

数字时代商业模式创新的私法规制

王首杰^{*}

摘要:商业模式创新是技术创新进行市场推广的重要途径,在创新系统中处于相当重要的地位。过去商业模式创新的频率较慢,给了规制系统较长的时间展开回应性规制,即从认识某一具体的商业模式创新,到部分部门法(往往是行政法、经济法等)对其进行灵活性规制,再根据规制经验在整个法律体系中进行统一性调整,进而形成法律规范整体性革新,最终达到法律体系对某一商业模式创新“量身定做”的规制。进入数字时代后,商业模式创新速度更快、花样更多且更容易被消费者接受,但其快速更新迭代也带来规制不足或规制不当等诸多挑战。数字时代加强私法对商业模式创新的规制有其正当性和必要性。有必要提升相关领域的立法包容性和司法灵活性,对新商业模式的交易主体、交易标的以及交易模式等实现一定程度的规制“前移”。

关键词:数字时代 商业模式创新 传统规制 立法规制 司法规制

一、问题的提出

当下,世界各国对创新带来的经济与社会效益都比较认同。创新分为技术创新、商业模式创新与制度创新。^①作为创新体系的重要组成部分,商业模式创新强调一种系统的、整体的方法以寻求价值创造和价值捕获。^②商业模式创新不但是技术创新进行市场推广的重要途径,而且能够带来独立的效率价值。对商业模式创新规制过严,可能会导致技术创新难以推广,社会整体的创新步伐迟滞;但若对商业模式创新规制过宽,则又可能会导致公共利益受到过度损害。因此,对商业模式创新的妥当规制既重要又具有相对难度,促进商业模式创新健康发展,是法律的时代任务之一。

^{*} 西南政法大学高等研究院讲师

基金项目:教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目(20JZD026)

^① See Brett Frischmann, Innovation and Institutions: Rethinking the Economics of U.S. Science and Technology Policy, 24 Vermont Law Review, 347-416(1999-2000).

^② See Zott C. Amit, R. Massa L., The Business Model: Recent Developments and Future Research, 37 Journal of Management, 1019-1042(2011).

数字时代商业模式创新具有两个核心特征:一是商业模式更迭速度指数型加快,二是商业模式的样态形式指数级翻新。这使得通过较长时间的试验性规制在深思熟虑下为某一种商业模式实施“量身定做”的规制方式愈发不适应商业实践的发展,因此须从过去的整体性规制转化为零散式规制。当创新迭代速度与规制迭代速度的“鸿沟”逐渐加大,在摸索对商业模式创新规制宽严程度的同时,须厘清传统规制的滞后成因。因此,有必要探索在既有框架下如何在追求规制质量的同时又加快规制迭代的速度,用规制体系的更迭提速来应对商业模式创新的更迭提速。

二、传统规制的式微及其成因

当下,商业模式的创新正进入一个新纪元。数字时代,科技走向“模块化时代”,为商业模式创新提供了技术基础,使得花样翻新、高速更迭的商业模式创新成为可能。无论是从更新的速度、样式还是程度看,以往的商业模式创新都无法与今天的比肩。当商业模式跨越式地突飞猛进而规制更新仍然沿用旧的路径和速率时,规制不当就难以避免。因此,有必要从观察传统规制机制的运行模式出发,分析传统规制在数字时代商业模式创新面前式微的成因,以作为改善规制的基础。

(一)数字时代跨越式的商业模式创新

美国学者提斯将商业模式定义为关于客户想要什么、他们如何想要以及企业如何组织自己以最佳地满足这些需求,为此获得报酬并作出报酬的管理假设。^① 网络化推动了国家、社会和企业权力的再分配,“某只看不见的手正在建造一种与网络空间诞生时完全相反的架构。这只看不见的手正在通过商务活动构筑一种能够实现最佳控制的架构——一种使高效规制成为可能的架构”。^② 实时数据的全球可用性实现了对工业生产环境的复杂分析和智能控制,极大地扩展了当今商业模式的可能性,并可能代表颠覆性的技术变革。新的供应链结构具有灵活的流程和高度效率,其不仅可以节省成本,而且可以带来一系列战略利益,如更好地处理复杂产品、缩短上市时间和按需制造。技术进步所带来的平台交易、离线商务模式、第三方支付、点对点网络贷款交易等纷纷涌现,打破旧秩序、创生新秩序的节奏与强度都史无前例。^③ 在数字时代的技术变革背景下,商业模式创新具有更为重要的价值和意义,也呈现出不同于以往的新特点。

其一,创新数量增加。虽然商业模式的概念很早便已出现,但是直至 20 世纪 90 年代中期,随着互联网的兴起,电子商务蓬勃发展,商业模式才引起学界的广泛关注。^④ 商业模式创新是推动和推广技术创新的重要因素,尤其是在分工精细化的数字时代,伙伴关系尤其重要,因为只有将良好的硬件和软件技能结合起来才能推广创新。而科技创新者往往只集中在某一种领域,科技创新的市场推广离不开商业模式的配合,也就是说,创新的科技需要创新的商业模式相匹配。

^① See Teece D. J., Business Models, Business Strategy and Innovation, 43 Long Range Planning, 172—194 (2010).

^② [美]劳伦斯·莱斯格:《代码——塑造网络空间的法律》,李旭、姜丽楼、王文英译,中信出版社 2004 年版,第 6 页。

^③ 参见马长山:《互联网+时代“软法之治”的问题与对策》,《现代法学》2016 年第 5 期。

^④ See Ghaziani A & Ventresca M. J., Keywords and Cultural Change: Frame Analysis of Business Model Public Talk 1975—2000, 20 Sociological Forum, 523—559(2005).

数字时代的技术推广,需要结合并链接跨学科技能、数据关系和价值创造过程。随着社会分工的精细化,越来越多的技术创新及推广有赖于多个公司的参与和配合,相应的,专业合作伙伴关系和开放性成为数字时代商业模式创新中的核心因素。而建立伙伴关系的方法多种多样,从松散的发展伙伴关系到程度不同的业务联合,都涉及商业模式的设计。此外,商业模式还拥有其独立的价值,合乎市场的、恰当的商业模式本身也会提升企业的竞争力。可见,随着商业模式创新的数量增加、影响力增强,其愈加成为重要的规制对象。

其二,创新迭代加速。一方面,某一项具体的商业模式创新走完一个“创新周期”(即创新初生期—成熟期—衰落期)的时间大大缩短。过往的商业模式创新周期较长,以“特许经营”这种商业模式为例,其发端于18世纪初,直至今日,虽然在汽车领域受到特斯拉直销模式的冲击,但是依然在商业销售中占据重要的位置。^① 在创新数量激增的数字时代,消费者已经能够快速接受新事物,从而大大缩短了创新者培育市场的时间周期。此外,数字时代创新的高效传输等技术支撑也为商业模式创新加速提供了基础。这些都使数字时代的商业模式创新快速出生和生长。另一方面,创新从初生期向成熟期的过渡也在加速,甚至在某些创新中会出现初生期与成熟期混同,若获规制者准入市场,则将迅速成长壮大。

其三,创新形态各异,与现行规制的不相称程度加大。数字时代出现了很多前所未有的业务形式,突破了传统法律和秩序的方方面面。过往的商业模式创新对既有规制框架的突破有限。以“特许经营”为例,在该种商业模式中,经营者与消费者的身份是清晰的,被特许方与特许方的讨价还价能力不对等,不过在既有规制框架中该种模式仍然可以受到规制。但是,数字时代商业模式创新对既有规制框架的冲击要猛烈得多。例如,在“粉丝经济”这种商业模式创新中,交易主体隐退、交易标的无形化以及法律关系模糊等特征,给规制带来极大的挑战。^②

(二)日渐式微的传统规制

就事实层面而言,进入数字时代后,商业模式创新速度加快,对商业模式创新的规制出现了滞后现象。例如,滴滴平台最初是作为共享经济的典型进行规制,将其视为创新,进而放松了市场准入条件。但后续对于平台数据垄断、平台数据运用以及平台数据保密等问题的规制存在一定程度的滞后,滴滴在没有达到数据安全措施标准的情形下即赴国外上市,触发了事后处罚。^③

就法律层面而言,随着数字信息技术与网络科技的迅速进步,商业模式进入一个加速发展的时期,引发与规制不相称的创新形式越来越多,引发与规制不相称的程度逐渐加强。^④ 数字时代对商业模式创新的规制难度增加,难以像过去那样对某一创新展开“量身定制”,而是根据新的不连续和多样化的创新模式展开“难以计数”的零散规制,这就需要在规制措施、规制方式甚至规制理念上持续进行改革——从过去的“单一规制”发展到现在的“复杂规制”,从传统的“整体规制”

^① See Robert W. Emerson & Uri Benoliel, Are Franchisees Well-Informed? Revisiting the Debate Over Franchise Relationship Laws, 76 Albany Law Review, 193—216 (2013).

^② 参见王首杰:《粉丝经济的法律规制》,《华东政法大学学报》2021年第3期。

^③ 参见姜奇平:《评滴滴上市与整改》,《互联网周刊》2021年第14期。

^④ 商业模式创新并不必然引发规制革新,只有在现行规制与创新出现不相称并存在重大冲突、现有规制无法有效管理市场时,规制革新才成为必要。创新引发现行规制不匹配包括诸多方面,如当一种创新(打破常规)出现时,严格遵守现行规制会将其挡在市场大门之外,为了贯彻促进创新的政策目标,规制者须决定是否对其“网开一面”而允许其进入市场,进入市场后是否对其进行补贴、减税以及放松执法等推动型规制等。

到当前的“零散规制”；从以往的“有序规制”到如今的“无序规制”。当商业模式的创新正在越过藩篱进入一个新阶段后，如果规制模式以及规制革新依然沿用传统的逻辑、路径和速率运转，那么将会导致商业模式创新与规制之间的不适应和不和谐程度不断加大。对数字时代的商业模式创新呈现出来的新类型和新表现，现行规制框架出现了与其严重不相称的问题，交易标的、交易主体责任、各相关主体的权利义务以及公共利益受损等问题都成为典型的“规制冲突点”。

（三）传统规制模式滞后的成因

传统规制与数字时代商业模式创新最大的不相称之处，在于规制滞后的程度逐渐加深。^①要探寻规制滞后的内在成因，须分析规制对象与规制体系的相互作用关系：一方面认清规制对象，另一方面厘清规制体系。在此基础上，探究“规制对象系统”（即商业模式创新）与“规制系统”之间的动态交互关系，试图找到规制滞后的症结所在。

滞后成因之一，创新规制部门法分工模式中“软法”优先私法劣后。商业模式创新属规制对象层面的破旧立新，会倒逼规制的推陈出新。但相较于规制对象的“骤变”，规制革新的过程往往是“徐徐图之”。受到规制需求冲击后，规制的改善需要一定的周期和步骤——在庞大且复杂的规制体系中，总有一部分能够先随着创新的变化而变化，其他部分的变化则相对缓慢。从部门法在创新规制体系中的分工看，依特定创新所处的发展阶段不同，承担核心规制任务的部门法也有所不同，总会有一部分部门法率先应对创新，其他部门法则相对滞后。^②依创新初生期、发展期、成熟期和衰落期的发展阶段不同，规制内容和规制特点均存在差异。

创新初生期的规制重点主要在于对创新是放松执法还是严格执法，是准入市场还是禁止准入等。在这个阶段承担主要规制任务的是以行政法为主的公法部门，鉴于这些部门法领域存在较多的“灵活性”空间，一般称之为“软法”。该阶段的规制以“激励性规制”为政策导向，主要解决是否允许具体创新进入市场的问题，而获得准入的创新即步入发展期，此时须进一步判断对其进行多大程度的激励，在这个过程中会出现凸显灵活性的“规制软化”。在创新成熟期承担重要规制任务的部门是调整权利归属和交易规则的私法部门。随着创新的逐渐成长，对创新的规制进入常态化，创新本身所引起的规制回应也形成相对固化的状态，而私法更多地注重于常态化的规制对象。例如，私法更多关照已经成为市场常态的交易主体、交易标的和交易关系，一般不会依据新出现的创新迅速调整自身的规制内容。创新衰落期的规制则容纳了更多的政策考量。在创新发展壮大之后，某些创新者成长为市场“新贵”而享有市场影响力甚至支配力，经历了前两个规制阶段其也得到“量身定制”的规制得以享有政策红利，就需要改变创新规制策略以控制和约束创新者的相关“特权”，防范其压制新的创新，在该阶段承担重要规制任务的是竞争法和反垄断法，其规制以“约束性规制”为政策导向。^③随着具体创新企业的发展壮大甚至在市场取得主导

^① 鉴于规制的回应性，规制本就走在规制对象的发展之后，可以说一定程度的滞后性既是其天然属性也是好规制的必需条件。但是滞后幅度过大，则会出现严重的不相称，滞后程度过深会导致其由于“追不上”规制对象的发展而最终引发规制失灵。

^② 虽然哪些部门法优先而另一些部门法劣后难以进行严格划分，针对不同的创新类型部门法族群的分类也存在差异，但是在成文法国家过往的规制模式中，并不是所有的部门法都在创新产生的第一时间就开始全方位回应创新对规制的挑战，不同的部门法对创新的回应存在时间上的先后顺序是毋庸置疑的。

^③ 参见王首杰：《激励性规制：市场准入的策略？——对“专车”规制的一种理论回应》，《法学评论》2017年第3期。

地位,此时的创新已逐渐老化,成为传统企业的一部分。因此,针对创新的“友好”和“激励”政策应及时转向:一方面防范某一个企业永久地占据政策红利;另一方面,警惕因变老而转化为传统企业的过往创新压制更新的创新。

在过往的规制经验中,针对创新的不同阶段规制的转化过程可能也比较长,通常历时数月甚至数年,以便对创新进行观察和规制试验,规制者得以在掌握相对充分的信息后,再在私法领域作出“根本性变革”。可见,针对某一个或某一类具体创新的规制,会存在一定程度的割裂:在创新初生期,“软法”族群在透过“软化”激励创新的同时,“硬法”族群还在保持传统规制,有可能阻碍或扼杀前者有意促进的创新;在创新成熟期,部分部门法已经实现从激励到约束的规制态度转向,其他部门法还秉持激励的态度,有可能纵容创新破坏性的一面。^① 如果将整个规制体系在某一个或某一类创新的冲击和推动下完成最终的体系性规制革新作为一个规制革新周期,那么在创新的一个规制革新周期内规制体系存在难以避免的“不一致性”和“不统一性”,这种体系内的不一致应当随着时间的推进而得以弥合。但规制者并不一定愿意加快弥合期以推进规制体系革新的速度,因为一直以来,诸如安全、健康和环境等一般公共政策目标往往在旧的规制中体现得更为突出。加之旧规制体系还承载着当事人的信赖利益,因此规制者更有动力维护旧的商业模式和监管结构,进而进一步拖慢制度全面革新的速度,致使不同部门法的规制分歧长时间存在。于是,规制者会尽量多地运用“软法”族群来“应付”阶段性的创新规制任务,而用其他部门法族群来固守根本。这导致的后果是,在第一阶段规制作出允许某种商业模式创新存在之后,在不同部门法规制的分歧期内,创新的商业模式中关涉到交易、权利归属和责任分担的针对性规制难以实现。按照传统规制逻辑,可能会引发遏制创新、放纵“监管套利”者以及创新责任分配不合理等规制不当。

滞后成因之二,创新规制实施分工模式中执法为主司法为辅。基于商业模式创新的规制实施方式不同,其规制回应速度也存在差异。在执法性规制、司法规制和立法规制 3 种方式中,立法规制往往需要在创新发展到相对固态的成熟期才得以展开,因为立法机关不可能在纷繁复杂的创新体系中,针对每一个刚刚出现的商业模式创新展开专门立法。受到创新的冲击则一般是在执法和司法之后的时间段,待规制者透过对创新的观察掌握了相对充足的信息,甚至展开了一些试验性规制待测评到规制效果之后,将相对成熟的规制经验上升为法律用以规制处于相对“稳定”期的创新类型。立法规制在应对创新时处于反应链的末端,一般是在执法性规制和司法规制受到创新影响之后,才会进一步影响立法进而推动立法变革。

执法是最先受到创新冲击的领域,政府不但要培育创新,而且要在创新发生之初“发现”创新,并对其进行真伪识别:政府认为属于假创新的,直接予以禁止和压制;政府认为属于真创新的,因时制宜对其进行一定程度的放松规制,选择允许创新者进入市场的策略后还要持续关注,以决定是采用控制型还是采用推动型规制措施。^② 在该过程中,政府会采用大量“软法”或软化执行既有规则的方式来实现“激励性规制”的目标。

① 本文主要讨论创新初生期的规制不一致程度过高以及如何缩短弥合期问题。

② 控制型规制策略,是指允许创新企业进入市场,再透过“改良”既有规则或出台新的控制性规则最终控制其发展。推动型规制策略,是指允许创新企业进入市场、尊重其商业模式,同时针对创新企业的自身特点出台新规则,用以控制其有害社会的一面,而对其有益于社会的一面,则采取有意促进的措施。

司法对创新的规制往往发生在执法性规制之后。司法规制创新滞后的原因主要包括以下几个方面:其一,司法具有相对被动性。基于“不告不理”原则,只有在相关案件诉至人民法院时,人民法院才有机会、有可能对其展开“裁判性规制”,该种规制方式的被动性使其在创新规制中具有滞后性。其二,识别创新困难。对于被诉至人民法院的案件,人民法院可能难以准确识别出哪些与创新有关。尤其是在创新发源之初,有些创新容易被知悉,被实务界、学术界以及公众所知悉和关注;^①但还有一些创新不容易被知悉,往往被视为非创新的一般规制对象。可见,在这些要素的制约下,人民法院难以在创新伊始就加入回应创新的规制队伍当中,该种规制方式对创新的识别偏差加剧了其与创新规制的滞后性。其三,司法规制创新存在困难。司法裁判必须“以法律为准绳”,而法律规范本身就具有一定程度的滞后性,因为没有人可以准确预测未来,难以赋予法律规范准确的前瞻性。尤其是针对创新这个规制对象,立法者对创新技术、创新商业模式可能带来的影响,在认识能力、预见能力都有限的情况下,无法及时为创新技术设定清晰的法律规则。^②因此,立法者通常会以一种开放性的姿态设置此类规则,以待在司法过程中进行解释和“填补”。这导致人民法院在裁判关涉到创新的案件时,要么根本不存在关于创新的法律规则,要么相关规则因立法粗疏而难以直接适用,进而使得司法在审理与创新相关的案件时,因规范依据的滞后性而加剧了该种规制方式对创新规制的滞后性。

可见,规制方式的不同以及不同规制方式参与规制时间的不同,造就了私法“天然”地滞后规制商业模式创新。而数字时代的商业模式创新初生期与成熟期的培育期间大大缩短,甚至在一些应用平台中,存在“要么大要么无”的二元分野,一些商业模式创新一旦获准进入市场,就会迅速地“野蛮生长”。商业模式创新主要关涉到业务形式,其与商主体法和商行为法密切相关,亟须在该领域作出相对应的规制反馈。而私法恰恰主要与立法规制和司法规制相关,与执法性规制的距离较远,其法律实施方式的天然滞后性决定了其介入创新规制的时间劣后,故私法领域的针对性规制须在创新实施发展和规制创新的经验“发酵”后方能显现。要解决数字时代商业模式创新规制严重滞后的问题,需要私法对创新作出快速、有针对性的回应。

三、商业模式创新私法规制的法理基础

传统规制在面对数字时代商业模式创新时,其滞后的成因在于私法规制的劣后参与,往往在某一具体创新对象发展到一定程度时,私法规制才会介入。要实现传统规制的提速,须有赖于私法规制的改善。从私法规制商业模式创新的正当性看,其法理基础在于回应性规制理论、体系性规制理论和创新规制时间理论。

(一) 回应性规制的法理基础

从法学学科内部看,最早涉及规制概念的当属经济法和行政法,从规制理论的发展看,就“法律规制”这个概念而言,也早已突破了某一个或几个部门法的范畴。从“规则-治理”模式来理解

^① 通常执法领域的问题容易被知悉,如在专车兴起之初合法化与否未知的情形下,专车司机是否应当受到处罚引发了社会的广泛关注。

^② 参见路平新:《比例原则视野下的创新技术规制——以“快播”系列案件为例》,载姜明安主编:《行政法论丛》(第19卷),法律出版社2016年版,第107~117页。

规制,法律体系中的规则均参与到治理任务当中。^①从规制对象的“变化点”看,数字时代商业模式创新以交易为核心,变换着自身的形态,呈现出异于以往的交易主体、交易标的和交易模式。因此,对商业模式创新的规制回应,离不开对交易主体、交易标的和交易模式的规制。这都有赖于私法领域对商业模式创新展开有针对性的规制。

首先,数字时代商业模式创新往往使交易主体“隐遁”,传统规制方式难以锁定交易主体。这就导致从传统交易关系立场出发找不准或干脆找不到交易主体,更别说经营者责任的承担对象了。例如,在共享经济中平台作为三方结构中的一元主体,并非传统规制框架下的“经营者”和“雇主”,规制者难以直接运用传统的规制方式来追究其经营者责任和雇主责任;^②又如,“粉丝经济”中经纪公司以及社交平台躲在偶像背后,成为实际控制人并在“粉丝经济”中获益,传统规制却不能简单地将其认定为经营者。^③可见,对创新商业模式的主体需要适用私法进行规制。

其次,数字时代商业模式创新会通过改变传统“交易标的”或创造新标的的方式而使规制发生错位。例如,共享经济在传统所有权的基础上衍生出“链接权”(“闲时”付费使用),在此前“闲时”零散让渡部分物权以获益的模式难以形成规模,更难以成为一种独立的权利,但数字时代的电子通讯却使这种所有权的延伸(或者说“碎片化”的所有权)成为独立的交易标的,尽管按照传统规制,“链接权”不属于交易标的类型。^④又如,“粉丝经济”将“人设”作为运营标的,其尚未成为《中华人民共和国民法典》等相关法律中的一种权利类型,既不是商业人格权,也不是个人形象商品化权,甚至不是知识产权。如果对既有规范进行严格解释,那么会得出“人设”不是交易标的的结论,使得“粉丝经济”不能成为规制对象,从规制框架中“逃遁”。这显然既不符合“粉丝经济”的实质,也不能满足规制需求。^⑤可见,创新商业模式的标的需要适用私法进行规制。

最后,商业模式创新的交易往往极力脱离传统“规制对象”的外观,让规制者捕捉不到它,其通过变化交易结构或获益模式诱发“规制漏洞”。例如,共享经济从纵向结构变为横向结构,借此混淆经营者与消费者的界限。共享经济中的买家属传统观念中的消费者,但卖家已不符合传统经营者的核心特征,而往往也是传统观念中的消费者,通过将消费品用于商用成为融合传统观念下消费者与共享经济结构中“新经营者”特质的新主体类型。那么,传统的认为经营者是强者一方的假设已经被推翻,传统经营者责任很难直接适用于共享经济中的卖家,而需要在平台与卖家之间综合考虑经营者责任之分担。^⑥又如,“粉丝经济”中获利方式的间接化,且实际经营者难以被现行规制“捕捉”。“粉丝”基于对偶像的情感依赖和精神消费,会帮助偶像打榜、控评以及为观

① 规制概念处于变迁之中,从最初被主流学界认可的美国法社会学家塞尔兹尼克所提出的“公共机构对那些社会群体重视的活动所进行的持续集中的控制”,发展到以色列学者瓦伊—福尔和澳大利亚学者布雷斯韦特主张的“规制资本主义”,即以规则为治理基础,同时吸纳了公共和私人主体及其各种正式和非正式的行为机制。参见[英]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,安永康译,清华大学出版社2018年版,第3~6页。“规制”逐渐超越某一个学科的范畴,涉及诸如政治学、经济学、法学和社会学等多个学科,并愈发朝着跨学科的方向发展。参见[英]罗伯特·鲍德温、[英]马丁·凯夫、[英]马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,宋华琳、李鸽、安永康、卢超译,上海三联书店2017年版,第12~13页。

② 参见蒋大兴、王首杰:《共享经济的法律规制》,《中国社会科学》2017年第9期。

③ 参见王首杰:《粉丝经济的法律规制》,《华东政法大学学报》2021年第3期。

④ 参见蒋大兴、王首杰:《共享经济的法律规制》,《中国社会科学》2017年第9期。

⑤ 参见王首杰:《粉丝经济的法律规制》,《华东政法大学学报》2021年第3期。

⑥ 参见蒋大兴、王首杰:《共享经济的法律规制》,《中国社会科学》2017年第9期。

看偶像参加的平台节目在平台购买会员卡等,“粉丝经济”的实际运营者借此间接化的方式,既获取商事收益,又“隐藏”其商事运营主体的法律身份,使得违背诚实信用原则的“虚构人设”等行为难以匹配相应责任。^①可见,创新商业模式的交易需要适用私法进行规制。

(二)体系性规制的法理基础

德国社会学家卢曼在提出系统论时认为,世界是由具有差异性和自主性的社会子系统构成的,一个子系统受到刺激和扰动时,会相应地在子系统内部进行变化。^②如果把创新理解为一个子系统,并把法律规制理解为一个子系统,那么当商业模式创新频发,扰动法律规制系统时,就会引发法律规制系统的整体变化,即公法和私法领域都会发生变化。在传统公法与私法的领域划分思维之下,公法强调国家作为一方主体的参与,私法强调国家作为“裁判员”对私人关系进行调整。公法承担规制功能毋庸置疑,而私法的规制功能在很长的一段时间内被忽略了,但私法本就具有公共性维度。^③“规制”并非一个学科领域的研究对象,^④法律规制也并非特定部门法的“专属任务”。私法中交易关系的调整本就包含着规制立场,商业模式创新的规制则更加需要在调整交易关系的同时兼顾“激励创新”与“包容审慎监管”等规制目标。

首先,私法是规制不可或缺的一部分。法律规则是重要的规制工具,私法规则也不例外,它是规制相对常态化商业模式的重要组成部分。英国学者柯林斯认为,将私法仅视为支撑市民社会秩序的前政治系统,是一种把国家领域与市民社会分开的体现。他还认为私法是一项国家依据各种相互竞争的政策目标控制和塑造私的秩序的工具,法律对于私的秩序的分配结果不可能采取中立的姿态。^⑤德国学者基尔克也指出,不可忘记私法与公法最终目标的一致性,在以关注个人利益为首要任务的私法中同样必须追求公共福祉,在首先关注全局的公法中也必须使个人能够获得正义。例如,物权法最终也是人类之间的意志关系,而非孤立的个人意志与无意志的客体之间的关系,表面上的“对世权”依然立足于“无义务则无权利”原则。^⑥因此,从更广泛的视角看,国家在塑造和维护私法秩序的时候,就已经纳入规制性内涵。例如,在立法当时对社会“事实”的回应,对合同外观主义和合同自治的突破,^⑦就映射了规制性目标。当今私法的使命在于,在强者面前保护弱者,在个人的自私自利面前保护集体的福祉。这一点在契约法中关于具有非道德内容即无效原则中得到了充分的体现。^⑧可见,规制从来就不是一个或几个部门法的任务,而是整个法律体系的系统工程,私法不但被涵盖在该体系之中而且还扮演重要的角色。

其次,私法是规制商业模式创新的重要组成部分。从法律规制与规制对象的关系看,针对商

① 参见王首杰:《粉丝经济的法律规制》,《华东政法大学学报》2021年第3期。

② 参见泮伟江:《法律系统的自我反思——功能分化时代的法理学》,商务印书馆2020年版,第343~346页。

③ 参见蒋大兴:《论私法的公共性维度——“公共性私法行为”的四维体系》,《政法论坛》2016年第6期。

④ 有学者认为,在经济、法律、政治和社会领域之间的互动中,规制实践和规制研究居于核心的地位。参见[英]罗伯特·鲍德温、[英]马丁·凯夫、[英]马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,宋华琳、李鸽、安永康、卢超译,上海三联书店2017年版,第6页。

⑤ 参见[英]休·柯林斯:《规制合同》,郭小莉译,中国人民大学出版社2014年版,第63~64页。

⑥ 参见[德]奥托·基尔克:《私法的社会任务》,刘志阳、张小丹译,中国法制出版社2017年版,第26~34页。

⑦ 例如,在英国,银行对于配偶共同抵押房产的担保,除了审查配偶签字外,还须审查配偶是否在无压力的情况下作出同意表示,否则不得就抵押合同主张房产。参见[英]休·柯林斯:《规制合同》,郭小莉译,中国人民大学出版社2014年版,第55页。

⑧ 参见[德]奥托·基尔克:《私法的社会任务》,刘志阳、张小丹译,中国法制出版社2017年版,第43页。

业模式创新这个“规制对象”,所有的部门法都或先或后、或多或少地参与了创新规制的任务当中。而商业模式中最为核心的交易关系,是由民商法调整的。其他部门法主要解决的是允许或禁止、激励与处罚等国家规制立场,一旦允许创新的商业模式进入市场,面对商业模式创新引发的缔约双方/多方的权利不均衡,那么私法才是规制商业模式创新交易关系的“重头戏”。例如,19世纪初,特许经营作为福特汽车最先运用的一种创新商业模式,在该交易结构中特许方拥有更大的权利——其不但主导被特许方选址、布局、广告和操作规程等具体事宜,而且在续约与否以及续约价格上具有话语权。这就导致被特许人处于不利的地位,即使其无过错,特许方也有可能终止续约。彼时合同法以缔约双方具有相对等的讨价还价能力为逻辑基础,而在特许经营这种创新商业模式中,缔约一方具备了明显优于对方的讨价还价能力,就使既有的调整承包商关系的法律不足以调整特许经营关系。于是规制者依诚实信用原则修改法律以限制特许人滥用权利(包括解约的正当理由、限制直销等),从而给予被特许人(汽车经销商)更多的保护。^①当然,随着社会的发展,该规制模式也并非一劳永逸,特斯拉电动汽车对燃油车形成竞争,诸多汽车经销商拒绝销售特斯拉电动汽车,在此情形下特斯拉运用展厅直销,又一次重构了汽车销售模式。^②这就需要规制者继续改善其既有的规制态度和措施,将“环保”政策目标纳入考量因素之中,而这些任务的完成离不开私法的规制。可见,如果不能意识到私法在创新规制任务中扮演的重要角色,那么将明显“矮化”私法规制的功能。因此,是时候正确认识作为商业模式创新规制工具的私法,将创新规制目标纳入其调整范畴之中。

(三)规制时间契合性的法理基础

西方国家现有规制理论较为注重规制标准,如同大自然有四季,农耕秋收都有其恰当时节,规制的时间节点从来都应当是一个重要的问题,而规制时间的妥当性在创新规制中尤为重要。规制创新之所以复杂和繁难,正是因为创新是一个变动中的规制对象,规制方案需要“捕捉”创新的动态并适时、妥当地予以回应。要实现促进创新健康发展的规制目标,不但要求规制者制定妥当的规制策略和采取有效的规制措施,而且须配合以适当的规制时间节点。妥当的创新规制会将滞后程度控制在合理的限度内。在创新规制中,规制过于滞后于事实层面创新的发展,将会引发巨大的规制不当或规制风险。在数字时代,商业模式创新速度加快,为了不至于滞后于规制对象的发展,规制的革新也须相应提速。这体现为在法律体系内对外在“扰动”(商业模式创新)的整体性调整速度,即加速外在“扰动”所引发的法律规制体系内的“递归”速度。

在数字时代商业模式创新的规制提速须加强私法规制。在创新加速更迭的数字时代,要求规制更迭速度也随之提升,进而迫使无论是原本处于创新发展期还是成熟期的规制内容都要不同程度地前移,以便从整体上加快规制对创新的反应速度。传统规制模式将对创新的第一阶段规制视为“探路”,视创新的发展情况以及规制经验再决定是否以及如何“修路”,以私法为代表的处于创新规制第二阶段的部门法族群在此时仍处于常态规制,待第一阶段规制后再考虑是否依商业模式创新的新特点将其上升为新的常态规制。在数字时代,作为规制对象的商业模式创新

^① See Robert W. Emerson & Uri Benoliel, Are Franchisees Well-Informed? Revisiting the Debate Over Franchise Relationship Laws, 76 Albany Law Review, 193-216 (2013).

^② See Cynthia Barmore, Tesla Unplugged: Automobile Franchise Laws and the Threat to the Electric Vehicle Market, 18 Virginia Journal of Law & Technology, 185-189 (2014).

更替速度更快,法律规制回应创新的速度有待进一步提升:一方面有必要将私法规制适度“前移”,在第一阶段规制时就关照到新商业模式的不同之处;另一方面,缩短试验性规制的时间,以加快受到创新冲击后法体系内部革新的传导速度。但提升规制回应速度并不意味着可以牺牲规制质量,当今的商业模式创新形态更为复杂、竞争领域也从国内市场竞争升级为国际市场竞争,可以说规制难度较过去已经有大幅度的增加。要在纷繁复杂的环境下妥当回应快速更迭的商业模式创新,就有必要将创新规制的目标楔入更为广泛的部门法族群之中,缩短各个部门法在应对商业模式创新初期必要的“不一致”时间。

四、商业模式创新私法规制体系的建构

美国学者诺内特和塞尔兹尼克主张,为弥补压制型法的不足,需透过推理加强法律目的性的统摄,使法制具有开放性和弹性,并透过理论和实践的结合进一步探究法律、政策中蕴含的社会公认的准则。^① 鉴于数字时代商业模式创新的特质及其对规制形成的挑战,刻板化的规制必然会加大规制与商业模式创新事实之间的差距,因此有必要以更具弹性的方式,实现促进创新健康发展这一社会公认准则。

当今的商业模式创新与传统规制模式之间的最大冲突在于时间维度的滞后性加重。就表象层面而言,传统的交易主体、交易标的和交易关系的分析框架在分析创新商业模式时存在规制空白、规制不当或规制不足。从其内因的角度看,这种规制错位往往源自法体系内对创新规制的传导不畅或传导过慢。其症结在于对商业模式起到重要规制作用的私法体系对创新事实回应过慢以及私法体系革新过慢。基于这一客观现实的规制调整,就主要落实在私法规制的改善上。在执法性规制、司法规制和立法规制 3 个重要的规制方式中,涉及私法规制的是司法规制和立法规制。两者交互前进,就规制某一个具体的商业模式创新而言,一般是司法规制先行对商业模式创新进行回应,之后再将成熟的规制经验上升为法律;就整个规制体系而言,则需要相关立法先“赋予”私法更多的解释空间,以应对形形色色具体的商业模式创新。

(一) 私法的立法规制

立法规制是规则重构的终极阶段,不可能在某一创新初生期就依创新而修改立法,其参与规制创新初生期的方式,要么是在现行规范结构中内嵌“前瞻性”的开放性原则和规范,要么是及时作出立法性解释。在立法层面,应根据科技发展的趋势恰当设置法律原则以提升民商法的“灵活性”,充分权衡健康、安全、环境和隐私等重要政策目标的保护与促进创新之间的优先级。例如,针对人工智能等技术可能给人类社会带来不可逆的灾难性损害,有必要将安全原则在商法中“升格”,以预先防范过大风险的发生。同时,在创建与创新商业模式相匹配的监管模式时,还要预见总有一天其会被更新的商业模式替代,因此,可恰当设计一些开放性条款以提升法律规范的“包容性”。而这些包容性主要体现在交易主体、交易标的和交易模式等方面,本文以共享经济和“粉丝经济”为例,就商业模式创新中这几个方面的立法规制展开论证。

其一,在商业模式创新中,交易主体模糊化催生新型交易主体,交易领域的相关立法应对此

^① 参见[美]诺内特、[美]塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第4~7页。

预留余地。针对创新商业模式在交易主体上对规制形成的挑战,创设和认定新的交易主体是规制革新的方向。其中最典型的新交易主体此前并不存在于规制结构当中,纯粹伴随新商业模式的出现而出现。以共享经济为例,关于平台交易地位的认定,有别于传统的出租车公司和中介公司,美国加利福尼亚州在 2013 年将优步公司与传统的出租车公司相区别,将其划为一个新类型,称其为“运输网络公司”。^① 还有一类交易主体,此前并不存在于既有的交易关系当中,在新商业模式中隐蔽地成为“共同主体”。以“粉丝经济”为例,在不同的运营模式中,除了经纪人和经纪公司外,平台公司、投资方以及“高级粉丝”都可能成为运营“粉丝经济”的共同主体。法律在厘定该类新交易主体的权利义务时,应充分考虑到缔约各方讨价还价的能力,以达到促进创新与实现公共利益保护政策目标的均衡。

其二,在商业模式创新中,诸多新型“交易标的”出现,财产领域的相关立法应对此预留余地。针对创新商业模式在交易标的上对规制形成的挑战,立法对“财产”概念的放松和司法对标的的“捕捉”至关重要。例如,在共享经济中,以“链接权”为交易标的,这种新型的权利已经突破传统财产权中“占有、使用、收益和处分”的权利,其要么是传统权利的延伸,要么是被“零散化”的传统权利,要么也可以被理解为一种新的权利。又如,在“粉丝经济”中,交易标的的“新”特征更为明显,在“粉丝经济”中以“人设”为交易标的,彰显着自然人的商品化,该类“标的”难以纳入传统交易标的的框架之中。这就有必要在财产法范围内为新型财产留有余地,知识产权法律的“前瞻性”能力使其适合作为信息经济的法律依据,其应当为将来的创造力和创新奠定基础。^②

其三,在商业模式创新中,新交易结构会衍生新的规制点,整个私法体系的立法都应保持对这些新的“规制点”的容纳性。创新商业模式在交易主体上对规制结构形成的挑战,除了关注双方交易转变为三方交易以及直接交易转变为间接交易后各方权利义务的平衡外,还应适时注意新商业模式下新交易结构中的新问题。例如,平台公司的“规制权”需要“再规制”。一些网购平台针对买家和卖家的“交易性规制”,俨然成为新兴的民间“软法”,其已不再仅仅担负传统对“硬法”的填补性功能,而是在“硬法”不能及时回应、不能有效规制以及不能明辨正当性的条件下,先行厘定私人权益并规制交易关系,具有建构新制度和新秩序的功能,从而成为社会治理法治化的试验场和“软法之治”的牢固基石。^③ 但这些由平台实施的“民间软法”,杂糅着诸多问题。例如,电商平台不但运用格式合同影响交易合同的成立,而且拥有私人裁判权,针对交易双方的争议进行裁断。因此,对诸如平台公司享有的“类规制权”,有必要从民法的维度对平台公司设计的相关合同条款的效力进行认定,也可以从商法尤其是商主体法维度对平台公司的权利/权力范围进行约束。

(二) 私法的司法规制

就裁判的过程而言,要求法官不停地将目光流转于事实与规范之间,^④ 当待裁断的事实也就是创新的商业模式发生速度以及形态方面的改变时,有必要在司法层面作出相应的改变。司法

^① See Josh Krauss, The Sharing Economy: How State and Local Governments are Failing and Why We Need Congress to Get Involved, 44 South Western Law Review, 365—384 (2014).

^② See Kathy Bowrey, The New Intellectual Property: Celebrity, Fans and the Properties of the Entertainment Franchise, 20 Griffith Law Review, 188—220(2011).

^③ 参见马长山:《互联网+时代“软法之治”的问题与对策》,《现代法学》2016 年第 5 期。

^④ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 6 页。

规制虽然因“不告不理”原则的限制不能主动加入创新规制任务中,但是商业模式创新在迭代加快的同时也加快了成长速度,其可能在初生期就会出现大量诉诸法院的案件,因此有必要在该类案件的裁判中均衡贯彻“促进创新”与其他根本性政策目标。这是因为:一方面立法上的开放性需要司法层面的进一步解释;另一方面,在立法没有依据创新商业模式有针对性地修订或解释法律之前,要确保在实现社会基本政策目标的同时,在现有规制体系内适应新的业务形式。可见,为适应文化和技术的发展并支持长期的创新,私法的适用须具备“灵活性”。

其一,加强法律原则的适用。此前的商事裁判大多遵循“效率原则”。为了应对商事实践,司法裁判具备一定的灵活性已经是既定方式,因为若根本不认同“不完全合同”的效力,则既不符合合同当事人的真实意图,也不利于促进社会整体交易的效率。例如,在“昆士兰发电局诉信息网煤矿有限公司案”^①中,法院根据促进交易的原则认定未明确约定价格的合同有效。可见,即使合同存在缺陷,法院通常也会运用推理来修复合同瑕疵。而当今数字时代的创新特点往往是富有高度效率但同时冲击到多个基本政策目标,因此,有必要在司法裁判中对安全原则等其他原则进行考量,而不能一味坚持效率原则优先。

其二,加强“政策性考量”。一方面,应加强“鼓励创新”政策的适用。“鼓励创新”可以说是一项持续性的政策,针对某一项具体的商业模式创新,在不能厘清其交易模式本质且难以预知其未来发展的情形下,司法机关在适用私法规范时,不宜对其作出禁止的规制策略。另一方面,应妥当处理“鼓励创新”政策与其他政策之间的冲突。司法适用中的“政策性考量”最大的难题恐怕在于如何正确处理政策与政策之间、政策与法的原则理念之间的冲突与平衡。例如,“鼓励创新”政策体现的是效率原则,甚至从创新给全人类带来未来的公共福祉角度看,该政策也符合公共利益原则,但对创新的过度“纵容”会导致损害公共利益或消费者的利益,需要规制者在当下损害与未来福祉之间进行平衡。因此,面对某一具体创新的商业模式,关注的重点不在于其形式,而在于其实质上与重要政策目标之间的相互作用,探究其到底是促进还是阻碍重要政策目标的实现。在某些情形下,安全、健康和环境等价值大于促进创新的需求,而不能一味地坚持促进创新而置其他重要的政策目标于不顾。

可见,面对纷繁复杂的商业模式创新,妥当适用原则和政策是提升司法灵活性的有效方式。在应对迅速成长和成熟的创新商业模式时,在私法领域的立法还没来得及作出调整之前,私法对商业实践的规制不至于缺位。除此以外,对商业模式创新的全面提速,私法规制还有赖于在司法规制的过程中积累规制经验,并适当加快由规制经验向法律的转化。如此,方能在私法规制商业模式创新的“全流程”中提升规制的回应速度。

五、结 语

数字时代电子商务的发展引发的商业模式创新无论是在数量上还是在类型上都出现了井喷式增长。商业模式从“整体化”时代进入到“模块化”时代,其速度更快、花样更多、更容易被消费者接受,同时也给规制带来更大的挑战。交易主体的隐遁、交易标的的模糊以及交易结构的复

^① See The Queensland Electricity Generating Board v. New Hope Collieries Pty Ltd., [1989] 1 Lloyd's Rep. 205 Privy Council Judicial Committee.

杂,都使妥当规制的难度急剧增加。成文法国家规制创新一般用“软法”族群先行应对,“硬法”族群则“徐徐图之”,因此作为后者的组成部分,私法往往在创新相对成熟时才展开针对性的释法或修法。但数字时代商业模式创新“指数型”加速,这就要求包括私法规制在内的整个法律规制体系的更新也须相应加快。

数字时代商业模式创新迭代加速呼唤私法规制在原有的顺位基础上进行适度前移,创新形式的多样化也需要私法对其新的、复杂的交易关系进行针对性规制。当下,对商业模式创新的私法规制,须构建商业模式创新私法规制的架构,在立法和司法层面全方位调整传统私法对商业模式创新的规制方式。数字时代一些新的商业模式不但跳出了传统规制的逻辑范畴,甚至某些模式还具备了传统规制框架不能涵盖和容纳的新特征。这就需要私法领域的立法给商业模式创新留有一定的包容余地,私法的司法层面须揭开创新商业模式的形式“面纱”,从实质上判断其是否有利于社会政策目标的实现,并在“促进创新”与安全、健康、环保和隐私保护等重要政策目标之间达致平衡。

Abstract: Business model innovation is an important way for technological innovation to carry out market promotion. It plays an important role in the innovation system. In the past, the frequency of business model innovation was slow, which gave the regulation system a long time to carry out responsive regulation. The formation process of Made—To—Measure regulation on a business model innovation by the legal system is relatively long which from understanding a specific business model innovation to the flexible regulation of some departmental laws (like administrative law and economic law) and then to make unified adjustment in the whole legal system according to the regulation experience and then to form a systemic innovation of law. In the digital age, business model innovation is faster, more patterns and easier to be accepted by consumers. Its rapid renewal iteration has brought many challenges such as insufficient or improper regulation. It is necessary to adjust regulation by improving the legislative inclusiveness and judicial flexibility in relevant fields and moving forward on the private law regulation on transaction subject, transaction object and transaction mode of the new business model.

Key Words: digital age, business model innovation, traditional regulation, legislative regulation, judicial regulation

责任编辑 翟中鞠