

摘要

纵观我国宪法制定与修改历程，通信权始终是宪法中的一项重要内容。“八二宪法”规定通信权受到法律保护，只有在因国家安全或追查刑事犯罪的情况下，才能由公安、检察院依照法定程序对通信进行检查。这一条款从主体、事由与程序三方面对限制通信权的行为作出了严格的限制，体现了对公民通信权实施严格保护的宪法精神。然而，随着技术的更新与进步，通信方式日趋多样化，互联网通信成为日常生活的主要通信渠道，对新兴通信形式进行管理的现实需要与宪法对通信权严格保护的取向发生冲突。在互联网技术的影响下，网络通信相较于信件与电话等传统通信方式而言即时性与互动性被显著增强，通信信息的传播速度与广度大幅提升，也间接地使违法违规信息扩散速度加快、影响范围扩大，产生更强的社会危害后果，由此催生了加强互联网通信管理的新需求。2017年6月1日，《中华人民共和国网络安全法》正式生效实施，内容涵盖网络安全治理的方方面面。其中第48条规定了网络平台对用户发送电子信息内容的安全管理责任，要求平台一旦知道用户发送电子信息中含有违法违规内容，即应采取停止、消除等措施。其实质上是要求平台企业对用户的通信信息进行管理，以避免违法违规信息的扩散，通过限制用户的通信权以实现维护网络安全秩序的目的。虽然这一规定对于加强网络治理，降低管理成本具有重要意义，但无论在何种情况下，都不能以维护公共利益为由过度限制公民的基本权利。任何限制基本权利的法律规定都应当在宪法精神的指引下，遵循法律保留、比例原则、正当程序等原则的要求，确保限制性规定的合理性。

因此，在网络治理体系亟待完善的背景下，应当对《网络安全法》第48条规定的管理主体、事由、手段、程序要件做适当性调整：合理限缩作为管理主体的“有关主管部门”与平台企业的范围；降低平台注意义务标准并在管理事由中附加“量化”审查条件，保证规定的明确性与合比例性；立足于平台企业的角色定位变“终局性”措施为“临时性”措施；结合算法自动决策程序的特殊性，在立法层面规定事前审查与公开程序，并赋予个案当事人以算法解释权，保证决策程序与结果的公正、透明；同时在法律与平台协议中明确告知不当限制的责任主体与救济途径，为当事人寻求救济提供明确的指引。从而，在《网络安全法》中充分贯彻宪法精神，实现个人利益与公共利益间的平衡，更好地满足互联网时代公民的利益需求。

关键词：通信权；网络平台；信息安全管理行为

Abstract

Throughout the process of formulating and amending the Constitution of China, the right to communication has always been an important part of the Constitution. The "82 Constitution" stipulates that the right to communication is protected by law. Only in the case of national security or the investigation of criminal crimes can the public security and procuratorate inspect communications according to legal procedures. The act of restricting the right of communication has been strictly restricted from three aspects: subject, subject and procedure, which reflects the constitutional spirit of strict protection of citizens' right of communication. However, with the update and progress of technology, the means of communication have become increasingly diversified, and Internet communication has become the main communication channel in daily life. The practical need to manage the emerging forms of communication conflicts with the orientation of strict protection of the right to communication in the Constitution. Under the influence of Internet technology, compared with traditional communication methods such as letters and telephone, network communication has been significantly enhanced in immediacy and interactivity, and the speed and breadth of communication information has been greatly improved, which also indirectly accelerates the spread of illegal information and expands the scope of influence, which may have stronger social harmful consequences, thus creating a new demand for strengthening communication management. On June 1, 2017, the Cyber Security Law of the People's Republic of China came into force, covering all aspects of cyber security governance. Article 48 stipulates the security management responsibility of the network platform for the content of electronic information sent by users, and requires the platform to take measures such as stopping and eliminating once it knows that the content of electronic information sent by users is illegal. In essence, the platform enterprise is required to manage the user's communication information to avoid the proliferation of illegal information, and to maintain the network security order by limiting the user's communication right. Although this provision is of great significance for strengthening network governance and reducing management costs, under no circumstances can citizens' basic rights be unduly restricted on the grounds of safeguarding public interests. Any legal provisions restricting basic rights should be guided by the spirit of the Constitution and follow the requirements of the principles of legal reservation, proportionality, due process, etc. to ensure the rationality of restrictive provisions.

Therefore, in the context of the urgent need to improve the network governance system, appropriate adjustments should be made to the management subject, subject matter, means and procedural elements specified in Article 48 of the Network Security Law: reasonably limit the scope of "relevant competent departments" and platform enterprises as the management subject; Reduce the standards of the platform's duty of

care and add "quantitative" review elements to the management reasons to ensure the clarity and proportionality of the provisions; Based on the role orientation of the platform enterprise, change the "final" measures to "temporary" measures; Combined with the particularity of the algorithmic automatic decision-making process, it stipulates the prior review and disclosure procedures at the legislative level and gives the parties to the case the right to interpret the algorithm to ensure the fairness and transparency of the decision-making process and results; At the same time, the legal and platform agreements clearly identify the subject of liability and the way of relief for the improper restriction, and provide clear guidance for the parties to seek relief. Fully implement the spirit of the Constitution in the Network Security Law, realize the balance between personal interests and public interests, and better meet the interests of citizens in the Internet era.

Key words: communication right; Network platform; Information security management behavior

目录

导论	1
(一) 问题提出与相关概念界定	1
(二) 文献综述	5
(三) 研究方法	8
(四) 论文结构安排	8
一、 信息安全管理行为所涉主体关系界定	10
(一) 信息安全管理行为中网络平台与用户关系界定	10
(二) 信息安全管理行为中国家与网络平台关系界定	13
二、 信息安全管理行为对通信权干预的证成	18
(一) “发送电子信息”是否落入通信权保护范围	18
(二) 信息安全管理行为是否构成对通信权的限制	21
三、 信息安全管理行为限制通信权的合理性分析	23
(一) 限制主体超出加重法律保留范畴	23
(二) 限制事由违反明确性原则	24
(三) 限制手段超越比例原则限制	26
(四) 限制程序违背程序正当原则	27
四、 信息安全管理行为限制通信权的要件调整	30
(一) 互联网通信管理立法目的的分析	30
(二) 限制主体的限缩性调整	31
(三) 限制事由的“限制性”调整	33
(四) 限制手段的“临时性”调整	34
(五) 限制程序的正当性调整	35
结论	38
参考文献	40
作者简介	44
致谢	45

导 论

（一） 问题提出与相关概念界定

1、问题提出

一直以来，通信权都是公民的一项重要基本权利。在“五四宪法”制定之时，就已有“通信秘密”的相关规定，其立法表述几经变化，最终定型为“八二宪法”第40条规定，并沿用至今。《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第40条中规定：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，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。”这一条款从主体、事由、程序三方面对干预通信权的行为做出限制，相较于其他基本权利而言，可谓十分严格。随着社会与数字技术不断发展，通信方式、范围以及通信的重要程度不可与“八二宪法”制定之时同日而语。在这一背景之下，实践中衍生出了诸如法院调取通信记录、交警调取通信记录、网络平台限制用户通信权、重大考试中的通信管制措施、雇主检查劳动者信件等限制通信权的新情况，宪法严格保护与限制通信权现实需要间的冲突愈发激烈。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央从总体国家安全观出发对加强国家网络安全工作作出重要部署，其中对网络安全法制建设提出了明确要求。由此，《中华人民共和国网络安全法》（以下简称《网络安全法》）应运而生，并于2017年6月1日起正式施行。为弥补公权力机关在技术和信息上的局限性，该法赋予网络平台以“守门人”的地位，施加网络治理义务。其中，第48条规定了网络平台针对用户发送电子信息的“信息安全管理义务”，即：电子信息发送服务提供者知道用户发送电子信息中含有法律、行政法规禁止发布或传输信息的，应当履行安全管理义务停止提供服务，采取删除等处置措施，保存有关记录，并向有关主管部门报告。为落实这一义务，各平台在用户协议及平台规则中作出了相应的细化规定，如微信《软件许可及服务协议》、《微信个人账号使用规范》、《QQ软件许可及服务协议》、《微博服务协议》等文件中对禁止用户传送信息种类以及后果的列举等，都是网络平台落实信息安全管理义务的具体体现。由于第48条规定针对的对象是用户发送的电子信息，并赋予了平台采取审查及停止、删除等措施的“权力”，因此本文认为从语义上看，这一义务存在限制公民通信权的可能性。

综上，《网络安全法》第48条的平台信息安全管理行为是否属于《宪法》第40条的调整范围、其对通信权的限制是否合理、如不合理又该如何调整是亟需解决的问题。本文将在讨论国家—平台—用户三方主体关系、限制存在与否并

对其进行合理性分析的基础上,探讨如何为互联网领域中的公民通信权提供保护。

2、相关概念界定

(1) 网络通信行为

《宪法》第40条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。”因通信行为产生的通信自由和通信秘密是通信权的保护对象。根据《辞海》中的定义,通信是指借助邮件、电子和光等媒介手段,将语言、文字、数据和图像等信息从一点传送至另一点的行为。¹由此可见,通信行为涉及通信主体、通信方式以及通信内容三要素。随着通信技术的发展,通信形式早已不再局限于“八二宪法”制定之时的信件通信。电话通信、蜂窝通信、互联网通信等形式层出不穷,通信范围、参与人数量、通信内容的表现形式等发生翻天覆地的变化,对于通信行为的理解也应当根据通信方式的不同作出相应调整。

首先,从主体层面来看,通信行为应当发生于特定主体之间,这也是通信权区别于表达自由的关键。在“五四宪法”中,通信权与住宅权规定于同一条款。²虽然这一立法模式实际上是我国宪制不完善时对他国宪法的模仿³,但在一定程度上也能说明在当时的制宪者看来通信权与住宅权之间存在共通性。住宅权是一种安全权,其目的在于将住宅作为一个相对独立于社会公共领域的私域加以保障,满足人们对社会安全的需求。⁴从这一角度来看,通信权亦是对公民私人领域的维护,只是住宅权维护的是现实范畴中的私域而通信权保护的则是虚拟范畴中的私域。因此,不同于以公开发表意见为目的的表达自由,通信行为应当具有一定私密性,参与主体应是所有参与人通过明示或默示方式所共同认可的特定主体。其次,对于通信方式而言,通信行为的实施应以中介的存在为基础。实现信息交流自由化是通信亘古不变的目的⁵,为了摆脱地理距离上的限制,实现交流的便利化、自由化,需要中介条件的支撑。从信件通信到电话通信、互联网通信,无论通信形式如何改变,通信信息的传递都离不开邮政部门、电信部门以及互联网平台等第三方媒介的作用。最后,对于通信内容要素,有观点认为,通信传递的内容应当以思想为限,并进一步限定为寄送人的思想,以此区分通信行为与邮寄快递、报纸等行为。⁶本文认为这一观点对于认定传统线下通信大有裨益,然而对于网络通信而言,如此详细认定存在实际操作上的困难。随着通信技术的发展,网络通信内容的表现形式更为丰富多样。如果只有传递行为人思想的行为才称得

¹ 参见《辞海》,上海辞书出版社2000年版,第1275页。

² 1954年《中华人民共和国宪法》第九十条第一款(已失效):“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯,通信秘密受法律的保护。”

³ 参见韩大元:《1954年宪法与新中国宪政》,湖南人民出版社2004年版,第79页。

⁴ 参见黄利红:《住宅不受侵犯权在中国近现代的演变及其基本属性》,《河北学刊》2014年第1期,第155页。

⁵ 参见张新宝:《个人信息收集:告知同意原则适用的限制》,《比较法研究》2019年第6期,第3页。

⁶ 参见王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,《政治与法律》2020年第8期,第109页。

上是通信,那么线上以文档形式传送书籍、报纸这类与线下邮寄报纸等仅存在传输渠道之分的行为应当如何认定?同时应当注意到,网络通信与线下通信之间的区别在于,线上传输的信息往往混杂在一起,如果认为传输此类信息的行为不构成通信,那么在各类信息混杂的情况下,又应如何在不侵害通信权的前提下将其区分开来?本文认为,对于网络通信而言,并不适宜将内容这一实质性要素作为认定通信行为的依据。网络通信行为相较于传统的线下通信而言,具有信息形式多样、主体范围扩大、即时性增强等方面的特点,如果从实质性内容的角度对通信行为进行界分,很难保证不会对通信信息造成“误伤”。因此,对于网络通信行为应当侧重于形式上的认定,即只要具备主体的特定性与方式的中介性就应当认定为通信。如此,既适应网络通信时代的通信特征,又能对网络通信予以充分保护。

综上所述,本文认为通信参与人以明示或默示方式共同认定的特定主体之间,借助网络服务提供者提供的中介服务传送各种形式信息的行为即为网络通信行为。由此产生的自由传递信息及信息不为他人获取的利益即为通信权所要保护的通信自由与通信秘密。

(2) 网络平台

在互联网技术迅速发展的当下,“网络平台”、“网络运营者”、“网络服务提供者”等相关概念在国家官方文件、新闻报道、各学科领域研究成果中被反复提及。但实际上,这些概念的使用与理解尚未达成一致。相关规范文件中就存在概念使用不统一的情况。如《网络安全法》中将网络所有者、管理者以及网络服务提供者统一概括为“网络运营者”;《刑法》、《民法典》、《信息网络传播权保护条例》中采用“网络服务提供者”一词;《民事诉讼法》、《个人信息保护法》、《电子商务法》、《互联网用户公众账号信息服务管理规定》、《互联网平台分级分类指南(征求意见稿)》、《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》等规范文件中出现了“网络平台”及相关表述。其中,《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》附则第一条将“互联网平台”界定为:“通过网络信息技术,使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互,以此共同创造价值的商业组织形态。”

虽然规范文件中存在概念使用不统一的情况,但理论研究中多使用“网络平台”一词。周辉从网络平台运作方式和内部结构角度进行解释,将平台与企业 and 市场相区分,并与“市集”进行类比,指出网络平台扁平化运作以及具备内部交易规则和互动环境的特征。⁷郭渐强、陈荣昌从网络平台的中介性出发,认为平台是“通过提供技术支持和应用入口,为用户交易、互动和交流提供场所和服务

⁷ 参见周辉:《技术、平台与信息:网络空间中私权力的崛起》,《网络信息法学研究》2017年第2期,第78页。

的自组织生态，其本质是连接商品或服务供需端口的中间节点”⁸。侯立阳立足于网络平台的核心特征，认为平台是带有一定封闭性且具有相当规模的信息中介服务提供者、网络交易组织者和管理者。⁹

综合上述定义，本文认为“网络平台”具备为用户提供活动场所的“中介性”与制定规则对平台内活动进行管理的“管理者地位”的双重特征，是以互联网技术为依托，直接与用户进行交易或提供信息或者为用户开展活动提供中介服务，并对范围内用户进行管理的服务提供者、组织者和管理者。¹⁰

（3）信息安全管理义务

根据公安部所印发的《违反〈网络安全法〉行为名称及适用条款》第14、15条¹¹规定，《网络安全法》第47¹²、48条规定内容是网络平台的信息安全管理义务。从性质上看，这一义务是一种管理义务，因此对其进行理解的关键在于“管理”的对象及目的是什么。根据《刑法修正案（九）》第28条的规定，网络平台的信息网络安全管理义务包括防止违法信息大量传播、防止用户信息泄露以及防止刑事案件证据灭失三方面内容。《网络安全法》第48条规定：“任何个人和组织发送的电子信息、提供的应用软件，不得设置恶意程序，不得含有法律、行政法规禁止发布或者传输的信息。电子信息发送服务提供者和应用软件下载服务提供者，应当履行安全管理义务，知道用户有前款规定行为的，应当停止提供服务，采取消除等处置措施，保存有关记录，并向有关主管部门报告。”从文义上看，该条内容应当属于“防止违法信息大量传播”之列。因此，第48条规定实际上是对用户发送电子信息中是否存在违法违规内容的管理。除此以外，从《网络安全法》的立法体系来看，《网络安全法》第48条规定属于“网络信息安全”一章的内容，纵观本章内容，以第46条规定为界可以分为保护用户信息安全以及保护网络环境内信息安全两部分内容。作为“保护网络环境内信息安全”部分的规定，《网络安全法》第48条的目的在于维护整个网络环境的安定，意味着平台需要通过审查用户发送信息的方式约束个体行为，维持网络安全秩序。

因此，本文认为《网络安全法》第48条规定的“信息安全管理义务”针对的对象是用户发送的信息，目的在于通过规制用户发送的电子信息，保障整个网络环境的安全与秩序。

⁸ 郭渐强、陈荣昌：《网络平台权力治理：法治困境与现实出路》，《理论探索》2019年第4期，第116页。

⁹ 参见侯立阳：《论网络平台的法律主体地位》，《中外法学》2022年第2期，第347-350页。

¹⁰ 虽然《中华人民共和国网络安全法》第四十八条中使用了“电子信息发送服务提供者”一词，但本文认为“电子信息服务”实际上是网络平台提供“中介服务”的一种。因此为求表述简洁，本文后续论证中将统一使用“网络平台”一词。

¹¹ 《违反〈网络安全法〉行为名称及适用条款》（公网安〔2019〕566号）：“14.网络运营者不履行网络信息安全管理义务（第47条和第68条第1款）。15.电子信息发送、应用软件下载服务提供者不履行网络信息安全管理义务（第48条第2款和第68条第2款）。”

¹² 2017年《中华人民共和国网络安全法》第四十七条：“网络运营者应当加强对其用户发布的信息的管理，发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取消除等处置措施，防治信息扩散，保存有关记录，并向有关主管部门报告。”

（二）文献综述

自“八二宪法”之后,《宪法》第40条通信权条款的内容一直未发生过改变。作为公民的一项重要基本权利,通信权一直备受公法学界的关注。随着社会的发展,通信方式也在逐步改变,通信行为的广度与深度不可同日而语,通信信息对于国家及社会治理的意义也日益提升。这一系列变化带来了通信权保障与公共利益维护之间的冲突,由此《宪法》第40条通信权条款再度成为学界的关注对象,对于通信权保障的态度也发生了转变。对于当前实践问题的解决离不开对过往研究的总结,因此有必要以通信方式的转变为时间轴对过往研究成果进行梳理。

1、“信件通信”时代的通信权研究成果

在微波通信、蜂窝通信、互联网通信等新通信方式广泛应用之前,“信件通信”是学界关注的重点。刘知命分别对通信自由、通信秘密的内涵、范围以及二者关系进行阐释,强调对通信权的严格保护。他主张将信封上记载的收件人及寄件人的信息纳入到通信秘密的保护范围之中,但在保密方式及保密范围上与信件内容相区分。¹³吕世珩通过规范分析方法对《宪法》第40条规定和《邮政法》中的有关规定进行对比分析,明确“通信”与“邮件”的关系,认为信件以外的“邮件”不属于通信权的保护范围,指出“通信权属于人身权利,是人身权利中的隐私权,其他邮件属于财产权利,在宪法、民法、其他法律中,总把人身权放在更为重视的位置”,从通信权性质的角度划定通信权的保护范围。¹⁴周臣孚从一个实践案例入手,认为信函内容以外的其他与信件有关的信息属于广义上的“通信秘密”,并指出“保护通信秘密是一项社会性工作”,除邮政人员以外,全体社会成员都应当加强保密意识。¹⁵这一阶段,学界对通信权研究重点主要在于通信权有关基础概念的阐释,对限制通信权的实践情况关注较少,且多强调通过扩大通信权保护范围的方式较强对其的保护力度。

2、“电话通信”时代的通信权研究成果

随着新兴通信方式对日常生活的渗透,除“信件通信”以外的其他通信形式也进入了研究视野,学者们逐渐关注到因电话通信的出现所带来的通信权宪法保护与通信实践之间愈发激烈的冲突。有学者关注到“通信”的本质特征与通信权限制之间的联系。郭延军从“秦中飞编发短信被拘案”入手,指出私人通信因其私密性,影响范围往往较为有限,因此对通信权进行限制时应当考虑到这一特性。

¹³ 参见刘知命:《略论通信自由和通信秘密的涵义》,《现代邮政》1990年第4期,第38-39页。

¹⁴ 参见吕世珩:《“通信”与“邮件”混同的法律思考》,《现代邮政》1990年第4期,第34-36页。

¹⁵ 参见周臣孚:《他凭什么搞诈骗?——谈正确理解和保护通信秘密》,《中国邮政》1991年第1期,第27页。

¹⁶温泽彬通过对《监狱法》服刑人员信件检查规定的合宪性分析,认为通信权“是一种纯粹的个人层面的权利,这一性质决定了宪法对其保护程度相当高,同时国家要立法限制的门槛也会异常之高”。¹⁷同时,与“信件通信”时代相同,电话通信中通信权的保护范围依然是通信权研究的关注重点。刘松山以街头小广告治理这一实践现象为切入点,提出了通信权保障的核心利益是公民的精神活动自由以及隐私权,并在此基础上初步提出了带有商业性质的通信信息是否能作为通信权保护范围的问题,认为因此类信息与通信权的基本初衷存在出入,所以难以受到宪法的完全保护。¹⁸张杰、李长喜从通信权隐私性的核心特征出发,认为“不仅通信的内容信息符合通信秘密的本质特征属于通信秘密的范畴,与通信内容相关的通信活动信息、用户信息也是公民在个人生活中不愿为他人公开或知悉的私人秘密,也符合通信秘密的本质特征,也应属于通信秘密的范畴。”¹⁹亦有学者关注到通信形式改变后对国家保护提出的更高要求。周伟提出作为通信权与其他基本权利的重要区别,通信权“不仅直接拘束国家机关,而且直接拘束国家机关以外的所有组织与个人”²⁰。唐忠民在对“电信部门留存手机短信内容”、“监狱检查狱内服刑罪犯通信内容”两种实践现象做合宪性分析的基础上,提出“衡量公民通信自由、通信秘密是否得到完整和最大化的保护的标准之一是公民在新兴通信方式中享有的自由和秘密或者说国家保护程度不得低于传统通信方式中所享受到的自由和秘密”的主张。²¹此一阶段的研究更倾向于最大程度界定通信权的保护范围,以实现对其严格保护。

除此以外,由于这一阶段互联网技术对于日常生活已有所渗透,故此时也有部分学者关注到互联网时代的通信权保护问题。韩大元、刘素华采用比较研究方法对比分析互联网时代国际人权法、区域性人权公约以及外国宪法及法律中有关通信权条款的规定,指出其相较于我国现有通信权条款而言所具有的优势,并强调不能仅从人身权利或者表达自由权利的角度理解通信权,应当注意到其与“公民的隐私权、自由表达权、知情权、财产权,及国家安全、公共权力和公共利益等密切联系和融合”,政府在对互联网规制时应当以有利于公民通信权的实现为前提,为公民政治参与权、经济和文化多种权利和自由的实现创造条件。²²

3、“互联网通信”时代的通信权研究成果

现如今正处于互联网信息时代,通信方式、通信范围等发生革命性变化,通

¹⁶ 参见郭延军:《地方“一把手”应认真看待公民宪法权利——评案中飞编发短信被拘案的起落》,《法学》2006年第11期,第5页。

¹⁷ 参见温泽彬:《服刑人员信件检查的宪法分析》,《西南政法大学学报》2008年第3期,第74-77页。

¹⁸ 参见刘松山:《治理街头小广告的法律问题》,《法学家》2003年第4期,第45-47页。

¹⁹ 张杰、李长喜:《通信秘密法律保护研究》,《云南大学学报(法学版)》2005年第2期,第42页。

²⁰ 周伟:《通信自由与通信秘密的保护问题》,《法学》2006年第6期,第57页。

²¹ 参见唐忠民:《公民通信自由和通信秘密保护的两个问题》,《法学》2007年第12期,第13-17页。

²² 参见韩大元、刘素华:《电信网络规制对通讯自由的影响》,《岳麓法学评论》2003年第1期,第96-101页;刘素华:《论网络时代通讯自由的性质》,《国家行政学院学报》2003年第3期,第64-67页;刘素华:《网络时代通讯自由基本人权保护研究》,《浙江学刊》2005年第1期。

信成为生活中必不可少的一部分。通信权的宪法保护与限制通信权实践需要间冲突愈发激烈,这一阶段的研究中出现了限缩通信权保护范围以适应实践需要的倾向。现有研究成果中,“调取通信记录”行为的合宪性问题是学界的主要关注对象:学者们分别从“通信记录的非秘密性”²³、“通信信息的存储位置”²⁴、“私人通信空间与非私人通信空间”²⁵、“通信内容与非内容的通信信息”²⁶、“电子通信元数据”²⁷、“私人通信与非私人通信”²⁸以及“通信的沟通性特征”²⁹等角度对通信权的保护范围以及针对不同通信信息的保护方式、保护程度展开论述。除此以外,刑事诉讼领域中电子数据的调取收集亦是学界关注的重点。³⁰然而,相较于上述两类问题,现有关于互联网治理中平台信息安全管理行为限制通信权问题的研究则较少,仅有的研究中还存在着缺乏具体调整措施、法条引用不准确、针对性不足等问题。张翔以《网络安全法(草案)》二审稿第46条的规定为切入点,通过对“电子信息发送”的界定以及第46条规定与《宪法》第40条在限制主体、限制事由上冲突的阐释,指出第46条规定存在不合理限制通信权的可能,并从《网络安全法》立法目的的角度对这一问题存在的原因作出阐释³¹,但受篇幅限制文章并未提出详细的调整建议。帅奕男采用比较研究的分析方法,对国内外互联网时代“通信”新样态、实践中国家权力对通信权限制的新形势以及各国对通信权的宪法保障进行阐释,指出“作为宪法所保障的一项公民基本权利,通信自由权与国家权力在新情势下出现了新的权益冲突”,并在此基础上提出塑造协调二者关系的平衡互动的治理秩序。³²但文章仅笼统讨论互联网领域公权力与通信权间冲突,虽在论证过程中引用了《网络安全法》相关具体规定,但引用的内容是以用户公开发布信息为约束对象的第47条而非以通信内容为对象的第48条,存在法条引用不准确的问题。除此以外,互联网治理的相关文章中亦有

²³ 参见杜强强:《法院调取通话记录不属于宪法上的通信检查》,《法学》2019年第12期,第78-87页。

²⁴ 参见王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,《政治与法律》2020年第8期,第107-119页。

²⁵ 参见秦小健:《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》,《政治与法律》2020年第7期,第85-97页。

²⁶ 参见张翔:《通信权的宪法释义与审查框架——兼与杜强强、王锴、秦小健教授商榷》,《比较法研究》2021年第1期,第33-48页。

²⁷ 参见杜吾青:《论通信秘密的宪法保障——以电子通信元数据为切入》,《甘肃政法大学学报》2021年第6期,第98-112页。

²⁸ 参见熊静文:《通信记录的调取与“通信秘密”的宪法含义》,《中国法学评论》2021年第6期,第186-197页。

²⁹ 参见李忠夏:《数字时代隐私权的宪法建构》,《华东政法大学学报》2021年第3期,第42-54页。

³⁰ 相关文献包括:艾明:《论刑事侦查中对收集通信记录的调取及法律规制》,《中国刑事法杂志》2011年第1期,第72-81页;孙煜华:《何谓“严格的批准手续”——对我国<刑事诉讼法>技术侦查条款的合宪性解读》,《环球法律评论》2013年第4期,第33-47页;谢登科:《论电子数据收集中的权利保障》,《兰州学刊》2020年第12期,第33-45页;蒋勇:《权利保护视角下警察网络执法权的程序规制》,《广西社会科学》2021年第9期,第109-117页;郭旨龙:《通讯记录数据调取的形式合法性》,《国家检察官学院学报》2021年第6期,第17-36页。

³¹ 参见张翔:《检查公民通信是谁的权力?——小议<网络安全法>二审稿第46条》,《法治周末》2016年8月31日,第1版。

³² 参见帅奕男:《基本权利“新样态”的宪法保障——以互联网时代公民通信自由权为例》,《法学评论》2018年第6期,第116-125页。

对通信权限制的提及，如王勤、刘晓庆、唐亦非从网络运营者管理职责性质定位的角度进行论证，认为以行政授权理论对网络运营者的管理职责进行解释，将其界定为权力，更能应对《网络安全法》第 47 条的合宪性质疑。³³同样存在着法条引用不准确的问题，并且由于这一部分仅是文章加强说理的依据，故论述的系统性、深入性不强。

互联网已经逐渐成为个人日常生活、社交的重要领域，互联网秩序是国家秩序、社会秩序维护的一个重要方面，互联网领域内公益与私益之间的协调、基本权利的维护是确保公民基本权利落实的一个重要切入点。在互联网技术不断发展的背景之下，应当对网络治理领域通信权保障问题予以适当的重视。因此，本文将以《网络安全法》第 48 条规定为切入点对互联网领域通信权限制问题进行系统分析，以实现二者协调，在保障通信权的基础上充分发挥网络平台在网络治理中的优势。

（三）研究方法

1、规范分析法。本文以《网络安全法》、《宪法》等法律规定为基础，对《宪法》第 40 条、《网络安全法》第 48 条以及其他相关规范性文件的内容进行分析，明确“发送电子信息”是否“通信行为”、是否应当受到通信权条款的保护；《网络安全法》第 48 条规定的平台信息安全管理行为是否构成对公民通信权的限制、这一规定是否应当受到《宪法》第 40 条的约束、受到何种程度约束等问题。

2、价值分析法。本文在对互联网安全利益、用户的通信权益以及用户违法违规信息的危害程度进行衡量的基础上，分析《网络安全法》第 48 条中平台信息安全管理行为对用户通信权的限制是否符合比例原则的要求，严格管理规定与严格保护通信权的宪法精神间是否适应，以及应当如何协调信息安全管理行为中的公共安全利益与个人通信诉求，实现公益与私益的良性互动。

3、比较研究方法。本文在比较分析美国弗尼吉亚《反计算机犯罪法》中“垃圾邮件”认定的 UBE 标准；美国《算法透明性和可问责性声明》、欧盟的《通用数据保护条例》（GDPR）中“算法解释权”的有关规定基础上，为《网络安全法》第 48 条中管理事由的完善与程序公开原则的落实提出建议。

（四）论文结构安排

本文研究的是《网络安全法》第 48 条平台信息安全管理行为对公民通信权限制问题。论文分为六个部分：

第一部分是导论：主要阐述本文的选题背景，网络通信行为、网络平台、信

³³ 参见王勤、刘晓庆、唐亦非：《网络运营者参与互联网治理的角色定位——基于权力与义务的判断》，《江汉论坛》2018 年第 5 期，第 121-125 页。

息安全管理义务等相关概念的界定,不同时期通信权研究呈现的特点以及本文的研究方法、结构安排。

第二部分是信息安全管理行为所涉主体关系的界定:将平台管理行为中“国家—平台—用户”三方主体分为“平台—用户”、“国家—平台”两部分,分别在分析社会权力的构成要件与社会治理中公权力与社会主体关系的基础上,探讨平台对用户支配地位的构成与平台和国家公权力机关在管理行为中的角色定位。

第三部分是信息安全管理行为对通信权干预的证成:在明确互联网通信领域通信权保护范围的基础上,对作为《网络安全法》第48条管理对象的“发送电子信息”行为是否落入通信权的保护范围,以及第48条规定是否构成对通信秘密与通信自由的限制展开研究。

第四部分是信息安全管理行为限制通信权的合理性分析:从《网络安全法》48条规定的限制主体、限制事由、限制手段、限制程序四个方面分析本条规定对通信权的限制是否合理,如不合理又体现在哪些方面。

第五部分是信息安全管理行为限制通信权的要件调整:从限制主体、事由、手段、程序四方面对《网络安全法》第48条规定进行调整,使其适应宪法对通信权严格保护的要求,保障公民在互联网通信领域的通信利益,实现公益与私益的协调。

第六部分是结论,即对本文的总结。

一、信息安全管理行为所涉主体关系界定

通信权作为公民的一项基本权利被规定在《宪法》第40条中。作为公法,《宪法》的调整范围以国家与公民间不平等关系为限,因此基本权利的主要约束对象是国家行为。然而,《网络安全法》第48条规定的信息安全管理义务的主体为网络平台,在法律性质上为私主体,与用户处于平等的法律地位。由此会产生网络平台的信息安全管理行为是否属于通信权调整范围的问题。

有观点以“基本权利客观价值秩序理论”以及《宪法》第40条中“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”的表述为依据,认为《宪法》第40条暗含约束私主体的意蕴。³⁴亦有观点考虑到一些社会主体的“权力”对公民权利有着不亚于公权力的影响力,主张应当将社会主体的“权力”作为宪法基本权利的直接约束对象。³⁵两种观点的共性之处在于,考虑到社会主体的私主体性质,认为应当适当降低约束程度,避免公法对私法自治造成不当限制。然而,此类观点并不能直接套用于本文所探讨的平台信息安全管理行为,因为《网络安全法》第48条规定不仅涉及到平台与用户间的私主体关系,国家公权力在其中更是扮演着重要的角色。为提升互联网治理的效率,降低治理成本,“国家管平台”、“平台管用户”已经成为世界各国普遍认可的治理模式。这一模式下,平台的管理行为涉及“国家—平台—用户”三方主体。作为三者间的中间方,平台的管理行为相对于国家、用户而言具有不同属性。因此,对于《网络安全法》第48条的管理行为是否受到《宪法》的直接约束以及受到何种程度约束问题的讨论,应当在分别辨析“平台—用户”、“国家—平台”间关系的基础上展开。

(一) 信息安全管理行为中网络平台与用户关系界定

1、“社会权力”的构成要件

依照不同标准,可以将“权力”划分为多种类型。有观点基于“国家—社会”二元化的背景,根据权力主体的不同将权力划分为国家权力与社会权力。³⁶其中对于“社会权力”的内涵、范围,理论界可谓众说纷纭。现有观点基于管理事务、代表意志、利益的不同或将社会权力统称为社会公权力³⁷,或概括为私权力³⁸,又

³⁴ 参见熊静文:《通信记录的调取与“通信秘密”的宪法含义》,《中国法学评论》2021年第6期,第193页。

³⁵ 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34-38页;杨学科:《数字私权力:宪法内涵、宪法挑战和宪制应对方略》,《湖湘论坛》2021年第2期,第86-96页。

³⁶ 参见郭道晖:《社会权力:法治新模式与新动力》,《学习与探索》2009年第5期,第138页。

³⁷ 参见李海平:《论作为我国宪法学基本范畴的非国家公权力》,《江汉论坛》2014年第1期,第65-71页。

³⁸ 参见杨学科:《数字私权力:宪法内涵、宪法挑战和宪制应对方略》,《湖湘论坛》2021年第2期,第86-89页。

或根据是否对不特定多数人产生影响以及是否受到国家影响进一步将社会主体行使的“权力”细分为社会公权力与社会私权力³⁹。对于网络平台而言，平台的“权力”来源既包括私法领域的平台协议，又包含公法领域的法律规定；维护的利益也同时包括平台企业自身利益与社会公共利益两方面，无论是采用社会公权力的概念还是私权力的概念可能都无法完全涵摄网络平台“权力”的多种情况。因此，本文倾向于从“权力”行使主体——“网络平台”的私主体性质出发，采用“社会权力”这一概念。

无论是国家权力还是社会权力，上位概念都是“权力”，对下位概念的分析当以上位概念为基础。“权力”是法学、政治学、社会学等学科领域中的一项重要基础概念，内涵、外延复杂且有争议。马克斯·韦伯认为：“权力就是在一种社会关系内部某个行动者将会处在一个能够不顾他人的反对去贯彻自身意志的地位上的概率，不管这种概率的基础是什么。”⁴⁰权力是某主体运用其所拥有的资源，对他人发生强制的影响力、控制力或促使、强迫他人按照权力者的意志、价值作为与不作为的一种社会关系。⁴¹霍菲尔德认为：“权力是对他人对特定法律关系的强制性‘支配’。”⁴²权力是一种实体性的支配力量。⁴³虽然上述阐释在具体表述上存在差异，但共性在于都承认了权力主体的支配性地位。因此，作为下位概念，社会主体对他人的支配力是社会权力成立的必然基础，其证成除需满足非国家性的主体要件以外，还应当符合支配性的要求。

2、信息安全管理行为中“社会权力”认定

由上可知，社会权力是社会主体所具有的能够对其他主体权利、利益产生支配力的一种力量。网络平台性质上属于非国家机关的社会主体，符合社会权力的主体要求。因此，认定“社会权力”存在与否的关键在于网络平台是否具有对其他主体产生支配力的力量基础。

（1）技术与信息“垄断”优势

技术资源是网络平台得以存续并提供互联网服务的基础，同时也是相对于用户，甚至是相对于监管部门而言的突出优势。网络平台借助互联网技术营造虚拟空间，一旦进入这个空间即进入到平台技术的控制范围内。进入平台的主体大多以消费者或被服务者的身份出现，而最了解平台运行背后技术逻辑的当然是平台控制者本身，并且控制者没有义务也没有必要向其他参与者解释平台技术的具体运作模式。⁴⁴因此，相较于控制者而言，其他参与主体在互联网平台内处于被动

³⁹ 参见徐靖：《论法律视域下社会公权力的内涵、构成及价值》，《中国法学》2014年第1期，第81-83页。

⁴⁰ [德]马克斯·韦伯：《经济与社会》第1卷，阎克文译，上海人民出版社2010年版，第147页。

⁴¹ 参见郭道晖：《权力的特性及其要义》，《山东科技大学学报》2006年第2期，第66页。

⁴² [美]霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友编译，北京：中国法制出版社2009年版，第70页。

⁴³ 参见孙国华、孟强：《权力与权利辨析》，《法学杂志》2016年第7期，第5页。

⁴⁴ 参见周辉：《技术、平台与信息：网络空间中私权力的崛起》，《网络信息法学研究》2017年第2期，

地位，甚至可以说是“无知”的。

与此同时，技术资源掌控的差异还必然会导致信息资源占有的差距。网络平台可以凭借技术优势在极大程度上获取用户从事网络活动过程中遗留下的信息，而用户对此并不知情。即使知情，只要用户还需要接受平台提供的服务，就无法阻止和拒绝平台获取个人信息的行为。在互联网信息技术渗透进社交、工作、学习、消费等个人生活方方面面的背景下，如果有意查看，平台控制者甚至可能比我们自己更了解我们。技术及信息上的优势为互联网平台相对于用户的支配地位打下坚实的基础。网络平台可以借助技术手段暗中获取用户个人通信信息，或阻止用户继续开展通信活动，用户却对此毫不知情且无法反抗。技术及信息资源占有上的差异在平台控制者与用户间竖起了坚实的“壁垒”，使二者处于天然不平等地位。

（2）规则及协议“单方制定”优势

网络平台是一个虚拟的公共空间，内部活动的开展需要遵循一定的规则和秩序。基于技术和信息的掌控以及服务提供者的身份地位，平台内部规则的制定权当然掌控在平台控制者手中。网络平台通过用户协议及平台规则，诸如《微博服务使用协议》、《QQ 软件许可及服务协议》、《腾讯微信软件许可及服务协议》、《微信个人账号使用规范》、《淘宝平台规则总则》等对平台内用户的活动范围、权利义务、违规行为处理办法及相关责任承担等问题做出详细规定。虽然在性质上应当将这些规则、协议认定为民事合同，但无论是具体条款的议定，还是签署的过程均未能体现出用户的意愿。协议及规则内容的确定仅由平台单方决定，用户仅享有“take it or leave it”的选择权。⁴⁵在腾讯、阿里巴巴等互联网巨头几乎垄断日常生活各种需求的背景下，用户看似可以在注册账号之前选择是否接受协议，拒绝虽不会对生活产生颠覆性的影响，但也在极大程度上造成了个人与信息社会的脱轨，而这对于绝大多数人而言是不可接受的。据统计，截止到 2020 年 12 月，我国即时通信用户规模达 9.81 亿，占网民整体的 99.2%；手机即时通信用户规模达 9.78 亿，占手机网民的 99.3%。⁴⁶这些数据充分说明了互联网即时通信服务覆盖范围之广。在这样的大环境之下，用户的选择权近乎可以忽略不计。

除此以外，与实体空间合同不同的是，平台协议规则可以借助互联网技术直接介入到用户的各项活动中，产生直接约束力，间接剥夺了用户陈述申辩的机会。为落实《网络安全法》第 48 条规定，微信、QQ 等市面上以即时通讯功能为主要服务内容的 APP 的规则及协议中对监管信息的范围、禁止传输信息的类型以及处理方式等内容作出了更为细节化的规定并规定了相应的监管手段。《微博服

第 72 页。

⁴⁵ 如《腾讯微信软件许可及服务协议》第 12.1 条：“你使用软件即视为你已阅读并同意受本协议的约束。……如果你不同意修改后的协议，应当停止使用本软件。”

⁴⁶ 《第 47 次中国互联网络发展状况统计报告》，中华人民共和国国家互联网信息办公室网，http://www.cac.gov.cn/2021-02/03/c_1613923423079314.htm，访问日期：2023 年 1 月 31 日。

务使用协议》4.5.2条规定平台可以对用户私信中的垃圾信息采取相关技术检测验证手段，并直接作用于用户发送的信息。⁴⁷也就是说，一旦技术检测验证程序发现用户发送信息中含有平台预先设定“垃圾信息”内容，相关程序即会直接采取措施处理，而不会事先告知并给予用户解释说明和纠正的机会。

（3）治理行为“国家背书”优势

网络治理是社会治理的一个重要组成部分。受人力、技术、信息等方面的约束，监管部门的网络治理行为往往存在一定滞后性。为提高互联网治理效率、降低治理成本，公权力机关开始向网络平台寻求帮助。因此，我国相继制定了一系列规范性文件，包括《网络安全法》、《数据安全法》、《网络信息内容生态治理规定》、《互联网信息服务管理办法》等，详细规定了网络平台的治理责任，信息安全管理义务正是其中之一。因此，平台的监管行为是在国家机关的授意下进行的。一旦发生纠纷，平台企业便可以此为由主张其行为的正当性，此时用户所面对的则不仅仅是平台本身，还包括国家公权力机关。

综合上述因素，无论是技术、信息上的优势，还是协议、规则制定实施过程中的优势，抑或是受公权力“保护”的优势，都造成了网络平台与用户实质层面上的不平等。因此，相对于用户，平台具备对其实施支配的社会权力基础。《宪法》之所以将国家权力作为基本权利的“对立面”，一方面是因为权力天然具有扩张属性，作为权力的相对面，基本权利易受到侵害；另一方面，面对来自于国家的侵害时，处于弱势地位的公民不具有反抗能力。但如果来自网络平台的力量能够产生不亚于公权力的压迫与妨害时，就不应继续把宪法理解为一个主要调节国家与公民关系的“秩序框架”，社会权力也应当被纳入基本权利的秩序框架之中。⁴⁸因此，“平台管用户”的行为应当受到基本权利条款的约束。

（二）信息安全管理行为中国家与网络平台关系界定

对于信息安全管理行为中平台与国家公权力间关系问题，现有研究成果多从行政授权、法律授权的角度进行界定。⁴⁹他们认为，相关规定中“管理”、“停止”、“消除”等用语带有明显公权力属性，且考虑到这一“权力”的产生方式、责任承担，界定为“行政授权”或“法律授权”显然更合理，也更有助于缓和相关规定的合宪性质疑。本文认为，从具体表述上看，观察我国法律中的授权类规

⁴⁷ 《微博使用服务协议》4.5.2：“垃圾信息，是指未经微博运营方同意，擅自使用微博账号在微博、评论、私信、账号信息、头条文章、群聊内容中发布的营销信息、无意义信息或买卖粉丝的信息。用户知悉并同意，微博运营方有权根据技术规则通过检测验证等方式判断用户账号行为是否构成自动化行为、用户账号所发布信息是否为垃圾信息，并采取相关措施予以处理。所有处理措施所依据的数据及信息（包括但不限于账号操作记录、微博内容、转评赞等）均以微博平台后台记录为准。”

⁴⁸ 参见[德]哈贝马斯：《在实施与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店出版社2003年版，第324-325页。

⁴⁹ 参见王勤、刘晓庆、唐亦非：《网络运营者参与互联网治理的角色定位——基于权力与义务的判断》，《江汉论坛》2018年第5期，第121-125页；周辉：《技术、平台与信息：网络空间中私权力的崛起》，《网络信息法学研究》2017年第2期，第90页。

定，如《铁路法》第3条第2款⁵⁰，可以看出明示授权是我国主要的授权方式，而《网络安全法》中并不存在授权的字样和表意。即使认为构成默示授权，第48条在表述上也是一种义务性表述，而非授权性表述。其次，由于缺乏程序、救济等相关配套性规定，如果将48条界定为授权，就会产生一系列疑问，如：当用户权益因平台不合理管理行为而遭受损害时，应当如何救济，提起诉讼还是申请复议？提起民事诉讼还是行政诉讼？责任主体是谁，公权力机关还是平台企业？对于这些问题《网络安全法》均未作出明确的规定。因此本文认为，仅凭借个别词语就将这一条款认定为授权性规定难免缺乏严谨性。当问题从微观视角无法得出结论时，应当将视野放宽，从更为宏观的角度进行分析。

1、社会治理中公权力与社会主体关系

“治理”缘起于西方，受国外理论研究与社会实践的影响，这一概念逐渐为国内学者关注。党的十八届三中全会提出创新社会治理体制，从改进社会治理方式、激发社会组织活力、创新社会矛盾机制、健全公共安全体系等方面对社会治理体制创新作总体部署，正式提出“治理”这一概念⁵¹，并明确将网络管理与信息安全作为健全公共安全体系的一个重要组成部分，将网络治理纳入到社会治理之中。同时，十九大报告提出打造“共建共治共享”的社会治理格局，将“社会治理”写入党章。在上述政策背景之下，“治理”这一概念受到激烈讨论，对西方治理理念与中国社会治理实践间的关系也存在诸多争议。

对“治理”的理解应当在中国的语境下展开。社会多元主体参与是“社会治理”的一个重要特征。坚持社会中心主义和公民个人本位原则，限制政府行为，以非国家行为者的活动为主导是西方治理理论的理想化模式。⁵²然而，受中国长期以来历史文化传统、政治制度环境、社会管理实践等因素影响，社会治理实践中国家公权力与社会主体间力量对比关系与西方理论存在出入。我国有悠久的集权统治背景，中央集权之下，不允许任何超越皇权力量的存在。“君权神授”、“君臣父子”是中国古代一脉相承的思想。不论是政治实践，还是文化思想，国家权力都处于最高领导地位，为治理实践的差异奠定了历史基础。随着中国社会不断变革，新中国成立并确定了人民民主专政社会主义国家的国家性质，实现人民群众当家做主，同时确立了代表最广大人民根本利益的中国共产党的领导核心地位。无论是政治活动，还是经济、社会、文化的方方面面都必须坚持党的领导。这些制度传统决定了国家机关在社会治理中“掌舵人”的地位。并且，在我国长期的社会实践中，除受政治体制、政党制度影响外，由于国家机关与社会主体在

⁵⁰ 1990年《中华人民共和国铁路法》第三条第二款（2015修正）：“国家铁路运输企业行使法律、行政法规授予的行政管理职能。”

⁵¹ 参见郭苏建：《中国国家治理现代化视角下的社会治理模式转型》，《学海》2016年第4期，第19页。

⁵² 参见郑杭生、邵占鹏：《治理理论的适用性、本土化与国际化》，《社会学评论》2015年第3期，第38页。

工作能力、工作经验以及责任承担能力等方面的差异以及人民群众信任程度上的不同⁵³，公权力机关始终居于社会管理的领导地位。因此，即使越来越广泛的社会主体参与到社会治理中，但公权力机关与社会组织之间依附与被依附的关系并不会轻易改变。社会组织参与社会治理的行为依然是在公权力机关意志的主导下进行的，在一定程度上起到一种“工具”的作用。

因此，虽然相较于以往社会管理模式而言社会主体在社会治理中的参与度有所提升，但国家公权力与社会主体之间在整体上并不是西方治理理念理想模式所要求的“相对平等的合作伙伴关系”⁵⁴，依然是一种以公权力为主导的，社会主体参与的不均衡不对等关系⁵⁵。

2、信息安全管理行为中以国家公权力为主导管理关系证成

在互联网信息时代，诸多社会活动由线下转移到线上进行，互联网平台成为人们的第二个公共活动空间。作为为线上公共活动提供“场所”的重要经济主体，互联网平台企业不仅以私法主体的身份参与市场交易活动，还承担着一定法律所赋予的互联网公共秩序管理的职能，具有双重主体身份。依照《网络安全法》第48条与第68条的规定，平台实施管理行为时需要履行对管理部门的报告程序，并且未履行管理义务时会受到行政处罚，可以看出国家机关在平台管理行为中扮演着重要角色。

有学者结合现有国内外网络平台治理实践，将网络平台与政府间关系界定为：政府作为监管主体，监督平台管理义务履行的管理型平台治理；政府提出协助请求，平台予以配合，二者地位相对平等的协助型平台治理以及平台与政府平等合作的合型平台治理三种“理想模式”。⁵⁶前两种模式主要针对公共秩序领域，而第三种模式则是针对平台内部私秩序。⁵⁷信息安全管理义务的目的在于规范平台内部信息秩序进而维护互联网领域内公共秩序，因此在信息安全管理行为中平台与公权力机关之间的关系并非合型平台治理模式。

本文认为，就我国互联网平台公共领域治理实践而言，公权力机关与网络平台间关系更倾向于公权力机关管理并强制平台参与的管理型治理模式。正如上文所述，不同于政府与社会主体平等合作的理想模式，我国社会治理实践倾向于国家公权力主导，社会主体参与的不均衡关系。网络平台治理作为社会治理的一部

⁵³ 参见郑杭生、邵占鹏：《治理理论的适用性、本土化与国际化》，《社会学评论》2015年第3期，第40页。

⁵⁴ Judith R Saidel, "Resource Interdependence: The Relationship between State Agencies and Nonprofit Organization", 51:6 *Public Administration Review* (1991): pp.543-553.

⁵⁵ 参见史云贵、欧晴：《社会管理创新中政府与非政府组织合作治理的路径创新论析》，《社会科学》2013年第4期，第28页。

⁵⁶ 参见周辉：《网络平台治理的理想类型与善治——以政府与平台企业间关系为视角》，《法学杂志》2020年第9期，第25-39页。

⁵⁷ 参见周辉：《网络平台治理的理想类型与善治——以政府与平台企业间关系为视角》，《法学杂志》2020年第9期，第30页。

分自然也是如此。虽然相较于其他领域的社会主体,网络平台在互联网治理领域更具优势,但一方面由于网络平台在性质上依然属于市场经营主体,以自身利益为行为导向,难以像国家机关一样保持中立的地位。并且,随着互联网经济的发展,网络平台数量、种类急剧增多,企业规模、专业化水平参差不齐,赋予平台相对独立的治理地位以及程度较高的自由裁量权难免会带来扩大治理主体范围、破坏治理标准统一性、压缩公民的互联网生存空间并造成监管困难以及互联网治理的公益目的实现与否无法保证等问题。另一方面,权力意味着更大的责任,赋予平台更高的自由裁量权意味着平台责任的提升。我国的数字信息产业尚不成熟,过高的治理要求、过重的法律责任会对产业的创新与发展带来抑制作用。因此,从现实可行性层面来看,承认平台在网络信息安全管理中的自主地位显然既不利于治理目的的实现,也会对数字经济的创新发展造成限制性影响。

除此以外,从我国当前平台治理实践来看,不论是管理义务的设置还是违反义务责任的追究都体现了公权力机关的主导地位。《网络安全法》第 47 条、第 48 条所规定的两类信息安全管理义务,以及第 28 条平台协助义务中采用了“应当”、“保存记录”、“向有关主管部门报告”等措辞,带有明显强制性意味;并且第 68、69 条中规定了违反义务所产生的行政处罚后果。网信办亦曾据此对腾讯微信、新浪微博、百度贴吧怠于履行信息安全管理义务的行为展开立案调查,责令三平台加强信息监管力度。⁵⁸上述法律规定和实践情况均说明平台的信息安全管理行为在很大程度上并非自主选择的结果,而是公权力所施加的强制性义务。“保存记录”、“向有关主管部门报告”等后置程序也说明了平台的管理行为是受到相关主管部门控制的:用户发布、发送信息是否构成对法律法规的违反;消除、停止等措施适当与否的认定主体依然是公权力机关,而非网络平台。因此,虽然根据第 48 条的规定网络平台是信息安全管理的行为主体,但实际上平台的管理行为是国家公权力在互联网领域的延伸,公权力机关通过其享有的“权力”向平台施加“管理义务”,以实现其管理公民互联网通信的目的。平台看似是信息安全管理行为的管理主体,但实则真正享有并实施管理权限依旧是公权力机关,平台在其中发挥的更倾向于一种“中介作用”,甚至是“工具作用”。平台的管理“权力”既不是来源于法律法规的授权,也并非来自于行政机关的授权与委托⁵⁹,而是在公权力机关的管理下,帮助其实施网络信息管理行为的一个环节。其在本质上依然是公权力机关运用国家公权力对互联网领域内公民行为进行管理的过程。

综上所述,一方面网络平台相较于平台用户而言处于能够对用户行为产生支配力的优势地位;另一方面,平台管理行为受到公权力机关的约束,实际上是公

⁵⁸ 参见《腾讯微信、新浪微博、百度贴吧涉嫌违反〈网络安全法〉被立案调查》,中华人民共和国国家互联网信息办公室网, http://www.cac.gov.cn/2017-08/11/c_1121467425.htm, 访问日期: 2023 年 1 月 31 日。

⁵⁹ 参见李延枫:《网络平台内容治理的公法规制》,《甘肃政法大学学报》2022 年第 2 期,第 54 页。

权力在网络治理中的延伸。因此，本文认为，作为信息安全管理行为管理主体的看似是作为私法主体的平台企业，但相对于用户而言，其所要面对的绝非仅仅是平台所拥有的社会权力，更多的是公权力机关所享有的国家公权力。所以，《网络安全法》第 48 条所规定的信息安全管理行为不仅应当受到《宪法》第 40 条的约束，还应当受到严格约束，不能因为平台的私主体性质而降低要求。

二、信息安全管理行为对通信权干预的证成

（一）“发送电子信息”是否落入通信权保护范围

1、互联网通信领域通信权保护范围的界定

王锴教授将基本权利划分为事实上形成的基本权利以及法律上形成的基本权利两类，前者指“不依赖国家认可，甚至在国家产生前就已经存在的权利”；后者指“需要国家创设才能形成的权利，离开国家行为，尤其是立法确认，该权利就不能有效的行使”⁶⁰，并指出两类基本权利保护范围界定的不同方法。作为一项自由权，通信权是公民固有的权利，不以国家立法确认为前提，因此通信权属于事实上形成的基本权利。对于事实上形成的基本权利当以“解释”作为界定保护范围的方法，既要从事实、保障领域界定及避免权利竞合的三方面正向划定，还需从内在和外在两个角度反向界定。⁶¹

通信行为是通信权得以产生的基础。首先，考虑到科技发展为通信权赋予了新的时代特色，对当下通信权保护范围的界定应当与“八二宪法”制定时有所区分。虽然，《宪法》第40条确立之初，宪法起草者仅将书信纳入通信权的保护范畴⁶²，但在通信方式日趋多样化的今天，仍将通信行为限于书信显然不合时宜。因此，通信权的保护范畴应当扩大至使用新型通信方式且符合通信特征的行为。互联网通信领域内的通信行为有其独有特征，是特定主体间借助网络平台提供的中介服务，将多种形式信息由一点传送至另一点或多点的行为。基于此，可以划定互联网通信中通信权保护范围的事实领域，并初步将发生在不特定主体间的线上信息传递行为排除在保护范围之外。此时就涉及到通信权与言论自由权之间的竞合问题，受互联网技术范围广、速度快、形式多样的影响，相较于传统线下信息传递行为而言，线上通信行为与发表言论行为之间的区分则更为复杂。同线下行为一样，二者区分关键依旧在于接收方的特定与否：如果接收方为所有参与人明示或默示的特定主体则该行为是通信行为；若信息的接收方为范围不确定的多数主体时，则这一信息传递行为受言论自由权的保护。根据这一区别，可以对当下形式多样的线上交流方式做出区分：对于向不特定主体开放的社交群组、线上会议室以及网络平台上公开发表的言论等，由于信息传递行为发生在不特定主体之间，此类行为应当划入言论自由的保护范围；而对于仅向特定主体开放的社交群组、线上会议室以及主体范围特定的信息传递行为则受通信权的保护。其次，从我国历史上宪法文件中通信权条款所处位置来看。1941年《陕甘宁边区抗战

⁶⁰ 参见王锴：《基本权利保护范围的界定》，《法学研究》2020年第5期，第105-121页。

⁶¹ 参见王锴：《基本权利保护范围的界定》，《法学研究》2020年第5期，第113-121页。

⁶² 参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2006年版，第265页。

时期施政纲领》⁶³中，通信权开始与言论、结社等带有政治属性的自由权规定在同一条款。这一体例除在“五四宪法”时调整为通信权与住宅权⁶⁴并行外，一直沿用至1980年宪法修正案。由此可见，通信权在相当长的一段时间内与言论自由等自由权规定在同一条款。虽然，“政治自由并不是言论自由的唯一属性”⁶⁵，但依然不可否认“政治性”是言论、结社等自由权的一个重要属性。而通信权曾与这些自由权规定在同一条款说明二者存在一定共通性，因此应当肯定通信权所具有的政治属性。在互联网通信领域，借助互联网技术，通信行为对于公民参与政治生活的意义更是得到进一步增强。除此以外，通信权虽然仅在“五四宪法”时与住宅权规定在同一条款，但这一编纂体例不应被忽视。尽管作为一项基本权利，住宅权的保护范围非常宽泛，但维护公民住宅范围内的“安全感”始终是住宅权的一项重要任务。住宅的存在使公民的个人生活领域与社会公共管理领域得以相互区分，住宅中的人可以获得法律的特别保障，享有一定程度上公共管理的豁免并进而获得心灵上的宁静与从容。⁶⁶正如季卫东教授所说：“为防止绝对君主滥用国家权力，需要为个人提供足以安身立命的自由空间。于是，所谓‘风能进，雨能进，国王不能进’的私有土地和房屋——神圣不可侵犯的产权，就取代身份共同体而成为个人自由的堡垒。”⁶⁷由此观之，我们可以从“安全感”，也就是信赖利益的角度进一步理解通信权的保护范围。通信权与住宅权保护私人领域的区别在于住宅权保护的是现实范畴内的私人领域，而通信权保障的则是“通信”这一虚拟范畴内的私人领域。虽然表现形式上存在差异，但二者在保护私人领域内从事活动免受国家、社会及他人干涉的意义是相通的。尽管通信行为的发生需要多方主体的参与并在通信技术的影响下范围不断扩大，使其相较于住宅权而言带有一定的公共性，然而这并不能抹杀掉通信行为在产生之初所具有的“私域性”。因此，通信人对通信行为顺利进行，通信内容不为第三人获知的“安全感”，即对通信的信赖利益也是通信权保护的重要内容。

再次，纵观现行宪法规定的基本权利以及理论上存在的宪法未列举权利，最有可能与通信权发生竞合关系的权利包括言论自由权、隐私权以及个人信息权。对于通信权与言论自由权之间的界分，上文已做分析，此处不再赘述。通信权与隐私权及个人信息权之间的界限则相对较为模糊。通信行为实施过程中产生的通信内容信息当然属于个人信息甚至是隐私的范畴，在此范围内三者存在竞合关系。“特别法优于一般法”是解决基本权利竞合的重要方式，当一项基本权利的保障

⁶³ 1941年《陕甘宁边区抗战时期施政纲领》第八条（已失效）：“保障人民言论、出版、集会、结社、信仰、居住、迁徙与通信之自由，扶助人民抗日团体与民众武装之发展，提高人民抗战的积极性。”

⁶⁴ 1954年《中华人民共和国宪法》第九十条第一款（已失效）：“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯，通信秘密受法律的保护。”

⁶⁵ 陈明辉：《言论自由条款仅保障政治言论自由吗》，《政治与法律》2016年第7期，第84页。

⁶⁶ 参见庞凌、缪岚：《安全·自由·自主——住宅不受侵犯的价值蕴含》，《法律科学（西北政法学院学报）》2005年第6期，第4-5页。

⁶⁷ 季卫东：《宪政新论》，北京：北京大学出版社2002年版，第219页。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/238105026112006037>