

平台监管的新公用事业理论

高 薇*

内容提要：政府对经济进行管制一直是与反垄断法并行的反垄断方式。数字经济时代的反垄断不应局限于适用反垄断法，作为一种反垄断方法和理念上的转变，还可以同时将大型数字企业作为一种新的公用事业进行管制。公用事业管制与反垄断法相结合，将加强反垄断执法。由于公用事业管制能够实现除促进市场竞争目标之外的其他社会管理目标，结合管制和反垄断法的数字平台监管政策，就从单纯的经济反垄断转向了更大范围的社会性规制，将更好地回应当前的社会需求。管制平台的新公用事业框架中应包含“自由竞争原则”“非歧视原则”“消费者保护原则”，同时需建立独立专业的监管机构，明确管制中的私人企业定位，并处理好管制与反垄断法之间的结合与协调。

关键词：平台反垄断 公用事业管制 平台中立性

当今规模较大的数字企业主要集中在美国和中国。为促进产业发展，美国一直以来对大型数字企业采取了自由放任的态度。我国自反垄断法实施以来，对互联网行业也采取了包容审慎监管的原则，基本未进行过有效的反垄断执法。但全球的反垄断政策正在发生变化，加强平台监管以促进数字市场有序发展，促进创新和公平竞争，维护消费者利益，已成为世界各主要经济体的共识。加强反垄断规制，完善法律规范，提升监管能力，也成为我国政府当前经济工作的重点。

美国、〔1〕欧洲的反垄断机构已经对大型数字企业采取了实质性的反垄断措施，特别是欧盟和德国接连对谷歌、脸书提起反垄断诉讼并处以巨额罚金。〔2〕我国近期明显加强了对于平

* 北京大学法学院副教授。

〔1〕 美国国会众议院司法委员会对四大数字企业进行了几十年来的首次大规模反垄断调查，并于2020年10月发布了调查报告。See Jerrold Nadler & David N. Cicilline, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations*, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, last visited on May 3, 2021. 近期脸书和谷歌也面临来自美国联邦贸易委员会、司法部和若干州检察长提起的多起反垄断诉讼。See *Federal Trade Commission v. Facebook, Inc.*, Complaint, Case 1:20-cv-03590 (2020); *U. S. et al. v. Google LLC*, Complaint, Case 1:20-cv-03010 (2020).

〔2〕 European Commission Decision of 27. 6. 2017, Case AT. 39740 - Google Search (Shopping); European Commission Decision of 17. 5. 2017, Case M. 8228 - Facebook/WhatsApp; BGH, Beschluss vom 23. 6. 2020, KVR 69/19 - Facebook.

台的反垄断执法，国家市场监督管理总局在2021年4月10日针对阿里集团实施“二选一”的垄断行为作出了高达182亿元的行政处罚，^{〔3〕}引起了各方的高度关注。

欧洲的几个标志性反垄断案件具有重要的启示意义。一方面，反垄断法需要调适以适应数字时代反垄断的新要求。另一方面，鉴于反垄断执法本身的特点和局限性，特别是事后救济无法及时矫正数字平台造成的伤害，必须同时采取其他监管措施，制定合理、谨慎的规则以加强事前监管。^{〔4〕}为此，欧盟在2020年年末公布了《数字市场法提案》^{〔5〕}和《数字服务法提案》^{〔6〕}。

一直以来就有两种方法来应对经济垄断，一是竞争政策，二是政府管制。竞争政策试图通过反垄断执法维护竞争过程，来达到经济效益最大化的目标。管制则是政府在允许垄断存在的前提下，对垄断企业进行的事前、直接的行政规制。与反垄断执法不同，政府实施管制不以出现违法事实为干预前提，而以消除垄断影响为目标，要求企业履行若干特殊义务，促使企业改变市场行为。^{〔7〕}如在美国，已经被边缘化多年的反垄断关切再次回到政治议题的中心。平台经济的特征在于具有极强的网络效应，易形成垄断企业且控制与大众利益息息相关的物品与服务，因而公用事业管制再次进入人们的视野。近年来，从提出平台是“信息垄断者”、^{〔8〕}“信息承运人”，^{〔9〕}到分析“平台中立性”、^{〔10〕}“搜索中立性”，^{〔11〕}再到有人主张平台是一种“核心设施”、^{〔12〕}“新的公用事业”，^{〔13〕}人们已经围绕平台的公共性及规制必要性展开了很多激烈而有益的探讨。互联网产业不同于传统产业，因此我们需要重新定义数字时代的公用事业，

〔3〕 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。

〔4〕 See Philip Marsden & Rupprecht Podszun, *Restoring Balance to Digital Competition - Sensible Rules, Effective Enforcement*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2020, pp. 11 - 47.

〔5〕 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), COM/2020/842 final.

〔6〕 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final.

〔7〕 See Harold Feld, *The Case for the Digital Platform Act: Market Structure and Regulation of Digital Platforms*, pp. 183 - 184, https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/Case_for_the_Digital_Platform_Act_Harold_Feld_2019.pdf, last visited on May 11, 2021.

〔8〕 See Tim Wu, *In the Grip of the New Monopolists*, in *The Wall Street Journal*, Nov. 13, 2010.

〔9〕 See Bill Davidow, *Is Apple a Common Carrier?*, in *Forbes*, Apr. 20, 2011. 公共承运人 (common carrier) 的概念最早可以追溯到15世纪的英国。之后，普通法逐渐将公共承运人的范围发展至各种形式的运输者以及与运输相关的职业。

〔10〕 See Frank Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, 17 *Theoretical Inquiries in Law* 487 - 513 (2016); Wei Gao & Yao Yang, *Chaining Cyber - titans to Neutrality: An Updated Common Carrier Approach to Regulate Platform Service Providers*, 31 *Computer Law & Security Review* 412 - 421 (2015).

〔11〕 See Daniel A. Crane, *After Search Neutrality: Drawing a Line between Promotion and Demotion*, 9 *ISJLP* 397 - 406 (2014); Frank Pasquale, *Internet Nondiscrimination Principles: Commercial Ethics for Carriers and Search Engines*, 2008 *U. Chi. Legal F.* 276 - 299 (2008).

〔12〕 See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 *Yale L. J.* 800 - 802 (2017) (作者认为可以考虑将平台作为核心设施，同时也分析了这样做可能导致的问题); Tom Wheeler, Phil Verveer & Gene Kimmelman, *New Digital Realities; New Oversight Solutions in the U. S.; The Case for a Digital Platform Agency and a New Approach to Regulatory Oversight*, pp. 34 - 36 (作者提到了将核心设施原则适用于平台的有关争论), <https://shorensteincenter.org/wp-content/uploads/2020/08/New-Digital-Realities-August-2020.pdf>, last visited on May 11, 2021.

〔13〕 支持这种观点的代表性论文有: K. Sabeel Rahman, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, 39 *Cardozo L. Rev.* 1668 - 1680 (2018); 反对的观点如: Adam Thierer, *The Perils of Classifying Social Media Platforms as Public Utilities*, 21 *CommLaw Conspectus* 274 - 294 (2013)。

并重新制定管制框架。于此,不能用旧的概念去束缚新的规制对象,而要采取更为务实的态度,去更新概念以实现政策目标。

笔者主张一种反垄断方法和理念上的转变,即反垄断措施不应局限于适用反垄断法,还应将大型数字企业作为一种新的公用事业并制定新的监管框架进行管制。公用事业管制作为反垄断的重要手段,可以与反垄断法相结合,加强反垄断执法。由于公用事业管制能够实现除促进市场竞争目标之外的其他社会管理目标,结合管制和反垄断法的数字平台监管政策,就从单纯的经济反垄断转向了更大范围的社会性规制,将更好地回应当前的社会需求。为此,本文首先对目前以反垄断法为核心的反垄断方法进行反思,然后分析公用事业的理念源起并说明为何应当将平台作为公用事业进行管制,接着提出平台公用事业管制的基本内容,之后说明两种手段之间的关系。本文最后还指出,围绕平台公用事业管制形成的学术探讨与社会实验,能够带动社会话语转变并推动形成新的社会共识。

一、数字经济时代反垄断方法的反思

(一) 对反垄断法的反思

反垄断法起源于美国1890年的谢尔曼法、1914年的克莱顿法和联邦贸易委员会法。美国早期的反垄断法有两个特点。首先,它具有高度政治化的倾向,是对大规模经济合并和托拉斯迅速成长的现实以及中小企业反对经济压迫诉求的政治回应。从一开始,美国就将反垄断置于公共领域,认为垄断会对社会经济带来负面影响,对竞争的妨害是其中最为重要的考量。美国反垄断法的第二个特点是其经验性。谢尔曼法的立法深受普通法传统的影响。^[14]由于判例能够将企业行为的细节、逻辑和抽象的法律条文相结合,为抽象、模糊的反垄断法提供支撑,判例在反垄断法的发展中扮演了重要角色。^[15]

到了20世纪60、70年代,经济学逐渐掌握了话语权。芝加哥学派推动了反垄断法的经济学转向,并影响了法学理论和美国司法实践。这次转向改变了反垄断法原有的两个特点。首先,它消减了反垄断法的政治性,将其从公共领域拉回到私人领域,强调垄断主要影响消费者的福利。第二,它用理论模型替代了反垄断法的经验性基础。在抽象概念及其模型的基础上,又发展出了很多复杂的经济分析。伴随后芝加哥学派的兴起,博弈论、行为经济学逐渐被吸进反垄断分析。

近年来,由于经济和社会条件发生了巨大变化,反垄断问题再次得以凸显,尤其是数字垄断给反垄断法提出了新难题,迫使人们对传统的反垄断方法进行反思。第一层反思应在反垄断法的目标层面展开。美国立法者在制定谢尔曼法时,希望实现多元目标,他们在追求机会、效率、繁荣、公正、和谐及自由的同时,也追求多数人共有的、以权利为基础的美好的政治经济秩序愿景。但后来的实践和经济理论发展表明,同时追求多重目标会导致价值冲突,给司法实践带来不确定性。^[16]欧盟竞争法一开始便明确追求一体化目标和经济目标,但这两个目标有

[14] 参见[美]基斯·N.希尔顿:《反垄断法:经济学原理和普通法演进》,赵玲译,北京大学出版社2009年版,第25页以下。

[15] 参见李剑:《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。

[16] 参见[美]欧内斯特·盖尔霍恩等:《反垄断法与经济学》,任勇等译,法律出版社2009年版,第35页以下。

时也无法很好地协调。〔17〕

芝加哥学派的贡献在于将反垄断法锁定在消费者福利目标之下，也为反垄断提供了可操作的标准。美国近年来出现的“新布兰代斯学派”（New Brandeis School），对美国很多行业中日益增长的经济集中现象拉响警报并对芝加哥学派进行了批判。该学派主张，反垄断应该回归保护竞争“过程”的立场，而不是最大化某种“价值”如“福利”。〔18〕“福利”本身难以测算，以致法官会过度依赖对价格的判断。〔19〕莉娜·汗（Lina Khan）认为，当前反垄断法中的消费者福利框架，即关注企业行为的短期质量、价格和产出效果，无法捕捉这些行为潜在的对消费者的长期伤害。平台目前提供低价的优质服务，是为了借此获得支配性地位以便在日后破坏竞争。〔20〕

过去几年里，社会上还出现了将数字反垄断的目标从保护消费者福利扩张到回应政治和社会问题的要求。这些政治和社会问题包括收入不平等的加剧和工资下降等宏观经济问题，也包括传统新闻业遭遇危机等社会政治问题。从反垄断法诞生的时代到互联网时代，大企业往往在经济利益之外寻求更多，反垄断执法机构也有动机挣脱法律本身的束缚去实现更多目标。但是，追求除经济效率以外的目标，将反垄断制度泛政治化，要求其回应经济权力集中导致的各种政治和社会问题，也会引发致命问题。第一，法官在运用效率之外的价值标准审判案件时，缺乏可以适用的明确尺度，会影响反垄断法的纯粹性和实施效率。第二，反垄断法的特点决定了它不适合用于实现其他价值或承担过多的跨界规制责任，隐私权保护、消费者保护等目标需要依靠其他工具的协助来实现。

第二层反思应在反垄断法的方法层面展开。无疑，除非人们认为经济效率并不重要，否则会不可避免地使用当前背景下的经济模型。〔21〕经济分析方法不仅在美国生根发芽，也影响了其他国家的反垄断执法。欧洲学者对欧盟五十年来反垄断政策的考察显示，近年来在欧盟竞争法领域存在着一种“更经济学方法”的趋势，经济学理论在欧盟反垄断执法过程中发挥着越来越重要的作用，使用实证证据支持经济论证的用法也在增加。〔22〕然而不可否认的是，虽然法学和经济学不论两者自身还是被联系在一起，都受惠于芝加哥学派的重要贡献，但无论在芝加哥学派内部抑或外部，围绕着各种经济现象，例如如何认识垄断和竞争，如何区分串谋和独占与正常的竞争行为、公平地取得垄断地位的行为，〔23〕分歧始终存在。〔24〕正如科斯所说的，“当价格上升时法官说这是垄断；当价格下降时他们又说这是掠夺性定价；而当价格不升不降时，他们又说这是默示串谋固定价格。”〔25〕在面对新一轮的技术创新和确定数字市场反垄断

〔17〕 参见〔英〕西蒙·毕晓普、迈克·沃克：《欧盟竞争法的经济学：概念、应用和测量》，董红霞译，人民出版社2016年版，第7页以下。

〔18〕 See Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, *The Rise, Fall, and Rebirth of the U. S. Antitrust Movement*, in *Harvard Business Review*, Dec. 15, 2017; Lina Khan, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, 9 *Journal of European Competition Law & Practice* 132 (2018).

〔19〕 See Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York: Columbia Global Reports, 2018, p. 136.

〔20〕 参见前引〔12〕，Khan文，第716页，第746页以下。

〔21〕 参见前引〔17〕，毕晓普等书，第3页。

〔22〕 同上书，第3页以下。

〔23〕 参见〔美〕W. 基普·维斯库斯等：《反垄断与管制经济学》，陈甬军等译，中国人民大学出版社2010年版，第60页。

〔24〕 参见〔美〕奥利弗·E. 威廉姆森：《反垄断经济学——兼并、协约和策略行为》，张群、黄涛译，商务印书馆2014年版，第474页以下。

〔25〕 Edmund W. Kitch (ed.), *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932 - 1970*, 26 *J. L. & Econ.* 193 (1983).

规则的需求时,这些分歧再次出现。^[26]

此外,反垄断的经济分析建立在思想实验和理论模型的基础之上,它的对象和结论在现实世界中很可能没有对应物。而随着经济学专业化程度的提高,模型分析更为复杂,这已超出法律体系能够承受的范围。经济分析的成果无法为法官所直接采纳,就需要转化为专家证人的证言形式。^[27]然而经济分析毕竟不同于法律认知和经验法则,无论法官还是公众都较难完整理解其中的含义。法官要么直接接受,要么无视专家证人使经济分析成为一种浪费。这种做法不仅低效,而且将法律的经验基础替换成了理性建构,让法官失去了话语权。法律体系和这种高度抽象的分析之间始终存在张力。数字时代的反垄断,更前所未有地与大众利益紧密联系在一起,这要求一种与大众诉求相契合的反垄断方法。

(二) 数字经济反垄断的方法调适

从目前世界范围内的数字反垄断实践来看,大型数字企业的垄断问题虽然引发了全球监管机构、实务界和学术界的高度关注,但反垄断法本身概念模糊、可操作性差、执法手段单一等弊端,都使以反垄断法解决数字垄断问题,其不确定性有增无减。这包括必须重新理解竞争和垄断的概念,重新界定相关市场、认定市场支配地位,以及调整经营者集中审查的标准和门槛等。此外,对垄断的举证可能要求企业提供源代码,这直接触及企业的商业机密,对企业具有极大的影响,而即使立案,反垄断机构对企业的矫正也很难适度。此前,大部分反垄断机构对平台的“越轨”行为仅进行了威慑和警示,而未直接干预。本应起到预防市场过度集中作用的经营者集中审查制度,多年来在我国数字经济领域处于隐身状态。^[28]近期国际上有加强反垄断执法的态势,但在反垄断执法实践中,目前仅出现了罚款这一种执法方式。政策、法律、技术因素混合在一起,使反垄断分析十分困难。目前,人们一方面要担心不当适用反垄断法会影响创新 and 经济发展,因为建立在错误的经济学分析上的司法裁判以及不当的反垄断干预,往往得不到事后纠正;^[29]另一方面则更要看到,仅靠反垄断法这一种工具,恐怕无法实现对大企业权力的有效约束。

就反垄断法本身的发展而言,需要新的经济学或其他理论支持。有学者主张利用我国反垄断法修法的契机,将数据垄断引发的问题通过反垄断法予以解决。^[30]但《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》的出台,释放出修法亦要审慎且反垄断法不会大改的信号。而无论如何修法,作为市场规制法的反垄断法囿于其固有特性,仍旧不足以应对目前出现的许多迫切需要解决的问题。我国近期出台的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(下称“平台反垄断指南”)细化了数字反垄断的事项,但仍然没有跳脱出传统反垄断法的基本思路:私人企业的垄断地位,如果不是通过有效率的竞争活动获得的,就是违法的。这始终

[26] 美国学者早就探讨了针对搜索引擎进行反垄断诉讼的困难,相关论文如: Daniel A. Crane, *Search Neutrality as an Antitrust Principle*, 19 Geo. Mason L. Rev. 1207-1209 (2012); Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright, *Google and the Limits of Antitrust: The Case against the Case against Google*, 34 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 171-244 (2011)。关于针对电商平台进行反垄断诉讼的困难,代表性论文如: 前引[12], Khan文,第710页以下。

[27] 关于反垄断案件中专家证人证言标准的讨论,参见 Roger D. Blair & Jill Boylston Herndon, *The Implications of Daubert for Economic Evidence in Antitrust Cases*, 57 Wash. & Lee L. Rev. 801-830 (2000)。

[28] 但近期,国家市场监督管理总局对阿里巴巴投资有限公司、阅文集团、丰巢网络技术有限公司未依法申报违法实施经营者集中进行了处罚。参见国市监处[2020]26号、国市监处[2020]27号、国市监处[2020]28号行政处罚决定书。

[29] 参见前引[26], Manne等文,第178页以下。

[30] 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页以下。

要求执法者去确定相关市场，认定垄断地位如何获得，最终采取事后的经济处罚或更为严重的结构性救济。我国国家市场监督管理总局对阿里集团作出的巨额反垄断行政处罚，印证了人们一直以来所感知到的因平台垄断引发的各种问题，这是该决定从结果上能够得到人们认同的重要原因。但处罚决定本身论证过程较为粗略，也缺乏更多的实证分析和调查细节来供学理分析。该决定的重要意义更多地在于表达出我国目前数字反垄断的决心和态度。此前上海市市场监督管理局对上海食派士公司作出的行政处罚决定，较阿里案分析得更为深入。^[31]但无论如何，问题的关键在于，责令某一企业停止违法行为，要求其缴纳罚款，仍无法纠正缺乏竞争的市场结构。

欧盟的数字反垄断实践先于我国，也反映出反垄断法适用的一些问题。在很多情况下，即便执法机构就违法行为得出调查结果，也并非总能解决问题。只有经历了漫长且曲折的诉讼甚至是多次上诉之后，违法者才被处以巨额罚款。同时，不良行为只有很少一部分能够得到纠正，而真要等到那时，一切又似乎太迟。换句话说，最后是以一种残缺的、不完善的方式对问题进行了处理。^[32]欧盟转而采取了更具前瞻性的监管手段。

对反垄断法进行反思，首先应客观地分析和认识反垄断法的特点与局限，正确看待反垄断法在数字反垄断中的价值和困境，在这一基础上调适反垄断法。其次应跳脱出反垄断法本身的束缚，寻找与之并行的同样或更有助于完成反垄断目标的工具。

二、公用事业理念溯源与新公用事业

（一）公用事业的理念溯源

对私人商业行为进行管制的历史，可以追溯至中世纪教会的“公平价格”理念、欧洲中世纪行会组织的运行、法国16世纪发展起来的特定商业排他性垄断权以及英国公共职业的普通法传统。^[33]现代意义上的公用事业多属于国家基础建设行业，紧密联系并影响居民的日常生活，具有基础性和公共性、一定的私人性、正的网络外部性和规模经济等特征。政府一般对这类行业进行较为严格的价格和准入等方面的控制。^[34]

美国学者在提出要对平台进行公用事业管制时，往往都追溯至美国的“进步时代”。^[35]当时美国的社会转型和大企业的兼并浪潮催生了反垄断立法，也导致了全国性的公用事业管制浪潮。崭新的“公用事业”和“公共服务”理念将经济正义和社会改革带入了20世纪的美国。这一时期发展起来的公共服务企业制度和现代公用事业概念被认为是该时代最为重要的贡献之一。

美国真正意义上的经济管制始于19世纪70年代，以两个重要事件作为里程碑。首先是1877年的Munn v. Illinois案，法院在该案中形成了“影响大众利益”测试的表述，即当财产

[31] 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。

[32] 参见前引〔4〕，Marsden等报告，第6页。

[33] See Charles F. Phillips, *The Regulation of Public Utilities: Theory and Practice*, Arlington: Public Utilities Reports, Inc., 1988, pp. 81 - 83.

[34] 参见郭锐欣：《公用事业改革与公共服务供给》，东方出版中心2016年版，第7页以下。

[35] 历史学家没有为“进步时代”找到严格的时间分割线。人们大致将1890—1920年这段时间笼统地称作“进步时代”（Progressive Era）。

以一种具有公共效应的方式被使用且对社会产生普遍影响时，它就被赋予了公共利益属性，必须接受公众的监管。^[36]接着是作为美国国会立法管制里程碑的1887年《州际商业法案》，据此美国联邦政府开始对铁路业进行正式管制。在1934年的 *Nebbia v. New York* 案中，美国联邦最高法院认为，没有必要一般性地界定何为“影响大众利益”，从而为每种经济管制提供正当性理由。^[37]美国1934年通讯法案对通讯公共承运人的义务作出了规定，并建立了美国联邦通讯委员会作为通讯行业的独立管制机构。^[38]

至1911年，美国属于公用事业的行业已经覆盖了经济社会生活中极为广泛的领域，^[39]而今这个范围却大大收缩了。在现代一般有四种基础行业被视作公用事业，远程通信业、银行业、能源供给业以及交通运输业。^[40]公用事业概念的发展高潮和式微有其深刻的社会背景。美国先后经历了20世纪30年代的管制浪潮、20世纪70—80年代开始直至90年代的解除管制浪潮。芝加哥学派的法与经济学运动系统性地摧毁了公用事业的理论基础。^[41]但有学者精辟地指出，后期管制中出现的问题并不在公用事业概念本身，而在于其实现形式。首先是司法实践试图描述出一个理论上的管制标准和合理价格，但最终失败；其次，监管者过度聚焦于费率这一狭窄范畴；再次，在管制中出现了“行政俘获”及过度投资等问题。^[42]

但无论如何，公用事业概念必须被认为是一种重要的成功，因为它对国家职能转变、现代企业管理、公法定位以及对民主的认识，都具有深远的意义，它在方法论上为我们指出了控制大企业垄断权力的另一条道路。

首先，公用事业概念对国家和现代政治的公共责任作出了新定位。对此最透彻深刻的分析来自于法国公法学家狄骥。他在《现代国家的法律》一书中提出了现代公法的重要命题，认为现代国家职能已经发生或者应当发生根本性变化，即从主权的统治到为公众服务。^[43]美国“进步时代”的法学家们感知到，对于现代社会而言，越来越多的商业活动与公共利益息息相关。美国法学家弗兰克福特认为，现代政府没有比通过公用事业去提供核心服务更为重要的职能。^[44]

公用事业概念带来的另一重大议题是政府对经济进行的社会控制。虽然当时乃至今日有许多学者认为公用事业管制主要为反垄断提供了对策，但反垄断只是公用事业思想的一部分。“进步时代”的改革者们不仅从经济规模的角度去建构公用事业管制，他们的理念超出了古典

[36] *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1876).

[37] *Nebbia v. New York*, 291 U. S. 502 (1934).

[38] Communications Act of 1934, 47 U. S. C. 151 et seq.

[39] 对行业的列举，参见 William J. Novak, *The Public Utility Idea and the Origins of Modern Business Regulation*, in Naomi R. Lamoreaux & William J. Novak (eds.), *Corporations and American Democracy*, Massachusetts: Harvard University Press, 2017, p. 142.

[40] 参见 [美] 吴修铭：《总开关——信息帝国的兴衰变迁》，顾佳译，中信出版社2011年版，第45页以下。

[41] 参见前引 [39]，Novak 文，第143页以下。该文提及的代表性论文如 R. H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J. L. & Econ. 1-40 (1959)；George J. Stigler & Claire Friedland, *What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity*, 5 J. L. & Econ. 1-16 (1962)；Harold Demsetz, *Why Regulate Utilities?*, 11 J. L. & Econ. 55-65 (1968)。

[42] 参见前引 [13]，Rahman 文，第1638页。

[43] See Leon Duguit, *Law in the Modern State*, trans. by Frida and Harold Laski, London: George Allen & Unwin Ltd., 1921, pp. 32-67.

[44] See Felix Frankfurter, *The Public & Its Government*, New Haven: Yale University Press, 1930, p. 81.

及新古典经济学的关切和理论，更多地与道德、社会和政治政策制定联系在一起。其法律及政治思想的主线是，私人权力的威胁不应仅是经济意义上的，也是政治意义上的。控制经济的私人权力具有与国家主权一样的强制力量，但它们却极少被要求具有和国家行为一样的可问责性并符合社会福利上的正当性标准。^[45] 在他们的公共利益和公用事业模型下，经济管制具有广泛的正当性基础，其超出了垄断考量（无论是自然还是非自然垄断），还包括消费者损害和一般性的公共需要。^[46] 在“进步时代”，铁路被认为是一种创新（正是铁路问题孕育了现代公用事业管制），正如互联网之于我们的时代，但没有一种创新是可以以违反公共品使用的方式发展的。

美国首先在对大型互联网服务提供商（ISP）的监管中复兴了公用事业管制。互联网架构一方面使在网络上上传（upload）及使用各种内容成为可能，同时也使 ISP 可以歧视性地对待不同的内容提供商。美国学者吴修铭提出“网络中立性”原则，认为 ISP 应对多数人配备的设备和使用的通讯模式保持中立。^[47] 美国联邦通讯委员会 2015 年发布新的《开放互联网法令》，将互联网宽带归类为美国 1996 年电信法第二章规定的公共承运人，正式为“网络中立性”原则赋予法律效力。“网络中立性”从学术讨论到真正在监管中被实施，经历了十余年的曲折历程，但其实践和经验为我们提供了一个互联网时代公用事业管制的样本。

围绕“网络中立性”的争论还未结束，^[48] 未来就已经到来。过去十年间，人们已经在平台层面展开适用公用事业管制方法的讨论。从美国“进步时代”到互联网时代公用事业理论的复兴，一个失落的世界重新出现在人们面前。互联网时代正在重启这种话语，而其丰富的含义要从制度的建立过程而非既定形式去认识。我们当今的任务，既是复兴，亦是新建，是将已有深厚积累的经济和社会管理理念以及一百年来的实践相连接并予以利用。

（二）大型数字企业作为新的公用事业

传统上，界定公用事业主要从两方面出发：第一，从经济角度，管制对象缺乏竞争对手、无法被排除，具有进入壁垒高、规模报酬递增等特性；第二，由于产品或服务的必要性，影响大众利益，下游用户的经济和社会活动依赖该产品或服务的提供，用户极易受到利用（具有脆弱性）。^[49] 欧盟《数字市场法提案》对“守门人”（gatekeeper）的描述在数字领域重述了这一概念：在数字行业的某些数字服务领域，更容易出现竞争性不足的问题和不公平的商业实践。通常在这些数字服务领域中只有一个或很少的大型服务提供商。它们具有极端的规模经济、极强的网络效应。这些核心平台服务提供商能够轻松地以单方和有害的方式，为商业用户和最终用户设置商业条件和条款。^[50]

首先，从市场结构角度看，数字平台的市场集中具有必然性，推动数字平台市场发展为由单个或很少公司垄断的市场经济特征，包括极强的网络效应和规模经济、数据带来的范围经济、接近于零的边际成本、远低于实体店的分销成本、全球性的服务提供等。这些经济特征单独存在时都并非新鲜事物，但它们在平台经济市场同时出现，因而并非任何一个单独的因素决

[45] 参见前引 [13]，Rahman 文，第 1629 页。

[46] 参见前引 [39]，Novak 文，第 158 页以下。

[47] See Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, 2 J. on Telecomm. & High Tech. L. 141 - 175 (2003).

[48] 美国的“网络中立性”原则于 2014 年由奥巴马政府支持和确立，在 2017 年特朗普执政后被废除，民主党于 2019 年在美国国会众议院引入《拯救互联网法案 2019》，试图恢复“网络中立性”原则，参议院未有下一步动作。

[49] 参见前引 [13]，Rahman 文，第 1643 页以下。

[50] 参见欧盟《数字市场法提案》，第 17 页，第 12 段。

定了数字平台市场与其他市场的区别,这是所有因素共同作用的结果。^[51]在这些因素的共同作用下,市场倾向于完全垄断,进入者几乎不可能克服规模经济和数据控制者制造的障碍。新进入者要么很快失败,要么成为新的垄断主体。只要没有革命性的技术创新去颠覆这种市场结构,数字企业依靠这些因素建立起来的支配性地位就很难被破除。^[52]

其次,数字平台提供的产品或服务对下游用户具有必要性,影响大众利益,用户极易受到剥削和利用。经济形态的发展逐渐导致人们日常生活的数据化。在这场经济转型中,从早期的cookies到逐渐复杂的追踪用户信息的技术工具,再到大数据形成,平台获得用户数据的能力、利用数据并将其进行再生产的能力逐渐增强。公用事业通常具有瓶颈效应,而“瓶颈”可以体现为不同形式,如限制使用产品或服务,或是资格、发展上的瓶颈,即设定某种资格或前提条件,限制教育或就业机会等。简单说,平台控制了信息和数据,而信息社会中公共品的提供和大众生活高度依赖于平台这一媒介,因而这种瓶颈实际上就是平台所控制的“社会生活”的基本入口。

还必须注意的是,目前平台以控制网络广告市场为追逐利益的主要手段,并在这一过程中影响人们的行为:第一,用户加入平台的代价是注册并受其监视,平台通过跟踪用户行为,精准投放广告。第二,为获得更多广告收入,平台有意识地设计架构以吸引用户更多地停留于网站。第三,越具煽动性的内容越容易得到传播,并被算法优先排序。而用户被吸引花费更多时间在网站上便会增加流量、带来更多的广告收入。第四,平台为算法所驱动,可以高度个性化并对用户进行画像。^[53]

从更深层意义上看,人的维度在现代化的进程中不断丰富,但平台按照个人需求培育其周边的世界,定向广告和偏好控制正在将人类社会所一直努力实现的人的多元维度“降维”。各种以投放广告为目的的商业行为也已经构成了对人的生活的骚扰。广告型平台的这些特点,都使事实上承担着公用事业职能的平台脱离了其所应符合的要求。传统上,城市中的公共场所均留有特定广告空间,但广告并非定向投入,且只是城市公用事业运营的辅助资金来源。只是到了平台经济时期,广告才成为平台设施的最重要经济来源以及平台各种经营行为的最终目的,并导致了各种病态后果。美国有学者主张禁止定向投放广告,将企业盈利模式改为用户缴费模式,如同使用公用事业一样。^[54]平台监管必须包括监管其广告行为。

对公用事业管制方法探讨最多、最早的方向是将其适用于社交媒体和搜索引擎,并在近期扩展到电商平台、网约车平台。社交媒体和搜索引擎较为明显地符合公用事业的特点,具有明显的规模效应,易形成集中化的垄断平台,控制信息入口,造成下游用户严重依赖平台。在我国,微信已经代替了传统的通信手段,成为人们日常生活最为重要的通讯和交流手段,其已经在事实上成为一种公用事业,承担着重要的公共职能。美国学者更指出,脸书和谷歌具有对信息流动、言论及表达进行编辑的功能,且它们对信息予以选择性地呈现,以达到企业自身的商

[51] See Stigler Committee on Digital Platforms, *Final Report*, pp. 34 - 40, <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms-committee-report-stigler-center.pdf>, last visited on May 10, 2021.

[52] 同上引 Stigler Committee on Digital Platforms 报告,第 35 页,第 87 页。

[53] See K. Sabeel Rahman & Zephyr Teachout, *From Private Bads to Public Goods: Adapting Public Utility Regulation for Informational Infrastructure*, p. 12, <https://knightcolumbia.org/content/from-private-bads-to-public-goods-adapting-public-utility-regulation-for-informational-infrastructure>, last visited on May 3, 2021.

[54] 同上文,第 18 页。

业目的，而非更好地服务于用户。搜索引擎的不中立行为将为人们提供一个被扭曲的世界景象。更为严重的是，这种扭曲可能并不是企业员工的行为，而是来自于算法对用户需求的自动生成，算法黑箱和算法歧视以及由此导致的歧视、操纵、误导等问题，正是商业模式的本质和技术架构自身的一部分。^[55]

大型网络零售平台系统内部及外部的公平交易对线上和线下的商业活动至关重要。美国学者指出，亚马逊虽然以 46% 的市场份额尚未占据市场支配地位，但其正在以降价和牺牲盈利为代价成为不可或缺的服务提供者，并迫使其供应商及运输商降低价格。对于已经出现的市场集中预兆，必须采取预防措施防止垄断出现。^[56] 我国平台“二选一”的排他性交易问题，也引起了持续的关注，最终反垄断机构对阿里集团作出了反垄断处罚。

与社交媒体、搜索引擎和电商平台相比，网约车是相对新兴的领域，但一旦竞争被减弱，各种歧视行为也将逐渐出现。如平台可以实施算法上的价格歧视，根据消费者的收入、种族、性别、健康水平或地理位置收取不同价格或拒绝服务。^[57] 与其他行业不同的是，网约车进入的是传统上受管制的公共交通领域。平台掌握着大量信息并实际上提供着交通运输的公共服务，不能因为服务形态发生变化就豁免于其应当承担的公共义务。例如，国外目前对于优步（Uber）的地位争议仍然较大。美国加利福尼亚州和马里兰州通过立法将优步确定为公共承运人，^[58] 而优步在德国则遭到禁运。^[59] 我国交通运输部近期明确指出，要维护市场公平竞争秩序，加快建立健全与交通运输新业态运营特点相适应的监管体系，特别是加强反垄断监管，提升网约车合规化水平。^[60] 公用事业管制可以促进网约车反垄断监管目标的进一步实现。

三、平台公用事业管制的基本框架

（一）管制思路及核心内容

我国目前涉及平台监管的法律呈碎片化状态，这使监管的基本原则模糊不清，也不利于提炼和解决不同平台所具有的共性问题。从立法形式上看，采取统一立法模式更有利于集中应对问题，降低政府执法和企业合规成本。我国在制定平台的公用事业管制框架时，还可以适当参考我国公用事业管制的经验。虽然与美国等西方国家在公用事业的所有制基础上有所不同，但近年来我国在公用事业改革的大背景下也在探索如何兼顾管制与适用反垄断法，实践中对公用事业采取了综合性的管制措施，既包括进入管制、价格管制等经济管制手段，也包括产品和服务质量管制、环境管制等社会管制手段。^[61] 如我国 2016 年修订的《电信条例》，就规定了主

[55] 参见前引 [13]，Rahman 文，第 1672 页。

[56] 参见前引 [12]，Khan 文，第 746 页以下。

[57] 参见前引 [13]，Rahman 文，第 1677 页。

[58] See Kevin Werbach, *Is Uber a Common Carrier?*, 12 ISJLP 148 (2015); Jericho R. Tiu, *With Innovation Comes Regulation: Driver-Connecting Mobile Application Companies as Common Carriers*, 61 Ateneo L. J. 886 (2017).

[59] 2015 年 3 月，德国法兰克福法院裁判禁止优步公司在德国开展客运服务。2016 年 6 月，法兰克福州高等法院裁判维持该项禁令。

[60] 参见《交通运输部新业态协同监管部际联席会议召开全体会议，强调：坚持发展和规范并重注重统筹兼顾综合施策，加快推动交通运输新业态规范健康持续发展》，https://www.mot.gov.cn/buzhangwangye/yangchuantang/zhongyaohuodonghejianghua/202104/t20210401_3548718.html，2021 年 5 月 13 日最后访问。

[61] 参见王俊豪：《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 34 页以下，第 170 页以下。

导的电信业务经营者的概念、^[62]电信网之间的互联互通、^[63]普遍服务义务^[64]和消费者保护的要求。^[65]虽然电信业与数字平台在产业结构上存在差异,但公用事业的管制措施与理念具有普适性,构建数字平台的公用事业管制可以借鉴这些内容。

结合各种讨论、我国及国际上的数字反垄断实践,笔者认为对特定大型数字企业进行公用事业管制,首先应明确管制对象。并非所有企业都要被定义为公用事业,刚进入行业的企业或中小型企业可以获得豁免。欧盟《数字市场法提案》将“守门人”定义为:对内部市场有重大影响;运营核心平台服务,是企业用户与最终用户联系的重要门户并在业务中享有牢固和持久的地位,或者可以预见在不久的将来具有这种地位。^[66]核心平台业务包括在线中介服务、在线搜索引擎、在线社交网络服务、视频共享平台服务等,以及这些服务提供者所提供的广告服务。^[67]监管者可以通过明确规定的和适当的量化指标来认定这种“守门人”状态,也可以基于市场情况进行个案定性评估。^[68]

对特定大型数字企业进行公用事业管制,还应贯彻三项核心原则。^[69]第一,自由竞争原则。这首先要贯彻平台中立性原则,即平台应当对所有用户开放,不得歧视用户和干预流量。平台不应通过倾向自有服务和产品来歧视竞争对手、误导用户,由此破坏竞争环境或扭曲竞争结果。平台还有义务维护平台内的自由竞争,即平台经营者有责任采取措施对平台上的不正当竞争行为进行监管,维护平台内的公共秩序,建立争议解决机制。其次,要贯彻平台的开放性原则,符合开放互联的要求。美国早期对铁路管制时就有此项要求,后来该要求又被沿用至电信承运人。^[70]这也是自微软案之后建立的一项竞争法原则。^[71]此外,还应建立数据迁移规范。^[72]平台不应以合约或技术方式对用户施加过度的限制,阻止其或使其须付出巨大成本转向其他与之竞争的平台。如果数据为一个平台所独占,公平竞争就无从谈起。

第二,非歧视原则。保证公平与平等对待,包括禁止歧视性服务和剥削性服务条款、公平定价等,都是传统公用事业管制的核心原则。在网约车服务领域,优步因歧视残疾人违反美国《残疾人法案》而引发了诉讼。^[73]平台制造的价格歧视从经济学角度评判或许是有效率的,但一旦企业被界定为公用事业,原则上便不能歧视用户。^[74]此外,为确保服务的非歧视性,平台还负有信息披露的义务,这要求算法和算法过程必须透明、公平和可控。欧盟《为商

[62] 《电信条例》(2016年修订)第17条。

[63] 《电信条例》(2016年修订)第二章第二节。

[64] 《电信条例》(2016年修订)第43条。

[65] 《电信条例》(2016年修订)第40条。

[66] 欧盟《数字市场法提案》第3条第1款。

[67] 欧盟《数字市场法提案》第2条。

[68] 欧盟《数字市场法提案》第3条第1款是定性,第2款是定量标准。Harold Feld报告建议使用“被排除的代价”(cost of exclusion)标准来确定管制中的支配地位。参见前引[7], Harold Feld报告,第5页,第42页以下。

[69] Harold Feld报告结合这三个要求提出了较为明确的法律框架供美国国会参考。参见前引[7], Harold Feld报告,第67页以下。Marsden报告的建议与本文类似,参见前引[4], Marsden报告,第36页以下。

[70] 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85页。

[71] 微软拒绝提供互操作性信息(interoperability information)违反了《欧洲共同体条约》第82条和《欧洲经济区协议》第54条。See Commission Decision of 24 May 2004 relating to a Proceeding Pursuant to Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement against Microsoft Corporation, Case COMP/C - 3/37.792.

[72] 欧盟《数字市场法提案》第6条第1款h项。

[73] 参见前引[58], Werbach文,第150页。

[74] 同上文,第149页以下。

提供互联网公平和透明中介服务的条例》第5条^[75]和《不公平商业行为指令》第7条4a款,^[76]都明确要求平台必须向其用户披露排名标准。这种要求可以适用于独立搜索引擎,也可以适用于平台内的排名。同时,人工智能的运用也必须以用户知晓为前提。

第三,消费者保护原则。公用事业运营不可避免地需要获取用户信息,获取之后如何利用则应受到监管,^[77]因而公用事业在传统上就负有严格的用户隐私保护义务。早期美国普通法要求电报公司对错误发送的消息承担责任(无论疏忽或故意),美国法院(包括联邦最高法院)更广泛地承认这种隐私权,认为公共承运人负有不披露用户信息内容的义务。随后,隐私保护义务转变为一项需要管制机构审查的事项。^[78]

消费者保护还包括消费者的“自决权”(sovereignty of decision-making)。这意味着消费者必须能够就最基本的经济事项进行决定:使用哪些服务,怎样去消费,以及如何利用自己的信息和数据。^[79]如德国联邦最高法院在脸书案中指出的,数据选择权不仅是隐私保护规则,而且是一项竞争法上的和宪法性的权利。这包括平台应提供给消费者其所需要的产品或服务,而非强加给消费者各种强制性要求。^[80]

欧盟的《数字服务法提案》被认为是一部数字领域的消费者保护立法,该提案中的几乎所有规定均围绕着平台与用户间的不平等关系展开,对处于强势地位的平台附加更多义务,对处于弱势地位的用户(尤其是个人用户)赋予更多的保护性权利。这种数字领域的消费者保护模式,也值得我国借鉴。

(二) 管制机构与管制对象

管制中存在管制机构与管制对象两类主体。一些美国学者主张建立专门的平台监管机构,^[81]中国面临类似的问题。虽然我国目前参与互联网监管的部门较多,^[82]但还没有专门管理互联网平台的机构。一个具有广泛监管职能的机构显然无法确保实现有效监管,而多个监管机构之间易存在管理职能上的冲突,无法高效地完成监管目标。我国反垄断执法曾经历多头监管导致无法有效落实反垄断法的局面,后经机构改革由国家市场监督管理总局统一行使反垄断执法权。对平台进行管制的机构需要具备高度的专业性、特定的监管权力和职能,配备熟悉互联网行业的各类专家。管制机构可以根据行业特性和动态制定标准,出具行业报告和行为指南,可以要求平台向其定期报告行为,进行实时监控,包括向其公开算法和进行信息披露,甚至可以派遣官员入驻大型数字企业。同样重要的是,政府的监管权力应当被明确界定,防止因监管主体混乱以及滥用监管权力对市场造成负面影响。

[75] Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services.

[76] Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005, amended by Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019.

[77] 参见前引[58], Werbach文,第144页。

[78] See Adam Candebub, *The Common Carrier Privacy Model*, 51 U. C. D. L. Rev. 811 (2018).

[79] 参见前引[4], Marsden报告,第46页;《联合国消费者保护指南》(United Nations Guidelines for Consumer Protection)第三部分第5段第h项。“信息自决权”的概念参见《欧盟基本权利宪章》第8条。《通用数据保护条例》第6条第1款第(a)项规定了一定程度的信息自决权。

[80] BGH, Beschluss vom 23. 6. 2020, KVR 69/19 - Facebook.

[81] 参见前引[12], Wheeler等文,第37页以下。

[82] 国务院办公厅在《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)中,在各项要求下分别列出了负责单位,涉及较多部门。

此外,管制机构所能采取的执行措施必须积极有效。以经济处罚为例,欧盟《数字平台法提案》第26条规定,监管机构可以对“守门人”处以不超过其上一财政年度总营业额10%的罚款。普通立法中的行政处罚无法达到反垄断意义上的处罚力度。有观点认为,我国电子商务法第35条可以弥补反垄断法的不足,不单适用于规制平台强制要求商家“二选一”的行为。^[83]但根据该法第83条规定的处罚标准,这种处罚力度与平台经营取得的收入不成比例。而从我国行政处罚机构近年来在实际执法中对情形、金额以及执法频率的掌握看,行政处罚也确实无法有效触动平台利益。反垄断执法一直以来也存在处罚较轻的问题。^[84]这一点上,国家市场监督管理总局对阿里集团高额的行政处罚体现出我国近期反垄断的力度,也给未来执法作出了示范。总体而言,管制机构可以采取“阶梯型执法”,区分不同地位的平台,同时设定透明度要求、特定义务(如互联和互操作的要求)、罚金、进一步的结构性或行为性救济(如反垄断式的对兼并的限制)。^[85]这些由轻及重的执行措施,将由管制机构根据企业行为和 market 状况掌握实施。^[86]

从管制对象的角度,还须注意企业的私人性质。在参与公共事务的活动中,政府机构和私营企业的行动目标和行动准则均不同。按照韦伯的法律理性模式,政府机构的权威(及其统治)应建立在法律、理性、声望以及理性的执法之上,而私人企业的首要关切是获取利益,这也是其存在的原因。^[87]企业负担起公共职责,只是特定历史时期的一种妥协。这点影响着法律对其的要求。在论证平台的公共性和应承担的义务时,有观点认为网络平台具有准行政权,对其进行监管应当借鉴公法规范公权力的经验。^[88]不过从平台权力的性质便可知,虽然平台行使的私权力“具有单方性、命令性、强制性”,但这些均是平台自治权的体现。因此,我们应当借鉴公法规范私人权力的路径,而非借鉴公法规范对公权力的规制模式,这也就意味着不可机械地借鉴譬如比例原则等行政法理论,要求平台满足法律对公共机构的要求。对互联网争议解决(ODR)制度的深入研究也表明,平台组织的争议解决不需要满足司法机构所应达到的公平正义要求,虽然这种要求可能会随着平台的壮大和公共性增强而有所提高,但平台提供的争议解决的价值主要在于为用户提供一种迅速有效、成本低廉的选择。平台的私人争议解决具有很大的优越性和重要价值,^[89]但我国互联网法院和“智慧法院”已经逐渐发展起来,现代化的司法制度将回应人们对数字时代公平正义的更高期待。一言以蔽之,必须注意私

[83] 参见《电商法起草者谈误区:35条非专门二选一条款,也可规制垄断行为》, https://www.sohu.com/a/338489738_161795, 2020年7月4日最后访问。

[84] 2020年12月14日,国家市场监督管理总局对阿里、阅文和丰巢三家公司三起未依反垄断法申报违法实施经营者集中案作出行政处罚决定,分别处以50万元罚款。这已是目前反垄断执法机构在现行法律框架内能够作出的最高罚款。《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》在第55条“法律责任”部分,将针对经营者集中的处罚上限修改为企业上一年度销售额的10%。

[85] 美国在对电力行业的管制中适用《公用事业控股公司法》(Public Utility Holding Company Act, PUHCA)来阻止所有权合并。美国在对银行业实施公用事业管制的过程中,也采取了类似做法。Harold Feld报告中提出,在管制中应对纵向和横向合并进行限制。参见前引[7], Harold Feld报告,第88页以下。

[86] 参见前引[4], Marsden报告,第73页以下。

[87] 参见[法]克里斯托夫·德费耶:《君主与承包商:伦敦、纽约、巴黎的供水变迁史》,唐俊译,社会科学文献出版社2019年版,第264页。

[88] 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43页以下。

[89] 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1059页以下。

权力的特性，公用事业企业承载着社会福利最大化和企业利润最大化的双重目标。这是正确理解公用事业理论、进行监管并保持私主体经济和社会活力的关键。具体制度设计上，需要充分尊重企业的私人性质，用私法规范企业的行动细节，用公法设计企业基本的行动框架，形成公私法的双重权力制约和权利保障体系。

四、管制与反垄断法的结合与协调

（一）管制与反垄断法的结合

美国“进步时代”同时催生了反垄断立法和公用事业管制浪潮，反垄断法与管制便一直共同服务于反垄断的目标。我国早有学者在论述电信行业的反垄断问题时指出，就自然垄断行业内某个环节的垄断市场结构来说，如果垄断性的市场结构是现实经济技术发展的必然要求，那么对其垄断行为的事前规范就比对垄断结构本身的禁止及垄断行为发生后的事后救济更具合理性。管制和反垄断法的适用不应彼此消长替代，而可共同适用且各有侧重：前者是控制性和政策性的，通过法律规范来控制行为的过程，侧重维护事前和事中的市场秩序；后者是救济性和随机性的，通过法律规制来救济行为的结果，侧重校正事后的市场秩序。^[90]

实际上，讨论管制和反垄断法的关系可以从两种角度切入，一种是如我国学者在传统公用事业改革语境下探讨的，如何在管制公用事业时引入反垄断法，另一种是如我们当前在数字领域反垄断语境下探讨的，在仅有或者仅强调使用反垄断法工具的情况下，如何引入行业管制法。但无论从哪种角度切入，最终都聚焦于同一个问题，即对于特定行业，管制与反垄断法作为两种监管工具应如何结合与协调。

笔者认为，在数字市场的监管中，管制能够增强反垄断执法，二者可以有机结合。理由如下：第一，不同于反垄断法的实施逻辑，管制是事前和事中监管：管制机构将根据监管的必要性，预先设定规则并确保管制对象符合要求。通过管制，我们可以规划数据市场的整体图景，包括清晰地划定可接受的竞争界限，提供法律上的确定性，并对平台利益、消费者利益及社会利益进行结合和平衡。在谨慎设计的情况下，管制可以限制甚至预先阻止损害效果的发生，降低其对数字市场活力的影响，这在事后救济代价较高或无效时显得尤为重要。同时，要求企业事前合规与让其事后受到处罚所传导的压力不同，前者向企业传导的压力更大。此外，拆分等结构性救济方式具有较大的破坏性，反垄断执法机关选择这种方式的意愿不高。而为实施这种具有较大破坏性的救济，又需要持续的监控，这并不是反垄断机构所擅长的。如将这项工作交给专业的行业监管机构，对消费者应该更为有利。^[91]对大型数字企业采取公用事业管制，一方面可以弥补反垄断法实施的真空，另一方面在一定时期内令大企业维持其地位并更好地服务社会大众，也可以保护众多依赖于其产品和服务的用户。

第二，有效的反垄断执法要求有效的救济。经济处罚可以对过去的损害予以补偿并警示未来的越轨行为，但无法恢复被破坏的市场结构。反垄断机构若想恢复竞争，就必须引导或施加结构性救济，而这种救济的实施通常要求较为详细的、技术性的监控并可能持续若干年。数字市场变化快，由反垄断机构或法院来进行反垄断，经常限制了执行效率，而被授权的管制机构

[90] 参见张占江：《自然垄断行业的反垄断法适用——以电力行业为例》，《法学研究》2006年第6期，第64页。

[91] 参见前引〔51〕，Stigler Committee on Digital Platforms 报告，第104页以下。

却可以更迅速地展开行动。此外,行业监管机构熟悉行业情况,能够获取实时数据,可以在反垄断机构执法前监控企业行为并将信息和数据传送给反垄断执法机构,使之可以利用数据更为迅速地进行反垄断分析。目前大型数字平台造成的一个重要危害是限制市场准入并由此导致市场缺乏竞争,因而许多监管的建议都针对直接降低进入壁垒,还有一些旨在解决那些通过反垄断执法所解决不了的问题。在机制设计上,管制可以借鉴反垄断法的做法,因而在管制和反垄断法中出现类似的措施也不足为奇。总之,虽然二者执法方式不同,但可以相互协作,共同服务于反垄断的目标。

第三,管制中的企业“占有支配地位”不同于反垄断法实施下的企业“占支配地位”。反垄断法的救济建立在个案审查之上,而管制是普遍性的、一般性的。政府在启动反垄断执法时,总是承担举证责任,且每当政府指控一个公司或一项新的违法行为时,都必须建立起“企业拥有垄断力量以及垄断力量由非法手段获得”这样的逻辑链条。这不取决于之前案件中的认定,而是在每次提出反垄断指控时都必须重新加以证明。这在私人提起反垄断诉讼时会更加困难。而在行业监管下,管制机构将在一般意义上节制企业的垄断权力,不管这种权力是通过何种手段获得的。由管制者认定企业占支配地位并非一次性事件,无需重复性地建立规则,而是由其定义并认定某个企业的行为是否符合该定义。一旦符合,为避免受到监管,潜在的受管制对象必须表明其不再利用市场力量。这就降低了管制机构的证明难度,实现了举证责任的倒置,从而更有利于执法。

(二) 管制与反垄断法的协调

当管制和反垄断法同时适用于某一产业时,还要具体协调二者之间的关系。受管制产业的豁免依产业不同而不同,但其基本原理是,管制法规本身会保护公众免受垄断行为的伤害。^[92]美国建立了反垄断法的适用豁免制度,法院在针对公用事业(以及其他受管制行业)提起的反垄断诉讼中,要考虑管制法规的适用。^[93]日本的禁止私人垄断及确保公正交易法,并未明确地将电信业、电力等纳入适用除外的范围,管制与反垄断法在这些领域并存。在电信业的监管中,日本公正交易委员会作为唯一的反垄断执法机构负责反垄断法在电信业的实施,总务省(以及之前的邮政省)作为电信业监管机构负责实施电信业行业监管。两个执法机关互相配合、互补协作,职权划分较为明确,并在职权交叉的领域积极开展合作。^[94]美国电话电报公司(AT&T)经历了垄断、受管制的垄断、反垄断诉讼直至被拆分、不再垄断以及垄断重生的循环,这段历史也很好地说明了反垄断与管制之间交替和结合的动态关系。对于管制机构而言,管制一个垄断行业的目的是要比没有管制时更能提高效率,减少其他负面影响,提高社会福利。因此管制机构的首要任务是,清楚何时进行管制而何时放松管制。

我国社会基础和产业结构不同于西方国家,但近年来公用企业的反垄断在理论和实践中也成为热点,直指行业管制和反垄断法的制度区分和衔接问题。最高人民法院指导案例79号吴小秦诉陕西广电网络传媒(集团)股份有限公司捆绑交易纠纷案^[95]在处理公用事业和反垄断的关系上,具有代表性意义。该案中,最高人民法院对广电公司作为公用企业所实施的搭售

[92] 参见前引〔23〕,维斯库斯等书,第65页。

[93] 参见前引〔33〕,Phillips书,第673页。

[94] 参见游钰:《公用事业反垄断利益关系研究》,法律出版社2017年版,第194页以下;李慧敏:《电力产业反垄断法适用问题研究——对日本电力自由化改革的考察》,《价格理论与实践》2017年第11期,第36页。

[95] 最高人民法院(2016)最高法民再98号民事判决书。

行为直接适用反垄断法，忽略了广电公司的公用企业性质，没有从反垄断法适用除外的角度正确理解公用事业管制和反垄断法之间的关系。由于公用企业具有法定的垄断地位，在反垄断法实施中可以摆脱复杂的相关市场界定以及市场支配地位认定，因此我国实践中涉及公用企业、专营专卖企业的案件在全部反垄断法案件中所占比例很高。但公用事业（如水、电和天然气）或者行业监管（如烟草）均具有合法垄断性，上述指导案例以及与之类似的做法从法律适用的逻辑上无法成立。^[96]实际上，问题首先源于我国反垄断法对于适用范围的规定不够清晰，其第7条并未明确哪些行业属于该法的适用范围，哪些属于受监管行业从而应成为反垄断法的适用除外，学界因此也存在不同认识。^[97]此外，我国产业结构尚在转型升级中，这也影响到反垄断法与行业管制法关系的协调问题。

由于产业传统和对反垄断法与管制关系认识的路径依赖，我国学者研究平台监管的进路并不是由传统公用事业管制扩展至互联网行业，到目前为止的反垄断研究仍主要集中在如何适用反垄断法本身上。笔者以为，在我国不存在对平台进行公用事业管制的障碍，而是存在理论空白，这在互联网领域进行理论和制度创新留出了空间。

总体而言，我国明确了加强平台反垄断的目标，监管思路和具体措施也逐渐成型，但缺乏整体统筹和协调，特别是未明确区分应当适用于所有平台及大平台的监管要求，也缺乏集中针对大型数字企业的管制规定。笔者主张，未来首先应当制定清晰明了的平台管制法，建立独立专业的平台管制专门机构以避免出现“多头管理”问题，并辅以有力而及时的执行措施。同时，应借鉴各方经验，明确反垄断法与管制法规在数字反垄断中的衔接和协调关系。

目前，美国正在考虑同时调整反垄断法和创新监管措施，而欧盟在数字主权的整体战略下，采取了更为积极主动的规制手段。无论美国和中国未来如何监管，欧盟的做法为拥有大企业的两国带来了制度刺激，未来在国际层面也将存在制度博弈。而在一国内部，存在着反垄断法与管制之间的衔接与协调问题，在管制中管制机构又面临着如何能以足够的理性、智慧和动力完成管制目标的难题。每种制度的实施都是一种社会实验，再具前瞻性的制度设计，实施效果也要由时间从事后去检验。但在必须施加严格管制的时刻，清晰的规则和积极的实施虽然可能被认为是武断的、不完美的，却是回应当时社会需求的最好选择。^[98]

余论：话语转变与共识形成

福柯的话语理论揭示了话语与权力之间的同一性关系。世界是权力建构的产物，不同权力的所有者，都试图构建对其有利的知识结构和话语体系。互联网时代的权力是分散的，政府、大企业、大众之间权力的博弈塑造着社会话语及其转向。人们从传统规制理念发展到平台规制理念，从停留在互联网企业营造的美丽新世界到认识平台的问题并试图摆脱当前平台治理的无力状态，从将反垄断法作为规制垄断的唯一工具拓展至诸如公用事业理论等其他理论、发展出强有力的新政策工具，这些都反映出社会认知和话语上的转变。而话语转变亦将反作用于社会

[96] 参见前引〔15〕，李剑文，第154页以下。

[97] 参见王晓晔：《〈中华人民共和国反垄断法〉析评》，《法学研究》2008年第4期，第70页以下；前引〔94〕，游钰书，第2页，第78页以下。

[98] See David Skeel, *Icarus in the Boardroom: The Fundamental Flaws in Corporate America and Where They Came From*, New York: Oxford University Press, 2006, p. 44.

建构。

当前最大的冲突是竞争、创新以及经济快速发展与人的社会生活基本价值之间的矛盾。人们已经厌倦了标榜创新而逃避监管的叙事，必须在一个中性的层面上表述和理解技术及创新，并深刻理解平台如何与人的生存息息相关。弥合数字鸿沟，建立网络空间的共同体，已经受到各国社会的普遍重视。智能手机和上网权便是进入当今社会生活的通行证。算法的进一步发展还将大众排除在决定权之外。互联网不再是其发展早期网络自由主义者设想的自由、创新、平等、公益之地，不可能永远不受法律的规制和政府的管辖。相反，任何信息都可以被操纵。人们开始谈论“算法黑洞”“智能陷阱”，强调“数字人权”“数据主权”。

这个时代需要强调人本身的价值。康德说，人是自身的目的。波兰尼说，经济繁荣无法带来自由。公用事业理论是这些理念在互联网时代的落脚点，亦是起点。公用事业管制，强调公法和政府在互联网监管中的重要作用，不仅要监管经济，同时也强调对个人生活空间和基本权利的保护。

在技术发展推动社会变革的转型时期，科技企业和技术专家似乎在这个时代的动力系统中扮演了决定性角色，技术替代了法律，平台正在书写和制定现实中的法律，法律建构和法律职业传统受到前所未有的挑战。在这个时刻，我们要特别强调社会科学所能提供的精神养分和力量，促成思想转化和创造共识。在社会转型时期，这也许更甚于直接提供实用性的知识和解决实际问题的具体方法。这就是笔者为什么要对以经济学为基础的反垄断及其方法进行反思，对技术的中立性进行反思，对公用事业概念进行溯源和再发现。法律是经验主义的，法律是共识，法律的建立是寻找共识的过程。我们可以通过新公用事业管制的社会实验来寻找和建立网络社会中新的共识，在探讨与争论中，对技术、人的基本权利和资本主义叙事进行更为深刻的思考。这就是理念和实践上从单纯的经济反垄断到社会治理的整体转变。

Abstract: Government regulation of the economy has always been an antitrust method parallel to the antitrust law. To fully address the problems caused by the monopoly power of digital giants, a new regime should be created to regulate these giants as if they were public utilities. The combination of the regulation of public utilities and the antitrust law will strengthen the antitrust law enforcement. Since the regulation of public utilities is able to realize broader social management goals in addition to promoting competition, the digital platform regulation policy that combines antitrust law and regulation law has transformed itself from a purely economic antitrust policy into a broader social regulation policy that will better respond to the current social demands. The new public utility regulatory framework should contain three key elements: freedom of competition, non-discrimination and consumer protection. Meanwhile, China should establish a new independent regulatory agency with adequate professional expertise, clarify the position of private enterprises in this regulatory system, and properly combine and coordinate antitrust law and regulation law.

Key Words: platform antitrust, regulation of public utilities, platform neutrality
