

超大型平台自治规则的备案审查制度研究

吴叶乾

(苏州大学 王健法学院, 苏州 215006)

摘要: 确保其自治规则成为“良规”,才能指向超大型平台健康有序发展的“善治”。考察现状,超大型平台自治规则在程序正义与实体正义上皆存在不足和存疑之处。结合具体实践,仅从私法角度和利用司法救济的手段已经难以实现对其完全规制,建立专门的备案审查制度理应成为治理作为“守门人”的超大型平台自治规则的新进路。落实到备案审查的具体机制,合法性与合理性的双重要求构成主要的原则和标准;有件必备,备而后查,主动审查与被动审查相结合是作为基本的结构与方法;主管机关负责,视情况分步采取恰当的方式实现在主体与处理上的安排。基于对超大型平台自治规则的必要尊重,在审查过程中还应当注意把握好具体限度。

关键词: 超大型平台;平台自治规则;备案审查制度;数字守门人

中图分类号:D 911.01

文献标志码:A

文章编号:2096-9783(2023)01-0110-09

一、问题的提出

功能多样的互联网平台构成当下数字经济版图的基础模块,扮演着如今智能社会“齿链”的重要角色。与此同时,“平台如何治理”业已成为我国社会治理领域面临的又一重大课题。“在网络世界中,共识和自律是其有序运行的基础,自治是网络的灵魂。”^[1]依托于独有的灵活性、针对性和时效性,平台自治成为平台治理的首要选择和核心环节,而平台自治规则则在实现平台自我规制的过程中发挥关键性作用。有学者就认为,平台治理事实上构成了“二元治理体系”——即“依法律的治理模式”+“依自治规则的治理模式”^[2]。但众所周知,自治并非不受限制的随意之治,现代社会的自治乃是法治下的自治。平台自治如果不加以监控,可能会成为“平台乱治”,平台自治规则的生成和运作也必须考虑限度与边界问题。而依托于空前巨大的规模和影响力,超大型平台及其自治规则的治理更是重中之重。2021年10月,国家市场监督管理总局发布了《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》(以下简称《分类分级指南》)和《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》(以下简称《平台责任指南》)。据此,“超大型平台”成为指向较为清晰的规范

性概念,是指“在中国的上年度年活跃用户不低于5 000万、具有表现突出的主营业务、上年末市值(或估值)不低于1 000亿人民币、具有较强的限制平台内经营者接触消费者(用户)能力的平台”^[3]。实践中,淘宝、京东、抖音、微信、支付宝等超大型平台的自治规则规模庞大、体系繁杂且作用巨大、影响深远,但不乏存在违反基本程序正义与实体正义的内容,时常面临合法性与合理性的双重危机。

考察现有制度,备案审查制度是一种专门针对规则进行治理、推进法治体系建设的重要方式。根据我国有关法律法规等的规定,现行备案审查制度的指向对象主要是法规、条例、规章、司法解释,以及党和国家政权机构制定和发布的规范性文件等。但刘作翔教授分析认为,“规范性文件”实际可以根据一定的标准分为狭义和广义,前者是单指与政治权威相关联的机构制发的非立法性文件,后者则还包括人民团体、企事业单位、社会组织、基层组织等制定的规范性文件等。党的十八届四中全会明确提出的“加强备案审查制度和能力建设,把所有规范性文件纳入备案审查范围”,就指向的是广义的“规范性文件”。因而,建立起那些社会规范意义上的“规范性文件”的备案审查制度,是当前需要着力加强研究和推进实践的领域^[4]。本文正是循着这一观点,试图通过深入分析必

基金项目: 国家社科基金重大项目“适应新时代市场监管需要的权力配置研究”(20&ZD193)

作者简介: 吴叶乾(1995—),男,安徽滁州人,博士研究生,研究方向:宪法,行政法。

要性,恰当设计具体机制,以及明晰其边界与限度,从而探索建立起超大型平台自治规则的备案审查制度。

二、对超大型平台自治规则进行备案审查的必要性

在互联网与经济社会深度融合的当下,超大型平台自治规则是作为适用对象极为广泛、适用情形极为众多、适用频率极为高频,以及实际作用极为巨大的重点社会规范而存在。超大型平台自治规则如果设置得当,可以达成解决各类纠纷、规范各方行为、净化网络环境、构建良好平台秩序、营造和谐虚拟社区的治理效果^[5]。但反之,其如果设置欠妥,游离于法治轨道之外,所带来的不良影响和损害的公众利益也绝非一星半点,时下不得不予以重点关注,加强治理。

(一)游走于法治轨道内外:超大型平台自治规则的争议性现状

实践表明,超越了传统“私主体”的身份边界,超大型平台同时具有“准公主体”的特殊身份,在作为管理对象的同时,亦负有内部成员的管理责任。例如支付宝、微信、百度等提供的诸如在线支付、社交网络、信息咨询等服务已经是网络时代基础性的公共产品,也充当着政府特定公共政策的实施工具^[6]。《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)就认可了电子商务平台经营者承担信息核验登记、处置违法经营、保障交易安全等公共职能。超大型平台自治规则构成了平台内部成员的行为指引和平台自治权力的规范来源。借由自治规则,超大型平台可以行使“准立法权”“准行政权”“准司法权”等权力,实现对权利义务的依规分配、对违规行为的依规处理、对内部纠纷的依规裁决^[7]。但此间的问题同样明显:这些自治规则并非皆为“良规”,时常在“合法或合理”与“不

合法或不合理”之间反复横跳,无法保证将超大型平台自治引向“善治”。

一方面,超大型平台自治规则制定的公正性、公开性不足。与村规民约、企业章程、学校章程等其他社会自治规范不同,超大型平台自治规则的生成一般不经过“共同参与,集体表决”的民主协商程序,是由平台单边制定,成员被动同意。其背后的客观现实基础在于——超大型平台的用户数量庞大且分散,协商合意成本极高,并且瞬息万变的市场发展趋势也需要自治规则保持高度的灵活性和敏捷性^[8]。尽管《电子商务法》要求电子商务平台经营者制定和修改平台规则应当遵循“公开、公平、公正”的原则,但也并未规定严苛的程序与时效^①。京东、淘宝等超大型平台虽然也积极设置了“规则评审团”“规则众议院”等渠道,为用户参与提供便利,但都“门庭冷落”,收效甚微。

更加普遍的实际情形是,超大型平台常常不协商、不说明,恣意单方修改自治规则,仅承担法定公示义务。这就导致超大型平台自治规则时常无法凸显其所应当具有的“价值最大公约数”与“利益平衡中心”的规则特质。而平台内的经营者和用户对超大型平台有较强的依赖性,虽对自治规则的制定缺乏公正性和公开性抱有怨言,但却因实力悬殊,根本无力反抗。

另一方面,超大型平台自治规则内容的正当性、公共性存疑。为了实现对平台成员的全方位管理,超大型平台自治规则体系主要包括准入性规则、管理性规则和处罚性规则的三大种类。其中的处罚性规则赋予了超大型平台对内部成员实施惩戒的权力,但这种权力的正当性却存疑。实践中,超大型平台依规对内部经营者和用户实施的通报批评、禁止从业,以及账户冻结、暂停服务等惩戒措施,已经与行政制裁措施强度相当^②。但这一私权力却并不会受到与公权力一样的公法原理限制,这显然同法治原则和精神

① 《电子商务法》第三十二条规定:“电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则,制定平台服务协议和交易规则,明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。”第三十四条第一款规定:“电子商务平台经营者修改平台服务协议和交易规则,应当在其首页显著位置公开征求意见,采取合理措施确保有关各方能够及时充分表达意见。修改内容应当至少在实施前七日予以公示。”

② 此类事件屡见不鲜,参见余建华、陈昊:《杭互法院宣判一起涉平台算法规则网络服务纠纷案》,载《人民法院报》2021年9月23日,第3版;《火锅店老板花7万多做美团推广,却被平台连续处罚!到底咋回事?》载今日头条, <https://www.toutiao.com/article/7038147876991697439/?wid=1661231754417>,最后访问时间:2022年8月13日。

相悖。

此外,超大型平台尽管具有很强的公共事业属性,却归根结底还是企业,以盈利为根本目的,其利用自治规则开展自我管理亦具有逐利的实质内核。因此,自治规则中频频出现不合法、不合理的内容,例如要求经营者“二选一”以排除限制竞争,随意压缩会员权限以增加服务收费等^③。我们当然认可超大型平台自治规则可以包含私益的内容,但并不意味着其可以游离于法治轨道之外,抹杀其应当具有的公共性。平台与用户是相互依赖的,自治规则是维系二者和谐关系的纽带,这一纽带坚韧与否就由其内容的正当性和公共性决定。

(二)私法规制及司法救济局限:超大型平台自治规则的规制困境

对于超大型平台自治规则效力的判定以及其行使私权力的规制,在当前的法律实践中主要基于私法及其基本原理。私法调整平等主体间的权利与义务关系,以契约自由与意思自治为原则和基础。但超大型平台已经不是普通的私主体,其自治行为已非普通的民事行为,其与内部经营者和用户之间也并非传统的民事平等关系,这决定了平台自治规则不能被视为普通的民事合同。在程序上,平台内经营者或用户基本无法对这些自治规则表示出一点自由或自治,时常陷入要么勾选“已仔细阅读并接受以上规则”,要么无法继续享受平台服务的两难选择。在内容上,这些自治规则往往存在结构性失衡,给平台内经营者或用户设置的义务性条款明显多于权利性条款,使其存在客观不公平状态。或许正如有的学者所言,“将其法律关系的调整完全交给平等协商和意思自治,则被消灭的将不再是权威和规训本身,而是其赖以产生的社会关系。”^④

在传统的私法规制进路中,主要将超大型平台自治规则视为格式合同,而以格式条款无效对其加以调控。但实践中,平台内经营者或用户以格式条

款无效主张自治规则不合理,却难以得到法院的支持。首先,只要平台自治规则对相应条款采取了加粗或使用特殊符号等提请注意措施,法院一般就会认为履行了格式条款的提示说明义务。例如在“秦巍诉北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司”案中,法院认为,《违规订单处理规则》中对涉及违规事项及处理方式的内容使用粗体字处理,应认定被告已履行了提示说明义务^④。其次,法院一般会以维护秩序为由对平台自治规则中存在加重平台内经营者或用户责任的条款表示尊重和认同,不认为其属于格式条款无效的情形。例如在“无锡安妮珍选电子商务有限公司诉上海寻梦信息技术有限公司”案中,法院认为,“设定‘假一赔十’标准的‘消费者赔付金’,系平台履行自律管理权利的体现,与传统‘违约金’存在一定区别……上述约定具体、明确,并不存在法定无效情形,平台通过规则约定的打假流程和赔付方式合法有效。”^⑤

并且,仅依靠司法这种事后个案救济的手段难以完全解决因超大型平台自治规则的不合法、不合理而引发的案件和问题。司法是最后的手段,却不一定是最佳的手段。其背后的理由在于:一是平台自治规则损害的事实和后果有的可以通过司法救济得以恢复,但有的则无法恢复原状,只得赔偿或补偿;二是出于法律意识和诉讼成本等多方原因,进入司法诉讼渠道的案件仅是千万分之一的个案,可平台自治规则伤及的却是广大人民群众^④。

(三)建立专门的备案审查制度:超大型平台自治规则的治理新进路

因此,需要采用一种事前和更加广泛意义上的制度,及时发现超大型平台自治规则中的不合法、不合理内容,助力矛盾尽早化解、高效化解。备案审查制度正具有这样的良好功能。

一般而言,备案审查是指对规范性文件的备案和审查相结合形成的一种特定法律制度。要求将规范

^③ 典型的案例有,“阿里巴巴‘二选一’垄断案”,参见《市场监管总局依法对阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场实施‘二选一’垄断行为作出行政处罚》,载市场监管总局, https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210410_327702.html, 最后访问时间:2022年8月13日;“爱奇艺超前点播案”,参见吴某某诉北京爱奇艺科技有限公司网络服务合同纠纷案,北京互联网法院(2020)京0491民初3106号民事判决书。

^④ 北京互联网法院(2021)京0491民初12274号民事判决书。

^⑤ 上海市长宁区人民法院(2017)沪0105民初11642号民事判决书。

性文件依期限和程序报送备案,由接受备案的机关进行登记、分类、存档,并对其进行审查、做出处理。通过备案确定审查及监督对象,通过审查发现并纠正违宪违法问题^[10]。换言之,备案审查制度的目的与初衷即确保规范与法治原则和精神的一脉相承、一以贯之。目前对备案审查制度的研究主要集中于法规、条例、规章、司法解释,以及狭义的“规范性文件”,极少有研究针对自治规范等社会规范的备案审查制度。但笔者认为,超大型平台自治规则作为重点社会规范理应成为备案审查制度的涵摄对象。这一观点,主要可以从两个方面加以论证。

一方面,建立超大型平台自治规则的备案审查制度有助于实现我国法治建设的目标。党的十八届四中全会提出实现“国家和社会生活法治化”的重大命题。循着这一命题,要求国家和社会生活中的各种规范类型和秩序结构都应当符合法治原则和精神。《法治社会建设实施纲要(2020—2025年)》提出的“使社会规范制订和实施符合法治原则和精神”^[11]正是对此在社会规范领域的细化,要以法治化的要求确保社会规范成为“良规”进而促成“善治”。平台自治规则在超大型平台治理中确实发挥了重要且不可替代的作用,但同时也暴露出诸多与符合法治化要求相去甚远的负面现象,如何妥善治理使其真正法治化已经成为关键的时代任务。基于私法规制及司法救济的局限,相比较而言,建立专门的备案审查制度,可以成为值得积极探索的超大型平台自治规则的治理新进路。

另一方面,建立超大型平台自治规则的备案审查制度乃是基于超大型平台的特殊性。在国内外的实践中,都已经认识到超大型平台扮演着“守门人”的特殊角色,若不对其日益增长的权力进行限制,势必会给数字市场带来灾难性后果。为了确保公平竞争和保障用户权益,需要对超大型平台匹配超强监管。2022年7月,欧盟正式批准通过了《数字市场法案》,明确了作为“守门人”的超大型平台的多重义务和规则^[12]。我国市场监督管理总局发布的《平台责任指南》第三十五条也规定了超大型平台需要履行更多义务,落实更强责任。但目前来看,我国对于超大型平台的规制安排显然在强度上尚不足以匹配其“守门人”的地位。平台治理的重点内容是规则治理,规则治理的重要方式是备案审查。因此文章认

为,建立针对超大型平台自治规制的备案审查制度是可供尝试的良好方向。

三、对超大型平台自治规则进行备案审查的具体机制

根据中国互联网络信息中心(CNNIC)近日发布的第50次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2022年6月,我国网民规模已经高达10.51亿^[13]。经由功能各异的超大型平台参与现代经济社会生活已经成为我国广大“数字公民”须臾不可分离的基本生活方式。与此同时,超大型平台自治规则也作为受众超广、作用超大、适用率超高的一类社会规范而存在。“现代自治是法治下的自治。在法治社会,没有法外之地。”^[14]因此,确保其驶入规范化、程序化、制度化、法治化的轨道,是让超大型平台自治规则得以顺利运转、行稳致远的必由之路。经过上文分析,建立起专门的备案审查制度,是超大型平台自治规则具有必然性的治理之道,下文将就其具体机制展开讨论。

(一)备案审查的原则与标准

标准是对象应然状态的指引,也是针对性制度建设所需确立的核心内容。对超大型平台自治规则进行备案审查,首要就是明确其原则和标准,合法性和合理性构成其中的主要内容。

1. 合法性标准

在当代中国的规范体系中,法律规范体系是判断其他规范体系的依据和理据^[15]。一般来说,法律规范体系包含了宪法、法律、法规、条例、规章等内容。展开来看,超大型平台自治规则备案审查的合法性标准包含了内容合法、程序合法与形式合法的三点要求。

第一,内容合法,即超大型平台自治规则的内容不得与上述法律规范的禁止性规定相冲突。那么其是否可以突破既有法律的限度,增加当事人义务或限制其权利呢?基于私法自治的原理,以及自治规则可以达成的平台治理效果,应当认为在合理限度范围内可以对此予以认可,下文也会对此进行专门讨论。第二,程序合法,即超大型平台自治规则的制定和修改需要遵循法律规定的程序要求。从现有法律规范来看,我国电子商务领域的法律法规已经集中规定了电

商平台自治规则的程序性要件^⑥。而市场监管总局发布的《平台责任指南》则针对所有互联网平台提出了平台自治规则的程序性要求^⑦。以公开透明、说明理由、公众参与、允许申诉救济等程序正义规制平台自治规则是避免平台滥用自治权的可行方法^[16]。第三,形式合法,即超大型平台自治规则的呈现形态也要符合法律的规定。这里主要是要求平台自治规则作为格式合同,必须对其中涉及影响当事人权益的格式条款作“显著提醒”的特殊处理,并不得采取技术手段隐藏内容或制造获悉障碍。

2. 合理性标准

合理性标准适用于各种类型的规范,是一个层次极高的标准。但对于合理性的判断如果不借助某些更加具体的原则,如目的正义、手段适当、利益均衡等,则会显得虚无缥缈。基于超大型平台自治规则的独特性质,其合理性审查可以引入比例原则作为判定基准。

比例原则原是行政法领域的基本原则,其产生的逻辑在于为了避免强大的公权力给相对人权益造成过度损害,而要求公权力的行使符合适当性原则、必要性原则和均衡性原则的具体要求。如今,比例原则已经突破公法领域,甚至传播至法律性质迥异的私法领域^[17]。尽管学界对于比例原则适用范围的扩张所持的态度不一。但七文认为,在超大型平台自治的法律关系中,平台与内部经营者和用户的地位已经处于实质不平等状态,借由平台自治规则产生的平台私权力在某种程度上已经与公权力相似。比例原则所能提供的限制权力滥用的功能,正契合了超大型平台自治中平衡平台与其内部成员关系的需求。

展开来说,第一,适当性原则要求超大型平台自治规则需要基于且有助于达成其所承担的维护平台公共秩序、营造平台良好生态的基本目的。例如平台自治规则可以包含基于确保用户行为合法、合规、遵守社会公德,而视情节采取警示、限制发布、停止

传输、信息消除、暂停更新直至关闭账号等措施的内容。但不可以包含为了实施不正当竞争、促成垄断而采取过滤、删除、屏蔽等技术措施的内容。第二,必要性原则要求超大型平台自治规则对限制用户权利与自由的内容所做出的安排,应当是侵害性最小的。例如对于直播中发表煽动性言论的违法违规行,直播平台自治规则可以选择规定警告、删除、禁言、短期封号、永久封号等强度不同的惩戒措施。如果较轻的措施可以达成净化网络环境的治理目的,就不需要选择较重的措施,保持违规行为严重程度与治理措施强度的相称。第三,均衡性原则要求超大型平台自治规则的适用不应当以过度损害更值得保护的利益为代价以实现某种利益,换言之,所造成的风险与所带来的收益必须合乎适当的比例^[18]。例如网络购物平台为了实现基本服务目的,要求收集和存储用户的手机号码、家庭住址、兴趣爱好等个人信息,虽也存在泄露个人信息或被不当利用的风险,但相比较来说是符合均衡性要求的。但其如果要求收集和存储人脸识别信息、家庭成员信息等,读取和留存网上浏览记录、通讯录记录等,由此所可能带来的风险与特定目的的实现所带来的利益相比就不符合恰当的比例。

(二) 备案审查的结构与方法

显然,超大型平台自治规则的备案审查制度在结构上可以分为“备案”与“审查”两层。“备案”意味着平台自治规则在制定或修改后要按要求报送、登记、存档,即备份在案,以待审查;“审查”即是指有关机关对备份在案的平台自治规则依据上文的相关原则和标准进行核对检查并提出处理意见。前者是后者的前提,后者是前者的延伸。从制度初衷来看,为了杜绝超大型平台自治规则中所存在的不合法、不合理条款,其备案审查工作要求做到“有件必备”“有备必查”“有错必纠”。基于信息技术的发展,“有件必备”可以基本实现,但考虑成本和能力,“有备必查”却不易做到。即使是在现有关于法规、规章和狭

^⑥ 《电子商务法》第三十二条、第三十四条,商务部发布的《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定(试行)》和《电子商务信息公示管理办法(征求意见稿)》等。

^⑦ 《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第十四条规定:“互联网平台经营者应当提高规则透明度,履行与服务协议和交易规则相关的信息公示和报告制度。遵循规则制定、修改相关的公示、征求意见、听证和协商程序,保证相关规则的公开、公平、公正。”

义“规范性文件”等的备案审查制度的立法实践中,有的是将备案与审查一体化,即备案连带审查;有的是将备案与审查分立,即备而后查或备而不查^[19]。文章认为,为了使超大型平台自治规则的备案审查制度落到实处,真正发挥出监督作用,可以通过在审查方法上的合理设计,实现提升审查效率和针对性的效果。

备案审查的方法主要包括主动审查和被动审查两种形态。主动审查是由有关机关在接受规范备案后,依职权主动对规范进行审查;被动审查即是由其他主体提出审查要求或审查建议而进行的审查。根据《中华人民共和国立法法》等的有关规定,这两种审查方式在现有关于法规、规章和狭义“规范性文件”等的备案审查制度中均存在。但正如有关学者所指出的,我国对规范性法律文件的审查由于缺乏足够的人力资源与能力,以被动审查为主,主动审查为辅,但被动审查的又时常启动乏力,使得审查机制处于长期闲置状态^[20]。因此,吸取经验教训,对超大型平台自治规则的备案审查应当力求做到同时发挥出主动审查与被动审查的效能,落实主体责任,畅通申诉渠道。一方面,可以将部分重点内容设置为需要进行主动审查,这一范围宜以“重大影响”和“安全底线”为标准。对于能够对平台用户的权利义务产生重大影响的规则内容应当主动审查,防止平台与用户的实质不平等被规则固化。同时,对于关乎网络安全、公平竞争和公共利益的规则内容也需要主动审查,以免带来安全隐患^[2]。另一方面,需要设计好切实可行的被动审查启动机制。可以规定当符合一定合理数量条件的平台内经营者或用户提出审查申请时,有关机关必须组织进行审查。并且,需要建立起明确的审查申请反馈机制,按期限、按规范及时回复受理意见或审查结论。

(三)备案审查的主体与处理

此外,还有一个关键问题尚需明确,即对超大型平台自治规则进行备案审查的有关机关具体是指哪个或哪些。事实上,关于自治规则的备案制度,我国存在不少相关立法与实践。《市场主体登记管理条例》

第九条规定:“市场主体的下列事项应当向登记机关办理备案:(一)章程……”《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十七条第一款规定:“村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约,并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。”《中华人民共和国安全生产法》第四十条第二款规定:“生产经营单位应当按照国家有关规定将本单位重大危险源及有关安全措施、应急措施报有关地方人民政府应急管理部门和有关部门备案。”2021年底,国家网信办联合三部门共同发布《互联网信息服务算法推荐管理规定》,要求建立起算法备案制度^⑧。上述章程、规约、应急措施和算法等都可以归结为自治规则的范畴。他们所对应的备案机关的情况,指引了对超大型平台自治规则进行备案审查的有关机关的选择,可以是主管机关、登记机关或监督机关。本文认为,基于提升工作效率,应以主管机关进行备案审查为宜,可以认为这属于其履行主管职能的延伸性表现。结合《分类分级指南》,根据连接属性和主要功能对平台进行的分类,六大类几十个小类的平台的自治规则可分别由不同主管部门进行备案审查。例如京东等网络销售平台的自治规则可由市场监管部门负责,滴滴等出行服务平台的自治规则由交通运输部门负责,支付宝等支付结算平台的自治规则由金融部门负责,百度等搜索引擎平台的自治规则由网信部门负责,等等。并且,由于超大型平台自治规则的影响力甚是巨大,备案审查的难度和要求甚高,体现在主管机关行政级别的安排上也需有所要求,以国家级或省级机关主导为宜。

在对其进行备案审查的过程中,主管机关如果发现了超大型平台自治规则存在合法性或合理性问题,此时应如何处理?可以分为三步:第一步,向平台提出意见,经沟通协商后,由其主动予以纠正。第二步,如果平台表现得较为懈怠,可以出具书面审查意见,组织进行行政约谈或出具柔性的行政指导书,建议、敦促、告诫其自行改正。可以预见的是,到这一步,平台一般就会选择接受审查意见,着手纠正自治规则中的不当之处。第三步,但如果平台此时仍不愿自行纠正,则可以采取较为严厉的措施,依职权给予警告、通

⑧《互联网信息服务算法推荐管理规定》第二十四条第一款规定:“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在提供服务之日起十个工作日内通过互联网信息服务算法备案系统填报服务提供者的名称、服务形式、应用领域、算法类型、算法自评估报告、拟公示内容等信息,履行备案手续。”

报批评,责令限期改正等^⑨。

四、对超大型平台自治规则进行备案审查的边界与限度

“平台经济之下,平台的地位和作用无法否定也不容否定,因而必须给予其充分发展的空间。唯有激发和释放平台作为市场要素所蕴含的经济力量,方能实现平台设立和运营的初衷。”^[21]作为“局内人”的平台经营者对于平台内部情况先知先觉,平台自治规则在很多时候是出于问题导向,具有最佳时效性和针对性^[22]。如果完全以规范法规、规章和狭义“规范性文件”等方式对超大型平台自治规则进行严格备案审查,可能造成对私法自治的过度干预,不仅会增加平台运营成本,还可能阻碍数字经济商业模式的创新^[7]。因此,对超大型平台自治规则进行备案审查应当保持适当的限度,明晰行动的边界。

(一)一个前提:对超大型平台自治规则保持充分尊重

社会自治规范广泛存在,并在各自的场域中发挥着重要作用。在平台这一虚拟社区中,平台自治规则与国家法律一同构成了内部成员行动准则。并且,由于其灵活性,在很多时候,平台自治规则甚至能发挥出更为直接、具体、可行的治理效果。如果不对超大型平台自治规则保持充分认可和尊重,平台治理必将举步维艰,甚至成为天方夜谭。

一方面,超大型平台自治规则可以弥补国家法的不足,具有补充适用性。受限于论证前提与制定程序,国家法律无法做到事无巨细,随机而动。尤其是在平台经济迅猛发展、快速变化的当代,国家法律的滞后性与有限性更为明显,单一的“硬法”时常捉襟见肘,难以有效回应多元化的平台治理需求。而作为“软法”,具有自治契约色彩的平台自治规则,在制定程序上更加灵活,在具体内容上更为针对,现实可操

作性极强,可以有效填补国家法律在平台治理中的局限性。因此,如果超大型平台自治规则能够牢牢秉持“符合法治原则和精神”的准则,自然应当受到充分认可和尊重。

另一方面,超大型平台自治规则具有市场逻辑,蕴含了营业自由的意志。平台经营者享有蕴含于宪法所确立的市场经济体制之中的营业自由,就是以营业为目的从事自主活动的自由^[21]。据此,超大型平台可以不受不当妨碍和干扰地开展自治活动,而制定和修改自治规则是其行使自治权利的外在表现形式。但权利与自由的行使有其边界,对超大型平台自治规则进行治理,是为了避免影响到公共秩序与公共安全。“公共秩序与公共安全这两项价值内生于网络社会,也将伴随其永久存在和发展。”^[23]不过实践表现,单纯的私法手段无法实现这一治理目的,所以才要引入备案审查制度。因而,如果超大型平台自治规则不涉及此,其自由就不应受到过多干涉。

(二)三点注意:备案审查过程中需要尽力做到的事项

具体来看,在对超大型平台自治规则保持充分尊重的前提下,其备案审查过程中需要注意以下几点事项:

一是审查内容的选定应当有所限制。与法规、规章及狭义“规范性文件”的审查内容广泛不同,基于对超大型平台自治规则的充分尊重,要求限缩对其审查的范围。一方面,平台自治规则所涉的内容广泛,其中存在众多专业性极高或与本平台特色紧密相关的内容,平台之所以设定这些内容是基于维持平台原始生态,主管机关应当尊重之,对此进行审查需要基于充足的理由。另一方面,平台自治规则中有时会因秩序管理和节约成本等原因,在内容上突破既有法律的非禁止性规定,对用户的权利施加合理限制,轻度违反法定程序或法定形式要求,又或未明显违反比例原则的标准,此时主管机关在选择进行审查时也应当持

^⑨ 对第三步的设计参考了我国现行法律中对类似情形的规定,如《村民委员会组织法》第二十七条第三款规定:“村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定违反前款规定的,由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。”《物业管理条例》第十九条第二款规定:“业主大会、业主委员会作出的决定违反法律、法规的……应当责令限期改正或者撤销其决定,并通告全体业主。”《互联网信息服务算法推荐管理规定》第三十一条规定:“算法推荐服务提供者违反本规定……法律、行政法规有规定的,依照其规定;法律、行政法规没有规定的,由网信部门和电信、公安、市场监管等有关部门依据职责给予警告、通报批评,责令限期改正……”

谨慎态度。

二是审查强度的表现应当存在差异。超大型平台自治规则的种类多样,平台本身也可以分为不同的类型和等级。在进行备案审查时应当依据平台和自治规则的差异和特殊性,在审查强度上加以区分。首先,超大型平台实际上可以分为超级平台和大型平台。相对而言,超级平台自治规则具有更大的影响力和监督必要性,其审查强度要高于大型平台自治规则。其次,不同类型的超大型平台的自治规则审查强度也应当有所不同,考虑直接影响利益的可能程度,对金融服务类和网络销售类平台自治规则的审查需要比信息资讯类和社交娱乐类平台自治规则更严格。再者,从平台自治规则本身的种类来说,处罚性规则、争议解决规则直接关乎用户的利益,需要较之其他种类规则加强审查。

三是审查结论的得出应当做到审慎。对超大型平台自治规则进行备案审查所得出的结论,事关对平台自治和自由的尊重,同时事关用户权利权益的保护,更事关我国法治社会的建设进程。为了确保正确性、科学性,在得出最终的审查结论前,需要仔细斟酌,主管机关可以通过以下途径,力求做到审慎:充分听取平台申辩,研究其对有关内容进行的论证;适时寻求司法机关的辅助,结合其识别和判断的专业性;组织专家研讨会,征求专家意见;组织公开听证或建立民意反馈渠道,发挥社会监督作用等。

五、结语

在当下中国,数字时代已经来临,数字经济蓬勃发展。互联网平台作为数字经济的基础设施,是各类数字经济活动的组织者、协调者。在平台的虚拟生态中,平台自治规则形成和维持了平台秩序,统合并配置了平台资源,决定也预示了平台命运。基于其影响力和涉足领域的不断扩张,超脱于传统私主体,平台及其自治规则的公共事业属性正在逐步增强。尤其是对于扮演数字“守门人”角色的超大型平台而言,其中立性、公平性、道德性的要求更高^[24]。但实践表明,仅从私法和司法角度,已经无法满足对超大型平台自治规则的治理要求。正是基于此,才需要引入备案审查制度,发挥出主管机关的外部监督作用,使超大型平台自治规则的制定和实施符合法治的原则和精神。

从根本上说,这契合了国家和社会治理能力和治理体系现代化的要求,是实现“国家和社会生活法治化”目标的应有内涵。

参考文献:

- [1] 蔡文之.自律与法治的结合和统一——论网络空间的监管原则[J].社会科学,2004(1):72-78.
- [2] 罗英,谷雨.网络平台自治规则的治理逻辑[J].学习与实践,2021(8):35-44.
- [3] 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[EB/OL].(2021-10-27)[2022-08-06].https://samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027_336137.html.
- [4] 刘作翔.论建立分种类、多层次的社会规范备案审查制度[J].中国法学,2021(5):141-160.
- [5] 夏燕.网络社区自治规则探究——以“新浪微博”规则考察为基础[J].重庆邮电大学学报(社会科学版),2017(4):51-57.
- [6] 王坤,周鲁耀.平台企业的自治与共治[J].浙江学刊,2021(1):4-15.
- [7] 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(2):42-56.
- [8] 刘浩然.论网络平台规则效力的司法审查[J/OL].行政法学研究,(2022-08-12)[2022-08-15].<https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3110.D.20220812.1337.002.html>.
- [9] 汪志刚.论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释[J].法学研究,2019(4):40-60.
- [10] 梁鹰.备案审查制度若干问题探讨[J].地方立法研究,2019(6):1-20.
- [11] 中共中央印发《法治社会建设实施纲要(2022—2025年)》[EB/OL].(2020-12-07)[2022-08-16].http://www.gov.cn/zhengce/2020-12/07/content_5567791.htm.
- [12] 廖冰清.欧盟正式通过了《数字市场法案》[N].经济参考报,2022-07-20(4).
- [13] 李政葳.第50次《中国互联网络发展状况统计报告》发布[N].光明日报,2022-09-01(10).
- [14] 刘作翔.构建分种类、多层次社会规范备案审查的具体机制[J].法学论坛,2022(2):45-59.
- [15] 刘作翔.当代中国的规范体系:理论与制度结构[J].中国社会科学,2019(7):85-108.
- [16] 李延枫.网络平台内容治理的公法规制[J].甘肃政法大学学报,2022(2):50-63.
- [17] 陈景辉.比例原则的普遍化与基本权利的性质[J].中国法学,2017(5):279-302.
- [18] 武滕.最小必要原则在平台处理个人信息实践中的适用[J].法学研究,2021(6):71-89.
- [19] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室.规

- 范性文件备案审查制度理论与实务[M].北京:中国民主法制出版社,2020:228.
- [20] 封丽霞.制度与能力:备案审查制度的困境与出路[J].政治与法律,2018(12):99-113.
- [21] 金善明.电商平台自治规制体系的反思与重构——基于《电子商务法》第35条规定的分析[J].法商研究,2021(3):41-52.
- [22] 汪旭晖,张其林.平台型网络市场中的“柠檬问题”形成机理与治理机制——基于阿里巴巴的案例研究[J].中国软科学,2017(10):31-52.
- [23] 梅夏英,杨晓娜.网络服务提供者信息安全保障义务的公共性基础[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2014(6):14-21.
- [24] 方军,程明霞,徐思彦.平台时代[M].北京:机械工业出版社,2018:16.

Research on the Filing Review System of Autonomous Rules for Super-Large Platforms

Wu Yeqian

(Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou 215006, China)

Abstract: Only by ensuring that the rules of autonomy become "good rules" can we point to "good governance" for the healthy and orderly development of super-large platforms. Examining the current situation, there are deficiencies and doubts in both procedural justice and substantive justice in the autonomous rules of super-large platforms. Combined with specific practice, it is difficult to achieve complete regulation of it only from the perspective of private law and by means of judicial relief. The establishment of a special filing review system should be a new way to govern the autonomous rules of super-large platforms as the "gatekeeper". For the specific mechanism of filing review, the dual requirements of legitimacy and rationality constitute the main principles and standards; if necessary, prepare for later review, and the combination of active review and passive review is the basic structures and methods; the competent authority is responsible, and takes appropriate steps to realize the arrangement on the subject and processing according to the situation. Based on the necessary respect for the rules of autonomy of super-large platforms, attention should also be paid to grasping the specific limits during the review process.

Keywords: super-large platforms; platform autonomy rules; filing review system; gatekeeper