

互联网的开放与封闭及其法律回应

胡 凌*

目次

- | | |
|-----------------|------------------|
| 一、引言 | 三、法律如何回应架构的开放-封闭 |
| 二、互联网架构的生成和转变 | (一) 架构是新型政治经济利益 |
| (一) 原初互联网架构及其问题 | (二) 若干法律回应示例 |
| (二) 架构作为一种生产方式 | 四、架构之间的互联互通 |
| (三) 架构的控制力和封闭性 | 五、结语 |

摘要 由于封闭数字平台的兴起和扩张,当下互联网的开放性正饱受质疑。从互联网诞生以来,“开放”就成为一种意识形态,随着互联网逐渐嵌入社会政治经济生活的各个方面,不断促成各类社会主体和事物之间的连接,形成愈加复杂的网络,很难简单地针对这一争议问题给出一刀切的答案。人们也常常忽视一些给定的基本假定和话术,从而有意无意忽视开放-封闭话语背后的利益关系。开放-封闭话语是围绕着某种抽象的“架构”权益而不断变化的,有必要超越单纯的以平台企业为核心的开放-封闭论述,重新回到问题的实质,即互联网如何便利生产要素流动性和建设强劲的基础设施两个维度,在制度上进一步探索如何推进更大范围内要素安全有序流动的数字市场和社会。

关键词 开放 封闭 架构 流动性 基础设施

一、引言

从互联网诞生以来,“开放”就成为一种意识形态,特别是在 1990 年代后,其不断内嵌于新自由主义潮流推动信息经济全球化的过程中。^{〔1〕}时至今日,人们仍然在直觉上认为互联网需要开

* 北京大学法学院副教授、法学博士。本文是国家哲学社会科学基金一般项目“中国网络法的演进模式研究”(项目编号: 17BFX027)的阶段性研究成果。

〔1〕 互联网于 20 世纪 80 年代末商业化,并在美国信息高速公路计划下推向全球,中国也是在这个大背景下设立国际出口信道与美国骨干网相连通,开启互联网时代。

放,尽管在使用这个词的时候,不同的人心里想象的是完全不同的事物和问题。例如,在政治层面,开放意识形态往往指源于美国的互联网企业要求按照贸易协定进入各国,主导本地信息服务,而如果有国家主张网络主权,自主管理本国领土上的互联网服务,则被认为是封闭或互联网碎裂化。^{〔2〕}在经济或技术层面,开放意识形态意指任何人都有权不受阻碍地通过网线和终端设备平等接入互联网,在不同层面进行创新和竞争,如果有运营商或平台企业实行流量控制,或者对上下游资源垂直整合,则被认为是走向封闭。^{〔3〕}实际上随着互联网逐渐嵌入社会政治经济生活的各个方面,不断促成各类社会主体和事物之间的连接,形成愈加复杂的网络,很难简单地针对这一问题给出一刀切的答案。同时,在讨论这一问题时,论者常常忽视一些给定的基本假定和话术,从而有意无意忽视开放-封闭话语背后的利益关系。例如,为主张一种理想中的互联网开放状态,在逻辑起点上需要先假定存在一个经由信息技术构建起来的“赛博空间”(现称“元宇宙”),不论是无政府主义者还是巨头平台,都试图论证国家应当较少介入该空间,任由其在自治过程中扩展,其结果是演进成希望不受外部约束的平台权力。开放-封闭话语恰好依托于这一过程展开,即构成赛博空间的“架构”本身形成某种不断扩展延伸的自主性力量,吸纳生产性资源,因此需要更加“开放”;但同时,随着不同数字平台对生产要素的竞争加剧,为防止他人进入自身主导的空间,又逐渐走向“封闭”、和他人清晰划分边界的过程。不难看出,开放-封闭话语是围绕着某种抽象的“架构”权益而不断变化的。

本文不想继续纠缠在传统话语当中,希望置于中国经验中追溯现实中互联网形态究竟发生了何种变化,即在原理上分析当赛博空间演进为一种抽象复杂的经济社会系统时,决定其开放或封闭的动力学机制是什么,后果如何,以及法律在何种程度上推动或顺应了这一趋势。承接此前的部分研究,^{〔4〕}本文将重塑开放-封闭讨论,认为这一话语实际上指向互联网架构,有必要看到架构如何从一种简单的技术和连接方式转化为一种复杂的政治经济利益。第二节简要回顾互联网原初开放架构的理念、意识形态和问题,由此引出若干导致架构走向封闭的社会性因素,生产方式的变化在其中起到了关键作用;第三节分析走向封闭的架构希望法律在何种程度上保护其独特权益;第四节超越单纯的以平台企业为核心的开放-封闭论述,重新回到问题的实质,即互联网如何便利生产要素流动性和建设强劲的基础设施两个维度,在制度上进一步探索如何推进更大范围内要素安全有序流动的数字市场和社会。

二、互联网架构的生成和转变

(一) 原初互联网架构及其问题

原初互联网架构在技术上采取一种“端到端”(end-to-end)的理念,即通信信息通过域名系统和包交换系统不受阻碍地从一个终端传输至另一个,即使有些传输路线阻塞,仍然还会有其他路由帮助完成传输。这种去中心化的理念很容易被解读成要求便利信息自由流通,特别是不受诸如

〔2〕 See e.g., Milton Mueller, *Will the Internet Fragment?: Sovereignty, Globalization and Cyberspace*, Polity, 2017; Monica Horten, *The Closing of the Net*, Polity, 2016.

〔3〕 See e.g., Jonathan Zittrain, *The Future of the Internet — And How to Stop It*, Yale University Press, 2008; Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, 2 *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 141 (2003).

〔4〕 例如,参见胡凌:《论赛博空间的架构及其法律意蕴》,载《东方法学》2018年第3期。

电信运营商等中立传输管道的影响。^{〔5〕}端到端的沙漏型网络架构设计也能够推动网络边缘的大量创新,使参与者更好地在互联网的不同层面上进行活动,而相互不受影响。^{〔6〕}这一架构成功的核心在于网络自身和边缘操作系统的创生能力(generativity),促成了我们目前看到的大部分信息服务创新。^{〔7〕}伴随这一过程产生的另一个观念便是任何人都可以接入通信网络使用终端软件与他人交流并参与到大众社会生产当中,这被认为是超越传统经济生产的新范式,可以形成某种有利于创造的新型公共资源池。^{〔8〕}特别地,上述观念和一些传统无政府主义理念相结合,推动了诸如“赛博空间”这类拟制概念的产生,即想象一种不受物理空间政府权力介入的新型空间,借由开放技术架构而形成了一个完全由工程师、黑客、无政府主义者等自主治理的领域,从而完成了从技术层面向社会意识形态的转变。这一理念宣称,赛博空间向所有爱好自由的人开放,但不欢迎现实世界的政府。^{〔9〕}伴随这一思路还诞生了诸如开源、匿名性、P2P 传输、加密货币等延伸至当下的理念和软件设计。

敏锐的观察者很快意识到,支持网络开放诸多理由的支撑性制度和技术条件一旦发生变化,会对这些真空中的理念提出疑问。首先,赛博空间并非绝对自由,其设计架构本身蕴含着权力关系,会对人的行为产生影响和约束,其本质仍然是政治性的,与线下世界无异。^{〔10〕}其次,随着互联网服务的扩展,越来越多的人开始加入这一空间,发现分布式的互联网本质上是不稳定的,网络上各类失范的匿名行为不断增多,这些行为不受原初小群体社会规范的约束,创造性的工具(个人)和网络(群体)都会带来不确定的安全问题,这预示了互连接/互操作性的风险,需要新型秩序及其维护者。^{〔11〕}再次,与之相关的是,传输管道的中立性无法确保信息本身的准确和相关用户行为的可信程度,不同场景中的具体信任无法取代跨场景的抽象信任,由此需要能够在大量陌生人当中不断生产信任的有效机制。最后,互联网价值的确由大量边缘创新产生,但并非全部,为实现规模和网络效应,仍然需要稳健的市场基础设施加以辅助引导,特别是精确匹配和分发。最后,开放接入虽然不会导致在线信息公共资源枯竭,却可能产生大量垃圾信息,不断扩大公共资源的范围和稳定供给,也需要外力加以介入。

在中国引入互联网的早期阶段,尽管没有出现像美国一样的赛博空间开放意识形态,但随着互联网不断商业化,也出现了有关安全和失序的问题,本质上是因为网络用户增加无法短期内实现多次重复博弈,由此无法形成有效的声誉约束,就需要思考如何重建秩序的问题。无论如何,由

〔5〕 J. H. Saltzer, D. P. Reed & D. D. Clark, *End-to-End Arguments in System Design*, 2 ACM Transactions on Computer Systems 277 (1984). Mark A. Lemley & Lawrence Lessig, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, UC Berkeley Law & Econ Research Paper No. 2000-19 (October 2000).

〔6〕 Lawrence B. Solum & Minn Chung, *The Layers Principle: Internet Architecture and the Law*, U of San Diego Public Law Research Paper No. 55 (2003).

〔7〕 Barbara van Schewick, *Internet Architecture and Innovation*, MIT Press, 2012.

〔8〕 Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, 114 Yale Law Journal 273 (2004); Lawrence Lessig, *The Future of Ideas*, Random House, 2001.

〔9〕 约翰·P. 巴洛:《网络独立宣言》,李旭、李小武译,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》第4辑,清华大学出版社2004年版,第509—511页。

〔10〕 Alexander R. Galloway, *Protocol: How Control Exists after Decentralization*, MIT Press, 2006; Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999.

〔11〕 Jonathan Zittrain, *The Generative Internet*, 119 Harvard Law Review 1974 (2006).

于反对封闭和控制的意识形态如此强大,人们对网络架构的开放性始终抱有好感和想象,并遮蔽了探讨有效解决其负外部性的可能路径。而这些问题实际上逐渐由推动一种新型生产方式的互联网平台在实践中不断加以回应,这就回到问题的核心,即仅仅认识到网络架构设计的政治性和控制性远远不够,还需要看到架构逐渐变成生产性的组织方式,解决了原初开放互联网的诸多问题。由此,互联网开放-封闭问题实际上就转化为架构的开放-封闭,接下来简要探讨其经济和商业动力。

(二) 架构作为一种生产方式

如前所述,网络开放希望促成互联网上任意两个主体发生联系,虽然技术成本逐渐降低,但应用场景十分有限,也可能不太安全。例如在互联网早期,QQ聊天软件便利了陌生人连接,由此出现大量诈骗和犯罪活动;淘宝上大多是一次性交易,使机会主义盛行,假货不断。这都意味着作为连接中介的软件如果无法有效维护秩序,可能给自己带来潜在用户流失,并影响整个互联网的价值。如何能够有效解决这种问题,实际上也是商业导向的互联网企业关注的核心。

这一问题的根源首先需要回到商业互联网兴起的逻辑。开放网络的部分意识形态(如“信息想要自由”“信息孤岛”)实际上掩盖了互联网早期“非法兴起”的过程,即需要以低成本获取生产资料,推动新型生产方式的转变。^[12]而生产资料从传统物理载体(如唱片、纸质书、电影)变成数字化的虚拟物品,转换生产和分发渠道,正是信息自由流动转换的完美例证。在这个过程中,免费(盗版)的信息内容吸引了用户流量,并帮助探索基础+增值信息服务的新模式;消费者作为传统生产过程的末端原来难以变成精确统计对象,现在变得更加重要,一旦用户产生黏性,就可以通过账户对其在线行为持续追踪,通过数据分析反馈调节生产,并长期锁定;消费者还可以被转化成有效率的生产者,通过分享经济平台在同一个架构中活动,成为产生交叉网络外部性的一个稳定群体,从而在认知上促成了“双边市场”的分析框架。从这个意义上说,互联网需要开放,因为数字经济引发的新型生产方式本身需要大量灵活分散流动的劳动力从网络边缘做出贡献,并形成网络效应。开放在互联网早期的真实含义就成了平台企业通过对架构空间的创设,不断吸纳架构之外的、特别是依附于传统生产组织的生产要素,并不断增强其流动性。

流动性的社会经济意义是,各类能够产生价值的要素在时空中的活动碎片化,可以不断增加交易机会,理想状况是每一个连入互联网的主体或客体都可以相互连接,创造新的可能性。早期互联网的非法兴起阶段事实上扩大了传统商品或服务的受众范围,以免费方式吸引用户是数字经济模式在社会中广泛确立需要付出的必然代价,尽管这沉重打击了传统行业。然而,即使通过网络相连,有效的交易与合作仍然存在交易成本和不确定性,平台企业的功能就不能是单纯地提供可以匹配的信息,而是需要帮助有效降低进一步的信息不对称等成本,确保交易全过程安全,才能真正发挥互联网的价值;^[13]平台企业也不仅在创设一个便利资源要素自由流动的市场,而且需要使这一市场变得有序和高效。从生产方式的角度说,互联网只是便利生产和消费循环的组织工具而已,无论是开放还是封闭,只要能稳定地产生价值,降低流动性风险,就值得投入和扩展。开放为互联网提供了低成本生产资料和日益扩大的消费者群体,并开始显示出强大的规模效应,如何能够稳定生产要素来源,持续地吸引消费者将是促成互联网走向封闭的重要动力。

[12] 参见胡凌:《非法兴起:理解中国互联网演进的一个视角》,载《文化纵横》2016年第5期。

[13] 这个道理类似于科斯关于企业性质研究的放大版本,即平台企业从降低市场成本中获利,有效组织生产。

（三）架构的控制力和封闭性

按照原初开放意识形态的观念,如果人们无法通过网络相连而受到阻碍,似乎就意味着互联网走向封闭了。但这种观念显然忽略了真实世界中的行动成本,各类网站和平台的出现,更好实现了特定领域中的信息或商品服务,更好地满足消费者需求,将大量传统服务数字化。但人们观察到,随着平台企业更加成熟,特别是在移动互联网阶段,相当多的 APP 都试图将生产资源留在自己创设的架构空间中,而不希望其跨平台流动,也不希望其他平台采取可能手段进入自身架构争夺要素。这种趋势让我们可以在抽象意义上想象赛博空间中开始形成了若干封闭的架构,其中每一个架构内部都是一个市场,符合市场价值交换的逻辑;而如果架构中的要素被第三方影响而转移至其他市场,则受到平台企业管制。由此形成了一种继续向更多资源开放扩张,但同时又保持边界封闭的混合状态,十分接近“封建化”过程。这也再次说明,市场并不存在于真空中,而是被国家和平台企业等外力不断塑造而成。平台企业需要市场机制发挥资源配置功能的时候,就会努力加强信息披露和价格透明度促成交易,而一旦其不希望要素大规模转移,则会采取强制手段确保其空间不受侵犯。

形成这一状态的动力是多元的,伴随着平台经济的不断成熟而强化。首先,为了降低交易成本,促成要素的有序流动,大型平台企业有能力开发嵌入自身市场的基础设施服务(如支付、物流、评分、认证、纠纷解决等),这些基础设施在传统市场中往往由国家投入建设,在数字市场上则能够更有效地帮助实现安全便捷交易,进而希望获取要素的长远稳定价值。其次,平台企业继续通过企业合并、自行开发、小程序、第三方账号登录等方式吸纳新型服务,促成多边市场,目的是在架构空间内部形成多种可能性,不断推动生产者和消费者改变行为和偏好,使生产过程得以持久,同时也可以看成是针对竞争对手的防御性可替代服务。如果平台企业无法短时间内降低交易成本,则需要依赖市场中的二级或三级代理人(如 MCN 机构)帮助聚合资源,形成新型产业链条。再次,包含基础设施在内的平台企业投入实际上因为其可信度和交易稳定性帮助增加了要素和资源的价值,从而形成相对于中小平台的竞争优势。由于传统本地形成的经济交易网络规模不大且较为脆弱,大型平台形成的更加密集强劲的网络会逐渐将其吸纳。即使随着生产进一步智能化,人力生产开始被机器大规模生产取代,这一逻辑仍然不会有太大变化,封闭的大型平台仍然可能具有竞争优势。

由此不难看出,数字经济的基本模式是通过平台这样的生产组织增加各类要素的流动性,并采取有效措施降低流动性风险,在风险较小的场景中,平台控制力并未显现,因此更能显示其开放的一面,而在风险较大的场景下,平台需要投入更多基础设施建设,为要素增加硬性和柔性的约束和控制,形态上看起来更接近企业对雇员的组织和管理。^[14] 网络架构的开放-封闭过程表现较为明显的是当下的平台企业采取自我优待、二选一、屏蔽服务等方式,这些行为未必和垄断地位相关。仔细思考这些反流动行为背后的逻辑就不难发现,其目的都在于抑制资源跨平台流动,阻止其他竞争性平台上的生产者和自身平台上的消费者发生连接,获取流量。

在数字经济商业模式影响下,甚至原来的开放分布式技术也可能被应用至平台的封闭实践。在原初开放互联网架构下,分布式技术被认为和大众自主参与联系在一起,并宣称可以提升抽象社会信任(如区块链技术是对数学的信任)。但平台模式完全可以吸纳分布式技术,例如将区块链作为生产过程的底层技术,使生产者的生产过程变得更加精细和可量化;平台企业仍然可以采取既有措施鼓励生产,加强要素匹配。从这个意义上说,分布式记账的技术机制并不会影响架构走

[14] 大量劳动法研究集中在如何将从属性理论应用至互联网平台对劳动者的控制过程。

向封闭的实践,中心化与否是就市场内部要素之间的关系而言的,是不同的要素配置方式,与架构边界的封闭性没有必然关系。

封闭的架构重新塑造了交易网络。生产要素的连接不再是传统台式机时代的网页“链接”,而是变成APP中可视化界面的转换。用户会意识到通过账号登录后保持登录状态持续活动的边界,一旦要素通过点击超越架构跳转至另一个APP时,则往往意味着两个平台企业之间开展了合作(例如开放了API接口共享流量和数据)。与台式机时代以网页为媒介连接相比,原来从一个页面跳转至另一个的过程无法被特定网站控制和屏蔽,但在当下则可以由平台企业通过接口统一进行控制,从而凸显了链接跳转的流量转移意义。此外,被传统开放观念认定的相互联通的理想类型是通过浏览器访问网页链接,但浏览器本身不能调动网页内容和其他软件之间的联通,从服务广度上来说仍然是有局限的,而当下的APP内置服务实际上提供了更多的可能性,也促成了更大流动性,可以看出平台企业本身是一个控制不同侧面市场的整全性权力引擎。交易和合作网络由此得以通过大型平台企业不断扩展业务和服务,最终的结果仍然是将越来越多用户纳入赛博空间,但在连接质量和深度上要远远超越早期开放的互联网。

综上所述,尽管开放仍然是一种流行的意识形态,但随着数字平台生产不断将各类复杂的生产关系和社会关系卷入架构当中,架构边界的封闭性就不可避免地发生了。这一封闭性不仅继续伴随着架构的扩张(从而仍然是开放的),而且同时发生在可见的不同层面上:市场要素的有限流动性、网络连接的內化、通过账户合并进行持续追踪、基础设施的不断延伸等等。当然,这一过程并非一帆风顺,除政治经济因素外,也需要外部法律提供支持,这就涉及法律如何回应架构的开放-封闭过程。

三、法律如何回应架构的开放-封闭

(一) 架构是新型政治经济利益

网络架构一旦形成,就开始形成某种自主意识和价值,试图掌控整个架构形成的空间以及在其中活动的要素带来的整体性利益。虽然平台企业有能力采取各类手段保护这一整体性利益,但更加需要法律的承认和保护,从互联网“非法兴起”以来,可以分为生产方式的合法性和架构利益的保护两个层面,其中前者对于整个数字经济的奠基更为关键。从历史上看,立法和司法在新型生产方式的迅速扩张过程中有意无意地扮演了某种从属性的角色,基本符合数字经济发展的需求。

就生产方式的合法性而言,由于平台力量和资本需要不断延伸至各类传统行业和服务当中,就需要法律不断确认在不同领域的合法性以及非法兴起的历史进步性。如果传统领域需要许可进入,则在对应的新兴领域也需要获得牌照(如互联网金融、网约车)。但总体而言,国家已经逐步意识到数字平台能够释放出较大的生产力,规模经济和富者愈富的垄断效应事实上有助于蛋糕做大,实现经济循环加速。在“互联网+”“双创”等政策影响下,数字经济的合法性逐渐确立和巩固,并未受到社会质疑阻碍或出现“数字勒德主义”。同时由于国家整体上采用试验方式观察不同特定种类业务的运行,及时叫停或严管特定领域,就使创新和开放的意识形态一直得以延续。

就架构利益的保护而言,平台企业需要构建出一整套抽象的需要法律在各个部门中不断加以保护的新兴利益。这种利益进一步体现在两种关系中,一种是架构与架构内活动的生产要素之间的关系,另一种是架构之间的关系。前者主要表现为架构需要在内部保持一种灵活流动的状态,

才能最大限度开发资源的价值和可能性,促成更多连接,因此在法律关系上仅仅维持一种松散的合作或软件使用关系;后者主要表现为针对架构之间试图相互进入获取要素资源的不正当竞争关系。由于数字经济本身的特性,非法兴起实践不断发生在创业者和中小平台上,由此推动了既有稳定的平台企业采取措施保护自身架构不受侵犯,并在法律和技术上逐步厘清其边界,这必然会导致架构空间的进一步封闭。

(二) 若干法律回应示例

实际上,立法与司法已经在多个领域中对架构的特殊利益和封闭性做出了回应,即确立架构利益的合法性,并解决架构企业和其他企业或行业之间的利益冲突。^{〔15〕}具体到开放-封闭这一议题,主要体现在这三个层面上,即流动与效率、竞争秩序和安全,下面简要对法律如何面对和解决这些问题进行示例说明。

首先,就流动和效率而言,需要法律确认的是,用户在赛博空间中表面上具有自主选择地位(消费者自主选择权、知情权、公平交易权),却在实际上不享有任何稳定的生产资料,整个架构对用户而言仅具有使用意义。这不仅可以确保大量灵活工作不间断产生价值,还可以降低平台责任。创设这种访问权(access)将架构视为一个大型数据库服务,用户根据不同条件获取不同权限,但并不能根据自己的需要对软件或界面进行更改调整。用户被纳入平台持续追踪的范围,成为多边市场的一边,个人信息在去标识化或匿名化处理后仍然会被持续利用,算法推荐会持续反馈至个人账户界面中。消费者群体和劳动力群体被绑定在同一生产链条上,他们之间的利益博弈也变得更加清晰。特别是在消费者福利意识形态占优的情况下,劳动者只能接受非劳动关系的工作状态。核心问题在于当消费者本身也可能是生产者或循环经济中的再生生产者,如何在两个群体之间进行合理的价值分配。

其次,就竞争秩序而言,架构权利已经作为一种观念上的核心利益得到大量法律和司法的确认,这体现在诸多不正当竞争案件和规则中,即架构空间及其中的市场要素在未经许可的情况下不得任意侵犯。法律仅仅需要动态地确认囊括全部要素的外部架构财产权即可,而不需要对架构内要素进行单独确权,因为确权只是实现市场要素价值的一种方式(也不一定最好),平台企业的自主经营权允许其综合利用各类手段发掘作为市场要素的数据,保留充分的空间进行测试。^{〔16〕}竞争法对架构权利合法性的最大贡献是确认了竞争关系无处不在,这使得任何主体试图使用特定平台架构内资源的努力都可能被认为是不正当竞争,如获取更多消费者信息的行为被视为流量劫持,获取更多免费公开内容的行为被视为不当爬虫。这也使得《反不正当竞争法》第2条成为最容易被滥用的原则性条款。另外,鉴于平台经济的扩张特征,反垄断法及其教义学本身在过去十余年中也显得不太重要,直到2020年底国家才开始反对资本无序扩张,加强对平台经济的反垄断规制。但这也主要体现在资本进入金融、媒体、科技等领域带来的经营者集中负外部性,可能对国家正式权力造成冲击,目前并未完全否认平台经济模式,因此可以预见架构空间的扩张和封闭性还将持续。^{〔17〕}

再次,就安全秩序而言,平台企业的自主经营权也容易被放大和强化,这主要是因为国家需要平台企业不断承担主体责任,帮助管理架构市场内的各类要素行为,承担繁重的网络安全和数据

〔15〕 详细的列举,参见胡凌:《合同视角下平台算法治理的启示与边界》,载《电子政务》2021年第7期。

〔16〕 参见胡凌:《数字经济中的两种财产权:从要素到架构》,载《中外法学》2021年第6期。

〔17〕 参见胡凌:《数字平台反垄断的行为逻辑与认知维度》,载《思想战线》2022年第1期。

安全责任,平台企业也有动力据此搭建基础设施有效组织和管理生产。^{〔18〕}无论是通过用户协议约定,还是通过平台规则强制执行,平台的市场和社会权力都很少直接受到行政和司法部门的约束,大量针对竞争者的屏蔽和自我优待的反流动行为实质上也反映了这一点,而法律目前尚未深入到对此类问题的集中审查。一些希望增强用户自主性的权利如个人信息转移等也往往在安全名义下不被作为优先考虑的话题,除非能带来流动性红利。

上述例子都说明了,法律作为上层建筑如何具体而微观地反映经济生产方式的变化,因此客观上推动了互联网架构以独特的方式持续开放-封闭的过程。然而,这并不是说互联网只能按照目前唯一路径演变彻底走向“封建化”的领地,从流动性和基础设施角度考虑,我们可以从网络经济本身的逻辑出发探索未来可能的突破。这也并不是说作为上层建筑的规则没有试图约束平台权力,平衡消费者、生产者和其他社会各种利益群体的不同价值观念和选择,而是想经验性地指出,这种架构空间的利益如何逐渐累积形成,最终无法动摇。

四、架构之间的互联互通

如前所述,架构走向封闭并非一朝一夕,而且基本上满足了消费者的需求,增加了劳动力供给,在国家相关监管要求下,尽最大可能在架构内推动流行性,提升整个网络的价值。目前的僵局在于,随着网络效应加剧和大型平台资本不断进入更多领域,如何在宏观上判断不断扩展的巨头平台架构不会影响更多新兴平台企业进行创新和竞争,以及如何允许不同生态系统之间的流量和服务相互共享。换句话说,如果巨头平台的架构已经成为创新和竞争的潜在阻碍,如何既保持其动态的竞争力,又能够在整体上推动更多资源要素的跨平台流动。

2021年下半年国家市场监管总局发布《禁止网络不正当竞争行为规定》(征求意见稿),拟禁止互联网企业“无正当理由,对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施屏蔽、拦截、修改、关闭、卸载,妨碍其下载、安装、运行、升级、转发、传播等”。在随后的工信部专项行动中,部分头部平台企业也被要求尽快相互解除屏蔽链接,允许竞争性平台的服务内容可以通过软件内置打开相关链接,目前已经有一定的进展。这些措施被广泛解读为推动数字平台互联互通,但目前来看,其重点还主要停留在头部平台企业之间的强制流量共享,对于其他中小平台是否能够平等地获取流量还有待观察。^{〔19〕}从这个意义上说,目前互联互通政策不能仅仅局限于交换流量,因为任何流量都有价格,需要平台企业间谈判才能更好地开展合作。如果我们仍然希望发挥市场在资源配置中的基础性作用,就需要认识到可能的出路在联通市场本身。

从互联网在中国演进的路径看,架构与平台权力塑造了市场,使市场力量得以在赛博空间中发挥作用。一旦竞争日益激烈,“非法兴起”不断持续,以封闭的方式保持开放就成了架构扩展的最优策略,已经形成的市场基础设施扮演了私人推动市场扩展的重要角色。由于难以在法律和经济学中对相关市场给予准确界定,导致我们无法就基础设施外部效应展开进一步分析。如果想推

〔18〕 例如,国家市场监管总局发布的《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》,从公平竞争示范、平等治理、开放生态、数据管理、内部治理、风险评估、风险防范、安全审计、促进创新等九个角度,对超大型平台提出了细致的要求。而同时发布的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》则对平台进行了分级,依据用户规模、业务种类、经济体量以及限制能力四个指标,将互联网平台分为超级平台、大型平台和中小平台三个级别。

〔19〕 参见邓峰:《强制取消外链限制的矛与盾》,载新浪网, <https://finance.sina.com.cn/tech/2021-09-20/doc-iktzqtyt7121279.shtml>。

动市场的联通,实际上更多地应当采取竞争法意义上的市场概念,而非反垄断法意义上的狭义相关市场,即将市场看成是一个充满无限竞争的整体空间,即架构本身。在这个整体空间中,既可能存在单一市场,也可能是双边或多边市场,如果评估平台上交叉网络外部性的努力需要耗费成本的话,可以首先搁置具体细节,而是将市场看成是由平台企业控制的整体,需要做的就是打通封闭的架构空间,从监管市场基础设施的角度出发推动市场要素跨平台流动。

推动资源要素流动可以有若干种方式,例如,按照《个人信息保护法》的规定进行个人数据转移,或者通过企业数据的流量交易,或者通过 API 接口开放相互进入,以及推动数据服务分析交易,等等。问题在于,为了使这些市场资源进行有效转移,必须利用诸多辅助性的基础设施功能帮助有效提升资源价值,否则基础设施健全的平台仍然有足够的话语权对流量进行控制,因此根本上涉及基础设施的互联互通问题。

如前所述,数字市场基础设施的悖论是,在建立早期有助于提升要素价值和流动匹配速度,但随着市场要素数量的增加,基础设施的完善反而成为某种反流动机制,会潜在地限制要素流动,在其他平台获取更优的交易机会。因此重要的问题是,如何通过基础设施的互联互通提升整个市场的标准,从而使得其他小型市场能够在保持独立的同时获得更多优质要素。基础设施的延伸可以有两种方式,一种是将头部企业变成必需设施,接受统一监管,让更多中小企业和用户都可以使用;另一种则是尝试打破不同的架构空间,由外部法律和监管力量对分散在不同架构内的基础设施进行逐步统合。中国目前在第二类路径上积累了一些经验,具体而言,可以将一般性的数字市场基础设施分为四大类模式:

第一类模式要求数字平台数据库无差别地与全国统一的数据库逐渐对接打通,这主要涉及认证和纠纷解决功能。例如,按照《电子商务法》要求,确保所有平台都能平等接入身份证或电子证照数据库;或者要求地方法院完善相关电子诉讼平台,将平台企业上的证据通过区块链等技术措施进行留存,便于流转。地方政府也倾向于借助私人基础设施推广公共服务,使公共服务和私人平台结合得更加紧密,例如有些公共服务直接经由企业平台渠道提供(如公共卫生中的健康码、缴费服务等)。

第二类模式是牌照许可,在此基础上由中央单位牵头对具有特定牌照的数字基础设施运营商强制要求互联互通,这主要涉及支付和征信功能。例如“信联”要求成立合资公司共享个人征信信息,统一征信标准和分值,便于流动;“网联”也是以合资公司的名义要求强化对第三方支付清算活动的监管,动态掌握大型支付公司的支付与金融服务。虽然目前“信联”的运作并不完善,但从长期看是一个既保留大型平台企业自主经营地位,又能通过中央权威加强基础设施建设的途径。

第三类模式是通过具体的监管措施要求大型平台的基础设施保持中立性,这主要涉及物流服务和自动化推荐服务。例如要求此类服务平等地对待平台上所有商家和消费者,不能基于自营与他营的区分而进行歧视。

第四类模式是更为传统的强制要求共享物理基础设施,全国统一规划,防止盲目重复性建设。例如 2014 年三大运营商联合成立铁塔公司,实现了行业内资源共享,三大运营商不得自行建立移动终端基站。

按照这些模式的做法,可以尝试逐步推进一些现有的数字基础设施服务进行联通。例如,首先是可信账户联通,即国家加强对各类账户的真实身份认证,允许用户以统一身份登录不同平台进行活动,在这一过程中可以发生账户行为数据的交换和增值。其次是支付方式联通,即国家推动包括银联在内的各类支付方式进入不同的生态系统,允许消费者自主选择不同的支付渠道和金

融服务。最后是评价信息的联通,即对生产要素价值的评估需要统一标准,和传统价格反映价值一样,对数字市场中的劳动力的评估也需要标准化,从而帮助要素在流动之后还能保持一定的市场价值和竞争力,从而带动更多平台获益。

五、结 语

本文本质上是对一种新型生产方式的演进及其外部性进行的考察,也是对一个简单系统如何转化为更为复杂系统的简要解释。法律作为上层建筑无疑对这一过程起到推动作用,帮助实现数字市场中的秩序与安全,同时也需要其不断发挥有效的连接功能,推动生产要素得到有效利用。从这个意义上说,互联网开放-封闭话语本身仅是表面上的意识形态,我们需要将其转化为更为实质性的问题,即伴随新型生产方式出现的生产要素聚合与分散的动力学,以及何种权力在其中能够发挥作用。

我们既想要安全可信的互联网,也想要充满创新和竞争、提供多种可能性的互联网,兼顾和平衡两种存在张力的价值需要重新回到原初互联网面对的生产要素流动性问题,思考如何通过基础设施的延伸逐渐带动各类要素,提升整个赛博空间的价值。如果政策措施得当,生产性资源将是一个不断重新组合流动的过程,最终真正打破各种架构的无形界限,形成一个统一的赛博空间。互联互通的诉求帮助推进了我们对互联网开放-封闭问题的理解。如果不是单纯纠结于理念和语词,就需要认识到真正的互联互通应始终围绕生产要素流动性和基础设施的延伸展开,网络不再是单纯的管道,而是价值的联通,数字经济如果还要进一步提升价值,就需要基础设施的不断推进,帮助吸纳更多市场要素产生新的连接和交易。

Abstract Because of the rise and expansion of closed digital platforms, the openness of current internet is being questioned. Ever since the birth of the internet, openness has become a typical ideology. However, as the internet gradually embedded into every aspect of social, political and economic lives and enabled the connection among all sorts of social subjects and things, therefore forming a more and more complex network, it is difficult to give an answer to the controversy once and for all. When talking about the issue, people would always ignore some given assumptions and discourses, thus ignore the interests behind the openness-closing discourse, intentionally or not. Actually, the openness-closing discourse has been evolving surrounding the abstract interest of architecture. It is necessary to go beyond the current discourse based on platform enterprises and go back to the key point, that is, how would the internet facilitate the free flow of productive resources and the establishment of a robust infrastructure in the digital market, so as to explore how to expand the digital market and society institutionally.

Keywords Openness, Closing, Architecture, Mobility, Infrastructure

(责任编辑:雷槟硕)