

回应商业模式创新的市场规制理论

宋亚辉

内容提要:商业模式创新可谓一日千里,但法律的回应却举步维艰。面对商业模式新旧更迭引发的“规制颠覆”问题,市场规制法该如何作出回应?这给传统规制理论提出了极大挑战。学界从规制理念革新、规制工具调整角度提供了应对策略,新近研究还尝试就“市场规制法如何回应商业创新”问题搭建普适性的分析框架。但该分析框架并不完整,体系上还需补充市场规制的实体主义分析视角,将既有分析框架向上、下两个方向延伸,以覆盖市场规制的三个普适性问题:一是新商业模式是否需要法律规制;二是如若需要规制,规制体制的选择应当“沿用旧制”还是“重建新制”;三是如若“重建新制”,方法论上该如何构建。由此形成的升级版分析框架在体系上更加完整,使商业创新领域的规制体制实现动态化改造,有助于回应规制对象的动态变化。

关键词:商业创新 规制理论 规制理念 规制体制

宋亚辉,南京大学法学院教授。

引言:商业模式新旧更迭带来的挑战

创新对于经济社会发展、国家竞争力的提升均意义重大,“因创新所获得的经济收益远大于特定技术条件下的重复生产和贸易所获得的收益”。^[1]我国因此将“创新”与“改革”并列,视为经济社会发展的两大动力。^[2]在市场经济条件下,为追逐经济利益而开发的新产品、新技术、新市场、新营销手段、新竞争策略、新交易方式层出不穷,它们总体上可分为技术创新和组织行为创新两类。当商业创新在应用过程中形成自成体系的运作逻辑和相对稳定的经营模式时,就构成本文所称的“商业模式创新”或“新商业模式”。新商业模式不仅可能重构多元市场主体之间的竞争格局,而且可能打破“市场行为—法律规范”

[1] Herbert Hovenkamp, Antitrust and Innovation: Where We Are and Where We Should Be Going, 77 *Antitrust Law Journal* 749, 751 (2011).

[2] 参见《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》(中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过),《人民日报》2020年11月4日第1版。

之间的对应关系,导致法律落后于新事物。面对这一挑战,一个习以为常的观点认为,新商业模式应受到新的、不同的规制,或根本不受规制。^[3] 然而,实际情况往往复杂得多,这种相对激进的观点并未深刻认识规制法的两难处境:“一方面,商业创新不应被过度和过时的规制所扼杀;另一方面,又确需为用户提供免受欺诈、责任和劣质服务的保护。”^[4] 介于放松规制与加强规制的两难之间,从方法论角度,市场规制法该如何应对新商业模式? 问题的难点在于,规制法须兼顾鼓励创新与防控风险的双重任务。

从规制对象一端看,商业模式创新往往伴随一定的“副产品”,例如 cookie 技术支撑的精准营销商业模式蕴含着隐私泄露风险,^[5] 网络爬虫技术支撑的竞价排名商业模式蕴含着不正当竞争风险,^[6] 网络杀毒技术蕴含着网络产品之间的干扰与侵害风险,^[7] 甚至网络空间的大多数权益冲突都是宽带技术的副产品。^[8] 商业模式的变迁无疑是一把“双刃剑”,趋利避害成为规制法的核心任务。从规制法一端看,以稳定、可预期的法律来规范各类商业活动乃法治的永恒追求。但商业创新却在不断挑战法的稳定性,尤其是当“颠覆性创新”引发商业模式的新旧更迭时,立法者基于旧商业模式所设计的规制体制可能无法适用于新商业模式,学界谓之“规制颠覆”。^[9] 其表现形式众多,^[10] 有些是因为法定概念或规则的弹性不足导致新事物无法被涵摄,如电子烟可否纳入烟草制品监管;^[11] 有些是因为适用现有规则的后果不当,如网约车难以照搬出租车的准入体制,^[12] 双边平台的相关市场界定无法沿用相对价格上涨的假定垄断者测试等。^[13] 此类规制颠覆现象迫使规制法不得不作出回应,以寻求法律与经济关系的再平衡。

上述两类挑战彼此关联,如果说前者是从规制对象角度揭示了商业模式创新引发的外部性、信息不对称等“市场失灵”问题的话,后者则是从规制法角度揭示了商业模式创新对既有规制体制的挑战,相应可称为“规制失灵”。这些现象虽未超出传统规制理论之视野,但在商业创新领域,传统规制理论仅对部分问题具有解释力。至于规制方案,传统规制理论因忽视了规制对象的动态变化而难以直接适用,在面对“规制颠覆”问题时更是

[3] 该观点在共享经济领域的体现,参见 Stephen R. Miller, First Principles for Regulating the Sharing Economy, 53 *Harvard Journal on Legislation* 147, 151 (2016)。

[4] Sofia Ranchordas, Does Sharing Mean Caring: Regulating Innovation in the Sharing Economy, 16 *Minnesota Journal of Law, Science and Technology* 413, 413 (2015)。

[5] 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第 5028 号民事判决书。

[6] 参见北京市第一中级人民法院(2010)一中民终字第 2779 号民事判决书。

[7] 参见最高人民法院(2014)民申字第 873 号裁定书。

[8] 网络技术从“窄带”到“宽带”的创新,改变了“点到点”的互联网技术架构,“赋予了网络所有者决定是否允许别人使用网络的权力,以及何种内容可在网络空间流动的权力”,这几乎是网络空间一切利益冲突的技术根源。参见 Lawrence Lessig, Architecting Innovation, 49 *Drake Law Review* 397, 404 (2001)。

[9] See Nathan Cortez, Regulating Disruptive Innovation, 29 *Berkeley Technology Law Journal* 175, 182 (2014)。

[10] 有学者将“规制颠覆”分为四类:(1)商业创新虽落入法律规制范畴,但因某些新特征使现行法停止适用(end-runs);(2)商业创新符合法定豁免事由或利用了法律漏洞而得以豁免(exemptions);(3)商业创新引发的问题属于无法可依的空白地带(gaps);(4)法律拟解决的问题被商业创新所化解,或创造了新价值使法律丧失必要性(solutions)。参见 Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl & James Salzman, Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb, 70 *Vanderbilt Law Review* 1561, 1565 (2017)。

[11] See Chris Bullen, Regulatory Policy and Practical Issues Arising from a Disruptive Innovation: A Public Health Perspective on E-Cigarettes, 11 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 1, 5-10 (2016)。

[12] See *Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago*, 839 F.3d 594 (7th Cir.2016)。

[13] 参见最高人民法院(2013)民三终字第 4 号民事判决书。

捉襟见肘。传统规制理论的未及之处,正是新规制理论的生长点。作为新的理论分支,“商业创新的法律规制”正逐步受到理论界的关注。本文将在既有研究基础上,构建市场规制法应对商业创新的普适性分析框架,以期推动新理论分支的发展成熟。

一 既有研究及其遗留课题

面对商业模式的变迁,一切规制难题的根源在于,那些来自标准市场的传统智慧大多已不再有效或不敷使用,唯有改进规制体制方可应对新变化。对此,学界总体是从规制理念、规制工具和一般性分析框架角度展开研究。

(一) 规制理念的革新

市场规制的精髓在于“对策与问题相匹配”。循此原理,不少学者提出了应对商业创新的总体思路。例如有学者认为,注重稳定性和确定性价值的传统市场规制法已无法适应商业创新的不确定性和动态发展规律,作为因应之道,规制法的理念应转向“弹性和适应性规制”,^[14]立法上应以抽象的“原则”取代“规则”。^[15]基于类似的问题意识,有学者主张在规制对象与规制体制之间构建“动态反馈循环”,借助动态的信息反馈与立法调整机制,追求“动态规制”。^[16]还有学者将商业创新的规制过程视为动态学习的过程,建议选取小规模规制样本,通过短期的试验型立法追求“创新友好型的规制”。^[17]

诸如此类,无论是“弹性和适应性规制”“动态规制”还是“创新友好型规制”,都旨在引导市场规制法遵循商业创新的动态发展规律,迈向更灵活的规制体制。类似观点不限于此,这与我国规制机关提出并得到学界关注的“包容监管”“审慎监管”或“包容审慎监管”理念异曲同工,总体上可归入更宽泛的“创新法”(Innovation Law)范畴。这一概念是德国学者在20世纪末期为回应公众对德国社会创新能力的批评,在研究“法律与创新”间互动关系的基础上,以鼓励创新为目的而提出的学术概念,德国学者试图围绕这一概念构建法理学学科意义上的“创新法”。^[18]此类研究的理论意义不言而喻,理念的革新是规则变化的先导,可为重构市场规制法提供指引。

(二) 规制工具的调整

更多的研究聚焦于微观层面,以量身定制的思路为新商业模式寻找恰当的规制工具,精准与可操作性是其优势所在。但此类研究相对庞杂,结论通常取决于其研究对象。总体上,此类研究主要从本体论和方法论两个视角展开。

[14] See Gregory N. Mandel, *Regulating Emerging Technologies*, 1 *Law, Innovation and Technology* 75, 89–92 (2009).

[15] See John Braithwaite, *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*, 27 *Australian Journal of Legal Philosophy* 47, 52 (2002).

[16] See Wulf A. Kaal, *Dynamic Regulation of the Financial Services Industry*, 48 *Wake Forest Law Review* 791, 800–801 (2013).

[17] See Sofia Ranchordas, *Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation*, 55 *Jurimetrics* 201, 201 (2015).

[18] 德国学者于1998–1999年提出了“创新法”概念,系统梳理参见 Martin Eifert, Wolfgang Hoffmann-Riem, *Innovationsfördernde Regulierung: Innovation und Recht*, 2009。转引自 Sofia Ranchordas, *Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation*, 55 *Jurimetrics* 201, 212–213 (2015)。

第一,本体论视角下的规制工具研究较为常见。例如有研究认为,当规制者对新商业模式的正负面效应尚未全面了解或无十足把握之时,应当减少准入门槛、资质限制等刚性规制工具的运用,代之以柔性的“警告”来表达规制机关的关切和可能采取的措施,以此敦促市场主体主动管控商业创新的副产品。^[19] 但后续的研究表明,无配套措施的警告只是虚张声势,作为改进方案,发出警告后应及时关注市场的反馈,必要时应跟进配套措施,将警告硬化为长期、确定且有约束力的规制工具。^[20] 以技术手段来规制商业创新的副产品逐渐成为一种潮流,^[21] 例如“以管网网”的手段在网络法上的运用。技术之所以重要,是因为“个人可决定不遵守立法,但通常不得不遵守技术强加于人的规范。如数字版权规范、信息过滤、隐私保护技术”。^[22] 考虑到商业创新的技术壁垒、信息偏在和规制成本问题,学界还提倡以信息工具、声誉机制、自我规制、公私合作等规制手段,充分调动市场参与者的积极性,以实现商业创新的协同治理。

第二,方法论视角下的规制工具研究相对较少,但理论意义重大。例如,面对动态变化的商业创新,有学者从方法论角度提出以“实验性立法”和“日落条款”来改进规制法。^[23] 前者是通过小规模立法实验来测试规则工具,借此收集更多有关商业创新及其规制方法的信息,用于改进规制工具,提升规制法的回应能力;后者是通过预先设定法律失效日期来提升规制法的更新频率,以倒计时的方式督促规制者及时评估并改进规制工具。还有学者从方法论角度提出规制工具选择的“四阶段分析模型”:第一阶段,通过制定标准来表达规制者期待的最佳状态;第二阶段,通过发起合规竞争鼓励市场主体进行技术或方法创新,以满足最佳标准的要求;第三阶段,选择符合或接近最佳标准的新方法或新技术,并通过安全港规则、奖励或补贴、授予许可证等方式鼓励市场主体采纳;第四阶段,定期更新标准并发起新一轮的合规竞争,推动技术和方法的持续创新。该分析模型有效融合了鼓励创新和规制创新的双重目标,又称“策划创新模型”。^[24] 这一方法论的亮点在于,其借助市场主体的合规竞争来寻找最优规制标准和规制工具。

(三) 规制分析框架的搭建

介于“宏观理念”和“微观工具”之间,更具理论价值的研究致力于寻找规制商业创新的一般性分析框架,此类中观层面的研究既可解决宏观规制理念过于抽象之弊,也可避免微观规制工具研究的视野局限。但此类研究可谓凤毛麟角,而“规制中立原则下的三步分析框架”乃罕见的理论突破,堪称“首次就商业创新如何引发政策混乱以及规制者如何回应的问题,提供了全面的分析框架”。^[25] 该理论具体由“规制中立原则”和“三步分析

[19] See Tim Wu, Agency Threats, 60 *Duke Law Journal* 1841, 1844 (2011).

[20] See Nathan Cortez, Regulating Disruptive Innovation, 29 *Berkeley Technology Law Journal* 175, 187–199 (2014).

[21] 例如有学者主张在传统法律监管之外,应借助技术手段构建科技驱动型监管体系。参见 Hilary J. Allen, Experimental Strategies for Regulating Fintech, 3 *Journal of Law & Innovation* 1, 2–4 (2020)。

[22] Ronald Leenes, Framing Techno-Regulation: An Exploration of State and Non-State Regulation by Technology, 5 *Legisprudence* 143, 143 (2011).

[23] See Sofia Ranchordas, Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation, 55 *Jurimetrics* 201, 205–208 (2015).

[24] See Lital Helman, Curated Innovation, 49 *Akron Law Review* 695, 717 (2016).

[25] Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl & James Salzman, Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb, 70 *Vanderbilt Law Review* 1561, 1561–1562 (2017).

框架”构成。其中,“规制中立原则”要求规制者在新旧商业模式之间保持中立,既不惩罚新来者,也不赋予其特权,尤其不能因新旧商业模式的组织形式差异而作区别对待,又称“组织中立原则”。在此原则下,“三步分析框架”为规制体制的选择提供了分析思路。

第一步简称“平等对待”。规制者应以中立原则来审视现有规制体制,评估其是否/可否平等对待新旧商业模式,避免因组织形式的差异而作区别对待。若统一适用现有规则将偏袒某一方,^[26]则有必要进行制度重建,反之则否。第二步简称“基于公共政策的区别对待”。规制者需要评估商业创新领域是否存在诸如保护公众健康、安全、环境、隐私、资源配置、免于歧视等公共政策因素,以便证成对组织中立原则的突破,若有,则表明区别对待的合理性。第三步简称“信赖利益保护”。在引入新商业模式或改变既有规制体制的情况下,规制者应考虑是否需要原有规制体制下的信赖利益诉求作出回应,在不扭曲公平竞争环境的条件下,应考虑是否采取替代性的法律手段来保护市场主体免受法律制度转型所导致的不公平损害。^[27]

上述分析框架具有开创性意义,它以旧商业模式和原有规制体制作为参照系,以“组织中立性原则”为分析的总体脉络,为应对商业创新的副产品以及规制颠覆问题提供了普适性的分析框架。在应用过程中,规制者只要找到相应的参照系(旧商业模式和旧规制体制),则所有商业创新均可纳入该分析框架来寻找规制思路,其结论可能是“沿用旧制”,也可能是“重建新制”。这一分析框架既超越了纯理念层面的探讨,又跳出了一对一量身定制式的对策性研究的窠臼。

(四)有待完善的遗留课题

中观层面的普适性分析框架的搭建,是一个初创学科从萌芽走向成熟的重要标志,如果说“商业创新的法律规制”称得上是规制法中一个相对独立的分支学科的话,“规制中立原则下的三步分析框架”无疑为该分支学科的理论体系构建作出了重要贡献。但该分析框架并不完整,理论上仍有较大的拓展和优化空间。

第一,考虑到鼓励创新的政策导向和商业创新的动态发展特征,上述分析框架如何与“鼓励创新”和“动态规制理念”相融合?这需要遵循创新规律,从规制法的内在价值体系与外在制度体系互动的角度完善分析框架。

第二,上述分析框架存在一个隐含性假设,即法律对旧商业模式的规制态度是合理的,进而以此为参照系来平等对待新事物。但若参照系本身有瑕疵,平等对待可能将旧制度的缺陷传递至新领域。回到隐含性假设本身,并非所有商业创新都应立即引入规制,作为逻辑起点,“是否需要规制”的问题也应纳入分析框架。^[28]

[26] 例如在某种情况下,统一适用现有规制体制可能会以阻止创新者进入的方式保护在位企业,或者以创新者不适用准入规则的方式损害在位企业,这些都属于偏袒现象。

[27] See Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl & James Salzman, Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb, 70 *Vanderbilt Law Review* 1561, 1607 - 1616 (2017).

[28] 该分析框架在讨论“规制颠覆”的第四种情形“商业创新作为问题的化解之道”和“自由准入”的规制工具时,也间接涉及规制与自治的选择,但总体是在如何规制的语境下展开,未全面讨论是否需要规制的问题。参见 Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl & James Salzman, Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb, 70 *Vanderbilt Law Review* 1561, 1565, 1605 (2017)。

第三,上述分析框架从程序主义视角,重点回答了规制者面对新商业模式时应当沿用旧制还是重建新制;但这只是规制问题的半壁江山,另一半是规制法的实体主义视角——当分析结论认为需要重建新制时,该如何重建?上述分析框架尚未延伸至此,仅回答了制度重建后的信赖利益补偿问题。

第四,上述分析框架在技术创新与组织形式创新二分的语境下展开,但商业模式创新的类型繁多,分类方法不一而足,若引入新的分类方法,上述分析框架也有细化的必要和可能。例如,区分商业创新与假借创新之名的商业破坏,对于回答是否需要规制的问题具有决定性意义;再如,区分延续性创新和颠覆性创新,对于制度“改良”与“重建”之间的选择具有重要意义。这为上述分析框架的发展完善指引了方向。

二 完整分析框架的搭建

任何成熟的理论分析框架都需要在实际应用和学术论辩中发展完善。下文将以继承式发展的思路,沿着“规制中立原则”这条主线,着重从规制法的实体主义视角补充完善上述分析框架。这首先需要将分析框架向上延伸至规制法的门槛性问题,即商业创新是否需要规制。只有当发生市场失灵且需要以法律手段进行规制时,才可运用既有分析框架,选择沿用旧制或重建新制。若分析结论认为不宜沿用旧制,则应向下延伸至“如何重建新制”。若不全面回答这三个彼此关联的问题,则分析框架难谓完整。

(一) 贯穿完整分析框架的“规制中立原则”

“规制法既可促进商业创新,也会扼杀商业创新。一个偏袒某种商业组织的规制体制,将会阻碍另一种可能提升社会整体福利的商业创新。”^[29]这意味着规制中立原则有助于营造平等的制度环境,避免因商业模式的组织形式差异而被区别对待,使新旧商业模式在同一平台上展开公平竞争,以此激励真正有价值的商业创新。

在此基础上,市场规制法能否为新商业模式提供倾斜保护,以体现鼓励之政策导向?创新是一种面向未来的试错活动,因信息不对称的制约,规制者在商业创新发生之前通常难以预测创新将源于何处;甚至在创新出现之初,也很难准确评估哪些是真正有价值的商业创新。若无法预知这两点,则倾斜保护根本无从谈起。前述“策划创新模型”尝试以激励机制与合规竞争来引导创新,但若激励措施微不足道,将应者寥寥;若反之,又将提升政策套利与寻租风险,此时的创新也许只是为了换取政策补贴。法律所鼓励的是那些能优化资源配置、提升社会福利的创新,此种创新因提高了资源配置效率而往往能在公平竞争中胜出。在信息不对称的限制条件下,公平竞争是商业创新的最佳检验机制。规制中立原则所秉持的既不惩罚新来者也不赋予其特权的平等态度,是最好的“创新友好型规制”,它不仅鼓励真正有竞争力的商业创新,还能减少假借创新名义的政策套利。

关于“规制中立原则”的精确含义,既有研究认为,其要求平等对待各类商业模式,不

[29] Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl & James Salzman, Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb, 70 *Vanderbilt Law Review* 1561, 1607 (2017).

因组织形式的差异而作区别对待,此为形式意义上的“平等对待”。^[30]在此基础上,还应“将重点聚焦于商业活动的实质,以及这种实质如何与重要的公共政策目标进行互动”。^[31]这蕴含了实质意义上的“平等对待”,即根据商业活动的实质来判断新旧商业模式是否存在差异,进而决定是否需要进行区别对待。由此可提炼出“平等对待”的双层含义。

第一,规制中立之“相同问题同等对待”规则。这里的“同等对待”可从商业活动的组织形式和实质两个角度理解。前者是指法律应同等对待不同的商业组织形式,如新能源汽车采用的“城市展厅+直销”模式虽不同于传统机动车的“特许经营+分销”模式,但这种商业组织形式上的差异并非规制法对其区别对待的理由。后者是对具有相同本质的商业模式作同等对待,如电子烟被视为传统烟草制品进行监管,这源于二者在尼古丁致害风险方面的同质性,唯有平等对待才能有效管控人类摄入尼古丁的渠道和数量。

第二,规制中立之“不同问题区别对待”规则。这个看似赘语的表述在规制法上意义深远,它虽名为“区别对待”,实则表达的是一种基于实质判断的更深层的“平等”。根据对策与问题相匹配之原理,当某种颠覆性技术创新改变了商业模式的内在本质要素时,坚持不同问题区别对待才是真正意义上的平等。对于规制者而言,唯有尊重不同商业模式的实质差异才能真正保持客观中立。例如,“出租车与可信网络平台(TNP)服务(网约车)均受芝加哥市政府监管,但监管力度不同,因为其服务性质不同。……不同的产品或服务不能总是要求适用完全相同的监管规则,这不仅源于宪法,更是一种常识。”^[32]若照搬旧规制体制,网约车甚至无法进入市场,进而丧失参与竞争的机会。因此,只有采用不同问题区别对待的规则,才能营造实质公平的竞争环境,让真正有竞争力的商业模式凭借自身优势实现优胜劣汰。

(二)由三阶层体系构成的完整分析框架

对于规制者而言,面对市场经济条件下层出不穷的新商业模式,一个完整的规制分析框架至少应涵盖以下三个层次的问题:第一,规制者首先要回答是否需要规制的问题,即在“自治”与“规制”之间作出选择,这是市场规制的门槛性问题,兼具立法论和解释论的双重意义;第二,在进入规制门槛后,立法或法律适用过程中应“沿用旧制”还是“重建新制”;第三,若选择重建新制,立法论上该如何进行制度重建。

从方法论角度对上述三个问题作出的回答,构成了市场规制法应对商业模式创新的完整分析框架。在逻辑上,这三个问题之间既有共性又有个性,这为统一分析框架的搭建提供了契机,也带来了挑战。就共性而言,规制中立原则所提倡的“相同问题同等对待,不同问题区别对待”的思路,为构建统一分析框架提供了方法论上的共同基准。以此为准绳,一切问题的关键将转化为,新旧商业模式属于规制法意义上的“相同问题”还是“不同问题”。这决定了规制体制的分殊,也是贯穿整个分析框架的一条主线。就个性而言,

[30] “通俗来说,中立原则要求,企业家基于创新和资源利用效率而选择的经济组织形式,不应当成为受到惩罚或者奖励的理由。”参见 Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl & James Salzman, *Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb*, 70 *Vanderbilt Law Review* 1561, 1608 (2017)。

[31] Eric Biber, Sarah E. Light, J. B. Ruhl & James Salzman, *Regulating Business Innovation as Policy Disruption: From the Model T to Airbnb*, 70 *Vanderbilt Law Review* 1561, 1607 (2017)。

[32] *Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago*, 839 F.3d 594, 598 (7th Cir. 2016)。

新商业模式在规制法上面临的上述三个问题虽然遵循共同的分析基准和参照系,但在实体内容上却又相对独立,属于同一问题域中具有递进关系的三个子课题,回答这三个问题所依赖的分析工具也略有不同:“自治”与“规制”之间的选择高度依赖管制经济学的市场失灵理论,同时辅之以特定时空背景下的政策判断;“沿用旧制”与“重建新制”之间的选择主要取决于对策(规制体制)与问题(规制对象)相匹配的规制原理;“重建新制”的方法源于“控制论”的系统控制要素及其功能组合原理。因此,在规制中立原则指引下,完整的分析框架需要聚焦上述三个子问题的个性化需求逐层展开。

三 第一层分析框架:“自治”与“规制”之间的选择

(一) 规制与否的理论框架

面对商业模式的新旧更迭,一个完整的规制分析框架必须延伸至规制决策的起点,即新商业模式是否需要规制;这是个兼具技术性和政策性的双重判断。所谓“创新”,意指超越传统、除旧布新。这蕴含着两方面的变化:一是商业创新可能带来新的社会风险,是否需要规制,须重新评估;二是商业创新也许正是旧问题的化解之道,^[33]此时旧规制体制是否仍有必要,亦须重新评估。诚如学者所言:“在某些案例中,也许最好的政策是完全没有政策,将一切交给市场决定。”^[34]这两种可能的变化使我们必须回到规制决策的起点,重新思考是否需要规制这一门槛性问题,总体上的分析框架如下:

第一步,识别创新类型。规制法的精髓在于“对策与问题相匹配”,面对花样翻新的商业模式,理论上需要分类处理。首先应辨别商业创新与假借创新之名的商业破坏,后者除了损害他人并重新分配财富外并无增进社会福利的效果(如传销),应重点予以规制。对于有价值的商业创新,须进一步辨别创新点源自新技术还是新组织形式。根据组织中立原则,单纯的组织形式创新(如汽车直销)并非区别规制的理由,除非现行法的立场有误。对于技术导向型创新(如网约车),应遵循不同问题区别对待规则,回到市场失灵理论作逐案判断。^[35]若无市场失灵,则由市场自治;反之,需进入下一步分析。

第二步,选择规制时机。并非任何市场失灵都需要立即引入规制,商业创新领域的规制既要防止规制迟延,又要避免过早干预。前者重在防止因规制迟延而引发不可逆的严重后果,后者重在避免因过早干预而扼杀动态发展中的商业创新。因此,本文构建的升级版的规制分析框架引入时间变量,致力于寻找规制介入的恰当时机。在方法论上,规制者应把握的一个关键点在于新商业模式出现之初,只要自治不会导致不可逆的严重后果,就应优先选择自治,以便给新商业模式的自我优化预留空间,也给规制者提供学习适应的时间,这尤其适用于颠覆性创新。^[36]同理,当介于规制与自治的两可之间时,或在拿不准的

[33] 例如创新者常提出的抗辩理由是,前所未有的颠覆性创新已为消费者提供了更好的保护方案,使规制变得多余。参见 Benjamin G. Edelman & Damien Geradin, *Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies Like Airbnb and Uber?* 19 *Stanford Technology Law Review* 293, 295-296 (2016)。

[34] Herbert Hovenkamp, *Competition for Innovation*, 2012 *Columbia Business Law Review* 799, 800 (2012)。

[35] 参见[美]丹尼尔·史普博著:《管制与市场》,余晖等译,上海三联书店1999年版,第55-65页。

[36] 参见[美]克莱顿·克里斯坦森著:《创新者的窘境》,胡建桥译,中信出版集团2020年版,“引言”第27-28页。

情况下,^[37]也应优先选择自治,^[38]以便为将来更加精准的规制预留时间窗口。

第三步,引入政策判断。考虑到商业创新的动态性与法的稳定性之间的内在矛盾,规制者在识别创新类型、选择规制时机时,也离不开必要的政策判断。政策判断应重点关注商业创新对弱势群体就业、社会公平、社会稳定、国家安全等问题的影响。政策因素既可补强也可推翻前两步的分析结论。作为例外,政策判断若要改变既定结论,应提供充分的判断依据和必要的绩效评估,且不违反法律的强制性规定。

(二) 基于免费商业模式的讨论应用

作为注意力经济时代最具创新活力的商业模式之一,“免费平台+广告/增值业务”给有偿交易观念下的市场规制法带来了不少挑战。本文将该模式简称为“免费商业模式”,^[39]其通常由“免费平台”和“流量变现渠道”两部分组成。对于该商业模式,法律上为何有些选择自治,有些选择规制?前述分析框架为此提供了解答。

第一步需要识别创新类型。免费商业模式通常都会寻求流量变现,不同的变现渠道决定了其在规制法上的性质差异。如“免费视频+贴片广告”的流量变现渠道在我国曾风靡一时,这种免费观影模式挑战了传统的付费影院。随后,市场上出现了一款可精准拦截特定网页内贴片广告的免费浏览器。表面上看,二者似乎都属于“免费平台+增值服务”的商业模式,但性质迥异。前者属于增进消费福利的商业创新,后者则构成商业破坏。^[40]后者表面上也增加了消费福利(避开不受欢迎的广告),但这只是短期效应;若放任其自由扩张,前者将被淘汰出局或引发广告屏蔽与反屏蔽技术的无谓投资。一旦前者退出市场,后者也将丧失作用空间,这种“有破无立”的局面属于典型的商业破坏。

回顾历史,规制法在区别对待流量变现渠道方面积累了不少经验。例如在二战后的美国,免费电台流行以软文广告寻求流量变现;19世纪50年代末美国国会认定,唱片公司向电台主持人付费使之优先播放特定歌曲的行为构成商业贿赂。^[41]几十余年后,网络空间诞生了一种类似的流量变现模式——竞价排名。这种以收费为条件收录网页或提升网页排名的做法遭到消费者团体的举报。美国联邦贸易委员会(FTC)思量再三,最终并未将其与电台软文广告同等对待,而是将这种技术导向型的商业创新视为一种新商业模式,回归信息不对称问题本身作独立判断,最终以强制信息披露的方式加以应对。^[42]历史上这两种类似的“软广”之所以被区别对待,除了电台与主持人之间的委托代理关系影响了商业贿赂的认定外,还有一个重要原因在于媒体性质差异。相较于商业互联网,电台

[37] 常见的情况如,虽有市场失灵,但商业创新的正、负面效应尚未得到全面评估,或者商业创新正处于自我优化过程中;再比如,虽有市场失灵,但现有条件下缺乏有效的规制手段。

[38] 相关研究可参见 Rachel S. Tenis & Alexander Baier Schwab, Business Model Innovation and Antitrust Law, 29 *Yale Journal on Regulation* 307, 319-320 (2012)。

[39] 免费商业模式通常由某类客户享受免费服务,并由另一类客户付费进行交叉补贴。常见模式有三种:一是用付费产品补贴免费产品;二是用日后付费补贴当前免费;三是付费人群给不付费人群提供补贴。参见[美]克里斯·安德森:《免费:商业的未来》,蒋旭峰等译,中信出版社2015年版,第19页。

[40] 参见北京市海淀区人民法院(2013)海民初字第13155号民事判决书。

[41] See Richard Kielbowicz & Linda Lawson, Unmasking Hidden Commercials in Broadcasting: Origins of the Sponsorship Identification Regulations, 1927-1963, 56 *Federal Communications Law Journal* 329, 347-355 (2004)。

[42] See FTC, Reply for Complaint Requesting Investigation of Various Internet Search Engine Companies for Paid Placement and Paid Inclusion Programs, Jun. 27, 2002.

在当时具有显著的社会公共性而不宜被商人俘获,因而其流量变现渠道受到严格限制。

第二步是选择规制时机。面对动态发展中的商业创新,过早的规制可能扼杀创新,滞后的规制更是遗患无穷。以竞价排名为例,该商业模式自 2002 年进入我国后,陆续有举报称其涉嫌不正当竞争,原国家工商总局在 2008 年以来也陆续接到此类请示,但未予答复。^[43] 直至 2016 年 5 月“魏某西事件”的爆发,原国家工商总局于两个月后颁布了《互联网广告管理暂行办法》,将竞价排名纳入广告法规制。此时距接到请示已近 8 年,距竞价排名进入我国已近 15 年。面对新商业模式,规制者固然需要时间来认识规制对象、寻找规制方法,同时也给商业模式的自我完善预留空间,但似乎不需要十余年之久。在国际上,竞价排名于 1999 年之前已流行于美国,技术迭代主要发生在 1999 - 2002 年期间。^[44] 2001 年 7 月 16 日美国联邦贸易委员会接到消费者团体举报,经过近一年的审查,2002 年 6 月 27 日即在公开复函中将竞价排名视为广告进行规制,并以强制信息披露作为规制工具。^[45] 而且业界也将其命名为“关键词广告”(adwords)。面对这一先例,我国规制机关长期保持沉默,竞价排名长期在丛林法则中生长已使之积重难返,公众也很难从积怨和偏见中恢复对搜索引擎的客观中立态度,滞后的规制可谓遗患无穷。

第三步是必要的政策判断。由于长期受运动式执法的影响,我国的规制机关通常具有较强的政策敏感性。一旦商业模式的新旧更迭触及舆论导向、社会稳定等政策性乃至政治性议题时,规制与自治之间的选择常常受制于特定时空背景下的政策判断。这正是 2016 年“魏则西事件”引发规制机关迅速反应的原因。面对该事件带来的强大舆论压力,原国家工商总局在两个月之间便仓促颁布规章将竞价排名纳入广告法规制。但后续的实践表明,这一“压力型立法”导致一系列体系冲突、逻辑悖论、法律规避和过度管制风险。“规制”与“自治”之间的选择固然要考虑政策导向,但政策判断只是一种例外,规制决策根本上取决于市场失灵的矫正原理。个案中的政策判断也并非无章可循,技术上应警惕政策判断的滥用和过度反应,程序上应通过绩效评估来防控政策判断的意外后果。

四 第二层分析框架：“沿用旧制”与“重建新制”之间的选择

(一) 是否沿用旧制的理论框架

若上一阶段的分析结论认为需要引入规制,则进入第二层分析:应当“沿用旧制”还是“重建新制”。这取决于新旧两种商业模式是否属于规制法意义上的同一规制对象。法理上识别规制对象的同一性须参考两个标准:(1) 概念解释的涵摄标准,即现行法的规制体制能否有效涵摄新商业模式,这取决于具体概念和规则的射程范围;(2) 规制功能相匹配标准,即现行法针对旧商业模式所设计的规制体制能否解决新商业模式面临的问题,这源于对策与问题相匹配的规制原理。这两个条件能否同时满足,决定了新旧商业模式

[43] 参见李静:《百度推广裸奔八年:互联网广告放纵之谜》,《中国经营报》2016 年 5 月 9 日第 C02 版。

[44] 例如 1999 年的网络搜索广告采用“按展现次数付费模式”(cost per mille, CPM),2002 年后改为“按点击付费模式”(pay per click, PPC),从此形成了符合搜索引擎技术特点的稳定的竞价排名商业模式。

[45] See FTC, Reply for Complaint Requesting Investigation of Various Internet Search Engine Companies for Paid Placement and Paid Inclusion Programs, Jun. 27, 2002.

是否属于规制法意义上的同一规制对象。若是,则“相同问题同等对待”;若否,则“不同问题区别对待”。具体的分析框架由以下三个步骤构成:

第一步:相同问题同等对待。若新商业模式同时符合概念解释的涵摄标准和规制功能匹配标准,则表明新旧两种商业模式属于规制法意义上的同一规制对象(常见于延续性创新)。根据规制中立之相同问题同等对待规则,立法论和解释论上均应选择沿用旧制,确保新旧商业模式在平等的环境下展开竞争。

第二步:不同问题区别对待。若新商业模式无法落入旧规制体制在概念解释上的射程范围,或者旧规制体制的功能主义构造与新问题不匹配,抑或新商业模式引发了全新的政策或政治关切,则可认定,新旧两种商业模式并非规制法意义上的同一规制对象(常见于颠覆性创新)。根据规制中立之不同问题区别对待规则,立法论上应选择重建新制。考虑到制度转换成本的约束,^[46]当重建新制的成本超过其旨在减轻的危害时,理性的选择应当是“改良旧制”。

第三步,信赖利益保护。不管是商业模式自身的新旧更迭,还是新商业模式引发的制度重建,都可能影响旧规制体制下市场主体的信赖利益。基于法律上的信赖保护原理,在新旧交替之际,规制者还应考虑是否须对原规制体制下的信赖利益诉求提供保护。这需要结合个案,以不扭曲公平竞争为前提,考虑是否采取必要的法律手段来保护市场主体免受制度重建所导致的不公平损害。

(二)基于电商平台商业模式的讨论应用

电商平台商业模式的出现给市场交易带来了颠覆性变化,其创新点除了组织形式变化外,关键在于信息技术支撑的电商平台的介入,这属于典型的技术导向型创新,而非单纯的组织形式创新。电商平台的出现将经济结构一分为二,形成线下与线上市场的二元格局。线下市场的信息不对称问题因电商平台的介入而得以缓解,但也滋生了新的问题,如交易过程虚拟化引发的信息不对称和外部性问题,因而需要规制。在规制体制的选择上,若以线下市场规制作为参照系,线上应选择“沿用旧制”还是“重建新制”?这需要根据第二层分析框架展开分析。

第一步是识别“相同问题”。根据概念解释的涵摄标准和规制功能相匹配之标准,在电商平台模式下可被识别为规制法意义上的“相同问题”者,主要集中在交易主体和交易对象方面。以涵摄标准来看,作为交易主体的“经营者”内涵与外延通常不会受到线上与线下交易方式变化的影响,作为交易对象的“产品或服务”也不会因为销售渠道差异而有变化。在规制功能上,不管是主体资质管控还是产品质量规制,也不会因为线上与线下交易方式的变化而有不同。因此,对于主体规制和产品质量规制而言,电商平台创新对规制法并无决定性影响。这正是《电子商务法》第4条规定“国家平等对待线上线下商务活动”之意涵。但在行为规制和结构性的反垄断规制方面,问题相对复杂。电商平台的介入虽不影响对欺诈、虚假广告、商业仿冒等行为的规制,但也出现了网络刷单、平台限制竞争等新问题。网络刷单在线下市场并无完整的对应形态,考虑到其行为后果与虚假宣传

[46] See Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 *Journal of Law and Economics* 1, 44 (1960).

近似,2017 年修订的《反不正当竞争法》第 8 条通过扩张解释,将网络刷单与虚假宣传视为规制法上的“相同问题”,以此节约制度重建成本。

第二步是识别“不同问题”。若规制对象不符合概念解释的涵摄标准或功能匹配标准之一者,便属“不同问题”。由于电商平台模式的创新聚焦于网络平台本身,当涉及网络平台的角色、行为、责任时,易被识别为“不同问题”。例如 2013 年修订《消费者权益保护法》时,一个焦点问题是,可否将旧法第 38 条中展销会举办者的连带责任扩张适用于网络平台。但从功能匹配标准看,展销会举办者的连带责任成立于“展销会结束后”,此种责任仅具有弱者保护功能,与规制法所期待的借连带责任倒逼网络平台加强自治的功能相去甚远。因此,立法者选择制度重建,增设第 44 条,以网络平台违反实名登记义务和安全保障义务为限要求平台承担连带责任。这种违反管理义务的连带责任旨在倒逼网络平台发挥信息和技术优势,加强自我规制。2018 年颁布的《电子商务法》持相同立场。^[47]再如,平台限制交易行为可纳入《反垄断法》上既有的滥用市场支配地位的规制框架,但在功能上,此举能否解决电商平台的独特问题,尚待验证。而《电子商务法》将其识别为“不同问题”,在第 35 条中区别对待电商平台的限定交易行为,但引发较大的理论争议。^[48]此外,当商业模式的新旧更迭触发新的政策或政治关切时,政策导向也会影响规制者对规制对象的识别。例如我国 2021 年初提出“防止资本无序扩张”的政策要求,在此背景下,电商平台向社区团购领域的扩张受到强力监管。当然如前所述,政策判断只是一种例外。

第三步是信赖利益保护。电商平台的普及将不少线下商店淘汰出局,法政策层面不得不考虑的问题是,是否需要以适当的方式保护线下经营者免受此类损失?这有赖价值层面和技术层面的双重考量。价值判断广泛涉及弱者保护、民众就业、社会稳定等议题,此处无法展开。就规制法的技术分析而言,信赖保护应以不扭曲公平竞争为前提,行为人自行承受自由竞争之后果,乃经济理性和现代法治文明之“自己责任”的当然之意。根据信赖原理,若无法律上的干预,自然也没有对法律制度的信赖以及由此引发的信赖利益保护。但若在管制领域,当商业模式的新旧更迭夹杂着管制因素时,因信赖管制体制所生之损害,才有信赖保护之可能。例如传统出租车行业受牌照、总量、价格方面的管制,经营者购买因管制而溢价的出租车牌照源于对管制体制的信赖。在此条件下,若法律对网约车采用放松管制或自由准入体制,则所产生的制度差异给出租车带来的竞争损害,符合信赖保护原理。最近不少地方推出的出租车经营权无偿使用、增加燃油补贴、改革收益分配机制、降低份子钱和押金等措施,^[49]均可视为信赖保护之尝试。

五 第三层分析框架:“重建新制”的方法

(一)重新建制的理论框架

一个完整的规制分析框架面临的最后一个问题是,立法论上该如何重建新制。根据

[47] 该法第 38 条仅将“关系消费者生命健康的商品或者服务”致害的“连带责任”改为“相应的责任”。

[48] 有观点认为这将架空反垄断法,参见李剑:《被规避的反垄断法》,《当代法学》2021 年第 3 期,第 62 页。

[49] 参见《甘肃省人民政府办公厅关于进一步加强出租汽车行业管理工作的意见》《辽阳市人民政府办公室关于深化出租汽车行业改革的实施意见》。

规制体制与规制对象相匹配之原理,规制者不仅要理解商业创新之规律,更要懂得规制体制的设计原理,达到“知己知彼”的程度。就“知彼”而言,首先应认识并尊重商业创新的不确定性与动态发展特征,这是制度设计的认知前提。就“知己”而言,法社会学上的“控制论”为我们理解规制体制的构造原理提供了基础性的视角,在该理论看来,任何功能健全的控制系统都离不开标准设定、信息获取和行为矫正三个要素。^[50] 由于传统规制理论大多是静态地理解规制体制,而商业创新是动态的,“创新友好型”的规制体制也应作动态化改造,具体的分析框架如下:

第一步,规制体制的基本构造。根据“控制论”的运行机理,任何功能健全的规制体制都应提供相对清晰的规制标准,包括技术标准和法律上的行为规范,以区分受欢迎与不受欢迎的状态;其次还要有信息获取渠道,以识别规制对象的当前状态;最后还应具备行为矫正手段,如规制工具及其实施机制,以改变不受欢迎的状态。缺乏任一要素,规制对象就不在控制论意义上的管控之下。

第二步,各要素的匹配性设计。根据“对策与问题相匹配”之原理,规制标准设定、信息获取、行为矫正三要素的设计,总体上应以问题为导向,针对新商业模式的市场失灵问题进行量身定制,各要素的设计通常还应有足够的灵活性来回应规制对象的动态变化。^[51] 在此基础上,规制体制的设计还应关注整体视角和各要素的匹配组合。任何理想的规制标准若无现实可行的行为矫正手段,或者再好的矫正方案若无发现违法行为的信息获取渠道,均非好的规制体制。

第三步,规制体制的动态优化。规制商业创新应放弃一劳永逸的思路,引入动态的信息反馈与制度调整机制。其中,初创的规制标准重在测试市场反应,收到效果反馈后应及时改进规制标准、优化矫正方案,依次循环往复,直至规制体制臻于完善。立法技术上须引入时间和空间观念,其中时间上可借助立法时预设的“日落条款”为新规制体制定试用品,空间上可通过“试验型立法”为新规制体制设置试验场,确保规制体制在短时间、小规模验证中逐步完善。

(二) 基于智能网联车商业模式的讨论应用

智能网联车是人工智能时代最具影响力的颠覆性创新之一,它将以人工智能技术代替驾驶员的眼睛、大脑和手脚,逐步实现“有条件自动驾驶、高度自动驾驶和完全自动驾驶”。^[52] 因交通事故大多源于驾驶员的操作失误,智能网联车有望矫正人为失误、减少事故和拥堵、提高汽车利用效率并减少排放,^[53] 但同时也存在决策不透明、控制有限、预见

[50] See Christopher Hood, Henry Rothstein & Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, p. 23.

[51] 诚如控制论的研究者所言,“如果要实现控制论意义上的控制,每个要素必须有足够的变化,以不同的可能状态来匹配环境的变化。”参见 Christopher Hood, Henry Rothstein & Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, pp. 23 - 34.

[52] 具体解释可参见《智能网联汽车道路测试与示范应用管理规范(试行)》。

[53] See Kyle Colonna, *Autonomous Cars and Tort Liability*, 4 *Case Western Reserve Journal of Law, Technology and the Internet* 81, 111 - 113 (2012).

性不足等问题,^[54]因而仍需要规制。在选择规制体制时,似应适用不同问题区别对待规则。因为智能网联车的驾驶员正在被人工智能技术所取代,旧法以“驾驶员谨慎标准”为中心的规制体制将逐步丧失适用余地,以“机动车产品质量”为中心的产品责任制度也面临极大挑战,^[55]重建新制已成大势所趋,相应的制度设计思路如下:

第一步是规制体制的结构重建。对于智能网联车的安全规制而言,首要因素是技术标准与行为规范的重构。一旦驾驶员被“轮式机器人”取代,传统规制法针对驾驶员所预设的行为规范将转化为智能网联车的内在技术标准和算法规范,法院事后基于生活经验所量身定制的行为谨慎标准,也将转化为由科技发展水平所决定的技术标准,这是制度重建之关键。其次,新规制标准的实施还离不开精准的信息获取渠道,传统法律实施所依赖的机械检测信息以及电子眼拍摄的驾驶员状态、行动轨迹和事故现场信息,对于智能网联车的算法风险、系统缺陷和致害因果关系认定仅具有部分参考价值,真正有决定性意义的是智能网联车的算法模型与系统运行数据。最后是行为矫正手段的重构,现行法通过矫正驾驶员行为和机动车物理构造来规制风险,但在全自动驾驶模式下,驾驶员被智能算法取代,行为矫正的内容应转向算法模型,矫正对象也应转向软件工程师。一切问题的关键均转化为,法律如何纠正技术偏差,而非驾驶员的行为。

第二步是各要素的匹配性设计。智能网联车在智能化的不同级别面临不同的问题,规制体制的构成要素设计也应区分不同级别进行量身定制。以我国区分的三个级别为例:(1)“有条件自动驾驶”属于人车共驾模式,驾驶员须回应系统请求,协助智能算法完成驾驶任务。此时的标准设定、行为矫正将呈现出双边构造。一方面针对驾驶员的行为规范和责任威慑仍不可或缺,例如 2017 年《德国道路交通法》(*Straßenverkehrsgesetz*)第 1b 条要求驾驶员“保持警觉”,必要时须重新接管汽车;另一方面还应兼顾智能算法的技术标准与矫正机制,确保驾驶员与智能算法的高效互动。在信息获取上,应准确识别汽车何时被人工接管,这是归责之基础。(2)在“高度自动驾驶”模式下,智能算法可独立完成所有动态驾驶任务,驾驶员可介入或不介入驾驶任务。因驾驶员的作用弱化,规制标准与行为矫正的重心应转向智能算法(但驾驶员并未免除所有义务),信息获取的关键也转向算法风险的识别,例如《德国道路交通法》第 63a 条创设了类似飞机黑匣子的数据收集机制。(3)在“完全自动驾驶”模式下,智能算法将独立完成所有动态驾驶任务,车上只有乘客。此时的规制标准、信息获取、行为矫正将完全围绕智能算法展开,驾驶员责任将几乎完全被产品责任取代。^[56]这里的“产品责任”与传统产品责任也不可同日而语,^[57]将算法视为动态的无形产品,其缺陷认定(规制标准)、责任承担(行为矫正)和责任人(设计

[54] See Matthew U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29 *Harvard Journal of Law & Technology* 353, 359 (2016).

[55] 面对智能网联车的动态决策和操作系统,以静态的“机动车产品质量”为中心的产品责任是否仍有适用于地,存在理论争议。美国的情况参见 Jessica S. Brodsky, *Autonomous Vehicle Regulation: How an Uncertain Legal Landscape May Hit the Brakes on Self-Driving Cars*, 31 *Berkeley Technology Law Journal* 851, 857-877 (2016); 德国和日本的情况参见冯洁语:《人工智能技术与责任法的变迁》,《比较法研究》2018 年第 2 期,第 143-155 页。

[56] 此时的汽车保有人仍有一定的注意义务和责任,责任基础源于抽象风险,因为保有人可以决定是否启动汽车和何时到达终点。参见冯洁语:《人工智能技术与责任法的变迁》,《比较法研究》2018 年第 2 期,第 147 页。

[57] See Ryan Calo, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, 103 *California Law Review* 513, 535 (2015).

者、生产者或控制者等),均有别于传统有形产品责任制度。^[58]

第三步是规制体制的动态优化。智能网联车的发展可谓一日千里,规制者也应放弃一劳永逸的思路,以“干中学”的态度打造动态化的规制体制。“干中学的思路充分考虑了商业创新的复杂性,同时动态评估个人行为对新法律规则的反应,使立法能够灵活地吸取经验和教训。”^[59]这是在无十足把握的情况下应对新事物的妥当思路,有赖以下三项制度的支撑:(1)试验型立法在我国较为普遍,立法法授权的“暂行规定”和“地方立法”为智能网联车的立法实验提供了依据。前者是在立法条件不成熟时授权行政机关制定暂行法规、暂行规定;后者是在特定地域进行立法实验,例如智能网联车的各类试点制度。(2)通过“立法后评估”不断优化试验型立法,^[60]我国智能网联车路测规范的快速更新,^[61]已展现出动态的试错思维。(3)立法后评估须辅之以修法程序才能形成完整的动态反馈循环。考虑到修法程序启动方面的障碍,试验型立法还应预设“日落条款”,为制度更新设定倒计时。这不仅可约束立法者按期评估并完善规制体制,而且可为市场主体提供合理预期,避免朝令夕改引发的不确定性。这三项制度为规制体制的动态优化提供了方法论指引。

结语:迈向创新友好型的市场规制理论

创新能力的提升和创新型国家的建设不仅需要一系列激励并保护创新的制度环境,而且还要有效应对创新的“副产品”及其引发的“规制颠覆”问题。后者是市场规制法与规制理论关注的重点。既有研究分别从规制理念革新、规制工具调整、普适性分析框架搭建的角度,推动“商业创新的法律规制”这股学术支流从萌芽走向成熟。尤其是普适性分析框架的搭建,是一个初创学科趋于成熟的重要标志。本文以继承式发展的思路,沿着“规制中立原则”拓展完善既有分析框架,使之覆盖“是否需要规制、可否沿用旧制、如何重建新制”这三个规制法上的一般性问题。由此形成的升级版分析框架不仅在结构上更加完整,而且在内容上引入时间和空间观念,实现规制体制的动态化改造。展望未来,在迈向创新型国家的道路上,学界的理论探索与立法者构建创新友好型市场规制法的尝试,将以辅助市场实现优胜劣汰的方式,让真正有价值创造力的商业创新脱颖而出,以此为创新型国家建设汇聚力量。

[本文为作者主持的2021年度国家社会科学基金重点项目“适应商业创新的市场规制体制研究”(21AFX020)的研究成果。]

[58] 例如《德国道路交通安全法》规定的责任人为汽车“制造商”,我国公安部2021年3月公布的《道路交通安全法(修改建议稿)》第155条规定的是“系统开发者”,2022年6月颁布的《深圳经济特区智能网联汽车管理条例》第53条规定的责任人为“所有人、管理人”。

[59] Sofia Ranchordas, Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation, 55 *Jurimetrics* 201, 222 (2015).

[60] 参见《立法法》第63条、《行政法规制定程序条例》第37条、《规章制定程序条例》第38条。

[61] 例如2018年5月1日实施的《智能网联汽车道路测试管理规范(试行)》,仅三年后便被《智能网联汽车道路测试与示范应用管理规范(试行)》所取代,后者于2021年9月1日实施。

[**Abstract**] Business model is changing rapidly under the modern market economy, but the legal system has historically been very slow to respond to such changes. The main cause of this problem is the stability of the legal system and the written laws, which makes it difficult for them to adapt to new things. This paper focuses on the question of how regulatory law should respond to the innovation of business model. Existing researches show that scholars at home and abroad have conducted in-depth studies on the topic of adoption of new regulatory approach and the choices of regulatory tools in response to the challenges of “market failure” and “regulatory disruption” caused by technological innovation and business model innovation. However, the study on the general regulatory analysis framework in response to the business model innovation is relatively weak. As an important breakthrough, the recent research on the “three-step analytical framework under the principle of regulatory neutrality” from the perspective of methodology has filled in the gap and promoted the development of the new academic branch of regulatory law from germination to maturity. However, it must be admitted that this analytical framework is incomplete. Any foundational analytical framework needs to be developed and further improved in practice and academic debate. In the face of new business models emerging endlessly under the condition of market competition, a general analytical framework should cover at least the following three questions: (1) The first question that legislators and regulators should answer is whether a new business model needs to be regulated by law, which is the threshold question of market regulation. (2) After entering the threshold, the second question is how to choose between “following the old legal system” and “building a new system” in the process of making and application of law. (3) If a new regulatory regime is needed, the question is how a new legal system can be built in terms of legislation. A complete analysis framework can be formed only by covering the three interrelated regulatory questions of “whether legal regulation is needed, whether the old regime can be used, and how to create a new regulatory regime”. Based on existing works, this paper supplements the substantive perspective of market regulation, and extends the regulatory framework upward and downward to cover the three general questions mentioned above. It also strengthens the interaction between the innovation-friendly principle and the analytical framework. In this way, it proposes a new and upgraded analytical framework that not only pursues the integrity of the regulatory analytical framework but also follows the dynamic feature of business innovation. This newly developed framework aims to construct an innovation-friendly regulatory regime with the ability of flexible response by building a dynamic feedback cycle.

(责任编辑:余佳楠)