

《北大法律评论》(2018)
第 19 卷·第 1 辑·页 120—138
Peking University Law Review
Vol. 19, No. 1, 2018, pp. 120-138

德国网络平台责任的嬗变与启示

王华伟*

The Development of Online Platform's Liability in Germany and Its Enlightenment

Wang Huawei

内容摘要:德国网络平台的规则经历了三个不同的发展阶段。1997年通过的《电信服务法》奠定了网络服务提供者责任模式的基本框架。出于对信息经济和互联网产业的促进和保护,该法为网络服务提供者建立了初步的法律免责框架。其后,受《电子商务指令》的影响,在欧盟法律协调化的要求下,《电信服务法》被2007年通过的《电信媒体法》取代,德国为网络服务提供者建立了更为完善和体系化的免责法律结构。随着仇恨犯罪和刑事违法内容在网络的泛滥,2017年德国议会通过了《网络执行法》,这部法律强化了社交网络平台提供者对违法内容的管控义务。以上立法脉络反映了德国强化网络平台责任的发展趋势,但是网络服务提供者的基本免责体系仍然没有动摇。适度强化网络平台责任符合信息社会的发展进程,但是应当坚持类型化思维,谨慎推进,

* 德国弗莱堡大学(马普刑法研究所)刑法学博士,北京大学法学院刑法学博士,北京大学法学院博士后研究人员。

本文系司法部2018年国家法治与法学理论研究项目中青年课题“信息刑法的基本原理与理论建构”的阶段性成果。

同时全面考虑平台运营者权利义务关系调整过程中可能产生的附随后果。

关键词: 网络平台 服务提供者 免责体系 责任强化 类型划分

一、引言

随着信息社会的深度发展和互联网技术的广泛运用,人类社会迎来了平台革命。网络平台时代的到来,极大地改变了人类社会的经济组织形式,也重新形塑了人们的生活协作模式。与传统管道型企业所创造的线性价值链不同,平台结构型企业创造出复杂的平台价值矩阵,借助规模化逐步消除“守门人”角色^[1],在商业领域极为迅速地“攻城略地”。然而,在网络平台带来诸多生活便利、创造新型就业岗位、促进信息沟通的同时,网络平台的责任也引发了越来越多的争议。著名网络社交平台脸书(Facebook)公司因为数据泄露丑闻,市值蒸发百亿,并且陷入公众的信任危机;百度作为搜索平台,为相关病症关键词设置了“莆田系”医院的链接,魏则西的死亡将这家网络公司推向了舆论的风口浪尖;作为国内打车软件的龙头,滴滴出行公司因为使用该软件的司机性侵、杀害乘客而进行整改。可见,平台的责任成了与人们生活越来越息息相关的问题。

虽然我国的电子商务和平台经济发展极为蓬勃,但是,对在何种程度和范围内来设定平台的责任,各方远未达成共识。2018年8月31日,历经5年4审的《电子商务法》终于通过,但是,其中核心责任条款仍然保持了高度的开放性。《电子商务法》第38条第2款就是最鲜明的例证。该条规定的责任经历了“连带责任”“相应补充责任”“相应责任”的转变,这充分体现了各方利益之间的博弈与平衡。尽管争议非常之大,但是不断强化平台责任是我国相关立法的基本趋势。值得注意的是,近年来,德国的立法也体现了同样的趋势,并且引起了较大争议。法治发展程度较高的德国如何设计网络平台提供者(包括网络服务提供者)^[2]的责任框架,为何以及如何强化这种平台责任,是比较法中值得研究的问题。本文将着眼于此,对德国网络平台责任的发展脉络和动态加以梳理,探讨其中的分歧,以求为我国网络平台责任的思考提供一些助益。

二、制度初创:《电信服务法》与信息产业保护

1997年8月1日,德国《电信服务法》正式生效,这标志着德国在网络服务

[1] 参见帕克等:《平台革命:改变世界的商业模式》,志鹏译,机械工业出版社2018年版,第6页以下。

[2] 较于网络平台提供者,网络服务提供者是更为上位的概念。二者常常互相关联,密不可分。因此,网络平台提供者的责任往往被放在网络服务提供者的责任框架中探讨。本文第二、三部分关于德国《电信服务法》和《电信媒体法》的内容,主要介绍网络服务提供者的责任模式,第四部分关于德国《网络执行法》的内容则主要围绕平台服务提供者的责任展开。

提供者(包括平台提供者)责任模式的立法建构上迈出了极为重要的第一步。

(一) 基本内容

《电信服务法》(Teledienstegesetz, TDG)是一揽子立法规划《信息与通信服务法》(Informations-und Kommunikationsdienste—Gesetz, IuKDG)中的第一部法律。《电信服务法》仅有6条规定,其中第5条设立了电信服务提供者的责任,这一核心条款建立了长久以来德国法中网络服务提供者责任体系的雏形框架。

《电信服务法》第5条:

1. 服务提供者对于自己所提供的内容,按照一般的法律承担责任。
2. 对于他人提供的内容,只有当服务提供者对这些内容具有认识,并且阻止提供这些内容在技术上是可能的且具有可期待性时,他才承担责任。
3. 对于他人提供的内容,服务提供者如果仅仅提供了接入通道,则不承担责任。基于用户请求而自动、短暂提供他人内容的行为,被视为接入通道提供行为。
4. 如果服务提供者在维护通讯秘密过程中,按照《电信通讯法》第85条的规定,对违法内容具有了认识,并且其对该内容进行封锁在技术上是可能且可期待的,那么按照一般法律产生的封锁违法内容的义务不受影响。

(二) 立法背景

20世纪90年代后期,信息产业、互联网经济在西方国家逐渐兴起,这一背景成为理解《电信服务法》的关键因素。随着信息经济的崛起,在网络运营中扮演基础性角色的服务提供者的法律责任成了关键性的问题。在《电信服务法》通过以前,学者们已经就此议题展开了激烈的探讨,而德国的CompuServe案件因进一步涉及服务提供者的刑事责任而引起了国际性的关注,这更使得一种具有法律明确性的立法解决方案成为必要。

在《电信服务法》的法律草案说明中我们可以清楚地看到,信息技术变革、新经济的发展、市场竞争力的维护成了论证立法动议的关键词。立法草案充分考虑了信息和通信技术带来的深刻变革和人类社会向信息社会的转变。在此背景下,信息经济和信息服务成了经济的重要分支,并且具有巨大的增长潜力和动能,也可能带来优质的和具有前景的工作岗位。因此,信息和通信技术带来的信息经济发展成了一种独立的经济利益,它在国内和国际的位置竞争中具

有越来越重要的意义。^{〔3〕} 鉴于此,德国的立法者希望通过明确的立法,消除市场力量在新的通信服务领域自由发展的障碍,为电子通信服务的不同使用可能性建立一套统一的经济性框架条件。这一点被开宗明义地规定在《电信服务法》第1条之中。

(三) 立法评价

整体来说,《电信服务法》的通过得到了德国学界的积极评价。该法首要的优点在于,在网络服务提供者的责任设置上提出了先创性的规则框架,开了这一领域规则之治的先河。例如,有学者虽然对具体规则的可行性存有疑问,但是仍然整体肯定了这一立法,认为它在欧洲范围内对这一责任问题首先作出了回应。^{〔4〕} 《电信服务法》为服务提供者创立了法的确定性,而这种法的确定性是信息社会发展的一个重要条件。^{〔5〕} 有学者甚至指出,尽管过去立法者常常因为制定过于复杂、晦涩的法律而被指责,但是《电信服务法》显然克服了这一问题。通过为数不多的几个条款,立法者就在极为复杂的教义学丛林中开辟出一条道路。^{〔6〕} 而且,从更高的层次来看,面对国际范围内对电子商务越发强化的探讨,德国的法律框架是有益的,它为这个领域国际性的法律定位设立了一个良好的出发基点^{〔7〕};它为承载不同功能的网络服务提供者的责任,设立了一个清楚而具有说服力的构想,不仅被欧盟层面的指令所吸收,而且也成为欧洲的典范。^{〔8〕}

该法除具有立法先创性优点之外,立法者还非常妥当地对各方利益进行了平衡,创设了一个较为均衡的责任结构,这使得《电信服务法》在之后不断演进的立法进程中为网络服务提供者和平台提供者建立了以免责为导向的基本责任框架。《电信服务法》的立法材料表明,该法试图为信息和通信服务的蓬勃发展提供一个可靠的基础,在自由竞争、正当用户利益、公共秩序利益之间求得一

〔3〕 Vgl. Bundestag—Drucksache, 13/7385, S. 16.

〔4〕 Vgl. Bortloff, *Neue Urteile in Europa betreffend die Frage der Verantwortlichkeit von Online-Diensten*, ZUM Heft 3, 1997, S. 169, 175; Wimmer, *Die Verantwortlichkeit des Online-Providers nach dem neuen Multimediarecht—zugleich ein Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung seit dem 1. 8. 1997*, ZUM Heft 6, 1999, S. 443.

〔5〕 Vgl. Moritz, § 5 TDG im deutschen Recht—die wissenschaftliche Diskussion ist eröffnet, MMR Heft 12, 1998, S. 625; Schaefer/Rasch/Braun, *Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte*, ZUM Heft 6, 1998, S. 451—452.

〔6〕 Vgl. Spindler, *Dogmatische Strukturen der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach TDG und MDSStV*, MMR Heft 12, 1998, S. 639.

〔7〕 Vgl. Engel-Flehsig, *Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer*, ZUM Heft 4, 1997, S. 239.

〔8〕 Vgl. Sieber, *Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, Grundlagen, Ziele und Auslegung von § 5 TDG und § 5 MDSStV*, MMR-Beilage Heft 2, 1999, S. 31.

个平衡。立法材料指出,扩展的个人通信可能性,以及其他经济上所认可的形式,在信息和通信服务中都应当予以考虑;运行良好的竞争应当被保障,用户的需求应当被重视,公共利益应当被维护;而只有当信息社会道路上的障碍被清除时,德国才能在国际竞争中立足,才能充分利用增长和就业机会。^[9] 出于对自由竞争、用户利益、公共秩序的均衡考虑,立法者为服务提供者创设了一套条件性的保护免责机制,这既充分保障了新兴信息经济的发展空间和法律稳定性,同时又设置了必要的限制条件,不过度放纵其野蛮、无序生长。在《电信服务法》第5条架构的责任框架中,内容提供者以外的服务提供者仅在满足特定条件时才承担责任。纯粹的接入提供者对他人的内容不承担责任;而非自有内容的提供者,也只在对内容具有明确认识的前提下才承担责任。这种限缩型责任架构的出发点在于,网络上的沟通本身并不构成一个危险源,这被认为是具有说服力的。^[10] 精明的读者一定能够发现,这里实际上已经描述了之后被人们所熟知的“通知删除”规则的基本模型。^[11]

此外,《电信服务法》实际上在立法层面开启了服务提供者类型化的进程。《电信服务法》第5条第1至3款分别针对不同情形服务提供者的责任作出了规定:第1款适用于提供自己内容的服务提供者,第2款适用于提供他人内容的服务提供者,第3款适用于纯粹提供接入通道的服务提供者。这种分类处置的责任条款,实际上对服务提供者的类型化作了初步探索。尽管有个别学者对这种区分处置的做法抱有疑义^[12],但是多数学者还是肯定了这种类型化立法模式。例如,有学者按照这一条文将提供者区分为内容提供者(Content Provider)、服务提供者(service provider)和接入提供者(access provider)。^[13] 此外,还有学者跳出实定法的限制,以控制可能性为标准将网络服务提供者划分为网络提供者(network provider)、接入提供者(access provider)和存储提供者(host service provider)。^[14] 今天,这种类型化的思路已经被各国学者充分认可,这足以看出《电信服务法》在这方面所具有的划时代意义。

三、体系成熟:《电信媒体法》与法律结构协调

2007年德国通过了《电信媒体法》(Telemediengesetz, TMG),以此取代了

[9] Vgl. Fn. 3, 13/7385, S. 16.

[10] Vgl. Koch, *Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen*, CR Heft 4, 1997, S. 201.

[11] Vgl. Sieber, *Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich*, ZUM Heft 3, 1999, S. 201.

[12] Vgl. Altenhain, *Die gebilligte Verbreitung mißbilligter Inhalte—Auslegung und Kritik des § 5 Teledienstegesetz*, AfP Heft 5, 1998, S. 464.

[13] Vgl. Wimmer (Fn. 13), S. 439.

[14] Vgl. Sieber (Fn. 11), S. 197.

原来的《电信服务法》,后者由此完成了它的历史使命。

(一) 基本内容

《电信媒体法》

第7条(基本原则):

1. 服务提供者对自己提供的内容按照一般性的法律来承担责任。
2. 第8至10条意义上的服务提供者,没有义务监督其所传输和存储的信息,也没有义务根据提示违法活动的情形去调查这些信息。

第8条(信息传输):

服务提供者为他人信息在通信网络上进行传输,或者为其提供接入通道,对该信息不承担责任,只要其:

1. 没有发起这一传输;
2. 没有选择信息接收者;
3. 没有选择和改变传输信息。

如果服务提供者与用户故意共同实施违法行为,那么第一款无法得到适用。

前两款的规定也适用于通过无线局域网为用户提供互联网接入的服务提供者。

第9条(为了加速信息传输的缓存):

对自动性和限时性的缓存,如果其仅仅服务于更为有效传输信息的目标,那么服务提供者只要满足以下条件就不承担责任:

1. 没有更改信息;
2. 遵守信息接入的要求;
3. 遵守(被广泛认可和适用的行业标准所确认的)信息更新规则;
4. 不损害(被广泛认可和适用的行业标准所确认的)数据收集技术的合理使用;
5. 一旦获知该信息在信息源头被删除或者其接入通道被封锁,以及法院或管理机构发布了删除或封锁的命令,立即删除存储的内容或封锁其接入通道。

第8条第2款同样适用。

第10条(信息存储):

对用户存储的信息,只要满足以下条件,服务提供者就不承担责任:

1. 对违法行为或违法信息没有认识,并且在损害赔偿请求的情形中没有认识到明显存在违法行为和违法信息的事实或情形;

2. 一旦获得了这些认识,立即删除这些信息或封锁其接入通道。

如果用户隶属于服务提供者或受其监督,那么第一款规定不适用。

（二）立法背景

虽然《电信媒体法》于2007年施行,但是该法中关于网络服务提供者核心责任的内容(第7—10条),在修改后的《电信服务法》中就已奠定。1997年《电信服务法》通过以后,在欧洲范围内产生了积极的示范效应,它进一步影响了之后欧盟层面的立法。1998年,美国通过了《数字千年版权法案》,该法案在全球范围内产生了影响。2001年,欧盟吸收了二者的经验,通过了更为完善和体系化的《电子商务指令》(ECRL)。由于《电子商务指令》是欧盟层面的指令,德国具有将其转换为国内法的义务,这反过来促成了《电信服务法》的修改。修改后的《电信服务法》在网络服务提供者责任方面的规定与《电子商务指令》基本趋同。原本单一的责任条款被进一步细分为四个具体条款,这些条款对网络服务提供者的责任进行了更为细致和体系化的规定。而这些条款被《电信媒体法》“照单全收”,这一网络服务提供者的责任体系由此沿用至今。

除了受《电子商务指令》的影响之外,《电信媒体法》施行的另一个重要原因在于实现国内法的进一步整合。早在1997年德国联邦层面的《电信服务法》颁布时,州的层面同时通过了《媒体服务国家条约》(Mediendienste-Staatsvertrag, MDStV)。二者主要的责任条款和表述几乎如出一辙,核心的区别除了立法层级不同之外,主要就是规制的服务对象不同。《电信服务法》第3条规定该法适用于电信服务(Teledienste),而《媒体服务国家条约》第3条则规定该条约适用于媒体服务(Mediendienste)。然而,法律文献已经多次表明,《电信媒体法》中的“电信服务”和《媒体服务国家条约》中的“媒体服务”的区分是不清楚的。二者之间的区分难题,降低了法律的确定性。^[15]尤其是随着信息技术的发展,电信和媒体之间的融合逐渐加深,对二者进行区分是不切实际的,多数学者都呼吁应当尽快消除二者之间的不一致。^[16]为了回应这些质疑,适应信息服务的融合性发展趋势,德国的立法者决定通过一部统一的《电信媒体法》,用“电信媒体”这一概念来整合“电信服务”和“媒体服务”,以此来统一规制上述不同类型的网络信息服务,简化法律适用。^[17]

（三）基本评价

《电信媒体法》可以说是网络服务提供者责任体系建构的集大成者。与1997年《电信服务法》第5条所确立的责任条款不同,《电信媒体法》对网络服

[15] Vgl. Bonin/Köster, *Internet im Lichte neuer Gesetze*, ZUM Heft 11, 1997, S. 828.

[16] Vgl. Waldenberger, *Teledienste, Mediendienste und die „Verantwortlichkeit“ ihrer Anbieter*, MMR Heft 3, 1998, S. 124, 129; von Heyl, *Teledienste und Mediendienste nach Teledienstegegesetz und Mediendienste-Staatsvertrag*, ZUM Heft 2, 1998, S. 120; Engel-Flechsigt (Fn. 7), S. 239; Sieber (Fn. 8), S. 4, 10; Hilgendorf/Valerius, *Computer- und Internetstrafrecht*, 2. Aufl., 2012, S. 16, Rn. 53—55.

[17] Vgl. Fn. 3, 16/3078, S. 11.

务提供者的责任规定更加类型化、体系化、具体化。首先,在《电信服务法》中,服务提供者的类型区分尚不够清楚,而《电信媒体法》中内容提供者、接入提供者、缓存提供者和存储提供者的四分模式就已非常成熟。其次,《电信媒体法》以事实的控制可能性为标准,形成了不同的责任层次,为网络服务提供者构建了一般原则与具体规则相结合的责任体系。最后,在具体免责条件的设置上,《电信媒体法》也更加明确和具体。^[18]

虽然《电信媒体法》意味着德国网络服务提供者责任体系趋于完善,但我们很难说它是完美的。在一些责任条款的具体运用上,由于这些条款表述模糊,学界的争议较大。例如,在基本原则第7条第2款中,第1句整体性地规定了服务提供者对其传输和存储的信息不负有监督和调查义务,但是第2句又规定,按照一般法律产生的删除或封锁信息的义务,在按照本法第8至10条规定不承担责任的情形中不受影响。这里“按照一般法律产生的删除或封锁信息的义务”表述非常模糊,容易与第1句所确定的基本原则相冲突。^[19]再如,与《数字千年版权法案》不同,修改后的《电信服务法》和目前的《电信媒体法》没有就P2P网络运营者、搜索引擎(信息定位工具)运营者、链接设置者的责任作出规定。立法者认为,相关的问题非常复杂,最好先密切关注其在经济上和判决中的进一步发展,一般性的原则尽量留待欧盟层面解决。^[20]然而,上述类型的服务提供者及其责任认定问题在实践中十分常见,司法者只能比照甚至类推适用现有的责任框架来解决这类争议,这也制造了诸多法的不确定性。

四、争议再起:《网络执行法》与平台责任强化

2017年,德国议会通过了争议极大的《网络执行法》(Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG),该法明显强化了作为网络服务提供者类型之一的网络平台的责任。立法的天平开始从强调自由向保障安全一端倾斜,该法为平台提供者增设了一系列义务和处罚条款。

(一) 基本内容

《网络执行法》

第2条第1款:报告义务

社交网络提供者有义务每季度制定一份处置平台违法内容投诉情况的德语报告,同时最晚将其在季度结束一月之内在联邦司法部公告以及自

[18] 关于《电信媒体法》中网络服务提供者责任规定之特点的详细探讨,可参见王华伟:《网络服务提供者的刑事责任比较研究》,载《环球法律评论》2016年第4期,第42页以下。

[19] Vgl. Hoffmann, in: Spindler/Schuster(Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl., 2015, TMG § 7, Rn. 40.

[20] Vgl. Fn. 3, 14/6098, S. 37.

己的主页上发布。在自己主页上发布的报告必须清晰可见、直接可达、持续有效。

第3条:对违法内容投诉的处置

1. 社交网络提供者必须建立有效和透明的违法内容投诉处置程序。提供者必须为用户提供一个清晰可见、直接可达、持续有效的违法内容投诉的传递程序。

2. 这一程序必须确保社交网络提供者:

(1) 及时了解投诉,检查这些内容是否违法,并及时删除这些内容或封锁其接入通道;

(2) 在收到投诉后24小时内删除明显违法的内容或封锁其接入通道;但社交网络与主管的刑事追诉机关为删除和封锁明显违法内容商定了一个更长的时间除外。

(3) 在收到投诉后7天内删除其他违法内容或封锁其接入通道;

(4) 在删除的情形中,保存用于证明目的的内容,并且为了这一目标将其在国内保存十周;

(5) 每个决定都应及时通知投诉人和用户,并且对决定予以论证;

(6) 对存在于平台之上的违法内容的全部复制件,同样应及时删除或封锁。

3. 这一程序必须规定,每个投诉及其相关救济措施都应在国内记录在案。

4. 对投诉的处理必须由社交网络的领导层通过月度的管控来监督。在处理投诉的过程中出现的机构性障碍,必须及时清除。受委托处理投诉的人员,必须由社交网络的领导层定期(至少半年一次)提供以德语进行的培训和指导。

5. 这一程序可以由第4条提及的管理机构所委托的部门来监督。

第4条:罚款规定

1. 故意或过失实施以下行为,属于违反秩序行为:

(1) 违反第2条第1款第1句的规定,没有或者没有正确地、完整地、及时地制定报告;没有或者没有正确地、完整地、以规定的方式、及时地公布报告;

(2) 违反第3条第1款第1句的规定,没有或者没有正确地、完整地建立违法内容投诉处置程序;

(3) 违反第3条第1款第2句的规定,没有或者没有正确地提供该规定提及的程序;

(4) 违反第3条第4款第1句的规定,没有或者没有正确地监督投诉

处置；

(5) 违反第 3 条第 4 款第 2 句的规定,没有或者没有正确地清除机构性障碍；

(6) 违反第 3 条第 4 款第 3 句的规定,没有或者没有及时地提供培训和指导；

2. 以上违反秩序的行为可以被处以不超过 500 万欧元的罚款。《违反秩序法》第 30 条第 2 款第 3 句的规定在此援引适用。^[21]

(二) 立法背景

《网络执行法》的立法理由主要体现在以下两个方面：

其一,加强对网络仇恨犯罪和其他刑事违法内容的打击。所谓仇恨犯罪(Hasskriminalität),是指按照人种、宗教、国籍、民族、性取向、精神或身体障碍、性别、年龄等因素进行选择、攻击的暴力行为。^[22]立法草案认为,目前网络(尤其是社交网络)中充斥着大量的仇恨犯罪内容,网络的交谈文化变得具有攻击性、侵害性,人们很容易因为各种原因受到诽谤。由于仇恨犯罪和其他刑事违法内容未能得到有效打击和追诉,自由、开放的民主社会中的共同安宁生活面临着巨大的危险。因此,以美国大选为鉴^[23],德国应当重视对社交网络虚假新闻的打击,改善社交网络中的法律执行,及时删除那些刑事违法的内容。^[24]尤其是近年来德国陷入难民危机,大批来自中东与北非的难民涌入德国而无法真正融入德国社会,难民治安事件时有发生,挑动公众敏感神经,这引发德国社会舆论撕裂,乃至德国右翼势力逐渐抬头,以德国选择党为代表的右翼保守政党成为议会第三大党。这些因素进一步加剧了网络仇恨言论的发酵,也成为这部争议性法律出台的社会背景。

其二,强化社交网络平台运营者的义务和责任。鉴于网络交谈文化不断恶化,政府和立法者对网络平台提供者的态度正在悄然发生变化。立法草案指出,针对仇恨犯罪的不断泛滥和刑事违法内容的传播,德国联邦司法和消费者保护部早在 2015 年就会同网络运营者和社会代表建立了特别行动组。参与其中的企业承诺,采取积极措施改善仇恨犯罪和刑事违法内容的处置。然而,一项来自名为“青少年保护”网站所进行的调查显示,普通用户对仇恨犯罪和其他

[21] 按照《违反秩序法》第 30 条(对法人和协会的罚款)第 2 款第 3 句,如果其他法律援引本规定,则该法律中规定构成要件的最高罚款额度翻十倍。这意味着,对法人的罚款最高可达 5000 万欧元。

[22] Vgl. Schneider, *Hasskriminalität: eine neue kriminologische Deliktskategorie*, JZ Heft 10, 2003, S. 498.

[23] 西方的许多媒体都认为,美国 2016 年总统大选受到了社交网络中假消息的影响。

[24] Vgl. Fn. 3, 18/12356, S. 1, 11.

刑事违法内容提出的投诉一直没有被社交网络平台及时、充分地处理过。虽然在油管(YouTube)上有90%的刑事可罚内容被删除,但是这一比例在脸书(Facebook)上只有39%,在推特(Twitter)上竟然仅有1%。立法材料还指出,社交网络的透明度不够,平台违法内容处置清理的信息公开状况并不让人满意。^[25]正是在这样的背景下,德国的立法者希望通过强化网络平台服务提供者违法内容的处置义务和相应责任来遏制网络环境恶化的趋势。

(三) 评价

这部《网络执行法》受到了整体性和近乎一致性的猛烈批判和否定。^[26]不论是德国的实务界还是理论界,大多对这部法律持负面评价。从现有文献来看,批评主要体现在(但并不限于)以下几个方面:

首先,《网络执行法》所依据的前提存有疑问。一方面,“青少年保护”网站所做这项的调查,对其数据基础以及调查方法都没有进一步的详细阐述。^[27]另一方面,作为《网络执行法》必要性的唯一认识基础,该报告仅仅调查了2项犯罪(《德国刑法》第86a条“使用违宪组织的标志”和第130条“煽动民众”)涉及的违法内容的情况。然而,《网络执行法》第1条第3款规定,该法所指的违法内容涉及20余个《德国刑法》的罪名。^[28]换言之,90%以上被该法规制的刑事违法内容,对于其在社交网络中的现状、频度、增长情况都缺少牢靠的认识。^[29]立法者对制定法律时所假定的基本事实状况不清楚,网络违法内容是否真的已经泛滥到需要如此激进修改法律的地步让人怀疑。

其次,《网络执行法》在立法权限的正当性上也存在问题。立法草案指出,由于《网络执行法》和青少年保护相关,该法的立法权限来源于《德国基本法》第74条第1款第11项(“经济法律”)和第74条第1款第7项(“公共救济”)。《网络执行法》的目的在于“对抗社交网络讨论文化的粗野化”,以及对青少年的媒体保护,促进儿童和青少年的健康发展。^[30]然而,许多学者指出,《网络执行

[25] Vgl. Fn. 3, 18/12356, SS. 1—2, 11.

[26] Vgl. Nolte, *Hate-Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen*, ZUM Heft 7, 2017, S. 554. 为数极少整体性肯定这部法律,并且为其合宪性辩护的观点 vgl. Schwartmann, *Verantwortlichkeit Sozialer Netzwerke nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, GRUR-Prax Heft 14, 2017, S. 317ff.

[27] Vgl. Koreng, *Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Neue Wege im Kampf gegen „Hate Speech“?* GRUR-Prax 2017, Heft 9, S. 203.

[28] 这些罪名分别是《德国刑法典》第86, 86a, 89a, 90, 90a, 90b, 91, 100a, 111, 126, 129—129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 184d, 185—187, 241, 269条。

[29] Vgl. Liesching, in: Spindler/Schmitz (Hrsg.), *Telemediengesetz mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz Kommentar*, 2. Aufl., NetzDG, § 1, Rn. 6.

[30] Vgl. Fn. 3, 18/12356, S. 13.

法》并没有经济利益上的目标,更多涉及的是删除社交网络上违法内容传播的。^[31] 社交网络中的交流属于《德国基本法》第5条第1款第1、2句所保护的言论自由的内容,将其归入第74条第1款第11项规定的经济法的范畴违反了基本法上的立法权限定位。^[32] 《网络执行法》以删除内容的方式逾越了《青少年保护法》中接入的相对性限制,同时也排除了成年人的接入,因而从“公共救济”中来推导是值得怀疑的。而且,相同内容的青少年保护规则已经存在于《青少年保护法》,《网络执行法》的重复规定会带来规范上的重合和立法上的割裂。^[33]

而且,《网络执行法》与《电信媒体法》中规定网络服务提供者(包括平台提供者)责任的条款存在冲突。《网络执行法》的立法草案指出,删除违法内容的合规义务的出发点在于《电信媒体法》第10条为服务提供者确立的责任规则。^[34] 然而,《网络执行法》第3条所规定的及时注意和检查义务已经逾越了《电信媒体法》第10条的规定,因为后者仅仅要求服务提供者在对违法内容获得实际和明确的认知后及时采取行动。《网络执行法》第4条对不够迅速的认知获取行为规定了罚款,这里实际上建立了一种“应当知道”的义务,而这与《电信媒体法》第10条的规定及欧盟《电子商务指令》第14条的免责规范都产生了抵牾。^[35] 而且,《网络执行法》规定的24小时和7天的删除时限,已经明显偏离了《电子商务指令》所设定的规则。^[36] 按照《网络执行法》的规定,时限计算的起点是提供者获知投诉时,而不是认识到违法内容之时。^[37]

再次,《网络执行法》在立法目标的合理性上也遭到强烈质疑。许多学者指出,《网络执行法》会导致一种“刑法的私有化”(Privatisierung des Strafrechts),因为对违反《网络执行法》第1条第3款涉及的刑法构成要件行为的追诉,本来应当由刑事司法机关来负责。^[38] 决定一个行为的刑事可罚性,不仅是一种国家性的任务,而且也属于司法保留的范围。《网络执行法》实际上

[31] Vgl. Nolte (Fn. 27), S. 561; Wimmers/Heymann, *Zum Referententwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG)—eine kritische Stellungnahme*, AfP Heft 2, 2017, S. 97.

[32] Vgl. Gersdorf, *Hate Speech in sozialen Netzwerken, Verfassungswidrigkeit des NetzDG—Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke*, MMR Heft 7, 2017, S. 439.

[33] Vgl. Liesching (Fn. 30), § 1, Rn. 10; Koreng (Fn. 28), S. 204.

[34] Vgl. Fn. 3, 18/12356, S. 12.

[35] Vgl. Liesching, *Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte*, MMR Heft 1, 2018, S. 29.

[36] Vgl. Wimmers/Heymann (Fn. 32), 2017, S. 95.

[37] Vgl. Spindler, *Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz—europarechtswidrig?*, ZUM Heft 6, 2017, S. 479.

[38] Vgl. Liesching (Fn. 30), § 1, Rn. 8.

是通过罚款的方式将检查、删除违法内容的义务转移给平台运营者,这使得受害人将他们的诉求转而诉诸平台中介。^[39] 违法内容的处置以违法内容的判断为前提,因此我们可以预见,在这一过程中,刑事违法性认定的权力实际上被部分赋予私有化的网络社交平台。

最后,也是最让人诟病的一点,《网络执行法》对受宪法保护的一系列基本权利造成侵犯。从规则的法律后果来看,对普通用户来说,《网络执行法》所设定的违法内容删除规则对《德国基本法》所保护的言论自由和信息自由构成很大威胁。因为《网络执行法》实施后,许多有价值的言论和表达会被平台运营者删除。这里实际上创设了一种“在存疑案件中进行删除”的体系,因为从经济角度考虑,不当删除内容的成本相比于高额罚款而言显然是小的,这就在社交网络中造成寒蝉效应(Einschüchterungseffekte)。^[40] 而且,国家规定删除义务,可能会导致与用户的关系变得紧张,影响可能并不弱于限制言论自由。^[41] 对平台运营者来说,其媒体自由(Medienfreiheit)受到了侵害,因为硬性和过度的检查义务被强加给他们。^[42] 而从公法规制的角度来看,这里平台运营者的经营自由(Gewerbefreiheit)也受到不当影响。^[43]

与此相关,许多学者指出,《网络执行法》的规则表述与宪法所要求的法律明确性原则存在冲突。何为“违法内容”本身就并不清楚,《网络执行法》的语义表述和立法草案的说明存在一定出入,前者仅指内容,而后者则将其扩展到行为。^[44] 而“明显违法的内容”中的“明显”则更是难以把握,与明确性产生了抵牾。^[45] 更严重的是,按照《网络执行法》的字面意思,第4条的罚则并没有覆盖违反第3条第2、3款的行为,但是立法材料却将其纳入处罚范围之内^[46],这显然破坏了规范接受者的行为预期。^[47]

[39] Vgl. Wimmers/Heymann (Fn. 32), S. 98.

[40] Vgl. Liesching (Fn. 36), S. 27; Wimmers/Heymann (Fn. 32) S. 99; Koreng (Fn. 28), S. 204; Guggenberger, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung, NJW Heft 36, 2017, S. 2581; Papier, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW Heft 42, 2017, S. 3030; Nolte (Fn. 27), S. 558.

[41] Vgl. Frenzel, Aktuelles Gesetzgebungsvorhaben: Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG), JuS Heft 5, 2017, S. 415.

[42] Vgl. Gersdorf (Fn. 33), S. 439.

[43] Vgl. Köbler, Fake News, Hassbotschaft und Co.—ein zivilprozessualer Gegenvorschlag zum NetzDG, AfP Heft 4, 2017, S. 283.

[44] Vgl. Fn. 3, 18/12356, S. 19.

[45] Vgl. Liesching, Was sind „rechtswidrige Inhalte“ im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, ZUM Heft 11, 2017, S. 810, 813.

[46] Vgl. Fn. 3, 18/12356, S. 25.

[47] Vgl. Wimmers/Heymann (Fn. 32), S. 101.

五、启示与思考

以上梳理了德国平台责任的三个发展阶段。《电信服务法》出台于 20 世纪的最后几年,彼时正是作为新兴事物的信息产业和互联网经济准备起飞的时点。这一时代背景决定了对信息产业和媒体自由重点保护是该法的最大特色。因此,我们可以清晰地看到,《电信服务法》的责任架构着眼于一种免责体系的创设,而非一种义务模式的建构。德国《电信服务法》的出台在欧洲乃至世界范围内都产生了重要影响,它与美国的《数字千年版权法案》共同成为网络服务提供者的法律责任模式规定的先驱典范。这两部法案推动了《电子商务指令》的出台,而这一指令反过来又促成了德国《电信服务法》的大幅修改,这一修改最终形成了沿用至今的《电信媒体法》。在此过程中,网络经济和信息产业方兴未艾、蓬勃发展,《电信服务法》《电信媒体法》无疑为网络服务提供者(以及平台服务提供者)及其所代表的信息产业的成长提供了统一、明确、开放的法律和制度环境。然而,互联网经济和信息产业发展到今天,网络社会生态已经产生了非常深刻的变革,网络空间滋生的违法、失序现象与当初已不可同日而语。在许多人看来,这类问题不仅扰乱网络秩序,败坏交谈文化,甚至威胁民主制度这一社会基础,这促成了法律规制模式的转变。上述德国平台责任的转变过程触发了笔者以下几点启示与思考。

(一) 合理强化平台规制

随着互联网经济的不断发展与壮大,网络平台的性质与特征逐渐产生了深刻的转变。在互联网经济发展的初级阶段,网络平台的运营者常常以单纯提供技术的中立身份出现。彼时,互联网经济及其重要代表网络服务提供者(包括平台提供者)属于充满希望的新生事物,而且资金往往非常有限,技术尚存在许多障碍,因此理所当然地被国家重点扶持,这一点体现在法律领域就是法律免责模式。在判例中,美国索尼案确立的技术中立原则(或实质性非侵权用途原则)^[48],以及德国 CompuServe 案最终的无罪判决^[49],是这一阶段性特征的鲜明写照。

然而时过境迁,今天我们再度审视这一命题时,首先会惊叹,信息社会到来的速度之快,信息产业和互联网经济的发展规模之大,网络对社会方方面面的渗透之深,远远超出许多人的想象。20 年前,世界企业五百强榜单完全被来自

[48] 参见王迁:《“索尼案”二十年祭——回顾、反思与启示》,载《科技与法律》2004 年第 4 期,第 59 页以下。然而,随着信息技术(尤其是 P2P 这种争议性技术)的发展,技术中立原则在 Napster 案、Grokster 案等重要案例中被不断修正。参见王迁:《新型 P2P 技术对传统版权间接侵权责任理论的挑战》,载《电子知识产权》2011 年第 10 期,第 136 页。

[49] Vgl. *Verbreitung pornografischer Inhalte im Internet—Freispruch im CompuServe-Prozess*, ZUM Heft 3, 2000, S. 247ff.

石油、能源、房地产、零售等基础、传统行业的企业占据；20年后，一些互联网企业不断挤入榜单，而且几乎全都属于平台型企业，如美国的脸书(Facebook)、谷歌(Google)、亚马逊(Amazon)，中国的阿里、腾讯和京东。而且，在那些充满潜力、代表未来经济希望的独角兽公司中，互联网企业占更高的比例。换言之，较之于20年前，现在的经济产业格局已经发生了质的转变，信息产业和互联网经济的体量和实力已经极大地增长。这一点不仅仅通过诸多统计数字体现出来，而且也是人们在日常生活中能够切身感受到的。网络服务提供者尤其是大型平台提供者所拥有的资金、技术、人力资源都已经发展到一个前所未有的规模。

与此同时，平台企业绝对中立性的主张已经越来越难得到人们的认同。不论是从技术架构，还是小盈利模式上来看，纯粹以中立性中介身份来从事经营活动的平台已越来越少。提供媒体播放器的快播公司，虽然曾一度提出“技术无罪”的辩解，但是事后的证据表明，它的营业模式远非提供完全中立的媒体播放器那么简单，它还在全国架构了多台服务器为视频文件提供缓存服务，而且在明知服务器存在大量违法内容的情况下仍然不及时采取措施予以删除。而对于电子商务平台来说，平台经营者对商务经营者的信息登记、记录、报告等义务已经被明确写入了新通过的《电子商务法》第27—31条之中。在此之前，修订后的《食品安全法》第62条也对网络食品交易第三方平台提供者作了类似的规定。换言之，对于绝大多数的平台运营者来说，中立性的程度在不断限缩，介入性的程度在逐渐增强。

伴随经营体量和经济实力的迅速扩大，网络平台运营者的身份特征和法律形象也在逐渐转变。越来越多的有识之士认识到，今日的平台提供者具有复杂而非单一的身份特征。在刑事责任领域，学者们注意到，网络服务提供者在一定条件下同时具有市场经营主体和监督主体的双重法律形象。^{〔50〕}而这种身份的复杂性、复合性，加剧了构建法律责任模式的困难。德国学者指出，社交平台在媒体法律规制上的困难源于目前其媒体角色定位的不确定性。不论是社交平台还是搜索引擎，都类似于一个仅仅提供消息接入通道的“数据化小亭”(digitaler Kiosk)，这些消息是由他人生成和选择的。但是与此同时，社交平台又是“守门人”，因为它们通过算法对信息进行了选择，在此意义上像脸书(Facebook)这样的社交平台类似于出版和广播领域的传统媒体；不过，它们又并没有进行编辑性的选择，这种选择程序只是以每个用户可能的偏好为导向来

〔50〕 梁根林：《传统犯罪网络化：归责障碍、刑法应对与教义限缩》，载《法学》2017年第2期，第11页；王华伟：《网络服务提供者刑事责任的认定路径——兼评快播案的相关争议》，载《国家检察官学院学报》2017年第5期，第16页。

设立的。^[51] 社交网络不仅仅为用户构建了一个中立的技术基础设施,而且也将其与分享、传播内容为导向的商业模式和技术功能特征深入地融合在一起。技术构成、用户行为以及二者结合的商业模式,这三者之间的复杂关系使得平台提供者的责任很难厘清。^[52]

与网络平台身份去中立化、复杂化趋势相伴而来的,是平台控制力的明显增强。平台提供者在社会中扮演了越来越不可或缺的角色,掌握了极大的社会资源,在此语境中一种有别于传统公权力的事实性权力已经成型。以电商平台为例,阿里巴巴制定了一系列的平台交易规则和行为规范,经营主体如果不遵守这些规定,那么可能面临诸如信用降权、下架等一系列程度不同的惩罚性措施。这种规则的制定和执行形成了实际的权力^[53],有学者称其为“私权力”。^[54] 正是出于这种观察,有德国学者指出,网络媒介形成权力(Macht)是不可避免的。他们甚至认为,《网络执行法》的问题恰恰不是平台责任过宽而是不够宽,删除决定权不应当被取消,而应当成为一种公开性的法律义务。^[55] 权力总是伴随着制约和责任,在这个意义上来看,放任网络平台成为法外之地或不承担相应的义务已经不再可能。

不论是《电信服务法》《电子商务指令》还是《电信媒体法》,它们所创设的平台(网络服务提供者)责任体系都是特定社会背景、特定技术条件、特定经济环境下的利益平衡。如今,信息产业演化到全新的发展阶段,它不仅不再是新生、孱弱且需要被格外保护的经济形式,而且甚至在很大程度上挤压了传统经济的生存空间。与此同时,网络平台具有前所未有的经济、技术和社会优势,而不法分子借助平台更加便捷、低成本甚至链条化、产业化地实施违法行为。由此观之,《网络执行法》不仅仅是对仇恨言论这一具体社会问题的政治反应,也体现了社会在政治和法律层面对互联网的态度所发生的改变。^[56] 可以说,在产业格局深度变革、网络主体力量对比翻转的当下,对原有平台责任规则背后的利益关系进行再平衡是势在必行的。

(二) 谨慎探索义务范围

虽然《网络执行法》为网络社交平台提供者创设了一系列义务,但是,如果

[51] Vgl. Drexel, *Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, Wie weit reichen die Mittel der Medienregulierung*, ZUM Heft 7, 2017, S. 536.

[52] Vgl. Eifert, *Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen, Zur Veränderung des Umgangs von Recht und Politik mit dem Internet*, NJW Heft 20, 2017, S. 1450.

[53] 对平台提供者权力的深入剖析,可参见薛虹:《论电子商务第三方交易平台——权力、责任和文责三重奏》,载《上海师范大学学报》(哲学社会科学版)2014年第5期,第40页以下。

[54] 参见周辉:《平台责任与私权力》,载《电子知识产权》2015年第6期,第39—40页。

[55] Vgl. Eifert (Fn. 53), S. 1451.

[56] Vgl. Eifert (Fn. 53), S. 1450.

与中国近年来所推进的立法相比较,《网络执行法》仍然是相当谨慎和保守的。

首先,《网络执行法》并没有将新设的义务“一刀切”地附加给所有的平台提供者。一方面,这部法律只适用于社交平台,社交平台仅仅是网络平台提供者中的一个分支。直白地说,该法主要针对网络违法内容的处置,规制面并不算太宽泛。另一方面,该法第1条第2款规定,如果社交网络在本国的注册用户少于200万,那么运营者可以免于第2、3条所规定的义务。事实上,德国境内用户规模达到200万以上的网络社交平台屈指可数。可见,德国的立法者在这里引入了分类处置、区分对待的思路。不过,德国学界有观点认为,这种做法违背了平等原则。^[57]而且,以用户数量作为分类处置的标准并不妥当。因为,互联网时代盛行免费经济,用户的数量并不是平台资源和实力的准确衡量指标,拥有相对较少用户的平台却具有更大营收规模的情况完全可能存在。^[58]笔者认为,尽管我们在具体分类标准上可以再探讨,但是这种分类处置的基本方向是必要且可行的。因为,那些规模和体量都较小的网络平台由于资金、技术、人员等资源相对有限,对平台第三方行为和内容的管控能力相对薄弱;而大型的网络平台基于其雄厚的资金、技术和广泛的受众,事实上形成了基础性的流量入口,其“守门人”的角色尤为突出,这些平台具有较高的实际支配地位,形成了事实性的权力。二者不可同日而语。

应当注意,这里的区分实际上是对存储服务提供者和社交平台提供者这一下位身份类型的再次细分。因为,《网络执行法》的立法草案已经清楚地说明,该法所规定的合规义务的来源是《电信媒体法》第10条关于存储服务提供者(hosting provider)的责任规则。^[59]换言之,《网络执行法》仅对极小范围内的平台运营者(小部分的经营体量极大的存储服务提供者)强化了违法内容管控的义务和责任。《电信服务法》奠定的,并被《电子商务指令》和《电信媒体法》进一步发展完善的网络服务提供者免责体系并没有被根本动摇。至少如《网络执行法》立法草案所声称的那样,《网络执行法》仍然属于网络服务提供者责任体系框架内的产物,仍然维护了网络服务提供者责任的体系性和一体性。

其次,《网络执行法》从多个维度强化了平台运营者的法律义务和责任,尽管该法在条文具体表述上饱受争议,受到明确性方面的违宪非议,但是整体来评价,该法对义务的描述仍然是相对明确和具体的。这些义务包括事前创设违法内容处置程序,事中根据投诉及时删除违法内容,事后对处置情况监督和通报等。相比而言,近年我国法律为网络服务提供者设定的义务却仍未达到这样明确的程度。例如,在《刑法修正案(九)》增设的拒不履行信息网络安全管理义

[57] Vgl. Liesching (Fn. 30), § 1, Rn. 37.

[58] Vgl. Liesching (Fn. 30), § 1, Rn. 38.

[59] Vgl. Fn. 3, 18/12356, S. 12.

务罪中,何为“法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务”并没有得到进一步的明确,这可是比行政处罚更为严苛的刑罚条款。再如,《食品安全法》第62条规定,网络食品交易第三方平台提供者应当对入网食品经营者进行实名登记,明确其食品安全管理责任;依法应当取得许可证的,还应当审查其许可证。这里的“实名登记”和“审查许可证”具体是何种含义,对相关信息是做形式审查还是实质审查,规定并不清楚。而更成问题的是,原国家食品药品监督管理总局2016年制定的《网络食品安全违法行为查处办法》第10条规定,网络食品交易第三方平台提供者应当建立入网食品生产经营者审查登记、食品安全自查、食品安全违法行为制止及报告、严重违法行为平台服务停止、食品安全投诉举报处理等制度,并在网络平台上公开。这一部门规章中的“食品安全自查”“违法行为制止及报告”“严重违法行为平台服务停止”等要求,显然大大超越了上位法《食品安全法》所设定的义务范围。而且,这实际上已经要求网络平台提供者承担主动监控、调查的义务,这与世界范围内的普遍做法是背道而驰的。^[60]

最后,尽管《网络执行法》为社交网络运营者不履行义务的行为设置了巨额的罚款,但是这种行为在定性上仍然是违反秩序的行为,属于行政处罚的范围而非刑事处罚的范围。可见,与我国大幅修改《刑法》相关条文为网络服务提供者设置统括性义务和独立罪名的做法相比,德国的立法者仍然是相当谨慎的。而且,从我国《刑法》第286条之一的表述来看,这里的“信息网络安全管理义务”显然并不仅限于违法内容的删除义务,其语义涵盖范围极为宽阔。而反观德国法律体系,不论是《电信服务法》还是《电信媒体法》,都被定位为一种“横截面规则”(Querschnittsregelung)^[61],对诸多法律领域都有统摄效力,因而可以对按照原有刑法条款所认定的平台提供者的刑事责任发挥很大的限缩作用。两相对比,我国刑事立法对平台提供者义务和责任的扩张是否过急、规定范围是否过宽仍然需要进一步评估。而从我国现有司法实践来看,拒不履行信息网络安全管理义务罪的适用极为稀少,该罪名实际上有沦为“象征性立法”的趋势。

网络平台本身具有多样性。从技术属性上来看,内容提供者、接入提供者、缓存提供者、存储提供者都可能构成;从经营内容上看,网络平台也存在社交平台、电商平台、餐饮平台、打车平台等不同的形式。网络平台本身的多样性决定,相关法律不宜对平台提供者设定过于笼统、“一刀切”式的责任规则。相反,在信息技术变革极为迅速的当下,类型化的分化处置模式是应当遵循的基本思路。同时,处罚措施应当尽量谨慎,过于激进的义务扩张应当避免。而让内容

[60] 参见赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,载《华东政法大学学报》2017年第1期,第63页以下。

[61] Vgl. Spindler (Fn. 6), S. 643; Wimmer(Fn. 13), S. 443.

缺乏充分明确性的刑法规则“一马当先”的做法则更需要我们深刻省思。

（三）全面考虑附带效应

面对乱象丛生的网络空间,对日益壮大且扮演更重要社会角色的网络平台进行法律规制,科以适度强化的义务,无疑是合理的。而且,网络平台属于网络空间的关键节点、信息交流的瓶颈,如果从技术功能的角度来考虑,无疑在规制效率上是非常有吸引力的。^[62]但是,权利义务关系的调整,往往牵一发而动全身,在考虑目标设定实现的同时,还需要统筹考虑、调整可能带来的附随效应。事实上,对强化互联网违法内容的管控这一目标,学者大多并不反对。因此,《网络执行法》所追求的立法目标,还是得到多数德国学者的肯定。然而,尽管合规模式的引入是必要的,但是立法者必须尽量避免那些威胁到自由交流的效应。《网络执行法》的立法者忽视了在这种模式制定中考虑基本权利性的兼容问题,这事实上导致对言论自由的过度限制,逾越了规制的目标。^[63]为了有效对抗互联网上尤其是社交网络中的仇恨言论、虚假新闻,人们不应忽视这里涉及多种基础性自由的权衡,不应仓促、草率决定。^[64]

平台运营者、用户、执法机关处在一种复杂的互动关系之中,信息产业发展、公共利益、网络空间秩序互相影响、联动,提升平台运营者的义务和责任需要统筹考虑以上各方的主张和诉求,努力达成各方利益的相对平衡。单方面强化社交平台运营者的内容管理义务和违法成本,很可能导致运营者将这种法律风险成本以损害公民言论自由的形式进行转嫁。而删除违法内容义务以确定违法内容性质为前提,这就间接地将对刑事违法内容判断的权力部分赋予私人企业,这导致了所谓的“刑法私有化”现象,这是德国立法者没有给予统筹考虑的。同时,虽然信息经济和互联网产业已经走出了初生、脆弱的成长期,但是它们仍然代表着人类经济发展的基本走向,而且成为经济增长的重要引擎。莽撞地对其进行过度规制可能带来边界模糊、内容审查过载和难以承受的运营成本,这不利于其继续蓬勃发展,甚至会在一定程度上制约国家未来的国际竞争力。这种利益平衡、统筹兼顾的思维已经在我国《电子商务法》艰难的立法过程中初步体现出来,未来更多部门法的立法实践也应当予以采纳。

（审稿编辑 邵博文）

（校对编辑 徐 成）

[62] Vgl. Eifert (Fn. 53), S. 1450.

[63] Vgl. Holznagel, Das Compliance—System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, Eine kritische Bestandsaufnahme aus internationaler Sicht, ZUM Heft 8/9, 2017, S. 622.

[64] Vgl. Spindler (Fn. 38), S. 487.