

· 数字法学 ·

# 数字平台管制：公共性理论的反思 与经济管制的适用

李 剑 \*

**内容提要：**以公共承运人、新公用事业为代表的公共性理论希望改变反垄断法实施不力的局面，通过赋予特殊义务来强化对数字平台市场力量的约束。公共性理论历史悠久，但基本概念模糊不清，难以明确管制范围；所主张的非歧视、普遍服务等管制义务，在没有结构性剥离、价格管制、准入限制等措施的配合下，难以独立实现；基于平台服务的性质来实施管制，还会造成过度的市场干预。以自然垄断理论为内核的经济管制不仅定义清晰，而且将管制范围限定在具有自然垄断性质的平台，更适合数字平台快速发展的特点。实现数字平台的经济管制，需要借鉴传统经济管制中成熟的管制理论和实践经验，尤其要对具有自然垄断属性的平台功能进行结构性剥离，并对剥离后的自然垄断平台附加互操作义务。

**关键词：**数字平台 公共承运人 新公用事业 经济管制 互操作义务

## 一、背景与问题

数字平台的快速发展使其在社会经济生活中的影响力越来越大。以苹果公司为例，其市值在2018年8月首次超过1万亿美元，2020年8月超过2万亿美元，2022年1月，苹果公司一度成为全球唯一市值超过3万亿美元的企业。<sup>〔1〕</sup>苹果公司一家的市值在2022年全球国家GDP排名中可以排到第5名，超过英国的2.67万亿美元，仅次于德国的3.85万亿美元。<sup>〔2〕</sup>与此同时，数字平台和人们日常生活的融合程度也越来越高。无论在即时通讯、社交、商品购买、电影评价，还是电子游戏、旅游、在线教育等活动中，数字平台都扮演了重要角色。

\* 上海交通大学凯原法学院教授。

〔1〕 参见《苹果市值一度超过3万亿美元》，《经济参考报》2022年1月5日第4版。

〔2〕 See Global PEO Services, *Top 15 Countries by GDP in 2022*, <https://globalpeoservices.com/top-15-countries-by-gdp-in-2022/>, last visited on 2023-04-20.

由于技术与商业模式上的特点，数字平台给既有的法律体系带来了很大的冲击。〔3〕尤其是在面对数字平台的市场力量时，如何考虑法律体系的沿用与变革，存在较为激烈的争论。〔4〕反垄断法是对市场力量进行限制的最主要的法律，围绕其价值的研究主要分为两类：一类研究关注反垄断法的作用，但有不同认识。有的主张反垄断法应进行较大程度的变革，以改变其实施不足的状况；〔5〕对立的观点则认为反垄断法无需变革，现有规则可以为市场提供更大的空间。〔6〕另一类研究认为，反垄断法的特性决定了其难以有效约束数字平台，需要抛开反垄断法，关注平台经济对于社会的整体性影响，进而寻求对数字平台的特别规制。这类以“公共性”为内核的观点产生了较大的学术与政策影响力。〔7〕其中，最有代表性的是公共承运人理论与新公用事业理论（下称“公共性理论”）。公共承运人理论主张将数字平台视为公共承运人，要求其接受中立原则的约束。〔8〕新公用事业理论则强调平台在现代经济中有越来越基础的作用，主张将数字平台作为新类型的公用事业。〔9〕

由于同样面临如何有效规制数字平台的问题，国外学者从公共性出发来认识平台管制的思路也影响到了国内学者的看法。〔10〕在2021年之前，中国没有一个针对数字平台的反垄断执法案件。2021年末的“反垄断风暴”尽管查处了多个平台垄断案件，但其中所呈现出的反垄断分析技术上的困境，反而加深了对反垄断法作用的质疑。因此，国内学者总体上对数字平台领域中反垄断法实施的效果并不满意。〔11〕而借助公共承运人、新公用事业等公共性理论，在

〔3〕 See Kaushik Basu *et al.*, *Markets and Regulation in the Age of Big Tech*, 15 (1) *Capitalism and Society* 3 (2021).

〔4〕 这里所称“数字平台”，是指互联网内容提供商（ICP），而不是互联网接入服务提供商（ISP）。对于后者，通常认为其具有自然垄断属性，并引发了网络中立的讨论。但网络中立义务要直接转换为互联网内容提供商的义务，需要充分论证。关于网络中立的代表性论文，参见 Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, 2 *Journal on Telecommunications and High Technology Law* 141-176 (2003); Christopher Yoo, *Beyond Network Neutrality*, 19 *Harvard Journal of Law & Technology* 1-77 (2005); 吴亮：《网络中立管制的法律困境及其出路——以美国实践为视角》，《环球法律评论》2015年第3期，第127页以下；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，第122页以下。

〔5〕 See Lina Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 (3) *The Yale Law Journal* 731-737 (2017); Steven C. Salop, *Invigorating Vertical Merger Enforcement*, 127 (7) *The Yale Law Journal* 1962 (2018).

〔6〕 See Joshua D. Wright *et al.*, *Requiem for A Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, 51 (1) *Arizona State Law Journal* 351 (2019).

〔7〕 美国布鲁克林法学院副教授萨比埃·拉赫曼（K. Sabeel Rahman）发表了多篇关于新公用事业理论的论文，并在2021年被任命为拜登政府信息与管制事务办公室高级顾问。这与现任美国联邦贸易委员会主席丽娜·可汗（Lina Khan）的情况非常类似。

〔8〕 See Oren Bracha & Frank Pasquale, *Federal Search Commission - Access, Fairness and Accountability in the Law of Search*, 93 *Cornell Law Review* 1149 (2008); Frank Pasquale, *Internet Nondiscrimination Principles: Commercial Ethics for Carriers and Search Engines*, 2008 (1) *University of Chicago Legal Forum* 263 (2008).

〔9〕 See K. Sabeel Rahman, *Infrastructural Regulation and the New Utilities*, 35 *Yale Journal on Regulation* 911 (2018); Patrick A. Ward, *When the Soapbox Talks: Platforms as Public Utilities*, 2022 (1) *Wisconsin Law Review* 163 (2022).

〔10〕 参见刘权：《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》，《法学研究》2020年第2期，第42页以下；高薇：《平台监管的新公用事业理论》，《法学研究》2021年第3期，第84页以下；侯利阳：《论互联网平台的法律主体地位》，《中外法学》2022年第2期，第346页以下；刘继峰：《我国互联网平台反垄断制度的立法模式选择》，《价格理论与实践》2021年第1期，第57页；李友根：《公共承运人理论与互联网平台规制的正当性——美国公共承运人判例变迁的考察报告》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2023年第2期，第33页。

〔11〕 参见杨东：《论反垄断法的重构：应对数字经济的挑战》，《中国法学》2020年第3期，第207页；陈兵：《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》，《法学》2020年第2期，第104页；孙晋：《数字平台的反垄断监管》，《中国社会科学》2021年第5期，第101页以下；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55页；侯利阳：《平台反垄断的中国抉择：强化反垄断法抑或引入行业规制》，《比较法研究》2023年第1期，第32页。

以事后管制为特点的反垄断法之外构建一整套事前管制措施，不仅可以避免复杂的反垄断技术分析，还可以对平台的营运施加更为明确、直接的限制，无疑非常具有吸引力。在这一意义上，公共性理论有力地回应了现实问题。实际上，欧盟2022年通过的数字市场法与中国市场监督管理总局2021年发布的《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》（下称“平台指南”）都是这些理论观点的产物。其中，欧盟《数字市场法提案》颁布较早，并有体系上的完整性，在实务层面对中国产生了更为直接的影响。

公共性理论涉及平台管制的基本逻辑，因此需要放置在管制理论的框架下进行分析。管制通常包括反垄断法（管制）、经济管制和社会性管制。其中，反垄断法关注的是如何维护竞争机制，让其发挥资源配置的作用；经济管制主要适用于具有自然垄断属性的行业，如自来水、供电、电信、邮政、铁路等，通过准入限制、价格限制等方式来约束经营者；社会性管制则关注环境、安全和健康等领域，解决信息不对称与外部性带来的问题。<sup>〔12〕</sup>就经营者经济力量的约束而言，反垄断法和经济管制的区别在于特定的行业、市场是否具有可竞争性：市场具有可竞争性，能够通过竞争提升效率，则适用反垄断法来对市场进行规制；市场不具有可竞争性，说明竞争会带来严重的非效率问题，此时则由政府通过经济管制来干预。反垄断法与经济管制构成互补关系，共同处理市场力量约束问题。然而，数字平台的公共性理论打破了这一基本的理论认知。公共性理论虽然指向的是反垄断法实施不足，但跳出反垄断法之后并没有诉诸于经济管制，而是直接另起炉灶构建了一套新的管制体系。以公共性理论为基础的管制，强调的是相关平台所提供的产品或服务的公共属性，而非市场是否可竞争。因此，相比于既有的管制理论，公共性理论的基础存在很大差异。

对于数字平台的管制，管制的既有理论划分仍然具有价值。虽然从实践来看，反垄断法与经济管制的界限并不清晰，不管是美国还是中国，都有不少涉及管制行业的反垄断案件。包括欧盟2022年数字市场法和德国2021年反对限制竞争法在内的一些新法规，同样定性模糊。欧盟数字市场法没有遵从反垄断法和经济管制的基本框架，而是通过营业额、市值、活跃用户数以及业务范围来直接确定“核心平台运营商”，并要求其承担禁止限制交易、禁止搭售等反垄断法上的常见义务。德国反对限制竞争法第19a条新引入“具有显著跨市场竞争影响的经营者”概念，是在传统市场支配地位认定之外的新标准，其中“一个或多个市场上具有支配地位”等认定条件与既有的反垄断法理论框架有较大差异。但是，理论与现实的错位并不意味着既有理论丧失意义。没有严格区分经济管制与反垄断法的原因，既有理论认识不够深入的问题，也有历史惯性的因素。前者导致了对现实需求过于直接的回应，后者体现为早期反垄断法介入管制行业后形成的在先判例的路径依赖。实际上，不管是个案中带来的法律资源的配置错误，<sup>〔13〕</sup>还是数字市场法的性质模糊，这些实践一直受到质疑，<sup>〔14〕</sup>并不能否定原有理论的

〔12〕 参见〔英〕安东尼·奥格斯：《规制：法律形式与经济学理论》，骆梅英译，中国人民大学出版社2008年版，第4页；王俊豪：《政府管制经济学导论——基本理论及其在政府管制实践中的应用》，商务印书馆2017年版，第2页；W. Kip Viscusi et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, 5<sup>th</sup> ed., Massachusetts: MIT Press, 2018, pp. 3-8.

〔13〕 参见Howard A. Shelanski, *The Case for Rebalancing Antitrust Regulation*, 109 *Michigan Law Review* 685 (2011); Dennis W. Carlton & Randal C. Picker, *Antitrust and Regulation*, in Nancy L. Rose (ed.), *Economic Regulation and Its Reform: What Have We Learned?*, London: University of Chicago Press, 2014, p. 25; 李剑：《反垄断违法还是管制逃避？——基于79号指导性案例的研究》，《南大法学》2020年第1期，第152页以下。

〔14〕 See Anne C. Witt, *Platform Regulation in Europe: Per Se Rules to the Rescue?*, 18 (3) *Journal of Competition Law & Economics* 702 (2022).

合理性。这里并不是要坚持原有的理论认知不可改变，而是想强调，面对数字平台的公共性理论所带来的冲击，结合既有理论框架来审视其理论逻辑的内在合理性更为关键。而良好的理论框架也是评判实践是否合理的基础。在这一意义上，公共性理论的证成仍然面临很大的挑战。

## 二、公共性理论的模糊界定

公共性理论主要通过梳理各个历史时期的判例来归纳和提炼概念体系，所借助的判例资源较为复杂，包括公用事业、公共承运人以及网络中立性等。这些概念由于悠久的历史而呈现出内涵变动不居的特点。在相关研究文献中，这些概念有时候被专门区分，有时候又作为可以互换的术语，<sup>[15]</sup>由此导致很大的混乱。对概念进行适当的梳理无疑有利于更好地理解其内涵，并为判断相关管制措施的合理性提供基础。总体来说，从判例法进行溯源的公共性理论的相关术语都较为模糊，缺少共同认可的定义。

### （一）公共承运人认定的三种观点

公共承运人的概念最早可以追溯到 15 世纪的英国，并通过普通法逐步发展。事实上，要从漫长而繁杂的普通法中梳理出制度演变的清晰路径并不容易。按照目前较为一致的看法，公共承运人源于英国普通法中“公共召唤”这一概念，是指为公众服务的承诺，包括旅店经营者、铁匠和外科医生在内的职业都包含了这样的承诺。<sup>[16]</sup>因此，一视同仁地为公众服务被认为是公共承运人的基本义务。<sup>[17]</sup>相应地，公共承运人的认定成为确定政府管制是否合理的基础。<sup>[18]</sup>也就是说，如果经营者构成公共承运人，政府就可以通过管制来确保上述义务的实现。不过，不管是从法院的判决还是学界的研究来看，对于如何清晰界定公共承运人并没有共识。<sup>[19]</sup>回顾发展历史，在公共承运人的认定上至少存在以下三种主流观点：

第一种观点认为，公共承运人就是具有垄断地位的经营者，其义务的本质是垄断者所要承担的特殊义务。<sup>[20]</sup>但是，作为一个纯粹的事实问题，不少缺乏垄断力量的主体也被法院认定为公共承运人，如旅店、卡车公司和联营长途铁路等。<sup>[21]</sup>在这些案件中，市场垄断力量与非歧视义务之间的关联性微乎其微，公共承运人身份的认定本身构成了非歧视义务的来源。

第二种观点声称，只要经营者自己主张面向公众开放，就是公共承运人。<sup>[22]</sup>例如，美国

[15] See Christopher S. Yoo, *Common Carriage's Domain*, 35 *Yale Journal on Regulation* 991 (2018).

[16] See Eli M. Noam, *Beyond Liberalization II: The Impending Doom of Common Carriage*, 18 (6) *Telecommunications Policy* 436 (1994).

[17] 参见高薇：《互联网时代的公共承运人规制》，《政法论坛》2016年第4期，第84页。

[18] See Mark A. Jamison & Janice A. Hauge, *Do Common Carriage, Special Infrastructure, and General Purpose Technology Rationales Justify Regulating Communications Networks?*, 10 (2) *Journal of Competition Law & Economics* 484 (2014).

[19] See Thomas Nachbar, *The Public Network*, 17 *CommLaw Conspectus* 79 (2008).

[20] See Jim Rossi, *The Common Law "Duty to Serve" and Protection of Consumers in An Age of Competitive Retail Public Utility Restructuring*, 51 *Vanderbilt Law Review* 1233 (1998); Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, 98 *Columbia Law Review* 1388 (1998); Thomas B. Nachbar, *The Public Network*, 17 *CommLaw Conspectus* 96 (2008); James B. Speta, *A Common Carrier Approach to Internet Interconnection*, 54 *Federal Communications Law Journal* 259 (2002).

[21] See Barbara A. Cherry, *How Elevation of Corporate Free Speech Rights Affects Legality of Network Neutrality*, 63 *Federal Communications Law Journal* 619-620 (2011).

[22] See Joseph William Singer, *No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property*, 90 *Northwestern University Law Review* 1282 (1996).



华盛顿特区巡回法院在全国公用事业管理专员协会诉联邦通信委员会案中主张,公共承运人是一个致力于向所有人提供服务的经营者,并且“无保留地把自己推销给适合自己的客户”。〔23〕但是,如果允许经营者基于对自己服务的描述来决定其是否是公共承运人,必然带来操控性和不确定性。一个供应商要想避免承担公共承运人的义务,只需将其提供的服务限制在整个客户群的一部分,而不是广大公众即可。〔24〕

第三种观点主张,公共承运人适用于“受公共利益影响”的行业。这一定义方式在具有里程碑意义的芒恩诉伊利诺伊州案(下称“芒恩案”)中得到了最著名的阐述。〔25〕在该案中,法院认为包括渡口、码头、仓库、酒馆、旅馆、磨坊、桥梁、公路和公共承运人在内,都是“受公共利益影响”的行业。而以公共利益受到影响来认定数字平台需要接受特别管制,也是当前公共性理论的核心内容。但必须指出的是,这一观点同样充满争议。如“芒恩案”中菲尔德法官提出,公众在住房、纺织品制造、机械制造和书籍印刷等不同行业都有利益。〔26〕美国联邦最高法院在内比亚诉纽约州案(下称“内比亚案”)中也承认,并不存在“受公共利益影响”的单独测试类别。〔27〕在杰克逊诉大都会爱迪生公司案中,美国联邦最高法院还驳回了“受公共利益影响”的行业(如电力公司)具有国家角色的主张,并援引了“内比亚案”的观点,认为“受公共利益影响”是“无法定义的,是一个不令人满意的测试”。〔28〕

尽管如此界定公共承运人没有一致的看法,但学界基本认为,一旦被确定为公共承运人,相关经营者就要承担非歧视的义务,即无差别地对待客户。这种无差别要求,公共承运人应按照公正、合理的条款和条件提供服务,不得进行任何不公正或不合理的歧视,或给予任何特定的人、任何类别的人任何不当或不合理的好处。〔29〕例如,被认定为公共承运人的铁路公司要向公众提供标准服务,不应在定价或向客户提供服务方面有所差别。总体来说,公共承运人的这些义务取决于其所提供服务的类型或功能,与市场结构(即服务提供者的数量)无关。〔30〕

## (二) 新公用事业理论的三种推动因素

新公用事业理论基于传统公用事业的认识发展起来,用于解决平台管制的理论基础问题。因此,在理解新公用事业理论的主张时,需要首先确定什么是公用事业。历史上,公用事业理论的发展受到三个因素的推动:

一是对铁路行业的不满。由于铁路相比于水路、公路运输的优势,加上政府参与规划和设计路线、建造路权、授予特许权、提供土地等,强化了铁路的优势,导致铁路公司很少面临竞争。因此,铁路公司能够利用市场力量从事价格和服务上的歧视行为。为了应对公众的抗议,

〔23〕 Nat'l Ass'n of Regulatory Util. Comm'rs v. FCC (NARUC I), 525 F.2d 630, 641 (D. C. Cir. 1976).

〔24〕 See Christopher S. Yoo, *Is There A Role for Common Carriage in An Internet-based World?*, 51 *Houston Law Review* 553 (2013).

〔25〕 See *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113, 125-126 (1876).

〔26〕 同上引案例,第140页。

〔27〕 See *Nebbia v. New York*, 291 U. S. 502, 536 (1934).

〔28〕 *Jackson v. Metro. Edison Co.*, 419 U. S. 345, 353 (1974) (quoting *Nebbia*, 291 U. S. 536).

〔29〕 See Barbara A. Cherry, *Maintaining Critical Rules to Enable Sustainable Communications Infrastructures*, 24 (4) *Georgia State University Law Review* 947 (2008).

〔30〕 See Barbara A. Cherry, *Misusing Network Neutrality to Eliminate Common Carriage Threatens Free Speech and the Postal System*, 33 *Northern Kentucky Law Review* 483, 501 (2006); Harry M. Trebing, *Common Carrier Regulation - The Silent Crisis*, 34 *Law & Contemporary Problems* 299-300 (1969).

美国最终设立了独立管制机构“州际贸易委员会”，来对铁路行业的价格与服务进行监管。铁路也成为第一个被归类为公用事业的行业。

二是法院提出的“受公共利益影响”标准。在沃尔夫·帕金公司诉堪萨斯州工业关系法庭案（下称“帕金公司案”）中，美国法院提出，如果产品影响到了公共利益，就需要特别监管。<sup>[31]</sup>在不同的时期，法院将不具备市场力量的产品和服务，如压棉机、新闻媒体、烟草仓库、保险和用于出售的冰等都包括在其中。<sup>[32]</sup>这里当然需要对“受公共利益影响”进行解释，但可惜的是，这些解释并不统一。在“帕金公司案”中，首席大法官塔夫脱就“受公共利益影响”确定了三种情况：（1）那些在政府授予的特权下进行经营的公司，这些特权明确或隐含地规定了提供公共服务的义务。（2）某些特殊的职业，其对公共利益的影响很早以前就得到承认，并在议会或殖民地立法机构任意地制定法律来规范所有行业和职业的时期，依然得以存续。这些职业包括旅馆业、出租车业和磨坊业等。（3）虽然在开始时不是公共性的，但经营者将其用于公共用途，从而使公众从该用途中获得利益，并使自己在该利益的范围内接受公共监管。<sup>[33]</sup>

三是对自然垄断思想的接受。约翰·斯图亚特·米尔是第一位谈论自然垄断的经济学家，他当时观察到，伦敦的某些公共服务无法通过竞争方式予以供应。托马斯·法勒在1902年首次尝试通过经济特征来识别自然垄断，他将那些从未尝试过竞争的行业，或者曾经尝试过竞争但失败的行业归为自然垄断。<sup>[34]</sup>这些思想影响到社会各界对于自然垄断的看法。例如，美国证券交易委员会在1935年公用事业控股公司法中将自然垄断概念应用于能源公用事业。<sup>[35]</sup>

正是由于公用事业概念发展中受到多种因素的影响，导致很难有一个定义能够将不同阶段对于公用事业的认知统一起来。事实上，对这一概念的很多描述都是循环论证。<sup>[36]</sup>例如，“公用事业是为广大公众提供日常必需品的企业。公用事业提供水、电、天然气、电话服务和其他必需品”。<sup>[37]</sup>但比较有意思的是，主张新公用事业理论的学者往往将公用事业概念的不确定性作为一种优势。他们认为，公用事业的框架出乎意料地灵活，从电力和运输到银行、牛奶、冰、水等商品和服务都有应用，包含其中的商品类别随着技术和经济条件的变化而变化。<sup>[38]</sup>相应地，有越来越多的法律学者将公用事业与金融、能源、药品等领域相联系，作为诊断和解决现代基础设施监管问题的一种方式。<sup>[39]</sup>但客观地说，所谓“灵活框架”带来的优势，更多地是因为概念过于模糊的无奈。

[31] See *Charles Wolff Packing Co. v. Court of Indus. Relations of Kan.*, 262 U. S. 522, 535 (1923).

[32] See *Tallahassee Oil & Fertilizer Co. v. J. L. Holloway*, 200 Ala. 492, 76 So. 434 (1917); *Inter-Ocean Publishing Co. v. The Associated Press*, 184 Ill. 438, 56 N. 822 (1889); *Nash v. Page*, 80 Ky. 539 (1882); *McCarter v. Firemen's Ins. Co.*, 74 N. J. Eq. 372, 73 Atl. 80, 414 (1909); *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U. S. 262, 52 Sup. Ct. 371 (1932).

[33] 参见前引 [31]，“帕金公司案”，第535页以下。

[34] See William W. Sharkey, *The Theory of Natural Monopoly*, New York: Cambridge University Press, 2009, p. 15.

[35] 参见前引 [18]，Jamison 等文，第482页。

[36] See Kevin Werbach, *The Network Utility*, 60 *Duke Law Journal* 1788 (2011).

[37] Jeffrey Lehman & Shirelle Phelps, *West's Encyclopedia of American Law*, 2d ed., Michigan: Thomson Gale, 2004, p. 173.

[38] 参见前引 [9]，Rahman 文，第915页。

[39] See William Boyd, *Public Utility and the Low-carbon Future*, 61 *UCLA Law Review* 1614 (2014); Robert C. Hockett & Saule T. Omarova, *The Finance Franchise*, 102 *Cornell Law Review* 1143 (2017); Morgan Ricks, *Money as Infrastructure*, 2018 (3) *Columbia Business Law Review* 757 (2018); Nicholas Bagley, *Medicine as A Public Calling*, 114 *Michigan Law Review* 57 (2015).

尽管法学界对公用事业缺少统一认识，但经济学用自然垄断理论来分析公用事业。<sup>〔40〕</sup>不过，新公用事业理论并未诉诸于这一理解路径，而是对公用事业概念发展的历史作出了自己的解读，并将其应用于数字平台。其主张可以归纳为两个核心方面：首先，公用事业提供构成“必需品”的产品和服务。其次，当企业获得了对必需品的提供和获取的控制权时，需要更强的监管。<sup>〔41〕</sup>在这样的理解下，新公用事业强调的，是由于必要性而影响大众利益，从而表现出规模性、必要性、脆弱性的那些产品或服务（如互联网接入服务、金融、信息平台）。因此，新公用事业理论通过选取“受公共利益影响”这一维度，认为数字平台构成了这一意义上的公用事业，因而需要特别规制。

### （三）对公共性理论概念的反思

通过对公共承运人、公用事业概念发展的简单梳理，可以得出以下结论：

1. 公共承运人和公用事业的概念存在很大的重合。学术文献对于公共承运人和公用事业的区分并不清晰。例如，1876年的“芒恩案”在不同文献中有时被作为公共承运人的重要案件，有时又被视为公用事业的关键案件。<sup>〔42〕</sup>类似地，一些经营者既被视为公共承运人，又被视为公用事业，如铁路公司和电话公司，但另一些经营者仅被视为公用事业，如煤气和电力公司。<sup>〔43〕</sup>尽管边界不是太确定，但有学者认为，公共承运人是一个包容性更大的概念，不仅适用于公用事业，而且可以适用于除公用事业以外的其他事业。<sup>〔44〕</sup>不管如何，这种概念上的重合虽然反映了公共承运人和公用事业理论共同的关注——公共性问题，但也说明理论源流并不清晰，还会导致讨论上的混淆，毕竟二者在管制义务等方面存在显著不同，如公共承运人更关注非歧视义务，而公用事业更强调可负担义务。

2. 缺乏一致、清晰的定义。当完全从历史的角度来对公共承运人进行归纳时，很难获得一致的框架或界定。公用事业概念同样如此。这种不一致性在很大程度上与公共性理论所采用的研究方法相关。公共性理论主要通过提炼法律原则以及梳理判例法来为当下的理论诉求寻求合理性基础。但历史越长，政治、经济和文化的变化使得提炼概念越难。为了完成这一任务，概念必然尽量模糊，以提高涵盖性。例如，持公共性理论的学者将“受公共利益影响”的企业类别重新界定为“基础设施”，即创造正外部性的资源。<sup>〔45〕</sup>但是，这并没有解决“受公共利益影响”难以界定的问题，而且导致前述案例中的不同理解。在“受公共利益影响”无法清晰界定时，以其为内核的新定义当然也就难以呈现出一致性和清晰性。因此，公共性理论在历史上就备受质疑。例如，有学者认为，公共承运人远不是一个久经考验的监管解决方案，它容易受到各种低效率、结构性偏见和操纵的影响。<sup>〔46〕</sup>这无疑会限制公共性理论的应用。

3. 对垄断地位要素的回避。在公共承运人、公用事业理论的发展历史中，通过经营者的

〔40〕 See Christopher Decker, *Modern Economic Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 14.

〔41〕 前引〔9〕，Rahman文，第925页。

〔42〕 参见前引〔10〕，高薇文，第89页；前引〔17〕，高薇文，第85页。

〔43〕 See Barbara A. Cherry, *Back to the Future: How Transportation Deregulatory Policies Foreshadow Evolution of Communications Policies*, 24 (5) *The Information Society* 273 (2008).

〔44〕 参见前引〔16〕，Noam文，第435页；前引〔30〕，Cherry文，第483页，第501页。

〔45〕 前引〔16〕，Noam文，第439页；Susan P. Crawford, *Transporting Communications*, 89 *Boston University Law Review* 910-912 (2009).

〔46〕 See Scott M. Schoenwald, *Regulating Competition in the Interexchange Telecommunications Market: The Dominant/Nondominant Carrier Approach and the Evolution of Forbearance*, 49 *Federal Communications Law Journal* 367, 414-416 (1997).

垄断地位来进行定义是重要观点之一，但当前的公共性理论却很少提及。以这一领域有标志性地位的“芒恩案”为例。该案涉及伊利诺伊州的粮仓，美国联邦最高法院认为，这些粮仓在河港和铁轨之间有独特的位置，控制了中西部某些州的农民到东海岸市场的粮食运输。由于几乎不可能移动港口或铁轨，在储存和转运来自中西部七八个大州的粮食上，这些粮仓是“实际垄断”的。法院最后的结论是，政府使用其权力来控制这些企业的行为是适当的，因为这些企业的行为具有如此广泛的后果，使它们受到公共利益的影响。<sup>[47]</sup>在该案中，如果粮仓的确具有法院所认定的地位，就构成了垄断，甚至可以成为反垄断法上的“核心设施”，从而承担分享设施的义务。事实上，强调相关产品的独特性并因此使该产品成为必需品而影响到公共利益，这在其他案件中也有反映。<sup>[48]</sup>因此，忽视垄断地位并不妥当。当然，正如前文所言，公共性理论希望在反垄断法之外强化对数字平台的管制。为了避免将理论视线拉回到反垄断法，将垄断因素从历史脉络中予以淡化或排除，成为公共性理论主张中不可避免的做法。

公共性理论通过寻找历史资源，进而为当下的数字平台管制寻求理论基础，但并未提供清晰的定义来更好地判断什么是公共承运人，如何构成新公用事业。这种不清晰性必然导致对同一问题产生不同的理解。例如，在社交媒体的相关诉讼中，几乎在同一时期，美国联邦第十一巡回上诉法院在奈特乔伊斯有限责任公司诉佛罗里达州总检察长案中认定平台不属于公共承运人，<sup>[49]</sup>但美国联邦第五巡回上诉法院在奈特乔伊斯有限责任公司诉潘科斯顿案中则认定平台是公共承运人。<sup>[50]</sup>在定义不够清楚的情况下，对其予以复兴或者重新包装之后用于数字平台规制，也仅是将一个模糊的问题转换成了另一个模糊的问题。当然，这里并非否定数字平台具有一定的公共性，而是强调将直接管制完全构建在模糊的“公共利益”上，会使得这一理论缺少完善的基础。

### 三、公共性理论的管制措施及其局限

公共性理论并不是简单地提出新概念，而是借助于这些概念来服务于最终的管制措施。例如，新公用事业的倡导者拉赫曼提出的数字市场公用事业监管方法包含了非常具体的措施：首先，确定作为“基础设施”的产品和服务。其次，通过三套工具来解决数字基础设施的权力过大问题，即由联邦贸易委员会或联邦通信委员会等机构进行监管，在作为基础设施的产品和服务与同一实体提供的其他产品和服务之间建立防火墙或结构性分离，通过国有化、市政化以及政府与其他企业在特定市场领域进行竞争等方式进行公共选择。<sup>[51]</sup>尽管公共承运人和新公用事业的范围不够清晰，但公共性理论的政策指向相对明确。

公共性理论包含的管制政策虽较为驳杂，但聚焦于两种管制诉求：对于公共承运人，管制的核心是要求这些企业对所有客户一视同仁；对于公用事业的管制是，因为该项服务至关重要，

[47] 前引 [25]，“芒恩案”。

[48] See *Phillips Petroleum Co. v. Wisconsin*, 347 U. S. 672 (1954).

[49] See *NetChoice, LLC v. Attorney General, Florida*, 34 F. 4th 1196 (11th Cir. 2022).

[50] See *NetChoice, LLC v. Paxton*, 49 F. 4th 439 (5th Cir. 2022).

[51] 参见前引 [9]，Rahman 文，第 911 页；K. Sabeel Rahman, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, 39 *Cardozo Law Review* 1621 (2018)。



政府必须保证提供可负担的服务。〔52〕这一区分较好地抽象出了公共性理论中最为基础的两大管制义务，即“非歧视”和“普遍服务”。从这两个方面进行分析，可以更好地看到公共性理论的政策含义以及不同制度之间的关联性和可能存在的内在冲突。

非歧视义务和普遍服务义务是公共承运人、新公用事业理论的核心要求，但往往无法孤立地作为直接管制的手段予以实施。通常来说，一旦被认定为“公共承运人”，相关经营者需要承担的义务主要包括四个方面：进入限制和服务义务、收取非歧视性费率的义务、收取公正和合理费率的义务以及结构性分拆。〔53〕这些要求在各种法律、法规以及司法案件中都有广泛体现，如美国联邦通信委员会2010年维护开放的互联网：宽带行业实践（开放互联网法令）中的禁止不合理歧视规则，〔54〕2015年保护和促进开放的互联网（2015开放互联网法令）中不能屏蔽合法内容，不能基于内容、服务等控制流量，以及禁止付费优先排序等一般行为标准。〔55〕与公共承运人的多种义务类似，对于公用事业所附加的管制措施和义务通常也包括：控制市场进入或退出；确定服务和质量控制的最低条件以及其他消费者保护；普遍服务义务，即在一个明确界定的地理区域内为所有客户服务的义务，包括以规定的“公正和合理”费率提供服务的要求。〔56〕之所以会包含多种管制措施，是因为核心义务很难独立存在，需要其他措施予以配合才能真正落到实处。而这些，是公共性理论的支持者所忽略的。

#### （一）非歧视义务与价格管制、纵向一体化

歧视行为的本质在于将相同的产品或服务以不同的价格卖给不同的客户。因此，经营者有没有实施价格歧视，需要判断是否是“相同”产品或服务，以及是否存在“不同”价格，而不能简单地从最终价格是否一样来判断。〔57〕此外，需要防止经营者在表面价格一致的情况下，通过改变质量来实质上实施价格歧视。但仔细区分必然带来巨大的执行成本，与直接管制手段所需要的确定性、低成本相悖。标准必要专利的许可费是一个很好的例证。标准必要专利的许可需满足“公平、合理、无歧视”（FRAND）的原则，但由于标准必要专利组织并不直接设定专利的许可条件，导致在实际许可中对什么是“公平、合理、无歧视”的价格存在分歧，并产生了大量的费率纠纷。因此，作为直接管制手段来实施时，非歧视义务的落实往往意味着设定具体的销售价格，以便于执法机构直接、明确地进行行为合法性判断。例如，上海市的天然气价格在2021年时进行了调整，直接明确了针对不同用户类别的不同价格。〔58〕那么，在以低成本方式来实现管制时，即便对于数字平台，也需要设定相关产品或服务的价格。由于

〔52〕 See Riccardo Tremolada, *Common Carriers and Public Utilities in the Digital Ecosystem: Unravelling the Taxonomy on A Quest for Better Regulation*, 31 (1) *Information & Communications Technology Law* 38-39 (2022).

〔53〕 参见前引〔24〕，Yoo文，第570页。

〔54〕 See Federal Communications Commission, *Preserving the Open Internet: Broadband Industry Practices*, Report and Order, GN Docket No. 09-191, WC Docket No. 07-52, FCC 10-201, 21 December 2010 (Open Internet Order).

〔55〕 See Federal Communications Commission, *Protecting and Promoting the Open Internet*, Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order, GN Docket No. 14-28, FCC 15-24, 26 February 2015 (2015 Open Internet Order).

〔56〕 Adam Thierer, *The Perils of Classifying Social Media Platforms as Public Utilities*, 21 *CommLaw Conspectus* 249, 268 (2013).

〔57〕 价格歧视反映的是对不同需求的不同定价，并非完全损害市场竞争以及消费者福利。例如，英国石油公司实行价格歧视，向那些没有合理替代能源（如电力）的工业用户收取较高的天然气价格。See Mark Armstrong & David E. M. Sappington, *Regulation, Competition, and Liberalization*, 44 (2) *Journal of Economic Literature* 329 (2006).

〔58〕 参见上海市发展和改革委员会《关于调整本市非居民天然气销售基准价格的通知》（沪发改价管〔2021〕62号）。

公共性理论是根据数字平台的性质来认定，并没有对平台类型予以区分，且其主张的非歧视义务同样是针对所有数字平台的普遍性要求，这必然涉及广泛的产品或服务类别，使得价格设定的挑战性很高。

非歧视义务的实现与经营者的组织方式也存在密切关联。<sup>[59]</sup> 通常来说，如果没有对产品或服务的总体价格进行设定，非歧视义务就难以阻止纵向一体化的公司去排除那些没有附属的、提供补充产品或服务公司。纵向一体化的公司可以简单地向上下游非一体化的公司收取相同的高价，而非歧视性的高价格将对这些公司产生与歧视性价格同样的排除效果。因此，如果没有结构性剥离，那么实际的非歧视规定将无法限制纵向一体化的公司在内部进行利润转移。这方面有大量的实证研究。<sup>[60]</sup> 而要改变这一结果，最重要的方式就是将相关业务独立出来，如将电力公司的发电、输电和配电业务拆分为三个独立的公司。但结构性剥离对市场竞争有非常重大的影响，并可能造成效率损失。这是因为，纵向一体化使得相关经营者能够将其创造的利益内部化，来缓解与正外部性相关的生产不足，或者可以降低价格，尤其是在上下游市场都高度集中的情况下。<sup>[61]</sup> 这在经济学上已有充分的认识。在平台经济领域，数字平台借助双边市场的特点进行跨界竞争是非常普遍的情况。但不可否认的是，要在直接管制中落实平台的非歧视义务，结构性剥离是最为经济可靠的方式。如果不采用这样的结构性的解决方式，就意味着要对产品或服务是否履行了非歧视义务进行逐一审查，这不仅与直接管制的方式相悖，也会产生很高的执法成本。这里当然存在如何平衡的问题，但公共性理论的支持者对此并没有考虑。

## （二）普遍服务义务与交叉补贴

提供可负担服务的义务与普遍服务相关联。普遍服务指为满足公共利益，经营者应为所有人提供基本的、可负担的服务。该义务存在于基本电话服务、互联网服务和宽带服务等领域。普遍服务通常包含两个方面的原因：一是对确实需要相关服务的消费者进行再分配，使他们免受价格大幅上涨的不利影响。目标人群包括低收入居民、残疾人、老年人和交通不便的农村消费者等。二是区域发展规划，鼓励居民从拥挤的大城市中迁移，促成更加和谐的人口分布。<sup>[62]</sup> 普遍服务内在地包含了交叉补贴。当提供两种以上产品或服务公司用来自一种产品或服务的收入，去补偿提供另一种产品或服务的额外成本，或者用在一部分消费者处赚的钱去补贴另一部分消费者时，都会存在交叉补贴，这在普遍服务中无法避免。<sup>[63]</sup> 例如，农村地区本地电话服务的管制价格往往不能充分反映为这些地区提供服务的相对较高的单位成本，甚至农村地区的价格往往接近于（有时甚至低于）成本，而城市地区的价格往往大大超过成本。只有这样的定价模式才能确保所有公民都负担得起基本的电话服务。<sup>[64]</sup>

[59] See Randolph J. May, *Net Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age*, 3 *Journal of Law and Policy for the Information Society* 197, 209 (2007); Bruce M. Owen, *Antecedents to Net Neutrality*, 30 (3) *Regulation* 14 (2007).

[60] See Francine Lafontaine & Margaret Slade, *Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence*, 45 *Journal of Economic Literature* 629, 680 (2007).

[61] See Joseph J. Spengler, *Vertical Integration and Antitrust Policy*, 58 *Journal of Political Economy* 347, 352 (1950).

[62] 参见 [法] 让·雅克·拉丰、让·梯若尔：《电信竞争》，胡汉辉等译，中国人民大学出版社 2017 年版，第 183 页。

[63] 参见 [美] J. 格里高利·西达克、丹尼尔·F. 史普博：《美国公用事业的竞争转型：放松管制与管制契约》，宋华琳等译，上海人民出版社 2012 年版，第 29 页。

[64] 参见前引 [57]，Armstrong 等文，第 328 页。

### 1. 准入限制与垄断利润

市场准入限制是确保交叉补贴得以实现,进而承担普遍服务义务所必须。要进行交叉补贴,就需要确保一部分产品或服务获得较高的利润,否则无从补贴。如果这些产品或服务面临竞争,就必然导致利润下降。因此,只有存在进入市场的管制壁垒时,才能确保利润,进而能够以这些利润进行补贴。为了对此予以更好地说明,假设阿里巴巴集团的电商平台要在西藏、新疆地区承担普遍服务义务。因为江浙沪地区人口规模大、密度高,配送成本较低,而西藏、新疆因为地广人稀,配送服务的成本必然更高,最终服务的价格也很高。要让电商服务具有可负担性,就需要对西藏、新疆地区进行补贴,以降低服务价格。但是,补贴的前提是阿里巴巴集团在其他地区——江浙沪地区能够在较低成本下获得较高利润。而且,承担普遍服务会造成阿里巴巴集团整体成本的增加。如果没有市场进入限制,竞争对手就会进入江浙沪地区,通过竞争降低服务价格,压缩阿里巴巴集团的利润空间。特别是在进入者不需要承担普遍服务义务时,其成本会显著低于阿里巴巴集团。因此,新进入者进入到完全开放竞争的市场,会诱发对市场中有利可图的部分进行“撇奶油”,让承担普遍服务义务的经营者无法通过交叉补贴来资助这些义务。〔65〕

如果让每一个进入市场的经营者都承担普遍服务义务,问题的本质也不会改变。这里的限制主要在于高利润市场能够转移多少利润用于补贴高成本地区或消费群体。当市场容量一定时,更多的进入者意味着产出增加、利润减少,可补贴的利润也相应减少,并导致负担普遍服务义务的能力下降。因此,在这些市场中,市场结构通常是独占或者寡占的状态。这也意味着,要让数字平台承担普遍服务义务,那么维持平台的垄断性地位是应有之义。

### 2. 可负担与价格歧视

产品或服务的可负担性还会带来歧视的问题,因为可负担性与相关群体的支付能力的差异相关。同样是2000元的手机,对于富裕家庭并不构成经济负担,但贫困家庭则难以支付。要解决可负担性问题,可以向富裕家庭收取3500元,对贫困家庭收取500元。但这同时带来了价格歧视问题,并在平台经济中引发了很大争议。例如,在“大数据杀熟”的讨论中,对依赖性高的消费者收取高价的行为通常被给予否定性评价。〔66〕但平台的“杀熟”行为通常都伴随着对新客户的大量优惠,即“惠生”行为。也就是说,新客户的“可负担性”以牺牲老客户为代价,因为老客户通常具有更高的依赖性。因此,对于那些被广泛需要、具有影响公共利益能力的产品或服务,要同时做到非歧视和可负担性,就有难以调和的冲突。可负担性所需要的补贴,要么来自于其他产品或服务的交叉补贴,要么来自于政府的直接补贴。在平台经济下,如果单纯地要求合理、非歧视的费率而不考虑其他,则本质上无法实现。

#### (三) 普遍管制与平台分类

公共性理论强调,基于平台所提供的产品或服务的性质,使其承担诸如非歧视、可负担的义务。但这样的普遍性要求会使得管制范围非常宽泛,不仅造成对市场的过度干预,而且管制的成本非常高昂。因此,现实中的管制措施往往局限于特定领域与特定规模的平台。例如,欧盟数字市场法第2条规定的“核心平台服务”包括在线中介服务、在线搜索引擎、在线社交

〔65〕 See Philippe Choné et al., *Universal Service Obligations and Competition*, 12 *Information Economics and Policy* 250 (2000).

〔66〕 参见刘玮麒:《“大数据杀熟”中的消费者维权困境与进路》,《中国价格监管与反垄断》2023年第4期,第31页以下;雷希:《论算法个性化定价的解构与规制——祛魅大数据杀熟》,《财经法学》2022年第2期,第146页以下。



网络服务、视频分享平台服务、号码独立的人际通信服务、操作系统、云计算服务以及在线广告等类别，“平台指南”第2条第2款中规定的平台类型包含了网络销售类平台、生活服务类平台、社交娱乐类平台、信息资讯类平台、金融服务类平台和计算应用类平台六大类。比较而言，我国“平台指南”中的平台类型更为广泛，涵盖了通过互联网平台所提供的产品或服务的主要部分，并且对平台的规模提出了要求（第3条）。

我国采取的“服务类别+规模”的规制方式虽然可以有针对性地要求部分平台承担特别的义务，但这一管制思路缺少合理性基础。且不说为什么这些服务类别就构成了核心平台服务，不同行业（服务）的规模本身就有很大的差异。例如，“平台指南”中的网络销售类平台包含了三种类别。以综合商品交易类平台为例，其指专门或者主要从事提供衣帽鞋靴、箱包饰品、数码电器、食品洗护等各类商品的综合平台。属于这一平台的阿里巴巴、拼多多和京东的市值都非常惊人。<sup>[67]</sup>相比之下，有些行业的整体规模偏小。如在搜索引擎类平台中，国内市场份额超过70%的百度公司，其市值也难与京东集团匹敌。<sup>[68]</sup>如果因为搜索引擎公司的市值小就将其排除在特别管制的范围之外，与强调以产品或服务性质作为管制基础的公共性理论之间就存在无法调和之处。<sup>[69]</sup>

更确切地说，市场规模与是否具有很强的市场地位并没有直接的对应关系，与是否影响公共利益也没有直接关系——如果有竞争，市场约束就可以确保公众的利益。“平台指南”第3条第3款强调超级平台具有“超强限制能力，即平台具有超强的限制商户接触消费者（用户）的能力”。这与反垄断法的基本原理相悖。反垄断分析中通常要界定相关市场，其目的就是要确定竞争发生的范围，而这一范围与市场的总体规模往往没有直接关系。如在我国反垄断执法机构查处的伊士曼（中国）投资管理有限公司滥用市场支配地位案中，相关产品市场为醇酯十二成膜助剂市场，具有市场支配地位的经营者的年度销售额也不到5亿元人民币。<sup>[70]</sup>在上海食派士商贸发展有限公司在互联网餐饮外送平台服务市场实施“二选一”垄断行政处罚案中，具有市场支配地位的经营者的年度销售额甚至不到4千万人民币。<sup>[71]</sup>就算是通常作为公用事业的自来水、天然气公司，受地域限制，在特定城市中的销售额可能并不高，但在相关市场中的市场地位却非常高，需要进行价格管制。

综上所述可以看到，公共性理论所建议的管制措施在很大程度上缺乏对管制手段之间关联性的理解，使得这些政策建议缺乏系统性和可操作性，并与其声称的能够提高市场竞争性效果有内在冲突。实际上，不仅是非歧视义务与普遍服务义务存在这些问题，公共性理论的不少建议都

[67] 截至2023年6月30日，阿里巴巴市值15857亿元，拼多多市值6610亿元，京东市值3881亿元。参见《2023年上半年中国上市企业市值500强揭晓：阿里、美团、拼多多、京东、顺丰、中通、圆通、满帮等入围》，<https://www.headscm.com/Fingertip/detail/id/38763.html>，2023年9月12日最后访问。

[68] 截至2023年5月24日，百度市值约2998亿元。参见《最新投资热潮？2023一定要知的AI概念股》，<https://www.sofi.hk/zh-hans/2023%E4%B8%80%E5%AE%9A%E8%A6%81%E7%9F%A5%E7%9A%84%E6%A6%82%E5%BF%B5%E8%82%A1/>，2023年9月11日最后访问。

[69] 事实上，平台的分类也体现了对于平台性质的不同理解。根据平台所提供的产品或服务本身来分类是其中一种，还可以从平台提供服务的方式来理解，认为平台实际上是通过平台提供服务的用户的雇主。See Antonio Aloisi, *Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from A Set of “On-demand/Gig Economy” Platforms*, 37 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 653-654 (2016). 此外，还有学者将平台理解为销售与租赁的中介。See Julia Tomassetti, *Digital Platform Work as Interactive Service Work*, 22 *Employee Rights and Employment Policy Journal* 1, 2 (2018).

[70] 参见上海市市场监督管理局行政处罚决定书，沪市监案处字〔2019〕第000201710047号。

[71] 参见上海市市场监督管理局行政处罚决定书，沪市监反垄处〔2020〕06201901001号。



有过于简单之嫌，很少考虑具体实施的方式以及对市场竞争带来的改变，在进一步追问中难以回应。例如，新公用事业理论主张，为防止平台不当干预流量，应建立专门管制机构。<sup>[72]</sup>但是，如何判断平台“不当”干预流量，平台是否可能不当干预流量，在这些问题不能很好解决的情况下，公共性理论也难以提供更多的理论资源。这里并不是苛求一个基础性理论要提供全部的具体措施、包含所有的细节，而是强调理论本身所具有的可回应性。也就是说，从这一理论框架中可以适当地推导出具体制度，或者为具体制度提供良好指引，为进一步的细化提供支撑。反过来，在应用时，相关理论也能够经受得住现实问题的考验，具有逻辑上的一致性。

#### 四、以经济管制为基础的数字平台管制

在早期发展过程中，互联网被描绘成一个自主的、乌托邦式的自由社会互动领域，不受来自国家或法律的外部干预，并被视为一个独立于民族国家的自主空间。<sup>[73]</sup>但是，互联网从来就不是自主的、乌托邦式的自由领域。劳伦斯·莱西格提出的“代码即法律”的观点无疑是最好的注脚。<sup>[74]</sup>国家对市场运作的管制不可避免，更复杂的问题是如何才能最好地实现这一点。<sup>[75]</sup>正如前文所言，在对市场力量进行约束的管制方式中，反垄断法是推进竞争进而提高经济效率的法律，以市场的可竞争为基础，而经济管制以市场不可竞争为出发点，通过政府干预来约束企业行为。相比于公共性理论，以自然垄断为基础的经济管制具有明显的优势，且可以吸收公共性理论的核心理念，更好地实现对数字平台的有限管制。

##### （一）经济管制的可适用性

作为直接管制的方式，经济管制的核心是自然垄断理论，成本劣加性是定义自然垄断的基础。简单来说，成本劣加性是指在给定的产出水平上，由一个企业来生产比多个企业生产的总成本更低，不论产出在多个企业之间如何分配。<sup>[76]</sup>规模经济与成本劣加性密切关联。以自然垄断为基础的管制行业，通常有显著的规模收益增加和占总成本很大比例的大量的沉没成本，<sup>[77]</sup>具有代表性的如自来水、固定电话、电网等。自然垄断的存在意味着，市场要维持有效率的生产方式，通常只能有一个或少量几个经营者，这样的市场结构又必然导致追求利润最大化的经营者滥用这种市场地位，造成对消费者或其他经营者利益的损害。经济管制正是通过对市场进入、价格等市场条件的直接限制，在确保市场有效率运行的同时抑制经营者市场力量的滥用。

以自然垄断为核心的经济管制，是以市场不可竞争为基础，针对的是市场竞争会导致效率低下的问题。数字平台的一些基本特征与自然垄断理论有很好的契合性。<sup>[78]</sup>首先，数字平台

[72] 参见前引 [10]，高薇文，第94页。

[73] See David R. Johnson & David Post, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, 48 (5) *Stanford Law Review* 1370-1372 (1996).

[74] Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, New York: Basic Books, 2006, p. 13.

[75] See Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 7.

[76] 参见前引 [40]，Decker书，第2页。

[77] See Francesco Ducci, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, New York: Cambridge University Press, 2020, p. 38.

[78] 需要说明的是，互联网领域中对于自然垄断的讨论并不是开始于数字平台阶段，关于互联网的网络接入就有大量争论。See Tim Wu & Christopher Yoo, *Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate*, 59 (3) *Federal Communications Law Journal* 585-586 (2007).

具有双边市场的属性。双边市场的不同用户群体之间具有网络外部性，如果网络外部性能够在需求范围内不断增加，平台就可能具有自然垄断性。因为当更多的用户连接到平台时，即使由此带来了平台运作成本的上升，但只要网络外部性带来的收益能够超过成本，那么由一个平台提供服务可能仍然更有效率。其次，数字平台具有显著的规模效率。与传统公用事业、网络行业类似，平台经营所需要的网络建设、基础设施的投资成本也很高，但在产出提高时，成本将显著下降。与传统的实体平台相比，技术变革加强了集中的趋势，平台的数字化还增加了低边际成本或零边际成本的大型供应方规模经济的潜力，并扩大了从网络外部性中受益的用户的匹配能力范围，对于数据的收集和分析也创造了重要的规模经济和范围经济。<sup>[79]</sup> 这些因素的结合，使得数字平台完全可能构成自然垄断。而在现实中，我们也能够观察到数字经济领域所呈现的集中趋势，以及部分经营者在细分市场中持续的垄断地位。

这里必须要强调的是，不是所有数字平台都应认定为具有自然垄断属性。数字平台所涉及的产品或服务类型非常多，不同产品或服务在经济属性上的差异也很大，即便从数字平台的双边市场特性来看也是如此。双边市场可以分为多种类型，网络外部性的体现方式也不同，存在交叉网络外部性与单向网络外部性，以及团体内网络外部性与群体间网络外部性的差异。<sup>[80]</sup> 这些差异的存在不仅说明数字平台本身的多样性，而且必然使得不同类型的数字平台是否具有自然垄断属性会有所不同。尽管与以往的交友俱乐部、信用卡等双边市场平台相比，当前的数字平台通过对数据的处理来实现匹配、预测功能，并借助于数字技术更大程度地体现规模效率，总体上增加了自然垄断的可能性，但不同的平台类型所表现出的程度仍然存在差异，不能一概而论。如赫伯特·霍温坎普就认为，社交媒体平台不是自然垄断，因为“在一个稳定的自然垄断市场中，一个占主导地位的公司只需要收取一个有竞争力的价格，以排除竞争对手，或者偶尔抵御一下别人的攻击；在没有排他性做法的情况下，市场自身将决定有多少家公司留在市场中。因此，排他性做法的持续存在表明，这个市场并非自然垄断”。<sup>[81]</sup> 弗兰西斯科·杜西则进一步根据自然垄断属性上的强弱，将数字平台分为三类：一是高自然垄断性平台，以横向搜索为代表。搜索引擎的固定成本很高，而供应方的边际成本非常低，具有类似于标准网络产业的规模经济，且更大的数据集所产生的规模经济和范围经济对于改善搜索算法预测的目的至关重要。二是低或者无自然垄断属性平台，以电商平台为代表。虽然网购市场受益于买卖双方的正网络外部性，但产品差异化又体现了对自然垄断的重要反作用力。打车平台则位于二者之间，因为网络外部性的价值和改善匹配的能力在达到临界用户量后逐渐减弱，而且进入的供应方成本也不是特别高。<sup>[82]</sup> 这样的类型化思路能够更有针对性地分析特定数字平台是否构成自然垄断。

## （二）经济管制的优势

经济管制与公共性理论具有逻辑一致性。公共性理论关注相关产品或服务是否构成了生活必需品，以及是否因此影响到公众利益。而具有自然垄断属性的产品或服务都是人们日常生活无法或缺的，无疑也会影响“公共利益”。因此，以自然垄断理论为核心的经济管制完全可以

[79] 参见前引 [77]，Ducci 书，第 4 页。

[80] See Paul Belleflamme & Martin Peitz, *The Economics of Platforms: Concepts and Strategy*, Cambridge: Cambridge Press, 2021, pp. 11-28.

[81] Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, 130 *The Yale Law Journal* 1972 (2020).

[82] 参见前引 [77]，Ducci 书，第 5 页。

适用于数字平台管制，而且具有界定清晰、有限干预的优点。

1. 界定更为清晰。公共性理论最大的问题在于界定不清晰，“影响公共利益”中的公共利益一直以来都难有较为清晰的定义，这给理论的应用造成极大的困扰。相比之下，在经济管制所依赖的自然垄断理论中，以成本劣加性为基础的自然垄断的定义不仅内涵清晰，而且具有量化分析的基础，能够较为确定地利用经济学工具来对数字平台进行判断。这种差异性在很大程度上来自于研究方法 with 理解方式的区别。公共性理论的发展源自于对既往判例的梳理与归纳，这一方法当然非常有价值，但上百年的历史、众多的判例都构成寻求当下合理性的困扰。相比之下，自然垄断理论虽然也经历了理论自身的发展，但从成本劣加性来认识自然垄断早在20世纪60、70年代就已经成为经济学的主流理论。<sup>[83]</sup>在数字平台上利用这一成熟的理论框架无疑具有更好的确定性。

事实上，反垄断法自身的发展就是很好的例证。反垄断法为了规制铁路、钢铁、石油等大型托拉斯而生，但早期反垄断法并没有清晰的理论框架，在认定限制竞争行为时依赖于合同理论与侵权理论，以是否构成对合同自由的限制、是否侵害了竞争对手的利益等作为违法性判断的基础，造成法律适用上的困扰。<sup>[84]</sup>而在20世纪50年代哈佛学派引入“结构—行为—绩效”（SCP）范式、70年代芝加哥学派引入价格理论之后，反垄断法与经济学深度融合，更多地利用经济学理论和工具来进行违法性分析。特别是美国反托拉斯法基于经济效率目标发展出的消费者福利标准，使现代反垄断法获得了一个连贯、可行、统一、客观的分析框架，成为现代反垄断分析的理论基础。但如果仅从判例角度来归纳反托拉斯法，就难以从“保护竞争秩序”“保护竞争者”“保护竞争过程”等观点中找到一致性。

2. 有限的干预。如前文所言，公共性理论强调数字平台的公共利益属性，使得所有数字平台都被纳入管制的范畴，有对市场进行广泛干预的效果。相比之下，经济管制将干预对象限定在具有成本劣加性的领域，不仅有较为清晰的管制范围，同时大大减少了对于市场的干预。这种有限干预也具有优势：

首先，有限干预能够更好地应对数字平台快速创新的特点。从历史上看，数字平台的创新速度较快，不断有新的技术与商业模式涌现出来。今天的社交网络和算法搜索引擎是从曾经被称为“门户网站”的市场演变而来的，如阿尔塔维斯塔（AltaVista）、美国在线（American On Line）。而友仕特（Friendster）、聚友（MySpace）等这些曾经领先的社交网站，将很快消亡。<sup>[85]</sup>那么，数字平台在不久的将来发生变化也不会令人惊讶。然而，所有的事前管制措施在很大程度上都是静态地看待产业问题。因为创新难以预测，针对性的措施也就难以预设。在广泛干预下，政府对行业的全面介入使得行业缺乏足够的灵活性来适应快速变化。

经济管制同样是干预，存在管制成本与收益的权衡，即不进行管制可能产生的消费者短期福利损失与管制对创新的抑制等损失的权衡。弗兰克·伊斯特伍德法官就反垄断法实施所提出的错误成本分析框架对于制定适当的市场管制政策同样适用，即作用于市场的措施必须考虑假

[83] 关于“自然垄断”一词的历史演变，可以参考 Adam Plaiss, *From Natural Monopoly to Public Utility: Technological Determinism and the Political Economy of Infrastructure in Progressive-era America*, 57 (4) *Technology and Culture* 809 (2016)。

[84] See Alan J. Meese, *Farewell to the Quick Look: Redefining the Scope and Content of the Rule of Reason*, 68 *Antitrust Law Journal* 466-467 (2000)。

[85] 参见前引 [56]，Thierer 文，第 275 页。

阳性与假阴性成本。通常而言，假阴性成本能够更好地被市场本身所化解。<sup>[86]</sup>在更为具体的层面上，相比于经济管制措施，无管制的自由竞争具有三个相应的潜在优势：一是，行业生产者拥有低边际成本的可能性比垄断要高，因为即使一家公司不能确保低成本，其竞争对手也可能做到。二是，具有类似成本的竞争对手的存在降低了行业生产者的信息优势。三是，避免了任何直接的、运营方面的管制成本，如监管者及其工作人员的工资。<sup>[87]</sup>因此，更大程度地保留市场竞争范围，在创新较快的市场无疑更为可取。

其次，有限干预能够更好地减少管制机构僵化以及管制俘获带来的成本。管制一旦开始，就有自我强化的趋势。管制机构将会不断证明自己存在的价值，因而产生“棘轮效应”。甚至对于曾经的自然垄断行业（包括电话、航空公司、铁路、发电），即使在竞争变得可行的情况下，管制也往往不愿意退出。<sup>[88]</sup>因为这些机构以及相关人员的存在依赖于管制。此外，按照经典的管制经济学的理论，管制会带来垄断并产生垄断利润。因此，管制可能是被管制企业主动寻求的结果。<sup>[89]</sup>当被管制企业可以通过管制获得免除竞争的利益时，它们会尽力阻止管制的解除。再者，受到损害的消费者因为人数众多，协商、组织的成本显著，搭便车行为很难克服，导致缺少足够的力量与管制机构、被管制企业抗衡，无法有效推动管制的解除。基于这些方面的结合，当轻微或者中等水平的干预实施后，会使得未来实施更大程度干预的可能性上升。<sup>[90]</sup>因此，以较为清晰的理论来限定管制的范围，可以更大程度地避免或减少这些成本。

为了应对市场失灵而进行的管制虽然不是完美的，但在很大程度上，管制是“必要之恶”，是成本与收益权衡的产物。因此，关键不在于是否需要管制，而在于如何将管制控制在合适的范围。公共性理论存在定义模糊性与管制范围宽泛性的特点，二者的结合会使管制向过度干预的方向发展，导致抑制市场活力的后果。而自然垄断理论所构建的管制基础，以可竞争性与不可竞争性为标准，理论逻辑更合理；将直接管制定在较小范围，能为自由竞争留下更大的空间。

### （三）数字平台经济管制的实现

相比于公共性理论，经济管制在数字平台中有更好的应用前景，且经济管制本身有合理的理论框架，为构建完整的数字平台管制体系提供了基础。

#### 1. 作为经济管制前提的结构性剥离

在理解自然垄断时，需要区分具有自然垄断属性的环节与产业，这对理解数字平台的现有状况非常关键。虽然许多文献经常使用“自然垄断”一词来指特定公用事业服务供应链中的所有活动，即天然气、电力、水等整个产业，但公共政策事实上需将供应链中具有自然垄断属性的活动与具有竞争性的活动分开。<sup>[91]</sup>也就是说，特定行业中可能并不是所有环节都是自然垄断的。例如，在电力行业中，发电具有竞争性，电力传输网络具有自然垄断属性。这一理解

[86] See Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 Texas Law Review 15 (1984).

[87] 参见前引〔57〕，Armstrong等文，第334页。

[88] See Mark A. Lemley, *The Contradictions of Platform Regulation*, 1 Journal of Free Speech Law 330 (2021).

[89] See Harold Demsetz, *Why Regulate Utilities?*, 11 The Journal of Law and Economics 55 (1968).

[90] See Mario J. Rizzo & Glen Whitman, *Escaping Paternalism: Rationality, Behavioral Economics and Public Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 20.

[91] 参见前引〔40〕，Decker书，第2页。



对于数字平台同样成立。例如，即便谷歌的搜索引擎具有自然垄断属性，但围绕搜索引擎的谷歌翻译、谷歌地图等产品却不当然就是自然垄断。

结构性剥离是确保数字平台自然垄断业务和竞争性业务相分离的重要手段，也是实现数字平台经济管制的前提。<sup>[92]</sup>此外，通过结构性剥离，可以防止纵向一体化的企业转移利润，消除歧视的内在动因，实现公共性理论特别关注的非歧视义务。例如，谷歌有70多种独立的产品和服务，这些产品和服务具有高度的多样化和独立性，但都存在于一个单一的生态系统中。在这个生态系统中，谷歌保留了访问和生成数据的所有权利。那么，当谷歌的自营业务与生态中的经营者发生冲突时，就难免产生歧视。<sup>[93]</sup>只有将其中具有自然垄断属性的产品和服务独立出来，才能够根本性地解决利益冲突问题。

通过对自然垄断业务的剥离，还可以解决由于自然垄断导致的市场集中以及由此衍生的竞争和社会性问题，包括防止通过交叉融资来扩大现有经营者的主导地位、保护系统的弹性、促进多样性、防止权力过度集中等。例如，当所有业务都整合之后，基础设施服务的崩溃就会对经济活动产生较大的影响，而整合在一起的业务越多，越会增加系统崩溃的可能性。<sup>[94]</sup>结构性剥离可以一定程度上解决这些问题。实际上，平台经济领域一直有分拆平台的主张，希望借此让数字经济回到其自然、合法和分散的状态，从而促进创新和选择多样性。<sup>[95]</sup>但是，这一主张将所有平台不加区分，使得平台企业失去一体化带来的效率，从而造成对市场的过度干预。而将结构性剥离限制在自然垄断部分，能够更好地平衡竞争与效率之间的关系。

实际上，在传统公用事业中，通过结构性分拆来解决竞争问题有较多实例。1982年美国针对AT&T公司实施的反垄断同意令，就是其中之一。AT&T网络当时被推定构成自然垄断，并被要求拆分为多个公司，每个公司负责特定地域的业务。<sup>[96]</sup>数字平台并不存在结构性剥离的障碍，即便现在的大型平台企业的业务分支非常多，往往构成一个庞大的生态系统，但也是从最初的核心业务逐步发展而来。对于有自然垄断属性的业务，因为其市场地位，剥离出去也不会存在无法存活的问题。在数字经济领域已经有相关尝试。在曾被称为“反垄断世纪之案”的美利坚合众国诉微软公司案（下称“微软案”）中，法院就准备将微软拆分为应用软件和系统软件两个部分来分别营运。<sup>[97]</sup>近期美国联邦贸易委员会在起诉脸书（Facebook）的反垄断

[92] 结构性剥离也是反垄断法中很有代表性的救济手段。在芝加哥学派占据主导地位之后，结构性救济在市场支配地位滥用案件中逐渐退出历史，但在经营者集中领域，结构性剥离仍然是最主要的救济方式之一。随着新布兰代斯学派的兴起，主张进一步恢复结构性救济在反垄断法中的作用的呼声高涨，被视为解决平台垄断问题的重要手段。此处的结构性剥离并不是反垄断法意义上的结构性救济，而是强调通过剥离来实现数字平台可竞争性业务与非竞争性业务的分离，以便之后的经济管制措施的实施。

[93] See Sergey Silvestrov et al., *Control of Platform Monopolization in the Digital Economy: The Implication of Open Innovation*, 8 (2) *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity* 9 (2022).

[94] See Lina M. Khan, *The Separation of Platforms and Commerce*, 119 (4) *Columbia Law Review* 1052 (2019).

[95] 参见前引[5]，Salop文，第1982页；Rory Van Loo, *In Defense of Breakups: Administering A “Radical” Remedy*, 105 *Cornell Law Review* 1955 (2020)。

[96] See *United States v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (D. D. C. 1982) (下称“AT&T案”)。

[97] See *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D. C. Cir. 2001)。“微软案”中备受争议的是，该案最终维持了微软公司基于英特尔芯片的操作系统的市场地位。该案中，网景公司（Netscape）率先开发浏览器获得成功，而太阳微电子公司开发的Java具有跨平台操作的能力，不局限于某种操作系统。二者的结合能够让浏览器成为新的事实上的“操作系统”，这对微软操作系统的市场地位构成了威胁。但法院忽视了这一问题，导致最终的和解协议仅要求微软的操作系统建立与Java之间的互操作，并没有根本性地解决竞争问题。

诉状中，要求脸书剥离即时电报（Instagram）和瓦次阿普（WhatsApp）两种业务。<sup>[98]</sup>当然，这些案例代表了不同的分拆思路。AT&T的剥离是横向分拆，分拆之后的几个公司都保留了在本地交换运营商在本地服务方面的垄断地位。而微软和脸书的剥离主要基于业务功能，是纵向分拆。对数字平台来说，AT&T的剥离可能存在比较大的局限性，因为数字平台的经营很难被限制在特定的地理范围之内。相反，基于不同业务功能本身的自然垄断属性进行纵向分拆更为合适。

## 2. 作为经济管制核心的互操作义务

在实现了自然垄断业务或环节的剥离之后，就出现可竞争性业务与自然垄断业务相联结的问题，互操作义务是解决这一问题的基本规则。自然垄断意味着数字平台在相关市场上具有垄断性地位，如果其不提供信息、资源的共享，则剥离之后也无法根本性地解决市场竞争问题，因此，需要确保自然垄断的平台以竞争性条件向新进入者提供该基础设施。<sup>[99]</sup>通过互操作义务，能够使相关平台获得基础性的资源，新的市场进入者不会因为受限于网络效应、规模效率而难以发展。正是在这一意义上，互操作义务成为数字平台经济管制的核心义务。在“AT&T案”中，美国法院在进行结构性剥离的同时，不仅要求旧贝尔系统的各个部分彼此互联，而且要求其新的竞争者互联，在非捆绑、收费的基础上提供交换接入。<sup>[100]</sup>因此可以说，互操作义务和结构性剥离相辅相成，是针对自然垄断业务最为关键的强制性规则。

强制性的互操作义务是针对自然垄断平台而言的，不构成所有数字平台的普遍性义务。竞争性数字平台可以自主决定是否采用互操作，这取决于互操作所可能带来的竞争结果。一般而言，互操作可以有效整合多个平台的网络，从而扩大网络效应，因此，平台具有很强的动力来保持彼此之间的互操作。然而，不提供互操作虽然减少了网络效应的优势，但能够带来差异化的优势。以社交媒体平台为例，不管是做短视频社交、商务社交还是图片社交，这些产品都受益于网络外部性，相互之间往往没有或只有有限的互操作，但这些产品之间存在显著差异，吸引的用户群体虽然重叠却各不相同。因此，在自然垄断之外，由市场来自由决定是否采用互操作更为合适。

实现互操作的关键是建立技术标准。在互联网背景下，互操作相比于以往基础电信行业要更为简单一些，且不会显著增加成本。因为电信行业互操作的实现不仅需要建立技术标准，还需要专用线路和机器等大量成本投入。相比之下，互联网领域中提供互操作的边际成本可能是零或接近于零，管制机构要求互联不需要太高的监管成本。此时，第三方与数字平台联通主要是要求与平台之间的信息交换，平台通过其提供给第三方的应用程序接口（API），为此类通信设定限制和政策，因而其关注点在于第三方应用程序开发人员可以通过API向平台发送和获取哪些类型的服务、数据和网络功能。<sup>[101]</sup>因此，数字平台互操作的主要成本是建立开放标准用于数字信息交换，以实现特定功能。而且，需要建立技术标准来实现的功能，只占数字平台功能的很小部分。至于平台的其他功能，仍然可以按照平台认为对其有利的方式进行设计，

[98] See *FTC v. Facebook, Inc.* Compl. (D. D. C. Dec. 9, 2020).

[99] See Dan Awrey & Joshua C. Macey, *Open Access, Interoperability, and DTCC's Unexpected Path to Monopoly*, 132 *The Yale Law Journal* 103 (2022).

[100] 参见前引 [96]，“AT&T案”。

[101] See William P. Rogerson & Howard Shelanski, *Antitrust Enforcement, Regulation, and Digital Platforms*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 1928 (2020).

从而实现差异化的优势，如更好的页面布局、更严格的隐私保护等。但参与互操作的授权平台或者自然垄断平台必须使用标准技术传输所涵盖的内容。<sup>[102]</sup>至于互操作技术标准的制定组织，可由行业参与者、消费者代表、技术专家和政府代表组成，其运作以及预期的成效可以参考标准必要专利制定组织。

### 3. 在既有经济管制措施基础上的发展

对数字平台的自然垄断业务进行剥离并强制互操作义务，是对部分数字平台实现经济管制最重要的方面。但经济管制是一个体系，相关联的内容还有很多。例如，剥离自然垄断业务之后，为了防止市场进入带来的非效率性，还需要对市场准入进行限制。再如，尽管互操作以技术标准为主，但也可能涉及平台产品或服务的价格，需要确定合适的价格以激励平台降低成本。在市场进入上，虽然自然垄断属性说明该市场无法通过竞争来提高效率，但获得垄断性经营的资格是可以竞争的，因而存在如何设计有效的特许经营合同的问题。对此，还会进一步关涉到平台到底是直接收归国有还是私人经营，考虑不同的经营主体与治理模式对运行效率的影响问题。这些都是数字平台经济管制体系需要解决的问题，这里无法一一展开。

经济管制是几乎每个国家和地区公共政策中的重要组成部分，在数字平台发展起来之前，对电信、铁路、电力、自来水等行业的经济管制实践已经持续多年。而且，由于对这一期间的观念转变、技术发展所带来的冲击有不同的理解与现实考虑，不同的国家和地区有不同的制度设计，导致大量共同性制度之外还有多样化的经验。例如，经济管制中通常需要设定产品或服务的价格水平，实际政策中经常采用的是最高限价管制及其变种（如收入上限）。这种被称为激励性的定价方法要求公用事业单位在规定的时间内使基本服务的价格不高于规定的水平，从而激励其降低成本，以实现更高的回报。<sup>[103]</sup>这些被传统产业广泛采用的方法，也可以在数字平台管制中继续采用。总体而言，与公共性理论所主张的管制措施缺少体系性与现实性不同，数字平台的经济管制能以传统产业的经济管制为基础继续发展，前述问题中的大部分也能够因此获得更好的解决。

构建经济管制体系是系统性工程，需要管制政策创造性地解决数字平台所带来的挑战，这本身也是数字平台管制政策在制定、发展中的应有之义。即便在传统产业的经济管制中，不同产业同样存在因为发展而产生的新问题，需要管制措施充分考虑。例如，电力的特点之一在于生产出来后通常无法储存，需要在电力系统管制上考虑电力供应和需求保持连续性的平衡。数字平台有其自身的特点，其经济管制体系也面临新的问题。首先，数字平台在技术与商业模式上具有快速创新的特点。尽管经济管制的范围已经大大小于公共性理论所主张的范围，但经济管制毕竟替代了市场，具有管制固有的僵化性弱点，难以对市场的发展进行有效预期。例如，网约车才出现时，因为互联网技术的应用，使得网约车可以直接营运的规模非常大，具有潜在的自然垄断倾向，促使当年最大的两家网约车公司滴滴和快的在2015年合并。到2016年9月，滴滴在全国范围内就已经有超过1500万的注册司机。<sup>[104]</sup>但是，网约车平台具有双边市

[102] See Michael Kades & Fiona Scott Morton, *Interoperability as A Competition Remedy for Digital Networks*, <https://equitable-growth.org/wp-content/uploads/2020/09/092320-WP-Interoperability-as-a-competition-remedy-for-digital-networks-Kades-and-Scott-Morton.pdf>, last visited on 2023-09-12.

[103] See Ingo Vogelsang, *Incentive Regulation and Competition in Public Utility Markets: A 20-Year Perspective*, 22 (1) *Journal of Regulatory Economics* 5-27 (2002).

[104] 参见《滴滴平台司机数量突破1500万》，<http://www.chinanews.com/cj/2016/09-22/8011804.shtml>, 2023年8月24日最后访问。

场属性，网约车和用户的规模不仅有规模效应，而且有交叉网络外部性。也正是因为这一属性，当聚合平台通过其拥有的流量入口将小网约车公司整合在一起后，就解决了网约车所面临的规模限制，网约车自身的规模限制也随之被打破。商业模式创新实现了网约车平台的可竞争性。在此情况下，如何使经济管制体系更具有灵活性，使不再具有自然垄断特性的市场能够及时解除管制，需要制度层面上的解决方案。其次，特定商业模式的管制具有挑战性，如互联网领域中广泛存在的免费模式。通常在经济管制中会进行价格管制，但当产品或服务的价格为零时，这种管制在可操作性上就变得困难。当然，所谓的“免费”实际上包含了以物易物的交易过程。<sup>[105]</sup> 不可否认的是，当价格为零时，管制的重点只能转移到质量上，但质量不像价格那样直观和易量化。以搜索引擎为例，即便能以搜索引擎的总成本加上公平的投资回报率来作为定价基础，并对搜索广告服务的价格增长实行价格上限管制，但搜索引擎面向搜索用户是“零价格”，要向搜索用户确定搜索查询的适当定价或监管搜索的质量会有较大难度。<sup>[106]</sup> 这些问题也是实施经济管制需要解决的。

---

**Abstract:** The publicness theory, represented by common carriers and new public utilities, aims to change the situation of the ineffective implementation of the antitrust law and restrain the market power of digital platforms by imposing special obligations. Although the publicness theory has a long history, its concepts are vague, which makes it difficult to define the scope of its regulation. The regulatory obligations it advocates, such as non-discrimination and universal service, prove challenging to independently implement in the absence of structural divestiture, price regulation, enter regulation and other measures. The regulation based on the nature of platform services also risks excessive market intervention. Economic regulation, on the other hand, not only is clearly defined but also limits the scope of regulation to platforms characterized by natural monopoly. As such, it is more suitable for the regulation of rapidly developing digital platforms. To realize the economic regulation of digital platforms, it is necessary to draw on the mature regulatory theories and practical experiences of traditional economic regulation. It is necessary especially to structurally separate platform functions with natural monopoly attributes, and impose interoperable obligations on platforms after separation.

**Key Words:** digital platform, common carriers, new public utilities, economic regulation, interoperable obligations

---

---

[105] 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65页以下。

[106] 参见前引[77]，Ducci书，第65页。