

网络社会治理中软法的发展及完善

◇ 孟 璐

一、网络社会治理中软法的内容及发展趋势

(一)网络社会治理中软法的主要内容

2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出要完善“网络信息服务、网络安全保护、网络社会管理”领域的立法,目前软法规范已经涵盖网络安全、网络信息服务、网络社会管理这三个主要领域。

(二)网络社会治理中软法的发展趋势

在软法创制类别上,从国家软法向社会软法倾斜。在软法发展理念上,从被动应对向主动建构发展。在软法价值取向上,从利益驱动到社会责任的植入。

二、网络社会中软法适用的内在机理及主要功能

(一)网络社会中软法适用的内在机理

1.互联网“去中心化”的结构催生软法主体的生成

去中心化是网络空间的基本特征,参与主体平等是其内在要求。互联网的技术架构为多元、平等主体参与提供便利,也为多元主体表达诉求,制定软法提供了平台。

2.互联网以用户为中心的互动模式为软法生成提供独特的土壤

在互联网的发展中,成员之间的互动都是基本载体。多元主体之间通过对话协商,以达到利益平衡的目的,这一过程制度化的结果即为软法的生成。基于多方合意形成的软法,也会得到遵从和认同,从而获得法的约束力。

3.互联网多元赋权的运行逻辑为软法生成提供可能

互联网技术改变了传统社会公民赋权的方式,使得公众可以依靠技术实现创造性的赋权。网络社会中对不同主体的利益赋权、肯定,为自我约束性的软法生成提供有效空间。

(二)主要功能

1.弥补硬法的不足

在一定意义上,软法规范能够填补硬法未能及时调整的真空地带,为法律机制内生的不完备性提供了一种自我解决的方案。软法主要借助自律、互律机制等柔性治理方式实现其效果,能够有效地避免硬法规制下实施效果不佳的缺陷。

2.满足网络社会治理的现实需要

网络社会治理法治化的重点在于网络运营者的自我治理以及国家和相关行业的合作治理,而这两个领域产生的法只能是回应性的、说服性的、指导性的软法。软法应当发挥更大的作用。

3.发挥民主协商功能

软法的制定、形成机制能够有效弥补硬法规制的不足,满足网络社会治理的现实需求,也能更好的发挥民主协商功能。因此,网络社会治理的法治化离不开软法之治。

三、网络社会治理中软法存在的问题及完善

(一)网络社会治理中软法存在的问题

1.在调控手段上,社会软法发展不完善

一是制定主体的独立性有待加强。二是网络市场的开放性特征,也使得软法规范具有溢出性,对行业之外的主体产生影响,而软法载体多样,缺乏严格的监管程序,难以对溢出以公共利益为考量进行平衡。

2.在调控体系上,软法之间自恰性不足,与硬法衔接不畅

当前,数据成为关键生产要素,大数据产业发展中以政府发布的国家软法引领为主。在行业之间,基于行业利益保护的考量,行业规范之间融合不足的问题难以避免。在行业内部,互联网企业、网络平台等为减轻自身责任,追求利益最大化,制定的产品、服务协议也可能出现规避硬法的做法。

3.在调控效能上,解纷能力有限,实施效力不足

首先,解决机制不具有终局效力,定纷止争的作用有限。一方面,救济规范并非涵盖所有互联网企业,内部处理机制也会面临人员不专业,缺乏监督的问题。个别平台纠纷解决人员与客服人员、售后人员混同,中立性和专业性欠缺。另一方面,有些平台纠纷解决程序不规范,面对客户投诉,平台只是简单将问题反馈给被投诉方,并没有积极采取实质性措施促成争议的解决。其次,软法“柔性惩罚”的制裁手段因违法成本较小而实施效力不足。软法实施的显著特点就是不依赖国家强制力,主要以行业组织自律、互律机制的运用来实现其效果。网络软法规制理想模型下的效力释放受到多重障碍制约。无论是国家软法还是社会软法,规则的实现都依赖于网络主体自我规制,但自我规制有“规制者被待规制利益所俘获的风险”。因为行业组织声誉受损或离开组织,自我规制机构往往不愿意惩罚业内人员的行为,惩戒机制实施的动力不足。此外,网络诈骗、网络谣言等现象屡禁不止,网络用户参与网络活动的理性有待提高,也在一定程度上影响软法实施的成效。

(二)网络社会治理软法的发展完善

1.增强制定主体的独立性、参与性,提升自我规制成效。随着互联网协会脱钩化处理,行业自律将发挥更大作用。政府一方面要尊重社会主体的自我规制,推动其发展成为制定、实施软法的中坚力量。另一方面要增强制定主体参与性。软法之所以被引入和推崇的关键优势在于社会成员广泛直接参与制定过程,这一环节如果存在缺陷,软法的作用就会大打折扣。所有可能受到规则影响的利益攸关方都应

当有机会参与规则制定,规模较小、处于技术劣势的企业和网络使用者的话语权不应受到其他因素的制约。国家层面应当以政策文件的形式明确参与表决机制,为各参与主体的民主协商提供保障。行业协会也可以在其章程、公约中要求互联网企业对涉及权利义务分配,以及可能影响网络使用者权益时必须在一定范围内进行专家论证和民意调查,听取专家和利益相关方的意见和建议。

2.建立软法备案审查机制,强化软法实施的合法性基础。对于软法之治中的技术问题需要进行硬法的合法化矫正,对工具选择和运用进行价值引领。对于互联网企业的促销、交易规则中存在的转嫁责任、规避风险等情形以及纠纷处理规则中的不公平条款,政府相关部门可以进行备案审查,并鼓励、引导行业协会建立同业审查制度。根据网络生态环境的特殊性,将位于基础层、中间层以及信息流通层的不同主体:网络关键基础设施的所有者和运营者、网络服务提供者、网络适用者分领域、分层适用不同的审查方式,以增加审查和矫正的实际效用。在行业规范、自治规则、自律公约等软法制定、实施中,就其本身的非理性缺陷在宪法、法律等硬法框架内进行合理调试,做到相互协调、有序衔接。

3.完善软法纠纷解决机制,提高定纷止争能力。一是倡导各主体根据产业实际和企业发展状况尽可能配备各自的投诉机制和纠纷解决机制,提升软法纠纷解决机制的应用规模。二是对在线纠纷解决机制的建立设置准入条件和相关行业规范,包括运行机制和解纷人员的职业规范。为确保解纷机制的有效运行,软法规范应当对包括平台解纷机制的门槛设置、运行程序以及对用户数据隐私保护要求等在线纠纷解决机制的操作规范进一步细化。设置科学的选拔标准、考核机制和激励机制是软法解纷机制专业化发展的前提保障。

作者简介:孟璐,河南警察学院副教授。

(摘自《辽宁警察学院学报》2021年第4期)