

制不断在横向场景和纵向层面上对外延伸,对内强化控制和生产,从早期的机械合并到有机智能整合。这一过程主要通过如下方式进行:线上开发更多新功能,以软件自动更新的方式捆绑扩展,尽管可能会引发反垄断争议;线下以“账户—数据—评分”机制通过终端设备覆盖更多物理场景,允许用户通过一个账户使用多种服务;线上通过架构企业合并获得既有平台流量;线下与传统组织合作获得更多场景,吸纳更多资源,沿着物理世界的地理位置扩展,但可能会受到线下资源流动性管制;通过广告联盟扩展影响力,在不同架构中持续追踪用户;将基础服务(特别是受到牌照管制的支付、物流)向更多企业和开发者提供和外包;算法不断自动更新,变得更加智能,架构的流程更加简单和自动化,将所有的交易过程隐藏在架构之中,基于数据分析形成的架构越来越因人而异。

从用户的角度看,架构的迅速扩张为其清楚知晓边界带来了困惑,法律上目前有几种可资判断的标准:(1)用户感知标准。即用户在使用终端时以感知到的违法行为为边界。^[78]这对信息披露提出了较高的要求,需要向用户清楚展示架构权力之所及,否则用户可能无法实际判断广告的来源或服务来源,也并不知道摄像头的默认开启是否会影响其账户行为。(2)用户协议文字标准。这往往很模糊,在一些涉及较为复杂的分层与功能标准的场合可能无法实现,只能由专业人士和监管机构进行监督。但只要用户协议展示得当,语言清晰易懂,法院往往倾向于认可知情同意有效。^[79](3)技术标准。如深层服务器或云端标准,这超越了用户感知,只在特定侵权案件中认可,也需要相当的专业知识和取证能力。^[80]第一种标准对用户最为有利,后两种则对架构企业有利。在理想状态下,三个标准应当相互对应解释,保持一致,但在实际中用户协议无法完全涵盖技术标准,用户感知标准无法完全以常识方式得到应用,技术标准本身也会模糊不清,出现架构的重叠冲突。同时,法院尚未在思维方式上突破知情同意的约束,即正视赛博空间架构问题,有必要进一步讨论架构的延伸是否恰当地入侵了传统空间,对传统权利和价值造成了威胁。^[81]从这个意义上讲,为赛博空间的边界划定标准就是围绕社会共识和基本价值展开的论争。

架构的扩展是既封闭又开放的动态竞争过程,架构企业有动力使用各类方式将生产性资源留在架构中,这一过程伴随着基础服务能力的提升,从而为向新的生产性资源开放奠定基础。互联网行业的发展过程就是架构企业不断调整架构边界而展开的竞争。架构企业希望不断厘清边界,为自身扩张寻求法律和技术依据,并阻止竞争对手扩张。^[82]笔者在第二部分已经看到消费者如何推动架构边界形成,但用户与架构企业的关系在某种场合下也可以转化为架构企业之间的关系,这就是塑造架构事实边界的第二种力量:企业间(不正当)竞争,这类力量往往以保护消费者权益、增强其选择能力为理由试图重新划定架构边界。^[83]例如,在哪一层架构抓取竞争对手的数据不违规,如何为消费者屏蔽广告(同时放置自己的广告)或干扰他人的软件运行,如何帮助用户创制内容一键搬家,等等。^[84]

[78]该标准最早用来判断数字侵权行为,参见北京市第一中级人民法院民事判决书(2003)一中民初字第12189号;北京市朝阳区人民法院民事判决书(2015)朝民(知)初字第44290号。

[79]少数法院对用户协议进行审核,都对条款内容进行实质判断,如周盛春诉阿里巴巴案,浙江省杭州市西湖区人民法院民事判决书(2015)杭西知民初字第667号,朱烨诉百度案,江苏省南京市中级人民法院民事裁定书(2013)宁民辖终字第238号。

[80]该标准最早用来判断数字侵权行为,参见(2004)年高民终字第1303号民事判决书;(2007)海民初字第25153号民事判决书;(2007)高民初字第1201号民事判决书;最高人民法院(2009)民三终字第2号民事判决书。

[81]例如在朱烨案中,法院完全可使用传统的干扰安宁权理论来判决,而不是被绕进知情同意的传统思路。

[82]软件开发普遍存在的兼容性就是这个问题,参见张吉豫:《探寻知识产权的边界:以信息技术平台兼容性为视角》,法律出版社2017年版。

[83]这是奇虎360一系列官司的主要说辞,参见周鸿祎、范海涛:《颠覆者:周鸿祎自传》,北京联合出版公司2017年版。

[84]在新浪微博诉脉脉不正当竞争案(2016年)中,二审法院给出一个三重授权的模式:明确第三方应用通过开放平台例如Open API模式获取用户信息时应坚持“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”的三重授权原则。参见北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷二审民事判决书,(2016)京73民终588号。这一原则仍然以平台为主导,因为是平台连接了用户和第三方开发者,如果对平台无益,就不会开放接口。用户的数据同意使用权仍然只是特定技术条件下的合同权利,而非法定权利,更不是自然权利。

2.智能架构需要何种法律

在因人而异的智能架构出现时,似乎问题就解决了。因为架构会随着用户的需求有多种可能性,而一切的可能性也都是在设计之中,只要用户行使同意权就可以展示出来。^[85]因此,理想中的充分知情并选择退出已经不符合互联网的现实,持续地监控架构功能变动和了解自身数据使用状况。进行充分选择操作才是需要解决的问题。核心问题在于,作为架构组成部分的数据池在多大程度上能够为用户掌控、由第三方代理人处理或只能由架构企业排他地分析。架构企业无疑希望排他使用数据池,从而打造更加智能的服务,将数据服务变成不可更改的默认设置。智能服务是架构的进一步提升,但仍遵循互联网兴起的逻辑,在宏观上使资源配置和交易流程更加自动化,在微观上通过数据分析提升预测质量,以便更了解和塑造用户身份。^[86]这一服务的前提是,只有事先获得各类资源(包括用户数据、版权作品、线下服务)的使用权,能够轻易调取,掌握真实的元数据,才能精确匹配或推送广告,或者推动开发新服务。这似乎陷入了悖论:形式上在使用特定个人数据时需要明示授权,但在架构之中已经进行了模拟,而模拟的前提又基于之前的一揽子授权。换言之,智能服务依托的架构首先取代物理世界变成新世界的默认设置,再由用户在架构内行使经由设计的“自由选择”。

最后总结一些原则性的要点如下:第一,在特定架构中给予用户更多市场选择,防止平台捆绑独家应用,推动开发应用市场。智能手机预装应用程序卸载的实践合理区分了手机的基本功能与非基本功能,基本功能(特别是调动硬件的程序)无法卸载或更改,但需要披露基本信息,而非基本功能则需要给予用户包括卸载在内的操作空间。类似地,架构企业在各类服务场景中也可以按此标准设计(如点击关闭浮动广告,阻止追踪等)。第二,在另一些架构中,用户也需要自行更改的能力,至少是用户购买而非租用的终端中,应当允许用户对硬件和软件的特定层面进行个人化的合理使用,但不允许使用第三方提供的工具自动化批量处理。第三,任何架构都由“质量”和“功能”两个层面组成,质量层面需要符合行业技术标准,受消费者法和产品质量法约束,而功能层面则给予架构企业以更多灵活性,确保算法不断智能演进,通过可删除、开发应用市场、自动更新说明和保险等方式弥补可能的风险。第四,通过外在法律和监管制约架构设计,设定标准并要求对事后产生的外部行为负责,包括对黑箱设计的伦理干预,审查商业模式和用户协议等。

结 语

架构理论试图绘制一幅地图,展示赛博空间的架构在多大程度上影响用户行为,其权力通过何种可见/不可见的途径发生作用,这取决于如何想象用户和架构的关系。笔者主要以消费者视角进行了探讨,展示出架构企业需要的法律和技术边界,这也构成了当下我们熟悉的赛博空间基本样态。

笔者经由架构提出了两种不同层面的契约问题:(1)缔结新世界的社会契约,讨论人们是否有权退回/重建架构以外的“乌托邦”世界(被架构遗忘、免于自动化算法分析)。(2)人们是否能通过民事契约在架构之内行使选择权操作,而非表面上的知情同意。除了详细分析的第二种思路,我们也有必要进一步探讨第一种理论路径,即推动用户通过账户参与架构企业的治理,参与规则制定与架构设计,这超越了简单的技术操作层面,而是需要用户产生某种公共性的自我意识,维护数字公共资源的生产和合理分配,这需要良好高效的沟通和信息传播机制。

[85]架构企业有动力推动人工智能的法律人格化,这将帮助减轻相关责任,但问题仍然在于架构控制权归属。

[86]前引[58],胡凌云。