

文章编号:1674-5205(2025)01-0094-(015)

论超大型互联网平台的法律规制

丁晓东

(中国人民大学法学院,北京 710062)

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2025.01.007

〔摘要〕超大型互联网平台的兴起,可能带来市场准入壁垒、自我优待、影响用户权利、决策机制不规范等问题,对平台的常态化监管提出了挑战。超大型互联网平台在具有企业性质的同时,具有市场制造者和准公权力特征。但简单地效仿欧盟《数字市场法》《数字服务法》,将超大型互联网平台作为市场基础设施和对其准公权力属性予以规制的方案也存在不足。事前的竞争中立规制可能导致过度规制与不合理规制,不符合竞争法的一般原理;准公权力规制可能存在形式主义、与平台责任基本原理不协调等问题。对超大型互联网平台进行常态化监管,应区分其在经济、社会、政治和国际领域的不同影响,对经济性影响采取竞争法规制,对社会性影响采取公私法协作的治理型规制,对政治性影响采取符合人民意志的代表性规制,对国际性影响应要求平台维护国家利益,承担构建人类命运共同体的责任。

〔关键词〕数字守门人;竞争中立;平台权力;数字市场法;数字服务法

Abstract: The rise of mega Internet platforms may bring about problems such as market access barriers, self-preferential treatment, impact on users' rights, and irregular decision-making mechanisms, posing challenges to the regular regulation of platforms. While being corporate in nature, mega Internet platforms are characterized as market makers and quasi-public powers. However, the option of simply following the EU's Digital Marketplace Act and Digital Services Act to regulate mega Internet platforms as market infrastructures and quasi-public powers is also deficient. Ex ante competition-neutral regulation may lead to over-regulation and unreasonable regulation, which is not in line with the general principles of competition law; quasi-public power regulation may have problems such as formalism and incongruity with the basic principles of platform liability. Regularized regulation of mega Internet platforms should differentiate between their different impacts in the economic, social, political and international spheres, adopting competition law regulation for economic impacts, governance-type regulation with public-private partnership for social impacts, representative regulation in line with the will of the people for political impacts, and requiring platforms to safeguard national interests and assume the responsibility of building a community of human destiny for international impacts.

Key Words: digital gatekeepers; competition neutrality; platform power; digital market act; digital services act

中图分类号:D920.1 文献标识码:A

一、引言

近年来,以腾讯、阿里巴巴、字节、百度、京东、脸书(Facebook)、推特(Twitter)、谷歌(Google)、亚马逊(Amazon)为代表的一批超大型互联网平台在中国与美国崛起,成为全球关注的焦点。这些互联网平台企业都有一些共同或类似的特征,例如市场估值体量巨大、用户规模巨大、涉及业务种类广泛。在我国 2021 年国家市场监管总局颁布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》中,超大型互联网平台被界定为“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。其中,超大用户规模,即平台上年度在中国的年活跃用户不低于 5 亿;超广业务种类,即平台核心业务至少涉及两类平台业务,该业务涉及网络销售、生活服务、社交娱乐、信息资讯、金融服务、计算应用等六大方面;超高经济体量,即平台上年度市值(估值)不低于 10000 亿元人民币;超强限制能力,即平台具有超强的限制商户接触消费者(用户)的能力”。本文的论述大致采用这

收稿日期:2024-09-15

基金项目:国家社科基金重大项目(23&ZD154)“当代中国数字法学基本范畴体系研究”

作者简介:丁晓东,中国人民大学法学院教授,博士生导师。

一、定义。超大型互联网平台在给人们带来便利的同时,也引发了不少问题与争议,对平台的常态化监管提出了挑战。在商业连接端,超大型互联网平台的崛起带来了市场准入壁垒、自我优待等问题,例如阿里巴巴的二选一问题触发了我国的反垄断执法。在消费者或普通用户连接端,超大型互联网平台对于用户基本权利的影响日益明显,例如有的微信账户被微信算法系统判定为疑似诈骗账号,致使其账号被冻结;在美国,特朗普被脸书和推特封禁。这些问题引发了公众的普遍担忧。鉴于超大型互联网平台的特殊性,我国和欧盟等国家与地区已经提出了对超大型互联网平台进行特殊规制的若干法律与政策。我国的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》对“超大型互联网平台”在公平竞争、平等治理、开放生态、数据管理等方面设置了特殊责任。在域外,欧盟的《数字服务法》(Digital Services Act, DSA)对“超大型在线平台”(very large online platforms, 简称 VLOPS)和“超大型在线搜索引擎”(very large online search engines, 简称 VLOSEs)区别规制,^[1]《数字市场法》(Digital Markets Act, 简称 DMA)则将符合相应条件的超大型互联网平台界定为“守门人”,要求此类平台承担公平竞争等责任。^[2]目前,我国学界对超大型互联网平台的研究主要集中在特定领域,例如个人信息保护法中的守门人条款^[3]《数字市场法》与平台反垄断研究等。但既有研究不够体系化,因此有必要对超大型互联网平台的治理进行整体性思考。因为超大型互联网平台带来的法律挑战不仅涉及个人信息保护和市场竞争,而且涉及用户基本权利、超大型互联网平台的公共性与正当程序等多方面。例如,如果市场竞争较为激烈有效,超大型互联网平台的准公权力属性就会被淡化;超大型互联网平台所涉及的议题越具有公共属性与基本权利属性,该议题就越不应通过市场竞争机制解决,而需要国家通过法律等手段进行规制。那么,如何对超大型互联网平台进行法律规制?为了回应这一问题,本文以我国超大型互联网平台的法律规制问题为落脚点,同时关注域外法律实践与研究,特别是欧盟《数字市场法》与《数字服务法》所提出的规制框架。原因在于,欧盟是目前全球对超大型互联网平台立法最为全面和具有影响力的地区,而近年来域外特别是欧盟的互联网立法又对我国立法具有重要影响。因此,对欧盟相关立法进行研究与反思不仅能够为我们提供知识参照,而且能够为我国立法实践提供重要参考经验。

二、超大型互联网平台带来的法律挑战

超大型互联网平台给社会带来了方方面面的挑战,尤其在市场准入、自我优待、保护用户基本权利、保障平台决策规范性等方面存在诸多问题。

(一) 市场准入

超大型互联网平台对市场准入产生了重大影响。与传统企业不同,超大型互联网平台的核心功能并不在于制造产品,也不限于销售商品,而是基于其强大的信息控制功能,充当了数字经济的信息入口。^[4]即使是线下企业,例如一家餐饮企业,当其无法在线上被搜索到,业务也会大受影响。纯粹线上的企业就更不用说,当线上企业无法接入超大型互联网平台时,此类企业所能接触到的用户就会非常有限。对于超大型互联网平台企业的这种特征,有学者认为,超大型互联网平台企业更接近于工业社会中铁路公司、邮政公司的角色,对于市场准入具有强大的控制力。^[5]超大型互联网平台不仅对市场准入具有控制力,而且能够持续性地掌控这种权力。^[6]平台具有明显的网络效应,包括直接网络效应、间接网络效应和双边网络效应,这类效应使得超大型互

[1] 欧盟《数字服务法》第3-13条。

[2] 欧盟《数字市场法》第33条。

[3] 周汉华:《〈个人信息保护法〉“守门人条款”解析》,《法律科学》2022年第5期,第36-49页;张新宝:《大型互联网平台企业个人信息保护独立监督机构研究》,《东方法学》2022年第4期,第37-49页;姚志伟:《大型平台的个人信息“守门人”义务》,《法律科学》2023年第2期,第111-123页。

[4] Julie E. Cohen, Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism, Oxford University Press, p. 39 (2019).

[5] Nikolas Guggenberger, Essential Platforms, 24 Stanford Technology Law Review 237 (2021).

[6] Kenneth A. Bamberger & Orly Lobel, Platform Market Power, 32 Berkeley Technology Law Journal 1051 (2017).

联网平台常常能够持续性地占据主导地位。^{〔7〕}网络效应的存在,使得平台往往呈现赢者通吃的情形,大型互联网平台一旦占据主导地位,其他平台就很难与之竞争。网络效应会引发锁定效应。^{〔8〕}新兴平台想要与超大型互联网平台竞争,需要在短时间吸引大量用户,但普通用户一旦熟悉了某个平台,就不太愿意切换到新平台。尤其当用户处于“单宿主”状态或只使用同类型的某一平台时,从一个平台切换到另一个平台的动力更小。因为用户要切换到新的平台往往具有很高的沉淀成本,用户一旦进行平台切换,就意味着之前的所有信息积累都付诸东流。而要使大量用户同时从一个平台切换到另一平台特别是初创型平台,这种难度就更大。^{〔9〕}

(二)自我优待

超大型互联网平台带来的另一挑战是自我优待。超大型互联网平台在提供信息搜索与中介服务的同时,自身往往生产内容、销售商品或提供商业服务,并且在这一过程中进行自我优待。^{〔10〕}例如,百度搜索在新闻搜索结果中,常常把自己打造的“百家号”新闻置于搜索头条;电商企业在运输商品时无论是阿里还是京东,都会优先选用自家物流体系;亚马逊既是一个第三方服务平台,也会直接参与零售,与第三方商家竞争。^{〔11〕}数据与算法的兴起增强了超大型互联网平台自我优待的能力。超大型互联网平台对于数据的收集能力要远强于平台内的一般企业,平台内的一般企业能够收集的数据仅限于其单独一家企业所能获取的数据或平台为其提供的数据,而超大型互联网平台却可以获取成千上万家企业与上亿消费者的数据。2017年,欧盟委员会在对亚马逊的自我优待行为进行调查后,认为亚马逊通过大数据与算法“系统地将自己的比较购物服务置于突出位置”“在搜索结果中贬低竞争对手的比较购物”的行为,违反了欧盟竞争法,并对其处以27亿美元的罚款。^{〔12〕}美国联邦贸易委员会主席丽娜·可汗(Lina Kahn)认为亚马逊商城已经成为亚马逊的“特洛伊木马”,亚马逊商城通过收集大量数据与监控第三方商家,帮助亚马逊进行了不合理的自我优待。^{〔13〕}

(三)影响公民基本权利

超大型互联网平台对用户的基本权利也产生了影响。在互联网时代,大量的公共言论表达都依赖于互联网平台,特别是社交网络、搜索资讯类的超大型互联网平台。^{〔14〕}一旦这类平台对个人言论进行封禁,个人参与公共讨论的空间就会被大大压缩。但平台凭借其私法主体的身份,又可以辩称其对言论的管控行为是一种私法自治或私人执法,不构成对言论表达等公民基本权利的侵犯。其中,最为典型的案例是推特(Twitter)和脸书(Facebook)对美国前总统特朗普账号的封禁。在特朗普即将卸任、国会出现骚乱背景下,这两家超大型互联网平台决定,特朗普的账号在两年内都不能在其平台发表信息。这一决定引发了西方对于超大型互联网平台的广泛质疑,很多人虽然不满特朗普的政治倾向与个人风格,但都指出这一决定侵犯了公民的基本权利。欧盟委员会主席冯德莱恩评论称:“无论推特在午夜五分钟后关闭唐纳德·特朗普的账户是多么正确,对言论自由的严重干扰都应该基于法律,而不是公司规则。它应该基于议会和政治家的决定,而不是硅谷管理者的决

〔7〕 对于不同网络效应的分析,参见 Michael L. Katz & Carl Shapiro, Systems Competition and Network Effects, 8 Journal of Economic Perspectives 93 (1994).

〔8〕 Ulrich Witt, “Lock-in” vs. “Critical Masses”——Industrial Change under Network Externalities, 15 International Journal of Industrial Organization 753 (1997).

〔9〕 Scott Hemphill & Tim Wu, Nascent Competitors, 168 University of Pennsylvania Law Review 1879 (2020).

〔10〕 周围:《规制平台封禁行为的反垄断法分析——基于自我优待的视角》,《法学》2022年第7期,第163-178页;刘晓春:《数字平台自我优待的法律规制》,《法律科学》2023年第1期,第69-82页。

〔11〕 Ben Bloodstein, Amazon and Platform Antitrust, 88 Fordham Law Review 187, p. 224-225 (2019).

〔12〕 European Commission Press Release IP/17/1784, Antitrust: Commission Fines Google 2.42 Billion Euros for Abusing Dominance as a Search Engine by Giving Illegal Advantage to Own Comparison Shopping Service (27 June 2017).

〔13〕 Lina Khan, Amazon’s Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal 710 (2017).

〔14〕 左亦鲁:《社交平台公共性及其规制——美国经验及其启示》,《清华法学》2022年第4期,第95-111页。

定。”^[15]超大型互联网平台的影响还涉及社会性与经济性基本权利。超大型互联网平台可以广泛渗透到人们的社会与经济活动中,对于公民的社会性与经济性基本权利产生举足轻重的影响。例如,微信等社交网络账号对于公民的基本社会交往活动已经必不可少,一旦微信账号被封禁,个人就很可能面临“社会性死亡”。近年来,数字人权的概念日益受到重视,一个重要原因是公民的社会与经济权利的实现越来越离不开超大型互联网平台。^[16]

(四)决策机制

与影响公民基本权利相关的是超大型互联网平台的决策机制。超大型互联网平台的决策机制并不像政府决策一样遵循透明性、中立性、程序性原则。即使对于影响公共利益与基本权利的决策,超大型互联网平台一般也将其作为商业问题看待,将其交由技术或商业团队决定。在具体制度创立上,超大型互联网平台并未像公权力机构那样设置全流程的正当程序。在规则制定方面,超大型互联网平台的规则制定更接近于商业决策,而非遵循广泛的用户参与的立法程序;在司法和救济程序方面,超大型互联网平台为用户提供的裁决与救济机制更类似于售后服务或由产品客服帮助用户解决问题的模式,而非与行政裁决或司法诉讼的程序类似;在执行法律规则方面,超大型互联网平台的决定常常由内部的某个机构或个人作出,而不一定通过公开、公正、透明的程序进行。^[17]超大型互联网平台决策的这些特征,使得有学者将其视为“没有法律性”的决策。^[18]大数据与算法决策的兴起引发了更多超大型互联网平台的决策机制问题。在算法决策程序的设计端,超大型互联网平台引发了众多公共性议题与基本权利问题。例如以效率为唯一考量的外卖平台算法存在引发骑手闯红灯、逆行等,危及骑手的生命安全等问题;以流量为唯一考量的推荐算法可能导致群体极化、低俗信息泛滥等问题。^[19]在权利救济方面,算法自动化决策也引发了众多质疑。^[20]当算法自动化决策对个人权利造成重大影响时,超大型互联网平台一般不提供类似司法或行政程序的救济途径,也不提供人工救济或问题解决方案复核渠道。

三、对超大型互联网平台规制的现有方案及其困境

针对超大型互联网平台兴起带来的法律挑战,现有法律实践与法学研究已经提出了若干方案。以欧盟的《数字市场法》和《数字服务法》为代表的立法对超大型互联网平台进行了针对性规制;学者也从网络中立、基础设施、必要设施、结构分立、基本权利保障、正当程序等角度进行分析。^[21]综合而言,现有方案突出超大型互联网平台的公共性,要求超大型互联网平台承担在商户连接端的竞争中立责任与普通用户连接端的准公权力责任,但其存在的问题与困境同样明显,需要对其进行反思。

(一)对超大型互联网平台规制的现有方案

1. 竞争中立

对于超大型互联网平台带来的市场准入壁垒、自我优待等问题,欧盟的《数字市场法》以竞争中立性为核

[15] Speech by President of the European Commission von der Leyen at the European Parliament Plenary on the inauguration of the new President of the United States and the current political situation, Brussels, (20 Jan. 2021), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_21_167.

[16] 丁晓东:《论“数字人权”的新型权利特征》,《法律科学》2022年第6期,第52-66页;等。

[17] Tarleton Gillespie, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, Yale University Press (2018).

[18] Nicolas Suzor, *Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives*, Cambridge University Press, p. 1-2 (2019).

[19] Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, p. 3 (2015); Ruben Binns, *Algorithmic Accountability and Public Reason*, 31 *Philosophy & Technology* 543 (2018).

[20] Lorna McGregor, Daragh Murray & Vivian Ng, *International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability*, 68 *International and Comparative Law Quarterly* 309 (2019).

[21] 李世刚、包丁裕睿:《大型数字平台规制的新方向:特别化、前置化、动态化——欧盟,数字市场法(草案)·解析》,《法学杂志》2021年第9期,第77-96页;解正山:《约束数字守门人:超大型数字平台加重义务研究》,《比较法研究》2023年第4期,第166-184页;等。

心进行了系统性回应。针对被认定为“守门人”的超大型互联网平台,《数字市场法》第5条规定了一系列可以直接适用的责任。其中,该条第2款规定,守门人平台不得在未经个人以选择加入^[22]方式同意的情形下合并使用第三方个人数据,例如脸书不能将从其社交网络服务获得的个人数据与从其他服务(如 Facebook Marketplace)获得的数据相结合。^[23]第3款规定,守门人平台不得禁止第三方在其他平台以较低价格出售相关商品,例如亚马逊不能阻止电子书出版商在其他在线平台或自己的网店上以较低的价格提供电子书。第4款规定,守门人平台不能阻止终端用户与第三方商家进行沟通,例如苹果不能阻止声田(Spotify)通知其iOS应用程序用户,告诉他们可以在声田(Spotify)的网站升级为声田付费用户(Spotify Premium)。第5款规定,守门人平台应允许用户访问所有应用程序,例如对于在苹果声田应用程序之外获得订阅的用户,苹果不能阻止此类订阅。第6款规定,守门人平台不能阻止或限制第三方企业或用户与监管当局进行接触。第7款规定,守门人平台不能强制要求商业用户使用某些辅助服务,例如苹果不能以应用程序开发人员将苹果自己的“登录苹果”服务集成到应用程序中为访问其应用程序商店的条件。第8款规定,守门人平台不能捆绑销售其产品或服务,例如谷歌不能要求竞标油管(Youtube)广告的广告商也使用谷歌的广告平台。第9款和第10款规定,守门人平台必须向广告商、出版商和第三方告知其广告每天的实时价格,以保证其价格透明度。《数字市场法》第6条进一步规定了守门人平台的责任。例如守门人平台不得利用其从第三方商家收集的数据与第三方商家竞争;应当允许用户卸载其预装的应用程序,允许用户更改默认设置;应当允许用户在其操作系统上安装和使用第三方应用程序或应用商店;不得利用排名优待自己的产品;不得限制其用户切换或转移到其他平台;应当允许硬件与软件的互操作性;应当保持广告中介的透明度;应当保障普通用户的数据可携带权;应当保障商业用户的数据访问权;应当向第三方在线搜索提供商提供搜索数据;必须为商业用户的核心平台服务提供公平、合理和非歧视的访问条件;不能让其终止服务变得异常困难或难以行使。该法第6条中的相关条款进一步拓展了《数字市场法》第5条所规定的义务,但同时规定这些条款需要在具体个案中加以明确,这与第5条直接适用的特点相区别。^[24]

我国有关政策文件作了某些类似规定。例如《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》规定,超大型互联网平台经营者“具有规模、数据、技术等优势”,在与平台内经营者开展公平竞争时,无正当理由不得“使用平台内经营者及其用户在使用平台服务时产生或提供的非公开数据”。平台内经营者或用户使用平台服务时,不得“将使用其他关联平台提供的服务作为前提条件”。超大型互联网平台经营者“应当遵守公平和非歧视原则。提供相关产品或服务时,平等对待平台自身(或关联企业)和平台内经营者,不实施自我优待”;应“推动其提供的服务与其他平台经营者提供的服务具有互操作性”。但比起欧盟《数字市场法》的相关规定,我国的政策文件并未规定较为宽泛的责任。^[25]针对超大型互联网平台,不少学者提出了竞争中立的主张。其一,有学者认为,针对超大型互联网平台应当施加类似网络中立的平台中立义务。网络中立要求网络服务提供商被视为类似铁路、电信的公共承运人,对流量传输持中立态度。^[26]这一政策被认为有利于保障用户权利、促进终端用户创新、构建公平竞争秩序。近年来,有学者认为,鉴于互联网平台的影响日益增强,应当将中立原则适用于

[22] 所谓选择加入,指的是平台的默认选项是其不能收集个人信息,除非个人明确选择同意,参见 Hans Degryse & Jan Bouckaert, Opt in Versus Opt Out: A Free - Entry Analysis of Privacy Policies, <https://ssrn.com/abstract=939511> (2006)。

[23] 欧盟委员会曾经对脸书(Facebook)的一系列数据案件发起调查,认定其数据合并措施违反了反垄断法,参见 European Commission, Case No COMP/M. 7217 - Facebook/Whatsapp; European Commission, Case M. 8124 - Microsoft/LinkedIn。

[24] 从反垄断法的原理来看,第5条属于本身违法(illegal per se)的条款;第6条则属于合理规则条款(rule of reason),即依赖个案进行执法。

[25] 《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第1-3条。

[26] Tim Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, 2 Journal on Telecommunication & High Technology Law 141 (2003)。

互联网平台,例如对于搜索引擎的搜索结果,应当保证其搜索结果的中立性,搜索引擎企业不得自我优待。^[27]其二,学术界还借助不同法律领域的概念,主张将超大型互联网平台视为公共设施、必要设施,或者对超大型互联网平台施加“公平、合理和非歧视”(FRAND)原则。这些方案的共同特点是,超大型互联网平台具有显著的反竞争影响,应对其进行竞争中立的事前规制。

2. 准公权力责任

针对超大型互联网平台可能带来的影响公共利益和公民基本权利问题,以《数字服务法》为代表的立法增设了准公权力责任,引入了“超大型在线平台”和“超大型在线搜索引擎”的法律概念,并且规定这类平台应当履行相关义务:例如对非法内容、仇恨言论、侵犯隐私、操纵选举等系统性风险进行分析,并根据已识别的系统风险制定有效的缓解措施;在公共安全、公共健康等“危机状态”下采取措施加以应对;对遵守《数字服务法》的行为合规性进行独立审计,并建立正式的合规部门;向主管机构提供必要的数据和解释其算法系统的设计、逻辑、功能和测试,以监测其遵守《数字服务法》的情况;建立展示其在线广告内容、针对对象、时长、特征、参数、人数的公共数据库;提供不基于存档系统的推荐系统;提供机器可读的服务条款;以各国官方语言发布服务条款。^[28] 欧盟在《数字市场法》以及相关法律中的这些规定对超大型互联网平台施加了前所未有的监控义务。长期以来,欧盟追随美国的步伐,在《电子商务指令》等法律中对平台采取避风港原则,仅要求平台采取合理注意义务。^[29] 但随着平台责任特别是超大型互联网平台责任的强化,这一合理注意义务已经在某些领域转变为公共管理责任。^[30] 我国的立法并未对超大型互联网平台设置单独的公共管理责任,这主要是因为,我国的法律法规一直注重平台的公共管理责任,因此欧盟对于超大型互联网平台责任的很多规定已经为我国的一般平台责任所吸纳。早在2000年,国务院发布的《互联网信息服务管理办法》即规定,平台的互联网信息服务提供者“不得制作、复制、发布、传播”含有违反宪法法律的违法信息,一旦发现各类违法信息,“应当立即停止传输,保存有关记录,并向国家有关机关报告”。此后,《网络交易管理办法》《广告法》《食品安全法》《电子商务法》《网络安全法》《个人信息保护法》《数据安全法》分别规定了平台在不同领域的监管责任。对于超大型互联网平台,《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》主要是重复已有规定,并对相关规定进行适度升级。

各国法律法规对于平台权力的内部规范化也做了一定规定。例如我国《电子商务法》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”“不得删除消费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价”。^[31] 在平台权力的规范化方面,整体而言各国立法主要从消费者保护、个人信息保护、劳动者保护等角度对平台进行规制,并未完全比照对政府公权力的规制标准对平台进行规制,也未要求超大型互联网平台设置类似国家权力的立法规范制定和执行程序。学术领域也发出了对超大型互联网平台权力进行规范的呼声。有学者指出,超大型互联网平台已经成为新的管理者,在言论自由和参与民主文化方面发挥着越来越重要的作用。^[32] 尽管平台看上去扮演了消极角色,但其实质上积极策划与引导用户发布内容、对言论表达进行干预与管制,而且,这种干预往往既

[27] Oren Bracha & Frank Pasquale, Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search, 93 Cornell Law Review 1149, p. 1206-09 (2008).

[28] 《数字服务法》第33-43条。

[29] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, 2000 OJ (L 178).

[30] 近年来,这一现象已经成为全球性趋势,参见 Giancarlo Frosio, The Death of “No Monitoring Obligations”: A Story of Untameable Monsters, JIPITEC, vol. 8, no. 3 (2017); Rory Van Loo, The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers, VA. L. REV., vol. 106, iss. 2, p. 467-468, 482-484 (2020).

[31] 《电子商务法》第35、39条。

[32] Kate Klonick, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, 131 Harvard Law Review 1598 (2017).

不透明,又不负责任。^[33] 还有学者指出,尽管欧盟《数字服务法》开启了对超大型互联网平台监管的大门,但这种监管仍然对平台的宪制化关注不足;随着算法决策的兴起与平台管理性功能的凸显,超大型互联网平台本身已经成为对公民基本权利的威胁。^[34] 为了应对超大型互联网平台的此类权力扩张,学者们提出了引入透明性、中立性、程序性等公权力决策的原则的方案;在制度设计上,则引入公共参与规则制定、建立准司法体制、公开执法决策流程。在实践领域,一些超大型互联网平台也对此进行了探索。例如脸书曾经对其数据治理政策发起过投票,^[35] 在言论审查等方面,脸书建立了类似联邦最高法院的委员会。^[36] 在有关观点看来,法律应推动此类做法的制度化,以应对平台政府化或公权化带来的挑战。

(二) 现有方案的困境

1. 竞争中立的困境

综合分析已有方案,可以发现它们都存在一定的困境。

首先,就竞争中立方案而言,超大型互联网平台虽然存在准入壁垒,但其往往存在跨界竞争;^[37] 超大型互联网平台是否存在市场垄断地位,仍然需要进行个案分析。(1)从市场份额的角度看,超大型互联网平台的市场占比的确非常高,但这些平台的跨界竞争非常普遍,例如腾讯不仅有社交网络业务,而且有电商媒介、短视频、在线搜索功能;字节跳动不仅有娱乐与资讯业务,而且在拓展其社交、电商业务;阿里不仅是电商企业,而且试图拓展社交业务。对于超大型互联网平台而言,其跨界竞争往往要比一般企业更为容易。当平台吸引了足够的海量用户,其业务就可能从社交转向电商和搜索,从搜索转向电商,从资讯转向社交。(2)如果超大型互联网平台不具有市场力量(market power),那么这些平台的市场准入与自我优待就不会成为问题,即便有问题也可能通过市场竞争而消除。^[38] 因为建立开放和公平的平台生态环境,有利于超大型互联网平台吸引海量商家进驻并增强其用户黏性。反之,当超大型互联网平台为了眼前利益而设置进入壁垒或进行自我优待,此类做法就可能伤害其声誉、造成用户流失,最终导致实施自我优待的平台在平台竞争中丧失优势。(3)超大型互联网平台还面临纵向竞争,即对市场的竞争(for the market)而非横向的市场之内的竞争(within the market)。^[39] 所谓纵向竞争和对市场的竞争,指的是这种竞争是时间性和整体性的。对于铁路、电信、网络等具有天然垄断特征的企业,^[40] 这类企业由于网络效应,往往会形成超大型规模的企业,并且可能在某个时间段占据较大市场份额。但是这类企业未必会长期持续性垄断,先前的垄断企业可能会在激烈的竞争中为后来的企业所替代。对于超大型互联网平台而言,其更新迭代的速度要比传统的铁路、电信等行业更快,因为信息科技与平台经济的发展日新月异,其竞争激烈性与不确定性都要远超传统企业。

其次,竞争中立规则是一种基于普遍规则的事前规制,与反垄断法所秉持的原则存在不少冲突。^[41] 超大

[33] Danielle Keats Citron, Technological Due Process, 85 Washington University Law Review 1249 (2007).

[34] Giancarlo Frosio & Christophe Geiger, Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act's Platform Liability Regime, 29 European Law Journal 31 (2022).

[35] Dina Srinivasan, The Antitrust Case Against Facebook, 16 Berkeley Business Law Journal 39 (2019).

[36] Nick Clegg, Welcoming the Oversight Board, Facebook, May, 2020, <https://about.fb.com/news/2020/05/welcoming-the-oversight-board>.

[37] 孙晋:《数字平台的反垄断监管》,《中国社会科学》2021年第5期,第101-127页。

[38] David S. Evans & Richard Schmalensee, Applying the Rule of Reason to Two-Sided Platform Businesses, 26 University of Miami Business Law Review 1 (2018).

[39] 关于平台内竞争和对市场的竞争之间的区别,参见 Christopher S. Yoo, Beyond Network Neutrality, 19 Harvard Journal of Law & Technology 29 (2005).

[40] 关于自然垄断,参见 John C. Panzar & Robert D. Willig, Free Entry and the Sustainability of Natural Monopoly, 8 Bell Journal of Economics 1, p. 21 (1977); Richard A. Posner, Natural Monopoly and Its Regulation, 21 Stanford Law Review 548, p. 636 (1969).

[41] 丁晓东:《网络中立与平台中立——中立性视野下的网络架构与平台责任》,《法制与社会发展》2021年第4期,第122-142页;李剑:《数字平台管制:公共性理论的反思与经济管制的适用》,《法学研究》2023年第5期,第22-41页。

型互联网平台所采取的市场准入壁垒与自我优待,在竞争问题上与传统大型企业的垂直整合(vertical integration)具有类似性。^[42] 在传统制造业领域,就存在大量大型制造商与零售商通过排他性协议而设置市场壁垒或自我优待的问题。^[43] 对于这类问题,传统反垄断法积累了大量极为复杂的司法案例与学术讨论成果。综合而言,这些司法判决与学术研究在过去几十年里形成的共识是,纵向垄断协议并不一定违法,纵向协议需要在个案中通过合理规则加以判断。^[44] 对于超大型互联网平台而言,其执法更应注重合理规则的运用。相比传统企业,平台经济具有双边市场效应,即平台一侧的规模效应常常对于平台另一侧市场的发展具有重要意义。因此,即使平台一侧的市场被认定具有市场力量,也可能需要结合平台的另一侧对相关市场进行分析。^[45] 以欧盟《数字市场法》为代表的法律则背离了传统反垄断框架,尤其是其第5条,确立了平台本身违法的事前规制方案。^[46] 从执法的效率上来看,这种做法可以理解,因为反垄断是一种典型的事后个案执法,其执法过程常常历经多年,《数字市场法》采取的基于规则的执法,可以更有效地对可能的违法行为进行执法。但从竞争法的基本特征来看,这种做法却可能造成对市场竞争的过度规制。正如很多学者所言,这种方案在执法中存在过度执法的危险,需要在具体实施过程中加以调整,更多地运用合理规则。^[47]

最后,超大型互联网平台的竞争中立规制还与地缘政治密切相关。^[48] 目前,对超大型互联网平台采取竞争中立最为积极的当属欧盟,而我国与美国则较为审慎。欧盟之所以对超大型互联网平台采取激进的竞争中立规则,主要是因为目前全球超大型互联网平台基本源自中国和美国。尤其是美国的超大型互联网平台企业,完全主导了欧盟的平台市场,而且在多家美国超大型互联网平台跨界竞争的背景下,欧盟很难发展出自己本土的超大型互联网平台企业。在这样的背景下,欧盟将超大型互联网平台视为基础设施或关键设施,采取竞争中立立场,就不失为一种次优的方案。这种方案至少可以保证欧盟的中小企业在面对美国的超大型互联网平台竞争时,不用担心遭遇市场进入壁垒与歧视性政策。但对我国而言,竞争不仅发生在超大型互联网平台内部的商家之间,而且发生在超大型互联网平台之间。从地缘政治的角度出发,我国不应简单地效仿欧盟。

2. 准公权力的困境

对超大型互联网平台施加准公权力责任,也存在若干困境。首先这一方案可能导致平台责任法律体系的不协调。目前,各个国家和地区已经建立了较为成熟的平台责任法律体系,这些法律既包括公共监管责任或禁止在线监控规范,也包括平台对于第三方侵权的共同侵权责任、帮助侵权责任或避风港免责规范。由于各国和不同地区的法律传统与文化背景不同,其制度设计各有不同。^[49] 但无论哪种制度设计,目前大多数国家和地

[42] Philip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2nd ed., Wolters Kluwer, p. 169-71 (2002).

[43] *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

[44] Herbert Hovenkamp, *Platforms and the Rule of Reason: the American Express Case*, 2019 *Columbia Business Law Review* 35 (2019); Dennis W. Carlton & Ralph A. Winter, *Vertical Most-Favored-Nation Restraints and Credit Card No-Surcharge Rules*, 61 *Journal of Law & Economics* 215 (2018); Chris Sagers, *Platforms, American Express, and the Problem of Complexity in Antitrust*, 98 *Nebraska Law Review* 389 (2019).

[45] 丁晓东:《平台反垄断的法律标准——美国“运通案”的反思与互联网市场界定》,《法律科学》2021年第4期,第77-92页。

[46] 郭传凯:《超级平台企业滥用市场力量行为的法律规制——一种专门性规制的路径》,《法商研究》2022年第6期,第45-57页。

[47] Fernando Diez, *The DMA: A New Regulation for - or Against - Digital Markets in the EU?* (10 January 2023), SSRN, <https://ssrn.com/abstract=4321589>; 王晓晔:《我国平台经济反垄断监管“欧盟模式”批判》,《法学评论》2024年第3期,第11-24页。

[48] 王先林:《平台经济领域强化反垄断的正当性与合理限度》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2024年第2期,第73-84页。

[49] Christoph Busch, *Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective* (2021), <https://ssrn.com/abstract=3784466>.

区都未区分超大型互联网平台与一般平台的平台责任。^[50]其原因在于,在对平台内的活动进行监管方面,超大型互联网平台和一般平台的区别并不明显。超大型互联网平台的确会带来传播非法内容、侵犯基本权利、危及民主政治、侵害身心健康等风险,但一般平台同样会存在类似风险。由于平台具有网络效应等特征,一般平台所影响的对象同样是海量的;多个一般平台的用户数量累积起来完全可能超过超大型互联网平台。至于对平台内活动的监管能力,超大型互联网平台则与一般平台无异,甚至因为其监控对象更多,监管能力反而可能更弱,不如一般平台。就此而言,对超大型互联网平台施加更多或单独的监管责任,并不符合平台责任的一般法理。

其次,对超大型互联网平台施加单独的公共管理责任,可能与限制平台权力、保障平台内用户权利存在冲突。平台的管理责任越大,平台就越可能进行权力扩张,其所采取的措施也越严厉,进而威胁平台内用户的权利。例如,平台内商户的营业自由权利、言论表达权利、参与社会生活的权利都可能受到平台影响;在平台持续监控的背景下,公民的个人信息将受到平台更多跟踪,平台会对个人信息保护产生影响。^[51]因此,即使是主张强化对超大型互联网平台施加单独责任的欧盟,也认识到这种措施的制定必须考虑对平台施加单独责任与平台内用户权利特别是公民基本权利保护的平衡。以欧盟《数字服务法》为例,其重述(recital)强调,当超大型互联网平台对在线平台和在线搜索引擎采取必要措施以减轻系统性风险时,其采取的措施应具有成比例性(proportional),应“避免对其服务的使用进行不必要的限制,同时适当考虑到对这些基本权利的潜在负面影响”。^[52]

再次,对超大型互联网平台施加类似政府权力的规范化要求,可能导致形式主义的合规,而非真正提升超大型互联网平台决策的正当性。目前,一些超大型互联网平台已经开始引入一些准公权力制度,以回应争议性问题和难点性问题,但这些制度是否真正实现了负责任的治理目标,仍然面临很多质疑。脸书在规则制定中,发起的数据政策投票仅仅吸引了很少的用户参加,拥有10亿多用户的脸书最终仅收到50多万张选票,远远未达到30%用户的投票门槛。^[53]而在特朗普被封禁的案例中,脸书监督委员会的确起到了一定的制衡作用,但这一更多是为脸书的封禁提供了正当化论证。根据脸书监督委员会的意见,对特朗普的封禁本身具有合理性,只不过其期限应当从终身封禁改为两年封禁。^[54]整体而言,脸书监督委员会的成立与运作并没有改变超大型互联网平台的权力运作机制,只不过其权力从原先的决策者转移到了平台的监督委员会。且不说这些监督委员会的成员都是由超大型互联网平台企业挑选,它们存在是否能够保持独立性的问题,即使这些成员能够完全保持独立,由这些委员会对公民的言论表达等核心政治权利进行裁决,也难免面临质疑。在宪法理论上,一直存在法院进行违宪审查的“反多数难题”(counter-majoritarian difficulty),^[55]由类似平台的监督委员会这样的机构对公民基本权利进行审查,其正当性基础更面临挑战。

最后,超大型互联网平台的准公权力责任面临国内政治与地缘政治问题。以美国为例,由于美国国内长期面临着民主党与共和党的两党争议,超大型互联网平台常常涉及两党政治。整体而言,美国的超大型互联网平台在内容管制等方面与民主党或自由派走得相对较近,相对远离共和党保守主义言论。但另一方面,互联网

[50] Jonathan Zittrain, A History of Online Gatekeeping, 19 Harvard Journal of Law & Technology 253 (2006); Reinier H. Kraakman, Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, 2 Journal of Law, Economics & Organization 53 (1986).

[51] Gloria González Fuster, Balancing Intellectual Property Against Data Protection: a New Right's Wavering Weight, 14 IDP 34, 34, 37 (2012).

[52] 《数字服务法》重述第86段。

[53] Dina Srinivasan, The Antitrust Case Against Facebook, 16 Berkeley Business Law Journal 39 (2019).

[54] Oversight Board Upholds Former President Trump's Suspension, Finds Facebook Failed to Impose Proper Penalty, Oversight Board, May, 2021, <https://oversightboard.com/news/226612455899839-oversight-board-upholds-former-president-trump-s-suspension-finds-facebook-failed-to-impose-proper-penalty>.

[55] Alexander Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, Bobbs-Merrill, p. 16-17 (1962).

平台的兴起为保守主义者提供了发声渠道,导致了保守主义势力与传统自由派管制力量的紧张。尤其在 2016 年以后,随着以特朗普为代表的“非建制派”势力的崛起,美国的超大型互联网平台受到了来自自由派的更大压力,自由派要求对非建制派的“非理性”声音进行更多监管。特朗普的账号被封,也正是在这样的大背景下发生的。但随着特朗普的账号被封,超大型互联网平台同样受到了来自保守派力量的反制。例如得克萨斯州等州通过了新的法案,要求社交媒体平台不得因为用户的政治倾向而封禁其账号。^[56]

欧盟对超大型互联网平台施加的准公权力责任与欧盟的整体战略密切相关。在 21 世纪初,欧盟的互联网立法大多不能直接适用于欧盟各成员国。超大型互联网平台对欧盟的影响主要限于经济领域,而各国的经济情况又各不相同,因此由欧盟成员国具体适用平台规则更为合理。但近年来,随着超大型互联网平台不断成为欧盟政治的讨论平台,情况已经和过去大不相同。特别是随着英国脱欧、欧盟成员国内部反对欧盟声音的兴起,欧盟共同体的建构和维系受到了巨大威胁。在这样的背景下,欧盟在过去若干年制定了一系列对平台施加准公权力责任的法律,在《数字服务法》中对超大型互联网平台施加了单独的责任。一方面,这些立法采取了直接规制措施,要求超大型互联网平台采取措施识别非法内容、仇恨言论、侵犯隐私、操纵选举等方面的系统性风险,并采取有效的缓解措施;另一方面,这些立法采取了很多间接规制的方法,例如各国的数字协调员可以授予某些社会组织“可信标记者”的身份,超大型互联网平台对“可信标记者”举报的问题,应当及时采取措施。^[57] 通过政府规制与合作规制,欧盟可以通过超大型互联网平台实现对言论的巧妙管制,维护欧盟的政治统一。

四、对超大型互联网平台的功能区分与分类规制

上文分析表明,无论简单地将超大型互联网平台视为竞争中立的市场基础设施还是准公权力主体,都会存在规制困境。究其原因,超大型互联网平台虽然规模体量巨大,但并不必然在所有领域都有同样强大的功能。对超大型互联网平台进行规制,应对其功能进行区分,辨识超大型互联网平台在经济、社会、政治、国际等领域带来的不同影响,对其进行不同的功能性规制。

(一) 对经济性影响的竞争法规制

对超大型互联网平台的经济性影响进行规制,应首先诉诸竞争法特别是反垄断法。^[58] 正如上文所述,超大型互联网平台的竞争激烈性未必因为其超大规模而降低,不同的超大型互联网平台所面临的竞争问题各有特殊性。基于这些特征,通过程序与案例对超大型互联网平台的行为进行事后规制,比事前的大规模规制更符合平台经济的特征。^[59] 正如霍文坎普(Herbert Hovenkamp)所言,适用于规制的行业往往是那些“拥有共同技术和类似市场关系的企业”,而超大型互联网平台“有不同的输入,销售不同的产品……以不同的方式与客户和不同的第三方交易”,对其适用反垄断规则比适用宽泛的规制规则更加合理。^[60]

首先,反垄断规制方案能够对市场竞争进行更合理的规制,既给予市场主体充分自主性空间,又可避免市场完全自由发展。目前,超大型互联网平台并不缺乏竞争,尤其在我国和美国这样数字经济高度发达的国家,超大型互联网平台的竞争一直非常激烈。而且,如果说超大型互联网平台的竞争不够激烈,那么促进其更为激烈的方法应当是开放这一市场,让更多企业参与竞争,而非将超大型互联网平台本身视为市场,对其施加竞争中立义务。如果将超大型互联网平台本身视为需要保持竞争中立的市场,而非市场中的主体,那么这一做法只会固化超大型互联网平台的地位。尤其对于超大型互联网平台中更强的一方,这类平台将因为竞争中立的政

[56] Christian Shaffer, *Deplatforming Censorship: How Texas Constitutionally Barred Social Media Platform Censorship* (2023), <https://ssrn.com/abstract=4332206>.

[57] 《数字服务法》第 22 条。

[58] 对于反垄断与监管的关系,参见周汉华:《论平台经济反垄断与监管的二元分治》,《中国法学》2023 年第 1 期,第 222 - 240 页。

[59] 侯利阳:《平台反垄断的中国抉择:强化反垄断法抑或引入行业规制?》,《比较法研究》2023 年第 2 期,第 32 - 48 页。

[60] Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 30 *Yale Law Journal* 1952 (2021).

策,地位会变得更加稳固。

其次,竞争性规制能够对超大型互联网平台进行更精准规制,避免认知错误。企业的垄断行为与正常竞争行为之间的边界常常很难辨识,如果仅通过事前的规则制定而对其进行规制,就很可能造成对企业行为的僵化规制。^{〔61〕} 为了避免认知错误和僵化规制,反垄断法注重利用合理规则(rule of reason)而非规则本身(rules per se)进行规制,即强调利用程序与个案对企业的竞争行为进行辨认,避免认知和执法错误。^{〔62〕} 而在认知和执法错误中,假阳性(false positive)问题尤其严重。所谓假阳性,指的是本来有利于市场竞争的行为,却被认定为反竞争行为。而假阴性(false negative)则是指本来是反竞争行为,却被认定为是市场竞争行为。反垄断法的经典理论指出,假阳性不仅可能导致过度规制,而且可能带来规制捕获等问题;假阴性虽然可能导致暂时的规制缺失,但也可能因为垄断利润的存在而吸引更多的市场投资,有利于矫正市场垄断。^{〔63〕} 对超大型互联网平台进行竞争规制,如果一刀切地采取竞争中立的规制思路,就可能导致大量的假阳性情形的出现。因此,即使是最支持欧盟《数字市场法》的某些学者,也提醒欧盟在对超大型互联网平台的执法中必须保持规制韧性,更多运用传统反垄断中的合理规则或合理标准,而非过度依赖机械规则进行执法。^{〔64〕} 反垄断法的百年历史证明,对垄断行为进行规制,难以仅仅依赖规则立法而实现精准规制,对竞争行为的精准规制离不开程序制约与司法个案的判断。^{〔65〕}

最后,竞争性规制能更有效地保护消费者利益。超大型互联网平台利用数据与算法优势,设置进入壁垒、进行自我优待,并不能一律将其认定为损害消费者福利的行为。例如前文提到的京东优先使用京东物流,就为很多消费者提供了差异化服务。在反垄断法理论上,这类“垂直整合”曾经被认定为必然违法或本身违法,但随着认识的深入,人们越来越认识到其对竞争的促进和对消费者福利的保护作用。例如,有学者指出,“垂直整合”可以有效避免“双重边际化”问题,因为两家未垂直整合的垄断企业可能对消费者征收双重垄断费用,而“垂直整合”的企业却至少可以减少这种双重征费问题。^{〔66〕} 再如,有学者指出垂直整合可以利用合同为合作企业提供合理激励,避免其他企业的搭便车或钉子户行为,因为在没有垂直整合的情形下,企业之间将广泛采取策略性的“占便宜”行为,以便在谈判中使自身获得最大化利润。^{〔67〕} 还有学者指出,垂直整合可以减少企业的合作成本,因为在没有垂直整合的情形下,合作企业之间需要花费大量的信息搜寻成本来确定合作对象和合作方式。^{〔68〕} 有关垂直整合的研究表明,超大型互联网平台设置进入壁垒、自我优待等行为虽然看似具有反竞争效果,但在很多情况下具有减少成本、降低产品或服务价格的作用,因此,对这类行为进行一刀切的事前禁止,反而会损害消费者福利。

(二)对社会性影响的治理型规制

对超大型互联网平台的社会性影响,应对其进行治理型规制。本文所说的社会性影响,指的是超大型互联

〔61〕 Richard Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, p. 259 - 265 (2001); Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, p. 20 - 22 (2008).

〔62〕 执法机构的专业能力也是限制认知的因素之一,参见叶卫平:《反垄断法分析模式的中国选择》,《中国社会科学》2017年第3期,第96-115页。

〔63〕 Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 *Texas Law Review* 1 (1984).

〔64〕 Pierre Larouche & Alexandre de Streel, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, 12 *Journal of European Competition Law & Practice* 542 (2021).

〔65〕 韩伟:《经营者集中对创新影响的反垄断审查》,《清华法学》2022年第4期,第58-74页。

〔66〕 这一理论由约瑟夫·斯宾格勒(Joseph Spengler)开创,并成为反垄断法的主流理论。参见 Joseph J. Spengler, *Vertical Integration and Antitrust Policy*, 58 *Journal of Political Economy* 347 (1950); Richard A. Posner, *Antitrust law: An economic perspective*, University of Chicago Press, p. 200 - 201 (1976); Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, The Free Press, p. 229 (1978).

〔67〕 Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, 3 *Journal of Law & Economics* 86 (1960).

〔68〕 Roy W. Kenney & Benjamin Klein, *The Economics of Block Booking*, 26 *Journal of Law & Economics* 497, pp. 503 - 504 (1983).

网平台对公私法交融特征明显,介于国家权力与私人空间领域所产生的影响。针对这一领域,应充分运用已有的倾斜保护性法、平台责任法、风险规制法加以应对。

首先,应对超大型互联网平台的社会性影响适用已有的保护型法或倾斜保护性法。所谓倾斜保护性法律,指的是以“个人(个体集合)—社会—国家”的三方关系拟制法律关系,一方面赋予个体与个体集合以相应权利,另一方面对社会强势主体施加相应义务。^{〔69〕}这类法律主要包括个人信息保护法、劳动保护法、消费者保护法等。^{〔70〕}随着现代社会社会结构的变化,这类法律已经逐渐成熟。对于超大型互联网平台所产生的社会性问题,也可以通过适用相关法律加以应对。就个体权益保护而言,超大型互联网平台带来的很多问题并无特殊性。例如,超大型互联网平台处理个人信息、雇佣内部员工、销售商品,其所面临的劳动保护、个人信息保护、消费者保护问题并不会比一般平台或非平台企业更多。事实上,超大型互联网平台由于受到的关注较高、现代化程度较强,其对公众权益的保护反而较为规范。就此而言,在个人信息权益、劳动者权益、消费者权益保护领域,应要求超大型互联网平台承担与一般信息处理者、用人单位、商家类似的责任。

其次,应针对超大型互联网平台适用一般平台责任法。在平台内的第三人侵权方面,超大型互联网平台和一般平台关于责任规定的区别也不大,二者都涉及平台的管理义务与合理注意义务。因此,法律可以对超大型互联网平台与一般平台适用一般性的平台责任,合理界定超大型互联网平台的注意义务。自从1996年美国制定《通讯风化法》(Communications Decency Act)230条款以来,各国对于平台内第三方侵权形成了以避风港制度为代表的法律体系,其差别在于各国对第三方侵权所导致的平台责任理解不同。例如美国在整体上认可平台的“善意管理人”角色,其230条款将网络服务者界定为类似书店或报刊亭这样的传播者,而非类似出版者或发言者的角色,从而免除了互联网平台可能遭受侵权诉讼的风险;《数字千年版权法案》(Digital Millennium Copyright Act)则规定,只要平台履行了一定的义务,就可以豁免平台的相关侵权责任。^{〔71〕}欧盟则在21世纪初通过了《电子商务指令》,大致追随美国的步伐,但近年来逐渐要求平台承担更多的注意义务。我国将平台界定为需要承担更多责任的社会主体角色,对平台施加了行政法上的注意义务,同时规定未尽注意义务的平台承担侵权法上的相关责任。但无论如何界定平台角色,基于合理注意义务的平台责任法律规定都是规制超大型社会平台的最佳制度工具。^{〔72〕}

最后,针对超大型互联网平台带来的规模性与积聚性社会风险,应督促平台履行其社会责任。与一般的社会性问题不同,当超大型互联网平台所影响的公民社会权利具有规模性和积聚性时,超大型互联网平台所带来的社会性影响问题就具有独特性。例如,当超大型外卖平台设置的外卖骑手算法会引起外卖骑手的逆行时,或者当超大型互联网平台关于网约车设置的算法不利于老年人群体时,这类算法就可能带来社会问题;单纯的市场竞争也只会加剧这类问题,将更多的问题转移给社会。由于这些问题会影响海量个体,单纯依靠倾斜性保护法或避风港平台责任法,也难以解决这类问题。在制度设计上,相关特殊规制可以要求超大型互联网平台对此类规模性与积聚性问题进行风险评估和风险控制,并成立相关机构和组织加以应对。^{〔73〕}目前,我国《个人信

〔69〕 丁晓东:《法律如何调整不平等关系?论倾斜保护型法的法理基础与制度框架》,《中外法学》2022年第2期,第445-464页。

〔70〕 张守文:《消费者信息权的法律拓展与综合保护》,《法学》2021年第2期,第149-161页;丁晓东:《基于信任的自动化决策:算法解释权的原理与制度重构》,《中国法学》2022年第1期,第99-118页。

〔71〕 Eric Goldman, Overview of the United States' Section 230 Internet Immunity, in Giancarlo Frosio (ed) The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, Oxford University Press, p. 155-167(2020).

〔72〕 综合性研究,参见 Douglas Lichtman & William Landes, Indirect Liability in Copyright: An Economic Perspective, 16 Harvard Journal of Law & Technology 395 (2003).

〔73〕 在这些社会性风险积聚,需要超大型互联网平台承担社会责任的情形中,公用事业等理论对制度完善具有借鉴意义。参见 K. Sabeel Rahman, The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept, CARDOZO L. REV., vol. 39, no. 5, p. 1669-1667(2008); Brett Frischmann & Spencer Weber Waller, Revitalizing Essential Facilities, ANTITRUST L. J., vol. 75, no. 1, p. 6(2008).

息保护法》第59条第1款大致采取了这种思路,要求“提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者”“按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系,成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督”。不过,该法第59条第2、3款对于超大型互联网平台规定的其他责任规定,仍然属于上文提到的第三方侵权法律责任。对于该法第59条第2、3款提到的法律责任,仍然应当结合一般平台责任的基本原理进行分析。

(三)对政治性影响的代表性规制

对超大型互联网平台在内容、言论表达等政治性领域的影响,应进行代表性规制。所谓代表性规制,其规制目的是促进平台的理性讨论、实现人民意志。在言论表达的理论中,人民自治理论就是主流理论之一,因为通过言论的表达,人民才能表达自己意志,并获取充分的信息,参与公共讨论。当然,除了促进人民自治,言论表达也被认为有利于保护思想的自由市场,促进思想的竞争与真理的呈现,有利于实现个体的自治。但整体而言,对超大型互联网平台的政治性影响施加主体性责任,要求超大型互联网平台促进理性的公共讨论、实现对人民意志的代表,更符合超大型互联网平台的特征。

其一,由于拥有庞大的用户数量,超大型互联网平台政治能够产生较大影响力,而超大型互联网平台中的极端言论、仇恨言论与谣言等也成为无法回避的问题。在这样的背景下,就不能将超大型互联网平台视为和普通公民一样的私法主体,或者简单地认为通过保护思想的自由市场可以最终让真理脱颖而出。言论的自由市场在私主体具有大致平等力量、社会存在理性探讨氛围的条件下,才可能有效运转,但在超大型互联网平台成为公共讨论基础设施的背景下,思想的自由市场理论很难有效发挥作用。尤其是在平台内言论呈现两极分化、虚假信息盛行的背景下,言论市场的发展便会出现重重困境。正如桑斯坦教授所言,在网络共和国中,言论的自由市场理论面临巨大困境,基于公共理性与审议民主的理想已经被群体极化言论所替代。^[74]只有在超大型互联网平台建构良性的内容生态与言论机制的基础上,个人才具有自治的空间与可能。总之,对超大型互联网平台施加代表性责任,具有坚实的正当性基础。

其二,超大型互联网平台应具有代表性责任,这已经越来越成为社会共识。超大型互联网平台的政治免责主要体现在美国法律领域。但即使在美国,这一立场在近年来也受到了极大挑战。巴尔金教授指出,数字社会中的言论自由已经越来越取决于数字基础设施,谁控制了数字基础设施,谁就能够掌握发言权。^[75]即使是一贯认同言论自由的美国保守派力量,也在特朗普被封禁后认识到超大型互联网平台的政治影响力,保守派力量在得克萨斯州等州通过的社交媒体法案,也假定超大型互联网平台已经具有类似公权力的政治影响力。而且,超大型互联网平台的政治免责理论与美国的司法体制有密切关系,在美国《通讯风化法》制定之初,美国国会的本意是希望平台承担更多的善意管理人责任,而不仅是免除平台的相关责任。^[76]相比美国,我国和欧盟都没有对平台采取如此宽泛的免责立场。例如我国2000年出台的《互联网信息服务管理办法》就对可能影响政治领域的一般平台设置了监管责任。因此,我国也不能仿照美国模式,对超大型互联网平台采取放任自由与完全免责的规制立场。对超大型互联网平台进行代表性规制时,应给予其适当的自治空间。超大型互联网平台虽然具有显著的政治性影响,但这种政治性影响毕竟与国家公权力的影响有诸多不同。超大型互联网平台的权力仅限于平台内部或平台涉及的范围,其权力不具有以国家公权力为后盾的强制性。超大型互联网平台具有较强的动力保护平台内用户,毕竟,如果平台内的用户因为受到不公正对待而流失,利益受损最大的还是平台自身。而且,超大型互联网平台的业务、生态、场景、用户类型都各不相同,不同类型的超大型互联网平台往

[74] Cass R. Sunstein, Republic. com: Divided Democracy in the Age of Social Media, Princeton University Press, p. 98 - 136 (2017).

[75] Jack M. Balkin, Free Speech Is a Triangle, 118 Columbia Law Review 2011 (2018).

[76] Susan Freiwald, Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation, 14 Harvard Journal of Law & Technology 569, p. 594 - 596 (2001); Sewali K. Patel, Immunizing Internet Service Providers from Third - Party Internet Defamation Claims: How Far Should Courts Go?, 55 Vanderbilt Law Review 647, p. 679 - 689 (2002).

往会制定不同的平台规则,出台平台纠纷解决与救济措施、惩罚与奖励措施。对超大型互联网平台进行代表性规制,并不意味着一定要将规范国家公权力的所有措施都照搬到平台上。当然,法律可以鼓励平台引入正当程序,以实现超大型互联网平台的合理规制。在规则制定方面,超大型互联网平台不仅可以引入征求意见、听证和协商程序,保证规则的公开、公平、公正,而且可以在其规则制定与决策程序中引入民意代表制度;在纠纷解决与救济措施中,超大型互联网平台可以引入类似人民陪审员、司法程序的制度;在惩罚与奖励措施中,超大型互联网平台可以设置复核程序,为用户提供复议和救济机会。在平台正当程序的制定与实施方面,目前国外超大型互联网平台积累了较多经验,我国的超大型互联网平台可以在技术手段上借鉴国外超大型互联网平台的相关做法。这种借鉴应当更多基于超大型互联网平台自身的特点,形成符合超大型互联网平台的治理模式。^[77] 法律对于超大型互联网平台政治性影响的规制,应当着重强化平台对人民意志的代表性。如果法律对平台正当程序的规制演变为单一性、强制性的措施,则超大型互联网平台可能会因为被过度规制而演变为官僚化机构,丧失其内部治理机制的灵活性。因为对超大型平台的过度规制可能导致其在形式上高度合规、实质上却丧失对人民意志的代表性。

(四) 对国际性影响的共同体制规

超大型互联网平台的规模与体量使其不可避免地具有国际或跨国性影响。^[78] 2024 年的一项数据表明,脸书的全球月度活跃用户达到了 30 亿,油管达到 25 亿,微信达到 13 亿,TikTok 和抖音累计达到 23 亿。^[79] 对于美国的超大型互联网平台企业而言,其用户主体已经不再完全是本国用户。我国的超大型互联网平台企业虽然仍然以本国用户为主,但以字节跳动为代表的企业已经成为国际性企业,这些企业未来不可避免地会大力拓展国际市场,因此,超大型互联网平台虽然不具备领土、人口、政府等传统主权要素,但其对国际治理的影响力已经无法忽视,其对外交流影响已经引起了各国政府的高度关注,例如丹麦政府向美国加州硅谷地区派遣了一名外交官作为“技术大使”。^[80] 此外,国外的很多超大型互联网平台企业也将自己定位为超越民族国家的企业,并纷纷提出具有全球化特征的治理政策。例如微软总裁布拉德·史密斯(Brad Smith)认为,科技公司需要共同成为“数字瑞士”,在主权国家间保持中立性。^[81] 国外的超大型互联网平台渴望将自身打造成超越本国属地或不具有国别属性、具有国际中立性的企业。对于超大型互联网平台的国际性影响问题,我国应采取既符合我国国家利益又有助于构建人类命运共同体的规制方案。上文提到,美国与欧盟对超大型互联网平台的规制,无论其表面采取了多么中立性的政策,实质都隐含了与其国家或地区利益具有一致性的地缘政治考量。^[82] 例如,欧盟近年来出台了一系列针对超大型互联网平台的规制政策,要求超大型互联网平台在经济上保持竞争中立,在基本权利保护、内容与生态管理方面承担主体责任,这与欧盟自身缺乏本土的超大型互联网平台具有密切关系。而美国由于拥有全球最发达的数字经济,对超大型互联网平台的经济与内容生态方面一直采取自

[77] 张新平:《网络平台治理立法的反思与完善》,《中国法学》2023 年第 3 期,第 122 - 141 页。

[78] 高廷帆:《大科技企业的争议与治理:研究回顾与实践启示》,《河北学刊》2023 年第 4 期,第 140 - 147 页。

[79] Most popular social networks worldwide as of April 2024, by number of monthly active users, Statista, <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>.

[80] 丹麦外交部长安德斯·萨缪尔森(Anders Samuelsen)认为,美国科技公司“已经成为一种新型国家”,其“对丹麦的影响与国家一样大”。See Robbie Gramer, Denmark Creates the World's First Ever Digital Ambassador Technology Europe Diplomacy, Foreignpolicy (27 Jan. 2017), <https://foreignpolicy.com/2017/01/27/denmark-creates-the-worlds-first-ever-digital-ambassador-technology-europe-diplomacy>.

[81] Brad Smith, Keynote Address at the RSA Conference 2017: The Need for a Digital Geneva Convention 12, Blogs. microsoft (14 Feb. 2017), <https://blogs.microsoft.com/uploads/2017/03/Transcript-of-Brad-Smiths-Keynote-Address-at-the-RSA-Conference-2017.pdf>.

[82] 在网络法研究中,曾经出现互联网平台的无国界性与主权的争论。从互联网规制的法律史来看,网络空间的无国界并不现实,互联网的主权规制已经成为各国共识。相关争论,参见 David R. Johnson & David Post, Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace, STAN. L. REV., vol. 48 (1996); Jack Goldsmith & Tim Wu, Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World, Oxford University Press, p. 1 - 30 (2006).

由放任与市场自治的方案,但在涉及国家安全等方面则采取长臂管辖的手段。允许超大型互联网平台采取类似“数字中立”的国际治理方案,有利于扩大美国的超大型互联网平台在全球的影响力。在对超大型互联网平台规制时,我国也应兼顾超大型互联网平台的国内规制与海外发展,在保证超大型互联网平台符合我国和国外主权国家的法律规制要求的同时,引导超大型互联网平台担负构建人类命运共同体的重任,为全球治理贡献中国式现代化的治理方案。

五、结语

超大型互联网平台的兴起带来了一系列问题,例如在连接商业主体端的准入壁垒和自我优待,在连接普通用户端影响用户基本权利,其决策程序缺乏规范性。面对超大型互联网平台带来的挑战,现有的立法与理论提出了若干方案。在竞争政策上,以欧盟《数字市场法》为代表的立法和有关理论采取竞争中立政策,主张对超大型互联网平台进行泛化与事前的中立性规制;以欧盟《数字服务法》为代表的立法和有关理论提出了准公权力的规制路径。这些立法与理论可以部分解决超大型互联网平台带来的治理挑战,但也存在种种困境。竞争中立的规制路径忽略了超大型互联网平台本身的市场主体地位,在各超大型互联网平台竞争激烈的背景下,完全按照市场基础设施的规制路径对超大型互联网平台进行规制,不仅可能导致过度规制,而且还可能加剧超大型互联网平台的垄断。而对超大型互联网平台的准公权力规制有可能导致平台决策的形式主义,与现有的平台责任体系并不协调。

对超大型互联网平台进行常态化监管,不能仅因为其规模巨大而对其采取特殊规制。为回应超大型互联网平台的挑战,解决已有立法与理论的困境,对超大型互联网平台的规制应当区分超大型互联网平台带来的经济性影响、社会性影响、政治性影响与国际性影响,针对不同类型的影响而进行功能性规制。就经济性影响而言,应对超大型互联网平台适用竞争法特别是反垄断法规制,避免泛化与事前的竞争中立规则带来的种种问题;就社会性影响而言,应采取“个体—社会—国家”三元框架,通过倾斜保护性法、平台责任法与风险规制对其进行公私法融合的治理型规制;就政治性影响而言,应当激励平台采取自治措施,促进超大型互联网平台实现对人民意志的代表;就国际性影响而言,应督促我国的超大型互联网平台维护我国的国家利益,积极参与人类命运共同体的建构。

(本文责任编辑 马治选)