

公共运营商视角下的网络中立——历史渊源与现实困境

**A Common Carrier Perspective of Network Neutrality:
Its Origin in History and Intricacies in Reality**

许辰扬

1400016268

2014 级 本科生

摘要

本文从 2017 年 FCC 修改执法规则，再次引发美国互联网行业对网络中立问题的激烈争议切入，指出当前的网络中立之争很大程度上已经成为互联网 ISP 的公共运营商身份之争。接着，本文通过考察英美法上公共运营商义务的发展历史，考证了网络中立的思想和制度渊源，并结合互联网接入业务的技术和市场特征，对其能否被放入公共运营商制度的框架及该制度自身的模糊性提出质疑。进而，文章指出用公共运营商义务解决互联网 ISP 规制问题的思路，源于普通法中一种长久以来的观念，即将商业活动划分为“公”“私”两个领域；提出公共运营商义务是为了解决如何将国家规制延伸到私人领域这一理论难题。但在这种路径已被证明缺乏必要性和可行性的前提下，就应当转换思路，走出上述公私二分的框架，结合互联网业务技术特征和发展前景灵活配置管理方式。最后，文章在总结现有观点对规制互联网接入的创新视角的基础上，指出对于互联网这一增量市场，开放的思路和灵活的态度是任何对其“好”的规制所必需。

关键词：网络中立 公共运营商 规制 电信政策

目录

摘要	2
一、问题的提出	4
二、从公共运营商到网络中立	5
(一) 公共运营商义务的演变	5
1. 起源和早期规定	5
2. 铁路运输与《州际商事法案》	6
3. 电话时代与 1934 年《通信法》	6
4. 互联网时代与 1996 年《电信法》	7
(二) 检验互联网 ISP 的公共运营商身份	8
1. 持续、普遍服务	8
2. 垄断地位	8
3. 公共利益	9
4. 不改变信息	10
三、对 ISP 公共运营商地位的质疑	10
(一) 互联网接入 ISP 与公共运营商标准的不兼容性	10
1. 技术特征	10
2. 经济特征	11
(二) 公共运营商制度的模糊性	12
四、网络中立争议的问题和出路	14
(一) “实然”与“应然”之辩	14
(二) “公”“私”区分的传统思路	15
(三) 区分网络中立与公共运营商义务	16
五、结论	18
参考文献	19
致谢	21

一、问题的提出

2017 年末，一则新闻惊动了美国整个互联网行业：美国联邦通讯委员会（FCC）主席 Ajit Pai 发布了题为《恢复互联网自由》（Restoring Internet Freedom）的命令草案。¹ Pai 宣称，FCC 此前对互联网实施的“微观管理”式的规制措施是错误和失败的，将寻求回归“轻度接触”“基于市场”的管理框架，以促进行业创新。12 月，FCC 内部以 3:2 多数通过该案；2018 年 2 月，FCC 发布正式命令，²宣布将于 4 月 23 日起执行新规。

Ajit Pai 引导的这项变动并非临时起意。早在 2017 年 4 月，刚被任命为主席的 Pai 就公开确认了推翻 FCC 2015 年发布的《开放互联网令》（Open Internet Order）的计划，并引发激烈争议。许多媒体纷纷撰文称 FCC 此举将“扼杀开放互联网”，众多科技公司公开发声表示反对，³以公民自由联盟（ACLU）为代表的一些活动组织也呼吁民众抗议并向议员施压。

这场论争的主题是一项被称为“网络中立性”（net neutrality）的互联网原则问题。该原则由哥伦比亚大学媒体法教授 Tim Wu 于 2003 年提出，要求互联网服务供应商及政府应平等处理所有互联网上的数据，不差别对待或依不同用户、内容、网站、平台、应用、设备类型或通信模式而差别收费。⁴ Wu 有感于互联网运营商倾向于采取短视行为阻止用户使用特定设备或应用，认为这会对消费者福利和行业创新产生不利影响，倡导建立禁止歧视的事前规制机制。⁵

尽管网络中立是一个相对晚近的概念，其内涵却可以追溯到英美法中历史悠久的公共运营商（common carrier）规则。一般意义上，公共运营商（或译为公共承运人），是指为任何人从事货运或客运、并对运输中任何可能的货损承担责任的人或公司。⁶但历史上的公共运营商并不限于运输行业，旅馆、谷仓、管道、电话等业务的经营者的经营者都曾被归为公共运营商，从而受到普遍服务、禁止歧视、合理定价等特殊义务的约束。⁷公共运营商外延几乎每次变动都伴随着激烈的法律争议，而互联网接入业务提供商（ISP）是否属于公共运营商，则是这一传统问题在新的社会、技术背景下的表现。

在美国，ISP 的公共运营商地位经历了反复的波折。Ajit Pai 此次推动的新规，其主要内容正是推翻 FCC 在 2015 年将 ISP 定义为公共运营商的决定；而本世纪初，FCC 又曾在 2002 和 2005 年分别将同轴电缆（cable）宽带和 DSL 宽带运营商排除出公共运营商之列。FCC 之所以在这一问题上反复摇摆，原因就在于美国《通信法》（Communications Act）第二章（Title II）中的 202

¹ “Proposal to Restore Internet Freedom”, FCC WC Docket No. 17-108.

² “Restoring Internet Freedom”, FCC-17-166.

³ “Tech companies react to the FCC killing net neutrality”, <https://www.theverge.com/2017/12/14/16777580/net-neutrality-tech-companies-react-killing>, accessed 02/20/2018.

⁴ Wu, Tim. “Network Neutrality, Broadband Discrimination.” *J. on Telecomm. & High Tech. L.* 2 (2003): 141.

⁵ *Id.* at 149.

⁶ Common carrier. (n.d.) West's Encyclopedia of American Law, edition 2. (2008).

⁷ Speta, James B. “A Common Carrier Approach to Internet Interconnection.” *Federal Communications Law Journal* 54 (2002 2001): 251.

节禁止公共运营商“在费用、措施、归类、规制、设施，或在类似通信服务的的服务或连接中”实施“任何不公正或不合理的歧视”；⁸这就为网络中立原则的实施提供了直接有力的法律依据。

可见，当前的网络中立之争，很大程度上就是互联网 ISP 的公共运营商身份之争。这自然会引发两个层次的思考：第一，互联网接入服务能否被列为公共运营商？回答这个问题，需要考察公共运营商制度的发展历史，进而判断互联网接入服务是否符合其特征。第二，网络中立问题能否被归结为公共运营商身份的判断问题？这需要考察两个概念在内涵、逻辑和实施方式上的异同。本文的目的，即在于对这两个问题作出观察分析。

二、从公共运营商到网络中立

（一）公共运营商义务的演变

1. 起源和早期规定

英国法从早期就对某些持续服务于公众、且依赖于特定技能的职业施加特殊义务。⁹根据霍姆斯在其《普通法》（*The Common Law*）一书中的考证，¹⁰当受托人（*bailee*）接受寄送人（*bailor*）为保管、运输、维修等目的而转交的所有物时，将对托付物承担绝对的风险。如果托付物灭失，物主可以非法占有（*detinue*）为由索赔。到 17 世纪，起诉受托人的理由逐渐开始被不履行义务（*nonfeasance*）取代。虽然这种诉讼要求证明受托人的过失，但“仅仅是形式上的”；受托人仍然相当于对托付物承担了一种严格责任。需要注意的是，这时所谓受托人的范围是很宽泛的，很多具有“公共”属性的职业，如旅店业者、铁匠、裁缝、渡船人，都有义务避免因技术不熟、准备不足等原因造成的损失。¹¹

1703 年，时任首席法官 Holt 在审理 *Coggs v. Bernard* 案¹²时，推翻了此前要求所有受托人承担严格责任的先例，将各种受托（*bailment*）的情形分为六类，指出仅在存在合同明确规定（*express assumpit*）、或受托人承担某种公共职业（*common occupation*）时，受托人需要承担严格责任。Holt 法官还指出：公共运营商“无论遇到任何情况，都有义务承载货物，除非这种情况是上帝或国王的敌人所为。否则，即使外力再强大，例如遭到一伙人无法抵御的劫持，他都应承担责任。”于是，原本适用于所有受托人的严格责任，就被限缩到主要适用于各种承运人和与交通运输有关的职业（如仓储、旅店等）上。¹³此外，从事公共职业的人还有义务向公众提供普遍服务，否则可能被起诉。¹⁴1785 年，在 *Forward v. Pittard* 案¹⁵中，被告所承运的啤酒花因附近一场火

⁸ 47 U.S.C. 201.

⁹ Ames, J. B. "The History of Assumpsit. I. Express Assumpsit." *Harvard Law Review* 2, no. 1 (1888): 58.

¹⁰ Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Harvard University Press, 2009.

¹¹ Beale, Joseph H. "The Carrier's Liability: Its History." *Harvard Law Review*, 1897, 163.

¹² (1703) 2 Ld Raym 909, 92 ER 107.

¹³ Wyman, Bruce. "The Law of the Public Callings as a Solution of the Trust Problem. II." *Harvard Law Review* 17, no. 4 (1904): 217-47.

¹⁴ 马得懿. "普通承运人, 公共承运人与'从事公共运输的承运人': 渊源, 流变与立法探究." *社会科学*, no. 8 (2016): 96.

¹⁵ (1785) 1 Term Rep 27.

灾灭失，审案的 Mansfield 法官在认识到被告对此毫无过错的情况下，仍然判其败诉，并说“承运人在本质上就是保险人（insurer）”，“保险人”由此也成为其后描述公共运营商义务的常用类比。用霍姆斯的话来说，公共运营商义务是一种“古代法的残余”。¹⁶

2. 铁路运输与《州际商事法案》

19 世纪晚期，铁路成为运送人、物的主要交通方式，铁路公司由此获得了重要的市场力量、聚集了大量的财富，并开始通过价格歧视、组建托拉斯等方式进一步攫取利润。1876 年，最高法院审理在审理 *Munn v. Illinois* 案¹⁷时维持了伊利诺伊州对铁路运输限价、要求粮仓提供普遍服务等法令，认为粮仓提供的服务是“公共职业”（public callings），州法的要求符合历史上对此类职业的规制。法院指出，交通运输及类似服务影响公共利益，公众皆有赖于其供应；普通法亦始终要求在法律或事实上对这类服务具有垄断地位者提供公平、合理的定价。¹⁸然而，在 1886 年的 *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois* 案¹⁹中，最高法院却又认定该州规制州际铁路运输的州法违宪，因为宪法将这一权利排他地保留给了国会。

在此背景下，1887 年，国会颁布了《州际商事法案》（Interstate Commerce Act）²⁰，要求运费“合理、公正”、并对外公开，禁止差别对待短途和长途运输，还创建了州际商务委员会（Interstate Commerce Commission, ICC）作为规制机关。在之后的数次修订中，《州际商事法案》又进一步对铁路运营商施加了互联互通的义务，要求其主动延伸线路、修建设施，以促进线路的相互连接。于是，一个一体的铁路网络建立起来，使商品供应得以跨越遥远的距离，并对农业发展和城市化进程发挥了潜在的影响。

3. 电话时代与 1934 年《通信法》

在铁路向美国各地延伸的同时，另一种新技术——电话——也开始发挥着连接各地的重要作用。1877 年，美国贝尔电话公司（American Bell Telephone Company）在肯塔基州的纽黑文建立了第一家电话交换局，奠定了其后举足轻重的贝尔集团和美国电话电报公司（AT&T）的基础。然而，在长达数十年的时空中，电话业务并不被司法机关认为属于公共运营商。在较有代表性的 *Grinnell v. W. Union Tel. Co.* 一案中，马萨诸塞州法院认为，电话公司的责任与公共运营商“非常不同”，因为它们并不“承载”任何实体的东西。²¹但一些案件还是注意到了电话业务与铁路的类似之处，认为其属于“准”公共职业，对于公众的必要性是向着公共运营商的方向发展的。²²直到 1910 年，作为《州际商事法案》修正案的 Mann-Elkins 法案才将该法的管辖范围延伸到包含电话和电报公司，要求其承担与此前界定的公共运营商相同的合理定价和不歧视义务。

¹⁶ *Supra* note 10.

¹⁷ *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876).

¹⁸ *Id.* at 130.

¹⁹ *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886)

²⁰ 24 Stat. 379 [49 U.S.C.A. § 1 *et seq.*]

²¹ *Grinnell v. W. Union Tel. Co.*, 113 Mass. 299 (1873).

²² *Mar v. W. Union Tel. Co.*, 3 S.W. 496 (Tenn. 1887).

不过,《州际商事法案》毕竟不是规制通信业务的专门法律,关于电话、电报业务的规定也是以议员修正案(floor amendment)的形式,在没有经过多少讨论的情况下加入的。由于州际商务委员会光是处理铁路事务就已不堪重负,有必要将其一部分职能分离出来。²³随着贝尔公司的规模越发庞大,立法者也开始担心在州一层面进行的规制已不足以限制其力量。²⁴于是在1934年,《通信法》(Communication Act)被制定出来,旨在“规制以有线和无线电方式进行的州际和国外通信”。联邦通信委员会(FCC)作为新设立的机关,接管了对电话、电报和无线电业务的规制职能。

《通信法》的很多规定是继承自《州际商事法案》的。²⁵该法将“公共运营商”定义为“任何为提供租用(for hire)目的,以有线或广播形式进行州际或国际通信而参与公共承载²⁶的人。”法案的第二章(Title II)以公共运营商为题,对包括电话公司在内的电信运营商设定了一系列义务;正是在这些义务中,我们看到了如今网络中立的许多诉求,如第201节规定的普遍服务和合理定价义务,第202节规定的禁止歧视义务等。

4. 互联网时代与1996年《电信法》

到1980年代,互联网在美国逐渐为公众所接触。最初,互联网服务提供商(ISP)是否属于公共运营商并没有成为一个争议的问题。这是因为当时唯一的互联网接入方式就是通过电话拨号,与之前的通话业务相比,只是传输的对象从语音变成了数据,当然还是属于公共运营商的范围。然而,在《电信法》颁布后的数十年中,通讯技术经历了迅猛的发展,随着分组交换、多路复用等新技术和同轴电缆、光纤等新介质的出现,《电信法》已经不足以为界定其属性提供明确的依据,互联网ISP是否属于公共运营商的争议也随之而来。1976年发生的NARUC II案²⁷,就是关于“租用同轴电缆系统进行双向、点对点、非视频通信”业务是否属于公共运营商的争议。

1996年《电信法》(Telecommunications Act)正是在这种技术进步背景下对1934年《通信法》的一次大规模修订,也是对80年代以来FCC执法惯例和法院司法判决的一次成文化。《电信法》规定,“电信业务”(telecommunications)指在用户指定的两点或数点间、不改变信息的形式或内容,对用户选定信息进行的传输(transmission);而电信业务的运营商,应被视作公共运营商。该法还定义了“信息服务”(information services),即通过电信业务提供信息的生成、获取、存储、变换、处理、检索、利用、分发能力,而不涉及对电信系统、电信服务本身的管理、控制和运营。信息服务虽然以电信服务为基础,但并不属于公共运营商,也就不受第二章下各项规定约束。

²³ *Supra* note 7 at 262.

²⁴ A Bill to Provide for the Regulation of Interstate and Foreign Communications by Wire or Radio, and for Other Purposes: Hearings on H.R. 8301 Before the House Comm. on Interstate and Foreign Commerce, 73d Cong., 2d Sess. 165-71 (1934) (statement of Walter S. Gifford, President, AT&T Co.).

²⁵ *Supra* note 7 at 263.

²⁶ 原文此处仍为“common carrier”,故有循环定义之嫌。详见后文。

²⁷ *Nat'l Ass'n of Regulatory Util. Comm'rs v. FCC* (NARUC II), 533 F.2d 601, 609 (D.C. Cir. 1976)

《电信法》并没有充分解决互联网语境下“公共运营商”的内涵和外延问题。根据《电信法》，依托于传统电话线路的 DSL 宽带属于公共运营商，但新出现的同轴电缆（cable）宽带则不在第二章的管辖之列，这就导致两种目的相同的服务因传输介质不同而受到不同对待，必然会引发争议。况且，随着宽带技术的进化，光纤、无线传输等新介质不断引入，其定性问题还将被不断提出。于是，我们就看到了 2005 年的 *Brand X* 上诉案²⁸、2007 年的 *Comcast* 上诉案²⁹和 2012 年的 *Verizon* 上诉案³⁰这些持续不断的网络中立案件；这些案件中，核心争议都是如何处理各类互联网 ISP 的身份问题。

（二）检验互联网 ISP 的公共运营商身份

在回溯公共运营商制度发展历史的基础上，要检验 ISP 是否应被归为公共运营商，一种自然的思路是总结公共运营商的共同特征，进而将其与互联网接入服务的特征进行对比。

1. 持续、普遍服务

不难看出，无论是早期的旅馆、船舶，还是后期的铁路、电话，这些公共运营商都是在某个市场上长期、固定地满足特定需求。早在 1441 年的一个案件中，法官就指出：如果原告不能证明将其马医死的被告是惯常执业的马医，就不能要求其在合同约定之外承担绝对责任。³¹易言之，公共运营商必须固定地将特定活动作为其业务，而不是偶然、间歇为之。华盛顿特区巡回法院在 1976 年的 *NARUC II* 案中给出了一个更为经典的定义：公共运营商是“不加区别地向所有适合成为服务对象的客户提供服务”的企业，不能“在个别情形中就是否进行交易和交易的条款作出单独决定”。³²据此，提供服务的稳定性和普遍性是公共运营商的判断标准。

由此观察互联网接入市场，几乎所有 ISP 都以格式条款的形式公布其服务条款，并以注册账户和支付初始费用作为缔结合同的时间点，而没有其他特定前置条件，³³这就表明其向所有潜在客户开放服务的意愿；多数骨干网 ISP 也对外公布其对等互联政策。³⁴因此，互联网接入符合持续、普遍服务的标准。

2. 垄断地位

其次，公共运营商往往在其行业中居于垄断地位；Wyman 认为垄断力量是判断公共运营商的“试金石”。³⁵从历史看，在物质和教育资源稀缺的古代，一个城镇上往往只可能有一个从事专门行业的人，他由此也就在该市场上居于独占地位。后期，一些典型公共运营商，如旅馆、承运人等，一般也都伴随着经济上（由于资源的稀缺性）或法律上（由于特许等进入门槛）的垄断。从

²⁸ *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005)

²⁹ *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642

³⁰ *Verizon Communications Inc. v. FCC*, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014)

³¹ *Supra* note 9, at 58.

³² *Supra* note 28.

³³ 如 AT&T 在其网站上提供的条款，见 <https://www.att.com/legal/terms.internetAttTermsOfService.html>, 2018 年 2 月访问。

³⁴ *Supra* note 7, at 269.

³⁵ *Supra* note 13.

司法判决看, *Munn* 案支持对谷仓进行规制的理由之一, 就是其构成“实质上的垄断”(virtual monopoly)。从立法看, 网络中立的重要法律依据、《通信法》中对公共运营商施加不歧视义务的第 202 节, 其原意就是确保贝尔公司不滥用其市场支配地位。³⁶另外, 《电信法》增加的第一章第十节赋予了 FCC 宽松权 (forbearance), 规定在三种情况下, FCC 有权对某个或某类电信运营商/电信服务宽松实施《通信法》中的任何规制措施或规定: 实施这种规定无助于公平、合理定价; 实施这种规定无助于保护消费者; 或宽松实施符合公共利益。而在确定何为“符合公共利益”时, 一项重要标准就是是否能够促进市场竞争。³⁷这也从一个侧面表明垄断问题是《电信法》考虑的因素之一。

作为印证, 当前美国互联网接入市场确实一定程度上体现出垄断的特点。Wu 在 2002 年首次提出网络中立时, 其最大忧虑之一就是少数几家 ISP 掌握市场力量却不受有效规制: 当时, 四家公司控制了 95% 的电信用户。这一情况在十多年后的今天并未发生太大变化。根据 FCC 去年发布的报告, 截至 2016 年中旬, 半数美国居民在 25Mbps 以上 (FCC 定义的最低“宽带”速率) 带宽市场上只有 0 或 1 个选择; 而在 100Mbps 以上带宽市场上, 九成居民只有 0 或 1 个选择。³⁸据此, 如果以垄断为公共运营商的判断标准, 互联网 ISP 很可能被归入其中。

3. 公共利益

再次, 很多观点认为规制公共运营商是因为其行业“影响公共利益”。Burdick 认为, 认定一项职业是否属于“公共”存在如下两个标准: 历史上是否由国王或国王令状施加过公共义务; 公众是否以某种方式 (如公共开支、赋予土地等) 帮助了企业发展。³⁹在 *Munn* 案中, 法院认定州法对私人业务的规制合宪的理由就是谷物仓储设施是为公众使用而建立的, 对公共利益产生影响。Wu 则指出, 在公共运营商领域, 最古老和最困难的问题就是到底什么将导致“一个企业影响公共利益”; 在当今网络中, 这一般意味着区分私人信息网络和公共信息网络。⁴⁰

互联网 ISP 的确具有一些典型的“公共属性”。其一, 大多数互联网传输线路最初都是由电信运营商部署的⁴¹, 后者在历史上几乎都曾从各州授予的土地使用权中获益。新设线路也必然占用公用土地或借用其他运营商的管道, 从而直接或间接地与公众利益发生关系。其二, 互联网在其早期发展 (如阿帕网时期) 中, 几乎完全仰仗政府的补贴和支持, 因而有义务回报公众。最后, 从普及进程和应用范围看, 互联网目前已经成为现代社会、商业发展不可或缺的基础设施。联合

³⁶ *Ting v. AT&T*, 319 F.3d 1126, 1145 (9th Cir. 2003)

³⁷ 47 U.S.C. 160.

³⁸ FCC Wireline Competition Bureau, “Internet Access Services: Status as of June 30, 2016” (April 2017), available at https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-344499A1.pdf (FCC Internet Access Services Report).

³⁹ Burdick, Charles K. “The Origin of the Peculiar Duties of Public Service Companies. Part II.” *Columbia Law Review* 11, no. 7 (1911): 514, 616, 743.

⁴⁰ Wu, Tim. “Why Have a Telecommunications Law - Anti-Discrimination Norms in Communications.” *Journal on Telecommunications & High Technology Law* 5 (2007 2006): 15, 16–17, 32–35.

⁴¹ Kende, Michael. “The Digital Handshake: Connecting Internet Backbones.” (F.C.C. Working Paper No. 32,2000), pp. 13.

国人权理事会 2016 年曾通过提案，谴责政府干扰互联网访问的行为，某种程度上将接入互联网的权力比作人权。⁴²这进一步印证了互联网接入与公共利益的紧密联系。

4. 不改变信息

最后，公共运营商的运输行为具有纯粹性；这反映在通信行业，就是运营商只传输信息而不改变信息。从起源看，公共运营商制度的前身——受托的本意，就是为特定目的获得对他人财产的占有而不获得其所有权；Holt 法官在 *Coggs* 案中列举的几种托付的常见形态，如保管、租用、质押、运输等，几乎都是不改变托付物的原貌的。从司法和立法情况看，*NARUC II* 案首先提出了“传输而不转换”（transmission without transformation）的说法，这种观点后来被《电信法》成文化，即“电信运营商”的业务“不改变信息的形式或内容”。2005 年的 *Brand X* 案中，最高法院和 FCC 指出电信业务是“纯粹”的传输，客户信息是“直接穿透”其中（transparent）的。否则，就应被归类于信息服务，不属于公共运营商。

互联网服务的一些技术特性能够印证这一特征。其一是“端到端”（end to end）原则。从前身阿帕网（ARPANET）开始，互联网就已采取了功能分层的思路，将网络分为资源子网和通信子网：所有涉及数据处理、向网络用户提供各种网络资源与服务的操作，都是在资源子网中的终端进行的；通信子网——也就是如今 ISP 所处的地位——只考虑网络数据传输、转发等通信处理任务。其二是 IP 协议的“最大努力”（best efforts）原则，即数据的传输只按即时的网络条件尽力而为，而不保证数据是否送达、以何种速率送达；换言之，不对数据进行修改、补发等以促进其传输。符合上述原则网络常被比喻为所谓“笨水管”（dumb pipe）；其中，“笨”指 ISP 的唯一职责就是提供带宽。考虑到 IP 协议在当今网络数据传输中仍然占据主导地位，ISP 在可预见的时间内仍将保持“不改变信息”的特性。

综上所述，网络中立性对互联网 ISP 的规制诉求是与历史上的公共运营商义务一脉相承的，而互联网接入服务确实在一些关键特征上能被放入公共运营商的体系之中。从这个角度观察，网络中立支持者的观点不无道理；FCC 在 2015 年的界定似乎并非 Ajit Pai 所称的武断之举。

三、对 ISP 公共运营商地位的质疑

然而，历史角度的考察只能表明互联网 ISP 与传统公共运营商的渊源关系。现实中，之所以围绕 ISP 身份的争议一直不断，就是因为互联网作为一种出现不过数十年的新技术，其许多技术特征和经济特征与铁路、电话存在明显区别，从而难以被完全放入公共运营商的框架中；进而，这将使人反思公共运营商概念有限的包容性，及其本身概念的模糊。

（一）互联网接入 ISP 与公共运营商标准的不兼容性

1. 技术特征

⁴² UN General Assembly, ORAL REVISIONS of 30 June, A/HRC/32/L.20 (2006).

从技术特征看，经常被网络中立支持者援引的上述“端到端”原则只是一种抽象层面的概述。深入分析，互联网接入服务并不符合公共运营商“传输而不改变”的特征。根据 *Brand X* 案，互联网接入服务有两种涉及信息处理和存储的重要功能。其一是缓存（caching）功能，这是指服务商将一些经常被请求的远程内容预先存储在较近的内网服务器上，以便提高访问速度、降低网络压力。其二是 DNS 功能。根据 IP 协议，用户在通过网址访问资源时，计算机必须首先获取网址对应的 IP 地址，然后根据该地址在互联网上寻找资源；这一转换过程就是 DNS 服务器的工作。但实际中，计算机向 DNS 请求 IP 地址的过程并没有这么简单，而是涉及一系列 DNS 服务器的协作和缓存、安全防护等额外功能。这就表明互联网接入服务具有很多“信息服务”的特征。

此外，缓存和 DNS 还模糊了作为公共运营商的“电信业务”的另一项重要特征：信息在“用户指定的两点间传输”。由于缓存的存在，当用户试图从某一远程服务器上获取信息时，其最终来源可能是运营商的本地服务器；由于 DNS 的解析是动态和智能的，访问同一网址的用户请求既可能被指向甲服务器，也可能被指向乙服务器。

即使忽略缓存和 DNS 这些较为上层的“枝节”，在最为底层的物理层，互联网和电话通信也存在本质的不同。从数据交换技术看，电话通信采用的是线路交换技术。当两名用户建立通话时，必须为他们的数据传输设置一条完全的通路；他们将完全占用这条线路直到挂断（线路释放）。而互联网通信采用的是分组交换技术：数据被包装为含有收发地址的报文、进而被拆解为特定长度的数据包，乱序地通过数据子网中的节点，最终到达目标主机。显然，这一过程涉及数据子网对数据的存储、转发、校验、路由等一系列操作，很难说只是在简单地传输。

2. 经济特征

从经济特征看，互联网 ISP 并不具备此前电话、铁路公共运营商所曾享有的市场集中程度。尽管 ISP 竞争者数量有限，但消费者并非没有选择余地：根据 FCC 的一则报告，三分之一强的消费者至少三年更换一次宽带运营商。⁴³实证分析表明，有三个竞争者的市场就能够形成有效竞争。其中，竞争的正面效应大多是第二或第三个竞争者带来的；在已有 3—5 个竞争者后，新加入者带来的效益就很小了。这就解释了为什么在有四个参与者的市场中，其中两者的合并一般都会获得批准。⁴⁴

另外，“通信行业属于自然垄断”这一传统论断也不无质疑余地。如 Muller 经过考证指出，上世纪 20 和 30 年代间，赋予贝尔公司垄断地位的主要目的，是结束其专利 1894 年到期后出现的市场分裂混乱、用户网间通话不便的问题，促进电话服务的统一化、降低用户成本，而不是为了发挥自然垄断行业的规模效益。根据实证研究，电话行业并无显著的规模经济特征；如果将“数

⁴³ Federal Communications Commission. “Broadband Decisions: What Drives Consumers to Switch – or Stick With – Their Broadband Internet Provider.” (Dec. 2010), https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-303264A1.pdf

⁴⁴ Bresnahan, Timothy F., and Peter C. Reiss. “Entry and Competition in Concentrated Markets.” *Journal of Political Economy* 99, no. 5 (1991): 977, 978.

量” (quantity, Q) 的单位定义为订户数量绘制需求曲线, 得到的图形将是上斜的, 即订户数量和交换站规模的扩大反而会导致平均成本上升。⁴⁵

反观互联网接入业务市场, 虽然不同 ISP 间的互联互通难题仍然明显, 但这主要体现在网络间的对等互联不足和流量控制上, 对用户的影响只在于访问网间资源时的速度快慢, 而不至于阻断用户的访问。上世纪初的电话用户可能为了正常通话需要购买两家电话公司的服务, 但如今的网络用户却几乎不会为了正常上网而办理两个 ISP 的宽带业务。换言之, 竞争者数量的减少并不会显著降低需求侧的成本。因此, 如果说电话行业的垄断还能因为有助于降低用户的成本而获取正当性的话, 这一理由放在互联网接入业务中也是不能成立的。

此外, 互联网 ISP 与传统公共运营商的更本质区别在于它构建了一个双边市场: 应用提供商和消费者都是 ISP 的用户, 通过 ISP 提供的平台进行交流。两组用户之间是相互依赖、相互影响的, 每一侧的用户都会从另一侧用户数量的增加中获益: 更多的消费者能给应用提供商带来更多广告收入, 更多的应用提供商则能给消费者提供更多内容。由于这种交叉网络外部性的存在, 平台在设定价格时, 就不可能只考虑与某一组用户的关系。否则, 如果盲目收费造成一侧用户流失, 也就同时削弱了平台对另一侧用户的吸引力, 其损失足以抵消平台从提价中获得的收益。这与此前公共运营商与用户所形成的单边市场关系是显著不同的, 在确定归类和制定政策时不可能不予以考虑。

(二) 公共运营商制度的模糊性

互联网接入难以被放入公共运营商的框架, 显然不应归咎于互联网的“怪异”; 相反, 这促使我们反思公共运营商的内涵本身是否过于狭窄。实际上, 正如很多通过历史延续下来的制度那样, 公共运营商制度因其标准和概念的模糊性而受到的质疑不在少数。

首先, 持续、普遍提供服务的义务是很容易被规避的。在英国法上, 只要简单地作出公告, 宣告自己不是公共运营商, 就可以免受公共运营商的责任约束⁴⁶, 且法院也倾向于接受这种公告。⁴⁷类似地, *NARUC I* 案表明: 服务提供者要想回避公共运营商义务, 只需将要约的对象限定为全体消费者的某个子集。这样一来, 一个企业是否被界定为公共运营商, 就完全取决于企业的表态了——很显然, 几乎不会有哪个企业自愿接受规制。

其次, 很多历史和法律角度的考察似乎表明, 公共运营商的义务来源从来就不是、至少不完全是垄断。“公共”的概念与垄断的联系是较晚才建立起来的⁴⁸, 其在普通法中原本只是用来描述具有规律和布局的商业活动。⁴⁹再看涉及公共运营商的几项重要立法: 虽然针对不同运量的价格歧

⁴⁵ Mueller, Milton. *Universal Service: Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System*. American Enterprise Institute, 1997.

⁴⁶ *Ropework Co Ltd v Bushel* [1918] 1 K. B. 210 at 212 per Bailhache J.

⁴⁷ 见上注 14, 第 97 页。

⁴⁸ *Supra* Note 39, at 515-531, 616-638, 743-764.

⁴⁹ Adler, Edward A. "Business Jurisprudence." *Harvard Law Review* 28, no. 2 (1914): 135; "Labor, Capital and Business at Common Law" 29 *Ibid.* 241 (1916).

视被认为是卡特尔的产物，但《州际商事法案》并没有将其规制范围局限在具有显著市场地位的线路上，而且该法案最积极的主张者也承认多数铁路线路中是存在竞争的。可见，《州际商事法案》并不是完全出于抑制铁路公司滥用垄断地位的考虑而颁布的。根据上文，1934年《电信法》的出台不是因为存在对电话公司施加新的规制措施的迫切需求，而更多是为了分担州际商事委员会的工作。至于司法实践，在 *Brass v. North Dakota ex reL Stoeser* 案中，最高法院直接忽略了对是否存在垄断危险的检验，因为谷物仓储业务在“习惯上”就是受规制的。⁵⁰FCC 在 1982 年的一则规章中曾试图将掌握市场力量作为公共运营商的前提，但很快在其后的案件中被法院判为越权规定。⁵¹

再次，用公共利益界定公共运营商可能是一个“陈腐”的标准，其思想渊源来自于最高法院在 20 世纪初曾奉行的司法能动主义和政治保守立场，而这已经被普遍认为是值得提倡的。⁵²实际上，“公共利益”是很难检验的，没有清晰的标准，因此很容易受到法官个人偏好的影响。作为佐证，最高法院在 *Munn* 案之后，已经接连承认“影响公共利益的企业没有一个封闭的归类”，公共利益标准“已被放弃”，“无法定义、是不充分的检测方法”。

不少学者认为，“common carrier”的法律内涵不是唯一的，法律责任也随时代变迁而变化⁵³，受到运输模式、国家经济和产业政策等因素的影响。⁵⁴ Beale 指出，霍姆斯对公共运营商制度历史的考证是有缺陷的：历史上公共运营商的义务从并不是绝对的；在所有针对承运人或旅店业者的诉讼中，原告都曾主张被告具有过失。Holt 法官所谓的对“上帝的行为”免责，不是指承担绝对责任、而是指对“不可避免的事故”免责。他审理的案件看似不考察过失，实际上只是考察过程没有被记录下来。⁵⁵ Adler 则更进一步，指出后世的公共运营商规则来自于对“common”一词含义的误读。“Common”一词原本并不限于修饰特定的职业或代表特定的义务，各种职业都曾被冠以“common”之名，表明这一活动是职业、专业或日常的，区别于那些偶尔的、非职业性的服务。而到 18 世纪末，随着自由贸易理念的广泛传播，商业环境发生了很大变化。从事特定工种的身份和学徒期限限制废除了，“职业”与否的区分也就越发失去了意义，“common”一词用于形容职业身份的用法逐渐被废弃，只在法律纠纷较多的运输行业中保留下来，并被赋予了特殊义务和国家控制的意涵。⁵⁶可见，公共运营商的起源存在很多疑问。因此，一些观点认为公共运营商的概念是基于一种不稳定、杂乱的轨迹发展而来的，以至主张将其废除⁵⁷，也就不难理解了。

⁵⁰ 153 U.S. 391 (1894) at 403.

⁵¹ Petition of Qwest Corp. for Forbearance Pursuant to 47 U.S.C. § 160(c) in the Phoenix, Arizona Metropolitan Statistical Area, Memorandum Opinion and Order, 25 FCC Rcd. 8622, 8642-43 ¶¶ 37-38 (2010), *petition denied sub nom.* Qwest Corp. v. FCC, 689 F.3d 1214, 1234 (10th Cir. 2012).

⁵² Yoo, Christopher S. “Beyond Network Neutrality.” *Harv. JL & Tech.* 19 (2005): 554.

⁵³ *Electric Supply Stores v. Gaywood* (1909) 100 L.T. 885 at 856 per Pickford J.

⁵⁴ 见上注 14, 第 97 页。

⁵⁵ *Supra* note 11, at 167.

⁵⁶ *Supra* note 49.

⁵⁷ McBain, Graham. “Time to Abolish The Common Carrier.” *Journal of Business Law*, September 1, 2005, 545-96.

公共运营商的定义并没有随着成文化而变得清晰。《通信法》对公共运营商的定义属于典型的循环定义，几乎对司法中的实际判断没有帮助。而根据最高法院在 *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 案中确立的行政遵从原则（*Chevron Deference*），当成文法对特定问题的规定付之阙如或模糊不清时，法院应当优先尊重行政机关对法律的合理解释。⁵⁸据此，FCC 对于特定类型 ISP 是否属于公共运营商几乎拥有完全的解释权，这也是整个网络中立问题的斗争核心始终集中在 FCC 而非立法机关的原因所在。

四、网络中立争议的问题和出路

上文的分析表明，试图通过总结公共运营商的判断标准来检验 ISP 属性的思路是不成功的，始终难以找出一个完全没有争议的标准。这并不表明对互联网 ISP 的规制是错误的、也不代表应当完全免除互联网 ISP 的公共运营商义务，但却揭示出一种可能性：网络中立与 ISP 的公共运营商属性并不是等价的；实现网络中立未必以将 ISP 界定为公共运营商为前提。

（一）“实然”与“应然”之辩

首先，用公共运营商义务解决网络中立难以跨越“实然”和“应然”之间的逻辑鸿沟。大卫·休谟认为，纯粹的事实命题不可能逻辑地推演到价值命题（休谟定理）⁵⁹；摩尔亦指出“自然的”只能意味着“正常的”或“必需的”，而无法完全等同于“好的”、或构成“好的”的全部。⁶⁰据此，即使证明了 ISP 属于公共运营商，也不能推出“应当”将传统的公共运营商义务施加给 ISP。而从必要性和可行性两个角度观察，这种逻辑跳跃在互联网接入业务中也确实无法成立。

从必要性看，用规制传统公共运营商的手段来规制互联网 ISP 未必是更优的。大多数支持网络中立的观点，都建立在对 ISP 通过歧视抑制创新的潜在担忧上，但这是无法通过实证分析验证的。相反，Hazlett 和 Caliskan 的统计证明：在 DSL 宽带受制于公共运营商义务、而同轴电缆宽带未受规制的 1999—2005 年，同轴电缆宽带的订户增长更快。而在被归类为信息服务后，DSL 宽带的订户快速提升，到 2006 年底已比原来轨迹下的预期值多了 900 万户。加拿大同时期的 DSL 订户数并未出现类似增长，因此排除了技术变动等干扰因素。⁶¹另一种进路是用定量方法证明网络中立政策有利于社会福利增加，但这类分析往往建立在较多的参数限制前提下，而这些参数本身仍然不能被经验验证。况且，即使接受其结论，也不能证明应当为了实现中立目的而采取事前规制。相反，根据 Faulhaber 对既有经济学分析的总结，网络中立的事前规制是不必要的，且可能减少社会福利。⁶²

⁵⁸ *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 104 S. Ct. 2778, 81 L. Ed. 2d 694 (1984).

⁵⁹ Hume, David. *A Treatise of Human Nature*. Clarendon Press, 1888: 335.

⁶⁰ Moore, G. E. *Principia Ethica*. Courier Corporation, 2012: § 10 ¶ 3.

⁶¹ Hazlett, Thomas W., and Anil Caliskan. "Natural Experiments in US Broadband Regulation." *Review of Network Economics* 7, no. 4 (2008).

⁶² Faulhaber, Gerald R. "Economics of Net Neutrality: A Review." SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, June 9, 2011.

从可行性看，在互联网环境下，传统定义下的公共运营商义务是难以被实施和执行的。⁶³以与网络中立最为相关的《通信法》第 202 节为例，其禁止“对相似服务的不合理歧视”；这一表述中的每个部分在互联网接入的语境中都是难以界定的。其一，何谓“歧视”？根据前述网络传输的“最大努力”原则，用户对带宽资源是“先到先得”的。使用 BitTorrent、VoIP 这类大量、频繁传输数据的应用的用户，必然得到比其他用户更多的资源，尽管双方付出的费用相同。端到端网络中的同等定价本质上反而是歧视性的，因为这相当于在使用不同应用的用户间实施了交叉补贴。其二，何谓“相似服务”？前互联网时代的先例表明判断标准是两个服务是否“功能等同”⁶⁴，但既然为了将互联网 ISP 认定为公共运营商，必须先视其为“笨水管”——提供的唯一服务就是传输数据——这一判断标准也就失去了意义。何况，根据互联网的多层模型，同一功能完全可能用不同层的不同协议来实现，很难判断一个由第三方提供、通过应用层上的 HTTP 协议实现的视频点播应用，和一个由 ISP 自己提供、通过传输层上的私有协议实现的视频点播应用是否“功能等同”。而在“歧视”和“相似”都难以界定的情况下，“合理”与否也就更加无从谈起了。换一个角度看，如果将不歧视义务套用于网络空间，其实施后果必然比对传统公共运营商的要求更加苛刻——在互联网这个“邮政系统”里，所有的邮件都是加急件，但邮局却不能为此多收费。

（二）“公”“私”区分的传统思路

值得注意的是，网络中立的首倡者 Tim Wu 在其最初的论文中几乎没有提到过公共运营商一词，也没有要求用公共运营商义务约束互联网 ISP。作为执法机关的 FCC 虽然受到经济、政治等因素的影响，在网络中立问题上的立场多次变化⁶⁵，但也从未积极从公共运营商义务上寻找执法的权力基础。明确支持网络中立的《开放互联网令》最初并未试图重新归类 ISP，而只提出了三项规制原则。该命令被法院推翻后，FCC 仍然试图优先援引《电信法》706 节，通过其“鼓励合理、及时地在全体国民中部署先进的电信功能”这一执法权，迂回地规制互联网接入业务。

事实上，公共运营商成为网络中立的代名词，很大程度上是法院对相关案件的判决所引发的。FCC 首次提出考虑过将宽带 ISP 列为公共运营商是在 2010 年 5 月，收到 Comcast 案不利判决后不久；2014 年 1 月，华盛顿特区巡回法院又在 Verizon 案中判 FCC 败诉。加上不久后视频服务提供商 Netflix 向 Comcast 和 Verizon 两大 ISP 支付额外费用，公众反响强烈，时任总统奥巴马也明确呼吁以公共运营商义务作为这些规则的来源，FCC 才终于决心将互联网 ISP 归为公共运营商。

⁶³ Yoo, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion." *Georgetown Law Journal* 94 (2006 2005): 1852-53.

⁶⁴ *MCI Telecomms.*, 917 F.2d at 39 (quoting *Ad Hoc Telecomms. Users Comm. v. FCC*, 680 F.2d 790, 795 (D.C. Cir. 1982)); see also *Competitive Telecomms.*, 998 F.2d at 1061 ("Likeness, as we said, depends upon 'functional equivalence.'") (quoting *Ad Hoc Telecomms. Users Comm.*, 680 F.2d at 795).

⁶⁵ 例如，从《通信法》颁布的 1934 年、到《电信法》颁布的 20 世纪末、再到网络中立成为热议话题的 2010 年前后，美国的经济政策正是经历了从规制到去规制再回到规制的三个阶段，对公共运营商义务的重视程度也随之波动。再如，FCC 在网络中立上的立场变动几乎完全是以其主席任期为界的。共和党人担任主席的 2001 到 2009 年，其在各次执法和诉讼中的总体立场均为去规制化；此后民主党掌握该职位，FCC 旋即转为积极支持网络中立；这一立场又被现任主席、共和党总统特朗普任命的 Ajit Pai 在上任不久后逆转。

上述案件中，法院的立场都是支持 FCC 推动互联网发展，但前提是必须先将互联网接入业务归为电信服务，才能对其进行规制。

这种判决思路在上世纪的 *Munn* 案中就能找到源头。无论是将谷仓认定为公共运营商而施加规制、还是因 ISP 不是公共运营商而拒绝规制，虽然结论相反，但背后的观念却是一致的，并来源于普通法一种长久以来的思维，那就是将一切商业活动归为“公”与“私”二者之一。根据这种划分，“私”的商业活动在订立合同上具有充分的自由，可以选择是否交易、以什么价格和条件交易，而“公”的商业活动则要接受规制、承担诸多义务。网络中立支持者的担忧也由此而生：歧视现象存在的前提，正是具有“私人”属性的运营商对其财产——互联网线路——具有的绝对处分权。公共运营商制度的目的，就是打破公与私的界限，将国家规制延伸到私人领域——这也是 *Munn* 案体现的核心思想。

但上文的考察表明，公共运营商本身的模糊性严重限制了其工具价值的发挥。更何况，网络中立的内在价值不仅在于反对歧视、保护平等，还包括言论自由。在互联网上，公众的言论只是通过运营商传输，最终却还是要通过网站、社交网络等服务来表达，但它们显然属于《电信法》定义下的“信息服务”，不受公共运营商义务的约束。2016 年末，社交网络 Facebook 被曝光在其重要的流量入口“新闻动态”板块压制偏向共和党的言论；2017 年夏，美国夏洛茨维尔发生暴力冲突后，多家 DNS 服务商宣布停止为宣扬保守言论的网站提供解析服务。在声明中，这些服务商提供的理由，无一例外都是作为其私人公司，有权设定服务条件，拒绝为有损于其看重价值的人提供服务。公共运营商制度对此是无能为力的。相反，越是强调公共运营商身份的特殊性，越是强调“电信服务”和“信息服务”的区分，就越会不成比例地赋予后者任意挑选服务对象、设定合同条款的自由。

很早就有学者注意到，公共运营商制度及其所体现的商业活动的“公”“私”之分，无助于实现规制的内在价值。Adler 追溯公共运营商中“common”一词的误用，并不只是为了匡正概念，而是为了从商业法理的角度，揭示这种划分的不合理性。他指出，一切商业活动的共同特征都是为了营利目的，向不特定对象招揽生意和承诺交易。换句话说，所有的商业都是公共的，不存在什么“私”的商业。既然如此，也就不需要依靠公共运营商这个“标签”来为规制私人企业提供正当性了。无论公私，任何不合理的歧视和拒绝服务行为，都同时违背了商业理性和自古以来的商业判例，从而应当成为规制的对象。⁶⁶正如 Hughes 首席大法官在具有标志性意义的 *West Coast Hotel* 案判决中所指出：宪法从未承认绝对或不受控制的自由，它必然受制于正当程序的限制；符合社团利益、与目标合理相关的规制，本身就是正当的。⁶⁷

（三）区分网络中立与公共运营商义务

实际上，如果暂时放下公共运营商身份之争，仔细观察 FCC 前后两种方案的具体内容，就会发现其中颇有一些殊途同归的倾向。Wheeler 主导的 FCC 在 2015 年将互联网 ISP 归类为公共运营

⁶⁶ *Supra* note 49, at 160.

⁶⁷ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 57 S. Ct. 578, 81 L. Ed. 703 (1937).

商的同时，也引入了一种所谓“轻触”（light-touch）框架的变通做法，即援引宽松执法权，不对其实行《通信法》第二章下多达 27 项规定。这包括很多之前针对电话市场的严格规制措施，如准入限制、资费上限、提交价目表等。剩下的条文中，重要的只有 201（普遍服务和合理定价）、202（禁止歧视）、208（向 FCC 投诉的程序规定）三节⁶⁸；其中 201 节要求的普遍服务，目前已经主要由普遍服务基金制度实现，并不受公共运营商身份的影响。⁶⁹而尽管 Ajit Pai 领导颁布的新规宣称去除对宽带业务的规制，但其最终采用的“提高透明度”方案⁷⁰，实质上也是规制的主要手段之一，即信息披露。

上述观察表明，公共运营商身份的问题在一定程度上被过分强调了。尽管公共运营商义务是网络中立的思想和制度渊源，但并不能将两者等同或绑定在一起。公共运营商作为一种身份，是针对某个特定市场而言，并且只能是二元的：要么是，要么不是。但网络中立性却涉及不止一个市场，既包括互联网接入业务市场、也包括与之相邻的各类互联网应用市场，其各种实施方案构成一个光谱，一端是依靠政府规制，另一端是靠市场竞争结合反垄断。将网络中立与否的问题等同于公共运营商与否的问题，沿用“公”“私”区分的传统框架，已被证明是难以实施的，会引发观点对立、政治站队等问题，无助于解决问题。要进行合理的规制，借 Adler 的话说，最好的方法莫过于“以商业的方式对待商业”（treat business as business），像 14 世纪之前集市和港口为商业活动设立专门的法庭一样，针对商业活动的特点，采用量身定制的规则。⁷¹将这种思路应用在互联网接入业务上，就是要结合互联网业务技术特征和发展前景，灵活配置管理方式；针对 ISP 平台连接的各个市场的特点、分别采用不同严格程度的规制或反垄断手段。

很多学者在这方面作出了创新性的展望。如 Claffy 和 Clark 在用多边平台模型分析 ISP 的基础上，提出了几种精细化规制的可能方案：第一，如果 ISP 本身也提供与应用提供商同类型的服务，即使表面上不位于同一个平台/网络层次上，也应与后者被放在一起分析；第二，当一个企业提供多个平台时，可以以对平台的规制代替对企业整体的规制；第三，可以借鉴英国电信（British Telecom）的改革，对传统电信运营商实行结构分离，即区别面向所有业务提供商的技术设施接入批发服务，和面向最终用户的网络接入零售业务。前者按照公共运营商的义务进行规制，要求对所有提供商不加歧视地提供接入和对等互联；后者则参与市场竞争，并接受反垄断的约束。⁷²从英国互联网接入行业的实际效果看，这种结构分离带来了更充分的竞争和更低的整体资费水平，可以认为在很大程度上取得了成功。⁷³

⁶⁸ “Protecting and Promoting the Open Internet, Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order.” 30. FCC Rcd 5601, 5672-77

⁶⁹ FCC, “Universal Service.” See <https://www.fcc.gov/general/universal-service>, accessed 2018/02.

⁷⁰ “Restoring Internet Freedom.” WC Docket No. 17-108; FCC 17-166

⁷¹ *Supra* note 49, at 140.

⁷² Claffy, KC, and David Clark. “Platform Models for Sustainable Internet Regulation.” *Journal of Information Policy* 4 (2014): 463-88.

⁷³ 李浩田. “网络中立政策的演进与分析.” 北京邮电大学, 2012.

此外, Watal 提出了一种“共同规制”(co-regulation)模式,主张将政府监督和行业自治结合起来。在规则制定上, FCC 负责开展独立研究、倡导基本规则,而另设由 ISP、应用提供方和消费者等利益攸关方代表组成的一个独立机构,负责进一步细化标准。在规则执行上,则由 FCC 监督独立机构、裁决纠纷和实施制裁。⁷⁴Jordan 提出了一种“分层”规制的设想,区分在进入门槛较高的基础设施层面的歧视、和进入门槛较低的应用层面的歧视,主张禁止利用互联网基础设施造成互联网应用市场中的不平衡竞争。除封锁行为应完全禁止之外,ISP 有权实施包括限速和 QoS 在内的合理网络管理措施,但必须以应用的类型而不是特定的应用为标准,且应将主动选择权交给用户。⁷⁵

五、结论

某种意义上,网络中立面临的争议是由它的名称带来的——没有人会反对“中立”,但应当保持到什么程度、如何实现,却不是一句简单的中立可以解决的。在这个问题上,公共运营商制度能够提供一些历史依据;但其所反映的区别对待“公”与“私”的商业活动的思想,既不符合现代的有限契约自由观念,也被实践证明是不具有合理性和可行性的。

不应忘记,互联网仍然是一个增量市场,技术进步和需求增加的速度不断被证明是难以准确预估的,套用规制以往公共设施的手段规制互联网接入,不啻于承认网络通讯是一个“静态”的市场,承认其现状已经是最优的,只剩下一个如何分蛋糕的问题,这显然不符合现实。转换思路并不代表放弃规制,无论现实如何发生变化,反对歧视、保障平等、言论自由始终是需要被实现的价值。然而,实现传统的目标未必要拘泥于传统的工具,更开放的思路、更灵活的姿态,是任何“好”的规制所必需。

⁷⁴ Watal, Aparna. "A Co-Regulatory Approach to Reasonable Network Management." *Journal of Information Policy* 1 (2011): 155-73.

⁷⁵ Jordan, Scott. "A Layered Network Approach to Net Neutrality." *International Journal of Communication* 1, no. 1 (August 9, 2007): 34.

参考文献

- [1] Adler, Edward A. "Business Jurisprudence." *Harvard Law Review* 28, no. 2 (1914): 135–62. <https://doi.org/10.2307/1325998>.
- [2] Adler, Edward A. "Labor, Capital, and Business at Common Law." *Harvard Law Review* 29, no. 3 (1916): 241–76. <https://doi.org/10.2307/1326043>.
- [3] Ames, J. B. "The History of Assumpsit. I. Express Assumpsit." *Harvard Law Review* 2, no. 1 (1888): 1–19. <https://doi.org/10.2307/1321512>.
- [4] Beale, Joseph H. "The Carrier's Liability: Its History." *Harvard Law Review*, 1897, 158–68.
- [5] Bresnahan, Timothy F., and Peter C. Reiss. "Entry and Competition in Concentrated Markets." *Journal of Political Economy* 99, no. 5 (1991): 977–1009.
- [6] Burdick, Charles K. "The Origin of the Peculiar Duties of Public Service Companies. Part II." *Columbia Law Review* 11, no. 7 (1911): 616–38. <https://doi.org/10.2307/1110340>.
- [7] Claffy, KC, and David Clark. "Platform Models for Sustainable Internet Regulation." *Journal of Information Policy* 4 (2014): 463–88.
- [8] Crandall, Robert W. *Competition and Chaos: U.S. Telecommunications since the 1996 Telecom Act*. Brookings Institution Press, 2005.
- [9] Faulhaber, Gerald R. "Economics of Net Neutrality: A Review." SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, June 9, 2011. <https://papers.ssrn.com/abstract=1894286>.
- [10] Hazlett, Thomas W., and Anil Caliskan. "Natural Experiments in US Broadband Regulation." *Review of Network Economics* 7, no. 4 (2008).
- [11] Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Harvard University Press, 2009.
- [12] Hume, David. *A Treatise of Human Nature*. Clarendon Press, 1888.
- [13] Jordan, Scott. "A Layered Network Approach to Net Neutrality." *International Journal of Communication* 1, no. 1 (August 9, 2007): 34.
- [14] McBain, Graham. "Time to Abolish The Common Carrier." *Journal of Business Law*, September 1, 2005, 545–96.
- [15] Moore, G. E. *Principia Ethica*. Courier Corporation, 2012.
- [16] Mueller, Milton. *Universal Service: Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System*. American Enterprise Institute, 1997.
- [17] Mueller, Milton. "Universal Service: Interconnection, Competition, and Monopoly in The Making of the American Telephone System." *Washington, DC: American Enterprise Institute*, 1996.
- [18] Nachbar, Thomas B. "The Public Network." *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Policy* 17 (2009 2008): 67.
- [19] Peltzman, Sam, Michael E. Levine, and Roger G. Noll. "The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation." *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics* 1989 (1989): 1–59. <https://doi.org/10.2307/2534719>.
- [20] Schuett, Florian. "Network Neutrality: A Survey of the Economic Literature." SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, March 17, 2010. <https://papers.ssrn.com/abstract=1573420>.
- [21] Speta, James B. "A Common Carrier Approach to Internet Interconnection." *Federal Communications Law Journal* 54 (2002 2001): 225.
- [22] Watal, Aparna. "A Co-Regulatory Approach to Reasonable Network Management." *Journal of Information Policy* 1 (2011): 155–73.
- [23] Wu, Tim. "Network Neutrality, Broadband Discrimination." *J. on Telecomm. & High Tech. L.* 2 (2003): 141.

- [24] Wu, Tim. "Why Have a Telecommunications Law - Anti-Discrimination Norms in Communications." *Journal on Telecommunications & High Technology Law* 5 (2007 2006): 15.
- [25] Wyman, Bruce. "The Law of the Public Callings as a Solution of the Trust Problem. II." *Harvard Law Review* 17, no. 4 (1904): 217-47. <https://doi.org/10.2307/1323263>.
- [26] Wyman, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations: And All Others Engaged in Public Employment*. Beard Books, 2001.
- [27] Yoo, Christopher S. "Beyond Network Neutrality." *Harv. JL & Tech.* 19 (2005): 1.
- [28] Yoo, Christopher S. "Is There a Role for Common Carriage in an Internet-Based World." *Hous. L. Rev.* 51 (2013): 545.
- [29] Yoo, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion." *Georgetown Law Journal* 94 (2006 2005): 1847.
- [30] 李浩田. "网络中立政策的演进与分析." 北京邮电大学, 2012.
- [31] 马得懿. "普通承运人, 公共承运人与 '从事公共运输的承运人': 渊源, 流变与立法探究." *社会科学*, no. 8 (2016): 94-107.

致谢

本科生活即将结束。在写作这篇文章的过程中，我真切感受到四年来在这个校园里得到的知识、技能、思维给我带来的帮助和影响。我真诚地感谢在这里的所学所获。

感谢邓峰老师。感谢老师在忙碌中仍抽出时间，耐心听取我的想法，给我点拨和建议。感谢老师对我严格要求，让我感受到做好学术研究所必须的细致与勤勉。与老师交流，让我感到自己的思维和视野还需要努力拓宽，为我今后的学习成长提供了激励和方向。

当然，不能忘记感谢的是这篇文章关注的对象——互联网。没有这个自由、开放、中立的平台，我不可能如此便捷地收集材料、学习理论，完成这篇文章。如何有效规制互联网，维护网络中立，是存在疑问的；但没有疑问的是，网络就是未来。未来只能面对，不能回避；只能研究，不能否认。要驾驭网络，唯一的方法就是先承认和尊重它的独特和独立。

请允许我以改写一则与《电信法》同时代的经典科技广告来结尾：

Here's to the Internet: The ether. The disruptor. The *Deus ex machina*. It is not fond of monopolies, while it has no respect for the regulators. You can glorify it, exploit it, question it, fear it, throttle or block it. About the only thing that you can't do is to manipulate it. Because it is hardcoded to be *indifferent*. How else can something keep growing beyond limitations and expectations? Or involve the fortunes of the global community at large by the inducements it offered? Or break walls no matter they are physical or mental? While some may see it as a misfit, we see a sincere, independent, and holistic *courier*. And those who are crazy enough to reshape the Internet, are the ones who are to be reshaped.