

# 网络直播营销平台监管权运行的困境及其破解

万 方\*

**摘要:**在网络直播营销平台中存在着多元的主体与复杂的法律关系。由于传统行政手段难以充分发挥对网络直播营销乱象的管理效能,因此政府通过法律法规等规范性文件为直播营销平台设置了诸多监管职责。直播营销平台借助监管职责的行使及自身的技术权力,对直播营销经营者有着强大的支配力,此种平台权力属于典型的私权力。通过直播营销平台进行的平台治理有助于降低监管成本、提高监管效率。但是平台在私利性的驱动下极易不当行使权力,存在监管困局。应确定直播营销平台监管权力的范围与边界,同时发挥好政府的引导作用,引入公法规范行权行为,构建内外部救济制度并进行必要的司法审查,以确保直播营销平台监管权力的正当行使及监管职责的充分履行。

**关键词:**网络直播营销平台 监管权 监管主体责任 政府引导作用 救济制度

当下,网络直播营销在给经济带来巨大活力的同时,平台上的假冒伪劣商品、虚假宣传、低俗内容及不当言论等乱象亦给市场监管带来了巨大的难题。考虑到网络平台的公共性和非中立性,我国政府依据“谁受益谁负责”的原则确立了“以网管网”的规则策略,<sup>①</sup>在国际上以“委托治理”的形式借助网络平台进行间接规制也已成为常态。<sup>②</sup>政府虽然在“委托治理”中退居幕后,但是仍通过大量的法律法规为网络平台设置信息审查责任,甚至直接对网络平台发布行政命令。当今的平台不单是提供信息的居间服务者,它也在用技术能力“引导、塑造交易秩序”,<sup>③</sup>“集制定规则、解释规则、解决纠纷等多项‘权力’于一身,履行着规制网络市场的公共职能”。<sup>④</sup>这既是对积极责任的履行,又是平台权力的实现。由此可见,网络直播营销平台对入驻其中的直播营销经

\* 中南大学医疗卫生法研究中心助理研究员

① 参见解志勇、修青华:《互联网治理视域中的平台责任研究》,《国家行政学院学报》2017年第5期。

② See Jonathan Peters, Brett Johnson, Conceptualizing Private Governance in a Networked Society, 18 North Carolina Journal of Law & Technology 15, 32 (2016).

③ 参见解志勇:《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。

④ 刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期。

营者有监管权力。这种权力的权源来自何处?性质是公权力吗?权力的范围有多大?权力在运行中存在哪些困境?对它又如何规范、监管?等等。对这一系列问题都需要给出答案。

## 一、网络直播营销平台监管权运行的现状

经济法和行政法规共同授权形成了我国当下的网络平台监管权格局。<sup>①</sup>相比于政府对企业无所不包的行政管理权力,网络平台监管权力的种类则要少很多,严格地讲只包括规则制定权、平台准入审查权、内部管理权、纠纷裁决权4大类。但这些权力具有“类似于具有单方强制性的行政处罚或行政强制”<sup>②</sup>的性质,不可谓不重要。

### (一)网络直播营销平台监管权权源

美国学者安德瑞·马默的“制度性权威观”是,权力的存在和范围都是由事先的背景性规则或习惯所构成,这一基本特征被称为规范性权力;而权力关系的建立和运行缺乏程序规定的权力属于非规范性权力。<sup>③</sup>借助这一理论可从权力的形成和实现维度,按照规范性权力与非规范性权力的分类对直播营销平台监管权力的权源进行分析。

#### 1.网络直播营销平台之规范性监管权力权源

网络直播营销平台之规范性监管权力,是指直播营销平台依电子商务法以及依电子商务法派生的各种规范性文件、行业自律公约、用户协议所获取的行使监督管理职能的权力。根据授予网络直播营销平台监管权力的规范性文件效力等级的不同,可将该种规范性监督权力分为以下几个层面。

第一,电子商务法授予的权力。直播营销平台在履责中不可避免地对用户产生了“完整的权力架构与运行体系”,<sup>④</sup>具体可分为以下几种情况:(1)平台准入审核的权力。根据《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)第27条的规定,平台应当核验、登记经营者的各项真实信息,建立登记档案并定期核验更新。(2)制定规则的权力。根据《电子商务法》第32条的规定,平台应当制定服务协议和交易规则、信用评价规则、知识产权保护规则、投诉举报机制规则、争议解决规则。(3)处置侵权行为的权力。根据《电子商务法》第45条的规定,平台在接到知识产权权利人的通知时,应当采取删除、屏蔽、断开连接、终止交易和服务等必要措施。(4)处置违法信息的权力。根据《电子商务法》第29条的规定,平台发现平台内的商品或服务信息违法时,应当采取必要处置措施,包括实施警示、暂停或中止服务并及时公示。(5)消费者权益保证金管理权。根据《电子商务法》第58条的规定,平台经营者可以与平台内经营者协议设立消费者权益保证金,并就消费者权益保证金的提取数额、管理、使用、退还进行约定。(6)应急处置的权力。根据《电子商务法》第30条的规定,在发生网络安全事件时,平台应立即启动应急预案,采取相应补救措施并向主管部门报告。(7)裁决纠纷的权力。根据《电子商务法》第63条的规定,电子商务平台可以依据争议解决规则裁决纠纷,依据自愿原则公平、公正地解决当事人之间的争议。

<sup>①</sup> 参见贺荣兰:《政府市场监督权的法律配置及其优化》,《甘肃社会科学》2019年第6期。

<sup>②</sup> 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期。

<sup>③</sup> 参见叶会成:《为服务性权威观辩护:三个批评及其回应》,《交大法学》2022年第1期。

<sup>④</sup> 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期。

第二,部门规范性文件公示的权力。2021年由国家互联网信息办公室、公安部、商务部等部门联合印发的《网络直播营销管理办法(试行)》(以下简称《办法》)明确规定直播营销平台具有以下权力:(1)对直播营销人员服务机构及直播间运营者管理的权力。《办法》第7条规定平台应当规范直播营销人员的招募、培训、管理流程。(2)禁止某些商品和服务进行直播营销的权力。《办法》第7条规定平台应对直播营销的内容、商品和服务的真实性、合法性进行审核,严禁法律法规禁止以及不适宜以直播形式营销的商品和服务参与直播营销活动。(3)直播巡查管理的权力。《办法》第9条规定直播平台有权开展信息发布审核和实时巡查,发现违法和不良信息应采取处置措施。(4)对直播间运营者进行惩罚的权力。《办法》第10条、第14条规定平台对涉嫌违法违规的高风险营销行为可以采取限制流量、暂停直播、注销账号、禁止重新注册等措施,并可将违法失德造成恶劣影响的人员列入黑名单。

第三,行业自律公约明确规定的权力。行业协会通过民主程序制定行业公约并共同遵守,实现了“自愿”与“强制”的统一。<sup>①</sup> 这些行业自律公约对业内成员具有普遍的约束力,可视作规范性权源之一。中国广告协会于2020年6月发布的《网络直播营销行为规范》(以下简称《规范》)明确规定直播营销平台拥有以下权力:(1)对主播管理的权力。《规范》第34条、第37条规定平台有权对主播进行教育培训及管理,并应采取措施防范主播利用社交群组进行违法犯罪行为。(2)规范交易行为的权力。《规范》第36条规定直播营销平台有权禁止主播采取链接跳转等方式诱导用户线下交易。

第四,“用户协议”约定的权利让渡。“用户协议”属于依据法律法规等规范性文件的规定并经由合同法规定的法定程序而产生的文本,符合“制度性权威观”中规范性权力的特征。美籍奥地利法学家凯尔森在其“个别规范论”中指出,私人之间可将合同等自治法律看作是约束双方当事人的规范来源。<sup>②</sup> 还有学者甚至认为“立法权也可以由民间通过制定标准格式合同来加以利用……所有的标准格式合同都构成民间立法……一个当事人可以把条款强加给另一个当事人,也就能在成千上万个合同中这样做”,这相当于实现了法律预期的普遍适用性。<sup>③</sup> 依据该理论,网络直播营销平台所制定的用户规则便可类比直播经营者的“平台宪法”,平台内经营者与用户的一言一行都要受该协议约束。

## 2.网络直播营销平台之非规范性监管权力权源

网络直播营销平台之非规范性监管权力是指其权力并非来自法律、行政法规等规范性文件的规定,也非产生自依据法定形式签订的用户协议,而是仰仗于平台自身所具有的技术先占优势地位从而使得进入网络直播营销平台的经营者不得不遵照的权力。

技术权力是指通过干预或改变他人的自然和非自然生存条件来间接影响他人的能力。<sup>④</sup> 当技术满足以下几个条件时将会转化为一项新的权力:一是技术对国家、社会和民众生活的约束极

<sup>①</sup> 参见黎军:《试论行业组织管理权力的来源》,《当代法学》2002年第7期。

<sup>②</sup> 参见朱庆育:《私法自治与民法规范——凯尔森规定理论的修正性适用》,《中外法学》2012年第3期。

<sup>③</sup> See W. David Slawson Standard form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power, Harvard Law Review, 84(1971).

<sup>④</sup> 参见[德]多米尼克·迈尔、[德]克里斯蒂安·布鲁姆:《权力及其逻辑》,李希瑞译,社会科学文献出版社2020年版,第70~75页。

大,二是具有相当程度的控制力,三是独立于传统权力。<sup>①</sup>随着大数据时代的到来,算法开始被应用于越来越多的场景中,承担着决策或辅助决策的职能。算法不同于数学公式,生来便为决策或辅助决策的算法不可避免地会被嵌入其创作者的价值判断之中,因此它不具有价值中立的属性。<sup>②</sup>通过改变算法,算法(的设计者和拥有者)拥有一种事实上影响人们行为选择的能力。<sup>③</sup>一旦不公正地运用算法技术,在没有法律介入下的主体难以通过协商排除算法妨碍,算法将具有强制性的影响作用,<sup>④</sup>成为一种“准国家权力”性质的公共力量。<sup>⑤</sup>

### 3.网络直播营销平台两大监管权力权源之间的关系

第一,从权力的存在形态来分析。网络直播营销平台规范性监管权力具有法定性、确定性和程序性的特点,而非规范性监管权力则具有私力性、不确定性和非程序性的特征。前者以权力下授、合议决定的法定程序机制为其基本运行模式,权力的存在形式较为规范;后者则以算法编写者预设价值判断为产生形式,权力以非规范形式存在。

第二,从两者对直播营销平台监管权力的影响来分析。规范性监管权力在明确直播带货平台职权范围的同时,更多侧重于明确平台责任,避免平台逃避监管义务。而非规范性监管权力则重在为平台争取在双方力量博弈中的优势地位,尽量扩张平台的管理权,限缩直播营销经营者的自由范围。

第三,从两者对直播营销平台治理结构的作用来分析。规范性监管权力在强化直播营销平台管理权能的同时,亦有助于降低平台在运行过程中的市场风险和公序良俗被破坏风险,对促进直播营销行业长远发展是积极的。而非规范性监管权力则在强化直播营销平台权力的同时,实质性地破坏了直播营销经营者与平台之间的平等地位,从长远看不利于双方的共赢发展。

#### (二)网络直播营销平台监管权的私权力属性

权力不必然指向公权力,私主体同样可以行使权力即私权力。以权力的存在领域为依据,可将权力分为私权力与公权力两种。<sup>⑥</sup>

##### 1.在权力主体上直播营销平台并非公权力组织

划分公权力与私权力的标准是权力主体要素,“应当由政权机关享有的权力为公权力,其他权力主体基于主体身份对他人享有的支配力和影响力为私权力”。<sup>⑦</sup>由这一判断标准可得出,网络直播营销平台的权力属于私权力。此种权力诞生于直播营销平台对直播营销经营者的控制力与影响力,是一种自然的管理力。互联网直播平台对于规则的设定类似于公司制定内部规章,其作为经济组织的管理权使得其有“影响”与“设定规则”的强制力。

##### 2.在权力形式上直播营销平台行使“准立法权”“准行政权”“准司法权”

首先,平台享有“准立法权”。在法律等规范性文件的授权下,平台制定大量的规则以保障自

① 参见邓曦泽:《主体技术政治学论纲:一种新型权力的诞生》,《江海学刊》2021年第5期。

② 参见丁晓东:《论算法的法律规制》,《中国社会科学》2020年第12期。

③ 参见陈景辉:《算法的法律性质:言论、商业秘密还是正当程序?》,《比较法研究》2020年第2期。

④ 参见谢琳、曾俊森:《个体赋权在算法决策治理中的定位》,《法治社会》2022年第1期。

⑤ See Jack M. Balkin, Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation, 51 U.C. Davis Law Review, 1153 (2018).

⑥ 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。

⑦ 参见李天昊:《公权力与私权力界限析》,《重庆社会科学》2017年第4期。

身的有序运营,普通用户对平台规则唯有遵守,否则就要承担违反平台规则的惩罚后果。如同国家场域的法律一样,平台规则类似于平台场域下的“法律”。<sup>①</sup>

其次,平台享有“准行政权”。为实现商业利益,消除潜在的商业风险和法律风险,平台不但要制定繁多的规则,而且还要执行严厉的处罚措施。以淘宝直播平台为例,其处罚形式包括财产性处罚如收取违约金,声誉性处罚如警告并公示、扣分,行为能力性处罚如下架、搜索降权等,权力能力性处罚如查封账户、停止支付宝服务、关闭店铺等。<sup>②</sup> 上述权力高度类似行政处罚中的警告、罚款、没收违法所得、责令停产停业、暂扣或吊销许可证、营业执照及行政强制中的冻结、扣押、查封场所、限制汇款等手段。

最后,平台享有“准司法权”。几乎所有的平台都建立了自己的在线争议解决机制,但是受诉讼成本、担心商家报复等诸多因素的影响,普通经营者即使不服平台裁决结果,也极少向国家司法机关提起诉讼。在客观上,平台纠纷解决机制拥有“一裁终局性”的权力。<sup>③</sup>

### 3.在权力行使目的上直播营销平台监管权力目的具有私利性

直播营销平台的权力行使虽然具有公共性,但是其出发点主要是基于私人意志和利益,私性质明显,是种典型的“私人治理”。网络直播营销平台所拥有的监管权力根植于主体之间的身份差别和不平等性,其履行网络交易空间内的管理职能是合理的。<sup>④</sup> 但是,其履行权力的目的并非如国家权力一样为公共利益服务,其行使权力的目的主要是为直播营销平台自身的私利服务。

### (三)网络直播营销平台监管权力运行的范围

对直播营销平台的监管常常通过两种方式实现:一种方式是利用国家公权力实行外部监管,另一种方式是通过企业建立的“私人秩序”实行平台自治监督。<sup>⑤</sup> 这两种监督方式的差异体现在不同权力的分野上,通过明确网络直播营销平台监管权力的范围及边界,可以避免直播营销平台恣意行使权力、损害相对人的利益。

#### 1.直播营销平台监管权力的生效范围

直播营销平台监管权力的规范性权源主要包括法律及行政法规、行业自治规范的义务设置及用户协议授权。这是其权力的合法性基础,因而权力的运行自然也不能僭越上述范围。从权力生效的场域及时间来看,直播营销平台虽然存在于网络空间,但是其作为面向公众的开放平台,具有公共领域的性质。<sup>⑥</sup> 监管权力生效的范围也只能及于直播营销平台之内。生效时间自直播营销经营者等主体“签约入驻”之时起到“注销退出”之时止。从直播营销平台监管权力有限性的角度看,其必须在国家公权力确定的责任范围内和用户协议约定的条款内对应行使。法律及行政法规、行业自治规范以列举式的形式明确了直播营销平台的监管责任,根据“权责一致”原则,监管权力也是明确且有限的。

#### 2.直播营销平台监管权力的对象范围

① 参见罗英、谷雨:《网络平台自治规则的治理逻辑》,《学习与实践》2021年第8期。

② 参见肖梦黎:《平台型企业的权力生成与规制选择研究》,《河北法学》2020年第10期。

③ 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期。

④ 参见全国人大财经委员会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100页。

⑤ 参见王勇、陈美瑛:《平台经济治理中的私人监管和规制》,《经济社会体制比较》2020年第4期。

⑥ 参见陆宇峰:《中国网络公共领域:功能、异化与规制》,《现代法学》2014年第4期。

直播营销平台监管权力的行使必须符合其设置目的,直接目的是通过监管来维护平台秩序。直播营销平台内存在多方法律主体及利益主体,但其监管权力的作用对象不能超出实现监管目的的范围。根据与直播营销密切相关的电子商务法及其下位法规范,直播营销监管的对象应是直播间运营者、直播营销人员(主播)及直播营销人员服务机构,平台内的普通用户不在此列。

## 二、网络直播平台监管权运行的困境及其成因

### (一)网络直播平台监管权运行的困境

网络直播平台既是市场主体又是监管主体的双重身份模糊了传统的身份形态,其内部管理权甚至比国家公权力还要直接、实时,但缺乏公权力的配套监督机制。<sup>①</sup>网络直播平台作为经济活动的参与者,牟利是其唯一目的。平台极易出于逐利目的滥用或消极行使监管权力。在司法实践中,已有数起直播经营者起诉直播平台滥用权力对其暂停直播、封禁账号、扣除保证金的案例。因此,直播营销平台存在滥用其监管权力、“私权公用”的可能性,同时也存在消极监管、在主观上存在为谋取经济利益而纵容违法侵权行为发生的情形。

#### 1.网络直播营销失范现象层出不穷

由于网络直播营销平台在物理上分离了消费者与平台内经营者的接触,因此极易放大营销行为混乱、失范的行为风险。<sup>②</sup>虽然现行法律法规要求网络直播营销平台要对入驻其中的经营者进行身份核验,但是资质审查及货品审查不过关的现象仍较为突出。闹得沸沸扬扬的“糖水燕窝”事件<sup>③</sup>便是主播虚假宣传、欺诈消费者的典型案例。

#### 2.网络直播营销平台监管自利性突出

各类法律法规及行业自治规范都赋予了网络直播营销平台制定一系列监管制度的权力,但此类监管制度的制定过程却缺乏被监管者的参与,其制定初衷及实际效果仅是为满足直播营销平台的自身利益。网络直播营销平台监管主体和市场主体的双重身份易导致其行为被利益所俘获,<sup>④</sup>进而导致该类规则不能真正居中地保护监管者和被监管者双方的利益,价值偏好突出。

与此同时,作为规则相对方的平台内经营者和普通消费用户的力量极度分散,难以与平台抗衡。因此,流于形式的“知情—同意”规则使得意思自治从根本上无法实现,直播营销平台内的经营者和用户只有接受与否的自由,绝无就具体内容进行协商的自由。

#### 3.网络直播营销平台监管权力行使欠缺公开透明

网络直播营销平台监管权的行使是一种典型的私人治理,而私人治理往往藏于幕后,缺乏公开透明程序的监管权行使容易发展成为滋生权力滥用的温床。

第一,网络直播营销平台在制定规则时缺乏意见征求程序。网络直播营销平台的规则外部

<sup>①</sup> 参见叶明、贾海玲:《双重身份下互联网平台自我监管的困境及对策——从互联网平台封禁事件切入》,《电子政务》2021年第5期。

<sup>②</sup> 参见程信和、董晓佳:《网络餐饮平台法律监管的困境及其治理》,《华南师范大学学报》(社会科学版)2017年第3期。

<sup>③</sup> 参见张玉容、陈泽鹏:《网络舆情推动下政策议程设置的多源流分析——基于网络直播营销监管政策的案例研究》,《人文杂志》2021年第11期。

<sup>④</sup> 参见李洪雷:《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。

性特征明显,极大程度地影响了平台内经营者及普通用户的利益,应妥善征求相关利益群体的意见。但是,法律法规在赋予直播营销平台制定规则权时,并未对其意见征求程序加以设定,民主参与性缺位,网络直播营销平台的规则制定因规范制度缺失而具有主观性和随意性。

第二,网络直播营销平台监管权力侵害的救济途径不通畅。在网络直播营销平台的监管权力作用于相对人时,往往会提供申诉及复议的渠道。但是,由处罚行为的作出方进行复核存在严重的信任风险。客服人员也更倾向于机械地解释规则以达到息事宁人的目的,而非判断规则的适用是否恰当,更不会对规则本身的合理与否提出质疑。在对司法实践领域的案例进行检索时,发现相关案例量极少,这与直播营销平台这一庞大的市场体量存在着巨大的不匹配。可以推测,大部分网络直播营销平台监管权力的侵权情形并未进入司法领域。

## (二)网络直播营销平台监管权运行困境的成因

### 1.传统监管手段趋近失灵

相较于一般的网络平台,网络直播营销平台活动糅合了传统销售、电子商务、广告代言、网络直播等多重因素,产生了极为复杂的法律关系,监管难度更大。首先,直播营销主体多元导致法律责任复杂。从电子商务的角度看,直播营销涉及电子商务经营者、电子商务平台经营者、平台内经营者、带货主播、直播间运营者等多方主体;从广告活动角度看,涉及广告主、广告经营者、发布者、代言人等多方主体;从直播营销角度看,涉及直播营销平台、直播间运营者、直播营销人员(主播)、直播营销人员服务机构等多方主体。如此多元的主体身份给责任认定带来了一定的困难。其次,电子商务、广告活动、网络直播等多种营销模式的复合导致单一领域的法规适用不能全面把握直播营销的特征及其背后的法益。如果只用电子商务法对其进行规制,那么会忽视对网络直播中“打赏”这一特色功能的关注;而以广告法为规制手段时,传统广告行为与即时直播广告行为的时效差异也将导致传统广告法的规制逻辑难以适应。因此,必须综合运用多部法律法规对这一复合法律行为进行规制,监管手段的运用具有复杂性。最后,直播营销的即时性特征导致监管后置。在直播营销活动中,广告发布与商品交易是同时发生的,主播在推介活动中有即兴解说色彩,难以像广告监管一样采取事前审核。营销节奏快、成交量大、直播内容庞杂的特点也使监管部门无法实时跟进,对违法行为的捕捉和惩处势必滞后。<sup>①</sup>

与此同时,政府因不完全掌握网络信息传播技术、渠道和用户数据,利用传统手段对网络空间进行直接规制常常捉襟见肘。在传统监管中比较常见的手段有行政处罚、行政许可和行政强制,这些手段无一例外地存在难以有效实现监管效能的弊端。例如,行政处罚是事后的,难以及时对违法行为产生震慑。又如,行政许可则可能过多地干预市场主体自由经营行为,过多的前置性审批会造成市场主体经营活力的降低。再如,行政强制在行政管理实践中较易存在行使不规范、肆意实施的情形。此外,网络空间与现实空间不同:行政强制措施既包括对人身采取的强制措施,也包括对财产采取的强制措施;但在网络空间中,目前的技术手段仍难以发挥网络行政强制的有效作用。<sup>②</sup>

### 2.平台权力行使监督制度阙如

<sup>①</sup> 参见韩新远:《网络直播营销的特质与治理研究——以双循环新发展格局为视点》,《河南社会科学》2021年第6期。

<sup>②</sup> 参见邓小兵、冯渊源:《网络广告行政监管研究》,人民出版社2014年版,第103~113页。

行政机关在进行网络违法行为行政处罚时,必须依据程序正当原则开展调查取证、违法行为认定、听取行政相对人申诉答辩、说明理由等正当程序。<sup>①</sup> 当作出严重影响相对人权利义务关系或公共利益的决定前,还须通过听证程序保障行政行为的公正性和民主性。当行政行为存在违法情形时,相对人还可依法提起行政复议、行政诉讼寻求救济。但是,在政府“委托治理”的间接规制模式下,行政监管部门并不对网络直播营销平台内的经营者及用户产生直接的管理行为,而是借赋予网络平台监管职能的方式退居幕后。网络平台则根据法律法规的授权,通过用户协议的约定执行规则制定、违法行为处置、纠纷解决等权力。即便直播营销平台经营者对上述实质性的强制行为存在异议,也无法根据现有制度要求进行听证,更无法通过行政复议和行政诉讼维护自己的合法权益。平台行使着权力,却缺少对应的权力监督。

### 3. 司法裁判过分奉行私法理念

网络直播营销平台与直播营销经营者之间为平等的民事主体关系,其协议有着合法的合同法律关系外衣。但是,因此类合同是网络服务提供者重复使用而预先拟定的,并非双方主体协商、合意的产物,缺少合同最本质的“意思合意”的特征,而更多地具有张贴网站上的格式合同的性质。<sup>②</sup> 诚然,直播营销平台预先地统一规定平台范围内的用户权利和违约责任,可以无差别地规范任一合同相对人,提高平台自我治理的统一和高效,具有一定的合理性,但是,用户作为服务的接受者,只能被动地选择全盘接受或全盘拒绝,实际上背离了民法的基本原则。在合同一方当事人缺乏足够的谈判能力或理性能力时,其意思表示虽非虚假,但却难以保护自身的利益。<sup>③</sup> 网络直播营销平台认准了其提供的福祉背后所具有的强大经济价值等吸引力,使用户不得不“抓主要矛盾”而放弃部分次要利益。然而人民法院在司法裁判中,几乎已将意思自治原则奉为圭臬,而忽视平台在监督行为中存在的价值偏好。在多个司法案例中,<sup>④</sup> 人民法院均对平台自治规则的合法性持中立态度,对自治规则的合理性、中立性不置可否。如此一来,司法监管则失去了应有之义,在客观上是对互联网平台滥用监管主体地位的放纵。

## 三、网络直播营销平台监管权运行困境的破解路径

### (一) 明确网络直播营销平台的监管主体责任

既然网络平台基于行政监管机关的责任设置负有监管职责,那么平台就必须据此对平台用户进行监督管理。一旦平台怠于履行法律法规为其设置的义务,那么理应承担相应的法律后果。

#### 1. 网络直播营销平台承担监管责任的理论依据

直播营销平台具有信息传播枢纽的功能,对信息有着事实上的管理能力。作为网络直播营销活动的设计者和组织者,其可以对信息或商品是否被准予进入平台并在平台内持续流动作出决定,扮演着“看门人”的角色。这一身份要求其承担起积极预防并消除直播营销平台内违法行

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 参见李明发、胡安琪:《论互联网社会自治在规则层面的实现》,《电子政务》2018年第3期。

<sup>③</sup> 参见蔡睿:《显失公平制度的动态体系论》,《法治社会》2021年第6期。

<sup>④</sup> 参见广东省佛山市中级人民法院(2016)粤06民终3872号民事判决书、浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终8266号民事判决书。

为的责任。<sup>①</sup>此外,直播营销平台作为企业应担负的经济外部性能够从规范意义上对市场机制缺陷和“技术理性”的局限进行补正。<sup>②</sup>

## 2.法律法规及其他规范性文件对其设置了监管义务

直播营销平台拥有特殊地位和作用,掌握着平台内经营者的大量直播数据信息,并可通过制定和修改平台服务协议和交易规则的方式行使部分本属于监管部门的“权力”。<sup>③</sup>权力的内在属性里包含着义务性质。<sup>④</sup>积极履行法律法规规定的义务,符合“权责一致”的要求。

## 3.网络直播营销平台拥有履行监管义务的能力

直播带货这一平台活动本身就是技术的产物,用技术来对其进行规制是网络平台治理的终极手段。而直播营销平台在技术和信息上有着绝对的优势,借助数据智能监管手段可以有效地降低监管成本、提高监管效能。

### (二)完善直播营销平台监管的相关法律制度

#### 1.法律应明确规定对平台行使监管权力进行实质审查

关于直播营销平台的积极责任,我国法律法规乃至行业自治规范已课以相当数量的监督义务,构建了一套包含资格准入审查、规则制定、内部管理、纠纷解决、配合有关部门监督检查的全流程义务体系。但是,以上监管仅着眼于法律义务的不履行,而直播营销平台监管权力消极履行的语义除包含义务不履行外,还应当包括义务履行的不及时、不合理、不充分。例如,在“新梨网络科技有限公司诉字节跳动公司案”<sup>⑤</sup>中,字节跳动公司辩称“在收到原告通知后删除了通知中的相关视频,并在事后对侵权用户进行了封禁”,但人民法院认定“被告在收到原告投诉后,知道或应当知道侵权用户上传的视频多为侵权视频,但并未立即采取积极的必要措施防止侵权行为继续发生”。可见,相关平台在履行监管职责时,存在着仅处理个别侵权内容而不审查相关系列内容及拖延采取封禁等必要措施的行为。虽然履行了一定的监管义务,但是履行不全面、不及时,致使权利人权利持续受损。对此,相关监管部门必须从直播营销平台作为义务履行的成效方面进行实质审查,以保证直播营销平台的监管义务落在实处。

#### 2.填补漏洞以防止平台规避监管义务

平台擅长在用户协议中利用免责条款的设置排除对自己的不利法律后果。例如,抖音短视频社交平台在《巨量星图平台服务协议》中规定:“……公司前述审查行为并不视为公司对您提交的相关任务、信息、内容的真实性、准确性、合法合规性的任何承诺或担保,也不构成公司对您提交的相关信息、内容承担任何连带责任,您应当对您的相关信息、内容独立负责”。显然,平台借意思自治的外衣对自己的责任予以事先排除的约定有悖于其平台管理者的身份,是对自身信息审核义务的逃避。

此外,“避风港原则”和“红旗原则”的强保护原则滞后于信息技术的发展。当下,以算法为代表的技术应用,使得平台的信息筛查能力有了颠覆性的提升。传统“通知—删除”的要求在当下

<sup>①</sup> 参见万柯:《网络等领域垄断看门人的替代责任》,《环球法律评论》2011年第1期。

<sup>②</sup> 参见杨乐:《网络平台法律责任探究》,电子工业出版社2020年版,第28页。

<sup>③</sup> 参见全国人大财经委员会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254页。

<sup>④</sup> 参见胡杰:《论权力的义务性》,《法学》2021年第10期。

<sup>⑤</sup> 参见上海市杨浦区人民法院(2019)沪0110民初21543号民事判决书。

难以对平台起到威慑作用,平台作为企业所具有的逐利性极可能驱使其怠于行使监管权力。

### (三)通过内外部力量规范网络直播营销平台监管权的合法行使

#### 1.厘清政府公权力与平台私权力的边界

平台组织往往会利用制度漏洞创造衍生权力,轻松地将管理权力转变为牟利工具,在实质上造成权力的“私有化”,形成“公权私用”的现实状态。这会在一定程度上消解国家权力,限制社会和公民权利。<sup>①</sup>厘清平台监管权力与国家公权力的关系,可规避平台自我监管代行政府监管的风险。<sup>②</sup>首先,政府应对直播营销平台权力的行使范围、种类及手段作出限制,对其行权行为做好控制。虽然政府在面对网络直播营销平台监管时略显吃力,但是政府权力“并不能完全退出社会自治空间,而应作为‘最后担保人’行使一定的监督职能”。<sup>③</sup>其次,要充分发挥好“多方共治”的优势。加强平台自治规则这一“软法”与法律法规这一“硬法”之间的协调和互动,选择最优监管方式。发挥好政府监督的权威性、明确性与平台自我监管的及时性、经济性的特点,形成合力。

#### 2.发挥政府的引导作用

行政机关可以通过设定规则、标准、指南的形式,引导平台主体的行权行为,合理限制平台权力。在规则制订阶段,国家互联网信息办公室、商务部等相关部门可以制定平台规则参照蓝本,就服务内容、纠纷解决机制、个人信息保护等普适内容进行规范性引导,最大限度地保证平台不会过分地自我授权。政府作为监管者,不应参与到企业的具体经营活动中去,但应当发挥好“柔性引导”的作用。<sup>④</sup>可以遵循以下思路:第一,在平台准入资格审查阶段明确其主播类型。根据运营方式,有“公益性”“自营性”“他营性”3种主播类型,不同的主播类型影响主播法律责任的承担,自然也要受到不同类型的平台监督。第二,直播营销是种“沉浸式的社群临场”,<sup>⑤</sup>主播展示、弹幕、他人临场互动等信息流为买家创造了一种沉浸感极强的购物体验。在“抢购”的紧张氛围下,消费者极易作出冲动决策。在此背景下,赋予消费者非理性决策的撤回权、设置交易生效冷却期等偏见矫正规则就显得至关重要。<sup>⑥</sup>第三,中国广告协会作为网络直播营销行业的自律组织应当发挥好服务协会成员和引导行业主体自律自治的社会组织的责任,担负起指导平台规则制订的责任,主动与监管部门及平台用户沟通,起到“上传下达”的枢纽作用;采取措施确保监管部门和普通用户参与到平台规则制订的程序中来,保证平台规则制订的民主性和科学性,确保平台规则制订的公共面向。在直播营销平台行使管理权和纠纷裁决权阶段,为避免平台滥用监管职能,网信部门可以借鉴欧盟“数据保护官”制度,<sup>⑦</sup>设置专职监督员岗位,派驻式入驻平台,引导、监督直播营销平台权力的运行,以防止直播营销平台自我倚重、用权专横的情形出现。

#### 3.构建并完善内外部救济制度

<sup>①</sup> 参见刘金河:《权力流散:平台崛起与社会权力结构变迁》,《探索与争鸣》2022年第2期。

<sup>②</sup> 参见叶明、贾海玲:《双重身份下互联网平台自我监管的困境及对策——从互联网平台封禁事件切入》,《电子政务》2021年第5期。

<sup>③</sup> 参见徐亚文、徐钝:《论自治型软法的司法治理——基于司法审查制度试验的思考》,《学习与实践》2014年第10期。

<sup>④</sup> 参见陈云良:《国家调节权:第四种权力形态》,《现代法学》2007年第6期。

<sup>⑤</sup> 参见韩新远:《直播带货的学理审视与治理研究》,《科技与法律》2022年第1期。

<sup>⑥</sup> 参见马辉:《消费者决策机制变迁视角下的直播营销法律规制》,《当代法学》2022年第2期。

<sup>⑦</sup> 参见刘江山:《欧盟通用数据保护条例中的数据保护官制度》,《中国科技论坛》2019年第12期。

第一,在平台内部以众包模式建立处罚听证制度。当直播营销经营者认为平台的处罚过当或确有错误时,向直播平台管理者进行申诉是成本最低、见效最快、最便捷的方法之一。而听证制度在解决多元利益主体冲突中有着极好的效果,参与人可依法提出“要件—效果”框架外的因素来影响处罚机关的判断,以获得一个更合理的结果。<sup>①</sup> 听证的过程也有助于平台管理者与经营者之间的相互谅解与认同,“合意”的达成有助于决定的执行并降低事后启动救济程序的概率。<sup>②</sup> 与此同时,为克服平台裁判有失公允的状况出现,可将众包模式运用到处罚听证机制中来。所谓众包,是指通过网络公开邀请和呼吁不特定人参与到在线任务中的一种合作模式。这种邀请不特定人参与的合作模式,可以尽可能地征集到代表不同利益诉求的人群代表。例如,淘宝网的大众评审机制便基于该模式而产生,在科学选择裁判人员的前提下,能在最大程度上作出公正裁决。<sup>③</sup> 而代表不同利益的主体共同参与到处罚听证的程序中,可以尽可能地作出科学决策、提高处罚决定的合理性。

第二,在平台外部构建行业协会接受申诉制度。网络直播营销平台监管权力的行使同样要求其承担相应的行为后果,以保障行权行为的可问责性。申诉既能保证直播营销平台行权行为可被诘问,也能保障相对人救济权利的实现。而大部分平台虽然规定平台内经营者可在被制裁后提起申诉复核,但是现有的申诉复核程序仍归属平台内部机制。由于平台很难客观、公正地进行自查自纠,难以达到制度原本的设计目的,因此,可尝试开展关于重大处罚的行业协会申诉制度,鼓励行业组织借助其规范行业发展的职能,接受平台监管权力相对人的申诉,如此可避免网络直播营销平台截留举报,在自行处理中避重就轻、撇清平台的责任。

在构建行业协会接受申诉制度时,应把握以下两点:(1)关于申诉的管辖范围。由于“以网治网”的根本原因是政府无法事无巨细地规制平台内的所有违规行为,因此必须设立较高的申诉受理门槛,否则该制度必将因任务量过大而流于形式。直播营销相关法律法规及行业自治规范规定了平台处罚手段的基本类型。其中“注销账号、禁止重新注册、行业禁入黑名单”的处罚手段类似于行政处罚中的身份罚,是对平台经营者言论自由、经营自由的限制。账号背后庞大的粉丝群体、流量及口碑也能为账号拥有者带来巨大的经济利益。应先将这类争议纳入重大处罚行业协会申诉制度的管辖范围。(2)明确申诉委员会的专业性。平台处罚的审查更多的是对其规则、证据等实体和程序方面的审查,因此保障具有法律素养的人进入申诉委员会尤为重要。<sup>④</sup>

第三,司法救济理念的转变与公益诉讼的引入。在网络空间中,完全的契约自由与意思自治几乎无法达成。直播营销平台拥有“准立法权”“准行政权”“准司法权”的优势地位与平台内经营者有限的“知晓并接受”权利间的巨大落差使得意思自治徒有其表。人民法院在审查相关案件时,若将“合同至上”奉为圭臬,则势必损害实质公平,使“私人主体愈来愈多地履行传统的公共职能却摆脱了与公权力运行相伴的严格审查”。<sup>⑤</sup>

此外,还应当允许平台内经营者对平台用户协议的违法提起公益诉讼。除《中华人民共和国

① 参见朱芒:《行政处罚听证制度的功能——以上海听证制度的实施现状为例》,《法学研究》2003年第5期。

② 参见石肖雪:《作为沟通过程的行政听证》,《法学家》2018年第5期。

③ 参见方旭辉:《网上纠纷解决机制的新发展——从网络陪审团到大众评审制度》,《江西社会科学》2014年第11期。

④ 参见刘驰:《高校学生申诉制度的历史演进、运行困境及完善路径》,《高教探索》2021年第3期。

⑤ 参见[美]朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第142页。

民事诉讼法》引入了公益诉讼制度外,《中华人民共和国个人信息保护法》也规定了个人信息保护公益诉讼制度。未来,应当将直播营销等电商平台违法行为纳入民事公益诉讼的受案范围。首先,电商平台通过用户协议侵害消费者权益的行为具有群体性,属于《中华人民共和国消费者权益保护法》规定的“侵犯众多消费者合法权益的行为”。其次,由于平台内经营者及普通用户与互联网巨头实力悬殊,作为消费者天生处于劣势地位,因此其可能基于诉讼成本的考量而放弃诉权,公益诉讼制度可将个人力量凝聚在一起,增强普通消费者捍卫权利的信心。再次,网络平台所具有的法定监管义务及权力对消费者影响范围甚广,引入公益诉讼制度可以减少对司法资源的浪费,高效解决同类问题。最后,公益诉讼的引入可以震慑相关平台,督促其自我整改,以推进平台经济健康发展。<sup>①</sup>

#### 4.以公法标准规范私权力行使

网络直播营销平台“虽然在性质上是私主体,但是其制定规则、标准,实施监督和惩戒的行为,具有客观‘公权力’的效果”。<sup>②</sup>平台承担着原应由行政机关担负的义务和责任,却又避开了与传统公权力行使相伴的严格审查,因此引入公法标准判断其行权是否恰当应遵循以下原则。

第一,正当程序原则。程序正义是公法中的重要理念之一。良好的程序设计可以严格防止权力被滥用。正当程序原则所具有的价值属性和功能属性对于限制直播营销平台恣意行使监管权力具有积极的意义。在直播营销平台管理权行使中,应在处罚措施到达相对人时告知其处罚的依据、违法行为判断的依据以及救济的途径,保证用户知情权不受侵害。在规则制定权的行使中要坚持正当程序原则。关于具有广泛影响的规制性规则制订,英国要求必须公开征求公众的意见,美国要求服从严格的听证程序、公开正式并附理由的听证笔录。<sup>③</sup>

第二,公开透明原则。贯彻公开透明原则,可以弥合平台与用户间的信息鸿沟,对网络平台在内容规制方面的强势有利地位进行合理限制。具体体现在:一是公开服务协议的制订全过程,并在此过程中引入相关主体参与。二是详细说明在平台治理过程中所运用到的各种技术手段与惩罚措施、阐述采用该手段可能对用户正当权益造成的影响,并在对权力相对人作出处理决定时提供充分的理由说明、阐明救济渠道。

第三,比例原则。直播营销平台可能借权力的行使来实现个人的利益,因此引入比例原则可以矫正其与直播营销经营者之间的权利与义务关系,实现实质正义。<sup>④</sup>平台在行使规则制定权时应当恪守比例原则,其自我赋权应具有正当性和必要性。在行使处罚手段时,亦应当选择恰当的惩罚工具,避免过多地剥夺直播营销经营者的合法权益。

## 四、结 语

网络直播营销平台监管权的权源、私权力性质及权力运行的范围都具有明显的公共性特征。虽然网络直播营销平台进行私人治理具有明显的高效性和经济性优势,但是若完全交由市场主

<sup>①</sup> 参见苏号鹏:《论消费民事公益诉讼对电子商务平台的适用》,《法律适用》2022年第3期。

<sup>②</sup> 参见胡斌:《私人规制的行政法治逻辑:理念与路径》,《法制与社会发展》2017年第1期。

<sup>③</sup> 参见解志勇、修春华:《互联网治理视域中的平台责任研究》,《国家行政学院学报》2017年第5期。

<sup>④</sup> 参见郑晓剑:《比例原则在现代民法体系中的地位》,《法律科学》2017年第6期。

体行使则不可避免地会出现监管困境,市场失灵终会发生。因此,在明确网络直播营销平台首位监管责任的前提下,明确平台监管责任的范围,厘清公权力与私权力的边界十分必要。同时,也要发挥好政府监管的引导作用,将权力关进制度的牢笼。在平台内部采用众包模式提高私权力行使的合理性,在平台外部引入行业协会投诉制度将行业自律落到实处。同时,亦要适度运用公法原理及其价值观念规范网络直播营销平台的私权力行使,使“公法原则像控制公权力一样控制私权力”,<sup>①</sup>从而在私法规制的基础框架下起到补充性的宏观调控作用。网络直播营销平台私权力的行使终须从“一元之治”走向“多元共治”,以实现合法性、经济性、效率性协调统一的目标。<sup>②</sup>

---

**Abstract:** Multiple subjects play in network live broadcast marketing and have formed complex legal relationships. It is difficult to give full play to the governance function of live broadcast marketing chaos by traditional administrative means. Therefore, the government has set up many regulatory responsibilities for live broadcast marketing platforms through normative documents such as laws and regulations. Platforms, therefore have a strong control over the live commerce operators by virtue of the exercise of regulatory responsibilities and its own technical power. This platform power is undoubtedly a typical private power. Self governance by the live broadcast marketing platform helps to reduce the regulatory cost and improve the regulatory efficiency. However, driven by self-interest, platforms are prone to improper exercise of power, resulting in regulatory dilemmas. Therefore, the scope and boundary of regulatory power of live broadcast marketing platforms should be determined. At the same time, the government should play a leading role, introduce the principles of public law to regulate the exercise of power, build an internal and external relief system and conduct necessary judicial review to ensure the proper exercise of the regulatory power the full performance of the regulatory responsibilities of live broadcast marketing platforms.

**Key Words:** network live broadcast marketing, supervisory power, responsibility of the supervisor, guiding effect for government, relief system

---

责任编辑 翟中鞠

---

<sup>①</sup> 参见[英]默里·亨特:《英国的宪政与政府契约化》,载[新西兰]迈克尔·塔格特编:《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社2006年版,第48页。

<sup>②</sup> 参见刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,《法学研究》2020年第2期。