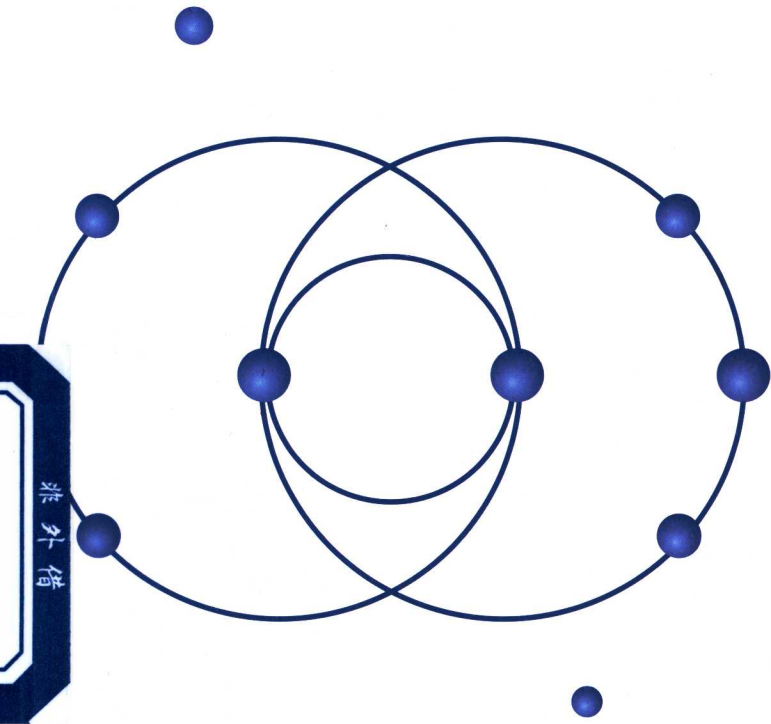




国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

新技术法学研究丛书

丛书主编：张保生 郑飞



从平台治理到治理平台

平台自我规制的风险与问责分析

肖梦黎——著



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

新技术法学研究丛书

丛书主编：张保生 郑飞

从平台治理到治理平台

平台自我规制的风险与问责分析

肖梦黎 — 著



中国政法大学出版社

2023 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

从平台治理到治理平台：平台自我制的风险与问责分析/肖梦黎著. —北京：中国政法大学出版社，2023. 8

ISBN 978-7-5764-0811-9

I. ①从… II. ①肖… III. ①互联网络—科学技术管理法规—研究—中国
IV. ①D922. 174

中国国家版本馆CIP数据核字(2023)第021749号

从平台治理到治理平台：平台自我制的风险与问责分析

- 书 名 CONG PINGTAI ZHILI DAO ZHILI PINGTAI
PINGTAI ZIWOGUIZHI DE FENGTIAN YU WENZE FENXI
- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮 箱 bianjishi07public@163.com
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908466(第七编辑部) 010-58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 18.75
- 字 数 250 千字
- 版 次 2023 年 8 月第 1 版
- 印 次 2023 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价 85.00 元

总 序

21 世纪以来，科技迅猛发展，人类社会进入了新技术“大爆发”的时代。互联网、大数据、人工智能、区块链、元宇宙等数字技术为我们展现了一个全新的虚拟世界；基因工程、脑机接口、克隆技术等生物技术正在重塑我们的生物机体；火箭、航天器、星链等空天技术助力我们探索更广阔的宇宙空间。这些新技术极大地拓展了人类的活动空间和认知领域，丰富了我们的物质世界和精神世界，不断地改变着人类社会生活的面貌。正如罗素所言，通过科学了解和掌握事物，可以战胜对于未知事物的恐惧。

然而，科学技术本身是一柄“双刃剑”。诺伯特·维纳在《控制论》序言中说，科学技术的发展具有为善和作恶的巨大可能性。斯蒂芬·霍金则警告，技术“大爆炸”会带来一个充满未知风险的时代。的确，数字技术使信息数量和传播速度呈指数级增长，在给人类生产和生活带来信息革命的同时，也催生出诸如隐私泄露、网络犯罪、新闻造假等问题。克隆技术、基因编辑等生物技术在助力人类攻克不治之症、提高生活质量的同时，也带来了诸如病毒传播、基因突变的风险，并给社会伦理带来巨大挑战。

奥马尔·布拉德利说：“如果我们继续在不够明智和审慎的情况下发展技术，我们的佣人可能最终成为我们的刽子手。”在享受新技术带来的便利和机遇的同时，提高风险防范和应对能力是题中应有之义。我们需要完善立法来保护隐私和知识产权，需要通过技术伦理审查确保新技术的研发和应用符合人类价值观和道德规范。尤为重要的是，当新技术被积极地应用于司法领域时，我们更要保持清醒的头脑，不要为其表面的科学性和

查明事实真相方面的精确性所诱，陷入工具崇拜的泥潭，而要坚持相关性与可靠性相结合的科学证据采信标准，坚守法治思维和司法文明的理念，严守司法的底线，不能让新技术成为践踏人权的手段和工具。

不驰于空想，不骛于虚声。在这样一个机遇与挑战并存的时代，我们应以开放的胸襟和创新的精神迎接新技术带来的机遇，也需要以法治理念和公序良俗应对新技术带来的挑战。弗里德里奇·哈耶克曾反思道：“我们这一代人的巨大不幸是，自然科学令人称奇的进步所导致的人类对支配的兴趣，并没有让人们认识到这一点，即人不过是一个更大过程的一部分，也没有让人类认识到，在不对这个过程进行支配，也不必服从他人命令的情形下，每一个人都可以为着共同的福祉做出贡献。”因此，在新技术“大爆发”的新时代，我们需要明确新技术的应用价值、应用风险和风险规制方式。本丛书的宗旨就在于从微观、中观和宏观角度“究新技术法理，铸未来法基石”。阿尔伯特·爱因斯坦说过：“人类精神必须置于技术之上。”只有良法善治，新技术才能真正被用于为人类谋福祉。



2023年12月

序 言

我记得是在 2011 年 9 月，接到了来自一个本科生的邮件，表达了报考我的硕士研究生的志愿。因为她在高中就出过一本散文集，计划研究的课题也很有学术趣味，给我留下深刻的良好印象，我立即回复表示欢迎，并提供了阅读文献的清单和治学建议。这个学生就是肖梦黎，她从 2012 年 9 月开始正式跟我硕博连读。梦黎颇有才华和活动能力，研究进展非常顺利，也不太让导师费心。仿佛在不经意间，她就完成了结婚、生娃、发文、获得博士学位、就职等一系列规定动作，宛若演奏节奏感很强的踩点音乐。她从进入博士生阶段起，就转而深入考察和分析那些正在崛起的互联网平台企业以及相关的治理和法律问题，先后发表了若干篇颇见功底的论文。现在，她将这些研究成果整合成一本专著出版，希望我撰写一篇序言，当然是要欣然命笔的。

本书的问题意识非常清晰，就是从风险社会和问责机制的角度来阐述网络大平台的自我规制和外部监控。作者采取法社会学的方法，从不同角度进行透视，指出平台兼有企业和市场双重属性，并形成了某种三位一体的治理创新机制——柔性的信用评价、隐性的交易撤销、刚性的处罚权力。这种通过平台进行的治理本质在于自我规制，但却伴随着系统故障、数据安全、利益垄断等风险。为此，需要加强平台与用户以及政府之间的风险沟通，也需要来自外部的强制性举措来防范平台失察和自治滥用等风险转化成现实的危害。在这里，公众参与和责任追究是两个关键性的操作杠杆。仅就问责而言，通过责任的类型化来确立更合理的规制框架具有重

要的意义。

众所周知，在互联网 2.0 阶段，中国起初采取了鼓励数字化沟通和互动以及创新、创业的法律政策，行政权和司法权都乐见大数据不断积累并产生经济价值，从而迅速形成了以腾讯、阿里巴巴、抖音、百度、携程等为代表的网络平台巨头。正如本书作者指出的那样，出于现实需要和正当化考虑，平台不仅能广泛行使自治权，甚至还能代替政府对平台上的交易活动进行监管，享有广泛而强大的算法权力。但是，从 2018 年起，这些平台的市场支配地位的影响以及个人信息安全问题开始受到广泛关注，法律政策也开始调整，试图限制平台巨头们的市场行为。2020 年，中国政府对某些大型网络平台采取了断然的反垄断举措。

在阅读书稿和回顾“互联网+”的发展过程之际，我的脑海突然浮现了一个主权利维坦（Sovereign Leviathan）和一群平台怪兽们（Platform Behemoths）互相博弈的意象。正如弗兰西斯·福山指出的那样，中国从秦代开始就形成了具有很强执行力的国家。20 世纪的社会革命，又造成了一个空前巨无霸的主权利维坦。在改革开放时代，市场机制不断运作，导致个人自由逐渐扩大，也导致科技企业特别是网络平台的迅速抬头，形成了评分社会和算法助推的权力。然而进入数字化时代后，这个主权利维坦摇身一变，通过赛博空间演化成一个算法利维坦（Algorithm Leviathan），对企业的算法助推和个人之间的网络合作进行监控。

从 2022 年末开始，ChatGPT 风靡全球，并给个人以及平台企业赋能。据不完全统计，到 2023 年 5 月，中国科技企业和网络平台推出了 79 个各种类型的人工智能大模型，其中 34 个是通用类大模型。这意味着主权利维坦除平台怪兽之外，还面临来自几十个功能强大的大模型怪兽（Large Model Behemoths）的挑战。另一方面，区块链技术的应用使互联网 3.0 在中国迅速普及，在游戏元宇宙、社交元宇宙以及工业元宇宙中，每个人俨然都变成了主权者，社区规则成为虚拟空间秩序的基础。这意味着主权利维坦还面临来自十四亿主权个人（Sovereign Individuals）的挑战。

鉴于上述五边形的合力不断塑造和重构的大变局，中国政府的对策是通过统一的基座模型来收编和整合几十个大模型怪兽以及平台怪兽，通过主权区块链来防范主权个人们之间点对点互动失控的风险。其结果，势必造成一个规模巨大、法力无边的算法利维坦。就像米歇尔·福柯所预感的那样，这种算法利维坦其实也就是一种全景敞视装置。在这里，亿万个探头形成视线的陷阱，造就大卫·莱昂所描绘的那种监视社会以及监视文化。这种算法利维坦无所不在、功能强大，只有通过人工智能系统内嵌的公正程序以及不同人工智能系统之间的分权制衡才能防止它的滥用。当然，还需要本书所强调的公众参与或者民主化人工智能（Democratic AI）来进行以同意为前提的规制以及柔性规制。

在本书的引言中，作者一开始就追问平台是什么、平台能做什么、平台改变了什么等尖锐的问题，并进行了深入而全面的考察和回答。在这条思路的延长线上还可以说，在进入大模型和生成式人工智能时代之后，平台治理以及治理平台都会进一步引起各种本质性变化，改变社会秩序的形状。特别是在主权利维坦、算法利维坦、平台怪兽、大模型怪兽以及个人主权意识之间互动的复杂关系中，现代法治的程序正义原则以及风险社会的沟通和问责机制也将被重新定义并发挥更加重要的作用。我认为，这正是关于打分社会、数字国家、算法助推以及平台治理的法社会学研究的价值之所在。已经担任华东理工大学法律社会学研究中心副主任的梦黎，或许正在考虑和布置数字化转型中理论和实证分析的新课题，期待她今后陆续推出更多更好的论著。

是为序。

季卫东

2023年端午时节

引言

面对平台这种新的组织形式，我们有很多问题想问，有很多问题还没有答案。当展开这一系列问题的画卷，首先想知道：

(1) 平台到底是什么？平台企业兼具企业与市场的双重属性，因此难以匹配现有的规制模式。平台具有用网络效应吸引交易量、以高效的搜索匹配能力降低交易成本等特点，用户退出单一平台并不像离开美国去俄罗斯那么简单。平台的核心交易要素是数据而非商品，数据不是石油，其价值以大规模汇聚为基本前提。平台企业对数据的使用并非简单赚取差价，而是希望通过数据生产与算法预测提升决策效率，最终产生超额收益。

(2) 平台能做什么？平台做得好吗？平台并不是恶兽，天然需要通过自我约束、自我治理来吸引两边的用户。看起来合规优秀、有企业责任感的大型平台才能真正屹立鳌头。平台自治是政府监管部门与企业默契合谋的潜在结果：一方面，“命令—控制型”的强力监管并不适合异质性较强的新兴技术领域，法律不完备与执法不足很难避免；另一方面，自我规制具有信息优势与架构优势，能够有效减缓风险认知中的二元对立，反过来降低政府的规制成本与规制责任。

(3) 平台改变了什么？互联网平台正经历着迅速崛起与超速发展，并且以席卷之势侵入每个个体的日常生活场景。平台通过算法的隐微控制改变了我们的距离、我们存在的形态，甚至是我们究竟是谁。Amazon 的预期派送、社交平台对特定话题的操纵与精准推送对我们的生活形态造成了深刻影响，使我们实质上过上了一种迎合算法的生活。

平台企业自治的初衷在于降低规制成本、消弭风险带来的偏在性。平台企业建构了一个规范闭环，对于进入平台交易的主体均有规制效力。这就暗合了法律多元主义的一个命题，即一定条件下，在给定的场域内，是一些非国家法的规范秩序在发挥着更为重要的作用。

(4) 平台需要被怎么管理？平台企业虽然努力进行自我管理，打造更优质的形象，但同时产生了新的权力结构以及无法消弭随处可见的风险。平台企业的权力多数时候不表示为传统意义上的“压制”与“审查”，而更像是一种以“同意”为前提的，使用代码、软件、架构与协议，渗透到“最微妙的个体行为中”的权力，其中有传统社团的刚性处罚权，也有发展到互联网平台才逐渐兴盛的柔性“算法与数据权力”。公民权利与平台权力互相影响；国家权力既可能被平台权力所规避，也可能将平台权力形塑甚至收编。不同发展阶段、不同类型的平台会主动选择或被动接受不同的权力关系。平台企业利用权力建构出了“决定者”与“被决定影响者”，从而成了各种风险产生的前提。平台企业不但可能产生科学技术视角下的风险，也可能产生社会科学意义下可归咎于决定的风险（比如歧视性定价、搜索排名、定向广告等），以及平台企业的失察风险与自治滥用的风险。

考虑到现代社会的风险的弥散性与平台自治中风险的再生性，需要加强平台—政府—用户关系中风险沟通的效率与信度。平台企业应将技术性问题拆解为可理解的话语，就规则创设、修改与执行的各个方面进行说明解释，从寻求“公开”变为追求“透明”。平台兼具自我规制者与专家知识掌握者的双重身份，很容易对其引发知识、资本与权力共谋的警惕，因此需要民主理念的进入使得平台权力的运转变得清晰可见。这种说明解释义务应该是非强制性的，由各方共同形成一种强大的外部压力，迫使平台进行自我设限并完善其风险沟通机制。

若潜在风险演化成了实质性的损害，平台企业还需要承担强制性的“归因—课责”责任。对自我规制进行风险规制时需要考量无序成本与权

力成本，继而在自我规制、司法介入与行政监管与国有化等规制方式中作出选择。具体归责要考虑到“规制总强度恒定”与不同类型平台企业中规制阶梯的存在。不同阶段、不同类型的平台企业应该综合风险控制与成本收益等因素选择合适的外部介入模式，将预防原则与回复性原则的精神渗透到规制过程中，以期在尊重自我规制、保护用户权益与推动产业创新间达到一种平衡。

本书通过详实的法社会学分析研究平台权力的生成样态，对平台的创新治理机制等内容进行深入剖析，不仅满足于对社会现实的切实回应，还试图找寻到技术与文明碰撞中的理论命题，如量化自我与评分社会的冲突，数字时代人权保护的薄弱与主体性的丧失等，最终从法律规范与社会治理的双重角度为平台治理提供一些有益的思考建议。

目 录

导 论	001
第一章 在现实与理论之间：选择自我规制的平台企业	029
第一节 平台企业的含义与演变史	031
第二节 平台企业的自我规制	043
第三节 平台企业自我规制的现实原因	050
第四节 平台企业自我规制的正当性基础	058
第二章 平台三位一体的创新治理机制	069
第一节 信用评价机制	072
第二节 结构化的交易撤销机制	081
第三节 违反平台规范的处罚机制	084
第三章 平台企业因自我规制产生的四重风险	089
第一节 风险话语与其类型化	092
第二节 平台企业因技术与系统故障产生的风险	097
第三节 数据与算法引发的风险	100
第四节 平台垄断：真的风险还是被虚构的风险	108
第五节 平台因自我规制产生的额外风险	110
第四章 平台企业自治与他治间的互动	121
第一节 自我规制的核心：平台权力	123

第二节	刚性权力：交易规则中的处罚权	130
第三节	柔性权力：基于数据的隐微的控制权	132
第四节	平台权力与公民私权利的互动	141
第五节	平台权力与政府公权力的互动	145
第五章	通过风险问责实现公众对平台治理的参与	155
第一节	风险、问责与公众参与	157
第二节	公众对平台进行问责的内容与限度	165
第三节	公众与平台企业间的风险沟通图谱	168
第四节	平台治理中风险沟通的不足与优化	175
第六章	划界与制裁：平台企业的责任变迁	183
第一节	对自我规制的规制：迈向被规制之路？	185
第二节	治理平台企业的制度推演与规制选择	190
第三节	规制平台企业的基本原则	197
第七章	我国对平台企业的规制选择	209
第一节	平台法律责任的类型化	211
第二节	我国平台责任的规制框架	214
第三节	对平台技术风险进行的归责	218
第四节	针对算法风险的归责	226
第五节	平台自治风险引发的归责	232
结 语		240
参考文献		243
关键词索引		275
后 记		282

导 论

一、选题缘由

网络平台企业正经历着迅速崛起与超速发展，以席卷之势侵入每个个体的日常生活场景。平台企业具有用直接网络效应与间接网络效应来吸引交易量、以高效的搜索匹配能力降低交易成本，以及兼具企业与市场双重属性等特点。网络平台企业是平台企业演进过程的最新阶段，既具有平台企业的共同属性，也有互联网环境下的新特点。一方面，网络平台企业不受物理疆域的限制并具有技术上的架构优势，给传统意义上政府主导的规制带来了巨大难题。另一方面，网络平台企业自我建构了一个规范闭环，对于进入平台交易的主体均有规制效力。平台企业的自我规制意味着“被规制主体自己设计规制规则，并且自己执行这些规则”。〔1〕在法律真空或市场需要的情况下，自我规制是一种“执行私人权威的手段，一种自我设计并执行规则的努力”。〔2〕平台企业的自我规制可能产生技术与系统风险、算法操控风险以及权力外溢风险，从而给利益相关方造成包括财产权、人身权在内的基本权利的妨害。这时对平台企业自我规制的规制就显得尤为重要，需要择机进行政府的适时监管与司法介入。

对于平台企业自治的讨论与法律多元、自创生理论以及软法理论等密切相关。法理型统治（即通过一套逻辑一致的法律规则对社会进行治理）的出现恰好与民族国家的兴盛近乎同步，于是形式理性的法律开始与国家挂钩，进而更新了国家强制力的概念内涵。〔3〕“组织严密的国家既体现了人类理性的成就，也是大规模、统一化地实施法律的最佳载体。因而国家成为

〔1〕 Virginia. Haufler, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Brookings Institution Press, 2001, p. 9.

〔2〕 Renée de Nevers, “(Self) Regulating War? Voluntary Regulation and the Private Security Industry”, *Security Studies*, 18 (3), 2009.

〔3〕 罗豪才、周强：“软法研究的多维思考”，载《中国法学》2013年第5期。

了法律领域中理性的代言人，严格的法律程序成为了理性的背书。”〔1〕这一认识在客观上使国家垄断了立法的权力，使法律等同于“国家法”，遮蔽了法律中的复杂内涵与法律实施机制的更多可能，从而有意无意地将社会自我规制边缘化。其实，真实社会中存在着“多种多样的规制性秩序”，“社会之法、法学家法与国家法在同一领域中形成了共存、合作，或者竞争的互动关系”。〔2〕“活法必须在婚姻契约、购销契约、社会联合体章程以及商号章程中，而不是在法典的条款中寻找。”〔3〕

法律多元的视角有助于深刻理解平台企业的自我规制。正如罗豪才教授所说，“我们不能似是而非地认为软法是不会规定法律后果的。事实上，软法不仅可以规定法律后果，而且还可以依靠组织的自治力来追究软法责任。”〔4〕这里的“自治力”和“软法责任”，指向的是平台企业在自我规制过程中所生成的不同类型的权力，借由权力施行，对相关方的利益造成了切实的影响。平台促成了权力结构的变革，需要继续讨论平台权力与国家权力的互动，以及如何对权力进行问责与对受影响方提供救济。在功能分化的社会中，不同子系统〔5〕间不存在“显著性”的关系，〔6〕法律对其他系统的直接介入一方面效果不佳，另一方面可能暴露出国家法自身的规制困境。因此法律应该对不同系统的自我规制给予尊重，只对其进行程序的介入，而尽量不要使个体形成对国家的依赖。

虽然平台自治以降低成本、控制风险为初衷，但风险是弥散且难以消灭

〔1〕 郑戈：《法律与现代人的命运：马克斯·韦伯法律思想研究导论》，法律出版社2006年版，第102~108页。

〔2〕 [奥] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，第36页。

〔3〕 [奥] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，第78页。

〔4〕 参见罗豪才、毕洪海编：《软法的挑战》，商务印书馆2011年版，第377页。

〔5〕 系统论认为社会是自我指涉的，不同功能分化领域彼此间的关系被视为系统与环境的关系。关键在于每个子系统是封闭的（closed）。自创生系统，不仅是自组织的（self-organizing），而且是自我生产的（self-producing）。它有三个特点：自治性、循环性、自我指涉。构成系统的基本单元既不是“规范”，也不是“行动”（或是与此相关的“个体”“角色”），而是“沟通”。

〔6〕 [美] 托马斯·C. 谢林：《微观动机与宏观行为》，谢静、邓子梁、李天友译，中国人民大学出版社2005年版，第13页。