中外法学 Peking University Law Journal
Vol.34, No.2(2022)pp.385－403

协商的代价:数字社会合同自由的认知解释与算法实现

杨 彪*

摘 要 确保当事人自由选择的有效性是改善合同治理效率的关键。进入数字社会后,复杂的决策环境和高昂的认知成本使人们的合同行为模式发生了巨大的变化,合同自由被严重侵蚀,沦为有名无实的文本宣示。隐藏在虚假自由背后的认知控制,是探讨合同自由问题的一个重要维度。传统合同法在应对当事人协商不足、放弃选择问题上采取形式主义的解释路径,依靠不精确的缺省规则来探寻合同真意,已被证明无法应对数字技术的冲击。以行为大数据与智能算法为核心,将数据驱动与规则驱动两条技术路线有机结合,修正合同治理的底层逻辑,从缔约助推、算法解释、缺省规则三个方面进行个性化改造,使治理的重心从模糊的整体转向精确的个体,能够显著提升合同治理效率,更好地实现交易公平。

关 键 词 合同自由 认知控制 缺省规则 合同解释 个性化法律

引言:合同自由的神话

作为现代市场经济的制度基石,合同自由原则一向被视为促进财富增长、优化资源配置的核心手段。合同自由原则的兴盛,是市场这只“看不见的手”繁荣发展的重要标志。合同自由与产权改革,共同支撑起释放人性,激活人们追逐美好生活欲望的激励机制,这是中国经济高增长奇迹的根本性动因。每逢重大历史时刻,党和国家都会以各种方式重申这一原则,为中国

* 中山大学法学院教授。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

经济发展指明方向。〔1〕合同自由是市场交易中的意思自治，于单方而言，表现为个体自决，于双方而言，表现为平等协商，其本质是强调市场要素的自由流动与自愿交换。现阶段我国政府要深化“放管服”改革、优化营商环境，离不开建立在合同自由基础上的要素交易规则体系。在法学界，学者们历来对意思自治与合同自由推崇备至，将其视作市场经济和公平正义的代名词，以及现代私法的基本信条之一。〔2〕而且，随着市场改革进程的不断推进，合同自由的逻辑开始出现向物权法、身份法和商事法的“外溢”效应，〔3〕俨然成为现代私法的一个神话。

自人类社会进入数字时代以来，市场交易形态正在经历一场巨大的变革。海量信息、复杂技术以及专业鸿沟造成决策环境的高度不确定性，合同行为模式发生了翻天覆地的变化，仅仅依靠当事人自决的做法越来越捉襟见肘，很难实现真正的交易公平。事实上，合同自由原则的有效性隐含着一些前提。例如，交易环境稳定可预期、当事人认知能力与交易复杂性相匹配、克服决策惰性保持注意力，等等。这些约束条件的负面影响在数字时代被无限放大。从以市场为中心的工业社会迈向以网络为中心的信息社会，交易的场景、过程和结果都充满变数，如果不考虑当事人认知与决策能力的限制，将所有环节都交予当事人协商和谈判，那合同自由只能是一种虚幻的表象。许多实证研究早已表明，过多的交易信息加重了合同当事人的认知负担，使其难以持续保持专注度，始终做出正确的选择。〔4〕很多情况下，当事人要么受限于知识和处境，无法进行充分协商和讨价还价，要么受限于精力和懒惰，变相放弃主动选择的权利。无论是哪一种情形，合同自由原则都只徒具象征意义，不足以实现有效的自主选择，最终沦为有名无实的文本宣示。因此，认为只要留给合同当事人足够的自主空间，就意味着实现了合同自由，是对信息社会认知规律的严重误读和谬解。

在此背景下，追求对合同自由的恰当认知，具有重要的理论和实践意义，有助于深入理解当代数据技术环境对市场机制、交易公平的内在影响。以往学界并非没有对合同自由进行过检讨和反思，但长期以来的关注都集中在对自由的限制上，〔5〕即禁止放弃自由以及受价值规范限制排除协商结果，强调国家干预的理由是当事人作出了错误的选择。然而这一视角忽视了另外一种更为普遍的情形——当事人压根没有积极行权，而是将自由选择的权利束之高阁。

〔1〕 习近平总书记在主持十八届中央政治局第十五次集体学习(2014 年 5 月)时强调，要学会正确运用“看不见的手”和“看得见的手”，使市场在资源配置中起决定性作用，减少政府对微观经济活动的直接干预，让企业和个人有更多活力和更大空间去发展经济、创造财富。

〔2〕 参见石佳友：“治理体系的完善与民法典的时代精神”，《法学研究》2016 年第 1 期，第 6－9 页；易军：“私人自治与私法品性”，《法学研究》2012 年第 3 期，第 68－71 页。

〔3〕 参见冯果、段丙华：“公司法中的‘契约自由’——以股权处分抑制条款为视角”，《中国社会科学》2017 年第 3 期，第 116 页。

〔4〕 See Karen Bradshaw Schulz, “Information Flooding”, *Indiana Law Review*, Vol. 48, No. 3, 2015, pp. 755－802; Ian Ayres and Alan Schwartz, “The No-Reading Problem in Consumer Contract Law”, *Stanford Law Review*, Vol. 66, No. 3, 2014, pp. 545－610.

〔5〕 参见许德风：“合同自由与分配正义”，《中外法学》2020 年第 4 期，第 977－981 页；叶名怡：“论事前弃权的效力”，《中外法学》2018 年第 2 期，第 327－346 页；谢鸿飞：“论法律行为生效的‘适法规范’”，《中国社会科学》2007 年第 6 期，第 124－142 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

在专业化、标准化和网络化的交易场景中,与逾越界限滥用合同自由相比,当事人怠于行权放弃选择显然是更突出的问题。虽然法律条文和交易对手都貌似给予了选择的机会,但这并不意味着当事人拥有了真正的自由。在缺少足够认知能力的情况下,合同谈判与协商往往很不充分,现状依赖、决策惰性等心理因素使得缺省规则(default rules)成为决定合同关系的关键力量,〔6〕合同自由只是信息技术等多重挤压下的表面印象。由此可见,隐藏在虚假自由背后的认知控制,是探讨合同自由问题的另一个重要维度。关于这一议题,迄今尚未在我国本土语境下得到充分的讨论。

本文尝试对数据场景、认知控制与合同自由之间的复杂关系作出微观解释,并详细探讨当代合同规则应如何回应人工智能技术的发展。第一部分将提炼合同自由的制度逻辑与核心要义,提出自由选择作为市场经济的起点和基石,在数字时代理应被加强而非削弱,同时强调只有在充分理解、关注基础上的自愿选择才能称为真正的自由,认知自如是合同自由的应有之义。第二部分将讨论合同自由在信息社会是如何被侵蚀的,以及在各类交易自由表象下的认知控制的具体呈现形态,并指出自由与协商不是免费的,而是有认知成本的。第三部分将分析传统合同法应对当事人协商不足、放弃选择问题的惯常思路和做法,即依靠合同解释规则来探寻当事人真意,填补意思表示漏洞或空白,并借助事先制定的缺省规则和示范文本增进自由度。第四部分将系统阐述数据场景下实现合同自由的总体构想和实施路径。传统合同法在应对复杂环境带来的认知乏力时,试图通过单纯的规则演变将更多的交易周围情事纳入考量范围,竭力保持规则体系的开放与灵活,以实现对合同真意的综合判断。〔7〕但我认为这些都不得要害,对促进自由选择的实际效果较为有限,探寻交易真相的思路也未必可取。认知控制下的自由克减本质上是由大数据环境所引发的,“解铃还须系铃人”,构建大数据与智能算法驱动的个性化合同治理体系,兴许才是解决问题的根本之道。依托于日益改进的数据与计算能力,将数据驱动与规则驱动两条技术路线有机结合,从缔约助推、算法解释和个性化缺省规则三个方面改造合同治理体系,方能最大程度还原交易场景,窥探意思表示全貌,确保合同关系不违背当事人的自由意愿。

一、合同自由的理论逻辑与制度实践

(一)信息社会中的自由协商

根据自由哲学传统的一般理解,现代合同法以“意思理论”为基本立场,认为订立合同是个人意志的对外表达,强调意志自我约束是允诺的核心,合同责任本质上是自我设定的结

〔6〕 Cass R. Sunstein, “Deciding by Default”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162, No. 1, 2013, pp. 1—58.

〔7〕 参见崔建远:《合同解释论:规范、学说与案例的交互思考》,中国人民大学出版社 2020 年版,第 2—10 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

果。〔8〕将合同与意志相挂钩，很容易推导出合同自由的基本涵义——即在意志不受非法限制的情况下作出自由选择，自愿性是其中的关键。为确保当事人“自愿”的真实性，应始终遵守意志非强制性准则。〔9〕这种免于干预和自主决策的主张，在广泛的思想背景方面获得了支持，成为讨论合同自由和市场交易的起点和共识。〔10〕

自由选择最直观的价值在于满足了市场对谈判磋商和互惠互利的需求。无论是何种形式的交易，其达成都应包含妥协让步的交涉过程，以及互惠的结果。〔11〕单方的自由选择，尚不足以形成合同关系，建立在自我限制和彼此关照基础上的协商机制，才是促成交易的直接动因。自由选择的最终结果必然是平等协商，合同自由原则隐含着两层逻辑：对内为自由选择，对外为平等协商，连接二者的是为更大的欲望而克制眼前的小欲望，即意志的自愿受限。

在信息经济时代，受互联网技术的影响，自由协商的潜在效应则颇为复杂深远。互联网技术飞速发展给社会生活带来巨大便利的同时，也压缩了合同谈判和协商的空间，削弱了市场竞争的强度。起初互联网技术确实有效地促进了市场竞争，但最新的研究表明，进入平台经济时期后，市场竞争受到了明显的限制，消费者与处于支配地位的平台商家之间几乎没有自由协商的可能。作为关键的中介，通过跨行业整合，在线平台成为整个互联网经济的基础设施中枢，进而控制竞争对手以及开展跨域掠夺性定价。〔12〕强迫实施“二选一”、大数据杀熟等就是很好的例证。〔13〕

自由选择不仅在宏观层面引发竞争及反竞争效应，还在微观层面造成了“信息茧房”(information cocoons)效应。由于信息技术提供了更自我的思想空间和任何领域的巨量知识，人们关注的信息领域会习惯性地给自己的兴趣所引导，长期处于过度的自主选择，沉浸在个人日报的满足中，失去了解不同事物的能力和接触机会，从而将自己禁锢在一个“信息茧房”中。〔14〕这是一个两难的困境：一方面自由选择的权利不容置疑，另一方面自由带来的多元化会增加社会的复杂性，信息剧增会抑制人们的认知，降低了信息获取的全面性，看似自由却蕴含着对自由的隐性破坏。

总体而言，维护自由选择与平等协商是现代国家所应遵循的基本准则，在网络信息时代重

〔8〕 参见(美)查尔斯·弗里德：《契约即允诺》，郭锐译，北京大学出版社 2006 年版，第 2－3 页。

〔9〕 Jr. Mark Pettit, “Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall”, *Boston University Law Review*, Vol. 79, No. 2, 1999, pp. 263－354.

〔10〕 参见(印)阿马蒂亚·森：《理性与自由》，李风华译，中国人民大学出版社 2013 年版，第 468－472 页。

〔11〕 参见(英)亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究(上卷)》，郭大力等译，商务印书馆 1972 年版，第 14 页。

〔12〕 Lina M. Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox”, *The Yale Law Journal*, Vol. 126, No. 3, 2017, pp. 710－805.

〔13〕 参见姚坤：“反垄断亮剑 互联网巨头遭遇监管‘紧箍咒’”，《中国经济周刊》2021 年第 9 期，第 16－26 页。

〔14〕 参见(美)凯斯·R.桑斯坦：《信息乌托邦：众人如何生产知识》，毕竞悦译，法律出版社 2008 年版，第 7－8 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

申自由协商的价值意义尤为重大,“开放市场,以及使市场免受产业帝王管辖,对自由而言生死攸关”。〔15〕然而,“竞争悖论”和“信息悖论”的同时存在,表明自由协商的实际效果远比想象中复杂微妙得多,这提醒我们要在新的语境下廓清自由协商的运作机制及其附带效应,理解简单增加/限制自由思路的不足。与一味鼓吹倡导自由选择相比,研究如何加强人们自由选择的能力,才是更为紧要迫切的任务。

(二)合同自由的核心要义与呈现形态

合同自由原则作为一项抽象的制度宣言,如果不经过人们的自主决策转化为具体权利,那么这个自由选择的体系就毫无意义。如何才能在复杂多变的环境中做出符合理性的最佳决策,这依赖于人们良好的认知能力。认知自如对自由选择而言至为关键,认知不在场,则自由必缺位。

为什么认知能力和认知状况如此重要?现行的合同法框架以选择机会作为衡量合同自由的标尺,未能把握自由选择的实质特征,因此不足以实现真正的合同自由——这一点在互联网和数据驱动市场中愈发凸显。选择可能会因为决策主体、交易场景、所涉内容的不同而有很大的差异,即使不考虑国家对结果均等性的事后干预,就选择机会本身的把握上,当事人也可能因为自身原因“选择不选择”,又或者“选择差选择”。切实维护合同自由,需要一个比指导当前实践的“选择机会”内涵更准确厚重的概念。对选择机会的过分关注陷入了误区,将眼光转移到选择动机与能力之上,会更加忠实于合同法尊重个人意志的哲学传统。换言之,合同自由的终极政策目标应该是认知自如,而非机会均等。

实际上,在我国合同法的立法体系与司法裁判中,认知能力这一关键因素从未被排斥在对合同自由的审查范围之外。合同法上有关意思表示瑕疵的制度便是最好的例证。无论是自身因素引起的通谋虚伪表示、意思表示错误,还是他人因素引起的欺诈、胁迫,法律都会因为超出表意人判断能力范围而否定基于表面均等机会而形成的合同关系,赋予表意人修正其认知的权利。

值得注意的是,现行立法对选择能力的判断采取了实质主义,将“理解”这一要素整合进认知体系中来。也就是说,在协商谈判的过程中,不仅要求特定交易信息为当事人知悉,还应为当事人所理解,否则将被视为认知不自如,进而否定合同自由。这显然是一个更高的要求。比如,我国《民法典》第496条第2款将“致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款”作为提供格式条款一方未尽提示或说明义务时的判断标准。与《合同法》第39条相比,最明显的变化就是增加了“理解”这一表述,其结果无疑有助于提升当事人的认知能力,实现充分协商。

尽管从认知视角来划定自由边界的逻辑和做法启发了合同法的解释,但现行立法与司法对认知自如的理解过于狭窄了,只盯着自身因素或者他人因素引起的认知限制,却忽视大多数情况下技术和数据环境变化才是当事人失去独立判断能力的根源。很显然,在信息社会中,与信息数据、网络场景、算法平台等“技术”因素相比,“人”的因素引起的认知限制在发生频率上要小得多,

〔15〕 Khan, supra note 12.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

不能完全反映交易过程中认知受到的所有威胁。遗憾的是,现行合同法对二者的理论回应根本不成比例,误入了歧途。要避免这种扭曲,应该将更多的注意力放到“技术”因素上来。

二、被侵蚀的合同自由:数字时代的认知效应

(一)协商的成本与自由的异化

将信息技术与数据环境引起的认知决策变化作为理解合同自由的出发点,是更切中肯綮的方式,能生动完整地展示数字时代下交易行为与合同选择的真实状况。数字时代的基本特征是信息聚合及信息爆炸,去中心化与扁平化的信息机制带来了更高的信息密度,人们无时无刻不受到信息超载的困扰。认知决策是有成本的,从来都不是免费的,尤其是在复杂多变的环境下,即使是做最简单的选择,都不是一件容易的事情。人的脑力和精力都十分有限,尤其在面对多任务管理时,很难始终保持对关键决策的足够注意力。〔16〕决策疲劳降低了人们主动选择的收益,也改变了市场交易的行动逻辑。

按照经典的合同理论,自由交易的理想情形是每次交易前双方当事人彼此交换信息和披露动机,经过充分协商和讨价还价后,自愿缔结合同关系,并在此后的履约过程中严格信守承诺。〔17〕然而,随着数字化进程的不断推进,数据信息的总量扩张和传播提速造成了严重的认知限制,协商环节会耗费大量的认知成本,“一事一议”的合同谈判变得格外奢侈,网络交易的日常化和高频化则进一步阻挠了自由协商。信息泛滥带来的认知负荷,打破了原来的自由协商缔约模式,合同自由被逐渐消减乃至掏空,其表现形式发生了异化:

第一种表现是“选择不选择”。从合同行为的发生逻辑来看,当事人对合同关系的认知更多地建立在对过程和结果公平性的整体感知上的,至于合同中的具体选项和条款,当事人多持无关紧要的态度。〔18〕“选择往往是一种特别的收益,是一种福音,但也有可能带来沉重的负担,成为一种诅咒。”〔19〕在认知负荷急剧增加的情况下,当事人倾向于选择不选择,节省本就稀缺的注意力。〔20〕特别是在标准化的交易中,关注细节和主动选择不会带来额外的好处,采

〔16〕 Decio Coviello, Andrea Ichino and Nicola Persico, “Time Allocation and Task Juggling”, *The American Economic Review*, Vol. 104, No. 2, 2014, pp. 609－623.

〔17〕 认知心理学的研究揭示,参与合同前期谈判和协商是当事人恪守合同的重要诱因,自愿性通常伴随着守约行为。See Yuval Feldman and Doron Teichman, “Are All Contractual Obligations Created Equal?”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 100, No. 1, 2011, pp. 5－52.

〔18〕 Tess Wilkinson-Ryan and David A. Hoffman, “The Common Sense of Contract Formation”, *Stanford Law Review*, Vol. 67, No. 6, 2015, pp. 1269－1301.

〔19〕 (美)卡斯·桑斯坦:《选择的价值:如何做出更自由的决策》,贺京同等译,中信出版社 2017 年版,第 3 页。

〔20〕 1996 年由英国导演丹尼·博伊尔执导的电影《猜火车》描述了“新新人类”的生活状态,其中的经典台词“你选择什么,我选择不选择”,正是这种社会现象的一种缩影。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

取相对消极的方式显然效益更高。〔21〕在某种意义上,选择不选择是人们应对复杂环境的自然反应,是符合进化逻辑和效率原则的。但放弃主动选择在降低了决策成本的同时,出现系统错误的风险却大大增加了。例如,国内航空公司或出行票务平台会利用这种决策惰性,通过默认勾选、隐藏选项等方式捆绑销售保险产品,诱导非必要消费。

第二种表现是"交易惯性化"。受限于"认知带宽",当事人习惯于简化缔约过程,对价格以外的非敏感条款很少予以关注,市场惯性往往成为左右交易达成及交易内容的关键因素。这种现状维持的惯性可能源于强势一方的有意操纵。例如,快递公司未经同意擅自将快件放在驿站或快递柜,强行将客户取件变成常态化操作,而电商平台在下订单页面将驿站代收强制设为默认方式,则给了本属违约的代收行为一个"转正"的机会。商家的精心设计,使得依惯例进行的交易"暗藏杀机"。市场惯性的另一重要来源是交易及合同的社会观念。大多数人对合同关系的认识都遵循朴素的正义观,社会常识的强大惯性会压倒严谨的法律逻辑,主导交易的全过程。比如,对于合意是否达成,当事人通常会从常识的角度进行判断,而不只看合同条款;〔22〕对于享有何种合同权利以及如何履行合同,当事人则更多地从应然公平和常态做法的角度来理解,而不会只盯着合同文本。〔23〕缔约履约非法律化的现象在消费者群体中尤为突出,几乎所有交易的环节均交给了惯性。〔24〕

第三种表现是"守约意愿低"。认知惰性与决策疏怠的恶果之一就是当事人缺乏守约的恰当激励,违约现象相当普遍。合同通常被认为带有浓厚的伦理主义色彩,其执行需要接受道德和法律的双重评价。〔25〕实证研究表明,缔约过程中的协商谈判和信息交换可以促进互信,激发当事人对己方承诺的道德自律,而这种道德自律比正式合同条款更能激励守约行为。〔26〕自由协商与道德自律之间的潜在关联,可以在中国互联网金融市场中得到印证:相较于传统网络借贷,移动互联网因其认知障碍更多,交易更为程式化,投资者的行为偏误更大;〔27〕相应的,借款人在借款平台上披露的信息越多,其违约概率就被判定为越低。〔28〕这种规律性现

〔21〕 Meirav Furth-Matzkin and Roseanna Sommers, "Consumer Psychology and the Problem of Fine-Print Fraud", *Stanford Law Review*, Vol. 72, No. 3, 2020, pp. 503－560.

〔22〕 Roseanna Sommers, "Commonsense Consent", *The Yale Law Journal*, Vol. 129, No. 8, 2020, pp. 2232－2325.

〔23〕 Aaron Perzanowski and Chris Jay Hoofnagle, "What We Buy When We Buy Now", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, No. 2, 2017, pp. 315－378.

〔24〕 Cathy Hwang, "Faux Contracts", *Virginia Law Review*, Vol. 105, No. 5, 2019, pp. 1025－1078.

〔25〕 Tess Wilkinson-Ryan and Jonathan Baron, "Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, No. 2, 2009, pp. 405－424.

〔26〕 Zev J. Eigen, "When and Why Individuals Obey Contracts: Experimental Evidence of Consent, Compliance, Promise, and Performance", *Journal of Legal Studies*, Vol. 41, No. 1, 2012, pp. 67－94.

〔27〕 参见江嘉骏等:"移动互联网是否带来行为偏误——来自网络借贷市场的新证据",《经济研究》2020年第6期,第39－40页。

〔28〕 参见彭红枫、林川:"言之有物:网络借贷中语言有用吗?——来自人人贷借款描述的经验证据",《金融研究》2018年第11期,第133－150页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

象——越是标准化和快捷化的合同,违约率就越高——很好地展示了协商的重要性。原因在于,缺少必要的协商和互动,就缺少了源于内心的认同与自觉,当事人也就更容易反悔。这也解释了为何网络用户在点击同意或知悉按钮后,仍拒绝承认该承诺构成合同的一部分。〔29〕

(二)自由表象下的认知控制

合同自由异化的背后,是强势方实施认知控制的结果。在新技术的辅助下,强势方通过一系列控制手段,可以轻松引导合同关系向己有利的方向发展,同时又能制造出近乎完美的"自由"表象。

首先是专业壁垒。市场分工强化了专业壁垒,造成了市场信息和权力的严重分化。按照福柯的"权力—知识"理论,〔30〕合同强势方可以通过资本、技术和运营上的优势,掌握信息优势,并进行选择性构建,从而在交易过程中获得隐蔽的"软权力",对弱势方形成变相的挤压。交易双方之间的巨大信息鸿沟,是强势方对弱势方进行认知控制的重要基础。利用这种信息和权力的不对称,强势方得以将弱势方的认知和决策能力控制在较低水平,不得不依赖于其专业指引,从而始终牢牢把握交易的进程。譬如,我国金融市场空前繁荣,琳琅满目的金融产品和服务充斥着消费者的生活,尤其是复杂金融衍生品和结构化网络产品井喷式发展,即使大力开展金融消费者教育,也很难真正打破金融专业壁垒,使消费者做出正确选择。如果金融机构在营销宣传时稍加技术处理,其误导效果就会更加明显。〔31〕

其次是信息策略。信息与认知的分化为国家介入提供了正当理由,强制信息披露(information disclosure)成为主要的干预手段。然而,事与愿违的是,强制信息披露非但没有扭转失衡的格局,还加剧了认知负担,导致更严重的认知控制。信息的传播与流动有其特殊规律,将海量专业信息一股脑堆砌到弱势方面前,只会使其茫然不知所措。〔32〕信息过量和信息不足的效果其实是类似的,有时候甚至会更糟糕。强势方深谙信息传播之道,通过策略性的信息披露,使其中的敏感信息沉没在信息的汪洋大海中。这种信息策略的逻辑是,既然根据法律不能不给,就干脆多给,"顺水推舟"将所有无关信息都推送给对方,以掩盖关键信息。其结果,弱势方在缔约时完全无视这些信息披露,径直接受所有合同条款,事后却又对关键信息提出异议,徒增交易成本。〔33〕比如,现阶段的药品说明书变得越来越冗长繁琐,充斥着大量专业术语,字体也越来越小。这种披露越详细反而越难懂的操作,就是强势资本精心设计的认知"陷阱"。

---

〔29〕 Victoria C. Plaut and Robert P. Bartlett III, "Blind Consent? A Social Psychological Investigation of Non-Readership of Click-Through Agreements", *Law and Human Behavior*, Vol. 36, No. 4, 2012, pp. 293－311.

〔30〕 参见(法)米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北城等译,生活·读书·新知三联书店 1999 年版,第 242 页。

〔31〕 对专业壁垒引起的认知控制,法律会以某种形式加以干预,比如融资租赁合同中承租人依赖出租人的技能确定租赁物的情形(《民法典》第 742 条)。

〔32〕 Schulz, supra note 4.

〔33〕 Tess Wilkinson-Ryan, "The Perverse Consequences of Disclosing Standard Terms", *Cornell Law Review*, Vol. 103, No. 1, 2017, pp. 117－176.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

再者是算法压制。与前两种手段相比,不断崛起的算法在认知控制方面的影响力有着几何量级的差距。算法控制不是简单地利用知识与信息上的优势,而是借助海量数据、深奥技术、智能运算等多重因素叠加对合同相对方形成全方位的认知压制。算法压制是专业壁垒与信息策略的结合体与升级版,将合同选择掩藏在极其复杂的逻辑、步骤、程序、指令、过程和行动中,可以实现对交易对手的结构化控制。"深藏"是常见的压制手段之一,即通过增加改变默认状态的难度,将不利于己方的合同选项埋藏在更隐蔽的角落,失去便利性,迫使对方放弃改变现状。比如,关闭快捷支付扣款、取消会员自动续费等,操作远比开通繁琐复杂,需要很多个步骤才能实现。"算计"则是第二种压制手段,同时也是更难应对的类型。算法的技术性特征造成了算法黑箱,即使公开算法的源代码和架构,也很难为交易对手所理解。〔34〕正因为如此,算法的真正目标和意图,极易被晦涩的技术语言所遮蔽,沦为欺骗和算计的工具。美团等互联网平台利用算法设置配送时间,对外卖骑手实施严密的监控,以自由之名掩饰利润和剥削,就是典型的例子。〔35〕

三、缺省规则与合同解释:真意探寻的传统路径

(一)通过缺省规则的合同治理:一场失败的法律运动

如何应对合同自由被日渐侵蚀的问题,主流合同法给出的答案是通过合同解释来确定当事人真实合意,弥补自由克减带来的意思表示漏洞。早期的合同解释热衷于根据条文/文字的一般性、自然、平易、通用、主要、字义上的解释,倾向于"严格"和"形式化"对待。〔36〕纵然晚近的合同解释实践已逐步放开用语表面观察的限制,将更多的周围情事纳入考虑范围,但对规则协调性和适用统一性的追求,依然贯穿于整个民事司法过程。这种注重规范性的路径可以称为形式主义的合同解释,其主要工具是缺省规则。

缺省规则通常作为法庭填补合同缺口的法定隐含条款使用,在当事人怠于行使自由选择权利时"候补登场",推断双方合意。由于缺省规则是按照社会多数情形来设置,背后有概率统计学的支撑,兼之立法者会依据公共政策不断进行动态调整,故而被认为是有效率的。我国合同立法及其司法解释的制定与修订一直致力于打造协调一致的缺省规则体系。在当事人明示约定及法律强制适用之外的场合,大量的缺省规则被法庭裁判所援引,用以解释合同和推测合意。用规范来直接推定双方的合意,其优势是简单易行、节约成本,尤其是在合同自由已经发生严重异化的情况下,广泛运用缺省规则的好处不言而喻。可以说,在认知能力与信息环境不匹配的数字社会,缺省规则才是合同治理的真正主导者。

通过缺省规则直接确定双方合意,一度被认为是合同解释的不二之选。可是,一旦脱离了

〔34〕 参见丁晓东:"论算法的法律规制",《中国社会科学》2020年第12期,第143页。

〔35〕 参见李胜蓝、江立华:"新型劳动时间控制与虚假自由——外卖骑手的劳动过程研究",《社会学研究》2020年第6期,第91-112页。

〔36〕 参见杨良宜:《合约的解释:规则与应用》,法律出版社2015年版,第31页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

具体的缔约背景/语境,这种真意探寻路径的合理性就会大打折扣。市场交易讲究互惠互利,由“多数主义”缺省规则推断出来的“形式合意”,未必是符合公平的“真实合意”。当解释者过于看重规范形式,就无法将当事人的认知局限这一关键因素纳入视野,只能从表面上机械地理解合同自由原则支配下的当事人行为,难以发现交易的真正意图。

实践中,形式主义合同解释的缺陷主要体现为两点:首先,对缺省规则的过度倚重加剧了协商不足的问题。流行的观点认为,缺省规则可以减少缔约成本,避免事无巨细的磋商,从而提高谈判的效率。吊诡的是,原本旨在增进合同自由的缺省规则非但未能促进交易,反而产生了阻碍谈判的意外后果。究其原因,是缺省规则所代表的权利分配状态被双方当事人作为谈判的起点和基础,相当于为自由协商设立了参考点,从而引发了现状偏见和禀赋效应。〔37〕缺省规则强化了合同谈判中惯性的力量,并造就了“粘性”的谈判语境,〔38〕最终导致谈判者减少积极改变默认条款的决定。很多时候,由于害怕“何必当初”的后悔体验,合同双方整体上倾向于那些不行动而起作用的缺省规则,哪怕积极谈判和主动改变可能带来的收益更大。〔39〕例如,《合同法》第 224 条和《民法典》第 716 条均规定了承租人擅自转租场合的解除权,其实质就是将禁止转租作为租赁关系的默认状态。这种缺省规则对出租人产生了强烈的心理暗示——与承租人协商适当允许其转租的预期收益可能远低于不行动——尽管这多半不是事实,也未必符合公共政策。〔40〕缺省规则使人们获得了超常的自信,从而拒绝一些有益的谈判和选择。〔41〕

形式主义路径的第二点缺陷是,用一种不精确的方式来推断合同真意。缺省规则立法的重要使命,是寻求效率性和精确性的平衡。形式主义路径的最大问题在于,片面谋求效率性而牺牲了精确性,试图将某一缺省规则不加区分适用于所有当事人未予明确选择的情形,达到“一劳永逸”的效果。可是,市场的复杂性程度远超立法者的想象,交易种类、合同主体、履行状况等都是当事人真实合意的重要构成元素,只有充分考虑这些因素,具体情况具体分析,才能推测出符合公平原则的合同真意。我国现行的缺省规则体系虽然竭力周全谋划,但始终难改其粗放性,据此推断得出的合意难免有失精准。以自然人之间的借款合同为例,按照《合同法》第 211 条和《民法典》第 680 条的规定,双方对支付利息没有约定或者约定不明确的,视为没有利息。这一缺省规则对自然人的身份特征产生了错误的认识,忽视了其作为现代商事主体的另一面。最高人民法院在裁判中就纠正了这种过于绝对的做法,主张法院应结合借贷事实进行判断,借款方长期从出借方处取得巨额借款不支付利息,明显不符合常理,应认定两自然人

〔37〕 Russell Korobkin, “Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 51, No. 6, 1998, pp. 1583－1648.

〔38〕 Omri Ben-Shahar and John A. E. Pottow, “On the Stickiness of Default Rules”, *Florida State University Law Review*, Vol. 33, No. 3, 2006, pp. 651－682.

〔39〕 Russell Korobkin, “The Status Quo Bias and Contract Default Rules”, *Cornell Law Review*, Vol. 83, No. 3, 1998, pp. 608－687. 当然,从少犯错误的角度来说,这种做法有其合理性,如查理·芒格和沃伦·巴菲特倡导的“减少决策”思维。

〔40〕 比如针对商业物业及新冠疫情的特殊时期,允许转租更能实现双方“共赢”。参见武腾:“民法典实施背景下合同僵局的化解”,《法学》2021 年第 3 期,第 84－100 页。

〔41〕 Brigitte C. Madrian and Dennis F. Shea, “The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 116, No. 4, 2001, pp. 1149－1187.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

之间存在支付利息的约定。〔42〕

良好的合同治理,应当以促进交易的公平性为首要目标。传统合同治理体系是以合同自由为基础,衍生了一系列基于形式主义的解释规则。在数字技术的冲击下,其实践效果不佳,对合同真意及责任分配的把握经常有失妥当。形式主义合同解释的失灵,根本原因在于缺省规则的设计以"多数"取代"个体",无视现实交易中的差异性和多样性。因此,我们需要反思传统合同解释路径的正当性。远离"形式合意",探寻"真实合意",回归市场和交易本质,可以有效地提升合同治理水平。同时,放弃形式主义的合同解释,转向功能主义的合同解释,也与当下民法立法注重实质公平的大趋势相契合。

为形式主义合同解释辩护的一个可能的理由是,它是控制解释成本的必然选择。但这种说法显然是片面的,忽视了"总体上降低合同治理成本"这一更为宏观的目标。现今合同法变得越来越正式和复杂,合同语言风格越来越专业化和精英化,已经脱离了社会公众所能理解的范围,无助于合同真意的协商和形成。合同条款数量的急速膨胀带来了更高的认知负荷,明晰合同真意的核心要义,减少对繁琐且正式文字的依赖,将有限的认知资源投放到事先的促成合意而不是事后的文本解释,才能整体上提升合同治理的社会效率。以牺牲合同治理整体效率为代价,换取事后解释的便利,可谓得不偿失。考虑成本控制因素,不能仅从局部考虑,而应放眼整体和全局。

(二)示范文本与真实合意

另一项用于减轻决策负担的工具是标准合同示范文本(boilerplate)。合同示范文本是由国家主管机关或行业协会制定并发布的合同参考文本,通常是对某一领域内的成熟经验和共性做法的归纳总结,虽然不具有强制适用性,但其追求公平的初衷与缺省规则是一致的。在某种程度上,示范文本可以说是缺省规则的一种衍化形态。然而,二者在功能发挥机制上有着显著的差异:缺省规则是在合同之外间接推测当事人合意,示范文本一般会作为通用条款写入正式合同,在合同之内直接表明双方合意。因此,在市场实践中,尤其是在互联网环境下,示范文本往往凌驾于缺省规则之上,在双方当事人明确接受示范文本的场合,缺省规则很少有适用的余地。

与当事人逐一谈判拟定的合同相比,基于示范文本所签订的合同在交易合意的形成上有很大不同。虽说示范文本是由公允的第三方所事先制定的,但通常是由其中一方当事人所发起和引入,其对该示范文本内容和细节的关注和熟悉程度是对方当事人所不能相比的。在"概括同意"的合同签订模式下,示范文本被整体纳入正式合同后,就认定双方当事人已就所有条款就达成了一致意见,交易合意可以根据合同条款直接推导出来,不管当事人是否真实了解和接受全部合同条款,这有别于"个别同意"的合同签订模式。所以说,基于示范文本的合同真意本质上还是一种"形式合意",而非"真实合意"。在一般的观念中,遵循形式主义规范的示范文

〔42〕 参见寿光广潍汽车销售服务有限公司、潍坊广潍汽车销售服务有限公司等与梁廷国、王龙江民间借贷纠纷再审民事判决书,最高人民法院(2016)最高法民再207号。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

本被认为与缺省规则有着同样的优点:减少意见分歧、降低交易费用、提高缔约效率等。〔43〕而且,作为缺省规则的高阶形态,示范文本在不少方面还进行了改进,比如通过具体化、标准化的文字表达来提高意思表示的确定性,克服立法语言固有的抽象性和模糊性;比缺省规则更为灵活和开放的权利义务安排。〔44〕

然而,示范文本的实际效果远不如预期美好。推广示范文本也许能加快缔约的节奏,但却未必能实现交易的真正意图,保障交易的公平。在认知控制的交易环境下,示范文本的运行绩效令人担忧。学者早已注意到,示范文本会带来对合同条款"全然无知"(sheer ignorance)的问题——当事人很少会认真阅读示范文本中的条款及细则,其对合同的认识和理解只停留在"我已接受"的程度,类似于网上的一键同意按钮。〔45〕在认知缺位的情况下,显然不能仅凭整体同意的表示行为来推测当事人的真实合意,缺乏实质性同意要件的合同不应具有强制执行性。更何况,强势方还会利用对方的认知疏漏添加、修改、删除部分内容,将示范文本从相对公平的通用条款变为偏袒己方的专用条款,植入更多的心理控制手段,把私利隐藏在形式合意的身后。示范文本在追求快速缔约的同时,大大削弱了当事人谈判的积极性。在采纳示范文本的态势下,针对具体条款的谈判很难有良好的效益。更少的协商、更多的强制,最终导致示范文本被严重扭曲,据此确定的合意难谓公平。

"扭曲的示范文本",该如何确定其真实合意呢?有学者提出,在探寻基于示范文本的合同真意时,应抛弃形式主义的解释路径,拒绝依据表面文字确定的"形式合意",用通识性眼光来判定当事人的真实合意。〔46〕还有学者认为,示范文本确实存在偏离真实合意的问题,但一概排斥示范文本的适用,只会让当事人陷入无休止谈判的泥潭,正确的做法应该是普遍采用"个别同意"的缔约方式,并且根据公平、效率等价值导向来改造同意表示行为的规范基础。〔47〕虽然这些观点各有侧重,但其共同的目标指向都是反对形式主义解释,探寻合同真实意图,这与合同缺省规则的改进思路是高度吻合的,这无疑启发了下一步的制度设计。

四、构建大数据与智能算法驱动的合同治理体系

在我国理论界,缓和合同解释形式主义的观点早已有之。多数学者认为合同解释不能拘泥于合同文字,而应全面考虑与交易有关的情事,将主客观因素结合在一起确定当事人的真实

〔43〕 Reid Kress Weisbord and David Horton, "Boilerplate and Default Rules in Wills Law: An Empirical Analysis", *Iowa Law Review*, Vol. 103, No. 2, 2018, pp. 663－712.

〔44〕 Omri Ben-Shahar, "Regulation Through Boilerplate: An Apologia", *Michigan Law Review*, Vol. 112, No. 6, 2014, pp. 883－904.

〔45〕 Margaret Jane Radin, *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2013, pp. 21－24.

〔46〕 Gregory Klass, "Boilerplate and Party Intent", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 82, No. 4, 2019, pp. 105－138.

〔47〕 Matthew A. Seligman, "The Error Theory of Contract", *Maryland Law Review*, Vol. 78, No. 1, 2018, pp. 147－204.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

意思。〔48〕这些主张看似稳妥,实则并无切实助益。之所以"看似稳妥",是因为以理性人标准为主可以有效地保护信赖和简化裁判,以主观主义为辅又能兼顾个案公平,为探寻当事人内心真意留有余地。但之所以"无切实助益",则是因为这种做法只是事实还原技术条件低下的权宜之计,在司法实践中过分依赖法庭飘忽不定的取舍,解释结果经常有失公平的情况并未因此得到太大的改观。合同解释形式主义及其缓和的一系列主张,最大的错误在于把眼光局限在规则本身上,忽视了规则背后科技变革的决定性影响。既然单纯的规则改良效果有限,那么转而依托飞跃发展的信息技术,修正合同治理的底层逻辑,能否在一定程度上消解合同解释缺乏精确性这一根本性问题?

本文就此给出的回答是肯定的。市场经济的基础是个体选择,尊重差异性是文明社会的应有之义。要想实现真正的交易公平,必须充分关注每一次交易的具体情形,对合同真意进行准确的判定。因此,合同治理体系的整体效率取决于真意探寻的精确性。"功能主义的真意探寻"能最大限度还原交易全貌,展现当事人的真实意图,自然是最佳的制度安排。过去合同法强调外观性和一般性,那是工业时代信息能力有限情况下的被迫选择。人类进入信息时代后,数据与计算能力的不断改进使考察内心真意成为可能,合同治理有望重新回归理想的状态。〔49〕规则驱动和数据驱动这两条技术路线并非相互矛盾,而是相互补充。〔50〕现代信息技术的深度介入,借助大数据和智能算法等手段对合同法进行个性化重塑,将重心从模糊的整体转向精确的个体,可以在很大程度上改善合同治理的效率。〔51〕

(一)助推与合同能力提升

数字环境下合同自由被不断侵蚀,主要原因是当事人的合同能力跟不上市场交易的发展变化。在关联信息的获取利用、合同结果的预测分析、交易决策的实施执行等众多方面,当事人都缺乏足够的认知能力支撑其做出正确的选择。与事后被动解释填补漏洞相比,提升当事人合同能力属于事前主动的应对方式,是摆脱这种困境的根本出路。

对于如何克服认知限制,引导人们做出更理性的选择,塞勒和桑斯坦提出了"助推"(nudge)这一极富创见的建议。他们认为,在不需要强制性手段的情况下优化选择体系,为人们创造一种更贴合他们习惯和动机的决策环境,可以很好地改善选择的效果。助推不同于命令,它既不会妨碍选择的自由,也不会增加选择的负担,仅仅通过菜单和默认选项的细微调整就能带来有益的改变。〔52〕可见,"助推"的核心理念——"帮助人们做决定",而不是"代替人们做决定"——与合同自由精神是不谋而合的。不过,助推的主张并非无可挑剔的,要想有效地增强人们的合同能力,它还需从两个方面加以改进:

---

〔48〕 参见崔建远:"合同解释的三原则",《国家检察官学院学报》2019 年第 3 期,第 141－150 页。

〔49〕 Anthony J. Casey and Anthony Niblett, "The Death of Rules and Standards", *Indiana Law Journal*, Vol. 92, No. 4, 2017, pp. 1401－1448.

〔50〕 参见申卫星、刘云:"法学研究新范式:计算法学的内涵、范畴与方法",《法学研究》2020 年第 5 期,第 17 页。

〔51〕 David A. Hoffman, "From Promise to Form: How Contracting Online Changes Consumers", *New York University Law Review*, Vol. 91, No. 6, 2016, pp. 1595－1650.

〔52〕 参见(美)理查德·塞勒、卡斯·桑斯坦:《助推》,刘宁译,中信出版集团 2018 年版,第 1－17 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

一方面,对助推的措施和体系进行个性化改造。虽然立法者对选择菜单和缺省规则精挑细选,但并不能确保某项设计始终恰如其分。〔53〕有学者发现,许多助推措施未能产生预期的"粘性",人们没有顺从地接受默认选项,而是明示拒绝并选择了其他选项,拒绝默认选项的人群恰好又是该默认选项的最大受益者。〔54〕如果用一种错误的做法取代了另一种错误的做法,那助推就失去了意义。信息社会是被全面记录留痕的数字化环境,非常适合开展大数据个性化推荐,实现精准助推。基于个人情事和交易行为的大数据,可以根据助推对象的不同进行差异化的缔约建议推送,披露同类交易的宏观数据,指引人们做出合同选择,包括告知过往同类人群的选择倾向、提示不同选项的潜在后果、阐述缺省条款的设置理由、针对每一个人的最优方案,等等。这些缔约建议既可以由政府或社会第三方提供,也可以通过立法成为合同相对方的法定义务。例如,留存于支付平台上的零钱余额,不应由平台直接将"用于购买特定现金理财产品"设定为默认的资金处置方式,而应由平台向用户发送独立的缔约建议并取得用户的单独同意。行业监管机构可作出缔约建议的具体规定,要求平台必须以显著的方式提示用户可以便捷查阅不同选项背后的用户行为数据,阐明默认选项设置的正当理由是与该用户同类的其他用户的多数选择,并提醒该用户这种默认选项设置是基于个人特征的结果,用户应在不同选项之间进行慎重选择。

另一方面,对干扰助推的行为进行实质性规制。除了精确性不足以外,导致助推失灵的又一重要原因是规避和操纵。在鼓励自由选择的信条下,设计精妙的助推体系其实较为脆弱,极易被合同强势一方打破。在助推结果不利时,利益关联的强势方就会巧妙地利用弱势方的懒惰天性,以及助推体系非强制适用的特点,诱使做出对其有利的选择。这里存在一个悖论:助推体系允许自由选择,而自由选择又会推翻助推体系。很显然,一味维持表面的"你情我愿"是行不通的,立法者有必要进行适度的干预,对强势方擅自改变立法者初设的助推体系加以限制。常见的规制措施包括:①限制强势方滥用协商手段规避助推,如设置障碍阻止商家诱导消费者放弃有益的缺省规则、禁止针对不同的消费者制定歧视性缺省规则、不允许排除对消费者有利的选项等;〔55〕②要求强势方提供不偏不倚的选择体系和决策环境,如禁止利用认知控制手段混淆视听、规定澄清和简化选择体系的法定义务等;③留给弱势方足够的缔约决策缓冲空间,如重要交易中在助推默认状态上停留一段时间、在否定默认选项和最终决策之间设置类似"冷静期"的法定时间差等。〔56〕

〔53〕 Ian Ayres, "Menus Matter", *University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 1, 2006, pp. 3－16.

〔54〕 Lauren E. Willis, "When Nudges Fail: Slippery Defaults", *University of Chicago Law Review*, Vol. 80, No. 3, 2013, pp. 1155－1230.

〔55〕 例如,打车平台、购物平台等商家惯用的伎俩是,同时向用户提供默认勾选的高亮度大版面的选项和灰化处理的低亮度小版面的选项,利用用户的懒惰和疏怠诱导其选择默认选项,监管部门应明确禁止商家以差异显示的方式向用户提供菜单选项;又如,某宝平台在用户下单时默认接受驿站代收,但却没有提供拒绝方式,取消接受驿站代收的选项做了灰化处理,事实上排除了用户作出其他有利选择的可能性,这种做法也应当加以明令禁止。

〔56〕 Willis, supra note 54.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

(二)基于智能算法的合同解释

传统合同解释奉行文本中心主义,倡导规范化分析进路,主张真意探寻应围绕合同文本和条款展开。众所周知,文字与语言表达对认知的要求非常高,审阅书面合同是一项繁琐而耗费心力的工作。越是正式、专业、复杂的书面合同,对合同当事人认知力和注意力的要求就越高,对认知受限的人群来说就越不公平。由于无视合同本文背后的认知差异,规范化解释很难准确反映双方表意的真实状态。而且,规范化解释的方法繁多,常常相互矛盾,对同一情形选择不同的解释方法会推导出完全不同的结论,造成严重混乱。〔57〕

为适应复杂的认知环境,本文提出一种新的合同解释理论——"功能化解释"。与规范化解释关注文字与语言表达不同,功能化解释考察的重点转向与合同相关的行为和情事,主张真意探寻应注重交易实质,充分考虑不同交易情形下每个当事人的行为选择和背景信息,纠正文字依赖带来的解释误差,还原合意形成的全过程。功能化解释的基本思想是,行为是比语言文字更准确的线索,语言文字受认知负荷的制约,传递真意信息的效率低下,而"市场行为反映一切信息",个人行为才是合同解释最重要的依据。随着大数据与算法技术的发展,个人在时间、空间方面的行动轨迹可以被全面记录和捕捉,在算法控制下从中提取与合同缔结与履行相关的信息,依据元数据识别行为或活动背后的意图,自动推测其与合同真意的关联性,供解释者参考。

以算法为核心的功能化解释,追求对交易实质的精准理解,必然要求摆脱交易形式——合同文本和条款的限制。这种转变,与数字环境带来的信息压制有很大关系。在数字化经济下,合同条款的设计愈发精妙,术语的使用也愈发严谨。对认知弱势方来说,极致的文字和表达不但没有起到明晰权责的作用,相反还会遮掩其真实的意图。弱势方在文字处理方面表现笨拙,远不如强势方那样应付自如。在认知受限时,真意信号传递的关键是行为和习惯,而不是文字。因此,功能化解释的首要任务是释放被合同文本所压制的真实信息。

近年来,学者们在规范化解释之外提出了形形色色的解释方法,试图通过各种大数据与智能算法突破合同文本与字义的限制,这与功能化解释的努力方向大致接近。例如,有学者提出在对自然语言进行大规模收集和学习的基础上建立法律语料数据库,用以确定合同关键用语的通常含义,即使从文义上看合同的用法并无太大歧义。〔58〕还有学者建议采取调查和实验的方法来确定争议条款的含义,用社会惯常性理解取代规范性解读。〔59〕然而,这些主张过于零散,而且未能将个体行为数据这一关键要素放入讨论范围,与本文倡导的功能化解释仍有较大的差距。

功能化解释是一个系统的理论体系,其基本原理和规则要点主要包括:①个体行为是合同解释的核心变量;②依托准确强大的算法工具对行为大数据进行分析,可以甄别各种交易关联因素对合意的影响;③不同的关联因素是否纳入解释范围,以及在计算中所占的权重,与合同主体、交

〔57〕 Alexander Volohk, "Choosing Interpretive Methods: A Positive Theory of Judges and Everyone Else", *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 3, 2008, pp. 769－846.

〔58〕 Stephen C. Mouritsen, "Contract Interpretation with Corpus Linguistics", *Washington Law Review*, Vol. 94, No. 3, 2019, pp. 1337－1418.

〔59〕 Omri Ben-Shahar and Lior Jacob Strahilevitz, "Interpreting Contracts via Surveys and Experiments", *New York University Law Review*, Vol. 92, No. 6, 2017, pp. 1753－1827.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

易类型和活跃程度等有关;〔60〕④将算法解释结果评估与法庭裁量权控制相结合,明确算法解释辅助裁判的功能定位,允许对算法解释进行再解释;⑤算法解释的程序公正与实体公正并重,设计算法公式时应更多地考虑弱势方被文本压制难以展现的信息,同时制定算法公式的公开与异议程序;⑥建立与合同相关的个人行为轨迹信息库,作为算法解释的主要数据来源。

在司法实践中,上述制度设计的顺利实现依赖于基础行为数据的全面搜集。如果仅通过举证责任分配来激励当事人提供行为数据,可能会在很大程度上限制其适用范围。在数字环境和平台经济中,强势方往往同时掌握合同条款和行为数据的双重优势,弱势的用户既签署了苛刻的合同文本,又缺乏搜集对己有利的行为数据的能力,根本无法通过行为和习惯的反证来摆脱合同文本的约束。因此,在对高度标准化的合同(如互联网理财、保险、消费等)进行解释时,法院可责令合同强势方提供同类用户的基础数据和该用户的个人数据作为参考,通过观察和对比多数用户的行为选择来评判该用户偏离合同文本约定的合理性,进而综合推测争议合同的真实合意。

不难想见,功能化解释的推广适用会带来两个直接后果:第一,精准性。在加入个体行为选择分析后,争议条款的通常含义可以获得个案情境化的调适。〔61〕承认差异性能有效增强针对性,这种个案导向的解释无疑更贴合当事人的主观意思。第二,平民化。越是依赖精致文字的合同实践,其精英色彩越浓,普罗大众的参与门槛就越高。基于个体行为大数据的算法解释,可以大大缓解人们的认知焦虑,促使合同实践的整个社会风格发生根本转变,走低认知成本、重行为表现的治理路线。

有人担心,智能算法的引入会使合同解释变得格外复杂,反而会增加解释的成本。从短期来看,合同解释似乎确实需要考虑更多的因素。但智慧科技对合同治理效率的提升,应当从更长期的角度来理性观察,这与经济学中的规模效应降低边际成本非常类似。只有具备足够大的司法应用基数,算法解释的效益才能真正显现出来。通过建立常态化与合同相关的个人行为轨迹信息库,法院不必在每个个案中费尽心思审核证据,可以大大降低事实查明环节的成本;系统开发并推广应用算法解释公式,无须逐个案件分析异同,类型化的方式有助于法院应对数量规模巨大的合同纠纷。自动化和辅助化的算法解释,无疑可以从整体上降低法院审理合同纠纷的制度成本。

(三)个性化的合同缺省规则

面对合同漏洞问题,现行立法通常采取一视同仁的态度,其核心是以整体化的逻辑,用“批发”或“打包”的方式来设置合同缺省规则,而不是逐个考虑每次交易的具体情况,主要目的是更便捷地考察合同真意、简化解释任务。但批发模式的缺点是显而易见的,简单划一的做法无

〔60〕 Ronald J. Gilson et al., “Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design”, *Cornell Law Review*, Vol. 100, No. 1, 2014, pp. 23－98.

〔61〕 See Thomas R. Lee and Stephen C. Mouritsen, “The Corpus and the Critics”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 88, No. 2, 2021, pp. 275－366; Kevin P. Tobia, “Testing Ordinary Meaning”, *Harvard Law Review*, Vol. 134, No. 2, 2020, pp. 726－807.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

法应对错综复杂的市场环境,立法者过于武断的默认设定经常是低效的,有时候甚至是错误的。〔62〕对高度动态性和异质化的信息社会而言,个体特质是精确性和公平性的基础。依托日益进步的信息技术,对合同缺省规则进行个性化改造,采用"零售"方式来处理漏洞补充问题,是完全可行的,也是有效率的。〔63〕

个性化的缺省规则(personal default rules),建立在对个人信息、偏好、行为等数据进行全面搜集的基础上,改变过去一概而论的粗放式做法(crude default rules),转向区别对待的精细化做法(granular default rules)。个性化追求的是适当性而非同等性。根据具体交易情境选择合适的默认选项,是个性化路径的基本主张。〔64〕个性化路径的设计与实施,大致上应遵循两个基本步骤:实验取样和个别调适。

步骤一:实验取样。由承担公共职能的机构从社会中挑选出若干符合条件的志愿者作为实验对象(guinea pigs),这些志愿者必须在个人特征上与争议个案的合同当事人具有相似性,然后再模拟争议个案的具体交易情形,对他们进行跟踪访谈和观察。比如,要求志愿者在仔细认真阅读那些正式冗长的合同条款和细则后,在众多备选方案中做出积极的选择,由此选出的方案将作为最终的默认选项。〔65〕为什么实验对象的主动选择可以称为个性化的制度安排?首先是因为类似的身份与处境,使得实验对象和个案当事人在认知行为模式上十分相近;其次是排除认知负荷的干扰,实验对象的积极选择接近于理想状态下合同当事人的真实行为。简言之,通过寻找相似性的取样策略,我们可以开展模拟社会实验,找到特定情境下的代表性做法。

步骤二:个别调适。为了消除代表性偏差,应当在前一步骤的基础上加入更多可靠的细节和信息,以修正情境迷惑带来的谬误。如果完全不考虑争议个案的具体情况,那实验取样推导出来的默认选项,充其量只是缩小版的整体化选择,谈不上真正的个性化。个性化改造关键的一步,就是从合同当事人的个体特征和行为轨迹等大数据中解读出交易背景信息,发现其中与众不同之处,经过算法比较后,维持或改变默认选项。之所以要坚持实验取样这一步骤,而不是直接从争议个案出发,原因在于这种渐进的个性化有助于坚守规则秩序的底线,不至于受无穷无尽的个体因素拖累。〔66〕可以说,步骤一软化了盲目追求统一性的规范体系,步骤二则极大地推进了缺省规则设置的精确性。

以"线上交易"为例,《民法典》第491条第2款为电子合同的成立设置了一项缺省规则:在当事人没有约定的情况下,电子合同在"对方选择该商品或者服务并提交订单成功时"成立。依解释,订单一旦提交成功,合同即成立,发布商品或者服务信息的当事人应当按时交付商品

〔62〕 Alan Schwartz and Robert E. Scott, "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 3, 2003, pp. 541－619.

〔63〕 Sunstein, supra note 6.

〔64〕 Alan Schwartz and Robert E. Scott, "The Common Law of Contract and the Default Rule Project", *Virginia Law Review*, Vol. 102, No. 6, 2016, pp. 1523－1588.

〔65〕 Ariel Porat and Lior Jacob Strahilevitz, "Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data", *Michigan Law Review*, Vol. 112, No. 8, 2014, pp. 1417－1478.

〔66〕 Omri Ben-Shahar and Ariel Porat, "Personalizing Negligence Law", *New York University Law Review*, Vol. 91, No. 3, 2016, pp. 627－688.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

或者提供服务。〔67〕但深究下去,这一规则并不能应对各种复杂的交易情况,缺乏足够的灵活性。发布信息的当事人往往通过设置格式条款的方式作出特别的意思表示,相对方必须勾选同意该格式条款方能提交订单,从而改变这一默认设置。〔68〕尽管通过对格式条款是否有效进行具体判断能在一定程度上限制发布方的规避行为,但一刀切的合同成立节点设置的确会产生误导,与互联网营销的现实严重脱节。按照本文的设想,应先进行社会实验取样,发现同类人群在类似交易条件下购买商品或服务时的真实心理(尤其是对格式条款的关注情况),然后根据特定用户过往的购买习惯进行调适,确定最符合当时场景的合同成立节点。从法律条文来看,可以将但书条款修改为"但是当事人另有约定或根据交易情形更符合公平原则的除外",为个性化的缺省规则设置留下制度空间。

五、结语:通过智慧科技迈向法律个性化的未来

自由是有认知成本的,合同自由也不例外。在巨大的认知负荷下,平等协商是遥不可及的奢侈。屈从于自由表象下的认知控制,是人们达成交易换取回报的必要代价。然而,自由选择的权利长期受到压制,势必会导致合同治理陷入困境,损害公平的市场环境,侵蚀市场经济的根基。如何摆脱认知因素的制约,实现真正的合同自由,是当代合同治理的根本任务。新一代信息技术的飞速发展开启了全新的人类行为模式,这对饱受认知问题困扰的合同治理来说既是挑战也是机遇。在数字环境下对个人行为轨迹信息进行全方位追踪、捕获和预测技术的广泛运用,能为合同治理体系的深度调整带来更多的可能性。〔69〕

本文指出,个性化代表着合同治理的未来发展方向,无论是事前的缔约助推还是事后的合同解释,个性化的规则安排都能带来更精准的规制效果,显著提升治理效率,更好地实现合同公平。以行为大数据与智能算法为核心,对合同规则体系进行功能化改造,使治理的重心从模糊的整体转向精确的个体,将彻底改变当代合同法的面貌。"法律个性化"这一振聋发聩的呼声,是人类社会以开放姿态拥抱智慧科技的集中表现,必将推动法治范式发生颠覆性的转变,值得我们认真对待。〔70〕

与此同时,我们也应看到法律个性化可能带来的诸多隐忧。有学者就认为,法律个性化只是信息社会的"法律乌托邦",其普及和推广会激发人们的投机主义心理,诱使人们做出故意强

〔67〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 71 页。

〔68〕 格式条款可能包括付款后合同成立(已被《电子商务法》第 49 条第 2 款所禁止)、提交订单后待发布方确认后合同成立、限时付款过时取消订单、数量有限先到先得(发布方拥有最终解释权)、抽签确定随机发货(未中签者自动取消订单)、合同虽然成立但商品采购中发货时间不确定,等等。这些格式条款足以让合同成立的缺省规则形同虚设。

〔69〕 Spencer Williams, "Predictive Contracting", *Columbia Business Law Review*, Vol. 2019, No. 2, 2019, pp. 621－695.

〔70〕 晚近学界对法律个性化问题讨论热烈,如美国《芝加哥大学法律评论》于 2019 年第 2 期以专刊形式研讨了 Personalized Law,共刊载 13 篇相关主题的文章。此外还有很多学者以不同形式提出了倡导法律个性化的主张。See Casey and Niblett, supra note 49; Sunstein, supra note 6.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

化个人特征的策略行为。〔71〕在个性化的旗帜下,人们很容易通过伪装来欺骗大数据和算法,获得额外的奖励,最终导致社会行为模式严重变形,引发道德风险。法律个性化还会加剧社会竞争和内卷,个人信息的过度披露带来严重的社会歧视,长远来说必将损及弱势群体的利益。〔72〕除此以外,法律个性化可能还会带来统一性缺乏、体系复杂、标准混乱、制度成本增加等一系列负面效应。尽管并不完美,但法律个性化在全社会推广应用的无限潜能,足以使其成为一项值得孜孜追求的重要选项。事实上,上述问题很多时候恰恰是因为个性化程度不足引起的。正是因为社会转型的严重信息不对称,个体的真实状态往往不能有效呈现,进而引发更大的混乱。借助更为精细化和结构化的制度设计,以及日新月异的智能科技手段,个性化可以变得更高效,我们完全有希望消除这些负面影响,实现更为实质化的合同自由。

Abstract: Ensuring the effectiveness of parties' free choice is the key to improve the efficiency of contract governance. Into the digital society, the complex decision-making environment and high cognitive cost have made great changes in people's contract behavioral mode. Freedom of contract has been seriously eroded and reduced to a nominal text declaration. The cognitive control hidden behind the false freedom is an important dimension to explore the freedom of contract. The traditional contract law adopts a formalistic interpretation to deal with the problem of insufficient negotiation and giving up choices, and relies on imprecise default rules to explore the true meaning of the contract, which has been proved to be unable to deal with the impact of digital technology. With behavioral big data and intelligent algorithm as the core, we shall organically combine the two technical routes of data-driven and rule-driven, modify the underlying logic of contract governance, and carry out personalized transformation from three aspects: contract promotion, algorithm interpretation and default rules, so as to shift the focus of governance from fuzziness to accuracy, which can significantly improve the efficiency of contract governance and better realize fair transaction.

Key Words: Freedom of Contract; Cognitive Control; Default Rules; Contract Interpretation; Personalized Law

(责任编辑:贺　剑)

〔71〕 Jordan M. Barry, John William Hatfield and Scott Duke Kominers, "To Thine Own Self Be True? Incentive Problems in Personalized Law", *William & Mary Law Review*, Vol. 62, No. 3, 2021, pp. 723－790.

〔72〕 关于个体信息披露与社会歧视的详细讨论,参见杨彪:"信息治理与社会歧视——中国隐私立法的策略与实践",《社会学研究》2015 年第 6 期,第 26－45 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/