本版编辑：兰文飞
E-mail：t4@studytimes.cn
Tel：010—62806237

依法治国

互联网平台需要什么样的责任机制

□ 张效羽

当前，我国互联网经济发展方兴未艾、各种创新层出不穷。这一轮互联网经济热潮的特点是兴起一批第三方互联网平台（下称“互联网平台”）。所谓“第三方互联网平台”，是指为交易双方服务的信息撮合网络。互联网平台不是交易的双方，并不直接提供商品和服务，而是为运用其平台进行交易的买方和卖方服务。当前，关于互联网平台应当对平台上的交易活动承担何种责任、多大责任的问题，正在日益被互联网平台经营者和各方所关注。

“避风港规则”和“红旗规则”

“避风港规则”源于美国1998年制定的《数字千年版权法案》（DMCA法案）。这个规则的基本含义是，当互联网平台上出现的内容侵犯他人著作权、而这些内容并非互联网平台经营者所生产、发布时，则当互联网平台被告知相关内容侵权时，有义务及时移除相关侵权内容，否则就要承担责任。反之，如果互联网平台没有被告知相关内容侵权，并且这些内容也不是互联网平台经营者自己生产、发布时，则无需承担责任。简单地说，就是互联网平台对于他人生产发布的内容侵权，只需做到“你告知、我删除”，并非对平台上内容一概承担责任。

“红旗规则”其基本含义是，如果互联网平台上的侵权内容是显而易见的、就像迎风招展的红旗一样引人注目，则互联网平台有义务直接删除相关内容，无需他人告知。否则，互联网平台就要承担相应责任。“红旗规则”在立法中往往也被规定为“明知规则”，即如果互联网平台经营者明知侵权而不做删除，则承担责任。我国《信息网络传播权保护条例》第十四条和第二十三条规定就是这两个规则的具体规定。

互联网平台责任分配的原则

“避风港规则”和“红旗规则”尽管源于著作权法领域，但是其依据的原则却不仅仅在著作权法领域适用，而是逐渐向有关互联网平台责任其他领域扩散。比如我国《消费者权益保护法》第四十四条规定“网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的，依法与该销售者或者服务者承担连带责任”，就体现了“红旗规则”的原理。从这两个规则，可以提炼出以下互联网平台责任原则。

权责一致原则。即互联网平台责任要和互联网平台拥有的能力、权力一致，有多少能力承担多少责任、能够行使多大权力承担多大责任，既不能强人所难，也不能听之任之。互联网平台作为互联网平台经营者和平台受益者，对其平台出现的违法侵权内容，具有一定的自我监管责任。但是这种自我监管责任，不能超出互联网平台的能力和权力，否则就会使互联网平台因为承担过于沉重的责任而步履维艰。当前世界上著名互联网平台公司主要源于美国而不是欧洲，就是因为欧洲对互联网平台科以过重的责任，而美国则通过“避风港规则”和“红旗规则”实现互联网平台责任的权责一致。具体言之，如果互联网平台上的不法内容一眼而知，或者甄别起来很容易，完全在互联网平台能力和权力范围之内，则互联网平台有义务及时甄别清除，否则就要承担责任。反之，如果互联网平台上不法信息的甄别难度或者权限超出互联网平台的能力和权力，则不能苛求互联网平台就其承担责任。



责任分担原则。即互联网平台责任应当由互联网平台经济的受益者——互联网平台经营者、平台交易双方、政府、社会团体——共同承担。互联网平台经济作为一种新兴事物，注定会产生新的风险，不法分子利用互联网平台从事侵权或者犯罪活动就是互联网平台带来新风险的体现。对于互联网平台带来新风险的预防和消减责任，不应当全部由互联网平台经营者承担。诚然，互联网平台经营者也是互联网平台经济最大的受益者，但是互联网平台经济也极大地促进社会经济发展、使得全社会同时受益。因此，作为全体社会利益的代表政府、作为互联网平台上从事交易活动的消费者和商家也要承担相应的责任。比如对于一般的发生在互联网平台上的侵权活动，被害者也有义务通知互联网平台的经营者采取措施。对于严重侵犯社会公共利益的内容，除非显而易见，政府有关监管机构也有义务提醒互联网平台经营者予以更正。不同主体分担责任的多少，主要由其从互联网平台经济中的获益程度以及其承担责任的能力、责任配置对经济效率的影响等因素决定。

责任有限原则。责任有限原则是指，互联网平台所承担的责任是有限的不是无限的，具体限制由互联网平台性质决定。责任有限原则是权责一致原则、责任分担原则的必然结果。互联网平台的能力、权力是有限的，所以其责任是有限的。正是因为互联网平台滋生风险的预防和减损责任由多方分担，所以互联网平台所承担的责任是有限的。互联网平台不可能对在其平台上发生的服务和交易承担兜底责任，如果规定互联网平台要为其平台上发生的所有不法活动、侵权活动或者犯罪活动承担兜底责任，则扼杀互联网平台经济的生存空间。比如《消费者权益保护法》第四十四条第1款规定：“消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿。”可见，网络交易平台对其平台上发生的侵犯消费者权益的行为，并不承担兜底责任，只要它提供销售者和服务者的真实信息，就能免责。

构建“创新友好型”的互联网平台责任机制

互联网平台责任规则和原则是静态的标准、互联网平台责任机制则是动态的责任实现模式。从全世界范围看，互联网平台经济的发展正处于“现在进行时”，世界各国有关互联网平台责任机制也都在逐步完善中。在这种情况下，根据党的十八届五中全会关于“必须把发展基点放在创新上，形成促进创新的体制架构”的要求，从中国社会经济发展的实际出发、从建设网络强国战略的高度出发，努力构建中国特色的“创新友好型”的互联网平台责任机制。

政府勇于承担主导责任。政府必须和企业合作监管，在监管的过程中充分考虑到企业的实际情况和需求，不能仅仅为了便利监管就给企业增加过分的负担。政府有关机构应当主动建立有关互联网平台不良信息举报中心、构建全社会大数据平台、向互联网平台开放数据，本着服务于广大人民群众和新兴产业的角度，增加监管投入。行政监管机关在互联网平台风险预防和削减方面增加投入，既有利于发挥政府优势维护各方权益，也是对互联网创新产业的实际支持。行政监管机关切忌做甩手掌柜，将相关责任甩给企业和社会，这样就不利于互联网平台经济的创新发展。

民事责任优先。对于互联网平台上出现的不法活动，应当首先由当事人到法院提起民事诉讼，由法院依法裁判是否应当由互联网平台经营者承担相关民事责任。只有在不法活动情节较为简单、相关法律责任较为明确且有法律、法规依据的情况下，行政监管机关才应当主动出击用行政监管追究互联网平台的相关行政责任。只有在有刑法明确依据且互联网平台经营者明显故意放纵严重违法犯罪活动且对公民法人或者其他组织造成严重损害情况下，才能对互联网平台经营者施加刑事责任。

处理好包容创新和惩治违法的关系。依法治国要求违法必究、执法必严。但是法律大多是对已经发生的惨痛教训的总结。面对创新型事物，法律往往对其缺乏明确的规定。在这种情况下，行政监管机关要对新兴事物具有一定包容性。除非为了遏制明显的损害和确定性的损害风险，尽量不要采用设立准入门槛、行政禁令和行政处罚等剧烈的行政干预手段。在相关法律、法规对新兴事物尚没有明确定论的情况下，行政监管机关应当主要做好风险预警、信息服务等工作，不要通过法律、法规以下规章或者其他规范性文件在没有法律和法规依据的情况下增加互联网平台经营者的义务、减损其权利。真正将新兴产业当成自己的孩子加以培育，而不是当作潜在的“麻烦制造者”加以防范。

公共行政

把简政放权向纵深推进

□ 王云平

目前，承接上级行政审批下放和向下简政放权，主要还停留在看列举数字证明“上放下也放”，企业感受并不明显，简政放权反而成为各级政府部门“卸责任、卸担子”的借口，而且还存在“重放权、轻监管”的倾向。加快简政放权改革向纵深推进需要进行“二次设计”，按照“系统推进、上下联动、放管并重”的思路，加强简政放权的督导问责制度建设，继续完善相关配套法律法规，加快推进中介服务等配套改革，引入社会和群众监督。

首先，上级政府部门仍然掌握审批权力链的“核心环节”，造成权责不对等。在地方，一些省级部门采取变通方式保留对本部门有利的审批事项，将需要审批的环节合并到别的部门审批事项中，或者以“打捆”的形式合并在本部门其他审批事项中，或者下放初审权，保留着终审权或者发证环节。从已经下放的审批事项来看，涉及投资项目审批的仅三分之一，与基层要求还有较大差距。干部群众普遍反映，上面下放的权力多与地方发展无关痛痒，基层最需要土地审批权、采矿权、信贷审批权，这几项基本不会下放。一些审批事项交给了社会组织，社会组织成了“二政府”，企业和群众办事更费周折，如为项目审批提供咨询服务的许多机构，和政府部门有千丝万缕的关系，俨然以政府部门自居，而且收费高、服务水平低，企业和群众普遍反映不好。

其次，政绩考核体制导致地方领导干部更加重视短期发展问题，而不重视简政放权改革。简政放权对地方发展的作用是潜在的、隐性的、长远的，地方政府不认为会“一放就灵”，立竿见影。地方关心的是发展特别是近期的发展问题，对简政放权不会像抓具体项目投资、重点企业生产那样重视。而且，对重点项目审批事项，更习惯于通过现场办公、行政协调、行政手段来推进。上级考核地方仍然侧重于经济社会发展指标和约束性指标，对简政放权缺乏有效的考核督导机制。从而地方没有把简政放权放在激发市场活力清障搭台的突出地位，应付完成任务的情况多，把规定动作“作业”做好，完成任务了事。而且，造成简政放权 “一放了之”，忽视对审批事项运行的监管。

再次，简政放权是一个系统性工程，但地方政府缺乏总体思考。简政放权涉及部门多、环节多，对如何承接、下放、取消审批事项，需要从不同层级的职责作系统性思考和设计。但地方政府对于取消什么，下放什么，主要根据上面下派的任务来执行。到目前为止，一些地方虽然按照上级要求，全部承接了下放事项，但由于本级部分部门没有相应工作的职责和职能，造成承接单位无法正常履职。特别是，一些处在机构改革和职能转变时期的地方，许多新机构和人员还没有到位，导致有些事项下放了，但是相关机构没有成立，职责没明确，无法承接；有些事项取消了，但相关法规没修改，老的规定仍然在执行。

最后，地方人才储备和中介服务机构发展严重不足。从承接上级行政审批事项的实际工作反馈来看，现在市、县基层相应机构设置、人才、资金、硬件设施不到位，力量不足，没有能力接盘，造成地方有权用不起来。而且，与行政审批相关的技术性审查、评估、鉴定、咨询报告等服务的中介机构存在严重的“二政府”现象，而且还存在明显的地区性垄断特征。

当前简政放权改革开始进入由“量化改革”向“质化提升”的时期，改革需要进行“二次设计”，要按照“系统推进、上下联动、放管并重”思路加快简政放权改革向纵深推进。简政放权进入深水区，下放审批权限不只是数量上的事情，涉及承接能力、服务中介发展等各方面的事情，需要加快各项配套改革，齐头并进，才能提高简政放权的效果。承接和下放既要下放一些地方能够接受的行政审批事项，又要考虑地方部门的承接能力。下级政府要结合具体下放权限，主动与上级对应部门对接。要重视行政审批事项下放后的跟踪监管问题。国家和省级政府职能转变重点是定政策订标准，地市以下政府主要是重监管抓问责，承担起本区域内的相应监管责任。

下一步的行政体制改革，须从以下几方面入手。

加强简政放权的督导问责和监管制度建设。国务院要求各地方建立行政审批权责清单，细化违法违规应承担的法律责任和行政责任，并明确相应的处罚措施。国务院成立督导组，将简政放权纳入政府绩效考核内容，督促各地区各部门落实改革举措，加强放权过程中的监督监管。引入社会和群众的监督，通过第三方评估和社会评价等方式，解决政策落实的“最后一公里”。

继续完善配套法律法规，实现依法行政。目前地方保留的行政审批事项中，大多数是法律、行政法规和国务院决定设立的，地方无权自行取消，遇到“天花板”后无法逾越。要修改一批法律的议案和决定，修改部分行政法规。加快制定行政程序法，明确行政程序的基本原则与基本制度，细化行政程序法在各地的具体操作实施，堵住权力伸出的触角。

加快推进中介服务等配套改革。全面清理与行政审批相关的服务，从源头上规范与行政审批相关的中介服务事项的设置。以市场化为导向，打破中介服务的行政垄断和地区性垄断。规定期限要求政府职能部门与自己关联的中介机构彻底脱钩，行业协会商会类等各类中介服务机构一律与审批部门脱钩。建立中介服务黑名单制度。通过市场化的竞争方式，公开、平等向相关社会中介组织购买技术性服务。

参考与借鉴

以立法促进民办教育改革

□ 安　杨

最近，第十二届全国人大常委会第十八次会议表决通过了关于修改《教育法》《高等教育法》的决定，而《民办教育促进法》则暂不交付表决。对该法修改中涉及的民办学校分类管理问题，建议国务院有关方面抓紧深入研究，提出积极稳妥的方案，以对草案进一步修改完善，适时再提请常委会再次审议。至此，教育部上报的《教育法律一揽子修订建议草案》中的《教育法》《高等教育法》《教师法》和《民办教育促进法》这四部教育法律，经历了由四法变三法、再由三法变两法的曲折历程。

民办学校分类管理原是此次修法的亮点

原《教育法》规定办学不得以营利为目的，而《民办教育促进法》规定，民办学校可以要求取得合理回报，导致实践中民办学校绝大多数登记为非营利的民办非企业单位，而取得合理回报在执行中则存在很多问题。为完善民办学校管理制度，落实《国家中长期教育改革和发展规划纲要（2010—2020）》提出的“积极探索营利性和非营利性民办学校分类管理”，此次草案中“对民办学校进行分类管理，允许兴办营利性民办学校”遂成为涉及最大修法亮点之一。

需要明确的是，法律的修改应遵循其自身规律，在协调各部门利益的前提下做好总体规划，并具有一定前瞻性。对一些有明显冲突的有关法律法规条文，则应当按照《立法法》规定的程序予以系统解决。由于民办教育的问题并不局限于《民办教育促进法》之中，还涉及教育领域的其他法律，因此采用一揽子的方式对相关的教育法律同时进行修订。不仅删除了《民办教育促进法》有关“合理回报”和“营利性培训机构在工商部门登记注册”的条款，增加了“民办学校按照其法人属性享受相应优惠政策”“民办学校可以自主选择登记为非营利性或营利性法人，并按有关法律法规进行法人登记”的规定，而且对《教育法》第二十五条和《高等教育法》第二十四条都进行了相应修订。这对于困扰民办教育多年的合理回报与非营利性问题来说，是一次制度上的解决与飞跃。

教育领域单独修法无法解决民办教育分类管理问题

然而影响民办教育发展的法律，不仅仅在教育领域之内，还有构建了民事法人基本制度的《民法通则》，将民办学校从事业单位中剔除出来的《事业单位登记管理暂行条例》，确立了民办学校法人类型的《民办非企业单位登记管理暂行条例》等等。

在我国目前的民事法律框架下，民办学校并不属于《民法通则》所规定的法人类型，而是属于民办非企业单位法人。至于营利性法人和非营利法人，也并非现行立法所采用的法人分类，而是一种理论上的划分。目前在法学界比较有影响的四部民法典草案中，只有2003年梁慧星主持的社科院《民法典（草案）》中，将法人分为营利法人与非营利法人，其中营利法人又分为公司法人和公司以外的法人，公司以外的法人是指以取得经济利益并分配给其成员为目的但是未采用公司形式的法人，例如国家独资的非公司形式的国有企业。非营利法人则分为机关法人、事业单位法人、社会团体法人和捐助法人。其他2002年全国人大法工委民法室起草的《中华人民共和国民法（草案）》、2004年厦门大学徐国栋主持的《绿色民法典草案》以及2005年人民大学王利明主持的《中国民法典学者建议稿》，均未做出营利性与非营利性法人的这种划分。

因此，草案涉及三个问题：一是“民办学校自主选择登记为非营利性或营利性法人”，由于缺乏分类的依据将难以进行。二是“按照相关法律法规进行法人登记”，按照目前的规定，企业法人、事业单位法人和民办非企业单位法人分别在工商部门、机构编制管理机关和民政部门进行法人注册登记。非营利性和营利性法人应在哪登记以及如何登记等问题目前还没有相应法律法规的规定。三是“民办学校按照其法人属性享受相应优惠政策”，一方面《民办教育促进法》中的平等地位和优惠政策至今都不能兑现，另一方面法人属性又并无相应法律予以确认，优惠政策难免再次成为空中楼阁。所以单纯在教育法律中取消不得营利的规定和划分民办学校的法人类型，既没有相应的民事法人制度做支撑，又没有具体的实施细则加以落实，只会给实践中的具体运作带来障碍。

事实上民办教育出资人对于缺乏法学理论和具体制度支撑的这种分类管理，一直怀有十分警惕的心理，甚至认为分类管理将会造成民办教育的新一轮寒冬。根据调查，尽管绝大多数民办教育出资人的真实心态是希望营利，但是仍然会选择办非营利学校，然后通过各种方式应对工商和税务的稽查。出现这种现象的原因，除了上述的法人属性不明、平等地位和优惠政策无法落实以外，还有民办教育的产权归属没有厘清，特别是储备金办学阶段的产权很难界定，民办学校的会计制度也没有跟进修订等等。至于教育领域之外的法律修订，则牵涉到更广泛的利益主体，在推进的过程中需要多方面的利益考量和博弈，远非教育主管部门所能主导和左右。因此，教育领域一揽子修法不仅不能解决当前民办教育的分类管理问题，反而会给民办教育管理增加新的难题。这应当也是此次全国人大法律委员会建议对《民办教育促进法》修改暂不交付表决的主要原因。

重塑民办学校法人地位是民办学校分类管理的基础与前提

其实民办学校的分类管理在2002年《民办教育促进法》和2006年《义务教育法》制定修改时，都曾被提上议事日程。在两部法律最初的文稿中，也曾出现“分类管理”的字样，但最终都被否决。即便将来这一修订内容能够最终获得全国人大常委会审议通过，但是要想让分类管理这样一个原则性法律规定真正落到实处，解决非营利和营利性民办学校在登记、税收、资产处理等方面问题，仍然必须要借助民法典修订的良机重新设计我国的民事法人制度，并遵从民办学校作为一个现代教育机构所具有的教育特性，从而为民办学校找准法律定位。

我们应当借助民法典起草过程中对我国法人制度的重新分类这一思路，结合捐资办学和投资办学的实践，对民办学校的法人地位重新定位。未来民法典首先应将法人划分为公法人和私法人，然后在严格限制公法人进入私法领域的范围的基础上，再将私法人划分为社团法人和财团法人，同时对社团法人辅之以营利、公益和中间法人的立法模式。然后对我国当前存的几种民办学校分别归类，其中要求合理回报的学校属于营利性民办教育机构，应定性为营利性社团法人；不要求合理回报的学校应定性为公益性社团；而捐资举办的民办学校则属于财团法人。

此外还应由国务院出台相关实施细则，对实践中涉及的具体问题加以规定，比如，现有的非营利性民办学校若改为营利性民办学校，资产该如何处理等；或者出台专门规范营利性民办学校的登记管理制度。总之，作为“非营利性法人”和“营利性法人”的民办学校的发展离不开与其他法律、法规的配套和协调。法律不仅要回应当下教育发展的新形势、新要求，更重要的是超越就事论事、为修法而修法的狭隘视界，着眼于更长远的、具有前瞻性的整体设计，否则恐难逃被搁置和无法适用的命运。而在民法典修订之前，选取民办教育比较发达的省市进行民办学校的分类试点，并针对本地的具体情况，出台有关民办学校的人事、组织、税收、财务、工资、社会保障等具有可操作性的具体规定，总结经验教训后再上升到法律层面，以逐步完善我国民办教育法律法规体系，才能保障和促进民办教育持续健康发展。