

【法学研究】

网络社会治理中软法的效能及适用路径*

孟 璐

摘要:对于网络社会治理,以硬法为主的传统法治模式凸显规制依据滞后、手段不足、效果有限,难以适应互联网新业态的发展需求。网络社会的结构性特征和运行逻辑为软法的适用提供了条件,但目前软法规范在网络社会治理中未能发挥应有的作用。针对软法自身不够完善、实施效力不足等问题,为提升软法在网络社会治理中的效能,应当科学布局、统筹规划软法的调整领域,规范软法的形成程序,探索软法与司法相衔接的纠纷解决机制。

关键词:网络社会;软法治理;备案审查;司法衔接

中图分类号:D922.17

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2021)05-0063-03

一般而言,法是指“那些体现国家意志,由国家制定或认可,依靠国家强制力保障实施的法律规范”^①。这种带有强烈“国家性”的法,可以称为硬法。硬法以“命令—服从”“违法—制裁”为规制模式,面对网络社会中多元参与、多元共治的特性,不可避免地出现阶段性失灵,由此产生法治真空地带。^②实际上,在硬法之外,关于网络社会治理还存在大量以纲要、规划、建议、指南、标准、通知、章程等命名的规范性文件,可称之为软法。党的十九大报告提出建立网络综合治理体系,《法治社会建设实施纲要(2020—2025年)》重申这一要求。在推进国家治理体系和治理能力现代化的背景下,有必要审视网络社会治理面临的法治困境,对网络社会治理中软法的规范效能进行考察,实现软法与硬法的良性互动。

一、网络社会治理中硬法规制的困境

近年来,我国不断加强网络法治建设,关于网络基础设施建设、网络技术应用、网络公共服务、网络安全管理的法律框架初步形成。《网络安全法》《电子商务法》《密码法》分别于2017年、2019年、2020年实施,《数据安全法(草案)》、《个人信息保护法(草案)》已公开征求意见,《广告法》《反不正当竞争法》《商标法》《未成年人保护法》等法律中涉及互联网的内容被修补。整体上看,立法持续关注网络社会现实,网络社会法治规范趋于体系化。但是,目前以硬法为主的法治模式,已经很难对网络社会中的诸多问题作出有力回应。

1. 规制依据滞后

硬法的立法程序复杂、成本较高,具有一定的滞后性。由于法律的制定、更新跟不上互联网技术的发展,使得在数据安全、个人信息保护、人工智能风险防控等方面存在大量的法律漏洞。“法无禁止即可为”的硬法裁判规则,使得处于合法与违法之间的行为缺乏规制依据,不利于打造良好网络生态。比如,在网络信息内容标准的设定上,《网络安全法》列举了不得进入网络空间的信息类型,通过禁止性规范明确了网络信息内容的“上限”——不违法,但未明确网络信息内容的“下限”——不违反道德伦理。现实中,涉及“三俗”等不良倾向的信息违背社会公序良俗、道德风尚,如果将其纳入国家法律规制,可能会造成法律所保护的法益泛化,而如果将其置于道德评价范围,可能会加剧网络失范行为的发生。如何对此类信息进行内容管控,急需新的规制依据。

2. 规制手段不足

硬法虽有一定的普遍适用性,但对网络社会的具体问题难以精准适用。如随着越来越多的市场主体在经营中采用“互联网+”模式,垄断和不正当竞争行为由线下扩展到线上。2020年12月,国家市场监督管理总局依据《反垄断法》对涉嫌互联网垄断的阿里巴巴投资有限公司、阅文集团和深圳市丰巢网络技术有限公司分别处以50万元罚款的行政处罚。^③今后,网络社会中更为隐蔽的新型垄断会不断涌现,市场主体可能通过数据选择性共享达到隐性合谋的目的,或者

收稿日期:2021-03-05

* 基金项目:国家社会科学基金项目“总体国家安全观视阈下反恐刑法的理念抉择与规范构造研究”(2019F001);河南警察学院一流科研团队建设项目“数据法治和合规研究”。

作者简介:孟璐,女,西北政法大学反恐主义法学院博士生(西安 710063),河南警察学院法律系副教授(郑州 450046)。

通过机器深度学习实现算法改进,进而形成默示合谋,使得《反垄断法》中规制垄断协议的制度难以发挥作用。^④网络技术发展伴随的风险与现实社会中的矛盾相叠加,加剧了网络社会治理的复杂性,加大了治理难度。如目前得到广泛应用的个性化算法推荐,在提高信息分发效率的同时潜藏信息茧房、内容安全方面的问题;AI 技术等深度学习技术的应用,使伪造图片、音视频的门槛进一步降低,为假冒他人身份进行敲诈勒索等违法犯罪的实施提供了便利。如何对网络社会中的行为和秩序进行有力的监管和维护,既是技术问题,又是法律问题。对此,硬法的规制手段面临挑战。

3. 规制效果有限

以适用硬法为主的传统社会治理方式,对行业组织、企业等社会主体的自我规制以及社会群体之间的合作规制缺乏关注,对社会主体自我管理、自我调适等自律手段不够重视,导致法律规范的实施在一定程度上缺乏社会认同。这凸显硬法作用的有限性。硬法的单向度治理,既不能覆盖所有领域,又缺乏灵活性。网络社会平等、自由、开放、共享的特性,要求在硬法之外引入新的规制手段以提升治理效能。

二、软法作用与网络社会治理的适洽性

姜明安教授认为,软法主要有 6 种表现形式:法律法规中的指导性意见与原则;实践中形成的行政惯例;党的规章制度;社会自治组织和基层群众组织设立的规章制度;司法判例;国际间的惯例。^⑤根据这种“国家—社会”层面的二分法,关于网络社会治理的软法包括两类:其一,国际上或国家机关发布实施的专业标准,以及有关部门为治理网络社会而发布的指导性、号召性、激励性公共政策和没有明确的责任条款的法律文本或弹性法律条款。^⑥其二,非国家主体创设、解释、执行的规则,包括网络运营者和网络相关行业组织建立的组织规范、行为规则、纠纷解决机制等。网络社会有独特的结构性特征和运行逻辑,为软法的适用提供了条件。

1. 软法契合网络社会的内在特性

相较于硬法,软法适用于网络社会治理的突出优势表现在三个方面。其一,软法的制定方式灵活,没有严格的程序限制,能够及时回应技术创新的需求。网络社会建立在信息技术发展的基础上,而技术发展日新月异,要求治理规则及时跟进。在一定意义上,软法能够填补硬法未能及时调整的社会关系领域,强化法律机制的完备性。其二,很多软法的制定中“每一个参与者都应该被同等看待,具有相同的表达见解的权利”^⑦,使得软法具有更大的包容、吸收不同利益的特性。对于线下行业在网络空间拓展中出现的问题以及线上新技术应用引发的矛盾,如果直接适用硬法,可能不利于企业创新发展;而基于多方合意形成的软法,契合网络社会“去中心化”的结构,更能得到相关主体的认同和遵从。其三,软法具有公约、章程、标准等多种表现形式,载体多样、适应性更强,主要借助于自律、互律机制等柔性治理方式得以

实施,适应网络社会多点交互链接下法律关系的复杂性。

2. 软法符合网络社会“善治”的需求

针对网络社会扁平化的结构,理论界提出适用“元治理”“善治”等治理模式,其中“善治”模式引起较大反响。所谓“善治”,就是使公共利益最大化的社会治理过程。俞可平教授提出“善治”的基本要素是:合法性、透明性、责任性、法治、回应、有效。^⑧对此,笔者深以为然。网络社会治理属于社会治理的范畴,对其法治化着力点的选择应当置于法治国家、法治社会建设的宏观视域下。法治国家强调国家权力即政治的法治化,法的调整对象侧重于公权力及其运行;法治社会着眼于社会生产、生活的规范有序,法调整的重点是社会自治和个体社会成员的行为及其互动。^⑨因此,网络社会治理法治化的重点在于网络运营者的自我管理以及国家和相关行业的合作治理,具有回应性、说服力、指导性的软法能够在这两个领域同时发挥作用。

三、网络社会治理中软法的适用路径

1. 网络社会治理中软法适用的现实考察

(1) 覆盖领域有限。现实中,软法规范对重点领域、新兴领域和涉外领域的关注还需进一步加强。比如,我国数据共享、数据交易等产业处于探索发展阶段,在平台性质、行业标准等关键问题上还没有达成共识,对人脸识别、算法自动化等新技术手段应用带来的侵犯个人隐私权等问题还难以进行有效规制;在涉外交往中,数据跨境流动日益频繁,国家之间也需要对数据跨境流动规则达成共识。对于这些领域,软法介入的形式、范围和程度都需予以理性评估、审慎确定。

(2) 调控机能不健全。虽然软法越来越受到重视,但其调控机能亟待健全。一个突出表现是:软法制定主体往往具有一定的价值偏好,如行业组织、网络企业等受利益驱动,在相关软法规范的制定中可能会违背公共利益或损害消费者权益。以编码方案和技术标准为例,网络平台开发商及运营商会基于其在网络社会中的特定地位,利用技术优势形成话语垄断,将自我偏好和自我利益带入相关软法规则的制定中。此外,网络市场的开放性使得软法规范具有溢出性,对行业之外的主体产生影响;^⑩而软法的制定往往缺乏严格的监管程序,难以兼顾其溢出效应是否符合公共利益。

(3) 实施效力不足。随着互联网经济的兴起,以支付宝用户争议处理规则、淘宝平台上虚假交易认定与处罚规则等为代表的网上争端解决机制在维护网络交易秩序中起到重要作用。相对于司法救济,这种非正式救济在成本、时效上具有优势,但调控效果并不尽如人意。比如,一些网络平台的纠纷解决人员与客服人员、售后人员相混同,解决纠纷的中立性、专业性不足;个别网络平台面对客户投诉,只是简单地将问题反馈给被投诉方,并不积极采取实质性措施以促成妥当的争议解决方案。另外,在软法的柔性惩罚机制下,违法成本较小,导致软法的实施动力不足。

2. 网络社会治理中提升软法效能的路径

(1) 拓展软法的适用空间。首先,软法规范应顺应网络社会发展态势,将治理重心向重点领域倾斜。随着数据成为关键生产要素,网络社会治理已阶段性地演变为数据治理问题,这一阶段可能会持续相当长一段时间。^①在数据要素市场中,只有使数据有效流动,才能激发和释放数据价值。这就需要明确数据的权属,制定数据开放共享、交易流通等方面的标准。2020年深圳等地对数据交易立法进行了探索,为确保法治统一,在上位法缺乏的情况下,其他地方可予以借鉴,结合本地产业发展实际,以规范性文件或行业标准等软法形式规制数据交易。其次,软法应充分发挥在新兴领域规范新技术应用的优势。如前文所述,软法较之硬法的一个天然优势是能及时应对新技术升级换代产生的新问题新矛盾。面对网络社会关系和社会结构日趋复杂的态势,软法应充分发挥利益平衡功能,促使网络主体加强自我规制,保障互联网行业创新发展。最后,在涉外领域,软法规范可成为解决网络空间冲突的重要工具。在网络信息安全、数据跨境流动、数据争议事件管辖等问题的解决中,适用政府间双边、多边对话协商等软法机制不失为一种理性选择。

(2) 规范软法的制定程序。软法本就缺乏国家强制力支撑,如果在实施过程中又缺乏自我规制力,就会面临不被遵守的风险。自我规制是主体在自觉意识引导下的自主行动。相关主体能否自觉遵从软法,一个关键因素是软法的制定程序是否规范。因此,在网络社会治理的软法制定过程中,政府要尊重网络主体的自我规制意愿,同时增强其制定、实施软法的能力,确保各相关主体参与的直接性、广泛性。具体而言,相关政策文件中要明确软法制定的参与表决机制,如专家论证、民意调查等机制。另外,要健全软法备案审查机制,实现软法与硬法协同治理。硬法是软法规范的底线,能倒逼相关主体更好地自律,强化软法的正当性与合法性。政府有关部门要对互联网行业规范、技术标准等进行备案审查,对其中的非理性内容在硬法框架内进行合理调整,防止互联网企业转嫁责任、转移风险;同时,要鼓励、引导互联网行业协会建立同业审查机制,对属于基础层、中间层、信息流通层的内容分别适用不同的审查方式,以增强审查的实效。

(3) 探索软法与司法相衔接的纠纷解决机制。我国《电

子商务法》鼓励电子商务平台经营者建立争议在线解决机制,但未予以进一步阐释。相关软法规范应当对该机制进一步细化、完善,明确该机制的适用条件、运行程序、对用户数据隐私的保护等要求,促进该机制有效运行。针对软法实施效力不足的缺陷,可以尝试软法与司法相衔接的机制。对于涉及网络社会治理的案件,数额较大、法律关系复杂或者在社会上有较大影响的,采取诉讼的方式处理;法院裁定不予立案的,引入软法解决机制处理。软法规范中的相关标准,可以在诉讼中援引采用,以强化司法裁决的专业性。可以利用大数据存储技术,实现数据共享,为案件在软法适用与司法裁决中流转创造条件。

打造健康的网络生态,需要软法与硬法协同配合、互相促进。其中,硬法注重制裁与惩罚,软法重视宣示与评价;硬法依靠命令与规制,软法仰仗教育与引导。硬法惩罚机制更多是外部的、直接的、有形的、物质上的,主要用于规范行为,划定治理框架;软法惩罚机制更多是内部的、间接的、无形的、精神上的,主要用于促进主体自律,强化社会自治。软法的适用在网络社会治理中不可或缺,将来有很大发展空间。

注释

- ①沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社,2004年,第42页。②廉睿、卫岳宁:《由“硬法之维”到“软硬混治”——中国法治进程中的软法资源及其运作路径》,《学习论坛》2016年第4期。③《阿里巴巴等三家企业受到行政处罚》,澎湃新闻,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10391566,2020年12月14日。④王先林:《平台经济领域反垄断的趋势、挑战和应对》,《山东大学学报》2021年第1期。⑤姜明安:《软法在推进国家治理现代化中的作用》,《求是学刊》2014年第5期。⑥罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社,2006年,第198—199页。⑦罗豪才:《软法的理论与实践》,北京大学出版社,2010年,第58页。⑧俞可平:《全球治理引论》,《马克思主义与现实》2002年第1期。⑨江必新、王红霞:《国家治理现代化与社会治理》,中国法制出版社,2016年,第19页。⑩李洪雷:《论互联网的规制体制——在政府规制与自我规制之间》,《环球法律评论》2014年第1期。⑪方禹:《关于我国数据治理法治构建的几点思考》,《中国信息安全》2020年第10期。

责任编辑:林 墨

The Effectiveness and Application Path of Soft Law in Network Social Governance

Meng Lu

Abstract: For the governance of network society, the traditional rule of law model based on hard law highlights that the regulatory basis is lagging behind, the means are insufficient, and the effect is limited, so it is difficult to adapt to the development needs of new internet formats. The structural characteristics and operation logic of network society provide conditions for the application of soft law. However, at present, soft law norms have not played their due role in the governance of network society. In order to improve the effectiveness of soft law in the network society governance, we should make a scientific layout and overall planning of the adjustment field of soft law, standardize the formation process of soft law, and explore the dispute resolution mechanism of soft law and justice.

Key words: network society; soft law governance; record review; judicial connection