

平台经济中契约正义的程序保障

刘 权*

摘要 平台经济属于契约经济,但缔约时的“同意”日益流于形式、履约过程中不断新增平台规则、解约自由面临困境等现象,已表明数字时代的契约自由面临严重危机。过度依靠设定实体标准和适用实体原则维护契约正义的传统范式,越来越难以全面保障平台经济中的契约正义。程序通过增进平等、强化沟通、增加透明等过程性控制机制,可以保障契约自由协商的真实性、提升合意内容的公平性并促进合意实现的公正性。在中国式现代化进程中,充分重视程序对契约正义的保障功能,是中国特色社会主义市场经济对平等的要求,是私法中公平原则对正义的要求,是有为政府保障基本权利的要求。为了促进平台经济高质量发展,应当以有效市场和有为政府更好结合为理念落实常态化监管,以合理的告知程序、透明的公开程序、有效的听取意见程序、充分的说明理由程序等正当程序为核心构建基本的平台程序制度,实现效率与公平的统一。

关键词 平台经济 契约自由 平台程序 契约正义 常态化监管

一、引言:契约自由与私人治理

数字时代掌控资本、技术、数据等关键生产要素的平台,以契约自由为名实现了“经由同意的统治”。平台不仅通过精准连接供需方面而改变了传统的商业模式和交易形式,而且通过扮演“准政府”的角色对网络公共空间进行私人治理,塑造了有组织的数字市场秩序。然而,私人领域的权力在本性上与公共领域的权力并无区别,如果不对其加以约束,它同样会侵犯私人的基本自由。^[1] 平台经济中的契约自由,在很大程度上已经异化成为了平台单方控制与支配用

* 中央财经大学“龙马学者”特聘教授。本文系司法部2024年度法治建设与法学理论研究重点课题“数字法治政府建设背景下提升依法行政水平研究”(项目编号:24SFB1008)的阶段性研究成果。

[1] 参见薛军:“私法立宪主义论”,《法学研究》2008年第4期,第64页。

户的自由。缔约时的“同意”日益流于形式、履约过程中不断新增平台规则、解约自由面临困境等现象,已表明平台经济中的契约自由面临严重危机。平台市场中的许多等级分化不仅反映了契约当事方的重大结构性不平衡,而且引发了自我规制不可能解决的正当性赤字问题。^{〔2〕}平台已经成为网络公共空间的治理者,但因为其属于私主体,就受到很少的公法约束。^{〔3〕}从农业经济到工业经济再到平台经济,契约双方的经济、社会地位差距不断扩大,主体间的不平等性进一步凸显,契约自由的形式化更加严重,对契约正义的保障需要与时俱进。

为了保障契约正义,契约自由受到了现代国家的普遍限制,但主要偏重通过设定实体标准和适用实体原则维护契约正义。关于平台经济的规制研究,大多也是主张设定实体规范。例如,公共承运人、新公用事业理论主要主张为平台设定非歧视义务、普遍服务义务等实体义务,自然垄断理论主张对具有自然垄断属性的平台功能进行结构性剥离,并附加互操作义务。^{〔4〕}虽然实体规范作用效果更直接,但存在干涉程度大、适用时的不确定性强、难以获得共识、不稳定性等缺点,过度依靠实体规范保障契约正义越来越难以适应数字时代平台经济的新特点。近年一些学者开始主张用程序约束平台,如有观点认为可以将程序控制应用于平台,程序性规制是避免平台滥用权力的有效手段。^{〔5〕}甚至还有观点认为,平台法不应是“实体法”,而是“程序法”。^{〔6〕}

既有成果已经认识到程序对于规范私主体的重要价值,但对平台经济中契约正义的程序保障问题缺乏以公私法融合的视角进行系统性和前瞻性的研究,缺乏对平台治理范式转型的整体把握。如果无视平台经济中契约自由的形式化问题,必然由于过度的私有化而形成“准无政府状态”。^{〔7〕}法学研究应超越传统的公私二元对立模式,“通过具体的法律制度约束私权力”。^{〔8〕}尽管私法着重保护行为自由,公法着重控制恣意行为,但无论是私法还是公法,都必须重视程序,程序是所有法律行为理论的基本点。^{〔9〕}国家以行使公权力的方式履行社会契约,平台以行使私权力的方式履行经济契约,无论是公权力还是私权力都易滥用,都应受到程序的规范。实际上,我国学者早在上个世纪90年代就曾指出私法在总体上忽视程序机制,“必

〔2〕 See Lee A. Bygrave, *Internet Governance by Contract*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 150.

〔3〕 See Andrew Keane Woods, “Public Law, Private Platforms,” *Minnesota Law Review*, Vol. 107, No. 3, 2023, p. 1251.

〔4〕 参见高薇:“平台监管的新公用事业理论”,《法学研究》2021年第3期,第84页;李剑:“数字平台管制:公共性理论的反思与经济管制的适用”,《法学研究》2023年第5期,第22页。

〔5〕 参见解志勇、修青华:“互联网治理视域中的平台责任研究”,《国家行政学院学报》2017年第5期,第105页;刘浩然:“论网络平台规则效力的司法审查”,《行政法学研究》2023年第3期,第148页。

〔6〕 See Zsolt Zodi, “Characteristics of the European Platform Regulation: Platform Law and User Protection,” *Public Governance, Administration and Finances Law Review*, Vol. 7, No. 1, 2022, p. 106.

〔7〕 See Margaret Jane Radin, “Boilerplate: A Threat to the Rule of Law?” in Lisa M. Austin and Dennis Klimchuk (eds.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 299.

〔8〕 刘晗:“中国宪法社会权的体系解释”,《中国社会科学》2023年第3期,第185页。

〔9〕 参见陈醇:“私法程序理论的法理学意义”,《法制与社会发展》2006年第6期,第72页。

须高度重视程序所起的巨大作用”。^{〔10〕}“我们应当改变‘私法不管程序’的观念,重视对私法程序的研究并完善有关立法。”^{〔11〕}

平台主体的新颖性、平台缔约和履约行为的复杂性、平台经济发展的深度不确定性,决定了传统上矫正契约自由的法律制度越来越难以全面保障平台经济中的契约正义。传统的民法在控权方法与效果方面存在局限,消费者权益保护法侧重于调整商户与消费者之间的关系,反不正当竞争法、反垄断法侧重于调整平台之间的关系,如何调整平台同用户尤其是同平台内经营者用户的关系并没有受到充分重视。平台经济的社会影响越来越大,政府“逐渐开始干预平台公司的内部结构、行为和商业战略”。^{〔12〕}《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》要求“依法依规加强互联网平台经济监管,明确平台企业定位和监管规则”。《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》要求“促进平台经济创新发展,健全平台经济常态化监管制度”。在数字时代如何通过常态化监管矫正日益流于形式的契约自由以保障契约正义,更好实现效率与公平相兼顾、相促进、相统一,成为促进平台经济高质量发展和推进中国式现代化的重要课题。本文正文第一部分将首先揭示平台经济中契约自由的危机,第二部分分析以程序保障契约正义的法治逻辑与必要性,第三部分对平台程序进行制度构建并探讨其限度。

二、平台经济中契约自由的危机

平台与用户间属于契约关系,平台通过服务协议和平台规则对平台内数字市场进行私人治理。平台内经营者用户和消费者用户在入驻平台时,都必须同平台签订一系列协议,约定双方的权利和义务。协议的相关条款一般还会明确平台规则也属于协议,并写明如果用户不同意平台规则或违反相关规定,就应当退出平台或受到相应的处罚。^{〔13〕}大量处于弱势地位的用户事实上成为被单方支配与控制的弱者,而矫正契约自由的传统范式在平台经济中的弊端日益凸显,平台经济中契约自由面临严重危机。

(一) 平台与用户间契约自由的异化

一是缔约时的“同意”日益流于形式,协商余地极小。契约自由的核心是平等的主体按照自己的真实意思,根据自愿原则达成合意。然而,平台经济中的缔约自由受到严重挑战,无论是消费者用户还是平台内经营者用户,事实上都处于绝对弱势的地位,往往只能被迫同意平台

〔10〕 崔建远:“民法,给程序以应有的地位”,《政治与法律》1998 年第 2 期,第 1 页。

〔11〕 陈醇:“程序在私法中的重要地位”,《浙江师范大学学报(社会科学版)》2004 年第 2 期,第 51 页。

〔12〕 John W. Cioffi, Martin F. Kenney and John Zysman, “Platform Power and Regulatory Politics: Polanyi for the Twenty-first Century,” *New Political Economy*, Vol. 27, No. 5, 2022, p. 821.

〔13〕 例如,《淘宝平台服务协议》(2025 年 1 月 27 日)写明,淘宝平台法律声明及隐私权政策、淘宝平台规则均为本协议的补充协议,与本协议不可分割且具有同等法律效力。《“京东 JD.COM”开放平台店铺服务协议》(2021 年 9 月 14 日)写明,商家知晓并同意,京东有权单方更新、调整京东平台规则,商家进一步知晓并同意,如不同意接受调整后的京东平台规则时,应终止本协议,停止在京东平台的店铺经营。

的单方意思表示。消费者用户在入驻平台时,不仅难以有效看完冗长复杂的具体协议,而且无法读懂数量庞大的平台规则,从而就难以正确理解平台的所有意思表示。即使消费者用户花时间阅读完了所有协议条款和平台规则,也基本上没有平等协商的余地。平台内经营者用户同样基本上没有意思表示的自由空间,难以同掌握资本、技术、数据等关键生产要素的平台进行真正的平等协商。“经济弱者处于经济强者的支配之下,契约自由蜕变成了经济强者支配经济弱者的自由。”^[14]在阿里巴巴强制“二选一”被罚 182.28 亿元案中,国家市场监督管理总局认为,阿里巴巴在与平台内经营者的商业谈判中,通常以格式合同的方式直接规定交易佣金费率和年度营销推广费支出水平,“平台内经营者谈判能力较弱”。在美团强制“二选一”被罚 34.42 亿元案中,国家市场监督管理总局认为,美团具有较强的财力和先进的技术条件,在与餐饮经营者的商业谈判中,“对平台内经营者具有较强的控制力”。^[15]

平台经济中表面上“自愿的同意”,实际上属于“无奈的同意”,缔约自由受到严重冲击。当用户点击接受某些条款并同意平台的隐私政策时,他们实际上是在同意一些隐藏的侵入性和操纵性的数据收集、使用和存储实践。形式化的同意可能导致对自己和他人的各种伤害,包括失去尊重和尊严、歧视性影响以及与商品化和侵蚀自我空间相关的其他系统性影响。^[16]如果平台内经营者无法同平台进行真正自愿的协商谈判,只能被迫接受不对等的权利义务配置格局,就会进一步加剧经济不平等和不公正,阻碍平台经济创新发展。现代社会已经出现了脱离契约、回归身份的趋势,出现了从单一的、个别化的交易到长期管理关系的运动,“同意作为权利和责任之来源的作用已经减弱”。^[17]

二是履约过程中不断新增格式条款,导致契约内容自由受到挑战。格式条款有利于降低交易成本、增加确定性,在传统经济中得到广泛适用,但在平台经济中出现了新变化。其一,平台格式条款范围广。当前很多平台都制定了以总则性规则为首的规则体系,涉及营销活动、发货管理、积分管理、交易纠纷处理等多项规则,对用户进行全方位管理。平台规则同服务协议一样,都被视为格式条款。其二,平台格式条款动态增加。在缔约时用户必须同意大量格式条款,在履约过程中平台还会不断更新、制定大量平台规则。其三,平台格式条款的同意方式不同。对于新的平台规则,当前普遍采用的是事前概括的同意机制,即在同平台签订服务协议时,用户就必须同意平台有权单方调整平台规则,否则就应当退出平台。大量新增的平台规则,基本属于平台的单方意志,用户不得不接受。在数字技术的辅助下,平台通过一系列控制手段,可以轻松引导契约内容朝向有利于自己的方向发展,同时又能制造出近乎完美的“自由”

[14] 邱本:“从契约到人权”,《法学研究》1998年第6期,第29页。

[15] 国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处[2021]28号;国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处[2021]74号。

[16] See Elettra Bietti, “Consent as a Free Pass: Platform Power and the Limits of the Informational Turn,” *Pace Law Review*, Vol. 40, No. 1, 2019, p. 365.

[17] (英)P. S. 阿蒂亚:《合同自由的兴起与衰落:一部合同思想史(下册)》,范雪飞译,中国法制出版社2022年版,第760页。

表象。^{〔18〕} 传统的格式条款无效理论适用条件较为严格,难以有效保障平台规则的合理性。^{〔19〕} 平台在履约过程中不断单方调整平台规则,损害了契约内容自由。

三是解约自由面临困境。即使缔约是完全自由的,但如果难以根据法定和约定条件有效解约,契约自由也不复存在。由于平台经济存在的网络效应和锁定效应,可充分选择的平台实际上很少甚至没有,平台用户往往难以解除契约而更换平台。在食派士滥用市场支配地位被罚 116.9 万案中,上海市市场监督管理局认为,“互联网经济有着用户黏性较高的特点”,用户一旦习惯于使用特定平台,一般就不会轻易改变。^{〔20〕} 当用户在平台内建立了自身的生产、消费的网络互动关系与行为惯性后,再转换平台重新去适应新的平台规则并建立网络社会关系,存在极大的转换成本。何况平台极易通过技术手段锁定平台用户,构建策略性的进入壁垒。“技术、契约和物理特性的相互作用,使得平台相对于各类用户和传统实体企业,具有额外的(反)竞争优势。”^{〔21〕} 平台经济中“赢者通吃”的马太效应,必然导致超级平台的产生。通过现代金融工具创新和国际资本市场融资,单个平台可以快速扩张成为富可敌国的超大型跨国企业。^{〔22〕} 超级平台日益增长的市场主导地位和技术能力引发了新形式的反竞争问题,对消费者和雇员福利产生了负面影响。^{〔23〕} 一些重要领域的超级平台,实际上属于必需设施,用户根本无法“用脚投票”行使解约权而离开。

综上,平台经济中的契约自由,在很大程度上已经异化成为了平台支配用户的自由。形式上的契约自由,属于实质上的契约不自由。表面上看消费者用户和平台内经营者用户自由选择了平台,并自愿同意所有协议和平台规则,但实际上很多情境中并不存在真正的自由选择和平等协商。对于弱者来说,“契约只能是受奴役的代名词”。^{〔24〕} 强者将自己的意志强加给弱者,“借助于自己的优势地位以牺牲弱者的利益作为代价追求自身利益的最大化”。^{〔25〕} 虽然契约自由的形式化问题早已存在,但平台经济的兴起无疑明显加剧了契约自由的危机。平台日益增加的社会角色和影响,使得我们必须考虑这些私人治理系统在多大程度上可以维护公

〔18〕 参见杨彪:“协商的代价:数字社会合同自由的认知解释与算法实现”,《中外法学》2022 年第 2 期,第 392 页。

〔19〕 参见刘权:“网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角”,《法学研究》2020 年第 2 期,第 49 页。

〔20〕 参见上海市市场监督管理局行政处罚决定书,沪市监反垄处〔2020〕06201901001 号。

〔21〕 Cioffi et al., supra note 12, p. 825.

〔22〕 参见周文、韩文龙:“平台经济发展再审视:垄断与数字税新挑战”,《中国社会科学》2021 年第 3 期,第 106 页。

〔23〕 See Kenneth A. Bamberger and Orly Lobel, “Platform Market Power,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 2017, p. 1051.

〔24〕 邱本,见前注〔14〕,第 30 页。

〔25〕 张民安:“法国民法中意思自治原则的新发展”,《法治研究》2021 年第 4 期,第 60 页。

共价值,可以维护国家法律命令所寻求促进和保护的利益。^[26] 数字时代的海量信息、复杂技术、专业鸿沟使得契约行为模式发生了巨大变化,“合同自由被严重侵蚀,沦为有名无实的文本宣示”。^[27]

(二)保障契约正义的传统范式的不足

平台经济中的契约自由面临严重危机,那么是否还需要契约自由呢? 契约自由主要源于18世纪兴起的政治上的个人主义和经济上的自由放任主义。其认为每个人是自己利益的最佳判断者,有权自由追求自己的最大幸福。每个人所受的契约的拘束都建立在其自身意志的基础上,契约的缔结是一种通过自我拘束进行的自决行为。^[28] 从农业时代到工业时代,个人实现了从身份到契约的跨越,除了履行自由缔结的合法契约外,无须服从他人。“各个人都不断地努力为他自己所能支配的资本找到最有利的用途”,在追求自己利益时“受着一只看不见的手的指导”。^[29] 然而,以“契约即正义”为重要理念的自由市场经济,最终造成了更大的财富不平等和社会不公正。契约自由不能保证合同结果的公正,不能避免人对人的剥削,且并非总能保证社会经济的平衡,有必要对契约自由进行限制。^[30] 进入20世纪以来,绝对的私法自治理念产生的社会弊端凸显,导致契约自由只具有形式公平的价值,契约自由受到了现代国家的普遍限制。限制契约自由的目的是为了保护自由,被限制的是一方不当行使的自由。^[31]

当前对契约自由的限制主要偏重实体路径,注重通过设定实体标准和适用实体原则维护契约正义。国家通过大量制定缔约强制、最低工资标准等强制性规范,通过广泛使用“公平”“合理”“公正”“正当”“必要”等不确定法律概念,通过明确格式条款无效的条件,通过强化公平原则、诚信原则、公序良俗原则、禁止权利滥用原则等原则的适用,主要从实体上对契约正义进行相应的保障。虽然我国一些法律如《民法典》合同编规定了通知程序、提示注意程序、催告程序、办理批准等合同程序,《消费者权益保护法》规定了告知程序、说明和警示程序等程序,但现行法律对契约程序的规定总体上还比较简略,且难以有效规范平台同用户的关系。平台经济领域存在一些过度市场化的现象,导致弱势群体得不到有效保护,社会公平得不到良好提升。

契约程序之所以长期没有受到足够的重视,一是因为私法上奉行的意思自治原则要求不过问行为程序,二是因为传统的私法行为大多为简单的行为,无须设计复杂的程序。^[32] 近代

[26] See Clement Salung Petersen, Vibe Garf Ulfbeck and Ole Hansen, “Platforms as Private Governance Systems — The Example of Airbnb,” *Nordic Journal of Commercial Law*, Vol. 2018, No. 1, 2018, p. 39.

[27] 杨彪,见前注[18],第385页。

[28] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《正确法:法伦理学基础》,雷磊译,法律出版社2022年版,第51页。

[29] (英)亚当·斯密:《国富论(下卷)》,郭大力、王亚南译,商务印书馆2014年版,第28、30页。

[30] 参见尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公正的冲突与平衡》(第2版),法律出版社2009年版,第209页。

[31] 参见卢文道:“论契约自由之流弊”,《法学》1996年第12期,第18页。

[32] 参见陈醇,见前注[11],第54页。

契约法关注陌生人之间偶发的一次性交易,但当下现实的复杂性远远超出抽象的简单模型所能处理的极限,“近代契约法所设想的交易模式不再契合当下的各种新型交易”。〔33〕平台经济明显不同于农业经济和工业经济,平台契约的缔结和履行,同传统的合同存在较大的差别。平台同用户签订的是“一对多”的协议,平台以行使“准立法权”的方式不断制定、更新平台规则作为格式条款,平台以行使“准行政权”“准司法权”的方式保障契约的实施,平台的契约行为日益复杂。

在 21 世纪的数字时代,重实体、轻程序的传统范式越来越难以全面有效保障平台经济中的契约正义,弊端日益凸显。其一,易导致过度干涉。过于依赖实体规范矫正契约自由,很容易矫枉过正而不当侵犯平台自治,不利于发挥平台市场在资源配置中的决定性作用。实体规范是对契约自由的直接限制,对结果公平的追求往往会导致国家的过度干预。〔34〕其二,适用时的不确定性强。实体规范往往包含大量不确定法律概念,在适用时具有较大的不确定性,例如对“公平”“合理”“必要”的判断可能大相径庭。程序规范具有确定性,通过程序保障契约正义可以使法院从实体正义的泥沼中得以解脱,“极大地缓和法院适用实质正义介入合同内容时所面临的紧张和由此引发的裁判冲突”。〔35〕其三,难以获得共识。平台经济发展具有深度不确定性,各种新技术、新产业、新业态、新模式层出不穷且变化多端,究竟是否以及如何从实体上有效规制平台,如何实现在发展中规范、在规范中发展,往往一时难以找到具有共识性的实体标准,从而可能错失最佳干预时机,导致契约正义得不到及时保障。其四,不稳定性大。即使确立了有效保障契约正义的实体规范,也可能很快就滞后于平台经济迅速发展的现实。而如果过于频繁地修改实体规范,就容易陷入运动式治理而非常态化监管的困境,不利于形成稳定可预期的数字市场环境。

三、以程序保障契约正义的法治逻辑与必要性

平台经济引发的范式转换革命,正在以前所未有的速度改变契约正义的保障方式。平台的契约行为日益复杂,平台的公共性越发明显,传统重实体的矫正范式越来越难以全面有效保障契约正义。在必要的实体矫正的基础上,充分运用程序规范平台缔结和履行契约的过程,是克服平台经济中契约自由危机的有效路径。没有正义的契约程序,所谓的契约自由只是有名无实的空壳,契约正义就难以得到根本保障。

(一)以程序保障契约正义的法治逻辑

其一,程序通过增进平等保障自由协商的真实性。契约自由的关键并不是主体是否是自己利益的最佳判断者,而在于契约双方是否拥有大致对等的手段去实现自己的利益诉求。〔36〕

〔33〕 (日)内田贵:《契约的时代:日本社会与契约法》,宋健译,商务印书馆 2023 年版,第 334 页。

〔34〕 参见易军:“私人自治与私法品性”,《法学研究》2012 年第 3 期,第 76 页。

〔35〕 马辉:“格式条款规制标准研究”,《华东政法大学学报》2016 年第 2 期,第 92 页。

〔36〕 参见薛军,见前注〔1〕,第 63 页。

私法长期以来没有很好地区分权利的大小强弱,应完成“调整和增进平等关系的双重任务”。〔37〕古典的契约自由忽视了契约双方事实上的不平等,现实社会中千差万别的主体存在很大的不同,完全自愿的自由协商只是天方夜谭。是否能够认识到自己的利益之所在,同是否有足够的能力去实现和捍卫自己的利益是两码事。平台契约超越了互惠的交易关系,成为组织社群、建构制度的方式,成为约束和驾驭他人行为的手段。〔38〕若无必要的制衡,则契约自由可能“会被扭曲为一种对他人的奴化和将他人完全作为自己谋利的工具”。〔39〕平台经济中的集体行动和协调难题更为明显,即使单个或某些用户不满平台的行为,往往也难以采取有效的行动,形成合力维护契约正义就更为困难。契约过程是主体行为的过程,“契约程序包含的平等价值唤起整个社会的平等意识”。〔40〕通过对具有优势地位的平台施加更多的程序义务,让弱势方的平台内经营者和消费者用户享有更多的程序权利,可以矫正契约双方事实上的不平等地位,从而有利于契约双方进行真正的自由协商。

其二,程序通过强化沟通保障契约合意内容的公平性。契约的正当性来源于当事人的公平合意,对于合同来说,“适当的公平规则就是那些促进当事人达成一致的规则”。〔41〕契约程序规则通过规范意思表示过程,有利于促进用户和平台更好地达成公平的合意,使当事人都有平等的表达机会和自由选择机会。程序正义的精义在于,“通过清除当事人自由意思形成与表达中的各种障碍,使当事人自主地达成利益的协调,从而实现正义的状态”。〔42〕程序有利于保障契约内容的公平性,一方面,良好的契约程序可以使弱势方能够有效、充分地表达真实的意思,防止流于形式的被迫同意;另一方面,良好的契约程序可以限制契约优势方的意思表示,避免其将自己的单方意志强加给弱势方。通过设计制定、修改平台规则的听取意见、说明理由、参与等程序,强化平台与用户间的沟通机制,可以防止平台滥用意思自治,有利于事前事中保障平台规则的公平性。当事人享有自己判断是否缔结契约的自由,并能就契约内容进行反复交涉达成完全合意,才属于“健康的”契约。〔43〕

其三,程序通过增加透明保障合意实现的公正性。不同于传统的契约履行,平台履约行为的单方性更为明显,契约合意的公正实现更为困难。平台不仅要向单个用户提供具体的服务,还要对所有用户进行管理以维护整个平台内的市场秩序。平台在履约过程中具有更大的能动性,对契约相对方的用户具有更大的单方支配力与控制力,平台更容易滥用契约权力。如果平

〔37〕 陈醇:“集中性民事权利的滥用及其控制——兼论公法控权理论之引入”,《法商研究》2008年第6期,第50页。

〔38〕 参见季卫东:《法的跨界——规范、事实以及学科的交叉》,法律出版社2022年版,第273页。

〔39〕 汪志刚:“论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释”,《法学研究》2019年第4期,第55页。

〔40〕 刘凯湘、刘家刚:“契约程序论”,《政法论坛》1997年第6期,第84页。

〔41〕 (英)A. C. L. 戴维斯:《社会责任:合同治理的公法探析》,杨明译,中国人民大学出版社2015年版,第187页。

〔42〕 易军:“民法公平原则新论”,《法学家》2012年第4期,第71页。

〔43〕 参见(日)内田贵:《契约的再生》,胡宝海译,中国法制出版社2005年版,第31页。

台在“暗箱”中履行契约,即使契约缔结时通过真实的自由协商而形成了公平的合意内容,也极易沦为—纸空文,因为平台在不透明的履约环境中,极易损害用户利益而追求自身利益最大化。通过设定增加透明的程序,可以保障公平的契约合意得到公正的实现,可以限制平台履约的恣意。圣克拉拉原则(Santa Clara Principles)要求社交媒体平台公开内容审核准则,公布被删帖的数目,公布被永久或临时冻结的账号数目。当向用户提供关于帖子被删除或帐户被暂停的通知时,应提供必要的信息。^[44] Facebook 设立的监督委员会(Oversight Board)通过以透明度为核心的正当程序机制裁决网络言论纠纷,对于保护全球用户的言论自由具有重要意义。^[45]

综上,程序通过增进平等、强化沟通、增加透明等过程性控制机制,可以保障契约自由协商的真实性、提升合意内容的公平性并促进合意实现的公正性。平台程序不仅有利于保护契约中处于弱势地位的用户,还能促进平台自身发展。弱者需要受到更多的倾斜性保护,但强者也不应被不公正对待。通过程序规范平台,对用户和平台而言属于双赢的做法。首先,平台程序设置有利于促进平台自治。通过程序规范间接约束平台,体现了对平台自治最大程度的尊重,有利于实现市场作用与政府作用更好结合。平台程序是对平台权力运行的形式要求,属于间接的政府作用,干涉程度显然低于实体规范。程序规范可以减少政府直接干预的泛化和失误,有利于落实包容审慎监管而更好地发挥平台市场在资源配置中的决定性作用。^[46] 其次,平台程序设置有利于提高平台合规监管的确定性,增加平台的可预期性。程序规范具有明确性和稳定性的特点,平台是否履行了程序义务很容易判断。程序规制相比于实体规制,是一种经济效益高、容易取得共识、稳定性强的保障正义的常态化监管路径。最后,平台程序设置有利于减免平台责任。如果平台履行了相应的程序,有效落实了主体责任,即使产生了损害,也不应承担严格的责任。

虽然程序并不必然带来实体正义,但程序本身就是一种善。在纯粹的程序正义中,即使最终结果可能是不公平的,但只要是通过公平的程序所产生的,就应当被接受。^[47] 然而,强调平台程序的工具性和本位性价值,并不是要放弃实体规制。单靠程序规范,又可能进一步加剧契约自由的形式化。缺乏实体指引的程序规制,效果可能并不理想。为了促进平台经济高质量发展,应充分重视平台程序的价值,构建实体与程序并重的契约正义保障机制。

[44] 2018 年在美国举行的“内容审核”会议上,人权组织、倡议者和学术专家提出了如何使内容管制更加透明和负责任的原则,该原则以会议地点命名称为圣克拉拉原则。通过汲取世界各地的经验和专业知识,50 多个组织和个人在 2020—2021 年进行广泛协商后提出圣克拉拉原则 2.0。See “The Santa Clara Principles On Transparency and Accountability in Content Moderation,” <https://santaclaraprinciples.org>, last visited on 26 January 2025.

[45] See Kate Klonick, “The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression,” *Yale Law Journal*, Vol. 129, No. 8, 2020, p. 2499.

[46] 参见刘权:“数字经济视域下包容审慎监管的法治逻辑”,《法学研究》2022 年第 4 期,第 41 页。

[47] 参见(美)约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 86 页。

(二)以程序规范平台是实现平台契约正义的必然要求

以程序保障平台经济中的契约正义不仅具有逻辑上的自洽性,而且也是在推进中国式现代化背景下实现平台契约正义的必然要求。仅靠实体规范,不足以全面解决契约自由的“公平赤字”。“中国式现代化既要创造比资本主义更高的效率,又要更有效地维护社会公平,更好实现效率与公平相兼顾、相促进、相统一。”〔48〕《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》要求“处理好经济和社会、政府和市场、效率和公平”等重大关系。数字时代平台经济的发展虽然极大地提升了效率,但也引发了亟待解决的公平问题。如果不对数字市场中的契约自由予以适当限制,只会导致资本的无序扩张、财富的分配不均和用户的权利受损,最终损害社会公平正义而不利于实现中国式现代化。

其一,以程序规范平台是中国特色社会主义市场经济对平等的要求。当契约自由不能正确协调个人与个人之间的利益,或无法使个人利益与社会利益协调一致时,就应当受到强制性的限制,以保护处于弱势地位的契约当事人。〔49〕我国已在消费者权益保护、劳动者保护、个人信息保护等领域制定了大量倾斜保护型法,提供了一种具有中国特色的法律新想象。〔50〕平等是社会主义核心价值观的重要内容,《民法典》第1条将立法目的明确规定为通过调整民事关系,“维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观”。为掌控资本、数据、技术等多项生产要素的平台设定更多的程序义务,为处于弱势地位的用户赋予更多的程序权利,有利于增进实质平等而实现社会平等。

其二,以程序规范平台是私法中公平原则对正义的要求。契约中的公平原则有利于保护缔约中的弱势方,防止其实质的自由被名义上的意思自治所剥夺。〔51〕公平原则不仅仅是指实体公平,还包括程序公平。无论是实体性的还是程序性的权利和义务,都应根据公平原则予以合理确定。《民法典》第6条规定民事主体“应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务”。公平原则既要求平台不能排除正当程序的适用,又要求政府对最低限度的平台程序作出明确规定。平台在履约过程中对平台内经营者做出的重大不利影响决定,不履行必要的通知、说明理由、听取意见等程序,很明显是违背公平原则中的程序公平的。在山东某贝文化传媒公司诉高唐县市场监督管理局、高唐县人民政府案中,法院认为,原告属于平台经营者,但“原告在未通知或未征得参加活动的餐饮经营者明确同意的情况下,单方中止了涉案‘5元嗨吃’活动”,是对平台内经营商户的不合理限制。〔52〕

其三,以程序规范平台是有为政府保障基本权利的要求。平台借助于契约自由形成了私人治理秩序,对用户的言论自由权、经营自由权、数据产权、隐私权、劳动权等大量重要权利产生着全方位影响。例如,“微信消息两分钟后不可撤回”的平台规则可引发一系列不可预估的

〔48〕 习近平:“推进中国式现代化需要处理好若干重大关系”,《求是》2023年第19期,第6页。

〔49〕 参见尹田,见前注〔30〕。

〔50〕 参见丁晓东:“法律如何调整不平等关系?论倾斜保护型法的法理基础与制度框架”,《中外法学》2022年第2期,第463页。

〔51〕 参见奚若晨:“基本权利私法效力的界限”,《当代法学》2023年第4期,第91页。

〔52〕 参见山东省聊城市茌平区人民法院行政判决书,(2022)鲁1503行初16号。

后果,“已经波及个人通信权与言论自由及公共秩序”。^[53] 科技巨头根据自行设计的规则管理基础设施和数字空间的能力,构成了另一种急需制衡的权力形式。防止出现不受宪法控制的私权力,是数字宪治必须有效回应的重要议题。^[54] 有观点认为,平台的“强制性”和“公共性”均非宪法介入的正当理由,平台不应受基本权利的约束,应坚持在部门法框架内调整平台。^[55] 实际上,“我国宪法从来就没有成为单纯约束国家权力的基本法。通过宪法文本可以看出,制宪者没有将国家侵犯与私人侵犯区别开来”。^[56] 基本权利私人间效力理论决定了正当程序不仅能够有效规范国家权力,而且可以也应当用于防止私主体滥用契约权力而侵犯公民基本权利。基本权利私人间效力实质是一个解决社会权力威胁基本权利的问题,有利于矫正绝对化的私法自治。^[57] 通过程序规范平台行为,既能保障处于弱势地位的用户能真正享有契约自由的基本权利,又能防止平台以私法自治之名侵犯用户的基本权利,是有为政府保障基本权利的要求。

以程序规范平台具有充分的必要性,平台程序正逐渐成为数字时代保障契约正义的重要方式。近年来国内外日益重视通过程序调整平台与用户间的关系。欧盟《数字服务法》(2022)第 14 条要求平台应通过适当的方式告知用户对协议所做的任何重大改变,第 17 条要求平台对用户进行限制时应当说明明确、具体的理由。欧盟《人工智能法》(2024)要求人工智能系统具有透明度,并具有可解释性。在美国,圣克拉拉原则要求平台为受影响的用户提供有意义的正当程序,多家大平台都已认同该原则。我国《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定(试行)》(2014)对平台规则的征求意见程序、公开程序、说明理由程序等作了相关规定。《电子商务法》(2018)第 34 条要求修改平台服务协议和交易规则时“应当在其首页显著位置公开征求意见,采取合理措施确保有关各方能够及时充分表达意见”。《网络交易监督管理办法》(2021)第 30 条要求“应当自决定作出处理措施之日起一个工作日内予以公示”。日益增多的程序规定在某种程度上有效规范了平台私权力,但平台程序并未完全体系化,适用领域也较为有限,不利于全面保障平台经济中的契约正义。

四、平台程序的制度构建及其限度

程序有助于保障契约正义,但程序正义并非总能通过市场机制得到有效实现。由于网络效应、锁定效应等导致平台市场更容易失灵,平台往往难以主动同用户约定完全公正的程序,

[53] 解志勇:“超级平台重要规则制定权的规制”,《清华法学》2024 年第 2 期,第 5 页。

[54] See Giovanni De Gregorio and Roxana Radu, “Digital Constitutionalism in the New Era of Internet Governance,” *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 30, No. 1, 2022, pp. 79-80.

[55] 参见刘爱茹:“网络平台行为规制中的基本权利私人间效力论之否定”,《财经法学》2024 年第 5 期,第 76 页。

[56] 陈征:“基本权利的国家保护义务功能”,《法学研究》2008 年第 1 期,第 52 页。

[57] 参见李海平:“论基本权利私人间效力的范式转型”,《中国法学》2022 年第 2 期,第 31—32 页。

正当程序匮乏在平台治理实践中较为常见。例如,在对用户做出不利行为时,大量平台在服务协议中明确排除通知程序。^[58]虽然程序可能妨碍平台治理的效率,但有利于保障公平。格式合同中的排除条款会削弱程序的重要性,导致民主秩序的退化,进而影响法治。^[59]平台天然的逐利追求,决定了其不愿用过多的复杂程序约束自己,甚至会明显约定排除相关正当程序的适用。政府相关立法保护的缺失会使处于明显不利地位的一方非但不能享受契约自由的权利,“相反还会因此而成为剥削制度的牺牲品”。^[60]

应通过立法设计平台程序制度,从事前事中保障平台经济的契约正义。立法规制相比于司法审查更民主、更全面、更可预测,司法审查“并不是解决由互联网合同帝国引发的社会问题的最佳方案”。^[61]平台交易的频度高、数量大、范围广,司法规制具有事后性、个别性的特点,不但用户寻求司法救济需要付出较高的成本,而且社会司法成本也较大。通过立法规制预先消除磋商能力结构性差距的诱因,尽可能使缔约双方处于势均力敌的状态,“以重建实质化的合同自由”。^[62]行政法能够并且应该将公法价值标准适用于私人组织,通过创设程序机制使多方面的问题都能被全面考虑。^[63]

(一)以基本的程序正义制度保障平台契约正义

面对平台经济带来的治理挑战,需要以一种开放包容的态度予以迎接,但是应当防止平台集权与专制而产生的弊端。“经济权力和社会权力之需要法治国之规训的程度,不亚于行政权力。”^[64]为了有效应对数字时代契约自由的危机,促进平台经济高质量发展,应当完善立法,以有效市场和有为政府更好结合为理念,以正当程序为核心,为平台设定最低限度的基本程序而保障契约正义。

一是合理的告知程序。告知是缔结和履行契约的基础性程序,是实现契约正义的首要环节。缔约告知是自由协商的前提,只有全面有效的告知才能实现真正自愿的同意。在个人没有被充分告知的前提下,个人同意可能变成了一种没有理性的情绪表达,无法反映个人的真实

[58] 明确排除通知程序的如《腾讯微信软件许可及服务协议》(2023年2月6日)约定:“如果腾讯发现或收到他人举报或投诉用户违反本协议约定的,腾讯有权不经通知随时对相关内容进行删除、屏蔽,……”《哔哩哔哩弹幕网用户使用协议》(2022年5月13日)约定:“如果哔哩哔哩发现或者有合理理由认为使用者并非账号初始注册人,哔哩哔哩有权在不通知您的情况下,暂停或终止向该注册账号提供服务,并注销该账号。”《爱奇艺服务协议》(2021年5月24日)约定:“在任何情况下,我们一旦合理地认为您存在或可能存在上述行为的,可以在任何时候,不经事先通知中止或终止向您提供我们的产品及/或服务。”

[59] See Radin, *supra* note 7, p. 298.

[60] 付瑶:《契约自由的宪法保护:以美国宪法史上的“洛克纳时代”(1897—1937年)为中心》,中国政法大学出版社2012年版,第144页。

[61] See Andrew Keane Woods, “The New Social Contracts,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 77, No. 6, 2024, p. 1886.

[62] 徐涤宇、王振宇:“平台服务协议行政规制的检视与完善”,《中州学刊》2022年第7期,第67页。

[63] 参见(美)小阿尔弗莱德·阿曼:“全球化、民主与新行政法”,刘轶译,《北大法律评论》2004年第1辑,第228页。

[64] (德)哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》(修订译本),童世骏译,生活·读书·新知三联书店2011年版,第324页。

想法与意志。^{〔65〕} 具有信息绝对优势地位的平台,应真实、准确、完整地通过多种方式向用户告知相关信息,消除“要么同意,要么离开”的告知同意机制,并完善撤回同意机制,使用户能够作出理性的缔约选择。实践中平台利用用户在网络环境下所表现出的急切心理和有限理性,通过默认同意、概括同意、后续通知等方式代替合理的提示,“迫使”用户做出表面同意使格式条款生效。^{〔66〕}

在缔约告知程序中,平台应通过合理的提示,有效提请用户注意重要的格式条款。对于有重大利害关系的格式条款,平台不应限于运用足以引起注意的文字、符号、字体等特别标识提示用户注意,还应尽可能运用数字技术进行有效提示,并按用户要求进行解释。平台不得设置不方便链接或隐藏格式条款内容,不得仅以提示进一步阅读的方式履行提示义务。2023 年修订的《合同行政监督管理办法》第 6 条要求经营者应当以单独告知、字体加粗、弹窗等显著方式提请消费者注意格式条款内容,第 11 条要求“清晰、全面、明确”地告知消费者订立电子合同的相关事项。然而,如果加粗字体、添加下划线等比重过大,则可能构成不合理的提示。在吴某某诉上海寻梦公司案中,法院认为,“大量条款均为加粗字体、添加下划线,容易使商家忽略了确需特别注意的涉及免除或者限制责任的条款,反而不能达到合同法要求格式合同提供方尽到合理提醒义务之目的”。^{〔67〕} 用户缔约入驻平台后,平台在管理过程中应进行有效的履约告知即通知。平台对用户做出的任何不利决定,都应通知本人,这是自然正义的要求。由于现代通信技术的日益发达,通知几乎不需耗费很大的成本,也不会导致平台难以有效维护平台市场秩序。

二是普遍的公开程序。契约的正当性源于自由的协商,而要保证协商过程的自由性、提升协商结果的公平性并使其得到有效实现,需要依靠公开程序。不同于一般面向特定用户的告知程序,公开程序更强调对所有用户的普遍公开。平台经济中的公开程序不仅有利于平台内经营者用户和消费者用户进行理性选择,有利于用户参与平台“基于同意的统治”,还可以使平台权力在阳光下运行而防止其滥用契约自由。强制披露是提升透明度的重要方式,但反对者认为强制披露并不必然有利于作出更好的决定,它不仅会增加实施成本,而且会削弱其他保护措施的作用。^{〔68〕} “强制披露并非注定失败,但却很少成功。”^{〔69〕} 尽管强制披露可能确实存在一定的弊端,但无疑是利大于弊。不完全的信息可能导致人们做出不利于自身利益最大化的选择,强制披露是一种较温和的法律规制措施,对平台运营的干预程度较低。“披露义务可以

〔65〕 参见丁晓东:“隐私政策的多维解读:告知同意性质的反思与制度重构”,《现代法学》2023 年第 1 期,第 39 页。

〔66〕 参见夏庆锋:“网络合同格式条款提示说明义务的履行瑕疵与完善措施”,《清华法学》2022 年第 6 期,第 118 页。

〔67〕 上海市第一中级人民法院民事判决书,(2019)沪 01 民终 258 号。

〔68〕 See Oren Bar-Gill and Omri Ben-Shahar, “Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law,” *Common Market Law Review*, Vol. 50, No. 1, 2013, p. 118.

〔69〕 Omri Ben-Shahar and Carl E. Schneider, “The Failure of Mandated Discourse,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, No. 3, 2011, p. 736.

让商家了解平台的运行状况,并在此基础上作出理性选择。”〔70〕强制披露虽为程序义务,但在一些领域还可以达到实体规制的效果。例如,对于价格歧视的规制,相比于统一定价的激进实体干预,强制卖家披露其他买家在类似交易所支付的价格,实际上已经涉及了价格的实体内容。〔71〕更好的平台披露既能保护作为消费者的互联网用户的权益,还可以使他们成为平台民主自治的积极参与者。〔72〕

《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》要求“完善市场信息披露制度”。平台无论是以市场经营者的身份对用户提供服务,还是以市场规制者的角色对用户尤其是对平台内经营者用户进行管理,都应尽可能提高透明度。公开程序应贯穿于平台契约缔结、履行和解除的全过程,应囊括平台规则制定、算法设计、管控措施实施、纠纷解决等重要领域。平台应当主动公开重要的信息,不断提高平台治理的透明度和参与度。对于用户申请但不属于主动公开的事项,平台应根据法律规定和协议约定予以公开。“既然平台治理着平台内的行为,其就有责任保障决策程序的公平性和透明性。”〔73〕

三是有效的听取意见程序。听取意见有利于克服“被迫同意”的弊端而促进公平合意的达成,保障平台权力的审慎行使。在制定、修改平台规则时,涉及用户重大利益调整事项的,平台应充分保障用户的参与机会,通过多种形式及时、全面听取利益相关方的意见。平台对用户作出的产生重大影响的具体决定,应当通过听证的形式充分听取意见,以防止平台的恣意和腐败。“没有人有什么好理由来接受这样一个决定程序:相关决定对他和她有显著影响,但是却并没有提供一个让其本人参加听证的机会。”〔74〕听证是一种特殊的听取意见程序,在公法中得到广泛适用。例如,《行政处罚法》第63条要求行政机关在作出较大数额罚款、降低资质等级、责令关闭、限制从业等行政处罚决定前,应当组织听证。平台对用户采取的大量市场管理措施,同行政处罚具有相似的功能。对于商品永久下架、全店商品搜索降权、店铺屏蔽、关闭店铺、封禁账户等对用户产生重大不利影响的处罚行为,平台应当主动或依申请举行听证。对于重要平台规则的制定和修改,平台应当通过听证充分听取利益相关群体的意见。

四是充分的说明理由程序。政府对公民做出不利决定时应当说明理由,具有公共性的平台对用户做出不利决定时同样应当说明理由。平台负有维护公平的平台内市场秩序的主体责任,但平台不能进行恣意管理,不应无正当理由随意限制用户权利。平台无论是履行法定义务还是约定义务,对于影响用户重大权益的行为,都应当进行有效的理由说明。说明理由程序不

〔70〕 侯利阳:“平台形态演变视域下垄断行为的异化与因应”,《法学研究》2024年第1期,第203页。

〔71〕 See Saul Levmore and Frank Fagan, “The End of Bargaining in The Digital Age,” *Cornell Law Review*, Vol. 103, No. 6, 2018, p. 1488.

〔72〕 See Daphne Keller, “Platform Transparency and the First Amendment,” *Journal of Free Speech Law*, Vol. 4, No. 1, 2023, p. 86.

〔73〕 Shelly Kreiczer-Levy, “The Duties of Online Marketplaces,” *San Diego Law Review*, Vol. 58, No. 2, 2021, p. 301.

〔74〕 (美)迈克尔·D. 贝勒斯:《程序正义——向个人的分配》,邓海平译,高等教育出版社2005年版,第50页。

仅可以防止平台滥用契约自由权,保障平台规则和管理措施的合理性,而且可以使平台更好地尊重用户,有利于实现实质的契约自由而保障契约正义。对于重要平台规则的制定、修改,对于影响用户重大利益的处罚措施,平台都应进行充分的理由说明。

当前算法规制中的算法解释制度,实际上是传统正当程序中说明理由制度的体现。由于用户同平台的意思表示是不完全、不充分的合意,面对缺乏技术背景的用户之质疑,平台应当对算法作出合理解释。算法解释是保障不完备合同得到有效履行的沟通机制,用户有提出算法解释的正当程序权利。“在算法作出任何与人类的生命、自由或财产息息相关的决定时,人类有权知晓它背后的逻辑和理由,否则人类就被粗暴对待而降级成‘奴隶’或‘客体’”。^[75] 平台的自动化系统应生成审计跟踪(audit trails),记录支持其决策的事实和规则,以便平台进行更好的理由说明。^[76]

综上,通过设计合理的告知程序、普遍的公开程序、有效的听取意见程序、充分的说明理由程序等正当程序,对满足最低限度正义的平台程序做出基本规定,有利于增进平台同用户间的平等性,保障契约合意的公平达成,限制平台履约的恣意,从而可以推动平台经济规范健康持续发展。此外,应当根据具体情境,设置参与程序、回避程序、公示程序、集体协商程序、备案程序等平台程序。为了更好地适应数字时代,应当充分利用数字技术而不断建立健全技术性正当程序制度,使平台权力的运行符合自然正义的基本要求。随着平台的管理越来越像政府,用户期望平台遵守民主社会中政府管理人民的基本程序义务也就不足为奇。^[77] 尽管平台具有公共性但属于私主体,受自身商业利益驱动的平台行为易损害公共利益。^[78] 在法律规定最低限度的正当程序保障契约正义的同时,政府还应引导和激励平台自愿设定更多的程序实现自我约束。平台应当积极落实主体责任,努力通过程序机制实现平台向善。

(二)平台程序设置的场景化考虑因素

程序设置有利于矫正平台同用户间事实上不平等的地位,有利于强化沟通而保障自由协商的真实性,有利于限制平台履约的恣意,但平台程序设置不宜“一刀切”。如何设置具体的程序类型并合理确定其适用范围,应当综合考虑平台类型与级别、平台行为种类、不利影响程度、一般情形与紧急情形等多种因素。

一是平台类型与级别。平台提供的服务越基础,平台级别越高,不仅应该承担越多的实体义务,还应当履行越多的程序义务。设置与平台能力相适应的特别义务,既具有法理基础和经济学上的合理性,有利于促进公平竞争,推动平台经济发展,也符合互联网治理的世界潮流。^[79]

[75] 刘东亮:《正当程序的法理:法律和社会科学多视角的分析》,法律出版社2022年版,第170页。

[76] See Danielle Keats Citron, “Technological Due Process,” *Washington University Law Review*, Vol. 85, No. 6, 2008, p. 1305.

[77] See Jack M. Balkin, “Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation,” *U.C. Davis Law Review*, Vol. 51, No. 3, 2018, p. 1198.

[78] 参见周辉:“人工智能基础模型安全风险的平台治理”,《财经法学》2024年第5期,第16页。

[79] 参见张新宝:“互联网生态‘守门人’个人信息保护特别义务设置研究”,《比较法研究》2021年第3期,第24页。

我国《个人信息保护法》第 58 条专门确立了“守门人”特别义务,要求符合条件的个人信息处理者承担更多的义务。欧盟《数字市场法》为大型在线平台设置了大量特别义务。不同类型与级别的平台,公共性程度不同,相应程序设计应当有所区分,以实现实质平等。程序设置会增加平台的合规成本,为了促进中小型平台发展,可以对其豁免相应的程序义务。

二是平台行为种类。虽然平台与用户间属于契约关系,但平台行为又可具体分为不同的种类,相应的程序设计也应当有所不同。平台行为涉及的事项越重要,程序应越严格。对于制定平台规则的“准立法”行为,涉及对大量用户权利和义务进行普遍性规定,需要更多地设计公示、征求意见、协商参与等程序;对于平台“准执法”行为,需要更多地设计说明理由、听证等防止平台恣意的程序;对于平台“准司法”行为,在保障在线纠纷解决机制便捷高效优势的情形下需要更多地设计“准司法”程序。对于平台的管理型行为,相比于服务型行为,应设计更为严格的程序。

三是不利影响程度。平台行为对用户的不利影响越大,对用户的权利限制程度越高,限制的权利种类越重要,程序就应越复杂。为了防止重大不利影响行为造成难以挽回的后果,应当通过复杂的程序设计适度牺牲效率而优先保障公平。例如,平台实施涉及用户言论自由权的封禁账号行为,实施涉及经营自由权的商品下架、店铺屏蔽等重大不利影响行为,除非是为了消除明显而即刻的危险,都应当遵守通知、说明理由、听取陈述和申辩等正当程序。

四是一般情形与紧急情形。平台程序设计须区分平台行为时的情景,如果为了保护现实而紧迫的利益,在紧急情形下可以不遵守严格的程序。例如,社交媒体平台须立即查封影响社会稳定的账号、电商平台须立即关闭危害公共安全的店铺,可以未履行通知、说明理由、听取意见等程序,但事后可以主动或根据用户申请进行程序补正。对于需要采取紧急措施而制定、修改平台规则以及及时有效维护平台市场秩序的,可以不开公开听取意见。尽管设计平台紧急程序可能牺牲个体公平,但通过提升效率有利于保障更大的社会公平。

(三) 平台违反程序的后果

一是不发生效力。由于程序违法而影响用户作出真实自愿的公平合意,可以认定平台行为不发生效力。例如,在缔结契约时,平台没有履行有效的告知程序、合理的提示与说明程序,导致用户没有注意或理解与其有重大利害关系的条款的,法院可以根据用户的请求判定契约不发生效力。在袁某诉上海寻梦公司、何某某案中,法院认为,“假一赔十”格式条款合法有效,“因未作出必要且显著的提示,对原告不具有约束力”。^{〔80〕} 在谷某某诉北京嗨学网案中,法院认为,“嗨学网公司对电子协议的签订步骤、注意事项等未尽到充分、明确提示与说明义务,学员在毫无预期、不知情或无法充分研判的情况下进行了订单的付款行为”,所以电子协议的内容对谷登辉不具有法律约束力。^{〔81〕} 如果平台的提示或说明程序有瑕疵,如仅以设置勾选、弹窗等方式,没有足以引起用户注意,或没有作出通常能够理解的解释说明的,契约不发生效力。^{〔82〕}

二是无效。平台不履行程序义务,构成“重大且明显违法”时,应认定相关行为无效。所谓“重大”,是指平台违反程序会对用户的权益产生严重不利影响;所谓“明显违法”,是指违反法

〔80〕 上海市长宁区人民法院民事判决书,(2019)沪 0105 民初 13445 号。

〔81〕 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书,(2021)京 0105 民初 34363 号。

〔82〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第 10 条第 3 款。

律、法规等规范的明确性规定。例如,平台未依法履行通知、说明理由、听取意见等正当程序而作出关闭店铺、永久封禁账号等行为,对用户产生重大不利影响的,构成重大且明显违法,应认定为无效行为。如果平台明显违反了法定程序,但没有产生重大不利影响,就不应以违反强制性规定为由而认定无效。通过程序规制平台的行为,主要目的在于保障契约缔结和履行的公平性,违反程序规定,并不必然导致平台行为无效。^{〔83〕}

三是撤销。如果平台程序瑕疵属于一般违法,达不到重大且明显违法而应认定为无效的程度,可以视情形决定撤销平台的相关行为。第一种情形是区分主要程序与次要程序。如果平台违反主要程序,一般应当通过撤销维护程序正义的价值;但如果平台违反次要程序,也不一定不能撤销,需要根据具体情形进行利益衡量。第二种情形是区分程序违法对用户是否有利。如果平台违反程序对用户做出不利的负担行为,一般应当撤销;但如果平台违反程序对用户做出有利的授益行为,基于信赖利益保护原则,一般不应当撤销。

四是确认违法。平台程序违法,并不必然导致平台行为无效或被撤销,根据具体情形可以作出确认违法的认定。第一种情形是平台程序轻微违法,对用户权利不产生实际影响,可以确认平台行为违法。例如,平台采取警示、暂停或者终止服务等处理措施,略短于法定公示日。第二种情形是平台程序违法,但如果撤销时将严重影响平台市场公共秩序,应当作出确认违法的认定。例如,平台修改平台交易规则时,没有在首页显著位置公开征求意见,没有采取合理措施确保有关各方能够及时充分表达意见,不宜直接予以撤销。平台规则涉及面广、用户数量多、利害关系复杂,如果因为制定或修改时没有遵守相应程序,就对其予以撤销或认定为无效,将不利于维护稳定的平台市场秩序。平台违反强制性的程序规定,并不必然会导致平台与用户间的相关契约无效,但因平台违反公法义务,事后又不依法予以补正的,行政主管部门应当通过行政处罚等方式追究平台的公法责任。

(四)平台程序设置的限度:统筹兼顾效率与公平

中国是社会主义国家,中国式现代化更应重视维护社会公平,更好地实现效率与公平相兼顾、相促进、相统一。即使是在数字时代,契约自由仍然是提高资源配置效率、增加社会财富和实现主体意志自由的基本方式。虽然契约自由面临危机,但“契约的死亡”并不符合实际。^{〔84〕}尽管程序可以破解契约自由的危机,但如果用过多的程序约束平台,必然产生诸多弊端。

其一,过多的程序设置会降低平台市场的资源配置效率。尽管程序对契约自由的影响相对较小,但仍然是对契约自由的限制。程序在促进公平的同时,往往也会损害效率。效率是实现公平的重要基础,公平是提升效率的有力支撑。没有效率的公平会阻碍社会进步,推进中国式现代化要统筹兼顾效率与公平。政府为了保障契约正义而对平台设置过多的程序,必然会导致契约自由受到过度干预。对契约自由的绝对放任,会损害契约正义;而对契约自由的过分干预,就可能缩小私法自治的空间。^{〔85〕}

〔83〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第16条第2款。

〔84〕 参见(美)格兰特·吉尔莫:《契约的死亡》,曹士兵、姚建宗、吴巍译,中国法制出版社2005年版,第1页。

〔85〕 参见李永军:“从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位”,《比较法研究》2002年第4期,第17页。

其二,过多的程序设置不利于维护平台市场公共秩序。虽然通过程序规范平台行为有助于防止平台滥用契约自由,但可能不利于平台及时有效维护安全公平的平台内市场秩序。如果要求平台制定规则时要像立法机关那样履行严格复杂的立法程序,就会使私人治理的优势丧失殆尽,不利于平台及时进行市场管控。如果平台发现内容违法的短视频、侵犯知识产权的商品等信息时,在采取措施前一律必须履行说明理由、听取意见等程序,就会导致违法违规行行为得不到及时制止、消除和惩戒,不利于保护受害者、其他用户等主体的利益。如果以建设透明政府的标准要求平台履行公开程序,反而可能不利于保护公共利益。

其三,过多的程序设置会过度增加平台的运营成本。便捷的程序可以缩短契约过程的时间,降低契约所耗费的程序成本,每增加一个程序或程序的一个环节,程序成本就随之增加。^[86] 程序设置必然导致平台付出更多的人力、物力、财力等成本满足合规的要求,从而使得用于创新的资源就可能减少。繁琐和僵化的程序设置,是对契约自由的矫枉过正,不但不利于实现契约正义,反而会因过度限制平台而产生新的不正义。未来如何将程序性的保障与私主体结合起来,如何平衡企业的经营自由权与用户的程序性权利,如何使私主体有限适用行政程序法的规定,均是程序设计所应进一步考虑的问题。^[87]

五、结 语

平台经济仍然属于契约经济,对平台经济进行有效的常态化监管,需要以规范日益流于形式的契约自由为重点。相比于实体规范的易变动性,程序规范具有较强的稳定性且对市场的干预程度相对较小,有利于实施常态化监管而保障契约正义。《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》提出“创造更加公平、更有活力的市场环境”“更好维护市场秩序、弥补市场失灵”。平台掌握资本、技术、数据等关键生产要素,处于弱势地位的平台内经营者和消费者用户缺乏对等的谈判能力,双方自愿协商的自由在很大程度上已经异化成为了平台单方支配用户的自由。不受政府规制的私人治理,最终只会导致自治的毁灭,不受限制的契约自由必然导致平台滥用私权力。“藉自治的限制,来矫正被扭曲的自治,实际上是要建立一个更健全的自治环境。”^[88] 工业时代实现的从身份到契约的跨越,极大地提升了主体的意志自由度并增加了社会财富,但契约自由的弊端逐渐显现,“契约即正义”的理念最终被抛弃。数字时代的数字技术在提高生产效率、降低交易成本的同时,导致契约自由面临更加严重的危机,对契约正义的保障需要新思路。“随着社会的进步,法律应当不断地发展,一步步地接近公正这一人类社会的永恒目标。”^[89] 契约自由很重要,但不能以牺牲人权为代价,数字时代的契约与人权应实现有效融合。建立在数字契约自由基础上的平台治理,应更好地保障而不是侵犯数字人权。

为了更好地实现数字时代的契约自由,在实体规制的基础上,应高度重视程序对契约正义

[86] 参见刘凯湘等,见前注[40],第88页。

[87] 参见高秦伟:“美国行政法中正当程序的‘民营化’及其启示”,《法商研究》2009年第1期,第107页。

[88] 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第151页。

[89] (英)丹宁勋爵:《法律的正当程序》,李富强、杨百揆、刘庸安译,法律出版社1999年版,第9页。

的保障功能。程序通过增进平等、强化沟通、增加透明等机制,对契约缔结、履行和解除进行过程性控制,有利于保障自由协商的真实性、提升合意内容的公平性并促进合意实现的公正性。没有良好的平台程序,平台必然滥用私权力。虽然程序正义并不必然带来实体正义,但没有程序正义则实体正义更难得到根本保障,况且程序本身就是一种善。为了促进平台经济高质量发展,实现有效市场和有为政府更好结合,中国应为平台设定最低限度的正义程序。不同于建立在个人自由主义基础上的资本主义市场经济国家,作为中国特色社会主义市场经济国家,中国更应重视契约自由形式化造成的实质不平等,更应强调通过程序正义机制保障社会公平。在中国式现代化进程中发展平台经济,如何设计科学合理的平台程序机制,既不过度限制契约自由而损害数字市场效率,又有效保障契约正义而增进社会公平,需要认真对待。

Abstract: The platform economy operates within the framework of contract-based transactions. However, the formalization of “consent” at the time of contract formation, the continuous addition of platform rules during performance, and the constraints on the freedom to terminate contracts indicate that contractual freedom is facing a severe crisis in the digital age. The traditional approach of safeguarding contractual justice by imposing substantive standards and applying substantive principles is increasingly inadequate in ensuring fairness within the platform economy. Procedural mechanisms, by enhancing equality, strengthening communication, and increasing transparency, can ensure the authenticity of contractual negotiations, improve the fairness of agreement terms, and promote the just enforcement of agreements. In the process of Chinese modernization, fully recognizing the role of procedural safeguards in contractual justice aligns with the socialist market economy’s emphasis on equality, the principle of fairness in private law’s pursuit of justice, and the proactive government’s role in safeguarding fundamental rights. To promote the high-quality development of the platform economy, regulatory oversight should be institutionalized based on the integrated approach of an effective market and a proactive government. The establishment of a fundamental procedural framework for platform governance should be centered on procedural fairness, incorporating reasonable notification procedures, transparent disclosure processes, effective consultation mechanisms, and sufficient justification requirements. However, in doing so, a balance must be maintained between efficiency and fairness.

Key Words: Platform Economy; Contractual Freedom; Platform Procedures; Contractual Justice; Regularized Supervision

(责任编辑:彭 鐔)