

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

刘 权*

内容提要：网络平台是组织生产力的新型主体，在数字经济时代承担着维护网络市场秩序、保障用户权益的公共职能。网络平台对其用户，特别是对平台内经营者，具有强大的支配力和影响力，此种平台权力属于典型的私权力。网络平台行使私权力有助于减少平台内经营行为的负外部性，弥补政府规制能力的不足，但其私权力也容易遭到滥用。除了要借助市场竞争机制和传统私法规范约束平台私权力，还有必要引入公法原理及其价值要求，对平台私权力进行适度干预。网络平台制定和实施规则时，应遵循基本的程序正义和实体正义标准。法院应对平台滥用私权力的行为进行必要的司法审查。立法者应根据权责利相统一的原则，科学合理地设置平台责任。

关键词：网络平台 私权力 平台责任 数字经济 合作治理

引 言

网络平台的出现是“数字革命”的标志性事件之一。^{〔1〕}随着新经济新业态的不断涌现，政府对数字经济进行直接规制的成效越来越不明显，平台正逐渐承担起本应由行政机关肩负的义务和责任，甚至开始“履行典型的行政职能”。^{〔2〕}平台虽由私人设立并运营，却日渐成为大众参与公共活动的重要场所，与公共利益密切相关。^{〔3〕}通过制定和实施平台规则，平台实际上拥有并行行使着监督、定义、影响交易者与利益相关者的巨大权力，形成

* 中央财经大学法学院副教授。

本文系国家社会科学基金重大项目“互联网经济的法治保障研究”（18ZDA149）的阶段性成果。

〔1〕 以功能为标准，网络平台大致可以分为电商平台、金融科技平台、搜索引擎平台、即时通讯（社交）平台、服务交易平台、内容提供平台等类型；按经营方式不同，网络平台可以分为第三方交易平台、自营平台和混合平台。自营平台在法律性质上与普通商事主体差别不大。本文主要以电子商务第三方交易平台，即《电子商务法》（2019年）第9条规定的“电子商务平台经营者”为例展开讨论，并将其简称为“平台”。文中所称“平台用户”，包括平台消费者用户和平台内经营者用户。

〔2〕 See Hannah Bloch-Wehba, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, 72 S. M. U. L. Rev. 27-29 (2019); 解志勇、修青华：《互联网治理视域中的平台责任研究》，《国家行政学院学报》2017年第5期，第105页。

〔3〕 参见高薇：《互联网时代的公共承运人规制》，《政法论坛》2016年第4期，第83页以下。

了所谓的“有组织的私人秩序”。〔4〕由于技术赋能和法定义务不断增加，平台不再是纯粹的信息传输管道，其实质功能已经发生变化。〔5〕平台并非普通的私主体，平台权力也不是普通的私权利，而是具有管理监督性质的私主体权力。相较于各类传统意义上的市场组织，平台的运行存在更高的失范风险。〔6〕

当前，网络平台的经营活动主要依靠消费者权益保护法、反垄断法、反不正当竞争法、电子商务法等法律制度从外部加以规范。在蓬勃发展的数字经济时代，从内部视角观察平台与用户之间的新型权力关系也同样必要。平台用户并非平台成员，但平台制定的大量规则对其用户的权利义务能够起到实质影响，是在平台活动范围内具有普遍约束效力的行为规范；平台对其用户采取的管控措施中，有许多措施类似于具有单方强制性的行政处罚或行政强制。然而，当用户认为自己的权益受到平台侵犯时，通过主张平台设置的“违约责任”不合理、格式合同条款无效、平台滥用市场支配地位，却往往难以获得法院支持。强调恪守契约自由与意思自治，在确保平台合理审慎行使权力方面，并不能起到理想效果。法律在关注效率与福利的同时，也有必要回应平台内部的权力关系与民主诉求。与平台经营相关的私法规范，宜从公法的基本原理、价值要求和制度实践中汲取治理经验。〔7〕

我国电子商务法已于2019年1月1日起正式施行。2019年8月，国务院办公厅又发布了《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》，进一步要求“切实保护平台经济参与者合法权益，强化平台经济发展法治保障”。电子商务法实施已一年有余，本文将以前电商平台为例，从分析探讨平台与用户的关系入手，对平台的公共性、平台私权力及其价值、规制平台私权力的必要性与可行路径等问题进行系统研究，以期有效保障平台用户权益、促进平台经济规范健康发展，探索多元共治的平台规制之道。

一、作为规制者的平台及其公共性

当前，学界对于网络平台的性质仍然存有争议。有学者认为，平台类似于集贸市场、出租柜台的大商场等传统市场组织。平台网站为买卖双方提供交易渠道类似于商场出租它的空间供商家使用。〔8〕另有观点认为，平台属于“纯粹的管道”，具有网络中立性，传输但不创造信息。〔9〕的确，平台追求商业利润，在性质上属于市场经营者，经营平台的行为首先属于商业行为。但是，平台是以互联网、大数据、人工智能等网络科技为支撑的数字化组织，明显区别于集贸市场等传统组织。平台并非普通的市场经营者，不是纯粹提供信息的居间服务者。

〔4〕 林建宗：《平台型电子商务中的私人秩序研究》，经济管理出版社2019年版，第98页。

〔5〕 2019年的电子商务法规定，平台应当承担身份审查登记、定期核验更新、处置违法经营行为、保障交易安全、保障交易规则合理、健全信用评价、加强知识产权保护等大量法定义务，这实际上赋予了平台巨大的“权力”。

〔6〕 参见郭渐强、陈荣昌：《网络平台权力治理：法治困境与现实出路》，《理论探索》2019年第4期，第122页。

〔7〕 See K. Sabeel Rahman, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, 39 *Cardozo L. Rev.* 1621, 1627 (2018).

〔8〕 参见吴仙桂：《网络交易平台的法律定位》，《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2008年第6期，第48页。

〔9〕 See Gavin Sutter, *Don't Shoot the Messenger: The UK and Online Intermediary Liability*, 17 *Int'l Rev. L. Computers & Tech.* 73 (2003).

首先,平台是新的生产力组织者。平台通过高效的数据采集、传输和处理系统重组劳动过程,“跨时空跨国界跨部门地集成社会生产、分配、交换与消费活动,大力促进了社会生产力发展”。〔10〕去中心化的自动匹配算法,消除了传统商业模式从生产到消费过程中的多层营销体系,显著降低了交易成本。〔11〕通过聚合海量的产品和服务信息,平台实际上组织了供需方的网络交易,是在用技术能力“引导、塑造交易秩序”。〔12〕不断涌现的新型平台不仅解放了旧的生产力,还创造了新的生产力。

其次,平台是海量关键生产要素的掌控者。在数字经济时代,数据成为土地、劳动、资本、组织等生产要素之外的新型生产要素。以数据作为关键生产要素是数字经济最鲜明的特点,“得数据者得天下”。〔13〕由于规模效应与网络效应,平台聚集的数据日益增多,易形成“嵌套型的不完全竞争格局”。大型平台不仅会垄断现有的生产与再生产过程,还会“控制未来的生产与再生产过程和创新方向”。〔14〕

再次,平台的盈利模式不同。相比于传统经济,数字经济的固定资产投资总量大大减少,成本投入方式发生改变。用户的滚雪球式增加直接摊薄了初始投入成本,使得边际成本不断降低。通过便利的网络交互,平台面向全国甚至全球用户24小时不间断地提供在线服务,数字产品、网络广告、佣金等成为平台主要的收入来源。

平台组织了新的生产力,掌控着海量关键生产要素,有着新的盈利模式,明显不同于传统市场经营者。平台并非消极提供居间信息服务的“纯粹管道”。网络中立理论“忽视了平台价值的直接来源及其选择资源的自主性”,〔15〕如今的平台在相当程度上已不具备中立的工具性和非参与性。通过保护竞争、管制价格、监控质量、披露信息等方式,平台扮演着市场规制者的角色,〔16〕在事实上承担着维护网络市场秩序、保障用户权益的公共职能,其公共性日益凸显。平台与用户之间初步形成了完整的“权力”架构与运行体系。

第一,立、改、废平台规则,行使“准立法权”。目前,几乎所有平台都会单方制定大量平台规则,即网规。平台规则就是平台王国的“法律”,用户必须遵守,违反平台规则就要面临相应的平台制裁。电子商务法明确要求,平台应当制定合理的交易规则、信用评价规则、知识产权保护规则、争议解决规则等。从数量上看,一个大型平台往往制定数百部甚至上千部平台规则,其规模甚至比国家制定的某些领域的法律体系还要庞大;从内容上看,平台规则包含大量义务性条款,对用户权利进行了诸多限制。相比国家法律,平台规则对消费者与平台内经营者利益的影响更直接也更具体。〔17〕

第二,实施具体的管控措施,行使“准行政权”。为抢夺更多的消费者用户,平台可能

〔10〕 谢富胜、吴越、王生升:《平台经济全球化的政治经济学分析》,《中国社会科学》2019年第12期,第62页。

〔11〕 参见江小涓:《高度联通社会中的资源重组与服务增长》,《经济研究》2017年第3期,第8页。

〔12〕 赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,《华东政法大学学报》2017年第1期,第126页。

〔13〕 [美]伊恩·艾瑞斯:《大数据:思维与决策》,宫相真译,人民邮电出版社2014年版,第63页。

〔14〕 前引〔10〕,谢富胜等文,第71页以下。

〔15〕 胡凌:《从开放资源到基础服务:平台监管的新视角》,《学术月刊》2019年第2期,第102页。

〔16〕 See Jean Tirole, *Economics for the Common Good*, translated by Steven Rendall, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2017, pp. 379 - 392.

〔17〕 例如,淘宝平台制定了以《淘宝平台规则总则》为统领,涵盖市场管理与违规处理、消保及争议处理、信用及经营保障、行业管理规范、营销活动规范等多类内容的规则体系;京东平台制定了以《京东开放平台总则》为统领,涵盖招商合作、店铺商品管理、商品质量、营销推广、售后管理等多类内容的规则体系。

制定严厉的规则和处罚措施，对平台内经营者施加较多的义务与责任。例如，淘宝平台规定的管控措施主要有警告、单个或全店商品搜索降权、单个商品搜索屏蔽、商品发布资质管控、商品下架、店铺屏蔽、不累计或删除销量、关闭店铺、查封账户等十余种。此类管控措施在其他平台中也大量存在。

第三，在线解决纠纷，行使“准司法权”。目前，许多平台都建立了电子商务在线纠纷解决机制，如淘宝的大众评审机制。尽管我国已经在杭州、北京、广州等地设立了互联网法院，但大量的平台内经营者与消费者、平台内经营者与平台之间的纠纷并没有进入法院。由于担心声誉受损、害怕平台报复等多种原因，即使用户不服平台的“准司法”行为，也极少会提起诉讼，平台在事实上成为了平台内各类纠纷的终局裁决者。

总之，网络平台并非普通的市场经营者，平台同其用户的关系也不同于法人或其他组织同其成员之间的关系。平台是数字经济时代组织生产力的新型主体，集制定规则、解释规则、解决纠纷等多项“权力”于一身，履行着规制网络市场的公共职能。在电子商务法起草过程中，有观点认为，平台是一种纯粹私人性质的市场主体，不可能承担“管理性”职能，但立法者最终采纳的观点是，既然相关的网络交易空间为平台所建构，要求平台履行相应的管理职能就是合理的。^[18] 平台用户并非平台员工，其与平台间的关系本应是松散的，但为了维护平台市场的交易秩序与商业信誉，平台对其用户的支配与影响并不亚于其对员工的支配与影响。平台对线上平台内经营者的规制，如同政府对线下实体店铺的规制，具有单方性与强制性。平台与用户之间已不纯粹是平等的商事法律关系。

二、平台私权力及其公共价值

数字经济时代的平台已不是普通的私主体，平台行使权力已经是一种客观事实。平台也不是传统的公共机构。平台行使的权力究竟属于何种权力？明确平台权力的属性，是合理规制平台行为的前提和关键。

（一）平台的私权力属性

平台用户在注册时，都需勾选相关协议。一经勾选协议，其在平台中的行为就要受到平台规则的约束，要服从平台管制。在“福州九农贸易公司诉上海寻梦信息技术公司案”中，法院认为，平台规则是“平台与所有商家共同达成的一致契约”，基于此种契约，平台获得了单方管理权。^[19] 这种理解与社会契约论的经典假设非常相似，即为了实现个人福祉，公民向政府让渡部分权利与自由，与政府达成社会契约，由此形成了政府权力。那么，是否可以将这两种契约行为加以类比，认为平台权力属于基于用户向平台让渡个体权利而形成的公权力呢？

假设在自由放任的平台环境中，为了追求更多利润，平台中经营者间的竞争可能愈演愈烈，诱发过度竞争、恶性竞争，影响市场稳定。^[20] 为追求健康、可持续的交易秩序，平

[18] 参见电子商务法起草组编：《中华人民共和国电子商务法条文释义》，法律出版社2018年版，第100页。

[19] 参见上海市长宁区人民法院（2017）沪0105民初20204号民事判决书。

[20] 参见李小玲主编：《电子商务平台规范商家自律行为的策略研究：基于制度理论的视角》，武汉大学出版社2016年版，第34页。

台用户选择同平台达成协议,让渡一部分权利与自由,平台因之获得管理权。从外部视角来看,这的确与社会契约论的假设可堪比较,但社会契约论成立的重要前提是主权在民的政治理念,平台用户与平台之间不存在主权在谁的说法。平台对平台用户行为的规制,起源于“商事合意”,而非“政治让渡”。并且,并非所有的平台都属于垄断性组织,其行使的权力不具有独占性,将平台的管理权理解为公权力并不妥当。

马克思·韦伯认为,权力就是“在一种社会关系内部某个行动者将会处在一个能够不顾他人的反对去贯彻自身意志的地位上的概率,不管这种概率的基础是什么”。^[21]特定主体因为占有一定的资源或优势,而具有的支配他人或影响他人的力量就是权力。^[22]“强制性和支配性是权力的特性”,^[23]某个主体如果能促使或强迫他人按自己的意志作为或不作为,这个主体就掌握着权力。^[24]总结权力概念的共性可以发现,是否存在事实上的支配力与影响力,是识别权力的实质标准。权力不必然指向公权力,私主体同样可以行使权力,即私权力。公权力与私权力的二分法,建立在政治国家与市民社会二分的基础上,已越来越不适应互联网时代的新变化。互联网新业态在资本力量的推动下,依靠技术资源、平台资源和信息资源优势,获取了影响私人权益的强大力量。^[25]国家与社会、公法与私法的界限日益模糊,公私领域在网络空间已相互交错。一些私主体能够在事实上剥夺其他私主体的自主权和选择权,一种区别于公权力与私权利的私权力开始显现。^[26]“私”意味着权力的主体仍是私主体,“权力”则表明其已经拥有了“哪怕遇到反对也能贯彻自己意志的机会”。^[27]私权力在某种程度上可被视为一种规训权,“有着非常明显的手段上的压制性、侵入性、否定性和强制性”。^[28]同带有政治性的公权力相对,私权力是“来源于市场或技术的经济性权力”。^[29]

平台权力属于典型的私权力。从权力形式上看,平台行使“准立法权”“准行政权”“准司法权”,塑造了有组织的“私人秩序”。从行为手段上看,平台治理具有明显的单方性与强制性,“私人治理”的不平等性日益明显。从行为主体上看,平台并非公权力组织,而是组织生产力的新型私主体,是从追逐私利的动机出发,承担着维护网络市场秩序的公共职能。虽然平台与用户的关系起源于平等商事契约关系,但基于双方地位与实力的差距而逐渐产生不平等性,发展成为某种意义上的管理与被管理关系。总之,既不能将平台权力简单视为传统意义上的私权利,也不应将平台的治理行为视为传统意义上的商事行为。

(二) 平台行使私权力的公共价值

平台行使私权力是减少平台内经营活动负外部性的需要。在缺少平台管控的情况下,平台内经营者可能通过刷单炒信、发布虚假商品信息、制作虚假网络广告、恶意损害竞争

[21] [德] 马克思·韦伯:《经济与社会》第1卷,阎克文译,上海人民出版社2010年版,第147页。

[22] 参见卓泽渊:《法政治学研究》,法律出版社2011年版,第160页。

[23] 袁曙宏、苏西刚:《论社团罚》,《法学研究》2003年第5期,第59页。

[24] 参见郭道晖:《权力的特性及其要义》,《山东科技大学学报(社会科学版)》2006年第2期,第66页以下。

[25] 参见马长山:《智慧社会建设中的“众创”式制度变革——基于“网约车”合法化进程的法理学分析》,《中国社会科学》2019年第4期,第85页以下。

[26] 参见许可:《网络平台规制的双重逻辑及其反思》,《网络信息法学研究》2018年第1期,第105页以下。

[27] 参见周辉:《变革与选择:私权力视角下的网络治理》,北京大学出版社2016年版,第53页。

[28] 汪志刚:《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》,《法学研究》2019年第4期,第54页。

[29] 许多奇:《Libra:超级平台私权力的本质与监管》,《探索与争鸣》2019年第11期,第39页。

对手等行为，追求自身利润最大化。由于存在搭便车效应，平台内经营者的违法违规可能无需付出很大成本，又由于信息不对称，消费者通常难以事前控制交易风险，导致平台内经营者可借助一次性交易来中饱私囊。^[30] 平台上的信息不对称、逆向选择、道德危险等影响交易信任的因素，容易导致平台上出现竞争忽视、过度进入、竞争挤出、反向选择等负面效应。^[31] 平台私人秩序的确立，可以使买家与卖家相互信任并从交易中获益，最终成就一个安全、高效、诚信的网络交易场所。^[32]

平台行使私权力也是弥补数字经济时代政府规制能力缺陷的需要。平台横亘在政府与市场之间，对政府干预与市场自律的传统构架带来了巨大冲击。^[33] 对于传统的线下实体经济，政府可以通过现场执法检查、产品抽检等方式进行直接规制。按照地域管辖与级别管辖的规则，即使一个地区内的实体店铺再多，其数量总归有限，政府的直接规制具有可行性。而对于数字经济而言，一个大型平台往往就有成千上万甚至可能上亿的平台内经营者，政府还要受到获取信息的滞后性、人力物力支出的有限性、技术手段的落后性等多种因素制约，由政府对这些平台内经营者进行直接规制可以说是天方夜谭。相比之下，平台更容易发现问题并能灵活解决这些问题，且解决问题所需成本更低。^[34]

在数字经济时代，由平台去完成某些不再适合由政府完成的任务，实际上正是政府还权于社会的过程。按照马克思的观点，国家的所有职能最终都会转移给社会，国家将最终消亡，社会将实行全面的自我管理。^[35] 现代国家与社会一体化的局面已逐渐被打破，国家权力不再是统治社会的唯一权力，人类社会出现了权力多元化和社会化的趋向。^[36] 政府职能将不断弱化、转移，社会将承担越来越多的管理职能。相比于传统的政府规制，平台在信息、技术、效率等方面更具优势，能够更有效地维护网络市场秩序。

三、规制平台私权力的必要与可能

网络平台行使私权力是数字经济时代的客观需要，具有重要的现实意义，但平台私权力同国家公权力一样容易遭到滥用，^[37] 且平台力量越强大，其滥用私权力的可能性就越大。平台权力滥用的现实风险，存在于制定规则、审核卖家资质、设定搜索排序、评价信用、保护知识产权、实施惩戒措施等诸多环节。例如，作为追求商业利润最大化的市场主体，平台极易从自身利益出发，为盲目扩大规模，按较低标准筛选入驻商家，导致平台充斥假冒伪劣产品，侵害消费者权益。平台也可能利用其优势地位，通过增加各项交易费用，

[30] 参见前引〔20〕，李小玲主编书，第1页。

[31] 参见郑称德等：《平台治理的国外研究综述》，《南京邮电大学学报（社会科学版）》2016年第3期，第30页以下。

[32] 参见前引〔4〕，林建宗书，第96页。

[33] 参见马长山：《智能互联网时代的法律变革》，《法学研究》2018年第4期，第24页。

[34] See David S. Evans, *Governing Bad Behavior by Users of Multi-sided Platforms*, 27 Berkeley Tech. L. J. 1201, 1250 (2012).

[35] 参见《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1972年版，第12页。

[36] 参见郭道晖：《权力的多元化与社会化》，《法学研究》2001年第1期，第3页以下。

[37] 参见前引〔7〕，Rahman文，第1621页以下。

拉升供应商成本,导致消费者权益受损。^[38]平台垄断数据实施杠杆行为,可以将现有市场支配地位传递到新的相关市场并获得垄断利润,^[39]进而形成市场竞争壁垒、影响数据安全、阻碍行业创新。由于缺乏类似于现代法治国家的民主责任机制的约束,平台滥用私权力可能更加肆无忌惮,仅靠市场竞争和行业自律难以有效应对。平台滥用私权力将导致平台公共性无法良好实现,必须寻求合理途径加以规制。

(一) 传统私法对平台私权力的规范限度

在当前的法律秩序中,平台行使私权力的行为主要受私法调整。传统法律体系强调公法与私法的二元界限。一般认为,公法主要以公权力为调整对象,对行政主体即行政机关和法律、法规、规章授权的公共行政组织,进行程序和实体上的事前与事中控制;允许行政相对人提起行政复议或行政诉讼进行事后救济。对于私主体的行为,主要通过私法加以调整。公法与私法的二元分立,使得事实上行使私权力的平台,并不能受到公法原理与公法价值的过多干涉。

在网络平台中,完全的契约自由与意思自治只是一种理想状态。日益增多的平台规则、日渐流于形式的用户同意机制、日趋先进的数字科技,使得传统的契约自由与意思自治受到挑战和冲击。平台通过制定规则,为并非其员工的用户设置了大量义务与责任。平台规则有别于企业内控制度或自律规则,却在实质上充当着具有普遍约束力的内部规范。尽管存在征求意见、协商讨论等民主机制,数以千万计的消费者与平台内经营者极度分散且处于相对弱势地位,又都受限于集体行动的困境,无法有力、有效地同平台进行对抗,更难对平台规则的立、改、废产生直接的影响。平台规则更多体现的是平台的单方意志,而非同用户平等协商形成的合意。对于平台采取的多种单方强制手段,从警告到搜索限制、限制参加营销活动,再到限制发布商品、商品下架,最后关闭店铺甚至查封账户,平台内经营者除了被动接受,很难有能力与之讨价还价。

平台采取的许多治理措施,同政府实施的传统行政行为,在功能上几乎没有多大差别。然而,目前法律仍然将平台视为普通的私主体,将平台行为视为普通的商事契约行为,对其适用私法加以规制。在“沈阳诉杭州网易雷火科技公司案”中,法院指出被告不仅是网络的“服务者”,还是“管理者和维护者”,有权单方采取封号措施。“对不遵守网络秩序和未履行义务的网民有相应的处罚权利,才能真正使网络服务者维持良好的网络秩序”,所以被告可以进行处罚。^[40]在该案中,法院不仅认定了平台的管理是为维护网络市场秩序而进行的单方管理行为,也肯定了这种单方管理行为的合理性。既然平台治理已非普通的 market 行为,仍然在契约自由与意思自治的法理框架下解决平台纠纷,大量弱势平台用户的利益就可能得不到救济和保障。

其一,用户以“违约责任”过重为由主张平台制裁不合理,基本难以获得法律支持。传统的违约责任主要建立在“一对一”平等自由协商的基础上,但超级平台上动辄用户数量上万上亿,单独协商基本不可能。大量“一对多”平台规则取代了传统“一对一”契约。面对海量复杂的格式条款,用户基本无法逐条认真阅读,即使阅读并理解了所有条款,也

[38] 参见芮明杰等:《平台经济:趋势与战略》,上海财经大学出版社2018年版,第76页。

[39] 参见曾彩霞、朱雪忠:《必要设施原则在大数据垄断规制中的适用》,《中国软科学》2019年第11期,第58页。

[40] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终6401号民事判决书。

没有协商余地。用户如果不点击“同意”或“接受”就无法注册使用平台。此种情况下，平台与用户之间的责任明显不同于传统意义上的违约责任，以违约责任理论质疑平台制裁的合理性很难得到司法的支持。在“福州九农贸易公司诉上海寻梦信息技术公司案”中，原告认为“假一赔十”的违约金过重，其合法权益受到了侵犯。法院则认为，“假一赔十”不是传统的违约金，电商平台是“交易组织者”；平台规则并非一对一的传统合同，其具有“管理规范性质”；平台为管控商家及商品质量，有权对商家进行处罚。^{〔41〕}在“无锡安妮珍选电子商务公司诉上海寻梦信息技术公司案”中，原告同样认为被告单方制定的十倍违约金过于苛刻。法院也以被告单方制定的“假一赔十”标准不同于传统“违约金”为由，驳回了原告的诉讼请求，其主要理由是：首先，违约金的目的在于填补守约方损失，同时具有一定的惩罚性，“假一赔十”的金额则是以“消费者赔付金”的形式赔付给了消费者；其次，合同法中规定的违约金请求权，其基础一般是一一对一的合同，“假一赔十”标准源于平台与海量用户达成一致形成的规则；再次，违约金仅涉及合同双方，“假一赔十”标准涉及平台、商家和消费者多方；最后，违约金以双方约定及守约方的实际损失为基础，“假一赔十”标准却并非如此，“赔付标准的合理性与否交由商事主体自行评估”。^{〔42〕}

其二，用户基于格式条款无效理论主张平台规则不合理，基本难以获得法律支持。平台制定的大量规则以及平台同平台内经营者签订的具体协议，往往都被视为格式合同。理论上讲，如果平台用户认为规则条款或协议条款不合理，可以借助格式条款无效规则维护自己的权益。但平台规则不同于普通的格式合同。首先，在合同生效方面，对于平台规则的制定与修改，用户可能并不知情，且只要用户一直使用平台就会被视为同意平台规则。格式条款规则所要求的采取合理方式“提请对方注意”的义务，可能无法履行或履行流于形式。即使平台尽到了合理的提请注意义务，用户在事实上也无法对规则逐条认真阅读并准确理解。其次，平台规则涉及平台秩序、营销推广、消费者权益保护等多方面内容，要想认定相关条款无效极其困难。相关条款除了可能存在合同法第40条规定的“免除其责任”“加重对方责任”“排除对方主要权利”几种情形外，还可能存在其他不合理的情形，如设置不合理的交易条件。再次，平台依据抽象的平台规则采取的具体管控措施也有可能不合理，如处罚措施畸轻畸重、歧视对待等。在具体情境中，平台对于是否实施以及如何实施管控措施，享有一定的裁量权，假如平台裁量不当，仅靠格式合同条款无效理论，不足以支持用户的维权诉求。

其三，用户难以基于反垄断法主张平台滥用市场支配地位。随着数字经济的不断发展，平台涉嫌滥用优势地位的现象日益增多，“格兰仕诉天猫案”就是一起典型案例。^{〔43〕}对于线下行业而言，要认定市场支配地位本就不容易，主要有三方面标准：一是现有竞争对手因无法在短时间内接纳行为人提高价格或降低服务而导致客户转移；二是潜在竞争对手无法迅速进入市场；三是被施加限制的客户端没有足够的抗衡能力。对于互联网行业而言，网

〔41〕 同前引〔19〕。

〔42〕 参见上海市市长区人民法院（2017）沪0105民初11642号民事判决书。

〔43〕 2019年6月17日，格兰仕在官方微博发布声明，称“自2019年5月28日格兰仕拜访拼多多以来，格兰仕在天猫平台的搜索端陆续出现异常，导致正常销售遭遇严重影响”。2019年10月28日，格兰仕向广州知识产权法院就天猫涉嫌滥用市场支配地位等相关事宜提起诉讼，同年11月4日被法院受理。<http://tech.163.com/19/1105/12/E17GGLF0000999LD.html>，2020年3月6日最后访问。

络市场份额难以计算且变动较大,市场扩张、市场准入成本相对较低、耗时较短,其支配地位的认定更加困难。^[44]并且,传统反垄断法主要涉及普通经营者之间的外部关系,对平台与平台用户内部关系的调整难以施力。尽管平台对其用户具有强大的支配力和影响力,但难以被认定为垄断组织,更难以通过传统反垄断法予以有效规制。

在网络平台势力日益强大的数字经济时代,平台行使私权力往往自带“恶”的阴霾,如果“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”。^[45]从理论上讲,无形的市场竞争在某种程度上能够确保平台合理审慎行使权力。用户如果不满意,随时可以选择“用脚投票”,离开某个平台。但现实中,平台内经营者并不愿意轻易舍弃其在某个平台中长期累积的商誉。加上数字经济“赢者通吃”的网络效应时常形成寡头局面,用户受到锁定效应的影响,往往无法做出更好的选择。正如奥利·洛贝尔所言,“平台经济不仅正在改变商业范式,而且也正在改变法律理论”,它要求我们重新思考公共干预与市场创新。^[46]

(二) 公法规制平台私权力的可能

契约自由与意思自治侧重解决平台行为有效与否的问题,但要有效规制平台私权力,还需要强调平台权力行使过程的合理审慎;在适用契约自由与意思自治的私法理念、原则、规则时,还需要兼顾公法原理和公法价值。无论德国的宪法“第三人效力”理论,还是美国的“国家行为”理论,都表明私主体并非完全不受公法约束。^[47]“私法从来就不是一个自治的封闭系统,可以而且也需要通过公法规范来支援,反之亦然。”^[48]既然平台行使私权力已是一种客观需要,私法对平台私权力的规范又存在一定限度,那就应当转变思路,适当引入公法原理与价值。

首先,平台行使私权力的公共性,赋予公法规制平台私权力以正当性。数字经济时代的平台并不是普通的私主体,平台行使私权力与公共利益密切相关。“不是政府部门这一因素并不能得出该机构所具有的职能不是公共职能的结论。”^[49]互联网的兴起加速了社会系统的自主发展,公共领域逐渐从单一的国家政治系统,转移到专业性的组织,特别是经济系统中的大型企业。^[50]判断一个组织是否具有公共性,应以组织的行为是否属于或类同国家行为为标准,即从身份公共性标准转换到行为公共性标准。^[51]

其次,平台具有公共基础设施的特征,决定了公法治理平台具有必要性。平台对于生产力的组织、生产要素的分配和流转、新业态的发展等,都具有重要影响,其数字基础设施的特征日益明显。电子商务法起草组也认为,“电子商务平台逐渐具有了准公共产品的特征”。^[52]

[44] 参见焦海涛:《“二选一”行为的反垄断法分析》,《财经法学》2018年第5期,第92页;叶明:《互联网行业市场支配地位的认定困境及其破解路径》,《法商研究》2014年第1期,第31页。

[45] 前引[28],汪志刚文,第54页。

[46] Orly Lobel, *The Law of the Platform*, 101 Minn. L. Rev. 91-92 (2016).

[47] 参见郑贤君:《公法价值向私法领域的再渗透——基本权利水平效力与契约自由原则》,《浙江学刊》2007年第1期,第130页。

[48] 黄忠:《民法如何面对公法:公、私法关系的观念更新与制度构建》,《浙江社会科学》2017年第9期,第64页。

[49] [澳]皮特·凯恩:《法律与道德中的责任》,罗李华译,商务印书馆2008年版,第385页。

[50] 参见陆宇峰:《中国网络公共领域:功能、异化与规制》,《现代法学》2014年第4期,第27页。

[51] 参见夏志强、谭毅:《公共性:中国公共行政学的建构基础》,《中国社会科学》2018年第8期,第98页。

[52] 前引[18],电子商务法起草组编书,第106页。

在数字经济时代，以“砖和水泥”为代表的物理基础设施，逐渐转向以“光和芯片”为代表的数字基础设施。^[53] 随着中国互联网及其产业的发展，越来越多的私主体可能成为关键信息基础设施的所有者或运营者。^[54] 对于依赖平台的众多经营者来说，作为关键媒介提供服务的平台就是基础设施，其足以影响甚至威胁平台经营者的生计。平台作为公共基础设施的特征，会随着平台规模的不断扩大而变得更加明显。将关键基础设施完全交由私人掌控，容易为私人掌控者的失责行为和剥削行为创造机会。^[55]

平台行使的私权力具有单方性、命令性、强制性，这些同公权力相似。公法规范公权力的经验，可以为规范私权力提供借鉴。传统私法并没有区分权利的大小强弱，未能对弱者权益提供充分保护。私法有必要实现“从调整平等关系到增进平等关系的转变”，加强同公法“在控权理论和观念上的互动”。^[56]

四、平台私权力的规制进路

网络平台行使私权力已是无法忽视的客观事实，平台私权力的非对称性隐含了以强凌弱的现实危险，“需要法律通过建基于弱者保护原则之上的各种分权制衡策略来更好地实现其调整”。^[57] 平台行使私权力还可能过于恣意，权力行使过度与行使不足的局面共存。为争取更多的消费者用户，平台可能对平台内经营者提出过高要求；为谋取眼前利益，平台又会对平台内的违法经营行为视而不见。为更好地实现平台的公共性，除了要最大程度地发挥私法功能，还应适当借鉴公法原理，科学构建防止平台私权力滥用的制度体系。

（一）网络平台行使私权力应符合基本的程序正义标准

对于防止公权力滥用、避免权力独断专行而言，良好的程序设计是被实践反复证明的行之有效的手段。为规制平台私权力，无论是制定规则还是实施具体管控措施，平台都应遵循基本的程序正义标准。对用户作出不利决定前，平台应当明确告知用户，必要时还应充分说明理由，听取用户的陈述、申辩。长期以来，私人治理都在幕后进行，但平台需要抵制暗箱操作的冲动，不断增强平台私权力运行的透明度，选择能够切实发挥作用的信息披露渠道，将自己的规则制定程序、裁决程序暴露在公众视野中，接受公众一定程度的参与和监督。提高信息透明度不仅是保障用户参与权、社会公众知情权的先决条件，也是平台获取公众信任的重要途径。^[58]

在目前的平台治理实践中，基本的程序正义标准经常不被遵守。在“淘宝十月围城”事件中，淘宝平台未履行必要的正当程序就大幅调整技术服务费和商铺违约保证金，引发中小卖家强烈不满。在“沈阳诉杭州网易雷火科技公司案”中，上诉人认为，被上诉人没有事前明示“重铸—转移—使用新觉醒”属于禁止性行为，且未事前告知就永久封禁帐号，属于“未经合理程序”。法院一方面认可了被告作为网络游戏环境管理者和维护者的单方管理权，另

[53] 参见马化腾等：《数字经济：中国创新增长新动能》，中信出版社2017年版，第7页。

[54] 参见陈越峰：《关键信息基础设施保护的合作治理》，《法学研究》2018年第6期，第188页。

[55] 参见前引〔7〕，Rahman文，第1650页。

[56] 陈醇：《集中性民事权利的滥用及其控制——兼论公法控权理论之引入》，《法商研究》2008年第6期，第45页。

[57] 前引〔28〕，汪志刚文，第40页。

[58] 参见前引〔2〕，Bloch-Wehba文，第78页。

一方面又认为,“对其进行处罚应当事先通知的理由,因双方对此并没有作出明确约定,故被上诉人直接进行处罚并无不当”。〔59〕此种判断在公法秩序中是明显自相矛盾的。平台对用户进行处罚,应当履行告知、说明理由、听取陈述申辩等基本程序,这是自然正义的基本要求。“程序公正的要求绝不会适用于私人权力的整个范围,但是在许多情形下,特定形式下私权力的运用不遵从这些准则就是不合法的。”〔60〕由市场衍生的新技术、新问题原则上应交由市场解决,但为避免非正义的后果,必须从正当法律程序的角度予以重点关注。〔61〕

(二) 网络平台行使私权力应符合基本的实体正义标准

仅仅依靠程序正义标准,还不足以规范平台私权力,依正当程序作出的私权力行为,还应具有实质正当性。实体正义标准要求平台在行使私权力时遵循比例原则、平等原则、信赖利益保护原则,不得利用服务协议和交易规则对网络交易进行不合理限制或附加不合理交易条件。

首先,网络平台行使私权力应遵循比例原则。在民事法律关系中,若双方地位、实力相差悬殊,处于弱势地位的一方不可能进行真正的意思自治,此时比例原则可以矫正失衡的权利义务关系,实现实质正义。〔62〕相对于用户来说,平台具有明显的地位优势,其在行使私权力时,不能违反比例原则。平台规则的内容应符合比例原则,设定的具体措施应当具有必要性,且对用户造成的损害应控制在最小限度。平台为执行规则采取具体管控措施时,应合理行使裁量权。例如,平台发现用户违法违规,应当根据具体情况先行采取警告、责令整改、限期改正等较轻微的惩罚措施,如果不能起到理想效果,才应考虑进一步采取更为严厉的措施;〔63〕在处理和使用时,平台应基于正当目的,在必要范围内收集处理用户数据,要避免对用户造成不必要的干扰,更不得垄断数据。

其次,网络平台行使私权力应遵循平等原则。平台上存在多种多样的歧视行为。例如,平台根据用户的收入水平、种族、性别和地理位置等信息进行“用户画像”,或运用算法就同一商品对不同消费者设定不同价格。即便适度的差异化定价是合理的,平台也应公平定价,消除算法歧视,不得利用大数据“杀熟”。无论平台内的大型经营者用户还是中小型经营者用户,无论大城市的消费者还是偏远乡村的消费者,平台都应一视同仁地对待。

再次,网络平台行使私权力应遵循信赖利益保护原则。平台规则的效力应具有可预期性和稳定性,平台不得随意修改、废除规则。平台管控措施的实施也应当前后一致,不得反复无常、不守诚信。如果用户对平台行为已经形成了合理的信赖利益,但平台出于正当理由确实需要变更行为方式,平台应对用户基于合理信赖受到的损失给予公平补偿。

(三) 以适度的司法审查确保平台行使私权力的可问责性

对于平台违反基本程序正义和实体正义的行为,用户应有权诉诸法院并获得司法救济。法院不应仅以尊重契约自由与意思自治为由,对大量明显不当的平台行为持消极不审查的态度,对于违反公法基本价值的平台行为应当积极进行评判。有效规范平台私权力,不能

〔59〕 同前引〔40〕。

〔60〕 [加拿大] 韦德·麦克兰奇:《公共服务法和新公共管理》,载[新西兰] 迈克尔·塔格特编:《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社2006年版,第165页。

〔61〕 参见杜辉:《面向共治格局的法治形态及其展开》,《法学研究》2019年第4期,第24页。

〔62〕 参见郑晓剑:《比例原则在现代民法体系中的地位》,《法律科学》2017年第6期,第108页。

〔63〕 参见刘权:《论必要性原则的客观化》,《中国法学》2016年第5期,第178页。

一味强调形式上的协商一致，不能过于“尊重”平台规则。正因为平台“不可能与所有用户就规则条款进行一对一的沟通”，单方统一制定的格式化协议和平台规则已成为电商行业惯例，^[64]才更需要司法审查介入，确保平台规则内容合理。

目前，我国法院对网络平台私权力的司法审查严重不足，无论广度还是深度都有待商榷。例如，在“爱夏电子商务公司诉天猫技术公司案”中，原告爱夏公司于2011年入驻天猫平台，2018年未获得续签，因不服天猫制定的《天猫2018年度各类目续签考核标准一览表》等平台规则诉至法院。一审法院认为，“在不违反法律规定的前提下，制定续签考核标准属于天猫技术公司、天猫网络公司的自治空间范畴，司法不应对合理性进行评价”。一审驳回了原告的诉讼请求，二审法院维持了原判。^[65]再如，在“蔡振文诉淘宝公司案”中，蔡振文不服淘宝根据平台规则采取的限制账户使用的管控措施，将淘宝平台诉至法院。法院认为，“淘宝平台的规则合理与否，乃至其相应程度，应交由淘宝用户予以体验和评价”。出于“鼓励交易、尊重交易的司法导向”，法院最终只对淘宝平台规则的效力作合法性认定，对平台规则的合理性未作审查。^[66]

诚然，适度的司法谦抑是尊重平台自治的体现，有利于发挥市场自身的内生调节功能，维系平台的稳定运行，避免因不当否定平台规则而带来社会成本。但由于个体力量微弱且集体行动困难，仅靠用户的体验和评价，无从确保平台规则的合理性；仅靠可能失灵的市场竞争机制调节，难以有效监督并遏止平台的私权力滥用。“私人主体愈来愈多地履行传统的公共职能却又摆脱了通常与公权力的运用相伴的严格审查”，^[67]是数字经济时代必须克服和解决的根本矛盾。为此，法院应当参照运用相关公法原理和公法价值，对平台行使私权力的行为进行必要的司法审查。如果平台在制定和实施规则时，没有遵循基本的程序正义标准，或明显违反了比例原则等实体正义标准，法院就应积极寻求实体法依据，作出有利于平台用户的判决。

事实上，我国已有越来越多的法律开始关注网络平台私权力的行使问题，要求平台行使权力应当遵循相关公法原理或符合公法价值要求。与此类法规相配套的司法监督必不可少。例如，为满足程序正义的要求，电子商务法明确规定平台制定规则应遵守公开、公平、公正的原则，修改规则前应在显著位置公开征求意见，并充分听取有关各方意见。商务部也对平台规则的制定、修改、听取意见、实施以及电子商务信息公示等程序，作出了具体规定。^[68]实践中，一些大型平台也日益重视平台规则制定过程中的公众参与。例如，淘宝平台设立了规则众议院，负责规则制定的公开征集意见事项。为追求实体正义，电子商务法要求平台制定的规则应当合理，不得进行不合理限制或附加不合理条件，否则平台将被处以高额行政处罚。应当看到，上述法律规定还较为抽象和笼统，是否属于“不合理限制”“不合理条件”，不能完全交由商事主体自行评估，而必须依靠法官在司法个案中发挥能动

[64] 同前引〔20〕。

[65] 浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙01民终8266号民事判决书。

[66] 广东省佛山市中级人民法院（2016）粤06民终3872号民事判决书。

[67] [美]朱迪·弗里曼：《合作治理与新行政法》，毕洪海、陈标冲译，商务印书馆2010年版，第142页。

[68] 参见商务部《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定（试行）》（2015年）。2020年2月12日，商务部公布了《电子商务信息公示管理办法（征求意见稿）》，拟要求电子商务经营者依法公示有关信息或信息的链接标识。<http://www.mofcom.gov.cn/article/au/av/z/202002/20200202935276.shtml>，2020年3月6日最后访问。

性。同理,对于平台采取的具体管控措施是否合理,也需要法官在个案中进行必要的审查和评判。

(四) 科学合理地设置平台公共责任

既然网络平台在事实上履行着重要的公共职能,平台就应积极承担与其私权力相匹配的公共责任,努力实现法律责任与社会责任的有机统一。在平台的公共责任方面,电子商务法、消费者权益保护法、侵权责任法等多部法律均确立了“避风港规则”。“避风港规则”着眼于对违法行为进行事中或事后处理。根据该规则,如果平台不知晓或不应当知晓违法行为的存在,平台不需要承担责任,其只需要在被“通知”有违法行为存在后,及时采取必要措施。问题是,将平台“知道或者应当知道”有违法行为,作为平台承担责任的构成要件,并不能最大程度地发挥平台的主动性与积极性,因为平台完全可以假装不知情以逃避责任。此外,平台内的某些违法行为,一旦发生就可能给其他用户带来重大利益损害。平台经“通知”才采取“必要措施”,可能为时已晚。“避风港规则”产生于Web1.0时代,当时平台的功能主要是信息媒介,^[69]如今平台的功能已经发生了重大变化,有必要对该规则作出调整。“红旗规则”也面临类似的适用困境。许多新型网络违法行为可能并不像“红旗”那样明显,用户难以提供有效证据证明平台“应当知道”违法行为。平台有可能以“不知道”为由轻易逃脱责任。在智能科技日益发达的新背景下,传统的“避风港规则”“红旗规则”已不足以有效保障用户权益,^[70]平台或有必要负担更高的注意义务,设法“利用更先进的侵权内容识别技术更有效地发现和制止侵权”,^[71]平台的管控能力和管控措施“应随着技术进步而不断提升”。^[72]

作为网络平台市场的设计者与组织者,平台相当于平台市场的“看门人”,平台应积极承担预防并消除平台内违法行为的“看门人”责任。^[73]通常,如果“看门人”缺乏控制违法行为的能力,就不应承担责任。如果“看门人”具有垄断地位,即使其缺乏控制能力,考虑到其已间接从违法行为中获取了经济利益,基于矫正正义,“看门人”应当承担替代责任。^[74]“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。”^[75]既然平台主导着网络市场,组织了生产力,就有责任维护平台市场的秩序与安全,保障平台用户的权益。平台的“看门人”责任本质上属于主体责任。^[76]每个主体在社会中都扮演

[69] 参见周樾平:《电子商务平台的安全保障义务及其法律责任》,《学术研究》2019年第6期,第68页。

[70] 参见张颖、翟睿琦:《电商平台商标侵权中避风港规则适用研究》,《河南财经政法大学学报》2018年第5期,第114页。

[71] 魏露露:《网络平台责任的理论与实践——兼议与我国电子商务平台责任制度的对接》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第6期,第10页。

[72] 前引[18],电子商务法起草组编书,第118页。

[73] See Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 J. L. Econ. & Org. 53 (1986).

[74] 参见万柯:《网络等领域垄断看门人的替代责任》,《环球法律评论》2011年第1期,第23页。

[75] 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》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2014年第6期,第19页。

[76] “主体责任”起初主要用于政治语境,指各级党组织、政府部门等所应承担的责任。近年来,主体责任的适用范围不断扩大。例如,2014年修改的安全生产法第3条中,就有“强化和落实生产经营单位的主体责任”的表述;2016年国家发展改革委等部门发布的《关于全面加强电子商务领域诚信建设的指导意见》中也有“落实电子商务平台主体责任”的提法;2018年国务院办公厅发布的《关于推进电子商务与快递物流协同发展的意见》中也规定,要“推动出台行业自律公约,强化企业主体责任”。

着一定的角色，也都必须承担与其角色相适应的义务，做好分内之事。主体应按照社会的内在规律与客观的因果关系，有效发挥主体能动性，抑制并消除那些可能产生不良后果的行为。^[77] 主体责任也是对主体需求的一种约束，其要求平台抑制逐利最大化的冲动，认真履行“看门人”角色，主动提升技术手段，积极预防并消除平台内的违法行为。

“平台越大，对平台的中立性、公平性、道德性要求就越高。”^[78] 平台承担“看门人”主体责任，是平台公共性特征的内在要求。立法者应根据平台的“看门人”角色，遵循权责利相统一的原则，综合考量用户权益、平台性质、平台能力、平台负担、数字经济发展等多种因素，科学合理地设定平台责任。平台行使私权力有助于克服政府规制模式下的诸多弊端，但不能因之形成“政府管平台、平台管用户”的极端规制理念。首先，虽然平台具有公共性，但平台毕竟不同于政府财政资助的公共机构。平台履行“看门人”责任，会耗费巨大成本，过高的义务要求与责任设置，可能会使平台不堪重负。其次，平台缺乏足够的“看门”手段，对于很多违法行为，平台并不享有政府职能部门所具备的实质处理权限。如果将本该由政府承担的责任转嫁给平台，政府就有必要更多地向平台赋权，由此又会导致平台私权力的进一步膨胀。

结 语

数字经济离不开网络平台，规范数字经济发展的重点就在于规范平台，数字经济的规范健康发展关键在于平台权力的法治化。无论从行使私权力的行为方式看，还是从作为数字基础设施的组织形态看，平台都具有明显的公共性。大规模的平台型组织的出现，要求我们突破传统观念。尽管为了在激烈的市场竞争中立于不败之地，平台既有压力也有动力去不断改善平台生态质量，但平台市场失灵终究可能发生。特别是，数字经济的“赢者通吃”效应可能形成平台“一家独大”甚至“大到不能倒”的局面，使得有效的市场竞争难以真正存在，平台滥用私权力的现象仍将经常发生。为此，“公法原则应该像控制公权力一样控制私权力”。^[79] 平台应合理审慎地行使私权力，遵守基本的程序正义和实体正义标准，法院应对平台私权力运行进行必要的司法审查，立法者应科学合理地设置平台的“看门人”主体责任。

适度运用公法原理和公法价值去规范网络平台私权力，并不是要全面否定私法的功能，大量的平台行为仍然需要通过私法加以规范。应当承认，在规制平台私权力方面，目前私法的能力和效果都有一定限度。也要看到，完全以规范公权力的方式约束平台私权力，可能构成对私法自治的过度干预，不仅会增加平台运营成本，还有可能阻碍数字经济商业模式的创新。因此，对于平台私权力的公法约束应当保持适当的限度。在多大程度上限制私权力，在多大范围内将适用于行政机关的监督控制机制延伸至私人主体，又当运用何种工具，这些都需要结合具体情况，进行成本效益分析。^[80]

[77] 参见宋周尧：《论主体责任》，《东岳论丛》1991年第4期，第72页以下。

[78] 方军、程明霞、徐思彦：《平台时代》，机械工业出版社2018年版，第16页。

[79] [英]默里·亨特：《英国的宪政与政府契约化》，载前引[60]，塔格特编书，第48页。

[80] 参见前引[67]，弗里曼书，第143页以下。

随着数字经济不断纵深发展,平台的公共性影响也会相应扩大。政府与平台应开展全面有效的合作治理,努力克服市场失灵与政府失灵,协同完成公共任务。私人力量不再是纯粹的机械服从权力的客体,而成为了与政府一起承担公共任务的主体。^[81] 行政规制要想在互联网领域更加奏效,就“必须日渐依赖同受规制者的合作,与作为规制架桥的中间人的合作”。^[82] 合作治理要求彼此尊重,政府应以“鼓励创新、包容审慎”为首要规制理念,充分尊重平台自治;合作治理要求信息共享,平台应完善数据报告与报送机制,政府应不断开放公共数据,探索行政执法数据与平台对接共享;合作治理要求多方兼顾,政府与平台双方都应不断深化合作领域,充分保障消费者、平台内经营者、社会公众等多方主体的合法权益;合作治理要求民主协商,政府应多运用行政协议、行政指导等柔性手段,多与平台开展平等对话。合作治理的关注点在于解决问题,需要推动私领域的利益诉求问题与公领域的公平正义问题的融合性解决,最大限度地拉伸协商对话的时空维度,塑造与共治格局相匹配的法治形态。^[83] 在数字经济时代,推进国家治理体系与治理能力现代化,意味着从“一元之治”向“多元共治”的变革,需要形成多元的网络合作治理模式与规制格局,实现规制与创新、发展与安全、公平与效率的动态平衡。

Abstract: Internet platforms, as new organizers of the productive force, undertake the public functions of maintaining the order of the online market and protecting the rights and interests of users in the era of digital economy. A platform has strong control and influence over its users, especially the operators on the platform, and such platform power is a typical private power. A platform has two major functions for exercising private power. One is to reduce the negative externalities of operating behaviors on the platform, and the other one is to make up for the lack of government regulatory capacity in the digital economy era. However, the private power of the platform is easy to be abused. China must regulate the private power of the platform by giving full play to the regulatory role of market competition and the normative functions of traditional private law, and by introducing the principles and the value requirements of public law to moderately intervene in the exercise of this power. In formulating and implementing rules, platforms should satisfy basic procedural justice and substantive justice standards. The court should conduct the necessary judicial review of the exercise of private power by platforms. And legislators should set up platform responsibilities scientifically and reasonably in accordance with the principle of the unity of power, responsibility and interest.

Key Words: internet platform, private power, platform responsibility, digital economy, cooperative governance

[81] 参见章志远:《迈向公私合作型行政法》,《法学研究》2019年第2期,第143页。

[82] [英]罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联书店2017年版,第606页。

[83] 参见前引[61],杜辉文,第39页。