



□ 竞争法

经济分析如何融入法律过程：欧盟竞争法改革的得失及启示···吴 韬 郑东元	3
超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式·····翟 魏	18
转售价格维持本身违法原则质疑：先例形成的历史探源·····兰 磊	32
滥用市场支配地位侵犯隐私行为的反垄断法规制·····孙 晋 万召宗	49
平台封禁行为的法律定性为解决路径·····侯利阳 贺斯迈	63
比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的适用·····黄 军	76
反垄断罚款裁量权控制·····潘 宁	88

□ 经济法、商法

作为经济法哲学基础的分配正义：以罗尔斯为中心·····商红明	104
电子商务平台经营者管理权的法理基础与规范进路 ——基于线上平台与线下市场的对比分析·····王巧璐	116
论个人破产法上免责考察制度的法律构造·····靳岩岩	132
税收确定行为的法律性质二元化与解决路径·····李 貌	146

□ 金融法、银行法

金融科技背景下金融基础设施的系统性风险及其监管因应·····袁 康 唐 峰	158
金融交易数据的监管应用 ——以交易报告库为中心·····张 阳	174
自由贸易协定金融信息传送规则构建·····马 光 卜小翠	196
新发展理念与《商业银行法》的修改·····刘志云 史欣媛	210

《商业银行法》修订背景下的绿色信贷政策法律化·····王红一	228
论金融产品销售商的投资者适当性义务·····何 颖 阮少凯	239
元宇宙金融规制理论·····邓建鹏	251

经济分析如何融入法律过程： 欧盟竞争法改革的得失及启示

吴 韬 郑东元*

内容提要：经济分析是认定垄断行为违法性的主要工具。我国在反垄断法律制度建构过程中，始终十分重视经济分析方法和经济证据的使用，但是，如何将经济分析有机融入规范分析的法律过程，始终是个难题。20 世纪 90 年代以来，欧盟竞争法经历了“基于效果的分析方法”的现代化改革，实现了核心价值目标的转换，构建了较为完备的经济分析规则体系，同时也面临经济分析的复杂性和不确定性对法律适用的挑战。结合欧盟竞争法改革的得失，保持反垄断基本法律的弹性、将经济分析与要件分析相结合并通过规则完善和规范经济分析的操作，或许是解决我国反垄断法在引入经济分析方法过程中面临的问题、实现大陆法系竞争法与经济分析方法之间有机融合的可行之道。为保持法条的包容性和稳定性，在《反垄断法》修订中不宜盲目或过度“做加法”。

关键词：基于效果的分析方法 欧盟竞争法 竞争法改革 反垄断法

• 3 •

一、引 言

20 世纪 90 年代中后期至 21 世纪初，欧盟竞争法经历了一场针对竞争程序法和实体法展开的“现代化运动”。苏联解体后，欧盟东扩，其成员国不断增加，欧盟竞争执法面临工作量激增、资源不足的现实压力。^{〔1〕}为此，欧盟首先开展了以执法权“去中心化”为主要内容的竞争程序法改革。通过打破欧盟委员会对垄断协议豁免权的垄断、赋予成员国直接实施欧盟竞争法

* 吴韬，中央财经大学法学院教授；郑东元，北京市集佳律师事务所律师。

〔1〕 See Claus-Dieter Ehlermann, Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities, 17 *European Competition Law Review*, 88, 89 (1996).

的权力,以及鼓励私人竞争法诉讼等举措,欧盟竞争法实现了执法权向成员国的下放和执法程序的简化。^{〔2〕}

执法权的下放必然导致执法主体的多元化。为避免欧盟及其成员国竞争法实施机构之间因政出多门导致执法标准不一,以重塑造竞争执法分析方法为主要内容的实体法改革就提上了日程。^{〔3〕}当时,新古典经济学已经获得全球市场经济国家的普遍认同,取得了压倒性地位;在竞争法领域,以新古典经济学为基础的效果分析方法也成为能被大多数经济学家认同和运用的话语和工具。^{〔4〕}因此,欧盟竞争实体法改革就定位为以新古典经济学为指导、以行为的经济效果分析为基本方法,重塑欧洲竞争法中违法性认定方法和判断标准的改革,即所谓“基于效果的分析方法”或“基于经济学的分析方法”改革。^{〔5〕}事实上,经济推理在改革前就已经适用于欧洲竞争法实践,但并不是主流方法,只是偶尔被临时用作竞争法规范分析的辅助手段。“基于效果的分析方法”改革则将现代经济学的理论、方法和话语体系推到了重新定义欧盟竞争法目标和方法的关键位置,从而使现代经济学在欧盟竞争法实践中扮演的角色更核心,影响也更深刻。^{〔6〕}

经济分析方法源于美国反托拉斯法,是合理原则与经济学相结合的产物,是普通法实质主义法律传统在反垄断领域的集中体现。这种方法的引入,势必给欧洲大陆法系实体法中的形式主义法律传统带来强烈冲击,并使改革过程充满曲折。我国有浓厚的大陆法系色彩,并一直将欧盟竞争法作为我国反垄断法律制度建构过程中最为重要的形制意义上的模板,这为与欧盟法进行比较并从中获得启发镜鉴提供了坚实基础。与欧盟法的演进历程略有不同的是,反垄断制度在我国发育较晚,且彼时经济分析方法已在世界范围内被广为认同和采行,因此,我国在反垄断法律制度的建构过程中自始就热情拥抱和接纳了经济分析方法,似乎并没有经历欧盟法的改革阵痛。然而,两种方法以及两大法系之间的天然龃龉不可能自然弥合,欧盟竞争法改革中遇到的经济分析对法律过程的融入问题,必然在我国反垄断法的实施中在不同程度上、以不同形态有所体现。因此,认真回顾和透视欧盟竞争法的改革过程,对于我国在反垄断法立法和执法中进一步协调好形式主义方法和经济分析方法,乃至英美与大陆两种法律文化的冲突,都至为重要。

二、欧盟竞争法改革的动因

在“基于效果的分析方法”改革之前,欧盟竞争法主要根据受质疑的企业行为的表现形式而

〔2〕 See Gerber D.J., Two Forms of Modernization in European Competition Law, 31 *Fordham International Law Journal*, 1235 (2007).

〔3〕 See Alberto Pera, Mario Todino, Enforcement of EC Competition Rules: Need for a Reform? in *Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute*, Transnational Juris Publications Incorporated, 1996, pp.125, 140-142.

〔4〕 参见前引〔2〕, Gerber D.J. 文, 第1235页。

〔5〕 为了表述方便,简称“欧盟竞争法改革”。

〔6〕 See Hildebrand, Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, 2002, pp. 195-197.

非实际效果来判断其违法性，违法行为的表现形式主要靠立法的规定和实践的总结。以滥用行为禁止制度为例，形式主义方法论主要体现在两方面：一是以企业的市场份额这种形式标准作为判断其是否具有市场支配地位的最主要因素，欧盟相关典型案例如联合商标案；〔7〕二是仅依据企业的行为是否符合某种行为模式来判断其是否违法，而行为对效率和消费者福利的影响则忽略不计，欧盟相关典型案例如霍夫曼-拉罗什案〔8〕和米其林案〔9〕。

欧洲在传统上秉持的这种基于行为形式的竞争分析方法有其特定的形成原因。第一，欧共体建立之初将实现欧洲市场一体化作为最高目标。欧盟的雄心是整合所有成员国市场以创建一个统一开放的欧洲市场。〔10〕为此，欧盟通过努力，成功拆除了由成员国政府设置的关税和非关税市场壁垒，实现了市场要素在欧盟范围内的自由流动。〔11〕但是，具有市场支配地位的私人实体的滥用行为以及特定的垄断协议行为也可以制造市场壁垒，实现封锁市场的效果，为此，欧盟也将竞争政策当成保障欧洲市场一体化的重要工具。然而，这种以促进欧洲市场一体化为最高目标的竞争法必然忽视效率和消费者福利等其他更为核心的竞争法价值目标。

第二，历史上，欧盟竞争法深受弗莱堡学派（秩序自由主义学派）经济学理论的影响。秩序自由主义根植于欧洲大陆的整体主义文化，虽然也高度认同市场经济，但仍与自由主义经济学的主张有本质不同。它强调市场经济的内在缺陷无法获得自我修正，脆弱的竞争机制须由市场之外的力量予以“呵护”。在这一理论基础上建立起来的市场经济被称为“社会市场经济”。〔12〕因此，该学派对具有市场支配地位的企业抱有高度警惕，认为如果不采取积极措施促进竞争，支配企业就会颠覆市场经济的价值，而且还可能进一步破坏民主。基于这种认识，政府通过立法保护竞争、建立市场秩序就成为必然选择。〔13〕受弗莱堡学派思想的深刻影响，欧盟形成了严格限制支配企业市场行为的制度传统。应该说，对支配企业保持必要的警惕并于必要时予以干预的逻辑并无不妥，但是在如何干预的问题上，欧盟过去采取的简单以行为的表现形式判断违法性的做法，显然过于激进。

第三，欧盟是在法国、德国等欧洲大陆国家主导下建立的，其法律制度有深刻的大陆法系印记。在传统上，大陆法系一方面追求法律成文化和法律规范的严整性和确定性，另一方面将法官角色定位为“适用法律的机器”，尽力限制法官的裁量空间，而基于形式的违法性认定方法是对上述传统的最好回应。反观英美法系，崇尚法官造法、法律发展主要仰赖法官群体的能动性、以归纳为主的法律方法等法文化特征，都为经济分析的引入和繁盛提供了丰沃的土壤。

〔7〕 Case C-27/76, United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities, 1978, ECR 207, 274, 276.

〔8〕 Case 85/76, Hoffmann—La Roche & Co. AG v. EC Commission, 1979, ECR 461.

〔9〕 Case 322/81, N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, 1983, ECR 3461.

〔10〕 See Weibrecht, Andreas, From Freiburg to Chicago and Beyond: the First 50 Years of European Competition Law, 29 (2) *European Competition Law Review*, 81-88 (2008).

〔11〕 参见前引〔10〕, Weibrecht, Andreas 文, 第 81-88 页。

〔12〕 参见〔德〕何梦笔主编：《德国秩序政策理论与实践》，庞健、冯兴元译，上海人民出版社 2000 年版，第 4 页。

〔13〕 See F. Felice, M. Vatterio, *Ordo and European competition law*, A Research Annual (Research in the History of Economic Thought and Methodology, Vol. 32), Emerald Group Publishing Limited, 2015, pp. 147-157.

既然“基于形式的分析方法”在欧洲有如此坚实的基础，那么，是什么原因导致该方法在存续几十年后又受到前所未有的挑战？

首先是促进欧洲经济发展的需要。20世纪90年代，欧洲与美国在世界经济竞技场上的地位出现了转换。原欧共体的整体国内生产总值（GDP）在1990年代初还高于美国，但至1990年代末却被美国反超。欧洲经济界普遍认为，欧共体严苛的竞争执法是制约欧洲经济发展的重要因素，亟需改革。^{〔14〕}具体而言，一是仅凭行为的表现形式而不进行效果分析就限制企业的商业活动，“假阳性”概率高，为欧盟经济增长做出重要贡献的大企业因此备受打击。二是在欧盟竞争法传统的分析方法下，一方面支配企业受到过度限制，另一方面中小企业又受到过度保护。这种抑强扶弱的制度设计严重影响了欧洲经济的创新水平。以对拒绝交易行为的执法为例，不问效果地打击大企业的拒绝交易行为，严苛地要求支配企业向竞争对手开放产品和服务，重创了大企业的投资和创新积极性，从长远看降低了市场活力和整体经济效率。

其次是反垄断经济学的发展。在美国，对反垄断法产生重要影响的经济学理论先后经历了从哈佛学派到芝加哥学派、后芝加哥学派的演进，尤其是后两者为竞争分析提供了丰富的工具。^{〔15〕}20世纪80年代起，一些欧洲学者就主张从美国反垄断经济学汲取营养，但是，由于芝加哥学派的自由化思想和经济学分析主张与欧洲寻求市场统一化的宏观目标相背离而没有得到足够重视。^{〔16〕}90年代中期，随着竞争法改革需求出现，芝加哥学派的思想开始受到欧盟的欢迎，欧盟委员会内部也开始认可这种以效果为中心的经济分析方法。^{〔17〕}这种方法能够弥补欧洲传统分析方法的不足，使那些在形式主义方法下被视为违法而事实上却有利于竞争或者消费者福利的行为获得客观公正的评价，从而更好地保护创新和效率。^{〔18〕}

再次是地缘政治的考虑。历史上，美欧两大执法区域的实体法差异导致的法律冲突一直不断。例如通用电气并购霍尼韦尔案，^{〔19〕}在美国竞争执法机构已经批准的情况下，欧盟委员会仍否决了这项高达430亿美元的集中交易，并因此引发了美国律师界、企业界和执法官员的强烈批评。美欧之间的竞争法冲突在滥用行为禁止领域更为突出。由于双方执法标准不同，随着欧盟日益成为滥用支配地位案件的全球性重点执法区域，越来越多的美国公司（尤其是像谷歌、苹果等高科技公司）发现，其在本国管辖范围内被允许甚至被认为有益竞争的行为，在欧洲却被认定为严重违法。^{〔20〕}这些冲突使欧盟委员会承受了来自美国的巨大压力。考虑到与美国的国际地位差异，欧盟不得不向美国反垄断法的分析方法靠拢，以尽量避免法律冲突。

最后是专业共同体的推动。美欧执法官员、律师、经济学家等竞争法专业人士在专业交流过

〔14〕 参见前引〔2〕，Gerber D.J. 文，第1235页。

〔15〕 See Johansen, Erik, I Say Antitrust; You Say Anticompetitive: Why bridging the Divide between US and EU Competition Policy Makes More Economic Sense, 24 *Penn State International Law Review*, 331 (2005).

〔16〕 参见前引〔10〕Weitbrecht、Andreas文，第81-88页。

〔17〕 参见前引〔2〕Gerber D.J. 文，第1235页。

〔18〕 参见前引〔6〕，Hildebrand、Doris书，第24-28页。

〔19〕 Case No. COMP/M. 2220—General Electric/Honeywell, 2001 O. J. (C 1746).

〔20〕 See Ahlborn C., Evans D.S., The Microsoft Judgment and Its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe, 75 (3) *Antitrust Law Journal*, 887-932 (2009).

程中形成了“跨大西洋竞争法共同体”这样一个非政府组织。^{〔21〕}随着这个专业共同体内部交流的增多以及彼此关系的日益密切，出于潜在共同利益的考虑，他们逐渐在加快改革欧盟竞争法这一问题上形成共识并积极予以推动，从而加快了欧盟竞争法与美国反垄断法的融合。^{〔22〕}

三、欧盟竞争法改革的成效

欧盟竞争法采行行政执法中心主义的实施体制。在这一体制之下，欧盟委员会是其竞争法改革的驱动者和实施者。经过较长时间的理论准备，欧盟委员会于1990年代末开始的近15年间，通过一系列法规、指南和政策性文件的制定和修改，在立法层面上基本实现了“基于效果的分析方法”的改革。改革主要包括两个层面的内容：一是竞争法核心价值目标的转换，二是具体分析方法的更新。

法的价值目标决定具体的规则设计。传统的欧盟竞争法以欧洲市场一体化和保护竞争过程为首要目标，并在该目标指引下建立了相应的竞争规则，因此，“基于效果的分析方法”改革不可能绕开，且必须始于竞争法核心价值目标的转换。随着欧洲内部市场整合目标的基本实现和欧洲经济增长压力的不断增大，统一市场目标的地位开始下降，效率、消费者福利开始受到更多关注。^{〔23〕}欧盟委员会在其1997年颁布的《关于纵向限制的竞争政策绿皮书》中提出：“提升消费者利益是竞争政策的核心，有效的竞争是消费者能够以最低的价格购买高质量产品的最佳保证。”^{〔24〕}此后，在欧盟委员会颁布的一系列指南和其他规范性文件中，消费者福利都被置于竞争法核心目标的地位。比如2009年《排他性滥用行为优先执法指南》（简称滥用指南）^{〔25〕}指出：即使是支配企业，也应当被允许在市场上从事激烈的竞争行为，只要这种竞争行为有利于消费者福利提升。在2005年丹麦邮政案^{〔26〕}中，欧洲法院也首次在判决书中提及消费者福利。

欧盟的相关竞争政策文件并未具体界定消费者福利，但是，从欧盟竞争法的执法实践来看，委员会对消费者福利的理解显然是比较宽泛的。首先，欧盟竞争法上的消费者福利并不局限于传统的价格意义上的福利。经济学通常认为，消费者福利主要以消费者剩余为衡量指标，而消费者剩余是指消费者实际支出的价格与其意愿价格之差；与意愿价格相比，消费者实际支出的价格越

〔21〕 See Patrick Massey, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, in *Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute*, Transnational Juris Publications Incorporated, 1996, p. 91.

〔22〕 参见前引〔2〕，Gerber D.J. 文，第1235页。

〔23〕 See Röller L. H., Stehmann O., The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-based Approach, 29 (4) *Review of Industrial Organization*, 281-304 (2006).

〔24〕 Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (Green Paper on Vertical Restraints) COM (96) 721 final, 1997, P. 17.

〔25〕 Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 13 December 2008, IP/08/1877, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>, last visited on Dec. 3, 2020.

〔26〕 Judgment of the Court of Justice in Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, ECLI: EU: C: 2015: 651.

低,消费者剩余和消费者福利也就越大。^[27]然而,如果将消费者福利局限于价格意义上的消费者剩余,势必忽视商品质量和创新给消费者带来的价值,从而导致消费者福利分析静态化和短期化。欧盟竞争执法实践表明,欧盟委员会在消费者福利评估中对质量意义上的消费者选择权以及创新之于消费者福利的价值的关注,甚至胜过了对价格的关注。^[28]其次,欧盟竞争法并未将消费者福利简化为“最终用户”或所谓“生活消费者”的福利。根据欧盟委员会2004年《关于适用〈欧共同体条约〉第81条第3款的指南》^[29]的解释,“‘消费者’的概念,包括协议产品的所有直接或间接用户,包括把该产品用作投入物进行生产的生产商,以及批发商、零售商和最终消费者”^[30]。欧盟委员会2004年颁布的《横向合并指南》^[31]和2011年颁布的《横向合作协议指南》^[32]等规范性文件对消费者的定义也坚持了相同的解释。可见,欧盟竞争法所保护的消费者不仅包括最终消费者,还包括中间购买者;不仅包括自然人,还包括法人。最后,欧盟委员会甚至还将网络用户的隐私保护水平纳入消费者福利的评价体系。在对数据驱动型合并进行反垄断审查时,欧盟委员会指出,如果合并提升了集中方的市场力量,并进而对用户提出更多的个人数据要求从而降低隐私保护水平,则视同提高价格或降低产品质量。^[33]

在竞争法核心价值目标发生转换的同时,欧盟委员会将改革落脚于分析方法的转变。通过修订欧盟竞争法的大部分配套规范性文件,欧盟委员会试图将新自由主义经济理论、模型和工具纳入规则框架。相关改革成效突出体现于如下几方面:

第一,旗帜鲜明地摒弃“基于形式的分析方法”,引入“基于效果的分析方法”。在纵向限制领域,《关于纵向限制的竞争政策绿皮书》^[34]提出要对《欧共同体条约》第81条项下的垄断协议进行经济分析,并提出两个核心观点:一是不能将纵向限制协议视为本身违法;二是执法应聚焦于协议对市场的实际影响而非协议的表现形式。1999年《纵向限制集体豁免条例》^[35]及2000年《纵向限制指南》^[36]进一步阐明了改革的新方向,为市场份额较低的企业间订立的纵向协议建立了合法性推定原则,并强调纵向协议必须在其法律和经济背景下进行分析。《纵向限制指南》颠覆了此前的竞争分析方法,明确指出并非所有限制企业行动自由的协议都必然属于第81条第1

[27] 参见经济合作与发展组织对于消费者福利的名词解释,载 <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3177>, 最后访问时间:2020年12月3日。

[28] See Daskalova V., Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (not) about? 11 (1) *The Competition Law Review*, 131-160 (2015).

[29] Commission (EU), Notice: Guidelines on the Application of Article 81 (3) of the Treaty [2004] OJ C 101/97.

[30] 许光耀主编:《欧共同体竞争立法》,武汉大学出版社2006年版,第302页。

[31] Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings [2004] OJ C 31/5, endnote 105.

[32] Commission (EU), Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements [2011] OJ C11/1, [49].

[33] See Commission Decision of 03. 10. 2014, Case No COMP/M. 7217—Facebook/WhatsApp.

[34] Commission of the European Communities, Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (Jan. 22, 1997), available at https://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/96721en_en.pdf, last visited on Dec. 3, 2020.

[35] Regulation 2790/1999 on the Application of Article 81 (3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices [1999] O. J. L 336/21.

[36] Guidelines on Vertical Restraints [2000] O. J. C 291/01.

款的禁止范围。^{〔37〕}在合并控制领域，2004年《合并控制条例》^{〔38〕}调整了合并审查的实质标准和程序，使合并调查“更彻底、更集中、更牢固地扎根于合理的经济分析中”。^{〔39〕}在滥用行为禁止领域，2009年滥用指南将对企业滥用市场支配地位行为违法性的评估聚焦于行为在多大程度上损害了消费者福利，而不是滥用行为的形式化定义。根据相关证据和经济学分析，如果行为未损害消费者福利，欧盟委员会将不会对支配企业采取干预措施。^{〔40〕}

第二，从分析步骤和证明责任等方面构建了效果分析的基本框架。在垄断协议领域，欧盟相关规范性文件就非目的违法协议的效果评估方法和证明责任构建了分析框架：首先由执法机构证明被调查协议导致了限制竞争效果且存在有力证据证明这种限制通过对价格、产量、创新或质量的影响降低了消费者福利。^{〔41〕}之后，根据第81条第3款评估协议的限制竞争效果是否可能被其提升的经济效率所抵销。^{〔42〕}其中，协议所带来的经济效率以及对消费者福利的益处、协议与效率提升之间的因果关系、效率提升的可能性和幅度、如何以及何时能够实现其声称的效率提升等事实，由被调查方举证证明。^{〔43〕}实际上，这相当于对非目的违法的协议的认定适用了合理原则。

在滥用禁止领域，欧盟相关规范性文件确立了评估企业行为违法性的“两步测试法”：首先要证明企业行为构成反竞争的市场封锁；之后再证明这种行为会损害消费者福利。^{〔44〕}这表明，如果行为只影响竞争结构或淘汰效率较低的竞争者，而不会对价格、质量或创新造成不利影响并进而损害消费者福利，欧盟委员会将不会根据第82条采取执法行动。与以前的欧盟相关案例体现出的规则相比，“两步测试法”强调行为对消费者福利的损害，并在这一点上与现代经济学理论取得了一致。^{〔45〕}

第三，在具体方法上，在分析行为的反竞争性时，滥用指南引入了“同等效率竞争者标准”（As-efficient Competitor Test, AEC 标准）这一经济方法。^{〔46〕}指南强调：任何竞争者，只要在为消费者提供价格、选择、质量和创新方面做得更差，就将被市场淘汰；只有当其行为妨碍被认

〔37〕 See Damien M. B. Gerard, The Effects-Based Approach under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself? in J. Bourgeois, D. Waelbroeck ed., *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law Enforcement*, Bruylant, 2012, pp. 7-8.

〔38〕 Council Reg. 139/2004 of January 20, 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings, [2004] O. J. L24/1.

〔39〕 See Leon B. Greenfield, William J. Kolasky, Antitrust Modernization: Picking Up the European Guantlet, 22 *Antitrust*, 56 (2008).

〔40〕 See Peeperkorn L., Viertiö K., Implementing an Effects-based Approach to Article 82, 2009 (1) *Competition policy newsletter*, 17-20 (2009).

〔41〕 See Witt A. C., The Enforcement of Article 101 TFEU: What has Happened to the Effects Analysis? 55 (2) *Common Market Law Review*, 417-448 (2018).

〔42〕 See Jones A., The Journey toward an Effects-Based Approach under Article 101 TFEU—The Case of Hardcore Restraints, 55 (4) *The Antitrust Bulletin*, 783-818 (2010).

〔43〕 参见前引〔37〕，Damien M. B. Gerard 文，第9-10页。

〔44〕 See Monti G., Article 82 EC: What Future for the Effects-based Approach? 1 (1) *Journal of European Competition Law & Practice*, 2-11 (2010).

〔45〕 参见前引〔44〕，Monti G. 文，第2-11页。

〔46〕 该方法并非欧盟的原创。波斯纳在分析掠夺性定价行为的违法性时，就使用了“等效竞争者标准”（Equally Efficient Competitor Test）。参见理查德·A. 波斯纳：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年版，第228-229页。

为与具有支配地位的企业具有同等效率的竞争对手参与竞争时，欧盟委员会才会通过执法进行干预。^[47] 在 AEC 标准引入之前，虽然欧盟竞争法也强调竞争法保护的是竞争过程，但是在保护竞争和保护竞争者之间一直划不清界限，因为毕竟如果没有具体的竞争者的参与，就不会凭空产生竞争。基于这种认识，对竞争过程的保护就难以避免地衍化为对竞争者的保护。AEC 标准基于效率和消费者福利，明确了对竞争的保护不是对所有竞争者的竞争权都予以保护，而是仅保护与支配企业具有同等效率的竞争者的竞争权，即只有当与支配企业具有同等效率的竞争者受到排挤时，才意味着竞争受到了损害。因此，AEC 标准的引入被视为欧盟竞争法与旧的基于形式的分析方法决裂的重要标志。在著名的英特尔案^[48]中，欧盟委员会将同等效率竞争者测试应用于对忠诚折扣行为的效果分析，而欧盟普通法院^[49]却对该测试过程视而不见，未予以审查。^[50] 2017 年 9 月，欧盟法院在该案的终审判决中重申了欧盟竞争法不保护效率较低的竞争者的基本态度，并认可了 AEC 标准在评估限制竞争效果方面的重要作用。^[51]

四、欧盟竞争法改革的局限

欧盟竞争法改革在取得较为明显的成效的同时，也存在诸多局限。这些局限有的体现为相关立法或规范性文件的规定与“基于效果的分析方法”的基本理念不完全相符，有的则体现为在制度实施中经济分析方法贯彻得不彻底。

• 10 • 第一，对垄断协议禁止、合并控制和滥用禁止三大制度的改革不平衡。欧盟竞争法的这三项主要制度各有特点，改革前的状态和改革目标之间的差距也各不相同，因此，各领域的改革成效和进展也不平衡。在合并控制和垄断协议禁止领域，欧盟越来越多地遵循消费者福利目标和“基于效果的分析方法”，^[52]而滥用禁止制度的改革成效并不理想。很多被视为增进消费者福利的行为可能被认为有损竞争，违反《欧盟运行条约》第 102 条。^[53]此外，对剥削性滥用行为和价格歧视行为，滥用指南也没有亮明态度或给出分析框架，这也不能不说是一个很大的缺憾。究其原因，一方面是因为欧盟的滥用禁止制度在改革前与现代经济学理论之间的差异更大，改革任务十分艰巨；另一方面，滥用禁止制度本身的确也十分复杂。滥用行为的效果往往具有两面性，既有限制竞争效果，又可能产生提升效率和消费者福利、促进创新的效果；同时，滥用行为的分析环节也较多，无论是市场力量和行为效果的评估，还是客观合理理由的分析，都存在不少难点。正因为如此，欧盟竞争法改革的局限也集中体现在滥用禁止

[47] See Kadar Massimiliano, Article 102 and Exclusivity Rebates in a Post-Intel World: Lessons from the Qualcomm and Google Android Cases, 10 (7) *Journal of European Competition Law & Practice*, 439–447 (2019).

[48] Case COMP/37. 990 Intel (13 May 2009) para 925.

[49] 欧盟普通法院 (General Court) 即原欧共体初审法院，2009 年改为现名。

[50] Judgment of the General Court in Case T-286/09 Intel v. Commission, ECLI: EU: T: 2014: 547.

[51] Judgment of the Court of Justice in Case C-413/14 P Intel v. Commission, ECLI: EU: C: 2017: 632.

[52] 当然，对于转售价格维持行为，欧盟仍然坚持将其与价格卡特尔等横向垄断协议一起列为“核心限制”，这一点与芝加哥经济学理论和美国丽晶案判决的态度尚存在较大差异。

[53] 参见前引 [20]，Ahlborn C、Evans D S. 文，第 887–932 页。

领域。

第二，在市场支配地位的认定上，欧盟对市场份额在互联网等新经济领域的指示作用的局限性未能给予充分考虑。客观而言，在相关规范性文件中，欧盟对评估企业市场力量时应考虑的因素讨论得还是比较全面的，而且，市场份额指标在市场支配地位认定中的权重也已被大大降低。但不足的是，这种评估体系仍然是建立在对传统经济的认识之上，对于以网络和高技术创新为载体或主要驱动因素的新经济领域缺乏特别关注。尤其是对以平台竞争和动态竞争为生存特点的数字经济领域，传统的相关市场界定框架已很难承担起对数字市场竞争现象实现圆满解释的功能，市场份额这种静态意义上的指标非但不能准确指示企业的市场力量，而且还非常容易误导。显然，对于这一重要问题，欧盟相关规范性文件基本予以忽略，相关执法实践也依然在墨守成规。

第三，在执法实践中，“同等效率竞争者标准”并未得到普遍和彻底的适用。作为竞争损害的分析工具，“同等效率竞争者标准”以其经济逻辑的自洽性成为欧盟“基于效果的分析方法”改革的重要成果，然而，该方法在欧盟委员会的相关执法实践中并未得到充分的贯彻和适用，几乎沦为只是“看上去很美”的花瓶。导致这一情况的根本原因是“同等效率竞争者标准”的高度复杂性。该工具对相关数据的要求十分苛刻，在实践中可操作性较差。或许是考虑到“同等效率竞争者标准”的复杂性从而对其顺利推广缺乏信心，在制度设计层面上，欧盟滥用指南并未将这一新方法作为滥用行为竞争分析的唯一选项，而是在提出这一新方法的同时，继续重申了传统分析方法的可适用性。因此，实践中，欧盟委员会可以根据案件情况选择是否适用该方法。对此，有评论指出，这表明欧盟委员会缺乏打破过去的形式主义方法的足够勇气。^[54]

第四，在构成要件的设定及举证责任等方面，仍有片面强调形式主义之嫌。比如，对低于成本定价行为，现代经济学理论认为：只有当具有支配地位的企业能够在将来弥补其由于低价销售导致的经济损失时，这种低价策略对于行为人才有意义，否则，行为人没有合理动机采取这种策略。但是，这一点最终未能在滥用指南中得以反映。根据指南，即使支配企业能证明未在后期弥补掠夺性定价带来的经济损失，仍然有可能被认定为违法，因为指南认为，当支配企业通过故意在短期内蒙受损失或放弃利润以实现阻止竞争对手、加强或维持其市场力量的目的，损害消费者利益时，就可能被禁止。^[55]再如，关于滥用行为的效率抗辩，指南仍将举证责任加于支配企业身上，这种举证责任配置值得商榷。行政执法与私人诉讼不同，执法机构不是为了私利，而是为了实现公共利益而代表国家执法，因此，执法机构的态度应客观中性，既不能放纵违法，也不能过度干预；执法机构有义务对行为的效果进行全面分析，既要建立违法事实负责，也要对建立抗辩事实负责，包括对行为的积极效果的证明。何况相比市场主体，执法机构通常掌握着更强大的获取相关数据和其他证据的能力和资源。

[54] See J Killick, A Komninos, Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis, 2 *Antitrust Chronicle*, *Competition Policy International*, 4 (2009).

[55] 参见《排他性滥用行为优先执法指南》第 63 段。

第五,在是否采用“基于效果的分析方法”的问题上,欧盟法院与执法机构的观点不尽一致,有时存在冲突。通常,法院是法律传统的忠实传承者。作为纯粹的法律职业群体,法官对于经济学方法的态度往往趋于保守,欧洲法院也不例外。一直以来,对于涉嫌垄断行为的违法性认定,欧洲法院倾向于传统的基于形式主义的判断方法。以微软 Windows 系统捆绑媒体播放器软件案^[56]为例,欧盟委员会在执法过程中采用了基于效果的分析方法,认为媒体播放器软件容易获取且通常是免费的,因此这种捆绑行为不易导致竞争损害,然而法院拒绝接受欧盟委员会基于效果分析得出的结论,依然根据欧洲法院通过 1994 年 Hilti 案^[57]和 1996 年 Tetra-Pak 案^[58]建立起来的形式主义方法认定微软的搭售行为损害了竞争。^[59]行政法和司法在分析方法上的分歧可能导致两方面的危害:一是易导致欧盟委员会与成员国执法机构在行政执法上的不一致。根据欧盟法的运作机制,欧盟成员国的执法机构不受欧盟委员会颁布的指南的约束,而是要与欧洲法院的实务见解保持一致,因此,委员会和法院之间的观点差异可能导致对于相同或类似的限制行为,欧盟与成员国层面的行政执法态度相异。^[60]二是可能促使欧盟委员会出于机会主义考虑,偏离其倡导的经济分析方法。为了使案件胜诉,委员会可能会仍然按照欧洲法院基于形式主义的判例所确定的原则和标准处理案件,同时在执法决定中适当加入一些效果分析的内容,以给被调查企业一种已进行了经济分析的印象。^[61]

总之,纵观欧盟竞争法“基于效果的分析方法”改革,既有高调表态和实际成效,又充满纠结、妥协,甚至知行不一。虽然上述改革局限是由多方面原因导致的,但是,其中最主要、最根本的原因是具有强烈的英美法系基因的经济分析方法与大陆法系制度文化之间的兼容性问题。第一,经济分析方法是基于个案的实质判断方法,这与大陆法系对普适性抽象规则的追求相冲突。第二,经济分析方法的可预期性差,这与大陆法系实体法形式主义传统下对法的确定性追求相冲突。欧盟委员会颁布滥用指南的一个重要目的就是为企业更好地评估行为的违法性提供更清晰和可预测的分析框架。^[62]但是事实上,由于同等效率测试等经济学方法的复杂性,这一目标很难实现。^[63]第三,大陆法系缺少化解经济分析方法成本难题的制度环境。在美国,在司法中心主义基础上,发达的反垄断法私人实施、多倍损害赔偿和败诉方承担诉讼成本等制度设计,为高昂的经济分析成本的合理承担提供了坚实的制度基础。在大陆法系行政执法中心主义的反垄断法实施体制下,经济分析导致的过高执法成本和有限的行政预算相叠加,必然影响执法效果。

[56] Case T-201/04 Microsoft v. Commission judgment of 17 September 2007.

[57] Hilti AG v. Commission, Case C-53/92 P, ECR [1994] I-00667.

[58] Tetra Pak International SA v. Commission, Case C-333/94, [1996].

[59] 参见前引 [53], Ahlborn C、Evans D S. 文,第 887-932 页。

[60] 参见前引 [44], Monti G. 文,第 2-11 页。

[61] See Geradin D., Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful? Available at SSRN 1569502 (2010).

[62] 参见前引 [40], Peeperkorn L、Viertiö K. 文,第 17-20 页。

[63] 参见前引 [47], Kadar Massimiliano 文,第 3-7 页。

五、对中国的启示

作为世界影响力最大的两个竞争法制度体系，美国法和欧盟法为我国反垄断立法提供了主要参考模板。其中，欧盟竞争法不仅以其严整的成文法体系影响了中国反垄断法的形制，而且还以其竞争法改革坚定了中国的反垄断法向经济分析路线靠拢的决心。正是拜“后发优势”之赐，中国反垄断法的起点较高，自始就十分重视经济分析方法和经济证据的使用。与欧盟相比，在对“基于效果的分析方法”的接纳与运用上，中国反垄断法有两个突出亮点：一是与欧盟法院相比，中国法院并没有扮演保守派的角色，相反，垄断民事纠纷领域的相关司法实践对经济分析方法的态度比行政执法更为积极，应用更为广泛和深入。2012年颁布的《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（简称《反垄断司法解释》）明确提出，排除、限制竞争效果是垄断协议行为的构成要件，并区分了横向与纵向垄断协议的排除、限制竞争效果的举证责任；对于滥用案件，《反垄断司法解释》规定，原告应当证明被告具有并滥用了市场支配地位。这显然都贯穿了效果主义和经济分析的思想。二是与欧盟相比，中国高度关注网络产业和平台经济对传统反垄断制度的挑战，在消化吸收西方经济学关于创新与动态竞争的理论成果的基础上，对互联网竞争给予了特别观照。尤其是奇虎360诉腾讯案中关于经营者市场份额对其市场地位的指示作用的见解，更是开世界反垄断司法风气之先。

但是，上述亮点显然并不代表我国反垄断立法和实施的整体水平，更不意味着中国在反垄断法经济分析领域超越了欧盟。其一，我国在《反垄断法》配套的经济分析规则体系的构建方面，远不如欧盟发达和完备。尽管我国在相关市场界定和垄断行为的违法性认定方面陆续制定了一些规范性文件，但是，其中有关行为效果和经济分析的规则在数量和质量上均无法与欧盟同日而语。其二，经济分析方法在我国反垄断法实施中应用的并不充分。相关研究表明，无论是在行政执法还是司法实践中，经济分析方法对于不同类型的垄断行为以及竞争分析的不同环节的适用广度和深度都不高。^{〔64〕}换言之，我国在经济分析方法应用过程中同样存在欧盟“基于效果的分析方法”改革中的问题。其三，更为重要的是，在是否采用经济分析方法的问题上，我国的反垄断行政执法实践表现出一定的实用主义倾向。比如，为了认定被调查行为的违法性，执法机构对于纵向垄断协议这种效果复杂行为的判断规避效果分析，采取了形式主义方法，而对于《反垄断法》未明确列举的违法行为态样（如忠诚折扣行为），又采用效果分析方法认定其竞争损害后果。总之，我国不仅在反垄断经济分析技术层面距欧盟有较大差距，在如何融合形式主义和经济分析两种方法的问题上，也尚未给出“中国方案”。

对于我国反垄断法导入经济分析方法中遇到的问题和困难，固然可以从能力缺失方面找原因，但是，对欧盟竞争法改革得失的分析表明，从制度设计入手，实现大陆法系对法的确定性、稳定性要求与经济分析方法之间的有效融合，才是解决问题的根本之道。笔者对此有如下

〔64〕 参见叶卫平：《反垄断法分析模式的中国选择》，载《中国社会科学》2017年第3期。

建议:

第一,构建和完善多层次反垄断法律规则体系,有效平衡规则的稳定性与适应性。现代社会的高度复杂性和动态性决定了立法必须取得稳定性和适应性的平衡。为此,现代立法多采用由一部基础性法律统领,配套制定行政法规、司法解释、规章等不同层次规范性文件的方式构建法律规则体系。根据国际惯例,反垄断法领域还有指南这种特殊的规则载体。这些法的渊源和规则载体的制定(修订)成本顺次减弱,灵活性和可操作性则顺次增强。其中,基础性法律主要规定原则和基本规则,是整个制度体系的压舱石,需保持足够的稳定性和宽容度,同时为配套立法留出空间和接口;配套性立法则主要解决基础性法律的解释适用问题,需明确具体、适应性强、因时而变。以欧盟竞争法为例,经过几十年的发展,欧盟竞争实体法形成了以《欧盟运行条约》第101条、第102条等核心条款为基础法律,以配套法规、规章、指南和法院判例等为次级规范的法律体系。其基础法律以高度的概括性和宽容度有效维持了法的稳定性。配套法规、规章和指南等则始终与时俱进,随着执法机构对反垄断经济学认识的不断加深而修改和完善。

在我国,长期以来“立法层级不高、可操作性不强”成为批判现行立法的永恒金句。殊不知在一个规则体系之中,法的不同渊源各司其职。如果将解释适用的功能强加于基础法律、过分强调基础法律的可操作性,必然违背立法规律,结果必然是适得其反。目前,我国正在修订《反垄断法》。在修法过程中,必须充分认识上述规律,切不可过度追求细节化和可操作性。经济现实的瞬息万变和经济理论的快速发展需要成文法为执法留有弹性和空间,过度追求基础法律的细节化反而会作茧自缚,降低规则的适应性。为了调和经济分析的不确定性与法律规范的稳定性之间的矛盾,作为基础性法律的《反垄断法》的任务是廓清原则、搭建框架,因此,应当条文疏朗,尽量避免规定违法行为认定的细部规则,以保证基础法律的稳定性和适应性;操作性规则则应留给法规、司法解释、规章和指南来解决。现行《反垄断法》宽容度较高,为解释适用留有足够空间,因此,除非其基本框架、基本规则上存在疏漏,可能形成解释适用的障碍,否则应尽量保持法条的稳定性,不宜在修订中盲目或过度“做加法”。尤其是对于经济分析的操作性规则以及针对特定产业领域的分析规则,即使是目前感觉较有把握的,也不宜贸然体现于法律之中,以免日后出现反复,影响立法的严肃性。当然,保持基础性法律的稳定性和兼容性,不意味着在对经济分析规则的探索和提炼上不作为,相反,对于开展经济分析不可或缺的具体规则,比如纵向垄断协议的豁免规则、滥用行为的认定规则等,要积极总结经验、加快制定。但是,为了保持规则的弹性,这类规则应体现于较低效力层级的立法之中。

第二,规范分析为“体”,经济分析为“用”,融合效果分析方法和要件分析方法。竞争损害需通过经济分析方法评估,经济分析是反垄断法的主要工具。但是,违法性认定是价值判断的法律过程,作为工具的经济分析一旦被纳入法律过程,就须与法律规范分析技术有机融合以满足法治对于确定性的要求,实现实质理性与形式理性的统一。^[65]行为违法性认定的法律规范分析主

[65] 学者曾指出:“反垄断法解释中经济学分析并不意味着将反垄断法推衍成反垄断法的经济学分析,而忽视其规范性的法本质。”金善明:《反垄断法解释中经济学分析的限度》,载《环球法律评论》2018年第6期,第115页。

要通过要件分析这一基于形式主义的的法律技术实现。构成要件提炼自违法行为的实践特征，要件事实决定案件的证明对象并进而影响举证责任的负担。

经济分析方法与要件分析的融合，主要是要处理好构成要件与行为效果的关系。目前，对于垄断行为构成要件的研究尚不充分，对要件的提炼还缺乏必要的共识，^{〔66〕}而基于效果的分析方法的引入无疑会使问题变得更为复杂——以行为效果为违法性判断的终极标准是否意味着在法律分析过程中，过错、市场支配地位、行为态样等都变得无足轻重，甚至完全被行为效果所屏蔽？

笔者认为，要件分析建构了规范性分析的基本框架，不同的要件在价值评判中承担着不同的重要使命；对行为的经济效果的分析应服务于要件分析，不能以效果屏蔽其他要件、以经济分析替代要件分析。通常，违法行为的构成要件由主体、过错、行为样态和行为后果等主客观元素构成。其中，主观性要件（尤其是行为人的过错）对于认定行为的可责性具有决定性意义。其实，在反垄断法上，对于违法垄断行为的认定都蕴含着对过错的证明。在垄断协议的违法性认定中，对“合意”的证明其实也是对当事人的共同过错的证明。在滥用市场支配地位行为的认定中，则通常适用“推定过错”原则，即只要具有支配地位的经营者违反了反垄断法规定的滥用行为禁止义务，就假定其有过错，如果行为人证明其不具有过错，则不构成违法；^{〔67〕}而行为人的无过错抗辩则蕴含于正当理由抗辩之中。

反垄断成文法规定的垄断行为的样态应否要件化？在大陆法系反垄断立法中，垄断行为样态通常以两种模式呈现：一是例举式，即对某类垄断行为概括禁止后，以几个典型行为样态为例对此类垄断行为进行说明，典型立法例如《欧盟运行条约》第102条；二是列举式，即在立法中尽量穷尽某类垄断行为的实践表现形式，并以兜底条款防止挂一漏万，典型立法例如我国《反垄断法》第17条第1款关于滥用行为的规定。例举式与列举式在法条表达方式上的主要区别在于，后者有兜底条款，而前者没有。二者在法律适用方面的区别则在于：在例举式立法下，法律给出行为样态的主要目的在于帮助理解相关禁止性规定，不具有要件意义，因此，适用法律时不必专门指出相关行为具体属于哪种行为样态；而在列举式立法模式下，行为样态则可起到提升法律适用效率、为主体建立预期的作用，通常具有要件意义，适用法律时应援引相关条款的具体规定，即指出违法行为属于哪种具体的行为态样，同时，为了维护法定行为态样创造的预期，行政执法机构通过援引兜底条款处理个案应受到严格约束。而基于效果的分析方法的引入，无疑将极大弱化行为样态在违法性判断中的意义——一方面，符合法定行为样态的行为不能直接被认定为违法；另一方面，如果特定行为虽然不符合法定的行为样态，但具有排除限制竞争效果，也可以被认定为违法。但是，考虑到列举式立法的规范原旨，仍宜将我国《反垄断法》第17条规定的行为样态作为垄断行为的要件；执法机构应尽量克制在个案中援引兜底条款处理案件的冲动；同时，为了提升法律规范的弹性以适应不断发展变化的经济现实，可以通过行政法规、规章或指南

• 15 •

〔66〕 比如，滥用行为是否以行为人的过错为构成要件？如果是，归责基础是过错还是推定过错？再如，《反垄断法》规定的垄断协议和滥用行为的行为态样是否应要件化？

〔67〕 关于行政违法行为的归责原则的论述，参见杨利敏：《论我国行政处罚中的责任原则——兼论应受行政处罚的过失违法行为》，载《华东政法大学学报》2020年第2期。

解释兜底条款的外延,不断丰富垄断行为的样态。

还应该指出的是,要件分析是一个有先后次序的过程。一般而言,分析成本低要件前置,分析成本高的要件后置。一旦前置要件不成就,在理论上就可终止分析过程,否定行为的违法性。这样,前置要件可以发挥过滤器的作用,有效减少进入后置分析环节的案件数量,从而节省法律适用成本,提高效率。以滥用市场支配地位行为为例,对行为人市场地位的评估本来是行为效果分析中的一个环节,但由于效果分析整体耗费成本巨大,而市场地位评估的分析成本相对较小,故而通常将其前置到第一分析顺位,即将具有市场支配地位作为行为主体的特征之一。这样,经过分析被认定行为人不具有支配地位的案件,就无需再进行复杂繁琐的效果分析,从而有效节省法律适用成本。

第三,规范操作,强化执法程序的对抗性和司法监督,努力克服经济学方法的弱点。经济学理论发展迅速,经济方法层出不穷,不同的理论和方法之间又多有抵牾;而且,经济方法对条件限定严格、对数据要求高,结论的可靠性不易得到保证。为此,在将经济学理论与方法引入法律过程时,除了要注意其成熟度和可操作性外,还要规范经济分析的操作流程和经济证据的呈现方式,完善经济证据证明力的分析认定规则,以提升其对法律分析的适配性。在基于效果的分析方法改革过程中,欧盟委员会意识到经济分析和经济证据与传统法律分析和证据采信的区别,专门针对包括数据的收集处理和评价、计量模型和实证方法的使用,乃至经济分析报告的表达方式等在内的经济证据的制作、采信等制定了操作规范和技术标准。^[68]以经济学家出具的分析报告或执法机构主动收集的市场数据为主要形式的经济证据,已在我国反垄断执法中被广泛应用,但是,相关收集、提交和采信的规范尚付之阙如,这对规范执法和保障执法结论的科学性与公正十分不利,亟待完善。

鉴于经济证据的可靠性和确定性较弱,在行政执法中应进一步加强对行政相对人程序性权利的保障,不断完善听证制度,增强听证程序的中立性和对抗性,以期使执法机构和被调查对象双方提出的经济证据均经受更多挑战和考验。此外,还要适当保持司法与执法的紧张关系,切实发挥行政诉讼机制的监督作用,通过司法审查对由经济分析获得的结论进行充分检视和有效纠错。

六、结 语

按照传统理解,法的经济分析通常仅在立法政策层面发挥影响,法的解释与适用则是法学的传统地盘。退一步讲,即便将经济分析引入法解释领域,也主要是在实定法规定空白的领域。^[69]然而,反垄断法对经济分析的引入却是全方位深层次的。在英美法系,实体法上的实质主义与法官造法传统,使其实现了经济分析与法律过程的较好融合,而欧洲和中国等大陆法系执法区域在

[68] 参见欧盟委员会:《适用〈欧盟运行条约〉第101、102条以及并购相关案件经济证据提交与数据收集最佳操作指南》中译本,载韩伟主编:《美欧反垄断新规选编》,法律出版社2016年版,第573页-593页。

[69] 参见简资修:《经济推理与法律》,元照出版社2007年版,第7-9页。

此过程中都不同程度上出现“消化不良”。将经济分析引入反垄断法，不仅是提升法的解释适用的科学化和精细化水平的需要，更是反垄断法本质属性的内在要求。作为先行者，欧盟在“基于效果的分析方法”改革中的得失，为我国反垄断法的立法与解释适用提供了借鉴。通过增强成文法的弹性，将经济分析融入要件分析，以及通过程序设计强化经济证据和分析结论的检视和纠错，或许能趋利避害，实现经济分析与大陆法系竞争法的有机融合。

Abstract: Economic analysis is the main tool to determine the illegality of monopoly behaviors. In the course of constructing the anti-monopoly legal system, China has always attached great importance to the use of economic analysis methods and the economic evidence. However, how to integrate economic analysis into the legal process of normative analysis is always a difficult problem. Since 1990s, the EU competition law has undergone a modernization of the “effect-based approach”, realized the transformation of core value goals, and constructed a relatively complete economic analysis rule system. At the same time, it also faces the challenges of the complexity and uncertainty of economic analysis to the application of law. According to the gains and losses of the EU competition law reform, maintaining the flexibility of the Anti-Monopoly Law, combining economic analysis and element analysis, and perfecting and regulating the operation of economic analysis through rules, may solve the problems faced by Chinese Anti-Monopoly Law in the process of introducing economic analysis methods. Also, it is perhaps a feasible way to achieve the organic integration between the civil law system competition law and economic analysis methods. In order to maintain the inclusiveness and stability of the law, it is not advisable to blindly or excessively “add” in the revision of the Anti-Monopoly Law.

Key Words: effect-based approach, EU competition law, competition law reform, anti-monopoly law

• 17 •

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式

翟巍*

内容提要：超大型数字平台企业不仅可以通过实施双轮垄断的路径构筑数字化生态系统，而且能够利用其对平台、渠道与数据的控制而获得统合型市场支配力。在超大型数字平台企业双轮垄断行为规制层面，渊源于工业经济时代的反垄断法律制度暴露出滞后性、僵化性、非全面性的弊端。鉴于这一情形，我国立法机关应当针对《反垄断法》实施数字化革新，通过增设新型禁止滥用市场力条款方式实现规制补强与补位目标，并重构垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制，最终构建包括反垄断监管与数据安全监管在内的“多位一体”的统合型规制机制。市场监管机关亦应当针对超大型数字平台企业双轮垄断行为采用全景式、前置式与穿透式反垄断监管方式，并确保超大型数字平台企业施行的大数据资源搜集、整合、分析、利用行为契合社会公共利益需求。

关键词：双轮垄断 超大型数字平台企业 反垄断法 数字化生态系统

一、引言

基于产业经济学视角分析，超大型数字平台企业以及其他数字平台企业被视为联结平台、渠道与数据的新型企业组织形态。从应然角度分析，由超大型数字平台企业所驱动的数字经济能够激发出极其强大的市场动能。具言之，如果公权力机关能够针对超大型数字平台企业实现周延性与精准性监管，那么这类企业的产生与演进客观上有利于优化国民经济格局与提升社会公共利益，其原因有三。其一，由于信息型与交易型的数字平台企业通常在多边市场经营，因而这类具有市场多栖性的平台企业具有强烈意愿构筑横跨多边市场的统一经营机制，并据此精准整合自身

* 翟巍，华东政法大学经济法学院副教授。

在多边市场的资源，同时相应降低用户在多边市场的交易成本；其二，具有市场多栖性的数字平台企业能够促成与强化服务供给的多元属性，从而为用户设定与拓展更为宽广且更具弹性的选择空间；其三，数字平台企业亦可利用大数据资源与数字技术实现自身服务供给与用户实际需求的精准契合与无缝衔接。^{〔1〕}

然而，随着数字经济的诞生、演进与发展，溯源于工业经济时代的以竞争法为主导的传统市场监管机制逐渐暴露出空白、罅隙与缺陷，它无法全面涵摄与精准处置由超大型数字平台企业实施的附着于其宏大数字化生态系统的新型垄断行为样态，而这类垄断行为样态极易导致平台市场及平台关联市场竞争机制的疲弱化与形骸化，进而减损社会公共利益。^{〔2〕}除此以外，鉴于超大型数字平台企业普遍构建了集聚大数据资源的具有自组织属性的“数据池”，而确保大数据资源的合理共享又构成实现数字经济全面提质增效目标的必要前提，因而监管机关亟需从法律制度层面厘定中小企业获取与利用由超大型数字平台企业掌控的“数据池”资源的合法方式与路径。

为了消解由超大型数字平台企业带来的规制困境，域内外监管机关均开启了关于传统监管机制的数字化革新进程。譬如，在2020年11月，国家市场监督管理总局就《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》公开征求意见，该指南的制定目的就是为细化现行《反垄断法》实施细则，以切实预防和制止平台经济领域的垄断行为。又如，在2020年10月初，美国众议院司法委员会发布了《数字市场竞争状况调查报告》。该报告认为，作为科技巨头的脸书、谷歌、亚马逊与苹果滥用其支配地位排除、限制竞争，并由此导致市场创新机制弱化与消费者利益减损。基于这一原因，该报告建议开启反垄断法律制度的改革。^{〔3〕}

• 19 •

二、超大型数字平台企业双轮垄断的基本特征

在数字经济时代，由超大型数字平台企业实施的颇为典型的新型垄断行为样态是双轮垄断(double round monopoly)。所谓双轮垄断是指一种在数字经济模式下生成与演进的混合型与集成型垄断行为形式，这种垄断行为的主要施行者为超大型数字平台企业。^{〔4〕}就行为内部架构而言，双轮垄断系由轴心型市场的初始垄断与辐射型市场的第二轮垄断组合而成，前者是后者的基础与前提，而后者是前者的辐射与延伸。在初始垄断层面，超大型数字平台企业通过控制平台、渠道、数据的方式，在作为轴心的数字经济基础服务领域（例如，搜索引擎平台服务领域）塑造自

〔1〕 Vgl. Haucap, Justus, Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln-Renaissance der Missbrauchsaufsicht, in: Wirtschaftsdienst 2020/Konferenzheft, S. 21.

〔2〕 参见杨东：《论反垄断法的重构：应对数字经济的挑战》，载《中国法学》2020年第3期。

〔3〕 See House Judiciary Committee, Investigation of Competition in Digital Markets, 2020, available at https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, last visited on Oct. 10, 2020.

〔4〕 参见李勇坚、夏杰长：《数字经济背景下超级平台双轮垄断的潜在风险及其规制》，载《改革》2020年第8期；南都个人信息保护研究中心反垄断课题组/武汉大学知识产权与竞争法研究所：《科技反垄断浪潮观察报告》，2020年8月发布，第18-21页。

身支配地位,并借助规模效应、用户锁定效应等数字经济效应固化与强化该项支配地位。在第二轮垄断层面,超大型数字平台企业利用在数字经济基础服务领域形成的流量优势、渠道优势、数据优势与资金优势,通过杠杆效应、网络效应、规模效应与范围经济效应将其在数字经济基础服务领域的支配地位辐射与延伸到其他领域,从而在多个新的相关市场构筑自身垄断地位。^{〔5〕}从欧美反垄断实践分析,以GAFAM公司(谷歌、亚马逊、脸书、苹果与微软)为代表的超大型数字平台企业几乎均涉嫌实施双轮垄断行为。

总而言之,域内外超大型数字平台企业所实施的双轮垄断可能导致市场竞争机制的疲弱化与形骸化,而这种混合型与集成型垄断行为一般呈现以下四项基本特征:

(一) 针对竞争对手产品与自身旗下产品实施差别待遇

基于功能界分标准,超大型数字平台企业包括匹配型与联结型两类。匹配型超大型数字平台企业的功能是提供信息中介抑或交易中介服务,以促成市场供给与需求的匹配与契合,其典型代表为亚马逊公司。联结型超大型数字平台企业的功能是提供技术联结渠道,以尽可能确保多边市场之间的顺畅互动,其典型代表为苹果公司与微软公司。在门户网站、社交网络、搜索引擎等各类数字化行业,超大型数字平台企业一方面可以借助所属平台实现数据、用户、内容、技术、应用的整合,另一方面能够有效实现旗下各类数字化行业“流量池”的互通性,因而它们在各类数字化行业中的全景生态流量、市场份额、活跃用户数等关键指标均位居前列。

在数字经济时代,具有寡头垄断地位的超大型数字平台企业所提供的中介匹配与联结服务被绝大多数市场经营者高频率与全方位使用,因而绝大多数经营者对超大型数字平台企业的平台服务产生高度依赖性 with 附属性。具体而言,除非超大型数字平台企业准许市场经营者提供的商品或服务入驻其平台并保持在平台上的可见性,否则市场经营者在相关市场竞争中将处于严重劣势。^{〔6〕}然而,超大型数字平台企业出于经济人与理性人的逐利本性,有可能滥用其在轴心型相关市场的初始垄断地位,在平台准入与平台可见性层面针对竞争对手产品与自身旗下产品实施差别待遇,最终在辐射型相关市场固化与强化自身的市场支配力。譬如,依据欧盟反垄断监管机构的观点,谷歌公司涉嫌操纵其搜索引擎的排名结果,从而在偏袒自身旗下产品与服务的同时,人为降低竞争对手旗下产品与服务的排名。^{〔7〕}

(二) 经由整合与应用竞争相关性数据的路径遏制竞争

在数字经济时代,数据资源业已成为核心的市场要素与商业资源之一,而超大型数字平台企业可以经由整合与应用竞争相关性数据资源的路径遏制、排除竞争。这类行为亦已引起反垄断监管机关警觉。譬如,2018年,欧盟委员会开启对亚马逊公司的反垄断调查,以评估亚马逊公司

〔5〕 参见前引〔4〕,李勇坚、夏杰长文。

〔6〕 Vgl. Schweitzer, Heike/Haucap, Justus/Kerber, Wolfgang/Welker, Robert, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Projekt Nr. 66/17, Abgabe: 29. August 2018, S. 8.

〔7〕 参见前引〔4〕,南都个人信息保护研究中心反垄断课题组/武汉大学知识产权与竞争法研究所文,第18页。

是否不当利用其平台上独立零售商的敏感数据，并进一步审查亚马逊公司是否利用此类敏感数据推出自身竞争性产品，从而实现自身经营品类的市场扩张。^{〔8〕}

除上所述，超大型数字平台企业亦可以经由在轴心型基础服务领域控制竞争相关性数据获取渠道的方式，构筑自身在辐射型相关市场的支配地位。^{〔9〕}进一步而言，如果超大型数字平台企业经过自身技术开发与人力、物力、财力付出，已经独家掌握了某种大数据资源，而获得这种大数据资源又是其他经营者参与一个或若干个相关市场竞争的必要条件（必要设施），那么超大型数字平台企业如果不是免费或以合理对价向其他经营者开放此类具有公共属性的大数据资源，而是拒绝竞争对手以适格方式与合理对价获取与使用这类大数据资源，那么就涉嫌构成滥用市场支配地位的垄断行为。颇为遗憾的是，域内司法机关在若干案例审理中存在重视特定大数据资源商业属性而忽视其公共属性的倾向。^{〔10〕}

（三）弱化或排斥数据或服务之间互操作性以及遏制数据可移植性

作为市场化要素的数据自由流转、交易与融合是实现数字经济可持续发展的必要前提。超大型数字平台企业在轴心型与辐射型相关市场集聚巨量数据资源，其为了追求巨量数据资源所附带的垄断利益，不但可能倾向于弱化或排斥自身数据、服务与竞争对手数据、服务之间的互操作性，而且可能遏制所掌控数据的可移植性，这就极易导致数据或服务供给的孤岛效应，引发分割数据、服务市场与阻滞竞争机制的后果。

（四）利用具有自组织性特征的宏观数字化生态系统限制竞争

超大型数字平台企业通过实施双轮垄断的路径，逐步构筑了具有自组织性特征的横跨众多相关市场的宏观数字化生态系统。这类生态系统通常在经济领域与社会生活中发挥不可或缺的效用。在这类系统架构下，超大型数字平台企业得以利用其根基于平台、渠道与数据的统合型市场支配力在轴心型与辐射型相关市场强烈排除、限制竞争。具言之，这种浸润与穿透多元相关市场的统合型市场支配力并非经典反垄断法意义上的局限于单一相关市场的支配力，而系由超大型数字平台企业在轴心型与辐射型相关市场的影响力汇总与加权而成。

在内循环与封闭式的数字化生态系统中，超大型数字平台企业能够利用横跨多元相关市场的优势力量（譬如，矩阵式布局、海量用户黏附性、平台多栖性、大数据资源），嵌合与交融滥用市场力行为与其他类型垄断行为，持续与循环强化自身在互联网领域多元相关市场的优势地位，最终在轴心型与辐射型相关市场均呈现出“不可战胜”（unangreifbar）的特征。^{〔11〕}

〔8〕 See AP, EU Opens Investigation into How Amazon Uses Data, September 20, 2018, available at <https://apnews.com/article/ac740b5feadd47ed81560a6fed3b4701>, last visited on Oct. 16, 2020.

〔9〕 Vgl. Budzinski, Oliver/Gaenssle, Sophia/Stöhr, Annika, Der Entwurf zur 10. GWB Novelle: Interventionismus oder Laissezfaire? Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 140, S. 28, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/218964/1/169997652X.pdf>, besucht am 05. 07. 2020.

〔10〕 参见天津市滨海新区人民法院（2019）津 0116 民初 2091 号民事裁定书。

〔11〕 Vgl. BMWi, GWB-Digitalisierungsgesetz, S. 1, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&-v=4, besucht am 30. 06. 2020.

三、超大型数字平台企业双轮垄断的反垄断法规制路径

在数字经济时代,数字化技术演进业已触发各类市场主体之间经济实力关系的深刻变革,这导致传统反垄断法规制体系面临施行阻滞与效能消解的风险。具言之,在超大型数字平台企业双轮垄断行为规制层面,渊源于工业经济时代的反垄断法律制度暴露出滞后性、僵化性、非全面性的弊端,其主要表现为规制理念的不匹配性与规制范畴的不周延性。为了修正、补白与局部重构反垄断法律制度内容,以使其能够适应数字经济时代规制双轮垄断行为的需求,公权力机关应当在立法、执法、司法层面开启反垄断法律制度的数字化改革进程,以实现针对超大型数字平台企业的统合型规制。

(一) 通过增设新型禁止滥用市场力条款方式实现规制补强与补位目标

迄今为止,我国《反垄断法》(第17—19条、第47条)仅仅禁止单一类型的企业滥用市场力行为,即滥用市场支配地位行为。在现行《反垄断法》框架下,国家市场监督管理总局新发布的《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第4条作出认定滥用市场支配地位行为的创新性与变通性规定:“在特定个案中,如果直接事实证据充足,只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显,准确界定相关市场条件不足或非常困难,可以不界定相关市场,直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。”该项规定的制定遵循“由果及因”的法理推导逻辑,在个案情形下无疑降低了互联网经济领域关于滥用市场支配地位行为的认定门槛,因而它有利于反垄断执法机关强化与优化针对超大型数字平台企业滥用市场支配地位行为的监管。

然而,超大型数字平台企业在双轮垄断格局下,不仅能够实施传统意义上的滥用市场支配地位行为,而且能够实施根基于网络经济时代的新型滥用市场力行为排除、限制竞争,而这类新型的滥用市场力行为尚不属于我国现行《反垄断法》的规制范畴。综合而言,超大型数字平台企业滥用市场力行为已从“滥用市场支配地位行为”单一类型转变为“滥用市场相对优势地位行为”“滥用市场支配地位行为”“滥用显著跨市场竞争影响力行为”三种类型并行态势。

1. 基于“规制补强”目标增设“禁止滥用相对优势地位行为”条款

在轴心型相关市场(基础服务领域),具有寡头垄断地位的超大型数字平台企业提供中介匹配与联结服务,而这类服务被辐射型相关市场绝大多数经营者高频率与全方位使用,因而在辐射型相关市场的绝大多数经营者对超大型数字平台企业的平台服务产生高度依赖性与附属性。基于此,即使这类超大型数字平台企业在辐射型相关市场仅具有寡头垄断态势下的相对优势地位,但如果它们滥用此相对优势地位,针对作为竞争对手的市场经营者产品与自身旗下产品实施差别待遇,抑或不准特定市场经营者提供的产品入驻其平台并保持平台上的可见性,那么这类行为势必扭曲辐射型相关市场的竞争机制。^[12]近年来,域内若干引发社会关注的“二选一”行为就涉

[12] 参见前引[6], Schweitzer、Heike/Haucap、Justus/Kerber、Wolfgang/Welker、Robert文,第8页。

嫌构成超大型数字平台企业滥用相对优势地位行为。^[13] 依据最近发布的《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》第15条，平台经济领域经营者被禁止滥用其市场支配地位要求交易相对人在竞争性平台间进行“二选一”或者其他具有相同效果的行为，但该条款适用的基本前提是“平台经济领域经营者业已在相关市场上具有市场支配地位”，基于此，在实践适用层面该条款无法周延性规制由超大型数字平台企业实施的滥用相对优势地位强制交易相对人“二选一”的行为。

基于域外借鉴视角，大陆法系国家翘楚德国的《反限制竞争法》（GWB）早已内置“禁止滥用相对优势地位行为”条款。具言之，滥用市场支配地位行为（Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen）与滥用相对优势地位行为（Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht）分别受到德国《反限制竞争法》（GWB）第19条与第20条的禁止性规制，它们被视为聚焦于单一相关市场的滥用市场力行为的强化与弱化样态。^[14] 虽然我国《电子商务法》第35条被宽泛视为禁止滥用相对优势地位行为条款，^[15] 但这项法条内容具有倡导性与宣示性特征，其细化性与实操性不强，并且与这项法条所禁止的行为相对应的行政法律责任较轻，因而它无法对实施滥用相对优势地位行为的超大型数字平台企业形成足够法律威慑。由于这一原因，我国有必要借鉴德国《反限制竞争法》（GWB）模式，将“滥用相对优势地位行为”厘定为“滥用市场支配地位行为”的弱化形式，并基于“反垄断规制补强”目标在《反垄断法》中增设“禁止滥用相对优势地位行为”条款，将“滥用相对优势地位行为”与“滥用市场支配地位行为”统一纳入法定禁止的垄断行为范畴。

• 23 •

2. 基于“规制补位”目标增设“禁止具有显著跨市场竞争影响企业的滥用市场力行为”条款

在内循环与封闭式的数字化生态系统中，超大型数字平台企业能够利用浸润与穿透多元相关市场的统合型市场支配力，在轴心型与辐射型相关市场嵌合与交融滥用市场力行为与其他类型垄断行为，塑造、固化与强化自身在互联网领域多元相关市场的优势地位。在现行反垄断法律制度架构下，在单一相关市场禁止单一垄断行为的经典规制范式已经无法匹配超大型数字平台企业在多元相关市场实施的滥用统合型市场支配力的行为。

基于弥补数字经济时代反垄断规制缺位的目标，2020年德国《反限制竞争法》（GWB）第十次修订法律草案的显著特征是增设第19a条，该项法条标题为“具有显著跨市场竞争影响的企业的滥用行为”（Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb）。该项法条首次厘定并禁止不同于滥用相对优势地位行为、滥用市场支配地位行为的第三类型的企业滥用市场力行为，即具有显著跨市场竞争影响企业的滥

[13] 参见翟巍：《针对二选一强化全面监管势在必行》，载《法治日报》2020年9月9日，第05版。

[14] Vgl. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>, besucht am 21. 10. 2020.

[15] 《电子商务法》第22条规定：“电子商务经营者因其技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素而具有市场支配地位的，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。”该法第35条规定：“电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。”

用市场力行为。^{〔16〕}就立法设计而言,德国《反限制竞争法》(GWB)第十次修订法律草案第19a条的主要规制对象即为超大型数字平台企业在多元相关市场实施的滥用统合型市场支配力的行为。

在我国《反垄断法》即将修订之际,亦有必要基于数字经济时代“反垄断规制补位”目标,吸纳以德国为代表的域外最新立法理念与技术,在我国《反垄断法》中增设新型的禁止滥用市场力条款,以规制具有显著跨市场竞争影响的超大型数字平台企业所施行的滥用市场力行为。

在前置阶段,应当首先在《反垄断法》中增设关于评判“一个企业是否具有显著跨市场竞争影响”的条款。在这项新设条款中,有必要厘定以下多维度的评判标准:(1)相关企业在一个或若干个市场上的市场优势地位;(2)相关企业的财务实力或获得其他资源的机会;(3)相关企业实施的垂直整合活动或以其他方式在相互关联的市场进行的活动;(4)相关企业获取与竞争相关的数据的渠道;(5)相关企业的活动对第三方主体进入采购与销售市场的重要影响以及相关企业通过其相关活动对第三方主体业务活动的影响。

在后续阶段,有必要在借鉴德国《反限制竞争法》(GWB)第十次修订法律草案第19a条第2款的基础上,通过在《反垄断法》中增设“禁止具有显著跨市场竞争影响企业的滥用市场力行为”条款的方式,明文禁止以下类型的呈现双轮垄断特征的滥用显著跨市场竞争影响力行为:其一,超大型数字平台企业对竞争对手与自身所属企业实施差别待遇;其二,超大型数字平台企业通过整合与利用竞争相关性数据的方式排除、限制竞争;其三,超大型数字平台企业减损数据或服务之间的互操作性或数据的可移植性,从而损害竞争机制。^{〔17〕}

• 24 •

(二) 施行全景式、前置式与穿透式反垄断监管方式

鉴于在数字经济时代,传统反垄断监管方式无法即时、全面且精准处置由超大型数字平台企业实施的新型垄断行为,由德国政党基民盟/基社盟与社会民主党签订的联盟协议(Koalitionsvertrag)作出关于反垄断执法机制数字化改革的宣示:“竞争监管机构必须能够——尤其是在快速变化的市场中——迅速有效地纠正滥用市场支配力的行为。为此我们将要——特别是在平台企业实施滥用行为的层面——进一步强化竞争监管机构的监管。”^{〔18〕}

在具有较高集中度的数字经济相关市场,超大型数字平台企业不但通常占据了主要市场份额,而且由于其企业逐利本质而具有滥用市场力量攫取经济暴利的动机。基于这一情况,欧盟委员会早在2018年颁布的《2017年竞争政策报告》中就主张,在此类具有较高集中度的相关市场,欧盟应当致力于促进公平竞争,以实现维护公民福祉与相关企业利益的目标。具言之,为了防止这类相关市场中的大型的、强力的企业滥用其市场力量损害用户与经济,欧盟反垄断执法与司法机关必须遵循严苛的标准实施反垄断法。譬如,在2017年第C-413/14 P号判例中,欧洲法院

〔16〕 Vgl. BMWi, Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, www.bmwi.de, besucht am 30. 06. 2020.

〔17〕 参见前引〔16〕。

〔18〕 前引〔11〕。

就在全面调查前提下遵循严苛标准认定：占据市场主导地位公司给予独家折扣的行为构成具有反竞争效果的违法行为。^{〔19〕}

总括而言，域内外反垄断监管机关采用传统的被动式与外在式监管手段不但无法应对由超大型数字平台企业实施的具有全局性、专业性与隐秘性特征的滥用市场力等类型的垄断行为，而且亦无力遏制由其构筑的宏观数字化生态系统的自我循环强化态势。鉴于此，反垄断监管机关应当获得相应法定授权，以确保其能够更加便捷地采取临时性与常态性监管措施，从而更加有效应对由超大型数字平台企业在轴心型与辐射型相关市场实施的滥用市场力垄断行为。

在上述前提下，反垄断监管机关可以基于横跨多元市场的全景式视角，通过强化统合式、前置式与穿透式监管的方式，主动开启针对超大型数字平台企业双轮垄断格局及数字化生态系统的反垄断调查活动。一方面，反垄断监管机关有必要借助大数据分析等科技监管模式，评估超大型数字平台企业控制的平台系统、人工智能与数字技术、大数据资源、注意力资源，实现对双轮垄断格局下超大型数字平台企业垄断行为的预警性与回溯性调查；另一方面，反垄断监管机关亦有必要借助区块链技术等先进科技，分析锁定效应、杠杆效应、规模效应等数字经济效应，发现、提取与固定在双轮垄断格局下超大型数字平台企业垄断行为的痕迹、线索、证据。此外，反垄断监管机关亦可以通过设置正面清单、存疑清单与负面清单的方式，为超大型数字平台企业构筑与运行宏观数字化生态系统设定实操化与清晰化的行为合规指南。

（三）重构垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制

《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第8条规定：“被诉垄断行为属于反垄断法第十七条第一款规定的滥用市场支配地位的，原告应当对被告在相关市场内具有支配地位和其滥用市场支配地位承担举证责任。被告以其行为具有正当性为由进行抗辩的，应当承担举证责任。”依据该条规定，在涉及超大型数字平台企业双轮垄断纠纷民事诉讼中，提出反双轮垄断诉求的原告应当承担证明作为被告的超大型数字平台企业实施“滥用市场支配地位行为”的举证责任。

然而，超大型数字平台企业在双轮垄断格局中实施的滥用市场支配地位行为呈现复合性、技术性与隐蔽性特征，因而受到此类垄断行为侵害的企业或消费者通常面临“无知之幕”，这类企业与消费者一般仅能提供关于此类垄断行为存在的低度或中度盖然性证据（譬如，相关线索或市场迹象），而没有法定权限与技术手段获取关于此类垄断行为存在的高度盖然性或确定性证据。这实质上使这类企业或消费者处于垄断司法诉讼举证难度过大与举证责任过重的窘境，因而亦导致其难以有效通过诉讼方式维权。^{〔20〕}

〔19〕 See Case C-413/14 P: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017—Intel Corp. v. European Commission, Association for Competitive Technology Inc., Union fédérale des consommateurs—Que choisir (UFC—Que choisir) [Appeal—Article 102 TFEU—Abuse of a dominant position—Loyalty rebates—Commission’s jurisdiction—Regulation (EC) No 1/2003 — Article 19], OJ C 374, 6. 11. 2017, p. 2-2.

〔20〕 参见杜爱武、陈云开：《反垄断诉讼典型案例评析》，中国法制出版社2017年版，第61、70页。

基于前述境况,为了在数字经济领域强化《反垄断法》的私主体执行效果与效率,我国立法机关及司法机关有必要重构现行垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制。一方面,我国立法机关及司法机关应当降低主张反双轮垄断存在并造成损害的原告的举证责任。具言之,这类原告在承担举证责任层面,应当仅需提供关于超大型数字平台企业实施垄断行为的相关性信息或低度、中度盖然性证据,而不应被苛求提供高度盖然性证据乃至确定性与确凿性证据。另一方面,如果作为被告的超大型数字平台企业以其被诉双轮垄断行为具有正当性为由进行抗辩,应当承担强化与细化的举证责任。具言之,我国立法机关及司法机关有必要厘定下列四项关于超大型数字平台企业提出正当性抗辩的标准:

其一,显著性标准。超大型数字平台企业应当证明其实施的被诉行为能够显著提升社会公共利益或其促进竞争的影响显著大于阻碍竞争的影响。

其二,不可替代性标准。超大型数字平台企业应当证明其实施的被诉行为具有不可替代属性。也就是说,如果存在其他替代性措施可以实现与被诉行为等同的正面效果,且此类替代性措施能够产生比被诉行为更小的损害竞争影响,那么被诉行为就不契合不可替代性标准的要求。

其三,最低限度标准。超大型数字平台企业应当证明被诉行为产生的负面影响被限定在实现正当性目标(譬如,社会共同利益目标)所必需的最低限度之内。

其四,透明性标准。超大型数字平台企业应当确保被诉行为动机、手段与后果的透明性与可查验性,公权力机关、利益相关者与社会公众都应依法获取关于被诉行为实施的相关信息,并可对被诉行为的实施予以必要监督。

四、双轮垄断格局下大数据资源爬取行为的违法性判定路径

就功能属性而言,大数据资源既属于数字经济发展的“燃料”与动力,又构成数字经济的市场化要素类型之一。^[21]在数字经济及传统工业经济领域,鉴于大数据资源具有非排他性、可复制性、可移转性的基本特征,这类资源的有序交换与汇总整合蕴含着巨大的经济发展潜能;具言之,相关企业可以经由大数据资源的交换与整合行为获取在其自身经营活动中所无法全面收集的关键信息,进而得以利用此类信息优化自身生产效率,并开发出精准契合用户需求的最新产品与服务。^[22]

然而,数字经济附带衍生了“先入为王”与“赢者通吃”效应,超大型数字平台企业已经在轴心型与辐射型相关市场持续与循环集聚大数据资源,其为了追求大数据资源衍生的高额垄断利益,不但可能经由整合与应用竞争相关性数据资源的路径遏制、排除竞争,而且亦有可能通过

[21] 参见〔美〕杰奥夫雷 G. 帕克、马歇尔 W. 范·埃尔斯泰恩、桑基特·保罗·邱达利:《平台革命:改变世界的商业模式》,志鹏译,机械工业出版社 2018 年版,第 218-220 页。

[22] Vgl. Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, Oktober 2017, S. 9, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_1.pdf, besucht am 28.12.2020.

“拒绝大数据资源共享”以及“弱化或排斥自身数据、服务与竞争对手数据、服务之间互操作性”的方式遏制、排除竞争。超大型数字平台企业在双轮垄断格局下普遍构建了集聚大数据资源的具有自组织属性的“数据池”，由此引出的一个基本法律问题为：其他企业如何能够合法获取与利用这类由超大型数字平台企业掌控的“数据池”资源。换言之，在中小企业通过数据爬取技术获取与利用由超大型数字平台企业掌控的“数据池”资源的情形下，此类大数据资源爬取行为的违法性与合法性判定标准亟需厘清。

（一）双轮垄断格局下大数据资源的基本属性

迄今为止，我国立法机关尚未从私法层面清晰厘定大数据资源的确切权属。^{〔23〕}不过，从全球数字经济发展态势考察，大数据资源在域内外已被普遍视为市场化要素类型之一。^{〔24〕}大数据资源的搜集、处理、应用服务与社会公众的公共安全、利益福祉之间具有密切关联，因而大数据资源的搜集、处理、应用服务可被视为具有“社会公共服务”属性。^{〔25〕}根据“生计预备”理论，^{〔26〕}大数据资源的搜集、处理、应用服务属于社会公共服务范畴，因而虽然这类服务并非必然应当由“国家”（公权力主体）提供，它们亦可以由“私人”（私权利主体）提供，但是“国家”（公权力主体）基于维护社会公共利益目标，负有不可或缺的对于这类服务供给的保障与监管职责。^{〔27〕}

就理想状态而言，由于超大型数字平台企业具备在轴心型与辐射型相关市场搜集、处理、应用大数据资源的意愿与能力，这类平台企业能够为使用平台服务的经营者与消费者提供精准契合需求的个别化与定制化服务，这客观上可以增进相关经营者利益与提升消费者福祉。但就实然状态而言，由于超大型数字平台企业兼具“经济人”与“理性人”的逐利属性，这类平台企业为了实现自身利益最大化目标，不仅有可能恶意拒绝其所掌控的大数据资源的合理分配与共享，而且有可能滥用竞争相关性大数据资源，实施隐形差别对待以及大数据“杀熟”行为。

总括而言，超大型数字平台企业能够利用横跨多元相关市场的优势力量（譬如，大数据资源），持续与循环强化自身在互联网领域多元相关市场的优势地位，循序形成初始垄断、第二轮垄断乃至第三轮垄断，最终在轴心型与辐射型相关市场呈现出“不可战胜”的属性，因而市场机制的自我调整与自发修正已经无法有效克服由超大型数字平台企业双轮乃至多轮垄断所导致的市

• 27 •

〔23〕 譬如，《民法典》第1034-1036条中针对大数据资源所包含的个人信息识别标准与处理标准作出细化规定，但未对整体大数据资源的细化权属作出明确界定。

〔24〕 譬如，2020年4月9日，中共中央、国务院公布了《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》，该文件明确将数据厘定为一种新型生产要素。

〔25〕 在域外立法文献与学术研究文献中，与社会公共服务概念同质或类似的概念表述包括 *gemeinwohlorientierte Leistungen*、*Daseinsvorsorge*、*Leistungen der Daseinsvorsorge*、*Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*、*öffentliche Dienstleistungen*、*Dienste von allgemeinem Interesse*、*service public*、*servicio público* 等。Vgl. Zhai, W., *Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen in Bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Rahmen des EU-Kartellrechts*, 2012, 1. Auflage, Hamburg, S. 13 ff.

〔26〕 恩斯特·福斯特霍夫（Ernst Forsthoff）是“生计预备”理论的开创者。在1938年，恩斯特·福斯特霍夫在其著作《作为服务提供者的行政》中阐述以服务为管理对象的行政的发展路径，并使用“生计预备”（*Daseinsvorsorge*）一词指称“为实现有意义的人类生存而提供必需商品与服务的国家任务”。Vgl. *Der Deutsche Bundestag, Ausarbeitung, Thema: Was ist Daseinsvorsorge? Abschluss der Arbeit*; 6. Februar 2006, Reg. - Nr.; WF III - 035/06, S. 2.

〔27〕 Vgl. Pielow, Johann-Christian, *Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“*, in: JuS 2006, 692.

市场竞争机制疲弱化与形骸化现象。基于此,在依靠市场机制的自我调整与自发修正无法破解市场失灵难题的情形下,就“须借由市场之外、超越个体利益的力量介入市场并对损害的竞争予以救济”〔28〕。

鉴于上述情况,我国立法机关应当考虑通过制定单行法律的形式,将大数据资源分级分类管理,并将显著涉及社会公共利益的大数据资源界定为公共产品或准公共产品,进而赋予一般企业用户与社会公众合理获得此类必要的大数据资源服务的权利。在此立法设计框架下,我国市场监管机关应当将超大型数字平台企业视为“公共企业”或“准公共企业”,并强化对这类企业所掌控的大数据资源服务的全面性与穿透性监管,以确保其施行的大数据资源搜集、整合、分析、利用行为得以契合社会公共利益需求。〔29〕譬如,我国市场监管机关应当识别、处置与防范由超大型数字平台企业实施的滥用大数据资源封流手段与技术封禁手段而妨碍用户多归属的行为。〔30〕

(二) 双轮垄断格局下大数据资源爬取行为的违法性判定标准

在数字经济领域,不仅超大型数字平台企业可能利用爬虫技术在轴心型与辐射型相关市场集聚与扩容大数据资源,而且其他经营者亦可能利用爬虫技术爬取由超大型数字平台企业所掌控的大数据资源。〔31〕总体而言,我国尚未有专门规制爬虫技术利用的法律法规。在民事法律层面大数据资源还处于权利属性不明与权利主体不确定的状态,因而在爬虫技术所爬取的大数据资源基础法律性质依旧存在争议的情形下,我国立法机关在短期内难以制定专门规制爬虫技术利用的法律法规。在现行法律制度架构下,由不同主体实施的爬虫技术应用行为既可能构成合法合规行为,又可能在个案情形下构成违反我国《反垄断法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》及民事法律、刑事法律以及知识产权法律的违法行为。

由于超大型数字平台企业在轴心型与辐射型相关市场掌控海量的大数据资源,这类平台企业通常具有数字经济核心基础设施(必要设施)的属性。〔32〕依据作为反垄断行为性救济政策之一

〔28〕 金善明:《反垄断法法益研究:范式与路径》,中国社会科学出版社2013年版,第1页。

〔29〕 究其根源,域内外各国所普遍使用的公共企业概念应当渊源于盎格鲁撒克逊法律(Anglo-Saxon law)的传统概念public corporation与public enterprise。基于外延范畴界定视角,“公共企业”不但应当包括公法人(公营公司),而且应当涵盖私法人(私营公司)。依据欧盟官方观点,公共企业是指公共部门可以对其直接或间接发挥主导作用的企业类型。具体而言,公共部门可以经由以下路径管控公共企业:其一,拥有公共企业所有权;其二,通过投资方式控制公共企业;其三,通过设定公共公司章程特定条款的方式,确保公共部门对公共企业的支配权与控制权;其四,利用其他可以管控公共企业经营活动的规定,确保公共部门对公共企业的支配权与控制权。根据我国数字经济发展态势与趋势,我国市场监管机关有必要通过以上第四种路径,在获得法律法规授权的前提下,基于实现社会公共利益目标对于具有公共企业或准公共企业属性的超大型数字平台企业施行专门性监管。Vgl. Hochbaum/Klotz, in: von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EUV/EGV, Band 1, 6. Auflage, Baden-Baden, 2003, Art. 86 EG, Rn. 7; Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (kodifizierte Fassung), Art. 2, OJ L 318, 17. 11. 2006, p. 17-25.

〔30〕 参见王晓晔:《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》,载《法学评论》2020年第2期。

〔31〕 以下若干内容取材于笔者接受《中国知识产权报》的专访,参见姜旭:《擅自爬取数据,当心侵权!》,载《中国知识产权报》2020年4月1日,第09版。

〔32〕 国家市场监督管理总局新发布的《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第14条规定:“认定相关数据是否构成必需设施,一般需要综合考虑数据对于参与市场竞争是否不可或缺,数据是否存在其他获取渠道,数据开放的技术可行性,以及开放数据对占有数据的经营者可能造成的影响等因素。”

的必要设施原则，^{〔33〕}在大数据资源分配与共享机制尚未成型的背景下，如果超大型数字平台企业无端禁止其他经营者合理使用其在轴心型或辐射型相关市场所掌控的具有“必要设施”属性的大数据资源，那么就涉嫌构成滥用大数据资源排除、限制竞争的垄断行为。具言之，假设超大型数字平台企业经过自身技术研发与人力、物力、财力投入，已经在轴心型或辐射型相关市场独家掌控某类大数据资源，而获得这类大数据资源又是其他经营者参与轴心型或辐射型相关市场竞争的必要前提，那么超大型数字平台企业就应当免费或以合理对价向其他经营者开放此类大数据资源。在此情形下，如果超大型数字平台企业在 robots 协议中设定禁止爬虫技术爬取的相应条款，并且拒绝以合理方式向其他经营者开放此类大数据资源，这一行为就涉嫌构成我国《反垄断法》第 17 条禁止的滥用市场支配地位垄断行为。在超大型数字平台企业实施此类垄断行为的前提下，如果意图进入轴心型或辐射型相关市场经营的其他经营者违反 robots 协议使用爬虫技术，擅自爬取超大型数字平台企业不予许可爬取的数据，那么这种爬取行为一般应被视为合理行为。换言之，实施爬取行为的经营者应当不承担法律责任，或者应被免除或减轻法律责任。相关典型域外案例为美国 HiQ Labs 与 LinkedIn 的数据纠纷案。^{〔34〕}

反之，如果一个超大型数字平台企业经过自身技术研发与人力、物力、财力投入，在轴心型或辐射型相关市场获得与保有不具有“必要设施”属性的大数据资源，那么该超大型数字平台企业就应当对这类大数据资源享有排他性使用权益。在此基本前提下，如果该超大型数字平台企业在 robots 协议中设定禁止爬虫技术爬取的相应条款，那么在其他经营者违反 robots 协议使用爬虫技术，擅自爬取该超大型数字平台企业不允许爬取的数据信息的情形下，这类经营者就涉嫌构成侵犯该超大型数字平台企业合法使用权益的违法行为。

通说认为，以数据库为代表的个别类型大数据资源可被直接认定为属于著作权法意义中作品的范畴。如果超大型数字平台企业获取与掌控此类大数据资源，并且此类大数据资源不具有“必要设施”属性，而其他经营者未经允许擅自利用爬虫技术爬取由超大型数字平台企业掌控的此类资源，那么超大型数字平台企业可以经由著作权法诉讼路径进行自我维权。不过，由超大型数字平台企业所掌控的绝大多数类型的不具“必要设施”属性的大数据资源并不属于著作权法意义上作品范畴。尽管在现行法律实践中，这类大数据资源的被搜集主体（如消费者群体、企业用户）与掌控这类资源的超大型数字平台企业均对于大数据资源享有不同程度的权益，但这类权益不应被简单等同于传统法律意义上的著作权或财产权，它们仅应构成在基本权属未定状态下关于大数据资源的特殊性与权宜性使用权益。

不容忽视的是，如果大数据资源内含消费者敏感的隐私信息，那么超大型数字平台企业未经消费者同意擅自爬取此类大数据资源的行为本身涉嫌构成我国《消费者权益保护法》第 29 条的侵犯消费者个人信息权行为。与之相对应，依据我国《消费者权益保护法》第 29 条，如果一个经营者未经消费者同意擅自爬取由超大型数字平台企业掌控的内含消费者隐私信息的大数据资

〔33〕 参见时建中、张艳华主编：《互联网产业的反垄断法与经济学》，法律出版社 2018 年版，第 453 页。

〔34〕 HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., No. 17-16783 (9th Cir. 2019) .

源,那么掌控大数据资源的超大型数字平台企业有义务立即采取补救措施。除此以外,如果一个掌控大数据资源的超大型数字平台企业与一个使用爬虫技术的经营者形成市场竞争关系,而后者未经同意爬取前者掌控的大数据资源,那么该超大型数字平台企业可以依据我国《反不正当竞争法》第9条“禁止侵犯商业秘密条款”,通过向反不正当竞争执法部门举报或提起不正当竞争诉讼方式进行维权。如果使用爬虫技术的经营者在爬取大数据资源过程中,导致掌控大数据资源的超大型数字平台企业合法提供的网络产品或者服务的正常运行受到妨碍,那么超大型数字平台企业还可以依据我国《反不正当竞争法》第12条“互联网专项条款”,通过向反不正当竞争执法部门举报或提起不正当竞争诉讼方式进行维权。

五、结 语

基于公平竞争审查视角,地方行政主体实施的行政垄断行为亦可能放大或强化超大型数字平台企业双轮垄断行为的排除、限制竞争效应。基于此,为了防范或消弭由超大型数字平台企业实施的双轮垄断行为,反垄断执法机关及其他权责机关不仅有必要直接监管由超大型数字平台企业实施的双轮垄断行为,而且应当识别与规制作为此类双轮垄断行为诱因或促进因素的行政垄断行为。依据《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》第22条、第23条,如果地方行政主体在大数据资源领域滥用行政权力偏袒本地超大型数字平台企业,而歧视外地平台经济领域经营者,那么地方行政主体就涉嫌构成行政垄断行为。而依据我国《反垄断法》第33条,行政主体不得违反法律、法规的规定滥用行政权力,不得实施具有“块块分割”属性的地方行政垄断行为。这类行政垄断行为的后果是导致商品要素无法在我国统一大市场内部自由流动与优化配置。^[35]地方行政主体施行的行政垄断行为属于其在调节与管理市场经济过程中的副产品,因而它在本质属性上是地方行政主体不恰当与不适格行使经济调节权的行政行为。^[36]在当前数字经济背景下,我国统一大市场内部自由流动的生产要素不仅包括商品,而且涵盖数据、服务、技术、资金、劳动力等。因此,在修订《反垄断法》时,有必要将该项法条修订为“禁止妨碍各类生产要素在地区之间自由流通”。举例而言,如果一个地方行政主体在其辖区内滥用行政权力偏袒本地超大型数字平台企业,禁止外地经营者依法交易或利用大数据资源,那么该禁止行为就应当被认定为构成行政垄断行为。

综上所述,在数字经济时代超大型数字平台企业是具有数字化生态系统特征的新经济业态经营者。这类经营者能够通过对数据、平台、渠道的掌控而将自身在轴心型相关市场的支配力传导到辐射型相关市场,形成双轮乃至多轮垄断格局,并得以实现自身市场力量的循环与反复强化。

[35] 《反垄断法》第33条规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,实施下列行为,妨碍商品在地区之间的自由流通:(一)对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准,或者规定歧视性价格;(二)对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准,或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施,限制外地商品进入本地市场;(三)采取专门针对外地商品的行政许可,限制外地商品进入本地市场;(四)设置关卡或者采取其他手段,阻碍外地商品进入或者本地商品运出;(五)妨碍商品在地区之间自由流通的其他行为。”

[36] 参见关保英、黄辉、曹杰:《行政垄断之行政法規制》,中国政法大学出版社2008年版,第107页。

它们还可通过遏制与隔绝大数据资源自由流动的方式减损市场竞争机制的固有效能。鉴于超大型数字平台企业的“野蛮生长”态势，我国立法机关应当构建包括反垄断监管与数据安全监管在内的“多位一体”的统合型监管机制，通过增设新型禁止滥用市场力条款方式实现规制补强与补位目标，并重构垄断纠纷民事诉讼举证责任分配机制。而市场监管机关则应当相应采用全景式、前置式与穿透式反垄断监管方式，并细化厘定双轮垄断格局下大数据资源爬取行为的违法性判定标准。此外，基于竞争中性原则的要求，反垄断执法机关及其他权责机关在直接监管由超大型数字平台企业实施的双轮垄断行为的同时，还应当强化溯源式监管模式，以主动识别与规制作为双轮垄断行为诱因或促进因素的行政垄断行为。

Abstract: Super-large digital economy platform enterprises can build a digital ecosystem by implementing a double round monopoly on the one hand, and on the other hand, they can use their control of platforms, channels and data to gain integrated market power. At the level of regulation of the double round monopoly behavior of super-large digital economy platform enterprises, the anti-monopoly legal system that emerged in the industrial economy era has exposed the drawbacks of hysteresis, rigidity, and incompleteness. In view of this situation, Chinese legislature should implement digital innovations in the Anti-Monopoly Law and achieve the goals of strengthening regulation and expanding the scope of regulation by adding new prohibition of abuse of market power clauses, and reconstruct the distribution mechanism of the burden of proof in civil litigation of monopolistic behavior, and then a multi-in-one integrated supervision mechanism including anti-monopoly supervision and data security supervision will finally be shaped. The law enforcement agencies should also implement a panoramic, front-end and penetrating anti-monopoly supervision method against the double round monopoly of super-large digital economy platform enterprises, and ensure that big data resource collection, integration, analysis, and utilization behavior of super-large digital economy platform enterprises conforms to the needs of social public interest.

Key Words: double round monopoly, super-large digital economy platform enterprises, anti-monopoly law, digital ecosystem

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

转售价格维持本身违法原则质疑： 先例形成的历史探源

兰 磊*

内容提要：1911年美国联邦最高法院在迈尔斯博士案中判决涉案转售价格维持（RPM）违反《谢尔曼法》。后世逐渐将其解读为确立了RPM本身违法原则，并认为如此判定的理据有二。这种理解对我国反垄断法界认识RPM产生了深远影响。然而，这是一种严重误读。该案引用禁止限制产权让渡法则的目的，并不在于论证限制产权让渡即损害竞争。涉案行为是一种高度复杂的涉及RPM的垄断协议，与经销商横向卡特尔具有相同竞争效果，但并不能由此推出所有RPM均具有此种效果。该案被解读为RPM本身违法权威的过程是一个通过反复援引和不断扭曲形成错误先例的过程。由于大量例外的存在，美国联邦系统从来也不存在真正意义的RPM本身违法规则。在借鉴美国法理时应避免被其先例拘束，而应该专注于探究实体理据。

关键词：反垄断法 垄断协议 转售价格维持（RPM） 本身违法原则

一、问题的提出

1911年美国联邦最高法院在迈尔斯博士医药公司诉约翰·D. 帕克父子公司案（以下简称迈尔斯博士案）^{〔1〕}中判决，涉案转售价格维持（RPM）^{〔2〕}因违反《谢尔曼法》第1条禁止限制贸

* 兰磊，华东政法大学知识产权学院副教授。

本文系2018年华东政法大学科学研究项目“大数据环境下限制竞争行为规制研究”（18HZK006）的阶段性成果。

〔1〕 Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911). 本文中括号内的页码均指该案原文判决书的页码。

〔2〕 转售价格维持（RPM）是指产品销售链条中（链条的长短在具体情形下有所不同，依次可能包括生产商、批发商、分销商、经销商、零售商）上游经营者在将产品出售给下游经营者时，对后者转售时收取之价格设置限制的情形。一般认为，根据限制形态的不同，转售价格维持包含四种情形：固定转售价格、最低转售价格维持、最高转售价格维持和推荐转售价格（建议零售价）。本文中，转售价格维持（RPM）特指固定转售价格和最低转售价格维持。

易的规定而违法。该案逐渐被解释为确立了 RPM 适用本身违法原则的先例。^{〔3〕}事实上，直到 2007 年被丽锦案推翻，该案无论在学术界还是司法界，无论在美国还是其他法域，均一直被视为支持 RPM 本身违法的权威判例。

按照主流观点的解读，迈尔斯博士案判决 RPM 本身违法的主要理据有两点：^{〔4〕}一是反对“限制产权让渡”的普通法政策；二是认为生产商实施的 RPM 与经销商之间形成的横向卡特尔具有同等恶劣的竞争效果。这一认识直接或间接地影响着人们对 RPM 福利效果的理解。^{〔5〕}

我国学术界对《中华人民共和国反垄断法》第 14 条 RPM 条款的理解深受迈尔斯博士案（尤其是其理据二）的直接或间接影响，不少学者认为 RPM 与横向限制具有同等反竞争效果，或者 RPM 等同于共谋，因此应采用本身违法原则或者类似的严厉规制态度；^{〔6〕}有学者在论证 RPM 严重限制竞争的命题时，直接以美国实践作为依据或论据，^{〔7〕}甚至更具体地以迈尔斯博士案为依据^{〔8〕}。

学术界对迈尔斯博士案或美国实践的前述认识，也影响到相关公共机关。例如，全国人大法制工作委员会经济法室和国务院反垄断委员会编写的反垄断法资料，均直接或间接地以该案或者前述主流解读为根据，认为 RPM 严重限制竞争。^{〔9〕}

然而，迈尔斯博士案只是判决涉案 RPM 违法，根本没有概括性地判决 RPM 本身违法。但它却从一个针对个案行为的判决演变成了一个针对一类行为的规则先例。这是如何发生的？美国反垄断法界又是如何对待这一所谓“先例”的？丽锦案之前美国联邦反垄断法是否真的对 RPM 采用本身违法原则？澄清这些问题不但有助于解决我国当下如火如荼的关于 RPM 分析模式的争议，而且有利于预防法律移植过程中存在的错误倾向。

• 33 •

〔3〕 本身违法原则是一种垄断行为分析模式，与合理原则相对应。概言之，合理原则的分析方法是在综合考察案件全部事实的基础上认定涉案协议对竞争的限制效果是否具有合理性，不合理的协议才构成违法。本身违法原则是认为某类协议具有竞争损害的不可反驳的推定，只要个案中证明涉案协议在形式上符合特定协议类型即可直接认定其损害竞争。对现代合理原则分析框架的介绍，参见兰磊：《论我国垄断协议规制的双层平衡模式》，载《清华法学》2017 年第 5 期。

〔4〕 See *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 887 (2007).

〔5〕 例如 Frank Mathewson, Ralph Winter, *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, 13 *Review of Industrial Organization*, 58-59 (1998) (指出大多数国家对 RPM 向来持有敌意态度的“两个智识基础来源”，是产权让渡法则以及纵向限制明显降低经销商之间的竞争)。

〔6〕 例如，王晓晔主编：《中华人民共和国反垄断法详解》，知识产权出版社 2008 年版，第 104 页；王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 248 页；周昀：《反垄断法新论》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 165-166 页。

〔7〕 例如，孟雁北：《反垄断法》，北京大学出版社 2017 年版，第 120 页；时建中主编：《反垄断法——法典释评与学理探源》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 163、173 页；时建中、郝俊淇：《原则性禁止转售价格维持的立法正确性及其实施改进》，载《政治与法律》2017 年第 11 期。

〔8〕 例如，王晓晔：《竞争法学》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 269 页；王晓晔：《王晓晔论反垄断法》，社会科学文献出版社 2010 年 5 月，第 135 页；王晓晔：《RPM——中国反垄断执法乱象探析》，载《经济法研究》2018 年第 2 期；种明钊主编：《竞争法学》，高等教育出版社 2012 年版，第 264 页；邵建东、方小敏、王炳、唐晋伟：《竞争法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 245-246 页；孙晋：《反垄断法——制度与原理》，武汉大学出版社 2010 年版，第 68 页；孙晋、李胜利：《竞争法原论》，武汉大学出版社 2011 年版，第 80 页。

〔9〕 参见全国人大常委会法制工作委员会经济法室编：《中华人民共和国反垄断法：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2007 年 9 月，第 80 页，但它并没有因此得出 RPM 本身违法的结论；国务院反垄断委员会编：《〈中华人民共和国反垄断法〉知识读本》，人民出版社 2012 年版，第 78、80 页，但它并没有因此得出 RPM 本身违法的结论，参见该书第 77-78、81、83 页。

二、迈尔斯博士案的时代背景

（一）RPM野蛮生长期的大量反竞争表现

在19世纪下半叶，产品包装、品牌化和广告活动开始广泛兴起。消费者可以轻易发现不同店铺销售同一商品的价格差异，从而激化了价格竞争。与此同时，依靠低价策略的大型百货商店和多店销售企业迅速兴起。在此背景下，RPM不但成为一种可能，而且成为小店铺维护既得利益的工具。^{〔10〕}1890年《谢尔曼法》制定之后，RPM在美国迅速成为最具争议的纵向行为之一。^{〔11〕}

美国学者乔纳森·贝克尔指出，法律规则具有形塑企业行为的功能，进而会影响人们能够观察到的竞争效果。如果法律规则禁止系争行为的反竞争情形，人们观察到此类反竞争情形就会减少。^{〔12〕}

早期法院主要根据普通法判断RPM的合法性。受当时流行的古典政治经济学不干预思想的影响，多数法院认为RPM合法。^{〔13〕}这种法律状态不但为促进竞争的RPM创造了良好发展空间，也成为滋生反竞争RPM的温床。

在当时的法律环境下，横向固定价格协议经常被视为非法。如果经销商想要固定某产品的价格，最有效的方法莫过于强迫生产商对所有经销商施加RPM。生产商不但可以请求法院强制执行RPM，而且可以使用当时非常盛行的一种执行RPM的方法，即通过行业协会实施的集体安排：每个会员生产商将其固定的转售价格通报给行业协会的秘书，由协会负责执行，一旦发现经销商折价销售将予以警告，若有再犯则将其列入禁止供货名单，并指示所有会员生产商向其断货。^{〔14〕}

在此宽松的法律环境下，很多行业都出现了利用RPM实施横向卡特尔的现象。^{〔15〕}最为突出的领域是医药行业，其乱象深刻影响了后世RPM的法理发展。

（二）早期美国医药领域广泛存在借助RPM实施卡特尔的现象

早期美国医药市场的规制相当宽松，因此充斥着低成本、小规模的产品生产商。日益增多的折扣药品批发商和零售商不断加剧价格竞争的压力，为该产业的经营者弱化价格竞争提供了强大动力。^{〔16〕}其中，医药零售商为维护自身利益、避免低价新型经销商的竞争，尤其拥有充

〔10〕 See B. S. Yamey, United Kingdom, in B. S. Yamey ed., *Resale Price Maintenance*, Aldine Publishing Company, 1966, p. 251.

〔11〕 See J. Fortenberry, A History of the Antitrust Law of Vertical Practices, in Richard O. Zerbe, Jr. ed., *Research in Law & Economics*, Vol. 11, JAI Press Inc., 1988, p. 146.

〔12〕 See Jonathan B. Baker, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019, p. 87.

〔13〕 See Herbert Hovenkamp, *Enterprise and American Law, 1836—1937*, Harvard University Press, 1991, p. 343.

〔14〕 See G. C. Allen, *Monopoly and Restrictive Practices*, George Allen & Unwin Ltd, 1968, p. 105.

〔15〕 不但美国如此，许多国家在RPM出现初期均广泛存在此类现象。See B. S. Yamey ed., *Resale Price Maintenance*, Aldine Publishing Company, 1966, p. 31（加拿大），p. 197（荷兰），p. 231（爱尔兰），p. 251（英国）。

〔16〕 See Rudolph J. R. Peritz, “Nervine” and Knavery: The Life and Times of Dr. Miles Medical Company, in Eleanor Fox, Dan Crane eds., *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, pp. 63–73.

分的动力团结一致，要求维持经销利润率。

但该产业的特点决定了要弱化价格竞争必须走“联合”之路。药品分销采用传统的生产商—批发商—零售商（药店）—消费者模式。各个环节均存在影响力巨大的行业协会。生产商层面早在 1881 年就成立了专利药协会（PA），^{〔17〕}旨在保护大型药品生产商的利益，主要活动包括游说政府、起草统一格式的分销合同和广告合同、协调商标保护和维持转售价格。^{〔18〕}批发商层面存在全美医药批发商协会（NWDA），旨在垄断和控制专利药方面的销售业务，以及阻止其间竞争，1882 和 1883 年其垄断和控制了全美 90% 的药品批发业务。^{〔19〕}零售商层面存在成立于 1898 年的全美医药零售商协会（NARD）。1906 年的一个案件显示，当时 PA 代表全美 90% 的药品生产商，NARD 代表全美 95% 的医药零售商。^{〔20〕}NARD 是一个具有巨大政治影响力的组织。它不但在迈尔斯博士案之前积极参与该行业的 RPM 政策制定和执行，之后亦长期致力于游说联邦国会和州议会制定豁免迈尔斯博士案规则的“公平贸易法”及其他类似的保护经销利润率的法律。^{〔21〕}

这些行业协会的存在为药品行业利用 RPM 从事反竞争行为提供了极大便利。例如，在 1903 年帕克诉 NWDA 案中，纽约州上诉法院指出，早期药品生产商并不维持统一价格，这导致不同批发商的进货条件不同，进而影响其盈利状况，为解决这一问题才成立了 NWDA。“该协会在一次会议上制定和通过了专利药销售业务行动计划，要求生产商对于固定的数量固定统一的批发价和零售价，他们约定维持该等价格……”^{〔22〕}在 1906 年洛德诉杰恩案^{〔23〕}中，原告证明了美国医药领域存在一个同时涉及 PA、NWDA 和 NARD 的卡特尔。NARD 定期开会制定最低 RPM 并收集系统性折价销售的零售商名称，PA 和 NWDA 则拒绝与折价零售商交易。^{〔24〕}

然而，在存在众多经营者的情形下，追踪折扣零售商的货源并非易事。为解决这一难题，医药行业开发了所谓的“直接合同”销售方式（生产商与批发商、零售商均直接签订要求它们维持转售价格的合同）；并且生产商每单出货都标有序列号，要求批发商向生产商报告货物的流向。^{〔25〕}药品领域的 RPM 还有一个重要特征，即采取所谓集体实施、集体执行方式。简言之，生产商统一采用标准格式的分销合同，并与批发商、零售商的合同系统相互配合，后者设定统一零售价格，前者负责执行，共同限制价格竞争，保护品牌生产商和分销网络。^{〔26〕}

集体实施和集体执行 RPM 是一种典型的横向卡特尔，其竞争危害性显而易见。在个体实施

〔17〕 1989 年更名为非处方药生产商协会（Nonprescription Drug Manufacturers Association, NDMA）。早期药品领域通常区分处方药和非处方药，后者也称“专利药”（patent drug 或 proprietary drug）。

〔18〕 参见前引〔16〕，Peritz 文，第 65 页。

〔19〕 See John D. Park & Sons Co. v. NWDA, 67 N. E. 136, 137-138 (1903).

〔20〕 See Loder v. Jayne, 142 F. 1010, 1013 (C. C. E. D. Pa., 1906).

〔21〕 See S. C. Hollander, United States of America, in B. S. Yamey ed., *Resale Price Maintenance*, Aldine Publishing Company, 1966, pp. 68-73 (积极支持“质量稳定法”议案，此议案授权品牌商固定零售价格)。

〔22〕 John D. Park & Sons Co. v. NWDA, 67 N. E. 136, 137-138 (1903).

〔23〕 Loder v. Jayne, 142 F. 1010, 1014 (C. C. E. D. Pa., 1906).

〔24〕 参见前引〔13〕，Hovenkamp 书，第 345 页；前引〔11〕，Fortenberry 文，第 211 页。

〔25〕 参见前引〔11〕，Fortenberry 文，第 147-148 页。

〔26〕 参见前引〔16〕，Peritz 文，第 79 页。

的情况下,各个生产商根据自身利益考量决定是否实施、实施何种类型的RPM。现代经济学认为,除非具备可以从事反竞争行为的特定条件,否则只有在RPM能够为消费者带来更大利益的情况下,生产商实施RPM才能得到消费者青睐并为双方均带来更大利益。因此,生产商自主决定实施RPM通常是因为此举对竞争有利。^[27]然而在集体实施、集体执行的情况下,原本不具有反竞争能力的生产商集中起来便可以具有从事反竞争行为的足够市场势力。迫使原本无动力采用RPM的生产商加入实施者的行列,即便未带来服务水平和竞争层次的提高,亦可能通过限制竞争有利可图。

“当法院判决迈尔斯(博士)案时,共谋的‘瘟疫’正蔓延于美国的制药业。许许多多由药品批发商和零售商组成的药品贸易协会都达成了以维持专利和私人享有生产技术药品的转售价格为目的的协议。”^[28]事实上,医药领域只不过是当时最经常使用RPM协助卡特尔的一个领域,其他行业同样存在这种现象。例如在大陆墙纸案中,联邦最高法院判决,同时包含RPM和横向固定价格的行为违反《谢尔曼法》。^[29]

不过,当时人们对于此类RPM的危害性并无清晰的认识。在迈尔斯博士案判决前的几十年间,很多生产商请求强制执行“直接合同”计划。早期案例主要运用财产法的思维确认了此类合同的合法性。^[30]法院在考察此类合同时,经常没有严格区分集体实施和个体实施。

(三) 反垄断法界对医药领域RPM性质的认识转变

随着思想领域的变化,反垄断法实务界对于“直接合同”计划合法性的认识也在发生改变。在1903年帕克诉MWDA案中,纽约州上诉法院对此计划的危害性就已经发生了严重分歧。^[31]多数意见仍然采用财产权的思路,认为生产商的发明创造赋予其对受专利和商标覆盖之产品享有控制权,包括规定价格和要求经销商维持该等价格;NWDA作为中介人亦从生产商行使财产权的行为之中得到从事此类限制的授权。异议意见则认为,NWDA的组织目的就是要垄断和控制全美医药批发业务以及阻碍其间竞争。

在1907年判决的哈特曼诉帕克案中,医药生产商哈特曼公司起诉帕克公司侵权性干预其直接合同系统,帕克提出该系统违反反垄断法的抗辩。初审法院判决哈特曼的合同系统属于合理的附带限制,并对帕克发布禁令。第六巡回法院勒顿法官撤销了一审判决。判决书开篇便指出本案涉及的并非单个生产商针对单个转售商强制执行RPM的行为,并在后续分析中一再强调这一点。^[32]

勒顿法官以大陆墙纸案这个横向卡特尔案件作为支撑先例,认定本案涉及的系统具有严

[27] See Benjamin Klein, Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding, 76 (2) *Antitrust L. J.*, 431 (2009).

[28] 唐斐:《转售价格维持的反垄断法规制》,西南政法大学2008年博士学位论文,第75页。

[29] See *Continental Wall Paper Co. v. Voight & Sons Co.*, 212 U.S. 227 (1909).

[30] See, e. g., *Grogan v. Chaffee*, 156 Cal. 611 (1909); *Dr. Miles Medical Co. v. Platt*, 142 F. 606 (C. C. D. Ill. 1906); *Dr. Miles Medical Co. v. Jaynes Drug Co.*, 149 Fed. 838 (C. C. D. Mass. 1906); *Dr. Miles Medical Co. v. Goldthwaite*, 133 F. 794 (C. C. D. Mass. 1904).

[31] See *Park & Sons Co. v. NWDA*, 175 N. Y. 1, 31 (N. Y. Ct. App. 1903).

[32] See *John D. Park & Sons Co. v. Hartman*, 153 F. 24, 26, 41, 43 (6th Cir. 1907).

重的竞争危害：“每个单独合同的通用目的都是规制原告所产药剂的价格和销售。一个共同目的将所有订约人相互连接起来，该‘系统’应被解释为‘一个整体’，原告和每一个作出允诺的经销商（无论是批发商还是零售商）是其当事人，每个该等订约人作出的仅按生产商要求之价格进行销售的允诺共同构成一个总体计划。”^{〔33〕}按照现代的术语来说，它们实际构成一个以生产商为轴心、以经销商为辐条的轴辐式卡特尔。^{〔34〕}

（四）哈特曼案判决涉案 RPM 非法时适用的分析模式是合理原则

勒顿法官具体分析了涉案总体计划的竞争危害：“该‘合同系统’的明显效果是……第一，摧毁了批发商之间在销售原告药剂方面的所有竞争……第二，摧毁了零售商之间的所有竞争……因此，造成了一个在生产商、批发商和零售商之间维持价格和压制竞争的整合（combination）。”^{〔35〕}

勒顿法官的分析看似没有明确平衡反竞争效果与促进竞争效果，并且看似仅关注品牌内价格竞争，实则采用了合理原则的分析模式：只是因为本案事实情况下反竞争效果明显，且没有促进竞争效果可与之进行平衡，因此也就无需作明示的平衡操作。但他采用合理原则分析的思路是非常明显的。

勒顿法官以阿迪斯顿管道案中提出的“赤裸限制—附带限制二分法”（合理原则的一个特例）作为分析框架。^{〔36〕}首先，他援引普通法禁止限制产权让渡的政策推定 RPM 限制贸易：^{〔37〕}

让渡权是动产一般财产权包含的至关重要的内容之一，限制产权让渡通常被视为有害公共政策，物品在不同人之间流转的极大自由最有利于该等公共政策的实现。对物品、物件、财产让渡的一般限制……通常被判无效。“如果某人”，柯克爵士在《柯克论利特尔顿》第 360 节谈到，“占有……一匹马或者任何其他财产，无论是不动产还是动产，并且以受赠人或买方不得让渡该财产的产权为条件，将他在其中的全部利益或财产进行赠与或者销售，该条件无效，因为全部利益和财产都已脱离了他，因此他没有任何恢复该利益的可能；并且这样做也违反贸易、交易以及人与人之间的谈判和缔约。”^{〔38〕}

其次，他要求原告（生产商）通过证明涉案限制的附带性质来反驳这一推定：该等合同表面上就明显限制贸易，“除非原告施加给其买方和更下游买方的约束，仅仅是保护其自身利益所需的合理且部分性限制，如出售业务或财产之人可以合法索要的那种限制”^{〔39〕}，“原告必须证明该等约文不超过保护自身免受不当使用损害其保留业务所需的必要程度”^{〔40〕}。

〔33〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 41 (6th Cir. 1907).

〔34〕 参见张晨颖：《垄断协议二分法检讨与禁止规则再造——从轴辐协议谈起》，载《法商研究》2018年第2期。

〔35〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 42 (6th Cir. 1907).

〔36〕 See Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211, 282 (1899)（附带限制是指如下合同限制，其“仅附带于合法合同的主目的，并且为保护受诺人享有合同合法成果或者为保护其免于另一方不正当使用该等成果所必需”）。

〔37〕 这种理解已被现代反垄断法所抛弃。See Herbert Hovenkamp, Reasonable Patent Exhaustion, 35 Yale J. on Reg., 534-538 (2018); Herbert Hovenkamp, Antitrust and the Design of Production, 103 Cornell L. Rev., 1162-1166 (2018). 不过，在哈特曼案中，该推定得到前述详细反竞争效果分析的补强，因此并不影响“勒顿法官采用了合理原则”之结论。

〔38〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 39 (6th Cir. 1907).

〔39〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 40 (6th Cir. 1907).

〔40〕 John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 44 (6th Cir. 1907).

然而,该案原告除了一般性地提及百货店和削价店对其业务造成困扰,对其声誉造成不利影响,造成产品销售枯竭之外,并没有提供足够事实证明直接合同系统具有正当性:“并不清楚压制其买方和更下游买方之间的竞争如何会确保其享有销售合同带来的合法成果——这是限制性约文所依附的对象——或者如何保护其免于不公正竞争之害,起诉状也没有主张事实供我们确定这些约文是否必要、合理。”^[41] 易言之,原告并未证明涉案行为属于附带限制,从而未能反驳前述推定。

总而言之,“勒顿法官清晰表明他之所以谴责该 RPM 协议,只是因为卷宗表明该 RPM 被用于便利共谋”^[42]。卷宗清晰揭示了一个实实在在损害竞争的限制措施,RPM 只是其重要组成部分:在一个充斥着卡特尔的行业之中,广泛存在着维持转售价格的标准合同系统;转售商卡特尔在此行业广泛存在,并对生产商施加各种压力;该合同系统对生产商带来的利益显而易见——消除其间的任何竞争。法院不但认定涉案 RPM 行为违反了禁止限制产权让渡的普通法政策,而且认定它对市场竞争具有严重影响,甚至认定了一个包含生产商、批发商和零售商的总体卡特尔方案。相反,生产商未能对此合同如何服务其合法利益提供任何令人满意的解释。法官只能做出合同不可强制执行的结论。判决涉案 RPM 违法的理由,并非基于对 RPM 竞争损害性质的“概括判断”,而是基于涉案 RPM 的“个案判断”。

三、迈尔斯博士案的判决意见分析

• 38 •

(一) 迈尔斯博士案的诉讼史

1908 年,迈尔斯博士公司又提起了一起强制执行合同计划的诉讼。此案与哈特曼案的被告都是帕克公司,起诉状由相同的律师起草,^[43] 采取了基本相同的诉讼策略。地区法院判决迈尔斯博士公司败诉。上诉审由审理哈特曼案的同一个合议庭处理,并且同样由勒顿法官撰写判决意见。^[44]

他在判决意见中写道:“原告寻求救济的行为正是哈特曼案中指控的行为。”^[45] 判决迈尔斯博士公司败诉。后者不服,向联邦最高法院提起调卷令申请。

联邦最高法院多数意见高度依赖勒顿法官(此时已晋升为联邦最高法院大法官)在哈特曼案中的判决意见。还大段引用了该案有关判词。最终,多数意见维持了下级法院所作的无效判决。

(二) 迈尔斯博士案对涉案 RPM 的竞争效果评价

以现代经济学的眼光来看,多数意见的分析确实存在一些可商榷之处。但它无疑采用了合理原则的分析模式。重要的是,多数意见并未由此延伸得出 RPM 一概损害竞争且缺乏正当理由的结论。

多数意见的分析结构相当简单。它首先指出,涉案协议是一套有 400 多家批发商和 25000 多家零售商参与的“精心设计的系统,(迈尔斯博士公司)据以寻求维持它为自己产品在批发和零售层面的所有销售所固定的特定价格”(第 394 页),并把争议的“主要问题”界定为“涉案限制

[41] John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 2d, 44 (6th Cir. 1907).

[42] 前引 [13], Hovenkamp 书,第 346 页。

[43] 参见前引 [11], Fortenberry 文,第 214 页。

[44] See Dr. Miles Medical Co. v. Park & Sons Co., 164 Fed. Rep. 803 (6th Cir. 1908).

[45] Dr. Miles Medical Co. v. Park & Sons Co., 164 Fed. Rep. 804 (6th Cir. 1908).

性协议的有效性”（第 395 页）。

多数意见把对此问题的实体考察归纳为原告是否“有权维持和保有其制定和建立的前述合同和销售系统及方法”。它对此作了否定回答：“这是一个相互锁扣的限制系统，原告据以寻求不仅控制代理人销售其产品的价格，而且控制批发或零售层面所有经销商（无论是买方还是更下游买方）进行所有销售的价格，从而固定消费者支付的价格，消除了所有竞争。”（第 399 页）

多数意见引用哈特曼案意见，指出该案“已描述了该系统的关键特征”，它“造成了一个在生产商、批发商和零售商之间维持价格和压制竞争的整合”。“在与‘全国大多数医药批发商和多数医药零售商’订立之后，并且以控制全部贸易为目的，这些协议……限制州际贸易和商业。”（第 399 - 400 页）

此等评价完全围绕涉案限制展开讨论，而非一般性地评价 RPM 的竞争影响。

（三）RPM 本身违法规则理据一的原意

然而，迈尔斯博士公司对其合同系统提出了两方面的抗辩，多数意见的主要篇幅均围绕这两个抗辩展开讨论。^{〔46〕}多数意见将第二项抗辩（生产商有权控制自己产品所有销售之价格）的真正含义归纳为：“由于生产商可以自己选择是否生产和销售，因此它也可以就……买方处置其产品时收取的价格附加条件。它主张，该等限制的正当性源于生产商的自由。”多数意见明确否定了这一逻辑：“但是，生产商没有义务生产或销售，并不能从中推导出若其实际进行销售则可以对买方设置任何类型的限制。”（第 404 页）

多数意见并非旨在禁止生产商设置“任何一种限制”，而是允许其基于生产商自由设置限制，但并非可以随心所欲地设置“任何类型的限制”，它为此举了两个反例：其一，在普通法上“对财产权让渡的一般限制通常无效”，并为此引证了哈特曼案的大段表述（第 404 - 405 页）；^{〔47〕}其二，以版权领域先例为例提出的另一项原则，即“如果不存在合同或法定权利，生产商亦不能以通知方式固定未来销售之价格，即便买方知悉该等限制”，因为“不管生产商拥有什么权利将其控制权延伸到自己所作销售行为之外，它在这样做时都不能依赖依附于生产及原始所有权的内在权力，而必须依赖协议”（第 405 页）。

虽然迈尔斯博士案和哈特曼案使用了有关禁止限制产权让渡的同样一段判词，但它在两个案件中的作用却截然不同。在哈特曼案中，它用于支持如下命题：“该等限制销售和价格的系统……违反了动产或仅依交付而让渡之其他物品的普通及正常交易自由”，因此会导致设置此等限制的协议无效。^{〔48〕}易言之，禁止限制产权让渡理论在此被用于对生产商设置的转让限制作否定性评价。这种理解正是后人通常理解的迈尔斯博士案的理据一。由于反垄断法评价行为有效性的唯一标准是相关行为是否损害竞争，此便意味着，限制产权让渡即构成竞争损害。问题在于，禁止限制产权让渡法则的关切并非竞争自由，以此作为判断竞争损害的标准并不恰当。

迈尔斯博士案则完全在另一种意义上使用这一法则，它与对转售限制的竞争性评价并无直接

〔46〕 第一项抗辩（秘密制造制作方法例外）不是本文讨论的重点，我们只需指出，多数意见否定了这一抗辩。

〔47〕 即前引〔38〕所指整段引文。

〔48〕 See John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 24, 39 (6th Cir. 1907).

关系,仅仅在于说明并非生产商设置的任何转让限制均可基于生产商自由而有效——普通法上的反对产权让渡法则是一例,版权法上的反对延伸控制权法则是另一例。这些反例无需立基于竞争政策;迈尔斯博士案也从未将涉案限制与反对产权让渡法则直接相联系。^[49] 后世将禁止限制产权让渡法则作为迈尔斯博士案判决 RPM 本身违法的理据之一,属于断章取义。

(四) RPM 本身违法规则理据二的原意

多数意见又分两个步骤对涉案限制做了更为深入的实体考察。它首先将评判一项限制是否违法的标准归纳为:“要维持一项限制的效力,必须认定其对于公众和当事人而言均是合理的,并且仅以个案情况下保护受诺人公允所需的程度为限。否则,限制贸易行为因违反公共政策而无效。”(第 406 页)此标准与现代合理原则具有相同的核心内容。

在此基础上,多数意见运用前述塔夫脱法官提出的“赤裸限制—附带限制二分法”框架,评估涉案限制是否能够得到证成。在排除塔夫脱法官列举的四种认定附带限制的主交易类型以后,多数意见继而考察了如下利益是否可证成反竞争效果,即“起诉状主张标准零售价格具有重要性,并一般性地主张低于固定价格销售造成困惑和损害”(第 407 页)。

多数意见从两个角度对此进行回应:其一,从事实角度看,RPM 并不能使生产商(迈尔斯博士公司)受益。这是因为 RPM 主要使经销商受益,生产商因低于固定价格销售行为而遭受的所谓损害是指,经销商之间的竞争导致某些经销商无法享受到 RPM 带来的更大利润(第 407 页)。在当时对 RPM 的认知状态下,联邦最高法院无法理解经销商利润下降如何会损害生产商的利益。^[50] 这就否定了迈尔斯博士公司以此利益证成限制行为的可能性。

其二,从法律角度看,退一步讲,即使 RPM 使生产商受益,还要考察“它是否属于这样一种利益,即生产商有权为了确保其实现而对拥有所售货物的经销商设置交易自由之限制”(第 407 - 408 页)。多数意见在回答这一问题时,将迈尔斯博士公司实施的涉案限制类比为经销商横向卡特尔。

第一步,多数意见首先设定如下类比基础:“就此问题而言,原告实施的包含众多相同合同的计划在法律上并不比如下情况更受优待,即经销商自己通过相互达成协议组建一个整合,试图设定与之相同的限制,并以此实现与之相同的结果。如果经销商由此获取的直接利益不足以支持此等直接协议,原告据称的隐蔽利益亦不可视为足以支持其系统。”(第 408 页)

这一步隐含着一个命题:由原告生产商实施的限制经销商之间竞争的纵向限制(即原告实施的“包含众多相同合同的计划”)与经销商相互间实施的横向卡特尔(即“经销商自己通过相互达成协议组建一个整合”)具有相同的竞争效果,否则这一类比基础就无法成立。

第二步,多数意见引用大量先例指出,经销商横向卡特尔无效,“经销商之间以破坏竞争和

[49] 多数意见提出两个基于各自政策的反例,目的在于说明以竞争政策为基础设置第三个反例同样成立。

[50] 当然,20 世纪 60 年代之后学术界陆续提出了多种对 RPM 作促进竞争解释的理论,它们澄清了这一损害机制。其中最为著名的几种解释包括防止搭便车、扩大分销渠道、执行不完全合同。其基本理念是,生产商的产品销售依赖经销商提供各种服务,这些服务是有成本的,如果经销商不能从经销生产商产品中获得足够的回报,(至少有些)经销商将放弃经销其产品,从而对生产商不利。相关梳理,参见兰磊:《最低转售价格维持的结构型合理原则分析》,载王先林主编:《竞争政策与法律评论》第 5 卷,法律出版社 2019 年版,第 32 - 40 页。

固定价格为唯一目的的协议或整合损害公共利益且无效。它们并不因为参与方预期从消费者支付的价格上涨中获益而得以免责。”（第 408 页）

第三步，多数意见顺理成章地得出本案限制同样无效的结论：“原告的计划落入谴责此类合同之原则的适用范围。就效果而言，它形成了一个追求被禁止之目的的整合。”（第 408 页）

整个推理过程的形式为：

由于经销商横向卡特尔无效（第二步的命题）（前提 1），

并且本案生产商实施的包含众多相同合同的计划与经销商横向卡特尔具有相同竞争效果（第一步的隐含命题）（前提 2），

所以，本案生产商实施的包含众多相同合同的计划无效（第三步的命题）（结论）。

这一推理过程中，前提 1 得到大量判例的支持，是成立的。根据多数意见对涉案合同系统的判断，前提 2 也是成立的，因为涉案合同系统虽然表面上为纵向限制，实则是赤裸裸的横向限制，与经销商横向卡特尔在竞争效果方面无异。因此，这一推理显然是没有问题的。

然而，第一步的隐含命题（前提 2）被后人脱离语境地作了误读，从而得出一个与经济学研究成果不一致的错误命题：纵向限制的竞争效果与横向卡特尔相同。例如，丽锦案即将迈尔斯博士案判决 RPM 本身违法的理据二总结为：生产商控制转售价格的“协议将对分销商而非生产商有利，并可类比为竞争分销商之间的整合，而法律视后者为无效”^{〔51〕}。

但是，在迈尔斯博士案作为类比基础的判词之中，用以与经销商横向卡特尔相提并论的是“该案涉案合同计划”，而非所有“RPM”，更非所有“纵向限制”。涉案合同计划显然与经销商横向卡特尔具有可比性，但它只不过是一个包含 RPM 和纵向限制因素的高度复杂的横向卡特尔，它与通常的 RPM 或纵向限制并不具有任何可比性。正如著名的阿瑞达-霍温坎普《反托拉斯法释论》（以下简称《释论》）指出：“虽然纵向固定价格协议和横向（经销商）固定价格协议均消除经销商之间的品牌内价格竞争，但它们存在根本差异。生产商可能拥有限制转售价格的促进竞争理由；若非如此，经销商就无以证成其间的横向固定价格。”^{〔52〕}认为迈尔斯博士案将横向限制与纵向限制相等同，是典型的偷换概念：把原判决中的“涉及 RPM 的经销商横向卡特尔”偷换为一个具有完全不同竞争效果的概念——RPM。

• 41 •

四、迈尔斯博士案的命运起伏

（一）迈尔斯博士案并未立即被视为 RPM 本身违法的先例

霍温坎普把迈尔斯博士案称作“最令人困惑的早期《谢尔曼法》反垄断案件之一”^{〔53〕}。它被后世尊为 RPM 本身违法的权威先例。然而，在该案判决之后的相当长一段时间内，法院并没有

〔51〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 887 (2007).

〔52〕 Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol. 8, Wolter Kluwer, 2010, p. 230.

〔53〕 前引〔13〕，Hovenkamp 书，第 340 页。

如此看待它。奥弗斯特里特在1983年为FTC准备的一份报告中总结道：“从1908年直到20世纪20年代初，（RPM）的合法性基本处于不确定状态。……相互抵触和不分伯仲的下级法院判决，分裂的判决意见，针对非合同形式RPM之一般规则的缺乏，以及1914年《克莱顿法》的含义模糊，凡此种种阻碍了共识的形成。”〔54〕

例如，1912年勒顿大法官在亨利诉A. B. 迪克案中撰写的判决意见，想当然地认为一项专利产品的卖方有权要求订立RPM协议。〔55〕在1913年弗丘案〔56〕中，食品制作器械专利权人Owatonna公司与Creamery公司签订合同，规定后者担任其产品的销售代理并固定了其目录价格。联邦最高法院在分析过程中并未援引迈尔斯博士案判决此行为因构成RPM而非法。

事实上，即便在1918年高露洁案〔57〕中，联邦最高法院也没有明确指出迈尔斯博士案确立了RPM本身违法的规则，而只是指出“在迈尔斯博士案中，非法整合行为是通过旨在阻止经销商自由行使销售权的系列合同实施的”〔58〕。这一表述并非旨在从非法整合认定过程中排除考察竞争损害分析，而是恰恰相反，旨在强调迈尔斯博士案认定非法整合的原因在于经销商横向卡特尔损害了竞争。

在1920年施拉德案中，该院区分了高露洁案和迈尔斯博士案，但也没有认为后者判决RPM本身违法，而是强调前者涉及生产商的单方行为，后者涉及协议行为；并且指出迈尔斯博士案是依该案事实判决涉案RPM非法：“在（迈尔斯博士案）中，当事人通过旨在实现如下目的之协议进行整合，即……破坏竞争并且限制州际商业的自由、自然流动。”〔59〕

这一时期的州法院也清晰地强调，迈尔斯博士案判决行为非法的基础是个案行为的反竞争情势。例如，在1912年亨希克案〔60〕中，加利福尼亚州最高法院判决，哈特曼案和迈尔斯博士案均不适用于竞争性市场上卖方实施的RPM，因为这两个先例均涉及垄断性卖方。在1913年斯旺森案中，华盛顿州最高法院认为，迈尔斯博士案与竞争性市场上卖方实施的RPM可加以区分，因为迈尔斯公司实施的系统具有非常复杂的特征，除了形成和固化垄断以外别无他用；法院还指出，虽然迈尔斯博士案多数意见中的“某些表述与本院阐述的观点似乎相反，但该判决意见明确称产生某种限制之本身并不必然导致合同无效”〔61〕。在1915年家乐氏案中，法院将迈尔斯博士案解释为代表如下命题，即“生产商借助生产商、批发商和零售商之间的合同系统，试图控制所有经销商的所有销售价格”是非法的。〔62〕

（二）迈尔斯博士案向RPM本身违法先例的嬗变

“从1921年到1929年间，各级法院和FTC的决定逐渐限缩可允许的RPM的范围，直至几

〔54〕 Thomas R. Overstreet, Jr., Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1983, p. 3.

〔55〕 See Henry v. A. B. Dick Co., 224 U. S. 1, 38-39 (1912).

〔56〕 Virtue v. Creamery Package Mfg. Co., 227 U. S. 8, 33 (1913).

〔57〕 该案被普遍视为对迈尔斯博士案RPM本身违法规则设置了一项例外——真实代理。

〔58〕 U. S. v. Colgate & Co., 250 U. S. 300, 307-308 (1919).

〔59〕 U. S. v. A. Schrader's Son, Inc., 252 U. S. 85, 99 (1920).

〔60〕 D. Ghirardelli Co. v. Hunsicker, 164 Cal. 355, 360 (1912).

〔61〕 Fisher Flouring Mills Co. v. Swanson, 76 Wash. 649, 667 (1913).

〔62〕 See U. S. v. Kellogg Toasted Corn Flake Co., 222 F. 725, 728 (E. D. Mich. 1915).

乎本身违法。”^{〔63〕} 在 1927 年特伦陶案中，美国联邦最高法院清晰地朝着本身违法的方向解释迈尔斯博士案：“在迈尔斯博士案中……根据涉及竞争者之间固定价格安排的案例，固定合理转售价格的合同被宣告不可强制执行。”^{〔64〕} “本院作出的不论价格合理一概拒绝转售价格协议有效性的决定，虽然在本案中不必然具有决定意义，但具有说服力。”^{〔65〕} 在 1939 年州际巡回放映案中最高法院指出，RPM 协议“已被判定为违反《谢尔曼法》的不合理协议”^{〔66〕}。在 1947 年麦格雷戈案中该院指出：“自从迈尔斯博士案以来，本院作为一个反映于立法之中的司法政策问题，一直拒绝强制执行禁止低于固定价格销售货品的协议。”^{〔67〕}

从 1948 年起美国联邦最高法院开始将 RPM、本身违法与迈尔斯博士案相联系。在线材公司案中，该院判决：“若无专利或其他法定授权（如《米勒-泰汀斯法》），固定或维持州际商务中价格的合同长久以来一直被视为《谢尔曼法》项下本身违法（引证案例之一是迈尔斯博士案）。无论固定的价格是否合理，均是如此。无论生产商之间订立的销售价格协议，还是生产商与分销商之间订立的转售价格协议，亦均是如此。”^{〔68〕} 在 1951 年卡尔弗特案中，该院判决：“固定最低价格与其他类型的固定价格行为一样均属本身违法。事实上，RPM 在迈尔斯博士案中受到制裁。”^{〔69〕} 在 1964 年赫德森案中，该院判决道，“俄亥俄州公平贸易法授权的……（纵向）固定价格在《谢尔曼法》项下明显非法”^{〔70〕}，它为此同时引证了迈尔斯博士案以及卡尔弗特案关于固定最低价格本身违法的表述。

在 1974 年希尔伐尼亚案中，联邦最高法院再次将 RPM、本身违法与迈尔斯博士案相联系，并对迈尔斯博士案的判决理由作了扭曲。它指出，迈尔斯博士案“判决一系列 RPM 协议本身违法”^{〔71〕}。此处“一系列”的措辞似乎旨在强调迈尔斯博士案仅判决 RPM 在该案事实下违法，将其与“本身违法”之措辞相结合具有很大的误导性。该案还指出：“在迈尔斯博士案中，本院引证《柯克论利特尔顿》认为‘对财产权让渡的一般限制通常无效’，并强调该案涉及‘对拥有所售货物的经销商设置交易自由之限制的协议’。”^{〔72〕}

该院此处对迈尔斯博士案有关限制产权让渡法则运用的解读，显然是正确的，但所服务的目的却扭曲了该案的原意。如前所述，迈尔斯博士案引用此法则的目的在于说明，生产商并不能随心所欲地就其实际生产并销售的产品设置任何条件。但此处旨在论证的命题是，限制产权让渡“违反《谢尔曼法》第 1 条”。由于该条以竞争损害作为认定违法的核心要件，这一命题隐含的意义便是，迈尔斯博士案判决限制产权让渡即损害竞争。由此确立了支持迈尔斯博士案规则的所谓“理据一”。

〔63〕 前引〔54〕，Overstreet 文，第 3-4 页。

〔64〕 U. S. v. Trenton Potteries Co., 273 U. S. 392, 399 (1927).

〔65〕 U. S. v. Trenton Potteries Co., 273 U. S. 392, 401 (1927) [引证迈尔斯博士案、Boston Store of Chicago v. American Graphophone Co. 246 U. S. 8 (1918)、施拉德案以及 F. T. C. v. Beech-Nut Packing Co., 257 U. S. 441 (1922)].

〔66〕 Interstate Circuit v. U. S., 306 U. S. 208, 232 (1939) (引证迈尔斯博士案、施拉德案和特伦陶案).

〔67〕 MacGregor v. Westinghouse Elec. & Mfg. Co., 329 U. S. 402, 411 (1947).

〔68〕 U. S. v. Line Material Co., 333 U. S. 287, 307-308 (1948).

〔69〕 Schwegmann Brothers v. Calvert Corp., 341 U. S. 384, 386 (1951).

〔70〕 Hudson Distributors, Inc. v. Eli Lilly & Co. 377 U. S. 386, 395 (1964).

〔71〕 Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U. S. 36, 67 (1977).

〔72〕 Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U. S. 36, 67 (1977).

在1980年米德科铝公司案中,联邦最高法院宣称“本院一贯判决RPM非法限制贸易”。该院为此引证了迈尔斯博士案,并对其原始含义进行了扭曲。首先,迈尔斯博士案判决涉案的“这些协议”“旨在于原告脱离货物产权之后维持价格,并阻止交易商之间的竞争”(第407页),但在米德科铝公司案中,该个案认定被一般化为所有RPM具有的特征:“该等安排‘旨在于原告脱离货物产权之后维持价格,并阻止(相竞争货品)交易商之间的竞争’。”^[73]其次,迈尔斯博士案作为类比基础提出,“原告实施的包含众多相同合同的计划”并不比经销商横向卡特尔更受优待,米德科铝公司案同样将该等个案计划一般化为所有RPM:“正如休斯大法官在迈尔斯博士案中指出,该等纵向控制与如下情形同等有效地摧毁横向竞争,即批发商‘自己通过相互达成协议组建一个整合,并试图设定相同的限制’。”^[74]这里的“该等纵向控制”即RPM。由此确立了支持迈尔斯博士案规则的所谓“理据二”。

从此以后,联邦最高法院似乎认为自己已充分证成了RPM本身违法,在后续案件中多次直接断言这一命题,并将其源头指向迈尔斯博士案。例如,在1982年赖斯案中,该院将米德科铝公司案解读为:“我们判决涉案州制定法与《谢尔曼法》表面上就存在冲突,因为它要求实施RPM,而该行为长久以来一直被视为本身违反《谢尔曼法》。”^[75]又如,该院在1984年孟山都案中指出,RPM“自本国反垄断执法之初以来一直本身违法”^[76];在1986年费希尔案中指出,“固定价格传统上一直被判决本身违反《谢尔曼法》”^[77];在1988年夏普案中指出,“自迈尔斯博士案以来纵向转让价格协议一直本身违法”^[78];在1987年可汗案中指出,“自迈尔斯博士案以来,本院就一直承认如下协议非法,即生产商或供应商设定其分销商收取之最低转售价格”^[79]。这些表述均以迈尔斯博士案作为唯一依据。

经过前述一系列演化,迈尔斯博士案从一个仅仅判决涉案RPM相关横向垄断协议非法的案例,被莫名其妙地解释成了由两个理据支持的RPM本身违法的先例。^[80]而这里所谓的“解释”毋宁是简单的援引、不断的重复和断章取义的扭曲。经过多次以讹传讹,迈尔斯博士案的真正判决本身早已被人们完全遗忘,沦落为一个代表RPM本身违法的符号。

(三) 判例对RPM本身违法的唯一论证尝试

在丽锦案之前,美国联邦最高法院从未认真重新评估过RPM本身违法的合理性。它仅在1977年希尔伐亚案的一个脚注中^[81]试图从实体上论证RPM本身违法规则。该院为此列举了三

[73] California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 455 U.S. 97, 102 (1980) [引证迈尔斯博士案、施拉德案、Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968) 以及 U.S. v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960)]。

[74] California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 455 U.S. 97, 103 (1980)。

[75] Rice v. Norman Williams Co., 458 U.S. 654, 659-660 (1982)。

[76] Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 761 (1984)。

[77] Fisher v. Berkeley, 475 U.S. 260, 275 (1986)。

[78] Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 724 (1988)。

[79] State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 10-11 (1997)。

[80] 在2007年丽锦案中,联邦最高法院非常准确地指出,“本院一直将迈尔斯博士案解释为设定了……最低RPM本身违法规则”[Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 887 (2007)],而非“迈尔斯博士案建立了最低RPM本身违法规则”。这似乎表明该院认识到了迈尔斯博士案并未判决RPM本身违法。

[81] See Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36, 51 fn. 18 (1977)。此案涉及纵向非价格限制,因此该案有关RPM的讨论并非作出该案判决所需,属于附带意见而非判决理由。

方面的理由：第一，布伦南大法官在怀特汽车案附带意见中认为，“RPM 不但旨在而且事实上几乎总是既降低受影响产品卖方之间的价格竞争，又同等程度地降低该产品与竞争品牌之间的价格竞争”^{〔82〕}。前者称为“对品牌内竞争的影响”，后者称为“对品牌间竞争的影响”。第二，波斯纳等学者认为，“全行业性的 RPM 可能便利卡特尔”。第三，联邦国会 1975 年《消费品定价法》废除了《米勒-泰丁斯法》和《麦奎尔法》之中承认州以公平贸易法合法化 RPM 的条款，此举表明其批准了 RPM 本身违法规则。

然而，这三个理由均不能证成 RPM 本身违法。第一，怀特大法官陈述前述观点的唯一依据是帕克·戴维斯案，^{〔83〕}而该案是一个横向卡特尔案件，不能支持对待纵向限制的态度；并且虽然 RPM 必然限制品牌内竞争，但其“旨在而且几乎总是……同等程度上降低品牌间竞争”的断言，已如前述，与现代经济学的普遍认识相悖。

第二，波斯纳观点是“全行业性的”RPM “可能”便利卡特尔，其含义是满足特定条件时 RPM 才有可能损害竞争（如迈尔斯博士案中的 RPM）。这一观点远远不足以支撑 RPM 本身违法原则，后者的含义是此类行为不论条件差异总是或者几乎总是损害竞争。

第三，州公平贸易法是在小型零售商的游说下制定的具有浓厚保护主义色彩的法律，其对待 RPM 的态度并不止于合理原则，而是极其宽松的准本身合法原则。这就不可避免地将某些涉及 RPM 形式的卡特尔合法化。联邦国会废除这样的立法，从中只能导出其放弃了 RPM 准本身合法态度，而不能导出 RPM 本身违法，因为从中同样可以导出合理原则。正如联邦最高法院在丽锦案中正确指出：“《消费品定价法》的文本并未法典化纵向价格限制本身违法规则，它只是废除了规定其本身合法的制定法条文。联邦国会重新将这些限制置于《谢尔曼法》第 1 条的调整之下。”^{〔84〕}即使联邦国会确实有意批准 RPM 本身违法规则，只要其没有将这种意志落实于制定法之中，对法院便没有约束力，尤其当这种立场与理性分析得出的结论发生冲突时。

总之，RPM 本身违法规则从一开始建立直至被推翻，始终没有经过真正严肃的论证，更从来没有经得起联邦最高法院后来提出并一再重申的设置本身违法原则的严苛标准的检验。^{〔85〕}

（四）RPM 本身违法规则在实践中逐渐被“掏空”

迈尔斯博士案判决之后，联邦最高法院一方面朝着 RPM 本身违法的方向对其进行解读，另一方面也认识到如此解读存在调整过宽的问题，并以设置例外的方式从两个方向上对此危害加以限制。^{〔86〕}总之，“自从迈尔斯博士案以来，即便是狭隘解释的 RPM 禁止也非一以贯之”^{〔87〕}。

〔82〕 White Motor Co. v. U. S., 372 U.S. 253, 268 (1963).

〔83〕 U. S. v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).

〔84〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 905 (2007).

〔85〕 例如 Northern Pac. R. Co. v. U. S., 356 U.S. 1, 5 (1958) (“存在一些协议或行为，由于具有有害竞争且缺乏任何可补偿价值而被结论性地推定为不合理并因而非法”)；Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284, 289 (1985) (“本身违法方式允许就下述某些商业行为作概括式的评价，即那些已经证明突出反竞争的商业行为”)；Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1, 8 (1979) (“某些协议或行为如此‘明显反竞争’并且如此经常‘缺乏任何可补偿价值’，被结论性地推定为非法”)。

〔86〕 州议会和联邦国会对于 RPM 的态度也在不断摇摆，从 1937 年到 1975 年整整 39 年间一直通过公平贸易法设置本身违法之例外。

〔87〕 前引〔5〕，Mathewson 等文，第 61 页。

在一个方向上,联邦最高法院逐步收紧 RPM 案件中的“协议”概念,“在《谢尔曼法》第 1 条项下,纵向限制案件中的‘协议’要件被解释得远比横向固定价格案件中狭窄。很明显,部分原因在于法院努力以此限缩解释具有过度威慑性的本身违法规则”^{〔88〕}。正如丽锦案多数意见描述的那样,“就在迈尔斯博士案判决 8 年后,本院便开始控制这一决定,1919 年(在高露洁案中)判决,生产商可以单方宣布建议转售价格并拒绝与不遵守此价格的分销商交易”^{〔89〕}。该案导致了 RPM 领域著名的单边行为与协议行为的区分,尽管它们的经济效果并没有明显差别,法律效果却有天壤之别。

在 1984 年孟山都案中,该院扩张了高露洁案例外,判决经销商抱怨是经销体系中信息自然流动的组成部分,干预这种流动会导致市场无效率。因此,它要求,原告指控纵向固定价格时提交的证据,必须足以排除生产商及其经销商各自独立行事的可能性。“仅从存在抱怨之事实,甚或终止经销商是‘回应’其他经销商的抱怨而发生之事实,”并不能推断出它们“对一个旨在实现非法目的的共同方案进行有意识承诺”^{〔90〕}。

在 1988 年夏普案中,联邦最高法院进一步收紧了 RPM 案件中的协议要件。该院判决,要判决生产商与一个经销商达成的终止另一经销商(折扣商)的协议适用 RPM 本身违法规则,必须认定第一个经销商“明示或默示地同意在某一水平设定其价格,尽管不是一个具体价格”;易言之,“纵向协议必须包括对价格或价格水平的某种约定方才本身违法”^{〔91〕}。

在另一个方向上,联邦最高法院试图通过区分生产商与经销商之间的交易类型,来限缩 RPM 本身违法规则的适用范围。在通用电气案^{〔92〕}中,该院判决,迈尔斯博士案的规则不适用于代理关系或者以寄售方式出售的货物。但在 1964 年辛普森案^{〔93〕}中,最高法院限缩了通用电气案例外的适用范围。然而,在 20 世纪 80 年代这一例外在第七巡回法院又得以重现。^{〔94〕}

经过上述一系列收缩,在丽锦案之前,虽然 RPM 名义上仍然适用本身违法原则,但它实际上已被各种例外和高度复杂的技术性要件所“掏空”。正如著名产业经济学家谢尔和罗斯指出:“在很长时期内,美国对待 RPM 的政策都比其他领先工业化国家更加宽松。”^{〔95〕}

(五) RPM 复杂规则体系的“后遗症”

前述种种例外制度虽然从实体方面阻却了 RPM 本身违法规则造成的经营困难,最大程度上减轻了假阳性错误的危害,但这一路径的代价也是非常高昂的。正如丽锦案判决指出:“它是一个有缺陷的反垄断法规则,通过创设诸多区分给那些不谨慎的人设置陷阱,让律师获得更

〔88〕 前引〔52〕,Areeda 等书,第 249 页。

〔89〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 901 (2007).

〔90〕 Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 763-764 (1984).

〔91〕 Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 735-736 (1988).

〔92〕 U.S. v. General Electric, 272 US 476 (1926).

〔93〕 Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13 (1964).

〔94〕 See Morrison v. Murray Biscuit Co. 797 F. 2d 1430 (7th Cir. 1986); Illinois Corporate Travel v. American Airlines Inc., 806 F. 2d 722 (7th Cir. 1986).

〔95〕 F. M. Scherer, D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, 1990, p. 549.

大利益，而非服务于消费者的利益，易言之，它要求制造商选择达至良好商业目标的次优选项。”〔96〕

由于 RPM 本身违法规则存在大量例外，原告也很少能证明被告的行为落入该规则的调整范围。表面上看 RPM 本身违法，实际上这一规则并没有给法律适用带来任何简化。正如《释论》恰当指出的那样，“按照一个设计良好的合理原则起诉，原告的处境可能会好于其目前在本身违法规则下的处境”〔97〕。

迈尔斯博士案的不幸经历对于法律规则的发展也造成了巨大麻烦。反垄断法领域的许多现有规则都是在 RPM 本身违法时代发展起来的，例如，纵向限制领域单边行为与多边行为的区分、寄售与销售的区分、纵向价格限制与纵向非价格限制的区分。除了规避适用本身违法规则，它们对于揭示竞争效果并没有真正的意义或者意义不大。

在 RPM 本身违法规则被废除之后，这些旧时代的附属规则便失去了原有功能。正如《释论》在谈到下级法院今后如何为 RPM 制定合理原则分析标准时指出，这一过程中遇到的困难“仅仅部分在于复杂经济学阻碍对此行为的理解。更大的问题在于迈尔斯博士案在采用本身违法规则的一个世纪里导致的体量庞大的包袱，以及联邦最高法院很少就这些判决之中还有多少尚属有效法律提供指引。”〔98〕

五、结语：回到未来

• 47 •

英国普通法学家梅特兰有一句名言：“我们已经埋葬了诉讼形式，但它们依然从坟墓中统治着我们。”〔99〕这一关于诉讼形式的描述同样适用于 RPM 的法理。美国普通法通过以讹传讹的方式创设了一个 RPM 本身违法的虚假先例。这一先例通过轻率的法律移植深刻影响着我国对待 RPM 的态度，使很多人仅凭美国的这一先例就“先入为主地”认为 RPM 本身违法。

然而，尽管美国判例法长期把迈尔斯博士案奉为圭臬，学术界却早已在反思这一先例背后的理论支撑，不断揭示出其空洞虚弱的根基。有鉴于此，至少在联邦层面，美国法院已经亲手埋葬了迈尔斯博士案这一虚假的“权威”。我国学术界却似乎拒绝反思这一规则背后的理据，心甘情愿地自我套上美国先例的枷锁，继续臣服于“迈尔斯博士案从坟墓中实施的统治”。

反垄断法是典型的舶来品。我国在发展反垄断法理的过程中无疑需要借鉴先进国家的理论与实践。〔100〕但外国法理之中显然并非都是精华，也不乏 RPM 本身违法规则这样的糟粕。在判例法国家，由于“先例拘束原则”的存在，理论认识与法律规则变动之间往往存在一定时滞，判例

〔96〕 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 904 (2007).

〔97〕 前引〔52〕，Areeda 等书，第 248 页。对本身违法原则复杂性更详细的讨论，参见兰磊：《重估本身违法原则的制度成本》，载《竞争政策研究》2020 年第 2 期。

〔98〕 前引〔52〕，Areeda 等书，第 216 页。

〔99〕 〔英〕梅特兰：《普通法的诉讼形式》，王云霞等译，商务印书馆 2009 年版，第 34 页。

〔100〕 参见郝俊洪：《反垄断法学的本土建构：“中国问题”抑或主要难题》，载《财经法学》2018 年第 2 期。

法经常仅仅因为囿于先例的拘束而没有及时解决已揭示出来的问题。^{〔10〕}我国在学习和借鉴域外经验时应该超越国外先例的羁绊,吸纳最前沿的理论研究成果。

在外国法已经依据最新理论改变先例的情况下,我们更没有必要固守他国先例,除非我们可以从实体上论证原有做法更为可取。我国学术界对于迈尔斯博士案所谓“先例规则”的遵循显然并没有立基于此。如果希望维持 RPM 本身违法规则,显然应该回归当下,依据现有理论成果论证此规则背后的基础理据,而不是简单地穿越到过去寻找古老的“先例”权威。

Abstract: In the 1911 Dr. Miles Case, U. S. Supreme Court ruled that the resale price maintenance (RPM) in issue violated the Sherman Act. Later jurisprudence interpreted it as setting up the per se illegality rule for RPM, and such reading supported by two rationales. This interpretation carries great weight with the cognizance of RPM by the Chinese antitrust community. However, this is a serious misreading of the case. Its citation of the doctrine of restraint on alienation doesn't mean to argue that a restraint on alienation constitutes harm to competition. The conduct in issue is a set of highly complex monopolistic agreements involving RPM, which have the same competitive effects with horizontal cartel among dealers; however, it does not follow that each and every RPM has such competitive effects. The process of this case being interpreted as an authority on RPM per se illegality is one in which an incorrect precedent is set up through repeated citations and distortions. Due to the existence of various exceptions, there has never been a real RPM per se illegality rule in the U. S. federal jurisdiction. When drawing upon American antitrust jurisprudence, we shall focus on underlying rationales of its precedents, instead of being bound by its precedents themselves.

Key Words: antitrust, monopolistic agreements, resale price maintenance (RPM), per se illegal rule

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)

〔10〕 有趣的是,有学者在论证我国不宜“不假思索地”借鉴丽锦案时指出:“Leegin 案推翻 Dr. Miles 案关系到美国判例法至关重要的遵循先例原则的约束强度问题,如果在 RPM 存在很大争议的情况下,美国联邦最高法院就轻易打开推翻先例的豁口,这无疑会弱化遵循先例这一根本原则的适用标准。”(时建中、郝俊淇:《原则性禁止转售价格维持的立法正确性及其实施改进》,载《政治与法律》2017 年第 11 期,第 23 页。)照此逻辑,丽锦案推翻先例恰恰说明(至少理论界)已经对 RPM 的竞争效果形成了足以挣脱先例拘束的相当高度的共识。

滥用市场支配地位侵犯隐私行为的反垄断法规制

孙 晋 万召宗*

内容提要：随着大数据时代的到来，隐私保护问题逐渐进入反垄断法的视域之中。隐私涉及消费者利益，隐私保护成为非价格维度的竞争因素，隐私侵犯可作为增强市场势力的手段。从竞争法保护消费者利益这个间接目的、终极目的而言，保护隐私理应在反垄断法中有其一席之地。但反垄断法直接规制滥用市场支配地位侵犯用户隐私的行为，会面临理论和实践的双重障碍，毕竟保护隐私不是反垄断法的直接目的，同时反垄断执法资源有限，隐私保护又关涉多个法律领域。对此，反垄断法应坚持以竞争损害作为行为定性的基本标准，并对隐私问题给予更多关注，在高集中度的市场结构中，对竞争损害的认定不必太过严格，反垄断执法机构亦应提升智慧监管水平，注重加强与其他隐私保护部门的监管协调与互补。

关键词：滥用市场支配地位 隐私保护 消费者利益 竞争损害 智慧监管

• 49 •

一、问题的提出

2020年11月，国家市场监督管理总局发布了《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》，拟明确将轴辐协议、平台“二选一”、大数据杀熟、涉及协议控制（VIE）架构的经营者集中等纳入反垄断法的规制范围，引起社会广泛关注。2021年2月7日，《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》正式公布。该指南立足我国平台经济领域发展现状和特点，对涉及平台经济领域的反垄断法适用问题作出了较为细化的规定。尤其值得注意的是，它将具有市场支配地位的平台经济领域经营者“强制收集非必要用户信息”的行为，视作《反垄断法》第17

* 孙晋，武汉大学法学院教授，武汉大学网络治理研究院执行院长，竞争法与竞争政策研究中心主任；万召宗，武汉大学法学院硕士研究生，武汉大学竞争法与竞争政策研究中心助理研究员。

本文为国家社科基金重大项目“适应新时代市场监管需要的权力配置研究”（20&ZD194）、国家社科基金重点项目“现代市场体系建设的竞争法问题研究”（19AFX019）的阶段性成果。

条所规定的“在交易时附加其他不合理的交易条件”的一种滥用市场支配地位的行为类型。^{〔1〕}这体现了我国反垄断执法机构对市场支配地位经营者强制收集非必要用户信息、侵犯用户隐私行为的否定性评价和规制态度。

此前,国外已经出现过反垄断执法机构对企业滥用市场支配地位侵犯用户隐私的行为加以查处的案件,最为典型的就德国 Facebook 滥用市场支配地位案。德国联邦卡特尔局于 2016 年 3 月开始对 Facebook 展开正式调查,调查发现 Facebook 在未经用户同意的情况下,收集用户在使用 WhatsApp、Instagram 等第三方工具时产生的相关数据,并将之与用户保存在 Facebook 账号上的信息相结合。2019 年 2 月,卡特尔局发布最终决定,认定 Facebook 在德国社交网络服务市场拥有市场支配地位,它利用不公平交易条款收集与使用用户数据、侵犯用户隐私的行为违反了德国《反对限制竞争法》第 19 条第 1 款“禁止一个或多个经营者滥用支配地位”之规定,因此对 Facebook 作出禁令。^{〔2〕}

这将隐私保护问题——大数据时代最棘手的难题之一——涵摄到反垄断法的视域之中。为了应对数字经济的挑战,有学者进一步主张应当重构反垄断法的立法目的和价值体系,在我国《反垄断法》立法目的条款“维护消费者利益”中增加隐私和个人信息数据保护的内容,对用户隐私给予直接而非间接的保护。^{〔3〕}可是,反垄断法能否直接规制滥用市场支配地位侵犯用户隐私的行为,进而肩负起大数据时代保护隐私的重任,仍然是在理论上有待深入思考的问题。

• 50 •

二、隐私保护的竞争法价值

我国《民法典》第 1032 条第 2 款是一个概念条文,它规定:“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”尽管定义已下,但与普通的用词相比,隐私含义的外延范围更加充满不确定性,以至于有学者认为试图构建一个确切的隐私权定义几乎是不可能的,而只能就部分问题达成一些基本的共识,如:隐私是一种不可侵犯的人格,隐私是一种特殊利益,隐私是一种自治,隐私和信息的支配有关,隐私是一种私人领域,隐私是限定自我的边界。^{〔4〕}在数字经济的时代背景下,隐私与信息、数据的关系密不可分。信息主要以数据的方式加以存储和应用,用户隐私在市场经济活动中也更多表现为用户数据,隐私与数据总体上

〔1〕《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 16 条第 1 款规定:“……分析是否构成搭售或者附加不合理交易条件,可以考虑以下因素:……(四)在交易价格之外额外收取不合理费用;(五)强制收集非必要用户信息或者附加与交易标的无关的交易条件、交易流程、服务项目。”

〔2〕See Bundeskartellamt, Facebook Inc. i. a. — The use of abusive business terms pursuant to Section 19 (1) GWB, 2019, available at <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>, last visited on Dec. 4, 2020. 随后, Facebook 向杜塞尔多夫高等地区法院提起上诉,获得支持。2020 年 6 月 23 日,联邦法院则推翻了杜塞尔多夫高等地区法院的判决,表示认可卡特尔局对于 Facebook 市场支配地位,以及 Facebook 实施滥用这一地位让用户别无选择的行为的认定。因此,联邦卡特尔局的决定可以立即执行。See Bundeskartellamt, Annual Report 2019, 2020, p. 37, available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Jahresbericht/Jahresbericht_2019.html?nn=3591568, last visited on Dec. 4, 2020.

〔3〕参见杨东:《论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战》,载《中国法学》2020 年第 3 期。

〔4〕参见徐明:《大数据时代的隐私危机及其侵权法应对》,载《中国法学》2017 年第 1 期。

呈现交叉关系，很难脱离数据空谈隐私。互联网的飞速发展使得个人数据呈现井喷式增长，网络空间的复杂性极大地加快、扩展、提高了侵犯隐私的速度、广度及严重程度，使得隐私保护成为一个重要的时代命题。隐私问题近些年来在民法学领域内备受关注，但实际上，从更广阔的视角看，在竞争法层面，隐私保护也有其存在的价值。

（一）作为消费者利益的隐私

市场经济的繁荣需要信息的有效传递，但交易一方往往只会向对方透露某些必要的信息。具有个人属性的隐私信息，无疑更密切地关涉消费者的自身利益。在域外，“总体上来说，美国从自由的角度理解隐私，而欧洲大陆将隐私保护植根于人格尊严之上”^{〔5〕}。我国也倾向于将隐私保护视为捍卫人格尊严的重要组成部分，如《消费者权益保护法》第14条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利，享有个人信息依法得到保护的权利。”在公平自由的市场交易环境中同样应当重视对用户隐私的尊重，那么侵犯用户隐私的行为，就是对消费者福利的减损。在欧盟竞争法将滥用市场支配地位行为区分为“剥削性滥用行为”和“排他性滥用行为”的语境下，^{〔6〕}具有市场支配地位的经营者实施侵犯用户隐私的行为，则可能构成对消费者的剥削性滥用。

但当提及隐私对消费者的重要性时，“隐私悖论”（privacy paradox）的问题会浮出水面。“隐私悖论”是指，消费者在调查中通常会表明他们非常关心自己的隐私，但他们的行为方式与这一明确声明的偏好相矛盾；他们继续与提供隐私侵犯条款的供应商打交道的行为表明，在这些交易中，隐私并不是消费者的高度优先事项，他们实际上更看重便利而非隐私。^{〔7〕}这一观点指出，从经验来看，隐私对消费者市场选择的结果而言并没有那么重要。它认为是用户自身放弃了隐私的权益，从而将隐私侵犯的问题归咎于用户的同意和漠不关心，可是这实则脱离了对数字经济现状的理解。

之所以消费者在实践中不能对自己的隐私权益作出妥当有效的安排，很大程度上是因为有因素阻碍着消费者对成本和收益作出理性的判断。消费者在选择最佳行动方案时面临重大挑战，其中信息不对称是一个重要的因素。用户和在线服务提供商之间的大多数数据交易都以信息不对称为特征，这一特征突出表现在零价经济中。互联网平台经常“免费”推荐他们的产品和服务，而事实上用户会为此支付多种非金钱成本，如提供个人数据、关注广告、注意力、时间等。用户获得了零价格服务的直接好处，但不知道泄露信息的短期或长期成本，因为他们不知道数据将如何使用以及由谁使用，消费者难以评估其数据的真正价值。同时，平台选择使用什么样的隐私默认设置，隐私设置的选择如何呈现给消费者，以及使用什么语言来描述隐私设置都影响消费者的选择。^{〔8〕}通

〔5〕 张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015年第3期，第41页。

〔6〕 “剥削性滥用”是指拥有市场支配地位的企业不受竞争制约，向交易相对人施加不合理交易条件的行为；“排他性滥用”是指拥有市场支配地位企业为了排挤竞争对手，或者为了将市场力量不合理地扩大到相邻市场而采取的限制竞争行为。参见王先林：《竞争法学》，中国人民大学出版社2018年版，第246页。

〔7〕 See Katharine Kemp, Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters, *European Competition Journal*, 26 (2020), available at <https://ssrn.com/abstract=3432769>, last visited on Dec. 4, 2020.

〔8〕 See CMA, Final Report of Online Platforms and Digital Advertising Market Study, 2020, p. 165, available at <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study#final-report>, last visited on Dec. 4, 2020.

常,如何访问隐私设置表现得并不明显,^[9]隐私政策本身也充满模糊性,消费者为了理解平台的隐私政策所需要花费的机会成本是巨大的,导致用户大多只是同意这些默认选项,^[10]这限制着用户对自身数据权益的细致安排。更严重的情况是,在缺乏有效竞争的市场环境中,前述问题会更突出;相对于具有市场支配地位的平台而言,用户有时并不存在选择的空间,可能面临要么使用隐私保护不佳的服务、要么完全放弃这项服务的两难境地。德国联邦卡特尔局便认为,Facebook作为一家占主导地位的公司,对其用户具有议价能力,能够施加影响深远的数据处理条件,而用户无法阻止这些条件,因为他们没有额外的控制机制。没有用户的自愿同意,现有的数据处理就是不合理的。而如果他们的同意是使用Facebook服务的先决条件,则不能假定他们自愿同意处理他们的信息。^[11]应该承认,这种分析不无道理。

(二) 作为竞争因素的隐私保护

在市场经济活动中,价格是经营者竞争的一个重要方面,往往也是消费者最为敏感的交易因素,因此假定垄断者测试(SSNIP)这种小幅但显著且非临时性涨价作为界定相关市场的一种分析思路,目前在世界反垄断实践中被普遍采用。可市场环境是复杂的,消费者接受特定产品或服务时所考虑的要素呈现多样性,企业之间的竞争实则包括价格和非价格两个维度的竞争,其中非价格竞争的一个重要方面是质量竞争。企业会在价格和质量的基础上展开竞争,消费者也会基于对二者的权衡作出自身消费与否的判断,质量的下降或价格的上升都会损害消费者的福利。质量下降可能包括功能减少、消费者选择受限或对隐私控制减弱等因素,对消费者数据的滥用和对隐私的损害就是质量下降的一个指标。^[12]零价服务是互联网产业中常见的一种业态,在用户无需直接支付价格的情况下,用户对包括隐私在内的质量因素会给予更多的重视,并且近些年来频繁发生的数据泄露事件和与之同步的法治宣传也在逐渐提高公众的隐私保护意识。

既然隐私是质量的一个重要方面,那么提供优质隐私服务的经营者通常能吸引到对隐私保护程度较为敏感的用户,从而受到部分用户的青睐,取得一定的竞争优势。互联网市场经营者,尤其是积累了大量数据的互联网平台,将不得不把可信又可靠的隐私安全服务作为自身参与市场竞争的一个重要的非价格因素,^[13]但这种隐私竞争的激励更多来源于市场竞争的压力。在垄断性的市场结构中,不充分的竞争不仅在许多情况下导致更高的价格,而且还会降低商品和服务的质

[9] 例如对于微信,用户需要从主页开始依次点击“我、设置、关于微信、隐私保护指引”方能了解微信会如何收集、使用和存储用户的个人信息。微信的个性化广告推荐关闭入口则更加隐蔽,关闭流程设置繁琐,还利用技术手段限制消费者永久关闭个性化广告推荐的权利;并且在关闭该项服务期间,用户仍会收到普遍投放的广告。参见《万万想不到,微信这个功能可以关!但竟要这么多步……》,载微信公众号“法治日报”,2020年12月18日。

[10] 英国竞争与市场管理局在2020年7月发布的《在线平台和数字广告市场研究》的报告中举例,在最近的28天里,谷歌隐私页面的平均访问时间仅为47秒,85%的访问持续时间不到10秒。参见前引[8],CMA文,第14页。

[11] See Bundeskartellamt, Facebook, Exploitative Business Terms Pursuant to Section 19 (1) GWB for Inadequate Data Processing, 2019, p. 11, available at <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>, last visited on Dec. 4, 2020.

[12] See U. S. House Judiciary Committee, Investigation of Competition in Digital Markets, 2020, p. 56, available at https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, last visited on Dec. 4, 2020.

[13] 参见陈兵:《大数据的竞争法属性及规制意义》,载《法学》2018年第8期。

量，于是竞争政策不仅关注价格，也关注质量，^[14]这在经营者集中的审查中体现得较为明显。合并审查可以将隐私作为竞争的一个要素进行评估，当拟议交易有可能大幅减少竞争从而对用户隐私造成实质性侵犯时，应采取措施阻止或限制合并来保护这种隐私竞争。^[15]在2016年欧盟委员会附条件批准 Microsoft 收购 LinkedIn 案中，针对隐私问题，欧盟委员会表示数据隐私是职业社交网络在市场上展开竞争的重要参数，而这可能会受到该次并购的负面影响，并且“隐私作为重要的竞争参数”这一观点与欧盟委员会2014年审查 Facebook 和 WhatsApp 并购案时的认识相一致。^[16]《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》则在第20条进一步明确，评估平台经济领域经营者集中的竞争影响，可以考虑集中后经营者是否有能力和动机实施降低商品质量、损害消费者选择能力和范围、不恰当使用消费者数据等行为，以保护市场中充分有效的隐私竞争。

（三）作为增强市场势力手段的隐私侵犯

尽管从理论上来说，企业提高隐私保护水平能增强用户的认可度、提升用户数量和使用黏性，由此用户和企业会走向互利共赢的结果。但这要求企业支付一定的成本，包括数额不确定的机会成本。在实践中，作为隐私保护的对立面，隐私侵犯反而可能作为企业维持或增强自身市场势力的手段，对于数字经济领域中的大型互联网平台经营者而言更是如此。

数字经济所具备的网络效应和锁定效应已经为人所熟知。2016年11月，经济合作与发展组织（OECD）竞争委员会举行圆桌会议，讨论“大数据：在数字时代引入竞争政策”问题。在背景报告中，论者提到了数字经济具有的两个“反馈循环”现象：其一是“用户反馈循环”（user feedback loop），拥有大量用户的公司能够收集更多数据以提高服务质量，例如通过创建更好的算法，并以此方式获取新用户；其二是“货币化反馈循环”（monetisation feedback loop），公司可以通过分析用户数据来优化广告的投放，使个性化广告更加精准，以此使服务货币化，在获得更多资金后将其投资于服务质量并再次吸引更多用户。^[17]在这两个反馈循环的综合作用之下，便形成了数据驱动的网络效应（data-driven network effects），造成更一般意义上的“自我强化的反馈循环”（self-reinforcing feedback loop）。^[18]同时囿于平台用户高昂的转换成本，^[19]这些无

• 53 •

[14] See OECD, Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, 2013, p.11, available at <http://www.oecd.org/daf/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>, last visited on Dec. 4, 2020.

[15] See Mark McCarthy, Privacy as a Parameter of Competition in Merger Reviews, 72 (1) *Federal Communications Law Journal*, 3 (2020).

[16] See European Commission, Case M.8124-Microsoft/LinkedIn, 2016, p.77, available at https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf, last visited on Dec. 4, 2020.

[17] See OECD, Background Paper of Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, 2016, para.22, available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf), last visited on Dec. 4, 2020.

[18] See Bundeskartellamt, Facebook Inc. i. a. — The use of abusive business terms pursuant to Section 19 (1) GWB, 2019, p.119, available at <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>, last visited on Dec. 4, 2020. 英国于2019年发布的《解锁数字竞争》报告将这一现象称为 market tipping, 意为“市场倾斜”。See UK, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, p.4, available at <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>, last visited on Dec. 4, 2020.

[19] 在平台经济中，高昂的转换成本让消费者别无选择，这往往成了衡量支配地位的决定性因素，而网络效应和锁定效应在本质上则是转换成本的特殊成因。参见许光耀：《支配地位滥用行为的反垄断法调整》，人民出版社2018年版，第164-165页。

休止的循环将使得新进入者很难与拥有大量用户的在位经营者展开有效竞争。更何况,在互联网生态系统中,跨界竞争已经变得相当普遍,支配地位企业可以利用不可竞争部分需求限制和影响可竞争部分需求,将不可竞争部分的市场势力传导至可竞争部分领域。^[20]

大型互联网企业在数字市场中与用户相比具有更强的议价能力,交易主体实质上处于不平等的交易状态之中,而通过强制收集数据,数字企业在侵犯用户隐私的同时,能获得更多的数据要素作为“石油”进而壮大自身的市场势力。在这种情况下,为用户提供更好的隐私服务,对于某些互联网企业而言可能只是一个次优的商业选择。在2019年的德国Facebook案中,德国联邦卡特尔局便认定非法处理数据的行为与市场支配地位之间存在因果关系,Facebook通过侵犯用户隐私的方式使自身积累了更庞大的数据群,非法获得了相对于竞争对手的竞争优势,并进一步提高了市场进入壁垒,确保了Facebook对用户持久的市场影响力,这会对竞争对手造成实际和潜在的不利影响。^[21]

因此,从竞争法的视角看,滥用市场支配地位侵犯用户数据和隐私的行为既是市场缺乏竞争导致质量下降的表现,损害了消费者利益,也可能是企业维持或增强市场力量的一种手段;它属于对消费者的剥削性滥用行为,同时在特定市场中在一定程度上会产生排他性滥用的效果。

三、直接规制侵犯隐私行为的反垄断法障碍

鉴于隐私在竞争法中具有如上价值,反垄断法有必要对消费者的隐私加以保护,保护隐私理应在竞争法中有其一席之地。但在采取直接保护还是间接保护的方式这一问题上,存在不同认识。从我国反垄断法理论和实践来看,以反垄断法直接规制滥用市场支配地位侵犯用户隐私的行为,会面临一定的困境。

(一) 保护隐私不是反垄断法的直接目的

我国《反垄断法》第1条规定:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”从文义来看,我国反垄断法采取的是多元立法目的,但一般认为,该条文内部的用词存在一定的逻辑递进关系,我国反垄断立法的直接目的是预防和制止垄断行为,保护市场竞争,间接目的是提高经济效率,维护消费者合法权益和维护社会公共利益。^[22]

在市场经济中,市场决定资源配置,但市场调节机制有其局限性,比如市场障碍,在自由竞争的市场上总会存在着一些阻碍市场机制发挥作用的要素,于是需要引入国家调节机制,而国家调节市场竞争的权力同样需要得到规范,^[23]以应对市场失灵和政府失灵的风险。在经济法的体系中,反垄断法属于市场规制法,其价值理念和使命就是维护市场的自由竞争,“因为几百年来

[20] 对于支配地位经营者而言,客户的总需求可以分为“不可竞争部分需求”和“可竞争部分需求”。由于多方面原因,“不可竞争部分需求”只能由支配地位企业提供,而“可竞争部分需求”可以同时由支配地位企业和其他企业提供。参见《国家工商行政管理总局行政处罚决定书》,工商竞争案字〔2016〕1号。

[21] 参见前引〔18〕, Bundeskartellamt 文,第249-250页。

[22] 参见王晓晔:《我国反垄断立法的宗旨》,载《华东政法大学学报》2008年第2期。

[23] 参见漆多俊:《经济法基础理论》,法律出版社2017年版,第12-32页。

的实践表明，只有市场竞争才能带来最低的价格、最好的质量和最大的物资进步”^[24]。美国联邦最高法院亦曾明确表示，反垄断法是关于促进竞争的法，因为它假定竞争是自由市场中分配资源的最佳方法，那么包括质量、服务、安全，而不仅仅是直接成本等在内的所有交易要素，都受到自由选择机会的有利影响。^[25]也正是由于竞争自由和竞争机制在市场经济中具有根本性的地位和作用，反垄断法以维护竞争自由进而确保竞争机制正常运行目标，反垄断法才配享有“经济宪法”的美誉。^[26]

相较于自由竞争而言，包括隐私保护在内的消费者利益不是反垄断法的直接目的，而是间接目的。在缺乏有效市场竞争约束的情况下，经济理论表明，一个占主导地位的平台做出的最佳决策不会始终为消费者带来最佳结果。^[27]越来越多的证据表明，在数字经济下，缺乏竞争与质量下降密切相关，不充分的竞争不仅在许多情况下导致更高的价格和更少的创新，而且往往会导致隐私和数据保护受到侵蚀。^[28]通过保护自由竞争，维护有效的市场竞争秩序，反垄断法在一定程度上可以督促支配地位经营者更加谨慎地从事经营行为、采取更合理的隐私政策，从而间接保护用户的隐私。申言之，可以把竞争秩序与消费者利益视作手段与目的的关系，不过“我们不能为了实现手段所要追求的目的而否定手段的自身独立性”^[29]，该手段恰恰体现着反垄断法的本质特征。反垄断法毕竟是竞争秩序维护法，而不是消费者利益保护法。

而且，如果将保护隐私与维护竞争共同作为反垄断法的直接目的，将产生目的直接冲突的问题，比如构成必需设施的数字平台^[30]能否以保护用户隐私为由不向第三方设备开放必要数据。德国《反对限制竞争法》第十次修正案于2021年1月19日开始正式生效，它在增设的第19a条中指出，“对跨市场竞争至关重要”的公司如果通过拒绝第三方公司访问特定数据来阻止他们进入市场，拒绝授予在上游或下游市场上运行所需的数据、网络或平台的访问权限，该行为会限制市场竞争，将会被禁止。那么在此情境下，公司即使声明上述行为是为了遵守数据保护规则，尤其是《通用数据保护条例》，也仍应证明基于数据保护对数据访问的限制行为不会限制竞争。^[31]由此可见，竞争秩序作为反垄断法的直接目的，有其独立的价值，在反垄断执法中无疑将受到重点关注。

（二）反垄断执法资源有限

王晓晔教授指出：“修订反垄断法有必要考虑的一个问题是，完善法律制度固然很重要，但

[24] 王晓晔：《剥削性滥用行为的反垄断管制》，载《价格理论与实践》2008年第10期，第22页。

[25] See James C. Cooper, Antitrust and Privacy, The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 32, 2020, p. 1191, available at <https://ssrn.com/abstract=3733752>, last visited on Dec. 4, 2020.

[26] 参见孙晋、李胜利：《竞争法原论》，法律出版社2020年版，第46页。

[27] 参见前引[18]，UK文，第42页。

[28] 参见前引[12]，U. S. House Judiciary Committee文，第37页。

[29] 兰磊：《论反垄断法多元价值的平衡》，法律出版社2017年版，第29页。

[30] 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第14条第2款规定：“认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素。”

[31] See Raphael Reims, Amendments to the German Act Against Restraints on Competition, available at <https://www.competitionpolicyinternational.com/amendments-to-the-german-act-against-restraints-on-competition/>, last visited on Dec. 4, 2020.

是强化反垄断法治尚需要相关的条件……强化反垄断法治，特别需要考虑反垄断执法机关。”^{〔32〕} 2018年国务院机构改革组建了国家市场监督管理总局，我国反垄断执法机构实现了“三合一”，由国家市场监管总局及其授权的省级市场监管部门统一进行反垄断执法工作。近年来的执法实践已经表明我国反垄断行政执法的统一性和效率有了很大的提高。^{〔33〕}

但仍然不得不承认，我国的反垄断执法资源依然非常有限，执法人员配置、技术手段、信息搜集处理能力和经济分析外部供给等方面均存在局限。据统计，对于滥用市场支配地位类型的案件，大部分案件从立案到作出并发布执法公告的时间通常为1~1.5年，有些案件的时间则更长，案久不决的现象仍然存在，执法效率亟待提升。^{〔34〕} 有限的执法资源是否足够保障执法机构有效应对繁复的隐私侵犯问题，在实践中是存疑的。如果企业滥用市场支配地位侵犯用户隐私的行为，不论其是否对市场竞争造成了损害，都将直接受到反垄断执法机构的查处，那么反垄断执法机构必将不堪重负，为隐私保护疲于奔命。在执法经验与执法能力均有不足的情况下，将可能导致过于广泛和严厉的反垄断执法，这不符合包容审慎监管的理念，将给数字平台造成过大的负担，反而不利于数字经济的发展。在案多人少的情况下，亦可能滋生选择性执法的问题，执法机关出于对执法利益的考量，对不同的管辖客体刻意区别对待，进行选择性的执法，这有违执法公正，^{〔35〕} 并易诱发权力寻租和执法套利的后果。当反垄断执法机构变成隐私保护机构时，它必定会因此分散注意力，有意无意地忽略对其他领域的违法垄断行为的关注。而假若不能妥善处理这类案件，则又将会进一步损害反垄断执法的权威。在执法资源本就有限的情况下，考虑到反垄断法实施所要付出的制度成本，反垄断执法应当避免走向“大包大揽”。

（三）隐私保护涉及多个法律领域

个人隐私在传统上属于私法性的权利，但纯私法保护模式不能回应大数据时代隐私易遭侵害及隐私具有公共性的问题，于是公法介入以弥补私法保护之不足，形成了公私法整合保护的模式。^{〔36〕} 在立法和执法上，则体现为隐私保护涉及多个法律领域。《消费者权益保护法》于2013年修正时增加了保护消费者个人信息的规定，明确了经营者收集、使用消费者个人信息应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。2017年起施行的《网络安全法》延续了类似规定，并指出“网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息”，完善了网络运营者、网络产品或者服务的提供者侵害个人信息所应承担的法律责任。^{〔37〕} 而侵犯公民个人信息罪也已于2015年被《刑法修正案（九）》增设到《刑法》之中，最

〔32〕 王晓晔：《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》，载《法学评论》2020年第2期，第21页。

〔33〕 参见王先林：《我国反垄断法修订完善的三个维度》，载《华东政法大学学报》2020年第2期。

〔34〕 参见陈兵：《我国反垄断执法十年回顾与展望——以规制滥用市场支配地位案件为例的解说》，载《学术论坛》2018年第6期。

〔35〕 参见汪燕：《选择性执法的法律属性探析》，载《政治与法律》2013年第5期。

〔36〕 参见王学辉、赵昕：《隐私权之公私法整合保护探索——以“大数据时代”个人信息隐私为分析视点》，载《河北法学》2015年第5期。

〔37〕 《网络安全法》第64条第1款规定：“网络运营者、网络产品或者服务的提供者……侵害个人信息依法得到保护的权利的，由有关主管部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。”

高法定刑为“七年有期徒刑，并处罚金”。2020年公布的《民法典》在人格权编第六章中用八个条文规定了“隐私权和个人信息保护”，为隐私保护提供了民事基本法的保障，2021年6月公布的《数据安全法》进一步加强了平台企业的数据安全保障义务。2021年8月，《个人信息保护法》获全国人大常委会审议通过，这是我国在个人信息和隐私保护方面取得的重大法治突破。在统合现有法律规范的基础之上，制定出台专门性法律，有利于增强法律规范的系统性和可操作性。《个人信息保护法》专列一章，赋予“履行个人信息保护职责的部门”^{〔38〕}调查、处理违法个人信息处理活动等个人信息保护职责。

在隐私保护涉及民法、行政法、经济法、刑法等多个法律领域，可能依具体情形受到不同行政部门的查处的情况下，执法机关的职责划分问题就显得尤其重要。执法管辖权的冲突不仅将提高机构之间协调的成本、影响执法的效率，还增加了执法的不确定性。从企业来看，执法的不确定将提高企业合规的成本。良好的竞争法治环境应是竞争合规得到普遍采用的情况，企业能够较为清楚地判断特定商业行为合法与否，从而做出符合自身利益的最优选择，但过大的执法不确定性，可能要么使企业无所顾忌疏于合规，要么使企业战战兢兢自缚手脚。

更需要明确的是，为了避免导致不同的法律制度出现功能趋同甚至重叠，反垄断法应当坚持自身的制度定位，即维护市场竞争秩序。^{〔39〕}各个法律规范和监管部门在隐私保护这一呈现复杂面相的问题中，各有自身的站位，而不可随意地产生混淆。如果特定市场支配地位企业实施的侵犯用户隐私的行为没有造成竞争损害，那么这类问题由反垄断法之外的其他法律进行规范以及由相应执法部门进行处理便更具合理性。^{〔40〕}

• 57 •

四、对侵犯隐私行为的反垄断法回应

（一）以竞争损害作为行为定性的基本标准

既然反垄断法直接规制滥用市场支配地位侵犯用户隐私的行为，会在反垄断法理论和实践中面临以上诸多困境，那么反垄断法对此就必须保持审慎的态度。我国《反垄断法》第6条规定：“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。”在反垄断法的制度体系中，应当坚持以竞争损害作为行为定性的基本标准。纯粹的隐私侵犯问题应该由数据保护等相关法律处理，反垄断执法仍应围绕具体行为的反竞争效果展开。^{〔41〕}OECD也认为，侵犯隐私的行为是应该在竞争法的框架内评估，还是留给其他消费者保护机构查处，仍然是一个悬而未决的问题，其答案可能取决于滥用行为的具体性质。两个应当引起竞争管理机构注意的例子是：其一，侵犯隐私行为能有力地帮助公司获得或维持其垄断能力，尤其是在具有强大数据驱动网络效应的市场中；其二，侵犯隐私行为构成一种排他性滥用，其方式是提取其他竞争对手无法访问的

〔38〕《个人信息保护法》第60条规定：“国家网信部门负责统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理工作。国务院有关部门依照本法和有关法律、行政法规的规定，在各自职责范围内负责个人信息保护和监督管理工作。县级以上地方人民政府有关部门的个人信息保护和监督管理职责，按照国家有关规定确定。前两款规定的部门统称为履行个人信息保护职责的部门。”

〔39〕参见丁茂中：《论滥用市场支配地位行为规范的立法完善》，载《经贸法律评论》2020年第2期。

〔40〕参见韩伟：《数字经济中的隐私保护与支配地位滥用》，载《中国社会科学院研究生院学报》2020年第1期。

〔41〕参见韩伟、李正：《反垄断法框架下的数据隐私保护》，载《中国物价》2017年第7期。

私人信息,并使用该数据来阻止对手参与竞争或提高市场进入壁垒。^[42]对于不可能造成竞争损害的行为,反垄断法不应介入,因为“在竞争法的场景之中,脱离竞争保护而空谈保护消费者利益、促进社会主义市场经济健康发展,显然都是竞争法所难以承受之重的”^[43]。

但是,基于数字经济,尤其是平台经济的特殊性,对于侵犯隐私所造成的竞争损害的认定可不必太严格。当相关市场存在严重的市场进入壁垒、垄断性市场结构已经长期固化,又不能期待市场的自我矫正机能发挥作用时,具有市场支配地位的经营者从事显著侵害消费者利益的行为,从而获得过度的垄断利润,最终有可能达到巩固其市场支配地位的目的,则有必要适用反垄断法对其进行规制。^[44]数字平台在性质上本就呈现出高集中度的市场结构,而不论是在中国还是在域外,主要数字平台的收购都较少受到审查和阻挠,以前的做法没有多少“假阳性”错误——阻止了本应被允许的合并,而它很可能产生了“假阴性”错误——批准了本不应被允许的合并。^[45]前已论及,侵犯隐私行为属于对消费者的剥削性滥用行为,同时在特定条件下会产生一定程度的排他性滥用的后果。在对行为作具体认同时,反垄断执法机构对竞争损害的判断标准可适当放松,着眼于对整体意义上市场竞争秩序的维护。“如果监管的目标不是保持有竞争力的产出水平,那就必须通过反垄断法以外的手段来实施”^[46],不过,为适应数字经济时代的发展要求,竞争损害分析不应局限在产出的数量和价格层面,还需要关注产出的质量和竞争的过程。^[47]执法中亦可考虑引入类型化思维:在较具开放性的市场中,发生小规模隐私侵犯问题,反垄断执法机构可不介入;而在高集中度的市场中,支配企业实施大规模地违法收集或利用数据、侵犯隐私的行为,明显有利于增强自身市场势力的,反垄断执法机构就应当积极执法。

对此,欧盟试图引入“守门人”制度。欧盟委员会于2020年12月15日推出的《数字市场法》提案是反托拉斯法在数字领域的拓展和体现,且只适用于根据法案中的客观标准被认定为“守门人”的大型在线企业。《数字市场法》提案第3条提出了“守门人”的判断标准,即控制核心服务(如在线中介服务、搜索引擎、社交网络、视频共享、操作系统等)的平台对欧盟内部市场有重大影响、充当着企业用户连接终端用户的重要通道、在其业务中享有或预期在不久的将来享有稳固而持久的地位,欧盟委员会还可以基于营业额、市场估值、客户数量、活跃用户数量等综合标准进行“守门人”地位的推定。^[48]而一旦被认定为“守门人”,该平台将在欧盟数字市场竞争中负有特定义务,如不得将核心平台服务的个人数据与“守门人”企业其他个人数据合并使

[42] 参见前引[17], OECD文,第70页。

[43] 谭袁:《〈反不正当竞争法〉修订背景下中国竞争法体系完善研究》,载《法治研究》2016年第4期,第152页。

[44] 参见陈兵、赵青:《我国剥削性滥用行为违法性判定基准审视——以非价格型剥削性滥用为视角》,载《上海大学学报(社会科学版)》2020年第3期。

[45] 参见前引[18], UK文,第6页。

[46] Herbert Hovenkamp, Antitrust and Platform Monopoly, 130 (8) *the Yale Law Journal*, 2003 (2021).

[47] 例如,市场监管总局对虎牙和斗鱼的合并作出禁止决定时,考虑到集中后实体有可能利用其市场力量,降低产品质量,或者降低用户体验感受,损害消费者权益;同时,集中将使腾讯在上游中国境内网络游戏运营服务市场和下游中国境内游戏直播市场拥有双向封锁能力,对整个网络游戏行业的竞争秩序产生不利影响。参见《市场监管总局关于禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案反垄断审查决定的公告》,载 http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjpz/202107/t20210708_332421.html, 最后访问时间:2021年7月14日。

[48] See European Commission, Proposal for a Regulation on Digital Markets Act, 2020, p. 36 - 37, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>, last visited on Dec. 28, 2020.

用、应允许终端用户在其核心平台服务上卸载任何预装的软件应用程序、为企业用户或终端用户的活动所产生的数据提供有效的可移植性。^[49] 如果违反“守门人”特殊义务规定，相关企业则可能被处以全球营业额10%的罚款；对于系统性的违约行为，欧盟委员会在必要情况下，可采取相称且必需的任何行为或结构性补救措施。^[50] 关于我国是否应当借鉴这一规则，值得做进一步的观察和研究。

（二）对隐私问题给予更多关注

以竞争损害作为行为定性的基本标准与经济法的谦抑性、反垄断执法机构的谦抑执法相呼应，但“强调经济法的谦抑性并非一味强调国家干预越少越好，更不是主张对互联网服务行业不采取反垄断执法而纵容垄断，而是追求干预的范围越合理越好、干预的程度越适度越好、干预的措施越灵活越好、对市场竞争机制的扭曲与限制越小越好”^[51]。目前的具体竞争执法对消费者利益的考量还存在不足，鉴于隐私问题的重要性和严峻性，以及其与反垄断法间接目的的关联性，反垄断执法理应对隐私问题给予更多关注。比如，在认定案涉行为违反反垄断法之后，用户隐私受侵害的程度可以作为确定行政处罚罚款幅度的重要依据。

而且，应当注意到，强制收集用户数据的隐私侵权行为还较易滋生其他类型的市场支配地位滥用行为。例如，大数据杀熟。大型数字企业正是基于大数据和算法，根据消费者的支付能力、消费偏好、使用习惯等，对不同的消费者实施精准画像，实行差异性交易价格或者其他交易条件。大数据杀熟的本质是个性化定价和差别待遇，其前提是对用户数据的广泛收集，越具体越深入的隐私信息越有利于提升定价的准确性，使企业收益最大化。出于对这一过程中用户隐私遭侵犯的担忧，《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第17条第2款指出“平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同”，对平台不正当利用用户隐私信息的行为作出否定性评价。较具争议的“自我优待”（self-preferencing）行为也可能涉及数据和隐私因素，它源于平台经营者兼具平台内经营者的双重身份属性。欧盟委员会经过一年多的反垄断调查，于2020年11月发布了对电商巨头亚马逊的初步调查结果，认定亚马逊利用卖家数据为其自营业务牟利的行为违反了欧盟反托拉斯规则。^[52] 平台经营者实施自我优待，同样需要广泛收集第三方卖家和消费者的数据与隐私信息。作为市场服务提供商，亚马逊可以访问第三方卖家的非公开业务数据，例如订购和发货的产品数量、卖家在市场上的收入、访问卖家商品的次数等。亚马逊正是对大量的数据进行汇总和分析，校准自身的零售供应和战略业务决策，让自营业务从事最畅销产品的销售，从而使亚马逊避免零售竞争的正常风险，扭曲了在线零售市场的竞争。这进一步说明，侵犯用户隐私的行为不仅本身将使企业获得更多更准确的数据，从而壮大市场势力，还可能成为企业实施其他滥用行为的前置步骤。

[49] 参见前引[48]，European Commission文，第39-40页。

[50] 参见前引[48]，European Commission文，第45-50页。

[51] 孙晋：《谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适》，载《中国法学》2018年第6期，第160页。

[52] See European Commission, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the Use of Non-public Independent Seller Data, 2020, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077, last visited on Feb. 17, 2021.

鉴于侵犯隐私行为可能滋生其他类型的滥用行为,反垄断执法机构对隐私问题给予更多关注具有合理性,个人信息剥削有可能成为一种新型的滥用市场支配地位行为。^[53]当前,反垄断法的预防式实施受到重视。德国《反对限制竞争法》的第十次修正案被称为是该法的“数字化法案”,其突出特点就是滥用控制的现代化,增设的第19a条授权德国联邦卡特尔局采取预防性措施以阻止满足条件的“对跨市场竞争至关重要”的企业从事某些类型的行为,德国联邦卡特尔局局长安德列斯·蒙特(Andreas Mundt)将其比喻为“在马脱缰之前,关闭马厩的门”。^[54]对隐私问题保持一定的敏锐度,无疑将有助于企业的垄断行为尽早受到查处与制止,使市场竞争秩序和消费者利益得到较大程度的维护。

(三) 加强与其他隐私保护部门的协调与互补

加强反垄断执法资源,提高执法能力和效率,是反垄断法实施过程中面临的永恒性问题。在宏观层面,需要优化市场监管权力配置,涉及纵向和横向两个维度。具体到与数据滥用和隐私侵犯相关的垄断案件中,执法机构应当更加重视竞争法实施的智能化建设,学会以科技手段规制科技滥用,实现数字经济下的智慧监管。不过这实际上都属于反垄断执法机构的内部问题,也是普遍性问题,在涉数据隐私的反垄断执法中,尤需多加关注的是外部问题。对个人数据的处理可能会同时引起隐私和竞争问题,因此,自然会出现如何协调两者的问题,即竞争机构和其他隐私保护机构之间如何互动。^[55]

从理论上来说,当以竞争损害作为行为定性的基本标准时,反垄断法和一般隐私保护法的目的具有互补性,反垄断法不会与其他法律发生功能重叠。但是在制度的实际运行中,各个部门之间会有交叉领域。隐私保护机构在调查隐私侵犯的案件时,若发现涉案行为有可能造成竞争损害,就应当及时移送给反垄断执法机构。如工业和信息化部对违规收集或使用个人信息的移动智能终端应用软件(英文简称APP)作出整改或下架通报时,有必要留意该APP对市场竞争造成的不利影响。协同治理的机制也应当得到完善,当发生大规模的隐私侵犯行为时,隐私保护部门可以与反垄断执法机构共同介入调查,前者以数据和隐私管理规则判定行为的一般违法性,后者在此基础上做一定的竞争损害评估以进一步决定该案是否应当适用反垄断法。《个人信息保护法》所规定的“国家网信部门负责统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理工作”,也许正是基于这样的考虑。在个人数据扮演重要角色、个人隐私易遭侵害的数字经济中,与数据有关的公共政策趋于复杂,竞争政策、数据保护政策和消费者权益保护政策的协调尤其重要,合作执法的需求也显得更加迫切。^[56]

2020年12月24日,市场监管总局发布消息,表示已经依法对阿里巴巴集团控股有限公司实

[53] 参见焦海涛:《个人信息的反垄断法保护:从附属保护到独立保护》,载《法学》2021年第4期。

[54] See Bundeskartellamt, Amendment of the German Act against Restraints of Competition, 2021, available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html?nn=3599398, last visited on Feb. 18, 2021.

[55] See Stanley M. Besen, Competition, Privacy, and Big Data, 28 (2) Catholic University Journal of Law and Technology, 86 (2020).

[56] 参见孟雁北等:《大数据竞争:产业、法律与经济学视角》,法律出版社2020年版,第171页。

施“二选一”等涉嫌垄断行为立案调查。^[57]随后，12月26日，中国人民银行、银保监会、证监会、国家外汇管理局等金融管理部门联合约谈了蚂蚁集团，对蚂蚁集团提出了重点业务领域的整改要求，其中包括提升交易透明度、严禁不正当竞争和合法合规经营个人征信业务、保护个人数据隐私，并指出未来金融科技监管的政策取向将遵循的原则之一为：坚决打破垄断，纠正、查处不正当竞争行为，维护公平竞争市场秩序。^[58]由此可见，对于金融科技公司的监管，金融管理部门和市场监管部门存在一定的职能交叉，那么它们之间的合作执法便非常有必要。笔者主张反垄断法应以竞争损害作为行为定性的基本标准，并不意味着反垄断法就要与其他法律领域彻底划清界限、反垄断执法机构与其他行政部门互不交流。使“隐私、消费者保护和竞争问题整整齐齐地落入到泾渭分明的各自类型之中”^[59]，恰恰正是需要警惕的。越是面对新的复杂问题，反垄断执法机构越是需要加强与其他部门的沟通、协调与职能互补。

五、余 论

自由竞争是市场经济的灵魂。法律仅仅承认私有财产和契约自由是根本不够的，还需要一种法律制度既能维护竞争，又使竞争尽可能发挥有利作用，^[60]反垄断法的使命就是维护自由竞争的市场秩序。尽管大数据时代给反垄断法带来了诸多挑战，但反垄断法的这一基本制度定位没有变。《反垄断法》的修订，尤其是目的条款的修改，必须考虑理论上的自治度和实践中的可行性。在多元价值的社会中，如果反垄断法不以维护竞争作为立法的直接目的，就极易迷失方向，而与其他法律制度混同，这不仅在理论上违背法律的体系性，也会在实践中诱发执法冲突、增加执法不确定性等问题，因此学界需要警惕反垄断法万能主义论。对于是否应当把鼓励创新、保护隐私等目的加入我国《反垄断法》第1条，在学界尚未达成广泛共识之前，应当采用“如无必要，勿增实体”的“奥卡姆剃刀”原理，不要为反垄断法徒增太多负担，也不要妄想反垄断法能直接解决市场经济中出现的所有问题。在修法时，不宜冒进盲动和贪大求全，应避免徒增立法成本，给监管执法带来难以适用的问题。^[61]

在当下及可预见的未来“强化反垄断和防止资本无序扩张”之下，反垄断执法机构应当积极反思过往执法的不足，尽量弥补疏于执法对市场竞争造成的“假阴性”错误，但同时仍然要保持足够的理性，避免陷入“运动式执法”的困境，防止“从不监管、松监管的极端，走向过度监管、过严监管的另一个极端”^[62]。隐私侵犯的问题日益严峻，反垄断法当然有必要保护隐私，不

• 61 •

[57] 参见《市场监管总局依法对阿里巴巴集团涉嫌垄断行为立案调查》，载 http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202012/t20201224_324638.html，最后访问时间：2020年12月28日。

[58] 参见《中国人民银行副行长潘功胜就金融管理部门约谈蚂蚁集团有关情况答记者问》，载 <http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/4153479/index.html>，最后访问时间：2020年12月28日。

[59] [美] 莫里斯·E. 斯图克、艾伦·P. 格鲁内斯：《大数据与竞争政策》，兰磊译，法律出版社2019年版，第382页。

[60] 参见[英] 哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社2020年版，第63页。

[61] 参见孙晋：《数字平台的反垄断监管》，载《中国社会科学》2021年第5期。

[62] 王先林、方翔：《平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2021年第2期，第93页。

过它只能借助维护竞争的通道对隐私给予间接保护,那些没有造成竞争损害的隐私侵犯问题就应当交由其他法律和部门处理。当然,鉴于我国数字经济市场的高集中度特性和几家大型互联网平台的显著市场势力,滥用市场支配地位侵犯隐私的行为较易产生排他性滥用的后果,反垄断执法机构有必要对侵犯隐私的行为给予更多的关注,对竞争损害的认定也不应过于严格。

同样值得进一步思考的是,由于隐私保护涉及非价格竞争维度的质量竞争,尤其是在具有强大数据驱动网络效应的市场中,对经营者集中进行反垄断审查时,有必要将集中后实体侵犯用户隐私的可能性及严重性纳入审查范围之中,但对此应该如何量化,如何修正传统的价格中心主义分析范式,建立以质量、隐私等非价格竞争作为主要评估工具的分析范式,^[63] SSNDQ(小幅但显著且非临时性的质量下降)测试的分析工具如何准确引入,还需要展开深入探讨。而当保护竞争和尊重隐私发生冲突时,反垄断法是否要始终以维护竞争优先,有无例外情形,两者如何达至最优的平衡,也是在理论和实践中有待持续探索的问题。可以明确的是,大数据时代的反垄断法必须关注隐私保护问题,但不能因此而放弃该法的“主业”,即维护自由的市场竞争秩序。

Abstract: With the advent of the era of big data, the issue of privacy protection has gradually entered the field of anti-monopoly law. Privacy involves the interests of consumers, privacy protection has become an element of non-price dimension on competition, and privacy violations can be used as a means to enhance market power. From the indirect and ultimate purpose of the competition law, which is protecting the interests of consumers, the protection of privacy should have a place in anti-monopoly law. However, if anti-monopoly law directly regulates the behavior of abusing the dominant market position to infringe users' privacy, it will face the double obstacle of theory and practice. After all, protecting privacy is not the direct purpose of anti-monopoly law. At the same time, anti-monopoly law enforcement resources are limited, and privacy protection involves multiple legal fields. In this regard, anti-monopoly law should insist on taking competitive damage as the basic standard for determining behavior, and pay more attention to privacy issues. In a highly concentrated market structure, the determination of competitive damage need not be too strict. Anti-monopoly law enforcement agencies should also improve the level of smart supervision and focus on strengthening coordination and complementarity with other privacy protection departments.

Key Words: abuse of dominant market position, privacy protection, consumers' interests, damage of competition, smart regulation

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)

[63] 参见殷继国:《大数据市场反垄断规制的理论逻辑与基本路径》,载《政治与法律》2019年第10期。

平台封禁行为的法律定性及解决路径

侯利阳 贺斯迈*

内容提要：“强化反垄断和防止资本无序扩张”的提出让我国的平台反垄断进入政策收紧阶段。继多起“二选一”行为被处罚之后，封禁行为成为平台反垄断的又一热点问题。封禁行为表面上涉及拒绝交易的问题，但本质上却是平台在同时行使市场组织职能与市场参与职能时产生的利益冲突问题。因此，与拒绝交易直接相关的两类垄断形态（必需设施与自我优待）不能完全涵盖封禁行为，也无法成为解决该问题的通行路径。但互联网技术互联互通的初始设计理念使得平台无法系统性封禁所有竞争者，而只能封禁有强竞争关系的竞争者。基于这一核心，解决平台封禁问题的主要路径应当是《反垄断法》中的差别待遇。

关键词：平台封禁 拒绝交易 自我优待 差别待遇

• 63 •

一、引言

数字经济从 20 世纪 90 年代产生以来就以前所未有的方式改造着传统经济。据统计，2020 年我国数字经济总量已经达到 39.2 万亿元，占国民生产总值的 38.6%。^{〔1〕} 由于互联网技术对经济发展的极大促进效应，世界各国长期都对互联网经营者持“包容审慎”的态度。但近期包括我国在内的主要反垄断法辖区开始不约而同地收紧这种宽松的态度。中共中央于 2020 年底提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”，^{〔2〕} 正式宣布我国进入了平台反垄断的强监管时代。随后，

* 侯利阳，上海交通大学凯原法学院教授；贺斯迈，上海交通大学凯原法学院博士研究生。

本文为上海市社科规划课题“我国反垄断法实施机制的国际比较研究”（2021BFX010）的阶段性成果。

〔1〕 参见中国信通院：《中国数字经济发展白皮书（2021）》，载 <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/202104/P020210424737615413306.pdf>，最后访问时间：2022 年 3 月 16 日。

〔2〕 参见陆敏、周琳：《解读中央经济工作会议精神：防止资本无序扩张》，载 http://bgimg.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/202012/27/t20201227_36160305.shtml，最后访问时间：2022 年 3 月 16 日。

2021年初国务院反垄断委员会颁布《关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄发〔2021〕1号)(以下简称《指南》)。《指南》将算法合谋、自我优待、平台“二选一”、“大数据杀熟”等引发社会热议的行为明确纳入《反垄断法》的规制射程。在此基础上,国家市场监督管理总局处罚的“阿里案”、〔3〕“美团案”〔4〕以及上海市市场监管局处罚的“食派士案”〔5〕都标志着平台反垄断执法的号角已经吹响。虽然立法和行政执法对热点问题做了快速回应,但如何将所有的平台垄断行为类型化并纳入既有法律体系以实现有效规制,仍是悬而未决的问题。〔6〕

与美国的互联网平台相比,我国平台间争议的频发与国内平台竞争的特殊模式有着极大的关系。谷歌、苹果、脸书、亚马逊(以下简称“GAFA”)等科技平台以产品创新和基础科技升级为主,而我国的互联网平台则以用户和商业模式创新为主。〔7〕这种发展方向使得我国的互联网平台以打造生态圈为目标,与GAFA相比呈现出纵向发展和横向发展方向的差异。横向发展的问题在于:市场的总容量有限,当竞争者都在拓宽基础业务面时,平台间的冲突和摩擦会更加频繁,从而导致垄断争议频发。从微观层面来看,平台以数字技术(digital technology)为基础架构的特质客观上降低了封禁行为的实施成本。从行为表现来看,绝大多数封禁都表现出平台业务接入的障碍,只是技术障碍的具体表现不同。如腾讯QQ不兼容奇虎360安全卫士、菜鸟关闭顺丰数据接口等。

大体而言,平台封禁行为对市场竞争的危害主要表现为两点:第一,该行为与互联网互联互通的初创理念相悖。〔8〕第二,平台一方面是参与竞争的经营者,另一方面也是为其他经营者提供交易场所的组织者。〔9〕这种双重角色的重叠赋予了平台可以通过收集竞争对手信息的方式来打击竞争对手的能力,也存在扭曲市场竞争的可能。〔10〕平台封禁行为频发引起了竞争法理论界与实务界的关注,也产生了许多学术成果。〔11〕但依然有一系列问题值得我们思考,比如:如何在法律层面界定平台封禁行为、此类行为与其他垄断行为的边界为何、应当如何适用《反垄断法》对之进行处罚等。2021年9月13日工业和信息化部尝试通过行政指导的方式来“分步骤分阶段解决屏蔽链接问题”,〔12〕但后续工作并无太大进展。因此,该问题的最终解决仍然需要在法律层面寻求答案。鉴于封禁行为的法律定性于今后反垄断执法的重要意义,本文拟对这一问题展开研究,以期对该领域的未来执法提供参考。

〔3〕 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕28号)。

〔4〕 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚〔2021〕74号)。

〔5〕 参见《上海市市场监督管理局行政处罚决定书》(沪市监反垄处〔2020〕06201901001号)。

〔6〕 参见孔祥俊:《论互联网平台反垄断的宏观定位——基于政治、政策和法律的分析》,载《比较法研究》2021年第2期。

〔7〕 参见孙金秀、童菁宇、王会龙:《中美独角兽企业发展比较及启示》,载《北方经贸》2020年第3期。

〔8〕 参见郭传凯:《互联网平台企业封禁行为的反垄断规制路径》,载《法学论坛》2021年第4期。

〔9〕 参见陈永伟:《平台反垄断问题再思考:“企业-市场二重性”视角的分析》,载《竞争政策研究》2018年第5期。

〔10〕 See Lina Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal, 710-805 (2017).

〔11〕 参见侯利阳:《互联网平台反垄断的局限与突破:由“腾讯封禁抖音案”引发的思考》,载《商业经济与管理》2021年第4期;叶明、贾海玲:《双重身份下互联网平台自我监管的困境及对策——从互联网平台封禁事件切入》,载《电子政务》2021年第5期。

〔12〕 参见夏旭田、王俊:《互联网“破壁行动”提速,工信部将分步骤分阶段解决屏蔽网址链接问题》,载 <http://www.21jingji.com/2021/9-14/yMMDEzNzlfMTYyNzIyMA.html>,最后访问时间:2022年3月16日。

二、平台封禁行为的法律定性

（一）封禁行为的成因

互联网经济在过去三十多年的发展过程中逐步发生变异，并产生了与设计之初完全不同的发展趋势。在 20 世纪 90 年代产生之初（或称之为 Web 1.0 时代），互联网经济主要呈现为信息的单向传递。此时的互联网公司先将传统信息数字化，然后向用户传递。这种单向的信息传递往往不涉及互联网公司的互联互通问题。千禧年后互联网进入了 Web 2.0 时代。这个时期的主要特征为互联网公司开始将用户纳入信息的制作过程之中。此时的互联网公司不再是单向信息的传递主体，而逐渐演变为用户传递信息的渠道。用户通过互联网平台分享自己制作的内容（user generated content）。自此，互联网平台逐渐演变为信息双向传递的平台。^{〔13〕} Web 2.0 时代的互联网平台都有自己的核心业务，原则上不应当产生竞争关系，基本上秉持了相互协作的态度。

不过，当互联网经济进入“互联网+”阶段之后，平台的概念开始进一步扩张。目前，平台的内涵不仅仅包括互联网公司为用户分享信息的平台，也包括互联网公司促使不同产品相互融合的平台。在“互联网+”时代，互联网公司为了增加用户黏性开始在核心业务之外整合其他互联网产品。^{〔14〕} 如此，平台的概念开始被拓展为互联网产品的集合平台，或者说互联网生态圈。^{〔15〕} 互联网生态圈的打造主要从两个层面进行。首先，互联网平台可以通过内部建设逐步扩张到其他业务领域。比如，腾讯除了核心的即时通信业务之外，还进入了短视频业务、支付业务、电子商务领域等。其次，互联网平台也可以与其他平台合作打造更为庞大的互联网生态圈。^{〔16〕} 比如，腾讯联合京东、拼多多进入电子商务领域，联合快手进入短视频分享领域；阿里巴巴联合优酷进入视频分享领域，联合新浪进入微博业务领域等等。

当平台的概念拓展为容纳不同互联网业务的聚合平台之后，不同平台之间就不再仅仅是合作共赢的关系，而演化出盘根错节的既合作又竞争的关系。此外，我国互联网行业的竞争开始呈现饱和状态，截至 2021 年 6 月，我国网民规模达 10.11 亿，互联网普及率达 71.6%。我国即时通信用户规模达 9.83 亿，网络视频（含短视频）用户规模达 9.44 亿，其中，短视频用户 8.88 亿，占网民整体的 87.8%。网络支付用户 8.72 亿，网络购物用户 8.12 亿，网络新闻用户 7.60 亿。^{〔17〕} 从这几类数据来看，不同互联网平台的用户数与总网民数占人口比值非常接近。这不但说明我国互联网平台用户存在高度重合，同时也意味着平台通过新增用户获得规模化的路径急剧收紧。因此，平台面临着从提升用户数量向提升单位用户利润的竞争。在这种既合作又竞争的复杂关系中，平台从原先“异质互联网业务的竞争”逐渐演变为“同质互联网平台的竞争”。封禁

• 65 •

〔13〕 See Tim O' Reilly, What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software, 65 *Communications & Strategies*, 17-37 (2007).

〔14〕 参见张江莉：《互联网平台竞争与反垄断规制：以 3Q 反垄断诉讼为视角》，载《中外法学》2015 年第 1 期。

〔15〕 参见杭州铁路运输法院（2018）浙 8601 民初 1020 号民事判决书。

〔16〕 参见陈兵：《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》，载《法学》2020 年第 2 期。

〔17〕 参见中国互联网络信息中心：《第 48 次中国互联网络发展状况统计报告》，载 <http://cnnic.cn/hlwfzjy/hlwxbzg/hlwjbg/202108/P020210827326243065642.pdf>，最后访问时间：2022 年 3 月 16 日。

行为正是在这样的背景之下愈演愈烈。

就这个角度而言,平台封禁行为与互联网行业的初始发展理念是相悖的。这主要表现在两个方面。其一,互联网以信息共享为设计理念,因此平台间的互联互通应为创设互联网的本意。封禁意味着与其他互联网平台不共通,也意味着不同平台的信息无法共享,会产生信息的孤岛效应,从而整体上不利于互联网经济的进一步发展。其二,信息互联网已经逐步演变成为注意力经济,也即通过吸引用户注意力获得商业利益的经济模式。^[18] 注意力经济使得广告的投放范围更广、投放对象更为精确,已经成为衡量互联网企业竞争力的关键标准。互联互通意味着用户可以通过单一平台浏览其他平台的信息,这不仅会增加既有用户的黏性,更可以吸引更多的潜在用户,获得更多的注意力。因此,加强平台间的互联互通原则上会形成互利共赢的局面,^[19]而相互封禁则会限制这种正向网络效应的放大。

(二) 封禁行为的定义

虽然平台封禁行为是近期互联网行业中的热门话题,但这个名称只能算作俗语,并非是一个法律术语。若在法律层面对平台封禁行为进行分析,那么封禁行为这个措辞至少存在两个问题。首先,平台封禁行为在词汇使用过程中大致呈现出两种含义。2019年之前的封禁主要是指互联网平台封禁用户账号的行为;^[20] 2019年之后封禁行为逐渐转变为互联网平台封禁另一互联网平台,或者相互封禁。其次,在现有的研究中,多数学者仅从既有案件出发总结行为方式(如“抖音诉腾讯案”^[21]),而未给出平台封禁行为的一般性定义。^[22] 从该行为的法律表现来看,学者们的理解也不一致。有学者将平台封禁理解为《反垄断法》中的拒绝交易行为;^[23] 也有学者认为平台封禁行为的范围更广,还应当包含“二选一”与差别待遇行为等^[24]。因此,在对该行为进行法律分析前有必要对平台封禁行为的概念进行法律定性。

本文认为平台封禁行为应当从如下两个层面进行理解。第一,明确封禁行为的对象。平台封禁行为可以被定义为在正常情况下可畅通进行的业务因为某种原因而被拒绝提供。在这一语境下,封禁行为最接近于《反垄断法》中的拒绝交易。进而,封禁行为的对象应当是平台内经营者,而非终端用户。若为后者,则是消费者保护的范畴,而非反垄断的范畴。第二,虽然平台为了实现不与平台内经营者交易之目的可以采取多种行为,但并非所有的行为都与封禁行为直接相关。与平台封禁产生交叉的垄断行为主要有“二选一”、限定交易、搭售和自我优待。^[25]下面对平台封禁与这几类垄断行为之间的异同进行分析。

[18] See Tim Wu, Blind Spot: The Attention Economy and the Law, 82 *Antitrust Law Journal*, 771 (2019).

[19] See Preta Augusto, Platform Competition in Online Digital Market (2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3272839>, last visited on Mar. 16, 2022.

[20] 参见解志勇、修清华:《互联网治理视域中的平台责任研究》,载《国家行政学院学报》2017年第5期;仲春:《“微信封禁公众号垄断纠纷”一审介评》,载《知识产权与市场竞争研究》2019年第1期。

[21] 参见北京知识产权法院(2021)京73民初189号民事案件受理通知书。

[22] 参见叶明、贾海玲:《双重身份下互联网平台自我监管的困境与对策——从互联网平台封禁时间切入》,载《电子政务》2021年第5期。

[23] 参见陈兵、赵青:《互联网平台封禁行为的反垄断法解读》,载《法治现代化研究》2020年第3期。

[24] 参见张江莉、张镭:《互联网“平台封禁”的反垄断法规制》,载《竞争政策研究》2020年第5期。

[25] 参见前引[24],张江莉、张镭文。

首先,“二选一”是指平台要求平台内经营者不得入驻其他平台。^{〔26〕}根据这一定义,“二选一”至少涉及三方主体:实施该行为的主体——平台,该行为的实施对象——平台内经营者,该行为的间接实施对象——竞争性平台。而平台封禁行为是平台与平台之间的封禁,只涉及平台与其他平台这两方主体。因此,平台封禁行为不涉及平台内经营者,或者说在该行为中竞争性平台与平台内经营者的身份合一。与“二选一”经常同时提及的垄断行为是限定交易,《反垄断法》将限定交易界定为垄断者限定交易相对人只能与自己或者自己指定的经营者交易的行为。^{〔27〕}从中可以看出,限定交易与“二选一”具有相同的目的。换言之,“二选一”在《反垄断法》中的映射即为限定交易。因此,本文认为平台封禁不同于“二选一”与限定交易。

其次,搭售在《反垄断法》中被归类为附加不合理交易条件的行为。^{〔28〕}《反垄断法》对于搭售的规定比较宽泛,此处的“附加不合理条件”应当是指附加购买其他商品的不合理条件。因此,学界一般将搭售定义为除非交易相对方同意购买另一商品,否则垄断者就拒绝出售其想要购买的商品。^{〔29〕}但平台封禁行为从目前的市场表现来看一般不会附带强迫竞争性平台购买其他商品或者服务的要求,而只是单纯地不提供服务。因此,平台封禁行为与搭售的区别显而易见。

再次,自我优待并非传统的垄断行为。该行为最早见于欧盟的“谷歌购物案”。^{〔30〕}虽然欧盟在该案中并没有给出自我优待的定义,但学者将之界定为“垄断者在下游市场或者其他相邻市场的竞争中相较于竞争者的商品更为优待自己的或者关联企业的商品”^{〔31〕}。从这个定义可以看出,自我优待是按照实施目的进行界定的垄断行为。为达成该目的,垄断者可以采取多种行为方式。而平台封禁是按照行为的表现方式进行界定的垄断行为。因此,二者在外延方面具有一定的交叉。具体而言,垄断者可能会采用平台封禁的行为方式来达成自我优待之目的。

鉴于此,本文中的封禁行为是指平台针对入驻自身平台的其他平台所实施的拒绝交易行为。这种封禁行为可以被视为一种选择性拒绝或附加苛刻条件的交易。在这种行为中,实施封禁行为的平台与被封禁的平台之间可能存在两重关系:第一重关系为上下游企业之间的交易关系(外在表现为拒绝交易),第二重关系为处于相同市场的竞争关系。从这两重关系来看,实施封禁行为的平台应当是纵向一体化(vertical integration)的经营者,一方面提供其他平台所需要的服务,另一方面又提供与其他平台具有竞争关系的服务。从行为表现来看,平台封禁与“二选一”、限定交易、搭售均有较为明显的区别,但与拒绝交易和自我优待具有一定的重叠关系。

三、拒绝交易与自我优待的分析路径

从前文的定性来看,平台封禁行为应当首先被认定为拒绝交易或者自我优待,其违法性分

〔26〕 参见王晓晔:《论电商平台“二选一”行为的法律规制》,载《现代法学》2020年第3期。

〔27〕 参见《反垄断法》第17条第1款第4项。

〔28〕 参见《反垄断法》第17条第1款第5项。

〔29〕 参见李剑:《合理原则下的单一产品问题——基于中国反垄断法搭售案件的思考》,载《法学家》2015年第1期。

〔30〕 See Case T-612/17, Google and Alphabet v. Commission, ECLI: EU: T: 2021: 763.

〔31〕 Pablo Ibáñez Colomo, Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles, 43 *World Competition*, 417-446 (2020).

析也应当首先从这两种行为开始。我国《反垄断法》第17条明确禁止拥有市场支配地位的主体实施拒绝交易的行为。虽然我国既没有自我优待的立法,也没有相应的执法实践,但《反垄断法》具有较为开放的体系,因此对自我优待的研究可以基于国外案例中形成的分析框架展开。

(一) 拒绝交易

互联网平台具有双边市场、网络效应、锁定效应,因此会产生“赢者通吃”的倾向。^[32]甚至,欧盟竞争执法机构在《数字市场法(草案)》中提出互联网平台控制着其他经营者进入市场的“入口”,应当将符合条件的互联网平台界定为“守门人”。^[33]如此,平台封禁行为主要与拒绝交易发生关联,而拒绝交易行为所涉及的主要理论为必需设施。

必需设施的观点首次出现在1912年美国的“终端铁路案”。^[34]该案提出“如果缺乏特定设施会使某一市场消失,则该行为本身违法”的观点。此后直至1985年的“阿斯彭高山滑雪场案”,^[35]该原则才正式被纳入反垄断的执法范畴,并最终确立了必需设施的分析框架:“当竞争面临被消灭的紧急情形时,不需要通过滥用市场支配地位——拒绝交易的分析步骤,可以直接认定特定设施构成必需设施,并对被拒绝的经营者进行救济。”^[36]欧盟在20世纪80年代引入这一原则,并在美国判例的基础上发展出了“新产品”^[37]和是否存在“核心替代设施”^[38]的分析要件。我国也有涉及必需设施的案件,如“先声药业案”、^[39]“扑尔敏案”、^[40]“重庆西南制药二厂案”^[41]等。从这些案件中可以总结出解决拒绝必需设施问题的一般思路:首先,拒绝交易的主体是同时活跃在上下游两个市场的企业,而被拒绝交易的主体只活跃在下游市场;其次,拒绝交易的主体在上游市场拥有近乎垄断的市场力量;最后,由于上游主体的拒绝交易行为,被拒绝交易的主体往往因为缺乏必需的生产资料被排挤出下游市场。

我国关于拒绝必需设施的规定具体体现在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》(以下简称《规定》)第16条和《指南》第14条。这两个细则确立的三个要件都围绕着平台是否足够“关键”进行判定:(1)其他产品的替代可行性;(2)相对人对该设施的依赖程度;(3)经营者提供该设施可能遭受的影响。在平台生态的经营模式下,交易往往由多个环节互补而成,因此,独家许可、商业秘密、专利等特定环节确实可能构成必需设施。^[42]但这并不意味着互联网平台

[32] 参见孙晋:《数字平台的反垄断监管》,载《中国社会科学》2021年第5期。

[33] See European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), available at https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf, last visited on Dec. 15, 2022.

[34] See United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U. S. 383 (1912).

[35] See Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U. S. 585 (1985).

[36] 前引[35]。

[37] Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Media print Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG 1998, ECRI-7791.

[38] Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG 2004, ECR I -5039.

[39] 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2021〕1号)。

[40] 参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处〔2018〕21号)。

[41] 参见《重庆市工商行政管理局行政处罚决定书》(渝工商经处字〔2016〕15号)。

[42] 参见唐要家:《反垄断经济学:理论与政策》,中国社会科学出版社2008年版,第211页。

的核心业务在任何情形下都会构成必需设施。事实上，平台很难满足构成“必需设施”的唯一性证明标准，如在线搜索服务市场，强大如谷歌的在线搜索平台也无法被认定为必需设施。互联网平台既不具有码头、港口等设施在物理建设层面的不可再建性，也不具有知识产权在法律层面的不可复制性，^{〔43〕}因此从必需设施的角度认定封禁行为违法难度极大。各国执法机构在认定互联网平台是否构成必需设施时也都非常谨慎。如美国 HiQ 诉 LinkedIn^{〔44〕}一案中，虽然法院要求 LinkedIn 开放数据，但是基于合同义务而非损害竞争，在 iTunes 一案中，法院也驳回了将 iTunes 数字音乐商店认定为必需设施的主张。^{〔45〕}

鉴于此，相较于其他滥用行为，必需设施的法律要件虽然明确，但证明标准比较高。实践中能够满足必需设施的案件非常少。时至今日尚未有任何一个互联网平台在反垄断案件中被认定为必需设施。而从垄断效果的分析来看，即使互联网平台实施了拒绝交易行为，也很难得出下游竞争者无法生存的结论。^{〔46〕}因此，虽然未来可能会有少数案件满足必需设施原则的要求，但总体而言这并非解决平台封禁行为的有效路径。

（二）自我优待

自我优待是伴随着互联网发展而产生的新问题，^{〔47〕}它是指当互联网平台与平台内经营者存在竞争时，平台对自己的产品或服务给予优惠待遇。目前，学界对“自我优待”性质上的判定存在很大差异。主要争议聚焦在该行为到底是经营者对自身竞争优势的合理运用，还是滥用市场支配地位行为。^{〔48〕}现阶段，自我优待在实践中的表现形式可以总结为两类。其一，平台在进行排名的时候将自营产品排在竞争性产品之前，或以更醒目的方式展现给用户；其二，平台不允许平台内商家提供竞争性的业务。

但是，从广义上来说，自我优待可以被归类为差别待遇。我国《反垄断法》条文中也存在禁止拥有市场支配地位的主体实施差别待遇行为的规定。^{〔49〕}这似乎暗示着反垄断法的可适用性。但《反垄断法》中的差别待遇是指拥有市场支配地位的主体对不同的交易第三方（不包括自己）所实施的差别待遇的行为。^{〔50〕}而自我优待中的差别待遇则是平台对自己或者关联企业的产品与对第三方产品之间的差别待遇。二者虽然具有形式上的相似性，但自我优待可能属于企业纵向一体化的自然效应。纵向一体化是提升生产效率的正常市场行为，若禁止经营者从事自我优待行为，则意味着不允许经营者从事纵向一体化的行为。反垄断法的目的应当是保护更有效率的市场行为，为了规制自我优待而限制纵向一体化则超越了传统反垄断法的执法范围。此前欧盟处罚谷

〔43〕 See Inge Graef, Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence, 38 Yearbook of European Law, 466 (2019).

〔44〕 See HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019).

〔45〕 See Sommers v. Apple, Inc., No. 5: 07-cv-06507 (N. D. Cal. Dec. 31, 2007); Slattey v. Apple, Inc., No. C 05-00037 JW, 2005 WL 2204981, (N. D. Cal. Sept. 9, 2005).

〔46〕 参见陈兵、赵青：《反垄断法下互联网平台“封禁”行为适法性分析》，载《兰州学刊》2021年第8期。

〔47〕 参见前引〔9〕，陈永伟文。

〔48〕 参见孟雁北、赵泽宇：《反垄断法下超级平台自我优待行为的合理规制》，载《中南大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

〔49〕 参见《反垄断法》第17条第1款第6项。

〔50〕 See Robert O' Donoghue, Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, p. 805.

歌自我优待的案件就受到了学界的诸多批评。^[51] 甚至, 欧盟法院前法官范斯特多夫(Vesterdorf)就批评该案, 对自我优待的否定性评价可能意味着垄断企业有义务与下游市场中的关联方和第三方以同等条件交易, 如果这一假设成立, 那么这种义务的来源已接近于必需设施。^[52]

解决这一问题的核心应当是确保平台在双重身份下进行决策时仍能保持中立, 传统意义上的平台仅扮演纯粹的中介市场角色, 比如房屋销售中介。但是互联网平台在提供中介服务的同时, 还亲身入场提供自营服务, 互联网平台这种既当运动员又当裁判的双重身份是自我优待行为产生争议的本源。但是这种冲突并不总是与利用市场支配地位相关, 即便没有市场支配地位的主体同样可以从自我优待行为中盈利。在欧盟委员会提起的《数字市场法(草案)》中, 该问题就被明确指出。^[53] 因此, 虽然欧盟存在适用反垄断法处罚自我优待的先例, 但欧盟委员会还是在该草案中建议设置平台不得自我优待的规制条款。^[54] 从这个角度也证实了自我优待行为尚无法被反垄断法完全涵盖。

(三) 小结

综上, 本文认为在反垄断法的语境下, 平台封禁行为较难从必需设施与自我优待的角度进行解决。互联网平台很难满足构成“必需设施”要求的唯一性标准, 也不会得出拒绝接入平台而面临退出市场的风险。从必需设施的视角分析反垄断法的适法性存在诸多争议。这种适法性争议的背后实际上是不同经济学理论的冲突。第三方总是希望互联网平台能够保持其业务的开放性, 以此为基础可以提供更多的增值服务。^[55] 但反垄断框架中的市场效率分析不能过于倾向任何一方。过于强调增值服务的提供意味着对于基础服务提供者的侵害。若因此阻碍了提供基础服务者的创新动力, 那么增值服务的提供无异于无本之木。此外, 对于封禁行为是否会抑制互联网平台的生产效率, 经济学界存在不同的观点。无论基于主观意愿还是客观技术角度, 互联网平台不可能对所有的竞争性平台都实施封禁行为。实施封禁行为的可能性需要根据平台提供的产品和服务作进一步细分。如果两个平台提供的产品同质性高, 那么相互封禁的行为发生概率就高; 反之, 如果产品差异化很大, 甚至有较强的互补性, 则封禁行为的发生概率就降低。但平台产品的同质化也决定了平台间的封禁行为是个零和博弈。^[56] 虽然封禁行为的实施会使得市场结构更加不均衡, 优势平台的市场份额会进一步提升, 但却不会降低社会福利水平。换言之, 该行为可能并不会损害市场效率。^[57] 正是这些冲突的观点使解决平台封禁问题的探讨难以达成一致。

[51] See Inge Graef, Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence, 38 *Yearbook of European Law*, 473 (2019).

[52] See Bo Vesterdorf, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal—Two Sides of the Same Coin? 1 *Competition Law & Policy Debate*, 4–9 (2015).

[53] 参见前引[33]。

[54] 参见前引[33]。

[55] 参见张晓明、夏大慰:《开放平台与所有权平台的竞争: 网络效应与策略选择》, 载《中国工业经济》2006年第12期。

[56] 参见陈永伟:《封禁问题的是与非》, 载《经济观察报》2021年7月19日, 第33版。

[57] 参见刘大为:《差异化平台竞争中的兼容激励研究》, 载《软科学》2018年第4期。

四、差别待遇的分析路径

（一）反垄断法中的差别待遇

虽然封禁行为较难从必需设施和自我优待的角度进行处理，但这并不意味着封禁行为无法被其他行为类型涵盖。平台间的互联互通不仅是互联网的设计理念，而且也会带来合作共赢的效果。因此，互联网平台在实施封禁行为的时候很难做到完全封禁第三方主体。换言之，即便封禁行为对自己有利，作为市场组织者的互联网平台也无法将自己打造成完全封闭的体系，从而完全不与其他平台互联互通。如此，在实施封禁行为的时候互联网平台往往只封禁与自己有直接的、紧张的竞争关系的平台，而与和自己具有弱竞争关系的平台保持互联互通。若是无差别性全部封禁，则只能通过必需设施和自我优待的路径进行分析，但若是选择性封禁，则会涉及《反垄断法》第17条第1款第6项中的差别待遇行为。

从表面上来看，差别待遇具有天然的违法性。但在反垄断法框架中多数差别待遇行为都是合法的。经济学假设边际收益是不断递减的，而边际成本是递增或不变的。差别待遇可以使得销售量落在边际收益递减曲线和边际成本递增曲线的交叉点或者某一个区间，从而可以产生扩大销售量的效果。^[58] 根据企业采取的价格决策不同，差别待遇可以分为一级歧视、二级歧视和三级歧视。一级歧视，是针对每个消费者收取不同的价格，且该价格是消费者的保留价格。传统经济学认为，一级价格歧视不存在效率损失，所有价格等于边际成本以上的需求都能被满足，因此也称“完美歧视”。二级歧视即“非线性定价”，是指根据不同的交易量收取不同的价格。三级歧视是指对处于不同市场、需求曲线不同的消费者采取不同的定价。^[59] 由于这些歧视行为可以满足一部分原本无法购买相关产品的消费者的需求，因此，经济学界通常认为差别待遇会一定程度地提高社会福利。

虽然多数差别待遇具有促进竞争的效果，但在特定市场条件中差别待遇也会造成排除限制竞争的效果，从而违反《反垄断法》。经济学界将差别待遇的竞争损害分为“一线损害”（primary line injury）与“二线损害”（secondary line injury）。^[60] 这种划分方式的意义在于区分该行为所致的损害后果属于横向损害还是纵向损害。在一线损害的场景中，实施差别待遇的企业与接受差别待遇的企业处于同一个相关市场。这类行为的主要表现形式是给予新老客户不同的待遇，吸引竞争对手的客户，以排除、限制同一市场中竞争者为目的。二线损害是指损害结果发生在不同层级的经营者之间，其目的是排除次级市场上的竞争。此类行为的实施主体往往为纵向一体化的企业，它们同时活跃在多个市场，通过对交易相对方实施不同条件使特定相对人处于竞争劣势。^[61] 虽然这两种损害均可能违反《反垄断法》，但从实践来看反垄断执法机构更关注产生二线损害的差别待遇。^[62] 这也与本文研究的平台封禁行为密切相关。

[58] 参见张维迎：《经济学原理》，西北大学出版社2015年版，第266-273页。

[59] 参见许光耀：《价格歧视行为的反垄断法分析》，载《法学杂志》2011年第11期。

[60] 参见唐要家：《三级价格歧视竞争效应与反垄断政策》，经济科学出版社2016年版，第191页。

[61] 参见兰磊：《非法价格歧视行为的判断标准研究》，载《竞争政策研究》2015年第2期。

[62] See Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2014, p. 559.

我国对于差别待遇的禁止主要体现在《反垄断法》《规定》和《指南》这三部法律文件中。根据这些法律文件,差别待遇的反垄断分析包含四个要件:(1)经营者具有市场支配地位;(2)经营者实施了差别待遇的行为;(3)该行为对市场具有排除、限制竞争的影响;(4)该行为不具有正当理由。^{〔63〕}市场支配地位的认定因涉案业务的不同会呈现差异,本文的分析侧重于垄断行为的定性分析,因此在下文的分析中假定市场支配地位要件已经满足。

(二) 差别待遇行为

《反垄断法》将差别待遇的行为要件界定为“对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”。鉴于此,差别待遇包含两个细分行为要件:(1)交易相对人的条件相同;(2)在交易价格等交易条件上存在差别。虽然《反垄断法》本身对于这两个要件没有进行详细规定,但《规定》和《指南》都给出了认定标准。

差别待遇的核心行为要件是第二个要件,即对不同交易相对人的交易条件存在差别。在实践中,这个要件的满足并不困难。我国的反垄断执法机构对于交易条件的差别并没有设置较高的证明标准,存在“交易价格、数量、品种、品质登记、优惠条件、付款条件、交付方式、售后服务条件”^{〔64〕}等方面的差别即可满足该要件的举证责任。而对于平台经济领域,“基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等,实行差异性交易价格或者其他交易条件”或者“实行差异性标准、规则、算法”也属于差别待遇。^{〔65〕}从这些规定可以看出,任何导致交易相对人价格或者成本不同的行为均可归类为差别待遇。而具体到平台封禁行为,交易条件的差别更容易判断:只要被封禁的市场主体发现相关市场中存在未被封禁的其他经营者即可满足该要件。

比较复杂的是第一个要件——交易相对人的条件相同。市场的交易情况千差万别,反垄断法中的差别待遇也不可能要求拥有市场支配地位的主体同等对待所有的交易相对方。这个要件的目的在于明确不同交易主体之间的可比性。^{〔66〕}可比性分析应当首先区分经营者的内部交易与外部交易。前述关于自我优待的分析已经指出,反垄断法并不禁止经营者优待自己的隶属企业或者关联企业。这些交易属于经营者的内部交易,交易条件自然会与第三方的外部交易存在较大的差别。实际上,差别待遇也仅限于在外部交易中的歧视性行为。但第三方主体之间也存在“交易安全、交易成本、交易规模、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面”^{〔67〕}的差别,因此也并不必然具有可比性。具体到平台经济领域,不同的交易相对人也会存在“隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面”的差异,^{〔68〕}从而会影响可比性。

当涉及价格或者具体成本方面的差别待遇时,不同交易相对方之间的可比性分析非常困难。类似于交易安全、交易成本、交易规模、信用状况、交易环节、交易持续时间等方面的信息很难被合同之外的第三方获悉,因此原告在实践中很难完成这方面的举证责任。不过平台封禁行为具

〔63〕 参见《规定》第21条。

〔64〕 《规定》第19条。

〔65〕 参见《指南》第17条。

〔66〕 参见李剑:《标准必要专利许可费确认与事后之明偏见:反思华为诉IDC案》,载《中外法学》2017年第1期。

〔67〕 《指南》第17条。

〔68〕 参见《指南》第17条。

有明确的外部表现形式，从而使得可比性分析变得较为简单。互联网平台是组织市场的双边市场，原则上平台应当吸纳尽可能多的用户和平台内经营者。^{〔69〕}对于平台来说，不同用户之间与不同平台经营者之间都是同等的关系。平台封禁行为意味着平台拒绝向某些平台内经营者提供服务。那么除非该经营者与其他平台内经营者存在较大的差别，否则平台原则上不得实施封禁行为。因此，在实践中被封禁的经营者并不难建立与其他经营者的可比性。比如在“抖音诉腾讯案”中，腾讯封禁直连的对象仅为抖音，而对其他第三方短视频平台（比如西瓜视频等），腾讯并没有实施封禁行为，那么单单封禁抖音的行为则属于差别对待的行为范畴。

（三）排除限制竞争

反垄断法并不是禁止所有的差别待遇行为，而只是禁止具有排除限制竞争影响的差别待遇行为。该要件的设置意在阐释差别待遇行为并非是本身违法行为，而是合理原则分析的行为。^{〔70〕}所谓的排除限制竞争影响并不是分析垄断行为对于具体对象的侵害效果，而是要分析该行为对整个相关市场中的竞争机制的影响。如何分析排除限制竞争影响，《反垄断法》及其细则并没有明确，不过既往的案例已经展示出较为清晰的分析思路。从我国的反垄断执法实践来看，排除限制竞争效果应当包含两个要件。

其一，实施垄断行为的主体在实施该行为后获益。反垄断法的目的是通过对垄断行为的处罚恢复竞争机制。如果某垄断主体在实施垄断行为之后市场份额大幅度下降，那么一方面意味着其行为对竞争机制没有造成任何负面影响，另一方面也意味着市场机制对于该行为已经做出了有效的反馈，那么反垄断执法机构也没有介入之必要。该要件在我国最高人民法院审理的“3Q案”中有明确说明。^{〔71〕}最高人民法院发现：在腾讯公司实施涉案垄断行为后的两三周内，“主要竞争对手 MSN、飞信和阿里巴巴等的用户数量均有较高增幅；如果该行为持续更长时间，腾讯的市场份额将大幅下滑”，并最终以此认定腾讯的行为没有产生排除限制竞争影响。

其二，其他竞争者能否有效应对该垄断行为。即便在实施垄断行为后垄断主体的市场份额提升，也并不意味着产生了排除限制竞争影响，这也可能是垄断主体的产品质量远远高于竞争对手所致。因此，当发现垄断主体的市场份额提升后，还需要分析其他竞争者能否有效应对该垄断行为。与该要件相关的典型案例是“利乐案”。^{〔72〕}执法机构经过调查发现：在利乐公司实施了忠诚折扣后，如果竞争对手要获得同等的销量，他们的折扣幅度必须要高于利乐公司的一倍左右，才能与后者有效竞争。因此，执法机构认为利乐公司的行为严重提高了竞争对手的成本，压缩了竞争者的生存空间，并判定该行为产生了排除限制竞争影响。

对于歧视性的平台封禁行为来说，被封禁的主体应当调查实施封禁的主体是否出现市场份额提升的效果。如果实施封禁的主体并未获得更多的市场份额，那么这些行为就应当是符合《反垄断法》的。若发现实施封禁的主体获益后，被封禁的主体还需要继续证明自己无法有效应对该封禁行为。以“抖音诉腾讯案”为例，腾讯封禁抖音直链的行为可以视为增加了抖音的广告宣传成

〔69〕 参见宁立志：《双边市场条件下相关市场界定的困境和出路》，载《政法论丛》2016年第6期。

〔70〕 参见李剑：《制度成本与规范化的反垄断法：当然违法原则的回归》，载《中外法学》2019年第4期。

〔71〕 参见中华人民共和国最高人民法院（2013）民三终字第4号民事判决书。

〔72〕 参见《国家工商行政管理总局行政处罚决定书》（工商竞争案字〔2016〕1号）。

本,进而可以将抖音与其他未被封禁的短视频平台进行比较,以被拒绝直连的时间为节点,通过新增、维持活跃用户费用的增长证明拒绝直连的行为大幅提升了抖音的竞争成本。如果市场数据支持这一判断,则可证明腾讯公司的封禁行为产生了排除限制竞争影响。

(四) 合理排除事由

作为对千变万化的市场竞争的回应,在确定涉案行为产生排除限制竞争影响后,反垄断法允许垄断主体以合理理由进行抗辩。根据我国的相关规定,垄断行为的合理理由大致分为两类。第一类是符合交易习惯和行业惯例的行为,属于自由约定有效的范畴。第二类是为了应对竞争压力而实施的行为。第一类行为是反垄断法对市场机制自我规制效应的尊重,即对交易习惯和行业惯例的认可。^[73] 第二类合理理由主要是指“针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动”和“随机交易”带来的新增用户激励。^[74] 世界各国均允许经营者(包括具有市场支配地位的经营者)为了应对竞争压力而实施差别待遇。^[75] 获得新用户是所有经营者参与市场竞争的主要目的,因此,针对新用户的首次交易以及在合理期限内开展的优惠活动往往被认为是合理行为。

平台封禁行为很难与第二类合理理由产生关联,因此,是否符合第一类理由是此类案件中分析的关键。互联网经济从产生到现在也只有不到三十年的历史,尚未形成广为接受的交易习惯和行业惯例,这也是互联网领域产生诸多争议的主要原因。^[76] 但也存在一些可资讨论的公开规则。目前的平台封禁行为主要表现为外部链接直接分享的封禁。而对何种外部链接可以分享,各个平台也都制定了自己的内部规则,比如《微信外部链接内容管理规范》,^[77] 那么这些管理规范就可以成为实施封禁的主体自我认可的交易习惯和行业惯例。在上述文件中腾讯详细列举了十九类外部链接可能会被禁止的情形,但这些禁止性规定针对的是存在内容违规的具体链接,其处罚措施也只是对违规链接进行不同形式的封禁。而在“抖音诉腾讯案”中,腾讯却是对来自抖音平台的所有外部链接进行整体性封禁,并未从内容上进行违规或者不违规的区分。那么,该行为在上述文件中就缺乏直接的条文依据,因此难以从交易习惯和行业惯例上面得到豁免。

五、结 语

互联互通对于互联网及其参与者(包括用户、平台经营者、其他平台)的益处显而易见。但是平台实施封禁行为仍然有足够的动机与合理性。这主要是因为平台一方面是市场的组织者,另一方面又是市场的参与者。这种双重身份在平台打造互联网生态圈的过程中会出现利益冲突的问题:作为市场组织者的平台应当具备中立性;但作为市场参与者,平台又承担着个体利益最大化的压力。由于这种冲突根源于平台的双重身份,因此,我们不能简单认定平台实施封禁行为合法

[73] 参见《规定》第19条;《指南》第17条。

[74] 参见《规定》第19条;《指南》第17条。

[75] 参见肖伟志:《应对竞争的抗辩:美国和欧共体反价格歧视法的比较与借鉴》,载《河北法学》2006年第7期。

[76] 参见孟雁北:《反不正当竞争法视野中的商业道德解读——以互联网行业不正当竞争行为的规制为例证》,载《中国工商管理研究》2012年第12期。

[77] 参见腾讯:《微信外部链接内容管理规范》,载 https://weixin.qq.com/cgi-bin/readtemplate?t=weixin_external_links_content_management_specification,最后访问时间:2022年3月16日。

或者非法。如果一概允许封禁行为，必然会损害其他互联网行业参与者的利益；但若一概禁止封禁行为，又会损害平台自身的利益。此外，封禁行为出现的主要原因是平台兼具双重身份引发的利益选择冲突，因此，认定要件苛刻的必需设施或其他一般性滥用行为的分析范式都难以有效解决平台封禁的问题。但是，互联互通的初创理念使得平台不会也无法实现系统性封禁所有存在竞争关系的主体，封禁的对象往往只聚焦于有强竞争关系的主体。因此，封禁行为的损害效果因为满足《反垄断法》的违法性要件而具有适法性，而进入差别待遇的规制范畴则在于经营者在交易时有“选择性”地进行过对象或条件的筛选。综上所述，反垄断法中的差别待遇应当是目前解决平台封禁行为的最优方案。

Abstract: The proposal of “strengthening antitrust and preventing disorderly expansion of capital” makes China’s platform antitrust enter the stage of policy tightening. After several “one out of two” behaviors were punished, the blocking behavior has become another hot issue of platform antitrust. On the surface, the platform ban behavior involves the problem of refusing transactions, but in essence, it is the conflict of interest of the platform in exercising the functions of market organization and market participation. Therefore, the two types of monopoly forms directly related to the rejection of transactions (essential facilities and self preferential treatment) cannot fully cover the blocking behavior, nor can they become a common path to solve this problem. However, the design concept of internet interconnection makes the platform unable to systematically ban all competitors, but only competitors with strong competitive relationship. Therefore, the main way to solve the platform ban should be the differential treatment in the anti-monopoly law.

Key Words: platform ban, refuse to deal, self preferential treatment, differential treatment

• 75 •

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的适用

黄 军*

内容提要：公平竞争审查例外制度的具体实施离不开相应的法律原则作为指引，其中最为关键也最为重要的当属比例原则。在比例原则的基本内容架构方面，有必要在传统“三阶理论”之中导入新的子原则——“目的正当性原则”，借以确立起“四阶理论”。在公平竞争审查例外制度运行过程中，引入比例原则事实上不仅具有必要性，而且也具有相应的合理性。比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的具体展开需要着重处理好如下四个层面的内容：一是政策措施的目的正当性审查；二是政策措施之于目的的适当性审查；三是政策措施之于目的实现的必要性审查；四是政策目的实现与竞争损害之间的均衡性审查。

关键词：公平竞争审查 例外制度 比例原则

一项法律制度的实施往往离不开相应的法律原则作为指引，这很大程度上与法律原则自身的性质及其特征不无关系。就性质方面来看，一般认为，法律原则是构成法律规则基础或者来源的综合性、稳定性的原理与准则。在此基础上，有学者进一步形象地比喻，如果将法律规则视为法律的“细胞”，那么法律原则便构成了法律的“灵魂”。^{〔1〕}就特征层面而言，法律原则大致具有如下特征：一是覆盖范围的宽泛性；二是宏观层面的指导性；三是高度的稳定性。^{〔2〕}具体到公平竞争审查例外制度运行语境之中，尽管现有规范层面并未明文规定应当遵循哪些基本原则，但这并不意味着其实施过程无需相应的法律原则作为内在指引。正如经济合作与发展组织的监管组织改革报告所指出的：“作为一般改革战略，政府应该扩展竞争政策有效性和适用范围。应该重新审视竞争机构和竞争法的有效性和适用范围，必要时应对此加以强化。”^{〔3〕}事实上，鉴于我国公平

* 黄军，青岛大学法学院讲师。

〔1〕 参见李龙主编：《法理学》，武汉大学出版社2011年版，第127页。

〔2〕 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第55页。

〔3〕 OECD Competition Assessment Toolkit, available at <http://www.oecd.org/daf/competition/98765436.pdf>, last visited on Feb. 20, 2020.

竞争审查例外制度自身具有的高度不确定性,加之现有自我审查模式可能引致的滥用风险,准确厘定这一制度运行的基本原则不仅殊为必要,也颇具现实意义。某种程度上,通过归纳与提炼例外制度实施的基本原则,也可以为今后进一步构建与完善科学的公平竞争审查制度体系奠定较为坚实的理论基础。虽然公平竞争审查例外制度运行过程需要依循的基本原则并非是单一指向,但在本文看来,其中最为关键的也最为重要的原则当属比例原则。

一、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的前提厘定

在具体阐述比例原则作为公平竞争审查例外制度运行约束原则的具体理由之前,有必要对“比例原则”这一范畴的理论意涵及其基本架构加以简要介绍,从而奠定相应的认识基础。

众所周知,作为发端于德国公法领域的一项重要法律原则,比例原则素有“皇冠原则”(“帝王条例”或者“第一条例”)之称,其具有的重要意义不言自明。从发生学意义上来看,比例原则的最初确立,很大程度上针对的是警察权的滥用问题,即旨在对警察权力行使施加相应的约束与限制,也就是要求警察权力须以对人民权利侵害最小的方式行使。在此基础上,该原则开始逐渐扩展延伸至行政法与宪法等其他领域。在一般意义上,比例原则指涉的是有关公权力(可能是立法、司法与行政行为)限制基本权利的目的与所采取的手段之间是否合乎相当的比例。^{〔4〕}进一步结合该原则的内部构成要素来看,目前学界的主流观点是传统的“三阶理论说”,亦即主张比例原则的内容实际上依次涵盖了三项具有递进关系的子原则——适当性原则、必要性原则与均衡原则。详细而言,其中适当性原则,也称“妥当性原则”或者“合目的性原则”,其是从目的导向维度对公权力提出的要求,也就是公权力的行使应该有助于实现目的;必要性原则,也称“最小损害原则”或者“不可替代性原则”,是指在追求目的实现的过程中,公权力的行使应当择取对人民权利侵害最小的方式进行;均衡性原则,又称“狭义的比例原则”或者“相当性原则”,是指在符合适当性原则与必要性原则的基础上,为了达致相关目的所采取的手段虽然是必要的,但不能因之给人民造成过重的负担,从而损害其他应当受到保护的法益。就目的与手段的关系来说,该原则本质上便是要求公权力手段运用所带来的公益与其所造成的损害之间具有比例性。^{〔5〕}

随着理论研究的不断深化,尤其是通过结合相关实践个案的引入分析,当前国内外已经有部分学者就传统意义上比例原则内容构成的“三阶理论”提出了质疑与批判,进而主张对该原则加以适度修正与重构。^{〔6〕}其中,备受理论界与实务界关注的主张便是在比例原则之中导入一项新的子原则——“目的正当性原则”,并将其置于四项子原则之首,从而构建起由目的正当性原则、

〔4〕 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(增订新版·上卷),法律出版社2010年版,第418页。

〔5〕 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期。

〔6〕 就国内来看,目前涉及“四阶理论”的代表性文献有:刘权:《行政判决中比例原则的适用》,载《中国法学》2019年第3期;蔡宏伟:《作为限制公权力滥用的比例原则》,载《法制与社会发展》2019年第6期;蒋红珍:《目的正当性审查在比例原则中的定位》,载《浙江工商大学学报》2019年第2期;杨登峰:《从合理原则走向统一的比例原则》,载《中国法学》2016年第3期。就国外相关研究来看,赞成比例原则“四阶理论”的代表性文献有:Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitation*, Cambridge University Press, 2012, pp. 529 - 548; Rivers, Julian, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 (1) *The Cambridge Law Journal*, 174 (2006); Urbina, Francisco J, *A Critique of Proportionality*, 57 (1) *The American Journal of Jurisprudence*, 49 (2012)。

适当性原则、必要性原则与均衡性原则所组成的“四阶理论”。具言之，所谓目的正当性原则是指在依据比例原则审查手段是否契合目的之前，首先应当审查该目的自身是否具有正当性，并将其作为一项独立的审查步骤加以对待。^{〔7〕}在理据支撑方面，尽管在形式上认可比例原则“四阶理论”的学者进行了不同的阐述，但归纳其理由主要如下：首先，在一般意义上，目的正当是行为正当的逻辑起点与基本前提。换言之，只有目的正当，才能产生正当的行为；反之，在不正当目的指引下而实施的行为自然不会是正当的。^{〔8〕}有学者进一步从宪法维度切入并指出，限制宪法权利的目的并不具有天然正当性，只有符合宪法所确认的限制目的前提下，相应的法律限制才可被认定是正当的。^{〔9〕}其次，就逻辑体系与功能实现层面而言，如果比例原则之中缺少目的正当性原则，而是选择以适当性原则作为整个规范框架适用的起点，那么无异于“对整个论证框架和逻辑体系进行‘截流’”^{〔10〕}。如此一来，其不可避免将会对比例原则预期功能的达成造成不利影响。另外，在比例原则中的适当性原则之前加入目的正当性原则的做法契合了实质法治的发展趋势及其基本要求。最后，从比较法维度来看，有关比例原则逻辑结构的“四阶理论”在不同程度上也得到了一些国家司法实践的认可与支持，^{〔11〕}即在适用比例原则过程中往往会对目的正当性加以审查。

通过以上简要论述可以看到，尽管目前学界对于比例原则的基本意涵总体上已经形成了共识，但是对于这一原则的具体内容或者说逻辑结构却存有较大的意见分歧，其主要表现为“三阶理论说”与“四阶理论说”之争。就本文而言，笔者更倾向于采纳后一种观点，也就是坚持“四阶理论”的比例原则。原因在于，在性质上，作为一项涉及公权力的手段与目的适当性的评价工具，比例原则理应兼顾目的与手段的双重正当性，而不可偏废其一。若依此标准来审视，三阶比例原则的不足之处便在于仅重视了手段层面的正当性，却忽视了目的层面的正当性。目前学界也有一种代表性观点认为，传统意义上的三阶比例原则与四阶比例原则实际上并无本质差别，因此主张比例原则之中并无必要引入目的正当性原则。其理由在于：一方面，作为我国行政法的基本原则，依法行政的基本要义之中已然涵括行政行为目的的合法性，也就是说，其预设目的本身就是正当的；另一方面，在适用比例原则过程中，借助其中的子原则——均衡性原则也可判定目的正当性。^{〔12〕}但在本文看来，前述两方面的理据阐发实际上均是值得进一步推敲的。详言之，应然层面的目的正当性不等于实然层面的目的正当性。虽然依法行政原则从形式上要求公权力行使目的应当具有正当性，但这并不意味着具体实践层面公权力行使目的的真实情况即是如此。而认为均衡性原则之中已经隐含判定目的正当性的内容这一观点，实则也是对这一子原则意涵的误读。如前所述，均衡性原则最为主要的目标在于解决公权力行使的手段与目的之间的比例相称性问题。基于以上论述，确立涵括目的正当性这一子原则的四阶比例原则也就顺理成章。

〔7〕 参见前引〔6〕，蒋红珍文。

〔8〕 参见前引〔5〕，刘权文。

〔9〕 参见范进学：《论宪法比例原则》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔10〕 前引〔6〕，蒋红珍文，第58-59页。

〔11〕 参见前引〔6〕，刘权文。

〔12〕 参见崔梦豪：《比例原则在行政诉讼中的适用——以28个典型案例为分析对象》，载《财经法学》2019年第2期。

二、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的必要性与合理性

在公平竞争审查例外制度运行过程中,主张明确引入比例原则并非是出于顺应该原则日渐显现普适化趋势的考量,其不仅具有必要性,而且也具有内在合理性。

(一) 必要性维度

就公平竞争审查例外制度而言,如果其依据现有规范便可以良性有序地运作,那么此时主张辅之以比例原则便是毫无意义的。在公平竞争审查例外制度运行中,主张引入比例原则既是基于对该制度所具有的重要性的基本认知,也是基于对其局限性的准确把握。以下详述之。

其一,公平竞争审查例外制度的重要性。其可从如下两个维度作出具体解读:就制度之间的相互关系来看,作为公平竞争审查制度整体框架的有机组成部分,例外制度无疑会对公平竞争审查常规制度的具体落实产生重大影响。在某种意义上甚至可以说,公平竞争审查常规制度的有效运行将部分取决于例外制度的适用情况。原因在于:在理论上,公平竞争审查常规制度具有普遍性,相关规范应当普遍适用于审查过程之中;而作为对常规制度的背离,公平竞争审查例外制度所提供的行为模式恰恰与常规制度所提供的行为模式是相互对立的。^[13]在此情形下,公平竞争审查例外制度将在特定范围内排除常规制度的有效适用。从这个意义上来说,如果将公平竞争审查常规制度比作一张“过滤网”的话,那么公平竞争审查例外制度的存在将会直接影响该过滤网口的口径大小(即审查范围的宽窄),从而最终影响整个审查工作的有效实施与顺利推进。就制度本身而言,公平竞争审查例外制度的重要性事实上也可透过规范文本层面的立法旨趣得以彰显。作为一项基于目的导向而设计出来的特殊制度类型,一个显见不争的事实是,立法者设置公平竞争审查例外制度主要意在维护特定情形下的国家利益与社会公共利益。

其二,现有公平竞争审查例外制度的局限性。此处的局限性,主要指向的是公平竞争审查例外制度面临的滥用风险。之所以会出现此种滥用之虞,主要是源于如下几个方面的因素:(1)例外制度自身的模糊性与不确定性。具言之,公平竞争审查例外制度的不确定性很大程度上与相关概念表述的抽象性紧密关联。就目的指向层面来看,在我国现有公平竞争审查例外制度框架之中,无论是整体意义上的“国家利益”与“社会公共利益”,还是具化层面的“国家经济安全”“文化安全”“扶贫开发”“救灾救助”以及“节能环保”等,这些概念范畴在理论意涵与具体外延方面并非清晰无争,恰恰相反,均带有不同程度的不确定性。以其中的“社会公共利益”为例,虽然结合现有制度语境,其含义可以被进一步限缩为各类非经济性的社会政策目标,但此种不确定性显然并未得到有效消除。这样一来,在认识论维度上,不同的审查主体对于政策措施是否符合社会公共利益便有可能存有差异化的看法。^[14]就具体的限定要件而言,公平竞争审查例外制度中的“对实现政策目的不可或缺”以及“不会严重排除和限制市场竞争”也并不是毫无争议的。(2)自我审查模式可能诱发的制度套利现象。在一般情形下,有学者指出,现有公平竞争

• 79 •

[13] 参见易军:《原则/例外关系的民法阐释》,载《中国社会科学》2019年第9期。

[14] 参见应品广:《公平竞争审查制度:中国竞争政策的重大创新》,载王先林主编:《竞争法律与政策评论》(第2卷),上海交通大学出版社2016年版,第20页。

审查的自我审查模式实则蕴含着两方面的悖论式困局：一是基于能力不足而无法审查；二是基于激励扭曲而不愿审查。^{〔15〕}与前述情况迥然有别的是，就公平竞争审查例外制度而言，自我审查模式的确立可以说极大地顺应了地方（部门）保护主义以及地方（部门）利益优先考量的需要。在此背景下，不得不让人担忧的是，公平竞争审查例外制度是否会沦为地方政府的套利工具。这一问题无疑值得加以重视。（3）现有竞争机制的不完善性。除了以上两方面因素之外，我国竞争机制的不完善性也是造成例外制度可能被滥用的重要诱因。有学者将此种竞争机制的不完善性进一步归纳为竞争法治的不健全，尤其是与之相应的法律责任设计层面的缺陷、经济体制运行仍然深受计划经济的影响以及竞争文化的薄弱性三个方面。^{〔16〕}作为我国竞争机制的重要组成部分，公平竞争审查例外制度无可避免会受到前述不完善性的消极影响，如此一来，也就不难理解这一例外制度所面临着的滥用风险。

综上所述，一方面，公平竞争审查例外制度具有其自身的重要影响与现实意义；另一方面，囿于当前多方面因素的影响与制约，这样一项特殊的制度安排又面临着较大的滥用风险。于此情形下，除了法建构论意义上的制度完善之外，不可忽视的现实做法便是通过引入或者明晰制度适用的基本原则对这一制度运行过程加以合理控制与有效约束，以避免可能出现的例外滥用情形。而在这一过程中，比例原则恰好可以有针对性地发挥其所具有的相应调节功能。从这个意义上来说，主张公平竞争审查例外制度的实施应当受到比例原则的约束具有必要性，这与该制度自身的重要性及其存在的局限性可谓息息相关。

（二）合理性维度

在公平竞争审查例外制度运行中，之所以认为明确比例原则这一约束性原则有其合理性，这主要是出于对比比例原则与公平竞争审查例外制度两者内在契合性的深层次考量。具体而言，此种契合性主要体现为如下四个方面。

一是利益衡量层面的相通性。此处的相通性，是指公平竞争审查例外制度与比例原则均重视与强调利益衡量。具体而言，若从立法技术层面来审视，与其他例外制度相类似，公平竞争审查例外制度也可被解读为基于增强制度适用性、灵活性与生命力的制度设计。但是若从利益层面而言，这一例外制度的生成实则是立法者经过相关制度利益衡量之后作出的理性选择与实在化产物。正是在这个意义上，有学者在阐述有关社会公共利益的公平竞争审查例外制度时提到，在现有制度框架之下，立法者既确立禁止政府反竞争行为的常规规范，同时又设置与之相应的例外规范，这一制度设计就是在权衡经济性社会公共利益与非经济性社会公共利益两者冲突之后的产物。^{〔17〕}具言之，在一般情形下，公平竞争审查常规制度具有普适性，政府拟制定或者出台的涉及市场主体经济活动的有关政策措施均应当进行公平竞争审查，亦即常规制度针对现有审查对象具有普遍的适用效力。进一步来说，这样一种常规制度安排的目的在于规范与约束政府行为，以尽量减少其对市场的过度干预与不当干预，从而促进市场公平竞争价值目标的达成。而在利益属性

〔15〕 参见李俊峰：《公平竞争自我审查的困局及其破解》，载《华东政法大学学报》2017年第1期。

〔16〕 参见孙晋、钟原：《竞争政策视角下我国公平竞争审查豁免制度的应然建构》，载《吉首大学学报》（社会科学版）2017年第4期。

〔17〕 参见翟巍：《公共利益豁免标准的解释与重构——以公平竞争审查为视角》，载《法律方法》2018年第2期。

方面,此种竞争价值利益目标可以归类为经济性社会公共利益。然而在有些情况下,出于维护国家利益或者非经济性社会公共利益的内在需要,适度允许政府干预市场行为的存在不仅是必要的,而且也有其现实的合理意义。这样一来,立法者便有必要在公平竞争审查制度文本之中为例外性规范预留出相应的调整空间。由此可见,公平竞争审查例外制度实则是利益衡量的必然产物。与之相对应的是,比例原则与利益衡量之间事实上也有着密不可分的联系。这可从不同维度作出诠释:首先,从逻辑构成方面来看,无可否认的是,比例原则之中已经蕴含利益衡量的内容。析言之,比例原则之中的均衡性原则也称利益衡量原则,其针对的是目的与手段的关系协调问题,主要是对受到保护的利益与可能遭受损害的利益加以衡量。^{〔18〕}其次,从具体适用层面来看,比例原则之中的利益衡量事实上也具有必然性。究其原因,其可归因于如下两个方面:一是公法领域的利益冲突具有客观性;二是利益衡量之于利益冲突的解决具有必要性。^{〔19〕}通过以上分析可以看到,公平竞争审查例外制度与比例原则在利益衡量方面存有显著的共通性。

二是运行程式的一致性。所谓运行程式的一致性,指涉的是公平竞争审查例外制度与比例原则两者在适用步骤与逻辑进路方面所具有的共同之处。就前者而言,根据国务院发布的《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(以下简称国务院《意见》)以及五部门发布的《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》[以下简称《实施细则(暂行)》]的相关规定,有关公平竞争审查例外制度的具体实施大体上可细化解析为如下几个阶段:第一步,识别具有排除限制竞争后果的政策措施是否符合法定的目的指向——国家利益或者社会公共利益,诸如国家经济安全、文化安全、涉及国防建设/扶贫开发/救灾救助等、节约能源资源以及保护生态环境等利益目标;第二步,判定有关政策措施是否有助于达成前述正当性目的,即现有规范文本中所述及的“相关政策措施对实现政策目的不可或缺”;第三步,在前述基础上,考察符合正当目的性的此类政策措施对市场竞争造成的损害情况,也就是要求“不会严重排除和限制市场竞争”。就后者而言,按照本文所支持的四阶比例原则理论,比例原则的具体落实需要严格遵循如下适用次序,即目的正当性—适当性—必要性—均衡性,从而全面认定相应阶段的目的与手段是否满足相应原则的要求。显而易见,通过比对公平竞争审查例外制度与比例原则的实施进路不难发现,两者之间在这一方面具有高度的相似性。正是基于此,有学者提到,公平竞争审查例外制度的运行逻辑事实上与比例原则的基本要求之间并无二致。^{〔20〕}由此可知,公平竞争审查例外制度与比例原则在运行程式方面呈现出明显的一致性。

三是标准的抽象性与标准细化功能的互补性。所谓互补性,其指向的是公平竞争审查例外制度适用标准的抽象性与比例原则所具有的细化标准功能之间的互补性。结合公平竞争审查例外制度的现有规范文本,何谓“国家利益”与“社会公共利益”,应当如何理解“政策措施对实现政策目的不可或缺”,以及准确解释“不会严重排除和限制市场竞争”等一系列问题,目前均缺乏一项明确且具体的判断标准。由此不难看出,现有公平竞争审查例外制度的适用标准带有明显的抽象性。毫无疑问,这样一种抽象性并不利于该制度发挥其应有的效能,在有些情况下,甚至可

〔18〕 参见张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期。

〔19〕 参见王书成:《论比例原则中的利益衡量》,载《甘肃政法学院学报》2008年第2期。

〔20〕 参见焦海涛:《社会政策目标的反垄断法豁免标准》,载《法学评论》2017年第4期。

能会产生适得其反的效果。比例原则的适时引入则恰好可以有效解决前述问题。究其根源，这与比例原则自身的内在属性及其具有的特性有着紧密联系。正如学者所言，作为一项利益衡量的分析工具，比例原则的运作逻辑在于借助利益权衡方式探求实现目的的最为合理的手段，其最大的优点是有助于将抽象的实施标准予以具化，从而提升在具体实践层面的可操作性。^{〔21〕}就此而言，公平竞争审查例外制度适用标准的抽象性与比例原则所具有的细化标准实施的优点之间无疑形成了良性的互补关系。

四是在限制公权力滥用方面的协调性。此处的协调性，具体是指作为限制公权力滥用的比例原则之于公平竞争审查例外制度实施可能引致的公权力滥用情形所具有的调整作用。析言之，囿于公平竞争审查例外制度现有规范文本的局限性，不论是实体标准层面的不确定性，还是程序运行层面的不健全性，该制度在实施过程中无疑会面临较大的制度滥用风险。究其实质，此种制度滥用现象所反映出来的更为深层次的内容便是公权力的滥用问题。在此背景下，为了确保公平竞争审查例外制度运行不至于偏离其设立初衷，乃至出现异化适用的情形，显然有必要对公权力行使加以适当限制。针对前述滥用问题，比例原则恰好可以发挥其自身的优势。之所以会得出此种观点，与比例原则内在蕴含的限制公权力滥用之目的不无关系。在学理意义上，通常认为，比例原则的立足点在于正当的限制基本权利。^{〔22〕}申言之，公权力可以出于适当的目的而对基本权利进行限制，但这样一种限制要具有正当性，又必须符合比例原则之要求。不可否认，前述观点具有一定的合理性，但不足之处在于，其忽略了对比例原则之中所蕴含的限制公权力滥用的目的性内容的揭示与描述。也就是说，依据比例原则固然可以正当地限制基本权利，但反过来看，其中所牵涉的公权力行使无可避免也会受到相应的束缚与制约，这主要是指对其目的与手段加以衡量从而避免公权力滥用现象的出现。^{〔23〕}事实上，如果能够认识到前述内容，那么就不难理解公平竞争审查例外制度与比例原则在限制公权力滥用方面的内在协调性。

三、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的具体展开

就认识论维度而言，如前所述，在公平竞争审查例外制度运行过程中，基于对这一制度本身的重要性与局限性的通盘考量，为了有效降低其所面临的较高滥用风险以及避免由此可能引发的不利后果，引入比例原则的必要性随之凸显。前述两者之间的高度契合性又进一步证立了在公平竞争审查例外制度适用领域确立比例原则的合理性。在此基础上，更为关键的则是运行论层面的问题，即如何确保比例原则在公平竞争审查例外制度具体适用层面得到有效落实，以真正发挥其所具有的约束性功能。鉴于此，本部分将着重阐述比例原则在公平竞争审查例外制度适用中的具体展开。按照前述四阶比例原则的逻辑架构次序，其主要包括如下四个层面的具体内容。

〔21〕 参见孟雁北：《产业政策公平竞争审查论》，载《法学家》2018年第2期。

〔22〕 参见张翔：《财产权的社会义务》，载《中国社会科学》2012年第9期；郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016年第2期；〔德〕安德烈亚斯·冯·阿尔诺：《欧洲基本权利保护的理论和方法——以比例原则为例》，刘权译，载《比较法研究》2014年第1期。

〔23〕 事实上，目前学界也有一种观点认为，比例原则并非立足于正当的限制基本权利，而是寄生于一种“限制公权力滥用”的观念。参见前引〔6〕，蔡宏伟文。

（一）政策措施的目的正当性审查

所谓政策措施的目的正当性审查，依循四阶比例原则的逻辑结构与分析进路来看，是指在公平竞争审查例外制度适用过程中，审查主体在第一阶段首先需要对政府制定或者出台的有关政策措施的目的指向及其正当性加以考察与判定。从功能维度来说，在审查实践中，主张对有关政策文件的目的及其正当性加以审查，除了确定相关政策措施表象背后的真正目的以外，更为重要的是，审查主体还可以借此对具有不同目的指向的政策措施采取有针对性的应对举措。简言之，当政策措施符合目的正当性要求时，公平竞争审查例外制度的适用程序得以继续推进；相反，若其目的本身便缺乏正当性，那么此时例外制度便无“用武之地”。通过以上简要论述不难看出，有关政策措施目的正当性审查的基本运行架构实际上可进一步划分为下述两个呈现递进关系的具体环节。

第一，相关政策措施目的确定。在逻辑关系上，确定目的是评价目的正当性的前提与基础。反言之，在未有确定目的或者目的指向不明的情况下，目的正当性认定也就无从谈起。从这个角度上来说，在适用公平竞争审查例外制度过程中，要对相关政策措施的目的正当性进行审查，首先需要采取的举措便在于准确厘定政策措施内部所蕴含的真实目的。需要指出的是，此处的“真实目的”指涉的是政策制定机关在制定各类涉及市场主体经济活动的政策措施时所欲实现的目的。结合现实层面来看，要有效查明某一政策措施的真正目的并不是一件容易的事情。在这一过程之中需要注意处理好如下几个不容回避的问题：一是有关规范文本层面的政策目的（即所谓的“明示的目的”）与政策真实目的的区分问题。毋庸讳言，直接将政策的明示目的与真实目的予以等同的做法无疑是值得商榷的。因为明示的目的有可能仅仅是名义上的目的，其背后隐藏着的真正目的可能有其他所指。二是有关政策明示目的缺失或者不明情形下的真实目的查明问题。事实上，政策制定机关有时在规范文本层面并未对政策目的作出明确规定，或者有关的目的表述本身并不明晰，此时便有必要综合考虑政策制定时其他方面的因素，诸如具体的条文规定、政策出台的相关背景资料、政策实施后的行为内容等，进而推断出其真实目的之所在。^{〔24〕}例如，在澳大利亚的公平竞争审查实践中，便会借助诸如国会针对有关立法的审议发言、管制机关出具的管制计划或工作报告、法律实施部门的相关发言等方面来确定其立法目的。^{〔25〕}三是多重目的交融情形下的政策真实目的确定问题。通常来说，某一政策所欲追求的目标往往并不是单一指向的，而是会涉及多元的目标层次。基于目的重要性或者所处位阶之考量，此时确定该政策的真实目的则主要借助对在其中居于主导性地位或者决定性地位的目的进行甄别来完成。

第二，相关政策措施目的正当性的判定。在弄清某一政策措施的真正目的基础上，更为重要的是，审查主体还应当对目的是否具有正当性作出进一步判断。

要对政策目的进行正当性评判，评价标准便不可或缺。结合现有公平竞争审查例外规定来看，除了兜底性条款以外，此种目的正当性的评价标准主要包括如下两大类：一是涉及国家利益的标准，具体包括国家经济安全、文化安全或者涉及国防建设等标准，其主要是根据政策目的与

• 83 •

〔24〕 参见前引〔5〕，刘权文。

〔25〕 参见王磊：《比例原则下公平竞争的深入审查》，载《西安交通大学学报》（社会科学版）2017年第6期。

国家利益的契合性来进行目的正当性认定。二是涉及非经济性社会公共利益的标准，具体涵盖扶贫开发、救灾救助、节约能源资源以及保护生态环境等标准，其主要是通过审查相关政策目的是否符合非经济性社会公共利益需要进而作出界定。就此而论，在公平竞争审查例外制度运行场域之中，审查某一政策措施的目的正当性与否，关键在于考察与检验政策目的是否可以被涵括于有关国家利益或者社会公共利益的概念范域之内。当然在这一过程中，政策目的正当性判定不应脱离于现实背景而陷入纯粹理论层面的分析，而必须强调与凸显正当目的的实在性。这样一来，符合正当目的且其真实存在的政策措施便可进入公平竞争审查例外制度适用的下一项审查环节；相反，如果政策目的虽具正当性但并不具有实存性，那么例外制度适用就随之终止。

（二）政策措施之于目的的适当性审查

在完成目的正当性前提审查的基础上，接下来需要采取的步骤便是借助适当性原则来对政策措施的手段与目的之间的关系加以审查，即进一步考察所制定的政策措施是否有助于正当目的的达成。就意图来说，适当性审查的本质是检验政策措施手段与目的之间有无实质关联性。

在审查标准方面，当前针对适当性审查实际上存有“主观适当性”与“客观适当性”两种截然不同的理论观点。具体而言，所谓主观适当性审查标准，也称事前的适当性审查标准，是指基于对立法者事先的主观预测层面的审查进而判断其是否满足适当性的标准；而客观适当性审查标准，也称事后的适当性审查标准，其指涉的是依据客观的实际效果层面来认定相关政策措施的适当性。具体就公平竞争审查例外制度适用领域而言，本文认为，较为妥当的做法应当是择取主观适当性审查标准。也就是说，政策制定机关在制定相关政策措施时，经过综合判断后预测其中所涉及的手段能够实现或者有助于实现正当性目标，此时便应当认定其符合比例原则中有关手段与目的的适当性要求。之所以会有此主张，理由在于：其一，采用主观适当性审查标准并不会背离公共政策领域中理性决策理论的基本要求。在制定公共政策过程中，按照理性决策理论的核心要义，一项合理的决策大致涵括如下四项步骤：一是确定目标；二是设想能够达成目标的各种手段；三是对可供选择的各种方案可能引致的后果加以评估；四是选择能够实现目标的最优方案。^{〔26〕}依此理路，择取主观适当性审查标准显然与理性决策之间并不相悖。其二，在适当性审查过程之中，要求政策制定机关从客观层面来验证政策之于目的实现效果的做法显得过于严苛。究其缘由，除了审查主体自身认知能力的有限性以外，更为关键的是，现实的社会经济环境并非一成不变，政策实施后的外部环境与政策制定时的特定背景相比有可能已经发生了较大变化，而这又极有可能导致原先作出的目标设定最终无从达成。于此情形下，纯粹依据客观的实际效果来审查政策手段与目的之间的适当性，这对于政策制定机关而言显然是有失公允的。

当然，在公平竞争审查例外制度运行过程中，依据主观适当性标准来审查政策措施之于目的实现的适当性时，其也有必要受到一定程度上的限制。归纳而言，本文认为，有如下两方面问题尤为值得重视：一是不应当允许政策制定机关对事实预测存在明显的错误或者疏失。当出现显而易见的疏漏时，事实上可以反过来证明政策制定者的事实预测已经偏离了其应有的基本判断力。也正是基于此，有学者在阐述产业政策的公平竞争审查时提到，如果产业政策措施之于正当性目

〔26〕 参见殷明：《行政立法的合理性审查：中国语境下的路径选择》，载《江淮论坛》2015年第4期。

标的实现之间并不存在任何的逻辑关联性,此时政策机关对于目的实现的事实预测显然是无从成立的,那么该产业政策自然也就失去了存在的合理性。^{〔27〕} 二是有必要强调政策制定机关所进行的事实效果预测的客观证据印证性。换言之,在进行适当性审查时,政策制定机关对于政策措施手段之于目的实现有效性的预测应当提供相应的客观证据作为支撑,包括预测过程中充分运用科学的分析方法,以及借助调查研究、召开听证会、专业讨论会等具体展开方式等。^{〔28〕} 这样一来,也能较好地弥补主观适当性审查标准自身所面临的局限性。

(三) 政策措施之于目的实现的必要性审查

在适当性审查的基础上,紧随其后的步骤便是进行必要性审查。在公平竞争审查制度分析语境下,必要性审查也就是审查有关政策措施之于正当性目的实现是否逾越必要限度,是否采取的是对市场竞争损害最小的实施方式。值得一提的是,主张在公平竞争审查例外制度适用中贯彻此种必要性审查,事实上也与现有例外制度本身所存在的问题不无关系。结合规范文本层面来看,无论是国务院《意见》还是《实施细则(暂行)》的相关规定,其中关于例外制度适用构成要件所确立的是“非严重性竞争损害原则”,即现有规定中所述及的“不会严重排除和限制市场竞争”。与之有所不同的是,域外不少发达经济体(包括澳大利亚、欧盟、韩国以及日本等)有关公平竞争审查立法在这一方面采纳的则是“最小竞争损害原则”(也称“最小程度干预竞争原则”),即要求不存在对市场竞争损害更小且能够达成相同目标的替代性选择。在此背景下,有学者担忧,我国现有的公平竞争审查例外制度安排有可能会作为整体意义上的公平竞争审查制度的实施效果大为减损。^{〔29〕} 基于此,为了尽可能限缩公平竞争审查例外制度的适用范围,对其适用予以必要性审查的重要意义随之显现。

落实到具体制度运行层面,所谓必要性审查也就是考察与验证例外适用情形是否满足如下两方面的基本要求:一是该政策措施属于能够达致正当性目的(包括有关国家利益与社会公共利益)所必要之手段;二是在现有可供选择的手段范围内,该政策措施所择取的手段对于市场竞争所造成的损害程度最小。^{〔30〕} 必须指出的是,针对最小竞争损害不应作出绝对化的理解。就现实层面而言,其并不要求是绝对意义上的最小损害,而主要是一种可能范围内的相对最小损害。当然这样一种政策措施的必要性审查也有一些更为具化的审查标准与实施方式。例如有学者提到,市场准入后的管制优于市场准入前的管制、负担性管制优于禁止性管制、信息供给优于价格管制以及短期管制优于长期管制等。^{〔31〕} 应当承认,前述审查标准具有一定程度的合理性与可行性,但在个案之中,要准确判定政府出台的政策措施之于市场竞争损害程度是否最小,事实上仍然离不开对其所产生的限制竞争效应的性质与程度展开深入分析。

(四) 政策目的实现与竞争损害之间的均衡性审查

作为比例原则适用的最后一个环节,均衡性审查指涉的是分析目的达成与其造成损害之间是否

〔27〕 参见前引〔21〕,孟雁北文。

〔28〕 参见刘权:《适当性原则的适用困境与出路》,载《政治与法律》2016年第7期。

〔29〕 参见叶光亮:《公平竞争审查制度:统一政府调控与市场规律的润滑剂》,载《中国价格监管与反垄断》2016年第9期。

〔30〕 参见前引〔17〕,翟巍文。

〔31〕 参见前引〔25〕,王磊文。

成比例。具体到公平竞争审查制度语境下，一方面，为了追求特定立法目标的实现，包括维护国家利益以及社会公共利益的需要，应当允许立法者通过设置公平竞争审查例外制度为某些具有排除限制竞争影响的政策措施获得豁免提供相应的规范依据；但另一方面，公平竞争审查例外制度适用并非是无边界的，其应当受到严格限制，以降低对市场竞争可能造成的不利影响。就此而言，此处的均衡性审查实际上是通过考察政策目的实现所带来的利益增进与限制竞争所引致的市场损害之间是否达致相对平衡的状态，从而确保公平竞争审查例外制度的具体运行过程不致出现泛化甚至异化情形。从这个维度来说，均衡性审查事实上也可被称为“法益平衡审查”。

在明晰这一审查步骤核心要义的前提下，在涉及公平竞争审查例外制度适用的个案中，要对政策目的实现与竞争损害之间的均衡性作出准确评估，科学且有效的分析方法显然不可或缺。在这一方面，成本—收益分析方法所具有的重要作用不容小觑。顾名思义，所谓成本—收益分析，是指对政策措施引致的成本与产生的收益之间加以分析。事实上，仅从概念意涵层面便不难看出，成本—收益分析与均衡性审查两者之间具有高度的共通性与契合性。^{〔32〕}进一步结合比较法视角而言，成本—收益分析方法在域外国家与地区有关公平竞争审查的立法实践中也得到了不同层面的贯彻与体现，诸如澳大利亚竞争评估制度中所确立的“成本与收益分析”^{〔33〕}以及欧盟国家援助控制制度中所涉及的“平衡测试”^{〔34〕}等。

当然更为重要的问题在于如何具体落实成本—收益分析。在这一过程中，本文认为有必要着重处理好如下几项问题：（1）成本与收益的确定问题。从宏观层面来说，此处的成本与收益的界定也就是有效厘清公平竞争审查例外制度适用可能带来的影响，包括对例外制度法定目标达成的积极影响与对市场竞争的消极影响两个方面。就微观层面来看，要准确厘定前述积极影响与消极影响显然需要依托更为细化的分析标准。澳大利亚的相关做法通常会综合考量但不限于下述具体事项：与生态可持续发展相关的政府立法和政策；社会福利与平等要素，包括社会服务责任；与诸如职业健康与安全、产业关系、产业准入、产业平等相关的政府立法和政策；经济与区域发展，包括就业与投资增长；整体的消费者利益或者某个阶层消费者的利益；商业竞争力；资源的

• 86 •

〔32〕 在有关成本—收益分析与均衡性审查之间关系方面，目前理论界有两种代表性观点：一种观点认为，均衡性审查指向的便是成本—收益分析。换言之，成本—收益分析是均衡性原则的题中应有之义，或者构成其实质性内容之所在。See Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 (2) *The University of Toronto Law Journal*, 387 (2007); Gelbach, Jonah B., Bruce H. Kobayashi, The Law and Economics of Proportionality in Discovery, 50 (4) *Georgia Law Review*, 1111 (2016). 与之相对应的是，另一种观点主张前述二者存有重大区别，但同时也认为，成本—收益分析是实施均衡性审查的一项重要工具。参见戴昕、张永健：《比例原则还是成本收益分析法学方法的批判性重构》，载《中外法学》2018年第6期；刘权：《均衡性原则的具体化》，载《法学家》2017年第2期；蒋红珍：《比例原则阶层秩序理论之重构——以“牛肉制品进销禁令”为验证适例》，载《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2010年第4期；姜昕：《比例原则研究：一个宪政的视角》，法律出版社2008年版，第189页。

〔33〕 澳大利亚各级政府已经形成了共识，即立法不当限制竞争，除非该限制所能够给整个社会带来的利益超过成本，且限制竞争是实现立法目的的唯一方式。可以看到，该规定之中已经蕴含了成本—收益分析之要求。参见徐士英：《竞争政策研究——国际比较与中国选择》，法律出版社2013年版，第180页。

〔34〕 在欧盟国家援助控制制度框架体系内，所谓“平衡测试”，是指在评估一项援助措施是否与欧盟共同市场相一致时，委员会会对其带来的正面影响（实现共同利益目标）与它可能引致的负面影响（扭曲贸易与竞争）加以权衡。参见〔意〕马尔科·克英迪奥·科拉迪：《欧洲国家援助法发展历程》，载〔美〕威廉·科瓦西奇、〔英〕林至人、〔英〕德里克·莫里斯编著：《以竞争促增长：国际视角》，中信出版社2017年版，第115页。

有效配置。^{〔35〕} 可以看到, 以上所列举的事项既涉及直接影响与间接影响, 也涵盖了有形影响与无形影响。应当说, 这一实践做法是相对全面的。(2) 强调定量分析与定性分析的综合运用。审查主体在个案中分析公平竞争审查例外制度适用所产生的收益与成本时, 若有可能, 应当尽量将其影响予以量化和货币化, 并通过物理单位和货币方式将之直观地呈现出来; 而当这一领域内的成本或者收益难以量化时, 也就是无法通过货币来体现时, 更多需要的是进行定性描述。^{〔36〕} 不难看出, 定量分析固然十分重要, 但其并不能完全取代定性分析, 因此较为合乎理性的做法应当是坚持定量与定性并举。(3) 注重发挥利益相关方的信息反馈功能。作为受到公平竞争审查例外制度适用情形直接或者间接影响的相关主体, 其可以针对具有排除限制竞争影响的政策措施实施所可能产生的成本收益提供一些有价值的信息与意见。在这一方面, 可以考虑借鉴域外国家在有关规制影响分析领域所普遍采用的公众咨询制度,^{〔37〕} 这一制度在赋予公众尤其是利益攸关方以积极参与权的同时, 也使得政策制定主体可以有效地听取和搜集利益可能遭受损害的相关主体的意见表达, 而这无疑可以为有效开展成本收益分析提供更为广泛且充实的信息基础。

Abstract: The specific implementation of the exception system to the fair competition review is inseparable from the corresponding legal principles as a guide, and the most critical and important one is the principle of proportionality. In terms of the basic content structure of the principle of proportionality, it is necessary to introduce the principle of justification of purpose as a new sub-principle into the traditional “third-order theory”, and establish the “fourth-order theory”. In the operation of the exception system to the fair competition review, the introduction of the principle of proportionality is not only necessary, but also reasonable. As for the specific implementation of the principle of proportionality in the operation of the exception system to the fair competition review, it needs to focus on the following four levels of content: the first is the purposeful review of the policy measures; the second is appropriate review of policy measures for purpose; the third is necessity review of policy measures for the realization of the purpose; the fourth is examination of the balance between policy objective realization and competition damage.

Key Words: fair competition review, exception system, proportionality principle

• 87 •

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)

〔35〕 参见吴浩、李向东:《国外规制影响分析制度》, 中国法制出版社 2010 年版, 第 103 页。

〔36〕 参见李乐:《发达国家的“监管影响评价”及其评析》, 载《理论探索》2019 年第 5 期。

〔37〕 有关公众咨询制度的相关内容, 可参见汪全胜:《立法成本效益评估研究》, 知识产权出版社 2016 年版, 第 159 页。

反垄断罚款裁量权控制

潘 宁*

• 88 •

内容提要：研究反垄断量罚问题具有重要的现实和理论意义，因此有必要系统审视反垄断量罚问题并思考如何通过完善相关规范控制罚款裁量权。分析 177 份处罚决定书数据发现，反垄断罚款裁量权行使未能很好践行《反垄断法》第 49 条的要求，而且经梳理中国裁判文书网上 69 份包含被处罚人诉请法院审查量罚内容的文书后发现，这些不当不公裁量罚款的现象未能被司法有效控制。进一步从立法的维度来看，反垄断量罚规范也存在表述模糊、体系欠协调和裁量要素体系不健全三方面问题。这些问题概括来说即为反垄断罚款裁量权失控问题。对此，应遵循以原则控制和程序控制模式为核心的整体思路，将《反垄断法》第 49 条裁量因素列举部分表述改为“应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间、违法者的悔过情况、消除违法行为后果的情况以及经济社会背景下的经营者状况”，同时增加“反垄断机构应当在处罚决定书中载明所有被纳入考量的因素，并逐一基于相关事实作出定性结论”为第 2 款。

关键词：反垄断 罚款裁量 实证分析 《反垄断法》第 49 条

一、引言

通过不断完善反垄断制度来推动现代市场体系建设是我国发展市场经济、实现现代化目标的重要路径。^{〔1〕}2020 年初，国家市场监督管理总局发布《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》，正式启动了《反垄断法》的修订。尽管本次修订草案回应了新经济、新业态的垄断认定问题，提升了行政垄断规制的可行性，也通过上调罚款数额、修改经营者集中相关违法行为的罚

* 潘宁，北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见张守文：《反垄断法的完善：定位、定向与定则》，载《华东政法大学学报》2020 年第 2 期。

款情形设定条款等来力图改善责任的威慑效果,但始终存在疏漏和不足,^{〔2〕}“重定罚轻量罚”的结构性缺陷^{〔3〕}依然存在,因此反垄断量罚问题是现行反垄断制度仍需进一步回应的重要方面。

重视反垄断量罚问题具有效益、效率和公平三个价值维度的重要性。首先,从效益的维度来看,罚款裁量适度与否关系到其能否恰到好处地威慑市场主体。法律责任是法律的“牙齿”,罚款是反垄断法中重要的法律责任形式,因此罚款的威慑效果是反垄断法规制效果的重要内容。反垄断罚款要想实现预期的威慑效果,必然要通过适度的罚款间接引导市场主体,罚款裁量如果不当,很可能异化成为一种新的扭曲。只有科学地认定反垄断违法行为、确定责任并适度裁量责任大小,反垄断罚款的功能方能实现。其次,从效率的维度来看,由于经济法具有突出的经济性,其要反映经济规律,节约交易成本,提高市场运行的效率,^{〔4〕}作为其下位法的反垄断法必然要通过有效率的规制来提升整体经济的运行效率。有鉴于此,罚款裁量规则设定之时还应当通过分析执法成本和收益来考量规制效率的问题。最后,从公平的维度来看,恰当赋予和控制反垄断罚款裁量权,避免“同案异判”,实现罚款裁量正义是重要的竞争法治问题。正义意谓以平等对待平等的人们,要求对两个重要情况相同的事件以同一办法处之。但每一个有权力的人都易于滥用权力,假如防止自由裁量权滥用没有保证,自由裁量权与专擅权力便很难判别了,法律正是避免这种状态的途径,^{〔5〕}所以竞争法中的罚款裁量规范必须担当控制权力滥用之重任。

然而,关于反垄断罚款裁量适度、有效和公平与否这一重要问题的研究尚且不足。既往研究反垄断罚款制度的文献主要涉及罚款的功能与理念、罚款不确定性问题以及罚款与其他责任的关系问题。^{〔6〕}这些研究敏锐地认识到罚款确定性、罚款与其他处罚关系问题的重要性,侧重关注制度效益和功能,作出了诸多有益的贡献。但从研究内容所涉价值维度来看,反垄断罚款确定性相关问题相关研究的目的重在提高罚款的透明度和改善罚款的可预见性,但实际上分析罚款适度与否、公平与否以及作出罚款决定效率如何的篇幅较少;从研究视角来看,反垄断量罚问题还缺少外部视角的研究,实际上,反垄断量罚问题处于经济法学与行政法学的交叉领域,由于经济法的执法主体形式上主要是行政机关,行政法上裁量权控制理论和实践可以被借鉴到经济法的执法裁

〔2〕 相关分析参见潘宁:《〈反垄断法〉修订中罚款情形设定条款的缺憾与完善》,载《经济法论丛》2020年第2期。

〔3〕 参见金善明:《〈反垄断法〉文本的优化及其路径选择——以〈反垄断法〉修订为背景》,载《法商研究》2019年第2期。

〔4〕 参见张守文:《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版,第221-222页。

〔5〕 参见〔美〕博登海默:《博登海默法理学》,潘汉典译,法律出版社2014年版,第83、46-48页。

〔6〕 对于罚款功能和理念问题,黄勇和王健均强调反垄断罚款制度以威慑为主要目标。对于罚款的不确定性,黄勇指出应当通过制定实施细则的方式对反垄断行政处罚款计算作出更为明确的规定,而且详细介绍了欧盟和美国设定罚款的国际经验;刘武朝从罚款对象具体化、销售额内涵的三个维度、合理裁量因素归纳三个方面回应了垄断协议行为罚款规则模糊性问题;王健认为应当以“五步裁量法”为核心内容制定一部罚款指南来解决量罚问题;丁茂中关注罚款基于获利还是损害而设定的问题,认为从保持执法公平性和罚款本身属性来看损害赔偿模式更为妥当,但考虑到可行性,在统一会计年度、营业额、罚款比例选择标准的基础上以比例自由裁量模式作为过渡更符合目前的执法条件。对于罚款与其他处罚的关系问题,黄勇率先指出了罚款与停止违法行为、没收违法所得之间是并用还是选用的问题。对此,冯博认为理论上应当组合使用方能实现反垄断法执法的公平与效率,但执法实践中没收违法所得却由于条文过于抽象、缺乏统一认定标准而被经常忽视,呈现以罚代没的特点。黄勇的观点参见黄勇、刘燕南:《垄断违法行为行政处罚款计算标准研究》,载《价格理论与实践》2013年第8期。王健的观点参见王健、张靖:《威慑理论与我国反垄断罚款制度的完善——法经济学的研究进路》,载《法律科学》2016年第4期,以及王健:《追寻反垄断法罚款的确定性——基于我国反垄断典型罚款案例的分析》,载《法学》2016年第12期。刘武朝的观点参见刘武朝:《垄断协议行为罚款规则的适用及审思》,载《中国行政管理》2014年第5期。丁茂中的观点参见丁茂中:《垄断行为法律责任条款实施困境的消解》,载《法学》2017年第9期。冯博的观点参见冯博:《没收违法所得与罚款在反垄断法执法中的组合适用》,载《法商研究》2018年第3期,以及冯博:《反垄断法中罚款数额的影响因素与实证检验——基于我国反垄断法实施十年的数据》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期。

量当中；〔7〕从研究方法来看，尽管既有文献创新地通过描述统计执法案件总结出了反垄断罚款裁量的中国问题，并在此基础上通过比较和借鉴域外罚款规则来具体构建本国的裁量方法体系，但目前学界对国内既有相关法律规范的解释还较少。

综上所述，研究反垄断罚款裁量问题不仅具有突出的现实需要，而且从研究角度来看也有较大空间。基于此，本文主要关注如何改进反垄断法相关条款方能使得执法主体规范地裁量罚款并实现适度、高效和公平规制的问题。具体而言，本文将聚焦以下与反垄断罚款裁量相关的一系列问题：第一，在反垄断执法过程中，罚款裁量是否符合《反垄断法》第49条的要求，对量罚问题的司法审查有无欠缺之处，规定量罚要求的相关规范有无值得完善之处；第二，对于立法、执法和司法三维审视发现的罚款裁量权失控问题，反垄断罚款裁量权控制模式该如何选择方能从宏观上对这些问题的解决产生积极的指导意义；第三，从微观来看，我国《反垄断法》第49条该如何理解，其明确列举的裁量因素本身的概念该如何界定，所列因素是否周全，各因素之间的关系是什么，如何修改《反垄断法》第49条方能更好地实现其预期价值。

二、反垄断罚款裁量权失控：基于执法、司法和立法数据的实证分析

过往相关的研究当中，有学者通过统计来发现重要的理论问题，〔8〕这交代了理论观点所依据的事实证据的发现过程，结合了定性和定量，提升了观点的说服力。有鉴于此，本文将从执法、司法和立法三个维度基于数据系统地分析我国反垄断罚款裁量存在的问题。

（一）执法维度的分析

为了更真切和直观地认识我国反垄断执法中罚款裁量的具体情况，笔者从国家市场监督管理总局反垄断局网站收集了自2018年机构改革后至2020年6月6日以市场监管总局名义公示的所有行政处罚案件。这些案件共包括184份决定书，其中处罚决定书177份，中止或终止调查决定书7份。

首先，经过对这些决定书所载数据的分析发现，除了既往文献指出的无销售额或者销售额难以计算时的罚款适用问题和处罚类型间的关系问题之外，反垄断罚款裁量并未很好地践行《反垄断法》第49条的要求。裁量因素的定性说明本是量罚的重要依据，但实践中执法机构却普遍未完整说明法律规定量罚所应当考虑的因素在案件中的具体情况。〔9〕据统计，在177份处罚决定书中，至少对一项法定裁量因素作定性结论的处罚决定书一共有103份，法定裁量因素解释率仅为58.19%，这些提及了法定裁量因素的决定书大多数仅对一项或者两项应当考量因素予以说明，因此不完全解释十分普遍。我国现行《反垄断法》第49条规定：“对本法第四十六条、第四十七

〔7〕如刘宏光基于行政法学上的裁量权控制理论分析证券执法中的量罚问题，详细参见刘宏光：《证券监管机构如何罚款？——基于行政裁量基准视角的研究》，载《财经法学》2020年第4期。

〔8〕如王健从国家发改委和国家工商总局网站上收集了2008年8月1日至2016年8月16日期间公布的典型罚款案例49个，从违法行为类型、违法行为持续时间、罚款数额、罚款比例和没收违法所得五个方面进行了描述统计，并在数据分析的基础上揭示出我国反垄断罚款的不确定性问题。（参见前引〔6〕，王健文。）

〔9〕在《反垄断法》第49条规定的三种必需的裁量因素之外，《反垄断法》第46条还明确规定了可以针对经营者垄断协议行为选择是否考量自首情节。不过，自机构改革以来，执法机构仅仅在一个案件中的两份处罚决定书中考量并说明了该裁量因素。

条、第四十八条规定的罚款,反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。”但实际上,有的反垄断执法机构在认定某项违法行为构成后,直接作出处罚决定而完全不说明作出该处罚所考量的因素,有的是在作出具体决定前笼统援引第49条概括地表示该罚款已结合了违法行为的性质、程度和持续的时间,仅有少数决定书对部分法定裁量因素予以说明。比如在重庆市市场监督管理局2019年8月9日对9家云阳县烧结砖生产经营行业当事人固定价格、划分市场行为作出的9份处罚决定中,执法机构直接对当事人王正田^[10]和周国江^[11]作出了仅没收违法所得而未处罚款的决定,在决定部分并未陈述任何与裁量因素相关的内容。^[12]在广东省市场监督管理局2020年5月6日对32家机动车检测行业当事人固定价格行为作出的32份处罚决定中,执法机构笼统援引了第49条但未就应当裁量因素作具体定性,仅确认了8个当事人对违法行为起主要作用。^[13]在贵州省市场监督管理局2019年12月31日对17家驾驶培训行业当事人固定价格行为作出的17份处罚决定中,执法机构在其处罚决定中指出“考虑到当事人在调查过程中能够配合本机关的调查,如实陈述相关事实,积极进行整改且违法行为持续较短”^[14]。虽然该份决定书中陈述了该当事人违法行为持续时间的定性,但对法律要求应当考虑的违法行为的性质和程度并未作出相应的定性结论。

其次,除了《反垄断法》第49条明确列举的三种裁量因素之外,实践中,反垄断执法机构还将在违法中所起作用、是否积极配合调查和如实陈述、是否主动停止违法行为、是否积极整改和有无立功情节纳入裁量考虑的范围,这些事实上的裁量因素也有待被法律进一步确认。在涉及联合限制竞争等共同违法行为时,一些执法机构确定了不同当事人在违法中的角色及所起作用,并将此作为量罚时考虑的因素。在177份处罚决定书中,考量了违法角色和所起作用的决定书一共有83份,比如浙江省市场监督管理局对杭州市13家混凝土企业协议固定价格、划分市场行为作出13份决定书,其中针对当事人杭州瑞鼎建材有限公司和杭州五友建材有限公司作出的决定中,明确指出两者在达成垄断协议过程中起主要作用,并在适用数值式罚款时,相对其他未起主要作用的当事人多10万元罚款,^[15]而对当事人杭州亿方混凝土有限公司,则明确指出其在达成垄断协议中参与程度轻微,所以作出了不予处罚决定^[16]。可见,将违法角色和所起作用纳入考量因素能够更好实现过罚相当,因此具有一定合理性。^[17]

与之相似的还有是否主动停止违法行为和是否积极整改这两种情节。主动停止违法行为是指在调查期间,当事人在反垄断执法机构未作相关指令要求前主动停止了自己的违法行为,而积极

• 91 •

[10] 参见渝市监经处字〔2019〕第8号处罚决定书。

[11] 参见渝市监经处字〔2019〕第13号处罚决定书。

[12] 采取类似做法的还有山东省市场监督管理局在联合抵制案中当事人菏泽市汽车行业协会直接作出罚款30万的决定而未说明裁量理由。(参见鲁市监行处字〔2019〕第7号处罚决定书。)

[13] 参见粤市监反垄断行处〔2020〕第1、6、8、12、17、23、24、32号处罚决定书。

[14] 如黔市监处罚〔2019〕第26号处罚决定书。

[15] 参见浙市监案〔2019〕16号处罚决定书;浙市监案〔2019〕19号处罚决定书。

[16] 参见浙市监不处〔2020〕1号不予行政处罚决定书。

[17] 类似的决定书还可参见国市监处〔2020〕8号处罚决定书。在此份决定书中,国家市场监督管理总局认定当事人山东康惠医药有限公司在违法行为实施过程中起主导作用,当事人普云惠公司起次要作用,太阳神公司起辅助作用,因此将三当事人的罚款倍率分别确定为10%、9%和7%。

整改是指调查期间当事人在反垄断执法机构作出相关指令后，积极听从并纠正了自己的违法行为，两者都属于悔过情节，但存在主动与被动的差别。不过，在所有被观察的 177 份处罚决定书中，同一案件的多名当事人在积极整改方面表现均一致，没有表现不同的案件，因此无法对分析积极整改情节与量罚之间的关系，而仅能对比分析主动停止违法行为情节与量罚的关系。具体而言，在前述杭州市 13 家混凝土企业垄断协议案中，执法机构考虑到当事人杭州余杭恒力混凝土有限公司不仅和其他当事人一样尚未实施垄断协议，而且其在达成后一段时间内主动退出了该垄断协议，并且在调查过程中能够积极配合、如实陈述相关情况的事实，决定对其从轻处理，因此在适用数值式罚款的情形下，该当事人相对那些同样在达成垄断协议时未起主导作用但未主动停止违法行为的当事人少 25 万罚款。^{〔18〕}理论上，违法行为人主动停止违法行为意味着其主观上存在明显的悔过意识，客观上也终止了自己行为导致违法后果的进程，因此将该情节纳入量罚也能够让罚款的威慑效果变得更为适度，让具有不同违法表现的当事人间量罚变得更为公平。

除了效益和公平外，另外两类实践中出现的与调查时表现相关的裁量因素则更多体现的是对效率价值的追求。第一种是是否积极配合或如实陈述。比如对于前述案件的当事人杭州余杭恒力混凝土有限公司而言，其是该案 13 名当事人中唯一具有积极配合调查并如实陈述情节的当事人，因此和主动停止违法行为情节一起被综合考虑减少了 25 万罚款。然而，配合调查是《反垄断法》第 42 条设定的法定义务，不予配合将可能会构成拒绝、阻碍反垄断调查这项违法行为，那么因存在积极配合情节而被从轻罚款是否具有法律上的正当性有待进一步论证。第二种是是否存在立功情节。比如天津市发展和改革委员会对天津口岸堆场垄断协议案所作 17 份决定书中，有三个当事人存在立功情节。其中，当事人胜狮物流（天津）有限公司^{〔19〕}和天津振华国际物流运输有限公司^{〔20〕}相对于没有立功情节但是其他情节一致的当事人中外运（天津）储运有限公司^{〔21〕}和天津振华海晶物流有限公司^{〔22〕}而言，适用的罚款倍率减少了 2 个百分点，而当事人天津胜狮货柜有限公司^{〔23〕}相对于没有立功情节但是其他情节一致的当事人天津金狮五矿国际物流有限公司、天津博达集团有限公司和天津玛伦达物流有限公司^{〔24〕}而言，适用的罚款倍率减少了 1 个百分点。与积极配合或如实陈述的情节一样，立功情节的考量也是为了激励相关当事人披露违法信息，让垄断规制变得更为高效。垄断违法行为具有相当的隐蔽性，通常反垄断执法机构获取足够的信息和证据认定违法难度较高，所以确有必要建立和完善相应的制度来解决这一信息问题。

然而，目前违法所起作用、是否积极配合调查和如实陈述、是否主动停止违法行为、是否积极整改和有无立功表现这些情节均未被《反垄断法》第 49 条明确列举或者通过其他条款予以规定，因此执法机构将此情节纳入量罚尚缺少形式上的法律规范依据，可能产生执法机构处罚随意的风险。为了规范反垄断执法机构的罚款行为，既然《反垄断法》第 49 条已经采取了裁量因素

〔18〕 参见浙市监案〔2019〕22 号处罚决定书。

〔19〕 参见津发改价检处〔2018〕71 号处罚决定书。

〔20〕 参见津发改价检处〔2018〕72 号处罚决定书。

〔21〕 参见津发改价检处〔2018〕70 号处罚决定书。

〔22〕 参见津发改价检处〔2018〕69 号处罚决定书。

〔23〕 参见津发改价检处〔2018〕77 号处罚决定书。

〔24〕 分别参见津发改价检处〔2018〕74 号、75 号和 76 号处罚决定书。

法定化的路径,同时实践中出现的这些裁量因素也有其存在的理性,那么有必要在理论上更进一步探讨每一种裁量因素是否应法律化以及如何法律化的问题。

(二) 司法维度的分析

为了回顾和总结反垄断罚款裁量问题的司法审查情况,笔者通过以“反垄断法”和“罚款”为全文关键词并将案件类型选择为行政案件的检索方法,在中国裁判文书网共检索得到了132份文书,剔除了不包含被处罚人诉请法院审查罚款裁量内容的69份文书后,得到了63份文书。这些文书覆盖了从一审到再审各个程序,涉及七大垄断案件和39份反垄断执法机构的处罚决定书。该七大垄断案件行政诉讼情况请参见表1。

表1 典型涉及罚款裁量问题的七大垄断案件行政诉讼情况梳理

序号	案件名称	违法类型及罚款	裁判概述
1	西安宏林实业有限公司与陕西省物价局物价处罚争议案	固定价格,罚款倍率6%,罚款3589828元	一审中,原告主张同案有当事人免于处罚,有的被适用3%的罚款,对自己适用6%是处罚不公。被告称不予处罚的当事人存在自首情节,适用3%罚款倍率的当事人达成但尚未实施垄断协议。对此,西安铁路运输法院援引《反垄断法》第49条和《行政处罚法》第27条第1款认定原告不存在减轻或免除的法定情节,且原告对以2015年销售额为基数无异议,该处罚合法合理。二审中,上诉人对处罚数额未表异议。
2	中昊等会计师事务所与山东省工商局等处罚争议案	划分市场,罚款倍率1%,罚款28018元	二审中,北京市第二中级人民法院认为《反垄断法》规定的上一年度销售额是指启动调查时的上一年度,山东省工商局确定的处罚基数并无不当。中昊所与其他24家行业单位违法行为持续一年左右,于2014年5月7日主动停止了违法行为,由于《反垄断法》第46条规定对尚未实施所达成垄断协议仍可以处五十万元以下的罚款,本案中山东省工商局结合相关协议已经主动终止等情形对当事人会计师事务所的处罚已属从轻处罚,处罚幅度适当。中昊还申请了再审,但被驳回,北京市高级人民法院确认了二中院对罚款裁量的观点。 ^[25]
3	凯里市凯顺通驾驶培训中心等与贵州省市场监督管理局物价行政管理处罚争议案	固定价格,尚未实施,适用数值式罚款,罚款50000元	贵州省高级人民法院认为对凯顺通驾培中心处50000元罚款的处罚幅度在《反垄断法》第46条规定的范围内,并无不当,不予采纳上诉人认为处罚严重违法违反《反垄断法》第46条规定的原则的主张。 ^[26]

[25] 中国裁判文书网并未公示该案一审判决书。另,新联谊费县分所(罚款倍率2%)、新联谊临沂分所(3%)、山东泰信(1%)、山东汇正联合(1%)、山东大宇(2%)、临沂盛大联合会会计师事务所(1%)也提出了类似的再审申请,而临沂沂州(2%)、山东万兴德(2%)、山东新华有限责任(2%)、山东天恒信(1%)、临沂安丰联合(1%)、山东恒宇(2%)、临沂元真(3%)、山东鸿诚(3%)、临沂恒正(3%)、临沂恒达信(2%)、山东天元同泰(3%)、平邑沂蒙有限责任(3%)、临沂启阳联合(2%)、临沂信德金桥会计师事务所(1%)存在一审和二审两份判决书,山东鸿信会计师事务所(3%)则只有一份一审判决书。这些判决中法院对量罚问题的审查表述内容均同中昊所的判决一致。

[26] 与此类似的还有丽珑、贵龙、星华和凯利(均被罚款50000元)等驾驶培训学校也都经历了一审和二审,判决中对量罚问题的审查表述内容与凯顺通的判决一致。此外,还有两个涉案行业协会也提出了行政诉讼。法院指出省发改委基于凯里驾培协会违法行为的性质、程度等因素,对其处罚款15万元并责令立即停止违法行为,符合《反垄断法》第46条第3款、第49条之规定,适用法律以及处罚幅度并无明显不当。黔东南州机动车驾驶人考试行业协会(被罚款300000元)相关判决中对量罚问题的审查表述内容与凯里市机动车驾驶培训行业协会的判决一致。

续前表

序号	案件名称	违法类型及罚款	裁判概述
4	镇远县金通驾校有限公司等与贵州省市场监督管理局物价行政管理处罚争议案	固定价格，罚款倍率 4%，罚款 260191.67 元	金通驾校主张量罚幅度违反《规范价格行政处罚权的若干规定》第 12 条第（三）项的规定，但贵州省高级人民法院称其未能举证证明存在符合该法律规定的情形，依据《反垄断法》第 46 条对金通驾校处 2016 年度主营业务收入 4% 的罚款在该条规定的幅度范围内，并无不当。金通驾校还认为应当依据《关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南（征求意见稿）》，以启动调查或违法行为时为基准认定“上一年度”。对此，法院认为该指南未正式发布施行，不具法律效力，因此“上一年度”的基准现行法律缺乏明确具体规定，对于行政机关基于案件情况、执法惯例以及行政执法中的自由裁量权所作的认定，如无明显不当应当予以尊重。而且，在金通驾校不能提供证据证明其于 2017 年已经停止违法行为情形下，以作出行政处罚决定的时间作为基准年度符合行政处罚的公平原则，也符合该规定的文义解释。 ^{〔27〕}
5	钦州市中天烟花爆竹销售有限公司与广西壮族自治区市场监督管理局工商行政处罚争议案	划分市场，罚款倍率 8%，罚款 22586 元	南宁铁路运输法院在一审判决中指出，原告利用其特许经营的市场优势地位，与其他两家公司达成垄断协议造成的危害不应仅以该公司是否获取高额利润为依据，三家公司分区域划分销售的行为间接剥夺了该地区零售商的自主选择权，提高了消费成本，从而弱化了价格对市场的调节作用，产生排除限制竞争的效果，扰乱了市场竞争秩序，其危害后果是非常严重的。根据区工商局调取的证据，包括原告中天公司在内的三家公司已实施了达成的垄断协议，而中天公司 2014 年度销售额是区工商局根据中天公司提供的书面说明确定的，因此区工商局根据《反垄断法》第 46 条第 1 款以及《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第 10 条第 3 款对中天公司作出的处罚决定，适用的法律正确，幅度也在法律规定范围内，认定的数额有事实依据、并无不当。 ^{〔28〕}
6	上海海基业高科技有限公司等与安徽省工商行政管理局处罚争议案	划分市场，罚款倍率 8%，罚款 75913.85 元	本案经过了一审、二审，当事人还提出了再审申请，但均被驳回。北京市西城区人民法院、第二中级人民法院和高级人民法院均概括地指出安徽工商局在综合相关调查事实的基础上作出了被诉决定书，认定事实清楚、适用法律正确，结论并无不当，相关处罚数额的计算结论亦无不妥。
7	扬州市江都公路运输有限公司与扬州市工商行政管理局处罚争议案	附加不合理交易条件，适用《反不正当竞争法》量罚	上诉人主张量罚应当适用《消费者权益保护法》，目前处罚过重。被上诉人称上诉人将售票系统与保险系统联机强制搭售，而且上诉人调查过程中拒绝配合，对执法人员警告不予理睬，也未及时纠正违法行为，经媒体曝光后社会影响较大，因而具有从重处罚情节。法院认为被上诉人扬州市工商局在职权范围内适用《反不正当竞争法》第 23 条对上诉人违法行为进行处罚，适用法律正确，裁量幅度符合规定，裁量结果适当。

〔27〕 该垄断案是三个机动车驾校达成并实施固定价格协议，该案另一名被处罚的当事人恒安机动车驾驶培训学校也提起了行政诉讼，只不过贵州省贵阳市中级人民法院在一审判决中仅分析了基准年度问题而未评判罚款倍率裁量问题。

〔28〕 该垄断案中另一名被处罚的当事人风顺烟花爆竹有限公司也提起了行政诉讼，一审判决对该问题的表述与中天的判决一致。

基于上述梳理可以发现,对反垄断罚款裁量的司法审查存在以下几方面特点:第一,大多数判决仅依据《反垄断法》第46条判定罚款裁量幅度的合法性和合理性,并未援引《反垄断法》第49条详细分析裁量所依据的具体情节,这涉及在同一部法律中不同法条关系的理解问题。第二,在关注到《反垄断法》第49条的判决中,未有判决比较分析各处罚当事人罚款倍率差异所依据的情节,所有判决对同案的提起诉讼当事人的罚款裁量审查表述基本一致,这涉及如何理解《反垄断法》第49条立法目的的问题。第三,各方对于量罚审查法律依据的认识并不一致,对不同法律相同内容的法条间关系理解也存在分歧。有的法院同时援引《反垄断法》第49条和《行政处罚法》第27条第1款,这涉及经济法与行政法之间关系问题。与此同时,有的当事人认为执法机构裁量罚款倍率时应当遵循《规范价格行政处罚权的若干规定》第12条的规定,有的当事人主张适用《消费者权益保护法》相关条款裁量,但执法机构事实上依据《反不正当竞争法》第23条进行裁量,而法院认定垄断行为却援引了《反垄断法》第17条第5项,认定构成搭售的同时确认执法机构依据《反不正当竞争法》第23条进行量罚合法合理,还有的执法机构同时援引《反垄断法》第46条第1款和《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第10条第3款对相对人作出相应罚款。这些现象涉及上位法与下位法之间的关系以及处于同一位阶的法律与法律之间、部门规章与部门规章之间的关系该如何认识的问题。另外,有的法院在其判决书中关于审查量罚问题的部分,仅笼统表示执法机构在综合相关调查事实基础上作出决定,认定事实清楚、适用法律正确、结论并无不当、相关处罚数额的计算结论亦无不妥,并未援引具体法条。第四,一些判决涉及了罚款计算的时间基准认定问题,但法院对此看法不一。有的法院明确指出《反垄断法》未对此明确规定即应属于执法机构自由裁量事项;有的法院则认为上一年度销售额是指启动调查时的上一年度,因此这涉及如何理解《反垄断法》第46条规定和执法机构裁量权范围的问题。综上所述,反垄断量罚司法审查工作中的未决问题包括量罚依据问题和量罚时间基准是否为裁量事项的问题。

(三) 立法维度的分析

由于本文研究的落脚点是讨论如何通过修法来有效控制反垄断裁量权,除了前述执法和司法维度的审视之外,笔者还梳理了与反垄断罚款裁量权控制相关的规范,比较分析表明反垄断量罚规范存在“表述模糊”“体系欠协调”和“裁量要素体系不健全”三方面问题。反垄断罚款裁量相关规范对比请参见表2。

表 2	反垄断罚款裁量相关规范对比
规范	条文表述
《反垄断法》第49条	对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款,反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。
《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》第56条	对本法第五十三条、第五十四条、第五十五条规定的罚款,反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况等因素。

续前表

规范	条文表述
《价格违法行为行政处罚规定》第 17 条	经营者有《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条所列情形的，应当依法从轻或者减轻处罚。 经营者有下列情形之一的，应当从重处罚：（一）价格违法行为严重或者社会影响较大的；（二）屡查屡犯的；（三）伪造、涂改或者转移、销毁证据的；（四）转移与价格违法行为有关的资金或者商品的；（五）经营者拒不按照本规定第十六条第一款规定退还消费者或者其他经营者多付价款的；（六）应予从重处罚的其他价格违法行为。
《禁止垄断协议暂行规定》第 32 条第 3 款	反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、情节、程度、持续时间等因素。
《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第 37 条第 2 款	反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、情节、程度、持续时间等因素。
《行政处罚法》（2021 年修改）第 32 条	当事人有下列情形之一的，应当从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；（二）受他人胁迫或者诱骗实施违法行为的；（三）主动供述行政机关尚未掌握的违法行为的；（四）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；（五）法律、法规、规章规定其他应当从轻或者减轻行政处罚的。
《行政处罚法》（2021 年修改）第 33 条	违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。 当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。 对当事人的违法行为依法不予行政处罚的，行政机关应当对当事人进行教育。

• 96 •

首先，根据表 2 对比可以发现，一些规范表述裁量因素的准确性稍显不足。比如，什么是违法行为的性质？是根据该违法行为所属的违法行为类型与排除、限制竞争的关系来抽象判断恶劣与否吗？什么是违法行为的程度？是指某特定违法行为对竞争秩序的危害程度，还是指某特定行为人的违法行为从整个共同违法事件来看的涉案程度？什么是消除违法行为后果的情况？是指主动停止违法行为情节或者积极整改情节吗？还是专指存在类似《价格违法行为行政处罚规定》第 17 条第（五）项的经营者退还消费者或其他经营者多付价款的情节？

其次，规范体系内部各规范欠缺协调性，规范本身含义的解释以及规范间适用关系的处理有待进一步梳理。《禁止垄断协议暂行规定》第 32 条第 3 款和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第 37 条第 2 款对裁量因素的表达中均加入了“情节”这一因素，但是“情节”与其他与之并列的“性质”“程度”以及“持续时间”因素之间是什么关系？这两条行政法规相对于作为上位法的《反垄断法》而言，增加“情节”这一因素是悖反还是细化？层级为行政法规的《价格违法行为行政处罚规定》第 17 条相对于层级为法律的《反垄断法》第 49 条及其修订草案对应条款而言增加了对历史违法行为和调查中配合情况的考量，那么如何理解此规范的部门法属性？如何理解两者之间的适用关系？《价格违法行为行政处罚规定》第 17 条将伪造、涂改或者转移、销毁证据这一具体的拒绝、阻碍反垄断执法机构调查行为规定为应当从重处罚的情节，那么该如何理解该条与《反垄断法》第 42 条之间的关系？如果同时适用，既让具有此情节的当事人构成拒绝、阻碍反垄断调查这一违法行为并适用《反垄断法》第 52 条的法律责任，又让当事人因此情节在

罚款裁量时受到更重的罚款,是否形成对同一情节的重复评价?如何认识反垄断罚款的性质?如何看待《反垄断法》第46条第2款未规定立功制度而《行政处罚法》第27条规定了立功制度?

最后,既然《反垄断法》第49条采取了法定化裁量因素的裁量权控制模式,在列举三种因素后加上了起兜底作用的“等因素”字眼,并鉴于反垄断执法实践以及其他法部门已经积累了一些有益的裁量经验,而且透过本次修订草案的意见征求稿可以发现已经有在第49条内新增裁量因素的倾向,所以不妨通过此次修订将其以法律形式明确下来。对此,有一系列问题需要解决。比如,本次修订增加的“消除违法行为后果的情况”这一改变如何评价和完善?除此之外有无必要增加“调查中的配合情况”为量罚情节?是否要在自首制度基础上创设反垄断调查中的立功制度?是否将“历史相关违法行为”纳入量罚范围?以及对于那些域外反垄断执法中纳入量罚情节的其他因素有无必要引入?如果存在引入的价值和必要性,那么具体如何借鉴?

三、反垄断罚款裁量权控制模式的选择

上述分析系统地揭示出了反垄断罚款裁量权失控问题。反垄断量罚存在考量情形欠缺法律依据和量罚不当问题,此为反垄断执法中罚款裁量权失控之表现。法院对量罚适度和公平的审查趋于形式,控制裁量权的相关规范本身存在疏漏,这些则是失控之原因。对此,应当通过完善相关规范,力求在赋权与控权之间形成良好的平衡。反垄断法完善需要在定位和定向的基础上思考如何定则,^[29]因此下面将首先讨论反垄断罚款裁量权控制的整体思路。反垄断罚款裁量问题属于经济法学与行政法学交叉的问题,因此不仅应当从经济法学内部视角进行理论分析,而且应当注重行政法学这一重要的外部视角。^[30]行政法学上的裁量权控制理论为经济法学中思考反垄断罚款裁量权控制问题提供了整体思路。下文将基于行政法自由裁量权控制的四个模型理论,分析经济上反垄断罚款裁量权控制模式该如何选择。

行政法学者将裁量权控制模式总结为通过规则的命令控制模式、通过原则的指导控制模式、通过程序的竞争控制模式和通过监督的审查控制模式四种模式。其中,通过规则的命令控制模式建立在“自由裁量是法律规则供给不足的产物”的认识基础上,这种模式是通过明确的规则从源头压缩,甚至取消自由裁量空间,裁量基准制度就是典型例证。通过原则的指导控制模式建立在“法治所要求的是法律应当能够控制自由裁量权的行使而不是消除”的认识基础上,该模式是通过基本原则的指导来使自由裁量符合法治主义所强调的基本价值,同时使其在面对多样化现实时游刃有余。通过程序的竞争控制模式是一种过程中的控制技术,力图通过行政程序让行政相对人和其他利害关系人成为裁量权行使过程中的参与者,进而确立一个“公权—私权”的竞争性结构。通过监督的审查控制模式则是事后通过权威主体依据预先标准对自由裁量过程和结果进行审核和判断的一种监控和矫正机制。通过比较这四种控制模式的控制理念、控制时机、控制主体和

• 97 •

[29] 参见前引[1],张守文文。

[30] 当然,尽管经济法与行政法存在一些共同性的基本假设和一些需要共同面对的问题,但伴随政府职能的新发展,两者在法律理念、调整领域上具有显著差异,又需要在借鉴之时站在自身法部门视角上有所取舍。(参见前引[4],张守文书,第259页。)

控制技术,学者主张走向一种复合控制模式。^[31]在此基础上,本文通过以下分析认为反垄断罚款裁量权控制应当走向一种原则控制和程序控制为主,监督控制为辅的复合控制模式。

通过规则的命令控制模式的典型代表是美国的反垄断案件刑事罚金,但基于罚款性质差异、竞争法实证研究尚少以及规则控制带有的僵化风险,目前我国反垄断量罚不宜以此控制模式为主导。在美国,反垄断罚金数额法定区间 $=20\% \times \text{受影响的商业量} \times \text{系数区间}$ 。具体而言,系数区间受到犯罪点数影响,两者存在一个法定的对应转换关系。犯罪点数 $=5 + \text{调整点数}$,其中调整点数是事先为不同情节(提高因素包括违法类型、高层管理者参与、存在违法记录、阻挠执法等,减少因素包括主动告发、积极配合、认罪态度好、认真接受处罚等)确定的取值区间为 $[-10, 10]$ 的具体数值。罚金数额法定区间为罚金裁量提供了参考和约束,裁量机构一般应当在该区间内酌情确定最终的数额。^[32]与之相比,我国的反垄断罚款的性质显著不同。我国《反垄断法》没有明确罚款的法律性质,学界对此也存在较多争议。有学者认为其更接近欧盟的行政罚款,有学者则强调罚款的经济法责任属性。无论争议结果最终为何,这种罚款性质的不同意味着方程中自变量的选择及其计算方式会有不同。同时,该罚金基准计算方程建立在系统的情节量化评估基础之上,但我国的法学实证研究发展相较美国还不尽成熟,因此欠缺量罚评估的理论支撑。此外,还有很多行政法学者指出这种控制模式从理念上就是不符合自由裁量权制度的功能定位的,^[33]而且在现实中也会陷入僵化困境^[34]。

欧盟通过设定罚款方法指南规定了计算罚款数额两步走的方法,是通过原则的指导控制模式的典型代表,我国的控制模式与此类似,而且此模式本身的理念贴近经济法运行的特征,因此以此为主导能够更好地控制反垄断量罚问题。欧盟的反垄断罚款数额 $= \text{销售价值}^{[35]} \times \text{裁定比率} \times \text{违法持续时间} + \text{进入费} + \text{裁定调整数额}$ 。具体而言,裁定比率根据违法行为的性质、企业的市场份额以及所涉地域范围等因素确定,一般不超过30%。调整数额的裁量一般考虑历史违法行为、调查中配合情况、违法行为中所起作用、违法阶段、能否确保有效阻止违法^[36]以及特定社会经济背景下的企业生存状况等因素,而且要求最终数额控制在经营者上一年度总营业额的10%以内。欧盟并没有像美国那样量化每种具体的裁量因素,而是从宏观上提出了一个应当考虑的裁量因素体系和一套裁量方法,力图通过这种形式来为裁量权行使划定基本框架,同时为执法者保留一定裁量空间,从而在法治基本价值与行政现实需求之间追求一种平衡。^[37]我国《反垄断法》相关规定更接近欧盟这种通过原则的指导控制,而且一些学者也在为追寻罚款确定性提出一套中国版的裁量方法,但裁量因素体系仍有待进一步完善。实际上,我国《反垄断法》中规定了反垄

[31] 参见王锡铎:《行政自由裁量权控制的四个模型》,载《北大法律评论》第10卷,第2辑,北京大学出版社2009年版,第311-328页。

[32] 参见前引[6],黄勇、刘燕南文。

[33] 参见前引[31],王锡铎文,第326页。

[34] 参见余凌云:《游走在规范与僵化之间——对金华行政裁量基准实践的思考》,载《清华法学》2008年第3期。

[35] 销售价值概念的解释参见袁嘉、郝俊淇:《国际反垄断行政罚款制度评析及其对我国的启示》,载《价格理论与实践》2015年第5期。

[36] 即通过估计违法所得来将罚款增加至高于估计的违法所得。

[37] 参见前引[31],王锡铎文,第316页。

断罚款裁量的一般条款,即《反垄断法》第49条,该条以开放式列举的形式原则性地提出了应当予以考虑的诸多因素。该条具有控制罚款裁量权的潜在价值,但其却被忽视和遗忘。另外,从经济法理论的角度来看,此模式本身的理念十分贴近经济法的基本原则和运行的现实特征。经济法运行中执法因素具有特殊重要性,^{〔38〕}执法需要一定的裁量权,但调制主体因为职权界限不明而表现出超越职权或者滥用职权等一些问题,所以又必须贯彻和落实经济法最基本的调制法定原则。

通过程序的竞争控制模式是行政法学领域力推的一种模式,也是我国反垄断执法当中事实上存在的一种控制模式。这种模式通过规范设定裁量权的行使方式,打破了执法机构在权力运用和语言解释等方面的垄断,使裁量权行使由垄断封闭走向竞争开放,成为一个信息分享、知识交流、利益竞争和互相制约的过程,由此不仅提高裁量的理性化水平,而且提升裁量结果的可接受性,^{〔39〕}不仅对裁量权形成了一个约束机制,而且保留了裁量权行使的自由空间,因此该模式本身即具有相当的合理性。基于《行政处罚法》的相关规定,我国也存在控制反垄断量罚的通过程序的竞争控制模式。在国家市场监督管理总局公示的反垄断处罚决定书中,大部分有对行政程序告知过程的说明,也有一些案件进行了陈述、申辩或者要求举行听证。但是,如前所述,多数判决仅基于《反垄断法》第46条审查罚款倍率是否在其规定的幅度范围内,而忽视了第49条的实质要求,因此这个竞争性结构的作用并未得到有效发挥。

通过监督的审查控制模式是各国反垄断量罚控制制度体系常见的一种模式,但在我国并不经常启动。基于经济法运行中执法的特殊重要性,司法机关很多情况下会对执法机构的专业性、政策性言语保持克制立场。另外,受到“重定罚轻量罚”的影响,司法审查中往往更重视违法行为构成认定正确性,着重笔墨对定罚进行长篇分析,而量罚部分仅是轻描淡写,更多流于形式。实际上,即使假定已经存在事前的通过原则的指导控制模式和事中的通过程序的竞争控制模式,由于调制主体和调制受体之间存在显著的势差,反垄断执法的机构仍然可能会滥用其在调查和处罚过程中的“支配地位”,所以通过监督的审查控制模式必不可少。

• 99 •

四、反垄断罚款裁量权控制规范的完善

尽管目前我国《反垄断法》中一些具体规范具有原则控制的功能,《行政处罚法》相关条款也具有一定的程序控制功能,而且司法实践也出现了对反垄断量罚的司法审查,但是这些模式更多流于形式,而且模式间关系不清,彼此未能有机结合。实际上,量罚是一项系统工程,只有按照逻辑且周到地考量应当予以考量的各种情节方能保证量罚适度、公平和高效。《反垄断法》第49条可以成为有机结合原则控制和程序控制的关键条款,即不仅在实体上更为科学地规定应当考虑的具体因素,而且还需增加一些程序约束。《反垄断法》第49条明确列举了“违法行为的性质”“违法行为的程度”和“违法行为的持续的时间”三个法定裁量因素,《〈反垄断法〉修订草

〔38〕 参见前引〔4〕,张守文书,第472页。

〔39〕 参见前引〔31〕,王锡铤文,第318-319页。

案（公开征求意见稿）》第56条则将此改为“违法行为的性质”“违法行为的程度”“违法行为的持续时间”以及“消除违法行为后果的情况”四个法定裁量因素。尽管目前该条采取开放式列举方式，为执法实践中出现的其他裁量因素提供了空间，但法律明确列举的因素和实践中考量的因素在数量和种类上存在较大出入，该条的原则控制功能也难以发挥。因此，值此修订契机，应当在准确解释既有法定裁量因素、理清各种潜在裁量因素间关系的基础上，构建一个更全面和协调的法定裁量因素体系。

有鉴于此，本文首先对现行法律列举的三个裁量因素中存在争议的概念进行解释。第一，“性质”在此处是指事物的特性和本质，“违法行为的性质”是指该行为的违法行为类型及其违法特征的综合评价。由于现行法律对于“垄断协议”和“滥用市场支配地位”这两种性质和违法构成要件截然不同的违法行为设定了相同的倍率式罚款，而且修订草案也有统一罚款形式的趋势，所以有必要将这种性质上的不同体现到罚款裁量之中，有必要根据违法行为类型抽象地评价该种违法行为的违法特征。当然，抽象评价的任务最好是以行政法规这种层级的下位法来细化和落实，而不是在不同的部门规章中各自表达。第二，“程度”在此处是指事物发展变化达到的状况，但“违法行为”单独修饰程度存在指向不明的问题，因此需要增加新的修饰词来明确程度的具体指向，或者通过下位法来对此进行详细解释。本文认为“违法行为的程度”应当包括抽象和具体两个层次。在抽象的层面，“违法行为的程度”应当是指整体行为违法的程度，更具体地说就是违背该法立法目的的程度，也就是整体违法行为竞争损害的程度；在具体的层面，“违法行为的程度”就应当是指该整体行为中具体当事人违法行为在整体行为中所起的作用，也就是具体违法行为涉案的程度。尽管这个具体层面的讨论仅针对共同违法行为，但现时的或者可能的排除、限制竞争行为经常是以共同违法行为的形式出现，所以抽象—具体两个层次的划分是契合实际的。

在明晰了三种法定裁量因素中两种争议性概念的内涵后，还需理清法定裁量因素的体系构成问题。第一，基于前述分析可知，反垄断执法机构在裁量罚款时还考量了是否积极配合调查或如实陈述、是否主动停止了违法行为、是否积极整改、是否有自首情节以及是否有立功情节这几种具体情况，这些可被归纳为悔过情况。第二，修订草案中新增“消除违法行为后果的情况”确有必要，因为从立法目的来说，《反垄断法》不只是一要预防和制止垄断行为，还要削减、消除已经实行垄断等违法行为带来的竞争损害后果，由此方能保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展。第三，《禁止垄断协议暂行规定》和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》裁量因素条款中增加“情节”会使裁量因素间关系混乱。“情节”是指事情的变化和经过，但目前罗列的其他三种要素很多本质上都是不同的情节。如果加入情节意味着认为前三种都不是情节。尽管可以把违法行为的性质和程度仅视为一种抽象的评价，但是违法行为的持续时间一定是具体且特定的，其实质是一种情节，所以会导致列举逻辑混乱。第四，应当将《价格违法行为行政处罚规定》第17条中考量的“历史相关违法情况”增加至《反垄断法》第49条的列举当中。理论上，由于《反垄断法》旨在预防和制止垄断行为，反垄断罚款也就承担着打击和预防的双重功能。屡查屡犯的人相对于初次违法的行为人具有更高的竞争损害风险，所以有必要在量罚时予以区分，对屡查屡犯者处以相对于初次施行垄断违法者更重的

罚款，进而使罚款发挥恰当的威慑效果。另外，实际上欧盟、美国和日本〔40〕也都将此要素纳入罚款裁量的考量体系当中，这些立法实践也一定程度上反映了新增这个因素的必要性。第五，应当在《反垄断法》第49条中明确增加列举“经济社会背景下的企业状况”这一重要的裁量因素。在日本，这一裁量因素主要体现为对经营者“行业属性”和“规模”的考量。〔41〕借鉴这一立法经验，“经济社会背景下的经营者状况”被理解为当前宏观经济整体状况、经营者所属行业在宏观经济背景下的发展现实状况和战略地位，以及经营者自身的发展状况三个方面。考量当前宏观经济整体状况可以平滑经济周期波动给竞争执法带来的影响，考量所属行业现实状况和战略地位能够更好兼顾常态化经济和非常态化经济时期显著不同的行业发展状况以及竞争执法需求，考量经营者自身的发展状况则能够防止罚款变成经营者生存的威胁，避免陷入为了预防和制止垄断行为反而影响整体经济的健康发展的局面。这些裁量因素有其存在价值，也或多或少已经体现在执法实践当中，但其必须通过纳入法定裁量因素的方式使其受到控制。由此可知，加入这一裁量因素体现了经济法的经济性和规制性，在加强竞争法治的前提下提升了竞争政策与产业政策的协调性，从更高角度来看也更符合经济法促进经济与社会良性运行与协调发展的根本目的。

上述对裁量因素构成的思考可以被概括为裁量因素三层次体系，请参见表3。

表3 裁量因素三层次体系

客观方面评价	违法行为的性质	违法行为类型
		所涉违法类型特性的综合评价
	违法行为的程度	整体违法行为的竞争损害程度
		个体违法行为的涉案程度
	违法行为的持续时间	
	违法行为的阶段	
	消除违法行为后果的情况	
	经济社会背景下的经营者状况	行业属性
		经营者规模
主观方面评价	悔过情况	是否屡查屡犯
		是否主动停止违法行为
		配合调查情况
		是否积极整改

这个体系明晰了裁量因素之间的关系。第一层次是指主客观方面的二元分类，即将裁量因素

〔40〕 欧盟罚款基础调整阶段将累犯作为从重情节（参见前引〔35〕，袁嘉、郝俊淇文）；在美国，存在违法记录是提高犯罪点数的因素（参见前引〔6〕，黄勇、刘燕南文）；在日本，裁量反垄断罚款时是否再次违法会影响罚款的计算比率（参见王玉辉：《日本〈禁止垄断法〉罚款及其减免制度研究——兼谈对我国〈反垄断法〉相关制度的借鉴》，载《河北法学》2010年第3期）。

〔41〕 日本裁量反垄断罚款时会根据行业特征（划分为制造业、批发业和零售业）、经营者规模（划分为大企业和中小企业）、是否再次违法和是否主动停止违法行为四个方面区分罚款的计算比率。计算比率表参见前引〔40〕，王玉辉文。明确强调减免不适用于告发其他公司的违法行为，也就是明确排除了立功制度。

分为客观方面的评价和主观方面的评价。客观方面的评价主要针对违法行为和违法者两个方面，其中违法行为主要涉及性质、程度、阶段和持续时间，违法者则主要考量其消除违法行为后果的情况和在经济社会背景下的经营状况，主观方面的评价主要是指违法者悔过表现，这些因素共同构成了第二层次裁量因素，也就是本文认为《反垄断法》第49条应当予以明确列举的因素。第三层次裁量因素是对第二层次裁量因素的分类和细化。除了裁量因素之间的逻辑关系之外，还有两个外部的相邻关系问题需要理清。第一个有待理清的问题是如按前述的方式修改了《反垄断法》第49条，如何看待《反垄断法》第46条与该条的关系。对此，需要指明的是《反垄断法》第46条第2款规定自首为减免处罚情节，这里的自首对应上述裁量因素体系的理论分类就是主动停止违法行为并且配合调查表现极其突出，因此是对悔过情况这种裁量因素的特别强调，两者并不会产生冲突。第二个问题是罚款的时间基准是否为裁量事项的问题。《反垄断法》第49条指出了反垄断执法机构确定具体罚款数额时应当考虑的因素。反垄断倍率式罚款的基准为“上一年度销售额”，由于《反垄断法》相关规范并未指明“上一年度”的参考对象，实践中各执法机构采取了截然不同的做法，这在相关行政诉讼中也成为争议焦点。基准的变化事实上会导致最终的罚款数额产生变化，如果本次修法放任这种不确定性问题继续存在，那么反垄断执法机构确定倍率式罚款的具体罚款数额过程中将不仅受到倍率裁量的影响而且受到基准的影响，就必须至少将此时间基准的确定纳入裁量事项当中对其进行一定控制。当然，如果本次修订能够明确上一年度销售额的参考对象则更为理想。

除此之外，由于实践中反垄断执法机构经常在决定书中一笔带过《反垄断法》第49条中列举的法定裁量因素、不载明所查实的量罚因素相关事实、不对裁量因素下定性结论就径直作出罚款决定，而且法院在审查反垄断执法机构量罚问题时也经常忽视该条款的重要性，还有必要在完善与法定裁量因素列举相关的实体规则的同时增加一些程序约束。比如在该条后增加一款类似“反垄断法执法机构应当在处罚决定书中载明所有被纳入考量的因素，并逐一基于相关事实作出定性结论”的规定。通过这一规定强调了反垄断执法机构在裁量罚款数额时必须通过决定书充分披露裁量权行使所考量的因素、依据的事实和对每一项因素的评价，如此一来，裁量权行使过程被公开，不仅能够促使执法机构更为谨慎地思考罚款裁量结果的适度性和公平性，提高裁量的理性化水平，提升裁量结果的可接受性，而且也为司法审查量罚提供了基本框架。

五、结 论

尽管反垄断制度建构成就瞩目，本次修订草案也回应了诸多问题，但“重定罚轻量罚”依然存在。经济法领域已就反垄断罚款相关问题形成诸多理论成果，但结合本次草案来看还有不少问题尚未予以回应，而且在研究视角和方法上也有更多可拓展空间。有鉴于此，本文首先透过数据系统分析了反垄断罚款裁量权失控问题。第一，分析177份处罚决定书后发现，反垄断量罚未能很好践行《反垄断法》第49条的要求。第二，梳理63份包含反垄断罚款裁量审查内容的文书后发现，法院对此的审查较为粗疏，依据主要是第46条，对条款的理解也存在分歧，因此未能很好监督和控制。第三，对比分析反垄断罚款裁量相关规范后发现，这些规范存在“表述模糊”

“体系不协调”和“裁量要素体系不健全”问题。

对此,本文借鉴自由裁量权控制理论分析后认为,控制反垄断罚款裁量权应以原则控制和程序控制模式为核心。由于《反垄断法》第49条是能够实现有机结合原则控制和程序控制效果的重要条款,本文基于语义分析、系统分析和比较分析等方法建议将《反垄断法》第49条修改为:“(第一款)对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款,反垄断执法机构确定具体罚款数额时,应当考虑违法行为的性质、程度、阶段、持续时间,违法者的悔过情况、消除违法行为后果的情况以及经济社会背景下的经营者状况等因素。(第二款)反垄断执法机构应当在处罚决定书中载明所有被纳入考量的因素,并逐一基于相关事实作出定性结论。”

Abstract: The study on the discretion of antitrust penalties has outstanding practical needs and important theoretical significance, so we need to think about how to revise relevant rules. The empirical analysis based on the data of 177 punishment decisions shows that the discretion fails to fulfill the requirements of Article 49 of the Anti-monopoly Law, and after analyzing 69 documents on the Chinese Judicial Documents website, which contain the content of the punishment that the punished person has appealed to the court for review, it is found that phenomenon of improper and unfair penalties has not been effectively controlled by the judiciary. From the dimension of legislation, there are three problems in the norms of anti-monopoly quantity and penalty: vague expression, uncoordinated system and unsound system of discretionary elements. These problems can be summarized as the problem of out-of-control discretion of anti-monopoly penalty. Therefore, we should control the exercise of discretion through principles and procedures. Specifically, the expression of factors in Article 49 of the Anti-monopoly Law could be changed to “should consider the nature, degree and duration of the illegal act, the degree of repentance, elimination of the consequences, and business status of violators” in order to better play its control function. Besides, we would better add that the authorities shall be noted all factors into account, and one by one based on related facts to make qualitative conclusions as the second paragraph.

Key Words: anti-monopoly, discretion, empirical study, Article 49 of the Anti-monopoly Law

• 103 •

(责任编辑:殷秋实 赵建蕊)

作为经济法哲学基础的分配正义： 以罗尔斯为中心

商红明^{*}

内容提要：经济法的理论基础已有不少讨论，但尚有可拓展的空间。从哲学角度看，承认还是分配是当今社会哲学对社会认识的两种基本范式，宪法行政法以“承认”范式为中心，分配是沟通哲学和经济法学的桥梁。作为分配正义集大成者的罗尔斯，其第二原则意义上的分配正义理论，不仅可以作为经济法学的精神，为经济法学的独立地位提供独特性证成，而且还与经济法部门相贯通。在实践层面，罗尔斯在一定程度上也影响了美国的肯定性行动计划，而今天我国的社会贫富差距，一定程度上也呼唤作为分配正义之经济法的实践展开。

关键词：经济法哲学 罗尔斯 承认与分配 分配正义 权利倾斜性配置行动

黑格尔曾说：“法的基地一般说来是精神的东西。”^{〔1〕}姑且不论此话是否周全，但法之精神的重要性，由此可见一斑。对于晚近兴起的中国经济法学而言，此话的意义尤为重大。“经济法有没有理论基础？这一问题关系经济法的命运。”^{〔2〕}相较于传统法律部门，经济法的法哲学基础一直较为薄弱，虽然近年来一些学者不懈耕耘，取得了一定的成果，^{〔3〕}但仍有待开拓的空间。本着探寻经济法哲学基础的学术关切以及理论关照现实的研究理路，本文在新近哲学尤其是社会哲学对现实问题不同回答的语境下，试图通过重点分析分配正义理论与经济法的关联，为深化我国经济法理论的“形而上”基础提供丝缕浅薄见解；此外，通过对几乎与罗尔斯正义理论大讨论同时兴起且一定程度上受其影响的美国肯定性行动计划作简短介绍，试图为中国经济法学分配正义的

^{*} 商红明，中国计量大学法学院讲师。

〔1〕〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第10页。

〔2〕程信和：《论经济法的理论基础》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2008年第3期，第74页。

〔3〕如蒋悟真：《迈向法理学的中国经济法学》，载《法商研究》2008年第3期；张继恒：《经济法的部门法理学建构》，载《现代法学》2014年第2期；张继恒：《走向“经济法法理学”：经济法研究进路反思》，载《法制与社会发展》2018年第2期；刘红臻：《经济法哲学：经济法的“法理”表达》，载《中国法律评论》2018年第3期。

实现勾勒出一个初步的“形而下”〔4〕的理想图景。

一、经济法为何要走向分配？

“承认”作为法兰克福学派第三代的核心概念，在新近的社会哲学中极具影响。阿克赛尔·霍耐特（Axel Honneth）在《为承认而斗争》一书中，借用米德的社会心理学实现了青年黑格尔承认理论的经验主义转型，提出了一种在当今社会哲学界颇有影响的观点：“历史过程不再是纯粹的事件，而是冲突的发展过程，是承认关系不断扩大的渐进发展。”〔5〕在此基础上，霍耐特进一步提出了其基于“承认”这一道德一元论基础上的多元正义论。当然，比霍耐特更早注意到黑格尔这一理论的是科耶夫（Kojève）。科耶夫在一篇有关黑格尔的文章中明确指出：“一旦发现了承认概念，黑格尔发觉自己拥有了其整个哲学的关键概念。”〔6〕科耶夫对其承认理论的论证是在主人与奴隶的关系中展开的，虽然这一论证受到了马克思有关工人阶级解放理论的影响，但科耶夫把这种解放放到一个更宽泛的历史背景中。在他那里，“问题的关键已经不是现代市民社会的资产阶级与无产阶级的阶级斗争，不是剩余价值理论所揭示的剥削问题，而是一个有关人性的相互承认的政法问题”，“他们所赖以为基础的理论也不再是政治经济学，而是相互承认的政治历史理论以及后来的法权现象学”〔7〕。在此，马克思以经济利益分配为核心的阶级斗争论似乎消失了踪迹，尽管科耶夫是一个公开的马克思主义者。

所幸的是，当代新左派政治哲学家南茜·弗雷泽（Nancy Fraser）在一定程度上复兴了马克思主义阶级斗争论中的“分配”维度。在《从再分配到承认》一文中，弗雷泽尽管承认“‘争取承认的平等’在20世纪末迅速成为政治冲突的主要形式”，但也坦言“这并不是事情的全部”。她认为，社会经济不正义与文化不正义都是当代社会中的普遍现象，我们需要的不是简单支持或完全拒绝所有的身份政治，而是把目前彼此分离的两个政治问题关联起来。“只有把承认和再分配连接起来，我们才能提出适合我们时代要求的批判性理论框架。”基于此，弗雷泽提出了其观点二元论的分析框架。〔8〕因此，在一定程度上，霍耐特继承了黑格尔承认理论的“身份—政治”模式，而弗雷泽则延续了马基雅弗利、霍布斯以来，尤其是由马克思发扬光大的“生存—经济”模式。

事实上，学界在很大程度上受到这些认知模式的影响。例如，就农民工保护而言，有人认为，其根本问题不在于直接去争取维持生计的收入、福利等“生存—经济”维度的东西，而是争取承认、争取获得这些待遇和机会的“资格”“公民权”；其解决方案是“走向承认”。〔9〕然而，

〔4〕“形而上者为之道，形而下者为之器”，语出《周易·系辞上》。

〔5〕〔德〕阿克赛尔·霍耐特：《为承认而斗争》，胡继华译，上海人民出版社2005年版，第176页。

〔6〕〔法〕科耶夫：《黑格尔、马克思和基督教》，载科耶夫等：《驯服欲望：施特劳斯笔下的色诺芬撰述》，贺志刚等译，华夏出版社2002年版，第13页。

〔7〕高全喜：《论相互承认的法权：〈精神现象学〉研究两篇》，北京大学出版社2004年版，第10页。

〔8〕参见〔美〕南茜·弗雷泽：《从再分配到承认？——“后社会主义”时代的正义难题》，载〔美〕奥尔森编：《伤害+侮辱——争论中的再分配、承认和代表权》，高静宇译，上海人民出版社2009年版，第13-41页。

〔9〕参见〔美〕苏黛瑞：《在中国城市中争取公民权：农村流动人口、国家与市场逻辑》，王春光、单丽卿译，浙江人民出版社2009年版；王小章等：《走向承认——浙江省城市农民工公民权益发展的社会学研究》，浙江大学出版社2010年版。

对当下中国经济法学而言，我们应着重采用何种模式？笔者以为，我们应注重“生存—经济”模式的研究。究其原因：第一，从社会整体而言，20世纪80年代是个资源扩散的年代，而90年代以来的中国社会则呈现资源重新积聚的趋势。^{〔10〕}不同年代居民的努力具有不同的再分配效应。^{〔11〕}因此，社会的分配结构尤为重要，经济法学界也的确应当给予充分关注。第二，不可否认，为承认而斗争，为权利鼓与呼，对法治国家建设而言，具有重大的原点性意义；但同时也要警惕空洞的“权利话语”主张可能存在的弊病，^{〔12〕}即对具体规则的分配再分配效应缺乏关注，进而事实上并无益于问题的解决。第三，更为重要的是，“身份—政治”模式下的“为承认而斗争”的认知路径侧重于政治维度，更适合作为宪法、行政法的研究范畴；而经济法的研究对象更为社会经济问题，从“生存—经济”模式下的“分配”角度切入也更顺理成章。第四，基于第三点，在当今中国社会发展所处阶段，注重“生存—经济”模式下的分配路径研究也会遭遇较少现实阻力。

二、罗尔斯的分配正义

分配正义有其悠久的历史脉络。亚里士多德在其伦理学中对“具体公正”进行了二次划分，其一即是“在私人交往中起矫正作用的公正”。矫正的公正又有两种，对应于两类私人交往：出于意愿的和违反意愿的。其二即是“表现于荣誉、钱物或其他可析分的共同财富的分配上的公正”。此其二即“分配正义”。虽然此处分配正义的定义包含了对“可析分的共同财富”的分配，但在具体论述“分配正义”时，亚里士多德却主张：“人们都同意，分配的公正要基于某种‘配得’，尽管他们所需（摆在第一位）的并不是同一种东西。民主制依据的是自由身份，寡头制依据的是财富，有时也依据高贵的出身，贵族制则依据德性。”^{〔13〕}显然，无论是抽象的“配得”，还是具体的“身份”“财富”“出身”和“德性”，都与“尊重他人为人，并保障其为人”的现代分配正义理念并不相同。尤其当亚里士多德在论述“公正的性质与范围”时主张“公正是指一种品质”^{〔14〕}“公正是一切德性的总括”^{〔15〕}，其基于“配得”的分配正义主张与现代个体价值平等尊重的分配正义理论更是相去甚远。

转折点出现在康德的著述中。为了实现绝对律令，^{〔16〕}康德认为“政府有权强迫富人提供维持那些在最必要的自然需求上不能自己维持自己的人的资金”，“这可以通过向国家公民的私有财产或者贸易来征税，或者通过建立基金会及其利息来实现”。当然，“这样做不是为了国家需要，

〔10〕 参见孙立平：《失衡：断裂社会的运作逻辑》，社会科学文献出版社2004年版，第3-5页。

〔11〕 参见龚锋、雷欣：《努力可以改变机会不平等吗？》，载《经济学家茶座》2017年第3期。

〔12〕 参见〔美〕玛丽·格伦顿：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京大学出版社2006年版。

〔13〕 〔古希腊〕亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译注，商务印书馆2003年版，第134-135页。

〔14〕 前引〔13〕，亚里士多德书，第126页。

〔15〕 前引〔13〕，亚里士多德书，第130页。

〔16〕 康德在《道德形而上学原理》中提出了“自在目的的公式”，即“要以这样的方式来行动，永远不要简单地把人当作工具，而永远要当作目的，不论是对你自己还是对于他人”。〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社2005年版，第118页。

而是为了人民的需要，但不只是通过自愿的奉献”，“国家不能抛弃任何一个要活下去的人”〔17〕。在此，接济穷人已由私人自为的慈善变为国家不可推卸的强制义务。这种转变的出现与康德对道德平等的认识有关。在《伦理学讲义》中，康德说：“最好去看看穷人是否有获得帮助的其他方法，而不是以遭到‘贬低’的方式接受施舍。”〔18〕因为在康德看来，给人施舍在抬高了施舍者的“骄傲”的同时又“贬低”了接受者，而这已经破坏了道德的最核心本质：我们必须把任何别人都当作其自身的目的，而非满足自我“慷慨”虚荣的工具。因此，康德之后，“分配正义”由富人慈善中的“恩惠”变成了由国家保障的穷人的“权利”，而这正是现代分配正义的核心要素。

罗尔斯是康德的追随者。〔19〕“20世纪的伦理学、经济学曾经把‘分配正义’束之高阁，罗尔斯则在双方的学问上想要恢复‘分配正义’的权力。”〔20〕罗尔斯于1971年出版了《正义论》，在该书的第46节，罗尔斯给出了其两个正义原则的最后陈述：“第一原则，每个人对与所有人所拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。第二原则，社会和经济的不平等应这样安排，使他们：①在与正义的储存原则一致的情况下，适合于最少受惠者的最大利益，并且，②依系于在机会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放。”〔21〕在此，尤其是第二原则（机会平等与差别原则）所发散出来的关照弱者的思想，既延续了康德的足迹，也是对功利主义的反叛，而这正是正确定义现代分配正义概念的逻辑起点。所以，弗莱施哈克尔感叹道：“这个概念在几乎两个世纪政治辩论中发挥了突出的却不成熟的作用。现在，它终于得到了清晰的表述。”〔22〕

罗尔斯对分配正义的论述始自《正义论》出版前的两篇重要论文，其一即是罗尔斯于1967年发表于《哲学、政治与社会》第三期上的《分配正义》一文，其二即是1968年于《自然法论坛》十三期上发表的《分配正义：一些补充》一文。在《分配正义》一文中，罗尔斯明确宣称，其正义两原则处理的是社会基本结构问题，这种基本结构包括政治制度和主要的经济、社会制度两大部分，而正义的两原则就是应对这两方面的不平等。〔23〕在此，正义的两原则与社会基本结构的两大部分之间似乎存在着一种潜在的对应关系。当然，这里仅是一种猜测，只不过在《分配正义：一些补充》中，这种猜测应验了，这种潜在的对应关系被公开化了。罗尔斯写道：“正义两原则的公式假设我们可以有用地将社会结构划分为两个相互区别的部分，第一原则适用一个部

〔17〕〔德〕康德：《康德著作全集（第六卷）：纯然理性界限内的宗教、道德形而上学》，李秋零主编，中国人民大学出版社2007年版，第337-338页。

〔18〕转引自〔美〕塞缪尔·弗莱施哈克尔：《分配正义简史》，吴万伟译，译林出版社2010年出版，第99页。

〔19〕在《分配正义：一些补充》中，罗尔斯明确写道：“差别原则给‘人应当作目的，而不能当作手段’的康德观念提供了一个合理的解释。”See Rawls, Distributive Justice: Some Addenda., 13 *Natural Law Forum*, 51, 63 (1968). 进一步地，在《正义论》中罗尔斯为自己的作为公平的正义给出了一个康德式解释。参见罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第205-257页。其后，他又发表了有关康德的专门性论文，如《一种康德的平等观》（1975）、《道德理论的康德式建构主义》（1980）、《康德道德哲学中的主要论题》（1989）。

〔20〕〔日〕川本隆史：《罗尔斯：正义原理》，詹献兵译，河北教育出版社2001年版，第85页。

〔21〕前引〔19〕，罗尔斯书，第302页。

〔22〕前引〔18〕，塞缪尔·弗莱施哈克尔书，第151页。

〔23〕See Rawls, Distributive Justice, in P. Laslett, W. G. Runciman ed., *Philosophy, Politics, and Society*, Third Series, Basil Blackwell, 1967, p. 62.

分，第二原则适用另一个部分”，“基本的自由，诸如主要的政治权利、良心和思想的自由、基本的公民权等应由第一原则予以平等保障。第二原则适用于收入和财富的分配以及那些对组织权力产生差异的政治经济制度的结构。”^{〔24〕}进一步地，在《正义新论》中，罗尔斯公然主张，“正义原则中第一原则适用于宪法实质问题，第二原则适用于分配正义之制度”^{〔25〕}。秉承罗尔斯的这一思想脉络，本文中使用的罗尔斯的“分配正义”这一概念指称的是罗尔斯的第二原则。

三、分配：罗尔斯与经济法的衔接

从词源上看，国内经济法学界基本都认同“经济法”一词来源于摩莱里、德萨米的著作。在摩莱里的著作《自然法典》中，“分配法”与“经济法”并列使用，题为“分配法或经济法”。在其名下包含十二个条款，主要涉及部族和城市的划分、自然或人工产品的分配、分配的计量与核算以及买卖或交换的禁止和例外。^{〔26〕}德萨米继承了摩莱里的这一提法，在《公有法典》中，德萨米也将“分配法和经济法”两个概念并列使用，作为第三章紧跟第二章“根本法”之后，主要涉及的是公社的计划和组织问题。^{〔27〕}当代国内经济法学学者对经济法与分配法的关系或者说经济法的分配维度也关注甚多。杨紫烜教授指出：“经济法实质上就是分配法。”^{〔28〕}在李昌麒教授的著述中，分配法是经济法体系的重要组成部分，包括财政法、劳动和社会保障法。^{〔29〕}漆多俊教授主张：“经济法调整国家调节的再分配关系，它是经济领域利益资源的再分配法。”^{〔30〕}张守文教授认为，分配是贯通经济法的制度建设和法学研究的一条重要经脉。^{〔31〕}显然，在“经济法”词源史上，经济法等同于“分配法”。因此，从词源角度看，确立“分配正义”对经济法（分配法）的核心指导意义似乎并无不妥。

当然，更为重要的是，不论从目的、手段、外延乃至背景，经济法学学者对经济法基于“分配”维度的认知同罗尔斯的分配正义论存在诸多可通约之处。第一，从目的方面看，正如漆多俊教授所言“利益分配不公平，和谐无从谈起”，无论是早期摩莱里等人对“符合自然意图的法制蓝本”的展望，还是当代经济法学人寄希望于通过经济法实现“经世济民”的学术理想，都与罗尔斯试图通过其分配正义实现社会公正再造的旨趣不谋而合。第二，从实现方式上看，不论是摩莱里等人强烈主张的“计划性分配”方式，还是当代经济法学学者运用的市场经济条件下的“再分配”方式，二者本质上走的都是“生存—经济”模式下的“分配”之路，这与罗尔斯分配正义论在“承认还是分配”的方式选择上也保持了一致。第三，从适用外延上看，罗尔斯第二原则意义上的分配正义论主要适用于机会、收入、财富、自尊的基础的分配等“分配正义之制度”的问

〔24〕 前引〔19〕，Rawls文，第53页。

〔25〕 〔美〕罗尔斯：《作为公平的正义：正义新论》，姚大志译，三联书店2002年版，第78页。

〔26〕 参见〔法〕摩莱里：《自然法典》，黄建华、姜亚洲译，商务印书馆1982年版。

〔27〕 参见〔法〕德萨米：《公有法典》，黄建华、姜亚洲译，商务印书馆1982年版。

〔28〕 杨紫烜主编：《经济法》，北京大学出版社2006年版，第7-8页。

〔29〕 参见李昌麒主编：《经济法学》，中国政法大学出版社1996年版。

〔30〕 漆多俊：《经济法——利益资源的再分配法》，载《法制日报》2007年12月16日，第16版。

〔31〕 参见张守文：《贯通中国经济法学发展的经脉——以分配为视角》，载《政法论坛》2009年第6期。

题,而非如第一原则那样适用于“宪法实质问题”,其侧重于社会经济生活层面,此与经济法的调整对象范畴大体相同。第四,从现实背景上看,罗尔斯的正义论主要是针对美国当时严峻的种族歧视、民权运动高涨等社会失衡、分配不公的现实背景提出的,而当今中国共同富裕目标的实现也在一定程度上需要借鉴分配正义理论。

四、罗尔斯和诺齐克之争与经济法地位的证成

罗尔斯的正义论在被赋予公平的精神后,就变成了“作为公平的正义”。中国的经济法如果配上“分配正义”的精神,似乎就可以称之为“作为分配正义之经济法”。作为分配正义之经济法是罗尔斯第二原则意义上的经济法,其不同于主要立基于“平等的自由”第一原则上的宪法行政法,因而也就较容易将经济法与宪法行政法相分离。但如何从法哲学角度区分经济法与民商法呢?

罗尔斯《正义论》出版后的第三年,诺齐克推出了《无政府、国家与乌托邦》,提出了其著名的“持有正义”主张,以对抗罗尔斯的“分配正义论”。诺齐克虽对罗尔斯评价甚高,^{〔32〕}但同时也是罗尔斯最为严厉的批评者。诺齐克对罗尔斯的批评主要从以下两个方面展开。第一,“分配正义”是“模式化”的正义原则,其不仅是不稳定的,而且还极易引起公权对私权的侵犯。诺齐克说:“每一个模式化(或目的)原则都容易被个人转让他们在这一原则下所得份额的自愿行为所颠覆。”^{〔33〕}“分配正义的目的原则和大多数模式化原则,确定了这种他人对人们行为和劳动的(部分)所有权。这些原则从一种古典自由主义的自我所有权的概念,转向一种对他人的(部分)所有权的概念。”^{〔34〕}第二,差别原则的合作前提假设是薄弱的,罗尔斯丧失了其在原初状态中的中立性。“无疑,差别原则提出了那些才智较低的人们愿意合作的条件。但是,这是那些才智较低的人们能期望得到别人的自愿合作的公平协议吗?在产生社会合作的收益方面,各方的状态是对称的。才智较高者是通过与才智较低者的合作得益的,同时,才智较低者是通过与才智较高者的合作得益的,但差别原则在这两者之间都不是保持中立的。”^{〔35〕}换句话说,诺齐克批评罗尔斯只看到了接受者的权利,而没有看到给予者的权利。^{〔36〕}

罗尔斯与诺齐克的立场的确不同。罗尔斯在《正义论》的开篇写道“每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性”^{〔37〕},显然罗尔斯是站在被动防御的立场的;而诺齐克在《无政府、国家与乌托邦》的前言第一句写道“个人拥有权利”^{〔38〕},则是站在主动者的立场。这一主动一被动间就可

• 109 •

〔32〕 诺齐克指出,《正义论》是自约翰·斯图亚特·密尔以来所仅见的一部有力的、深刻的、精彩的、论述宽广和系统的政治和道德哲学著作……政治哲学家们现在必须要么在罗尔斯的理论框架内工作,要么解释不这样做的理由。参见〔美〕罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1991年版,第187页。

〔33〕 前引〔32〕,诺齐克书,第169页。

〔34〕 前引〔32〕,诺齐克书,第177页。

〔35〕 前引〔32〕,诺齐克书,第197页。

〔36〕 参见何怀宏:《公平的正义:解读罗尔斯〈正义论〉》,山东人民出版社2002年版,第189页。

〔37〕 前引〔19〕,罗尔斯书,第3页。

〔38〕 前引〔32〕,诺齐克书,第1页。

以窥探出二者之玄机，至于一个使用“分配正义”，一个主张“持有正义”也就顺理成章了。诺齐克的“持有正义”包含三个原则：“（1）一个符合获取正义原则获得一个持有的人，对那个持有是有权利的。（2）一个符合转让正义原则，从别的对持有拥有权利的人那里获得一个持有的人，对这个持有是有权利的。（3）除非是通过上述（1）与（2）的重复应用，无人对一个持有拥有权利。”^{〔39〕}显然，第一个原则是基于无主物的取得，第二原则是基于转让的取得，二者皆没有争议。诺齐克的致命问题在于其无法证明（或追溯）持有的历史正当性。作为补充，诺齐克提出了“矫正正义”，以用于矫正历史上非正当的持有。显然，民商法领域内的不当得利返还，基于欺诈的合同撤销权等均可看作是对这一矫正正义的运用。但奴役、强占呢？这些已经远远超越了民商法领域内的矫正了，或者说它要持续不断地矫正。而矫正不外乎再分配，矫正正义也不外乎是再分配的正义，因而诺齐克最终也会走向罗尔斯，虽然其对罗尔斯的批评也不乏道理。

讨论诺齐克与罗尔斯之争的意义在于，从中我们可以窥探出经济法与民商法分离之端倪。事实上，诺齐克所主张的持有正义延续了洛克传统，在那里“人们联合成为国家并受制于政府的一个主要的重大目的，是保护他们的财产”，“公民社会的首要目的是保护财产”^{〔40〕}，而非横加干预。罗尔斯则延续了康德的“一切财富都是靠抢劫得来”^{〔41〕}的康德主义传统，因而在罗尔斯的著述中“道德应得”是个重要概念，他反对靠先天抢劫而得到社会地位优势，主张分配正义也就不足为怪了。当然，无论是诺齐克基于对个人持有尊重基础上的持有正义，还是罗尔斯强调“道德应得”基础上的分配正义，二者都散发着对个人权利尊重的思想光芒。也正因如此，他们同属于新自由主义阵营，只不过诺齐克延续了洛克传统，站在个人与国家的关系立场，而罗尔斯则站在得利者与失利者之关系立场。由此，近现代民商法可以看作对抗公权之存在，而经济法可以说是协调私权之产物。前者高举“所有权绝对”的大旗，后者则信奉“分配正义”，由此也就开启了二者精神思想之分流，民商法与经济法方才有了根本性之区别。

五、罗尔斯与经济法部门

（一）机会平等：罗尔斯与反垄断法

一般认为，反垄断法的价值诉求在于效率。波斯纳就认为，“反托拉斯法的唯一目标应当是促进经济学意义上的效率”，“没有任何理由用反对托拉斯来达到与效率无关甚或对立的目标”^{〔42〕}。然而，这一观点在自由主义的经济学家们看来，简直就是事与愿违。产业经济学家德姆赛茨在纪念谢尔曼法颁布 100 周年的会议致辞中一针见血地指出：“在我们对竞争的理解中，还没有出现与反托拉斯有关系的内容。”^{〔43〕}“‘垄断租值’永远是由需求强弱决定的，其他因素无法

〔39〕 前引〔32〕，诺齐克书，第 157 页。

〔40〕 〔英〕洛克：《政府论两篇》，赵伯英译，陕西人民出版社 2004 年版，第 201、177 页。

〔41〕 前引〔18〕，弗莱施哈克尔书，第 98 页，注 33。

〔42〕 〔美〕波斯纳：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 2-3 页。

〔43〕 Demsetz, Harold, 100 Years of Antitrust : Should We Celebrate? Arlington, Va. : George Mason University School of Law, Law and Economics Center, 1991. 转引自薛兆丰：《商业无边界：反垄断法的经济学革命》，法律出版社 2008 年版，第 162 页。

改变租值。……不论政府管不管，这种垄断租值的存在和大小不受影响，受影响的只是租的实现形式。”“政府管制垄断的结果，不仅对垄断者不利，对整个社会也不利，因为它不仅扭曲了垄断者套取租值的意愿，而且还迫使需求者将资源耗费在人际关系的竞逐上，造成社会资源的净浪费。”〔44〕

当然，我们并不完全赞同反垄断法有损效率的主张，我们怀疑的只是经济学意义上的效率能否成为反垄断法一种恰切的规范基础。当经济学融入法律进而形构起轰轰烈烈的法律经济学运动时，功利主义在法律中的滥觞也就不可避免。然而，无论是功利主义鼻祖边沁所主张的“苦乐”，还是现今法经济学者所鼓吹的“效率”，二者本质上都是一个量的累积性概念；这与18世纪以来政治哲学中的个体本位相去甚远，姑且不论是否经得起类似于哈耶克式对“社会”概念的批评。因此，一种立论于个体本位的反垄断法的规范基础更值得我们去探寻。

在《正义论》中，罗尔斯写道：“我也假设存在一种公平的（与形式的平等相对的）机会均等，这意味着：……在经济活动中和职业的自由选择中，政府也执行和保证机会均等的政策。政府通过管理公司和私人社团的活动，避免对较好地位做出垄断性限制和阻碍来做到这一点。”进一步地，在罗尔斯实现其正义的社会图景的机制设计中，“配置部门”的职责就是“要保持价格体系的有效竞争性，并防止不合理的市场权力的形成”〔45〕。由此可见，罗尔斯并非像极右自由主义者那样完全否定反垄断法的功用，同时又并非像功利主义者那样仅仅将反垄断法的功用定位于整体性的效率，而是强调反垄断法的规范基础在于保障个体公司、私人社团的竞争机会的平等。因为无论企业采取何种竞争战略去赢得竞争机会，在不完全竞争市场中都在一定程度上利用了某种资源优势或者政策优势，这些优势因素在罗尔斯看来，都是基于自然和社会的“偶因”，而不完全是后天自身努力基础上的“选择”。它们并非“道德应得”，因而对其垄断行为进行规制并无不妥。

（二）差别原则：罗尔斯与税法

罗尔斯在分配正义的背景制度中所确立的最后一个部门是分配部门，其存在的任务是通过税收和对财产的必要调整来维持分配份额的一种恰当正义。这一部门有两个方面的功能。其一是征收遗产税和馈赠税，并对遗产权进行限制。当然，此举的目的不在于增加政府的财政收入，而在于纠正财富分配中的不公并避免有害政治自由和机会平等的权力集中。其二即建立一个正义所要求的税收体系，以为政府提供公共产品募集足够资金，并支付满足差别原则所必需的转让项目。对于第一个功能的实现，罗尔斯主张累进税原则，而对于第二个功能，罗尔斯则认为“一种按比例支出税可能是最佳征税方案的一部分”。进一步地，罗尔斯认为其分配部门的两项功能与其正义的两个原则相对应，“对遗产和收入按照累进税率（当必要时）征税和对财产权力的法律限定都要保证民主的财产所有制中的平等自由和他们所确立的权利的公平价值。按比例支出税（或所得税）要为公共利益提供财政收入，转让部门要在教育等方面确立公正的机会平等，以此

〔44〕 前引〔43〕，薛兆丰书，第23页。

〔45〕 前引〔19〕，罗尔斯书，第276页。

贯彻第二个正义原则”〔46〕。

毫无疑问，正如罗尔斯的分配正义激起了与诺齐克持有正义的旷世之争一样，罗尔斯对于税法的观点，尤其是其对于募集公共资金的所得税（或支出税）所主张的比例税率的观点，更是引起了学界的广泛争议。弗里德（Fried）就批评罗尔斯的平滑（比例）税率主张与其正义理论毫无逻辑关联，比例税率的主张被明显地错置于罗尔斯的正义论之中。〔47〕而欧凯利（O’Kelley）则主张认识罗尔斯所主张的比例支出税的关键在于正确理解其适用前提，即税前的收入分配是否是公正的；倘若不是如此，一种旨在促进税收收入分配公正的累进税率将是正当的。〔48〕进一步地，苏金（Sugin）指出一种水平的比例税是否具有再分配的能效取决于分配的基础，以及政府如何使用这笔收入。在一个税前收入分配极端不平等的社会里，一种具有累进作用的累进税率也是满足差别原则的，因而，罗尔斯的作为公平的正义理论与其说是支持一种特定税种或税率结构，还不如说是为特定的税制设定了限制条件。〔49〕

在我们看来，苏金关于差别原则是特定税制选择的限制性条件的观点以及欧凯利所主张的是否适用累进税率得考虑税前分配正义之境况，在一定程度上都准确表达了罗尔斯本人对差别原则式累进税率的想法。罗尔斯在《正义论》中写道：“财富遗产的不平等跟智力遗传的不平等一样并非本质是不正义的。确实，前者大概易受到社会的控制，但是关键在于：这两种不平等都应尽可能满足差别原则。”对于累进税率，罗尔斯说：“无论如何，为了说明两个正义原则的内容，在这里我们把这种比例税率看成一个良序社会的理想体系的一部分。但不能由此推论：在现存制度不正义的情况下，当所有事情被考虑到时，即使是严厉的累进所得税也不能被证明为正当。在实践中，我们经常不得不在几种不正义的或不是最好的安排中进行选择。因此，我们就运用非理想理论去寻找最少不正义的方案。”“（有时）两个错误加起来是一个正确。”〔50〕显然，在罗尔斯看来，在现存背景制度不正义的情况下，一种累进税率的选择将是满足差别原则的一种可行方案。

• 112 •

六、罗尔斯与经济法的实践

“如果没有理想的话，政治生活就一无是处；但是，如果理想与现实可能性无关，它们就是空洞的。我们既要知道自己想要创造的社会是什么样子，也需要向这种社会迈进的具体方式。”〔51〕如果说罗尔斯的分配正义理论在一定程度上为我国经济法基本精神的确立提供了重要参照，那么，受其分配正义理论影响的肯定性行动也许会为我国分配正义之经济法的实践展开提供些许启示。

〔46〕 前引〔19〕，罗尔斯书，第280页。

〔47〕 See Barbara H. Fried, The Puzzling Case for Proportionate Taxation, 2 *Chap. L. Rev.*, 185-186 (1999).

〔48〕 See Charles R. T. O’Kelly, Rawls, Justice, and the Income Tax, 16 (1) *Georgia Law Review*, 32 (1981).

〔49〕 See Linda Sugin, Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax Systems, 72 *Fordham Law Review*, 1991-2014 (2004).

〔50〕 参见前引〔19〕，罗尔斯书，第279-280页。

〔51〕 [英] 安东尼·吉登斯：《第三条道路：社会民主主义的复兴》，郑戈译，北京大学出版社、三联书店2000年版，第2-3页。

（一）罗尔斯与肯定性行动

肯定性行动（affirmative action）意指美国联邦政府在20世纪60、70年代兴起的一场旨在维护和促进少数族裔权益保障的计划总称。其所覆盖的群体主要包括少数族裔、妇女、残障人士以及老兵，所涉及的问题广泛包括教育、雇佣、政府承包合同项目以及住房领域。肯定性行动可以做不同分期：从20世纪40年代初期到60年代中期的“维权时期”、60年代末期到80年代末期的“优待时期”，以及80年代末期至今的“平等时期”。^{〔52〕}

对肯定性行动，可以从以下三个角度加以认识。第一，歧视角度。这既包括肯定性行动源于历史上的种族歧视，也因为肯定性行动在一定程度上又可以看作是反向歧视。第二，多元化。事实上，早在巴基案中法官鲍威尔早已将种族作为增加学生群体多元化的一个因素而予以肯定，而其后众多肯定性行动的支持者对肯定性行动的抗辩理由也是基于其可带来在教育、工作领域的多元化利益。^{〔53〕}第三，平等观。这种平等的观点也是肯定性行动论争中最普遍的观点，这些从有关肯定性行动的联邦上诉案件最终都诉诸宪法第十四修正案的平等保护条款就可窥其一斑。在平等主义者看来，肯定性行动就是应对背景制度的公平缺失的制度设计。^{〔54〕}这与罗尔斯在《正义论》中对背景制度设计的公平关怀如出一辙。

事实上，罗尔斯也的确与肯定性行动密切相关。第一，罗尔斯的正义理论虽主要是处理正义社会建构的一种理想理论，但罗尔斯并未否认一种不完美的理论对非正义社会的价值。肯定性行动无论其本身正当与否，其显然是作为一种矫正历史非正义的手段。第二，虽然罗尔斯正义论没有关于肯定性行动的直接论述，但在《作为公平的正义——正义新论》中，对《正义论》进行评述时，罗尔斯写道：“由基于性别和种族的歧视与区别而引起的严重问题并不在其（正义论）的议程当中……这毫无疑问是《正义论》的一大疏忽；但这一疏漏还不至于是一个大错误……是否错误取决于那些观念如何准确表达了对这些问题处理的政治价值。作为公平的正义以及其他类似的自由概念将会遭受严重的挫败，如果他们缺乏资源去准确表达那些对保障妇女和少数族群平等所必须的社会和法律机制调整所需要的政治价值。”^{〔55〕}这也就肯定了肯定性行动在族群问题上对正义论所表达的政治价值的意义。第三，即使罗尔斯没有书面表达其对肯定性行动的态度，但有学者回忆，在巴基案作出判决前，罗尔斯本人曾口头表达过维护肯定性行动合宪性的重要性。^{〔56〕}最后，也是最为关键的是，作为20世纪最伟大的政治哲学家，罗尔斯在很大程度上复兴了政治哲学对社会公正问题的关注和探讨，罗尔斯本人所持有的平等主义倾向以及对机会平等的强烈关注所造就的智识氛围，无疑将是影响肯定性行动论辩和展开的重要力量。事实

• 113 •

〔52〕 参见王凡妹：《美国“肯定性行动”的历史沿革——从法律性文件的角度进行回顾与分析》，载《西北民族研究》2010年第2期。

〔53〕 See Jennifer Delton, *Racial Integration in Corporate America (1940-1990)*, Cambridge University Press, 2009, p. 280.

〔54〕 See Charles Lockhart, Socially Constructed Conceptions of Distributive Justice: The Case of Affirmative Action, 56 (1) *The Review of Politics*, 34-37 (1994).

〔55〕 中文翻译另可参见前引〔25〕，罗尔斯书，第106页。

〔56〕 See Thomas Nagel, John Rawls and Affirmative Action, 39 *The Journal of Blacks in Higher Education*, 82-84 (2003).

上，前文洛克哈特（Charles Lockhart）对于“肯定性行动与分配正义”的讨论一文正是这一重要力量的展现。因此，一定程度上可以讲，肯定性行动是罗尔斯分配正义理论智识之花所结出的实践之果。

（二）经济法学与中国的权利倾斜性配置行动

“权利倾斜性配置”，主要描述的是公权机构额外规制或过度保护交易一方私权的现象。^{〔57〕}一定程度上延续这一定义，此处的“权利倾斜性配置行动”描述的是公权机构通过对弱者权益的额外赋予以图实现社会公正再造的现象或者趋势，当然它已不再仅仅局限于对传统私法中交易的干预。事实上，中国近些年来也正进行着权利倾斜配置行动。在劳动法领域，相继通过了《劳动合同法》《就业促进法》《劳动争议调解仲裁法》，在个人所得税法领域，进行了将个税起征点提高到 5000 元等旨在保障劳动者权益和低收入群体的“权利倾斜性配置立法”；在司法政策方面，2004 年 10 月 26 日最高人民法院为了保障被执行人有房居住而做出《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》的司法解释，其第 6 条规定：“对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。”这可以看作“权利倾斜性配置司法”。对这些集群出现的现象或者趋势，学界目前尚未给予充分的关注，而我们此处则以“权利倾斜性配置行动”这一表述予以概括。

任何社会现象的产生都有其深厚的历史动因。权利倾斜性配置行动在现今中国的兴起一定程度上是过去几十年中国所走的优先发展城市、农业哺育工业的经济优先战略的必然结果。改革促进了发展，但一定程度上也加剧了社会分层。因而一种波兰尼意义上的以保护社会为核心的反向运动正试图兴起。^{〔58〕}这也符合我们对未来几十年走势的一个初步判断，即中国很可能走上一个由经济建设向社会建设的转型。在这一转型过程中，经济法学，尤其是作为分配正义之经济法学将大有作为的空间，甚至可以说将迎来其二次勃兴。^{〔59〕}如前所述，这是由部门法的功能区隔决定的：宪法行政法关注政治自由诸问题；民商经济法关注社会经济问题，经济法则尤为倾情于分配正义问题。因此，我们可以说，嵌入罗尔斯分配正义理论的中国经济法学，亦即作为分配正义之经济法，实质上奠定了权利倾斜性配置行动的哲理根基。换句话说，权利倾斜性配置行动是分配正义之经济法的现实表达。

七、结 语

经济法学发展的四十余年，从苏式调整对象论的大经济法时代，到受德式民法影响而民法经济法分离，再到现今受美国法影响而规制法兴起，中国的经济法学一直在探寻自身的精神归宿。罗尔斯第二原则意义上分配正义之经济法，在理论上，承接了分配正义的学术史脉络和当下“承认一再分配”的哲学讨论，在制度上，能为经济法独立地位提供独特性证成，并能与经济法部门

〔57〕 参见应飞虎：《权利倾斜性配置研究》，载《中国社会科学》2006 年第 3 期。

〔58〕 参见〔美〕波兰尼：《大转型：我们时代的政治与经济起源》，冯钢、刘阳译，浙江人民出版社 2007 年版。

〔59〕 参见商红明：《包容性增长与分配型经济法》，载吴志攀主编：《经济法学》，北京大学出版社 2012 年版，第 20-25 页。

相贯通，在实践上，也有力地回应了当今社会现实与呼吁，可谓“道”“器”并举。诚然，对于博大精深的经济法哲学主题，本文尝试难免挂一漏万，作者意欲形散而神聚，力图精进点滴，然力有不逮，不足之处还请方家批评指正。当然，无论如何，“我想，一种长远的总体观或还是有用的”〔60〕。

Abstract: Jurisprudence of economic law has being discussed frequently, but the philosophy level and its guidance to reality should be strengthened. From the philosophy perspective, recognition or distribution are the two basic paradigms of social cognition in contemporary social philosophy. Constitutional and administrative law focus on the paradigm of recognition, but distribution is a perfect bridge to connect philosophy and economic law. Rawls, as a master of modern distributive justice, his theory of distributive justice in the sense of the second principle can not only serve as the spirit of economic law's jurisprudence, but also provide a unique proof for its independent status. At the same time, it is in accord with the department of economic law. At the practical level, to some extent, Rawls' theory of justice influenced the America's Affirmative Action Program, which can provide scientific nutrition for the action of favorable allocation of legal rights in China.

Key Words: philosophy of economic law, Rawls, recognition or distribution, distributive justice, action of favorable allocation of legal rights

• 115 •

(责任编辑:赵真 赵建蕊)

〔60〕 何怀宏:《正义在中国——一个初步的思路》，载廖申白等:《正义与中国:〈正义论〉出版四十周年纪念文集》，中国社会科学出版社2011年版，第217页。

电子商务平台经营者管理权的法理基础与规范进路 ——基于线上平台与线下市场的对比分析

王巧璐*

内容提要：《电子商务法》规定了平台经营者对平台内经营者违法违规行为的处理权，但该权力的法理基础存疑、规范进路不明。平台经营者作为网络交易公共场所的出租人、“所有权人”兼技术管控者，在承担国家要求的空间管理权责的同时，凭借市场力量聚合了承租商户的自治授权，基于“空间所有”和“组织授权”双重法理生成管理权。平台经营者管理权属于网络商铺出租人管理权，该管理权在线下商品交易市场租赁关系中既已存在且运行良好。尽管平台经营者与线下市场开办者管理权行使方式类似，但平台行权限度、处置顺序、威慑效力都空前强化，可借鉴国家对商品交易市场的监管经验，加强平台规则审查及执行情况年报，合理限制合同解除权的行使，实施常态化监管，保障平台经营者管理权规范运行。

关键词：电子商务平台经营者 管理权 商品交易市场 租赁 平台规则

一、问题的提出

数字经济的快速发展推动着社会生产、生活和治理方式的深刻变革，平台经营者已经成为平台治理的关键一环。2021年12月，国务院印发的《“十四五”数字经济发展规划》和《“十四五”市场监管现代化规划》明确将科学界定平台责任与义务、引导平台经营者加强内部管理和安全保障作为形成数字经济治理新格局的举措之一，要求落实平台企业对平台内经营者资质、商品质量等的审核把关和监督责任。《电子商务法》第29条、第42条，《个人信息保护法》第58条以及《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第11条都要求平台经营者对平台内经营者进行

* 王巧璐，南京大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重点项目“适应商业创新的市场规制体制研究”（21AFX020）的阶段性成果。

管理,即对其违法犯罪行为进行报告和处置。除立法规定之外,平台经营者对商户行为的管理处置在司法实践中也被广泛认可。在句容利威尔公司诉阿里巴巴案中,最高人民法院将阿里巴巴平台接到知识产权权利人通知后,删除被诉侵权产品链接的处置行为,认定为平台经营者履行其“管理义务”的体现。^{〔1〕}类似地,在德克菲斯诉京东案中,北京市第二中级人民法院认为京东平台要求存在售假行为的德克菲斯公司依据平台规则赔付百万惩罚性违约金,是平台履行“自律管理权利”的彰显。^{〔2〕}

根据复合型规范的基本法理,平台经营者对国家和社会履行自律管理的法定义务,也意味着其享有对平台内经营者进行管理的法定职责,具有权力色彩,本文称之为“平台经营者管理权”。^{〔3〕}但是,根据传统理论共识,平台经营者与平台内经营者同属合同关系当事人,私权利主体之间应为抽象平等的法律关系,^{〔4〕}平台经营者为何可以作为强势一方对平台内经营者的行为进行管理处置?平台经营者管理权的研究是平台规制领域一个基础性法理问题,若不对其法理基础进行充分解释和论证,将影响国家要求私主体承担公法义务的内在正当性,动摇落实平台主体责任、分级分类管理和要求超大型平台承担更多社会义务责任的合法性根基。同时,平台经营者管理权作为一种私人权力,若经过立法和司法认可成为法定权力,将对平台竞争秩序、商户经营自由、消费者权益保护及社会经济发展带来深远影响。

从现有文献来看,学界已从守门人理论、^{〔5〕}公共承运人理论、^{〔6〕}行政法的“第三方义务”理论^{〔7〕}和“私权力”规制理论^{〔8〕}等角度对平台管理的法理进行了分析,均有一定的解释力,但多数着墨于平台法定义务责任的研究,对于平台经营者对平台内经营者施加的权力关注较少,有的直接运用现有部门法理论可能遭遇功能主义解释进路的法理正当性不足的质疑,^{〔9〕}私人规制理论面临现行法律空白和阻滞^{〔10〕}。随着平台企业的全方位扩张,从权力视角认识与规范平台经营者管理权愈加紧迫且重要,^{〔11〕}只有正视这种权力的内生逻辑,才能将其纳入“制度的笼子”更好地规范。同其他权力的生成现象一样,平台经营者管理权的形成并非“一蹴而就”,而是从我国社会商业实践中发展演变而来的,平台经营者管理权可视为线上商铺出租人对承租人行为的管理权,依商业发展脉络往前追溯就是线下商品交易市场中的开办者管理权,^{〔12〕}从线上平台与线下市场管理权的历史对比和异同梳理中,或许能探究出新的平台经营者管理权规范进路。

〔1〕 参见最高人民法院(2020)最高法知民终986号民事判决书。

〔2〕 参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终4582号民事判决书。

〔3〕 为突出平台经营者对平台内经营者的合法强制力,本文主要从“权力”角度对管理权进行论证。

〔4〕 参见朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期。

〔5〕 参见张新宝:《互联网生态“守门人”个人信息保护特别义务设置研究》,载《比较法研究》2021年第3期。

〔6〕 参见高薇:《互联网时代的公共承运人规制》,载《政法论坛》2016年第4期。

〔7〕 参见高秦伟:《论行政法上的第三方义务》,载《华东政法大学学报》2014年第1期。

〔8〕 参见周辉:《变革与选择:私权力视野下的网络治理》,北京大学出版社2016年版,第53-74页;刘权:《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》,载《法学研究》2020年第2期。

〔9〕 参见赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,载《华东政法大学学报》2017年第1期。

〔10〕 参见胡斌:《私人规制的行政法治逻辑:理念与路径》,载《法制与社会发展》2017年第1期。

〔11〕 参见张乾友、许蓝志:《平台经济下消费者评价定价的权力逻辑及监管进路》,载《消费经济》2022年第1期。

〔12〕 根据《工商总局关于加强商品交易市场规范管理的指导意见》(工商市字〔2013〕210号)中的定义,商品交易市场是由开办者提供固定商位和相应设施,提供物业服务,实施经营管理,并收取一定租金等收益,有多个经营者入场独立从事商品交易活动的经营场所。

二、平台经营者管理权的法理基础：商铺出租人管理权

研究平台经营者的管理权，首先需要厘清平台经营者与平台内经营者之间的电子商务合同的性质。从世界各国的法学研究成果来看，根据具体数字给付内容，电子商务合同可被纳入买卖、服务、租赁等典型合同类型下，或者混同合同规则加以研究。^{〔13〕}通过梳理我国立法和学说观点共性发现，从租赁角度对电子商务合同进行研究具有一定合理性。其一，《电子商务法》第9条关于平台的定义表明，电子商务平台以为他人从事电子商务活动搭建网络空间为基本特点，^{〔14〕}是商务活动的虚拟交易空间和重要场所，^{〔15〕}网络经营场所提供关系是电子商务合同的基础。其二，《消费者权益保护法》及其释义参照线下商铺租赁对平台法律关系进行规范，将网络交易平台分为B2C网上商厦平台和C2C网上集市平台。^{〔16〕}其三，2009年商务部出台的《电子商务模式规范》中，明确了平台经营者与商户是租赁关系。^{〔17〕}此外，法学界关于电子商务合同性质的讨论中，“柜台租赁合同说”认为，电子商务平台类似于“网络商场”，是出租由数据构成的虚拟交易空间的特殊租赁平台。^{〔18〕}后期支持“服务合同说”观点的杨立新教授在早期研究中认可“租赁合同说”，也可作为平台服务关系具有租赁合同色彩的佐证之一。^{〔19〕}经济学上也有学者认为互联网经济平台是平台所有者将“虚拟空间”出租给商户，通过营销手段吸引消费者线上交易的经营模式，并运用马克思地租理论对互联网时代的“平台地租”进行研究。^{〔20〕}在商业实践中，基本已达成共识认为，线上平台与线下市场“租金”的本质都是商家付出的流量成本，电商平台相当于“网络商业地产”，其与线下市场的商业本质没有区别。^{〔21〕}

综上，电子商务合同是以线上商铺租赁为基础的合同关系。尽管网络商铺的无形化与平台服务的多样化使其服务合同属性凸显，但若不建基于租赁关系这一立足点，平台服务缺乏“附着”空间，平台研究难免成为“无本之木”。由此，平台经营者管理权的法理基础，可以类比线下商铺租赁集合体——商品交易市场开办者的管理权进行研究。线下商铺租赁合同中，市场开办者（出租人）对商户（承租人）违法违规行为的权利义务，并通过租赁合同的约定授权，转化为对市场空间内承租人行为的管理，这与平台经营者管理权的生成法理异曲同工。

（一）租赁物空间兼具开放性与封闭性：国家有权要求出租人实施管理

电子商务平台与商品交易市场作为线上线下商事租赁的标的物，该租赁物空间具有开放性与

〔13〕 参见金晶：《数字时代经典合同法的力量——以欧盟数字单一市场政策为背景》，载《欧洲研究》2017年第6期。

〔14〕 参见电子商务法起草组编著：《中华人民共和国电子商务法条文释义》，法律出版社2018年版，第50-51页。

〔15〕 参见郭峰等编著：《中华人民共和国电子商务法法律适用与案例指引》，人民法院出版社2018年版，第132页。

〔16〕 参见李适时主编：《中华人民共和国消费者权益保护法释义》，法律出版社2013年版，第191-195页。

〔17〕 《电子商务模式规范》（2009）第2.8条对“商户”的定义是“租用电子商务平台进行经营活动的法人、法人委派的行为主体、其他组织机构或自然人”。

〔18〕 参见赵自轩：《网店转让的法律解读与规制》，载《河北法学》2019年第1期。

〔19〕 参见杨立新主编：《电子商务侵权法》，知识产权出版社2005年版，第234-235页；杨立新：《网络交易法律关系构造》，载《中国社会科学》2016年第2期。

〔20〕 参见林光彬、徐振江：《互联网平台“虚拟空间”地租理论研究》，载《中国高校社会科学》2022年第1期。

〔21〕 参见刘润：《新零售：低价高效的数据赋能之路》，中信出版社2018年版，第14-16页。

封闭性的双重特点,开放性导致空间影响不特定公众利益,封闭性凝聚了集体品牌声誉,需强化对消费者信赖利益的保护,因此国家有权要求出租人加强对租赁空间的管理。

一方面,开放性成就了网络空间的公共性。线下商品交易市场的公共场所属性已成为社会共识,但是线上的电子商务平台是否属于“公共场所”,学界曾有过争议。有的学者认为公共场所仅指能让公众的身体自由进出的空间,^[22]但也有学者从网络空间的开放性、深度社会化等角度论证了其公共场所属性。^[23]从文义解释角度分析,“公共”是指公有的、公用的,即面向不特定公众;“场所”是指活动空间处所,其本质是一种行为载体。在网络空间出现之前,所有实体空间都具有身体可进入的特征,传统的线下商品交易市场可以用“围墙内的空间”来表示。但随着人们的交往活动与亲身到场的联系越松,受众通过传媒中介实现虚拟性在场,^[24]对于场所“允许身体进入”的理解,需回归其本质内核——容纳行为参与的空间属性,线上电子商务平台容纳不特定公众开展商事交易的开放性和互动性,决定了其具备公共空间属性。正如有的法院曾在判决中指出:“网络空间的运行和信息交互活动,与现实场景下的社会性场所、群众性活动有行为模式的相似之处。物理世界中,先存在着一个公共空间,而后产生聚合的公共行为;而网络空间的虚拟性打破了传统的模式,先有人与人之间的互动,而后形成了一个虚拟的公共空间,虚拟性成就了网络空间所特有的公共性。”^[25]美国首席大法官韦特在 Munn v. People of State of Illinois 案中曾论及:“当私有财产的使用方式产生公共后果时,其就不再只是私人的了,而与公共利益密切相关。”^[26]平台经营者通过技术和商业模式创新,创建运营着具有公共产品属性的网络交易空间,对公共利益产生较大影响,国家有权要求空间出租人加强管理。

另一方面,封闭性集聚的消费者对平台的信赖利益需被保护。商品交易市场与电子商务平台都是商业集群合作行动的产物,封闭性产生了明确区隔的内外部空间,使内部的行为实践凝聚为集合整体,面向外部消费者产生统一的品牌效应。在商品交易市场中,因内部的承租商户多为个体户或中小微企业,消费者通常基于对市场整体品牌的信赖与其开展交易,导致市场品牌的维护和提升成为影响商品交易市场兴衰的关键。^[27]电商平台上的商户同样具有低声誉、流动性强的特征,并且由于网络虚拟化导致的隐蔽性、不确定性增强,平台内经营者数量较之于线下大规模增长,消费者交易决策的判断将更大程度依赖于对平台整体的信赖。电商平台声誉形成平台经营者个体声誉与平台内经营者群体声誉结合的双元结构,平台企业向商户收取的服务费用甚至可以看出作“声誉租金”。^[28]信赖利益保护是现代私法的重要原则之一,^[29]商事法律关系中的信赖利

• 119 •

[22] 参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期。

[23] 参见卢勤忠、钟菁:《网络公共场所的教义学分析》,载《法学》2018年第12期。

[24] 参见〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第445-446页。

[25] 北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初36658号民事判决书。

[26] Munn v. People of State of Illinois, 94 U. S. 113, 126 (1876).

[27] 参见周京:《我国专业市场兴衰规律和启示》,载《中国流通经济》2015年第11期。

[28] 参见汪旭晖、张其林:《平台型电商声誉的构建:平台企业和平台卖家价值共创视角》,载《中国工业经济》2017年第11期。

[29] 参见杨代雄:《法律行为制度中的积极信赖保护——兼谈我国民法典总则制定中的几个问题》,载《中外法学》2015年第5期。

益更是具有明显的财产属性。^{〔30〕} 平台经营者作为封闭交易空间的创设人、统一对外声誉的享有者、消费者信赖利益的归属方，且其从集体声誉中获得巨大经济利益。因此，无论从消费者信赖利益的保护角度，还是基于“收益—风险”相一致原则，平台经营者都理应承担该封闭空间的管理义务。

（二）出租人与租赁物：以技术为后盾的“所有权人”有管物权责

尽管目前平台经营者对平台享有的权利属性尚无定论，有的学者认为平台经营者享有“平台所有权”，^{〔31〕} 依据所有权取得理论中最典型的先占取得或劳动取得的法理，^{〔32〕} 平台经营者对自己创建的平台空间享有类似所有权人“对物”管控的权利和义务，并基于标准化规则设置及技术控制实现对平台生态的管理。^{〔33〕} 网络平台作为现代信息技术的革命性成果，其技术性导致创设者对平台绝对控制和排他支配，代码、算法等技术已经成为构筑网络空间的“砖瓦和钢筋混凝土”，平台经营者构建了具有自主性和自治性的组织区域，具有以技术表现出来的公示性和排他性，^{〔34〕} 这从“代码即法律”“算法统治世界”等观点中亦可体现。^{〔35〕}

平台上的所有行为，都需要转化为技术性语言才能得以实现。与在技术架构中作为物理层、逻辑层的电信、宽带运营商不同，平台经营者承担应用层和内容层的结构功能，是信息传输和交互活动的枢纽。^{〔36〕} 线下商品交易市场中的交易规则，很难内化于市场交易活动中；但电子商务平台协议表面上是交易规范，实施上却由代码技术规则加以体现，代码规则可以内化在交易活动中，具有直接实施效力。^{〔37〕} 平台经营者行使管理权、采取任何处置措施，均由其单方独立完成，不需要相对人配合，其管理行为的自主性和强制力远超商品交易市场开办者，甚至比行政机关实施罚款、扣押、限制生产经营等行政处罚行为更加自主高效。

网络空间技术性使其控制者享有了空前的自我空间和自我赋权。^{〔38〕} 《国家市场监管总局关于阿里巴巴“二选一”案的处罚决定书》中提及，阿里平台通过设定算法等方式，决定平台店铺和商品的搜索排名、展示位置，从而控制平台内经营者流量和交易机会。^{〔39〕} 平台经营者已在网络空间这个新的“大洲”上建立起了自己的领地，后发的法律可以对其领地边界进行权衡和再分配，却难以动摇平台经营者用技术搭建的坚实“堡垒”。由此，平台经营者不仅具备与传统所有权人相当的“对物”管控的权利义务，还凭借技术性后盾对平台空间拥有超强管控力。

〔30〕 参见赵磊：《商事信用：商法的内在逻辑与体系化根本》，载《中国法学》2018年第5期。

〔31〕 参见杨立新：《网络交易平台提供者民法地位之展开》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2016年第1期。

〔32〕 参见〔德〕G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第138页。

〔33〕 参见孙国强、石海瑞、邱玉霞：《网络交易平台治理结构的靶盘模型——一个跨案例研究》，载《管理科学》2021年第2期。

〔34〕 参见吴伟光：《构建网络经济中的民事新权利：代码空间权》，载《政治与法律》2018年第4期。

〔35〕 参见〔美〕劳伦斯·莱斯格：《代码2.0：网络空间中的法律》（修订版），李旭、沈伟伟译，清华大学出版社2009年版，第6页；徐格等：《算法统治世界——智能经济的隐形秩序》，清华大学出版社2017年版，第323页。

〔36〕 参见赵鹏：《平台公正：互联网平台法律规制的基本原则》，载《人民论坛·学术前沿》2021年第21期。

〔37〕 参见周辉：《变革与选择：私权力视野下的网络治理》，北京大学出版社2016年版，第35—37页。

〔38〕 参见马长山：《智能互联网时代的法律变革》，载《法学研究》2018年第4期。

〔39〕 参见《国家市场监管总局关于阿里巴巴“二选一”案的处罚决定书》，载 <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.samr.gov.cn%2Fwx%2Fzj%2F202104%2FP020210410285606356273.docx&wdOrigin=BROWSELINK>，最后访问时间：2022年3月22日。

（三）出租人与承租人：商业组织成员自治授予“管人”权力

从商业发展实践上看，市场组织的创新一直是我国商品流通体制改革变迁的重要推动力。商品交易市场是19世纪80年代的新兴商业组织，其基本运营模式是：市场开办者+承租商户+供应商+公共服务部门，不仅是广大分散小商户的组织者，也是物流、金融、经纪等其他商品服务供应商的生长土壤和磁场。^{〔40〕}电子商务平台是1998年开始萌芽发展的新型流通组织，其将线下交易空间拓展至线上，使供需对接能在近乎无限空间的虚拟场所双向搜寻，带来了商品流通领域的数字化革命。^{〔41〕}

立法和司法实践中，亦将电子商务平台定位为商业组织。《电子商务法》认为平台经营者不是纯粹的私人主体或者普通经营者，而是平台型的组织体制，^{〔42〕}是具有独立组织架构和独特权力机制的新型市场主体。^{〔43〕}《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》将平台界定为：“通过网络信息技术，使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互，以此共同创造价值的商业组织形态。”^{〔44〕}在福州九农贸易公司与拼多多平台公司服务合同纠纷案中，法院明确将电商平台认定为“自律组织”，认为平台规则具有全体成员共同约定的管理规范性质。^{〔45〕}在上海美询实业公司与淘宝平台等网络侵权责任纠纷案中，法院认为平台自治规则属于民法上的“团体协议”，团体组织享有自治性质的惩罚机制，有权对违反自治规则的用户或成员采取相应惩罚措施。^{〔46〕}

电子商务平台、商品交易市场这类商事交易组织者，尽管不属于公司、合伙等传统的组织形式，但已有学者从团体组织法的角度进行了研究：有的学者认为互联网技术使平台组织替代传统企业成为网络社会的基本组织，由于网络企业的强势地位以及平台组织的封闭性和变化性，平台组织内可依据信义义务理论实现自律管理；^{〔47〕}有的学者将平台作为聚合资本和社会关系的新型组织，研究其带来的技术、商业模式和治理结构三方面的变革。^{〔48〕}

团体组织是同质性成员的结合，^{〔49〕}从商业实践、立法司法以及学界研究可以看出，电子商务平台经营者与平台内经营者在追求商业利益集聚效应的目的上具有同质性，并在相对稳定的时空关系中形成了多方利益联结，具备商业组织属性。平台内经营者在选择加入平台时，就是为了利用平台集聚的流量、数据、信息等商业资源和交易服务，通过服务协议（含平台规则）的约定，完成了选择管理者、授予管理权、约定管理服务事项等经营权的自主分配。对于平台内经营

〔40〕 参见裴长洪、谢谦：《集聚、组织创新与外包模式——我国现代服务业发展的理论视角》，载《财贸经济》2009年第7期。

〔41〕 参见柳思维、陈薇：《改革开放以来中国消费品市场的历史性变化》，载《消费经济》2021年第3期。

〔42〕 参见电子商务法起草组编著：《中华人民共和国电子商务法条文解析与适用指引》，中国法制出版社2018年版，第116页。

〔43〕 参见薛军：《电子商务法平台责任的初步解读》，载《中国市场监管研究》2019年第1期。

〔44〕 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》，载 http://www.gov.cn/xinwen/2021-02/07/content_5585758.htm，最后访问时间：2022年3月15日。

〔45〕 参见上海市长宁区人民法院（2017）沪0105民初20204号民事判决书。

〔46〕 参见上海市第一中级人民法院（2020）沪01民终4923号民事判决书。

〔47〕 参见吴伟光：《平台组织内网络企业对个人信息保护的信义义务》，载《中国法学》2021年第6期。

〔48〕 参见王震宇、张晓磊：《平台治理的制度之维：基于中美英三国模式的比较》，载《国际关系研究》2021年第6期。

〔49〕 参见叶林：《私法权利的转型——一个团体法视角的观察》，载《法学家》2010年第4期。

者的违约违法行为，平台经营者可以依据服务协议采取删除商品链接、对店铺限权、扣分、降级、限制发布商品、扣除保证金、规定违约金等管理措施。“团体虽系由结社自由所形成，但团体本质上乃对个人自由之限制”^[50]，商户将自主经营权的部分管理权能自愿授予平台经营者，“空间集聚—利益聚合—组织授权”的自治权力生成路径，使平台经营者开展对商业组织成员行为的自律管理具备了正当性根基。

综上，平台经营者管理权的法理基础主要源于线上商铺出租人“空间所有”和“组织授权”两方面。一方面，由于平台的网络公共交易场所属性，基于对公共利益及消费者信赖利益的保护，国家有权要求创设并凭借技术控制该空间的出租人兼“所有权人”——平台经营者——加强管理，并通过在法律法规中明确其法定义务的“复合型”规范细化充实其管理权责。另一方面，平台经营者与平台内经营者由于利益聚合组成商业组织，双方通过合同约定选择了平台经营者作为管理人、授予其管理权并明确了相应罚则，平台经营者依靠市场力量集成了商户自治授权，进一步强化其管理权力。

三、平台经营者管理权的历史基础与现状反思：与线下市场对比

平台经营者管理权与线下市场开办者管理权具有类似的法理基础，均属于商铺出租人管理权，该权力不是在数字经济时代横空出世的，其在线下市场中已经生成且运行良好。通过对线上平台与线下市场商铺出租人管理权的对比分析可以发现，两种管理权的行使方式基本相同，但是平台经营者管理权限空前强化，由此产生了一些新的问题和隐患需加以反思。

（一）历史基础：线上线管理方式趋同

从商业管理实践来看，线上平台经营者与线下市场开办者作为商铺出租人，对于承租人的违法违规行为的管理处置方式大致相同，包括“金钱罚”和“行为罚”两类，前者主要是罚扣违约金，后者则体现为出租人合同解除权的行使，这两种管理手段对线下市场治理发挥了积极作用。

首先，“金钱罚”方面。以商户销售假冒伪劣产品为例，在线下商品交易市场中，若市场开办者发现商户销售假冒伪劣产品，可要求商户按次承担1000~3000元、5000~10000元或5000~20000元的违约金；^[51]若因商户过错给市场造成重大经济损失或严重商誉损害，开办者有权要求商户承担相当于三个月管理服务费（约3000元/月）的违约金。^[52]在电子商务平台，对于商户售假行为，各个平台规则中规定了数额不同的违约金：淘宝网每次罚扣2000~6000元；^[53]天猫平台根据不同扣分节点处以5000~80000元的违约金，商家违规情形特别严重时天猫有权扣划

[50] 蒋大兴：《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》，载《法学》2017年第4期。

[51] 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终1715、1718号民事判决书；上海市杨浦区人民法院（2010）杨民三（知）初字第78号民事判决书。

[52] 参见江苏省高级人民法院（2013）苏知民终字第0059号民事判决书。

[53] 参见《淘宝网关于出售假冒商品实施细则》，载 <https://rulechannel.taobao.com/?type=detail&ruleId=506&cId=89&spm=a2177.7231205.0.0.3bd117eahy7xGO#/rule/detail?ruleId=506&cId=89&spm=a2177.7231205.0.0.3bd117eahy7xGO>，最后访问时间：2022年3月20日。

店铺全部保证金作为违约金（保证金为1~50万元不等）；^{〔54〕} 京东平台要求售假商家承担100万元或该店铺累计销售金额10倍的违约金（以高者为准）；^{〔55〕} 拼多多平台在发现疑似假货当天可将商家的保证金增加至该商品历史总销售额的10倍，在判定假货后扣除商家保证金或账户余额作为消费者赔付金。^{〔56〕}

其次，“行为罚”方面。商品交易市场开办者在发现售假行为后，可以采取三类处置措施：一是信用承诺，即要求商户签署保证书或承诺函；二是自律处罚，如书面警告、发出整改通知书；三是解除合同，如终止水电供应、停业整顿、终止合同、强制清退等。^{〔57〕} 在电子商务领域，平台经营者凭借信用机制和技术工具，可对平台内经营者采取更多样的处置措施，归纳起来包括三类：一是信用处罚，如扣分、店铺降级；二是违规商品处置，包括删除商品链接、搜索降权、处理交互信息、删除店铺相关信息等；三是店铺经营权限管控，包括监管店铺、限制店铺资金提现、关闭店铺、限制发布商品、关闭订单、限制参加营销活动、清退店铺等。

综上，线上线下市场出租人管理方式具有共性，请参见表1。

表1 线上线下市场出租人管理方式共性

	商品交易市场	电子商务平台
金钱罚	1000~20000元	0.2~100万元/10倍违约金
行为罚	1. 信用承诺	1. 信用处罚（扣分、店铺降级）
	2. 自律处罚（如书面警告、发出整改通知书）	2. 违规商品处置（包括删除商品链接、搜索降权、处理交互信息、删除店铺相关信息等）
	3. 解除合同（终止水电供应、停业整顿、终止合同、强制清退等）	3. 店铺经营权限管控（包括监管店铺、限制店铺资金提现、关闭店铺、限制发布商品、关闭订单、限制参加营销活动、清退店铺等）

• 123 •

（二）现状反思：线上管理权限空前强化

纵观商品交易市场和电子商务平台中的商铺出租人管理权，尽管管理处置方式基本相同，但平台经营者管理权呈现趋近平台治理“舞台中心”之势，其在“金钱罚”和“行为罚”上的行使权限、裁决节点、威慑强度等方面都发生了较大变化。

1. 金钱罚：违约金数额畸高、类型各异且性质存疑

在线下商品交易市场，开办者对商户售假行为收取违约金的案件数量不多且金额较小，笔者在威科先行法律数据库中查找的377个商品交易市场商户售假纠纷案件中，仅有3个案件中开办

〔54〕 参见《天猫市场管理规范》第19、41条，载 <https://rule.tmall.com/tdetail-11000228.htm?spm=0.7731966.0.0.3fb83544V4lgjs&tag=self>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔55〕 参见《京东开放平台出售假冒商品细则》，载 <https://rule.jd.com/rule/ruleDetail.action?ruleId=3393>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔56〕 参见《拼多多假货处理规则》，载 <https://mms.pinduoduo.com/other/rule?listId=3&id=3>，最后访问时间：2022年3月20日。

〔57〕 参见福建省高级人民法院（2016）闽民终1369号民事判决书；天津市高级人民法院（2020）津民终1299号民事判决书；江苏省高级人民法院（2019）苏民终1716号民事判决书；陕西省高级人民法院（2020）陕民终535号民事判决书；湖南省长沙市中级人民法院（2015）长中民五初字第01187号民事判决书。

者收取了售假商户 1000 元或 2000 元的违约金，难谓具有惩罚性。^{〔58〕} 相较之，电子商务平台经营者对售假商户处以“金钱罚”的处罚力度空前强化，在威科先行法律数据库中搜索的 506 个电子商务平台商户售假纠纷案件中，有 29 个案件平台经营者扣划了售假商户 0.3~100 万元不等的违约金，^{〔59〕} 违约金的数额、类型及性质存在一定程度的“乱象”。

其一，各大平台违约金数额参差且有的畸高。以淘宝、天猫、京东和拼多多四大平台为例，其对商户处罚的违约金数额相差较大，从几千元到百万元不等，大致可以分为倍数违约金、累进违约金、定额违约金、“不定额”违约金、承诺函违约金五种类型（参见表 2）。倍数违约金如京东和拼多多平台规定的 10 倍违约金，但二者的计算基数不同，拼多多是以假货商品的历史销售额为计算基数，而京东是以售假店铺累计销售金额为基数；累进违约金如淘宝对商户前三次售假行为分别罚扣 2000、2000、6000 元的违约金，天猫根据商户不同扣分节点的售假行为罚扣 5000~80000 万元的累进金额；定额违约金如京东平台要求售假商户承担 100 万元违约金，天猫平台根据不同网店的类型要求商户按年缴存一定数额的保证金，在商户出现售假等违规行为时将保证金全额扣除；^{〔60〕} “不定额”违约金是拼多多平台在商家拒绝支付“十倍违约金”时，平台经营者有权以商家账户内的销售额抵扣违约金，此时违约金数额取决于账户余额；^{〔61〕} 承诺函违约金是淘宝平台在个案中要求售假商户依据先前签订的“承诺函”中的约定数额支付违约金。^{〔62〕}

表 2 平台违约金五种类型及数额

类型	电商平台	数额
倍数违约金	京东	售假店铺累计销售额的 10 倍
	拼多多	假货商品历史销售额的 10 倍
累进违约金	淘宝	前三次售假行为分别罚扣 2000、2000、6000 元
	天猫	根据不同扣分节点的售假行为罚扣 5000~80000 元的累进金额
定额违约金	天猫	店铺年度保证金（1~50 万元）
	京东	100 万元
“不定额”违约金	拼多多	商家拒绝支付违约金时扣划账户余额
承诺函违约金	淘宝	个案中承诺函约定金额（20 万元）

此外，从具体案例来看，在淘宝平台与李明网络服务纠纷合同中，李明经营的淘宝网店售假金额超 500 万元、非法获利 100 万元，其被判处有期徒刑的同时并处罚金 150 万元，追缴违法所得 100 万元，赔偿淘宝平台违约金 20 万元；^{〔63〕} 而在京东平台与德克菲斯公司服务合同纠纷案

〔58〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终 1715、1716、1718 号民事判决书。

〔59〕 参见杭州互联网法院（2020）浙 0192 民初 1895 号民事判决书；上海市长宁区人民法院（2017）沪 0105 民初 16473 号民事判决书；浙江省杭州市中级人民法院（2014）浙杭知终字第 207 号民事判决书；浙江省杭州市西湖区人民法院（2014）杭西知民初字第 321 号民事判决书；杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 民终 13894 号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2020）京 02 民终 4582 号民事判决书。

〔60〕 参见浙江省杭州市中级人民法院（2014）浙杭知终字第 208 号民事判决书。

〔61〕 参见上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 民终 13894 号民事判决书。

〔62〕 参见杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书。

〔63〕 参见杭州互联网法院（2019）浙 0192 民初 11249 号民事判决书。

中，德克菲斯网店售假金额约 50 万元，却承担了 100 万元的违约金。^{〔64〕}前一个案件中刑事罚金、追缴违法所得加平台违约金的总和尚且不及售假金额；后者单是平台违约金即为售假金额的 2 倍。两者的对比请参见表 3。淘宝与京东平台同为国内电商巨头，违约金却差距如此之大，平台经营者“金钱罚”的乱局可见一斑。并且，在诸多售假情节严重已构成销售假冒注册商标罪的刑事案件中，罚金均未超过售假金额，^{〔65〕}而平台经营者依据平台规则却可径直划扣售假商品销售额或全店销售额 10 倍的违约金，平台行权限度是否妥当值得深思。

表 3 典型案例违约金数额对比

案件	售假金额	罚金	追缴违法所得	平台违约金	违约金/售假金额占比
淘宝与李明	500 万元	150 万元	100 万元	20 万元	4%
京东与德克菲斯	50 万元	无	无	100 万元	200%

其二，违约金性质不明。司法实务中，对于平台违约金的性质是否具有惩罚性、用于赔偿平台损失还是消费者、平台损失如何计算、消费者赔付方式等问题存在分歧。例如，有的法院明确认为平台规则中确定的百万违约金具有“惩罚性”，是平台经营者履行自律管理权利的体现；^{〔66〕}有的法院认为违约金具有补偿性，应以平台损失为限，售假商户需对平台的直接经济损失、商誉损失及对外支付的赔偿金、和解款、律师费、诉讼费等间接经济损失进行赔偿，但平台损失计算方式仍然不明；^{〔67〕}有的法院则认为平台规则中“假一赔十”的条款虽名为“违约金”，但实际并非用于弥补平台损失，而是以“消费者赔付金”的形式赔付给消费者。^{〔68〕}关于消费者赔付金的赔付方式，有的平台经营者以“现金券”而不是“现金”的方式赔偿消费者损失，^{〔69〕}其实质是补偿消费者还是平台引流促销方式？并且，无论《消费者权益保护法》第 55 条规定的“假一赔三”，还是《食品安全法》第 148 条的“假一赔十”，均是出于保护消费合同中消费者弱势地位的惩罚性赔偿条款，但在平台法律关系中，平台经营者、平台内经营者与消费者处于“强者一次强者一弱者”地位，由作为最强势一方的平台经营者，在缺乏任何监督的情况下，直接代替“弱者”（消费者）向“次强者”（商户）主张惩罚性赔偿，其正当性存疑，恐有平台经营者披着“保护消费者权益”的外衣行使“霸权”的风险。

2. 行为罚：僭越公权机关职责之嫌与精准打击商户之危

由于电子商务交易的虚拟性、快频性和技术性特征，法律通常要求平台经营者发现平台内经营者违法违规行为后及时管理处置，导致平台私力处置的行权顺序优先于公权机关对商户行为的违法性判定，加之当前平台具备强大的市场力量，平台经营者采取的管理措施对网络商户经营具有精准打击力和强制威慑力，“行为罚”的潜在隐患需加以重视。

〔64〕 参见北京市第二中级人民法院（2020）京 02 民终 4582 号民事判决书。
〔65〕 参见浙江省平湖市人民法院（2018）浙 0482 民初 1344 号民事判决书；浙江省义乌市人民法院（2018）浙 0782 民初 12920 号民事判决书；浙江省杭州市余杭区人民法院（2018）浙 0110 民初 12276 号民事判决书。
〔66〕 参见北京市第二中级人民法院（2020）京 02 民终 4582 号民事判决书。
〔67〕 参见上海市奉贤区人民法院（2017）沪 0120 民初 6274 号民事判决书。
〔68〕 参见上海市长宁区人民法院（2017）沪 0105 民初 20204 号民事判决书。
〔69〕 参见上海市第一中级人民法院（2019）沪 01 民终 2936 号民事判决书。

其一，平台经营者管理处置顺序优先于公权机关，存在僭越其职责之嫌。出租人“行为罚”的主要管理方式是行使合同解除权，即采取私力处置措施中断租赁空间及相关服务的提供，使承租人的违法行为难以为继。线下市场出租人管理权发展到线上平台，从《工商总局关于加强商品交易市场规范管理的指导意见》中要求市场开办者“先报告—后处置”，到《电子商务法》第29条以及《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第11、12条中要求平台经营者“先处置—后报告”的行权顺序变化可以看出，平台经营者对平台内经营者违法违规行为的处理次序已经优先于公权机关。

尽管在瞬息万变的电子商务领域，由具备技术管控力的空间“所有权人”平台经营者在发现违法犯罪行为后及时处置是市场治理刚需，但也需要警惕的是，对承租人违法犯罪行为的认定本属公权机关职责，而平台经营者的私力处置优先于公法裁量，存在较大管理风险，若私力处置出现错判，平台交易快频性将乘数倍放大损失后果。以在电商平台涉知识产权恶意投诉案件为例，平台经营者依据知识产权权利人通知及时采取必要措施本是开展知识产权治理的有力举措，但有的不法分子却利用平台经营者私力处置的快捷性，以“维护知识产权”为名进行恶意投诉，行不正当竞争之实。根据阿里巴巴平台统计，截至2018年12月31日，各类恶意投诉占IPP平台（阿里巴巴知识产权保护平台）知识产权投诉总量的近24%，给平台内经营者造成上亿元经济损失。^{〔70〕}

具体来看，恶意投诉导致平台错判对商户造成的损失具有三大特点：一是损失大且难计算。由于商品链接及排名具有很高的商业价值，在高频交易的平台竞争中，尤其是在“双11”等大型促销活动期间，如果商户被平台限制经营，将对其交易机会造成难以估量的损失。二是部分损失不可恢复且影响久远。线下市场商户若被错判清退，原店铺、商品尚可复原；但在线上平台，附着于商品链接上的好评、排名等引流资源删除后无法恢复，而爆款引流商品对网店的生存至关重要，平台处置错误会给商户带来不可逆转的影响，甚至使其多年经营付出和商誉积累毁于一旦。三是损失索赔困难。若市场监管部门对知识产权侵权案件误判造成商家损失，受损失方尚可申请行政赔偿，但面对依法履行知识产权管理义务却无行政执法授权的平台经营者，私主体“履责”错误时的救济途径阙如，被恶意投诉商家的索赔方式存疑、难度较大。

其二，平台经营者管理权与商户营业权、组织选择自由的冲突。商事活动的自主经营大致相当于所有权的自我行使，^{〔71〕}是蕴含于宪法所确立的市场经济体制中的一项基本权利，^{〔72〕}《优化营商环境条例》第11条也已对市场主体的“经营自主权”加以明确。然而，平台经营者管理权以市场运行机制和集聚规模效应为后盾，其采取的“行为罚”措施对商户有着较强的威慑力和打击力，^{〔73〕}尤其是超大型平台具备较高市场份额、市场认可度和消费者黏性，以阿里平台为例，其2015—2019年服务收入及商品交易额的国内市场份额占比分别超过70%和60%，^{〔74〕}平台经

〔70〕 参见《2018 阿里巴巴知识产权保护年度报告》，载 <https://files.alicdn.com/tpsservice/8d50874f56b43919e4cfa2256c93dd96.pdf>，最后访问时间：2022 年 3 月 25 日。

〔71〕 参见叶林：《商行为的性质》，载《清华法学》2008 年第 4 期。

〔72〕 参见《〈中华人民共和国商事主体登记管理条例（草案）〉的起草说明》，载 https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202006/t20200615_317040.html，最后访问时间：2022 年 1 月 30 日。

〔73〕 参见胡斌：《私人规制的行政法治逻辑：理念与路径》，载《法制与社会发展》2017 年第 1 期。

〔74〕 参见前引〔39〕。

营者凭借信息、数据和技术资源优势占据了注意力经济的“制高点”，其采取的扣分、降级等信用处罚措施都可对网店的流量和人气造成较大打击，下架商品、关店等单方“解除”合同的管理方式，更会给网店带来“生死攸关”的影响力。

此外，团体组织是自愿聚合的利益整体，其内部“权力”生成的最大正当性基础是成员有加入或退出的选择自由。线下商户尚且具备是否加入商品交易市场的选择权，因为商品交易市场主要影响特定区域或行业市场且转换成本较低。但在平台经济对社会生活及商业运营已全面渗透的今天，电子商务平台发挥了类似于“商业基础设施”的功能，^{〔75〕}平台内经营者很难放弃平台这一大型商业利益聚合体，“触网”已经成为不可阻挡的历史趋势。加入平台后积累的流量、人气等商业资源也难以转化到其他平台或者线下市场，平台内经营者的退出成本、切换成本都十分高昂，几乎没有选择退出的自由。

四、平台经营者管理权的规范：规则审查和限制解除

尽管平台经营者管理权的强化是由数字经济时代市场力量变化引起的社会专业化、精细化分工所决定的，符合历史发展规律及社会治理大势，但由于私人主体的逐利性与“权力”行使的公平裁量要求的天然抵牾，公共利益与私人利益交织博弈，在平台“公权力—私权力—私权利”的三方结构中，公权机关若不对平台经营者的私人权力加以适当规范和制衡，将对平台内主体权益保护和电子商务的健康发展造成阻碍。民法中的“格式合同”“违约金调整”规则，行政法中的“双随机、一公开”监管模式，反垄断传统监管手段与平台竞争性义务的构建，^{〔76〕}电子商务法中对平台规则制定程序的要求，这些现行法从不同角度发挥着约束平台经营者管理权的作用。但同时，基于平台经营者与商品交易市场开办者管理权在功能定位、法理依据、管理方式上的相似性，从线下市场提炼商铺出租人管理权的规范经验，或许能为线上平台治理贡献更具针对性和创新性的“历史智慧”。

（一）加强对平台规则的全过程审查

当前，国家公权机关依然对商品交易市场开办者施加较强的监管约束。根据《商品交易市场年度检验办法》的要求，市场开办者每年须向工商部门提交年检报告，工商部门依法对市场登记事项的变化情况、市场开办单位履行职责情况及市场运行情况等进行审查，有瞒报、不履职等情况的开办单位将被处以行政处罚。对此，或许会有异议观点认为，对商品交易市场实行强监管与其“公立属性”的历史根源有关，由于我国商品交易市场是政府在总结农副产品批发市场经验的基础上提供的“公共产品”，直至1993年国家提出“管办分离”要求才逐渐褪去行政管理色彩，后来吸引了更多民间资本投入建设，^{〔77〕}线下市场“由公转私”的历史导致其与市场经济自生的电子商务平台的监管不宜相提并论。但是，笔者认为，组建线上线下公共交易场所和承担商品流通职能本就属于公共职责，无论是线下市场开办者“由公转私”，还是线上平台经营者市场力量

• 127 •

〔75〕 参见全国人大财政经济委员会电子商务法起草组编：《中国电子商务立法研究报告》，中国财政经济出版社2016年版，第10页。

〔76〕 参见张晨颖：《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》，载《法学研究》2021年第4期。

〔77〕 参见裴长洪、谢谦：《集聚、组织创新与外包模式——我国现代服务业发展的理论视角》，载《财贸经济》2009年第7期。

壮大后的“由私转公”，在这类由私人主体分担部分公共职能的领域，强化公权力的规范约束是平衡公益与私益的关键所在。由于平台规则是平台“权力”的外壳，^{〔78〕}借鉴公权机关对商品交易市场开办者制定的规章制度审查和执行情况年检的监管经验可知，对平台经营者管理权的约束，也要抓住平台规则这个“牛鼻子”。

1. 事前审查：规则制定阶段完善磋商审查机制

面对强势的平台经营者，平台内商户谈判能力欠缺，双方难以实现平等讨论，但未经充分磋商的平台规则变动，可能造成“淘宝十月围城事件”等恶劣影响。^{〔79〕}尽管《电子商务法》第32—36条、《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定（试行）》都对平台规则的制定程序进行了规定，但对于影响上亿商户和消费者利益的“私权力”规则，仅由平台经营者独立制定并在自身网站公示征求意见，缺乏公权机关监督和利益相关方参与，难以保证其“私权力”不会对平台内经营者和消费者的“私权利”造成侵害。因此，公权机关需加强对平台规则的事前指导，代表公共利益在制定程序中充分参与磋商，由政府部门、平台企业、学者专家、行业协会、平台商户及消费者代表等进行多方论证，实现各方充分参与、自由表达、利益平衡。对于平台经营者管理措施和违约处罚等重要内容，尤其是涉及“违约金”等实践中争议较大的关键条款，行政部门可出台指南细则，引导平台经营者管理权规范生成。

2. 事中审查：规则执行阶段依申请附带司法审查

即使平台规则经过多方民主磋商产生，但因合法性判断或者各方利益分配是否合理需在规则实施一段时间后才能显露出来，有时甚至需要通过极端的个案冲突加以体现，司法机关在进行合法性识别时具有较强的专业性、针对性和社会回应性的优势。^{〔80〕}因此，既然平台规则发挥着具有权力色彩的团体组织管理规约功能，其影响主体范围甚至超过一般的地方性法规，那么可以参照行政规范性文件的附带司法审查制度，允许符合一定条件的平台内经营者，在不服平台经营者的管理措施提起侵权之诉时，附带启动对平台规则的司法审查，以此作为对规则进行动态监督的辅助审查机制。

3. 事后审查：建立电子商务平台年报制度

事前审查和个案附带司法审查难以实现对平台规则执行情况的全面监督，可在借鉴和改进商品交易市场年检制度的基础上，建立电子商务平台规则执行情况年报制度，加强事后监管。目前，我国尚未建立对平台经营者管理措施执行情况的报告或公示监督制度。《电子商务法》第36条、第44条虽要求平台经营者对其采取的警示、终止服务等管理措施进行公示，但并未明确公示的法定义务属性及“不公示”的罚则；第59条规定了平台经营者应建立投诉举报机制，但立法者却因顾虑可能涉及的商业秘密等因素，未要求平台公示或报告投诉举报的处理情况，^{〔81〕}使

〔78〕 参见前引〔43〕，薛军文。

〔79〕 “淘宝十月围城事件”是指淘宝平台于2011年10月宣布修改收费规则、升级商家系统，单方调增商城费用造成部分中小卖家难以负担，导致商户集结近5万名网友组成“反淘宝联盟”，对部分淘宝平台大卖家实施“拍商品、给差评、拒付款”的恶意操作行为，抵制平台新规。参见《新规引发的“淘宝十月围城”事件始末》，载 https://news.qq.com/a/20111102/000768_1.htm，最后访问时间：2022年3月26日。

〔80〕 参见封丽霞：《制度与能力：备案审查制度的困境与出路》，载《政治与法律》2018年12期。

〔81〕 参见前引〔14〕，电子商务法起草组编著书，第193页。

其坠入信息披露“黑箱”和行政监管“盲区”；《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第6条、第8条虽对设定超大型平台经营者的年度风险评估和委托审计义务进行了探索，但并未将风险评估及审计结果与行政监管措施相衔接，使之沦为“接受社会监督”的倡导性规则。

尽管我国商事制度改革已将普适于所有企业的年检改为年报制度，从政府包揽式监管向市场化柔性治理态势转变，^{〔82〕}但对商品交易市场的年检制度依旧存续至今，暂且搁置“年检”与“年报”的定性之分，将我国线下市场年检报告内容与近年欧美规范平台行为的法案内容进行对比，可以发现均已明确平台经营者定期向行政机关报告自律管理执行情况的义务及罚则。《商品交易市场年度检验办法》第9条、第11条规定了开办者应将日常管理制度、交易规章制度、协助审查义务的执行情况作为其提交工商部门审查的年检报告重要内容之一，否则将被处以罚款或扣缴《登记证》。与此类似，欧盟《数字服务法案》第13条规定了平台经营者每年对用户非法活动、举报投诉的审查处理情况的透明性报告义务，第33条规定了超大型平台应当至少每半年公布一次透明性报告，每年公布并向数字服务协调员和欧盟委员会提交风险评估及处置情况报告、审计及其实施报告，若存在涉及商业秘密不宜公开的内容，可在公开报告中部分删除，但仍应向主管机关提交完整报告并说明删除理由，第42条规定了不遵守报告义务将被处以罚款，第50至66条还对超大型平台附加审计、现场检查、监测运行等加强监管措施进行了规定。^{〔83〕}美国参议院《平台透明度、问责制和在线消费者保护议案》要求平台经营者每季度公布透明度报告，对用户违法或违反政策活动情况、平台管制措施、用户申诉情况的报告义务及公开方式等都进行了明确规定。^{〔84〕}

从商品交易市场监管历史经验与欧美平台治理最新立法探索在年报（年检）制度内容的“不谋而合”可以看出，完善平台规则执行情况的定期报告制度是优化平台治理的必由之路。首先，应当明确平台经营者向行政机关进行年报的法定义务属性及具体罚则，改变目前由“社会监督”的倡导性规则定位。同时需要厘清的是，行政机关对平台年报的审查只是代表公共利益加强对平台自治的事后监督与定期“体检”，及时纠治“私权力侵害私权利”等系统性风险问题，指导平台经济健康发展，并非重回为企业年检“背书”的沉痾。其次，在报告内容上，可将平台规则实施状况、管理措施执行情况、投诉举报处理情况等内容纳入年报审查范围；对于涉及商业秘密等不宜公开的内容，可以选择部分不公开，同时向行政机关提交完整版并说明不公开理由。最后，关于报告主体，宜根据平台经营者的规模分级分类设置报告义务，或者参照欧美做法，免除中小平台经营者的相应义务；关于报告周期，可根据我国平台经济的发展情况与治理实践适时调整，在年度报告制度运行成熟时，向半年、季度和月度报告进一步探索。

（二）合理限制平台经营者解除权的行使

无论线下市场还是线上平台的出租人管理权，最核心有力的管理方式是行使“合同解除权”，由于平台服务与技术的多样性，解除方式包括但不限于断开链接、下架商品、暂停服务、关闭店铺

• 129 •

〔82〕 参见施天涛：《公司资本制度改革：解读与辨析》，载《清华法学》2014年第5期。

〔83〕 See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and Amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final.

〔84〕 See Introduction by Brain Schatz, A Bill to Require Transparency Accountability, and Protections for Consumers Online, Hearing before the Commerce, Science, and Transportation Committee, 116th Congress, 2d Session on S. 4066, June 24, 2020.

等。因此，从内容层面上，对平台经营者管理权的规范，应以“解除权”的约束和限制为关键。

1. 行权顺序：公权机关尽早介入

出租人的合同解除权属于形成权，仅发挥使出租人脱离不利法律关系和免受承租人不法行为牵连的功能。若承租人无异议，租赁合同自解除通知送达时生效；但在承租人对解除事由存在异议时，出租人合同解除权的行使需受限于公权机关对承租人行行为的违法性判定。因此，平台经营者行使解除权需回归“初心”，其可在自治权限内协助公权机关进行管理处置，但不能“喧宾夺主”。一方面，平台经营者采取的删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等措施，均产生合同解除之效，在收到通知或被采取措施后，平台内经营者可就该解除行为向法院提出异议。另一方面，由于平台服务的技术性，平台经营者的解除行为直接对合同产生单方处置效果，公权机关收到商户异议时，在对违法犯罪行为作出明确判定前应尽早介入，避免平台私力处置的影响过分扩大。有的学者在规制平台知识产权恶意投诉领域提出了“反向行为保全”，即被投诉商户对于平台经营者采取的处置措施有异议时，可向法院申请责令平台恢复链接的保全方式。^{〔85〕}公权机关可探索诸如此类的规范途径，适当减小平台经营者的行权影响，尽量将合同解除效果限制在公权机关对违法犯罪行为的判定之后，并完善平台经营者不当解除合同的损害赔偿救济途径，防止私人裁量权僭越公法管控的“制度之笼”。

2. 行权限度：处置措施须遵比例原则

在商品交易市场中，由于市场开办者“私人”裁量后作出的管理举措将对商户的经营权益带来较大影响，并且开办者依约可采取不同程度的管理措施，司法裁判中法院关于出租人解除权的行使限度出现了分歧：有的法院认为不能单纯以是否解除租赁合同或者禁止商户侵权现象，作为市场管理者履行管理义务的依据；^{〔86〕}但有的法院却认为需要解除合同或禁止市场内侵犯知识产权行为，才能免除开办者管理责任。^{〔87〕}由此表明，因开办者管理权与商户经营权的冲突，出租人解除权在商品交易市场中尚需进行利益权衡并审慎行使。

在电子商务领域，作为网络公共交易基础设施的平台具有普遍服务义务，^{〔88〕}不能随意拒绝提供服务，其解除合同的影响较线下市场加倍扩大，因此平台经营者在行使合同解除权时更应慎之又慎，依据比例原则采取合理的处置措施，给予包括平台商户在内的社会成员一个稳定预期。从网络知识产权侵权管理立法和司法演变也可看出，审慎行使平台解除权、不以“删除”为纲符合平台治理共识。《信息网络传播权保护条例》第15条首次确立了知识产权侵权的“通知删除”规则，但《民法典》第1195条、《电子商务法》第42条则转变为“通知加采取必要措施”，最高人民法院也在第83号指导案例“威海嘉易烤生活家电公司诉永康市金仕德工贸公司、浙江天猫公司侵害发明专利权纠纷案”中明确表示：“网络服务提供者接到通知后所应采取的必要措施包括但不限于删除、屏蔽、断开链接。‘必要措施’应遵循审慎、合理的原则，根据所侵害权利的性质、侵权的具体情形和技术条件等来加以综合确定。”

〔85〕 参见房保国、李潇桐：《电商纠纷中的反向行为保全初探》，载《人民法院报》2021年12月9日，第01版。

〔86〕 参见江苏省高级人民法院（2019）苏民终1715号民事判决书。

〔87〕 参见陕西省高级人民法院（2020）陕民终535号民事判决书。

〔88〕 参见赵鹏：《平台公正：互联网平台法律规制的基本原则》，载《人民论坛·学术前沿》2021年第21期。

五、结 论

通过类比线下市场可以发现,平台经营者对平台内经营者违法违规行为的管理权属于商铺出租人管理权,与商品交易市场开办者管理权有着类似的法理基础:一方面,平台经营者作为网络公共交易场所的出租人、“所有权人”兼技术管控者,国家有权通过设置法定义务强化出租人的空间管理权责;另一方面,平台经营者依靠市场力量集结了商业组织成员的管理授权,获得了自治权力。纵观平台经营者管理权的行使方式,尽管其采取的“金钱罚”与“行为罚”管理措施与线下市场基本相同,但管理权限却空前强化,具体表现在违约金的罚扣数额、行为罚行使顺序优先于公权机关及打击商户的威慑力方面。平台经营者管理权逐渐强化是顺应商业创新、科技发展和法治变革的大势所趋,但是在尊重其权力正当性的同时,还应正视电子商务合同双方当事人地位已实质失衡的现状。为避免出现“在经济地位有明显势差的交易者之间,契约自由变成弱肉强食的工具”的情形,^{〔89〕}需要借鉴国家对商品交易市场开办者管理权的监管经验,以规则审查和限制解除为重点约束权力,优化常态化监管措施,确保平台经营者管理权在制度的笼子里生成、运转,形成高效规范的平台治理新格局。

Abstract: The e-commerce law stipulates the power of platform operators to manage the illegal acts of merchants, but the legal basis and regulation rules of this power is unclear. As the lessor, “owner” and technical controller of online trading public places, the platform operator not only undertakes the space management rights and responsibilities required by the state, but also aggregates the autonomous authorization of the tenants by virtue of market power, acquiring management power based on dual legal principles of “space ownership” and “organizational authorization”. The management power of the platform operator is part of the online shop lessor’s management power, which already existed and operates well in the leasehold relation of the offline commodity trading market. Although platform operators and offline market operators exercise their management power in a similar way, the authority limits, disposal order and deterrent effects of the platform have been unprecedentedly strengthened. We can learn from the experience of state supervision on commodity trading market, enhance the review of platform rules and the annual report of implementation, reasonably limit the exercise of contract cancellation right, implement regular supervision, and ensure the standardized operation of platform operators’ management power.

Key Words: e-commerce platform operator, management power, commodity trading market, leasehold relation, platform rules

(责任编辑:周 游 赵建蕊)

〔89〕 参见姚新华:《契约自由论》,载《比较法研究》1997年第1期。

论个人破产法上免责考察制度的法律构造

靳岩岩*

内容提要：免责考察制度是个人破产立法中的核心问题，其法律构造包括免责条件和免责程序两大部分。《深圳经济特区个人破产条例》确立了免责考察制度的初步框架，但其免责条件规则对不予免责的债务情形和债务人情形规定不尽完善、缺乏对债务人清偿能力的考量，免责程序规则对免责申请的启动缺乏前置性程序的制约、许可免责程序过于复杂、对债务人所受的权利能力限制的规定过于简单。应在整体主义和利益平衡的理念下完善我国个人破产法上免责考察制度的法律构造。在完善免责条件规则层面，应当删除不予免责债务中的雇佣之债、设置所欠税款年限限制、明晰兜底条款范围，增加不予免责债务人情形中的原则性规定、设置债务人不当行为的审查时间，并在免责条件中纳入对债务人清偿能力的考察。在完善免责程序规则层面，应当以和解作为免责考察的前置程序，简化适格债务人的许可免责程序，完善破产失权和复权制度，进而构建更为合理的个人破产制度规则，为全国性的个人破产立法提供有益经验。

关键词：个人破产 免责考察制度 免责例外 前置性审查 失权

2020年8月26日，深圳市人大常委会审议通过了《深圳经济特区个人破产条例》（以下简称《深圳条例》），以地方先行立法的形式开启了我国个人破产的正式立法进程。^{〔1〕}2021年7月19日深圳市中级人民法院也发布了首例个人破产案件判决书。^{〔2〕}未来不论是全面推广地方性立法还是在全国层面统一立法，抑或二者并行，《深圳条例》均具有极其重要的试验意义，其文本对于完善我国个人破产立法也具有极其重要的分析价值。在整体框架已经完备的情况下，核心制度的完善变得十分紧迫。免责考察制度即属于个人破产法上的核心制度之一，债务人在通过破产清算

* 靳岩岩，对外经济贸易大学法学院博士研究生。

〔1〕 于此前，2019年9月台州市中级人民法院出台了全国首个个人债务清理的工作规程——《执行程序转个人债务清理程序审理规程（暂行）》，该工作规程具备了个人破产的实质功能与相当程序，但其主要目的是解决法院的执行难问题，与个人破产法的社会功能与实质目标并不相同，也并未冠以“个人破产”之名，因此，该规程不应归于针对个人破产的规范性文件之中。

〔2〕 参见深圳市中级人民法院（2021）粤03破230号（个1）民事裁定书。由于本案裁定的内容为破产申请人的重整计划而非清算免责，本文不再展开评述。

程序被宣告破产并完成破产财产分配后，只有符合了免责考察制度规定的条件，才能经法院裁定免除未清偿的债务并恢复破产程序中被限制的权利。从法理而言，免责考察制度的法律构造包括免责条件和免责程序两大部分，《深圳条例》第95条至第105条以专节规定了我国的个人破产免责考察制度，其在免责条件和免责程序上均有完善的空间。本文拟循此思路，借鉴个人破产立法成熟国家的相关经验，分析我国个人破产免责考察制度的不足并就其法律构造的完善提出建议，以期对我国个人破产立法的整体完善有所裨益。

一、比较法视野下个人破产免责考察制度的法律构造

在现代个人破产法制度确立之前，对于债务的偿还不能多以人身罚论处。英国1705年《破产法》首次准许“诚实而合作”的债务人获得破产债务免责。^{〔3〕}该法规定了债务人如果在特定的期限内遵循地方长官的指令，所有的行为都满足该法令的要求，便可在其破产时免除债务。^{〔4〕}进入工业社会后，随着资本市场的发展与人权意识的强化，破产免责所内含的债务人保护的制度功能与社会效应日益得到关注，各国个人破产立法也开始向“债务人友好型”的模式转变。例如美国1841年颁布的《破产法》改变了1800年《破产法》中禁止债务人提出破产请求的限制，允许债务人提出自愿破产并予以免责，^{〔5〕}并将个人破产制度的适用由商主体扩大至一般主体，自然人的财务困境也可以通过破产法予以纾解^{〔6〕}。在德国1877年第一部《破产条例》颁布100多年后，1999年开始实施的《破产法》也正式确立破产免责考察制度。^{〔7〕}日本《破产法》也在1952年修改时改变了不允许免除债务的规定，允许债务人向法院提交免责申请。^{〔8〕}尽管各国免责考察制度的立法理念与具体规则设计有所差别，但其法律构造基本由两大部分组成，即免责条件规则和免责程序规则。

（一）免责条件规则

免责条件规则解决的问题是哪些未清偿的债务可以免责，以及债务人在哪些情形下可以免责。各国立法通常以设置否定性规则的方法予以明确。

设置不予免责的债务情形是基于对特殊债权人的保护或对公共利益考量的目的，从而拒绝破产债务人特定种类的债务免责申请。美国2010年修订后的《破产法》对不可免责之债的规定较为详尽，破产法院并不享有通过其衡平权利创设新的免责例外的权利。^{〔9〕}具体而言，下列债务被排除在了破产免责之外：破产程序过程中以及申请破产前三年所产生的债务税收、欺诈性债

〔3〕 参见徐阳光：《个人破产立法的英国经验与启示》，载《法学杂志》2020年第7期。

〔4〕 See Bankrupts Act 1705 (4 Anne c. 17: An act to prevent frauds frequently committed by bankrupts), VII, available at https://en.wikisource.org/wiki/Bankrupts_Act_1705, last visited on Aug. 31, 2021.

〔5〕 参见韩中节、高丽：《破产免责制度立法模式的比较考察及借鉴》，载《法学杂志》2010年第10期。

〔6〕 参见张阳：《个人破产何以可能：溯源、证立与展望》，载《税务与经济》2019年第4期。

〔7〕 See Introduction to German Insolvency Law, available at https://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieci/documents/public_papers/german_insolvency.pdf, last visited on Aug. 31, 2021.

〔8〕 参见刘颖：《日本的个人破产免责制度及其借镜》，载《经贸法律评论》2020年第5期。

〔9〕 参见〔美〕查尔斯·J·泰步：《美国破产法新论》，韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学出版社2017年版，第1061页。

务、未列明的债务、信义欺诈或挪用、盗窃、侵占所产生的债务、家庭抚养与赡养费、故意恶性致人损害的债务、行政罚款与处罚、行使赔偿责任、教育贷款债务、酒驾致人死亡或损害的债务、涉及联邦保险储蓄机构或信用合作社的信托欺诈或挪用所产生的债务、其他法律规定的不予免责的情形。^[10] 英国 2004 年修订后《破产法》对不可免责之债的规定相对笼统,主要包括由家事法院判决需要支付的费用、破产人引发的人身侵权之债、法院的罚款以及因为欺诈或者其他犯罪行为引发的债务、在法院颁发破产令之后产生的债务、自 2004 年 9 月 1 日之后的所有到期的学生贷款等。^[11] 德国 2002 年《破产法》设置了更为宽松的免责条件,仅将破产程序中提出的赡养费支付申请、破产程序中债务人因疏忽大意而对债权人的侵权之债、行政罚款等强制性罚款、零利息的破产费用贷款等纳入了不可免责的债务范围之中。^[12]

设置不予免责的债务人情形旨在防范不诚实的债务人通过个人破产制度来躲避债务,各国在具体规则制定上各有侧重。例如美国《破产法》第 727 条规定存在以下行为的债务人不能获得免责:实际欺诈转让、无正当理由而未能保存簿册与记录、破产犯罪、财产损失原因不明、拒绝作证或不遵守法院命令、内部人员的破产案件所禁止的行为、违反连续免责的时间限制、放弃免责与未能完成个人财务管理课程。相较于美国《破产法》“结果主义”的禁止性规则,德国《破产法》对债务人不当行为的评判更注重对“疏忽大意”等主观状态的认定,具体而言主要有以下几种情形:实施了破产犯罪;在破产程序开始前的三年内,为取得公共基金的贷款或逃避公共基金的债务偿还而实施虚假陈述行为;^[13] 在破产申请提交前的十年内获得过破产免责;债务人因疏忽大意或重大过失导致破产债权人在破产程序开始前的一年内,在无法证明经济条件好转的情况下不合理的挥霍浪费或延迟破产申请;债务人因疏忽大意或过失违反了破产程序中披露或相关法律规定的义务。^[14] 日本《破产法》也规定了严格具体的不予免责情形,但同时赋予了法院“即使存在前述禁止性情形,但针对特例亦可批准免责”的权利。^[15]

除了设置不可免责的情形,也有国家另行规定了免责应当具备的其他条件。比如美国将免责权利与清偿能力挂钩,如果债务人的收入高于所在州收入的中值,且每月的超额收入能够向债权人清偿至少 124.59~207.92 美元(具体数额取决于债务总额),便推定债务人存在滥用免责的主观意愿,^[16] 除非债务人同意由第 7 章的破产清算程序转至第 13 章的个人债务清理程序,否则法院将驳回申请^[17]。再比如日本规定了 7 年内禁止再次申请免责,美国也根据程序类型与清偿比

[10] See United States Bankruptcy Code, Section 532., available at <https://www.usbankruptcycode.org/chapter-5-creditors-the-debtor-and-the-estate/subchapter-ii-debtors-duties-and-benefits/section-523-exceptions-to-discharge/>, last visited on Aug. 31, 2021.

[11] 参见徐阳光:《英国个人破产与债务清理制度》,法律出版社 2020 年版,第 113 页。

[12] See German Insolvency Statute 2002, Section 302, available at <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=773>, last visited on Aug. 31, 2021.

[13] 公共基金(public funds)是指政府以所有权人身份拥有及处理的基金,包括可用目的支出之一切基金,如普通基金、特别收入基金、资本计划基金等。

[14] See German Insolvency Statute, Section 290.

[15] See Japanese Bankruptcy Act, Section 252, available at <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1887&-vm=04&-re=02>, last visited on Aug. 31, 2021.

[16] 参见前引[9],查尔斯·J·泰步书,第 1325 页。

[17] See United States Bankruptcy Code, Section 707 (b).

例设置了相应的后续免责限制。^{〔18〕}

（二）免责程序规则

免责程序是指债务人在进入破产程序后，作出一定行为或满足一定条件而被裁定可以免除债务偿还等责任的程序。按照是否需要经过公权力主体的审查批准，免责程序可以分为当然免责和许可免责。

当然免责是指当法院批准破产程序时或经过一定期间的考察期限后，债务人无需再向法院或行政机关提交申请，便可自动从破产程序中获得免责。^{〔19〕} 美国《破产法》实行的是典型的当然免责制度，即一旦法院做出了破产裁定，债务人在免责范围内的债务都将自动失效，债权人禁止采取任何正式或非正式的行动对已免责的债务进行追偿。英国《破产法》在当然免责制度之上增加了免责等待期，2002年《企业法令》将1986年《破产法》的3年等待期缩短至1年，^{〔20〕} 规定了债务人只要不违反法律的强制性规定，便可以在破产令颁布之日起12个月后自动免责。^{〔21〕} 我国台湾地区“破产法”也规定了债务人可以当然免责。^{〔22〕}

许可免责则体现了更为严格的破产审查观念，将破产裁定与免责裁定相分离，债务人需额外提交免责申请且经法院的批准才能免责，且一般伴随着一定时间的考察期。德国最新的《破产法》采取了许可免责制度，第287条规定了欲以免责的债务人需向法院提交申请，第289条规定了法院应当在听取破产管理人以及债权人的意见后，根据债务人的申请作出免责与否的决定。^{〔23〕} 日本《破产法》第248条规定了破产人自破产申请之日起到破产程序开始后的一个月内可向法院提出免责的申请，破产法院在审查破产人不存在法律规定的不可免责的事由后，便可作出免责裁决。^{〔24〕}

除此之外，不同国家对于是否设置前置程序，以及失权与复权制度等也作出了规定。例如德国《破产法》将债务清偿和解程序设定为破产审判的前置程序，只有在和解不能且向法院提交和解失败的官方证明之后，债务人才能进入正式的破产审判程序。^{〔25〕} 失权制度则是债务人免责的“对价”，多以一定期间的限制令增加债务人的义务。英国《破产法》规定了申请免责的破产人不得在没有告诉贷款人已经破产的情况下，借款超过500英镑，或未经法院允许擅自担任公司董事或创建管理或推广公司，或在未告知已经破产的情况下，债务人用另外一个名字去经营公司，同时禁止债务人从事破产从业者的工作。^{〔26〕} 德国《破产法》则要求债务人履行申请破产时所提交

• 135 •

〔18〕 参见徐阳光：《个人破产免责的理论基础与规范构建》，载《中国法学》2021年第4期。

〔19〕 参见前引〔11〕，徐阳光书，第111页。

〔20〕 See UK Enterprise Act 2002, Section 256, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/section/256/enacted>, last visited on Aug. 31, 2021.

〔21〕 但如果英国法院一旦对债务人颁发了刑事破产令，破产人就只能在破产程序启动之日起5年期满后，向法院提出免责申请，而不能适用自动免责的规定。See Insolvency Act 1986, § 280.

〔22〕 参见我国台湾地区“破产法”第149条的相关规定，即“破产债权人依协调或破产程序已受清偿者，其债权未能受清偿之部分，请求权视为消灭。”载 <https://wenku.baidu.com/view/39818c14a1116c175f0e7cd184254b35eefd1aa5.html>，最后访问时间：2021年8月31日。

〔23〕 参见前引〔7〕。

〔24〕 See Japanese Bankruptcy Act, Section 248, available at <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1887&-vm=04&-re=02>, last visited on Aug. 31, 2021.

〔25〕 See German Insolvency Statute, Section 301.

〔26〕 参见前引〔11〕，徐阳光书，第182页。

的收入转让承诺,并及时披露工作地点和薪酬变动,且不得单独清偿部分债权人。^{〔27〕}与失权制度对应的是复权制度。申请免责的债务人在特定期限内未违反禁令并履行了其义务,对其行为限制应当自动或依申请解除。香港破产法则规定了复权期限为4年,新加坡解除破产令的时间由5年缩短至3年,但同时要求所剩债务额不超过50万新元。^{〔28〕}

二、我国个人破产免责考察制度法律构造的现状与不足

(一)《深圳条例》确立的免责考察制度的法律构造

《深圳条例》在第七章“破产清算”项下以专节规定了我国的个人破产免责考察制度。^{〔29〕}关于免责条件,《深圳条例》第97条规定的不予免责的债务情形包括:因故意或者重大过失侵犯他人身体权或者生命权产生的损害赔偿金;基于法定身份关系产生的赡养费、抚养费 and 扶养费等;基于雇用关系产生的报酬请求权和预付金返还请求权;债务人知悉而未记载于债权债务清册的债务,但债权人明知人民法院裁定宣告债务人破产的除外;恶意侵权行为产生的财产损害赔偿金;债务人所欠税款;因违法或者犯罪行为所欠的罚金类款项;法律规定的其他情形。第98条规定的不予免责的债务人情形包括:故意违反行为限制的规定,故意违反协助处理破产事务义务和财产申报义务的规定,因奢侈消费、赌博等行为承担重大债务或者引起财产显著减少,隐匿、毁弃、伪造或者变造财务凭证、印章、信函文书、电子文档等资料物件,隐匿、转移、毁损财产,不当处分财产权益或者不当减少财产价值,法律规定的其他不得免除的情形。

关于免责程序,《深圳条例》采取了许可免责模式。债务人只有考察期限届满才能向法院申请对未清偿债务予以免责,免责考察期设定为3年,债务人在考察期内继续履行行为限制等义务。债务人完成剩余债务的清偿或债权人免除全部清偿责任,或考察期经过1年的债务人清偿剩余债务达到2/3以上,或考察期经过2年的债务人清偿剩余债务达到1/3不足2/3,考察期限推定届满。在考察期届满后债务人申请免除未清偿债务,由管理人对债务人的情况进行调查,征询债权人和破产事务管理部门的意见,并向人民法院出具书面报告。人民法院根据债务人的申请和管理人的报告,裁定债务人是否免除债务并解除对债务人的行为限制。《深圳条例》还规定了一些免责考察的配套制度,包括债务人收支及财产状况的披露义务、管理人对新增或者新发现破产财产的接管分配义务、免责效力所涉及的债权人范围、免责裁定的撤销事由、债务人或债权人的异议机制等。

(二)《深圳条例》中免责考察制度法律构造存在的不足

1. 免责条件规则存在的不足

首先,对不予免责的债务情形规定不尽完善。如果说债务人不予免责情形的设置目的是防范

〔27〕 See German Insolvency Statute, Section 295.

〔28〕 参见陈建萍、孟军:《个人破产者的重生——新加坡个人破产法律制度的启示》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2004年第5期。

〔29〕 《深圳条例》将免责制度置于第七章“破产清算”中,在重整章专门规定有关重整计划执行完毕后对债务的免责,本文对这一部分不予讨论。

债务人恶意逃废债，不予免责的债务规则则更多以特殊债权人以及公共利益为出发点进行考量。有学者认为，我国应当“从国情和制度需要出发，规定一个以普通债务为主的较窄的可申请破产债务类型范围”，进而以严格的申请门槛防止个人破产制度被滥用。^{〔30〕}该观点的确在“我国信用体系建设仍在起步阶段、社会诚信环境有待加强、个人债权债务纠纷数量庞大、司法系统未完全做好应对准备”的现实国情下有其积极作用。但在立法层面，法律的适用范围和涵盖内容应当适应更为长期的市场发展与社会稳定的需求，任何立法者都难以预估所有的可能性，也无法探明所有的特定情势，因此，《深圳条例》通过“负面清单”将不予免责的债务予以固定的做法值得肯定。但尽管现有立法模式有利于避免在司法实践中出现立法空白或朝令夕改，其具体的范围与规则设置却依然有待斟酌。例如第97条第3款将“基于雇佣关系产生的报酬请求权和预付金返还请求权”纳入不免责的债务范畴的规定是否有违物权优先的原则？又例如第97条第6款“债务人所欠税款”是否可以理解为即便是因税务机关的过错而导致的税款的欠缴，也应在三年追缴期届满后依然追偿？这显然与现行的规定相冲突。种类设置的不合理以及相关解释的缺乏，导致不予免责的债务规定在司法实践中难免会产生适用障碍。

其次，对不予免责的债务人情形规定过于笼统。破产免责的考察归根到底是为了过滤掉恶意破产者，让真正诚实的债务人得到债务重生的机会。但《深圳条例》既有的规定略显笼统而易在司法适用中受阻。例如对不予免责事由的发生时间未作规定，《深圳条例》第98条前两款均为在破产程序中的不当行为，考察的时间范围也自然是在破产程序开始后到考察期届满时。但第3款“因奢侈消费、赌博等行为承担重大债务或引起财产显著减少”与第5款“隐匿、转移、损毁财产，不当处分财产权益或者不当减少财产价值”的行为，可能发生在破产前。对此，法院是仅对发生于考察期的不当行为进行认定，还是只要债务人存在上述行为就取消其免责的资格，《深圳条例》未做任何规定。除此之外，仅有的五个不得免责的条款显然难以涵盖所有情形。例如除了《深圳条例》中所列举的因债务人的主观故意而减损财产的情形外，还可能存在恶意将不免责债务转变为免责债务等情形。尽管《深圳条例》第98条援引了其他法律的禁止性规定作为兜底条款，但无论是《深圳条例》还是其他法律，都尚不存在对破产债务人的免责作出的任何禁止或限制性的规定。在立法规则还不完善且尚未经过司法实践检验其合理性时，原则性规范的重要性尤为凸显。尽管《民法典》中的“诚信原则”“不得违反国家与公共利益”等原则性规定，同样应当适用于拒绝不诚信的债务人申请免责，而且《深圳条例》第3条也提及债权债务的清理应当遵循诚信原则，但这些原则性规定因没有被具体加设在不予免责的规则之中，而在司法实践中的适用性较弱。另外，基于《深圳条例》中不予免责情形的体例设置，“法律规定不得免除的其他情形”应理解为与前五款规定性质相同的内容，即债务人具体的行为而非法律原则，因此通过该兜底性条款进行原则的援引也缺乏可适用性。但罗列所有的不予免责的情形显然是个人破产法运行初期难以实现的，在规范性规则难以达至立法目的时，原则性规定的缺乏必定会导致司法裁判在立法空白情形下面对不应免责的债务人时陷入困境。

最后，现有免责条件规则缺乏对债务人清偿能力的考量。通过负面清单的形式列举免责条

〔30〕 参见赵万一、高达：《论我国个人破产制度的构建》，载《法商研究》2014年第3期。

件,可以最大程度地发挥个人破产免责考察制度对于促进债务人重生的功能,但客观上也导致对债务人申请免责的宽松。免责制度使合法免除偿债责任成为可能,若不设置严格的资格审查规则,不仅难以对欲滥用免责制度的债务人进行“过滤”,还可能会导致破产案件过多而浪费司法资源。前述负面情形的规定看似严格,但实际上适用范围有限,而且并不符合免责应当侧重考虑债务人清偿能力这一基本原则。目前的规则在免责申请条件中未明确清偿能力标准,实质上是个人破产申请条件与免责申请条件混同。《深圳条例》规定的个人破产条件是“因生产经营、生活消费导致丧失清偿债务能力或者资产不足以清偿全部债务”,并未单独规定免责申请的积极条件。个人破产程序包括清算、重整和解三种,而免责是清算程序中债务人在被宣告破产和财产分配后的申请,申请标准理应高于破产申请。尤其是个人债务人的财产状况和清偿能力往往处于变动之中,此时,若不对债务人的清偿能力进行评估,给免责申请设置明确的标准,则债务人欲通过破产免责解决自身财务困境但并不适宜裁定免责的案件量将难以预估。相比之下,如前所述,美国《破产法》为了防止债务人滥用清算救济程序,设置了严格的滥用识别标准,以债务人清偿能力作为免责申请的必要条件,这一做法显然比我国目前的规定合理。

2. 免责程序规则存在的不足

首先,对免责申请的启动缺乏前置性程序的制约。根据《深圳条例》的规定,债务人只要满足前述免责条件即可申请免责,没有前置性程序的制约。尽管申请程序的简易增加了免责制度的适用便利性,但将“对债务人适格与否的审查义务”与“更为合理的债务解决方案的设计工作”全部交由法院承担,显然会加剧司法资源的紧缺。债务人的负债情况与清偿能力不同,不顾个案差异而直接“放水入闸”,会激发过度的免责申请。我国个人破产制度前置程序的缺乏,在导致法院工作量激增的同时,亦可能错过当事人双方和解而达至更为合理的债务偿还计划的机会。

其次,许可免责的程序过于复杂。许可免责制度本身无可厚非,其适应了我国个人信用体系不完善的现状,通过法院审核的程序设置有助于降低债务人恶意破产的风险,适当的司法干预也是个人破产制度处于发展初级阶段的必须之举。但是根据《深圳条例》第101条的规定,在债务人提出免责申请后,要求管理人对债务人予以实质审查,且必须在征询债权人和破产事务管理部门的意见后,才能向人民法院出具报告。此举实际上将债务人的免责的审查权分配给了管理人、债权人、破产事务管理部门与法院。尽管法院为最终的裁定者,但多方主体对于债务人的考察与意见陈述,无疑会降低债务人对免责结果的可能性预期,尤其是将债权人作为意见提出的主体,长期被债权人讨债所困扰的债务人难免会质疑免除债务的可能性。免责结果的不确定性阻碍了债务人对经济重生的预期。而在此之前,债务人除了需要对部分未清偿债务安排清偿,还要承受为期限最少三年的限制令以作为债务免责的代价,在较高的免责成本伴随着高风险的不被免责的可能性时,债务人难免会降低通过破产来解决财务困境的意愿,进而产生恶意逃债的主观想法。

最后,对债务人在免责程序中所受的权利能力限制的规定过于简单。对债务人权利能力的限制体现了对其无法履行偿债义务的惩戒与警示,《深圳条例》第23条和第86条分别规定了债务人在免责考察期间应受到的消费行为限制与任职资格限制。前者多是出于对债权人保护的目,防止债务人的高消费行为减损破产财产;后者则是对债务人从事资金密集控制性职业能力的否

定，也是预防债务人通过挪用、转移等行为弥补自身的财务困境。^{〔31〕}但现有的规定与债务人应承担的权利能力限制相比尚有距离。尤其是《深圳条例》所限制的债务人任职资格仅包含特定种类的公司的董监高，这样简单的规则设计将法律对债务人的威慑与惩戒功能流于表面而难以发挥实质功效。

三、我国个人破产免责制度法律构造的完善

（一）强化债权人与债务人的利益平衡理念

规则正外部性的体现，往往不在于它们给予了行动者个人以任何一种可识别的益处，而是它们增加了行动者所属于的那个群体的生存机会。^{〔32〕}个人破产是债务处置的特殊手段，是诚实的债务人摆脱财务困境的桎梏、获得经济重生的底线安排。^{〔33〕}免责制度的目的不是给予特定的债务人以债务解除，而是通过平衡债权人债务人关系，使双方达至利益均衡点，实现整个社会收益的帕累托最优。一方面给予债务人对未来收入可支配的预期，能够更有动力实现经济重建，另一方面也通过一系列的制度设计，使债权人得到最大程度且公平的受偿。

对于债务人而言，个人破产制度的设计应当为其重新投入经济建设提供激励机制。庞大的债务人群体的存在引起了社会和政治的不安定，当诚信的债务人陷入绝望的债务危机之中，公众全体并不会因此获益。只有通过给予债务人群体恢复经济参与权的机会，优化其在经济社会中的生存环境，进而激励债务人重新投入经济建设，^{〔34〕}才能最大程度的促进公共利益的实现^{〔35〕}。因此免责制度的设计应当秉持宽严相济的原则，制定相对宽松的程序规则与严格的债务人诚信审查机制，促进债务人通过其诚实合作行为得到经济重生的机会，进而发挥制度应有的功能。^{〔36〕}

对债权人而言，个人破产制度的设计应当为债权人得到更合理与公平的清偿提供便利。破产程序的本质在于对破产人的非豁免财产的收集、清理，并以公平方式分配给债权人。^{〔37〕}免责制度原本就不是个人破产的不可或缺的组成本分。但由于人道主义与整体主义的发展，单纯的债权保护理念在个人破产法的制定与发展中日渐式微，债务救济理念的兴起也让免责制度的产生有了正当性。但债权人作为社会资源的提供者与出借者，其收回本金及收益的权利理应受到保护。若

• 139 •

〔31〕 消费行为限制包括：乘坐交通工具时，选择飞机商务舱或者头等舱、列车软卧、轮船二等以上舱位、高铁以及其他动车组列车一等以上座位；在夜总会、高尔夫球场以及三星级以上宾馆、酒店等场所消费；购买不动产、机动车辆；新建、扩建、装修房屋；供子女就读高收费私立学校；租赁高档写字楼、宾馆、公寓等场所办公；支付高额保费购买保险理财产品；其他非生活或者工作必需的消费行为。任职资格限制包括：不得担任上市公司、非上市公众公司和金融机构的董事、监事和高级管理人员职务。

〔32〕 参见〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，第16页。

〔33〕 参见前引〔6〕，张阳文。

〔34〕 参见张晨颖：《破产免责制度中的平衡理念》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2006年第3期。

〔35〕 See Charles Jordan. Tabb, The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge, 65 *American Bankruptcy Law Journal*, 365 (1991).

〔36〕 参见前引〔34〕，张晨颖文。

〔37〕 参见前引〔9〕，查尔斯·J·泰步书，第1044页。

免责制度成为债务人逃避债务的避风港,借贷的风险转嫁给债权人一人承担,则会挫伤债权人发放借款的意愿,同时也有违公平原则,不利于社会资源的有效配置。因此在为债务人提供经济重生机会的同时,应当通过个人破产法具体的规则设计,最大程度地保障债权人的公平受偿权。例如发挥管理人的功能,对破产财产提出专业合理的分配意见,避免债务人的财产状态进一步恶化,为债权人提供尽可能多的财产用以偿还。另外,债务人如果存在违反债权人利益的不当行为,法院除了裁定不予免责之外,还应使其承担更为严格的处罚责任,以回应债权人因免责而减损的财产利益与信赖利益。

(二) 免责条件规则的完善路径

1. 不予免责的债务情形

免责债务的例外规定要兼顾公共利益与债务人的合法权利,根据平衡原则将既有的规则具体化。首先,应当将“基于雇佣关系产生的报酬请求权和预付金返还请求权”置于优先受偿的债务范围之中,而非免责例外的债务。基于对劳动者切身权益的保护,给予劳动债权以清偿的优先权是合理的,而且《企业破产法》也在立法与实践中检验了其必要性及可行性。^[38]在《企业破产法》制定之初,学界亦有相关“担保债权”和“职工债权”的清偿顺位的讨论,“破产立法的根本目的是为解决在债务人丧失清偿能力时债务公平清偿问题(包括但不限于对职工债权的公平清偿),并通过维护市场经济秩序以促进社会经济发展,而不仅仅是为了保护职工权益,并不能将此作为立法的首要目标”^[39],而此观点也为立法者所采纳。^[40]尽管企业破产与个人破产因主体破产后的存续状态不同而导致立法中一些理念与具体操作手段有所不同,但因雇佣关系产生的报酬请求权与担保债权的优先顺位,本质上就是债权和物权的优先顺位,与当初对《企业破产法》的讨论并无二致。如果超出担保物价值外的部分可以免责,而劳动债权却不能被免责,无疑是认为劳动债权的清偿优先于担保债权。且一些个体工商户在经营维持阶段因难以周转而负担的大量的劳动债务可能会成为其主要债务,倘若在破产免责后依然需要清偿则也有碍破产免责发挥其功能。因此建议参照《企业破产法》的规定,将劳动债权与预付金返还请求权从免责例外中删除,置于《深圳条例》第89条规定的“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后”的第一顺位进行清偿。一方面通过统一企业破产与个人破产的规定,避免实践中出现企业所雇佣的劳动力在受偿中比为个体雇佣的劳动力更为劣势的不合理情形,另一方面在发挥免责制度的功能、减少债权人的负担的同时,也可通过优先受偿的制度安排给予劳动者合理的酬金支付,保护其正当权益。

其次,应当给“所欠税款”增加年限限制。《深圳条例》中税收的免责例外体现出给予债务人全新开始的机会政策依然要让步于保护公共财政的目标。^[41]但《深圳条例》未做任何的特殊规定或例外规定,因此所有的税务种类以及所欠税款都会被纳入其中。由于个人破产法的适用包

[38] 《企业破产法》第113条规定:“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后,依照下列顺序清偿:(一)破产人所欠职工的工资……,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金……”

[39] 王欣新:《论职工债权在破产清偿中的优先顺序问题》,载《法学杂志》2005年第4期,第36页。

[40] 《企业破产法》第109条规定:“对破产人的特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利。”

[41] 参见前引[9],查尔斯·J·泰步书,第1063页。

含个体工商户，其所涉及的税款种类不仅仅包括个人所得税，还有营业税、教育税、城建税以及教育费附加等。纳税是法定义务，但将所有欠缴税款的情形都作为免责例外并不合理。美国的《破产法》为税收的免责例外设定了范围，仅有破产程序中产生的税务、所得税等特定种类且报税截止日期在破产程序启动前的3年之内的税务^{〔42〕}以及欺诈性税务不可免责。^{〔43〕}我国法律也有对税收时效的规定。根据《税收征收管理法》，因税务机关的责任而致使纳税人、扣缴义务人未缴或少缴税款的，三年内的可以要求其补足；因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误造成的少缴与未缴，税务机关可以在三年内追征税款与滞纳金，特殊情况下可以延长到五年；而对于偷税、抗税、骗税的，税务机关追征其税款、滞纳金以及骗取的税款，不受期限限制。^{〔44〕}因此，在个人破产法的税务免责例外条款制定时，可以与我国税收征收管理的相关规定相契合，实行税务人类型化免责，即对在破产申请前三年产生的因税务机关或个人过失而造成的未缴纳税款予以免责，但欺诈性逃避税收而产生的税务，一律不能免责。此举不仅维护了政府的财政权威性，也敦促了税务机关在征缴税款时履行勤勉义务。

最后，应当明晰“法律规定不得免除的其他债务”的兜底条款的范围。例如，民法中所规定的“人身性质”的债务能否纳入该兜底条款的范畴中？债务人作为被委托人，在完成委托事项前申请了破产，如果继续履行该合同会导致破产财产的减少，能否允许委托人作为一般债权人申请债权，该债权又是否应当免责？笔者认为，“人身性质”的债务尽管是非纯粹的金钱给付债务，但委托人作为债权主体依然有受偿的权利，而且基于其履行方式的特殊性与对债权人的保护，类似债务被纳入不可免责的债务更为合理。因此，在个人破产法制定时应当明晰哪些情形应纳入免责例外的范围，亦可配套出台相应的司法解释做更为详尽的规定。

• 141 •

2. 不予免责的债务人情形

不予免责的例外是过滤掉非诚信债务人的最直接制度工具。在个人破产法制定时，应发挥原则性规定对不予免责事项的统领与兜底功能。具体而言，首先应当增加“损害国家与社会公共利益的不得免责”的原则性规定。债务免责制度的社会功能在于通过免责机制提升债务人重新投入经济建设的可能性，激发市场主体投资与创业的积极性，提高市场资金分配效率，降低非法债务催收等恶性事件的发生，通过债务人与债权人的共同获益增加社会的整体福利。但若对个别债权人的免责会严重损害国家与社会的整体利益，导致免责的结果与制度的社会功用相违背，则该免责应当予以禁止。例如通过个人破产免除自身巨额债务进而会引起金融市场甚至整个社会不稳定的债务人，或是曾经出现过严重的经济犯罪或通过技术手段监管套利的行为人，在破产免责申请时，法院应当评估对其免责带来的社会效应，进而裁判是否应当予以免责。其次，应当增加“违背诚信原则的不得免责”的规定。个人破产法是给予诚实债务人以经济重生的机会，所以“诚实”应当成为债务人得以免责的最低标准。免责制度的正当性得以论证的一个重要理论便是“债务人诚实合作”，即以免责的结果作为对诚实与合作的债务人的奖励，从而挖掘尽可能多的债务

〔42〕 美国《破产法》在税收的免责例外中也列举了少数不受时间限制的税种，例如“信托基金”型代扣税，其优先顺位与不可免责性均不受时间影响。但这些税种数量十分有限且在我国实践中较少涉及，因此本文暂不予讨论。

〔43〕 See United States Bankruptcy Code, Section 523 (a) (7).

〔44〕 参见《税收征收管理法》第52条。

人财产,以用于债权人分配。而若债务人在免责程序进行中存在欺诈或隐瞒行为,则债权人会失去对该制度公平合理受偿功能的信任,进而形成“债务人失信—债权人丧失对破产制度的信任—个人破产制度难以运行—债务人财务状况恶化—债务人失信的可能性增加”的恶性循环。而随着技术的发展,债务人对财产的恶意处置的情形也愈发复杂,远远不是《深圳条例》中所能罗列完全的。因此,在列举不当行为以给予一定的确定性与类比指引的同时,还应当增加“违背诚信原则的不得免责”作为兜底条款,给予司法更大的自由裁量空间以应对债务人的不诚实行为。

除了原则性规定的增加,既有的条文也亟需进行完善,给《深圳条例》第98条第3款和第5款增加“破产前三年内”的时间限制。按照对立法目的的理解,债务人不可免责的原因是“引起财产的减少”,该规定旨在对债务人“奢侈消费与赌博”以及“隐匿、转移与损毁财产”行为的禁止,而无论该行为发生的时间。但债务人并不能预见长期的个人资产的恶化,不当财产处置行为也并非都会导致债务人的破产。而该不当处置的行为是否应当成为免除债务人责任的否定因素,不仅要评估债务人破产的因果关系、该行为对破产程序产生了何种实质性影响,还要评判债务人的主观上的善意或恶意状态。而该种评判的标准十分模糊,且每一笔大额交易是否是不当交易都要进行评价必定会浪费大量的司法资源。因此,笔者建议将不当行为的审查时间限制在三年内。三年的限制与《民法典》中的“诉讼时效”的规定相统一,对个人破产免责而言是对三年前的债务“不予追究”,^[45]体现出立法的一致性,便于司法审判的标准统一。采取“合理行为推定”认定三年前的债务人无法对三年后的破产行为预知,三年内的行为才会实质性地影响破产程序的进程,一方面可以合理保护债务人对其财产的处分权,保障其不因与破产结果无关的财产处置行为而丧失经济重建的机会,另一方面也能减少对债务人交易的不合理审查,避免司法资源浪费。

3. 明确将债务人清偿能力作为免责条件

借鉴美国《破产法》的做法,应当给申请破产免责的债务人设置清偿能力标准。债务人如果有足额的固定收入,即便现阶段出现了资不抵债的情形,也因其存在债务完全清偿的可能性而更宜通过和解、重整而非破产清算对其进行债务处理。“足额”的评判标准应当由两个要件构成:个人可支配收入与能用以偿还债务人的“超额收入”。^[46]个人可支配收入作为个人消费开支能力的决定性因素,也是债务清偿能力最直接的体现;能用以偿还债务人的“超额收入”,则是在扣除债务人基本生活开支与必要花费后可以用来清偿债务的部分,由债务人具体的生产经营或生活水平情况而决定。如果两个评判要件都高于特定的标准,可以认定债务人具有偿债能力,不应对其裁定免责。就具体的标准而言,个人前一年的可支配收入如果低于本地居民的人均和支配收入,且年“超额收入”占比债务小于1/6的,^[47]应推定债务人满足申请破产的收入标准。与此相关的是《深圳条例》第14条关于破产受理条件中“债务人依照本条例免除未清偿债务未超过8

[45] 此处的“不予追究”并非债务免责,而是不因债务人三年前的不当行为影响破产免责的效力。因该不当行为而产生的债务,可以进行正常的债务申报。

[46] 参见前引[9],查尔斯·J·泰步书,第1325页。

[47] 此处1/6的比例设置是为了与《深圳条例》第100条的规定相匹配,若考察期经过两年可偿还债务依然无法达至1/3的,应当认定债务人在申请破产时的超额收入不具备清偿能力。

年”的规定，即债务人获得免责后8年内不得申请个人破产。免责是破产清算程序的组成部分，而破产程序包括和解、重整和清算，那么规定债务人获得免责后8年内不得再申请破产，固然有助于遏制连续免责行为，但也剥夺了债务人申请和解和重整的权利与获得更好债务偿还计划的机会。这意味着立法将连续破产申请限制与连续免责限制相混同。建议明确8年为不得再申请免责的限制，而不是对于和解和重整程序的限制（包括清算，因为清算程序有转化为和解与重整程序的可能）。值得补充的是，考虑到实践中债务人获得免责后也会发生后续清偿行为，与其施加8年的权利限制，不如借此塑造激励机制。如果债务人获得免责后又清偿部分已免责债务的，则按照偿还比例相应减少8年的限制期限。

（三）免责程序规则的完善路径

1. 以和解作为免责考察的前置程序

以和解作为免责考察的前置程序不仅可以通过筛选合格的可免责债务人以减少法院工作量，缓解司法资源的紧张，还可以依托和解程序促进债权债务双方的有效沟通与矛盾化解。与德国《破产法》中法官主导且被赋予强制通过协议权利的债务和解程序不同，我国和解程序应当发挥管理人的作用。一方面管理人对破产财产与破产债务有着最为系统全面的了解，其所具备的专业知识有助于作出最合理的分配决策；另一方面只有充分发挥管理人的作用才能真正减少司法负担，提高司法效率。应当在破产程序开始时进行强制性的庭前调解，由破产管理人协助债权人和债务人就债务履行及相关事项进行商议。若形成一致意见，则各方按照和解协议履行即可。^{〔48〕}若和解失败则进入破产程序。而在管理人对免责的条件进行认定后，管理人基于破产以及破产免责的效力对当事人告知后可以再次主持庭中和解程序。若和解失败，则继续破产程序。

• 143 •

2. 简化适格债务人的许可免责程序

应当简化适格债务人的免责程序，摒弃多方主体对债务人免责的审查。根据《深圳条例》规定，影响债务人免责的主体包括法院、管理人、债权人以及破产事务管理部门，尽管后两者仅是通过管理人向法院表达自己的意见，但在法院的免责裁定仅基于管理人的报告以及债务人的申请的情况下，债权人和破产事务管理部门的意见无疑会给裁定结果造成实质性影响。这种不合理性显而易见：债权人作为债务人破产的最直接的利益受损者，易对债务人的免责结果产生不满，一般会倾向于债务人正常还债或通过重整程序得到尽可能多的清偿，因此难以根据债务人的实际情况作出理性的免责意见。而破产事务管理部门作为行政事务的承担者，职责的重点在于对管理人的监督以及债务人的破产信息登记与公开，而非对债务人免责的结果产生实质性的影响。因此更为合理的做法是取消征询其他主体的程序，在破产人提交免责申请后，由管理人出具证明材料与意见，由破产事务管理部门监督管理人所提交材料内容的真实性，由破产法院对债务人的情况进行分析与判断，决定是否应当裁定免责。

3. 完善破产失权和复权制度

破产程序的简化与宽松所带来的风险，应当通过实体性的规则予以预防与威慑。^{〔49〕}在债务

〔48〕 参见杨显滨、陈风润：《个人破产制度的中国式建构》，载《南京社会科学》2017年第4期。

〔49〕 参见邢会强：《经济法程序的特色与逻辑》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2013年第4期。

人享有债务免责的“福利”之时,也应当对其进行必要的惩戒以平衡其履行不能的违约行为,因此建立合理的失权制度尤为重要。^[50]《深圳条例》规定的限制措施的范围较窄,因此,扩大失权的范围是控制和威慑债务人破产后实施不当行为的必要手段。首先,在个人破产法制定初期,可以通过兜底条款将无法列举详尽的情形纳入规则范畴内,赋予法官一定的自由裁量权,基于现有规则对个案中债务人的行为和职务限制进行调整。其次,应当增加职务的限制范围,除了限制破产人担任上市公司、非上市公众公司与金融机构的董监高之外,资金控制性较强的职位都应当纳入考量范围,例如禁止免责考察期的债务人担任上市公司、金融机构以及其他对市场外部效应较强的企业的会计与财务管理人员。另外,债务人也不应当担任与破产案件相关的法院或检察院的公务人员,以防对经办的破产案件产生较强的主观上的倾向性,有违公正原则。

破产程序后债务人所获得的社会评价将直接影响个人破产制度的社会可接受度,^[51]通过给予经济重生的机会来维护诚实债务人的人格尊严,是债务免责的重要目标之一。但对于债务人而言,债务的偿还是定量的,而破产给其带来的外部效应的正负与多寡,则是难以量化的。如果因破产而使债务人丢掉工作或丧失一些必需的资格,或无法为社会或群体所接受,则该制度将难以发挥其社会功能,亦与原本目标大相径庭。所以应当在立法中禁止歧视依法免责后的债务人。美国《破产法》中所规定的任何政府机构均不得仅因为债务人的破产而在许可、批准、特许设立、特许经营或其他类似的授权、雇佣以及学生贷款等方面对其进行歧视。^[52]尽管该条款因涵盖范围过小、破产与遭到歧视事实的因果关系难以认定等原因在适用上颇受争议,^[53]但其体现出的对债务人破产后权益的实质性保护是与破产免责的本质目标相一致的。在我国个人破产免责制度的构建过程中,应当加入有关对债务人破产后歧视禁止的条款,将债权人、政府以及涉及债务人生产经营的其他主体纳入规制的范围。具体而言,应当禁止债权人损害破产免责债务人的人格权与生命健康权;应当禁止对已经免责的债务进行任何方式的索要与追偿,但免责裁定被撤销的除外;应当禁止政府仅因破产事由而剥夺或影响债务人的取得行政许可、执照颁发或其他相类似的行政授权;其他社会主体不得仅因破产事由而侵犯债务人的劳动权、受教育权等基本权利。另应当规定兜底性条款,以便于调整歧视禁止的情形范围,进而为债务人的顺利复权提供保障。

四、结 论

免责考察制度直接关系个人破产制度实施中的公平。以免责资格和免责程序为核心,完善个人破产免责考察制度的法律构造,对于完善《深圳条例》乃至我国未来的个人破产立法均具有突出意义。此外,从各国个人破产立法的进程来看,个人破产法律制度的实施效果与社会信用环境的质量密切相关。就整体而言,我国当前社会的信用环境建设尚存在许多顽疾,《深圳条例》以及未来个人破产法律制度的实施,也肩负着改善社会整体信用环境的重要使命。市场经济的重要

[50] 参见前引[6],张阳文。

[51] 参见缪因知:《新兴法领域的社会科学运用:以金融法为中心》,载《思想战线》2020年第6期。

[52] See United States Bankruptcy Code, Section 525.

[53] 参见前引[9],查尔斯·J·泰步书,第1111-1114页。

标志之一就是市场主体从无限责任向有限责任的转化，成熟的市场经济法律制度也应当具备及时和公平清理到期债务的能力。在社会主义市场经济不断深化和完善的背景下，个人破产法律制度不啻于是市场经济法律体系的最后一块奠基石。

Abstract: Discharge investigation system is the core problem in consumer bankruptcy legislation, and its legal structure includes two parts: discharge condition and discharge procedure. The Consumer Bankruptcy Regulations of Shenzhen Special Economic Zone has established the preliminary framework of the discharge investigation system, but its discharge conditions and rules are not perfect in terms of the circumstances of the debts that are not exempt from discharge and the circumstances of the debtor, and lack of consideration of the debtor's repayment ability. The discharge procedure rules lack the restriction of the prior procedure on the initiation of the discharge application, the procedure of licensing the discharge is too complicated, and the stipulation on the limitation of the debtor's right and capacity is too simple. We should perfect the legal structure of the discharge investigation system in the consumer bankruptcy law under the idea of holism and balance of interests. At the level of improving the rules of exemption conditions, it is necessary to delete the employment debts in the debts that are not exempted, set the limit on the years of tax owed, clarify the scope of the clauses, increase the principled provisions in the case of non-exempt debtors, and set up the review of the debtor's improper behavior period, and include the inspection of the debtor's solvency in the exemption conditions. At the level of improving the rules of exemption procedures, we should take the reconciliation as the pre-procedure for exemption inspection, simplify the procedures for exempting qualified debtors from liability, improve the bankruptcy failure and reinstatement system, and then construct a more reasonable personal bankruptcy system and rules, and provide useful experience to a nationwide personal bankruptcy legislation.

Key Words: consumer bankruptcy, discharge investigation system, discharge exception, preemptive review, loss of right

• 145 •

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

税收确定行为的法律性质二元化与解决路径

李 貌*

内容提要：从现行税法的相关规定来看，税务机关的税收确定行为具有“法律行为”性质，纳税人的税收确定行为具有“准法律行为”的性质。这种二元化的法律性质使得税收确定权与税收征收权混杂在一起，致使税务机关在税收确定程序上的裁量权难以得到控制，纳税人权利难以得到有效保障。税收确定行为法律性质二元化的成因有两个，一个是税法理论供给不足，另一个是税收立法技术的缺陷。为了贯彻税收程序法定原则、维护纳税人的权益，应根据税收债务关系说的前沿理论，将税收确定行为的性质统一为“准法律行为”。并通过税法修正，确立纳税申报在税收确定程序中的基础地位，让税务机关的税收确定行为处于补充性的位置。

关键词：纳税申报 税收核定 准法律行为 税收债务关系说 税收法定

一、引 言

税收确定行为是指，纳税人或者税务机关将业已成立的抽象的税收债务转换为具体的税收债务的行为。^{〔1〕}根据税收确定行为的实施主体不同，我国税收程序上有两种税收确定行为，一种是税务机关的税收确定行为，另一种是纳税人的税收确定行为。然而，这两种税收确定行为的法律性质是什么？二者的性质是否统一？对此问题并没有明确的权威解释或学理解释。因为该法律性质的不明确，对于税务机关来说，很难确定它是否在税收确定程序上具有裁量权，如果有裁量权的话该裁量权的边界在哪里。这样一来，就会影响税法的可预测性和安定性，侵蚀税收法定原

* 李貌，华中科技大学法学院讲师。

本文为中央高校基本科研业务费专项资金资助的课题“我国财政法的私法解构及体系构建研究”（2020kfyXJJS05）的阶段性成果。

〔1〕 税收债务是指，根据税法纳税义务人向税收债权人履行的金钱给付义务及其他协力义务。税收债务关系说是现代税收法律关系研究的主流学说，是税法脱离行政法成为独立的部门法的标志。金子宏《租税法》（弘文堂、2017年）24-27页参照。

则的理论基础。

另外,对于纳税人来说,税收确定行为的法律性质不明确,会导致其在税收程序上的权益难以得到保障。这个问题在当下新冠疫情的影响下尤为突出。受到新冠疫情的影响,在税收征管方面,纳税申报义务难以在法定期限内按时履行。为解决这一问题,国家税务总局从疫情防控和方便纳税人的角度出发,连续出台了一系列调整纳税申报期限的税收规范性文件。^{〔2〕}除此之外,根据现行《税收征收管理法实施细则》(以下简称《税收征管法实施细则》)第37条的规定,疫情的影响可以看作同条第2款规定的“不可抗力”因素,纳税人也可据此来主动申请延期申报。然而,穷尽对这些文件、细则及《税收征收管理法》(以下简称为《税收征管法》)的相关规定的解释,都不能回答下列问题:如果没有疫情这种“不可抗力因素”的影响,平常情况下的纳税人在法定期限后的申报行为是否有效?纳税人在履行纳税申报义务后可以申请修正申报材料吗?若这些问题都没有明确的答案,纳税人会因为未及时申报纳税而受到行政处罚,蒙受经济损失。^{〔3〕}

因此,明确税收确定行为的法律性质,不仅仅是一个法解释学的理论问题,而且在税收实践上是一个怎样规制税务机关的权限、保障纳税人权益的税收法治建设问题。接下来针对“我国税收确定行为应有怎样的法律性质”这一问题,本文拟对我国《税收征管法》上税收确定行为的现状进行梳理,在此基础上分析其存在的问题。接着剖析这些问题背后的原因,并针对这些原因探索我国税收确定行为应具有的法律性质,最后将这种理论上的探索落实到我国《税收征管法》相关条文修正之中。

二、税收确定行为的法律性质二元化及其问题

• 147 •

要明确税收确定行为的法律性质,首先要分析我国税收程序法上的税收确定行为的类型和各自的法律性质。根据我国现行《税收征管法》的规定,纳税人和税务机关都可以确定税收债务的内容,但这两种确定行为的法律性质迥然相异,呈现出如下所示二元化倾向。

(一) 税务机关之税收确定行为的法律性质分析

我国税务机关的税收确定行为具有“行政法律行为”的性质。这是因为税务机关的税收确定行为符合“行政法律行为”的法律特征。

借鉴民法的法律行为理论,^{〔4〕}根据行政行为的法律效果是否含有行政机关的效果意思,行政行为可以分为“行政法律行为”和“行政准法律行为”,即法律行为性质的行政行为和准法律行为性质的行政行为。^{〔5〕}行政法律行为是指行政主体在行政管理过程中做出的含有设定、变更

〔2〕 参见国家税务总局公布的《关于进一步延长2020年2月份纳税申报期限有关事项的通知》(税总函〔2020〕27号)、《关于延长2020年3月纳税申报期限有关事项的通知》(税总函〔2020〕37号)、《关于延长2020年4月纳税申报期限有关事项的通知》(税总函〔2020〕55号)、《关于明确2020年5月纳税申报期限有关事项的通知》(税总函〔2020〕73号)。

〔3〕 根据《税收征管法》第62条规定,纳税人未按法定期限办理申报纳税的,会被处以行政罚款。

〔4〕 德国法学家柯尔曼(Kormann)是最早借鉴民法理论来说明公法领域内公法行为的理论体系的学者,之后这种借用概念影响到了日本等其他大陆法系国家。参见成协中:《行政行为概念的价值争论与路径选择》,载《法制与社会发展》2020年第1期。

〔5〕 櫻井敬子、橋本博之『行政法』(弘文堂、2019年)76頁参照。

或终止行政法律关系及确认某种法律关系存在与否的表意行为。^{〔6〕} 行政法律行为具有两个法律特征，一个是行政机关在作出该行为时具有很大的裁量权，另一个是对于不履行相应义务的行政相对人可以实施行政处罚。典型的行政法律行为包括行政许可和行政处罚。^{〔7〕}

根据《税收征管法》的相关规定，税务机关实施税收确定行为包括两项内容，第一项是指税务机关对纳税申报的督促、确认、更正等行为，另一项是指税务机关自身作出的确认行为。税务机关在实施第一项行为时有很大的裁量权，实质上限制了纳税人的纳税申报自由。如《税收征管法实施细则》第 37 条规定，纳税人如果有困难需要延期申报的，需要税务机关的“核准”。且依同《细则》第 47 条规定，纳税人有《税收征管法》第 35 条或者第 37 条所列情形之一的，税务机关“有权”采用规定的任何一种方法核定其应纳税额。无论是第 37 条的“核准”，还是 47 条的“有权核定”，虽然其表述各有不同，但都在税收确定程序上赋予税务机关极大裁量权，而且对于这种裁量权的边界，并没有明确的权威解释。又如《税收征管法》第 25 条规定，税务机关可以根据实际需求要求纳税人报送额外的纳税资料。此处的“实际需求”具体是指什么需求，法律并没有设定明确的范围。如此一来，纳税人要随时准备提交法定纳税申报资料之外的资料，无疑会增加申报负担。

另外，税务机关对于不履行税收确定义务的纳税人有行政处罚权。根据《税收征管法》第 62 条的规定，税务机关可对未按照规定的期限办理纳税申报和报送纳税资料的纳税人处以行政罚款。如前所述，行政法律行为的法律特征之一就是可以直接对行政相对人进行行政处罚，并且情节严重的时候，该罚款的额度可以由两千以下提高到两千到一万。此处的“情节严重”到底是指什么？如果滞留海外的纳税人因新冠疫情不能回国，导致其无法按期申报的话，这种情况是可以免除处罚，还是按照“情节严重”条件处罚？罚款额度判断标准是什么？每增加一千元罚款额度的理由是什么？如果这些问题都不能得到明确答复的话，税务机关在税收确定程序上的处罚权限将难以预测，更难以控制。因此，税务机关的税收确定行为具有行政法律行为的法律特征，甚至与基于“税收权力关系说”理论的“税收下命行为”的性质十分接近。^{〔8〕}

（二）纳税人之税收确定行为的法律性质分析

根据《税收征管法》的规定，纳税人的税收确定行为具有“准法律行为”的性质。此处的“准法律行为”也是从民法上借用来的概念，民法上的“准法律行为”是指行为人以法定条件的满足为前提，将一定的内心意思表示于外而引起法定法律效果之表示行为。它包括催告行为等“观念通知”、股东会的召集行为等“意思通知”、宽宥行为等“感情表示”三种行为。其与民事法律行为的不同之处在于，虽然准法律行为也有行为人的意思表示，但该行为的法律效果由法律事先规定，而非由行为人意定。^{〔9〕}

〔6〕 参见闫尔宝：《行政行为的性质界定与实务》，法律出版社 2010 年版，第 9-15 页。

〔7〕 参见前引〔5〕，櫻井敬子、橋本博之书，第 77 页。

〔8〕 “下命行为”是指限制或禁止行政相对人（包括纳税人）权益的行政行为。宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論』（有斐閣、2017 年）第 103-105 頁參照。税收权力关系说由德国法学家奥托·迈耶（Otto Mayer）提出，其认为税收法律关系是公法性的权力服从关系。岡子善信『租税法律關係論—税法の構造—』（成文堂、2004 年）57-72 頁參照。

〔9〕 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 239-240 页。

纳税人的税收确定行为即纳税申报具有“准法律行为”最基本的法律特征,即该行为的法律效果来自税法规定。《税收征管法》第25条规定,纳税人(包括纳税义务人和扣缴义务人)必须依照税法的规定进行纳税申报。又据同法第63条规定,纳税人不得有任何与课税要件的成立事实相异的外在表示。从这些规定可以看出,纳税人的税收确定行为虽然是纳税人的外在表示行为,但该行为的法律效果由税法事先规定,与其主观意思无关,只是一种事实上的确定。纳税人只需要对满足课税要件的事实内容及其产生的法律效果进行确认,然后将该事实和确认结果通知给税务机关即可。^[10]这种通知行为的法律效果,并非基于纳税人的内心意思而产生,而是由税收实体法直接规定的,类似于民法上准法律行为类型中的“观念通知”。^[11]

(三) 税收确定行为的法律性质二元化的问题

如上所述,税务机关的税收确定行为是一种“行政法律行为”,而纳税人的税收确定行为是一种“准法律行为”。这种二元化的法律性质会引起如下所示的几个问题。

第一,税务机关的税收确定行为的权力性质,会扩张税务机关在该税收确定程序上的裁量权,侵蚀税收法定主义的基础。税收法定原则与现代国家相伴而生,是民主法治理念在税收领域的体现,是整个税法体系的“帝王原则”。该原则的核心在于控制和规范国家的征税权,保护纳税人权利。^[12]如前所述,税务机关对于纳税申报资料可以核定后更正,但是这种核定裁量的基准、程序、形式乃至边界等内容,在税法上并没有明确规定。这与税收法定主义要求的课税要件法定原则、课税要件明确原则相悖。^[13]“行政法律行为”性质的税收确定行为扩大了税务机关的裁量权,它不但会侵蚀税收法定原则的基础、动摇税法体系的安定性,也不利于纳税人对自己的经济行为作出准确预测。

第二,税收确定行为的二元性与我国《税收征管法》的立法宗旨相悖,导致税收确定行为的独立价值难以得到体现。根据国务院法制办公室于2015年1月5日公布的《关于〈中华人民共和国税收征收管理法修订草案(征求意见稿)〉的说明》,《税收征管法》修正案的立法宗旨之一是“明确纳税人自行申报制度的基础性地位”。而明确纳税申报的基础性地位的法律意义在于,当纳税人履行纳税申报义务时,可以力争摆脱相对于国家来说处于弱者地位的“父权性的视角”,^[14]能认识到自己作为国家共同体的一部分,为福利国家的财政基础贡献自己的一份力量^[15]。纳税人通过纳税申报主动参与到税务行政中去,是民主纳税思想在税收程序中的体现。^[16]因此,税收确定程序应以纳税人的确定行为为主,税务机关的确定行为为辅,只有在纳税申报明显违反税法规定或显失公平的情况下才由税务机关来确定。^[17]然而,上述立法宗旨和法律意义并没有在现行《税收征管法》中体现出来。这是因为税务机关的税收确定行为的法律性

• 149 •

[10] 新井隆一『租税法の基礎理論』(日本評論社、1997年)109頁参照。

[11] 参见常鹏翱:《事实行为的基础规范》,载《法学研究》2010年第1期。

[12] 参见刘剑文:《落实税收法定原则的现实路径》,载《政法论坛》2015年第3期。

[13] 参见前引[1]金子宏书,第76-82页。

[14] 金子宏『租税法理論の形成と発展』(有斐閣、2010年)577頁参照。

[15] 福田幸宏『税とデモクラシー』(東洋経済出版社、1985)8頁参照。

[16] 参见刘剑文、熊伟:《财政税收法》,法律出版社2019年版,第357页。

[17] 藤谷武史他『租税法概説』(有斐閣、2015)30-34頁参照。

质导致其税收确定程序上的裁量权过大，纳税申报随时有可能受到税务机关的更正，纳税申报在税收核定面前处于一种“上命下从”的弱势地位。因此，税收核定在我国的税收确定程序中实际上居于基础性地位，这显然与前述“明确纳税人自行申报制度的基础性地位”立法宗旨相悖。

三、税收确定行为的法律性质二元化之成因

如上所述，我国税收确定行为的法律性质具有二元化的特点，那么这种二元化的特点，特别是税务机关的税收确定行为的“行政法律行为”性质，其形成原因是什么呢？本文认为，既有税法理论供给不足方面的原因，也有税收立法技术缺陷方面的因素，下文就围绕这两点进行分析。

（一）税法理论供给的不足

我国税收确定行为的二元化特点，与我国学界对税收法律关系特别是税收程序法律关系相关的理论供给不足有关。而这种理论供给的不足又与近年来学界对“税收债务关系说”的误读和对“税收权力关系说”的提倡不无关系。^{〔18〕}而学界的这种倾向源于税法理论的继受不足。我国学界对“税收债务关系说”的认识，大都受到了日本学者金子宏教授早期学说的影响。自金子宏教授的著作在1980年代被翻译到国内以来，对我国学界影响颇深。^{〔19〕}特别是2004年出版的金子宏教授译著中的观点是日本学界1970年代的通说。该通说认为税收债务具有二元性，税收法律关系在实体法上是一种公法性的债务关系，在程序法上是行政法上的权力关系。^{〔20〕}这种观点被我国税法学界广泛接受。^{〔21〕}

然而，距离上述日本学说诞生，近半个世纪过去了，日本税法学界对税收债务关系说的研究状况也发生了巨大变化。现在日本学界的通说认为税收是不是一种“债务”，这个问题并没有很大的法律意义，那只是一种税法上对私法理论的形而上学的机械拟制。现在税收债务研究的重心是探讨税收程序上的问题，特别是在税收债务履行上税收行为的法律属性问题。因为这既关系到纳税人权益的保障，也关系到税务机关权限和责任的分配，这些问题才是真正的税收法治问题。^{〔22〕}我国学界对税收债务关系说的批判，是因为将研究重点放在了税收实体法律关系上，而忽视了税收债务关系在税收程序法上的适用空间，而这种忽视与我们没有继续更新对大陆法系国家的前沿税收债务理论不无关系。而本次《税收征管法》修正的相关观点论争，正好提供了重新认识税收债务关系说的价值、涤除税收确定程序中权力性因素的良机。

并且，税务机关在税收确定程序上有过大的裁量权，其税收确定行为具有强烈的权力性质，这与政府职能转型中公共权力配置的法治中国建设方向不一致。法治是国家治理现代化的重要依

〔18〕 参见王惠：《“税收债务关系说”之否定》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2015年第2期；侯卓：《“债务关系说”的批判性反思——兼论〈税收征管法〉修改如何对待债法性规范》，载《法学》2019年第9期。

〔19〕 这本译著是金子宏：《日本税法原理》，刘多田、杨建津、郑林根译，中国财政经济出版社1989年版。

〔20〕 2004年出版的译著是金子宏著：《日本税法》，战宪斌、郑林根等译，法律出版社2004年。该译著的日文原著只有494页，在此基础上更新的2019年第23版有1234页。除了内容有大变动之外，新近的版本虽挂着金子宏教授的名字，但实际执笔者是其门生中里实、增井良启等人，故新版学术观点和写作风格与初版也有很大差异。

〔21〕 参见刘剑文主编：《财税法学》，高等教育出版社2021年版，第137-138页；施正文：《税收债法论》，中国政法大学出版社2008年版，第1-12页。

〔22〕 岡村忠生他『租税法』（有斐閣、2020年）263-267頁参照；参见前引〔17〕，藤谷书，第29-30页。

托,而国家治理中的关键在于公共权力的配置。因为法治的对立面是使用不确定的权力,要约束这种不确定的权力,就必须借助严格的法制建设。^[23]如上所示,我国税收法律关系上的税收权力关系的性质很强,税务机关的税收确定行为的行政法律行为性质就是典型的体现。这种法律性质导致税务机关在税收确定程序上的裁量权难以得到限制,也让纳税申报处于弱势地位。这既有悖于政府职能转型中的控权思想,也与促进服务型政府建设的价值取向脱节。^[24]

(二) 税收立法技术的缺陷

通过《税收征管法》的相关条文来看,我国税收行政确定程序的规则较为零散、不成体系,而且蜷缩在税收征收程序当中。^[25]虽然《税收征管法》在立法目的上强调“确立纳税申报的基础性地位”,从而维护纳税人的利益、最终确立税收确定行为的“准法律行为”性质,体现税收确定程序的独立价值,但是,由于税收行政确定行为的法律性质二元性和混杂性,这种独立价值难以显现,立法目的之实现也阻力重重。这个问题在现行《税收征管法》规定的“税收核定”概念中特别突出。“税收核定”一词在同法第35条、36条、37条第1款都有出现。与“准法律行为”性质相符的只有第35条第5款规定的税收确定行为,即税务机关在纳税人未履行纳税申报义务的情况下的税收核定。因为该行为的法律效果并非基于税务机关职员的意思表示,而是依据税法规定,对纳税人未确定的税收债权进行确定,然后通知纳税人。它近似于民法上的“意思通知”,符合前述“准法律行为”的法律特征。

与此相对,《税收征管法》第35条第1款到第4款,以及第37条第1款规定的“税收核定”,在法律性质上属于“推定课税”行为。“推定课税”原意是指税务机关对纳税申报的更正行为,它只能在纳税人未履行申报义务或申报无效、虚假申报的情况下实施。^[26]但是,《税收征管法》上的“推定课税”并没有这样的先后处理关系,因而影响了纳税申报在税收确定程序上的优先性、主体性地位。而且推定课税原本也是一种准法律行为,即税务机关只是根据税法规定的间接课税资料来确定税额,并没有行政决定上的裁量权(无论是要件裁量还是效果裁量)。然而,从第35条第1款到第4款规定的“税收核定”却明显有很大裁量权,而且这些裁量权没有明确的限制条件,这显然会削弱该行为的准法律行为性质。

另外,《税收征管法》第35条第6款的规定虽然也叫作“税收核定”,但实质内容为“反避税规则”的一部分,属于税收债务清偿的保障措施,应归入税收征收行为的范畴。同法第36条的内容是指,基于独立交易原则采取的税基价格调整规则,^[27]该条文与第35条第6款的法律功能实际上非常相似,都属于清偿税收债务的保障措施,也属于税收征收行为的范畴。

由此可见,《税收征管法》上的“税收核定”规定实际上涵盖了“税收确定行为”和“反避税行为”两种税收行为模式。前者具有“准法律行为”的法律性质,后者属于税收征收权的内容,具有“法律行为”的性质。这种规定上的混杂性削弱了税收确定行为的“准法律行为”性质

[23] 参见公丕祥:《习近平的法治与国家治理现代化思想》,载《法商研究》2021年第2期。

[24] 参见郑春燕:《转型政府与行政法治》,载《浙江大学学报(人文社科版)》2021年第1期。

[25] 参见聂森、熊伟:《重塑税收核定:我国税收行政确定的建构路径》,载《税务研究》2015年第12期。

[26] 参见前引[22],岡村书,第279-280页。

[27] 参见侯卓、吴东蔚:《税基调整的理论勘误与实践调校》,载《税务研究》2020年第6期。

和独立地位。这种制度安排，在税收程序立法中混淆了税务机关的税收确定行为和税收征收行为，前者的准法律行为性质和后者法律行为性质也相应地混杂在一起。这与只具有准法律行为性质的纳税申报形成了鲜明对比，两种税收确定行为的法律性质二元化倾向就此形成。

四、税法理论上的解决路径及理由

如上所述，我国税收确定行为的法律性质二元化是由税法理论供应不足和立法技术的缺陷造成的。要涤除该行为的权力性性质、将税收确定行为的性质统一为一元化的准法律行为，就需要重新认识税收债务理论的价值，以及在该理论的指导下进行相应的税法修正。也就是说，税法理论上解决税收确定行为性质二元化的关键在于，在税收确定程序上应用税收债务关系的理论，这主要是基于以下几点理由。

第一，税收债务关系理论与法治中国建设的基本目标是一致的。如前所述，我国现行税收确定行为的二元化性质与法治中国建设方向不一致，税收债务关系理论是扭转这个趋势的一种方案。建设法治中国是我国法治建设的长远目标，是法治国家建设的“中国版”。〔28〕要实现这一目标，在行政程序上来说要做到两点。首先，从法治中国建设的核心理念和实践法则来说，要充分尊重保障权利和有效制约监督权力；其次，从法治中国建设的基本依托和重要目标来说，要推进国家治理体系和治理能力现代化。〔29〕立足于税收债务关系的税收确定行为的性质定位，可以为实现这两点提供理论支持。只有将税务机关的确定行为定位为准法律行为，才能有效制约税务机关在税收确定程序上的裁量权，有效地保障纳税人的程序性权利。另外，准法律行为性质的税收确定权，可以让税务机关的税收确定行为居于一种辅助和服务的地位，更加有利于服务型政府的建设，推进国家治理体系和治理能力的现代化转型。

第二，从法律价值的追求上来说，税收债务关系理论契合我国《税收征管法》修正时确立的“贯彻落实税收法定原则”的改革目标。〔30〕税收法定既包括税收实体法定，也包括税收程序法定。而税收程序法定要求税收程序应该严格按照税法的规定进行，尽量减少税务机关在税收程序上的裁量权、增强税法的安定性，让纳税人的经济行为和纳税行为更具可预测性，实现全面税收法治、建立现代财税制度的改革目标。而要实现贯彻税收程序法定原则的目标，就必须增强纳税人意识，建立以纳税人纳税申报为基础、税务机关税收确定为辅助的税收确定程序。这些内容刚好是税收债务关系理论的指导思想，也是我国历次税收改革特别是历次《税收征管法》修正案的重要立法目标，〔31〕二者在法律价值的追求上具有非常高的契合性。

第三，从税法学的学说发展史来看，税收债务关系理论能促进我国税法理论研究与国际前沿

〔28〕 参见江必新：《习近平法治思想与法治中国建设》，载《环球法律评论》2021年第3期。

〔29〕 参见前引〔28〕，江必新文。

〔30〕 参见毛磊：《贯彻落实税收法定原则的实施意见》，载《人民日报》2015年3月26日，第2版。

〔31〕 根据《国务院批转国家税务总局工商税制改革实施方案的通知》（国发〔1993〕90号）的规定，纳税人进行纳税申报是履行纳税义务的首要环节，建立纳税申报制度有利于形成纳税人自我约束的机制，增强公民纳税意识。另外，根据《关于〈中华人民共和国税收征收管理法修订草案（征求意见稿）〉的说明》（2015年）规定，2015年的《税收征管法》修正就是为了明确纳税人自行申报制度的基础性地位，让纳税人明白其应对纳税申报的真实性和合法性承担责任。

理论研究接轨。19世纪建立在“税收权力关系说”上的税法是作为行政法的各论而存在的。1920年代德国法学家亨泽尔（Albert Hensel）针锋相对地提出了“税收债务关系说”，主张国家与纳税人的关系原则上应视同为债权债务关系式的对等关系，而非不对等的权力服从关系。只要纳税人行为的法律效果满足税法规定的课税要件，在纳税人和作为税收债权人的国家之间就自动成立税收债权债务关系。^{〔32〕}也就是说，税收债权的成立与民法上的侵权行为之债类似，它并非取决于国家的行政命令，也不是税务机关或者其职员的意思表示，^{〔33〕}而是因税法规定的课税要件被满足而自动成立的，税收确定行为只是对业已成立的税收债务进行具体确认而已。“税收债务关系说”的最大贡献就是让税法从行政法各论中独立出来，而借用私法理论向民商法日益靠拢。同时税法的研究重心也从行政法范式向研究税法和私法关系的方面转向。从法律进化论的观点来看，税法和私法的融合程度决定了该国税法的先进程度。^{〔34〕}如前所述，我国税务机关的税收确定行为有“法律行为”的性质，具有很大的裁量权，这些都是建立在“税收权力关系说”基础之上的。而“税收权力关系说”是一种让税法从属于行政法的学说，与我国的税法发展趋势和国际上税法发展的潮流都是相悖的。因此，在税收确定行为上贯彻“税收债务关系说”是顺应税法发展潮流、与国际前沿研究接轨的做法。

最后，从税收程序的制度建设上看，“税收债务关系说”能够提供税制改革的思想指导以及具体制度构建的进路经验。如前所述，我国的税制改革目标是实现税收法定，而税收法定既包括税收实体法定也包括税收程序法定。税收程序法定的目标是，在实现税收债权的同时，尽量让税收的程序性要件安定和明确，具有高度的可预测性。要同时达成实现税收债权和保护纳税人权益的目标，基于“税收债务关系说”的税收程序设计，提供了一条可资借鉴的制度建设路径。根据“税收债务关系说”理论，税务机关的税收确认行为是一种非权力的准法律行为，不存在行政裁量权，其行政权的优越性不被承认，只是作为纳税申报的辅助行为而存在。纳税人和税务机关都是作为履行国家税收债权的义务人而存在，二者的关系是平等的。^{〔35〕}这种平等地位更有利于增强纳税人的纳税意识和申报主体地位，实现税收程序法定的税制改革目标。^{〔36〕}

为实现这一改革目标，可以参考“税收程序行为二元说”的理论来进行制度设计。“税收程序行为二元说”的理论基础就是“税收债务关系说”。该学说认为，国家的税收程序债权由“税收确定权”和“税收征收权”组成。“税收确定权”是指税收债权人请求义务人将抽象的税收债权确定成为具体的税收债权的权利；“税收征收权”是指纳税人怠于履行税收债务清偿义务时，税收债权的债权人（由税务机关执行）运用行政权力来保障税收债务实现的权利。在具体的制度安排上，税务确定行为应以纳税申报为主，以税务机关的确定行为为辅，且这两种确定行为都应

• 153 •

〔32〕 参见前引〔8〕，冢子善信书，第59-61页。

〔33〕 近来大陆法系国家行政法发展的趋势是，行政行为产生的法律效果不再被视为公务员意思表示的结果，而是客观法适用的结果。意志逐渐丧失了私法上创设法律效果的能力，而被降格为行政行为发挥法律效力的一个启动要素。参见前引〔4〕，成协中文。

〔34〕 水野忠恒编《租税法》（中央经济社、2018年）15-16页参照。

〔35〕 参见前引〔8〕，冢子善信书，第68页。

〔36〕 根据《国务院办公厅关于转发国家税务总局深化税收征管改革方案的通知》（国办发〔1997〕1号），贯彻依法治税原则，实现税收程序法定，应通过规范征纳双方的行为来实行。

是准法律行为。税收债务清偿应以纳税人申报后自行缴纳税款为主，税务机关只有在纳税人不主动清偿或瑕疵清偿的情况下，才启动权力性的“征收权”。税收确定权是税收征收权的前提，税收征收权是税收债权履行的保障，税收债务上的权力性要素从整个税收程序法律关系后退到保证税收之债履行的税收征收权上去。^{〔37〕}

五、立法技术上的解决路径及具体内容

如前所示，要解决税收确定行为的法律性质二元化问题，需要从理论创新和税法修正两方面入手。根据上一节分析可知，在理论创新上我们应紧跟税收债务关系说的前沿理论，为了使该理论在我国的税收立法上落到实处，有必要根据该理论的指导精神，对我国《税收征管法》上与税收确定行为相关的条文作出修改。从修改的大方向来说，税务机关和纳税人的税收确定行为的法律性质均应为准法律行为。^{〔38〕}具体来说，《税收征管法》可以从税务机关和纳税人的确定行为两个方面，来贯彻税收债务关系说思想，完善我国的税收确定程序。

（一）税务机关的税收确定行为之立法完善

如前所述，现行税收确定程序的最大问题就是税务机关在该程序上裁量权过大。为此，《税收征管法》修改的首要目标应是限制税务机关的裁量权。根据“税收债务关系说”，税务机关的税收确定行为的法律性质应为“准法律行为”，并将该确定行为的实施要件和法律效果都在税法中明确规定。不仅如此，税务机关的税收确定行为相对于纳税申报来说，还应处于后置性和补充性的地位。也就是说，只有在纳税人不履行纳税申报义务或其申报有瑕疵时，税务机关才能启动税收确定程序，进行相应确定或更改。另外，若严格按照税收债务关系理论来进行立法技术设计，税收确定权应与税收征收权分离。基于此，税务机关的税收确定行为应从《税收征管法》第三章“税款征收”中析出，与第二章中的纳税申报合并为新的第一章，重新命名为“税收确定行为”。然而，为了保持税法的安定性和连续性，税收立法应该立足于我国国情和现行税法框架，而不是对该框架大拆大卸。因此，接下来的立法论阐述还是基于现行《税收征管法》的框架之上展开。

首先，税务机关的税收确定行为应做好类型化处理，形成科学合理的制度体系。具体来说，税务机关的税收确定行为可分为“实额课税”及后述的“推定课税”两大类。“实额课税”是指依据纳税申报等直接证明资料来课税的行为，以及对于未履行纳税申报义务的纳税人督促其申报、对有错误的纳税申报进行更正的行为。也就是说，“实额课税”包括税务机关实施的“申报确认行为”“申报督促行为”“申报更正行为”三种。根据税收债务关系理论，这三种税收确定行为的法律性质都属于准法律行为，行政裁量权应尽可能地受到限制（限制到接近羁束行政的程度）。而要求税务机关明确说明“申报更正行为”的更正理由，不失为一种行之有效的限制方式。因此可以在现行《税收征管法》第35条之后增加一条，规定“税务机关可以对存在内容不正确、不完整等瑕疵的纳税申报材料进行更正并通知纳税人。但在更正通知书上应明确记载更正的理

〔37〕 参见前引〔17〕，藤谷书，第29页。

〔38〕 税收确定行为会产生两个法律效果，一是使得税收债权和纳税义务具体化，税收程序向税收缴纳或者税收征收程序发展；二是导致税收债权时效的中断。川田剛『基礎から身に着ける国税通則法』（大蔵財務協会、2019）70頁参照。

由,该理由包括更正的法律依据及相关证据等具体内容”。

其次,作为税收债务的客体,税务机关的税收确定行为(特别是申报更正行为)应受到期间的限制。根据税收债务关系理论,国家的税收确定权不能永远存续,需要一定的期间进行限制,国家如果不及时行使其确定权,该确定权就会归于消灭。只有这样,才能让税法更具可预测性,更有利于纳税人安排自己的经济活动和保护其期待利益。税务机关的更正行为可导致由纳税申报确定的具体税收债务关系归于消灭,产生新的具体税收债务关系。这种消灭旧法律关系、形成新法律关系的权利,符合形成权的客体的成立要件,故税收确定权在法律性质上是一种形成权,税务机关的更正行为应适用除斥期间规则。^[39]这一点在我国2015年《税收征收管理法修订草案(征求意见稿)》中也有体现,该草案第56条规定税务机关对纳税人应纳税额的确认应当在五年内进行。纳税人未登记、未申报或者存在本法第55条所列情形需要立案查处的,税务机关应当自税法规定的申报期限届满之日起五年内进行确认。也就是说,确认或更正行为权限(确定权)的一般除斥期间为五年。因此,承继2015年《税收征收管理法修订草案(征求意见稿)》的立法精神,可在现行《税收征管法》设立税收确定权的除斥期间,以充分贯彻税收程序法定原则。具体来说,可以在第25条中增加一款作为第三款,内容为“当纳税人发现自己申报的纳税内容有错误,或者在申报纳税后的应税事实发生变化,导致之前课税要件变动时,自法定申报期限届满起五年内,可以向税务机关申请更正提交的申报内容;税务机关对纳税申报的确认或更正行为应在自法定申报期限届满起五年内做出”。

再次,为了贯彻税收程序法定原则,还应明确“推定课税”在《税收征管法》中的地位,增加其构成要件的条款,以体现其准法律行为的性质。推定课税是指税务机关不能直接获得课税资料的情况下,依据间接课税资料来推定税额。这里所说的“间接课税资料”,是指纳税人的纯资产的增减、当地类似行业中的经营规模和收入相近的纳税人的税负等资料。当然,为了限制税务机关在“推定课税”上的裁量权,体现该行为的“准法律行为”性质,须对税务机关的“推定课税”行为增加行为要件的限制:第一,从必要性来说,推定课税必须是在纳税申报行为无效、或申报资料欠缺根本信赖性的情况下方可实施;第二,推定课税的方法应该合理,不能违反比例原则。因此,现行《税收征管法》第35条的句首应修正为“当出现如下情形,导致税务机关无法依据纳税申报等直接课税证据资料确定税额时,税务机关可以采取合理的推定课税方法来确定税额”。

(二) 纳税人的税收确定行为之立法完善

根据税收债务关系理论,税收确定行为应该以纳税申报为主,税务机关的确定行为为辅。因此,税收确定程序应该主要围绕“纳税申报”来构建,并尽量扩大该行为的涵摄范围。

第一,应在立法中扩张纳税申报的期限,明确赋予纳税人在发生不可抗力情况下延期申报或法定期限后申报的权利。《税收征管法》第27条第1款应修改为“纳税人、扣缴义务人不能按期办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的,可以向税务机关申请延期申报;若发生不可预见、不能归责于纳税人的情况而导致纳税人难以按期申报且难以申请延期申报的,纳税

^[39] 酒井克彦「期限後申告書の提出期限—国税の徴収権の消滅や除斥期間からのアプローチ—」中央ロー・ジャーナル 15号(2018)64-66頁参照。

人可以在法定期限后申报”。这里的“不可预见、不能归责于纳税人的情况”是指像新冠疫情影响导致纳税人无法回国或重伤失去意识等不可抗力情况，具体内容可以由各单行实体税法另行规定。

第二，在立法中明确赋予纳税人修正纳税申报内容的机会。鉴于税法的专业性和复杂性，纳税人在纳税申报时并非每次都能准确无误地申报。当纳税人在向税务机关提出纳税申报后，发现自己的申报内容有错误导致过少申报税额的情况时，应给予其主动修正申报的机会。若不给予这个机会，过少申报税额的纳税人就只能被动地等待税务机关核定后更正税额并加征罚款了，这无疑会给纳税人增加经济和精力上的负担。^{〔40〕}对于这个问题，2015年发布的《税收征收管理法修订草案（征求意见稿）》第39条提供了解决方案，为了节约立法成本，不妨将该条文稍作修改，然后导入现行《税收征管法》第25条作为新增第3款，内容为“纳税人办理纳税申报后发现需要修正的，可以申请修正申报”。

第三，为了让纳税人在上述情况下主动修正纳税申报时不受到行政处罚，并和《税收征管法》第25条新增第3款配套，应在该法第63条增加一款作为第3款来保障主动修正的纳税人的权益。该第3款的内容为“若纳税人在纳税申报后发现过少申报税额的错误主动申请修正的，不适用本条”。纳税人主动申请修正申报内容，说明该申报中的错误并非出于纳税人的故意，而仅仅是失误所致，故缺乏处罚行为作出的主观性要件。况且，若纳税人申请修正后，其应纳税额比修正前增加了，说明这是一种加重自己经济负担的不利行为。倘若税务机关还对其施以行政处罚，会导致纳税人即使发现自己过少申报，也可能不愿意主动修正的后果。这无论是对税收稳定入库还是纳税人的税法遵从等都有负面的影响，与《税收征管法》第1条规定的“保障国家税收收入，保护纳税人的合法权益”立法目的相悖，违反了行政处罚上的“适当性原则”。^{〔41〕}

六、结 语

本文针对税收确定行为的法律性质二元化的问题，基于“税收债务关系说”理论给出了学理回答：二元化的税收确定行为的法律性质应统一为一元化的“准法律行为”。并根据该理论构想，结合我国《税收征管法》修正的大背景，对完善我国税收确定程序提出了立法论意见。

纳税人在纳税申报时的权益能否得到保障，取决于我国税收确定行为的定性是否明确和合理。通过对我国现行税收确定程序之相关立法规定的分析，可知我国的税收确定行为之性质具有二元化的特点，即税务机关的税收确定行为具有“行政法律行为”的性质，纳税人的税收确定行为为具有“准法律行为”的性质。这种二元化的法律性质会扩张税务机关在税收确定行为上的裁量权，侵蚀税收法定原则的基础，让纳税人在税收确定程序上处于弱势地位。而且这与我国《税收征管法》的“确立纳税申报的基础地位，维护纳税人的权益”立法宗旨相悖，因此有进行立法修正之必要。税收确定行为的法律性质二元化的成因有两个。一个原因是我国学界的税法理论供应

〔40〕 参见前引〔39〕，酒井克彦文，第64页。

〔41〕 “适当性原则”（Geeignetheit）为比例原则的一部分，指行政处罚等行政行为的手段必须具有适当性，能够促进所追求目的的实现。参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014年第4期。

不足。而理论的供应不足与我国学界近年来对税收债务关系说的前沿理论继受不够有关。另一个原因是《税收征管法》相关立法技术上的缺陷。从这些立法规定来看,我国税收行政确定程序的规则较为零散、不成体系,而且蜷缩在税收征收程序当中,导致准法律行为性质的税收确定权与法律行为性质的税收征收权混杂在一起,让税收确定行为的性质也呈现出二元性特点。

税收确定行为要走出法律性质二元化的困境,需要针对造成该困境的两个成因,从理论创新和相应的立法修正两方面着手解决。首先,我们需要重新认识“税收债务关系说”的理论价值,将该理论的精神贯彻到税收确定程序上来,实现税收程序法定的税制改革目标。然后,将现行的二元化的税收确定行为统一为“准法律行为”。最后,根据该理论创新构想进行相应的立法完善,立法完善的主要内容是确立纳税申报的基础地位,尽量限制税务机关在税务确定程序上的裁量权,以维护税法的可预测性和安定性,保护纳税人的权益。

Abstract: Judging from the relevant provisions of the current tax law, the nature of two kind of tax determination behaviors are not the same. The tax determination behavior of the tax authority is a “Rechtsgeschäft”, and the taxpayer’s tax determination behavior is a “Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen”. This dual legal nature makes tax determination power and tax collection power mixed together, which makes it difficult for the tax authorities to control the discretionary power in tax determination procedures, and to effectively protect the rights and interests of taxpayers. The cause of this duality is the insufficient supply of tax law theory and the defects of tax legislation technology. In order to implement the statutory taxation principles of taxation procedures, and safeguard the rights and interests of taxpayers, the nature of tax determination procedures should be unified as “Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen” based on the cutting-edge theory of tax-obligation relations. And through relevant tax law amendments, establish the fundamental position of tax declaration in the tax determination procedure, and make the tax determination behavior of tax authorities in a supplementary position.

Key Words: tax declaration, tax assessment, rechtsgeschäftsähnliche handlungen, the theory of tax-obligation relation, statutory taxation

金融科技背景下金融基础设施的 系统性风险及其监管因应

袁 康 唐 峰*

内容提要：金融科技应用于金融基础设施提升基础设施服务质效、催生新型金融基础设施，也使平台型金融科技具备了部分金融基础设施功能。金融科技应用具有扩大和缓释金融基础设施系统性风险的双重作用。金融基础设施系统性风险面临监管资源压力、动机缺陷和数据局限三重考验，需以高效信息协同为基础，实施全面性、前瞻性的风险识别监管，并通过科技监管工具“以技术应对技术”实现革新。应建立“金融基础设施—关键参与者—金融科技公司”的全面监管框架，高效管理金融基础设施中的金融科技应用风险，并以监管科技推进监管机构引导风险协同共治、监测整体风险发展，重塑金融基础设施系统性风险的监管逻辑。

关键词：金融科技 金融基础设施 系统性风险 风险监管

互联网、大数据、区块链、人工智能等科学技术与金融业务逐步走向深度融合。不仅市场主体纷纷加大金融科技力量投入以持续优化经营模式、增强企业核心竞争力，交易安排确认与执行所依赖的金融基础设施同样面临自我革新以适应金融科技背景下市场创新的诸多需求与挑战。随着金融基础设施中各类金融科技应用不断涌现，部分平台型金融科技也逐渐具备了金融基础设施功能。金融科技正从系统运行、管理、风控等多个方面影响我国现行金融基础设施体系。金融科技应用所带来的效益自不待言，但其也在金融基础设施建设过程中表现出潜在的系统性风险特征。然而，当前金融基础设施系统性风险监管仍依赖传统大型金融机构系统性风险监管的固有路径，对金融基础设施领域内由金融科技导致或产生于金融科技应用的系统性风险诱因应对不力。习近平总书记曾在第五次全国金融工作会议上强调：“防止发生系统性金融风险是

* 袁康，武汉大学法学院副教授；唐峰，武汉大学资本市场法治研究中心研究助理。

本文为国家社科基金青年项目“系统重要性金融科技公司的法律规制研究”（20CFX062）的阶段性成果。

金融工作的永恒主题。要把主动防范化解系统性金融风险放在更加重要的位置。”〔1〕故应密切关注金融科技在金融基础设施建设中的应用实践及其给现行金融基础设施体系带来的“破坏式创新”影响，警惕金融基础设施的系统性风险监管疏漏，破坏金融稳定。

一、金融科技在金融基础设施建设中的应用实践与趋势展望

当前国际社会对金融基础设施的权威界定主要是根据2012年国际支付结算体系委员会和国际证监会组织技术委员会联合发布的《金融市场基础设施原则》(PFMI)，认为“金融市场基础设施”是“参与机构之间的多边系统(系统运行机构)，用于支付、证券、衍生品或其他金融交易的清算、结算或记录支付”，包括支付系统、中央证券存管机构、证券结算系统、中央对手方以及交易报告库。而根据中国人民银行等六部门发布的《统筹监管金融基础设施工作方案》，金融基础设施统筹监管范围包括金融资产登记托管系统、清算结算系统(包括开展集中清算业务的中央对手方)、交易设施、交易报告库、重要支付系统、基础征信系统六类设施及其运营机构。尽管对金融基础设施的内涵界定存在差异，但各国金融体系中同类金融基础设施的功能本质及特征表现都大同小异。本文并不认为金融基础设施是一个包括所有硬件和软件系统的金融生态概念，但其也并非仅限于PFMI所列的五大金融基础设施类型，而是为我国金融市场中任何标准化金融交易提供支付、登记、保管、清算、结算、记录等基础性、公共性、多边性服务的各类硬件系统与制度安排的总和。

(一) 金融科技提升金融基础设施服务质效

金融科技参与金融基础设施建设可以利用金融科技创新成果优化现有金融基础设施服务，提高金融服务质效。一方面，金融科技能够以技术创新成果改进金融基础设施的硬件系统，通过数据挖掘、机器学习、智能合约等技术成果优化金融基础设施中的交易流程安排，为资金配置提供科学依据，降低资金融通的边际成本，提升金融基础设施服务效率。一个具有代表性的创新成果便是将基于人工智能算法的自动化处理程序嵌入金融基础设施运行系统，通过实现业务流程的自动化、智能化，应对金融创新增速带来的资源压力。算法执行行为比人工行为更容易预测，由于它不会偏离其机器语言逻辑，也就不会出错或绕过业务流程，从而可以更迅速、准确地协助金融基础设施提供市场服务。如清结算系统中的智能软件机器人可以根据交易数据自动生成结算单、自动结算、自动生成对账单，实现清结算流程自动化，从而大幅提升清结算效率。另一方面，金融科技创新可通过创造、优化用于缓解市场信息不对称的多种制度安排和科技工具，充分助力金融基础设施市场服务体系建设。首先，金融科技应用能增强金融基础设施市场交易监测能力，协助监管机构履行职责。如深圳证监局搭建的证券公司风险监测系统、深圳证券交易所搭建的市场运行风险监测系统，均通过技术创新提升对市场违法交易行为的查处能力。其次，金融科技可助力普惠金融基础设施建设，增强其普惠金融服务能力。如金融科技运用于信用征信体系建设，不仅可以优化征信服务功能，还能促进精准扶贫和金融普惠。〔2〕最后，数据市场建设、关键数字

• 159 •

〔1〕 习近平：《习近平论治国理政》(第二卷)，外文出版社2017年版，第280页。

〔2〕 参见倪庆东：《加快金融基础设施建设的四个着力点》，载《人民论坛》2019年第15期。

金融基础设施的搭建离不开金融科技。金融数字化过程中，金融基础设施服务可为市场提供更多有效信息的生产和传递，提升金融服务的多元化、差异性。综上，金融科技不仅在技术层面优化金融基础设施，更能帮助其构建更高效的市场服务体系，综合提升金融基础设施运行效率。

（二）金融科技应用催生新型金融基础设施

金融科技发展过程中出现的部分新业态与传统金融业务之间存在显著差异，它们或已然改变行业之间、市场主体与金融基础设施之间的关联结构，或将以革命性技术创新成果颠覆现有金融基础设施，成为新的影响金融稳定的不确定性因素。这些金融科技新业态无法由现有金融基础设施承载，或以现有金融基础设施承载将导致过高的系统适配成本，因此监管机构不得不创造全新的金融基础设施。以支付清算基础设施为例，2016 年以前，非银行支付机构曾将大量客户备用金直接存放于不符合要求的商业银行，部分非银支付机构甚至直接在各商业银行设立的中间账户与非银支付机构业务账户（清算账户）之间进行资金划拨，从而规避中国人民银行的清算系统，变相开展银行业金融机构之间的跨行资金清算业务。^{〔3〕} 非银行支付机构与银行业金融机构的“直连”导致中国人民银行的支付体系监管存在漏洞，使得网络支付行业与银行业容易结成风险共同体，威胁金融稳定。因此，中国人民银行清算总中心等 45 家机构共同组建了网联清算公司以“断直连”，负责非银行支付机构发起的涉银行账户的网络支付业务清算。此外，建设新型金融基础设施也是基于对基础设施服务效率、安全的不懈追求，如利用区块链技术建设区块链金融基础设施。基于区块链技术的数字货币展示了区块链网络对变革现行支付清算系统的巨大潜能。相对于非法定投资型数字货币，使用央行发行的数字货币进行支付将直接在区块链网络中完成资金划拨，不再需要经历传统支付清算体系繁复的层层清结算环节，^{〔4〕} 可实现真正的即时支付，从而大幅提升支付清算效率。同时，基于区块链网络共识机制的去中心化信用和交易数据的不可篡改特性，利用区块链金融基础设施进行支付清算的安全性也可得到保障。可见，金融基础设施功能、结构不仅影响金融创新方向，金融科技应用于金融市场的发展实践对金融基础设施的建设与革新亦具有反作用。

（三）平台型金融科技公司作为类金融基础设施

随着金融科技兴起，互联网金融企业依赖金融科技搭建各类业务平台和系统，以便开展金融创新、拓展市场基础。以金融科技为基础的业务平台和系统不同于清算结算系统、中央对手方等传统金融基础设施，但根据其市场功能、地位及关联结构，部分平台和系统在一定市场范围内提供具有公共服务属性的金融基础设施服务，^{〔5〕} 可以认定为一种特殊的金融基础设施。从功能上看，互联网金融企业所搭建的数字平台多为信息中介，无意也不能成为中央对手方、信用中介。例如，相关法规明确规定网络借贷企业在开展业务活动时法律地位仅为信息中介，便不能认为其业务平台是为出借人和借款人买卖“债券”提供登记、保管、结算服务的中央证券存管机构和证券结算系统。^{〔6〕} 然而，互联网金融行业发展过程中确有部分业务平台和系统逐渐具备了金融基

〔3〕 参见廖凡：《论金融科技的包容审慎监管》，载《中外法学》2019 年第 3 期。

〔4〕 参见姚前：《基于区块链的新型金融市场基础设施》，载《中国金融》2019 年第 23 期。

〔5〕 参见刘绪光、肖翔：《金融科技影响金融市场的方式、路径与应对策略》，载《金融发展研究》2019 年第 12 期。

〔6〕 参见岳彩申：《互联网金融平台纳入金融市场基础设施监管的法律思考》，载《政法论丛》2021 年第 1 期。

基础设施功能,属于金融科技背景下金融基础设施的新样态。其中,一类是被动演进的、逐渐具备金融基础设施功能的平台型金融科技公司。在一定市场范围内,市场参与者之间达成交易时可能自发地依赖某一金融科技平台所提供的基础性、公共性便利条件,使其在正常经营过程中逐渐获得了事实上的金融基础设施功能。例如互联网金融企业建设的代销型平台即具备PMFI第24条中关于交易报告库的特点,属于类交易报告库。^{〔7〕}又如蚂蚁集团支付宝平台,其本身内嵌部分支付清算系统(目前仅具备收单功能),也为事实上的金融基础设施。另一类是主动建设的、直接具备金融基础设施功能的平台型金融科技公司。为提升整体交易效率、普遍降低交易成本,市场力量往往主动联合,就市场交易的基础性、公共性交易条件达成安排,建设便利所有市场参与者的数字基础设施平台,如由互联网金融协会牵头成立的百行征信公司(信联),作为我国信用征信体系的重要组成部分,其主要利用大数据技术汇集包括金融数据在内的多种个人、企业信用数据,本质上是一个大型数据库,是央行征信中心数据库的重要补充。

归结来看,金融科技参与金融基础设施建设具有以下特征:其一,适应性。金融科技成果的应用实践具有适应金融市场创新的特点,往往会根据金融体系发展的需要,随着市场结构变化和风险变迁不断更新升级原有金融基础设施。其二,前瞻性。从金融基础设施风险管理的功能本质看,金融科技成果的应用很大程度上旨在增强监管机构捕捉风险因素、实施监管执法的能力,而这依赖于金融基础设施的各种制度安排和监管工具的先进性。其三,全面深化。在市场竞争和监管要求的双重动力下,金融基础设施开始主动探索如何利用金融科技成果全方位革新自身服务。这一变化不仅覆盖面广,涉及多类金融基础设施,而且力求由内而外的深刻变革(探索业务流程自动化、风险监管科技化等多个维度),助力金融基础设施更好地服务市场。

• 161 •

二、扩大抑或缓释——金融科技对金融基础设施系统性风险的影响评估

金融基础设施的金融体系支柱地位对于保持金融稳定、促进金融发展、缓冲风险冲击、提供信息传递均有助益,^{〔8〕}因而其系统性风险防范也就成了金融基础设施市场各利益相关方的重要期待。金融科技参与金融基础设施建设已为既成事实,金融科技应用对金融基础设施系统性风险的影响是本文所研究问题的前提。

(一) 金融基础设施系统性风险生成机理

发展至今,金融基础设施几乎与金融体系的所有成分均关联甚密,形成了一张错综复杂的金融网络。基于关联关系,网络中任一成员的问题都可能成为整个金融体系的问题。因此,从关联网络的角度讨论金融基础设施的系统重要性十分必要。

一个金融基础设施在金融体系中与其他主体或成分之间的直接关联主要有三种:其一是金融基础设施与其成员(市场参与者)之间的机构性关联;其二是金融基础设施与其他金融基础设施

〔7〕 参见前引〔6〕,岳彩申文。

〔8〕 参见〔德〕马丁·迪尔等编:《金融基础设施经济学分析》,中央国债登记结算有限责任公司译,中国金融出版社2019年版,第3-4页。

之间的系统性关联；其三则是金融基础设施与外部服务提供商之间的一般性关联。^{〔9〕} 根据具体的关联关系，市场参与者、金融基础设施及金融科技公司可能因各种原因出现经营管理风险而影响金融基础设施的正常运行，严重者或将导致金融基础设施的运行机制或者业务功能中断，进而使金融系统无法运转。这种金融基础设施因运行机制或业务功能中断而无法为金融市场持续提供基础性服务、使得金融系统出现运行困难的可能性，可称之为金融基础设施系统性风险。可见，鉴于其金融网络中心性，^{〔10〕} 金融基础设施的系统性风险管理极为必要。

在技术与监管力量的驱动下，金融风险复杂化和金融监管模式趋同化要求金融基础设施主动承担更多市场风险管理职能，^{〔11〕} 帮助监管机构、市场参与者等了解市场风险水平。这往往需要金融基础设施以中央对手、信用中介的身份承担所有市场交易风险，如成为金融基础设施市场中所有交易合同当事人（卖方或买方）的中央对手方将承担所有信用风险。同时，介于私人机构与政府部门之间的公共组织地位又意味着金融基础设施不能以营利为目的，^{〔12〕} 从而使其面临巨大的风险资源压力。例如中国证券登记结算公司不仅对证券交易当事人的信用风险承担责任，而且需对结算参与人和托管银行的信用风险承担责任。^{〔13〕} 这是由实体经济通过金融基础设施向虚拟经济分散、转移具体经营风险的金融功能本质所决定的，即部分市场风险在金融工具通过金融基础设施进行交易的过程中被集中、分割、转换成金融基础设施的风险。如图 1 所示，a 公司与 b 公司都是证券结算系统（SSS）、中央对手方（CCP）以及支付系统（PS）等金融基础设施的成员，a 公司的违约会导致 b 公司及其他市场参与者用自身的资源来弥补三家金融基础设施的风险缓释成本，^{〔14〕} 通过将风险分散给其他市场参与者，增大金融基础设施的风险管理压力。

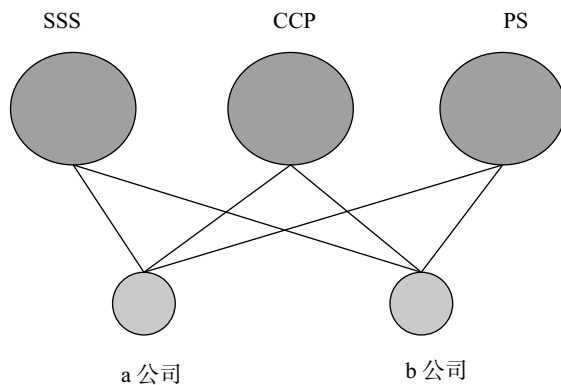


图 1

值得警惕的是，金融基础设施的业务风险可能进一步上升为金融基础设施系统性风险。比如

〔9〕 参见前引〔8〕，马丁·迪尔等编书，第 4 页。

〔10〕 中心性被广泛用于衡量网络中某个参与者的重要性，通常以度数或强度来度量。

〔11〕 参见焦瑾璞等：《中国金融基础设施功能与建设研究》，社会科学文献出版社 2019 年版，第 85 页。

〔12〕 参见季奎明：《金融市场基础设施自律管理规范的效力形成机制》，载《中外法学》2019 年第 2 期。

〔13〕 参见赵磊：《证券交易中的信用机制——从中央存管（CSD）到分布式账本（DLT）》，载《财经法学》2019 年第 3 期。

〔14〕 See Fuchun Li, Hector Perez-Saiz, Measuring Systemic Risk across Financial Market Infrastructures, 34 *Journal of Financial Stability*, 3 (2018).

因为交易对手违约,或由于突发的技术故障,抑或系统受到网络攻击。尽管原因多种多样,但支付系统的每一次支付迟延、证券结算系统和中央对手方的每一次交易结算失败都构成一次初始系统性冲击并将造成一定的风险缓释成本。通常情况下,几乎所有支付、结算风险的对冲成本均由金融基础设施自身来承担,如利用自身的业务风险基金等风险资源弥补损失。但金融基础设施业务风险与收益具有不对称特性,有限的风险资源意味着其在一定时间内承受风险事件冲击的能力是存在极限的,一旦超过这个限度,或是较短时间内交易失败的次数增长过快而超过金融基础设施的损失吸收能力,金融基础设施便会因信用危机而无法承担中央对手、信用中介的职能,不能为金融市场处理体量庞大的标准化交易,进而导致金融系统无法运转。如果金融基础设施已经出现瘫痪或濒临破产可能,其危机事件恢复与处置机制便会启动对金融基础设施进行最后挽救。但此时金融基础设施系统性风险的影响随着关联网络中的资金渠道、预期渠道等多种途径,^[15]由一个或多个市场参与者扩散到其他相关市场参与者,并将造成一系列连续性损失、增加损失吸收压力,甚至可能构成二次冲击乃至成为系统性金融风险的源头。^[16]

(二) 金融科技应用对金融基础设施系统性风险的影响评估

对系统性风险管理而言,金融科技应用于金融基础设施市场最大的用益在于其较好地解决了信息不对称问题。金融交易是跨时间、跨空间的人际价值交换,是把交易双方在不同时间的收入进行互换,彼此信任是能否交易成功的关键。^[17]金融基础设施市场中,强势交易者与弱势交易者之间存在信息不对称,由此可能带来的逆向选择、道德风险问题就成为了交易双方的信任屏障,也为金融基础设施信用风险管理埋下了隐患。为更好地促进金融交易的确认与执行,发挥金融基础设施的资源配置和风险管理功能,合规备案、信息披露、资产评估等大量信息工具被开发出来以帮助买卖双方建立信任并达成交易。金融科技兴起,大数据、区块链、人工智能等金融科技元素加入信息工具后,强化了数据与业务的多机构联通和传递,^[18]从而促进了信息在金融网络中的广泛共享,^[19]有利于金融基础设施更好地缓解市场信息不对称,降低自身系统性风险。

在数据收集上,金融科技应用能够打破市场信息获取的时空限制,对所有基于互联网交易的金融、征信数据进行全方位电子捕获,保证数据多维度深触达。在数据流动上,金融科技应用能够为信息工具赋能,通过监管大数据、风险态势分析、企业产品画像等促进数据多向度流动,推动数据共享以消除“信息孤岛”,增强弱势交易者的信息博弈能力。^[20]在数据处理上,金融科技应用能够打破监管机构重结构化数据分析、轻非结构化数据分析,^[21]及难以了解风险市场真相的局限,以机器智能增强市场数据分析与风险判断能力。如此,金融基础设施将利用金融科技获得更大的技术禀赋。从业务处理到风险监测,再到数据挖掘及合规监管,内嵌算法编程的金融科

• 163 •

[15] 参见方意等:《金融科技领域的系统性风险:内生风险视角》,载《中央财经大学学报》2020年第2期。

[16] 参见张晓朴:《系统性金融风险研究:演进、成因与监管》,载《国际金融研究》2010年第7期。

[17] 参见杨东:《互联网金融的法律规制——基于信息工具的视角》,载《中国社会科学》2015年第4期。

[18] 参见靳文辉:《法权理论视角下的金融科技及风险防范》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期。

[19] 参见许多奇:《互联网金融风险的社会特性与监管创新》,载《法学研究》2018年第5期。

[20] 参见李安:《互联网金融平台的信息规制:工具、模式与法律变革》,载《社会科学》2018年第10期。

[21] 结构化数据通常是具备金融性质的数据,如财务会计报告等;非结构化数据通常是企业或消费者活动的副产品,但其反映了金融市场行为特征,与风险分析密切相关,因此也应当被整合用于风险判断。

技术应用将清晰明确地指挥整个金融基础设施运转。系统运营的自动化、智能化不仅会提高金融基础设施服务效率，同时也将在一定程度上打破虚拟经济发展和系统性风险管理桎梏。新型金融创新产品将能更频繁地通过基础设施服务对接进入市场，风险监测与监管干预也能够更便捷、高效地通过金融基础设施网络发挥作用。可见，金融科技应用有助于强化金融基础设施市场信用和风险管理，从而防控金融基础设施系统性风险积累和传播。

但另一方面，金融科技在为金融市场和金融基础设施提供新型技术方案的同时，其应用蕴含的风险可能会使金融基础设施面临的系统性风险诱因更加敏感、复杂。技术自身固有的不完备性和脆弱性，^{〔22〕} 技术研发、应用的负面影响和非中立性，意味着金融科技应用不仅自身可能出现故障和失控，也可能受到其设计者、运营者的过失操作、故意操纵乃至外部人员的恶意攻击的影响。与此同时，金融科技帮助互联网金融企业、传统金融机构等市场参与者构建了以互联网为基础的交易网络，以科技手段强化了金融网络成员彼此之间的信息与业务关联（通常是经济或法律关系），使风险传染更加迅捷而难以防控。故而，金融科技应用的风险若由一个市场参与者处触发，便可能迅速通过上述关联传递给其他市场参与者而引发共同风险暴露，给特定金融基础设施带来外部冲击；而该风险若在一个金融基础设施内部触发，也可能以资金或预期渠道迅速传染给其他金融基础设施和市场参与者，进而引发二次外部冲击。

具言之，其一，金融科技使金融基础设施面临来自金融市场的更大风险冲击，增加了金融基础设施的系统性风险管理压力。金融科技繁荣使得市场创新风险大幅增加。作为技术驱动的金融创新，金融科技本身就意味着对原有金融体系的“破坏式”冲击。然而，互联网金融企业展业不规范、金融科技应用中的技术风险可能进一步增大金融市场风险。前者如非银支付机构的直连问题、网络借贷平台的卷款跑路问题都是前车之鉴；后者如智能投顾、量化交易程序的人工智能算法存在输入数据与输出结果之间的逻辑黑箱，^{〔23〕} 可能会诱发算法同质化风险，导致个体理性诱发群体非理性的“合成谬误”或“羊群行为”，^{〔24〕} 使标准化交易风险在极短时间内完成量的积累并促成质变，冲击金融基础设施。金融市场中的巨大风险暴露或在顷刻间使金融基础设施无力为金融体系缓冲风险而导致系统性风险。

其二，金融科技应用可能放大金融基础设施的传统操作风险，使微小失误成为具有系统性影响的风险事件。操作风险通常与不适当的操作和人工失误密切相关，可能在内部控制和信息系统存在缺陷时导致不可预期的损失。^{〔25〕} 以清算结算操作为例，尽管可以依靠智能软件机器人辅助，但最后的结算操作一般由人工执行。一次操作失误可能会将不符合条件的所有交易在不恰当的时间尽数结算，造成金融基础设施信用风险骤升。金融基础设施出现信用风险之后，金融科技信息工具会迅速将风险信息共享给所有市场参与者。利益关切下，市场参与者会积极参与信息真伪的求证。在此过程中，真实信息可能因人为因素被扭曲、篡改，错误信息经过多次反复交互影响不

〔22〕 参见袁康：《金融科技的技术风险及其法律治理》，载《法学评论》2021年第1期。

〔23〕 参见许可：《人工智能的算法黑箱与数据正义》，载《社会科学报》2018年3月29日，第6版。

〔24〕 参见王怀勇、邓若翰：《算法趋同风险：理论证成与治理逻辑——基于金融市场的分析》，载《现代经济探讨》2021年第1期。

〔25〕 参见杨东：《监管科技：金融科技的监管挑战与维度建构》，载《中国社会科学》2018年第5期。

断被同化,使市场参与者的恐慌心理和非理性行为进一步强化,最终“加快信用风险传染的速度,扩大信用风险传染的影响范围和力度”〔26〕。

其三,金融科技参与建设金融基础设施存在技术风险,将增大金融基础设施自身的系统运营风险。金融科技应用中技术细节的专业性所导致的技术方案设计者与使用者之间的信息鸿沟,可能会招致技术滥用和道德风险。〔27〕问题在于,即使拥有算法的源代码,算法黑箱中的隐层逻辑依然无法完全被算法运营者勘破。故而,具有创新和逐利动机的金融科技公司也可能放松金融科技应用的技术风险防控,采用未成熟的新技术或未予充分提示风险,从而间接促成金融基础设施系统性风险生成。此外,网络攻击的巨大威胁使得内嵌诸多金融科技应用的金融基础设施非常脆弱,难以应对算法攻击导致的数据盗窃、信息泄露问题。即使是具有不可更改特性的区块链系统网络,其加密数据和软件也可能因超过50%的算力攻击而被强行解码。几乎所有数字货币交易所都频繁成为黑客们的恶意网络攻击对象,甚至部分交易所还被窃取过大量数字货币。〔28〕网络攻击事件的发生主要由利益驱动,盗窃资产是常见情形,但恶意攻击金融基础设施的技术弱点却可能使其系统运营陷入困境乃至瘫痪。

无论何种情形,因金融科技应用产生的多种风险都可能导致金融基础设施服务中断、延迟、质量下降,或是系统运行故障、系统衔接故障乃至系统崩溃、金融基础设施瘫痪。一旦金融基础设施运行机制和业务功能因金融科技应用出现问题,如无法及时完成清算、结算或风险暴露监测失效,可能会导致具体风险随着金融基础设施、市场参与者之间的关联网络进一步扩散、传染,增加整个金融体系的风险暴露程度,从而引发系统性风险。

• 165 •

三、金融科技背景下金融基础设施系统性风险监管的局限与革新

“大而不倒”机构并非金融科技背景下金融稳定的唯一潜在威胁,金融科技所增加的“太关联而不倒”“太快速而不倒”问题,也需要金融基础设施系统性风险监管提供坚实的创新风险缓冲屏障。对金融基础设施系统性风险传统监管思路的过度依赖或将难以应对金融科技繁荣所带来的系统性风险诱因变化和金融基础设施发展需求。

(一) 金融科技背景下金融基础设施系统性风险监管之局限

1. 金融基础设施系统性风险监管的资源压力

系统性风险生成、传导、爆发、扩散的复杂性决定了其风险监管的巨大资源需求,金融基础设施系统性风险监管亦无例外。金融基础设施的系统性风险监管主要围绕金融基础设施运营机构和金融基础设施市场参与者展开,前者为金融基础设施建立多种稳健性风险控制机制,后者则通过制度激励降低市场参与者违约风险。由于面对整个市场的风险,这两者均需要大量资源投入。

〔26〕 前引〔19〕,许多奇文,第22页。

〔27〕 参见袁康、邓阳立:《道德风险视域下的金融科技应用及其规制——以证券市场为例》,载《证券市场导报》2019年第7期。

〔28〕 如2018年1月26日,日本比特币交易所Coincheck称该所的5.23亿个“新经币”(NEM)被盗,导致交易所需用自有资金向26万客户赔偿约4.26亿美元,给其风险资源造成了巨大压力。

但当前的系统性风险监管将大部分资源投放于大型金融机构和系统重要性机构。如商业银行风险监管需从资本、流动性、盈利、大额风险暴露等多个维度、数十个指标体系进行监测分析。随着金融科技本身作为一种新的系统性风险因素遍及众多金融市场参与者和金融基础设施本体，不断攀升的金融基础设施风险管理需求使得监管资源的匮乏一览无余。

目前，金融基础设施通常由监管机构及其下属单位牢牢掌握，可根据金融基础设施体系评估标准及时增加监管资源投入，内生因素导致的系统性风险并不多见。然而，监管机构对金融基础设施系统性风险外部诱因的管控则相当有限。其主要原因之一便是监管资源的缺乏限制了执法工作对监管需求的积极、主动回应。例如，网联清算公司成立以前，监管机构未能将众多支付机构类金融科技列为金融基础设施系统性风险管理对象，一定程度上增大了支付清算基础设施的系统性风险。因此，根据金融科技的应用实践，对金融基础设施系统性风险监管措施进行增补、调整甚为必要，但这同样需要投入相当的资源。

另外，金融科技应用可能使传统金融基础设施面临更大的系统性风险管理压力，这也意味着更大的风险监管资源需求。不论是从业务管理抑或市场监管的角度，金融科技、金融机构均需接受金融基础设施系统性风险管理。随之而来的监管资源压力源于不断趋严的监管催生海量的合规数据，而风险监管方法、数据处理技术无法与新的监管需求相匹配。特别是需要综合处理整个市场的各类数据、整体评估金融基础设施体系的系统性风险时，这种资源压力将更为明显。

2. 金融基础设施系统性风险监管的动机缺陷

降低金融基础设施系统性风险本质上是一种公共产品，应由监管机构及其下属单位主动提供，如金融基础设施运营机构内部控制和市场参与者风险管理。就目前的金融基础设施体系建设成果来看，公共产品供给所提供的系统性风险监管激励是有效的。现代金融市场的基本稳定和快速发展得益于由“监管办市场”发展而来的金融基础设施体系保障。但这同时也直接导致监管机构及其下属单位以绝对持股、间接控股等形式掌控几乎所有金融基础设施机构。例如央行监管的银行间市场清算所股份有限公司、证监会监管的全国中小企业股份转让系统有限公司。^{〔29〕} 由此观之，金融基础设施的所有者在一定程度上担任了自身的监管者。

尽管“自我监管”能够有效保证金融基础设施的稳健运营，却也存在一定局限。基于监管机构的绝对控制和保护，金融基础设施的重大风险难以预料且实属低概率事件，监管机构及其下属单位容易在日常监管中不断降低社会最优评估范围。^{〔30〕} 而在风险更加复杂的金融科技市场中，创新优势常使平台型金融科技公司在与监管机构的互动中占据主动，监管者则往往因事后反应式的监管思维方式显出滞缓、落后特点。例如，网络借贷行业的风险整治行动便是典型的事后监管

〔29〕 银行间市场清算所股份有限公司虽由中国金融交易中心与中央国债登记结算公司分别持股 46.67% 和 33.33%，但中国金融交易中心由央行全资持股、中央国债登记结算公司也由央行进行业务监管。因而，表面上该金融基础设施由外汇交易中心、中国国债登记结算公司、印钞造币总公司、金币总公司共同设立并管理，其管控人实际上为中国人民银行。全国中小企业股份转让系统有限公司的股权由上海证券交易所（20%）、深圳证券交易所（20%）、中国证券登记结算公司（20%）、上海期货交易所（16.6667%）、中国金融交易所（16.6667%）、大连商品交易所（3.3333%）、郑州商品交易所（3.3333%）共同持有，但这些金融基础设施的主管机关均为证监会，因而全国中小企业股份转让系统有限公司实际上仍然受到证监会的管控。

〔30〕 参见〔英〕李儒斌：《运转全球市场：金融基础设施的机构治理》，银行间市场清算所股份有限公司译，中国金融出版社 2019 年版，第 319 页。

案例。“自身懈怠”与“对手进步”叠加，金融基础设施系统性风险监管很可能陷于一种低效困境，无法充分评估新风险因素的潜在影响，体现出公共产品单一供给的被动性、滞后性。

金融科技背景下的金融基础设施系统性风险监管需具备一定主动性，能够积极回应市场风险监管需求。相较于传统金融基础设施，新型金融基础设施的建设以相对市场化的股权结构回应了这一点，使得金融基础设施系统性风险管理获得了更多市场助力。如网联清算公司由监管机构与市场势力共建，虽然金融基础设施仍然由监管机构掌控，但监管机构及其下属单位并非唯一意志。虽说不同类型所有者之间可能会存在一定协调问题，金融科技公司利用创新科技改进风险监测、优化系统运行以节省系统性风险管理成本、降低基础设施服务费用的动机更具主动性。简言之，“市场所有者”的科技创新及自利动机能够弥补“监管所有者”公共产品供给动机的局限，避免金融基础设施系统性风险管理陷于被动、低效。

3. 金融基础设施系统性风险监管的数据局限

由于缺少监管资源，监管机构的系统性风险监管执行不可避免会依赖大型金融机构的内部控制和自我监督。^{〔31〕}我国的系统性风险监管执行主要通过审查各大型金融机构、金融科技公司的财务会计报告，检查金融基础设施的PFMI信息披露报告，来判断其风险控制是否满足要求。这种以内部控制报告为主要审查内容的风险监管方式体现了监管执行的数据依赖性。

依赖业务指标审查的局限在于，它过于关注细节和程序，虽然能够保证组织或机构具备标准化的内部治理体系和风险控制制度，从而规范市场经营行为，却无法积极回应金融市场创新。特别是在金融科技市场中，一家金融科技公司的经营模式和风险偏好可能在较短时间内几度变化，难以通过量化业务指标进行风险捕捉，更无法以标准化检查程序实现风险识别。如此，在监管机构视阈中很多正常且不显眼的指标背后，很可能隐藏着不一致甚至完全相反的风险事实。金融基础设施的内部控制与自我监管也是系统性风险监管的重要组成部分，但监管机构对金融基础设施的监管同样依赖其运营机构的内部控制报告。这可能会使监管机构忽略金融基础设施市场整体风险，给金融稳定埋下隐患。

即使金融机构、金融科技公司和金融基础设施的内部控制和自我监督所提供的监管数据能够如实反映其经营和运行状况，内控报告审查的风险监测滞后性、片面性也难以应对金融科技发展的市场创新速率。一方面，合规审查本质上是事后反应型监管。开展监管执行工作的前提是各监管对象及时提交其合规数据，使得监管执行始终落后于市场发展。实践表明，治理这些能够预防的市场风险问题耗费了大量监管成本和社会成本。另一方面，金融科技推动金融市场主体建立以互联网为基础的数字交易体系，信息环境的复杂多变与金融基础设施的数据局限也难以保证金融科技应用的最终设计效果，从而使金融基础设施运营者风险报告的准确性、完整性存疑，这意味着风险监管可能存在疏漏。

（二）金融科技背景下金融基础设施系统性风险监管之革新

促进金融普惠、提升金融效率等优点使监管机构从一开始就提出要对新科技发展保持敏锐、支

〔31〕 参见前引〔3〕，廖凡文。

持、宽容，但监管机构未必具有足够的科技知识和清晰的科技预见性，^{〔32〕} 容易在风险监管上陷入两难。金融基础设施的系统性风险监管应避免过度关注机构治理、依赖内控报告，而采取更加主动的风险监管策略，从监管基础、监管方式、监管工具等多方面增强监管机构自身的监管能力。

1. 以高效信息协同为风险监管基础

从金融基础设施的关联网络看，市场参与者在金融基础设施市场中的违约可能导致其他市场参与者不能履行其在另一个系统或市场中的义务。由于支付系统、清算结算系统等金融基础设施是系统性危机传播的关键渠道，^{〔33〕} 金融科技的应用可能使其以更难以预料的方式增加、转移、集中、转换风险。因此，监管机构也必须以更高效的方式打通各金融基础设施之间的信息、数据流动，以便对各金融基础设施市场有及时、充分的了解，这是金融基础设施系统性风险监管的基础性、保障性条件。最理想的情况是监管机构能够全面、完整地掌握所有金融基础设施市场的信息，像英格兰银行首席经济学家安德鲁·霍尔丹在2014年一次演讲中期望的那样，“能够在一张显示屏上实时追踪、标注全球金融市场资金流动”。借助金融科技力量促进金融基础设施市场信息高效协同，可在必要时迅速形成对金融基础设施系统性风险的科学分析和处置决策。

2. 全面性、前瞻性的风险判断式监管

习近平总书记多次强调，金融安全是国家安全的重要组成部分，^{〔34〕} 准确判断风险隐患是保障金融安全的前提。金融基础设施系统性风险监管应突破审计监管的被动性和滞后性，采取以风险判断为基础的监管，突出风险监管的全面性和前瞻性要求。金融科技使得系统性风险诱因更加复杂多变且风险一旦暴露便难以阻断。风险从本质上难于测量，风险程度只有在暴露后才知晓，但此时采取措施为时已晚。因此，从根源上避免风险形成是必然选择。全面性要求监管能够尽可能覆盖所有风险源头，防止风险监管存在疏漏；前瞻性要求监管要具有较强的创新适应性，对风险诱因尽早发现并采取早期干预措施。

就金融基础设施系统性风险监管而言，一方面，市场参与者、金融基础设施及金融科技公司可能直接导致金融基础设施系统性风险，故应重视其组织管理，特别是要关注其组织战略、经营模式、机构文化、激励结构等非审计监管重点但可能滋养过度风险行为的环境因素。另一方面，金融科技应用本身也构成潜在的风险源，可能妨碍监管机构对金融机构、金融基础设施乃至整个金融体系的风险监管与监测。故也有必要构建管理所涉金融科技应用的风险监管制度，保持对金融科技应用风险的敏感度，确保能够及时进行预警，又能够在制度框架内采取适当的处置措施，防止风险进一步扩大。需强调的是，监管人员对金融基础设施系统性风险管理的风 险质疑判断应突破审计指标体系的局限，以监管法规的立法精神为更高基准，看到风险控制、机构治理的缺漏，并敢于向所有者（监管机构）提出质疑。

3. 金融基础设施系统性风险的科技监管工具

面对监管资源及能力困境，运用监管科技“以技术监管技术”是重要的解决方案。监管科技

〔32〕 参见杨燕青、周徐编：《金融基础设施、科技创新与政策响应——周小川有关讲座汇编》，中国金融出版社2019年版，第42页。

〔33〕 参见前引〔8〕，马丁·迪尔等编书，第74页。

〔34〕 参见前引〔1〕，习近平书，第278页。

的作用不仅在于突破传统监管工作的多重限制,以工具价值弥补监管机构的能力短板,而且它本身也能成为一种金融监管方式,使科技与金融监管相结合,推动“代码即法律”实践,以技术规则先于法律规则对风险行为进行规范。金融基础设施系统性风险监管中,一方面,监管科技能够更有效地获取、处理、分析监管数据,以信息共享帮助监管机构深度掌握金融基础设施、市场参与者及市场整体的风险状况,为监管法规制定及执行提供更加科学的依据;另一方面,监管科技能帮助监管机构革新金融基础设施系统性风险监管思维方式,摆脱依赖内控指标、机构治理在系统性风险管理方面的滞后性、片面性,采取更加主动、全面、前瞻的创新性监管方法。

监管机构联合市场势力以区块链技术搭建金融基础设施运行的分布式账本,或可成为能够自动阅读、分析市场数据,监督金融基础设施系统性风险发展情况的重要科技监管工具。基于可信、难篡改的特征,分布式账本技术可以给金融基础设施系统提供一种具有高安全性的底层架构改造,在金融基础设施系统中为监管提供接口,^[35]监督市场风险。如在一条联盟链上汇集单个金融基础设施市场的会员/客户、账户、风控、交易等信息,嵌入监管节点自动阅读市场的分类账本;在各金融基础设施系统之间通过跨链协议实现互联互通。一个较大的技术挑战在于如何在共识机制中嵌入系统性风险监管规则。鼓励具备公信力的第三方机构参与区块链治理并进行上链信息的真实性验证或是一种可行方案。^[36]由于联盟链中包含会员/客户、平台、监管、第三方等多种节点,该科技工具也可以提供相对开放的金融基础设施系统性风险协同治理空间。^[37]

四、适应金融科技发展的金融基础设施系统性风险监管制度设计

• 169 •

金融基础设施体系面临金融科技驱动的来自金融市场创新和内部自我革新的双重影响,金融服务效能的整体提升也伴随着系统性风险威胁的安全隐忧。金融基础设施系统性风险监管需回应金融科技风险特征,针对金融基础设施系统性风险诱因变化和金融基础设施科技化建设目标,从责任主体框架、应用风险管理、监管逻辑重塑等方面逐步构建具有适应性的监管制度。

(一)“金融基础设施—关键参与者—金融科技公司”的全面监管框架

如图2,应对金融基础设施系统性风险监管问题,可通过搭建“金融基础设施—关键参与者—金融科技公司”的全面监管框架,落实主体风险责任。关于其实现路径,首先应确定金融基础设施系统性风险监管范围;其次,应对金融基础设施、关键参与者、金融科技公司分别配套具有针对性、符合金融基础设施系统性风险监管目标的制度要求。

在识别监管对象的问题上,首先,对于传统系统重要性金融基础设施,需综合考量金融基础设施自身的系统性影响和金融基础设施抵御外界风险冲击的能力。如可通过分析金融基础设施的金融网络中心性、强度予以判断,也可通过金融基础设施系统性风险源的生成难易、传染可能性、负面影响大小挑选出更具系统脆弱性的金融基础设施。其次,对于新型金融基础设施以及作

[35] 参见李晓楠:《区块链金融基础设施监管研究》,载《金融监管研究》2020年第10期。

[36] 参见巴曙松、魏巍、白海峰:《基于区块链的金融监管展望——从数据驱动走向嵌入式监管》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

[37] 参见徐忠、邹传伟:《区块链能做什么、不能做什么?》,载《金融研究》2018年第11期。

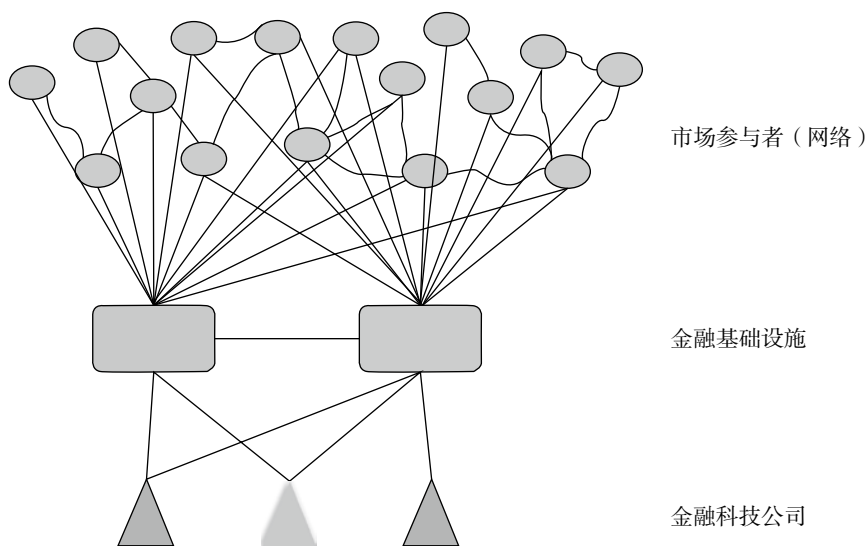


图 2

为类金融基础设施的平台型金融科技公司，监管机构也有必要根据 PFMI 及其他金融基础设施识别规范，确认具备基础性、公共性、多边性的系统或机构为金融基础设施并纳入系统性风险监管框架。与此同时，有必要对金融基础设施的关键参与者进行二次识别，制定对具体金融基础设施产生系统性影响的市场参与者清单，以便监管机构充分掌握相关信息并着重进行风险管理。这些关键参与者往往是系统重要性金融机构，也可能包括一些大型科技企业或互联网金融企业。前者的系统性风险特别监管已有相关制度安排，^{〔38〕}但作为关键参与者的大型科技企业往往会因其金融业务风险而仅受到市场监管，并未直接纳入金融基础设施系统性风险监管框架，监管机构应对此作出回应。除此之外，为金融基础设施提供金融科学技术服务的金融科技公司也可能从金融基础设施内部诱发系统性风险。因此，有必要以其所提供技术服务的影响大小为依据将大型科技企业、其他金融科技公司等金融基础设施第三方服务提供者从系统性风险监管的角度纳入监管范围。

在制度配置上，传统金融基础设施在 2012 年之后逐步被纳入 PFMI 及宏观审慎监管框架，主要通过 PFMI 信息披露、审计评估、自我监管等途径实现金融基础设施系统性风险监管。新型金融基础设施、类金融基础设施金融科技公司，被正式纳入宏观审慎监管框架后，不宜被直接课以过多传统系统性风险监管要求，以免过度增大其经营成本、阻碍市场创新。针对其金融科技特殊监管需求，应配置更具针对性的技术风险、操作风险防范机制，通过加强内部风险控制、技术风险评估等排除内部系统性风险诱因。与此同时，对于传统金融机构、互联网金融企业、大型科技企业及其他作为市场参与者的金融科技公司，监管机构、金融基础设施也应在日常监管中加深对金融科技因素引致系统性风险的理解，关注其作为金融基础设施市场重要参与者的审慎问题。必要时也可以考虑参照系统重要性金融机构的监管措施，由中国人民银行对互联网金融企业或金融科技类市场参与者进行风险提示，或建议证监会、银保监会等加强监管，抑或直接升级监

〔38〕 参见《关于完善系统重要性金融机构监管的指导意见》（银发〔2018〕301号）。

管强度,要求其进行业务结构性调整。此外,对于仅为金融基础设施提供技术服务的金融科技公司,其所提供的技术方案主要受到工信部等有关部门的技术应用标准规范,金融科技公司的技术行为也主要以技术服务合同为依据,并不应主动、直接回应金融监管要求。但就金融基础设施系统性风险监管而言,还是应当确认金融科技公司在金融监管问题上回应监管机构和金融基础设施要求而提供信息、解释算法等超越服务合同本身的义务。

(二) 有效管理金融基础设施中的金融科技应用风险

嵌入金融基础设施的金融科技应用并非完美,金融科技自身也可能成为金融基础设施系统性风险诱因,有必要进行相关制度安排规范金融科技应用风险,强化系统性风险监管主动性。

其一,构建监管沙盒制度。通常认为监管沙盒是一种试验性监管,一方面给科技创新者提前免除行政责任以激励金融科技应用实践,另一方面也将创新风险控制在一定范围内,避免给金融稳定造成威胁。构建监管沙盒制度监管金融基础设施中的金融科技应用风险,重点在于将拟用于金融基础设施系统运行的多种金融科技应用,如系统运行工具、数据转译工具、科技监管工具等均纳入风险监管考量,使金融科技的应用风险排除工作予以标准化、程式化。通过设定金融基础设施中金融科技应用准入、退出和信息披露标准,评估金融科技应用在金融基础设施中的运行安全及可靠性,提前降低金融科技参与金融基础设施建设的不良影响。^[39]

其二,配置技术监管官员落实风险判断。在金融基础设施的日常风险管理中,除了对金融基础设施系统运行情况按照相关指标进行合规审查,更重要的是利用各种业务检查、数据分析手段判断金融基础设施的风险策略、经营文化、激励机制等可能影响金融基础设施稳健运行的“表外因素”。^[40]对金融基础设施的运行及风控状况进行分析不仅需要监管人员具有金融、法律背景,更需要其具备一定技术专业性,才有望提出有效且充分的风险管理质疑。值得一提的是,由于风险质疑往往会引致早期监管干预,金融基础设施运营者可能会要求监管人员提出客观理由,^[41]即提供证据证明风险管理确实存在问题。这看似合理的诉求却可能使监管者更多关注法律明文规定的合规义务履行情况,而忽略掉可能存在风险隐患的其他行为,故不应将客观理由作为风险判断的前置条件。同时,应当允许金融基础设施运营者对相关风险质疑作出解释说明,若无法说服监管人员,则有必要将风险质疑向监管机构及金融基础设施权力机关提出。

其三,构建金融科技应用风险动态评估制度。金融基础设施运行中所涉金融科技应用需根据金融科技应用本身所使用的技术方案进行定期的安全性、可靠性评估。行业协会可以帮助监管机构为金融科技应用设定质量评估标准。评估主体上,囿于技术资源以及为避免监管俘获,不宜由监管机构负责,而应尽量通过行业协会聘请技术专家团队进行,保证安全性评估的独立性与客观性。评估标准上,应当特别关注金融科技应用内嵌算法的可靠性,重点考察算法运行的稳健性,包括输入算法的数据能否有效反映市场发展基本面,输出算法的分析结果是否以及在何种程度上达到算法的设计目的,算法是否具备良好的风险控制部署,能否在市场发生异常情况时依然保持稳定而不发生失控,以及在出现技术问题时及时获得有效恢复和处置等。在此基础上,监管机构

[39] 参见前引[22],袁康文。

[40] 参见〔荷〕乔安妮·凯勒曼等编著:《21世纪金融监管》,张晓朴译,中信出版社2015年版,第44页。

[41] 参见前引[40],乔安妮·凯勒曼等编著书,第44页。

可以根据评估结果对金融科技应用进行重点监管，对于安全系数较高的金融科技应用，在其满足总体监管目标的前提下，可在一定程度上放松合规要求，给予其更多自由发展空间；对于安全系数较低的金融科技应用，应当加强合规要求、增加压力测试，确保其运行安全性。

（三）以监管科技重塑金融基础设施的系统性风险监管逻辑

面对金融基础设施的创新发展趋势及巨大监管资源压力，监管机构无法再凭一己之力贯彻金融基础设施的系统性风险监管要求，需打破金融基础设施系统的封闭式防御，让金融基础设施、市场参与者、金融科技公司等利益相关方共同发挥对金融基础设施系统性风险监管的影响。

其一，构建金融基础设施系统性风险协同共治制度。随着金融科技创新推动新型金融基础设施、类金融基础设施不断出现，市场力量主体更频繁地出现在金融基础设施所有权结构中。监管机构及其下属单位推动金融基础设施系统性风险的动机滞后可由市场力量的创新、逐利动机予以弥补。监管机构可牵头集合各方力量搭建金融基础设施科技监管平台，在保证监管机构主导及控制权的前提下，根据各方利益需求、考虑市场发展实践积极推动金融基础设施系统性风险监管。一个可能的科技监管路径是推动基于区块链技术的嵌入式监管。各利益相关方可根据联盟链协同共治协议，嵌入符合治理共识的权限节点，自觉履行各自的风险控制义务。如市场参与者应遵守联盟链市场准入要求，监管机构可根据监管平台与金融机构之间的数据查询协议、与公安系统及市场监管部门系统之间的数据共享协议，及时获知金融牌照、信用状况等信息，从而实现精准实名制管理。另外，监管机构应做好智能合约审计、市场风险判断、发布监管法规等工作，金融科技公司应维护联盟链运行并及时报告技术风险等。

其二，构建金融基础设施系统性风险整体监测和预警制度。对于金融基础设施的系统性风险监管，不能仅依靠其内部控制报告等合规数据，金融科技背景下单个机构的数据局限性呼吁监管者以超机构监管方式对行业或市场风险进行整体观察。监管机构欲掌握金融基础设施系统性风险发展情况，可在科技监管平台重点建设以数据驱动的大数据风险态势分析模块，通过后台程序接入金融基础设施运营系统，以大数据、人工智能等技术统合分析某企业、个体在不同金融基础设施系统中的金融交易数据、信用征信数据等，进行画像并判断该企业或投资者的信用状况，预测其在金融市场的行为趋势。同时，监管机构还可逐渐扩大分析视域，待掌握金融市场参与者基本投融资信息后，汇集金融基础设施信息工具所输送的实时金融数据，进行宏观分析与集中研判，最终帮助判断所有市场参与者对具体金融基础设施在一定时段内潜在的风险暴露。如此，在市场出现风险异常时，监管机构便能够及时给予金融基础设施风险提示，要求增加担保品或提前终止净额结算，避免给金融基础设施造成重大信用风险。

需说明的是，金融基础设施系统性风险的监管执行以监管数据为基本要素。市场各利益相关方的解决方案之间的数字包容性与互操作性是监管机构引导风险协同共治、进行整体风险监测的前提。科技监管平台实际上旨在提供一个不同主体、不同数据设备之间的数据交互机制，便于各方主体彼此之间进行无障碍数据交换，协商潜在利益冲突、探讨风险应对。适应金融科技发展的监管机制，须充分发挥各利益相关方对金融基础设施机构治理及系统性风险监管的能动性，实现科技监管工具推动下的高效协调与妥协。

五、结 语

金融科技的“破坏式创新”特点意味着其引发了提升金融效率与冲击金融安全的双重后果，故以科技力量驱动的金融基础设施也同时面临着提升基础设施服务效率的机遇与冲击原有基础设施服务体系的风险。当谈及金融基础设施建设中的系统性风险监管时，必然是建立在各方对其的高度认可和深刻理解之上。通过实现“金融基础设施—关键参与者—金融科技公司”全面监管、管理好金融基础设施中的金融科技应用风险、以监管科技重塑金融基础设施系统性风险监管逻辑，可以高效统筹监管，推进金融基础设施宏观审慎，提高金融科技背景下金融基础设施系统性风险的全面性与前瞻性监管能力。惟其如此，监管机构所制定的监管政策、规范性文件，乃至所采取的监管执法行动才可能恰如其分，从而最大限度地利用科技进步所创造的发展机会。

Abstract: Financial technologies applied to financial infrastructures can improve the quality and efficiency of its services, lead to the birth of new financial infrastructures. Meantime, platform-based Fintech companies possess the function of financial infrastructures as well. As for systemic risk regulation, Fintech applications have an effect of both magnifying and mitigating the systemic risk of financial infrastructures. However, China's systemic risk regulation of financial infrastructures faces three challenges of resources shortage, motive inadequacy and data limits. Therefore, renewal in the regulation of the systemic risk of financial infrastructures ought to be inflicted, based on highly efficient information collaboration, adapting an comprehensive and prospective way of supervision relying on risk judgements, as well as seeking to using technologies to regulate technologies with technology regulatory tools. Regulators should build a systemic risk regulatory framework of "infrastructures-key participants-Fintech companies" of financial infrastructures; efficiently manage risks of Fintech applications in infrastructures; use technology regulatory tools to guide risk co-governance and monitor the overall risk development, using Regtech measures to restructure the logic of regulating systemic risk of financial infrastructures.

Key Words: fintech, financial infrastructure, systemic risk, risk regulation

(责任编辑:李 敏 赵建蕊)

金融交易数据的监管应用 ——以交易报告库为中心

张 阳*

• 174 •

内容提要：数据的利用源于私法交易需求，但存在公法监管之必要。在强化金融风险防范的背景下，以增强交易透明度为旨向的数据报告机制革新和系统审视甚为关键。与民法关切的数据保护、商事层面的数据交易、监管角度的数据统计不同，数据报告可从三个维度分析：中心维度是交易报告库的设施聚合运作，基础维度是前端主体、产品和交易的数据标准解构，重点维度是后端目标数据的分类集成和分层使用。由于多头监管、分业监管和监管治理滞后，我国金融交易数据报告制度存在角度离散、广度不足和深度阙如之缺陷，且数据口径不一、数据面向偏狭、数据风险揭示不足等问题突出。慎思回应之策，一是要加强交易报告库的识别规制、运行治理和危机处置，二是推进数据标准的对接转化、特色塑造和国际话语权争夺，三是明晰不同监管机构的数据获取安排。同时，还应关注以区块链为代表的去中心化技术对数据报告制度的冲击，以数据共享替代数据报告的愿景暂不可行。

关键词：金融交易数据 交易报告库 金融市场基础设施 数据交易 数据保护

一、引言

随着科技的迭代革新，数据对现代经济的功用得到极大拓展，其被列入继土地、劳动力、资本、技术后的第五类新兴生产要素。其不仅是虚拟世界交互运作的“原油”，^{〔1〕}也成为驱动

* 张阳，武汉大学法学院讲师。

本文为教育部人文社会科学研究项目青年课题“风险防范视域下金融科技应用的监管对策研究”（18YJC820083）的阶段成果。

〔1〕 See Katerina Pistor, Rule by Data: The End of Markets? 83 (2) *Law and Contemporary Problems*, 106 (2020).

实体产业发展的引擎。在金融市场中，数据更是连接主体、产品、资金要素的纽带和载体。而金融交易数据（transaction data）又是金融数据的核心，其关涉交易动态过程，是勾勒金融网络的要核。传统研究多关注民法维度的数据保护和商事层面的数据交易，这在效率导向下的经济运作中无可厚非，但在复杂、专业、涉众的金融市场中，私法的协议安排和权属保护无法解决系统性风险问题。以服务于监管为本色的数据报告制度则是识别和化解金融市场风险的专属利器。尤其2008年全球金融危机以来，效率和创新价值追求趋于保守，风险治理再度回归监管主线，围绕数据报告的规则层出不穷。^{〔2〕}近期新冠疫情又致使传统线下的现场监管难以成行，技术加持下的非现场监管成为新的优选，数据报告机制以电子化、非接触、及时性为显征，其重要性愈发凸显，备受监管青睐。^{〔3〕}

国际上，数据报告机制的创新在次贷危机后集中显现。受场外衍生品“黑洞”问题刺激，为提高交易透明度，各国陆续加强数据报告机制建设，通过设立交易报告库（trade repository, TR）解决数据要素分散问题，使基础数据汇集到TR，通过TR聚合处理形成监管所需的目标数据。2012年起，围绕TR的国际规则逐渐出台，至今已形成体系化结构。相比之下，我国进展较慢，长期聚焦于前台交易，对后台设施布局乏力。^{〔4〕}2020年《中国人民银行法（修订草案征求意见稿）》首度将交易报告库的设立和监管列入央行权限，^{〔5〕}证监会主导的监管市场在2019年已开始抢先布局，北京地方金融监管局也表示支持TR的设立。声势虽盛，然散乱的试水却有“门面装饰”之嫌，在监管博弈下难免成为政绩竞争的产物，且未能厘清与传统数据统计的边界。对数据报告机制这一“熟悉的陌生人”，亟需系统审视其促进监管功能的发挥。比如，交易报告库为何是中心化架构，其与金融中介差异何在？具有公共利好的数据标准为何推进困难重重？监管机构对交易数据的获取应包括哪些层面和规程？实际上，以交易报告库为中心的数据报告机制不仅是本土改革的需求，亦是对外寻求国际话语权的突破口。在我国走向高层次开放、建设金融强国的道路上，TR作为金融市场基础设施的最新成员，有较广阔的国际制度设计空间。那么，以TR的运行机制为轴心，如何认识设施、标准和制度的关系，将是本文贯穿始终的主线。

• 175 •

二、交易报告库功能定位

交易报告库是带有浓重技术色彩的创新型机构，应从金融市场主体的系统结构和历史演变

〔2〕以欧盟为例，自2008年以来，其已颁布了40余份数据报告的规则。See European Commission, Executive Summary of the Fitness Check of EU Supervisory Reporting Requirements, Commission Staff Working Document SWD (2019) 403, November 6, 2019.

〔3〕See Antonio Pancorbo, David Lukas Rozumek, Katharine Seal, Supervisory Actions and Priorities in Response to the Covid-19 Pandemic Crisis, Special Series on Financial Policies to Respond to Covid-19, International Monetary Fund, October 7, 2020.

〔4〕参见张阳：《金融市场基础设施论纲：风险治理、科技革新与规制重塑》，载《经济法学评论》2018年第2期。

〔5〕《中国人民银行法（修订草案征求意见稿）》第39条第1款规定：“中国人民银行负责制定重要金融基础设施建设规划并统筹组织实施，推进金融基础设施互联互通并拟订相关业务规则，统筹建立覆盖全市场的交易报告制度，建设并运营总交易报告库。”

中探究其定位。与“前台”的投融资主体、金融中介不同，交易报告库是“后台”金融市场基础设施（financial market infrastructure, FMI），属于支持性机构（supportive institution），公共物品属性突出。^{〔6〕}当前 TR 不被市场熟知的原因在于，TR 隶属的金融市场基础设施为运行在底层的“管道”，不如前台交易所受关注度高。再者，TR 是 FMI 的最新成员（其他主要成员包括重要支付系统 SPS、中央证券存管系统 CSD、证券清算系统 SSS、中央对手方 CCP），于 2012 年后才逐步进入国际规制视野。交易报告库是补足金融市场主体的最后一块“拼图”，实现了金融交易后台数据^{〔7〕}要素的规制补缺，将金融监管、金融交易和金融处理三条脉络衔接为一体。本部分从本体阐释、横向比较和纵向流程对交易报告库予以阐释，以期揭开其神秘面纱。

（一）本体解释：监管导向的风险监测工具

交易报告库，也称数据报告库（data repository），根据国际清算银行（BIS）和国际证监会组织（IOSCO）的定义，它是指集中维护（maintain）交易数据电子记录的单位（entity），为组织法的主体概念，而非单纯的技术性操作系统、储存设施（storage facility）或数据库（database）。^{〔8〕}交易报告库的涌现与 2008 年金融危机相关，由于盘根错节的场外衍生品交易缺乏透明度，监管面临风险黑箱，2009 年的 G20 会议强调加强场外衍生品监管，核心举措为要求所有场外衍生品向交易报告库报告。2012 年 BIS 和 IOSCO 将 TR 列入金融市场基础设施的组成部分，^{〔9〕}起先适于衍生品市场，后逐步扩大至整个金融市场。

本质上，交易报告库是一种归集性的“增量”创新，将市场原本“多对多”（N 对 N）的散射式“并联”报告，转为“一对多”（N-1-N）的中心式“串联”报告，其功能是提高透明度、增强市场监管和减少系统性风险，三者层层递进共同指向风险监测治理，即收集市场数据并为监管主体所用。^{〔10〕}因其服务于监管的导向突出，交易报告库被视为金融市场的公共物品，多由政府机构特设。但也不尽然，由于 TR 本身不生产数据，而是数据“搬运工”，数据主要来源于其他主体、机构的信息报送或联通，域外 TR 的设立存在混合模式。最典型的是 TR 和 CSD 的融合运作，例如，在美国，数据报告库（DTCC Data Repository, DDR）由证券存托和结算公司（DTCC）设立，欧洲交易报告库（REGIS-TR）由西班牙中央证券存管机构 Iberclear 和国际证券存托机构 Clearstream 共同设立。原因在于：一方面，TR 是新生产物，若独立设置新型 TR，制度规范和具体运作上缺乏先前经验，投资者对市场信息集大成者的 TR 能否有效安全运作存有疑虑，而嵌入既有设施则可减少新机制施行的障碍。另一方面，TR 是信息要素的处理，不涉及具体券款交易，不涉及复杂的破坏式创新，只需新增端口将券款数据转换为必要数据并标准化处理即可。

〔6〕 See William J. Rankin, Infrastructure and the International Governance of Economic Development, 1950-1965, in Jean-Francois Auger et al. ed., *Internationalization of Infrastructure*, Delft University of Technology, 2009, pp. 61-62.

〔7〕 本文的数据并非是单纯的技术性意义的底层数据（计算机识别语言下的 1、0 排列表达），而是具有价值导向，与信息概念近似。金融市场的三大核心要素包括资金（货币）、证券（产品）和信息（数据）。

〔8〕 See CPSS (BIS) -IOSCO, Considerations for Trade Repositories in OTC derivatives, May 2010.

〔9〕 See CPSS, IOSCO, Principles for Financial Market Infrastructures, April 2012.

〔10〕 See Lucia Quaglia, *The Politics of Regime Complexity in International Derivatives Regulation*, Oxford Express, 2020, pp. 72-73.

然而,监管导向的交易报告库也内含利益纠葛和成本耗费,这也是为什么看似技术难度不大的设施却诞生如此之晚的原因。首先,交易报告库具有公共物品属性,贯穿交易全程但并不参与具体交易,营利主要依靠服务费,不从交易价格变动中获利或承担风险,^[11]故私有主体设立和运营的动力不足;其次,数据监管主体多头割裂,而有效分析信息的关键在于全面获取信息,局部分散的数据对监管识别和风险管理功用有限,加之交易报告库涉及的数据元素标准需要全球协调,国际监管配合推进难度较大;^[12]在相对直接的资金、证券要素的规制中,监管权的行使涉及深广的利益分配,寻租空间较大,而金融交易中底层的数据要素之信息价值的“变现”则显得较为滞缓和间接。再次,对报告主体而言,报告是一种成本消耗型行为,在成本效益分析下,若无明显直接利好,其积极参与数据报告的动因微弱;最后,受路径依赖(path-dependent)的影响,传统金融统计等制度的竞争也难免削弱信息报告的独特作用。

近年来TR能够涌现,主要源于风险积聚的外因刺激。市场平稳时,行为合规和微观审慎占据主导地位,效率创新为核心追求,可一旦涉及系统性危机,整个市场将陷入瘫痪,负外部性明显。随着风险频发、产品日益复杂、主体趋于多元,安全价值再度上升为核心考量。且相较于业务限制等措施,数据报送机制的革新具有成本优势。

(二) 横向比较:系统视角下的主体定位

仅以本体分析不足以揭示交易报告库特点,尚须与既有市场概念作区分。交易报告库是金融市场基础设施的一种,具有FMI的基本特点:第一,网络连结性,^[13]TR是金融体系的中心节点,其既是单一的机构,也是系统的存在,溢出效应(spillover effect)明显,一旦发生危机会有波及其他主体或实体经济的危险;第二,沉没成本(sunk cost)高,TR的设立及运作一般需长期、固定、大量的投资(技术升级、系统保障、风险基金等),市场进入成本较高,且由于业务专业性、面向较单一及难以割裂,一旦退出市场,则投入的成本难以收回;第三,自然垄断性,相较于多个TR,市场存在一个TR往往服务效率更高,有边际效益递减的弱增性(subadditivity)规律,过多TR会使数据交叉分散影响准确性,且发挥同一功用的多个TR内部运行规则往往存在差异,影响市场主体的报告合规成本;第四,公共物品属性,^[14]TR主要由政府或非营利主体设立,虽个别国家金融市场的公共物品早期由市场提供,但后期政府或由政府主导的非营利性机构逐步加强对这类设施的控制管理,使其具有典型的“民办官营”特点,^[15]即便市场化运作,也会一定程度上得到央行授信或政府的隐性担保。

此外,交易报告库主体定位可通过比较分析予以明晰。首先,与投融资主体不同,设施的后

[11] 参见〔德〕马丁·迪尔等编:《金融基础设施经济学分析》,中央国债登记结算有限责任公司译,中国金融出版社2019年版,第4页。

[12] See M. Breen, D. Hodson, Moschella, Incoherence in Regime Complex: A Sentiment Analysis of EU-IMF Surveillance, 58 (2) *Journal of Common Market Studies*, 419-437 (2020).

[13] See Leon Rincon, C.E., Financial Stability from A Network Perspective, Center for Economic Research, 2014, p. 183.

[14] See Ruben Lee, *Running the World's Markets: The Governance of Financial Infrastructure*, Princeton University Press, 2011, pp. 10-11.

[15] 参见焦瑾璞:《中国金融基础设施功能与建设研究》,社会科学文献出版社2019年版,第12-14页。

台定位决定了其不参与交易而只是服务于交易。其次，虽具有信息汇集功能，且在部分法域中被立法赋予要求市场主体向其强制报告的权利，或有监管当局授权（类似于交易所），但 TR 本身并非监管者。再次，TR 不是传统金融中介，虽然二者均为第三方机构，但差异明显：一是金融中介并非必然参与每笔金融交易，其以效率为导向，是金融交易可选项，但 TR 设立后即成为金融交易闭环系统的组成部分，以安全价值为核心追求，是金融交易必选项；二是金融中介可为个性化的双边系统，但 TR 具有网络连结性特征，并非对接个别主体，须为全局性的多边系统；三是金融中介关注点多为微观风险，而 TR 是监管导向的基础设施，须考量系统性风险。最后，TR 也不是新型金融平台。近十年来，随着互联网技术的成熟，金融平台正发生消融中介、重新迭代之变，^[16] 是去中介化（disintermediation）的直接体现，其以交易为直接面向，借助规模效应和直通式平台，解构冗长复杂的交易链条^[17]。平台的着眼点在于“交易中”的撮合，而 TR 是“交易后”的支撑性服务，在同一金融过程中二者并非处于同一位置（参见图 1）。平台的影响力虽强大，但仅仅是对中介的优化或替代，与底层交易报告没有直接关联；且因其处于交易的逐利过程中，运营多为考量成本收益的私人主体，而 TR 更关注风险价值，通过风险管理和监管机制侧重承担系统性风险的防范职能。^[18]

虽然交易报告库属于金融市场基础设施的分支，与其他子类设施虽有共性，但亦存在差异。按 2012 年《金融市场基础设施原则》（PFMI）规定，^[19] FMI 包括五类，^[20] 分别是重要支付系统（SPS）、中央证券存管系统（CSD）、证券结算系统（SSS）、中央对手方（CCP）和交易报告库（TR）。上述类型划分的逻辑何在？虽看似分散，却反映出金融交易的核心要素（资金、证券、信息）的连结关系。SPS 用于多个参与者之间的资金转账，体现出资金端的款项支付保障；CSD 则提供证券账户集中保管和登记，定位于证券端，^[21] 而 CCP 和 SSS 负责清算结算业务，主要是资金和证券的数额动态轧差；TR 聚焦于数据报送，是金融市场的信息聚合。可以说，TR 的出现弥补了金融运营体系中数据要素缺失这一短板。由于数据归集之要求，TR 犹如“设施中的设施”，其他四类设施的运作也需接入 TR，从而为监管决策提供交叉验证和全景分析支持。

（三）纵向流程：中心功用发挥的前提和对象

除静态的横向比较外，对 TR 的全面理解还应从纵向数据流动的流程视角展开。TR 产生之前并非没有交易报告机制，只是缺乏中心化的设施聚合。此前，市场主体按照监管要求，要么直接向监管机构履行报告义务，要么通过中介或交易所进行报告。这种分散的数据报告为了应对不

[16] See Tom C. W. Lin, Infinite Financial Intermediation, 50 (3) *Wake Forest Law Review*, 655–656 (2015).

[17] See Orly Lobel, The Law of The Platform, 101 (31) *Minnesota Law Review*, 147 (2017).

[18] See Guido Ferrarini, Paolo Saguato, Regulating Financial Market Infrastructures, ECGI Working Paper Series in Law (Working Paper No. 259/2014), pp. 5–6.

[19] See CPSS, IOSCO, Principles for Financial Market Infrastructures, 2012, Art. 1.8–Art. 1.14.

[20] 部分法地域有扩张性的解释，例如将交易场所纳入的模式，如瑞士《金融市场基础设施法》第二章“关于交易场所（trading venue）、组织化交易设施（organized trading facilities）”。See Federal Act on Financial Market Infrastructure and Market Conduct in Securities and Derivatives Trading (FMIA), SR 58.1 of Federal Assembly of Swiss Federation, 2015.

[21] 证券端不限于狭义的股票、债券等证券，此处证券应作广义解读，是“金融商品（产品）”的指称。

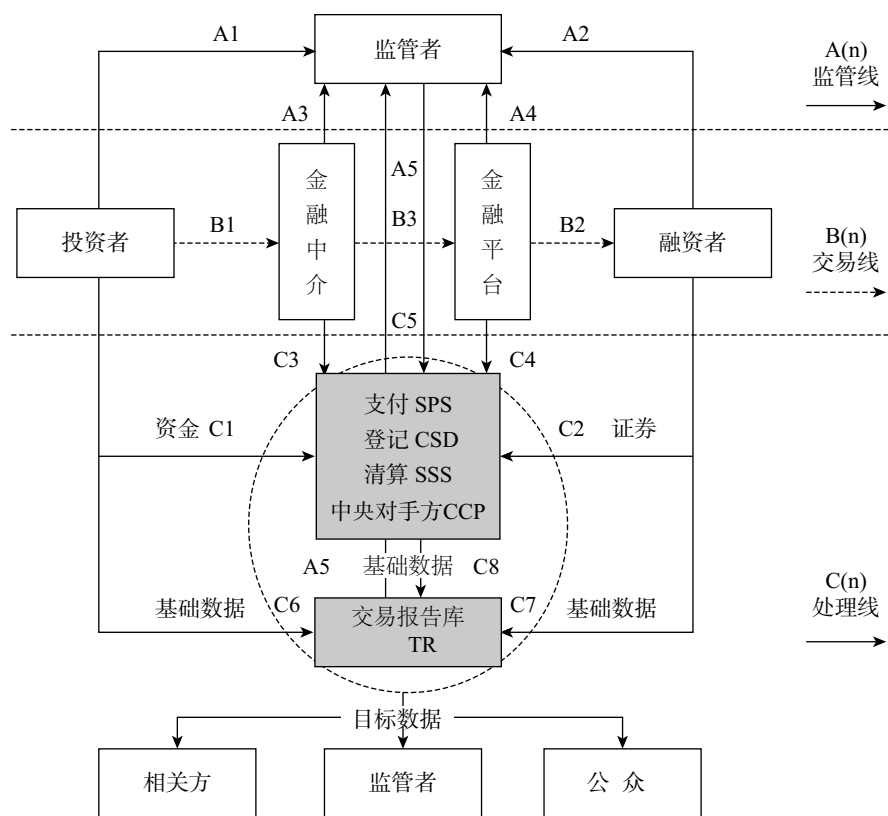


图1 金融市场的主体组成和流动关系

• 179 •

同的监管要求，同一数据不得不改成不同格式。多头、多次报告导致成本高，且不同监管主体间缺乏数据的互联互通。然而，TR的引入则搭建了市场主体与监管者之间的桥梁，^{〔22〕}从而有助于增强信息归集，降低报告者合规成本，增进市场全景的透明度。

需注意的是，TR尚为新兴主体，不同国家对TR的运作存在自身标准，以增强管辖之权威，实现数据专属性的获取，这难免造成“市场割裂”（market fragmentation）的国际难题，^{〔23〕}因此，试图从设施层面建立统一的金融市场交易报告库愿景虽好，但短期内难以实现。实际上，相较于TR的“硬件”设施差异问题，统一数据的“软件”标准更为关键，特别是元要素的提炼是数据报告及风险监测的核心要义。从数据报告流程看（图1），TR是中心化的“加工厂”，流程优化不仅在于自身建构，更在于前端基础数据的元素解构和后端目标数据的分类集成。

向前端追溯，交易报告库的本质定位是数据储存、证明和加工的“数据仓库”（data warehouse），自身并不产生交易数据，数据来自其他市场主体。由于金融交易复杂，定义节点诸多，不同数据主体对交易要素抓取不同，倘若缺乏有效的共识性“元要素”，不同变量的数据堆积却

〔22〕 See FSB, Feasibility Study on Approaches to Aggregate OTC Derivatives Data, September 19, 2014.

〔23〕 See Institute of International Finance (IFF), Addressing Market Fragmentation: The Need for Enhanced Global Regulatory Cooperation, January 2019.

无法互通分析，难免沦为无效的信息“垃圾”。〔24〕数据标准不一不仅体现在国别间的差异，〔25〕也存在于国内不同监管主体的要求差异。因此，凝练金融基础数据的标准化元素甚为重要。〔26〕

向后端着眼，交易报告库不像其他 FMI（支付、登记、托管、结算等设施）介入金融交易券款的实际处理，其存在的核心目标在于服务监管，与其他金融基础设施是平行的运行关系，将金融交易全景跟踪拍照（snapshot）。〔27〕基础数据在 TR 汇集加工，根据不同监管部门的差异化需求，产生不同目标数据，实际上起到数据的分类和分层作用，监管部门可由原先对接成千上万的数据源转而对接一个或多个 TR。尽管 TR 的核心目的在于服务监管，但亦有向市场主体和社会公众披露数据的潜在空间，从而助力于多种社会政策效益的发挥。

三、基础数据的元素解构

交易报告库是数据处理的中枢设施，其顺畅运作需要前端标准化的数据输入。金融交易图景的勾勒要依赖基础数据，其要素如何解构关乎后续数据的准确性和完整度。

（一）标准要素的利弊权衡：为何难以产生

界定基础数据的元素非常必要。首先，对参与者来说，有利于明晰交易对象。基础元素的作用是将个性化语言通过标准化代码（数字+字母，Alpha-Numeric）予以清晰准确地表达，避免一个对象的多个名称混淆交易。实践中，因缺乏元要素，不少主体被迫耗费巨资构建系统“清洁数据”（data cleaning），进行交易的验证和分析。其次，对其他公众而言，有利于商业秘密的保护。以元素为基准，尤其是非“智能信息”（intelligent information）的嵌入，能增加相关交易方的数据保护度。再者，有利于适应金融市场规模化、高频的交易，基础要素的报告将复杂金融交易简单化转译，可快速清晰界定交易信息，减少交易识别的时间成本，提高交易效率。最后，有利于监管针对性地抓取。通过基础要素的拆分使监管有清晰的目标，能集中有限资源监测重点风险，避免多元化的名称或要素造成统计繁杂。恰如科尔教授所言，“没有可靠的数据，监管者将如同盲人飞行”〔28〕。

尽管利好明显，但基础数据的元素解构却发展滞缓。何以如此？从技术角度审视，金融产品可谓现代社会最多元、最复杂的对象，且不说银行、证券、保险之区分，单是股票、债券、衍生品之间也存在诸多差异。加之金融产品具有无形化、结构化的特点，且随着交易实践的发展不断创新，尤其是嵌套性资管产品，底层资产和外在产品的关联依赖于复杂的交易设计，这引发技术上如何有效归纳数据节点的困难。须注意，并非要素点越细密越好，因为这会增加市场主体报告

〔24〕 See Eric Helleiner, Stefano Pagliari, Irene Spagna, *Governing the World's Biggest Market: The Politics of Derivatives Regulation After the 2008 Crisis*, Oxford University Press, 2018, p. 243.

〔25〕 See M. Lehmann, Legal Fragmentation, Extraterritoriality and Uncertainty in Global Financial Regulation, 37 (2) *Oxford Journal of Legal Studies*, 406-434 (2017).

〔26〕 See M. Gal, Data Standardization, 94 (4) *New York University Law Review*, 737-770 (2019).

〔27〕 See CPSS-IOSCO, Authorities Access to Trade Repository Data, August 12, 2013.

〔28〕 B. Coeure, Setting Standards for Granular Data, Speech, ECB, 28 March 2017.

负担,影响后续交易报告库数据聚合分析的共性提炼,繁多的元素很可能将形成信息噪音,还干扰核心数据的价值和风险识别。另外,监管博弈因素亦不可小觑,不同地区的监管主体基于地方保护主义考量,认为适用其他地区标准一定程度上将减少自身话语权,因此解决制度分割难以一蹴而就;〔29〕即便同一地区的监管者,也有分业监管的差异,如何系统性地调和监管利益,难度并不低。

既存行业的标准“惯性”也不能忽视。在以全球化视域推进新标准元素的背景下,现行的行业标准基于自身的路径依赖,尤其是中小金融机构,缺乏足够动力来承担转换对接新标准的成本。抛开技术难度、行业惯性和监管博弈,单就标准推进来看,仅靠市场力量难以达成。原因在于,一是集体行动(collective action)因素作祟,标准设立者沉没成本较高,且由于标准的公共物品属性,极易被“搭便车”;〔30〕二是受网络效应(network effects)的影响,即便有市场主体设计要素标准,标准效用的发挥需要规模基础,而标准设立初期往往应用规模小,收益低,因此靠市场推动难度大;三是仅靠市场主体的推动缺乏强制力,自愿接受的覆盖面有限,且市场主体存在利益导向,即便“大公无私”的奉献也难以获得公信力,可能遭受同行竞争者的挤压。

因此,监管介入实属必要,尤其在金融全球化背景下,国际金融标准组织的协调尤为关键。通过超主权的国际协调将公共政策考量纳入行业代码,既能最大程度避免监管俘获,又能防止市场失灵的发生。在基础共识基础上,以软法(soft law)〔31〕方式还能留有必要裁量空间和特色设计,从而助益于全球金融的正外部性发挥。〔32〕

(二) 基础数据的三重解构:主体、产品和交易

次贷危机后,为回应场外衍生品透明度欠缺的问题,在G20峰会倡导下,金融稳定理事会(FSB)、国际清算银行支付和金融市场基础设施委员会(BIS-CPMI)、国际证监会组织(IOSCO)及国际标准制定组织(ISO)陆续颁布基础数据的相关规定(参见表1)。2012年1月,BIS和IOSCO共同发布《场外衍生品数据报告和整合安排》,提出基础数据的三大要素。

首先进入监管视野的是主体要素的认定。2012年6月,FSB发布《全球金融市场法人识别符治理安排》(Global Legal Entity Identifier for Financial Markets),法人识别符(legal entity identifier, LEI)是一个由数字和字母组成的20位编码(如YUV8PRHOZSRFRC4JO269),全球法人识别符系统监督委员会(The ROC of the Global LEI System)负责为每一个注册的金融市场参与者提供独一无二的识别码。ROC以独立的组织形式避免对基础或附属业务的依赖,同时为减少相关主体的注册成本,其按照成本弥补型(cost-recovery basis)计费。虑及LEI尚为新兴产物,其原则上未排斥既有的其他标准,如在LEI之前的ISO 17442标准仍可适用。LEI在不

• 181 •

〔29〕 See K. J. Alter, K. Raustila, The Rise of International Regime Complexity, 14 *Annual Review of Law and Social Sciences*, 320-349 (2018).

〔30〕 See Financial Stability Board (FSB), Global Legal Entity Identifier for Financial Market, June 8, 2012.

〔31〕 软法“管用”的原因在于其有相关的同行评议机制,例如FSB、BIS和IOSCO定期对LEI、FMI、营商环境的执行情况进行分析评价,各地区会顾及国际声誉。See Chris Brummer, Why Soft Law Dominates International Finance-And Not Trade, 13 (3) *Journal of International Economic Law*, 63-64 (2010).

〔32〕 See S. Gadonis, Three Pathways to Global Standards: Private, Regulator, and Ministry Network, 109 (1) *American Journal of International Law*, 1-57 (2015).

同国家的适用存有差异，据 FSB 2019 年报告，国际 200 多个国家和地区约有 140 万 LEI，整体比例较低，即便美国等发达市场，适用面也仅 2%~7% 左右，还有 100 多个地区 LEI 注册数不足 100 个。这与半数以上的地区采用自愿性要求（optional）有关，^{〔33〕} 强制性规定注册的适用地区有限，且部分地区仍采用自有的 LEI 替代系统。国际金融市场基础设施的立法先驱——瑞士 FMIA 对主体要素便采取了三类方案：首先适用 LEI，如未注册则适用 11 位的商业识别码（ISO 9362：2014），若仍没有，则使用最多不超过 50 位的内部系统码（internal code）。^{〔34〕}

在主体之外，产品要素的统一随之跟进。CPMI-IOSCO 和 FSB 分别在 2017 年和 2019 年颁布《唯一产品识别码统合的技术指引》（Technical Guidance on Harmonization of the UPI）和《唯一产品识别码统合的治理安排》（Governance Arrangements for the UPI），唯一产品码（unique product identifier，UPI）有 12 个数码，包括验证的检验符，内部组成涉及产品信息和底层资产信息。产品码的获取不同于主体码（法人识别符），其需要基础数据参照库，产品主要围绕信用、权益、利率、汇率和商品五种类型展开。产品码的管理机构被 FSB 授予 LEI 的 ROC，采用中心化发行模式，这有利于全球金融市场确立统一的产品要素数据，但要注意垄断、寻租及单点失败的系统性风险等问题。产品码目前未被强制全球性推行，既有标准仍有适用空间，如国际证券识别码 ISIN（ISO 6166：2013），欧盟的替代性产品识别码（alternative instrument identifier，AII），瑞士的交易所产品码（exchange product code，EPC）。^{〔35〕}

仅有主体、产品要素仍过于静态，无法获知交易行为或过程的动态数据。2017 年 FSB 和 CPMI-IOSCO 又分别发布了《唯一交易识别码的治理安排》（Governance Arrangements for the UTI: Conclusions and Implementation Plan）和《唯一交易识别码的技术指引》（Technical Guidance on Harmonization of the UTI）。唯一交易识别码（UTI）起初应用在衍生品市场，之后向其他市场扩展，为增强交易码的适用范围，文件采用“可报告的交易”（reportable transaction）以兼顾地区差异。交易码长达 52 位，须覆盖交易的全生命周期（life-circle）变化，以保证该码的稳定性。交易码生成无须中心化机构，也无须中心化发行，核心功能是避免“双花统计”。LEI 和 UPI 保证交易唯一性（unicity），UTI 则确保交易的一致性（consistency）。

表 1 国际数据报告制度的核心规定

颁布机构	规范名称（简称）	颁行时间	内容重心			内容精度		
			基础数据	TR 本身	目标数据	低精度	中精度	高精度
FSB	主体数据治理安排（LEI Governance）	2012	■					●
	数据整合进路（OTC Data Aggregation）	2014	□	■	□			●
	交易数据治理安排（UTI Governance）	2017	■					●
	产品数据治理安排（UPI Governance）	2019	■					●

〔33〕 See FSB, Thematic Review on Implementation of the Legal Entity Identifier (Peer Review Report), May 2019.
〔34〕 See Art. 93 of Financial Market Infrastructure Act in Swiss, 2015.
〔35〕 See Annex 25-Section 2a (10) of Financial Market Infrastructure Act in Swiss, 2015.

续前表

颁布机构	规范名称（简称）	颁行时间	内容重心			内容精度		
			基础数据	TR本身	目标数据	低精度	中精度	高精度
CPMI-IOSCO	交易数据技术指引（UTI Tech Guide）	2017	■					●
	产品数据技术指引（UPI Tech Guide）	2017	■					●
	其他关键数据技术指引（OCDE Guide）	2018	■				●	
	其他关键数据治理安排（OCDE Governance）	2019	■				●	
	数据报告和整合安排（Data Report）	2012	■	■	■			●
	数据的监管接入（Data Accesss）	2014			■	●		
	金融市场基础设施原则（PFMI）	2012		■	□		●	
	金融市场基础设施恢复（FMI Recovery）	2017		■				●
	金融市场基础设施网络韧性（FMI Cyber）	2016		■			●	
	央行所属设施的原则之适用（CB-PFMI）	2015		■		●		
	关键服务提供者的监管评估（CSP Assess）	2014		□			●	
ISO	主体数据技术指引（LEI Code）	2012	■					●

注：表中的实心代表核心的聚集；空心代表概括的提及。

• 183 •

上述三种元素构成基础数据的核心维度，但并未覆盖全部数据维度。为增加风险监测的全面性，CPMI-IOSCO在2018、2019年进一步出台“其他关键数据”（other critical data elements, OCDE）的治理安排和技术指引，^[36] 重点强调场外衍生品领域的其他定义性数据点，将国际ISO标准有机融入，包括时间戳，对手方和收益方，清算、交易、结算，常规支付，估价，抵押品和保证金，价格，名目账单和数量，其他支付，打包组合及定制组合等内容，主要目的是为各地区监管指引提供模板化的参照。四种元素治理要求，均有唯一性（uniqueness，唯一代码）、中立性（neutrality，不含地理、名称等嵌入性的智慧信息）、真实性（reliability，有发行和验证的机构）、开源性（open source，要与既有系统兼容）、可拓展性（extensibility，能适用于未来所有全球金融交易数据的处理）、简明性（lean），以及非必要不修改原则。

可见，金融交易数据基本元素包括主体（码）、产品（码）和交易（码），其以简明、清晰、普适的数字和字母组合描述金融交易基本情况，通过动静兼具的视角保证基础数据的准确、一致和较高的完整度。同时，其他关键数据又为金融数据的全面监测和全景描述提供了进一步的参照。正是通过元素的标准化界定，TR的数据分析比对才更具规范性和统一性。

[36] See CPMI, Technical Guidance on the Harmonization of Critical OTCDs Data Elements (Other than UTI and UPI), April 9, 2018; CPMI-IOSCO, Governance Arrangements for Critical OTCDs Data Elements (Other than UTI and UPI), October 9, 2019.

四、目标数据的分类集成

基础数据经由交易报告库进行集中化处理和分流。交易报告库不仅是数据中转平台，其本身对接不同的监管者，根据不同监管目标对数据还有分类集成的作用。那么，需要探究通过交易报告库输出何种数据方可满足监管需求。有几个问题须重点思考：加工后的数据有几个维度，不同金融监管部门对数据需求有何差异，除监管功用外，目标数据可否有其他受众。本部分聚焦目标数据，探讨其内在维度和使用范围。

（一）数据集成的三种维度：深度、广度和识别度

一种偏颇的说法长期盛行，即“数据越多、越精细越好”，^[37] 这种观念或可满足监管的权力欲望，但并非监管治理的客观需要。次贷危机后，根据监管目标的不同，精准化数据抓取成为主流。精准化强调数据的聚合处理（data aggregation），根据数据结构化理论，基于特定目的的数据整理，可能涉及逻辑、数学运算（加总、筛选、比较等）。数据处理存在深度、广度和识别度之分。此种划分在 2012 年《场外衍生品数据报告和整合安排》（Report on OTC Derivatives Data Reporting and Aggregation Requirement）中被首度提及，被 2013 年《数据的监管切入》（Authorities Access to Trade Repository Data）基本确立，且 2014 年《数据的整合进路》（Feasibility Study on Approaches to Aggregate OTC Derivatives Data）专门予以说明。

最核心的维度是数据处理深度（depth），这关乎监管机构获取的数据颗粒度（granular）。颗粒度犹如光谱，从精细向聚合可分为三层次。首先是交易层面的数据（transaction-level data），直指具体“交易”本身，包含单个交易细节，其未经逻辑或数学计算加工，能使监管者有效识别交易方和相关交易协议。其次是头寸层面的数据（position-level data），聚合度有所强化，是特定主体或部分产品“轧差”的净额，强调一方或多方参与者多个交易联动处理后的实际头寸风险，一般需要特定时点的截图式分析（snapshot）。最后是聚合层面的数据（aggregate-level data），^[38] 是指根据不同的种类（如产品、地区、货币等），通过逻辑、数学方式“加总”所有相关的整体数据，该数据不含任何单个交易信息，强调揭示市场全景，与数据统计基本为同义。

如果说深度是纵向切入的数据视角，那么广度（breadth）则是横向范围的数据维度，意在明晰监管获取的数据主体范围。不同监管主体有不同监管对象，根据权能差异，特定监管主体可能仅可获取部分对象的数据。如在分业监管模式下，证券监管部门对证券机构业务数据有抓取权限，但对银行的数据缺乏监管权能，故数据广度受限。

相较而言，识别度（identity）作为数据处理的第三个维度，是数据保护和商业秘密的重要维度，本质上是补充性角度的描述，强调数据具体信息显名与否。匿名化数据处理并不代表无法

[37] See Denial I. R., Michal S. G., Access Barrier to Big Data, 59 *Arizona Law Review*, 353 (2015).

[38] 区分数据的聚合（data aggregation）和聚合的数据（aggregate-level data）的关键在于：前者是动态的过程，包含数据的深度、广度和识别度；而后者是名词，特指深度之第三层次，即市场的整体数据。

获取交易层信息，其只是将相关信息代码化处理，如法人识别码 LEI 的出现，即便匿名化，仍可揭示完整交易数据。值得说明的是，识别度之划分限于交易层面和头寸层面的数据，毕竟二者涉及具体交易方，但不适用于聚合层面的数据，因为后者是在整体层面的处理，不涉及具体交易，本身已匿名化，不存在有名与否的问题。

(二) 不同监管目标需要的数据匹配：根基型、重心型与场景型

金融市场监管主体众多，如何厘清金融交易数据的监管面向至关重要。既有国际文件（表 1）尝试多维度的阐释，但缺乏类型化归纳。实际上，从理论角度提炼，借助功能性分类思路，金融监管可有三种类型，即根基型监管、重心型监管和场景型监管；不同监管类型又可细分，所需目标数据维度亦存差异（参见表 2）。

首先，“根基型监管”聚焦货币政策，此为金融市场运作的基础，法定准备金率、公开市场业务、贴现政策、基准利率等工具影响货币供应量的变化，金融的本质为资金的融通利用，利率和汇率更是金融市场交易的重要基准和参照，无论金融产品设计组合，抑或投资权衡，均与之紧密相关。具言之，货币政策又有管理货币政策（managing currency policies）和执行货币政策（implementing monetary policy）之别，从具体权属看，一般归于中央银行职能。关于目标数据要求，由于货币政策关涉整个市场变动，因此需更广的面向，法定货币下所有市场主体数据均要纳入。但深度方面二者存异，管理货币政策需关注具体交易清算（尤其是不同货币主体之间的兑换），明晰可能出现的大额交易或特殊交易以对峰值变化作政策回应，这需要交易类数据，同时也需全局性的聚合类数据作整体参照；执行货币政策则仅需聚合类数据。鉴于根基型监管不是合规型的一线监管，重点在于数据分析，对识别度要求较低，匿名数据即可。^{〔39〕}

表 2 不同监管目标需要的数据要求

监管类型 数据要求		根基型监管		重心型监管					场景型监管	
		管理 货币政策	执行 货币政策	双峰模式		分业模式			危机 处置	最后 贷款人
				审慎监管	行为监管	市场主体	中介机构	后台设施		
深度 (depth)	聚合类	○	●	○	○					
	头寸类			○	○					●
	交易类	●		●	●	●	●	●	●	
广度 (breadth)	大面向	■	■	■				□		
	中面向				■	■	■	■		
	小面向								■	■
识别度 (identity)	有名			●	●	●	●	●	●	●
	匿名	●	●	○				○		

注：表中的实心表示必需的数据要求；空心表示可能需要的数据要求。

其次，“重心型监管”关注具体机构、产品和交易行为，是监管的核心类型。根据监管方式

〔39〕 See CPSS-IOSCO, Authorities Access to Trade Repository Data, August 12, 2013.

不同，又有双峰监管和分业模式之别。双峰监管强调审慎风险监管和行为合规监管的界分。^{〔40〕} 审慎监管以风险监管为导向，既有宏观审慎对系统性风险的评估和治理，又有微观审慎对具体对象风险的监测和处置。风险治理具有网络性特点，需大面向的数据覆盖，包括所有交易对手方（all counterparties），数据深度要包括交易类的精细化数据，特别对系统重要性金融机构（SIFIs）应有精确数据分析；基于宏观审慎目标，还需聚合类的全面向数据对风险整体评估；此外，微观审慎聚焦机构间的交易关联，对头寸类数据有所要求，以分析具体机构的业务轧差和风险敞口，但无须聚合类的市场全貌（表2中以“空心”表示）。数据识别度原则应为显名，但在宏观审慎的聚合类数据中无此要求。行为合规监管旨在监测和制止欺诈、内幕交易和操纵市场等破坏金融市场有序运行的行为。^{〔41〕} 其着眼于微观行为，监管需高精度的数据（参与方、时间、频率、标的、底层资产、价格等），故以交易类数据为必要；同时，由于部分交易结构复杂，监管需对嵌套的交易关系进行穿透式监管，此时则需轧差的头寸类数据；数据广度方面，行为监管重心聚焦于相关对象“中观”层面的数据，且违规行为的一线执行需要具体的有名数据支撑。

分业监管模式强调对市场主体的“跟踪式”盯防。传统视角关注市场主体和金融中介，但自2012年PFMI颁布后，金融市场基础设施被单独监管的趋向明显，不同法域陆续在监管当局设置专门机构负责FMI的监管。^{〔42〕} 分业模式下，监管市场主体和金融中介需要高精度的交易类数据，同时保证中观面向的数据广度（按银行、证券、保险等不同监管部门的分工权限获取），因监管执法需要，数据要显名。金融市场设施不仅须满足前述要求，若建立统一的交易报告库，还需覆盖全市场主体；因数据加工的层次性，部分数据可匿名化以满足其他监管主体所需。

再者，“场景型监管”重点关注如何介入危机状态，主要包括金融机构出清型的危机处置和恢复型的最后贷款人机制。最后贷款人（lender of last resort）主要指央行对陷入市场危机的金融机构进行救助。由于聚焦危机状态的个别机构，数据深度更关注轧差风险敞口，以估算流动性支持规模，数据来源以小面向的具体机构为主，又因救助的针对性，交易数据须明确显名。处置手段强调金融机构的有序退出，避免造成市场更大的波动。要有事前“遗嘱计划”（living will）。^{〔43〕} 因核心内容涉及具体主体关联网络、保证金、抵押品等资源结构、参与者风险敞口、风险负担等，需全面的交易类数据；因危机发生须个案分析，数据广度是小面向的主体，且要保证数据显名。

〔40〕 See Andrew Godwin, Guo Li, Ian Ramsay, Is Australia's Two Peak System of Financial Regulation A Model for China, 46 (2) *Hong Kong Law Journal*, 621-646 (2016).

〔41〕 参见黄辉：《中国金融监管体制改革的逻辑与路径：国际经验与本土选择》，载《法学家》2019年第3期。

〔42〕 如新加坡金管局（MAS）有市场政策和基础设施处（market policy and infrastructure），我国香港特别行政区的金融管理局（HKMA）的13个部门中有一个是金融基础设施处（financial infrastructure），澳大利亚证券投资委员会（ASIC）的市场监管局中下设市场基础设施处（market infrastructure）等。

〔43〕 See David K. Suska, Reappraising Dodd-Frank's Living Will Regime, 36 (2) *Review of Banking and Financial Law*, 779-816 (2016).

（三）监管目标之外——参与方和公众对数据获取的边界

诚然，交易报告库的目标数据主要用于监管，但亦有向其他市场主体和公众披露的可能。首先，数据范围仅次于监管者的是交易参与方。参与方是指对相关具体金融交易具有法定权益的市场主体，数据的获取集中于自身数据和公共数据。目的有二：一是通过公共数据获得投资分析依据，二是自身数据的获取给非报告机构的交易对手方以纠错机会，提高交易准确性。鉴于此，数据深度上以交易类数据为主，且限于原始数据；数据原则上显名，但对标准化的聚合交易可匿名处理，重点保障交易准确性。^{〔44〕}其次，公众对TR的数据获取本质为TR的主动披露。之所以向公众披露：一方面是由于TR的公共物品属性，提高金融市场透明度是其承担社会责任的方式；另一方面，非交易方的公众虽无直接交易行为，但是潜在的交易对象，市场信息的披露会影响其投资决策安排。须注意，此数据披露应严格限定于静态的聚合类数据，不能披露可识别的交易信息，否则可能泄露商业秘密，甚至减损部分信息中介主体的做市或经纪业务。

五、本土问题的比较审视

理想图景固然可期，现实问题亦不容忽视。我国金融市场基础设施发展滞后，以交易报告库为中心的数据报告机制更是阙如。随着金融风险的加剧，这将影响监管治理和金融市场稳定。本部分围绕监管和市场的关系，全面审视我国金融数据报告机制的问题。

（一）数据角度：多头监管治下的同类数据标准不一

即便在统一的市场中，也存在金融数据报告标准割裂的问题，更遑论监管割据的市场。我国金融市场实行分业监管，但因路径依赖和监管权力扩张，多头监管问题突显。以债券市场为例，便有央行、银保监会、证监会、发改委和财政部等多部门的存在，市场内部在监管博弈中形成了交易所市场、银行间市场和柜台市场“三分天下”的局面，而作为市场后台的登记托管结算服务亦散布于中证登、中债登、上清所。不同市场统计口径不一，市场数据难有兼容性的分析价值，相关风险敞口易被隐藏，^{〔45〕}尤其头寸类数据缺乏客观的显示。不同交易市场、产品名称、登记结算后台也增加了交易者合规负担，为符合冗杂不一的数据要求，其不得不进行数据的拆解填报。

多头监管对数据报告的影响还存在于实质概念混杂。换言之，虽无直接数据报告机制之名，但通过相关法律转介和自我权能解释，行使数据报告的监管之实。例如，信息披露、信息公开、业务备案、金融登记、数据统计，五种概念具有信息交互之意，但功能不同。信息披露主要是上市公司及相关主体的法定义务，信息公开是更广义的信息披露（不限于上市公司），业务备案强调相关行业协会的信息记录（如私募基金产品），金融登记则是产品生效或发生对抗效力的要求，数据统计是金融监管当局获取市场整体情况的管理抓手。因缺乏严格意义的报告机制，这些

〔44〕 See Art 3.3.2.1 of Report on OTC Derivatives Data Reporting and Aggregation Requirement, 2012.

〔45〕 参见夏露、庞业军：《交易报告库的发展经验及启示》，载《金融市场研究》2018年第2期。

机制便不同程度地承担了替代性功能，但问题在于不同监管机构功能存异，具体机制的数据散乱，数据双花、难以兼容等问题突出，加之宏观审慎力所不逮，难以揭示系统性的金融风险全景，统一标准的专用性数据报告机制亟待构筑。

更须注意的是，由于缺乏法律授权，金融监管当局及相关市场监管者对数据报告均有“实然”的博弈空间，这不仅导致国内数据标准不一，而且影响国际机制的对接。不同主体均有对应职能的国际机构，如央行重点参与金融稳定理事会和国际清算银行的标准制定，证监会则对接国际证监会组织的标准，银保监会衔接巴塞尔银行监管委员会（BCBS）和国际保险监督官协会（IAIS）的标准。目前国际组织间的协调虽难，但已有基本共识（表 1 中，FSB 发挥“管弦乐”般的中心角色），^{〔46〕}但反观国内，数据报告机制缺乏明确责任机构。以基础数据的主体和产品元素看，我国仍适用 2009 年编制的《金融机构编码规范》和 2010 年的《金融工具统计分类及编码标准（试行）》，国际通行的 LEI 和 UPI 编码未被强行推广，这造成国内标准和国际标准的不一，不利于金融交易数据的跨境流动，也无法有效嵌入境外交易报告库的数据分析和风险监测。^{〔47〕}

（二）数据广度：分业监管造成的数据面向缺乏周延

除多头监管造成同类数据标准被“竞相关注”外，分业监管还导致金融交易数据存有漏洞、缺乏周延性。最明显的是，分业监管模式下金融监管强调“机构监管”，但存在以下两方面问题。其一，金融监管是中央垄断机制，当前金融机构被央行严格限定为 32 类，根据“剩余监管权理论”，以典当行、融资担保公司、商业保理公司、融资租赁机构、地方交易场所等为代表的市场机构只能被分散的地方金融监管部门管理，^{〔48〕}而各地标准不一，数据对象范围不同，导致金融风险的监测“条块”割裂。其二，实践中诸多从事金融交易的机构并非金融监管所承认的“金融机构”。例如，基金业协会登记备案的“私募基金管理人”，支付宝、财付通的母公司蚂蚁科技、腾讯等“互联网金融机构”等，这些机构并非法定金融机构，但实际从事金融业务，难以被分业模式下的金融监管覆盖，形成了中国特色的影子银行网络，其金融交易数据未被有效收集，由此可能造成隐性风险传播。可见，目前尚欠缺以金融交易（而非机构）为主导的数据报告机制。

即使聚焦既有金融机构的数据报告，也存在数据“洼地”，即银行类数据为主，证券业数据相对孱弱。原因主要在于：银行类金融机构是资产型行业，银行“大而不倒”，本身需为其自营业务负责，且在中国，间接金融发展成熟，仍为主导模式，具有类政府的信誉；而证券业金融中介在“买者自负”原则下，责任相对较小，即便经手的业务体量巨大，有系统性风险之虞，但分业监管下强调“管机构”，证监会对交易数据的抓取分析更多是为了统计之用，有宏观审慎职能的央行却难以切入证券机构的监管数据。因此，证券业数据报告治理较为滞后。细究证券业数据

〔46〕 See Lucia Quaglia, Aneta Spendzharova, Regime Complexity and Managing Financial Data Stream: The Orchestration of Trade Reporting for Derivatives, Regulation and Governance, 2021, p. 4.

〔47〕 See IOSCO, Market Fragmentation and Cross-border Regulation, June, Madrid, 2019.

〔48〕 参见冯辉：《地方金融的央地协同治理及其法治路径》，载《法学家》2021 年第 5 期。

报告,又会发现存在“重证券、轻衍生品”的倾向。虽然除场内期货期权外,场外衍生品个性突出,标准化难度大,^[49]给元素提取和报告增加了难度,但这并非充实的理由,毕竟2008年金融危机爆发后的数据报告机制便始于场外衍生品。目前我国衍生品市场发展逐步进入正轨,但数据治理仍有待加强,否则数据面向缺乏周延性。

从实体设施看,我国尚无实质的交易报告库,由于受分业监管影响,实践中“类TR”(TR-like entity)芜乱发展。如图2所示,境外发达经济体TR数量多为1个,以保证金融交易数据的统合报告;即便是作为全球金融中心的美国和英国,TR数量也是4个,整个欧盟地区TR数量也仅10个,^[50]且其中多个TR具有国际影响力。而我国类TR数量多达6个(中国外汇交易中心、银行间交易商协会、中证报价系统、上海黄金交易所、上海清算所、中国期货市场监控中心交易报告库),具体设施的面向狭窄,多是监管机构的触手延伸(不同监管主导设立,缺乏统一的TR)。因此,受制于国内市场的监管割裂,无法“拼凑出”金融市场数据全景。



图2 主要经济体的交易报告库制度层次及设施数量

注: 1: TR数量 (2011): 法规发布时间 ●: 跨国影响力。

(三) 数据深度: 监管治理滞后引致的底层数据离散

金融数据报告制度的初衷是风险监测,但目前过度聚焦于“交易”数据,而与交易相关的底层数据并未纳入监管视野。比如抵押品、担保、信用增进、主协议等虽与动态交易无关,但却是风险发生时的偿付支撑,对风险治理起到重要的应急作用。究其原因,首先是监管治理能力不

[49] See Eric Helleiner, Stefano Pagliari, Irene Spagna, *Governing the World's Biggest Market: The Politics of Derivatives Regulation After the 2008 Crisis*, Oxford University Press, 2018, pp. 234-235.

[50] 各主要国家或地区的TR包括: 瑞士, SIX-TR; 中国香港, HKMA-TR; 日本, DTCC-DR (JPN); 新加坡, DTCC-DR (SG); 澳大利亚, DTCC-DR (SG); 加拿大, CME-TR、DTRR (US)、ICE-TV; 美国, BSDR、CME-TR、DTCC-DR (US)、ICE-TV; 英国, ICE TV Europe、CME-ETR、DTCC-DR、Bloomberg; 欧盟的10个, DTCC-DR、KDPW、Regis-TR、UNAVISTA、CME-TR、NEX、DTCC DR (Ireland)、UnaVista TRADE Echo、Bloomberg TR、ICE TV Europe。参见CPMI-IOSCO的FMI-level 2的报告; 欧洲证券市场监管局(ESMA)的统计; FSB, OTC Derivatives Market Reforms: Note on Implementation progress for 2020。

足，基本交易数据暂且难以有效处理，更遑论底层数据的分析。事实上国际上已有解决方案，存在可参照的其他关键数据处理技术指引，并有 TR 的额外报告设置，但这在我国尚未引起重视。其次，与数据标准化不足有关，底层数据的多样化和个性化无疑增加了数据报告的复杂度，实践中多通过备案审查，以合规的定性测量为主，缺乏精细化定量评估，这在监管科技（Regtech）发展已较为充分的当下，显得过于滞后。再次，底层数据多涉及基础资产和担保品，但我国严格的民事担保机制未给金融商事担保留有足够空间，“严格的物权法定”使实践中被认可的非法定出质物欠缺法律承认而无法产生合法担保的效力，^{〔51〕}这不仅增加了市场主体的报告疑虑，监管主体也多消极回应，以“沉默”的方式不置可否，如此便为实践中的“抽屉协议”提供了土壤，隐性金融风险滋生。

此外，审视具体的数据报告监管依据会发现，我国交易报告库制度基本空白。目前尚无专门性规范，仅有 2013 年央行和证监会发布的适用 PFMI 的原则通知，而数据报告的“增负”机制没有法定授权难以有力推进。反观其他主要经济体（参见图 2），TR 基本得到了法律层面认可，部分地区通过制定新法明确对金融市场基础设施的制度供给。如瑞士 2015 年制定世界首部《金融市场基础设施法》（FMIA），专章规定了 TR 的内容（第 5 章），新西兰也于 2021 年成为世界上第二个进行专门金融市场设施立法的国家。欧盟则早在 2012 年就制定了《欧盟基础设施条例》（EMIR）规范 TR 的运作和数据报告制度。除制定新法外，美国、日本、新加坡和中国香港地区也通过“修订旧法+颁布具体规范”的方式制定 TR 的监管依据。大陆法和普通法并行的法域（如加拿大）和新兴的经济体巴西也颁布监管文件提供 TR 的运作指引。^{〔52〕}

囿于制度依据不足，实践中类 TR 的运作多靠内部文件规范。^{〔53〕}TR 并非只是数据传输体，作为主体组织亦有自身数据，这些运行的底层数据未被监管主力关注。而且，目前国内交易报告库监管治理几近空白。首先，TR 识别机制缺乏，作为金融市场基础设施，系统重要性识别是关键，但不仅规模（size）、可替代性（substitutability）和关联强度（interdependence）的标准未被前置分析，监管机构出于部门利益考量，还纷纷布局治下的数据设施建设，TR 被泛化适用，数据离散的问题不减反增。其次，TR 运作缺乏约束，数据处理缺少统一的规程指引，不同 TR 间缺乏互联互通机制，单向的线性报告使数据更为割裂。最后，TR 危机处置机制阙如，由于 TR 缺乏独立定位，多以交易所、行业协会、登记结算机构等形式存在，由相关金融监管主体主管，导致自身数据难被分享获取，央行对其他监管部门的 TR 缺乏治理权限，其力主的危机救济处置缺乏切入路径。

〔51〕 参见郑曦：《金融市场基础设施内部规则的法律保护》，载《华东政法大学学报》2020 年第 1 期。

〔52〕 各国和地区主要法规情况如下：（1）瑞士：《金融市场基础设施法》（FMIA）、《金融市场基础设施条例》（FMIO）、《金融市场基础设施规范》（FMIO-FINMA）；（2）新西兰：《金融市场基础设施法》（FMIA）；（3）欧盟：《欧盟基础设施条例》（EMIR）；（4）英国：即便是脱欧后，FMI 有本国之规定，但其 TR 一直适用于 EMIR；（5）美国：《商品交易法》（Commodity Exchange Act）；（6）日本：《金融工具和交易法》（Financial Instruments and Exchange Act）；（7）中国香港：《证券期货法》（SFA）和《证券期货市场（交易报告库）条例》[SF（TR）R]；（8）澳大利亚：《公司法》（The Corporations Act）Part 7.5A 和《衍生品交易报告库监管指引》（RG 249）；（9）巴西：《央行 25097 号文》；（10）加拿大：《交易报告库和衍生品数据报告 91-507 规则》（Rule 91-507）、《交易报告库和衍生品数据报告 96-101 工具》（Rule 96-101）。

〔53〕 2021 年 10 月 26 日，中证机构间报价系统股份有限公司发布《交易报告库管理办法》《交易报告库信息披露规则——场外衍生品业务》《交易报告库信息报送规则——场外衍生品业务》。

六、走向数据的聚合规制

数据本身价值有限,聚合处理则增进其价值。监管分业确实增加了数据统合难度,数据分散、重合、不周延问题突出,但这并不意味着缺乏应对之策。增量改革即为良策,即通过新设中心化的交易报告库,消弭监管冲突,并以此为轴心,前端加强基础数据元素的标准统一,后端强调目标数据的层次化处理,从而在设施、标准和监管层面实现聚合规制。

(一) 设施之维:交易报告库的识别、运作和处置

交易报告库是金融市场基础设施的最新组成部分,那么缺乏先例的TR该由谁监管?受制于部门利益纠葛,监管多头配置不利于数据统合,统一监管为上策。不同于其他FMI涉及具体券款交互,TR是与其并存的金融基础设施,这使得监管统合更具技术可行性。纵观境外监管模式,破除体制复杂性迈入“筒仓式”(silo-like)单一监管是主流趋势,央行和证券监管领域是主要改革阵地。回观我国,随着2018年政府机构的改革,央行的金融稳定和宏观审慎职能得到强化,证监会则集中于微观审慎监管和行为监管。从TR风险监测功能看,央行作为唯一的监管机构更为合适,加之央行的全市场金融统计职能,数据处理经验丰富。2020年发布的《中国人民银行法(修订草案征求意见稿)》亦遵循此思路,第39条将交易报告库监管列入央行权能。

此外,市场存在多少TR合适呢?作为数据中枢,首选方案是建立一个新的一站式(one-stop-shop)TR,^[54]一则可避免受现存类TR的路径影响,二则更易获得全面的市场数据,增进数据整合度。次选方案是在合并既有分散的类TR基础上加强数据互通,这虽无法全面覆盖金融市场数据,但可适用于单一业务或具体产品的数据统合。然而要注意的是,由于目前我国多种金融业务尚缺乏类TR,难以实现金融市场全景风险测算,加之数据联通亦耗费监管的协调成本和市场合规成本,该方案仅能作为过渡性的权宜之计。

比起设立,技术色彩浓厚的TR运行更为重要。在PFMI风险划分中,TR核心风险即为运行风险(operational risk),^[55]相较于支付系统、登记结算系统等信用风险、流动性风险治理,TR治理要义在于持续经营管理(Business Continuity Management)。毕竟作为数据中心,若TR服务中断,将导致市场数据陷入“黑箱”状态,不仅影响监管对市场的风险监测处理,还影响市场主体的公共安全预期。

以实质环节递进分析,TR的运行治理主要应从识别计划和执行反馈展开。一方面,识别计划应重点关注业务影响分析(business impact analysis)和风险评估(risk assessment)。前者聚焦TR业务运行节点的内向审视,先通过业务流程、网络拓扑、组织结构等方式明晰自身的关键业务职能,绘制TR可视化的业务图;然后进行关联度研判,明确TR与其他金融主体、金融中介、FMI的业务连接点,区分不同节点的重要程度,降低核心单点失败可能引发系统崩溃的风

[54] 实际上,从全球视野看,有观点主张建立全球统一的TR,DTCC已建立GTR,并对接了60余个国家。但由于数据的主权安全和相关监管顾虑,更多市场机构主张标准的统一和各国TR的数据联通获取。

[55] See Art 17-3.17.3 of Principle of Financial Market Infrastructures, 2012.

险。而风险评估则是向外审视，即事先分析可能造成 TR 业务失序的风险，主要包括技术事件、人为破坏、自然灾害和社会事件四类，同时做好不同风险的发生概率预测及其影响分析。^{〔56〕}

另一方面，执行反馈是对识别计划的落实，从市场运作要素观察，可锚定设施、人员和业务连续性计划三方面：（1）设施本身应有可扩展力（scalable capacity），即足以应对前述风险挑战，除本体赋能外，还应有备用站点的替代性安排，当出现运行中断时，可实现快速同步的接管运行；要定期对 TR 进行压力测试（stress test），监测评估其表现。（2）主体人员层面，雇员表现得当是运行风险预防和处理的关键；若人员素质欠佳，不仅影响外在风险处理，还可能成为风险诱因（如程序操作失误）；由于风险管理专业性和复杂度，要避免人员频繁变动，保证关键岗位（信息系统）的人员稳定性，加强人员的业务连续性培训和演练。（3）业务连续性计划（BCP），通过清单式的列举规定做好危机处置的双向安排，既有恢复救助的方案，也有风险出清的退出安排。BCP 应是一个动态文件，根据组织架构和业务特性定期（如一年）进行更新。^{〔57〕}

实际上，法律制度缺位才是我国交易报告库发展的最大障碍，如何进行制度补足？短期内修法较为可行，这已在《中国人民银行法（修订草案征求意见稿）》中得以体现，其直接赋能明确 TR 监管权限，但问题是该法律规定篇幅有限，对于 FMI 的规定都是寥寥数语，遑论对交易报告库的着墨。本质上《中国人民银行法》仅能解决 TR 的正当性和监管主体的基本内容，TR 的识别、组织治理、行为机制、机制治理和危机处置难被嵌入其中，须通过后续的配套规章文件补充释明。因此，长远来看，立新法更为全面，这并非要求交易报告库专属立法，而是制定我国《金融市场基础设施法》。可借鉴瑞士的立法经验，以体系化内容对 FMI 进行全方位的规范，并设专章规定交易报告库的内容。此举优点还在于以特别法模式的“增量”改革，避免与既有立法产生冲突。即便日后市场变化，也可在该法中集中修改；同时，金融市场基础设施法的出台也有利于彰显我国在金融营商环境方面的努力，提高中国国际金融市场规则的话语权，推动中国金融向更大格局发展。

（二）标准之维：基础数据的对接、特色和话语权

交易报告库的数据来源于市场主体，其“报告”有两重含义，一是市场主体向 TR 的数据报告，二是 TR 向监管机构进行的目标数据报告。^{〔58〕}目前，我国数据报告机制不仅缺乏 TR，更缺乏统一的元素标准。国际上围绕主体、产品和交易的 LEI、UTI 和 UPI 相对成熟（语义、属性、结构、格式），编码规范以通用性的字母和数字为组合，在保证中立的基础上，并于 2019 年实现了全面布局。当前是对接的最佳契机，虽然这难免有转接的成本，但标准明确，一方面将弥合当前央行、银保监会、证监会等金融监管主体各成体系的分割间隙，从制度层面促进数据兼容性，助益于金融市场风险的全景评估，另一方面，此标准由国际 FSB、IOSCO 及 ISO 组织力主推动，积极对接也有利于打开金融对外开放的新维度，增进金融交易全球化运作。

除对接标准外，鉴于当前数据报告机制处于发展初期，部分标准仍在变动中，标准之更迭是

〔56〕 See Basel Committee on Banking Supervision, High-level Principles for Business Continuity, August 2006; CPMI, IOSCO, Recovery of Financial Market Infrastructure, CPMI Paper No. 121, October 15, 2014.

〔57〕 新西兰规定两种方案：（i）当出现任何新情况可能实质影响既有计划时；（ii）当时间间隔超过 12 个月时。See Art. 47 (1) (b) of FMI Bill Draft. 加拿大规定，根据商事实践进行合理的定期检验（on a reasonably frequent basis），并至少年度一次（at least annually）。See Art. 4.9 (b) of National Instrument 24-102 Clearing Agency Requirements.

〔58〕 See Scott O'Malia, Standardize, Digitize and Distribute, November 18, 2019.

全市场的整体行动,既有金融交易也有期限的持续,应尊重既有标准,并规定过渡期和替代性方案。此外,对接国际标准并非一味照搬。首先,可结合我国国情在成熟的国际公共服务产品外的其他关键数据(OCDE)要素中选择性适用。其次,加强标准的软联通,^[59]强化汉字编码国家标准的实施,确保替代性标准在数字网络中的畅行。再次,境外市场以衍生品为主要交易报告类型,我国可统筹建立覆盖全市场的交易报告制度,进一步深化基础数据的元素要点,为国际规则增添中国智慧。实际上,在既有的数据标准国际文本中,从市场机构反馈看,中国参与度极低,^[60]意见集中于美、英、日等发达市场主体。应进一步强化参与制定国际原则、指引和报告,增强在国际标准组织中的官方发声和政策意见反馈(policy feedback loop)。^[61]

不仅如此,在清晰界定基础数据标准基础上,还要强化市场主体和TR的连结,明确向TR进行数据报告的要求,这主要包括:(1)报告主体。金融交易由双方或多方参与,国际上存在单边报告(美国)和双边报告(欧盟)模式。双边报告易造成数据双花,且增加市场主体报告义务。建议采用单边报告模式,但要允许交易对手方获取TR中涉及自身的交易数据以校验准确度;同时报告主体不能以金融机构为限,应以交易活动实质涉及方为准,增进数据报告的强制性。(2)报告范围。尽管在境外TR发端于场外衍生品市场,但其机制可彰显“举重以明轻”,即复杂场外衍生品交易尚可标准化报告,其他金融产品也应被全面纳入,如欧盟《金融工具条例》即包括权益类工具、债券、衍生品、结构化产品、排放配额等。(3)报告内容。需有基本数据的强制报告和额外数据的自愿报告,基本数据围绕主体、产品和交易信息三个元素板块展开,但具体信息点可以拆解,如欧盟MiFIR有65个信息报告点,瑞士FMIA则根据不同产品分类规定79个信息点。

• 193 •

(三) 监管之维:目标数据的分类、分层及其规程

无论基础数据的标准化,还是交易报告库的处理,其最终目的在于服务监管需求。那么,作为数据中枢的TR如何对接监管?可有两种模式:一种是继续的报告机制,另一种是监管的端口接入。当前技术条件已成熟,建议采用第二种模式,从而充分发挥监管的主动性。另外,金融监管机构多元,首先应基于分类视角,对不同监管机构设置不同数据报告的接入面向。例如,瑞士FMIO的第62条即规定五类机构,其央行和金融监管局可获得所有交易数据,瑞士收购委员会仅能获得与收购程序有关的衍生品数据,联邦审计局则获得接入要求审计公司特殊程序介入的数据,竞争委员会获得与竞争领域有关的数据,电力委员会获得底层资产与电力相关的数据;其范围不以分业为限,而根据风险点和监管权能的匹配予以设定。我国亦可借鉴分类化的路径,如央行作为主管机构接入全部数据,证监会和银保监会根据分业监管获取相关业务数据;此外,立法应留有兜底条款为其他监管部门(如网络安全部门等)的接入提供可能。为避免利益冲突,国内监管机构的数据接入权限的裁量权可授予金融稳定发展委员会。

[59] 参见杨富玉:《推动金融数据标准化建设》,载《中国金融》2020年第22期。

[60] 在9个国际文件中,有284个/次机构的反馈,我国仅有6次发声(不包括港澳台地区)(均为外汇交易中心),占比2.1%。

[61] See A. L. Newman, E. Posner, Transitional Feedback, Soft Law and Preferences in Global Financial Regulation, 23 (1) *Review of International Political Economy*, 123-152 (2016).

同时，由于日益凸显的金融交易跨域性特点，数据跨境流动趋势不断增强，为更好地获取数据面向，数据流动也应有必要的机制安排，这体现在为境外机构接入 TR 提供可能。^{〔62〕}但数据流动应有限制，数据已不仅是个别的信息识别，更涉及主权安全、商业价值等利益考量，至少要有三方面的约束。首先，双边对等，在无国际条约和全球交易报告库之前，可与境外当局签订双边备忘录实现数据接入之对等安排；其次，境内数据流出当满足《数据安全法》《个人信息保护法》及《网络安全法》的底线要求，以安全价值为核心遵循，促进数据的安全审查和必要性调取；再次，境外监管当局应对获取的信息进行充分保密，避免数据泄露和商业利用。此外，尽管双边备忘录是基础，但在第一次接入时，仍存在审查批准之必要。^{〔63〕}在我国应保证统一主体行使以明确权责，央行可为 TR 的适格监管机构，以保证审查之及时和对 TR 的数据获取。

尽管 TR 核心功能在于服务监管，但其作为公共物品，亦有对交易相关方和市场公众的披露潜能，以保证数据准确性、促进市场信息透明度，但应有分层的限制规定。具言之，对交易相关方，可允许数据“传递”（data transmission），其以申请为前提，批准主体为 TR，并限于申请人自身的数据，以交互验证交易准确性。对社会公众，监管应保障 TR 具有数据“公开”（publication of data）制度，以聚合性分类数据为主，揭示整体市场概况（如规模、头寸及必要的价格等）。应注意的是，也可披露匿名化的单个交易数据（如交易前手），但不能直接或间接显露或为其他技术分析提供揭示潜在具体交易参与方的数据。

七、余论：从数据报告到数据共享

从监管溯源看，数据报告并非新近之物，但以交易报告库为中枢的数据报告机制确为新创。这与金融爆炸式增长的经济创新和透明度不足亟待监管回应有关，也与技术的成熟发展紧密联系。TR 自 2012 年后步入规范布局集中期，技术兼容的互联互通式完善为“中心化”的报告提供了基础。同时，以区块链技术为代表的“去中心化”技术革命亦相伴而生，其初衷便在于改革金融基础设施，^{〔64〕}那么其对以 TR 为中心的数据报告机制有何种冲击，值得审视。

笔者认为，影响面有限。一则，区块链技术强调分布式记账，本质是账本共享，强调交易即报告，改变的是计账模式（从账户到通证），而非“账目”要素。金融监管风险监测需要的并非整体的“数据团”，而是数据里蕴藏的信息价值。因此，主体、产品及交易变化等信息仍为核心，要素标准化趋势不会改变。二则，即便区块链“侵入”TR 本身，亦不能以完全去中心化模式运作，毕竟在金融主权和国家安全面前，技术创新须让位于安全价值。去中心化的区块链推崇分布式的匿名化数据记录，这与监管导向的数据报告相悖；且服务于监管需求的 TR，其作为公共物品，需要中心化的负责主体，否则一旦出现运行危机，恐难以修复。三则，区块链技术尚不足以

〔62〕 See Nivedia Sen, Understanding the Role of the WTO in International Data Flows: Taking the Liberalization or the Regulatory Autonomy Path, 21 (2) *Journal of International Economic Law*, 323-348 (2018).

〔63〕 相关机构需要提交数据申请表（data request form），包括五类基本内容：①申请机构的信息；②数据获取的法律依据；③申请数据的原因和权限范围；④申请的数据描述；⑤对数据的保密性措施。

〔64〕 See Sara Feenan, Decentralized Financial Market Infrastructure: Evolution from Intermediated Structure to Decentralized Structures for Financial Agreements, 2020.

引发系统性变革。数据报告的核心在于全景性分析，个别的设施运用非但不会带来创新，还会割裂数据互通，增加监管负担，影响数据广度。^{〔65〕}

但长远来看，亦不能轻视区块链等金融科技的影响，其在监管导向下仍有适用空间。^{〔66〕} 这主要指向目标数据获取的自动化处置，其可以增强算法设计，提高数据存储、计算的能力，并通过智能合约向不同访问权限的利益主体、社会公众及监管主体披露不同颗粒的交易数据，以减少报告时间差，实现由“报告到共享”的转化。但该模式仍需人工合规审查，毕竟不同机构多大程度上获取 TR 的数据离不开监管者的主观裁量。综上，技术的颠覆式创新尚无法产生“去中心化”的效果，中心化的数据报告仍是大势所趋。

Abstract: The use of data is not only necessary for transactions in private law, but also for supervision in public law. In the context of increasingly strengthened prevention and resolution of financial risks, it is crucial to innovate and systematically examine the data reporting mechanism aiming at enhancing transaction transparency. Different from the data protection concerned by civil law, data transactions at the commercial level and data statistics from the regulatory perspective, data reporting can be analyzed from three dimensions: the central dimension is the facility aggregation operation of the trade repository, the basic dimension is the data standard architecture of front-end entities, products and transactions, and the key dimension is the classification, integration and hierarchical use of back-end target data. Due to the lag of multi-head supervision, separate supervision and feeble regulatory governance, there are prominent problems in China's financial transaction data reporting system, such as discrete angle, insufficient breadth and lack of depth, different data caliber, narrow data orientation, insufficient data risk disclosure and so on. The strategies to solve such problems are as follows: first, to strengthen the identification, regulation, operation governance and crisis resolution of the trade repository; second, to promote the docking and transformation of data standards, feature shaping and international voice competition; third, to clarify the data acquisition arrangements of different regulators. At the same time, we should also pay attention to the impact of decentralized technology represented by block-chain on the data reporting system. The vision of data sharing replacing data reporting is not feasible for the time being.

Key Words: financial transaction data, trade repository, FMI, data transaction, data protection

(责任编辑: 李 敏 赵建蕊)

〔65〕 See FSI, From Data Reporting to Data-sharing: How Far Can Suptech and Other Innovations Challenge the Statue Quo of Regulatory Reporting, FSI Insights on Policy Implementation No. 29, December 2020.

〔66〕 参见姚前:《基于区块链的 OTC 衍生品金融基础设施》,载《当代金融家》2021 年第 7 期。

自由贸易协定金融信息传送规则构建

马 光 卜小翠*

内容提要：在国际贸易法框架下，金融信息传送规则中最核心的“金融信息传送”条款源起于乌拉圭回合一揽子协定中《关于金融服务承诺的谅解》中的“信息传送和信息处理”条款，后在各 FTA 中也相继出现。数字经济背景下，对跨境数据流动规制的关注开始集中于电子商务和数字贸易领域，“金融信息传送”条款也因此近年来的 FTA 中被电子商务或数字贸易的跨境信息传送规则所吸收。然而一体化规制方法仍然存在许多基础性问题待解决，应当谨慎看待。现阶段，“金融信息传送”条款已经发展出了“金融信息传送自由原则+个人数据、个人隐私、个人记录和账户机密性例外+有限度的监管例外”的基本结构，并在数据本地化问题下衍生出了“金融服务计算设施所在地规则”。中国应在坚持数据主权立场的基础上，升级 FTA 金融信息传送规则，从国际规则遵守者向国际规则制定者转变，以期维护本国在金融服务领域和数字科技领域的进攻利益。

关键词：跨境数据流动 金融信息传送 FTA 金融信息传送条款 金融数据出境

一、引言

全球数字化背景下，跨境数据流动成为推动全球经济发展的重要力量。麦肯锡全球研究院 2016 年的报告指出：“实物商品和资金的流动曾是 20 世纪全球经济的标志，但如今这些流动已经趋于平缓或下降。21 世纪的全球化越来越被数据和信息流所定义。数据和信息流几乎支撑了传统

* 马光，浙江大学光华法学院副教授、浙江大学国际法研究所执行所长；卜小翠，浙江大学光华法学院硕士研究生。

本文为国家社会科学基金重大项目“建立健全我国网络综合治理体系研究”（20ZDA062）、浙江省科技计划项目“智能司法开放创新平台开发及应用示范——基于人工智能的司法服务平台及示范应用”（2020C01060）的阶段性成果，浙江省法学会 2022 年度法学研究课题“涉外企业合规风险控制研究”（2022NB14）的成果。

贸易中的所有跨境交易，同时在全球各地传递着思想和创新。”〔1〕跨境数据流的惊人增长和潜在经济效益已经引起了全球监管者对跨境数据流动规制的广泛关注。从实践来看，国际社会目前的共识是：贸易协定是管理跨境数据流的适当场所。因为当信息跨境流动时，这些流动似乎基本上与贸易相关。〔2〕

国际贸易法对跨境数据流动的关注最早出现在电信、金融等特定服务部门。其中，以乌拉圭回合一揽子协定中《关于金融服务承诺的谅解》（以下简称为《谅解》）〔3〕的“信息传送和信息处理”条款最为典型。根据《谅解》，以经济合作与发展组织（以下简称 OECD）成员国为主的 34 个世界贸易组织（以下简称为 WTO）成员自愿作出更高水平的金融服务开放承诺，且此类承诺按照最惠国待遇适用于所有 WTO 成员。〔4〕随着电子商务和数字贸易的日渐兴起，一方面，由于 WTO 在制定规则以应对世界经济中与数据相关的变化上停滞不前，世界主要经济体逐渐转向以自由贸易协定（以下简称为 FTA）作为规则升级的主要平台，《谅解》金融信息传送条款也随之被众多高标准 FTA 所吸收；另一方面，自《美国—韩国 FTA》首次在电子商务章节纳入跨境信息流动条款后，对跨境数据流动规制的关注开始集中于电子商务和数字贸易领域，并在近年来的 FTA 中呈现了跨境信息传送一体化规制的趋势。〔5〕由此提出的问题是：金融信息传送是否还有单独规制的必要。

当前，除《区域全面经济伙伴关系协定》（以下简称为 RCEP）外，中国已签署的 16 个 FTA 皆未规定金融信息传送条款。〔6〕关于我国已签订 FTA 金融信息传送规则设置情况请参见表 1。就文本而言，这些 FTA 仍有较大完善空间。鉴于我国已基于 RCEP 条款承诺金融信息传送，跨境金融数据流动议题也已在不同程度上为各处于磋商阶段的区域及双边经贸协定所触及，深化对该条款的探究，提出关于中国在该议题上的主张的建议具有突出现实意义。

有鉴于此，本文将分析梳理 FTA 金融信息传送规则的发展脉络，进而结合各国治理动向，揭示各国数据治理日渐趋同的现象，并深入探析金融信息传送规则的逻辑构建。在此基础上，本文将根据中国的基本立场，详细擘画中国应采取何种条款表达。

〔1〕 See McKinsey Global Institute, Digital globalization: The new era of global flows, Report (Feb. 24, 2016), available at <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/digital-globalization-the-new-era-of-global-flows>, last visited on May 2, 2022.

〔2〕 See Susan Ariel Aaronson, Data Is Different, So Policymakers Should Pay Close Attention to Its Governance, in Mira Burri ed., *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 342.

〔3〕 值得说明的是，《谅解》与《服务贸易总协定金融服务附件》（以下简称为《GATS 金融服务附件》）为两个不同的法律文件，《GATS 金融服务附件》属于 GATS 的一部分，而《谅解》不是 GATS 的一部分，但被附加到乌拉圭回合的最后文件中。中国未签署《谅解》。

〔4〕 See Chantal Thomas, Globalization in Financial Services—What Role for GATS, 21 *Annual Review of Banking Law* 323, 324 (2001), 转引自杨幸幸：《〈美墨加协定〉金融服务规则的新发展——以 GATS 与 CPTPP 为比较视角》，载《经贸法律评论》2019 年第 4 期。

〔5〕《澳大利亚—新加坡数字经济协定》（以下简称为 ASDEA）、《美国—日本数字贸易协定》（以下简称为 USJDTA）及《WTO 电子商务谈判合并文本》（以下简称为《合并文本》）、《欧盟—澳大利亚/新西兰贸易协定》谈判中欧盟方面提交的初始文本皆采取了此种安排。

〔6〕中国与毛里求斯、韩国、澳大利亚、新加坡、智利的 FTA 中单设电子商务章节，但电子商务章节也未设置信息传送相关条款。

表 1 中国已签订 FTA 金融信息传送规则设置情况汇总表

类别	名称/参与方	金融信息传送 条款定位	其他金融信息 相关条款	中方金融 服务承诺
多边 FTA	RCEP（含中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰、东盟十国）	第八章 附件一“金融服务” 第九条 “信息传送与信息处理”	(1) 定义条款： 金融服务包括以下活动：其他金融服务提供者提供和传送金融信息、金融数据处理及相关软件。 (2) 特定信息处理条款或国内法规条款： 本协定的任何条款/本章的任何规定不得解释为要求一缔约方披露与个人客户相关的事务和账户信息，或公共实体拥有的任何机密或专有信息。	在“跨境提供”方式下： 提供和传送金融信息、金融数据处理以及与其他金融服务提供者有关的软件。
双边 FTA	中国、韩国	单设第九章“金融服务”章节，未规定信息传送条款		
	中国、毛里求斯	“金融服务”作为“服务贸易”章节的章节或附件，未规定信息传送条款		
	中国、格鲁吉亚			
	中国、澳大利亚			
	中国、瑞士			
	中国、冰岛	定义条款： 金融服务包括以下活动：其他金融服务提供者提供和传送金融信息、金融数据处理及相关软件。		
	中国、东盟（含文莱、柬埔寨、印度尼西亚、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国、越南）			
	中国、新加坡			
	中国、巴基斯坦			
	中国、柬埔寨			
	中国、秘鲁			
	中国、新西兰		或明确已签署协定不适用于金融服务，或无相关规定也未明确纳入 GATS 金融服务规则	
中国、智利				
中国、哥斯达黎加				
中国、马尔代夫	无公开文本			
			无	未承诺金融服务开放

• 198 •

二、FTA 金融信息传送规则发展脉络

（一）FTA 金融信息传送规则体系

金融服务的提供与金融信息密不可分。系统来看，FTA 对金融信息传送问题的规制主要包括三部分。

一是以金融服务定义条款为基础的金融信息传送承诺。涉及金融服务内容的 FTA 大多沿袭了 GTAS 对金融服务的范围界定：“金融服务包括提供和传送其他金融服务提供者提供的金融信息、金融数据处理和相关软件的活动。”也即，如有关国家在金融服务类别下进行了承诺，则须保证相应的金融信息传送可实现。如《新西兰—新加坡更紧密经济伙伴关系协定》规定：“跨境

提供模式的承诺仅限于：提供和传送上文（k）段所述的金融信息和金融数据处理……不包括中介服务。”《韩国—新加坡 FTA》承诺：“外国银行的新加坡分行可以将数据传送到其总部和姐妹分行进行处理，前提是存在适当的控制措施，数据/信息的完整性和保密性得到保障，并且允许新加坡金融管理局在处理数据/信息的地方现场访问数据/信息。”我国在中韩、中澳等多个 FTA 中承诺了“跨境提供”方式下开放“提供和传送金融信息、金融数据处理以及与其他金融服务提供者有关的软件”。美国在与新加坡、智利等国的 FTA 中也都承诺了此类信息传送。

二是专门以金融信息处理和传送为内容的条款，也即本文重点探讨的金融信息传送条款。除《谅解》以外，《新加坡—澳大利亚 FTA》最早采纳了类似的明确规定：“任何一方均不得阻止信息传送，包括通过电子方式传送数据，保护个人数据的限制除外。”《美国—新加坡 FTA》也纳入了这一规定的软化版：“根据任何一方的要求，金融服务委员会应考虑与以下事项有关的任何事项：（a）金融机构以电子或其他形式将信息转入或转出一方的领土，如该等数据处理是日常经营所需的；（b）在处理和传播个人数据方面保护个人隐私，以及保护个人记录和账户的机密性。”《印度—新加坡全面经济合作协定》《哥伦比亚—欧洲自由贸易联盟成员国 FTA》《日本—瑞士 FTA》及其后的诸多双边、多边 FTA 都在金融服务规则部分设置了该条款。

三是作为限制的“特定信息的处理”条款。该条款以传统金融信息保密要求为基础。比较典型的如《以色列—哥伦比亚 FTA》规定：“本协定中的任何内容均不得解释为要求一方披露与个人数据、个人客户事务和账户有关的信息，或公共实体拥有的任何机密或专有信息。”类似地，《哥伦比亚—巴拿马 FTA》规定：“1. 本章的任何规定均不要求一方披露或允许访问：（a）金融机构或跨境金融服务提供者的个人客户的财务和账户相关信息；或（b）披露可能会妨碍遵守法律或以其他方式违反公共利益或损害特定公司的合法商业利益的任何机密信息。2. 在不影响双方监管机构签署的谅解备忘录的情况下，为合并监管目的，双方承诺不禁止子公司及在其境内设立的子公司将信息传递给母公司所在地监管机构。前款所称信息包括反映子公司或子公司财务状况的信息，包括其资产、风险管理和公司治理情况的信息。”《加拿大—韩国 FTA》《新加坡—澳大利亚 FTA（升级版）》《欧盟—墨西哥现代化全球协定》也都包含了禁止要求披露保密信息的规则。

从特别承诺到金融信息传送条款的发展可以视作金融信息传送领域的负面清单化，反映了全球数字化经济语境下的贸易规则调适。同时，在这一背景下仍然可以看到金融发达国家与金融欠发达国家间金融开放水平的巨大差异：约有 71 个 FTA 文本包含金融信息传送相关内容，而明确设有信息处理或信息传送条款的不到半数，且缔约方主要为美国、欧盟、新加坡、澳大利亚、加拿大、日本、韩国。^{〔7〕}此外，尽管欧盟和美国通常被视为跨境数据流动规制的两大规则制定者，但在金融信息传送领域，新加坡似乎脱颖而出，这也与新加坡高度依赖国际金融的发展模式相符。

〔7〕 参见瑞士卢塞恩大学对贸易协定中电子商务和数字贸易条款数据库的粗略统计，载 <https://www.unilu.ch/en/faculties/faculty-of-law/professorships/managing-director-internationalisation/research/taped/#:~:text=The%20TAPED%20dataset%20has%20been%20created%20under%20the,is%20sponsored%20by%20the%20Swiss%20National%20Science%20Foundation>，最后访问时间：2022 年 5 月 2 日。

（二）FTA 金融信息传送条款演进

1. 现有 FTA 金融信息传送条款结构演变

FTA 金融信息条款的规则结构演变，分为金融服务规则内单独规制和跨境信息传送一体化规制两个阶段。

第一阶段单独规制以《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（以下简称为 CPTPP）、《美国—墨西哥—加拿大协定》（以下简称为 USMCA）、RCEP 三大多边 FTA 为代表。《谅解》“信息传送和信息处理”条款确立了“金融信息传送自由原则+个人数据、个人隐私、个人记录和账户机密性例外”的基础规则结构。CPTPP 金融服务附件的“信息传送”条款在此基础上增加了“基于审慎考虑，要求一金融机构事先获得相关监管机构的授权，以指定一特定企业作为此类信息的接收方”的国家监管权内容。USMCA 金融服务章节的“信息传送”条款将“日常经营所需”限定改为“在许可、授权或注册范围内从事经营”限定，增强了规则明确度，并在实质上进一步增加了国家监管权的内容。但 CPTPP 及 USMCA 均未在“信息传送”条款中明确提及国家监管权，尽管“例外”条款包含“审慎监管例外”，但文本表达限定较多，因而在金融信息传送问题上还是呈现私主体本位的高度自由化理念。

与上述两个美式多边 FTA 不同，RCEP 金融服务附件“信息传送与信息处理”条款转向了国家本位的数据主权理念。该条首先明确了尊重各国国内监管要求的条约立场，其规则结构可以概括为“符合国内法要求的金融信息传送自由”。目前明确列出的两项要求包括传统的“保护个人数据、个人隐私，以及个人记录和账户机密性”及颇受争议的“遵守与数据管理、存储和系统维护、保留在其领土内的记录副本相关的法律和法规”。但从条约解释角度，国家可采取的监管要求并不限于该两项，因此给各缔约国留下了较大空间。究其原因，一方面，RCEP 作为目前全球最大的 FTA，因为各缔约方金融开放程度差异较大，所以在信息传送条款上也呈现出包容性特征。另一方面，以国家传统主权边界为中心的网络主权与数据主权论近年来得到愈来愈多的支持。《中国—东盟关于建立数字经济合作伙伴关系的倡议》提出，“在考察各国法律与社会实际基础上，充分尊重网络主权”，“推动建立多边、民主、透明的全球网络空间命运共同体”。网络主权理论的兴起，在国际政治格局上，以后发国家在网络空间的话语权提升为背景，在当代国际法上，则显示出国家主权在国际社会治理中的绝对核心地位仍不可撼动。在此演化趋势下，网络空间的数据已经转变成为一种战略资源，并将构成一种全新的国家权力要素。^{〔8〕}有学者在对亚太地区的研究中指出：“（信息）国际传送限制在某些方面可以支持国内经济发展，同时也可以作为复杂贸易谈判和地缘政治定位的杠杆。”^{〔9〕}

跨境信息传送一体化规制以 ASDEA 为代表。全球数字竞争格局下，美欧之外的经济体也开始在国际经贸规则变革中发力。ASDEA 将金融信息跨境传送纳入第 23 条“以电子方式跨境传送

〔8〕 See Brad Brown, Michael Chui & James Manyika, Are you Ready for the Era of “Big Data”, 4 *McKinsey Quarterly* 24, 34 (2011), 转引自沈逸：《全球网络空间治理与金砖国家合作》，载《国际观察》2014 年第 4 期。

〔9〕 See Clarisse Girot, Mark Parsons & Olga Ganopolsky, Data Transfers After Schrems II: Reflections from the Asia Pacific, Cross-border Data Forum (Jan. 21, 2021), available at <https://www.crossborderdataforum.org/data-transfers-after-schrems-ii-reflections-from-the-asia-pacific/>, last visited on May 7, 2022.

信息”条款中统一规制，不再单列。第一，该条首先承认各缔约方对信息传送有其各自的监管要求，融合了国家本位的规制理念。第二，该条以跨境信息传送总体自由为原则（包括个人信息跨境传送自由），同时沿袭了主流“目的限定”而非 USMCA “经营范围限定”的做法。第三，该条对国内监管进行了严格的手段和限度限定：“各国为实现公共政策目标，有权采取或维持与前款要求不一致的措施，但该措施必须：（a）未以构成任意或不合理歧视手段或变相限制贸易的方式实施；以及（b）不会对信息传送施加超过实现目标所需的限制。”不可否认，实际上监管例外能够符合上述所有条件并非易事。^{〔10〕}因此，ASDEA 第一款虽然与 RCEP 表达类似，但效果完全不同，仅是一种调和式的立场宣示。而对于传统的“个人数据、个人隐私，以及个人记录和账户机密性”内容，ASDEA 单列了“个人信息保护”条款进行保护，并将其置于“以电子方式跨境传送信息”条款之前，从而将个人信息保护提高到与跨境信息传送同等地位，不再作为例外事项。

2. 现有 FTA 金融信息传送条款呈现的问题

总体来看，当前诸 FTA 金融服务规则异质化程度高，金融信息传送条款用语不统一，^{〔11〕}规制逻辑也尚未完全梳理清晰，在数据本地化与金融信息传送的关系处理上尤其是如此。自 USMCA 在“金融信息传送”条款后一条设置了“计算设施的位置”条款后，USJDTA、ASDEA、《英国—日本全面经济伙伴关系协定》（以下简称为 UKJCEPA）、《合并文本》也都引入了这一规则。计算设施所在地条款可以看作自由主义理念“禁止数据本地化”追求下的规则软化处理，与雷曼兄弟破产案后美国财政部、联邦证券交易委员会等金融监管机构考虑在 FTA 中保留金融数据存储和处理本地化要求的政策空间和美国金融产业界追求数据自由流动利益间的冲突博弈不无相关。^{〔12〕}曾有解读指出，USMCA 的规定与 CPTPP 类似，但未规定可出于审慎考虑要求事先获得监管机构授权，以指定特定信息接收方。^{〔13〕}该观点显然忽视了“金融信息传送”条款与“计算设施所在地”条款的紧密关联，CPTPP 的注释中明确指出：一方可采取或维持不违反本协定的措施，包括符合“例外”条款的任何措施，例如一项措施要求一金融实体事先获得金融监管机构的授权，指定特定企业作为该信息的接收人。但从另一个方面，这也是 FTA 金融信息传送条款逻辑不清的例证。欧盟—澳大利亚、欧盟—新西兰贸易协定谈判中，欧盟提交的初步文本（以下简称为《初步文本》）对此呈现得更为明显：一体化规制趋势下，《初步文本》同样未在“服务与投资”章下的金融服务一节纳入信息传送条款，而在“数字贸易”一章中统一规制，但其“跨境数据流动”条款却以大篇幅阐明禁止本地化要求，根据该条规定，“缔约方承诺确保跨境数据自由流动，以促进数字经济中的贸易”，“为此，双方之间的跨境数据流动不应受到以下限制：a）要求在缔约方境内使用计算设施进行处理，包括强制使用在缔约方境内认证或批

• 201 •

〔10〕 参见马光：《论国际法上网络安全的定义和相关国际规则的制定》，载《中国政法大学学报》2019年第3期。

〔11〕 当前国际层面“数据”与“信息”的内涵差异尚未完全厘清。大部分 FTA 使用“信息传送”作为条款名称，但也存在一些 FTA 使用“数据处理、数据跨境流动”等表述，目前没有条款对金融信息、数据流动或信息传送等用语进行法律界定，不同的用语是否会引起规制范围不同从而使法律效果不同还有待观察。

〔12〕 参见前引〔4〕，杨幸幸文。

〔13〕 参见朱隽：《CPTPP 规则解读之四：金融服务规则》，载微信公众号“国际经济法评论”，2021年9月22日。

准的计算设施；b) 要求在缔约方境内对数据进行本地化，以便存储或处理；c) 禁止在另一方境内储存或加工；d) 根据缔约方境内计算设施的使用情况或缔约方境内的本地化要求，进行跨境数据传送”。该条款的逻辑性值得商榷。

三、金融信息传送条款构建的各国路径选择

(一) 金融信息传送条款定位

USJDTA、ASDEA 两个数字经济协定对金融信息传送条款的性质及其规则结构进行了重构。传统金融信息传送条款置于金融服务章节，其定性和范围仍然限于“服务”；USJDTA、ASDEA 将金融信息传送纳入数字贸易、数字经济章节，并将范围限于“通过电子手段”，此时金融信息传送不再作为“金融服务”的内容，而是“信息/数据流动”的内容，服务和商品的定性界分被模糊，承诺的范围形式、法律后果都较传统 WTO 语境不同。当前国际社会较普遍地认为数字经济协定是经济联盟的新趋势或新阶段，^{〔14〕} 但目前尚缺乏对核心概念的一致定义，不同协定使用的术语及涉及的方面也不同。ASDEA、DEPA 使用“数字经济”，USJDTA、USMCA 使用“数字贸易”，CPTPP、RCEP 则使用“电子商务”。^{〔15〕} 此外，在“信息/数据”项下，协定对数据分类和平台类型予以进一步考量，监管中国内各部门间的协调、国家安全和敏感性问题、对文化敏感的解释和适用问题以及国内登记和分类问题也都值得进一步思考。与之相比，《合并文本》和《初步文本》直接将现有信息传送条款的内容合并至电子商务章节的做法则更欠缺逻辑性。UKJCEPA 未改变“金融信息传送”从属于“金融服务”的定性，并将条款名称改为“金融信息”，在其中纳入“金融信息传送自由原则”“个人数据、个人隐私以及个人记录和账户机密性例外”“金融服务计算设施所在地规则”的处理方式是目前为止保守路径下最完善且逻辑自洽的做法。最新 FTA 金融信息传送条款设置情况的对比请参见表 2。

表 2 最新 FTA 金融信息传送条款设置情况对比

名称	金融信息传送条款设置方式	金融信息传送条款定位
USJDTA	第 5 条审慎例外、货币和汇率政策例外 第 11 条电子方式跨境信息传送 第 13 条金融服务提供者的金融服务计算设施位置 第 15 条个人信息保护	数字贸易章节

〔14〕 See Yaroslav Lissovolik, Digital Economy Agreements: The New Phase in Economic Alliances, Valdai Discussion Club (Feb. 10, 2021), available at <https://valdaiclub.com/a/highlights/digital-economy-agreements-the-new-phase/>, last visited on May 7, 2022; Shen Yi, Digital Agreements: New Trends in International Alliances, Valdai Discussion Club (Apr. 27, 2021), available at <https://valdaiclub.com/a/highlights/digital-agreements-new-trends-in-international-all/>, last visited on May 7, 2022.

〔15〕 目前世界上尚无普遍得到认可的电子商务和数字贸易定义，实际上两个概念在多数情况下得以混用。例如，从美国所发起或签订的 FTA 来看，USMCA 之前的 FTA 均采用了“电子商务”的用词，而在 USMCA 中，在内容几乎相同的情况下，“电子商务”章节名称更名为“数字贸易”。参见马光：《国际数字贸易规则的主要议题研究》，载《四川行政学院学报》2020 年第 2 期。

续前表

名称	金融信息传送条款设置方式	金融信息传送条款定位
ASDEA	第 3 条一般例外 第 17 条个人信息保护 第 23 条电子方式跨境信息传送 第 25 条金融服务计算设施位置 第 32 条金融科技与监管科技合作	数字经济章节
UKJCETA	第 8.63 条金融信息 第 8.65 条审慎例外	服务贸易、投资自由化、电子商务章 金融服务分节
《欧盟—英国贸易与合作协定》	第 201 条数据跨境流动 第 202 条个人数据和隐私保护	数字贸易章节
《初步文本》	第 3 条例外 第 5 条数据跨境流动 第 6 条个人数据和隐私保护	数字贸易章节
《合并文本》	第 B.2 条信息流动 (3) 金融信息/金融服务提供者的金融服务计算设施位置	电子商务章节

(二) 金融信息传送规制路径差异

1. 美、新、英追求金融信息传送自由化

美国、新加坡、英国在金融信息传送自由化立场上旗帜鲜明，基本都遵循“金融信息传送自由原则+个人数据、个人隐私、个人记录和账户机密性例外+严格受限的监管例外+计算设施本地化规则”的规制逻辑。这与保护本国金融行业进攻利益的需求不谋而合。根据 2021 年 9 月 24 日发布的第 30 版全球金融中心指数报告，纽约在各金融城中位列第一，伦敦位列第二，香港第三，新加坡第四。前 20 中共有 6 座美国城市。^{〔16〕}就英国而言，金融服务业一直是其老牌支柱产业：英国是世界第二大投资管理中心、欧洲最大的保险和长期储蓄提供商，每 14 名英国劳动者中就有 1 人从事金融和相关专业服务工作。英国脱欧后，在金融监管上拥有了更大的自主权和灵活性，并有机会重新审视其数据流动规制方案。2020 年 11 月 9 日，时任英国财政大臣里希·苏纳克在下议院发表声明称希望“恢复英国作为世界卓越金融中心的地位”。^{〔17〕}目前英国政府已经与新加坡达成新的金融服务伙伴关系以确保更大的信息共享，并与美国成立了金融监管工作组，在欧洲经济区国家的金融服务监管中授予了一系列等价保护决定。可以预见，在金融业数字化转型中，美、新、英三国将会有更紧密和深入的合作。

不过，正如前述，尽管都持金融信息传送自由化立场，英国的规制路径又较美新更为保守。从近年签订的 FTA 来看，美新都意图在数字经济领域的规则制定上先发制人，金融信息问题作为数字经济中信息/数据问题的一部分，其所蕴含的国内政策导向是金融领域的全面数字化。也

〔16〕 See The Global Financial Centres Index 30, p. 4.

〔17〕 See Rishi Sunak, A New Chapter for Financial Services, July 2021, available at <https://www.gov.uk/government/publications/a-new-chapter-for-financial-services>, last visited on May 7, 2022.

即，相较于金融业这一国民经济部门，美新都更关注数字经济这一发展模式。而英国目前看来，依旧专注于金融业本身。英式 FTA（UKJCEPA 及英国在 WTO 电子商务谈判中提供的规则文本）在“金融服务计算设施所在地规则”下增加了相当务实的“外部云服务企业同等适用”规则，增加这一规则的背景是英国本土乃至欧洲都缺乏有竞争力的云服务提供者，欧洲企业、公共当局大多采用美国云服务提供者为其提供数据服务。但明确设置“外部云服务企业同等适用”规则也不免传达出这样一种信号：相较于担忧本国缺乏有竞争力的本地云服务提供者，英国更关心如何使本地云服务提供者的缺乏不至影响其跨境金融服务的竞争力。

2. 欧盟在构建数据竞争力目标下的立场变化

与美、新、英不同，欧盟并未对金融领域及金融信息传送特别关注。较早的两个 FTA 中的金融信息传送条款设置完全体现了欧盟在个人权利保护上的突出立场。《欧盟—韩国 FTA》在金融服务分节的“数据处理”条款中特别约定：“各方重申其保护个人基本权利和自由的承诺，应采取适当的保障措施保护隐私，特别是在个人数据传送方面。”并进一步注明，这一承诺所保护的“个人基本权利和自由”是指《世界人权宣言》、联合国《计算机处理的个人数据文档规范指南》以及 OECD《隐私保护与个人数据跨国流通指南》中规定的权利和自由。《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》规定：“各方应有充分的保障措施，以保护隐私，尤其是在个人信息传送方面。如果金融信息的传送涉及个人信息，则此类传送应符合传送发起方所在地区的个人信息保护立法。”欧盟的人权叙事在数据规制议题上抢占了先机，但负面影响也显而易见。一个简单的等式是：数据越多，算法就越智能。对个人数据保护的偏重将不可避免地限制金融机构在经营分析、精准营销等方面的智慧化能力，从而影响欧盟区银行业数字化转型步伐。^{〔18〕}

2020 年，欧盟接连发布《欧洲数据战略》《欧洲数字主权》等文件，以期构建欧洲数字单一市场，维护其全球经济影响力和地缘政治影响力。在《欧洲数据战略》的导向下，欧盟在《欧盟—英国贸易与合作协定》及其他正在谈判的经贸协定中均将跨境数据流动内容统一放到了独立的电子商务章节（过去欧盟 FTA 习惯将电子商务和服务章节放在一起），并从强调个人信息保护转向强调禁止数据本地化。这一转向不可谓不突兀。事实上，施雷姆斯第二案^{〔19〕}后，欧盟内部本地化趋势大大加强，欧洲数据保护委员会于 2020 年 11 月 11 日发布的两份文件《欧洲监督措施基本保证草案》和《补充措施建议》都招致了数据传送规则过于严苛的批评，被认为“将导致严格的数据本地化，给欧盟和美国的企业带来许多重大问题”^{〔20〕}。另外，欧盟委员会于 2020 年 9 月发布的关于《金融部门数字运营弹性监管的草案》区分了在欧盟设立的信息通信技术（以下简称 ICT）服务提供者和在欧盟没有商业存在的 ICT 服务提供者，并对使用此类第三国 ICT

〔18〕 参见李梦宇：《国际金融业数据治理特征与启示》，载《清华金融评论》2021 年第 5 期。

〔19〕 欧盟法院在本案中认为美国的监控立法违反了《欧盟基本权利宪章》，也没有为欧盟个人提供有效的司法救济，因此欧美之间的“隐私盾”协议无效。详细案件内容可参见 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=en>。

〔20〕 Testimony by Peter Swire at the U. S. Senate Commerce Committee Hearing “The Invalidation of the EU-U. S. Privacy Shield and the Future of Transatlantic Data Flows” on December 9, 2020, available at <https://www.crossborderdataforum.org/testimony-by-peter-swire-at-the-u-s-senate-commerce-committee-hearing-on-the-invalidation-of-the-eu-u-s-privacy-shield-and-the-future-of-transatlantic-data-flows/>, last visited on Nov. 11, 2021.

提供商提出若干限制,如欧盟的金融实体不得使用在欧盟没有商业存在的公司为其提供关键的ICT服务。2021年欧盟各国的数据保护监管机关还启动了多起关于欧盟机构继续使用美国云服务和软件服务是否合法的调查,并暂停了部分合作。虽然欧盟的对外立场不断呈现出向自由化靠拢的趋势,但考虑到数据自由流动将进一步拉大其与美国的数字差距,欧盟似乎正在积极寻求国内监管手段以平衡该等态势。

四、我国立法和 FTA 中金融信息传送规则

(一) 确立金融信息传送自由原则

我国在跨境数据流动问题上的立场转向以 2016 年《网络安全法》的出台为分界线。2016 年之前,我国对于跨境数据流动问题关注不多,且对金融监管持绝对审慎态度,2011 年 1 月《中国人民银行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》明确确立了个人金融数据原则上禁止出境的基本方向。2016 年后,尤其是近两年来,随着数据价值的不断凸显,我国内外政策都开始向促进数据自由流动方向发展。国内法层面,《个人信息保护法》《数据安全法》、国家互联网信息办公室《数据出境安全评估办法》已经确立了金融数据“满足数据安全监管要求即可出境”的监管框架。具体到金融相关立法,2020 年修订的《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》(以下简称《实施办法》)删除了原第 33 条对“向境外提供境内个人金融信息”的限制性规定。2020 年《中国人民银行关于发布金融行业标准做好个人金融信息保护技术管理工作的通知》(以下简称《通知》)的附件《个人金融信息保护技术规范》第 7.1.3 条(d)项虽然载明“因业务需要,确需向境外机构(含总公司、母公司或分公司、子公司及其他为完成该业务所必需的关联机构)提供个人金融信息的,应当满足四项具体要求”,但《个人信息保护法》并不禁止关键信息基础设施运营者向境外提供个人信息,且其第 38 条还特别明确“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对向中华人民共和国境外提供个人信息的条件等有规定的,可以按照其规定执行”。因此《个人金融信息保护技术规范》第 7.1.3 条(d)项更应被理解为管理性规范而非对“境外机构”范围的限制性规范。

国际法层面,签署 RCEP、申请加入 CPTPP 已经向全球经济体传达出中国支持金融信息自由传送的立场。实践层面,当前全球数字经济格局中,中美两国参与数字经济并从中受益的能力最强。^[21]从发展数据来看,在金融服务领域,我国主要金融中心的发展前景良好,且在金融科技指数上表现强劲,但在营商环境上的竞争力并不强。^[22]在云服务领域,阿里云非常适合处理中国或东南亚客户的云优先数字业务工作负载,有望成为印度尼西亚和马来西亚等新兴云市场所青睐的区域提供商;腾讯云是唯一在俄罗斯拥有业务地域并拥有核心基础设施能力(计算、存储和网络)的超大规模云提供商,而且在网络领域的能力尤为突出。但中国云服务厂商普遍全球发

• 205 •

[21] 联合国 2021 年数字经济报告显示,从参与数据驱动的数字经济并从中受益的能力来看,美国和中国脱颖而出。全世界的超大规模数据中心有一半在这两个国家,它们的 5G 普及率最高,它们占过去五年人工智能初创企业融资总额的 94%,占世界顶尖人工智能研究人员的 70%,占全球最大数字平台市值的近 90%。

[22] See The Global Financial Centres Index 30, pp. 8-10.

展动力不足。^[23] 因此,从各个层面来看,确立金融信息传送自由原则都有其现实必要性。

(二) 保留必要的金融数据本地化空间

数据本地化与跨境数据流动间的关系一直颇有争议。境内产生的数据在境外云服务器存储必然伴随着数据出境,因此允许境内产生的数据在境外存储即意味着允许跨境数据流动,但反之并不亦然,要求数据在本地存储并不妨碍境内主体将数据传送给境外机构。目前国外学者对数据本地化措施的范围界定还包含保留本地副本等间接或事实的本地化要求,^[24] 进一步增强了数据本地化与数据跨境流动的可切割性。数据本地化要求与数据出境审核等国内监管要求类似,属于边境后措施,而当前各 FTA 除 USMCA 及 ASDEA 外,对跨境金融数据流动自由化的承诺仅覆盖到边境措施。且从现实来看,越来越多的国家和地区正在针对更多的数据类型实施不同程度的本地化政策。从 2017 年到 2021 年,制定数据本地化政策的国家数量从 35 个增加到 62 个,全球数据本地化政策的总数从 67 个增加到 144 个(未包括正在制定的数十个)。其中,采取金融领域数据本地化措施的例子有:(1) 卢森堡金融业监管委员会 2012 年 12/552 号通知规定,除非获得明确同意,金融机构必须在卢森堡境内处理数据;(2) 2013 年 2 月 21 日俄罗斯银行第 397-P 号条例“关于电子数据库的创建、维护和存储程序”要求所有“信用机构”将所有数据存储在本国;(3) 土耳其银行监管局 2020 年发布《银行信息系统条例》,加强了银行和金融服务机构将其主要(实时/生产数据)和次要(备份)信息系统保留在国内的规定;(4) 印度证券交易委员会 2020 年发布了一份与网络安全相关的通知,要求金融机构确保对关键系统的完整保护和无缝控制,同时将关键数据保持在印度的法律框架内;(5) 韩国 2016 年修订了《电子金融交易监管条例》,允许金融公司使用云服务,但金融服务委员会特别要求在位于韩国的服务器上维护此类数据;(6) 智利金融监管机构 2020 年发布了银行业标准的更新汇编,要求在智利保存“重要”或“战略性”外包数据。^[25] 因此,对跨境金融数据流动自由化的承诺今后不可能大范围延及数据本地化禁止,与 ASDEA 类似的对国内监管进行手段和限度限定的做法更有可能成为主流。

我国现行的金融数据本地化要求包括《网络安全法》第 37 条,国务院《征信业管理条例》第 24 条,《保险公司开业验收指引》第三(九)4 条,《通知》的附件《个人金融信息保护技术规范》第 7.1.3 条,中国人民银行《金融数据安全数据生命周期安全规范》第 7.3.2 条等。这些从法律到金融行业标准的规则基本确立了金融数据全面本地化的态度。但《金融数据安全数据生命周期安全规范》同时也指出,1 级数据为公开数据,原则上无保密性要求,2 级数据应优先考虑业务需求,对于非重要数据可以考虑放松本地化要求。

[23] See Raj Bala, Bob Gill, Dennis Smith, Kevin Ji & David Wright, Magic Quadrant for Cloud Infrastructure and Platform Services (Jul. 27, 2021), available at https://www.gartner.com/doc/reprints?id=1-271OE4VR&ct=210802&st=sb&_ga=2.98959896.742444110.1644673015-722388850.1644673015, last visited on Feb. 13, 2022.

[24] See James M. Kaplan & Kayvaun Rowshankish, Addressing the Impact of Data Location Regulation in Financial Services (May. 22, 2015), available at https://www.cigionline.org/static/documents/no14_web_0.pdf, last visited on May 7, 2022; IRSG report, How the trend towards data localisation is impacting the financial services sector (December 2020), available at https://www.irsg.co.uk/assets/Reports/IRSG_DATA-REPORT_Localisation.pdf, last visited on May 7, 2022.

[25] See Nigel Cory & Luke Dascoli, How Barriers to Cross-Border Data Flows Are Spreading Globally, What They Cost, and How to Address Them (Jul. 19, 2021), available at <https://itif.org/publications/2021/07/19/how-barriers-cross-border-data-flows-are-spreading-globally-what-they-cost>, last visited on May 7, 2022.

（三）规制路径选择

当前，主要经贸协定都转向采取跨境数据流动一体化规制方案。就我国而言，除 2011 年《中国人民银行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》第 6 条外，国内现行各金融相关立法中已无直接规范跨境数据流动的条文。我国在 2021 和 2022 年相继出台了《个人信息保护法》《数据安全法》、国家互联网信息办公室《数据出境安全评估办法》，显示出将数据问题进行统一规制、而非部门化处理的倾向。跨境数据流动一体化规制方案下，数据以个人信息及非个人信息数据划分，而不以具体行业数据划分。在与金融领域类似的领域如工业和信息化领域，工业和信息化部《工业和信息化领域数据安全管理办法（试行）》2022 年征求意见稿删除了 2021 年征求意见稿中“核心数据不得出境”的表述，并增加了“根据国际条约、协定处理外国提供数据请求”及“非经批准不得向外国执法机构提供本地数据”等内容，以与《个人信息保护法》《数据安全法》的规定相统一。目前电信和互联网行业、汽车行业相关数据管理规定/标准也都在制定阶段，其中有关数据出境的内容应当也会与《个人信息保护法》《数据安全法》的规定相统一。另外，与美、新一致，我国的着眼点也在于数字经济这一发展模式，《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》高频次提及全领域数字化，其中当然包括金融机构数字化转型。因此，从国内视角来看，采取跨境数据流动一体化规制方案似乎与我国更为契合。但从条约层面来看，也存在以下问题：第一，现行“数字经济”/“数字贸易”/“电子商务”协定多通过指明“影响通过电子方式交付或提供服务的措施同样需遵守投资及服务章节相关条款所包含的义务”来处理与传统“服务贸易”的范围重叠，但这并未根本解决其在贸易法中的体系定位问题，将金融信息规则并入是否会引起金融开放承诺的扩张尚不可知。第二，各国对一般商贸信息和金融信息的敏感度不同，“数字经济”/“数字贸易”/“电子商务”协定中的信息传送条款通常较金融服务章节更为严格，如 CPTPP 即对电子商务章节“通过电子方式跨境传送信息”条款下缔约方可采取的例外措施施加了手段和限度限制，而金融服务章节的“信息的传送”条款未设置此等限制。第三，各国在“数字经济”/“数字贸易”/“电子商务”上分歧明显，从名称到具体内容，如数据本地化、源代码等问题，都存在较大谈判难度。

因此，从实践角度，将金融信息传送条款保留在金融服务章节更有利于现阶段的条约谈判；而将信息传送问题统一置入数字经济协定与我国的规制方向更为契合，但承诺的水平无疑将更高，国内法与国际法的统筹难度也将更高。总体而言，FTA 金融信息传送规则构建上应当注意以下几个问题：第一，协调我国金融服务开放承诺水平与金融信息传送自由化水平，如采取跨境数据流动一体化规制方案，则应考虑增加与 RCEP 中“任何规定不得解释为要求一缔约方允许与其未作出承诺相关的跨境提供或者境外消费服务”类似的条款。第二，应当明确（金融）信息传送规则不适用于由一缔约方或以其名义持有或处理的信息，或与该信息有关的措施，包括与收集信息有关的措施，并增加在数据获取上的司法、执法合作。第三，保留金融领域的保密性要求，即任何规定不得解释为要求一缔约方披露与个人客户相关的事务和账户信息，或公共实体拥有的任何机密或专有信息。第四，可考虑接受对国内监管例外进行一定的手段和限度限定。“金融业是一个高度全球化的体系，金融机构的跨境支付清算、客户尽职调查、国际化运营、全球信息技

术系统集成、集团化风险管理与境外信息报送等，都离不开数据跨境。”〔26〕除明晰的法律指引之外，加强数据合规服务行业建设，从而降低境内外金融服务商的合规难度，同样是扩大金融开放、融入全球金融市场的关键步骤。在具体监管方案运用方面，依赖数据和技术的智能监管、有效的内控信息披露、成熟的行业标准自律和健全的合同执行制度或也将为更有效的数据监管提供有益指引。

五、结 语

“一国在自由贸易协定下的话语权体现为该国在谈判过程中制定规则的权力，并服务于该国的政治经济利益。法律输出正是大国实现自由贸易协定制度控制以实现其话语权的一种路径。”〔27〕20世纪末以来，美国与欧盟成功依靠FTA输出了国内规范和核心价值理念，《服务贸易协定》谈判的坎坷则充分显示了两大话语权掌控者之间的冲突。在今天，中国也应当积极考虑通过法律输出路径提高自身在国际贸易的话语权，以期实现从国际秩序遵守者向国际规则制定者的转变。同时，可以看到，FTA金融信息传送条款并不是一个孤立的规则，在文本上，它与电子商务规则、个人信息保护规则、审慎例外规则、本地化规则相交织，在规制理论上，对其的考量应当从跨境数据流动议题，甚至网络空间治理的全局角度出发，构建框架完整、逻辑统一的理论体系。

2022年初欧盟委员会发布《欧盟标准化战略——制定全球标准，支持弹性、绿色和数字化的欧盟单一市场》提出：“标准是欧盟单一市场和全球竞争力的无声基础，在标准化活动中拥有一个强大的全球足迹，并在关键的国际论坛和机构中领导工作，对于欧盟保持全球标准制定者的地位至关重要。通过制定全球标准，欧盟可以输出其价值观，同时为欧盟公司提供重要的先发优势。”〔28〕“欧盟及其成员国必须在国际电信联盟、国际标准化组织和国际电工委员会以及其他相关的全球伙伴关系、论坛和联盟中，推动对国际标准化活动采取更具战略性的方针，以确保欧盟的全球竞争力、安全和开放的战略自主权，以及欧盟推广其价值观的能力。”〔29〕数字全球化背景下，数字标准是贯穿各种经济活动过程的隐形基础。在金融领域，我国金融标准化技术委员会公布的金融国际标准（截至2021年9月30日）为66项，国家标准（截至2021年12月13日）为83项。随着数字化发展和进一步深入开放，标准的数量将大幅增加，各科技企业在国际标准制定中的参与度也将提高。此外，根据国际惯例，国际金融合作一般也适用《新巴塞尔协定》、国

〔26〕 李伟：《我国金融数据跨境流动规则建设的思考与建议》，载《中国银行业》2020年第1期，第42页。

〔27〕 王燕：《自由贸易协定下的话语权与法律输出研究》，载《政治与法律》2017年第1期，第109页。

〔28〕 New approach to enable global leadership of EU standards promoting values and a resilient, green and digital Single Market (Feb. 2, 2022), available at https://ec.europa.eu/growth/news/new-approach-enable-global-leadership-eu-standards-promoting-values-and-resilient-green-and-digital-2022-02-02_en#:~:text=New%20approach%20to%20enable%20global%20leadership%20of%20EU,within%20the%20Single%20Market%20as%20well%20as%20globally, last visited on May 8, 2022.

〔29〕 Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions-An EU Strategy on Standardisation Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market, p. 5.

际证监会组织标准、国际保险监督官协会标准等国际金融协议和监管标准。^{〔30〕} 而我国目前在标准领域尚不发达,普遍来看,大多数中国公司都缺乏一种结构化和战略性的标准化方法,以捕捉其与各种经济运营的相关性,无论是法律合规性、市场准入还是一般商业战略。同时,随着如人工智能、数据保护或网络安全等新领域的衍生,对于标准制定能力的挑战将更大。培养标准化专家、深入国际标准制定或许是一个可以提升我国话语权的途径。

Abstract: Under the framework of international trade law, transfer of financial information clause constitutes the core part of financial information transfer rules. Originated from Transfers of Information and Processing of Information clause in Understanding on Commitments in Financial Services which was appended to the Final Act of the Uruguay Round, transfer of financial information clause was subsequently adopted by numerous FTAs. With digital economy upsurge, attention to the regulation of cross-border data flows began to focus on e-commerce and digital trade. As a result, there is a trend to integrate transfer of financial information clause into cross-border information transfer provisions of e-commerce or digital trade in FTA in recent years. However, there are still many fundamental issues to be resolved in the integrated regulation approach, and should be viewed with caution. At the present stage, transfer of financial information clause have developed a basic structure of “freedom of financial information transfer as principle+personal data, personal privacy and the confidentiality of individual records and accounts exception+limited regulatory exception” and rules on the “location of financial services computing facilities” have been derived from the issue of data localization. China should upgrade the FTA financial information transfer rules on the basis of its position on data sovereignty and shift from being an international rule-taker to an international rule-maker, with a view to safeguarding its offensive interests in the financial services and digital technology sectors.

Key Words: cross-border data flows, financial information transfer, FTA transfer of financial information clause, financial data exit

• 209 •

(责任编辑:肖芳 赵建蕊)

〔30〕 参见云倩:《“一带一路”倡议下中国—东盟金融合作的路径探析》,载《亚太经济》2019年第5期。

新发展理念与《商业银行法》的修改

刘志云 史欣媛*

内容提要：新发展理念的提出与落实是新时期中国特色社会主义建设的重要工作，将贯彻到今后社会经济发展的各个方面，乃至影响各个领域的法律制定或修改。《商业银行法》的修改也概莫能外。包括“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”在内的五大新发展理念为《商业银行法》的修改提供了指引：在立法理念上从“关注经济效益”转到“促进经济效益与社会效益的统一”；从对商业银行经济功能属性的强调转到还必须践行社会责任；在立法的价值取向与基本原则，从单一的“市场取向”升级到多元化的选择；在法律规范设计与配置上，不仅要实现体现“五大新发展理念”的五大板块的法律规范的科学设计，也要灵活运用软法与硬法相结合、强行性规范与意思自治性规范相协调的规范配置方式，打造出一个不仅能够促进银行业发展，而且能够助益社会经济全面进步的法律有机体。

关键词：新发展理念 商业银行法 立法理念 立法价值 规范设计

一、引言

从1995年至今，《商业银行法》颁布已经过去二十几年。当时独特的政治经济发展与改革背景，给这部法律打下了鲜明的时代烙印。客观地讲，《商业银行法》对推动中国银行业的发展做出了巨大贡献。二十几年过去，中国的银行业、金融市场，乃至整个社会经济形态，已经发生翻天覆地的变化，中国特色社会主义市场经济体制建设也进入了“全面深化改革”的新阶段。相比之下，《商业银行法》的立法理念与制度设计等已经远远跟不上银行业的发展实践。一方面，《商业银行法》的规范思路与规范设计主要围绕国有商业银行展开，如今我国商业银行已基本转变成

* 刘志云，厦门大学法学院教授；史欣媛，厦门大学法学院助理教授。

本文为国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观融入行业规章体系建设的法治路径研究”（20VHJ007）的阶段性成果。

公司制与股份制，^{〔1〕} 商业银行主体层次丰富，整体体量增大，结构远较过去复杂；另一方面，《商业银行法》规范的银行业务主要围绕传统的存贷款业务展开，而如今，商业银行业务从单一存贷款业务向综合经营业务发展、从柜台业务向与互联网业务结合的方向发展。新兴金融业态不断涌现，金融产品层出不穷。此外，商业银行监管的理念和方式也在更新和升级，尤其是经历了2008年国际金融危机后，发生了世界性的变化。具体包括：从过去对微观审慎监管的侧重转变成宏观审慎监管与微观审慎监管并重、审慎监管与行为监管并重、审慎监管与金融消费者保护并重。在此背景下，虽然《商业银行法》在2003年与2015年经历了两次修改，但这种“小打小闹”的修改远远满足不了银行业发展乃至社会经济进步的需求。

商业银行法律制度一旦滞后于实践，其不仅不能起到推动银行业乃至社会经济进步的作用，而且可能成为阻碍进步的绊脚石。由此，对《商业银行法》进行大修已经成为立法部门与社会各界的共识。第十二届全国人大常委会将修改《商业银行法》纳入立法规划，将其列为“需要抓紧工作，条件成熟时提请审议”的立法项目。2020年1月，中国人民银行召开金融法治工作会议指出，加快推进《商业银行法》修改等重点立法工作。2015年8月29日，全国人大常委会表决通过关于修改《商业银行法》的决定，正式取消实施了20年的存贷比监管指标。这是此轮《商业银行法》修订工作的首个公开的实质性进展。但是，由于修改中许多意见还不完全统一，此轮《商业银行法》大修的工作又转入第十三届人大常委会的立法规划。在2020年10月，中国人民银行也发布了《商业银行法（修改建议稿）》，并公开征求意见。^{〔2〕} 同时，围绕着《商业银行法》的修改问题，最近一些年学术界频繁举行了各种学术研讨会，各大报刊也陆续发表了各种观点与意见，形成一种全民讨论的氛围，对于《商业银行法》修改工作的推进起到很大的助益作用。^{〔3〕} 不过，至今结合新发展理念对《商业银行法》修改的讨论，在笔者的阅读范围内仍然没有见到。^{〔4〕}

• 211 •

每一个时代的社会经济发展都会依托某种主导的发展理念，该发展理念通过指导制度的构建与运作来影响整个社会经济的发展；同时，在某个时期形成全民共识并构成主导作用的发展观，也需要通过制度的构建与运作来落实。2015年11月，党的十八届五中全会面对全面建成小康社会决胜阶段复杂的国内外形势，为应对当前经济社会发展新矛盾新挑战，提出了“创新、协调、绿色、开放、共享”的新发展理念。五大发展理念是我们党科学认识和把握当前经济社会发展规律的再深化和新飞跃，问题意识明显，是针对我国社会经济发展所面临的各种突出问题和挑战而提出的战略引领，是新时期中国共产党治国理政的新思想新理念。习近平同志在《以新发展理念引领发展——关于树立创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念》的重要讲话中全面论述了新

〔1〕 参见刘少军：《商业银行法修订纳入立法规划》，载《法人》2019年第10期。

〔2〕 参见中国人民银行：《关于〈中华人民共和国商业银行法（修改建议稿）〉公开征求意见的通知》，载 <http://www.pbc.gov.cn/tiaofasi/144941/144979/3941920/4111225/index.html>，最后访问时间：2020年10月16日。

〔3〕 2021年3月24日，笔者在中国知网以“商业银行法”“修改”作为主题词，搜索到发表在报刊的文献有94篇。如果将上述的“修改”改为“修订”，能找到1篇相关文献，即前引〔1〕，刘少军文。

〔4〕 2021年3月24日，笔者在中国知网以“商业银行法+新发展理念”作为主题词进行搜索，显示已发表文献为“0”。

发展理念的内涵及其对我国经济社会发展的重大指导意义。^{〔5〕}

无疑,新发展理念的提出与落实是新时期中国特色社会主义建设的重要工作,将贯彻到今后社会经济发展的各个方面,乃至影响各个领域的法律制定或修改。《商业银行法》的修改也概莫能外。而《商业银行法》的修改本身,也将是贯彻与落实新发展理念的组成部分。但通读既有研究文献,以及中国人民银行发布的《商业银行法(修改建议稿)》,发觉对此问题并没有关注。鉴于此,本文尝试围绕“新发展理念与《商业银行法》的修改”问题,探讨新发展理念与《商业银行法》修改的关系,既从宏观上讨论新发展理念对《商业银行法》的立法理念、商业银行的属性定位、立法的价值取向与基本原则的指引作用,也从微观上探讨新发展理念与《商业银行法》规范设计与配置的完善问题,试图为理论界以及实务部门增加另一种视角的思考。

二、新发展理念与《商业银行法》的立法理念选择

立法理念是整个立法工作开展的灵魂指引,贯彻立法与法律实施的始终。因此,修改《商业银行法》,首先要做的工作就是对其立法理念进行重新考量,要做到立法理念的“与时俱进”,与社会经济发展状况与要求相协调。具体地讲,修改《商业银行法》时,必须用符合市场经济发展内在需要与基本规律、符合社会发展新阶段要求的全新理念,代替已经不符合新时代需求的原有立法理念。

自改革开放以来,中国经过几十年的高速发展,已经变成世界第二大经济体。这时,社会矛盾与发展需求也呈现出不同的态势。十九大报告对社会主要矛盾有了一个重大的、基本的、核心的历史性判断:我国社会矛盾已经发生变化,由原来的人民日益增长的物质文化需要和落后的社会生产之间的矛盾转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。过去,唯GDP增长的传统发展观曾一度占据主导,这使得中国经济在改革开放以来获得突飞猛进发展的同时,也存在一系列的问题。比如,增长模式上以投资拉动粗放发展为特征,创新集约发展远远不足;投资与消费失衡,GDP增长与人民对美好生活的满足感无法同步;先富没有带动共富,贫富悬殊日渐增大,地区不平衡加剧;污染问题日益严重;食品安全问题迟迟得不到解决;社会不安定因素日渐发酵,影响社会的稳定和谐。由此,要在继续推动发展的基础上,着力解决好发展不平衡不充分的问题,大力提升发展质量和效益,更好满足人民在经济、政治、文化、社会、生态等方面日益增长的需要,更好推动人的全面发展、社会全面进步。^{〔6〕}简言之,中国社会经济的发展已经从单纯强调经济的发展进入一个经济、政治、文化、社会、生态等方面综合、全面发展的新阶段。

在这种背景下,针对我国发展中的突出矛盾和问题提出来的新发展理念,贯穿着鲜明的问题导向,对于破解我国经济社会实践中存在的发展难题、增强发展动力、厚植发展优势等具有重大

〔5〕 参见中共中央宣传部编著:《习近平总书记系列重要讲话读本(2016年版)》,学习出版社、人民出版社2016年版,第127页。

〔6〕 参见董振华:《如何理解发展的不平衡不充分》,载《学习时报》2017年12月17日,第001版。

指导意义。同样，新发展理念对商业银行法律制度的理论与立法实践的提升之指导意义也是重大的。具体表现在：其一，新发展理念坚持以人为本的发展思想，如何满足人民对更美好生活的向往也是整个社会对商业银行的发展提出的一个基本问题。以人民为中心的发展思想要求商业银行不仅仅追求自身利益，而且要将自身发展与人民幸福相统一。无疑，这给《商业银行法》的立法理念、立法价值与基本原则等提出了新的要求。其二，新发展理念是集发展目标、发展动力、内在要求、发展条件、发展路径于一体的、整体性的现代发展观，适应了传统的社会经济发展模式向现代社会经济发展模式转变的需要，也对新经济形态下商业银行的定位、发展与转型提出了系统性的要求，而这种要求必然要反映到商业银行法律制度的革新上。其三，新发展理念集中体现了马克思主义关于发展的世界观和方法论，蕴含着深刻的唯物辩证法。^{〔7〕}新发展理念蕴含的辩证法突破了商业银行传统经营与监管理论的局限性，尤其是分业监管与混业监管对银行的风险控制孰优孰劣、商业银行践行社会责任跟经济责任是冲突还是共生共长、银行破产制度与社会经济稳定的关系等，有利于协调与解决之前传统理论之争，从而达成共识，并上升到新的高度，同时应反映到商业银行法律制度的革新上。

同时，新发展理念要落地生根、变成普遍实践，需要创新手段，通过改革和法治推动贯彻落实。金融作为现代经济的核心和枢纽，在社会资源再分配中具有举足轻重的地位，对于整个国民经济的发展与社会公平的实现具有重大影响。商业银行所从事的金融业务具有特殊性，金融资源的配置对于整个经济发展与社会公平的实现有重大影响，这就决定了商业银行在作为营利性组织追求自身利益最大化之外，也能发挥出公共性功能。推进社会经济的全面进步，既要发挥商业银行依据市场机制优化资源配置的重要作用，也要注重培育和提高商业银行本身所应具备的先进发展理念，并通过法律制度让新的发展理念落地。这不仅是新发展理念的应有之义，也是贯彻与落实新发展理念的重要组成部分。

在立法技术上，立法理念一般是蕴含在“立法宗旨”的内容中。法律文本的第一条往往会用来表述“立法宗旨”，即表明立法所希望实现的目标或价值追求，达到开宗明义的目的，《商业银行法》也如此。该法第1条规定了“立法宗旨”，即“为了保护商业银行、存款人和其他客户的合法权益，规范商业银行的行为，提高信贷资产质量，加强监督管理，保障商业银行的稳健运行，维护金融秩序，促进社会主义市场经济的发展，制定本法”。这个“立法宗旨”的表述阐明“发展市场经济”是《商业银行法》的立法理念，把握了商业银行是金融市场中的市场主体这一根本属性问题，符合当时市场经济改革阶段对商业银行与金融市场的属性界定的需要，有着时代性的意义。不过，如今的中国已经基本建成有中国特色的社会主义市场经济体制，并进入全面深化改革的阶段。在此背景下，关照人民各个方面的需要，推动整个社会的全面发展，成为新时代的发展理念。这时，面对整个社会经济发展理念的变迁，《商业银行法》的“立法宗旨”已不能

〔7〕 习近平总书记指出：新发展理念的提出是对辩证法的运用；新发展理念的实施，离不开辩证法的指导。同时，他又强调，实施新的发展理念，要坚持系统的观点，要坚持“两点论”和“重点论”的统一，要遵循对立统一规律、质量互变规律、否定之否定规律，要坚持具体问题具体分析。（参见习近平：《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届五中全会精神专题研讨班上的讲话》，载 http://news.xinhuanet.com/politics/2016-05/10/c_128972755.htm。最后访问时间：2020年3月2日。）

局限在强调商业银行与银行业的市场主体与市场化问题,而是应该提升到对整个社会经济的全面与可持续发展的关照、满足新时代的社会经济发展需求的高度。不过,《商业银行法(修改建议稿)》第1条并没有对此作出呼应。〔8〕

实际上,随着中国社会经济的发展进步,这些年来重要的经济法律的制定或修改,都已注意到必须跟社会经济发展要求“步调一致”的问题。具体到“立法宗旨”的表述,也改变以往仅强调促进经济发展与维护经济秩序的做法,将“适应中国特色社会主义发展要求”的内容植入进去,并指导整部法律的构建与运作。例如,2017年《民法总则》第1条规定:“为了保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观,根据宪法,制定本法。”2020年5月通过的《民法典》第1条有关“立法宗旨”的规定,也把“适应中国特色社会主义发展要求”融入其中。〔9〕无疑,《商业银行法》作为规范某种特殊法人即“商业银行”的“特别法”,与规范民事主体与民事关系的“基本法”即《民法总则》或《民法典》保持一致是非常必要的。

至此,我们可以看到,将蕴含“适应中国特色社会主义发展要求”的内容写进《商业银行法》的“立法宗旨”,无论是从满足社会经济发展所提出的时代要求考量,还是从与“基本法”保持一致的立法技术上考量,都是极其必要的。从实践来看,在商业银行法律制度的建设完善过程中,不同时期有不同的先进理念需要贯彻,使得法律制度能够保持自身的先进性,适应社会发展变迁,同时也能成为促进各种先进理念落地的重要载体,从而推动社会经济的健康发展。“适应中国特色社会主义发展要求”所蕴含的社会主流发展理念会随着时代发展而变化,但在当前以及今后相当长的时期内,包括“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”在内的新发展理念将是“适应中国特色社会主义发展要求”的发展理念,并成为规制商业银行经营与发展的法律制度的指导理念,引导法律制度的发展完善,推动银行业的健康良性发展。一旦将新发展理念作为《商业银行法》的立法理念,修改完成后的新《商业银行法》将是一部贯彻“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”等发展内容的、规范银行业的基本法。

三、新发展理念与《商业银行法》对商业银行属性定位的修改

对于一部组织法来说,对其所规范的特定组织的属性界定是这部法律的最核心内容之一。只有属性界定准确,才能对组织架构、经营管理、风险控制、监督管理等各方面的立法展开以及规范设计提出具体的要求,以及明晰各个方面的立法界限。同时,这也是落实立法理念的第一步工作。鉴于此,在新发展理念下,《商业银行法》对商业银行的属性定位必须重新考量,并跟立法

〔8〕《商业银行法(修改建议稿)》第1条规定:“为了保护商业银行、存款人和其他客户的合法权益,规范商业银行的行为,提高金融服务质量,加强监督管理,保障商业银行的稳健运行,服务实体经济,防范金融风险,维护金融秩序,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。”

〔9〕《中华人民共和国民法典》第1条规定:“为了保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观,根据宪法,制定本法。”

理念的调整相吻合。

《商业银行法》对商业银行做出的属性界定体现在第2条有关商业银行的概念界定上。该条规定：“本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。”^{〔10〕} 本条对商业银行做出了其作为企业法人的市场主体的界定，即明确了商业银行的经济属性。无疑，对商业银行作为市场主体的属性界定，在市场经济建设刚展开不久、市场体制尚未得到广泛接受的阶段具有强烈的时代性意义，同时这个概念界定也符合商业银行当时的主要业务形态。不过，如今这个属性界定已经不合时宜。且不说这个定义已经不符合以综合性金融业务为特征的商业银行的当前业务形态，其对“商业银行”单一的经济属性的界定也已经跟不上社会经济的发展要求。具体地讲，新发展理念要求商业银行从单纯以利润最大化为目标的市场主体转变成兼顾整个社会和谐与可持续发展的、带着强烈的公共利益色彩的市场主体。只有这样，才符合商业银行在社会经济发展中所占据的资源、地位以及优势所决定的其对社会经济发展需要扮演的角色以及应该发挥出的作用。

新发展理念是各种先进发展理念的汇总升华，其中“可持续性发展”是其核心要素。所谓可持续性发展，世界环境与发展委员会（WCED）在1997年发表的《我们共同的未来》报告中将其定义为“既满足当代人的要求，又不对后代人满足其需求的能力构成危害的发展”；而对于企业的可持续发展问题，国际货币基金组织作出的界定是，“在确保企业长期成功的同时能够促进经济和社会发展，促进一个健康的环境和稳定的社会的建设”^{〔11〕}。众多的研究报告或调查结果也表明，银行系统在社会经济的发展中发挥着至关重要的作用，^{〔12〕} 有推进可持续性发展的能力^{〔13〕}。因此，在新发展理念下，商业银行的发展必须是“可持续性发展”。这可理解为，是在商业银行原来追求的经济价值的基础上添加了社会和环境等价值因素，这些新添加的价值因素是针对更大范围利益相关者的需求，包括股东、雇员、消费者、供应商、社会、环境和政府等，尤其是考虑到子孙后代的需要。

作为特殊金融企业的商业银行，在推动社会经济的发展中起到了至关重要的作用，尤其是在对可持续发展的促进方面。具体地讲，作为金融中介机构的商业银行，承担着诸如评估和定价金融资产、监督借款人、控制金融风险、建立支付系统等职能。在履行这些职能时，“商业银行可以将社会、道德和环境条件考虑进去，有能力对企业或其他借款人管理与经营方式提出额外的要求”^{〔14〕}。从实践来看，银行业对可持续性发展的贡献至少包含以下几个方面：第一，商业银行及

• 215 •

〔10〕《商业银行法（修改建议稿）》也维持了这个定义，该建议稿第2条第2款规定：“本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人，包括全国性商业银行、城市商业银行、农村商业银行以及根据经济社会发展需要设立的村镇银行等其他类型商业银行。”

〔11〕 IFC, Sustainability Report, “Choices Matter”, 2005, p. 19.

〔12〕 See R. Levine, Finance and Growth, Theory and Evidence, NBER Working Paper 10766, Cambridge, Mass., NBER, 2004.

〔13〕 See B. Scholtens, Finance as a Driver of Corporate Social Responsibility, 68 *Journal of Business Ethics*, 19 - 33 (2006).

〔14〕 Bert Scholtens, Corporate Social Responsibility in the International Banking Industry, 86 *Journal of Business Ethics*, 159 - 175 (2009).

其服务的客户的经济稳定发展,对经济长期稳定发展起到关键性作用;第二,由商业银行优先对具有可持续性的企业或项目提供资金,有利于社会经济的可持续;第三,商业银行如果在业务经营中强调对自然资源的保护,有利于环境的可持续性;第四,商业银行在业务活动中对社会福利的增进要求,将促进整个社会发展的可持续性。^[15]正由此,商业银行必须承担社会责任的理念在金融服务业中逐渐变成深入人心的意识。^[16]通过筛选、监督和强制执行等关键性活动,商业银行在给各类经济活动提供资金的过程中,自己担当了促进各个行业、不同部门以及所在国家可持续性发展的核心角色。

至此,我们可以看到,商业银行所从事的金融业务具有特殊性,它们应该、也有能力通过市场的力量承担起助力社会与经济可持续发展的责任,促进和谐社会的建设。在立法上,如果要贯彻新发展理念,则商业银行不应仅被定性为赚取商业利益的经济主体,而必须是一个兼顾公共利益与社会发展的、具有公共性特征的企业。在职责上,其不仅承担经济责任,还必须承担社会责任。实际上,作为《商业银行法》的“一般法”的《公司法》,对公司的属性界定也走过这样一个历程。在1993年12月颁布的《公司法》对公司的内涵与外延界定都局限于经济属性这一面,直到2006年的修改,增补了第5条,^[17]将公司的社会属性清楚界定,具体做法是将公司必须承担的法律责任与社会责任写进了法律条文,成为法律对公司的基本要求。同时,新颁布的《民法典》将营利法人从事经营活动时需履行社会责任作为基本要求。^[18]

无论是从满足社会经济发展所提出的时代要求考量,还是从与“一般法”保持一致的立法技术上考量,《商业银行法》对商业银行的属性进行重新界定都是非常必要的。具体地讲,《商业银行法》修改时,应该参照《公司法》第5条与《民法典》第86条规定,将包含“商业银行从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任”内容的法律条款增补进法律文本。在法律上明确商业银行不仅要承担经济责任,还应该承担社会责任与法律责任,从而将新发展理念贯彻与落实进去,满足社会发展的需要,还原商业银行在社会经济发展中所应该承担的职能,并在促进社会经济的全面进步中发挥中流砥柱的作用。

四、新发展理念与《商业银行法》立法价值取向与基本原则的补充

在一部法律的制定过程中,立法理念是位阶最高的要素,最为抽象,其与具体规则之间须通

[15] See IFC, Banking on Sustainability-Financing Environmental and Social Opportunities in Emerging Markets, Washington, DC, U. S. A., 2007.

[16] See Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny, Law and Finance, 106 *Journal of Political Economy*, 1113-1155 (1998).

[17] 《公司法》(2006年)第5条规定:“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。”

[18] 《民法典》第86条规定:“营利法人从事经营活动,应当遵守商业道德,维护交易安全,接受政府和社会的监督,承担社会责任。”

过立法的具体价值取向与基本原则所扮演的“桥梁”实现连接。立法的价值取向就是指进行立法活动时人们所普遍认同并加以追求的价值目标，立法的基本原则是法律的基础性原理或普遍性的规律。它们共同为具体规范的设计与内容选择提供了宏观性的指引，成为支撑制度体系的框架。从功能上讲，立法的价值取向与基本原则的选择，既是立法理念的落实与具体化工作，也是依托对特定组织的属性定位，为组织架构、经营管理、风险控制、法律责任等方面的具体规范设计与规范配置，指引宏观方向、划定具体界限。因此，在新发展理念下审视《商业银行法》的修改工作，在对立法理念与商业银行属性定位做出调整后，接下来的工作就是深入分析新发展理念对商业银行法价值取向与基本原则的要求，这是对《商业银行法》具体规范进行修改前的最后步骤。

从《商业银行法》第1条对“立法宗旨”与第2条对商业银行的概念界定的规定，我们可以看到市场效益是这部法律的基本价值取向，而《商业银行法》第4条到第10条对商业银行法基本原则的确定，包括“以效益性、安全性、流动性为经营原则，实行自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束”“遵循平等、自愿、公平和诚实信用的原则”“保障存款人合法利益”“依法经营”“不得损害国家利益、社会公共利益”“公平竞争”“接受监督管理”等，是对市场经济规则与市场经济秩序的落实贯彻。无疑，这种体现市场精神与市场秩序的价值取向与基本原则，符合商业银行的基本属性定位、银行业的发展规律以及市场经济的根本特征。在修改《商业银行法》时，必须继续贯彻原有的价值定位以及基本原则。《商业银行法（修改建议稿）》第4—10条也基本维持了原有立法。不过，当整个中国的社会经济发展已经从强调经济发展上升到强调社会经济全面发展，商业银行法的价值取向以及基本原则必须做出更全面的定位。对此，新发展理念提供了具体的指引。

具体地讲，新发展理念所包含的“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”五大方面，可以让我们推导出商业银行法的“效率”“秩序”“可持续”“共同”“公平”的价值取向。这些价值取向，跟《商业银行法》原有的价值取向既有交叉，也有不同，值得修改《商业银行法》时参考与补充。

第一，依据创新发展理念，我国商业银行法的具体价值取向为效率。创新发展理念既要求商业银行自身在公司治理与业务经营中实现创新，也要求商业银行督促客户，乃至更广泛的利益相关者实现创新，从而推动整个社会经济发展的创新。为此，效率应当为我国商业银行法秉持的价值取向。当代经济学发现，成本包括私人成本和社会成本，收益包括私人收益和社会收益，而经济也具有外部经济性和外部不经济性，故而成本与收益就有了更为宽泛的定义。^{〔19〕}判定某行为或制度的效率时，不能简单比较单个主体的成本和收益，而是应当对该行为或制度所涉及的全部利益相关者的成本与收益进行权衡，唯有如此，方能更为准确、科学地判断出某行为或制度是否具有效率。因此，依据创新发展理念推及的商业银行法的效率这一价值取向，与现有《商业银行法》强调的效益既有区别也有联系。即这里的效率，不仅仅是商业银行经营管理产生的经济效益最大化，还包括其所产生的社会效益的最大化，要求做到经济效益与社会效益的统一。

〔19〕 参见谢鹏程：《基本法律价值》，山东人民出版社2000年版，第133页。

第二,依据协调发展理念,我国商业银行法的具体价值取向为秩序。秩序“意指在自然进程和社会进程中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”〔20〕。人们追求秩序,既是自身生存与发展的目的之一,也是前提条件之一。“所有的社会公众各有各的长处,大家应当各司其职,发挥优势,从而使得整个社会成为统一的整体。”〔21〕协调发展理念对商业银行法提出了如下基本要求,即要求实体性规定与程序性规定之间相协调、“权”“义”“责”之间相协调、强制性规范与意思自治之间相协调、商业银行法与相关法律之间相协调,从而达成法律上的“有序”。以上述要求为准则,秩序应当为《商业银行法》修改时所秉持的价值取向,从而结束既有《商业银行法》所存在的无序状态,并弥合与协调发展的落差。

第三,依据绿色发展理念,我国商业银行法的具体价值取向为可持续。可持续发展是指既满足现代人的需求又不损害后代人满足需求的能力,〔22〕是一项经济和社会发展的长期战略,主要涵盖社会、经济和环境三个层面的内容,强调兼顾长远利益和短期利益,兼顾长远目标和短期目标,从而实现环境、经济、社会等的综合发展。绿色发展理念对商业银行法提出了促进金融可持续发展的要求。以该要求为准则,可持续应当为我国商业银行法所秉持的价值取向,从而使商业银行的业务经营与环境生态能够和谐共存,达到社会、经济、环境的协调与全面发展。由此,《商业银行法》的修改必须确立可持续金融的理念,并在可持续的价值取向的指导下,秉承寓义于利的价值观,加强商业银行的社会责任。

第四,依据开放发展理念,我国商业银行法的具体价值取向为共同性。开放发展理念对商业银行立法提出了兼容并包、借鉴国外先进经验的要求。以该要求为准则,共同性应当为我国商业银行法所秉持的价值取向,即《商业银行法》的修改应当汲取域外立法一般性规律,包括立法模式、立法原则、立法技术、立法内容等各个方面,从而掌握后发优势、实现跨越式发展。当然,强调共同性的价值取向并不是否定法律的特殊性。基于各国不同的文化、经济、政治而表现出来的法律的差异性,即是法的特殊性,包括法律概念、法律规则层面以及法律价值、原则、理念、文化层面的差异。〔23〕世界各国法律以其特殊性而存在。在处理商业银行法的共同性和特殊性之间的关系上,不能失之偏颇,而应当相互配合、相互促进,形成良性互动。

第五,依据共享发展理念,我国商业银行法的具体价值取向为公平。共享发展理念与企业社会责任的概念存在天然契合,其所强调的人人享有、各得其所,而不是由少数人垄断享有发展利益的观点,恰恰体现了企业社会责任理论所强调的应照顾全体利益相关者,而非仅仅关注股东利益的核心要义。由此,商业银行的经营管理不仅涵盖经济和社会效率原则,也包括分配公平,这就需要商业银行履行经济责任之外的社会责任。实际上,商业银行践行社会责任的内在价值即体现为效率与公平的内在统一,也只有实现这种内在的统一,才能彰显商业银行经营管理的正当性。基于此,共享发展提出对商业银行经营管理所涉及的利益相关者利益全覆盖之要求。以该要求为准则

〔20〕〔美〕E.博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第265页。

〔21〕前引〔20〕,E.博登海默书,第255页。

〔22〕参见世界环境与发展委员会:《我们共同的未来》,王之佳、柯金良等译,吉林人民出版社1997年版,第33页。

〔23〕参见胡海洋:《全球化下应重视文化对法的普适性的认同》,载《当代法学》2003年第3期。

则，公平应当为我国商业银行法所秉持的价值取向，从而实现利益相关者对发展收益的共享。

同时，新发展理念“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”的五大方面，也能让我们推导出在修改《商业银行法》时应遵循的“利益相关者利益最大化”“一致性”“合理赋权”“对标国际”“利益相关者利益平衡”等基本原则，作为对《商业银行法》基本原则的补充。

第一，依据创新发展理念，利益相关者利益最大化原则应该被确认为商业银行法的基本原则。依创新发展理念下的效率价值观，商业银行在经营活动中既追求股东利润最大化，又最大限度地考虑非股东利益相关者的利益。无疑，这已涉及商业银行及其利益相关者的权利义务配置问题，它要求以一种对商业银行的所有利益相关者负责任的价值取向来构造商业银行与利益相关者之间的权限结构，这就对商业银行法的规范设计提出了基本要求。是故，以创新发展理念观之，应将利益相关者利益最大化原则确定为商业银行法的基本原则。

第二，依据协调发展理念，一致性原则应该被确认为商业银行法的基本原则。依协调发展理念下的秩序价值观，商业银行法要求建立商业银行与多方位的社会主体的利益协调之秩序。是故，以协调发展理念观之，商业银行法应该将一致性原则确定为立法的基本原则。为此，《商业银行法》在修改时，要注意以下几点：其一，商业银行经营管理中的权、义、责在规范配置中的权重保持一致；其二，规范商业银行经营管理的实体性和程序性规定在规范配置中的权重保持一致；其三，商业银行经营管理的强制性规范与意思自治的规范在规范配置中的权重保持一致；其四，商业银行法与其他相关法律法规保持一致。

第三，依据绿色发展理念，合理赋权原则应该被确认为商业银行法的基本原则。依绿色发展理念下的可持续价值观，要求商业银行立法能够促进可持续金融发展，引导商业银行将履行社会责任的动机从消极的合规性动机转向积极的自发性动机。是故，以绿色发展理念观之，商业银行法的基本原则应被确定为合理赋权原则。一般而言，凡是立法皆涉及法律激励。所谓法律激励是指把激励制度上升到法律层面，来规范主体行为，产生激励效应。法律激励包括正向激励（奖励性的）和反向激励（惩罚性的），通过明确相关主体的权利和责任等法律规范的设置来实现。其中，正向激励也可称为“赋权”。社会责任是对商业银行履行经济责任之外的更高的要求，这时，立法给予商业银行合理赋权至关重要，即通过正向激励来提高商业银行践行包括可持续金融在内的社会责任的积极性。由此，合理赋权原则应确定为商业银行法的基本原则。

第四，依据开放发展理念，对标国际原则应该被确认为商业银行法的基本原则。对标国际原则作为商业银行法的基本原则，意味着立法者必须在充分考虑法律特殊性的前提下，关照世界各国有关商业银行的先进立法，以及有关商业银行的国际法、国际惯例以及国际通行标准，汲取立法的先进经验，实现国内的商业银行法律制度与国际通行的制度对接，在立法理念、立法技术、立法内容等方面将《商业银行法》提升到国际先进水平。

第五，依据共享发展理念下的公平价值观，利益相关者利益平衡原则应该被确定为商业银行法的基本原则。商业银行法应覆盖与关照所有利益相关者，妥善权衡不同利益相关者间的权益，实现利益相关者利益平衡。利益相关者利益平衡原则作为商业银行法的基本原则，并不意

味着法律要求实现利益在利益相关者之间的简单平均分配,而是促进以股东利益为前提的利益相对平衡。股东为实现利润最大化而创造公司,公司若没有盈利,股东将得不到利益,在此情况下,不能苛求股东推动金融机构践行对利益相关者的社会责任。因此,法律在寻求利益相关者的利益平衡时,必须以公司盈利为前提,保护利益相关者利益的目标不是牺牲股东利益而是有利于实现公司盈利,这才是利益相关者利益平衡原则作为商业银行法基本原则的主旨与真实含义。

无疑,立法价值取向与基本原则是立法理念的具体化,它们之间的功能与意义是相通的。同样,作为贯彻与体现新发展理念的产物,“效率”“秩序”“共同”“可持续”“公平”的立法价值取向与“利益相关者利益最大化”“一致性”“合理赋权”“对标国际”“利益相关者利益平衡”的立法基本原则之间的关系是互动的,具有逻辑上的对应关系。

五、新发展理念与《商业银行法》规范设计与配置的完善

当明晰新发展理念对《商业银行法》的立法理念、商业银行的属性定位、立法的具体价值取向以及基本原则的指引后,我们可以据此展开对修改《商业银行法》时规范设计与配置的完善工作的详细讨论。

(一) 新发展理念下《商业银行法》规范设计与配置的基本目标与路径选择

新发展理念所涵盖的五大发展观并不是彼此孤立的,而是相互照应、共生共长,具有鲜明的系统性特征。一个高效的商业银行法律制度体系必须具有系统性特征,构成一个位阶分明、层次清楚、逻辑自洽、相互建构、共生共进的法律有机体。无疑,以上是对新发展理念下《商业银行法》规范设计与配置在技术上的总体性要求,也是修法要达到的形式上的基本目标。

沿着以上《商业银行法》修法的基本目标,在新发展理念对立法理念、商业银行的属性定位、立法的具体价值取向与基本原则的指引下,按照以下修法的路径展开具体的修改工作:第一,以新发展理念的要求审视现有规范设计与配置上存在的问题,保留仍然能够适应新时代发展的立法条款,废止或修改已经不能适应新时代发展的立法条款;第二,按照新发展理念的要求,吸收或增补能够促进银行业发展,乃至社会经济全面发展的新法律条款,促进《商业银行法》的立法创新;第三,通过数理模型推演出围绕“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”而设计与完善的五大板块制度之间,以及各板块制度内部不同层次、不同性质规范之间的协调机制。在新发展理念的指导下,通过共同的立法理念、价值取向与基本原则,将它们整合成一个法律有机体。

(二) 新发展理念与《商业银行法》修改时的规范设计

沿着以上修法的基本目标、具体思路和路径,对《商业银行法》具体规范进行修改或补充,必须根据新发展理念对商业银行立法的立法理念、商业银行的属性定位、立法的价值取向以及基

本原则的指引，构建与完善《商业银行法》的具体制度体系。^{〔24〕}

第一，在创新发展理念指引下，按照效率的具体价值指引与利益相关者利益最大化原则的要求，修改或完善相关法律规范，促使新的《商业银行法》成为一部促进创新发展之法。为此，相关规范的修改或完善所围绕的重点是赋予商业银行足够的自主经营空间，既能促进商业银行经营管理与业务发展的创新，也能够促进客户及其他利益相关者各方面创新。例如，商业银行的业务越来越多样化与综合化，诸如直销银行、智慧银行、网络银行等新业务形态以及资产管理、不良资产处置、智能投顾等创新业务纷纷涌现，成为商业银行新的利润增长点。相比之下，《商业银行法》第3条对于商业银行的业务品种的规定已经脱离发展实践，虽然该条设计了第14项作为兜底条款，但这种立法技术根本无法体现商业银行已从事综合性业务经营的现实，尤其是掩盖了“资产业务”这一大类。由此，对此条款的修改要求是，不仅能够跟进商业银行的综合性业务实践，同时为进一步的业务创新提供必要的法律空间，满足创新发展的需要。

实际上，商业银行混合经营可以利用规模与集团优势带来利润最大化的效果，这是银行业近些年的国际发展趋势，也得到了包括美国在内的众多国家的立法响应。而且，在理论上，综合化经营可能引发银行更多风险的观点也被打破。大量的研究表明，综合化经营可能让银行的稳定性增强。^{〔25〕}通过各种途径，国内大型银行大多已实现金融混业经营，成为实质上的金融控股集团。在这种背景下，《商业银行法》有关禁止混业经营的规定已经形同虚设，负面意义尤为明显。2013年增加的《商业银行法》第43条的但书规定^{〔26〕}只是当时的权宜之计。在立法技术上，但书模式看似让立法更具有灵活性，但却是对法律的可预期以及稳定性的极大损害，也助长了权力寻租空间，加大银行业的不公平竞争。从实践来看，该条款对商业银行以分业原则为指引，但却始终未得到完全遵从。金融部门立法也从该混业但书条款出发，借助规范实践从边缘走向主流。内嵌概括授权、限制转介条款的复合性混业但书，与变动不居的国家金融政策、竞相割据分野的金融监管、追求效益最大化的金融资本，导致以其为依托的规范实践在目的、形式、内容上呈现出完全失衡的局面。^{〔27〕}无疑，原则上放宽银行业的混业经营，必须在《商业银行法》的大修中得到解决。当然，法律承认混业经营事实的同时，对于从事混业经营的银行控股集团的组织模式、经营管理、信息披露、风险控制与防火墙、监管责任等的要求必须在《商业银行法》修改中得到充分体现。

〔24〕 前文在论述新发展理念与《商业银行法》的立法理念选择、商业银行的属性定位、法律的价值取向以及基本原则的确定时，已经涉及《商业银行法》中有关立法宗旨、商业银行的概念、法律的基本原则等相关条款的修改问题，这部分对此不再赘述。同时，以下论述中的小部分观点在《商业银行法（修改建议稿）》中得到体现，比如取消利率限制的观点已体现在建议稿第55条有关“商业银行按照中国人民银行有关规定，可以与客户自主协商确定存贷款利率”的规定中，但鉴于以下论述的大部分观点并没有在建议稿中体现，同时建议稿并不是一个生效法律文本，为了表述方便，后面论述中除非必要，对建议稿中得到体现的个别观点，不再专门指出并加以引用，涉及现有立法部分主要引用《商业银行法》现有生效文本。

〔25〕 See James R. Barth, Gerard Caprio Jr., Ross Levine, Bank Regulation and Supervision: What Works Best? 13 *Journal of Financial Intermediation*, 205-248 (2004); 陈雨露、马勇：《混业经营与金融体系稳定性：基于银行危机的全球实证分析》，载《经济理论与经济管理》2008年第3期。

〔26〕 《商业银行法》第43条规定：“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务，不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资，但国家另有规定的除外。”

〔27〕 参见刘志伟：《金融法中混业“但书”规定之反思》，载《法学研究》2019年第6期。

此外,《商业银行法》第二章专门对“商业银行的设立和组织机构”(第11—28条)做出详细规定,比较大的问题是事前审批条款过多,削弱了银行的自主性,因此要适应“简政放权”的行政改革要求,对相关条款进行适当修改,减少事前审批事项,合理赋权,激发银行的创新活力,满足效益的价值追求。与此类似的是,《商业银行法》第34条有关“商业银行根据国民经济和社会发展的需要,在国家产业政策指导下开展贷款业务”的规定与以推进国家产业政策为职责的政策银行体系以及《商业银行法》第4条对商业银行“实行自主经营,自担风险,自负盈亏,自我约束”的规定相冲突,也应该废止。

第二,在协调发展理念指引下,按照秩序的具体价值指引与一致性原则的要求,修改或完善相关法律规范,促使新的《商业银行法》成为一部促进协调发展之法。一方面,在修改或完善相关法律规范时,必须把握金融体制改革方向,落实金融体制改革的成果,废除或修改已不合时宜的相关法律规范。十八大以来,为贯彻金融体制改革的政策方针,有关部门在商业银行风险管理、组织机构、内部控制、业务活动、人事管理、信息披露、资本管理和金融消费者保护等方面制定了大量的监管规则,存款保险制度、互联网金融业务管理、系统重要性银行监管机制等也已经通过行政法规或部门规章等方式得到适用。立法部门必须依托已有的立法经验以及实践效果的检验,将立法成熟、实践有效并适合升级到法律层次的制度规则,按照《立法法》的规定吸收到修订后的《商业银行法》中。例如,为了维持金融市场的稳定,2015年我国建立了存款保险制度,中国人民银行隶属的存款保险机构已经具体运行。这样,《商业银行法》第33条有关“商业银行应当保证存款本金和利息的支付”之规定应该修改,因为商业银行已经通过交付存款保险金的模式把最后的“保证义务”转给了存款保险机构,本条修改时也要将这种变化体现出来。^[28]再如,推进利率、汇率市场形成机制改革是近年来金融体制改革的重点,中国人民银行已经取消对存贷款利率的上下限规定,部分贷款品种利率甚至不再由中国人民银行直接确定,而是适用贷款市场报价利率(LPR)。鉴于此,《商业银行法》第31条有关“商业银行应当按照中国人民银行规定的存款利率的上下限,确定存款利率”的规定,必须修改。

另一方面,在修改或完善相关法律规范时,要做到与其他相关法律之间的协调。《商业银行法》的制定时间较早,囿于当时的法治理念、法制环境等因素,部分规定内容滞后,科学性欠缺,与后续颁行的法律冲突较多,严重影响了《商业银行法》的权威性以及施行效果。具体地讲,作为商事主体法中的特别法,《商业银行法》的许多内容跟《合同法》《公司法》《物权法》《证券法》等相关法律存在交叉,其中一些条款存在冲突。《民法典》颁布生效后,这种状态仍然存在。例如,《商业银行法》第42条第1、2款规定:“借款人应当按期归还贷款的本金和利息。借款人到期不归还担保贷款的,商业银行依法享有要求保证人归还贷款本金和利息或者就该担保物优先受偿的权利。商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股权,应当自取得之日起二年内予以处分。”商业银行依法享有不安抗辩权以及行使担保优先清偿权的前提被界定为“借

[28] 对此,《商业银行法(修改建议稿)》有所体现,即第6条第2款规定:“国家建立存款保险制度,依法保护存款人的合法权益,维护金融稳定。商业银行应当按照法律、行政法规的规定投保存款保险。”

款人到期不归还”，此规定与1999年10月起施行的《合同法》第68条及2021年1月开始实施的《民法典》第527条中多种情形下都可以行使不安抗辩权的规定相矛盾。^{〔29〕}同时，“依法行使不安抗辩权并非丧失抵押担保的优先受偿权利”^{〔30〕}。2007年施行的《物权法》第170条也规定：“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。”《商业银行法》第42条规定的“借款人到期不归还担保贷款的”是否构成了唯一情形，回答应该是否定的。但实践中确实存在错误解读现象，甚至出现损害商业银行合法权益的个案裁判。^{〔31〕}与此对照，《民法典》第386条亦规定除“债务人不履行到期债务”外，“或者发生当事人约定的实现担保物权的情形”时，担保物权人也是依法享有就担保财产优先受偿的权利的。无疑，随着作为市场经济基本法的《民法典》在2021年正式生效，修改《商业银行法》相关条款并与之协调的问题更加迫切。

此外，《商业银行法》的立法简陋以及金融市场的迅速变化，导致规范商业银行的下位法，包括行政法规、监管规章、规范性文件、地方法规的数量不断膨胀，与《商业银行法》冲突的条款频繁出现，严重损害了《商业银行法》的权威性。其后果是不仅人为增加了银行业经营管理规则的复杂性，而且对规则的统一性、稳定性带来不利影响。因此，必须梳理《商业银行法》的下位法，吸收其中成熟的法律规范，清除其中与《商业银行法》冲突的条款。无疑，这是协调发展基本要求以及《商业银行法》修改时必须遵循一致性原则的体现。

第三，在绿色发展理念指引下，按照可持续的具体价值指引与合理赋权原则的要求，修改或完善相关法律规范，促使新的《商业银行法》成为一部促进绿色发展之法。为此，对相关法律规范内容的修改或完善，必须围绕着既能促进商业银行内部经营管理的绿色发展，也能以商业银行为平台，促进利益相关者，乃至整个社会经济的绿色发展乃至全面发展而展开。实际上，国内外对商业银行践行社会责任的呼声日益高涨，相关国际组织、行业协会、监管部门等也出台了大量的要求商业银行践行社会责任的规范、标准以及行为模式等。而商业银行自身的优势地位与金融功能以及推进社会经济全面发展的任务要求，也需要其践行社会责任。在这里，合理赋权原则必须得到充分的体现，即当要求商业银行践行社会责任，促进可持续金融发展时，必须给予商业银行充分的正当激励，通过降低实施可持续金融的资金成本与税负成本、提高社会声誉以及赋予可持续金融于新的商机之中，才能将绿色发展新理念与可持续价值取向融入商业银行的经营理念与内部治理之中。为此，《商业银行法》相关条款修改时，包括立法理念、商业银行的属性定位、立法的价值取向与基本原则、商业银行的外部监管、内部治理与业务经营活动等，都必须吸收国内外有关银行践行社会责任的最新成果与实践，将绿色发展新理念、可持续价值取向，以及合理赋权原则融入法律规范的设计与配置中，促进可持续金融的发展。^{〔32〕}

〔29〕《合同法》第68条与《民法典》第527条规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行，包括：经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；丧失商业信誉；有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

〔30〕卜祥瑞：《再次修改〈商业银行法〉的制度创新》，载《中国法律》2014年第2期，第38页。

〔31〕参见前引〔30〕，卜祥瑞文。

〔32〕对此问题，因为在本文其他部分的论述中已得到基本涵盖，这里不再赘述。

第四,在开放发展理念指引下,按照共同的具体价值指引与对标国际原则的要求,修改或完善相关法律规范,促使新的《商业银行法》成为一部促进开放发展之法。金融发达国家,金融行业一定是充分开放的,无论是对内还是对外,并通过法律予以贯彻,这是一个普遍性的做法。因此,对《商业银行法》相关法律规范的修改或完善,必须围绕既能促进金融市场对内对外开放,也能促进国内商业银行走向国门,实现国内外的开放发展。从规范内容上,主要体现在银行准入、危机处置与退出机制方面做出市场化的改革,渐进开放银行业,提升市场竞争水平,提升银行业的效率。

《商业银行法》第12条设置了商业银行的准入条件,但这种统一标准的设置模式跟实践脱节严重,忽视了我国除了大型商业银行与股份制商业银行,还大量存在城市商业银行、城市信用社、农村商业银行、农村信用社、村镇银行、农村合作银行、外资银行、民营银行等多种商业银行的形态。这些商业银行所提供的金融产品、服务对象、经营区域、风险管理与监管标准等等,都有很大差异。因此,《商业银行法》必须细化商业银行的市场准入条件,采取分类牌照制,贴合金融市场的发展实践。

相比市场准入机制,商业银行市场化退出机制尚未建立。虽然《企业破产法》第134条^[33]与《商业银行法》第71条^[34]都规定“无法支付到期债务”的商业银行可以通过破产方式退出市场,党的十八届三中全会《决定》也明确提出要“完善金融机构市场化退出机制”,但《商业银行法》关于商业银行破产只有这么一条规定,而且只规定可以破产但怎么破产却不详,缺乏操作性。因此,修法时必须把具体的破产条件、详细的破产程序,包括破产重整、破产清算等基本规则,进行详细规定。相比之下,“接管”是一种带有强烈行政色彩的处置方式,“破产”才是真正的市场退出方式。因此,建立商业银行破产法律制度是对银行业实质性市场化改革至关重要的工作,是十八大与十九大以来致力推进金融体制改革的一个关键点。只有按照市场规则建立市场准入与退出机制,银行业才能进入一个实质性的市场竞争状态。而只有“有进有出,优胜劣汰”,商业银行才会提供更多的金融产品与更好的金融服务,创造更大的活力与更好的效益,促进经济与社会的进步。

对于危机银行的处置,《商业银行法》第64—68条专门规定了接管制度,内容涉及接管条件、接管目的、接管效力、接管决定主体等,但至少存在以下问题:一是接管条件规定过于简单,缺少操作标准;二是接管组织的选择条件、权限不够明确,对接管期间的治理结构问题也缺少规定;三是缺少对接管终止时的程序规定。相比美国、法国等国家对“接管制度”的立法,

[33] 《企业破产法》(2006年)第134条规定:“商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有本法第二条规定情形的,国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的,可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序。金融机构实施破产的,国务院可以依据本法和有关法律的规定制定实施办法。”第2条规定:“企业法人不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的,依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形,或者有明显丧失清偿能力可能的,可以依照本法规定进行重整。”

[34] 《商业银行法》第71条规定:“商业银行不能支付到期债务,经国务院银行业监督管理机构同意,由人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的,由人民法院组织国务院银行业监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组,进行清算。商业银行破产清算时,在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后,应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。”

《商业银行法》的现有规定无疑太过简陋。这时，采用共同性原则，对标国际至关重要。在肯定银行接管程序合理性的同时，针对上述问题，丰富完善银行接管的程序规则，如在接管条件上引入资本约束指标等客观因素、细化接管组织与银行原治理机构的权力交接程序和规则等。^{〔35〕}从实践来看，近年来监管机构在商业银行的接管方面有着丰富的操作实践，积累了宝贵的经验，包括权力安排、程序规范以及股东、高管、债权人和交易对手等群体的管理。在修改《商业银行法》时，这些经验对于接管制度的完善大有裨益。

实际上，我国已经有对危机银行救助的广泛实践，积累了相当经验，中国人民银行的“最后贷款人”、存款保险制度以及建立专门的资产管理公司剥离商业银行不良资产的运作模式，都可以看作是危机银行救助机制中的核心部分。因此，在对《商业银行法》修改时，要对危机银行救助机制做出详细的制度安排，以使其能跟接管制度、破产制度等相关制度接轨，共同建构起银行风险处置的安全网。

第五，在共享发展理念指引下，按照公平的具体价值指引与利益相关者利益平衡原则的要求，修改或完善相关法律规范，促使新的《商业银行法》成为一部促进共享发展之法。为此，对相关法律规范的修改或完善，必须围绕着新的《商业银行法》能够成为一部促进共享发展之法，即不仅是促进商业银行股东收益，也能促进商业银行利益相关者共享发展收益，乃至促进各主体的共生共长。在当时的立法背景下，《商业银行法》的立法理念是围绕着经济效益而展开，导致在规范设计上对利益相关者的利益平衡考虑不周，尤其是保护金融消费者方面。例如，《商业银行法》第三章有关“对存款人的保护”的规定（第29—33条）仅仅是围绕着“存款安全”立法，对于大数据时代存款人的隐私权、信息知情权、信息安全、交易安全性等都缺乏规定，跟不上时代发展需要。《商业银行法》第四章有关“贷款和其他业务的基本规则”的规定（第34—53条）也局限在对银行贷款的管理与风险控制，而对于贷款相对方即借款人的权利缺乏规定。此外，整部《商业银行法》对于存款与贷款之外的其他金融服务消费者的权利基本没有提及。由此可见，《商业银行法》现有立法对于商业银行与金融消费者之间的利益平衡基本是忽略状态，跟不上时代的发展与实践的要求。当前，金融消费者保护是“双峰监管”的支柱，尤其是2008年金融危机爆发以来成为各国立法的重点。因此，在《商业银行法》修法时，必须强化对金融消费者的保护，尤其是在大数据时代金融消费者的信息安全问题，促进商业银行与金融消费者的利益平衡。

（三）新发展理念与《商业银行法》修改时的规范配置

按照新发展理念的要求，《商业银行法》的规范配置必须合理。首先，作为一部商事组织法，现有的《商业银行法》的法律规范中强行法属性的条款太多，意思自治的条款太少，严重制约了商业银行的经营自主性、业务拓展的活力以及创造性，抑制了金融创新，满足不了新发展理念中创新发展的要求。因此，强制性规范与意思自治的规范必须配置合理，在能够简政放权的地方，都以意思自治的规范为基本导向，给予商业银行更大的经营赋权，满足各方面的创新发展需求。无疑，这也是国家所致力改善营商环境的改革需要。在修法时，最需要强调的是，要大量取消

〔35〕 参见张炜：《修改完善商业银行法》，载《中国金融》2016年第2期。

《商业银行法》中的行政许可项目,尽量采取备案制与事后审查制度,给予商业银行经营管理更大赋权,推动金融创新。

其次,在新发展理念下,商业银行履行的不仅仅是经济责任,也包括社会责任。其不仅仅是一个追逐经济利益的商事组织,还是一个必须能协调利益相关者、将公司利益与社会利益有机统一、具有公共企业性质的特殊商事组织体。因此,如果说法律责任是最低的责任要求,那超出法律之外的社会责任部分,则属于道德层面,应该以引导性与鼓励性规范为主,在法律性质上这种规范更多是属于软法层面。此外,修改《商业银行法》时,必须将硬法与软法相结合,法律上的严格义务与道德上的倡导义务并行,才能更好地达到新发展理念的五大发展要求。

再次,对商业银行的经营管理不能只靠来自官方层面的监管,还必须强调行业自律,通过行业组织的干预与引导来促进银行业的健康发展。为此,《商业银行法》还应该增加与细化有关银行业协会的条款,^[36]对银行业协会的法律地位与功能进行准确定位,要求商业银行加入银行业协会并服从其行业自律管理,以使银行业协会通过软法性质的行业标准等进行的行业自律行为有法可依,弥补官方监督管理与主要由硬法构成的《商业银行法》的不足,提高银行业治理的有效性。

最后,修改《商业银行法》时,应该设计立法后评估条款,为建立《商业银行法》的立法后评估机制提供法律依据。构建《商业银行法》的立法后评估机制是立法的延续,为法律的与时俱进提供机制保障,是贯彻新发展理念的具体路径。实际上,这是将立法看作一个动态持续的过程,而不是传统的静止模式。只有在有效的立法后评估机制下,才能定期监测《商业银行法》运作的社会效果,包括是否符合新发展理念的要求,以及是否有效地落实了新发展理念。在此基础上,根据立法后评估的报告与反馈机制,及时作出释法与修法的工作,保证《商业银行法》的科学性与有效性,换取法律的持久生命力。当然,作为商业银行法律制度的基本法,《商业银行法》只需要增加“建立立法后评估机制”的规范内容,具体的立法后评估机制的构建与运作由下位法来完成,这个条款是一个授权条款。

六、结束语

新发展理念对中国社会经济发展的指导作用是长期的,其具体落实到社会经济的各个领域也需要一个过程。同样,新发展理念对于商业银行法律制度建设的影响也是长期的,对于当前《商业银行法》修改工作的指引只是一个阶段性的步骤。《商业银行法》作为商业银行法律建设的核心,其修改工作只有在充分领会与落实新发展理念基础上才能顺利完成,《商业银行法》也才能在中国特色社会主义市场经济建设新时期,成为商业银行法律制度体系中具有划时代意义的基本法。在新发展理念指引下修改后的《商业银行法》的价值与功能,不仅仅是推动银行业发展壮大与良性竞争秩序的建设,更应该是在新时代凭借银行业在社会经济中的核心地位,在推动整个社会经济良性发展进步中发挥基础性作用。但是,我们不能期待《商业银行法》的修改以及整

[36] 《证券法》(2020年)第十一章(第164—167条)对“证券业协会”的性质、法律地位、组织架构、职责等作出了详细规定;《保险法》第180条也对“保险行业协会”作出了规定。

个商业银行法律制度的建设能够“毕其功于一役”，这将是一个在新发展理念关照下不断“构建—修改—完善—再修改”的循环升级进程，这才符合事物发展的基本规律以及新发展理念的真实意蕴，也是《商业银行法》立法后评估机制建设的意义所在。

Abstract: The proposal and implementation of the new development concept is an important work in the construction of socialism with Chinese characteristics in the new period, which will be carried out in all aspects of social and economic development in the future, and even affect the formulation or revision of laws in various fields. The amendment of the Commercial Bank Law is not an exception. The five new development concepts, including innovation, coordination, green, openness and sharing, provide guidance for the revision of the Commercial Bank Law. In terms of legislative ideas, it has shifted from paying attention to economic benefits to promoting the unity of economic benefits and social benefits. It has also shifted from emphasizing the economic function of commercial banks to the practice of social responsibility. In terms of the value and basic principles of legislation, it is upgraded from a single “market-oriented” to a diversified choice. In the design and allocation of legal norms, it is necessary to realize the scientific design of the legal norms. And it should also flexibly use the normative allocation mode of the combination of soft law and hard law and the coordination of mandatory norms and meaning autonomous norms, which will create a legal organism that can not only promote the development of the banking industry, but also contribute to the all-round social and economic progress.

Key Words: new development concept, Commercial Bank Law, legislative ideas, legislative value, design of legal norms

• 227 •

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

《商业银行法》修订背景下的绿色信贷政策法律化

王红一*

内容提要：我国绿色信贷政策约束机制作用显著，也存在实施效果不佳等问题，以立法强化政策实施强制力是较为流行的治理对策。基于绿色信贷的企业社会责任属性和信贷政策实施市场化导向，绿色信贷政策法律化的方向，是因应政策实施市场化机制要求，监管以限制性信贷为重点。政策法律化，既是政策与法律的融合沟通，也是对二者的区分划界。政策法律化应将绿色信贷纳入现行法律框架，引入绿色信贷的理念和原则，建立健全政策实施透明度制度，强化银行的责任，明晰监管权限，完善税收和财政优惠制度等。《商业银行法（修改建议稿）》体现了绿色信贷政策法律化的方向，并作出了相关规定，但尚需进一步完善。

关键词：绿色信贷 政策 法律化

一、引言

在推动绿色发展或可持续发展的进程中，信贷、保险、证券和基金等金融手段对企业节能环保的影响，已受到国际组织、各国政策制定者、立法者、监管机构、金融机构、企业、社会组织和学术界等普遍重视，被称为绿色金融的相关实践在全球方兴未艾。于我国而言，在各种金融手段中，商业银行信贷是企业最重要的融资途径，也是环境保护和绿色产业融资的主要渠道之一，推动绿色信贷意义重大。^{〔1〕} 新冠疫情过后，绿色发展面临更大的困境，利用绿色信贷推动绿色发

* 王红一，中山大学法学院教授。

本文为中国法学会 2017 年度法学研究课题“生态环境损害赔偿与生态环境修复制度研究”[CLS (2017) ZDWT24] 的阶段性成果。

〔1〕 参见陈鹏、逯元堂、高军、徐顺青：《我国绿色金融体系构建及推进机制研究》，载《环境保护科学》2016 年第 1 期。

〔2〕 参见王信、杨聘、姜晶晶、贺坤：《疫情冲击对绿色发展和气候相关风险防范的影响》，载 <http://opinion.caixin.com/2020-07-16/101580813.html>，最后访问时间：2020 年 7 月 16 日。

展具有更为迫切的现实需求。^{〔2〕}

绿色信贷含义广泛,涵盖政策制定、制度安排和金融实践等方面。^{〔3〕}从微观上看,绿色信贷是指银行采纳一定的环境标准开展信贷业务。从宏观上看,绿色信贷也是国家宏观调控政策的重要组成部分,是引导信贷投向的信贷政策。绿色信贷具有环保政策和产业政策传导功能,经由绿色信贷,银行可以对污染企业的资金予以遏制,对环保企业进行扶持,促使贷款企业承担环境责任,实现节能减排、优化产业结构和改变经济增长方式等政策目标。

推动绿色信贷发展,不同国家要解决的问题和推动模式有一定差异。发达国家重视市场化机制,发展中国家多依靠政府管理和金融监管。^{〔4〕}在发达国家,绿色信贷被视为银行企业社会责任,其实施主要依靠银行自律,如银行自愿加入赤道原则,签署联合国环境署(UNEP)银行业倡议和可持续发展承诺等。^{〔5〕}与其他国家相比,我国政府高度重视发展绿色金融,将绿色金融作为实现绿色发展和生态文明建设的重要途径,并上升到国家政策层面。2015年《生态文明体制改革总体方案》和2016年《“十三五”规划纲要》把发展绿色金融作为国家发展战略之一。十九大报告将“发展绿色金融”列为“推进绿色发展”政策的重要内容。中国人民银行(以下简称“央行”)和银监会等部门陆续出台了一系列有关绿色金融的规范性文件,其中,绿色信贷的政策力度最为显著。我国在世界上率先构建了绿色信贷制度框架。^{〔6〕}

在政府推动下,我国绿色信贷政策实施的效果十分明显。截至2020年上半年,绿色信贷余额已经超过11万亿元,位居世界第一。^{〔7〕}同时,政策实施也存在有待解决的问题,如政策实施效果不佳,出现了“资本空转”和“漂绿”等现象。^{〔8〕}同时,主要靠行政力量推动政策实施方式的科学性也受到一定的质疑。^{〔9〕}针对出现的问题,许多研究建议进行立法,如修订《中华人

• 229 •

〔3〕 参见陈立铭、郭丽华、张伟伟:《我国绿色信贷政策的运行机制及实施路径》,载《当代经济研究》2016年第1期。

〔4〕 参见国务院发展研究中心“绿化中国金融体系”课题组:《发展中国绿色金融的逻辑与框架》,载《金融论坛》2016年第2期。

〔5〕 至2017年,全球已有36个国家的83家金融机构宣布采纳了赤道原则。赤道原则是一套非官方规定的、由世界主要金融机构根据国际金融公司(IFC,世界银行的私营部门投资机构)的政策和指南制定的、旨在管理和发展与项目融资(是指为那些靠项目运营后产生的收入偿还贷款的项目提供的融资)有关的社会和环境问题的一套自愿性原则。参见李瑞民:《何为赤道原则》,载《国际融资》2007年第5期。已有来自40多个国家的200余家金融机构签署了UNEP的可持续发展承诺。我国兴业银行、浦发银行等多家银行也先后自愿加入了上述原则、倡议或承诺。参见张蓉、袁薇:《全球绿色信贷发展趋势与思考》,载《中国银行业》2017年第1期。

〔6〕 参见银监会宣传部:《银行业绿色信贷助力经济结构调整和产业转型升级》,载<http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/7538965EC2434257978072C2140BFD60.html>,最后访问时间:2018年11月20日。

〔7〕 参见《央行副行长陈雨露:建立和完善促进绿色金融发展的体制机制》,载http://www.xinhuanet.com/money/2020-09/21/c_1210809392.htm,最后访问时间:2020年12月8日。

〔8〕 关于绿色信贷政策实施的效果,学者通过对多家商业银行近三年企业社会责任报告的研究和分析发现,虽然我国商业银行绿色信贷余额大幅上升,但“两高一剩”行业的贷款余额只有小幅下降,而且贷款存量依然居高不下。参见周杰普:《论我国绿色信贷法律制度的完善》,载《东方法学》2017年第2期。2017年以来,银监会查出的全行业违反宏观调控政策套利,主要是银行通过同业业务和理财业务,向房地产、地方融资平台及“两高一剩”(高污染、高能耗和产能过剩)等行业“输血”,涉及金额2517.42亿元。参见《银监会“三三四十”大检查收官:查出问题近6万个涉及资金17万亿》,载<http://finance.caixin.com/2018-01-08/101194839.html?NOJP>,最后访问时间:2018年1月8日。绿色信贷中出现“资本空转”和“漂绿”现象。参见吕荣、曾煜:《供给侧改革下我国绿色信贷法律问题研究——基于企业的角度》,载《金融经济》2017年第4期。

〔9〕 参见前引〔4〕,国务院发展研究中心“绿化中国金融体系”课题组文。

民共和国商业银行法》（以下简称《商业银行法》），明确规定银行的环境责任并强化监管等。^{〔10〕}这些建议实际提出了有待探讨的绿色信贷政策法律化问题。

是否以及如何将绿色信贷政策法律化？正值《商业银行法》修订之际，如何对此予以回应？本文试从绿色信贷政策实施的特点和问题出发，界定绿色信贷的属性和政策导向，进而明确政策法律化的方向；同时，基于政策与法律的关系分析，探讨绿色信贷政策法律化的边界；最后考察政策实施的现有法律基础，提出立法完善建议。

二、绿色信贷政策的内容、实施特点及问题

关于政策的概念，学界未达成共识，一般是指由政党或国家制定，具有制约性、管理性、导向性功能，以及某种程度的象征性功能的行动计划或方案。^{〔11〕}政策与法律并非截然分立，如国家政策是国家的大政方针，往往体现在宪法和基本法律之中，属于广义法律的概念。^{〔12〕}本文所称法律，是指由立法权机关制定的规范性文件，包括法律、法规和规章。本文将国家和地方政府及行政主管部门下发的有关绿色信贷的指引、意见、指导意见、方案、评价指标和指导目录等统称为政策。我国绿色信贷政策大体包括国家和地方两大层面。

从国家层面上看，主要包括：2007年国家环保总局、央行、银监会发布的《关于落实环保政策法规防范信贷风险的意见》，主要是加强环保和信贷管理工作的协调配合；2007年银监会出台的《节能减排授信工作指导意见》，旨在配合国家节能减排战略的顺利实施，督促银行业金融机构把调整和优化信贷结构与国家经济结构紧密结合，有效防范信贷风险；2012年银监会发布的《绿色信贷指引》，对绿色信贷的组织和业务管理进行了规定；2014年银监会发布的《绿色信贷实施情况关键评价指标》，通过100多个指标，规范绿色信贷的组织管理和内控协调等；2015年银监会、国家发改委出台的《能效信贷指引》，为支持用能单位提高能源利用效率和降低能源消耗提供信贷融资，在重点服务领域、项目、信贷方式、风险控制和金融创新及激励约束方面提出了指引；2016年央行等七部委联合发布的《关于构建绿色金融体系的指导意见》（以下简称《指导意见》），提出了绿色信贷七项制度框架；2019年3月，国家发改委、工信部等七部委联合印发的《绿色产业指导目录（2019年版）》及解释说明文件，进一步厘清绿色产业边界，首次从产业的角度全面界定了全产业链的绿色标准与范围。

从地方层面看，2017年6月，国务院常务会议决定在浙江、江西、广东、贵州、新疆五省（区）选择部分地方，建设绿色金融改革创新试验区，推动经济绿色转型升级。同时，央行等多部委联合印发《浙江省湖州市、衢州市建设绿色金融改革创新试验区总体方案》《广东省广州市

〔10〕 相关立法建议参见陈琪：《中国绿色信贷政策落实了吗？——基于“两高一剩”企业贷款规模和成本的分析》，载《当代财经》2019年第3期；刘志云等：《商业银行社会责任的法律问题研究》，厦门大学出版社2011年版，第418页；阳昭露、姜渊：《论我国绿色信贷法律制度的构建》，载《江西财经大学学报》2009年第4期；左振秀、崔丽、朱庆华：《中国实施绿色信贷的障碍因素》，载《金融论坛》2017年第9期等。

〔11〕 参见陈振民：《政策科学》，中国人民大学出版社1998年版，第59页。

〔12〕 参见沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社2009年版，第177页。

建设绿色金融改革创新试验区总体方案》《新疆维吾尔自治区哈密市、昌吉州和克拉玛依市建设绿色金融改革创新试验区总体方案》《贵州省贵安新区建设绿色金融改革创新试验区总体方案》《江西省赣江新区建设绿色金融改革创新试验区总体方案》等文件。五大试验区先后出台了多个绿色金融专项政策文件,通过货币金融政策、财税政策和其他一系列政策支持绿色金融发展。试验区各级政府先后组建了省、市、区多层级的绿色金融工作领导小组推进各项试点工作。各试验区央行分支机构分别制定了《绿色信贷业绩评估办法》等文件,运用再贴现、将绿色信贷业绩纳入宏观审慎评估体系(MPA)考核等方式,积极引导金融资源有效流向绿色发展领域。

商道融绿与对外经济贸易大学2019年5月联合发布的《中国绿色金融分析政策报告(2019)摘要》显示,截至2019年,与绿色金融相关的各类政策超过510条,除中央政府外,31个省级行政区发布了绿色金融政策,并有20个省级行政区发布了绿色金融专项政策。^[13]这些政策内容中,绿色信贷占比最大。

绿色信贷政策的主要内容包括:一是通过不断更新绿色产业指导目录,建立绿色信贷标准体系,界定绿色信贷的范围;二是配合环保产业政策实施,督促金融机构优化信贷结构,防范环保政策实施传导引发信贷风险;三是建立绿色金融业绩评价体系;四是逐步丰富绿色信贷的约束和激励手段。

绿色信贷政策实施,与绿色金融体系建设同步,沿着“自上而下”的顶层推动和“自下而上”的基层探索两条路径进行。^[14]具体而言,一是政府部门依监管层级推动政策贯彻落实,二是地方政府依据国家政策制定地方政策,结合地方特点开展绿色金融创新。

政府主导自上而下的政策推行中,金融监管居于重要地位。监管包括约束和激励两大方面措施,前者包括规定有关贷款的增速或减速、窗口指导、差别监管、现场和非现场检查、市场或业务准入许可等,后者包括给予政策优惠如再贷款、贴息、定向降准等。实践中,多采用“窗口指导”方式控制贷款投向。^[15]地方银行业监管机构,通过考核评价实施差别化监管措施,对考评不合格的机构,视情况采取责令暂停部分业务、停办新业务、停设分支机构、约见谈话、通报批评等监管措施。^[16]从监管手段看,政策实施具有较强的刚性。

实证研究表明,中国近年来实施绿色信贷过程中的障碍包括:一是政策有待继续完善,即与绿色信贷配套的绩效评价标准和行业环保绩效评价指南等技术性政策需不断跟进;二是监管不到位,政府缺乏监督和监管机制。^[17]至于为何监管不到位,学者指出,主要是存在监管口径不合

[13] 转引自鲁政委、钱立华、方琦:《中国绿色金融发展六大趋势展望》,载《金融经济》2019年第9期。

[14] 参见《人民银行发布〈中国绿色金融发展报告(2018)〉》,载 http://www.gov.cn/xinwen/2019-11/20/content_5453843.htm,最后访问时间:2020年2月28日。

[15] 在我国各绿色金融改革创新试验区,“窗口指导”是绿色信贷实施的重要工具。例如,2017年6月,人民银行、发展改革委、财政部、环境保护部、银监会、证监会、保监会印发的《江西省赣江新区建设绿色金融改革创新试验区总体方案》第1条提出,“注重窗口指导,加快绿色金融机制建设”。参见《江西省赣江新区建设绿色金融改革创新试验区总体方案》,载 <http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/21470B726F7C423FBBD5831D78773671.html>,最后访问时间:2019年12月30日。

[16] 参见《江西银监局关于印发绿色信贷工作考核评价及差别化监管暂行办法的通知》。

[17] 参见前引[10],左振秀、崔丽、朱庆华文。

理、监管标准不统一、监管不适应地方差异化需求，以及配套约束机制不足等问题。^{〔18〕}此外，政策执行不到位，从中央环保专项资金的具体使用来看，直接拨款补助和奖励的方式运用过多，贷款贴息方式运用得较少，对金融机构盈利产生负面影响。^{〔19〕}通过立法强化监管，提升政策实施的强制力，是较为流行的治理对策。

立法何以强化监管？政策与法律属于不同范畴的规范，以法律替代政策的“法律万能主义”和抛开法律框架随意实施政策的“法律虚无主义”均不可取。^{〔20〕}绿色信贷法律化，需定位绿色信贷的性质，界定政策与法律的功能，确立绿色信贷法律化的方向和边界，进而完善政策实施的法律基础。

三、绿色信贷政策定位及法律化的方向

绿色信贷政策法律化的前提，是对相关政策进行定位。定位绿色信贷政策，应基于绿色信贷的属性。绿色信贷政策定位，实为政策导向在市场化 and 行政干预之间的取舍。

从不同角度看，绿色信贷兼具银行企业社会责任和信贷政策等属性。

绿色信贷首先是银行企业社会责任。绿色信贷要求银行在关注贷款经济效益的同时，还需关注贷款人的贷款目的，以及贷款使用对环境的影响。银行实施绿色信贷，超出了营利的范畴，是对社会经济发展需求的回应，当属银行企业社会责任的组成部分。

绿色信贷还是一种信贷政策。信贷政策有多种层面，银行为提升自身社会责任形象，或出于防范企业环境风险传递导致信贷损失等目的，自愿将绿色标准纳入信贷业务中，体现为商业银行内部的信贷政策。银行制定实施内部绿色信贷政策，实为履行企业社会责任。在国家和各级政府层面上，绿色信贷属于宏观经济政策。央行将信贷政策定义为“是宏观经济政策的重要组成部分，是中国人民银行根据国家宏观调控和产业政策要求，对金融机构信贷总量和投向实施引导、调控和监督，促使信贷投向不断优化，实现信贷资金优化配置并促进经济结构调整的重要手段”^{〔21〕}。绿色信贷政策是通过调整信贷结构发挥商业银行等金融机构的金融中介作用，促进环保发展的手段。

以绿色信贷政策调控信贷结构，应采取何种机制？政策定位需审视政策实施效果不佳的根本原因，注重长效机制。

我国有着提升绿色信贷政策实施效率的迫切现实需求。在企业违法排污治理难，“两高一剩”（高污染、高能耗和产能过剩）企业占用信贷资源过高的情形下，迫切需要通过推动绿色信贷，利用银行的金融中介功能，从源头上对环境污染等项目进行抑制，对环保项目予以支持，实现生态文明建设和供给侧改革目标。由于绿色项目往往周期长，收益不高，银行在业绩压力和利益驱

〔18〕 参见胡静怡、陶士贵：《我国商业银行绿色信贷实践中的困境与对策研究》，载《武汉金融》2018年第2期。

〔19〕 参见赵以邺：《绿色金融的中国实践：意义、现状与问题》，载《武汉金融》2018年第2期。

〔20〕 参见陈树杨：《论产业政策法律化——以法律与政策的关系为视角》，载《法制与社会》2019年第6期（上）。

〔21〕 《信贷政策简介》，载 <http://www.pbc.gov.cn/jinrongshichangsi/147160/147289/147304/2899801/index.html>，最后访问时间：2020年11月2日。

动下,有可能继续为污染企业放贷,甚至骗取政策优惠,加之社会声誉等约束机制有限,政策实施效果需要保障。

解决现实迫切需求,保障政策实施效果,是否意味着强化监管,需回答以下问题:

首先,绿色信贷政策实施是否缺乏强制性?我国政府主导推动绿色信贷实施,形成了有一定刚性的政策约束机制。绿色信贷政策性文件的密集出台,以及实践中采用监管手段,是这种机制的突出表现。从前述研究揭示的问题看,政策实施不佳的根本原因,并非缺乏强制力,而在于政策本身有待完善、激励不足、行政标准不统一,以及欠缺政策实施的透明度机制等。进一步完善政策,探索更为有效的政策实施机制为当务之急。

其次,实施绿色信贷,是强化监管还是市场化引导?绿色信贷实施的机制,包括社会和经济压力、政策激励和监管强制等。国外的经验是重视绿色信贷实施的自愿性和市场机制的作用,政策以激励为主。国际金融机构自愿实施绿色信贷,如赤道原则等,相当一部分原因是来自公众和民间组织的声誉压力。另外,环境风险和社会风险向金融风险的快速传递,也是越来越多的金融机构(包括出口信用机构)主动宣布或被动接受赤道原则的原因之一。^{〔22〕}实践中,针对金融机构阳奉阴违、以环保之名逐利,以及环保金融执行困难等困境,国外的常见应对方法是采用市场化的政策工具,如税收优惠、财政支持等激励方式。例如,英国政府为从事环境保护的企业和项目提供融资担保,日本政府为绿色项目和企业提供财政补贴等。在监管方面的举措,是健全多部门参与的监管组织体系,加大环境金融信息披露力度,借助市场力量加强对金融机构的社会监督。^{〔23〕}

• 233 •

市场化的政策导向和共同治理的监管思路值得借鉴。商业银行做出贷款决策是按照市场化原则,绿色信贷政策导向不能脱离银行是营利法人和市场主体这一基本前提。基于市场的政策设计,以利益驱动机制进行激励和引导符合绿色信贷的银行业务属性,也有助于商业银行将绿色信贷内化于自主经营之中,达成政策长效机制。

目前各地绿色金融创新实践中,采用了贴息、发行补助、担保补贴、损失分担、设立担保基金、对绿色债券发行人和投资人提供税收减免的优惠政策,以及设立绿色发展基金和绿色产业基金直接投资绿色产业的投资政策等。^{〔24〕}这些制度降低了绿色金融的成本和风险,取得了良好效果。

我国市场导向的信贷政策机制正在确立。1998年以前,央行信贷政策的贯彻实施依托于金融监管,带有明显的行政干预色彩。近年来,信贷政策正在从过去主要依托行政干预逐步向市场化的调控方式转变。央行信贷政策的内容,除限制性的信贷政策通过“窗口指导”或引导商业银行通过调整授信额度、调整信贷风险评级和风险溢价等方式,限制信贷资金向某些产业、行业及地区过度投放外,其余的信贷政策是“配合国家产业政策,通过贷款贴息等多种手段,引导信贷资金向国家政策需要鼓励和扶持的地区及行业流动,以扶持这些地区 and 行业的经济发展”和“制定

〔22〕 国外银行自愿实施赤道原则,来自社会和经济压力。参见前引〔5〕,李瑞民文。

〔23〕 参见张雪兰、何德旭:《国外环境金融的困境与应对举措》,载《经济学动态》2010年第11期。

〔24〕 参见前引〔13〕,鲁政委、钱立华、方琦文。

信贷法律法规，引导、规范和促进金融创新，防范信贷风险”〔25〕。总体上，信贷政策是以激励引导为主，监管主要针对限制性信贷。

我国绿色信贷政策也同样体现了市场化的方向，并有一定的监管要求。《指导意见》等政策文件，多使用“支持”“引导”和“鼓励”等用语，主张通过激励方式，促使银行调整贷款结构，引导贷款投向绿色产业，同时切断污染企业的资金供应；同时，也原则性地提出了银行“必须”做的工作，如在信贷中纳入项目等准入标准，加强风险控制和管理能力，防范绿色信贷风险等。

总之，绿色信贷政策的定位是市场化导向，政策干预的范围限于限制性信贷方面。绿色信贷政策法律化的方向，需因应绿色信贷政策实施的需求，完善和规范绿色信贷政策的市场化机制，解决对限制性信贷的监管等问题。

四、绿色信贷政策法律化的边界

以立法因应政策实施的需求，应基于政策与法律之间的关系，明确不同规范的功用和界限。

政策与法律属于不同的规范范畴，各具特点和功用。政策具有宏观指导性和适应现实需求的灵活性，法律具有权威性和稳定性，二者在推动绿色信贷中应相互协调，共同发挥作用。信贷政策法律化的优势，在于它能够将信贷政策内容相对固定化，使银行有一个稳定的、可遵循的制度框架，使政府对金融机构信贷行为的调控或干预限定在一个固定、公开、可视化的框架内，在一定程度上弥补信贷调控失灵，发挥促进经济发展的积极作用。〔26〕绿色政策法律化，既是政策与法律的融合沟通，也是对二者的区分划界。

首先，哪些绿色信贷政策内容可以法律化？如果将绿色信贷内容一律法律化，与法律替代政策无异，也使绿色信贷缺乏灵活性，自不可取。绿色信贷涉及众多行业和产品种类，绿色标准在不同国家不同时期有所变化，绿色信贷的实施与所在地的市场化程度密切相关，需要因地制宜、与时俱进的政策调控。有关绿色信贷标准、绿色信贷实施情况关键评价指标等技术性政策，以及“窗口指导”“差别准备金率”、贴息等政策手段的作用难以替代，无需法律化。

政策法律化，一般是指将具有长期稳定性以及对全局具有重大影响的政策转化为法律规范，需具备一定的条件。〔27〕鉴于绿色信贷实践尚在探索和创新阶段，各地市场发展不均衡，以政策推进绿色信贷发展仍具现实性，将绿色信贷理念和倡导性的原则法律化较为可行。从国外经验看，信贷政策法律化的一个重要内容，是澄清金融机构的权利与义务。〔28〕

此外，政策实施的市场化机制需要制度保障，立法应规范激励性的制度，建立健全政策实施透明度制度。

〔25〕 前引〔21〕。

〔26〕 参见曹雷：《论信贷政策法律化：美国的实践与经验》，载《金融法制》2012年第4期。

〔27〕 学者认为政策向法律的转化必须具备外在条件，即内容上的适宜性，时机上的成熟性和过程上的制度化。参见方世荣：《论政策转化为法律的基础和条件》，载《湖北行政学院学报》2006年第4期。

〔28〕 参见前引〔26〕，曹雷文。

其次,绿色信贷政策法律化如何强化监管?限制性绿色信贷,如“两高一剩”信贷,属于监管的重要对象。在经济下行形势下,绿色信贷实施阻力加大,需要强化对该类信贷的监管。强化监管,并非一味靠行政干预,法律手段的作用更具有稳定性和强制力。绿色信贷政策的有效贯彻实施,需借助经济手段、行政手段和法律手段。行政手段对市场机制有较强的干扰作用,主观性强、成本高,无法从根本上解决问题,很容易造成快速反弹,效果难以持久。法律手段是实施信贷政策最重要的方式,在法治国家,经济和行政手段的运用均应依法实施。绿色信贷政策的市场导向定位,要求政策实施从行政手段向法律手段转变。许多国家包括美国、日本、印度等,在针对市场机制失灵的领域均采取推进信贷政策的法制化或制度化的措施,用法律的手段约束银行信贷投放。^[29] 这些国家的经验值得借鉴。

法律的强制,主要体现为对银行法律责任的规定,一是针对限制性信贷的银行法律责任,可将限制性信贷政策纳入银行违法违规放贷责任范围,二是出台有关银行绿色信贷法律责任的规定。目前研究多建议借鉴美国的《综合环境反应赔偿和责任法案》(又称《超级基金法》),直接规定银行在特定情形下的环境责任。后文将对此进行分析。

总之,政策法律化主要涉及立法引入绿色信贷的理念、原则,建立健全政策实施透明度制度,以及明确银行的相应责任等。

五、绿色信贷政策法律化的框架与《商业银行法》相关修订

• 235 •

(一) 绿色信贷政策实施的法律框架

综上所述,基于绿色信贷政策市场化导向定位和法律化边界,绿色信贷政策法律化的框架包括以下内容:

第一,将绿色理念和绿色原则融入现有法律体系。

最新出台的《民法典》第9条规定的绿色原则,^[30]《公司法》第5条有关公司应承担社会责任的规定,以及《环境保护法》第6条有关“一切单位和个人都有保护环境的义务”之规定等,均倡导社会主体践行绿色社会责任。

《商业银行法》第4条将“效益性”规定为商业银行的经营原则之一,该“效益性”可以理解为包括经济、环境和社会效益。但这一规定较为模糊。各种效益之间的关系如何,当不同效益发生冲突如何解决,这些问题并无答案。修订《商业银行法》,有必要衔接上位法的相关规定,明确绿色信贷等银行社会责任。

第二,在银行专门立法中强化银行违法违规放贷责任。

有关银行贷款业务的现行规范,规定了银行有依照项目或环保审批等进行放贷的义务。央行《贷款通则》第24条第2款规定,在“建设项目按国家规定应当报有关部门批准而未取得批准文件的”和“生产经营或投资项目未取得环境保护部门许可的”等情形下,不得对借款人发放贷

[29] 参见前引[23],张雪兰、何德旭文。

[30] 《民法典》第9条规定:“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源,保护生态环境。”

款。2004年7月25日银监会发布的《商业银行授信工作尽职指引》（以下简称《指引》）第36条规定，客户未按规定取得包括环保批准等文件的，或虽然取得，但属于化整为零、越权或变相越权和超授权批准的，商业银行不得提供授信。

《贷款通则》和《指引》中规定了银行“应该”“不得”进行的活动，但未明确具体法律责任。《指引》第51条规定，商业银行应根据授信工作尽职调查人员的调查结果，对具有9种情节的授信工作人员依法、依规追究责任。授信工作尽职调查人员一般由商业银行内部自己选任。《指引》将违规放贷的查处权主要交由商业银行自己行使，难以有效制约违规放贷行为。因此，有必要建立有效的查处机制，并强化违规放贷的监督责任和完善对责任人的处理办法。

第三，在环保法中规定银行的环境责任。

在贷款人环境责任方面，《指导意见》第8条提出，研究明确贷款人环境法律责任。借鉴美国的《综合环境反应赔偿和责任法案》，规定银行的环境责任，是学界呼声较高的建议。^{〔31〕}有观点认为，应在环保法中规定贷款人对于环境污染的连带责任，让银行承担起监督责任，增加补偿环境费用来源。^{〔32〕}还有观点建议，通过侵权责任法和金融法两条路径尝试引入“潜在责任人”制度，强化商业银行的环境法律责任。^{〔33〕}

美国《综合环境反应赔偿和责任法案》为解决被污染财产的救济或清洁赔偿问题，将银行作为潜在的污染责任主体，对其施加连带义务和责任；银行承担责任的前提条件，是银行参与了借款人财产的管理，或拥有了该财产。^{〔34〕}该法案本质上属于环保法，规定银行等潜在责任主体承担环境责任，主要目的是解决环境赔偿的可得性，并不涉及金融问题。此外，环境责任的认定需要专业判断，属于环境监管部门的职权范围。因此，由环保法规范银行的环境责任较为适宜。

第四，体现银行经营的市场化本质并明晰监管权限。

有关绿色信贷的监管法律权限尚待明晰。根据《中国人民银行法》，中国人民银行被定位于国家的中央银行和宏观调控部门，肩负“制定和执行货币政策，维护金融稳定，提供金融服务”三大支柱职能。^{〔35〕}中国人民银行推动银行绿色信贷主要体现在制订和执行货币政策，以及维护金融稳定的职能方面。依据《银行业监督管理法》，银监系统推动绿色信贷，主要属于审慎监管范畴，与合规和风险控制相关。由于绿色信贷既有需要激励和引导的行业及产品，也有必须严格监管的限制性类别，有必要区分绿色信贷业务的类型，明确金融监管机构的职权范围。

第五，完善促进政策实施的透明度制度。

商业银行信息披露是透明度制度的主要体现，透明度制度的目的，既为便利监管，也有助于

〔31〕 譬如前引〔10〕，陈琪文；前引〔13〕，鲁政委、钱立华、方琦文。

〔32〕 参见仇京荣：《美国环境法中贷款人的责任》，载《当代金融家》2015年第1期。

〔33〕 参见沈娅云：《贷款人环境民事责任构建研究》，载《绿色科技》2015年第1期；前引〔8〕，周杰普文。

〔34〕 See 42 U. S. C. § 9607 (a).

〔35〕 参见《中国人民银行职能》，载 <http://www.pbc.gov.cn/publish/main/532/index.html>，最后访问时间：2019年12月21日。

调动社会监督。银监会《商业银行信息披露管理办法》要求商业银行进行披露的信息内容中,尚不包括绿色信贷信息。促进绿色信贷实施,应将商业银行实施绿色信贷的相关情况增加为商业银行信息披露的内容,银保监会应将该信息作为信息公开的内容。

《指导意见》已经明确,要建立强制性上市公司披露环境信息的制度。因此,对于上市商业银行等金融机构而言,所披露的信息应包括绿色信贷政策实施情况。

此外,环保部门在公布环境违法企业和违法项目时,可将为环境违法项目提供贷款的银行机构一并向公众披露,从而使社会公众能够了解并通过公益诉讼等法律渠道形成社会监督,营造商业银行实施绿色信贷的外部约束。

第六,对激励性的制度进行规范。针对目前激励性不足和激励措施适用不规范的问题,应完善税法、财政法等有关税收优惠和贴息等规定,将优惠范围、标准和方式与绿色信贷政策相衔接。

(二)《商业银行法》相关修订之评价

《商业银行法》是规范银行经营的主要法律依据,也是绿色信贷监管依据。该法修订工作已被列入第十三届全国人大常委会立法规划和2020年立法工作计划。央行起草的《商业银行法(修改建议稿)》(以下简称《修改建议稿》)正向社会公开征求意见。^[36]

《修改建议稿》虽未出现“绿色信贷”一词,但相关规定已涉及绿色信贷。

其一,在银行的经营原则上,沿袭了原有“效益性”规定(第4条);关于信贷原则的修订,旨在放宽信贷条件,仅规定“严格审查借款人的资信”(第7条);在业务经营规则中规定了“依法合规开展业务,履行社会责任”(第51条)。从原则和规则的含义看,原则较为抽象,具有统领性;规则更为具体,侧重操作性。社会责任含义宽泛,是一种理念和商业伦理,将银行社会责任作为经营原则或信贷原则规定在总则部分予以倡导,较为适宜,也与《民法典》和《公司法》总则相关规定相衔接。

其二,新增了商业银行信息披露义务规定,披露信息包含“履行社会责任情况等信息”(第41条)。同时,在差异化监管事项的规定中包含了“商业银行信息披露事项和具体要求”(第85条)。这些规定也回应了绿色信贷政策实施的透明度制度建设问题。但该规定仅涉及监管机构的职权,对于信息披露的对象和属性是什么,是否属于信息公开的范围,需要进一步明确。

其三,规定了商业银行贷款自主权利(第60条),以及强令放贷的个人和单位责任(第119条)。该规定确定了银行业务的市场化方向,对绿色信贷行政干预具有规制效力。

其四,加大了银行违反业务经营规则的法律責任(第106条)。其中第(九)项“其他违反本法开展业务的行为”,或可涵盖限制性绿色贷款责任。关于违反人民银行业务规则责任,第111条第(五)项规定的“违反中国人民银行其他业务管理规定的”,是否包含违反绿色信贷政策有待确定。

[36] 参见《中国人民银行关于〈中华人民共和国商业银行法(修改建议稿)〉公开征求意见的通知》,载 <http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/4111071/index.html>, 最后访问时间:2020年12月8日。

其五，加重了对银行违法直接责任人员和违法违规工作人员的处罚。对“商业银行违反本法规定的”直接责任人员的处罚规定（第 114 条），以及对商业银行工作人员“违规发放贷款或者提供担保的”处罚规定（第 118 条），均对违反项目和环保审批放贷行为具有约束力，体现了对限制性信贷的监管。

此外，《修改建议稿》有关银行风险管理机制和策略的规定，以及银行内部治理的新规范，对绿色信贷的风险防范和监督机制建设具有积极作用。

总之，《修改建议稿》对银行社会责任及信息披露、银行经营的市场化导向，以及违法违规放贷的责任等作出了规定，体现绿色信贷政策法律化的方向和边界。尚需明确商业银行社会责任的经营原则地位，界定商业银行信息披露的属性，明晰银行违法信贷范围与限制性信贷政策之间的关系，完善商业银行违法违规贷款查处机制。

Abstract: In China, policy regulating mechanism produces marked effective in the green credit, however, the problems of ineffective performance of policies need to be solved. What is popularly proposed is to strengthen supervision by legislation. Accorded with the CRS nature of green credit, and market-orienting reform of credit policy, relevant legislation should adapt to market mechanism and focus regulation on restricted credit. Based on the relationship of law and policy, it is suggested to stipulate the green principle, transparency system, and environment liability of banks. Legal framework in China and the suggestion for amending Law of Commercial Bank embodies green principle and specifications, and they should be improved further.

Key Words: green credit, policy, legislation

（责任编辑：缪因知 赵建蕊）

论金融产品销售商的投资者适当性义务

何 颖 阮少凯*

内容提要：金融产品销售商承担适当性义务需以信赖关系的存在为前提。客户风险承受能力的认定要素应包括主观要素和客观要素。对于主观要素的忽视是导致高估客户风险承受能力的重要原因，可采用木桶短板管理理论进行合理评估。对于金融产品风险等级的确定，司法审判中穿透式认定的做法或有违“尊重专长”原则，通过委托独立的第三方进行重新评估不失为一种解决思路。《九民纪要》首次规定了销售商违反投资者适当性义务的民事责任规则，将金融产品销售商与发行人列为连带责任主体，皆体现了对金融消费者的倾斜保护理念，将《民法总则》第167条作为销售商和发行人承担连带责任的依据，会因金融消费者无法有效举证而使该条款难以发挥作用，建议将销售商与发行人承担连带责任的依据修订为《消费者权益保护法》第40条。在销售商的过错责任及损失分摊问题上，应形成确定且具操作性的认定规则，以消除判决结果的随意性，对此判例法的过错考量因素值得借鉴。

关键词：投资者适当性 风险承受能力 金融消费者

• 239 •

一、问题的提出

近年来，投资者适当性民事纠纷案件数量渐增，金融产品销售机构因违反适当性义务向投资者承担赔偿责任的判决越来越多。^{〔1〕}此类案件审理争议较大，原被告双方围绕“销售机构是否应当承担适当性义务”“销售机构是否存在不当推荐行为”“投资者是否有过错”等问题展开激烈交

* 何颖，华东政法大学经济法学院副教授；阮少凯，华东政法大学互联网金融法律研究中心硕士研究生。

〔1〕 有研究表明，在2018年7月14日之前的100件投资者适当性案件中，金融机构承担赔偿责任的概率大约在40%~50%。从时间分布上看，在2016年以前，金融机构承担赔偿责任的案件仅有两起，因此可以看出近年来金融机构承担赔偿责任的比率会更高。参见曹兴权、凌文君：《金融机构适当性义务的司法适用》，载《湖北社会科学》2019年第8期。

锋，法院判决往往一波三折。^{〔2〕}

2019年7月30日，历经三审的“中国建设银行股份有限公司北京恩济支行与王翔财产损害赔偿纠纷案”（以下简称“王翔案”）^{〔3〕}尘埃落定，法院判决建行恩济支行违反适当性义务应对投资人的损失承担全部赔偿责任，赔偿王翔全部本金576481.95元及相应利息损失。在该案中，王翔经建行恩济支行工作人员推荐购买了一款基金产品。建行方面将该基金产品的风险评估为“中风险”，对客户投资风险评估结果显示王翔的风险等级为稳健型。建行据此认为该产品与客户风险承受度匹配，即已履行适当性义务。法院则认定该款基金产品属于“较高风险”品种，建行对王翔的推荐存在重大过错，违反了适当性义务。因此判决建行恩济支行承担全部赔偿责任。对此市场反应强烈，认为银行作为销售商承担责任是否过重，还有观点质疑司法机关直接判断建行对王翔的风险评估是否合理，相当于否定目前行业对客户风险评估的做法。^{〔4〕}

金融产品销售机构是否应当承担投资者适当性义务？如果承担的话其义务内容如何？相应的民事责任又如何认定？本文以下试图进行探讨。

二、销售机构承担适当性义务以存在信赖关系为前提

在我国现行立法中，投资者适当性要求主要规定在各类金融监管规范的具体条款当中。^{〔5〕}尽管《证券投资基金法》有个别条款要求基金销售机构应当“根据投资人的风险承受能力销售不同风险等级的基金产品”，但是该条显然缺乏可操作性，且该法未有相应的民事责任规定。司法实践中，主要还是根据民法上的诚实信用原则或者投资者的弱势地位来论证销售商需要承担适当性义务，抑或直接通过监管规范认定销售商需要承担适当性义务。^{〔6〕}

2019年9月11日，最高人民法院审议通过的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）明确规定了卖方机构在推荐、销售投资类金融商品时应当履行适当性义务，并且首次明确规定金融产品发行人、销售者等卖方机构违反适当性义务应当承担民事责任。自此，法院在审理投资者适当性纠纷案件时，可以直接根据《九民纪要》的规定对当事人的适当性义务及责任承担进行认定。^{〔7〕}

（一）投资者适当性义务的法理基础

投资者适当性开始是对证券经纪自营商的一种义务设定，来源于20世纪30年代的美国自律

〔2〕 在“胡象斌诉中国银行股份有限公司上海市田林路支行侵权责任纠纷案”中，一审判决银行无需承担任何赔偿责任，二审判决颠覆性改判为赔偿投资者100%本金损失，再审又再次改判为银行赔偿40%本金损失。参见上海市第一中级人民法院（2015）沪一中民六（商）终字第198号民事判决书。

〔3〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民申3178号民事裁定书；北京市第一中级人民法院（2018）京01民终8761号民事判决书。

〔4〕 参见赵宏韬：《3万字长文！从王翔案、“九民纪要”视角复盘金融机构在资管业务中的适当性义务》（上），载“法询资管研究”微信公众号，2020年3月12日。

〔5〕 目前，《证券投资基金法》第98条规定了基金销售机构的适当性义务，以及新修订的《证券法》第88条规定了证券公司的适当性义务。

〔6〕 参见前引〔1〕，曹兴权、凌文君文。

〔7〕 《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》指出，尽管“纪要不是司法解释，不能作为裁判依据进行援引。《会议纪要》发布后，人民法院尚未审结的一审、二审案件，在裁判文书‘本院认为’部分具体分析法律适用的理由时，可以根据《会议纪要》的相关规定进行说理”。

组织 (Self-Regulatory Organizations, SROs), 其最初设计目的是为了保护纽约证券交易所成员免受不诚信以及破产投资者的侵害, 并且无明确的适当性要求, 但是在后来, 投资者适当性义务逐渐被理解成为保护投资者不被诱使购买风险超过他们所能承担范畴的证券。^{〔8〕} 1939 年全美证券交易商协会 (National Association of Securities Dealers, NASD) 为对《马洛尼法》(The Maloney Act of 1938)^{〔9〕} 作出回应, 将投资者适当性义务作为道德指南。在 20 世纪 60 年代, 投资者适当性义务在“锅炉房骗局”(Boiler Room Operations) 中受到广泛关注与适用, 并于此后的 40 年得到发展, 目前主要规定于 FINRA Rule 2111^{〔10〕} 中。

早期, 美国证券交易委员会以“代理理论”(The Agency Theory) 证明了经纪自营商的适当性义务是一种信义义务。代理理论认为代理关系是来源于一个人对另一个人表示同意的信赖关系, 这种同意是指另一个人代表其行事并受其控制。证券经纪商作为代理人在为客户执行交易时, 成立代理关系, 对客户负有注意和忠诚的义务。适当性义务刚好与代理人为委托人提供相关信息的信赖义务相契合。^{〔11〕} 但是, 代理理论的适用具有局限性, 因为代理关系的存在仅限于证券经纪商与投资者因委托理财、执行交易等情形, 而证券交易商与投资者之间不存在代理关系, 对投资者不负有信义义务。^{〔12〕}

为克服代理理论适用的局限性, 美国证券交易委员会发展出“特殊情节理论”(The Special Circumstances Theory) 和“招牌理论”(The Shingle Theory)^{〔13〕} 以证明适当性义务是一种信义义务。特殊情节理论主要是法院公平地对在特殊情况下的人们施加超出普通法所规定的通常注意的义务, 这种信义义务的识别通常取决于某种特殊关系背景。美国证券交易委员会意识到在证券商与客户之间, 客户具有鲜明的脆弱性, 因此, 即便证券商并不是正式地扮演代理人的角色, 也负有信义义务, 但是, 这种信义义务仅适用于经纪自营商与客户建立信任关系的情形。正如路易斯·罗斯 (Loss) 教授所总结的, “证券商与客户的关系产生于证券商请求客户购买证券的过程, 在这一过程中, 证券商不可避免地会提出一些建议, 逐渐使客户对其建议产生信赖并认为证券商是在为其利益着想。当到达此种程度时, 这不再是一个独立的交易, 无论是实际效果还是法

〔8〕 See Andrew M. Pardieck, *Kegs Crude, and Commodities Law: on Why It is Time to Reexamine the Suitability Doctrine*, 7 *Nevada Law Journal*, 301, 306 (2007).

〔9〕 1938 年通过的《马洛尼法》授权美国证券交易委员会注册全国性的证券协会, 注册条件是这些协会必须采用旨在防止欺诈和操纵行为及实践, 并促进公平公正的贸易原则。See Kathleen C. Engel, Patricia A. McCoy, *A Tale of Three Markets: The Law and Economics of Predatory Lending*, 80 *Tex. L. Rev.* 1255, 1321 (2002).

〔10〕 2007 年 7 月全美证券交易商协会和纽约证券交易所 (New York Stock Exchange, NYSE) 会员监管、执行和仲裁部门合并, 设立了美国最大的非政府证券业自律监管机构——金融业监管局 (Financial Industry Regulatory Authority, FINRA), 并将投资者适当性规则规定于 FINRA Rule 2111 中, 表述如下: “(a) 成员或关联人基于通过合理努力获得客户的投资概况的基础上, 必须有合理的依据相信涉及一项或者多项证券的推荐交易或者投资策略对客户是适当的……” See FINRA Rule 2111, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/rulebooks/finra-rules/2111#the-rule>, last visited on Oct. 17, 2019.

〔11〕 See Frederick Mark Gedicks, *Suitability Claims and Purchases of Unrecommended Securities: An Agency Theory of Broker-Dealer Liability*, 37 *Arizona State Law Journal*, 535, 550-553 (2005).

〔12〕 See Norman S. Poser, *Liability of Broker-Dealers for Unsuitable Recommendations to Institutional Investors*, 2001 *Brigham Young University Law Review*, 1493, 1563-1568 (2001).

〔13〕 招牌理论是在普通法上的“自持理论”(the common law doctrine of holding out) 的基础上发展的。自持理论认为一个自称拥有专业知识和技能的人, 必须遵守与这一表述相一致的更高的职业标准。参见前引〔11〕, Frederick Mark Gedicks 文, 第 560 页。

律上都是信托关系”^{〔14〕}。相较于特殊情节理论，招牌理论的要求则更高，其认为当证券商对外悬挂招牌开始营业，即蕴含对世的默示宣示，宣示其将秉持其专业，公正尽责地对待客户，其所为有关证券的陈述与推介，必须具有充分的依据。^{〔15〕}

大陆法系国家则是在民法上的诚实信用理论中为适当性义务寻求理论依据。^{〔16〕}“诚实信用原则要求尊重他人，以对待自己事务的注意对待他人事务，不得损人利己，保证法律关系的当事人都能得到自己应得的利益。”^{〔17〕}在现代民法中，诚实信用原则大致经历了从单纯的“无害他人”到在特定情形下的“适当关爱他人”的转变。^{〔18〕}诚实信用原则主要包括两个层面的内涵：一是消极的诚信义务，即要求在交易中不得欺诈、不诚实；二是积极的诚信义务，即不仅仅要求在交易中不得欺诈，还要求在交易中应像对待自己利益一样，对待他人利益。投资者适当性义务规则正是诚实信用原则在金融领域的具体化。在消极义务层面，投资者适当性义务规则要求金融机构在金融交易中不得欺诈投资者，不得将不适当的产品销售给投资者；在积极义务层面，投资者适当性义务要求金融机构在了解客户和了解产品的基础上，从投资者利益角度考虑，向投资者推荐适合的金融产品，克服投资者由于知识水平和经济实力所造成的差异，从而实现诚实信用原则所追求的实质公平和正义。在我国的司法审判实践中，法官也主要以诚实信用原则为依据确定销售商的投资者适当性义务，例如在“中国建设银行股份有限公司信阳湖东大道支行与刘保刚财产损害赔偿纠纷案”^{〔19〕}和“沈伟珍与广发银行股份有限公司上海虹口支行财产损害赔偿纠纷案”^{〔20〕}中，法院认为在目前法律规范未明确规定的情况下，应依据诚实信用原则确定金融机构的投资者适当性义务。

综上所述，不管是英美法系的信义义务，还是大陆法系的诚实信用原则，两者都强调投资者适当性义务规则源于金融机构与投资者之间的信赖关系。

（二）域外主要立法模式及我国选择

当前，各国及地区对投资者适当性义务按适用对象划分，主要有以下两种立法方式：一是采取宽泛立法模式，将投资者适当性义务适用到整个金融市场从业机构。典型的我国台湾地区“金融消费者保护法”规定投资者适当性义务适用于“金融服务业与金融消费者订立提供金融商品或服务之契约前”，而不论是否有推荐行为。^{〔21〕}二是采取限定立法模式，规定投资者适当性义务仅适用金融机构进行推荐的情形。如新加坡《投资顾问法》规定，如果金融交易并非基于投资

〔14〕 Louis Loss, The SEC and the Broker-Dealer, 1 *Vand. L. Rev.* 516, 529 (1948).

〔15〕 See Allen D. Madison, Derivatives Regulation in the Context of the Shingle Theory, 1999 *Columbia Business Law Review*, 271, 280 (1999); 前引〔8〕, Andrew M. Pardieck 文, 第 309 页; Lewis D. Lowenfels, Alan R. Bromberg, Suitability in Securities Transactions, 54 *The Business Lawyer*, 1557, 1581 (1999). 亦可参见何颖：《金融交易的适合性原则研究》，载《证券市场导报》2010 年第 2 期。

〔16〕 参见王锐：《金融机构适当性义务司法适用的实证分析》，载《法律适用》2017 年第 20 期；张付标、李玫：《论证券投资者适当性的法律性质》，载《法学》2013 年第 10 期；钱玉文、吴炯：《论商业银行适当性义务的性质及适用》，载《湖南社会科学》2019 年第 4 期。

〔17〕 徐国栋：《诚实信用原则研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 3 页。

〔18〕 参见王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社 2009 年版，第 54 页。

〔19〕 参见河南省高级人民法院（2016）豫民再 544 号民事判决书。

〔20〕 参见上海市虹口区人民法院（2016）沪 0109 民初 25028 号民事判决书。

〔21〕 参见陈肇鸿：《重思金融消费者保护之管制手段》，载《月旦法学杂志》2017 年第 7 期。

顾问或者只是单纯执行客户的指令而无推荐行为时,金融机构则不需要进行投资者适当性义务的判断;^[22]美国FINRA Rule 2111规定投资者适当性义务仅适用于推荐交易或投资策略(Recommended Transaction or Investment Strategy)的情形,义务主体不仅仅包括经纪交易商,还包括那些通常业务是从事交易的主体,以及在美国从事投资银行或者证券业务的分支机构;^[23]欧盟《金融工具市场指令》将投资者适当性规则区分为适当性(Suitability)和适合性(Appropriateness)两方面,^[24]规定适当性适用于提供投资建议和投资组合管理(Investment Advice or Portfolio Management)的情形。上述两种立法模式对投资者适当性义务所适用行为的严格程度有所不同,但是总体上,采限定立法模式的国家和地区较多,即以金融从业机构存在推荐等能形成信赖关系的行为作为承担适当性义务的前提。

《九民纪要》第72条采取的也是后一种模式,即规定金融商品发行人、销售者等金融从业机构只有在“向金融消费者推介、销售”高风险等级的金融商品或为高风险投资活动提供金融服务时,才需要履行适当性义务。结合实践来看,如果金融业者销售产品或提供服务仅仅是执行投资人的交易指令,并不涉及营销活动,那就不属于适当性规则调整的范畴。比如,证券公司对投资人仅提供单一的证券经纪服务的情形。再如,金融从业机构在其网站或APP平台上发布各类投资产品,这些投资产品以及产品信息介绍和交易机制皆是由第三方机构发布和提供,投资者自行点击进入具体页面了解产品相关信息并进行认购。此种模式下,这些网站或平台的主要作用就是发布信息并提供交易的技术支持,如果能够排除存在产品或服务推送、推荐的情形,那就不需要考虑投资者适当性问题。在“王翔案”中,法院判案第一步就是对是否存在推荐行为进行认定:建设银行在该案中“未能提供有效证据证明涉诉基金系王翔主动提出购买”,法院因此认定建设银行主动向王翔推介涉案基金。

而对于是否存在推荐行为的认定,我国目前并无明确的规定,而依赖于司法裁判者在具体个案中裁量。在美国的执法实践中,美国证券交易委员会和非政府证券业自律监管机构金融业监管局均认为推荐存在与否是基于个案的事实和情况调查(Facts and Circumstances Inquiry),在脱离个案具体事实的情况下对推荐进行定义,毫无必要,而且会引发许多复杂问题。^[25]但为了便于金融机构判断,美国金融业监管局提出了一些非穷尽的指导性原则,用于判断沟通行为是否应被视为推荐行为。在金融业监管局监管公告11—02^[26]以及给成员的通知01—23^[27]中,列举

[22] See Article 27 of Financial Advisers Act.

[23] See FINRA Rule 2111, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/rulebooks/finra-rules/2111#the-rule>, last visited on Oct. 17, 2019.

[24] See Article 25 of MiFID. 欧盟《金融工具市场指令》中适当性与适合性的主要区别在于:(1)适当性适用于提供投资建议和投资组合管理的情形,而适合性适用于非提供建议的情形;(2)所要求获取的信息不同,适当性要求获取客户的知识和经验、财产状况、投资目标,而适合性获取的为客户的知识和经验;(3)在适当性下,如果公司未获取到必要的信息,那么其不能进行个人推荐和交易,而在适合性下,如果公司未获取到充足信息,那么其需要警告客户,而客户仍可以交易。参见武俊桥:《证券市场投资者适当性原则初探》,载《证券法苑》2010年第2期。

[25] See FINRA Rule 2111 (Suitability) FAQ, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/key-topics/suitability/faq>, last visited on Apr. 4, 2020.

[26] See Regulatory Notice 11—02 of FINRA, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/notices/11—02>, last visited on Apr. 4, 2020.

[27] See Notice to Members 01—23 of FINRA, available at <https://www.finra.org/rules-guidance/notices/01—23>, last visited on Apr. 4, 2020.

的指导性原则包括：（1）分析沟通的内容、背景和陈述方式；（2）针对特定客户的沟通越个性化，就越有可能被视为推荐；（3）一系列单独考虑可能不构成推荐的行为，整体考虑可能构成推荐；（4）分析沟通是否能够合理地被视为“行动呼吁”（Call to Action），以及对客户购买证券的影响程度等内容。这些指导性原则也在具体判例中得以运用，例如，在 Michael F. Siegel v. S. E. C.^{〔28〕} 案中，美国哥伦比亚特区巡回上诉法院爱德华兹（Edwards）法官认为在调查西格尔（Siegel）是否存在 Conduct Rule 2310 规则下的推荐行为时，美国证券交易委员会恰当地考虑了西格尔沟通的“内容、背景和陈述方式”，其沟通是否可以合理地被视为“行动的号召”以及合理地影响投资者决策。美国证券交易委员会重点关注了以下重要因素：西格尔与唐纳夫妇（Downers）的密切关系、唐纳夫妇对西格尔投资建议的信赖、特定对话的性质以及西格尔与唐纳夫妇开始关于案涉产品的对话。在这些证据的基础上，美国证券交易委员会认为西格尔的行为构成推荐，因为这是一项合理影响唐纳夫妇决策的“行动呼吁”。爱德华兹法官对上述调查结果予以认可，认为西格尔存在推荐行为。综上所述，对于销售商在金融产品销售中是否存在推荐行为这一事实问题，需要在个案中基于具体的沟通内容等因素加以判断。

三、销售商承担适当性义务的基本内容

关于投资者适当性义务的内容，一般而言包括了解客户、了解产品以及在此基础上的适当匹配三个方面。^{〔29〕} 此外，一些国家还包括特殊的规定，例如，美国规定了“量的适当性义务”（Quantitative Suitability）；^{〔30〕} 日本《金融商品交易法》第 8 条对销售方式和推广时间的适当性作了规定。《九民纪要》也采取类似表述，同时规定“在确定卖方机构适当性义务的内容时，应当以合同法、证券法、证券投资基金法、信托法等法律规定的基本原则和国务院发布的规范性文件作为主要依据。相关部门在部门规章、规范性文件中对高风险等级金融产品的推介、销售，以及为金融消费者参与高风险等级投资活动提供服务作出的监管规定，与法律和国务院发布的规范性文件的规定不相抵触的，可以参照适用”。我国有关投资者适当性义务在监管法律文件中规定得较为详细，也是法院审判的重要参考依据。但是这些规则效力层级低，且在内容上相互不一致甚至存在冲突，使得此类案件的判决结果呈现出较大偶然性。以下展开具体分析。

（一）了解客户

了解客户是指金融机构在向投资者推介产品时，应尽可能地收集投资者的年龄、学历、投资经验、财务状况、投资目标以及风险偏好等信息，从而能够对投资者有一定程度的了解。具体到金融产品的销售场景中，了解客户主要表现为销售商在为投资者推荐金融产品前，需要对投资者进行风险评估，从而确定投资者的风险等级。关于客户风险评估的具体要求及标准，目前监管规范并未明确进行规定。《商业银行理财业务监督管理办法》第 28 条第 1 款规定，商业银行应对非

〔28〕 Siegel v. S. E. C., 592 F.3d 147 (2010).

〔29〕 参见侯国跃、刘玖林：《经营机构违反投资者适当性规则的民事责任》，载《证券法苑》2019 年第 1 期；杜怡静：《关于金融消费者保护法中“适合性原则”之再反思》，载《月旦法学杂志》2019 年第 4 期。

〔30〕 参见前引〔23〕。

机构投资者的“风险承受能力”进行评估,确定投资者风险承受能力等级,由低到高至少包括5级;《基金募集机构投资者适当性管理实施指引(试行)》第26条第2款则规定,要按照“风险承受能力”,将普通投资者至少划分为5种类型;《证券期货投资者适当性管理办法》第10条规定,经营机构应综合考虑收入来源、资产状况等因素,确定普通投资者的“风险承受能力”;《证券公司代销金融产品管理规定》第13条第2款规定证券公司应详细披露金融产品的风险特征与客户“风险承受能力”的匹配情况。从上述规定可以看出,目前监管规范要求金融机构对普通投资者的划分,主要依据“风险承受能力”这一指标。

“风险承受能力”是指投资者应对其所投资的金融产品价值发生不利变化这一不确定性的能力。^[31]过去对“风险承受能力”存在误解,常常将风险承受能力等同于投资者的财产状况。^[32]其实风险承受能力指标可以具体划分为投资者的客观承受能力和主观承受能力,客观承受能力主要取决于投资者的财产状况,主观承受能力主要取决于投资者的投资目标、风险偏好。目前监管规范对主客观承受能力在风险评估中的优先顺序没有进行详细规定,使得金融机构在对投资者进行风险评估时容易引发道德风险,更愿意根据不同客户的具体状况,优先适用客观承受能力或者主观承受能力作为投资者风险评估的主要标准。而对于客户风险承受能力的高估也是适当性纠纷的主要原因,^[33]“王翔案”就是很好的一个例证。在该案中,王翔在对《中国建设银行个人客户风险评估问卷》进行作答时的投资态度表明不希望本金发生损失,对本金10%范围内的损失会出现明显焦虑,但是,建行恩济支行仍确定王翔的风险评估结果为稳健型。这一具体问答与综合评估结果相冲突的问题,究其根源,还是归因于主客观承受能力在风险承受能力判断中的优先顺序未在监管规范中确立。

关于主客观承受能力在风险评估中的优先顺序问题,或可考虑根据“木桶效应”^[34]原理在个案中进行确定。首先,当投资者财产状况良好,具备承担一定风险的财产基础时,主观承受能力应具有优先性。因为,投资者拥有财产的多少与其是否愿意承担风险是没有必然关系的,当客户在评估中对其风险偏好等信息作出明确回答时,这就是该客户所愿意承担的最大风险的决定。其次,当投资者的客观承受能力比较薄弱,而其主观承受能力强时,客观承受能力应具有优先性。因为虽然投资者主观上具有承受高风险的意愿,但是如果不加以规制,极有可能导致投资者血本无归。最后,无论投资者的财务状况如何,销售商都不应确定投资者的风险等级高于其主观承受能力范围。^[35]

(二) 了解产品

了解产品是指金融机构在对投资者进行产品推介前,必须了解金融产品的产品结构、流动

[31] See Risk Tolerance, available at <https://www.investopedia.com/terms/r/risktolerance.asp>, Last visited on Apr. 8, 2020.

[32] 参见曾洋:《投资者适当性制度:解读、比较与评析》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2012年第2期。

[33] See Blair H. Wallace, A Proposal to Refine the Suitability Standard by Quantifying Recommendation Risk and Client Appropriate Risk Levels, 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 231, 260 (2006).

[34] “木桶效应”是由美国管理学家彼得提出的,其核心内容是指一只木桶盛水的多少,并不取决于桶壁上最高的那块木块,而恰恰取决于桶壁上最短的那块。

[35] 参见前引[33], Blair H. Wallace文,第260页。

性、杠杆情况以及产品的风险等级等信息，从而确保其推介的产品适合特定投资者。了解产品的关键在于确定金融产品的风险等级，目前我国监管规范规定金融机构在划分金融产品风险等级时应综合考虑流动性、杠杆情况、结构复杂性等因素，至少将金融产品划分为 5 个等级。^{〔36〕} 具体而言：首先，关于金融产品风险等级的划分主体，目前监管规范规定为金融机构本身，^{〔37〕} 金融机构可以自己完成金融产品风险等级划分，也可以委托第三方机构完成；其次，关于金融产品风险等级的划分标准，目前监管规范规定金融机构应在考虑金融产品流动性、杠杆情况、产品结构等因素的基础上，进行综合认定。

在“王翔案”中，建行恩济支行委托第三方证券公司对基金产品的风险等级评估为“中风险”。但是，法院认为，基金管理人及销售机构与该基金存在一定程度的利害关系，其对基金的风险评级缺乏客观性，并且该风险等级与招募说明书中“较高风险”的表述不一致，因此，认定建行恩济支行存在重大过错，这一点值得商榷。首先，在该案中，法院直接否定了现行监管层面的金融产品风险评级规则关于金融产品风险等级划分主体的规定，认为基金募集机构自身对金融产品风险的风险评级缺乏客观性；其次，在对金融产品风险等级进行司法认定时，法院并非采取监管规范中的综合认定方法，根据各项因素的分值和权重，对金融产品的风险等级进行认定，而是直接以招募说明书中“较高风险”的表述，将金融产品风险等级定性为原银监会颁发的《商业银行个人理财业务风险管理指引》第 23 条规定的“市场风险较大的投资产品”。通过上述对比，可以看出目前司法审判中对于金融产品风险等级的认定，采取的是与行政监管层面截然不同的做法。究其根源，这实际上是关于剩余立法权分配的问题。

剩余立法权的分配问题，产生于法律内在不完备的现实。一国或地区的证券立法往往带有很大的原则性和宏观性，在具体微观操作层面需要依据相对低位阶的制度，这种安排实际是剩余立法权行使的结果。^{〔38〕} 在“王翔案”中，主要表现为行政部门内部剩余立法权分配和司法权与行政监管之间剩余立法权分配两方面。

第一，在涉及金融产品风险评级的行政部门内部剩余立法权分配方面，表现为监管规范的冲突问题。银监会《商业银行个人理财业务风险管理指引》第 23 条规定对“市场风险较大”的投资产品，商业银行不应主动向无相关经验或经评估不适宜购买该产品的客户推荐。而证监会《证券期货投资者适当性管理办法》第 15 条规定经营机构应对销售的产品划分风险等级。银监会和证监会的剩余立法权在金融产品风险等级划分上存在不同规定，在“王翔案”的审理中，法院有选择地参照适用了前一监管规范。^{〔39〕} 随着 2018 年银保监会颁发的《商业银行理财业务监督管理办法》取代《商业银行个人理财业务风险管理指引》，行政部门内部剩余立法权分配问题因在金融产品风险等级划分上达成共识而得到解决。

第二，在涉及金融产品风险评级的司法权与行政监管之间剩余立法权分配方面，表现为司法审判在个案中的介入问题。关于剩余立法权的行使，在普通法国家和大陆法国家有着显著的差

〔36〕 参见《证券期货投资者适当性管理办法》第 16 条。

〔37〕 参见《商业银行理财业务监督管理办法》第 27 条；《证券期货投资者适当性管理办法》第 15 条；《基金募集机构投资者适当性管理实施指引（试行）》第 36 条。

〔38〕 参见黄韬：《公共政策法院：中国金融法制变迁的司法维度》，法律出版社 2013 年版，第 304—306 页。

〔39〕 参见何颖：《比较视野：投资者适当性的基础与边界》，载《金融博览》2019 年第 12 期。

异,在普通法国家,剩余立法权由行政部门和司法部门分享,而在大陆法国家,剩余立法权通常由行政部门行使。^{〔40〕}在我国,在金融监管方面的剩余立法权主要由“一行两会”行使,司法权较少介入金融监管领域,更多的是对监管规范进行参照适用。在目前金融监管层面已经形成一套较为成熟的金融产品风险等级的确定机制的情况下,法院在个案调整中直接推翻现行监管规范和行业惯例的做法,或有违“尊重专长”的原则。金融产品风险等级的确定,需要在考虑流动性、产品风险、杠杆情况等多种因素的基础上进行综合认定,这需要依靠算法完成。因此法院介入在监管层面已经成熟的金融产品风险等级确认机制时,应持谨慎的态度,一个可行的做法是参照适用监管规范对于金融产品风险等级的确定方法,聘请第三方机构对金融产品风险等级进行重新认定,以判断金融机构在了解产品上是否存在不适当问题。

(三) 适当匹配

适当匹配是指金融机构在了解产品和了解客户的基础之上,将适当的产品匹配给适当的投资者,不能将不适当的产品推荐给投资者。目前我国监管规范对投资者和金融产品风险等级都分别划分为 5 个等级,适当性匹配主要表现为销售商在对投资者进行风险评估的基础上,将特定的金融产品推荐给投资者,不得将高于投资者风险承受能力的风险等级的金融产品推荐给投资者。

适当匹配的关键在于金融机构对投资者风险承受能力以及金融产品风险等级的确定。在“王翔案”中,北京市银监局认为建行恩济支行将“中风险”的金融产品匹配给“稳健型”的投资者,并未违反适当匹配的要求。而法院并未参照北京市银监局的调查结果,而是穿透式地直接对投资者的风险承受能力以及金融产品的风险等级进行认定。固然“王翔案”中法院直接推翻现行监管层面以及行业做法的思路不可取,但是,通过该案,我们需要反思现行监管规范关于投资者主客观风险承受能力优先顺序标准规定的缺失,这是造成王翔案中行政监管与司法审判关于适当匹配问题分歧的关键,有必要在今后监管规范中明确投资者主客观风险承受能力优先顺序的确定方法。

• 247 •

四、销售商违反适当性义务的差异性责任认定

(一) 销售商承担适当性义务的归责原则

目前司法实践中,法院主要适用合同法下的缔约过失责任或者侵权责任法下的侵权责任对投资者适当性案件进行认定。^{〔41〕}不管是缔约过失责任还是侵权责任,都主张销售商承担责任的前提在于存在过错,即违反投资者适当性义务。《九民纪要》第 74 条第 2 款对销售商的归责也是采取过错责任原则,即销售商违反投资者适当性义务的,导致金融消费者遭受损失的,需要承担赔偿责任。并且,《九民纪要》第 75 条规定,销售商应当对其销售过程中不存在过错行为进行举证认定,即适用举证责任倒置原则。综上所述,销售商对投资者承担民事赔偿责任的归责原则属于过错推定原则。

〔40〕 参见前引〔38〕,黄韬书,第 305、306 页。

〔41〕 参见陈洁:《证券公司违反投资者适当性原则的民事责任》,载《证券市场导报》2012 年第 2 期;前引〔16〕,王锐文。

在划分销售商与发行机构责任时,《九民纪要》第74条第1款的规定采取的是“连带责任”模式,金融消费者可以选择发行人或销售商作为被告,两者承担连带赔偿责任。该规定实际上是采用了《消费者权益保护法》第40条关于生产者和销售者承担连带赔偿责任的立法技术,其目的在于保护在金融交易中处于弱势地位的金融消费者,使金融消费者在索赔中更便利,同时能够获得充分的赔偿保障。

但需要注意的是,在《消费者权益保护法》第40条中,销售者和生产者对消费者承担连带责任是不考虑其中一方是否存在过错的,^[42]即只要销售者或者生产者对消费者人身或者财产造成损害的,消费者均可主张销售者与生产者承担连带责任,而过错的判断,是在索赔后对生产者和销售者内部责任划分时才需要考虑。而《九民纪要》规定金融产品发行人与销售者的连带责任的依据是《民法总则》第167条。根据该规定,在代理人知道或者应当知道代理事项违法仍实施代理行为,或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示时,被代理人 and 代理人应当承担连带责任。代理人或者被代理人对另一方的行为承担连带责任是有条件的,如果以《民法总则》第167条为依据,要求销售商与金融产品发行人承担连带责任需要投资者举证证明销售商或者发行人对另一方行为违法在主观上是应知或者明知,这对于投资者来说比较困难。如果以《消费者权益保护法》第40条为依据,对于投资者来说更有利。《九民纪要》第74条第1款确定投资者有选择发行人和销售者承担连带责任的权利,从表面上来看有利于金融消费者保护,但由于其依据的是《民法总则》第167条,导致投资者举证困难,而使该条款实际效果大打折扣;若能够将其依据修改为《消费者权益保护法》第40条,则可以解决这一问题。

(二) 销售商承担民事责任的比例认定

销售商违反适当性义务,承担民事赔偿责任的归责原则是过错推定原则,因此在司法审判中,需要对销售商与投资者之间的过错进行划分,从而明晰销售商承担责任的范围。在《九民纪要》出台前,我国监管规范及司法文件对金融机构违反投资者适当性义务情形下承担民事责任的比例认定应考虑的因素未作规定,司法审判中法官对此拥有较大的自由裁量权,造成案件审判结果存在偶然性,实践中销售商违反适当性义务承担责任的从20%到100%不等,^[43]而判决中往往缺乏对责任比例认定所考虑因素的论述,常常只笼统地说明投资者存在过错甚至直接忽略投资者是否存在过错问题,而这在美国司法判例中是不允许的。在上文提及的Michael F. Siegel v. S. E. C.案中,爱德华兹法官认为美国证券交易委员会的赔偿令(Restitution Order)未能连贯地分析损失在多大程度上是西格尔不当行为造成的,其作出全额赔偿的判决缺乏充分解释,也没有先例支持,这是对自由裁量权的滥用,因而对美国证券交易委员会的赔偿令予以否定。

[42] 参见杨立新:《修订后的〈消费者权益保护法〉经营者民事责任之解读》,载《法律适用》2013年第12期。

[43] 在北京市第二中级人民法院(2018)京02民终7731号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为20%;在河南省高级人民法院(2016)豫民再544号、江苏省南京市鼓楼区人民法院(2019)苏0106民初4842号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为30%;在上海市第二中级人民法院(2016)沪02民终9478号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为50%;在北京市第二中级人民法院(2019)京02民终5844号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为70%;在浙江省永康市人民法院(2019)浙0784民初2945号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为本金部分100%;在北京市第一中级人民法院(2018)京01民终8761号、浙江省金华市婺城区人民法院(2019)浙0702民初4240号案件中,销售商承担损害赔偿的比例为100%本金加同期存款利息。

虽然美国法对违反适当性义务情形下承担民事责任的比例认定应考虑的因素也未作出规定,但是作为判例法国家,其奉行的是遵循先例原则,在司法审理中进行裁量时强调对损失分担应考虑因素的充分的说理与分析。例如在 *Zobrist v. Coal-X, Inc.*〔44〕案中,法院列举了认定客户对金融机构信赖是否具有过错的八个考虑要素,分别是:(1)原告在金融和证券事务方面的熟悉程度、专业知识的多寡;(2)是否存在长期的商业或者个人关系;(3)原告获得相关信息的渠道的多少;(4)是否存在信任关系;(5)欺诈的隐蔽性;(6)是否存在识破欺诈的机会;(7)在一项证券交易中原告是否处于主动地位或者是否寻求交易的尽快完成;(8)误导性陈述是概括的还是具体的。〔45〕而在对于损失赔偿问题的分析,本案巴雷特(Barrett)法官认为在金融机构在私募备忘录非常显眼的位置陈述了投资风险的情况下,投资者仍然十分鲁莽地故意闭上双眼,不调查虚假陈述与备忘录信息之间的矛盾之处,因此投资者具有过错。

《九民纪要》第78条对销售商违反适当性义务可以减免责任的情形作出规定,主要包括以下两种情形:一是因为金融消费者故意提供虚假信息、拒绝听取卖方机构建议等自身原因造成损失的;二是根据金融消费者的既往投资经验、受教育程度等事实,适当性义务的违反并未影响金融消费者做出自主决定的。第一种情形的适用比较明确,销售商能够通过所掌握的投资者信息以及销售过程中的录音录像,判断投资者是否存在提供虚假信息以及拒绝听取卖方机构建议的行为。但是对于第二种情形,司法实践存在不同认识,如在“沈伟珍与广发银行股份有限公司上海虹口支行财产损害赔偿纠纷案”〔46〕中,法院认为原告作为具有较高文化程度、具备长期金融理财经验的成熟投资者,应根据自身能力审慎决策,对自身投资损失的发生存在一定过错;而在“王翔案”中,一审法院认为虽然王翔具有多次购买理财产品的投资经验,但其投资经验不构成对涉案产品内容的理解,不存在过错。

虽然金融消费者的既往投资经验、受教育程度等事实对于金融消费者的投资决策具有一定的影响,但其影响程度是比较主观化的,存在于金融消费者内心,难以通过客观化的形式呈现出来。在诉讼中,销售商往往仅能提供金融消费者的既往投资经验以及受教育程度信息,对适当性义务的违反是否并未影响金融消费者作出投资决策这一主观心理问题,则难以举证证明。因此,有必要对第二种情形进行修正,更改为“卖方机构能够举证证明根据金融消费者的既往投资经验、受教育程度等事实,金融消费者在投资决策过程中存在过错的,卖方机构请求减免相应责任的,人民法院依法予以支持”,从而降低销售商的举证难度。对于金融消费者依靠自身投资经验和受教育程度所作出的投资决策是否存在过错的判断,可以借鉴上文“*Zobrist v. Coal-X, Inc.*”案列举的认定客户对金融机构信赖是否具有过错的八个考虑要素。

五、结 语

综上,如果说“王翔案”是销售商全面承担适当性民事赔偿责任的重要标志,那么《九民纪

〔44〕 *Zobrist v. Coal-X, Inc.*, 708 F. 2d 1511.

〔45〕 参见韩祥波:《金融产品销售的适当性法律问题研究——以金融产品的纠纷解决为中心》,法律出版社2013年版,第89、90页。

〔46〕 参见上海市虹口区人民法院(2016)沪0109民初25028号民事判决书。

要》的出台，就正式为金融产品销售商违反适当性义务承担民事责任提供了明确的依据。《九民纪要》统一规定了举证责任倒置、连带责任等规则，在一定程度上便利了投资者寻求法律救济。但是，投资者适当性的具体要求主要存在于各类金融监管规范文件中，这些规范也是司法审判中判定销售商适当性义务是否履行到位的重要参考依据。我国投资者适当性规范存在诸如客户风险承受能力评估指标忽视主观要素等缺陷，加之现行监管规范政出多门，在产品风险等级评估等方面存在冲突与不一致，导致相关案件判决的较大随意性，需要通过监管规范的协调统一来解决。此外，司法实践的积累也可加快形成一些可操作性的责任认定参考指标，以提高规则和判决的可预期性。

Abstract: The existence of faith relationship is the prerequisite for financial product sellers to undertake the obligation of suitability. The identification elements of customer's risk tolerance include subjective elements and objective elements, and the neglect of subjective elements is an important reason leading to overestimation of customer's risk tolerance, which can be reasonably evaluated by using buckets effect theory. For the determination of financial product risk level, the method of penetrating identification in judicial trial may violate the principle of "respecting expertise", and it is a solution to entrust an independent third party to re-evaluate. The publication of the Ninth Meeting Summary stipulated for the first time the rules of civil liability for sellers violating investors' obligation of appropriateness, which provided a clear basis for judging such disputes. The sellers and issuers of financial products are listed as joint liability subjects, and the burden of proof is inverted, all of which reflect the inclined protection concept of legislation for financial consumers. However, taking Article 167 of the General Principles of Civil Law as the basis for sellers and issuers to bear joint and several liability will make it difficult for financial consumers to give evidence effectively. Therefore, it is suggested that the basis for sellers and issuers to bear joint and several liability should be revised to Article 40 of the Consumer Protection Law. On the issue of seller's fault liability and loss allocation, definite and operational identification rules should be formed to eliminate the arbitrariness of judgment result, and it is worth learning from the fault consideration factors of case law.

Key Words: the investor's suitability, risk tolerance, financial consumer

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

元宇宙金融规制理论

邓建鹏*

内容提要：元宇宙金融以基于公共区块链的去中心化金融为核心。这种新型金融开创了低成本、高效率的运营方式，但因其无准入门槛，全球参与主体身份不明确、防篡改、抗审查、自我创制规则及自动运行等特点，冲击着金融监管法律体系。然而，元宇宙金融并非绝对不可规制，其历经“去中心化”到“再中心化”的演进，监管机构以“再中心化”的主体为重要抓手，通过非正式指引，出台区块链技术与代码安全的国家标准及正式法规、推动传统金融和元宇宙金融融合等方式，影响基于代码的规则体系、提升金融安全与形塑社区自治规范。不过，元宇宙金融“再去中心化”的演变决定了其在较长时期不能完全被法律规制。

关键词：元宇宙金融 区块链 再中心化

• 251 •

一、导 论

（一）被忽视的核心内容

元宇宙（metaverse）概念起源于尼尔·斯蒂芬森的科幻小说《雪崩》（Snow Crash）。作为3D数字化虚拟共享空间，元宇宙以高速通信网络为基础，支持虚拟时空的大量应用创新，以高性能的虚拟现实（VR）或增强现实（AR）等技术设备及软件带给用户高沉浸、低延迟、多样性和即时参与的感受，借助人工智能驱动的虚拟数字人将元宇宙的内容有组织地呈现给用户。2021年下半年以来，元宇宙概念在学术界被万众瞩目，相关论文如过江之鲫。这些研究主要从传播、文化或哲学思考等领域入手。比如《探索与争鸣》等杂志于2022年2月主办“认识元宇宙：文化、社会与人类的未来”论坛，与会学者就“元宇宙”的哲学基础、道德伦理、媒介实践、社会

* 邓建鹏，中央财经大学法学院教授。

本文为中央财经大学新兴交叉学科建设项目“金融系统安全与区块链监管科技”（批准时间：2021—03）阶段性成果。

特征、主体特征等方面开展交流和反思。^{〔1〕}其他一些核心期刊发表的“元宇宙”论文亦着重从社会传播、哲学思考或政治风险角度切入。^{〔2〕}法学“元宇宙”主题论文有的从宏观或抽象层面论述,^{〔3〕}有的则尝试分析其铸币权等细分问题。^{〔4〕}

然而,元宇宙最引人注目的莫过于数字创造等经济活动。有学者认为元宇宙能够提供各种数字产品和服务,其成败取决于其能否具有实质性的丰富活动,使人们接入元宇宙是一件既具有经济价值又具有学习、社会、娱乐等价值的活动。^{〔5〕}业界专业人士把数字资产创造、交换、消费等所有在元宇宙进行的经济活动统称为元宇宙经济。数字经济是以数字要素作为关键生产资料的经济活动,传统经济升级的方向是数字经济,元宇宙经济是数字经济的一个子集,是其最活跃、最彻底、最具革命性的部分。^{〔6〕}元宇宙经济要素规模无限大,消费频率大幅提高,边际成本趋零化,因此元宇宙经济规模将是现实世界的数倍。^{〔7〕}这样一种由实际生产和消费支撑的高效虚拟经济系统将超越现实世界大多数传统经济体的规模。^{〔8〕}

2022年3月,花旗银行的“全球视野与解决方案”部门(Global Perspectives & Solutions, GPS)发布长达184页的深度报告《元宇宙与货币:解密未来》,该报告指出:“到2030年,元宇宙经济潜在市场规模将达8万亿美元到13万亿美元之间,潜在用户将高达50亿户。”报告着重指出:“随着元宇宙发展,将需要一系列金融服务支持其活动。元宇宙金融(MetaFi)融合了当今两大技术趋势:元宇宙和去中心化金融(DeFi),即‘元宇宙的去中心化金融工具’,将推动去中心化金融快速增长。从最初的资本形成到支持元宇宙内的商业,金融服务可以在其演变中发挥重要作用。”^{〔9〕}该报告是笔者迄今所见元宇宙领域最详细、最专业的研究。

根据底层技术架构和治理权力的特征,元宇宙分为封闭式(中心化)与开放式(去中心化)两种结构。^{〔10〕}封闭式元宇宙由特定法律主体(公司或个人)掌控,如美国Epic公司旗下游戏《堡垒之夜》(Fortnite)及元宇宙上市第一股“罗布乐思”(Roblox)等,其借助相对封闭、分割的特征,由所属公司获取大部分收入与利润。以“罗布乐思”为例,首先,其允许用户以平台自主发行

〔1〕 参见屠毅力、张蕾等:《认识元宇宙:文化、社会与人类的未来》,载《探索与争鸣》2022年第4期。

〔2〕 参见喻国明、耿晓梦:《何以“元宇宙”:媒介化社会的未来生态图景》,《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期,等等。

〔3〕 参见程金华:《元宇宙治理的法治原则》,载《东方法学》2022年第2期;张钦昱:《元宇宙的规则之治》,载《东方法学》2022年第2期。

〔4〕 参见袁曾:《元宇宙空间铸币权论》,载《东方法学》2022年第2期。在国外,个别学者分析元宇宙化身(虚拟人)的法律问题。See B. C. Cheong, Avatars in the Metaverse: Potential Legal Issues and Remedies, International Cybersecurity Law Review (2022), available at <https://link.springer.com/article/10.1365/s43439-022-00056-9#citeas>, last visited on Aug. 8, 2022.

〔5〕 参见何哲:《元宇宙新经济的裂变及可能趋势》,载《人民论坛》2022年第7期。

〔6〕 参见赵国栋、易欢欢、徐远重:《元宇宙》,中译出版社2021年版,第30、86-87页。

〔7〕 参见邢杰、赵国栋等:《元宇宙通证》,中译出版社2021年版,第32页。

〔8〕 参见长铗、刘秋杉:《元宇宙》,中信出版社2022年版,第58页。

〔9〕 See Metaverse and Money: Decrypting the Future, available at <https://www.citivelocity.com/citigps/metaverse-and-money/>, last visited on May 22, 2022.

〔10〕 有学者将元宇宙分为中心化元宇宙和去中心化元宇宙。参见王德夫:《论“去中心化元宇宙”的风险识别与法律治理——以“元宇宙使馆”事件为观察》,载《荆楚法学》2022年第3期。但极少有法学研究者指出这一重大区分并作差异化研究。在前区块链时代,少量开创性研究停留于对中心化元宇宙的论述。See Cory Ondrejka, Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse, 49 New York Law School Law Review 81 (2004).

的虚拟货币“罗布币”(Robux)购买平台内用户生成内容(user generated content, UGC)或平台增值服务;其次,用户只能按平台设定价格向平台以美元购买罗布币,并限于平台内使用;最后,“罗布乐思”允许开发者通过开发者交换计划(DevEx)将赚取的罗布币兑换成法定货币。

开放式元宇宙并无特定法律主体掌控,如部署在以太坊等区块链的The Sandbox或Decentraland等。开放式元宇宙被认为是下一代互联网,即Web3.0,由区块链、智能合约与非同质化通证(NFT)等构成。^[11]这种元宇宙主要由用户构建并拥有,用户生成内容,允许内容创建者控制其内容,享有数字作品的权利。与Web2.0时代超级平台垄断用户数据和大部分收益不同,Web3.0是用户和建设者共同拥有网络与数据,这在区块链技术条件下方能实现。开放式元宇宙是“利益相关者机制”,逐渐形成用户和建设者自治的组织形式(DAO),组织规则由程序代码执行,建设和维护元宇宙的社区成员分享利益,共有和共治虚拟空间,这需要应用区块链的共识机制及数字通证作为经济激励机制。综上,开放式元宇宙将与区块链深度融合,释放用户数字创造动力,代表未来的行业发展方向。

区块链为元宇宙金融提供必要基础架构、NFT(非同质化通证)和数字通证(以太币等同质化通证),为数字创造实现价值标识(确权)与价值转移(交易)。2004年,学者指出自由市场与财产权利的界定是创新的先决条件。元宇宙要取得成功,则要求虚拟财产必须能够转换成现实世界的财产。这个自由市场要求创造者对财产拥有相应权利,方有创造财富的动力,以促进增长。^[12]但在前区块链时代,个人拥有数字作品的财产权利缺乏技术支持,多停留于设想中。与封闭式元宇宙由所属公司掌控数字资产所有权(如游戏平台控制各类游戏道具与装备)不同,开放式元宇宙需要独立于特定应用项目的数字资产所有权,以太坊等技术标准允许元宇宙用户以可控方式拥有数字资产。用户拥有数字资产的所有权,开辟资产金融化的途径——质押、借贷、交易和衍生品等,这些业务在去中心化金融应用中已比较成熟,构成元宇宙金融主要内涵。

区块链原生数字通证或私人加密货币是激励手段,也可能成为价值储藏的载体,与稳定币构成元宇宙的支付工具。^[13]去中心化金融降低了人们进入金融的门槛,为人们通过加密资产获利创造机会。^[14]在这个开放系统上创建钱包、转账与交易均无需提供个人身份等关键信息,应用无需许可,无需中介机构(如券商、银行或第三方支付机构),所有业务通过区块链智能合约自动执行;无需昂贵办公场所和庞大合规团队,交易费用低于传统金融机构;各类应用程序像“金钱乐高积木”一样搭建与分工协作,允许用户创建、修改、混合、匹配或链接任何现有的去中心化金融产品;智能合约应用程序相互叠加,生成可互操作和组合的金融业务。去中心化金融的一些理念富有积极意义,如消除中间环节的暗箱操作,降低中介风险,个人掌控加密资产,交易记

[11] See Paul P. Momtaz, "Some Very Simple Economics of Web3 and the Metaverse" (April 17, 2022), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4085937>, last visited on Jun. 1, 2022.

[12] 参见前引[10], Cory Ondrejka文,第100-101页。

[13] 稳定币通常与美元一比一挂钩,近年成为加密资产交易的主流支付工具,其功能与风险,参见邓建鹏、张夏明:《稳定币的内涵、风险与监管应对》,载《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》2021年第5期;邓建鹏、张夏明:《稳定币USDT的风险及其规制对策》,载《经济社会体制比较》2021年第6期;Douglas Arner, Raphael Auer & Jon Frost, "Stablecoins: Risks, Potential and Regulation", BIS Working Papers No 905, November 2020.

[14] 本文探讨的加密资产是区块链上发行的虚拟货币/私人加密货币/数字通证,如比特币、以太币和稳定币等同质化通证(FT)及非同质化通证(NFT),加密资产是数字资产的一个子集。

录公开透明,受公众监督等。在元宇宙中,可组合性和互操作性使不同加密资产能够应用去中心化金融协议进行传输和交换。用户在去中心化的交易所兑换不同私人加密货币,将私人加密货币存入借贷协议赚取收益,或用“跨链桥”将私人加密货币转入其他区块链系统,这些特征与元宇宙金融业态融合。

(二) 法学研究的偏差

元宇宙金融以分布式自治机制(DAO)和数字通证(token)作为组织模式和激励方式,分布式自治机制建立在区块链和智能合约基础上,数字通证是激励参与者完成交易的驱动机制。元宇宙金融是以区块链技术、智能合约和分布式自治机制等为基础的第三代互联网在金融领域的重组。近年去中心化金融应用主要有三种:一是借贷,用户可基于以太坊的借贷协议(如compound)在其借贷池中存入资产,赚取利息,或利用该协议质押加密资产以借出稳定币。如质押资产市值下跌或到期用户还款困难,协议将执行清算程序,拍卖质押品以避免损失。二是基于去中心化交易所(DEX)的加密资产交易,去中心化交易所(如Uniswap)允许人们不经审核即在该应用协议上直接交易,允许人们交易新的加密资产。三是衍生品交易,衍生品平台(如Synthetix)允许用户杠杆交易,或创建模仿传统股票和商品的“合成资产”,作为交易标的。^[15]

去中心化金融成为元宇宙金融核心,其发展突飞猛进,至2022年6月5日,据DeFi Pulse统计,区块链上借贷、交易及衍生品等加密资产锁仓市值达540亿美元以上。^[16]去中心化金融应用由以太坊拓展到其他区块链系统(如Solana等),引起业内人士与各国金融监管机构高度关注,诸如美国证券交易委员会(SEC)表态要监管去中心化金融。^[17]去中心化金融是近年“破坏式”创新的代表,引发了显著法律风险——去中心化金融衍生品的匿名性和去中心化交易,使监管机构收集信息受阻,可能助长洗钱、恐怖融资及网络诈骗等犯罪,增加取证、侦查难度。^[18]

然而,近年相关法学研究对加密资产法律属性或反洗钱等细分问题的探讨居多,^[19]整合性研究较为有限。比如,有学者提出区块链金融的智慧型监管及自我规制、行业规制和监管沙箱等;^[20]或分析去中心化自治组织的法律属性,提出去中心化自治组织适宜界定为有限合伙,发起人承担无限责任,乃普通合伙人,投资者承担有限责任,乃有限合伙人。^[21]但这些研究忽视了对重要规制对象的深入分析,难以实现预期目的。有学者提出区块链规制的几个层面,即自主

[15] See Matt Hussey, Ki Chong Tran & Jeff Benson, What is DeFi? A 3-minute guide to decentralized finance—Decrypt, available at <https://decrypt.co/resources/defi-decentralized-finance-explained-guide-learn>, last visited on Dec. 27, 2021. 有学者将去中心化金融应用概括为开放借贷、去中心化交易所、去中心化自治组织、聚合收益理财、稳定币、非同质化通证(NFT)等。参见郑磊:《去中心化金融和数字金融的创新与监管》,载《财经问题研究》2022年第4期。

[16] 参见 <https://defipulse.com>, 最后访问时间:2022年6月5日。

[17] See Scott Chipolina, SEC Chair Gary Gensler Wants To Regulate DeFi—Decrypt, available at <https://decrypt.co/78933/sec-chair-gary-gensler-wants-to-regulate-defi>, last visited on Dec. 27, 2021.

[18] 研究者系统指出,去中心化金融存在高杠杆、抵押品不足、无反洗钱机制、无用户身份识别、交易匿名与市场操纵等风险。See Sirio Aramonte, Wenqian Huang & Andreas Schrimpf, DeFi Risks and the Decentralization Illusion, *BIS Quarterly Review*, 32 (2021).

[19] 比如,杨延超:《论数字货币的法律属性》,载《中国社会科学》2020年第1期。

[20] 参见朱娟:《我国区块链金融的法律规制——基于智慧监管的视角》,载《法学》2018年第11期。

[21] 参见郭少飞:《“去中心化自治组织”的法律性质探析》,载《社会科学》2020年第3期。

规制、多方利益相关者共同规制、基于代码的规制等，^{〔22〕} 论述多为宏观抽象视野，具体在去中心化金融领域，这些方式的可行性有待观察。有学者认为区块链金融需要在沙箱式监管下实现创新，由监管部门主导完成风险的跟踪测试，金融监管的必要性决定了完全去中心化的公有链不宜适用于金融领域，该领域应淡化“去中心化”，强调分布式、弱中心特征。^{〔23〕} 这种应然层面的探索无法回应实然层面去中心化金融及元宇宙蓬勃发展所引发的现实问题。有学者认为区块链治理中驯化“去中心”是历史必然，^{〔24〕} 然而如何驯服“去中心化”尚需深思熟虑。

元宇宙虚实结合，将兼容去中心化金融与中心化金融（传统金融），但中心化金融或传统金融多由特定法人主体控制，承担法律责任的主体明确，在现有金融监管法律框架内基本可得到规制。开放式元宇宙监管环境远未成熟，去中心化金融业态将是元宇宙最具活力、革命性，甚至“破坏力”的部分，但其在现有法律与监管框架内几乎完全空白，引发巨大的规制难题，尚未引起各国监管机构普遍重视。元宇宙与去中心化金融结合带来的风险与挑战，^{〔25〕} 亟需法学研究者针对其“去中心化”表象，分析法律风险，重点思考“规制谁、如何规制、规则原则及规则方式可能的局限”等系列理论问题。综上，本文以提升元宇宙金融可规制性（regulability）作为研究核心：首先，分析开放式元宇宙金融的底层技术，即区块链对现行法律构成挑战的原因；其次，讨论元宇宙金融可规制的主要对象；再次，探索规制方式与规制重点阶段；复次，剖析规制局限及原因；最后是结语。

二、“去中心化”与“中心化”的对立

• 255 •

（一）元宇宙金融“去中心化”的法制挑战

元宇宙金融实为区块链去中心化金融的应用，与法律中心化特征之间存在矛盾，这是元宇宙金融挑战法律与监管规则的主因。传统法律关系由权威的中心化机构（如立法、执法和司法机关）确立、宣示和保证执行。诸如各类权益证书由中心化机构（如房产管理部门、车辆管理部门）登记、确权并受法律保护，权利和义务主体的特定化是明确法律关系的前提。参与和运维区块链系统的网络节点分布于全球，交易无需识别用户真实身份，义务承担者分散化或无法确定，权利人的请求权可能失去特定对象。法律体系是中心化社会的产物，去中心化意味着区块链系统缺乏明确法律主体，法律规制缺乏特定对象，为不特定参与者规避法律责任提供便利，甚至导致“法不责众”的局面。

区块链部署去中心化应用为交易者提供未经监管者许可的期权、借贷等各类金融产品与服务。在基于以太坊自动做市（automated market maker, AMM）交易协议的 Uniswap 上交易，不需要做市商、上市费及撮合模式下超大规模的运算资源，为元宇宙和区块链项目融资及加密资

〔22〕 参见〔英〕罗伯特·赫里安：《批判区块链》，王延川、郭明龙译，上海人民出版社2019年版，第54-80页。

〔23〕 参见崔志伟：《区块链金融：创新、风险及其法律规制》，载《东方法学》2019年第3期。

〔24〕 参见李佳伦：《区块链信任危机及其法律治理》，载《法学评论》2021年第3期。

〔25〕 学者认为去中心化金融风险种类比传统金融多，在智能合约代码安全、治理风险、流动性、操作、信用、监管等方面都存在风险点。参见前引〔15〕，郑磊文。

产价格发现提供便利。Uniswap 基于以太坊协议,允许用户以去中心化和无需许可的方式促进以太币和其他任意加密资产(要遵循以太坊 ERC-20 协议发行)之间自动兑换。如某种代币不在 Uniswap 上,只需复制和粘贴该代币的智能合约地址就可添加。有学者认为 ERC-20 协议是至今以太坊上发行的受认可程度最高、使用最为广泛的加密资产协议,旨在为以太坊上通证合约提供一个特征与接口的共同标准。但其并未考虑监管方面对加密资产发行的要求,或者说是为避免对生成于公有区块链的加密资产监管而诞生的一种通用的、简单的标准化协议。^[26]任何用户可在 Uniswap 自由存入代币进行兑换,自由提取,^[27]没有中心化交易所(CEX)进行用户注册、身份验证和充提币限制,智能合约自动运行,无需像中心化交易所那样,必须核实用户身份信息。很多项目开发团队原来只能先向中心化交易所付费(业界称“上币费”),通过中心化交易所严格审核或社区投票后才能上市交易某种加密资产(IEO)。^[28]

去中心化金融业务近年来飞速发展,据以太坊市场分析平台 Dune Analytics 的数据,即使在 2022 年 6 月 15 日“币圈”熊市期间,以 Uniswap 为代表的去中心化交易所一周内仍创下了 230 亿美元的交易量。^[29]多数国家针对中心化交易所设有严格牌照管制和相应法律与监管。然而,这种商业模式不用验证交易者身份,无人审核特定加密资产是否存在代码漏洞,不必验证资金合法性来源。诸如 Uniswap 仅是一段代码,部署于以太坊上。区块链防删改的特性使上述项目一旦启动,创始人亦无法停止其运行。当前尚无有效法律与监管机制应对之。

(二) 元宇宙金融自生规则与法制的分立

元宇宙金融多无明确控制主体,责任承担主体模糊化,无用户真实身份或地理位置信息,增加监管与合法性审查难度。如学者所述:“现有法律体制的监管重点,是负责和协调在线活动的各种中心化中介机构,而部署在区块链上的系统,如果主要或完全借助密码法运作,就难以受到现有法律体制的控制和监管。”^[30]法律规制对象主要是中心化社会特定的、可承担义务的主体,这是法律规制的前提。元宇宙金融破除现实中心主义的过程中创生新机制,以分布式架构与不确定主体随时参与或退出为特点,这个时空的规则由元宇宙金融社区自生秩序演化而来,影响现实社会人的行为及法律机制。

元宇宙金融的规则自我创生,自我发展,以系统自身商业目的为准则,不以现实世界监管机构的意图为内涵。当法律试图工具主义地对待元宇宙,使之更好地服务于监管者意图时,双方不可避免地会产生对立。公共区块链系统假名或匿名及免授权许可的方式,使其无任何准入门槛。如比特币系统创建全球分布式价值传输网络体系,交易者可低成本跨境转移巨额资产。比特币在传统金融账户体系之外实现了价值传输,客观上规避现行法律与监管要求。比特币系统基于代码的规则与金融监管法律体系不一致。私钥是持有人控制比特币的唯一途径,多保存在每个持有者

[26] 参见姚前、林华等:《区块链与资产证券化》,中信出版社 2020 年版,第 201 页。

[27] 参见 <https://www.feixiaohao.com/coindetails/uniswap/>, 最后访问时间:2021 年 2 月 26 日。

[28] IEO 即“Initial Exchange Offerings”,一个区块链项目除早期私募由机构参与外,之后的公募和上线交易都是基于某交易所(Exchange)完成。该模式的核心是知名交易所自身信用为项目方背书。

[29] 参见 <https://dune.com/hagaetc/dex-metrics>, 最后访问时间:2022 年 6 月 15 日。

[30] [法]普里马韦拉·德·菲利皮、[美]亚伦·赖特:《监管区块链:代码之治》,卫东亮译,中信出版社 2019 年版,“导论”第 XIII 页。

的本地终端，持有者控制存储或转移价值不用借助金融中介机构。这种去中心化的价值管控方式，使司法机构查封、扣押、冻结违法者财产的传统方式难以执行。^{〔31〕}

网络信息管理部门曾指出“区块链作为一项新兴技术，具有不可篡改、匿名性等特性”^{〔32〕}，但其在《区块链信息服务管理规定》第16条却规定：“区块链信息服务提供者应当对违反法律、行政法规规定和服务协议的区块链信息服务使用者，依法依约采取警示、限制功能、关闭账号等处置措施。”诸如在以太坊系统，单方面修改已记录在区块上的信息（包括限制功能、关闭账号等措施）难度极大，因此前述法规要求如缘木求鱼。有学者认为，某些严格遵循去中心化构想的区块链系统在实质上没有能力对系统上的活动开展实质性审查。对此，一个重要的平台责任确定原则是，必须结合履行能力来确定平台义务。这就意味着，对于区块链平台无法履行的行为，不能为其施加义务。^{〔33〕}

由于区块链分布式账本跨越国界，元宇宙金融全球化应用场景产生的风险难以受到单一国家监管规则约束。各国对加密资产及智能合约监管等存在不同态度又催生了规则空白。链上行为跨越不同司法辖区，而各国法律规制意图并不相同。元宇宙金融中的博彩游戏、跨境资产转移或敏感信息上链等行为在特定国家或地区受法律保护，在另外一些国家或地区则是打击对象，不同国家对同一行为的合法性评判存在显著差异。如何处理不同国家或地区的法律冲突，哪些国家或地区的法律能够得到执行？这带来不同国家或地区监管执法与司法难题。元宇宙金融难以同时满足所有国家或地区规制的差异化内涵。

代码规则允许加密资产、稳定币和智能合约在未受监管机构审批的前提下组成丰富多样的金融业务与产品，这些新生业态的法律地位或法律属性在现有法律与监管体系中多不明朗，使元宇宙金融在现有法律框架下呈现高度不确定状态，其代码规则可能背离现实社会金融监管法律体系。受代码规则约束的各类加密资产的功能及法律性质差异甚大，对法律产生不同影响、冲击或挑战。具体而言，有的加密资产是功能性或消耗性的，比特币则在事实上逐渐成为价值存储的载体，日益成为欧美众多传统投资机构的重要投资标的。以太坊发行的以太币更像是一种“加密燃料”（crypto-fuel）形式的激励，支付程序运行所需要的费用。去中心化组织无法律实体，通过代码规则与数字通证界定成员的贡献量，从而分配相应权益。去中心化金融创造金融工具，也创造金融资产。比如 MakerDAO 系统既创造借贷协议，也创造稳定币 DAI 及治理代币 MKR。治理代币持有者可对协议参数的更改（例如稳定费或最低质押比率等）投票。MKR 根据 DAI 价格波动而创建或销毁，使 DAI 价格尽可能接近 1 美元。MKR 还用于在 MakerDAO 系统上支付交易费用，并为持有人提供 MakerDAO 批准的投票系统内的投票权。

（三）基于代码治理的元宇宙金融

元宇宙金融借助区块链系统，其代码规则客观上排斥现实社会的中心化权威，加剧了元宇宙

• 257 •

〔31〕 参见《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（法释〔2004〕15号）。

〔32〕 《区块链信息服务管理规定》，载 http://www.cac.gov.cn/2019-01/10/c_1123971138.htm，最后访问时间：2021年6月5日。

〔33〕 参见马永强：《区块链金融的刑法风险与规则之治》，载《重庆大学学报（社会科学版）》，转引自 <https://kns-cnki-net.webvpn.cufe.edu.cn/kcms/detail/50.1023.C.20210610.1109.002.html>，最后访问时间：2022年8月8日。

金融与金融监管法律体系的紧张关系。元宇宙各类金融应用搭建在公共区块链系统之上,需要遵守底层协议,随着应用普及,世俗社会的权力由立法、执法与司法等中心化机构部分转移到区块链核心技术开发人员手中。程序员编写的代码成为另一种“法律”,形塑加密资产创造、资产转移、融资借贷和资产交易等行为。在区块链系统,代码确立的规则等同于刚性法律,不遵守其架构,无法处理包括支付、交易、“挖矿”(竞争区块链账本信息记录权以获取加密资产奖励)和数字签名等行为。这个刚性规则排斥违背代码协议的行为,元宇宙金融可在现实社会执法机构、仲裁机构或司法机构等第三方缺失情况下运行自如。

元宇宙金融是自由开放体系,现实社会金融产品可上链交易,元宇宙金融也可向传统金融体系反向渗透。前者如以美元储备支撑的稳定币 USDC 在以太坊上发行和流通,后者如区块链应用项目 Mirror Protocol 和 Synthetix 创造特斯拉公司等知名公司股票的复制版本。项目开发者在区块链上创建“镜像”协议,激励交易者套利价格差异和管理代币实际供应量,使合成股票价格与真实股票基本保持一致。这些代币在 Uniswap 等去中心化交易所交易,被设计成无需购买真实股票,就可反映它们所追踪的股票价格。^[34]但这些合成产品未受监管,也没有在特定国家证券交易所交易。这些代币化股票发行和交易可能违反证券法。阻止“镜像”股票交易,就必须关闭该应用的实施基础,即遍布全球的以太坊网络节点和开源代码,关停所有“矿机”,这存在现实困难。

在元宇宙金融系统,中央银行法、商业银行法、证券法、货币管理法和外汇管制法等法律被代码置换。现实社会的规则在区块链及元宇宙中的价值转移、支付或交易过程中并非必选项。元宇宙金融依托区块链自治组织机制,其社区投票结果而非法院裁决具有决策权威。比如在 2016 年,“DAO 项目”由于智能合约漏洞,约 1.5 亿美元的以太币(当时价格)被黑客攻击,对此,以太坊社区大部分网络节点投票决定同意“硬分叉”,取回被盗以太币,原以太坊最后被分叉为以太坊(Eth,即“新链”)和以太坊经典(ETC,即“旧链”)。^[35]在这起涉及巨额资产的重大争议中,其决策过程无监管机构、仲裁机构或司法机构介入,完全由以太坊社区投票表决。传统金融创新产品上市须经监管机构审批,产品背后有明确责任主体,面向合格投资者销售。元宇宙金融产品和服务无需审批,交易通过合约自动执行,实现代码治理与社区“私法自治”。智能合约是对双方合意的特别执行程序,也是权利义务的代码化表述,通常排除合同变更、合同条款重新解释与特殊情况下不履行合同等情况。在传统合同法视野下,发生欺诈、胁迫或显失公平等事由时,合同可撤销或可变更。在智能合约中,执行代码发送到所有系统的节点分布式处理,只有多数节点代码同步修订才能更改原智能合约。因此,元宇宙金融实行代码规则的自我治理,社区规范与内部自治取代法律。

三、“去中心化”与“再中心化”之悖论

综上,元宇宙金融“去中心化”冲击与挑战金融监管法律体系。有学者认为,去中心化结构

[34] See Fake Tesla, Apple Stocks Have Started Trading on Blockchains, available at <https://medium.com/bloomberg/fake-tesla-apple-stocks-have-started-trading-on-blockchains-ed3addaf99e>, last visited on Jul. 8, 2021.

[35] 参见井底望天、武源文等主编:《区块链世界》,中信出版社 2016 年版,第 74-80 页。

由许多不同参与者管理，有效管控需要努力识别许多不同相关行为者，但这些行为者匿名、难以找到或位于国外时，就很难做到这一点。去中心化还带来法律执行问题，当系统被设计成其运行的责任分散到许多不同参与者时，分配责任和惩罚违规行为会变得很困难。^{〔36〕}对此，从捍卫一国金融监管主权、防范金融风险及推动金融创新角度而言，在借鉴固有互联网规制模式的同时，应着重思考规制元宇宙（及区块链）与规制传统互联网存在什么差异，可规制的对象（法律责任承担主体）是谁。

（一）元宇宙与传统互联网规制差异

元宇宙被视作下一代互联网，讨论元宇宙金融或区块链规制问题时，人们易沿用传统互联网（Web2.0）规则的固有思维。对后者，美国宪法与互联网法专家劳伦斯·莱斯格的《代码2.0：网络空间中的法律》为本领域经典著作。^{〔37〕}但Web2.0时代互联网产业最终被法律规制，关键原因是互联网产业均依托中心化商业机构或法人实体。如亚马逊等商业机构总部均位于特定主权国家范围，背后有明确的高管、实际控制人和投资机构。通过以下层次的制约，平台及用户逐渐被严密规制：一是平台实行内部控制规则，对违背平台规则的交易者施以惩治，如交易者被禁用淘宝账号；二是平台规则正当性不断受法律评价和审查，平台规则逐渐与正式法规融合甚至一致；三是公权力机构通过监管执法与司法，将平台间冲突、平台上发生的交易行为置于规制范围内，比如处罚违背反不正当竞争法或反垄断法的平台。

有学者认为，网络平台经营活动主要依靠消费者权益保护法、反垄断法、反不正当竞争法、电子商务法等法律制度从外部加以规范；平台制定的大量规则对其用户的权利义务起到实质影响；法律也有必要回应平台内部的权力关系与民主诉求。^{〔38〕}基于商业模式便利，诸如淘宝或二手书交易中中介“孔夫子网”等平台事先引导交易者实名化，明确交易者收件地址，鼓励交易者对每次买卖行为互相评分。诸如微信支付及支付宝用户实名制则来自商业机构精准营销及遵照金融监管法律体系关于用户识别、反洗钱等已有规则的要求。总之，平台基本实现法律规制，很大程度是商业机构利益驱动与政府监管合力的结果。此如有学者认为，无论是商业利用还是政治控制的需要，都将不断推动那些增强互联网可规制性的技术——身份验证、数据标识和物理定位——被广泛采用。^{〔39〕}

有学者认为，互联网真实权力机制由三个要素构成：账户、数据和评分。商业和政府力量使互联网控制权重新变得集中，互联网出现独特的中心化控制机制，即少数平台通过“账户—数据—评分”机制加强网络治理。^{〔40〕}互联网规制方式为区块链或元宇宙金融的法律规制似乎提供了参考，但鉴于两者中心化信息互联网和去中心化价值互联网的本质差异，元宇宙金融注定无法照搬固有的规制模式。在Web3.0时代，区块链架构有全新的设计和调整，通过分布式记账、密码学原理和共识算法等技术集成解决陌生人主体间信任问题，实现价值可编程，新的构建模块打开

〔36〕 参见〔美〕威廉·马格努森：《区块链与大众之治》，高奇琦等译，上海人民出版社2021年版，第230-231页。

〔37〕 参见〔美〕劳伦斯·莱斯格：《代码2.0：网络空间中的法律》（第2版），李旭、沈伟伟译，清华大学出版社2018年版。

〔38〕 参见刘权：《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》，载《法学研究》2020年第2期。

〔39〕 参见戴昕：《犀利还是无力？——重读〈代码2.0〉及其法律理论》，载《师大法学》2018年第1辑。

〔40〕 参见胡凌：《超越代码：从赛博空间到物理世界的控制/生产机制》，载《华东政法大学学报》2018年第1期。

了新型金融业态的大门。其中多数构建超越了劳伦斯·莱斯格代码 2.0 时代的设想。去中心化的元宇宙金融有自身特质,“无须信任”的架构允许不同参与方无须互相信任就能完成复杂金融交易,实现价值转移,传统互联网则需要诸如评分机制来加强网络治理;传统金融业围绕银行账户展开,元宇宙金融借助区块链用公私钥体系取而代之。综此,元宇宙金融的特殊性要求监管者调整其旧有思维。

区块链账户模式各有千秋,但账户均无需绑定用户身份、识别用户真实性或提供用户通讯地址等任何个人信息,这些特征内嵌于元宇宙金融,使传统互联网账户关键要素被区块链消解。通过不对称加密与共识算法等“技术信任”,区块链无需以评分模式让用户增信。有学者认为互联网平台的社会规范是以诸如身份认证、行为追踪和记录评分等核心内容的权力结果为基础,^[41]这在区块链中均非必备要素。综上,元宇宙金融规范相较于传统网络规范存在显著差异。固有金融监管模式中,金融机构(确定运营主体)、金融账户(确定用户主体)及牌照管理(确定运营主体合法性)是实现监管意图的关键,但这些因素被元宇宙金融逐一化解。

国外专家认为,与互联网一样,法律总是能适应监管、约束和影响区块链技术的发展。毕竟,区块链只不过是一个去中心化网络,这和互联网并无本质不同。区块链系统必须依赖为底层区块链网络提供支持的新型中介机构,而这些机构易受到监管。此外,这些系统必须依赖代码(或体系结构),它们的运作方式最终取决于市场力量,并受制于社会规范。^[42]这为区块链及元宇宙的规制提供一些启示,但研究者忽略了两者的重大差异,并未提出有效思路。

(二) 元宇宙金融的“再中心化”

有效规制元宇宙金融,应明确其技术底层——区块链的“权力架构”,即在区块链系统发挥关键影响力的私权力主体,确定可规制的重要对象(法律责任承担主体),这是元宇宙金融被金融监管法律规则塑造的前提。如前所述,这个关键性问题在近年研究中多被忽略。有学者认为,应完善区块链相关法律法规及配套制度,加大区块链在金融领域应用的治理。^[43]然而,法律并非万能,技术总在变异,过度宽泛的建议与有效规制区块链(及元宇宙)存在遥远距离。为常人忽略的是,元宇宙金融虽借助区块链“去中心化”,同时却在若隐若现地“再中心化”。个别研究者断言,“完全去中心化”是种幻觉,去中心化金融平台有一群利益相关者,他们执行决策、实施经营或拥有所有者利益。他们的互动以这个群体及治理协议为基础,对政策制定者而言是个自然的监管入口。^[44]本文认为,当前影响主流区块链及元宇宙金融的“权力架构”主要由四个关键私主体构成,即核心技术开发团队、大型“矿工”、主流加密资产交易所、投资机构。这是元宇宙金融“再中心化”的重要主体。

元宇宙金融中,技术掌控权力,权力决定规则,规则塑造行为,行为产生结果。核心技术开发团队(通常以非营利基金会形式注册于瑞士等国)塑造元宇宙底层架构、业务本质和激励模

[41] 参见戴昕:《重新发现社会规范:中国网络法的经济社会学视角》,载《学术月刊》2019年第2期。

[42] 参见前引[30],普里马韦拉·德·菲利皮、亚伦·赖特书,第192页。

[43] 参见马治国、刘慧:《中国区块链法律治理规则体系化研究》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2020年第3期。

[44] 参见前引[18],Sirio Aramonte、Wenqian Huang、Andreas Schrimpf文,第33页。另一研究者亦指出实践中存在破坏区块链系统去中心化设计初衷的因素。参见前引[36],威廉·马格努森书,第298-301页。上述研究指出去中心化金融存在“中心化主体”,但未系统思考如何规制之。

型。核心技术开发团队拥有元宇宙及区块链系统的“立法权”，奠定其“法律世界”——基于代码的规则体系，形塑交易行为。这些规则确立区块链系统行为模式和交易结构，是区块链系统的“宪法”，独立于现实世界的法律，依托日益增长的全球分布式算力而愈发稳定。元宇宙受益于区块链开发者推陈出新的技术迭代，最后构造独立于现实世界和开发团队自身的“平行宇宙”，即由代码规范的“元宇宙世界”。

与之相关，“矿工”是运维区块链系统的主体，遍布全球。拥有算力优势的大型“矿工”负责把特定时间段系统发生的交易信息记载到区块。为激励“矿工”竞争参与“挖矿”，提升区块链系统安全性，核心技术开发团队设定加密资产（数字通证）激励机制，让“矿工”利益得到保证，并吸引足够多“矿工”参与，技术开发团队预设挖矿难度动态调整，设定诸如比特币每四年发行量减半的规则，参与越早，获利可能越大。“矿机”算力越强，“挖矿”难度越大，区块链系统稳定性越高。^{〔45〕}研究者指出，诸如以太坊等加密货币和建于其上的去中心化金融协议依赖验证者或矿工作为中介机构，以验证每笔交易、更新区块信息。这些中介机构可选择添加到账本的交易及交易顺序，因此他们可以采用一些在传统市场可能属于违法的行为，比如抢先交易（front-running），这种获利结果被称为“矿工榨取价值”。就这种市场操纵行为需要针对这类中介机构采取新的监管方式。^{〔46〕}

加密资产交易所决定哪个区块链系统发行的加密资产可在其平台交易。头部中心化交易所（如 Coinbase）及主流 NFT 交易平台（如 OpenSea）巨大的交易体量和交易深度为特定加密资产带来了价格发现、流动性、变现能力、投资价值和财富效应，从而吸引更多投资者投资区块链和元宇宙项目，持有或使用特定加密资产。财富效应直接影响区块链及元宇宙系统技术开发团队的后续积极性和用户人数，影响其成长和生命力。典型事例是原以太坊因“DAO 事件”硬分叉后，大部分矿工切换到新链时，部分矿工维持着旧链，他们在旧链挖出的币（ETC）在交易所无法交易，几乎没有任何价值，矿工无经济来源。在旧链即将消失时，当年全球最大的以太坊交易平台 Poloniex（业界称“P 网”）宣布开始交易 ETC，ETC 因此具有流通价值，矿工们的生计得以为继，旧链算力迅速增强。^{〔47〕}

公共区块链需要某种资源驱动，如以太坊需要类似于燃料性质的以太币驱动智能合约执行或每一步链上交易行为。一些加密资产长期成为投资或炒作对象，成为一些高风险投资者储藏价值或法币替代性支付的途径。人们获取此类加密资产的主要途径，一是“挖矿”激励所得，二是在各类交易场所购入。因此，主流加密资产交易所与大型“矿工”作为特定机构，可成为法律规制的有效“抓手”。元宇宙金融表面上高度去中心化，但大型“矿工”与主流加密资产交易所导致

• 261 •

〔45〕 以太坊 2.0 阶段将采用“权益证明机制”（POS），这一阶段质押巨额以太币作为验证节点的个体或机构拥有话语权，成为“再中心化”主体之一。研究者认为这类大型“矿工”为了金融利益，拥有足够权力，可能改变记载上链的信息。参见前引〔18〕，Sirio Aramonte、Wenqian Huang、Andreas Schrimpf 文，第 28 页。

〔46〕 See Raphael Auer, Jon Frost & Jose Maria Vidal Pastor, Miners as Intermediaries: Extractable Value and Market Manipulation in Crypto and DeFi, BIS Bulletin, 16 June 2022. 研究者称，“挖矿业”集中对公共区块链去中心化的前提提出质疑，在以太坊权益证明（POS）机制下，以太币巨额拥有者促进不同程度的集中。此外以太坊基金会会在以太坊生态系统中具有较强地位。参见〔美〕凯文·韦巴赫：《区块链与信任新架构》，杨东等译，机械工业出版社 2020 年版，第 95-96 页。

〔47〕 参见前引〔35〕，井底望天、武源文等主编书，第 80-81 页。

其“再中心化”。监管机构对交易所和“矿工”备案、登记、核准或管制，要求其提供大额加密资产流向信息登记，交易对手采取实名制，防止拥有算力优势的“矿工”发动“双花”攻击。对加密资产交易所的规制可参照金融监管法律体系，形塑交易所规则。如要求交易所比对与识别交易者身份，充提币身份验证、限时限额提币、提币黑地址（可能被黑客使用过的公钥地址）识别并拒绝服务等。

投资机构资金参与量直接影响区块链系统及元宇宙项目的研发、使用热度、知名度、系统迭代进度，加密资产（如元宇宙售卖的虚拟地块）价格上涨吸引“矿工”投入更多资金购买专用计算机设备“挖矿”，或投资人竞相购买加密资产，使区块链和元宇宙金融运行愈加安全稳健。多数知名区块链项目背后都有行业投资机构作为推手。通常，核心代码开发者决定元宇宙底层结构、激励机制与商业模式，但商业利益方面的诉求使得投资机构的意图必然形塑代码开发者的理念，影响元宇宙商业模式和应用。

通过规制行业头部投资机构（中心化实体），监管者有可能将元宇宙金融置于法律规制之下，借由中心化机构实施对元宇宙金融的规制。比如，自2021年以来，美国世可（Circle）公司发行受美国监管的中心化稳定币USDC，其作为DAI（去中心化稳定币）的质押比例不断上升。世可公司跟美联储充分合作，它的美元资产在美联储监管下，资产形态是美元和美国国债。在USDC份额占DAI的质押品一半以上时，DAI事实上已被中心化的公司潜在支配。USDC作为连接传统金融（中心化金融）与去中心化金融的媒介，提升传统金融机构对稳定币的采用率，帮助传统资金以合规方式获得元宇宙金融服务。在这一进程中，去中心化的稳定币主要由中心化机构的资产支持时，美国金融监管法律体系实际上经由受监管的稳定币向元宇宙金融渗透。与此类似，加密资产交易另一主流稳定币USDT由中心化的法律实体Tether公司经营。当元宇宙金融高度依赖这些稳定币时，也将受中心化金融与传统金融支配。

此外，还有一些边缘性私主体拥有小部分“权力”，并发挥着一定的影响力，比如主流区块链资讯媒体、区块链数据与安全分析及知名区块链浏览器等。综上，有效规制元宇宙金融，政府及法律应将核心技术开发团队、大型“矿工”、主流加密资产交易所和投资机构作为重点被规制对象，助推现实世界的权力以规训元宇宙系统。

（三）重点规制阶段的配置

加密资产与法币兑换是加密资产流通中至关重要的环节，也是加密资产及元宇宙各类数字创造（如在元宇宙的虚拟地块建造别致的虚拟建筑物并以NFT形式确权）完成价格发现的渠道。作为这一渠道的关键载体，加密资产交易所以及NFT交易平台已成为元宇宙金融的基础设施。这些载体承担加密资产变现和融资的功能，为元宇宙带来资金和创新动力，是投资人的变现途径。因此，政府规制元宇宙金融的重点阶段可置于元宇宙金融与现实世界的链接点——交易者以加密资产兑换法定货币（或现实世界的产品与服务）这一过程。监管机构难以监管元宇宙金融本身，但可对法币（现实世界）与元宇宙（虚拟空间）交互过程施加有效监管。监管机构通过授权合规、严格管控的中心化交易所或平台，创新探索实施特定加密资产“上市”和“退市”制度试点，间接将元宇宙金融纳入规制范围。在监管机构指导下制定交易所业务和技术标准通用规范、职业道德规范，强化各类审查制度，包括严格的用户身份识别机制、反洗钱机制、交易所网络安全

全标准及交易资金合法性来源审查等，^{〔48〕} 处罚违法的交易平台。规制中心化交易所或平台，监管机构推动金融监管法律体系与元宇宙金融链接，使现实世界的法律向虚拟时空传递。对初始意图即为明确对抗审查与监管而生的加密资产（比如零币、门罗币等隐私币），^{〔49〕} 监管机构可直接要求交易所不得交易此类资产，限制元宇宙金融潜在风险（如洗钱）。

去中心化交易所无特定法律主体，允许用户保持匿名状态和抗审查，不必将现实世界真实身份与交易或账号联系，为元宇宙金融用户借机进行违法犯罪行为（洗钱等）提供便利。不过目前去中心化交易所影响力较为有限，交易量不可与中心化交易所同日而语，^{〔50〕} 但其运行特点挑战监管者能力，将成为监管者下一步规制的对象。在去中心化交易所发展壮大前，大力鼓励受监管的中心化交易所吸引大部分投资者，使现实社会的法律与元宇宙金融链接，不失为规制路径的首选。

综上，为提高效率，各类去中心化应用在治理机制方面不可避免地有“再中心化”特色，并非绝对“不可规制”。近年多数去中心化应用表层采取“去中心化”治理模式，项目迭代、参数变动及项目“财库”的代币调用等倚靠社区投票表决。持有去中心化项目发行的治理代币数量决定了投票权权重，然而，大量治理代币主要集中在核心代码开发团队、早期投资机构或应用项目重要参与者手中。^{〔51〕} 寡头式治理比大众共治具有更高效率，尤其是应对金融风险及时作出决策是去中心化项目存活的关键。这些因素决定了中心化治理色彩将是常态。因此，元宇宙的“去中心化”金融实质上多以“中心化”方式治理，这个悖论为元宇宙金融被有效规制提供了良途。

四、规制原则、方式和局限

• 263 •

（一）规制的基本原则

元宇宙金融尚在发展形成中，应对创新者与监管者间可能产生的对立情绪和立场予以警醒，其间应设定合理创新与监管博弈的空间。正常创新与监管博弈有益于理性地发展元宇宙金融。如专家所述，在比特币行业快速发展的地区，监管机构不可避免地面临两难选择。他们过早行动，在没有正当理由的情况下会使新技术受到旧规则的约束，就有可能扼杀创新或将其推行至其他司法辖区。但若监管者观望时间过长，公众将受到损害，到时候对现实存在且影响重大的行业提出监管要求的成本将会更高。^{〔52〕} 此外，有学者亦称，区块链开发活动激发在全球范围内分布与管

〔48〕 对此可参考日本与美国纽约州的监管经验。参见邓建鹏、孙朋磊：《区块链国际监管与合规应对》，机械工业出版社2019年版，第63-70页、第89-94页。

〔49〕 研究者指出门罗币隐藏所有交易信息，为洗钱犯罪活动提供便利。参见前引〔36〕，威廉·马格努森书，第243页。

〔50〕 研究者统计去中心化交易所交易量占加密资产总交易量的10%以内。参见前引〔18〕，Sirio Aramonte、Wenqian Huang、Andreas Schrimpf文，第26页。

〔51〕 比如在2019年10月举行的决定去中心化银行MakerDAO发行的稳定币DAI利率是从12%提升到13.5%还是降到5.5%的投票中，本来只有两千四百多张投票，随后一个持有人提交四万多张投票，占总投票数的97%。参见前引〔15〕，郑磊文。Uniswap在2021年6月就旨在为监管政策制定者普及、推动DeFi而筹款的基金，以投票方式通过由Uniswap财库拨款100万枚UNI以运作该基金的提案。该提案投票过于集中，有明显中心化倾向。参见<https://www.8btc.com/article/6660705>，最后访问时间：2021年7月14日。

〔52〕 参见前引〔46〕，凯文·韦巴赫书，第138页。

辖权竞争。美国在早期互联网行业的主导地位为美国带来了重大利益,包括经济利益和全球软实力。^[53]区块链技术、虚拟货币在金融科技领域深受关注。各国展开的制度竞争越发突显。2022年3月,美国公布《数字资产行政命令》,其强调将在数字资产创新和治理中继续发挥领导作用,首先将保护美国消费者、投资者和企业的政策目标放在首位,然后强调维护美国 and 全球金融稳定,降低非法金融和国家安全风险,负责任地引领创新,强化美国在全球金融体系、技术和经济竞争力方面的领导地位。^[54]2022年4月,英国财政部经济部长约翰·格兰(John Glen)在金融科技周的创新金融全球峰会上发表演讲,表示会对加密资产市场给予充分的政策和法律支持。^[55]

这表明世界经济体大国希望通过有效监管实践,在虚拟货币全球治理中发挥领导作用。晚清对外贸易史及公司制度史的经典研究充分表明,国与国间竞争的核心是制度间竞争。^[56]在当前国际竞争背景下,发挥政策与制度优势,提升我国在元宇宙金融乃至金融科技领域国际竞争力,具有紧迫性和必要性。规制的内涵不只是约束和禁止,也包括激励与促进。政府不应仅考虑为抑制风险而行使监管的权力,还应考虑如何利用适当的法律与政策促进元宇宙玩家的创造力,推动虚拟空间数字财富增长。近十年来,金融科技等领域的中国监管政策存在“一抓就死,一放就乱”治乱循环,易增加社会成本,打破市场主体预期。作为金融科技与数字经济时代的创新代表之一,中国对元宇宙金融应设定包容的规制原则,对元宇宙金融创新及难免招致的风险予以适度包容,在控制风险底线、保障用户合法权益的前提下,鼓励元宇宙金融创新。

(二) 规制的几种途径

网络法专家论述了规制互联网的四种方式,即国家法律、市场、社群规范和架构。^[57]这为元宇宙金融规制方式提供部分启示。区块链技术及元宇宙金融应用仍处高速发展中,远未定型。研究者谓,面向公众的区块链网络必须满足哪些内部治理要求,现有法律并无规定,因此使用者只能任凭网络创始人和开发者随意制定内部治理框架并选择通过技术代码实施。^[58]一些区块链项目创始人和开发者的任性和随意性令人触目惊心。比如,Sushiswap匿名创始人糯米(Chef Nomi)于2020年9月5日从Sushiswap的流动资金池中提取Sushi(Sushiswap项目的数字通证)套现成价值约1300万美元的以太币,导致Sushi市场价格18小时内暴跌73%以上。第二天糯米突然宣布将自己的项目控制权(即私钥)交给加密资产交易所FTX的CEO萨姆(Sam Bankman-Fried)。^[59]

[53] 参见前引[46],凯文·韦巴赫书,第151页。

[54] See The White House, Executive Order on Ensuring Responsible Development of Digital Assets, 2022-03-09, available at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/03/09/executive-order-on-ensuring-responsible-development-of-digital-assets/>, last visited on May 29, 2021.

[55] See John Glen, Keynote Speech by John Glen, Economic Secretary to the Treasury, at the Innovate Finance Global Summit during Fintech Week 2022, 2022-04-04, available at <https://www.gov.uk/government/speeches/keynote-speech-by-john-glen-economic-secretary-to-the-treasury-at-the-innovate-finance-global-summit>, last visited on May 29, 2021.

[56] 参见方流芳:《公司词义考:解读语词的制度信息——“公司”一词在中英早期交往中的用法和所指》,载《中外法学》2000年第3期。

[57] 参见前引[37],劳伦斯·莱斯格书,第360-366页。

[58] 参见[英]凯伦·杨:《区块链监管:“法律”与“自律”之争》,林少伟译,载《东方法学》2019年第3期。

[59] See Fishy Business: What Happened to \$1.2B DeFi Protocol SushiSwap Over the Weekend, available at <https://www.coindesk.com/sushiswap-liquidation-weekend>, last visited on Jun. 5, 2021.

有学者认为，在创新初生期，行政机关承担主导性规制，大多以指导性规制方式展开；在创新成熟期，创新本身的规制问题点充分发酵，可能需要将部分规制内容上升为立法；司法机关则在创新各个阶段承担裁判性规制，作为以上两种规制方式的辅助。随着信息革命到来，复杂变动的社会事实令指导性规制在整个规制框架内扮演着重要角色。^{〔60〕}首先，元宇宙金融处于创新初生期，针对行业风险与问题，监管机构通常处于规制的主导地位，在具体方法上，以非正式指导或正式法令、指引影响区块链代码规则、技术安全标准与社区自治规范，前者如发布技术白皮书，会议讨论和风险提示等方式，后者如与技术、代码安全等相关的国家标准。这些方式有助于引导元宇宙社区自治规范以程序正义的方式制定规则和决策，把上述规则和决策转换成代码，然后将这些代码部署到区块链系统和智能合约中，同时监管者应鼓励行业进行事前专业的智能合约安全审计，排查各类漏洞。

政府部门引导企业制定区块链与元宇宙的技术标准，通过规制技术，间接规制元宇宙的业务与行为。如在2020年7月，中国人民银行印发《关于发布金融行业标准推动区块链技术规范应用通知》和《区块链金融应用评估规则》（JR/T 0193—2020）。该标准规定了区块链技术在金融领域应用的实现要求、评估方法、判定准则等，适用于金融机构开展区块链金融应用的产品设计、软件开发和系统评估。该标准从基本要求、性能、安全性等方面为去中心化金融应用提供客观、公正、可实施的评估规则，保障去中心化金融设施与应用的安全稳定运行，促进去中心化金融应用健康有序发展。^{〔61〕}不过，中国已有规则主要针对持牌金融机构开发联盟链而设定，表达监管者规制区块链的初步尝试，对公有链影响力较有限。

其次，通过修订法律、提升监管技术，推动元宇宙金融与监管科技结合，推动主权国家逐渐将元宇宙置于法律规制之下。元宇宙金融稳健发展，需为加密资产和智能合约构建合适的法制框架，包括加密资产及稳定币的法律属性，智能合约的法律地位及其法律救济等。在监管技术方面，多数区块链上的信息透明可查询、可追踪。监管机构在一些区块链安全与数据分析技术公司的协助下，解析诸如比特币或以太坊等的账本数据，追溯定位特定公钥地址与使用者的对应关系，最后揭示当事人的真实身份，打击从事洗钱、传销、违禁品交易及通过病毒软件勒索比特币等行为的罪犯。^{〔62〕}监管机构在区块链安全技术公司帮助下，给一些攻击者（黑客）的相关公钥地址打上标签，一旦这些被“标签”的地址开始转账，系统会自动标记相关交易地址，追踪和监控资金流向，监控目标地址交易，追踪主体信息，锁定犯罪分子。尤其是当用户由虚拟空间进入现实世界时，如将加密资产兑换为法币，或用加密资产购买现实世界的商品与服务，其真实身份将显露出来。加密资产在区块链系统中的发送与接收，与传统的网络IP地址类似。理论上而言，监管机构可以跟踪这些IP地址，将加密资产流向置于规制范围之内。

最后，信息科技巨头基于其强大的技术研发力量，为元宇宙构建提供各种硬件和软件，必然

〔60〕 参见王首杰：《创新规制的时间逻辑》，载《华东政法大学学报》2022年第3期。

〔61〕 参见《〈区块链金融应用评估规则〉金融行业标准正式发布》，载 <https://www.cfsc.org/jinbiaowei/2929436/2976686/index.html>，最后访问时间：2020年8月27日。

〔62〕 美国执法机构曾在2021年通过技术手段，将黑客以勒索病毒获取的比特币赎金成功“夺取”回来。See Eric Tucker, US Recovers Most of Ransom Paid after Colonial Pipeline Hack, available at <https://apnews.com/article/technology-business-government-and-politics-8e7f5b297012333480d5e9153f40bd52>, last visited on Jun. 8, 2021.

影响元宇宙金融规则制定, 这为现实世界的法律与监管政策规制元宇宙金融提供了路径。相关部门可鼓励商业机构进军元宇宙, 探索商业应用, 在技术标准与代码规则等领域发挥影响力; 推动中心化商业机构(封闭式元宇宙)与开放式元宇宙融合, 影响元宇宙“再中心化主体”, 以现实世界的法规塑造开放式元宇宙规则框架; 监管机构推动封闭式元宇宙在整个元宇宙规则制定中的话语权, 使元宇宙金融与现实世界法规协调。比如, 鼓励元宇宙去中心化金融与传统金融融合, 使传统金融合规业务向元宇宙渗透。有研究者称, 去中心化金融可利用传统金融的资产以合规方式实现扩张, 打造虚实结合的数字金融环境。在一些国家, 去中心化金融服务已打通虚拟与现实世界。一些加密货币模仿现实金融体系要求, 建立资产储备制度, 将加密货币等对应一定比例的现实资产与商品。^{〔63〕}

(三) 规制局限性的思索

头部加密资产交易所是规制的重要抓手, 但也存在局限性。反洗钱金融行动特别工作组(FATF)建议监管机构记录加密资产用户的资料, 使他们能更好地识别犯罪活动。其在2020年9月中旬的一份报告中指出, 将用户交易活动与其个人资料对比, 可发现某些危险行为和特征, 包括用户是否有犯罪记录, 或是否活跃在与非法活动相关的网站和论坛上。监管机构也需要关注用户使用比特币或以太坊购买诸如门罗币或零币等行为, 后两者会混淆第三方的交易活动。^{〔64〕}将主流加密资产交易所、加密资产钱包提供者纳入监管范围, 有助于减少上述风险。FATF在2020年下半年还计划为各国政府制定关于共享虚拟资产服务提供者信息的全球框架, 此类提供者包括加密资产交易平台、钱包服务提供者及稳定币发行方。^{〔65〕}当然, 多数加密资产交易所面向全球客户提供金融服务, 鉴于各国监管标准差异甚大, 单一国家如何有效规制境外交易所成为时代挑战。由于交易所的全球分布式办公, 办公机构与金融业务跨越多个司法管辖区, 容易规避特定国家的监管。更进一步, 某些境外交易所可能直接注销中国境内的关联公司, 从而对中国司法机关的管辖或案件执行造成困难。

有学者提出政府可监管开发区块链协议和智能合约的人。^{〔66〕}例如, 在各国监管者呼吁或压力之下, 以太坊核心技术开发人员可能通过提出部分代码修订, 使以太坊部分代码融合现代法律规则, 但这能否完全收效, 尚有待观察。元宇宙与区块链的规范是通过代码规制社群, 发挥着独立于现实社会法律体系的作用。以太坊等主流区块链背后有影响力巨大的核心技术开发团队, 其通常依托于非营利基金会, 获取基金会资助。核心技术开发团队在元宇宙及区块链发展方面拥有很大话语权和影响力, 因此, 技术团队负责人可成为法律规制的对象。

不过, 这种规制意图可能部分落空。其一, 代码规则和智能合约内容涉及大量机器语言, 内容极为复杂, 难以事先审查。政府全面监管一国范围内所有代码开发人员, 一是增加巨额监管成本, 二是直接阻碍区块链与元宇宙技术创新。其二, 一些代码开发者一开始便有意隐匿真实身份

〔63〕 参见前引〔15〕, 郑磊文。

〔64〕 See User Profiling Can Help Regulators Identify Illegal Crypto Activity, Says FATF, available at <https://www.coindesk.com/user-profiling-regulators-cryptocurrency-crime-fatf>, last visited on Nov. 26, 2020.

〔65〕 See FATF Plans to Strengthen Global Supervisory Framework for Crypto Exchanges, available at <https://www.coindesk.com/fatf-plans-to-strengthen-global-supervisory-framework-for-crypto-exchanges>, last visited on Nov. 26, 2020.

〔66〕 参见前引〔30〕, 普里马韦拉·德·菲利普、亚伦·赖特书, 第199页。

(如“中本聪”),致监管失效。其三,大多数具有世界影响力的区块链和元宇宙项目创新应用的核心代码开发者分布在欧美等发达国家。无论是主流共识算法,还是跨链、侧链等拓展技术或元宇宙金融重要生态,基本由国外技术团队主导。对中国监管机构而言,规制境外核心技术开发人员可能力不从心。其四,多数核心技术开发团队组织并非固定法律实体,而是松散组织,开发者随时可自由加入或退出团队。这种自治组织形式的运作遍布不同司法管辖区,没有董事会或经营者这样的公司管理层,而是通过民主参与、代码规则、算法与分布式共识管理,使用智能合约收集成员投票。组织成员使用代码和智能合约管理事务,智能合约设定的条款至高无上,代码规则而非法律文件被用以界定成员间权利和义务。这种自治组织作为协调全球投资和社区治理的模式,可用于包括管理区块链项目运营和资本运作等许多目的,这种运营特色对中心化的规制方式造成障碍。

如特定区块链系统大部分核心技术开发团队或系统全球算力的51%以上集中在某一国家,该国政府可以通过规制技术开发团队或“矿工”的方式,有可能部分规制元宇宙金融。比如,迫于监管者压力,技术开发团队和“矿工”同意修订某些区块链底层协议,但也可能带来巨大代价。一是此种行为成本高昂,诸如对比特币新区块的修订,要汇集比特币系统算力的51%以上,其成本或将近百亿美元;二是这将大幅度降低区块链和元宇宙极高的技术信用,直观表现就是相关币价可能暴跌,元宇宙加密资产甚至有归零风险,严重侵害全球合法持有者的权益,可能招致全球投资者国际诉讼风险,这将使监管机构对此种规制投鼠忌器。

元宇宙金融经历着“去中心化—再中心化—再去中心化”的演化,加剧“不可规制性”,导致金融监管法律体系与代码规则间的紧张关系。以MakerDAO为例,治理在其生态系统中有重要角色,但代币持有者投票治理过程漫长,为此,几个核心小组的参与确保治理得到运行,再加上其质押资产近一半为中心化的美元稳定币USDC,这为现实社会法律规制创造了机会。不过,这一中心化治理风险为更加去中心化的治理模式,即借贷协议Liquity提供了机遇。Liquity系统选择无人治理的模式,Liquity协议参数要么一成不变,要么完全由算法控制,质押资产则是极具去中心化特色的以太坊。Liquity系统的借贷费和赎回费由数学算法决定,让交易者信任代码按承诺执行,算法、代码和数学的信用取代了人的信用,因此,特定主体的人为因素在系统运行中被降到极致。

作为早期成功的风险投资机构,Andreessen Horowitz(业界简称“A16z”)持有Compound、Uniswap等去中心化金融项目的大量代币。A16z建立授权计划,将这些代币半数以上的投票权委托给非营利组织、德国电信等全球企业、加密初创公司及崭露头角的社区领袖,被委托人可以合适方式独立于代币持有者投票。^[67]授权计划改变了A16z在Compound、Uniswap等项目中投票权过度集中的状态,在保证投资机构盈利的前提下,淡化自身在上述项目治理机制的中心化角色,这是典型的刻意“再去中心化”。有学者认为,当去中心化自治组织无中心权威,实现分布式决策后,去中心化自治组织有限合伙定性的组织基础或成员结构已然丧失,而我国现有法人形态是中心化科层式的制度设计,与其去中心、去信任等本质特点不符,无法直接套用。^[68]元宇

[67] 参见《A16z DeFi 委托“开源”计划详解》,载 <https://www.jinse.com/blockchain/1149655.html>,最后访问时间:2021年9月5日。

[68] 参见郭少飞:《再论区块链去中心化自治组织的法律性质——兼论作为法人的制度设计》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期。

宙金融“再去中心化”，本质是“可规制性”向“不可规制性”转型。

近年一些诉讼表明，一些区块链系统私权力主体试图规避或抵制在现实社会承担法律责任的要求。比如，美国证券交易委员会（SEC）认为瑞波（Ripple Labs）公司未证券注册，擅自发行加密资产，向当地法院提起诉讼，^{〔69〕}要求瑞波公司承担证券法上的相关责任。针对SEC的起诉，瑞波公司认为瑞波币价格波动主要由二级交易市场决定，投资者并非依赖瑞波公司（中心化主体）的努力获益，因此瑞波币不符合“豪威测试”第四项要求。^{〔70〕}瑞波公司声称在瑞波币价格影响方面居于边缘角色，这与事实并不符。区块链项目开发者精心构建代币系统，力图向法院证明其发行的代币不符合“豪威测试”标准，以规避证券法约束。^{〔71〕}

权力即责任，权力越大，责任越大。元宇宙中心化主体“再去中心化”，试图规避现实社会责任，形式上避免成为中心化权力来源。知名区块链系统创始人及近年一些知名去中心化金融应用创始人保持匿名，加剧了区块链和元宇宙的“不可规制”。综上，元宇宙金融将大部分被规制，但难以完全驯服。

五、结 论

区块链为元宇宙提供去中心化金融业务的技术基础，元宇宙金融逐渐成长为与传统金融平行的新体系，各种应用组合形成高度创新的生态，客观上出现元宇宙与政府争夺虚实空间的控制权和治理权的状况，固有金融监管法律体系难以完全适用。现实社会法律与监管规则尝试规制这种新业态时，需从金融包容角度进行思考。如有学者认为，对区块链金融衍生品法律评价应多元，不能因其可能诱发犯罪就拒绝赋予其合法地位，对其评价要考虑未来技术发展需要，要考虑对我国实体经济是否能产生促进作用，要考虑相关行为是否具有严重的社会危害性等诸多因素。虽然政府曾多次出台相关文件规范加密资产，禁止金融机构开展与比特币相关的业务，但是政府的这种政策性叫停并未从本质上解决问题，只有良好的法律才能为其发展提供强有力的保障。^{〔72〕}我国当下在虚拟货币领域采取的“禁令型”监管是暂时的政策选择与监管观望，后续有必要持续探索更加符合金融科技风险特征的治理机制。^{〔73〕}元宇宙金融犹如空气般弥散于世界，打破市场、企业、社会 and 国家的界线，自生代码体系和法律制度相对独立，但其并非不可规制，原因是元宇宙金融“再中心化”，即核心代码开发者、头部加密资产交易所、大型“矿工”和主流投资机构等私权力主体掌控元宇宙。

元宇宙金融突破传统金融业态，使金融监管法律体系不得不回应和重构。元宇宙金融底层技术

〔69〕 See SEC, Complaint: Ripple Labs, Inc. (“Ripple”), Bradley Garlinghouse and Christian A. Larsen, available at <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2020/comp-pr2020-338.pdf>, last visited on Jan. 5, 2021.

〔70〕 See Ripple, Our Statement on Recent Market Participant Activity, available at <https://ripple.com/ripple-press/our-statement-on-recent-market-participant-activity/>, last visited on Jan. 5, 2021.

〔71〕 See Neil Tiwari, The Commodification of Cryptocurrency, 117 *Michigan Law Review*, 615-617 (2018).

〔72〕 参见杨玉晓：《区块链金融衍生品刑法规制研究》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2020年第6期。

〔73〕 参见邓建鹏、马文洁：《虚拟货币整治的法治思考与优化进路——兼论对金融科技的“禁令型”监管》，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2022年第3期。

架构决定特定国家法律规制存在困难，需要监管者重点厘清可规制对象，提升监管科技水平和规制能力，依托国际间政府组织，推动金融监管国际协作，同时应充分理解当前规制方式的限度。元宇宙金融可能将传统金融业务边界拓展至无限，出现元宇宙世界与现实世界双重构造，二者行为模式与治理规则交互形塑人们的社会关系。固有金融监管法律体系并非应对元宇宙而生，很难应对其风险，因此有必要全面思考这一领域的技术特点和商业模式。有学者认为，信息革命的加速到来，中国法学的自主不足和数字时代的重大挑战，为当下法学研究带来了双重压力，同时也带来了独特机遇，适时转换研究理念就成为一种必然抉择。^{〔74〕} 元宇宙金融正在生成新型财产权利关系，奠定前所未有的权利义务结构、复杂法律属性和金融业态，与现实社会有不一致的构造、规则生成与行为模式，经历“再中心化”与“再去中心化”的动态演化。“一刀切”式的固有整治思维并不管用，法学家需要极为精细的研究，紧密跟踪和研判元宇宙金融发展趋势，加强对区块链技术的知识储备，深化法学（及金融监管）意义的研究视角，从而贡献更为有效的规制理论体系。

Abstract: The core of metaverse finance is decentralized finance based on blockchain technology. This new type of finance has created a low-cost and high-efficiency operation method, and it has characteristics such as no access threshold, unclear identity of the global participants, tamper-proof, anti-censorship, self-creation of rules and automatically running, etc., which have impacted the financial supervision legal system. However, metaverse finance is not absolutely unregulated. It is undergoing an evolution process from “decentralization” to “recentralization”. Regulators should take the “recentralized” organizations of metaverse finance into regulation, through informal guidance, promulgate national standards and formal legislation on blockchain technology and code security, promote the integration of traditional finance and metaverse finance, to which affect code rules, improve technical security and shape community autonomy norms. At the same time, the technical characteristics of the blockchain and the “re-decentralization” evolution of metaverse finance determine that it cannot be completely regulated by law in a long time.

Key Words: metaverse finance, blockchain, recentralization

（责任编辑：李 敏 赵建蕊）

〔74〕 参见马长山：《迈向数字社会的法律》，法律出版社2021年版，第19页。