

从平台责任到合作规制

——互联网规制模式转型及其正当程序规范

赵 鹏*

摘要:近年来,立法开始通过公法强化互联网平台对其用户违法、侵权和其他有害行为的治理义务。伴随着立法和监管实践中“主体责任”“安全保障义务”“风险防控责任”等监管要求的提出,互联网合作规制模式开始形成。公法规制框架的强化回应了互联网生态中的问题以及平台经济的现实,有其合理性。与此同时,当平台扮演事实上的监管者角色时,法律需要强化对平台权力行使的正当程序规范。但是,相应的规则设计需要考虑平台技术和生态方面的特点。法律可以要求平台制定更为详细的平台规则,同时关注平台规则在通过算法自动化执行时可能出现的落差。在平台规则实施层面,既需要从“系统”层面提高平台权力行使的透明度,又要求平台对有重大影响的个案处理决定在陈述、申辩和救济等方面提供更充分的程序保护机制。

关键词: 互联网平台 公法规范 合作规制 正当程序

近年来,伴随着数字经济的迭代演进,少数主导性的互联网平台(以下简称“平台”)占据了控制用户发布内容、开展交互以及接触相关商品服务的枢纽位置,理论上被称为“守门人”^①“瓶颈权力”^②等。由此,如何充分发挥平台的治理功能,推动其有效规制用户的违法、侵权及其他有害行为,成为当下一个重要议题。过去关于这一议题的研究主要在“平台责任”的框架下展开,聚焦

* 中国政法大学法治政府研究院教授

基金项目:中宣部宣传思想文化青年英才资助项目(2021QNYC214)

① 参见方兴东、钟祥铭:《“守门人”范式转变与传播学转向——基于技术演进历程与平台治理制度创新的视角》,《国际新闻界》2022年第1期。

② See Morton F. S., Bouvier P. eds., Committee for the Study of Digital Platforms: Market Structure and Antitrust Subcommittee Report, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago Booth School of Business, 2019, p.84.

平台在何种条件下因其用户行为承担民事赔偿责任;^①近年来,越来越多的立法开始授权行政主管部门对平台进行更为全面的监管,解释平台治理义务的范围、标准,并通过行政检查、行政约谈、行政处罚等方式监督执行。这一趋势并非我国独有,《德国网络执行法》《欧盟数字服务法》亦采取了这一治理模式。本文尝试在梳理国内法律制度发展的基础上,分析互联网规制模式转型的背景与特点,并探讨互联网规制权力运行过程的法律规范路径。

一、互联网规制政策的嬗变

平台曾被视为一种特殊的信息中介,被法律赋予广泛的责任豁免。这既表现在民事责任有条件豁免,也表现在对公法规制工具的克制使用。而近年来,包括我国在内的一些国家开始转变规制立场,更为积极地通过公法建立并强化对平台的政府规制框架。

(一)豁免平台责任的早期立法

在互联网发展早期,发展数字经济是优先的政策选项,法律层面的主题是给予平台相对宽松的环境。就民事责任而言,以美国为代表,《美国通讯规范法》第230(c)(1)条规定,平台不得被认定为其用户内容的出版者或发布者。这意味着,平台享有了几乎全面的责任豁免。这种宽泛的责任豁免后来在版权等领域受到一定限制,《美国千禧年数字著作权法》采用了有条件的责任豁免制度,即在大多数情况下,平台需要履行“通知—删除”义务。^②此后,有条件的责任豁免模式开始在全球产生深刻影响,^③不少经济体将“通知—删除”义务扩展适用到版权以外更广泛的领域,作为平台享有责任豁免的条件。^④

与此同时,避免公法规制工具的使用也是这种宽松法律环境的重要体现。在20世纪90年代,受到市场导向、放松规制的互联网政策的影响,^⑤不少发达经济体既不对平台创建新的规制框架,也未将既有监管制度直接适用于这一领域。虽然不少国家都有针对传统媒体的规制框架,但是他们大多将平台视为一种特殊的信息中介而对其豁免适用公法规制。

我国的民事立法在很大程度上也参考了上述思路。以2009年《中华人民共和国侵权责任法》(已废止,以下简称《侵权责任法》)为代表,其第36条规定平台主要履行“通知—删除”义务,并无积极管理违法内容和行为的义务。^⑥和域外做法有所差异的是公法领域,我国早在2000年就颁布了《互联网信息服务管理办法》,尝试在互联网信息内容领域探索建立一套新的政府规制

^① 参见杨立新:《网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任》,《法律科学》(西北政法大学学报)2015年第1期。

^② 参见谢尧雯:《论美国互联网平台责任规制模式》,《行政法学研究》2018年第3期。

^③ See Jeff Kosseff, *The Twenty-Six Words that Created the Internet*, Cornell University Press, 2019, p.3.

^④ See Chander, *How Law Made Silicon Valley*, 63 *Emory Law Journal*, 639(2014).

^⑤ See Jack Goldsmith, *The Failure of Internet Freedom*, in David E. Pozen ed., *The Perilous Public Square: Structural Threats to Free Expression Today*, Columbia University Press, 2020, pp.241-258.

^⑥ 全国人大常委会法制工作委员会编写的官方释义中也明确指出:“提供技术服务的网络服务提供者没有普遍审查义务”。参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年版,第218页。2020年《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第8条第2款也规定:“网络服务提供者未对网络用户侵害信息网络传播权的行为主动进行审查的,人民法院不应据此认定其具有过错。”

框架。

当然,早期的法律规制体系相对粗疏。一方面,平台的义务仍然主要是“发现—处理”义务,并不承担积极的治理责任;另一方面,早期负责执行《互联网信息服务管理办法》的是电信管理部门,规制手段相对粗放。^①对政府规制而言,监管机构人员专业背景、任务配置、决策流程等组织架构在很大程度上决定了任务的履行效率。互联网具有分层架构的特点,^②但电信管理部门擅长的是通信基础设施、互联网接入服务等领域的规制。因此,早期这一领域的规制强度并不高。

在相对宽松的法律环境下,平台专注于扮演信息传播和商业活动的通道角色,而不过多规制其用户行为。这既降低了经营成本,也间接赋予用户广泛自由,孕育了充满活力的互联网生态。^③利弊互见的是,平台可以调用其用户的内容、商品和服务并从中获利,但所承担的义务除了事后性的“通知—删除”义务之外,并不包括对违法、侵权和有害内容的注意义务,有学者详细解释了这种模式内在的经济逻辑,并将其形容为“非法兴起”。^④

(二)互联网规制政策的转向

执法、司法等公共部门总是受到信息、资源的约束。因此,法律往往需要动员一些处于关键位置的主体承担起“守门人”的角色,来遏制违法或者不良行为。^⑤例如,传统媒体有义务遵循专业伦理而做出编辑选择,查清信息的来源及其真实性,过滤掉侵犯版权、他人名誉等有害内容;银行也有义务对可疑交易进行监测报告,从而遏制洗钱、逃税等违法行为。因此,平台享有广泛的责任豁免,意味着传统“守门人”在互联网空间中的功能日渐衰退的背景下,法律并未塑造出替代性的角色。

由于法律并未提供充分的激励来推动平台将其产生的社会成本内部化,现实中的冲突逐渐明显,因此,近年来不少经济体都出现了互联网规制政策的转向。其中,通过公法建立并强化政府规制成为一个明显的趋势。例如,新近实施的《欧盟数字服务法》便是在保留民事责任有条件豁免的基础上,授权监管部门规范平台的内容治理活动,并推动平台加强风险管理,降低其服务被滥用的风险。^⑥

在我国,尽管平台对其用户行为的民事责任也在强化,却主要是在既有范式下的边际调整。例如,承担连带责任要件从早期的“知道”用户存在侵权行为作为,扩张到“知道或应当知道”;^⑦又如,对“通知—删除”规则作出一些具体和强化性的规定。^⑧更具结构性的变化在于,法律开始在诸多方面建立并强化公法规制架构。这种政策转向路径的原因在于,有条件的民事责任豁免

^① 主要监管措施是对网站的备案、责令改正或者暂时关闭网站等,很少直接介入信息内容的治理。参见《互联网信息服务管理办法》第16、23条。

^② 参见周汉华:《论互联网法》,《中国法学》2015年第3期。

^③ See Orly Lobel, *The Law of the Platform*, 101 *Minnesota Law Review*, 87(2016).

^④ 参见胡凌:《“非法兴起”:理解中国互联网演进的一个视角》,《文化纵横》2016年第5期。

^⑤ See Reinier Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 *Journal of Law, Economics, and Organization*, 53(1986).

^⑥ See Miriam C. Buiten, *The Digital Services Act from Intermediary Liability to Platform Regulation*, 12 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 361(2021).

^⑦ 参见《中华人民共和国民法典》1197条。相关司法解释的发展,参见徐伟:《〈民法典〉中网络侵权制度的新发展》,《法治研究》2020年第4期。

^⑧ 参见周学峰:《“通知—删除”规则的应然定位与相关制度构造》,《比较法研究》2019年第6期。

本身高度适配互联网交互方式,难以作出过于激进的改造。

民事责任主要关注平台在某个具体内容或交易中是否尽到注意义务。在互联网实时生成海量内容的环境中,过度强化这种责任,只会形成一个复杂、碎片化和不确定的法律环境。与此同时,网络不仅是一套技术系统,也是一种去中心化的社会合作模式,使无数终端用户无须依赖中心组织即可直接交流与协作。正是这种革命性的社会合作模式,降低了人们相互协作的门槛,前所未有地提升了人们交互协作的效率,成就了数字经济的繁荣。^① 在这种社会合作模式下,平台自身并不直接创造内容、商品和服务,用户如何行动始终是关键的风险因素,平台的技术设计或治理规则可以引导用户行为,但无法完全控制它们。因此,如果要寻求与这种社会合作模式相契合的法律规则,那么将平台行为与其用户行为加以区分是一个基本前提。^②

因此,超越聚焦具体、个别内容的平台责任,从整体系统的视角要求平台改进技术设计和生态治理架构,减少其服务被用于违法、有害活动的风险,就成为互联网规制重要的改进方向。^③ 而这种系统层面的介入,正是公法规制架构所擅长的。

二、互联网合作规制模式的形成

在传统的平台责任框架下,国家法律只是点状式、个案式地干预平台行为,平台生态中的用户内容和行为如何治理,主要交给平台自我规制。而伴随着公法规制的强化,政府开始通过平台系统持续地规范互联网交互环境,进而形成了新的合作规制模式。

(一)公法规制框架的强化

如前所述,我国虽然较早就尝试在互联网领域运用公法规制框架,但是早期的制度设计相对粗疏,规制能力建设相对滞后。伴随着现实问题的逐渐暴露,立法和监管部门逐步强化规制力度,扩展规制范围,并探索发展新的规范思路。

1. 互联网信息内容领域的主体责任

在互联网信息内容领域,伴随着治理迫切性的增强,公法规制体系逐步完善。一方面,监管的组织架构得以充实。从2014年起,相关监管职权转移给专门负责互联网信息内容治理的国家互联网信息办公室,^④提升了这一领域的治理效能;另一方面,2016年颁布实施的《中华人民共和国网络安全法》将信息内容安全作为重要内容,细化了平台的义务,要求网络运营者加强对其用户发布信息的管理,建立投诉、举报及其处理的治理架构,并赋予监管部门更丰富的规制工具。^⑤

伴随着监管组织和法律授权框架的完善,互联网信息内容领域的规制思路逐步浮现,即强化平台的“主体责任”。2016年8月,国家互联网信息办公室就网站履行网上信息管理主体责任提

^① See Yochai Benkler, *The Wealth of Networks*, Yale University Press, 2006, pp.29-128.

^② See Karl-Heinz Ladeur, *Toward a Network-Oriented Law of the Internet! The Necessity to Find a New Balance between Risk and Opportunity in Network Communication*, 10 *German Law Journal*, 1201(2009).

^③ See Lorna Woods, *Introducing the Systems Approach and the Statutory Duty of Care*, in Bayer J., Holznapel B., Korpisaari P. and Woods L. eds., *Perspectives on Platform Regulation: Concepts and Models of Social Media Governance Across the Globe*, Nomos, 2021, p.80.

^④ 参见2014年《国务院关于授权国家互联网信息办公室负责互联网信息内容管理工作的通知》。

^⑤ 参见2016年《中华人民共和国网络安全法》第47、49、55、56、68条。

出了八项要求,包括建立总编辑负责制,提升信息内容安全技术保障能力,加强新产品、新应用、新功能上线的安全评估等。这些要求在《互联网新闻信息服务管理规定》等立法中得到确认。

2. 电子商务领域的安全保障义务

平台提供了用户之间的交往空间,早有学者从传统安全保障义务出发来论证平台的义务范围。^①在电子商务领域,这一思路逐渐被立法和监管部门采纳。虽然这一主题的讨论大多从民事责任角度出发,^②但是实践中立法亦通过公法安排推进安全保障义务。这主要体现在:

其一,要求平台对平台内经营者的身份信息及相关经营资质履行审核义务。《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第62条首先要求平台对平台内经营者实名登记并审核其是否获得相关经营资质,《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)第27条又将其扩展到所有的电子商务活动。这些产品、服务领域的行政许可大多是为了保障消费者的人身健康、生命财产安全,这意味着法律已经将平台这一私主体纳入协助执行安全管理规定之中。^③

其二,监督平台内经营活动是否符合法律要求。在解释如何执行《食品安全法》等法律时,监管部门已经要求平台主动监控平台内经营活动,以保障消费者的合法权益。^④根据《电子商务法》第83条的规定,对于平台未依法履行安全保障义务的,除了要求平台承担相应民事赔偿责任外,监管部门还可以给予平台相应的行政处罚。这意味着,立法已经通过公法制度安排来推进平台落实安全保障义务。

3. 反电信网络诈骗领域的风险防控责任

近年来,电信网络诈骗引发了严重的社会问题,并受到决策层的高度关注。这凸显了互联网匿名化、跨区域实时交互等特点给国家治理体系带来的新挑战。在此背景下,《中华人民共和国反电信网络诈骗法》(以下简称《反电信网络诈骗法》)要求平台等主体承担风险防控责任,以期强化治理效果。

在这一领域,平台义务本质上亦属于安全保障义务,但通过公法安排来推动落实的趋势进一步凸显。平台责任被明确为公法性质的,违法者由相关监管部门予以行政处罚,构成犯罪的,追究刑事责任。但具体的受害者不能直接依据相关规定请求民事赔偿。^⑤这意味着,立法意在解决系统性、结构性的问题,而非主要为具体受害者提供补救。与此同时,《反电信网络诈骗法》第6、14、21、22条系统设计了相关风险防控的内容,包括完善内部控制体系、健全安全责任制度、强化风险评估等。

(二) 平台作为监管主体与监管部门的后设规制

在传统的平台责任框架下,立法主要课予平台事后的“通知—删除”义务,这也使得“通知—删除”成为第一代互联网规制模式的代名词。然而,在法定要求之外,为了完善平台生态、保障交易安全,平台一直通过技术手段和平台规则等来引导、规范用户行为。平台通过科技界面预先设定格式化的交互规则,再借助社区规范引导、塑造用户行为,扮演了设定用户之间交互方式及交

① 参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,《中外法学》2012年第2期。

② 参见王道发:《电子商务平台经营者安保责任研究》,《中国法学》2019年第6期。

③ 参见陈信安:《论德国行政法上之纳用私人》,《月旦法学杂志》2015年第2期。

④ 参见赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,《华东政法大学学报》2017年第1期。

⑤ 参见《中华人民共和国反电信网络诈骗法》第38、41条。

易条件、形塑沟通及交易实践的监管者角色,事实上承担了部分传统上的政府职能。^①

但是,上述活动并非平台的法定义务,而属于自我规制的范畴,平台有较为宽泛的自由来决定这种自我规制的重点和强度。从当下公法规制框架的演进来看,法律并不试图让政府规制替代平台的自我规制,而是将平台的自我规制纳入国家设定的法治框架中,增加新的规制内容,并调控其规制强度。

互联网信息内容领域的“主体责任”概念就反映了这一基本思路。“主体责任”的核心是要求相关主体在职责领域内全面担当、主动作为,强调的是平台不能放任用户违法行为的泛滥,或者以违法行为系用户实施为由逃避责任。^②这一概念彰显了国家在互联网空间重塑制度性守门人的政策取向,要求平台在其生态内部搭建一个“类监管”的治理架构,并通过外部监管压力推动其自我完善,在此基础上逐步实现对互联网信息传播秩序的集约与重塑。^③

电子商务领域的安全保障义务则明确了这种“类监管”所追求的目标。互联网发展初期即有所谓“网络空间”的概念,即互联网是由计算机联结而形成的虚拟空间。^④在线下场景中,空间提供者有保障场所安全的责任。^⑤与之类似,平台的服务开启了用户之间的社会交往,并因这些交往而可能给当事人的权益带来威胁,平台因此也需要为其所创造空间的安全性负责。^⑥因为,线上活动是否会对用户和他人造成危险,也可以在相当程度上归因于平台的软件设计、社区治理的规则以及执行、维护的资源投入。^⑦

反电信网络诈骗领域的风险防控责任进一步细化了这种“类监管”的具体路径。从法律规定来看,风险防控责任既涉及技术设计层面,如采取技术措施识别、阻断非法设备、软件;也涉及管理和服务流程,如要求用户提供真实身份信息、对异常账号进行重新核验、根据风险情况采取处置措施等。^⑧这意味着平台对其用户内容、行为的规范,既需要在基础设施层面运作,通过平台软硬件系统的设计降低伤害发生的可能;^⑨也需要从治理流程方面运作,完善平台规则并强化其执行,为解决用户投诉和保障用户安全投入更多资源。

在平台承担“类监管”任务的基础上,监管部门的任务则转向确保这套“类监管”机制发挥法

^① See Frank Pasquale, From Territorial to Functional Sovereignty: The Case of Amazon, <https://lpeproject.org/blog/from-territorial-to-functional-sovereignty-the-case-of-amazon/>, 2024-12-16.

^② 参见刘权:《论互联网平台的主体责任》,《华东政法大学学报》2022年第5期。

^③ 参见何勇:《主体责任观下的互联网管理模式转型》,《现代传播》(中国传媒大学学报)2019年第4期。

^④ “元宇宙”概念也与这种空间想象密切相关。参见黄镔:《元宇宙的行政规制路径:一个框架性分析》,《中国法学》2022年第6期。

^⑤ 参见《中华人民共和国民法典》第1198条。

^⑥ 参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,《中外法学》2012年第2期。

^⑦ See Lorna Woods, Introducing the Systems Approach and the Statutory Duty of Care, in Bayer J., Holzmagel B., Korpisaari P. and Woods L. eds., Perspectives on Platform Regulation: Concepts and Models of Social Media Governance Across the Globe, Nomos, 2021, p.81.

^⑧ 参见2022年《中华人民共和国反电信网络诈骗法》第6、14、21、22条。

^⑨ See Olivier Sylvain, Intermediary Design Duties, 50 Connecticut Law Review, 203(2018).

律期待的作用。例如,确保平台经营者资质审查机制、巡检与机器审查机制等发挥相应的效能。^①这就形成了一种通过监管行动来撬动平台投入资源、解决实质问题的合作规制架构。其特征就在于,法律首先链接平台既有的治理机制并调控其方向,让平台成为事实上的监管主体;监管部门则后退一步,主要观察平台的治理实效,必要时通过外部的行政检查、行政约谈、行政处罚等措施确保其效能,形成秩序的安全阀,对此可以称之为“后设规制”。^②

三、公法规制框架强化的缘由

强化平台治理义务也存在隐忧,即受经济理性驱动的平台为了自身利益,可能过度管控用户行为,从而形成“寒蝉效应”。^③并且,将本来属于国家的执法权限外包给平台,会导致政府遁于幕后而回避其职责和程序要求。^④这些担心不无道理。然而,从现实来看,互联网生态、大型平台的崛起及其商业、技术的迭代,已经深刻挑战早期弱化平台责任的政策基础,立法已经无法回避让平台承担更为积极的责任。

(一)网络自由主义退潮

互联网的兴起既降低了商业活动的门槛,也使所有人都拥有了几乎无限的发言机会。在互联网诞生初期,社会高度珍视这种效用,推崇减少政府干预的网络自由主义思潮有着广泛影响。社会担心严苛的责任和政府规制可能导致平台过度强化对其用户行为的管控,从而遏制用户的创造力。与此同时,对于弱化平台责任而导致的纵容违法、侵权行为的风险,社会则期待演化出一种无需法律的自发秩序,即借助互联网形成的空前信息量和参与度,“思想的自由市场”可以通过充分竞争去伪存真。^⑤相较于法律和政府规制,社会更期待通过习惯和私人的集体行动来自下而上地形成适合互联网社区的规则体系。^⑥

然而,这种秩序并未自发形成,世界各国均面临假新闻、网络暴力、网络欺诈等带来的系统性挑战。^⑦这根源于技术嵌入社会所带来的复杂性。互联网技术的渗透固然推动了更高效的协作和更民主的表达,但也使得过去对公共利益至关重要的机制(如媒体的专业伦理)受到侵蚀。如果缺乏新的法律框架,那么互联网空间的交互非但难以自发形成基于市场的秩序,反而可能陷入

^① 在实践中,已经有平台因未有效采取巡检、机器人审核等机制而被监管部门以违反安全保障义务为由予以处罚。参见浙江省杭州市市场监管局:《平台未采取必要措施,相关行为该如何认定和查处——杭州“微*堂”未落实平台主体责任及不正当竞争案》,载国家市场监督管理总局网络交易监督管理局编著:《网络交易监管典型案例评析(2022)》,中国工商出版社2022年版,第8页。

^② 参见高秦伟:《社会自我规制与行政法的任务》,《中国法学》2015年第5期。

^③ 参见梅夏英、刘明:《网络侵权归责的现实制约及价值考量——以〈侵权责任法〉第36条为切入点》,《法律科学》(西北政法大学学报)2013年第2期。

^④ 参见赵鹏:《私人审查的界限——论网络交易平台对用户内容的行政责任》,《清华法学》2016年第6期。

^⑤ See Edward Glaeser, Cass R. Sunstein, Does More Speech Correct Falsehoods?, 43 Journal of Legal Studies, 65(2014); 林华:《网络谣言治理市场机制的构造》,《行政法学研究》2020年第1期。

^⑥ See David R. Johnson, David Post, Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace, 48 Stanford Law Review, 1367(1996); 李洪雷:《论互联网的规制体制——在政府规制与自我规制之间》,《环球法律评论》2014年第1期。

^⑦ 参见左亦鲁:《假新闻:是什么?为什么?怎么办?》,《中外法学》2021年第2期;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。

某种“丛林规则”的支配。

以社交平台为例,由于其缺乏传统媒体透过编辑选择的信息筛选与意见整合功能,因此信息来源的可靠性下降,可信度评估难度增加,互联网环境中已经难以区分事实与情绪、内容与广告。同时,不同网络群体对内不断形塑和强化观念认同,对外制造观念隔离,形成了网络分裂化和碎片化的“网络巴尔干化”现象,催生了各种网络暴力和极端言论。

如果网络上大量违法、侵权以及其他有害行为无法得到有效遏制,那么个体权利和自由赖以实现的基础环境将遭到侵蚀。这就要求立法不能再对市场、技术的自发秩序保持过度尊让,不能再过度放任互联网用户的消极自由,而是应更加强调对互联网自主运用的积极自由。^①但是,针对海量、匿名化的网络行为,国家的规制能力存在客观界限。因此,除非国家放弃法律执行以及相应的基本权利保护义务,强化平台责任就成为规制非法与有害行为的唯一出路。^②

(二)平台中立性的祛魅

在互联网发展初期,平台大多仅提供简单技术支持,消极地存储和传送用户生成的信息和内容,并不参与具体活动,也不鼓励或诱导特定内容的生产、传播。这催生了一种侵权责任主要归于用户、平台只是提供中立服务的观念,支撑了弱化平台责任的政策主张。

从现实来看,这一理论设定面临巨大挑战。一方面,互联网这种革命性的技术本身就具有价值取向。看似“中立”的辅助行为,实则极大地降低了违法有害行为的实施门槛,并扩大了其触达范围。违法成本和执法能力的失衡,使过去并不显著的问题从幕后走向前台。^③特别是,少数主导性平台的传播内容和商业活动有着远超线下同类组织的触达范围和传播速度,违法行为造成的损害可能被几何级放大,网络暴力即是典型表现,这客观上要求强化对平台的规范。另一方面,平台本身也并非仅仅承担消极辅助功能。如前所述,平台有动机促成可信任的交互和交易环境,打造符合用户需求的平台生态。基于技术和信息优势,平台的治理活动在某些方面呈现出极高的效率。问题在于,平台治理所追逐的经济利益并非总是与公共利益相一致。例如,平台本来有能力借助算法分发机制遏制暴力言论、网络谣言等有害内容的传播。但是,广告收入等商业考虑决定了优先分发的内容,这就使得那些引发强烈情绪的内容更容易被推广,用户被激励创作相应的内容,其他用户也在算法助推下更匆忙地进行回应和分享。这就导致极端的内容更容易得到传播。

既然平台本身就在行使相应的自我规制权力,通过立法将这种规制权力整合进国家的规制框架,引导、塑造这种自我规制的方向,改变“有权力而无责任”的治理结构,就成为一种正当的政策追求。^④早期的法学理论曾经寄希望于技术的演进来解决相应的负面问题。例如,美国学者雷登伯格将非正式技术习惯归为与“商人法”相媲美的“信息法”,^⑤美国学者莱斯格对“代码即法

^① See Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, 76 *New York University Law Review*, 109-113 (2001).

^② 参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期。

^③ 参见桑本谦:《网络色情、技术中立与国家竞争力——快播案背后的政治经济学》,《法学》2017年第1期。

^④ See Rebecca Tushnet, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, 76 *George Washington Law Review*, 986(2008).

^⑤ See Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 *Texas Law Review*, 555(1998).

律”的判断等,^①让人们认识到互联网空间存在独特的行为修正规则,进而使政策制定者相信,即使法律保持克制,技术的演进也能够逐步解决相应的社会问题。

然而,这种对技术解决方案的乐观期待可能会落空。原因在于,这一方案背后的工程师视角有将技术中立化的倾向,忽略了技术系统与其他社会机制的嵌合效应。正如法国哲学家福柯所提出的,权力不仅仅是国家对公民的影响,而是更加分散和结构性的影响,并在社会环境中表现为一种规训的力量。^②在这种权力关系下,技术本身就可能成为投射权力和塑造现实的中介。^③

这说明,在高度技术化的网络环境中,法律仍然是构建社会场景的重要元素,立法可以参与构建物质基础和社会互动关系,使社会能够进行自我管理和自我修正。^④如果缺乏法律的引导和塑造,技术并不一定会朝着符合社会期待的方向演进。

四、平台权力的正当程序规范

既然立法无法回避让平台承担积极责任,那么面对潜在的权力滥用威胁,就需要进一步思考:融合科技界面与使用者行为而发展出特殊营运模式的平台,应当如何在法律上加以定位?又应当用何种方法规范其权力行使?

(一)规范平台权力的程序主义进路

平台责任的强化,本质上是法律动员居于“守门人”地位的平台来承担公共规制任务。这一政策选择是因为政府在互联网空间中的规制能力存在巨大“赤字”。而平台扮演互联网空间法律执行者的角色,也就意味着传统物理空间的“政府—行政相对人”关系在互联网空间中演化为“政府—平台—用户”的三边关系。^⑤这就需要重新考虑平台的性质。

在传统理论中,企业基于用户协议要求其用户遵循社区管理规则,被视为单纯的私法契约范畴。但是,在平台的治理活动被嵌入整个国家规制框架后,这种传统的规范立场就亟待转变。对此,既有研究对公私合作、政府职能民营化的讨论可资参考。^⑥但是,互联网领域形成的合作规制还有其特殊性:网络效应使平台具有了类基础设施的功能属性,平台不仅决定用户之间如何交互,也决定他们如何享有并行使权利。并且,网络效应也使得平台规则拥有更大范围的影响,实质是通过私人行动形塑社会交往模式。^⑦因此,与其他承担公共规制任务的私主体相比,平台治理活动将更为深刻地影响用户的基本权利和市场秩序。

^① 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码 2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社 2018 年版,第 6 页。

^② 参见[法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店 2012 年版,第 193 页。

^③ See James Boyle, Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors, 66 University of Cincinnati Law Review, 177 (1997).

^④ 参见[美]伊莱克特拉·比蒂:《数字平台规制的谱系学研究》,曾晨译,《智能社会研究》2023 年第 3 期。

^⑤ See J. Balkin, Free Speech is a Triangle, 118 Columbia Law Review, 2014(2018).

^⑥ 参见刘飞:《试论民营化对中国行政法制之挑战——民营化浪潮下的行政法思考》,《中国法学》2009 年第 2 期;章志远:《迈向公私合作型行政法》,《法学研究》2019 年第 2 期。

^⑦ 参见彭睿仁:《从欧盟〈数位市场法〉论“守门人”权力之形成与监管》,《政治科学论丛》2022 年第 94 期。

正因如此,在关于平台的规范议题中,还有另一条草蛇灰线伏脉其中:规范平台滥用力量的行为,保护竞争,并确保用户对一些必要、基础服务的可及性。与此同时,动员平台的治理功能,势必强化平台对用户行为及其账户的管控。如果不规范其权力行使,那么势必对法律所追求的规制目的造成负面影响。从实践来看,这种紧张关系已经日益明显。例如,在《反电信网络诈骗法》的制定过程中,公众和产业界已经表达出对过度限制用户账户行为的担忧;^①《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)强化平台对其用户个人信息处理行为的规范,也引发了社会公众对平台滥用力量的忧虑。^②

因此,立法需要将公法原则更多、更完整地嵌入平台权力的运行过程中。就此而言,有学者提出的“新公用事业”“公共承运人”等概念具有启发性。^③当然,我们还需要清楚地认识到平台经济具有自身的特点。^④特别是,传统公用事业中的规制工具本身就已经因其僵化而逐渐没落,^⑤而平台的生态系统更具复杂性,这种传统规制模式会面临更大挑战。^⑥例如,《电子商务法》第39条第2款关于平台不得删除消费者对商品或服务的评价的规定,便是将平台视为传递用户言论的“公共承运人”,需要中立、无歧视地展现用户评价。但问题在于,现实中的用户评价很可能存在侮辱、诽谤以及有组织的刷单等现象,立法需要赋予平台灵活治理的空间以应对复杂网络生态的治理需求。^⑦

实际上,在网络化社会中,平台作为超级连接者的功能不断拓展并扮演复合角色,单一概念很难精确概括其功能与责任。^⑧法律和监管部门从某种考虑出发为平台设定过于细致的行为标准,也很可能走向僵化。并且,凭借强大的信息和技术能力,平台在很多领域可以很容易地发现各种机会主义行为,从而订立颗粒度更小、调整更加灵活的社区规范,实现更优治理效果。^⑨因此,对平台权力的规范,不应过度削弱这种灵活性。

面对上述挑战,可以主要采取程序主义的进路来规范平台权力。由立法和监管部门设定一

① 参见周光权:《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国反电信网络诈骗法(草案)〉修改情况的汇报——2022年6月21日在第十三届全国人民代表大会常务委员第三十五次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2022年第5号。

② 参见江必新:《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国个人信息保护法(草案)〉审议结果的报告——2021年8月17日在第十三届全国人民代表大会常务委员第三十次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2021年第6号。

③ 参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,《政法论坛》2016年第4期;高薇:《平台监管的新公用事业理论》,《法学研究》2021年第3期。

④ 有学者总结道,互联网活动与线下一些活动既相似又不同,高度依赖具体场景进行规范。See Timothy Wu, Application-Centered Internet Analysis, 85 Virginia Law Review, 1163(1999).

⑤ See William J. Novak, The Public Utility Idea and the Origins of Modern Business Regulation, in Naomi R. Lamoreaux, William J. Novak eds., Corporations and American Democracy, Harvard University Press, 2017, p.143.

⑥ See José Van Dijck, Seeing the Forest for the Trees: Visualizing Platformization and Its Governance, 23 New Media & Society, 2801(2020).

⑦ 有从业者已经对立法过度僵化导致平台对其生态管控能力下降提出了担忧。参见丁道勤:《〈电子商务法〉平台责任“管道化”问题及其反思》,《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2018年第6期。

⑧ 参见侯利阳:《论互联网平台的法律主体地位》,《中外法学》2022年第2期。

⑨ 参见戴昕、申欣旺:《规范如何“落地”——法律实施的未来与互联网平台治理的现实》,《中国法律评论》2016年第4期。

些平台需要尊重的用于保护用户权利的原则,而在如何执行这些原则方面赋予平台广泛的裁量空间。基于自身生态、技术、用户定位等特点去制定、修改平台社区的行为标准,并设计、试验相应的执行机制。法律和监管部门则重点关注平台在行使这些权力时是否遵循相应的正当程序原则。

在这种程序主义的规制路径下,对于哪些行为可以接受而哪些行为将被禁止和制裁,平台拥有广泛的裁量空间。但是,平台应当确保这些规则的制定经过一定的用户参与,确保其清晰、可预见且不能溯及既往地予以改变;并且平台也不能在缺乏明确规则的情况下对用户进行制裁。同时,在执行这些规则时,平台需要防止专断和歧视;对于一些重要的决定(如封禁账户),需要说明理由并在平台内建立相应的申诉和纠纷解决机制。此外,平台有必要通过交互界面的设计,方便用户查询平台规则、具体处理行为并保障其行使程序性权利。^①

实际上,当政府直接向相对人行使权力时,正是通过一系列程序性规则来确保政府对公共利益负责的。例如,监管部门在细化非法或者有害行为的认定标准时,需要遵守行政法或者规范性文件制定程序;当作出具体处理决定时,在收集证据、说明理由、听取陈述申辩等方面也受到一系列程序约束。相反,平台往往基于合同约定赋予自身更大灵活性,却缺乏充分动力完善程序性规范。

(二)平台治理程序设计需要考虑的因素

从实践来看,我国立法已经开始尝试对平台权力行使提出一些正当程序要求:《电子商务法》第32~34条要求平台经营者在制定平台服务协议和交易规则时应当遵循公开、公平、公正的原则,并对平台规则公开、修改过程中的用户参与等规定了相应的程序;《个人信息保护法》第58条要求平台在对其用户处理个人信息进行规范时,亦须遵循公开、公平、公正的原则来制定平台规则。然而,这些正当程序规范还处于非常初步的发展阶段,相关规定较为零散,监管部门也缺乏持续投入。为此,还须结合平台在生态和技术层面的特点,在理解事物本质的基础上探寻正当程序价值的实现方案。^② 具体而言,相关规则的设计应当考虑平台治理的两个基本特征:

一方面,平台要处理、规范的用户行为在数量上极其庞大,在某些情况下,对处理的及时性也有较高的要求。例如,无论是网络谣言、网络暴力还是一些违反公序良俗的内容,如果不及时加以干预,就可能导致病毒式的传播,因而造成无法挽回的损害。针对海量行为及时干预的任务意味着,平台总是需要在两种可能出现的错误之间平衡:要么强调及时干预,从而放宽证据的要求,基于投诉甚至自动化的标签进行处理,但这可能限制一些合法内容或者用户活动;要么精准干预,这要求经过更为复杂的程序,并可能放过一些违法或有害内容。对此,有学者提出“犯错是平台的本质”,在某种程度上,平台治理就是讨论何种规制架构能够确保错误的最小化。^③ 这也就意味着,对平台权力的正当程序规范不能过于理想化,不仅要关注个案中的正当程序,还要考虑这种个案处理程序规则对平台整体治理效能的影响。

^① 国外亦有学者论证了这种方案的意义。See Rory Van Loo, *The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers*, 106 *Virginia Law Review*, 467(2020).

^② 参见陈爱娥:《事物本质在行政法上之适用》,《中国法律评论》2019年第3期。

^③ See James Grimmelman, *To Err is Platform*, in David E. Pozen ed., *The Perilous Public Square: Structural Threats to Free Expression Today*, Columbia University Press, 2020, pp.206-209.

另一方面,基于平台治理任务的特性,加之节省成本、提高效率的考虑,平台越来越依赖自动化的技术系统来作出内容过滤、用户限权、降低流量等处理决定。这种人机交互模式已经逐步成为平台秩序的基本形态,并不可避免地对现有的规范方案形成冲击,^①需要发展新型的正当程序范式。^②

实际上,现行规范方式就在很大程度上忽略了平台依赖算法系统自动化地执行平台规则这一特点。相关立法虽然关注平台规则制定的程序,但是忽略了算法系统的设计本身,因此可能导致所制定的规则得不到实际执行。在自动化算法决策系统的搭建过程中,工程师的任务并不是严格地将以人类语言表现的规则翻译成代码,而是可能实质性地改变相关规则。特别是,如同法律规范分为原则与规则一样,平台规则在很多时候也需要采用一些不确定的概念或者原则性的表述。在正常情况下,执行者需要根据个案的具体情况来裁量是否采取行动,而自动化的决策系统往往将复杂的裁量简化为易于操作、执行的几个考虑维度。^③这意味着,平台规则在映射到自动化决策系统中时不可避免地会产生改变甚至扭曲,而正是这些被改变的规则实际影响着大量用户的行为。

(三)平台治理正当程序的要点

考虑到平台治理的上述特点,对平台权力的正当程序规范可以从以下层面展开:

首先,进一步规范平台规则的制定程序。实践中,平台大多时候仅仅公布非常宽泛的规则,而对于如何理解这些规则,缺乏细节的指引。如果参考行政机关的规则制定活动,那么它们除了颁布规章等正式的行政立法以外,也会通过规范性文件、监管指引、典型案例等引导企业合规经营。相较而言,平台仅公布宽泛的平台规则,为自己保留灵活性。但是,这给用户带来了较大的不确定性。因此,监管部门可以考虑推动平台制定更详细的平台规则手册。

其二,提升算法治理的透明性。自动化系统可能在执行层面扭曲平台规则,这就导致前述规范平台规则的努力在很大程度上被侵蚀。因此,法律必须考虑到文本上的平台规则与其在技术系统中的映射所存在的落差,并建立程序机制来矫正这种落差。具体而言,可以从两个方面进行规范:一方面,课以平台算法解释义务,即平台除了有义务公开平台规则外,亦需要在这些规则通过自动化系统实施的情况下,对相关算法的基本逻辑、考量因素等进行说明,^④同时,提供恰当的方法以方便监管部门和第三方验证相关算法是否符合其解释、说明;另一方面,对于一些对用户权益具有重要影响的自动化决策系统,在设计过程中要求平台提供恰当的方式让其用户参与到一些重要技术选择的形成过程中。

其三,规范平台对用户内容和账户的处理程序。目前,对于平台在执行平台规则,对用户内容、账户做出删除、限制等决定时应当遵守何种程序,无论是现行立法还是监管实践都缺乏足够的关注。实践中,平台对用户账户的处理并不需要如行政行为那样遵守正当程序原则去说明理

^① See Tim Wu, Will Artificial Intelligence Eat the Law? The Rise of Hybrid Social—Ordering Systems, 119 Columbia Law Review, 2001—2002(2019).

^② 有学者将这种路径描述为技术性正当程序。参见苏宇:《数字时代的技术性正当程序:理论检视与制度构建》,《法学研究》2023年第1期;Danielle Keats Citron, Technological Due Process, 85 George Washington Law Review, 1249(2008).

^③ See James Grimmelman, Regulation by Software, 114 The Yale Law Journal, 1719(2005).

^④ 参见张欣:《算法解释权与算法治理路径研究》,《中外法学》2019年第6期。

由、听取当事人的陈述和申辩。大量决定通过不透明的自动化系统作出,因而无法有效监测相关决定是否有法律、平台规则以及事实依据。

平台处理程序缺乏透明度的问题已经被学者广泛讨论,^①但如何规范却并非简单的问题。既有规定和学术讨论主要聚焦于平台具体处理决定程序的规范。一方面,在具体处理决定作出前,要求平台遵循通知、听取声明等程序。例如,《电子商务法》基于平衡知识产权保护与用户合法权益的考虑,对于“通知—删除”的具体程序进行了诸多细化,包括转通知,声明与反通知,对通知、声明及处理结果的公示等,并且期待这种规范化的“通知—删除”程序成为“前所未有的互联网治理的新举措”。^②另一方面,要求平台建立一套规范的申诉处理机制,来回应用户对处理决定的申诉,必要时允许用户寻求外部的仲裁甚至司法审查。^③

应当承认,就一些对用户权利有重大影响的处理行为而言,强化这种个案中的正当程序保护具有重要意义。例如,在作出暂停或者永久性地限制用户账户行为时,平台应当听取用户的申辩。并且,考虑到当下算法系统存在的问题以及这类决定对用户权利的重大影响,法律还应当进一步保障用户获得选择由具体的人而非机器来听取并处理其申诉的权利。相应地,作出人工处理决定的员工应当获得充分培训,以便了解其机器决定可能存在的问题。

然而,仅靠聚焦个案程序的方案,可能难以全面矫正系统性的错误,相关程序也容易流于形式化,形成一种“程序的过场”。^④事实上,很多平台治理活动(如限制流量、降低搜索排序等)具有隐蔽性,难以触发相关程序机制。而且,大量的用户并不会积极行使程序权利。此外,我们还必须考虑到前述平台要处理数量巨大的用户内容和行为这一重要现实。对平台具体处理程序的规范,需要在规制效率、创新与程序正义之间寻求平衡。因此,个案中正当程序的强化需要考虑受影响用户权利的性质和影响程度,从而积极稳妥地予以推进。

同时,立法可以从“系统”层面发展出新型的平台程序义务。例如,法律可以要求平台定期披露其删除内容、限制账户的整体情况,以及针对这些活动的用户投诉情况,根据这些数据的变化趋势,公众和监管部门可以衡量其治理过程是否充分考虑到了用户的权利;法律还可以要求平台在采取相关治理行动时,保存关于证据、所适用平台规则、用户投诉情况等方面的数据,以供监管部门或者第三方审核其在执行平台规则的过程中是否出现系统性偏差。此外,法律还可以进一步要求平台根据用户投诉中相对集中的问题,定期评估其算法设计及相关处理流程是否存在结构性的问题,等等。

实际上,虽然平台企业自诩为工业社会向信息社会转型的典型象征,但是它们对自己作出的影响用户内容、账户的行为却仅仅向公众提供非常有限的信息。因此,这些从“系统”层面提升平台治理活动透明度的措施,将有助于更好地解决监管部门、公众与平台之间的信息不对称问题,督促平台更负责任地行使其权力。

^① 参见[美]弗兰克·帕斯奎尔:《黑箱社会:控制金钱和信息的数据法则》,赵亚男译,中信出版社2015年版,第96页。

^② 电子商务法起草组编著:《中华人民共和国电子商务法条文释义》,法律出版社2018年版,第128页。

^③ See Rory Van Loo, *Federal Rules of Platform Procedure*, 88 *The University of Chicago Law Review*, 829 (2021).

^④ See Evelyn Douek, *Content Moderation as Systems Thing*, 136 *Harvard Law Review*, 577—583(2022).

五、结 语

有关平台应当如何治理其生态的讨论,本质上是在防止损害、保护言论和信息自由、鼓励技术和商业创新等价值之间寻求平衡。与此同时,商业、技术与社会总是处在相互塑造、不断演化的过程中。这要求我们根据社会现实的变化,检讨既有规范的不足,探索更匹配现实需要的规则形式。平台经济的兴起不仅意味着传媒产业、商业交易从旧模式到新模式的市场位移,也反映了整个社会从组织式社会到网络式社会的范式变迁。在社会结构变迁的背景下,大众媒体的法律责任与专业伦理等传统上定义社会交互方式的规范作用逐步降低。然而,新的社会规范并不会自动形成。因此,法律和监管部门开始动员平台承担制度性“守门人”的角色,构建互联网合作规制的模式。

但是,我们也应当清醒地认识到,平台所行使的巨大权力必须受到有效的规范。当下法律和社会期待平台介入的已经不限于那些明显违法或者侵权的内容,平台还被要求干预诸如洗钱、网络诈骗等可疑的网络行为,网络暴力、网络谣言等有害内容也被纳入治理范围。这些有害内容缺乏清晰边界,既可能出自粗鲁表达或无心之失,也可能出自恶意的攻击或者诋毁。当平台事实上行使如此宽泛的规制权力时,立法必须设计出一套正当程序,以保障用户的合法权利。

Abstract: In recent years, legislation has begun to strengthen the governance obligations of Internet platforms for their users' offences, torts and other harmful acts through public law. With the proposal of regulatory requirements such as "subject responsibility", "security obligation" and "risk prevention responsibility" in legislation and regulatory practice, a model of Internet cooperative regulation begins to form. The strengthening of the public law regulatory framework responds to the problems in the Internet ecology and the reality of the platform economy, which is reasonable. At the same time, when the platform plays the role of a de facto regulator, the law needs to strengthen the due process norms for the exercise of platform power. However, the corresponding rules design needs to consider the unique characteristics of platforms' technology and ecosystem. The law can require platforms to develop more detailed platform rules, while paying attention to the potential gaps that may arise when platform rules are automated through algorithms. At the implementation level of platform rules, it is necessary to strengthen the transparency of the exercise of platform power at the "system" level, and also require the platform to provide stronger procedural protection mechanisms in terms of statement, defense, and relief for "individual cases" that have significant impact.

Key Words: internet platform, public norm, cooperative regulation, due process

责任编辑 谭冰霖