

数字平台义务创设的宪法基础

陈 斌

内容提要:现代宪法如何应对新型社会权力,是数字法治领域的关键议题。宪法的根本法和总章程性质意味着,宪法机制无法缺席于数字时代。在平台社会,数字平台需要承担公共义务,但义务的基础,不能被简化为优势地位,而是源于复合的权力束结构。数字平台权力的兴起,使得宪法观念需因时调整,融入具有社会向度的社会宪法观。在既有理论谱系中,宪法私人间效力理论、社会宪治理论、数字立宪主义理论,均呈现了宪法介入社会关系的理论图景,但在面向实践时也有内在限度。回到“八二宪法”之中,可以借助宪法义务机制,对数字平台权力予以合理约束。宪法上数字平台的公共义务包括法秩序维护义务、共同体秩序守护义务、基本权利促成义务。置于数字化场景之中,上述义务能够在平台规范备案、数字平台立法细化、行政裁量与司法裁判说理中产生积极效用,从而提供一种宪法视角,塑造稳固的数字法治秩序。

关键词:平台权力 平台义务 根本法 数字立宪主义

陈斌,华东政法大学博士后研究人员。

数字平台应负有什么义务,^[1]其宪法和法理基础为何?数字平台权力的崛起,如何影响现代社会的基本结构与宪法预设?宪法如何约束以数字平台为代表的私主体?^[2]以公民个体为重心的宪法义务规范,是否也为平台组织设定了行为义务?凡此种种,既是数字法治的基本法理问题,也是数字时代平台治理的现实问题。

平台治理是数字法治秩序的题中之义。数字平台既非互联网的同义词,也非单纯的基础架构,对网络空间而言,它常常意味着组织化冲击。^[3]对数字平台的性质及其规制

[1] 就广义而言,提供公开服务的组织化机构均可被视为平台,如政务平台等。如无特别说明,本文所论数字平台,主要指基于信息网络载体的支撑,根据特定的规则,由相互依赖的双边或多边主体实现交互,以此共同创造价值的商业组织形态。

[2] 本文所述私主体,主要指有别于国家、个人或集体经济组织的社会主体,例如企业组织。

[3] See Julie E. Cohen, Law for the Platform Economy, 51 U. C. Davis Law Review 133, 143 (2017).

的研究,有助于在鼓励创新和合理限制之间保持适当平衡。^[4]当前,全球对数字平台的治理及其规则设定,尚在探索之中。为了避免数字平台引发秩序冲击,研究者曾尝试阐明平台应当履行的具体义务,如信息保护、犯罪控制、数据报送、竞争义务,等等;^[5]近来的司法实践,也从个案中“就事论事”地判定平台义务,而其结果也常有差异。^[6]以上零散的分析论证,都指向了一个共同问题:数字平台义务创设的基本法理。这是一个基础性问题,同时也是一个宏大论题。本文将尝试从宪法角度对此展开分析。之所以选择宪法视角,原因有二:第一,数字社会权力的兴起,对宪法理论和观念的预设,产生了实质影响,而这种影响尚未得到深入阐释。第二,在数字法治研究中,宪法视角与宪法机制是整体缺位的,而宪法作为根本法,却时常是法理的规范寄托之处。

一 数字平台权力的复合结构

对数字平台加以规制,已是一项共识。此前,“法律的缺位,一度助推了平台兴起”,^[7]当下,则需要构建综合性法律制度,适当规制数字平台。所谓规制平台,主要指为数字平台施加义务。在法理层面,有待思考的问题是,数字平台为何应当承担义务。已有的研究,集中于以下两点:一是在平台责任语境下,探究对数字平台的规制之策;^[8]二是将平台资源的事实优势,作为数字平台义务的证成理由。就第一点来说,关于平台责任的研究,往往忽视责任、义务之别,从而错失研究焦点。责任通常指违反法定或约定义务之后,产生的不利负担,因此,若要寻其缘由,仍需前置性的义务视角。至于第二点,则是一种事实导向的义务判断。然而,仅凭资源优势,无法直接产生义务根基。这是因为,强力并不意味着必然承担更高义务,否则世界历史进步的动力将不复存在。进一步而言,在地位优势和义务分配之间,仍需某种转介机制。

转介机制的原理在于,义务的创设和权力的形成具有法理相关性。恰如论者所言:“合法化的公共权力的内核是法律义务。”^[9]数字平台需要承担公共义务,但义务的基础,不能被简化为优势地位,而是源于复合的权力束结构。无论从法学来看,还是从社会学、政治学角度理解,权力主体都是多样的。在法学知识谱系中,若仅凭特定主体的嗣后

[4] See Orly Lobel, *The Law of the Platform*, 101 *Minnesota Law Review* 87, 166 (2016).

[5] 参见吴伟光:《平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务》,《中国法学》2021年第6期,第54页;单勇:《论互联网平台的犯罪控制义务》,《现代法学》2022年第3期,第67页;刘权:《论网络平台的数据报送义务》,《当代法学》2019年第5期,第4页;张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,《法学研究》2021年第4期,第160页。

[6] 例如,在腾讯视频诉抖音侵犯某电视剧网络版权一案中,一审判决在一定程度上否定了平台的事先审核义务,参见杭州互联网法院(2021)浙0192民初10493号民事判决书。在杭州原与宙科技有限公司、深圳奇策迭出文化创意有限公司侵害NFT作品信息网络传播权纠纷案中,法院则对平台科以审核管理义务,参见浙江省杭州市中级人民法院(2022)浙01民终5272号民事判决书。

[7] See Sonia K. Katyal & Leah Chan Grinvald, *Platform Law and the Brand Enterprise*, 32 *Berkeley Technology Law Journal* 1135, 1181 (2017).

[8] 参见叶逸群:《互联网平台责任:从监管到治理》,《财经法学》2018年第5期,第53页。

[9] 钱大军著:《法律义务研究论纲》,科学出版社2008年版,第101页。

意志,便使法律关系发生变更,则可认为此类主体拥有(法律)权力。^[10]从政治社会学来看,权力一般指支配社会关系的能力。类似论述,可见于韦伯、福柯等人的相关研究。^[11]因此,在一般意义上,国家虽是重要权力主体,但并非唯一主体。除国家之外,还有社会权力分支。

数字平台的权力,即为其中之一。就此而言,数字平台基于基础架构、数字资源、算法计算而形成的支配力量,可被视为一种社会权力。曼(Michael Mann)也曾分析社会权力的来源,即组织(organization)、控制(control)、运筹(logistics)、沟通(communication)——组织和控制人、物及领土的能力。^[12]很显然,在数字空间与现实空间叠加的场景中,以上要素的累积,也是平台获得权力的基本原理。

借助理论类比,虽能证成平台权力主体适格,却难以理解其生成逻辑,进而也无法明确平台承担义务的法理基础。在已有研究中,平台权力的媒介基础,^[13]以及平台基础服务对平台监管的影响,^[14]已引起学者关注。除此之外,在法理层面统筹内部、外部视角,明确平台权力的内在结构与具体逻辑,仍是有待讨论的要点。总体来看,平台权力的生成,源于三层赋权关系,并产生三种不同性质的权力类型。

(一)基于数字设施的组织化权力

数字平台的诞生,既是网络空间碎片化的写照,也是组织化的结果。从历史角度看,每当历史的力量由于某种新的突破而进入人类总体意识的范围里,历史存在的各种空间也会相应地改变自身。这就形成了政治—历史行动中的新尺度、新维度、新经济、新秩序。^[15]这一认识原理,也适用于分析数字平台的崛起。数字平台之所以塑造新秩序,正因为它创设了新的历史力量:基于新型场域的组织化权力。在社会学中,场域可被理解为存在客观关系的网络(network),而场域的动力学原则,就在于它的结构形式,同时还源于各种特殊力量之间的距离、鸿沟和不对称关系。^[16]简言之,结构生成场域,场域内的力量差异形成权力,而权力等级塑造整体秩序。由此来看,数字平台拥有的组织化权力,也由两方面构成:其一,数字平台的基本架构;其二,差异的内部组织关系。

首先,架构作为数字平台的基础组织,是先定的、既存的权力来源。简要而言,架构和平台治理规则的关系,犹如宪制(the constitution)和宪法律(constitutional law)之间的关联。前者意指现存的事实结构状态,后者侧重于表达规范系统。^[17]正如互联网的性质“是由它的架构设计来决定”,^[18]数字平台秩序也受制于基本架构。原初的架构设计,也

[10] 参见[美]韦斯利·霍菲尔德著:《司法推理中应用的基本法律概念》,张书友译,商务印书馆2022年版,第73页。

[11] 参见[德]马克斯·韦伯著:《经济与历史 支配的类型》,康乐等译,上海三联书店2021年版,第293页;[法]米歇尔·福柯著:《必须保卫社会》,钱翰译,上海人民出版社2018年版,第19页。

[12] 参见[英]迈克尔·曼著:《社会权力的来源(第一卷)——从开端到1760年的权力史》(上),刘北成、李少军译,上海人民出版社2018年版,第3页。原译将logistics译为后勤,此处笔者将之译为运筹。

[13] 参见刘金河:《权力流散:平台崛起与社会权力结构变迁》,《探索与争鸣》2022年第2期,第122页。

[14] 参见胡凌:《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100页。

[15] 参见[德]卡尔·施米特著:《陆地与海洋——世界史的考察》,林国基译,上海三联书店2018年版,第36页。

[16] 参见[法]布尔迪厄等著:《反思社会学导引》,李猛等译,商务印书馆2015年版,第122、127页。

[17] 参见刘晗著:《合众为一:美国宪法的深层结构》,中国政法大学出版社2018年版,第5-6页。

[18] [美]劳伦斯·莱斯格著:《代码2.0:网络空间中的法律》(修订版),李旭等译,清华大学出版社2018年版,第43页。

会决定平台行为的能与不能,进而规定平台活动的基本类型。一旦对架构予以调整,则平台行为的许可范围将随之变化,平台规则也需因时调适。就此而言,架构划定了数字平台的基本场域,已然成为数字平台的“基础规范”。在法律世界,“基础规范”乃“制宪者意志之表达”;^[19]在平台世界,基本架构则反映了平台掌控者的意图。“谁控制了架构,谁就掌握了权力”的逻辑,在此得以显现。

其次,差异的内部组织关系,促成了平台运行的弥散性权力。除基于架构的权力外,数字平台在运行中也产生了弥散性权力。前者是原始的,后者是累进的。在已有的研究中,人们常以“利维坦”为喻,形容降临中的数字与科技权力。^[20]其实,霍布斯意义上的利维坦,正是借助组织动员机制,才使“全体真正统一于唯一人格之中”。^[21]在网络空间,数字平台就代表了一种组织动员机制,它是一种基于资源占有/分享的组织关系。数据、信息、算法,等等,均是数字平台的重要资源。进入平台的主体,无论是平台方,还是交易主体、用户,各自占取的平台资源并不对等。基于此,在特定场景中,便产生了强/弱、有利/不利的地位悬殊。从组织化视角来看,这种悬殊地位,将衍生大量差异的内部组织关系,进而形成特定支配关系。支配之所在,便是权力之所存,弥散性的权力结构由此生成。仍需重申的是,在数字平台运行过程中,由于用户及其他交易主体相对分散,非经动员难以联合,故而在日常权力结构中,平台权力往往居于主导地位。

(二) 基于契约外观的协议性权力

平台使用者的赋权,是数字平台权力的重要来源。“权力应当作为流动的东西,或作为只在链条上才能运转的东西加以分析。”^[22]这就需要回归动态视角,探究平台权力的具体生成。从内部来看,数字平台的一体化并非自动实现的,而是蕴含分裂和冲突的因素。问题在于,数字平台是如何“合众为一”的?除上文所述架构和组织之外,平台的动态维系,也依赖于内部规则体系。为了进入平台,使用者需要同意平台的规则体系,而通过订约,平台便获取了相应的权力。

至此,仍需回答的是:私法意义上订约的结果,应是明确双方权限范围,为何由此生成了平台权力?对此,可从时间维度加以解析。权利的内部结构,通常由特定的请求权构成,^[23]即权利主体可向义务主体提出要求其作为或不作为的主张。^[24]需注意的是,仅在特定条件成就或消失的时刻,这种请求权方可行使。与临界时刻相比,在其余的常态时间中,其实是某种支配关系维持权利状态,这种支配关系则呈现了权力要素。在霍布斯笔下,订约后的利维坦存续原理即在于此。就平台而言,一方面,在订约之际,平台与使用者之间的协议,通常是预先拟定的格式契约。“谁的地盘,谁的规则”“谁的规则,谁的权力”的逻辑,在此充分展现。另一方面,在订约之后,基于授权,用户进入平台,平台则拥有维

[19] 参见[奥]凯尔森著:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第83页。

[20] 参见任剑涛:《人工智能与“人的政治”重生》,《探索》2020年第5期,第59页。

[21] [英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆2017年版,第131页。

[22] [法]米歇尔·福柯著:《必须保卫社会》,钱翰译,上海人民出版社2018年版,第33页。

[23] 参见孙永生著:《民法学的新发现》,广西师范大学出版社2018年版,第36页。

[24] 参见于文豪著:《基本权利》,江苏人民出版社2016年版,第9页。

护平台秩序的权利,其中包括对用户不同程度的支配。以此为基础,数字平台获得了具有契约外观的协议性权力。

数字平台的协议性权力,通常是使用者两次赋权的结果。经此步骤,既建立了平台内部规则,也为平台权力行使创设了依据:平台协议和平台规则。在这个意义上,平台就是一整套普通程序和规范。^[25] 首先,基于双方签订的平台协议,以使用者进入平台为对价,平台获取的重要权力,包括数据控制、信息提取、用户处理等。从使用者角度来看,平台协议的内在逻辑是:“同意即为授权,拒绝即被抛弃”。平台协议通常仅有契约外观,而非实质商谈,用户无法参与磋商。其次,以平台规则为关键环节,数字平台拥有广泛的日常管理权,包括名誉权、隐私权、肖像权等人身权益、财产权益纠纷处理的实质权力。需要指出的是,平台规则同样是使用者形式“同意”的结果,前置的平台协议一般对此有所规定。基于此,协议和规则环环相扣,塑造了平台的协议性权力。

(三) 基于条块治理的授权性权力

平台权力是国家治理数字化的自然延伸。数字化不仅发生在经济领域,还影响到人际关系、公民生活乃至政治。^[26] 这就意味着,应在国家治理视野中,审视数字平台。当前的国家治理,在组织结构上,鲜明地表现出纵向层级化和横向部门化的特征。^[27] 行政层级化的“块块”和横向部门化的“条条”,形成了条块式的综合治理模式。在数字社会,党委政府的属地治理和网信、市场监管等多部门的职能治理,共同形成了面向平台的条块治理模式。基于此,国家公权力将深刻影响平台秩序塑造。数字平台融合了数据、信息、算法、架构等多种要素,是一个复杂的组织系统,即便是条块综合治理,也难以事无巨细地触及平台前端和末梢。在条块治理的空隙,国家通常以赋予平台主体责任的方式,由后者行使特定权力加以管理。

主体责任的承担与权力的享有紧密相关。在条块治理中赋予平台主体责任,具有双重影响:既明确了平台之于国家治理的责任范围,又对平台强化内部管理作了授权。由此,在主体责任的结构中,既具有责任外观,又蕴含权力要素。社会学研究已经表明:“权力也是可以累积的,或是可以在权力关系参与者不必一定得失去权力的情况下生产出权力。”^[28] 借助对平台的授权,在常态化监管中,国家公权力实现了“不在场的在场”,而平台也获取了运行监管权、内容处置权、资格管理权等重要权能。例如,《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》即规定:“互联网平台经营者对于存在违法违规行为的平台内用户,应当采取包括终止服务或限制提供服务等必要措施。”^[29] 由此可知,基于条块治理的授权,也是平台权力的重要来源。

综上所述,数字平台权力是复合概念,是一个权力束。组织化权力、协议性权力、授权

[25] 参见[美]本杰明·维特等著:《未来的暴力与国家治理——面对机器人、病毒、骇客与无人机的新威胁》,万岩等译,中国发展出版社2019年版,第219页。

[26] 参见[法]让·梯若尔著:《共同利益经济学》,张昕竹等译,商务印书馆2020年版,第378页。

[27] 参见周振超著:《当代中国政府“条块关系”研究》,天津人民出版社2008年版,第32页。

[28] [德]汉斯·约阿斯等著:《社会理论二十讲》,郑作彧译,上海人民出版社2021年版,第267页。

[29] 参见《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》,国家市场监督管理总局:https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027_336137.html,最近访问时间[2023-05-12]。

性权力,均是数字平台权力的内在构成要素。如果只将平台权力视为源于市场或技术的经济性权力,^[30]则不足以概括其整体要素。上述权力构成,也使得数字平台权力具有非对等性、隐蔽化、治理性特征,这就与传统的实体交易平台,例如功能单一的商品供应市场等,具有显著不同。尤其是就超大型数字平台而言,^[31]数字化的加持,已使其成为强大的社会权力来源,并且会实质地影响个体权利的享有。在法理层面,权力的持有与义务的配置,通常相伴而生。若无义务的约束,权力的累积将易于导向秩序的失衡。基于此,以平台义务约束平台权力,就成为治理数字平台的关键环节。

以上对数字平台权力结构的分析,已从必要性角度,论证了平台义务的创设基础,而在可能性角度,仍需思考的问题是,相关规范性文件为何能够“源源不断”地为数字平台创设具体的零散义务,例如资质审核义务、数据报送义务。如果以事后视角将此称为数字平台的法定义务,那么有必要追问的是,这种法定义务创设的根基为何。事实上,由于宪法是治国安邦的总章程,也是法律规范制定的总依据,因此,有必要在宪法之中,寻求义务创设的规范基础,阐明数字平台义务的基本法理。退一步而言,即便宪法未必直接规定相应义务,也需要通过宪法视角,判断义务的设置是否符合宪法精神。一旦将视角转向宪法,就会触及一个经典而又严肃的话题:宪法能否约束私主体。就数字平台而言,它既是作为市场主体的企业组织,^[32]又是拥有社会权力的数字私主体。当数字平台权力的崛起,已经引起了社会权力结构变化,并且在很大程度上会限制公民权利的实质享有时,便有必要进一步思考,宪法作为根本法,如何回应这种新的变化。以下将从宪法观的角度,对此作初步理论分析。

二 平台社会宪法观的累积叠加

通过对数字平台权力的分析可知,平台并非孤立的技术存在,而是深嵌于社会、政治结构之中。平台与社会系统之间,具有不可分割的关系,它以渐进的方式使社会组织化,并聚合社会要素,研究者因而以“平台社会”概述这一历史进程。^[33]平台社会的形成,反映了数字时代的重要特征:第一,社会的平台化,社会构成要素被平台组织起来;第二,平台的社会化,组织化的平台参与社会演化,进而塑造社会形态。

平台社会不只是概念描述,对于法学研究而言,它还具有议题设置意义。面对信息革命,已有学者注意到,现有的法律制度面临着日益频繁的“破窗性”挑战和“创造性破坏”,

[30] See Sari Mazzurco, *Democratizing Platform Privacy*, 31 *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 792, 794 (2021); 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 38 页。

[31] 国家市场监督管理总局拟定的互联网平台分类分级标准中,年度活跃用户不低于 5 亿,具有超强的限制商户接触消费者(用户)能力的为超级平台。年度活跃用户不低于 5000 万,具有较强限制能力的,为大型平台。参见《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》,国家市场监督管理总局: https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027_336137.html, 最近访问时间[2023-05-12]。

[32] 参见刘权:《论互联网平台的主体责任》,《华东政法大学学报》2022 年第 5 期,第 82 页。

[33] See José van Dijck, Thomas Poell & Martijn de Waal, *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, Oxford University Press, 2018, p. 2.

这是一场涵盖法学理论、规范制度及司法实践的“法律革命”和转型升级。^[34] 基于数字平台的组织化特征,同样需要思考的是,平台社会的兴起,如何影响现有法律秩序。由于数字平台权力引发了社会结构的变化,又由于宪法在法律制度中具有基础性地位,因此,首先应当考虑的是,平台社会及平台权力的兴起,对于宪法而言,究竟意味着什么。

在时间序列中展开长时段历史观察,对于理解平台社会的宪法秩序是必要的。正如论者所言,一种透视公法的理论研究,“应当保持一定程度的历史敏感性,并且应当能够感受到随时间流逝而不断变化的社会需求”。^[35] 时间的流动,促成历史性思考。从历史角度看,不同时期,社会境况有所不同,宪法理念与宪法任务也将随之变动。就社会层面而言,20世纪被一个中心议题所主宰:我们的集体生活应在多大程度上取决于国家,应把什么留给市场来决定?对如今即将走向政治成熟的这代人来说,这个议题将会变成:我们的生活应在多大程度上受功能强大的数字系统指引和控制?^[36] 与之相应,在宪法层面,则如托依布纳教授所论:“18、19世纪,宪法问题的焦点在于释放民族国家政治权力的能量,同时又有效限制这种能量。新宪法问题的焦点,则在于释放各种十分不同的社会能量(经济尤其明显,科学、技术、医药和新型传媒也不例外),并有效限制它们的破坏效果。”^[37]

由此可知,人类社会常以不同形式走向历史前台,而宪法观念也应因时替代。为数字平台寻找恰当的宪法坐标,是数字法治的关键要点。“人在政治社会中的存在是历史的存在;一套政治理论,若是深入到原理层面,就必须同时是一套历史理论。”^[38] 沃格林的论断,也适用于宪法理论分析。平台社会及其权力形成,并非骤然涌现,而是人类社会的数字化延展。因此,从历史视角看,若要理解平台社会的宪法秩序,便要基于过去与当下的连续视角,在宪法的观念谱系中,阐明宪法任务的“古今之变”,进而理解平台社会的具体境况,明确平台社会宪法秩序之变及其宪法任务。简而言之,在漫长的宪法史中,宪法的观念谱系,大体包含以下三个维度。

(一) 历史宪法观

历史宪法观主要强调宪法对于政治共同体的历史构成功能。整体来说,这种宪法观有两个基本面向。首先,就构成性而言,它关注政治共同体的构成要素与具体构造,侧重于在经验层面,描述政治共同体的聚合。此时,宪法所指称的,是一个特定国家的政治统一性和社会秩序的具体整体状态。^[39] 在国家构成意义上理解宪法,并未触及现代意义上的规范形态,因而其要旨接近于“政制(politeia)”的概念,既指一种特殊的政治结构,又包括作为公民身份、生活方式的政制。^[40] 其次,就历史性来说,它包括两层含义,既

[34] 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20页。

[35] [英]马丁·洛克林著:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2021年版,第53页。

[36] 参见[英]杰米·萨斯坎德著:《算法的力量:人类如何共同生存》,李大白译,北京日报出版社2022年版,第ii页。

[37] [德]贡塔·托依布纳著:《宪法的碎片化:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第1页。

[38] [美]埃里克·沃格林著:《新政治科学》,段宝良译,商务印书馆2018年版,第8页。

[39] 参见[德]卡尔·施米特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第23页。

[40] 参见[美]梅丽莎·莱恩著:《政治的起源》,刘国栋译,上海文艺出版社2018年版,第64页。

指政治共同体原初的历史结构,又指宪法观念的具体性、特殊性,而非普遍共同性。如苏力所言:“宪法的原初或根本指涉是一国的‘构成’,那是多种政治、经济、军事、宗教、文化甚至种族等力量在历史实践中构成和形成的,是完全独立于文字也无需文字表达的‘实’或‘事’。”^[41]

历史宪法观采取的是描述性视角,而非规范性分析。它在经验意义上着重论述政治共同体的具体构成,而不是对何者为善、何以应当如此等问题展开规范性追问。^[42] 政治共同体的聚合,是其核心关切。作为一种观念,当政治共同体持续存在之后,历史宪法观也常常悄然隐退,消逝于人们习以为常的日常体验之中。因此,及至现代社会,这种宪法观的意义,更多体现于方法论层面,即作为历史解释方法,支撑着对政治共同体结构要素的宪法理解。例如,对宪法通用语条款的理解,就需要占有历史解释。

(二) 政治立宪观

政治立宪观集中关注政治权力分配与民权保障。它对宪法功能的预设是,借助于政治和法律意义上的规则设定,持续维系共同体的整合。如果说历史宪法观讲述的,往往是可供追忆的历史故事,那么政治立宪观则与当下的社会政治状况息息相关。它对宪法的理解,主要指“一个地域内的政治统治在法律上应该服从的那些规则”。^[43] 这种观念源于启蒙时期的思想传统与政治实践,随后与立宪主义话语交织共振而成为经典宪法观。近代以降,我国对宪法观念和原理的继受,就始于此。梁启超在译介宪法时曾指出:“宪法者何物也?立万世不易之宪典,而一国之人,无论为君主、为官吏、为人民,皆共守之者也,为国家一切法度之根源。此后无论出何令,更何法,百变而不许离其宗者也……盖谓宪法者,一国之元气也。立宪政体,亦名为有限权之政体。”^[44] 此后,在中国宪法思想史上,宪法的概念呈现大体如此。王世杰、钱端升先生讲述比较宪法时也直言,宪法既为规定国家根本组织的法律,则宪法的内容,应以下列三项事件为范围:第一,个人的基本权利及义务;第二,国家最重要机关的组织职权及其相互关系;第三,宪法的修改。^[45]

宪法的观念以国家的概念为前提。政治立宪观所关注的,不只是国家如何聚合的问题,还包括国家形成之后的运行规则问题。宪法之所以重要,“是因为它提供了一种结构,我们可以借助这一结构采取政治行动推动我们的代表们制定将会成为《宪法》之外的宪法之一部分的各项法案。”^[46] 在原初意义上,这种宪法观,建立在国家一个体的二元预设之上,旨在为政治权力确立规则框架,进而限制国家权力,保障公民权利。据此,“宪法是自由的基础法,同时也就意味着宪法是限制国家权力的基础法”。^[47] 正是宪法的限制与保障功能,维系了现代政治的基本格局。然而,在平台社会,当“国家一个体”的二元预设遭遇复杂的社会系统,并在二者之间融入数字化的社会权力时,是否有必要更新既有宪

[41] 苏力:《何为宪制问题?——西方历史与古代中国》,《华东政法大学学报》2013年第5期,第91页。

[42] See Robin West, *Normative Jurisprudence: An Introduction*, Cambridge University Press, 2011, p. 2.

[43] [德]迪特儿·格林著:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第2页。

[44] 李华兴等编:《梁启超选集》,上海人民出版社1984年版,第148-149页。

[45] 参见王世杰、钱端升著:《比较宪法》,商务印书馆1999年版,第5-6页。

[46] [美]马克·图什内特著:《宪法为何重要》,田飞龙译,中国政法大学出版社2012年版,第6页。

[47] [日]芦部信喜著:《宪法》(第6版),林来梵等译,清华大学出版社2018年版,第7页。

法观念呢? 面向数字时代, 答案或许是肯定的。

(三) 社会宪法观

以数字平台为代表的社会权力扩大, 提出了一项紧迫问题: 现代宪法如何回应社会结构转型。以国家一个体的二元预设为基础的传统宪法观, 由于无法涵括社会要素, 故而也难以对其施加限制。当数字化社会权力的崛起, 致使难以辨析什么才是真正的宪制权力时, 人们可能会进一步思考: 传统的立宪主义观念是否已经走向黄昏。^[48] 总体而言, 数字平台权力的崛起, 加剧了传统宪法观与新兴社会结构的内在张力。随之而来的是, 既有理论在宪法能否约束社会私主体的问题上, 也显得犹豫迟疑。事实上, 宪法的根本法性质, 赋予了宪法以复合任务。“从宪法的任务中还可以衍生出对宪法的另一种理解, 也就是人们经常说的, 宪法规定了国家和社会的基本秩序。”^[49] 这就意味着, 宪法无法脱离社会生活领域, 对宪法的认知也应在国家一个体的预设之外融入社会要素, 形成社会宪法观。

社会宪法观内含两个关联向度。第一, 如何从社会视角看待宪法, 这是宪法社会学的代表性思考方向。它不是从特定权利和理性原则角度, 理解国家的宪法根基, 而是从社会内在复杂性、历史情形、多元法律形成过程以及社会动量和聚合的角度, 对其予以观察。^[50] 第二, 如何从宪法角度回应社会变革。具体来说, 它至少包括以下三个面向: (1) 国家宪法对社会利益的保障; (2) 国家宪法对社会权力的制约; (3) 独立于国家的社会分支系统的宪治化, 此类设想超出了民族国家的宪法范畴, 更多关注全球社会系统的超国家宪法规范。^[51] 以上视角互为补充, 旨在从经验性和规范性角度, 共同揭示宪法与社会的交织互动。相比传统的宪法观, 社会宪法观具有更强的反思品格, 它对宪法同样有限制和保障的功能期待, 只是在限制层面增加了社会权力向度, 在保障层面加入了社会利益维度。尽管仍属于新兴的思考方式, 但它已然开启了有益的思考方向, 不仅能够深化对宪法观的多元理解, 而且有助于分析数字时代的宪法问题。

整体而言, 在观念史谱系中, 不同的宪法观, 对于宪法的功能, 有不同的理论预设: 历史宪法观关注宪制结构生成的历史性; 政治立宪观在规则意义上, 侧重于限制政治权力、保障公民权利; 社会宪法观则具体融入了社会要素, 旨在呈现宪法回应社会转型的时代使命。虽有隐微的时间线索, 但三者之间并非互相排斥的替代关系, 而是随着时代的变迁而累积叠加。

当前, 数字平台权力的兴起, 时常会在数字空间内限制公民基本权利的行使, 这就使得宪法观念需因时调整, 融入具有社会向度的社会宪法观。正如学者所言: “在信息社会, 需要重新思考宪法的角色。鉴于私权力的兴起, 人们应当进一步思考, 宪法能否以及

[48] See Riccardo Prandini, *The Morphogenesis of Constitutionalism*, in Petra Dobner et al. eds., *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford University Press, 2010, p. 309.

[49] [德] 马丁·莫洛克著:《宪法社会学》, 程迈译, 中国政法大学出版社 2016 年版, 第 8 页。

[50] See Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge University Press, 2011, p. 1.

[51] 参见[德] 贡塔·托依布纳著:《宪法的碎片: 全球社会宪治》, 陆宇峰译, 中央编译出版社 2016 年版, 第 59-85 页。

如何对此予以回应。面对新的情势,宪法不仅意味着约束公权力,而且还需限制私主体。”^[52]也就是说,有必要在既有宪法观之上,叠加社会宪法观。具体而言,在社会宪法观之下,对宪法的理解,不再局限于国家—个体两端,而是直面社会要素,既遵循宪法规则,保障不同主体的合法权益,又在“国家—社会—个体”的综合维度,立足宪法文本探究不同主体的行为边界。这就意味着,在宪法能否约束私主体的问题上,社会宪法观将给出肯定性作答。事实上,对于我国社会主义宪法来说,宪法对于社会要素的规定,包括对各主体行为边界的控制,以及对社会公共利益的保障,也已形成了关于私主体行为义务的宪法机制。基于此,关于数字平台权力约束及其义务创设的法理分析,便应回归现行宪法之中,探究其理论可能性与内在原理。

三 回归根本法:平台权力约束的义务视角

由上可知,在平台社会,数字平台权力的兴起,对传统宪法观念与理论预设产生了较大影响。在信息革命与科技变革的时代背景下,宪法需要直面作为“科技利维坦”的数字私主体,而非仅仅关注国家、个体两端。问题的关键在于,能否在理论上为宪法介入社会关系提供融贯的说理论证。从全球视角来看,域外相关学说已对此展开思考,然而,这些理论能否在我国的实践中得以转引,以及如何基于中国情景提出相应思路,仍然有待进一步思考。

(一) 现有理论反思

1. 宪法私人间效力理论

它突破了国家—个体的单向规范关系,从而将宪法规范效力辐射至第三方。在不同的宪法文化背景下,目前主要形成了三种不同学说:(1)基本权利间接效力理论。它强调基本权利的客观价值秩序功能,将本属对抗国家权力的基本权利在平等的民事主体之间产生效力,用于约束或者规范私人之间的关系。^[53] 据此理论,一般来说,宪法规范效力不能直接适用于私人之间,而是需要借助一般法律的转介机制。例如,在德国著名的“吕特案”中,就是以民法概括条款为中介实现基本权利对私人的约束。^[54] (2)国家保护义务理论。它强调国家对基本权利客观价值秩序的积极维护,即“国家负有采取积极措施以确保公民在实现其基本权利的过程中免受国家以外的第三人侵害的义务”。^[55] 这一理论固然有助于保障基本权利,但它同时也有被滥用的危险性,^[56]从而侵犯相关主体的基本权利。为了平衡基本权利的可能冲突,实践中也确立了两个基准原则:裁量下限在于

[52] Oreste Pollicino & Giovanni De Gregorio, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in Hans-W. Micklitz et al. eds., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, 2022, p. 15.

[53] 参见张翔主编:《德国宪法案例选释:基本权利总论》(第1辑),法律出版社2012年版,第36-37页。

[54] 参见李海平:《论基本权利私人间效力的范式转型》,《中国法学》2022年第2期,第31页。

[55] 王进文:《基本权利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》,《中国法律评论》2019年第4期,第106页。

[56] 参见[日]小山刚著:《基本权利保护的法理》,吴东镐等译,中国政法大学出版社2021年版,第64页。

禁止保护不足原则,而其上限在于禁止过度侵害原则。^[57] (3) 政府行为理论。它基于拟制策略,在特定情形下,将私主体行为视为政府行为,进而为宪法规则与价值的适用创造空间。此时,法院主要考虑的并非私人主体处于何种程度的强势地位,而是其与政府行为存在何种程度的纠葛与牵扯。^[58] 这种理论的运用,取决于特定宪法结构及其对社会民主的承诺。^[59] 例如,在美国,政府行为理论的适用,就有缩限趋势。

上述理论,虽然视角有别,但也有共同特征。诚如李海平教授所言:“就理论结构而言,三种理论基本是在私人—国家—私人三元结构中阐释基本权利私人间效力。就价值遵循而言,三种理论均以私主体的基本权利免受其他私主体侵犯为宗旨。”^[60] 宪法私人间效力理论的发展历程、理论基础、适用条件等较为繁杂,限于研究旨趣,本文无意对此作详细辨析梳理,而仅结合平台社会的具体特征,对此展开评述。面向平台社会,宪法私人间效力理论,为约束私主体提供了理论启发,但也有内在不足。首先,它主要关注基本权利的横向效力,从而忽视了另一种思考方向,即不仅要证成基本权利的辐射效力,而且还应在宪法上明确私主体的行为义务。事实上,基本权利条款并非宪法制度的全部内容,面对强势的数字私主体,义务层面的论证,同样不可或缺。其次,它需要借助于转介或拟制机制,而未能直面作为第三方的私主体。这就意味着,以数字平台为代表的私主体之宪法地位,并未得到充分阐释,因而根据上述理论宪法通常只能被动地约束私主体。

2. 社会宪治理论

它主要指系统论语境下社会子系统的宪法化问题,是社会宪法观的体现。社会宪治理论也承认基本权利的横向效力,但与前述宪法私人间效力理论不同之处在于,它对基本权利作了一般化处理,将基本权利保护从国家保障的思维定式中解放出来,进而将基本权利效力指向私主体。也就是说,社会宪治理论试图直面社会系统本身。首先,就问题意识而言,社会宪治理论旨在探究在社会系统分化的背景下,宪法如何应对私主体对基本权利的侵犯问题。其次,就策略而言,社会宪治理论试图证成并推进社会子系统的内部宪治化。它坚持以下三项判断:(1) 不再将民族国家视为唯一可能的宪治主体。(2) 全球社会分化为各种功能有限的体制,现如今已成现实。(3) 不仅狭义上的公共制度被宪治化了,私人部门的各种制度也被宪治化了。^[61] 据此,社会宪治理论重构了宪治主体、领域、过程与结构,将国际组织、跨国公司和全球性非政府组织等主体的治理机制与规则,视为自我宪治化过程。

社会宪治理论基于多元规范性视角,尝试通过诸系统的内部宪治化,限制各种社会主体释放的负外部性。总体而言,作为新兴的观察视角,社会宪治理论的解释前景有待观望,它所揭示的基本权利效力社会化面向,对于理解数字平台权力的宪法约束,具有理论

[57] [日]小山刚著:《基本权利保护的法理》,吴东镐等译,中国政法大学出版社2021年版,第66页。

[58] 参见邹奕:《宪法权利何时约束私人行为——美国的州行为理论及其借鉴》,《法学家》2021年第3期,第73页。

[59] See Mark Tushnet, The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law, 1 *International Journal of Constitutional Law* 79, 79 (2003).

[60] 李海平:《论基本权利私人间效力的范式转型》,《中国法学》2022年第2期,第28页。

[61] 参见[德]贡塔·托依布纳著:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第86页。

启发意义。然而,面对宏大的理论构想,同样需要思考的是,全社会功能分化是在何种意义上生成的,^[62]如何确保诸系统内部宪治的有序运行,如果在此类更基础的问题上缺乏约束机制,^[63]基本权利社会化的实效又如何可能?

3. 数字立宪主义理论

数字空间的兴起,拓展了宪法的适用领域,也衍生了数字立宪主义思考(Digital Constitutionalism),即在数字环境中,建立和守护特定的规范框架,以保障基本权利、制衡相应权力的宪法观。^[64] 在新近出版的专著中,有研究者指出,数字立宪主义的着眼点有二:其一,与互联网自动化技术相关的数字化;其二,与启蒙以降政治思想中权力限制相关的立宪主义。就此而言,数字立宪主义并非彻底重塑现代立宪主义的根基,而是期望在数字时代重新思考被忽视的宪法角色。^[65]

就问题意识而言,该理论的重要着眼点,是如何通过宪法约束数字平台权力。就策略来说,它旨在通过特定方式,将宪法的价值和原则,运用于数字环境的宪法化过程之中。^[66] 例如,在国家维度,充分利用宪法、体现宪法价值的法律及司法判例,约束私主体行为;在非国家维度,借助国际商事惯例、网络权利宣言类文件等,构建权力和权利平衡的宪法生态。

总括而言,数字立宪主义理论的要旨,在于制约数字私主体在全球范围内的“自由裁量权”。在理论抱负和知识启发层面,数字立宪主义具有超越时空的普遍意义。然而,限于宪法实施环境差异,数字立宪主义理论仅仅提供了概括性的规范框架,尚未提出实质性方案,这便是宏大理论的内在困境所在。

综上所述,在既有理论谱系中,宪法私人间效力理论、社会宪治理论、数字立宪主义理论,均呈现了宪法介入社会关系的理论图景。上述理论在限制国家权力、保障基本权利的传统宪法观念基础上,直面私人性的社会要素,并试图将其纳入宪法框架之中。在这个意义上,三者皆体现了社会宪法观的理论品格。这就为关于数字平台的宪法约束,提供了知识参照。然而,需要指出的是,上述理论在面向实践时,也有其内在限度。它们或是绕开了义务视角而止步于基本权利效力分析,或是寄希望于社会系统的自我宪治,或是提供了普遍的但因此也可能略显空泛的思考框架。这也提醒人们,在全球数字化时代,尽管数字技术的本质是共同的,平台权力异化的结果也是相似的,但是面向数字时代的宪法治理,并无普遍方案可供摘选,仍需回归各自的宪法历史传统之中,探究合理的回应方式。

(二) 回归根本法的义务视角

延续上文思路,问题的关键在于,如何立足中国场景提出约束数字平台权力的宪法方

[62] 参见陈运生:《对中国系统论宪法学的反思》,《法学研究》2021年第2期,第29页。

[63] 例如有学者就认为,该理论既蕴含理论洞见,也具有观察盲点,如忽视了社会实践中残酷的利益较量和地缘政治因素。参见余成峰:《系统论宪法学的理论洞见与观察盲点——托依布纳〈宪法的碎片:全球社会宪治〉读后》,《政法论坛》2020年第2期,第142页。

[64] See Edoardo Celeste, Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation, 33 *International Review of Law, Computers & Technology* 76, 77-87 (2019).

[65] See Giovanni De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, 2022, p. 4.

[66] See Edoardo Celeste, *Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights*, Routledge, 2023, p. 84.

案。在数字时代,国家权力和个体权利的几何关系,确实因数字社会权力的加入而发生了形态转换。在新的几何关系中,重要的是直接面对社会权力,并且为其寻找恰当的宪法坐标,而非一方面承认约束社会权力的重要性,另一方面又基于思维惯性,仅在国家、个体的两极,寻找间接平衡方案。在以往的宪法理论中,限制权力、保障权利被视为宪法的重要特征。然而,二者并不是宪法机制的全部内容。例如,在基本权利条款之外,宪法另有重要的义务机制。就法理而言,保障基本权利的方式,固然需要限制相应权力,而对权力的限制,可以通过增加义务的方式予以实现。也就是说,对数字平台权力的约束,可以借助于宪法义务机制。随之而来的问题是,宪法义务条款主要指向公民的基本义务,能否从宪法中提炼关于数字平台的私主体义务?对此问题的回答,关乎如何看待宪法,因而需在宪法理论层面加以分析。

就我国来说,“八二宪法”颁行至今,已逾四十年。历史地看,“八二宪法”具有根本法和总章程的双重性质。如1982年宪法修改草案报告所强调的:“宪法修改草案经过这次全国人民代表大会审议和正式通过以后,就要作为具有最大权威性和最高法律效力的国家根本大法,付诸实施了。它将成为我国新的历史时期治国安邦的总章程。”^[67]如何理解宪法的根本法性质,是宪法学界有待推进的研究议题。事实上,宪法的根本法性质,不能仅从效力最高性、修改程序的严格性中加以理解,后者仅是根本法的形式特征或附带结果。就实质层面而论,根本法和总章程需要互为理解,总章程的具体内容,构成了根本法的底色。恰如研究者所言:“宪法成为国家根本大法的最终原因是由宪法规定的内容决定的,也正是因为这个原因产生了宪法与其他法律的一系列不同点。”^[68]根本法既然以总章程的简约形式加以呈现,也就意味着,在理解根本法的文本时,应基于整体化的体系视角展开结构分析,不能仅“观一隅而失其全局”。

就“八二宪法”来说,作为根本法,它的体系性至少包括四个层面:目标与任务确立、原则与机制设置、基本价值预设、议事及组织机构。前两点是概括性的,常见于序言或总纲之中,后两者是具体性的,分别指向公民权利、国家权力。或是受传统宪法观的影响,人们对于宪法的理解,在很大程度上仍然被简化的契约思维与立宪理念所限制,仅将视角集中于对后两者的讨论,而忽视了对前两者的具体分析。与之不同的是,若坚持根本法的体系视角,则会注重宪法规范构成的复合性,立足于对宪法规范的整体观察,超越国家一个体的简单二元预设,重视宪法规范所指向的社会要素,从而明确宪法作为根本法对社会事实的整体涵摄意义。

从根本法的体系视角来看,我国宪法对法律主体的设定是多层次的:不仅包括平等自由的人的形象,^[69]而且有坚持民主集中制的国家机构。除此之外,还有社会团体、集体经济组织、企业事业组织等多种多样的社会力量。也就是说,在公民基本权利和义务、国家

[67] 彭真:《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告——一九八二年十一月二十六日在第五届全国人民代表大会第五次会议上》,载全国人民代表大会常务委员会办公厅编《中华人民共和国第五届全国人民代表大会第五次会议文件》,人民出版社1983年版,第27页。

[68] 张庆福主编:《宪法学基本理论》,社会科学文献出版社1994年版,第24页。

[69] 参见谢立斌著:《宪法解释》,中国政法大学出版社2014年版,第35页。

机构组织和职权之外,宪法也规定了丰富的社会关系和社会公共义务。在这个意义上,它不仅是一部具有改革精神的宪法,^[70]而且还是一部社会的宪法,一部公共的宪法。这就为构建宪法与数字平台之间的关联性,创造了必备条件。事实上,前述三种域外理论,也都在设法构建宪法与私主体的关联性,只是由于宪法规范和观念的差异,忽视了二者通过义务机制的具体关联。

回到对数字平台的讨论中,如果坚持根本法的体系化视角,那么就能意识到,宪法已对包括数字平台在内的社会主体行为义务作了相应规定。择要来说,在宪法中,多处可见关于企业组织行为的强制性规定或禁止性规定。这就表明,现行宪法的义务类型是多元化的,它不仅规定了公民的基本义务,还为社会主体设定了义务机制。就此而言,正如王叔文先生所述:“由于宪法规定了国家生活各方面的根本性问题,因此,它的直接法律效力无论从其内容还是适用的对象(组织和公民)上讲,通常都比其他一般法律更具有广泛性。”^[71]基于根本法的体系视角,便可借助宪法上的义务机制,直面私主体,进而对数字平台权力予以合理约束。有别于宪法私人间效力理论,它无需借助基本权利的间接转介;较之于社会宪治理论,它具有明确的宪法规范基础;与数字立宪主义相比,它激活了宪法义务条款的规范效力。

当然,立足于体系视角理解根本法,并不意味着认为所有的政治、经济、社会问题,都可置于宪法中予以分析。一方面,宪法是根本法,它规定国家生活中最重要、最根本的问题。国家生活中的一些具体问题、细节问题,通常留给部门法去解决。^[72]另一方面,对于特定问题,即便宪法有所规定,也应基于自觉的规范意识,通过对宪法规范的细致分析,明确规范适用的可能与限度。例如,从表面来看,《宪法》第 19 条、20 条关于科学技术教育以及发展自然科学的规定,与由科技支撑的数字平台具有相关性,但就规范目标而言,此类条款难以形成关于数字平台的约束机制,因为它们主要是基于社会主义精神文明建设和现代化建设的需要,强调科技现代化的重要意义。^[73]

四 现行宪法上的平台义务及其实践展开

权力的生成,唯有附加义务的约束,方能实现法律秩序的平衡。权力不仅总是处于一种具体的力量强弱对比或情势优劣对比关系中,^[74]而且依其本性趋于扩张。^[75]针对同一主体,以义务制约权力,是现代法治的基本原理。数字法治的场景转换,同样如此。面对规模化、隐蔽性的平台权力,宪法义务机制需要被重新审视。从体系视角来看,宪法上数字平台的公共义务,主要由三部分构成。

[70] 参见肖蔚云著:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社 1986 年版,第 20 页。

[71] 王叔文:《论宪法的最高法律效力》,载张友渔等著《宪法论文集》,群众出版社 1982 年版,第 38 页。

[72] 参见张友渔:《从实际出发,认真讨论——在中国社会科学院法学研究所召开的宪法修改草案座谈会上的讲话(摘要)》,载张友渔等著《宪法论文集》(续编),群众出版社 1982 年版,第 5 页。

[73] 参见法学教材编辑部《宪法学》编写组编:《宪法学》,群众出版社 1983 年版,第 315-316 页。

[74] 参见胡水君著:《法律与社会权力》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 83 页。

[75] 参见[英]阿克顿著:《自由与权力》,侯健等译,译林出版社 2014 年版,第 295 页。

(一) 法秩序维护义务

我国宪法的义务规则,是一个复合体系。它不仅体现在公民的基本权利和义务篇中,而且在其他篇章也有所规定。正如研究者所言,宪法义务包括两种不同类型。第一种是一般人在宪法上所应承担的义务,即通常在我国宪法文件以及宪法理论中所言的“公民的基本义务”;第二种类型则是特定的主体,主要是国家机关或公共权力主体以及实际权力持有者(如国家公务人员)在宪法上所应承担的义务。^[76]

由宪法文本可知,在公民基本义务之外,数字平台等私主体也具有积极维护法秩序的公共义务。这主要表现为对既有宪法与法律规范体系的遵守,并以此控制数字平台的行为边界。《宪法》序言第13段规定:“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”《宪法》第5条也明确规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。”潘念之先生曾对此评述道:“公民要遵守宪法和法律,过去三部宪法都规定了。但关于国家机关和人民武装力量、各政党和人民团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律一点,过去没有规定。任何个人和组织都不得有超越宪法和法律的特权这点,过去也没有规定。”^[77]在特定历史情形之下,“遵守宪法、法律,这是个中心问题”。^[78]针对特定事项,序言和正文皆予以规定,在现行宪法中是少见的,由此可见这一条款设置的重要意义。在平台社会,数字平台等私主体作为企业组织,也需要遵守这一义务。

首先,就日常监管而言,宪法上的法秩序维护义务,能够在法律边界和行为控制双重层面,为数字平台划定行为空间,从而在外部约束数字平台的不正当行为。如前所述,以基于条块治理的授权性权力为基础,数字平台拥有较大的权力行使空间。为了制约平台“自由裁量权”的滥用,则需要引入义务机制。宪法上的法秩序维护义务,就构成了具体义务创设的规范基础。举例而言,部门法层面对数字平台赋予的犯罪控制义务等,便可在这一维度得到理解。

其次,就事前监管来说,它为构建长效的平台规范备案机制,创设了宪法依据。在数字平台治理中,难点在于如何根据不同的平台类型及其影响强度,为平台设定恰当的义务范围。这就意味着,需要采取类型化的治理方式。然而,从监管角度来看,分门别类地设定细化的平台监管规则,在实践中难度较大,甚至并不可行,而在事前重点对超大型平台的重要运行规范予以备案,则是一种较有针对性的监管方式。例如,在互联网信息服务环节,算法备案已经成为一种新型算法治理制度。^[79]面向未来,针对数字平台的规范备案要求,可能会逐渐完善。无论是何种方式的备案,宪法上有关平台的法秩序维护义务,都为此奠定了总体依据。

[76] 参见林来梵著:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,商务印书馆2017年版,第246页。

[77] 潘念之:《维护我国法制的尊严与统一》,载上海社会科学院法学研究所编《潘念之文集》,上海社会科学院出版社2019年版,第287页。

[78] 肖蔚云著:《论宪法》,北京大学出版社2004年版,第73页。

[79] 参见张吉豫:《论算法备案制度》,《东方法学》2023年第2期,第86页。

举例而言,基于数字平台的法秩序维护义务,相关行政主体可在以下三个层面,重点对超大型平台的核心运行规范作备案要求。(1)重要自动化算法运行规则备案。重在对决策原理而非算法本身予以备案,以确保算法设计符合现行法秩序的基本理念。(2)重要权利克减规则备案。重在审查数字平台对用户权利的减损是否符合现行法的具体规定,以在平台权力和用户权利之间作恰当平衡。(3)数据和网络信息安全重要规则备案。重在数据和网络信息安全的运营规则、漏洞发布与修补规则、信息安全因素评估与共享规则等作整体备案,督促数字平台履行相应义务,完善治理规则。

(二) 共同体秩序守护义务

在法秩序之外,共同体的整体秩序也需得到守护。“如果法学要持续关注法律生活的话,则要在每一步都研究它在共同体公共生活中的功能,以及它与公共生活中其他功能的关联。”^[80] 共同体秩序的建立,也依赖于特定的义务准则。我国《宪法》有多处规定了与共同体秩序相关的行为准则、义务条款。举其要者,第 1 条规定了“禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度”,第 15 条规定了“禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”。从宪法史角度来看,规定社会主义制度是我国的根本制度,是现行宪法新增加的一项内容,它构成社会内部其他各项制度赖以产生的基础。^[81] 这项庄严的规定,塑造了现行宪法的社会主义基调,同时也与第 15 条的规定有着内在连贯性。二者以禁止性规定的方式,共同为相关组织设定了共同体秩序维护义务。

在数字平台权力的复合结构中,基于契约外观的协议性权力,对用户、相关利益主体以及市场秩序的影响最为直接。在此背景之下,就需要明确数字平台之于共同体秩序的维护义务。上述《宪法》条款,尤其是第 15 条的规定,便为数字平台设定了此类义务。基于此,对数字平台破坏金融管理秩序、侵犯知识产权、扰乱市场竞争秩序等行为的否定性评价,便可在此类规范中得到理解。“平台通常由处理数据的内部需求而产生,并成为一种有效的途径,能独占、提取、分析和使用记录下来的日益增加的数据量。”^[82] 借助于数字基础设施,平台通常倾向于在其内部强化数据、产品、内容等资源的集中与整合,然而,过度的集中整合就可能扰乱市场经济秩序。2022 年的“中国知网处罚”案,对此就有鲜明体现。^[83] 在此背景之下,强调数字平台的共同体秩序维护义务,具有重要的实践意义。

当前,针对数字平台的规范性法律文件,呈现碎片化状态。地方性、行业性规定较多,较高位阶的统一性规定比较缺乏。面向未来,在宪法层面,明确数字平台的公共义务,也可在立法层面为规范的创制提供具体指引。一方面,未来制定有关数字平台市场秩序的法律时,可将此作为重要的立法依据,写入“根据宪法,制定本法”,从而强化宪法对数字经济立法的合宪性调控功能。另一方面,在地方性和部门性立法中,可以在此类规范精神的指引下,具体细化扰乱经济秩序的类型,构建合理的平台义务规则体系。

[80] [德]奥托·基尔克著:《人类社团的本质》,杨若濛译,商务印书馆 2021 年版,第 9 页。

[81] 参见全国人大常委会办公厅研究室政治组编:《中国宪法精释》,中国民主法制出版社 1996 年版,第 99-100 页。

[82] [加]尼克·斯尔尼塞克著:《平台资本主义》,程水英译,广东人民出版社 2018 年版,第 49 页。

[83] 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》,国市监处罚[2022]87 号,国家市场监督管理总局:https://www.samr.gov.cn/fldys/tzgg/xzcf/202212/t20221226_352400.html,最近访问时间[2023-05-12]。

(三) 基本权利促成义务

我国《宪法》关于私主体的义务规定,不仅集中在《宪法》序言和总纲中,而且体现在公民基本权利条款中。具体来说,在《宪法》第二章公民基本权利篇中,也可见针对私主体的义务规定。根据规范结构,可将《宪法》基本权利条款分为两类:一类是“权利定义型”的单一条款,另一类则是“权利定义+保障方式型”的复合条款。前者仅界定了权利内涵,而后者不仅规定了权利所指,并且列明了具体的保障方式:或是采取国家保障的方式,或是采取禁止性规定的方式。采取权利定义+禁止性规定方式的条款,便会为私主体设定宪法义务,即基本权利促成义务。例如,第38条既规定了“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”,又进一步规定“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”;第40条关于公民的通信自由和通信秘密受法律保护条款,也同时规定了,除特定情形之外,“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”。与以往宪法相比,“八二宪法”的上述规定有显著进步性,更加强调对人格权和人格尊严的宪法保护。“过去几部宪法往往只规定通信自由或通信秘密,而现行宪法则把通信自由与通信秘密并列在一起规定,使公民的通信权保护更加完整,内容更加丰富。”^[84]

此类宪法条款,不仅设定了权利主体,而且具有基本权利促成的义务指向。以数字平台为代表的私主体,便可据此成为义务主体。前文已述,基于数字设施的组织化权力,是数字平台权力的重要面向。在数字平台中,人类的动作、话语、行为、关系、情感和信念将越来越多地留下永久或是半永久的数字标记。^[85]在网络3.0时代,对生命进行总体记录也已成为可能,^[86]数字追踪、算法歧视、信息监控等多有发生。如果将元宇宙等平台载体纳入观察范围,那么侵犯人格尊严、通信权等不当行为的发生,可能更加便捷。在这些情形发生时,若依据此类宪法义务条款,将基本权利保护义务的主体从传统的国家视角中解绑,并阐明平台的基本权利促成义务,则有助于维护数字法治秩序。当然,数字平台的上述义务,也不是漫无边际的,而是需要被限定在合理范围。

首先,可以基于架构便利原则,将数字平台义务具体化。数字平台的权力,在一定程度上源于原初的架构设定。在特定场景中,若通过平台架构的便利化调整,就能促成相对人基本权利的享有,则可为数字平台创设具体的义务要求。举例而言,针对“网课爆破”现象,若提供线上会议服务的数字平台,仅通过架构的优化调整,例如设置一键防护功能,提供一键关闭陌生人私信、评论、转发和@消息服务,优化私信规则等,便可促成用户权利尽可能处于圆满状态,那么相关部门便可为数字平台创设义务性规定。与之相应,在一些场景中,若平台未能充分按照架构便利原则履行义务,则可能需承担相应责任。

其次,基于合理期待原则,划定数字平台义务的履行范围。在架构之外,数字平台内部差异化的组织关系,是平台组织化权力的重要来源,它依赖于数字平台在数据、信息和算法等方面所拥有的优势资源。在此背景下,为了约束平台组织化权力行使,应基于合理

[84] 蔡定剑著:《宪法精解》(第2版),法律出版社2006年版,第265页。

[85] 参见[英]杰米·萨斯坎德著:《算法的力量:人类如何共同生存?》,李大白译,北京日报出版社2022年版,第33页。

[86] 参见[德]韩炳哲著:《精神政治学》,关玉红译,中信出版社2019年版,第84页。

期待原则,为平台划定适当的义务。所谓合理期待原则,即平台用户及利益相关方,对平台履行基本权利促成义务具有期待,且该期待与平台履行能力具有合比例性,是根据一般社会观念所应有的合理期待。例如,在近来发生的厦门“网络祭奠”一案中,由于数字平台未能对设立人与被纪念人之间的关系,以及被纪念人的死亡信息作必要的审查,最终致使具有鲜活生命的民事主体被“祭奠”,并使其人格遭受贬损。^[87]从义务视角来看,该数字平台即未积极履行基本权利促成义务,而用户对数字平台履行该义务又具有合理期待,故而数字平台应当承担相应责任。以此为例可知,宪法上数字平台的公共义务,也可在行政裁量与司法裁判说理中产生积极效用,增强法律论证的融贯性与可接受性,从而借助宪法义务机制保护基本权利。

五 结 语

现代宪法如何应对新型社会权力,是数字法治领域的关键议题。宪法的根本法和总章程性质意味着,宪法机制无法缺位于数字时代。由于宪法规范常常是法理寄托之处,因此,在当前数字法治的研究中,亟需补充宪法视角。在数字平台治理中,既需要在法理层面探究平台权力的内部构成,也需要从宪法角度,明确平台权力的行使尺度。就结构而言,数字平台权力是复合性权力,既包括基于数字设施的组织化权力,也包括具有契约外观的协议性权力。此外,基于条块治理的授权性权力,也是其重要组成部分。复合权力结构的叠加,使得数字平台成为拥有社会权力的私主体。在平台社会,当新型社会权力时常影响公民基本权利的享有,并拥有广泛的“自由裁量权”时,也将引发一个有趣而又严肃的经典话题,即宪法能否规制私主体。

随着数字科技与平台组织的兴起,国家权力和个体权利的几何关系,由此发生了形态转换。在新的几何关系中,重要的是直接面对新型社会权力,并为其寻找恰当的宪法坐标。此时,宪法观念需要因时调整,融入具有社会向度的社会宪法观,从而以宪法的内在结构、机制与价值,积极回应数字时代的社会关切。事实上,数字平台监管是一个全球性难题,尽管数字技术的本质是共同的,但面向数字时代的宪法治理,并无普遍方案可供摘选,而要根据各国的宪法规范、历史传统等,探究合理的回应方式。回到“八二宪法”之中,应基于根本法的体系涵摄视角,利用宪法义务机制,对数字平台权力予以合理约束,明确数字平台的公共义务,从而提供一种补充视角,塑造稳固的数字法治秩序。需要指出的是,本文旨在立足于宪法文本,阐明作为私主体的数字平台应当承担的公共义务,因此,在解释论意义上,它仅是思考的起点。面向未来,正如莱斯格教授所言:“网络空间的宪法会显示出更多的不确定性,这些潜在的不确定性需要我们做出选择:路在何方?”^[88]尽管未必有确定答案,但是这种基于宪法义务机制的思考,或许也提供了新的努力方向。

[87] 案例详情及相关解析,参见华子岩:《网络祭祀的现实检视及其法治应对》,《民主与法制时报》2022年12月22日第3版。

[88] [美]劳伦斯·莱斯格著:《代码2.0:网络空间中的法律》(修订版),李旭等译,清华大学出版社2018年版,第181页。

[**Abstract**] How modern constitutional law deals with new types of social power is a key issue in the field of digital rule of law. The fundamental and general charter nature of the constitution means that constitutional mechanisms cannot be absent in the digital age. Since constitutional norms often embody relevant jurisprudence, it is urgent to promote the research of the digital rule of law from the perspective of constitutional law. In the platform society, digital platforms need to assume public obligations, but the basis of the obligations cannot be reduced to the dominant position, but stems from its composite power bundle structure. Specifically, organizational power, contractual power, and empowerment power are all intrinsic elements of digital platform power. In the digital age, the geometric relationship between state power and individual rights has indeed changed due to the addition of digital social power. In the new relationship, it is important to directly confront social power and find appropriate constitutional coordinates for it, rather than recognizing the importance of restraining social power but being subject to the inertia of thinking, and only finding indirect balancing solutions at the poles in the relationship between the state and the individual. In general, the rise of digital platform power has made it necessary for the concept of the constitution to be adjusted and integrated into the social constitutional concept. In the existing theoretical spectrum, the theory of the private effect of the constitution, social constitutionalism theory and the theory of digital constitutionalism all present the theoretical picture of the constitution's intervention in social relations, but they also have inherent limits in practice. This means that, although the essence of digital technology is common in the global digital era and the results of digital platform power alienation are similar, there is no universal solution to the problems in constitutional governance, and it is still necessary to return to the historical tradition of the constitution and explore reasonable ways to respond to the problems. In the face of large-scale and covert platform power, the constitutional obligation mechanism needs to be re-examined. When returning to the "1982 Constitution", it is possible to use the constitutional obligation mechanism to reasonably restrict the power of digital platforms from the systemic perspective of the fundamental law. The norms of obligations in the current constitutional law not only contain the basic obligations of citizens but also present a composite obligation system that includes a variety of social subjects. Specifically, the public obligations of digital platforms in constitutional law include the obligation to maintain legal order, the obligation to safeguard the community order, and the obligation to promote basic rights. In the digital context, the above obligations can play a positive role in the recordation and review of platform rules, the refinement of digital platform legislation, and the reasoning of administrative discretion and judicial judgment, thereby providing a constitutional perspective and shaping a solid digital rule of law order.

(责任编辑:支振锋)