

数字平台权力法律规制的法理基础与制度建构

杨清望, 王海英

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 在数字时代, 数字平台凭借技术优势获得了对用户的支配性地位, 形成了事实上的权力, 即平台权力。平台权力作为一种新型权力, 改变了传统的权力获取方式、结构模式和行使手段等, 打破了以权利制约权力的现代法律制度设计。因此, 依法有效规制数字平台权力, 必须立足于新的权力结构, 遵循权力监督的基本原理, 完善平台权力治理体系。就优化治理格局而言, 需要形成“公民权利—私权力—公权力”的三元权力结构, 并由此构建三方互动制约的综合治理模式。就完善治理理念而言, 应依据不同类型基本权利的价值位阶, 确定平台权力的义务范围、对公民基本权利设置不同的保护方式、坚持基本权利第三人效力的有限适用。就完善治理途径而言, 需要完善对算法的内外部双重监管制度、限制平台的自我赋权、设定平台的实体性和程序性公法义务, 实现对平台自我监管的规制。

关键词: 数字平台权力; 权力结构理论; 基本权利; 数字正当程序; 公法义务

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2025)02-0117-15

人类正在加速迈入数字时代, 数字技术和数字平台使人类获得了巨大的数字红利。但同时, 数字平台利用算法优势加速聚合形成平台的垄断权力, 将权利主体置于被数字操控的巨大风险之中。因此, 如何规制数字平台权力^①成为亟待解决的重大问题。近年来, 全国人大常委会相继出台了一系列法律, 如《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》)、《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)等, 国家互联网信息办公室、工业和信息化部等部门也联合发布了《网络安全审查办法》《互联网信息服务算法推荐管理规定》等文件, 这些都是规制数字平台权力的重要规定。从理论逻辑来看, 这些规定基本上是通过个体赋权、设定平台企业义务、细化平台问责机制等方式解决平台运行失范的问题。这些方式虽然具有重要作用, 但是并没有回应权力结构的改变对平台治理方式提出的新要求。质言之, 数字平台权力问题在本质上并不仅仅是一个通过优化技术方案就可以解决的问题, 而是由权力结构变迁引发的集合了技术方案与理论基础的系统性复杂问题。从既有研究来看, 学者们虽提出了针对平台权力的规制方案, 但总体缺少对数字平台权力结构变化的理论分析。有鉴于此, 本文以权力结构理论为研究视角, 考察数字平台权力形成后对权力结构带来的新发展和新挑战, 分析平台权力如何动摇传统权力构造的法理基础、如何突破和重塑了既有权力结构, 进而为规制数字平台权力提供新思路。

一、数字平台权力对传统权力形态的解构与重构

从规范法学角度看, “权力是主体通过自己的行为便可引起法律关系发生变更的能力, 行使法律

收稿日期: 2023-09-14; 修回日期: 2024-04-01

基金项目: 教育部国家人权教育与培训基地重大项目“新时代中国特色人权保护和发展模式对人权理论发展的研究”(22JJD820047)

作者简介: 杨清望, 男, 湖南泸溪人, 法学博士, 中南大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 法理学与部门法哲学; 王海英, 女, 内蒙古包头人, 中南大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 法理学与部门法哲学, 联系邮箱: 13974859743@163.com

权力是一种规范性行为”^[1]。法律通过权利、义务和责任等系列规定将权力设定在一种合法的支配关系框架之内。那么,数字平台权力如何形成并冲击了传统权力形态?对这一问题的回答,是厘清新的权力结构和重塑规制模式的逻辑起点。

(一) 数字平台权力对传统权力形态的解构

学界一般认为,权力的构成要素包括主体、权源、对象及保障等^[2]。数字平台权力全面解构了这四种权力要素。

1. 突破了权力的主体范围

在现代政治理论中,对权力主体范围的阐释基本上围绕国家展开的,权力即国家权力^[3]。在我国法律实践中,规范意义上的权力主要指的是宪法相关条款规定的一切权力、国家权力以及立法法规定的国家机关的权力、监察法规定的公权力^[4]。此外,非政府组织、社会团体等也凭借其拥有的社会资源成为社会权力主体。一言以蔽之,传统权力主体主要属于国家和社会主体。但是在平台社会,传统权力主体的范围遭到重大挑战。首先,平台凭借信息和技术资源优势具备了影响其他主体选择权、自主权的能力,成为新的私权力主体,突破了传统的权力主体范围。其次,因受平台的影响,传统权力主体的外延不断扩大。参与平台互动的主体广泛受到数据、算法、商业模式的一体化支配和影响。而且,随着越来越多的主体(包括公权力主体、各类法人和非法人组织等)参与到数字平台中,这些主体与数字技术深度结合,成为能够影响和支配他人利益的社会权力,传统权力主体外延不断扩大,“形成了包括公权力主体、私权力主体的多元转变”^[5]。由此,平台拥有的权力超越了传统的权力主体范围阈值,其既非公权力主体,也非社会团体等传统社会权力主体,换言之,数字平台成了数字经济时代新的私权力主体。

2. 改变了权力的授权模式

现代权力理论主张权力来源于宪法和法律的授予。宪法和法律代表最高程度的价值共识,这是权力的“正当性”根基,表明某种特定权力是一种合法的支配关系。而在数字时代,数字平台通过占有资源成为新的权力中心,并且通过算法优势不断塑造和强化着新的权力形态。这体现为:一方面,数字平台成为独立于国家和社会的重要场域^[6],大型科技公司不断通过自我赋权获得了权力。例如脸书、亚马逊等科技公司,可以通过整合、分析、使用数据形成比较竞争优势和用户依赖,从而成为新的权力拥有者。另一方面,数字化、网络化、智能化服务无处不在,形成了以信息为资源、以数字平台为基础的平台生态系统^[7]。数字平台是这种生态系统的主导者,它凭借规则制定权强化了权力。由此可见,数字平台权力不是基于宪法和法律授权产生的,而是凭借结构性地位和信息资源优势获得了权力,不接受平台的强制性规则就意味着人的“去社会化”。因此,数字平台改变了权力的授权模式,进而导致自我赋权成为主导性模式。

3. 转变了权力的制衡机理

传统权力作用的对象是各类社会主体。为防止权力的扩张和滥用,宪法和法律为权力设置了权责边界和监督体系。如行政相对人可以通过参政权、批评建议权形成对行政权力的必要制约。然而,在数字平台中,用户难以发挥对平台权力的制约作用。从产生机理来看,平台权力自我赋权、自我指涉^①的特性使其可以逃出权力对象的监督视域。从运行过程来看,平台依据的技术手段具有较强的隐蔽性和专业性,传统公权力机关通常不具备专业的技术手段和能力对其进行及时有效的监控,只能一方面依靠政策的宏观调控和引导,另一方面依靠平台的自律性^[8]。从现实表现来看,用户与数字平台之间也是失衡的样态,二者间很难真正形成平等民事主体之间的关系,特别是行为规则和权利义务配置的不均衡使得用户难以对平台权力形成制约。总之,就数字平台与用户的关系而言,法治传统下的权力制约模式表现出“去控权”的逆向发展趋势,甚至在一定程度上回归为前现代的“命令—服从模式”。

4. 重塑了权力的作用方式

传统权力理论对权力作用要素的理解包括三个层面:“权力是潜在的力量;武力是显性权力;权威是制度化的权力。”^[9]传统公权力以强制力为保障,权力的作用方式是“强制”与“共识”的结合。相比较而言,数字平台权力对权力对象的支配从有形转向无形,平台权力的行使不再以潜在的强制乃至暴力的形式发生,而是凭借技术手段影响人们的行为决策,通过影响和转化产生支配关系。比如,许多平台应用软件存在过度收集用户信息数据和强制授权的问题,用户下载应用软件需要“同意”平台用户协议规定的内容,但实际上用户协议是强制性规范,用户处于信息弱势方,处于被平台支配的地位,“知情同意”有一定的被迫性。此外,传统社会权力一般属于“软权力”,通过协商、批评建议去影响和支配对象^[10]。数字平台权力也不同于传统社会权力,它主要通过制定规则,引导用户“自下而上”地对平台“授权”,从而获得了对用户行为的隐性支配。因此,传统的权力终极维系方式是“显性制裁”,通过“强制+共识”发挥作用,而平台权力主要以“隐性制裁”的形式发挥巨大支配力,由传统“强制+共识”的沟通方式演变为“强制性共识”的“结构定式”。

(二) 数字平台权力对权力模态的重构

所谓权力模态,是指权力的类型和运行状态。数字平台权力的出现不仅是权力类型的增加,而且是对权力运行状态的根本改变。

1. 拓展传统社会权力的空间

首先,数字平台强化了传统社会权力主体之间的依赖关系。传统社会权力主体之间通过平台成为“互补者”,平台将不同的各方联系起来,构成了多边市场,使社会组织经济权力得到发展^[11]。社会和经济越来越多地被算法、商业模式和数据所塑造,算法和数据为市场提供了更有效的经济活动组织方式。例如,企业依靠平台吸引和连接了大量的终端客户,提高了经济效益,同时也加深了对平台的依赖。其次,数字平台为传统社会权力运行提供了新方式,扩大了社会权力的影响力。特别是数字平台通过降低信息创建和传输的成本,促进了社会权力的发展。例如,数字平台成为非政府组织、非营利机构的组织和沟通工具,发挥了其在政治、经济和文化上的引导力。综上,数字平台扩展了传统社会权力的空间,也为传统社会权力的实现提供了新的方式,扩大了社会权力作用空间的广度,加深了其深度。

2. 加速具有公权力特征的私权力主体崛起

公权力常以法律的方式课以人们一定的义务,辅以命令或者强制手段,以达到其目的。数字平台由于具有一定意义和程度上的规则制定权、规则执行权和纠纷解决权,已然符合公权力的上述特征。首先,平台通过制定平台规则来影响平台内经营者的行为,这已经成为平台治理的重要方式。《中华人民共和国电子商务法》第32条规定,平台应遵循公开、公平、公正的原则制定平台服务协议和交易规则。然而,平台利用对数据、算法、资本的垄断性优势制定规则,“通过制定、修改平台规则,事实上行使了平台生态系统的‘准立法权’”^[12]，“公开、公平、公正”原则的要求则很难实现。其次,数字平台是网络社会空间的管理者,其对严重违反法律法规的平台内经营者有“准执法权”。例如,《个人信息保护法》第58条规定了平台的守门人义务,明确规定平台对严重违反法律、行政法规处理个人信息的平台企业有“停权处罚”的权力。最后,平台惩罚权有一定强制性。实践中,平台的惩罚权是针对用户违反平台的服务协议和平台规则而进行惩罚的权力。平台惩罚权虽然没有直接的国家强制力予以保障,甚至在一定范围内排除了国家公权力干预^[13],但是它具有类似公权力的强制性。例如,在2018年《人民司法·案例》的“成都希言自然贸易有限公司诉上海寻梦信息技术有限公司合同纠纷案”中,商家在第三方电商平台售假,平台依据自律管理规则要求商家“假一赔十”。关于赔付标准是否过高的争议,法院认为,应当遵循主体意思自治原则,尊重平台的自治管理权,不予调

整。综上,数字平台私权力不但已经形成,而且随着平台渗透到更多领域,平台权力的公权力特征不断得到强化。

3. 促使公权力流散化

私权公权化不只是丰富权力形态而已,随着网络平台对社会治理的全方位参与,特别是数字权力与政府的行政权力相结合,使公权力不断泛社会化或流散化。数字平台权力全面渗透传统公权力领域,特别是在数字公共服务、数字行政管理、司法等领域,平台权力在与公权力日益频繁的双向互动中不断俘获传统公权力:一方面,公权力通过与平台权力的合作获得了更强的支配力量。借助平台在数据化与基础设施化进程中的积极作用,公权力不仅提高了运行的效率,也拓展了范围。“我国政府将数字平台视为一种凝聚和连接的力量以及促进社会变革的条件。”^[14]例如,传统行政执法针对的是已经发生或正在发生的违法行为,而在平台权力的支持下,行政执法创新执法方式,将预防式执法拓展到了诸多领域。另一方面,平台权力与公权力深度融合,使得公权力的国家属性淡化。平台权力嵌入国家权力行使结构,凭借数字技术手段影响着公权力决策。实践中,公权力机关通过与第三方合作,引入了大数据、人工智能等技术,这样,第三方私主体在助力实现公权力治理目标的同时,也通过对数据权利的掌握实现了对公权力的植入或者转移。政府越来越多地与平台公司合作,以解决医疗、教育等社会问题,公权力被平台权力分散,向“私有化”发展。

二、数字平台权力形成后传统权力法秩序的失灵

数字平台权力的形成不只是增加了权力形态,更改变了传统的权力结构形态、运行模式、制约机制,导致传统法律规制模式在数字平台领域的失灵。

(一) 传统权力的规范结构难以保障数字平台权力的有序性和有效性

1. 既有宪法规范的权力结构设计难以制约平台权力

权力结构强调的是权力在国家、社会中的分布关系,具体是指“权力的组织体系、配置与各种不同权力之间的相互关系”^[15]。传统权力结构的平衡是通过宪法建构权力制约的规范体系来实现的,但这难以有效制约数字平台权力。

从宪法的规范框架来看,数字平台权力打破了传统“基本权利—国家权力”的规范权力架构。诚然,从制宪历史来看,我国宪法规定的公民的基本权利并不是为了制约和对抗国家权力而产生的,也很难说我国宪法存在着“国家公权力—公民私权利”的权力结构安排。“五四宪法”制定的背景不过是“把新民主主义的理论、政策、方针等政治主张合法化,在人民政府被认为是代表人民利益的历史背景下,《五四宪法》不会为防止权力滥用而限制和约束政府权力,没有通过宪法途径来解决侵犯公民基本权利的问题”^[16]。但是,自改革开放以来,我国的社会结构发生了巨大变化,社会经济生活的多样化使得个体权利意识增强,其结果是在计划体制下具有内在一致性的“国家”与“人民”拆解为既有依赖又有张力关系的“政府”与“公民”,将宪法理论的场域从强调“整体性”的政治学、社会学领域转向法学领域^[17]。基于基本权利之于个体生存和发展的重要意义,“八二宪法”明确以保护公民基本权利为重要使命。在此意义上,公民的基本权利与国家权力成了一对基本范畴,通过基本权利制约国家权力成了重要的权力制约模式。传统权力主体和权利主体共存于宪法共同体之中,一方的权利边界是对方的义务范围,处于双向制约的关系^[18]。宪法通过规定基本权利来设置国家权力的边界,国家是公民基本权利的主要义务主体。例如,我国宪法第二章规定了公民的基本权利,同时通过第33条“国家尊重和保障人权”明确了公民基本权利的范围,设定了国家权力行使的边界。

然而,数字平台这一私权力主体的崛起冲破了基本权利的制约,导致“国家公权力—公民基本权利”的平衡格局被打破。由于数字技术对生活的全面渗透,平台权力给公民言论自由等权利带来了风

险,但是受传统权力结构的限制,学界一般否认基本权利对国家以外的其他任何私主体具有直接效力。例如,平台在履行信息安全管理义务时,有权处理用户发表的“不良内容”,这种管理义务的履行可能会影响个体言论自由的基本权利,但是平台在处理用户发布的内容时并不受基本权利的制约。因此,如何在数字环境中保护基本权利已经成为当代社会的重要挑战。

2. 既有法律规范的权力法秩序无法约束数字平台权力

从权力结构的实际运行来看,数字平台权力还改变了国家政治权力、经济社会权力和个人权利之间的相互制衡关系。著名社会学家迈克尔·曼认为,意识形态权力、经济权力、军事权力和政治权力决定着社会整体的结构,这四种权力互相胶合,形成权力关系网络^[19]。在不同时期,不同权力的角色地位呈现出不同变化。在工业时代,社会秩序源自集权的、理性的官僚等级体系,政治权力是关键。20世纪中叶以降,在全球社会从工业生产方式向高科技和信息为基础的生产方式转变之际,政府将权力分散和下放,并依靠分散的组织实行^[20]。政治权力不再像工业时代那样具有核心地位。到20世纪后半期,国际生产和私有化使得跨国公司在技术革新、财富分配等方面发挥着重要的作用,与公民社会相关的权力从国家转移到了跨国公司手中,加速了权力从国家向市场的实质性转移^[21]。经济社会权力成为权力结构的支柱。总之,在20世纪,出现了由产业巨头带来的传统权力结构转型,即从公权力与私权利的二元结构,转向政治权力、经济社会权力(如产业巨头拥有的权力)、个人权利的三元结构。而且政治权力和经济社会权力都受到宪法法律的约束,其与个人权利之间形成了相互制约的关系。但是,数字平台权力的出现打破了这种三元结构的法秩序设计,导致约束传统产业巨头权力的法律方式难以有效约束平台权力。

具言之,既有法律规范主要是通过反垄断法、知识产权法等对传统产业巨头的权力进行约束的。但是,平台权力的结构性、综合性特征使得上述治理方式的效果有限。原因如下:其一,平台权力是一种结构性权力,它嵌入了整个社会系统中,塑造着人们的行为模式。苏珊·斯特兰奇认为,结构性权力就是在特定领域形成游戏规则的能力^[22]。基于此种权力特征,平台成为关键的社会基础设施,作为企业、政治的运作环境而出现^[23]。例如,平台越来越多地成为企业家创办新企业、改革老企业的前置性环境。因此,平台权力与经济社会权力、公民权利呈现出“一荣俱荣、一损俱损”的耦合状态,通过反垄断的手段规制平台权力也会抑制经济社会权力的发展,此所谓“杀敌一千,自损八百”。其二,平台权力是一种综合性权力,表现出公权力、私权力、私权利的复合样态。传统权力结构理论主张权力来源于多数(人)、组织和资源的结合之中^[24]。传统权力结构中的经济社会权力主要是一种基于资源垄断的财产性权力,呈现出单一性质。而平台权力的复合特性来源于平台的市场主体及公法管理人的双重地位。承前所述,从市场角度分析,一方面,平台处于为双方或多方用户提供交易、社会交往的私主体地位,平台与用户的关系具有私法契约的属性。相应地,平台权力表现为一种私权利。另一方面,平台有交易规则制定权和纠纷裁决权,与用户形成了管理与被管理的关系,平台权力呈现出公法私权力样态。从平台的公共地位属性分析,平台与国家之间相互赋权,平台分享了一定的公权力。而平台权力的三种样态常常胶合在一起,并不以某一单纯的权力形态出现。正是因为平台权力具有复合性,其可能同时承载着私权利、私权力的属性,平台规制“牵一发而动全身”,平台的法律监管犹如“投鼠忌器”,实现不同权力的平衡成为一个难题。

(二) 传统权力运行的层级化逻辑不符合数字平台权力的运行逻辑

数字平台的加速发展使得传统权力运行逻辑发生改变,公权力的运行逻辑由科层制向扁平化转变,私权力的运行逻辑却由平衡关系向层级关系转变。

1. 公权力行使方式从层级化向扁平化转变

传统公权力的行使方式是自上而下的支配与控制,下级权力是上级权力的延伸。比如,国家权力

依科层制分布为中央权力和地方权力,地方必须服从中央,中央与地方是领导与被领导的关系。有学者提出:“宏观结构主义者中,有一种倾向,认为权力是从各种组织等级的顶部流向底部的。因此,这些方法往往忽略了非正式的权力安排,这些安排绕过了官方定义的等级制度。”^[25]平台权力正是这种非正式的权力安排,它改变了层级制的权力行使方式,使公权力行使向扁平化转变。一方面,“数字技术以自由、平等理念为出发点”^[26],这种权力特征使权力机构中的层级弱化,个体、群体等与上层权力的相关性减弱。另一方面,平台权力使得国家中心的治理地位遭到去中心化、分散化的影响。平台把权力分散到了其他组织和个人之中,建立在国家权威基础上的“自上而下”的权力运行方式被以多元权威为基础,分散化、多向度的权力运行方式所取代^[27]。政府与平台企业等主体之间不再是传统的支配与被支配的关系,政府在借助平台提升能力的同时,也让渡了部分权力,改变了以往的国家权力中心地位。

2. 私权力行使由对称平衡关系向层级关系转变

对称平衡关系指的是权力行使者与权力行使对象之间的平等互惠关系,即权力主体与权力对象之间是一种主体间性的关系,双方处于平等的法律关系中。权力对象对权力主体的服从依据的是法律规定而不是因为权力主体的优势地位。传统私权力主体与私权力对象之间相互依赖,不同权力之间的关系是平衡的。例如,非政府组织依照章程、规约进行社会管理时,这种自治权属于社会私权力的行使,其需要的是公民的广泛参与和配合,双方处于平等地位。但是,数字平台与用户间的权力行使关系从“主体间关系”转向“主客体关系”,呈现出来的是平台对用户的优势地位。

私权力行使的对称平衡关系被打破,向不对称的层级关系转变,主要表现在两个方面:第一,从双方之间的地位来看,平台权力与用户之间形成了强与弱的地位差别,双方的地位是不对称的。这种不对称性体现在:一是平台享有制定用户必须遵守的规则标准的权力;二是平台权力可以大规模、智能化行使;三是平台与用户、监管机构处于信息不对称的状态;四是平台权力具有跨域行使的能力^[28]。第二,从平台私权力的构成来看,平台组织化权力和授权性权力的行使呈现出纵向层级化特征。平台私权力包括基于新型场域的组织化权力、用户赋予的协议性权力和政府赋予的授权性权力^[29]。平台既是市场主体,也是承担治理责任的私权力主体。例如,我国法律赋予了超大型平台的守门人义务,其蕴含了超大型平台对平台内经营者进行监管的权力要素。超大型平台对中小平台和平台内经营者的管理权力就明显表现出层级化特征。

(三) 传统以程序制约权力的方式难以约束数字平台权力

程序正义规则是传统权力秩序维持动态平衡的一个重要保障。学界一般认为程序正义规则的核心内涵包括程序中立性、程序参与性和程序公开性^[30],承载着落实宪法价值的任务。然而,程序正义规则通常不适用于私权力主体。由于平台权力关注效率与利益最大化,导致平台权力运行与传统程序正义规则之间存在着紧张关系。这表现为三个方面:首先,从程序中立性的要求来看,禁止偏颇原则要求决定程序法律结果的法律主体应当处于中立地位,对程序参与方不得存有偏见和歧视。而在数字平台与公民个体的关系中,平台往往有对纠纷的裁决权,其既是规则制定者也是纠纷裁决者,并不处于中立地位,这违背了任何人不得自断其案的原则。其次,从程序参与性的要求来看,强调受公权力运行结果影响的利害关系人应当有充分的机会参与法律程序的过程。然而,在数字行政中常运用的算法自动化决策平台中,当事人完全处于被裁决的弱势地位,并无实质性的交涉与参与机会。最后,从程序公开性的要求来看,程序正义规则要求通过公开的程序向当事人和社会公开权力运行的事实和理由。但在行政权与平台权力融合的场景中,“数据处理、算法决策等活动,是由技术系统在封闭的、自足的闭环中展开,算法就是理由,代码就是法律”^[31]。这就导致数字行政违反了向当事人和社会公开事实和理由的法定义务。

三、数字平台权力法律规制的法理: 新型权力结构的规范原理

依法规制数字平台权力是一个系统工程。这需要打通理论、规范和实践三个层面的关系: 在理论层面上, 要以平台权力重构的三元权力结构模型为理论基石; 相应地, 在规范层面上, 要将三元权力结构具体化为不同的制度机制; 在实践层面上, 应依据平台权力层级性的特征, 有针对性地予以规制。

(一) 权力结构的理论转型: 从实践的三元结构到规范的三元结构

所谓实践的三元结构是指前述的由产业巨头发展带来的权力结构转型, 即权力结构从规范的公私二元转向公权力、社会私权力和个人权利的三元结构。规范的三元结构是指将实践中运行的社会私权力纳入宪法法律秩序, 在法规范维度上形成国家公权力—私权力—公民权利的新型权力结构。从实践的三元结构到规范的三元结构的转型是合理有效地规制平台权力的根本出路。如前所述, 由于信息资源的重新分配, 平台权力的发展使得传统国家、社会和个人之间的平衡关系被打破, 社会面临着私权力失控的风险。这就需要建构新型法秩序予以回应, 从法规范上解决国家公权力、平台私权力、公民权利的合理分配与运用问题, 建立科学的私权力制约体系。

与传统权力结构相比, 国家公权力—私权力—公民权利的规范的权力结构模式以公法的原理和价值为指导, 将平台权力纳入公法规制的范围, 从而将尊严、尊重、安全、隐私、公平等共识性价值渗透到平台监管中^[32]。在既有实践中, 平台权力的制约主要是通过私法机制实现的。但是私法规制难以实现对基本权利、社会公共利益、公平、诚信等共同体价值的保护, 故应在公法中将这此价值予以制度化。具言之, 要把平台权力作为独立的权力形态纳入法规范意义上的权力结构中, 要求其接受公法规则的约束, 承担公法义务。进一步来说, 对规范化三元权力结构^③内涵的理解可以具体化为两个层面: 一是保护公民权利的制度; 二是限制国家权力与平台权力的制度。首先, 建立保护公民权利的制度。这要求在设定权利保护规范的同时, 明确平台应承担的义务。其次, 明确平台应受基本权利和程序正义规则的约束。这要求从限制权力的角度出发, 明确将私权力嵌入既有宪法规定的国家公权力—公民权利的结构之中。

(二) 规范的三元结构下数字平台权力规制的理论维度

考察权力结构的构成要素可以看出, 它包含基本权利限权、程序限权和义务限权三个维度。这三种维度共同构成规制平台权力的理论基础。

1. 个体权利保护维度: 遵循基本权利约束

平台权力对基本权利的威胁促使我们从结构性限权的角度寻找解决方法。规范的三元权力结构之有效运转, 仍然需要发挥基本权利的约束功能。这主要缘于以下理由: 首先, 遵循基本权利约束是完善权利的生成机制和规范体系、从权力结构上限制平台权力的内在要求。基本权利不仅仅是个体、私性的主观权利, 也承载着控制公共权力、社会权力的功能。这种所谓的结构主义基本权利理论主张: “基本权利不仅是个人权利对抗国家权力的王牌, 而是与宪法中关于国家权力设置的结构条款一样, 承载着控制国家权力的公共价值使命。”^[33]结构主义视角将基本权利作为结构性限权条款。在此意义上, 遵循基本权利约束有助于发挥基本权利对平台权力的限权价值。其次, 遵循基本权利约束是维护宪法价值和尊严、平衡保护个体权利与平台发展的需要。西方有学者反驳说, 宪法基本权利效力扩大适用于私权力之上会损害宪法的权威性, 可能引发宪法诉讼, 导致处理案件的成本增加, 效率下降^[34]。在我国, 这一主张还面临宪法司法化等难题。尽管如此, 我们仍应积极回应数字时代给基本权利带来的挑战。因为法律不仅是解决争端的依据, 也是一个国家和社会的公共价值观的载体。对数字平台权力的规制不仅要考虑技术问题, 更应考虑规制方式所承载的实现国家价值观、维护宪法的价值和尊严的功能。

在学理上,基本权利的私人间效力范式转向社会中心范式,可为基本权利约束平台权力提供理论依据,是应对社会权力威胁基本权利的有效回应。这一范式既有学界的普遍共识^④,也有宪法上的规范依据。我国基本权利形成的社会生态和价值内涵不同于西方。西方社会的基本权利主要存在于个体对抗国家权力的结构中,是一种消极防御权;我国的基本权利诞生于一种国家主义体制下,强调相互合作与协调的基本权利哲学^[35]。我国宪法规定的公民基本权利是“个人与国家、社会共同协力、共同促进的权利。国家和国家以外的主体都对基本权利的实现承担着责任”^{[36](49-50)}。如我国宪法第5条规定“各社会团体、各企业事业组织必须遵守宪法”,“遵守宪法包括遵守宪法中的基本权利规范”^[37]。再如,宪法第36条、第40条都规定了公民宗教信仰、通信自由对私人的效力。面对平台权力对基本权利的威胁,美国学者也对“国家行为论”进行了反思,保罗·希夫·伯曼教授认为国家在任何法律关系中总是或明确或隐含地发挥作用,公私领域区分适用不具有合理性,应把宪法理解为阐明国家价值观的文化标准,同时适用于公共领域和私人领域^[34]。概言之,将基本权利义务主体扩大到社会私权力主体具有正当性,可以为三元权力结构的建构提供法理解释。

但是,数字平台毕竟是私主体,如果认可所有的基本权利都对平台产生制约效力,就可能破坏私法自治的原则。要在私法自治与制约平台权力之间找到平衡的解决方案,就要借助“目的性限缩”方法,限定基本权利对私人的效力范围:一方面,限定平台权力的范围,强调“社会权力的公共性”,即受社会权力影响的是多数人,对不具有公共性的平台权力不具有效力^[38];另一方面,限定基本权利效力适用的范围,只有特定种类的基本权利才能够对平台发生效力。

2. 数字平台权力的再限权:遵守数字正当程序

正当程序是约束公权力的重要制度设计。依据权力结构的理论,平台权力作为新的权力形态,也应受公法理念和制度的约束。数字正当程序是指程序正义规则在数字领域中的应用,是规制平台权力的关键。正当程序发挥了“看门人”的作用,可以在过程中对数字平台权力进行限制。例如,程序正义是平台数据采集、处理等过程是否合理公正的判断标准,进而是平台承担义务和问责的依据。我国法律虽然对平台要承担的程序性义务作出了规定,例如《中华人民共和国网络安全法》第41条规定了作为私主体的网络运营者应当公开收集、使用规则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围的程序要求,又如《个人信息保护法》也明确了这一规定,但是,现有法律框架对平台权力的程序约束,“主要受到传统隐私法的影响,重点关注行为是否会产生某种可见的损害后果”^[39],未能认识到正当程序的要旨在于实现对人的尊严的保护,实现对“人”的赋能。这导致既有规范的理论性、系统性不强,缺少平台权力运行中对人的“体面存在”的保护^[40]。再如《中华人民共和国网络安全法》第41条的规定就没有从人的主体性地位出发,赋予个体相应的申诉权和获得救济的权利。由此,加强约束平台权力的程序规范,就要求平台权力遵守程序正义规则,促使个体在与平台权力的博弈中具有程序性抗衡的能力。

数字正当程序主要包括程序的正当性、参与性、公开性等内容。平台权力也应以上述内容为基本遵循。当然,从权力结构角度看,平台权力适用的场景不同、双方的结构地位失衡的程度不同,对人的尊严的削弱程度也会不同,平台的多样性决定了“一刀切”的正当程序要求不具有合理性。因此,应根据平台权力适用场景的不同,设置不同标准的正当程序要求。

3. 义务限权维度:设定平台的公法义务

“进入数智化社会,法律介入的路径由‘行为后’转向‘行为前’,‘裁断行为后果’前移为‘塑造行为逻辑’。”^[41]要实现平台行为的塑造,就要将最核心的公法义务嵌入平台的行为规范中。公法义务是指由法规范设定的以保护国家利益和社会公共利益为目的的义务^[42]。公法义务是由国家单方的意志形成的,具有国家行为的公定力,义务人只能根据法律规定作出某种行为。从权力结构的内涵

分析,平台承担公法义务的必要性源于平台的权力主体地位:其一,平台的逐利性可能引发不正当竞争、自我优待等问题,平台权力的泛化可能带来权力悖逆公共利益的结果。例如,“大数据杀熟”就是数字平台凭借其掌握的用户身份信息、支付信息等形成“用户画像”之后,针对不同用户实施不同的定价策略和价格歧视。它损害了消费者的利益,也损害了公平的市场交易秩序^[43]。然而,公私法的二元分立,使得平台私权力不能受到公法原理与公法价值的过多制约^[44]。司法实践中也仍将平台视为普通的商事主体,在涉及平台规则的案件中,以契约自由和意思自治为裁判依据,导致平台滥用监管地位^[45]。因此,对平台施以公法义务,使之成为落实政府监管、保护公共利益、维护市场公平和诚信价值的责任主体,便变得非常重要。其二,在数字社会,公民个体权利还具有社会性、公共性特点,它内化了特定的公法秩序。面对平台权力,除了要对公民个体权利进行保护,还要强调国家对公法秩序的维护。这就需要从公法义务角度设定对平台权力的规制方案。

从上述公法义务的落实来看,对不同类型的平台应当设置不同强度的义务要求。由于创新是平台发展的动力,若以“一刀切”的义务类型约束平台,可能制约平台的发展。由此,根据平台的不同经济体量、用户规模等为平台设置不同类型的公法义务,有利于实现促进平台创新发展与监管的平衡。但是,既有法律对平台公法义务的规定主要存在两个方面的问题:一是平台公法义务缺乏类型化和差异化。法律对平台设定了几近相同的义务,没有考虑不同类型平台在规模和服务范围等方面的不同。二是既有规范对部分公法义务仅作出了原则性规定,可操作性不强。例如平台应履行的未成年人网络保护义务的具体内容并不明确,这就削弱了通过公法义务限制平台权力的作用。

(三) 数字平台权力规制的线路集成:从平面化到层级化

规范的三元权力结构为平台权力的规制提供了理论框架。但如果笼统地将平台权力作为平面化的整体权力进行规制,就未能切合平台内部复杂多元的权力构成实际,难以提供有针对性的规制方案。事实上,平台权力的形成是一个多要素多来源的过程,包含了数据、算法、基础架构等要素^[29],平台依据这些要素生成了不同性质、不同层级的权力类型。由此,应根据平台权力多元化、层级化的特点,确定合适的规制路线图。

网络化的平台组织内化了多种权力,构成了复杂的权力聚合体。迈克尔·曼将社会权力的来源概括为“组织、控制、后勤、沟通——组织和控制人、物及领土的能力”^[46]。平台权力的来源也可以从上述要素的角度进行分析。首先,数据和算法权力是基础性权力。平台基于用户使用的刚性需求,通过广泛采集数据,应用算法推荐等获得了事实性的支配权力,具体以数据采集权、处理权、算法设计权等自我赋权的方式呈现^[47]。其次,平台的第二层级权力是基于其基础设施地位获得的规则制定权。平台作为一种商业组织形态,其拥有对信息基础设施的所有权、市场准入权、调配资源权^[48]。例如,平台可以设定商家入驻平台的条件、要遵守的经营规则等。最后,平台的第三层级权力则源于平台的公共属性地位,其作为平台系统的搭建者,具有技术和管理上的优势,国家一般通过赋予平台义务的方式,授予平台有在公共领域内进行治理的权力。后两种权力主要以平台自我监管的方式呈现。综上所述,平台的层级权力体现为数据权、算法权、规则制定权和网络空间治理权等。而且,这些权力的行使涉及平台、用户、市场、政府等多方主体。为此,平台权力的规制还应通过对平台权力的分层来实现具体的规制方案设计。

四、数字平台权力法律规制体系的优化进阶

数字平台权力重构了三元权力结构的新模态,这种新模态是确保平台权力法律规制体系和法秩序统一的融贯原点和法理基础,同时,也框定了法律规制的完善路径,主要从保护基本权利、加强对平台自我赋权的限制以及强化对平台自我监管的规制等三个方面予以完善。

(一) 规制的实体内容：区别保护基本权利

基本权利保护是国家法秩序的原点。基本权利约束平台权力的范围可以从基本权利的价值和位阶次序两个层面进行认定。

其一，应当以人的尊严为价值标准，确定基本权利对平台权力的效力范围。对未列举的基本权利，应考量其对人的生存、发展是否不可或缺^[49]。这一主张的正当性在于：第一，人的尊严是所有基本权利的基础。“基本权利的价值取向以人的尊严和自然正义为核心，目的是实现人的主体性。”^[50]一般认为，基本权利之间存在价值位阶秩序，其中人的尊严具有绝对优先地位^{[36][300]}。由此，人的尊严价值奠定了基本权利的法理基础，对形成基本权利保护的规范具有前提性作用。第二，基本权利所蕴含的保护人的尊严的价值属性是基本权利第三者效力理论发展的关键。在“基本权利第三者效力”理论中，“基本权利向私人领域扩展所凭借的理论根据也是基本权利的规范与价值属性，及法院作为国家机关负有保障实现宪法价值的义务”^[51]。第三，基本权利的价值位阶除了上述“人的尊严”的判断标准，还要考量“最低限度基础性标准”，即一项权利是否对人的生存发展不可或缺。进言之，以能否保证人的尊严和对人的生存、发展是否不可或缺为统摄性标准，进而判断基本权利的不同价值位阶，判断其对平台权力的效力是否具有合理性。

其二，依据基本权利的类型及位阶次序确立其对平台权力的效力范围。区别保护基本权利旨在以人的尊严为价值属性赋予基本权利不同的位阶次序，分析不同基本权利对个体的意义与价值，设置不同的保护方式，坚持基本权利第三人效力的有限适用。有学者依据贡献的不同类别，将基本权利划分为平等身份权、生存条件权和平等机会权。生存条件权强调的是受国家保护或保障的权利，如生命健康权、人身权、最低生活保障权等^[52]。这种解释从法理上阐明了基本权利的来源，按不同贡献对基本权利进行了科学分类，有利于对基本权利价值属性的理解。结合人的尊严标准，宪法规定基本权利的核心价值在于保障人们能过有尊严生活的最低需要的权利，这也是基本权利对平台权力约束的逻辑起点。

借鉴上述分类框架，效力及于数字平台的基本权利主要包括与人的尊严密不可分的个人权利、平等机会权和生存条件权。人的隐私、言论自由、数据保护等关涉人的尊严的权利可以作为对行使商业自由的平台权力的一种限制。例如，在“谷歌诉西班牙数据局”一案中，法院认为搜索引擎提供商有平衡信息自由和数据保护的任务，而人的尊严是利益平衡的基石^[53]。平等机会权强调的是每个人平等地享有利用国家和社会所提供的各种资源的权利。生存条件权约束平台权力的范围要进行限缩，因为平台并不具有保障公民生存权的义务，约束平台权力的主要是公民的受保护权，包括生命健康权、人身权等。但在生存条件权中，劳动权关乎个体的尊严和生存的基础，平台应保障公民的获得报酬权、职业安全权等基础性权利。例如，平台权力的发展导致零工经济下新就业形态劳动者面临着权利保障的困境，由于骑手与平台的劳动关系无法得到确认、实时配送系统将骑手工具化等问题，骑手的劳动权益、基本权利受到侵犯。在这种情形下，以生存条件权的保护为依据直接对抗平台权力，是一条可以思考的解决路径。例如，2019年12月31日，意大利博洛尼亚地方工会以算法具有歧视性为由起诉意大利“户户送”有限责任公司，认为平台因骑手罢工而将其排名下降会导致骑手丧失工作机会，侵犯了骑手的基本人权。法院认为，“户户送”公司未能将骑手因疾病、残疾等客观原因不能履约的情况区别对待，导致不履约的骑手被群组边缘化，大大减少了其未来获得工作的机会，构成间接歧视，侵犯了骑手的反歧视权，并判决被告向原告支付损害赔偿金^[54]。这一案例具有一定的参考价值。

其三，优化基本权利保护的制度安排。在基本权利第三人效力理论的实践中，基本权利保护要防范来自平台权力的侵害，需要国家履行积极作为的义务。一方面，立法者要落实保护义务，可以通过“宪法委托”方式，将基本权利对平台权力的效力内容规范化、具体化。例如，《个人信息保护法》第1条明确规定“根据宪法，制定本法”，通过对个人信息的保护实则体现了对公民人格尊严、隐私、

安宁等基本权利的保护。由此,立法可以将基本权利保护具体化,具体规定可以参照《个人信息保护法》第5条所规定的处理个人信息应遵循必要性原则条款。另一方面,司法机关“可以通过指导性案例对保护义务进行类型化建构”^[55],即对与人的尊严密不可分的个人权利、平等机会权和生存条件权的保护义务进行类型化建构,发挥案例在约束平台权力中的指导作用。

(二) 对平台自我赋权的规制

从法律控权的实现方式角度分析,公权力要强化对平台自我赋权的实体限制。如前所述,对平台自我赋权的限制主要是对算法权力的控制。我国既有法律规制算法自我赋权的基本方法是个体赋权、算法问责和增强算法透明度和技术保障^[56]。其中,《关于加强互联网信息服务算法综合治理的指导意见》建立了算法监管的基本法律框架,包括算法监测、算法备案等内容。我国《民法典》则主要规定了用户对数据处理的知情权,如第1035条规定处理个人信息应征得个人同意。《个人信息保护法》第24条在明确个人知情权、决定权的基础上,进一步规定了个人对算法的要求说明权和拒绝权。《互联网信息服务算法推荐管理规定》构建了算法安全评估、算法安全主体责任等制度,明确了算法的技术监管和主体问责的规制方法。但是,既有法律忽视了对算法权力来源及运行过程的监管。个体赋权和事后问责不能从源头上解决算法权力的滥用问题,应强化对算法权力产生及运行过程的监管。具体来说,可以从以下两个方面着手。

第一,关于规制对象的适用范围,应基于相称性和必要性原则,合理限制算法权力,限制算法适用的领域,明确算法适用的规则和边界。我国在算法问题上缺乏对算法适用条件的明确设置,没有在私人领域和公共领域明确算法适用的情形。就公共领域而言,公权力机关运用算法决策必须严格限定适用的范围,坚持适用范围的法律保留原则。应由立法作出判断,不能由公权力机关自由选择^[57],即“立法对此的立场是原则禁止和例外允许,规范模式表现为原则与例外模式”^[58]。其中,在关涉公民基本权利保护、公权力行为价值判断的领域内要禁止算法决策的适用。例如,涉及事实判断的公权力行为可以由技术手段作出,但涉及价值判断的公权力行为不宜完全由技术手段作出,只能发挥技术手段的辅助作用。原因在于,法律不仅仅是事实正误的判断,更是价值的选择。如果将涵盖事实判断和价值选择的法律代码化写入程序,依赖编程人员坚持技术公正的立场和对法律的精准判断,而程序员缺乏公平、正义、人的尊严这些法学价值理念,可能导致算法设计不合理,损害当事人的权利。就私人领域而言,对用户个人产生法律上影响的决策不应完全交由算法作出。可以参考欧盟《通用数据保护条例》第22条规定,对数据主体有法律影响或类似严重影响的决策,不应仅由算法作出。

第二,关于规制的具体手段,应完善对算法的内外部双重监管制度。要强化对算法权力特别是算法权力运行流程的控制。既有法律主要通过平台企业主体责任制度、算法备案及个人信息保护负责人制度等实现对算法权力的监管。就内部监管而言,《个人信息保护法》第52条规定,符合条件的个人信息处理者应指定个人信息保护负责人,对个人信息处理活动进行监督。《互联网信息服务算法推荐管理规定》第7条、第8条规定,算法推荐服务提供者有对算法进行机制机理审核、科技伦理审查、安全评估监测的主体责任。第24条规定,具有舆论属性或者社会动员能力的算法推荐服务提供者应当进行算法备案。就外部监管而言,我国形成了网信部门、市场监管部门、县级以上地方人民政府等共同进行监管的全方位、多层次的监管格局。例如,《互联网信息服务算法推荐管理规定》第28条明确规定,网信部门可以会同电信、公安、市场监管等有关部门对算法推荐服务依法开展安全评估和监督检查工作。由此,我国形成了针对算法的内外部双重监管制度。但是,既有规范并未规定个人信息保护负责人的任职条件、职责内容及责任承担等问题,含混的监督赋权导致对算法权力的监督效果有限。此外,法条虽然规定了网信、市场监管等部门有对算法进行安全评估和监督的权力,但是监管部门的职责内容主要是《个人信息保护法》第61条规定的宣传、教育、处理违法活动等。《互联网信息服务算法推荐管理规定》规定的分级分类监管与《个人信息保护法》规定的监管方式不能有效衔接,

平台的分级分类监管方式还未完全明确。

因此,一方面,需要完善个人信息保护负责人制度,使内部监管制度发挥实效。可以考虑出台相关实施细则并参考《信息安全技术个人信息安全规范》第11.1条的规定,明确必须设置个人信息保护负责人的法定情形。同时,要对个人信息保护负责人的任职条件、法律地位、职权范围、责任承担及法律上的职业保障作出明确规定,使其能独立行使对算法的监督权力。另一方面,需要细化外部监管规定。网信部门、市场监管部门等公权力机关对算法设计、部署、使用过程进行分级分类监管的方式有待法律文件予以明确。此外,相关部门要加强对公权力领域算法的审计工作,监督其实施情况,保障“智能公权力”的规范运行^[59]。

(三) 对平台自我监管的规制

对平台自我监管的规制可以从规制的内容维度进行考量,通过实体性义务和程序性义务予以落实。

1. 设定平台的基础性公法义务和特别化公法义务

以平台义务类型化思路为指导,应建构多层级的义务规制模式,有针对性地约束平台权力。具体而言,可以从理论上划定平台应承担的基础性公法义务和特别化公法义务。第一,基础性公法义务指所有类型的平台都要遵循的义务,主要涵盖隐私保护、消费者权益保护、劳动者保护、平台市场公平的竞争环境等几个领域^[60],具体包括基本的安全保障义务、未成年人网络保护义务、个人信息保护义务等。第二,特别化公法义务主要强调规制对象的特殊性,只有作为“守门人”的大型平台才受到特别规制。《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》根据用户规模、经济体量等将平台分为超级平台、大型平台和中小平台。鉴于超级平台和大型平台对用户和市场的控制能力,其应承担更高强度的公法义务。具体的义务内容可以从平台的市场属性和公共属性角度进行确定。从市场属性来看,超大型平台应承担维护市场公平的竞争环境的公法义务,如公平竞争示范义务、反垄断义务等。从公共属性来看,超大型平台作为公法上的管理人,要承担维护社会公共秩序、国家安全利益的公法义务,如守门人义务、涉税信息报送义务等。此外,应在行为规制、内容审查、法律责任等三个方面细化平台公法义务的规范内容。例如,法律应进一步明确未成年人网络保护义务的具体内容,明确平台应承担的报告义务、干预义务等。

2. 确立平台遵守正当程序的公法义务

应将数字正当程序作为限定平台权力自我监管的程序性保障。第一,在平台权力嵌入公权力行使的情形中,为防止其滥用,要设置严格的正当程序义务。首先,要确保当事人有权参与平台公权力的运行过程,以保障公权力结果的正当性。要保障当事人的听证权、申辩权,在平台公权力作出对当事人不利的决定前,必须听取当事人的意见。其次,应增强数字公权力行使的透明性。在公权力领域,保障算法透明度是保障相对人平等、自由等基本权利的基本要求,在保护国家秘密的前提下应保障公权力的公开、透明。保障算法透明度的核心要素包括公开算法的基本原理、确保利益相关者的可理解性。同时,应赋予相对人算法解释权、拒绝权等权利。例如,应通过算法解释权说明政府使用算法自动化决策的理由。解释的内容包括数据的来源、算法决策的权重以及如何适用于个体^[61]。据此,应在相关立法中对数字公权力运行的程序合法性要求进行更为详尽的规定。第二,考虑到对私法自治理念的维护,平台私权力的行使应遵守最低限度的行业程序正当义务,具体包括透明性和可争议性两个方面。以社交媒体平台为例,透明性要求平台为用户提供关于其内容审核过程方面的简单、清晰和可访问的信息,用户的内容被屏蔽、删除前应有明确、直接的报告通知。可争议性强调的是要保障用户的上诉权和获得补救的权利。应由独立的第三方对争议进行公正的审查,对用户不利的争议处理结果可以中止或者撤销^[62]。例如,《圣克拉拉内容审核透明度和问责制原则》规定,公司应将删除用户内容、暂停账户的原因告知用户,通过公平、透明的程序保护用户权利。就我国而言,应在规制平台权力的相关法律中增设数字正当程序条款,保障用户的知情权、上诉权和救济权。

五、结语

数字平台权力的出现引发了权力领域的一场深刻革命。通过规范的权力结构视角,可以发现基本权利、程序正义规则、公法义务等要素构成了数字平台权力的规制条件,也设定了平台治理实践的方向。我们需要秉持一种平台权力应与公民权利、国家权力相互平衡的观念,防止过于宽松或过于严苛的规制方案,以实现权利保障和平台发展的良性互动。本文正是为寻求此种平衡而进行的学理分析和方案设计。当然,对数字平台的规制不是一劳永逸的,而是一个持续的、渐进的过程。如何实现平台规制与发展的平衡、如何准确定位国家在平台治理中的角色等,随着数字社会的发展和权力形态的不断丰富,仍然需要展开持续研究。

注释:

- ① 学界对平台权力的界定大致有“控制力说”“经济权力说”“私体影响力说”。相关论述参见张以哲:《数据资本权力:数字现代性批判的重要维度》,载《西南大学学报(社会科学版)》2021年第1期。杨学科:《数字私权力:宪法内涵、宪法挑战和宪制应对方略》,载《湖湘论坛》2021年第2期。王锡锌:《数治与法治:数字行政的法治约束》,载《中国人民大学学报》2022年第6期。
- ② “自我指涉”指的是平台权力依赖数据、代码,遵循的逻辑是算法、数据自足的逻辑,很难从外部视角对算法结果进行反思性的评价。参见王锡锌:《数治与法治:数字行政的法治约束》,载《中国人民大学学报》2022年第6期。
- ③ 将公民权利与国家公权力、社会私权力并列纳入权力结构的视野,实则是从权利与权力的互动关系角度进行的分析,权利在一定意义上也是一种权力。权力可以理解作为一种有效的支配力、约束力,权利则包含正当性和有效性,二者在性质上有同样的正当性,同样表现为行动权与控制权的统一,实现上依赖他人义务的履行与国家强制力的保障,故法律权利可以理解作为一种在法律上被认为正当的、讲理的权力。参见王莉君:《权力与权利的思辨》,中国法制出版社2005年3月第1版第47-48页。
- ④ 相关讨论参见李海平:《基本权利私人间效力的范式转型》,载《中国法学》2022年第2期。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。杨学科:《数字私权力:宪法内涵、宪法挑战和宪制应对方略》,载《湖湘论坛》2021年第2期。

参考文献:

- [1] LINDAHL L, REIDHAV D. Legal power: The basic definition[J]. Ratio Juris, 2017, 30(2): 158-185.
- [2] 方世荣. 论行政权力的要素及其制约[J]. 法商研究, 2001, 18(2): 3-10.
- [3] 周尚君. 数字社会对权力机制的重新构造[J]. 华东政法大学学报, 2021, 24(5): 17-26.
- [4] 童之伟. 中文法学之“权力”源流考论[J]. 清华法学, 2021, 15(6): 5-30.
- [5] 周辉. 变革与选择: 私权力视角下的网络治理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 45.
- [6] BRASS D J, BURKHARDT M E. Potential power and power use: an investigation of structure and behavior[J]. Academy of Management Journal, 1993, 36(3): 441-470.
- [7] 马长山. 迈向数字社会的法律[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 19.
- [8] 梅夏英, 杨晓娜. 自媒体平台网络权力的形成及规范路径: 基于对网络言论自由影响的分析[J]. 河北法学, 2017, 35(1): 36-47.
- [9] BIERSTEDT R. An analysis of social power[J]. American Sociological Review, 1950, 15(6): 730-738.
- [10] 郭道晖. 社会权力: 法治新模式与新动力[J]. 学习与探索, 2009(5): 137-143.
- [11] VAN DIJCK J, POELL T, DE WAA M. The platform society: Public values in a connective world[M]. New York: Oxford University Press, 2018.

- [12] 江必新, 郭锋. 《中华人民共和国个人信息保护法》条文理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2021: 521.
- [13] 钟凯. 共享经济的私法调整: 契约类型构造及平台责任展开[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2021: 226.
- [14] CHEN J Y. The mirage and politics of participation in China's platform economy[J]. *Javnost - The Public*, 2020, 27(2): 154-170.
- [15] 周永坤. 规范权力: 权力的法理研究: 司法部重点科研项目经费资助[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 221.
- [16] 张晋藩. 中国宪法史: 修订本[M]. 北京: 中国法制出版社, 2016: 370.
- [17] 韩大元, 林来梵, 郑磊. 中国宪法学基本范畴与方法: 2004—2009[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 45-46.
- [18] 徐祥民. 运行的宪法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 2.
- [19] 迈克尔·曼. 社会权力的来源: 第二卷[M]. 刘北成, 李少军, 译. 上海: 上海人民出版社, 2007: 11.
- [20] 弗朗西斯·福山. 大断裂: 人类本性与社会秩序的重建[M]. 唐磊, 译. 桂林: 广西师范大学出版社, 2015: 11.
- [21] 苏珊·斯特兰奇. 权力流散: 世界经济中的国家与非国家权威[M]. 肖宏宇, 耿协峰, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005: 45-46.
- [22] 苏珊·斯特兰奇. 国际政治经济学导论: 国家与市场[M]. 杨宇光, 等译. 北京: 经济科学出版社, 1990: 29.
- [23] 蔡文之. 网络: 21世纪的权力与挑战[M]. 上海: 上海人民出版社, 2007: 72.
- [24] AVELINO F. Theories of power and social change: Power contestations and their implications for research on social change and innovation[J]. *Journal of Political Power*, 2021, 14(3): 425-448.
- [25] MCNAMEE S, GLASSER M. The power concept in sociology: A theoretical assessment[J]. *Humboldt Journal of Social Relations*, 1987, 15(1): 79-104.
- [26] 王勇. 论数字社会的治权结构失衡及其补正[J]. *学术交流*, 2021(6): 67-76.
- [27] 马长山. 国家、市民社会与法治[M]. 北京: 商务印书馆, 2002: 189.
- [28] DAVIES A, DONALD B, GRAY M. The power of platforms: Precarity and place[J]. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2023, 16(2): 245-256.
- [29] 陈斌. 数字平台义务创设的宪法基础[J]. *环球法律评论*, 2023, 45(3): 5-23.
- [30] 周佑勇. 行政法的正当程序原则[J]. *中国社会科学*, 2004(4): 115-124.
- [31] 王锡锌. 数治与法治: 数字行政的法治约束[J]. *中国人民大学学报*, 2022, 36(6): 17-34.
- [32] 江必新, 刘倬全. 论数字伦理体系的建构[J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2024, 30(1): 38-49.
- [33] 齐延平, 曹瑞. 论基本权利的价值多重性[J]. *法学论坛*, 2018, 33(2): 41-49.
- [34] BERMAN P S. Cyberspace and the state action debate: The cultural value of applying constitutional norms to 'private' regulation[J]. *SSRN Electronic Journal*, 2000: 1263-1310.
- [35] 韩大元. 中国宪法学说史研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 671.
- [36] 张翔. 基本权利的规范建构: 增订版[M]. 北京: 法律出版社, 2017.
- [37] 李海平. 论基本权利对社会公权力主体的直接效力[J]. *政治与法律*, 2018(10): 109-123.
- [38] 李海平. 论基本权利私人间效力的范式转型[J]. *中国法学*, 2022(2): 26-44.
- [39] 张涛. 政府数据开放中个人信息保护的范式转变[J]. *现代法学*, 2022, 44(1): 125-143.
- [40] 苏宇. 数字时代的技术性正当程序: 理论检视与制度构建[J]. *法学研究*, 2023, 45(1): 91-107.
- [41] 齐延平. 数智化社会的法律调控[J]. *中国法学*, 2022(1): 77-98.
- [42] 美浓部达吉. 公法与私法[M]. 黄冯明, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 135.
- [43] 李飞翔. “大数据杀熟”背后的伦理审思、治理与启示[J]. *东北大学学报(社会科学版)*, 2020, 22(1): 7-15.
- [44] 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[J]. *法学研究*, 2020, 42(2): 42-56.
- [45] 叶明, 贾海玲. 双重身份下互联网平台自我监管的困境及对策: 从互联网平台封禁事件切入[J]. *电子政务*, 2021(5): 12-20.
- [46] 迈克尔·曼. 社会权力的来源: 第一卷[M]. 刘北成, 李少军, 译. 上海: 上海人民出版社, 2007: 3.
- [47] 马平川. 平台数据权力的运行逻辑及法律规制[J]. *法律科学(西北政法大学学报)*, 2023, 41(2): 98-110.
- [48] 刘晗. 平台权力的发生学: 网络社会的再中心化机制[J]. *文化纵横*, 2021(1): 31-39.
- [49] 刘志强. 论“数字人权”不构成第四代人权[J]. *法学研究*, 2021, 43(1): 20-34.
- [50] 许瑞超. 基本权利第三人效力的范畴与本质[J]. *交大法学*, 2021(1): 46-59.
- [51] 郑贤君. 基本权利研究[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2007: 292.

- [52] 韩秀义. 中国宪法权利“新”类型的划分、解释与应用[J]. 现代法学, 2012, 34(6): 19-41.
- [53] POLLICINO O. Digital private powers exercising public functions: The constitutional paradox in the digital age and its possible solutions [EB/OL]. (2021-04-15) [2024-03-18]. <https://api.semanticscholar.org/CorpusID: 233404934>.
- [54] 罗智敏. 算法歧视的司法审查: 意大利户户送有限责任公司算法歧视案评析[J]. 交大法学, 2021(2): 183-195.
- [55] 王进文. 基本权国家保护义务的疏释与展开: 理论溯源、规范实践与本土化建构[J]. 中国法律评论, 2019(4): 106-122.
- [56] WANG L B. Reflections on the regulation of algorithms in China: Legal reform and an ethical response[M]/TIMOTEO M, VERRI B, NANNI R. Quo Vadis, Sovereignty?: New conceptual and regulatory boundaries in the age of digital China. Cham: Springer Nature Switzerland, 2023: 109-130.
- [57] 展鹏贺. 数字化行政方式的权力正当性检视[J]. 中国法学, 2021(3): 114-138.
- [58] 赵宏. 公共决策适用算法技术的规范分析与实体边界[J]. 比较法研究, 2023(2): 1-16.
- [59] IAIONE C, RANCHORDAS S. Smart public law: Automation and decentralisation of public power: Smart contracts and the blockchain as stepping stones for a digital and polycentric good administration?[J]. Italian Journal of Public Law, 2021, 13(2): 416-447.
- [60] FRENKEN K, VAN WAES A, PELZER P, et al. Safeguarding public interests in the platform economy[J]. Policy & Internet, 2020, 12(3): 400-425.
- [61] 张凌寒. 权力之治: 人工智能时代的算法规制[M]. 上海: 上海人民出版社, 2021: 166.
- [62] MOSTERT F. 'Digital due process': A need for online justice[J]. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2020, 15(5): 378-389.

The legal regulation of the power of digital platforms: Jurisprudential basis and system construction

YANG Qingwang, WANG Haiying

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: In the Digital Age, digital platforms have gained a dominant position over user behaviors with advantages in information and technology, hence becoming the factual power named platform power. Platform power, as a new form of power, has changed the traditional way of acquiring power, model of power structure and method of exercising power, and has also broken modern legal system design that rights regulate power. Therefore, to legally and effectively regulate the power of the digital platform, we must establish fundamental principles which are based on new power structure and adhere to power supervision, and must improve platform power supervision system. In terms of optimizing governance pattern, we must form the triad power structure of “civil rights- private power- public power,” constructing the comprehensive governance model for the three parties to regulate each other. In terms of perfecting governance ideas, we should, according to the value levels of different types of basic rights, specify the liability range of platform power, configure various methods of protecting citizens’ basic rights, insists on the limited application of the third-party effect of fundamental rights. In terms of perfecting governing means, we must improve the internal-external dual supervision system of the algorithm, restrict self-empowerment of the platform, configure its entity nature and its public law obligation of due procedure, hence realizing the regulation of of the self-supervision of the platform.

Key words: the power of digital platforms; power structure theory; fundamental rights; digital due procedure; public law obligation

[编辑: 苏慧]