对所有格式化合同传统内容(如排除接受者权利等条款)的抽象性监管,未能针对平台服务协议特质采取必要的措施。由此,平台服务协议的行政规制显得顾此失彼。

第二,规制内容简略,缺乏操作性。尽管行政规制的体系和内容较为丰富,但在平台经济潮流中,仍无力实现对平台服务协议的充分规制。一方面,行政规制对立法规制具有依赖性,这是其内容缺乏精细的客观原因。立法规制对于平台服务协议的规定内容并不繁杂,依赖司法过程中严密的事实判断和法律适用论证予以细化适用。虽然行政规制的依据

多源于法律文本,但缺少类似于司法适用的转化机制来将文本之法转化为行动之法。如此一来,行政规制在一定程度上沦为立法规制的镜像。这不仅偏离了其独立规制模式的基本定位,甚至成为在立法框架下进一步细化实施的障碍。另一方面,行政规制内容本身就存在着明确性不足的问题。具体而言,作为行政监管权力依据的各类规范性文件,往往都泛泛强调平台服务协议内容的公平性和过程的透明度,但对于通过何种措施确保此目标实现等问题,却语焉不详。譬如,在公平和效率的双重价值追求下,是否需要对所有格式化协议采取统一的备案审查制度,不同地方的条例就采取了差异化的做法。因此,行政手段在平台服务协议规制实践中的适用难以有效展开。

第三,规制措施落后,缺乏前瞻性。对平台服务协议特质的忽视,还会引起既有行政规制措施的失灵,作为规制对象的不公平条款在各类服务协议中屡见不鲜。例如,既有行政规制虽然就排除或限制用户权利条款采取了备案审查等措施,但多数平台服务协议中仍不乏类似条款,规定应将争议纠纷交由平台住所地法院,或网络平台指定的人民法院、仲裁机构解决;而用户若依法提起民事诉讼,这些纠纷则可由被告住所地、侵权行为实施地及结果发生地等法院受理。此举虽有利于避免平台疲于应诉导致经营成本上升,但以限制用户诉讼权利为代价,高昂的维权成本往往令后者望而却步^[17]。究其原因,在于传统的格式合同囿于空间限制,案件事实的连接点往往趋于集中甚至重合;网络环境的交互性则扩大了连接点的范围,进而加剧了行政规制的难度。因此,平台经济等新业态对格式合同及其规制的形塑,同时也对行政规制提出了持续更新的需求,落后的规制手段不能真正实现预计的目标。

三、平台服务协议行政规制的完善

考虑到行政规制与平台经济发展模式的高度契合性,探索其在平台治理中的功能和价值实属必要。考虑到平台服务协议的行政规制面临理念和实践的双重困境,我们应在平台服务协议之行政规制的定位调整和理念重释的基础上,对其具体制度进行系统性的完善。

(一) 行政规制的定位调整

即便在市场优位的经济环境下,国家行政干预

的应有职能也不应偏废^[18]。此前论述表明,行政规制在平台经济时代的地位和作用不容忽视,较之司法规制,甚至在手段上表现出功能互补、实效更优的特点。因此,重视行政规制的功用符合用户权益保护和平台经济发展的需求。对此,一个需要解决的前提性问题是,此种行政规制在现行法治体系中应处于何种定位?是仍然作为司法规制的补充,还是作为平台服务协议甚至是格式合同规制的独立手段;是继续沿袭地方治理的模式,还是构建国家层面集中的规制体系。如前所述,司法规制的失灵,使行政规制预防性控制的功能显得愈发关键,在平台服务协议规制体系的地位不断提升;而在服务协议电子化的背景下,地方区块分割式的规制明显力有不逮,且易造成行政规制措施内部的相互抵牾。因此,应当考虑在国家层面上统筹设计,构建一体化的行政规制体系,如设置专门的网络平台监管机构^[19],制定相应的行政法规或部门规章等,使之成为网络平台服务协议源头治理和动态监管的中坚力量。

明确平台服务协议行政规制的定位具有重要意义。首先,国家机构以及规范性文件具有更强的宣示效果,行政机关维护公平交易环境的监管目的得以彰显。之所以强调宣示效果,是因为行政机关的监管行为并不直接介入交易过程,而是致力于预先消除磋商能力结构性差距的诱因,尽可能确保缔约双方处于势均力敌的状态,以重建实质化的合同自由。其次,国家层面主导的平台服务协议行政规制,有助于培育平台有序发展和市场良好竞争的环境。其不仅可以为行政权力划定介入平台经营的范围和限度,进而有效地防范超级平台对其他平台经营者造成的竞争压制,而且能够通过为用户提供信息决策工具以激发其知权、维权的意识。最后,传统格式合同受到交易方式的限制,使用范围往往局限在相对固定的区域内,区域分割式的监管模式基本可满足格式合同的规制需求。但在信息技术的助推下,平台服务早已突破空间限制,各自为政的格局在服务协议的规制上早已左支右绌。不同地区对格式化协议监管模式和措施的趋同,也从侧面反映出统一行政规制的必要性和可行性。

(二) 行政规制的理念更新

平台服务协议行政规制必须考虑两个前置问题:一是规制措施是否有利于尊重和保护作为消费者的用户权益,二是规制措施是否会对平台经济有

序发展形成阻碍。消费者保护虽然是现代法治的重要理念,但它与平台经济发展新业态等并非圆凿方枘,这两个问题亦非“零和博弈”的关系。换言之,平台服务协议行政规制的终极目标,是在户权益保障和平台经济发展之间形成相对平衡的状态。众所周知,商品消费社会形成的基本观念是,消费者的弱势地位要求对其予以倾斜性保护^[20],典型表现如通过监督条例对经营者课以提示说明义务,否则相关条款视为未订入协议。但在信息消费社会,网络平台服务协议文本冗长而晦涩,不得不大幅使用加粗、下划线的方式履行提示说明义务,因而产生了“显著信息不显著”^⑤的悖论。因此,网络平台服务协议的行政规制需要因应信息时代的形势,推进规制理念的升级,只有这样,才能更有效地应对平台经济对用户保护带来的挑战。

提示说明义务进退维谷的现状,表面上是信息技术发展的必然结果,但更深层次的原因则是行政规制僵化的“父爱主义”理念。如前所述,既有规制所遵循的格式合同进路,是在消费者作为典型弱者的理念下展开的,行政权力保护的印迹在规范变迁和规范适用过程中随处可见。此种立场无疑是影响行政规制效果的主要障碍,因其不仅会导致市场经济主体的权利义务对比失衡,还可能诱发市场调节的失灵风险^[21]。表现在平台经济上,这种传统的弱势保护理念下的行政规制,对平台方课加的较重义务容易形成发展桎梏,而由此增加的各项成本难免分摊由用户承担,用户的权利最终仍然得不到实质性保障。反过来,用户主体性的虚无不仅容易使得平台具有倾向损害用户权利的可能性,而且会导致行政规制的社会成本增加,进而生成本非良性的循环。对此,域外法制中多采取弱监管模式,如日本消费者法修改过程中“行政保护”向“行政支援”的转变^[22],意在强化消费者的主体性地位。有鉴于此,平台服务协议行政规制的监管理念应当适度缓和,避免过度保护加剧平台方与用户的对抗情绪和行动风险,防止对消费者自身适应网络平台经济及其未来形态的能力形成抑制^[23]。

(三) 行政规制的制度补充

1. 建立专门机构对平台服务协议进行规制

作为格式合同与电子数据形式的深度结合,平台服务协议行政规制的难度有所增加。一方面,要着重预防和治理服务协议中侵犯用户权益的内容,

另一方面,还要防范服务协议沦为网络平台实施垄断行为的工具。倘若仍追随传统格式合同的规制进路,不仅可能导致监管过程中出现争权与分权的僵局,而且可能因为规制技术的僵化、落后导致实施效果事倍功半。因此,应当考虑设立专门机构对平台服务协议进行监管,以便提升行政规制的效率和效果。如果拓宽比较视野会发现,域外国家中已不乏相似的实例。韩国《约款规制法》中即将对约款审查的职责赋予约款审查委员会,后以公平交易委员会取而代之^[24]。瑞典在“消费者巡视官”之下设特别机构,监督公司在市场上的行为,以使其与“良好的交易标准”相一致^[25]。尽管设置这些机构的初衷并不在于实现对平台服务协议的直接规制,但其职权范围的开放性足以容纳对平台服务协议的监管,而随着信息化程度的加深,将其监管范围和内容覆盖平台服务协议亦无制度障碍。

2. 根据平台类型及其特点,发挥平台服务示范协议的优势

示范协议虽为遏制不公平条款的惯常做法,但其功能不仅未得到充分发掘,反而有被严重虚置之虞。为激活示范协议的功能,一个较为可行的操作思路是,示范协议应由行政机关直接拟定,或由消费者保护组织等提出、经行政机关认可后予以公布。网络平台在制定服务协议时,原则上应以示范文本为蓝本,超出或异于其内容的部分,须另外通过显著方式加以提示和说明。与此同时,平台还需要一并向用户提供示范协议的文本或链接。相应地,用户可以协议示范文本的内容作为参考和衡量,判断平台服务协议中是否存在不公平条款。这样一来,用户不需要通篇、深入地研读艰深的平台服务协议,即能够准确获得协议中涉及切身利益的关键信息,并据此做出接受、保留或者拒绝的决定;平台也得以从“显著信息不显著”的形式困境中解脱出来。

作为行政规制措施的示范协议,是通过显著信息的集中公开机制发挥效用的。示范协议的推行本身属于行政指导行为,即通过将行政机构打造成类似信息中介的方式,来调节网络平台与用户之间的信息差距。具言之,网络平台可根据自身经营情况,自主决定是否采纳示范协议的内容;政府则鼓励平台在示范协议基础上制定服务协议。因为平台服务协议中符合示范协议的内容,因示范协议的集中公开性而自动获得认证效力,平台据此被视为已经履

行了对该部分的提示说明义务。相反,不符合示范协议的内容,平台则必须对该部分重点履行提示说明义务。值得注意的问题是,倘若致使用户权益受损的网络平台服务协议条款为参照示范协议的结果,责任主体应如何确定。因此,考虑到实证法上的行政指导行为尚不具有可诉性,此时将平台认定为责任主体似乎更为恰当。

3. 细化平台服务协议的事前、事中审查监督机制

由于不同平台本身在经济实力、技术水平、用户数量和业务范围等方面存在差异,对应的行政规制措施亦不能一成不变,而应根据上述评价因素进行分类、分级的规制方式。首先,为避免给平台的经营形成障碍,原则上应结合网络平台的发展阶段、以备案审查为主要措施展开。常规平台正式运行前,需要将服务协议在相应的行政机构公开备案,行政机构应主动或根据消费者保护组织的建议等,对平台服务协议进行审查。大型平台因具有重大社会影响,其服务协议须经行政机构的许可。其次,经营过程中的规制集中于对平台服务协议的单方变更。平台经营的发展效果千差万别,服务协议的后续变更可能引发的社会效果也截然不同。对于规模较小、用户较少、社会影响力较弱的平台,备案审查制足以将潜在风险限制在可控范围之内;但对于规模较大、用户较多、社会影响力较强的平台,则有必要对其采取预防性控制措施,即其服务协议的变更须经行政机构的审核后方可为之。最后,对于特殊导向,如关涉国计民生的社会供给领域的平台服务协议,则应当通过行政主管部门事前的审查许可,并仍表现为具有公益性质的单行规章形式^[26]。

事实上,近期国家对于网络平台监管所采取的措施,就是遵循了这种分类、分级治理的思路,兼顾了用户保障和网络平台发展的目标。譬如,2021年10月29日国家市场监督管理总局发布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》中,就是根据网络平台的连接属性和主要功能,在横向上将平台分为网络销售类、生活服务类、社交娱乐类、信息资讯类、金融服务类和计算应用类六大类,并在各类型之下具体细分为数个子类型;在纵向上则根据平台的规模 and 信息技术能力等,将平台分为超级平台、大型平台和中小平台,由此形成纵横交错的治理网络。《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》则

在此基础上规定了相应的平台责任。其中,超大型平台在数据管理和平台治理等方面尤其是规范的重点。对网络平台服务协议的行政规制,同样可以此为依托,进一步细化分类、分级治理的措施并规定相应责任。

结 语

随着信息技术的持续快速发展,以平台经济为典型的诸多经济新样态不断涌现。通过平台购买商品或者接受服务,俨然成为时下最普遍、最便捷和最具发展潜力的消费方式。但不容回避的是,平台在改变既有消费方式的同时,也因服务协议的技术性和复杂性而给用户权益带来风险。倘若不加以妥善管理和引导,因超级平台的生成而对平台经济健康发展形成禁锢,亦非妄言。

面对如此复杂的社会系统性风险,司法规制的事后、个别调整模式的失灵在所难免,而行政规制预防性控制和全面多元的优势则逐渐体现出来。然而,要破除理论上对行政规制存在的成见,发挥行政规制平台服务协议的正向效用,就必须在定位、理念和具体措施等方面重新阐释和建构行政规制的体系。应顺应信息时代平台经济的发展趋势,建立统一的平台监管机构并赋予其相应职权,由其作为主导力量激活示范协议的功能,采取与平台规模和特征相适应的监管措施,兼顾平台经济发展和用户权益保障。当然,平台经济发展过程中的问题层出不穷,关于平台服务协议行政规制,仍需要结合网络平台的演进加以灵活应对。

注释

①在规制俘获理论看来,被规制对象通过对规制机构施加各种影响,容易导致规制结果与目的之间产生偏差,甚至使得规制政策有利于被规制的对象。参见倪子靖、史晋川:《规制俘获理论述评》,《浙江社会科学》2009年第5期。②较为典型的如围绕管辖条款产生的争议,有的法院认为应依照服务协议的约定,移交平台所在地法院管辖,有的法院则认为管辖条款提示不足,应依法由用户住所地法院管辖。分别参见辽宁省锦州市中级人民法院(2021)辽07民辖终90号民事裁定书、湖南省娄底市中级人民法院(2020)湘13民辖终30号民事裁定书。③参见湖北省武汉市汉阳区人民法院(2015)鄂汉阳民三初字第00801号民事判决书。④参见四川省德阳市中级人民法院(2018)川06民终31号民事判决书。⑤参见哈尔滨市中级人民法院(2020)黑01民终4913号民事判决书。

参考文献

[1] 尹田. 法国现代合同法: 契约自由与社会公正的冲突与平衡[M].

- 北京:法律出版社,2009:18.
- [2]汪华亮.合同自由的历史与未来[J].兰州学刊,2007(10):126-129.
- [3]徐涤宇.非常态缔约规则:现行法检讨与民法典回应[J].法商研究,2019(3):11-21.
- [4]STONE R. The modern law of contract[M]. Cavendish Publishing Limited, 2002:2.
- [5]罗歇尔德斯.德国债法总论[M].沈小军,张金海,译.北京:中国人民大学出版社,2014:23-24.
- [6]祝维娜.中法格式合同立法规制比较及其启示[J].重庆工商大学学报(社会科学版),2005(2):80-83.
- [7]吴亚光.论数据财产权成立的权利客体基础[J].图书馆建设,2021(3):84-93.
- [8]ZIMMERMANN R. The new German law of obligations: historical and comparative perspectives[M]. Oxford: Oxford University Press, 2005:211.
- [9]张渊,朱晓燕.网络时代的新契约网络格式合同[J].当代法学,2002(12):55-58.
- [10]徐涤宇.合同法学[M].北京:高等教育出版社,2020:61.
- [11]晏芳.格式合同的司法规制研究:兼论经济法实质正义理念在格式合同司法规制中的适用[J].甘肃政法学院学报,2015(6):120-131.
- [12]韩世远.中国法中的不公平合同条款规制[J].财经法学,2017(4):17-32.
- [13]宁红丽.平台格式条款的强制披露规制完善研究[J].暨南学报(哲学社会科学版),2020(2):56-69.
- [14]姚佳.消费者法理念与技术的重构[M].北京:法律出版社,2019:154.
- [15]甘强.重视“消费者”的法律地位[J].政治与法律,2016(12):113-123.
- [16]SUNSTEIN C R. Risk and reason: safe, law and environment[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2002:251.
- [17]许文韬.网络用户服务格式协议中仲裁条款的效力[J].人民法治,2019(10):44-49.
- [18]王明锁.论商事账簿及其法律关系的性质:兼论《商事通则》的不可行[J].法学杂志,2011(3):41-46.
- [19]黄毅,宋子寅.大数据背景下“算法杀熟”的法律规制[J].中州学刊,2022(4):50-54.
- [20]丁杨.中国消费者保护法的回顾与前瞻[J].理论月刊,2009(8):88-90.
- [21]彭舒月.论电子商务领域中消费者权益保护:以谦抑干预理念为视角[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2020(6):84-88.
- [22]杨立新,陶盈.日本消费者法治建设经验及对中国的启示[J].广东社会科学,2013(5):227-236.
- [23]陈兵.改革开放40年消费者法嵌于市场经济发展的嬗变与展望[J].学术论坛,2018(5):1-9.
- [24]崔吉子.东亚消费者合同法比较研究[M].北京:北京大学出版社,2013:88.
- [25]马育红.“完备合同”理论与格式合同的法律控制[J].甘肃政法学院学报,2009(3):114-120.
- [26]朱岩.格式条款的基本特征[J].法学杂志,2005(6):128-131.

The Reflection and Improvement of Administrative Regulation of Platform Service Agreement

Xu Diyu Wang Zhenyu

Abstract: The administrative regulation of platform service agreement is not only an important measure to protect the rights and interests of users in the era of digital economy, but also helps to promote the substantive trend of contract law. From the perspective of functionalism, administrative regulation can make up for the limitations of individual and passive adjustment of judicial regulation, and give play to the advantages of comprehensive and active regulation. However, it is regrettable that the existing administrative regulation falls into the pattern of standard contract regulation in concept, and there are some problems in the specific system, such as mixed objects, simple content, and backward means. In view of this, we can improve it from the following two aspects: at the macro level, we should consider building a unified administrative regulation system, comply with the development trend of the platform economy, and promote the innovation of the concept of administrative regulation. In terms of the micro system, it is necessary to fully realize the preventive control and dynamic supervision of platform service agreements through the establishment of special institutions, the improvement of model agreements and the construction of classified filing and review system.

Key words: platform service agreement; standard contract; negotiation equivalence barrier; administrative regulation; preventive control

责任编辑:一鸣