

社交平台私权力的公私二元规制

王 燕^{*}

摘要:社交平台在数字内容治理中形成了网域空间独特的私权力,并因私权力滥用亟待法律规制。宪法等公法对社交平台私权力的规制存在主体不适格的困境,民法等私法在社交平台私权力的规制中则易陷入服务无偿及外观意思自治的误区。对此,欧盟通过《欧盟数字服务法》对社交平台制定了信息披露、审慎内容审核、风险评估、完善救济措施等公法性义务以克制社交平台私权力执行的任意性,通过《欧盟不公平合同条款指令》等私法对社交平台用户服务协议的形式及实质合法性进行评价,并以公私合治为路径,增强社交平台私权力执行中的外部监督,以矫正用户谈判能力的不足。我国对社交平台的规制以网络非法内容控制为核心,缺乏私权力限制和用户权益保障的意识,有必要在公法中针对社交平台制定与之私权力相对应的责任,在私法中完善平台用户服务协议实质合法性审查的规定,并优化公私合治路径提升社交平台私权力规制的实效。

关键词:社交平台 私权力 公法规制 私法规制 公私合治

网络产生之初便有学者指出,网络空间秩序取决于4种管制力量——法律、市场、社会规范、私人架构或准则——的复杂互动。^①在这4种力量中,平台准则不仅是网络治理的关键性因素,还影响着其他3种管制力量。借助于这些准则,平台对信息资源进行分配,凭借网络的无边界性、技术的隐蔽性而将传统守门人排除在规制主体之外,^②以自治之名代行“公权执法者”职能,^③

^{*} 广东外语外贸大学法学院教授

基金项目:国家社会科学资金资助项目(21FFXB047)

① See Lawrence Lessig, Code And Other Laws Of Cyberspace, Basic Books, 2009, p.1.

② See Savin, A., EU Regulatory Models for Platforms on the Content Carrier Layers: Convergence and Changing Policy Patterns, 24(1) Nordic Journal of Commercial Law, 13 (2018).

③ See Rory Van Loo, The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers, 106(2) Virginia Law Review, 467 (2020).

凭借强大的经济影响力和社会动员能力创造了堪比国家公共管制权的“私权力”。^① 平台在私权力执行中为用户提供了具有适应性的网络空间秩序,但与此同时,平台在对数字内容治理时也屡屡滥用权限。不同业务类型的平台中,社交平台直接面向用户提供媒体与交流服务,因其业务开展而需要制定内容管理准则、实施内容管理措施,并处理用户对其管理措施不满的争议。作为规则制定者、执行者及裁判者,社交平台相对于其他类型平台权力滥用风险最大,危害后果也易因其用户规模及网络效应而放大。^②例如,脸书、推特、油管等社交平台便因在服务协议中制定宽泛的免责条款、随意下架用户内容限制用户,以及侵害用户个人数据权、著作权、言论自由权而多次引发争议。^③ 国内外社交平台用户维权实践表明,通常公法性规范因社交平台的私主体身份而无从适用,私法规范中的意思自治原则则进一步放任了社交平台在民事行为中的越界,克制并规范社交平台私权力须在法律制度上进行结构性改革。

一、社交平台私权力的滥用及规制期待

私权力究竟源于自治实践还是市场或技术的赋能,^④又或是实定法对平台义务的规定,^⑤目前学术界尚无统一论;但私权力并非普通民商法权利而是具有管理监督性质的私主体权力,已成为学术界的共识。^⑥社交平台作为私营企业,虽非国家监管部门,但在网域空间扮演着规制者的角色。它们在现行法律之外形成了一套新的体制或生态系统,^⑦其权力实施如不加限制,便会由社会动员力量转变为破坏性力量。从当前实践来看,社交平台滥用私权力侵害用户权益的行为在其平台准则制定、措施实施及争议解决的各环节均频繁发生。

首先,社交平台借助“微立法程序”制定平台准则及服务协议,对网络言论设置红线,^⑧实现

① See Hannah Bloch—Wehba, Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State, 72(1) Southern Methodist University Law Review, 27 (2018).

② 平台据其业务一般可分为社交平台、电商平台、内容提供平台、搜索引擎平台等。私权力是平台管理用户及内容时行使的准立法、执法及司法权限。从私权力滥用对用户权益的损害及涉及的法律角度来看,社交平台(如脸书、微信等)的问题最为突出,因业务开展的需要,社交平台必然制定平台服务协议,对用户内容进行执法管理,处理与用户纠纷,其业务特征使其私权力实施最为明显,其管理的内容为用户发布的内容,管理不善或滥用私权力易产生与用户的争议,侵害用户利益。内容提供平台(如新浪、爱奇艺等)中传播的内容主要由平台自身提供,所涉法律问题多为平台与第三方版权问题。电商平台(如亚马逊、淘宝等)的内容多为平台及商家对产品的说明,多涉及虚假广告、不正当竞争及消费者权益问题。搜索引擎平台(如谷歌、百度等)通常涉及自我优待及信息操纵问题。后3类平台,因平台管理用户内容的特征不突出,故而较少发生平台准立法权、执法权及司法权执行不当问题。

③ See Tentative Rulings, Johnson v. Twitter, Inc., No. i8CECG00078 (Cal. Sup. Ct. June 6, 2018); Lewis v. YouTube, LLC, 197 Cal. Rptr. 3d 224—225(Ct. App. 2015); Doutz v. Facebook Inc., 2017 SCC 33 (S.C.C.).

④ 参见许多奇:《Libra:超级平台私权力的本质与监督》,《探索与争鸣》2019年第11期。

⑤ 参见孔祥稳:《网络平台信息内容规制结构的公法反思》,《环球法律评论》2020年第2期。

⑥ 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台为视角》,《法学研究》2020年第2期。

⑦ See J.K. Winn, The Secession of the Successful: The Rise of Amazon as Private Global Consumer Protection Regulator, 58(1) Arizona Law Review, 209 (2016).

⑧ See Rebecca Tushnet, Content Moderation in an Age of Extremes, 10(1) Case Western Reserve Journal of Law, Technology and Internet, 14 (2019).

了网络空间规范塑造、秩序控制的功能。^①例如,脸书平台准则不仅适用于 26 亿脸书用户,还对广大中小社交平台产生辐射作用,被称为“脸书法则”。^②脸书平台准则及服务协议并非通过集体行动达成的社会管理契约,^③而是借助权力持有者对单个成员的垂直型控制形成的,^④虽有协议之形但无协议之实。因欠缺与用户的协商,脸书、油管、推特等社交平台的准则及服务协议中充斥着大量平台免责条款及用户权益减损条款。例如,油管、推特等社交平台的服务协议规定,社交平台享有发布、编辑、修改、删除用户内容的绝对权限,用户不得追究平台错误编辑或删除内容的责任,即便平台在内容审核和处理中存在过失。用户发起的任何诉讼,油管或推特社交平台的赔偿额均不超过 500 美元或 100 美元。^⑤

其次,社交平台被称为拥有监控职能的私营“官僚机构”,^⑥享有对违规用户执法的警察性权力,但其在执法过程中追逐私利,内容审核结果欠缺一致性。^⑦例如,社交平台需从用户注意力及数据中获取广告机会,其数字内容治理侧重于内容策划而非违规内容的控制,^⑧于是便出现了各类定向广告及内容推荐系统干预用户信息获取与决策、用户合法内容因触及广告商利益而被平台下架的现象。^⑨又如,部分社交平台青睐使用隐匿用户动态的影子禁令措施,^⑩及降低信息搜索排列的“非优先搜索”或“禁止搜索”措施。^⑪这些措施通常不列于平台服务协议或准则中,不易为

① See Tomer Shadmy, The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights, 37(2) Boston University International Law Journal, 309 (2019).

② See Lee A. Bygrave, Internet Governance by Contract, Oxford University Press, 2015 p.117.

③ See Margaret Jane Radin, Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law, Princeton University Press, 2013 p.37.

④ See Tomer Shadmy, The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights, 37(2) Boston University International Law Journal, 309 (2019).

⑤ 参见《YouTube 服务条款》, <https://www.youtube.com/t/terms?chromeless=1&noapp=1>, 2023-07-03;《Twitter 用户服务协议》, <https://twitter.com/en/tos>, 2023-07-30.

⑥ See Hannah Bloch-Wehba, Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State, 72(1) Southern Methodist University Law Review, 27 (2018).

⑦ See Yeva Mikaelyan, Reimagining Content Moderation: Section 230 and the Path to Industry-Government Cooperation, 41(2) Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, 187 (2021).

⑧ See Riku Neuvonen, Between Public and Private: Freedom of Speech and Platform Regulation in Europe, 28 (4) European Public Law, 517 (2023).

⑨ See Karanjot Gill, Regulating Platforms' Invisible Hand: Content Moderation Policies and Processes, 21(2) Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law, 200-201 (2021). 2012 年脸书平台撤下妇女哺乳照片的动机并非出于对色情和淫秽内容的考量,而是出于对奶粉广告商利益的考量。

⑩ See Tanner Bone, How Content Moderation May Expose Social Media Companies to Greater Defamation Liability, 98(3) Washington University Law Review, 944 (2021). 例如,博客(Blogger)采用影子禁令时,影子用户仍可登陆博客网站编辑自己发布的内容,观看他人内容并发表评论,但其他用户却看不到影子所有的评论和动态,如此便可降低争议内容的可视性。

⑪ See Eugene Volokh, Can You Get a Court to Take an Opinion that Mentions You off Its Google-Searchable Website? Washington Post, <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/05/03/can-you-get-a-court-to-take-an-opinion-that-mentions-you-off-its-google-searchable-website>, 2023-07-05. 非优先搜索指令一般令外部搜索引擎将内容排列在搜索结果的后面,禁止搜索的指令一般排除该信息在搜索结果中的出现。

用户察觉,降低了用户与社交平台的争议概率,但侵犯了用户言论自由权及知情权。

最后,社交平台构建了平台与用户的争议解决机制,其内部争议解决机制不收取费用,部分社交平台如脸书平台甚至将平台的拟政府化发挥至极致,创设准最高法院——脸书监督委员会。^①但平台塑造的司法秩序是以单方面豁免平台数字内容管理责任、限定用户法定救济权、不受正当程序约束为特征的。社交平台对内部争议解决自裁自审、不予解释裁决理由;在外部诉讼中挑选对其最有利的管辖法院及适用法,禁止用户发起集团诉讼,提高用户诉讼成本,并限制用户的索赔额。^②

可见,相对于电商平台及搜索引擎平台,社交平台在向用户提供社交媒体服务时,更易通过平台服务协议的制作、用户内容的管理及争议的处理来践行准立法、执法及司法权。^③社交平台作为 21 世纪新生的经济及社交模式,具有与日俱增的社会动员能力及经济干预能力,算法及大数据技术的赋能更是掩盖了社交平台信息提供、言论控制的真相,因此法律的干预及规制成为防范私权力滥用的必要之举。

二、社交平台私权力公私二元规制的困境

社交平台享有的私权力兼具主体私法性和权力强制性特征,须在法律上对这种特殊主体的权力形态进行有效回应。然而各国法律大多对公权力与私权利严格切割,分别以公法及私法路径进行约束或保护,导致平台私权力这种融合了“公”和“私”形态的权力在法律规制时存在明显的困境:公法对其约束因社交平台主体不适格而止步,私法在适用时则因平台服务无偿、用户与平台协议一致的假象而难以发挥规范作用。

(一)公法下社交平台私权力规制的主体不适格

为约束公权力因执法不当而对私权利形成的侵害,国内宪法、行政法等公法性规范对权力多设有正当程序、权力制衡或问责的要求,并允许受公权力侵害之个人提起公法下的救济。社交平台在审查用户言论时,其私权力的滥用往往僭越用户言论自由、信息获取等基本权利。然而公法规范往往因平台的私主体身份而难以发挥规制效应。

在 2018 年美国“约翰诉推特公司案”^④中,原告被推特社交平台终止账户服务,遂以推特社交平台侵犯其《美国宪法第一修正案》下的言论自由权提起诉讼。原告指出,推特社交平台相当于现代社会的公开辩论广场,用户在推特社交平台上的观点表述权应被保障,而不应由社交网站垄断。美国法院则认为,推特社交平台作为私人企业并非《美国宪法第一修正案》约束的对象,法律不会因推特社交平台将私人财产用作大众观点表述的场所就将其视为国家行为体,它们只有在代表政府行事或执行政府职权时才被施以国家行为体的责任。在 2020 年“普格拉大学诉谷歌

① 参见左亦鲁:《社交平台公共性及其规制——美国经验及其启示》,《清华法学》2022 年第 4 期。

② 例如,各主要社交平台均将平台所在地指定为诉讼管辖地,脸书社交平台禁止用户发起集团诉讼,脸书、油管等社交平台则限制用户索赔额。

③ 我国学者普遍认为平台私权力表现为准立法、执法及司法权。参见马长山:《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》,《中国法学》2019 年第 5 期;刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台为视角》,《法学研究》2020 年第 2 期。

④ See Tentative Rulings, Johnson v. Twitter, Inc., No. i8CECGooo78 (Cal. Sup. Ct. June 6, 2018).

公司案”^①中,美国法院再次强调《美国宪法第一修正案》约束的对象为政府及公共机构,谷歌公司下的油管社交平台不受言论自由权的限制。实际上,国际公法及国内公法为私主体的公法约束制定了特殊规则,如世界贸易组织反补贴制度下的公共机构的认定及美国法下的国家行为理论均可令实施政府权威和职能的私人企业承担公法义务。但是社交平台私权力设施以自治为名、以平台服务协议为依托,难以套用制定法或在先判例对国家行为体的解释。如此,法院在解释公法规范是否适用于平台时,不免受路径依赖影响,为防范公共论坛的扩张而将社交平台排除在公法规范的约束之外。^②

但是这种公法规制的传统在应用于社交平台私权力规制时显得力不从心。传统上,公法规范旨在约束公权力的实施边界,私主体不具有公共事务决定权和公共资源分配权,为防范公权力对私权利的挤压,公法对约束对象有严格的主体限制。当前政治国家与市民社会的界限在网络空间日益模糊,社交平台无论是盈利能力还是社会动员能力均堪比一主权国家,它们在网域空间为用户提供的信息基础服务及公共信息已成为现代社会人类交易及交往的必需品,具有准公共产品的性质,^③平台已实际享有公共事务的决定权及公共资源的分配权。公法规范对公权机构的限缩解释,令社交平台得以逃逸于公法规制,对抗用户的公法之诉,实则助长社交平台的私权力滥用行为。

(二)私法下社交平台私权力的规制错位

社交平台制定平台准则的准立法行为亦是与用户达成平台服务协议的过程,受合同法调整。法院在评价平台服务协议有效性时,倘若忽略协议形成中的权力控制,而过于强调契约自由、双务有偿原则,便会出现规制错位的问题。

首先,针对平台服务协议免责条款的有效性,美国判例体现出高度尊重当事人意思自治、双务有偿原则的倾向。在“刘易斯诉油管公司案”^④中,油管社交平台因原告不当收集他人个人信息用于商业目的而暂停其账户,在恢复账户服务后也未保留刘易斯视频中第三方用户评论及视频点击频次等信息。因油管社交平台的上述行为导致刘易斯无法从视频流量中获益,故刘易斯申请恢复视频的初始状态。美国法院驳回原告的诉讼请求并指出,服务协议并没有规定油管社交平台有存储视频观看次数及评论的义务,且协议免责条款规定平台对管理用户内容的错误及遗漏概不承担责任。尽管该免责条款在谈判力量不对等的用户及平台之间达成,考虑到平台服务是免费的,该免责条款并无不当。在“松菲工作室诉谷歌公司案”^⑤中,谷歌公司下的油管社交平台以松菲工作室违反用户协议为由删除其视频,松菲工作室认为由于用户在协议达成中无论是在程序条款还是实体条款方面均无议价能力,因此油管社交平台享有删除用户内容的绝对权限条款为非公平条款。美国法院驳回了原告主张,指出油管社交平台并非松菲工作室唯一可选

^① See *Prager University v. Google LLC*, 951 F.3d. 普格拉大学本身为从事教育和社交宣传的一个非营利机构,以宣传保守党观点为主。在本案中,谷歌公司的社交平台油管限制了普格拉大学频道中有关堕胎、伊斯兰教激进的观点,并将部分视频上的广告移除,使其无法参与谷歌公司的社交平台推特的广告收益分享。

^② 参见左亦鲁:《社交平台公共性及其规制——美国经验及其启示》,《清华法学》2022年第4期。

^③ See Niva Elkin-Koren, Giovanni De Gregorio and Maayan Perel, *Social Media as Contractual Networks: A Bottom-up Check on Content Moderation*, 107(3) *Iowa Law Review*, 997 (2022).

^④ See *Lewis v. YouTube, LLC*, 197 Cal. Rptr. 3d 224-225 (Ct. App. 2015).

^⑤ See *Song fi, Inc. v. Google Inc.*, 72 F. Supp. 3d 61-64 (D.D.C. 2014).

择的视频发布网站,油管社交平台的服务既然为免费的,那么用户便不得质疑其绝对的内容移除权限。

我国人民法院在同类案件中曾主要依据《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 496 条、第 497 条和第 506 条对平台服务协议格式条款的形式有效性(条款提供方是否合理提请用户注意)和实质有效性(条款是否免除自身责任、加重对方责任或排除对方主要权利,或免除人身伤害责任及故意或重大过失造成的财产损害责任)进行研判。不同人民法院因认知差异而对同一平台格式条款形式有效性作出大相径庭的评价,^①结论相同但理由迥异的同案不同判、同果不同因的情形也不少见。^② 总体而言,我国人民法院对平台服务协议条款的解释侧重于形式有效性,对其实质有效性研判取决于条款的性质及内容,对平台协议条款达成中的协商或谈判有效性关注不足。

其次,针对社交平台在服务协议中将平台所在地指定为诉讼管辖地的争议,因诉讼管辖影响实体争议的适用法律、触及法院地公共政策,故受理法院对其解释相对审慎。例如,2017 年加拿大最高法院在“杜埃兹诉脸书公司案”^③中剖析了脸书社交平台用户服务协议管辖条款背后的私权力影响。在该案中,脸书社交平台用户服务协议规定平台在广告推送中可使用用户姓名,并指定美国加利福尼亚州法院为处理平台与用户争议的管辖法院。原告加拿大英属哥伦比亚省居民杜埃兹女士认为脸书社交平台在广告推送中使用其姓名侵犯了其隐私权,并在英属哥伦比亚法院提起诉讼,脸书社交平台提出管辖异议。加拿大最高法院驳回了脸书社交平台的管辖异议,其理由主要包括四点:(1)用户服务协议在谈判力量不对等的消费者及平台之间达成;(2)脸书社交平台服务协议条款为不同平台所使用,用户没有谈判的可能和机会;(3)管辖条款作为司法救济条款具有公共产品性质,不宜由单方指定;(4)本案诉由为隐私权侵权,而该权利具有准宪法性质。审理该案的阿布拉杰法官强调,脸书社交平台服务协议管辖条款授予脸书社交平台不公平且压倒性的程序及实体优势,实为非公平合同。本案裁决的重要价值在于法院意识到平台服务协议的非协商性,以及协议内容对非私法性权利的处分。可见,对社交平台服务协议条款有效性的判断应以其实际对用户造成的负担为主,而不仅在于该条款是否提请用户注意或条款的内容特征。

可见,民法等私法对社交平台用户服务协议调整产生的误区主要在于格式条款的调整性规范并不涉及私权力对民商事协议的强制干预。社交平台服务协议形成过程即为私权力实现过程,当私权力与民事权利交织,单纯的私法规范便难以发挥权利救济的效果。(1)社交平台的服务协议以横向协议为外观,但其达成以平台对单个成员的垂直型控制而实现。^④尽管用户可通过

① 参见河北省滦县人民法院(2016)冀 0223 民初 2198 号民事裁定书、河北省廊坊市中级人民法院(2016)冀 10 民辖终 156 号民事裁定书。这两个案件对“一号店”格式条款的效力认定不同。参见胡安琪:《网络平台用户协议中格式条款司法规制之实证研究》,《法治研究》2019 年第 1 期。

② 参见甘肃省天水市中级人民法院(2016)甘 05 民终 427 号民事裁定书、湖北省汉江中级人民法院(2016)鄂 96 民辖终 24 号民事裁定书。虽然这两个案件的判决结果一致,但法律理由完全不同。参见胡安琪:《网络平台用户协议中格式条款司法规制之实证研究》,《法治研究》2019 年第 1 期。

③ See *Doutz v. Facebook Inc.*, 2017 SCC 33 (S.C.C.).

④ See Margaret Jane Radin, *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton University Press, 2013, p.37.

集体行动对抗社交平台的控制,但实践中集体行动罕见,由此社交平台服务协议形成的社群连接并非成员集体意志的体现,并不反映契约自由的精神。(2)社交平台与用户的双边关系及无偿服务为表面现象,其背后为“社交平台—原用户—广告商—新用户”的多方市场关系。社交平台为用户提供在线服务,用户发布内容吸引新用户并与之互动,社交平台据此销售用户注意力和数据吸引广告商投放广告。用户互动是数据生成、平台收益增长的关键性因素。^①过于关注社交平台服务的无偿性,会忽略社交平台对用户数据及注意力的消费。(3)达到一定规模的社交平台,用户不仅没有协议谈判能力,还会丧失协议退出的自由。正如“杜埃兹诉脸书公司案”所示,脸书社交平台在加拿大已经成为无所不在的社交服务平台,用户“退出”服务便意味着与社会脱节。^②并且,即便存在可供替代的平台,用户“用脚投票”也会产生高昂的平台迁移成本,如原平台关系链的断裂、数据及附着经济价值的丧失、新平台客户关系架构的时间及精力成本等。

三、社交平台私权力公私二元规制的欧盟立法实践

对平台私权力的规制需突破传统公私法规制的局限,对平台立法进行结构性改革,彻底解决其欠缺政治问责机制约束的问题。^③欧盟作为平台立法改革的全球领导者,^④并未受限于社交平台的私主体身份,而是借助《欧盟数字服务法》对社交平台制定了约束其私权力行使的问责制度,以更体现实质公平的法律原则调整平台垂直控制下的用户服务协议条款。

(一)对社交平台私权力规制的公法改革

对社交平台私权力的公法规制须确保社交平台权力的实施能为其责任所制衡。《欧盟数字服务法》作为平台公法规范,对平台的用户及内容管理行为进行了规制,可直接约束社交平台制定服务协议、下架用户内容及处理平台争议等私权力实施行为,避免社交平台利用其规模、网络力量和监控能力破坏私营商业及公共领域。^⑤《欧盟数字服务法》打破社交平台用户及内容管理的内部性,颇具传统公法对政府公权力加以限制及问责的意味。

第一,社交平台制定平台准则正是其行使准立法权的体现,但因用户参与不足、程序不透明,往往被诟病为“黑箱”操作。《欧盟数字服务法》为保证私人规范及软法制定的问责性及合法性,^⑥针对其服务协议制定中信息不透明、欠缺用户真实意愿等问题对社交平台制定了严格的信息披露、合规控制等义务,使社交平台在执行私权力时必须克制其权力滥用。《欧盟数字服务法》

^① See Niva Elkin-Koren, Giovanni De Gregorio and Maayan Perel, Social Media as Contractual Networks: A Bottom-up Check on Content Moderation, 107(3) Iowa Law Review, 1000-1034 (2022).

^② See Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler and David R. Trossen, Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts, 43(1) Journal of Legal Studies, 1 (2014).

^③ See Rahman, K., The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept, 39(5) Cardozo Law Review, 1629 (2018).

^④ See Karanjot Gill, Regulating Platforms' Invisible Hand: Content Moderation Policies and Processes, 21(2) Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law, 182 (2021).

^⑤ Frank Pasquale, Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power, 17(2) Theoretical Inquiries in Law, 489 (2016).

^⑥ See Jody Freeman and Martha Minow (eds.), Government By Contract: Outsourcing and American Democracy, Harvard University Press, 2009, p.590.

第 14 条和第 24 条规定平台须以清晰、直白、用户友好、无异议的方式披露所有用于内容审核的政策、程序、措施和工具及其各次显著更新,包括算法决策程序和人工干预手段。传统上,社交平台将内容审核算法及人工操作手册视为商业秘密,不对外披露,导致公众及管制部门无从获知社交平台的实践运作逻辑,无法有效监督社交平台追求广告利益及用户注意力的内容发布及拦截行为。^①《欧盟数字服务法》强化了社交平台数字内容管理规则的披露,对算法及平台人工审核操作手册的强制性披露弥补了用户及监管部门的信息不足。为保证社交平台的信息披露为真实、准确的,《欧盟数字服务法》要求超大型平台内设《欧盟数字服务法》合规官(第 33 条),并外聘第三方审计机构审计其平台准则的合规性(第 37 条)。

第二,权力制衡是克制公权力任意性或武断性的保障,是法治及民主社会保证治理合法性的压舱石,^②社交平台执法措施缺乏正当程序的控制正是其内容管理任意的原因。此前脸书监督委员会受理的“特朗普诉推特公司案”^③便暴露了社交平台内容管理手段僵硬、与用户内容危害性不相称的问题。针对这个问题,《欧盟数字服务法》第 14 条和第 15 条要求平台应以勤勉、客观及相称的方式执行其服务限制措施,考虑各相关个体的权益。例如,用户在《欧盟基本权利宪章》下受保护的基本权利;平台在移除用户内容前,须及时通知相关用户,并提供清晰、特定的理由;平台决策依据及用户质疑、救济途径等;平台应每年公开一次内容审核报告,披露其删除的非法内容数量和措施,以及用户投诉的数量、理由及处理决定。此外,《欧盟数字服务法》还规范了“通知一下架”程序,一方面设立受信投诉人制度,要求平台优先处理受信投诉人的通知(第 22 条),鼓励非政府组织积极介入平台用户内容的监督;另一方面,规范第三方通知的内容,授予用户质疑不实投诉的反通知权利(第 16 条和第 17 条),防范第三方对该程序的滥用及平台下架用户内容的随意性。这些义务均指向社交平台用户内容管理中的私权力滥用行为,旨在完善其审查及移除用户内容的信息披露、第三方监督及用户权益保障制度。

第三,社交平台准司法权行使存在非中立、裁决依据不透明的问题,《欧盟数字服务法》序言强调保障用户在平台服务中获取有效的救济为其立法宗旨。因此,《欧盟数字服务法》第 20 条要求平台为用户提供争议发生后 6 个月内可便捷使用的无偿在线投诉系统,并对内部争议解决的“质量”提出了及时、勤勉、非歧视、非任意性的要求;平台须在内部争议解决中给出充分的理由,向用户提供外部争议解决机制及司法救济机制;为扩大平台内部争议解决机制的使用率,将影响用户内容可视性、互动性及收益能力的措施纳入平台争议受理范畴,并禁止平台仅通过自动系统处理争议。《欧盟数字服务法》创建的平台争议处理的“私人法院”——庭外争议解决机构——^④

① See Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015, p.18.

② See Riku Neuvonen, *Between Public and Private: Freedom of Speech and Platform Regulation in Europe*, 28 (4) *European Public Law*, 517 (2023).

③ 2021 年脸书监督委员会审查了脸书社交平台对特朗普账户永久封存的决定,虽然肯定了脸书社交平台有禁止特朗普使用平台服务的权利,但在综合评价特朗普言论造成的暴力风险及平台可采取的其他措施之后认为脸书社交平台的惩罚没有期限限制为不相称的措施,并要求脸书社交平台在 6 个月内审查暂停特朗普账户的决定并采取相称的措施。See Case Decision 2021-001-FB-FBR, FACEBOOK, May 5, 2021, <https://www.oversight-board.com/decision/FB-691QAMHJ>, 2023-05-24.

④ See Riku Neuvonen, *Between Public and Private: Freedom of Speech and Platform Regulation in Europe*, 28 (4) *European Public Law*, 530 (2023).

为连接平台内部投诉系统及法院的桥梁机制,其设立不但打破了平台争议解决的内循环,促进了体制间的竞争,还避免了司法资源耗费于大量微型争议。为鼓励用户将争议提交庭外争议解决机构,《欧盟数字服务法》第21条规定用户如在争议中胜诉,平台则须补偿其争议解决的费用及合理开支。《欧盟数字服务法》针对平台准司法权的规制有效回应了社交平台以自动系统处理内部投诉且不提供争议解决理由的问题,并打破了平台争议解决的内循环,设立庭外争议解决机构则提升了平台争议处理的中立性。

第四,超大型社交平台当前信息操纵、用户权益损害问题尤为突出。脸书和油管等社交平台用户超过全球四分之一人口,^①它们倘若疏于防范风险,放任第三方滥用其服务,不仅会损害用户个人权益,还会侵害公共利益。例如,“剑桥分析家”曾利用在脸书社交平台上获取的用户数据,通过脸书社交平台定向广告系统操纵选民投票,干预他国内政。^②《欧盟数字服务法》对社交平台制定了特别严格的风险防范要求。除承担普通平台的义务,超大型平台还应勤勉识别、分析、评估其服务系统的非法内容传播、损害欧盟居民基本权利等系统风险,采取有效的风险缓解措施(第34~35条),并承担深化版的信息披露义务,设置合规官、接受第三方审计、与执法部门共享数据等(第34、37、40条)。^③这些义务回应了近年来超大型社交平台和私权力实施不当或滥用的丑闻。为防止这些义务流于形式,《欧盟数字服务法》对超大型平台制定了严苛的违规责任。超大型平台如违反信息披露义务将被处以高达上年度全球营业收入1%的罚款(第74条);^④如未履行《欧盟数字服务法》规定的其他强制性义务,将被处以其上年度全球营业收入6%的罚款(第74条)。^⑤甚至,超大型平台自愿作出的合规承诺一旦被欧盟委员会载入决定,便会转化为强制性义务,未能履行时等同于违反强制性义务。严格的责任制度,一方面增强了《欧盟数字服务法》的威慑性,使社交平台不得不谨慎实施其私权力,另一方面则反映了超大型平台的身份变化,成为数字内容治理的守门人。

(二)社交平台私权力规制的私法规范

网络平台关系由不同类别的非正式协作关系组成,无法一一为合同法的雷达所捕捉,^⑥须灵活应对。欧盟及其成员国的司法实践表明,其合同法、数据法、著作权法等限制了社交平台服务

① See J. Clement, Most Popular Social Networks Worldwide as of July 2020, Ranked by Number of Active Users, STATISTA (Aug. 21, 2020), <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>, 2023-06-28.

② See Carole Cadwalladr and Emma Graham-Harrison, Revealed: 50 Million Facebook Profiles Harvested for Cambridge Analytica in Major Data Breach, The Guardian (Mar. 17, 2018, 6:03 PM EDT), <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>, 2023-11-21.

③ 例如,在广告系统披露方面,超大型平台应遵循普通平台的标注广告、披露广告商或广告支付商信息、决定广告发送对象的因素,还须在用户界面上保留一个广告信息存储之处,披露广告内容、广告所代表对象、推广期限,广告所针对的特定群体及标准,广告接受者数量以及广告针对特定群体的数量等。

④ 例如,故意或过失提交虚假、不完整或误导性信息,或未在指定时间内提交或修正信息,或拒绝向委员会开放数据库或算法系统。

⑤ 例如,未向用户提供《欧盟数字服务法》要求的“通知—删除”程序及在线投诉系统,或未履行欧盟委员会针对超大型平台违规行为制定的临时措施等。

⑥ See John Gava and Janey Greene, Do We Need a Hybrid Law of Contract? Why Hugh Collins is Wrong and Why It Matters, 63(3) Cambridge Law Journal, 605 (2004).

协议中意思自治原则的适用,矫正了社交平台过于宽泛的免责条款。

首先,处理社交平台与用户间服务协议争议的核心在于平衡社交平台与用户间的非对称关系。社交平台倘若利用其私权力控制在服务协议中制定过于宽泛的免责条款,欧盟通常会根据《欧盟不公平合同条款指令》关于透明度、法律确定性原则的规定认定该条款无效。例如,脸书社交平台 2015 年《用户服务协议》第 5.2 条曾规定,“我们(平台)可以删除任何我们认为违反我们声明和政策的你发布在脸书的内容和信息”。法院认为该免责条款措辞过于宽泛,不符合《欧盟不公平合同条款指令》第 5 条的法律确定性要求,故而无效。^①同时,平台用户服务协议格式条款如未经协商,双方合同权益极不平衡,则法院亦可依据“给付失衡”原则认定该条款无效。^②在成员国方面,《德国民法典》第 305、307 节规定欠缺透明度、明确性及可读性的条款为无效条款。根据《德国民法典》第 307 节注释 2,限制合同内在属性基本权利或义务以至于危害合同目的实现的条款为非公平条款。^③《法国消费法典》第 L212-1 条规定合同条款必须以明确且消费者可理解的方式起草或展现;第 R212-1-6 条规定,在经营者未履行其任何义务时移除或降低消费者获得赔偿的权利的合同条款是非公平条款。^④ 这些条款在解释社交平台用户服务协议时亦可抵制平台制定的过于宽泛、模糊的平台免责或用户权益减损条款。

其次,社交平台若在用户服务协议中订入违反著作权法、个人数据保护法强制性规定的条款,法院会认定该条款无效。在德国,一用户曾就脸书社交平台 2010 年《用户服务协议》第 10.1 条允许平台将用户账户信息、图像与商业赞助内容结合起来使用的规定提起诉讼,德国法院认为这条规定并不明确用户图像会在哪种场景下被使用及使用目的,违反了《德国联邦数据保护法》信息透明原则及用户对个人数据处理目的必须知情同意的原则。^⑤同理,社交平台用户服务协议规定无偿使用用户内容及再许可的规定也会被否认效力。

欧盟及其成员国的私法规范对社交平台用户服务协议调整力度较大源于多方面原因:(1)《欧盟不公平合同条款指令》对社交平台用户服务协议格式条款的形式审查除条款提供方对用户的提示注意义务外,还包括确定性、明确性、清晰性及可读性要求,^⑥而这些原则具有较强的伸缩性,使法院在适用《欧盟不公平合同条款指令》时能基于社交平台用户服务协议偏离协商一致的私权力控制问题,对用户作有利的解释;(2)欧盟及其成员国私法注重对协议的实质审查及对弱

① See Dan Wielsch, Private Law Regulation of Digital Intermediaries, 27(2) European Review of Private Law, 207 (2019).

② 参见[德]海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海、李居迁、宫立云译,法律出版社 2001 年版,第 206 页。

③ See Jürgen Basedow, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8th ed., CH Beck 2019, § 305, 307; Bea Hajek, Online Platform Service Providers on Platform 93/4: A Call for an Update of the Unfair Contract Terms Directive, 28(5) European Review of Private Law, 1154 (2020).

④ See Bea Hajek, Online Platform Service Providers on Platform 93/4: A Call for an Update of the Unfair Contract Terms Directive, 28(5) European Review of Private Law, 1157 (2020).

⑤ See Kammergericht Berlin, 24 January 2014, 5 U 42/12, ECLI:DE:KG:2014:0124.5U42.12.0A. 该案源于 2010 年脸书社交平台用户服务协议规定,当用户登陆访问脸书服务时,平台会向其推送互动朋友关注或购买产品的广告信息,由此导致广告服务与用户图像同时使用的情形。

⑥ See Jürgen Basedow, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8th ed., CH Beck 2019, § 305, p 82; Bea Hajek, Online Platform Service Providers on Platform 93/4: A Call for an Update of the Unfair Contract Terms Directive, 28(5) European Review of Private Law, 1158 (2020).

势群体的家长式保护,“给付失衡”原则被用来对社交平台及用户权益分配的公平性及比例性进行审查,《德国民法典》《法国消费法典》亦侧重于对弱势群体的救济,从而在社交平台服务协议中更为关注合同内在的协议性、公平性,并不像美国法院一样因社交平台用户对用户的无偿性便放宽对用户服务协议条款公平性的解释;⁽³⁾欧盟近年来强化对各类数字平台的规制,《欧盟通用数据保护条例》《欧盟数字市场法》《欧盟数字服务法》分别从个人数据保护、竞争及数字内容治理的不同层面规制平台滥用其私权力或市场垄断优势的行为。这种严厉的平台规制文化渗透至社交平台与用户的用户服务协议争议中,亦会产生对用户更为有利的裁判结果。总体而言,欧盟及其成员国私法对社交平台用户服务协议的回应更贴近用户服务协议背后私权力干预的实质。

(三)社交平台私权力规制的公私合治路径

欧盟平台立法的一个显著特征是,以公私合治的方式打破平台治理的内部性,政府并不直接干预平台的治理方式,但立法规制平台自治规范对用户内容的管理行为,借助法律的强制将平台私人行为转化为政府公权力与私权力交织的公私混合治理行为,^①从而有别于纯粹的政府高权管制及网络自治。^②这种公私合治旨在修正公权干预的“单管式”缺陷及平台自治的任意与无序,打破权力与权利之间的绝对划分,使用户在公权机关的支持下能有效组织集体行动从而对抗平台的私权力滥用。

一方面,为防范政府过度规制降低平台治理的效率,《欧盟数字服务法》并没有直接干预平台用户服务协议及社群准则的制定以及平台管理措施的使用,甚至对脸书、油管等社交平台用户服务协议的指定管辖、免责条款等也未直接否定。《欧盟数字服务法》第4~8条维持了网络中介责任豁免制度,强调平台不承担对用户内容审核的一般性义务,提供中介、托管及主机服务的网络服务商对非由其发布的第三方内容在不知情的情形下不承担侵权责任,其善意的自主内容审核不会导致其责任豁免的丧失。《欧盟数字服务法》对平台自治的尊重保证了社交平台服务的创新性,避免社交平台因沉重的法律责任而耽于发展。

另一方面,《欧盟数字服务法》通过外部监督机制在平台、政府、市民、非政府组织之间构建广泛的社群结构性参与机制,^③弱化私人执行机制中的逐利性、非中立性等缺陷,^④破除平台规制中权力与权利、公法与私法的绝对划分。(1)超大型社交平台虽享有平台准则制定、实施的自主权,但须聘请第三方机构审计其内容审核措施及风险评估报告;普通社交平台在“通知一下架”程序中,亦须优先受理“受信投诉人”的通知,接受非政府组织、社会团体的监督。(2)欧盟数字局与欧盟委员会可对超大型社交平台发布综合报告,指出其显著的系统风险,发布降低风险的最佳操作实践。欧盟委员会还可与各国数字服务协调员共同发布针对特定风险的通用指导原则(第35.3条),对社交平台风险自查提供指引。在发生公共安全及公共健康事故时,欧盟委员会可起草危

^① See Hannah Bloch—Wehba, Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State, 72(1) Southern Methodist University Law Review, 30 (2018).

^② See Julia Black, Constitutionalising Self—Regulation, 59(1) Modern Law Review, 24 (1996).

^③ See James Grimmelman, The Virtues of Moderation, 17(1) Yale Journal of Law and Technology, 47 (2015).

^④ See M Bassini, Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age, 25(2) European Law Journal, 186 (2019).

机应对规程,并鼓励超大型平台与其他平台共同制定危机应对守则(第 48 条)。(3)《欧盟数字服务法》特别赋予监管部门对超大型社交平台的调查权,并授予其多种调查手段。例如,欧盟委员会可在调查中聘请审计人员及外部专家;数字服务协调员可派出独立调查员调查超大型社交平台系统及程序界面,获取后台数据,揭开平台内部算法和内容审核的面纱(第 69、40 条)。(4)《欧盟数字服务法》授权欧盟委员会可将超大型平台的自愿承诺转化为强制性义务,载入欧盟决定,使其在欧盟境内产生约束力。如此,企业自治标准便会转化为法律规定,成为强制性责任的来源。^①这种将超大型平台自愿承诺转化为强制性义务的规定更是模糊了公法与私法的界限。

欧盟在公法与私法上对社交平台私权力的规制正视了社交平台在私权力形成中因职责欠缺和程序控制而导致的私权力膨胀,以及平台用户服务协议单方意志性、用户谈判能力不足的问题。尤其是《欧盟数字服务法》对社交平台制定了前置性义务规范,对其施加类似于公权力问责及限制的义务规定,显著区别于美式的放任平台自治的事后性规制模式。如此,《欧盟数字服务法》得以将平台私权力规制目标分解,以确定的行为规范引导平台在日常业务中形成改善内容治理、克制私权力滥用的动机和惯性,同时通过公私合治路径提升了监管部门、民众、第三方机构对社交平台的监督实效。《欧盟数字服务法》平台规制的价值不仅在于其具体的规范制定,更在于其关于平台私权力对既有公法及私法规范挑战的深刻认识,以公私合治的方式应对社交平台私权力膨胀及用户权益的式微。

四、我国社交平台私权力公私二元规制的法律检视与制度完善

随着平台经济的高速发展,平台规制被纳入我国立法范畴。结合我国数字经济发展及网络内容传播目标,探寻符合我国国情的社交平台私权力公私二元规制方案,成为完善我国社交平台立法的必然之举。

(一)我国社交平台私权力公私二元规制的法律检视

我国对社交平台数字内容规制的公法规范散见于《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)、《互联网信息服务管理办法》等法律法规中,主要涉及社交平台的内容审核职责、用户权益保障及超大型社交平台守门人责任三个方面;私法规范则主要体现在民法典调整社交平台用户协议格式条款的规范中。

1. 公法规范

第一,与欧美社交平台不承担内容审核一般性义务不同的是,我国法律规定包括社交平台在内的所有平台负有数字内容审核及管理职责,建立了以网管网的规制形态,确立了平台非法内容停止传输、消除信息、防止扩散、保持记录、报告有关部门的义务。^②例如,根据《互联网信息服务管理办法》第 14~16 条的规定,从事新闻、出版以及电子公告等服务项目的互联网信息服务提供者应记录提供的信息内容及其发布时间、互联网地址或者域名等,不得发布违法信息,发现违法信息时应立即停止传输,保存记录,向有关部门报告。《电子商务法》第 29 条规定,电子商务平台

^① See Riku Neuvonen, Between Public and Private: Freedom of Speech and Platform Regulation in Europe, 28 (4) European Public Law, 518—522 (2023).

^② 参见孔祥稳:《网络平台信息内容规制结构的公法反思》,《环球法律评论》2020 年第 2 期。

内发生违法行为,平台应采取必要的处置措施、向有关主管部门报告,^①该规定同样适用于微信等社交平台中的电子商务行为。《互联网用户公众账号信息服务管理规定》要求各类平台对用户账号的留言、跟帖、评论等互动环节进行实时管理。此外,《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第10条、《网络信息内容生态治理规定》第9条和第10条、《互联网新闻信息服务管理规定》第12条等对平台的内容管理职责、实施机制进行了规定。前述平台法规较为注重平台对用户及内容的管理,为社交平台的管理行为提供了一定的指导,但其弊端也显而易见。我国对平台的规制侧重于防范非法内容传播,对社交平台制定了内容管理及非法内容报告的强制性义务。公法规范的纵向性特征突出,刚性及高权治理有余,但缺乏社交平台私权力规制及用户权益保障的规范,与《欧盟数字服务法》尝试规制并平衡平台私权力与用户民事权利的立法宗旨不尽相同。这种不区分平台种类及规模一概要求其承担内容审核责任的规定会导致平台规制的悖论:平台如未尽审核责任便对其追责,法律不免过于严苛;若不追责又会使其内容审核义务流于形式。

第二,针对社交平台滥用私权力的行为,我国法律针对平台数字内容审核制定了信息披露、完善通知—删除程序、妥善处理平台争议的义务,但各项规定不尽具体。首先,《网络交易监督管理办法》第28条和第30条等未对社交平台数字内容审核措施设置客观、审慎、相称性要求,仅要求平台披露用户服务协议、交易规则,及时公示对经营者警示、暂停或者终止服务等措施。《网络交易平台合同格式条款规范指引》第9条相对具体,要求平台以显著方式提示用户注意对其有重大利害关系且影响其权益的格式条款,不得以技术手段对条款设置不方便链接或隐藏内容或仅以进一步阅读的方式履行提示义务。社交平台无须披露实际用于审查内容审核的算法及人工操作手册,至于减损用户内容可视性或剥夺其收益权的措施是否需要披露亦模棱两可。《网络信息内容生态治理规定》第16条要求平台建立便捷、有效的投诉、举报机制,及时受理并处理用户的投诉与举报。该规定实则为社交平台现行做法的重申,并没有对其准司法权施加正当程序、公正裁决的要求,很难从根本上解决平台纠纷处理的程序不透明、非中立性等问题。究其原因,我国法律对不同平台服务特征及权力滥用形式关注不足,难以对社交平台数字内容管理做针对性规制,与《欧盟数字服务法》专注于数字内容规制主要适用于社交平台,以及竞争规制主要适用于电商及搜索引擎平台的分类治理思想显著不同。^②

第三,我国目前正在酝酿对超大型平台数字内容守门人责任的法律规制。国家市场监督管理总局2021年曾发布《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》与《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》,对超大型平台的内部治理、风险评估、风险防范、平台用户及内容管理等尝试规范。《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第5~12条建议超大型平台应当至少每年进行一次风险评估,主要包括互联网平台服务可能引起的传播非法内容、侵害消费者合法权益、侵害社会公共秩序与国家安全等方面的风险,并应重点考察内容审核系统、广告定向推荐系统、内容推荐与分发系统、平台安全稳定运营系统,以及对上述风险可能产生影响的各项因素;平台

① 部分社交平台如微信因产生微信交易而受《中华人民共和国电子商务法》约束。

② 《欧盟数字服务法》和《欧盟数字市场法》对所有类型平台均适用。不过,《欧盟数字服务法》为数字内容立法,主要规制发布数字内容并管理用户内容的社交平台,其次为内容提供平台及其他类型平台;《欧盟数字市场法》主要规制平台尤其是超大型平台自我优待、阻碍竞争平台进入市场等不正当竞争问题,主要规制对象为电商平台(优步)、搜索引擎平台(谷歌),其次为其他类型平台。

应根据相关法律、法规,落实网络用户实名制,建立针对平台内用户行为的有效管理制度,确保用户行为合法、合规、遵守社会公德,根据平台自身的特点建立有效的内容管理制度,避免违法违规信息在平台上的传播。这些内容虽参考了欧盟相关法律,但难以发挥对超大型社交平台的规制作用。首先,两部指南并未落地,其作为部门指导性文件亦不具备法律上的强制执行力。其次,指南对数字内容的规制没有回应超大型社交平台服务被第三方滥用的特殊风险,并缺乏用户权益保障的规定,如平台广告及内容推荐系统不得歧视性对待用户,平台对用户内容执法时应提前告知用户理由及依据。最后,指南拟制定条款大多为原则性条款,其可操作性存疑,违规责任的缺乏使其无法真正地约束超大型社交平台审慎应对系统风险、接受第三方监督。

2. 私法规范

在私法性规范方面,《民法典》对社交平台用户服务协议格式条款的有效性 & 用户在“通知一下架”程序中的反通知权利进行了规定。

第一,社交平台在用户服务协议中制定的大量免责条款主要为《民法典》调整。针对用户服务协议的形式有效性,《民法典》496 条要求格式合同提供方采取合理方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款。针对平台用户服务协议的实质公平性,《民法典》第 496~497 条规定格式条款提供方制定的不合理的免除或减轻自身责任、加重对方责任或限制对方主要权利的条款无效。司法实践显示,人民法院对格式合同实质公平性一般采狭义解释。平台用户服务协议对数据存储义务的免除或对诉讼管辖的约定一般不属于《民法典》497 条的禁止范畴。总体而言,《民法典》合同编对社交平台用户服务协议的调整侧重于形式有效性,对格式条款实质有效性的约束缺乏明确性及平台用户服务协议的针对性。鉴于多数平台已通过加黑、加粗字体方式提请用户注意免责条款,形式有效性并非平台与用户争议核心,且无法回应一个问题:用户倘若没有选择的余地或未意识到自己有选择的权利,那么我们如何断定平台用户服务协议代表了他们的意志或自治性?^①

第二,《民法典》第 1196 条从民事权益的角度制定了用户反通知的权利,防止权利人滥用“通知一下架”程序侵害平台用户的言论自由,要求平台在权利人未向有关部门投诉或发起法律诉讼的情形下及时终止其用户内容管理措施。^②但是该权利实际上为社交平台现行实践的重申,并没有对社交平台如何完善“通知一下架”程序制定具体的行为规范。

归根结底,我国对社交平台的法律规制刚刚起步,且以内容合法性传播而非以平台私权力规制为主要目标,故在公法规制中对平台的用户及内容管理职权着墨较多,尤其侧重平台向主管部门报告的义务,缺乏约束社交平台内容管理权限的行为规范设定及用户权益保障机制的规定,在私法规制中则欠缺对社交平台服务协议单方面意志性及欠缺协议性的考量。社交平台规制期望得到克制非法内容传播的结果,但忽略内容管理的过程,公私合治路径更是被忽略。社交平台治理面临着内容偏颇、治理主体角色与权利义务模糊不清、平台信息行为治理监管乏力的困境。^③

(二) 我国社交平台私权力公私二元规制的制度完善

^① See John Enman, When is Contract Not Contract: Douez v. Facebook Inc. and Boilerplate, 60 (3) Canadian Business Law Journal, 431 (2018).

^② 参见梅敖:《数据跨境传输规则的新发展与中国回应》,《法商研究》2023 年第 4 期。

^③ 蒋慧:《数字经济时代平台治理的困境及其法治化出路》,《法商研究》2022 年第 6 期。

欧盟平台立法回应了传统公私二元制度体系对平台私权力规制的不足,破除陈规对私主体制定约束其私权力实施的问责机制,限制平台对用户服务协议自由的滥用,以公私合治路径补缺平台自治及公权监管的不足,这种规制思路同样适用于中国。但亦要看到的是,欧盟平台立法改革受其区域人权保障理念及扭转美资数据技术企业垄断性优势考量的影响,而中国现阶段则以鼓励数字经济发展、支持中小企业及微商创业创新为主要目标,《欧盟数字服务法》中过于严苛的法律责任,如超大型平台信息披露不合规便承担全球营业收入1%的罚款、违反强制性义务或被欧盟决定中载入的自愿性承诺将承担6%全球营业收入的罚款,目前对于中国的平台企业而言过于严厉,过于烦琐的信息披露义务亦可能导致非超大型平台企业经营成本过高。

第一,社交平台规制要取得成效须回应私权力的本质,对其制定与之权力相称的职责,施以正当程序、问责等原则的限制。

首先,《网络信息内容生态治理规定》《互联网信息服务管理办法》应针对不同类型平台私权力滥用特征,强化对社交平台数字内容管理不当行为的规制,进一步规范平台准则制定中的公众参与和信息披露,规定平台在制定或修订平台准则时应提前公开准则及用户服务协议文本,向用户及公众征询意见,并向主管部门备案。鉴于实践中平台公示规则和执行规则可能大相径庭,算法透明度机制如算法备案、算法评估、算法问责等成为规制平台自我优待的一个重要路径,^①社交平台对外披露内容应包括影响其内容审核的算法系统和人工操作手册,但考虑到这些内容通常构成平台内部商业秘密,披露主体宜限定为最容易实施算法操纵的超大型平台,披露对象亦可限定为其主管部门。

其次,为克制社交平台管理中的私权力滥用,平台主管部门可调研社交平台私权力行使不当的现状,《网络信息内容生态治理规定》等平台法规可制定规制平台内容审核行为的法律规范,要求社交平台以审慎、客观及相称的方式采取限制用户服务及数字内容发布,在选择对用户的处理措施时,合理考虑相关公共利益及个人权益,慎用永久封号、终止账户服务等措施,确保其实施手段和目标符合比例性原则。^②同时,平台执法措施的通知及依据也应被纳入《网络信息内容生态治理规定》《互联网信息服务管理办法》等法规,要求平台在采取移除内容或暂停服务决定之前,将其决定通知相关用户,并在通知中提供清晰、特定的理由,包括平台决定的依据、内容被认定非法的理由、措施实施期限及范围、用户质疑的途径及争议解决方式。为降低平台信息披露成本,网信部门可提供平台内容审核措施的通知模版或指南。

再次,社交平台应进一步明确用户权益受损时的救济权,《网络信息内容生态治理规定》《互联网信息服务管理办法》等应明确社交平台应向用户提供其权益受损后6个月内可便捷使用的在线投诉系统,并列明平台内部争议解决机制的受案范围,包括删除用户内容或断开链接、暂停平台全部或部分服务、削弱用户内容可视性、暂停或终止用户账户、剥夺用户收益权的争议,并要求社交平台公开其在线投诉系统的处理程序及规则,倘若用户提供了其内容合法或并未违反社交平台服务协议的充分证据,社交平台应毫不延迟地恢复内容或服务。对涉及用户隐私权、肖像权等人格利益以及消费者利益,应规定社交平台不得在用户服务协议中以指定管辖、限定用户诉讼的方式来提高用户的救济成本。

① 参见刘晓春:《数字平台自我优待的法律规制》,《法律科学》(西北政法大学学报)2023年第1期。

② 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台为视角》,《法学研究》2020年第2期。

最后,我国超大型平台立法尚未落地,现行平台法律未区分平台规模及种类,对平台作一刀切式管理,建议在日后涉及社交平台数字内容规制的法律法规修订时作如下调整:(1)目前《网络信息内容生态治理规定》《互联网信息服务管理办法》等要求不同类型及规模的平台一概承担内容审核责任,若该规定严格执行则会阻碍平台数字内容管理及经营模式的创新、提高小微及初创平台进入市场的门槛。因此,平台立法应区别对待超大型平台与普通平台,将承担强制性内容审查责任的主体限定为超大型平台。如此便可利用超大型社交平台安装内容自动审核系统的优势,^①并防范非法内容传播的规模影响。(2)我国现阶段社交平台规制仍以促进平台经济创新、鼓励中小企业进入市场为主旨,平台立法可制定小微或初创企业的义务豁免条款,允许用户规模及资产规模较小或平台企业初创期间可申请信息披露等义务的豁免。(3)尽快推进超大型平台规制的正式立法,区分不同类型平台数字内容管理及市场优势力量操纵等风险,在数字内容规范中完善超大型社交平台系统风险评估及缓解义务,重点防范广告推荐、内容审核系统中的信息操纵、损害公共利益及用户权益的风险,制定广告及内容推荐系统的防滥用措施,禁止超大型社交平台为干预或操纵用户决策发布定向广告或内容。超大型平台应在日常业务中保留并披露广告商信息,广告内容及广告推广对象、推广期限,广告如针对特定群体作出,则应披露其群体或发送对象的选择标准等。超大型平台还应建立较普通平台更为严格的合规制度,如设置合规官、须经第三方机构审计的风险评估和信息披露。(4)立法应明确监管部门对超大型平台违规行为的调查权等监管权限,授权网信部门对涉嫌违规超大型平台的实地调查权、质询权、数据获取权、现场设备和物品勘验权等,并允许监管部门根据需要聘请独立调查员或外部专家对平台传播违法内容、数据操纵、侵害用户权益等行为进行评估。发生重大舆论操纵危机时,网信部门对相关超大型平台可开展专项调查,责令平台采取监管部门或第三方机构建议的危机处理措施,平台如在前述调查活动中不予配合,则应承担相应的行政责任。主管部门调查权及强制性责任的规定将补缺超大型社交平台义务欠缺执行性问题。

第二,针对社交平台滥用私权力在平台用户服务协议中制定不公平条款的问题,应建立面向用户权利保护的平台法律规范。社交平台尤其是超大型社交平台与用户的垂直型控制以及网络的集群效应实际上封锁了用户退出平台服务的机会。这意味着从合同法角度对平台私权力干预民事协议行为进行调整始终收效有限,可适当打破公法与私法的划分,直接干预平台用户服务协议的制定。我国平台立法作为公法性规范,可在与《民法典》不抵触的范围内进一步完善平台用户协议及准则的相关规定。例如,相关法规可在平台领域内对“格式条款提供方排除自身责任、加重对方义务及排除对方主要权利”进行澄清,区分平台付费及非付费义务,禁止社交平台无合理正当理由在付费业务下排除或不合理地限制其数据存储等构成平台服务根本属性的义务,在非付费业务下显示公正地排除其构成平台服务根本属性的义务。此外,平台法规还应禁止平台在用户服务协议中对涉及隐私权、人格权、消费者权益等争议的诉讼管辖的指定及诉权的限制。

关于平台与用户的争议,学术界多探讨理性消费者对网络平台用户服务协议格式条款的认知能力及平台的提示是否与受领人理解能力动态平衡;人民法院则侧重于考察用户服务协议格

^① 社交平台处理的用戶内容繁多,但精确的内容自动审核系统安装及维护费用较高,如网易使用的内容审核系统费用高达 6 000 万美元。See Evan Engstrom and Nick Feamster, the Limits of Filtering: A Look at the Functionality & Shortcomings of Content Detection Tools, Engine, March 2017.

式条款的形式合法性,对其实质有效性考察不足,从而忽略社交平台与用户服务协议达成过程中平台私权力对协议自由的影响。人民法院在处理平台用户服务协议纠纷时,不应仅从形式方面考察平台是否对免责条款进行了清晰的提示,还应从实质方面考虑格式条款所涉用户权益。例如,平台格式条款是否存在与用户协商的可能性并进行了协商,是否剥夺或限制用户在《中华人民共和国个人信息保护法》《中华人民共和国著作权法》下的合法权益,是否免除平台故意或严重过失导致用户权益受损的责任,是否限定用户诉权;在涉及诉讼管辖的情形下,其诉由是否涉及公共利益或用户人格利益等不适于协议管辖的情形。

第三,我国社交平台私权力规制应优化社交平台公私合治的管理路径。公私合治意味着在平台私权力规制中,监管部门的高权规制与社会公众、第三方机构的私人治理不可偏废。(1)各级网信部门可调研不同规模社交平台的治理实践,征询用户在平台服务中权益受损的情形,组织社交平台、用户及其他利益相关人共同制定数字内容审核及治理的最佳操作实践,建议平台在实践中采纳。对于那些显著损害用户权益的条款,平台监管部门可设置“黑名单”制度,要求社交平台在用户服务协议、平台准则中不得列入。(2)广告及内容推荐规则是社交平台算法歧视及信息操纵最为严重的领域。平台主管部门可制定广告发布指南,召集不同社交平台与利益相关者共同制定广告发布细则,限制社交平台信息获取、锁定或干预其产品及服务偏好的行为。(3)各级网信部门还可与公众及非政府组织合作,在官网中开设平台用户投诉渠道,以便监管部门获取社交平台滥用私权力违规审核内容、侵害用户权益的信息;在“通知一下架”程序中引入受信投诉人制度,将消费者协会等社会团体或非政府组织列为受信投诉人,要求平台优先处理受信投诉人的通知,通过独立的第三方“巡查员”制度确保平台切实降低其行为风险。^① (4)平台行业自治部门也应制定社交平台自治规范,组织平台就内容审核、广告发布、内容推荐及争议解决等作出自愿承诺,并监督其各项承诺的实施。

社交平台私权力规制是系统性工程,公法及私法规制并非泾渭分明之路径,而存在相互影响的关系。为防范社交平台滥用其私权力,法律规制手段及措施可适当打破公法与私法的分界,优化公私合治路径以实现最佳规制效果。

五、结 语

在数字经济时代,调和私权力与公民个人权利间的冲突、平衡治理效能与权利保护之间的张力成为平台规制的重要命题。^②社交平台的用户服务协议、内容审核政策及算法型塑了网络领域的管制生态,不仅建立了网络空间的用户行为及约束标准,也改变了法律的基本认知及概念。^③社交平台权力实施和权利行使两种状态的交叉与重叠意味着在当下公法与私法二分制度下,平台私权力难以为法律有效规制。为此,欧盟最新的平台立法不囿于平台私主体身份,令其承担信

^① See Michael Russ, Problematically Proactive: A Summary of Recent Legal Developments in the Field of Internet Intermediary Liability, 69(4) Northern Ireland Legal Quarterly, 568(2018).

^② 参见孔祥稳:《网络平台信息内容规制结构的公法反思》,《环球法律评论》2020年第2期。

^③ See Tomer Shadmy, The New Social Contract: Facebook's Community and Our Rights, 37(2) Boston University International Law Journal, 307 (2019).

信息披露、权力行使问责等类公共职责的义务,限制意思自治原则在平台服务协议中的适用,采用公私合治的方式在平台自治与权力监督之间取得平衡。《欧盟数字服务法》的实施意味着欧盟社交平台规制由以责任豁免为主的网络中介立法转向以注意义务为核心的平台立法,以平台前置性义务弥补事后规制模式的不足。中国对社交平台私权力规制的法律目前过于侧重对网络非法内容的控制,缺乏平台私权力滥用和用户权益保障不足的认识,可从《欧盟数字服务法》平台责任的设定、合同法对平台服务协议格式条款的调整以及数字内容治理的公私合治路径中获得启示。

Abstract: Social platforms develop unique private power through digital content governance in the realm of network space, and their abuse of private power requires regulation by law. The public laws such as the Constitutions face the dilemma that the subjects are not qualified in regulating the private power, while the private laws such as the civil codes are entrenched by the misunderstanding that the platform service is free and service contracts are manifested with parties' free will. Thus, the European Union enacts the Digital Services Act to stipulate the public law obligations such as information disclosure, prudential content moderation, risk evaluation and perfecting remedies to restrain the arbitrariness of platforms' execution of private power, assessing the legality of the platforms—users service contracts from both perspectives of formality and substance through its Unfair Contract Terms Directives, together with the adoption of public—private co—governance route to strengthen the external supervision on social platforms' private power and make up users' lack of bargain power. The social platform regulation in China focuses on the control of illegal contents, lacking the awareness of restraining platforms' private power and safeguarding the users rights. It is necessary for China to impose public law obligations on social platforms corresponding to their private power, improving substantive legality review of platforms—users service contracts, and optimize the public—private co—governance route to enhance the effectiveness of private power regulation on social platforms.

Key Words: social platform, private power, public law regulation, private law regulation, public—private co—governance

责任编辑 何 艳