对外经济贸易大学法学院
博士申请学位科研成果考核
折算科研文献

文献形式（文献综述/读书报告）：文献综述

文献题目：“电子商务平台事前审查义务”的文献综述

博士论文题目：电子商务平台事前审查义务研究

导师：宁红丽 教授

作者姓名：程增雯

专业：民商法

学号：201700550088

电子商务平台事前审查义务的文献综述

摘要：从互联网经济发展之初，关于平台义务和平台责任问题，就一直成为互联网经济领域的核心议题。一方面，平台承担着各国期待推动经济创新和突破发展的厚望。另一方面，平台承担适当责任，从而有效治理网络空间出现的侵权问题，以保证互联网经济的长远发展。美国政府在探寻平台责任承担的过程中，在1998年发布《数字千年版权法》（以下简称“DMCA”），率先规定网络服务提供者的“避风港”规则。被欧盟以及其他一些国家效仿，并突破著作权的限制扩展到了一切网络侵权领域，已经成为对于网络服务提供者的法律义务和责任的普遍态度。但是，DMCA制定于互联网的发展的Web1.0时代，网络服务提供者的角色仍以被动性(内容的传输与变动由网络用户发起)、工具性(服务提供者仅提供技术和通道支持)和中立性(服务提供者不改变标准技术，不干涉权利保护措施)为特征。1随着平台经济呈现出的新特征，如新业态的发展催生的平台类型化，科技进步不断降低平台监控成本。各国政府为减低监管成本，选择从功能主义路径进行突破，如欧盟政府不断动作，在版权领域欧盟已经开始部署，要求在线中介开发和部署过滤系统，从而承担事前审查义务。

数字技术和平台经济的新发展，改变了传统法律责任所预设的前提，为适当扩大事前审查义务提供实践基础。以往对于电子商务平台法律地位和义务责任研究，多从传统法学理论出发，得出“居间说”、“柜台说”、“功能等同说”等学术观点。本文对电子商务平台的经济组织特征进行分析，论证运营商作为电商平台生态系统的设计者，对平台规则和体系设计享有绝对控制权。通过注册点击同意平台协议和平台规则，用户让渡信息数据权益，平台利用算法技术和数据信息，产生强大的网络效应和控制能力。平台能力的扩张是事前审查义务正当性的逻辑起点，而对于电商平台义务体系构建而言，事前审查义务相较于其他义务类型，更加符合平台能力扩张的现状，具有不可替代性和独立之必要。

面对海量用户和信息，平台任由用户自由发布、不进行基础过滤和审核，造成的危害有目共睹。无论是“淘宝”在发展之初因“假货”遭遇的全球信誉危机，还是新兴平台“拼多多”的盗版横行，抑或是非法行为人利用网络多归属进行跨平台销售。都说明，要求平台承担更加积极的事前审查义务已经具备必要性和紧

[1] 1.MARY LAFRANCE, COPYRIGHT LAW (IN A NUTSHELL) 286 (St. Paul, MN, Thomson West Press 2008). 转引自刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》, 载《中外法学》2012 年第 2 期, 第 395 页。

迫性。当前我国法定事前审查义务，主要以身份审查和资格资质审查为主，并对网络侵权行为起到积极的抑制作用。与此同时，公法上的事前审查义务不断扩大与私法上事前审查义务停滞不前形成鲜明对比，私人审查大量存在与法定事前审查义务范围较窄形成鲜明对比。既有的不平衡状态，反应到在司法实践，形成司法审判的分歧和法律适用的困境。所以，重构平台责任成为突破当前法律困境的关键，而扩大事前审查义务、要求平台设立合理的“类型化技术过滤”、探寻电子商务平台应承担的民事责任，则是重构平台责任的中重要突破口。本文主要从“网络中立原则”以及平台治理理论研究为出发点，对我国学者关于事前审查义务的代表性观点进行文献综述，梳理事前审查义务的理论争议，包括赞同观点、反对观点以及折中观点。明确事前审查义务与数字技术发展息息相关，因此学者对事前审查义务的认识和研究也呈现动态变化的特征。提出数字经济背景下规制事前审查义务的重要性。通过梳理事前审查义务、事前审查义务与其他义务的关系及深入研究现有文献，对现有研究的不足之处进行论证和阐述。以此基础研究展开论文的相关论述。

一、背景：平台经济新发展与网络治理的完善

（一）网络治理“中立原则”综述

互联网时代，网络空间的治理一直是理论研究的重点。在互联网经济发展早期，互联网自由主义占据主导，强调互联网领域作为“法外之地”，用户拥有不受法律规制的自由，为促进互联网经济的发展，美国基于互联网自由主义确立宽容的平台责任治理策略。随后，网络治理的中立性原则开始为部分学者所倡导和支持。作为界定网络服务提供者到底应该承担何种法律角色，应该为何种行为的基本原则。中立性原则有三种不同的研究维度：一是，网络中立原则。要求网络运营商在提供网络服务时不偏不倚、不得歧视，平等的为不同的设备、程序、链接和传输提供服务。二是，技术中立原则。网络服务提供者作为网络技术和在线空间的搭建者，在网络侵权产生时承担“非实质侵权原则”。无论从那个角度，对于互联网平台来说，均涉及到一个核心问题。平台的义务和责任。三是，平台中立原则。平台中立原则来源于网络中立原则的发展，由于超级平台的出现，很多国家和政府开始要求处于内容提供层的超级平台承担中立责任。

1.网络中立原则(Net neutrality)

互联网以数字技术为基进行架构，主要分为网络物理层、逻辑层、应用层、内容层。[2]网络用户有权接受网络服务、选择网络服务，且在使用网络服务的过程中，基本权利受到保障。“为了保障这种权利，电信运营商、宽带服务商等负有对网络流量传输持中立立场的义务，要确保相似内容被同等对待，并在网络上以相同速度传播。”[3]所以，无论从用户基本权利保障，还是从促进互联网发展的角度，为求双赢，在互联网发展早期，各国普遍采纳“网络中立”原则以及宽松的法律政策环境。[4]

网络中立理论最著名的是吴铭修教授(Tim Wu)提出的“网络中立”，以吴教授为代表，学者强调网络宽带服务商的公共职能，将网络服务提供者归类为“公共承运商”，强调其中立性和开放性，以此预防互联网的垄断和控制。吴修铭（Tim Wu）提出网络中立规则，为了使公共信息网络的效能尽可能地最大化，互联网服务提供者（Internet service provider 以下简称“ISP”）应该以同样的方式对待所有的内容、网站和平台。[5]但是，网络服务提供者本身由科技企业运营，无论是其营利主体的性质、技术创新的前期投入亦或是互联网战略的国际竞争，都质疑网络服务提供者承担“公共承运商”义务的合法性和合理性。因此，有学者指出,网络中立原则建立于保证用户权利的基础上，但是用户访问互联网的权利在网络非中立的环境下并未受到影响。[6]而且，互联网发展的复杂性，要求网络服务提供者在需要有所作为时，应该根据具体情况进行判断。互联网先驱大卫·法伯(David Farber)提出，面对海量的线上内容，适当筛选和区别对待具有必要性。[7]我国学者高薇在 2016 年的文章《互联网时代的公共承运人规制》中提出，应将网络服务提供者视为向大众提供服务的公共承运人，其核心的义务为非歧视性地向大众提供服务。高薇认为，信息垄断带来的后果是对用户创造的内容的操控，

---

[2] LARRY L. PETERSON & BRUCE S. DAVIE, COMPUTER NETWORKS: A SYSTEMS APPROACH 28 (CAMBRIDGE, MA, M.I.T. 2003).

[3] Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, 2 J. on Telecomm. & High Tech. L. 141 (2003)

[4] *Sarah DeAgostino, Neutrality in the Modern World: Internet Regulation's Impact on Economics and Society*, 10 Notre Dame J. Int'l Comp. L. 82 (2020).

[5] 吴修铭：《总开关—信息帝国的兴衰变迁》，顾佳译，中信出版社 2011 年版，第 45-47 页。

[6] Christopher S. Yoo, *Network Neutrality, Consumers, and Innovation*, 2008 U. Chi. Legal F. 179, 182 (2008).

[7] David Farber, Michael Katz, *Hold off on Net Neutrality*, http: / / www. washingtonpost. com/ wp-dyn/ content/ article/2007/01/18/ AR2007011801508. html(last visited Jan. 21, 2022).大卫·法伯(David Farber)提出“当流量超过网络承载能力时,就会有一些事情延迟。在选择延迟的内容时，允许网络支持来自患者心脏监视器的流量而不是提供音乐下载的流量是有意义的。允许网络运营商限制完全有害的流量(如病毒、蠕虫和垃圾邮件)也是有意义的”。

是对思想的干预。[8]平台此种的隐蔽操纵，产生了对用户的潜在歧视。所以，高薇建议将公共承运人引入互联网平台规制，要求平台遵守平台中立性原则。

中立原则对当下的平台规制有一定的启发性。平台经济崛起，在当前社会关系构成中，其角色越来越重要。超级平台不但可以影响用户基本权利，甚至可以操纵用户。超级平台引发的平台经济领域的竞争问题也相当突出，中立原则确立的基本目的，便是对用户权利的保护，并且对享有门户位置，起到基础设施作用的平台企业进行规制。对其提出对平台提供同等网络服务的义务要求，以此规制超级平台的滥用控制力，损害用户切身利益。网络中立原则蕴含“权责统一”的法律精神，契合当前平台经济领域的发展性现状。丁晓东教授提出，贯彻网络中立原则基本价值追求，调整中立原则具体规则，并依据其建立规制互联网平台的基本架构，具有重要意义。[9]

2.技术中立原则（Substantial non-infringing use）

技术中立原则，在法律领域内又称为“实质性非侵权用途规则”。源于 1984 年美国联邦法院裁判的“Sony 案”。原则的设立基于为鼓励科技创新，技术手段只要符合“实质性非侵权使用”标准，经营者便可免除侵权任。经营者不会因提供新型技术手段被侵权人利用，承担民事责任。[10]但是随着互联网传播的影响不断扩大。美国 Grokster 案中，美国最高法院将积极引诱侵权引入。“法院可以依靠其他证据证明行为人有引诱侵权的意图，动摇了实质性非侵权用途的绝对抗辩地位。”[11]无论是积极侵权还是放任扩大，技术提供者的主观过错可以通过行为进行判断。有学者将技术中立进行解构，提出其包含三种含义：功能中立、责任中立及价值中立。[12]功能中立是对网络中立的拓展，强调法律应尊重技术发展的规律，不得进行歧视性对待。责任中立即是版权法里的“实质性非侵权使用”标准，经营者可免除侵权责任。[13]价值中立从前两种价值中发展而来，主要指技

[8] 参见高薇：《互联网时代的公共承运人规制》，载《政法论坛》2016 年第 4 期，第 88 页。
[9] 参见丁晓东：《网络中立与平台中立：中立性视野下的网络架构与平台责任》，载《法制与社会发展》2021 年第 4 期，第 122 页。
[10] Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.,464 U.S.417,421(1984).
[11] 崔国斌：《网络服务商共同侵权之重塑》，载《法学研究》2014 年第 4 期，第 146 页。
[12] 参见郑玉双：《破解技术中立难题—法律与科技之关系的法理学再思》，载《华东政法大学学报》2018 年第 1 期，第 85-97 页。
[13] 网易科技：《“菜刀理论”适用快播案？技术无监管如潘多拉魔盒》，http://tech.163.com/16/0120/09/BDOV4FFJ000915 BF.html, 2021 年 10 月 3 日访问。

术的价值被吸纳入法律的价值中，法律在吸纳技术价值的同时做出价值调整，进而产生法律规范的改变。[14]

3.平台中立原则（Platform Neutrality）

在平台中，海量信息爆炸性传播，个体注意力成为稀缺资源。[15]平台通过掌控平台架构、经营模式和规则制定权，享有注意力分配权。因此，政策制定者认为平台承担更为主动、积极的责任，提高对违法行为的注意义务和对用户的服务义务。传统网络中立原则要求的不得歧视，对所有流量平台等对待的要求，显然不符合当前平台经济的发展趋势。因此,很多学者主张平台应当更多地承担中立性责任，[16]确立平台中立（Platform Neutrality）原则。

此时，平台中立成为新的政策选择。平台中立原则不同于网络中立原则和技术中立原则。[17]法国国家数字委员会在2014年发布一份平台中立性报告，指出在数字社会平台发挥着核心作用。平台中立性一方面旨在保护自由，另一方面促进平台经济自身发展。其倡导的中立态度有助于建立最广泛意义上的自治权利，即采取行动和做出决定的能力。所以，平台中立为保障互联网创新和自由。并且报告要求平台维持其中立性与非歧视性。[18]法国的平台中立规则侧重于确保互联网平台为消费者提供公平、清晰和透明的信息。平台中立并没有要求平台对所有用户、信息和流量提供完全平台的对待。一方面，平台中立并不要求对平台内所有用户提供完全相同的服务。另一方面，平台中立，不再受制于“实质性非侵权使用”，在第三方侵权中能够根据“避风港”规则获得豁免。而是要求平台更积极主动的履行义务。2016年的法国《数字共和国法》(Digital Republic Law)，明确平台的公共设施法律地位,要求平台公平的为消费者提供清晰的和透明的信息。欧洲议会在2017年指出，“网络中立以及公平和非歧视地进入在线平台的需要是创新和真正竞争市场的先决条件。”[19]在此种原则的指导下，并未否认平台逐利性，而是尊重平台选择适合的商业模式和行为规范，但是要求平台落实严格的保

---

[14]参见陈兵：《互联网屏蔽行为的反不正当竞争法规制》，载《法学》2021 年第 6 期，第 138 页。

[15] LANHAM, R. A., THE ECONOMICS OF ATTENTION: STYLE AND SUBSTANCE IN THE AGE OF INFORMATION 7, （The University of Chicago Press, 2006）.

[16] Brad Smith, The Need for a Digital Genev Convention, Transcript of Keynote Address at the RSA Conference 2017 (Feb. 14, 2017) (transcript available at https://blogs.microsoft.com/uploads/2017/03/Transcript-of-Brad-Smiths-Keynote-Address-at-the-RSA-Conference-2017.pdf).

[17] Sarah DeAgostino, *Neutrality in the Modern World: Internet Regulation's Impact on Economics and Society*, 10 Notre Dame J. Int'l & Comp. Law. 82, 141 (2020).

[18] French Digital Council, *Platform Neutrality-opinion No.2014-2 of the French Digital Council on Platform Neutrality*, https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/platformneutrality_va.pdf (last visited Apr. 22, 2022).

[19] Jan Kramer & Daniel Schnurr, *Is There a Need for Platform Neutrality in the EU?*, 42 Telecommun. Policy 514, 514–29 (2018).

护言论自由和透明度，迫使平台向消费者提供公平、清晰、透明的信息。通过强制执行这些要求，法国将避免在没有平台中立的情况下出现的负面社会影响。平台中立在欧盟网络治理中逐渐成为一种趋势。[20]在我国也开始重视平台中立责任，根据《电子商务法》，电子商务平台应当“遵循公开、公平、公正的原则，制定平台服务协议和交易规则”，并且“不得对平台内经营者进行限制交易、附加不合理条件、收取不合理费用”等不正当竞争行为。[21]

（二）技术规制理论的起源与变革

在互联网经济发展之初，就伴随着对于互联网技术规制的讨论。其中“代码即是法律”的制度构想是劳伦斯·莱西格教授在其专著《代码》中的核心观点。该理论深刻指出，基于结构特征和技术特征，支撑互联网平台的技术架构，即代码直接约束用户行为。在网络平台，代码起到行为规范的规制作用，呈现出“代码即法律”的规范性效果，反过来法律可以通过代码约束行为。平台经营者作为商业主体，即是平台运营者也是架构者，平台掌握代码编写权、控制权，是网络空间的管理者。对平台经济发展产生实质影响，拥有直接控制权。在此基础上，监管部门想要实现对平台空间的规制，设置平台责任约束平台代码控制权，明确平台技术“守门人”责任，具有重要意义。[22]在 Zittrain 的互联网规制理论中，P2P 的互联网架构最具有“生成性”，有利于广泛的社会创新；而财产化的平台能够大大提高网络的可规制性和安全性，降低网络执法的难度，但不利于互联网创新。[23]随着平台力量扩张，”避风港”规则为平台创造的宽松的监管环境和优厚的法律支持，已经引起监管者和利益主体的不满。尤其是平台生态系统的开始形成，网络效应和锁定效应产生的限制竞争的负外部性开始显现。无论是商家用户还是消费者用户，其权益在当前平台环境中处于风险之中。所以政策制定者开始反思，适当扩大平台责任。

1.“代码即法律”的理论起源及发展

---

[20] Friso Bostoen, *Neutrality, Fairness or Freedom? Principles for Platform Regulation*, 7 Internet Policy Rev. 1, 1–19 (2018).
[21] 参见《电子商务法》第 5 条。
[22] Zittrain J. A history of online gatekeeping. 19Harv. JL & Tech.253(2005).
[23] ZITTRAIN J. THE FUTURE OF THE INTERNET-AND HOW TO STOP IT. (YALE UNIVERSITY PRESS, 2008).

上世纪 80 年代，科技促发、支持、强制、抑制或排除特定行为的影响力已经被学者所阐明。[24]并且提出科技内在政治性的概念。其中 Joel Reidenberg“信息法制”[25]，其后美国网络空间法先驱劳伦斯·莱斯格在其代表作《代码:网络空间中的法律》中提出在商业活动的影响下，网络空间变得高度可规制，甚至比现实中控制还要严密，“代码即法律”是网络空间治理根本。并提出平台治理应缘同国家治理，治理工具为法律、规范、体系结构和市场。

莱斯格的治理模型，主要包括法律、规范、体系结构和市场四个工具。一是，法律。作为明确的规则，使用法律规范良好行为时，反馈要及时开放，使用法律来约束不良行为时，反馈要缓慢而透明。二是，规范。作为对行为的反映，可以通过对行为设计准则构建起来，行为设计是一个触发、行动、奖励和投资等组成的循环序列。三是，体系结构。在平台经济的范畴中基本上指的是编程代码，用软件系统进行自我提升。四是，市场。通过机制设计和各种激励管理约束行为不单单靠的是货币刺激，还有快乐、名誉和财富三种人类原始动机，这类价值也可被称为“社会货币”。在平台实践中，四种治理模式相互交织、辅助，共同发挥作用。电商平台作为经营者主体遵守国家法律，自觉履行法律义务。与此同时，由于平台双边市场的特殊结构，在用户入驻时，会利用服务协议和平台规则对用户行为进行规范。电商平台要求平台内经营者履行法律义务，并且辅助内部行为规范和网络服务合同授权取得的内部处罚措施。以体系最为完整的淘宝平台规则为例，《淘宝规则》中规定对滥用会员权利的进行排查；《淘宝网出售假冒商品认定和处罚规则与实施细则》提到，面对海量卖家和商品，平台利用“假货模型”进行排查。天猫平台的《天猫 2018 年度各类目续签考核标准一览表》中对经营者续签考核的“DSR 动态评分”系统等等。根据平台规则的内容，平台内部治理的技术手段主要有两类：一是，对用户不合规行为进行监控、进行自动化决策，对违规用户进行处罚。二是，运用引导激励算法对用户进行评价、分级，激励用户进行合规经营。

2.“自动化执行”诠释“代码即法律”新内涵

---

[24] Mowshowitz, Abbe. [ACM Press the ACM 12th annual computer science conference - Philadelphia, Pennsylvania (1984.02.14-1984.02.16)] Proceedings of the ACM 12th annual computer science conference on SIGCSE symposium - CSC '84 - Computers and the myth of neutrality. 85–92 (1984).

[25] Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76(3)Texax Law Review,553-593(1998).

莱斯格明确指出，代码是形成互联网体系结构的基石，科技企业在运营电商平台时，其建立平台的目的、商业模式选择，盈利手段的定位等，最终呈现到公众面前，并且吸引用户入驻的最终形象，取决于电商平台运营者和设计者的选择，并且最初建立以代码构建开始。以当前网络交易平台中最具代表性的淘宝平台和天猫平台，虽同属相同科技运营，但是平台定位不同，首先区分于代码在平台基础架构中的作用。“代码规则通过事先执行的方式对个人行为加以限制，即代码可以防止人们违反技术规则，甚至可以在人们实施行为之前就能发挥预防作用，这与传统法律规则的事后救济与执行恰恰相反。”[26]如，天猫平台对商家设置更为严格的准入资质资格审查，在底层设计以代码呈现，中层维持以规则，在表层执行以算法模型维持。所以，根据“代码即法律”的观点的前期思路，政府能否监管代码，部分取决于谁来控制代码。随着数字技术和人工智能的发展，“代码”直观将网络空间的架构基础进行阐释。

但是，代码仅仅作为一种网络架构的物理表现形式，无法体现出平台的数据处理活动，以及当前人工智能的自主性和自动化。所以在网络空间治理相关研究中，当前学界对于数字技术的研究和规制主要集中于算法自动执行法律的研究。需要注意的是，无论是代码还是法律不是法律，没有法律应具有的实质和外在表现。法律作为社会行为指导规范，一般高度抽象，目的为适用无数可能无法准确预见的情况。代码与算法，属于技术语言，需要“严格的形式化语言特征”、“类别明确”、“事前模型设定”等。所以，代码只是具有类似于法律的功能，并不是法律也没有取代法律。代码毕竟不是真正的法律。而且，代码作为人类创造的技术工具，在被设计和应用的过程中，受设计者和使用者摆布，有被滥用的可能。所以，代码从产生到应用存在与法律冲突、故意侵害法律权利和规避法律义务的可能性。[27]

（三）算法规制的文献概述

1．算法规制理论的研究维度

算法常被认为是“一种有限、确定、有效的并适合用计算机程序来实现的解决问题的方法”[28]。随着算法泛化，国内外学者均意识到算法的影响力和控制

---

[26] [美]Primavera De Filippi，Samer Hassan：《从“代码即法律”到“法律即代码”——以区块链作为一种互联网监管技术为切入点》，赵蕾，曹建峰（译），载《科技与法律》，2018 年第 5 期，第 10 页。

[27] 参见[英]凯伦·杨：《区块链监管：“法律”与“自律”之争》，林少伟译，载《东方法学》2019 年第 3 期。

[28] [美]Robert Sedgewick、Kevin Wayne:《算法（第 4 版）》，谢路云译，人民邮电出版社 2012 年版，第 1 页。

力已经形成一种新型的科技权力。所以，如何有效规制算法，成为当前研究的重点。算法治理属于数字技术，其运行遵循内部体系的逻辑自洽，本身具备客观性。因而，算法引发法律实践上的难题，是由其社会意义和价值属性导致的。[29]有关算法规制的研究集中于算法权力、算法黑箱、算法歧视等算法的负外部性，学者一般结合知识产权、言论自由、个人信息和隐私权保护等领域渐次展开。

David Beer 在 2009 年便对算法权力进行研究，指出算法作为人工智能技术的代表，体现理性、中立、高效等文化内涵，人们会对算法形成信任和依赖，源于算法所发挥的分类、过滤、推荐等决策功能形成支配力和影响力，[30]算法权力逐渐形成一种“准公权力”。[31]且“兼具软权力和资源权力的特质，通过技术手段实现操控目的。”[32]张凌寒教授指出，算法基于海量数据运算配置社会资源，直接作为行为规范影响人的行为，辅助甚至取代公权力决策，从而发展为一支新兴的技术权力。[33]平台借由技术屏障达成了平台内部技术化统治。张爱军教授和李圆指出，通过算法把控社会信息及资源，算法形成一种“准公权力”，法律应构建完善的算法治理体系，规制限制算法偏好，保障社会的公平正义。[34]周辉认为，“三位一体”的算法社会，算法权力日益显著，应该由“算法的规训转化为算法权力的规制。”[35]丁晓东教授指出，当前算法被广泛运用于社会治理，必须要积极应对算法崛起对法律带来挑战。“算法隐含的价值立场使得有必要对其进行规制。”[36]平台经济时代，大数据和智能算法由线上逐渐渗透线下。不论是平台领域内的“精准营销”还是“个性化推荐”的商业行为，或是涉及到公共领域的重大问题，算法逐渐展现在不同层次的支配力与控制力。[37]时建中教授和马栋提出，如果一味沉浸在算法虚构的假象中，那么最终将步入由平台操控的“计划经济时代”。[38]算法作为人工智能技术，以专业、隐蔽和不易理解的技术代码形

---

[29] 陈景辉:《面对转基因问题的法律态度——法律人应当如何思考科学问题》，载《法学》2015 年第 9 期第 118 页。

[30] David Beer, *Power through the Algorithm? Participatory Web Cultures and the Technological Unconscious.* 11 New Media Soc. 985, 990 (2009).

[31] 参见郭哲:《反思算法权力》，载《法学评论》2020 第 6 期，第 33 页。

[32] 肖冬梅:《“后真相”背后的算法权力及其公法规制路径》载《行政法学研究》2020 第 4 期，第 8 页。

[33] 参见张凌寒:《算法权力的兴起、异化及法律规制》载《法商研究》2019 年第 4 期，第 63 页。

[34] 张爱军、李圆:《人工智能时代的算法权力:逻辑、风险及规制》，载《河海大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 6 期，第 18 页。

[35] 周辉:《算法权力及其规制》，载《法制与社会发展》2019 年第 6 期，第 114 页。

[36] 丁晓东:《论算法的法律规制》，载《中国社会科学》2020 年第 12 期，第 142 页。

[37] Diakopoulos, Nicholas. *Algorithmic Accountability*, 3 Digit. Journal. 398, 400 (2015).

[38] 参见时建中、马栋:《双重身份视角下平台自治与反垄断监管的界限》，载《竞争政策研究》2020 年第 4 期，第 42 页。

式呈现，但并未脱离人的社会行为，受到法律规制是应有之义。

二、事前审查义务义务主体概念的厘清

在以往的文献研究中心，对于事前审查义务主体的表述并不统一。在学者的研究中，义务主体多表述为“网络服务提供者”、“互联网平台”、“网络传输服务提供者”，如吴汉东教授《论网络服务提供者的著作权侵权责任》、徐可《互联网平台的责任结构与规制路径——以审查义务和经营者责任为基础》和鲁春雅《论网络传输服务提供者的审查与阻断义务》等。研究针对功能性网络平台，主要表述有“网络交易平台”、“电子商务平台”，如杨立新教授《网络交易平台提供者的法律地位与民事责任》、齐爱民教授的《论网络交易平台提供商之交易安全保障义务》、王迁教授《对电商平台间接侵害商标权的认定》等。还有一些研究聚焦于更具体的功能平台，如“网约车平台”、“短视频平台”。针对本文的研究主体，对几个相似概念进行厘清，以更好的展开论证。

1.网络服务提供者

张新宝教授早在2010年《侵权责任法》出台之际，便分析了网络服务提供者实际组成的复杂性，认为网络服务提供者由网络信息传输基础服务提供者、网络接入服务提供者、网络内容服务提供者、网络信息搜索服务提供者、网络链接服务提供者以及综合服务提供者等众多主体组成，指出其中的网络内容服务提供者和网络接入服务提供者是实践中最容易发生网络侵权的主体，并进一步提出有必要限缩《侵权责任法》第36条所指“网络服务提供者”，将单纯提供技术服务的网络联线服务商排除在网络服务提供者的概念之外。[39]

2.互联网平台

“平台”在我国是一个正式的法律概念，被规定于众多法律规范之中。但相关法律并没有对“平台”做出明确的概念界定。平台上双边和多边利益攸关者通过“平台”这个“中介”(intermediary)连接和匹配，形成网络效应。[40]所以，肇始于计算机应用软件的操作系统的“平台”，发展为互联网经济领域最重要的概念之一，双（多）边平台市场。[41]“2016年之后，平台成为世界各国立法文件

[39] 参见张新宝、任鸿雁:《互联网上的侵权责任: <侵权责任法>第 36 条解读》, 载《中国人民大学学报》2010 年第 4 期, 第 19 页。

[40] 吕鹏、周旅军、范晓光:《平台治理场域与社会学参与》, 载《社会学研究》2022 年第 3 期, 第 68 页。

[41] Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-sided Markets*, Journal of the European Economic Association 990, 991 (2003).

中普遍用词，也成为大型互联网公司的自称。”[42]法学中的平台概念源于经济学上的双边市场理论（Two-sided Market），就平台本身的内涵来说，平台既涵盖网络环境下的平台（例如内容聚合平台、网络交易平台、网络社交平台），又涵盖非网络环境下的平台（例如电视、广播、舞会举办者）。[43]在《平台革命》中，作者将平台定义为一种基于外部供应商和顾客之间的价值创造互动的商业模式。并且对平台经济模式的特征进行归纳，作者指出传统创造价值的系统是一种“管道”模式，供应商在一端顾客在另一端，是从生产到购买的线性价值链。而在平台结构中，供应商和顾客还有平台本身处于多变的关系网当中，价值基于平台的辅助在连接中得已以不同形式在不同地点实现。

3.在线中介

在线中介（Online Intermediary）的表述，研究重点在于网络服务提供者的中间性质，聚焦于网络平台为用户提供中介性质的“中介服务”。此种表述主要出现在西方研究文献中，集中于网络服务提供者对第三人侵权，应承担民事责任的探讨。与一般经营主体不同，在线中介并不直接提供某种内容、商品，只为第三方提供网络服务。[44]而且在线中介也用于厘定和“避风港”规则的适用范围。如有学者提出，“避风港”规则适用于四类在线中介活动：一是互联网接入，二是系统缓存，三是内容托管，四是互联网连接服务，只有遵守“避风港”规则，以上四类网络服务提供者才可能因此而免责。[45]互联网经济中各种各样的在线中介被追究责任，源于其为他人犯下的错误提供便利。

三、事前审查义务的文献综述

本文梳理归纳学者对于事前审查义务的研究文献，发现关于事前审查义务的独立研究较少，多被包含在安全保障义务和注意义务研究范围内。对于安全保障义务和注意义务，在学界历来存在一定争议，且在司法实践中也存在概念适用混乱和不规范的情形。所以，梳理事前审查义务的理论基础，是进行研究的重要基础。而且发挥事前审查义务的价值和功能，需要与其他义务相辅相成。如事前审查后的通知提醒义务、信息披露义务、和报告义务等。所以对本部分受限梳理事前审查义务现有的理论，然后分析事前审查义务和安全保障义务、注意义务关系

---

42 张凌寒:《平台“穿透式监管”的理据及限度》，载《法律科学》2022 年第 1 期，第 106 页。

43 周雪峰、李平主编:《网络平台治理与法律责任》，中国法制出版社 2018 年版，第 4 页。

44 *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, https://www.oecd.org/sti/ieconomy/44949023.pdf *(last visited May. 22, 2022).*

45 Althaf Marsoof, *Notice and Takedown: A Copyright Perspective*, 5 Queen Mary J. Intelle. 183, 191 (2015).

的研究。

（一）我国事前审查义务的研究的主要特点

1.事前审查义务的独立研究较少

事前审查义务多被学者作为其他义务的组成部分进行研究，如王迁在其专著《网络环境中著作权保护研究》附带研究了网络服务提供商的审查义务问题。林沈纬（《网络交易平台提供商的注意义务认定研究——以淘宝网为例》2013），从注意义务角度认为网络交易平台提供者应当对知识产权进行合理审查。齐爱民、陈琛（《论网络交易平台提供商之交易安全保障义务》2011）列举事前审查义务有市场准入审查义务、对交易欺诈的监管义务，并提出事前审查义务属于安全保障义务。

2.从公法角度研究平台事前审查义务。

赵鹏教授在其论文《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》（2017）中提到对于网络交易第三方平台的法律责任还有未明确之处，而行政监管部门的立场则是强化其责任解释。监管部门从功能主义进路对平台责任强化解释存在法理上的缺陷，没有考虑到经营信息并不是由平台进行创造的。赵鹏教授还提到，谈到监管规则对平台本质的误解导致对平台施加激进的监管义务和行政责任，会抑制创新效应。并且提出，过度对平台施主动和实质性的监管义务，会产生私人事前审查对用户权利的侵蚀效应。[46]

薛虹教授（2014）指出，“近年来国家版权局多次以发布通知的形式，要求视频、音乐、文学和网盘等第三方平台开展自查自纠，令网络平台这一私人主体承担原本由行政机关履行的义务，或者说是赋予了私人主体一种准行政权力。”[47]姚志伟教授（2018）从公法义务的角度对审查义务和注意义务进行区分。他认为两种义务对网络服务提供者的要求不同，审查义务要求网络服务提供者积极地采取措施查。注意义务则属于事后义务，发现后即使制止即可。[48]姚志伟教授（2019）在在另一篇详细论述技术审查的论文中提出，应将公法审查义务作技术性定位，以此明确公法审查义务的范围和限度，要求网络服务提供者承担合理的事前审查义务，不能要求其承担超过能力范围之外的审查或者人工审查。[49]

---

[46] 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》，载《清华法学》2016 年第 6 期，第 127 页。

[47] 薛虹:《论电子商务第三方交易平台—权力、责任和问责三重奏》，载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2014 第 5 期，第 39 页。

[48] 参见姚志伟:《公法阴影下的避风港——以网络服务提供者的审查义务为中心》，载《环球法律评论》2018 年第 1 期，第 102 页。

[49] 参见姚志伟:《技术性审查：网络服务提供者公法审查义务困境之破解》，载《法商研究》2019 年第 1

（二）主要观点梳理：否定说和折中说

1.否定说：认为网络平台无事前审查义务

此类观点主要产生于互联网发展早期，学者研究多从网络平台对商品信息、商标信息等角度出发。持否定说的学者认为，网络交易平台经营者作为网络服务提者没有监控网络信息的一般义务。胡开忠教授（2011）中从身份、商标权的性质、监控的可行性、公众利益保护四方面论证了网络交易平台在商标权方面并无事前监管义务。[50]王静（2014）认为，网络交易平台经营者既没有对卖家发布的商品信息进行事先审查的义务，也没有主动搜寻、删除侵权信息的义务。[51]徐伟博士在其博士论文《网络服务提供者侵权责任理论基础研究》提出：“就控制力理论而言，网络服务提供者对其提供的网络服务内容不负有事前控制的义务，除非此种事前控制是业界所普遍采纳的标准控制技术。”[52]

梁志文教授在论文《网络服务提供者的版权法规制模式》（2017）中从技术过滤手段的不足之处，如平台运营成本以及强制合作正版数据库不合理的角度论证事前主动审查义务在版权规制上不可取，而应构建以注意义务为中心的事中责任模式。司晓、费兰芳（2012）提出，网络交易平台提供者不承担知识产权审查这一注意义务。[53]司晓在 2018 年论文《网络服务提供者知识产权注意义务的设定》中，从注意义务角度继续深入论述，提出当法院判断电商平台是否应当知道卖家具有商标侵权行为时，可以将侵权信息的明显程度纳入考量范围，而侵权信息是否明显与商标本身是否著名或驰名有直接的关系。刘金瑞在《网络食品交易第三方平台责任的理解适用与制度创新》（2017）认为，“第三方平台作为平台的运营者，并未参与实际的交易活动，资格资质审查自然应当是形式审查。”[54]

2.折中说:认为特殊情形下承担事前审查义务

此类研究内容主要概括论述平台应该承担一定事前审查义务。齐爱民教授在其著作《电子商务法原论》（2011）对网络服务商应承担的义务进行梳理，认为其承担的主要义务中包括平台服务提供义务中包括市场准入审查和交易监管义务两项审查义务。齐爱民、陈琛（《论网络交易平台提供商之交易安全保障义务》

期，第 31-42 页。

[50] 参见胡开忠:《网络服务提供商在商标侵权中的责任》，载《法学》2011 年第 2 期，第 135 至 144 页。

[51] 王静:《网购平台商标侵权责任判定中合理注意义务的界定》，载《人民司法》第 2014 年第 17 期，第 66 页。

[52] 参见徐伟:《网络服务提供者侵权责任理论基础研究》，吉林大学 2013 年博士论文，第 108 页。

[53] 参见司晓、费兰芳:《电子商务平台服务提供者的商标间接侵权责任探析》，载《知识产权》2012 年第 3 期，第 35 页。

[54] 参见刘金瑞:《网络食品交易第三方平台责任的理解适用与制度创新》，载《东方法学》2017 年第 4 期，第 89 页。

2011）认为电子商务平台负有采取直接或间接措施避免或减少网络交易风险、保护交易方财产利益不受损害的法律义务。经营者的市场准入审查义务、对交易欺诈的监管义务属于安全保障义务。

徐妤（《网络交易平台提供商在电子商务纠纷中的法律定位》2008）认为电子商务平台的法律定位应该是网络服务提供者，它承担着监管网络交易活动的责任，因此应该至少从形式上审查网络交易产品的基本信息，如果电子商务平台没有尽到自己的义务，就要承担相应的赔偿责任。鲁春雅（《论网络传输服务提供者的审查与阻断义务》2011）认为，为了保护社会公共安全和维护公共秩序,网络传输服务提供者应依据民法和公法规定承担一定的阻断义务。

于波博士在专著《网络中介服务商知识产权法律义务研究》中提出，网络中介服务商在特定的情形下承担审查义务具有宪法性基础。且平台拥有技术便利、管理优势和经济实力，由其承担这种负担是合理的，并强调网络中立理论不是否定审查义务的理由。刘家瑞博士在《论我国网络服务商的避风港规则——兼评“十一大唱片公司诉雅虎案”》2009）一文中探讨了美国立法和司法层面对主动审查义务的态度，并表达了谨慎的支持意见；陈锦川法官在（《网络服务提供者过错认定的研究》2011）一文中认为，对网络服务提供者是否应负担事先审查的义务进行探索是必要的，但是对待审查义务的确立应该慎重。

林沈纬（2013），从注意义务角度认为网络交易平台提供者应当对知识产权进行合理审查。[55]吴伟光在论文《网络服务提供者对其用户侵权行为的责任承担——不变的看门人制度与变化的合理注意义务标准》（2011）中，从注意义务角度阐述了对平台施加相应责任。并指出网络服务提供者作为整个信息产业的参与者和获利者之一，应该合理地承担相应的义务和责任，应该作为理性人或者善良管理人来管理其用户所发布的信息和内容。

崔国斌教授在《论网络服务商版权内容过滤义务》（2017）提出，“(我国)著作权法正式确认部分网络服务商具有版权内容过滤义务，只是时间早晚的问题”。[56]刘颖教授在《我国电子商务法调整的社会关系范围》（2018）中，对《电子商务法》第 38 条规定审核义务进行合理性论证,指出平台经营者具有“企业”与“市场”之“二重性”，所以应该履行事前审查义务。[57]让平台经营者对此类

[55] 参见林沈纬:《网络交易平台提供商的注意义务认定研究—以淘宝网为例，商标简介侵权认定为中心》，载《前沿》2013 年第 19 期，第 88 页。
[56] 崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》，载《中国法学》2017 年第 2 期，第 237 页。
[57] 参刘颖:《我国电子商务法调整的社会关系范围》，载《中国法学》2018 年第 4 期，第 212 页。

信息进行审核，将有利于保障消费者生命安全，实现社会的稳定发展。

孙晋教授和袁野博士在《论平台经营者的民事法律责任—<电子商务法>第38条第2款的解释论》（2020）提出，“考虑到大数据时代查询真伪的便利性，以及生命健康权作为自然人的最高利益。第三方平台负有投入一定人力和成本审查关乎消费者生命安全的商品或服务经营者资质资格真伪的义务。”[58]

3．激进说：平台应承担严格的事前审查义务

随着电子商务平台能力扩张，很多学者提出，要求电子商务平台在未履行对平台内经营者入驻资格审核和平台内经营者上架商品或服务的审核义务时承担连带责任。[59]甚至有学者提出，“电商平台在能力范围内，对简单的身份识别信息和经营活动相关的基础性信息进行实质性审查。”[60]司法审判中，也有法院持此种观点：“如果电商平台经营者未履行最基本资质资格审核义务，则应当认定具有重大过错，应当参照《电子商务法》第38条第1款规定判定承担连带赔偿责任。”[61]

4．具体研究：论述事前审查义务的行为标准

（1)反复侵权行为的存在。王迁教授(《对电商平台间接侵害商标权的认定》2016)提出，电商平台不负有对网络活动的一般性监控义务只是意味着电商平台无须主动对其他经营者的网络活动实施监控，但当特定情形出现时，监控义务完全可能随之产生。经营者利用平台和服务实施了反复侵权行为。且电商平台存在监控侵权的有效技术手段，应当采取相应的措施防止侵权行为的发生。持相同观点的学者陈绍玲在《避风港准入门槛在我国的不适应性分析》（2014）中提到，设置明确、便捷的通知—删除程序，采取措施制止同一用户重复，可以转化为考察网络服务商是否应知用户侵权行为的因素。

（2）成本合理、技术可用。王迁教授在论文《对电商平台间接侵害商标权的认定》（2016）中提出，平台应负一定审查义务的重要前提是审查成本合理的考量。他提出从“成本-收益”分析角度，如果技术手段成本合理且便捷有效，平台应当加以使用，否则可能认为平台存在过错。石必胜（2013）认为“应当结合利益平衡原则和合理预防原则以及案件的具体情况来进行分析，承担类似于销

---

[58] 孙晋,袁野:《论平台经营者的民事法律责任——电子商务法》第38条第2款的解释论》，载《财经法学》第1期，第56页。

[59] 郭锋等编著:《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》，人民法院出版社2018年版，第433页。

[60] 王道发:《电子商务平台经营者安保责任研究》，载《中国法学》2019年第6期，第286页。

[61] 参见广东省深圳市中级人民法院（2020）粤03民终943号民事判决书。

售者的形式审查义务。”[62]石必胜（2013）在另外一篇论文《网络服务提供者的事前知识产权审查义务》中认为，如果网络服务提供者在成本很低就能够有效预防侵权的情况下，而不主动采取必要的、合理的预防措施应被认定为有过错。所以要根据具体情形对平台施加一定的事前审查义务。[63]崔国斌教授在论文《论网络服务商版权内容过滤义务》（2017）中提出，由于过滤系统的核心在于近似于零的边际成本复制，一旦有平台开发成功，可让多平台共享数据，共同分担成本。胡一民在论文《网络服务提供者的著作权内容事前过滤义务探析》（2018）中认为，网络内容过滤技术正逐步发展成熟。一旦正版数据库建立，便可自动阻止过滤侵权内容。网络服务提供者可以轻松地实现内容检测，提高打击盗版效率，为网络服务提供者承担事前审查义务提供技术支撑。

（3）电商平台事前审查义务标准研究。施小雪,徐春成在论文《论网络交易平台商标侵权判定规则的修正-以事前审查义务为中心的考量》（2015）中系统的探讨了网络交易平台商标权事前审查义务，提出汉德公式以“事故避免可能性”之经济权衡作为裁判方法，可被作为裁判网络交易平台商是否具有事前审查义务的工具。而判断网络交易平台商须承担事前审查义务的标准，一是司法经验中的实质利益标准，二是行业类别标准。田小军、郭雨笛在论文《设定平台版权过滤义务视角下的短视频平台版权治理研究》（2019），从短视频网站版权角度提出了加重平台在内容监管等领域的事前事中义务已经成为大势所趋，并且提出将技术水平因素纳入短视频平台注意义务的衡量标准之中，设立平台版权过滤义务。

四、事前审查义务与其他义务的关系

（一）网络服务提供者的注意义务

如上文总结，我国学界对于互联网平台注意义务的主体，一般表述为网络服务提供者。这是民法传统义务形式和互联网平台经济开始结合的主要研究范式，将义务主体界定为网络服务提供者，能够更广泛的包含不同功能互联网平台和新型平台。国内学者对于网络服务提供者注意义务的研究较多，主要以注意义务标准作为研究重点。吴汉东教授在论文《论网络服务提供者的著作权侵权责任》（2011）中提到：“在网络环境下，注意义务概念表现出极大的灵活性，越来越多地被用于确定网络服务商的责任。[64]“在故意侵权的情况下，网络服务提供者

---

[62] 参见石必胜:《电子商务交易平台知识产权审查义务的标准》, 载《法律适用》2013 第 2 期, 第 104 页。

[63] 参见石必胜:《网络服务提供者的事前知识产权审查义务》, 载《电子知识产权》2013 第 9 期, 第 49 页。

[64] 吴汉东：《论网络服务提供者的著作权侵权责任》，载《中国法学》2011 年第 2 期，第 38 至 47 页。

违反的是不得侵害他人合法权益的义务；在过失侵权的情况下，网络服务提供者违反的是对他人合法权益应尽到的注意义务。”并对其注意义务的标准提出见解，平台对内容的识别和控制能力越强，注意义务越高；反之，识别和控制能力越弱，则注意义务越低。

梁志文教授主张（《网络服务提供者的版权法规制模式》2017），在版权保护方面网络服务提供者应该承担以注意义务为中心的的事中保护模式。并论述注意义务的来源分为一般注意义务和法定注意义务。注意义务的范围是认定网络服务提供者过错（过失）的重要基础。

王迁教授在其著作《网络环境中的著作权保护研究》（2011）中指出，在互联网上确定网络服务提供者的责任，适用“善良管理人”之注意义务标准是合理的。这是因为，网络服务提供者并不能对所有的网络信息负有审查义务，但其应该采用一些过滤技术防止侵权性信息的传播，或对于一些明显的侵权性信息及时进行删除。如果网络服务提供者未尽上述应注意并能注意的义务，即要承担过错责任。吴伟光在论文《网络服务提供者对其用户侵权行为的责任承担——不变的看门人制度与变化的合理注意义务标准》（2011）中提到，一般来说网络服务提供者所提供的服务中的信息量越大以及侵权与否的判定越不确定，合理注意义务的要求便越低，如果信息量小以及判定相对容易，则注意义务的标准便高。

于波博士在 2017 年发表的专著《网络中介服务商知识产权法律义务研究》提到，注意义务和审查义务是两种不同的义务类型。认为，注意义务是与过失这种过错形态相配套的制度工具，以认定过失侵权责任为己任。无论何种注意义务，都在于要求行为人尽到必要的注意和谨慎，而不要求行为人积极地预防侵权行为的发生。故意这一过错形态的认定需要考虑认识因素，而在过失客观化的基本态势之下，过失这一过错形态的认定不需要考虑认识因素，只需要考虑客观行为，只需要考虑行为人在客观上是否按照“理性人”标准履行了应尽的注意义务。因此，在认定网络中介服务商是否存在过失时，只需要分析其是否负有以及是否违反了注意义务即可，而无需考虑网络中介服务商的主观认识状态。司晓在论文《网络服务提供者知识产权注意义务的设定》（2018）中认为，知识产权上的注意义务能够被抽象成一个公式：“网络平台服务提供者的注意义务=服务类型×行为类型×权利客体。”[65]柴振国、赵晨光、王晶（《互联网立法背景下网络交易平台提供者注意义务探讨》2017）主要阐述了电子商务平台事前的注意义务和事后的注

[65] 司晓：《网络服务提供者知识产权注意义务的设定》，载《法律科学（西北政法大学学报）》 2018 年第 1 期，第 87 至 88 页。

意义务。将平台对于用户资质审查，以及知识产权技术审查纳入到注意义务的范围之内。

（二）网络服务提供者的安全保障义务。

齐爱民教授在论文《论网络交易平台提供商之交易安全保障义务》（2011）中将网络交易平台提供商的交易安全保障义务定义为平台提供商按照合同约定或者法律的规定，采取直接或间接的措施保障交易安全，避免交易风险，从而保护交易方财产利益不受损害或在损害发生后采取合理措施进行补救的义务。[66]

李依芳法官认为（《网络交易平台经营者的安全保障义务》2014），网络交易平台经营者是为网络交易双方提供平台服务的企业法人，其是否尽到了安全保障义务直接影响着对法律责任的承担。网络交易平台经营者的安全保障义务的判断标准，将成为判定其应否承担侵权责任的基础。

刘文杰博士在其著作《从责任避风港到安全保障义务—网络服务提供者的中介人责任研究》（2016）中提出，网络服务提供者使用安全保障义务具有正当性基础，一是网络服务者角色衍化的需要；二是安全保障义务不受介质局限，也适用于网络空间。

（三）审查义务、注意义务与安全保障义务的关系

1.审查义务与注意义务

李雨峰教授（2009）提出搜索引擎服务商并无审查广告内容是否侵害他人权利的实体义务。[67]王静博士认为（《网购平台商标侵权责任判定中合理注意义务的界定》2014），平台在注意义务标准内应当课以其相关信息的一般理性人的审查义务。宁园博士（2020）认为，“网络服务提供者作为网络侵权风险的控制者和参与者，有必要且有能力承担未通知阶段的主动预防义务和已通知阶段的证明材料审查义务的双重注意义务。注意义务并不等同于审查义务，审查义务也不等同于采取过滤技术。审查只是判断注意义务的一个参考因素，在审查不成为强制义务的情况下需要考虑的重要因素。”[68]王杰博士在《网络存储空间服务提供者的注意义务新解》（2020 年）中提出审查义务属于注意义务，“网络存储空间服务提供者的注意义务可分为普遍审查义务、特殊审查义务与被动注意义务等三个层

---

66 齐爱民,陈琛：《论网络交易平台提供商之交易安全保障义务》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2011 年第 5 期，第 67 至 74 页。

67 参见李雨峰:《迷失的路—论搜索引擎服务商在商标法上的注意义务》载《学术论坛》2009 年第 8 期，第 67 页。

68 参见宁园:《网络服务提供者著作权侵权中的双重注意义务》，载《重庆大学学报》2020 年第 5 期，第 156 页。

级。[69]

平台应承担注意义务而不是审查义务。两者存在区别，适用条件不同。如芮松艳法官（2012）在《论视频分享网站主观过错的认定》一文中认为，应该仅赋予视频分享网站事后的注意义务，而非事先的监控义务。[70]梁志文教授认为（《网络服务提供者的版权法规制模式》2017），网络服务提供商的注意义务并不代表事前审查义务存在，无论从理论还是司法实践角度都不能证明。且如前文所述梁教授持对网络服务提供者而言，不采用事前审查义务采用事中注意义务的观点。

有学者认为两种义务存在区别，网络服务提供者都应承担。于波博士在其专著《网络中介服务商知识产权法律义务研究》（2017）提到，注意义务和审查义务是两种不同的义务类型。尤其是在商标领域，注意义务与过失侵权认定相配套，仅需要尽到必要的谨慎和注意。审查义务是与明知或者应知相配套，其本旨功能在于认定故意。而对于商标而言，由于需要经过行政许可，在同等条件下，相比于作品，网络中介服务商更容易对商标类经营活动承担审查义务。

2.事前审查义务与安全保障义务

研究主要来源于《电子商务法》第 38 条规定中引出的审核义务与安保义务高功能和适用范围的重叠，武腾副教授指出，“资质资格审核义务是交往安全义务的具体内容，违反该义务后平台经营者应依《电子商务法》第 38 条第 1 款承担帮助侵权的连带责任。”[71]有学者认识到《电子商务法》第 38 条两款规定之间存在冲突，主张该条第 1 款适用于明显侵权，该条第 2 款适用于非明显侵权。[72]

就目前我国法律规定而言，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1198 条、《电子商务法》第 38 条对安全保障义务已经进行规定。我国知识产权相关司法解释和规定中页多次出现注意义务的概念。《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 20 条对出版者应尽合理注意义务的规定[73]，北京市高级人民法院《关于确定著作权侵权损害赔偿责任的指导意见》第 2 条关于认定被告人不履行合理注意义务的过错认定[74]，北京市高级人民法院《关于审理商标民事纠纷若干问题的解答》第 21 条关于承揽加工人的合理注意义务。由于法律规定的不统一，以及安全保障义务和注意义务在功能上的

---

[69] 王杰:《网络存储空间服务提供者的注意义务新解》，载《法律科学》2020 年第 3 期，第 101 页。
[70] 参见芮松艳:《论视频分享网站主观过错的认定》，载《电子知识产权》2012 年第 1 期，第 80 页。
[71] 武腾:《电子商务平台经营者的侵权责任》，载《法商研究》2022 年第 2 期，第 103 页。
[72] 林洹民:《电商平台经营者安保义务的规范解读与制度实现》，《现代法学》2020 年第 6 期，第 195 页。
[73] 参见《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 20 条。
[74] 参见北京市高级人民法院《关于确定著作权侵权损害赔偿责任的指导意见》第 2 条。

重叠，导致司法判决中对于安全保障义务和注意义务表述不清，存在混淆。

张民安教授认为，无论是契约法上之保护义务与侵权行为发上之安全保障义务，都是对人之自然权利和绝对性权利不受侵犯的基本制度。日本学者丹谷俊认为，“契约法上之保护义务与侵权行为法上社会安全义务，就其内容观之，在本质上并无差异。”宋哲在其专著《网络服务商注意义务研究》（2014）中提到：“安全保障义务和注意义务具有很大的重叠领域，但两者不完全相同。主要区别在于导致义务产生的特殊关系，安全保障义务存在于义务人与受害人之间，注意义务存在于义务人与第三人之间。”[75]蔡元臻教授（2021）提出，肇始于中世纪的注意义务理论推动了大陆法系中安全保障义务理论的发展。关键在于，两种理论不约而同地要求有能力且担负相当社会责任的公共性主体，在合理的范围内担负保护参与者权益的义务。[76]

五、对已有研究成果的评述

（一）缺少对电商平台义务的针对性研究

如前文所述，对于平台义务主体的表述，多从更广义的网络服务提供者为切入点，此种表述涵盖的功能性平台更加广泛。但是不同功能平台产生的基础法律关系不同。以社交类平台和交易类平台为例，社交类平台用户借助网络服务提供商的社交软件进行社交活动，基于隐私保护原则，平台对用户之间互动交流干预较少。但是对于交易平台类，平台虽不直接干涉具体交易，却对用户拥有更强大的控制力。用户点击进入平台时，便要点击同意平台协议、平台规则，接受平台对于用户行为的全面规范。所以，对电子商务平台进行针对性研究有其必要性，有利于解决互联网经济中的热点难点问题。。一是，《电子商务法》对电子商务平台经营者进行定义，以立法形式抽象概括当前电子商务平台经营者的范围。二是，电子商务平台在运营过程中消费者保护问题更加突出。三是，电子商务平台运营商引领我国平台经济的发展。截至 2019 年 2 月网络购物用户规模达 6.10 亿，占网民整体比例达 73.6%。而且随着共享经济的发展，服务类平台不断兴起，改变着消费者的生活和消费方式。

（二）研究范畴多集中于特定领域，不够全面系统

在文献综述中介绍，对于事前审查义务的研究，多从某一特定专业领域开展，其中研究最多的便是知识产权领域，如版权、著作权和商标权保护。此种研究模

[75] 参见宋哲：《网络服务商注意义务研究》，北京大学出版社 2014 版，第 55 页。
[76] 参见蔡元臻：《专利间接侵权制度专门化研究》，载《中外法学》2021 年第 5 期，第 1241 页。

式根植于研究者的研究方向，解决具体问题，具有十分重要的研究意义和理论价值。但是，事前审查义务的内容更加宽泛，仅研究知识产权事前审查义务未免狭窄，不够全面系统。所以，笔者将研究对象落实于电子商务平台的事前审查义务，一方面聚焦于电子商务平台的特殊性，另一方面对电商平台运营过程中需要承担的事前审查义务进行全面梳理。

（三）对事前审查义务研究较为笼统

前期对电子商务平台义务的研究，无论是将事前审查义务归于安全保障义务还是注意义务都有其合理性。但是随着互联网科技的发展，平台信息控制能力和数据分析能力增强。如果只对平台施加笼统的安全保障义务和注意义务，难免会囿于传统侵权法理论的桎梏，使得平台通过“技术中立”的抗辩轻松脱责，进入“避风港”。很多学者也已经认识此问题，在相关的研究中谨慎的提出和探讨了对平台施加适当合理的事前审查义务，但研究较为笼统，止步于浅尝辄止的介绍，对于事前审查义务的程度、边界以及责任承担论述不够系统深入。

六、结论

（一）事前审查义务的不可替代性

1.安全保障义务、注意义务的事后性和抽象性

安全保障义务，从语言表述上要求平台相应的行为和措施，保证消费者生命健康安全，但是从司法实践来看，对平台安全保障义务的评价更多的集中于损害后果发生以后，要求平台承担相应责任。在传统民法理论中，运用注意义务对行为人进行规制，依靠事后追责弥补损害，对侵权行为人的过错进行评价和警示。《电子商务法》并未明确平台事前应该采取何种措施预防损害后果的发生，所以安全保障义务和注意义务对于平台属于事后追责的义务要求。违反安全保障义务和注意义务承担的民事责任为事后责任，而事前审查义务具有事前性，需要电子商务平台事前积极介入。

2.事前审查义务是安全保障义务、注意义务的具体化

伴随平台经济的演进，强化平台责任成为政策制定者的关注重点。《电子商务法》积极回应互联网时代发展需求，成为规范、调整电子商务平台经济运行的综合性法律，详尽的规定“电子商务平台经营者”的权利义务和法律责任。《电子商务法》第 38 条，虽然实现了立法上的突破，但是安全保障义务的表述较为抽象，未明确概念和范围，无法为平台经营者提供清晰的行为预期，在司法适用中，存在争议。由于电子商务平台的商事属性，使其具有更高的注意义务。[参

见张平华：《商事侵权与民事侵权的“形似神异”：以连带责任为中心》，载《法学》2016 年第 11 期，第 127 页。]具有兜底性的注意义务，是平台方作为中介和门户应该承担的义务。但是随着平台生态系统的形成，当前的注意义务标准不能应对平台能力扩张。

（二）事前审查义务独立的必要性

电子商务法立法的基础理论认为，平台是一种具有独立的组织架构和自己独特的权力机制的新型市场主体。[77]网络交易空间带动电子商务新业态的发展，形成新的商业模式、商业习惯和规则。随着超级平台的形成，传统的网络服务提供功能开始拓展，处于内容层的网络平台开始提供基础信息服务，并且对用户在平台发布信息和内容进行过滤、编辑、选择等，对平台用户行为产生操纵和控制。平台承担越来越多的监管者角色，私人执法和私人执行成为各国政府对待平台经济的重要选择。

要求电子商务平台承当适当的事前审查义务，对网络用户及平台内容进行合理的监督、审查、处理和救济，可以集中社会治理力量，实现用户权益保护和平台治理效果的最优。工业经济时代，基于公平正义原则在侵权责任归责原则中引入严格责任。严格责任代表了现代侵权法从个人理性向社会理性的转变，弥补过错责任对损害救济的不足。互联网经济时代，扩大平台事前责任，尤其大型平台的责任符合平台经济发展特征。在责任承当方式上，传统民法理论运用注意义务、安全保障义务等民事义务对行为人进行事后规制，依靠事后追责弥补损害，对侵权行为人的过错进行评价和警示。但是，互联网经济带来的风险弥散性，要求政策制定者转变理念，有效的进行事前预防。在法定事前审查义务的基础上，合理扩张平台的事前审查义务，是适当扩大平台责任的有效路径之一。

[77] 薛军:《电子商务法平台责任的初步解读》, 载《中国市场监管研究》2019 年第 1 期, 第 18 页。

参考文献

(一)中文著作

【1】 黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社 2020 年版。

【2】 [英]凯伦·杨、马丁·洛奇编:《驯服算法：数字歧视与算法规制》，林少伟、唐林垚译，上海人民出版社 2020 年版。

【3】 赵旭东:《中华人民共和国电子商务法释义与原理》，中国法制出版社 2018 年版。

【4】 郭峰等编著:《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》，人民法院出版社 2018 年版。

【5】 周雪峰、李平主编:《网络平台治理与法律责任》，中国法制出版社 2018 年版。

【6】 [英]科林·斯科特:《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，清华大学出版社 2018 年版。

【7】 [英]罗伯特·鲍德温，马丁·凯夫，马丁·洛奇:《牛津规制手册》，宋华琳、李鸽、安永康等译，上海三联书店出版社 2017 年版。

【8】 于波:《网络中介服务商知识产权法律义务研究》,法律出版社 2017 年版。

【9】 腾讯研究院、中国信息通信研究院互联网法律研究中心等:《人工智能：国家人工智能战略行动抓手》，中国人民大学出版社 2017 年版。

【10】 [美] 杰奥夫雷 G.帕克、马歇尔 W.范·埃尔斯泰恩 、桑基特·保罗·邱达利：《平台革命：改变世界的商业模式》，志鹏译，机械工程出版社 2017 版。

【11】 [德] 埃尔温·多伊奇、汉斯·于尔根·阿伦斯:《德国侵权法》，叶名怡、温大军译，中国人民大学出版社 2016 年版。

【12】 刘文杰:《从责任避风港到安全保障义务：网络服务提供者的中介人责任研究》，中国社会科学出版社 2016 年版。

【13】 王晋:《网络服务提供者著作权侵权责任研究》，知识产权出版社 2016 年版。

【14】 程啸:《侵权责任法》，法律出版社 2015 年版。

【15】 宋哲:《网络服务商注意义务研究》，北京大学出版社 2014 版。

【16】 崔建远:《债法总论》，法律出版社 2013 年版。

【17】 宁红丽：《合同法》，对外经济贸易大学出版社 2013 年版。
【18】 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《消费者权益保护法立法背景与观点全集》，法律出版社 2013 年版。
【19】 薛虹：《十字路口的国际知识产权法》，法律出版社 2012 年版。
【20】 [美]吴修铭 ：《总开关—信息帝国的兴衰变迁》，顾佳译，中信出版社 2011 年版。
【21】 王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社 2011 年版。
【22】 王迁：《网络环境中著作权保护研究》，法律出版社 2011 版。
【23】 朱岩：《侵权责任法通论·总论》，法律出版社 2011 年版。
【24】 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社 2010 版。
【25】 齐爱民：《电子商务法原论》，武汉大学出版社 2010 版。
【26】 廖焕国、王叶刚：《违反法定义务侵权法律应用指南》，法律出版社 2010 年版。
【27】 [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 2009 年版。
【28】 罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 2009 年版。
【29】 王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版。
【30】 李昊：《交易安全义务论：德国侵权行为法结构变迁的一种解读》，北京大学出版社 2008 年版。
【31】 周友军：《交往安全义务理论研究》，中国人民大学出版社 2008 版。
【32】 廖焕国：《侵权法上注意义务比较研究》，法律出版社 2008 年版。
【33】 侯国跃著：《契约附随义务研究》，法律出版社 2007 年版。
【34】 李政辉：《合同法定解除原因研究》，中国检察院出版社 2006 年版。
【35】 阿拉木斯著：《网络交易法律实务（上册）》，法律出版社 2006 版。
【36】 张新宝著：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社 2005 年版。
【37】 [美]格瑞尔德·J.波斯特马：《哲学与侵权行为法》，陈敏译，北京大学出版社 2005 年版。
【38】 陈自强：《民法讲义II：契约之内容与消灭》，法律出版社 2004 年。
【39】 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2004 年版。
【40】 吴汉东：《知识产权基本理论问题研究》，中国人民大学出版社 2004 版。

【41】 姚志明：《诚信原则与附随义务之研究》，元照出版公司 2003 年版。

【42】 [奥]凯尔森：《法律与国家的一般原理》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 2003 年版。

【43】 [英]沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社 2003 年版。

【44】 [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版。

【45】 [美]罗尔斯：《作为公平的正义：正义新论》，姚大志译，三联书店 2002 年版。

【46】 [德]海因·克茨：《欧洲合同法（上卷）》，周忠海等译，法律出版社 2001 年版。

【47】 [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法（下卷）》，焦美华译，法律出版社 2001 年版。

【48】 刘士国：《中国民法典制定问题研究》，山东人民出版社 2003 年版。

【49】 苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社 2002 年版。

【50】 王泽鉴：《侵权行为法（第一册）》，中国政法大学出版社 2001 年版。

【51】 王泽鉴：《债法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版。

【52】 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版。

【53】 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社 1995 年版。

【54】 [美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社 1990 年版。

二、中文论文

【55】 武腾：《电子商务平台经营者的侵权责任》，载《法商研究》2022 年第 2 期。

【56】 周友军：《<民法典>侵权责任编的守成与创新》，载《当代法学》2021 年第 1 期。

【57】 陆青：《电子商务平台经营者安全保障义务的规范构造》，载《浙江社会科学》2021 年第 11 期。

【58】 陈瑜：《算法对网络服务提供者注意义务的影响》，载《人民司法（应用）》2021 年第 25 期。

【59】 熊琦：《著作权法“通知－必要措施”义务的比较经验与本土特色》，载《苏州大学学学报（法学版）》2022 年第 1 期。

【60】 汪倪杰：《论网络服务提供者安保义务的边界及其构造－－以民法典网络

侵权规则的解释论为视角》，载《法治研究》2022 年第 1 期。

【61】 李晓秋、郭沁璇:《电子商务平台经营者专利侵权合理注意义务的司法判定》，载《重庆理工大学学报（社会科学）》2022 年第 1 期。

【62】 许可:《算法规制体系的中国建构与理论反思》，载《法律科学》2022 年第 1 期。

【63】 丁晓东:《网络中立与平台中立:中立性视野下的网络架构与平台责任》，《法制与社会发展》2021 年第 4 期。

【64】 陈兵:《互联网屏蔽行为的反不正当竞争法规制》，载《法学》2021 年第 6 期。

【65】 程增雯:《平台经济领域自治算法滥用与反垄断规制》，载《南方金融》2021 年第 11 期。

【66】 熊皓男:《论网络服务提供者的版权审查义务》，载《电子知识产权》2021 年第 6 期。

【67】 蔡元臻:《专利间接侵权制度专门化研究》，载《中外法学》2021 年第 5 期。

【68】 赵鹏:《平台公正：互联网平台法律规制的基本原则》，载《人民论坛·学术前沿》2021 年第 21 期。

【69】 翟巍:《超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式》，载《财经法学》2021 年第 1 期。

【70】 余佳楠:《网络服务提供者的妨害人责任--以合比例性为中心》，载《中外法学》2021 年第 6 期。

【71】 魏昀天:《电子商务平台安全保障义务的实证考察与理论进路》，载《法律适用》2021 年第 3 期。

【72】 刘雅婷、李楠:《直播电商虚假宣传的法律规制》，载《知识产权》2021 第 5 期。

【73】 张凌寒:《网络平台监管的算法问责制构建》，载《东方法学》2021 年第 3 期。

【74】 郭春镇:《数字化时代个人信息的分配正义》，载《华东政法大学学报》2021 年第 3 期。

【75】 王杰:《网络存储空间服务提供者的注意义务新解》，载《法律科学》2020 年第 3 期

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

【77】 张新宝:《侵权责任编:在承继中完善和创新》,载《中国法学》2020 年第 4 期。

【78】 宁红丽:《平台格式条款的强制披露规制完善研究》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020 第 2 期。

【79】 林洹民:《电商平台经营者安保义务的规范解读与制度实现》,载《现代法学》2020 年第 6 期。

【80】 朱开鑫:《从“通知移除规则”到“通知屏蔽规则”—〈数字千年版权法〉“避风港制度”现代化路径分析》,载《电子知识产权》2020 年第 5 期。

【81】 宁园:《网络服务提供者著作权侵权中的双重注意义务》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2020 年第 5 期。

【82】 兰昊:《电子商务平台经营者的识别与判断标准探析》,载《上海政法学院学报》2020 年第 4 期。

【83】 薛虹:《中国电子商务平台知识产权保护制度深度剖析与国际比较》,载《法学杂志》2020 年第 9 期。

【84】 万方:《公私法汇流的闸口:转介视角下的网络经营者安全保障义务》,载《中外法学》2020 年第 2 期。

【85】 郭哲:《反思算法权力》,载《法学评论》2020 第 6 期。

【86】 肖冬梅:《“后真相”背后的算法权力及其公法规制路径》,载《行政法学研究》2020 第 4 期。

【87】 丁晓东:《论算法的法律规制》,载《中国社会科学》2020 年第 12 期。

【88】 陈兵:《法治经济下规制算法运行面临的挑战与响应》,载《学术论坛》2020 年第 1 期。

【89】 时建中、马栋:《双重身份视角下平台自治与反垄断监管的界限》,载《竞争政策研究》2020 年第 4 期。

【90】 陈兵:《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》,载《法学》2020 年第 2 期。

【91】 刘晓春、钟雨薇:《直播带货宜借鉴美国事后监管模式》,载《中国对外贸易》2020 年第 8 期。

【92】 孙晋、袁野:《论平台经营者的民事法律责任—〈电子商务法〉第 38 条

第 2 款的解释论》，载《财经法学》2020 年第 1 期。
【93】 秦芳菊、石少侠：《微商主体的类型化与主体行为的二元化—兼论对微商主体与行为的法律规制》，载《法治现代化研究》2019 年第 5 期。
【94】 杨立新：《电子商务民事责任之立法基础与基本规则》，载《甘肃社会科学》2019 年第 1 期。
【95】 熊鸿儒：《我国数字经济发展中的平台垄断及其治理策略》，载《改革》2019 年第 7 期。
【96】 刘培、池忠军：《算法的伦理问题及其解决进路》，载《东北大学学报(社会科学版)》2019 年第 2 期。
【97】 张凌寒：《算法权力的兴起、异化及法律规制》，载《法商研究》2019 年第 4 期。
【98】 张爱军、李圆：《人工智能时代的算法权力：逻辑、风险及规制》，载《河海大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 6 期。
【99】 周辉：《算法权力及其规制》，载《法制与社会发展》2019 年第 6 期。
【100】 徐可：《互联网平台的责任结构与规制路径—以审查义务和经营者责任为基础 》，载《北方法学》2019 年第 3 期。
【101】 田小军、郭雨笛：《设定平台版权过滤义务视角下的短视频平台版权治理研究》，载《出版发行研究》2019 第 3 期。
【102】 王道发：《电子商务平台经营者安保责任研究》，载《中国法学》2019 年第 6 期。
【103】 姚志伟：《技术性审查：网络服务提供者公法审查义务困境之破解》，载《法商研究》2019 年第 1 期。
【104】 虞婷婷：《网络服务商过错判定理念的修正—以知识产权审查义务的确立为中心》，载《政治与法律》2019 年第 10 期。
【105】 朱冬：《网络服务提供者间接侵权责任的移植与变异》，载《中外法学》2019 年第 5 期。
【106】 薛军：《电子商务法平台责任的初步解读》，载《中国市场监管研究》2019 年第 1 期。
【107】 虞婷婷：《网络服务商过错判定理念的修正—以知识产权审查义务的确立为中心》，载《政治与法律》2019 年第 10 期。
【108】 胡一民：《网络服务提供者的著作权内容事前过滤义务探析》，载《传

播与版权》2018 年第 2 期。

【109】 李炎:《保护性规范与侵权法保护范围的界定》,载《江苏大学学报(社会科学版)》2018 年第 3 期。

【110】 叶亚杰:《网络服务商版权内容过滤的基本设想与实现路径》,载《编辑之友》2018 年第 9 期。

【111】 赵鹏:《搜索引擎对信息传播的影响及其法律规制》,载《比较法研究》2018 年第 4 期。

【112】 查云飞:《德国对网络平台的行政法规制—迈向合规审查之路径》,载《德国研究》2018 年第 3 期。

【113】 郑玉双:《破解技术中立难题—法律与科技之关系的法理学再思》,载《华东政法大学学报》2018 年第 1 期。

【114】 刘颖:《我国电子商务法调整的社会关系范围》,载《中国法学》2018 年第 4 期。

【115】 司晓:《网络服务提供者知识产权注意义务的设定》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018 年第 1 期。

【116】 姚志伟:《公法阴影下的避风港—以网络服务提供者的审查义务为中心》,载《环球法律评论》2018 年第 1 期。

【117】 刘金瑞:《网络食品交易第三方平台责任的理解适用与制度创新》,载《东方法学》2017 年第 4 期。

【118】 曹阳:《互联网平台提供商的民事侵权责任分析》,载《东方法学》2017 年第 3 期。

【119】 崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,载《中国法学》2017 第 2 期。

【120】 柴振国、赵晨光、王晶:《互联网立法背景下网络交易平台提供者注意义务探讨》,载《河北经贸大学学报》2017 年第 3 期。

【121】 梁志文:《网络服务提供者的版权法规制模式》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017 年第 2 期。

【122】 李红玲:《功能视角下诚实信用原则司法适用的类型化》,载《甘肃政法学院学报》2017 年第 1 期。

【123】 方兴东、严峰:《浅析超级网络平台的演进及其治理困境与相关政策建议——如何破解网络时代第一治理难题》,载《汕头大学学报(人文社会科

学版)》2017 年第 7 期。

【124】 黄薇君、李晓秋：《论网络服务提供者的专利权审查义务—兼评<专利法修订草案(送审稿)>第 63 条第 1、2 款》，载《重庆大学学报(社会科学版)》2017 第 4 期。

【125】 曹阳：《互联网平台提供商的民事侵权责任分析》，载《东方法学》2017 年第 3 期。

【126】 杨立新：《利用网络非交易平台进行交易活动的损害赔偿责任》，载《江汉论坛》2016 年第 1 期。

【127】 邱业伟、涂培恭、涂凯：《网络交易平台提供商对消费者的义务和责任》，载《重庆理工大学学报(社会科学)》2016 年第 1 期。

【128】 马长山：《互联网+时代“软法之治”的问题与对策》，载《现代法学》2016 第 5 期。

【129】 何波：《比较法视野下电商平台侵权责任探析》，载《现代电信科技》2016 年第 1 期。

【130】 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》，载《清华法学》2016 第 6 期。

【131】 马新彦、姜昕：《网络服务提供者共同侵权连带责任之反思—兼论未来民法典的理性定位》，载《吉林大学社会科学学报》2016 年第 1 期。

【132】 郭凯天：《中国互联网内容产业发展的战略思考》，载《中国版权》2016 年第 3 期。

【133】 张平华：《商事侵权与民事侵权的“形似神异”：以连带责任为中心》，载《法学》2016 年第 11 期。

【134】 刘春泉：《电子商务平台性质与法律责任》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2016 年第 4 期。

【135】 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》载《中国法律评论》2016 年第 4 期。

【136】 高薇：《互联网时代的公共承运人规制》，载《政法论坛》2016 年第 4 期。

【137】 王迁：《对电商平台间接侵害商标权的认定》，载《人民司法(应用)》2016 年第 10 期。

【138】 李媛媛、杨淼：《从微信圈到经济犯罪的几点启示》，载《贵州警察职

业学院学报》2015 年第 5 期。

【139】 金笑：《第三方网络交易平台的知识产权审查义务》，载《互联网金融法律评论》2015 年第 1 期。

【140】 邹军：《“网络中立”论争新趋势及启示》，载《新闻与传播研究》2015 年 6 期。

【141】 施小雪、徐春成：《论网络交易平台商标侵权判定规则的修正—以事前审查义务为中心的考量》，载《电子知识产权》2015 年第 6 期。

（三）英文论文

【142】 Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination,* 2 J. on Telecomm. & High Tech. L. 141 (2003).

【143】 Jonathan L. Zittrain, The Future of the Internet-and How to Stop it (New Haven, CT, Yale University Press 2008).

【144】 Larry L. Peterson & Bruce S. Davie, Computer Networks: A Systems Approach 28 (Cambridge, MA, M.I.T. 2003).

【145】 Sarah DeAgostino, *Neutrality in the Modern World: Internet Regulation's Impact on Economics and Society,* 10 Notre Dame J. Int’l & Comp. Law. 82, 141 (2020).

【146】 Christopher S. Yoo, *Network Neutrality, Consumers, and Innovation,* 2008 U. Chi. Legal F. 179, 182 (2008).

【147】 *Sarah DeAgostino, Neutrality in the Modern World: Internet Regulation's Impact on Economics and Society,* 10 Notre Dame J. Int'l Comp. L. 82 (2020).

【148】 Friso Bostoen, *Neutrality, Fairness or Freedom? Principles for Platform Regulation,* 7 Internet Policy Rev. 1, 1–19 (2018).

【149】 Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping,* 19 Harv. J.L. & Tech. 253 (2005).

【150】 Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology,* 76 Tex. L. Rev. 553, 553–93 (1998).

【151】 Joshua A. Kroll et al., *Accountable Algorithms,* 165 U. Pa. L. Rev. 633 (2017).

【152】 Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-sided Markets,* Journal of the European Economic Association 990, 991 (2003).

【153】 Althaf Marsoof, *Notice and Takedown: A Copyright Perspective*, 5 Queen Mary J. Intelle. 183, 191 (2015).

【154】 Ranjit Bose, *Advanced Analytics: Opportunities and Challenges*, 109 Ind. Manage. Data Syst. 155, 155–72 (2009).

【155】 Kenneth A. Bamberger, *Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age*, 88 Tex. L. Rev. 669 (2010).

【156】 Joshua A. Kroll et al., *Accountable Algorithms*, 165 U. Pa. L. Rev. 633 (2017).

【157】 Giancarlo Frosio, *From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe*, 12 J. Intellet. Prop. Law. 565, 565–75 (2017).

【158】 Danielle Keats Citron, *Technological Due Process*, 85 Wash. U. L. Rev. 1249, 1263–67 (2008).

【159】 Patricia Sánchez Abril, *Private Ordering: A Contractual Approach to Online Interpersonal Privacy*, 45 Wake Forest L. Rev. 689 (2010).

【160】 Joshua A. Kroll et al., *Accountable Algorithms*, 165 U. Pa. L. Rev. 633 (2017).

【161】 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713, 725 (1996).

【162】 Batya Friedman & Helen Nissenbaum, *Bias in Computer Systems*, 14 ACM Transactions on Info. Sys. 330, 332 (1996).

【163】 Kirsten E. Martin, *Ethical Issues in the Big Data Industry*, 14 *MIS Q. Exec*. 67, 67–85 (2015).

【164】 See Bonnie Kaplan, *Selling health data: De-Identification, privacy, and speech. Forthcoming: Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 24 Camb. Q. Healthc. Ethic. 256, 256–71 (2014).

【165】 Ron Adner et al., *What Is Different About Digital Strategy? From Quantitative to Qualitative Change*, 4 Strat. Sci. 253, 253–61 (2019).

【166】 Shoshana Zuboff, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Informal Civilization*, 30 *J. Inf. Technol*. 75, 75–89 (2015).

【167】 Leslie Kendrick, *Speech, Intent, and the Chilling Effect*, 54 Wm. & Mary L. Rev. 1633, 1640 (2013).

【168】 Maayan Perel & Nova Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, 19 Stan. Tech. L. Rev. 473, 478 (2016).

【169】 See John C. P. Goldberg, *Twentieth-Century Tort Theory*, 91 Geo. L. J. 579 (2003).

【170】 See Maayan Perel & Nova Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, 19 Stan. Tech. L. Rev. 473, 478 (2016).

【171】 Edward Lee, *Recognizing Rights in Real Time: The Role of Google in the EU Right to BeForgotten*, 49 U.C. Davis L. Rev. 1017, 1055–73 (2016).

【172】 James Grimmelmann, *Speech Engines*, 98 Minn. L. Rev. 868, 870–71 (2014).

【173】 Michael D. Birnhack & Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 Va. JL & Tech. 6, 66 (2003); Jody Freeman, *Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. Rev. 543, 547 (2000).

【174】 Annabelle Gawer, *Digital Platforms' Boundaries: The Interplay of Firm Scope, Platform Sides, and Digital Interfaces*, 54 Long Range Plann. 102045 (2021).

【175】 Marcelo Thompson, *Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries*, 18 Vand. J. Ent. & Tech. L. 783, 788 (2016).

【176】 Marcelo Thompson, *Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries*, 18 Vand. J. Ent. & Tech. L. 783, 783–84 (2016).

【177】 David Jason Karp, *Transnational Corporations in 'Bad States': Human Rights Duties, Legitimate Authority and the Rule of Law in International Political Theory*, 1 Int. Theor. 87 (2009).

【178】 Graeme B. Dinwoodie, *Secondary Liability for Online Trademark Infringement: The International Landscape*, 37 Colum. J.L. & Arts 463 (2014).

【179】 Annemarie Bridy, *Three Notice Failures in Copyright Law*, 96 B.U. L. Rev. 777 (2016).

【180】 Craig A. Grossman, *From Sony to Grokster, The Failure of the Copyright Doctrines of Contributory Infringement and Vicarious Liability to Resolve the War Between Content and Destructive Technologies*, 53 Buffalo L. Rev. 141, 238 (2005).

【181】 Pamela J. Shoemaker et al., *Individual and Routine Forces in Gatekeeping*, 78 J. Mass Commun. Q. 233, 233–46 (2001).

【182】 Karine Barzilai-Nahon, *Toward a Theory of Network Gatekeeping: A Framework for Exploring Information Control*, 59 J. Am. Soc. Inf. Sci. Tec. 1493, 1493–512 (2008).

【183】 Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 J. Law Econ. Organ. 53, 53–104 (1986).

【184】 Reiner H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, 93 Yale L.J. 857 (1984).

【185】 Lawrence Lessig, *The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net*, 14 Berkeley Tech. L.J. 759, 761–62(1999).

【186】 Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 Harv. J.L. & Tech. 253, 253–98 (2005-2006).

【187】 Karine Barzilai-Nahon, *Toward a Theory of Network Gatekeeping: A Framework for Exploring Information Control*, 59 J. Am. Soc. Inf. Sci. Tec. 1493, 1493–512 (2008).

【188】 Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 Harv. J.L. & Tech. 253, 253–98 (2006).

【189】 Jonathan Zittrain, *Normative Principles for Evaluating Free and Proprietary Software*, 71 U. Chi. L. Rev. 265 (2004).

【190】 Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 Harv. J.L. & Tech. 253, 253–98 (2006).

【191】 Jim Giles, *Special Report: Internet Encyclopedias Go Head to Head*, 438 Nature 900, 900–901 (2005).

【192】 Melissa De Zwart, Contractual Communities: *Effective Governance of Virtual Worlds*, 33 U. New Law J. 605, 626 (2010).