

网络平台行为规制中的基本权利私人间效力论之否定

刘爱茹*

内容提要：对于我国应否接受基本权利私人间效力论，并将其运用于近年来热议的网络平台行为规制当中，有必要从实践角度提供参考。基本权利私人间效力论之实践，主要包括立法和司法机关在基本权利保护的指引下进行民事立法和司法，以及有权机关对立法和司法机关基本权利保护义务履行之审查。基本权利私人间效力论本欲全面实现基本权利的价值、完善部门法的实施，并更有效地保护基本权利。但相关实践不仅无法实现其目标，反而导致基本权利价值贬损、部门法的独立性和法的安定性受到破坏，并不利于基本权利的保护。通过实践考察及反思可以明确，我国没有也不应将网络平台视为宪法约束对象，应坚持在部门法框架内调整网络平台私益冲突。

关键词：基本权利 网络平台 第三人效力 宪法 部门法

一、问题的提出

“基本权利私人间效力”是宪法学的重要基础性概念，其代表性定义是“宪法基本权利除了个人可对国家主张的权利外，也对私主体间的民事权利义务关系发生某种、某程度或某范围的效力、效果或影响”^{〔1〕}。德国基本权利第三人效力（Drittwirkung der Grundrechte）之直接效力说、间接效力说和国家保护义务理论是其典型学说。直接效力说主张，法院在民事裁判中可以直接援用基本权利调整私人关系。间接效力说认为，基本权利通过约束私法规范的司法适用而间接影响至私人。国家保护义务理论主张，国家有义务通过立法、司法等途径积极保护公民基本权利不受包括私人在内的任何主体之侵害。后两者虽对国家提出基本权利保护要求，但与直接效力说

* 刘爱茹，上海交通大学凯原法学院博士研究生。

〔1〕 杨登杰：《基本权利私人间效力：直接还是间接？》，载《中外法学》2022年第2期，第287页。

一样，均持宪法对私人行为有约束力之宪法观。^{〔2〕}美国“州行为”理论（state action doctrine）之运用，虽也有宪法约束“私人行为”之实践样态，但该理论坚持宪法仅约束“州行为”这一近代立宪主义宪法观，^{〔3〕}彼时受到宪法约束的“私人”进入了“州行为”的范畴，并非“基本权利私人间效力论”中纯粹的“私人”，故美国“州行为”理论不属于“基本权利私人间效力论”的范畴。

基本权利私人间效力的相关讨论自2001年“齐玉苓案”以来在我国延续至今。既有争论主要集中在不同学说的引介、学说间的争论和选择、对基本权利私人间效力论的全盘批判等宏观制度逻辑层面。^{〔4〕}但是，基本权利私人间效力论在实践运用中，宪法规范究竟发挥着怎样的作用，能否实现相关论者所欲达到的效果，相关论者同时为宪法介入划定的边界能否有效避免其预想的不利后果，该理论究竟能否运用于我国的法律实践当中，这些更具有实践意义的、理论应用层面的探讨尚未充分展开。

近年来，随着网络平台私主体（以下简称“平台”）的日益壮大，^{〔5〕}为约束平台行为的恣意性，保护相关私主体基本权利，不少学者借鉴基本权利私人间效力论相关学说，或秉持与其内核一致的宪法对私人行为有拘束力这一宪法观，将平台视为宪法约束对象，并据此构建相应实践方案。^{〔6〕}这为“基本权利私人间效力论”之讨论向实践层面延伸提供了契机。本文通过考察“基本权利私人间效力论”在平台行为规制领域的具体实践，对该理论进行实践层面之反思的同时，结合我国既有实践做法，探求我国应否在部门法之外借助宪法规制平台行为。

二、基本权利私人间效力论在平台行为规制中的实践

基本权利私人间效力论，要求立法、司法和行政机关在处理私人争议的过程中做到基本权利平衡，避免基本权利的私人间侵犯。由于“平衡私人之间的利益在多数情况下不应是行政机关的任务”^{〔7〕}，故相关实践主要体现为立法和司法活动，以及有权机关对立法和司法机关基本权利保护义务履行之审查。

〔2〕 参见〔日〕高桥和之：《“宪法上人权”的效力不及于私人间——对人权第三人效力上的“无效力说”的再评价》，陈道英译，载《财经法学》2018年第5期。

〔3〕 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》，载《法学家》2021年第3期。

〔4〕 参见张翔：《基本权利在私法上效力的展开——以当代中国为背景》，载《中外法学》2003年第5期；李海平：《论基本权利私人间效力的范式转型》，载《中国法学》2022年第2期；黄宇晓：《论宪法基本权利对第三人无效力》，载《清华法学》2018年第3期；姜峰：《宪法私人效力中的事实与规范：一个分析框架》，载《法商研究》2020年第1期等等。

〔5〕 关于网络平台的界定，国家市场监督管理总局发布的《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》（2021）规定：“平台经营者，是指向自然人、法人及其他市场主体提供经营场所、交易撮合、信息发布等互联网平台服务的法人及非法人组织。通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的自建网站经营者，可参照平台经营者适用本指南。”网站的功能特征与网络平台相似，故本文所举“网站”例子也可纳入网络平台的范围内讨论。

〔6〕 参见王锡锌：《个人信息国家保护义务及展开》，载《中国法学》2021年第1期；李海平：《个人信息国家保护义务理论的反思与重塑》，载《法学研究》2023年第1期；陈道英：《互联网条件下对我国〈宪法〉第35条的解释》，载《中国宪法年刊》第11卷，法律出版社2016年版，第43-46页；高一飞：《数字人权规范构造的体系化展开》，载《法学研究》2023年第2期；李忠夏：《宪法功能转型的社会机理与中国模式》，载《法学研究》2022年第2期等等。

〔7〕 陈征：《基本权利的国家保护义务功能》，载《法学研究》2008年第1期，第55页，注释〔23〕。

（一）立法机关以基本权利保护为指引进行民事立法

在基本权利保护的指引下规制平台行为的立法实践，当以欧盟《数字服务法案》（Digital Service Act，以下简称 DSA）为典型代表。该法案旨在应对信息技术发展给《关于电子商务的法律保护指令》（2000/31/EC）带来的新挑战，尤其要加强对有害在线内容的合法化处理。故 DSA 在加强平台言论内容管理义务的同时，特别强调线上用户基本权利的保护，避免平台的管理措施侵害用户的言论自由、隐私权等基本权利。相关内容例如：平台管理措施应当是明确、具体、合比例的，需顾及平台内相关各方私主体的基本权利（第 14 条）；平台应建立风险评估与纾解以及危机应对机制，特别防范对《欧洲联盟基本权利宪章》（以下简称《宪章》）第 1 条人的尊严、第 7 条私人和家庭生活受尊重、第 8 条个人数据、第 11 条言论和信息自由及媒体多元化自由、第 21 条不被歧视等基本权利造成的风险（第 34、35、36 条），以及为用户提供充分的权利救济机制（第 20、21 条）等。

但是，DSA 并非仅保护用户的基本权利而忽视平台的基本权利主体地位，其将不同主体间的基本权利平衡作为立法指引。^{〔8〕}在法案的提案阶段，立法者便明示了基本权利公正平衡之目标，避免给平台带来过重负担、不当干涉其开展业务的自由。^{〔9〕}法案的正式内容也在多处强调要保护平台的基本权利。例如，要求司法或行政当局保护包括平台在内的所有受命令影响主体的基本权利（“鉴于”第 36 段）；对不同体量、类型的网络平台，设定宽严不等的义务（“鉴于”第 49、57 段等）；监管机构在执法时的合比例性要求（“鉴于”第 140、144 段，第 52 条）；禁止给平台施加一般监控义务，且不应要求其积极寻找证明用户非法活动的事实材料（第 8 条）；对行政监管的合宪性要求，确保包括平台在内的被监管者可以获得有效司法救济（第 51 条第 6 款）等。

（二）司法机关以基本权利保护为指引解决私益冲突

司法机关在基本权利保护的指引下解决私益冲突包括两种情形。其一，在没有可以直接解决焦点争议的具体规则时，法院依据基本权利扩大解释相关私法规范。其二，在有具体规则时，法院依据具体规则作出判断后进行基本权利平衡论证以体现基本权利的指引。前者例如，在“冈萨雷斯案”中，欧洲联盟法院（Court of Justice of the European Union, CJEU）认为，为保护《宪章》第 7 条尊重私人生活、第 8 条保护个人数据之基本权利，冈萨雷斯“被遗忘”的主张应当获得保护。在解释适用《数据保护指令》（95/46/EC）第 12 条（b）项数据主体的删除权和阻止数据处理权、第 14 条第 1 款（a）项数据主体的反对权之情形时，应根据《宪章》第 7 条和第 8 条的规定，扩大解释上述条款的保护范围，将冈萨雷斯“被遗忘”的利益涵盖其中。数据主体根据《宪章》第 7 条和第 8 条享有的基本权利应与其他利益实现公正平衡。欧洲联盟法院的权衡结论是，冈萨雷斯“被遗忘”的利益，优先于搜索引擎运营商的经济利益以及通常情况下公众获取相关信息的利益。为了不侵犯冈萨雷斯的基本权利，谷歌有义务删除相关信息内容。^{〔10〕}

〔8〕 See Giancarlo Frosio & Christophe Geiger, *Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act's Platform Liability Regime*, 29 European Law Journal 31 (2023).

〔9〕 See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, “Reasons for and Objectives of the Proposal” part.

〔10〕 See CJEU, Case C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, [2014], paras. 69, 81, 88, 100.

后者例如，在“Scarlet案”^[11]和“Netlog案”^[12]中，欧洲联盟法院首先适用私法规范判断被诉行为的合法性，随后进行基本权利权衡论证，以体现基本权利对其私法适用过程的指引和约束。“Scarlet案”的争议焦点为，平台应否按照原告的要求，为保护知识产权而履行用户信息内容的过滤义务。欧洲联盟法院认为，如果要满足原告要求，平台将付出过高的、不相称的成本来履行过滤义务。这不符合《关于知识产权实施的指令》（2004/48/EC）第3条要求平台实施管理措施所付出成本必须合比例之规定（第36段）。同时，原告主张的平台过滤义务，必然要求平台积极监控与每个用户有关的所有数据，这违反了《关于电子商务的法律保护指令》第15条第1款禁止一般监控的规定（第40段）。在作出合法性判断之后，其进一步指出，本案需要在相互冲突的基本权利之间进行公正平衡，包括原告所代表的知识产权人根据《宪章》第17条第2款享有的知识产权与平台根据《宪章》第16条享有的经营权（第46段）、平台内用户根据《宪章》第8条、第11条享有的保护个人数据、获取信息自由之间的平衡（第50段）。本案中，原告主张的预防性的、完全由平台承担费用的、无限期的过滤系统显然给平台施加了过度负担，且侵害到平台内用户的基本权利，不符合基本权利的公正平衡，因而不支持原告请求（第48、53段）。如此，其合法性判断得到了基本权利权衡结论的印证。“Netlog案”的裁判思路与之类似，欧洲联盟法院首先确认原告的主张违反了相关欧盟法律的规定（第34、38、46段），随后进行基本权利权衡，印证其合法性判断的正确性（第42—52段）。

值得注意的是，鉴于“间接效力说”的主流地位，基本权利私人间效力论的司法实践主要体现为基本权利依附于普通法律得到解释和适用。但其与“直接效力说”并无本质区别，“基本权利本身都构成私人间权利义务及其扩大或限缩的一项规范根据”^[13]，故“间接效力说”之实践产生的问题，在“直接效力说”的运用中也会同样出现，前者之实践可以成为反思后者之基础。

（三）有权机关对立法和司法机关基本权利保护义务履行之审查

基本权利私人间效力论之实践，还体现在具有最高权威性的基本权利专门守护机关，对于立法和司法机关基本权利保护义务履行之审查。这也是该理论形成逻辑闭环，并为其实践提供正当性所必要的。审查内容即：立法机关“对基本权利的保护是否达到宪法的要求”^[14]；司法机关在解释适用私法规范的过程中是否贯彻了“基本权利之精神”^[15]，是否履行了基本权利保护义务。

对于立法机关基本权利保护义务履行之审查，平台行为规制领域尚无案例。不过为体现批判体系的完整性，后文将予以讨论。

在对司法机关基本权利保护义务履行之审查方面，首先体现为德国联邦宪法法院对普通法院

[11] See CJEU, Case C - 70/10, Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) [2011].

[12] See CJEU, Case C - 360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV [2012].

[13] 杨登杰：《基本权利私人间效力：直接还是间接？》，载《中外法学》2022年第2期，第289页。

[14] 陈征：《论部门法保护基本权利的义务及其待解决的问题》，载《中国法律评论》2019年第1期，第52页。

[15] 陈新民：《德国公法学基础理论》（上册），山东人民出版社2001年版，第314页。

民事裁判结果的合宪性审查。例如，在“德国被遗忘权第一案”中，诉愿人认为谷歌浏览器存储并公开其30年前谋杀案报道的行为，侵犯了其根据《德国基本法》第1条第1款和第2条第1款享有的一般人格权。在其主张未获得德国联邦法院支持后，其向德国联邦宪法法院提起宪法诉愿。德国联邦宪法法院对诉愿人的一般人格权与报道内容发布者的表达自由、谷歌的经营权进行权衡认为，可在平台上查询的新闻报道给诉愿人的人格自由发展带来了过于沉重的负担，德国联邦法院完全不支持诉愿人的主张，没有实现基本权利平衡。^[16]

对司法机关保护义务履行之审查，还体现为欧洲人权法院审查各成员国法院是否保护好《欧洲保障人权和基本自由公约》（以下简称《公约》）所规定的人权和基本自由。例如，在“Delfi案”中，爱沙尼亚最高法院认为，Delfi公司对其网站内评论内容管理不到位，导致第三人名誉权受损，其应当对此向第三人承担侵权损害赔偿赔偿责任。Delfi认为，爱沙尼亚《信息社会服务法》（Infoühiskonna teenuse seadus）和欧盟《关于电子商务的法律保护指令》相关规定，明确排除了其对网站内评论内容的监控义务，该判决侵害了其根据《公约》第10条享有的表达自由，故向欧洲人权法院提起申诉。欧洲人权法院认为，尽管爱沙尼亚《信息社会服务法》等规定，排除了Delfi的相关监控义务，但本案需对名誉权人根据《公约》第8条享有的私人生活受尊重权利，与Delfi公司根据《公约》第10条享有的表达自由进行权衡。爱沙尼亚法院根据《爱沙尼亚共和国宪法》第17条名誉不受诽谤、第19条第2款个人尊重他人权利和自由的义务，以及第45条表达自由及其限制条款，《民法通则》（Tsiiviilseadustiku üldosa seadus）第138条应善意行使权利和履行义务一般条款，和《债务法》（Võlaõigusseadus）人格权侵权损害赔偿赔偿责任相关规定，对基本权利作出的权衡没有侵害Delfi诉求的表达自由。^[17]

三、基本权利私人间效力论之实践存在的问题

基本权利私人间效力论者的理想目标包括实现基本权利价值、保护基本权利、完善部门法的实施这三个方面。前两者是基本权利私人间效力论者的共同愿景。完善部门法的实施是指，要求法官援引基本权利条款来论证其对法律原则的理解，降低法律原则内涵之不确定性，避免法官进行“自我价值理念逻辑走私的风险”^[18]。但相关实践不仅无法实现这些目标，反而走向反面并造成一系列不利后果。

（一）基本权利价值被逐渐贬损

基本权利独特价值的实现，在于其可以发挥区别于法律利益的、作为基本权利的特有功能。国际人权组织和学界，都尝试对人权、基本权利作出区别于法律利益的界定。如“人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利”^[19]“自律的个人在人格意义上生存所不可或缺的基本

[16] See BVerfG, *Order of the First Senate of 6 November 2019 – 1 BvR 16/13 –*, paras. 96 – 153, available at https://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr001613en.html, last visited on Jul. 10, 2024.

[17] See ECtHR, *Delfi AS v. Estonia* [2015], paras. 75, 81 – 94.

[18] 刘志刚：《基本权利对民事法律行为效力的影响及其限度》，载《中国法学》2017年第2期，第102页。

[19] 《世界人权宣言》序言。

权利与自由”^[20]等。但是，基本权利在相关实践中无法凸显其区别于法律利益的独特价值，也不能实现其特有功能。频繁将普通法律利益冲突上升到基本权利冲突的高度，将逐渐埋没基本权利的特有价值并造成其内涵泛化和价值贬损。

第一，基本权利在民事立法和司法实践中的运用完全可以被法律利益所替代。在立法方面，作为指引立法的基本权利平衡方案完全可以被常识性的法律利益平衡所替代。私法立法活动，是立法者根据社会现实情况进行利益权衡后，赋予特定利益在特定情况下以优先地位，他种利益相对作出退让，从而规整私人之间可能发生，并且已经被类型化的利益冲突。^[21]基本权利旨在为国家公权力主体，尤其是立法者划定权力行使的边界，因而所有基本权利具有平等性。仅宣誓公民有何种利益的基本权利并不能像私法那样在特定情况下作出特定利益取舍以定分止争，因而无法为私法立法提供任何指引。故 DSA 只能将平台与用户等私主体的基本权利平衡，而非某一方私主体基本权利的特别保护作为立法指引。而利益平衡是一项立法常识，立法者不借助基本权利，以法律利益平衡为指引，同样可以实现其立法目标。DSA 所欲平衡的用户个人信息与平台经营权、隐私权与公众获取信息的自由、知识产权与个人信息、名誉权与表达自由等可能存在冲突的利益，都已规定在《数据保护指令》、《关于协调信息社会中版权及相关权某些方面问题的指令》（2001/29/EC）、《关于电子商务的法律保护指令》、《关于知识产权实施的指令》以及欧盟《一般数据保护条例》（General Data Protection Regulation）等普通法律当中。DSA 的制定，只不过是因平台迅速发展而需对上述法律确认并保护的利益作出新的调整，基本权利的登场不是必要的，完全可以被常识性的法律利益平衡所替代。

司法适用过程中的基本权利权衡也完全可以被法律利益衡量所替代。在“冈萨雷斯案”中，不适用《宪章》第7条、第8条的规定，通过法规范的目的解释，将《数据保护指令》所欲保护的民法上的个人数据利益和隐私利益，作为上述法律规范的扩大解释依据，同样可以保护冈萨雷斯被遗忘的利益主张。在“Scarlet案”和“Netlog案”中，法院在适用私法规范作出判断时，已经对相关民事利益作出了平衡。后续的基本权利权衡论证与私法适用阶段的利益权衡，考量的法律和事实因素是相同的，都将禁止一般监控义务的法律规定，以及原告主张的过滤义务将给平台造成的负担，作为衡量依据。基本权利权衡论证阶段并没有对案件解决起到实质性作用，是可有可无的。

第二，基本权利被当做法律利益看待，更为直接的表现是其被选择性适用而不被平等对待。欧洲联盟法院在“Netlog案”中对平台表达自由的忽视便是一例。“Netlog案”与“Scarlet案”情相似，争议焦点均为平台应否按照原告的要求，为保护知识产权而履行用户信息内容的过滤义务。但与Scarlet这类仅提供网络接入服务的网络服务提供者（ISP）不同，Netlog社交网络平台，像Delfi网站公司一样，其经营者自身具有思想和表达自由。因此，“原告申请的禁令除了会限制‘Netlog’平台用户的个人数据权和信息自由权之外，也会构成对平

[20] [日] 芦部信喜：《宪法》（第6版），[日] 高桥和之补订，林来梵、凌维慈、龙绚丽译，清华大学出版社2018年版，第92页。

[21] 参见[德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第1页。

台自身表达自由的干涉”〔22〕。而欧洲联盟法院在该案中平衡的基本权利仅包括：SABAM 客户方的知识产权、平台的经营权、平台内用户的个人数据权和信息自由权，忽视了 Netlog 平台的表达自由。〔23〕如果法院是为了保护基本权利，就应当穷尽案件涉及的所有基本权利类型，否则涉嫌对基本权利的不平等对待。欧洲联盟法院在该案中虽支持了平台方的利益，但其显然仅选择了对其论证更为有利的、其认为重要的权利类型，基本权利成为正当化其利益保护倾向的“法律利益资源库”，而非平等保护对象。

第三，基本权利不仅没有发挥其作为基本权利的功能，甚至因其“最高性”外观而被用于实现权利保护之外的目的。欧洲著名知识产权学者乔纳森·格里菲斯（Jonathan Griffiths）教授通过以“Promusicae 案”为代表的一系列案例研究发现，作为欧洲两个最高法院中最早适用基本权利处理平台案件的法院，欧洲联盟法院对基本权利的适用丝毫没有凸显基本权利的独特价值和功能，甚至带有强化欧盟法律统一适用的政策目的。以“Promusicae 案”为例。该案的争议焦点是，平台是否负有在民事诉讼中传递用户个人数据的义务，以保护第三方权利人版权。既有的欧盟法律仅允许成员国在刑事调查、维护公共安全和国防等情形下，给平台施加提供用户数据的义务，并没有民事诉讼的情形。马德里商业法院就欧盟法律可否涵盖该情形，请欧洲联盟法院作出初步裁决（the preliminary ruling）。〔24〕欧洲联盟法院认为，既有欧盟法律没有明确规定平台有这一义务，但并不排除各成员国在转化适用欧盟法律的过程中，要求平台披露用户的相关数据，使版权人能够提起民事诉讼（第 50—51、54—55 段）。欧洲联盟法院进一步指出，本案涉及平台内用户根据《宪章》第 7 条、第 8 条享有的尊重私人生活、保护个人数据与原告根据《宪章》第 17 条第 2 款享有的知识产权之间的平衡（第 61—65 段）。各成员国应注意在基本权利平衡的指引下转换适用欧盟法律，并遵循比例原则，使共同体法律秩序所保护的各項基本权利之间达到公正平衡（第 71 段）。在案情相似的“Bonnier 案”中，面对同样的问题，欧洲联盟法院重现了“Promusicae 案”的论证思路，用基本权利公正平衡方案指引各成员国的法律适用。〔25〕在上述案件中，欧洲联盟法院虽强调要注重基本权利平衡，但在欧盟法律没有要求平台在民事诉讼中披露用户数据的情况下，其认为不排除要求平台履行这一义务的可能，已明显体现出其对知识产权的侧重保护倾向。乔纳森·格里菲斯教授指出，欧洲联盟法院似乎正将基本权利的“公正平衡”作为强化欧盟法律适用的合法化说辞。因为在知识产权保护方面，欧盟层面的法律为成员国提供的是执行方面的选择权而非义务，各成员国对于欧盟法律可以做一些例外或权利限制性规定，不需要与其完全一致。欧洲联盟法院的基本权利公正平衡方案，正在越来越精确地确定各成员国对

〔22〕 Tuomas Mylly, *The Constitutionalization of the European Legal Order: Impact of Human Rights on Intellectual Property in the EU*, in Christophe Geiger ed., *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 117.

〔23〕 See CJEU, Case C - 360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV* [2012], paras. 44 - 51.

〔24〕 See CJEU, Case C - 275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU* [2008], para. 34.

〔25〕 See CJEU, Case C-461/10, *Bonnier Audio AB and others v. Perfect Communication Sweden AB* [2012], paras. 55 - 56, 59 - 61.

欧盟法律作出变通适用的范围。^{〔26〕}

第四，将频繁出现的私主体间普通法律利益冲突上升到基本权利冲突的高度，会淡化乃至削弱基本权利价值和功能的独特性。基本权利具有超越于个人之上的、能够助成社会聚合力的公共性价值。例如，表达自由具有“约束政府权力、保护公共参与、培养公民美德”^{〔27〕}之结构性功能。将不涉及政府行为监督的，仅与经营自主权、隐私权、名誉权、个人信息权等私权利相冲突的表达自由，上升到基本权利的高度进行保护，将淡化乃至削减表达自由所特有的公共性价值。同时，平台案件中私益冲突的多元化必然会造成基本权利内涵的严重泛化。例如，“被遗忘”的真正诉求是掩盖过去的不光彩记录而拥有公正的数字人格形象。^{〔28〕}在处处留痕的数字化时代，每个人在享受其带来的利益之同时，对其中的风险也有着深刻认知。公正的数字人格形象未必足够重要到有碍于宪法上私人生活、个人数据利益，乃至人的尊严的享有和实现。将民法规范未必保护的利益纳入宪法的保护范围当中，使基本权利成为各种利益主张的兜底条款。人权范围之无谓的扩展，必然会引起使人权真正思想贬值的危险，逐步地削弱所有人权。^{〔29〕}

综上，基本权利独特性的体现和独特价值的实现依托于特定的程序机制。正如欧文·契姆林斯基教授所言，宪法权利之所以被称为有着独特性的“基本”权利，是因为“只有它们代表着必须受到政治多数保护的价值。立法过程可以限制合同内容或修改普通法律，但简单的立法多数不能改变宪法权利的特性”^{〔30〕}。修宪程序严于立法和修法程序，依据基本权利审查法律约束行为自由之合宪性，都是将基本权利与法律利益区别开来并体现其独特价值之制度设计。但是，在旨在解决私益冲突的立法和司法实践中，基本权利并没有也无法发挥其作为基本权利的功能。同时，将基本权利作为各种新兴利益主张的请求权基础，造成基本权利内涵的严重泛化，削弱了基本权利价值之独特性和权威性。

（二）部门法的独立性和法的安定性受到破坏

在基本权利私人间效力论的三种实践中。基本权利平衡这一立法指引方案与常识性的利益衡量无异，故以基本权利平衡为指引进行民事立法不会对部门法本身产生不利影响。对部门法实施造成的不利后果主要体现在后两种实践中。

第一，司法机关适用基本权利解决私人争议，极易以主观性极强的基本权利权衡替代部门法之严格适用。基本权利私人间效力论要求法官在基本权利保护的指引下适用部门法规范处理案件。但由于基本权利并不能为解决私益纠纷提供具体指引，其在司法过程中仅被用于基本权利权衡论证，法官极易以基本权利保护为由，以主观权衡替代部门法的严格适用，即“以宪法之名行私见之

〔26〕 See Jonathan Griffiths, *Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law*, 38 *European Law Review* 65 (2013).

〔27〕 姜峰：《宪法的结构性与公共审议功能——兼对全能论宪法观的反思》，载《中国法律评论》2020年第6期，第106页。

〔28〕 See Filippo Fontanelli, *The Court of Justice of the European Union and the Illusion of Balancing in Internet-related Disputes*, in Oreste Pollicino & Graziella Romeo eds., *The Internet and Constitutional Law*, Routledge, 2016, p. 106.

〔29〕 参见〔美〕杰克·唐纳利：《普遍人权的理论与实践》，王浦劬等译，中国社会科学出版社2001年版，第187页。

〔30〕 Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 *Northwestern University Law Review* 503, 535 (1985).

实”^{〔31〕}，破坏部门法的规范效果。例如，在“冈萨雷斯案”中，《数据保护指令》第1条规定的立法目的是“保护自然人的基本权利和自由，特别是在处理个人数据方面的隐私权”，没有将个人数据利益作为一项单独的权利予以规定。故《数据保护指令》是以保护隐私权为重心的，并非对隐私权和个人数据权进行同等强度的保护。若严格按照《数据保护指令》的规范意旨，房产曾因追缴社保欠费而被强制拍卖的信息之公开很难构成隐私权之侵犯，“被遗忘”之主张未必获得支持。欧洲联盟法院经权衡后，将《宪章》第7条尊重私人生活和第8条个人数据权利共同作为请求权基础，^{〔32〕}以基本权利保护为由，在解释适用《数据保护指令》相关规范的过程中，加大了对个人数据权的保护强度，不符合以隐私权为保护重心的《数据保护指令》之规范意图。再如，在“Delfi案”中，爱沙尼亚《信息社会服务法》第8—11条和欧盟《关于电子商务的法律保护指令》第15条等相关规定，明确排除了Delfi对网站内评论内容的监控义务，但爱沙尼亚法院并没有对这些直指争议焦点的部门法规范进行解释，而是依据《爱沙尼亚共和国宪法》名誉权、表达自由等基本权利条款，《民法通则》第138条善意行使权利和履行义务条款，和《债务法》人格权侵权损害赔偿等欧洲人权法院称之为“相当笼统且相比于《信息社会服务法》缺乏细节”^{〔33〕}的一般性条款进行基本权利权衡，认为平台应对评论内容承担侵权责任，并实质上扩大了平台的监控义务，破坏了爱沙尼亚《信息社会服务法》等部门法限定平台监控义务范围的规范效果。

部门法没有得到严格适用，必然造成法的安定性之破坏，致使行为人无法准确预估其行为自由之边界。在“冈萨雷斯案”中，欧洲联盟法院以基本权利权衡替代了《数据保护指令》的严格适用，增强了个人数据权的保护强度，同时也加大了个人数据处理者对其行为边界的判断难度，不知在缺乏具体规范时，是应以《数据保护指令》重点保护的隐私权，还是应以外延更加宽泛的个人数据权为数据处理权之边界。在“Delfi案”中，爱沙尼亚法院以基本权利权衡替代爱沙尼亚《信息社会服务法》等部门法的适用，也使得平台不知应遵从部门法明确规定的“禁止一般监控”规则，还是应建立对用户言论内容的全面监控系统，以避免承担侵权赔偿责任。同时由该案可知，法院以基本权利为依据解释适用民法一般条款或民法原则，并不会起到相关论者声称的客观化民法原则的适用，从而约束法官自由裁量权之作用，基本权利反而为法官扩大其自由裁量权赋能，破坏了法的安定性。

第二，审查标准和审查强度的不确定性难以保障立法者的形成自由。基本权利保护义务履行之审查标准是：“立法者受到比例原则和禁止保护不足原则的双向约束，即立法保护不得超出比例原则划定的上限，但又必须达到禁止保护不足原则划定的下限。”^{〔34〕}由该标准可知，立法者履行基本权利保护义务，不能不当侵害一方私主体基本权利，也不能对另一方私主体基本权利保护不足。对立法者保护义务履行之审查，便需判断国家应在什么时候有权或有义务采取措施甚至于

〔31〕 翟小波：《代议机关至上，还是司法化？》，载《中外法学》2006年第4期，第446页。

〔32〕 See CJEU, Case C-131/12, Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, [2014], para. 69.

〔33〕 ECtHR, Delfi AS v. Estonia [2015], para. 75.

〔34〕 陈征：《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》，载《法学研究》2021年第4期，第58页。

预基本权利，以有利于一方私主体而对另一方私主体造成负担。但是，正如德国联邦宪法法院所言：“保护义务原则上是不确定的。”^{〔35〕}因而保护义务履行之审查标准也具有高度不确定性。这种不确定性在与国家干预行为之合宪性审查的对比中也可以体现出来。作为干预防御权的基本权利要求国家采取明确的行为，或放弃干预，或允许干预时适用比例原则等基本权利限制的限制来设定相对清晰的标准。^{〔36〕}但基本权利自身无法为何时优先保护某一基本权利而干预另一基本权利提供答案，故立法者如何履行基本权利保护义务和保护义务履行之审查标准，均非以基本权利为准绳来确定，完全依赖立法者和审查者的主观衡量。

同样由“保护义务”的不确定性所决定，保护义务履行之审查强度也总是在宽松与严格之间浮动。德国联邦宪法法院在1981年“飞机噪声案”等一系列案件中确立的原则是，只有“当国家机关完全没有任何作为，或其所采行之措施已明显的是完全不适当及不充分”^{〔37〕}时，才可干涉立法者的权限。但是，“明显不适当”原则并没有被严格遵守。这在1990年一起联邦宪法法院要求立法者积极履行保护义务的案件中就有所体现。联邦宪法法院在该案中指出，既有的限制商业代理人职业自由的合同条款所依据的《德国商法典》相关规定与宪法平等原则不相符。基于《德国基本法》第12条第1款职业自由条款之旨趣，为保护职业自由免受私法契约的限制，特别是在双方实力不对等时，立法者不能袖手旁观，应以平衡的方式考虑这些相互竞争的基本权利。其同时指出，即使在没有相关立法时，法官仍应适用民法“禁止过度”一般条款，以及《德国民法典》第138条“善良风俗”条款、第242条“诚实信用”条款、第315条“公平原则”条款的规定，来执行这项任务。^{〔38〕}在审查者肯认存在可以解决案件的相关民法规范时，似乎不属于“国家机关完全没有任何作为，或其所采行之措施已明显的是完全不适当及不充分”的情况，但其仍要求立法者积极履行保护义务制定防范措施，并没有严守“明显不适当”原则。1993年，联邦宪法法院在著名的第二次堕胎判决中则是确立了一种“有效性”原则。即，“立法者采取的措施必须足以提供适当的、有效的保护并建立在认真查明事实以及合理进行估量的基础上”^{〔39〕}。而审查强度的加强，并非依据基本权利条款作出的判断，而是对立法者的利益权衡与联邦宪法法院认为的“宪法认可的调和方法”相对比的结果。联邦宪法法院甚至明示了定期审查咨询机构的资质、加强对咨询机构的组织与监督等具体的立法举措。可见，“保护义务”履行之审查标准和强度的主观依赖性，使审查者极易以主观权衡替代立法决断，必然附随侵害立法者形成自由之可能性。

第三，司法机关保护义务履行之审查标准和强度更加无章可循，审查者极易以主观利益权衡替代部门法的适用结果。例如，在2019年欧洲议会选举前期，Der Dritte Weg政党在Facebook

〔35〕 BVerfG, NJW 2017, 53 (55).

〔36〕 参见〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第8版），张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第61页。

〔37〕 〔德〕彼德·巴杜拉：《国家保障人权之义务与法治国家宪法之发展》，陈新民译，载陈新民：《宪法基本权利之基本理论》（上），元照出版公司1999年版，第10页。

〔38〕 Vgl. BVerfG, NJW 1990, 1469 (1470).

〔39〕 陈征：《第二次堕胎判决》，载张翔主编：《德国宪法案例选释》（第1辑，基本权利总论），法律出版社2012年版，第167页。

平台上发布的一篇文章涉嫌构成《德国刑法典》第 130 条规定的“煽动民众罪”，Facebook 根据《网络执行法》以及社区公约屏蔽该文章并对账号实施了禁言 30 天的惩罚。Der Dritte Weg 在向地区法院以及普法尔兹西什高等地区法院主张权利未果后，向联邦宪法法院申请临时处分，认为其根据《德国基本法》享有的言论自由和政党选举自由等基本权利受到了侵犯，要求暂停执行普法尔兹西什高等地区法院的判决，恢复其 Facebook 的访问权限。联邦宪法法院认为，Facebook 巨大的客户量对于 Der Dritte Weg 传播政治纲领和思想尤为重要。如果主要诉讼程序判定被告有义务重新开放访问，但此时此刻到主要诉讼结束诉愿人都被拒绝访问，将对诉愿人造成过重的不利后果。故联邦宪法法院发布临时处分，要求 Facebook 恢复诉愿人在选举日前的访问权限，并说明，若其再有违规言论，Facebook 可以继续对其采取管理措施。^[40] 本案中，Facebook 平台的切断并不影响诉愿人通过电子邮件、其他网络社交平台宣传政见，严格执行部门法的规定是过罚相当的，联邦宪法法院的权衡结论未必合理。事实上，基本权利专门守护机关的基本权利权衡结论通常极具争议性（后文将详细论证），审查者不当的权衡将不合理地取代部门法的司法适用结果，破坏部门法的规范效果。同时，基本权利成为 Der Dritte Weg 等权利受保护方规避法律约束的保护伞，为平台不严格执行部门法规定、对某些言论进行“放水”管理提供正当化说辞，法律的安定性和权威受到严重损害。

综上，部门法被基本权利保护说辞下的主观利益权衡所全面控制，极大地损害了部门法独立性及其守护的民主价值，并削减了立法本身的科学意义。同时导致法律规范之约束效果始终处于不确定状态，削弱了法的可预测性和安定性。

（三）相关实践不利于基本权利保护

尽管基本权利私人间效力论之实践会存在上述问题，但为实现每个人平等的自由，可否像相关论者主张的那样，将基本权利视为一种私法规范，寄希望于有权机关的“对称式法益衡量”^[41]呢？从实践来看，基本权利权衡主要依赖于权衡者的价值判断。在利益冲突多元复杂、损害后果难以预测的平台案件中，极易出现权衡不当的情形。笔者以基本权利专门守护机关的实践为例予以说明。

德国联邦宪法法院在“德国被遗忘权第二案”中就存在权衡不当的问题。在该案中，NDR 广播公司将题为“解雇：雇主的卑鄙伎俩”节目片段上传至谷歌浏览器中，其中包含诉愿人对其前员工实施不公平待遇的内容。在浏览器输入其姓名之后，该标题以及内容链接便出现在搜索列表顶部。诉愿人认为，这影响了其正常社交和私人生活，在根据《德国基本法》享有的一般人格权和个人信息自决权之主张没有获得策勒高等地区法院支持后，申诉至联邦宪法法院，要求谷歌删除相关内容。^[42] 联邦宪法法院在该案中的利益衡量存在以下问题。首先，请求权基础之选择具有任意性。与“德国被遗忘权第一案”不同的是，联邦宪法法院认为本案“被遗忘”主张之权

[40] Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19–, Rn. 1 – 25, verfügbar unter https://www.bverfg.de/e/qk20190522_1bvq004219.html, zuletzt besucht am 10. Juli 2024.

[41] 杨登杰：《基本权利私人间效力法理基础的澄清与重构》，载《中国法学》2023 年第 2 期，第 220 页。

[42] See BVerfG, *Order of the First Senate of 6 November 2019 – 1 BvR 276/17 –*, paras. 1 – 142, available at https://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr027617en.html, last visited on Jul. 10, 2024.

利根据是《宪章》第7条和第8条尊重私人生活以及保护个人数据之基本权利（第83—84段）。但本案与“第一案”一样，搜索引擎上的内容都会影响诉愿人的日常交往，为何“第一案”有损人格的自由发展，而本案仅涉及隐私和个人数据权利保护，联邦宪法法院对此并没有说明。其次，利益权衡的理由不具有说服力。联邦宪法法院认为，诉愿人的基本权利不足以对抗公众获取信息的基本权利。理由是，涉案报道内容是劳资纠纷，涉及公共利益（第128段）。尽管随着时间的推移，相关负面评价可能对诉愿人产生越来越不合乎比例的影响，对其人格的自由发展有所限制，但诉愿人至少目前无权要求谷歌删除相关内容。距离报道发布已经过去了七年，但并不算太长，诉愿人仍然在担任公司经理，这个话题会持续地引起公众关注（第133—134段）。但是，“第一案”的涉案信息内容是谋杀案，诉愿人的人身危险性所涉及的公共利益比本案更加重要，似乎本案诉愿人的主张更应得到支持；七年“并不算太长”但也不算太短，需要经过多久公众才会淡化对相关话题的兴趣，是无法确定的。这将意味着，即使在已严重影响诉愿人人格自由发展的情况下，相关报道也未必会被删除。最后，利益衡量不具有全面性。报道内容不仅会影响到申诉人自身的生活安宁，也会影响到其所在公司的声誉和经济效益，但策勒高等地区法院和联邦宪法法院都忽视了这一利益。

欧洲人权法院在“Delfi案”中的利益权衡同样具有极大的可商榷性。首先，结论的得出缺乏事实根据。在考察相关评论内容对名誉权人造成的影响以及Delfi采取措施的有效性时，其注意到，侵权内容之所以公开了六周之久，是因为名誉权人并没有采取Delfi提供的便捷的“通知—删除”系统，而是选择发邮件的方式主张权利，这使得Delfi接收通知的时间有所延迟。^[43]因而欧洲人权法院对于Delfi未能有效保护第三人名誉权这一认定，是缺乏事实根据的，因为Delfi提供的“通知—删除”系统之有效性并没有得到检验。其次，对权利受限一方之限制程度预估不足。其在考量爱沙尼亚法院判决给Delfi造成的影响时认为，爱沙尼亚法院并没有对Delfi如何保护第三人权利，提出诸如事前审查、事中过滤等具体要求，给予其充分的选择空间，减弱了表达自由侵害的严重性（第90段）。但是，爱沙尼亚法院要求Delfi对侵权评论内容承担赔偿责任，就足以迫使其承担大量信息内容过滤工作。Delfi公司已经被迫完全改变其业务模式，并监控其新闻门户网站上每天多达10000条评论，不仅造成财产损失，也严重影响其通过筛选评论表达其思想见解的自由。最后，忽视了潜在的新的权利损害。Delfi认为，被侵权人可以找到评论作者承担责任，从而减轻自身责任。欧洲人权法院基于两点理由予以反驳。一是出于技术手段上的限制，让受害人承担识别诽谤性评论作者的责任是不合比例的，国家将没有尽到《公约》第8条规定的私生活受尊重之基本权利保护义务。二是出于对互联网用户（评论者）表达自由的保护，不应披露其身份（第55、91—92段）。但是，通过Promusicae等案可知，要求平台披露行为人的信息以供第三方权利人提起民事诉讼是可行的，并不需要权利人自己识别作者身份。而且，不披露评论者的信息未必有利于保护其表达自由，因为平台为避免承担严格的法律责任，对评论内容会趋严管理，极易不当限制评论者的表达自由，恰恰起到判决目的之相反作用。欧洲人权法院忽视了这一潜在的新的权利损害。

[43] See ECtHR, Delfi AS v. Estonia [2015], para. 88.

可见，基本权利专门守护机关的基本权利权衡结论都有着极大的可商榷性，众多普通法院权衡结果之争议性可想而知，广泛存在的基本权利权衡并不利于基本权利保护，广泛存在的基本权利权衡不当还会导致基本权利频繁成为基本权利侵害的规范根据，再次削弱基本权利的权威性。

四、相关实践及反思对我国的启发

相关实践考察及反思对我国的启发体现在两个方面。其一，明确我国在平台行为规制领域究竟有无基本权利私人间效力论之实践，即，我国是否已将平台作为宪法约束对象来进行规制。其二，明确我国应否接受“宪法可以约束私人行为”这一宪法观，并在这一宪法观下构建平台行为规制方案。

（一）厘清现状：我国并未将平台视为基本权利约束对象

有学者认为，《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）已将平台视为处于“基本权利位阶”的个人信息权的约束对象。其首先证成个人信息权的“基本权利”位阶，随后证成作为基本权利的个人信息权对平台企业具有约束力。相关论者在第一个问题上的论据是一致的。即，全国人民代表大会宪法和法律委员会对《个人信息保护法》宪法根据的明确，使得个人信息权具有“基本权利位阶”，或成为“个人信息基本权”。在第二个问题的证明上有着两种进路。其一，以国家机关的个人信息保护职责相关规定（《个人信息保护法》第六章）为例，说明在基本权利客观价值秩序功能下，国家负有保护个人信息主体免于平台侵害的积极义务。^{〔44〕}其二，《个人信息保护法》对国家机关和作为私主体的信息处理者一体规范，以及对后者“合法、正当、必要”“公开、透明、告知、解释说明义务”“不得实行不合理的差别待遇”等类似于“比例原则”“正当程序”和“平等原则”的其称之为“公法”义务的建构，“确认了个人信息基本权对作为私主体的信息处理者具有效力”^{〔45〕}。但从基本权利与法律权利的关系原理、基本权利私人间效力论之实践样态和我国实践做法以及公法原理来看，上述主张不能成立。

第一，对个人信息权“基本权利”位阶的证成思路混淆了基本权利与法律权利的关系。相关论者对个人信息权“基本权利”位阶的证成，是根据立法过程得出的结论。但基本权利是“先于国家或凌驾于国家之上的权利，国家并非依照其法律来授予这些权利，而是将这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护，国家只能在一个原则上可测度的范围内并按规定程序侵犯这些权利”^{〔46〕}。基本权利是制宪裁量的产物，法律权利是立法裁量的结果，这是两者的根本性区别。^{〔47〕}立法者无权决定或解释基本权利的范围，只能将基本权利作为其划定法律权利范围，即限制行为自由的边界。如果基本权利可通过立法程序发展而来，那么该基本权利将丧失审查该立

〔44〕 参见张翔：《个人信息权的宪法（学）证成——基于对区分保护论和支配权论的反思》，载《环球法律评论》2022年第1期。

〔45〕 李海平：《个人信息国家保护义务理论的反思与重塑》，载《法学研究》2023年第1期，第83页。

〔46〕 〔德〕卡尔·施米特：《宪法学说》（修订译本），刘小枫编，刘锋译，上海人民出版社2016年版，第221页。

〔47〕 参见陈明辉：《中国语境下宪法权利与法律权利关系解析》，载《东南法学》2017年第2期。

法合宪性的正当性。全国人民代表大会宪法与法律委员会并非宪法解释机关，其在《个人信息保护法》草案审议报告中对国家尊重和保障人权、公民的人格尊严，以及公民的通信自由和通信秘密这些基本权利的提及，^[48]是在立法程序中进行的。其仅仅是为强调这些宪法明文规定的基本权利本身的重要性，以及保护个人信息对于保护这些基本权利的重要意义，并没有也无权进行宪法解释，将个人信息权解释为一种具有“基本权利位阶”的权利。

第二，平台成为基本权利约束对象这一结论的得出缺乏实践依据。

首先，从宪法依据来看，“我国并不具备类似《德国基本法》一样的宪法前提，很难从我国《宪法》中导出基本权利拘束民事行为的规范依据”^[49]。在没有明确宪法依据的情况下，《个人信息保护法》等普通法律不能成为确定宪法约束范围的依据。

其次，由基本权利私人间效力论及其实践可知，基本权利在私人间有效力，并非是对宪法或法律进行揣测的结果，而需有权机关明确将基本权利作为调整私益的规范根据，避免基本权利的私人间侵犯。DSA 提案和正文明确指出，其是为避免平台对其他私主体的“基本权利”侵害，或为保护其他私主体的“基本权利”，而对平台设定相应义务。例如，DSA 第 14 条第 4 款明确规定，当平台在限制用户行为自由时，应适当地考虑所涉各方的权利和合法利益，包括服务接受者的基本权利，如言论自由、媒体自由和多元化，以及《宪章》规定的其他基本权利和自由。我国《个人信息保护法》审议报告和全文，均未说明或规定平台为保护用户“基本权利”而负有何种义务，或为避免平台侵害其他私主体的“基本权利”而对其进行规制。对国家机关和个人信息处理私主体一体规范，只是立法技术上的处理，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1039 条也对国家机关处理个人信息行为作出规范，但不能据此认为《民法典》中规范的私主体均为基本权利的约束对象。故我国并没有与相关主张相对应的实践样态。

最后，我国在平台行为规制领域的既有立法实践，反而证明我国并不将平台视为基本权利约束对象。国家市场监督管理总局发布的《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》将平台合法经营，管理用户以及对个人信息、隐私、平台内经营者权利进行保护等都视为平台的“主体责任”。在较高位阶的《网络信息内容生态治理规定》以及《网络交易监督管理办法》等法律规范中，均可显见“主体责任”这一立法理念。^[50]有学者总结，“主体责任”即“主体应根据其社会角色做好分内之事，主动履行积极作为和不作为的义务，并承担相应的不利后果”^[51]。成为基本权利的约束对象并承担相应法律义务，显然不是作为私主体的平台之分内之事，不能称之为“主体责任”。同时，“主体责任”的立法理念可以为平台衍生出足够多的义务内容，为避免“主体责任”内涵泛化而给平台施加过度负担，在特定情形下应允许平台适度变通落实主体责任。而

[48] 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国个人信息保护法（草案）〉审议结果的报告》，载 http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202108/t20210820_313090.html，最后访问时间：2024 年 7 月 10 日。

[49] 于文豪：《基本权利》，江苏人民出版社 2016 年版，第 76 页。

[50] 例如，《网络信息内容生态治理规定》第 8 条规定：“网络信息内容服务平台应当履行信息内容管理主体责任，加强本平台网络信息内容生态治理，培育积极健康、向上向善的网络文化。”《网络交易监督管理办法》第 3 条规定：“网络交易经营者从事经营活动，应当遵循自愿、平等、公平、诚信原则，遵守法律、法规、规章和商业道德、公序良俗，公平参与市场竞争，认真履行法定义务，积极承担主体责任，接受社会各界监督。”

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

旨在不侵害他人基本权利而承担的法律义务，显然是不能变通的，这进一步说明，立法者并未将平台作为基本权利的约束对象。

第三，相关论者将“公法”与国家干预私人自治的立法相混淆。“合法、正当、必要”“公开、透明、告知、解释说明义务”以及“不得实行不合理的差别待遇”等规定只是立法者为实现私益平衡的制度设计，是国家干预私人自治的立法，而非限制国家干预的“公法”。“公法”有其特定含义和价值功能。“公法”一词在优士丁尼《法学阶梯》中便已出现，但在专制主义时代，其始终没有受到重视。直到17、18世纪以孟德斯鸠为代表的思想家开启的学术启蒙以及资产阶级革命和立宪，才复兴且新塑了旨在约束公权力的公法理论。^[52]因此，“公法本是对国家干预的规范和限制”^[53]，不能将公法视为国家干预本身。

正确性《个人信息保护法》中“合法、正当、必要”等义务性规定，需对调整私人间权利义务关系的广义规则有全面而清楚的理解。这类规则包括以下三种。其一，基于私主体意思自治而设定的合同规则，这也是调整其法律关系的首要根据；其二，法律制定的、补充当事人之间合同约定的规定，这些补充规范的效力不及当事人另行约定的效力强，故称之为“任意规范”；其三，“强制规范”，即“不可通过约定予以排除或变更的规范”，包括规定私法自治以及私法自治行使的要件的规范、保障交易稳定的规范以及为避免严重的不公平后果或为满足社会要求而对私法自治予以限制的规范。^[54]相关论者所提及的上述规范，有些属于“任意规范”，有些属于“强制规范”。前者如《中华人民共和国电子商务法》（以下简称《电子商务法》）第63条规定的“电子商务平台经营者可以建立争议在线解决机制，制定并公示争议解决规则”，此类规范对私主体并无强制约束力，便当然不是基本权利保护目的下的规范设计。后者又可以根据其内容是否明文规定在民法中分为两类。其一为，《民法典》第143条和第153条规定的“法律、行政法规的强制性规定”，^[55]学理上亦有“管制规范”^[56]、“转介条款”^[57]之表述。如《电子商务法》第34条规定的“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”。此类规范通常构成民事法律行为的有效要件，在平台案件中也有所实践。^[58]其二为，内容已明确规定在民法当中的“强制规范”。如《民法典》第1035条规定的处理个人信息应遵循的“合法、正当、必要”原则。这两类“强制规范”均是对私人自治的限制，完全是出于利益平衡或公共政策的考量，并非旨在约束公权力行使的“公法”规范。厘清此类规范的属性之后便更加明确，《个人信息保护法》等法律

[52] 参见〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国法制出版社2005年版，第200-213页。

[53] 王贵松：《中国行政法学说史》，中国人民大学出版社2023年版，第167页。

[54] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第41-42页。

[55] 《民法典》第143条规定：“具备下列条件的民事法律行为有效：……（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”第153条第1款规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”

[56] 解亘：《论管制规范在侵权行为法上的意义》，载《中国法学》2009年第2期，第57页。

[57] 苏永钦：《再论一般侵权行为类型——从体系功能的角度看修正后的违法侵权规定》，载苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第300页。

[58] 例如，在“蔡某宗案”中，法院根据《电子商务法》第34条的规定，将平台规则的公示、公开征求意见程序作为其有效并约束用户的要件。参见北京市第四中级人民法院（2022）京04民终601号民事判决书。

规范将平台作为纯粹私主体进行引导和约束，并未将其类比为公权力主体进行宪法层面的规范。

（二）路径选择：我国应坚持在部门法框架内调整平台私益冲突

在明确我国既有法律实践并未将平台作为宪法约束对象之后，需进一步明确的是，我国是否有必要借助宪法来约束平台行为。不少学者指出，平台具有区别于其他私主体的强制性与公共性，使宪法介入具有必要性。因而需要回答两方面问题：其一，平台所具有的特殊性能否使其成为宪法约束对象；其二，我国既有部门法能否有效规范具有特殊性的平台行为。

1. 平台的“强制性”不能使其成为宪法约束对象

不少学者指出，平台与用户间悬殊的实力差距，使其像国家一样对用户产生一种强制和支配，这是基本权利介入的重要原因。^{〔59〕}有学者进一步明确，基本权利仅约束像平台那样具有强制性的“社会权力”主体，并仿照约束国家的法律保留原则、比例原则和正当程序原则，建构“社会权力”主体的行为规则。^{〔60〕}

但是，平台的强制性不能使其成为与国家并列的基本权利约束对象。私人间的强制与国家对个人强制存在根本区别，不能简单因都具有某种强制而采用相同的规制思路。国家的强制是人为赋予的，宪法之约束具有必要性。处于自然状态的人们放弃其“自然法的执行权”以形成国家，从而尽可能地保护这个社会所有成员的财产，改变自然状态的混乱和无序。^{〔61〕}国家同时获得了履行公共职能所必要的强制手段。为避免权力恣意，便需要宪法这一“将社会契约加以具体化的根本契约”^{〔62〕}来控制国家强制，保障公民不受侵犯的自然权。换言之，宪法在约束国家行为的同时，也是在确保其强制的正当性，是国家形成理论所必要的逻辑闭环。而平台企业的强制，根源于其与其他私人之间的实力不对等，是自然形成的事实状态，而非人为赋予。并不需要、也无法预先设定任何规范以约束平台的强制。当平台企业的强制行为侵害他人合法权益时，运用国家强制对其进行约束是国家的任务而非宪法之责，宪法需对规制平台的国家强制进行约束。

并且，由基本权利私人间效力论之实践可知，运用基本权利调整私益之根本目的是实现私主体间的利益平衡，而非约束某一方私主体的强制性。例如，德国联邦宪法法院在“德国被遗忘权第一案”中虽强调了平台的强势地位，^{〔63〕}但其论证的落脚点，并非平台的实力强大因而要对其形成怎样的约束，而是因涉案内容的公开侵害了诉愿人根据《德国基本法》享有的一般人格权，故需要在平台经营权、媒体的报道自由、公众获取信息的自由以及诉愿人的一般人格权等基本权利之间实现平衡。换言之，本案中若没有实力强大的平台参与，相关内容刊登在小型网站或报纸等媒体上，只要联邦宪法法院认为其影响到诉愿人的一般人格权，便会适用基本权利在诸多主体之间进行利益平衡。因此，私主体间的实力不对等、一方对另一方的强制或支配，并非基本权利

〔59〕 参见王锡锌：《个人信息国家保护义务及展开》，载《中国法学》2021年第1期；马长山：《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》，载《中国法学》2019年第5期；李忠夏：《宪法功能转型的社会机理与中国模式》，载《法学研究》2022年第2期等等。

〔60〕 参见李海平：《论基本权利私人间效力的范式转型》，载《中国法学》2022年第2期。

〔61〕 参见〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆2017年版，第53-55页。

〔62〕 〔日〕芦部信喜：《宪法》（第6版），〔日〕高桥和之补订，林来梵、凌维慈、龙绚丽译，清华大学出版社2018年版，第4页。

〔63〕 See BVerfG, *Order of the First Senate of 6 November 2019 - 1 BvR 16/1 -*, para. 77, available at https://www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr001613en.html, last visited on Jul. 10, 2024.

介入的正当理由，“强制性”不能使平台成为基本权利约束对象。

2. 平台的“公共性”不能使其成为宪法约束对象

除了平台的“强制性”，相关论者还将平台行为的“公共性”作为宪法介入之理由。平台的“公共性”主要体现为，平台在管理用户的过程中，行使着“准立法权”“准行政权”“准司法权”，〔64〕成为介于个人与国家之间的“私权力”“社会权力”或“准公权力”主体。虽都主张宪法对平台有约束力，但这两种思路截然不同。前者仍承认平台的私主体定性，以基本权利私人间效力论为理论基础；而后者与美国“州行为理论”中“公共职能”标准的运用颇为相似，核心要义是功能的相似性使私人行为通向或步入国家行为的轨道。因而我们不妨一探美国法院对于平台管理行为的态度。

在用户以宪法上言论自由被侵害为由而对平台提起的诸多诉讼中，“平台始终不被法院认定为旨在保护宪法第一修正案所规定之基本权利的州行为者”〔65〕。例如，在“Prager案”中，法院认为YouTube的相关功能——在私人平台上主持演讲——并非“传统上只有政府实体才能执行的活动”，YouTube并非原告主张的“Marsh案”中具有公共职能的公司城镇。〔66〕该案引用的“Marsh案”是“公共职能”标准的经典案例，涉案公司城镇被认为与市政当局拥有的城镇一样具有公共职能。〔67〕再如，在“Johnson案”中，法院认为，推特公司的言论管理行为受到宪法第一修正案的保护，其自身是言论自由的享有者，并非原告主张的“Pruneyard案”中具有公共职能的购物中心。〔68〕在“Pruneyard案”中，涉案购物中心与公共职能标准经典案例“Logan案”中的购物中心一样，其街道被认为在功能上等同于市镇商业区的街道，具有公共职能而成为宪法约束对象。〔69〕

由上述案例并结合“公共职能”标准的实践境遇，可以得出以下三点结论。第一，由平台的经营方式和盈利模式决定，平台的管理措施完全是一种私人行为，不具有公共职能，不能被拟制为“州行为”。第二，介于个人与国家之间的“准国家”主体是不存在的。在“Johnson案”中，法院明确指出了平台的基本权利主体地位，故其决不会成为“州行为者”，更不会成为某种中间状态的“准国家”主体。如果“准国家”主体甲具有基本权利主体地位，又是基本权利的约束对象，其在面对纯粹私主体乙时，负有保护乙基本权利的义务，此时甲自身的基本权利势必必要让位于乙的基本权利，造成了基本权利主体地位不平等的局面，违反了基本权利平等保护原则。第三，如果“准国家”主体可以证立，基本权利私人间效力论之实践中存在的问题将会重现。美国法院的谨慎态度在一定程度上已经反映出“公共职能”标准自身存在的问题。在“公共职能”标

〔64〕 参见刘权：《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》，载《法学研究》2020年第2期；马长山：《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》，载《中国法学》2019年第5期；郑智航：《数字人权的理论证成与自主性内涵》，载《华东政法大学学报》2023年第1期。

〔65〕 Jonathan Peters, *The “Sovereigns of Cyberspace” and State Action: The First Amendment’s Application-or Lack Thereof-to Third-party Platforms*, 32 Berkeley Technology Law Journal 989, 992 (2017).

〔66〕 See *Prager Univ. v. Google LLC*, 951 F.3d (9th Cir., 2020).

〔67〕 See *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

〔68〕 See *Johnson v. Twitter, Inc.*, 2018 Cal. Super.

〔69〕 See *Pruneyard Shopping Ctr. v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.* 391 U.S. 308 (1968).

准典型案例“杰克逊诉大都市爱迪生公司案”中，美国联邦最高法院坦言：“区分某一行为是私行为还是州行为绝非易事。”〔70〕将私人行为拟制为纯粹国家行为的“公共职能”标准都极具争议，可受宪法约束的中间状态的“准国家行为”更难以认定。界定标准的不确定性，将不可避免地导致基本权利频繁成为约束真正私主体的规范依据，难逃基本权利权衡这一终极方案，基本权利价值贬损、部门法独立性被破坏等不利后果将会再现。

因此，平台管理用户或为自身盈利之需，或为履行法定管理义务，其产生的公益维护效果并不能改变其私人行为之属性。平台的所谓“公共性”不能使其成为宪法约束对象。

3. 我国在部门法框架内完全可以实现私益平衡

我国既有的部门法实践完全可以应对平台的特殊性，无需宪法介入。在立法方面，我国已有越来越多的法律开始限制平台的强制性和恣意性，如《个人信息保护法》第5至7条规定的个人信息处理者需遵循的“合法、正当、必要”“公开、透明”等原则。在平台管理用户行为的约束方面，以电商平台对商户的管理为例，《电子商务法》第32、34、35条以及商务部发布的《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定（试行）》第4、7、9、10条等，在平台规则制定程序、规则内容的公开、征求意见、管理手段的合理性、注重商户权利保障等方面都作出了规定。在司法方面，我国法院也完全能够在尊重契约自治的基础上，实现私主体间的利益平衡。例如，在“宁夏杞蕴商贸有限公司案”中，法院认为，平台协议双方对违规情形及违约条款的约定，有利于净化交易秩序，但也应遵循公平原则，合理确定双方权利义务。限制贷款提现事关商户的重要权利，该措施的采取应有明确依据。并且，限制提现措施作为一种具有保全属性而非终局性的措施本身应具有期限性。平台未告知具体违规情形及限制期限，未充分尽到通知义务。最终，法院结合涉案店铺售后订单的金额、商户的过错程度和违约情形等在案情况，酌定商户在承担违约金后，平台应解除对商户店铺贷款账户剩余资金的限制。〔71〕在“赵某案”“韩某华案”等诸多案件中，法院也适用民法公平原则和诚实信用原则，判决平台解除限制提现措施，实现权利平衡。〔72〕在此类案件中，法院没有适用基本权利，或“比例原则”“正当程序”等诸多学者主张的所谓“公法”原理，而是根据《民法典》规定的“公平原则”“诚信原则”等民法基本原则，且严格按照双方协议内容、平台管理措施的性质和功能、商户过错程度、违约情形等进行判定，既维护了法律适用的统一性和稳定性，又合法有效地保护了相关人权利。

综上，我国并没有将平台视为宪法约束对象。“主体责任”的立法理念使平台保持法律义务主体之本色，而非基本权利保护义务主体，避免了基本权利私人间效力论相关实践之不利后果。平台的“强制性”和“公共性”均非宪法介入之正当理由，我国部门法实践完全可以有效平衡相关私益冲突。

〔70〕 Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U. S. 345, 349-350 (1974).

〔71〕 参见上海市长宁区人民法院（2023）沪0105民初171号民事判决书。

〔72〕 参见上海市长宁区人民法院（2023）沪0105民初324号民事判决书；上海市长宁区人民法院（2023）沪0105民初1077号民事判决书；上海市长宁区人民法院（2023）沪0105民初712号民事判决书；上海市长宁区人民法院（2022）沪0105民初26165号民事判决书；上海市长宁区人民法院（2023）沪0105民初2335号民事判决书。很多类似案件不一一列举。

五、结 语

宪法应当是有形的。这种有形性应通过与普通法律相区别的特殊机制体现出来。当宪法与普通法律一样旨在解决私人争议时，宪法并不能体现出其独特价值和功能，这有损宪法的价值和权威性。从基本权利私人间效力论之实践来看，宪法自身不能提供私益平衡方案。司法机关的基本权利平衡方案，以及有权机关对基本权利保护义务履行之审查结果，并非根据宪法而来，主要依赖其主观权衡。这使得基本权利保护成为有权机关进行利益走私的正当化说辞，部门法所配置的法权结构难以被严格尊重和落实，法的安定性也遭到破坏。

基本权利本欲引导和约束公权力的行使，但基本权利私人间效力论之实践反而造成公权力行使的任意性。在新技术、新业态层出不穷的平台时代，利益主张的多元化使得具体规则的滞后成为常态。立法者和司法者应保持谦抑，为市场发展留足空间，在市场失灵需要公权力介入时，也应在更具有确定性的部门法规范体系内进行利益平衡而不是借助基本权利。基本权利在此刻保持谦抑反而更有利于约束公权力。尤其在我国既有部门法实践完全能够有效平衡私益的情况下，更不能将基本权利作为新的规范根据，而应继续坚持在部门法框架内规制平台行为。

Abstract: As to whether China should accept the theory of horizontal effect of constitutional rights and apply it to the regulation of network platform behaviors, which has been hotly debated in recent years, it is necessary to provide references from a practical point of view. The practice of horizontal effect of constitutional rights mainly includes conducting civil legislation and justice under the guidance of the protection of constitutional rights, as well as the review of the fulfillment of the obligations of the legislature and the judiciary in the protection of constitutional rights by the competent authorities. The theory of horizontal effect of constitutional rights is intended to fully realize the value of constitutional rights, to improve the implementation of sectoral laws and ultimately to protect constitutional rights more effectively. But the relevant practice not only fails to achieve its goal, but also leads to the depreciation of the value of constitutional rights, undermining of the independence of sectoral laws and the stability of the law, and is not conducive to the protection of constitutional rights. It is clear from the practical investigation and reflection that China does not and should not consider online platforms to be constitutionally binding, and should insist on adjusting the network platforms' private interest conflicts within the framework of sectoral laws.

Key Words: constitutional rights, online platforms, horizontal effect, constitutional law, sectoral law

(责任编辑：于文豪)