

超级平台重要规则制定权的规制

解志勇

【摘要】作为新兴公共治理组织的超级平台,借助算法技术,可以对法律的宽泛性规则进行技术性解构与细化,或对数字空间的立法空白先行补位,以自治规则进行平台治理,从而实现对平台治理领域立法权的功能性替代。超级平台对平台内经营者、用户产生强大的支配力和影响力的同时,亦给公民基本权利、公共秩序与法律公信力等带来诸多风险。从“立法”角度看,超级平台重要规则的制定,需遵循合宪性原则、合法性原则与合伦理性原则。行政机关应当引导、监管超级平台在法定授权范围内制定规则,构建法治、科技和伦理审查机制,以权威同质的审查压实超级平台的法律、技术和伦理责任。一旦涉及公民基本权利的保障或国家重要权力的行使,司法机关应摒弃消极审查态度,转而对平台规则内容进行合法性、合理性与正当性方面的全面审查,必要时,可以允许检察机关提起公益诉讼。在关涉公民基本权利和宪法权威时,甚至可以进行合宪性审查。

【关键词】超级平台;网络平台;重要规则;自治规则;数字经济

【作者简介】解志勇,中国政法大学比较法学研究院教授。

【原文出处】《清华法学》(京),2024.2.5~17

一、问题的提出

2023年4月,一则关于某大学工作人员在微信群中误发照片的新闻引发网络热议的消息,登顶微博热搜。热度散去,事件背后隐藏的平台权力引人深思。“微信消息两分钟后不可撤回”这一看似技术性的规定在此案发酵过程中发挥了推波助澜的作用。毋庸置疑,若微信的规则设定为“误发内容永久可撤回”,照片的流传度便可相应缩小。该例证恰可说明微信貌似微不足道的规则设定可引发一系列不可预估的后果。且不论个人权益问题,“微信消息两分钟后不可撤回”的规定已经波及个人通信权与言论自由及公共秩序。在数字时代,微信以其超大用户规模、超广业务种类、超高经济体量和超强限制能力成为网络空间联通的基础设施,并借助这一基础设施功能的提供设

定诸多规则,以一种潜移默化的方式规训用户,在未经公开论证的情况下使其规则得到13亿人的遵守。^①随着平台类型的不断扩张,包含技术规则在内的规则制定权的享有,不再局限于以微信为代表的即时通讯平台,而是普遍存在于具有主导地位在互联网超级平台中。^②

早期的“单纯通道”理论已无法解释平台影响网络行为的动机与具备的权力。^③目前,西方对于超级平台权力的研究提出“技术权力”^④“系统重要性”^⑤“守门人”^⑥等概念,集中阐释其权力异化带来的政治民主风险、^⑦市场性破坏与用户权利侵害,^⑧并尝试根据平台影响力建构规制框架。^⑨在司法层面,西方逐渐开始尝试以“公共承运人”理论来规制超级平台。^⑩国内学者主要从平台“私权力”、^⑪“准立法权”、^⑫平台公共性、^⑬技术与权力^⑭等

角度进行研究。在阐明平台具有相应权力的基础上,点明其权力的行使从公法角度而言存在着突破比例原则、缺乏正当程序保护、损害用户权益与公共利益等问题,^⑤从数字经济发展角度而言存在垄断、扰乱市场竞争秩序等问题。^⑥但现有研究往往将平台权力作为一个整体,平台规则制定权只作为其中的一部分出现,对平台规则制定权的权力来源、结构、特殊性缺乏深入的研究与分析。

规则制定权是超级平台的典型权力表征。其在搭建的数字空间内将计算机架构的代码活动转换为规则控制,以各种隐蔽方式植入自身价值,输出符合其预期的规则并形塑平台公共秩序。而处于平台之下的用户、经营者、劳动者则对规则制定的基础、可行性与合理性不得而知,甚至在某些时候无法意识到此种规训的存在。这将引发公民基本权利、自由、公共秩序、法律公信力等诸多方面的风险。超级平台是数字经济最基础且最重要的组织设施,厘清其重要规则制定权行使的内在逻辑、确立其规制原则与思路将有助于规范平台产业发展,在发挥超级平台的示范引领作用的同时为平台经济发展保驾护航。

二、超级平台重要规则制定权的内在逻辑

在平台由萌芽到壮大的“超级性”发展过程中,单纯属于民事法律行为的“规则制定”行为开始逐渐具有“权力性”,成为其自治权的典型表征。超级平台的重要规则制定权具有公法与私法的双重属性并在各场域下亟须得到相应规制。

(一)超级平台的廓清及其权力发展

平台的“超级性”可从规范层面进行解读。同时,在超级平台的“权力性”发展中,其权力集中度、权力作用耐受度、规训方式均区别于普通平台。

1.“超级性”厘定

《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》将互联网平台分为超级平台、大型平台和中小平

台。超级平台是指“同时具备超大用户规模、超广业务种类、超高经济体量和超强限制能力的平台”。^⑦我国微信、淘宝、抖音、京东等平台均属于超级平台的范围。^⑧相较于普通平台而言,超级平台具有如下特性。其一,权力集中度高。其聚集海量用户,承担更多管理责任,集入驻审查、规则制定、用户处罚等多项权力于一体。其二,权力作用更加耐受。超级平台在数字时代往往提供诸如通讯、支付、出行等基础性数字服务,类似公共基础设施。在“不同意则退出”的入驻机制下,用户为“数字化生存”而不得不同意其诸多规则设定,以“服从”换取服务。其三,规训方式更加隐蔽。超级平台的形成与发展得益于其技术层面的领先,^⑨而技术领先可以使符合其价值取向的规则以更加隐蔽的方式输出,在不经意间过滤用户的言论、规制用户的行为。

2.“权力性”发展

伴随着平台的“超级性”发展。规则制定逐渐从民事法律行为演变为平台权力,继而异化为影响、塑造、限制基本权利和自由的社会权力。在微信、淘宝等超级平台发展之初,用户规模有限且可控,用户除入驻平台之外还有其他选择,服务协议可视为平等主体间的双方合意。在平台发展至一定规模、用户数量可观且持续增加时,其“超级性”逐渐凸显,在专业知识、技术、经济条件等方面处于优势地位。此时,用户无法依照合同自由理论,通过“要约——承诺”的反复磋商来实现交换正义,服务协议突破最初的民事权利义务关系而具有一定的强制性。

随着数字经济的飞速发展与规则专业化程度的日益增高,立法的滞后性与行政的无力性逐渐彰显,超级平台开始承担一定的公共治理任务,其自治规则的“权力性”得到政府部门认可。国家互联网信息办公室《互联网用户公众账号信息服务管理规定》《即时通信工具公众信息服务发展管理

暂行规定》等规范性文件中开始明确要求平台通过服务协议对用户行为进行规范。^①超级平台开始独占规则制定的话语权,将法律法规中的宽泛规定细化为具体的入驻规则、管理规则、处罚规则、交易规则等,^②在其圈建的数字空间内掌握“立法”大权。其规则不仅出于内部管理与竞争需求,还致力于公共管理目的与公共利益的实现,具备了一定“公共性”,^③成为一种具有明显国家和社会治理功能的公权力。

(二)超级平台重要规则制定权的意蕴

廓清超级平台的权力性发展之后,需要厘定其重要规则制定权的内涵、约束对象与法律属性。本文将其重要规则界定为超级平台制定的,以接受平台服务的不特定主体为约束对象,以规定其服务内容并划分其与用户之间权利义务关系为内容,并可实质性对用户权益造成影响的规则。

1. 超级平台重要规则的厘定及其类型化

平台规则是网络平台运营的基础。一方面平台规则为运营平台的工作人员提供依据,是内部治理的重要工具;另一方面其也为用户提供使用指南,有助于厘清平台与用户、用户与用户之间的关系。以腾讯微信软件为例。其平台规则包括但不限于用户个人信息保护、平台账号使用规范、平台服务使用效果、用户行为规范、知识产权、终端安全责任等。^④除却列明平台用户使用平台服务如平台软件服务使用方式、管理规定等相关行为规范,平台规则还会明晰平台与用户之间的权利义务及责任划分。综合整理各类超级平台的规则,可具体将其划分为管理性规则、技术性规则与实质性规则三类。

管理性规则指为保障平台正常运营,出于业务经营管理需求而设置的规范,该规则不对用户实质性权利造成侵害,也不对用户施加实质性义务。诸如淘宝店铺的命名信息规范、商品发布数量限制规范、商品价格发布规范,再如微信的用户

头像、用户名设置与修改规则。技术性规则是指由于平台技术限制、存储考量等技术性原因而设置的规范。诸如微信“两分钟不可撤回”“文件七天清理”等。这类规则数量最多且不易察觉,较少明示在平台规则中心,更多是一种在平台运行背后的隐性技术规范。实质性规则则以对用户权利进行实质性限制、剥夺为内容。诸如各类超级平台的隐私规则、处罚规则与责任规则。此类规则设定大多以法律法规中的违规行为为依据,具有较强的公共性。在三类规则中,单纯保障平台运营而设置的管理性规则除在作为处罚规则的行为要件出现之外不会对用户造成实质性影响,其余两类规则均会对用户权益产生一定影响,属于“重要规则”的范畴。

2. 超级平台重要规则制定权的约束对象

相关实定法并未授予超级平台行政职权,故其在制定重要规则的过程中行使的不是基于国家或公共组织所授予的“公权力”,^⑤而是依托平台与平台用户之间支配与被支配关系而形成的“私权力”。这也决定了平台重要规则约束的对象并非社会大众,而是以平台及接受平台服务的用户、经营者为主。对于实质性规则而言,用户入驻平台的同时就意味着提供必要的信息,遵守相应规则并在出现违规行为时受到平台的单方处罚。对于技术性规则而言,意味着用户被动接受平台设定的相关基准。在特殊情况下,超级平台重要规则的内容会波及以平台的相关服务竞争者为典型的第三方主体。比如亚马逊之前在平台服务协议中加入了一项被称为“等价条款”的条款,禁止卖家在竞争对手的在线市场上以低于亚马逊的价格出售。^⑥

3. 超级平台重要规则制定权的法律属性

超级平台的重要规则制定权具有双重属性。一方面,重要规则主要附加在用户服务协议之中,由平台企业制定并提供,由入驻用户进行缔约选

择。双方均属于民事主体,用户服务协议的内容设定属于平台企业的营业自由范畴,社会公众的同意或拒绝属于其意思自治的范畴,属于私法面向。另一方面,平台重要规则权具有公法属性。首先,基于超级平台用户体量与市场占有,平台重要规则可以成为其服务领域中社会公众需要遵循的一般规则,是一种基于超级平台的公共属性而以法律为基础塑造的公共秩序。其次,借助算法技术,超级平台重要规则或对法律的宽泛性规则进行技术性解构与细化,或在相关新兴领域中广泛存在立法空白的情况下先行补位,从而起到与法律相似的规范行为和调整社会关系的作用,实现对平台治理领域立法权的功能性替代,具有“准立法性”。

(三)超级平台重要规则制定权的规制正当性

鉴于超级平台外观上具有私法属性,且在本质生成逻辑及现实效力层面具有公法属性,需要从公、私场域分别论证其规制正当性。

1. 私法场域

超级平台的重要规则作为服务协议的组成部分,应当遵守我国《民法典》对格式条款作出的限制规定,例如采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款。^⑧而实践中平台提供的用户协议存在字体小、仅限手机阅读等情况,易因技术鸿沟与知识壁垒造成部分群体的权利受到侵害。再如,《民法典》禁止提供格式条款一方随意免除己方责任,^⑨而实践中几乎所有超级平台在用户协议中均列明免责条款,甚至将硬件问题及黑客攻击纳入免责情形。^⑩诉诸司法时,披着“合同自由”外衣的服务规则往往因涉及平台秩序、营销推广、消费者权益保护等多方面内容而不会被认定无效。^⑪

2. 公法场域

对超级平台重要规则公法场域的规制正当性来源于其公共产品的角色以及立法性权力对宪法

分配的立法秩序的破坏。首先,超级平台以提供基础性公共服务而成为公共产品,其重要规制的制定影响着用户公共服务的可及性与持续性。其次,面对与物理交易、线下生活完全不同的数字场景,政府以明示或默许方式允许超级平台在立法滞后的情况下先行补位,以自治规则进行平台管理。此时,基于数字原理设计的代码程式由于嵌入平台管理权的运行而成为促使或强迫用户按平台意志和价值标准作为或不作为的强力。代码转译超过了技术操作的界限转而体现为一种行为规范的制定权。^⑫在宪法框架下,立法机关享有立法权,通过制定法律对行政机关行使行政权进行规定。而超级平台重要规则在产生实质性立法效果的同时逃逸立法监管,缺乏任何合理性与合法性论证,使得宪法秩序中的立法权分配格局遭到一定破坏。因此,有必要对平台适用合宪性、合法性等立法原则,遏制其滥用和异化的现实风险。^⑬

三、超级平台重要规则制定权的规制原则

数字时代的超级平台并不是普通的私主体,其重要规则实质上相当于数字空间内的“法律”,对公共秩序产生影响,需以公法原则对其权力进行限制。

(一)合宪性与合法性原则

宪法作为国家根本法是所有法律规范的依据。作为一种特殊的超出私法调整范畴的“准立法权”,平台重要规则制定权必须遵从宪法和法律的明确规定和内在精神,避免侵犯公民合法权益。

1. 平等非歧视原则

超级平台在重要规则的制定过程中应当遵守平等非歧视原则,平等保障利益相关者的权益。首先,在制定隐私、资源分配、处罚、责任等各类重要规则时公平对待每一用户;其次,积极预防和消除各种形式的算法歧视行为,既包括因性别、收入、地域、职业等原因拒绝提供服务的明显性歧

视,也涵盖如算法过滤、算法错误和算法瑕疵等隐性的、结构性的人为偏见;^③最后,平等非歧视原则要求超越形式标准的实质上平等关照。^④比如对残疾人、老年人等“数字弱势群体”在责任规则设计时进行倾斜性保护。再如针对处于弱势地位的消费者制定偏向性的信息收集、使用规则,为保障公平竞争针对小微企业制定更加公平合理的人驻交易规则。^⑤

2. 民主参与原则

民主参与原则要求超级平台在制定重要规则时广泛听取并尊重公众意见,建立民主保障机制。该原则源于宪法的人民民主原则。^⑥超级平台重要规则在一定程度上相当于平台生态内的“法律”,故其制定过程须遵循民主参与原则。其一,在制定、修改相应实质性规则时,超级平台需要为用户或商家提供实质参与的线上途径,对相关规则的投票或提议结果实时公开。其二,在重要技术性规则的制定过程中,引入包含技术专家在内的各领域专家,由相关设计人员对规则的制定思路、原因、技术操作可行性及相关限制作出说明,在此基础上进行专业性、合法性评估。

3. 程序正义原则

程序正义是宪法在民主参与原则之上对平台“准立法权”设定的更高程序要求,它同时也是合法性原则的题中之义。程序正义的理念源于自然正义,包括避免偏私和听证两项原则。超级平台重要规则制定应当遵循程序正义在立法方面的两个原则。其一,确立回避制度。保证规则制定过程的公正性和公平性,遏制偏私。其二,设置听证制度以保障规则受影响者的参与和表达权利。^⑦让制定过程更加公开透明,使所有受影响者都有机会表达观点和意见。当然,为契合效率与成本考量,听证制度的设计可繁可简,以对用户权利限制与剥夺的内容、程度为依据可设计不同的听证程序。

(二) 合理性原则

平台重要规则制定不仅要符合合宪性原则,还要遵循合理性原则。

1. 以公平原则规制资源调配规则

超级平台的资源调配规则是指其在以算法、合同等方式对各种资源进行整合、分配和优化时所遵循的规则。这类规则直接影响平台运行效率和社会效益。该类规则包括但不限于以下几类:信息资源调配规则,如信息收集、存储、处理等;物质资源调配规则,如商品或服务的供求、价格等;创新资源调配规则,如知识产权或技术创新的激励、保护、共享等。促进社会公平是《立法法》的重要立法导向,也是习近平法治思想中的立法原则的重要价值追求。^⑧因此,超级平台必须以公平原则为依据分配数字公共权利和资源,处理纠纷并进行管理,^⑨在程序和实体上都尽可能实现资源调配的分配正义,充分维护平台用户的权益,优化资源配置并实现社会效益最大化。

2. 以比例原则规制违规处罚规则

平台处罚规则旨在监督用户活动是否符合法律法规与管理规范,通常用来打击一些有害或违法的信息或行为,如虚假信息、色情信息、暴力信息、侵权行为、欺诈行为等。^⑩与行政法上的过罚相当原则相似,比例原则强调平台应根据违规行为的严重性和影响程度,给予用户不同程度的惩罚,不能畸轻畸重。^⑪在存在多种规则可供选择时,优先选择对用户影响较小的管理性规则,在确有设置处罚规则的必要性时,需要考量其设置适当性、必要性。以“损害最小、程度最轻”的方式,^⑫在满足规制目标的同时兼顾用户权益保障。

3. 以考虑相关因素规制管理规则

超级平台管理性规则一般不会对用户的实质性权利产生影响,但平台某些处罚规则的前提及行为模式会以管理性规则的内容为基础。如淘宝对超过店铺发布商品数量上限的商品实施下架的

处罚措施。^③此时这一管理性规则由于与处罚规则的结合将会对用户产生影响。对于此类管理性规则的设置,要求超级平台仅根据其具体的管理与运营目的考量相关因素,不得对其他不相关因素进行考量。比如关于交易类平台具体商品基本信息发布要素的管理性规定应当根据其自身商业需求,考虑相关的品牌、类型、质量等有关因素。社交类平台对于必须要求信息注册的相关管理性规定应当考虑安全性、稳定性与一致性等因素。

(三)合伦理原则

超级平台重要规则具有一定强制性,其能够成为平台架构空间内“准法律”的根本原因在于超级平台拥有着底层技术权力。在数字技术的加持下,超级平台的实质性规则更加耐受,技术性规则更加隐蔽,管理性规则渗入平台价值更加容易,且所有规则均可依据代码设置完美执行。其在搭建的数字空间内掌握话语权,往往可能基于私主体的逐利性而牺牲用户权益,陷入“资本与道德”这一根本伦理困境。鉴于此,伦理无法仅扮演数字活动之外的“旁观者”角色,^④而应当成为合宪性、合法性和合理性原则外的要求,回应技术运用中人格尊严、分配正义等价值性追求。中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加强科技伦理治理的意见》中提出增进人类福祉、尊重生命权利、坚持公平公正、合理控制风险、保持公开透明五项科技伦理原则。结合科技伦理一般原则与超级平台场域的特殊性,依据其重要规则制定过程中可能产生的伦理风险来建构其合伦理性原则,具体要求超级平台在行使重要规则制定权的过程中尊重个人尊严、坚持分配正义、保持公开透明,以此将其底层数字技术的“能为”与伦理的“当为”结合,形成一种谦卑的权力。^⑤

1. 尊重人格尊严:防范平台侵犯个人信息

超级平台具有数据抓取和信息收集的技术优势,并出于管理需求设计隐私规则,要求入驻用户

提供必要的个人信息。信息即权力,^⑥奉金钱效益为圭臬的超级平台在获得了公共领域的话语权后,往往可能以牺牲用户权益为代价,以信息换取剩余价值积累。用户“以隐私换取便利”的思维更使得超级平台肆意榨取用户信息。实践中,超级平台基于管理需求收集的“必要信息”内涵外延不清,数字技术的单方垄断使得用户对相关信息的收集、运用情况不得而知,政府监管也无从下手。此时,超级平台必须由内克制道德失范与商品化,在制定相关规则时从尊重人格尊严的角度出发,植入权利优先理念,将隐私规则设定与价值选择相关联,善意收集信息。

2. 坚持分配正义:防范平台滥用支配地位

超级平台的发展重塑了经济生产的过程和组织样态,改变了资源配置方式,演化出了介于政治权力和市场权利之间的第三力量。^⑦其获取和创造的数据、信息要素在商业竞争需求下不具有开放性和中立性,在发展前期的监管缺失下产生公共性异化。公共性异化在其规则制定中体现为对用户的不合理限制与不正当竞争。需厘清,市场与伦理从不相悖,市场经济需要道德基础,市场主体同样需要遵守伦理导向。为保障资源的合理配置与市场经济的稳定发展,应当运用合伦理原则对平台的资源分配规则与技术性规则进行规制,要求超级平台发挥行业引领作用,承担起反垄断和反不正当竞争义务,^⑧在相关规则制定过程中考量分配正义原则,促进行业创新,维护稳定的市场秩序。

3. 保持公开透明:防范平台利用算法黑箱

超级平台以技术权力作为底层运行方式,其借助数据的非开放性和非中立性将其架构于算法运行中,产生算法黑箱。公众无法得知其底层技术性规则的设置基础,也无法了解以技术为依托设置的其他规则的实现机理。这完全背离“立法”的价值理念,容易产生政治民主偏离、公共利益侵

害等伦理风险。^⑧囿于专业性缺失,这也是超级平台重要规则制定权的监管死角。有必要运用合伦理原则,使平台建立涉及重大、敏感伦理问题的技术、规则披露机制,保持相关规则的公开透明,做到客观真实。同时鼓励利益相关方和社会公众合理参与,将平台重要规则制定权置于阳光之下,从伦理层面进行底线规制。

四、超级平台重要规则制定权的规制思路

超级平台重要规则制定权的不断扩张对国家立法权构成一定威胁,对政府主导的国家治理秩序造成深刻影响,进而影响公民权益与社会公共利益。对这一权力的规制,行政机关应当引导、监管超级平台在法定授权范围内制定规则。超级平台应承担伦理管理责任,廓清其技术治理的边界。当重要规则制定权的行使涉及公民基本权利或国家重要权力时,司法机关应对平台规则进行审查,必要时允许检察机关提起公益诉讼。在关涉宪法权威与公民基本权利时,甚至可以进行进一步的合宪性审查。

(一)行政指导与监管

超级平台基于技术赋权、政府授权或委托,已实际拥有宪法规定的公权力主体享有的规则制定权。但超级平台天然具有私人逐利性,政府作为公共利益的守护者,亟须提供行政指导与监管来限制其重要规则制定过程中的利益汲取,弱化其逐利底色。

1. 监督和引导平台遵循制定权限

法律法规授权是平台实质性规则制定的重要依据。由于法律规定的模糊性与宽泛性,超级平台往往对其进行细化,得到更加细致、可操作的平台规则。在这一过程中,平台从内部治理与外部竞争的双重目标出发,呈现的规则往往无法协调双重利益趋向继而产生异化。由私主体承担起公共任务时,政府不能听之任之,必须担负起确保任务完成以及维持品质与功能性的责任。^⑨故对于

一些涉及公民人身、重大财产利益的重要规则,需严格限制超级平台的扩大使用,以开展座谈会、指导监督会等各类型行政指导的方式进行主动引导,督促其在法定授权的范围内制定规则。

2. 严格平台规则内容把关

规则制定权是超级平台其他权力运行、实施的起点。由于超级平台容纳海量用户,其制定的重要规则将规制庞大的数字群体,不合理的内容将带来巨大的破坏性。政府需对平台重要规则中实质性规则的内容进行把关,编制重要规则负面清单,明确制定的禁区。^⑩政府应引导超级平台在此基础上编制重要规则备案清单,构建内部合规审查程序,并根据用户反馈与司法诉讼数量对其进行年度调整。对于一些重要的技术性规则要求超级平台在制定过程中提供专家论证进行合理性说明,并在必要时组织开展专业性评估,多方考量重要规则制定的合理性与必要性。

3. 畅通政企良性沟通互动

要想实现高效率的行政指导,政府必须畅通与超级平台的沟通渠道,监督规则的运行实效。其可在超级平台内部设置行政指导专员,对于其制定的重要规则进行识别并对于重要规则的后续运行与影响进行监督,及时报告,从而实现对平台规则制定的动态持续性引导。^⑪除此之外,为激励超级平台自觉向政府沟通备案,可设置规则影响评价机制,定期对影响广泛的重要规则运行情况进行审查和评估,设置量化指标评价规则的合法性与合理性,并公布各项规则合规指数。同时,对于规则制定不合理的超级平台,政府可单独或配套行政处罚下达行政指导书,要求其在一定时间内调整争议较大或风险较高的平台规则,以此作为减轻其处罚的理据。

(二)司法审查

超级平台的规则制定已经超出表面的管理需求,实质发挥对入驻用户的规制作用。适度的司

法谦抑是对超级平台自治的尊重,但当平台权力涉及公民基本权利或国家重要权力的行使时,司法机关应摒弃消极审查态度,转而对平台规则进行合法性、合理性与正当性方面的全面审查。

1. 平台规则的内容合法性

对超级平台规则进行司法审查时,最先审查的是其内容合法性。首先,对于实质性规则,尤其是限制或剥夺用户实质性权利的规则,需审查其权力来源,判断是否在法律授权之下,是否属于在法律法规的文义解释范围内细化规则的行为。其次,由于数字技术的飞速发展超越了当下的法律制约框架,法律法规至多能大概划定超级平台规则制定的边界和领域,但还有许多处于无法可依的空白领域。故在审查过程中,对其余重要规则的合法性审查需适度尊重规则的私法面向与创新精神。只审查其是否超越法律法规的禁止性规定,允许平台根据数字空间交互行为的新特点和新特征,在不逾越法律规范禁止性边界的前提下,在模糊地带探索,适度创新。^②

2. 制定规则的内容合理性

对于一般私主体的法律行为只需从合法性的角度进行考量,但超级平台具有数字基础设施功能,行使“准立法权”。单纯依据法律法规进行合法性审查存在一定缺陷。《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定(一)》(法释[2022]8号)第1条对常见的不合理情形作出了具体的列举,但并没有具体的合理性审查标准。司法机关应当运用自由裁量权,借鉴公法原则,审查平台规则是否满足客观、适度、合乎理性的标准。具体而言,首先需明确何类型的规则需要纳入合理性审查范围,重点考察其处罚规则与责任规则的制定。其次考量其重要规则是否不均衡地设置权利义务关系、是否体现出对用户的人格尊重、是否不当利用其自身的控制地位等。^③

3. 制定规则的程序正当性

实践反复证明,良好的程序设计是防止权利滥用与独断的行之有效的。故对超级平台的重要规则还需从程序正当性方面进行审查。正当性不仅要求满足法律对于其规则制定所需要的形式要件,还需要植入相关程序价值,真正落实用户的知情权。在具体审查过程中需要判断是否满足以下标准:第一,公众参与,即平台的重要规则制定过程中是否有完善的用户参与机制,是否充分、实质性听取用户的意见,以遏制平台偏私。第二,过程公开,即重要规则的制定过程与结果是否向公众公开,是否向公众解释其形成规则的理由,关于技术性的规则设置是否进行了相关说明,以此来确保用户知悉关涉其自身利益的规范具体信息。

(三)公益诉讼

由于个人的力量微弱且取证困难,私人提起司法审查胜诉的概率会大打折扣。同时,超级平台规则造成的权益侵害现象呈现大规模、分散性和公共性的特点,^④必要时,应当允许由检察院提起公益诉讼。

1. 明确起诉主体

对超级平台重要规则制定权享有起诉资格的主体为各级检察院。我国赋予消费者协会代表分散消费者提起公益诉讼的制度在法律中体现在《民事诉讼法》第58条和《消费者权益保护法》第47条。其提起公益诉讼的前提是受侵害群体为消费者群体。但在数字时代下,超级平台服务多元,民事行为与商业行为广泛融合,相对方的个体身份难以准确识别。以消费者协会为起诉主体不满足数字经济发展的需要。有必要让检察院在这一社会组织力量缺位、监管易于“失序”、风险较高的关键场域中,从深层次、宏观角度做好新时代公益诉讼检察工作,保护庞大主体的合法权益。^⑤

2. 厘清适用范围

公益诉讼的范围应当限定在超级平台重要规

则的范围内,分为以下几类。其一为涉及用户基本权利保障的规则,如隐私规则与处罚规则。隐私规则针对用户的个人信息披露与数据获取,处罚规则针对用户的平台使用权、选择权、言论自由权以及知识产权进行限制,对其权益产生实质性影响。其二为责任及风险分担规则。超级平台在制定相关责任分担规则时可能会减轻自身责任而让用户承担更大的风险,违反公平原则。其三为涉及青少年、残疾人等特殊主体权益保障的相关规则。比如海淀区人民检察院曾认为微信的“青少年模式”不符合《未成年人保护法》,侵犯了未成年人合法权益而依法支持公益诉讼。^⑤其四为造成重大权益影响的技术性规则。比如微信“两分钟后不可撤回”的规定在一定程度上关涉用户的通讯自由,存在引发严重的损害结果的风险。

(四)伦理审查

超级平台作为平台经济的引领者,必须发挥一定的示范作用,承担伦理责任。针对其重要规则权行使过程中可能产生的伦理风险,有必要进行伦理性审查,廓清技术治理边界,遏制价值失衡现象。

1. 压实平台主体伦理管理责任

《科技伦理审查办法(试行)》(国科发监[2023]167号)规定高等学校、科研机构、医疗卫生机构、企业等是本单位科技伦理审查管理的责任主体。超级平台作为技术、资源的掌控者,其在规则设计中是否植入善的理念将直接影响规则实效,这就要求其能主动形成吸收各方价值判断的规则内容。^⑥这要求其承担伦理管理责任,率先树立“服务公众”“维护公平”“权利优先”等理念,克制道德失范。具体而言,要求超级平台建立常态化工作机制,加强伦理的日常建设与管理,营造包含伦理价值的企业文化,主动研判、及时化解其规则实施活动中存在的伦理风险。同时,可借鉴行政问责制度的经验,加强对超级平台伦理责任追究的制

度建设,^⑦以责任为导向激励其管理伦理风险。

2. 构建权威同质的审查依据

人类要以一种共同体的形式生活在一起,就离不开一个社会成员共有的“公共价值池”,伦理可以说是在这个池中不同的价值出现冲突时判断何者更重要的依据。为更好地保障伦理作为判断审查的依据,需要构建权威同质的伦理审查依据。根据国家相关法规和指南的要求确定伦理审查依据,对于公共性价值理念、规范性引用文件等作出详细说明。同时,根据超级平台提供服务、重要规则的类型不同建立分级分类审查标准。这既可以在技术利用的伦理准则上达成共识,也可以为超级平台营业自由的个性化操作保留足够余地。^⑧

3. 审查的重点内容与程序

《科技伦理审查办法(试行)》将涉及算法和模型设计、个人数据处理等在内的科技活动纳入审查范畴,要求其遵守公平、公正、透明、可靠、可控等原则,符合国家有关要求。其规定较为通用,所确立的伦理审查体系具有较强的延展性。具体到超级平台重要规则的制定领域,超级平台在算法模型研发过程中可能涉及个人信息收集、存储、使用和自主决策系统等敏感行为要素,也可能涉及潜在影响公共秩序、市场健康发展的内容。对于这些规则,超级平台都应自主发起伦理审查并按规定组织开展伦理风险评估,根据规则重要性和敏感性程度适用简易程序或一般程序进行。同时,超级平台可定期上传其重要规则与技术的伦理审查情况,联合同行业其他主体制定本行业的伦理审查具体规范,引导伦理审查工作顺利进行。

(五)合宪性审查

超级平台单方制定的重要规则不仅可以对用户数字空间的言论自由进行限制,还可对其公开、发表网络作品的自由、通过网络参与工作劳动、接受学习教育等多项复合性的宪法自由进行限制,^⑨对公民基本权利和宪法权威造成广泛而深刻的

冲击。为保障超级平台“准立法权”的行使符合宪法规范、原则以及精神,有必要对其重要规则进行合宪性审查,维护宪法权威。

1. 审查对象:关涉基本权利且穷尽救济

识别合宪性审查对象,不仅要从事传统角度进行文本考量,还需要结合实践从功能角度进行判断。传统的合宪性审查着重防范国家立法对公民基本权利的过度限制。而在数字时代下,作为私主体存在的超级平台开始拥有“准立法权”并在技术加持下作用于特定主体的基本权利,甚至对整体的社会正义构成威胁。从功能角度出发,合宪性审查的范围应将超级平台关涉基本权利限制或剥夺、关涉宪法权威的规则纳入审查范围。同时,进行合宪性审查的前提为穷尽法律救济。对超级平台的重要规则优先进行合法性审查,在合法性审查无法解决问题时再根据规则关涉的权利内涵判断是否进入合宪性审查程序。

2. 审查标准:规范性标准与功能性标准

一般而言,法律规范的合宪性需要从功能性和规范性两个维度进行审查,^①应用到超级平台重要规则中如是。就规范性而言,要求超级平台制定规则的权限与程序符合宪法,做到权利与价值权衡。权限维度上要求超级平台相关规则的设定遵从宪法对公民权利保障的要求,在授权范围内行使权力。程序维度上要求超级平台在制定重要规则时强化民主参与机制,通过程序设置来实现平等商谈,以内部参与者的意见来钳制负外部性。^②权利与价值权衡要求以比例原则衡量重要规则能否在满足规制目标的同时兼顾用户的基本权利保障。就功能性标准而言,要求超级平台的重要规则制定应当有助于实现我国的政策目标,助力实现数字经济发展的国际战略目标以及数字人权保障的发展目标。

3. 审查效力:类似规则与整体价值内化

合宪性审查的效力不仅针对个案或个别规

则,对其他类似规则均产生效力。同时,该审查结果还会对社会整体产生良性指引,在规范与价值层面督促各类平台进行自我检视。规范层面表现为超级平台根据合宪性审查结果对内部的重要规则进行风险排查,对类似规则进行符合宪法价值的调整或论证。价值层面表现为合宪性审查结果向社会宣示。超级平台应承担落实基本权利价值秩序的宪法任务。进一步通过对超级平台规则的合宪性审查将宪法价值贯彻到平台经济发展过程中,倒逼其规则制定兼顾效率与公平,有利于让宪法价值和理念成为超级平台发展与治理的底层逻辑。

五、结语

互联网日益成为推动发展的新动能、维护安全的新疆域、文明互鉴的新平台。超级平台作为互联网的核心架构,发挥着引领技术创新和推动数字经济发展的重要作用。如何在规范超级平台权力与促进其发展中作出平衡,探索科学合理的规制路径迫在眉睫。本文以超级平台的典型权力即重要规则制定权为研究对象,分析其内在逻辑并在此基础上提出规制的“治本”之策,即植入立法原则与精神,从合宪性原则、合理性原则与合伦理性原则出发遏制其负外部性,从行政指导、司法审查、公益诉讼、伦理审查与合宪性审查五方面监督其权力行使。未来,面向更加广泛深入的数字化转型,亟须法学转换惯性思维。构建适应数字发展特色的监管框架,在最大限度发挥超级平台治理效能、促进数字经济有序发展的同时让法律与规制依然有效,实现超级平台宪法精神、法律价值与社会价值的内部化。

注释:

①参见《微信用户超13亿腾讯发布2023年第二季度报告》,载“中关村在线”2023年8月17日, <https://news.zol.com.cn/>

828/8289868.html。

②参见赵鹏:《平台公正:互联网平台法律规制的基本原则》,载《人民论坛·学术前沿》2021年第21期,第75-76页。

③参见解志勇、修清华:《互联网治理视域中的平台责任研究》,载《国家行政学院学报》2017年第5期,第102页。

④See Lina M. Khan, Sources of Tech Platform Power, 2 Georgetown Law Technology Review 325, 325-334(2018).

⑤See Lindsay Sain Jones & Tim R. Samples, On the Systemic Importance of Digital Platforms, 25 University of Pennsylvania Journal of Business Law 141, 141-207(2023).

⑥See Jeff Hermes, Section 230 as Gatekeeper, 43 Litigation 34, 34-41(2017).

⑦See Daniel Kreiss & Bridget Barrett, Democratic Tradeoffs: Platforms and Political Advertising, 16 Ohio State Technology Law Journal 493, 493-519(2020).

⑧参见Eleanor M. Fox, Platforms, Power, and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S.-Europe Divide, 98 Nebraska Law Review 297, 297-318(2019);同前注⑤, Lindsay Sain Jones & Tim R. Samples文,第141-207页。

⑨See Kenneth A. Bamberger & Orly Lobel, Platform Market Power, 32 Berkeley Technology Law Journal 1051, 1051-1092(2017).

⑩See Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, 141 S. Ct. 1220(W. D. Tex. 2021).

⑪参见孔祥稳:《网络平台信息内容规制结构的公法反思》,载《环球法律评论》2020年第2期,第134-135页;马治国、占妮:《数字社会背景下超级平台私权力的法律规制》,载《北京工业大学学报(社会科学版)》2023年第2期,第116页。

⑫参见同前注③,解志勇、修清华文,第104页。

⑬参见刘权:《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》,载《法学研究》2020年第2期,第48页。

⑭参见王昉荔:《网络技术对权力变移的影响》,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2011年第2期,第31-34页;宋红岩:《网络权力的生成、冲突与道义》,载《江淮论坛》2013年第3期,第124-128页。

⑮参见赵鹏:《私人审查的界限——论网络交易平台对用户内容的行政责任》,载《清华法学》2016年第6期,第128-130页。

⑯参见武西锋:《数字经济时代垄断的权力本质与监管科

技》,载《学术论坛》2023年第2期,第109页。

⑰国家市场监督管理总局:《关于对〈互联网平台分类分级指南(征求意见稿)〉〈互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)〉公开征求意见的公告》,载国家市场监督管理总局官网2021年10月29日, https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art_c0086d02fce544ea9506e997b3ac93c1.html。

⑱此外还有支付宝、QQ、拼多多、高德地图、百度地图、腾讯视频、爱奇艺、QQ浏览器、微博美团、百度、优酷视频等数量众多的超级平台。

⑲参见李振宇:《超级平台的权力扩张及其法律治理》,载《汕头大学学报(人文社会科学版)》2021年第8期,第15页。

⑳参见《互联网用户公众账号信息服务管理规定》(国家互联网信息办公室令第10号)第6条第2款、《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》(国家互联网信息办公室8月7号发布)第6条第2款。

㉑参见《淘宝网市场管理与违规处理规范》,载“淘宝平台规则”, <https://rulechannel.taobao.com/?type=detail&ruleId=14&cId=1157#/rule/detail?ruleId=14&cId=1157>, 2023年12月24日访问。

㉒多数超级平台的违规处罚规则以相关法律、行政法规的规定为基础,如淘宝平台对于质量不合格、假冒产品的处罚规定。

㉓参见《腾讯微信软件许可及服务协议》,载“腾讯成长守护”, [https://jiazhang.qq.com/zk/smallWeixin_agreement.html?lang=zh_CN#:~:text=](https://jiazhang.qq.com/zk/smallWeixin_agreement.html?lang=zh_CN#:~:text=,), 2023年11月10日访问。

㉔参见同前注(11),孔祥稳文,第134页。

㉕参见《美国华盛顿特区总检察官对亚马逊发起反垄断诉讼》,载“新浪科技”2021年5月26日, <https://finance.sina.com.cn/tech/2021-05-26/doc-ikmxzfmm4661644.shtml>, 2023年11月24日访问。

㉖参见《民法典》第496条。

㉗参见《民法典》第497条。

㉘参见赵天宇:《网络服务合同中不平等条款的类型及其法律规制——以虚拟财产权的保护为视角》,载《西南政法大学学报》2020年第2期,第42页。

㉙参见徐涤宇、王振宇:《平台服务协议行政规制的检视与完善》,载《中州学刊》2022年第7期,第64-65页。

㉚参见王正鑫:《“立法性”算法权力的兴起与法律规制》,载《法制与社会发展》2023年第2期,第198-199页。

③③参见同前注③,解志勇、修青华文,第102-103页。

③④参见伊卫风:《算法自动决策中的人为歧视及规制》,载《南大法学》2021年第3期,第83-88页。

③⑤参见门中敬:《平等权原则与宽容——以平等和自由的关系为向度》,载《现代法学》2011年第3期,第29-30页。

③⑥参见宋保振:《“数字弱势群体”权利及其法治化保障》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第6期,第61-63页。

③⑦参见《宪法》第2条第3款。由于平台重要规则的特殊属性,公民参与平台重要规则的制定过程也应属以上条款中公民管理社会事务的一种新型方式。

③⑧参见汪全胜:《论立法的正当程序》,载《华东政法学院学报》2006年第2期,第22-24页。

③⑨参见宋方青:《习近平法治思想中的立法原则》,载《东方法学》2021年第2期,第38页。

③⑩参见俞可平:《重新思考平等、公平和正义》,载《学术月刊》2017年第4期,第8页。

③⑪参见《微信个人账号使用规范》、豆瓣《账号管理原则》《微博服务使用协议》等关于个人账号违规后的处置规定, https://weixin.qq.com/cgi-bin/readtemplate?&t=page/agreement/personal_account、<https://www.douban.com/about/guideline#accountguide>、<https://weibo.com/signup/v5/protocol>, 2023年10月14日访问。

③⑫参见黄绍坤:《平台规则的合法性控制》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2023年第5期,第146-147页。

③⑬参见谭九生、胡健雄:《比例原则规约算法行政的法理基础与路径》,载《理论月刊》2023年第3期,第125页。

③⑭参见同前注②①,《淘宝网市场管理与违规处理规范》。

③⑮参见丁明磊:《高水平科技伦理治理:现实意义与总体思路》,载《国家治理》2022年第7期,第40页。

③⑯See Sheila Jasanoff, Technologies of Humility: Citizen Participation in Governing Science, 41 Minerva 223, 223-244(2003).

③⑰参见[美]罗伯特·基欧汉、[美]约瑟夫·奈:《权力与相互依赖》(第4版),门洪华译,北京大学出版社2012年版,第238页。

③⑱参见张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规

制》,载《法学研究》2021年第4期,第149页。

③⑲参见孙晋:《数字经济时代反不正当竞争规则的守正与创新——以〈反不正当竞争法〉第三次修订为中心》,载《中国法律评论》2023年第3期,第33-45页。

③⑳参见崔维维:《平台运作逻辑的政治伦理风险》,载《河南社会科学》2022年第12期,第42页。

③㉑参见高素伟:《社会自我规制与行政法的任务》,载《中国法学》2015年第5期,第91页。

③㉒参见陈鹏:《平台权力的扩张与规制》,载《理论月刊》2022年第8期,第134页。

③㉓参见孙逸啸:《网络平台自我规制的规制:从权力生成到权力调适——以算法媒体平台为视角》,载《电子政务》2021年第12期,第77页。

③㉔参见周恒、李润鑫:《网络平台自治规范的司法审查》,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2023年第4期,第60页。

③㉕参见周恒:《受规整的自治:论对互联网平台自治规范的审查》,载《天津行政学院学报》2022年第6期,第78页。

③㉖参见同前注③⑩,刘权文,第51页。

③㉗参见同前注③⑩,马治国、占妮文,第124页。

③㉘参见潘剑锋、牛正浩:《检察公益诉讼案件范围拓展研究》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第23页。

③㉙参见《微信“青少年模式”存漏洞,海淀检察院将提起公益诉讼》,载观察者网2021年8月7日, https://www.guancha.cn/ChanJing/2021_08_07_602002.shtml, 2023年12月24日访问。

③㉚参见陈全真:《论数字时代的平台权力:生成逻辑及规制进路》,载《上海法学研究》2022年第16卷,第76页。

③㉛参见陈冬梅:《论公共企业伦理责任》,载《求索》2007年第12期,第135页。

③㉜参见段鹏:《平台经济时代算法权力问题的治理路径探索》,载《东岳论丛》2020年第5期,第116页。

③㉝参见温泽彬、苏升:《数字时代的宪法监督:一种价值维护机制》,载《北京行政学院学报》2023年第5期,第15页。

③㉞参见朱学磊:《法律规范事中合宪性审查的制度建构》,载《中国法学》2022年第5期,第223页。

③㉟参见同前注③⑩,黄绍坤文,第145页。