

论互联网平台的法律主体地位

侯利阳*

摘要 平台规制的基础性话题是平台的法律主体地位。妥善的法律主体定性方可精准定位既有法律体系之盲区,并由此建立妥善的规制框架。平台不仅是提供互联网信息中介服务的经营者,同时也是互联网交易的组织者与管理者。但跨业经营使得平台为了加强作为经营者的盈利职能牺牲作为市场组织者的管理职能。无论是特殊的垄断主体学说还是看门人亦或新公用事业理论都无法完美解决此双重身份而引发的利益冲突问题。为充分激发平台的创新潜能,现阶段不宜对之进行过度限制,但可引入元规制理论,要求平台尽快建立内部规则的制定机制,并建立平台内部规则的外部督促机制与审查机制。

关键词 平台 垄断 看门人 新公用事业 元规制

平台经济自出现以来迅速成为改变全球经济格局的主要创新力量。时至今日,平台经济在世界各国的经济发展中均起着举足轻重的作用。但平台在近期的发展中展示出资本野蛮生长的面向,如何对之妥善规制成为各国头痛的重点话题。由于平台的复杂性,世界各国的平台规制均存在阶段性转变的特征。我国以2020年为界可以分为两个阶段:前一阶段的“包容审慎”与目前的“强化反垄断与防止资本无序扩张”。无独有偶,欧美也存在类似的变化:2017年之前的自由放任,2017年至2020年的强化反垄断,2020年至今的行业规制。规制态度的转变意味着对平台危害性的重新认知,同时也是对平台法律主体地位的重新界定。具体而言,包容审慎和自由放任本质上是对平台的不规制;只有当其触碰安全底线的时候才对之进行打击。强化反垄断是将平台视为特殊的垄断主体,希望通过变通性执行反垄断法来控制其对市场的危害。而行业规制则引入了看门人这个全新的法律主体概念,寻求平台规制的突破。除此之外,学界针对平台的特殊性也提出新公用事业理论,呼吁对之进行社会性规制。这些举措均是

* 上海交通大学凯原法学院教授。本文系上海市哲社规划课题“我国反垄断实施机制的国际比较研究”(项目编号:2021BFX010)的阶段性研究成果。

将平台代入传统法律主体的范畴,通过比对发现平台的主体特殊性,并以改变传统立法或者执法的方式来构建平台规制的具体方案。鉴此,法律主体地位是平台规制的基础性话题,只有明确其法律主体地位方能提出合适的规制方案。但目前的文献多从行为的角度切入分析平台规制的改进举措,而对平台法律地位进行研究的文献较少。针对这个问题,本文以平台的法律主体地位为研究对象,从平台的定义及问题出发,对上述观点进行分析与评价,发现既有法律体系之盲区,寻求适合我国平台经济发展的规制框架。

一、平台的定义

研究平台法律主体的逻辑起点是定义。不过欧美甚至我国至今仍未真正给出平台的一般性定义。经济学家通常将平台的特征总结为双边市场、网络效应、创新效应等。但这些特征仅为平台的经济运行特征,一则无法直接转化为法律术语;二则并非平台相较于传统主体的独享性特征,因此无法在法律层面被直接援用。下文尝试从相关法律条文及传统术语出发总结平台的核心特征。

(一)信息中介服务的提供者

反垄断制度中对平台进行一般性定义的法律文件是2021年颁布的《关于平台经济领域的反垄断指南》。其中,平台被界定为“通过网络信息技术,使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互,以此共同创造价值的商业组织形态”。〔1〕该定义基本延续了我国之前在具体平台经济领域的定义。比如,网约车规制将网约车平台界定为“以互联网技术为依托构建服务平台,整合供需信息,使用符合条件的车辆和驾驶员,提供非巡游的预约出租汽车服务的经营活动”。〔2〕《电子商务法》将电子商务平台定义为“在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务,供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织”。〔3〕这些定义均指出平台的核心业务为满足双边或者多边主体交易的信息中介服务。据此,平台应当只是提供中介服务,而实际的交易必须发生在其他主体之间。本文将交易的实际发生主体简化为两类——平台内经营者(以下简称“商家”)与用户。〔4〕因此,平台是为商家和用户提供信息中介服务并促成二者发生并完成交易的经营,与二者的法律关系是中介关系。

根据上述定义,平台不应当包含提供实质性交易服务的互联网业务,如共享单车、社区团购、在线音乐播放等。这些业务的经营,除了提供信息发布和撮合服务之外,还向用户提供实质性的交易服务。他们面对的客户群体分别为共享单车的需求者、生鲜蔬菜的购买者及聆听

〔1〕《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第2条。

〔2〕《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(2019年修正)第2条。

〔3〕《电子商务法》第9条。

〔4〕原则上商家也是平台的用户,但商家是以盈利为主要目的的用户。此处的用户特指以消费为主要目的的用户。

音乐的消费者。^{〔5〕} 此类互联网业务的运营或者完全不需要商家,或者不以服务商家为主,因此不符合本文的平台定义。此外,这些互联网业务未改变同类非互联网传统业务的核心经营模式,因此可以比照其所对应的传统业务并结合互联网技术进行变通性规制。

此外,本文也认为提供中介性服务的平台不应当深入介入商家与用户的最终交易。因此,能够控制商家与用户交易条件的互联网业务也不属于本文中的平台。最为明显的案例为网约车平台。虽然我国将网约车平台界定为平台,但在网约车交易中:①网约车司机没有定价权,费率由平台统一规定;②网约车司机缺乏服务质量的决定权,网约车服务规范由平台统一制定;③乘客缺乏对网约车司机的选择权,所有的订单由平台统一指派。网约车平台在整个交易过程中深入介入交易双方的缔约过程,司机与用户之间缺乏实质性的谈判与交易行为。

(二)互联网交易的组织者与管理者

单单提供信息中介服务并不足以让交易最终发生,交易的产生还需要确立及保障交易双方与交易安全的信任机制。在传统的线下场合,这些信任机制主要由政府以其公信力进行外部构建,包括确认卖方资质、建立消费者权益保护以及产品质量等机制、创设严苛而复杂的金融支付体系、设置后续的纠纷解决机制等。但这些外部机制在线上场景的应用中存在极大的限制。^{〔6〕} 因此,线上交易还需构建一套适合互联网交易的信用机制。平台在这个过程中起到了构建互联网信用机制的组织和管理作用。

互联网信用机制主要包含三个要素:在线信用评价、第三方支付、在线纠纷解决。在线信用评价机制允许交易双方在交易完成后对相对方做出信用评价,供此后的交易相对方参考。实证研究表明:用户好评总数和累计评价总数会显著提高消费者的购买意愿。虽然在线信用评价机制能够概括性地保障交易的进行,但却无法消除特定交易主体之间一次性的、偶发性的欺诈行为。后者主要由第三方支付体系来保障。第三方支付体系在交易双方达成协议后由第三方支付机构为买方临时保管货款;若履行无误再将货款转移给卖方,若履行存在瑕疵则返还给买方。^{〔7〕} 此外,传统纠纷解决机制适用于互联网小额交易时存在成本过高的问题。为此,平台通过设置事前预防机制、事后争议解决机制和有强制力的执行机制来组织和管理互联网交易。^{〔8〕}

最后,平台的这些内生性举措不但在事实层面活跃了平台经济,而且也在法律层面获得了立法的支持。我国通过各种方式为平台松绑,使之可以更为专注地执行组织和管理职能。其中,最为重要的举措有四:其一,放宽线上经营者经营场所的资质认定条件,如线上经营者可以使用平台提供的网络经营场所申请工商登记;其二,初步肯定平台的市场组织职能,并放宽平

〔5〕 在线音乐播放平台除从第三方购买版权并零售外,还是新一代音乐人发行音乐的平台。在后一种模式中,在线音乐播放平台为新音乐人和消费者提供中介服务,符合本文中的平台定义。

〔6〕 参见高薇:“互联网争议解决的制度分析——两种路径及其社会嵌入问题”,《中外法学》2014年第4期,第1070页。

〔7〕 参见侯利阳:“数字人民币的竞争减损与规制补充”,《南大法学》2021年第1期,第144页。

〔8〕 参见高薇:“互联网争议解决中的执行问题——从司法、私人到去中心化数字执行”,《法商研究》2018年第6期,第140页。

台的资质与责任要求。如对“仅提供信息中介和交易撮合服务”的平台原则上不要求比照传统经营者办理相关业务许可,放松平台对商家的连带责任等;〔9〕其三,认可第三方支付平台的法律地位;〔10〕其四,要求平台提供在线纠纷解决机制,并鼓励通过各种形式建立消费者保证金和先行赔付等规则。〔11〕

(三)一定的封闭性

目前与平台相关的争议多与平台的封闭性行为相关,这也引发了开放性应当是平台价值本质的呼吁。〔12〕那么是否应将开放性纳入平台的定义之中就非常重要。与平台关联度最高的语词定义为“平台是计算机硬件或软件的操作环境”。操作系统也符合前述信息中介的平台定义。正是如此,关于双边市场的文献中一般都把操作系统与平台认定为性质相同的双边市场。〔13〕操作系统与平台有着很强的可对比性。但操作系统并未演化出与平台等量齐观的封闭性争议。那么二者的区别为何?

首先,平台与操作系统的区别在于是否允许商家与用户绕过平台单独进行交易。对于个人电脑操作系统来说,用户一般从应用开发商那里直接购买应用。操作系统开发商对此并不干涉,而只从销售操作系统本身获取利润。在这种经营模式中,由于操作系统开发商不参与商家与用户之间的交易,因此对于二者的交易保持完全开放的态度。从吸引商家与用户的角度来说,平台应当与操作系统一样具有开放性。但平台的运行与操作系统却有着显著不同——平台一般不允许商家与用户直接交易。有些平台天然具有阻断商家与用户直接交易的能力,比如在线搜索引擎、即时通讯、社交网络等。在这类平台业务中,商家无法绕过平台直接联系用户,用户也无法绕过这些平台直接联系商家。而对有些平台业务来说,用户可以在找到合适的商家之后绕过平台交易,如电子商务平台。这类平台往往会实施技术限制来保障所有交易在自己的控制之下,比如限定支付系统等。此外,平台的这种经营模式也开始影响其他传统业务的经营。比如,移动设备操作系统通过建立应用商店来禁止用户直接从应用开发商那里购买应用。虽然不同平台禁止直接交易的力度存在差异,但这些举措的目的具有同质性。因此,平台相对于操作系统来说具有封闭性的特征。

其次,平台的封闭性还表现在平台对商家信息处理的层面。操作系统只是应用开发商和用户使用相关服务的中介,而非二者实施交易的中介。因此,用户无须从操作系统中获取应用开发商的各种信息,操作系统也没有理由储存或提供此类信息。在传统的交易场景中,应用开发商的相关信息或者由应用开发商自己提供或者由第三方评价机构提供。但因平台不允许商家和用户绕过平台交易,所以平台不仅要成为商家与用户联系的纽带,还承担着与操作系统迥

〔9〕 参见《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(国办发〔2019〕38号)。

〔10〕 参见《中国人民银行支付结算司关于将非银行支付机构网络支付业务由直连模式迁移至网联平台处理的通知》(银支付〔2017〕209号)。

〔11〕 参见《电子商务法》第四章。

〔12〕 参见张晨颖:“公共性视角下的互联网平台反垄断规制”,《法学研究》2021年第4期,第152页。

〔13〕 See David Evans, “The Antitrust Economics of Two-sided Markets,” *Yale Journal of Regulation*, Vol. 20, No. 1, 2003, p. 325.

异的功能——商家信息的聚合功能。平台的封闭性迫使用户只能从平台获取商家的信息。信息的聚合使得传统上可以从多个渠道获取的信息集中在为数不多的平台之上。平台的信息聚合功能降低了用户的搜索成本,也成为平台的经营优势。也正是如此,平台总以入驻商家的数量作为主要宣传手段。

但信息的过度聚合会导致信息过载的问题,即信息量超过一定限度会导致用户难以获取真正需要的信息。^[14]为解决信息过载的问题,平台通过信息工具(算法)协助用户进行信息过滤,为用户找到最相关的信息。信息过滤主要采用两种方式:一为信息排名,通过搜索引擎将信息进行关联度排名;二为首页展示,将重要信息放置在平台首页。虽然用户也可以通过第三方信息渠道获取自己所需要的信息,但绝大多数用户都使用平台的信息过滤机制获取信息。因此,尽管信息过滤机制解决了信息过载的问题,但会导致另外一个层面的平台封闭问题。信息过载使得平台的信息过滤机制成为用户获取商家信息的主要途径,但没有处于排名前列或没有进入首页的商家难以进入用户的视野之内。如此,名义上具有开放性的平台实际上并不真正具有开放性。

(四)相当的规模性

平台是提供信息中介服务的市场主体,承担着互联网市场的组织与管理职能,并通过禁止商家与用户直接交易的方式产生了一定的封闭性。虽然这些特征使得平台不同于绝大多数的传统市场主体,但符合该定义的传统经营者也为数不少,比如房屋中介平台、电视游戏平台等。但这些传统主体在影响市场经济的深度及广度方面均无法与平台比拟。因此,在界定平台的时候,参与平台交易的商家及用户的数量等规模指标也应当成为界定平台的重要因素。不过,确定适合我国平台经济发展的规模指标需要建立在实证研究的基础之上。这超出了本文的概念分析范畴,在此仅将之列为衡量因素,不做过多论述。

二、平台的衍生现象及问题

若平台参与的只是传统法律关系,那么由此引发的只是传统法律面对新型技术的变通性执法。如此,平台也非新型的法律主体,只是传统法律主体的互联网映射。但平台经济除了产生平台这种市场主体之外,更有种种全新的经营模式。正是这些经营模式导致了传统法律的执行困境。因此,寻找既有法律无法规制的平台现象即为构建平台新型法律主体的关键所在。

(一)注意力经济

平台在初创时期需要培养用户使用习惯,为此往往会使用零价格或者低价格的方式来吸引用户,本文称之为免费经济。平台经济中的各种问题均与免费经济的盛行密切相关。平台解决免费经济的主要手段是将互联网经济转化为注意力经济。注意力经济是指通过吸引用户

[14] See Angela Edmunds and Anne Morris, "The Problem of Information Overload in Business Organisations: A Review of the Literature," *International Journal of Information Management*, Vol. 20, No. 1, 2000, p. 18.

注意力获得利润的经营模式。^[15] 注意力经济并非是互联网时代的产物。在传统经济中,注意力也被视为一种重要的商业资源,但往往内嵌于商誉、名誉、知名度等无形资产之中。传统的线下经营者较难通过注意力直接营利,彼时的竞争也主要聚焦于主营业务。平台经济降低了注意力的交易成本,使其可以通过经济点击量、浏览量等方式进行量化计算,由此促生了更为高级的精准化营销广告。因此,注意力经济成为广告商趋之若鹜的新领域,也逐渐成为互联网世界的“通货”。^[16] 注意力经济从如下三个方面改变了传统法律关系。

首先,注意力经济改变了竞争关系的传统认知。传统法律中的竞争关系多以主营业务作为甄别标准,如《反垄断法》中的相关市场、《反不正当竞争法》中的竞争关系、《商标法》中的相同或者类似的商品等等。但注意力经济的出现使得传统业务之间的边界开始模糊。平台领域的竞争纠纷甚至使得一些学者主张在竞争法中淡化甚至取消竞争关系。^[17] 现代法律经过近两百年的发展对于传统的竞争关系存在明确的指引,^[18]但对平台领域的竞争关系则呈现较为明显的认知滞后,由此带来各种关于互联网不当行为的争议。

其次,平台不仅营造自身的注意力,也控制着其他市场主体的注意力。平台在信息聚合、信息过滤以及信用机制构建的过程中均会影响其他主体的注意力。平台控制着各种主体的交易渠道,因此其他主体能否入驻平台即成为事关生存的首要问题。信息过滤是商家获取注意力的主要手段。根据欧盟委员会的统计,谷歌搜索排名前十的经营者占据所有用户点击量的95%。^[19] 互联网信用机制更是商家赖以生存的生产资料,因此也成为商家营造虚假交易量、虚假好评等的主要对象。我国目前将付费搜索界定为广告,^[20]商家可以付费改变信息过滤的呈现机制。但这些机制的运行大都为黑箱操作,如何对之规制也充满着不确定性。

再次,注意力竞争的转型也会影响传统产品或服务的质量。注意力在传统的线下经济中很难被市场化,因此主要以正外部性的形态存在。平台经济将之内部化,使之成为可以直接收益的资产,最终产生诸多传统经济无法形成的新业态。但注意力经济也存在诸多弊端。注意力可以区分为正面注意力与负面注意力。多数信息过滤机制无法从内容层面对二者进行妥善区分,比如在搜索引擎和社交媒体平台上注意力的计算基础往往是点击量,而非内容的正面倡导性。如此,能够获取较多注意力的往往是极端性的、煽动性的“标题党”。^[21]

[15] See Tim Wu, “Blind Spot: The Attention Economy and the Law,” *Antitrust Law Journal*, Vol. 82, No. 3, 2019, p. 771.

[16] 参见季境:“互联网新型财产利益形态的法律建构——以流量确权规则的提出为视角”,《法律科学》2016年第3期,第186页。

[17] 参见王先林:“论反垄断法对平台经济健康发展的保障”,《江淮论坛》2021年第2期,第11页。

[18] 参见焦海涛:“不正当竞争行为认定中的实用主义批判”,《中国法学》2017年第1期,第152页以下。

[19] Case AT.39740, Google Search (Shopping), Decision of European Commission, 27 June 2017, para. 457, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, last visited on 7 February 2022.

[20] 参见《互联网广告管理暂行办法》第3条。

[21] 参见王辰瑶、金亮:“网络新闻‘标题党’的现状与叙述策略——对8家网站新闻排行榜的定量分析”,《新闻记者》2013年第2期,第65页。

不过,产生平台不正当竞争行为的主要原因是平台经济领域尚未形成新的商业道德或商业惯例。^[22] 互联网排名体系中的暗箱操作是因为广告规制尚未对这种新型的广告形式提出应对性的规制方案。^[23] 而负面注意力的问题同样也是缺乏正确的职业守则引导所致。^[24] 虽然这些问题尚无法在既有的法律体系中找到明确的应对举措,但这只是传统法律在面对新业务时的变通适用问题。本文的主要目的是寻找既有法律体系中的漏洞,因此对上述问题不做过多评述。

(二)数据经济

除却注意力之外,平台的另一重要资产依然不是资本或者产品,而是数据。我国学者对于数据有着不同的定义,最广义的定义包括一切“以数字、图形、图像、录音等形式表达的客观事实”。^[25] 但多数数据并不因平台的出现而产生,比如公共机构在执行公共管理职能而搜集的数据。为了与前互联网时代的数据相区分,本文中的数据特指用户使用平台服务中所产生的各种信息。

数据在互联网产生之初就已经出现。但早期的互联网主要通过用户名和密码进行认证,无需用户的真实信息,因此彼时的互联网也被称为“匿名社会”。当时的平台也可以搜集用户的信息,但并未产生如今的数据争议。这主要是因为当时的平台无法获得用户的真实身份信息,无法对用户画像,因此也无从提供真正的数据业务。真正的数据业务产生于2015年之后,其背后一方面是社交媒体与万物互联的突发式发展,^[26] 另一方面是“网络实名制”的实施。^[27] 自此,平台可以将使用信息与具体用户相结合,开始逐步开展数据业务。虽然身份信息的搜集和使用具有侵犯隐私权的面向,但我国《民法典》已经将隐私权作为一项绝对的人格权进行保护。^[28] 因此,本文不涉及对于数据本身如何保护的问题,而只涉及数据经营中的问题。从商业经营的角度来看,数据与注意力非常相似:二者均非平台的成立条件,但二者的出现均改变了平台的商业模式。数据业务具有网络效应。数据的多少与平台业务的质量存在双向正相关的关系:数据越多,业务的质量越高;业务的质量越高,越会增加用户的黏性,从促使平台搜集更多的数据。因此,与注意力经济类似,平台也会通过各种方式扩大自身数据的拥有量。

不过,数据与注意力也存在一定的差异。注意力在互联网经济中被视为“通货”,因此基于不同互联网业务所产生的注意力在一定程度上具有同质性。^[29] 数据暂时没有取得“通货”的

[22] 参见孟雁北:“反不正当竞争法视野中的商业道德解读——以互联网行业不正当竞争行为的规制为例证”,《中国工商管理研究》2012年第12期,第22页。

[23] 参见宋亚辉:“竞价排名广告规制模式的转型——从政府规制到受监督的自我规制”,《中国市场监督管理研究》2018年第4期,第45页。

[24] 参见邓建国:“‘标题党’的起源、机制与防治”,《新闻与写作》2019年第8期,第49页。

[25] 殷继国:“大数据市场反垄断规制的理论逻辑与基本路径”,《政治与法律》2019年第10期,第136页。

[26] See In Lee, “Big data: Dimensions, Evolution, Impacts, and Challenges,” *Business Horizon*, Vol. 60, No. 3, 2017, p. 296.

[27] 参见《互联网用户账号名称管理规定》第5条。

[28] 参见《民法典》第1032条。

[29] 参见侯利阳、李剑:“免费模式下的互联网产业相关产品市场界定”,《现代法学》2014年第6期,第72页。

地位,更多地被视为资产,因此不同平台搜集的数据存在差异性。鉴于数据的这种特性,数据业务可能会导致数据封闭的问题。换言之,某些数据会成为其他主体提供服务的必要生产材料,而拥有数据的平台拒绝向其提供。这主要包括两类行为:拒绝向竞争者提供必要数据的行为和拒绝向商家提供数据以防止后者转移到其他平台的行为。此外,由于数据与平台业务发展的正相关性,平台在企业并购中会充分考虑数据合并的加强效果,以此来维持或者提高自身的垄断地位。但这些问题依然是既有法律如何应对互联网新技术的问题,而非系统性漏洞。

(三) 跨业经营

注意力经济与数据经济并未真正改变既有的法律关系。但平台不仅仅是将注意力和数据用于核心业务经营,更以此为基础进军到其他经营性领域,本文称这种现象为跨业经营。跨业经营一方面跟平台迫需打破免费经济中的零利润困境有关,另一方面也跟注意力和数据的规模经济效应相关。不同互联网业务获取的注意力具有趋同性,因此平台有动力将其业务扩张到其他业务领域。而数据作为新型资产可以与相近业务相结合,并增强这些业务的质量。因此,在免费经济的驱动之下注意力经济与数据经济演变的极致必然是跨业经营。跨业经营在传统的线下经济中属于正常的、合法的经营行为。但跨业经营使得平台的经营行为展现出与传统法律关系迥然不同的特质。

首先,跨业经营使得经营不同业务的平台从先前的合作关系演变为竞争关系。早先的平台以主营业务为核心展开注意力竞争,因此经营不同业务的平台大体上属于合作关系。但近年来互联网用户增长的红利期开始衰退。因此,平台为了保障注意力的增长,不得不向其他业务扩张。各个平台都争先将自己打造成为包罗万象的互联网服务集合平台。^[30]在打造互联网生态圈的过程中,平台经济从单业务竞争转变为全业务竞争。

其次,跨业经营使得平台与商家的中介关系与组织管理关系扩展到竞争关系。对于平台来说,获取利润的方式之一是选取平台内利润最高的业务亲自入场经营。互联网是中介性平台,通过信息聚合、信息过滤、信用机制的构建成为独立于商家与用户的第三方,原则上平台应当对商家和用户保持中立性。但当平台亲自入场的时候,其因利益驱使可能会偏离先前的中立身份。这种偏离的主要表现为平台通过各种方式优待自身的或者处于自身生态圈的产品,并以此来排挤经营同种业务的商家,即自我优待。^[31]

综上,跨业经营所展示出的问题跟平台双重身份引发的利益冲突相关:平台一方面是中介服务的提供者与互联网交易的组织者与管理者,另一方面又通过跨业经营成为互联网经济的直接参与者。^[32]在处理这两种不同职能的过程中,平台可能会呈现出以市场组织者和管理者身份强化市场参与者身份的问题。该问题成为研究平台法律主体地位问题的出发点及归宿。

[30] 参见杭州铁路运输法院民事判决书,(2018)浙8601民初1020号。

[31] See Inge Graef, "Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence," *Yearbook of European Law*, Vol. 38, No. 1, 2019, p. 448.

[32] 参见陈永伟:“平台反垄断问题再思考——‘企业—市场二重性’视角的分析”,《竞争政策研究》2018年第5期,第26页。

三、特殊垄断主体学说的局限

在缺乏明确的行业治理规则时,反垄断法往往成为行业规制先行先试的“桥头堡”。我国新近提出的强化反垄断正是在此背景下产生。该提法的本质是将平台视为特殊的垄断主体,通过变通执行反垄断法的方式来规制平台的负面影响。那么由此引发的问题是反垄断法能否解决平台经济中的所有问题。

(一) 反垄断法的“类规制法”职能及限制

反垄断法禁止与市场地位相关的排除限制竞争行为,原则上没有行业规制的功能。但反垄断法规则具有不确定性的特征,传统的法教义学无法直接确立垄断行为的内涵与外延,因此执法机构客观上享有引入其他知识体系(目前最为重要的是经济学理论)来拓展执法范围的自由裁量权。^[33]正是这种自由裁量权使得反垄断法产生了“类规制法”的职能。^[34]一般意义上的规制法需要国家立法建立特定的规制部门,并赋予该部门规制特定行业的权力与方式。而在规制法产生前的空档期,反垄断法具有一定的先行先试优势。反垄断法在历史上也曾多次承担规制法的角色。最为成功的案例是美国在1982年利用反垄断法改革电信行业。^[35]因此,在行业规制法出台之前强化反垄断执法确实具有积极意义。但反垄断法的规制职能并非没有限制,其限制主要来自两个维度:调整范围与调整方法。

首先,反垄断法不是专门针对特定行业的法律,而是全行业性的法律。^[36]反垄断法虽然可以在规制法出现之前提供替代性的解决方案,但能否最终提供合适的解决方案依然受限于该法自身的调整范围。行业规制往往意味着该行业存在持续性的结构性问题,但反垄断法较难解决结构性问题。^[37]此外,呈现结构性问题的市场往往会引发大量的纠纷,只能在具体案件中实现规制职能的反垄断法对此往往无能为力。该弊端最为直接的证据来自于新西兰的电信改革。新西兰在20世纪八十年代末开放电信行业时将反垄断法作为行业规制的基础性法律。但后续实践表明该举措完全失败,新西兰在2001年颁布电信法来替代反垄断法,主要原因即为反垄断法处理纠纷的滞后性。^[38]

其次,反垄断法的规制职能还受限于其特殊的调整方法。反垄断法的调整方法在20世纪经历了一次较大的转型。在20世纪七十年代之前,反垄断法的执法目的主要是为了保护竞争

[33] 参见游钰:“论反垄断执法的司法审查”,《中国法学》2013年第6期,第34页。

[34] See Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 70.

[35] See *United States vs. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982).

[36] 参见李剑:“被规避的反垄断法”,《当代法学》2021年第3期,第56页。

[37] See Alexandre de Streel, “The Scope of Economic Sector Regulation in Electronic Communications,” *Communications & Strategies*, Vol. 62, No. 2, 2006, p. 147.

[38] See Michel Kerf, Isabel Neto and Damien Geradin, “Antitrust vs. Sector-Specific Regulation in Telecom: What Works Best?,” 2005, p. 3, <https://ssrn.com/abstract=886292>, last visited on 7 February 2022.

性的市场结构。彼时的哈佛学派以 SCP 分析范式将反垄断法的执法目的诠释为降低行业集中度。简言之,反垄断法应当保障竞争者数量。^[39] 但芝加哥学派的兴起改变了这种结构主义的执法思路。芝加哥学派将反垄断法的执法目的设定为保护社会福利。二者的主要区别在于——哈佛学派认为垄断的市场结构即违法,而芝加哥学派认为需要分析这种市场结构是否会抑制社会福利,只有抑制了社会福利才违反反垄断法。^[40] 随着芝加哥学派成为主流学说,反垄断法的执法目标开始转变为保护社会福利。^[41]

(二)平台反垄断的困境

反垄断法确实能够处理某些平台争议行为,这主要包括平台为了营造“单宿主”(single homing)效应而实施的行为。互联网用户可以同时下载多个平台的应用,并在使用中选择最为适合的产品,此即“多宿主”(multi-homing)效应。^[42] 多宿主效应可以保证多个经营同种业务的平台同时存在。单宿主行为是指平台为防止用户同时使用多个平台而实施的行为。能产生单宿主效应的行为包括独家交易、最惠国条款、搭售等。从目前的执法实践来看反垄断法确实能够处理此类垄断行为。此外,为了营造单宿主效应,平台还可能会实施恶意并购中小竞争者的扼杀型并购行为。该类行为的排除限制竞争效果在并购发生之时并不明显,因而较难事先禁止。不过,诺贝尔经济学奖得主梯若尔(Jean Tirole)提出此时可以将证明排除限制竞争的举证责任转交给并购方。^[43] 本文的目的不是研究反垄断法在面对平台经济时如何调整的问题,而是分析无法被反垄断法解决的问题,因此对上述问题不再赘述。本文认为反垄断法无法解决平台在承担双重角色时的利益冲突问题,主要理由有三。

首先,从市场结构的视角批评平台脱离了当代反垄断法的调整方法。目前学界对于平台的批评主要基于平台赢者通吃的结构性垄断特征。^[44] 为支持平台领域的反垄断执法,有学者甚至开创了“新布兰代斯学派”,呼吁对平台强规制。^[45] 但也有学者认为新布兰代斯学派本质上是哈佛学派结构主义的回归,会颠覆已经执行半个多世纪的反垄断执法范式。^[46] 本

[39] See Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials* (5th ed.), Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 13.

[40] See Robert Bork, “The Goals of Antitrust Policy,” *American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, 1967, p. 242.

[41] 参见李剑:“平台经济领域的反垄断法实施:以经济效率目标为出发点”,《中外法学》2022年第1期,第48页。

[42] See Bruno Jullien and Wilfried Sand-Zantman, “The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy,” *Information Economics and Policy*, Vol. 54, No. 1, 2021, p. 2.

[43] See Jean Tirole, “Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age,” 2020, p. 26, https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/competition_and_the_industrial_challenge_april_3_2020.pdf, last visited on 7 February 2022.

[44] 参见孙晋:“数字平台的反垄断监管”,《中国社会科学》2021年第5期,第104页。

[45] See Lina Khan, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate,” *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9, No. 3, 2018, p. 131.

[46] See Herbert Hovenkamp, “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?,” *Journal of Corporation Law*, Vol. 45, No. 1, 2019, p. 119.

文认为新布兰代斯学派还存在如下两个难以解决的理论问题。其一,以结构主义为规制基础会不可避免地得出“大的即坏的”的最终结论,存在简化反垄断执法的倾向。^[47]其二,赢者通吃效应来自于平台史无前例的网络效应与规模经济效应。但是这也意味着大的平台是有效率的。那么仅以规模作为规制基础会限制平台在效率层面的进阶。此外,既然赢者通吃是平台经济的特性,那么即便对大平台进行反垄断执法也无法真正解决“大”的本质性问题,反而会演变为谁大就打击谁的极端执法模式。

其次,从调整范围来说反垄断法较难处理平台双重身份所引发的自我优待的问题。自我优待从广义上来说可以被归类为差别待遇。我国《反垄断法》存在禁止垄断主体实施差别待遇的规定,这似乎暗示着反垄断法的可适用性。但反垄断法中的差别待遇指的是垄断主体对不同的交易第三方(不包括自己)所实施的差别待遇;而自我优待则是平台对自己的产品或者关联企业的产品相较于第三方产品的差别待遇。二者只是具有形式上的相似性。自我优待属于企业纵向一体化的范畴,是提升生产效率的正常市场行为。若不允许经营者从事自我优待,则意味着不允许经营者从事纵向一体化。反垄断法应当保护更有效率的市场行为,为了规制自我优待而限制纵向一体化则超越了反垄断法的执法范围。为此,欧盟对于谷歌自我优待行为的反垄断处罚就受到了学界的诸多争议。^[48]

再次,利用反垄断法规制平台还存在如下三个实际效果层面的困境。第一,反垄断罚款对平台缺乏威慑力。在执法中多次出现平台被反垄断执法机构处罚后股价不降反升的情况。比如,我国对阿里处以183亿元的反垄断罚款。^[49]但在处罚决定书发布当天,阿里的股价上涨约6%,获利远超罚款数额;第二,反垄断执法存在严重的滞后性,不符合互联网行业的快速发展趋势。我国反垄断案件的平均执法时间为14个月,欧盟反垄断案件的平均执法时间更是长达51个月。^[50]互联网行业的发展日新月异,平台可以利用执法的空档期继续实施违法行为,获益甚至可以远超之后的反垄断处罚;第三,国内外的反垄断执法实践表明头部平台的市场地位并未因反垄断执法而弱化。比如,自2017年以来欧盟对谷歌进行十余次反垄断重罚,但谷歌在多个市场中依然遥遥领先。总体而言,平台领域的反垄断执法收效甚微,基本没有实现促进竞争的初始执法目标。

反垄断法主要处理竞争关系,只是间接地涉及交易关系。在前述涉及营造单宿主效应的垄断行为中,虽然垄断行为的直接实施对象是商家,但这些行为的目的是为了排除限制经营同类业务的平台。与之相比,平台与商家既存在竞争关系又存在交易关系,这使得平台在承担双重身份时的利益冲突问题更为复杂——这些问题的出发点是平台与商家的交易关系,但同时

[47] See Joseph Coniglio, “Why the ‘New Brandeis Movement’ Gets Antitrust Wrong,” 2018, p. 2, <https://ssrn.com/abstract=3166286>, last visited on 7 February 2022.

[48] See Graef, *supra* note 31, p. 473; Pablo Ibáñez Colomo, “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles,” *World Competition*, Vol. 43, No. 4, 2020, p. 417.

[49] 参见国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处〔2021〕28号。

[50] 参见李剑:“中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服”,《法学家》2018年第1期,第91页。

又作用于二者的竞争关系。因此,主要调节竞争关系的反垄断法无论是从调整范围还是从调整方法来说都存在适用上的困难;或者即便可以适用,也无法从根本上解决这些问题。欧盟的《数字市场法(草案)》也指出:“虽然欧盟竞争法可以解决互联网领域中的部分问题,但并不能有效解决平台因占据看门人地位而引发的所有问题,尤其是很多问题与市场地位的滥用并不直接相关。”^[51]正是如此,欧美均在强化反垄断执法一段时期之后,开始寻找超越反垄断法的规制路径。

四、新型主体理论的缺陷

既然将平台视为特殊的垄断主体不能解决所有问题,那么新型的主体理论必然会出现。目前超越特殊垄断主体学说的理论主要有二:一种认为平台是看门人,另一种认为平台是新公用事业。

(一)看门人理论的本质

在评析看门人理论之前,有必要区分两个看门人的概念。第一个看门人的概念由克拉克曼(Reinier H. Kraakman)于1986年提出。^[52]克拉克曼在研究第三方中介性组织的过程中发现:与执法机构的直接执法相比,某些第三方中介性组织在防范其所服务主体的违法行为时具有天然的成本优势;因此建议赋予这些主体“第三方执法机构”的看门人职责,辅助监管部门进行执法。^[53]不过克拉克曼没有给出这类看门人的定义,后来哈姆达尼(Assaf Hamdani)将看门人界定为“为顾客进入某个市场或者进行生产经营提供其所必须的产品或者服务”的主体,并将看门人责任范围限定为:①能够以合理成本发现违法行为;②可以阻止其所服务的客户的违法行为。^[54]该理论的早期研究主要针对证券市场,意在通过看门人的设定协助监管部门保障资本市场中信息披露的真实性、准确性和完整性。随着互联网的兴起,国际学界又开始探讨平台是否应当承担此类看门人的责任。面对互联网世界数量众多、形式繁杂的侵权行为,学者们主张赋予平台看门人的职责,要求其先于执法机构处理这些违法行为。^[55]甚至,

[51] European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, COM(2020) 842 final, 15 December 2020, Recital 5, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf, last visited on 7 February 2022.

[52] See Reinier H. Kraakman, “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy,” *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 2, No. 1, 1986, p. 53.

[53] Ibid.

[54] See Assaf Hamdani, “Gatekeeper Liability,” *Southern California Law Review*, Vol. 77, No. 1, 2003, p. 53.

[55] See Jonathan Zittrain, “A History of Online Gatekeeping,” *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 19, No. 2, 2006, p. 253.

莱斯格(Lawrence Lessig)提出“代码就是法律”的论断,^[56]认为平台的代码在网络空间承担着传统法律规则的职能。我国学界已经接受平台的这种看门人责任。^[57]并且,我国立法对于这类看门人责任也有所吸纳,如《民法典》与《电子商务法》中的通知删除规则。^[58]鉴此,此类看门人强调的是平台对平台内的违法行为的监管职能,因此本文称之为监管式看门人。

但近期引人关注的看门人理论并非是监管式看门人。该种看门人的发展源流模糊,最为直接的提出者是欧盟委员会。欧盟委员会在2020年底的《数字市场法(草案)》中正式使用了这一概念。^[59]在构建此类看门人责任的时候,欧盟委员会并不强调平台对平台内违法行为的监管职责,而是着重指出:“看门人在特定场合拥有双重角色,一方面作为核心平台服务(core platform service)的提供者给商家提供服务,另一方面又作为竞争者和提供相同或者相似服务的商家竞争”。^[60]在此过程中,平台会通过大数据分析、排名、自我优待等方式排除限制平台内竞争者。^[61]为此,欧盟草案设置的看门人义务包括不得基于从商家搜集的数据与商家竞争,不得在排名类产品或者服务中优待自己或者关联企业的产品或者服务,不得通过技术手段限制用户转换到平台内的其他应用程序,允许商家接入或者提供兼容信息使之接入平台内的操作系统或者其他功能等。^[62]这些义务均是针对平台与商家之间的竞争关系。

监管式看门人关注的是平台对平台内违法行为的先行监管,而欧盟草案中的看门人强调的则是平台排除限制商家竞争的问题。因此本文将欧盟草案中的看门人称为自律式看门人。自律式看门人被欧盟提出之后迅速被美国众议院接受,并于2021年6月形成了关于平台的五部立法草案,^[63]其目的是为了“消除支配的平台同时拥有或者控制其他平台或者互联网业务而产生的利益冲突”。^[64]这些草案建议平台承担的义务包括结构性拆分、不得与其他平台合并、不得自我优待、允许第三方竞争者接入自身系统等。从义务设置来看,美国草案与欧盟草案的立法目的基本一致,均是为了解决平台与商家的竞争问题。

自律式看门人与监管式看门人均来源于平台的市场组织与管理角色。二者确实具有相似性,但其侧重点完全不同,也并非同一概念。监管式看门人侧重于平台组织与管理角色本身,而自律式看门人则强调平台不得利用该角色排除限制自身与商家的竞争。自律式看门人是欧

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

[57] 参见张新宝:“互联网生态‘守门人’个人信息保护特别义务设置研究”,《比较法研究》2021年第3期,第17页。

[58] 参见《民法典》第1195条;《电子商务法》第42条。

[59] See European Commission, *supra* note 51, Article 2.

[60] See European Commission, *supra* note 51, Recital 43.

[61] See European Commission, *supra* note 51, Recital 44-46.

[62] See European Commission, *supra* note 51, Article 6.

[63] See US House Lawmakers Release, “A Stronger Online Economy: Opportunity, Innovation, Choice,” 2021, <https://cicilline.house.gov/press-release/house-lawmakers-release-anti-monopoly-agenda-stronger-online-economy-opportunity>, last visited on 7 February 2022.

[64] See Ending Platform Monopolies Act, H. R. 3825, 11 June 2021.

美在立法进程中提出的新概念,目前学术界尚不存在理论支持,其本质需从欧美的立法草案中一探究竟。在界定看门人的时候,欧美草案采用了基于市场规模的认定方法(见表1)。从功能来看,该认定类似于反垄断法中的市场支配地位认定。从认定方法来看,看门人的认定依然遵循反垄断分析路径。具体而言,市场份额是衡量市场支配地位的重要因素;而看门人认定中的用户数量、商家数量、营业额、市值等规模要件是分析市场份额的重要因素。^[65]因此,自律式看门人的认定本质上是将反垄断分析中的市场支配地位认定简化为若干可以明确测量的指标。如此,自律性看门人与新布兰代斯学派无实质性区别,本质上都是要恢复哈佛学派的结构主义。

表1 欧美认定自律式看门人的规模要件

	用户数量	商家数量	营业额	市值
欧盟	4500万	1万	65亿欧元	650亿欧元
美国	5000万	10万	6000亿美元	6000亿美元

在证明看门人规制的必要性时,欧盟委员会提出两点理由:一是看门人控制了其他经营者进入市场的重要通道;二是看门人的体量过于庞大。^[66]不过单从这两个理由很难得出平台规制的必要性。网络效应是平台与生俱来的属性,那么平台成功的必然结果就是要控制其他经营者的市场进入,并且也因此会获得庞大的体量。如果将这种结果作为规制理由的话,那么由此衍生出来的监管措施将是对现有平台经营模式的否定,也是对平台改造现代社会功能的否定。此外,以规模作为规制基础还可能会演变为对头部平台的变相保护。看门人规制带来额外的合规成本,也会影响非头部平台的经营行为。尤其是当这些平台获得突破看门人规模的机会时,他们首先考虑的将不再是如何突破,而是是否要突破,以及突破后能否承担由此带来的合规成本。而已经被规制的头部平台则不需要考虑这些问题。

(二)新公用事业理论的漏洞

新公用事业理论的滥觞是 Tim Wu 在 2003 年提出的“网络中立”原则。^[67]该原则主要是防止电信运营商在物理层面传输数据时对来自不同内容提供商的数据进行歧视性传输。在后续的研究中,学者们发现互联网的良性运行不仅需要物理层面的传输中立,也需要业务层面的运行中立。最早将网络中立原则拓展到互联网领域的观点是“搜索中立”,即要求在线搜索引擎不得歧视性地对待不同的网站。^[68]这些探讨奠定了新公用事业的理论基础。大致在

[65] 参见侯利阳:《市场支配地位的反垄断剖析》,中国书籍出版社2019年版,第109页。

[66] See European Commission, *supra* note 51, p. 2.

[67] See Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination,” *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, No. 1, 2003, p. 141.

[68] See Andrew Odlyzko, “Network Neutrality, Search Neutrality, and the Never-ending Conflict Between Efficiency and Fairness in Markets,” *Review of Network Economy*, Vol. 8, No. 1, 2009, p. 40.

2010年左右有学者开始提出平台应被视为公用事业。^[69]但这些提法在当时并未得到主流学界的支持,反而在批驳^[70]之中陷于沉寂。在平台规制政策收紧之后,该观点被拉曼(K. Sabeel Rahman)于2018年复活,^[71]其主张平台是“对基础设施类产品的私人控制”,^[72]因此应当援用公用事业的方式对之规制。新公用事业理论尚处于初步发展阶段。但就其目前的研究成果来看,该学说存在如下三个尚难弥补的逻辑漏洞。

第一,平台与公用事业在概念层面并非明确的包容关系。学界对于公用事业缺乏统一的定义,通行的定义认为公用事业主要有三个特征:民生必需性、公共利益性、自然垄断性或者公共物品属性。^[73]在这三个特征中,公共利益属性较难通过可量化的指标进行论证。因此新公用事业理论主要论证垄断性和必需性这两个特征。他们认为:垄断性来自平台赢者通吃的特征,必需性则是因为平台控制着下游用户进入市场的瓶颈。^[74]但该论证存在三个问题。其一,上述三个特征究竟是公用事业的充分条件还是必要条件在学理上并不明晰。因此,平台即便满足上述这三个特征也不一定就是公用事业。其二,垄断地位的形成总是因为垄断主体控制着某种瓶颈。若垄断者的产品很容易被替代,客观上也不会产生垄断的效果。如因平台控制瓶颈业务就将其认定公用事业,则所有的垄断主体都可被认定为公用事业。其三,存在赢者通吃属性的行业还有很多,如娱乐业、体育竞技业、技术标准等,但这些行业并未被认定为公用事业。鉴此,虽然平台与公用事业具有一定的相似性,但新公用事业理论尚未证明二者的充分联系。

第二,公用事业的规制逻辑无法应用到平台经济。从历史发展来看传统的公用事业原先或者由政府直接供给或者由政府授权并且财政支持的企业供给。上个世纪七十年代之后的公用事业改革本质上是对这些行业的民营化改革。^[75]因此,公用事业改革是从政府供给向市场供给的过渡,其目的是通过政府完全退出市场的方式实现市场供给,或通过特许经营的公私合营的方式联合供给。^[76]若说先前的政府供给是严格规制的话,那么当前的公用事业规制

[69] See Danah Boyd, “Facebook is a Utility, Utilities Get Regulated,” 2010, <https://www.zephor.org/thoughts/archives/2010/05/15/facebook-is-a-utility-utilities-get-regulated.html>, last visited on 7 February 2022.

[70] See Mark A. Jamison, “Should Google be Regulated as Public Utility,” *Journal of Law, Economics & Policy*, Vol. 9, No. 2, 2013, p. 223.

[71] See K. Sabeel Rahman, “The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept,” *Cardozo Law Review*, Vol. 39, No. 5, 2018, p. 1621.

[72] See Rahman, *supra* note 71, p. 1622.

[73] 参见史际春、肖竹:“公用事业民营化及其相关法律问题研究”,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2004年第4期,第79页。

[74] See Rahman, *supra* note 71, p. 1667;高薇:“平台监管的新公用事业理论”,《法学研究》2021年第3期,第91页。

[75] See Judith Clifton, Pierre Lanthier and Harm Schröter, “Regulating and Deregulating the Public Utilities 1830-2010,” *Business History*, Vol. 53, No. 5, 2011, p. 659.

[76] 参见章志远:“公用事业特许经营及其政府规制——兼论公私合作背景下行政法研究之转变”,《法商研究》2007年第2期,第6页。

就是放松规制(deregulation)。^[77]而平台从未被视为具有公权力性质的经营者,也未受到政府财政的直接支持,一直都是民营资本自行发展的结果。若对其比照公用事业进行规制,则是从先前的放松规制转向严格规制,这显然与公用事业的规制逻辑背道而驰。

第三,新公用事业理论主张的规制举措无法应用到平台经济。新公用事业理论主张对平台施加“公平合理无歧视”的义务,要求平台保障所有用户公平地使用平台业务。^[78]不过这可能曲解了公用事业规制中的无歧视义务。首先,公用事业中的无歧视义务仅限于普遍服务(universal service)。对于其他服务,公用事业经营者依然有权实施不同程度的歧视性行为,比如铁路或者航空公司对经济舱和商务舱的分级、电信运营商按照宽带速率收取服务费等。普遍服务是公用事业中民众最为需要的基础性服务,其目的只是保障公众可以享受到最低程度的公用事业服务。^[79]实际上只有这部分的公用事业才具有公共利益属性。而新公用事业理论则要求头部平台无差别提供所有业务;其次,普遍服务指向的是具体的服务,而不是具体的经营者。公用事业中的普遍服务可由任何从事该种业务的经营者提供,比如,我国电信行业中的普遍服务有4G网络的全面覆盖,该服务的承担者可以是我国任一电信运营商。^[80]但是,新公用事业理论所主张的无歧视义务不是针对某项具体的服务,而是针对某个具体的平台。换言之,这些服务只能由特定的平台提供,而不能由其他经营同类业务的平台提供。比如,让百度无歧视地提供搜索引擎服务的要求显然无法由搜狗搜索来胜任;再次,普遍服务的承担还需政府财政补贴的支持,比如,我国对电信4G网络的全面覆盖按照运营成本的30%进行补贴。^[81]但新公用事业理论对平台无歧视义务的成本分担论述不多,似乎是主张由平台自行承担,这也偏离了公用事业中“公用”的本意。

无论是看门人理论还是新公用事业理论都察觉到将平台视为特殊垄断主体的不足,呼吁创设新型法律主体来解决双重身份中的利益冲突问题。二者在规制义务的构造方面非常类似,其实质均为限制平台的竞争优势。自律式的看门人本质上是要简化反垄断法的分析框架,但缺乏足够的理论支撑;新公用事业理论虽具有一定的理论依据,但尚未充分论证平台与公用事业之间的内在关联。因此二者均无法立即成为规制平台新型法律主体的理论基础。

五、双重身份背景下的平台元规制

平台给既有法律体系造成的挑战主要是其在承担双重身份时与商家所发生的既竞争又合作的利益冲突问题。目前学界所提出的特殊垄断主体学说、看门人及新公用事业理论均无法完美

[77] See Christopher S. Yoo, “An Unsung Success Story: A Forty-year Retrospective on U.S. Communications Policy,” *Telecommunications Policy*, Vol. 41, No. 10, 2017, p. 891.

[78] 参见高薇,见前注[74],第94页。

[79] 参见王俊豪:“中国垄断性产业普遍服务政策探讨——以电信、电力产业为例”,《财贸经济》2009年第10期,第120页。

[80] 参见《财政部、工业和信息化部关于深入推进电信普遍服务试点工作的通知》(财建[2018]226号)。

[81] 同上注。

解决该问题。那么这个问题究竟代表着既有法律的何种盲区以及应当如何对之进行规制呢?

(一) 规制盲区的系统性审视

平台的特殊性在于其同时是市场的参与者和市场的组织与管理者。作为市场的参与者,平台与其他市场主体的表现并无太大差异;但当其承担市场组织与管理职能时却呈现出盈利性的利益冲突行为。因此,平台规制的本质问题应当是对其市场组织与管理职能的规制。市场组织与管理职能的规制在现代法律的演变过程中几经转折。既有法律之盲区的追寻需要审视关于市场组织与管理职能的既有规制能否涵盖平台这种主体。

产生现代法律体系的社会基础是传统农业社会的熟人体系向现代工业社会的陌生人体系的社会变革。在这次变革中,社会关系呈现“从身份到契约”的转变。^[82] 在熟人社会中的家庭身份消失后,契约成为社会交往中的普遍性的中介因素。由于契约在社会关系中的普遍性,现代社会使用契约关系来解释几乎所有的社会关系,此即社会契约论。^[83] 据此,在构建现代社会的过程中国家将社会个体进行政治上拟制化,形成了以契约关系为轴心的抽象平等人格。这种抽象的平等人格衍生出理性经济人假设——每个个体不仅仅是利益最大化主体,同时也是能对自身行为做出准确判断的主体。既然每个个体都能对利益最大化做出准确的判断,那么每个个体也可以对自己的行为承担完全的、独立的责任。当个体都设定为平等的理性经济人之后,契约的社会合理性在法律层面可以得到自我保障,而政府只需充当守夜人的角色。因此,在现代法律形成初期市场的组织与管理职能几乎完全由市场机制来负责,国家对此并不干预。

但在第二次产业革命中企业作为一种重要的法律主体进入历史舞台。企业在创设之初被视为以财产为依托而形成的市场主体,与自然人享有同等的权利和义务。^[84] 但企业将外部交易(市场机制)内部化,将独立的劳务主体转变为具有人身依附性的劳动者,从这些意义上来说企业也具有一定的市场组织与管理职能。当企业的力量开始壮大之后,现代社会前期以自然人或者家庭作坊为主的平等市场结构被打破,进而开始影响理性经济人假设。^[85] 为弥补平等主体理论假设的现实缺失,现代社会在进入第二次产业革命后开始了第二次社会变革,并由此产生了经济法。经济法旨在通过国家(包括国家授权的其他组织)的主动干预来重新组织和管理市场,以应对平等主体假设被打破之后的新场景。此时,国家作为特殊的经济法主体^[86]开始弥补市场机制之不足,尤其是弥补弱势主体的谈判力量。在国家的组织与管理之下,经济法中的主体总是以强势主体与弱势主体的方式捉对出现。经济法的重新设置赋予了

[82] 参见(英)亨利·萨姆纳·梅因:《古代法:与社会远史及现代观念的关系》,郭亮译,法律出版社2016年版,第91页。

[83] 参见苏力:“从契约理论到社会契约理论——一种国家学说的知识考古学”,《中国社会科学》1996年第3期,第81页。

[84] 参见尹田:“论法人人格权”,《法学研究》2004年第4期,第53页。

[85] 参见《经济法学》编写组:《经济法学》(第二版),高等教育出版社2018年版,第19页。

[86] 参见蒋悟真:“传承与超越:经济法主体理论研究——以若干经济法律为视角”,《法商研究》2007年第4期,第83页。

某些市场主体新的身份,因此也有学者称此次变革是“从契约到身份”的转变。^{〔87〕}

经济法的出现改变了现代社会前期市场组织和管理活动完全由市场机制控制的情形。这次变革形成了国家对市场干预的两大特征。第一,国家作为市场组织者和管理者并不是无限度地干预市场机制,而是遵循“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的基本原则;^{〔88〕}第二,只有国家才可以成为市场的组织者和管理者。^{〔89〕}为最大化保障国家作为第三方主体的中立性,国家在从事市场组织和管理活动时要受制于监管行为与经营行为相分离的限制。在经济法的体系中,市场组织者与管理者(国家)与市场参与者(经营者、消费者、劳动者、竞争者等)的主体角色是清晰的,也是相互分离的。

但平台的出现改变了既有法律的设计初衷。平台以其内部规则逐步取代国家作为市场组织者管理者的垄断角色,同时又承担着作为经营者的盈利角色。因此,平台与国家最大的不同在于——平台呈现出市场组织与管理角色与市场参与角色合并之现象。平台不是国家,之前保障市场组织者和管理者中立性的传统法律无法直接适用于平台。因此,平台确实勾勒出既有法律之规制盲区——既有法律体系在规制市场组织与管理职能时仅对公主体设置了中立性的义务,而对组织和管理市场的私主体(即平台)缺乏类似的要求,从而无法禁止平台在执行市场组织与管理职能时的趋利性倾向。

(二)相对均衡的规制方案

经济法旨在弥补市场机制自我规制之不足,通过国家这个特殊的法律主体来承担市场组织与管理的职能。而平台在内生性发展的过程中逐渐获得类似于国家的经济法主体地位。无论是垄断主体学说还是看门人学说亦或新公用事业理论实际上都已经意识到了平台的这种特性。但这些学说都无法完美地解决平台由此而产生的不中立问题。缺乏完美的规制理论并不意味着我们因此就可以放任平台的野蛮生长。在传统的规制理论中规制只有两种状态:政府规制与自我规制。但新规制理论指出规制的第三种状态,即元规制(Meta Regulation)。虽然学界对元规制尚缺乏统一的定义,但存在两点共识。其一,元规制是对规制本身的监察或者规制。虽然对于元规制理论的研究既包括对政府规制的监察,也包括对自我规制的监察,但既有法律体系对政府规制已经设置了多重监督机制,因此对于元规制的研究多是针对自我规制的监察。^{〔90〕}换言之,元规制研究的主要目的是通过政府的外力引导督促被规制主体制定内部规则;其二,元规制的适用场景通常为“需要解决的问题过于复杂,或者受规制的行业非常特殊

〔87〕 参见董保华、周开畅:“也谈‘从契约到身份’——对第三法域的探索”,《浙江学刊》2004年第1期,第44页以下。

〔88〕 参见侯利阳:“市场与政府关系的法学解构”,《中国法学》2019年第1期,第197页。

〔89〕 参见李友根:“论经济法主体”,《当代法学》2004年第1期,第72页。

〔90〕 See Peter Grabosky, “Meta-Regulation,” in Peter Drahos (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Acton: Australian National University Press, 2017, p. 149.

且处于动态演进之中”。〔91〕相较于政府规制,元规制能够给予被规制主体更多的自由裁量;相较于自我规制,元规制能让政府参与自我规制的制定过程。尤其是当被规制主体比政府更为了解规制对象或者需要解决的问题时,引入元规制更有优势,也更容易找到最为便宜、最为合理的解决方案。

种种迹象表明目前并非直接规制平台经济的最佳时机。首先,平台经济最大的特征及优势是该产业的网络效应,对其充分利用可以突破传统经济在规模经济与范围经济方面的天然限制。〔92〕平台史所罕见的规模正是这种优势被充分发挥后的结果。若仅以规模为由对平台进行限制,则是对互联网创新优势的自我舍弃。其次,对尚处于初期发展阶段的平台经济过多干预不符合经济发展规律。平台经济的终极形态尚未完全展示出来;甚至当前依然存在大量无法直接盈利的互联网业务。再次,我国在前几轮产业革命中均远远落后于世界经济,但在以互联网为主要特征的新一轮产业革命中一举成为仅次于美国的经济体。若骤然对平台进行强规制,行之不慎很有可能会自毁前程。进而,在当前紧张的国际形势中,平台不仅承担着深化互联网业务发展的责任,还肩负着中美贸易摩擦背景下提升对外贸易的重任。〔93〕因此,在完全理解并掌握平台经济的发展规律之前,对之贸然规制存在极大的风险。若因此让我国的平台企业丧失国际竞争优势,将更是得不偿失。因此,本文认为目前不宜对平台进行全面规制,但可利用元规制理论对平台进行间接性规制。具体举措有三。

第一,要求平台建立内部规则的制定机制。平台不仅应当被视为经营者,也应当被明确性为市场的组织者与管理者。因此,国家应当给予平台一定的信任,由其自行制定适合自身业务发展的内部规则。虽然国家并不主动控制这些内部规则的具体内容,但可要求平台公布内部规则的制定程序。该制定程序可仿效国家的立法程序设置,遵循公开透明的原则,由商家、用户、行业协会、专家学者等利害关系方在制定过程中广泛参与。内部规则的形成应当经过充分酝酿,在全面考虑所有利害关系方的需求和建议后最终出台,并上报相关部门备案或者审批。

第二,建立平台内部规则的外部督促机制。平台的内部规则涉及互联网产业的繁荣与稳定,其制定进程不能交由平台单独控制。为防止平台就特定问题疏于制定规则,国家可以要求平台以年度为单位上报内部规则的制定规划,也可因时制宜地向平台提出制定特定规则的要求。内部规则的制定规划应当涵盖当前民众急需解决的问题,按部就班地处理各种社会热点争议。如有可能,也可让平台提出体系性的建构方案。为敦促平台尽快就所有争议创设内部规则,甚至可因平台未制定内部规则而推定其存在过错,并因此在相关争议中实行举证责任倒置。

第三,确立平台内部规则的外部审查机制。平台经济涉及主体种类繁多、数量巨大,平台经济的规制机构不宜被定位为纠纷解决机构。互联网纠纷的具体解决原则上应当由平台自行承

〔91〕 Cary Coglianese and Evan Mendelson, “Meta-Regulation and Self-Regulation,” in Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 152.

〔92〕 See Emilio Calvano and Michele Polo, “Market Power, Competition and Innovation in Digital Markets: A Survey,” *Information Economics and Policy*, Vol. 54, No. 1, 2021, p. 1.

〔93〕 参见裴长洪、刘斌:“中国对外贸易的动能转换与国际竞争新优势的形”,《经济研究》2019年第5期,第6页。

担,按照已经制定的内部规则妥善处理。而规制机构则应当被定性为平台内部规则的外部审查机构,负责处理其他主体就内部规则的合理性而提起的“立法性”争议。规制机构有权审查受争议的内部规则是否让平台过度偏离市场组织与管理的中立性要求,以及该偏离是否会促进平台经济的健康发展等。如此,规制机构可以对平台制定内部规则的行为进行实体性监督。

六、结 语

平台给既有法律体系带来的挑战主要体现在平台与商家之间的复杂关系:一方面,平台是商家经营活动的组织者与管理者;另一方面,平台又是商家的竞争者。但在跨业经营的驱动下,平台呈现出滥用组织管理职能强化盈利职能的倾向。既有法律体系的漏洞在于无法同时保障平台的市场组织与管理职能与平台作为经营者的盈利职能。如何弥补该漏洞并无明确的国际经验可资借鉴。欧盟的立法草案可能会迅速颁布。但欧盟的平台经济远落后于我国和美国,缺乏大型平台企业,因此欧盟的立法存在通过限制非欧盟平台来促进欧盟平台发展之嫌。而美国的草案后续要经过多个立法主体的多重审议,难以在短期内颁布。因此,我国只能立足自身寻求妥善的规制方案。平台规制需要在释放平台的创新潜能与规范平台的市场组织与管理职能之间寻求平衡。尽管平台在近期的发展中呈现资本无序扩张以及野蛮生长的现象,但既往实践表明平台确实是我国实现创新驱动发展战略的重要担当。因此,对于平台的规制需要慎之又慎。基于元规制理论塑造平台规制的基本框架旨在充分发挥平台自我规制的优势,让市场机制来探究平台市场组织与管理职能的规制路径,同时赋予国家对平台自我规制的外部监督权,最终形成“平台管用户(包括商家)、国家管平台”的共建共治共享的治理格局。

Abstract: The fundamental issue pertaining to platform regulation is the legal status of platforms. The suitable establishment of platforms' legal status can accurately locate the lacunae of the current legal system, and then build up the appropriate regulatory framework. Platforms are not only providers of information intermediary services, but also organizers and managers of the internet market. However, inter-sectoral operation induces platforms to promote self-profit in sacrifice of market order. Theories of special monopolists, gatekeepers and new public utility cannot perfectly solve the conflict of interest arising from platforms' dual roles. In order to sufficiently exploit the innovation advantage of platforms, it is not the right moment to excessively regulate platforms. Nevertheless, it might be proper to rely upon the meta-regulation theory, which obliges the platforms to institute the procedures to adopt internet rules, and to establish external supervisory mechanism and review mechanism for those internal rules on the one hand on the other hand.

Key Words: Platforms; Monopoly; Gatekeepers; New Public Utility; Meta Regulation

(责任编辑:邓 峰)