

重新发现社会规范：中国网络法的 经济社会学视角

戴 昕

摘 要 近年来，中国的互联网法治建设持续提速，旨在通过增加正式制度供给应对复杂、多变的互联网治理问题。网络法研究中经典的社会学理论框架提示，包括法律在内的正式制度之外，社会规范同样是影响网络治理的重要规制因素，但后者在当前的理论和政策讨论中未获得充分关注。向网络法研究中重新引入社会规范，围绕这一规制因素提出具有启发性的理论视角，有助于更好地理解、描述网络法建构和扩张的动因和后果，把握网络治理的切实状态，思考平台治理问题，并想象、检省网络法的趋势和前景。

关键词 网络法 社会规范 网络治理 平台治理 社会信用体系

作者戴昕，中国海洋大学法学院教授、博士生导师（山东青岛 266100）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2019)02-0109-15

一、引言：“互联网不是法外之地”^①

近年来，中国网络法（cyberlaw）^②的制度建构进程持续提速，不但确立了以中央网络安全与信息化领导小组为核心的统一领导体制^③，完成了《网络安全法》《电子商务法》等重要高位阶立法^④，而且加强了在内容管理、知识产权保护、消费者保护、反不正当竞争以及互联网金融等各领域中的监管和执法^⑤。

在宏观意义上，全面推进互联网法治建设的目标，可理解为使法律——广义上包含各类国家正式制度——覆盖网络空间的全部（即没有“法外之地”），以此实现良善的互联网秩序。而这一思路所呼应的，则是官方、学界和民间长期以来用法治/制不健全^⑥解释网络空间中各类争议性问题的归因逻辑。

正式制度供给有限是中国互联网治理过往二十余年的实际状况。但研究者不应忘记，当代网络法理论自其起始，便一直强调理解网络空间中的规制（regulation）与秩序需要超越法律视野。根据 Lawrence

① 习近平：《习近平谈治国理政》第2卷，北京：外文出版社，2017年，第336页。

② 本文使用“网络法”（Cyberlaw）的概念来界定其论域，这一概念较为宽泛地涵盖了各类适用于涉及互联网和相关技术的问题的正式制度。

③ 汪玉凯：《中央网络安全与信息化领导小组的由来及其影响》，<http://theory.people.com.cn/n/2014/03/03/c40531-24510897-4.html>。

④ 十八大以前网信领域立法较少，十八大之后明显提速。参见周汉华：《习近平互联网法治思想研究》，《中国法学》2017年第3期。

⑤ 参见，《白皮书：中国知识产权保护效果明显》，http://www.xinhuanet.com/world/2018-06/28/c_1123050297.htm；《工商总局关于加强互联网领域消费者权益保护工作的意见》，http://www.gov.cn/xinwen/2016-10/25/content_5123934.htm；《多地监管层开启整顿“现金贷”》，<http://news.cnstock.com/news.yw-201711-4150592.htm>。

⑥ 周汉华：《论互联网法》，《中国法学》2015年第3期。

Lessig 在上世纪 90 年代中期提出的概念框架, 法律之外, 市场、技术架构 (architecture) 以及社会规范 (social norms) 同样是网络空间中约束 (constrain) 行为的基本规制力量, 四者在相互影响下共同作用于被规制的网络行为。^① 据此, 加强网络法制/治建设, 不仅意味着法律规制的增加, 还将带来各规制力量之间相互关系的重新安排, 并由此对网络治理和秩序产生更为复杂、微妙的影响。

如何理解、描述、预测、评价网络法建设可能产生的这些“更为复杂、微妙”的影响? 基于 Lessig 的概念框架, 本文尝试围绕“社会规范”这一规制因素, 提出若干具有启发性的理论视角。尽管 Lessig 原本意在建构一个一般性的法律社会学分析工具^②, 但其概念框架自提出后主要被用于分析互联网问题。受 Lessig 早先侧重的影响, 网络法学者在运用这一概念框架时, 通常更多关注“代码”——即网络技术架构——这一法律人先前认识不足的因素所具有的隐蔽但深刻的规制作用。^③ 与此同时, 政治和经济学者则侧重考察平台企业等市场主体及以合约和竞争为形式的市场行为。^④ 相比之下, 尽管社会规范在 Lessig 框架中与代码和市场并列, 却远未在研究中获得近似程度的重视。

社会规范常落在网络法研究者视野之外, 其实令人遗憾。鉴于互联网如今已与普通人日常生活全面融合, 如不借助社会规范, 很难想象研究者将如何确切地描述、解释今日网络空间中的通信 (如“斗图”)、传播 (如“吃瓜”)、组织 (如“帝吧”)、创作 (如“同人”)、消费 (如“同款”)、交易 (如“秒杀”)、竞争 (如“刷粉”) 乃至商业模式 (如“打赏”)——更遑论进一步思考这些现象的法律意义。而借助法律经济学和法律社会学的研究基础, 在网络法研究中“重新发现社会规范”, 将有助于研究者在网络法建设大举推进的背景下, 想象、理解、把握建构正式制度的效果和限度, 避免落入有关法律扩张的单线式思维, 并在此基础上就“互联网不是法外之地”这类宏大命题获得更丰富的理解和解读。换言之, 将社会规范的概念和视角重新引入网络法理论, 其着眼点和旨趣并非观察、玩味某些看似有趣的网络文化或市场现象, 而在于增进我们对法律本身的思考。

二、社会规范与网络规范

当代法学理论中的社会规范研究结合了经济学与社会学的理论成果, 而这一交叉学科背景也使人们在界定社会规范时常有争议。^⑤ 法学中的社会规范研究在传统上并未将互联网作为其核心关注领域。但在网络空间中, 社会规范不仅广泛存在, 而且常能产生强劲的行为规制效力。因此, 相关理论为我们理解分析网络语境中的法律和治理问题提供了一个重要视角。

(一) 法与社会规范

社会规范指国家正式制度之外, 以社会影响为基础, 约束个体认知、行为和决策的社会控制现象。这一界定基于制度研究中的功能主义。^⑥ 据此, 社会规范最重要的理论意义是向理性选择框架中引入一个法律强制和价格机制之外解释个体行为的约束条件, 即社会影响。^⑦ 所谓社会影响, 是指理性个体不仅依其

① Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, 2006, pp. 86-95.

② Lawrence Lessig, “The New Chicago School,” *Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. S2, 1998, pp. 661-691.

③ See e.g. R. Polk Wagner, “On Software Regulation,” *Southern California Law Review*, Vol. 78, No. 2, 2005, p. 459 (“Above all else, the story of the field of cyberlaw is a tale of two codes: law and software”). Cf. James Grimmelmann, “Regulation by Software,” *Yale Law Journal*, Vol. 114, No.7, 2005 (“software is a modality of regulation different from architecture”). Orin S. Kerr, “The Problem of Perspective in Internet Law,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 91, No.2, 2003, p. 372.

④ 杨居正、张维迎、周黎安:《信誉与管制的互补与替代——基于网上交易数据的实证研究》,《管理世界》2008年第7期; Lizhi Liu & Barry R. Weingast, Taobao, “Federalism, and the Emergence of Law, Chinese Style,” *Minnesota Law Review*, Vol. 102, No. 4, 2018, p. 1565.

⑤ Christine Horne, “Sociological Perspectives on the Emergence of Social Norms,” in Michael Hechter and Karl Dieter-Opp (eds.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, 2001 pp. 3-5; Thrainn Eggertsson, “Norms in Economics, with Special Reference to Economic Development,” in Michael Hechter and Karl Dieter-Opp (eds.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, 2001, pp. 78-81; Richard H. McAdams and Eric B. Rasmusen, “Norms and the Law,” in A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, North Holland, 2007, pp. 1576-1578.

⑥ Thrainn Eggertsson, “Norms in Economics, with Special Reference to Economic Development,” in Michael Hechter and Karl Dieter-Opp (eds.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, 2001, pp. 80-81.

⑦ Robert C. Ellickson, “The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy,” in Michael Hechter and Karl-Dieter Opp (eds.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation 2001, pp. 35-36.

自身偏好，也会参照其所处的群体语境，来确定潜在行为选择的成本与收益——他/她不光考虑自己想做什么，还要考虑其他人对自己行为的期待，以及其他人在相同情况下的选择。^①

基于上述定义，“社会规范”在外延上包含了具备较为明确应然价值内容的群体性道德规范，反映特定预期的集体规范，也同时包括许多价值意味并不强烈、不必定以特定族群身份为基础而更多体现约定俗成的规则、习俗（custom）和通例（convention）。^② 社会规范之所以进入法学研究的视野，主要是因为正式法律制度之外，社会规范同样有重要的行为规制功能，并因此可能会影响法律所追求的治理和秩序目标。参照主流学说，社会规范规制行为的作用机制可归结为“内化”（internalization）、“激励”（external incentives）与“表达”（expressive power）。这三类机制并非相互排斥——某类社会规范可能同时基于多种机制实现行为约束——但理论上不妨先作区分描述。“内化”是指某些规范的内容和要求虽是外来，但个体在违反规范时，会因自发产生羞愧、罪过等心理而承受主观损失。例如一些道德和伦理规范常符合此种描述。^③ “激励”则指特定规范的要求获得个体遵从，需要来自个体所处社群语境中的奖惩激励。社会规范涉及的“激励”，在内容和形式上通常比法律制度中的奖惩更为宽泛，例如尊荣、鄙弃以及丧失未来交易机会等，而这些奖惩通常由身处相同规范社群的其他个体单独或共同作出，且执行奖惩的行动本身又是另一些程序性规范引导、激励的产物。^④ “表达”机制是指，特定社会规范对行为产生的影响是通过改变个体行为和群体博弈的信息条件实现的。Richard McAdams 指出规范可为个体决策提供其所需要的信息，或为多均衡的博弈提供协调行动的聚焦点。^⑤ Eric Posner 则认为规范的存在便利了个体向他人发送有关自身贴现率的信号，由此促成群体行动从混同均衡转变为分离均衡。^⑥ Lessig 和 Sunstein 等则指出，由于行为的社会涵义只有参照社会规范方能获得理解，因此社会规范对行为的引导和约束来自于个体对特定涵义的追求或规避。^⑦

法学研究中的社会规范理论早期有自由放任主义色彩。根据 Robert Ellickson 的说法，如果自发形成的社会规范在至少一些语境中能帮助群体克服集体行动困难、促成有益社会合作、实现福利最大化，那么法律此时不应寻求介入——此即“秩序无需法律”（order without law）的著名命题。^⑧ 但社会规范的法律意义并不能被简单理解为，法律只应在社会规范空白或无法及时出现处介入，法与社会规范划界而治、井水不犯河水。绝大多数规制语境中，法律和社会规范几乎总是以某种形式共存。^⑨ 此时，正如 Lessig 模型所提示，无论个体还是群体行动所面临的规制环境，都应被理解为法律和社会规范二者之间相互作用、共同形塑的结果。

例如，在一些情形中，社会规范产生的行为约束后果可能不符合受约束个体原本的偏好，或可能造成严重的负外部性，由此减损整体社会福利。^⑩ 不同时代中的所谓“陈规陋俗”（如决斗、缠足、闹洞房、过度社交宴饮等）、甚或犯罪组织内部规范等，就是此类情形的代表。在这类情形中，社会规范的存在和

① 由此扩展了理性选择的内涵，使其可体现“生态理性”（ecological rationality）。参见 Vernon L. Smith, “Constructivist and Ecological Rationality in Economics,” *American Economic Review*, Vol. 93, No. 3, 2003, pp. 469-471.

② Christine Horne, “Sociological Perspectives on the Emergence of Social Norms,” in Michael Hechter and Karl Dieter-Opp (eds.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, 2001, pp. 3-4.

③ 一些理论将纯粹为个人自行施加、完全来自内生信仰的规范性态度称为 personal norm，认为其应与社会规范作区分，后者强调必须有某种来自外部的影响。本文所讲的内化，其结果虽然是某些规范内容为个体内化接受，但其来源仍为群体语境。Robert Cooter, “A Normative Failure Theory of Law,” *Cornell Law Review*, Vol. 82, No. 5, 1997, pp. 955-958.

④ Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1994.

⑤ Richard H. McAdams, *The Expressive Powers of Law*, Harvard University Press, 2015.

⑥ Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2002.

⑦ Lawrence Lessig, “The Regulation of Social Meaning,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 62, No. 3, 1995, pp. 943-1045; Cass R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, No. 5, 1996, pp. 2021-2053.

⑧ Robert C. Ellickson, *Order Without Law*. 又如，Robert D. Cooter, “Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, No. 5, 1996, pp. 1677-1678.

⑨ Richard H. McAdams, “The Origin, Development, and Regulation of Norms,” *Michigan Law Review*, Vol. 96, No. 2, 1997, p. 347.

⑩ 有效社会规范的形成和调整很可能远远滞后于相应社会群体的需求。参见 Eric Posner, “Law, Economics, and Inefficient Norms,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, No. 5, 1996, pp. 1711-1712.

作用常常构成法律干预的动因，后者会致力于改变乃至瓦解相关规范，以打破原规范下无效率的行为均衡。而除了直接针对行为采取强制，法律对社会规范的对抗性干预还可借助信息和信号等表达机制，影响个体对社会规范内容、正当性和他人预期的认知，从而间接影响行为；^①或通过支持规范企业家、影响意见领袖、改变社群成员构成等方式，促成更有效的社会规范生成以取代原有规范。^②而另一些情形中，社会规范的内容被认为本可促进福利最大化，但却缺乏对个体行为的足够约束或引导，即出现所谓“规范失灵”。^③此时，社会规范的“失灵”提供了法律干预的基本理由和目标。而法律可通过信息披露或补充执法等手段，支持、补强社会规范的约束力。^④

还有一些情形中，法律虽已介入并扮演普适的秩序供给者角色，但“徒法不足以自行”——法律在规范内容和执行方面的不完备性（incompleteness），常常意味着社会规范可以发挥补充性的规制功能。一方面，社会规范可补充限于信息成本而时常不完全、不精细、不灵活的法律规则内容。^⑤例如 Saul Levmore 曾以城市停车区域规章为例，指出尽管法律只一般性地划定非法停车区域，但个体到底选择将车非法停在行人过路通道上，还是非法逾时停在收费车位上，并不受到具体法律约束，个体选择此时可能以社会规范对二者的不同评价为依据。^⑥另一方面，社会规范包含的声誉制裁和社群制裁，如羞辱、群体性排斥等，虽在当代法治原则之下难以为国家作为正式制度保留，但常在事实上补充着法律处置后果。甚至，刑法、行政法等领域中对负面信息披露的要求，以及国家保留的荣誉制度，本身有可能以引发社会规范制裁或赋予尊荣为意图。^⑦

（二）“网络规范”（cybernorms）：更少还是更多？

Lessig 最初将其概念框架套用于网络治理问题时，对社会规范的处理较为简单，仅指出网络空间中的行为同样会受个体所处环境中他人期待和压力的影响。但 Lessig 之后的研究者很快指出，解释网络语境中社会规范的产生和作用或许需要不同于传统社会规范的理论。一些研究者看来，无论 McAdams 的“尊荣理论”，还是 E. Posner 的信号理论，都更适于解释社会规范如何在紧密社群中产生。而网络用户之间的人际互动多在匿名基础上发生，不同用户各自效用函数差异巨大，也较少有重复博弈预期，因此指望他们就规范内容形成共识，为执行规范采取集体行动，难度理应极大。^⑧而为了解释事实存在的网络规范，例如 P2P 文件共享社群中用户接受的利他主义规范——用户自愿上传文件，尽管不上传并不影响其下载权限——研究者转向了社会心理学，例如 Lior Strahilevitz 指出在松散（loose-knit）网络社群中，信息技术放大了网络用户对他人利他主义行为的感知，由此强化了互惠心理，并通过引发互惠湍流（reciprocity cascades）促成了规范的生成和维系。^⑨这与社会学者解释社会规范约束力时较多援引的“多数无知”（pluralistic ignorance）机制较为类似，后者描述的是，个体尽管私下都不情愿按群体规范行事，但却往往因误认为其他人都自愿遵守规范，才选择接受约束。^⑩

① Alex Geisinger, “A Belief Change Theory of Expressive Law,” *Iowa Law Review*, Vol. 88, No. 1, 2002, p. 52.

② Robert C. Ellickson, “The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy,” in Michael Hechter and Karl Dieter-Opp (eds.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, 2001, p. 63.

③ Cooter 在理论上提出的规范因制裁执行不足而失灵的原因，包括被制裁者容易找到替代交易对象、与规范社群疏离、负面声誉信息传播不力、为制裁目的发生正面冲突代价过高等。Cooter, “Normative Failure Theory of Law,” *Cornell Law Review*, Vol. 82, No. 5, 1997, pp. 968-978.

④ Cooter, “Normative Failure Theory of Law,” *Cornell Law Review*, Vol. 82, No. 5, 1997, pp. 976-977.

⑤ Robert E. Scott, “The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms,” *Virginia Law Review*, Vol. 86, No. 8, 2000, p. 1606.

⑥ Saul Levmore, “Norms as Supplements,” *Virginia Law Review*, Vol. 86, No. 8, 2000, pp. 2001-2002.

⑦ See e.g. Dan M. Kahan & Eric A. Posner, “Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines,” *Journal of Law & Economics*, Vol. 42, Issue 1, 1999, pp. 365-392.

⑧ Lior Jacob Strahilevitz, “Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks,” *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 3, 2003, p. 558; Neal Kumar Katyal, “Criminal Law in Cyberspace,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, No. 4, 2001, p. 1008; Philip A. Wells, “Shrinking the Internet,” *New York University Journal of Law & Liberty*, Vol. 5, No. 2, 2010, pp. 538-540.

⑨ Strahilevitz, “Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks,” *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 3, 2003, pp. 567-571.

⑩ Deborah A. Prentice & Dale T. Miller, “Pluralistic Ignorance and the Perpetuation of Social Norms by Unwitting Actors,” *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol. 28, 1996, p. 162.

不过，若将对网络规范的观察和思考放在互联网从 Web 1.0 到 2.0 乃至 3.0^① 这一演进历程之中，那么解释网络规范的发生和作用，其实未必那样困难。民用互联网最早的用户群体主要是技术精英，而高校和研究机构则是其小型社会网络聚集的物理空间；信息技术使得物理空间中散落的小规模聚落能够相互建立联系，形成相对更大的社群——这样的网络社群其实谈不上存在成员异质性过高、沟通不畅、难于形成合意或集体行动等问题。^②

民用互联网在 20 世纪 90 年代后期开始迅速普及。表面上，这或许意味着，一些围绕媒体、娱乐和电子商务等网络信息服务形成的大型网络社区，较难自发形成有效的、增进社会福利的网络规范，但松散社群语境中的网络规范，其实并非只能发轫于松散的网络社群自身。线下物理世界的规范或某些小型紧密网络社群中的规范，在互联网技术架构促成信息存储、传输和分析处理能力大幅提高、成本大幅下降的客观条件下，实际上会更易于形成湍流效应，由此扩展其影响范围。^③ 例如，无论是基于回音室原理，还是借助精准投放、行为学促销等传播手段，网络环境相比于线下都更有可能实现对个体的说服，使其内化某些外来规范。由于沟通更为便捷，在超出紧密社群的语境中，人们组织集体行动的成本也大幅下降，这意味着线上相对“松散”的人际网络，同样可以为执行规范，生产规模可观的褒奖和制裁。此外，在网络空间中，信息传递更为便捷、廉价，任何单一聚焦点设立的难度会下降，聚焦点的价值会基于网络效应而放大，个体发送清晰信号的手段会增加，行为涵义的建构性操作也更频繁——这都意味着借助表达策略推动规范实施会变得更加容易。因此，越是在大型网络社群中，网络规范的内容反而可能越精细，行为规制强度也越高。

自互联网进入平台化（platformization）时期以来，商业平台的聚集效应和治理属性又进一步强化了上述有利于网络规范形成和作用的条件。基于平台自身的治理需要及其内含的纵向控制结构，商业性互联网平台在较短时间内便落实了实名制的要求，建立了以身份认证、行为追踪和记录评分为核心内容的权力结构^④，而这种结构使得平台环境相比于 Web 2.0 时代的网站、聊天室和博客中的社区，更有利于形成完善、稳定、适用面广泛的网络规范。更微妙的是，在平台竞争背景下，平台在内部垂直化和模块化程度增高、在外部走向相互区隔和封闭，这一趋势也意味着平台用户社群中网络规范具备了较之以往更好的生成条件。而平台为追求用户黏度，会进一步促成相关规范的强化，并使网络规范因此有了吸引目标用户、提升用户体验的产品意义。例如，以“文青”“腐女”，乃至“屌丝”为不同目标用户的社交内容平台，对用户的吸引力和黏性，在很大程度上来源于各自平台上互不相同的内容发布和沟通规范——甚至包括语言规范乃至语义系统。^⑤

因此，网络规范的广泛存在并不令人意外。由于网络技术架构有利于新型群体互动的形成和网络规范的维系与扩展，规范企业家和意见领袖会有更强的动力向规范生产作持续投入。例如，由于在大型网络社群中，网络规范的行为规制效果更强劲有力，商业推手、粉丝经济、打赏经济等互联网经济形态才可能自 Web 2.0 时代开始，一直繁荣至今。正如 Yochai Benkler 所指出的，网络经济结构中的生产和创新，相比于

① 参照通常的说法，Web 1.0 指基于网页信息和搜索的互联网，Web 2.0 强调用户内容生产和电子商务，而 Web 3.0 则建立在大型平台、物联网、大数据和智能算法之上。See e.g. Anupam Chander & Uyên P. Lê, “Free Speech,” *Iowa Law Review*, Vol. 100, No. 2, 2015, p. 542; Kenneth A. Bamberger & Orly Lobel, “Platform Market Power,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 2017, pp. 1053-1054.

② Mark A. Lemley, “The Law and Economics of Internet Norms,” *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 73, No. 4, 1998, p. 1268. 1996 年 John Perry Barlow 的《赛博空间独立宣言》，如果抛开其乌托邦主义的修辞和情绪，反映的是对早期网络社会实际治理条件的理解，即成员同质化更高、基于技术的信息沟通能力更强，而比物理社会更有可能实现“秩序无需法律”。John Perry Barlow, “A Declaration of the Independence of Cyberspace,” <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. 早期网络社群随着规模扩大而逐渐形成较为复杂精致自治规范系统的例子，参见罗玲：《水木清华 BBS 纠纷解决机制的变迁》，《法律和社会科学》2007 年第 2 卷。

③ 社会学和传播学中的湍流机制通常包含信息湍流（informational cascade）和声誉湍流（reputational cascade）两类，二者描述的均是个体行为受其他多数人行为所影响：信息湍流中，个体选择从众是因其认为多数人的选择说明该行为有利；声誉湍流中，个体从众是因为惧怕不从众会受到他人冷眼。参见 Cass R. Sunstein, # *Republic: Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, 2017.

④ 胡凌：《超越代码：从赛博空间到物理空间的控制/生产机制》，《华东政法大学学报》2018 年第 1 期。

⑤ 《豆瓣、知乎、贴吧用户心理分析》，<https://36kr.com/p/5124324.html>.

传统经济，更应被理解为以社会性生产（social production）为主要内容，这说明网络规范就其激励创造和安排权益分配的作用，对网络经济具有基础性意义。^①

当然，网络规范存在不等于“秩序无需法律”在网络空间中普遍成立。互联网的发展历程本身就是治理问题不断产生、扩展、流变的过程。如果从应对互联网治理问题的角度审视网络法的发展，那么可以看到，网络规范普遍影响着法律作为一种建构性规制力量的发生与效果。

三、网络规范与网络法的建构动因

民用互联网在中国兴起始自 20 世纪 90 年代后期。中国法此时起便拒绝了实质上以“秩序无需法律”为依据的“互联网例外主义”（Internet exceptionalism）思路，明确要求政府全面监管利用网络开展的信息传播等行为。^②

中国的互联网法治建设通常被表述为以实现“风清气正”、维护“长治久安”为目标。但在更具体的分析和论证中，应如何描述、理解国家建构正式网络法制度、并不断寻求增加其供给的动因？网络规范的视角至少提示了三种网络法建构的可能政策动因，以及相关法律干预主张在获得证立前需先经受的检视和考量。

（一）填补规范空白

官方和民间强调网络法制亟待建设者，常指出网络治理中大量新问题的出现，不断暴露了既有法律体制中的所谓“空白”或“盲区”。例如执法部门长期抱怨立法滞后，导致执法部门无法可依，而立法部门又认为，各类网络问题实际上在线下早有对应法律法规可以适用，只是执法者水平不足，疏于有效执法。^③但无论症结在于立法有“空白”，还是执法有“盲区”，据此要求加强法律规制的主张，其隐含的假设是在相关领域中不但缺乏有效法律规制，且缺乏能够促进有效率行为均衡的网络规范。

现实中，一些领域确有此种情形。个人数据保护是一个有代表性的领域。中国互联网产业飞速发展的最初二十年间，不但有关数据保护的法律规定缺位，而且有关互联网企业收集、处理用户数据行为的行业或民间规范几乎不存在。虽然自 21 世纪初，《个人信息保护法》就被提上立法计划，但此后一再被搁置。直至 2012 年《全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定》颁布后，有关个人信息保护的高位阶规范才开始不断出台^④，而 2017 年开始施行的《网络安全法》，终于可算是包含了一套较为完整的基础性数据隐私原则。^⑤

就社会规范而言，除了普通网络用户早期对个人信息的收集和使用行为及其后果缺乏了解之外，由于公共机关长期大量收集、存储个人信息，这也抑制了强调个人信息保护的社会规范在民间迅速形成。在这个意义上，百度创始人李彦宏在 2018 年脱口而出的“中国人对隐私不敏感”一说^⑥，如是描述 2010 年前乃至更早的互联网用户隐私规范，未必算是雷人言论。法律和规范的双重缺位，是中国互联网市场中形成系统性个人数据风险——以庞大的数据黑产及其上下游规模更大的灰色数据处理和交易活动为表现^⑦——的重要原因。既然“秩序无需法律”在这一领域看来越发无从谈起，填补规范空白在此便可作为法律大举介入的基本依据。

作为一种十分直观、容易想象和理解的证立逻辑，“填补规范空白”在公共话语中，常被主张法律规制者抛出。但这一逻辑本身也提示，针对据此提出的网络法建构主张，值得进一步质疑。总的来看，“规

① Yochai Benkler, “Law, Innovation, and Collaboration in Networked Economy and Society,” *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 13, 2017, pp. 231-250.

② 例如，《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》（1997 年施行）。

③ 周汉华：《论互联网法》，《中国法学》2015 年第 3 期。

④ 如《消费者权益保护法》（2013 年修正）、《刑法修正案九》（2015 年）中有关个人信息保护的规定等。

⑤ 《网络安全法》（2016 年）第四章。

⑥ 《李彦宏：中国人对隐私不敏感 愿意用隐私交换便捷性》，http://www.sohu.com/a/226437549_430392。

⑦ 张宇哲等：《整肃数据产业链》，<http://topics.caixin.com/zssjcy/>。

范空白”在何种意义上需要法律规制填补，其实并不容易确认。一方面，即使针对特定网络治理问题，自发性规范一时缺失，也不意味着法律规制先行积极介入必然合理。例如就虚拟财产的权益关系、零工平台与劳务提供者之间关系定性等问题，虽然明确、有效的自发规范在市场中一直未能形成，但这并不意味着立法者或法院有能力先行设计出足够合理的制度安排——《民法总则》未对虚拟财产保护作直接规定^①，法院在“闪送”平台与快递员纠纷中强调只针对个案事实判断劳动关系，都表明立法者和司法者承认其填补空白的能力有限。^②另一方面，公共选择和策略性话语因素可能为有关“规范空白”的判断带来进一步的复杂性。一些领域，利益集团如预期在法律不介入的现状中长期受益，就会有动力着意掩盖自发性规制的缺失，甚至虚构有效网络规范的存在。反过来，追求扩大法律干预者，同样也有激励策略性地夸大相关领域中的“无序”、“乱象”，而无视网络规范的现有或潜在规制效力。近年来，有关共享单车规制的讨论即反映了这种复杂性，平台企业强调在技术的辅助下，用户能够受到有关合理、安全、有序使用规范的约束，由此减少乱停、乱放、违章行驶等行为的的外部性；而监管者则指出，共享单车使用的乱象，正暴露出该领域中借助法律集中填补规制空白的必要性。^③有效辨析两类对立主张，显然应是此处以“填补规范空白”为由建构法律规制的前提。

（二）抑制网络规范

如果特定网络治理问题的出现，恰恰是网络规范对行为所产生的约束所致，那么网络法建构就可以被理解、表述为以抑制、干预此类不可欲的网络规范为目标。例如前文提到，早期美国 P2P 文件共享社群激励用户上传影音文件的规范，是此后引发和扩大网络著作权侵权行为的基本行为机制。而类似规范驱动的网络著作权侵权，同样是中国早期内容网站聚集资源这一“非法兴起”过程的主要内容。^④近年来，中国的著作权立法和执法均持续试图建立在民间有关数字作品传播和使用的规范，追求对著作权的高标准保护；例如近期监管部门和法院作出的禁止剪辑改编视听节目^⑤、判定同人作品构成不正当竞争^⑥等举措，便明确否定了中国网络用户中普遍流行的有关“合理使用”的规范认知。又如，以人肉搜索为代表的“传统”网络隐私（相对于数据保护这类“新型”隐私）问题，具有非常明显的基于社会规范发生的特点：正是由于网络条件弱化了线下人际交往中的体面和尊严规范，却强化了集体羞辱规范，才引起了人肉搜索的流行。甚至，有论者认为，在信息相对不透明、失范行为常逃脱制裁后果的中国社会，人肉搜索的兴起恰恰表明，网民所认可的隐私规范，在隐私保护范围上并不涵盖那些违反伦理道德的行为。^⑦但 2009 年北京法院就王菲案作出的否定人肉搜索合法性的判决，表明法律对上述规范采对抗姿态，不认可网民依网络规范自发协调、组织人肉搜索的行为，不接受依据前述网络规范获得界定的“隐私预期”（expectation of privacy）具有合理性。^⑧

网络法建构以抑制不可欲网络规范作为动因，同样是现实中常见的决策和论证逻辑。基于这一逻辑提出法律建构主张时，论者应准备对以下拷问给出回应。其一，法律决策者试图抑制的网络规范，是否确实无助于增进社会福利？如果这种判断因法律决策者的信息局限或策略性动机与实际不符，那么法律建构本身的合理性就值得怀疑。其二，即使相关网络规范确实不可欲，法律干预试图或实际促成的，是否有更优的行为均衡？例如，在网络著作权领域，任意复制使用的网络规范固然可能破坏原创激励，如法律在干

①《民法总则》（2017 年）第 127 条。

②《李相国与北京同城必应科技有限公司劳动争议一审民事判决书》（2017 年）。

③《多地对共享单车管理升级，乱停与破坏管住了吗？》，http://www.xinhuanet.com/politics/2017-04/17/c_1120826152.htm。

④ 李斯特：《在互联网时代回顾和展望版权的演化》，《法律和社会科学》第 15 卷第 1 辑，2016 年；胡凌：《“非法兴起”：理解中国互联网演进的一个视角》，《文化纵横》2017 年第 2 期。美国互联网市场中的类似过程，参见 Kevin Werbach, “The Song Remains the Same: What Cyberlaw Might Teach the Next Internet Economy,” *Florida Law Review*, Vol. 69, No. 3, 2017, pp. 919-923.

⑤《国家新闻出版广电总局办公厅关于进一步规范网络视听节目传播秩序的通知》（2018）。

⑥ 查良镛起诉杨治著作权侵权和不正当竞争案一审判决书（2018）。

⑦ 刘晗：《隐私权、言论自由与中国网民文化：人肉搜索的规制困境》，《中外法学》2011 年第 4 期。

⑧ 王菲诉张乐奕名誉权纠纷案（2009）。美国语境中，近年来出现的针对“报复式色情”（revenge porn）的刑事立法，也基于类似逻辑，即认为需要通过法律干预抵制、改变网络中流行的隐私规范，后者认为观看女性非自愿裸露、以性事对其进行羞辱是可接受的行为。Mary Anne Franks, “Revenge Porn’ Reform: A View from the Front Lines,” *Florida Law Review*, Vol. 69, No. 3, 2017, p. 1336.

预、抑制这种规范时，提出的替代方案是赋予作品权利人完整控制、以授权和付费为使用必然前提的规制方案，这种规制状态相较于之前就未必是更为理想的，甚至有沦为一厢情愿的风险。

（三）支持网络规范

尽管不接受网络空间中“秩序无需法律”，但中国互联网政策在官方表述层面始终要求营造“积极健康、向上向善的网络文化”，在网民中普及“文明上网”意识。^①这表明国家对网络规范的积极规制功能抱有期待。可见，即使在法律已介入的领域，如果网络规范有可能在相同方向上提供助力，官方也会乐见其成，并有动力借助正式制度资源为此类规范的规制效果提供支持，寄望于法律规制能由此“借力”。

在中国的制度实践中，法律对权威眼中可欲网络规范提供支持有不同方式。一种方式是将网络规范法律化。例如在保护电商消费者权益这一领域，除直接针对平台和商家提出行为标准、制定责任规则并开展执法活动外，法律也寻求强化、扩展一些交易实践中形成的网络规范对交易行为产生的约束效力。例如《消费者权益保护法》中对“七天无理由退货”的规定，原本是部分平台及在交易实践中自发形成、适用的规范。将这类自发交易规范法律化的意义，不但可以借助国家强制力支持此类规范获得更高程度的执行，而且还可借助法律的信息机制，向市场发出更明确的信号，增加经营者基于社会压力或借助聚焦点选择符合规范行为的激励。^②另一种方式则是借助法律干预手段维护网络规范的执行机制。这集中体现在中国政府多年来寻求通过法律打击、治理商业推手等灰色公关操作的过程之中。在社交媒体、电商平台等常见网络场景中，约束用户行为的自律性规范发挥积极作用，通常以其中内建的行为追踪和声誉评价机制正常运转为前提。但无论是出于能力还是意愿局限，网络服务经营者常常未能有效限制商业推手、水军等组织化的影响力操作。通过有针对性地出台或适用禁止性规则^③，法律致力于打击商业推手，其落脚点是维护“正常网络市场秩序”——后者的实际意义，就是保障基于声誉机制的在线交易规范发挥规制作用。

如果将网络法建构的动因理解、表述为支持可欲网络规范的行为规制作用，那么此类法律规制主张，至少也需经受两个方面的进一步推敲。其一，国家在选择性地投入正式制度资源支持网络规范时，不一定能选对值得扶持的对象。特别是，在一些场景中，多种相互冲突的网络规范共同存在，此时国家选择性地支持一方、打压另一方，可能会是公共选择、而非理性政策决策的结果。^④其二，当法律介入一些网络规范的运行场景后，即使意在支持后者，但也可能对规范自身的作用机制构成干扰，反而影响、削弱其规制效果。例如，当某些自发性规范被吸纳为法律要求之后，合规行为的社会涵义有可能发生变化，人们按照规范要求协调行动的内生激励反而因此遭到破坏。^⑤这意味着网络法以支持网络规范为面向进行建构，其效果可能面临较大的不确定性。

四、网络规范与网络法的内容和执行

网络规范不但可作为理解、辨析网络法建构动因的理论视角，而且有助于我们更准确地把握法律建构所能产生的实际规制效果。如前所述，Lessig 概念框架的一个基本启示是，各类网络治理问题所处的实际规制结构都是网络法和网络规范共同构成的。因此，判断、描述网络规制严格还是宽松、粗糙还是精细，都不能仅看正式法律如何规定，还需考虑网络规范对法律规制的调整和形塑，在此基础上把握“行动中的法”。

（一）网络规范调整网络法内容

立法、行政乃至有规则制定职权的司法机关在制定规则时，无论在形式上采用“规则”（rule）还是“标准”（standard），都难免因规则制定者面临的信息成本而在具体适用时出现过宽、过窄或过于模糊不

①《人民网评：营造风清气正的网络空间》，<http://opinion.people.com.cn/n1/2018/0419/c1003-29935352.html>。

②例如，借助《消保法》中对网络购物无理由退货的规定，消费者协会更已推动线下商城自愿接受无理由退货的规范。《今天3·15，告诉你一个好消息！》，http://news.cnr.cn/native/gd/20180315/t20180315_524166394.shtml。

③《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013年）、《网络安全法》（2016年）第12条、《反不正当竞争法》（2017年修正）第11条、《互联网跟帖评论服务管理规定》（2017年）、《电子商务法》（2018年）第39条等。

④ Mark A. Lemley, “The Law and Economics of Internet Norms,” *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 73, No. 4, 1998, p. 1276.

⑤例如，当政府高调支持网民中要形成明辨真相、不造谣不信谣的言论规范时，有可能反而使这一规范对一些网民的吸引力降低。

确定等情况。这在待决问题往往相对新颖、缺乏传统规制经验作为参照的互联网领域尤为突出。此时，网络空间中行为人面临的实际规制要求，常会是网络规范对法律的正式规则内容加以补充、调整乃至改变的结果。这是网络规范影响甚至型塑网络法的一种重要机制。

仍以网络隐私问题为例。尽管如前所述，中国法对人肉搜索给出了明确否定的态度，但并未就如何区分处理现实中复杂多变的人肉搜索行为给出更具体的规则。人肉搜索或类似的网络隐私披露，在现实中远未被禁绝，而网络规范则对何为“合理隐私期待”提供了更为精细的内容，在一定程度上补充了法律原本宽泛模糊的隐私界定。例如，在涉及公众人物时，受线下规范的影响，网络隐私规范对特定人（如高雅文化精英）和特定事（如丧事）显然赋予了高于另一些人（如娱乐明星）和事（如婚外性关系）的合理隐私期待。^①而对于因偶然原因成为媒体焦点的普通人，尽管立法或司法规则中并未结合具体事由和语境对其受保护的隐私预期作区分，但网民对于“官员戴名表”“高铁霸座”“批评网络小说遭人肉”等不同情境中人肉搜索行为的差异化反响，也揭示出网络规范中包含了比法律更为细致、微妙的行为评价标准。

隐私之外，中国的网络内容审查制度同样存在大量可补白的空间，其规则内容也确实受到更为精细的网络言论规范的调整。以网络内容审查类法规中历史最悠久、最常被采用的有关界定九种违禁内容的规定为例^②，此类规定的条文本身极为宽泛，而在 Web 2.0 以来的社交媒体语境中，该规定一直以相对粗糙的关键词过滤为主要实施方式。网络用户因此逐渐形成了有关使用同音、谐音甚至暗语进行表义的语言规范。替代语表达规范的微妙之处在于，其主要效果使许多法律法规未必真正意图限制，但又因各种原因未给出明确豁免的内容，可以被表达、呈现出来。因此，替代语规范细化、限缩了原本过宽的内容限制条款，在粗疏的法律规定之上，进一步界定了“什么能说、什么不能说”的网络表达规则。

网络规范补充、调整网络法的内容，不但在实证层面提示如何才能更准确、真切地描述互联网规制，而且在规范层面也有相当微妙的意义。虽然法律制度内容不完备是常态，但网络规范对法律的补充和修正未必一定是“好事”——相关评价如何做出，取决于论者的立场和角度。例如，对审查者而言，更精细、更少寒蝉效应的内容审查规则，或许并非其所愿。尽管会有人赞许网络规范对人肉搜索正当性评价的更精细区分，但对于另一些将隐私保护视为道德义务的人来说，如果网络规范为人肉搜索开出比法律更大的口子，则堪称法治的失败。

如果我们只是截取某个特定时点，以此为基准观察网络规范如何对网络法构成调整，那么二者在当时共同建构的规制结构，未必是能够稳定维持的均衡。特别是，如果网络规范与网络法内容不相一致，但前者的影响却变得日益显著，这可能为新一轮的法律规制扩张提供动因。而立法者此时面临的选择是，要么寻求干预、抑制网络规范，要么以网络规范对法律的调整为参照，直接改变法律本身。^③

（二）网络规范调整网络法执行

网络规范还可能对网络法的执行机制产生影响，而这种影响既可能是为执行提供辅助，也可能是削弱法律执行的强度。网络规范对法律执行的辅助作用，有时体现为生产信息，提高失范行为被发现的概率，有时则体现为对法律的制裁手段构成补充，由此增加行为人的守法激励。可以适用于自媒体著作权的网络规范为例。高质量原创内容在自媒体市场中是核心竞争资源，而“免费+广告”的商业模式下，投资于原创内容的生产对绝大多数微博、微信公众号等自媒体经营者来说并不经济。因此，以转载等形式加工使用

① 戴昕：《中国公众人物的隐私保护：一个框架性理论重述》，《现代法学》2017年第2期。

② 自1997年的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》起便被普遍包含于各类网络内容规制法规中。该条内容通常为：“任何单位和个人不得利用国际联网制作、复制、查阅和传播下列信息：（1）煽动抗拒、破坏宪法和法律、行政法规实施的；（2）煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的；（3）煽动分裂国家、破坏国家统一的；（4）煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结的；（5）捏造或者歪曲事实，散布谣言，扰乱社会秩序的；（6）宣扬封建迷信、淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖，教唆犯罪的；（7）公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的；（8）损害国家机关信誉的；（9）其他违反宪法和法律、行政法规的。”

③ 例如在美国的DMCA体制之下，特定技术的使用者被允许以受保护技术对现实中常见、广泛的非侵权行为造成不利后果为由，要求著作权登记人给规避技术的使用者开一个口子。Krzysztof Bebenek, “Strong Wills, Weak Locks: Consumer Expectations and the DMCA Anti-circumvention Regime,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26, No. 3, 2011, p. 1481.

二手内容是自媒体最常见的经营方式，而这意味着著作权侵权行为在该领域海量发生。除了如之前讨论中所说，网络空间自发形成的著作权规范有时会对法律有关产权界定的规则在内容方面加以补充乃至调整（例如定义何为“洗稿”^①）外，网络规范有时还会促使用户自发进行著作权侵权的执法。具体来说，网络用户群体，而非执法机关，往往是自媒体著作权侵权行为的发现者和制裁者。由于侵权行为可能被网民发现、爆出，法律规范被适用于行为人的概率显然比仅有国家执法时更高。而当侵权行为人因其剽窃、洗稿等行为遭到网民“群嘲”时，这一制裁即使无法替代，但至少可以补强其在法律上面临的通常相对有限的责任后果。^②

网络规范削弱法律执行，主要体现在其有时会起到协调、鼓励乃至正当化某些法律规避行为的作用。例如，网民对 VPN 软件的使用，会削弱国家基于政治、版权、青少年保护等理由所制定的网络内容拦截和过滤制度的执行效果；而 VPN 使用行为的流行和传播，与所谓“翻墙文化”等网络规范的引导和支持有关。^③类似地，P2P 文件共享类传播技术之所以容易为网民接受、使用，并由此削弱了著作权法的实施效果，也与 P2P 的技术架构尤其符合流行网络规范对“合理复制”的界定有关——与著作权法不同，根据常见的网络规范，像 P2P 分享这样在网友间“无偿”展开的复制、分享是正当的，只有复制后卖钱才不合理。^④

网络规范在执行层面对法律加以调整，同样提示我们在描述和检讨网络治理时应采取更为完整且复杂的视角。尽管网络规范对法律执行予以辅助和补充，表面上理应为立法者和执法者所欢迎，但有时法律执行不完美，或许原本是权威意图的结果——这种意图的依据可能是节省执法成本，或是借助选择性执法为特定实践留出一些灵活空间。而当网络规范削弱法律执行时，这在客观上意味着本应普遍适用的法律要求，在适用于特定人群（如技术能力较强、规避监控文化更流行的年轻网民）时被打折扣或受抵制。这种事实上的法律不平等适用有可能带来逆向交叉补贴，例如加大不同人群之间的信息获取差距。显然，对网络规范调整法律执行的上述后果作出规范评价，需要以结合具体语境和具体规范标准为基础。

五、平台化时代的网络法与网络规范

越来越多学者关注到，大型互联网平台的出现和扩张，不仅带来了更具经济效率的商业模式和基础设施，更重新结构了信息资本主义的组织形式乃至生产关系。^⑤而在承载乃至控制海量资源、行为与交易的同时，平台也成为网络空间中重要的秩序供给者。在这一背景下，网络规范是否仍是网络法研究有意义的关注对象？

（一）网络规范与平台规则

由于平台的聚集效应，网络规范在平台用户之间仍不断形成并发挥行为规制作用。例如，社交媒体和其他内容平台中，网络用户至少在不同的局部群体中仍会分享有关言论真实性、得体性乃至合规性的网络规范。又例如，在电商平台和共享平台中，借助平台建设的声誉追踪和评价机制产生的用户行为规范，也在不同程度上对经营者、消费者和资源使用者的道德风险发挥着控制作用。

值得关注的是，借助新型数据技术，并经历商业竞争的演化，平台已不仅是观念中作为信息和交易集合的所谓多边市场，更呈现出与超大型经济组织体日益近似的纵向、有边界的结构，并由此被视为网络空间中享有重要规制权力的新型治理者。^⑥在基于用户实践形成的网络规范之外，平台化网络空间中的重要

① 《暗访洗稿产业链：有人千字 10 元，也有人月入过万》，<https://www.huxiu.com/article/243775.html>。

② 例如科技新媒体“差评”因被指多次洗稿，据说可能遭腾讯撤回投资。《腾讯投资“差评”或将协商退股：“退”道难，难于上青天》，<https://www.gelonghui.com/p/182253>。

③ 规范在内的额外激励对网络用户使用 VPN 的行为应是有影响的，因为他们并不会因信息在墙外存在而必然翻墙。参见 Yuyu Chen & David Y. Yang, *The Impact of Media Censorship: Evidence from a Field Experiment in China*, Working Paper, Jan. 4, 2018, https://stanford.edu/~dyang/pdfs/1984braveneworld_draft.pdf。

④ Tim Wu, “When Code Isn’t Law,” *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 4, 2003, pp. 722-726.

⑤ Julie Cohen, “Law for the Platform Economy,” *U.C. Davis Law Review*, Vol. 51, No. 1, 2017, p. 135.

⑥ Kate Klonick, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech,” *Harvard Law Review*, Vol. 131, No. 6, 2018.

规制因素，还包括了平台经营者设计制定、并主要以格式契约/用户协议为形式、通过技术手段实施的平台规则。^①由于平台相比于普通网络社群，可以借助技术架构更有效地设置进入门槛、运行声誉系统，因此平台规则对用户行为形成的约束力显然会超出普通网络规范。^②例如，社交媒体平台可基于其制定、发布并适用于全体用户的内容发布规则，规制用户的言论和传播，而电商平台可基于其交易规则规制商家的经营行为和消费者的使用行为，并根据其自行设定的程序规则解决因平台交易而产生的纠纷等等。

平台规则与本文关注的网络规范之间是什么关系？如前所述，本文中“社会规范”的定义较为宽泛、高度包容，不仅指那些自下而上形成、形式化程度较低的非正式规则，也包含如非官方的商会、行业协会等组织制定并对成员执行的规则等，后者的内容形成和日常执行以自愿加入、合意决策的组织为依托，通常形式化程度较高。^③当平台规则的内容本身体现或直接来源于部分甚至多数用户群体的日常实践时，我们完全可以将平台规则视同这一类形式化程度较高的社会规范。^④然而在现阶段，这种情形其实不多见，因为大型商业互联网平台不仅在水平层面上协调用户之间的多边交易关系，更借助对数据和算法形成了对用户和资源的纵向控制。^⑤平台规则因此具有更多自上而下的治理属性，其内容和实施机制均有较强的中心化特征，甚至被一些研究者直接指称为“法律”。^⑥但更合理的界定或许是，平台规则与网络规范和网络法均有不同，而最接近于 Barak Richman 提出的一个三元治理形态分类中区别于法律治理（law）和私人秩序（private ordering）的企业/组织化治理（firm/organizational governance）。^⑦

平台规则是理解当前平台化网络空间中秩序形成与演进的重要切入点，而“平台自律”与“平台责任”两类主张之间的张力，则是中国以及其他法域网络法过去十年来的中心议题。^⑧所谓“平台自律”一说认为，相比于传统互联网，平台更有激励和能力通过内部自律实现更优的平台秩序，而外部施加的法律责任因此未必必要、有益。与之相对，“平台责任”的主张，强调法律应在外部始终保持对平台规制实效的审查与干预，以保证平台活动有序、有效开展，并控制其负面社会后果。显然，无论网络法采取“平台自律”还是“平台责任”的立场，都不可能绕开平台规则。平台自律有效的前提无疑是基于平台规则足以实现预想的规制效果，而平台责任的意义则是为促使平台能够确保其规则的内容和执行足够有效。

（二）网络法、平台规则与网络规范

尽管平台规则成为平台化时代网络法的主要互动对象，但网络规范并不会因此退出网络治理舞台。事实上，网络规范如今不但与网络法共存，也与平台规则共存，而三者之间存在更为微妙的互动。

首先，平台规则在内容上并不必然是平台经营者强加于用户的。相反，平台规则的内容可以直接来自反映平台用户共识和偏好的网络规范。例如特定社交媒体网站的内容管理规则，往往反映了规则设计者对网络乃至更宽泛社会语境中言论文化的基本理解^⑨；而关照、反映用户偏好，也是平台规则被认为具有产

① 通常认为平台治理的主要两类工具是技术架构和用户协议，但是平台技术架构在治理中的使用一般都会进入用户协议成为用户知情同意的对象，而用户对协议条款的违反所触发的平台处分后果，除了通过技术架构实现外，也获得基于合同效力的法律支持。例如淘宝商户在违反淘宝平台规则后，除了会受到淘宝以技术措施实施限制、禁止交易外，还可能因违反《淘宝用户服务协议》而被起诉违约。例如，浙江淘宝网络有限公司诉许文强等网络服务合同纠纷案（2017年）。Tal Zarsky, "Social Justice, Social Norms and the Governance of Social Media," *Pace Law Review*, Vol. 35, No. 1, 2014, pp. 154-156.

② 进入门槛的重要性，参见 Barak D. Richman, "Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering," *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 8, 2004, p. 2346.

③ Barak D. Richman, "Norms and Law: Putting the Horse before the Cart," *Duke Law Journal*, Vol. 62, No. 3, 2012, pp. 749-757.

④ 基于兴趣的社交平台中这类规则仍然较为明显。对一个游戏平台中平台规则主要以用户规范为参照的案例的描述，Philip Stoup, "The Development and Failure of Social Norms in Second Life," *Duke Law Journal*, Vol. 58, No. 2, 2008.

⑤ Cohen, "Law for the Platform Economy," *U.C. Davis Law Review*, Vol. 51, No. 1, 2017, pp. 144-145.

⑥ See e.g. Liu & Weingast, "Taobao, Federalism, and the Emergence of Law, Chinese Style," *Minnesota Law Review*, Vol. 102, No. 4, 2018, p. 1564.

⑦ Richman, "Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering," *Columbia Law Review*, Vol. 104, No. 8, 2004, pp. 2328-2368.

⑧ 相关理论思考的一个总体讨论，参见 Zarsky, "Social Justice, Social Norms and the Governance of Social Media," *Pace Law Review*, Vol. 35, No. 1, 2014, pp. 160-172. 更大的背景是网络法在去规制/自我规制和强力政府干预之间的摇摆。Kevin Werbach, "The Song Remains the Same: What Cyberlaw Might Teach the Next Internet Economy," *Florida Law Review*, Vol. 69, No. 3, 2017, p. 916.

⑨ Klönick, "The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech," *Harvard Law Review*, Vol. 131, No. 6, 2018, pp. 1621-1622.

品意义的基本理由^①。其次，平台规则有时确有“自上而下”的特征，并因此更类似于法律而非网络规范。此时，与前文讨论的网络规范与网络法之间的关系类似，对于平台规则来说，网络规范同样有可能构成平台规则产生的动因，作为平台规则落实的一种机制，并在平台规则的内容形成和执行的过程中与其发生相向或反向的互动。

更重要的是，在过去十数年来网络法在平台责任与平台自律二者之间摇摆这一条主线之下，网络规范还在网络法与平台自律博弈的台面下，勾勒出另一条不易察觉却有重要影响的暗线。一方面，当法律要求平台承担更多责任，尤其是制定并实施更为严格的平台规则时，平台有动力以网络规范为依据，提出有关平台自律有效、平台规则无需更严、平台责任不应加重的主张。近年来，无论是在事关媒体、电商还是共享平台的规制博弈中，平台在遭受有关管理不严格、风险防范不充分的指控时，除了强调已制定并实施的规则与其作为“信息中介”的合理但有限的自律治理义务相符之外，也经常主张网络法真正应干预的对象是网络规范，而非平台规则。

但网络规范显然未必都站在平台一边。法律有关加重平台责任的主张，同样有可能借助网络规范发起乃至求得证立。鉴于法律借助信息和表达机制对网络规范的可能塑造和影响，网络规范与网络法在平台责任问题上同向而行的情况并不难想象。^②特别是，平台规则存在的问题，往往首先会因其与网络规范之间发生冲突而被暴露出来。例如滴滴顺风车业务因用户遭遇性骚扰乃至严重人身伤害类事件多发，引发社会舆论强烈谴责，其中涉及的争议之一是平台为顺风车业务设计的旨在促进“社交”的乘客个人信息使用规则，与中国城市网约车用户群体中正在提高的隐私规范预期显然有差距。二者的冲突在 2018 年因至少两起严重伤害事件的曝光而全面爆发后，交通部门表示关切乃至着手调查^③，而滴滴不得不将整块业务下线。在这一过程中，网络规范的发动无疑促使法律干预的威胁变得更为真实，而平台规则因此不得不做出迅速改动。

由此可见，尽管网络法的建构和实施在平台化时代必定以平台规则为着力点，但网络规范常常是影响网络法与平台规则互动结果的重要因素。由于平台规则和网络规范之间的差距，可以为法律干预启动提供信息和契机，因此网络规范对平台化时代的网络法建构具有重要价值。当然，将有关网络规范的考虑引入网络法建构，同样也会带来风险。如果政府和平台在博弈过程中均寄借力于网络规范，那么二者都会有更强的动机寻求对网络规范施加影响甚至操控。而无论是政府还是平台经营者，当下都已掌握了比以往更强的借助算法影响甚至建构群体认知、诱发并引导湍流的能力。^④

六、网络规范与网络法的未来

随着技术升级以及应用场景进一步扩展，网络法与网络规范的互动正出现新的形式，即法律决策者试图以技术为凭借，将网络规范的规制机制融入法律，将法律本身“规范化”。这种寻求网络法与网络规范更深度融合的建构性努力是政治与社会治理中一个重要且富于争议的新趋势。

（一）互联网法院：法律与规范叠加？

中国第一家互联网法院 2017 年在杭州设立，2018 年又在北京和广州增设两家。^⑤互联网法院的设立是中国法院系统近年来大举强调信息化、网络化的表现之一，但又与整体推进的法院大数据、智慧法院建设等司改工程有重要区别：就其基本制度定位而言，互联网法院与军事法院、海事法院、铁路运输法院、知识产权法院等一样属于“专门法院”，即具有专属管辖对象。具体而言，互联网法院的管辖范围基于事

^① Tarleton Gillespie, "Moderation Is the Commodity," <https://www.techdirt.com/articles/20180206/09403839164/moderation-is-commodity.shtml>.

^② 例如 Zarsky 等人的研究发现德国和以色列在社交网站实名制问题上各自的法律和网络规范均较为一致。Zarsky, "Social Justice, Social Norms and the Governance of Social Media," *Pace Law Review*, Vol. 35, No. 1, 2014, pp. 184-187.

^③ 《还没上车就知道长相？交通部对顺风车社交说“不”》，<http://www.bjnews.com.cn/finance/2018/05/15/487083.html>.

^④ 参见张欣：《数字经济时代公共话语格局变迁的新图景》，《中国法律评论》2018 年第 2 期。

^⑤ 《继杭州、北京之后，广州成立全国第三家互联网法院》，<http://www.infzm.com/content/139580>.

由划定，即涉及网络的合同、著作权、人格权、产品责任、域名和行政纠纷。^①凡归属互联网法院管辖的案件，其起诉、立案、送达、举证、开庭、裁判等办案流程的每一个环节，均被要求基于法院搭建的网络平台在线完成。^②

互联网法院的建设初衷，显然是为应对近年来涉网纠纷诉讼大幅增加这一现实问题。^③在现阶段评估互联网法院设置的实效——如是否按预想大幅提高了涉网纠纷的裁判效率——还为时尚早。目前法学界围绕互联网法院展开的讨论，主要限于此类法院的线上流程与既有民事诉讼体制中的送达、开庭等制度如何衔接这类技术化问题。^④

然而，就互联网法院的整体设计思路而言，一个本不应被忽略却未获关注的基础性问题是，正式制度提供的纠纷解决机制与平台规则和网络规范已经发挥的纠纷解决功能之间，到底有何关系，而互联网法院的建设和运行又会如何影响这种关系？事实上，除了行政纠纷之外，互联网法院目前按规定有管辖权的几类纠纷，在网络空间中自始便有相应的网络规范加以调整；进入平台化时期之后，社交媒体、电商和共享平台为解决用户之间、用户与平台自身之间的纠纷，也开发制定了各类实体和程序性规则。特别是，以淘宝为代表，电商平台形成了具有极高标准化程度、能够高效应对大量纠纷的内生在线纠纷解决（ODR）机制。^⑤而互联网法院作为一项网络法建构工程，如能采取适当的流程设计和技术实施方案，法院也可以变得像平台 ODR 一样有效率。

但此处值得更多思考的是，如果人们认为平台的内生 ODR 系统是高效运转的，那么为了解决同类甚至同样案件，在法院中新建设与平台 ODR 相仿的纠纷解决能力，其意义究竟何在？至少在纠纷解决领域中，相关研究早已提示，尽管实践中人们解决纠纷往往不直接诉诸法律程序，但法律程序的存在及有关其高成本的预期，既为人们“在法律的阴影中协商”提供参照，也是人们自发寻求“无需法律的秩序”的理性基础。^⑥如果互联网法院解决相关纠纷的效率真能大幅提升，甚至接近平台系统的水平，那么这既会提高“上法院”这一选项在纠纷当事人眼中的吸引力，也可能降低平台投资于进一步升级其内生 ODR 能力的动力——甚至给了平台减少相关投资的理由。

由此看来，互联网法院建设面临的一个潜在风险恰恰是互联网法院建设得越“成功”、越高效，基于平台规则和网络规范的纠纷解决机制反而有可能发展停滞甚至收缩，或至少无法充分发挥最优效能。实际上，仅仅因近年来进入法院的相关类别案件增加，就认为平台内生 ODR 的效率优势和潜力已经穷尽，未必是合理的推论。因为法院案件数量的增加，或许只是反映了互联网经济活动交易总量的扩张。更重要的是，如果纠纷当事人对平台纠纷解决和法院纠纷解决的效率和性质原本就抱有不同预期，特别是如果对于传统的法院程序形式本身有特定诉求，那么将诉讼变为平台 ODR 的翻版，还会使得这部分预期无法被满足。

这里并非意在唱衰互联网法院的前景。但如果上述逻辑可能成立，那么在互联网法院的建设和运行过程中，有关部门至少应重新理解平台规则和网络规范中的纠纷解决机制与正式制度之间的互动关系及其后果，并由此对互联网法院的制度功能作合理设计和定位。例如，为确保平台 ODR 和法院诉讼程序之间能够形成互补而非重叠，互联网法院或许应考虑将当事人完成平台 ODR 流程作为收案的前提之一。更抽象来说，在相同治理管辖范围内，将网络法与网络规范二者简单叠加，有可能导致资源浪费，而寻求互补则更有望促成制度收益的最大化。

① 《关于杭州互联网法院案件管辖范围的通知》（2017 年）。

② 即所谓原则上“全程在线”。《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第一条。

③ 如浙江从 2013 年的 600 件增加到 2016 年的超过 1 万件。于志刚、李怀胜：《杭州互联网法院的历史意义、司法责任与时代使命》，《比较法研究》2018 年第 3 期。

④ 郑旭江：《互联网法院建设对民事诉讼制度的挑战及应对》，《法律适用》2018 年第 3 期。

⑤ 高薇：《互联网争议解决的制度分析》，《中外法学》2014 年第 4 期。

⑥ See e.g. Marc Galanter, “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law,” *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 19, 1981, p. 19; Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce,” *Yale Law Journal*, Vol. 88, No. 5, 1979, p. 968.

(二) 社会信用体系：法律中心主义的未來？

最近一轮社会信用体系建设自 2014 年以来全面铺开，这一社会工程的宏观宗旨之一是运用国家资源强化各类“正面”社会规范——在该语境中被笼统称为“诚信”或“守信”——的行为约束力，以此补充、扩展法律的行为干预效果。例如，作为社会信用体系建设的一部分，近年来许多地方均大举进行所谓“文明行为立法”，试图通过正式制度的表达和奖惩机制，来支持、强化一些传统上主要通过社会规范机制实现约束力的行为规范，例如公共场所吸烟、乱扔废弃物、乘坐地铁逃票、乱穿马路、制造噪声、旅游景点涂鸦，等等。^①

作为一项全方位的制度建构努力，社会信用体系建设在覆盖事项范围方面当然不限于、甚至不在于狭义的网络空间中。但不难想见，如果没有新的技术方案介入，仅凭立法层面重述社会规范、赋予其作为正式制度规则的形式，那么这一制度工程能起到的实际行为干预作用将非常有限。这是因为，即使将约束力不足的社会规范纳入正式立法，也很难想象常规的行政治安执法方式能以足够高的频率在足够广的覆盖范围内执行这些规范。

事实上，新技术方案的运用，确实是中国政府在本轮社会信用体系建设过程中寻求治理水平提升的重要抓手。具体来说，政府预期借助数据平台和各类算法科技，将行为监控、评分与多部门联合奖惩等机制引入法律的实施过程。例如在一些地方，文明行为立法的预期实施机制要求将所谓的“不文明行为”录入个人的信用记录，而借助政府内部乃至政府与市场主体之间搭建的信用信息共享平台，相关记录将在各类行政机关和其他主体未来就与相同个体有关的各类事项进行决策时成为依据。^②

因此，与互联网法院类似，社会信用体系建设试图将被认为有助于实现治理的系统化声誉等来自网络规范的治理机制纳入正式制度，进而实现对法律本身的重塑。如果将这一思路推向极至，这一社会工程的前景或“终局”（end game），应是法律将社会规范彻底吸纳，或者说二者合一。由于广泛的数据监控，在理论上可以让法律权威了解其意图规制对象的一切特征、历史、行为和未来倾向，并且能够借助基于声誉的灵活奖惩对规制对象施以更精细的激励，因此法律所具备的规制能力，将从其传统范畴出发并不断扩展，直至覆盖那些原本主要由社会规范发挥规制作用的领域。

观察、思考这种以技术方案为依据建构新型法律中心主义的前景和限度，应是网络法研究的一项重要课题。法和社会规范领域的早期理论原本曾预测，随着经济社会活动的复杂化，中心化的法律制度会日益捉襟见肘，而自下而上、基于社会规范的秩序安排则会因其更加高效而被普遍需求，由此使得社会治理在总体上趋于去中心化。^③这一预测与前述社会信用体系建设的愿景相去甚远：后者强调技术带来的信息成本下降，恰恰更有助于扩展正式制度的控制范围，而包括社会规范在内的其他规制因素，对于秩序的形成和维系而言，必要性会下降，甚至最终会完全融入正式制度，^④不再作为一种独立的规制因素存在。

尽管媒体对所谓“数字反乌托邦”（digital dystopia）的前景已多有渲染，但就目前来看，无论是针对线上还是线下活动的规制，社会信用体系致力于推动的法律与社会规范的大规模融合，都有其内在限度。一方面，扩张法律、挤压社会规范，其前提是秩序的中心化供给有充分信息作为保障。但如前所述，不断流变的社会规范本身，恰恰是政府和法律获得有关秩序的信息的重要来源。这构成了一个基本的理论悖论，也使得我们能够理解，为什么各地政府试图通过完整新建声誉机制（如政府设立各类评分系统）的探索，截至目前尚未有显著成功的范例。另一方面，仍如前文讨论中已提示的，法律和社会规范之间的互动，有可能存在某种动态均衡，前者的干预和扩张有可能面临后者的回应乃至抵制。例如，当国家在不同语境中追求提高监控范围和行为约束严格程度时，本身可能会与社会规范发生冲突，而后者可能有助于协

① 蔡金荣：《文明行为立法的可能与限度——以六部地方性法规文本为中心》，《北方法学》2018年第3期。

② 参见，例如《杭州市文明行为促进条例》第33条（本市建立公共信用信息平台，制定统一的信用信息采集和分类管理标准，录入按照前款规定记录的文明行为信息和按照本条例规定记录的不文明行为信息，实现信用信息的数据共享）。

③ Cooter, "Normative Failure Theory of Law," *Cornell Law Review*, Vol. 82, No. 5, 1997, p. 948.

④ 早期研究中一个相关的发现是，在相同问题上较强的法律规制也会降低社群中的人们自发执行相关社会规范的动机。Christine Home, "Community and the State: The Relationship between Normative and Legal Controls," *European Sociological Review*, Vol. 16, No. 3, 2000, pp. 225-243.

调群体性规避甚至对抗行为。对比将黑名单机制运用于老赖，与将人脸识别技术运用于抓拍行人过马路和学生上课开小差，社会接受度和反响大相径庭，便可预测社会信用体系建设的任何实质进展，终究还是只能出现在那些在社会规范层面阻力较小的路径之上。如果执法强度增加、自动化程度提高，会引发人们基于社会规范协调抵制监控的集体行动，那么相关制度措施徒增社会交易成本，却未必提高治理效果。^①

七、结语

网络治理需要更多还是更少的网络法，如今已可堪称一个“古老”的争论。在中国当下语境中，“互联网不是法外之地”则是无可争议的基本原则。但这并不意味着法律在过去、现在或未来都应被视为网络规制和治理的唯一来源。通过重新引入社会规范这一理论视角，研究者应在具体领域中更全面、切实地描述、思考、解释、检省互联网法治推进的规制作用和规范意义。尽管这注定会增加网络法研究和公共话语的复杂性，但对当下高歌猛进的网络法建构工程来说，把握这种复杂性十分必要。

本文尝试在一般意义上重新发掘“社会规范”这一法律社会学概念对法律和制度研究可能具有的学术价值。“法与社会规范”研究在世纪之交一阵红火之后，已不再是法学研讨中的热点。^②个中原因，可能是法学界认为该领域的理论建构工作已完成，并无更多创新空间，而其他社会科学学科的研究虽有后续推进，但总体上较为凌乱，难于梳理整合，未形成更大影响力。^③不仅如此，作为社会事实的“社会规范”在经验意义上较难精确观测和把握，也妨碍了实证研究更多进展。^④但正如本文所示，社会规范对于我们理解、论证、分析与网络法与网络治理等前沿性制度问题，仍是重要的概念工具和理论视角，值得研究者更多关注。

（本文研究写作获国家社会科学基金一般项目（16BFX015）及中央高校基本科研业务费资助）

（责任编辑：天竞 见习编辑：王鑫）

Rediscovering Social Norms: A Economic Sociological Perspective of Cyberlaw in China

DAI Xin

Abstract: China has accelerated building up its system of Cyberlaw, with a view to addressing the country's complex and ever-changing Internet governance problems through increasing the supply of formal institutions. The economic sociology of Cyberlaw has long reminded us, however, that beyond laws and other formal institutions there are important but often overlooked regulatory forces, in particular social norms, that may be instrumental to Internet governance. To rediscover the right place for social norms in Cyberlaw studies is to frame such regulatory force as a useful theoretical perspective that illuminates researchers' understanding of and helpfully structures scholarly discourses on such critically important questions as why Cyberlaw expands, what ensues from such expansion, how Cyberlaw actually regulates, how platforms govern and are governed, and what Cyberlaw are to become.

Key words: Cyberlaw, social norms, Internet governance, platform governance, social credit system

① Grimmelmann, "Regulation by Software," *Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 7, 2005, p. 1740.

② 如果算上法律现实主义在二战后的衰退以及“法律与社会”（law and society）在1970年代后的衰退，社会规范研究或许至少已衰落三次了。Eric A. Posner, "The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action," *The University of Chicago Law Review*, Vol. 63, No.1, 1996, p. 133.

③ 这个问题对社会规范研究而言一直存在。Christine Horne, "Sociological Perspectives on the Emergence of Social Norms," in Michael Hechter and Karl Dieter-Opp (eds.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, 2001, p. 28.

④ 社会科学以作为独立个体的态度和行为及其变化作为研究对象时，较为容易展开，也早有成熟稳定的测度方法，但识别并量度社会规范及群体影响下的个体行为，难度较大：准确描述、测度社会规范，除了需要观察客观行为之外，还需要了解主观认知和群体网络语境。关于社会规范研究中常用的实证方法的一个简明介绍，参见 Gerry Mackie et al., "What are Social Norms? How are They Measured?," *Working Paper*, Sept. 30, 2014, pp. 38-90. 在互联网语境中量度社会规范的一个研究示例，参见 Zarsky, "Social Justice, Social Norms and the Governance of Social Media," *Pace Law Review*, Vol. 35, No. 1, 2014, pp. 175-177. 另见 Michael Hechter & Karl-Dieter Opp, Introduction, in Michael Hechter and Karl Dieter-Opp (eds.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, 2001, p. xiii.