

平台经济中的弱势群体保护*

[意]圭多·斯莫尔托

内容提要:近年来,以平台经济、分享经济、P2P、协作经济等多种名称闻名的全新商业模式应运而生,其利用数字技术通过网络平台连接不同用户群体,助推资产与服务交易便捷化。这一商业形态和市场结构的剧变引发了一场激烈的讨论,即在双边 B2C 交易模式中采取的用来保护弱势群体的管制措施是否应当继续维持。人们普遍呼吁建立一个更为“平等的竞争环境”,这为重新考量监管范围及将监管责任下放给平台提供了有力的支持。本文对此提出质疑。平台经常利用标准化文本、体系结构和算法对包括需求方、供给方在内的用户施加影响,而市场机制多大程度上能自发地形成针对这一问题的解决办法尚未可知。本文第一部分旨在阐述平台缩小不平等性的原因,并解释为何这一结论未能充分考虑到许多相反的因素。第二部分则对网络平台所采用的条款进行检视,以此评估其是否映射出各方权利义务的不对等。本文认为在新兴交易市场中保护弱势群体利益至关重要,并提出些许建议。

关键词:平台 分享经济 弱势群体 利益保护

圭多·斯莫尔托(Guido Smorto),意大利帕勒莫大学法学院教授。

引言

近年来,以平台经济、分享经济、P2P 以及协作经济等多种名称闻名的全新商业模式应运而生,其利用数字技术通过网络平台连接不同用户群体,助推资产与服务交易便捷化。相比于线下和线上商家,网络平台并非直接供应商,而是利用广泛普及的互联网和移动技术充当虚拟的供需集合点,为市场的畅行提供辅助设施。^[1]

* 本文为作者在全世界范围内首发。译者为宁萌,武汉大学法学院经济法专业硕士研究生;校对者为袁康,武汉大学法学院副研究员。

[1] 参见 Kenneth A. Bamberger & Orly Lobel, “Platform Market Power”, 32 *Berkeley Tech. L. J.* 42 (2017); Liran Einav (et al.), “Peer-to-Peer Markets”, 8 *Annual Review of Economics* 615 (2016); Bertin Martens, “An Economic Policy Perspective on Online Platforms”, *Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper* 2016/05. JRC101501 (2016), 资料来源:<https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/JRC101501.pdf>,最近访问时间[2017-09-13]。

这一商业形态和市场结构的剧变引发了激烈的讨论,即在双边 B2C 交易模式中采用的保护弱势群体的监管措施是否应当维持。在平台经济中,顾客和服务提供者都被赋予了更多权利,前者拥有更为广泛的选择权并享受着更低的价格,后者从无数新商机中获利,而平台则通过采用全新机制增强信任从而使交易更加安全高效。人们普遍呼吁建立一个更为“平等的竞争环境”,这为重新考量监管范围及将监管责任下放给平台提供了有力支持。因此,放宽政策和依赖自律机制的呼吁迭起。^[2]

本文对这些假设提出质疑。平台经常利用标准化文本、体系结构和算法对包括需求方、供给方在内的用户施加影响^[3],而市场机制多大程度上能自发形成解决办法尚未可知。本文第一部分旨在阐述平台缩小了不平等的原因,并解释为何这一结论未能充分考量到许多相反的因素。第二部分则对网络平台所采用的条款进行检视,以此来评估其是否映射出各方权利义务的不对等。本文认为在新兴交易市场中保护弱势群体利益至关重要,并提出些许建议。

一 平台经济中的议价能力

(一) 评估授权过程:从网络勃兴到 P2P 交易

在双边 B2C 交易模式中,保护弱势群体一直是外部监管干预的主要原因,其合法性在于弱势群体与掌握着专业知识的交易对手相比缺乏平等协商的能力。然而,随着互联网和平台经济的勃兴,对外部监管干预的需求会随之消减。

1. 互联网的勃兴

自互联网出现伊始,就有人预测其带来的市场势力的变化将使消费者获利。其主要原因在于地域及时间限制的消除扩大了消费者的选择范围。来自“人群”和专家的有用信息,加之搜寻成本的下降极大地提升了消费者评估、比较产品及服务的能力,因此显著增加了消费者福利。^[4]基于此消费者被视为能够更精明、更了解且更好地做出明智的选

[2] 参见 Adam Thierer (et al.), “How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the ‘Lemons Problem’”, 70 *U. Miami L. Rev.* 830 (2016); Christopher Koopman (et al.), “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change”, 8 *J. Bus. Entrepreneurship & L.* 529 (2015); Molly Cohen & Arun Sundararajan, “Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy”, 82 *U. Chi. L. Rev. Dialogue* 116 (2015); Darcy Allen & Chris Berg, “The Sharing Economy: How Over-Regulation Could Destroy an Economic Revolution”, *Institute of Public Affairs* (2014)。

[3] 参见 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “A European agenda for the collaborative economy” [SWD (2016) 184 final], 协作经济包括三类参与者:(i) 共享资产、资源、时间或技能的服务提供者,其可以是偶尔提供服务的个人即同行,或是以专业能力提供服务的人即专业服务提供者;(ii) 这些服务的使用者;(iii) 通过线上平台连接提供者及使用者并便利二者交易的中介即协作平台。

[4] 参见 Jeremy Heimans & Henry Timms, “Understanding ‘New Power’”, 资料来源:https://hbr.org/2014/12/understanding-new-power,最近访问时间[2017-09-13]; Lauren I. Labrecque (et al.), “Consumer Power: Evolution in the Digital Age”, 27 *Journal of Interactive Marketing* 257 (2013); Eric Brynjolfsson (et al.), “Consumer Surplus in the Digital Economy: Estimating the Value of Increased Product Variety at Online Booksellers”, 49 *Management Science* 1580 (2003)。具体谈到分享经济,参见 Arun Sundararajan, *The Sharing Economy: The End of Employment and The Rise of Crowd-Based Capitalism* (Cambridge: The MIT Press, 2016), p. 111。

择,因此也为企业提供了更有效的动力。此外,消费者与过去相比不仅掌握了更多的信息,其还通过积极参与评论和反馈产生信息,进而增强个人意见通过评论和退出表达不满、影响市场、实施有效市场制裁的可能性。

2. 网络平台和数字市场

随着网络平台的兴起及平台作为中介方的出现,商家与消费者之间的双方合同关系变为三方关系,这一市场势力的改变将对消费者更为有利。与出售商品及服务的网络供应商相比,网络平台扮演着撮合交易的第三方角色。因网络平台商业模式的成功与市场质量显著相关,故平台高度重视保护交易环境及控制道德风险。此外,为达成前述目标,平台可利用海量信息并使用广泛工具,如事前筛选、声誉机制和其他监控系统,借以此来管理市场、制定规则、实施惩罚。通过此类手段,平台不仅可以提供类似于实体店的交易担保(如:产品图片及录像、细节描述及技术规格、在线客服、投诉服务),还创造了全新的交易可靠性传递机制(如:评分系统和信任机制)。^[5] 基于上述原因,数字平台应当被认为既有明显利益又有相关工具,来解决通常是由政府在 B2C 交易模式中进行监管的市场失灵问题。

3. 从专业人士到一般民众

有利于消费者的议价能力在具体的点对点交易中完成最终转化。随着传统的大型企业向数量众多的非专业化小微企业转型,无论在信息不对称方面还是在财富不均等方面,供应商和消费者之间的议价能力均差异不大。当交易发生在个体之间时,那些通常导致外部干预的信息不对称可能是双向的:提供短期住宿的房东和提供拼车服务的司机可能和房客或乘客一样对对方的可靠性有顾虑。^[6] 同理,随着大量的服务由普通人通过共享其时间和资产来提供,那些通常对 B2C 交易产生影响的财富差距就不太可能出现了,因为此时相对方之间的经济实力更接近,从而使得非专业人士之间的关系比 B2C 交易中的关系更加平等。

(二) 平台经济中是否存在弱势群体?

不可否认,尽管这些转变的确影响了互联网市场结构和数字经济组织形态,但其对各方议价能力的影响还远未明朗。人们普遍相信这一片面的观点,即现今消息灵通且拥有众多权利的互联网平台用户能够以平等条件与其相对方进行交易。但是,如果我们把其他相关因素也纳入考量,则会得出截然不同的结论。^[7]

1. 新型信息不对称

因为平台收集和使用大量数据的能力得到了提升,所以在平台用户权利明显增强这

[5] 参见 Hassan Masum & Mark Tovey (eds.), *The Reputation Society: How Online Opinions are Reshaping The Offline World* (Cambridge: The MIT Press, 2012), p. 211。

[6] 参见 Alex Tabarok & Tyler Cowen, *The End of Asymmetric Information?* 资料来源: <http://www.cato-unbound.org/2015/04/06/alex-tabarok-tyler-cowen/end-asymmetric-information>, 最近访问时间[2017-09-13]; 同上, *Symmetric Information Won't Be Perfect*, 资料来源: <https://www.cato-unbound.org/2015/04/20/alex-tabarok-tyler-cowen/symmetric-information-wont-be-perfect>, 最近访问时间[2017-09-13]。

[7] 参见 Yochai Benkler, "Degrees of Freedom, Dimensions of Power, DŒDALUS", 145 *The Journal of The American Academy of Arts & Sciences* 18 (2016), 其讨论了由最初权利分散的互联网设计到权利集中到相对少数人手中。参见 Vasilis Kostakis & Michel Bauwens, *Network Society and Future Scenarios for A Collaborative Economy* (London: Palgrave Pivot, 2014), pp. 5-28, 该书将“网络资本主义”定义为符合向资本积累方向发展的集中控制分散的基础设施这一特点的经济体系。

一点上,我们应该得出一个更为谨慎的结论。^[8] 这一新特点使我们认为平台带来的平等性变得模糊。平台对大量数据的收集可能使平台运营商与其用户之间产生新的信息不对称。值得注意的是,无论是消费者还是其他平台使用者均面临此类问题。

对于消费者而言,作为消费者权利的重要组成部分,同样的声誉机制也适用于博弈或其他形式的应用,目的是利用日益增长的用户依赖性。^[9] 用户生成内容通常被用来描述消费者,这种通过“市场控制”的手段,既易导致传统的市场失灵,又使得利用认知漏洞的机会增加。^[10] 更甚者,借助于大数据分析,平台拥有更多机会提供差异产品并对每位消费者收取精准的预订费——其愿意并且能够支付的最高价格。^[11] 这一新特点使得价格(和条款)歧视更易发生,也减损了消费者在固定价格的传统模式下享受福利收益的能力。^[12]

对于通过网络市场提供服务的商家来说,其常常无法获取相关信息。网络平台并未提供相关算法功能及评分标准的充分信息:个别因素是什么、权重是多少或如何考量均未可知。此外,商家不能事先评估该交易的营利性也不能设定价格,只能牺牲商业偏好被迫接受平台的任何提议,^[13] 而当平台因竞争原因意图保持低价时,这种做法很可能带来极

[8] 参见 Julia E. Cohen, “Law for the Platform Economy”, 51 *U. C. Davis L. Rev.* 133 (2017)。从经济学角度讲,平台代表着水平和垂直攫取用户数据剩余价值的策略。以知识为基础的市场日益重要,参见 Mayo Fuster Morell, “Online Creation Communities Viewed through the Analytical Framework of the Institutional Analysis and Development”, Brett M. Frischmann & Michael J. Madison (eds.), *Governing Knowledge Commons* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014)。

[9] 参见 Juliet B. Schor, “Does the Sharing Economy Increase Inequality Within the Eighty Percent?: Findings from a Qualitative Study of Platform Providers”, 10 *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society* 263 (2017)。大体上,我们相信用户很可能夸大这些网站上的排名和声誉数据的准确性;Sonja Utz (et al.), “Consumers Rule: How Consumer Reviews Influence Perceived Trustworthiness of Online Stores”, 11 *Elec. Comm. Res. & Apps.* 49, 54 (2012), 信息和产品的分离可能使消费者认为信息更加客观,从而使得情况比旧式的传统广告更加危险。

[10] 参见 Damian Clifford, “Citizen-Consumers in a Personalised Galaxy: Emotion Influenced Decision-Making, a True Path to the Dark Side?”, 资料来源: <https://ssrn.com/abstract=3037425>, 最近访问时间[2017-09-13]; Max N. Helveston, “Regulating Digital Markets”, 13 *N. Y. U. J. L. & BUS.* 33 (2016); Ryan Calo, “Digital Market Manipulation”, 82 *GEO. WASH. L. REV.* 995 (2014)。参见 Sofia Ranchordás, “Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy”, 资料来源: <https://ssrn.com/abstract=3082403>, 最近访问时间[2017-09-13]。“在平台经济的背景下,声誉反馈机制并不能创造完美的信息。相反,它创造了信息的幻觉。”

[11] 有关算法和自动定价程序对竞争及价格歧视产生的影响,参见 Salil K. Mehra, “Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms”, 100 *Minn. L. Rev.* 1323 (2016); Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, “How Pricing Bots Could Form Cartels and Make Things More Expensive”, 资料来源: <https://hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive>, 最近访问时间[2017-09-13]; Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, 2017 *U. Ill. L. Rev.* 1775 (2017)。

[12] 参见 Saul Levmore & Frank Fagan, “The End of Bargaining in the Digital Age”, *Cornell L. Rev.* (forthcoming 2018), 资料来源: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3062794, 最近访问时间[2017-09-13]。主张要求统一定价或定价透明以限制卖方在消费者合同中进行价格歧视的能力;有关价格歧视如何影响消费者的福利和竞争,参见 Dirk Bergemann (et al.), “The Limits of Price Discrimination”, 105 *AM. ECON. REV.* 921 (2015); Hal R. Varian, “Computer Mediated Transactions”, 100 *Am. Econ. Rev.* 1 (2010), 认为当固定成本高,边际成本低时,个性化定价往往会增加产量、消费者剩余和福利;Kenneth S. Corts, “Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly: All-Out Competition and Strategic Commitment”, 29 *Rand J. of Econ.* 2, 306 (1998)。参见 Uk Office of Fair Trading, “The Economics of Online Personalised Pricing”, 资料来源: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/research/of1488.pdf, 最近访问时间[2017-09-13]。

[13] 参见 Alex Rosenblat & Luke Stark, “Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber’s Drivers”, 10 *Int. J. Comm.* 3758 (2016)。

大问题。^[14]

2. 沟通、控制和影响

在评价顾客和供应者的议价能力时,还应考量缔约方议价能力、影响交易规则能力和与相对方沟通的能力。而这些能力至少在平台经济中是值得商榷的。平台经常以“要么全盘接受,要么退出”的方式对其基础用户强加服务条款,毫无修改或完善余地。即使此类合同几乎未被实际阅读,但其在形式上也会被同意,因为遵守协议的各方通常会通过“点击”“我同意”的图标来确认其已阅读合同条款。^[15]

此外,平台日益频繁地利用网络架构限制参与者获取信息。^[16] 实证结果表明,这种参与者与信息的紧密联系会导致一种被称为“平台搅动”的现象,即人员流动频率增加,这种现象在供应者中表现得尤为明显。原因在于,当引起平台关注和协商合同条款的重要能力即“发言权”无法发挥作用时,“退出”成了具有可行性的唯一选择。^[17]

3. 算法管理

在大量线上交易中,不仅合同的同意方式被改变,合同的执行方式也被极大重塑。合同条款经常通过算法来实施,“机器规则”创造出一种对法律审查高度抵制的“隐私的、自动的指令”,不考虑所有可能影响给定结果的个别情况。^[18] 尽管存在补救的可能性,但运作这些机制的明确指令可能会丢失,实践中司法救济途径也可能被限制。外国管辖权或外国法律通常得以适用,且内部救济机制只能以邮件传达,也就不存在直接的人员接触和案件处理的可能性。^[19] 虽然人们普遍呼吁有关算法运行的执行系统应透明化,但这一

[14] 保持低价可能有各种原因,追求利润最大化的双边平台可能会发现,在一方提供的产品价格低于平均可变成本,低于边际成本,甚至低于零,总体上是有利可图的。参见 David S. Evans & Richard Schmalensee, “Markets with Two-Sided Platforms”, *Issues in Competition Law And Policy* (ABA Section of Antitrust Law), Vol. 1, Ch. 28, 690 (2008); 此外,平台还可能采取“先增后收”的策略:首先降低价格直到低于竞争对手的平均成本,然后提高价格赚取垄断利润并弥补亏损。参见 Amelia Fletcher, *Predatory Pricing in Two-Sided Markets: A Brief Comment*, 3 *Competition Policy Int’l* L 221 (2007)。

[15] 即使一小部分的消费者实际阅读了格式合同,消费者未能阅读合同条款也不成问题,这样诱导了企业采用有效条款。见多识广、经验丰富的消费者通过其自身行为,帮助约束市场,以造福次边际消费者这一著名观点,参见 Alan Schwartz & Louis Wilde, “Intervening on Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis”, 127 *U. Pa. L. Rev.* 630 (1979); 此文因其对竞争和信息对称的分析依赖于值得怀疑的经验主义假设而遭到批评。参见 Yannis Bakos (et al.), “Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts”, 43 *J. Legal Stud.* 1 (2014)。

[16] 参见 Cohen, “Law for the Platform Economy”, 51 *U. C. Davis L. Rev.* 155 (2017), “所谓的合同控制和技术控制的组合成为平台对其所中介的各方施加自己意志的工具”。

[17] 参见 G. Newlands (et al.), *Power in the Sharing Economy* (2017), p. 6, “分享经济平台正面临着其基础商家的大量流动”, <https://www.bi.edu/globalassets/forskning/h2020/power-working-paper.pdf>, 最近访问时间[2017-09-13]。参见 Min K. Lee (et al.), “Working with machines: The impact of algorithmic and data-driven management on human workers”, *Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems* 1603 (2015), 发现提供给这些公司的电子邮件通常没有回应。

[18] 参见 Margaret J. Radin, “The Deformation of Contract in the Information Society”, 37 *Oxford Journal of Legal Studies* 505, 511 (2017)。

[19] Ecorys, *Business-To-Business Relations in the Online Platform Environment, Final Report*, Fwc Entr/300/PP/2013/Fc - Wifo (2017), p. 29.

结果因为机器学习算法而很难达到,从而使商家和客户都无可行的法律救济途径。^[20]

4. 市场结构

当某一平台在市场中形成支配地位,并成为商家和顾客的唯一市场进入渠道时,有利于平台的不平衡议价危险将明显加剧。诚然,某一处于支配地位的平台因其市场容量巨大似乎对平台双方用户均有益,但由于商家和顾客对该平台的完全依赖,同时也会带来价格上涨和剥削用户的风险。

大多数线上市场都被认为存在根深蒂固的垄断倾向,并表现出一种反竞争的结构,这通常可归结于单一运营商的控制(赢者通吃或者大部分)。导致识别支配地位风险的主要原因是间接网络外部性的出现,所以在给定的用户组中,用户数量的增加对其他用户来说提升了其参与的价值,这可能使得潜在进入者为谋求竞争寻求充足数量的原始顾客十分困难。^[21]除互联网效应之外,大量专有数据给单一运营商提供极为明显的竞争优势,因为随着平台进行的交互越来越多,算法能越来越好地控制交易和基础服务。^[22]总之,互联网效应和数据收集的结合可能使平台产生巨大的竞争优势,因此单一平台可能会通过人为设置准入壁垒而使其免于竞争,从而损害用户。

二 P2P 经济模式的法律架构

基于上述讨论,我们很难得出平台经济中议价能力不平等的风险已降低或消弭,而人

[20] Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* (Cambridge: Harvard University Press, 2015).

[21] 参见 Federal Trade Commission, *The “Sharing” Economy. Issue Facing Platforms, Participants and Regulators*, 资料来源: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf, 最近访问时间[2017-09-13]。“双边网络效应可能使大平台成为主导,并使其避免与参与者较少的小平台竞争”;Geoffrey G. Parker, Marshall W. Van Alstyne, & Sargeet P. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy-And How to Make Them Work for You* (New York: W. W. Norton & Company, 2016)。参见 Andrei Hagiu & Simon Rothman, “Network Effects Aren’t Enough”, *Harvard Business Review*, (2016), 资料来源: <https://hbr.org/2016/04/network-effects-arent-enough>, 最近访问时间[2017-09-13]; David S. Evans & Richard Schmalensee, “Why Winner-Takes-All Thinking Doesn’t Apply to the Platform Economy”, *Harvard Business Review*, (2016), 资料来源: <https://hbr.org/2016/05/why-winner-takes-all-thinking-doesnt-apply-to-silicon-valley>, 最近访问时间[2017-09-13]; Jonathan A. Knee, “All Platforms Are Not Equal”, *Mit Sloan Management Review*, (2017), 资料来源: <https://sloanreview.mit.edu/article/all-platforms-are-not-equal/>, 最近访问时间[2017-09-13]。驱动数字领域中网络效应价值的关键结构属性是:以最低市场份额网络可实现财务盈亏平衡;客户关系的性质和持久性;网络产生的数据促进产品和定价优化的程度。具体谈到分享经济,参见 Arun Sundararajan, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, (Cambridge: The MIT press, 2016), p. 119。

[22] 参见 Federal Trade Commission, *Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues* (2016); Autorite De La Concurrence-Bundeskartellamt, *Competition Law and Data* (2016), “当新进入者既不能收集数据,也不能购买与现有公司同样数量和/或种类的数据的访问权时,数据收集可能会导致准入壁垒”;Oecd, *Data Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synthesis Report*, (2014); Autoritat Catalan De La Competencia, *The Data-Driven Economy. Challenges for Competition* (2016)。参见 Bruno Carballa Smichowski, “Data as a Common in the Sharing Economy: a General Policy Proposal”, *Cepn Document De Travail* n. 2016-10 (2016), at 25, “我们在共享经济中发现的大多数竞争问题都源于这样的事实:平台对以用户信息创建的数据库拥有私人专有权利。”

们普遍认为平台经济减少了不平等,但该主张实际也未能充分认识保护交易中弱势群体这一长期存在的问题。故本文第二部分,将对颇具影响力的平台所采用的格式合同进行审视,并对平台不同参与者之间的法律关系进行检视,以此分析现有法律部门能否提供有效保护,并对何时采取监管干预提出建议。

(一)格式合同之审视

相比于由专业人士起草、消费者遵循的传统格式合同,平台经济所采合同涉及三方参与者:在线平台、通过平台实施交易的“用户”,即商家和顾客。每一方均与其他各方建立法律关系,从而产生极为复杂的法律情景。但多数情况下,实际仅由一份合同规制所有交易:该合同条款由平台起草并被用户遵守,因服务提供者及顾客均为平台用户,故除另有规定外,其适用相同条款。

对此类合同的审查指向双重结果。首先,合同条款通常为个人用户确定大致平等的权利义务,以使其能充分履行各自义务。相比于双务合同,供应者与商家之间的协议因平台限制不会显失公平,该合同对双方均有约束力并使其同等履行基本义务。同时,平台通过控制整个匹配系统给商家及顾客施加了相当大的影响力,而该种影响力在其所订立的合同中清晰可见,因为此类合同通常包含众多典型反映缔约双方议价能力失衡的条款。^[23]

除了合同条款本身外,因使用平台而付出的高昂代价也反映了不平等的议价地位。合同条款通常允许平台在无预先通知和无充足理由的情况下对合同条款作单方修改。^[24]而一般而言,平台对合同的修改并不或仅临时通知用户,且平台还将用户的继续使用视为用户接受相关修改。目前,平台正大量使用该权利,在某些情况下,平台几乎每天都会修改合同条款,而此做法使得用户几乎完全无法适应合同条款的修改及修改后合同条款的应用。^[25]

[23] 格式合同的片面性一般被解释为信息和认知问题以及逆向选择的结果。参见 Oren Bar-Gill, “Seduction by Plastic”, 98 *Nw. U. L. Rev.* 1373 (2004); Eric A. Posner, “Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract”, 24 *J. Legal Stud.* 283 (1995); Michael I. Meyerson, “The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets the Real World”, 24 *Ga. L. Rev.* 583, 594–603 (1990); Phillippe Aghion & Benjamin Hermalin, “Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency”, 6 *J. L. Econ. & Org.* 381 (1990)。

[24] 爱彼迎合同第3条规定,爱彼迎有权自行决定随时修改网站、应用程序或服务或修改合同条款,包括服务费用,且不另行通知(……)如果修改后的条款用户无法接受,唯一的办法是停止使用网站、应用程序和服务。如果用户未关闭爱彼迎账户,将被视为已接受修改;优步合同第1条规定,优步可能会不定期修改合同条款,修订将在优步在此位置发布更新条款或发布修改后的政策或发布适用服务的补充条款时生效。在发布后继续访问或使用服务视为用户同意受修订后的条款约束;易集使用条款第12条规定了条款的变更。易集可能会不时更新这些条款(……)用户有责任审查和熟悉任何变更。用户在变更后使用服务视为您接受更新后的条款;法国拼车合同第13条规定,法国拼车临时或永久保留修改或暂停全部或部分访问平台或其功能的权利;Getaround 租车服务合同中规定了租车资格条款。Getaround 可以自行决定不时修改或更新协议,因此用户应该定期查看页面。用户在任何此类变更后继续使用服务的,视为接受新的服务条款;跑腿兔服务合同第26条规定公司临时或永久保留自行决定更改、修改、添加、补充或删除本协议的任何条款和条件的权利(包括隐私政策)及随时通过跑腿兔平台审查、完善、修改或停止平台或任何内容或信息的权利,是否事先通知均有效,且不承担任何责任。

[25] 参见 Ryan Calo & Alex Rosenblat, “The Taking Economy: Uber, Information, and Power”, 117 *Colum. L. Rev.* 1623 (2017)。参见 David Horton, “The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments”, 57 *Ucla L. Rev.* 605 (2010),认为对格式合同或其他合同的修改构成消费者不知道的“影子条款”。

类似的涉及终止合同、^[26] 暂停账户、移除个别服务或产品的条款都由平台单方决定。^[27] 虽然平台单方移除某些产品、暂停甚至终止账户的行为已对某些经济活动造成极大威胁,但与此相关的条款和程序并不透明,甚至根本没有;同时由于缺乏要求提供说明义务的合同条款,用户也很难对此类行为主张赔偿。^[28] 其他普遍存在的涉及法律选择、管辖权、^[29] 仲裁协议及争议解决的条款经常与放弃集团诉讼、陪审团审判^[30] 及价格(和

[26] 爱彼迎合同第 24 条规定,爱彼迎可能禁用或推迟排名、评论或其他的用户使用内容,取消任何未确定或已确认的预订,限制使用或访问爱彼迎账户和网站应用程序或服务,暂时或永久撤回任何与爱彼迎账户相关的特殊地位,或暂时或永久停止爱彼迎帐户如果(i)用户违反了这些条款或爱彼迎的政策,包括实质性和非实质性的违规行为,并且收到来自房东或房东的差评,或者(ii)爱彼迎相信,出于防止欺诈、风险评估、安全或调查的目的,此类行动是合理必要的,以保护会员、爱彼迎或第三方的安全或财产;优步合同第 1 条规定,优步可随时以任何理由终止本条款或任何服务,或停止提供或拒绝服务或其任何部分的访问权限;易集使用条款第 7 条规定了易集的终止权。易集可以随时以任何原因终止或暂停用户的账户(以及任何相关账户)及服务权限,且无需事先通知;法国顺风车合同第 9 条规定,法国顺风车保留立即终止用户与法国顺风车签订的合同的权利,恕不另行通知;Getaround 租车服务协议规定了终止条款。Getaround 可能会随时以任何理由或无理由终止用户对本服务的参与,而无需解释;跑腿兔服务条款第 8 条规定,如果其认为用户违反了本协议,可以终止、限制或暂停用户使用跑腿兔平台的权利(……)用户将无权获得任何账户未使用余额的退款(……)本协议将继续对用户有效;Lyft 服务条款第 16 条规定,Lyft 可能会终止协议或立即停用帐户。

[27] 爱彼迎合同第 7 条规定,爱彼迎有权随时在事先通知的情况下,以任何原因删除或禁止访问任何列表;优步合同第 4 条规定,优步可以,但并非必须审查、监控、或删除用户内容,在任何时间以任何理由均由其自行决定,恕不另行通知。

[28] 已有一些用户意识到将其活动移除列表或者暂停是一项重大的风险,同时认为因违反条款而产生的索赔有时会被品牌所有者、竞争企业、客户或未指明的第三方所滥用。此外,“一些活跃在电子商务领域的受访商业用户表示,他们已经为损失的营业额和所支付的费用寻求了补偿,但即使在平台已经承认暂停某项活动平台有过错的情况下,具体平台也并没有提供任何补偿”。

[29] 爱彼迎合同第 33 条规定,这些条款和用户对服务的使用将按照加利福尼亚州和美利坚合众国的法律解释,不考虑其法律冲突条款;优步合同第 7 条规定,这些条款受美国加利福尼亚州法律管辖并根据其解释,无任何法律原则冲突;易集使用条款第 11 条规定了管辖法律。该条款受纽约州法律管辖,不考虑其法律冲突规则和美利坚合众国法律。

[30] 爱彼迎合同第 34 条规定任何纠纷,索赔或争议(……)将通过有效的仲裁解决;优步合同第 2 条规定,用户必须以个人名义解决其在仲裁中可能针对优步的任何索赔(……)即无权对优步提起任何集团或代表诉讼,且无权参与或恢复任何其他针对优步提起的任何当前或将来的集团、集体、合并或代表诉讼的救济(……)用户承认并同意其和优步各自放弃了进行陪审团审判或作为集团诉讼原告或集体成员参与任何集体诉讼或代表诉讼的权利;易集使用条款第 11 条规定,有关仲裁事项。用户和易集同意因本条款产生的或与本条款有关的任何争议或索赔应最终通过具有约束力的仲裁终局解决(……)用户和易集各自放弃陪审团审判或参与集团诉讼或集团仲裁的权利;Getaround 服务协议规定了仲裁条款。双方均同意通过以有约束力的仲裁解决任何索赔、纠纷或争议(……)所有纠纷应由在当事人个人提起,无权在任何所谓的集团或代表诉讼中担任原告或作为集团诉讼成员(……)用户和 Getaround 都放弃由陪审团审判的权利或参与集团诉讼,集体诉讼,私人检察长诉讼,或其他任何形式的此类诉讼;跑腿兔服务合同第 20 条规定,用户和公司双方同意放弃以代表诉讼解决双方纠纷的权利(……)在法庭上由法官或陪审团提出的所有索赔的权利,并同意通过具有约束力的个人仲裁解决任何争议(……)用户承认并同意用户和公司双方都放弃作为原告或集体成员参加任何的集体诉讼或代表诉讼的权利;Lyft 服务条款第 17 条规定,用户和 Lyft 均同意放弃各由法庭法官或陪审团解决纠纷的权利并同意通过仲裁解决任何争端(……)不能提起集体仲裁和集团诉讼(……)双方所有争议或纠纷(……)应在贵方和 Lyft 之间由具有约束力的仲裁解决。值得注意的是,法国顺风车合同第 15 条则被视为已提及了欧洲委员会设立的在线争端解决平台。在某些情况下,平台可以选择不同管辖权与不同的适用法律相结合,但同时又不承认用户享有这种特权。Booking 网一般交付条款第 10 条第 6 款规定,本协议之任何规定不得阻止或限制 Booking 网在任何主管法院受理时或者之前提起任何诉讼或程序或寻求临时禁令救济或(特定的)行为(……)预订者则被视为已放弃其可能有权主张的任何管辖权或者适用法律异议。

非价格)平等条款^[31]结合使用。此外,合同也通常包含必须使用平台提供的某些辅助服务(支付系统、数据云端、沟通渠道、送货服务)的“捆绑式”条款。^[32]

更重要的是,大多数平台将其自身描述为“网络”或者“市场”。^[33] 这些定义通常与豁免条款相结合,意味着用户是唯一的服务提供者,而平台将其活动(和由此产生的责任)限定为提供“交易服务”。当平台仅仅是通过提供便利于用户之间供需的基础设施来为独立代理人提供匹配系统时,前述结论可能是合理的,但当平台具有更高层次的控制及影响时,前述结论显然不当。平台即是以这种方式将责任转嫁于用户,从而使用户承担着其所无法控制但平台却能应付的责任。^[34]

综上所述,虽然平台原则上有助于使服务提供合同更加公允,^[35]但当涉及平台与其用户之间法律关系时却并非如此。网络平台对其用户采用的众多条款都并未遵循合同基本权利,如获得法律救济途径的权利、要求违约方承担责任的权利等等。^[36]

-
- [31] 在此类条款中,卖方同意为产品和服务提供不低于授予其他平台的价格。除了表现出市场势力不平衡外,这些条款还可能带来进一步的问题,如对新平台的进入造成了壁垒或提高价格而损害消费者。最著名的例子是Booking网的案例,这一问题已被意大利、法国和瑞典的竞争管理机构解决。参见 European Commission Press release, “Antitrust: Commission announces the launch of market tests in investigations in the online hotel booking sector by the French, Swedish and Italian competition authorities” (2014), 资料来源: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2661_en.htm, 最近访问时间[2017-09-13]。最后,为解决该问题这些机构接受了Booking的承诺。德国反垄断执法机构禁止Booking网使用这些条款,资料来源: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html, 最近访问时间[2017-09-13]。
- [32] 参见 Report of an engagement workshop hosted by the European Commission “Business-to-business relationships in the online platforms environment: Legal aspects and clarity of terms and conditions of online platforms” (Brussels, Nov. 14, 2016), 资料来源: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=43829, 最近访问时间[2017-09-13]。
- [33] 爱彼迎合同第1条第1款规定,爱彼迎平台是一个在线市场,使注册用户和提供服务的特定第三方(……)能够在爱彼迎平台上发布此类住宿服务,并与正在寻求预订这种住宿服务的会员直接沟通和交易;跑腿兔服务条款第1条、第12条和第17条规定,跑腿兔平台仅支持用户之间的连接以完成任务,公司不对用户行为负责(……)跑腿兔平台不提供就业服务且公司不是任何用户的雇主;Lyft服务合同第1条和第12条规定,Lyft平台提供了供用户寻找到达某个目的地的交通工具市场,“乘车者”可以与驾车前往或经过这些目的地的人(“司机”)匹配(……)Lyft不提供运输服务且Lyft不是运输者;Lyft对平台或服务的连接性和可用性不承担任何责任,也不作任何保证(……)Lyft无法保证每个搭车者的真实身份。因此用户在使用Lyft平台和服务时应运用常识。
- [34] 参见 C-434/15 Press and Information Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL, “优步提供的服务不仅仅是一项中介服务:它必须被视为与运输服务有内在联系,因此必须归类为欧盟法意义上的‘交通领域内的服务’”。参见 Pierrer Hausemer (et al.), *Final Report Exploratory Study of Consumer Issues in Online Peer-To-Peer Platforms Markets* (2017), “P2P平台对P2P交易的干预程度与合同中责任条款之间的差异可能会使得用户对平台对P2P交易中的问题所承担的责任造成混淆或误导。”
- [35] 然而,在某些情况下,平台有理由偏袒某一类平台用户。双边市场的价格结构参见 Jean C. Rochet & J. Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets”, 1 *Journal of European Econ. Assn.* 990 (2003), 平台不仅选择价格水平同时选择价格结构,从而在市场双方之间分配价格。
- [36] 参见 Margaret J. Radin, “The Deformation of Contract in the Information Society”; Jack M. Balkin, “Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation”, *U. C. Davis L. Rev.* (forthcoming 2018), “大数据带来新形式的操纵和控制,私营公司力图使其合法化并规避监管。”有关格式合同,参见 Margaret J. Radin, *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law* (2013); Nancy S. Kim, *Wrap Contracts* (2013); Omri Ben-Shahar (ed.), *Boilerplate. The Foundation of Market Contracts* (2007)。

(二) 平台及其用户

在平台经济中,顾客不再与制造商和销售者分离,二者之间的界限日趋模糊。但是,供应者和顾客在面对平台时仍面临不同挑战,故在每种情形下将销售者和顾客分开评估仍然是本文分析的首选。

平台和商家之间的关系多以劳动法视角进行检视。但随着长期雇佣合同明显转变为现货劳动力市场和零工经济,大多数提供按需服务的网络平台都声称其使用的是受雇于工作的独立承包商而非劳动者。可以预见的是,世界各地的司法实践都对这一劳动者认定的立场提出了质疑,因为当市场本身未能给劳动者提供充分保障时,法律保障才是正当且必要的。而这一立场很可能导致对劳动者的错误认定并规避法律所提供给劳动者的必要保障。争议在于,那些通过平台提供服务的人究竟应该被视为劳动者还是独立的承包商。当前的讨论围绕着究竟应采用何种标准以及是否应根据正在发生的变化修改这种尖锐的二分法展开。^[37]

虽然雇主与独立承包商之间的区别并非本文的讨论范围,但其的确为本文分析提供了相关路径,即当商家被视为“劳动者”时,劳动法得以适用,这即为相对于其雇主来说的弱势群体提供了一种法律保护模式。相比之下,当商家被视为通过平台提供服务的独立企业时,法律自然赋予点对点交易较弱的保障模式。^[38]

对于独立且专业的商家来说,合同权利不平等的风险仍然存在,由此产生的保护交易弱势群体的需求也亟待重视。^[39] 某些情形下,颇具声誉的商家确有能力和网络平台协商其合同条款,^[40]但在绝大多数时候这并非可行选择。

除上述条款外,当服务提供者使用平台时某些合同条款对其来说也尤为重要。在这一点上,平台规则缺乏透明度是核心问题,尤其涉及如搜索排名标准、声誉机制和动态价格等与交易息息相关的方面时,规则应更透明。^[41] 事实上,许多情况下,平台并未向服务供应商提供充足信息以说明其商品是如何显示或排列的,更没有对其所采用的标准作出

[37] 参见本书第六章。优步声称司机是其客户(或“合作伙伴”)的主张已被美国和英国法院驳回。参见 O'Connor v. Uber Technologies Inc., 82 F. Supp. 3d 1133 (N. D. Cal. 2015); Cotter v. Lyft Inc., 60 F. Supp. 3d 1067 (N. D. Cal. 2015); Aslam v. Uber, judgment of Oct. 28, 2016, 伦敦就业法庭认为,那些认为伦敦优步是由一个共同的“平台”链接 3 万家小企业形成的网络的观点实属荒谬。

[38] 为保护弱势的商业团体而制定专门规则是一个极具争议的话题。然而,根据欧盟法,中小企业仅在有限的情况下享受特殊保护。参见 Council Directive 90/314, 1990 O. J. (L 158), 59-64 (EEC); European Parliament and Council Directive 2011/7, 2011 O. J. (L 2011), 48-1 (EU)。参见 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, “Online Platforms and the Digital Single Market-Opportunities and Challenges for Europe” (May 25, 2016), COM (2016) 288/2。

[39] Ecorys, *Business-To-Business Relations in the Online Platform Environment. Final Report*, 同上前注 19, 第九部分:总共有 46% 的商业用户遇到了问题并与平台产生了分歧。深度用户中遇到问题的人比例明显更高(75%)。

[40] 在 eBay 上,“大卖家”获得了“批量排列”(许多产品可以自动排列)这使得这些卖家可以在与平台议价中要求降低每个产品的排列费用。参见 Hagiu & Rothman, “Network Effects Aren't Enough”, *Harvard Business Review* (2016), “多年来,强势的销售者主宰了 eBay 的供应市场,并使非专业卖家难以竞争”。

[41] 参见 Pierrre Hausemer (et al.), *Final Report Exploratory Study of Consumer Issues in Online Peer to Peer Platforms Markets* (2017), p. 8, “平台及其用户之间关系的一个主要问题在于 P2P 平台规则和实践缺乏透明度。”

明确指向,语言使用也极度模糊(如:诸如“流行度”此类标准的意涵对商家来说并不明确)。^[42] 通过列举大量一般性影响因素,并与某些授权平台随意修改排列方式的条款相结合,平台实际享有极大的自由裁量权。^[43] 顾客关注及购买哪种商品和服务与其排列及呈现方式最为相关,^[44] 因此平台所享有的这种决定商品和服务排列及呈现方式的实质能力可能给其合同相对方造成相当大的损害。^[45]

当平台企业既提供市场也提供产品时,前述风险在纵向合并的情况下即会增加。平台企业若采取该种混合商业模式,其作为市场与其作为服务提供商的动机可能相互冲突:当市场未倾斜时,其更倾向于提供平台;当平台自身缺乏竞争力时,其更倾向于提供服务。当平台从某些商家获得更高的收入时(即商家因支付了高额佣金而获得最佳排名时)也是如此。^[46]

而当平台更愿意提供服务时,平台很可能将其列表放在排名首位,同时那些资金雄厚但服务却逊色于他人的商家也能以通过提高佣金的方式而获得更好的排名。此种做法不仅明显损害了其他商家的利益,也极大减损了消费者的权益,对商家者来说,其很可能被迫支付额外费用以保持竞争力;对消费者来说,其并非能看到最佳或最相关的内容代替的却是支付最高佣金的那些,其也极可能为此支付更高的价格(与算法使用的其他标准相比,排名费用这一标准的权重如何对商家和消费者而言并不明确)。^[47] 尤其是当某一平台是进入市场的唯一门户时,利益冲突问题就会加剧。

第二个涉及商家的主要问题与数据访问及使用的合同限制有关。尽管内容通常是由用户产生的,但用户在平台之外使用数据经常受到合同条款的限制,因为平台经常会确认

[42] 参见 Report of an engagement workshop hosted by the European Commission “Business-to-business relationships in the online platforms environment-algorithms, ranking and transparency” (Brussels, March 16, 2017), 资料来源:http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-12/report_on_the_workshop_16_03_2017_clean_F7EF00C2-E39F-1747-949E9C1820629D05_43830.pdf, 最近访问时间[2017-09-13]。

[43] 爱彼迎合同第7条规定,用户理解并同意,搜索结果中的商品展示位置或排名可能取决于多种因素,包括但不限于客人和房主的偏好,评分和/或预订的便利性;法国顺风车合同第4条第1款规定,用户承认并接受分类和显示用户的广告的标准由法国顺风车自行决定;Booking网一般交付条款第4条第1款第1项规定,在平台上列出的住宿的顺序(“等级”)由Booking网自动、单方决定。排名受各种因素影响包括但不限于住宿(将)支付的佣金百分比、住宿最低的可预定性、平台上相关住宿页面访问次数相关的预订数量(“转换”)、住宿实际发生量、取消比例、客人评论分数、客户服务历史、客人投诉的数量和类型以及住宿按时付款记录。

[44] 参见 Matthew Goldman & Justin M. Rao, “Experiments as Instruments: Heterogeneous Position Effects in Sponsored Search Auctions” (Nov. 20, 2014), 买家点击顶端位置的可能性大约是它们被移动了位置之后的两倍,资料来源:<https://ssrn.com/abstract=2524688>, 最近访问时间[2017-09-13]。

[45] Ecoys, *Business-To-Business Relations in the Online Platform Environment. Final Report*, “对于商业用户来说,其排名下降是因为自身错误及违规还是由于排名算法的正常运作并不清楚。”

[46] 参见 Booking网一般交付条款,第4条第1款第2项的规定,住宿提供者可通过更改某些时段的佣金百分比和可预定性来影响其自身的排名,并不断改进其他因素。

[47] 参见 Report of an engagement workshop hosted by the European Commission “Business-to-business relationships in the online platforms environment-algorithms, ranking and transparency” (Brussels, March 16, 2017), 资料来源:http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-12/report_on_the_workshop_16_03_2017_clean_F7EF00C2-E39F-1747-949E9C1820629D05_43830.pdf, 最近访问时间[2017-09-13]。

其对用户评价和其他相关信息享有专有权,这远超数据保护法所要求的范围。^[48]这一做法可能会人为地提高商家迁移到其他平台的成本,使得其更依赖当前的平台,因为他们无法转移其声誉(锁定效应)。^[49]因此,这样不仅限制了用户的话语权,更遏制了用户的退出。

(三)点对点交易

当提供服务的用户被视为雇员同时平台被视为真正的服务提供者时,平台即应当依据“替代责任”和类似原则为其违约行为及损害行为对消费者承担责任。在上述情形下,平台相对于消费者而言是专业的合同相对方,故除具体部门法外,消费者保护法也明确规制此类提供基础服务的行为。

此外,当通过平台进行线上交易时,消费者往往依赖于交易双方及平台的声誉。中介的存在及个人可以通过使用标识、建立账户等方式在平台提供服务,可能意味着一定程度的安全性是得以把控的,而在某些情况下,也意味着平台本身也是服务提供者。在这一点上,事前合理预期和事后成本和收益之间的差异也应当纳入考量,^[50]市场设计本身属于考虑因素,同时即使采用的合同条款中并未规定相关责任,平台也应当为其自身造成的混淆负责,尤其当市场中出现对责任承担广泛误解的风险时。^[51]

相反,当通过平台运作的用户是实际的服务提供者时,则可能会出现两种情形。根据相关法律,服务提供者可能是专业人士。随着专业人士和业余者之间的界限日趋模糊,加之平台对二者平等开放,专业人士正随时间推移逐步进入市场。在此情境下,消费者保护

[48] 爱彼迎合同第 24 条规定,如果用户或爱彼迎终止本协议,爱彼迎没有义务将用户的任何会员内容删除或退回给用户,包括但不限于任何评论或反馈;优步合同条款第 4 条规定,用户通过提供内容给优步,授予优步全球的、永久的、不可撤销的、可转让的、免版税的许可,并有权转授权、使用、复制、修改、创建衍生作品,以任何方式发布、公开展示、公开表演和以其他方式利用此类用户内容;易集使用条款第 7 条规定,如果用户或易集终止用户的帐户,用户可能会失去与其帐户相关的任何信息,包括用户的内容;跑腿兔服务合同第 10 条规定,用户特此授予公司非独占的、全球的、永久的、不可撤销的、免版税的、可分的转让(通过多层)授权以行使所有版权、宣传权利,用户在其信息中拥有的任何其他权利在任何媒体中都是已知的或尚未知道的以便通过跑腿兔平台执行和完善。

[49] 类似的情形可获得相同的结果,如通过平台赞助的汽车贷款等。参见资料来源:<https://www.uber.com/en-GB/drive/vehicle-solutions/>,最近访问时间[2017-09-13]。参见 Newlands (Et. Al.), *Power in the Sharing Economy*, (2017), p. 8,“如果供应商被‘锁定’在该平台以使用自动贷款,则平台保持着显著的优势权力”。

[50] 参见 Ecorys, *Business-To-Business Relations in the Online Platform Environment. Final Report*, 消费者无法区分哪些人对网上交易负责,并且通常与他们正在交易的人联系; Mareike Möhlmann, “Digital Trust and Peer-to-Peer Collaborative Consumption Platforms: A Mediation Analysis?” (July 22, 2016), 信任某一平台对相信该平台上同行的分享产生积极的影响,资料来源:<https://ssrn.com/abstract=2813367>,最近访问时间[2017-09-13]; Hausemer (et al.), *Final Report. Exploratory Study of Consumer Issues in Online Peer-To-Peer Platforms Markets*, 在较大的平台中,当出现问题时同行可能会对谁负责产生困惑或被误导;平台的做法可能会给人留下他们至少承担部分责任的印象,但其条款和条件是不承担任何责任。(……)约 60% 的同行消费者表示当出现问题时他们不知道或不确定谁负责,平台的责任是什么(或)他们是否有权获得补偿或报销,大约 40% 的同行提供者表示他们不知道或不确定自己的权利和责任,约有 30% 认为他们或多或少知道。同时大约有 85% 的同行消费者认为 P2P 平台对于出现问题时谁负责应清晰透明重要或非常重要的。

[51] 参见 Robert H. Sloan & Richard Warner, “When Is an Algorithm Transparent?: Predictive Analytics, Privacy, and Public Policy”, 资料来源:<https://ssrn.com/abstract=3051588>,最近访问时间[2017-09-13],其认为如果消费者能够轻易确定其所从属的预测系统相关的风险和收益,那么预测系统对消费者而言就是透明的”; Lauren E. Willis, “Performance-based Consumer Law”, 82 *U. Chi. L. Rev.* 1309 (2015), 其讨论了一种消费者法的新方法以使消费者交易符合消费者在线交易的预期。

法应规制专业服务提供者与消费者之间订立的合同。这一结论不仅与保护消费者需求相一致,也避免了在现有服务提供者和新进入者之间造成不公平的竞争市场,而考虑到各方的专业属性,这种不公平的竞争市场显然有失公允。

当服务提供者并非专业人士时,则不应适用消费者保护法和特定部门法。在此情况下,用户应援引一般民事救济规则。尽管事后救济可能最有益于鼓励创新,^[52]但这种由事前监督向完全依赖事后救济的重大转变并不可取。因为在平台经济中,传统业务所要求的事前法律审查,如事前筛选、授权程序、检查、认证等均无法适用,所以准入门槛因非专业人士提供大量服务的兴起而大大降低。此外,个人服务提供者既无已形成的商业信誉也未在实体商业空间进行投资,因此,新形式的市场失灵很可能出现,而保护顾客利益的就是目前亟待解决的问题之一。^[53]

在这一情境下,可适当采取以损害为基础的制裁手段。然而,当可能造成的损害范围大于行为人的资产时,或当危险行为很难发觉或识别时,这一制裁手段通常缺乏有效性。而当风险真实存在时,通过公共手段予以干预可能会产生更好效果,因其符合保护公共利益及基本安全的预期。^[54]

结 论

平台经济中存在议价能力的不平等性,而这种不平等性的表现形式与双边 B2C 交易模式中的表现形式并不一致。同时,市场机制多大程度上能自发地形成针对这一问题的解决办法尚未可知。相反,标准化文本、平台结构和隐藏算法的组合效应不仅使平台能大量重组对其有利的合法权利,也使自国家法律权力到平台运用的私人权利进行重构,并在许多情况下使平台的决定免受任何有效的外部审查。

正如在研究合同条款时明确反映的那样,平台认为其自身能因安全条款而免责,故经常利用不同的机制对用户施加影响,给商家规定必须遵守的服务条款,并给用户施加不当比例的责任。此外,平台经常将其自身视为中立的中介,以此谋求在商家和用户的纠纷中处于更为有利的地位,但在某些情况下,他们却更有理由偏袒通过平台运营的某类用户,这一具有偏向性的立场使其无法作出公正的判断。

基于上述原因,通常所采取的完全依赖市场自发调节的解决方式对平台经济来说并

[52] Koopman (et al.), “The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change”, supra note 2, at 18; Adam Thierer, *Permissionless Innovation. The Continuing Case for Comprehensive Technological Innovation* (2014); Richard A. Epstein, *The War Against Airbnb*, Hoover Institution (Oct. 20, 2014), 资料来源: <http://www.hoover.org/research/war-against-airbnb>, 最近访问时间[2017-09-13]。

[53] 参见 Hausemer (et al.), *Final Report. Exploratory Study of Consumer Issues in Online Peer-To-Peer Platforms Markets*, (2017), 同行消费者称 P2P 平台交易问题频现,超过一半人(55%)在过去的一年中至少遇到下述问题中的一个。这些问题涉及商品服务质量差、商品服务质量与描述不符等等, P2P 市场上存在产品或服务问题的概率(29%)几乎是其他网络交易(15%)的两倍。

[54] 以效率视角研究法律干预的一般结构,参见 Steven M. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2004)。

不适当。平台本身的自律能力能够有力补充传统的监管形式,我们应认识到平台有能力建立自律机制和提供以数据为基础的解决方案。但同时至关重要,人们应意识到平台也有很多无法处理或无意处理的事务。

弱势群体利益保护问题若可以通过现有的法律体系加以解决,则应援引劳动法、消费者保护法、侵权法及其他以损害为基础的法律予以救济,但当在相关部门法无法提供救济时,监管干预则是必要的。为保障基本健康及安全状况,无论该服务是否是由专业人士提供,除事后救济外,都应采用一定程度的事前监管作为对责任体系的支持。据此分析脉络,只有在坚持有效外部监管的条件下我们才能接受这种建立平台经济“安全港”的呼吁。谨记“点对点”并非总是意味着议价能力的平等。

[Abstract] Known by many names—platform, sharing, peer-to-peer (P2P), collaborative economy, and so on—entirely new business models have emerged in recent years, whereby online platforms use digital technologies to connect distinct groups of users in order to facilitate transactions for exchange of assets and services. This dramatic shift in business organization and market structure has opened an intense debate on the persisting need for those regulatory measures that typically protect the weaker party in bilateral business-to-consumer transactions. Widespread calls for a more “leveled playing field” makes a strong argument for reconsidering the scope of regulation and delegating regulatory responsibility to the platforms. The chapter calls into question these assumptions. It demonstrates that platforms make frequent use of boilerplate, architecture and algorithms to leverage their power over users—whether customers or providers—and that it is still not clear to what extent effective market-based solutions are emerging to tackle these issues. Part I illustrates the reasons for the alleged reduction of disparities, and it explains why such conclusion fails to fully appreciate the many grounds to the contrary. Part II scrutinizes terms and conditions adopted by online platforms to assess whether they mirror an imbalance in the parties’ rights and obligations. The article concludes that it is crucial to protect the weaker parties in these emerging markets, and it presents some brief recommendations.

(责任编辑:郑 佳)