

从开放资源到基础服务： 平台监管的新视角

胡 凌

摘 要 数字经济研究者往往忽视了推动生产要素背后的力量，即那些汇集众人之力产生大量交易和相关数据，通过智能算法进行分析，使生产/交易更加自动化和高效的力量，这种力量来自不断演进生成的“平台”。有必要探讨（特别是中国语境下）互联网平台的一般性理论，将资源、数据、算法和基础服务视为构成平台经济的核心要素，希望加深对平台经济的理解。除了传统上讨论较多的资源、数据、算法外，应将平台基础服务放在重要位置，这是推动创新的引擎，也是影响互联网治理规则和监管的重要要素。监管的目标是使整个经济具有活力，不仅涉及为市场主体减轻负担，还包括在平台之间推动资源的有序自由流动。因此，未来互联网监管政策的重点应放在推动资源有序流动和增强平台基础服务能力上面。

关键词 平台 分享经济 基础服务 平台责任 监管

作者胡凌，上海财经大学法学院副教授（上海 200433）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2019)02-0096-13

一、引言：互联网平台的兴起

大众媒体常用一些词来反映信息资本主义的时代特征，如“大数据时代”“分享经济时代”“人工智能时代”。^① 这些词或多或少体现数字经济的某些侧面，但往往忽视了推动这些要素背后的力量，即那些汇集众人之力产生大量交易和相关数据，通过智能算法进行分析，使生产/交易更加自动化和高效的力量，这种力量来自不断演进生成的“平台”。就互联网法律而言，一个主要议题是用户在线行为规则，晚近的趋势则是平台企业逐渐成为重要的市场主体，甚至是主导数字经济不可或缺的主体，相关法律法规和研究也在不断增加。^② 然而，“平台”也是一个多少被滥用甚至误用的术语，它有时和信息技术、分享经济联系起来，在不同意义上使用，尽管在互联网产生之前这一概念或代表的初级经济形态就已经出现；^③ 有时又特指像 BAT（百度、阿里巴巴、腾讯）这样提供商业和社会生活“基础设施”的巨头公司。

① 此类意识形态的效应远远超越了二十年前的“硅谷意识形态”，还在源源不断地通过大众媒体制造出来。

② 例如，阿里研究院编：《平台经济》，北京：机械工业出版社，2016年；Geoffrey G. Parker et al., *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You*, W. W. Norton & Company, 2016; Alex Moazed and Nicholas L. Johnson, *Modern Monopolies: What It Takes to Dominate the 21st Century Economy*, St. Martin's Press, 2016; 王勇、戎珂：《平台治理：在线市场的设计、运营与监管》，北京：中信出版社，2018年。

③ 传统的超市和集市某种意义上也是一种平台，但和互联网企业能够调动处理的资源和提供的服务不可同日而语，平台是不断演进着的经济形态。

一些法学和经济学文献对平台及其经济形态的不同面向进行了研究。首先，从定义上看，“平台”一词被广泛使用在管理学、产业经济学等领域^①，指由企业运营的、由若干基础服务支撑的交易空间和生态系统。从梯若尔以来的经济学家指出，“双边市场”作为平台经济形态的重要特征和创新的商业策略，并就这一特征在不同领域的表现形式进行了大量研究，如媒体、互联网、支付卡、交易所等，涉及定价、开放策略等广泛议题。^②特别是当平台规模变得更大，双边市场进一步变成复杂的多边市场，这为反垄断法中精确界定相关市场和采取反垄断行动带来了认知和行动上的困难。^③其次，Yochai Benkler 等法律经济学者指出平台经济的特点在于以信息技术为基础的“同侪生产”（peer production），是一种新型的社会生产方式，这突破了科斯关于企业边界的论述，解释了聚合社会中的“认知剩余”（cognitive surplus）如何导致商业互联网兴起。^④第三，法律学者更多地讨论“平台责任”，意在处理互联网平台和运行于其上的生产性资源的关系，现有研究集中在信息内容服务、电子商务、P2P 网贷、网络约租车、网络食品交易、网络广告等不同领域，除了延续多年前讨论网络服务提供商的侵权责任思路外，还扩展到平台的行政义务和监管责任上。^⑤由于“平台责任”一词没能反映平台企业的特殊性，且在不同领域有不同程度的要求，尚未形成一个统一理论。尤其是电子商务平台是一种最为常见的平台形态，研究者从监管角度进行了诸多探讨。^⑥但平台对交易过程和市场产生的影响则尚未达成共识。

有必要在探讨互联网平台的一般性理论，将资源、数据、算法和基础服务视为构成平台经济的核心要素，希望加深对平台经济的理解。除了传统上讨论较多的资源、数据、算法外，平台基础服务应当放在应有的重要位置，它是推动创新的引擎，也是影响互联网治理规则和监管的重要要素。监管应当使整个经济更具活力，就不仅涉及为市场主体减轻负担，还包括在平台之间推动资源的有序自由流动，减少阻碍。数字经济时代以个体为单位的大众创新，主要围绕着上述四个构成要素开展竞争。其竞争态势会推动平台企业向不同方向变化，例如围绕资源和数据展开的不正当竞争会驱动平台进一步封闭，避免要素开放，从而潜在地影响创新规模；而缺乏基础服务资质的开发者只能依附于大型平台，租用后者服务，也减少了商业模式的可能性（尽管就社会整体而言风险降低）。如若改变这一市场结构，提升创新空间，至少有两个不同的监管思路：其一是维持少数平台寡头的垄断地位，要求其分享数据和基础服务，并承担更多监管功能，由平台之上的开发者相互竞争；其二是依靠市场力量，推动资源在平台间流动，如允许用户转移数据、放松牌照管制，以推动更多新平台崛起，围绕基础服务展开竞争，提升消费者福利。因此，本文主要探讨构成平台的四大要素（特别是基础服务）如何逐渐出现，成为数字经济的常态力量，以及各要素如何影响平台竞争中的创新和市场结构，现有监管和法律保护是否能够起到足够的作用。

二、平台企业的性质

（一）平台的内涵与外延

平台产生的背景是生产进一步社会化，而生产社会化的前提是完善的基础设施，否则交易费用和创新成本都会比较高，经济规模也不会快速增长。平台经济是中西方互联网发展到一定阶段的产物，但改革开放以来中国市场的特殊性在于线下用于支撑大规模市场交易的基础设施不发达，特别是服务于小规模群体

① 早期关于平台的研究因对象的特定性，主要集中在 IT 技术产品上，以 Carliss Y. Baldwin 为代表的产品“模块化”理论是平台研究的主要面向。参见 Carliss Y. Baldwin and Kim B. Clark, *Design Rules: The Power of Modularity*, The MIT Press, 2000.

② Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets,” *Journal of the European Economic Association*, Volume 1, Issue 4, June 2003; David S. Evans and Richard Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press, 2016.

③ David S. Evans and Richard Schmalensee, “The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform,” in Roger Blair and Daniel Sokol(eds.), *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, Oxford University Press.

④ Yochai Benkler, “Coase's Penguin, or, Linux and ‘The Nature of the Firm’,” 112 *Yale Law Journal* 369(2002); *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006.

⑤ 刘文杰：《从责任避风港到安全保障义务：网络服务提供者的中介人责任研究》，北京：中国社会科学出版社，2016 年；周学峰、李平主编：《网络平台治理与法律责任》，北京：中国法制出版社，2018 年。

⑥ 赵鹏：《平台、信息和个体：共享经济的特征及其法律意涵》，《环球法律评论》2018 年第 4 期。

甚至个人的基础服务有相当大的扩展空间,而私人主导的互联网企业有动力和能力重新打造、甚至超越传统上为大型企业和商业活动服务的基础设施服务,后者往往由国有企业运营,对信息技术带来的变化不甚敏感。同时,线下牢牢掌控大量资源和市场的企业巨头并不多,各行业很容易受到信息技术的冲击和改造。

信息技术为大众创新创业提供了空间和工具,而平台是这一切的中介和推手。在形态上,平台可以是硬件终端、操作系统^①、应用程序 App、客户端软件^②、浏览器、搜索引擎^③,或是一个网站。重要的不是外在形态,而是它们背后共通的东西,即允许大量创新和服务实现的技术和商业服务底层架构。传统的底层架构包括行业标准、基础通信设施、金融机构、交易所等,众多中间人起到了沟通交易信息和推动交易完成的功能。^④在互联网平台上,从生产到消费的诸多中间环节被消解,平台企业统一提供强有力的交易基础服务,它们在内核上是技术服务,后来延伸至更多领域。这些利用信息技术低成本运作的基础服务对平台企业而言具有明显的价值:(1)使生产和消费之间的环节变得更短更快,价值生产迅速超越传统组织;(2)将“无组织”的零散市场要素尽可能组织起来,形成持续稳定的生产活动^⑤;(3)对有能力提供更多基础服务的平台而言是一种竞争优势,使无能力提供的企业只能依附于大型平台,租用其服务,同时进行不同形态的价值交换(如数据交换)。

从经验来看,平台经济的核心构成要素包括(见图 1):

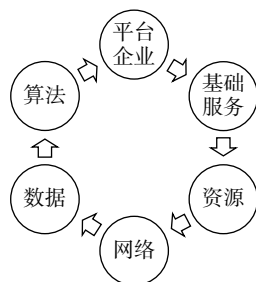


图 1 平台经济的构成要素

注:(1)经由信息技术降低交易成本而不断增长的生产性资源,被纳入各种交易网络中,形成交叉补贴的双边市场;(2)伴随前者的活动产生的大量数据;(3)使用算法对数据进行动态分析预测,帮助提升交易效率;(4)平台企业提供和不断改进的基础服务。

按照这一视角,平台能够基本涵盖所有基于互联网开展业务的企业实践,越来越多企业家和创业者清楚认识到平台型企业的优势和成本。平台不只是像 BAT 那样的寡头企业,而是体现在各种类型的互联网服务中,例如搜索引擎、社交媒体、电子商务以及更广泛的“分享经济”。体量和市场占有率不是判断平台企业的主要标准,尽管我们可以根据体量和模式进行类型化,只有同时具备前述四要素的企业才能放在“平台”这一框架下讨论,而某项要素较弱或缺失的服务专门化企业则很难被视为平台,例如一个纯粹的数据服务公司或快递公司。平台是一个生产过程和基础能力的有机整体,而非一个静态目标。从这个意义上讲,有些企业是更加“规范的”平台,它们提升了平台企业市场的标准,并内化为自身的核心竞争力。

(二) 平台的法律属性及其结构

平台在现行法律上的定义是“在网络交易活动中为交易双方或者多方提供网页空间、虚拟经营场所、

① 安娜贝拉·加威尔、迈克尔·库苏麦诺:《平台领导:英特尔、微软和思科如何推动行业创新》,广州:广东经济出版社,2007年。

② David S. Evans, Andrei Hagiu and Richard Schmalensee, *Invisible Engines: How Software Platforms Drive Innovation and Transform Industries*, The MIT Press, 2006.

③ 斯特凡·韦茨:《搜索:开启智能时代的新引擎》,任颂华译,北京:中信出版社,2017年。

④ Marina Krakovsky, *The Middleman Economy: How Brokers, Agents, Dealers, and Everyday Matchmakers Create Value and Profit*, Palgrave Macmillan, 2015.

⑤ 这个过程反而被一些强调个体力量和赋权的著作遮蔽了,例如 Clay Shirky, *Here Comes Everybody: The Power of Organizing Without Organizations*, Penguin Press, 2008.

交易规则、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信息网络系统”，这主要是根据其在交易过程中的功能来规定的。^①随着互联网的进一步发展，该定义越来越难以体现平台经济的复杂性。首先，平台超越了传统企业组织，使企业能够以低成本管理传统企业边界外的生产和市场交易行为，并利用平台上各类活动获取经济价值，把内部管理生产要素的成本外化为平台上的交易成本，是新型产业组织形态。事实上，即使互联网降低了社会范围内的信息成本，如果离开诸多支撑现代市场运作的基础设施，仍只会停留在依靠赚取广告收入的“媒体”层面。互联网将生产和销售环节无缝连接在一起，使商品/服务的信息直达消费者，但销售、支付和流通成本仍然存在，在一段时期内仍然需要由某个市场主体在特定地域范围内提供这种公共品，这是平台企业存在的重要原因。从这个角度看，平台不过是进一步延伸了互联网发起的信息革命，为生产社会化提供有力支撑。

其次，平台本身具有市场属性^②。双边市场理论较好地解释了生产性资源如何微观地通过交叉补贴吸引到平台上。平台通过技术以一站式入口的方式将多个服务集成在一个客户端软件或应用程序中，不断扩大服务范围和市场数量，不同的市场相互影响，形成相当复杂的市场体系，扩大了平台的价值。平台的出现帮助我们重新理解市场。传统的市场出现在集市、商场、连锁超市和交易所，其本身的形成是各种社会力量不断影响、聚合交易的结果。^③互联网平台以一种更加可见的方式调动资源，向市场施加比传统企业更广泛深入的影响力。平台的力量不在于对市场份额的简单占有和控制，而是通过实质性的投入推动市场交易便利化和理性化，信息更加对称，并使创新得以可能。^④

第三，对交易的控制力。平台事实上对在线生产和交易具有一定程度的控制和管理权（部分来自行政义务），巨头平台甚至足以影响整个特定市场或相当的份额。如果说平台在发展早期调动的是传统经济组织无法有效利用的闲置资源，那么在平台成熟后就有能力根据更充分的信息重新组织生产链条，完成上下游产业的整合。在一个由智能算法驱动的平台，生产和销售会变得更加流程化和现代化，创造出传统企业和线下市场无法比拟的竞争优势。同时，一些平台对市场要素的定价有很大影响，甚至被质疑利用信息不对称榨取消费者和生产者剩余。^⑤这样一种私人权力超越了传统企业，越来越成为互联网治理中的重要主题。^⑥

此外，平台已经在不同意义上被称为“基础设施”。例如马云倡导的商业基础设施，或者根据《网络安全法》，有相当数量的互联网平台企业可被认定为关键信息基础设施，受到特殊监管和保护。^⑦目前构成平台基础服务的诸多功能都不是特殊的，也谈不上自然垄断，都可以在法律和技术允许的范围内竞争，以模块化方式排列组合加以使用。将平台视为基础设施重在强调安全标准的提升和确保服务的不间断性，并不意味着忽视平台一级市场和二级市场的动态竞争，也意味着固化巨头企业的市场地位。

平台经济生产延续了早期互联网生产的基本特点，变得更加强劲和复杂。首先，大量围绕线上和线下服务的交易和合作活动（包括传统线下劳动和线上“非物质劳动”^⑧）经由信息技术以低成本聚合在平台上，产生出大量价值，范围不断从比特转向原子，扩展到从制造到服务的各个经济行业与社会非经济领

①《网络交易管理办法》第三条，《网络交易平台经营者履行社会责任指引》第二条，《互联网食品药品经营监督管理办法（征求意见稿）》第二十三条，《电子商务法》第九条。

② 阿鲁·萨丹拉彻：《分享经济的爆发》，上海：文汇出版社，2017年。

③ Ray Fisman and Tim Sullivan, *The Inner Lives of Markets: How People Shape Them—And They Shape Us*, PublicAffairs, 2016.

④ 从这个意义上讲，平台经济延续了韦伯意义上的社会生活“理性化”的过程，使比特、原子、金融、劳动都以同样节奏流动起来，这个过程最终靠智能算法/人工智能加以更自动化的统合。

⑤ 因为在消除其他产业链中介后，平台本身成为唯一的中介。一个批评见 Anna Bernasek and D. T. Mongan, *All You Can Pay: How Companies Use Our Data to Empty Our Wallets*, Nation Books, 2015. 依据不同的行业惯例仍然会有新中介存在，比如直播平台上的公会，起到经纪人的作用，并有能力和平台协商谈判。

⑥ 对私人权力的系统讨论，参见周辉：《变革与选择：私权力视角下的网络治理》，北京：北京大学出版社，2016年。

⑦《网络安全法》第三章第二节。

⑧ 拉扎托：《非物质劳动》，许纪霖主编：《帝国、都市与现代性》，南京：江苏人民出版社，2005年。

域。^①经平台调动的生产性资源原本隶属于传统生产组织,按照传统生产方式匹配生产,对既有财产权利和合约的侵犯形成了新的利益群体和利益冲突。^②如何让大量非专业化的生产者产生经济价值,同时降低监管运营风险,对非雇佣关系的劳动者进行有效管理就成了所有平台企业需要平衡考虑的问题。平台一方面依靠流量吸引投资和眼球,一方面尽可能探索持久的盈利模式,将不适合长期专业化生产的业余用户逐渐排除在平台红利之外。^③平台向普通企业/个人提供的服务不单纯是简单的 IT 化,而是重塑生产和需求,提供深层次技术服务和信息服务。其次,在线交易过程产生了大量可被记录、存储、分析使用的数据,这些数据是在线活动的副产品,是人类行为不断生成的可追踪的外部性,并被用于预测行为人未来的偏好和行为选择,进一步推动在线交易。平台促成了数据从更具人身性质的隐私/个人信息向非人身性质的数据商品的转变。平台企业集聚的海量数据形成了集体性的数据池 (data pool), 其分析使用较个人而言更有优势,也更有效率。平台依靠对大数据的不断分析提升匹配预测的精确程度,促成更多的交易。^④最后,随着交易量和数据量的增加,越来越需要自动化的智能算法帮助管理线上交易过程,或动态推送信息内容和广告,并需要大量新型算法挖掘数据,发现新的盈利空间。人工智能在这个意义上是生产性的,它深深嵌入生产过程中,服务于平台经济。^⑤

上述生产过程引出了平台和其上资源的关系,需要一整套适合平台生产的法律结构确保其合法性。对平台而言,内在法律结构还应当包括如何高效有序地组织并服务于生产和交易活动,这就是基础服务的重要功能。

三、从平台基础服务理解法律责任

(一) 平台基础服务的演进

平台基础服务的出现是为了处理大量“无组织的”生产性资源,它是数字经济演化的内生结果。某些基础服务本应属于通常意义上的普惠基础设施或公用事业(如支付、物流、金融、征信),但无法适应和满足数字经济发展的需求;而传统上不被认为是基础设施的公共服务(如认证、纠纷解决)也可由平台提供。这两类服务都可以统称为平台基础服务。经济学研究早已表明,能够以低成本与社会成员分享的高效基础设施服务有利于降低整个社会的交易费用,这在互联网时代成为现实。^⑥本文更关注新型基础设施和普遍服务如何由私人平台企业主导建立起来,并上升为体现国家意志的法律。

从经验看,核心的基础服务大致可以分为九类(技术服务、数据储存/分析、支付/结算、物流、认证、信用评价、金融服务、纠纷解决、行为管理/调控,如图 2),它们在时间上并非同时出现,在不同的平台差异较大^⑦;往往是平台交易越发达,市场复杂程度越高,越需要更多基础服务介入交易、降低交易成本。有些基础服务是平台自行选择的结果,有些则是法律的强制要求。

通常认为自然垄断性质的基础设施需要大量一次性前期投入,这无法涵盖平台经济时代公共品服务的复杂过程。相比之下,基础服务成本不必然由平台企业自行提供,可以采取外包或 C2C 模式,给予用户更多的选择权。平台企业针对某项基础服务选择是否采用 C2C 模式和以下因素有关:(1) 路径依赖;(2) 缺

① 例如,按照商业逻辑运行的社交网站就改变了人际交往的规范,签到点赞文化盛行,人们在更多连接之后变得更孤独。相关反思见雪莉·特克尔:《群体性孤独》,周逵、刘菁荆译,杭州:浙江人民出版社,2014年;Jacob Silverman, *Terms of Service: Social Media and the Price of Constant Connection*, Harper, 2015.

② 胡凌:《非法兴起:理解中国互联网演进的一个框架》,《文化纵横》2016年第5期。

③ 例如,通过竞价排名、提供补贴、依托声誉机制打分等设计,甄别出用户是更专业的生产者还是普通爱好者,前者用经济利益加以激励,后者则用伦理观念加以鼓励。

④ 阿里巴巴数据技术及产品部:《大数据之路:阿里巴巴大数据实践》,北京:电子工业出版社,2017年。

⑤ 胡凌:《人工智能的法律想象》,《文化纵横》2017年第2期。

⑥ Brett M. Frischmann, *Infrastructure: The Social Value of Shared Resources*, Oxford University Press, 2013.

⑦ 这九种的选取只是就一般平台而言,不同场景下会有不同,例如地理位置和导航服务对调动线下资源的平台(如专车)来说更关键。从架构的视角进行的解释,参见胡凌:《论赛博空间的架构及其法律意蕴》,《东方法学》2018年第2期。

乏相关牌照资质；（3）为增强自身控制力，凸显平台服务特色，不太会在自己的优势领域开展；^①（4）因技术成本降低而从 C2C 转向 B2C（或相反）；（5）为避免直接侵权责任而进行成本权衡。通过外包，平台的某项基础服务在核心服务之外形成了新的二级市场，但平台仍需要在外包基础上掌握控制力（特别是数据）和协调力，以便为其核心交易服务提供不间断支撑。平台基础服务就是通过各种复杂的二级市场之间的互动而动态演进的，这也表明构成平台的基本要素都可以还原成相互关联影响的多边市场（而不简单是“模块”的拼接、叠加和绑定）。从这个意义上说，平台企业是基础服务的集合，相关监管需要还原到不同领域，针对不同服务特点；同时，单一领域的监管也无疑会对其他领域产生难以计算的影响。

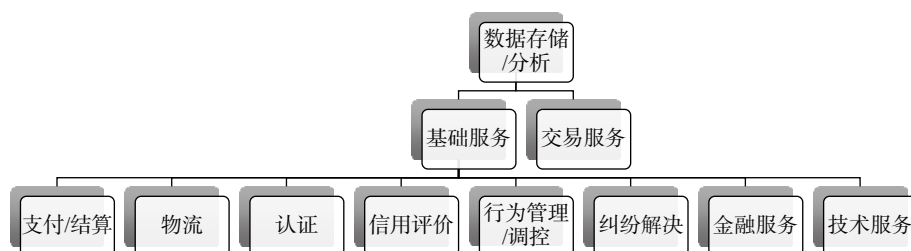


图2 平台基础服务一览

平台基础服务支撑了生产的社会化，使其有别于传统的企业和市场。一方面，这些基础服务的边际效用递增，而边际成本接近于零，能够支持不断扩大的不同领域/地域的市场交易，远远超出受限于成本的有边界企业能力之所及；另一方面，平台企业和市场要素间保持了松散的联系，为后者提供实质性服务，并在一个更大社会范围内对生产过程进行管理和调控，其导向能力也超越传统垄断企业对市场的控制力。从这个意义上讲，平台基础服务是数字经济的重要组成部分，为调配、组织生产性资源服务，它超越了早先 IT 行业简单的平台战略，是一种视野更加开阔的生产组织战略。

现行法律已将一些基础服务确立下来（如技术、数据、认证服务），甚至以发牌方式监管（如支付、物流、征信），使率先进入某个基础服务市场的企业获得竞争优势。^②有资格和能力提供这类基础服务的平台，对资源和数据的吸引力和整合能力就越强，形成富者愈富的局面。平台基础服务投入是昂贵的，新兴企业需要付出更大成本（例如收购）获取牌照，或者直接依附于大型平台。同时也要看到，因技术创新和入口变换导致的基础服务更迭会使市场竞争变得更加激烈和难以预测。^③因技术创新引发的快递送货方式、支付方式的变化，新型网络终端和认证方式的出现等现象都会潜在地重新调整，甚至颠覆既有产业链，推动数字经济发生改变。

（二）平台法律责任与中立性

大量研究集于平台企业的民事与行政责任的种类和程度问题。尽管平台不对其调动匹配的生产资源承担雇主责任^④，仍应对某些类型的在线侵权或非法行为承担较高注意义务或安全保障义务，而另一些情形下承担较低注意义务或避风港责任。^⑤问题在于，关于责任的讨论很难和平台企业的性质联系起来，相关思路要么延续了从 Sony-Napster 案以来的网络服务提供商的责任的讨论，没能看到平台在实质功能上的变化；要么整体上希望贴上“准公共设施”标签，单纯地要求创设新的立法。^⑥

① 像支付、快递和征信那样的基础服务看上去是围绕核心交易行为展开的依附性业务，一旦形成规模和入口，也有能力促进上下游业务的一体化，成为交易链条中的核心环节和新的平台。

② 这是中国互联网立法的常态，先允许互联网企业和资本进行某种商业创新，一段时间后（通常是 1—2 年）市场稳定后出现独角兽公司，并成为市场寡头，再根据现有问题进行技术标准、市场准入、行为规范方面的监管。

③ Christopher S. Yoo, *The Dynamic Internet: How Technology, Users, and Businesses are Transforming the Network*, AEI Press, 2012; 拉里·唐斯、保罗·纽恩斯：《大爆炸式创新》，粟之敦译，杭州：浙江人民出版社，2014 年。

④ 王天玉：《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e 代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》，《法学》2016 年第 6 期。

⑤ 参见刘文杰：《从责任避风港到安全保障义务：网络服务提供者的中介人责任研究》，2006 年。

⑥ 特别由于平台基础服务和传统公共基础设施发生重叠，导致有观点主张模仿欧美反垄断法上的关键设施理论（essential facility）以准公共服务来监管约束平台。

网络中立 (net neutrality) 或技术中立是主张减轻平台责任的一个主要理由。传统网络中立理论讨论的是电信运营商作为传输渠道的责任, 但平台经济有很大不同。^① 如果从市场资源管理的角度理解中立性问题, 就会发现相当多的平台早已偏离了中立的轨道, 有动力组织生产资源并从中获利, 或反之排斥竞争对手的服务。网络中立理论试图将平台与资源活动尽可能分离, 忽视了平台价值的直接来源及其选择资源的自主性; 而另一个极端观点则会将平台及其流动的开放资源视为一个整体, 要求尽可能地对其活动进行审查, 增加了管理成本。几乎所有的平台责任规定都可以 (甚至是随机地) 落在这一光谱的不同位置上。

平台基础服务为这类讨论提供了新视角。作为生产组织形态的平台已经深深介入交易过程, 这不同于通过一个简单软件工具允许信息发布, 任由资源自行匹配。抽象来看, 责任分配应当与平台介入交易过程的程度和能力相匹配, 但实际中很难划定边界。平台责任本质上是平台对无法预期风险的处理和管理成本, 而基础服务 (特别是网规和纠纷解决机制) 可以帮助尽可能降低同类风险, 将承担责任的成本控制一定范围内。而管理成本如果不在事前对基础服务进行投入, 就会在事后风险发生后承担来自各方的压力和责任 (如当事人、监管机构、媒体), 使声誉和经济利益受损。由此一个重要的监管思路是如何推动平台责任从外在转向内在, 提升平台处理纠纷和实现资源有序流动的能力。经验研究发现, 平台企业采取自我规制手段能更好地适应海量信息内容和服务的生产和交易。^② 这隐含了需要强有力的平台基础服务来维护市场秩序, 建立基础数据库和信用体系, 增强监控能力、认证能力、解决纠纷, 从而保持在线活动流程顺畅高效。^③

单纯的侵权责任/行政义务研究未能看到施加平台责任产生的市场动态性影响。^④ 大型平台有能力承担更高的事前审查义务和事后侵权/处罚责任 (甚至提供保险、事先赔付), 而对小平台来说, 同样的法定义务则成为对竞争不利的高昂成本。尽管在法律上很难一刀切地判断何种企业承担何种程度的注意义务 (以及背后相关的资源投入), 我们仍然可以判断法律责任调整对市场结构的影响。在其他条件不变的情况下, 如果一般责任水平按照大型平台可承受的标准设定或提升, 就会在不同领域将更多创业者驱动到大型平台上合作, 使用后者免费的基础服务, 或者离开这些特定高成本领域, 这也是一些大型平台陆续采取开放战略的原因之一。^⑤ 如果按照众多小平台和初创企业的体量降低平台责任水平, 则可以预期有更多的创业者出现, 提升竞争程度, 但会增加监管负担。因此, 将特定责任规则与市场结构联系起来, 比较不同责任水平给市场带来的外部性, 进而在互联网市场快速发展的背景下不断调整优化。事实上, 要求减少平台责任的大型平台很可能从责任提升中潜在地获益, 即获得更多本来可以自由创业的企业资源, 否则这些资源就会投入到与其竞争的小型平台上。^⑥

四、平台诸要素如何影响市场竞争结构

(一) 平台竞争的结构

现有平台责任研究很难从市场结构角度衡量互联网监管目标是否实现。因此, 应当从构成平台的四个

① 参见胡凌:《网络中立在中国》,《文化纵横》2014年第4期。尽管电信基础设施由国企垄断,与大型平台企业的单向合作 (如包月服务免流量) 却一直存在,这也涉及传统的网络中立议题。

② 戴昕、申欣旺:《规范如何“落地”——法律实施的未来与互联网平台治理的现实》,《中国法律评论》2016年第4期。

③ 和十年前相比,大型平台变成了当年它们通过“非法兴起”摧毁的竞争对手,即掌握大量正版影视音乐作品资源的利益群体,有动力加强知识产权保护,以分销方式牢牢控制着文化产业的中枢;它们也更有技术能力监测和打击盗版,迫使盗版形态从深度链接到屏蔽广告不断发生变化。

④ 实际上平台企业 (无论大小) 反对高责任水平的说辞也隐含了如下道理: 即如果平台加强审查, 不仅增加内部管理成本, 也会提高参与门槛, 将部分用户排除在外。这没有看到不同平台间资源的流动 (对大小的影响各不相同), 也没说明平台加强管理和提升用户行为标准并不矛盾。

⑤ 拥有巨大资源和数据的大型平台并非一开始就采用和第三方合作的战略, 要么是因为迫于竞争压力可以动员更多技术力量挖掘数据, 把蛋糕共同做大, 要么是迫于社会压力, 例如腾讯在3Q大战之后才意识到这一点。参见蓝狮子编:《X光下看腾讯》,北京:中信出版社,2011年。

⑥ 这里仍需要具体分析, 如果一般责任水平和被监管/索赔的概率之乘积远低于放任风险发生能得到的金钱收益, 平台就会放任, 使责任要求的事前威慑失效。但就非金钱收益而言 (如社会声誉, 最终仍然反映在股价上), 这种放任给大型平台带来的损害远比小型平台高。这就是为什么“抓大放小”是有效率的。

基本要素——资源、数据、算法和基础服务——出发，观察外部监管是否有助于平衡平台企业市场和要素市场之间的动态关系。互联网行业从一开始跑马圈地到逐渐深入不同领域，一直存在激烈的竞争。竞争关系不仅存在于线上和线下同类行业之间，更存在于互联网行业内部，而且对后者竞争关系认定存在泛化的趋势，即看上去经营不同业务的两个互联网企业之间也可能存在竞争关系，这种认识为法院广泛地应用《反不正当竞争法》第二条原则性条款铺平了道路。^①随着分享经济爆发，可调动的（闲置）资源扩展到更多线下领域，线上与线下企业不断存在着紧张关系。与此同时，以 3Q 大战为标志，平台竞争也开始出现并愈演愈烈，这意味着互联网竞争从单纯的要素市场转向平台企业市场。

现有平台尤其是初创平台围绕资源和数据展开竞争，已经是常态。大量出现的“泛分享经济”企业就说明了这一点。资源（特别是低成本汇聚的免费资源）有助于增加平台人气和流量，由此产生的数据通过算法进行加工，有利于推动平台主营业务，算法在竞争中也起到越来越重要的作用。^②平台竞争的实质就是如何重新在社会中分配既存资源，抢占新增资源，最终取得主导优势地位。

构成平台的四大要素都能实质性地影响平台市场结构，它们构成了企业需要投入的主要成本。这些成本投入的水平由市场环境和法律要求共同确定，会无形中把部分企业和创业者阻拦在市场之外，推动市场要素一定程度地集中。概括来说，产生市场要素集中的原因有：（1）资本集中，大型平台会不断收购或战略入股小企业，形成针对竞争平台的“护城河”；（2）资源和用户整合，创业者无法合法获得更多资源和数据时就会转向与大型平台合作开发，或者在规则模糊时以不正当竞争手段侵权；（3）因基础服务（牌照、数据分析能力、承担责任的能力等）缺失而整合，当不断加重的平台责任和牌照要求施加到中小企业时，也会推动其向大型平台靠拢。

平台企业某种程度上能利用成本低廉的统一技术平台极大地改变互联网创新的架构，创造就业机会。开发者越来越基于统一的技术架构、计算机语言、软件、店铺和规则等进行创造，平台成为推动创新、降低门槛的引擎，尽管这也使创新的架构从分布式转向集中化，设定了统一技术标准，令开发者无法抗拒。另外，大型平台企业通过实践探索树立了诸多行业规范，为后来创业者和新兴分享经济市场提供了可效仿的范例。

然而，大型平台企业的出现也有较强的负外部性。首先，平台有动力以模仿的方式自行开发类似的成功应用，产生直接的利益冲突，这在 B2C 和 C2C 混合模式平台上尤为明显；随着终端硬件厂商通过操作系统增强应用程序分发渠道控制力，这类行为逐渐从内容服务层扩展到硬件层；^③其次，当成功开发者逐渐升级为二级平台时，一级平台试图拓展的基础服务也容易和前者既有基础服务发生冲突，这更容易出现在 C2C 模式平台上；^④第三，在精确掌握越来越多交易活动参与者的数据后，平台有动力进行完美的价格歧视。^⑤平台这些问题都引发了人们关于平台企业开放/封闭利弊的无休止争论。

传统的互联网开放/封闭研究主要从资源的使用权或控制力角度入手，观察拥有生产性资源的企业是否允许人们真正自由使用和分享可供创新的工具和生产资料（如软件源代码和版权作品）。^⑥平台基础服务能力是我们理解当下开放/封闭之争的另一个视角。以软件开发/分发平台为例，像 IOS 那样的封闭平台会对其上运行的应用程序进行严格审查和控制，仍受到市场和投资者追捧，原因在于其不断更新的基础服务一直在驱动创新，吸引开发者完成更多创意；而像安卓系统那样的开放平台如果服务能力弱，仍不会受到

① 近年来法院不断确认这点，理由各不相同，如“资格说”“行为说”“效果说”“重叠说”等。参见陶钧：《涉网络不正当竞争纠纷的回顾与展望》，<http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2015/09/id/1706018.shtml>。

② Maurice Stucke and Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016.

③ 例如，华为的荣耀 Magic 手机智能服务在各类 App 推送信息中加入关键词的超链接，基于用户口味推动餐厅、根据用户喜好推荐电影，在应用于微信信息推送服务时引发了和腾讯的利益摩擦。反之，腾讯打造的小程序平台也完全可以将硬件厂商架空。

④ 例如，苹果公司在最新的《安全审核指南》中明确应用软件向原创作者的“打赏”属于“应用内购买”，其支付行为均需通过苹果提供的支付方式，并与其三七分成。这不仅减少了微信公众号原创作者的收入，也影响了微信支付的使用率。

⑤ Ariel Ezrachi and Maurice E. Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016.

⑥ Lawrence Lessig, *Free Culture: The Nature and Future of Creativity*, Penguin Press, 2005.

青睐,反而会变成丛林法则主导的生态系统。例如,就电子商务平台而言,会被认为其并非依靠纯粹技术和产品的创新,而不过是商品服务数字化、流通环节扩大或者开拓了双边市场而已;但恰好是由于“最后一公里”的完善,使众多创新产品得以第一时间接触到用户,降低了研发总成本。由此,不难理解诸多大型平台实践的开放战略已不再是传统的“开源”(所有权),而是将原有的排他使用的基础服务或用户数据出租给众多开发者(使用权),同时通过基础服务保持强有力的控制,强制要求开发者和劳动者共同遵守平台规则,增加平台价值(未必是社会总价值)。平台经济时代的开放/封闭因此有了新的含义:封闭平台会对资源与数据不受约束地向外流动施加更多阻碍,而开放平台则欢迎流动性。

根据资源/数据的开放程度和基础服务是否外包,可将平台企业分为四个理想类型(表 1)。

表 1 平台企业的理想类型

资源/数据流动成本高		资源/数据流动成本低
基础服务更多自营,控制力强	iOS系统、淘宝、微信、微博	共享单车、网约车、今日头条、通用搜索引擎
基础服务更多外包,控制力弱	无	P2P网贷、安卓系统、直播、外卖、分享经济类平台

(二) 封闭: 诸要素(不正当)竞争的后果

至少在中国,数字经济的发展伴随大量不正当竞争纠纷。^①从经验看,网络不正当竞争不同于传统行为主要表现在:(1)通过技术手段实施干扰,阻止用户使用竞争对手服务^②;(2)以技术手段“搭便车”,尽可能以低成本增加自身可利用的资源和数据^③。这恰好反映出平台企业开展竞争的核心要素。司法的本意是事后解决纠纷,提供救济,但不太容易考虑对侵权人的事前激励影响,如果判决给侵权人施加的事后成本较小,就几乎无法阻止其他人继续以同样的方式实施侵权行为。这在平台不正当竞争领域表现得尤为突出,围绕生产性资源开展的不正当竞争给侵权者带来巨大利益,但判决赔偿的数额完全不成比例,无法形成有力威慑。^④法院试图使用反不正当竞争法而非侵权法对互联网侵权纠纷进行干预(往往是代理律师坚持),结果并未好转;也未能减少不正当竞争行为整体数量,反而促使平台为保护自身利益变得封闭化,同时仍未放缓合并步伐以减少竞争者,获得更多资源,更无法阻止平台纵向一体化的形成。

首先,对遭受侵权的平台企业而言,起诉本身更多是形式意义上的,即希望从法院和媒体角度引发对侵权行为的广泛谴责,但在经济利益上并不划算;其次,遭受“搭便车”侵权很多情况下无法精确计算自身的损失,而带给侵权者的无形和潜在利益巨大,这势必导致拥有巨大信息内容和数据的平台企业转而投入更多成本,以确保自身的内容和数据不被非法抓取,甚至减少向第三方开放端口,以避免可能的技术入侵。潜在的趋势是,司法行为无法为不正当竞争者提供正向激励阻止侵权,因此平台企业更多技术投入、建设更宽更深的“护城河”、加强控制力就成了较优策略。这一策略意在增加资源和数据的合法流动成本,有多种表现形式,例如签订排他性合约、降低多归属(multi-homing)程度、阻止个人数据通过第三方应用方式大规模转移等。这也是一个针对基础服务持续不断投入的过程。

有研究者认为垄断竞争是平台经济的常态,即基础服务垄断,开发者竞争。^⑤这是一个略显单薄和静态的表述,在泛竞争时代,平台之间只是量级和基础服务上的差异,而基础服务差异会越来越明显。从动态角度看,随着市场要素重新配置放缓,数字经济竞争会从资源、数据和技术的竞争转向基础服务的竞争,这种竞争应得到重视。相比之下,平台间算法竞争体现不甚明显,至多是帮助降低运营成本,提高匹

① 张钦坤:《互联网不正当竞争案件实证分析及规制进路》,《电子知识产权》2014年第10期。

② 包括不兼容、功能劫持、控制入口拒绝提供服务等,这主要是就二级平台而言的,微软对Windows的弱控制力导致了自然状态中的争斗,而iOS模式推动了各类操作系统真正变成一个平台,对上面运行的应用程序施加技术和规范上的严格约束。

③ 这包括多种类型的侵权行为:(1)屏蔽视频广告;(2)深度链接;(3)通过爬虫抓取信息内容;(4)劫持流量。

④ 例如,2012年前后多数互联网不正当竞争案件判罚数额是40万元,最初的判决形成了“锚定效应”,不断被后面的法院效仿,直到2016年底的新浪诉脉脉案才提高至500万元。

⑤ 姜奇平:《分享经济:垄断竞争政治经济学》,北京:清华大学出版社,2017年。

配效率；^①而中小开发者的代码编写创新要受到大型平台资源 and 数据状况的直接影响。在构成平台的四要素中，资源、数据和基础服务是平台首要竞争的对象，现在的趋势是三者都在不断推升门槛，促使集中的市场资源受到少数大型平台企业（联盟）直接或间接的控制。

五、监管路径重述

（一）当前监管路径剖析

平台的竞争会导致平台数量减少，市场结构失衡，可能影响潜在的大众创新。因此，应推动平台竞争，提升平台基础服务，核心要点在于给予市场中的资源以更大的自由度进行有序流动，允许更多不同规模的平台和企业有机会从中获利，进而加强整体上服务质量。平台的出现对推动各类传统基础设施发展、提升各传统经济行业，降低准入门槛都有重要功能。对待传统市场集中的方式是简单地拆分，或采取特殊的监管手段增加企业运营成本，这都无法解决平台经济的市场结构问题。伴随着分享经济爆发，当前政府监管更多围绕分享行为和服务展开，也延续了中国一直以来管理互联网的整体思路，主要体现在：（1）生产要素本身的规范性。约束用户的在线行为，确保信息内容和服务合法，这主要通过实名制认证和加大事后处罚力度实现，并充分体现地域性监管特征；（2）平台和生产要素之间的关系。对劳动关系、消费者保护、数据储存与合理流动的监管，但由于相关法律法规出台较晚，落实需要一定的磨合期；（3）平台行为的外部性。特别针对金融泡沫、价格、不正当竞争和垄断。目前监管者较少涉及针对算法黑箱的监管，还仅就平台的外部行为进行规范，并要求平台承担一定的行政义务；（4）合作监管。强调政府、平台企业、行业组织、用户、媒体等多主体的共同参与。但缺乏核心力量的合作监管反而会相互牵扯，消耗社会成本。

当下监管机构的整体逻辑较为明显，即以外在问责为导向，大型平台有能力（或充分的知识）对线上活动进行管理和约束，它们从资源交易中直接或间接获利，存在相当的利益关系，且具有巨大的社会影响力。^②这种思路并非对市场结构没有影响，尽管没有明确地表达出来。例如，基础服务的牌照的发放数量带来了监管两难：牌照太多则容易造成市场混乱（如非金融机构支付），牌照太少则容易引起要素集中，出现滥用市场支配地位行为。而监管者在权衡之后往往倾向于选择后者，更多地看重社会秩序，希望加强中间人责任，尽管在客观上也有利于获得牌照的既得利益者。

因此，有必要跳出单纯的责任理论讨论，上升到平台市场结构维度对监管举措的实际后果加以分析。这至少需要回应数字经济发展中两个层面的问题：首先，在新兴分享经济市场红利消失之前，如何确保前述区分的三类企业保持稳定的市场结构和竞争秩序，更高效地在社会中调配资源，这本质上是生产问题；其次，在新兴市场红利减弱后，更多 II、IV 类依附于 I 类企业，如何处理一级平台和二级平台的公平合作关系，这本质上是分配问题。这两个问题都和平台的负外部性有关，其解决方式也都和资源流动与基础服务能力密切相关。

（二）围绕资源流动和基础服务能力开展的监管

平台上的市场要素集中展示出貌似矛盾的两面：一方面不仅降低了开发者成本，还通过大量数据分析更精准地预测和判断用户的偏好和需求，具有相当的经济效率和消费者福利；另一方面从可能的信息操纵中获取垄断利润，降低平台竞争水平。针对这一问题，美国和欧盟的监管策略表现出明显不同：前者更多关注用户隐私（私人领域不受打扰）和信息自由流动的权利，认为基于用户数据的集中画像可能给用户自主行为（乃至民主机制）带来侵扰^③；后者则关注滥用市场支配地位行为，不断激进地进行针对巨头互联网公司的反垄断调查^④。

① 最明显的例子是魏则西案，无论是事后整改要求还是百度提升自身竞争力的做法、举措或是推升优质资源和匹配度，和算法优化无关。参见胡凌：《走向封闭的搜索引擎》，《腾云》2017 年 1 月。

② 方兴东、严峰：《浅析超级网络平台的演进及其治理困境与相关政策建议》，《网络空间研究》2017 年第 7 期。

③ Mark R. Patterson, *Antitrust Law in the New Economy: Google, Yelp, LIBOR, and the Control of Information*, Harvard University Press, 2017.

④ 杨坚琪：《谷歌在欧洲：欧盟运行条约（TFEU）第 102 条视角下的谷歌垄断行为分析》，《竞争政策研究》2017 年第 1 期。

两种思路在当下中国都具有相当的拥护者,却很难得到有效借鉴。首先,国家希望利用互联网发展数字经济,并在新一轮国家竞争中取得优势,因此会对平台扩张保持一定的容忍度,并平衡逐渐尖锐的新旧利益冲突。其次,从经验看,滥用市场支配地位的垄断指控不太可能在中国发生,因为已经发生的为数不多的互联网反垄断案(例如 3Q 大战)在相关市场界定阶段就很容易消解掉这一指控。^①而平台企业扩张过程中的服务捆绑与账户打通行为一直被默许,监管机构不太可能采用欧盟对待微软和谷歌那样的审查方式,至多出现了针对手机捆绑应用程序侵犯消费者权益的少数案例。^②再次,是否要对互联网垄断进行严格调查尚未达成共识,至少监管者就互联网企业间大量合并没有表现出加强审查监管的倾向,业内也往往认为是正常的商业行为,学术研究尚无法提供有力的科学支持。^③最后,保护隐私实践在中国社会中难以落实,不仅隐私的标准长期以来无法达成共识(法律上逐渐转化为个人信息保护问题),很多用户愿意以隐私换取利益,甚至也不在意个人信息被追踪或贩卖,只要没有在后果上影响直接的人身财产安全。希望增强全社会的隐私保护观念无法指望短时间内实现。^④

监管决策往往是各类成本收益权衡的结果,结合已有实践,平台监管至少可以区分两类思路,各有利弊:一是提高责任水平和执法水平,加大打击力度,控制牌照数量,压缩小型平台创业空间,其结果是驱使创业者加入少数大型平台,通过后者更好的基础服务降低风险出现的概率,但会降低一级市场活力;二是抓大放小,保持宽松的执法方式,实质上相当于设置不同的责任水平,结果是给予创业者以发展空间,但会增加风险概率和外部公共管理成本。我们需要思考一条中间道路,即如何面对市场要素集中增加创新程度,继续以开放资源激发信息技术带来的市场活力,同时增强用户的自主选择权,将个人数据变成影响市场结构的重要杠杆权力。

以开放资源推动创新的思路和国家发展数字经济的政策思路一致。^⑤很多地方政府大力支持“双创”,为不少创业平台通过各类基金项目提供公共资助,或加强对分享经济产品服务的购买力度。但这类项目在多大程度上有助于中小平台提升服务质量、加强持续运营能力,值得探究。互联网不正当竞争的历史已表明,依靠法律以财产权利的方式加强资源和数据保护,只会推动要素集中,这一点无法在以保护财产利益为导向的法律框架内解决,最终会降低资源的流动性,将生产者和消费者们深深地“锁定”,无从选择,使平台市场结构变得僵化。^⑥就目前和可预见的数字经济发展态势而言,在无法约束资本流动的前提下,为防止互联网平台蜕变成其当初打破的传统利益群体,可考虑从构成平台的四个要素入手调整监管政策。相对于目前的监管措施而言,这也可以看成是一种去监管思路。

第一,提升社会范围内平台可调动传统资源的流动性。生产性资源需要进一步开放,允许分享经济向更多领域扩展,深化过去二十年中国互联网兴起的逻辑。这里所说的开放资源不仅包括由传统生产方式向数字经济生产方式开放,也包括互联网平台企业之间相互开放。^⑦对分享经济而言,降低门槛意味着减少监管机构对提供各类服务和实物的许可管制,鼓励大众通过信息技术进行商业模式创新。特别是应对开发者或劳动者在平台之间自由转换的权利加以保障,防止平台施加不合理的合约条件阻碍流动,并加强事后

① 参见最高人民法院“奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷上诉案判决书”,(2013)民三终字第4号。

② 例如,上海市消保委起诉三星手机预装第三方软件,在整改后撤诉。国家网信办出台的《移动互联网应用程序信息服务管理规定》也有相关规定。

③ 近年来包括 Uber 和滴滴、美团和大众点评等企业不断合并,没有任何障碍。商务部近期透露正在审查 Uber 和滴滴合并,但由于涉及很多利益相关方,已经过去一年尚无结果。这恰好说明了互联网时代的反垄断更加复杂。

④ 这就是为什么中国保护个人信息的模式是公权力主导的:在面对有组织个人信息非法买卖的有组织犯罪时,私法救济缺乏效率,只能依靠公权力机关进行打击,提供抵御共同风险的公共品。

⑤ 例如,《国务院关于大力推进大众创业万众创新若干政策措施的意见》《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》《国务院关于加快构建大众创业万众创新支撑平台的指导意见》。发改委等八部委发布的《关于促进分享经济发展的指导性意见》对平台基础服务的作用着墨不多,只提到纠纷解决、身份认证、信用评级等措施;也较少提及资源的有序流动,或者说是单向流动,而非平台间流动。

⑥ “对消费者财富构成威胁的不只是市场支配地位,还有消费者锁定。”Joshua A. T. Fairfield, *Owned: Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, Cambridge University Press, 2017, p. 42.

⑦ 这曾经是互联网对抗传统行业、试图从资源流动性中获利的有力说辞,隐私、著作权和传统企业都是被打破的对象。

审核相关格式条款的力度，尤其是内容的公平性和程序性。这类政策在分享经济周期的第一阶段最为有效，尽最大可能释放新兴市场红利，推动传统行业升级。

第二，探索推动数据资源有序流动，推动算法创新。与物理物品、劳动力相比，数据资源在平台经济时代反而成了流动性较弱的市场要素，以至于企业需要以不正当手段获取。目前开放数据挖掘价值的思路主要有三类：（1）第三方开发模式，（2）政府数据向社会开放，（3）通过数据交易所直接交易。目前企业实践主要集中在第一类，但由于不正当竞争加剧而有所抑制；第二类和第三类机制刚刚起步。尚未得到探索的思路是开拓数据市场，允许用户数据在平台间自由流通转移。

如果说信息技术带来的第一次赋权是让个体有机会获得更多信息，平等地获取交易合作机会，平台时代的第二次赋权则是将作为生产资料的数据交由用户支配，激活用户使用自己数据的主动性，推动更多第三方开发服务。^①这一政策本质上是开放社会成员活动的数字红利，此前这类说法只出现在开放政府数据的修辞和实践中。在分享经济周期第一阶段放缓时，有必要在第二阶段探索真正在用户同意基础上的数据合法流动使用，而非以不正当竞争手段使用。这一思路也意味着从外在问责为导向的监管转向以审查格式合同和网规为侧重点的监管，加强用户协议的透明性和有效性，帮助用户加强介入协议谈判的力量。

从效果上看，这会使无力约束用户的平台权力逐渐消解，如果平台希望留住用户，会增强基础服务并采取更多开放创新措施，结果是提供更多基础服务的二级平台增加话语权，或者拥有较少数据的一级平台更具竞争力。^②同时，在政策探索的开始阶段，预期不会对大型平台造成重大冲击（但会影响作为中间人的数据交易中心）。它们有能力率先确定数据标准和接口技术标准，使数据真正用于对用户数据开发有益的服务，减少泡沫，也对数据安全提出了更高要求。^③这相当于开放平台实践的扩大版本，使开发者和用户初步脱离大型平台支配范围，也为个体化的数据商店进行探索。由此，第二阶段市场自然淘汰稳定后，逐渐允许 II、IV 类初创企业在难于获得初始资源时凭借算法创新吸引用户数据，成为数据分析的中间人。

第三，提升基础服务的市场效应。新思路不仅要侧重于对基础服务进行监管，还应当根据市场状况逐渐扩大像支付、物流那样的相关牌照市场，给市场更多自主性活力。对新兴市场降低强制性责任，也能推动平台通过基础服务进行自我规制创新。尽管牌照管制和市场机制都能促进基础服务提升，但笔者倾向于后者，即在缓慢放松牌照管制的同时，以资源自由流动刺激平台围绕基础服务展开竞争，逐渐提升平台责任的层次和质量。这一政策有利于 I 类企业保持强劲势头，但仍然为其他竞争者留下相当的空间。

六、结语

笔者从法学和经济学的视角对构成平台经济的四个基本要素进行了审视，未涉及更为深远的平台政治经济学。基础设施服务利用低成本信息技术被重新塑造出来，并服务于数字经济，平台不过是各类生产要素在新约束条件下重新排列组合而成的新形态，从而催生了平台企业作为新型市场主体，要求法律反映其利益的特殊性。法律学者通常更关心何种服务能够在特定成本约束下被视为“普惠的”而纳入基础设施公共服务中，新型基础服务首先由平台企业内生需求演进而来，不断扩展类型，随后再由国家法律确认，并受到更大范围内行政许可的制约。如何更好地利用平台基础服务，促进市场结构优化，推动大众创新创业是平台经济监管调控、推动公共治理创新的重要问题。

平台的基础服务功能是在历史中形成的，对汇集分配资源起到关键作用，但它同时可能也是造成平台走向封闭低效的原因。打造有活力的平台不仅仅是保护平台上资源和数据不被竞争对手以不正当方式获

① 需要探讨的是，这种机制可以从何种类型的数据入手设计：（1）用户在公开区域生产的数据 UGC（信息内容）；（2）自动记录的行为痕迹数据（元数据）；（3）根据前两者分析出的深层数据（默会知识）；（4）可识别个人身份的、不依赖于特定信息系统的个人基本信息。至少无需像欧洲那样激进，欧盟将于 2018 年生效的《一般数据保护条例》（GDPR）率先规定了数据可携带权（data portability）。

② 在苹果和微信的支付纠纷中，好的监管策略是维持行政许可和开放用户数据政策，只是对用户协议进行公平性审查，市场力量会要求苹果取消强制使用自身支付工具。这一分析同样适用于华为与微信的数据纠纷。

③ 另一个问题是，在当前强调数据安全流通的情况下，增加流通规模会带来较大风险，因为无法保证传输与服务器的安全水平。同时也可能出现大量小企业为争取用户数据恶性竞争的情况。一个可行的做法是先提高标准，允许数据在拥有高标准加密和传输技术接口的平台企业之间传输（例如可信的平台联盟内部），并逐渐扩大范围。

取,更需要以主动的方式推动资源流动,从而激发平台之间平等的竞争关系,而非依附关系。具体而言,法律可以进行干预的方式至少包括:(1)设置责任水平;(2)确定数据权属;(3)发放牌照;(4)打击不正当竞争;(5)审查合同、提升平等的议价能力。我们可以在假定其他四种方式不变的前提下,观察特定干预行为发生程度上的改变时对市场结构和竞争产生的外部性,以此判断该行为调整的正当性和恰适性,最终探索出行业标准。这并非一朝一夕可以见效,且应当细化到不同行业领域具体分析,但作为公共政策制定者应当考虑到这一视角。

(本文为国家社科基金一般项目“中国网络法的演进模式研究”(17BFX027)的阶段性成果)

(责任编辑:天竞 见习编辑:王鑫)

From Opening Resources to Basic Service: A New Viewpoint of Platform Supervision

HU Ling

Abstract: The digital economics researchers often neglected the force behind the factors of promoting production, i.e., the force that gathering man power to produce a great deal of commerce and the related data, which is analyzed through AI algorithm to be more automatic and efficient for production/commerce. Such a force comes from a continuously developed and generated “platform”. The author aims at discussing a general theory of the Internet platform (especially in Chinese context), and take resources, data, algorithm and basic service as the kernel elements in forming platform economy, and hope to have a deeper understanding of platform economy. Other than the resources, data and algorithm that discussed traditionally, this article tries to put the basic service of platform to an important status. It is the impetus for creation, as well as the important factor which influences the rules and supervision of managing Internet. The target of supervision is to give vitality to the whole economy. It relates to not only deducting burden for market body, but also promoting an orderly free flow of resources between platforms. Therefore, the emphasis of the future Internet supervision policy should be laid on promoting the orderly flow of resources and enhancing the ability of the basic service of platforms.

Key words: platform, share economy, basic service, platform responsibility, supervision